

行政法之基礎理論

城 仲 模 著

三民書局印行

行政法之基礎理論



189

城 仲 模 著

學歷：東吳大學法學士（1962）

早稻田大學法學碩士（1966）

東京大學研究（1966—67）

維也納大學法學博士（1967—70）

威斯康辛大學研究（1970—71）

經歷：行政院參議，行政院法規會委員

政治作戰學校教授兼法律學系主任

中興大學教授兼法律學系主任

維也納大學客座教授（1980—81）

中興大學教授兼法律研究所所長

現職：中興大學教授

三 民 書 局 印 行

行政院新聞局登記證 臺版字第〇二〇號

中華民國六十九年九月初版
中華民國七十四年六月三版

◎ 行政法之基礎理論

基本定價柒元伍角陸分

版權
所有
人
劉
振
強

著作
者
城
仲
模
強

發行人
劉
振
強

出版者
三民書局股份有限公司

印刷所
三民書局股份有限公司

臺北市重慶南路一段六十一號
郵發：〇〇〇九九八十五號

紀 念

先祖父 城天壽先生

先 父 城燦桐先生

自序

行政法係具體之公法，亦為憲法之試金石。行政法研究之風氣與品質，攸關法治主義之植根；國人對於行政法之關切程度，輒與國家法治前途成精確之正比。歐美日等諸國，為貫徹其現代化憲政理念，莫不潛心於公法學理之闡微，並力促其蔚為具體之法制，用作實踐之典範；而行政法適首當其衝，其發榮向頹，乃成為「先進」或「落後」國家之表徵。

余溯自負笈東瀛，即特別留意彼邦接受歐美行政法制之經驗歷程；繼之遊學於奧京維也納，幸得機緣從學於當代歐洲行政法名師 Walter Antonioli，並承 Günther Winkler 教授誘掖獎勵，漸窺現代歐陸行政法學之堂奧及其體大思精；及再遠適美國，乃刻意於比較行政法之鑽研，冀藉他山之石以攻玉，並為我國法規整建暨法治學步貢獻心智。返國後，先任職於行政院，繼專職於學術機構，幸仍一秉初衷，繼續對行政法作有系統之研究；數年來持續發表之手稿，迄已盈帙；祇以末學庸受，或尚難登大雅之堂，不便侈言彙編成書。

近以恩師管取白教授暨林紀東教授鼓勵頻頻，促余彙整公刊；而學子問余索取專論抽印本者亦日益增多。適三民書局劉董事長振強先生索稿殷切，願為出版，乃慎選論文暨譯述計十七篇，先行付梓，用為感銘師恩，並感謝劉董事長之好意。

本書之成，若乏內子潘秀華長年不辭辛勞的抄稿、校稿實無可能，誌之以示感懷。

城 仲 模 謹識於

國立中興大學法律研究所

內 容 簡 介

我國接受歐美法律文化之初，即略偏司法法之專注；數十年來復以國家政治環境特殊，行政法之發展倍受影響。現代國家秩序之維持要在法治，其實踐之程度與國力之隆替恰成正比；而行政法適為維繫法治國家最具體之法規範，其學理之闡微進化、制定法之良窳暨實務運作之勤惰，均足為該國蓬勃或沉滯的表徵。

本書係探討行政法基本理論之學術性專門著作；書中論列各篇，多從比較法學之研究方法，就各國行政法總論中最關重要之課題，本諸法理及現代公法思潮，詳為思辯與申論，務求將抽象之學理化為具體可行之方案，切合當茲之孔需，以期對於我國行政法理論基礎之紮實與實定法體系之整建，有所裨益。

202/10

行政法之基礎理論 目次

一、論依法行政之原理	3
二、論法國及德國行政法之特徵	19
三、德國及法國行政命令制度之研究	71
四、論美國行政命令制度	103
五、論日本行政命令制度	131
六、論行政處分之公定力	175
七、行政強制執行序說	187
八、日本行政代執行法之研究	259
九、行政強制執行法修正草案初稿	339
十、奧國行政罰制度析論	387
十一、美國的行政裁判制度（譯述）	471
十二、行政機關訴願會組織規程之商榷	489
十三、行政救濟制度與實務	501

2 行政法之基礎理論

十四、法國國家賠償之新理論（譯述） 519

十五、行政法上國家責任之理論與立法之研究 ... 549

十六、論國家賠償制度之新展望 673

十七、行政救濟制度之新展望——行政監察使

Ombudsman 制度—— 683

論依法行政之原理

壹、引 言

貳、依法行政原理之歷史發展

參、依法行政原理之學說

一、Otto Mayer (德)

二、Léon Duguit (法)

三、A. V. Dicey (英)

