

大 學 用 書

# 現代行政法基本論

張劍寒等 著

刁榮華 主編

大 學 用 書

# 現代行政法基本論

張劍寒等 著

刁榮華 主編

東亞法律叢書

# 現代行政法基本論

基本定價：平裝肆圓  
精裝陸圓

主編兼  
發行人 刁 榮 華

出版者 漢 林 出 版 社

臺北市重慶南路一段63號909室  
電話 三七一九八七五  
郵政劃撥一〇八八三二號

經銷處 各 大 書 局

印刷者 吉 豐 印 刷 公 司

中華民國七十四年五月初版

新聞局局版業字第一四九三號

S 8901 / 10 (中 1 — 15 / 170)

現代行政法基本論 (大學用書)

BG 060860

# 中國當代法學家論叢前言

余半生戎馬，難却書生氣，埋首因讀四十載，略知法理，晚年從事律務及執教大專院校，雖於法律通用與法學著述，不無心得，惟限於學殖淺陋，媿乏創見，而每讀當代師儒名著，輒興敬慕之心，乃萌輯印光大之思，故在公退之暇，專就師儒已往所發表之法學論著，加以整理編列，計有「中國法學論著選集」（吳經熊等著四十二篇）、「中西法律思想論集」（潘維和等著三十二篇）、「法律之演進與適用」（韓忠謨等著三十篇）、「法律之解釋與實用」（李模等著三十二篇）、「憲法戒嚴與國家動員論」（林紀東等著十二篇）、「現代行政法基本論」（張劍寒等著二十篇）、「現代民法基本問題」（鄭玉波等著三十篇）、「現代刑法基本問題」（王建今等著三十篇）、「比較刑事證據法各論」（陳樸生等著二十篇）、「最高法院判例研究」（錢國成等著四十篇）等十冊，合稱中國當代法學家論叢。

上開論叢之作者，多係現任司法官、律師及大學教授，其對法學具有精湛研究，除余濫竽其間外，均係當代名家，所撰各文，曾在國內著名雜誌刊出，一致公認係最具有參考價值之文獻。然少數作者已作古，其生前精心撰述，自不因時代之遽嬗，浮生之存息而有所變異，後之學者可重聆前輩之議論，知所追蹤而發揚之，則豈止於青出於藍而深於藍，抑以宏揚我法學，俾光芒照耀於寰宇，則刊佈之事小，而啓發之意大，中華文化之復興，實利賴之。

今在此動亂之大時代中，吾儕習律者，仍應負有積極之使命，本編刊出，即本斯旨。又本編已先後於六十五年六月起，每年出版一冊，迄七十四年五月止十冊已全部出版，因余學驗淺鮮，所見未必盡當，尚祈賢明先進，不吝教之，幸甚幸甚！

# 行政法學研究方法論——代序

林紀東

## 一、前言——法律研究方法的重要

我在各大學講授行政法時，每於上課之始，先就行政法學的研究方法，向學生講述。這由於我一向認為在大學裏講課，方法論至為重要：學生如能因講課者的啓發，領悟到治學的方法，則舉一可以反三，收益無窮，反之，如不能領會方法，只能吸收內容，則所知有限，縱令內容盡善盡美，所得者，亦僅每週二三小時講述的內容而已，安足以言學問？尤其是法律學各科的研究，方法論更屬不可忽視：第一，法律是社會生活的規則，由於社會生活的需要而產生，跟着社會生活的變遷而變遷，社會生活在時刻變動之中；作為社會生活規則的法律，自亦波譎雲幻，變動匪常（包括形式的及精神的），以法律為其研究對象的法律學，因而亦為極富於機動性的科學，固非徒知咬文嚼字者所能為功，亦非粗知原理原則，略懂名詞概念所能濟事，而須要高遠的觀點，和嚴密的方法，故欲研究法律學者，須先知研究法律的方法。第二，中國近代法律學的誕生，係由於清末揚言變法，急速設立新式法院，加緊培育法官律師的結果，即由於一時政策上的需要，而非基於長時期的培植醞釀，根基甚為淺薄（在我國歷史上，法律和法學，雖亦有相當的光彩，

