

512
212

9 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10¹⁹ 1 2 3 4 5

始



美濃部達吉著

行政法撮要
總論

東京書肆有斐閣

美濃部達吉著

行政法撮要

總論

東京有斐閣

大正
13. 3. 29
丙交

512-212

目次

第一篇 總論.....一

第一章 基礎觀念及基礎規律.....三

第一節 行政權.....三

- 一 行政權ノ觀念其一、實質ノ意義ニ於ケル行政.....三
- 二 行政權ノ觀念其二、形式ノ意義ニ於ケル行政.....七
- 三 行政權ノ作用.....一
- 四 行政權ノ限界.....一六

第二節 行政法.....二〇

- 一 行政法ノ觀念.....二〇
- 二 行政法ノ法源.....二五
- 三 殖民地行政法.....二八

第三節 公法關係.....三一

- 一 公法關係ノ性質.....三一

二	一般統治關係ト特別權力關係	三五
三	國家的公權ノ授與	三八
四	公法上ノ法律原因	三九

第四節 行政行爲……………四三

一	行政行爲ノ觀念	四三
二	行政行爲ノ種類	四六
三	行政行爲ノ內容	五一
四	行政行爲ノ附款	六三
五	公法上ノ契約	六六
六	行政行爲ノ效力	七一

第五節 行政行爲ノ無效及取消……………七四

一	行政行爲ノ不存在、無效及取消	七四
二	無效ノ行爲ト取消シ得ベキ行爲トノ限界	七七
三	行政行爲ノ無效原因	七九
四	行政行爲ノ取消	八七

第六節 行政上ノ強制執行……………九五

一	總論	九五
---	----	----

◎二	代執行	九七
三	執行罰	九九
四	直接強制	一〇一
五	行政上ノ強制徵收	一〇四

第七節 行政上ノ損害賠償及損失補償……………一〇四

一	行政上ノ不法行爲ニ基ク國家又ハ公法人ノ賠償責任	一〇五
二	公法上ノ損失補償	一〇七

第二章 行政組織……………一一一

第一節 國ノ行政組織總論……………一一一

一	行政組織權	一一一
二	行政機關ノ種類	一一七
◎三	行政官廳ノ代理及事務ノ委任	一二一
◎四	行政官廳ノ監督	一二三
五	行政機關ノ構成員	一二六
六	委任行政	一二八

第二節 現行官制ノ梗概……………一三〇

一	中央官制	一三〇
二	地方官制	一三五
三	殖民地官制	一四二

第三節 官吏法……………一五一

一	官吏關係ノ法律上ノ性質	一五一
二	官吏關係ノ成立	一五五
三	官吏ノ權利	一六一
四	官吏ノ義務	一六六
五	官吏ノ責任	一七五
六	官吏關係ノ變更	一八八
七	官吏關係ノ終了	一九〇

第四節 公共團體總論……………一九三

一	公共團體ノ法律上ノ性質	一九三
二	自治行政	一九八
三	公共團體ノ種類	二〇一
四	公共團體ノ監督	二〇五

第五節 地方團體……………二〇八

一	地方團體ノ構成	二〇八
二	地方團體ノ設立	二一〇
三	地方團體ノ權能	二一一
四	地方團體ノ義務	二一六
五	地方團體ノ機關	二一九
六	地方團體ノ吏員(公吏)	二二一
七	地方團體ノ消滅	二二四

第六節 公共組合及營造物法人……………二二五

一	公共組合ノ種類	二二五
二	公共組合ノ設立	二二八
三	公共組合ノ權利義務	二三〇
四	公共組合ノ機關及其構成員	二三三
五	公共組合ノ消滅	二三五
六	營造物法人	二三六

第七節 現行地方自治制ノ梗概……………二三七

一	市町村ノ性質及構成	二三八
二	市町村ノ機關	二四二
三	市町村ノ權能及自治負擔	二五三

四	市町村ノ監督	二六一
五	市町村内ノ區	二六五
六	市町村組合	二六九
七	北海道及府縣	二七〇
八	殖民地ノ地方自治制	二七七

第三章 行政上ノ争訟

第一節	總論	二八一
第二節	訴願	二八四
一	訴願ノ性質訴願ト行政訴訟	二八四
二	訴願ノ種類	二八八
三	訴願事項	二九〇
四	訴願權者	二九三
五	訴願裁決ノ機關	二九四
六	訴願ノ提起	二九六
七	訴願ノ審理及裁決	二九九
第三節	行政訴訟	三〇二

一	行政訴訟ノ性質	三〇二
二	行政裁判所ノ構成	三〇六
三	行政訴訟事項	三〇九
四	行政裁判所ノ權限	三一六
五	行政訴訟提起ノ要件	三二一
六	行政訴訟提起ノ效果	三二四
七	行政訴訟ノ當事者	三二六
八	行政訴訟ノ手續	三三〇
九	行政訴訟ノ判決	三三四
第四節	行政ト司法權トノ關係	三四一
一	行政ニ關スル司法裁判所ノ權限	三四一
二	權限争議	三四四

第一篇 總論

第一章 基礎觀念及基礎規律

第一節 行政權

一 行政權ノ觀念、其一、實質ノ意義ニ於ケル行政

行政法ハ行政權ニ關スル法ニシテ、行政權ヲ其ノ中心觀念ト爲ス。然レドモ國家ノ作用ヲ立法司法及行政ニ區別スルハ或ハ作用ノ性質ニ基キ、或ハ之ヲ行政機關ノ種類ニ基クヲ以テ、其區別ノ標準ノ異ナルニ隨ヒ、行政ノ觀念ニ付テモ、立法又ハ司法ノ觀念ニ於ケルト同ジク、其ノ實質的意義ト形式的意思トヲ區別スルコトヲ要ス。

實質的意義ニ於テハ行政トハ刑政及法政ニ屬スルモノヲ除ク外、總テ法規ノ下ニ於テ行ハルル國家ハ一切ノ作用ヲ謂フ。

(一) 行政ハ法規ノ下ニ行ハルル作用ナリ。法規トハ國家ト臣民トノ間ニ其雙方ヲ拘束スベキ效力ヲ有スル意思ノ強要的規律ナリ、必ズシモ具體的ノ一事件ニ關スル規律ナルト一般抽象的ノ規律ナルトヲ問ハズト雖モ、當ニ新ナル規律ヲ定ムルモノナルコトヲ其觀念ノ要素ト爲ス(五頁以下參照)。法規ハ或ハ國家ノ制定ニ依リテ生ジ、或ハ其他ノ原因ニ依リテ生ズ。國家ガ法規ヲ制定スル作用ヲ立法ト謂フ。行政ガ法規ノ下ニ行ハルル作用ナリト謂フハ、行政ガ國家ト臣民トノ間ニ新ナル意思ノ規律ヲ定ムルモノニ非ズシテ、既ニ定マレル規律ノ下ニ其範圍内ニ於テ國家ノ目的ヲ達スルガ爲ニスル作用ナルコトヲ意味ス。立法ハ法規ヲ作り、行政ハ其下ニ活動ス、行政ニ依リテハ如何ナル場合ニモ既定ノ法規ヲ破壞シ、又ハ既定ノ法規ノ認メザル新ナル權利ヲ與ヘ義務ヲ命ズルコトヲ得ズ。行政ニ依リテ國家ト臣民トノ間ニ意思ノ規律ヲ定ムルコトヲ得ルハ唯法規ニ依リテ定マレル抽象的規律ヲ實在ノ場合ニ適用シテ以テ其規律ノ效果ヲ完成スルコトニ在ルノミ。

然レドモ行政ガ法規ノ下ニ行ハルル謂フハ、決シテ行政ガ法規ヲ執行スルニ止マルトスルノ意ニ非ズ。西洋ノ法律語ニ於テハ從來立法權ニ對スル語トシテ執行權ノ語ヲ用キ、執行權ト行政權ト同一ノ意義ニ用キルノ例ナリト雖モ、行政ハ決シテ單ニ既ニ決定セラレタル國家意思ヲ執行スルノ作用ニノミ止マルモノニ非ズ、法規ノ範圍内ニ於テ自ラ國家意思ヲ決定スル多クノ作用ヲ包含ス。行政ハ唯法規ノ認メザル新ナル權利ヲ設定シ義務ヲ命ズルコトヲ得ザルノミ。法規ノ定ムル所ニ從ヒ權利義務ヲ設定スルコトハ行政權ノ範圍ニ屬スルハ勿論、權利義務ニ直接ノ關係ナキ事項ニ付テ國家意思ヲ決定スルハ行政權ノ當然ノ作用ニ屬ス。

(二) 行政ノ觀念ハ刑政及法政ヲ除外ス。刑政トハ犯罪者ヲ刑ニ處スルガ爲ニスル國家ノ作用ヲ謂ヒ、法政トハ私法關係ニ關與スル國家ノ作用ヲ謂フ。刑政及法政ノ作用ハ即チ實質ノ意義ニ於ケル司法ニシテ、行政ハ法規ノ下ニ行ハルル國家ノ作用中司法ヲ除キタルモノヲ謂フナリ。行政ト司法トハ法規ノ下ニ行ハルル國家ノ作用ナルコトニ於テハ全ク其性質ヲ同ジウスルモノニシテ、寧ろ兩者ヲ合セテ之ヲ廣義ノ行政ト謂フヲ正當ト爲ス

ベシ。行政ト司法トノ間ニ判然タル性質上ノ區別アリト爲シ、行政ハ法規ノ下ニ於ケル自由ノ活動ニシテ、唯法規ノ制限ヲ破ルヲ得ザルニ止マルニ反シテ、司法ハ法規ヲ實在ノ場合ニ適用スルコトヲ目的トスル行爲ニシテ、法規ニ束縛セラレ、全ク自由裁量ノ餘地ナキコトヲ本質ト爲ストスルノ說ハ普通ニ行ハルト雖モ、正當ナル者。兩者ノ區別ハ一ニ其目的ニ存スルモノニシテ、等シク法規ノ下ニ行ハルル國家ノ作用ノ中、刑政及法政ニ屬スルモノヲ司法ト爲シ、其他ノ國家ノ目的ノ爲ニスル一切ノ作用ヲ行政ト爲スノミ。

(三) 行政ハ國家ノ作用ナリ。行政作用ノ大部分ハ其實質ニ於テハ私人ノ生活行動ト區別シ難キモノアリ。立法權及司法權ガ常ニ國家ノ支配權ヲ前提ト爲シ隨ツテ其實質ニ於テモ國家ニ特有ナル作用ニシテ私人ノ行動ニ於テ其類ヲ求ムルコトヲ得ザルニ反シテ、行政ノ作用ハ必ズシモ支配權ヲ其前提ト爲スモノニ非ズ。國家ハ統治團體タルト共ニ經濟團體タル性質ヲ有シ、而シテ經濟團體トシテノ國家ノ活動ハ多クノ場合ニ於テ私人ノ經濟的行動ト其實質ヲ同ジウス。行政ノ作用ガ私人ノ行動ト區別セララルル所以ハ一ニ其作用ガ國家ニ出ヅルト否トニ

在リ。國家ノ作用ナルガ故ニ公ノ性質ヲ有シ、以テ私ノ行動ト區別セララルルナリ。

行政ガ國家ノ作用ナリト謂フハ必ズシモ國家ガ直接ニ自己ノ機關ニ依リテ自ラ之ヲ行フコトヲ要件トスルノ意ニ非ズ。本來國家ノ目的ニ屬スル作用ト雖モ、國家ハ或ハ自ラ之ヲ行ハズシテ、他ノ團體ニ其作用ヲ行フ權利能力ヲ付與シ、其團體ノ事務トシテ之ヲ行フコトヲ承認スルコトアリ。國家ノ下ニ於テ國家ノ承認ニ基キ國家事務ヲ行フコトヲ存立ノ目的トスル團體ヲ公共團體又ハ公法人ト謂フ。公共團體ノ作用ハ直接ニハ國家ノ自ラ行フ作用ニ非ズト雖モ、尙其淵源ヲ國家ニ發シ、本來國家事務タル性質ヲ有スルモノナルヲ以テ、等シク行政ノ範圍ニ屬ス。換言スレバ行政權ノ直接ノ主體トシテハ國家ノ外尙公共團體ヲ舉グルコトヲ要ス。

二 行政權ノ觀念、其二、形式ノ意義ニ於ケル行政形式的意義ニ於テハ行政トハ國ノ行政機關及公共團體ハ、權限ニ屬スル作用ヲ謂フ。

(一) 形式ノ意義ニ於ケル行政ハ、現實ノ國法ニ於ケル國家組織ヲ其觀念ノ基礎ト爲スモノニシテ、即チ國ノ行政機關ガ國ノ組織法上或程度ニ於テ他ノ機關ト分離セラルルコトヲ其前提ト爲ス。

第一ニ、國ノ行政機關ト區別スルコトヲ要スルモノハ、**皇室ノ機關**^①及**軍令機關**^②ナリ。我ガ現在ノ國家組織ハ皇室ノ事務及軍令事務ヲ國家事務ト區別シ、天皇ノ下ニ各別種ノ機關ヲシテ之ヲ掌ラシムルコトヲ大體ノ主義ト爲ス。固ヨリ天皇ハ國ノ元首タルト共ニ皇室ノ家長タリ、軍ノ大元帥タルノ地位ニ在マシ、國家事務皇室事務及軍令事務ノ總テヲ通ジテ、等シク天皇ノ總攬シタマフ所ニ屬スト雖モ、天皇ヲ輔弼シ及ビ大命ヲ承ケテ其事務ヲ分掌スル機關ハ三者各、原則トシテ相分離セラル。國務ノ機關ハ之ヲ概括シテ政府ト謂ヒ、皇室ノ機關ハ之ヲ宮中ト謂ヒ、而シテ軍令ノ機關ハ之ヲ軍隊ト爲ス。形式ノ意義ニ於ケル行政ハ專ラ政府ノ權限ニ屬スル作用ノミヲ意味スルモノニシテ、宮中若クハ軍隊ニ依リテ行ハルルモノヲ除外ス。

第二ニ、國ノ行政機關ハ國務ニ關スル機關中更ニ**帝國議會**^③及**司法裁判所**^④ヲ除外

ス。憲法第五條ニハ「天皇ハ帝國議會ノ協贊ヲ以テ立法權ヲ行フ」ト曰ヒ、第五十七條ニハ「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」ト曰ヒ、以テ立法權ハ議會ノ協贊ヲ要シ、司法權ハ裁判所之ヲ行フコトヲ憲法上ノ要件ト爲セリ。議會ノ協贊ヲ經テ行ハルルモノハ必ズシモ立法ニノミ限ルニ非ズ、裁判所ニ依リテ行ハルルモノモ亦必ズシモ性質上ノ司法ニノミ限ルニ非ズト雖モ、總テ議會ノ協贊ヲ經テ行ハルルモノハ作用ノ性質如何ヲ問ハズ之ヲ形式ノ意義ニ於ケル立法ト謂ヒ、裁判所及ビ之ニ附置セラルル檢事局竝ニ裁判所又ハ檢事局ノ監督ノ下ニ行ハルル作用ハ之ヲ形式ノ意義ニ於ケル司法ト謂ヒ、何レモ之ヲ行政ト區別ス。此故ニ形式ノ意義ニ於テ國ノ行政ト謂フハ、議會ノ協贊ニ依ラズシテ君主ガ國務大臣ノ輔弼ヲ以テ親裁シ、又ハ君主ノ委任ニ依リ君主ノ下ニ屬スル行政機關ノ行フ所ノ作用ヲ意味ス。君主ノ下ニ屬スル行政機關トハ宮中及軍隊ニ屬スル者並ニ裁判所、檢事局及其他ノ司法機關ヲ除キ其他總テ大命ヲ承ケテ國務ヲ擔任スル一切ノ機關ヲ包含ス。行政裁判所會計検査院ノ如キ獨立ノ機關モ亦行政機關ナリ。

(二) 形式ノ意義ニ於ケル行政ハ、其實質ヨリ謂ヘバ、實質ノ意義ニ於ケル行政ノ外、廣ク立法及司法ノ作用ヲモ包含ス。

〔第一〕ニ立法ハ議會ノ協賛ヲ經ルヲ要スルコトヲ憲法上ノ原則ト爲スト雖モ、此原則ニハ多クノ例外アリ、性質上立法ニ屬スルモノト雖モ、特殊ノ場合又ハ特殊ノ事項ニ付テハ、其協賛ヲ經ズシテ之ヲ定メ得ベキコトヲ認ム。之ヲ行政權ニ依ル立法ト謂フ。行政權ニ依ル立法ノ我ガ國法ニ於テ認メラルモノハ、(イ)非常立法 (ロ)副立法 (ハ)委任立法 (ニ)國際條約ノ四種ナリ(憲法一頁以下參照)。

〔第二〕ニ司法ニ付テモ刑政及法政ノ總テノ作用ガ司法機關ニ屬スルニ非ズ。(イ)刑政ニ關シテハ、司法警察刑ノ訴追並ニ刑ノ執行ハ原則トシテ檢事ノ管掌ニ屬スト雖モ、檢事ハ司法大臣ノ指揮監督ヲ承クルモノニシテ、此限度ニ於テ行政機關ノ關與スル所タルノミナラズ、檢事ノ外警視總監、府縣知事其他ノ地方警察機關モ亦司法警察ノ權ヲ有ス。刑ノ宣告ハ原則トシテ專ラ裁判所ノ權限ニ屬スト雖モ、唯警察犯タル拘留、科料ノ刑ハ警察署ニ於テ即決處分ノ權ヲ有シ、財政犯タル罰金、科料、沒收ノ刑ニ付テハ地方財政廳ニ於テ通告處分ノ權ヲ有ス(憲法一頁四八九頁)。刑ノ

