

美濃部達吉著
楊開甲譯

日本行政法撮要

孝園題簽



交通大學圖書館珍藏
CHIAO-TUNG UNIV. LIBRARY

上海图书馆藏书



A541 212 0020 43138



35.1.4
857

v.1

61771

美濃部達吉著
楊開甲譯

日本行政法撮要

上卷

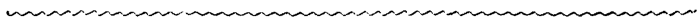
交通大學圖書館珍藏
CHIAO-TUNG UNIV. LIBRARY

考試院印行

序

日本行政法著者美濃部達吉博士，爲機關人格說之主倡者。今之政法專家，多出其門。著譯之書極多，無不風行一世。余昔年亦曾及先生之門。本書爲大地震後改訂之作，詳略各當，適於講授。兩年前楊開甲先生譯成中文。最近陳百年、徐天嘯、董道甯諸先生，又分任校正整理文字之役。我國現方有事於行政法規之整理，斯編之出，必有助於國人之參考，爰付印行而序之。

民國二十二年九月吳興戴傳賢



原序一

余所著『日本行政法』上中兩卷，於去年九月一日大地震之際，將紙版付諸焚如，邇來發行者有斐閣屢以重版發行爲請，余亦以舊著用之爲教科書，則失之冗漫龐大，用之爲參考書，則又過於周到詳密，乃遂決意趁此機會，將全部改訂，以期適合教科書之用，同時將未刊行之下卷，一併公諸於世。自去年十月初旬着手起草，依編成次第分爲各論上冊，各論下冊及總論三冊，順次刊行，於今始覩全部之完成。而將題名改爲『行政法撮要』者，蓋不外欲使本書與余去年四月所刊行之『憲法撮要』成爲姊妹篇而已。無論在『憲法撮要』或在『行政法撮要』，著者之所志務在以簡明之文字，傳達正確之智識，於極少篇幅之中，包含最豐富之內容，其目的之一也。著者此種目的，究竟已否達到，固有俟夫讀者之公平批判，惟本書較之舊著，雖于繁瑣之說明，施行省略，然于

二

稍關重要之點，仍不損其周到與詳密，而能將篇幅減至二分之一乃至三分之一者，此余所竊引爲滿足者也。若夫研究用之參考書，異日當以特殊問題刊行於世。

大正十三年三月

美濃部達吉

原序二

自本書第一版發行以來，行將三載，其間地方制度以及行政各方面法令之改正者甚多，爲適應此事實起見，實有重行修改之必要，因將全部施以改訂增補，分爲上下二卷，茲將上卷先行付刊。新版較之第一版更臻詳密，篇幅亦增加不少，而所以如此改訂者，蓋以東京帝國大學行政法一科，原定爲一學年修畢者，自今年度起，改爲二學年，而所用之教科書，亦以分爲二卷，較爲便宜故也。補正之最多者，以公共團體總論、現行地方自治制之梗概、行政訴訟諸節爲尤甚。其他各節修正之處亦復不少。惟大體之構成與論旨，無大改變。下卷已着手續訂，豫定本年十月刊行。

昭和二年三月

美濃部達吉

.....

目次

第一編 總論

第一章 基礎觀念及基礎規律

- 第一節 行政權……………一
- 一 日本憲法上之三權分立……………一
- 二 實質的意義之行政觀念……………三
- 三 形式的意義之行政觀念……………七
- 四 行政權之作用……………一
- 五 行政權之界限……………四
- 第二節 行政法……………九
- 一 行政法之觀念……………九
- 二 行政法之法源……………二二

三 殖民地行政法……………二五

第三節 公法關係……………二六

一 公法關係之性質……………二六

二 公權……………三〇

三 公法上之特別權力關係……………三四

四 公法上之法律原因……………三六

第四節 行政行爲……………三九

一 行政行爲之觀念……………三九

二 行政行爲之種類……………四一

三 行政行爲之內容……………四五

四 行政行爲之附款……………五六

五 公法上之契約……………五八

六 行政行爲之效力……………六二

第五節 行政行爲之無效及撤銷……………六四

一	行政行為之不存在、無效及撤銷	六四
二	無效行為與撤銷行為之界限	六七
三	行政行為之無效原因	六八
四	行政行為之撤銷	七五
第六節 行政上之強制執行		
一	總論	八一
二	代執行	八三
三	執行罰	八四
四	直接強制	八六
五	行政上之強制徵收	八八
第七節 行政上之損害賠償及損失補償		
一	基於行政上不法行為之國家或公共團體之賠償責任	八九
二	公法上之損失補償	九二

第二章 行政組織……………九五

第一節 國家之行政組織總論……………九五

一 行政組織權……………九五

二 行政機關之種類……………一〇〇

三 行政官廳之組織及權限……………一〇二

四 行政官廳之代理及事務委任……………一〇五

五 行政官廳之監督……………一〇八

六 行政機關之構成員……………一一一

七 委任行政……………一一三

第二節 現行官制之梗概……………一一四

一 中央官制……………一一五

二 地方官制……………一二二

三 殖民地官制……………一二八

第三節 官吏法……………一三八

一 官吏關係之法律上的性質……………一三八

二 官吏關係之成立……………一四二

三 官吏之權利……………一四八

四 官吏之義務……………一五三

五 官吏之責任……………一五九

六 官吏關係之變更……………一六九

七 官吏關係之完了……………一七一

第四節 公共團體總論……………一七三

一 公共團體之法律上的性質……………一七三

二 公共團體與自治行政……………一七八

三 公共團體之種類……………一八一

四 公共團體之設立……………一八六

五 公共團體之權能……………一八九

六	自治負擔	一九三
七	公共團體之機關	一九五
八	公共團體之監督	二〇〇
九	公共團體之消滅	二〇一
第五節 現行地方自治制度之梗概		
一	概說	二〇三
二	市町村之性質及構成	二〇五
三	市町村之機關、市町村會及市參事會	二一〇
四	市町村之機關、市町村長及其他之吏員	二二二
五	市町村之權能及其負擔	二二六
六	市町村之監督	二三七
七	市町村內之區	二四一
八	市町村組合	二四四
九	北海道及府縣	二四五

十 殖民地之地方自治制度……………二五六

第六節 各種之公共組合及營造物法人……………二五七

一 水利組合、北海道土工組合……………二二七

二 耕地整理組合、土地區劃整理組合……………二五九

三 森林組合……………二六〇

四 商業會議所、農會、水產會……………二六一

五 同業組合……………二六三

六 醫師會、齒科醫師會……………二六六

七 健康保險組合……………二六七

八 神社……………二六八

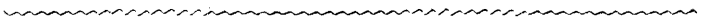
第三章 行政上之爭訟……………二七一

第一節 總論……………二七一

一 爭訟之觀念……………二七一

二	行政上之始審的爭訟	二七二
三	行政上之覆審的爭訟	二七六
第二節	訴願	二七六
一	訴願之性質、訴願與行政訴訟	二七七
二	訴願之種類	二七九
三	訴願事項	二七九
四	訴願提起之要件	二八四
五	訴願裁決之機關	二八六
六	訴願之審理及裁決	二八六
第三節	行政訴訟	二九一
一	行政訴訟之性質	二九一
二	行政訴訟之機關	二九八
三	行政訴訟事項	三〇一
四	行政訴訟提起之要件	三〇九

五	行政訴訟提起之效果	三二四
六	行政訴訟之當事者	三一五
七	行政訴訟之審理	三一九
八	行政訴訟之判決	三二三
第四節	行政與司法權之關係	三三一
一	關於行政之司法裁判所之權限	三三一
二	權限爭議	三三四



第一章 基礎觀念及基礎規律

第一節 行政權

一、日本憲法上之三權分立

行政法，乃關於行政權之法，而以行政權爲其中心觀念者也。行政權之觀念，一面與立法權相對立，一面與司法權相對立。關於立法權之法，屬於憲法學之研究範圍，關於司法權之法，屬於刑法、訴訟法及其他司法學之研究範圍。而行政法學，則以關於行政權之法，爲其研究主題者也。

國家之作用，分爲立法權、行政權及司法權三種，與三權分立之思想互相關聯。蓋所謂三權分立者，卽係將立法、行政及司法三種作用分開，使各以獨立機關行使之，爲其主義者也。日本憲法第五條『天皇以帝國議會之協贊行使立法權』及第五十七條『法院以天皇之名義依照法律行使司法權』云云者，卽表示在某程度內採用此主義之意。關於行政權，日本憲法上無特別之規定者，蓋緣統治權爲天皇所總攬，除有特別規定者外，皆屬之天皇大權故也。總而言之，立法權，天皇以帝國議會之協贊行使

之。司法權，法院以天皇之名義、依據法律行使之。而行政權，則歸天皇所總攬。此日本憲法所採用之主義也。

然吾人如欲真正理解此三權分立主義，則對於下列二點，宜有深刻之認識，庶得避免誤會。

(一)直接分國家之作用爲立法、行政、司法三種，論理上，原不正當。自論理上言之，國家之作用，首先宜分爲立法與廣義之行政兩種。而於廣義之行政中，更分爲司法與狹義之行政兩種，方爲正當。何則，立法與行政之區別，及司法與行政之區別，其區別之標準互異故也。

立法與行政之區別，在乎行爲之性質不同，非因其目的之有異也。立法爲制定法規之行爲，而行政則爲依據此法規而活動之行爲。二者之區別，全在於此。如由目的言之，則立法與行政，皆爲完成國家目的之要件。必二者相合，始能達到同一之目的。故僅依目的爲標準，決不足以區別此二者。

司法與行政之區別，全在目的之不同，非因其行爲之性質有異也。自性質言之，司法與行政，同爲法規下之國家活動，在此點上，二者無由區別。所可區別者，在於司法以達成民事刑事之目的爲其作用，而行政則以達成其他之國家目的爲其作用而已。

以此之故，直接分國家之作用爲立法、行政、司法三種，使標準不同之觀念，同時並立，實難免非難。立法爲制定法規之國家作用，故可與之並立者，必爲與之相對之國家作用，舉凡依據此法規而活動

之一切國家作用，皆與立法之作用相對。所謂廣義之行政，即指此而言。在此意義之下，司法包含於行政之中，蓋司法爲民事及刑事之行政，故以廣義言，司法亦行政也。與司法爲相對意義之行政，則指除此以外之行政也。

(二)日本憲法在某程度內固爲採取三權分立主義者，然不得視之爲完全意義之三權分立。立法權、司法權及行政權決非完全分離者，僅於相當之程度內，有獨立之地位耳。

第一，立法權與行政權同屬之於天皇大權，而非互相分立者。二者之所異，僅在原則上，立法須經議會之協贊，行政則不須其協贊已耳。司法權雖略近獨立，然法官尙爲天皇之所任命，與行政權並非毫無相關者也。日本憲法上之三權分立，僅爲相對的分立，而非絕對的也。

第二，即在相對的意義上之三權分立主義，亦有多少例外。如立法權，天皇經議會之協贊行使之，司法權，由法院行使之，行政權，天皇不依議會之協贊而行使之等，雖爲憲法上之原則，然此原則，亦非完全貫徹而毫無例外者也。立法權之行使有不必經議會之協贊者。司法權之行使有不屬於法院者。而行政權有時亦有經議會之協贊。或由法院行使之者。在三權分立之原則中，此種例外，不遑枚舉。因此之故，立法、司法及行政之觀念，各有其實質的意義，而形式的意義之區別。試詳論之如次。

二、實質的意義之行政觀念

自實質的意義言之，行政者，除關於民事、及刑事之部分外，凡在法規下所行之一切國家作用之謂也。

(一)行政者，行於法規下之作用也。立法為制定法規，行政為在法規下之活動。立法與行政之區別，即在於是。

於國家人民間規定一種新的意思之規律，有拘束雙方之效力者，謂之法規。有以習慣，條理為基礎，而成為不成文法者，有以國家之統治權為基礎，而制定為成文法者。以國家統治權為基礎而制定成文法規之行為，謂之立法。而行政則為在此既定法規之下達成國家目的之一種行為，故曰，行政者，行於法規下之作用也。

然以行政為行於法規下之作用，而謂行政全無規定法的規律之意，則又不然。國家與人民間之意思規律，大概非僅依立法所得完成，通常必有待於立法與行政二者相互為用，始克完成之。惟行政不得規定法規所未承認之新規律。從法規之所定，以完成其規律，乃行政之主要任務也。

行政對於法規之關係，得分為四種(甲)有時法的規律之成立，直接依法規而完成，不須有何等之行政行為者。例如依據法律，以有一定之資格者為選舉權者，其權利之發生，直接由法律所賦予，非有待於何等之行政行為而始克完成之類是也。(乙)有時法規所規定之規律，須依行政行為具體化後而始

克完成者，是謂法規之執行。自抽象的形式觀之，其規律雖已規定於法規，然現實之效果，必待行政行為執行之後始行發生。例如納稅義務，雖已規定於租稅法，然其義務之現實必依行政行為受有納付一定金額之命令後始行完成之類是也。(丙)有時法規僅將規律之根據規定，至由此根據而為現實的規律之規定，則於一定界限內，委之於行政行為，是謂法規之授權。例如警察官廳基於法規之根據而行禁止，停止或制限不正當營業者之類是也。此非依據法規而直接給以權利，命以義務，法規祇將其根據規定，而於一定界限內，授其權於行政行為耳。在法規執行之場合，行政唯有依照法規之所定，使之實現於現實之際，毫無自由裁量之餘地。而在法規授權之場合，則行政得於授權之範圍內，依自己之裁量而規定規律。但其規律，非新的規律，乃法規所預想之規律，是則與立法有不同耳。(丁)有時法規僅有制限行政作用之意義。在直接不影響於人民權利義務之限度內，行政作用有以自由為原則者。例如國家建設鐵道，與辦學校，設立郵局之類是也。此等行政行為，於國家人民間並無強要的規律，故就其性質言之，不屬立法，乃屬於行政之自由活動。惟關於此等作用，依照法規之規定，亦有國家所應遵守之準則。在此場合，行政務須遵守其制限。是謂法規對於行政之制限。

所謂行政為行於法規下之作用者，係總括以上之各種關係而言者也。無論在何種關係，行政不得破壞既定之法規，亦不得給與或命令既定法規所未承認之新權利或義務，應於法規之下行使其執行法規

之權，或在其授權之範圍內，或在其規定之制限內活動也。

(二)關於民事及刑事之作用，不包括於行政觀念之內。民事(法政)作用，乃國家干預私法關係的秩序保持之作用。刑事作用，爲國家對於犯罪者處以刑罰之作用。此等作用，自實質上言之，卽爲司法。而所謂行政者，係除司法外行於法規下之一切國家作用也。

司法之觀念，有廣狹兩種意義。自其狹義言之，司法僅爲民事裁判之意，自其廣義言之，則凡關於民事刑事而行於法規下之一切國家作用，皆屬之於司法。無論自任何意義言之，司法與行政，性質上毫無差異，所不同者，惟其目的而已。或有謂狹義之司法與行政，其性質上，有判然之區別者，然非吾人所能承認者也。此說之要點有二，第一、司法以適用法規之規定於實在之事例爲唯一目的。反之，行政則以依法規之適用而得一定之結果爲目的。法規在司法爲目的，在行政爲手段。第二、司法以適用法規爲目的，故其本質常止於實現法規之所規定，而無自由裁量之餘地。反之，行政則在法規之制限內，以依據自由裁量而活動爲其本質。法規對於司法爲至上命令，須絕對服從。而對行政則僅爲一種制限，在不破壞制限之限度內，得以自由活動者也。以予考之，此兩種區別，與司法、行政之全部未盡相符，僅適當其一部分而已。須知行政作用亦有以法規之適用爲其唯一目的，而全無自由裁量之餘地者。例如每屆選舉，作製選舉人名簿，決定投票之效力，決定當選人等，皆屬此例。司法

作用亦有以獲得一定之結果爲目的，而在法規之範圍內，有自由裁量之餘地者，刑事裁判，卽屬此例。惟民事裁判，其原被告之執勝執敗，與國家無何等之利害關係，國家唯嚴正的宣言法規之所定而已足，故其目的純在法規之適用，而無自由裁量之餘地。然此種情形，在行政行爲上，亦不乏其例，一切之確認行爲，皆具有此性質者也。要之，司法與行政之區別，僅在於一爲關於民事刑事之作用，一爲關於其他之作用之一點而已。至於行爲之質性，則二者所具，完全相同。

(三)行政者國家之作用也。在實質上，行政作用之大部分，往往有與私人之生活行動難以區別者。立法權及司法權，常以國家之支配權爲前提，故自實質上言之亦爲國家特有之作用，在私人行動中鮮有與之比者。而行政權則不然，其作用，除權力的行爲外，尙包含有多量之非權力的作用，而其非權力的作用，大抵與私人之行動同其實質。蓋行政爲國家管理自己及社會的利益之作用，而管理作用，不必定須支配權故也。行政作用之所以異於私人行動者，全在其作用之出自國家。因其爲國家的作用，故具有公的行政之性質，得與私的行動相區別。

二、形式的意義之行政觀念

(一)行政在原則上不經議會之協贊，又不委任之於法院，歸天皇親自總攬，或由國務總理之輔弼，躬行其政，或命直屬各種機關代其行事。爲處理行政所存立之此等機關，稱之曰國之行政機關。有時

又有以其一部分之行政權付之於公共團體，而承認其爲自己之目的以處理之者。公共團體之作用，雖非直接由國家行使，然其淵源，乃發自國家，原有國家事務的性質，故亦屬於行政之範圍。所謂形式的意義之行政者，即指屬於國之行政機關及公共團體權限之作用而言也。

(二)形式的意義之行政，可分爲國之行政與公共團體行政二種。國之行政，更得分之爲國的直接行政，與委任行政二種。(甲)國之直接行政者，謂由天皇之親裁或由隸屬於天皇下之行政機關所行使之作用也。所謂隸屬於天皇下之行政機關者，指除屬於宮中及軍隊者、並法院、檢察廳及其他司法機關外，凡秉承大命而擔任國務之其他一切機關而言。如行政法院、會計檢查院等之獨立機關，亦爲行政機關。(乙)委任行政者，謂國家不依自己之機關而委任之於他團體或個人行使之作用也。關於委任行政，容於後節論之。(第二章第一節六)(丙)公共團體，爲自國家獲得其目的之團體，處於國家之下，以國家事務爲其存立之目的，其由此目的而行使之作用，與國之直接行政，同具有公的性質。其作用，自實質言之，雖有屬於立法者然形式的意義之立法觀之，僅限於專經議會之議決而行之作用，故公共團體所行之作用，不問其實質之如何，自形式的意義言之，皆屬於行政。

(三)形式的意義之行政與實質的意義之行政，其範圍不同，一面較廣，一面較狹。

(甲)形式的意義之行政，包含國之行政機關權限內所屬的一切作用。而國之行政機關，除掌握實質

上之行政事務外，並兼行立法及司法作用之一部。故形式的意義之行政範圍，自實質言之，除行政外，尚有及於立法及司法者。

第一，立法權，以須經議會之協贊爲原則，然例外亦頗多。性質上雖屬立法行爲，然在特殊之情況，或關於特殊之事件，不經議會之協贊而行之者亦復不少，其例外之直接爲憲法所承認者，有（1）緊急命令^{（八）}（2）獨立命令及執行命令^{（六條、九條、一〇條、一一條、一二條、一五條、一六條）}（3）國際條約^{（一三）}三種。不直接以憲法爲基礎而由法律之所規定者，有委任命令。總稱此等爲依行政權之立法，實質上本爲立法行爲，而在形式上，則爲行政權之行爲也。

第二，實質上屬於司法權，而形式上則屬於行政機關之權限者，其例尤多。憲法第五十七條所云「司法權由法院行使之」之司法權，僅指民事及刑事之裁判而言，非包含關於民事刑事之一切作用者，故民事刑事之裁判，原則上，雖由獨立之法院行使，然亦不無多少之例外，尤以關於刑之宣告爲然，如警察犯之拘留、罰鍰之刑，警察署有即決處分之權，財政犯之罰金、罰鍰沒收之刑，地方財政廳有通告處分之權是也。至關於裁判以外之民事刑事的作用，因不必以法院之行使爲憲法上之要件，故或爲司法機關之權限，或爲行政機關之權限，一視實際上之便宜如何而定。就刑事而論，司法警察、刑之訴追、及刑之執行，原則上，屬諸檢察官所掌管。而檢察官附設於法院，爲司法機關之一部，因而

屬於檢察官所掌管之作用，即自形式上言之，亦屬於司法。然檢察官須受司法部長之指揮監督，在此限度內，亦受行政機關之干預。且檢察官之外，警視總監、府縣知事及其他之地方警察機關，亦有司法警察之權。就民事言之，民事裁判之外，非訟事件，大抵概為法院之所掌管，然關於著作權、工業所有權、鑛業權及漁業權等之非訟事件，則又屬於行政機關之權限，故自形式上言之，亦屬於行政作用。

(乙)在一方面實質上雖屬於行政作用，而其權限則並不屬於行政機關，因而自形式意義言之，為不屬於行政範圍者。

第一須區別者，為屬於皇室及軍隊之作用。日本現在之國家組織，主義上，係將皇室事務、軍令事務，及國家事務分離，於天皇之下，各設別種機關以掌之。蓋天皇為國之元首，為皇室之家長，為軍之大元帥，國家事務、皇室事務及軍令事務一切皆為天皇所總攬。然輔弼天皇及秉承大命以分掌其事務之機關，三者原則上則互相分離。國務機關 概稱之曰政府，皇室機關，稱之曰宮中，而軍令機關則為軍隊。形式的意義之行政，專指屬於政府權限內之作用而言，由宮中軍隊所行使者不與焉。

第二須區別者，為實質上屬於行政，而必以議會之協贊行之，或屬於司法機關的權限內之作用。前者之例，如國之歲出入豫算是也。後者之例，如報紙之發行禁止，屬於刑事法院之權限，眾議院之選

舉訴訟，屬於民事法院之裁判是也。此二者自形式的意義言之，皆不屬於行政。

四、行政權之作用

形式的意義之行政權作用，自其實質觀之，可分爲以下各種類。

(一)組織 一切法人，皆爲組織體，其存立之第一要件，在有機關之組織。國家及公共團體之成立，必不可無組織，他之一切法人，皆存立於國家之下，基於國家之承認，而享有其人格者，故關於其組織之法則，必須依國家之意思而定，僅在國家所容許之範圍內，得以自己之意思定之。而國家則反是，不受他者之支配，其一切組織，皆爲國家之所自定。此種作用，謂之爲國家自主組織權。自主組織權之作用，得分爲釐定關於國家組織之法則之作用，與依其法則以完成組織之作用二種。關於組織之法則，一部分屬於憲法，一部分屬於行政法。其屬於行政法者，於本編第二章論之。在國家之下，公共團體在國家所容許之範圍內，亦有自定其組織與實行之權。關於公共團體之組織，亦於第二章詳述之。

(二)警察 國家有一最主要之目的，卽爲維持社會之秩序，保護國民生活之安全，所謂國家之治安目的者是也。欲圖達到此目的，必須有種種之作用。法政，及刑政，固皆爲此目的而設者，卽軍備亦何嘗不爲保持國內平安而存在。然其中最要者，莫如命令人民與強制人民之作用。此種作用，是爲

警察。其行使命令強制之國家權力，謂之警察權。

(三)保育 現代之國家，僅依司法及警察以保持社會之安寧，不得謂爲已完成其國家之目的也，必進而以開通社會之文化，增進國民之福利爲其一種重要任務，所謂國家之文化目的者是也。國家爲謀達到此種目的計，或自爲大企業者，經營不適於私人自由經營之各種事業，或對於民間之事業，與以保護獎勵，或賦課人民以各種負擔，而策此等事業之進行。在國家之下，公共團體於國家所容許之範圍內，亦有行使此種作用之權，其中大都市所經營之事業，其種類尤爲繁多。國家或公共團體爲文化目的所行之作用，謂之保育。警察專爲命令強制之作用，而保育則以非權力的設施爲其本體，此爲保育之一大特色。

(四)法政 達到治安目的之一種最重要手段，在制定社會各人相互間之法的規律而維持之。各人相互間之法的規律，卽爲私法，國家爲保持此種私法關係之秩序而有所干預之作用，稱之曰民事行政或法政。法政之作用，原則上屬於司法權之範圍，非行政法所得論列者。但法政作用中之非訟事件，一部分屬諸行政官廳之權限，自形式的意義言之，屬於行政權之範圍，故在此限度內，亦須於行政法中論究之。

(五)軍政 國家爲保持其國際上之地位與維持其國內之平和，必須有強固之武力，而實現其武力者

，厥爲軍隊。編制軍隊以及其維持管理並因此而賦課人民以負擔之國家作用，謂之軍政。

(六)財政 國家爲謀達到其一切目的計，不可不有財力。國家維持管理其財力及因獲財力而賦課人民以負擔之作用，謂之財政。財力之需要，不僅國家爲然也，即在公共團體，爲貫徹其目的計，亦不可無財力。故財政作用之在公共團體，亦屬必要。

(七)外交 國家立於世界列國間，爲維持其地位，而與其他之各國構成國際社會。故國家不僅對內有統治人民助長公共福利之任務，且對外與列國交涉，保持其國際上之地位，保護在外僑民之利益，及與列國互相提攜而確保世界和平，貢獻文化等亦爲其重要之任務。所謂外政者，即遂行此任務之國家作用也。外政之作用，固非與行政法全然無關者，如管外政之任之國家機關的組織權能，係依國內法而定，則其屬於行政法之範圍可知。然因其作用以依據國際法爲主，故關於外政之研究，宜屬於國際法之範圍，非本書之所論。

(八)刑政 國家達到治安目的之手段，除警察及法政外，尙有刑政。刑政云者。乃對於擾亂社會秩序之行爲，嚴行禁止，敢出此者，則屏諸社會之外，或重罰重懲嚴加制裁以促其改悛等類之作爲之謂也。此種制裁，謂之刑罰。科處刑罰之國家權力，謂之刑罰權。所謂刑政者，即此刑罰權作用之全部也。刑政作用，屬於司法權之範圍，爲刑法、刑事訴訟法及監獄法之所宜研究，非本書之所論也。

(九)行政訴訟 行政爲行於法規下之作用，以不得違反法規爲要件。故若行政作用之運用有違反法規時，近代之國法，通常皆許人民得以訴訟手段爭之，務期保持法規之正當適用而使無流弊之發生，所謂行政訴訟者，卽爲此目的而設者也。行政訴訟與民事訴訟有別。民事訴訟屬於司法權之範圍，而行政訴訟則歸行政權所管轄。

五、行政權之界限

專制政治時代，人民對於官吏之命令，殆立於絕對服從之地位。在此時代，行政權雖非全無限制，亦有種種法令之規定，足以視爲行政作用之準則，而官吏又常爲上官之訓令所拘束，然其時法令與訓令間，無明確之區別，縱令官吏違反法令，亦僅對於上官負責而已，人民毫無抗議之權利，又在法令所未規定之範圍內，官吏得依「已之判斷以命令人民也。

反之，立憲政治，係以法治主義爲原則。法治政治，乃依法律而行之政治，不獨司法權之行使須依法律，卽行政權之運用亦須依據法律者也。人民對行政權之關係，非絕對服從之關係，乃爲法律所規律之關係。行政官吏僅從法律之規定得要求人民之服從，如其作用而有違反法律，則不僅對上官須任其責，且對於人民亦爲不法，人民依法律之所定，有抗議之權利。卽在法律所未規定之範圍內，官吏亦以不得發布任何種類之命令爲原則。關於人民之權利義務，無論有何新規律之規定，唯依法律得

以爲之。

此原則之例外，除依據習慣法或理法者外，僅於依行政權之立法見之。實質上屬於立法之作用，而在依行政機關得以行使之範圍內，行政機關得爲與立法權相等之作用，如依緊急命令、獨立命令、執行命令、委任命令或條約等，於一定界限之範圍內，得規定關於人民權利義務之新規律是也。除此以外，行政作用，常須行於法規之下，不得規定新的規律。

由上所述，在立憲政治，關於行政權之界限，發生左之四重要原則。

(一)行政權之作用，不得與法規相抵觸

一切法規，不問其以法律、條約、命令等任何形式所規定，要皆有拘束行政權之力，不得以行政作用破壞之。法規對於一切之行政作用，實爲不可侵犯之界限。且不僅對於法律或上級之命令不許抵觸，即對於行政機關自身所定之命令，除得以同一形式之命令變更外，亦不許以行政作用爲抵觸之行爲。

法規與長官之訓令有異，對於國家與人民雙方有拘束力，此爲其一大特色。一切行政機關，對於人民受有遵守法規之拘束，而人民對於國家，有要求行政作用須依法規以行使之權利。爲使此種權利發生實效起見，乃特有行政裁判制度之設，在行政作用違反法規時，使人民得提起行政訴訟，以要求國

家矯正。惟行政訴訟之提起，並非一切行政作用一經違反涉規，即概行許可者，其所得提起者，依法律而有一定，凡關於不得提起行政訴訟之事項，人民要求行政作用適法運用之權利，僅賴行政權之自制，得收其實效，縱令行政作用之爲違法。人民亦無抗議之方法。

(二)行政權若非以法規之根據爲基礎，則不得命令人民以義務，或侵害其權利。

近世法治主義之原則，係以人民對國家之服從義務爲國法上所限定之義務，除國法所規定者外，雖以國家之權力，亦不得制限人民之自由，侵害人民之權利。日本憲法第二章曰臣民權利之保障云云，即所以表示此原則者，其各條之規定，非僅關於所列記事項，承認人民之權利，關於其他事項，則否認其權利也。憲法之原意，蓋在保障人民之自由，及其財產之安全，非依據法律，則不得侵害之也。惟日本憲法與他國有異，廣認警察命令之大權(九條)，在警察上必要之限度內，有得以命令創設制限人民自由之規定，故在此限度，制限人民之自由，不必定依法律之規定。然至少須有以法律或命令、條約、習慣法等之某種形式所規定之法規，否則不得命令人民以義務，侵害人民之權利，此亦爲日本憲法所承認之原則，乃毫無疑義者也。

由此原則，又發生次之原則。即凡依行政行爲一旦設定人民權利免除義務時，行政權本身，亦因之而受拘束，如不根據法規，則不得取消之。蓋於設定權利，免除義務後，而再行取消，是等於侵害權

利，命令義務之行爲也。關於行政行爲之撤銷，當於後節論之（第五節）。

（三）行政權，若非根據法規，則不得對於特定人免除法規所命之義務，或爲特定人設定權利。

法規對於人民所課之一般義務，行政機關必須執行之，除依法規特認有免除之權限者外，行政權不得任意免除其義務。在私人相互之關係，原則上，私人得任意拋棄自己之權利。然在國家與人民之關係，國家之拋棄權利，僅得依立法行之，而非行政權自由裁量之範圍。蓋法規對於一切情事，須同樣適用，若於各個之事例，免除法規所命之義務，卽爲違反法規之執行也。

不依據法規之所定，而爲特定人設定權利，亦屬違法。各人僅依法規之所定，得享有權利，而法規之所定，對於各人，須平等適用。倘爲特定人而設定法規所未認定之特權，是與法律前各人平等之原則相反，非行政權範圍內之職權也。

（四）縱令行政權之自由裁量爲法規所許予，而其裁量權，亦須依其所許予之界限，循其所許予之內容，服從法規之制限。

一切行政作用，雖受法規之拘束，然法規不能將行政作用之準則巨細無遺，一一爲之規定。通常恆於某範圍內，許予行政機關得依自己之判斷。而爲適當之處置，所謂行政權之自由裁量者是也。然行政權之自由裁量，法規上，尚須受兩種制限，一爲關於裁量權界限之制限，一爲關於裁量權內容之制

限。

(甲)行政權之自由裁量，恆須在法規範圍以內，不許超越法規所定之界限。苟踰此界限，則爲裁量權之超越，不免爲違法之行爲。

(乙)關於自由裁量之內容，須區別論之。(一)在成文法規之明文上，雖似任諸行政機關之自由裁斷，然因尙有不成文法之規定，行政機關之判斷，因之須受其拘束。此得稱之曰法規裁量，命令人民以義務，侵害人民之權利等行政行爲，通常皆屬此類。蓋制限人民之自由及權利，僅限於公益上所認爲必要而不可缺者，乃近世國法上之原則，非因公益上之必要而課以制限，是國法之所不許也。此種自由裁量之內容，僅止於認定何種制限爲公益上所必要。如認定有錯誤，課以不必要之制限，則爲裁量權之誤用，仍不免爲違法之行爲。(二)不僅成文法規容許行政機關之自由判斷，且亦無拘束行政權之不成文法，行政機關得全依自己之所信，爲適當之決定者。此得稱之曰便宜裁量，真正之自由裁量，毋乃在是。爲人民設定權利，授與利益之行爲，通常皆屬此類。何則，除有特別成文法規之規定外，人民無要求授與權利或利益之權利故也。其他凡與人民之權利義務無直接關係之行爲，當然屬於行政權之範圍，除成文法規上有制限者外，行政機關恒得自由裁量。在此範圍內，縱其裁量有誤，亦不過爲公益上不適當之行爲而已，非違法之行爲也。

第二節 行政法

一、行政法之觀念

行政法者，爲國內公法之一部，規定行政權之組織及國家公共團體與其所屬人民間之關係者也。

(一)行政法者公法也。法而有公私之分者，蓋與人類之法律生活有公生活私生活之別相照應者也。公法爲公生活之法，國家及公共團體之法皆屬之。私法爲私生活之法，個人及私團體之法皆屬之。

通說公法與私法之區別，在於一爲權力關係之法，一爲平等關係之法。然以余考之，殊屬不當。公法中如國際公法之爲規定國家間對等關係者，固不待言，即在國內法中，如國家與人民之關係或公共團體與其所屬人民之關係，亦不必恆爲權力關係。國家除以警察權、刑罰權、財政權、裁判權等權力支配人民外，又自爲大企業者，經營各種事業，創設公的設備及爲其他各種非權力的設施，以爲公共謀利益。關於此等作用，國家與人民之關係，決不得視爲權力者與服從者之關係。至於公共團體，則其所有之權力，僅限於極狹小之範圍，其主要任務，全在經營不行使權力之各種公共事業。

又有以公法與私法之區別，在於一爲公益之法，一爲私益之法者，此亦不當之說也。公法中亦有以保護私益爲其主要目的者，如刑法之大部分，民事訴訟法等是也。他方面私法中，以公益爲主者亦不

少，如民法中關於公的秩序之規定是也。

公法與私法之間，性質上，決無若是判然之區別，其區別之要點，在於公法為規律國家、公共團體及在此等團體之一員的地位之人類的生活者，而私法則為規律各個人及私團體之生活者也。

因公生活與私生活性質上之差異，公法與私法當然亦異其原理，隨而行政法亦自為特殊之研究題目，以與私法相區別，然以二者為全然異其性質與原理，則未免過當。在昔專制時代，行政權與人民之關係，純然為權力服從之關係。反之，在現代法治主義之國法，雖曰國家，而自其為行政權之主體言之，亦僅得依法規之所定，對於人民主張權利，而人民亦得依法規之所定，對於國家、對抗權利。兩者之關係，非權力服從之關係，乃為由法規所規律之權利義務關係，與私人相互間之關係初無二致。故關於公法之原理，與私法上之原理相類似者頗多，法學上之各種觀念而為公法與私法之所共通者亦復不少。例如意思表示、法律行為、契約、法人、代理、時効、條件、債權、物權、所有權、不當利得、損害賠償、事務管理等，雖為關於私法而發達之觀念，然其實多與公法共通。從來普通之學說，關於公法與私法之區別，實未免過於重視。行政法之正當研究，惟有正確的認識公法究至如何之限度為與私法之共通原理所支配，究在如何之限度為與私法異其原理，其庶幾得以達到此目的。關於公法與私法之區別，容後論之（第三節）。

(二)行政法，爲行政權之法。在此點一面與憲法相區別，一面與司法法相區別。

憲法與行政法之區別，在一爲國家之基礎法，以國家爲其中心觀念，一爲行政權之法，以行政權爲其中心觀念。憲法學，專研究關於國家之構成並其組織作用之基礎法，而行政法學，專以行政權之組織及作用爲其研究對象者也。唯兩者之界限，非判然分離者，行政權爲國家之一方面，非與國家相對立，因而行政法亦非以平等之地位與憲法相對立，行政法成立於憲法的基礎之上，憲法之所論爲關於國家全般之基礎法則，而行政法不外就其行政權之部分，爲詳密之研究而已。

行政法與司法法之區別，在一爲行政權之法，一爲司法權之法。所謂司法法者，除屬於私法者外，如刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法、人事訴訟法、非訟事件手續法、破產法、和議法、法院構成法、監獄法等凡關於司法權之組織及作用之法皆得稱之。此等司法法，自其爲國內公法之一部言之，與行政法無少差異。然爲特別之研究題目，不屬於行政法之範圍。

(三)行政法，可分爲行政組織法及實質的行政法二部。

行政組織法之目的，在闡明行政權係由何種機關所行使，含有國家之行政組織及公共團體之組織兩者。國家之行政組織，自其廣義言之，雖亦包含君主，然君主並君主之代表、輔弼及顧問機關皆歸憲法所論究。國之行政組織而屬於行政法之研究者，僅爲在君主之下，分掌行政事務之機關組織而已。

實質的行政法者，爲關於行政權主體之國家或公共團體與其所屬民間之關係之法也。行政權主體之國家或公共團體與民間之法律關係，雖爲公法關係，與私法關係多少異其性質，異其原理，然其同爲法規所規律之關係，則二者無或少殊，已如前述。國家民間之此種法的規律，係隨現代法治主義之發達而始行產生者，行政法學之發達，所以較之法律學其他之部門爲最後者，以其研究對象之法的規律之發生，比其他之區域爲最新故。實質的行政法，係以此種法的規律爲論究之目的，而爲行政法學之主要的研究題目也。

(四) 自他點觀之，行政法又得分爲行政法總論及行政法各論二部。

行政法總論以研究行政全部所共通之法則爲務，其所論者，可分爲三種。(甲) 公法關係及行政行爲通論(乙) 一般的行政組織法(丙) 行政訴訟法是也。此三者於本書第一篇論究之。

行政法各論以研究行政各部門之特別法則爲務，其所論究之範圍極廣，然大體得分爲(甲) 警察法(乙) 保育法(丙) 法政法(丁) 財政法(戊) 軍政法之五區域。於本書第二篇論究之。

二、行政法之法源

行政法之法源，與一般國法之法源同，得分爲制定法與非制定法兩種。

(一) 制定法。制定法之爲行政法法源者，非若民法之有包括的法典，係由無數之法令而定者也。其

種類如左。

(甲)日本帝國憲法 日本帝國憲法主要雖爲憲法之法源，然在規定行政基礎原則之限度內，同時又爲行政法之法源。

(乙)憲法施行前所傳來之法令 憲法施行前之法令，不問其名稱之爲何，除因後法而歸消滅者外，即在憲法施行後，亦繼續有效。其所規定之內容，憲法上須以法律定之者，則有法律之效力。改正時亦須以法律行之。

(丙)憲法施行後之法令 此爲現時行政法最主要之法源，其形式有法律、勅令、閣令、部令、廳令、府縣令、北海道支廳令等之別。勅令以下總稱之曰命令。法律須經議會之協贊而定，而命令則不經其協贊者也。命令除緊急命令外，不得與法律相抵觸，凡有抵觸者，皆爲無效。命令中因其所發之機關不同，其效力亦有輕重之別。勅令之效力最強，閣令、部令次之，廳令、府縣令又次之，支廳令其最弱者也。

(丁)國際條約 國際條約之內容有關於國民之權利義務時，直接有爲國內法規之效力，因而爲行政法之法源。例如關稅條約、通商航海條約、著作權條約、工業所有權條約、萬國郵政條約、電信條約等是也。

(戊)地方團體之自治法規 國家制定法規外，地方團體，在其自治權之範圍內，有制定在其地域內發生效力之法規之權。自治法規，在國家之制定法規下有其效力，而不得與之相牴觸。

(二)非制定法 不由立法權者之制定，而有法之效力者，謂之曰非制定法。非制定法更得分爲習慣法及理法二種。

(甲)習慣法 習慣法而爲行政法之法源者，更得分爲三種，卽判例法、行政先例法、民衆的習慣法是也。(1)判例法者，係謂法院之判決例反覆行之因而得社會之法的認識，至有爲法之效力者也。法院之判決，雖僅有拘束該事件之效力，然苟無特別之反對理由，卽關於後之事件，通常亦得依先例以判決，故關於同樣之事件，反覆與以同樣之判決時，自然至認識爲將來繼續有效之規律，發生爲法之效力。判例法而爲行政的慣習法者，雖以由行政法院之判決而發生者爲主，然司法院對於行政事項之爲先決問題者，亦有決定之權，因而其判例，亦得爲行政法之法源。(2)行政先例法者，行政機關之實際上處置，尊重之爲先例，因而至有爲法之效力者之謂。其所以具有爲法之效力者，全與判例法同其根據。(府縣制二條，市制二條，町村制二條，關於府縣市町村之事務承認有依慣例歸屬於此等團體之事務者，卽爲法律所認行政先例法的效力之一例也。)(3)民衆的習慣法者，係謂由人民間多年繼續所行之事實而成爲法者，雖爲私法之法源，然在行政法之區域，各地方之人民間多年繼續所行之事實，至認識爲法者，其例亦不少，尤以關於河川及其他公物之使用權者爲更多。(市制一〇條及町村制九〇條，依舊來之)

慣行市町村住民中有持有使用市町村財產或營造物之權利者時，定爲得依其習慣，此即法律承認民衆之習慣法有爲行政法法源的效力之一例也。

(乙) 理法 條理之爲行政法法源之一，恰與一般國法相同。且關於行政法，並無如民法、刑法、訴訟法等之包括的法典存在，僅有應時代之必要就各種特別事項所制定之法令，故關於行政全部網則的規定，制定法之缺陷甚多，因而理法之於行政法，有特別重要之意義。

三、殖民地行政法

朝鮮、台灣、庫頁、關東州(旅順、大連)及南、羣島等地，各與內地爲別個之法域，內地之法令，原則上，不適用於此等地域，各殖民地各有其特別之國法。其結果，殖民地之行政法，與日本內地之行政法甚相懸殊，自須特別研究。本書所論者，僅止於內地行政法，而對於殖民地，僅述其行政組織之大要，其他實質的行政法，則全從省略。

殖民地行政法與日本內地行政法之根本原則的差異，主在以下數點。

(一) 行政組織之分離 日本內地之行政，係以君主下所設之內閣及各部總長爲最高官廳而管轄之，而各殖民地之行政，則一般委任之於殖民地官廳，爲內閣及各部總長之權限所不及，惟有監督權之主務總長得以監督之而已。

(二) 立法權不與行政權相對立 立法須經議會協贊之原則，不適用於殖民地之立法，殖民地之立法

，原則上由行政權所行使，不經議會之決議。此固非謂關於殖民地之立法，議會全無協贊之權，有時殖民地所施行之法規，亦有經議會之協贊而定者，然與內地殊異，非爲憲法上之要件也。除同一之法律得以施行於日本內地與殖民地及殖民地所施行之法律有必須經議會之協贊以制定者外，原則上，在內地須以法律規定之事項，在殖民地亦得以命令定之，未有如憲法所認之立法權與行政權之對立者也。

(三) 法治主義之不行 法治主義者，非有法律根據，不許以行政權制限人民之自由侵害人民之權利之謂。此種原則，雖爲日本國法所承認，然在殖民地，則尙未見諸實行，其行政大抵爲半專制的。故在殖民地，亦無行政裁判制度之設，對於違法之行政行爲，人民無以行政訴訟與之相爭之權利。

(四) 屬人主義之盛行 在日本內地，原則上，一切人民悉依同一之法規所支配，而在殖民地，日本人與其土着人之間，其支配法規往往有歧異者，其中如兵役義務，僅日本人負擔之，非土着人之所得與也。

第三節 公法關係

一、公法關係之性質

人類生活關係而爲法所規律者，曰法律關係。法有公私之分，因而法律關係亦須有公法關係與私法關係之別。約言之，私法關係者，私生活上之法律關係，公法關係者，公生活上之法律關係也。

公法與私法之區別，不僅屬學問上之要求，在日本國法之制定法中，亦曾認定者也。日本國法，與法德諸國同，係採取民事裁判與行政裁判之分離主義，原則上，關於私法關係之爭執，則以之屬於司法法院，關於公法關係之爭執，則使之取訴願或行政訴訟之手段，不隸於司法法院。故闡明某法律關係之公私法所屬，在決定裁判管轄上，誠爲必要。

公法關係，雖有國際法上之關係與國內法上之關係之區別，然國際關係，非行政法之所論究，茲不具論。僅就國內法上之關係言之，公法關係有以下數種。即（甲）國家與人民之關係（乙）國家與公共團體之關係（丙）公共團體相互間之關係，（丁）公共團體與所屬人民之關係（戊）私人相互間之關係各種是也。

（一）國家與人民間之法律關係，原則上，固爲公法關係，然謂國家全不受私法規定之適用者非也。在國家對於人民爲財產權之主體時，有與私人相互間之關係立於同性質之法律關係者，凡有同樣性質之法律關係，不問其關係主體之爲國家抑或爲私人，當然爲同樣之法規所支配。以故在此等事例，關於國家與人民之關係，全與私人相互之關係相同，通常係受民法、商法以及其他規定之適用，因而其

關係得稱之爲私法關係。

國家與人民間之關係，有時具有私法關係之性質，因而關於公法與私法之界限，往往發生疑問。國家與人民之關係而爲公法關係之最明瞭者，莫如國家在支配權者之地位以支配人民之關係，在組織權、警察權、法政權、軍政權、刑罰權、財政權等之作用，國家爲優勝之權力主體，以支配人民，給與人民以權利，命令人民以義務者，其關係與私人相互間之關係性質迥異，其爲公法也，毫無疑義。

至他方面國家與人民之關係顯爲私法關係者，即國家非直接爲公益而專爲財產上之利益起見，依買賣、交換、贈與、貸借、寄託及其他民法所定之手段以取得、管理、處分財產之行爲是也。關於政府之需要品購入、官有財產之公賣或借給、官衙建築之承包、職工人夫之僱傭、捐款之受納、國債之募集、匯票之發行、社債本息之保證等及與此等相類似之行爲，雖國家爲之，亦不得與私人間之關係異其法規，其屬於私法也，亦無容疑。

所不明瞭者，爲存於兩者中間之區域也。其中如公企業之經營及公物之管理（參照各章第二章），一面係直接以公益爲目的之作用，不得與私人之行爲同日而論。然他方面又以其事屬經濟上之關係，且爲非以權力支配人民之關係，與私人間之關係相類似者頗多。在此等區域內之國家作用，於某程度，與私人間之關係相同，有適用私法之傾向，於某程度，爲公益上之必要，又須排除私法，受特別公法規規定之

支配。換言之，此等區域爲公法與私法之混合區域。得稱之曰公法私法之中間區域。

在此種之區域內。公法與私法之界限，雖難確定，然國家受私法之適用，僅以國家在一種關係而常發生於私人相互間者爲限，而國家與私人立于同樣之關係，僅限於直接與公益無關之純經濟關係而已。此種純經濟關係，得稱之曰國家之私經濟的作用。私經濟的作用，原則上，爲私法之區域，詳言之，私經濟的作用，是以經濟的價格之得喪所有或管理、經濟的勞務之給付、經濟上之損害賠償等一切單純的經濟內容爲主眼之法律關係。假令國家爲其當事者，而自公益上觀之，其法律上之待遇，與私人相互之關係並無少異時，除有特別規定者外，一般當受私法規定之適用。

蓋在公法與私法之界限不明時，爲其區別之第一標準者，厥爲法律之規定。由公法與私法之區別所發生之主要結果，爲裁判管轄之差異。而裁判管轄，得以法律隨意規定，故使某法律關係屬之公法或屬之私法，得以法律定之，此第一標準也。如關於其關係有爭執，法律定爲得以採取行政訴訟或訴訟之手段者，是法律之明使其關係爲公法關係者也。即在無此種之明白規定時，尙有不得視爲私法關係者，如關於國家對人民之金錢債權，認爲有強制徵收之方法，亦屬表示其爲公法的性質也。在法律無特別之規定時，其爲區別之第二標準者，在乎其關係之是否僅爲單純的經濟關係，及自公益上觀之，在法律上有無與私法關係區別處理之必要。

(二)公共團體爲在國家之下，具有國家的目的之團體，故其在法律上之地位，類皆比照國家。其與國家之關係，對於他公共團體之關係及對於所屬人民之關係，原則上，皆爲公法的關係。

然在其關係僅爲單純的私經濟之關係，未發揮其爲公共團體之特別性質，全然與私人立於同一之地位時，其關係，可視爲私法關係。

國家之異於公共團體者，唯在公共團體立於國家之下，僅於國家所授與之限度內，得有公的權能，其得爲公法關係之主體，亦僅限於依國家所承認之範圍。國家得依法律任意規定某關係爲公法關係或私法關係，而公共團體則無此權。

(三)私人相互間之關係，原則上，爲私法關係，固不待言，然國家有時將國家的公權授之於私人，因而私人對於他之私人亦有爲公權之主體者。在此種關係，乃私人相互間之關係而具有公法關係之性質者也。例如南滿洲鐵路公司受南滿洲行政權之委任，船長受船舶內警察權之委任，各種企業者之取得公用徵收權及公用使用權是也。此等權利，本來爲一般人民所不得享有者，依國家之授與，方得享有之。且其權利不僅對於國家有效力，亦得以對抗第三者，從而立於權利主體之地位，對於第三者發生法律關係，其關係爲屬於公法。

二、公權

公法關係，非權力服從之關係，乃權利義務之關係，公法關係所存之權利，謂之公權。

凡爲自己之利益，以自己之意思，向他人主張某事，而被認爲正當之法律上的力，稱之曰權利。自此點言之，公權與私權之性質，無少差異。唯因公法具有團體法之特質，在性質上，公權有與一般私權相異之三大特色。(甲)私法爲個人法，原則上，各個人互有對等之地位，其所得享有權利之種類亦相等。反之，公法關係，爲團體與其構成分子之關係，而非如私法關係之爲對等者間之關係也。國家對於人民有一般的統治權，國家之權利，即由此統治權而生，是爲國家的公權。國家的公權，其特色在有支配者之權利，原則上，常得以強力強制人民者也。人民對於國家所有之權利，爲統治權所授與之權利，是爲個人的公權。個人的公權，爲對於支配者之權利，僅依支配者之保護，得以完全其效果。國家的公權與個人的公權，雖同爲公權之一種，然二者之性質迥異，自非區別觀之不可。(乙)在個人法，原則上各個人互認爲利害相異，因而私法關係之權利者與義務者，推定爲有反對之利益者。反之，在團體法，團體與其構成分子，有共通之利害關係，國家之利益，即國民之利益，國民之利益，又同時爲國家之利益，在公法關係之權利者與義務者，非互有反對之利益者也。曰權利曰義務者，僅就其直接之主要目的而言，雖國家之權利，亦不僅爲國家之利益而存在，同時亦爲人民之利益者。人民之權利，亦非單爲個人的利益而存在，同時亦不無爲國家之利益者。公權不許拋棄之原則，蓋緣於

此。

由以上所述二者性質之差異，法律上，公權與私權不同之特色，尙有以下諸點。

(一)私權之保護 屬於司法權之作用，對於私權之侵害，人民僅得依法提起民事訴訟以圖救濟。苟非人民自由起訴，原則上，國家方面無進而保護之者。反之，個人的公權保護，第一全賴行政權之自制。個人的公權之義務者爲國家或公共團體，國家或公共團體能遵守法規之所定以運用行政權，卽所以使個人的公權有其實效者也。第二在有訴願及行政裁判之制。對於個人的公權之侵害，使個人得依訴願或行政訴訟之提起，以求救濟。唯訴願及行政訴訟，與民事訴訟之於私權者有異，非對於一切公權侵害得以提起，其所得提起者，僅限於法律所指定之特殊事件而已。故在法律不許提起之範圍內，公權之效果，僅依行政權之自制以保護之也。總之，公權之保護，專屬之於行政權之任務，非司法權所得而干預之者。

(二)公權以不得拋棄爲原則。何則，國家的公權，同時爲國民之利益而存在，個人的公權，同時爲國家之利益而存在故也。

然所謂公權不許拋棄者，非謂關於公權的效果之個個權能，必須行使之意。例如俸給權雖不得拋棄，然在個個之事例，請求一定俸給金額之權能，得不行使，於一定期間內不行使時，則其權能依時效

自歸於消滅是也。公權的效果之個個權能，除其權利之行使，同時爲法律上之義務者外，（參政）雖不行使，亦無妨礙。

但關於公權，法律有認爲得以拋棄之例外。尤以其權利之承認，屬於權利者經濟上之利益者爲然（例國會議員之歲費）。即關於國家的公權，亦有依法律之特別規定，認爲得以拋棄之者（例、租稅之免除，出納官吏賠償責任之恩赦。）。

（三）公權以不得移轉爲原則，其中尤以個人的公權，原則上，不得轉讓之於他人，又不得爲繼承之目的物。蓋在公法關係，當事者爲法律關係之一要素，當事者一經變動，則其關係當然喪失同一之性質。而在私法關係之所以承認私權移轉者，蓋因其內容專以經濟的價格爲目的，雖當事者有變動，而其經濟的價格，完全同一故也。因而在私法關係，如非爲單純之經濟的關係者，如親族法之權利之類，亦不得移轉。公法關係非單純之經濟的關係，其一般無移轉性者，亦當然之理也。

然雖曰公權，若其內容係以金錢之給付爲目的，或以其他財產上之價格爲主要的性質時，則在一定限度內，亦有承認其有移轉性者。例如在職中之官吏死亡時，其既經發生之俸給請求權，當然移轉之於其繼承人，官吏之俸給，在一定限度內，債權者得以扣押，公物使用權（例、電力用水利權）經官廳之許可，得以轉讓之於他人等皆屬之。

一切公法上之財產權，皆爲有經濟的價格之權利，自此點言之，公權與私權有共通之性質，因而在

某程度，得與私權適用同一之原則。例如國家之租稅徵收權，本來爲公權，然以其爲金錢債權，與私法上之債權有共通之性質，因而對於担保權之設定，依時效之消滅，破產財團之加入，第三者代爲履行之承認，納稅義務之繼承人繼承等，得與私權適用同樣之原則。公權之移轉性，惟此種公權具有之。

然於此亦有例外，關於無財產的性質之公權，亦有依法承認其繼承者，對於爵位之權利是也。爵位由男子繼承人繼承之。此爲公權專屬於一身的原則之唯一例外。

二、公法上之特別權力關係

公法關係，須區別爲一般統治關係與特別權力關係兩種。一般統治關係，爲國家立於統治權主體之地位，以對人民之關係。在此種關係之國家權利，係基於一般統治權而生。特別權力關係，非基於一般統治權而生之關係，乃由契約或其他之特別法律原因而生者也。在此點上，特別權力關係與一般統治關係有異。

基於特別之法律原因，當事者之一方對於對方，在一定之範圍內，有命令強制之權利，而對方則有服從之義務。若是之兩主體間之法律關係，稱之曰特別權力關係。在民法上之契約關係，債權者依契約之所規定，僅有要求行爲不行爲之權利。反之，在特別權力關係，權利者不僅止於有要求特定的行

爲不行爲之權力，在一定之範圍內，且有包括的權力，於其權力所及之限度內，有命令及強制不特定行爲之權利。卽其依契約而發生時，其契約亦非爲單純之債權契約，乃包括的服從契約。當事者於一定之範圍內，並承諾服從對方之權力，非只承諾特定行爲不行爲之義務而已也。故稱之曰權力關係。權力關係而曰特別者，蓋所以表示其與一般統治關係有別也。

特別之權力關係，不必爲公法之所特有，卽在私法關係，如親權者與子之關係，戶主與家族之關係等，皆屬此例。又如工業或礦業勞動者之僱傭關係，亦有同一之性質。然其主要之實例，多存之於公法關係，卽見之於本書者亦復不少。試將成立於國家與民間之重要實例列舉之，可得下之數種。(甲)

基於公法上之勤務關係者(官吏、兵士等)，(乙)基於公法上之營造物利用關係者(例、官立學校生徒、感化院入院者)，(丙)基

於國家事務執行權之特許者(公共團體、特許企業者、律師)，(丁)受國家之特別保護者(例、保護會社)，(戊)受國家之特別

監視者(例、刑務所囚人、假出獄人)。

特別權力關係，自其發生原因言之，得分爲基於當事者之合意者與基於法律之力者兩種。前者如官吏、學生是。官吏之任命，學生之入學，二者皆爲基於本人之自由意思者。當事者之任意承諾，卽爲其法律之根據，不須另有法律之規定也。而其權力之範圍，除法律有特別規定者外，常存於所認爲當事者既經承諾之限度內。後者之例，如兵卒、公共團體、囚人、感化院之強制入院者等是也。此等人之

所以服從特別權力者，非基於本人之自由意思，其關係專由法律之力以成立，其權力之範圍，亦專依法律而定。

特別權力關係，於公共團體與人民間亦得存立。例如公吏對於公共團體之關係是也。其他公共組合與其社員之關係，自其全體言之，已為一種之特別權力關係。公共組合對於其社員有社團權，恰與一般社團法人無異，而社團權須與一般統治權區別之。

四、公法上之法律原因

公法上之法律原因者，乃公法的效果發生之謂。詳言之，為公法關係之發生、變更、消滅之原因之法律事實或法律事實之集合，謂之曰公法上之法律原因。

公法的效果，有直接基於法規的一定狀態 或隨事件之存在或發生而當然發生，不須特別之法律行為者。亦有法規與特別之法律的行為，二者相須，始行發生者。

(一)公法的效果之發生，即係直接基於法規者，其效果之發生，亦恆須一定之狀態(例、人之生存，物場所之居住，或設備之齊全)或事件(自然界之偶然發生事件、人之事實的動作)之存在或發生，此固無庸詳言者也。此等狀態或事件，即為此事例之法律原因。例如達一定之年齡及具備其他之法定要件者，當然有選舉權，從事一定之營業者，

當然受營業警察之制限是也。

依法規而直接發生效果者之法律原因，其種類繁雜，不遑枚舉，茲特就其重要而須加以一般的說明者列記之，可得下之四種。即(甲)時效(乙)除斥期間(丙)事務管理(丁)不當利得是也。

(甲)時效不僅爲民法上之法律原因，亦得適用之於公法，尤其爲關於公法上之金錢債權，法律一般規定其消滅時效(會計法三二條乃至三四條，府縣制一一六條六項，市制一一一五條五項，町村制一一一五條五項，二〇條)。又就其他之公權而論，關於刑罰權及附帶私訴權之時效，有刑法(三一條乃至三四條)及刑法施行法(三八條)之規定。關於特殊之犯罪，依特別法，有特別時效之規定(例選舉法一三八條，出版法三三條，著作權四五條)。民法上之時效，以當事者自行援用，爲效力確定之條件，非有當事者之援用，法院則不得據此以行使其裁判(民法一四五條)，而公法上之時效，則爲權利絕對的消滅原因，無須當事者之援用也。

(乙)除斥期間，自其依時間之經過，而爲權利消滅之原因之點言之，全與時效同，其所異者，在時效恆依特定事由而中斷，而除斥期間則不發生中斷，因法定期間權利之不行使，則其權利當然歸於消滅也。除斥期間之適用於公權者，如訴訟權、行政訴訟權、公用徵收權等，其例甚多。各依法律之所定。

(丙)事務管理之原則，其要點在不受他人之委任，管理他人之事務者須取最有利益於本人之方法，爲之管理，其管理所須之費用，對於本人有請求償還之權。此種原則，亦得適用之於公法。但國家或

公共團體之管理他人事務，僅限於法律所命之事情，非若民法上之事務管理，原無義務而可任意行之者。此爲二者相異之點。例如行旅病人之救護，行旅死亡人之處置，由所在地之市町村長管理其事務，關於其費用，則對於本來之義務者，有償還請求權。

(丁)不當利得之原則。非民法所特有，亦有適用之於公法者，例如租稅之過納或誤納者，有返還請求權。

(二)公法的效果，有時依據法規，直接不至發生，必須依法規之執行，或基於法規所授權之行政權的意思行爲，始行發生者。此種意思行爲，是謂之行政行爲。例如納稅義務，僅依據法律，尙不發生效果。必有依據法律以賦課租稅之行政行爲，始行發生效果者是。在此種情形，行政行爲，亦非單獨使其發生效果，其效果發生之根據，雖恒在法規，然法規係以行政權之意思行爲，爲其效果發生之要件。二者相需，其效果始得而完成之也。行政行爲，爲行政法研究之一主要題目，關於此點，容於次節論列之。

在公法的效果，須依據多數行爲之連續，始得完成時，其連續行爲之全體，稱之曰手續。例如公用徵收手續，行政訴訟手續是也。凡在依多數法律事實之集合，以完成特定之法律效果者，其至最後法律事實之發生止，法律的效果，恒在不定之狀態。

第四節 行政行爲

一、行政行爲之觀念

行政行爲者，係以行於法規下之行政權之公的意思表示，或與此類似之精神作用的發現爲其主要要素，而由此發生某種法律的效果之謂也。

(一)行政行爲一語，其用例不必一律。(甲)有用之於與行政作用同意義者。凡行政權之作用，不問其爲事實的行爲抑爲法律的行爲，或爲公法的行爲，抑爲私法的行爲，皆稱之爲行政行爲。(乙)或有用之爲行政權之公法的意思義者。此種意義之行政行爲，係將行政作用中之事實的行爲及民法上之法律行爲除外者也。(丙)有進而制限其意義。僅用以表示由行政權之公的意思表示而成之行爲者，此種意義之行爲，僅與民法上之法律行爲之觀念相當，凡與準法律行爲相當之行爲，不包含之。

行政行爲一語，究以用於何種意義爲最適當，全屬學問上之便宜問題。本書所用行政行爲一語，爲上述之第一種意義，凡行政權之公法的行爲，不問其以意思表示爲主要要素，或以其他之精神作用之發現爲主要要素，如爲發生法律的效果之原因，皆稱之爲行政行爲。

(二)行政行爲者，行政權之公法的行爲也。公法的行爲之觀念，一面與事實的行爲相對，一面與私

法的行爲相對。

事實的行爲者，乃全然不發生法律的效果之行爲，或其行爲雖發生法律上之效果，但其效果之所發生，一繫於外界事實上之狀態或事件者之謂也。行政作用，大部分與私人之生活相同，僅爲事實的行爲（例，道路之建築、港灣之修築、河川工事、校之授業、種痘之施行、瘋犬之撲殺、消毒方法施行之類）。假令由此而發生法律的效果，而其效果，係因外界之變化，直接基於法規之力而發生者，非依行爲之力也。因之該行爲自身，既非公法的，亦非私法的，全然與法律的行爲無涉。

行政權之法律的行爲中，更須分爲公法的行爲，與私法的行爲。所謂公法的行爲者，非必爲發生公法的效果行爲之意，蓋國家對於私法關係亦有干預之權，故依國家之行爲以形成私法關係者，其例極多，於此種情形，該行爲自身爲公法的，而其效果乃私法的也。公法的行爲與私法的行爲之區別，專視其行爲自身之爲基於國家的公權，抑或爲與私人立於同一之地位所爲之行爲而定。至於在何種情況，得認國家與私人立於同一之地位者，則前已詳言之矣。

(三)行政行爲之觀念。含有以行政權之意思表示，爲其主要的構成要素，隨其意思之內容，而發生法律的效果者與以意思表示以外之精神作用之發現，爲其主要的構成要素，不拘行政權之意思如何，而發生法律的效果者之兩種。前者曰法律行爲的行政行爲，後者曰準法律行爲的行政行爲。關於兩者