但近代法律，則係由西方文化移植而來，近代法學的誕生，亦多半受西方文化的影響，沒有和本國固有法學連接起來，故沒有深厚的基礎，以致法律實用主義遍於國中，意謂法律是極現實的東西，只要通曉法條，付之實用，不必上下古今，高談學理。在這種氣氛之下，自然不注重研究法律的方法，縱令有所謂方法，亦不過就法條的含義，爲細密的分析，把法條規定的異同或關係，予以辨別或聯繫等，一些最基本的方法而已。然而法律學研究的對象，並不以成文法規爲限，成文法規的認識，亦不像法律實用主義者所想像的——那樣簡單，那樣容易，尤其是二十世紀以後，由於社會現象變化之劇烈，法律學的內容，亦更見繁雜深奧，決非望文生義，或略加分析，即能得其真義，要想真正認識法律，須要嚴密的方法，故方法論的探討，在我國研究法律者，尤宜重視，纔能夠一掃昔日之遺風，建立有思想有理論的法學（不是應用的技術），以爲立法執法的基礎，而有助於國家的復興。

研究方法的重要，在一般法律學，已屬如此，於行政法學，尤見其然。因爲行政法是規定行政行爲準則的法律，而現代因團體生活發達的結果，行政行爲的範圍極廣，內容極繁，且每因時勢的變遷，有隨時改變對策的必要，故行政法在一般法律中，也是範圍最廣泛，內容最複雜，變遷也最頻繁的法律，由於這種性質的特殊，行政法的認識，已較其他法律爲困難（詳見拙著行政法新論第卅三頁以下），加以行政法是隨法治政治而俱來的法律，必須以法爲治，依法行政，而後始有行政法。而法治國家的成立，不過是晚近一百多年的事，故行政法學的歷史，亦遠較憲法

民法刑法諸學爲淺，學理尙未成熟，許多地方，都有待於研究者細心的探索，所以行政法學的研究，更有注意方法論的必要。

不過，行政法學究竟是法律學之一種，行政法學的研究方法，除由於行政法特殊的性質者外，大半也就是一般法律的研究方法，換句話說：行政法學的研究方法，實由於一般法律的研究方法而來，它的研究方法，對於別種法律的研究，多半亦可適用，我所以就行政法學的研究方法，專文提出討論，固以供有志研究行政法者的參考，亦想藉此法律學的研究方法，提出鄙見，以引起青年學子注意方法論的習慣。以赴於學問的大道！

## 二、研究行政法學的基本觀點

在細談行政法學的研究方法之前，我先提出基本觀點的問題，蓋研究學問，固須有適當的方法，尤須有適當的觀點，且觀點是根幹，方法是枝葉，觀點決定方法，方法依從觀點，必須有適當的觀點，而後有適當的方法。不過這所謂觀點，不是指唯心唯物之類空幻的哲學見解而言，而是指研究行政法學時，所應有的基本看法，而後循此看法，而決定研究的方法。我認爲研究行政法學的基本觀點，應該也是研究一般法律的基本觀點，爲下列四項：(1)方法重於內容。(2)理論重於法規。(3)思想重於現實。(4)理念重於概念。茲分別申述於下：

(一)方法重於內容 研究行政法學，固然要注意行政法學的原理原則，及主要行政法規規定的

內容，以認識行政法的面貌，但是這些內容的認識，只是起點，不是終點，只是進一步研究的手段，不是終極的目的。更要緊的，是透過內容的認識，領悟到研究行政法學的方法，而後能夠推陳而出新，舉一而反三。譬如看一本書，固然要注意到內容的敘述，作者的觀點，然而更重要的，是從作者搜集、組織和分析材料的方法上，從作者敘述和論斷上，得到暗示，得到啓發，而領悟治學的方法。蓋如上所述，如只注意內容，不注意方法，縱令苦心戮力，充其量亦不過盡得某一本書的內容，或某一講演的內容而已，收穫究竟有限，反之，如同時注意方法，且以方法爲主，內容爲賓，則執簡馭繁，收益無窮。憶從前讀「點石成金」故事，頗足說明方法的重要。故事大意說：一個人在飢寒交迫的時候，遇到一個仙人，仙人看到可憐，信手把傍邊的石頭一點，變成金子，叫他拿去買米縫衣，但那人不要這塊由石頭變成的金子，而要求仙人教他點石成金的方法，因爲一塊金子的價值，究竟有限，終有用完的一天，如學到點石成金的方法，則取之不盡，用之不竭。終身的衣食可以無憂，這個故事的含義，或在諷示人心的不足，但他明白的說出方法重於內容的道理，值得我們的注意。