指ニ於テ例外ハ行政權ニ依ル立法
(1)非常立法
(2)副立法
(3)委任立法
(4)國際條約

恩赦モ亦專ラ至尊ノ大權ニ屬ス。(ロ)法政ニ關シテハ、民事訴訟ハ總テ司法裁判所ノ權限ニ屬スト雖モ、非訟事件ハ行政機關ノ管掌ニ屬スルモノ多ク、殊ニ著作權、工業所有權、鑛業權、漁業權ニ付テハ一般ニ之ヲ行政機關ノ權限ニ屬セシム。

三 行政權ノ作用

形式ノ意義ニ於ケル行政權ノ作用ハ、其實質ヨリ見テ之ヲ左ノ各種ニ分類スルコトヲ得。

(一) 組織。凡テ法人ハ組織體ニシテ、機關ノ組織アルコトヲ其存立ノ第一ノ要件ト爲ス。國家及公共團體ノ存立ニモ亦必ズ組織ナカルベカラズ。他ノ總テノ法人ハ國家ノ下ニ存シ、國家ノ承認ニ基イテ其人格ヲ享有スルモノナルヲ以テ其組織ニ關スル法則モ亦第一ニハ國家ノ意思ニ依リテ定マリ、國家ノ許容スル範圍ニ於テノミ自己ノ意思ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ルニ止マルニ反シテ、獨リ國家ハ他ノ支配ノ下ニ立タズ、其總テノ組織ハ國家ノ自ラ定ムル所ニ屬ス。之ヲ國家ノ自主組織權ト謂フ。自主組織權ノ作用ハ、國家ノ組織ニ關スル法則ヲ定ムル作用ト其法則ニ從ヒ組織ヲ完成スル作用トニ分ツコトヲ得。組織ニ關スル法則ハ一

自主組織權

部分ハ憲法ニ屬シ一部分ハ行政法ニ屬ス。其行政法ニ屬スルモノニ付テハ本編第二章ニ於テ之ヲ論ズ。國家ノ下ニ於テ公共團體モ亦國家ノ許容スル範圍ニ於テ自己ノ組織ヲ定メ及ビ之ヲ實行スルノ權ヲ有ス。公共團體ノ組織ニ付テモ第二章ニ述ブベシ。

(二) 警察。國家ノ最モ主要ナル目的ノ一ハ社會ノ秩序ヲ維持シ、國民生活ノ安全ヲ保護スルコトニ在リ。之ヲ國家ノ治安ノ目的ト謂フ。治安ノ目的ヲ達スルガ爲ニスル作用ハ種々アリ、法政及刑政ハ共ニ其目的ノ爲ニスルモノナルノミナラズ、軍備モ亦外敵ヲ防禦スルト共ニ國內ノ平安ヲ保ツガ爲ニ存スルモノナリト雖モ、就中重要ナルハ治安ノ目的ノ爲ニ人民ニ命令シ必要アルトキハ之ヲ強制スル作用ニシテ、此種ノ作用ヲ警察ト謂ヒ、其命令強制ヲ行フ國家ノ權力ヲ警察權ト謂フ。

(三) 保育。現代ノ國家ハ司法及警察ニ依リテ社會ノ安寧ヲ保持スルノミヲ以テ國家ノ目的ヲ全ウセルモノト爲サズ、進ンデ社會ノ文化ヲ開發シ國民ノ福利ヲ増進スルコトヲモ亦國家ノ重要ナル任務ノ一ト爲ス。之ヲ國家ノ文化ノ目的ト

謂フ。此目的ノ爲ニ、國家ハ自ラ大企業者トシテ、私人ノ自由經營ニ適セザル諸種ノ生産事業ヲ經營シ、民間ノ事業ヲ保護獎勵シ及ビ此等ノ事業ヲ遂行スルガ爲ニ人民ニ諸種ノ負擔ヲ課ス。國家ノ下ニ於テ公共團體モ亦國家ノ許容スル範圍内ニ於テ此種ノ作用ヲ行フノ權ヲ有ス。就中大都市ノ經營ニ屬スル事業ハ其種類最モ多シ。文化ノ目的ノ爲ニ國家又ハ公共團體ノ行フ此等ノ作用ヲ保育ト謂フ。警察ガ専ラ命令強制ノ作用ナルニ反シテ、保育ハ非權力的ノ施設ヲ其本體ト爲スコトニ於テ其特色ヲ有ス。

(四) 法政。治安ノ目的ヲ達スベキ最モ重要ナル手段ノ一ハ社會各人ノ相互ノ間ニ法的規律ヲ定メ及ビ其規律ヲ維持スルコトニ在リ。各人相互ノ間ノ法的規律ハ即チ私法ニシテ、私法關係ニ關與スル國家ノ作用ヲ法政ト謂フ。法政ノ作用ハ原則トシテ司法權ノ範圍ニ屬シ、行政法ノ論ズベキ所ニ屬セズ。唯法政ノ作用中非訟事件ハ一部分行政官廳ノ權限ニ任ゼラレ、形式ノ意義ニ於テハ行政權ノ範圍ニ屬スルヲ以テ、此限度ニ於テハ法政ニ付テモ行政法ニ於テ之ヲ論ズルノ要アリ。

此新事

(五) 軍政。國家ハ其國際上ノ地歩ヲ占ムル爲ニモ國內ノ平和ヲ保ツ爲ニモ強固ナル武力ヲ要スルハ勿論ニシテ、而シテ國家ノ武力ヲ實現スル者ハ即チ軍隊ナリ。軍隊ヲ編制シ、之ヲ維持管理シ及ビ其目的ノ爲ニ人民ニ負擔ヲ課スル國家ノ作用ヲ軍政ト謂フ。

(六) 財政。國家ハ其總テノ目的ヲ達スルガ爲ニ必ず財力ナカルベカラズ。國家ガ其財力ヲ維持管理シ及ビ財力ヲ得ルガ爲ニ人民ニ負擔ヲ課スル作用ヲ國ノ財政ト謂フ。國家ノ外公團體モ亦其目的ヲ遂行スル爲ニ財力ヲ要スルコトハ勿論ナルヲ以テ、財政ノ作用ハ國家ノミナラズ、公共團體ニモ必要ナリ。

(七) 外政。國家ハ世界列國ノ間ニ立チテ其地歩ヲ維持シ、相共ニ國際社會ヲ構成スルモノナルヲ以テ、國家ハ管ニ内ニ於テ人民ヲ統治シ公共ノ福利ヲ全ウスルノ任務ヲ有スルノミナラズ、外列國ト交渉シテ帝國ノ國際上ノ地位ヲ主張シ、外國ニ於ケル帝國臣民ノ利益ヲ保護シ、及ビ列國ト共ニ世界ノ平和ヲ確保シ文化ヲ貢獻スルノ任務ヲ有ス。此任務ノ爲ニスル國家ノ作用ヲ外政ト謂フ。外政ノ作用ハ固ヨリ行政法ト全然無關係ナルモノニ非ズ、殊ニ外政ノ任ニ當ルベキ國家機關

ノ組織權能ハ國內法ニ依リテ定マリ、隨ツテ行政法ノ範圍ニ屬スト雖モ、其作用ハ主トシテ國際法ニ依ルモノナルヲ以テ、外政ニ關シテハ總テ之ヲ國際法ノ研究ニ讓リ、本書ニ於テハ之ヲ論ゼズ。

(八) 刑政。警察及法政ノ外治安ノ目的ヲ達スルガ爲ニスル作用ハ刑政ナリ。刑政トハ社會ノ秩序ヲ傷害スベキ行爲ヲ防止シ、此ノ如キ行爲ヲ爲ス者ヲ社會ヨリ離隔シ、又ハ之ヲ庸懲シテ其改悛ヲ促スガ爲ニ、之ニ制裁ヲ課スルコトニ關スル作用ヲ謂フ。此制裁ヲ刑罰ト謂ヒ、刑罰ヲ課スルガ爲ニスル國家ノ權力ヲ刑罰權ト謂フ。刑政トハ即チ刑罰權ノ作用ノ全部ニ外ナラズ。刑政ノ作用ハ事司法權ノ範圍ニ屬スルヲ以テ、刑法、刑事訴訟法及監獄法ノ研究ニ讓リ、本書ニ於テハ之ヲ述ベズ。

(九) 行政訴訟。行政ハ法規ノ下ニ於テ行ハルル作用ニシテ、法規ニ違反スルヲ得ザルコトヲ要件トス。行政ノ作用ガ若シ法規ニ違反シテ行ハレタル場合ニ於テハ近代ノ國法ハ人民ヲシテ訴訟ノ手段ヲ以テ之ヲ爭フコトヲ得シメ、以テ法規ノ正當ナル適用ヲ保持スルヲ通常トス。行政法規ノ正當ナル適用ヲ確保スルガ

爲ニスル、訴訟ヲ行政訴訟ト謂ヒ之ヲ民事訴訟ト區別ス。民事訴訟ガ司法權ノ範圍ニ屬スルニ反シテ、行政訴訟ハ行政權ノ範圍ニ屬ス。

四 行政權ノ限界

形式ノ意義ニ於テノ行政ハ實質ノ意義ニ於テハ立法ノ作用ヲモ包含スルコト前ニ述べタル如ク、此範圍ニ於テハ行政權ハ立法權ニ等シキ作用ヲ爲スコトヲ得ト雖モ、此種ノ作用ヲ除クノ外、行政權ノ作用ハ常ニ法規ノ下ニ行ハルルコトヲ要件ト爲スモノニシテ、其結果トシテ、行政權ノ限界ニ關シ、左ノ四ノ原則ヲ生ズ。

(一) 行政權ハ作用ハ法規ニ牴觸スルコトヲ得ズ。總テノ法規ハ法律、條約、命令、慣習法等如何ナル形式ヲ以テ定メラルルカヲ問ハズ、行政權ヲ拘束スルノ力ヲ有シ、行政作用ヲ以テ之ヲ破ルコトヲ許サズ。總テノ行政作用ニ對シテ法規ハ其犯スベカラザル限界ナリ。雷ニ法律又ハ上級ノ命令ニ牴觸スルヲ許サザルノミナラズ、行政機關ノ自ラ定メタル命令ト雖モ、同一ノ形式ノ命令ヲ以テ之ヲ變更スルノ外、行政作用ヲ以テハ之ニ牴觸スル行爲ヲ爲スコトヲ許サズ。

(二) 行政權ハ法規ハ根據ニ基クニ非ザレバ、人民ハ自由ヲ制限シ、又ハ其權利ヲ

侵害スルコトヲ得ズ。近世ノ法治主義ノ原則ハ人民ノ國家ニ對スル服從義務ヲ以テ國法上限ラレタル義務ト爲シ、國法ノ定アル場合ノ外、國家ノ權力ヲ以テスルモ人民ノ自由ヲ制限シ其權利ヲ侵害スルコトヲ得ザルモノタラシメタリ。我ガ憲法第二章ニ臣民ノ權利ヲ保障セルハ此原則ヲ示セルモノニシテ、其各條ノ規定ハ決シテ其列記セラレタル事項ニ付テノミ臣民ノ權利ヲ認め、其他ノ事項ニ付テハ其權利ヲ認めズトスルノ趣意ニ非ズ、憲法ノ趣意トスル所ハ廣ク臣民ノ自由及財産ノ安全ヲ保障シ法律ニ依ルニ非ザレバ之ヲ侵スコトヲ得ザラシムルニ在リ。唯我ガ憲法ハ他ノ諸國ト異ナリ、廣ク警察命令(憲法九條)ノ大權ヲ認め、警察上必要ナル限度ニ於テハ命令ヲ以テ臣民ノ自由ヲ制限スルノ規定ヲ設クルヲ得ベキモノト爲セルヲ以テ(憲法一頁以下)此限度ニ於テ臣民ノ自由ヲ制限スルハ必ズシモ法律ノ規定ニ依ルヲ要セズト雖モ、少クトモ法律又ハ命令、條約、慣習法等何レカノ形ニ於テ法規ノ定アルニ非ザレバ臣民ニ義務ヲ命ジ又ハ其權利ヲ侵害スルヲ許サザルコトハ、我ガ憲法ノ下ニ於テモ等シク承認セララルル所ノ原則タルコトハ疑ヲ容レズ。

(三) 行政權ハ法規ノ根據ニ基クニ非ザレバ人民ノ義務ヲ免除シ又ハ人民ノ爲ニ權利ヲ設定スルコトヲ得ズ。義務ノ免除又ハ權利ノ設定モ亦國家ト國民トノ間ニ意思ノ規律ヲ定ムル行爲ニシテ唯法律又ハ憲法ノ許容スル限度ニ於テ命令其他ノ法規ノ根據ニ基イテノミ之ヲ爲スコトヲ得ベク行政權ノ當然ノ作用ニ屬セズ。近世ノ法治主義ノ原則ハ決シテ單ニ義務ヲ命ジ權利ヲ害スルコトノミガ法律ニ依ルベキコトヲ要求スルニ非ズシテ總テ人民ノ權利義務ガ法律ニ依ルベキコトヲ要求スルナリ。

(四) 法規ガ行政權ノ自由裁量ニ任ズル場合ニ於テモ其裁量權ハ其限界ニ於テ及其内容ニ於テ法規ノ制限ニ服ス。

總テ行政作用ハ法規ノ拘束ヲ受クト雖モ法規ハ必ズシモ細目ニ至ル迄漏ナク行政作用ノ準則ヲ定ムルモノニ非ズ多クノ場合ニ於テハ或ル範圍ニ於テ行政機關ノ自ラ判斷スル所ニ依リ其適當ト認ムル處置ヲ爲シ得ベカラシムルヲ通常トス。之ヲ行政權ノ自由裁量ト謂フ。然レドモ行政權ノ自由裁量ハ二ノ點ニ於テ尙法規ノ制限ニ服ス。一ハ裁量權ノ「限界」ニ關スル制限ニシテ、一ハ裁量ノ「内容」ニ

關スル制限ナリ。

(イ) 行政權ノ自由裁量ハ常ニ法規ノ範圍内ニ於ケル裁量タルニ止マリ法規ノ定ムル限界ヲ超ユルコトヲ許サズ。其限界ヲ超ユルハ裁量權ノ超過ニシテ違法ノ行爲ナルコトヲ免レズ。

(ロ) 自由裁量ノ内容ニ關シテハ二ノ場合ヲ區別スルコトヲ要ス。(1) 一ハ成文法規ノ明文ニ於テハ行政機關ノ自由判斷ニ任ズルガ如クナルモ尙不文法ノ定アリテ行政機關ノ判斷ガ之ニ依リテ拘束セラルル場合ナリ。之ヲ「法規裁量」ト謂フヲ得ベシ。人民ノ自由ヲ制限シ又ハ權利ヲ侵害スル場合ハ通常之ニ屬ス何トナレバ人民ノ自由及權利ヲ制限スルハ唯公益上其制限ヲ必要トスル場合ニノミ限ルベキコトハ近世ノ國法上ノ原則ニシテ公益上ノ必要ニ基カズシテ其制限ヲ課スルハ國法ノ許サザル所ナレバナリ。此場合ニ於ケル自由裁量ノ内容ハ唯公益上如何ナル制限ヲ必要トスルカヲ認定スルコトニノミ止マリ其認定ヲ誤マリ不必要ナル制限ヲ課スルハ裁量權ノ誤用ニシテ違法ノ行爲ナルコトヲ失ハズ。(2) 一ハ成文法規ノ明文ニ於テ行政機關ノ自由判斷ニ任ゼルノミナラズ行政權ヲ拘

束スベキ不文法モ無ク、行政機關ニ於テ其適當ト信ズル所ヲ決定シ得ベキ場合ナリ。之ヲ便宜裁量ト謂フヲ得ベク、真正ノ意義ニ於テノ自由裁量ハ唯此場合ニ於テノミ存ス。人民ノ爲ニ權利ヲ設定シ、利益ヲ與フル行爲ハ通常之ニ屬ス。何トナレバ人民ハ特別ノ成文法規ノ定アル場合ノ外原則トシテ權利又ハ利益ヲ與ヘラルベキコトヲ要求スル權利ヲ有スルモノニ非ザレバナリ。其他人民ノ權利義務ニ直接ノ關係ナキ行爲ハ行政權ノ當然ノ範圍ニ屬スルモノニシテ成文法規ノ制限アル場合ノ外其自由裁量ニ屬スルハ勿論ナリ。便宜裁量ノ範圍ニ於テハ其裁量ヲ誤ルコトアルモ唯公益上不適當ノ行爲タルニ止マリ違法ノ行爲タルコトナシ。

第二節 行政法

一 行政法ノ觀念

行政法ハ國內公法ノ一部ニシテ行政權ノ組織及ビ行政權ノ主體トシテノ國家

及公共團體ト其所屬人民トノ關係ヲ定ムル法ヲ謂フ。

(一) 行政法ハ公法ナリ。法ニ公法ト私法トヲ分ツハ人類ノ法律生活ニ公生活ト私生活トノ別アルニ照應ス。公法ハ公生活ノ法ニシテ即チ國家法及公共團體法ヲ包括シ、私法ハ私生活ノ法ニシテ、即チ個人法及私團體法ヲ包括ス。

公法ト私法トノ區別ヲ以テ、一ハ權力關係ノ法ニシテ一ハ平等關係ノ法ナリト爲スノ說ハ廣ク行ハルト雖モ正當ナラズ。公法中國際公法ガ互ニ對等ナル國家相互ノ關係ヲ定ムルモノナルハ勿論、國內公法ニ在リテモ國家ト臣民トノ關係又ハ公共團體ト所屬人民トノ關係ハ必ズシモ常ニ權力關係ナルニ非ズ。國家ハ警察權、刑罰權、財政權、裁判權等權力ヲ以テ臣民ヲ支配スルノ外、自ラ大企業者トシテ公共ノ利益ノ爲ニ事業ヲ經營シ、公ノ設備ヲ設ケ及ビ其他ノ非權力的施設ヲ爲スモノニシテ、此等ノ作用ニ關シテハ國家ト臣民トノ關係ハ決シテ權力者ト服從者トノ關係ヲ以テ目スルコトヲ得ズ。公共團體ニ至リテハ其權力ハ唯極メテ狹キ範圍ニ於テノミ認めラルルニ止マリ、其主タル任務ハ權力ノ行使ニ非ザル各種ノ公共事業ヲ經營スルコトニ在リ。

