

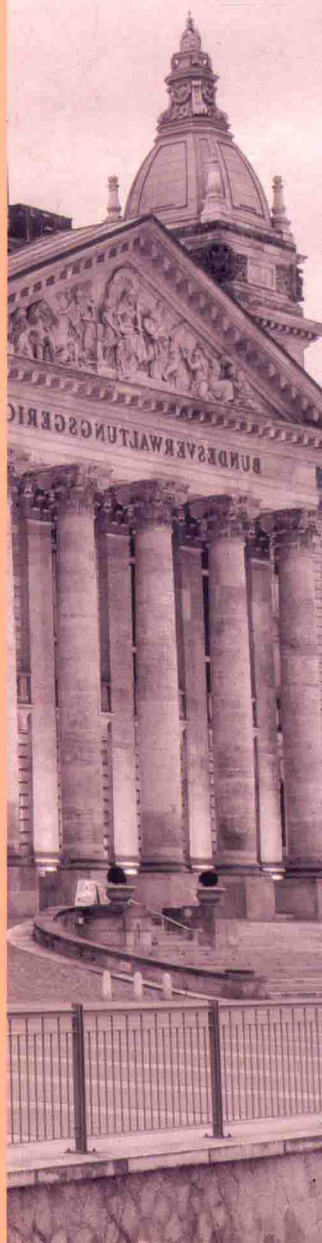
---

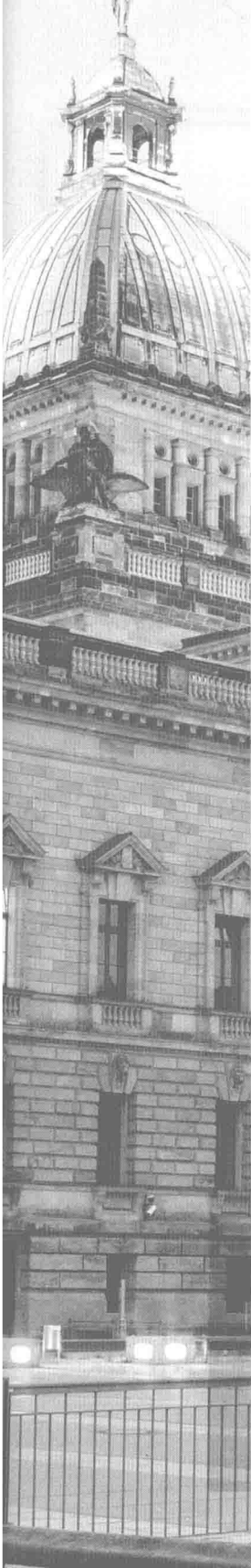
# 行政法 與 現代法 治國家

---

翁岳生 著

 三民書局





# 行政法 與 現代法 治國家

翁岳生 著

 三民書局



國家圖書館出版品預行編目資料

行政法與現代法治國家 / 翁岳生著. — 初版一  
刷. — 臺北市：三民，2015  
面； 公分

ISBN 978-957-14-5989-9 (平裝)

1. 行政法 2. 法治 3. 文集

588.07

103026940

## ◎ 行政法與現代法治國家

著 作 人 翁岳生  
責 任 編 輯 陳韻筑  
美 術 設 計 張明萱

發 行 人 劉振強  
發 行 所

三民書局股份有限公司  
地址 臺北市復興北路386號  
電話 (02)25006600  
郵撥帳號 0009998-5

門 市 部 (復北店) 臺北市復興北路386號  
(重南店) 臺北市重慶南路一段61號

出版日期 初版一刷 2015年1月

編 號 S 586200

行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號

有著作權，不准侵害

ISBN 978-957-14-5989-9 (平裝)