(二)理論重於法規 行政法學的研究，究竟應該注意理論，抑或注意法規？是行政法學上素有爭執的問題。舊派學者由實用的觀點出發，認爲應該注意法規；他們以爲行政法學的研究，就在各國現行法令，爲系統的整理，別其異同，明其相互的關係，以爲適用的基礎。新派學者，則認爲行政法學不是技術，而是一種科學，科學有其理論性，故行政法學的研究，應該注意它的

原理原則：『蓋全部法律學，皆係建築於法律原理之上，由法律原理而生法律規範，故必認識法律之原理後，對於法律規範，始能爲合理之解釋……倘置法律原理及其產生之背景於不問，則僅爲若干斷片之規條而已』（係法國學者彭納 Roger Bonard 氏語）。我們以爲在行政法學的研究上，現行行政法令，是很重要的對象，這不但因爲行政法學和哲學理則學等，純講理論者不同，是具有相當應用性的科學，必須瞭解現行行政法規的內容，始非付諸實用，中國歷年內外多故，法治基礎未臻堅實，一般人守法行法的知識，還不十分健全，現行行政法規的爬梳整理，解釋評論，均屬當務之急，而爲有志研究行政法學者，所應肩負的任務。還因爲現行行政法規，是行政法學的具體題材，現實的例證，研究行政法學的人，應該把行政法規，和行政法學的理論，互相印證，然後得其肯綮，所以也應該注意現行行政法規，以免所研究的理論，淪爲空中樓閣。然而我們只是說，也應該注意行政法規而已，並不是說法規比理論更重要，實際上理論和法規的關係，也和方法 and 內容的關係一樣，理論比法規更重要，理論是主，法規是實，法規是起點，理論纔是終點。甚至可以說，檢討法規祇是研究上的手段，探尋理論，纔是研究的終極目的。何以呢？因爲①法規係由理論而來，先有理論，而後產生法規，理論是父母，法規是子女，倘不究理論，專重法規，則不齊其本，而揣其末，先後顯有顛倒。②法規是機械的，社會是活動的，如何使機械的法規，適用於活動的社會，使能盡其社會生活規則的功能，使無隔閡，有賴理論爲之輔導。而且③法規是有限的，世事是無窮的，法規是固定的，世事是變動的，如何使有限而固定的法

規，適用於變動無窮的人事，以舊瓶而裝新酒，仍能清冽芳香，尤有待於理論的駕馭，所以理論是產生，輔導和駕馭法規的，縱置理論本身的重要性於不談，爲了研究法規，也不能不研究理論。

(三)思想重於現實 我嘗覺得我們學社會科學的人，有比較學文哲科學者幸運的地方，那就是我們的題材，只要稍肯用心，俯拾即是，不要像學文哲科學那樣，搜索枯腸，苦心思索。然而『塞翁得馬，安知非禍』？幸運的地方，往往也就是不幸的種子，由於現實社會上的現象，處處都是我們的題材，對象的認識太容易，以致不能從高深遠大處想，向艱難的途中開拓，而易流於故步自封，坐井觀天的病象。如以我們讀法律者而論，由於法典發達的結果，各種重要的社會生活規則，都在法典上分類部局，有條有理的表現出來，於是若干學法律的人，以爲法典所表現者，就是社會生活規則的全部；法典所預擬者，就是社會生活理想的境界，乃以認識與註解法典爲能事，以爲法典以外無法律，立法方針以外，更無法律理想，而忘記了高深遠大的一面。其實人之所以異於禽獸者，在於有思想，能創造，不爲現實的環境所限，而能運用思想，把現實環境改良，創造更美好的環境。所以思想是創造現實之母，也是改良現實的動力。研究學問，如果只偏促於現實的情狀，而忽略了思想的一面，不從高遠處思索，不從根底處發掘，其不流於膚淺浮薄者幾希？中國法律教育不發達，一般社會不求甚解，猶有執舊日對刑名師爺的看法，來評斷學法律的人，以爲法律就是條文，法律學就是註釋條文之學，學法律者，只是學怎樣咬文嚼字 做筆墨