之區別，當於次項詳論之。

二、行政行為之種類

行政行為，得自種種之觀察點，分其種類。

(一)法律行為的行政行為與準法律行為的行政行為 行政行為中，以行政權之意思表示為主要要素其法律的效果，係依意思表示之內容而定者，稱為法律行為的行政行為，乃行政行為之最主要者，狹義的所謂行政行為者，專指此種行為而言。意思表示之觀念，為公法與私法之所共通，以發生某一定法律的效果為目標之意思^(效果)發表之謂也。其效果雖非僅由意思表示而生，常與法規相須而出，然僅以法規，亦不發生完全之法律的效果，必依行政權的意思之參加，始得舉其效果者也。

準法律行為的行政行為，其主要要素，不在效果意思，而在事實之認識、判斷及其他之精神作用之發現。法律的效果之發生，全繫乎此種心意之發現，然其效果非基於行政權的意思之內容而定，乃全依法規而定者也。關於其主要之實例，容於後節揭舉之。

(二)行政處分、公法上之契約及協定 法律行為的行政行為，依其構成要素之不同，更得分為三種，(甲)行政處分(乙)公法上之契約(丙)公法上之協定。

(甲)行政處分者，係依據行政權一方的意思表示所成立之行政行為。換言之，即行政權之單獨行為

。在民法上之法律行爲，契約爲其通常之形式，在行政行爲，以國家對於人民爲支配權者之故，行政權之單獨行爲，爲其通常之形式。

但在法令之用語上、『處分』之語、不必恆用之於此種意義。在日本之法令，行政上之單獨行爲與雙方行爲，無明白之區別，通常皆稱之曰處分。換言之，日本法令上所謂處分者，除命令外，對於法律命令之一切行政權之意思行爲多稱之。有時且有用爲包含事實的行爲者，其正確之意義，須就各事象以判斷之。

(乙)公法上之契約者、乃依當事者雙方之合意所成立之行政行爲也。國家公共團體或私人立於公權主體的地位、自爲當事者所爲之雙方的意思表示，其內容一致時，乃遵從其意思之內容，以發生拘束雙方之法律的效果者也。關於公法上之契約，容於後節詳論之（本節五）。

(丙)公法上之協定者，係謂一種單一之公法的行爲、依具有共同目的之多數當事者之意思表示的結合，以發生特定之法律的效果者也。例如由數町村之協議設立町村組合，由土地所有者之協議，設立水利組合，由二個以上公共組合之協議，組織組合聯合會等皆屬此類。國際法區域內之聯盟規約，亦具有同一之性質。協定，自其由多數意思表示之結合成立之點言之，固與契約相類似，然契約乃雙方當事者互相對立，一方獲得權利，一方必負擔與此相對之義務，其行爲之效果，對於雙方具有反對之

意義，而協定乃當事者比肩並立，為共同目的而表示意思，其行為之效果，對於各當事者具有同一之意義，此為契約與協定相異之點。

雖係依多數意思表示的結合所成立之行為，但若該 為之性質，本由單個意思亦得以成立，不過多數人共同如一人行動時，則該行為為依共同意思所成立之單獨行為，而非真正之協定，例如多數人共同提起訴願是也。又如依二個以上之國家的機關之協議所作成之單一的國家意思，亦屬此例。

(三)依據職權之行為與須呈請之行為 行政行為有不待對方之呈請，依行政機關之職權得自為之者。有以對方之呈請為要件，行政機關不依呈請，則無權為之者。後者最著之例，莫如行政裁判。『無訴願則無裁判』之原則，行政裁判亦得適用之。他如發明之特許實用新案、意匠商標之登錄，鑛業許可及漁業免許等，亦屬此例。反之，即在通常須待呈請始得行之之行政行為，如其呈請非法律上之要件，有時不須呈請行政機關亦有權為之，此種行為，非須呈請之行為也。

(四)羈束的行為與自由裁量之行為 行政行為，乃行於法規下之行為，故恆於某程度內為法規所羈束。法規有時全然不認行政權有自由裁量之餘地，行政機關僅止於執行法規之所定者，謂之為羈束的行政行為。例如租稅之賦課，現役兵之徵集等是也。有時法規只定大綱，在其範圍內，許予行政權得自由裁量者，謂之為自由裁量之行為。但普通所謂自由裁量者，須分為法規裁量與自由裁量二種，

已如前述，真正意義之自由裁量，僅限於便宜裁量之一種，例如官吏之任命、刑之恩赦，榮典之授與、歸化之許可、公企業之特許、公物使用權之特許等是也。凡從新授與權利或利益之一切行為，除有特別法規之制限者外，原則上，皆為自由裁量之行為。何則，各人惟依法規之所定，始有要求特別利益之權利，非不待法規之規定而當然有其權利者也。

（例，訴願法八條三。即期限經過後之訴願，如行政機關認為有可恕量行為。蓋期限經過後，早已無要求受理之權。）反之，侵害既存權利或命令新義務之行為，雖明文上無特別之行政機關之受理，乃特別利益之授與也。

規定，亦常為羈束的行為，即在法規之明文上任諸行政權之自由裁量，其裁量亦止於法規裁量，非所謂真正意義之自由裁量行為。蓋苟非基於法規上之根據，則人皆有不受行政權侵害自由權利之權利。

假令法規以之任諸行政權之判斷者，行政權亦祇得就各個事象判斷法規之所要求者而已。

（例，依市制町村制，市町村公民

非有正當之理由拒辭名譽職時，市町村會，得停止其公民權。認定其有正當之理由與否，非自由裁量之行為。依交易法，交易所之行為有害公益時，工商部長得為解散、停止一部停止、辦事員之解職、交易員之營業停止等之處分。其有害公益與否之認定，及有害公益時究應為如何之處分之認定亦非自由裁量之行為。依國稅徵收法，徵收機關對於稅銀滯納者得扣押其財產及付之公賣以為滯納之處分。關於扣押及付公賣財產之數額，法律雖無特別之制限，尚非收稅機關之自由裁量。）

羈束的行為與自由裁量的行為之區別，對於提起行政訴訟，有重要之關係，俟後章詳論之（第三章）。

（五）要式行為與不要式行為 行政行為，如無特別之規定，雖以不要式行為為原則，然行政行為之重形式、較之法律行為為尤甚，因而屬於要式行為者頗多。其形式之最普通者，莫如用書面，而關於

書而所記載之事項、書面之格式，簽名蓋印等，或有一定之制限者，或有以公簿之登錄爲必要之形式者。

(六)要受領之行爲與不要受領之行爲 行政行爲，係由對特定對方之表示而成者，原則上，係以對方之受領此表示爲效力發生之要件，尤其爲對於隔地者之意思表示，必其通知到達對方時，始發生效力（民法九七條關於私人間之意思表示亦認此原則）。但如對方故意拒絕受領時，則當然認爲與已受領者發生同一之效力。且依法律特別之規定，有不須對方之受領亦能發生效力者，例如因對方之住所不明或其他之理由得以公告代通知者是也。如非對於特定之對方，乃爲對於多數不定之人或一般公衆之表示，則不待受領，僅依表示，亦得成立而有效。

(七)依內容而分之行政行爲的種類，另於次項論之。

三、行政行爲之內容

行政行爲之須先分爲法律行爲的行政行爲與準法律行爲的行政行爲，前已言之矣。法律行爲的行政行爲，更可分爲獨立的行政行爲，與補充的及代理的意思表示。前者係其自身獨立發生法律上之效果之行爲，後者爲補充他人之意思以完成其效力，或代理他人爲意思表示，而其效力歸屬於他人之行爲也。獨立的行政行爲，依其內容，更得分爲命令的行爲。與形成的行爲。獨立之行政行爲，皆爲立於

法規之下，以實現法規之行爲，因而行政行爲之內容，亦得分爲命令的規律行爲，與能力的規律行爲，恰如法規之內容之得分爲命令的規律與能力的規律兩種也。命令的行爲，係實現命令的規律之行爲，形成的行爲，爲關於法律的能力形成之行爲。關於此等各種之性質，以下依次論述之。

(一)命令的行爲 凡關於命令義務於人民或免除人民之義務的行政行爲、稱之曰命令的行爲。命令的行爲、更可分之爲(甲)命令義務之行爲，與(乙)免除義務之行爲。前者曰下命，後者曰許可或免除。

(甲)下命 命令特定之作爲、不作爲、給付或容許之行爲，稱之曰下命。其命以不作爲者，特稱之曰禁止。下命恆以權力關係之存在爲前提。或有基於一般統治關係者、如警察下命、財政下命、軍政下命等是也。或有基於特別之權力關係者，如關於官吏，軍人，學生等之命令是也。又下命或有關於具體的事件者，或有爲一般抽象的規定者。屬於後者之下命，或特稱之曰一般下命。尤在特別權力關係成立之時，權力者於其權力之範圍內，對服從者，得爲一般的下命。一般的下命之以法規的形式發表者，普通稱之曰行政規則，訓令、職務命令、軍令、營造的規則、公共組合規約等皆其例也。行政規則，其係以當事者之任意承諾，或依法律業已成立之特別關係爲基礎，對於權力服從者所發布，非對於國民命以新義務者，故無法規之性質、而同爲行政行爲之一種。一切下命，除基於當事者之任意承諾者

外，僅得基於法規行之，不得依行政權之擅斷，而命令法規所未承認之新義務。下命之效果在使受命者負擔遵守下命之義務。對於義務之不履行者，得依法律之所定，以行政上之強制執行之手段，強制其履行，在有罰則之規定者，則為處罰之原因。

(乙)許可免除及其拒絕 許可者，在特定之作爲，爲一般所禁止者，對於特定人或關於特定之事件，解除其禁止，使得適法以爲之行爲也。許可之授與，以有許可保留之一般禁止爲前提。法令關於特定之作爲，規定須受官廳之許可者，爲表示其作爲對於不受許可者。一般恆受禁止，惟依許可，其禁止始得解除之意，換言之，即爲附保留之禁止也。許可爲解除其禁止之行爲，而其效果，在使受許可者得適法行使其作爲之自由。依許可，不得設定任何權利，惟免除義務而已。許可與下命同，恆以權力關係爲前提，因其所基之權力不同，得分之爲警察許可、財政許可、軍政許可、基於特別權力關係之許可等數種。

但法令用語上所謂『許可』者、不必恆用之於此種意義。法令上之許可、認可、免許、特許、認許等語、其意義各依法令而有不同、語雖相同、而意義不必一致。凡以此等類似之語所稱之行爲，至少包含四種相異之行爲，即茲之所謂許可（解除禁止之行爲）認可（爲完成第三者之法律的行爲）特許（能力、權力、或法律關係設定之行爲）確認（法律事實存在之確認，因之發生其法律的效果之行爲）等是也。法令上固有將許可、認可、特許等之用語區別而用之者，然其區別、不

與茲之所謂許可、認可、特許等相當，其意義須就各法令解釋之。（例，銀行條例曰：銀行營業須受財政部長之認可，狩獵法曰：狩獵免許，墓地及埋葬取締規則曰：埋葬業許可，漁業法所稱漁業免許等，皆為權利之設定，即茲所稱之特許是也。反之，特許法所謂發明特許，却為確認行為。又法令上全然不用許可或與此相類似之語，然自性質上言之，有與此所謂許可相當者。例如醫師法所謂醫籍登錄者，即醫業許可之行爲也。）

免除與許可為同性質之行爲。免除者係謂對於特定人或在特定之事情免除一般所命之作爲、給付或負擔之義務之行爲也。免除與許可不同之點，在許可為禁止之解除，即不作爲義務之免除，而免除為作爲、給付、或負擔義務之免除。如租稅之免除、兵役之免除、就學義務之免除、種痘免除之類是也。又允許義務履行之延期或猶豫之行爲，亦屬免除之一種。

許可及免除，通常須有對方之請求始行給予。拒絕請求之行爲，亦爲行政行爲之一種。拒絕，非對於現在之法律狀態，加以變更之意思表示，乃為不變更現在法律狀態之意思表示。不發生積極的效果，僅有消極的效果而已。故得稱之曰消極的行政行爲。對於此種行政行爲，通常恆許提起訴願或行政訴訟。

(二)形成的行爲 凡關於設定、變更、或消滅某法律上之力，如權利能力、行爲能力、權利、包括法律的關係等之行政行爲，稱之曰形成的行爲。命令的行爲，恒爲命令或免除義務之行爲，換言之，爲拘束人民之自然自由，或解除其拘束之行爲。反之，形成的行爲，其行爲之目的，不在制限或解除自然

之自由，而在授與或否定其對抗他人之法律上的力也。

形成的行爲，亦有依請求以行之者，因而亦有拒絕請求之行爲，自性質上言之，全與許可之拒絕同。

形成的行爲，自其設定或變更法律上之力與消滅法律之力之點言之，得分爲設權行爲，與剝權行爲。又自其直接對於人發生效果與對於物發生效果之點言之，得分爲債權的行爲，與物權的行爲。

(甲)設權行爲及剝權行爲 設定能力、權利或法律關係之行爲，謂之設權行爲，或得稱之曰特許。法律雖有時稱之曰許可或免許者(例，歸化許可，續業許可，漁業免許)然與前述之許可，迥異其性質。許可乃義務之免

除，僅使恢復自然之自由而已，而設權行爲則恆爲賦與非自然存在之法律上的力之行爲。(1)或有賦與權利能力或行爲能力者，例如公法人之設立、復權、市町村公民權之賦與是也。(2)或有設定公法上或私法上之權利者，公法上權利設定之例，如公企業之特許、公物使用權之特許、公用徵收權或公用使用權之設定、橋錢或河川通航費之徵收權之特許等是。私法上權利設定之例，如鑛業許可、漁業免許之類是也。(3)或有設定包括的法律關係者，例如歸化許可、官吏任命、議員選舉、公吏選任、現役兵徵集、營造物利用關係之設定等是也。

又變更既經設定之能力、權利或法律關係之行爲，亦得視爲設權行爲之一種。例如市町村之境變界

更、公物使用權之變更、鑛業權者鑛區變更之許可、官吏之轉任等是也。

剝權行爲，係消滅能力、權利、或法律關係之全部或一部之行爲也。例如法人之解散、失蹤宣告、禁止產或準禁治產之宣告、國籍脫離之許可、公企業特許或公用使用權特許之撤銷、鑛業許可或漁業免許之撤銷、官吏之免官、衆議院或地方議會之解散等是也。(但許可之取消乃禁止之恢復，僅爲命令的行爲，非剝權行爲)。

(乙)債權的行爲及物權的行爲 形成的行爲，雖與一切行政行爲，同爲對於人發生效果者，然或以人爲主眼，對於特定人發生效果者有之，或直接對於物發生效果，其物之所有者、占有者等對於該物之有權利者，立於該物權利者之地位，受其效果者亦有之。前者謂之曰債權的行爲，後者謂之曰物權的行爲。物權的行爲如保安林之編入或解除、土地收用之裁決、耕地整理、國寶或特別保護建築物之指定、道路、河川或附屬物之認定等是也。

(三)補充的及代理的行爲 二者具有同一之性質，皆係依行政權之行爲，以爲其他之當事者，發生法律的行爲之效力。補充的行爲者，係完成他人之法律行爲之效力，所不可缺之行政權的行爲也。或有爲準法律的行政行爲者，例如婚姻呈報之受理是，婚姻之效力，依此而完成者也。或有爲行政權之意思表示者，特稱之曰認可。關於準法律的行政行爲，容後敘述，茲所論者厥惟認可。代理的行政行爲者，行政權之意思表示，係爲他人而行，其效力則直接歸屬之於其人者也。

(甲)認可 當事者之法律的行為，不得國家之同意，則不能有效時，予以同意，俾完成其效力，此種行為，謂之認可。法律的行為之當事者另有存在，認可僅為完成其效力之補充的意思表示而已。例如市町村條例之許可、法人設立之許可、法人定章之許可、外國人之入贅或承嗣之許可等皆是也。法律上雖往往稱之曰許可，然與前述之許可，大異其性質。許可為禁止之解除，其效果在恢復自然自由，認可為對於法律的行為之同意，其效果在完成法律的行為之效力。對於必須許可之行為，許可為其行為之適法要件，苟不經許可而為其行為時，則行為者須受違法之責，依罰則之所定，遭受處罰，然與其行為之效力無直接之關係。對於必須認可之行為，認可為其行為之效力要件，如未經認可而為其行為時，則其行為為無效。然行為者不任違法之責，亦不受處罰。認可恆對於法律的行為而言，單純之事實的行為，不發生效力之問題，故不得為認可之目的。許可恆對於事實的行為而言，縱令一面有法律的行為之性質，然以受許可為適法要件之行為，通常皆視之為事實的行為。(例、鎗砲火藥類取締法，規定軍販賣業者外，非受行政機關之許可，不得為之。且對於違反者，定有一定之罰則。此非謂未經許可之讓與行為為無效也，乃禁止不經許可而事實上授受其所有權者也。換言之，該讓與行為，不視之為法律行為，而作事實行為以觀察者也。)

(乙)公法上之代理 代理之觀念，公法與私法同。代理須分為法定代理，與授權代理，公私法間，亦無或少異。公法上之代理，有存於國家機關之相互間者，關於此點，俟諸後述。法定代理關係之發生於國家與團體或個人間者，即為國家與公共團體、特許企業者或其他受國家之特別監督者之間所生

之關係，用爲國家監督權之作用者也。例如監督官廳之爲市町村制定市町村條例（市一四、五條）（町一二、五條）。遇市町村會有事故時，爲代議決之裁決。依北海道二級町村制及島嶼町村制之町村長任命，爲町村組合制定或變更條約等是也。在此等事象，國家對於公共團體，恰立於監督人之地位，在法律所限定之範圍內，國家有代理公共團體之權。

（丙）有時行政行爲，有具有代理與認可之混合性質者，如修正認可及選擇認可是也。修正認可者，係謂對於當事者之聲請，予以修正，再行授與認可之行爲。認可權在原則上，雖不附有修正權，僅對於當事者之聲請全部，有認可與否之兩途，然亦不無例外，法律明認其修正權者有之（例：市一六八條、町村一四八條）。

修正後再行授與之認可，在其修正之限度內，非爲單純之同意，實具有代理行爲之性質。選擇認可者，係謂對於當事者數個之聲請，擇其一以授與認可之行爲也（例如舊市制，市官所選舉之市長候補者三人中，依勅選擇一人以爲市長是也）。自其發案權在於當事者之點言之，具有認可之性質。自其選擇決定權在於國家之點言之，實具有代理之性質。

（四）準法律行爲的行政行爲。準法律行爲的行政行爲，與法律行爲的行政行爲，異其性質。不以效果意思之表示，爲其構成要素，乃由觀念表示、判斷表示、感情表示與其他種種精神作用之發現而成立者也。因其不以意思表示爲要素，故有次之二特色。即（甲）該行爲所發生之效果爲何，專依法規之所

定，非依行政權的意思內容而定也。(乙)不得附帶條件及附款。

此種之主要行為，約有確認、公證、通知、受理之四種。

(甲)確認 以認定特定的法律事實或法律關係之存在，予以宣言公表為目的之行為，謂之確認。確認者非效果意思之表示，乃判斷之表示。如選舉人名冊的效力之決定、當選人之決定、官吏恩給權之査定、公開試驗之合格與不合格之決定、國有地與民有地境界之査定、市町村境界爭議之裁定、度量衡之檢定、發明之特許、行政訴訟之確認判決等，皆屬此例。確認行為之直接的效果，在於以公的效力，確定業經確認之事實或法律關係，除特許提起異議者外，無論何人，皆負有承認為業經確定者之義務。至於以外依確認尚發生何種效果，則各依法律之所定，

確認，自其效果言之，有時與許可或特許相類似，有基於確認以免除義務或設定權利者。法令用語上所稱之許可、特許、認可或與此類似之語之行為，而究其實僅為確認之行為者，殊屬不少。例如依電氣事業法，凡受電氣事業之許可者，當着手工事時，更須受工事施行之認可。此所屬認可，非工事着手之許可行為，乃工事設計適當之確認行為，其得適法的以着手工事者，係直接根據法規之效果，非基於行政權的意思內容之效果也。依特許法，發明者如欲獲得發明專用權(特許權)，必須受特許。此所謂特許非發明專用權之設定行為，唯確認其發明具備有法定之要件而已。發明專用權，係以確認為

條件，直接基於法規而發生者也。要之，依某行政行為，雖有發生義務免除權利之情事，而其行為之內容，不以發生此種效果為目的，僅以認定某事實而宣言公表為目的者，既非許可，亦非特許，乃確認也。（例如對於高等試驗合格之人授以合格證書，非付與為高等官之資格之行為，僅認定其有法定之學力，及對於公衆與以證明而已。而其資格係直接基於法規而生，非設權行為，乃確認行為也。在內閣恩給局之恩給權查定，非付與恩給權之行為，恩給權係直接由法律而發生，惟其效果之發生，繫之於確認行為而已。）

確認，自其性質言之，與民事裁判相類。非為圖謀發生某效果之行為，乃以法之自身為目的，性質上全無自由裁量之餘地者也。依確認究能發生何種效果，非該行為之直接所關，確認之任務，僅在公正的認定事實，宣言於公衆而已。故其行為，非創設的行為，乃宣言的行為。確認之結果其行為在某程度內，即發生與裁判判決相類似之確定力，以行政權之不得自由撤銷為原則。關於此點，以後尚須論述之。

(乙)公證 以特定之法律事實，或法律關係之存在，證明於公衆之前為目的之行為，謂之公證。非意思之表示，乃認識之表示也。行政之各種範圍內，其例甚多。其最顯著者，莫如在各種之登記冊、登記原冊、人名冊、清冊、議事錄及決議錄等公冊之登記行為。其他各種的公證明書、領收書、旅券、官准執照等類，亦有同一之性質。公證行為之直接的效果，在使其所證明之事實，發生公的證據力，至法律之對此證據力所予之效果為何，則各依其法律之所定。或如選舉人名冊之登錄，為權利行使之要件

者有之，或如土地登記冊之登記爲對抗第三者之要件者有之，或如鑛業原冊之登錄，爲權利發生之要件者有之。或如議事錄、決議錄、領收證書，僅發生公的證據力，而不發生其他特別之法律效果者亦有之。一切公證，不發生創設的效力，僅止於證明既存之事實而已。故以得依反證而顛覆爲原則。惟在未有反證之前，其所證明之事實，恒推測爲真實之事實。

(丙)通知、對於特定人，多數不定之人或一般公衆，使聞知某事之行爲，謂之通知。或有爲立法、司法或行政行爲之一要素者，如法律、命令、條約等之公布，完成行政行爲或司法行爲之效力所必要之告知、送達、公示、交付、宣告等行爲皆屬之。或有爲獨立之行政行爲者，如歸化之告示、依據土地收用法之事業認定之公告、及土地細目之通知或公告、執行罰或代執行之豫告、對於租稅滯納者之督促、學齡兒童就學之督促等皆其例也。關於通知法律，時有繫以特別的法律效果者，例如對租稅滯納者，非經督促之後，不得爲滯納處分是也。

(丁)受理、受理爲受領他人之表示之行爲。各種之呈報、請願書、訴願書、訴狀等之受理，皆屬之。他之一切行政行爲，皆爲行政權之主動的行爲，獨受理爲其受動的行爲。因受理而發生之效果爲何，則就其事項之性質，各依法律之所定。例如依訴願書或訴狀之受理，發生審理、裁決或判決之拘束力，依婚姻、隱居等呈報之受理，則此等行爲之效力，因以完成者是也。受理之拒絕，其自身爲一消極

的行政行爲，被拒絕者得對之對提起訴願或行政訴訟。

四、行政行爲之附款

行政行爲，有單純之行爲，有附款之行爲。行政行爲之附款者，乃爲制限行政行爲之效果計，對於行政行爲之內容所附加之行政權的意思表示。行政行爲之附款，僅對於法律行爲的行政行爲，得以適用之。何則，附款者，乃制限意思表示之效果者，以由意思表示而成立，爲其前提者也。行政行爲之附款，得分之爲五種。卽（一）條件（二）期限（三）負擔（四）撤銷權之保留（五）法律的效果之一部除外是也。

（一）條件。基於行政權之意思表示，行政行爲之效果，繫乎不定的將來事實之成否而定之行爲，稱之爲附條件的行政行爲。當其條件之事實成否未定之間，行政行爲之效果，尙在不定之狀態。其條件一經成就時，在停止條件之行爲，則完全發生效果，在解除條件之行爲，其效果當然歸於消滅。附停止條件之行政行爲，例如以明日若爲晴天爲條件，許可屋外集會，以總長若出差爲條件，命其隨行之類是也。附解除條件之行政行爲，例如以三個月內不着手工事時，則當然喪失其效力爲條件，特許修築鐵道之類是也。附條件的行政行爲，須以依行政權之意思表示而附以條件爲合，若係法規自身附以條件者，則爲法定條件，非真正之附條件的行爲也。行政行爲之得附條件者，除有法令之特

別規定者外，僅以其行爲，於某限度內，任諸行政權之裁量者爲限（包含法規裁量）。在行政權爲法規之明文所羈束，行政權僅止於執行法規時，毫無依行政權以附條件之餘地。附違法的條件之行政行爲，則爲無條件之行爲而發生效力。

（二）期限。附期限的行政行爲，其例不多。其表面上似爲附期限之行爲，然其實多爲法定期限。真正附期限之行爲，須其係依行政權之意思表示，對於行政行爲之效果，附以始期或終期者方可，例如限自何月何日起至何月何日止，許可道路之使用，規定營業年限，特許公企業之類是也。行政行爲之得附期限者，除有法令之規定外，亦僅限於有行政裁量餘地之行爲。

（三）負擔。附屬於主要的行政行爲，對於受其行爲之效力者，所命之特別義務之行爲，稱爲負擔。負擔與條件異，非使行政行爲之效果，處於不定之狀態，行政行爲可即發生效果，惟與其行爲相關聯，同時使負特別之義務者也。附負擔的行政行爲之實例，專在於許可、特許等授與利益之行爲中見之。如許可演戲之開臺同時對於開臺時間、脚本等附以制限，免許營業，同時命以營業上所應遵守之義務，公企業之特許或公物使用權之特許，同時以特許命令書附各種義務等是。負擔除依法規外，僅在屬於行政權裁量範圍之限度內，得以課之。

（四）撤銷權之保留。撤銷權之保留，係對於行政行爲所附加之一種意思表示，在某種事情之下，保

留得行撤銷之權利。其主要實例，與負擔同，大抵見之於許可及特許之行政行為。有與負擔相關聯，當負擔不履行時，宣言撤銷者。有與負擔無關係，獨立保留撤銷權者。撤銷權之保留，在法律限定其所得撤銷之事情時，則不得爲之。

(五)法律的效果之一部除外。此亦係對於行政行為所附加之一種意思表示。使一般的法律喪失其一部分之效果。例如命官吏出差而曰不給旅費，任命爲一般有俸的官職而曰無俸等類屬之。此種附款，僅適用於特殊情形之下，故唯於法規所特許者，得以附之。

五、公法上之契約

契約者乃依相對立之當事者雙方之同意而成立，隨其意思之內容，以發生效果之法律的行為之謂也。而其當事者爲立於公權主體地位之國家、公法人或私人時，其契約稱之曰公法上的契約。行政行為，通常雖爲行政權之單獨行爲，然公法上的契約之實例，亦屢見不鮮。

(一)私人相互間之公法上的契約。公法上之契約觀念，雖尙未經制定法規所承認，私人相互間之契約而有公法的性質者，雖亦尙未遭明白之認識，然私人爲公權或公義務之主體，關於行使公權或履行公義務而締結契約時，其契約之有公法的性質也，殆毫無疑義。如依土地收用法，收用權者與土地所有者間，關於權利移轉之協議，卽屬此例。蓋兩者間之協議順調進行時，是明爲契約之成立，且非民

法上之賣買契約，乃公法上之契約也。其他如依訴訟當事者之合意，決定管轄裁判所之契約，關於貴族院議員之選舉，委託他人投票之契約等，亦屬此例。凡此種契約，唯法律有特別規定者，得以有效締結之。蓋公法的關係，原則上不得依私人間之合意，而任意形成之者也。

(二)公共團體相互間之公法上的契約 公共團體之公權及公義務，原則上雖亦依法律而定，非得由團體相互間任意規定之者，然在特經法律所承認之限度內，得依團體相互間之協議，規定兩者間之關係。此時雙方公共團體之間，成立公法上之契約。

試舉數例以明之，如對於跨連二市町村以上之營業者，各市町村賦課營業稅附加稅時，法律定為得依關係市町村長之協議，決定相互間之課稅權之比例(四四勅令二四一、關於市稅町村稅賦課之文件一條)，依道路法(三三)之規定

，關於二市町村境界間之道路費用，得由關係市町村長之協議，決定其費用之分擔額。依河川法(三五)之規定，關於某河川工事之大有利益於他府縣者，得由關係府縣知事之協議，以其費用之

一部分歸他府縣負擔。依地方學事通則(五)之規定，市町村或學區，得將兒童教育事務，委託之於他市町村或學區。依下水道法(一〇)之規定，町村得將陰溝之築造，委託之於市府等是也。諸如此類，

皆係由二府縣或二市町村間之合意，以規定其雙方之公法的關係者，乃公法上之契約也。

(三)國家或公共團體與私人間之公法上的契約 國家或公共團體與私人間公法上之契約，究竟得以

或立與否久已成爲學界之聚訟問題。多數學者，謂契約觀念，須以當事者雙方之意思，具有對等之價值爲要件，而國家與人民間無對等之意思，因而契約不得成立，普通所稱爲公法上之契約者，不過係以對方之同意爲前提之單獨行爲而已。然謂國家與人民間無對等之意思云者，未免近於獨斷。即在公法關係，國家亦非必恆爲權力者以支配人民，國家之權力，乃爲國法所制限之權力，國家惟在國法所承認之限度內，得以其單獨意思，授與人民以權利，命令人民以義務，在其範圍外，國家與人民之關係，早已非權力者與服從者之關係。在此限度，人民立於不服從國家之地位，國家亦無以單獨意思，決定人民權利義務之權，僅依合意，得以爲之而已。換言之，契約是其當然之形式也。

國家與人民間之公法上的契約，普通恆舉歸化及官吏之任命二者爲其實例。國家不得違反外國人之意思，使之爲日本人，又不得違反本人之意思，使之爲官吏，欲使此等行爲行之有效，則恆須雙方之合意，即公法上之契約也。他若議員之選舉及其承諾、公企業之特許、公物使用權之特許、以歸國後於一定期間擔任政府所指定之職務爲條件派送外國留學及其承諾之行爲、關於公法上損失補償額之協議、營造物利用之呈請及許可，依本人志願之現役兵役編入等，罔非公法上契約之實例。一般否定公法上契約之學者，以爲在此等事例，其行爲之所以發生效力者，全在國家之意思，對方之意思，不過爲該行爲之前提條件而已。因之遂有稱此等行爲，爲以對方的同意爲前提之單獨行爲。然若從此種見解以

解釋時，則不可不認雙方之意思，爲各獨立發生效果者。換言之，依本人之意思表示，發生擴張國家權力之效果，於是以此擴張權力爲基礎，依國家之單獨意思，以使外國人歸化、任命官吏者也。然此種解釋之有失法律上之正鵠，而非所以適合於當事者之意思也，不待辯而可知矣。蓋歸化之呈請，係願爲日本人之意思表示，而非擴張國權之意思表示，任官之承諾，乃願爲官吏之意思表示，非設定任命權之表示，國法上國家決無單獨意思，使外國人爲日本人，使無任官意思者爲官吏之權能，唯依雙方之合意，得以爲之，必雙方之意思相合，始發生其效果，兩者皆爲該行爲成立之要素也。

然契約之成立，必須有次之三要件，即（甲）須雙方之意思表示，有同一之內容。（乙）其法律的效果，係依此意思表示之內容而定。（丙）須雙方之意思相合，而爲效果發生之原因。表面上意思雖似一致，苟雙方之意思表示，異其內容，或雙方之意思，各自獨立而發生法律的效果，或一方之意思，無法律的效果，專依國家之意思而發生者，俱非契約。公法上之契約，與基於聲請之單獨行爲之區別，乃由此而發生者也。如因訴願或行政訴訟之提起，而施行裁決或判決，因有土地收用之聲請，而予以決定，因呈請而與以警察上之許可，或免除租稅，基於登錄聲請之登錄，因漁業免許，鑛業許可之呈請，而授與免許或許可等，皆非契約。其在此等事例，法律認國家有依其單獨意思，以爲該行爲之權能

，其效果僅基於國家意思而生，對方之聲請，僅爲其權能發動之原因而已。故非契約，乃爲二個之單獨行爲。

公法上之契約，與私法上之契約有異，非以契約自由爲原則也。在私法上，契約係以自由爲原則，如不違反公的秩序及善良風俗，無論何種契約，皆得任意締結之。公法與之相反，一般爲強行法，其一切權利義務，原則上應依法令之所定，不許以契約而左右之。換言之，公法上之契約，與私法上之契約爲正反對，純以契約不自由爲原則者也。公法上之契約之得以有效成立者，僅於國法所承認之限度爲止。國法所未承認之權利義務，即以人民之任意承諾，亦不得設定或使其負擔之也。

六、行政行爲之效力

行政行爲之效力，須分爲拘束力、確定力及執行力三者論之。

(一)行政行爲之拘束力 一切有效成立之行政行爲，一面有拘束受其效力的對方之力，一面有拘束國家自身(公共團體)之力。(標準之)(甲)就對方所受之拘束力而論，在行政行爲之爲對於特定的對方者，僅以對於此特定人發生效果，而不及其繼承人爲原則。唯亦有例外，有法令承認其效果，得以移轉之於繼承人者。在行政行爲之爲對於多數不定之人或一般公衆者，則依其行爲之內容，對於其效果所及之一切的人，皆發生拘束力。(乙)所謂行政行爲一面有拘束國家自身之力者，適與法規對於國家與人民雙方

具有拘束力同其意義。一切國家機關，對於有效的行政行為，皆須視為有效的規律，不得破壞。行政行為，雖或得行撤銷，然其撤銷，唯具有撤銷權之官廳，得以爲之。在其尙未撤銷以前苟非全然無效，則不得避免其拘束。

(二)行政行為之確定力 確定力(或稱既判力)之觀念，係由裁判判決而發達者，即不許其變更之謂也。普通分爲形式的確定力，與實質的確定力。(甲)形式的確定力者，係謂關於該行為，再不許用上訴手段以爭的力也。此種意義之形式的確定力亦爲行政行為方面所承認。或有於行政行為成立時，即不許用上訴手段者(異議之提出、訴願、行政訴訟)或有限定一定期間，准其上訴，如不上訴，而經過所限定之期間，或上訴之結果，經終審之決定時，則不許依上訴以爭者。形式的確定力，即由茲而生。(乙)實質的確定力者，係謂一經決定之事件，關於其內容，亦爲最終之決定，關於同一之事件，不許再行審理之力。換言之，即適用一事不再理之原則者也。此種意義之實質的確定力，在行政行為，僅於例外見之。原則上，依事情之變更，得以撤銷或變更其行為。關於此項當於下節詳述之。

(三)行政行為之執行力 行政行為，或有須執行者，或有不須執行者。行政行為之內容，爲命令人民以某義務之時，則當義務不履行之際，自須執行之。關於應須執行者，有行政上強制執行之規定，於第六節詳論之。即在行政行為尙未發生形式的確定力之間，原則上，亦不妨行使執行。至對於現已

提起上訴之行政行爲，究應停止執行與否，係依法律之所定。

第五節 行政行爲之無效及撤銷

一、行政行爲之不存在、無效及撤銷

(一) 行政行爲之無效 行政行爲之在形式上雖然存在，而以其欠缺有效要件之故，在完全不得發生爲行政行爲之效力之狀態者，稱爲行政行爲之無效。自其效力關係之點言之，此種行政行爲全與無行政行爲同，無論何人，皆不受其拘束。無論何人，不待其撤銷，即可置之不理，各行政官廳及法院，得依其獨立之見解判斷其爲無效。即有依無效之行政行爲而命人民以義務者，人民亦無須服從，如因其違反而發生刑事問題時，刑事法院得依其獨立之見解，判決該行政行爲爲無效。縱有依無效之行政行爲以付與權利者，無論何人亦無須尊重其權利，如發生權利侵害之訴訟時，民事法院得依獨立之見解，判決該權利爲無效。無效之行政行爲，又不得依追認或時效，變爲有效之行爲。即對於行政行爲，定有得提訴願或行政訴訟之法定期間者，無效之行爲，亦不因其期間之經過，而變爲有效。

對於以上之原則而爲例外者，即本來應爲無效之行政行爲，因有正當職權之機關，確認爲有效而變

爲有效行爲者是也。如無效的選舉之當選人，經公衆決定爲當選人，無效之行政行爲，經行政裁判之結果，判決爲有效。其在此等事例，基於確認行爲之效果，即本來應屬無效之行爲，如其確認行爲非無效或撤銷書，亦得變爲有效行爲。此蓋由確認行爲之性質當然所發生之結果也。

無效之行政行爲，本不待撤銷，即爲無效者，然以行政行爲形式上既存在，則恒被推測之爲有效，實際上難免不與有效之行政行爲受同一之處置。故爲明白表示該行爲之爲無效起見加以形式的撤銷，較爲適當。但此種撤銷，非真正之撤銷，乃無效之宣言，非使有效之行政行爲喪失其效力，乃就本屬無效之行政行爲，確認其爲無效而已。凡受無效之行政行爲者，依同一之理由，對於請求無效之確認，有正當之利益，故爲請求該行爲之撤銷起見，如其他之條件具備時，得以提起訴願或行政訴訟。掌理訴願之行政訴訟機關，須即行受理而宣言之爲無效。其不提起訴願或行政訴訟而呈訴期間經過時，其後雖已無呈訴之道，然無效之行爲非能因此而變爲有效之行爲，故在其後，如與他之訴訟事件關聯，關於該行爲發生效力問題時，當事者自得主張其爲無效。

(二)行政行爲之不存在 行政行爲之不存在，與行政行爲之無效不同，所謂行政行爲之不存在者，蓋指初無與行政行爲之觀念相當的事實存在者而言，凡行政行爲之存在，至少須事實上有行政機關之意思表示或與此相類似之行爲而後可，如不在行政機關地位者之行爲，不僅爲無效，實不成爲行政行

爲，例如本非警察官吏，而詐稱官名，以行使警察權，私人偽造官文書，詐稱曾受允許等皆爲行政行爲之不存在。又行政機關之行爲，僅有意思之決定，而未經表示者，不成爲意思表示，因而亦不成爲行政行爲。例如僅有市町村會議之決定，在市町村長之處分尙未向外部表示之間，則未成爲行政行爲。在須受領之行政行爲，對方之受領，爲行政行爲之成立要件，故對於隔地者所發送之書面，未達到對方而在途中遺失時，則該行政行爲不得成立。又如勸誘注意、好意的仲裁等事實上之行爲，亦全無行政行爲之性質，故不得以行政機關之此種行爲爲行政行爲。

行政行爲之不存在，與行政行爲之無效，所須區別者，在得爲訴願或行政訴訟之目的物與否之一點。當行政行爲不存在之際，以所爭之目的初不存在，故對此毫無提起訴願或行政訴訟之餘地，縱令提起，亦必以無目的物之故，而全遭駁斥。反之，在無效之行政行爲，以其外形上有行政行爲，得爲訴願或行政訴訟之目的物，故欲使公衆確認其爲無效，必須加以撤銷，如其他要件皆具備時，掌理訴願或行政訴訟機關不得却下。

(二)得撤銷之行政行爲 得撤銷之行政行爲，與無效之行爲有異，非自初卽爲無效者，當其在未經撤銷間縱有法律上之瑕疵，亦得以有效成立，必待有撤銷權之官廳，決定其爲無效，始喪失其效力者也。此種行爲之撤銷，僅有正當職權之官廳，得以爲之，他之行政機關或法院，不得獨立的予以審查

，而決定其爲無效。當其在未經有正當職權之官廳撤銷之時，恒爲完全有效之行爲，對於一切國家機關及人民，皆有拘束力者也。

一、無效之行爲與得撤銷之行爲之界限

行政行爲之無效，不得與民法上之法律行爲，以同一之原則而論，在民法上之法律行爲，如其內容有違反公的秩序及善良風俗時，一切皆爲無效，然行政行爲，乃行政權之行爲，而行政權在法規範圍內，自有認定何者爲適於公的秩序與善良風俗何者則否之權，故除有得審查其行爲而撤銷之正當職權之官廳外，固有得傾覆其認定之權者，是故行政行爲，無論在何種情形，鮮有僅以違反公的秩序及善良風俗之故，而爲無效者，行政行爲之無效，僅在該行爲有違背成文或不成文之法規時發生而已。

然行政行爲之違背法規者，非爲當然無效，須就法規之內容，區別論之。法規之內容得分爲命令的規律，與能力的規律，命令的規律者，乃命作某事，某事不可作之規律，由此所生之效果，恆爲遵從其命令之義務，違反之者乃爲義務違反，違反者固不能逃其責，然該行爲之法律上的效力，直接不受其影響。能力的規律者，乃關於法律上的力之授與或否定之規律，由此所生之效果，在發生既定之力。在行政行爲之僅止違反命令的規律者，僅爲撤銷之原因，非爲當然無效，何則，其規律之旨趣，僅在命其遵奉規律，非謂不遵奉則不得發生效力也。行政行爲之無效僅在違反能力的規律時而生。蓋能

力的規律，係以發生特定的法律上之力為要件之規律，如有違反，則不得發生法律上之力故也。

法令之規定究為命令的規律，抑為能力的規律，乃就各種情形解釋之問題，須參照事情之性質，斟酌條理以決定之。自大體言之，能力的規律，僅依法律或以法律委任為基礎之命令，得以定之，除官制令、軍制令、榮典令、恩赦令等特別之例外外，以命令（基於憲法第九條之命令）僅得規定命令的規律，能力的規律全在其範圍外故行政行為無效之發生，主限於法律違反者，命令違反，概止為撤銷之原因。

能力的規律，乃就行政機關之權限、行政行為之手續、行政行為之形式、行政行為之內容、行政行為之構成要素等各種之點而規定者，故無論在此等中之任何一點，其法律之違反，皆得為發生行政行為無效之原因，關於各種之無效原因，容於次項論之。

三、行政行為之無效原因

行政行為之無效原因，大概如次。

(一)基於無權限之無效 行政行為之有效成立，必須其行為之行政機關，為正當之組織，且有正當權限，於其權限內所為之行為，如缺欠此等要件時，其行為因無權限而無效。故

(甲)非正當之組織的行政機關之行為為無效。關於此點成問題者，為合議機關，而在(1)合議機關之出席者，不足法定人數時(2)法律上應從該會議除名之人，參加決議，始足法定人數，或決議之過

半數時，(3)須召集者不予召集而行開會，或其召集爲無效時，(4)在不須召集者而爲非職務上之集會時等。其合議機關，非正當組織之機關，自無行使合議機關的權能之能力，其決議當然爲無效。但合議機關之組織，僅在違反可認爲命令的規定者(例如依市制五一條三項、市會之召集及會議事件，須於開會前三日告知之規定，可解爲命令的規定)不足使該會議爲無效。

(乙)在須經他機關或他人之同意，而不得其同意之行爲，倘其同意須視爲該行爲之有效要件時，則該行爲亦爲無效。例如市政府不受監督官廳之許可制定市條例、市長不經市會之議決決定市豫算、賦課市稅之類。蓋在此等情事，法律規定，以監督官廳之同意，爲行使此等行爲之權能發生之要件故也。不得同意而爲之行政行爲，及後雖獲得同意，亦不得溯及最初而發生效力，僅向將來發生效力而已。在須受監督官廳認可之行爲，而有認可時，如其本體之行爲爲無效，則該行爲亦不得依認可而使之有效，良以認可僅爲補充的意思表示故耳。在有認可權之官廳，得於不違反認可聲請之旨趣範圍，予以修正而行認可，如其修正有違反聲請之旨趣，則該認可亦當然爲無效。蓋在違反聲請旨趣之限度內，其認可之本體，當事者之意思已不存在故也。在公法上之契約，當事者一方同意缺欠時亦然。

反之，法令雖有須經他人同意之規定，但如其規定之旨趣，僅在命其須經同意，非謂不得同意，即無爲此行爲之權能時，其不得同意一事，僅爲義務違反，而非成爲無效之原因。例如市長不經市會之

議決，而為支出之命令，違反市會之議決，而為市之財產管理行為等，是也。蓋支出命令與財產管理，本來屬於市長之權，其須豫經市會之議決者，僅得認為有命令規定之意義故耳。

(丙) 行政機關權限外之行為為無效。一切行政機關僅在其自己之權限內，得以代表國家為行政行為。在權限外，絕無為國家機關之地位。其權限外之行為，自法律上之效力言之，全與私人之行為相等，無為國家行為之效力。

行政機關之權限，於事務之種類、(事物之管轄)、管轄區域(土地之管轄)及權力所及之人(人之管轄)之三點，有其限界，故關於此三點之任何點，超越其權限時，則為無權限之行為，不免為無效。

自事務之種類言之，如無許可權的官廳之許可、無收稅權的官廳之租稅賦課等，皆為此例。(再舉二三例

(1) 依市町制，市町村收入之受領，屬于會計之權限，不屬于市町村長，故對於市町村長納付市町村稅，亦不發生為已經納入市町村者之效力，租稅尚在未納之狀態。(2) 關於市會議員選舉人名冊的異議之決定，僅市會有其權限，市參事會雖為決定，亦為無效。

(3) 縣知事無干與民事關係之權，縣知事關於市町村尚民事上之爭執，予以調停而解決之，亦為無效。(4) 市町村會計，無代理市町村長職務之權，故會計代理市町村長所為之租稅滯納處分，亦為無效。自管轄區域言之，如

關於甲地戲院之建築，而受乙地官廳之許可，對於甲地之土地，乙地之收稅官廳賦課地稅等，行政行為之目的物有不動之位置，其位置在管轄之區域外者，其行為為當然無效。自權力所及之人言之，如對於退職官吏處以懲戒處分，對於有治外法權之特權者課以租稅等，亦為當然無效。

須與權限外之行為相區別者，厥惟權限內之行為，而關於其權限之行使，有違反法令之規定者是也

。外觀上雖似釐定行政機關權限之規定，而其實僅爲命令規定，非能力規定時，換言之，僅對於行政機關有命其遵守之意義，而無限定其權能範圍之意義時，此種規定之違反，僅止爲違法之行爲，而非無效之行爲。例如有許可權之官廳，許可不得許可之行爲，有收稅權之官廳，違法賦課租稅之類是也。

(二)因手續欠缺之無效 若法律上以經過一定之手續，爲行政行爲之要件，而欠缺此手續時，則該行政行爲爲無效。如不徵求關係市町村之意見，而變更市町村之境界，或爲廢置分合，不經關係人之協議，而爲土地收用之裁決，對於市會違法或不當之議決，府縣參事會、不由市長之聲請，而爲變更之裁決，不供選舉人之流覽，而確定選舉人名冊，不會同鄰接地所有者，而爲土地官民有之區分，不豫行督促，而爲租稅滯納處分，不通知於森林所有者，而編入其森林於保安林等，皆因手續之欠缺，而爲無效者也。

然關於行政行爲之手續的法令之規定。有爲其有效要件者，與僅止爲適法要件者之別。二者究何所屬，固須就各個事象以判斷之，然大概言之，在其手續之不依命令而以法律規定，且其手續之經過，認爲獲得行政行爲的正常結果所不可缺之要件者，其手續宜解爲行政行爲之有效要件。反之，在其手續係依命令而定，或僅爲行政機關內部之手續，或僅爲行政上之便宜，而作爲人民之權利保護時，其手續之欠缺，不足以使行政行爲爲無效。(例在須高等考 委員或文官曹 考試委員之詮衡，以任用官吏之時，不經其詮衡而任命之者，其任命行爲，亦屬有效，大正四，五一七，行判。)

(三) 因形式欠缺之無效 關於行政行為之須要形式的行為而不具備必要的形式時，無效，關於不須要形式的行為而不以相當之形式表示，俾受其效果者得以認識時，亦為無效。

然關於行政行為的形式之法令規定，須區別為有效要件的形式，與不影響於效力而僅為命令規定的形式兩種。前者曰主要形式，後者曰附從形式。行政行為僅在缺欠主要形式時為無效。(例，例如法律上規定之，要署名者而不署名之類是也) (1) 市制一六〇條六項曰「異議之決定，須以文書為之，且須將其理由附載其上，交與提出人」，如不以文書決定，而以口頭通知者為無效。(2) 租稅帶納處分前提要件之督促，須以書面為之，口頭之督促無效。(3) 市制二二條三項定為「選舉人名冊，須將選舉人之姓名住所及生年月日記載之」，此種記載，乃所以表明為有權者與否之要件，故可認之為主要形式，其無記載者為無效)。

行政行為之表示有誤記者，其誤記得依外部之事情以推測時，須糾正其錯誤，而與以合理之解釋，依其應認為真正之意義者，發生效力(例，(1) 不知營業出願人甲既已死亡，而與甲以營業許可，此為對於死者之許可，雖誤引條文，亦與決定之效力無影響。(2) 在村會所與之異議決定書中，發生何等妨礙。(4) 村長所發之徵稅金書中，應載為「縣稅，戶口稅，附加稅」者，誤記為「村稅，戶口稅」之時，亦為有效。(5) 甲詐稱乙之氏名，以乙之名義而受警察犯之即決處分時，其處分對於甲發生效力)。(3) 租稅之督促文書中，縱于帶納金之外，將既納稅金一併記入，對於督促文之效力，亦不稱乙之氏名，以乙之名義而受警察犯之即決處分時，其處分對於甲發生效力)。(4) 反之，行政行為之誤記，不能依外部之事情以認識時，行政行為，則可從其所表示者而判斷之，如其所表示者不得發生效力時，則行政行為為無效。

(四) 因內容欠缺之無效 行政行為之內容，(甲) 須具有一定之意義，得以確定其事項。不確定其所命者為何、所許與者為何、所付與者為何、所剝奪者為何、乃無一定之內容，效果無由發生，當然為無效(例，(1) 為土地收用，由內閣給與認定時，而為不指定起業者及其事業之認定(2) 當為收用之裁決時，而為不指定應行收用(3) 當載定市町村境界之爭執時，而為不能確定其境界之載定等，皆因內容之不定，而為無效)。

(乙)須爲可能者。行政行爲以不能之事項爲內容時爲無效。所謂不能，有事實上不能與法律上不能之別。事實上之不能，毋庸贅述，所成爲問題者，唯法律上之不能也。

法律上之不能，與單純之違法有異。非僅爲違反法規之意，乃法律上不認其有發生效果之力之謂也。其區別，適與法規上有命令規定與能力規定之別相應。行政行爲之內容，僅違反命令規定者，不過爲違法之行政行爲，其違反能力規定者，卽爲以法律上之不能爲內容之行爲，法律上定爲效果發生之不可能。

行政行爲以法律上之不能爲內容者，爲以下四種。

(甲)對於無權利能力者與以權利，對於無義務能力者命以義務之行爲。例如任命曾處六年以上之刑者爲官吏，授與外國人以鑛業權或登錄之於律師名冊，處十二歲以下幼兒以刑罰，對於無土地者賦課地租，對於已納租稅者，爲租稅滯納處分，對於女子課以兵役義務等是也。此等之人，對於此等權利義務，毫無法律上之能力者，其權利義務，法律上全然不得成立者也。

(乙)對於不能爲行政行爲的目的物者所行之行政行爲。不能爲民法上法律行爲之目的物者，普通稱之曰不融通物。在公物上，關於一般行政行爲，或關於特殊行政行爲，法律亦有認其全然不得爲目的物者。例如天皇所有地不得爲公用徵收之目的物，墓地、石碑、祭壇、職務上之制服勳章等不得爲租稅

滯納處分之目的物，私有水面不得爲漁業免許之目的物。宮城離宮神宮及皇陵之周圍三百間（每間六尺）以內及要塞第一區內之場所不得爲鑛業許可之目的物等是也。關於此等物所行之行政行爲，因其不能，當然無效。又國家對於不屬自己支配之私有水面之填埋許可，私有地之道路編入，於鑛業權既經確定之鑛區授與以同種鑛物探掘之許可等，亦以不能爲內容之行爲，全然無效。

（丙）法律上不得成立之權利義務而使發生之之行爲。其內容之所以不能者，非在於人或物，而在於其欲使發生之權利義務的性質。例如對於無論何人所絕對禁止之行爲，對於某人乃許可之，長官對於屬官命以爲犯罪行爲之義務，付與特定人以法律所不承認之獨占權等屬之。

消滅或免除法律上不存在之權利義務之行爲，例如就虛無之土地而爲收用之裁決，撤銷已經消滅之鑛業許可，許可不要許可之行爲，對於無納稅義務者而行免租等是也。

（五）因意思欠缺之無效 行政行爲，必須以行政權之效果意思，爲其要素，固不待言。即在不以效果意思爲要素者，至少須該行爲者具有意思能力，然後行政行爲始得有效，蓋意思表示，爲一切行爲之要素故耳。全然無意思之行爲當然無效。例如官吏在精神喪失之狀態所爲之行爲，因不可抵抗之強制所爲之行爲等是也。

反之，因錯誤之行爲，或因詐僞，強迫，賄賂等不正手段所行之不正行爲，僅爲撤銷之原因，而非

當然無效者也。何則 此等行爲並非無意思之行爲，唯其意思之決定，具有瑕疵而已。

四、行政行爲之撤銷

爲使一旦有效成立之行政行爲，喪失其效力之別個行政行爲，謂之曰行政行爲之撤銷。關於初爲無效之行政行爲，爲表明其爲無效而宣之於公衆，雖亦有謂之撤銷者，然此種撤銷，僅爲確認之行爲，而非使從新喪失其效力者，真正意義之撤銷，是使有效之行政行爲，喪失其效力之效果，此其所以異也。

行政行爲之撤銷，須分爲兩種。一爲行政行爲之成立有瑕疵，而撤銷之者，一爲行政行爲之成立固無瑕疵，但因後來所發生之事由，不能使效果繼續至將來，因而廢止者是也，二者之性質不同，因之其則亦不無少異，然二者皆爲使行政行爲喪失其效力之行爲，具有共通之性質，自大體言之，得律以同一之原則。故爲便宜起見，茲一併論之。

(一)可撤銷之行政行爲 行政行爲 且有效成立時，則對於國家及人民之兩方面，皆有拘束力。國家自身既受其拘束，則國家即不必常有無條件撤銷之自由。惟在何種情形之下，得以撤銷，須將行政行爲，別爲三種論之。甲)可自由撤銷之行爲，(乙)僅限於特別理由得以撤銷之行爲，(丙)有確定力之行爲也。

(甲)可自由撤銷之行爲，乃爲一種行爲，僅使人民負擔義務，命之以負擔，或制限剝奪人民之權利者也。此種行爲之撤銷，毫不因此而有損及人民之權利，故在不抵觸法規之範圍內，得依官廳之自由裁量撤銷之。例如因恐有妨害公安而禁止出版物之發賣者，至後若認爲無害公安時，則無論何時，皆得解禁，因營業上有不正常之行爲而停止其營業者，至後若認爲無停止之必要時，則無論何時，得以解除其停止。良以此等行爲，乃純屬授與人民以利益者，而授與人民以利益之行爲，除法規有特別之制限者外，原則上，屬於官廳之自由裁量者也。

然關於此種行爲，在兩種情事之下，亦有不能自由撤銷者。其一，爲該行政行爲乃執行法規之行爲，予以撤銷即爲抵觸法規者，例如依租稅法以命令納稅義務是也。納稅義務，依據法規，須歸人民負擔，而行政行爲不過執行法規而已，故不得依行政權之自由裁量而撤銷之也。其二，爲該行政行爲發生確定力，一旦確定，則不得變更者，例如警察署長之對於警察犯所爲之即決處分是也。此種行政行爲，自其發生確定力之點言之，與刑事裁判之判決同，(市町村公民無何等理由拒辭名譽職時，得以市町村會之議決，停止其一年以上四年以下之市町村公民。又依行政裁判例，當此之時，如市町村會，議決其須於一定期限停止公民權時，其處分即發生確定力，在其停止期間內，不得爲特免停止之決議。倘故爲之，則其決議爲無效)。

(乙)僅在有特別理由時得以撤銷之行爲，乃許可、特許以及其他一切依撤銷而使人民喪失權利，或使其蒙受其他不利益之行爲也。關於此種行爲，法律或有以明文限定其可以撤銷之事情者，例如醫師

免許、鑛業許可、漁業免許、發明特許等，在醫師法、鑛業法、漁業法、特許法，特將其可以撤銷之事例列記限定之。在有此種規定者，除有法定之理由外，不得撤銷。但法律上無特別之規定者，則成問題。

即在法律關於撤銷無特別之規定者，亦不得認為絕對不得撤銷。蓋一切行政行為，除有確定力之行為外，遇公益上有不得不使其向將來喪失效力之時，則使之喪失其效力，乃當然之條理也。然此種行為之撤銷，一方面又為損害人民之權利，侵害人民之利益，故不得依行政權之自由裁量以為之。惟在法律上認其撤銷有正常之特別理由者，得以為之。然在何種情況，不待有法律之特別規定，即可認其撤銷為正常，則成為問題。

關於此種行為之不待成文法規之明文規定，當然認為得以撤銷者，得舉之如次。(1)行政行為之內容違反法規，手續上有缺陷，或因不正之陳告、賄賂及其他不正行為，或因錯誤所行之行政行為。此等行政行為，本來在法律上有瑕疵，如使其有效存續，乃反乎法律本旨，故當然得以撤銷者也，(縣知事命令，關於某河川依慣例有使用權者，在一定期間內呈請許可，對於依此規定之許可呈請者，不依其有無使用之慣例，誤認之為有慣例者，授與以許可，該許可乃出自錯誤，縣知事得以撤銷。大正一一、七二〇行政法院判決，依漁業法施行規則，有須駁斥之事由者，而誤信其為無何等障礙，授與漁業免許，于此，官廳)。(2)行政行為之要件，於其成立後喪失之時，例如在營業之許可，以一定資本金額為要件者，於其得許可之後，其資本減少至定額以下者是也。蓋要件不具

備，行政行為原不可行，故在事後，其要件喪失之時，該行政行為之即宜撤銷，理所當然。又行政行

爲之不能達到本來之旨趣者亦然，

（大阪府知事當改修淀川工事時，爲擴張天滿菜場地見，對於沿岸土地所有者，許可其立菜場擴張之目的至不待達到。府知事乃將與占用許可撤銷。行政法院。占用河川之增積地。及至竣工後，占用權者乃拒絕將自己所占有土地租與菜場，國認爲不合乎許可當初之目的，判決其撤銷爲合法。大正四二〇、十七）

（3）依行政行為受利益者不履行其附隨利益之義務時，例如受營業許可者，利用其營業爲不正行爲，不履行其他營業上之義務是也。蓋其所受之

利益，與應守之義務，乃互相陪伴者，不盡其義務，獨享其利益，天下寧有是理耶？

（例，旅館營業者有紊亂營業上風俗之

行爲，撤銷其營業免許爲合法，大正一〇、三、十二行政法院判決輪船營業者依止航路，至隘濱上交通於不安，因將其營業免許撤銷，而予他之輪船營業者以免許亦爲合法，大正八、五、二〇，行政法院判決）

（4）於行政行為既施之後，因事情之變更，公益上發生有不可使其效力向將來存續之時，此種行政行為，除確定行爲或法規之明文限定其可以撤銷者外，亦當然認爲得以撤銷者。

然無論在以上之任何情形，其撤銷非純然自由裁量之行爲，乃法規裁量之行爲。即在無成文法規之

明文者，倘其行爲爲不成文法所羈束之行爲，行政官廳，須將撤銷之關於公益上的必要，或撤銷所及

於當事者之不利益，或不撤銷所及于公的秩序之影響三者比較考慮，然後決其應撤銷與否。否則，依

其裁量權之誤用，撤銷不可撤銷之行爲，仍爲違法之行爲。

（丙）凡行爲在一旦確定之後，一事不再理之原則，即隨之而行，除特別例外外，關於同一事件，不

許再行審查，因而以全然不得撤銷爲原則者，稱之爲有確定力之行爲。此種行爲最顯著之例，厥惟

許再行審查，因而以全然不得撤銷爲原則者，稱之爲有確定力之行爲。此種行爲最顯著之例，厥惟

裁判判決，而行政裁判判決，亦具有此能力。即在一般之行政行爲，如係與判決具有同樣性質之確認行爲，而以與訴訟手續類似之手續，依利害關係人之參加施行爲要件者，亦與判決發生同樣之效力，除許依上訴手段（異議提出、訴願、行政訴訟）以爭外，利害關係者有要求其不得變更之權利，故一般得解此種行爲，爲有確定力之行爲。例如訴願之判決、選舉之效力及當選人之決定、特許局審判官之審決、市町村境界爭端之裁定、土地之官有民有的查定是也，（例，據市則九〇，町村制七四，監督官廳認市町村會之議決或選舉爲違法得撤銷，蓋異議之決定，與裁判判決具有同樣之性質，而有確定力之行爲也。大正十一、十二、一、行政法院判決。依國有林野法之境界查定處分，假令日後發見其查定有謬誤，亦不得撤銷，蓋相互所有權之範圍，乃依此而確定者也。大正三、二、一四，行政法院判決。）。

然有確定力之行爲，亦非絕對不許撤銷者。猶如裁判判決，在有特別理由時，得以再審，有確定力之行政行爲，亦有認爲得以再審者。關於民事訴訟法再審之規定，得以類推之於行政行爲，其行政行爲之於手續上有重大之缺陷者，或其行爲因偽證、詐欺、賄賂等犯罪行爲而行之時，尤可認爲當然得以撤銷者。

（二）有撤銷權之官廳 行政行爲之撤銷，惟有撤銷權之官廳得以爲之。其官廳依基因于職權之撤銷與基因于聲請之撤銷而有不同。

（甲）基因于職權之撤銷者，乃不待聲請而由官廳方面自行撤銷者，有此權者，厥惟爲行政行爲之官

應自身與其監督官廳。(1)爲行政行爲之官廳，自有爲其行政行爲之權，故當然亦有撤銷其行爲之權。(2)監督官廳之有撤銷權，乃見諸官制上之明文。內閣總理、各部部长或地方長官，對於其所屬下級官廳之行爲，認爲有違反法規，妨害公益或侵犯權限者時，定爲得以撤銷之，(內閣官制四條之二，各省官制通則六條，地方官官制九條等)關於公法人之行爲，亦得由監督官廳撤銷之，此規定見諸各公法人構成之法律中。

(乙) 基于聲請之撤銷者，乃依異議之提出、訴願或訴訟之提起而撤銷之者。有此權者，厥惟裁決其異議、訴願或訴訟之機關。至何種機關始有其裁決權，則須就各事件依法律之所定。

(三) 撤銷之效果 行政行爲之撤銷，雖係常使其行爲喪失其効力者，然其效果，究須溯諸既往，自最初起即認之爲無效者，抑或使之僅向將來喪失其効力者。二者不容不辯。欲明乎此，須審別其所以撤銷之因。行政行爲之撤銷，有基於法律上之瑕疵者，有基於事後所發生之原因者。

(甲) 在行政行爲，因其成立有法律上之瑕疵而撤銷之時，以其行爲，在法律上自最初起，即爲不得成立者，故不使之發生效果，從而撤銷之效果，原則上當然溯諸既往，認其自最初起，即爲無效。法律爲表示此旨趣起見，往往有不稱之爲撤銷，而稱之爲無效者。例如在特許法，曰特許之無效審判，在選舉法，選舉訴訟或當選訴訟之結果，爲判決選舉或當選之無效是也。所謂無效審判或無效判決，即撤銷前之確認行爲也。此雖曰無效，然非不待何等行爲而當然無效者，發明之特許、當選人之決