<http://www.sanmin.com.tw> 三民網路書店

※本書如有缺頁、破損或裝訂錯誤，請寄回本公司更換。

# 重印版序

現代法治國家須以憲法為最高基本規範，從而形成一個金字塔型法秩序之實質意義法治國家。行政法為憲法之具體化，其發展與憲政動態息息相關。

本書在第一版序中指出：「我國行政法學，深受國家動亂之影響，發展遲緩；作者欲借他山之石，注入我國行政法學的新觀念，期能有助於法治之加強，促進國家之現代化。」隨著社會發展與人權意識提高，在立法上諸如 1960 年代的中央法規標準法與訴願法、1970 年代的稅捐稽徵法、1980 年代的國家賠償法與公職人員選舉罷免法、1990 年代對於行政救濟制度進行劃時代的大幅翻修（訴願法、行政訴訟法、行政法院組織法），同時制定對於行政法法典化以及行政法總論有重大意義的行政程序法（本書所稱「行政手續法」即為「行政程序法」），嗣後，包括行政執行法、行政罰法、地方制度法、中央行政機關組織基準法、總員額法、政府資訊公開法、個人資料保護法等等，也都陸續公布施行。至今，現代法治國家應有之主要行政法已經齊備。加上司法院大法官作成許多重要解釋，如揚棄特別權力關係理論、再三揭示法律保留原則、明確性原則、比例原則、信賴保護原則等等憲法上基本原則。行政法院透過判決，不斷落實依法行政原則，保障人民權利。行政法學界積極籌辦各種國內外學術研討會，提昇行政法研究水

準；學者結合學理與實務之分析，成果相當豐碩，行政法教科書亦不斷推陳出新，行政法學的發展盛況空前。

本書係作者於1966年負笈返國十年左右發表的重要著作論文集，第一版於1976年付梓，列為台大法學叢書（二），距今將近40年，由衷盼望讀者瞭解法制背景之差異甚大。本書絕版多年，承三民書局劉振強先生厚愛，重視本書作為我國行政法現代化過程的見證，保留著原來的內容，而重行打字編排出版，特此誌謝。

翁岳生謹識

二〇一五年一月一日

## 第三版序

本書第三版付印之際，原附錄之「西德一九七三年行政手續法草案」，由於西德於一九七六年五月二十五日正式完成行政手續法之立法程序，已無保留之必要。西德行政手續法之規定，包括不少行政法之重要原理原則，實為行政法法典化之一大成就；對大陸法系國家行政法學之發展，有重大影響。故附上「西德一九七六年行政手續法」一文，介紹該法之新內容與特徵，並將該法全文翻譯附錄於後，以供參考。尚祈專家學者，繼續指正。

翁岳生謹識

民國六十八年十一月五日

於國立臺灣大學法學院

# 自序

本書包括十五篇論文，除「西德一九七三年行政手續法草案之研究」一篇外，均曾先後發表於國內各學術性刊物。其中，雖就適用之法條或所持見解，有部分之修正，但絕大部分仍照原文。

按行政法與民刑法不同，至今尚無統一之總則規定。依各國行政法法典化之趨勢而言，行政法總則之制定，將以行政手續法之型態出現；各國行政手續法多少皆含有行政法總則之規定。尤以西德行政手續法草案，有關行政法總則之規定特多，如對行政處分、公法契約等之規定，頗為詳盡，與行政法學之發展，關係最為密切，故有關此一方面之研究，所佔篇幅較多。

我國行政法學，深受國家動亂之影響，發展遲緩；作者欲借他山之石，注入新觀念，期能有助於法治之加強，促進國家的現代化。惟作者經驗有限，學識淺陋，書中立論，難免失當，尚祈專家學者，不吝指正。

本書之成，首應感激諸位師長之多年教導與勉勵，恩重如山，沒齒難忘。又付印時，承臺大法律學研究所林宗勇同學與法律學系黃國鐘同學協助校對，並此誌謝。

翁岳生謹識

民國六十五年一月三日

於國立臺灣大學法學院

# Administrative Law and Rule of Law

## Contents

1. The Concept of Administrative Act (Verwaltungsakt)
2. The Relation between Indefinite Legal Concept (unbestimmter Rechtsbegriff) and Administrative Discretion
3. On the Review of Unlawful Regulations
4. A New Tendency in Special Right-Obligation Relationship (besonderes Gewaltverhältnis)
5. The Disciplinary System of Public Employees in the Federal Republic of Germany — Comparison between the Chinese and Germany Disciplinary System
6. The Federal Republic of Germany's Draft of the Administrative Procedure Act of 1963—A New Tendency in the Codification of Administrative Law
7. The Federal Republic of Germany's Draft of the Administrative Procedure Act of 1973
8. The Federal Republic of Germany's Administrative Procedure Act of 1976
9. A Study of Austria's Administrative Procedure Act
10. Japan's Draft of Administrative Procedure Act of 1964
11. On the New Administrative Appeal Act
12. The Modernization of the Procedures at the Administrative Court (Verwaltungsprozeß)
13. The Organization and Jurisdiction of the Administrative Court in the Federal Republic of Germany
14. The Advocate of Constitution
15. The Judicial System in the Federal Republic of Germany
16. The Qualification, Appointment and Guaranty of Judges in the Federal Republic of Germany