工夫的人，這固然是由於對整個法律無知的說法，不足一辯，但我們學法律的人，不能妄自菲薄，侷促於現實的一面，只從條文裏打圈子，或拘執某些社會有關於法律的現象，以爲就是社會現象的全部，專從現實面着眼。我們所應該互勵互勉者：法律學是一種科學，有它極深刻的思想面，法律文化是文化之一部，像其他文化一樣，法律文化，也是古今中外許多人思想的結晶，我們固然要從現實方面來認識法律：註解法律的條文，細看社會的事象；還要從思想方面來探求法律：檢討現行法律的思想因素，現行法律和社會思想有無乖離？和制定怎樣的法律，纔有利於社會的安定和進步等，庶幾不僅知其然，且知其所以然，所應然，而無愧於學法律者的職責。

上面的話，雖由研究一般法律學立論，但於行政法學的研究，尤爲適用，這由於行政法的性格使然。我在另一篇文章曾說：『舊日行政法之產生，爲民主運動法治運動重要成果之一，而現代行政法之發展情形，亦爲民主法治發展之表徵，行政法之發生及發展，最足以表現法治之由來及其演變，爲吾人所應加意者。蓋昔日爲保障民主政治之實現，不至流於變相之專制，故提倡民主者又必提倡法治，因提倡法治，乃有依法行政原理之產生，而行政法即係行政機關行動準據之法規，故爲民主運動法治運動重要之成果。迨今因時移勢異，由墨守法條文字之機械法治，變爲依照法規精神，針對社會需要之機動法治；復由消極的，僅以防止專制，保護自由爲目的之消極法治，變爲積極的，指示行動方針，以達福國利民目的之積極法治，於是各種法律之面貌，均與曩昔不同，而以行政法之表現，最爲顯著，故又爲民主法治發展之表徵。欲把握民主法治發展之

趨勢，及現代法律之面貌者，蓋可於行政法求之矣。』（見拙稿「論行政法在法律體系上之地位——載法律評論四十五年八月號」）。這一段話，雖僅由行政法和民主法治的關係着眼，只能看出行政法和民主法治思想的關係，但一般思想因素和行政法關係的密切，亦可於此見之，蓋行政法為行政行為的準則，亦國家政策的表現，和政治社會關係最為密切，變遷頻繁，所以研究行政法學的人，尤其要注意它思想的一面，不要為現行法規和現實現象所限，以免流於膚淺。

（四）理念重於概念 這一個觀點，和前面兩個觀點，實際上是同一件事，不過由不同的角度觀點，實際上是同一件事，不過由不同的角度觀察而已。但在行政法學的研究上，仍有加以說明的必要，故仍標而出之。我以為我們對於法律的認識，有概念的認識、和理念的認識兩方面，概念的認識，是由某種法律的構造上，和法條的文字上，闡明其規定的內容，和所包含的意義；理念的認識，則由高遠處根本處，闡明促使某種法律產生的根本原因，和它所蘊含的基本法理。沒有概念的認識，固不足以見某種法律的面目，但如僅有概念的認識，而不更進一步，再求理念的認識，將無法得知法律的精神。所以我們研究行政法學，不但認識某些行政法規的構造，某些行政法條的內容和含義，并略知行政法學的基礎觀念，和行政法的基本原則而已。還要更進一步，探求某一法規的文法背景，立法目的，和它所根據的基本法理，并把它和現實社會情形相對照，以批判其利害得失，不但知其然，而且知其所以然，所應然！例如台灣省各縣市實施地方自治綱要，是一種行政法規，我們研究該綱要的時候，固然先要知道該綱要共有多少條文？分多少章節？

各條的含義怎樣？各條相互的關係怎樣？但不應以此爲限，還要再由根本處遠高處看，研究它立法的成因？它所蘊含的基本法理？由台灣目前實行地方自治的情形看，該綱要還要甚麼可以改進的地方？似此面面俱到，纔說得上對該綱要有相當的認識。