公法ト私法トノ區別ヲ以テ一ハ公益ノ法ニシテ一ハ私益ノ法ナリト爲スノ説モ亦不當ナリ。公法中ニモ或ハ私益ノ保護ヲ主タル目的トスルモノアリ、刑法ノ大部分、民事訴訟法ノ如シ。一方ニハ私法中ニモ主トシテ公益ノ爲ニスルモノ少カラズ、民法中公ノ秩序ニ關スル規定ノ如シ。

公法ト私法トノ間ニハ決シテ以上ノ如キ性質ノ區別アルニ非ズ。其區別ハ唯其規律スル所ガ、一ハ國家、公共團體及ビ此等ノ團體ノ一員タル地位ニ於テノ人類ノ生活ニ關スルモノナルト、一ハ各個人及ビ私ノ團體ノ生活ニ關スルモノナルコトニ在リ。

(二) 行政法ハ行政權ノ法ナリ。此點ニ於テ行政法ハ一面ニハ憲法ト區別セラレ、一面ニハ司法法ト區別セラル。

憲法ト行政法トノ區別ハ、憲法ハ國家ノ基礎法ニシテ、國家ヲ其中心觀念トスルニ反シテ、行政法ハ行政權ノ法ニシテ専ラ行政權ヲ其中心觀念トスルコトニ在リ。憲法ノ學ハ國家ノ全般ニ通ジテ其構成及ビ其組織作用ニ關スル基礎法則ヲ研究スルモノナルニ反シテ行政法學ハ専ラ行政權ノ組織及作用ヲ其研究ノ對象ト爲

ス。唯其兩者ノ限界ハ判然相分離セララルニ非ズ、行政權ハ國家ノ一方面ニシテ國家ト相對立スルモノニ非ザルヲ以テ、行政法モ亦憲法ト平等ノ地位ヲ以テ相對立スルモノニ非ズ、行政法ハ憲法ノ基礎ノ上ニ成立スルモノニシテ、憲法ハ國家ノ全般ニ付テ其基礎法則ヲ論ジ、行政法ハ其ノ行政權ノ部分ニ付テ詳密ノ研究ヲ爲スモノニ外ナラズ。

行政法ト司法法トノ區別ハ一ハ行政權ノ法ナルニ反シテ一ハ司法權ノ法ナルコトニ在リ。司法法トハ私法ニ屬スルモノノ外、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法、人事訴訟法、非訟事件手續法、破産法、和議法、裁判所構成法、監獄法等總テ司法權ノ組織及作用ニ關スル法ヲ總稱ス。此等ハ國內公法ノ一部タルコトニ於テハ行政法ニ等シト雖モ、特別ノ研究ノ題目タルモノニシテ、行政法ノ範圍外ニ屬ス。

(三) 行政法ハ行政組織法及實質的行政法ノ二部ニ別ツコトヲ得。行政組織法ハ行政權ガ如何ナル機關ニ依リテ行ハルルカヲ明ニスルコトヲ目的トスルモノニシテ、國家ノ行政組織及ビ公共團體ノ組織ノ兩者ヲ包含ス。國ノ行政組織ヲ廣義ニ解スルトキハ君主ヲモ包含スト雖モ、君主並ニ君主ノ代表、輔弼

及顧問機關ハ憲法ニ於テ論ズベキ所ニ屬ス。國ノ行政組織ニシテ行政法ノ範圍ニ屬スルハ專ラ君主ノ下ニ於テ行政事務ヲ分掌スル機關ノ組織ニ止マル。

實質的行政法トハ行政權ノ主體トシテノ國家又ハ公共團體ト所屬人民トノ關係ニ關スル法ヲ謂フ。行政權ノ主體トシテハ國家ハ決シテ無制限ナル權力ヲ有スルモノニ非ズ、唯法規ノ定ムル所ニ依リテノミ人民ニ對シテ權利ヲ有シ、人民モ亦法規ノ認ムル所ニ從ヒ國家ニ對シテ權利ヲ主張スルコトヲ得ルモノニシテ、其間ノ關係ハ法律上ノ權利義務ノ關係ナルコトニ於テハ私法關係ト異ナルコトナシ。公共團體ニ至リテハ其ノ無制限ナル權力ノ主體ニ非ザルコトハ一層明瞭ナリ。實質的行政法ハ此等ノ法律關係ヲ論ズルコトヲ目的トスルモノニシテ、行政法ノ主タル研究ノ題目タルモノナリ

(四) 行政法ハ又他ノ觀察點ヨリ之ヲ行政法總論及行政法各論ノ二部ニ別ツコトヲ得。

行政法總論ハ行政ノ全部ニ共通ナル法則ヲ研究スルモノニシテ、其ノ論ズベキ所ハ三種ニ大別スルコトヲ得。(イ)公法關係及ビ行政行為通論(ロ)一般的行政組織

法(ハ)行政訴訟法是ナリ。本書第一篇ニ於テ之ヲ論ズ。

行政法各論ハ行政ノ各部門ニ於ケル特別ノ法則ヲ研究スルモノニシテ、其ノ論ズベキ範圍ハ極メテ廣汎ナリト雖モ、大體ニ於テ之ヲ(イ)警察法(ロ)保育法(ハ)法政法(ニ)財政法(ホ)軍政法ノ五ノ區域ニ分ツコトヲ得ベシ。本書第二篇ニ於テ之ヲ論ズ。

二 行政法ノ法源

行政法ノ法源ハ一般國法ノ法源ト同ジク、之ヲ制定法ト非制定法トニ分ツコトヲ得。

(一) 制定法。行政法ノ法源トシテノ制定法ハ民法ニ於ケルガ如キ包括的ノ法典ナク、無數ノ法令ヲ以テ定メラル。其種類凡ソ左ノ如シ。

(イ) 帝國憲法。ハ主トシテハ憲法ノ法源ナリト雖モ、行政ノ基礎原則ヲ定ムルモノナル限度ニ於テ同時ニ行政法ノ法源ナリ。

(ロ) 憲法施行前ヨリ傳ハレル法令。憲法施行前ノ法令ハ其名稱ノ如何ヲ問ハズ後法ニ依リ消滅ニ歸シタルモノノ外憲法施行後ニモ效力ヲ繼續セルモノニシテ、其規定スル内容ガ憲法上法律ヲ以テスルヲ要スルモノナルトキハ法律トシテ

ノ效力ヲ有シ之ヲ改正スルニハ法律ヲ以テスルコトヲ要ス。

(ハ) 憲法施行後ノ法令 是レ現時ニ於ケル行政法ノ最モ主要ナル法源ナリ。

其形式ニハ法律、勅令、閣令、省令、廳令、府縣令、北海道支廳令、郡令、島廳令等ノ別アリ。

勅令以下ハ之ヲ總稱シテ命令ト謂フ、法律ガ議會ノ協賛ヲ經テ定メ、^ルニ反シテ、

命令ハ其協賛ヲ經ザルモノナリ。命令ハ緊急命令ヲ除クノ外、法律ニ牴觸スルコ

トヲ得ズ、其ノ之ニ牴觸スルモノハ無効ナリ。命令中ニモ之ヲ發スル機關ノ異ナ

ルニ隨ヒ、其效力ニ輕重ノ別アリ、勅令ハ其效力最モ強ク、閣令省令之ニ次ギ、廳令

府縣令又之ニ次ギ、支廳令、郡令及島廳令ハ更ニ其下ニ於テ相並立ス。

(ニ) 國際條約 モ亦其内容ガ國民又ハ國內ニ於ケル條約國臣民ノ權利義務ニ

關スルモノナルトキハ直接ニ國內法規タル效力ヲ有シ、隨ツテ行政法ノ法源タリ。

例ヘバ、關稅條約、通商航海條約、著作權條約、工業所有權條約、萬國郵便條約、電信條約

ノ如シ。

(ホ) 地方團體ノ自治法規 國家ノ制定法規ノ外地方團體モ亦其自治權ノ範圍

內ニ於テ其地域內ニ效力ヲ有スル法規ヲ制定スルノ權ヲ有ス。自治法規ハ國家

ノ制定法規ノ下ニ效力ヲ有シ、之ニ牴觸スルコトヲ得ズ。

(二) 非制定法 ハ立法權者ノ制定ニ基カズシテ法タル力ヲ有スルモノヲ謂フ。

更ニ分チテ慣習法及理法ノ二種ト爲スコトヲ得。

(イ) 慣習法 行政法ノ法源トシテノ慣習法ハ更ニ三種ニ分ツコトヲ得。判例

法、行政先例法、民衆的慣習法是ナリ。(1)判例法トハ裁判所ノ判決例ガ回ヲ重スル

ニ隨ヒ社會ノ法的認識ヲ得テ法タル力ヲ有スルニ至レルモノヲ謂フ。裁判所ノ

判決ハ唯當該事件ノミヲ拘束スル力ヲ有スルニ止マルト雖モ、特別ナル反對理由

ナキ限ハ後ノ事件ニ付テモ先例ニ從ヒテ判決セラルルヲ通常トスルヲ以テ、同様

ノ事件ニ付回ヲ重ネテ同様ノ判決ガ下サルルトキハ、自ラ將來ニ繼續スベキ規律

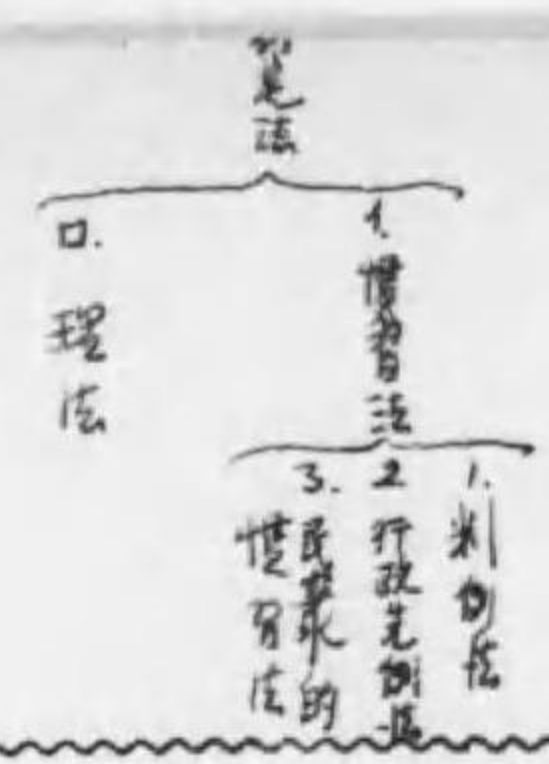
トシテ認識セラルルニ至リ、隨ツテ法タル效力ヲ生ズ。行政的慣習法トシテノ判

例法ハ主トシテハ行政裁判所ノ判決ニ依リテ生ズト雖モ、司法裁判所モ亦先決問

題トシテ行政事項ヲ決定スルノ權ヲ有シ、隨ツテ其判例モ亦行政法ノ法源タルコ

トヲ得。(2)行政先例法トハ行政機關ノ實際上ノ取扱ガ先例トシテ尊重セラレ隨

ツテ法タル力ヲ有スルニ至レルモノヲ謂フ。其ノ法タル力ヲ有スルニ至ルノ根



據ハ全ク判例法ニ於ケルト同シ(府縣制ニ條市制ニ條町村制ニ條ニ府縣市町村事務先例法ノ效力ヲ認メタルハ法律ガ明ニ) (3) 民衆的慣習法トハ人民ノ間ニ多年繼續シテ行ハレタル事實ニ基イテ法タルモノニシテ、主トシテ私法ノ法源タリト雖モ、行政法ノ區域ニ於テモ各地方ノ人民ノ間ニ多年繼續シテ實行セラレタル所ガ法トシテ認識セラルルニ至レルノ例少シトセズ。殊ニ河川其他公物ノ使用權ニ關シテ其例多シ(特ニ市制一〇條及町村制九〇條ニ舊來ノ慣行ニ依リ市町村住民中キハ其舊慣ニ依ルコトヲ定メタルハ法律ガ行政法ノ法源トシテ民衆的慣習法ノ效力ヲ認メタルハ一例ナリ)。

(ロ) 理法 條理ガ行政法ノ法源ノ一タルコトハ一般國法ニ於ケルト同シ(憲法一以下)。殊ニ行政法ニ付テハ民法、刑法、訴訟法ノ如キ包括的ノ法典ノ存スルモノ無ク、時々ノ必要ニ應ジテ各種ノ特別ノ事項ニ付テ制定シタル法令アルニ過ギザルヲ以テ、行政ノ全部ニ通ズベキ總則的規定ニ付テハ制定法ノ缺陷甚多ク、隨ツテ理法ハ行政法ニ於テ特ニ重要ノ意義ヲ有ス。

三 殖民地行政法

朝鮮、臺灣、樺太、關東州及南洋群島ハ各内地ト別個ノ法域ヲ爲シ、内地ノ法令ハ原

内地行政法ト根本的差異

則トシテ此等ノ地域ニ行ハルルコトナク、各地ハ其特別ノ國法ヲ有ス。其結果トシテ殖民地ノ行政法ハ頗ル内地ニ於ケルモノト異ナリ、特別ノ研究ヲ要ス。本書ニ述ブル所ハ主トシテ唯内地ノ行政法ニ止マル、殖民地ニ付テハ唯其行政組織ニ關シテ大要ヲ述ブルニ止メ實質的行政法ニ關シテハ全ク之ヲ述ベズ。

殖民地ノ行政法ガ内地ノ行政法ト根本原則ヲ異ニスルハ主トシテ左ノ數點ニ在リ。

(一) 行政組織ノ分離セラルルコト 内地ノ行政ハ君主ノ下ニ内閣及各省大臣ガ其ノ最高ノ官廳トシテ之ヲ統轄スルニ反シテ、各殖民地ノ行政ハ一般ニ殖民地官廳ニ委任セラレ、内閣及各省大臣ノ權限ハ直接ニハ殖民地ニ及バズ、唯監督權ヲ有スル主務大臣ガ之ヲ監督スルノミ。

(二) 立法權ト行政權トノ對立ナキコト 立法ガ議會ノ協賛ヲ要スルノ原則ハ殖民地ノ立法ニハ其適用ナク、殖民地ノ立法ハ一般ニ議會ノ議決ヲ經ズ行政權ニ依リテ行ハルルヲ原則トス。是レ必ズシモ殖民地法ニ關シテハ議會ハ全ク協賛權ナシト謂フニ非ズ、殖民地ニ施行スベキ法規ニ付テモ議會ノ協賛ヲ經テ之ヲ定ム

ルコトハ固ヨリ之ヲ妨グズト雖モ、内地ニ於ケルト異ナリ是レ憲法上ノ必要ニ非ズ。唯例外トシテ同一法律ガ内地ト共ニ殖民地ニモ施行セラレ、又ハ特ニ議會ノ協賛ヲ經テ殖民地ニ施行スベキ法律ガ制定セララルコトアルノミ、原則トシテハ内地ニ於テハ法律ヲ以テ定ムルヲ要スル事項モ殖民地ニ付テハ命令ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ルモノニシテ、憲法ノ認ムルガ如キ立法權ト行政權トノ對立ナシ。

(三) 法治主義ノ行ハレザルコト 法治主義トハ法律ノ根據ニ基クニ非ザレバ行政權ヲ以テ人民ノ自由ヲ制限シ權利ヲ侵害スルヲ許サザルヲ謂フ。此原則ハ我ガ憲法ノ認ムル所ナリト雖モ、殖民地ニ於テハ此憲法上ノ原則ハ未ダ行ハルルニ至ラズ。随ツテ又殖民地ニ於テハ未ダ行政裁判制度ノ設ナク、違法ノ行政行為ニ對シテモ人民ハ行政訴訟ヲ以テ之ヲ争フノ權利ヲ有セズ。

(四) 國法ノ屬人主義ガ行ハルルコト 内地ニ在リテハ原則トシテ總テノ人民ガ同一ノ法規ニ依リ支配セララルルニ反シテ、殖民地ニ在リテハ内地人ト土着ノ人民トハ往々其ノ支配セララルル法規ヲ異ニスルモノアリ。就中兵役義務ハ内地人ノミ之ヲ負ヒ、土着人ニハ其適用ナシ。

第三節 公法關係

一 公法關係ノ性質

行政法ハ行政組織ヲ論ズルノ外行政權ノ主體トシテノ國家又ハ公共團體ト所屬人民トノ法律關係ヲ論ズルコトヲ目的トス。此法律關係ハ其公法ニ屬スルモノナルコトニ於テ私人相互ノ關係ト區別セラル。

公法關係ノ特質ヲ以テ權力服從ノ關係ナリト爲スコトノ不當ナルコトハ既ニ之ヲ述べタリ。國家(又ハ公共團體)ト臣民トハ相互ニ權利ヲ有シ義務ヲ負フノ主體ニシテ其間ノ法律關係ガ權利義務ノ關係ナルコトニ於テハ私人相互ノ關係ト異ナルコトナシ。公法關係ノ特色ハ主トシテ二ノ點ニ存ス。(イ)公法ガ團體法ナル結果トシテ、公法關係ハ一般ニ團體ト其構成分子トノ關係ナリ。個人法ニ在リテハ各個人ハ原則トシテ互ニ對等ナル權利主體トシテ相對シ、其權利能力ハ平等ニシテ、其享有シ得ベキ權利ノ種類相等シキ(親族法上ク)ニ反シテ、團體法ニ在リテハ