定，一旦有效成立，如無無效審判之請求，或選舉當選訴訟之提起，則繼續其效力，唯依審決或判決之結果，始喪失其效力者也。

然使撤銷之效果，溯諸既往，有時難免不破壞既成之法律秩序，不當侵害當事者之利益，一切行政行爲，皆係以公的權威，決定法律關係者，其既經成立以後，假定因其決定有法律上之瑕疵，而予以撤銷，而其行爲所完成之效果，自以容許爲適當，如溯諸既往而使喪失其效果，殊有乖乎正義。故撤銷溯諸既往之原則，須認有多少之例外。概言之，爲當事者之利益者，則以溯諸既往爲原則，爲其不利益者，則以不追既往爲原則。其正確之界限，乃各種情事之法規解釋問題。

(乙)行政行爲，由於事後之原因、而被撤銷者。與前者有異，究其實，不外爲行政行爲之廢止，故其效果，僅及於將來，使向將來喪失其行政行爲之效力而已。

第六節 行政上之強制執行

一、總論

當人民不履行公法上之義務時，即以強力使之履行其義務，或使實現與履行同一之狀態，此等行政權之作用，謂之曰行政上之強制執行。

(一)強制執行，恆以特定的公法上之義務成立，而義務者、不履行其義務為前提。其義務或有直接依法令而發生者，或有依基於法令的行政行為而發生者，在前者不須依特別之行政行為以命其義務，當不履行法令所既定之義務時，即可行使強制執行。在後者須首先依行政行為命其義務，然後始發生強制問題。然無論在何種情事，強制執行，恆以不履行義務為前提，非命令義務之行政行為，如許可、設權、確認、公證等，不發生強制執行之問題。

(二)行政上之強制執行，乃行政權之作用。在民法上之法律關係，義務者雖不履行其義務，權利者自身，亦無強制執行之權，其義務履行之強制，除依民事訴訟以求裁判上之強制執行外，別無他法。即令國家自身為權利者，如其權利具有私法的性質時，亦以遵守同一之原則為通例，其強制執行之權，專屬於司法權。反之，對於公法上之義務不履行，則不待司法權之作用，認為得依行政權自為強制執行者也。

(三)行政上之強制執行手段，關於各種公法上之義務，或有依各特別法之所定者，關於一般的公法上之義務，則為一般法之所規定者，得分為二種。一為行政執行法(三三法)第五條之所定，其手段有三，代執行、執行罰及直接強制是也。此等手段，雖主適用之于警察義務，然亦不僅限於警察義務，對於其他義務亦得適用之。一為國稅徵收法(三〇法)律二一之所定，專適用於金錢給付義務。法律雖稱曰國稅

滯納處分，然關於國稅以外之種種公法上之收入，法律大抵亦準用此手段，故毋甯稱之爲行政上之強制徵收，較爲適當。在各特別法所規定之特別執行之手段，如傳染病預防法（二六條）之代執行，河川法（五二條）之代執行及執行罰等是也。關於依特別法之規定者，茲不具述，次項以下，專就一般法所定之各種手段論列之。

一、代執行

代執行者，乃對於得由他人代作爲之義務，所行使之強制執行之手段，由官廳自爲或使第三者代爲義務者所當爲之義務，而其費用則自義務者徵收之之謂也。

代執行所得適用之情事，必須其義務爲作爲之義務，且其作爲具有代替的性質，而不必以義務者自身之行爲爲要件，依第三者之代行，亦得以達到其目的之性質者而後可。在此種性質之義務，恆依代執行得以完全達到強制執行之目的。其中使變異外界的物質狀態之情事，如使破壞違法之建築物，使除去道路、妨害物，使施行家屋清潔方法，使_{（甲）}不完全之設備等，爲適用代執行之最適切者也。

代執行之處分，（甲）原則上須限定相當履行期，在該期間內，不履行義務時，則非以書面、預爲警告不得行之。此種警告，非下命行爲，亦非命令義務之行爲，僅爲催告義務履行之通知行爲而已。

但在有緊急事情時，法律認為可不警告即行代執行，此之謂即時代執行。(乙)在警告之履行期間內不履行其義務時。或遇有緊急事情時，官廳得不須警告，即自爲或使第三者代爲義務者所當爲之作爲，此爲代執行之本體，其執行得命屬吏爲之或得由官廳之指揮監督，依民法上之雇傭契約或承包契約，使他人代之。對於該執行，義務者有忍受之義務，義務者如抵抗不服時，官廳得以實力強制其忍受，而對於此所爲之抵抗，構成刑法上之公務執行抵抗罪。(丙)執行所要之一切費用，使義務者償還之。其費用之金額，由官廳決定，命義務者納付。如義務者不納付時，官廳得依國稅滯納處分之例，爲強制徵收。關於其金額有爭執時，法律不認有訴願或行政訴訟之手段，又以其非民事事件，故不得起訴於民事法院義務者對於其金額之決定，雖有異議，在現行法上，無抗爭之法律上的手段。

三、執行罰

執行罰，亦曰強制罰，強制履行公法上之義務之目的，對於違反義務者所科之罰，若在不履行其義務時，則警告其所應科一定之罰。

執行罰，自其爲純然之強制執行手段之點言之，與刑罰迥異其性質。非爲對於不法行爲之制裁，乃防止不法行爲之向將來繼續而科者也。外形上與刑罰相異之特色，在於各個事象，必以豫先警告爲要

件，其目的在依此加以心理上之壓迫藉使義務者自行履行其義務也。

執行罰之所得適用者，必其義務者不作義務，或為非本人自身則不能達到目的之作為義務也。關於具有代替性質之作為義務，恆須依代執行，不得科之以執行罰。執行罰，僅關於非代替性質之義務得以行之。例如應受種痘之義務，應受健康診斷之義務，應受官廳傳喚之義務等是也。

執行罰，非如代執行之為完全強制執行之手段，僅依處罰之警嚇義務者，利用義務者之畏怖心，強制義務履行者也。故其效果難期確實。但關於非代替性質之義務，無由行使代執行，故除有緊急情形者外，法律認為得依此種手段，以行使強制執行。

對於同一之所為，究能併科執行罰及刑罰與否，雖歷來聚訟紛紜，莫衷一是，然以予觀之，自以不得併科為正當。二者之目的，雖互有出入，然皆為基於國家一般統治權所科之罰則，實具有共通之性質，若二者併科，則國權對於同一之義務違反成為科以二重罰之結果，有違刑罰法規之精神。蓋刑罰法規，對於一定之所為，規定一定之刑罰者，以此為對於其所為，為國權所得科罰的限度之意也。

執行罰之施行，(1)須規定相當之履行期間，其期間內不履行時，須以書面警告其所應科之罰。其所得警告之罰，限於日金二十五元以下之過料(罰金之一種)金額之制限，依官廳之種類而有差等，各部部长以日金二十五元為一高限度，地方長官以日金十元，其他之長官以二元為最高限度。(2)義務者

受其警告，在指定之期間內，關於作爲之義務，而不作爲，關於不作爲之義務，而不廢止其禁止之作爲時，官應得於其警告之範圍內，決定所應科之罰，通告之於義務者。但執行罰專爲強制執行之手段，即在指定期間經過後，在未經科罰以前，義務者履行其義務時，則強制執行之目的物，隨之而消滅，不得再行科罰。(3)義務者不納付其所科之過料額時，官應得依國稅滯納處分之例，強制徵收之。(4)一旦科以執行罰之後，違反義務之狀態，尙依然繼續時，官應得從新規定履行期間，警告執行罰，反覆施行同一之手續。

四、直接強制

直接強制者，對於義務者之身體或物體，加以實力，直接實現其所命之狀態之謂也。

直接強制，與執行罰之使義務者生畏怖心，間接強制其履行者有異，乃如代執行然，係以實力直接實現其與義務完了有同一狀態之作用也。其與代執行不同之點，在於代執行，爲代替義務者，實行其所應爲之作用，而直接強制，係對於義務者或其所有物，加以實力，使履行其義務，或使實現其與義務完了有同一狀態之作用也。如常航行障礙物堵塞水路時，首先對於所有者命其取出除去，而所有者猶不履行義務時，因而官廳自爲取出除去者，雖得謂之曰代執行，然官廳不爲取出而以爆發物粉碎之

，則爲直接強制。在代執行，得自義務者徵收其費用，而在直接強制，則不得徵收費用。

直接強制，除金錢給付外，關於各種公法上之義務，亦得適用之。國家保有強大之警察力，遇必要時，並得使用兵力，故無論何種義務，除性質上不能強制者外，鮮有不能以實力強制之者。其中直接強制之得以適用者，以非代替性之義務爲主，即他人不得代爲之作爲義務，或不作爲義務，例如閉鎖違法營業者之營業所，而遮斷其主顧之出入，以強力拘捕不受傳喚命令者，以強力解散不遵集合解散之命令者，以強力制止闖入交通遮斷區域者是也。關於給付義務亦然。對於不履行物品之給付義務者得依直接強制以實力收取其物品。尤以忍受義務，爲適用直接強制之最自然者，對於抵抗官吏之職務執行者，當然得以實力制止其抵抗者也。

直接強制，係對於非代替性義務之強制手段而行之者，故直接強制通常對於適用執行罰之義務相同之義務得適用之。在事之緊急者，則依直接強制，不然者，則以依警告執行罰之手段爲原則也。

關於代替性之義務，即他人得代爲之作爲義務，依代執行得以完全達到其目的，故鮮有發生直接強制之必要者，然遇有緊急之情事發生，且難得夫役時，有須以實力壓迫義務者，使之自行履行其義務，固不能謂爲全然無適用直接強制之必要。例如當洪水氾濫之際，使附近居住者，從事於水害之預防，當火災四起，消防夫力不足時，使近傍之人，從事於防火之類。有時警察官吏，得拔劍威嚇人民，

直接強制其義務。唯關於陳述之義務，全不許拷問，故直接強制，無由施行。拷問之外，一切有傷害身體之手段，皆不得用爲直接強制之手段，此固不待言而喻者也。

直接強制，非若代執行或執行罰之係使義務變其形態者，僅使既成立之義務，如其原形實現而已。故與代執行或執行罰有異，不須有法律之規定，關於既經發生執行力之義務，有實力施用權之該管官吏，當然有直接強制之權。但行政執行法，特將得爲直接強制之情形限定，非依代執行或執行罰不能達到目的時，非有急迫之事情時，不得爲直接強制。故得爲直接強制者，除事情緊急者外，僅以義務者無余力，不能納付執行之費用，或執行罰之金額，事甚顯著時，或依執行罰之警告，不能達到強制目的之情由明瞭時，爲限。

五、行政上之強制徵收

關於公法上之納付義務，法律大抵規定其得依國稅滯納處分之例以處分之。其手續於財政章詳述之（各論第四章第六節三）。但自大體言之，與民事訴訟法上之金錢債務之強制執行相類似，首先以書面督促，在指定之期間內，不履行其義務時，則封押其財產，於一定期限後，所封押之財產爲通貨時，則即以之充滯納處分費，延滯利息及債務之償還，如爲其他之財產時，則付之公賣，以其所得之代價充之。行

政上之強制徵收，僅在法律所許可者，得以行之。

第七節 行政上之損害賠償及損失補償

依行政權之作用，與人民以財產上之損害，且其損害無歸責於人民之事由時，則由行政主體之國家或公共團體，賠償其損害，此乃正義原則之當然要求也。而其償金，法律明分為二種。一為民法上之損害賠償，一為公法上之損失補償。

一、因行政上之不法行為為國家或公法人之賠償責任

行政上之不法行為者，官吏公吏以及其他立於國家或公法人機關之地位者，當其行使職務時，因故意或過失，侵害他人之權利的行為之謂也。行政上之不法行為。一面發生該行為者之官公吏等個人的責任問題，一面發生國家或公法人之賠償責任問題。關於官吏等之個人責任，當於官吏之章述之，茲專就國家公法人之責任問題，述之如下。

對於依行政上之不法行為，所加於人民之損害，國家或公法人，究須依民法負賠償責任與否，須區別為左之三者論之。

(一)純然公的權力之作。關於此種作用，不適於民法之規定，國家或公法人，為刑罰權、裁判權、

警察權 課稅權等、一切公的權力之主體。以對人民時，雖因官吏等之故意或過失，以致違法的行使其權力，侵害他人之權利，但除官吏等以個人之資格，任賠償之責外，國家及公法人，不任損害賠償之責。

自今日之社會正義的立場言之，即令依國家之權力，人民亦有不遵違法的侵害其權利或自由之權利，故如因國家違法的權力之行使，致有侵害人民之權利時，人民關於其損害，向國家要求賠償，自屬當然之要求。近時諸國之趨勢，對於此種國家權力之行使，於某限度內，亦漸承認賠償之責任。其中在如視為有罪而受逮捕者，乃至後確定為無罪時，國家對此須任損害賠償之責，此固各國許多之立法例所承認者也。

然在日本現時之國法，尚未採用此主義，對於國家公的權力之作用，人民務須服從之思想，迄至今日，猶牢乎不可拔。對於以司法判決或行政行為之公的權威所行之行為，僅承認人民得依訴願、行政訴訟、控訴、上告等手段，主張其違法，即令其違法之為決然無疑，而關於人民因此所受之損害，僅其行為係由官吏之故意或不可忍受之過失者，得以對於官吏個人，請求賠償，而對於國家則須忍受其損害，無損害要償之權利。

(二)非權力的作用之經濟活動 關於此種作用，國家或公法人依民法第七一五條，須任損害賠償之

責。關於純然之營利事業，固不待言，即係公益之事業，如道路之修築、河川工事、運河開鑿、學校官衙之建築、自來水及陰溝之工事、病院之診療等，亦當一律論之。民法非為僅適用於營利事業之法律，除身分法、親族法外，係為規律經濟的關係之法，其為營利事業與否，非所問者也。國家事業而以經濟關係為主眼者，有適用民法之本質。雖關於公益事業，在公益上必要之限度內，有排除民法之適用者，然至少就由不法行為而起之損害賠償問題而論，關於國家或公法人之事業，斷無與私人事業有別，而異其適用法律之理。如關於此等事業之施行，有予他人以不法的損害時，國家或公法人，當依民法之規定，任損害賠償之責。

但關於特殊事業，則對於不法行為之國家或公法人之賠償責任，有以法律設特別之規定，而排除民法之適用者。如郵政法^(三三條至四十條)郵政匯兌法^(一五條)郵政儲金法^(一四條)電報法^(二四條)，限定由此等事業所發生之國家損害賠償義務，或規定其全然不負賠償之責任。除有如此之特別規定者外，依民法之一般規定，定其賠償責任。

(三)國家或公法人所管理之土地之工作物的設置或保存，具有瑕疵，因而與人以損害者，國家及公法人以占有者之資格，依民法七一七條，須負損害賠償之責。例如因火藥庫之爆發、學校校舍之崩壞、豫防道路危險裝置之不完全、市自來水管之破壞等、致與他人以損害之類是也。蓋在此等情事，亦

與前項相同，無排除適用民法之理由也。

關於以上(二)(三)兩項國家或公法人之賠償責任問題，以大正五年(西歷一九一六年)為界，最高法院之判例，甚有出入，大正五年以前判例，將國家事業，分為營利事業，與公益事業，僅關於營利事業，適用民法，因之國家有賠償之責任，至關於公益事業，則不適用民法，因而雖違法而加他人以損害，國家亦不任賠償之責。(例四〇，二，二二，最高法院判決當開設道路時，因從業者之過失，破壞他人之家屋，損傷他政行為，依行政行為所加私人之損害，不發生私法上之責任)四三，三，一二，最高法院判決，板橋火藥製造所，因火藥之製造，與私人以損害，其判決如次，『火藥製造事業，為公法上之行為，雖因其行為，致與個人以損害，國家亦不能負私法上之責任。』

及至大正五年，對於因市立小學校之設備不完全，將兒童致死之事件，判市府須依民法負賠償之責

(五，六，最)自後，關於自來水工事(七，六，二十九)市之陰溝設備，(一三，六，十九)國家之築港工事

(七，十，二五)水利合作社之水門關閉事業(一二，六，二)等，凡基於不法行為者，皆認為須依民法負

賠償之責。

二、公法上之損失補償

因合法的公法上之原因，為國家、公法人，或公益事業者之利益計，致使人民負財產上之特別犧牲時，為補償其犧牲之金錢給付，謂之曰公法上之損失補償。

損失補償，與損害賠償之性質，迥不相同。損害賠償者，乃以不法行為爲前提，係依民法之所定，因不法加以損害之故，而賠償之者也。反之，損失補償，乃爲補償其因法律上之正當原因，所加於財產上之損失者，其權利具有公法的性質，非依民法之所定，乃依各特別法之所定也。自其性質言之，與民法之代價、賃借金、賃金等相類似，非因加有損害之故而賠償，乃因賦課財產上特別之負擔故，而爲反對給付者也。例如依據土地收用法，收用土地時，收用權者對於土地所有者，須補償其損失，依鐵路法^(三〇)政府收買地方鐵路時，須支付收買價額，依傳染病預防法^(十九條之二)處分污染傳染病毒之建築物時，須給與建築物所有者以補助金。依河川法^(三八條三九條)凡爲關於河川工事，使人民供給土石竹木等，或使用堤外之地面時，須給付補償金。依烟草專賣法^(一五六條)收買煙葉時，須付賠償金等是也。以上數者，權利發生之原因，非在民法上之契約或不法行爲，乃基於公法上之原因也，雖法律附以補償金、收買金、補助金、賠償金、報酬、^(例郵政法五條)使用費^(例鐵路船舶郵政法十條)、運輸費^(例鐵路船舶郵政法一二條)等、種種之名稱，時或稱之爲損害賠償^(例郵政法四條電報法六條)損害補償^(例道路法四七條五一條)等，然與民法上之損害賠償，顯異其性質，不依民法之規定，而具有公法之性質也。

公法上之損失補償，乃因公益上之必要，不依契約，全由一方的行爲使私人之財產負特別之犧牲，而恆依法律特別之規定，所認爲適法者也。日本憲法^(二七條)保障財產權之不可侵，惟公益上必要之處

分，定爲須依法律之所定。換言之，不依特別之法律規定，而侵害財產權，乃憲法之所不許也。但在公益上有必要時，得基於法律之規定，課以財產上之特別犧牲，而其犧牲，非平等的課諸一般的人民，僅課諸特定之人，且非爲其本人之利益，又無歸責於本人之事由時，則本乎公平正義之要求，而給以金錢，以爲此犧牲之完全補償者，蓋亦事理之當然者也。

公法上損失補償之義務，雖以發生於國家或公法人與私人之關係者爲原則，然亦有發生於私人與私人間之關係者。如私人爲公益事業之主體，受有土地收用或使用權利之時，關於其收用或使用，企業者對於土地所有者，有爲損失補償之義務，此其著例也。

公法上損失補償之金額，除法律有特別之規定者外，對於既經發生之損失，或將來所發生之損失，一切須給以完全之代價。該金額評定之方法，各依法律之所定。如關於其金額，當事者間之協議一致時，公法上之契約，即告成立，則依其契約之所定。如其協議不一致時，通常法律定爲由行政廳之處分裁定之。對於行政廳之裁定不服時，其所用以爭執之手段亦各依法律之所定。法律或有認爲得起訴於民事法院者，或有認爲得上訴於主管部長者，或有認爲得要鑑定人鑑定者，或有以行政廳之裁定爲終局之處分，全不認有上訴之手段者，因事情之不同，而法律之規定亦異。

第二章 行政組織

第一節 國家行政組織總論

行政權、除國家行使外、國家內之公共團體亦得行使之。故行政權之主體，有國家及公共團體二者之分。因而行政組織，亦有國家行政組織與公共團體組織之別。本節以下至第三節，就前者而論述之。第四節以下，則專論後者。

一、行政組織之大權

日本帝國憲法第十條『天皇釐定行政各部官制與文武官之俸給及行使文武官之任免』云云者，得稱之曰行政組織之大權。國之行政權、爲天皇親自總攬，原則上不須議會之協贊，故隸屬於天皇之下分掌行政權各機關之組織，原則上亦不須議會之協贊，屬之天皇之大權。

行政組織之大權，得分爲官制大權及任官大權二種。

(一)官制大權。天皇釐定行政各部之官制。行政各部之官制係謂關於隸屬天皇之下，稟承大命，以

担任行政事務之國家機關之設置、名稱、組織、權能之規定也。

官制大權，包含以下各種之權能。

(甲)行政機關之設置及廢止 憲法上之必要機關(國務總長樞密院顧問，行政法院，會計檢查院)乃依憲法之規定所必須設置，

不得以敕令任意設置或廢止之，即法律所定為必須設置之行政機關(例，依濶員懲戒法所設之濶員法院，依古社

設之關稅訴訟審判委員會。依軍需工業動員法所設之軍需評議會)亦僅在不抵觸法律之範圍內，得依敕令定其組織權能而已，不得自由設置

或廢止也。此外之新機關之設置，或現存機關之廢止，得應行政之必要，以敕令自由定之，惟關於其

實施，須受豫算之制限而已。

若法律未明定設置特定之行政機關，僅委任某權限於特定之行政機關時，則不妨以敕令廢止其機關，而設置其他之機關以代之。何則，法律旨趣之所在，僅將關於該種事務特別之權限，付與有一般權

能之機關而已，非敢制限官制大權，以使其機關不可變動者也(例，交易所法，商業會議所法，續業法，重要物

職權。然此等法律中所謂農商務部長者，與保險法，漁業法及其他法律中所稱「主務部長」同其意義，非謂其特別之職權，必須屬於農商務部長也，唯在法律制定之當時，關於此種事務一般之權能，係屬於農商務部長之主管，在此前提之下，而曰「農商務部長」而

已。故依大正十四年三月之官制改革，廢止農商務部長，而設置農林部長及工商部長，非違反此等法律者也。在此等法律中所定為農商務部長之職權者，依官制改正之結果，應事務之種類，當然歸屬於農林部長及工商部長之權限者也。反之，在

同一之情事，僅將某行政機關廢止，而不設置其代替之機關，是使法律所定之權限，失其行使之機關

殊為違反法律，故如法律不改正，則不得以敕令行之。在此限度內，官制大權，為法律所制限(例，自大正十

五年七月一日廢止郡長，然在選舉法、町村制及其他幾多之法律，有郡長職權之規定者不少。（故僅廢止郡長，不免有違反此等法律之嫌。故須先將此等法律改正，然後始克斷行郡長之廢止。）

(乙)行政機關名稱之規定 此亦屬之於官制大權，以屬於勅令之自由為原則。但當設置時、法律規定有一定名稱之行政機關者，則勅令須因此而受拘束。反之，對於以勅令設置之行政機關，法律引用有特定名稱之機關，付與特定之權限者，非為不得變更其名稱之意，故不妨以勅令變更其名稱（例，鑛業鑛山監督署長關於鑛區之監督，有種種之權限，然其後以勅令將鑛山監督署之名稱，改為鑛務署，及至大正十三年十二月，又改為鑛山監督局此時凡法律所規定為鑛山監督署長之權能，隨官制之改正，當然為鑛務署長之權能，又為鑛山監督局長之權能。又改）

(丙)行政機關之組織 行政法院及會計檢查院之組織權能，依憲法之規定，須以法律定之，然關於其他行政機關之組織，一般以勅令規定為其原則。即在法律所規定特定之行政機關之設置，關於其組織，通常歸勅令所規定。惟法律自行設定關於其組織之規定時，勅令自不得有所抵觸。

(丁)行政機關之權限 行政機關之權限，非必僅依官制而定、各種法令，一方面規定國民權利義務，一方面有拘束國家自身之力，行政機關之權能，因之亦為其所規定。官制之所規定者。僅行政機關所担任事務之種類，管轄區域及命令權所及之範圍而已。換言之，官制之所規定者，僅行政機關之一般權限而已，在一般權限之範圍內，究得為何種之行爲，則尚須依各種之法令而定。

即法律指定特定之行政機關，而付之以特定之權限時，亦不過為表示該行政機關依據官制，關於該種事務，有一般權限而已，故依官制之改正，亦不妨將其一般權限，移之於他機關。此際法律所特定

之權限，不待法律之改正，當然可與一般權限之移轉，移之於他機關

（例，依古社寺保存法，關於古社寺保存法，雖規定屬於內政部長之權能，然

依官制之改正，不妨將關於古社寺保存之一般權限移之于教育部長。此

時關於古社寺保存法所規定內政部長之權限，當然為教育部長之權限。）反之，法律不僅付與行政機關以特定之權

限，且認其權限行使者必須為指定之特定機關時，官制大權即依此而受制限，苟非有法律之改正，不得以官制變更其一般權限。其最顯著之例，如在府縣制，以府縣知事為擔任府縣之行政機關是也。府縣制，以使公共團體之府縣行政機關，與國家之行政區之府縣長官，歸於同一為要件，國家區劃之府縣區域，與公共團體之府縣區域，既須一致，又須有單獨制之地方長官，以確定該區域之管轄。此為法律之所要求，故在此限度內，如法律尚未改正，則不得以官制變更府縣知事之權限。

其得依官制大權以定者，僅限於直接或間接隸屬於天皇之下，依天皇之委任，而掌管行政事務之機關而已。即國家之行政機關，而有關於人民之選舉者，亦僅依法律得以定之，不歸官制大權所規定。依所得稅法所設立之所得稅調查委員，依營業稅法所設立之營業稅調查委員，其顯例也。至於公共團體之機關，則更不屬於官制大權之範圍矣。

釐定官制，乃屬於天皇之大權，故官制以勅令規定為正則，然有時亦不妨將官制大權之一部，委任之於行政機關。此際在委任之限度內，官制得依行政機關之命令而定

（例，如依庫頁廳官制，規定庫頁廳支廳及警察署警察分署之名稱，位置及管轄

區域之權，委任之于庫頁廳長官，依地方官官制，關於巡查之規程，委任之于內務部長之類。此等規定，名稱上雖不謂之為官制，然性質上實官制之一部也。）

欲知官制之空爲法規與否，須將官制別爲關於對國民有行使職權之行政機關，與其不然者之二者而觀察之。前者係依此對於國民，課以此種義務，即使其認識該機關之行為，爲國家行為，對於國民有拘束力，因而具有法規之性質。後者對於國民無直接之關係，僅在行政機關之內部有拘束力，因而無法規之性質。

(二)任官大權。任官大權者，係謂任用在天皇之下，充當國家機關地位之人員，而付之以國家機關之權能，及規定在該地位之人員，所應有之權利義務之大權也。官制大權與任官大權之區別，恰與國家機關及充當機關地位之個人之區別相照應。官制大權爲關於規定國家機關之權，而任官大權則爲規定充當機關地位之個人之權。惟官制大權僅與行政機關有關，而任官大權則不僅於充當行政機關之地位者而已，即關於裁判官，海陸軍武官等，凡在天皇之下，秉承大命，掌理國務者，亦皆屬之，其範圍甚廣。憲法上關於官制大權，亦稱之曰行政各部之官制，而關於任官大權，則不曰行政官，而曰規定文武官之俸給及任免文武官者，即表示此趣旨者也。憲法雖稱之曰文武官，而其實尙不止此，凡各種之委員，以及其他非官吏而擔任國務者，亦須從同一之原則，又憲法上雖只曰規定文武官之俸給然薪俸之外，如官等、分限、服務規律、懲戒規定等，凡在官吏或其他公務員地位，所有權利義務之規定，亦屬於任官大權之作用。

然屬於任官大權之範圍者，僅爲依自己之任意承諾，在天皇之下，以充當國家機關之職務者而已。其非依自己之承諾，負擔任國務之義務者，(例、如陪審員)僅依法律得以定之，不屬之於任官大權之範圍，此外如依國民之選舉，以就行政機關之地位者亦然。其關於官吏之任用資格，懲戒免官等之規定，依憲法或法律，定爲須依法律者，亦不得以勅令規定之。

任官大權，包含有二種作用，一爲規定關於官吏之任用資格及其他官吏之權利義務之一般的法則，一爲在實際之事例，任免懲戒官吏，命令或免除賠償義務，規定官等及俸給，以至監督職務等之作用。前者一般以勅令定之，後者或依勅裁行之，或委任行政機關行之。其中如委任官以下之任免及官吏職務之監督，則一般委任之於行政機關。其所得任命之官吏的官職之種類，及額數，依官制而有一定。換言之，在此限度內，任官大權係以官制爲基礎而行使者也。官制上所未規定者，僅限以委託、雇員、傭員等名義，依民法上之契約，使從事公務而已。得任命爲官吏者，須依官制定之。

二、行政機關之種類

行政機關，因其權能之不同，得分爲以下之數種。

(一)行政官廳、官廳者，乃立於天皇下之國家機關，賦有決定國家意思，及向外表示此意思之權能

者也。在日本法令之用語上，通常所謂行政官廳者，與行政廳有別。稱行政廳時，除國家行政機關外，凡公共團體之機關，及公共團體之吏員，而特受國家事務之委任者，亦包含在內。反之，稱行政官廳時，僅指隸屬於天皇下之國家機關而言。官廳有向外代表國家，決定表示國家意思之權，換言之，即國家之意思機關也。其權能，係發源於天皇之大權，基於大權之委任，而立於國家機關之地位者，直接爲天皇之機關，間接爲國家之機關，換言之，即國家之間接機關也。

(二) 諮問機關 以對於天皇或官廳陳述意見爲任務的機關之謂也。或不待諮問，進而陳述意見者有之，或止於應其諮問，而奉答者亦有之。關於直接隸屬於天皇而應諮詢之機關(樞密院)，乃屬於憲法研究之範圍。屬於行政法研究之範圍者，唯行政官廳之諮問機關而已，其種類極多，大概爲合議制之組織，或以官吏，或以自民間選任之委員，或以兩者而組織之。然無論爲何者，諮議機關之決議，僅爲決定國家意思之參考，無即發生國家意思之效力。

(三) 監查機關 以檢查行政官廳之事務，尤其是會計事務，監視其當否爲任務之機關，謂之曰監查機關，會計檢查院其最重要者也。

(四) 營造物或企業機關 國家之營造物或官營企業之管理，及其施行之機關，謂之曰營造物或企業機關。例如帝國大學、中央氣象臺、專賣局、鐵道局、製鐵所、交通官署等是也。而營造物機關中之具有

管理權者、於管理權之範圍內、有決定表示國家意思之權，故在此限度內，有行政官廳之地位，例如大學總長、專賣局長官是也。

(五)補助機關 隸屬於行政官廳，而補助官廳權限之機關，謂之曰補助機關。此種機關，自己無決定國家意思之權，僅關於官廳意思之決定，而為其準備的調查，承受其命令，以從事於諸種之事務而已。補助機關，時有依官廳之委任，或法律上當然得代官廳行使其權限者，在其代理權之範圍內，補助機關，亦有官廳之地位。

(六)執行機關 秉承行政機關之命令，事實上執行國家意思之機關，謂之曰執行機關。此種機關之特色，在以實力充當對於人民行使強制力之責任。警察官吏、憲兵、收稅官吏等，其明例也。執行機關基於官廳之委任，在受命之範圍內，亦有決定表示國家意思之權。在此限度內，本來為執行機關者，亦有官廳之地位。(例、行政執行法第一條，認「該行政官廳有檢察之權」。警部、警部補、巡查，本來僅為執行機關，而非官廳；然受警部署長之委任範圍內，得依本條而有檢察之權。)

三、行政官廳之組織及權限

行政官廳，自其組織言之，有為獨任制者，有為合議制者。前者指一人之意思，法律上即有國家意思之效力者而言，後者乃多數人之意思，依多數決定，或其他一定之方法所統一，而其所統一之意思

，有國家意思之效力者之謂也。在獨任制之官廳，以法律上之決定權，僅屬之於長官，故嚴格的言之，官廳僅由 官所構，然為補助其事務計，附屬有多數之補助機關，必待其補助，而後官廳方能行使其權能，故不妨將長官及補助長官之全體，視之為一體，而稱之曰官廳。部、廳、院、局、署、所等之名，係概示其全體為一體之名稱也。

行政官廳，通常為獨任制。蓋為明責任之所在，保事務之統一，守官的祕密為隨機之處置計，自以獨任制為適當。惟會計檢察院、行政法院、海員法院、關稅訴願審查委員會等，其權限有類法院，特以公平與獨立為重者，則採取合議制。

行政官廳之權限者，乃官廳之在法律上，得以有效的代表國家的力之謂也。一切官廳，皆有一定之權限，僅在其限界內，得代表國家。官廳之權限，一切發源於天皇之大權，罔非直接間接為天皇之所委任，其範圍，第一係依官制而定，在官制之範圍內，更依各種特別之法令而定。有時除官制所定者外，亦有依法律或勅令，而付與 個之權限者。

官廳之權限，得自四方面定其界限。(甲)其最普通者，為依事務種類之界限，一切之官廳，僅關於其所限定種類之事務，而有其權限，此謂之曰官廳之實質的權限。(乙)官廳有依土地之區域，限定其權限，僅在其區域內，得行使其權限者也，此謂之曰官廳之地域的權限。其權限所及之地域，稱之曰

官廳之管轄區域或國之行政區劃。(丙)官廳又有依其權力所及之人，定其權限，僅對於一定範圍之人，得行使其權限者，此謂之對人的權限。例如大學總長，僅得支配大學職員及學生，軍隊之司令官，僅對屬於軍隊之軍人軍屬，而有其權限。(丁)官廳之權限，亦有爲行爲形式之所限定者，例如府縣知事有發布命令之權，而警察署長則無之。關稅訴願審查委員會，僅得爲裁決，而無依其他之形式，以爲行爲之權，此謂之官廳的形式之權限。

法律上官廳權限之效果有兩種。(甲)其積極的效果，在使官廳權限內之法律的行爲，有國家行爲之效力。但官廳之行爲發生國家行爲之效力，僅限於法律的行爲、關於事實的行爲，最初即不發生法律上之效力問題，故無發生國家行爲之餘地，其行爲，恆爲行爲者個人之行爲，惟其行爲目的之事業，爲國家之事業，因而關於該事業之執行，國家須負監督之責，而關於自該事業所發生之損害，國家須負賠償之義務。即關於法律的行爲，亦僅其法律上效力之一點，足視爲國家之行爲，換言之，即其效力歸之於國家也。法律的行爲，一面亦有事實的性質，故自事實的行爲言之，恆爲行爲者個人之行爲。官廳權限內之行爲常有此二面之性質。關於法律上之效力問題，則視爲國家之行爲，關於事實上行爲者之問題，則視爲個人之行爲。故例如警察官廳無禁止營業之理由，而以惡意禁止營業時，其禁止，一面應視爲國家之行爲而有效力，他而對於爲禁止之官吏，視爲個人應依刑法上之瀆職罪處斷之。官

廳權限內之行為，自法律上效力之點言之，為國家之行為，故其行為一旦有效成立時，其後雖在位者有所更迭，或該官廳關於此種行為喪失其權限，或該官廳已全然廢止，然決不因此而喪失其為國家行為之效力，（例，如舊時代之大政官布告，自大政官之廢止以及今日，除依後之法令廢止變更者外，尚有其效力。關於鐵道行政之權限，起初屬於交通部長，次乃收屬之于內閣總理，及至大正九年，因鐵道省之新設，則移歸鐵道部長主管，然其在交通部長權限內所發布之交通部令，及在內閣總理權限內所發布之閣令，而有關於鐵道行政者，雖至今日，尚保有為鐵道部令之效力）

（乙）其消極的效果，在使官廳權限外之法律的行為，不能發生國家行為之效力。官廳在權限外無國家機關之地位，因而其行為，若作為國家之行為，以無權限之故，自屬無效。

四、行政官廳之代理及事務之委任

（一）代理。法令所定為特定行政機關之權限，原則上雖由該官廳自己執行，然有時亦准許其他機關代理執行。當允許代理時，仍屬於官廳權限之法律的行為，代理者之所為，與官廳之自為者，具有同一之效力。

行政官廳之代理，有授權代理與法定代理之別。

（甲）授權代理者，乃行政官廳自以其權限之一部，授之於其補助機關，因而發生關係之謂也。原則上，官廳雖須自己行使其權限，然法令有以明文規定，使該廳之官吏，臨時代理其權限之一部者，例

如警視廳官制，^(八條三項)規定『警視總監得使該廳之官吏，臨時代理其事務之一部』，北海道廳官制^(八條三項)地方官官制^(一〇條三項)中，關於北海道廳長官及府縣知事之權限，亦有同樣之明文。即無此種之明文，而事務之性質上，亦有不必須官廳自己執行，認爲得臨時使部下之官吏代理者，例如各部官制通則^(六條)中，各部部长雖定爲關於主任事務，須監督地方長官，然此監督作用，不但認爲必由各部部长自己行使，蓋其作用煩雜，性質上，非一人單獨所得而行之者也。各部部长得使次長司長等，代理其監督權之一部，在受命之範圍內，次長司長等所發之通牒，與部長之命令具有同一之效力。凡在授權代理，其代理之範圍，係依授權而定。但常限於官廳權限之一部，代理者在官廳指揮監督之下，行使代理權，故關於該行爲，官廳須自任其責。

(乙)法定代理者，係謂非基於官廳自身之授權，乃基於法規之方面生之代理權，本來不在官廳地位者之行爲，與官廳之行爲發生同一法律上之效力之關係也。法定代理可區別爲二種，一因一定法律事實之發生，不須何等之行爲，法律上當然發生代理權者也。例如警視廳官制^(八條一項)曰『警視總監如遇有事時，爲警務部長之書記官，代理其職務』。方官官制^(一〇條一項)曰『知事 事故時，從官等之順序，書記官代理其職務』等是也。一爲由君主或上級官廳之命令而發者。例如警視廳官制^(八條二項)曰『警視總監及爲警務部長之書記官皆有事故時，內政部長得使其其他高等官一人，代理警視總監之職務』

。地方官官制（二〇條）曰「知事及書記官皆有事故時，內政部長得使其其他高等官一人，代理知事之職務」等是也。當各部部长遇有事故時，依勅令使他部部长臨時代理其職務者亦同此例。諸如此類，皆與授權代理不同，其命代理之行爲，非授代理權之行爲，僅爲指定代理者之行爲，代理權係依法規之力而生，同爲法定代理之一種，凡在法定代理，代理權除有法令特別之制限者外，發生於官廳之全部，而其權限暫時歸屬於代理者，被代理之官廳，無指揮監督之權。關於該行爲之責任，全歸於代理者。有時在官廳之地位者一時出缺，後任者尚未到任以前，則僅有代理者而已。代理之觀念，通常以其代理之本人實在爲要件，然有時亦有例外，卽被代理者僅有觀念上之存在，而現實上空爲何人，毫不能定者，亦與代理之觀念無妨也。

（二）事務委任。官廳亦有依據法令，將其自己權限內事務之一部，委任之於下級官廳者。官廳之事務委任。與代理不同，係依據法令，將其自己權限內之事務一部，移之於他官廳者，而在此委任之範圍內，其事務爲受任者之權限。受任者非以代理者之資格，乃視爲自己之權限而行之者也。事務委任，係變更法令所定之權限者，故惟有法令之特別規定者，得以行之。非依法令之權限委任，全然無效。何則，權限之委任，乃變更規定其權限之法令者，而法令之變更，除有法令之特別規定者外，惟依同等以上之法令所得而爲之者也。

代理權之授與，係對於該廳之官吏行之。而權限之委任，非對於該廳之官吏，乃常對於下級官吏而行之者也。例如地方官官制(十一條)曰『知事得將其所屬自己職權之一部，委任之於支廳長、警察署長、或市町村長』。警察廳官制(九條)北海道廳官制(一〇條)關於警視總監、北海道廳長官之權限，亦有類似之規定。(此等皆為勅令之規定，或關於法令所特定爲此等官廳之權限者，除有法律之特別規定者外，不得依此等之規定，以委任之)。其他種種之特別法令，例如鑛業法(十四條之二)曰『工商部長依命令所定。得將依本法職權之一部，委任之於礪山監督局長』等，承認行政官廳權限之委任者，其例不少。

有時非承認行政官廳自己，得將自己之權限，委任之於下級官廳，乃依勅令，將法令所定行政官廳之權限，移之於下級官廳者，例如市制(九條)町村制(九條)規定，凡關於須經監督官廳許可之事件，得依勅令，將許可之職權，委任之於下級監督官廳，因此規定，凡關於依據勅令(大正一〇勅令四二二)所須主務部長許可之事件，府縣知事有其許可權之類。

一切權限之委任，係變更法令所定之權限，使原所定爲上級官廳之權限，變爲下級官廳之權限。故欲使其有效，一般必須以命令形式公布之。蓋上級官廳與下級官廳之內部關係，雖因委任得以行之，然對於人民，不得發生效力也。

五、行政官廳之監督

行政官廳，有直隸於天皇者，有隸屬於其他行政官廳之下者。內閣總理及各部部长，爲行政各部之最高官廳，直隸於天皇。各部部长之下，各有其所屬官廳，對於部長、立於下級官廳之地位。此等官廳，更各有其下級官廳。一切官廳，皆屬於天皇之下，各爲系統，而有上下階級之別。上級官廳，監督下級官廳，藉期保持行政之統一。

上級官廳、對於下級官廳之監督權範圍，雖依官廳之種類與事務之性質而有不同，然通常包含以下之三種權能。

(一) 監視權、上級官廳，爲下級官廳之監督者，恆有監視其職務之執行，或徵求其報告，或派遣官吏檢閱其實況等之權能。此爲附屬於監督權之必然要件，非有待法令之特別規定者也。

(二) 訓令權、上級官廳、通常有指揮下級官廳之權。爲此目的，上級官廳對於下級官廳所發之命令、特稱之曰訓令。訓令而因下級官廳之申請或請示之回答所發者，特稱之曰指令。然二者之性質，毫無所異。訓令非法規，對於國民無直接之拘束力。惟對上級官廳與下級官廳之關係，有拘束力而已。下級官廳對於有效之訓令，無審查其內容之權，須遵訓令之所命，以行使其權限。但此拘束，僅對於上級官廳，非所以對國民也。故違反訓令，對於國民非爲不法。

如欲求訓令之有效，須具備以下之數要件，即(甲)訓令係自有訓令權之上級官廳所發者，(乙)訓令

須爲關於屬於下級官廳權限之事項，(丙)訓令之內容，須在可能之範圍內，並須具備一般行政行爲之要件是也。如此等有效之要件皆具備時，雖其內容，或有違背法令，侵害公益，亦不失爲有效。下級官廳，卽因此而受拘束。

訓令雖有僅關於一事件者，有規定一般法則者，然自效力之點言之，二者皆爲同等。關於一事件所發之訓令，亦得以變更一般的訓令。又訓令關於屬於下級官廳權限之事項。得以命其須受上級官廳之許可，此時許可之授與，亦訓令權作用之一也。

訓令權原則上不包含代執行權。法令使屬於下級官廳之權限者，僅下級官廳得以行使之，上級官廳僅得指揮之，除有法令之特別規定者外，不得代行。如下級官廳不從其指揮時，祇可取免官、休職或轉任之手段而已。

訓令權非屬於一切上級官廳當然之職權。在某種官廳，關於權限之行使，有不受任何人之指揮命令，純以自己之獨立意見而爲之權能者，所謂官廳權限之獨立者是也。權限之獨立，有以法令之明文規定者，有雖無法令之明文，權限之性質上，當然須爲獨立者(例、行政法院、會計檢察院、滄員審判所、高等考試委員、特許局審法官及審判官、關稅訟願審查委員會)

。又一切合議制之機關，在其議決權範圍內，當然有權限之獨立，何則，不以自己獨立之意見，參加議決，則不得達到合議制之目的故也。凡在權限獨立之範圍內，不得頒發訓令，在此範圍內所發之

訓令，爲無權限之訓令，通爲無效。

(三)撤銷權 上級官廳對於下級官廳所發之命令或行政行爲，認爲違法或不正當者，有撤銷或停止之權。撤銷爲使全然喪失其效力之行爲，而停止乃使一時喪失其效力之行爲也。法令有以明文規定之者，例如各部官制通則、(六)規定各部部长關於主任事務，認警視總監或地方長官所發之命令或處分，有違反成規、妨害公益或侵犯權限者，得停止或撤銷其命令或處分。警視廳官制、(一)規定警視總監關於警察署長或警察分署長之處分或命令，有同樣之權限。(其他北海道廳官制七條，地方官官制九條亦有同樣之明文)等是也。卽無此種明文，亦得認爲上級官廳當然之職權。但上級官廳之撤銷權，亦非毫無制限者，惟依撤銷權之一般原則，得以撤銷之，關於有確定力之行爲，則雖上級官廳亦不得撤銷，此蓋吾人所既述者也。行政行爲之撤銷，除依職權行使外，有爲訴願之裁決而行之者。蓋上級官廳爲下級官廳之監督者，對其行爲之訴願，通常爲其裁決之機關故也。

六、行政機關之構成員

在行政機關之地位者，通常雖屬官吏，然一切之行政機關，非盡以官吏構成者也。官吏雖對於國家爲繼續服從包括的關係者，然此外有關於特定之事務，而立於公法上之委任關係者，有基於民法上之契約而服務者，間亦有關於國家之行政，加以民衆的分子，以自人民中所選出者充當行政機關之

地位者，故行政機關之構成員，因其在法律上之地位，得分以下四種。

(一)官吏 構成行政機關最普通之人員，厥惟國家之官吏。關於官吏事項，於第三節詳論之。

(二)僅受有定量之特定事務之委任者 自非官吏中所選任之各種委員，皆屬之。此種委員，雖與官吏同係基於天皇之任官大權所選任，對於國家有公法上之關係，然與官吏之對於國家，委身以負勤務之義務者不同，惟關於受委之特定事務，負勤務之義務而已，故非若官吏，對於一般職務命令，對於懲戒權，有服從之義務，及得被命轉任其他之官職，而又無享受俸給及恩俸等之權利也。

(三)依民法上之契約而担任一定職務者 在純然學術的或機械的事務，而非向外行使國權之職務者，不必如官吏之委身而負忠實於國家之義務。故或依民法上之契約，使負勞務之義務者有之。例如大學及其他官立學校聘請之講師、聘請之外國教師、諸官廳之事務委託、雇員、書記生、差員之類以及其他郵差、電話接線生、職工等皆是也。彼等對於國家之關係，純與私人間雇傭關係之性質相同，除有特定之規定者外，專受民法之支配。

(四)依國民之選舉而担任法律所定之一定之職務者 所得稅調查委員、營業稅調查委員，其顯例也。非由大權所選任，而由國民所選舉者、與官吏或普通之委員，異其性質。夫行政機關之選任，原則上屬於天皇大權，而特設此例外者，蓋如司法之有陪審制度然，所以承認人民關於行政之參政權，使

人民有參與國家行政之權利也。

七、委任行政

國家之行政，除由國家作爲自己之機關，而由其特別選任者行使外，有委任行政事務之一部於他之團體或個人，使代行之者，此謂之委任行政。在委任行政，受任者在其委任範圍內，雖亦爲國家之機關，然非專爲國家機關而設置而選任，乃爲他之獨立目的而存立，於其本來存立之目的以外，受國家事務之委任者，自此點言之，與本來之國家機關，迥異其地位。委任行政，乃係委任國家事務於他之團體或他人者，故僅依法律得以行之，不屬於官制大權及任官大權之作用，有直接依法律以定之者，有基於法律之規定，以特別之行政行爲行之者，要之，其委任爲國家之單獨行爲，而非民法上之契約，亦非公法上之契約也。

現時委任行政之最顯著者，厥惟市町村之國家行政，及南滿洲鐵道附屬地之國家行政。關於市町村內所行之國家行政，不另設國之行政官廳，一般委任之於市町村長。市町村長爲市町村之公務員，本以市町村機關爲其本務，然同時亦受國家行政事務之委任，實際上爲國家機關之職務，較之本務，爲尤繁劇。南滿洲鐵道附屬地，亦無特別行政官廳之設置，一般委任之於南滿洲鐵道股份公司。該會社

乃商事會社，而受國家統治權之委任者也。其他有爲國之行政事務，而委任之於市町村及其他公共團體者，且時有委任之於一私人者。

由此觀之，委任行政得分以下之三種。

(一)公共團體之委任事務 公共團體雖爲自己之固有目的，獨立的爲行政權之主體，然其本身目的以外，多有受國家行政事務之委任者。普通所稱爲公共團體之委任事務者是也。關於此項，於第四節第五節詳述之。

(二)公共團體官員之委任事務 公共團體之官員，雖以公共團體之機關，爲其本來之任務，然國家特以國之行政事務委任之者，亦復不少。其最著者，厥爲委任施行於市町村區域內之國家事務於市町村長之例。其詳俟後節論之。

(三)私法人及一私人之委任事務 例如委任南滿洲鐵道附屬地之一般行政事務於南滿洲鐵道公司。委任國庫金出入之事務於日本銀行。委任船舶內之司法警察事務、戶籍事務於船長等，皆是也。受任者，在其委任之範圍內，得行使國家之公的權能，同時亦負有遵從委任之旨趣而行使之義務。

第二節 現行官制之梗概

國家之行政權，天皇總攬之。但關於行政而屬之天皇之親裁者，除制定勅令外，僅限於文武官之任免、條約之締結、戒嚴之宣布等、二三事項，其他、則一般委任之於行政機關。隸屬於天皇下的行政機關之組織，內地與殖民地、全異其系統。各殖民地之行政，除保留為天皇之親裁者外，一切皆委任之於殖民地官廳，內地之政府，惟有監督權，無直接管理殖民地行政者。內地官廳，僅執掌內地之行政，其直隸於天皇之下，而管轄內地之全部者，曰中央官廳，關於中央官廳之官制，曰中央官制。其隸於中央官廳之下，而僅管轄地方之行政者，曰地方官廳，關於地方官廳之官制，曰地方官制。而各殖民地各有其特別官廳之組織，是謂殖民地官制。故如欲知現行官制之梗概，須將官制分為中央官制、地方官制、殖民地官制三者論之。

一、中央官制

現行之中央官制，於天皇之下，將行政各部分配之於各部，各部長官、關於其所主任之事務，一方有為國務部長以輔弼天皇之職務，一方有為最高行政官廳之職務。別設內閣總理，使為國務部長之首領，以當統一行政各部之任。而以國務部長之全體，組織內閣，關於重要政務，以閣議決之。此大體之主義也。

上述之中央官制，乃發源於明治十八年十二月二十二日之官制改革。其以前，國家之最高中央官廳爲太政官（明治二年七月始設置之）以太政大臣（明治四年七月設置）爲其長官，而以左右大臣及參議輔翼之，以審議庶政。各部爲隸屬於太政官下之下級官廳，其長官謂之曰卿。參議與各部卿初爲分離之官，至明治六年以後，始開參議兼各部卿之例，十三年二月雖一時全歸廢止，然至十四年十月以後，再恢復兩者兼任之舊制。各部自明治二年以來，雖屢經廢置分合，然在明治十八年改革之常時，已有宮內、外交、內政、財政、陸軍、海軍、司法、教育、農商務、工部之十部矣。各部卿皆兼參議，與今之各部總長相當。自官制上觀之，太政大臣及左右大臣，似在上總理庶政者，然其實權，則在參議之手。

經明治十八年之官制改革，乃將此種太政官制，改爲現時之內閣制。廢止太政大臣、左右大臣、參議、各部卿之諸職，而代以內閣總理及各部部长，即以其全體組織內閣焉。改革之要點，在將隸屬於太政官下之各部，直隸之於天皇，且使其直接爲輔弼大政之國務部長。而同時宮內部分與各部分離，置宮內大臣於內閣之外，用以開皇室機關與國家機關分離之制焉。

明治十八年之改革以後，各部之組織，雖屢有變更，然迄今大體上殆概仍其舊。

今日中央官制所取之主義，在直隸於天皇之中央行政官廳，除憲法上所舉之特別官廳，即行政法院

及會計檢查院外，必以同時在國務部長之職者爲限。憲法上雖未明白規定禁止設置非國務部長之中央官廳，然此爲憲法之旨趣，毫無疑義。何則，憲法僅以國務部長爲對於議會負責之人員，且關於不受國務部長監督之行政官廳之行爲，國務部長毫無負責之方法，若於國務部長之外，更設置直隸於天皇之行政官廳時，則關於行政事務，將至無人對於議會爲責任之担負，立憲政治，將與責任政治，不能兩立矣。

故在日本憲法下，爲中央行政官廳者，僅以國務部長爲限。但國務部長中，內閣總理與各部部长，稍異其地位，又各國務部長各爲獨任制之官廳，且同時以其全體組織合議制之內閣，而內閣亦有行政官廳之地位，故中央官廳，須分爲各部部长，內閣總理及內閣三者而論之。

(一)各部部长。直隸於天皇之下，分担行政各部，各就其主任事務而爲天皇下之最高行政官廳。各部部长一面爲行政官廳，一面爲國務部長，有輔弼天皇之責任，有與議會交涉之職務。其爲國務部長之職務，屬於憲法之範圍，茲不贅述。在爲行政官廳之地位，各部部长，非所以輔弼天皇之大權者，依天皇之委任，自爲國家之意思機關，關於主任事務，有決定表示國家意思之權。

各部部长爲最高之行政官廳，其權限爲監督權及副立法權。至其直接對於人民而爲行政行爲者，則屬之異例。分述於下。

(甲) 監督權 各部部长為最高之行政官廳，有指揮監督下級官廳之權，又為各部之長官，以監督屬於該部官吏之職務及身分。對於下級官廳頒發關於其權限行使之訓令，確定法令之解釋，撤銷其違法或不當之行爲，在對於該行爲允許提起訴願時，則裁決其訴願，並決定下級官廳相互間之權限爭議。對於部下之官吏，關於其職務，下職務命令，關於其身分，委任官以下之進退得選行之，薦任官之進退，經內閣總理上奏之，勅任(簡任)官之進退，則提出於閣議。其應行敘位敘勳者，經內閣總理奏請之，如遇有懲戒之必要時，或要求懲戒委員會之審查，或逕自行之。(各部官制通則第五條至八條)

(乙) 副立法權 各部部长關於其主任事務，依其職權或特別之委任，有頒發部令之權。(各部官制通則四條)

其得以部令規定者有二種，一為依特別之法律勅令所委任者，一為依官制一般委諸各部部长之職權者。基於特別委任之命令，曰委任命令。此種命令所得規定之範圍，各依當時之委任而定。依一般之職權所發之命令，曰職權命令，職權命令，僅依憲法第九條之執行命令，警察命令，或在行政規則之範圍內，得以行之，各部總長在不牴觸法律勅令及條約之限度內，得依其職權，發布關於其主任事務之部令。部令得附日金百圓以內之罰金或科料(亦罰金之一種)或三月以下之懲役禁錮或拘留之罰則。(二三，勅令二〇八，四一，勅令三四五) 部令中，各部總長須將年月日記入，親自署名，而以官報公布之。法律勅令之年月日，係以裁可之日為準，故通常所附之月日，與公布之月日相異，反之部令所附之年月日，恆以公

布之日爲準。部令除有特別施行期日之規定者外，自公布之日起算，經滿二十日後，即可施行，此點與勅令相同（公式令，〇條，一一條，二條）部令之內容，與他部之主管事務相關聯者，須與關係部部長協議之，故單一之部令，往往須二部以上之部長連署者，但在此時，其名稱恆爲主任部之部令。

（丙）行政行爲之權 直接對於人民爲行政行爲，雖爲地方官廳之權限，然關於利害關係之重大者，或須統一者，則依法令特使之屬於各部部长之權限者，亦復不少。（例，出版物之發賣禁止，結社禁止，銀行營業之許可，交易所之解散，鑛業採鑛權之許可，私立大學設立之認可）

各部之數，在明治十八年改革時。爲外交、內政、財政、司法、陸軍、海軍、教育、農商務、交通九部，及至明治二十九年四月，增設拓殖務部，至三十年八月，又廢止之，大正九年五月十五日，增設鐵道部，大正十四年三月三十一日，廢止農商務部，設立農林部及商工部，同年四月，即行實施。

各部間事務之分配，係依官制而定。自大體言之，外政屬於外交部長，財政屬於財政部長，司法行政屬於司法部長，陸軍及海軍軍政屬於陸軍部長及海軍部長，而內政則更分屬之於內政、教育、農林、工商、交通、鐵道各部。教育部掌管關於教育、學藝及宗教之事務。農林部掌管關於農林、名產、畜產、米穀法施行之事務，工商部掌管關於工商、礦山及地質、度量衡及計量、並軍需調查統轄等事務，交通部掌管關於郵政、電報、航路標識、發電水力、航空、電氣、船舶、水陸運輸等事務，鐵道部掌管關於鐵道軌

道之事務，而其他之一般內政，則歸內政部所主管。如各部間關於主管權限有爭端時，則由閣議決定之。(內閣官制五條)關於兩部以上有交涉之事務，則依閣議以決定其主任部長，而主任部長須與有交涉之各部長協議之。(各部官制通則二條二項)。

(二)內閣總理。內閣總理在國務部長內，雖為內閣之首領，然自行政官廳觀之，全與各部部长、立於同一之地位。內閣總理，本非以担任行政事務為主要職務，然關於無論屬於何部皆不適當之特殊事務，有使內閣總理為其主任部長者，於其主任事務，內閣總理與各部部长有同一之權限，得以發布閣令。閣令與部令，名稱上雖不同，效力則皆相等，其得附罰則之程度，亦屬相同。內閣總理又得指揮監督所轄各機關，統率部下之官吏，但委任官以下官吏之進退，由秘書長專行之。

現行官制上，屬於內閣總理主管之事務，可分為以下數種，即(甲)詔書、勅書、法律、命令等之公布，(乙)憲法、詔書、勅書、法律、命令等原本之保存，(丙)關於官吏恩俸事務，(丁)殖民地行政之監督，(戊)關於行政上之統計事務，(己)官報之發行，(庚)關於勳章記章褒章之事務，(辛)關於高等考試之事務等是也。內閣為掌管此等事務，除內閣秘書處外，特於其下設恩給、拓殖、統計、印刷四局，又在內閣監督之下，置法制局、賞勳局、高等考試委員等機關。(大正九年鐵道部設置以前，鐵道行政亦屬於內閣總理之主管，置鐵道院以掌之)。

關於為行政官廳之內閣總理之職務，與各部部长有異，不設特別之一部。與部相當之名稱，則稱之

曰內閣。故內閣一語，有兩種意義，一爲指國務部長之全體而言，一爲單指內閣總理而言，如曰內閣所屬職員，曰隸屬於內閣，曰內閣命令等之內閣，皆內閣總理之意。

內閣總理，對於各部部長，非立於上級官廳之地位，故對於各部部長，無頒發訓令，撤銷其行爲之權。惟以內閣總理爲常保持行政各部統一之任者，故爲完成其任務計，而有必要時，得中止各部部長之命令或處分，以待勅裁（內閣官制第三條）。此種中止權，與上級官廳之撤銷權不同，非以其命令或處分之違法或不當爲前提，即在不能認爲違法或不當之表象，未經閣議而由各部部長專行之行爲，有違反內閣之方針時，則得爲之。但其中止，僅有暫定的效力，須依勅裁始得確定。

(三)內閣。內閣以國務部長組織之，爲協議各部長職務上所屬事項，而存立之合議體也。其所付議之事項，包含爲國務部長之職務，與爲行政官廳之職務。各部官制通則（二條）規定，凡涉及二部以上之事務，而主任不明瞭者，須於閣議決定其主任。內閣官制（五號）規定，各部間主管權限之爭議，須由閣議決定之。土地收用法規定，須收用土地之公益事業之認定，須由內閣決定之。都市計画法規定，都市計劃之決定，須受內閣之認可。其他應付閣議之事項，無特別之制限，各部部長，無論關於其所屬之任何事項，皆得提出之於內閣總理，而求閣議（內閣官制六條）。閣議之事項，如屬於國務部長之職務者，其決議雖無法律上之拘束力，然係屬於行政官廳之職務時，其決議則有爲國家意思之法律上之效

力，各部部长因之而受拘束，故關於此等事項，內閣自身有行政官廳之地位。其決議非若普通合議體之取決多數，必須全體一致而後可。何則，各部部长乃關於其職務之絕對責任者，而違反自己之意思，遵從多數之議，則與其責任者之地位不相容故也。

一、地方官制

地方行政之組織，須區別爲官治行政、委任行政、自治行政之三種形態。官治行政，係以國家自己所選任之機關而行之者，委任行政，乃國家委任之於公共團體，或公共團體之吏員以行之者也。二者雖同爲國之行政，然委任行政，乃依公共團體或其吏員而行，故與自治行政，即公共團體之行政，一併論之，較爲便宜。茲所論者，乃官治行政之組織也。

國家之地方官廳，可分爲普通地方官廳，與特別地方官廳。特別地方官廳，係關於特殊之行政事務而設立者。例如財政部下之稅關及稅關分署，稅務監督局及稅務署，農林部下之營林局及營林署，工商部下之鑛山監督局，交通部下之交通局及通信官署，鐵道部下之鐵道局等是也。所謂普通地方官廳者，係指除屬於他之特別機關者外，一般担任國家之地方行政之官廳而言。以下專就此種官廳述之。

(一)府縣。除北海道外，日本之最高行政區劃爲府縣，分全國爲三府四十三縣。府縣制，係始於明

治四年七月之廢藩置縣，依同年十月所定之府縣官制而確定者也。先是明治二年六月，曾有版籍奉還之舉，各封建藩主，將其一切之封土奉還國家，全國之土地，遂爲國家直接之領土。然從來之各藩，仍存其名，任之爲知藩事，繼續管轄各藩，府及縣之名稱，僅用之於朝廷之直轄地，而府、縣、藩之三治制度，巍然猶存。及至明治四年，始廢藩爲縣，免知藩事之職，同年十月釐定府縣官制，廢止從來之府縣，改爲三府七十二縣。日本地方制度之基礎，至此乃告確立，其後縣域屢有廢置分合，數亦不無增減，然主義上大體尙無所變更。

府縣之長官，稱之曰府縣知事。一方面爲國家之官廳一方面別依法律之所定，有爲公共團體府縣機關之任務。爲國家官廳的知事之權限，係依地方官官制（大正十五，勅令一四七）之所定，其概要如次。

（甲）部內一般行政之管理 知事受內政部長之指揮監督，關於內閣或各部之主務，則受內閣總理或各部部长之指揮監督，執行法律命令，管理部內之行政事務（內閣官制四條之二，地方官官制五條，宮內大臣關於主管事務，亦得命令知事，宮內部官制六條）

。屬於知事權限內事務之範圍爲府縣區域內之國家行政，而未爲各部部长權限之所保留，又不屬於特別地方官廳之一切事務，以及依法令所特委任於知事之一切事務也。其中以議員選舉之執行，教育、社寺及宗教、土木、賑恤救濟、警察、衛生、工場法施行、工業勞働者最低年齡法施行、農工商水產等產業之保護、佃業爭議及勞工爭議之調停、徵兵徵發以及其他軍政事務等，爲其權限內最重之事項。至於國稅

之徵收、國有林野之管理、郵政、電報、電話、電氣事業之監督、海事行政、鑛業之監督、司法行政、鐵道行政等皆不屬於知事之權限。知事之權限，極爲廣汎，並涉及於內閣及各部之主管事務，故內閣總理及各部部長。皆立於爲知事上級官廳之地位。但關於知事一般職務上之監督，及進退賞罰，則內政部長立於直屬長官之地位。