# 行政法

與



# 現代法治國家

## 目次

重印版序

第三版序

自序

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| 一、論行政處分之概念 .....                  | 001 |
| 二、論「不確定法律概念」與行政裁量之關係 .....        | 031 |
| 三、論命令違法之審查 .....                  | 091 |
| 四、論特別權力關係之新趨勢 .....               | 109 |
| 五、西德聯邦公務員懲戒制度之研究與我國公務員懲戒制度之比較 ... | 133 |
| 六、論西德一九六三年行政手續法草案——行政法法典化之新趨勢 ... | 153 |
| 七、西德一九七三年行政手續法草案之研究 .....         | 189 |
| 八、西德一九七六年行政手續法（附錄全部譯文） .....      | 213 |
| 九、奧國行政手續法之研究 .....                | 265 |
| 十、日本一九六四年行政手續法草案之研究 .....         | 289 |
| 十一、新訴願法之商榷 .....                  | 333 |
| 十二、行政訴訟制度現代化之研究 .....             | 339 |
| 十三、西德行政法院之組織及其裁判權之研究 .....        | 367 |

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| 十四、憲法之維護者 .....               | 419 |
| 十五、論西德司法制度 .....              | 425 |
| 十六、西德法官之任用資格、任用方式及其身分保障 ..... | 453 |

# 論行政處分之概念

## 摘要

### 壹、前言

### 貳、行政處分概念形成之沿革

一、法國之 Acte Administratif

二、德國之 Verwaltungsakt

三、日本之行政行為

四、我國之行政處分

### 參、行政處分之意義

一、行政處分係行政機關之行為

二、行政處分係行政機關所為直接發生法律效果之行為

三、行政處分係行政機關之公法行為

四、行政處分係行政機關之單方行為

五、行政處分係行政機關就具體事件所為公法上單方行為

### 肆、對我國有關行政處分立法定義之商榷

## 壹、前言

行政作用法為行政法之最重要部分，而行政處分則為最主要之行政作用，故有關行政處分之問題，始終是大陸法系行政法學之中心課題<sup>①</sup>。尤其，設有行政法院之國家，咸以違法行政處分之存在，為提起行政訴訟之前提要件<sup>②</sup>。因此，闡明行政處分概念，不僅有助於整個行政法學之推展，亦有益於人民權益之保障。

① 行政處分概念，係因行政訴訟制度而產生。所以，無行政法院與行政訴訟制度之英美法系國家，亦無類似大陸法之行政處分概念。惟近來英美行政學者，亦常使用“administrative act”或“administrative action”等用語，但其涵義則與行政處分概念，仍不一致。

② 依西德行政法院法第四十七條之規定，各邦之高等行政法院，亦得被授權受理請求審查各該邦行政命令合法與否之案件。

我國一般社會上，對行政處分之意義，常有誤解，每以行政處分，泛指行政機關之懲罰措施<sup>③</sup>。處分與懲罰，似作相同之解釋。這種錯誤之觀念，甚至影響立法機關，見諸於現行法上。例如民國四十七年修正公布之出版法，在其第六章之標題上，則以行政處分代替通常所謂之罰則<sup>④</sup>。行政處分在行政法學與行政訴訟制度上，佔有如此重要之地位，而我國對此行政法上最基本概念之瞭解，似仍模糊，職此之故，研究行政處分之意義，分析其概念，成為發展我國行政法學之急務。