團體ト其構成分子トハ全部ト一部トノ關係ニシテ、互ニ對等ノ地位ニ在ル者ニ非ズ、隨ツテ團體ノ享有スル權利ト其構成分子タル人民ノ享有スル權利トハ著シク其種類ヲ異ニス。此ノ點ニ於テハ私法關係中ニモ會社法其他ノ法人法ハ公法關係ト近似ノ性質ヲ有スルモノナリ。(ロ)個人法ニ在リテハ各個人ハ原則トシテ互ニ利害ヲ異ニスル者トシテ認メラレ、隨ツテ私法關係ニ於ケル權利者ト義務者トハ反對ノ利益ヲ有スル者ト看做サルルニ反シテ、團體法ニ在リテハ團體ト其構成分子トハ共通ノ利害關係ヲ有シ、國家ノ利益ハ畢竟國民ノ利益ニ歸セザルナク、國民ノ利益ハ又同時ニ國家ノ利益ナルヲ以テ、公法關係ニ於ケル權利者ト義務者トハ互ニ反對ノ利益ヲ有スル者ニ非ズ。之ヲ權利ト謂ヒ義務ト謂フハ唯其直接ノ主タル目的トスル所ニ付テ謂フニ止マリ、國家ノ權利ト雖モ敢テ國家ノ利益ノ爲ニノミ存スルニ非ズシテ同時ニ義務者ノ利益ノ爲ニシ、臣民ノ權利モ亦單ニ個人的利益ノ爲ニスルニ非ズシテ同時ニ國家ノ利益ノ爲ニスルモノナラザルナシ、公權ガ原則トシテ拋棄ヲ許サザルハ此理由ニ出ヅ。

國家ト臣民トノ關係ガ公法關係ナリト謂フハ、必ズシモ國家ガ全然私法規定ノ

適用ヲ受クルコトナシトスルノ意ニ非ズ。國家ガ財產權ノ主體トシテ臣民ニ對スル場合ニ於テハ時トシテ私人相互ノ間ノ關係ト全ク性質ヲ同シウスル法律關係ニ立ツコトアリ。總テ同様ノ性質ヲ有スル關係ハ其關係ノ主體ガ國家タルト私人タルトヲ問ハズ同様ノ法規ニ依リテ支配セラルルヲ當然ノ條理ト爲スヲ以テ、此等ノ場合ニ於テハ、國家ト臣民トノ關係ニ付テモ私人相互ノ關係ト同シク民法商法其他ノ私法規定ガ適用セラルルヲ通常トシ、隨ツテ其關係ハ私法關係ナリト稱セラル。

國家ト臣民トノ關係ガ時トシテ私法關係ノ性質ヲ有スルモノアルニ因リ、公法ト私法トノ限界ニ付キ往々疑ヲ生ズルコトアルヲ免レズ。

國家ト臣民トノ關係ガ公法的ナルコトノ最モ明瞭ナル場合ハ、國家ガ支配權者トシテ臣民ヲ支配スルノ關係ニ在ル場合ニシテ、組織權、警察權、法政權、軍政權、刑罰權、財政權等ノ作用ニ在リテハ、國家ハ優勝ナル權力ノ主體トシテ臣民ヲ支配シ之ニ權利ヲ與ヘ義務ヲ命ズルモノニシテ、其關係ハ私人相互ノ關係トハ全ク性質ヲ異ニシ、其公法ニ屬スルコトハ更ニ疑ヲ容レズ。

一方ニ於テハ其私法的ナルコトノ最モ明瞭ナルハ國家ガ直接ニ公益ノ爲ニスルニ非ズシテ、專ラ其財産上ノ利益ノ爲ニ賣買、交換、贈與、貸借、寄託其他民法ノ定ムル手段ニ依リ財産ヲ取得シ管理シ、處分スル行爲ナリ。政府ノ需要品ノ購入、官有財産ノ拂下又ハ貸付、官衙ノ建築ノ請負、職工人夫ノ雇入、寄附金ノ受納、國債ノ募集、爲替手形ノ發行、社債元利ノ保證等及ビ之ニ類似ノ行爲ニ付テハ、國家ガ之ヲ爲ス場合ト雖モ私人間ノ關係ト法規ヲ異ニスルコトナク、其私法ニ屬スルコトハ疑ヲ容レズ。

不明瞭ナルハ兩者ノ中間ニ存スル區域ナリ。就中公企業ノ經營及ビ公物ノ管理（各論第二章參照）ハ一面ニハ直接ニ公益ヲ目的トスル作用ニシテ、私人ノ行爲ト同一視スルヲ得ザルト共ニ、一面ニハ事經濟上ノ關係ニ屬シ且ツ權力ヲ以テ人民ヲ支配スルノ關係ニ非ザルヲ以テ、私人間ノ關係ト類似スルモノ多シ。此等ノ區域ニ於ケル國家ノ作用ハ或程度ニ於テハ私人間ノ關係ト同ジク私法ノ適用ヲ受クルノ傾向アルト共ニ、或程度ニ於テハ公益上ノ必要ノ爲ニ私法ノ適用ヲ排除シ特別ノ公法規定ニ依リテ支配セララルルコトヲ要ス。換言スレバ此等ノ區域ハ公法ト私

法トノ相混合スル區域ニシテ之ヲ公法私法ノ中間區域ト謂フコトヲ得。

此種ノ區域ニ於テハ公法ト私法トノ判然タル限界ハ之ヲ定メ難シト雖モ、國家ガ私法ノ適用ヲ受クルハ國家ガ私人相互ノ關係ニ於テ生ジ得ベキト同様ノ關係ニ在ル場合ニ限り、而シテ國家ガ私人ト同様ノ關係ニ立ツハ唯直接ニ公益ニ關係ナキ純然タル經濟的關係ニ在ル場合ニ限ル。之ヲ國家ノ私經濟的作用ト謂フコトヲ得。私經濟的作用ハ原則トシテ私法ノ區域ニ屬スルモノニシテ、詳シク言ヘバ經濟的價格ノ得喪、所有又ハ管理、經濟的勞務ノ給付、經濟上ノ損害ニ對スル賠償等總テ單純ナル經濟的內容ヲ主眼トスル法律關係ニシテ、假令國家ガ其當事者タル場合ト雖モ、私人相互ノ關係ト法律上ノ取扱ヲ異ニスベキ公益上ノ理由ナキモノハ、別段ノ規定アルモノノ外、一般ニ私法規定ノ適用ヲ受クルモノト解スベシ。

二 一般統治關係ト特別權力關係

公法關係ハ之ヲ一般統治關係ト特別權力關係トニ分ツコトヲ得。

(一) 一般統治關係。トハ國家ガ一般統治權ノ主體タル地位ニ於テ臣民ニ對シ權利ヲ有シ義務ヲ負フノ關係ヲ謂フ。國家ハ領土（租借地及委任統治）内ニ於ケル

總テノ人民ニ對シ及ビ領土外ニ於ケル自國ノ臣民ニ對シ國法及國際法ノ制限内ニ於テ包括的ノ支配權ヲ有シ、此支配權ニ基キ法令ノ定ムル所ニ隨ヒ人民ニ對シ各種ノ權利ヲ有シ及ビ人民ノ側ヨリモ國家ニ對シ諸種ノ權利ヲ主張スルコトヲ得シム。一、一般統治關係トハ、即チ是ナリ。國家ノ側ニ於テ人民ニ對シテ有スル權利ハ其目的ヨリ見テ(イ)組織權(ロ)警察權(ハ)公企業特權(ニ)法政權(ホ)軍政權(ヘ)財政權(ト)刑罰權ノ各種ト爲スコトヲ得ベク、人民ノ側ニ於テ國家ニ對シテ有スル權利ハ其内容ヨリ見テ(イ)自由權(ロ)受益權(ハ)參政權ノ三種ト爲スコトヲ得ベシ。前者ハ統治權ニ基イテ存スル權利ニシテ、之ヲ國家的公權ト謂フ。後者ハ統治權ニ依リ許容セラレタル權利ニシテ、之ヲ國民的公權ト謂フ。

(二) 特別ノ權力關係。トハ一般統治權ニ基イテ存スル關係ニ非ズシテ、契約又ハ其他ノ特別ノ法律原因ニ基キ當事者ノ一方ガ相手方ニ對シ一定ノ範圍ニ於テ命令シ強制スル權利ヲ有シ、相手方ハ之ニ服從スル義務アルニ主體間ノ法律關係ヲ謂フ。特別ノ權力關係ハ必ズシモ公法ニノミ特有ナルモノニ非ズ、私法關係ニ於テモ親權者ト子トノ關係、戶主ト家族トノ關係ノ如キ之ト同一ノ例ヲ見ルヲ得

ベシト雖モ、其主要ナル實例ハ公法ニ於テ存ス。公法上ノ特別權力關係ハ概ネ國家ト臣民トノ間ニ生ズル關係ナルコトニ於テ一般統治關係ニ等シト雖モ、一般統治關係ニ於テハ國家ノ權利ハ直接ニ其一般統治權ヨリ派生シ、臣民ハ其臣民タル地位ニ基キ當然之ニ服從スル義務アルニ反シテ、特別權力關係ニ於テハ其權利ハ特別ノ法律原因ニ基イテ生ジ、臣民ハ臣民タルガ故ニ之ニ服從スルニ非ズシテ、國家ト特別ノ關係ニ在ルガ故ニ之ニ服從スルモノナルコトニ於テ之ト區別セラル。特別ノ權力關係ノ重ナル實例ハ左ノ如シ。

- (イ) 公法上ノ勤務關係 官吏、軍人、公吏等之ニ屬ス(後出第二章第三節參照)。
- (ロ) 營造物利用關係 學校生徒、感化院入院者等之ニ屬ス(各論以下)。
- (ハ) 國家事務ノ特許ニ基ク特別監督關係 國家事務ヲ行フノ權利ヲ特許セラレタル最モ著シキ者ハ公共團體ニシテ、其他特許企業者、辯護士等亦同一ノ例ニ屬ス。總テ國家事務ヲ行フ者ハ其當然ノ性質トシテ國家ノ特別ノ監督ニ服ス(後出第二章第四節參照)。

(ニ) 特別ノ保護關係 國家ヨリ特別ノ保護ヲ受クル事業ハ其保護ニ伴ヒ又國

家ノ特別ノ監督ニ服スルヲ通常トス(各論第二)章第五節。

(ホ) 特別ノ監視關係 刑罰又ハ其他ノ特別ノ法律原因ニ基キ國家ノ特別ノ監視ノ下ニ置カルル者ハ之ニ屬ス。刑務所ノ囚人、假出獄人ノ類是ナリ。

(ヘ) 公共組合ト社員トノ關係 公共組合ハ公法上ノ社團法人ニシテ、其社員ニ對シ社團權ヲ有スルコトハ一般ノ社團ニ於ケルト同ジ(後出第二)章第六節。

特別ノ權力關係ハ其發生原因ヨリ言ヘバ、當事者ノ合意ニ基クモノト法律ノ力ニ基クモノトノ二種ニ分ツコトヲ得。前者ハ例ヘバ官吏、學生ノ如シ。官吏ノ任命、學校ノ入學ハ何レモ本人ノ自由意思ニ基クモノニシテ、此場合ニ於テハ當事者ノ任意ノ承諾ガ其權力ノ根據ヲ爲シ、必ズシモ法律ノ定アルコトヲ要セズ。其權力ノ範圍モ亦法律ニ別段ノ規定アル場合ノ外當事者ノ承諾ニ含マレタリト認ムベキ限度ニ於テ存ス。後者ハ例ヘバ兵卒、公共團體、囚人、感化院ノ強制入院者ノ如シ。此等ノ者ガ特別ノ權力ニ服スルハ其自由意思ニ基クニ非ズ、其關係ハ專ラ法律ノ力ニ基イテ成立スルモノニシテ、其權力ノ範圍モ亦專ラ法律ニ依リテ定マル。

三 國家的公權ノ授與

國家ハ其一般統治權ニ基キ人民ニ對シテ各種ノ權利ヲ有スルト共ニ、時トシテハ其權利ヲ他ノ團體又ハ個人ニ授與シ、之ヲシテ國家的公權ノ主體タラシムルコトアリ。國家的公權ノ授與セラルル最モ顯著ナル者ハ公共團體ナリト雖モ、私法人又ハ個人モ亦之ヲ授與セラルル例少カラズ。例ヘバ南滿洲鐵道會社ガ南滿洲ニ於ケル行政權ヲ委任セラレ、船長ガ船舶内ノ警察權ヲ與ヘラレ、公用徵收權及公用使用權ガ諸種ノ企業者ニ付與セラルルガ如シ。

國家的公權ノ授與ハ唯法律ニ依リ又ハ法律ノ根據ニ基ク行政行為ニ依リテノミ行ハルルコトヲ得。其權利ハ本來一般人民ノ享有スルヲ得ザルモノニシテ唯國家ヨリ與ヘラルルニ依リテノミ之ヲ有スルコトヲ得ベク、而シテ其ノ授與セラレタル限度ニ於テハ其團體又ハ個人ハ國家的公權ノ主體トシテ他ノ人民ニ對シ其ノ他人トノ間ニ生ズル關係ハ恰モ國家ト人民トノ關係ニ等シク公法關係タル性質ヲ有スルモノナリ。

四 公法上ノ法律原因

公法上ノ法律原因トハ公法的效果ノ發生、詳シク言ヘバ、公法關係ノ發生變更又

ハ消滅ノ原因タル法律事實又ハ法律事實ノ集合ヲ謂フ。公法上ノ法律原因ニハ
 二ノ場合ヲ分ツコトヲ得。一ハ公法的效果ガ直接ニ法規ニ基イテ生ジ法規ノ效
 果ヲ實現セシムベキ特別ノ行爲ヲ要セザル場合ナリ。一ハ法規ニ依リテハ未ダ
 完全ニ效果ヲ生ゼズ、其效果ヲ實現セシムル爲ニハ特別ノ行爲ヲ要スル場合ナリ。
 (一) 法規ニ依リ直接ニ其效果ヲ生ズル場合。ハ例ヘバ法律ノ定ムル要件ヲ具
 フル者ハ當然選舉權ヲ有シ、國會議員トシテ召集ニ應ジタル者ハ當然歳費ヲ受ク
 ル權利ヲ有シ、一般人民ハ當然警察上ノ禁止ニ違反スベカラザル義務ヲ負フガ如
 シ。此場合ト雖モ其效果ノ發生スル爲ニハ常ニ一定ノ状態(例、人ノ生存、物ノ占有又
 コト)又ハ事件(自然界ノ出來事)ノ存在ヲ必要トスルコトハ勿論ニシテ、此等ノ状態
 又ハ事件ハ此場合ニ於ケル法律原因ナリ。唯其法律原因ノ存在又ハ發生ニ依リ
 法律上當然ニ其效果ヲ生ジ、特別ノ行爲ニ依リ法規ノ效力ヲ發動セシムルコトヲ
 要セザルコトニ於テ其特色ヲ有ス。

法規ニ依リ直接ニ效果ヲ生ズル場合ノ法律原因ハ、各場合ニ應ジ千種萬様ニシ
 テ一々列記スルヲ得ズ、又之ヲ列記スルノ實益ナシ。就中稍重要ナルモノトシテ
 一般的説明ヲ要スベキモノハ(イ)時効(ロ)除斥期間(ハ)事務管理(ニ)不當利得ノ四ヲ舉
 グルコトヲ得。

(イ) 時効ハ單ニ民法上ノ法律原因タルノミナラズ、公法ニモ適用アリ。殊ニ公
 法上ノ金錢債權ニ付テハ法律ハ一般ニ其消滅時効ヲ定ム(會計法三二條乃至三四
 條、府縣制一一六條六項
 市制一一三條五項、一四〇條、町)。其他ノ公權ニ付テモ、刑罰權及附帶私訴權ノ時効
 ニ付テハ刑法(三三三條乃至三三九條)及刑事訴訟法(八二條乃至
 八七條)ノ定アリ、特殊ノ犯罪ニ付テハ特別
 法ニ依リ特別時効ノ定アルモノアリ(例、選舉法一〇三條、出版法
 三三條、著作權法四五條)。民法上ノ時効ハ
 當事者ガ自ラ之ヲ援用スルコトヲ效力確定ノ條件ト爲シ、當事者ノ援用アルニ非
 ザレバ裁判所ハ之ニ依リテ裁判ヲ爲スヲ得ザルモノナル(民法一四五條)ニ反シテ、公法上
 ノ時効ハ權利ノ絶對ノ消滅原因ニシテ敢テ當事者ノ之ヲ援用スルヲ須キズ。
 (ロ) 除斥期間ハ時ノ經過ニ依リ權利ヲ消滅セシムルノ原因タルコトニ於テハ
 時効ニ等シク、唯時効ハ特定ノ事由ニ依リ中斷セラルルニ反シテ、除斥期間ハ中斷
 ヲ生ズルコトナク、法定ノ期間權利ヲ行使セザルニ因リ其權利ガ當然消滅スルモ
 ノナルノ差異アリ。除斥期間ノ適用アル公權ハ訴願權、行政訴訟權、公用徵收權等

其例少カラズ。各法律ノ定ムル所ニ依ル。

(ハ) 事務管理ノ原則ノ要點トスル所ハ、他人ノ委託ヲ受ケタルニ非ズシテ、他人ノ事務ヲ管理スル者ハ最モ本人ノ利益ニ適スベキ方法ニ依リテ其管理ヲ爲スコトヲ要シ、而シテ之ニ要シタル費用ハ本人ニ對シ償還ヲ請求シ得ベキコトニ在リ。此原則ハ公法ニモ其適用ヲ見ルコトアリ。唯國家又ハ公共團體ガ他ノ者ノ事務ヲ管理スルハ唯法律ガ之ヲ命ゼル場合ニノミ行ハルルモノニシテ、民法上ノ事務管理ノ如ク、義務ナクシテ任意ニ之ヲ爲スモノニ非ザルコトニ於テ之ト異ナリ。例ヘバ行旅病人ノ救護、行旅死亡人ノ取扱ハ所在地ノ市町村長其事務ヲ行ヒ其費用ニ付テハ其本來ノ義務者ニ對シ償還請求權ヲ有スルガ如シ。