(乙)府縣令之發布 知事關於部內之行政事務，得依其職權或特別之委任，對於管內一般或其一部，發布縣令。府縣令所得附之罰則，以口金五十元以內之罰金、拘留或科料（亦罰金之一種）爲限度。府縣令由知事署名，將公布之年月日記入，而即日公布之，至公布之方法，則依府縣令之規定。

(丙)請求出兵權及請求警察官吏之應援權 知事（東京府知事除外）常非常之際而須兵力，或爲警護而須兵備時，得移文師團長請其出兵。師團長如無正常理由，對其請求，不得拒絕。當出兵時，軍隊得於委託目的之範圍內，獨立行動於司令官之下，而非服從知事命令之下者也。又知事當災害警備，或取締上遇有必要時，得與他之廳府縣長官協議，請求其派遣警察官吏以爲應援（四三、勅令四二七）。此時所派遣之警察官吏，須與該地之警察官吏，同服從於知事命令之下。

(丁)下級地方官廳及部下官吏之監督 知事有指揮監督支廳長及警察署長之權，又關於委任市町村

長之國家行政事務，有指揮監督市町村長之權。知事監督所部之官吏，關於薦任官之功過，則呈報之於內政部長，關於委任官以下之進退，則逕行之。

(戊)公共團體之監督 知事依法律之所定，有監督市町村、水利組合等在管轄內各公共團體之行政之權。

此外，依特別法令而屬於知事之權限者，茲未及詳述。但其中知事有為收用審查會，地方森林會等合議機關之一員，又有裁決對於下級機關處分之訴願之權，依其他各種法令而為行政行為之權。

府縣廳之部局，屢有變更，現制除知事祕書處之外，通常設內務、學務、警察三部（東京府無警察部），在內政部長所指定之府縣，除上述三科之外，更得設土木、產業、衛生三部。

東京府之組織，與他之府縣稍異，關於警察事務，別置警視廳以掌管之。警視廳創置於明治七年，十年曾經廢止，十四年一月再行恢復，迄於今日，無所變更。警視廳之長官，為警視總監。警視總監管理東京府下之警察、消防，及內政部長所指定之衛生事務，並關於工場法之施行、工業勞動者最低年齡法之施行事務。關於此等事務，總監得依職權或特別之委任，頒發警視廳令，附以日金五十圓內之罰金或拘留等罰則，有請求東京警備司令官或師團長出兵之權，有請求他府縣知事派遣警察官吏應援之權，並有指揮監督警察署長消防署長及部下官吏之權，而關於所主管事務，有指揮監督管內之分廳

長、市長、區長、及町村長之權。警視廳之部局，除總監祕書處外，分爲警務、刑事、保安、衛生、消防、

五部（大正二，勅令一四）。
（九，警視廳官制）。

（二）地方下級廳。屬於府縣知事下之下級地方廳，從來爲市部、郡部及勅令所指定之島嶼三者，而

三者各異其組織。市爲直接隸於府縣知事之下，其間無中級官廳之設，而郡部則爲府縣、郡、町村之三

級制度，三者皆爲國家之行政區劃，同時有地方自治團體之性質。大正十九年（一九二二）（自十二年四月施行）

廢止郡制，於是郡無地方團體之性質，僅保存其爲國家之行政區劃，仍置郡長，以管理國家之行政。

及至大正十五年六月（一九二六）改革地方官制，廢止郡長，於同年七月一日實施。於是郡失去行政區

劃之性質，僅爲地理上之名稱而已。町村長，原則上與市長相同，直接隸於府縣知事監督之下。於是

地方行政之組織，一般成爲二級制度。以勅令所指定之島嶼，從來雖設置島司，與郡長有同樣之權限

，然其後亦與郡長同時廢止。

府縣知事與町村間，雖以不設置中級之地方廳爲原則，然亦有例外。如在島地及其他交通不便之地

，得依內政部長之指定，設置府縣分廳，使地方事務官爲其分廳長。分廳長之地位，與從前之郡長，

島司相類似，關於國家行政，有指揮監督轄境內町村長之權（地方官官制四三條至四八條）。

關於警察事務，則於警視總監及府縣知事之下，設置警察署，以地方警視、警部或警部補爲署長。

警察署長受上官之命，管理關於轄境之警察、衛生、徵發及召集事務（除關於市之徵發及召集事務），指揮監督部下之官吏，而關於徵發及召集之事務，亦得指揮監督町村長（警視廳官制二七條以下地方官官制三九條以下）。警察署之位置，名稱及管轄區域等之決定，屬於警視總監或府縣知事之職權。

爲掌管水火災變之警戒防禦，於東京府、大阪府、京都府、神奈川縣、兵庫縣及愛知縣等地，設立消防署（警視廳官制二九，八勅令三五〇特設消防署規程），以外各府縣知事，得以市町村之費用，設置消防組，消防組歸警察署長指揮監督之（二七勅令十五消防署規則）。

（三）北海道 北海道不分府縣之區劃，以至道爲一行政區劃，歸北海道廳長官管轄之。北海道廳長官受內政部長之指揮監督，關於內閣或各部之主管事務，則受內閣總理或各部部长之指揮監督，執行法律命令，管理北海道拓地殖民事務，以及其內部之行政事務。長官得依職權或特別之委任，對於管內一般或其一部。發布北海道廳令，而北海道廳令，得附與知事同一程度之罰則。其他長官之權限，皆與知事相同，法令用語上，稱之曰地方長官者，即北海道廳長官及府縣知事之意。但國有林野之管理，在府縣不屬於知事之權限，別設造林署以掌管之，而在北海道，則屬於道廳之所管。道廳之部局，除長官祕書處外，設置內務、學務、土木、拓殖、警察五部。如內政部長認爲必要時，得設置產業部。

道廳之下，分北海道爲六市十四分廳，分廳之下，更分爲町村。市町村爲公共團體，不設國家之官廳。屬於道廳長官下之下級地方官廳，爲分廳長及警察署長（大正二年（一九一三）勅令一五〇北海道廳官制）。

二、殖民地官制

殖民地之行政組織與內地異。在內地，於天皇之下，將行政事務分配之於各部，除屬於親裁者外，皆由各部部长主管之。反之，殖民地之行政，一般委任之於殖民地官廳，而中央政府惟監督其大體而已。

中央政府中之充當殖民地行政監督之機關者。曾經數次之變更。當取得台灣之後，明治二十九年四月，卽設置拓殖部以監督北海道及台灣之行政，至三十年八月將其廢止，而以其事務移之於內閣，至三十一年更移歸內政部管理。及至朝鮮將併合之時，明治四十三年六月，乃於內閣總理之下，新設拓殖局，使担任關於殖民地之一切事務，及大正二年行政整理，拓殖局又從而廢止，以其事務移歸於內政部，至大正六年七月又將拓殖局復興，爲內閣總理所主管。

在現行制，殖民地行政之監督，一般屬於內閣總理之權限。其事務由拓殖局管理之。卽係各部部长所主管之事務，除有例外之規定外，各部部长亦無監督之責；有監督之責者，內閣總理而已，內閣總

理對於殖民地官廳之關係，與各部部长對於地方官廳之關係迥異。內地地方官廳所主管之行政事務，同時即爲各部部长所主管之事務，各部部长關於主任事務，以統一的方針，指揮命令地方長官，而地方長官，復從其所命，以處理一切之事務，反之，殖民地官廳有處理殖民地一切行政之權，其權限與內地各部部长之權限相當。內閣總理雖有監督之責，然非自己主管其事，以統一的方針而指揮一切者也。其監督之範圍，僅使殖民地之行政，與中央政府對殖民地之根本方針，無相矛盾，用以戒行政之紊亂，關於財政，則留意其與國庫之關係，關於須勅裁者，則僅充經由之任。（官制之文明上，關於樺太廳一庫頁島長官及南洋官廳長官，則曰受內閣總理之指揮監督，關於台灣總督及關東廳長官（旅順大連），則無指揮之文字，僅曰受內閣總理之監督，至朝鮮總督則指揮監督皆不明言，僅曰經內閣總理上奏之。其規定雖有如是之差異，然一切之殖民地官廳，皆須服從內閣之監督，其監督權之範圍，亦可認爲同樣。何則，內閣總理，爲關於一切殖民地行政之責任者，故縱無明文之規定，而對於殖民地官廳，當然有頒發訓令之權也。）

殖民地官廳，因各殖民地而不同。試述其大要如下。

（一）朝鮮。當韓國尙爲日本之保護國時，於明治三十九年，設置統監府於京城，基於保護條約，以指揮韓國之內治外交，及韓國將司法權、刑罰權、警察權、委任於日本後，日本乃在委任之範圍內，行使韓國之統治權。至明治四十三年八月，日韓實行合併，因改其名曰朝鮮。廢統監府，改置朝鮮總督府，使總轄朝鮮諸般之政務。

自明治四十三年至大正八年之間，朝鮮總督不僅管轄政務，且統率朝鮮之海陸軍，並擔任朝鮮防備

事宜。換言之，政權兵權皆換之總督一人之手，故總督恆以陸海軍大將充任之。及大正八年八月，殖民地官制大行改革，廢止以政務機關而兼兵權之制，解除總督兵權之委任，故總督必須陸海軍大將充任之制，亦從而廢止焉。（大正八、八、二九、詔書）
（同勅令一三八六）

現行制下之朝鮮總督權限，大概如次。

（甲）朝鮮一切政務之統理權 朝鮮之統治，原則上委任之於總督。雖官制之裁定、官吏之任免、軍隊之編制、榮典之授與、刑之恩赦等，亦保留之爲天皇之親裁，關於貨幣（除紙幣外）、歷時、外交、軍政等，亦統一之於中央政府，然其他政務，在內地須經勅裁者，而在朝鮮得以總督之職權定之。屬於各部長權限內之事項，亦使之屬諸總督之權限。至關於必須勅裁之事項，則由總督經總理上奏而受裁可。

（乙）立法權 在朝鮮之行政權與立法權，尙未至完全分離，總督兼此二者而有之。在內地須以法律規定之事項，在朝鮮則不須以法律定之，在與特施行於朝鮮之法律及勅令不相抵觸之限度內，得以總督之命令定之。此之謂制令。制令在朝鮮爲有法律效力之命令，得規定爲法律相當之事項，其效力較之總督其他之命令爲尤強。凡發布制令，須經內閣奏請勅裁，但勅裁惟行之於內而已，對外則仍爲總督之命令而發布之者也。當臨時緊急之際，不得勅裁，亦可即發布，然發布之後，必須呈請勅裁

，如不得勅裁時，須即行廢止（四法律三十）。制令之外，總督有頒發總督府令之權。總督府令，大體係規定與內地之勅令、閣令、部令相當之事項，其所得附罰則之程度，與內地之勅令同。自由刑以一年，財產刑以日金二百圓為限度。

（丙）出兵請求權 總督為保持安甯秩序之必要，得向駐朝鮮之陸海軍司令官請求兵力之使用。

（丁）監督權 總督有指揮監督所屬官廳，統督部下之官吏，以及監督在朝鮮李王職之事務，在朝鮮李王職職員，李王歲費之收支，居留朝鮮之朝鮮貴族等之權。最後之事務，本為皇室之事務，而特委任之於總督者也。

總督府除秘書處外，置內務、財政、殖產、法務、學務、警務六局及山林部。略與內地之各部相當。但外交與軍政為中央所統一，故無相當於此二者之機關。特置政務總監，以為總督之輔任官，使之統理府務，監督各局部之事務。總督諮詢機關，別有中樞院之設。中樞院以政務總監為議長，而以副議長，顧問及參議等組織之。係以朝鮮人充任，其任期定為三年。

朝鮮之地方制度，係將全朝鮮分為十三道，各道置知事以管轄之。其地位權限與內地之縣知事相類似。知事有發布道令之權。道令所得附之罰則，自由刑以三個月財產刑以日金百圓為限度。知事在原則上無要求出兵之權，如遇有必要時，可呈請總督，但當緊急之際，亦得逕行要求出兵。各道除知事

祕書處外，設內務、財政、警察三部。

各道又區劃之爲府、郡、及島，以府尹、郡守、島司爲其長官。府與內地之市相當。郡及島更分之爲面，面與內地之町村相當。而長則由道知事任免之。府及面各施行府制（大正二年制令一、自大正三年四月一日起施行）而制（大正六年

制令一、自大正六年十一月起施行）皆認爲有公法人之性質。

朝鮮之警察制度，在大正八年以前，係採取憲兵警察制。以駐劄朝鮮之憲兵司令官之將官，爲朝鮮之警務總長，各道之警務部，亦以憲兵官校充之。警務總監部、警務部及警察署之系統，與一般行政迥異。及至大正八年八月官制改正之結果，解除總督兵權，同時關於警察制度，亦廢止憲兵警察制度，採用文官警察制。於是警察事務，亦與一般行政同屬於總督及道知事之權限（大正八年勅令三八七）

（二）臺灣。依明治二十八年四月之下關條約，臺灣及澎湖列島之歸日本領有也，日政府乃於同年五月發布總督府暫行條例，任命台灣總督，於是總督，於同年六月在台灣自清國全權委員受領台灣。但以當時尚未脫戰時狀態，故其行政，亦依戰時之編制，依軍隊以行使一切政治。及至二十九年三月全島平定，乃從新發布台灣總督府條例，自同年四月即撤廢台灣之軍隊政治而爲行政組織。三十年十月又釐定總督府官制，將總督府之組織大加改革。臺灣行政組織之基礎，於茲乃告大定。起初臺灣總督，亦必須以陸海軍大將或中將充任之，政權兵權皆同時委之於總督之手，大正八年改革之結果，乃

解兵權之委任，但總督爲武官時，得兼任台灣軍司令官而已。

台灣總督之權限與朝鮮總督略同。(甲)統理台灣一切政務，(乙)得經勅裁，而發布代替法律之命令

，遇緊急時得不經勅裁而即行發布(稱之曰律令)，(丙)依職權或特別之委任，得發布總督府令，(丁)爲保

持安甯秩序，遇有必要時，得向管轄區域內之陸海軍司令官請求兵力之使用，(戊)指揮監督所轄官廳

，(己)統率部下之官吏。總督府令所得附之罰則，與朝鮮總督府令同，(台灣總督府官制，大正一。法律三，施行台灣之法令)，但

台灣總督，關於一般政務，雖受內閣總理之監督，而關於貨幣、銀行、附担保之社債信託、關稅及粗製

樟腦樟腦油專賣等事務，則受財政部長之監督(三〇、勅令九)，關於郵政電報之事務，則受交通部長之監督

(二九、勅令八六)。

總督府除總督祕書處外，設內務文教、財務、殖產、警務五局。另設總務長官以輔佐總督，而監督各局部之事務。

台灣之地方制度，始依明治二十九年三月之地方官官制，置三縣一廳，三十年五月改爲六縣三廳，

三十一年六月改爲七縣，三十四年十一月廢止縣制，分全治內爲二十廳，四十二年十月改爲十二廳

。至大正九年，更將地方制度改訂，分全治內爲五州二廳，(大正九年勅令二一八)。其後更分爲五州三廳。此

爲現行之制度。州爲文化較高之地方，而廳則多係未開化之地方。州施行台灣州制，(大正九、律令三)，各

州有公法人之性質。反之，廳則連合兩廳，設置一廳地方費以爲法人，此兩者不同之點也。

依現行制度，州置州知事，廳置廳長。知事與廳長，受總督之指揮監督，執行法令，管理內部之行政事務。知事得發州令，廳長得發廳令。州廳令所得附之罰則，州令以二個月之自由刑日金七十圓之財產刑爲限度，廳令以拘留罰鍰爲限度。州區劃爲郡市二部，郡置郡守，市置市尹，以管理部內之行政事務。郡之區域更分爲街與莊，街置街長，莊置莊長，但在台灣總督所指定之蕃地，得不置街莊。

在廳之區域內，廳長依總督之認可，得置分廳，使分廳長分掌廳內之一切事務。又總督斟酌地方之狀況，得於廳之下設置街莊，（大正九年勅令二一八台）市、街、莊皆有公法人之性質，施行台灣市制（大正九年，律

五令），台灣街莊制，（大正九年，勅令六）。在廳之管域內而未置街莊者，得置區，使區長輔助執行區內之行政

（大正九年勅令三六一）。

此外另設保甲之制，以爲地方行政之輔助機關。一甲十戶，一保十甲，保置保正，甲置甲長。保正甲長由保甲選舉，受官府之認可。保甲制度係參酌清時代之舊慣而定，其目的在以地方居民之共同責任，經官府之監督，以保持地方之安甯者也。保及甲之人民，各有連坐之責任，其連坐者，得處以罰金或科料（三一律令二一保甲條例）。

（三）樺太（庫頁）依明治三十八年十月之日俄講和條約，割歸日有，一時繼續其戰時占領狀態。至明

治四十年三月，始制樺太廳官制，同年四月一日施行之。

樺太由樺太廳長官管轄之。樺太廳長官與朝鮮台灣總督異，當初未嘗委以兵權，亦未嘗與以發布代法律之命令權。然較之內地長官，其權限甚廣。如鐵道、郵政、電報、電話、鑛山、國稅、關稅、海事行政等事項，在內地屬於特別地方官廳之權限者，而在樺太則概歸樺太廳長官管轄。又在內地應屬於各部部长權限內之事項，亦概委之於長官（大正九年勅令一二四二
于施行庫頁之法律特例）故閣令與部令，在樺太一般無其效力，

凡與此相當之事項，皆得以樺太廳令定之。廳令所得附罰則之程度，較之內地長官爲高，得處二個月以內之懲役禁錮日金七十圓以下之罰金。關於一般職務，長官受內閣總理之指揮監督。但關於郵政、電報、電話事務，則受交通部長之監督，關於貨幣、銀行及關稅事務，受財政部長之監督，關於度量衡及計量事務，受工商部長之監督。而關於請求出兵權，則與內地地方長官同（大正七年勅令一
九八庫頁廳官制）。

樺太廳治內，得置分廳，分廳之位置，名稱及管轄區域，經內閣總理認可，由長官定之。分廳置分廳長。分廳之下，有必要時，得置分廳辦事處。爲管理警察事務，得於於治內設警察署及警察分署。

（四）關。東。州。及。南。滿。洲。鐵。路。附。屬。地。帶。據明治三十八年日俄講和條約，關於旅順大連及南滿洲鐵路之俄國一切權利，讓歸日本，因而旅順大連之統治權，並鐵路附屬地帶之行政權，皆歸日本所有。

關於旅順大連之統治，日本政府自明治三十九年八月設置關東都督府，其都督以陸軍大將或中將任

之，委之以政權及兵權。及至大正八年四月，改革官制，改都督府爲關東廳，改武官政治爲純然之行政官廳。但陸軍武官任關東廳長官時，得兼關東軍司令官。

依現行制度，關東州置關東廳，以關東長官主裁之，關東長官，除管轄關東州外，並掌管南滿洲鐵路線路及附屬地帶警務取締事宜，且監督南滿洲鐵道股份公司之業務。而關於此等之一般政務，關東長官須受內閣總理之監督。關於外交，掌理對中國地方官憲交涉事宜，而關於此等對外事項，受外交部長之監督。駐在東三省南部之領事官，常兼關東廳事務官，藉以保持兩者間之統一也。長官所發之命令（關東廳令）與內地之勅令同，得附一年之懲役禁錮，日金二百圓之罰金之罰則。如須發布附以上之罰則之命令時，原則上須依勅裁，不得以關東廳令定之，但爲保持秩序安甯計，務須臨時緊急處分，亦得發布附帶以上罰則之命令。但發布後，即須由內閣總理呈請勅裁，如不得勅裁時，須即時廢止之。長官爲管轄區域內之保安，或鐵道線路之警護，認爲有必要時，得向關東軍司令官，請求兵力之使用。關東廳除長官秘書處外，設內政、警務二局及財政部（大正八年勅令九四關東廳官制）

關東州分爲三區，各區置民政署，設民政署長以管轄之。民政署長得發民政署令，其所附罰則，以日金五十圓以內之罰金科料或拘留爲限度。民政署之下，爲分掌該署要務起見，得於須要之地，置民政分署。管內得設警察署及警察分署。

南滿洲鐵路附屬地帶之行政權，除關於警察及軍事之權力外，一般皆委之於南滿洲鐵路股份公司。該公司之行政權，係根據明治三十九年八月交通、財政、外交三部部長對於該公司所發之命令書（命令書五條）該公司受政府之認可，得于該鐵路及附帶事業之用地內，爲關於土木、教育、衛生等之必要設施，（六條前條所），因而該公司需之經費，該公司經政府認可後，得向鐵路及附帶事業用地之居住民，徵收手續費，或爲其他必要費用之分賦。有與內地地方團體相類之權能，關於其事務，定拘束住民之種種規則，亦得對於住民分賦費用，（此命令書上之根據，可求之于三三法律八七關於在外國建設鐵路之日本公司之法律及三九勅令一四一南滿洲鐵路股份公司令）。營利公司而受殖民地統治之委任者普通稱之曰殖民公司，滿鐵公司卽殖民公司之一例也。但該公司所受之委任，僅以保育行政爲範圍，警察權則爲關東廳之所專屬，置警察署以管掌之。

（五）南洋羣島。當世界大戰時，日本以兵力占領之，對德平和條約之結果，一時曾屬之於主要之同盟及聯合國。大正八年依巴黎協定，始以國際聯盟之名義，以其統治權委諸日本，自日本占領後，隸諸海軍之管轄者久之。大正十一年三月始定南洋廳官制，於同年四月一日實行。於是軍隊政治廢，而文官政治行焉。

南洋羣島置南洋廳，以南洋廳長官主裁之，長官之權限與關東廳長官略同。其一般政務，雖受內閣總理之監督，然關於郵政，電報，則受交通部長之監督，關於貨幣，銀行及關稅，受財政部長之監督，關於度量衡及計量，受工商部長之監督。關於命令發布之權限，全與關東長官同。關於兵力之使用

，長官得向鎮守府司令長官或附近之海軍主席指揮官請求之。（大正一一勅令一〇七。七南洋廳官制）。

於南洋廳治內須要之地，得置南洋分廳，其名稱位置及管轄區域，經內閣總理認可，由長官定之。長官爲分掌廳務，得置分廳辦事處。

第三節 官吏法

一、官吏關係之法律上的性質

非基於爲人民之義務，而依國家特別之選任，對於國家負有無定量的忠實勤務之義務者，謂之官吏。

（一）官吏關係最主要之要素，在官吏對於國家勤務之義務。官吏之參與國務，一面固爲其權利，然國家之任命官吏，非所以賦與權利，乃所以使其服務國家也。義務是其主眼，權利不過係隨此義務而生之附從效果而已。故在此點，官吏與議員，顯然有別。議員對於國家，固亦負有勤務之義務，但議員係基於國民之參政權，而代表國民以參與國務者，其義務不過爲權利之從屬耳。議員之參與國務，與其謂爲義務。毋甯謂爲權利。故如貴族院之勅任議員，自其由君主之任命而言，雖與官吏相等，然同係國民之代表者，非官吏也。

然所謂官吏對於國家負有勤務之義務者，非必僅指現在担任職務者而言，即如休職官吏，現雖未任何等職務，而隨時依國家之命令，有服務之義務者，亦不失為官吏。而其所担任之職務，亦不必以國家事務為要件。其或為公共團體之機關，而擔公共團體之事務者有之。

尹而長，台灣之市尹

（例、依市制一六四條町村制一四四條掌管市町村長職務之官吏，朝鮮之府

校在學之陸海軍武官）。

（例、派遣留學外國之教官，派某

（二）官吏之服務，係依特別之選任行為。官吏關係，恰與民法上之雇傭關係相類似，或得謂之為公法上之雇傭關係，國家為使用主，而官吏則其使用人也。民法上之雇傭關係，常依特別契約而生，而官吏關係，亦常依特別選任行為而成。故在此點，官吏與非為服務而受選任，僅隨他之業務而受國務之委任者，如行使船舶內之警察權之船長，施行市町村內之國家行政之市町村長等有異。

（三）官吏依國家之所命，負有服無定量勤務之義務。官吏之勤務，雖非全無制限者，因其所得處理事務之範圍，本有一定之限界，但在該範圍內，不僅事務之數量並無定限，原則上，官吏一遇有轉職之命，亦宜隨時奉從，不得拒絕。自此點觀之，官吏與自民間所選任之各種委員、破產管財人、選舉事務員等，專為處理特定事務而被選任者有區別。二者之差異，比之於民法上之關係，恰如雇傭與委任之不同。自對於國家服公法上之勤務關係言之，二者無或稍異，然委員僅在其受委事務之限度內，有

處理事務之義務，其勤務之分量，本有定限，不似官吏之得隨時被命轉職也。

(四)官吏之勤務，非僅以單純勞務之給付爲內容，更含有特別忠實之義務。其關係亦非單純經濟上勞務給付之關係，同時更含有倫理的關係。官吏實負有去私奉公、捨身爲國之義務。自此點言之，官吏關係與私法上之雇傭關係，顯有區別。卽爲國家勤務所選任之人員，如招聘之外國人教員、雇員、書記之類，僅負勞務上之義務，享受與此相當之金錢上之報酬，其關係止爲單純的經濟上之關係，與私人間雇傭關係之性質，無或稍異，故一般依私法法規所支配。又關於公法上之勞務義務，如依徵發令所徵發之夫役，亦止負經濟上意義之勞務給付之義務，無倫理的性質，此種人員，亦與官吏有別。

(五)官吏關係，非基於一般人民法律上之義務。官吏與兵卒之區別，卽在於此。兵卒對於國家負有忠實服務之義務，雖與官吏相等。但其義務，係由人民的資格而生之當然義務，故與官吏之地位，又有不同。

官吏與其他担任國家事務者，在法律上相異之要點，已如上述。其對於國家之法律關係，爲純然公法的關係，不受民法之適用，又同在公法關係者之中，官吏與議員、委員之類，亦大有不同，不僅有擔任國家事務之義務，且身分上對於國家爲隸屬關係。

爲使用主之國家對於官吏之權利，在君主國、專由君主所代表，故君主國之一切官吏、直接間接

皆隸屬於君主。其任免，罔不基於君主之大權。日憲法第十條，即所以闡明此原則者，簡而言之，官吏侍之爲天皇之使用人。

官吏不必定爲現在担任國家事務者，如休職者、退職者之類，全然不担任國家事務者，往往有之，然一切之官吏，必爲立於依命而担任某種類事務之地位者，所謂官職者是也。一切之官吏，受有一定之官職，即休職者、退職者之類，亦莫不各有其官職。但此時之官職，非表示現在所担任國家事務之種類及範圍，乃表示他日被命復職之際，所担任之國家事務而已。

官吏固以担任國家事務爲其本來之義務，官吏之官職，即所以指定其所應担任之國家事務之種類，然官吏往往有隨其官職，而受國家事務以外其他事務之委任者，如關於皇室之事務，公法人之事務，其例繁多，舉不勝舉。此外且時有受私法人之事務之委任者（大正三勅令十八，規定行政機關依恩賜財團濟生會之委託得施行關於救療之必要事務。自大正六年至大正八年四月，有暫使關東都督同時統裁南滿鐵路股份公司之事務。）。委任官吏以國家事務以外之他種事務，雖或有依法律之規定者，然除同時侵害法人之權利者外，不必須有法律上之根據。官吏爲天皇之使用人，負有勤務之義務，故關於國家事務以外之事務亦得依勅令命其担任，而官吏有服從之義務。

官吏對於勤務，通常有自國庫領受俸給之權利，然受俸給非官吏必然之要求。官吏而不受俸給者有之。如退職推事之祇受恩俸，而不受俸給，三等郵政局長之僅受補助金而不受俸給之類。有俸官吏不

自國庫受俸給而自地方團體受領者亦有之，例如各府縣警察官吏之俸給，歸府縣費負擔之類是也。此種變例，蓋因國家特將經費之負擔，命之地方團體而發生者也。

以上所述之官吏關係，係自其實質上而觀察之者。此種意義之官吏，非必悉依法令承認其形式上為官吏之身分。在法令上之意義所稱為官吏者，通常僅指受有一定官等者而言。官吏之官等，分為勅任（簡任）、奏任（薦任）、判任（委任）三種。奏任以上，稱之曰高等官。高等官除以親任式敍任者外，分為九等，親任官、一等官及二等官為勅任官，二等官至九等官為奏任官。判任官分為四等。凡受有此等官等之敍任者，稱之曰形式上之官吏。此等之外，有實質上為國家之官吏，而僅止於受勅任奏任或判任之待遇者，謂之曰待遇官吏（例、公立學校職員、其他地方待遇職員、神職、巡查、看守、名譽領事、名譽副領事等。官吏待遇前國務總理，依勅旨與以前官之禮遇，日本銀行總裁、神佛各宗派之管長、帝國大學名譽教授、帝國學士院會員，受勅任待遇之類。此等僅關於官中之席次，與其他之禮儀，與以准官吏之待遇而已）。或全置於官等之外，而不與以官等之待遇者亦有之，此得稱之曰等外官（例如執達吏、公證人、獄卒）。

一、官吏關係之成立

官吏關係，依國家特別之選任而成立，是為任官行為。

（一）關於任官行為之法律上的性質，有謂其為國家之單獨行為者，有謂其為國家與受任者雙方合意

所成之行爲者，諸說紛紛，莫衷一是。然以予論之，以後說爲正當。蓋在今日國法之下，官吏之就任，國家一般任諸人民之自由意思，非視爲義務而強制之者，其不能反乎本人之意思，由一方的任命其爲官吏也，明矣。國家唯依受任者之同意，得以任官，因而受任者之意思，與國家之意思，皆爲其行爲成立之要素，非依國家單獨之意思而或立者也。約言之，任官者，國家與受任者間之公法上之契約也。

(二)任官行爲之法律上的效果，在使官吏關係成立，即在使受任者與國家間發生特別之公法上之關係也。

任官行爲，同時恆爲官職授與之行爲。自其行爲之性質言之，與任命貴族院之勅選議員之行爲不同，不僅爲指定爲官吏之人之行爲，且同時關於一定種類之國家事務，命其擔任義務，及委任行使之權能之行爲也。但官吏之官職，有兩種區別。一爲官職，即指示一定範圍之職務者，在此種官職，依官職之授與，則官吏關係因以成立，同時履行其職務之義務，與行使其職務之權能，亦因以發生。例如任某部部长某部次長、某局局长、某縣知事之類是也。一爲官職係將官與職分離，官名僅示職務之種類，而非限定其範圍，爲指示範圍，則別設職名，此際，官職之授與，須分爲任官與補職二種行爲以行之。依任官之行爲，祇發生附有條件的義務，及附條件的權能而已，職務之擔任，須依別個之補職

行爲，始得完成之。例如任陸軍中將之後，補某師團長，任推事之後，補某法院院長之類是也。任官雖爲公法上之契約，然其所以爲契約者，僅謂對於國家服務，須經本人之同意而已，非謂授與一定之官職，亦必須本人之同意也。故在任官與補職分離而行之時，補職之爲國家之單獨行爲也，固不待言，即在官職之授與，以單一行爲而行，官職非契約之內容，契約之內容，僅在爲官吏以服務國家而已，至於授與以何種官職，乃依國家一方的意思而定之者也。

(二)任官爲契約，故其行爲之成立，必須有當事者雙方之意思表示。其自國家方面之意思表示，恆須明示，所謂任命狀之發給者是也。(任官之任命狀，日人謂之官記)。而自受任方面之意思表示，則不必定須明示，恆行之于任命狀發給之前，任命狀之發給大抵已有本人之同意爲前提者也。故任命狀之發給，更不須本人之承諾，依其發給，官吏關係即以成立。

任官之形式，依官等分爲四種。(甲)以親任式行之者，謂之曰親任官(特任官)。親任官之任命狀，於日皇親署之後，加蓋御璽，由內閣總理副署之。(乙)不依親任式而勅任者，曰勅任官。廣義之勅任官，包含親任官。勅任官之任命狀，蓋以御璽，由內閣總理副署上奏之。(丙)經勅裁以任命者曰奏任官。奏任官之任命狀，蓋內閣之印由內閣總理署之。(丁)基於大權之委任由行政官廳行之者，判任官以下皆屬之。

任官依發給任命狀於本人代理人而成立。若任命狀係對於隔地者發送之時，則與一般行政行為同，須俟任命狀到達對方時，始發生效力。但俸給及在官年限之計算，則以任命狀所附之日月為起點，然此祇為計算之便宜而已，非謂官吏關係即成立於該時者也。

(四) 被任為官吏人員，必須有為官吏之權利能力，且須具備擔任該官職之資格者而後可。

能力要件與資格要件，須明白區別之。能力要件之不具備者，即係無為官吏之權利能力者，縱或被任為官吏，而其任命因法律上之不能，自屬無效。資格要件，係關於擔任官職資格之規定，雖任用無資格之人員，然其任命非當然無效，惟無正當官吏應有之保障，無論何時，得以免官而已。能力要件，僅得依法律而定，蓋人民權利能力之範圍，非得以命令規定者也。資格要件，除有憲法或法律之特別限制外，得以勅令定之，何則，任官大權，既操之於天皇，則任用資格之規定，亦當然屬之於大權之作用故也。

無為官吏之能力者，有下列數種。

(甲) 曾受死刑、無期或六年以上之懲役、或禁錮刑之處分及曾受舊刑法之重罪刑者（刑法施行法三四條
三十七條舊刑法三一
條）。

(乙) 曾受六年未滿之懲役或禁錮之刑，及曾受舊刑法之禁錮之刑，而刑之執行，尙未終了，或尙未

受刑之執行者（刑法施行法三六條三、七條舊刑法三三條）。

（丙）外國人 關於外國人究有爲官吏之能力與否，法律上無明文之規定，然一般不認外國人有參政權之能力，故以不認其有就官之能力爲正常（國籍法二四條二項現任文武官之職者，非喪失其官職後，不喪失其國籍；恩俸法九條有受年金之恩俸權利者，如喪失國籍時，則其權利消滅；官吏服務紀律八條二項官吏非得勅令，不得自外國之君主政府受助章榮賜等，皆以官吏當係日本帝國之人民爲當然之前提者也。）但有特別之例外，如名譽領事及名譽副領事等，得以外國人任之。

（丁）歸化人以及生來非日本人者，無爲各部長、樞密院議長、副議長、顧問官、特命全權公使、陸海軍將官、最高法院院長、會計檢查院長，行政法院院長等之能力（國籍法一六條）。

除此之外，日本人民依法律命令所定之資格，皆有爲官吏之能力（憲法一九條）。

官吏任用資格，因各種官職而有差異。可分爲考試任用、自由任用、詭衡任用、特別任用四種。

（甲）凡始任爲官吏者，須以曾經考試而合格者爲正則。考試制度之採用，發軔於明治二十年之文官考試規則。以前關於官吏任用之資格，法律上無特別之制限，一切官吏皆係自由任用。至此始設文官高等考試及文官普通考試之制，薦任官原則上須經文官高等考試者，方得任用。簡任官至明治三十二年止，尙爲自由任用官，但依同年文官任用令之改正，簡任官必使由薦任官之昇進，始得任用之。文官考試規則，至大正七年一月，大行改正，而代之以高等考試令（大正九勅令七）及普通考試令（同勅令八），此爲

現行制度。由是關於官吏資格之考試，有一般考試與特殊考試二種。一般考試爲一般官職所共通之考試，有高等考試及普通考試二種。高等考試分爲行政，外交，司法三科，凡合格者，均各應其科，有爲薦任行政官，外交官領事官，司法官之資格。普通考試合格者，有爲委任文官之資格。特殊考試爲任用特殊官職資格之考試，例如外交部書記考試之類是也。除考試合格者外，中學校卒業而有一定之學歷者，亦有委任文官之資格。凡關於此等考試，其有應試之資格者，僅以男子爲限。

(乙)對於以上之原則，亦有例外，如特任官及特別指定之官職(內閣祕書長、法制局局長、各部政務次長、各部參事、內政部警保局長、警視總監、貴族院祕書長、衆議院祕書長、秘書)。關於任用資格，無法律上之制限，無論對於何人，皆得自由任用之，此之謂自由任用官

(大正二年勅令二六二)

(丙)尙有爲例外者，如教官、技術官、其他須特別學術技藝之文官、或特別指定之官職(製鐵所長、復興局局長、官賣局局長、內閣印刷局局長、造幣廠廠長、專賣局局長、千住製絨所所長、朝鮮總督府造林廠廠長、台灣總督府專賣局局長、學校校長)，無一定資格要件之制限，自對於該職務具有學識技能及經驗者中，經考試委員之詮衡，得以任用之，此之謂詮衡任用官(文官任用令三條之二、七條)。

(丁)關於其他之特別官職，就有一定之經歷者中，由考試委員之詮衡任用之，此謂之曰特別任用(大正九勅令一六〇委任文官特別任用令，同勅令三五七委任文官特別任用令)。依特別任用而任特定官職者，以不得轉任無特別任用制度之其他

官職爲原則。

此外依文官懲戒令，曾受免官處分者，自失官職之日起，二年間、不得再就官職（文官懲戒令四條一項）。此種規定，自其表面觀之，恰似官吏權利能力之制限，然權利能力之制限，非依法律不得行之，故祇可視為關於任用資格之規定。

關於任官年齡，除樞密院議長副議長及顧問官須滿四十歲以上，行政法院院長評事官須三十歲以上之制限外，一般無特別之制限，因職務之種類，雖未成年者亦不妨任用。關於性別，以女子無應試之資格故，不得任用為考試任用之官，然得任用之為詮衡任用官，如教官技術官是也。

三、官吏之權利

官吏一面對於國家負有勤務之義務，一面有受國家特別保護之權利。官吏所受之特別保護，或有祇為恩典或反射的利益者。如（甲）宮中之禮遇，（乙）級位及級勳（丙）刑法上及警察上之保護是也。或有得認為官吏之權利者，其種類如下。

（一）身。分。上。之。權。利。國家承認官吏有官吏之身分，有一定之官等，稱其官名，服用與官職相當之制服及禮服，除特任官及其他在無地位保障之自由任用官職者外，非有法定之理由，有不得反乎本人之意思，而被免官之權利。

(二)職務上之權利。官吏之履行職務，雖主爲義務之性質，然國民之參加國家公務，同時恆有爲其權利之性質，故官吏之擔任職務，一面亦屬於官吏之權利。

(三)俸給權。俸給乃國家對於官吏之反對給付，而以給與相當於該地位之生活費爲目的者也。俸給雖不必爲一切官吏之共通要素，然自一般言之，官吏以一身奉國，他無收入之途，故國家負有給與俸給以維持其生活之義務也。俸給一方面爲對於官吏勤務之報酬，一方面爲保障其生活之資，實具有二重之性質。議員之年費，委員之補助金名譽職吏員之報酬等，全無保障生活費之性質，不過爲對於勤務之報酬而已，故自此點言之，此數者，與官吏之俸給異其性質。然他方以俸給爲單純生活之扶養料者，以予論之，亦不正常。蓋以俸給一面有對於勤務報酬之性質，毫無疑義，例如官吏以抱病不得執務，超過九十日時，減俸給之半額。

俸給金額之規定，屬於天皇之大權。有以勅令對於一定之官職，規定一定之俸給金額者，此則不須特別之行爲，因其所任官職，當然發生享受定額俸給之權利。或有依勅令對於一定官職，別爲數級俸給者，此則一面須有任官行爲，一面須有指定給與何級俸給之行爲，依此而後其所應受俸給之金額，始得決定。要之，俸給金額，非依契約，乃全依國家之一方意思而定，而其權利又非既得之權利，應長受保障，乃依勅令之改正，得以減額者也。俸給按月發給，其在新任、增俸、減俸之際則皆自發令之

次日起算、退職死亡時、則給以該月分之全額。

俸給權，自其爲金錢債權之點言之，則與民法上之債權相類似，然以其爲直接基於官吏關係之權利，具有公法上之權利性質。故關於俸給，不得訴之司法法院，且現行法不認其爲行政訴訟事項，故關於俸給、官吏全無訴權。俸給權不得拋棄讓與，或以之爲質權之目的，惟其收入一年有超過日金三百圓以上者，法律准許扣押其超過額之半額（民訴六一
八條二項）。

（四）恩給權。官吏不僅其在官時得受俸給，即退官或死亡之後，國家對於其本人或遺族，亦常與以經濟上之保護，而保障其生計。官吏退官後之金錢給付，在從來之國法，爲終身年金者，謂之恩給，爲一時給付者，謂之退官賜金，發給死亡後之遺族者，其年金謂之遺族扶助金，其一時之給付，謂之一時扶助金。然自大正十二年四月恩給法（法律
四八）改定之結果，一方增加其金額，他方總稱此等曰恩給。

恩給分爲普通恩給、增加恩給、一時恩給、傷病賜金、扶助金及一時扶助金之六種。（甲）普通恩給者，係對於在職經一定期間（普通稱之曰恩給年限，普通文官十五年，商長五年，武
官現役十一年，但從軍年及其他準此之年限特爲加算）之官吏，非因懲戒或刑罰而退官者

（終身官退職，
武官離開現役）爲充其生活費用所給與之終身年金也。即未滿在職年限，但爲公務而受傷害或罹疾病，

因而或爲殘廢而退官者，亦有享受恩給之權利。普通恩給之金額，係比例於退官當時之俸給額及在官年限而定。其年額、在普通文官以退官時之俸給年額之三分之一（舊法四
分一）爲最低，在官年限增加，恩給

亦隨之遞加，以加至其二分之一爲最高限度。(乙)增加恩給者，係對於因公務而受傷疾或罹疾病，以致成爲不具廢疾而退職者，於普通恩給外所加給之年金也。(丙)一時恩給者，係對於在官年限未達恩給年限而退官者，所給與之一時金也。(丁)傷病賜金者，係對於下士以下之軍人，爲公務而受傷疾或罹疾病，雖尙未至不具廢疾之程度，而因此退職者，所給與之一時金也。傷病賜金與普通恩給或一時恩給，卽一併給與之，亦無所妨。(戊)扶助金者，退官後有受恩給資格之官吏，於在職中死亡，或現受恩給者死亡時，爲補助其遺族生活費用，對於遺族所給與之年金也。得受扶助金之遺族，須依妻、未成年之子、(未婚者)夫、(限於不具廢疾，無由得生，活費用，且無人扶養者)父、母、成年之子、(同上)祖父、祖母之順序。其金額以普通恩給二分之一爲原則，如其死亡，係爲公務者，則特增加其金額。(己)一時扶助金者，在官年數未達恩給年限之官吏，非因公務而在職死亡者，對於其遺族所給與之一時金也。有受恩給資格者死亡之時，除兄弟姊妹之外別無遺族，而其兄弟姊妹爲未成年者，或係不具廢疾而無由生活者，得給與一時之扶助金。

恩給權，係基於官吏關係所發生之權利，故與俸給權有同一之性質，因而亦爲公法上之權利。然俸給權乃在職中所成立之權利，而恩給權係於官吏關係消滅之後，始發生其効力，此爲二者不同之點。故俸給之規定，屬之天皇之大權，一切皆以勅令規定之，而恩給權，係依法律而定，否則不得增減其

金額。

享受恩給之權利，雖依官吏之退官或死亡而當然發生者，然爲行使其權利計，必須依行政行爲以確認其權利。此種確認恩給權之行爲，稱之曰裁定。裁定之權，關於一般官吏，屬於內閣恩給局長，間有屬之於地方長官或殖民地官廳者（恩給法一二條同施行令三條）。有恩給權利者須請求裁定，如有權利者，自應受恩給之事由發生之日起，滿七年內不請求裁定時，則其權利即因時效而消滅。恩給權受行政處分之侵害時，處分後一年內得呈請之於內閣恩給局長，而求其裁決，如不服其裁決時，裁決後六個月內，得控訴之於內閣總理，或行政法院（恩給法十三條）。

恩給權不得讓與，亦不得以之供担保。俸給得以扣押其一部分，而恩給權除爲行政上之強制徵收者外，不得爲民法上之債權而扣押之（十一條）。受年金恩給之權利，除因權利者之死亡或因籍之喪失而歸於消滅者外，如有受六年之懲役禁錮或以上之刑者，其權利亦歸於消滅（九條）。

一切官吏，一面有享受如上之恩給之利益，他面有每月納付俸給百分之一於國庫，以爲恩給基金之義務（五九條）。但此義務，非必隨恩給權而起，乃獨立發生效果者，故官吏即因懲戒或刑罰而退官，以致喪失恩給權時，亦不得請求其所納付基金之返還。

（五）有受職務上實費開支之權利。官吏爲執行職務，需特別費用時，國家應給與相當金額以彌補之。

。其爲一般官吏所共通者，卽旅費是也。官吏因公務旅行時，國內旅行則給以國內旅行費，國外旅行則給以國外旅行經。僅對於特殊官職所給與者，尙有交際費、官邸租金、服裝費等。實費開支，依法令所定之標準計算，不必定依實際支出額也。

四、官吏之義務

官吏對於國家，負有一般人民所不負之特別義務。官吏之義務，雖爲官吏服務紀律之所規定，然非因有此規定，始負擔其義務者。乃係依任官行爲，當然所發生之義務，根據於本人之承諾者也。蓋官吏之對於任官而與之同意者，卽所以承諾遵奉國家之所命，而爲之服務也。官吏服務紀律，非使官吏負擔新義務者，惟闡明義務之內容，規定其限度而已。

官吏對於國家所負之特別義務，大要如次。

(一)執行職務之義務。官吏有担任其受命之職務與執行其担任職務之義務。其所屬職務之事務之性質及分量，第一依法律命令而定。在法令之範圍內，則依長官之命令而定。官吏須依其規定而勉勵從事其職務。但休職官吏，其他不在現職之官吏，僅於異日受担任職務之命時有服從命令之義務。在現在無執行職務之義務。其因疾病不能執務而超過九十日者，及因事故不執務而超過三十日者，除爲公務負傷、得病或丁憂者、及依特旨賜假休養者外，減其俸給之半額(高等官官等俸給令三六條委任官俸給令一四二條二項)。因有執

行職務之義務故，官吏須在職務地居住，不經所屬長官之許可，不得擅離其居住地（服務紀律六條）。

（二）服從之義務。官吏關於其職務，負有遵從所屬長官命令之義務。所屬長官一語，其意義不一，有指職務上有指揮監督官吏之職權之機關而言者，有指關於官吏之賞罰進退有自行或聲請之職權之機關而言者。在第一種意義之所屬長官，得稱之曰職務之長官，不必限於一人。例如對於各部屬吏，科長、司長、次長、部長皆為長官，對於府縣知事，各部部长皆為其長官之類。在第二種意義之所屬長官，得稱之曰身分上之長官，常為一特定之機關。例如對於各部所屬之官吏，則該部部长、對於府縣知事，則內政部長，為其身分上之長官之類。官吏服從之義務，乃對於第一意義之所屬長官而言，換言之，即官吏對於一切職務上之長官，負有服從之義務也。

關於官吏之職務，長官所發之命令，謂之職務命令。職務命令，為發生拘束官吏之效力，須具備以下之數要件。

（甲）職務命令，須由有監督官吏職務之正當職權之機關發布之。至於何人為職務上之上官，則悉依官制之所定。非長官之命令，以其無權限故，自為無效。如官吏有二人以上之職務長官，而下級之職務命令，有抵觸上級之職務命令時，亦屬無效。

（乙）職務命令，必須為關於官吏之職務者。官吏僅關於其職務，有服從長官監督之義務，離開職務

，則無長官屬官之關係，故官吏無遵從其命令之義務。例如命以不屬於官吏職務的事務之執行，命以長官私事之執行，干涉與職務無關係之私生活等，皆不得為職務命令。然職務命令之範圍，較之訓令範圍為廣汎，不僅關於權限行使之命令而已，關於執行職務所必要之一切行動，皆得及之。例如關於職務命其出差，關於特定事件命其調查，命其服用制服，命其居住官邸，禁止有妨礙職務之行爲等，皆得為職務命令之目的。

(丙)職務命令須為不關於職務上之獨立範圍者。職務上之獨立者，為官吏者對於自己職務之全部或一部，有以自己獨立之意見處理之任務。在此範圍內，無遵從職務命令之義務之謂也。司法官、行政裁判官、會計檢查官、考試官、專門學科之教官、技術官等，以及其他一切合議機關之構成員，皆於某範圍內，有職務上之獨立。職務上之獨立，除依法令所規定者外，職務之性質上，當然承認者亦有之。

(丁)職務命令，須非命以法律上之不可能者。違法的職務命令，究有拘束官吏之力與否，往往成爲論爭之問題，然苟與官吏以審查職務命令之權，俾對於違法者無遵從之義務，則官級因而顛倒，至使屬官之解釋，勝於長官，其為不當，實毫無疑義。蓋官吏之分階級，使長官監督屬官者、原所以期法令解釋適用之統一，以長官之解釋，束縛屬官之解釋，為其目的者也。然他方、如使官吏對於職務命令之內容，絕對無審查之權利，則於事理上，亦屬不當。如命令之內容，為法律上之不可能時，則與

一般行政行為同樣、當然爲無效。例如命其執行已經廢止之法律，或尙未施行之法律，或命其對於已納稅者爲租稅滯納處分，命其繼續二晝夜以上之拘押者，皆以法律上之不能爲其內容者，屬官無遵從之義務。而尤以依職務命令而命以犯罪行爲者爲無效，蓋犯罪之義務，乃法律上不得存在之義務也。

此外職務命令之有效要件，與一般行政行為之有效要件相同。關於職務命令之形式，無特別之規定，通常係用書而通知，然口頭之命令，亦不失爲有效。職務命令之以書面行之者，通常以訓令、訓諭、內訓等稱之。然職務命令，觀念上，須與前之關於行政官廳之監督所述之訓令區別觀之。訓令、乃上級官廳爲指揮下級官廳之權限，所發布之命令，官廳立於國家機關之地位，受其拘束，關於其內容，亦恆爲關於國家機關權限之行使。反之，職務命令，乃職務上之長官，命以官吏之職務上之義務者，官吏個人負遵從之義務，凡關於職務上之一切事項，亦爲其內容之所及，非僅關於職務之執行而已。訓令，乃國家對於機關之命令，故不因該機關官吏之交迭，而失其效力，苟其機關繼續存在，則其效力即繼續存在。職務命令，乃對於官吏之命令，如其命令爲對於特定之官吏時，一旦官吏去其位、則當然失其效力，例如命出差某地，命調查某事件之類是也。惟職務命令，若係對於在一定地位多數不定之官吏而發之時、則不僅對於發令當時之官吏而已，即對於後來之官吏，亦屬有效，僅因廢止始失效力，例如對於一般官吏執務時間之命令是也。訓令常同時有職務命令之性質，何則，國家機關之拘束

、同時使其位者負有遵從之義務故也。而職務命令則不必恆爲訓令。

關於職務命令之有效與否，官吏自有審查之權利與義務。關於無效者，官吏無遵從之義務，如誤從之者，官吏須自任其責。關於有效者，假令其內容爲違法或不當，官吏亦須遵行，而關於遵由職務命令之行為，官吏無須自負其責。

(三) 忠實之義務。官吏除關於其職務有服從長官命令之義務外，即關於無命令之事項，亦負有依自己之所見，努力爲國圖謀利益、避免禍害之義務。此之謂官吏之忠實義務。忠實義務，在一般人民，僅爲道德上之義務，而在官吏，則爲法律上之獨立義務。蓋一般人民不担任職務，而官吏對於國家，負有特別勤務之義務，担任一定之職務故也。惟其担任職務，故有忠實履行其職務之義務，如自知其係國家之不利，而故爲之，縱未違反法令，縱未違反職務命令，猶不得謂之能盡其職責者也。

服從義務，爲遵從命令之義務，忠實之義務，爲依自己之所見，以圖謀國家利益之義務，前者發生於有命令之時，後者存於無命令之際。如有長官之命令時，則宜認爲遵從命令，即所以適合國家之利益，官吏不得自行判斷何者爲國家之利益，何者爲國家之不利，此際僅有服從之義務，無發生忠實義務之餘地。故忠實義務，主對於上級官吏有其效果，而於國務總長、全權大使、軍司令官等，忠實之義務尤爲其職務上主要之義務。

忠實之義務，爲職務上之義務，故不涉及於與職務無關之生活行動。故於職務外，公然表示意見，以反對政府之政策，以選舉人而投票於反對黨之候補者，以議員而反對政府案等，自與違反官吏之義務者有別。然忠實義務不止於執行職務而已，關於與職務有關係之生活行動，亦同爲其義務之範圍。故如關於職務之事項，而反對政府之方針，而爲妨害其施政之行爲時，則不免爲違反義務。

以上三種義務，皆係隨官吏職務而生之義務，可總稱之曰官吏職務上之義務。其義務僅關於職務而存在，故如休職官吏及現在不担任職務者，不負其義務。

(四) 嚴守秘密之義務。

凡屬官吏，不問其屬於自己之職務，或係得自其他官吏之傳聞，負有不可洩

漏秘密之義務。

(四條)

至於前者爲官吏之秘密，則有或依法令直接明示者(紀律五條，規定職務上未發之文書，不得私自漏示之於關係

人)

或依長官之命令規定者

(通常公文書上，蓋有「秘密」或「嚴守秘密」之印，以表示須秘密者。)

亦有依事情之性質而定者。嚴守秘密，非僅係

官吏在職中所應負之義務，卽退官後，亦當繼續嚴守(四條)但退官後除刑法上犯罪者外，雖於義務有

所違反，亦無法科以法律之制裁。又官吏而兼議員時，亦須守此義務，以議員而洩漏官之秘密，亦爲違反官吏之義務，或爲懲戒之原因。爲裁判上之證人鑑定人時，關於所屬職務上之秘密事項，非經所屬長官之許可，亦不得陳述。法律認官吏關於職務上之秘密，有拒絕證言或鑑定之權利(民訴二九〇條刑

八條)

條一八五條

(五)保。全。品。位。之。義。務。官吏在其職務上者固無論矣，即在其職務外之私生活，亦負有不辱爲官吏品位之義務。蓋官吏爲國家之使用人，如官吏不修素行，而有損其威嚴傷害信用之行爲，即有害國家之利益故也。(三條)(四條)。

(六)對。於。行。爲。自。由。之。制。限。官吏本乎忠實之義務，凡關於有妨職務之行爲，當然負有不得行使之義務。然法令有不任諸官吏之自制，而直接指定諸種行爲，對於官吏禁止之或制限之者。依官吏服務紀律(七條乃至一五條)(甲)凡與政府之包工，或其他自政府受財產之利益者，職務上有直接關係之官吏，不得接受此等人之饗宴，(乙)不得爲交易所之社員，或其他直接間接關係投機事業，(丙)不得自私立之郵船公司或鐵道公司，接受免票，(丁)絕對禁止長官受部下之贈與，(戊)不得爲營利公司之職員，(己)關於職務不得受他人之贈與，(庚)於本職外不得更兼他種有俸之事務，(辛)官吏或其家族，直接間接經營商業時，須受所屬長官之許可，(壬)受外國君主或政府之勳章、榮賜、俸給及饋贈，須得勅裁之許可。

五、官吏之責任

官吏因違反義務所受法律上之制裁，須分爲官吏法上之責任、刑法上之責任及民法上之責任三種。官吏法上之責任，更得分爲懲戒處分，及公法上之損害賠償。

(一)懲戒處分。官吏對於違反義務，須服國家之懲戒權。對於官吏之懲戒，乃國家以使用主所有之權力為基礎，以維持官規為目的，對於官吏違反義務所科之處罰也。

懲戒權非僅對於官吏關係為特有之制度。凡非單純之經濟的勞務關係，而有倫理的性質之特別權力關係者，無論其為公法上之關係，抑或為私法上之關係，權力者通常對於義務者有懲戒權。私法上之關係，如親權者對於子女有懲戒權，公法上之關係，如學校對於生徒有懲戒權、監獄對於囚徒有懲戒權之類是也。官吏關係之懲戒，亦與此等具有同樣之性質，官吏為國家之使用人，對於國家負擔特別之義務，而其義務，非單純的經濟上勞務之義務，乃含有倫理的要素，故國家對於官吏之違反義務，有行使懲戒之權。

官吏不僅因其違反義務而服懲戒而已，在違反義務之特別重大者，有時須受刑罰之處分，例如官吏之收賄是也。刑罰與懲戒之差異，非僅有輕重之差也，非謂罪重者處以刑罰，罪輕者處以懲戒也，二者，在法律上之性質，迥不相同。

對於官吏之懲戒與刑罰，所以異其性質者，約有三點，(甲)權力之基礎不同。刑罰為國家公刑罰權之作用，換言之，為國家對於人民一般統治權之發動，而懲戒係基於國家以使用主所有之權力之作用也。官吏因違反義務而受刑罰之處分時，非以官吏而受罰，乃以人民之身分而受罰也。而懲戒則基於官

吏之身分，故對於不在職者，不得科處，非如刑罰之於退職官吏對其在職中之行爲亦得處罰也。(乙)處罰之對象不同。刑罰爲對於犯罪所施之處罰，而所謂犯罪者，係指侵害法律爲社會公共之秩序計，所應保護之各種法律利益之行爲而言。反之，懲戒，係對於違反爲國家之使用人所負之特別義務所施之處罰，其所保護之法律利益，恆爲使用主之國家權利。有時固有對於官吏職務上之違反義務，科以刑罰者，然此時刑罰之實施，非單純的違反職務之處罰，乃以其違反職務，同時有害社會之公共秩序，對於其違反公共秩序，所施之處罰也。(丙)處罰之目的，不同。刑罰以維持社會公共之秩序爲其目的，而懲戒乃以維持官吏關係之秩序爲其目的也。或戒飭官吏以警其將來者有之，或摒之於官吏關係之外者亦有之。然要其目的之所在，爲官紀之維持，而非有關於社會公共之秩序者也。

刑罰與懲戒，因其權力之基礎不同，目的亦異，故二者得獨立行之，對於同一之行爲，即併科之亦無所妨。官吏被處禁錮以上之刑者，不待懲戒而當然失官，故在此時，無更行懲戒之必要，然在其餘之事件，則對於被處刑罰之官吏，有另行懲戒之必要。刑事犯罪，關於刑事裁判之結果，雖成爲無罪或爲豫審免訴之行爲，得依事情而行懲戒。惟與懲戒相當之行爲，同時爲刑事犯罪，而繫屬於刑事法院者，其裁判之結果如何，與決定懲戒處分有直接之關係，故在刑事裁判終決期間，須停止懲戒事件之審理。(文官懲戒令七條，推事懲戒法五四條，會計檢查官懲戒法六條，行政法院院長評事官懲戒令七條)。

關於官吏懲戒之規定，除依憲法或法律之規定，須以法律定之者外，原則上得以勅令定之。日本人民之不依法律不受處罰之權利，固為憲法之所保障，然官吏係依自己之任意承諾，以服從特別之權力關係者，其權力屬於官吏自己之承諾，故在此權力之範圍內，施行處罰，非必有待乎法律也。但其處罰，須以剝奪基於官吏關係之權利及利益為限度，苟出其上，而拘束身體之自由，科以罰金，制限權利能力，便為超過權力範圍，不依法律，則不得定之。（例如勅令雖規定受懲戒免官之處分者，自後二年間不得就官職然依此不得有限制官吏權利能力之效力，惟在二年間不得任命此等官吏之命令的規律之效力而已）行政之懲戒規定，對於一般文官，有文官懲戒令之規定（三二，勅令六三）除特任官及有特別法令之規定者外，得適用於一般文官，待遇官吏（受簡任官薦任官委任官待遇之官吏）之懲戒亦同（四〇勅令一七七）關於推事、行政法院院長、評事官及會計檢查官等各有特別之規定，關於軍人，別有陸軍懲罰令、海軍懲罰令之規定。獨關於特任官，全無懲戒之規定，對此而行懲戒，全依勅旨之所定。

懲戒之原因，恒在官吏違反國家之特別義務。依文官懲戒令之規定，官吏應受懲戒者有二種，（甲）違背職務上之義務，或懈怠職務時，（乙）不問職務之內外，有損失官職上之威嚴，或喪失信用之行爲時，是也。

懲戒之手段，或對違反義務者而警戒其將來者有之，是之謂矯正懲戒，或自官吏關係將其排除者有之，是之謂排除懲戒。或在兩者之中間者亦有之。現行法所認之手段，因官職之種類而有不同。對於

一般文官，文官懲戒令定爲（甲）譴責（乙）減俸減一月以上一年以下俸月額，或月俸三分之一以下（丙）免官之三種。關於行政法

院院長評事官，會計檢查官亦同。對於推事，則分爲（甲）譴責（乙）減俸（丙）轉職（丁）停職三月以上一年以下停

其職務，其間不給與俸給（戊）免職之五種。凡受免官之處分者，二年間不得就職，且喪失其享受恩給之權利，其罪

情尤重者，並須繳還品級證書。對於軍人之懲戒手段，最爲嚴重，不僅剝奪附隨其地位之權利利益，並得用禁止出外及接見（謹慎）拘禁營倉（營倉、拘禁）等之罰則，且得不依法律，而以勅令規定之，此蓋依據憲法三二條對於軍人之制限，定爲不必定依法律故也。

行使懲戒權之機關，依官職之種類而有不同。對於推事、行政法院院長、評事官、會計檢察官等之懲戒，則依爲懲戒之目的所組織之懲戒裁判所之判決行之（推事懲戒法、行政法院院長評事官懲戒令、會計檢查官懲戒法）。懲戒裁判之手續，

與刑事訴訟略相類似，得用口頭辯論、檢事或檢察官得訴追被告，被告得用辯護人，但辯論不得公開。判決一經確定時。即發生效力，不須勅裁。與此立於正反對之地位者，厥惟陸海軍軍人，對於軍人，無特別懲戒機關之組織，普通由職務上之上官行使懲戒權。對於一般文官之懲戒，則在此二者之中間，譴責，由所屬長官專行之，減俸及免官，則經特別懲戒委員會之議決行之。懲戒委員會，有文官高等懲戒委員會，及文官普通懲戒委員會之兩種。前者爲議決高等官之懲戒者，全國僅有一所。後者爲議決委任官之懲戒者，各官廳皆設置之。委員會常依所屬長官之要求，開始審查。其審理，非若訴訟

手續之用口頭辯論，而以書面審理爲原則、但認爲有必要時，得命本人到案。又委員會之議決，與懲戒裁判之判決異，非即發生效力者，其議決後，如爲勅任官之免官及減俸，須經勅裁行之，其他則由本屬長官行之。

懲戒權，以官吏關係之存立爲前提，故官吏關係消滅時，懲戒權亦當然消滅，是以官吏於其退職後，對於在職中之行爲，不受懲戒之處分。至官吏之調任，一般雖不成懲戒權消之原因，但其調任之官職，與前之官職異其懲戒法規時，則認懲戒權依其調任而消滅。蓋調任後，對於前官之懲戒法，已不適用，而對於新官之懲戒法，不得溯及既往之行爲而適用之故也。但前官在職中之行爲，有損害現官職之任用或威嚴時，亦不妨予以懲戒。

懲戒權與刑罰權不同，不依時效而消滅。蓋所屬長官要求開始懲戒手續，或懲戒屬於所屬長官之權限時，其懲戒之行使，乃依其自由裁量者，故依時間之經過，至無須處罰時，得依自由裁量，不行處罰，更無須規定時效故也。

行使懲戒處分之後，究得依情狀以免除之與否，關於此點，雖無特別之規定，然以官吏爲天皇之之使用人，故依勅旨以免除懲戒可認爲大權之當然作用。關於懲戒之依勅旨以行之者，固不容疑，即關於如推事基於法律之懲戒者，其實例亦不少（當皇室或國家有慶弔之事，而行一般的恩赦時，關於官吏之懲戒，以勅令免除者甚多，而依法律受懲戒裁判手續之官吏，亦常有同受恩赦者）