上面的話，係由行政法規的研究立論，說明理念重於概念的道理。其實整個行政法學理論的研究，亦屬如此，它也可以分做概念和理念兩部分，研究行政法學的人，不但要把概念弄清楚，還要更進一步把握理念，研究近代行政法產生的歷史背景，思想根據；及現代行政法和近代行政法不同的地方，差異的由來，和現代行政法的思想基礎，而後所獲得者，不是斷片零碎的行政法學知識。而是可以舉一隅以三隅反，能夠觸類旁通的行政法學的見識，可以運用於無窮！

研究行政法學的基本觀點，略如上述。這些觀點，雖着重點各有不同，精神實前後一貫，全而言之，要不外治學宜有懷疑、批判、創造的精神而已。蓋學而不思則罔，人類一切文化的進步，均由懷疑精神而來，倘不求甚解，一味唯唯諾諾，學問安有進步。能懷疑而後能批判，懷疑之後，尤以繼以批判，即不能只感到疑惑而已，還要以所疑惑者，進而批判所聆的理論是否正確？所見的法規是否適當？無論批判是否中肯，但對於所批判的理論和法規，必已有進一步的認識，思維的能力，亦已更進一步。但批判只是消極的工作，只能除弊而未曾興利，故於批判之後，尤必以批判所得的結果，建立新的理論。擬議新的法規，縱令所擬議者未必適當，但在社會已有一參考的資料，在個人學問的研究上，則因有積極的目標，理想的抱負之故，和爲學分、爲文憑而

被動讀書，一味唯唯諾諾者不同，而必有其學問的收穫。

在一般學問或一般法律學的研究上，固應該有懷疑、批判和創造的精神，在行政法學的研究上，尤屬如此：這因為如上所述：行政法學，是隨依法行政的原理，而俱來的，依法行政原理的誕生，迄今不過一百餘年，歷史猶淺，所以行政法學的發達，亦遠較民法學刑法學為遲，學理尚未成熟，所可依賴者甚少，端賴有志研究的人們，筆路藍縷，以啓山林，即需要懷疑批判和創造的精神。加以為行政法學研究對象的行政法規，具有範圍廣泛，內容複雜，變遷頻繁各種特徵，亦已如上述，解釋評論，比其他法律更難，故在行政法學的研究上，尤需要上述數種治學精神。

### 三、研究行政法學的基本方法

讀過了研究行政法學的基本觀點之後，再談研究行政法學的基本方法，這又可分為三點言之：(1)為基本概念的瞭解，(2)為現行行政法規的檢討，(3)為特殊問題的深入，這三點，固然與之無甚高論，但在研究上，實為最基本的方法，故先略加敘述於次。

(一)基本概念的瞭解 研究學問，也和人生一樣，應該有高遠的理想，不宜自安淺陋。但人們要想達到高遠的理想目標，必須要先具備良好德性、豐富常識、健康身體等基本條件，有了堅固的立腳點，始能向理想處奮鬥，研究學問也要登高自卑，行遠自邇，向高深的研究着眼，而由基本概念瞭解入手。蓋必把基本概念瞭解清楚，對於基本的名詞、定義、原理原則、主要學說等

，都有一個清晰的印象，而後始能爲進一步的研究，而奔赴於高遠的目標。這是研究任何學問的通例，法律學也不是獨外，行政法學錯綜複雜，變化靡常，把基本概念瞭解清楚，以收以簡馭繁之效，尤爲重要。

(二)現行行政法規的檢討 行政法學的研究，理論雖比法規更重要，但由應用的立場說或由例證的立場說，現行行政法規，亦爲研究行政法學者重要的題材，已如前述，故於研究行政法學之始，應注意於現行行政法規的檢討。那麼，怎樣檢討現行行政法規呢？這可分爲三個階段，第一階段是尋覓法規，第二階段是認識法規，第三階段是批判法規。