依一九三六年修正公布之德國符騰堡 (Württemberg) 行政法典草案第二十一條，對於行政處分之意義規定如下<sup>⑤</sup>：「本法所稱行政處分，係指行政機關對具體事件，為規律特定的關係所為之處分與決定」。「本法規定，不適用於下列情形：①公務員關係之設定或廢止，②特別權力關係內部之處分與決定」。基於上述第二項之規定，特別權力關係內部之所有處分或決定，皆不屬於行政處分之概念——公務員關係之設定或廢止，祇是其中之一例示而已。

## 貳、行政處分概念形成之沿革

行政處分並不是立法者制訂之名詞，而係學者討論行政法時所運用之概念。其淵源可追溯至法國行政法學之 *Acte Administratif*<sup>⑥</sup>，經由德國之繼受，稱其為 *Verwaltungsakt*，日本學者將其翻譯為行政行為。

### 一 法國之 *Acte Administratif*

*Acte Administratif* 是法國大革命後，學者為說明行政機關在法律之下，與司法並行，類似法院之判決，為處理具體事件，逐漸形成的概念。依德國行政法學之開山祖麥耶 (Otto Mayer) 之研究<sup>⑦</sup>，一八一〇年以後，*Acte Administratif* 之概

③ 誠然，行政機關之懲罰處置，亦係行政處分，但祇是屬於行政處分之一種而已，行政處分本身卻有其他更加廣泛之涵義。

④ 民國五十年行政院公布之證券商管理辦法第六章，亦以「處分」代替處罰。

⑤ Leopold Hegelmaier: *Ergänzungsband zur Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg*, 1936, S. 121. 這個草案，始終未能正式成為法律，但因其係集德國傳統行政法學之大成，頗受各國學者之重視。請參照：林紀東：行政法法典立法的表徵——介紹德國威敦比克邦的行政法典草案，收於行政法論集，五三年，頁五五～七七。

⑥ Klaus Obermayer, *Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt*, 1956, S. 28.

念，已普遍為法國學者所接受，而視其與法院之判決有相同之地位<sup>⑧</sup>。

## 二 德國之 Verwaltungsakt

麥耶於十九世紀之後半葉，抄襲法國 *Acte Administratif* 之概念而說明德國 *Verwaltungsakt* 時<sup>⑨</sup>，亦以法院之判決作比擬，認其為司法判決之相對物 (*Seitenstück*)。依其見解，*Verwaltungsakt* 是：「行政機關於個別事件中，規律何者為法，而對人民所為具有公權力之宣示」<sup>⑩</sup>。麥耶所為之定義，並不十分明確，因此，其後對 *Verwaltungsakt* 之涵義，學者之間，意見相當紛歧。麥耶之後，首先是柯俄曼 (Kormann) 受到 Laband 的影響，欲藉民法上之理論，以解決公法上的問題。他對 *Verwaltungsakt* 之概念，起初採取最廣義的看法，認為國家機關或公共團體之所有行為，皆概括在內。後來，他將私法行為與事實行為，以及公證、通知等準法律行為排除，而僅以具有意思表示，即有法效意思的行為，視為固有的 *Verwaltungsakt*<sup>⑪</sup>。一九一〇年柯俄曼發表「國家法律行為之制度」(*System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*) 一書，建立其以民法上之法律行為與意思表示之概念，說明公法領域內之 *Verwaltungsakt* 的理論體系。他認為 *Verwaltungsakt* 是富有法律行為性質的國家行為，而稱其為「國家之法律行為」(*Rechtsgeschäftlicher Staatsakt*)，在其心目中，唯有含法律行為的行政行為，始為典型的 *Verwaltungsakt*，柯俄曼甚至將法院之判決亦視為 *Verwaltungsakt*<sup>⑫</sup>。這種國家機關之法律行為與民法上之法律行為，原則上並無差異。國家機關之行為屬於私法上法律行為，抑或公法上之法律行為，端視其表意人是以私法上之權義主體或以公法上之權義主體而為意思表示。柯俄曼之理論，引起不少學者之共鳴<sup>⑬</sup>，

⑦ O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* Bd. I, 3. Aufl. 1924, S. 59f. ~ S. 60 Anm. 10.

⑧ O. Mayer, *Theorie des Französischen Verwaltungsrechts*, 1886, S. 91.