(二)公法上之損害賠償。官吏違反國家義務，原則上對於國家不負損害賠償之責。官吏對國家之關係，乃公法上之關係，無直接適用民法之規定者，而關於官吏之法令，一般不認其有賠償之責任。僅關於出納官吏，會計法(三五條二、三六條)有關於其所出納保管之現金或物品，應負一切責任之規定而已。而所謂出納官吏者，指收入官吏、收預繳資金之官吏物品會計官吏而言。出納官吏如將其所管之現金或物品亡失毀傷時，除得證明其不失為善良管理者之注意者外，關於其亡失毀損，應負賠償之責。而其賠償義務，由會計檢查院判決之。蓋以事屬公法關係，非民事法院之權限，會計檢查院為第一審，且有為終審之裁判權。依會計檢查院判決之賠償義務，僅依天皇之恩赦得以免除之(會計檢查院法二一條)。關於會計檢查院之權限，參看各論編財政章。

(三)刑法上之責任。官吏之刑法上的責任，非因其有違反官吏之義務而起，實以官吏之行爲，有侵害特殊之法律利益(爲社會公共之秩序，計所須保護者)而發生者也。官吏之犯罪，如與其職務無關係時，與普通之犯罪，毫無所異。此處所須特爲詳述者，僅以其犯罪有關聯官吏之職務者爲限。通常分爲下之二種。

(甲)職務犯罪。官吏濫用職權，或懈怠職務，因而侵害特定之法律利益之罪之謂也(例、刑法一九三條、九四條之罪)。
(1)職務犯罪之成立，必須其行爲爲國家機關權限之行爲。而國家機關權限內之行爲，既有國家行爲之效力，則職務犯罪之特色，常在該行爲一方面具有國家行爲之效力。例如裁判官爲陷害被告，而

爲有罪之判決，警察官吏爲報復私怨，而逮捕人民之類，自其效力之點言之，爲有效之國家行爲，而官吏個人亦不得避免其責任者也。因而職務犯罪，一而又具有爲毀損國家信用罪之性質。(2)職務犯罪，必須官吏不法行使權限，或怠於行使其權限時，方得成立。刑法上所謂不法者，不僅爲官吏違反義務之意，必須官吏明知其爲違法，而故意犯之，或由於不可容赦的法律上之不知與誤解者，方得謂之不法。在官吏雖自信其爲違法而以惡意爲之者，如客觀的尙爲適法時，亦不成立職務犯罪。(3)得爲職務犯罪之主體者，僅限於有職務權限者而已，休職官吏以及其他非現職官吏，皆不得爲其主體。一方面凡現在擔任職務權限者，如委員之類，雖無官吏之身分，亦得爲其主體。

(乙)準職務犯罪 關聯官吏職務所爲之犯罪(例，刑法一九五、二九七、二五三條之罪)，謂之曰準職務犯罪。此種犯罪，非國家機關者之行爲，故無國家行爲之性質。此與職務犯罪不同之點。但其成立之須有刑法上之不法，與其主體僅以在現職者爲限之二點，又與職務犯罪同。

(四)民法上之責任 官吏關於其職務上之行爲，因故意或過失違法，致侵害他人之權利時，官吏個人，依民法(七〇九條)應任損害賠償之責。

或有主張官吏爲國家機關之行爲，乃國家之行爲，官吏個人不任其責者，或有主張官吏爲國家之使用人，非直接對於第三者發生法律關係者，因之有官吏對於第三者不負賠償責任之說。然所謂官吏之

行爲爲國家行爲者，僅自其行爲之法律上之效力觀之，其效力歸屬於國家而已。自事實上觀之，其行爲原爲官吏自身之行爲，而關於賞罰責任之問題，則不可不將其行爲作爲事實而觀察之，官吏之因功受賞，因罪受罰，皆由此理，即關於民法上之責任，亦何莫不然。所謂官吏對於第三者無直接之法律關係云云，殊不正當。一切法規，對於國家與國民之關係，雙方均受拘束，而國家之拘束，不外爲國家機關之拘束，官吏爲國家之機關，對於國民，受有遵守法規以行使職權之拘束，因而爲機關之拘束者，同時有爲個人的義務之性質。故官吏不僅對於國家負有職務上之義務，對於第三者，亦負有適法以行使職權之義務。如其職務行爲，有違反法規時，則不僅對於國家爲違反義務，同時對於國民亦爲違反義務（故德國民法八三九，因官吏之疏忽或過失，對於第三者違反所負之職務上之義務時，官吏對於第三者須負因此所發生之損害之賠償義務）。例如警察官吏濫用職權殺傷人民，裁判官故意陷害被告時，爲侵害被害者之權利，即對於被害者爲違反義務，毫無疑義。

關於官吏職務行爲所發生之損害賠償責任，不因其職務行爲爲私經濟的行爲抑或爲公之權力作用，而異其適用。官吏之職務行爲之須區別爲權力的行爲與私經濟的行爲者，僅限於以其行爲爲國家行爲觀察之時。已。蓋自國家行爲言之，此種區別，得爲該行爲適用私法與否之標準故也。反之，關於官吏賠償責任之問題，非以之作爲國家之行爲，乃以之作爲官吏之個人的行爲而觀察之者，而以之作爲官吏個人的行爲而觀察之時，則不問其爲私經濟的抑或爲權力的，恆係事實上之行動，不得強爲公法

私法之區別。關於賠償責任，如其職務行爲，屬於不法行爲時，自國家行爲言之，究應受公法或私法之適用與否，則非其所問，但自官吏個人的行爲言之，官吏恆須依民法負其責任。

關於由不法行爲所生之賠償責任，日本民法、僅曰『因故意或過失而侵害他人之權利者，應任因此所發生之損害賠償之責，』而關於官吏賠償責任，則無特別之規定。故除有特別之規定外，關於官吏，亦可適用此規定。然適用此條於官吏時，則對於下列諸點，須加以特別之注意。

(甲)不法行爲之成立，必須其行爲在對於第三者之關係爲違法。若僅違反對於國家之職務上之義務，尚不詳謂對於第三者爲違法。對於第三者之爲違法，必其行爲爲違反法規而後可。凡法規非僅對於國家官吏間具有效力，直接對於國民亦有效力，故違反之者，對於國民卽爲違法。

(乙)不法行爲必須依據官吏之故意或過失。官吏故意濫用職權，怠於職務，以致侵害他人之權利時，官吏個人應負賠償之責。蓋此際、官吏以其職權，供私人一己手段之用，自當負其一切責任故也。

關於因過失者，必須其過失爲法律之所不得容忍者而後可。官吏在職務上，以普通人之注意，猶得陷入之過失，非民法上(七〇條)所謂之過失，在此程度之過失，雖或有爲懲戒之原因，然關於賠償責任之

問題，尙得認爲無過失之行爲

(醫師之業務上過失，當與此相提並論)

。官吏之發生賠償責任，惟在於法之不知，或不可許容之誤解等，所謂重大之過失而已。關於二三特別事例，法律雖或有以明文規定關於故意或重大過失

有償賠償責任者（戶籍法四條，不動產登記法一三條，公證入法六條），然此非規定民法例外之意，即在無明文之時，亦得同樣論之。

日本從來之裁判例，尙未承認以上之原理。關於由官吏故意所發生之不法行爲，在裁判例雖認爲有賠償之責任，然關於由過失之行爲，則將其行爲，別爲公法的行爲，與私法的行爲，關於私法的行爲，雖適用民法，而關於公法的行爲則否，從而關於由過失之公法的行爲，認爲官吏不負賠償之責。然以余論之，此判例有二點失其正鵠，其一即官吏職務行爲之公法的行爲，與私法的行爲之區別是也。關於官吏個人之責任問題，無由區別其職務行爲之種類也，已如前述。其二即區別故意與過失，以過失爲無責任是也。即曰過失行爲，如爲法律所不容許之過失時，亦無阻却責任之理由，前已言之詳矣。

六、官吏關係之變更

一、轉官轉職 官吏或有被命，自一官職轉任他之官職者，或有在同一之官職內轉補他之職務者。

轉職，原則上不須本人之同意，得以國家之單獨意思行之，但對於推事，不得違反該本人之意思，而命其轉職。反之，轉官則不得依國家之單獨意思行之。推事、檢事、行政法院院長訴事官、會計檢查官等，皆有不得反其意思，命其轉官之權利（法院構成法七三條，行政裁判法五條，會計檢查院法六條）。一般文官，亦不得反其意思，

轉爲同等文官以下之文官（文官分限令六條）。除此等制限外，關於轉官，雖別無制限之規定，然官吏非負無制限之勤務義務者，可認爲僅關於同種類之勤務承諾之而已。如使武官轉任爲文官，行政官轉任爲司法官、教官、技術官等之種類相異之官職，乃於既存之義務外，命以新義務者，非得本人之同意不可。至如執達吏或公證人等，惟關於現在之職務有勤務之義務，更不得命其轉任矣。

二、解職。官吏，或有將其身分保留，僅免其所担任之職務者。其事例雖有種種，其最普通者，厥惟休職。休職爲一時休止職務之行爲，而被休職者無職務担任，因而不負以職務担任爲前提之義務。然關於以外之情事，須與在職者負擔同一之義務。休職期間，亦算入在官年限中。休職，除特任官及其他有例外之規定者外，對於一般文官，亦得適用，而可得命休職者，有下列之四項。

- (甲) 依懲戒令，付懲戒委員會審查時
- (乙) 關於刑事事件，被告訴或被告發時
- (丙) 因官制或定員之改正，發生冗員時
- (乙) 依官廳事務之便宜，認爲有必要時

休職之期間，在(甲)(乙)兩項，限于在事件之未了，事件一經完結，卽爲當然免官，或再行復職。在(丙)(丁)兩項，高等官滿二年委任官滿一年之期間內，無論何時，得命復職。無復職之命令而期間

經過時，則爲當然退官。休職者，得受俸給三分之一（文官分限令）

關於司法官有停職、退職、待命及職務停止之制度。停職爲懲戒處分之一種，已如前述。退職、或因推事達一定之年齡（最高法院院長檢察總長六十五歲其他六十三歲），當然發生，或依高等法院或最高法院之決議，由司法部長

命之（法院構成法七四條，七四條之二）。退職者不得受俸給，僅依恩給法受領恩給。待命，係依法院組織之變更或廢止，

發生冗員時，一時免其服務，以待補職者，待命中給與俸給之半額，其待命，由司法部長命之（律院構成法七五條）。

職務停止，係懲戒裁判或刑事裁判在處理中，一時停止職務者，給與俸給之全額（推事懲戒法四九條以下法院構成法七七條）。

七、官吏關係之終了

官吏關係，除依官吏死亡外，或依免官或依法律上當然之退官而消滅。

（一）免官。爲解除官吏關係之行爲，有由官吏自身之辭任與由國家單獨意思之別。

（甲）由官吏自身之辭任者，普通種之曰自請辭職。官吏，除法律上有任職之義務外，無論何時，得以辭任。國家因事務之便宜，或因懲戒及其他之必要，在相當期間中，有暫時猶豫免官者外，其餘概不得拒絕其辭任。然官吏關係，非依辭任即告終了，必經國家之許諾始克發生效果，在尙未免官期間中，官吏不得避免執行職務之義務。

(乙)依國家單獨意思之免官，有懲戒免官與非懲戒免官之別。懲戒免官，對於一切官吏，皆得適用。非懲戒免官之適用，依官職之種類而有不同。對於終身官(推事、檢察、法務官、陸海軍將校)，全不適用，反之一般特任官及有他在特別指定之官職者，關於其地位，無何等之保障，無論何時，皆得以免官。一般文官，則介乎此二者之間，惟限於有特定之理由者，得反其意，以行免官。依文官分限令(三條)對於一般之文官，非依本人之情願，得以免官者，僅限於以下之兩種事由。

(1)因不具廢疾或身體精神之衰弱，不堪執行職務時

(2)因官制或定員之改正，發生冗員時

(對於行政法院院長、評事官及會計檢查官等，僅經行政法院總會或會計檢查官會議之議決，始命其非官。關於行政裁判法、會計檢查官退官之法律)

(二)失官退官。官吏依一定之事實發生，不須命令而法律上當然退官者，有以下三種。

(甲)凡官吏受死刑、徒刑時，不用宣告，即喪失現任之官職(刑法施行法三七條、舊刑法三三條)。此謂之曰失官。

(乙)除終身官及其他在特定之官職者外，一般文官在廢官或廢廳之時，為當然退官者(文官分限令四條)

(丙)依文官分限令，發生冗員，或因官廳事務上之便宜，受命休職者，休職期滿，為當然退官者

(五條)。

第四節 公共團體總論

一、公共團體之法律上的性質。

日本現代之行政組織，除國家以自己之行政機關運用行政外，並認國家下之公共團體爲法人，立於國家監督之下，以運用公的行政。換言之，國家之行政機關與公共團體，二者相需，以成行政組織之系統，而公共團體在國家之下，亦自爲行政權之主體。

公共團體，與國家之官廳有別，不僅爲國家之機關，且彼自身具有存在之目的，被認爲有法律上之人格者也。換言之，卽一法人也。自此點言之，雖與私法人具有共通之性質，然非如私法人僅爲私目的而存在，而爲公的行政權之主體，故或謂之曰公法人。日本法令之用語，在行政法規，則曰公共團體，在私法法典，則曰公法人，然二者實具同一之意義。

關於公法人與私法人性質上之區別，學說紛紛，莫衷一是。(甲)有謂二者區別之要點，在目的事務之性質，以公的事務爲目的者，爲公法人，以私的事務爲目的者，爲私法人。然公的事務與私的事務，非依事務之性質以爲區別，乃係依主體以爲區別。卽屬同一之事務，如爲國家或公法人之事務而行之時，則爲公的事務，任諸私人行之時，則爲私的事務。例如國家所經營之郵政事業，市府所經

營之公立病院之事業等，與私人之運輸事業，私立病院事業，在其事務之性質上，毫無少異，皆不失其爲公的事務也。因爲公法人之故，其所行之事務，便爲公的事務，非以公之事務爲目的故，而爲公法人者也。(乙)有謂其區別在於爲國家機關與否，公法人乃國家機關之法人。然機關之觀念，與法人之觀念相反對，國家機關，自其立於機關之地位言之，無自己目的，全爲國家之目的而存在，無法律上之人格，反之，公法人有自己存在之目的，被認爲有法律上之人格，非僅爲國家之機關而已。(丙)有謂二者之區別在權能，公法人之本質，在其爲權力的團體。然命令強制之權力，即在國家，亦不過爲其遂行目的之手段，非其目的。國家除行使權力之外，有依非權力的設施，增進公共福利及開發文化之目的，而關於國家之此等非權力的設施，亦不失爲公的行政之行使也，固不待言。至於公法人，則以非權力的設施爲本分，權力僅在限定之範圍內所得承認，決非爲不可缺的要素也。(丁)或又以爲二者之區別，在於對國家之義務，公法人對於國家乃負有達到自己目的之義務。公法人對於國家負有如此之義務，誠不失其爲特徵，然公法人與私法人相區別之本質，實在於爲公的行政權之主體之一點，與其謂公法人之本質在義務，無寧謂其在權能。僅在義務上以求其特色，殊非所以闡明公法人之本質者也。

大凡法人之個性，全在其目的，惟因其目的之不同，乃發生人格之差異。公法人與私法人之區別，

亦不可不求之於其目的。公法人爲國家之目的而存在之法人，此乃其本質。所謂國家之目的者，不僅爲公益目的之意，亦指其目的係自國家授與者而言。私法人係爲私的目的而存在，所謂私的目的者，私人任意所定之目的是也。在社團法人，其目的由社員之所定。在財團法人，其目的由捐款者之所定。私法人固有兩者之分，而其常爲遂行私人之目的則一。其目的雖或有與國家之目的相合，因而國家視之爲公益法人，與以特別之保護，加以特別之監督者，然其目的，尙爲私的目的，而非國家的目的也。反之，公法人之目的發源於國家，由國家所傳來者，國家自行決定目的，設立法人，以使之遂行者也。私法人之目的，依社員或捐款者定之，公法人之目的，由國家定之，此其本質上之差異也。要之，公共團體者，乃立於國家之下，由國家授與存立目的之法人也。

(一)公共團體之目的，原由國家授與，其結果公共團體之目的，依法律而有一定，不得依法人之定章而任意左右之。私法人之目的，以不依法律而由法人之定章規定爲原則。雖亦間有依法律設定關於其目的之規定者（例、產業組合法），然此僅爲對於以一定之目的所設立之法人，與以保護，限定其目的，以爲保護條件，而非付與以目的也。故依據法律規定目的之法人，雖不必恆爲公法人，要亦不失爲區別公法人與私法人之一特徵。法人之目的，依法律而有一定，且其目的，認爲有國家之性質者，恆爲公法人。

公法人之目的，恒依法律而有一定，此固為一般原則，然亦有例外，如依二個以上之公法人所構成之聯合的公法人是也。聯合的公法人，其自身雖為一公法人，然為二個以上之公法人共同達到其目的者，故其存在之目的，非直接由國家所授與，乃自構成聯合法人之公法人得來者。換言之，僅間接發源於國家，直接乃依公法人以規定其目的者，故其目的不必依法律而有一定，得依其定章以定之（例如市町村之組合之目的，以組合規約定之）。

(二)所謂公法人為有國家的目的之法人者，與以國家的事業為目的之法人，異其意義。國家有時以行國家的事業之權利，授諸私人者，如後章所述公企業之特許是也（各論第二章第四節）。公企業之特許，對於行將設立之法人，亦得以許與，故私法人往往有以特許之國家的事業經營為目的，而設立之者。其最顯之例，厥惟日本銀行，其他所謂特殊銀行、南滿鐵道公司、東洋拓殖公司等，又其他一切之私設鐵道公司，以經營私立大學為目的之財團法人等，亦屬此例。此等皆以經營國家的事業為目的，故往往具有與公法人類似之特徵，然尚非公法人也。其與公法人相異之點，在於公法人之目的之自身，係由國家所授與，而此等之法人，其目的在於達到社員或捐款者之目的，而其事業為國家所特許而已。其所經營之事業，雖具有國家的性質，而其存在之目的，則屬於私人，自此點言之，不失其為私法人也。一方面公法人所經營之事業非必與私人所得經營之事業，異其性質。事業之性質上，雖全然與私人

之事業相同，然國家自行設立法人，使之經營其事業爲目的時，尙不失其爲公法人。例如在耕地整理事業，視爲私人之事業而施行之時，雖止爲私人之事業，然如以整理事業爲目的之法人之耕地整理組合，則具有公法人之性質。

(三)公法人之目的，乃授自國家，故必依國家始得成立。惟聯合的公法人之目的，非直接授自國家，不過間接發源於國家而已，故公法人得任意設立之，惟須得國家之同意，然在單一的公法人，必以國家之意思，爲其設立之要素。然此非謂公法人之設立，不許私人參加也。設立之準備行爲，在某限度內，亦有使私人參加者，而以在公之社團法人，使其有社員資格者參加設立，尤爲衆多。但決定其設立最後之行爲，恆由國家行使，無論何時私人不得任意設立。反之，私法人之設立，原則上屬諸私人之自由，國家僅監督之而已。雖亦有須得國家之認可者，然此種認可，僅爲基於監督權之補充的意思表示，而非設立行爲。對於私法人之設立認可，係監督之行爲，使之不害公益而已。苟無害於公益，必須允許，卽法律上所稱之爲羈束行爲者是也。公法人爲國家之目的而設立，故國家有自行決定設立與否之自由，因而其行爲爲自由裁量之行爲。

(四)公法人乃爲國家之目的而存立之法人，故爲遂行其目的計，通常於相當程度內，有授以一般私法人所不能享有之公法上之特權者。公法人享有之特權，依法人之種類而有異同，甚至時有授以國家

之統治權力者，然此非公法人之必然要件至于公法人究在何種限度內與私法人異其權能，則全依法律之所定。其無特別規定之事項，公法人不必與私法人異其法律上之地位。

故以公共團體與團體員或與第三者之關係，爲公法的關係者，殊欠正當。即國家與國民之關係，其具有私經濟的性質者，猶受私法規定之支配。况公共團體所受私法規定之支配，較之國家爲猶強，在國法所授與私人所不得有之公法上之特權範圍外，皆與私法人同受民法及其他一般私法規定之適用者也。

(五)公法人乃爲國家之目的而存在，其結果，公法人對於國家，負有遂行自己存立目的之義務，及服從國家之特別監督。私法人乃爲私的目的而存在，故其目的之得達與否，直接與國家之目的無關。國家不得以其目的之遂行，爲團體之義務而強命之也。反之，公法人之目的事務，爲國家之目的事務，故其事務之得舉行與否，直接與國家之目的攸關，國家必使公法人負遂行其目的之義務。其結果，國家對於私法人，僅加以監督，以期其行動無違反法規，侵害公益而已。而對於公法人，則置之於國家特別監督之下，不僅消極的防止其法規之違反，或公益之侵害而已，並積極的加以監督，以助成其目的之遂行。

二、公共團體與自治行政

公共團體之觀念，與自治行政之觀念相關聯。在現代統治組織之下，關於中央政治，則設議會制度，爲國民代表之機關，俾一般人民得以參與政治，而關於地方行政，如事僅與地方之利害有關，與國家全般之利害無直接之影響者，則務使地方人民自行處理，至少務使之參加，此乃本則。當使地方人民參與行政時，通常認人民團體有公法人之資格，使之爲行政權之主體。換言之，公法人存在之承認，通常同時即係使人民參加行政之時也。但此二者，不必常相一致，因而自治之觀念，便生二種之意義。

自本來之意義言之。自治者係對於官治而言，與民衆的政治同其意義。換言之，自治者，即不依國家之專任官吏所支配，人民對於自己利害有關係之公共事務，得自行處理，或至少參加之謂也。此種意義之自治，不僅關於地方的利害之事務，即關於中央政治，亦得存在。又不僅關於行政而已，關於司法方面，亦得運用。國會制度，即爲國家政治之自治制最顯著之例，其他如所得稅及營業稅調查委員之自國民中公選，亦出於同一之趣旨。關於司法者，如陪審制度，同爲自治機關。然自治一語，乃就關於地方的行政而言，或謂之曰地方自治。地方自治者，關於地方的公共事務，務使人民自行處理之意也。此種意義之自治制度之發達，與國會制度有同一之基礎，乃原于近代民衆之政治的自覺，所以努力排斥他之支配，而應民衆之利益須由民衆自行主張自行管理之要求者也。

然此種意義之自治，其法律上之形體，實有種種，不得視爲法律上一定之制度。故祇得稱之曰政治意義的自治。

自法律上之意義言之，自治者，公共團體在國家監督之下，自行處理其事務之謂也。蓋當使人民自行處理或參與地方公共事務時，通常係使組織地域的或組合的團體，認該團體有權利能力，以處理公共事務，爲屬於該團體之權利、使該團體得保有自己之財產，而以自己之費用，處理其事務者也。故自治之觀念，自本來政治上的意義，轉而用爲此等團體行政之意味。此種意義之自治行政，乃與國家行政相對立，專爲公共團體行政之意。

以上二種意義之自治行政，其範圍各不相同。一方有爲公共團體之行政，而專由國家之官吏處理之，全不許民衆參加者。例如府縣行政，其在專屬知事權限之限度內，爲純然之官治，毫末加有民衆政治之要素，故自政治上之意義言之，非自治行政。然因其爲公共團體之行政，故在法律上之意義，仍爲自治行政。至於殖民地之公共團體，概由國家官吏處理其行政，殆毫未參有民衆政治之分子。他方有參有民衆的要素，而在法律上屬之於國家行政，而非公共團體之行政者。例如市町村之國家事務，委任之於市町村長，本爲國家之行政，而不由國之官吏處理，全由人民所選舉之機關行使，故自政治上之意義言之，亦得謂之曰自治行政。

政治上，地方自治制度之本旨，在矯正極端的中央集權之弊害。一方用以減輕中央政府之負擔，一方使中央政府之勢力，不得直接波及地方的行政，以使地方政治，不因內閣之交迭而受影響。同時在使對於地方行政，有最深的利害關係之民衆，自當其任，因以使人民習慣政治，養成其公共心，自覺其政治上之責任，藉以鞏固立憲政治之基礎也。

三、公共團體之種類

公共團體，得依其組織，或依其權能，分其種類。

(一)公共團體依其組織，得區別爲(甲)地方團體(乙)公共組合(丙)營造物法人之三種。

(甲)地方團體，地方團體，自其地域團體之一種言之，與國家同其性質。地域團體，爲公法人所特有之形體。私法人中全無與此相當者。民法中所認爲私法人之形體者，僅社團及財團之兩種而已。地域團體，既非社團，又非財團，別爲一種形體，以一定之地域，爲其存立之基礎，凡在該地域居住暫寓者，基於其居住暫寓之事實，當然爲該團之一員，而服從其支配者也。地方團體，爲在國家下之地域團體，而以國家領土之一部，爲自己之地域，對於該地域內一切之人民，在國法所認許之範圍內，爲地方公共福利計，有支配的權利之團體也。非由限定之社員而成，凡在該地域內一切之人民，皆屬其支配，此與社團法人有異者也。地方團體，雖有定住民爲繼續的所屬員者，然不僅住民受其支配，

卽一時之暫寓者，亦服從其支配。

地方團體，乃以一定地域，爲其構成要素，此其一大特色，乃他之一切法人所不得觀者也。其地域，爲團體權利之目的物，恰如國家之在其領土上有領土權然，地域團體在其地域之上，有受自國家之支配權。關於公共組合，如耕地整理組合，以關於土地事業爲目的之法人，雖其成立，以一定之地域爲限，然公共組合之地域，僅爲其所行事業之區域，非在其地域上有地域的支配權，又在其地域內之一切人民，非常然在其支配之下。公共組合的權力，僅行之於組合員之上，專爲對人的支配權，而非地域的支配權也。

地方團體之地域與國之行政區劃，異其性質。國之行政區劃，僅爲國之官廳的管轄區域，其制定及變更，得依官制大權以勅令定之。反之，地方團體之地域，爲權利之客體，而法人之權利，僅依法律得以規定，故其地域之制定及變更，依於法律，至少須依根據法律之行政行爲，始得爲之。國之行政區劃之變更，僅爲官廳權限之變更，不發生權利繼承之事項。反之，地方團體之地域變更，關於其財產權、企業權或其他之權利，常需適當之變更，故恆發生權利繼承之問題。

地方團體，有單一地方團體，與複合地方團體之區別。前者，如府縣市町村之類，非由二個以上之團體聯合而成，其自身爲一法人也。後者，如市町村組合、府縣組合，由二個以上之團體結合而成之法

人也。雖在單一地方團體，亦有如府縣之包括多數之市町村，如東京市之包括多數之區者，然此等僅其地域包括多數地方團體之地域，並非此等多數團體之結合體。而在複合的地方團體，則爲二個以上之地方團體的結合體，參加該結合之團體，爲其構成分子，以團體而構成其機關者也。此點與單一地方團體不同。

(乙)公共組合、公共組合，爲公的社團法人，由一定社員之結合所組織，與民法上之社團法人同其性質，唯其目的係國家的，與社團法人有異。社員、或依任意之加入、或由法律上當然爲其社員，成爲組織該團體之一員，負有服從團體權力之義務。公共組合與其社員之關係，乃社團權之關係，具有一種特別權力關係。非若地方團體與其權力服從者之關係，以居住暫寓之事實，而當然發生者也。

公共組合，非地域的團體，乃純然之人的團體也。地域團體，在私法人中，全無比類，自其構成上觀之，卽得斷定其爲公法人。反之，公共組合之構成，與民法上之社團法人同，而法人之目的，究爲國家的與否，往往有不明瞭者，故關於此種法人，究爲公法人，抑爲私法人，屢屢發生疑問。所得推定爲公法人者，其根據約有以下數點。卽(一)其目的依法律而有一定，不得依定章任意定之。(二)其設立行爲，至少關於設立行爲最後之決定，須依國家之意思行之。(三)社員之加入及退出不自由，有一定之資格者，法律上當然得爲社員。(四)關於其經費之徵收，認爲得採用行政上之強制徵收手段。

(五)關於其目的之遂行，須服從國家之特別監督等是也。

公共組合，亦有單一的公共組合與複合的公共組合之別。多數之組合。認為得由二個以上互相聯合，以圖共同達到其目的者也。

(丙)營造物法人 營造物法人者，公的財團法人也。財團法人者，無一定之社員，以為特定目的所

捐出之財產為手段，依由財產捐出者之指定所選出之機關，遂行其目的之法人之謂也。財團法人，原非財產之集合體，法律上之人格，僅為人類之目的，得以承認，而財產自體，不得有人格，故財團法人，亦不可不為人類之目的而存在。在私的財團法人，其人格，係為捐款者之目的而承認。捐款者，定有一定之永續的目的，而捐出財產，為使離開自己之人格，自己死後，亦得以遂行其目的起見，設立法人，使所選定之機關，以遂行其目的起見，設立法人，使所選定之機關，以遂行其目的者也。營造物法人，亦屬財團法人，此點與私的財團法人，同其性質，惟其人格，係為國家之目的而承認，法人之目的，淵源於國家，此其不同之點也。但國家與私人不同，彼自身為永續的團體，故為遂行國家之目的計，無須離開國家之人格，別設財團法人，故公的財團法人，為例殊少。日本國法上，普通所稱為營造物者，乃為國家或地方團體之事業以經營者之意，因而認有獨立之法人格者，幾無其例。學校、郵政、鐵道、儲金、簡易保險之類，皆為國家之事業而經營者，其權利主體為國家，非營造物自身

爲法人也。爲法人之營造物，僅存於爲此種事業，自國家或地方團體分離，而受有獨立的法人格者而已。承認法人格之主要目的，在關於其事業之經營，使之離政府或議會而獨立，自治的以行之也。現在之實例，惟廟宇而已。

(二)公共團體，自其權能上，得分爲主動的團體，與被動的團體，或在二者之中間者亦有之。

(甲)主動的團體，主動的團體者，具有自治的權能之團體之謂。團體不受他之支配，在團體自行選任其機關，依自己固有之機關，自有構成其意思之權能者也。自嚴格的意義言之，可稱爲自治團體者，僅限於此種團體。團體之意思，非由外部所授與，而自內部發生者也。

屬於主動的團體者，爲地方團體之一部，及公共組合是也。公共組合，由一定之社員而成，故以社員總會或社員代表會議，爲決議機關，其理事機關，通常亦由社員中選任。換言之，其一切機關，通常係由團體員構成，被認爲有完全意義之自治權者也。在地方團體，僅市町村爲完全意義之主動的團體，其議決機關及理事機關，皆自團體內所產出者也。

(乙)被動的團體，被動的團體者，無自治之權能，常受他之支配的團體之謂也。團體之機關，由外部所授與，在團體無自行選任之權，團體之所屬員，無自行構成團體意思之權，亦無參與構成團體意思之權。換言之，團體之意思，係由外部所授與，而團體僅保有財產，負擔費用而已。屬於此種者，

爲營造物法人及地方團體之一部。營造物法人，原無社員，故其意思，必然由外部所授與。卽地方團體之中，如各殖民地（朝鮮之府及面，台灣之市州街莊），亦概有此種性質，其理事機關，由國家官吏擔當之，而議決機關，亦不存在，惟有諮問機關而已。若以團體所屬員自行處理公共事務，爲自治團體之要素，則此等之團體，非此種意義之自治團體。

（丙）屬兩者之中間者 卽團體之機關，其一部分由內部所產生，其一部分由外部所授與者，是也。地方團體中，北海道及府縣，具有此性質。在此等團體，其議決機關，雖自住民公選，然其理事機關，乃以國之官吏充當之，此卽爲半被動的團體也。公共組合中，其理事機關，由國家任命（例、水利組合，水利組合），議決機關，除自社員中所選出之議員外，再加以國家任命之特別議員，（例如商業會議所，農會），在此限度內，亦屬有被動的分子者也。

四、公共團體之設立

凡公共團體之設立，僅由法律得以爲之。國家行政官廳之設置，乃屬於官制大權之作用，得以勅令爲之。反之，公共團體有法人格，法人格之承認，非屬於行政權之範圍，故非勅令所得而爲之。

公共團體，或有直接依法律而成立者，或有由基於法律之行政行爲而設立者。要之，其設立常基於國家之意思而行之，（但除聯合的公法人），但其設立行爲，於某程度內，得使利害關係者參加。而其所得參加

之程度，依法人之種類而有不同。須區別論之。

(一)在從來僅爲國之行政區劃公法人不存在之地域，而從新成立爲法人之地方團體時，關於地方團體之設立，通常直接以法律定之，全不承認人民之參加。例如郡在未施行郡制以前，僅爲國之行政區劃，依郡之施行，則爲公法人之類。朝鮮之府面制之施行，台灣之州制、市制、街莊制之施行，亦屬此例。惟在爲限定的特定行政目的，而設立之特別地方團體（例學區），其設立得依行政行爲爲之，且於某程度內，特許利害關係者之參加者有之。

分割既存團體的地域之一部，或併合二個以上之地方團體，而設立新的地方團體時，普通係包含於所謂廢置分合之中，或有如府縣之廢置分合，直接以法律行之者，或有如市町村之廢置分合，以行政行爲行之者。在後者，得使關係人參加之。

複合的地方團體之設立，與上不同。通常係依關係地方團體之協議，由國家認可以設立之。何則，聯合的公法人，非若單一的公法人直接由國家授與目的，乃關係公法人爲達到其目的計，共同自行設立故也。惟亦有例外，即在複合的地方團體，亦有依國之行政行爲，強制以設立者也（例強制的町村組合）。

(二)公共組合，乃由一定之社員所組織，其設立，不僅依國家之意思，通常使爲社員者在某程度內得以參加者也。依其所得參加程度之不同，得分爲以下四種。

第一、國家自己行使設立行爲之全部，社員之全部，不由自己之意思，乃由法律上當然爲社員者，此謂之曰強制的公共組合。水利組合，其實例也。國家設立創立委員，使其爲設立之準備，創立委員，則規定組合之定章，呈請主務官廳認可，有時主務官廳自行釐定定章者亦有之。定章一經定妥，組合即告成立，法律上有社員資格者，當然爲其社員，普通雖稱之曰社員之加入強制，然非使負加入之義務，不須何等之意思表示，依法律之力得爲社員者也。

第二、法律對於有爲社員資格者，命以設立準備之義務，由此義務有爲社員之資格者，則開設立總會，行使設立之議決，一經國家認可，其設立始告完成，例如醫師會之設立是也。夫設立與否，非依社員之自由意思，其設立乃爲法律上之義務，然社員得自爲設立準備行爲，議決定章，此點較之前者，其社員有廣汎之參加權。但社員如不爲議決時，國家有自爲設立行爲之權。

第三、社員之一部，參加於設立行爲，他之一部，不問其意思之如何，法律上當然爲社員，普通稱之曰一部強制之公共組合。組合之設立，依有社員資格者之一部議決，定章一經認可時，組合即告成立。法律上有爲社員之資格者，不問其同意與否，當然爲其社員。如耕地整理組合、森林組合、重要物產同業組合、畜產組合、釀酒組合、商業會議所、農會等之設立，類皆依據此例。而此爲公共組合設立之普通事例也。

第四、公共組合之設立，一任之於有爲社員資格者之協議，國家唯行使設立之認可，普通所謂任意的公共組合是也。然關於決定設立之最後行爲，亦係國家之意思。自理論上言之，雖與公共組合之性質，得以兩立，實際上，在單一之公共組合，殆不視其例。但在複合的公共組合，則普通依關係組合之協議而設立之。

(三)營造物法人與公共組合不同，雖無一定之社員，然有使籌措設立之資金者，有使其與設立有利害關係者參加於設立行爲者，但其設立，仍基於國家之意思，自不待言。

五、公共團體之權能

(一)公共團體之權能之範圍，依其存立之目的而定。法律關於各種公共團體，規定其存立之目的，而各公共團體，在法律所定之目的之限界內，除得享有與私法人同樣之各種權利、及爲法律行爲之能力外，基於法律之特別規定，亦得享有私法人一般所不得享有之國家的公權，及爲公權的行爲。

公共團體，有以一般的地方之公共事務，爲存立之目的者，又有僅以局限的特殊事務，爲存立之目的者。前者如府縣、市町村等之普通地方團體是，此等團體，乃國家普通行政組織系統之一部，以謀該地域住民之公共利益爲目的者也。地方團體之中，普通所稱爲特別地方團體者，例如學區、府縣組

合、市町村組合、一部事務之町村組合等，皆以特殊事務爲存立之目的者也。至於公共組合及營造物法人，無不爲特殊目的而設立者也。

(二)公共團體存立目的之事務，稱之曰公共團體之固有事務。公共團體之目的，係淵源於國家，故公共團體之固有事務，間接亦發源於國家。然公共團體，乃離開國家而具有自己之人格，遂行自己之目的者，其爲目的之事務，非國家之事務，乃公共團體自身之固有事務也。事務自身非授自國家，惟目的乃授自國家，爲達到其目的計，而自行之者也。

然公共團體，往往除固有事務外，有由國家或他之公共團體，委任以他項事務者。就中如府縣市町村等普通之地方團體，受國家事務之委任者甚多。此種事務，稱之曰公共團體之委任事務。委任事務與固有事務不同，非包含於團體存立之目的中，於其一般權能之範圍外，關於特定之事務，受特別之委任者也。對於公共團體，委任以國家或其他公共團體之事務，係命團體以特別之負擔，故必須有法律上之根據。其事務之委任，爲義務性質，屬於自治負擔之一種。但命之以負擔，一面卽有付與權能之效果，故基於委任，公共團體除本來所有的一般權能之範圍外，更取得特別權能。

固有事務與委任事務區別之實益，在於固有事務，不待有特別之法律規定，公共團體基於一般權能，當然得以行使，而委任事務，則基於法律之特別規定，關於特定之事務，受特別之委任而發生其權

能者也。

(二)公共團體之事務，又得區別爲必要事務，與隨意事務。必要事務者，法律指定特定之事務，命令公共團體作爲義務而行之之謂，隨意事務者，依公共團體之自由裁量，得自行決定或爲或否者之謂也。惟此種裁量之自由，亦非漫無制限，公共團體對於國家，原負有完全遂行其目的之義務，因而隨意事務之執行，亦不外所以履行其義務者，然關於隨意事務，究以何種事務爲履行義務上最爲適當者，團體有自行判斷之自由也。

必要事務與隨意事務之區別，不必與固有事務委任事務之區別相一致，固有事務，通常雖爲隨意事務，然關於固有事務，法律亦時有指定一定之事務命令公共團體必須行之者。例如關於組織之事務，法律以一定機關，爲地方團體之必要機關，團體必須選任之者，如依陰溝法、內政部長得命市町村爲陰溝築造之類。委任事務，通常雖爲必要事務，然或爲或否，法律有時任諸團體自身之選擇，因而有爲隨意事務之性質者。例如初等小學高等小學之設立，二者皆爲國家之事務，而命市町村負擔者，然關於初等小學，法律則命其必須設置，關於高等小學，則不行強制，唯定爲市町村得以設置者是也。前者爲必要事務之委任事務，後者爲隨意事務之委任事務也。

(四)公共團體所有國家的公權之範圍，係依法律之所定。如法律無特別之規定，原則上，公共團體

僅與一般私法人有同一之權利能力，及行爲能力而已。一般私法人所不能享有之國家的公權，不必爲公共團體所不可缺之要求。其以國家之統治的權力，爲公共團體之要求，以權力團體爲公共團體之特色之學說，殊失其正鵠者也。

然公共團體，乃爲國家目的而存在之團體，故在爲達到其目的之必要限度內，法律特付以一般私法人所不能享有之國家的權能者頗多。其權能爲何，須將地方團體與其他之團體，區別論之。

地方團體，自其構成上言之，與國家極相類似，在國家授與之範圍內，有地域的統治權。其權利自國家所傳來，非原始的權利，又僅在法律所授與之限度內，得以存在，非若國家得以自己之立法，而伸縮其範圍者，然其權力，非僅對於限定之特定人得以行之，凡在其地域內者，皆受其權力之支配，因而非單純之社團之權力，實具與國家權力同類之統治的權力之性質者也。

反之，公共組合，爲社團法人，其與社員之關係，爲社團權之關係。社團法人，在法人目的之範圍內，得設定拘束社員規約，自爲決議，此爲一切社團法人所共通之性質。此種權力，謂之社團權。公共組合，對於社員之權力，亦具有同樣之性質，非若地方團體之自國家受統治權也。公共組合與私的社團法人之所以異者，主在以下二點，即（甲）在私法人，社員得任意加入，任意退出，因而社員之服從社團權，全依其自由意思，反之，在公共組合，則不許社員之自由退出，因而社員縱令反乎自己之

意思，亦須服從公共組合之權力。(乙)公共組合認為有強固之社團權，如依法律，對於不納經費者，亦有強制徵收之權，對於社員之違反義務者，自懲罰權等是。

惟尚有一極稀少之例外，即對於公共組合，有依法律付與一定限度內之統治權，認其得對於社員以外之第三者，行使命令強制之權力(水利組合法四九條五) (○條五三條五六條)。

營造物法人，與公共組合異，無社員，故一般不認其有何等之權力，自其權利能力及行為能力之點言之，通常與私法人無殊。

(五)關於私法上之法律行為，除有法律之特別制限者外，公共團體，亦與私法人有同一之行為能力。故公共團體，負擔民法上之債務，其不履行債務時，則有受民事訴訟之強制執行者。但公共團體之財產，若係直接供諸公用或公共用者，則為公物，具有不融通性，因而不得封押。又公共團體為國家之目的計，乃必須存在者，故除法律之特別規定者外，債權者不得為破產之聲請。

六、自治負擔

公共團體，往往於本來存立目的之範圍外，有由國家或其他之公共團體，委任以特定之事務，或賦課以經濟上之負擔者。且普通地方團體，為一般行政組織系統之一部，全國之一切地方，原則上，莫

不屬於任何地方團體者，故使地方團體分任負擔，即所以對全國人民公平分配負擔，因而賦課地方團體之負擔，其例極多。公共團體於其存立之目的外，特依法律所賦課之負擔，稱之曰自治負擔。

自治負擔，得分爲事務負擔與經濟負擔兩種。

(一)關於公共團體所負擔之委任事務，已如前述。或有依法律直接委任之者，或有根據法律，以特別行政行爲，命其負擔者。要之，公共團體，因其委任，一面得有處理事務之權能，一面負有執行事務之義務。

與公共團體相類似，然須區別論之者，即對於團體之吏員委任之事務是也。尤其關於市町村區域內所施行之國家行政，國家不設官廳，一般係委諸市町村長，故市町村長受委之國家事務，其種類尤爲繁多。公共團體之吏員，受國家事務之委任時，其吏員爲國家機關，負有執行其事務之義務，與團體自身無直接之關係，然吏員對於公共團體，有勤務關係，故使之執行國家事務，可謂間接對於公共團體，課以負擔，同爲自治負擔之一種也。

(二)關於國家事業，有對於公共團體課以經費之負擔，以輕減國庫之負擔，使與其事業有直接利害關係之人員，分任其負擔者。經費之負擔，或有隨事務之負擔，公共團體即作爲自己之委任事務爲之，同時負擔其事務所需之經費者，或有關於團體之吏員所受委之事務，使團體負擔其事務所需之經

費者，或有與事務之執行毫無關係，在國之官廳執行事務之際，而其事務同時有關於團體之利害時，得依法律，特使團體負擔其費用之全部或一部，或依基於法律之行政行為，得命其負擔者。

閒或爲供給國家或其他團體事業之用，有使公共團體負擔供給夫役或現物之義務者（例府縣制一二條。條河川法二三條。）。夫役現物之負擔，亦爲經濟的負擔，自此點言之，與經費負擔之性質相同。

七、公共團體之機關

（一）公共團體機關之組織，有主動的團體有受動的團體，二者甚有差異。主動的團體，爲有完全自治組織之團體，一切機關，由團體自行選任。其最主要之機關，通常爲議決機關與理事機關。前者爲團體最高之意思決定機關，後者爲執行議決及對外代表團體之機關也。其他尚有特別之出納機關、監查機關、諮問機關及補助機關等。各種之公共組合，及地方團體中之市町村，皆屬此例。

被動的團體，無自治之組織，爲官治之團體，無議決機關。其事務由國家所選任之機關管理之，惟有時設置諮問機關而已。營造物法人，及殖民地之各地方團體，皆屬此例。

立於兩者中間之半受動的團體，僅議決機關，具有自治的組織，理事機關，則以國之官吏充任之。如北海道、府縣等，皆屬此例。

(二)議決機關之組織，因地方團體與公共組合而不同。在地方團體之住民、不問老幼男女或國籍之如何，凡在區域內有住所者，皆包括在內。故僅以住民之資格，尚不得參與團體之事務，必以住民中具有法定資格者，為團體之公民，惟公民始認有參與團體事務之權利者也。通常係自公民中選出代表，組織議會，以為團體之議決機關。但公民為數極少時，則以公民總會為議決機關者亦有之。

反之，公共組合，僅自具有法定資格之社員而成，故原則上社員因其社員權之當然效果，有參與組合事務之權利。非若地方團體之必須定有公民之要件，其所有之社員，當然為團體之公民。又在公共組合，議會之選舉，實屬異例。通常以社員總會為其決議機關，此點與私的社團法人相同。惟在社員之數過多，不便為全部之集合者，則有使自社員中選舉定數之議員，組織議會，而為決議機關者。間有除自社員中所選舉之議員外，再加由社員外所選任之特別議員者(商業會議所
農會水產會)。

(三)公共團體機關構成分子之法律上的地位，得分為五種。

(甲)其一，國之官吏或待遇官吏，為公共團體之機關者是也。如府縣知事為府縣之機關，面長為面之機關，神官神職為神社之機關等，即其顯例。即在市町村，如當市町村長出缺等，由監督官廳派遣官吏，臨時掌管其事務之際，亦國之官吏，一時為市町村機關者也。此等皆僅職務上擔任公共團體之事務而已，至於身分上，乃國家之使用人，對於國家，有勤務關係者也。

(乙)其二，對於公共團體，猶官吏之對於國家，有服從公法上之勤務關係者是也。立於此種關係者，得稱之曰公共團體之吏員或公吏。公吏與民法上之屬於雇傭關係者不同，不依民法之規定，而專爲公法的關係，此點雖與官吏相同，然非直接對於國家服務，乃對於公共團體，立於服務關係，與官吏有別。關於公吏、容於次項詳論之。

(丙)其三，對於公共團體，立於公法上之委任關係者是也。非若公吏須服無定量之勤務，僅受委有限制之特定事務，且其關係、非民法上的關係，而爲公法上的關係。各種之委員，選舉會職員，皆屬此類。

(丁)其四，以公民權或社員權之效果，立於公共團體機關之地位者是也。如府縣會議員、市町村會議員等，皆與帝國議會之議員無異，非若官吏或公吏之爲服公法上之勤務關係者，乃基於公民權，以行使其爲住民代表者之權利者也，在公共組合，其議決機關之構成員，以及由選舉而在理事機關之地位者，概無公吏之身分，乃本其爲社員之權利，以立於該地位，較之他社員，不過得有行使較強的社員權而已。例如商業會議所所長、醫師會長、耕地整理組合長之類是也。

(戊)其五，在民法上之契約關係者是也。在地方團體。其一切職員，皆非公吏，尤以從事於下級之機械的勞務者、爲立於民法上之關係者。在公共組合，其職員被認爲有公吏身分者，惟水利組合員而已。

。其他一般公共組合之職員，除基於社員權者外，概依民法上之雇傭或委任契約，而擔任其職務者也。

(四)依特別之選任，對於公共團體，負有忠實的服無定量的勤務之公法上的義務者，稱之曰公法人之吏員或公吏。公吏與官吏之別，不在於所擔任職務之不同，自職務上言之、府縣知事、爲府縣之理事機關，與市町村長之爲市町村理事機關正相等，然一爲官吏，一爲公吏。又二者之區別，不必在其選任權所在之不同，即公吏亦有由國家選任者(例依北海道二級町村制)。以予論之，二者之區別，在於

(島嶼町村制之町村長)

下列二點。(一)在其所選任權之根據不同，即官吏之選任，常基於天皇之大權，而公吏之選任，則基於公法人之自治權，或對於公法人之國家監督權。公吏爲公法人之使用人，雖以由公法人自行選任爲一般原則，然公法人須受國家之監督權，因而國家依其監督，干預其選任，間有代公法人而爲選任者。在後者雖爲公吏而由國家所選任，然其選任，非基於天皇之大權，乃基於國家對公法人之監督權者也。而任官大權，係依官制所定之官職而行使，對於公法人之監督權，係基於規定公法人之組織權能之規定而行使，故依官制規定所任命之官吏，雖在公法人機關之地位，亦爲官吏(例、朝鮮之府尹及面長職務上與內地之市町村長相同)，類似然依總督府地方官官制所設置，爲國家官吏。)，基於公法人法所選任者，雖爲國家所任命，亦爲公吏。(二)在勤務義務之對方有異。官吏爲國家之使用人，對於國家負有勤務義務。反之，公吏爲公法人之使用人，對於公法人負有勤務義務。雖有官吏而爲公法人之機關者，又有公吏而擔任國家事務者，然此乃依法律特別委任

之結果，非其本來之勤務義務之結果也。

公吏得區別爲名譽職吏員與有給吏員。名譽職者、爲對於專務職之觀念，非以公吏職務爲專務，得別有本業，因而不受俸給者之謂也。其就任不爲收入之財源，單授與以名譽，故有名譽職之稱。然名譽職人員，非必須全無報酬者，對於其勤務，亦得給以相當之報酬，惟報酬與俸給不同，非爲生活費之給與，乃僅對於其勤務而爲反對給付者也。名譽職員無俸給，因而有缺乏希望之虞，故法律特規定其就任爲公民法律上之義務，如無正當之理由，則不得拒絕。然名譽職之就任，非若兵役義務，不經本人同意得以成立者，必依本人之承諾，始發生效力，但無正當之理由，有不得拒絕之義務而已。如反其義務而拒絕時，雖得課以法定之制裁，然不成立吏員關係。名譽職人員之就任，爲法律上之義務，因而名譽職人員，必有一定之任期，非如有給人員之負有無期限之勤務義務者。又僅關於一定職務，負有勤務義務，非若官吏或有給人員之得以隨意轉任者。名譽職人員、大抵使當地之有名望者充任之，故其資格必須爲公民，非若官吏以學歷或官歷爲要件者也。

公吏之法律上的地位，大體與官吏相等，公吏對公法人所有之權利義務，與官吏對國家所有者正同。惟名譽職吏員得別有本業，故非若官吏有捨身盡職之義務，亦無服從轉職命令之義務，又公法人受國家之監督，故公吏除受公法人之命令及懲戒權外，有服從依國家監督權之命令及懲戒之義務。

八、公共團體之監督

公共團體，係爲國家目的而存立之團體，故與私法人不同，須受國家之特別監督。對於公共團體之國家監督權之範圍，依法律而有一定，蓋對於公共團體之監督與行政官廳間之監督不同，係對於人格者而制限其意思自由之行為，而自由之制限，原則上必須以法律故也。

對於公共團體監督權之作用，因團體之不同，寬嚴不一。其最小限度，如公共團體超越其權限或違反法規等，必須有矯正之力，何則，如此而不能爲，勢必喪失國法之統一也。至於國家之監督權，究得及於若何限度，此爲立法政策之問題，非本書之所宜討論也。

監督權範圍之最大者，在於使國之官吏爲公共團體之機關。官吏在爲公共團體機關之職務上，與在爲國家機關之職務上相同，須服從長官之命令，受懲戒處分，亦得命其轉職、休職或免官，在此限度內，公共團體不得謂爲具有自治之權能。

當公共團體自己具有固有之機關時，必有一定範圍之意思獨立。國家對此之監督作用，自其目的言之，大體得分爲三種。

(甲)監視權 爲明瞭事務之實況的監督作用，謂之曰監視權，如派遣官吏實地監察其事務，檢閱書類帳簿，檢查收入支出，使提出必要之報告書等是也。

(乙) 矯正的監督 在不適當之行為不行爲既已行使後而加以矯正之監督作用，謂之曰矯正監督。凡撤銷違法或不當之行為，或不爲屬於法律上的義務之行為時命其作爲，或以監督官廳之決定使具有代替團體行爲之效力，派遣官吏使代替團體執行事務，命改選其機關，懲戒其吏員等作用皆屬之。

(丙) 豫防的監督 在不適當行爲尙未行使前，先事預防之監督作用，謂之曰預防監督。如爲某行爲，使其必受監督官廳之許可，或認可，或者自最初即使團體不得自行決定，以其決定權保留之於國家之類是也。

九、公共團體之消滅

公共團體係爲國家之目的而存在，故不得國家之同意，不得任意解散。公共團體之消滅，除因其構成要素消滅自然消滅者外，不可不基於國家意思。但依公共團體之種類，關於其消滅，在某程度內，允許利害關係者參加，其旨趣蓋與公共團體關於設立行爲，在一定之程度內，許利害關係者之參加正同。

公共團體之依法律上必須存立，而其設立與否，全不認利害關係者之意思自由者，則全然不承認其單獨解散惟依廢置分合，或制度之廢止，得以消滅而已。如市町村及其他之普通地方團體，皆屬此例。

。所謂廢置分合者，乃併合二者以上同種類之公共團體，作爲一新團體，或廢止一團體，而將其構成要素，編入他之一或二以上之團體之類。所謂制度之廢止者，乃承認公共團體存立之基礎法律之廢止之謂也。公共團體，以基於法律而存立，故其法律廢止時，團體當然消滅。例如因大正十二年之郡制廢止，從來爲公法人之郡，遂至喪失其法人之存在是也。

在公共團體之設立，非法律上之所必要，而於某程度內許以自由裁量者，則承認其得以單獨解散。公共組合，除強制的組合外，概屬此例。即複合的地方團體，亦莫不皆然。解散有任意解散，與強制解散之別。然所謂任意解散者，亦非謂由團體自身之任意決議以解散也。如認公共團體得任意解散，則有違反爲公法人之性質，故公共團體之解散，至少須得國家之同意，此乃公法人性質上所附之必然的要件也。稱此爲任意解散者，乃爲基於團體自身意思之意，團體之議決機關，自爲解散之議決，得監督官廳之同意，始發生解散之效力。至於強制解散，即不問其組合之意思如何，由國家方面解散者之謂也。惟限於有法律所定之理由時，得以爲之。

公共團體消滅時，關於其殘餘之財產，須爲適當之處分。法律及定章有特定之規定者，則依其規定，而加以處分，無規定者，則準據關於法人清算之民法上的規定，爲其清算。公共團體在清算目的之範圍內，至清算終了止，尙繼續其人格，此點亦與私法人同。

第五節 現行地方自治制之梗概

一、概論

地方自治制度，明治維新以前，在町村已略有其實。試觀自治機關，有自中古傳來之五人組制度，而莊屋、名主等町村之吏員，亦概由町村人民中選任，以使處理町村行政事務，即可知矣。維新後，此制尚存，及廢藩置縣後，雖將莊屋、名主等廢止，而設置正副戶長，然在町村，自治之實尚存，仍依舊慣，認町村爲財產權之主體，承認其有以自己之費用，處理公共事務之權利。然地方自治制度之能成近世的形態者，實以依明治十一年七月府縣令規則，及地方稅規則之發布，使各府縣，組織府縣會爲嚆矢。府縣會之開設，實爲日本民選議會之最初，蓋所以爲國會開設之準備也。同年又發布郡區町村編制法，改定府縣下之地方行政區劃，以都會地爲區，全國置三十餘區，其他則分爲郡，郡之下則區劃爲町村。在區及町村，地方長官得依地方之情狀，設區町村會，以議決區町村費。其次至明治十三年四月，設區町村會法，規定區町村會之組織權限。

明治二十一年四月，從新制定市制及町村制公布之，先是，議決憲法之制定也，政府認地方自治制有完成之必要，使參議山縣有朋常調查之任，於是經元老院之議決，由勅裁公布之。自二十二年四月

，漸次施行之於各地。至二十三年五月，制定府縣制及郡制，亦次第見諸施行。即地方團體，爲府縣、郡町村之三級，或府縣市之二級，使各關於其地域之行政，有自治權焉。

府縣及市町村，在府縣制市制及町村制之施行以前已具有自治組織之基礎，認爲公法人，而郡在郡制施行之前，僅爲單純之行政區劃，即在維新前，亦未嘗有自治組織，依郡制之施行，始認爲公法人者也。然在郡制施行後，爲郡之事業以經營者甚少，以郡爲自治權維持地方團體之三級制度，空屬適切與否，夙爲朝野所爭論之問題。政府屢郡制廢止，提之於議會，雖得衆議院之贊同，然遭貴族院之反對，卒至不決。及至大正十年，第四十四次議會，經兩院之同意，同年四月，以法律六三號規定郡制之廢止，自大正十二年四月一日，即見諸施行。郡爲地方團體之性質，至此乃完全喪失，內地之地方團體，原則上，至成爲府縣與市町村之二級制度。

市制及町村制，其後屢有改正。其中以明治四十四年、大正十年及大正十五年三月之改正爲最重要。府縣制，亦於明治三十二年有全部之改正，後大正三年、大正十一年、大正十五年，各有一部之改正。

市制町村制，初不施行於北海道、琉球及指定之島嶼，得別以勅令，規定其特別制度，因此特定北海道區制、北海道一級町村制、北海道二級町村制、琉球縣區制、琉球縣及島嶼町村制，以施行之。自大

正十年五月，琉球縣亦施行普通之市制、町村制。琉球縣區制遂喪失其效力，乃改琉球縣及島嶼町村制之名稱，單稱之曰島嶼町村制。北海道區制，亦於大正十二年廢止，改從來之各區爲市，施行市制。有爲島嶼而不施行普通之市町村制者，亦漸次減少，現時僅有東京府之小笠原島，及伊豆七島之一部而已。

東京、京都、大阪之三市，明治二十二年規定特別市制，設有對於普通市之特例，不置公選市長及助理員（助役），使府知事及書記官行其職務，因市民之反對，至明治三十一年，遂廢止特別市制，此三市，亦施行普通市例，以迄於今。

一、市町村之性質及構成

（一）市町村爲最下級之普通地方團體。市施行市制，町村則施行町村制。市制雖爲一切市所共通施行，但在東京、京都、大阪三市，有多少之特例。市制，從來不施行於琉球及北海道，其與市相當者，稱之曰區，別定琉球縣區制、北海道區制，以施行之。而琉球縣區制則於大正十年（法律五八市制中改正法附則）北海道區制則於大正十二年（勅令二〇〇）共行廢止，因改從來之區爲市，以施行市制。町村制，從來亦不施行於琉球，別有琉球縣及島嶼町村制之規定，至大正十年（法律五九町村制中改正法附則）廢止其特例，琉球縣之町村，亦

依町村制。在日本內地，迄今尙認有特例者，爲北海道及島嶼地之町村而已，北海道，有北海道一級町村制（昭和二勅令二六九）及北海道二級町村制（昭和二勅令二七〇）之規定。島嶼地，有島嶼町村制（四〇勅四六施行于東京府之伊豆七島）之規定，各見諸施行。小笠原島及北海道，二三邊陲之島嶼，尙有全未施行自治制者。

（二）市町村制，在認郡爲行政區劃時代，其制度殊異。市在郡之區域外，直接受府縣知事之監督，而町村在郡之下，受郡長之監督，乃爲二者極不相同之點。及大正十五年，廢郡長制度，因而二者之差異遂消，町村亦與市相等，同受府縣知事之監督。又同年市制改正之結果，市會之選舉，改二級選舉制爲平等普通選舉制，又在衆議院選舉法，從來係以市爲獨立選舉區，及大正十四年選舉法之改正，定市與町村通爲選舉區，兩者制度上之差異，因以減少，在現時，兩者重要之差異，唯有下列數點。即（甲）除市會之外，尙有參事會，而町村之議決機關，則僅爲町村會而已。（乙）市長爲有給吏員，町村長原則上屬名譽職吏員。（丙）市得置市參與。（丁）市會自議員中選舉議長，而町村會以町村長爲議長等是也。

市與舊制之區相當。依明治十一年之郡區町村編制法，以三府五港其他人口輻湊之地爲區，大都會則分之爲數區，及市制發布，乃改從來之區爲市。其一都府而分爲數區者，則統一之以爲市，以施行市制。從來之町村，其人口增殖至成爲都會之形式者，亦多改爲市。由町村改變爲市，則依新置市府

之例，依廢置分合之規定，由內政部長決定之。（但自性質言之，改町村以爲市，唯止于制度之變更，非團體之新設，僅同一法人而異其所支配之法律而已，故以之爲廢置分合之例，殊爲當失）。

至町與村，唯名稱有異，二者全在同一制度之下。故改村爲町，或改町爲村，全與名稱之變更，採同一之手續。大凡市町村有一定傳來之名稱，不得任意變更。其名稱之變更，在市須經內政部長之認可。在町村須經府縣知事之認可。（市七條 條五條）。

（三）市町村之區域，蓋仍舊時代所傳來之區域，除以法定手續變更外，不得爲新制度之施行，而變更之。市町村區域變更，有廢置分合，與境界變更之別，前者爲團體之新設或廢止，後者則與團體之存廢無關，二者皆爲國家之所決定，關係市町村唯有陳述意見之權。（市四條 町三條）。因區域變更所發生之

權利繼承問題，亦唯監督官廳有其決定權。市町村之區域，同時爲決定府縣區域之基礎，故在府縣境界內之市町村區域有變更時，府縣區域亦當然變更。（府縣制三 條二項）市町村相互間之境界爭議，由府縣參事會裁定之，如有不服者，得上訴之於行政法院。（市五條 條四條）。

全國所有之領域，除市町村制不施行地、海域或人跡不到之深山外，原則上，必屬於市或町村之任何一方。海域究屬於市町村之區域與否，雖爲疑問，然在實際行政上之處理，市町村之區域，視爲不包含海域，依海面之填積，新發生陸地時，其陸地爲所屬未定地，須依行政行爲，以編入於市町村區

域。但雖爲海域，而與陸地相通，在社會一般觀念上，認爲當然屬其勢力範圍之區域，則宜認爲市町村區域之所包含者。

(四)凡在市町村之區域內有住所者，皆爲該市町村之住民，(市八條町六條)。日本國法，關於住民資格，不採用依特別行政行爲授與制度，更不採用特別公簿登錄制度，專依在其區域內有住所之事實，法律上認爲當然有爲住民之資格。住所者，與民法上之住所同，有永久居住之意，一人限于一個住所。住所由各人任意定之，除依法律外，不得制限，故市町村無論對於何人，不得拒絕其爲住民，亦不得制限之。住民之資格，不問其爲日本人或外國人，又年齡、性別，行爲能力等，亦非所問也。

由住民資格所生之法律上之效果，唯在於爲公民權(得參加地方團體選舉之權利)之基礎一點，如非住民，則一般無選舉權及被選舉權。此外關於住民之權利義務，法律尙有『市町村住民，從本法有共用市町村財產及營造物之權利，有分任市町村負擔之義務』之規定(市八條町六條)。市町村財產之共用云者，蓋謂市町村有之財產所生之利益，市町村民皆得平等享受之意。所謂營造物之共用者，係指爲公共利用之公的設備，市町村民皆得平等利用而言。此等權利，自正確之意義言之，殊不足以稱爲權利，且亦非住民之特別利益。但至少對於住民，須使其受平等之利益，如對於一部之住民而行拒絕，則爲違法。但依先例，住民中之一部特有使用之權利者，則不在此限(市一〇條町九〇條)。負擔之分任，亦非住民特別之義務，一