(ニ) 不當利得ノ原則モ亦民法ニノミ特有ナルモノニ非ズシテ公法ニモ適用アリ。例ヘバ租税ノ過誤納ヲ爲シタル者ハ其返還請求權ヲ有スルガ如シ。

(三) 特別ノ法律的行爲ニ基キ公法的效果ヲ生ズル場合。公法的效果ノ發生ハ常ニ法規ニ基カザルモノナシト雖モ、多クノ場合ニ於テハ法規ニ依リテハ未ダ完全ニ其效果ヲ生ゼズ、特別ノ意思行爲ニ依リ法規ト相待チテ始メテ其ノ效果ヲ完

成スルモノアリ。其行爲ハ或ハ行政行爲(行政權ノ意思行爲)ナルコトアリ、或ハ私人ノ公法的行爲(例許可又ハ特許ノ出願)ナルコトアリト雖モ、其最モ主要ナルモノハ行政行爲ニシテ、之ニ付テハ次節ニ之ヲ論ズ。

公法的效果ガ多數ノ行爲ノ連續ニ依リ始メテ完成スル場合ニ於テハ、其全體ヲ稱シテ手續ト謂フ。例ヘバ公用徵收手續、行政訴訟手續ノ如シ。總テ多數ノ法律事實ノ集合ニ依リ特定ノ法律的效果ヲ完成スル場合ニ於テハ、其最後ノ法律事實ノ發生ニ至ル迄ハ其法律的效果ハ不定狀態ニ在ルモノナリ。

第四節 行政行爲

一 行政行爲ノ觀念

行政行爲トハ法規ノ下ニ於ケル行政權ノ公ノ意思表示又ハ之ニ準ズベキ精神作用ノ發現ヲ主タル要素ト爲シ之ニ依リ或ル法律的效果ヲ發生スルモノヲ謂フ。

(一) 行政行爲ノ語ハ其用例必ズシモ一樣ナラズ。(イ)或ハ行政作用ト同意義ニ

用キラレ、事實的行爲タルト法律的行爲タルト又公法的行爲タルト私法的行爲タルトヲ問ハズ總テ行政權ノ一切ノ作用ヲ指スコトアリ。(ロ)或ハ行政權ノ公法的行爲ノ意ニ用キラルルコトアリ。此意義ニ於ケル行政行爲ハ行政作用ノ中事實的行爲及民法上ノ法律行爲ヲ除外ス。(ハ)或ハ一層其意義ヲ制限シテ行政權ノ公ノ意思表示ヨリ成ル行爲ノミヲ意味スル爲ニ用キルコトアリ。此意義ニ於ケル行政行爲ハ民法ニ於ケル法律行爲ノ觀念ニ相當スベキ行爲ノミヲ意味シ、準法律行爲ニ相當スベキ行爲ヲ包含セズ。

行政行爲ノ語ヲ此等三種ノ意義ノ何レニ用キルヲ適當トスルカハ專ラ學問上ノ便宜ノ問題ナリ。本書ニ用キル所ノ行政行爲ノ語ハ專ラ其第二ノ意義ニ於テスルモノニシテ、總テ行政權ノ公法的行爲ハ意思表示ヲ主タル要素トスルヤ又ハ其他ノ精神作用ノ發現ヲ主タル要素トスルヤヲ問ハズ法律的行爲ヲ發生スル原因タルニ於テハ等シク之ヲ行政行爲ト稱セント欲ス。

(二) 行政行爲ハ行政權ノ公法的行爲ナリ。公法的行爲ノ觀念ハ一面ニハ事實的行爲ニ對シ、一面ニハ私法的行爲ニ對ス。

事實的行爲ハ全ク法律的效果ヲ發生セザル行爲又ハ法律上ノ效果ヲ生ズル行爲ト雖モ其效果ヲ生ズル所以ガ外界ニ於ケル事實上ノ狀態又ハ事件ニ繫ルモノヲ謂フ。行政ノ作用ハ恰モ私人ノ生活行動ト同ジク大部分ハ唯事實的行爲タルニ止マル(例道路ノ築造、港灣ノ修築、河川工事、學校ノ授業)。事實的行爲ハ假令之ニ依リ法律的效果ヲ生ズルモ、其效果ハ外界ノ變化ニ因リ直接ニ法規ノ力ニ基キ發生スルモノニシテ、其行爲ノ力ニ基クモノニ非ズ、隨ツテ其行爲自身ハ公法的ニモ非ズ、私法的ニモ非ズ、全然法律的行爲ニ非ザルモノナリ。

行政權ノ法律的行爲ノ中ニハ更ニ公法的行爲ト私法的行爲トヲ分ツコトヲ要ス。公法的行爲トハ必ズシモ公法的效果ヲ發生スル行爲ノ意ニ非ズ、國家ハ私法關係ノ形成ニ關與スルノ權ヲ有スルヲ以テ、國家ノ行爲ニ依リ私法關係ヲ形成スルコトハ其例頗ル多ク、此場合ニ於テハ其行爲自身ハ公法的ニシテ、其效果ハ私法的ナリ。公法的行爲ト私法的行爲トノ區別ハ一ニ其行爲自身ガ國家的公權ニ基クモノナリヤ又ハ私人ト同一ノ地位ニ立チテ爲セル行爲ナリヤニ依リテ定マル。如何ナル場合ニ於テ國家ガ私人ト同一ノ地位ニ立ツモノト認ムベキカハ前ニ述

ベタルガ如シ。

(三) 行政行為ノ觀念ハ行政權ノ意思表示ヲ主タル構成要素ト爲シ其意思ノ内容ニ隨ヒテ法律的效果ヲ發生スルモノト意思表示以外ノ精神作用ノ發現ヲ主タル構成要素ト爲シ行政權ノ意思ニ拘ラズシテ法律的效果ヲ發生スルモノトノ兩者ヲ包含ス。前者ハ之ヲ法律行為的行政行為ト謂ヒ、後者ハ之ヲ準法律行為的行政行為ト謂フヲ得ベシ。兩者ノ區別ニ付テ尙次項ニ之ヲ論ズ。

二 行政行為ノ種類

行政行為ハ種々ノ觀察點ヨリ其種類ヲ分ツコトヲ得。

(一) 法律行為的行政行為ト準法律行為的行政行為。行政行為中行政權ノ意思表示ヲ主タル要素ト爲シ其法律的效果ハ意思表示ノ内容ニ依リテ定マルモノヲ法律行為的行政行為ト謂フ、行政行為ノ最主要ナルモノニシテ、狹義ニ於テ行政行為ト謂フハ專ラ此種ノ行為ヲ意味ス。意思表示ノ觀念ハ公法ト私法トニ共通ナルモノニシテ、一定ノ法律的效果ヲ目標トシ其效果ヲ發生セシメント欲スル意思(效果意思)ノ發表ヲ謂フ。其效果ハ固ヨリ意思表示ノミニ依リテ生ズルニ非ズ、常ニ

法規ト相待チテ其效果ヲ生ズルモノナレドモ、法規ノミヲ以テハ未ダ完全ナル法律的效果ヲ發生セズ、行政權ノ意思ガ之ニ加ハルニ依リテ始メテ其效果ヲ生ズルナリ。

準法律行為的行政行為トハ效果意思ヲ要素ト爲サズ、事實ノ認識、判斷等他ノ精神作用ノ發現ヲ主タル要素ト爲シ、法律的效果ノ發生ガ此心意ノ發現ニ繫ルト雖モ其效果ハ行政權ノ意思ノ内容ニ基イテ定マルニ非スシテ、專ラ法規ニ依リテ定マルモノヲ謂フ。其重ナル實例ニ付テハ尙後ニ之ヲ論ズ。

(二) 行政處分、公法上ノ契約及協定。法律行為的行政行為ハ更ニ其構成要素ノ如何ニ依リ(イ)行政處分(ロ)公法上ノ契約(ハ)公法上ノ協定ノ三種ニ分ツコトヲ得。

(イ) 行政處分トハ行政權ノ一方的ノ意思表示ニ依リテ成立スル行政行為ヲ謂フ。即チ行政權ノ單獨行為ナリ。民法上ノ法律行為ニ在リテハ契約ガ其通常ノ形式ナルニ反シテ、行政行為ニ在リテハ國家ハ支配權者トシテ人民ニ對スルモノナルヲ以テ、行政權ノ單獨行為ガ其通常ノ形式ナリ。

(ロ) 公法上ノ契約トハ當事者雙方ノ合意ニ依リテ成立スル行政行為ヲ謂フ、行

政權ノ意思表示ト相手方ノ意思表示トガ其内容ニ於テ相一致スルニ依リ其意思ノ内容ニ從ヒテ雙方ヲ拘束スベキ法律的效果ヲ發生スルモノナリ。公法上ノ契約ニ付テハ別ニ之ヲ述ブベシ(本節)。

(ハ) 公法上ハ協定トハ共同ノ目的ノ爲ニスル多數當事者ノ意思表示ノ結合ニ依リ特定ノ法律的效果ヲ發生スル單一ナル公法的行爲ヲ謂フ。例ヘバ數個ノ町村ノ協議ニ依リ町村組合ヲ設ケ、土地所有者ノ協議ニ依リ水利組合ノ設立ヲ決シ、二以上ノ公共組合ノ協議ニ依リ組合聯合會ヲ組織スルガ如シ。國際法ノ區域ニ於テモ國際聯盟規約ノ如キハ亦同一ノ性質ヲ有ス。多數ノ意思表示ノ結合ニ依リテ成立スルコトニ於テハ契約ニ類スト雖モ、契約ニ在リテハ雙方ノ當事者ガ相對立シ其一方ハ或權利ヲ得一方ハ之ニ相當スル義務ヲ負擔スルモノニシテ、其行爲ノ效果ハ雙方ニ對シ反對ノ意義ヲ有スルニ反シテ、協定ニ在リテハ各當事者ハ相並立シテ共同ノ目的ノ爲ニ意思ヲ表示シ其行爲ノ效果ハ各當事者ニ對シ同一ノ意義ヲ有スルモノナルコトニ於テ性質ヲ異ニス。

多數ノ意思表示ノ結合ニ依リテ成立スル行爲ト雖モ、若シ其行爲ノ性質ガ本來

單個ノ意思ニ依リテモ成立シ得ベキモノニシテ、唯多數人ガ共同シテ一人ノ如クニ行動スルニ過ギザル場合ニ於テハ、共同ノ意思ニ依リテ成ル單獨行爲タルニ止マリ、真正ノ意義ニ於テノ協定ニ非ズ。例ヘバ多數人ガ共同ニ訴願ヲ提起スルガ如シ。二以上ノ國家機關ノ協議ニ依リ單一ノ國家意思ヲ作成スル場合ノ如キ亦同シ。

(三) 職權ニ依ル行爲ト申請ヲ要スル行爲 行政行爲ハ或ハ相手方ノ申請ヲ待タズ行政應ノ職權ニ依リ進ンデ之ヲ爲シ得ベキモノアリ、或ハ相手方ノ申請ヲ以テ要件ト爲シ行政應ハ其申請ニ依ラズシテ之ヲ爲スノ權能ヲ有セザルモノアリ。後者ニ屬スル最モ著シキ例ハ行政裁判ニシテ、『訴ナケレバ裁判ナシ』ノ原則ハ行政裁判ニモ適用セラル。其他發明ノ特許、實用新案、意匠、商標ノ登録、鑛業及漁業免許等亦同一ノ例ニ屬ス。之ニ反シテ申請ヲ待チテ行ハルルヲ通常トスル行政行爲ト雖モ、其申請ガ法律上ノ要件ニ非ズシテ、場合ニ依リ申請ヲ待タズシテ之ヲ爲シ得ベキ權能アル場合ニ於テハ申請ヲ要スル行爲ニ非ズ。

(四) 羈束的行爲ト自由裁量ノ行爲 行政行爲ハ法規ノ下ニ行ハルル行爲ナル

ヲ以テ、常ニ或程度ニ於テ法規ニ依リ羈束セララルモノナラザルナシ。唯法規ハ時トシテハ全然行政權ノ自由裁量ノ餘地ヲ認メズ、行政廳ハ單ニ法規ノ定ムル所ヲ執行スルニ止マルコトアリ、之ヲ羈束的行政行爲ト謂フ。例ヘバ租稅ノ賦課、現役兵ノ徵集ノ如シ。時トシテハ法規ハ唯大綱ヲ定ムルニ止マリ其範圍内ニ於テハ行政權ノ自由裁量ニ任ズルコトアリ、之ヲ自由裁量ノ行爲ト謂フ。但シ普通ニ所謂自由裁量ニハ法規裁量ト便宜裁量トヲ分ツテ要スルコトハ前ニ述べタル如ク、真正ノ意義ニ於テノ自由裁量ノ行爲ハ唯便宜裁量ノ場合ニ限ル。例ヘバ官吏ノ任命、公企業ノ特許(各論一頁)、公物使用權ノ特許(各論三頁)ノ如シ。之ニ反シテ警察下命、警察許可、公用負擔ノ如キハ唯法規裁量ノ行爲タルニ止マル。

(五) 要式行爲ト不要式行爲 行政行爲ハ別段ノ規定ナキ限ハ不要式行爲ナルコトヲ原則ト爲スト雖モ、行政行爲ハ形式ニ重キヲ置クコト民法上ノ法律行爲ヨリモ遙ニ大ニシテ、隨ツテ要式行爲ニ屬スルモノ多シ。其形式ノ最モ普通ナルハ書面ニ依ルコトニ在リ、其書面ニ記載スベキ事項、書面ノ方式、署名捺印等ニ付テモ或ハ一定ノ制限アルモノアリ。或ハ公簿ノ登録ヲ以テ必要ノ形式ト爲スモノアリ。

(六) 受領ヲ要スル行爲ト受領ヲ要セザル行爲 行政行爲ガ特定ノ相手方ヲ有スル表示ヨリ成ル場合ニ於テハ相手方ガ其表示ヲ受領スルコトヲ其效力發生ノ要件ト爲スヲ原則トス。殊ニ隔地者ニ對スル意思表示ハ其通知ノ相手方ニ到達シタル時ニ於テ其效力ヲ生ズ(民法九七條ハ私人間ノ原則ナリ)。例外ノ場合ニ於テハ特定ノ相手方ヲ有スル表示ニシテ法律ノ特別ノ規定ニ依リ其受領ヲ要セズシテ效力ヲ生ズルモノアリ。例ヘバ相手方ノ居所不明又ハ其他ノ理由ニ因リ公告ヲ以テ通知ニ代フル場合ノ如シ。特定ノ相手方ナク、多數不定ノ人ニ對シ又ハ一般公衆ニ對スル表示ハ其受領ヲ要セズ單ニ表示ヲ爲スコトニ依リ有效ニ成立ス。

(七) 内容ニ依ル行政行爲ノ種類 ハ次項ニ於テ別ニ之ヲ論ズ。

三 行政行爲ノ内容

行政行爲ハ先ヅ之ヲ法律行爲的行政行爲ト準法律行爲的行政行爲トニ分ツテ要スルコトハ前ニ述べタリ。法律行爲的行政行爲ハ更ニ之ヲ獨立ナル行政行爲ト補充的及代理的意思表示トニ分ツコトヲ得。前者ハ其レ自身ニ獨立ニ法律上ノ效果ヲ生ズル行爲ヲ謂ヒ、後者ハ他ノ者ノ意思ヲ補充シテ其效力ヲ完成セシメ

又ハ他ノ者ニ代理シテ意思表示ヲ爲シ、其效力ハ他ノ者ニ歸スルモノヲ謂フ。獨立ナル行政行爲ハ更ニ其内容ニ依リ命令的行爲ト形成的行爲トニ分ツコトヲ得。獨立ナル行政行爲ハ總テ法規ノ下ニ於テ法規ヲ實現スル行爲ナルヲ以テ、法規ノ内容ガ命令的規律ト能力的規律トニ分チ得ベキ(憲法三頁)ト同ジク、行政行爲ノ内容モ亦此二種ニ分ツヲ得ベシ。命令的行爲ハ命令的規律ヲ實現スル行爲ヲ謂ヒ、形成的行爲ハ法律的能力ノ形成ニ關スル行爲ヲ謂フ。以下此等ノ各種ニ付テ其性質ヲ論ズ。

(一) 命令的的行爲。トハ總テ人民ニ或ル義務ヲ命ジ又ハ其義務ヲ免除スルコトニ關スル行政行爲ヲ謂フ。更ニ之ヲ(イ)義務ヲ命ズル行爲ト(ロ)義務ヲ免除スル行爲トニ分ツコトヲ得。前者ヲ下命ト謂ヒ、後者ヲ許可又ハ免除ト謂フ。

(イ) 下命。トハ特定ノ作爲、不作爲、給付又ハ受忍ヲ命ズル行爲ヲ謂フ。其不作爲ヲ命ズルモノハ或ハ特ニ之ヲ禁止ト謂フ。下命ハ常ニ權力關係ノ存在ヲ前提トス。或ハ一般統治關係ニ基クモノアリ、警察下命、財政下命、軍政下命等其例ナリ。或ハ特別ノ權力關係ニ基クモノアリ、官吏、軍人、學生等ニ關スル命令ハ其例ナリ。

