

林紀東著

行政法論文集

臺灣商務印書館發行



林紀東著

行政法論文集

臺灣商務印書館發行

中華民國六十二年元月初版

行政法論文集 一冊

著者 林 紀 東

發行者 臺灣商務印書館股份有限公司

印刷及
發行所

臺灣商務印書館股份有限公司

臺北市重慶南路一段三十七號
登記證：內版臺業字第〇一三號

版權所有
翻印必究

行政法論文集目次

一、行政法學研究方法論·····	一
二、行政與司法的劃分及其結合·····	二二
三、行政法之法典立法問題·····	四一
四、行政法法典立法的表徵·····	五五
五、一般行政手續法之法典立法問題·····	七九
六、行政法與誠實信用之原則·····	九三
七、論政務官和事務官之劃分·····	一〇一
八、公務員懲戒法之檢討·····	一一一
九、公務人員之命令退休制度可否適用於法官·····	一二九
十、行政行為無效理論的轉變·····	一三七
十一、行政犯與刑事犯·····	一五三
十二、論行政犯與刑法總則之適用·····	一六一
十三、司法院大法官會議釋字第十六號及第三十五號解釋之商榷·····	一六九
十四、行政法上之損害賠償問題·····	一七七
十五、新訴願法之研究·····	一九五
十六、日本行政不服審查法之教示制度·····	二二三
十七、行政訴訟制度之研究·····	二二九

行政法論文集

林紀東著

壹、行政法學研究方法論

一、前言——法律學研究方法的重要

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，而須要高速的觀點，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，（我國歷史上，法律和法律學，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，即能得窺堂奧，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，尤爲重要纔能够一掃昔日遺風，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，更要注意方法論的必要。

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也有影響，我所以就行政法的研究方法。特別提出討論，固以供有志研究行政法者的參考，亦想藉此就法律學的研究方法。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。不過這裡所謂觀點，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。我認為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，可以分爲下列四項：(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，而後能够推陳而出新，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，收獲究竟有限，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，仙人看到他可憐，信手把旁邊的石頭一點，變成金子，叫他拿去買米縫衣，但那人不要那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？是行政法學者很有爭執的問題。舊派學者由實用的觀點出發，認為應該注意法規；他們以為行政法學的研究方法，在就各國現行法令，為系統的整理，別其異同，明其相互的關係，以為適用的基礎。新派學者，則認為行政法學不是技術，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，始能為合理之解釋，倘置法律原理及其產生之背景於不問，則僅為若干斷片之規條而已。法國學者彭納氏語。我們以為行政法學的研究上，現行行政法令，是很重要的對象，這不但因為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，始能付諸實用，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，而為有志研究行政法學者，所應肩負的任務，還因為現行行政法規，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，淪為空中樓閣。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，也和方法與內容的關係一樣，理論比法規更重要，理論是主，法規是賓，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？因為(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，尤有恃於理論的駕馭，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，那就是我們搜集題材容易，社會上的現象，處處都是我們的題材，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，都在法典上分類部居，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，如果只侷促於現實的情狀，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，迄今因時移勢異，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。蓋行政法爲行政行爲的準則，亦國家政策的表現，和政治社會關係最爲密切，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，不要爲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。我以爲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，並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，探求某一法規的立法背景，立法目的，和它所根據的基本法理，並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！例如臺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，還要再由根本處高遠處看，研究它立法的成因？它所蘊含的基本法理？由臺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，和近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、能够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，略加上述。這些觀點，雖着重點各有不同，精神實前後一貫，合而言之，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，尤必繼以批判，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，但在社會已多一參考的資料，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：這因爲如上所述：行政法學，是隨依法行政的原理，而俱來的，依行政原理的誕生，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爲遲，學理尚未成熟，所可依賴者甚少，端賴有志研究的人們，韋路藍縷，以啓山林，即需要懷疑批判和創造的精神。加以爲行政法學，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

談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，固然卑之無甚高論，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，而由基本概念的瞭解入手。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，而後始能為進一步的研究，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，尤為重要。

(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，由例證的立場說，現行行政法規，亦為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？這可分為三個階段，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，這裏所謂尋覓，係查出某一問題，為那一種法規，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。這看來似甚容易的事，在民法的研究上，亦極易學到這種能力。蓋尋覓能力的養成，由於上述基本概念之瞭解，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，尋覓並不太難，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，能够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，能够辨別清楚，知所適用。在各種法規均無直接規定的時候，綜合各法規有關的規定、依據條理、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，以免只看到法規的軀體，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：「胎兒以將來非死產者爲限，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，所以還要再進一步爲法理的認識，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，爲社會生活工具，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，俾法規能够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，如以一般通曉的憲法爲例，如立志就憲法有關立法院的規定，爲深入的研究，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，纔瞭解清晰，於

是因研究立法院組織和職權的必要，對其他機關的組織和職權，也應加注意，其結果，對於立法院的制度，固然瞭解特別清楚，對於其他機關的組織和職權，也收觸類旁通的效果。所以我們說：對於特殊問題的深入，亦有助於一般的研究。我國法學界，一向對於專題研究不甚注意，所以只有教科書，極少參考書，雖多明律之士，却少特出之才，切望有志法學者注意及此，以促進我國法學的進步！

四、研究行政法學的具體方法(一)

研究行政法學的基本觀點和基本方法，已如前述，現在再談研究行政法學的具體方法。行政法規，是行政法原理原則的具體表現，故研究行政法學的具體方法，也就是怎樣研究行政法規的問題，這又可分為立法論方面和解釋論方面，前者從行政法規條文之外，由價值判斷的立場，來研究行政法規；後者則自行政法規條文之內，由認識判斷的立場，來研究行政法規，本節先論前者。

由立法論方面看，研究行政法學（行政法規）的具體的方法，又可分為四點：(1)為立法目的和立法精神的注意，(2)為歷史的研究和比較的研究之重視，(3)為法律之社會基礎的注重，(4)為對於統制法規之特別注意，分述於下。

(一)立法目的和立法精神的注意——這是現代法學和舊日法學主要不同之一。蓋舊日的註釋派法學，基於所謂「在法言法」的觀點，只知道由法條的文字，來認識法律；恪守法條的形式，來運用法律。縱令進一步衡論法律的得失，亦不齊其本，而揣其末，只由法條文字上斤斤計較，（如某處應加一字，某處應減一字之類），而不從立法目的是否妥當着想。現代法學，則注重於立法目的和立法精神，由這一方面，來認識法律，來運用法律，來批判法律；至於法律的形式如何？法條的文字如何？寧屬次要。蓋誠