四、田中二郎 (日)

肆、依法行政原理之法制及實務

一、德 國

二、法 國

三、英 國

四、日 本

伍、依法行政原理之現代意義

陸、依法行政原理在我國之運用

柒、結 語

一 論依法行政之原理

壹、引言

「依法行政」係行政法學之基本原理；其概念的形成適與行政法之發軔同時。各國由於憲政體制及法律制度之匪一，學說判解對依法行政之詮釋，輒因時間空間之變易而殊異其論結；終至行政法之基礎時爾喪失其法律性並為政治性因素所左右。願依法行政原理之正確把握，使抽象之理論轉為具體之瞭解，並為實務樹立標準之方位，實係研究行政法學之要務。

依法行政之原理，德文稱為 *Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung*，法文稱為 *Le principe de la légalité administrative*（行政合法主義），英文稱為 *The rule of law*（法治），*Administration according to the law*（依法行政），日文稱為「法律による行政」の原理（依據法律行政之原理）。用辭之不同，正所以顯示該原理之運用尺度與實踐方式，並非四海皆準萬世不悖。惟若從縱貫的歷史發展及橫面的學說、法制與實務去逐一探討，必可理析精髓，窺其堂奧（註）。

貳、依法行政原理之歷史發展

依法行政之原理，與 J. Locke, Montesquieu 及 J. J. Rousseau 等近代西方法政思想界諸賢所倡導的權力分立論，息息相關；該論以分權 (séparation des pouvoirs) 制衡及國民主權 (soveraineté populaire) 爲主旨，立法權應係人民總意之表徵，至法律之執行與法律之適用，均應嚴格立於制定法之下，庶免重蹈專制獨裁之苦果。迨美國獨立，法國大革命相繼成功，民主法治思想，風動四方；前此「警察國家 (polizeistaat; Etat de police)」之下，法規僅得治民，不得治官，政治上祇有官權而無民權之法政觀念，於焉告終，繼之，法治國家 (Rechtsstaat)，法律支配 (Herrschaft des Gesetzes)、行政服從法律 (soumission de l'administration au droit)，法律優位 (supremacy of law) 等原則乃陸續在歐美諸國成爲支配行政權的首要法則，頓時，行政遂成從屬 (subordination) 而不獨立 (Abhängigkeit) 之國家作用，「依法行政」淪爲絕對的、消極的、機械的公法學原理。斯時，(1) 議會之形式法律至上，(2) 無法律即無行政，(3) 行政之準據唯制定法是賴 (innerhalb der Schranken der Gesetze)，(4) 立法務求細密，避免概括條款，(5) 習慣法、法理及司法判例、行政解釋均不得爲行政法之法源，(6) 行政規章命令僅爲內務行政事項之規範，不得使之亦具拘束人民之效果。雖然，依法行政原理卻適時完成其時代使命，樹立了近代「立法國 (Gesetzgebungsstaat)」之典範，使分權主義得以根深柢固，肯定主權在民之理念，並爲法令之理論基礎作深邃之闡微。嗣馬克斯思想勃起，民主法治社會之病態逐被挑剔，議會制度之代表性與權威性漸被懷疑，再經一、二兩次大戰，福利國家 (Wohlfahrtsstaat)，保護國家 (Fürsorgestaat)、助長行政 (Förderungsverwaltung)、給付行政 (Leistungsverwaltung) 等新穎之國家目的觀及行政作用論漸被接受，行政機能遂

呈幾何級數之增繁多涉，行政之自我肯定與其主動、積極及彈性化之要求，日形迫切，舊日依法行政原理之內涵不得不與時俱轉，而作相當的修正。

參、依法行政原理之學說

一、德儒 Otto Mayer 認為「依法行政」乃法治國之二法門；質言之，司法既須以適用法律及維持法律為天職，行政亦應儘可能與司法同其型態 (tunlichste Justizförmigkeit der Verwaltung)；氏更謂依法行政即指「法律支配」(Herrschaft des Gesetzes)，其概念應包含下列三要素：

(一) 法律之法規創造力 (rechtssatzschaffende Kraft des Gesetzes)：凡規定有關人民自由、財產權之法規，應受法律之支配；

(二) 法律之優位 (Vorrang des Gesetzes)：亦即法律對於行政權之優越地位 (bevorzugte Stellung des Gesetzes gegenüber der vollziehenden Gewalt)，以法律指導行政，行政作用而與法律牴觸者應不生效力；