下命ハ或ハ具體的ノ事件ニ關スルモノアリ、或ハ一般抽象的ノ定ヲ爲スモノアリ、後ノ場合ニ於テハ或ハ特ニ之ヲ一般的下命ト謂フ。殊ニ特別ノ權力關係ガ成立セル場合ニ於テハ權力者ハ其權力ノ範圍内ニ於テ服從者ニ對シテ一般的下命ヲ爲スコトヲ得ベシ。一般的下命ガ法規ノ如キ形式ヲ以テ發表セラルル場合ニ於テハ普通ニ之ヲ行政規則ト謂フ、訓令、職務命令、軍令、營造的規則、公共組合ノ規約等其例ナリ。行政規則ハ當事者ノ任意ノ承諾又ハ法律ニ依リ既ニ成立セル特別ノ權力關係ニ基キ其權力ニ服從スル者ニ對シテ發セララルルモノニシテ國民ニ對シ新ナル義務ヲ命ズルモノニ非ザルヲ以テ、法規ノ性質ヲ有セズ、等シク行政行爲ノ一種ナリ。總テ下命ハ當事者ノ任意ノ承諾ニ基ク場合ヲ除クノ外、法規ニ基イテノミ行ハルルコトヲ得、行政權ノ擅斷ニ依リ法規ノ認メザル義務ヲ命ズルコトヲ得ズ。下命ノ效果ハ受命者ヲシテ其下命ニ遵由スル義務ヲ負ハシムルコトニ在リ。其義務ヲ履行セザル者ニ對シテハ法律ノ定ムル所ニ依リ行政上ノ強制執行ノ手段ヲ以テ其履行ヲ強制スルヲ得ベク、又罰則ノ定アル場合ニ於テハ處罰ノ原因ト爲ル。

(ロ) 許可、免除、及び、其、拒絶、許可ハ特定ノ作爲ガ一般ニ禁止セララルル場合ニ於テ特定人ニ對シ又ハ特定ノ事件ニ關シテ其禁止ヲ解除シ適法ニ之ヲ爲スコトヲ得シムル行爲ナリ。許可ノ行ハルルハ許可ヲ留保シタル一般禁止アルコトヲ前提トス。法令ガ特定ノ作爲ニ付官廳ノ許可ヲ受クベキコトヲ規定セルハ、常ニ其作爲ガ許可ヲ受ケザル者ニ對シテハ一般ニ禁止セラレ、許可ヲ受クルニ依リテノミ其禁止ガ除カルルコトヲ示スモノニシテ、即チ許可ヲ留保シタル禁止ナリ。許可ハ其禁止ヲ解除スル行爲ニシテ、其效果ハ許可ヲ受ケタル者ヲシテ適法ニ其作爲ヲ爲スノ自由ヲ得シムルコトニ在リ。許可ニ依リテハ何等ノ權利ヲ設定スルコトナク、唯義務ヲ免除スルノミ。許可ハ下命ト同ジク、常ニ權力關係ヲ前提トスルモノニシテ、其基ク所ノ權力ニ應ジテ、警察許可、財政許可、軍政許可、特別權力關係ニ基ク許可等ヲ分ツコトヲ得。

許可ト性質ヲ同ジウスル行爲ニ尙免除アリ。免除トハ一般ニ命ゼラレタル作爲、給付又ハ受忍ノ義務ヲ特定人ニ對シ又ハ特定ノ場合ニ付免除スル行爲ナリ。其ノ許可ト異ナル所ハ唯許可ハ禁止ノ解除即チ不作爲義務ノ免除ナルニ對シ、免

除ハ作爲、給付又ハ受忍義務ノ免除ナルコトニ在リ。租税ノ免除、兵役ノ免除、就學義務ノ免除、種痘免除ノ類是ナリ。義務履行ノ延期又ハ猶豫ヲ許ス行爲モ亦免除ノ一種ナリ。

許可及免除ハ相手方ノ出願ニ對シテ與ヘラルルヲ通常トス。其出願ニ對シ之ヲ拒絶スル行爲モ亦行政行爲ノ一種ナリ。拒絶ハ現在ノ法律狀態ニ或ル變更ヲ加フルコトノ意思表示ニ非ズシテ、反對ニ現在ノ法律狀態ヲ變更セザルコトノ意思表示ナリ、積極的ノ效果ヲ生セズ單ニ消極的效果アルニ止マルヲ以テ之ヲ消極的行政行爲ト謂フヲ得ベシ。之ニ對シテハ訴願又ハ行政訴訟ヲ起スコトヲ許サルルヲ通常トス。

(二) 形成的行爲。トハ權利能力、行爲能力、權利、包括的ノ法律關係等總テ或ル法律上ノ力ヲ設定シ、變更シ又ハ消滅セシムルコトニ關スル行政行爲ヲ謂フ。命令的行爲ガ常ニ義務ヲ命ジ又ハ之ヲ免除スルコトニ關スル行爲ニシテ即チ人民ノ自然ノ自由ヲ拘束シ又ハ其拘束ヲ除クモノナルニ反シテ、形成的行爲ハ自然ノ自由ヲ制限シ又ハ之ヲ解除スルコトヲ目的トスルモノニ非ズ、他人ニ對抗シ得ベキ

法律上ノ力ヲ與ヘ又ハ之ヲ否定スルコトヲ目的トスル行爲ナリ。

形成的行爲モ亦出願ニ依リ行ハルルコトアルヲ以テ、其出願ヲ拒絶スル行爲アリ得ベシ、其性質ニ於テハ許可ノ拒絶ニ同ジ。

形成的行爲ハ法律上ノ力ヲ設定シ若クハ變更スルモノナルト之ヲ消滅セシムルモノナルトニ由リ設權行爲ト剝權行爲トニ分ツヲ得ベク、又直接ニ人ニ對シテ效果ヲ生ズルト物ノ上ニ效果ヲ生ズルトニ由リ債權的行爲ト物權的行爲トニ分ツヲ得ベシ。

(イ) 設權行爲、及剝權行爲、設權行爲トハ能力、權利又ハ法律關係ヲ設定スル行爲ヲ謂フ。或ハ之ヲ特許ト稱スルヲ得ベシ。法律ハ往々之ヲ許可又ハ免許ト稱スルコトアリ(例、歸化ノ許可、漁業免許)ト雖モ、前ニ述べタル意義ニ於テノ許可トハ全ク其性質ヲ異ニス。許可ハ義務ノ免除ニシテ唯自然ノ自由ヲ回復セシムルニ止マルニ反シテ、設權行爲ハ常ニ自然ニハ存セザル法律上ノ力ヲ付與スル行爲ナリ。(1) 或ハ權利能力又ハ行爲能力ヲ付與スルモノアリ、例ヘバ公法人ノ設立、復權、市町村公民權ノ付與ノ如シ。(2) 或ハ公法上又ハ私法上ノ權利ヲ設定スルモノアリ、公

法上ノ權利ヲ設定スルハ例ヘバ公企業ノ特許(各論一頁)公物使用權ノ特許(各論二頁)公

用徵收權又ハ公用使用權ノ設定(各論一頁、七頁)橋錢又ハ河川通航料ノ徵收權ノ特許(各論七頁)ノ如シ。私法上ノ權利ヲ設定スルハ例ヘバ鑛業許可、漁業免許ノ如シ。(3) 或

ハ包括的ノ法律關係ヲ設定スルモノアリ、例ヘバ歸化ノ許可、官吏ノ任命、議員ノ選舉、公吏ノ選任、現役兵ノ徵集、營造物利用關係ノ設定ノ如シ。

既ニ設定セラレタル能力、權利又ハ法律關係ヲ變更スル行爲モ亦設權行爲ノ一種トシテ見ルヲ得ベシ。例ヘバ市町村ノ境界變更、公物使用權ノ變更、鑛業權者ノ鑛區變更ノ許可、官吏ノ轉任ノ如シ。

剝權行爲ハ能力、權利又ハ法律關係ノ全部又ハ一部ヲ消滅セシムル行爲ナリ。例ヘバ法人ノ解散、失踪宣告、禁治產又ハ準禁治產ノ宣告、國籍離脫ノ許可、公企業特許又ハ公物使用權特許ノ取消、鑛業許可又ハ漁業免許ノ取消、官吏ノ免官、衆議院又ハ地方議會ノ解散ノ如シ(但シ、命令的許可ノ取消ハ禁止ノ回復ニシテ)。

(ロ) 債權的、行爲及物權的、行爲、形成的行爲ハ總テノ行政行爲ト同ジク人ニ對シテ效果ヲ生ズルモノナラザルナシト雖モ、或ハ人ヲ其行爲ノ主眼ト爲シ、特定人

ニ對シテ其效果ヲ生ズルモノナルコトアリ、或ハ直接ニ物ニ付テ其效果ヲ生ジ、其物ノ所有者、占有者等其物ニ付權利ヲ有スル者ハ其物ノ權利者タル地位ニ基イテ其效果ヲ受クルモノナルコトアリ。前者ヲ債權的行爲ト謂ヒ後者ヲ物權的行爲ト謂フ。物權的行爲ハ例ヘバ保安林ノ編入又ハ解除、土地收用ノ裁決、耕地整理、國寶又ハ特別保護建造物ノ指定、道路、河川又ハ河川附屬物ノ認定ノ如シ。

(三) 補○充○的○及○代○理○的○行○爲。ハ共ニ行政權ノ行爲ニ依リ他ノ當事者ノ法律行爲トシテノ效力ヲ生ゼシムルモノナルコトニ於テ共通ノ性質ヲ有ス。補充的行政行爲トハ他ノ者ノ法律行爲ノ效力ヲ完成スルニ必要ナル行政權ノ行爲ヲ謂フ。或ハ準法律行爲的行政行爲ナルコトアリ、例ヘバ婚姻ノ届出ノ受理ノ如シ、婚姻ノ效力ハ之ニ依リテ完成ス。或ハ行政權ノ意思表示ナルコトアリ、之ヲ認可ト謂フ。準法律行爲的行政行爲ニ付テハ後ニ之ヲ述ブベク、茲ニハ專ラ認可ニ付テ論ズ。代理的行政行爲トハ行政權ノ意思表示ガ他ノ者ノ爲ニ行ハレ、其效力ガ直接ニ其者ニ歸屬スルモノヲ謂フ。

(イ) 認可。トハ當事者ノ法律行爲ガ國家ノ同意ヲ得ルニ非ザレバ有效ニ成立

許認可

スルヲ得ザル場合ニ於テ、之ニ同意ヲ與ヘ以テ其效力ヲ完成セシムル行爲ナリ。法律行爲ノ當事者ハ別ニ存シ、認可ハ唯其效力ヲ完成セシムル補充的的意思表示タルノミ。例ヘバ市町村條例ノ許可、町村長選舉ノ認可、法人設立ノ許可、法人定款ノ認可、外國人ヲ入夫又ハ養子ト爲スコトノ許可ノ如シ。「法律ハ往々之ヲ許可ト稱スト雖モ、前ニ述べタル許可トハ性質ヲ異ニス。許可ハ禁止ノ解除ニシテ其效果ハ自然ノ自由ヲ回復スルニ在リ、認可ハ法律行爲ニ對スル同意ニシテ其效果ハ法律行爲ノ效力ヲ完成セシムルコトニ在リ。許可ハ常ニ事實的行爲ニ對スルモノニシテ適法ニ其行爲ヲ爲スコトヲ得シムルナリ、許可ヲ受ケズシテ其行爲ヲ爲スハ違法ニシテ或ハ處罰ノ原因ト爲ルベシト雖モ、其行爲ノ效力ニハ直接ノ關係ナシ。認可ハ常ニ法律的行爲ニ對スルモノニシテ、有效ニ其行爲ヲ爲スコトヲ得シムルナリ、認可ヲ受ケズシテ其行爲ヲ爲ストキハ其行爲ハ無効ナリト雖モ、直接ニハ處罰ノ原因ト爲ルコトナシ。

(ロ) 公法上ノ代理。代理ノ觀念ハ公法ニ於テモ私法ニ於ケルト同ジク、代理ニ法定代理ト授權代理トヲ別ツラ要スルコト亦私法上ノ代理ニ同ジ。公法上ノ代理

ハ國家機關相互ノ間ニモ存スルヲ得ベク、是ニ付テハ次章ニ述ブベシ。國家ト他ノ者トノ間ニ生ズル法定代理ノ關係ハ主トシテ國家ト公共團體、特許企業者其ノ他國家ノ特別ノ監督ヲ受クル者トノ間ニ生ズル關係ニシテ、國家ノ監督權ノ作用トシテ行ハル。例ヘバ監督官廳ガ市町村ノ爲ニ市町村條例ヲ制定シ(市一四、五條)市町村會ニ故障アル場合ニ於テ其議決ニ代ハルベキ決定ヲ爲シ、北海道二級町村制及島嶼町村制ニ依ル町村長ヲ任命シ、町村組合ノ爲ニ其規約ヲ制定シ又ハ變更スルガ如シ。此等ノ場合ニ於テハ國家ハ公共團體ニ對シ恰モ後見人ノ如キ地位ニ在ル者ニシテ、法律ノ定ムル限度ニ於テ團體ヲ代理スルノ權ヲ有スルナリ。

(ハ) 時トシテハ代理ト認可トノ混合的性質ヲ有スル行爲アリ、修正認可及ビ選擇認可是ナリ。修正認可トハ當事者ノ申請ニ對シ修正シテ認可ヲ與フル行爲ヲ謂フ。認可權ハ原則トシテ修正權ヲ伴フコトナク、當事者ノ申請ノ全部ニ對シ認可スルト否トノ二途アルノミナリト雖モ、例外ノ場合ニ於テハ法律ハ其修正權ヲ認ムルコトアリ(例、市一四、八條)。修正シテ認可ヲ與フルトキハ其修正ノ限度ニ於テ單純ナル同意ニ非ズシテ代理行爲タル性質ヲ有ス。選擇認可トハ當事者ノ數

個ノ申請ニ對シ其一ヲ選擇シテ認可ヲ與フル行爲ヲ謂フ(例、市會ノ選舉シタル市長ニ就任スルガ如シ)。發案權ガ當事者ニ存スルコトニ於テ認可ノ性質ヲ有スルト共ニ選擇シテ決定スルノ權ガ國家ニ存スルコトニ於テ代理ノ性質ヲ有ス。

(四) 準法律行爲的行政行爲。此種ニ屬スル重ナルモノハ確認、公證、通知及ビ受理是ナリ。此等ノ行爲ハ何レモ其效果ガ専ラ法規ニ依リテ定マリ、行政權ノ意思ノ内容ニ依リテ定マルモノニ非ザルコトニ於テ其特色ヲ有ス。

(イ) 確認。ハ特定ノ法律事實又ハ法律關係ノ存在ヲ認定シ之ヲ公ニ宣言スルコトヲ目的トスル行爲ヲ謂フ。效果意思ノ表示ニ非ズシテ判斷ノ表示ナリ。選舉人名簿ノ效力ノ決定、當選人ノ決定、官吏ノ恩給權ノ査定、公ノ試驗ニ於ケル合格不合格ノ決定、國有地ト民有地トノ境界査定、市町村境界爭ノ裁定、度量衡ノ檢定、發明ノ特許、行政訴訟ノ確認判決等其例ニ屬ス。確認行爲ノ直接ノ效果ハ其ノ確認セラレタル事實又ハ法律關係ガ公ノ效力ヲ以テ確定セラレ、特ニ異議ノ申立ヲ許サルル場合ノ外何人モ之ヲ確定ノモノトシテ承認スルノ義務ヲ負フコトニ在リ。之ニ伴ヒテ尙如何ナル效果ヲ生ズルカハ各場合ニ付法律ノ定ムル所ニ依ル。

(ロ) 公證。ハ特定ノ法律事實又ハ法律關係ノ存在ヲ公ニ證明スルコトヲ目的トスル行爲ヲ謂フ。意思表示ニ非ズシテ認識ノ表示ナリ。公證ハ行政ノ各種ノ區域ニ於テ其例頗ル多シ。其ノ最モ著シキハ各種ノ登記簿、登録原簿、人名簿、臺帳、議事録及決議録等公簿ニ登録スル行爲ナリ、其他、各種ノ公ノ證明書、領收證書、旅券、鑑札等ノ類亦同一ノ性質ヲ有ス。公證行爲ノ直接ノ效果ハ其證明セラレタル事實ガ公ノ證據力ヲ生ズルコトニ在リ、其證據力ニ伴ヒ法律ガ如何ナル效果ヲ之ニ繋ラシムルカハ各場合ニ付法律ノ定ムル所ニ依ル。

(ハ) 通知。ハ特定人ニ對シ、多數不定ノ人ニ對シ又ハ一般公衆ニ對シ或事ヲ知ラシムルガ爲ニスル行爲ヲ謂フ。或ハ立法、司法又ハ行政行爲ノ一要素タルモノアリ、法律命令條約等ノ公布、行政行爲又ハ司法行爲ノ效力ヲ完成スルニ必要ナル告知、送達、公示、交付、言渡等ノ行爲ハ之ニ屬ス。或ハ獨立ノ行政行爲タルモノアリ、歸化ノ告示、土地收用法ニ依ル事業認定ノ公告及土地細目ノ通知又ハ公告、執行罰又ハ代執行ノ豫告、租稅滯納者ニ對スル督促、學齡兒童ノ就學ノ督促等其例ナリ。

(ニ) 受理。ハ他人ノ表示ヲ受領スル行爲ナリ。各種ノ届書、願書、訴願書、訴狀等

ノ受理ハ之ニ屬ス。

四 行政行爲ノ附款

行政行爲ハ或ハ單純ナルモノアリ、或ハ附款附ナルモノアリ。行政行爲ノ附款トハ行政行爲ノ效果ヲ制限スル爲ニ行政行爲ノ内容ニ附加シタル行政權ノ意思表示ヲ謂フ。行政行爲ノ附款ハ唯法律行爲的行政行爲ニノミ其適用アリ、何トナレバ附款ハ意思表示ノ效果ヲ制限スルモノニシテ、意思表示ヨリ成ルコトヲ前提トスルモノナレバナリ。行政行爲ノ附款ニハ五種ヲ分ツコトヲ得。(一)條件(二)期限(三)負擔(四)取消權ノ留保(五)法律的效果ノ一部ノ除外是ナリ。