時之勾留者，或在市町村內有土地建築物或營業所者，均有此負擔之義務。故此等權利義務，不得謂其由住民資格而發生者也。

(五)市町村住民中，有參與市町村之權利義務者，稱之曰市町村公民，公民資格曰公民權。公民權之要件，最初，除須兩年以來，完納該市町村直接稅外，尚須完納地租或年額二年以上之直接國稅。大正十年改正之結果，將國稅納付之要件削除，僅以二年以來，直接完納市町村稅爲己足，更因衆議院之選舉，採用普通選舉制，依大正十五年之改正，此條件亦被削除。國稅與市町村稅之納稅資格，非所要。此外，最初之法律，尚以自立一戶爲要件，至明治四十四年，則改爲經營獨立之生計者，至大正十五年，此種要件亦一併撤廢。在現時之制度，關於市町村之公民權，係採用男性普通選舉制，公民權之要件，大體與衆議院選舉權之要件相同。唯市町村之公民，須爲與市町村有繼續的關係者，故僅在以二年以來爲其市町村住民之資格之一點，較之衆議院之選舉權，其制限頗大。但貴族之戶主，得爲市町村之公民。

依現行法，日本人民，年齡在二十五歲以上之男子，而二年以來爲市町村之住民者，除有法定之除斥原因者外(甲)禁治產者，準禁治產者。(乙)破產者(丙)因貧困生活受公私之補助或扶助者(丁)無一定之住居者(戊)某種之犯罪者。皆爲其市町村之公民(但現役軍人或準現役軍人，不得參與公務)。其二年之制限，經市或村會之議決，得以特免之。換言之，自爲市町村之住民後，雖尙未經二年，而爲現在住民者，亦得特付與以公民權(市九條一條(市七條九條))。一方面，對於無正常理由，拒絕名譽職之就任

者，得依市町村會之議決，停止其公民權。而在市長、有給市參與、市助理員（市助役）有給町村長、有給町村助理員（有給町村助役）、市町村收入員，副收入員等職者，雖不具備公民要件，在職期間，當然爲其市町村之公民（市七六條七九條、町六三條六七條）。

自公民資格所生之法律上的效果，約有三種。即（甲）參與市町村選舉之權利，（乙）得被選舉爲市町村名譽職（議員、名譽職吏員）之資格（丙）被當選爲市町村名譽職時，須負擔任該職之義務（市一〇條、町八條）三者是也。但在特殊職務或職業者，有身爲公民而無被選舉權者。公民如無正當理由，辭名譽職之當選，或就職後辭職，或曠廢職務時，依市町村會之議決，得停止其一年以上四年以下之公民權（市一〇條、町八條）。

三、市町村之機關、市町村會及市參事會

市町村機關，以其議決機關之市町村會，與理事機關之市町村長，爲最重要。在市府、於二者外，尙有市參事會，以爲副議決機關。在有特別情事之町村，則不置町村會，得以町村公民總會代之。町村總會之設置，由府縣知事定之。町村總會之權限，全與町村會同（町三、八條）。

（一）市町村會、乃市町村住民之代議會，其選舉、在市町村制施行之當初，係倣效普魯士制，採用等

級選舉方法。以市分三級，町村分二級爲原則，僅許町村得以條例設特例。依大正十年改正之結果，市制雖仍舊，而等級則加以改定，至於町村，則廢止舊制，以平等選舉爲原則，惟認其得以條例，採用與市同一之制度、及至大正十五年，乃將等級選舉全行撤廢，無論市與町村，皆實施平等普通選舉制。

茲將關於市町村會組織之現行制度、概述之如次。

(甲)選舉權 市町村公民皆有選舉權、但公民權停止期間中之市町村民、或現役軍人與準現役軍人等，則無之。舊制，公民之外，凡最多額納稅者，無論其爲女子、爲未成年者、或法人，皆得有選舉權，然依大正十年之改正，亦廢止之。

選舉權，須在選舉人名簿登錄，始得行之。選舉人名簿，從來係取每屆選舉期製作之主義，大正十五年改正之結果，改爲隔年製作之制，依每年九月十五日現在之數，由市町村長製作、自十一月五日起，半月間付之衆覽、十二月二十五日，即行確定、此確定的選舉人簿，至翌年十二月二十四日止，繼續有效。故自九月十六日起，至翌年九月十五日止，一年間之滿二十五歲者，必至翌年十二月二十五日以後，始得參加選舉。關於選舉人名簿之異議，第一次、由市町村會、第二次、由府縣參事會，第三次、由行政法院，裁決之。

(乙)被選舉權 凡有選舉權之市町村公民，原則上，皆有被選舉權。惟尙有例外，如(1)在職之檢事、警察官吏及收稅官吏等，無被選舉權。(2)與選舉事務有關係之官吏、及市町村之有給吏員，在其關係區域內，無被選舉權。(3)市町村之有給吏員、教員，以及其他之職員，在職中，不得兼任市町村會議員。(4)對於市町村包工者，無被選舉權之規定，雖依新法撤廢，但與市町村有包工關係者，當選時，如不脫離其關係，則不得承諾當選。(5)如官吏當選時，不受所屬長官之許可，不得承諾當選。(6)依市町村吏員懲戒免職時，二年間不得被選舉爲市町村之公職等是也。

(丙)選舉區 市町村、原則上不分選舉區，於全區域施行選舉。但在東京、京都、大阪三市，則以區爲選舉區，在其他之市，亦得以市條例設置選舉區。當分設選舉區時，其各自選舉區所選出之議員數，以市條例定之。

(丁)選舉之種類 有總選舉、再選舉、補缺選舉、增員選舉之四種。(1)總選舉，爲議員全數之改選，在明治二十一年之舊法，係採半數改選主義，自明治四十四年之改正以來，即採全員改選主義。總選舉，於每四年之定期改選，及市町村會解散時，施行之。(2)再選舉者，如選舉無效時，當選人不足時，當選人辭選時等，凡選舉不能得到完全的效果時，因爲補其缺陷，所行之選舉之謂也。再選舉，須於三個月內行之。(3)補缺選舉者，係謂在議員發生缺員時，爲補足其缺員所行之選舉也。從來補缺選

舉，不必即須補行，依大正十五年改正之結果，議員發生缺員時，必須於三個月內施行補缺選舉。(4) 增員選舉者，係謂議員之任期繼續中，議員定數有增加時，所行之選舉也。議員之定數，原則上，非施行總選舉時，不得增加，然人口有激烈的增減時，市經內政部長，町村則經府縣知事之許可，得以增減之。再選舉、補缺選舉、或增員選舉同時舉行時，以一選舉合併行之。

(戊)投票 投票之方法，係採取(1)單記投票主義(2)無記名投票主義，(3)投票用紙之公給主義，(4)投票自書主義，與衆議院之選舉同。在新法，又做衆議院之例，認點字投票，亦爲有效。但如衆議院之不在者投票之制，僅適用以勅令指定之市，關於其他之市町村，則不適用。

(己)當選人之決定 當選人、依得票之比較多數定之。但其得票，須有以議員定數、除有效投票總數、所得商數之六分之一。當選人決定時，市町村長即須通知其本人。當選人如欲辭選，須於五日內聲請之於市町村長，如無辭意之聲請時，則認爲當選承諾。蓋市町村公民有當選承諾之義務，如不特行辭選，自得推定其有承諾之意思故也。但以官吏須受所屬長官之許可，不適於此推定，如在二十日內，不爲承諾之聲明時，則視爲辭選。在包工關係者，如在五日內不脫離關係，而爲承諾之聲明時亦然。

(庚)選舉訴訟及當選訴訟 第一審、名爲異議之提出，由市町村會決定之，第二審、名爲訴願，由府

縣參事會裁決之，第三審、爲行政訴訟，由行政法院判決之。有提起之資格者，爲各選舉人、市町村長、或府縣知事等是也。但由府縣知事提出異議時，第一審、則由府縣參事會決定之選舉訴訟，乃選舉之一部或全部，爲無效之訴訟，故必須其選舉之執行，有違反法律之規定，至使選舉有發生異動之虞，而後其理由始得充足者也。選舉全部無效者，係謂一市町村全部之選舉皆爲無效也。一部無效者，乃一選舉區，一投票分會之選舉爲無效也。當選訴訟者，係將特定的當選人之當選爲無效之訴訟，必以其選舉之有效行使爲前提，僅因投票效力之決定有錯誤，致當選人之決定，發生錯誤，或當選人爲無被選舉權者等爲理由者也。在選舉無效時，必須執行再選舉。在當選無效時，以改定當選人爲原則，僅當在不能得當選人時，得舉行再選舉。

但當選訴訟，間有屬於司法院之權限者。在以勅令所指定之市，關於選舉運動之取締，係準用衆議院議員選舉法之規定，如選舉運動之費用有超過法定之制限額時，則當選人之當選爲無效。由此理由所提起之當選訴訟，屬於司法院之管轄。

(辛)議員之定數 依人口之比例而定。但市會以三十人、町村會以十二人，爲最少限度。市町村、得以條例增減法定之議員定數。

(壬)議員之法律上的地位 市町村會議員爲多譽職。其任期爲四年，自總選舉之日起算。補缺議員

之任期，爲前任者之餘剩期間。因議員定數之減額，發生解任者時，由市町村長以抽籤定之。議員喪失被選舉權，或對於市町村發下包丁關係時，皆須退職。但其退職，有不須何等之行爲，法律上當然退職者，與依市町村會之決定而退職者有別。禁治產或準禁治產之宣告，破產宣告，或刑之宣告確定時，當然發生退職。而在其他之情況，於失職原因之事實，須加以認定，因而須依市町村會之決定，始得退任。對於其決定有不服時，得提起訴訟。

(二)市町村會，固以爲市町村之決議機關，爲其主要權限，然關於特殊事件，有兼爲行政裁判機關，或選舉機關、監查機關、諮問機關之地位，在特別委任之限度內，關於國家或府縣之事務，亦有權限。

現行法上，市町村會所有之權限，大約如左。

(甲)議決權 市町村會爲市町村最高之意思機關，議決關於市町村之事件。爲市町村機關之市町村的地位，與關於國政之帝國議會的地位迥異。帝國議會無自行決定國家意思之權，僅參與國家意思之作成而已。議會之議決，無不屬何種類，無即發生國家意思之效力，必得天皇之裁可，始得成爲國家意思。而市町村會則爲作成市町村意思之機關，其議決、除特須監督官廳之同意者外，即發生市町村意思之效力，不須市町村長之同意，市町村長，惟有付交再議之權。而所須議決事件之範圍，較之帝

國議會，甚爲廣汎，而關於市町村之事件，除特定爲屬於市町村長之權限者外，原則上、皆依市町村會之議決行之。法律雖在市町村會議決事件之概目內，列記有數種事件（市四二條）（町四〇條），然此不過爲例

示之規定，非謂其須議決者止此也。凡法律所定爲市町村之權能者，皆須市町村會之議決，不僅關於市町村固有之事務爲然，即關於其委任事務、亦須議決之。但特別委任於市町村長之事務，市町村會，除議決其費用外、關於事務，無議決之權。市町村會之議決，雖發生市町村意思之效力，然對外表示意思之權，仍屬之於市町村長，市町村會無直接對於人民爲行政行爲之權，必依市町村長之表示，始發生效力。關於市町村會所得議決之事件，市町村會自有發案權與否，法律上雖無特別之規定，然以市町村會爲市町村之意思機關，當然有發案權，且不待明文之規定也。（行政裁判例、往往有否定其發案權者，決非吾人所能同意者也）

關於議事之方法、市町村會在法律之範圍內、得自定會議規則（市三六條）（町五九條）。

（乙）爭議決定權 市町村會，關於限定的特定事件，爲行政裁判機關，有第一審之裁判權。法律特稱之曰『決定』，以與議決區別。議決與決定、有種種不同之點。議決、僅爲內部的市町村意思之作成，向外部的表示，乃屬於市町村長之權限，且不須定用文書。反之，決定爲市町村會自己對於當事者之行政行爲，通常以文書爲之，須交付決定書於當事者也。（市一六〇條六項三八條七條）（町一四〇條六條三五條七條）。議決之權，在市會雖得委任之於市參事會，決定之權，則不得委任之。對於議決，監督官廳得以撤銷，市町村長有提

出再議之權，對於決定，僅得依訴願爭之，不得撤銷，亦不得提出再議。又關於議決，市町村長得發議案，而關於決定，市町村長唯得將某事件付之決定，無作成原案之權。得付決定之事件之種類，依市會與町村會而有差異。市會町村會所共通之事件，爲(1)關於選舉人名簿之異議(市二一條之三、町一八條之三)(2)市町村會議員之選舉或當選之效力(市三六條、町三三條)(3)市町村會議員被選舉權之有無(市三八條、町三五條)是也，在町村會，此外尙得決定(1)關於俸給及給與之異議(町八)，(2)關於町村稅之賦課，使用費、手續費、加入費之徵收、夫役現物之賦課、財產或營造物之使用權利等之異議(二〇)，在市、此等事件，則付之於市參事會之決定。決定、通常以由關係者向市町村長提出異議，市町村長則以此爲基礎，而提交市町村會決定，爲其前提者也。但關於市町村會議員被選舉權之有無，則以市町村長之職權，付之決定。

(丙)執行選舉權 市町村會，依法律勅令，執行其權限內之選舉(市四四條、町四一條)。市町村機關、直接由市町村公民所選舉者，僅市町村會議員而已，其他之機關，或在市町村選舉，或依市町村長之推薦由市町村會選任之，或由市町村長任命。市町村會有選舉權者，除市町村會自身之職員外(市會之議長副議長，町村制一二一條二項)，市町村長(市七三條二項、町六三條一項)，市町村長缺額時之市町村助理員、收入員、副收入員(市七五條七九條二項、町六三條二項六七條三條)市名譽職參事會員(市五條)等是也。其他市町村會之主要吏員，從來在市町村會有選舉權者，大正十五年改正之結果，概改爲市町村長推薦。如市參與、名譽職區長、區長代理者、臨

時或常設委員等是也。其他助員、收入員、副收入員等、市町村長在職時，亦由市町村長推薦。在市町村會有選舉權時，市町村會得自定其人、反之，在推薦權屬於市町村長時，市町村會僅得決議被推薦者之承認與否而已，不得自行選定其人也。關於選舉手續，有法律上之制限（關於名譽職市參事會員之選舉，市五五）選舉雖以無記名投票為原則，然有時得用指名推選之方法。指名推選者，非選舉權之他條、町五一條）選舉雖以無記名投票為原則，然有時得用指名推選之方法。指名推選者，非選舉權之委任，乃委任其推薦候補者而已。受其推薦者，更須得市町村會之承認後，始得確定。其委任、僅對於議長或特定之議員，得以行之，對於市町村會以外之人，則不得委任。蓋市町村會權限之委任，惟以法律規定為基礎者，得以行之、而關於指名推選之法律規定，僅為市町村會舉行選舉方法之規定，不得認為權限之委任故也。

(丁) 監查市町村行政之權 市町村會，有檢閱關於市町村事務之書類、及計算書之權，有請求市町村長之報告、而檢查其事務之管理、議決之執行、及出納之權。又得設置委員，使之實地檢查（市四五條）市町村會，又有審查市町村之決算、與認定其正否之權（市一二三條）。在町村，關於町村之出納，町村長所為之臨時檢查（一年以上），得選二人以上之議員參加之（町一二一條）。

(戊) 提出意見書之權 市町村會對於有關市町村公益之事件，得向市町村或監督官廳，提出意見書，又對於行政廳之諮詢，有具申意見之義務（市四六條四七條）前者係出自市町村會之自發，而後者則

以諮詢爲前提者也。無論何者，不必定爲關於市町村之事務，即關於國家或府縣之行政，而直接與市町村之利害有關者，皆得提出意見書。意見書法律上雖非必有拘束行政之力，然法律以諮詢市町村會之意見爲要件時，市町村會之諮詢，乃必要之手續要件。如不諮詢即行決定時，則因欠缺手續作爲無效。但市町村會對於諮詢不與回答時，當然不徵求意見而處分之，法律爲避免疑惑起見，特將此旨明言之（市四七條二項、町四四條二項）。

（己）依特別委任之權限 以上之外，市町村會，基於特別委任，關於國、府縣、或其他團體之事務，亦有權限。對於市町村會權限之委任，本來須依法律，然在市制（四四條）町村制（三九條）規定，除法律外，得以勅令委任之。對於市町村會特別之委任，例如依都市計劃委員會官制（八條），得委任市會，自市會議員中，選舉地方委員會之委員，依府縣制（九條）府縣會得委任關於府縣稅賦課細目之議決於市町村會之類。

（三）市町村會之議長，在市會，自議員中選舉之（市四條）。在町村會，由町村長充之，此爲一般原則。在有特別情事之町村，得以町村條例，特置議長，由町村會選之（町四條）。自議員中選出議長時，議長同時爲議員，當有表決權，然關於此點，曾有反對之判決例，往往發生爭端，故新法特以明文規定此旨（市五三條、町五九條）。即爲議員之議長，與普通之議員同，得以參加表決，在可否同數之際，更有

裁決權。

市町村會、由市町村長召集開閉。原則上雖無一定之會期，然必要時、市町村長得規定會期召集之。

有議員定數三分之一以上之請求時、市町村長須召集之。(市五一條 町四七條)召集之方法，雖無特別之制限

，得以適當之方法行之、然對於一切議員，必須告知，又除緊急情況外，必須於開會前三日，連同會

議事件，一併通知。(召集之日與開會之日 町，至少須隔二日)其須與屬於市町村長職權之召集及開閉相區別者，即每日會議

之開會及散會是也。一旦召集之市町村會，在市町村長未命其閉會期間中，尙爲繼續之開會，其間決

定開會日期、宣告開議及散會，皆屬於議長之權限，但有議員定數半數以上之請求時，議長須開會議

(市五七條 町五三條)

關於市町村會之會議，尙有須豫告法定開會人數、及會議事件之制限。法定開會人數，固以半數爲

正則。在不得已時、即不滿半數，亦得開議。(市五二條 町四八條)。但至少須三人出席。會議事件，原則上，須

由市町村長三日前通知。但須急施者，不妨即行付議。而關於市町村議員所發議之事項，當然不受此

制限。

(四)市、除市會外，得置市參事會，以爲市之副議決機關。市參事會，以市長、市助理員及名譽職

市參事會員(自市會議員中隔年選舉，其定數以六人爲原則，而在東京、京都、大阪，得以條例增加至十二人)組織之。如置有市參與時，僅限於關於其所擔任

事業之議事，市參與得參加之。市參事會之議長，以市長充之。遇有必要時，由市長召集，但有名譽職員半數以上之請求時，市長必須召集之（市六四條至五六八條）。市參事會、至明治四十四年止、爲市之理事機關，擔任市之行政、嗣以合議體行使行政、多不適合事情，乃加以改正，其組織依舊，僅改其權限爲議決機關。市町村之議事，以公開爲原則、而市參事會則不許傍聽。

市參事會，爲市會之代理機關，以代行屬於市會權限內之事項，爲其主要職務者也。其他在町村，屬於町村會權限內之事項，而在市則有特以之屬於市參事會之權限者。

（甲）爲市會代理機關之市參事會，其權限、可分爲授權代理，與法定代理。授權代理，係由市會將其所應議決事件之議決權，委之於市參事會而發生者。關於法律所規定爲市會議決之事件，市會不必巨細一一議決，得以其一部分委之於市參事會也（市四三條至六七條）。法定代理之權，係在市會未經成立、不能開會，或須臨時急施、而無暇召集市會時，由市長將市會所應議決或決定之事件，付諸市參事會之議決而發生者也（市九一條）。授權代理，僅限於議決，而不及於決定。法定代理，則議決之外，亦得及於決定，但此議決或決定、市長市參與及市助理員，不得參與。

（乙）依法令，當初使屬於市參事會權限之事件，有數種。即（一）就議決而論，關於超過會計年度，許可市稅之納稅延期（八二條），及爲預算內之支出、爲一時之借款（二二條），市參事會得議決之，（二）就

決定而論，關於俸給及給與之異議，關於市稅、使用費、手續費、加入費、夫役現物之賦課徵收、財產營造物之使用權等之異議，市參事會得決定之（一三〇七條）。此等權限，在町村皆屬於町村會，而在市，則不屬之於市會，而屬之於市參事會。（3）就監查而論，在町村，係由町村會議員選舉二人以上，使之參加出納檢查，而在市之出納檢查，則由名譽職參事會員所互選之參事會員二人以上參加之（一四條）。

（丙）市參事會，關於有關公益事件，有提出意見書於監督官廳及市長之權，對於行政廳之諮詢，有回答之義務，此皆與市會同（七一條）。其他在舊制，關於市長所提出之議案，有先行徵求市參事會意見之規定，大正十五年改正之結果，此規定即被削除。

四、市町村機關、市町村長及其他之吏員

（一）市町村之理事機關，厥惟市町村長。市長與町村長之身分不同，市長常為有給吏員，而町村長則以名譽職為原則，間或有依情況，以町村條例定為有給職者。市町村長，由市町村會選舉，其任期為四年。在舊制，市長由市會所選舉之候補者三人中，勅任一人，町村長之選舉，亦定為須得府縣知事之認可，而新法則將此等制限，概行撤廢。市長或有給之町村長，雖在任期中，如得市町村會之承

認，或退職提出後三十日，得任意退職。名譽職町村長，雖負有無正常理由不得辭職之義務，然對於其辭職之提出，市町村會無強行留職之道，但認為無正常之理由時，得處以停止公民權之制裁（（但非））。
有市町村會之承認，則不喪失其職位。行政裁判例，名譽職吏員議員，有一方的辭意提出，即認為喪失其職位者，然一切義務，不得依拋棄而消滅，故此判例，非予所能同意。

(二)市町村長，固以市町村之理事機關，為其本來職務，然此外，市町村長由特別之委任，有處理國、府、縣、或其他團體的事務之義務。而關於在町市村區域內所施行之國家行政，係採用不設官廳概行委任於市町村長之主義，故屬於市町村長職務內之國的行政事務，甚為繁多，至使市町村長現出以國家事務為主要事務之現象。

(甲)自其為市町村機關之點言之，市町村長，有擔任市町村一切行政，向外代表市町村，召集市町村會、市參事會，關於應經議決之事件，提出議案，執行其決議，指揮監督市町村吏員，行使懲戒等權（（市八七條乃至八九條））。如認市町村會或市參事會之議決為違法或不當時，得付之再議。再議之結果，尙不改其議決時，如為違法者，則請府縣參事會裁決，如為不當者，市長可請府縣參事會裁決、町村長則請知事處分（（市九〇條））。如認市町村會之選舉違法時，市町村長雖有使其再行選舉之權，然如仍不改其選舉時，則除依監督官廳之撤銷外，別無矯正方法。關於爭議之決定，市町村長全無付交再議之權，唯得提起訴願或行政訴訟而已。市町村會尙未成立，不能開會議，事須急行，而無暇召集，或應

行議決之事件，而未議決時，在市、由市長交付市參事會議決，如市參事會亦未成立時，得請府縣參事會裁決，在町村、由町村長呈請知事之指示，如事須急行者，得由市町村長專決，報告於次回之市參事會或町村會（市九一條九二條、町七五條七六條）。

(乙)自其爲國的機關之點言之，市町村長，擔任由法令所委任之國的行政。所委任於市町村長之國的事務，其種類雖甚複雜，然其主要者，爲關於戶籍及寄居之事務，關於徵兵、徵發、海陸軍招集之事務，關於衆議院議員選舉之事務，關於傳染病豫防之警察事務，強制種痘，精神病者之監護，行旅病人，死亡人之處理，水災救護，道路管理，都市計劃事業之執行，關於土地收用事務，埋葬之認許，關於馬籍事務，國勢調查事務，介紹職業事務，小學教育之管理，就學義務之督勵等關於市町村之國家教育事務，以司法警察官之資格，受檢事之指揮，而爲犯罪搜查之事務等。此等事務，乃委任之於市町村長，而非委任之於市町村團體者，故市町村會市參事會，關於此等事務，無議決之權，全屬於市町村長之職務。關於其職務之監督，亦與關於市町村事務之監督不同，非依市町村制之規定，乃依關於各種事務之法令，受主管官廳之指揮監督（例、關於戶籍事務爲區裁判所，關於徵兵事務爲聯隊區司令部）。惟關於其事務所要之費用，法律定之爲市町村之負擔，因而關於其費用，須市町村會之議決。市町村長補助機關之吏員，關於國之事務，亦充輔助之任。

(丙)關於府縣及其公共團體之事務，法律或有直接委任之於市町村長者，或有定為得由團體委任之者。關於府縣會議員選舉事務，依府縣制^(八〇)由府縣知事所委任之事務，水利組合，商業會議所等之經營徵收等，皆其例也。

(三)市町村長之外，市町村之重要職員如次。

(甲)市町村助理員 輔助市町村長處理事務，市町村長不能執行職務時，得以代理市町村長，有時得受委任，分掌市町村長之事務。其任期為四年。

(乙)市參與 係因特別之必要，以市條例設置之者，受市長之指揮監督，擔任市府所經營之特別事
(丙)市町村收入員及副收入員 此為市町村之出納機關，以收入支出市町村之現金，為其主要權限。

(丁)有給區長或區收入員 此二者、僅東京、京都、大阪、名古屋四市設置之。區長、一面為市及區之機關，掌理區內之市的事務及區的事務，一面為國之機關，執行依法令所委任之事務。區收入員，掌管區之收支事務。

(戊)名譽職區長 四市之外，其分市町村為區者，設置之，為市町村長之補助機關，補助市町村長

處理區內一切事務。

(已) 委員 有臨時常設之分。除依法令必須設置者外(學務委員，傳染病豫防委員)，得依市町村會之議決設置之。

(四) 市町村吏員，得分為名譽職吏員與有給職吏員兩種。市町村之名譽職吏員，為市參與、町村長、

町村助理員、區長、區長代理者及委員之類，但市參與、町村長、町村助理員，得以條例，定為有給吏員

。有給吏員當然以市長、市助理員、市町村收入員、副收入員、有給區長、區收入員為其重要者，其他依

市町村之議決，得置必要之有給吏員。市町村吏員之服務紀律，以法律為基礎，由內政部令(四四內令一六)

定之，其義務之種類，與官吏之義務略同。對於市町村吏員之懲戒權，乃監督官廳與市町村長所分掌

。監督官廳所行之懲戒，係以國家監督權為基礎之作用，而其處分，有譴責二十圓以下之過怠金、

及解職三種。市町村長所行之懲戒，係以市町村使用權為基礎之作用，其處分有譴責及過怠金兩種

(市長十圓以下町村長五圓以下)。市町村吏員，如關於所管掌之現金及其他財產有亡失，或有職務上之違反義務，因

與市町村以財產上之損害時，依勅令(市制町村制施行令第五章)之規定，對於市町村負賠償之責。吏員之賠償責任

，依市町村會之議決定之，對此，得提起訴願及行政訴訟。

五、市町村之權能及其負擔

(一)關於市町村權能之基本規定，法律載有明文曰「市町村爲法人，受官廳之監督，在法令之範圍內，處理市町村之公共事務，以及依從來之法令或慣例並將來依法律勅令所屬於市町村之事務」(市二條二)。其所謂公共事務者，乃固有事務之意。依法令屬於市町村之事務者，蓋委任事務之謂也。

市町村之固有事務，涉及於一般地方的公共事務，而市町村之公共事務，含有爲市町村團體自存之事務，與爲住民的公共利益之事務。爲團體自存之事務，更得分爲關於組織者，與關於財政者。故關於市町村固有事務之權能，得分爲(甲)自治組織權(乙)自治財政權(丙)自治行政權之三種。

(甲)自治組織 凡公共團體，乃係立於國家之下者，故不若國家之有完全的自主組織權，其組織恆由國家之法律所定。惟在法律所容許限度內，得有自治權。但關於此點，市町村較其他之地方團體、被認爲有最廣範圍之自治權。市町村所有組織權之作用，得分爲二種。一爲規定關於自己之組織法則之作用，一爲以所定法則爲基礎，而選任其機關之作用。前者，原則上以法律定之，市制、町村制，卽其規定也。但法律關於種種之點，不定之爲強行的規定，認市町村得定與此相異之特例(例、市町村會議選舉區，市參與之設置，町村長町村助理員之有給，市町村助理員之定數，常設委員之組織)在此限度內，市町村自有制定組織法之權。選任機關之權，凡議決機關及理事機關，皆以任之於市町村之自治權爲原則，惟依國家之監督權，多少加以制限而已。

(乙)自治財政權 市町村負有支出關於自己事務所需之費用，與依法律應歸自己負擔之費用之義務

，而為應付支出計，得有市町村所有財產，及對於所屬員課稅，或獲得其他收入之權。市町村之收入，有公法上的收入，與私法上的收入之區別。私法上之收入，如財產收入及事業收入，皆屬之。公法上的收入，除國家及其他團體之交付金及補助金外，得自所屬人民徵收者，有使用費、手續費、加入費、過料、過怠金、市町村稅、負擔金及夫役現物之各種。市町村在法律之制限內，有發行市町村公債之權能。關於此等，俟於各論編第四章地方財政之節論述之。

市町村，關於其收入，有財政強制權。財政強制，有強制執行與即時執行之二種。財政上之強制執行，係於發下金錢給付命令而不即行納付之際，以強制力達到徵收目的之手段，市町村關於自人民所徵收一切公法上之收入，在定期內不納付者，定期督促之，如經督促，尚不完納時，則得依國稅滯納處分之例，處分之（市二三二條）（町一二二條）。財政上之即時強制乃不豫發命令，即行強制力之行為，市町村

關於市町村稅賦課，有必要時，得使吏員檢查其家宅與營業所，或行帳簿物件之檢查（市二二七條）（町一〇七條）。

（丙）自治行政權 市町村，一般以地方的公共事務，為存立之目的，故除專屬於國家或其他團體之權利者外，為其住民之公共利益，有經營各種公共事業，及為公的設施之權。或為必要事務，由法律指定事務之種類，直接定為市町村之義務，或定為得以監督官廳之命令，命其義務者，如市內污物掃除之義務（汚物掃除法），乃前者之實例，自來水之敷設（水道條例）（二十一條）市內陰溝之築造（下水道（陰溝）法）（一條）為後者之實例

也。或爲隨意事務，使市町村自行決定者。公園地、墓地、火葬場、家畜市場、食品市場、農場、農業倉庫、物產陳列館、衛生試驗所、病院、電燈、煤氣供給之類，皆屬此例。

市町村所有之自治行政權之範圍，限於保育行政，而保育行政，自其本質言之，無須命令強制之權力，故市町村除有法律之特別規定者外，關於等事務，不得施行權力之手段。但法律規定，關於財產或營造物之使用，得徵收使用費，關於爲個人的事務，得徵收手續費，又關於依慣例，僅一部住民有使用權利之財產或營造物之使用，得向新加入者徵收加入費。

以上之外，法律於下之二點，特認市町村得行命令強制之權力。一爲非常災害時，賦課應急負擔之權，市町村爲非常災害，有必要時，暫得使用他人之土地，並得使用或收用其土石竹木及其他物品（收用時須補償之），又市町村長爲防止危險起見，得使市町村內之住居者，從事防禦（市一三六條）。一爲處罰權

，依詐僞及其他之不正行爲，以避免使用費之徵收，或偷漏市町村稅者，市町村得以市町村條例規定，處以與偷漏額三倍相當之過料，而關於其他使用費之徵收，市町村稅之賦課徵收，及財產營造物之使用，得以市町村條例，設處日金五圓以下的過料之規定（市一一九條）。過料，非刑罰之一種，乃行

政上之秩序罰，依條例之規定，由市町村長賦課之。除此等外，關於民勢調查，特以命令（四一內務省令一五），認市町村得自定條例，對於所屬人民，命以關於民勢調查之報告，而對於拒絕報告或詐僞者，規定

一定之罰則（付與市町村以法律所未認可之新權力，僅依法律得予以行之，此命令究爲有效與否，甚爲可疑）。

（二）關於市町村之委任事務，法律規定爲『依從來之法令或慣例，及將來之法律勅令，屬於市町村之義務』。其意蓋謂市町村，非依市制町村制，而後始爲公法人，乃爲從來所已認爲公法人之區町村的人格之繼續，不過爲其制度之變更而已，故在此法律施行前，其已依成文法或習慣法所委任之事務，務使仍舊繼續，而將來新委任之國家或公共團體之事務，必須以法律或勅令行之也。委任市町村以國家或其他團體之事務，本來固須法律，然依此法律，可認爲將委任權授之於勅令者。有時或以法律或勅令之規定爲基礎，而以行政行爲命令之者有之。

市町村委任事務之種類，依各種之法令或習慣而定，不暇一一列舉。或有爲必要事務者，或有爲隨意事務者。前者乃義務之命令，事在必行者，因此而發生行使之權能，後者爲行使權能之授與，得依市町村自身之自由裁量，決定或行或否。惟一旦決行時，則依法律之所定，負有遂行之義務，不得任意廢止之。

必要事務的委任事務，加初等小學校之設立（小學校令六條一四條），傳染病院、隔離病舍、隔離所或消毒所之

設立，鼠族昆虫等之驅除，及關於此之設施、市町村內之清潔方法、消毒方法之施行（傳染病預防法一六條十六條之二、一七條）

（種痘之施行（種痘法五條）），徵發物件之輸送（徵發令四條三〇條）國稅府縣稅之徵收（國稅徵收法五條，三〇勅令一九五關於在市町村所徵收之國稅文件三

三、勅令八一關於（府縣稅徵收文件））等皆屬之。此等依法律勅令，直接規定其義務者也。此外基於法律勅令，得以行政

爲命令。務者，例如都市計劃區域內之土地計劃整理事業（都市計劃法一三條），職業介紹所之設置（職業介紹法三條）

史蹟名勝天然記念物之管理（史蹟名勝天然紀念物保存法五條）結核療養所之設置（結核預防法六條）關於沙眼之預防及治療之設

施（沙眼預防法五條）等是也。隨意的委任事務，例如高等小學校之設置（小學校令一四條），中學校女子中學實業學

校等之設置（中學校令四條高等女學校令四條）圖書館之設置（圖書館令一條），地方鐵道或軌道之建設（地方鐵道法一條軌

道法一條），除特爲義務而受命令者外，職業介紹所之設置（職業介紹法三條）等屬之。

市町村之一切委任事務，僅以法律上定爲市町村團體之權能者爲限。關於法令所定爲市町村長之職權者，其事務爲國家之事務。市町村長得以國家機關之地位而處理之，團體無直接參與其事務之權能。反之，關於委任於市町村之事務，因其委任而爲市町村之事務，關於其事務之施行，恰與市町村之固有事務相同，市町村長以市町村機關之資格，依市町村會或市參事會之議決行之。法律時或關於同一之事業，以其一部份委任之於市町村，以其一部分委任之於市町村長者有之。例如小學校之設立，委任之於市町村，而小學教育之事務，則委任之於市町村長（小學令六條六〇條）。職業介紹所之設立，爲市町村之事務，關於職業介紹之事務，則爲市町村長職務之類是也（職業介紹法一條二條）。其委任於市町村者，僅其所必需的設備之整頓而已。依其設備而行之行政事務，乃屬於市町村長之職務。

(三)市町村關於市町村住民之權利義務或市町村之事務，得設市町村條例(市二〇條一項)。

市町村條例，乃市町村依其自治權所制定之法規。換言之，市町村，在此限度內有自治立法權(稱之有

爲自主權者)

。條例之制定改正，原則上須受內政部長之許可，關於財務之例，則須受內政部長與財政部

長之許可(市一六五條)甚至全不須許可者(大正十五勅令二〇。市制町制制施行令五九條六〇條)。

條例之廢止，與改正異，以依

府縣知事之許可而成立爲原則，亦有依其內容而全然不須許可者(市一六七條町一四七條市制町村制施行令六〇條)。但依條例之

內容，有僅受府縣知事之許可即爲已足者，在必須許可者，許可爲其有效要件。又監督官廳有代市町

村規定條例者(市一四五條，町一五條所揭區會條例)。以市町村條例所得規定之事項，僅以其權能範圍內之事項爲限

。法律雖曰關於住之權利義務，得設條例，然非謂關於一切事項，得定其權利義務，僅謂在於既定的

權能之範圍內，得規定之而已。法律或有指定特殊之事項，定爲得以條例規定之者，而尤以關於市町

村組織法之特例(例、市町村會議員之類數增減，市之選舉，市町村助理員之類數增加，參與之設置，市町村長助理員，市參與員有給職，副長，入員之設置，委員組織，特例)，皆須以條例定之，

其他關於有給吏員之退休金以及其他給與(市一〇六條)，使用費、手續費及特別捐等事項(市二九條)

過料罰則，規定(同上)，亦須以條例規定者也。又市町村關於屬於自己權能內之事項，除法律明示者外

，得依自己之裁量，規定條例(例、市町村債條例，基本財源籌募條例)。法律指定須以條例規定之事項，待言，即其他

一切事項，凡有拘束住民之權利義務的規定，除法律有特別之規定外，非以條例之形式，不得發生其

效力。條例不僅關於尚有事務而已，即關於委任事務，亦得定之，無論何種條例，均在法律之下有其效力，抵觸法律者，雖受監督官廳之許可，亦爲無效（但市町村之自治權，乃由法律所授與者，原則上不得以委任于命令者而已）。

市町村，關於營造物，除以市町村條例規定者外，又得設市町村規則（市一二條二項）（町一〇條二項）。規則與條例異，無法規之性質，非所以規定一般住民之權利義務，乃以營造物之管理權爲基礎，而規律其使用關係者也。故關於營造物之規定，如爲對於人民使負新義務時，必須依據條例。其他依據習慣，市町村住民中，有特別使用財產權利者時，法律規定爲得以市町村規則，定其使用方法（市一一條）（町九一條）。規則僅以市町村會之議決定之，不須受監督官廳之許可。

市町村條例及市町村規則，皆須依據市町村自己所定之一定之公告式布告之（市一二條三項町一〇條三項）。

會議規則，傍聽人取締規則，乃限於市町村會之規則，如非市町村之規則，不在此限。

（四）關於市町村之權能與其地域之關係，市町村與一切之地域團體相同，原則上，係以其地域爲活動舞臺，在地域外，不得行使其權能。然此原則，亦非能澈底實行者。時或因實際之必要上，有認其在地域外，得行使權能者。而其必要，尤以其在大都市者爲最多，如鋪設自來水，須在市外求水源地，如大公園地、墓地、火葬場、傳染院之類，以市內概爲人煙稠密，必須於郊外地經營之，如經營電

車事業，須自市外求發電水力者，固無論矣，即爲謀市民之交通便利計，亦有須將軌道延長至市外，以經營之者，凡在此等事項，如認市町村在其地域外絕對毫無權能，則非所以完成市町村之目的者也。

關於國家機關之市町村之權限，法律往往有將其在市町村區域外，所得行使之事項規定之者。例如依道路法，認市町村長在市町村區域外，有管理道路之權（一七條）。依都市計劃法，認市長有延及市

區域外，執行都市計劃事業之權（一二條施行令一條二條三條）等是也。關於市町村自身之權能，法律雖無明文之規定

，然市町村爲達到其存立目的計，如不侵害他之市町村之自治權，當然得在市之區域外，行使其權能。而如在市町村之區域內，設置營造物、經營公共事業等，皆非屬於市町村之獨占權，故在其區域內，他之市町村收買土地以爲公園，或建病院墓地之類，鋪設軌道，經營電車，設施水道工事等，不得謂之爲侵害市町村之自治權。在此限度內，市町村在其區域外，亦得經營目的上所必要之公的事業，管理公物，而關於其事業或物所定之市町村條例，隨其事業或物，當然在市町村區域外，得發生效力。

（五）除以上所述外，關於市町村權能，尙須注意之點頗多，用舉其二三如下。

（甲）市町村，係爲市町村住民之公共目的而存立者，故僅能爲此目的而有其權能。關於僅以營利爲

目的，而不適於公共利益之事業，則市町村當然無其權能（例如市町村不得爲漁業權之主體是也。八五、二九、行判，二八、六、二八、行判）。但不得因此認市町村全然無經營利事業之權能。公共事業之觀念，與營利事業之觀念，非相排斥者，雖爲公共目的之事業，然同時亦得爲收入之財源，如爲公共目的者，市町村當然有其權能，縱因此而得收益，亦不爲超越其權能者也。

(乙)市町村得置基本財產，以爲其收入之財源。基本財產之維持，不僅爲市町村之權能，且爲法律所命之義務，凡爲收益所置之市町村財產（山林，其他之不動產，有價證券，銀行存款等。），即應以之爲基本財產而維持之（市一〇八九條）。除爲一般財源之一般基本財產外，得爲特定之目的，設置特別之基本財產，或儲蓄金穀等。儲蓄金穀與基本財產不同之點，在不僅使用其利子，即元本亦爲消費目的而儲蓄者。而基本財產之處分，須受府縣知事之許可（市一六七條，町一四七條）。

(丙)市町村，關於營造物之使用，有徵收使用費之權能，關於特爲個人之事務，有徵收手續費之權能二者皆以市町村條例規定之（市一一三、一二九條，町九三條一〇九條）。然市町村得以條例徵收使用費手續費者，僅限於市町村自身之營造物，或市町村自身之事務而已。至關於由國家所委任爲市町村長職務之事務，或屬於市町村長管理之國家營造物，除依法律勅令，定爲市町村長得賦課使用費或手續費，以爲市町村之收入外，不得徵收之。即在有特別規定者，市町村止得取其收入，而賦課之權能，不屬於市町村，因

而市町村不得以市町村條例定之。例如市町村立小學校之學費，戶籍事務之手續費，道路之占用費等，皆係依特別之法令以爲市町村之收入者，然皆不得依市町村條例以規定之。

(丁)市町村爲達到其公共目的計，一般具有私法上之行爲能力，此點與私法人相同。除法律上有特別制限者外，得爲各種私法上之法律行爲，又得爲商人，以爲商行爲。唯爲起債、招與補助等行爲，須受監督官廳之許可(市一六六條一六七條一四六條一四七條)。

(戊)市町村有時依他市町村之委託，有爲他市町村施行其事務之權能。如依小學校令，受兒童教育之委託，依陰溝法，受溝道築造之委託，依結核預防法，受結核病者收容之委託等，皆其例也。除法律有特別規定者外，從他市町村受此種委託，雖不能不認其爲超越權能，然依事業之性質，得認爲法律之默認者，例如市自來水供給有餘裕時，因以接濟鄰近住町村民之用水，市傳染病院收容鄰近町村之患者等，如受有鄰近町村之委託，皆無禁止之理由者也。凡此種公的權能之委託，僅依法律之明示或默示的承認得以爲之，自行爲性質言之，非民法上之契約，乃具有公法的性質者也。

(六)市町村除爲自己目的所需之費用外，『依從來之法令，或依將來之法律勅令，歸屬於市町村的負擔之費用』負有支出之義務(市一一六條一四九六條)。此謂之曰市町村之經費負擔。

市町村之經費負擔，除(甲)委任事務所要之經費(乙)市町村長及其他市町村吏員所受委任的事務之

執行上所要之經費（但除法令中有特別之規定市）外、尚包含有依特別之法律勅令所命之負擔。市町村負擔

（九三條二項町七七條二項）

之最主要之經費、爲小學教育費、道路費、傳染病預防費、職業介紹所費、都市計劃費等。其他市町村受

府縣費之分賦（府縣制一〇）

（三條二項）

，受府縣夫役現物之分課（府縣制一）

（一二條）

或負擔消防隊之費用（消防隊規）

（則一三條）

地方長

官所施行之害蟲驅除費用（害蟲驅除預）

（防法四條）等。

有時，市町村負有一時爲他之公共團體或私人，代墊費用之義務。例如行旅病人之救護費、行旅死

亡人之處置費（行旅病人行旅死亡）

，癩病者之救護費（二預防法三條四）

（勅令二六二）是也。關於代墊之經費、市町村對

於本來之義務者、當然有請求償還權。

六、市町村之監督

市町村關於其固有事務及委任事務之全部，須受國家之特別監督。對於市町村之國家監督，與對於爲國家機關中的市町村長之職務之監督有區別。市町村長雖爲國家之機關，非負有如官吏之服從之義務，故對於市町村長之監督權，僅依法律之根據，得以行之，非依行政權所得當然命令之者，然關於爲國家機關之職務，爲保持國政統一之必要上，法律通常使主務官廳，得有指揮命令市町村長職務之權能。例如依戶籍法（三）

（條）

，關於市町村長所管掌之戶籍事務，定爲得由最下級法院（區裁判所）推

事，依司法行政監督之規定監督之，依地方官官制（九）條，關於國家之行政，定為得由府縣知事，對於市町村長指揮監督之等，是也。反之，對市町村之監督，一般不含有指揮命令之權，市町村關於其事務，原則上有自治之權能，國家所得而命令之者，僅限於法律有特別之規定者而已。

對於市町村之監督機關，通例，第一為府縣知事，第二為內政部長。但關於教育事務，以內政教育兩部長，關於財政事項，以內政財政兩部長，為最高監督官廳。關於法律所指定之特殊事項，府縣參事會或行政法院，行使其監督權。

對於市町村監督權之作用，依法律所認可者，大概如次。

（一）監視權。監督官廳於監督上，有必要時，得使為事務之報告，或調集書類賬簿，及實地視察事務，或檢閱開支（市一六一條）。

（二）矯正的監督。屬於此種作用得分為（甲）命令及撤銷（乙）代議決及代執行（丙）解散及懲戒之三種。

（甲）命令及撤銷。監督官廳對於市町村，非有無制限之訓令權者。法律雖云「監督官廳得發監督上所必要之命令，或為處分（上）」，然此非謂依自由裁量，得任意發布命令也。其所得命令者，僅限於依法律所既定之義務內容，命其履行之而已。出乎法律所定之外，而命以新義務，則非監督官廳之

權限，否則，市町村之自治權，全行喪失矣。監督官廳，對於市町村違反法規超越權限時，有撤銷之權（市九〇條三項
町九四條三項）。此為監督權之必然的作用，違法之行為，不得許其存續故也。

（一）代議決及代執行 代議決者，係謂關於議決機關權限內所屬事件，監督官廳代為決定，使之有為市町村意思之效力者也，國家對市町村，立於法定代理者之地位，恰與監護人對被監護人之關係同。所得為代議決者，僅限於市町村之議決為違法或不當，雖命之再議，亦不更改時，或因議決機關之障礙，或怠慢不能得議決時而已。得為代議決之機關，在市、府縣參事會，在町村、為府縣參事會，有時或為府縣知事。為代議決，常須以市町村長之呈請為其前提（市九〇條九一條
町七四條七五條）。

強制豫算權，亦可認為代議決之一例。強制豫算者，係謂於市町村會所議決之豫算內，未載法律上所必要之費用時，監督官廳（府縣知事）有自行將其費用加於豫算之權也（市一六三條
町一三四條）。強制豫算，僅關於必要支出，得以行之，不及於隨意支出，又僅關於歲出豫算，而不及於歲入豫算。強制豫算，不須市町村長之呈請，得以知事之職權行之。其所記入者，即有為市町村豫算之效力也。

代執行者，係謂關於理事機關之權限內所屬之事件，監督官廳以市町村之費用，自為執行之，或使官吏公吏執行者也。代執行有二種。一為關於個個之行為者，當市町村長以及其他公吏，應行執行之事件，而不執行時，監督官廳或受其委任之官吏公吏，得執行之，而其費用，歸市町村負擔（上同）。

一爲關於職務之全部者，常市町村長、助理員、收入員或副收入員有障礙時，監督官廳得選任臨時代理者或派遣官吏，使掌管職務（市六四條、町一四四條）。

（丙）解散及懲戒，內政部長有命令市町村會解散之權（市一六二條、町一四二條），府縣知事對於市町村公吏有懲戒權（市七〇條、町一五〇條）。但懲戒解職，須經懲戒審查會之議決。

（三）豫防的監督，屬於此種者，以許可權爲最重要，有時，自最初即將決定權留保於國家者。

（甲）許可，市町村行爲之特別重要者，必須受監督官廳之許可。但法律之所謂許可，自意義言之，與一般既述之認可相當，爲該行爲發生效力之要件，如不受許可而爲之之時，則不得發生法律上之效力。關於須受許可之事件，在不反乎許可呈請之趣旨之範圍內，監督官廳得加以修正而許可之（市一六八條）。

（乙）決定權之保留，關於二三之特別事件，市町村自己無決定其意思之權，最初即有將其決定權保留之於監督官廳者。或有須徵求市町村之意見者（例區會條例、市町村之廢區分合及境界變更），或有不須徵求其意見，即依監督權以決定之者（例、町村公民總會之設置）。

對於市町村之監督權的一切作用，僅依法律得以行之，若濫用其權力，則爲侵害市町村之自治權，故對於濫用法律、概認市町村有依訴願或行政訴訟之方法請求救濟之權利。

七、市町村內之區

市町村內之區，可分以下四種。

(一)東京、京都、大阪三市之區。

東京、京都、大阪三市，自市制施行前，即分爲區，各區認爲公共團體，市制施行後，亦繼續維持其原狀，於市之下，更設區，以爲下級之地方團體。市制(六)所謂

『以勅令所指定的市之區爲法人，處理關於區之財產，及營造之事務，以及依法令所定爲屬於區之事務』者即此也。(收法律稱爲『市制第六條之市』。四四勅令二三九關於市制)第六條之市之指定文件，特指定東京市、京都市、大阪市)

區之權能，自其爲地方團體之點言之，不若市之廣汎，其固有事務，僅限於『關於財產及營造物之事務』，換言之，除私法上財產權之外，僅得經營營造物，而關於其使用，徵收使用費而已。無制定條例，賦課租稅等權。關於區之營造物，有設條例之必要時，除以市會之議決，設市條例外，別無方法，區得依市條例之所定，徵收使用費，或關於營造物之使用，科處過料(四四勅令二四四)。區自身之收入

，唯有財產收入、營造物使用費等而已，此外，區之費用，歸市之負擔，市以在該區內所賦課徵收之市稅充之。普通所稱爲區費者，自法律上之性質言之，即爲市稅，唯其議決權，不屬於市會，而屬於區會(二三條)。關於私法上之財產權，區一般雖有其能力，唯關於起債，法律則不認之。固有事務外，

關於委任事務，法律雖曰區得依法令處理屬於區的事務，然區的委任事務，其例甚少，唯有小學校之設立被委任爲區之事務而已。

區之區域及名稱，悉仍從來之所定，而關於其廢置分合，境界變更及境界之爭論，則准據市例。

區置區長，爲其理事機關(八〇條)。區長爲市之有給公吏，由市長任免之。區長有爲區之機關，市之

機關，國、府縣等之機關之三重職務。爲市之機關，則承市長之命，管掌關於區內的市之事務，爲國、

府縣等之機關，則受各主管官廳之指揮監督，擔任依法令所委任之事務(九八條)。在普通之市町村，所

委任於市町村長之國的事務，在三都市，多半委任之於區長。如戶籍事務，關於衆議院議員之選舉事

務等，其顯例也。又關於委任於市長之事務，市長得以其事務之一部，使區長分掌之(九四條二項)。

通常區置區會，以爲區之議決機關。在從來既有區會之區，則存續之，在無區會之區，則府縣知事

得徵求市會之意見，經府縣參事會之議決，設定市條例，新置區會(市制町村制施行令六一條)。在未設區會之區，

市會行使區會之職務。區會之組織，區會議員之選舉，其職務權限，及區長與區會之關係等，大概依

市會之例。區之監督，亦准據市之監督。

(二)財產區。三都市之外，在一般市町村，原則上，雖於市町村之下，不再置下級之地方團體，然

依舊來之習慣，認市町村内之一部落，爲財產權之主體時，法律尊重其舊習慣，認爲權利之主體。普

通稱之曰財產區法律不稱之爲區而單稱之曰市町村之一部（市一四四條町一二四條）。

財產區，僅關於從來所享之財產，及其所施設之營造物的維持管理及處分，有權利能力，不得如三都市之區，從新取得財產，設置營造物。然此亦爲地方團體之一種，爲公法人，固不待言也。

在此種之區，原上，不置特別之機關，由市町村會，將財產及營造物之管理及處分方法議決，由市町村長管理之。唯有特別之必要時，監督官廳得徵求市町村會之意見，定市町村之條例，而設立區會（市一四四條至一四六條至一四六條）。

（三）學區。在市町村應行設置之初等小學校有數校時，得分市町村爲數個之學區，以學區之負擔設立之（地方學事通則一條及附則，小學校令一一條）。學區認爲有以自己之費用，設立學校之權能者，故亦爲公法人（三八、勅令定學區爲公共團體）。

學區，或有與三都市之區，或財產區相一致者，如此時，在其區有區會，則關於學區之事件，由其區會議決之，即在其他之情況，亦得準據財產區之例，設立區會，以爲議決。在未設區會者，則在市町村會議決，與財產區相同。學區所設立之小學校，雖名爲市町村立小學校，然其實，學區爲其設立之主體也。

（四）行政區。除法人的區外，有僅爲市町村行政區劃之區者，稱之曰行政區。行政區，爲處理市町

村事務之便宜計而設置者，其自身無權利能力。行政區之中，僅名古屋之區，置有有給之區長，管掌區內之市的事務，又受國、府縣等的事務之委任（市八二條三項、四四內令一四）。其他之行政區，置名譽職區長，專使之爲市町村長之補助機關。

八、市町村組合

市町村組合者，乃二個以上之市町村，爲共同處理其事務，互相結合，所組織之複合的地方團體也。其設立原則上，雖必依關係市町村之協議，受府縣知事之許可，然公益上，認爲有必要時，有依監督官廳之決定而設立者。（市一四九條、町二九條）。

市町村組合，原則上，係爲市町村共同處理一部事務而設立者，則稱之爲一部事務之組合（例市町村衛生組合、水路組合）。市而爲組合之一員時，大抵屬於此類。在僅由町村所組織之組合，遇有特別之必要時，或依任意之協議，或依監督官廳之決定，得爲共同處理事務之全部而組織之，此稱之曰全部事務之組合。全部事務之町村組合，實際殆與一町村相同，組合之各町村，不置特別之機關，其從來之機關，則當組合之成立，同時即行消滅，其與一町村之所以異者，僅在於組合之各町村，尙爲法人，得享有自己之財產，及組合解散時，各町村當然分立也。

市町村組合一經設立，即須釐定組合規約。規約爲在法律下的組合之基礎法，在法律之範圍內，得規定組合之名稱、權能、機關、組合市町村之權利義務等（市一五一條一五二條
町一三一條一三二條）。但全部事務之町村組合，與一町村有同樣之地位，故其機關組織，亦須準據町村，不得以組合規約定之。組合會、組合長、組合助理員等，皆須準據町村會、町村長、町村助理員等之規定，選任之。反之，在一部事務之組合，得以組合規約，定其機關之組織。

市町村組合，一面以市町村團體爲其構成員，故其議決有拘束團體之力，一面又爲以住民爲構成員之地方團體，直接有拘束住民之權能，其得以組合之名義，設定條例，賦課租稅等，與市町村相同。惟在全部事務之町村組合，以組合各町村全無特別之機關，各町村單獨無行爲能力，因而不得以組合之議決，對於組合各町村課以義務，組合之經費，與一町村之經費同，宜使所屬人民分任其負擔，不得分賦之於組合各町村。

有爲市町村組合之一種，而受特別規定之支配者，即學校組合是也。學校組合，爲教育事務所設之市町村的一部事務之組合也（地方學事通則
七條小學校令）。

九、北海道及府縣

內地，以北海道及府縣，爲上級之地方團體。北海道，施行北海道會法（三四法律二，大正十一法），及北海道地方費法（三四法律三，大正十一法）（律五七，一五法律七六），府縣則施行府縣制（三二法律六四，大正十一法）（律五七，一五法律七六）。北海道與府縣，從來互異其制度，大正十一年，將北海道會法，及北海道地方費法，大加改正，俾府縣制之規定，大部分得準用於北海道，因之北海道與府縣，實際上幾至同其制度。唯在法律上之名稱，府縣，以府縣之名稱，爲公法人，而在北海道，則法人之名稱，謂之曰北海道地方費，不認北海道自身爲法人，乃認北海道地方費爲公法人，以爲行政權之主體（北海道地）（方費法）。然此唯名稱上之差異，非因此於法律上之性質有差異者也。所謂「北海道地方費」者，固非國的特別會計，亦非財團法人，乃以一定之地域與住民爲構成要素之地方團體，此點與府縣實具有同一之性質也。

北海道及府縣之施行制度，大要如次。

（一）北海道之區域，與道廳長官之管轄區域一致，府縣之區域與知事之管轄區域一致。其區域之變更，唯依法律得以行之。關於其住民，雖無特別之規定，要以其區域內有住所者，爲其住民，此不待贅言也。

（二）北海道及府縣之機關的組織，與市町村顯異。北海道置北海道會、北海道參事會，府縣置府縣會、府縣參事會，以爲議決機關。形式上似與市略同，然不僅其議決權之範圍，較之市會、市參事會爲

狹小，且其理事機關，係以國之官吏之北海道長官及府縣知事充當，無使團體自行選任者。換言之，市町村有完全的自治組織，而北海道，府縣爲半官治之團體也。又長官或知事，對於道府縣會或參事會所得行之權力，亦比市町村長爲強大。

(三)北海道會或府縣會，各爲其住民之代議會。其選舉，依大正十五年之改正，係準據衆議院之選舉，採用男性平等普通選舉之制，依大選區，單記無記名投票之方法。其有選舉權者，爲道府縣內之市町村公民，故不製作特別之選舉人名簿，依市町村之選舉人名簿，舉行選舉，選舉區依都市之區域，在三都市，則依區之區域。議員之額數，依法律而有一定，不若市町村許其增減。議員之任期爲四年。

道府縣會之權限，與市町村會迥異，並無若市町村會之決定爭議，監查行政之權限，且關於其議決或選舉之權限，較之市町村會，亦甚爲狹小。(甲)其議決權，非若市町村會之於市町村，得以及於團體之一切事件，僅及於法律所列記之事件而已，約言之，非一括的，乃列舉的也。其所得議決者，以豫算、決算、租稅，其他公課財政處分，財產及營造物之管理規定等，爲關於道府縣之財務事件。其議決，原則上雖即發生爲道府縣的意思效力，但關於特殊之事項，法律有定爲經道府縣會之議決，由長官知事定之者

(例在各選舉區所應選舉道府縣會議員之數，五條二項，臨時或常設委員之設置，以及關於此之規定，七七條，府縣會議員名譽職參事會員之費用補償額，有給公吏之退休金等九四條九五條使用費手續費細則一〇

○。在後者，道府縣會之議決，與帝國議會對於國政之議決相同，非即發生爲道府縣意思之效力，僅爲其意思構成之要素而已。(乙)道府縣會所選舉之機關，除議長副議長外，尙有名譽職參事會員。道府縣吏員，皆爲長官知事所任免，道府縣會不得干預，但道府縣設委員時，則委員之選任方法，係依道府縣會之所議決。(丙)道府縣會關於有關道府縣公益之事件，得對於長官知事或內政部長，提出意見書(四四條)。道府縣會，如官廳有諮問時，須答覆意見(四五條)。(丁)道府縣會關於國之事務，有依法令受特別權限之委任者(例部市計地五委員之選舉)。

道會及府縣會，由道廳長官、知事召集及開閉。二者皆分爲通常會臨時會兩種。通常會每年一回，定期行之，其會期爲三十日。臨時會係因臨時之必要，特定之事件發生時，所召集之會，其會期爲七日以內。非如市町村會之遇必要時得隨時召集之者，其會期，法律上有一定，即議事尙未終了時，亦不得延長，又議員方面，亦無請求召集之權。又在會期中，長官知事得定期日，命府縣會停會(府五〇條五一)。

(條八四條北一四條)。

(四)道參事會及府縣參事會，爲副議決機關兼監督機關，又依法令委任以特別之權限者亦不少。

參事會以長官或知事(長官或知事有事故時其代理者)爲議長，議長之外，以在道會或府縣會，隔年由議員中所選舉之名譽職參事會員十人(北海道及設市部會郡部會之府縣十二人)組織之。(從來名譽職參事會員之外府縣高等官二人亦爲參事會員；依大正十五年之改正刪除之)參事會，概

爲道會或府縣會常任委員會之形式，遇必要時，隨時由長官或知事召集開閉，其會期亦由長官或知事定之。又有名譽職參事會員半數以上，得請求其召集，但在此時，長官或知事，有審查其理由當否之權。參事會之議決，依名譽職會員之過半數，議長雖主宰議事，然不參加議決，唯於可否同數之時，有決裁之權而已（七三條）
（二項）

參事會之權限，自其爲府縣機關言之，有（甲）議決權（乙）決定權（丙）意見陳述權（丁）監查權之四者，其他尙依特別之委任，有爲國家機關之特別權限。

（甲）參事會之議決權限，更得分爲三種。一，爲議決受諾道府縣會所委任事件之權，二，爲本屬於道府縣會權限內之事件，但事須急施而不暇召集時，參事會有代爲議決之權。此二者，皆就本來道府縣會所應議決之事件而代理之者，恰與市參事會對於市會之關係相類。惟在市，於市會尙未成立或不應召集時，亦得付議於市參事會，而在道府縣，則於此種情況，府縣知事受內政部長之指揮，專決處分，不交參事會議決。三，自最初卽不爲道府縣會之權限，定爲在參事會議決者之事項。其中如關於工事執行之規定，及道府縣訴願，訴訟，和解事項等，皆屬此例（府六八條）
（一〇條）

（乙）參事會，有爲第一審，以決定關於道府縣會議員之常選，或選舉效力之異議，道府縣會議員被選舉權之有無，公吏退休金等給與之異議，以及關於府縣稅賦課，市町村府縣費之分賦，使用費手續

費之徵收，夫役現物賦課等，異議之權（府三四條三七條
九六條一五條）。對於其決定有不服者，得出訴之於行政法院。

（丙）參事會對於有關道府縣之公益事件，得向長官知事或內政部長，提出意見書，又對於官廳之諮問，有答覆之義務，此點與道府縣會相同（七〇條
四五條）。此外在舊制，知事向府縣會提出議案，首先須提交參事會，以徵求其意見，然依大正十五年之改正，已削除矣。

（丁）參事會得自名譽職會員中，選舉委員，使其檢查關於道府縣之收支（六九條）

（戊）由特別之委任，使屬於為國家機關的參事會之權限者，尚有種種。其中最主要者，為關於市町村會或市參事會權限內所屬事項，由市町村長之呈請，代為議決或裁決（市九〇條九一
條町七四條）。對於不服市町

村會、市參事會或市町村組合會之決定，或市町村長之處分，而提起之訴願，予以裁決（市三六條、三八
二九條、一三〇條、一三二條、一五
五條、町村制之與此相當之諸條）市町村之廢置分合，境界變更，以及因此而起之財產處分，關於市町村境

界之爭論，於市町村之財產區，設立區會，市町村組合之強制設立，或強制的變更與解散，及相因而起之財產處分等議決或裁決（市三條、四條、一四五條、一四九
條、一五〇條、一五三條、一五四條）。自名譽職參事會中員，相互選任市町村懲

戒委員會會員，地方森林會議員，收用審查委員等是也（市制一七〇條、地方森林會
規則、土地收用法三八條）。

（五）道府縣之理事機關，為道長官或府縣知事。為道府縣機關之長官或知事之地位，與為市町村長之地位迥異。茲將其差異點列舉如下。

第一，市町村長爲市町村之公吏，非如官吏負有服從之義務者，故監督官廳，僅依法律之根據，得命令之，一般無訓令權。反之，長官知事負有服從之義務，因而關於爲道府縣機關之職務，亦負有服從上官命令之義務。此雖不待法律之特別規定，而爲當然之事理，然法律特以明文示其趣旨（府八條）。