(三) 法律保留 (Vorbehalt des Gesetzes)：一切行政作用雖非必全部從屬於法律，但基本權利之限制則非以法律制定不可。

二、法儒 Léon Duguit 以社會連帶理論為出發點，認為國家的任務 (fonction) 不外立法、司法與行政三種，均應受客觀的實質法律 (droit objectif) 及主觀的形式法律 (loi) 之拘束，該兩種法律之所以具有強制力，並非淵源於統治者之意思，乃因其係基於社會連帶之必要而產生，故統治者與被治者 (gouvernants et gouvernés) 應同受支配。氏謂行政的主權特性 (caractere régalien de l'administration) 並不存生；故行政須適合法律，乃成天經地義。過去視法律為主權者的命令，僅得由人民之代表制定，一國之內任何區域或團體不能另訂法律等理論，均屬

6 行政法之基礎理論

謬誤；形式法律之制定固僅權屬立法機關，但實質之法律，上自總統、閣員、地方機關、團體，為肆應行政擴大等客觀環境之需要，悉具制訂之權，故法律與命令 (règlement) 之歧異，依事物之自然演進，終究必歸消滅。氏認為權力分立 (séparation des pouvoirs)，係指各權力代表機關的通力協助與任務之分擔，國會、國王（國家元首）及法院各代表所屬機關最高的立法，執行及司法意思，故諸權力間互相不生優越與支配他權力之作用；行政既得制定實質法律，則「依法行政」之概念，顯與德儒之主張乖異內容，其非必法國所必要之公法學原理。

三、英儒 A. V. Dicey 以議會主權論 (sovereignty of parliament) 為基礎，強調英國政治構造的特色在於法治 (The rule of law)——或稱法之優位或法之卓越 (The supremacy of law or the predominance of law)，其精義計有下述三種：

(一) 正規法律的絕對優位及政府專斷權力之排除 (the absolute supremacy of regular law and absence of arbitrary power on part of government)，政府一切的特權及廣泛的自由裁量權，並不存在；

(二) 法律之前平等 (equality before the law)，故上自內閣總理下至警員稅吏，適用同樣的法律並受同樣的單一法院的管轄；

(三) 憲法的一般原則乃通常法律適用結果的濃縮，法律是因，憲法是果，故與諸國以憲法為最高，順流放射以支配法令者大異其趣。

綜氏之說，行政固須依據法律，凡基本權利之減損更非依循該原則不可；再者，非經單元化之司法裁判，權利不應受剝奪；行政並非英國的首要支配力量。惟氏於晚年迫於歐美行政權之急速發展，修改其司法單元化之理論。

四、日本行政法學者田中二郎教授引申維也納學派 Adolf Merkl 純粹法學之理論，認為「依法行政」應先予正名，即從本質及法理論上言應稱為「依法行政」或「行政的法適合性」，從歷史、政治乃至制度上言應稱為「依據法律行政」或「行政的法律適合性」，前者係法學理論上

的法則 (ein rechtstheoretisches Gesetz), 後者為法律政策上的要求 (ein rechtspolitisches postulat); 質言之, 在任何法秩序中, 應遵從「務必適合上位階之法 (soll rechtmäßig sein)」的普遍理論, 而在行政作用上, 則應遵守「務必適合法律 (soll gesetzmäßig sein)」的具體要求, 前者應不分時間空間, 一律得為適用, 後者則受各國制定法之制約而有差異。氏認為「依據法律行政」, 係指凡行政應本於法之原則, 基於法律之規制而為活動; 行政固宜儘可能依據精密之法律以從事, 但不意謂無法律即無行政, 故氏進而闡明依據法律行政之三法則:

- (一) 行政為法規之執行,
- (二) 行政須有法規之授權,
- (三) 行政應受法規之限制。

肆、依法行政原理之法制及實務

依法行政的原理孕育於具有濃烈政治性格及理想主義法律理念的環境; 其後各國政治情況劇烈變遷, 經驗主義法學思想抬頭。吾人對該原理之澈底瞭解, 非借助於對實定法及實務界之統盤認識, 必形捨本逐末, 於事無補。

一、德國於一九一九年頒行威瑪憲法, 使其成為一個以議會為中心的立法國家; 此種議會至上, 立法引導行政之憲政結構, 當然不容政府與議會對立的二元主義之存在, 命令僅能解為係國家執行權於適用法律之範圍內之指令而已。惜行憲伊始, 即遭戰後政治經濟之窮困, 復以政黨林立, 國事難安, 授權法乃應運而生並至澈底惡用, 迨納粹德國, 法制實務壹以民族的法治國 (der nationale Rechtsstaat) 相標榜, 主張民族的依法行政之原理 (Grundsatz der rechtmäßigen Verwaltung), 行政立法、簡易立法及具有法律拘束力之措置, 乃陸續泛濫, 「依令管制之行政國家 (reglementierender Verwaltungsstaat)」體制遂告誕生,