⑨ 德國之 *Verwaltungsakt*，是否來自法國 *acte administratif* 之概念，學者之間仍有爭論，惟多數學者仍採肯定說。

Vgl. Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 8. Aufl. 1966, S. 188 Anm. 10. 鹽野宏：オットー・マイヤー，行政法學の構造，一九六二年，頁七三、一二二以下。

⑩ 原文為 ...ist der Verwaltungsakt, ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll, O. Mayer, a. a. O. S. 93.

⑪ K. Obermayer, *Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt*, 1956, S. 28f.

⑫ K. Obermayer, a. a. O. S. 29.

⑬ 以法律行為或意思表示說明 *Verwaltungsakt* 者，似已成為德國傳統行政法學之主流。例如

成為德國傳統行政學之主流。Fleiner 承受其理論，認為 *Verwaltungsakt* 是行政官署以官方之權威所為，而以發生法律效果為目的之行為<sup>14</sup>。但他將非由行政官署所為之行為，即如法院之判決，排除於 *Verwaltungsakt* 的概念外，可是卻將通知與公證等準法律行為，亦視為 *Verwaltungsakt*。威瑪憲法時代，已享有盛名之行政法學者葉立尼克 (Walter Jellinek) 則主張，*Verwaltungsakt* 是：「行政機關對特定人所為，具有公權力之意思表示。」他雖然仍使用意思表示之字眼，但已發覺以民法上之營利業務 (*Geschäft*)，以說明行使公權力之行為的不當，尤其認為將警察處分、征收處分與征稅處分視為法律行為，頗有商榷之餘地<sup>15</sup>。由於學者之間，對 *Verwaltungsakt* 之概念瞭解不一致，故於一九二五年左右，德國已著手嘗試藉立法之作用，統一其定義。終於在一九三一年完成符騰堡行政法典草案第六十一條之規定<sup>16</sup>，並如前所述於一九三六年修正而將其規定於第二十一條。戰後，軍政府第一六五號法令之第二十五條第一項率先規定 *Verwaltungsakt* 之定義。依其規定，*Verwaltungsakt* 係指：行政機關為規律公法上之個別事件所為任何處分、指令、決定或其他處置。嗣後，柏林行政手續法與沙爾邦之行政法皆仿倣該規定，一九六三年之行政手續法標準草案中<sup>17</sup>，亦繼續採納之。至此，*Verwaltungsakt* 之概念，在德國行政法學已告確定。綜合上述說明可知，德國學者對 *Verwaltungsakt* 的意義，最初採取從廣解釋者較多，後來卻慢慢趨向於狹義的見解；開始時傾向於藉民法上之法律行為與意思表示，說明公法上之行為，這種理論長久支配著行政法學界，但近來德國行政法學者已逐漸拒絕採納這種見解<sup>18</sup>。

### 三 日本之行政行為

日本將德文 *Verwaltungsakt* 譯成行政行為，起初對其涵義，學者之意見頗為

O. Mayer, Fleiner, W. Jellinek, Hatschek 等皆從之。

<sup>14</sup> F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 4. Aufl. 1919, S. 175.

<sup>15</sup> W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 1948, S. 246.

<sup>16</sup> 請參照：一九三一年德國符騰堡邦行政法典草案第六十一條。依該條前段之規定：「本法所謂行政處分，係指行政機關，為規律個別事件之特定關係，行使公權力作成之處分或決定」。

<sup>17</sup> 西德行政手續法標準草案第二十七條前段規定：「行政處分係指官署處理公法上之具體事件所為之處分、決定或其他公權力之處置，而直接對外發生法律效果者」。請參照：拙著：論西德一九六三年行政手續法草案——行政法法典化之新趨勢，本書頁一七九以下。

<sup>18</sup> E. Forsthoff, a. a. O. S. 199ff.; Hans J. Wolff, *Verwaltungsrecht I*, 5. Aufl. 1963, S. 250.