第二，在市町村方面，市町村之一切事件，原則上須經市町村會之議決，市町村長，僅就其定爲不須議決之事項，得專決之。反之，在道府縣方面，道府縣會或參事會得議決之事項，僅限於法律所列舉者，關於其他之事項，一般，長官知事有專決之權。故例如在市町村方面，市町村之委任事務，原則上亦須市町村會之議決，因而市町村立小學校之位置，亦依其議決而定。反之，在道府縣方面，屬於道府縣費負擔之國的事業，道府縣會惟議決其歲出預算而已，其建設之位置，則依長官知事決定之。

第三，長官知事對於道府縣會或參事會所有之權能，較之市町村長對於市町村會或市參事會所有之權能爲廣。（甲）長官知事有撤銷道府縣會或參事會之違法議決或選舉之權，（八二條）市町村長止有交付再議之權，無自行撤銷之權，但長官知事雖有自行撤銷之權（但對於撤銷等提起行政訴訟以爭之）亦僅限於議決或選舉違法之時，如公益上認爲有不適當者，須呈請之於內政部長，受其指揮。（乙）長官知事有命令道府縣會

停會之權（八四條）市町村會無一定之會期，因而亦無停會之理由，道府縣會有一定之會期，而在會期間

，往往因秩序紊亂，發生不能繼續會議之情事，故特認其有此權限。

以上之外。道府縣行政的長官知事之地位，大抵與市町村行政的市町村長之地位相同，擔任道府縣之行政，對外代表道府縣，向道府縣會或參事會提出議案，執行其議決，任免道府縣之吏員，指揮監督以及行使懲戒處分。關於道府縣會或參事會權限內所屬事項之須急施，而不暇召集者，有專決處分之權。

(六)爲補助道府縣機關的長官知事之職務之機關，與關於國的行政之職務相同，原則上以國的官吏充當之。

官吏之外，有必要時，得置有給道府縣吏員。吏員爲長官知事所任免，道府縣會無干預之權。除吏員外，經道府縣會之議決，得設臨時或常設之名譽職委員(七五條)。

爲掌管道府縣之收支事務，道府縣得設收支官吏，收支官吏，由長官知事，自官吏或吏員中任命之(七六條)。(八九條)。收支官吏之地位，與市町村收入員之地位迥異，收支員關於支出，有獨立之權限，對於市町村長或監督官廳之支付命令，有審查其適法與否之權，而道府縣之收支官吏則對於長官知事，有服從之義務，無獨立之權限也。

(七)道府縣爲公法人之權能，與市町村略同。

(甲)自其固有事務言之，得分爲自治組織權、自治財政權、自治行政權三者，全與市町村相同，但(1)其自治組織權之範圍，較之市町村爲狹小，其組織法，概因國之法律而有一定，不得依自治權設置特例。關於機關之選任，依其自治權，僅有關於議決機關選舉之權能，而理事機關，係以國之官吏充任，故無干預選任之權，僅得置有給吏員，以爲補助機關而已。(2)關於財政道府縣除有財產收入、事業收入、國庫交付金及補助金、使用費、手續費、過料等收入之外，對於其所屬人民，有課稅權，有賦課負擔金之權，有賦課夫役現物之權，及財政強制之權等，與市町村相同，又對於管轄區域內之公共團體，有分賦費用，賦課負擔金，賦課夫役現物之權。其起債權，亦與市町村略同。(3)關於保育行政，亦得適用與市町村同一之原則，其所異者，在於地域之廣狹，市町村僅有在此域內行使公共事務之權能。而道府縣則以全地域之公共事務，爲其權能者也。關於得科處過料之權能，亦與市町村同(四條^(一))。但道府縣不能若市町村，有賦課應急負擔之權耳

(乙)道府縣之委任事務依各種之法律勅令而有一定。茲不能一一列舉。如精神病院、癩病療養院、感化院、中學校、師範學校、實業學校、專門學校、地方測候所、地方農業試驗場、地方農事講習所、道府縣蠶業試驗場、道府縣生絲檢查所、道府縣工業試驗所及工業講習所、道府縣水產試驗場及水產講習所、道府縣種畜場之類，皆爲國之營造物，命道府縣設置者，且附與以設置之權能者也。

(丙) 凡關於此等事務，道府縣在其權能之範圍內，得制定拘束所屬人民之法規。法律對於道府縣，一般雖未設有如關於市町村條例之制定權之規定，然地方團體，得自定其權能內之事項，此為當然之事理，惟在其制定之須監督官廳之許可者，則須有法律之明文而已。關於特殊事項，法律有特將其權能明言之者（例，各選舉區所應選舉之道府縣會議員之數，五條二項，關於委員之規定七、七條，關於名譽職員費用補償額之規定九、四條，過料罰則一、四條，特別會（關於有給吏員退休金等之給與之規定，九五條，關於手續費使用費之細則一〇〇條，關於使用費手續費及府縣稅賦課徵收之計設定之規定一、二三條））凡此等規定，以經道府縣會之議決，由長官知事定之，為原則。為對於人民發生效力，必須向人民公布，其公布之形式，法律無特別之規定，乃依道府縣所自定之形式。通常與為國的官廳長官知事之命令相同，以北海道廳令或府縣令之名公布之。

(丁) 關於國的事務，以經費之負擔，命諸道府縣者，其種類甚多。法律關於府縣，則曰「負有支付法律勅令或從來之慣例，歸屬於府縣所負擔之費用之義務」（一〇條），關於北海道地方費，亦認為得依法律勅令，命以經費之負擔（北海道地方費法八條）。其現實所命之負擔，以警察費、警察署建築修造費、河川其他之土木費、衛生費、家畜傳染病豫防費、教育費、道廳府縣廳之廳舍建築修築費、地方產業試驗所費、地方泐候所費等，為其主要者也。

(八) 道府縣之行政，內政部長監督之。其監督，與市町村之監督，有一極不同之點，即因其理事機關，為國之官吏，故自其為官吏之身分言之，關於道府縣之行政，亦與國之行政同，隸於上官指揮監

督之下。其結果，關於長官知事之職務，無代執行之規定，又在市町村，本爲監督官廳之作用者，而在道府縣，則任之於長官知事之職權者亦多。（例、市町村會之議決或選舉違法時，監督官廳自有撤銷之權，然道府縣會員，監督官廳亦有懲戒權，反之，對於道府縣吏員之懲戒權，則專屬之於長官知事。關於豫算，對於市町村認爲有強制豫算之權，反之，在道府縣無強制豫算之必要，因不認其有強制豫算權，惟道府縣會市參事會，關於收支爲不當之議決時，長官或知事得呈內政部長，請其指揮）。

關於其他之點，其監督權之作用，大體與市町村相等。惟關於豫算，如豫算金額過大時，定爲得由內政部長削減之。

(九)二個以上之府縣，爲共同處理特定事務計，得設立府縣組合。府縣組合與市町村組合，同爲法人，原則上依府縣之協議，經內政部長之許可，設立之，但間亦有認強制設立者。其機關，以組合長，組合會爲主要，組合長，由內政部長所指定之府縣知事充當之，組合會之組織，以組合規約定之。其權能，則以府縣爲準。

(十)關於二三之府縣，有與其他府縣不同之特例的規定。因舉之如次。

(甲)有市部經濟與郡部經濟之分者，東京、京都、大阪、神奈川、兵庫、愛知、廣島之三府四縣屬之。此等之府縣，除府縣會府縣參事會外，設市部會、郡部會、市部參事會、郡部參事會。其所議決之事件，並市部郡部之府縣費分擔及收入之比例、經府縣會之議決、得內政部長之許可，由知事定之。（府縣制一四〇條，府縣

(乙)有本地經濟與島嶼經濟之分者(府縣制一三八條施行令第八章)經府縣會之議決，受內政部長之許可，得分別之，但不爲此等經濟，置特別之機關。

十 殖民地之地方自治制

(一)朝鮮之地方團體，爲道、府及面。道則施行朝鮮道地方費令(大正九年制令一五)，府則施行府制(大正二

制令一)，而則施行面制(大正六制令一)。此雖與內地之府縣及市町村相當，然其行政，爲國的官吏之道知事、府尹面、長所擔任，住民尙無自治之權能，僅於道，設道評議會，府及面，置協議會，以爲其諮問機關而已。道評議會員，由道知事任命之。協議會員，在府及總督所指定之面，依選舉就任，在其他之面，則由郡守或島司任命之(依大正九年制令十三改正)。道府及面，尙在被動的地位，而所以使其爲法人者，其目的在使其爲財產之主體，以任費用之負擔也。

在朝鮮除上述外，尙有爲一種公共組合之學校組合制(大正二年制令八學校組合令)。學校組合，係以關於內地人之教育事務爲目的，而以在一定之區域內，有住所之內地人，爲組合員。

(二)臺灣於大正九年新釐定臺灣州制(律令)臺灣廳地方費令(律令)臺灣市制(律令)臺灣街莊制(律令)，自同年十月一日於州廳(通二廳爲一法人)市、街、莊施行之。因此雖皆成爲地方團體，然其行政之由國

家官吏所處理，亦與朝鮮同。州市街莊，雖各置協議會，以爲其諮問機關，然未依選舉之制，協議會員，皆爲官吏之所任命。應亦無諮問機關之設置，其行政，全在官吏支配之下。

(三)庫頁於大正十年發布關於地方制度之法律(大正一〇法律四七)，以町村爲地方團體，自大正十一年四月一日施行。町村之事務，由町村長擔任，而其任免，則屬於庫頁廳之長官。町村設置町村評議會，以爲諮問機關。

(四)關東州曾於大連、旅順二市施行市規則(大正四年關東令二六)，至大正十三年八月改施行關東州市制(一三勅令一三四)。市置市會，市會議員，一部由任命，一部依選舉。市長，於市會選候補者三人，由關東長官自三人中選任之，其任期爲四年。

第六節 各種之公共組合及營造物法人

一、水利組合、北海道土工組合

(一)水利組合 乃關於水利土工之事業因特別之事情，府縣及其他地方團體不能經營時，在一定地域內之土地所有者，或土地家屋所有者，爲施行此等事業所組織之團體也。水利組合，有普通水利組合及水害預防組合之二種，前者以關於灌溉排水之事業爲目的，後者以關於水害預防之事業爲目的，

有時水害預防組合，得兼營關於灌溉排水之事業（四一法五〇水利組合法）。

水利組合之目的事業 本來屬於地方團體權能內之事業，以由地方團體經營爲本則。水利組合，係因地方團體不適用於經營時所設立者，故自其目的事業之點言之，與地方團體最相類似，僅其構成有區別而已。故水利組合，在一切之公共組合中，爲公法的特色之最顯著者。

(二)水利組合之設立，爲強制的。卽由府縣知事指定組合區域命關係地市町村長中之一人或數人，爲創立委員，由創立委員制定組合規約案，經關係者總會議之議決，受府縣知事之許可，組合卽告成立。但有時得由有府縣知事自定組合規約。

(三)水利組合之主要機關 爲組合會及組合管理者。組合會、依選舉組織之，爲組合之最高議決機關，恰與市町村會之於市町村相同。又依特別之事情，知事得不設組合會，而以組合總會充之。組合管理者，由知事指定關係地市町村長中之一人充當之，但因必要，得指定官吏爲組合管理者。管理者對於組合會之關係，與市町村長對於市町村會之關係相類似。

管理者之下，得置書記及其他之有給吏員，吏員爲公法上之勤務關係者，有公吏之身分，與市町村吏無異。

(四)水利組合，在其目的事業之範圍內 與市町村殆有同樣之權能。而關於其權能，有二大顯著之

特色。一、在水害預防組合，不僅對於組合員爲然，即對於其區域內之一切住民，皆得賦課夫役，如遇有發水之危險時，得使區域內之全住民從事防水工作。換言之，在此限度內，水害預防組合，爲有地域的權力者，自此點言之，殆與地方團體立於類似之地位。此外水利組合，一般爲非常災害，在必要上，有暫時使用他人土地之權，或使用並收用其土石竹木，以及其他現品之權，但須補償其損失。一、水利組合，得自爲公的流水，及其他公物之主體而管理之，徵收其使用費，並得以其使用權，特許之與他人，其關係可作公法的關係論之也。

(五)水利組合 第一受府縣知事之監督，第二受內政部長之監督。其監督權之作用，係以法律爲基礎而行之，自大體言之，與對於市町村者相同。

(六)北海道土工組合 與水利組合殆有同樣之性質，惟其目的之範圍，不僅關於水利之事業，且包含有設施維持農業上所必要之道路橋梁等事業，此其所以異也。水利組合法，北海道尙未見諸施行，乃施行土工組合法以代之。(三五，法律一二北)
海道土地組合法。

二、耕地整理組合、土地區劃整理組合

(一)耕地整理組合，係以耕地整理之施行爲目的，而以在整理施行區域內之一切土地所有者，爲組

合員之公共組合也（最高法院判例雖以此爲私法人（大、五、三三刑）然由（甲）法律自定其目的（乙）一定地區內之土地所有者，不（管自己之意思爲如何，當然爲社員。（丙）對於組合費過意金之遲付者，得委託市町村強制徵收，（丁）組合之設立，規約之變更等，僅依國家之同意，得以成立。（戊）對於組合或組合總會的議決，提出異議，不認爲民事事件）。耕地整理，而特任之於行政上之監督（己）就組合事業之全體，須受國家之特別監督等之特徵觀之，其爲公法人也，毫無疑義。

（己）就組合事業之全體，須受國家之特別監督等之特徵觀之，其爲公法人也，毫無疑義。耕地整理組合，非如水利組合之以永久繼續的目的而設立者，其目的在一時之事業，一旦完成其目的，則組合當然解散。縱令其目的尙未完成，然其事業，至得依市町村或水利組合以經營之時，則移交於市町村或水利組合，不然，則將耕地整理組合，變更爲普通水利組合。此雖爲本則，然其存立目的之爲一時的性質，乃最初之所豫期，此爲耕地整理組合之一大特色。其權能之所得行使者，僅以法律上所規定的耕地整理事業之施行爲限。關於道路堤塘及其他之公物，雖由管理者之認可得變更廢置，或執行其他之工事，然無自爲此等公物之主體，而自行管理，徵收使用費，以行使特許等之權能。其所有之公法上之特權，除關於其主要事業，土地所有權之整理，不許關係者陳述異議外，僅得將關於自其組合員所應徵收之組合費及其他金錢 委託市町村行使滯納處分（四二，法律三）（○耕地整理法）。

（二）關於都市計劃事業所行之土地區劃整理，亦得準用耕地整理法之規定，故得準其規定，設立土地區劃整理組合（八法律三六都市計劃法一二條）。

三、森林組合

森林組合，係爲共同經營森林事業，以一定區域內之森林所有者，所組織之社團法人（四〇法律四三，森林法

第五）章。自法律許其自行規定其目的，組合員加入之強制，其事業須受國家之特別監督之各點觀之，

雖能認之爲公法人，然其目的事業，僅止於森林之經營，亦不爲此而與以特別公法上之特權，其與組合員之關係，與普通之私法人相同，一般視爲民法上之關係處理之，債權者亦得爲破產之聲請（四〇，

勅令三組合）
八森林法

四、商業會議所、農會、水產會

此等係以謀產業之改良發達爲目的之公共組合，具有共同之性質。商業會議所，以圖商工業發達爲目的，農會、以圖農業之改良發達爲目的，水產會、以謀水產業之改良發達爲目的。惟商業會議所，非全國的組織，各市爲獨立之存在，而農會水產會，則爲全國的組織，此其不同之點。

（一）商業會議所，以依市之區域設立爲原則，以在該區域內有營業所或事務所之日本人民或法人而有法定之資格者，爲其社員。而以議員及特別議員，組織議事機關，議員若干人，自社員中選舉之，特別議員，自社員以外選舉之，或有由地方長官任命之者。商業會議所之名稱，或有以之指全社員所組成之法人者，或有以之指議事機關者。要之，商業會議所之一切權能，係依此議事機關行之。

商業會議所之權能，主爲以下三者：(甲)關於商工業各種之調查，對於行政廳之建議，對於諮問之答覆，以及其他意見之發表。(乙)關於商工業紛議之仲裁，(丙)關於商工業營造物之設立管理，及爲謀商工業之發達，而爲必要的設施等是也。爲行使各種調查，商業會議所，得向^三工業者請求其提出必要的材料，又對於其營造物之使用或調查之委託，得徵收使用費、手續費或請求實費之補償，然就此等所發生之法律關係，法律認之爲民事關係，使之屬於司法法院之管轄。惟關於對社員經費之徵收及過怠金，得委諸市町村強制徵收，是則認爲有公法的特權者也。

商業會議所置會長，由議員中互選之。會長統轄會議所，爲會議所之議長，担任其事務(三五，法律三一商業會議所法)。

商業會議所，依據昭和二年(西曆一九二七)法律第四九號之商工會議所法，改稱爲商工會議所，其組織及權能，雖稍有變更，然實質上無重大變化。

(二)農會有市町村農會、道府縣農會及帝國農會之各種。市町村農會，以在市町村區域內，有一切耕地牧場或原野者，及經營農業者，爲會員，道府縣農會，以道府縣區域內之一切市町村農會爲會員，帝國農會，以日本內地之一切道府縣農會爲會員。換言之，道府縣農會及帝國農會，皆爲自多數公共組合之聯合而成之複合的公法人也。

市町村農會，以其所有會員組織總會。有時得選總代表，組織總代表會以代之。道府縣農會及帝國農會，則以議員及特別議員組織總會。其議員由各農會在農會之職員中（會長、副會長、特別議員）選舉一人充之，特別議員則由行政機關任命之。各農會之會長及副會長，市町村農會從其會員中選任之，道府縣農會及帝國農會，則自其議員或特別議員中選任之，但亦不妨自其他選任之。

農會之權能 略類商業會議所，如為關於農業研究及調查，建議於行政機關，答覆行政機關之諮詢，作爭議之調停或仲裁，為關於農業之指導獎勵，農業者福利增進之設施等，皆其權能。其自會員所徵收之經費，過怠金等，雖認為公法的權利，然關於其事業所徵收之使用費，手續費，則作為民法上之權利以處理之，此與商業會議所相同（一、法律四）。

（三）水產會之組織權能，與農會相類似。惟帝國水產會除道府縣水產會外，得以在朝鮮、台灣、庫頁島、關東州或外國所設立之準水產會法人，及其他團體為會員，此為與農會相異之點（一、法律六）。

五、同業組合

同一職業者，為謀增進同業者間職業上之共同利益，除去其弊害所組織之團體，稱之曰同業組合。同業組合，通常無公法人之性質，原則上，或為無法人格之單純組合，或為私法人。惟關於某種職業

，保護其同業者間之共同利益，與國家的利害有重要關係時，法律特以之為國家之公的目的，使同業者為其目的設立社團，認其法人格，在此種之同業組合，則有公法人之性質。

茲將屬於此種之公法人概舉之如次。

(一)重要物產同業組合 係以在一定之地域內，為關於重要物產(何者為重要物產，係依工商部長之認定。)之生產製造或販賣等營業之一切同業者，或與此有密切關係之營業者，為組合員之公共組合，而其目的，在依組合員之協力矯正營業上之弊害，增進營業上之利益也。其目的之事業，雖直接與營業者自身之利益有關，屬於私益之事業，然同時國家亦認其與公益有密接之關係，而以之為公的目的者也。

其為公法人最顯著之特色，為以下三點，即(甲)定章所定地區內之一切同業者，不管其意思之如何，當然為組合員，及依必要，商工部長得強制其設立，(乙)有設檢查規定檢查組員營業品之權，對於其檢查，特認為公的權威，關於發票或檢查證之偽造，則準據公文書之偽造，科以刑罰之制裁，關於其檢查之收賄，則準公務員收賄之例，科以刑罰之制裁。(丙)關於組合之事務，工商部長及地方長官有特別之監督權，有時且得選任或解任職員或檢查員等是也。但關於其經費或過怠金，不認有強制徵收權，因而關於此等，則皆視為民事關係以處理之(三三法律三五重要物產同業組合法)。

(二)畜產組合 畜產組合，係一種公共組合，而以在一定區域內，飼養家畜者所組織者也。其目的

，在圖畜產上之改良發達，與增進組合員之利益。凡同業者，皆得強制其加入，且得為組合員畜產上之檢查，此點與重要物產同業組合相同，其他尚有為畜產上設施之權能，關於徵收組合員之經費與過怠金等，亦得委託之於市町村。但不得強制其設立（四法律一畜
產組合法）。

(三)水產組合及外國領海水產組合 水產組合，係一種公共組合，以在一定區域內之漁業者，或水產動植物之製造業或販賣業者，為其組合員者也。其目的，在謀水產業之改良發達，水產動植物之蕃殖保護，以及關於其他水產業共同之利益等。關於水產組合，皆得準用重要物產同業組合之法規（漁業
法五一條
至五四條）。

外國領海水產組合，係在外國領海，為水產動植物之採捕製造或販賣業者所組織，亦得準用重要物產同業組合之規定（三五法律三五外國
領海水產組合法）。

(四)茶業組合 此為茶業者之同業組合。法律雖未明言其為法人，然其規定，乃民法制定前所發布，為舊時代之法，自以認之為法人為正當。茶業組合，較之其他同業組合，其組織甚為完整，不僅行之於地方，且有全國的組織，各府縣有聯合會議所，全國有中央會議所之設置。且不僅同業者為強制加入，其設立亦屬強制，又認其有取締粗惡不正茶，與爭議仲裁等公的權能，其為公法人之色彩，極為濃厚（二〇農商部部令
四茶業組合規則）。

(五)蠶絲業同業組合聯合會及中央會 以蠶絲業者所組織之單一同業組合，雖不得認之爲公法人，然關於同業組合聯合會、法律准其適用關於重要物產同業組合之規定，而認聯合會，得以全國的結合，組織蠶絲業同業組合中央會。聯合會及中央會，皆爲公法人(四四法律四七蠶絲業法二八條以下同施行規則七九條以下)。

(六)造酒組合 係稅務署管區內、酒類製造者之同業組合。其目的，在矯正營業上之弊害，保持信用。除有強制加入之規定外，不認其有特別公法上之特權(三八法律八造酒組合法)。

六、醫師會、齒科醫師會

(一)醫師會，有都市區醫師會及道府縣醫師會之兩種。前者，係以其區域內之一切醫師爲會員，後者，則爲以其區域內之一切都市區醫師會爲會員之公法人，其目的，在謀醫事衛生之改良發達。其設立爲強制的。都市區醫師會，以全會員組織總會(會員達百人以上時，得依會則以代議員會代之)，道府縣醫師會，則自都市區醫師會所選出之議員，組織總會。醫師會之權能，與商業會議所略相類似，得向行政機關建議，應行政機關之諮詢，以爲醫事衛生之研究及設施等，但徵收經費以及對會員之關係，皆視爲民事關係處理之。

全國之道府縣醫師會，得設立日本醫師會，日本醫師會，以道府縣醫師會所選舉之議員，組織總會

。其權能與他之醫師會相等（三九法律四七醫師法八條以下）
（大正八年勅四勅二九醫師會）

（二）齒科醫師會 此為齒科醫師之團體，其組織目的權能，與醫師會略同。唯其設立，非強制的，又無全國的組織，此與醫師會相異之處，但依大正十四年之改正，強制設立道府縣齒科醫師會，並認為得設立日本齒科醫師會（三九法律四八齒科醫
師法一四法律四五）。

七、健康保險組合

健康保險組合，係一種強制的勞工保險團體，乃以昭和二年（一九二八）一月，始行實施之健康保險法（大正十一
法律七〇），為其依據者也。健康保險法之要點，在強制受工廠法適用的工廠之使用人，及其他有法定資格之勞動者，加入保險，令其負擔保險金之半額，其餘之半額，則歸僱傭者事業主之負擔，一旦被保險者患病、負傷、死亡或分娩時，使保險者對於被保險者負療養之給付，或傷病補助金、埋葬費、分娩費或出產補助金支給之義務，而此等保險給付所需費用三十分之一，則歸國庫之負擔。

健康保險組合，為在此保險關係的保險者之社團法人，以事業主及與其事業有關係之被保險者，為其組合員者也。法律不必強制其設立，祇須一或二以上之事業，使用被保險者常在三百人以上之事業主，得有組合員資格之被保險者二分之一以上之同意，釐定規約，經主管部長之認可，即得設立者也

。設立一得認可，法人即行成立，事業主及其所使用之被保險者，爲當然組合員。對於使用被保險者至五百人以上之事業主，主管部長，得命其設立。對於未設立健康保險組合的事業所使用之被保險者，國家則自爲保險者。

健康保險組合之目的，全在依健康保險法，以爲保險關係之主體。此目的，非組合員所得任意而行，乃由國家所授與者，換言之，即公法人也。試觀其解散時，其一切權利公務，皆由國家繼承，則爲公法人也，更瞭然無疑矣。

屬於組合之被保險者，一面以社員之資格，得參加組合之決議，一面以被保險者之資格，得爲保險關係之對方，其在法律上，有二重之地位。以被保險者之資格，對於組合所有之法律關係，與契約上之保險關係有異，非單純之私法關係，尤其是關於保險金納付之義務，法律以之爲公法上之義務，關於其爭議，使歸行政法院之管轄，對於延期，則委諸市町村強制徵收。反之，組合方面對被保險者所負保險給付之義務，法律以之爲民事事件，關於此種爭端，使之屬於司法法院之管轄。

八、神社

爲奉祀神明，常行祭典，以爲一般崇敬之對象，所建造之社廟，設定境內地，而以祭祀神靈者，謂

之神社。神社有種種社格，曰官幣社，國幣社，府縣社、鄉社、村社等之別。官幣社及國幣社謂之曰官社，府縣社以下曰諸社。不問其爲官社或爲諸社，一切神社，皆得認爲財產權之主體（四一法律二三關於神社財產之制），即爲法人。神社係爲公的目的而存立，其爲公法人也無疑，然以其非由一定之社員而成，故非社團法人，乃財團法人也。即神社乃公法人之財團法人，在日本國法上，實爲公的財團法人之唯一之實例。

神社機關之神職，爲國家所任命之公吏員，受簡任荐任委任之待遇，其任用資格，亦有制限，大抵經考試後任用之（三五勅令二七官國幣社職制，二七勅令二二關於府縣社以下神社之神職之件，三五內政部令四府縣社以下神社神職任用規則）。關於神社之財產，

如不動產及寶物，法律定爲必須登記於地方廳之保管冊，而其登記之財產，如不受地方長官之許可，而以之供擔保或處分時，則爲無效，又其登記財產，而爲境內地、社殿及其他境內地之工作物與寶物時，不得封押。不受地方長官許可所負之神社債務，亦爲無效（四一法律二三關於神社財產制）。神社維持其基本財產

，依其財產之收入、香錢及捐款等之收入，以支付其經費。對於官國幣社，則由國庫提供其經費之一部。其會計須受國家之特別監督（三九法律二四關於官國幣社經費之法律，四〇內令一官國幣社會計規則四一內令一二關於神社財產登記及管理並會計之件）。

神社爲法人，故關於神社之創立，以及其他神社之制度，自其本來之性質言之，僅得依法律規定之。但實際上，除關於神社財產之規定外，一般尙無神社法之制定。關於神社之規定，概以內政部分定。

之。因此新創神社，僅限於祭神之事蹟顯著，而土地之情況或緣故，有特別之事由者，由氏子（土地廟屬之弟子）或崇敬者五十人以上，經由地方長官，以請願於內政部長，而受其許可者，始得建立。但自受許可之日起，二年以內，不建設社殿時，則許可喪失其效力。神社之再興及復舊時亦同。神社之移轉、合併或廢止，亦須受地方長官之許可。

（大正二內令六關於官國幣社以下神社之祭神、神社名、社格、細帳、境內、創立、移轉、廢合、參拜、拜觀、捐款、香會、神札等之件）。

第三章 行政上之爭訟

第一節 總論

一、爭訟之觀念

凡關於法律關係之存在或形成，有爭端時，關於該爭端，請求為權威的裁斷之行為，謂之爭訟之提起。在爭訟之提起，被認為權利時，以公的權力裁斷其爭端，而與以決定之行為，謂之裁判。自爭訟提起，以至裁判之決定止，所有一切之行為，總括之曰爭訟手續，或單曰爭訟。

即非有真正之爭端，但為慎重決定，務期判斷正確起見，亦時有手續上採用爭訟手續，擬設雙方之當事者，以代表反對之意見，使之互爭其主張，裁判者聽取雙方之主張後，始行決定者。所謂形式上之爭訟者此也。第一審之刑事訴訟，即屬此例。刑事訴訟，與民事訴訟異，非以雙方當事者間，有權利之爭端為前提，僅國家對於犯罪者之科刑手續上，使檢察與被告人及其辯護人，各為一方，互相對立，法院聽取雙方之主張後，公平的宣告一定之刑罰者也。反之，民事訴訟之當事者，係真為關於法律關係之存否而爭者，國家立于公平的第三者之地位，裁判其爭端者也。此為真正的意義之爭訟。一

般所稱爲爭訟者，除真正的意義之爭訟外，形式上之爭訟，亦包含在內。

凡在爭訟，其爭訟之提起者，與其對方，互爲對立，兩者皆有陳述意見之權，爲其爭端之裁判者，須係對於雙方，立於公平之地位者而後可。關於其意見之陳述，採口頭審理主義，使當事者在法官前有口頭辯論之權利，或採書面審理主義，僅使當事者得提出意見書而已。其充當裁判之任者，亦或立於完全的獨立地位，不受任何權力之支配，以獨立之見解，行使裁判權者有之，或無如此之獨立地位，受其他權力之支配者亦有之。爲期裁判之慎重與公平起見，則使當事者有口頭辯論之權利，而使裁判者有完全之獨立地位，爲最適當。爭訟之手續，而具備此二要件者，稱之爲正式訴訟手續，經此手續所行之裁判，稱之爲正式裁判。

爭訟之內容，係關於行政上之事項者，曰行政上之爭訟。民事訴訟，以關於民事上之法律關係的爭端爲內容，刑事訴訟，以關於刑罰法規適用之爭端爲內容，而行政上之爭訟，則以關於行政法規的適用之爭端，爲其內容者也。或如民事訴訟，而爲真正的意義之爭訟者有之，或如刑事訴訟，僅手續上爲爭訟者有之。其手續，有採用正式手續者，亦有採用非正式手續者，各不相同。

一、行政上之初審的爭訟

行政上之爭訟 得分之爲初審的爭訟，與覆審的爭訟。初審的爭訟者，係謂在爲行政行爲之先，使利害關係相反之人，互爭其主張，裁判者將雙方之主張聽取後，始決定其行爲者也。覆審的爭訟者，係謂在行政行爲既經行使之後。由認此爲違法或不當者，要求再審查，以決定其行政行爲之正當與否者也。關於民事及刑事之件，即在初審，亦以經爭訟手續而決定爲原則，其第一審裁判，常爲初審的爭訟。而行政行爲則通常不用爭訟之手續而行，僅依認其行政行爲，爲違法或不當者，提起再審查之要求時，始用爭訟手續，以決定之者也。換言之，行政上之爭訟，大部分爲覆審的爭訟。

然關於行政事件，亦非無初審爭訟之例。自大體言之，得分爲三種。(一)依爭訟手續之行政上的處罰(二)裁決關於公法關係爭端之聲請(三)依爭訟手續之一般行政行爲是也。

(一)依據爭訟手續而行之行政上的處罰 其實例有二，即(甲)推事律師等之懲戒裁判，(乙)依據海員審判所之裁決，所行之海員懲戒是也。(甲)對於推事、會計檢察官及行政法院院長評事官之懲戒，依各懲戒法院之裁判行之(推事懲戒法會計檢察官懲戒法行政法院院長評事官懲戒法)此等事件，自其行爲之性質言之，恰與刑事訴訟相類

似，係採用正式手續，檢察或檢察官與被告，有對立爲口頭辯論之權，法官得強制召喚證人及鑑定人，其判決，除許控訴者外，即具有拘束被告之效力。律師懲戒之手續，亦得準用推事懲戒手續(律師法第五章)

()。推事及律師之懲戒裁判所。乃在管轄之高等法院(除高等法院院長及部長外，行使該院之並其管轄內之推事及其管轄區域內之下級法院之推事律師之懲戒)或

最高法院（行使最高法院之推事，高等法院院長及部長之懲戒）開之。其判決，自形式上言之，雖為司法權之行為，然自實質上言之，仍為行政行為。（乙）依海員懲戒法，對於有海技證書或引港證書者所行之懲戒，亦係採用與刑事訴訟相類似之手續而行之行政上的處罰。當審理之任之海員審判所，雖為合議制之組織，然為純然的行政機關。依其裁決所行之處罰，法律上雖稱之曰懲戒。然非真正之懲戒罰，真正之懲戒，係以特別之權力關係為前提者，海員對國家，非有特別之權力關係，僅受警察之監督而已，故其所謂懲戒，自法律上之性質言之，不外一種之警察處分。換言之，即警察處分，而特以訴訟手續行之者也。

（二）公法關係爭端裁決之聲請 公權主體之對等當事者，雙方間關於公權或公義務，有爭端時，由當事者之一方，請求國家裁決之行為，自其性質言之，與民事訴訟最相類似。其所異者，僅在民事訴訟，係以關於私法關係之爭端為內容，而此則以關於公法關係之爭端為內容而已。公法關係之爭訟，而以正式訴訟手續行之者，稱之曰行政上當事者之訴訟。日本現時之國法，關於公法關係當事者間爭端之裁決，第一審，不採用正式之訴訟手續，使當事者之一方，聲請之於行政機關，由行政機關依書面審理裁決之。茲舉其重要之實例如次。（甲）關於市町村境界之爭，論由府縣參事會裁決之（市制五條 町村制）。（乙）市町村之境界爭論，乃公法的事件，不得起訴於民事法院，關於其爭論，府縣參事會有第一審

之裁判權，但其裁判，不以正式之訴訟手續行之，故法律不稱之曰裁判，而曰裁定。(乙)關於道路，

河川其他國的公物，公共團體所應負費用之比率，公共團體相互間有爭論時，法律通常定為得請求監

督官廳之裁定(例道路法三三條二項但書河川法五〇條三二內令依河川法五〇條之命令三條)。(丙)公共團體相互間，關於其課稅權之比率，有爭

議時，法律定為得請求監督官廳之裁定，例對於同一人，當數府縣賦課戶捐時，關於為其賦課標準之

所得之計算，府縣間有爭端時，亦得請求監督官廳之裁定是也(例府縣稅戶捐規則七條)。(丁)即在私人相互間，

在公權主體之地位，關於公法關係有爭議時，請求行政機關之裁決者，亦不少。例如依據漁業法(則五

，關於漁場之區域，漁業權或入漁權之範圍，漁業之方法，漁業者間有爭議，關係者得請求行政官廳

六條施行規五五條以下)裁決依據土地收用法(二二條以下)關於土地之收用或使用，起業者與土地所有者間，協議不

成立時，起業者得請求收用審查會之裁決，依地方鐵道法(一七條)，關於鐵道設備之共用與因變更所

需費用之負擔，地方鐵道業者間，協議不合時，得聲請由主管部長裁定之等，是也。

(三)依爭訟手續之普通行政行為 於關係者相互之間，非真有公法關係之爭議，僅關於普通之行政

行為，為慎重手續起見，而以爭訟手續處理，為其要件時，除前述行政上之處罰外，其例不多。試述

其一二如下。(甲)依據森林法(十四條以下)，如欲將森林編入保安林，或由保安林解除時，地方長官務將

此意通知森林所有者，及其土地所有者，且須公示，如有異議者，得提出意見書，然後經地方森林會

之審議，由主管部長決定之。(乙)依捕獲檢查令(二七勅令
一四九)關於戰時所捕獲之船艦，究應捕獲或解放，捕獲檢查所須詢問檢察官及利害關係人之意見，以檢定之。(丙)依新聞法(四三
條)，新聞紙之發行禁止，依刑事法院之判決宣告之。

三、行政上之覆審的爭訟

覆審的爭訟者，對於已行之行政行為，或事實上之行政作用，認為違法或不當者，請求再審查而發生之爭訟也。其目的，或在求行政行為之撤銷者有之，或在求其撤銷並以正當之行政行為代之者有之，或在求其除去因違法所發生之事實上之狀態者有之。

行政上之覆審的爭訟，自其形式上得分為四種。(甲)異議之提出(乙)訴願(丙)行政訴訟(丁)民事訴訟是也。

此等形式中，異議之提出，僅名稱上與訴願有區別，兩者之性質，係全相同，故得視為訴願之一種，可與訴願併論之。民事訴訟，屬於民事法院之權限，關於行政之爭訟，形式上為民事訴訟者，自屬例外。行政上之覆審的爭訟之主要者為訴願及行政訴訟之二種，試評論如次。

第二節 訴願

一、訴願之性質訴願與行政訴訟

訴願者，自其廣義言之，凡認行政作用爲違法或不當者，向行政機關請求其再審查之行爲，而形式上不以正式訴訟手續行之者，皆得稱之。凡行政作用，必須適合法規，而在法規之範圍內，必須適合公益。行政作用，有違反法規或妨害公益時，國家務須早日矯正，固不待言，行政上之監督，雖爲此目的而行之者，然僅以職權之監督，尙不足以保護人民之權利利益。因違法或不當之行政作用，人民之權利利益受侵害時，非使人民自有其救濟手段不可。訴願卽以此爲目的，凡對於違法或不當之行政作用，使其得求救濟之手段也。

日本國法上之訴願與行政訴訟之區別，在於其形式上之不同。行政訴訟，以正式之訴訟手續行之，而訴願則反是，此二者之所由別也。正式訴訟手續之要點，在以下之二點。(甲)裁判機關爲不受政府監督而有獨立之地位者，(乙)欲訴訟當事者有口頭辯論之權利是也。訴願與行政訴訟之區別，一視其有具備此二要素之與否而定。因此，結果上關於其內容，亦有多少之差異。故日本國法上之訴願與行政訴訟之差異，有下列三點。

(甲)機關之差異 日本國法，特設對於內閣有獨立地位之特別行政法院，以爲裁決行政訴訟之機關

、僅起訴於行政法院時，稱爲行政訴訟，屬於其他行政機關之裁決者，總稱之曰訴願或異議之提起。故簡單言之，行政訴訟，係謂屬於行政法院之訴訟，訴願、乃謂屬於其他行政機關權限之覆審的爭訟也。

(乙)手續之差異 訴願、原則上係用書面審理。雖依必要，得用口頭審問，然此爲受理訴願機關之自由裁量，而非當事者有此權利也。在行政訴訟、當事者有口頭辯論之權利，在法官之前，互得自陳述其主張，以相辯駁，此點與民事訴訟相同。

(丙)實質之差異 行政訴訟，僅認爲爭論行政作用之適法與不適法之作用，訴願則除爭論適法不適法之外，亦認爲爭論行政作用有適於公益與否之作用。蓋如行政法院之獨立機關，祇適宜於監督行政作用之適合法規，而不適於公益裁量之監督。反之，訴願、通常在對於處分機關有一般監督權之官廳，爲其裁決者，此等官廳，不僅監督其行爲適合法規與否，同時其適合公益之一點，亦爲監督上當然之任務故也。

訴願與行政訴訟，雖形式上有如此之區別，然此兩者，亦決非隨意分離者。日本國法上，訴願與行政訴訟之關係，得區別爲三種。(甲)關於某種類之事項，僅許訴願而不許提起行政訴訟者有之。其中如並非主張行政作用之違法，而僅以其公益上爲不適當者，僅得爲訴願之目的，而不足爲行政訴訟之

目的。又或與此正反對，關於某種事項，僅許行政訴訟，而不許提起訴願者亦有之。(乙)大抵關於同一之事件，訴願爲行政訴訟之前審。在主張行政作用之違法時，日本國法或有許其直接起訴於行政法院者，然通常皆先之以訴願，不服訴願之裁決時，始得起訴之於行政法院。在此種情況，行政訴訟對於訴願之裁決，有覆審訴訟之性質。(丙)時或關於同一之事件，在訴願與行政訴訟二者中，有使當事者自擇其一之自由者。尤其是關於得訴願於主管部長之事項，或訴願於主管部長，或起訴於行政法院，法律常有任之於當事者之選擇者。

一、訴願之種類

訴願，首宜分爲單純訴願與正式訴願。

(一)單純訴願。單純訴願者，乃由請願自由所生之結果，不待有法律之特別規定，無論何人，皆得自由提起者也。

單純訴願，爲廣義的請願之一種，得適用請願令。惟一般之請願，僅爲陳述對於將來之希望，而訴願，常對於過去之行政作用，請求救濟之，爲，此其所以異也。依據請願令，請願須以文書爲之，除呈請之於天皇者外，得由郵局寄呈關於請願事項有職權之官公署。單純訴願，亦依此規定，關於違

法或不當之行政作用，無論何人，皆得向有審查職權之機關，自由提起。蓋一切行政作用，除已發生實質上之確定力，或至於不可變更者外，行使該作用之官廳或上級官廳，有撤銷或變更，或命令撤銷變更之權，而單純訴願，即不外爲請願行使此種職權而已。自其效果言之，單純訴願，與一般請願同，實質上僅足以促官廳之注意，不發生何等法律上之拘束力，官廳對於適法之訴願書，雖必須受理，然對於其內容，不必一定有審查之義務，又不須與以裁決（請願令一三條曰對於請願不與指令）。訴願人，僅對於適法之訴願，有請求其受理之權利，而對於其審理及裁決，則無何等之權利也。

(二)正式訴願。僅在法律特認其權利時，得提起之，而官廳對於此種訴願，應予以審查裁決。在單純訴願，訴願人僅有請求受理之權利，而無請求審查之權。反之，在正式訴願，訴願人得有請求審查裁決之權利。正式訴願，非若單純訴願，不僅促官廳行使當然之職權而已，且使本無撤銷變更職權之官廳，依據訴願，得發生撤銷或變更之效力。因而此種意義之訴願，得下一定義，即正式訴願者，乃爲認行政行爲爲違法或不當者，不依行政訴訟之手續，對於行政機關，請求再審查之行爲，依此以使該行政機關，受有施行再審查，而予以裁決之法律上之拘束者也。

上述之訴願，不必定須法律付以訴願之名稱。即法律不稱之爲訴願者，如與上述相符合時，亦爲訴願之一種。尤其是在對於爲行政行爲之行政機關自身，請求其再審查，對其裁決，更許訴願之於上級

應者，其第一次之爭訟，法律雖不稱之曰訴訟，而稱之曰異議之提出或終決之聲請，然自其性質言之，全與訴願無別。以下本書所謂訴願者，專指上述之正式訴願而言。

三、訴願事項

訴願，僅關於法律所特認為有訴願權之事項，得以行之。此謂之曰訴願事項。訴願事項，須區別為依據一般法，與依據特別法之兩者。

(一) 依據一般法之訴願事項，由訴願法^(二二法律一〇五)所定，依此訴願，除法律勅令有特別之規定外，關於左列事件，得以提起之^(一條)。

- 一、關於租稅及手續費賦課之事件。
- 二、關於租稅納滯處分事件。
- 三、關於營業准許之拒絕或撤銷事件。
- 四、關於水利及土木事件。
- 五、關於土地官民有區分之查定事件。
- 六、關於地方警察事件。

此等列舉事項，大體與行政訴訟事項相同，故其說明，詳見於行政訴訟之一節中。惟關於地方警察之事件，僅許訴願，而不許行政訴訟，又關於關稅，不許行政訴訟，而訴願則關於一切租稅皆許之，此二者差異之點。所謂地方警察者，為屬於地方官廳權限內之警察處分之意也。

(二)除依據一般法所規定者外，依據種種之特別法律勅令，關於各個之事件，特許訴願者亦不少。此等特別法之規定，皆屬斷片的，其全體無一貫之立法主義。對於具有同樣性質之行政行為，亦有認有訴願權者，有不然者，就關於認有訴願權者而論，有僅許訴願者，有對於訴願與行政訴訟，得以自行選擇者，其規定不一。自大體言之，可分為下之三種。

(甲)訴願之提起，為提起行政訴訟之前提要件者，關於提起行政訴訟之事件，而能直接起訴於行政法院者，僅限於各部部长、內閣直轄官廳或地方上級官廳之處分而已，對於地方下級機關之處分通常，須先訴願於地方上級官廳，僅對於其裁決有不服時，始得更起訴於行政法院。(例、河川法六〇條、依下級機關或公共團體、得以訴願於地方長官、對其裁決有不服者、得提起行政訴訟。其他如此之例甚多。)有時須經異議之提起及訴願之二重手續始得提起行政訴訟者

(例、關於市町村會議員之選舉或當選之效力之爭議、第一次向市町村長提出異議、市町村長付之於市町村會之決定、如不服其決定者、第二次得訴願於府縣參事會、再不服其裁決者、第三次始得起訴於行政法院)即對於內閣直轄官

廳或地方上級官廳之處分亦須首先向該官廳提出異議，經其裁決後，始得提起行政訴訟者，為例亦不少。(例如依恩給法十三條、對於恩給局長、關於官吏恩給之處、有不服者、首宜求恩給局長之裁決、對於其裁決有不服時、始得提起行政訴訟。依府縣制一五五條、對於府縣稅之賦課、首先向府縣知事具申、提出異議、由府縣知事付交府縣參事會之決定、對於其決

定有不服時，始得
起訴於行政法院。

。凡此等之訴願事項，與行政訴訟事項，同其實質，其實訴願不外為行政訴訟之前審，故其事項之種類，皆詳於行政訴訟之項。

(乙)對於同類事項訴願與行政訴訟併許者，法律對於同種類之事項，大抵有許其訴願於主管部長，與起訴於行政法院之二途。但得起訴於行政法院者，僅以處分違法。而有毀損當事者之權利者為限，得訴願於主管部長者，則不必以處分之違法為要件，凡不當的侵害當事者之利益之事件，亦包含在內，此二者之所以異也。關於前者，法律有僅許起訴於行政法院，而不許訴願於主管部長者，有使當事者於起訴於行政法院，與訴願於主管部長之二者間，得任意選擇其一者，其主義全不相同。(例、市制一村制一三五九條三項、道路法五七條二項、公有水面堆積法四五條、都市計画法二五條二項等。近世大概之立法，皆設有「得依本法以九條、河川法起訴於行政法院時，不得訴願於主管部長」之規定。在處分之違法，且毀損權利者，定得起訴於行政法院，所得訴願於主管部長者，為限於此外之事例。反之，例如土地收用法八一條、森林法五五條、健康保險法八一條、恩給法一三條等，行政訴訟與訴願，則任之於當事者之選擇。)

(丙)僅認訴願權，而不許提起行政訴訟之事項，屬於此種之事項，普通為其事之性質，不適於行政法院之裁判者。關於雖非純然自由裁量之行為，而成文法上無明白準則之規定，乃依據行政機關之判斷以決定者，法律不許提起行政訴訟，僅准其得訴願於主管總長，其例頗多。如就市町村制言之，市町村會或市參事會之議決，有害公益或關於收支之不適當，府縣參事會因而為變更之裁決。(市九〇條、町七四條)。在市町村，為應急負擔所課徵之土地使用，及對此之損失補償。(市一〇六條、町一〇六條)，除有特別之規定者

外，關於市町村監督的府縣知事之處分（市一五八條），依市町村公吏懲戒之免職（市一七〇條），皆爲僅許訴願，而不許行政訴訟之事項。其他如感化院之強制入院（感化院法一三條），耕地整理（耕地整理法八條），琉球（沖繩）土地整理（琉球土地整理法二一條二二條），依古社保存法、強制國寶之博物館陳列（七條），依傳染病豫防法之清潔方法、消毒方法、豫防設施等，代執行之費用（二八條），對於依結核豫防法之建築物使用禁止之補償金，及基於從業禁止之生活費補給（施行令十七條）等，屬於同一之例者尙多。

四、訴願提起之要件

提起訴願之要件，有以下數者。（一）須爲關於法律或勅令所許訴願之事項，對於行政機關之處分，主張不服者，（二）須爲依法律或勅令，授與提起訴願之權能者，（三）須在法定之期間內，（四）須以具備法定形式之文書爲之（五）依法律或勅令，定爲須先經下級機關之裁決，然後得提起訴願者，須經由此手續是也。此等要件，概與提起行政訴訟之要件相同，故於次節，行政訴訟併論之，較爲便宜。茲所述者，唯關於訴願之提起，與行政訴訟主義上相異之諸點而已。

（一）行政訴訟之提起，必須主張行政機關處分之爲違法，反之、訴願提起之理由，除有特別之規定外，不必定須主張行政處分之爲違法，卽就其屬於自由裁量範圍內之行爲，如其裁量有過誤，致不適

公益時，亦得爲提起之理由。

(二)有提起行政訴訟權者，除有例外之規定，特許行政機關或一般人民，得行起訴者外，僅以主張自己之權利，爲行政機關之處分所毀損者爲限。反之有提起訴願之權者，除同一之例外外，凡主張行政處分之處分、有傷害自己之權利或利益者，亦包含在內。法律普通雖曰對於某某之處分有不服者，得行訴願，然此亦非毫無限制，無論對於何人，皆許其提起，乃僅對於直接之利害關係人許可而已。又訴願之提起，不必以權利之有毀損爲要件，故較之行政訴訟之起訴權者，其範圍較廣，例如對於道路不當之廢置變更，附近之居住者，雖無權利上之毀損，然以利害關係人之資格，得爲訴願。然非直接有物質上之利害關係，僅精神上感其利害者，則不得爲訴願人。

關於訴願人，除右述之外，尚有特別之規定，即關於多數人共同訴願之時，法律得命自其中選三名以下之代表而委任之是也（七條一項）。

(三)訴願之提起，有一定期間之制限，是猶行政訴訟之有起訴期間之規定也。然在行政訴訟，其期間之制限，有絕對之效力，除法定之猶豫期間外，因期間之經過，起訴權則全行消滅，反之，在訴願，如行政機關認爲有可原宥之事由時，即在期間經過後，亦得受理訴願書（八條三項），期間經過後，訴願者無請求其審查之權利，故受理與否，本依行政機關之自由裁量。唯行政機關受理時，則發生正式

訴願之效力，與在期間內提起者無所軒輊，同受應予審查裁決之拘束。（關於市町村制之異議提出，法律上亦認有同一之原則。市制一六〇條五項、町村制一四〇條五項）。

（四）關於訴願書之提出，與行政訴訟之訴狀，最重要之差異，在於以下諸點。即在行政訴訟，須於訴狀中，將為被告之行政機關指定，訴狀必添副本，直接呈之於行政法院，由行政法院將副本送交被告，使提出答辯書。反之在訴願則不須指定被告，僅於訴願書中，將不服之要點、理由、要求、訴願人之身分等，略為記載，即為已足，而訴願書非直接提出於訴願裁決機關，須經由為系爭處分之行政機關以提出之。換言之，在訴願，並無若行政訴訟之有原告被告形式上之對立，在被告地位之行政機關，常訴願書之經由時，即須繕具辯明書，與訴願書同時送交裁決機關、關於訴願提起期間之制限，即以提出於經由機關時，視為訴願之提起也。

五、訴願裁決之機關

訴願裁決機關，得區別之為四種。

（一）最普通者，乃以為處分的行政機關之直接上級機關，為裁決機關者是也。訴願法以此為一般原則。（二條一項「欲訴願者，須經由為處分之行政機關，向直接之上級行政機關提起之」）。故如法律勅令無特別之規定時，原則上，對於市町村長之處

分，則訴願之於支廳長，對於未置市長或支廳長地方之町村長之處分，則訴願之於府縣知事，對於知事之處分，則訴願之於主管部長，對於稅務處長之處分，則訴願之於稅務監督局長。

(二)時有以爲處分之行政機關自身，爲訴願裁決之機關者。其種類有二。(甲)處分機關自身，爲最高官廳者。依訴願法、(三)條對於各部部长爲訴願者，須向該部自身提起之。蓋以各部之上，已無監督

之上級機關，各部部长關於自己之行爲，定爲得由各部部长裁決其當否者也。(但對於各部之裁決，不許再訴、四條)。(乙)

當訴願於上級機關之前，爲前審之第一次，使其先請求處分機關之裁決者。此係依法律勅令特別之規

定所承認者，以期於未付上級機關審理之前，使處分機關自身，得有自省之機會者也。法律、通常雖

不稱此曰訴願，而曰異議之提出，然自性質言之，亦爲訴願。(例、依恩給法一二條一三條一項，關於恩給局長所爲之恩給權裁決，提出不服者，由恩給局長裁決)

。

(三)關於屬於地方之自治事件，則使地方團體之議決機關，爲訴願裁決之機關者頗多。市制、町村制及府縣制，定爲市會、町村會、市參事會或府縣參事會，關於種種事件，有爲異議之決定，或訴願裁決之權。

(四)關於特殊之事件，有設置特別機關，以爲訴願之裁決或審理者。如(甲)關於關稅之訴願，設關稅訴願審查委員會(關稅法六九條關稅訴願審查委員會規則)，(乙)爲審查關於所得稅及營業稅、課稅標準決定之異議、所設之

所得稅審查委員（所得稅法六條以下）及營業稅審查委員（營業稅法二條以下），（丙）為裁決對於地方審判所裁決之控告，所設之高等海員審判所（海員懲戒法三十九條以下），（丁）為檢定對於捕獲檢查所檢定之抗議，所設之高等捕獲所（捕獲檢查令二條以下），（戊）為審判關於業所有權之事件，於特許局設抗告審判官及審判官（特許局官制），（己）為審查關於依據健康保險法的保險給付保險金之不服，所設之健康保險審查會等，皆其例也。

六、訴願之審理及裁決

（一）訴願之審理，原則上，係採用書面審理主義，此為訴願手續與行政訴訟手續相異之主要點。在受理訴願機關認為必要時，固得為口頭審理，然非法律之要件，僅為依官廳之自由裁量之例外而已。訴願比之行政訴訟，其為保護人民權利利益之方法，其效果之所以極為薄弱者，固因訴願裁決機關，無完全獨立之地位，然此點亦為其主要原因。在行政訴訟，原告與被告對立，有口頭辯論之權利，互得爭其主張，而在訴願，則訴願人僅得以書面陳述自己之主張，對於其對方之行政機關的辯明書，全無反駁之機會。對於證據材料之蒐集，受理訴願機關，得以職權，收集必要之材料，然無若法院之得以及全力召喚證人及鑑定人，不應召喚者，則加以制裁之權能，因而實際上，通常祇就訴願人及行政機關所提出之證據書類，審理之而已。

(二) 訴願之裁決，究爲當事者之要求範圍所拘束與否，關於此點，依受理訴願機關之種類而有不同。如受理訴願機關，對於處分機關，爲有一般監督權者時，則基於其監督權，當然得以審查其處分，故其裁決，不爲當事者之要求所拘束，得依據職權廣及要求以外，而審理之裁決之，因而不妨變更前之處分，而予訴願者以不利益。反之，在受理訴願機關，無當然審查其處分之職權，僅依訴願之提起，始發生其權限者，原則上，須受訴願者之要求範圍所拘束，不得涉及要求以外，而爲審理裁決，因而不許變更處分，予訴願者以不利益。

(三) 訴願之裁決，以文書爲之，且須附具理由^(一四)。裁決書經由爲處分之行政機關，以交付之於訴願人^(一五)。而其裁決，自內容言之，得分爲以下三種。

(甲) 不受理 以其訴願不具備法律上之要件，因而拒絕本案之審查者也。事件非法律勅令之所訴願者，不經由應經由之行政機關者，須爲適法訴願權者之所提起者，訴願書有涉及侮辱誹毀者，經過法定之訴願期間者等等，皆不爲受理之原因。但僅缺欠訴願書之方式者，可指定期限交還，不成爲不受理之原因^(九)（^九訴願法）。

(乙) 認訴願爲無理由 而認可前之處分者 此與不受理不同，係就本案而審查之者，唯以訴願者之提議爲無理由，因而棄置之者也。此際之系爭處分，恰與未有訴願同，繼續有其效力。但其處分之效

力，不依此而加重，即在裁決後，其處分，依然爲下級機關之處分而有效力，下級機關於必要上得以撤銷或變更，與一般行政行爲無異。

(丙)以訴願爲有理由，認前之處分爲違法或不當者 此事例之裁決，更有種種。或僅撤銷前之處分者有之。或一旦撤銷之後，還於下級機關，以使其爲適當之處分者有之。或一旦將其撤銷，同時由受理訴願機關代爲決定者亦有之。

(四)關於爲訴願審理及裁決之期間，原則上雖無特別之制限，然法律時有命其自受理之日起，在一定之期間內，須爲裁決者（例市制三六條一項，一六〇條之二，町村制三三條一項，一四〇條之二；府縣制三四條四項，一二八條之二）。如在其期間內不與裁決時，則不待裁決，即可上訴之於上級審，此爲當然之理論，不待煩言者也。

(五)裁決之拘束力及執行力，與行政訴訟之判決略同。唯行政訴訟、常爲最終審，對其判決，全無上訴之途，而訴願之裁決，則除各部部长之裁決，或其他規定爲終審之裁決者外，常使對於其裁決不服者，在一定之期間內，得以提起行政訴訟或訴願之於上級機關以爭之，此二者不同之點。又在行政訴訟敗訴者，有負擔訴訟費用之義務，而在訴願，不發生費用負擔之問題，因而亦不發生對於人民行使強制執行之必要。

第三節 行政訴訟

一、行政訴訟之性質

行政訴訟者，乃關於行政事件之訴訟也，以其爲訴訟，故與他之行政作用有區別，以其爲關於行政事件之訴訟，與他之訴訟，尤其是民事及刑事訴訟有區別。故欲明瞭行政訴訟之性質，首先須論究訴訟之爲何物，次則反於行政事件。

(一) 訴訟者，自廣義言之，係謂凡關於法律關係之存否或形成，有爭議時，由該爭議關係者之請求，國家所行裁斷爭議之手續也。此意義之訴訟，與前所述之爭議，其意義相同(第一節)，若將訴訟之語，如此用之，則行政訴訟，實包含行政上一切之爭議，例如在市町村會，爲關於市町村會議員之選舉或當選效力之異議之決定，在府縣參事會，爲關於市町村境界爭論之裁決，皆爲此種意義之行政訴訟。至訴願，爲此意義之行政訴訟之一種，則更屬無疑矣。何則，訴願，大抵爲起訴行政法院之前審，而在訴願所裁決之事項，與在行政法院所判決之事項，自實質上言之，毫無稍異，故兩者在實質的性質上，全爲同一也。有關於某事項，固有僅許訴願而不許起訴於行政法院者，又有僅許起訴於行政法院而不許訴願者，然在此事例，二者皆爲裁斷關於行政事項爭端之手續，有同一之性質，自實質上

言之，其區別之理由，毫不存在。

自狹義言之，訴訟者，乃以正式之訴訟手續所行之爭訟也。普通所謂行政訴訟者，係指此種狹義之訴訟而言，而此種意義之行政訴訟，僅用之以稱行政上之爭訟之以正式訴訟手續行之者也。故與訴願及其他行政上之爭訟有別。

此種意義的訴訟觀念，專為手續上之觀念，其實質究為如何，非所過問。從來之學者，多有自其實質，以求決定訴訟或裁判觀念之標準，通謂裁判為一種行為，而以維持法規為唯一目的，就實在之事實，以確認法規之適用，將法規之所欲者，宣言之者也。因而謂此種意義之裁判手續，為訴訟觀念之要素，然以確認法規適用為唯一目的之行為，不必僅為裁判，普通行政行為中之一切確認行為，皆具有同一之性質，故不得以此為定裁判或訴訟觀念之標準。其觀念之要點，以余論之，不在於如此之實質的性質，專在其手續。換言之，狹義之行政訴訟者，乃在有獨立地位之法院，授與爭議當事者以口頭辯論之權利，以為裁斷關於行政事件爭議之手續也。

(二)行政訴訟者，關於行政事件之訴訟也。行政事件者，為關於適用行政法規之事件也。民事訴訟，以確認宣言民事法規之適用為目的，刑事訴訟，以確認宣言刑事法規之適用為目的，而行政訴訟，專在確認行政法規之正當適用，而以訟爭手續行之者也。

行政訴訟，非必恆爲保護人民之權利而存在者。從來多數學者，大抵以行政訴訟，爲保護個人公權，依行政機關之違法處分所侵害而存在者，與民事訴訟之爲保護個人私權，爲他之個人所侵害而存在者正相類似。日本憲法第六一條、稱行政訴訟曰『由行政官廳之違法處分所傷害權利之訴訟』者，蓋亦以此思想爲基礎者也。然此定義，未免失之過狹，夫傷害權利，不必爲行政訴訟之要件。在私法方面，法與權利，同其範圍，一切之私法規定，卽爲權利規定，故裁判私法規定之適用者，恆所以保護私人之權利者也。然在公法方面，法與權利，非有如斯之一致，公法主以公益爲目的，承認個人之權利者，僅限於保護個人之權利，同時爲適合公益者而已，公法之一大部分，非權利之規定，有爲純然之公益規定者，故裁判公法之適用，不必恆爲保護個人之公權。卽在日本現行法規，例如關於選舉之効力，或選舉人名簿之訴訟，府縣會之議決，依府縣知事撤銷時之不服訴訟等，不以之爲權利之侵害，而定爲得以提起行政訴訟者，其例不遑枚舉。行政訴訟，恆以確認行政法規之正當適用，維持法規之秩序爲目的，如其法規同時承認個人之權利時，行政訴訟，固可認之爲保護權利者，然此亦不必爲其要件。

日本現行法上，行政訴訟，常認爲覆審的訴訟。卽行政訴訟之得以提起者，常以有行政機關之處分（訴願之表決，異議之決定，皆包含在內）爲前提，以其處分爲違法者，始得提起之也。故就現行法論之，行政訴訟，得謂

之爲行政機關處分適法與否，再審查之手續。然此不必爲行政訴訟性質之要件。其中如爲公權主體之公共團體相互間有公權之爭論時（例、市町村之境界爭論），使其得自第一審卽以行政訴訟爭之，亦非爲違反行政訴訟之性質者。故行政訴訟之定義，僅可謂爲關於行政法規適用之訴訟，彼稱之爲以行政機關處分爲違法之訴訟者，殊缺正確。

(三)約言之，行政訴訟者係就行政法規之適用，詳言之，關於行政上法律關係之存否或形成，有爭端時，基於關係者之請求，在獨立之法院，以正式之訴訟手續，裁判其爭端，以確認其行政法規之正當適用之手續也。

此種意義之行政訴訟，得分爲三種。

(甲)抗告訴訟 凡認行政行爲爲違法者，對於該行政行爲所提起之不服訴訟，曰抗告訴訟。抗告訴訟，爲行政訴訟之最普通者，行使行政行爲之再審查，藉以矯正其違法者也。因起訴者之不同，更得分之爲三種。(一)爲因違法之行政行爲，有毀損自己權利之訴訟。日本憲法(六一條)上所規定之訴訟，專爲此種訴訟。(二)爲普通所稱爲民衆的訴訟，關於行政行爲之適法運用，對於認爲精神上正當之利害關係之一般人民，所許提起之訴訟也。日本現時之國法，僅關於選舉之爭訟，認有此種訴訟。(三)爲許公益代表者之行政機關，得提起之。在現行法，認府縣知事、府縣會、府縣參事會、市町村長、

市町村會、市參事會等所得提起之行政訴訟之例，甚爲不少。此等機關，非權利主體，故非爲有毀損自己之權利者，唯因其常執行行政法規之任，故關於矯正行爲之違法，爲職務上之正當關係者，認爲有起訴之權能者也。