(一) 條件。條件附行政行爲トハ行政行爲ノ效果ガ行政權ノ意思表示ニ基キ不定ナル將來ノ事實ノ成否ニ繫レルモノヲ謂フ。其條件タル事實ノ成否未定ナル間ハ行政行爲ノ效果ガ尙不定ノ狀態ニ在リ、其條件ノ成就ト共ニ、停止條件ノ場合ニ於テハ行政行爲ガ完全ニ其效果ヲ生ジ、解除條件ノ場合ニ於テハ其效果ガ當然ニ消滅スルナリ。其停止條件附ナルハ例ヘバ明日晴天ナラバトイフ條件ヲ以テ屋外集會ヲ許可シ、若シ大臣出張スレバトイフ條件ヲ以テ其隨行ヲ命ズルガ如シ。

其解除條件附ナルハ例ヘバ三ヶ月内ニ工事ニ著手セザレバ當然効力ヲ失フトイフ條件ヲ以テ鐵道ノ敷設ヲ特許スルガ如シ。條件附行政行爲ハ行政權ノ意思表示ニ依リ條件ヲ附スル場合ナルコトヲ要ス、法規ガ自ラ條件ヲ附セル場合ハ所謂法定條件ニシテ眞ノ條件附行爲ニ非ズ。行政行爲ニ條件ヲ附スルコトヲ得ルハ法令ノ特別ノ規定アル場合ノ外、唯其行爲ガ行政權ノ自由裁量ニ屬スル場合ニ限ル、羈束的行政行爲ニ在リテハ行政權ハ唯法規ヲ執行スルニ止マルヲ以テ、行政權ノ意思ニ依リ條件ヲ附スルノ餘地ナシ。

(二) 期限。期限附行政行爲ハ其例多カラズ、其ノ期限附ナルガ如クナルモノハ其實ハ法定期限ナルモノ多シ。眞ニ期限附行爲タルニハ行政權ノ意思表示ニ依リ行政行爲ノ效果ニ始期又ハ終期ヲ附シタル場合ナルヲ要ス。例ヘバ何月何日ヨリ何月何日ニ至ル迄ヲ限リテ道路ノ使用ヲ許可シ、營業年限ヲ定メテ公企業ヲ特許スルガ如シ。期限ヲ附スルコトヲ得ルモ亦法令ノ定アル外自由裁量ノ行爲ニ限ル。

(三) 負擔。トハ主タル行政行爲ニ附隨シテ其行政行爲ノ効力ヲ受クル者ニ對

シ特別ノ義務ヲ命ズル行爲ヲ謂フ。負擔ハ條件ト異ナリ、行政行爲ノ效果ヲ不定ノ状態ニ在ラシムルモノニ非ズ、行政行爲ハ直ニ其效果ヲ生ジ唯其行爲ト共ニ之ト關聯シテ特別ノ義務ヲ負ハシムルナリ。負擔附行爲ノ實例ハ專ラ許可、設權行爲等或ル利益ヲ與フル行爲ニ在リ。例ヘバ演劇ノ興行ヲ許可スルト共ニ興行時間、脚本等ニ制限ヲ附シ、營業ヲ免許スルト共ニ營業上遵守スルヲ要スル義務ヲ命ジ、公企業ノ特許又ハ公物使用權ノ特許ニ伴ヒ特許命令書ヲ以テ特許ニ伴フ各種ノ義務ヲ命ズルガ如シ。負擔モ亦法規ニ依ルノ外自由裁量ノ範圍内ニ於テノミ之ヲ課スルコトヲ得。

(四) 取消權ノ留保。ハ行政行爲ニ附加シテ或ル場合ニ於テ之ヲ取消シ得ベキ權利ヲ留保スル意思表示ヲ謂フ。其主タル實例ハ負擔ト同ジク許可及設權行爲ニ在リ。或ハ負擔ニ關聯シテ若シ其負擔ヲ履行セザルトキハ取消スベキ旨ヲ宣言スルコトアリ、或ハ負擔ト關係ナク獨立ニ取消權ヲ留保スルコトアリ。取消權ノ留保ハ法律ガ其取消ヲ爲シ得ベキ場合ヲ限定セルトキハ之ヲ爲スコトヲ得ズ。

(五) 法律的效果ノ一部ノ除外。トハ行政行爲ニ附加シテ法律ガ一般ニ其行爲

ニ附スル所ノ效果ノ一部ヲ生ゼザラシムルノ意思ヲ表示スルヲ謂フ。例ヘバ官吏ニ出張ヲ命ジ但シ旅費ヲ給セズト曰ヒ、一般ニハ有給ナル官職ニ任命シテ但シ無給トスト曰フガ如シ。此種ノ附款ハ法規ノ適用ヲ特定ノ場合ニ除外スルモノナルヲ以テ唯法規ノ特ニ之ヲ許ス場合ニノミ之ヲ附スルコトヲ得。

五 公法上ノ契約

契約トハ相對立スル當事者雙方ノ合意ニ依リ成立シ其意思ノ内容ニ隨ヒテ效果ヲ生ズル法律的行爲ヲ謂ヒ、公法上ノ契約トハ公權ノ主體タル地位ニ於テノ國家、公法人又ハ私人ガ當事者タル契約ヲ謂フ。行政行爲ハ行政權ノ單獨行爲タルコトヲ通常ト爲スト雖モ、公法上ノ契約モ亦其例ニ乏シカラズ。

公法上ノ契約ハ或ハ公共團體相互ノ間ニ成立スルコトアリ。公共團體ノ公權及公義務ハ原則トシテ法律及ビ法律ニ基ク監督官廳ノ行政行爲ニ依リテ定マリ團體ノ任意ニ之ヲ左右スルコトヲ得ルモノニ非ズト雖モ、法律ハ場合ニ依リ一定ノ範圍ニ於テハ團體相互ノ間ノ協議ニ依リ其權利義務ヲ定メ得ベキコトヲ認ムルコトアリ。例ヘバ二以上ノ市町村ニ互リ營業ヲ爲ス者ニ對シ各市町村ニ於テ營

債務ノ契約トハ何ゾヤ
（四。七）

業稅附加稅ヲ課スル場合ニ於テハ法律ハ關係市町村長ノ協議ニ依リ相互ノ間ノ課稅權ノ割合ヲ定ムベキモノト爲シ（四。四）勅令（二。四）市稅（一。四）町村、道路法（三。三）ニ依レバ二市町村ノ境界ニ係ル道路ノ費用ニ付テハ關係市町村長ノ協議ニ依リ其費用分擔ノ割合ヲ定ムベキモノト爲シ、河川法（三。三）內令（二。一）條（三）ニ依レバ河川ノ工事ガ著シク他府縣ニ利益ヲ與フル等ノ場合ニ於テハ關係府縣知事ノ協議ニ依リ其費用ノ一部ヲ他ノ府縣ニ分擔セシムルヲ得ベキモノト爲セリ。此等ノ場合ニ於テハ府縣知事市町村長ハ府縣又ハ市町村ノ機關トシテ協議ヲ爲スモノニシテ其協議調ヒタルトキハ團體相互ノ間ニ契約ノ成立スルモノナルコトハ疑ヲ容レズ、而シテ其契約ノ内容ハ課稅權、費用負擔ノ義務ノ如キ公權又ハ公義務ニ關スルモノナルヲ以テ、其公法ニ屬スルモノナルコト亦疑ヲ容レズ。

公法上ノ契約ハ又國家（公。共。體。之。ニ。ト。私。人。ト。ノ。間。ニ。成。立。ス。ル。コ。ト。ア。リ。然。レ。ド。モ。此。點。ニ。付。テ。ハ。頗。ル。爭。ア。リ。多。ク。ノ。學。者。ハ。契。約。ノ。觀。念。ヲ。以。テ。當。事。者。雙。方。ノ。意。思。ガ。對。等。ノ。價。值。ヲ。有。ス。ル。コ。ト。ヲ。要。件。ト。ス。ル。モノ。ト。爲。シ。而。シ。テ。國。家。ト。臣。民。ト。ノ。間。ニ。ハ。意。思。ノ。對。等。ナ。ク。隨。ツ。テ。契。約。ノ。成。立。ア。ル。ヲ。得。ズ。所。謂。公。法。上。ノ。契。約。ハ。唯。相。手。

方ノ同意ヲ前提トスル單獨行爲ニ過ギオト爲セリ。然レドモ國家ト臣民トノ間ニ意思ノ對等ナシトスルハ理由ナキ獨斷タルヲ免レズ。公法關係ニ於テモ國家ハ必ズシモ常ニ權力者トシテ臣民ヲ支配スルニ非ズ、國家ノ權力ハ國法ニ依リ限ラレタル權力ニシテ、國家ハ唯國法ノ認ムル限度ニ於テノミ其單獨ノ意思ヲ以テ臣民ニ權利ヲ與ヘ義務ヲ命ズルコトヲ得ルニ止マリ、其範圍外ニ於テハ國家ト臣民トノ關係ハ最早權力者ト服從者トノ關係ニ非ズ、此限度ニ於テハ臣民ハ國家ノ權力ニ服從セザル地位ヲ有スルモノニシテ、國家ハ其單獨ノ意思ヲ以テ其權利義務ヲ定ムルノ權ナク、唯合意ニ依リテノミ之ヲ爲スコトヲ得。即チ契約ガ其當然ノ形式ナリ。

○國家ト臣民トノ間ニ於ケル公法上ノ契約ノ實例トシテ普通ニ舉ゲラルルモノハ歸化及官吏ノ任命ナリ。國家ハ外國人ノ意思ニ反シテ之ヲ日本人タラシムルコトヲ得ズ、又本人ノ意思ニ反シテ之ヲ官吏タラシムルコトヲ得ズ、有效ニ此等ノ行爲ヲ爲シ得ル爲ニハ常ニ雙方ノ合意ヲ要スルモノニシテ、即チ公法上ノ契約ナリ。其他、公法上ノ契約ノ實例トシテハ、議員ノ選舉及其承諾、公企業ノ特許、公物使

用權ノ特許、歸朝後一定ノ期間政府ノ指定スル職務ヲ擔任スベキ條件ヲ以テ外國留學ヲ命ゼラレ及之ヲ承諾スル行爲、公法上ノ損失補償ノ金額ニ關スル協議、營造物利用ノ出願及許可、志願ニ依ル現役兵役ノ編入等ヲ舉グルコトヲ得。公法上ノ契約ヲ否定スル學者ハ總テ此等ノ場合ニ於テ其行爲ノ效力ヲ生ズル所以ハ專ラ國家ノ意思ノミニ在リ、相手方ノ意思ハ唯其行爲ノ前提條件タルニ止マルト爲シ之ヲ以テ相手方ノ同意ヲ前提トスル單獨行爲ナリト稱スト雖モ、若シ此見解ニ從フトキハ雙方ノ意思ガ各獨立ニ其效果ヲ生ズルモノト爲スノ外ナク、即チ本人ノ意思表示ニ依リテハ國家ノ權力ヲ擴張スルノ效果ヲ生ジ、此ノ權力ノ擴張ニ基キ國家ノ單獨ノ意思ニ依リ外國人ヲ歸化セシメ、官吏ヲ任命スル等ノ行爲ヲ爲スモノト認メザルベカラズ、然レドモ此ノ如キ見解ガ決シテ法律ノ正當ナル解釋ニ非ズ、又當事者ノ意思ニ適合スル所以ニ非ザルコトハ明瞭ナリ。歸化ノ出願ハ日本人タラント欲スル意思表示ニシテ國權ヲ擴張スル意思表示ニ非ズ、任官ノ承諾ハ官吏タラント欲スル意思表示ニシテ任命權ヲ設定スル意思表示ニ非ズ。國家ハ國法上其單獨ノ意思ヲ以テハ外國人ヲ日本人タラシメ、官吏トナル意思ナキ者ヲ

官吏ト爲スノ權能ヲ有セザルモノニシテ、唯雙方ノ合意ニ依リテノミ之ヲ爲スヲ得ベク、雙方ノ意思ハ相待チテ其效果ヲ生ジ共ニ其行爲ノ成立要素タルモノナリ。然レドモ契約ノ成立スル爲ニハ、(イ)雙方ノ意思表示ガ同一ノ内容ヲ有シ(ロ)其法律的效果ハ此意思表示ノ内容ニ依リテ定マリ、且(ハ)雙方ノ意思ガ相合シテ其效果ヲ生ズル原因トナルコトヲ要ス。外形上意思ノ合致アルガ如ク見ユル場合ト雖モ、若シ雙方ノ意思表示ガ内容ヲ異ニスルトキ又ハ雙方ノ意思ガ各獨立ニ法律的效果ヲ生ズルトキ、又ハ一方ノ意思ハ法律上ノ關係ナク其法律的效果ハ専ラ國家ノ意思ノミニ依リテ生ズルトキハ契約ニ非ズ。公法上ノ契約ト申請ニ基ク單獨行爲トノ區別ハ之ニ依リテ生ズ。訴願又ハ行政訴訟ノ提起ニ因リ其裁決又ハ判決ヲ爲シ、土地收用ノ申請アルニ因リ其決定ヲ與へ、出願ニ因リ警察上ノ許可ヲ與へ又ハ租稅ヲ免除シ、登録申請ニ基イテ登録ヲ爲シ、漁業免許鑛業免許ノ出願ニ因リ其免許ヲ與フルガ如キハ、何レモ契約ニ非ズ。此等ノ場合ニ於テハ法律ハ國家ノ單獨ノ意思ニ依リ其行爲ヲ爲シ得ベキ權能ヲ認ムルモノニシテ、其效果ハ専ラ國家ノ意思ノミニ基イテ生ズ、相手方ノ申請ハ唯其權能ノ發動スル原因タルノ

ミ、契約ニ非ズシテ二個ノ單獨行爲ナリ。

公法上ノ契約ハ私法上ノ契約ト異ナリ、契約ノ自由ヲ以テ原則ト爲サズ。私法上ニ於テハ契約ハ原則トシテ自由ニシテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セザル限り任意ニ如何ナル契約ヲモ締結シ得ベシ。公法ハ之ニ反シテ一般ニ強行法ニシテ其總テノ權利義務ハ原則トシテ法令ノ定ムル所ニ依ルベク、契約ヲ以テ任意ニ之ヲ左右スルコトヲ許サズ。即チ私法ニ於ケルトハ反對ニ契約不自由ヲ以テ原則ト爲ス。公法上ノ契約ノ有效ニ成立シ得ベキハ唯國法ノ之ヲ認ムル限度ニノミ止マル。國法ノ認メザル權利義務ハ臣民ノ任意ノ承諾ヲ以テスルモ之ヲ設定シ又ハ之ヲ負擔セシムルコトヲ得ズ。

六 行政行爲ノ效力

行政行爲ノ效力ニハ其拘束力、確定力及執行力ヲ分チ論ズルコトヲ要ス。

(一) 行政行爲ノ拘束力。總テ有效ニ成立セル行政行爲ハ一面ニハ其效果ヲ受クベキ相手方ヲ拘束スル力ヲ有シ、一面ニハ國家(公共同體)自身ヲ拘束スル力ヲ有ス。(イ)相手方ノ受クベキ拘束力ニ付テハ行政行爲ガ特定ノ相手方ニ對スル場合

ニ於テハ其特定人ニ對シテ效果ヲ生ズルニ止マリ其承繼人ニ及バザルヲ原則トス、唯例外トシテ法令ハ其效果ガ相續人其他ノ承繼人ニ移轉スルコトヲ認ムルコトアルノミ。行政行為ガ多數不定ノ人又ハ一般公衆ニ對スル場合ニ於テハ其行為ノ内容ニ從ヒ其效果ノ及ブベキ總テノ者ニ對シテ拘束力ヲ生ズ。(ロ)行政行為ハ一面ニ於テ國家自身ヲ拘束スルノ力アルコトハ尙法規ガ國家ト國民トノ雙面ニ拘束力ヲ有スルト同ジ。總テノ國家機關ハ有效ナル行政行為ニ對シテハ、之ヲ有效ナル規律トシテ承認シ、之ヲ破毀スルヲ得ザルノ拘束ヲ受ク。行政行為ハ或ハ之ヲ取消スヲ得ベシト雖モ、其取消ハ唯取消權ヲ有スル官廳ノミガ之ヲ爲スコトヲ得ベク、其取消サル迄ハ其全然無効ナルニ非ザル限ハ其拘束ヲ免ルルコトヲ得ズ。

(二) 行政行為ノ確定力 確定力(或ハ既判ノ觀念ハ主トシテ裁判判決ニ付テ發達セルモノニシテ、其變更ヲ許サザル力ヲ謂フ。形式的確定力ト實質的確定力トニ分ツヲ普通トス。イ)形式的確定力トハ其行為ニ付最早上訴手段ヲ以テ争フヲ許サザル力ヲ謂フ。此意義ニ於テノ形式的確定力ハ行政行為ニ付テモ認メラル。

或ハ行政行為ノ成立ト共ニ初ヨリ上訴手段(異議ノ申立、訴願、行政訴訟)ヲ許サザルモノアリ、或ハ一定ノ期間ヲ限リ上訴ヲ許シ、上訴ヲ爲サズシテ其期間ヲ經過シ又ハ上訴ノ結果終審ノ決定ヲ經タルトキハ最早上訴ニ依リ之ヲ争フヲ許サザルモノアリ。形式的確定力ハ之ニ依リテ生ズ。(ロ)實質的確定力トハ一たび決定シタル事件ハ其内容ニ付テモ之ヲ最終ノ決定トシ、同一ノ事件ニ付テハ再ビ之ヲ審理スルヲ許サザル力ヲ謂フ。此意義ニ於テノ實質的確定力ハ行政行為ニ付テハ唯例外ノ場合ニノミ認メラル。原則トシテハ事情ノ變更ニ依リ其行為ヲ取消シ又ハ變更スルコトヲ得ベシ。之ニ付テハ次節(後出九)ニ更ニ述ブル所アルベシ。