先說尋覓法規：這裏所尋覓謂，係查出某一問題，爲那一種法規，那一個法條所規定，如果二以上法規，或二以上法條均有規定時，確定其所應該適用的法條。這看來似很容易的事，在民刑法的研究上，亦極易學到這種能力。蓋尋覓能力的養成，由於上述基本概解之瞭解，民刑法法規所以認識較易，因爲它內容比較單純，法條的數量，也不太多，第須基本觀念清楚，尋覓并不太難。但行政法範圍廣泛，內容複雜，而又變遷頻繁，已迭如前述。所以在行政法的研究上，應養成尋覓法規的能力，俾在多如牛毛，錯亂無章的法規上，能夠尋覓何問題爲何法規所規定，而非他法規所規定，在中央法規與地方自治法規、特別法與普通法，戰時法與平時法，交相錯綜的時候，能夠辨別清楚，知所適用。在各種法規均無直接規定的時候，綜合各法規有徵條理，以探求法規的精神，決定適用的準則，尤爲學習行政法者，所應培養的能力。

次說認識法規。這又可分爲(1)文理認識，(2)論理認識，和(3)法理認識三部份分來說。所謂文理認識：即由各個法條的文字上，認識法規的含義。法規的認識，固不以文字的認識爲限，如果只看到法規的軀殼，忘却了法規的靈魂，但法條的文字，究不失爲法規內容的表徵，故認識法規，應先由文理的認識入手。細細地看每一條每一字的意義，以爲把握整個法規的基礎。但整個法規是一個有機體，各部份都有關聯，且在此一法規與彼一法規之間，亦有相當的聯繫，故於文理認識之後，要繼以論理的認識，注意法條與法條間，法規與法規間相互的牽聯，整體的來把握法規，而不是斷片的來看各個法條，以免顧此失彼，誤以一斑爲全貌。例如民法第六條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡」，如單看此條，將以爲胎兒沒有權利能力，迨看到同法第七條：「胎兒以將來非死者爲限，關於其個人利益之保護，視爲既已出生」的規定始悉胎兒亦有附條件的權利能力；如再將同法繼承編的規定，合起來看，更可看出胎兒在民法的地位，這雖是民法之例，然以此例彼，亦可見行政法規論理認識的重要了。不過文理認識和論理認識，還只是法規軀體的認識，只看到法規表面的形式，如果僅盡於此，難免以辭害意、買櫝還珠之弊；所以還要再一步爲法理的認識，認識隱藏在各條之後，領導着各個法條的立法精神，和爲各個法條所寄託的立法目的，庶幾認識法律，運用法律，不至有本末顛倒之弊，這也就是在前面說過的，不僅知其然，而且知其所以然。

最後說批判法規。尋覓法規和認識法規，都是在法規範圍內認識法規，批判法規，則跳出法

規的圈子，在法規之外，來批判法規。誠以『不識廬山真面目，只緣身在此山中』，故有在法規之外，來透徹認識法規的必要。且法規是社會生活的規則，為社會生活的工具，故認識法規，尤應具價值判斷的觀點，看它是否合於社會生活的需要？是否合於時代的潮流？立法目的和技術上，有沒有缺陷，俾法規能夠適合社會生活的需要，而盡學法律者應盡的責任。

(三)特殊問題的深入 基本概念的了解，和現行法規的檢討，固然都是行政法學研究的基本方法，但仍只是一般的研究，而非特殊的研究。在學術發達，學問各方面日趨專門化，其分工亦日見細密的現代，學術上的價值，和對於社會的意義，特殊研究尤重於一般研究，由一種意義說，一般研究只是特殊研究的手段，特殊研究，纔是目的。在複雜繁瑣，而又極具專門性技術性的行政法規，尤其如此。所以我們研究行政法學，於瞭解基本概念，檢討現行法規之後，還要注意特殊問題之深入，即在複雜繁瑣之行政法理論或行政法規中，選擇一二部份，特別加以研究，儘量搜集這一方面材料，加以分析整理和思索，俾於通曉行政法學一般理論之外，對於某一方面，還有較深的造詣，能以其專長，對學術對社會有所貢獻。且由另一方面說：特殊問題的深入，亦有助於一般的研究，加以一般通曉的憲法為例，如立志就我憲法有關立法院的規定，為深入的研究，則於有關材料，必能加意搜集，對於有關問題，亦必多加思索，其結果，對於立法院部分，固然瞭解特別清楚。但因立法院職權的行使，和國民大會，行政院，乃至監察院的職權，均有相當的關聯，其組織，亦須和國民大會，監察院等組織，互相比較，纔能瞭解清晰。於是因研究立法