從此，依法行政原理之基礎，橫遭挫折。一九四九年聯邦基本法第二十條第三項規定，立法權應受基本法之限制，行政權與司法權應受立法權與法律之限制；第七十七條第一項上段規定聯邦法律應由聯邦議會通過；第八十條第一項規定，聯邦政府、聯邦閣員或邦政府，得依法律之授權發佈法規命令 (Rechtsverordnung)，其授權之內容、目的及範圍，應以法律規定之……。學者 E. Forsthoff 認為此等規定充分表明分權的法治國家之根本原理，亦從而肯定法律保留及依法行政原則仍係現行法之構成要素。對於今日德國依法行政原理之綜合解析，得如下之論結：（一）分權主義與法治原理仍被尊重，（二）Otto Mayer 的法律支配論之三要素，雖在質的內容方面有程度上相當緩和的趨向，但基本概念未見全然否定，（三）依法行政之法 (Gesetz) 字應解為「法規範 (Rechtsnorm)」，即凡高權性之規定，以自由與財產條款為內容，而對於不特定多數人且有一般拘束力之規律，均屬之，亦稱實質意義之法律；故凡依據法律之授權而由行政機關訂定之法規命令，亦屬「法」之範疇，惟授權發佈代替法律之命令 (gesetzvertretende Verordnung)，則非所許，（四）行政作用之主要目的實為法律之執行，但其法規命令之發佈應有法律之授權與受法律之制約，（五）依最近頒行之行政程序法 (VwVfG v. 25. 5. 1976, §43ff) 觀之，無法律或命令，非不得為行政，祇是行政處分應受行政目的及公序良俗之約束而已。

二、法國於一九四六年頒行第四共和憲法，其第十三條規定，僅國民議會得表決法律，該會不得將此權利委任於他人；同憲法並詳細列有應以法律規定之事項。行政法院亦以判決補強上引條文真義，認為根據第三共和憲法所議決通過之完全權力法 (loi de pleins pouvoirs) 而制定之命令 (décret) 與上揭憲法條文有違，應予禁止。學者 Golichon 認為憲法明文及習慣法上所賦與國會之法律制定權的事項，並非全部，其他未為規定者，立法者尚隨時保留其最大限度之制定權。準此，第四共和憲法下之國會對於法令之制定權實佔有絕對優越之地位，而總統以

下有關行政命令權，則相對受到嚴厲之限制。雖然，戰後歐洲情勢不隱，法國政經混亂，應急之規章命令最能配合時代之需求；自一九四八年關於財經重建之法律頒行以後，類似前此之完全權力法再告復現；政府根據國會之授權分別發佈具有時限及特定處理事項之命令多種，其俱具後法之性質，而發生排斥現行之作用。一九五八年第五共和憲法一反過去立憲之基本原則，轉而急遽增強行政最高首長——總統之職權，擴張政府行政命令之制定權及縮小國會之立法權力。該憲法採立法限定之方式，凡屬應以法律規定之事項，均詳列於憲法條文，越此範疇即非國會所得與聞；甚至國會制定之法案，總統亦得交付人民複決，足見立法權備受非常的制約。反觀憲法第十六、三十一、三十六至三十八、四十一及四十七條，總統得獨立頒布緊急命令，內閣總理為確保法律之執行，得發布命令，內閣部長會議得宣布實施戒嚴之命令，應以命令規定之事項，現在規定於法律之中者得以命令變更之，政府得要求國會承諾於一定之期限內以授權政令（ordonnance）處理通常應以法律規定之事項，立法程序中凡不屬於法律規定事項之範圍者政府得提出不能接受以示對抗。據上所述，今日法國依法行政之原理，可得如下之要義：（一）法國不稱依法行政或依據法律行政之原理，而稱為「行政合法主義（Le principe de la légalité administrative）」，其基礎仍以法治國（Etat de droit）為標榜，（二）行政合法主義非指行政機關對立法機關之從屬，而是行政機關對於「法」的從屬，該所謂之「法」包括國會制定之形式法律，行政機關對內及對外發布之「法律性之命令（décret-loi）」，「授權政令（ordonnance）」，「命令（décret）」等；故 Léon Duguit 所稱諸權力間互相不生優越與支配他權力之作用，其在第五共和憲法下，正是如此，（三）所謂「行政」，應包含總統及內閣之職權，故有行政上兩頭制之稱，即平時行政權力由內閣總理及其政府運用，緊急行政權力由總統運用，（四）總統之緊急命令權係淵源於一八一四年六月憲章，其時係以行政權優位為主旨，凡立法權、緊急命令權及獨立命令等制訂權全