(乙)當事者訴訟 在公權主體地位之當事者雙方間，關於公權或公義務，有爭執時，請求裁判之訴，曰當事者訴訟。自其在對等雙方權利主體間，發生權利之爭執，對於其爭執，以請求裁判之點言之，與民事訴訟同其性質，惟民事訴訟，係以關於私法之爭議爲內容，而此爲關於公法關係之爭議，爲其內容，此二者相差之點也。當事者訴訟，以公共團體相互間所發生之爭論，爲最普通，然在立於公權主體地位之私人相互間，或公共團體與私人間，亦得發生。但在日本國法上，當事者訴訟，在第一審不作爲行政訴訟論，而恆爲請求行政機關之裁決，已如前述(第二節)。僅在裁決後，關係者有不服時，定爲得以裁決機關爲被告，而起訴於行政法院。在此種事例，形式上視爲對於裁決不服之訴，立於被告之地位者，非爲爭論之對方權利主體，而爲其裁決之行政機關也。故自性質上言之，當事者訴訟，在現行法上，形式上、屬之抗告訴訟，形式上之當事者訴訟，爲日本國法上所未曾承認者。

(丙)先決問題之訴訟 屬於其他法院權限內訴訟之先決問題，關於行政事件發生爭執時，爲解決其爭端所提起之訴訟，曰先決問題之訴訟。先決問題，一般非爲獨立訴訟之目的者，日本國法，原則上

，關於先決問題，認本案訴訟管轄法院，有自決之權，此點容後詳述。惟亦有二三之特別例外認爲先決問題之訴訟，爲獨立之行政訴訟者。依河川法（四一條一項）六條二項）因關於河川違法之工事、設備、使用、占用、工作物之管理，曾受損害者，當爲損害賠償之請求，關於其工事，究爲違法與否，有爭論時，首先須提起訴願或行政訴訟，求違法之確認，非有確認之後，則不得提起民事訴訟。防砂法（四四條）亦有同樣之規定。

（四）某事件，究爲民事事件，抑爲行政事件，往往有疑而不能決定者，而以下舉之事例中，爲尤然。

（甲）一爲國家或公法人與私人之關係，不能辨其爲公法的或私法的關係者。關係手續費之賦課，法律一般許用行政訴訟，而手續費，究爲公法的，抑爲私法的，疑而不能決定者頗多，故其事件，究爲民事事件，抑爲行政事件，缺乏明瞭者殊不少。關於公法與私法之區別於第一章第三節既已論之，關於手續費於各論中更有詳述之機會，茲不述及。要之，在單純之私經濟的關係，國家或公法人對於私人之關係，與私人相互間之關係無異，法律上又得認爲與私人間之關係無區別處理之時，則該事件爲民事事件。其中，由行政上之不法行爲，所發生之國家或公法人之賠償責任，日本國法上，使屬民事法院所管轄。法律爲闡明此趣旨計，故於行政裁判法一六條，特定之曰，『行政法院，不受理損害要

償之訴訟」。至其原因，雖爲不法行政作用，然本案之損害賠償，專認爲私人經濟上之利益者，故法律以之爲民事事件。但法律所稱損害要償之訴訟者，僅指由人民方面，對於國家或公法人，請求損害賠償之訴訟而言。官吏或公吏，對國家或公法人之損害賠償義務，純然爲公法的性質關於此項之爭論，非民事事件，乃行政事件也。關於官吏對國家之賠償責任，會計檢查院有判決之權，故法律不使之爲行政訴訟事項，然市町村公吏對於市町村之損害賠償責任，法律定爲得以起訴之於行政法院（市制町村制條令三六）。

(乙)一爲單一之訴訟事件，與民事行政相關聯者。其中在依行政行爲，以設定、變更、確認或消滅私權時，關於該行政行爲之效力之爭論，同時卽所以爭私權之存否，一面有爲行政事件之性質，一面有爲民事事件之性質。例如對於查定土地之官民有區分之訴訟，自實質言之，爲所有權確認之訴訟。對於土地收用之裁決之不服訴訟，實質上不外爲所有權回復之訴訟。卽如關於工業所有權、礦業權、漁業權等之依行政行爲所形成之私權，亦恆發生同樣之問題。凡在此等事例，實質上雖爲屬於私權之爭論，然其權利，係依行政行爲而定，因而在其爭論，爲關於行政行爲效力之爭論時，常非民事事件，乃行政事件也。

一、行政訴訟之機關

爲審理判決行政訴訟所特設之機關，稱爲行政法院。行政法院之設置，乃憲法上所規定（憲法六）（一）條，憲法所採取之主義，在下列二點。一爲將行政裁判，自司法裁判分離，設置行政法院於行政部內是也。日本憲法，特曰行政訴訟，非司法法院所得受理者，即明示此趣旨者也。一爲雖以行政法院爲行政組織之一部，然與他之行政官廳有異，恰似司法法院之對於內閣有獨立之地位者也。日本憲法，將行政法院構成之規定，自官制大權除外，而定爲必須別以法律定之者，亦即示此趣旨也。

行政裁判與司法裁判分離之制度，發源於法國，至第十九世紀之後半期，始傳至德，更由德而輸入於日本者也。在法國定該制度之起源，係出於政府對法院之反目，政府深忌其施政爲法院所干預而遭障礙，在革命時代之立法，嚴行禁止司法權干預行政事宜，藉以保持行政權對司法權之獨立也。設置行政法院於行政部內之制度，起初亦係由此而發生者，及後雖政府與法院之反目，全行消失，然以行政法院之組織，既已發達，而其裁判，亦殊允允，其得國民之信用，故斯制尙能維持至今而不墜。

在日本無行政權與司法權反目之歷史，行政未嘗發生爲法院所妨害之危懼，在此點，與法國之事情迥異。日本憲法上，所以採取此制者，其理由之根據，雖在基於三權分立之思想，司法權須由行政權

獨立，而行政權亦不可不由司法權獨立，然此理由，亦不甚充足，何則，假令將行政法院設置於行政部內，然既使其自政府獨立，政府之行爲，依他之機關以批判，則與使行政訴訟，歸屬之於司法法院之權限，毫無以異故也。以予論之，其足爲行政裁判制辯護之主要理由，在實際上之根據，以行政事件，與民事及刑事事件，各異其性質，各舉其原理，因而其審理，亦須有特別之知識與經驗，使掌民事及刑事事件之審理者，同時常行政事件之審理，不甚適當也。

日本行政法院之創設，在明治二十三年，先是，明治五年（司法部令四六）地方官廳發布違法之規則或爲處分時，定爲人民得以地方官廳爲被告，起訴於通常法院，以郡長戶長爲被告者，則起訴於初級法院，以府縣知事以上爲被告者，得起訴於高等法院（控訴院）（行政訴訟之名稱，亦已於明治七年司法部令二四內用之），而法院須呈請之於太政官，請其指揮（關於府縣知事與府縣會之間，所生法律上之爭論，定爲得請法制局之裁定），及至憲法發布後，明治二十二年六月，始定行政裁判法（二三法律四八）設行政法院於東京，自同年十月一日施行之。

行政法院日本全國祇有一所，與民事裁判之最高法院（大審院）相當。惟與民事訴訟有異，行政法院之前審，形式上，不視爲行政訴訟，而以訴願或其他之形式審理之，形式上之行政訴訟，爲一審制度。

行政法院以院長及評事官組織之（現在之員額，專任十四名，二三勅令一一一）。院長爲特任，評事官爲簡任或薦任。由三十

歲以上，曾任高等行政官職五年以上者，或曾任裁判官職五年以上者，任命之（行政裁判法三條）。院長及評事官，依法律以保障其地位之獨立，殆與法官同，除有因身體或精神之衰弱，至不能執行職務，經行政法院總會之決議，依勅裁，命其退官者外，如不由刑法之宣告或懲戒處分，有不得反其意，命其退官、轉任或免職之權利（五條六條）。但在現行法，院長及評事官，得由他之官職兼任，兼任者，僅限於本官在職中，受此種地位之保障。

院長評事官，關於其裁判權之行使，有完全職務上之獨立，亦與法官相同。雖對於法律、須絕對服從，無審查其內容之權，然對於命令，自有審查其適法與否之權，關於違反法律之命令，須視為無效，而拒絕其適用。對於院長之指揮訓令，無服從之義務，完全依據自己之獨立的見解，以解釋適用法規。

行政法院設三部，各部獨立行使裁判。各部置部長，部長中之一人，由院長充任之，其餘，由簡任評事官中任之。部長及評事官之部屬，並各部所屬事務之分配，由院長定之（大正二勅令一三三行政裁判所令）。裁判、在各部以裁判長評事官五人以上之列席合議行之。裁判長由部長充之，部長有事故時，則依官等之順序，由該部之評事官代理之。判決、係以列席者之過半數議決，故參與該合議者，必須奇數，如因缺席而為偶數時，則將官等最低者除去，以議決之（行政裁判法九條）。

三、行政訴訟事項

行政法院，審判依法律勅令所許起訴於行政法院之事件（行政裁判法一五條）。謂之爲行政訴訟事項。

民事訴訟，不問其事項之如何，凡關於私法關係之爭論，常得提起，反之行政訴訟，關於公法上之一切問題，不必皆得提起，僅關於依法律或勅令所特許提起之事項，得以提起之，蓋在民事關係，國家係立於第三者之地位，僅依訴訟之提起，得以保護之，如關於民事事件，而有不得提起訴訟者，則至全無受國家保護之道。反之，在公法關係，國家自爲當事者，不待訴訟之提起，當然依行政權之作用，保持行政法規之正當適用，行政訴訟，不必爲國家保護之唯一方法。甚至依行政行爲之種類，與其依獨立之法院之判斷毋甯依普通行政機關之判斷，較爲適當，行政訴訟事項之種類，所以限定者其理由，蓋出於此。

行政訴訟事項規定之方法，有概括主義與列舉主義之別。前者係將概括的標準規定，凡適合其標準者，皆許提起行政訴訟，後者僅關於特別列舉事件，許其提起者也。日本國法上，係取列舉主義。

日本國法上之行政訴訟事項，依其規定之形式，得大別之爲兩種。一爲概括的列舉事項，一爲個別列舉事項。前者係依明治二十三年法律第一〇六號，以一般的標準所列舉者，後者係依種種之特別

勅令所許起訴之事項也。

(三)明治二十三年法律第一〇六號 關於下列五種事件 除依法律勅令有特別規定者外，凡依行政機關 違法處分，毀損權利者，得起訴於行政法院。

- 一、除關稅外，關於租稅及手續費賦課之事件
- 二、關於租稅滯納處分之事件
- 三、關於營業准許之拒絕或撤銷之事件
- 四、關於水利及土木之事件
- 五、關於土地官民有區分之査定事件

雖與上述之事件相當，然他項法律勅令有特別規定時，須依其規定，而不依據此法律。關於此等列舉所應注意諸點，列舉之如左。

(甲)關於租稅手續費賦課之事件者，係謂賦課法律上不得賦課之租稅或手續費，或行使法律上定額以上之賦課，或對於法律上得免除猶豫減輕者，無理拒絕，違法以命其擔保物之提供，一切關於租稅或手續費之賦課，違法以使其負擔義務等是也。茲所謂手續費者，僅指有公法的性質者而言。至於在何種情況，始可認手續費為屬於公法的，其說明，當於各論篇詳論之。租稅，含有國稅與地方稅之別，

然地方稅，在府縣制市制町村制有特別之規定，故受此法律之適用者，僅以國稅爲限。即就國稅而論，關於所得稅及營業稅之賦課，尙有特別之規定。

(乙)關於租稅滯納處分之事件者，係謂行政上強制徵收之方法，違法以行使財產之封押及公賣者是也。督促、僅爲滯納處分之準備行爲，而非滯納處分。即關於租稅以外之公法上之金錢給付義務（手續費、代執行之費、過料金等），法律定爲得依國稅滯納處分之例以處分之者固多，然在此等，不得稱之爲租稅滯納處分，故判決例，特曰除依法律勅令有特別之規定者外，非爲行政訴訟事項。

(丙)關於營業准許之拒絕或撤銷之事件者，係謂營業准許呈請之違法拒絕，或給與准許後，違法以撤銷者是也。其所謂營業者，意義甚廣，即關於醫業之自由職業，蠶絲業之原始產業，亦不得謂之與一般營業有別，而否定其行政訴訟之權利。營業准許，雖無警察許可或財政許可或公企業特許等之區別，然許可與否，任諸行政機關之便宜裁量時，其拒絕不發生違法處分，故不得爲行政訴訟之目的。所得爲行政訴訟之目的者。僅限於在營業准許受拒絕時，對於他人曾受營業准許者，第三者不得以其爲違法而起訴之。但准許之拒絕，可視爲包含全部拒絕與一部拒絕之二者，在附帶違法之負擔與條件，予以准許者，係與一部拒絕相當，得爲行政訴訟之目的。准許之撤銷，亦包含有全部撤銷與一部撤銷，營業之停止，爲一時的撤銷。

(丁)關於水利土木事件者，係指依道路之修築，堤防橋梁之設置，水面之占用、引水、疏濬、填築等，一切關於水或土地之行政作用，毀損人民之權利者而言。但關於此種事件，依道路法、河川法、防砂法、都市計画法等種種之法律勅令，設有特別之規定者頗多，關於有特別法之規定者，其起訴須依特別法。

(戊)關於土地官民有區分查定之事件，自其本質言之，為所有權之爭，雖似屬民事事件，然法律關於國有地與民有地之境界爭論，准由行政機關之行為查定(國有財產法一〇條以下)，因而對此之爭論，不外為行政行為之效力爭論，以故法律不以之為民事事件，而使屬於行政法院之裁判。

(二)依特別之法律勅令所許起訴之事件 係依種種之法令所規定。茲將其主要者，類別之如左。

(甲)關於警察處分，除營業准許之拒絕及撤銷外，一般雖不許行政訴訟，但結社之禁止(治安警察法八條)精神病者之監置(精神病者看護法一二條) 依據工場法之行政官廳的處分(工場法二三條)，依據市街地建築物法之處分等

，一定之事項，有特許其得提起行政訴訟者。

(乙)關於租稅手續費其他公法上金錢給付義務之賦課，及其滯納處分，除明治二十三年法律第一〇六號，有概括的規定外，尚有多數特別之規定。其中所得稅、營業稅、及府縣稅之賦課，府縣費之分賦府縣之使用費及手續費之徵收夫役現物之賦課，並此等之滯納處分(府縣制一一五、一一六) 同上之市町村

行爲(市制一三〇、一三一)市町村組合之組合費分賦(市一五五町)水利組合之組合費及夫役現物之賦課(町制一一〇、一一一)，加入費，使用費，及手續費之徵收，及其滯納處分(水利組合法五九條)農會及水產會經費之分賦，過怠金之徵收及其滯納處分(農會法三〇條水產會法二六條大正十年勅令二六一)健康保險之保險金，其他徵收金之滯納處分(健康保險法八五條)等，各有特別之規定。

(丙)關於土地及其他財產權之形成的行爲，須許行政訴訟者最多，法律上，大抵認爲有此種權利。其中土地收用法(八一條)都市計画法(二六條)道路法(五八條)公有水面填築法(四六條)河川法(六〇條)防砂法(四三條)鑛業法(八九、九〇、九一、九二、九三、九四、九五、九六、九七、九八、九九、一〇〇)漁業法(二三、二四、二五、二六、二七、二八、二九、三〇、三一、三二、三三、三四、三五、三六、三七、三八、三九、四〇、四一、四二、四三、四四、四五、四六、四七、四八、四九、五〇、五一、五二、五三、五四、五五、五六、五七、五八、五九、六〇、六一、六二、六三、六四、六五、六六、六七、六八、六九、七〇、七一、七二、七三、七四、七五、七六、七七、七八、七九、八〇、八一、八二、八三、八四、八五、八六、八七、八八、八九、九〇、九一、九二、九三、九四、九五、九六、九七、九八、九九、一〇〇)等，關於根據此種法律之處分，森林法(一八條)關於保安林之編入解除，市制(一三條)町村制(一〇條)關於市町村公物之使用權，認爲有提起行政訴訟之權利。(丁)關於官吏及公吏之權利義務，官吏或其遺族之恩給權(恩給法一三條)公吏之俸給、退休金、其他之給與(府縣九六、市一〇七、町八七)市町村公吏之賠償責任(市一七一，町三五)等，皆有行政訴訟之規定。

(戊)關於公法人之組織構成及監督之事件，在府縣制、市町村制、水利組合法等，各種之公法人法，皆有認爲得提起行政訴訟者。屬於此種者，得舉之如次。(一)關於選舉人名簿之異議，選舉訴訟及當選訴訟，議員被選舉權之有無(府縣一二、三四、三七、市二一、三六、三八、町一八、三三、三五、水利組合法二〇、二一)(二)市町村相互間之境界爭論(市五條町四條)(三)府縣知事與府縣會或與府縣參事會間，及市町村長與市町村會，或與市參事會間，所

發生之法律上之爭議（府八二、市九〇、町村四七）（四）國家對於公法人的監督權之違法行使（府八二、市九〇、一六三）等是也。

（己）行政上之處罰 如懲戒罰、執行罰等、依行政權之處罰，原則上不許行政訴訟。關於依行政權之處罰，認為有行政訴訟之權利者，僅有以下之二例。即（一）府縣知事及市町村長所科之過料，（市府二〇〇、町一〇九）（二）對於市町村公民之拒辭名譽職，市町村會所科處之制裁（市一〇、町村八）是也。

（庚）先決問題之訴訟，僅於河川法（六一條）及防砂法（二五條、四四條）見之，已如前述。

四、行政訴訟提起之要件

提起行政訴訟，須具備以下之各要件，即（一）訴訟之目的，係法律勅令所認為得以提起行政訴訟之事件（二）起訴者為有訴權者（三）以正當之對方為被告（四）須在起訴期間內（五）須以一定之方式（六）須經由必要之手續等是也。

（一）行政訴訟之目的 如欲某事件得為行政訴訟之目的，除須為關於依法律或勅令所定之行政訴訟事項外，尚須必為對於行政機關之違法處分，且非既判事項。日本國法上之行政訴訟，常為覆審的爭訟，係以有行政機關之處分為前提，而以其處分適法與否之再審查為目的者，故行政訴訟之提起，常

須主張行政機關之處分存在，且主張其爲違法，又其處分，尙須在可爭之狀態者。

(甲)得爲行政訴訟之目的者，僅限於行政機關之處分。行政機關者，包含國之行政機關與公共團體之行政機關，凡有爲行政處分權限之機關，皆稱之。府縣參事會，市町村會及市參事會，一般雖止爲議決機關，議決事項，不得自爲處分，但爲決定或裁決時，係直接對於外部而爲處分，此際有行政機關之地位。又行政訴訟之目的，僅限於行政機關之處分，因而於由大權直接行動之勅令之行爲，不得爲行政訴訟之目的。

(乙)行政機關之處分，至少須有形式上之存在。行政行爲之自始不存在者，無行政訴訟之目的，對此不得起訴。故例如欲對於市町村稅之賦課而能起訴，必須在市町村長發布徵稅令之後，僅在市町村會議決，市町村長尙未發令間，行政行爲尙未存在，市町村會之議決，雖爲違法，對之不得即行起訴。行政行爲因行政機關之撤銷，或期限之到着，解除條件之成就，或因其他之理由，已失効力，亦以行政行爲早不存在，不得爲行政訴訟之目的。故例如主張行政行爲既已失効，而請求失効確認之行政訴訟，至少在現行法上不得提起者也。反之，行政行爲自始缺欠有劬要件而爲無効，惟形式上尙屬存在時，爲請求其爲無効之確認，得以提起行政訴訟。

(丙)行政訴訟之目的，必須有行政機關處分之存在，故對於行政上之不行爲而要求其行爲，原則

上，不得提起行政訴訟。唯基於聲請之行政行為，法律對於其聲請，命其在一定之期間內處分者，如在同一期間內不為處分時，則可視為聲請之拒絕，對此得以提起訴訟而已。反之，在法律上無一定期間之規定，雖無行政行為，亦不得即視為聲請之拒絕，故無行政訴訟之目的，至少在現行法上無法以提起行政訴訟。

(丁) 法律所謂行政機關之「處分」者究屬僅為行政行為之意，抑包含事實上之行為而言，極為曖昧。尤其是關於水利及土木之事件，例如河川工事、堤防工事、道路工事等之公共工事，有因執行違法而毀損人民之權利者，於此時，是否得以行政訴訟，請求停止工事或回復原狀，在法律之明文上，殊不明白。在從來之行政判例，對於如此之訴訟，有認為適法訴訟而受理之者（例六，三，二六行判。某村經之許可，業經確定為適法，而原告更以工事自體為違法，有毀損原告之權利，若提起請求除去工事，恢復原形之訴訟。被告縣印事，以工事自體，非行政處分，主張不得為訴訟或行政訴訟之目的，而行政法院以關於公的營造物工事之施行，為法律所謂行政機關之處分判決，此為適法之訴訟。一三，三，六行判，關於以）蓋法律所謂處分者，不必與學問上所稱之行政處分同義，除法律的行為外，有時亦有包含事業的行為者，而在公共工事，以違法執行，有毀損人民權利時，不得以民事訴訟，請求其停止工事，或回復原狀，故允許其對此提起訴願或行政訴訟，可認為條理之當然要求，在此種意義，法律所謂行政機關之處分，視為包含事實的行為者，自屬正當。

(戊) 在以部令、廳令、府縣令等形式之行為，為違法時，亦得以命令為相當於法律之所謂行政機關

之「處分」，而對之得起訴與否，須視命令所發生之效果如何而定，命令有直接發生現實之效果者，有僅止爲抽象之規定，須由根據其命令所爲之行政行爲，始發生現實之效果者。在後者，依命令不發生權利上之毀損，必待有根據其命令所爲之行政行爲，始得起訴。在前者，依命令直接即發生權利毀損之效果，不待有行政行爲，故對於命令，認爲得得起訴。行政裁判例，亦採取此見解（例、九，二，十二）（例、九，二，十二，行判。縣知事以縣令變更於營業許可地域，將從來許可地域之一部削除之。因而該地域內之營業者，以此營業准許之撤銷處分，提起訴訟，行政法院以此爲適法訴訟而受理之。）

（己）行政訴訟之提起，必爲主張行政機關之處分爲違法者。就此而言，行政訴訟與訴願有異。訴願，不僅以審理行政處分之適法與不適法而存在，其公益上適當與否之審查，亦其存在之因，反之，行政訴訟，僅爲審理其適法與不適法之方法，其屬於行政機關自由裁量之範圍內者，行政法院無審理之權。

然處分之違法，不僅指違反成文法規者而言，違反不成文法者，亦包含在內。即在法規外形上所任於行政機關之自由裁量者，如其裁量非便宜裁量，而爲法律裁量時，其裁量過誤之行爲，亦爲違法之行爲，行政法院有審理其裁量果屬正當與否之權。行政法院之無審理權者，唯純然之便宜裁量問題而已。試舉一二例以說明之（1）關於營業准許之或與或否，法律雖無特別之規定，然若其營業於公益上並無妨礙，而拒絕其准許時，自屬違法，何則，營業以自由爲原則，所得制限自由者，僅限於有妨害

公益者而已故也。(2)在法律『爲保持安甯秩序有必要時』『公益上認爲有必要時』等，例如在規定得爲禁止結社等處分時，對於其行爲，果爲保持安甯秩序所必要耶，抑爲公益上有必要耶，而與以認定時，係爲羈束之行爲，而非便宜裁量，如其認定有誤，卽爲違法，行政法院有審理之權。(3)如對於市町村名譽之拒絕，市町村會視爲無正當之理由，以停止其公民權，對此事例，認定其有正當之理由與否，爲法律問題，得爲行政訴訟之目的。

行政處分之違法事項中，其違法之原因不在處分自體，而在爲處分根據之前提行爲者，亦包含之。例如當命令違反法律時，則根據其命令之處分，亦爲違法，在市町村會之議決爲違法時，則執行其議決之市町村長之處分，亦爲違法，市町村會之召集爲違法時，則其市町村會所爲之決定，亦爲違法。

(庚)行政訴訟之提起，須行政機關之處分，尙在可爭之狀態。行政處分之爲可爭者，第一，必須不經過起訴期間。關於起訴期間，容後論之。第二，必須其處分爲未經法院之判決，又未訴願於主管部長而經其裁決者。既經法院之判決，確定者，不問其爲行政法院之判決，或爲司法法院之判決，則爲既判事項，發生確定力，不得再爲審理之目的。關於已起訴於內閣總理或各部部长之事件，關於同一事件，法律定爲不得起訴於行政法院(行政裁判法十七條三項)。但在未裁決前，卽行撤回之時，如未經過起訴期間

，不妨提起訴訟。

行政訴訟之原告。在行政訴訟，得爲原告以提起訴訟者，須爲依法律勅令有起訴權者而後可。行政訴訟之起訴者，得分爲三種。

(甲)普通起訴權者，係其權利爲行政機關之處分所毀損者也。其所謂權利者，係指公權與私權而言，又除既得權被侵害者外，違法以賦課義務，或拒絕義務之免除，因而其權利受毀損者，亦包含在內。例如違法賦課多額之租稅，爲不得課稅之自由之侵害，違法拒絕營業之准許者，爲營業自由之侵害，二者均爲自由權之毀損，得爲行政訴訟提起之原因。反之，如在違法減課租稅，要求其增額者，如非課稅金額爲違法，僅算定方法爲違法者，乃欠缺權利毀損之要件，不得爲行政訴訟提起之原因。如關於對於妻之課稅，由夫起訴，關於家族營業准許之取消，由戶主起訴等，亦非毀損自己之權利，故亦爲欠缺起訴之要件。但受權利之毀損者，不必須受處分之對方，依對第三者之處分而權利被毀損者，亦得有起訴權(例，依滯納五分，將他人之財產封押時之財產所有者，封押財產上有抵押權者，依對第三者河川占用權之特許，自己之水利權被侵害者等)。法人，亦得以其名義，提

起行政訴訟(二項)

(乙)時有認爲行政機關方面，亦得提起行政訴訟者。例如對府縣參事會之決定，准由府縣知事提起訴訟(例，府縣制三四條六項，三〇條六項，一一五條六項，一二條三項)是也。認行政機關有起訴權者，非爲權利之保護，乃爲公益代表者

保持法規之正當適用也。

(丙)關於選舉人名簿之正否，及選舉或當選效力之訴訟，乃所謂民衆的訴訟，法律使與其選舉有關係之一般選舉人，皆有起訴權。此非因選舉人受權利之毀損而許其起訴，乃專爲求法規之正當適用而許其起訴者也。

(三)行政訴訟之被告。原告當提起訴訟之時，須於狀紙中，將被告之行政機關指出之。其應爲被告者，係爲爭訟目的之處分或裁決之行政機關也。原告得以法人自己之名義，當其地位，而被告則常須以行政機關之名義，不得以國或公共團體之名義。此係原于現行法之行政訴訟，專爲抗告訴訟之性質，在此點，行政訴訟，與民事訴訟異其主義。行政裁判法^(二五)雖曰『被告之行政機關，或其他之被告』，然在現行法，除覆審的訴訟外，不認有行政訴訟，故常以行政機關之處分，爲其爭訟之目的，因而非行政機關之被告，不得存在。

對行政機關之處分，提起訴願，而在訴願之裁決，承認前之處分，或不受理訴願，因而對此提起行政訴訟時，則前之處分，亦有效力，而其訴訟，係以訴願之裁決，與前之處分爲違法者，故應以處分機關爲被告，難免不發生疑問。行政裁判法，關於此點，雖無明文之規定，然在行政裁判例，認爲得於處分機關或裁決機關之二者中，任擇其一爲被告。

(四)起訴期間。行政訴訟，係以行政機關之處分，爲爭議之目的，在未判決以前，其處分之效力，常在未確定之狀態中，若延久不決，此非所以保持行政秩序之道，以故行政訴訟之提起，與訴願或異議之提起相同，有一定起訴期間之限制，此爲當然之性質。如起訴期間經過時，則其處分確定爲適法，除處分全然無效者外，已不得爭議。

起訴期間，除法律勅令有特別規定者外，以行政機關交付或告知處分書或裁決書之日起，六十日爲原則(二二條一項)。關於依特別法者，別有期間之規定。此事件若爲非處分之對方，第三者不_不起訴權者，

其處分公示之於一般時，則於其公示之日起，不公示者，則以置於得知有處分之狀態時，爲告知之日，此爲當然者也。關於期間之計算法，則準用民事訴訟之規定(一六條以下)。關於原告不住居法院所在地

之猶豫期間，以及因天災地變其他不可避免之事故，不能嚴守期間之原狀恢復，亦從民事之規定(六一七條一七四條)。

(五)訴狀之程式。行政訴訟，應用文書提起於行政法院(一四條一項)。訴狀須記載(甲)原告之身分、職

業、住所、年齡、(乙)被告者，(丙)要求之事件及其理由，(丁)證據，(戊)年月日之各事項，由原告簽名蓋章，尙須附具原告所經歷之訴願書，裁決書，並證據書類，及送付被告之必要副本等(二

六項)(二)。行政訴訟之文書，無貼訴訟用印花之必要(四二條)，但爲无書類送達等之費用，有豫納日金二圓

之義務（三三帶）。訴訟形式之缺陷，不成訴訟不受理之原因，法律定為得限期發還，以使其改正（七二項二）。在指定之期間內，改正提出時，即在法定起訴期間之後，尚須受理。

（六）經由手續。行政訴訟之提起，除依法律勅令有特別之規定者外，須先訴願之於地方上級行政機關，經其裁決。但對於各部部长之處分，或內閣直屬官廳或地方上級行政機關之處分，即得提起行政訴訟（一七條一）（二項）。關於依特別之法律勅令者，則各依其所定。

五、行政訴訟提起之效果

訴訟一經提起時，法院須將訴狀副本送交被告。指定相當期間，使提出答辯書（二八條）。如認為必要時，更得指定期限，使原被告交互提出辨駁書，及再度之答辯書（二九條）。

訴訟一經提起，其事件即繫屬於法院，法院受有審理判決之拘束。該事件在法院繫屬中，關於同一之事件，原告或被告，再提起行政訴訟時，對方以在繫屬中之故，得為妨訴抗辯，要求其不受理。

訴訟之提起，其所及於其訴訟目的之處分，或裁決之效果，因事情而有不同。（甲）原則上，其處分或裁決，依訴訟之提起，無停止執行者（一三條）何則，裁判結果，未有反對判決以前，行政行為，皆被推測為適法故也。故例如對於租稅之賦課，雖提起訴訟，而行政機關得徵收其所賦課之金額，對於不

納者，得爲租稅滯納處分，對於營業准許之撤銷，雖提起訴訟，然營業禁止之效力，不因此而有所妨礙，倘繼續營業，則不免處罰。(乙)行政機關及行政法院，依其職權或原告之請願，認爲有必要時，得停止其處分或裁決之執行(同條但書)。蓋一時停止其執行，於公益上亦無妨礙，而在依執行以使原狀回復困難時，不如停止執行爲適當也。例如對於租稅滯納處分，有訴訟之提起與否，不停止其執行，將所封押之物件，付之公賣，對於法人之解散處分，不拘有訴訟之提起與否，而行使清算，其他如建築物之移轉命令，違法工事之原狀回復命令等，如強制執行之時，有使回復原狀，竟至不可能，或成極困難者，此等務必以停止其執行爲適當。(丙)法律有規定當然停止其執行者。屬於此例，爲處分之性質上，不適於當然推測爲適法者，或因其執行，使原狀回復困難者。例如對於市町村名譽職之拒絕，在市町村所爲公民權停止之處分(市制一〇條村制八條四項)，府縣稅市町村稅等之滯納處分之封押物件之公賣(府縣制一六條七項，市制一二一條八項，町村制一二一條八項)是也。

六、行政訴訟之當事者

(一)原告及被告。凡訴訟手續，有立於起訴者之地位，請求裁判者，與立於對方之地位，而爲被訴者。此雙方之地位，稱之曰當事者地位。即在行政訴訟，日本國法，亦認有立於雙方之當事者而稱之

曰原告及被告。然行政訴訟之原告被告，與民事訴訟之原告被告迥異其性質。民事訴訟之原告被告，爲互爭權利之真正當事者，而在行政訴訟，非爲真正意義之訴訟當事者之對立。日本國法，無認當事者訴訟爲行政訴訟者，日本國法所認之行政訴訟，不外爲對於行政機關處分或裁決之抗告訴訟，故在立於被告之地位者，常爲其處分或裁決之行政機關也。立於原告之地位者，通常雖爲依其處分或裁決，遭權利毀損之個人或團體，然有時亦有行政機關立於原告之地位者。在後者，原告被告皆爲行政機關。而行政機關立於訴訟當事者之地位，恰如在刑事訴訟之檢事地位，僅爲求法規之正當適用，手續上行使當事者之職分而已，非真爲爭權利之當事者也。換言之，行政訴訟之當事者，僅爲形式上爭訟之對方而已，非爲真正意義的爭權利之當事者也。

在行政訴訟，立於原告及被告之地位者，究爲何人，已如前述。在原告，爲依行政處分遭權利之毀損，或受違法的義務賦課之個人，而原告在訴訟繫屬中死亡時，則其訴訟原因之權利或義務之得以繼承者，當然得以繼承其訴訟。例如關於租稅賦課之訴訟，關於土地官民有區分查定之訴訟，關於鑛業許可之訴訟是也。反之，若訴訟原因之權利或義務，爲專屬於個人之一身而不得繼承者時，訴訟亦不得繼承，依原告之死亡，訴訟亦消滅。例如對於市町村公民權停止不服之訴訟，關於市町村會議員之被選舉權有無之訴訟是也。關於營業准許之拒絕或撤銷之訴訟，如其營業准許爲不得繼承者時，例如

醫師准許，亦屬此例。在民衆的訴訟，其原告死亡時亦同。在行政機關立於原告或被告之地位，而行政機關有交替時，固然發生訴訟之繼承，即在行政機關被廢止，或喪失關於訴訟事項之權限時，其繼承關於該事項之權限之行政機關，當然亦繼承其訴訟。

關於當事者訴訟之能力，多數人之共同訴訟等，行政裁判法，無特別之規定。以準用民事訴訟法之規定爲適當。

(二)參加人。行政法院當訴訟審問中，得使與該事件有利害關係之第三者，參加其訴訟，或由第三者之請求，得許其參加之（三一條一項）。此第三者，稱之曰參加人。行政訴訟上之參加人，與民事訴訟上之參加人，其性質不同。在民事訴訟之參加，有主參加與從參加之別。主參加，係爲自己請求訴訟目的物之全部或一部，對於當事者雙方提起訴訟者也。從參加，係以當事者一方之勝訴，與自己有利害關係，因補助其一方，而爲附隨之訴訟行爲者也。反之，行政訴訟之參加，與此二者皆異，乃自爲訴訟當事者。與原告及被告，有同一的訴訟法上之權利義務，受判決之效果者也。行政訴訟，非如民事訴訟，有真正意義之當事者雙方之對立，故立於當事者之地位者，不必僅以二者爲要件，在有參加人之參加時，當事者爲三方分立之形態。

行政訴訟之參加，爲行政訴訟特有之制度，而其必要，係由於行政訴訟之特別性質。蓋行政訴訟，

雖恆以行政機關爲被告，然與其裁判有直接利害關係，受判決之直接效果者，非爲被告之行政機關，反多爲第三者，因而有使其參加訴訟之必要。例如關於甲村與乙村之境界爭議，不服縣參事會之裁決者，由甲村，以縣參事會爲被告，提起行政訴訟，乙村雖在第三者之地位，然關於系爭事件，爲真正爭議之當事者，當然有使其參加之必要。又如對於某甲當選爲某村會議員，村長以其當選爲無效。以縣參事會爲被告。提起行政訴訟，則某甲當然不得不參加。行政訴訟之參加，多見之於此等事例。其與原告被告爲不同之主張者。則與民事訴訟之主參加相類似，其與原告被告中之一方爲同一之主張者，則與從參加相類似。在法律雖稱之爲第三者，然究其實，爲真正之訴訟當事者，其與原告或被告之所以異者，僅在其于訴訟繫屬後，參加訴訟之一點而已。

(三)公益辯護委員。行政裁判法，又認有公益辯護委員之制。在主管部長認爲有必要時，得命委員出庭，爲公益之辯護(三五條一項)。蓋行政訴訟之結果，直接對於行政發生影響，爲使主管部長得主張行政上之利益，特認此種制度。公益辯護委員，雖爲主管部長之代表，而非訴訟當事者，然有口頭辯論之權，恰與當事者同。

(四)訴訟代理。得爲行政訴訟之辯護人者，僅以行政法院所認許之律師爲限(一四條)。行政官廳，依其官吏之呈請，使主管部長所任命之委員，爲訴訟代理(三一條)。或委任訴訟代理，或自爲訴訟行爲

，當事者可任意爲之，在行政訴訟，不得強制訴訟代理。惟依訴訟代理人之訴訟，須以書面證明訴訟代理之委任。

七、行政訴訟之審理

關於行政訴訟之審理手續，行政裁判法之規定，極不完全，僅有數條之規定，其無規定者，法律則曰『得依行政法院之所定，適用關於民事訴訟之規程』(四三條)。自法律之文字上言之，民事訴訟法中之規定，何者得爲行政訴訟所準用，一若全任之於行政法院之所自定，然若如此解釋，則行政訴訟手續，全然爲行政法院之自由裁量，未免有違反訴訟手續之性質。法律之本意，蓋在除行政訴訟之性質上，不許準用者外，一般民事訴訟之規定，亦得準用之於行政訴訟，至關於何種規定，爲性質上所不許者，則任之於行政法院之認定也。

關於行政訴訟之審理，有須注意之主要原則，列舉如次。

(一)不告不理之原則 在行政訴訟，亦與民事訴訟同，得適用『無訴訟則無裁判』之原則。原告須於訴狀中，將所要求之事項明示，法院僅在其所要求之限度內，得爲審理，不得涉及訴訟目的事項之範圍以外。但訴訟目的之範圍如何，係依訴狀全部之記載而認定，不得僅依訴狀中一定之聲請而判斷之。

。雖在一定之聲請中所未記載，或不明瞭者，如自訴狀之全部觀之，得認為原告要求事項所包含者，亦須視為訴訟之目的。

(二)審理之範圍 行政法院不僅審理法規解釋適用之正當與否而已，關於得適用之法規之前提，其事實之存在與否，亦有審理之權。行政法院雖與民事之最高法院之地位相當，同為最高之法院，然民事之最高法院為上告審，僅止於裁判法規之解釋適用。而行政法院則不僅關於法律問題而已，即關於事實問題，亦不受行政機關認定之拘束，有獨自認定審理之權。

(三)口頭審理及書面審理 行政訴訟之審理，與訴願審理，極不相同。訴願，僅以書面審理為原則，而行政訴訟，當事者有口頭辯論之權，法院於豫先所指定之期日，召喚原告、被告及參加人為口頭審理(三三條一項)，然非若民事訴訟之適用嚴格的口頭辯論主義。在民事訴訟，僅口頭辯論，可斟酌以為判決之由，(民訴一〇三條以下)，而行政訴訟，依書面之辯論，亦與口頭辯論有同樣之效力，訴狀、答辯書、辯駁書及再辯書(二二條)等，皆不僅為準備書面，其自身亦有辯論之效力，法院須斟酌之以行裁判。因而此等書面，不僅記載事實上之關係，即法律上之討論，亦須記入之也。

行政訴訟一口頭審問，(甲)當事者之全部拋棄口頭辯論之權利時(三三條二項)及(乙)當事者之全部，於召喚之日期不出庭時(四二條)，得不施行，即就文書以為判決。其判決之效力，亦不因此未施行口頭

審問而有所減少，因而行政訴訟，無如民事訴訟之缺席裁判制。

(四)職權審理主義 在民事訴訟，裁判上應斟酌之事實及證據方法，全依當事者之陳述而定(當事者陳述主義)

。反之，在行政訴訟，關於此點，與刑事訴訟同，採取職權審理主義。蓋民事訴訟，為私人當事者相互間之爭訟，國家立於無關係的第三者之地位，故就當事者之陳述，足以判斷其正否，無須自國家方面，進而闡明其真相。而行政訴訟則係直接關於行政上之事項，國家自為其關係者，以故除當事者所陳述之事實及證據方法外，必須以法院之職權，將其真相闡明。換言之，法院不必為當事者之陳述所拘束，得自由採用依職權獨立所審查之事實及證據方法，以為裁判之材料，又得以當事者所不援用之理由為判決之理由。雖當事者間所不爭之事實，法院得依自由心證以否認之，當事者之自白或拋棄，亦無如民事訴訟法之效果。關於證據之調查，除當事者所提出之證據外，得以職權搜集必要之證據，不由當事者之要求，得依職權召喚證人鑑定人，使為證明及鑑定。法院又得命評事官，或委託通常法院，或行政機關，為其調查證據(三六條)。

然法院以職權搜集必要之證據，僅為法院之權能，而非其義務。如當事者對其所主張之事實，不提出何等之證據時，法院無為當事者之利益自行搜集證據之義務，因得以無證據之故，否認其事實。

當事者在訴訟之進行中，無論何時，得提出新證據，又如訴訟之目的不變更時，關於其理由，無論

何時，亦得以變更或附加之。在前審之訴願或異議之提起所未陳述之新理由或事實，亦得陳述。

(五)職權進行主義 關於訴訟手續之進行，在行政訴訟，亦與民事訴訟異。不必為當事者之聲請所拘束，得依法院或審判長之職權，使其進行。答辯書，辯駁書提出之期限，口頭審問之期日，審問之中止、再開，開庭之延期，審問之終結等，皆依法院之所定。

(六)裁判之公開 裁判公開之原則，在行政訴訟，亦與民事訴訟同。惟因有妨礙安寧秩序，傷害風俗之虞，或有行政機關之要求時，得以行政法院之決議，停止對審之公開(三六條)。

(七)證據方法 行政訴訟所許之證據方法，亦與一般民事訴訟同。關於證人鑑定人不應審問時之制裁，亦得準用民事訴訟法(二八九條以下)，由行政法院自行判決(一八條二項)。

(八)法官之除斥及迴避 亦與民事訴訟有同樣之原則，除斥及迴避，由法院決議之(一〇條，一一條)。

(九)審問之中止 為等待其他裁判結果，而中止審問，亦與民事訴訟有同樣之原則。『行政法院，關於審問中之事件，因民事上之訴訟，認為有須待通常裁判之確定時，得中止其審問』(三九條)。惟此

非法律上之必要，乃依法院自由裁量之行爲也。行政法院，即當民事上之問題，為其裁判之先決問題時，亦有獨立審理之權，不必等待其他裁判之結果。惟在現在繫屬中之民事事件者，為避免判決之衝突起見，自以待其結果為適當。

(十)關於行政訴訟之審問手續，有事故之聲請時，行政法院得自判決之（條四）。

八、行政訴訟之判決

(一)判決之種類。行政訴訟之判決，與民事訴訟同，有中間判決與終局判決之別。中間判決者，係謂爲終局判決之準備，關於在訴訟進行中發生之爭點所爲之判決。例如訴訟目的事項，究爲依法律所許提起行政訴訟之事項與否而發生爭論時，則辯論僅以此點爲限，關於此點，須先爲判決者是也。終局判決者，係謂完結該訴訟事件之全部或一部之判決也。

終局判決，有全部判決與一部判決之別。一部判決者，係謂事件之一部、業已成熟，可資裁判，依法院之便宜，就其一部所爲之判決也。此種判決，僅在於訴訟目的、分爲二以上之爭點者，得以爲之，要之、其所提起者，本爲單一之訴訟，而依法院之意見，分之爲二部分以上而裁判之者也。中間判決，非對於訴訟目的事件之自體，與以決定，僅對於決定該事件所必要之前提問題，與以決定而已。而一部判決則係關於事件自體，決定其一部分者也，此爲二者不同之點。全部判決，係謂完結事件全部之判決。行政訴訟之判決，大抵爲終局判決，且爲全部判決。

判決，又得分之爲訴訟判決、與本案判決。訴訟判決者，係謂不涉及事件之內容，專就訴訟之適否，

所爲之判決也。本案判決者，係謂關於事件之內容，所爲之判決也。

訴訟判決，或有爲中間判決者，或有爲終局判決者。中間判決之訴訟判決，爲對於妨訴抗辯、爲其聲請不成立之判決，有此判決時，更歸本案審理判決之。終局判決之訴訟判決，恆爲不受理訴訟之判決。

(二)判決之內容。行政訴訟之終局判決，自其內容言之，得分爲三種。即(甲)訴訟不受理之判決(乙)認原告之請求爲無理由之判決(丙)以原告請求之全部或一部、爲有理由之判決是也。

(甲)不受理之判決。訴訟如不具備行政訴訟要件時，除僅欠缺訴訟之方式者外，法院得以附有理由之判決書，不受理訴訟(行政裁判法_{二十七條})。不受理爲拒絕本案審理之行爲，恆於下舉六種事例行之。即，

(1)訴訟之目的、非爲依法律勅令所許提起行政訴訟事件時，(2)原告非爲有起訴權者時，(3)不以正當之對方爲被告時，(4)起訴期間已過時，(5)須經訴願之裁決者，而未經其裁決、或未經其他法律所要求之前審之手續時，(6)已起訴於各部或內閣，經其裁決者，或已經法院之判決者時。

訴訟之目的、究爲適合行政訴訟與否而爲爭議時，行政法院有以最終之權力，自行判決之權。法律爲闡明此旨，因有次之規定，所謂『行政法院關於其權限自行決定』(二〇條_{一項})是也。此由行政法院爲最

高審之法院、所發生之當然結果。起訴於行政法院之事件，究應受理與否，全由行政法院自行決定，

一旦決定，即發生確定力，無論何人，不得變更之。

(乙)請求棄却之判決 此為以原告(或參加人)(以下準此)之請求為無理由，而拒絕其請求之判決。訴訟乃以具備行政訴訟之要件為前提，就本案審理之結果，定原告之請求為不成立者也。

請求棄却之判決，得分為二種。(1)一為將原告之主張否定，而確認系爭之處分或裁決為適法者也。此係以既行之處分或裁決，為無撤銷或變更之理由者，其處分或裁決，仍然繼續有效，既存之法律狀態，不受何等之變更。(2)一為系爭之處分或裁決，於訴訟進行中，喪失其效力，因而訴訟無目的者也。例如鑛業權者，為供鑛業之用，受有得使用他人之土地之裁決，該土地所有者，對此不服，因而提起行政訴訟，當其訴訟進行中，鑛業權消滅，因而土地使用之裁決，亦喪失效力，同時行政訴訟亦成為無目的(五，六，二)。對於府縣會議員市町村會議員失職之決定，提起不服訴訟之後，府縣會市町村會突遭解散，或因其他之原因，議員喪失其職時，亦至無訴訟之目的(一〇，四，二六判例，雖取反對之見解，此余之所難同意者也)。對於行政機關之處分，提起訴訟後，行政機關以職權自行撤銷其處分者亦同(八，一二)。不問其原因如何，訴訟之目的，一經消滅，原告請求，即成為無理由之請求，得棄却之。

(丙)請求容認之判決 以原告之請求為有理由，容認其全部或一部之判決也。

行政訴訟之判決，為當事者要求之範圍所拘束，與民事訴訟相同。法院不得比原告所要求者，為更

有利於原告之判決，又不得比被告所聲請者，對於原告爲更不利益之判決。例如對於租稅賦課之訴訟，原告對於租稅金額百元之賦課，僅主張有五十元納稅之義務時，法院惟在五十元乃至百元之範圍內，得爲判決。審理之結果，以五十元以內 課稅爲正當時，須與以五十元之判決，以百元以上之課稅爲正當時，亦與以百元之判決。此爲不告不理之原則所發生之當然的結果。

行政訴訟之判決，不必僅爲撤銷系爭處分或裁決，亦得自爲代此之決定。日本國法上之行政法院，非單純之破壞法院。法律僅曰『行政法院審理依法律勅令所許起訴於行政法院之事件』(一五)條，關於其裁判權之範圍，無詳細之規定，然苟無特別之規定，當然得就其訴訟之一切內容，爲審理判決。如訴訟之內容，不僅爲要求違法行政行為之撤銷，且爲要求行政機關之正當行爲不行爲者時，行政法院得代行政機關爲其所應爲之行爲，或得命行政機關以一定之行爲不行爲。

容認原告請求之判決，依其內容，更得分之爲(1)確認判決(2)給付判決(3)形式判決之三種。

(1)確認判決，係謂確認系爭之行政行爲爲無效，或行政作用之違法之判決。行政行爲爲無效之確認訴訟，通常稱爲行政處分撤銷訴訟。即在判決，亦不問其爲撤銷有效成立之行政行爲，抑僅爲就本來無效之行政行爲，確認其爲無效，通常皆曰『某某處分撤銷之』，然在其行政行爲，不得撤銷，當然爲無效者時，其所謂撤銷者，實祇有無效確認之意義，其判決爲確認判決。反之，在以有效之行政

行爲爲違法而撤銷之時，則係依其判決，始喪失其效力者，非確認判決，乃形成判決也。

違法確認之訴訟，與無效確認之訴訟有異，僅於先決問題之訴訟，得視其實例。例如河川工事，其權利遭傷害者，當其對國家提起損害賠償之訴訟時，其先決問題，爲以行政訴訟，請求確認河川工事之違法是也。反之，在普通之抗告訴訟，主張行政行爲之違法者，恆爲請求其撤銷，非僅爲請求違法之確認也。

確認判決之效果，僅以公的權威，確定其所確認之事項，使無論何人，不得再起爭執而已，直接不發生變更法律關係之效果。

(2) 給付判決者，係謂對於關係行政機關，命以一定行爲之判決也。例如以租稅之賦課爲違法，命其將業已徵收之金額交還，以河川工事爲違法，命其除去，以營業准許之拒絕爲違法，命其予以准許等是也。他若將系爭之事件，交還原行政機關，使之更爲適當之處分或裁決者，亦屬同一之例。一切給付判決，對於行政機關有命令之效果，行政機關受有依其所判決者，而爲裁決或處分之拘束。法律曰「行政法院之判決，關於其事件，羈束關係行政機關」(一八條)，卽所以表示此旨者也。

(3) 形成判決者，係謂一種之判決，直接變更國家或公法人與人民間，既存之法律關係者也。或僅消極的以系爭之行政行爲爲違法，而撤銷之者有之。此種得稱之曰、撤銷判決，或消極的形成判決。

此種判決，與無效確認者不同，本來有效之行政行為，依判決始喪失其效力者也。或積極的由法院自為代系爭行為之決定者有之，例如決定所得稅課稅標準之所得金額，於當選訴訟，決定某人為當選人，於市町村之境界爭論，決定其境界，於國有林野退還處分之訴訟，決定退還等是也。在此等事例，其判決有積極的創設效果，國家或公法人與人民間之關係，直接依判決而確定。此得稱之曰積極的形成判決。

(二) 訴訟費用。關於訴訟費用，行政訴訟，亦準用民事訴訟法之規定（七二〇以下）。原則上，須由敗訴者負擔之。行政機關敗訴時，其訴訟費用，則歸行政機關所代表之國或公共團體負擔之。訴訟費用之負擔者，及其負擔之比率，以判決宣告之。

訴訟中被告之行政機關，自行撤銷繫爭處分，遂至失其訴訟目的者，原告之請求，雖即變為無理由之請求，應遭棄却之結果，然此可認為被告之行政機關，自己承諾原告之請求，訴訟費用，當然歸被告負擔。

(四) 判決之形式。判決須以書面為之，並須將其謄本，交付各訴訟當事者，但不必如民事訴訟，以口頭宣告之。判決書，須於主文之後，附記理由，具備法定形式（四二〇）。判決，須於審問終結之日，十四日以內宣告之（行政裁判所令七條）。

(五)判決之拘束力。判決，依其內容，得以拘束一切之關係者。行政訴訟之判決，與民事訴訟之判決不同，不僅拘束訴訟當事者而已。民事訴訟係以當事者間之權利爭端，爲其內容，其判決、僅止於確認當事者間之權利範圍，以故受其拘束者，僅當事者而已。而行政訴訟之判決，乃確定行政行爲之效力，或爲新的行政行爲者，以故與一切之行政行爲相同，有拘束關係者之力，不僅對於當事者有拘束力而已。法律雖曰『行政法院之判決，關於其事件，羈束關係之行政機關』(一八)，又於使第三者參加訴訟時，則曰『行政法院之判決，對於第三者亦有效力』(三一條)，然訴訟目的之事件，乃依判決之效力而確定，關係者、不問其參加訴訟與否，當然受此拘束，關於同一事件，不得再行起訴。

但判決之拘束力，僅得及於訴訟目的之事件，即與此有同性質之事件，如不爲訴訟之目的者，直接不依此而受影響。例如對於以市町村會議爲基礎之市町村賦課之不服訴訟，雖以其議決爲違法，因而有撤銷其處分之判決，然其撤銷之效果，僅及於對原告之賦課處分，雖與此受同一之市町村賦課，而未會提起訴訟者，直接不受其效果，必由市町村另行撤銷，始喪失其效力。

(六)判決之確定力。行政訴訟之判決，與民事訴訟之確定判決同，有形式的及實質的之確定力。

形式的確定力者，係謂其判決、不許再依訴訟以爭之力是也。訴訟之手續，依此終了，即當事者有不服時，亦無上訴之方法。在民事及刑事訴訟，對於確定判決，法律於一定情況之下，准許提起再審

訴訟。反之，對於行政訴訟判決，現行法則曰『對於行政法院之判決，不得請求再審』(一九條)。此規定所稱爲『再審』者，究與民事訴訟法所謂之再審同義與否，甚屬疑問。對於民事及刑事訴訟之確定判決，許予再審訴訟，獨對於行政訴訟之判決，無論何時，絕對不許再審訴訟，其爲不合理也明矣。故其所謂『再審』，毋寧解爲覆審之意，較爲適當。然從來之行政判例，皆解爲絕對不許再審，因而行政法院之判決，一經宣告，則絕對確定，無論如何，決無翻覆之途。

實質的確定力者，係謂訴訟目的之事件，被以最終之效力決定，關於同一事件，不許再行審理變更之力是也。如關於同一事件，再爲訴訟目的時，法院須以之爲既判事項而拒却之。

但判決之實質的確定力，因判決以後所發生之事由，不妨變更其法律關係。判決、恒以判決當時之狀態爲前提，若以其後所發生之事情爲理由時，則關於同一事件，亦得再爲審理之目的，此在訴訟法之意義上，已經不得認爲同一之事件也。

(七)判決之執行力。行政訴訟，常以行政機關爲被告，故如民事訴訟之發生強制執行者極少。法院依其判決、命令行政機關履行特定之行爲時，法律認行政機關之行爲，依行政上之普通監督方法，已足以監督其履行，故不必與行政法院以強制執行之權限。

唯關於訴訟費用，在原告敗訴時，則歸原告人民所負擔，因而對於人民有發生強制執行之必要。然

在此際，行政法院亦無自爲強制執行之權，法律、通常將其執行委託之於通常法院（二一）。

第四節 行政與司法權之關係

一、司法法院關於行政之權限

司法法院爲管轄民事事件者，關於行政，一般無裁判權。憲法上，明將司法裁判與行政裁判分離者，即所以表示不使司法法院有審理行政事件之權者也。

然對此原則，亦有一二例外，茲舉之如此。

（一）先決問題之審查。訴訟上之先決問題者，乃謂在訴訟事件當爲判決時，須先決定其理由之問題，而其事項之性質，本來屬於其他法院之權限者也。關於民事及刑事訴訟之行政上之先決問題之處理方法，得有三種。（甲）先起訴於關於先決問題有權限之法院，非得其判決後，關於本案，定爲不得起訴者。河川法（六一）防砂法（四四）係採取此主義，依違法之行政作用，遭損害者要求損害賠償時，應先提起行政訴訟，如不確定其爲違法之後，則關於損害賠償，不得提起民事訴訟。（乙）有決定先決問題之必要時，或依法院之職權，或依行政機關之抗議，中止訴訟手續，而移之於行政法院，候其判決，然後就本案而判決者。日本國法、一般不採用此種主義，惟民事訴訟法（一一）曰「訴訟之全部或一

部之裁決，與其他之繫屬訴訟應決定之權利關係之成立或不成立，有關聯時，法院可中止辯論以待其
他訴訟之完結，』故關於民事訴訟之先決問題，發現有繫屬於行政訴訟者，原則上、須待其判決確定，
一時中止其裁判。但此種規定，非強行的規定，法律以任於法院自身之職權，法院不必定行中止裁
判，又行政機關方面，亦無要求其中止之權。(丙)在判決本案之法院，自有審查先決問題之權，日本
國法、原則上係採用此種主義。故例如在刑事法院，裁判官吏之職務犯罪，在民事法院，裁判由於官
吏職務上之不法行爲之賠償責任，法院對於先決問題，有審查官吏究有職務違反之行爲與否之權。當
裁判偷漏稅罪，得審查先決問題之納稅義務之有無、及法律上之納稅額等，當裁判公務執行妨害罪，
得審查其公務執行之究爲適法與否。

(二)基於行政上不法行爲之損害賠償。因違法之行政作用，或因公物之設置與保存、有未盡善，致
侵害第三者之權利時，國家或公法人所應負之損害賠償責任，以其原因係基於行政權之行動言之，則
有行政事件之性質，以其專爲被害者之經濟利益，與民事上之賠償責任，法律上同其性質言之，則有
民事事件之性質。而究使之屬於行政法院或民事法院之權限，純爲立法政策上之問題。日本國法，一
切損害賠償之訴訟，置於行政法院權限之外，以之爲民事事件，使屬諸民事法院之管轄。法律所謂『
行政法院不受理損害賠償之訴訟』(一六)者，即所以表示此旨者也。

(三)公法上之損失補償。自其性質言之，雖非民事事件，而爲公法上之問題，然在日本國法，定爲與損害賠償之訴訟相同，不使之屬於行政法院之權限。在法律上之處理，亦因情況而有不同。(甲)或以之爲民事事件，使得起訴於司法法院者有之，(乙)或使之得訴願於主管部長者有之，(丙)或以行政機關之裁定，爲最後之處分，全不認有救濟方法者有之。其屬於民事法院之權限者，則以法律所明言者爲限。

(四)關於選舉之訴訟。關於衆議院議員選舉之爭訟，法律皆不使屬於行政法院之管轄，形式上，使爲民事訴訟，歸民事法院所管轄。蓋使立法部立於行政機關監督之下，甚爲不當故也。但有形式上爲民事訴訟，而實質上爲純然之行政事件，不適用民事訴訟法之規定者。其中(甲)關於選舉之訴訟，非若民事訴訟之以當事者間權利之爭議爲內容，乃以選舉人名簿、選舉執行或當選人之決定，爲違法之訴訟，故其原告或被告，與民事訴訟之原告或被告，迥異其地位，僅爲訴訟手續上之當事者而已。因而關於訴訟當事者之民事訴訟法之規定，真以當事者權利爭執爲前提者，不得適用。(乙)民事訴訟法上之當事者陳述主義，不得適用於關於選舉之訴訟。關於裁判上所斟酌之理由及證據，不爲當事者之陳述所拘束，應以法院之職權審理之。(丙)判決之效果，不僅拘束當事者，且有拘束國家及人民之效力。

關於府縣會議員及市町村會議員選舉之訴訟，一般雖屬於行政法院之管轄，但當選為議員者，以當選舉運動之際，支出超過法定額之運動費為理由，所提起之當選無效訴訟，則特以之屬於司法法院之管轄。自性質上言之，此固為行政訴訟，然以事與刑爭裁判有關聯，法律認為以之屬於司法法院之裁判為適當。

(五)對於抗告審判之判決之上告。關於特許、實用新案、意匠及商標之爭訟，法律雖以之屬於特許局審判官之審判，然其最終審，有不服抗告審判之判決者，得以其判決違反法令為理由，起訴於最高法院。特許權、實用新案權、意匠權及商標權，皆為私權，而關於此等之爭端，即為私權之爭端，自此點言之，一面有為民事事件之性質，然此等權利，依行政機關之登記，始發生效力，以行政機關之處分，為其效力發生之要件，因而關於該權利之爭執，不外為關於行政機關處分效力之爭執，自此點言之，一面有為行政事件之性質。然於司法法院與行政法院二者中，究以屬於何者為宜，則為立法上之便宜問題。日本國法，在下級審，則使之屬於行政機關之審理，而在最終審，則使之屬於最高法院之裁判，因而最高法院在此限度內，有審理行政處分適法與否之權。

二、權限爭議

司法權與行政權，各有一定之權限，不得互相侵犯，然以權限之分界，或有不明，因而往往有發生權限之衝突者。司法權與行政權間，有權限衝突而為裁定之手續者，稱之曰權限爭議。

權限爭議之制度，以司法裁判與行政裁判之分離為前提。如英美等國法律關於行政事件，亦認司法法院有同等權限者，權限爭議，毫無存在之理由。但在日本國法，係以司法法院不得干與行政事件為主義者，必須防止司法權依權限爭議，侵入行政之區域。權限爭議之制度，僅於法德等有特別行政裁判制度之諸國見之。

此諸國之權限爭議制度，得分為積極之權限爭議，與消極之權限爭議。(甲)積極之權限爭議者，係繫屬於司法法院之事件，而性質上認為屬於行政事件，由行政機關方面提起者，如提起後，該訴訟事件，則即行中止，由權限法院裁決該事件究屬於何種法院之權限，而其裁決，有拘束法院之效力者也。其目的專在防止司法權侵入行政領域，籍以保護行政權之獨立。故得以提起爭議者，僅限於司法法院受理行政事件為限，而其提起之權能，僅屬之於行政機關。關於行政法院受理民事事件時，全然不認有此種爭議之制度。(乙)消極之權限爭議，與此全異其目的，其主旨在保護訴訟當事者之裁判拒絕。所以得以提起之事例，係同一事件，為行政法院及司法法院所認為屬於其他之權限而不受理者，其提起之權能，屬之於訴訟當事者。此時權限法院之判決，有拘束關係法院之力。

日本現時之國法上，尙無此種權限爭議之制度。行政裁判法雖曰「行政法院與通常法院或特別法院間所起之權限爭議，由權限法院裁決之」（二〇條），又曰「權限爭議，在未設權限法院前，由樞密院裁定之，裁定之手續，則依勅令所規定」（四五條），然其後不僅無權限法院之設置，樞密院亦未定有裁定手續。日本政府於明治二十五年之第四議會、及三十四年之第十六議會、雖曾將權限裁判法案，提出之於議會，然未經議會通過，其後、亦無法律案之提出。故在今日、全無提起權限爭議之途，行政裁判法之規定，僅爲一紙空文而已。

依日本現時之國法，司法院及行政法院，各自決定其權限，其所受理之事件，究屬於自己之權限與否，依自己之裁判決定之，其判決即發生確定力，完全有拘束他方之力。故關於經行政法院判決之同一事件，司法院不得認爲民事事件受理而裁判之。關於曾經司法院判決之事件，行政法院亦不得審理之。凡經判決之事件，關於權限之問題，認爲既決事項，有一般的拘束力。

因此，一面、雙方法院間，有發生權限之重複，同一性質之事件，無論任何法院，皆得以之爲屬於自己之權限而受理之。他面、雙方之法院，又均得拒絕裁判。爲除去此弊害計，權限法院之設置，實爲今日刻不容緩之急務也。

中華民國二十二年八月付印
日本行政法撮要(上卷一册)
中華民國二十二年九月出版
定價 大洋一元四角

版權
所有

原著者 美濃部達吉

譯述者 楊開甲

校閱者 陳大齊

徐天嘯

董道寧

印刷者 考試院印刷所

發行者 考試院

代發行處
各省市及
民智書局及各大書坊

上海图书馆藏书

6-17 JUNE 1935
3203



9541 212 0020 43138

交通大學圖書館珍藏
CHIAO-TUNG UNIV. LIBRARY

~~A3655~~

3-3755

~~113685-7~~