紛歧。依田中二郎之分析<sup>19</sup>，行政行為之概念，約可分成下列最廣義、廣義、狹義、最狹義四種：最廣義說，包括行政機關一切行為，事實行為與私法行為亦包括在內。廣義說，則指行政機關之公法行為，此說在日本早期之行政法學界，頗為盛行<sup>20</sup>。狹義說認為，行政行為係行政機關就具體事件所為之公法上行為，即將公法行為中之立法行為，排除於行政行為之概念外。此說採納由德國之柯俄曼倡導而形成的傳統學說，將行政行為分成法律行為之行政行為與準法律行為之行政行為，而法律行為之行政行為，又將其分為行政處分、公法契約與合同行為，成為日本之通說<sup>21</sup>。最狹義說認為，「行政行為係指行政機關就具體事件所為公法上單方行為，此說不僅將立法行為，亦將公法契約與合同行為排除於行政行為概念之外。」此說把握德國之 *Verwaltungsakt* 自麥耶創用以來的真正意義，以及 *Verwaltungsakt* 成文化之事實，使德日之行政法學不發生差距，因而具有重大意義。同時，行政行為之措詞係純學術上之名詞，日本之法典與判例上對於行政機關之行為，並不使用「行政行為」，而於個別事件中，以決定、裁定、許可、免許、認可、特許等名之，而對其總稱則使用「行政廳の處分」、「處分」或「行政處分」。如今，採取最狹義說之結果，已使實務上行政處分之概念與學術上之行政行為，同其意義。此說由東京大學之當代名行政法學者田中二郎倡導<sup>22</sup>，京都大學方面有杉村章三郎與杉村敏正等之響應<sup>23</sup>，最近已後來居上，逐漸取得通說之地位<sup>24</sup>。

#### 四 我國之行政處分

我國之行政法學界，亦如同日本，將德國之 *Verwaltungsakt* 譯成「行政行為」<sup>25</sup>。如單純從字面上之意義觀察，這種翻譯確實相當正確。惟行政行為之概

<sup>19</sup> 田中二郎：行政法總論，昭和四二年（一九六七），頁二五八以下。

<sup>20</sup> 此說可視為日本早期之通說，美濃部達吉之主張與狹義說相類似，但因其未排除立法行為，亦可視為屬於廣義說。請參照：美濃部達吉：行政法撮要，大正十五年，頁四三以下。

<sup>21</sup> 柳瀨良幹：行政行為，行政法講座第二卷，一九六四，頁五九以下；同作者：準法律行為と行政行為の種別について，收於：憲法の諸問題，清宮四郎博士退職紀念，一九六三年，頁五六九以下。

<sup>22</sup> 田中二郎：前掲書，頁二五九以下。

<sup>23</sup> 杉村敏正：行政法講義，總論（中），一九六三年，頁八～一一。

<sup>24</sup> 園部逸夫：行政手續，收於「現代の行政」，一九六八，頁一一四，在此作者亦謂，行政行為在日本法律上之名稱為「行政廳の處分」。

念在我國雖然亦有最廣義說、廣義說、狹義說、最狹義說之分，然而行政法學界自採納日本之早期通說（即廣義說）以後，已形成特定之概念，則一致認為「行政行為」係行政機關之公法上行為，包括行政命令、行政處分、以及公法契約與合同行為等在內<sup>25</sup>。準此，行政行為乃行政處分之上位概念，而行政處分祇是行政行為之一種而已。我國判例上，對行政行為雖無概念上之說明，但每於闡明行政處分時，使用單方行政行為之字樣<sup>27</sup>。可見判例亦承認單方行政行為之外，另有雙方之行政行為存在，亦即採取行政處分與行政行為之概念範疇完全不一致之見解，與上述我國行政法學界之主張相同。因此，在我國之行政法學上，無法如同日本，將行政行為視為行政處分之學術上名詞，亦無法將行政處分視為行政行為在實務上之用語<sup>28</sup>。德國 *Verwaltungsakt* 之概念，既然已確定限於規律公法上具體事件所為之公權力處置，即與我國以及日本之行政處分的概念無所扞格，而日本之新近通說，行政處分與行政行為已無區別，故仍可譯其為行政行為；惟我國既不能變更廣義說之行政行為概念，該不能仿倣日本將其譯為行政行為，祇能依照 *Verwaltungsakt* 之真正概念，譯成行政處分，如此，亦可藉以統一學術上與實務上之措詞。上面之論斷，由訴願法第二條，對行政處分之意義作成明文之規定，而其內容與德國立法例中 *Verwaltungsakt* 之概念相同，亦可得證實。

<sup>25</sup> 如范揚：行政法總論，民四七年，頁二一九；吳庚：行政法院裁判權之比較研究，民五六年，頁四一。

<sup>26</sup> 林紀東：行政法原論（下），民五五年，頁三九一以下；管歐：中國行政法總論，民五十年，頁四一〇；史尚寬，行政法論，民四三年，頁二二以下；馬君碩：中國行政法總論，民四五年，頁二三八以下；王昌華：中國行政法新論，民五七年，頁二二一以下；范揚，前揭書，頁二一九以下；社論：論行政處分，法律評論，二四卷，六期，四七年六月。上列著作所採有關行政行為之見解，與日本早期之通說，即行政行為為行政主體之公法上行行為者完全一致。請參照：美濃部達吉，前揭書，頁四三以下；磯崎辰五郎：行政法總論，一九五三年，頁二七三。

<sup>27</sup> 這種判例很多，不勝枚舉，如四八年裁十六、五十年判四六、四七年判四十、四九年判九十、四七年裁三九、四七年判四三、四八年判九九。

<sup>28</sup> 故必須注意，目前日本行政法學界所謂行政行為係採最狹義說，視其為行政處分，與我國行政行為之概念完全不同。

### 參、行政處分之意義

依我國行政法學者之通說，所謂行政處分係行政官署就具體事件，為公法上單方的意思表示，因而發生法律效果者<sup>29</sup>。基於這個定義，可知我國學者對行政處分之說明，仍如日本之學者，深受德國傳統行政法學與柯俄曼之理論影響，借用民法上之意思表示與法律行為，解釋公法上之行為。這種說明方式，僅於行政處分設定、變更或廢止行政機關與人民之間的法律關係時，始有可能。但行政處分之概念內，並不含有類似民法上之行政機關與人民間的法律關係。即使需要處分相對人之同意，始能生效之行政處分，亦屬於公權力之單方行為，而非民法上之契約<sup>30</sup>。蓋民法上法律關係之本質為權利義務之關係，當事人之任何一方不能優越於他方。然而，大陸法系之行政法學與行政處分等公法理論，卻建立於國家與公共團體之優越地位的基本前提上。故私法上法律行為之意思表示，原則上僅為表意人自己設定義務，而行政處分之本質卻得基於法令，以單方之決定強制個人為作為或不作為為重要條件。並且，意思自由為民法之重大原則，但行政量權機關之行為，恆受法之拘束，實無意思之自由。即使行政機關享有裁量時，其裁量亦應以公益為準繩，似無「自由」之可言。因此，縱使在行政處分之中能發現意思的因素，這種公法上之意思亦與民法上法律行為之意思不相同<sup>31</sup>。例如：精神失常之公務員於無意識或精神錯亂中所為之行政處分，如該處分客觀上合法而對事件之處理又正確時，應有完全之效力，而非無效之行為。對於行政處分之效力的判斷，並非以作成處分的公務員之心理狀態為準則，而應專依該處分客觀上之關係為憑<sup>32</sup>。所以，如前所述，近來德國行政法學界，趨向於拒絕援用民法上

<sup>29</sup> 林紀東：行政法，國立政治大學公共行政企業管理中心叢書，民五四年，頁三三；管歐：前揭書，頁四三四；史尚寬：前揭書，頁二七；馬君碩：前揭書，頁二五〇；王昌華：前揭書，頁二三五；陳鑑波：行政法學，民五三年，頁三二九。

<sup>30</sup> 例如任命公務員之行為。

<sup>31</sup> 我國法學者當中，史尚寬在其「行政法論」一書中（頁二七）已指出：「行政處分與民法上法律行為中之單方行為相當，然不可謂因此即當然適用民法上之理論。民法上之法律行為，因意思表示之法律效力，原則使行為人自負義務，而在行政處分，則原則上拘束行為人以外之受動的行政客體（原文為主體，料係筆誤）。又在行政處分，行政機關意思表示，為構成行政行為，應自團體之立場為之，非如私法上行為可任個人之自由」。

<sup>32</sup> E. Forsthoff, a. a. O. S. 200f.; K. Obermayer, a. a. O. S. 45; H. J. Wolff, a. a. O. S. 250; 烏勒 (C.