(三) 行政行為ノ執行力 行政行為ハ或ハ執行ヲ要スルモノアリ、或ハ之ヲ要セザルモノアリ。其ノ執行ヲ要スルモノニ付テハ行政上ノ強制執行ノ定アリ、第六節ニ於テ之ヲ論ズ。行政行為ガ未ダ形式的確定力ヲ生ゼザル間ニ於テモ原則トシテ其執行ヲ妨グズ。現ニ上訴ノ提起セラレタル場合ニ於テハ執行ヲ停止スルヤ否ヤハ法律ノ定ムル所ニ依ル。

第五節 行政行爲ノ無効及取消

一 行政行爲ノ不存在、無効及取消

(一) 行政行爲ノ無効。トハ行政行爲ガ全然其行政行爲タル効力ヲ生ズルヲ得ザル状態ニ在ルヲ謂フ。其効力ノ關係ニ於テハ全ク行政行爲ナカリシト同ジク何人モ其拘束ヲ受クルコトナシ。其取消アルコトヲ待タズシテ何人モ之ヲ無視スルコトヲ得ベク、各行政官廳及裁判所ハ其獨立ノ見解ニ依リ之ヲ無効トシテ判斷スルコトヲ得ベシ。無効ナル行政行爲ニ依リテ臣民ニ義務ヲ命ズルコトアルモ臣民ハ之ニ服従スルヲ要セズ、若シ其違反ニ對シ刑事問題ヲ生ズルトキハ裁判所ハ獨立ノ見解ニ依リ其行政行爲ヲ無効トシテ決スベシ。無効ナル行政行爲ニ依リ權利ヲ付與スルコトアルモ、何人モ其權利ヲ尊重スルヲ要セズ、若シ權利侵害ノ訴訟ヲ生ズルトキハ民事裁判所ハ獨立ノ見解ニ依リ其權利ヲ無効トシテ決スベシ。無効ノ行政行爲ハ又追認若クハ時効ニ依リテ有效ノ行爲ト爲ルコトヲ得ズ。行

政行爲ニ對シ訴願又ハ行政訴訟ヲ提起シ得ベキ法定期間ノ定アル場合ニ於テモ無効ナル行爲ハ其期間ノ經過ニ因リ有效ト爲ルコトナシ。

以上ノ原則ニ對スル例外ヲ爲スモノハ本來無効ナルベキ行政行爲ガ正當ノ職權アル機關ニ依リ有效トシテ公ニ確認セラレタル場合ナリ。例へバ無効ノ選舉ニ依ル當選人ガ公ニ當選人トシテ決定セラレ、無効ノ行政行爲ガ行政裁判ノ結果有效トシテ判決セラレタルガ如シ。此等ノ場合ニ於テハ其確認行爲ノ效果ニ基キ、本來無効ナルベキ行爲ト雖モ、其確認行爲ガ無効又ハ取消トナラザル限ハ、有效行爲トナルノ結果アルヲ免レズ。是レ確認行爲ノ性質ヨリ生ズル當然ノ結果ナリ。

(二) 行政行爲ノ不存在。ハ行政行爲ノ無効ト同ジカラズ。行政行爲ノ不存在トハ行政行爲ノ觀念ニ相當スベキ事實ノ存在セザルヲ謂フ。行政行爲ノ存在スル爲ニハ少クトモ事實上ニ行政機關ノ行爲アリタルコトヲ要ス。全ク行政機關ノ地位ニ在ラザル者ノ行爲ハ單ニ無効ナルニ止マラズ、全然行政行爲トシテ存在セザルモノナリ。故ニ例へバ警察官吏ニ非ザル者ガ官名ヲ詐稱シテ警察權ヲ行ヒ私人ガ官文書ヲ偽造シテ官ノ免許ヲ受ケタリト詐稱スルガ如キハ行政行爲ノ不

存在ナリ。無効ナル行政行為ハ之ニ反シテ行政行為ノ存在ヲ前提トス、即チ事實上ハ行政機關ノ行為アルモノニシテ、唯其行為ガ法律上ノ有效要件ヲ備ヘザルガ故ニ法律上ノ效力ヲ生ズルヲ得ザルヲ謂フ。行政行為ノ不存在ノ場合ニハ固ヨリ公ニ其無効ヲ宣言スル必要ナク、又之ニ對シテ訴願又ハ行政訴訟ヲ提起スル餘地ナシ、假令之ヲ提起シタリトスルモ目的物ナキモノトシテ却下セラルベキモノナリ。無効ノ行政行為ハ之ニ反シテ外形上ハ行政行為アルモノナルヲ以テ、訴願又ハ行政訴訟ノ目的物ト爲ルヲ得ベク、公ニ其無効ヲ確認スル爲ニ之ヲ取消スコトハ敢テ無用ニ非ズ。唯此場合ニ於テモ其取消ハ唯無効ノ確認タルニ止マリ取消ニ依リ始メテ無効トナルニ非ズ。

(三) 取消シ得ベキ行政行為 ハ無効ノ行為ト異ナリ、初ヨリ當然無効ナルモノニ非ズシテ、其取消サル迄ハ法律上ノ瑕疵アルニ拘ラズ、有效ニ成立シ、取消權アル官廳ガ之ヲ無効トシテ決定スルコトニ依リ始メテ其效力ヲ失フモノヲ謂フ。其取消ハ正當ノ職權アル官廳ノミガ之ヲ爲スコトヲ得ベク、他ノ行政機關又ハ裁判所ハ獨立ニ之ヲ審査シテ其ノ無効ナルコトヲ決定スルコトヲ得ズ。正當ノ職

權アル官廳ガ之ヲ取消ス迄ハ完全ニ有效ナル行為トシテ總テノ國家機關及人民ニ對シテ拘束力ヲ有スルモノナリ。

二 無効ノ行為ト取消シ得ベキ行為トノ限界

行政行為ノ無効ハ民法上ノ法律行為ト同一ノ原則ヲ以テ論ズルコトヲ得ズ。民法上ノ法律行為ハ其内容ガ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ總テ無効ナリト雖モ、行政行為ハ行政權ノ行為ニシテ、而シテ行政權ハ法規ノ範圍内ニ於テハ自ラ何が公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ適スルカヲ認定スルノ權ヲ有スルヲ以テ其行為ヲ審査シテ之ヲ取消シ得ベキ正當ノ職權アル官廳ノ外ハ其認定ヲ覆ヘスノ權ナク、隨ツテ行政行為ハ如何ナル場合ニ於テモ、單ニ公ノ秩序善良ノ風俗ニ反スルガ故ノミヲ以テ無効ト爲ルコトナシ。行政行為ノ無効ハ唯其行為ガ成文又ハ不文ノ法規ニ違背スル場合ニ於テ生ズルコトアルノミ。

然レドモ行政行為ガ法規ニ違背スル總テノ場合ニ於テ、其行為ガ當然無効ナルニ非ズ。此點ニ於テハ法規ノ内容ニ命令的規律ト能力的規律トノ別アルコトヲ明ニスルヲ要ス。命令的規律トハ或事ヲ爲セヨ爲スベカラズト命ズル規律ニシ

テ、之ヨリ生ズル效果ハ常ニ其命令ニ從フベキ義務ニ外ナラズ、之ニ對スル違反ハ義務違反ニシテ、違反者ハ其責任ヲ免レズト雖モ、其行爲ノ法律上ノ效力ハ直接ニ其影響ヲ受クルコトナシ。能力的規律トハ法律上ノ力ヲ與ヘ又ハ之ヲ否定スルコトニ關スル規律ニシテ、之ヨリ生ズル效果ハ定メラレタル力ヲ發生スルコトニ在リ。行政行爲ガ命令的規律ニ違反スルニ止マル場合ニ於テハ、唯取消ノ原因ト爲リ得ベキニ止マリ、當然無効トナルコトナシ、何トナレバ其規律ノ趣旨トスル所ハ唯其規律ヲ遵奉スベシト命ズルコトニノミ存シ、之ヲ遵奉スルニ非ザレバ其效力ヲ生ズルヲ得ズトスルコトニ在ラザレバナリ。行政行爲ノ無効ハ唯能力的規律ニ違反スル場合ニ於テ生ズ。何トナレバ能力的規律ハ特定ノ法律上ノ力ヲ發生スルコトノ要件タル規律ニシテ、之ニ違反スルノ結果ハ其力ヲ發生スルヲ得ザルコトニ在レバナリ。

法令ノ規定ガ命令的又ハ能力的規律ノ何レニ屬スルカハ、各場合ニ於ケル解釋ノ問題ニシテ、事ノ性質ニ照シ、條理ニ考ヘテ之ヲ決スルヲ得ベシ。概シテ言ヘバ能力的規律ハ唯法律又ハ法律ノ委任ニ基ク命令ニ依リテノミ定ムルヲ得ベク、官制令、軍制令、榮典令、恩赦令等特別ノ例外ヲ除クノ外命令(殊ニ憲法第九條ニ基ク命令)ヲ以テハ唯命令的規律ヲ定ムルヲ得ルニ止マリ、能力的規律ハ全然其範圍外ニ屬スルヲ以テ、行政行爲ノ無効ヲ生ズルハ主トシテハ唯法律違反ノ場合ニ限り、命令違反ハ概シテ唯取消ノ原因ト爲リ得ルニ止マル。能力的規律ハ、行政機關ノ權限、行政行爲ノ手續、其形式、其內容、其構成要素等各種ノ點ニ付テ定メラルルヲ以テ、此等ノ何レノ點ニ於テモ其規律ノ違反ハ行政行爲ノ無効ヲ生ズルノ原因ト爲ルヲ得ベシ。其各種ノ無効原因ニ付テハ次項ニ之ヲ論ズ。

三 行政行爲ノ無効原因

行政行爲ノ無効原因ハ凡ソ左ノ如シ。

- (一) 無權限ニ基ク無効 行政行爲ガ有效ニ成立スル爲ニハ正當ニ組織セラレ且ツ正當ノ權限ヲ有スル行政機關ガ其權限内ニ於テ爲シタル行爲ナルコトヲ要ス。若シ此等ノ要件ヲ缺クトキハ其行爲ハ無權限ニ基キ無効ナリ。故ニ
- (イ) 正當ニ組織セラレザル行政機關ノ行爲ハ無効ナリ。此點ニ於テ主トシテ

問題トナルハ合議機關ニシテ(1)合議機關ノ出席者法律上ノ定足數ニ滿タザルトキ、(2)法律上其會議ヨリ除外セラルベキ者が決議ニ加ハリ之ニ依リテ始メテ定足數ヲ滿タシ若クハ決議ノ過半數ヲ得タルトキ、(3)招集ヲ要スルモノニ在リテハ招集ヲ受ケズシテ開會シ又ハ其招集ガ無効ナルトキ、(4)招集ヲ要セザルモノニ在リテモ職務上集會シタルニ非ザルトキ等ニ於テハ、其合議機關ハ正當ニ組織セラレタルモノニ非ズ、隨ツテ其合議機關トシテノ權能ヲ行ヒ得ベキ能力ヲ有セザルモノニシテ、其決議ハ當然無効ナラザルベカラズ。但シ合議機關ノ組織ニ關シテモ單ニ命令的規定ト認ムベキモノ(例ハ市制五一條三項ニ依リ市會ノ招集及會議ノ事規定ノ如キ恐クハ命令規)ニ違反シタル場合ニ於テハ其會議ヲシテ無權限ナラシムルモノニ非ズ。

(ロ) 他ノ機關又ハ他人ノ同意ヲ要スル場合ニ於テ其同意ヲ得ザル行為モ亦其同意ガ其行為ノ有效要件ト認ムベキ限ハ無効ナリ。例ヘバ市ガ監督官廳ノ認可ヲ得ズシテ市條例ヲ制定シ、市長ガ市會ノ議決ヲ經ズシテ市ノ豫算ヲ定メ、市稅ヲ賦課スルガ如シ。何トナレバ此等ノ場合ニ於テハ法ハ其同意ヲ得ルコトヲ以テ

此等ノ行為ヲ爲スノ權能ヲ生ズル要件ト爲スモノナレバナリ。之ニ反シテ法令ガ他ノ者ノ同意ヲ得ベキコトヲ規定セル場合ト雖モ、其規定ノ趣意トスル所ガ唯其同意ヲ經ベキコトヲ命ゼルニ止マリ、其同意ヲ得ズシテ之ヲ爲スノ權能ヲ有セザルモノト爲スノ趣意ニ非ザルトキハ、其同意ナキコトハ唯義務違反タルニ止マリ無効原因ト爲ルモノニ非ズ。例ヘバ市長ガ市會ノ議決ヲ經ザル支出ノ命令ヲ爲シ、市會ノ議決ニ反シテ市ノ財産管理行為ヲ爲スガ如シ、何トナレバ支出ノ命令又ハ財産ノ管理ハ本來市長ノ權限ニ屬スルモノニシテ其豫メ市會ノ議決ヲ經ベキコトハ唯命令規定ノ意義ヲ有スルモノト認ムベケレバナリ。

(ハ) 行政機關ノ權限外ノ行為ハ無効ナリ。然レドモ此點ニ於テモ權限外ノ行為ト權限内ニ屬シ、而モ其權限ノ行使ニ付法規ノ命ズル所ニ違反スル行為トヲ區別スルコトヲ要ス。換言スレバ權限ニ關スル法令ノ規定ニモ、能力規定即チ行政機關ノ能力ヲ限定シテ或ル範圍以外ニハ行政行為ノ能力ナシトスル規定ト命令規定即チ行政機關ニ對シテ遵由ヲ命ズルノ意義ヲ有スルニ止マル規定トノ二種アリ、無効ト爲ルハ前者ニ違反スル場合ニ限り、後者ニ違反スルモノハ唯取消ノ原

因ト爲ルニ止マル。例ヘバ許可權ナキ官廳ノ與ヘタル許可、收稅權ナキ官廳ノ爲シタル租稅ノ賦課ハ無權限ニ基キ無効ナレドモ、許可權アル官廳ガ許可スベカラザル行爲ヲ許可シ、收稅權アル官廳ガ違法ニ租稅ヲ課スルハ權限ノ違法ノ行使ニシテ取消アル迄ハ有效ナルヲ失ハズ。

(二) 手續ノ欠缺ニ基ク無効。行政行爲ノ手續ニモ其有效要件タルモノト、適法要件タルニ止マルモノトノ別アリ。法律ハ或ハ明文ヲ以テ此區別ヲ明ニセルモノアリ。例ヘバ選舉法ニハ手續ノ欠缺ガ當選ノ結果ニ異動ヲ及ボスノ虞アル場合ニノミ其無効ヲ生ズルノ原因ト爲セルガ如シ。法律ノ明文ナキ場合ニ於テハ疑アルヲ免レズト雖モ、概シテ言ヘバ其手續ガ命令ニ依ラズ法律ヲ以テ定メラレ且ツ其手續ヲ經ルコトガ行政行爲ノ正當ナル結果ヲ得ルニ缺クベカラザル要件トシテ認メラルベキ場合ニ於テハ、其手續ハ行政行爲ノ有效要件ナリト解スルヲ正當ト爲スベシ。例ヘバ市町村ノ意見ヲ聞カズシテ市町村ノ境界變更又ハ廢置分合ヲ爲シ、關係人トノ協議ヲ經ズシテ土地收用ノ裁決ヲ爲シ、市會ノ違法又ハ不當ナル議決ニ對シ市長ノ申請ニ基カズシテ府縣參事會ニ於テ之ヲ變更スル裁決

ヲ爲シ、選舉人ノ縦覽ニ供セズシテ選舉人名簿ヲ決定スルガ如キハ何レモ手續ノ欠缺ニ基キ無効ナリ。

(三) 形式ノ欠缺ニ基ク無効。行政行爲ガ、要式行爲ニ付テハ必要ナル形式ヲ備ヘザルトキ、不要式行爲ニ付テモ其效果ヲ受クベキ者ガ之ヲ認識シ得ルニ相當ナル形式ヲ以テ表示セラレザルトキハ無効ナリ。

然レドモ行政行爲ノ形式ニ關スル法令ノ規定ニ付テモ其有效要件タル形式ト其效力ニ影響ナク單ニ命令規定タルニ過ギザル形式トヲ區別スルヲ要ス。前者ヲ主要形式ト謂ヒ、後者ヲ從タル形式ト謂フ。行政行爲ハ唯其ノ主要形式ヲ缺ク場合ニ於テ無効ナリ。例ヘバ法律ガ書面ヲ必要トスル場合ニ口頭ヲ以テシ法律ガ署名ヲ必要トスル場合ニ署名ヲ缺クガ如シ。

(四) 内容ノ欠缺ニ基ク無効。行政行爲ノ内容ハ(イ)一定ノ意義ヲ有シ其事項ノ確定シ得ベキモノナラザルベカラズ。何ヲ命ズルカ、何ヲ許可スルカ、何ヲ付與スルカ、何ヲ剝奪スルカ、ノ確定シ得ベカラザルモノハ、一定ノ内容ナキモノニシテ、效果ヲ生ズルニ由ナク、當然無効ナラザルベカラズ。(ロ)可能ナラザルベカラズ。

行政行為が不能ノ事項ヲ内容トスルトキハ無効ナリ。不能ニハ事實上ノ不能ト法律上ノ不能トノ別アリ。事實上ノ不能ニ付テハ論ズルノ要ナシ。問題トナルハ唯法律上ノ不能ナリ。

法律上ノ不能ハ單純ナル違法ト異ナリ、單ニ法規ニ違反スルコトヲ意味スルニ非ズシテ法律上其效果ヲ發生シ得ベキカヲ認メラザルヲ謂フ。其區別ハ法規ニ命令規定ト能力規定トノ區別アルニ照應スルモノニシテ、行政行為ノ内容ガ單ニ命令規定ニ違反スルハ唯違法ノ行政行為タルノミ、其内容ガ能力規定ニ違反スルハ即チ法律上ノ不能ヲ内容トスル行為ニシテ、法律上其效果ヲ生ズルコトガ不能トセラルルナリ。

行政行為ガ法律上ノ不能ヲ内容トスル場合ハ主トシテ左ノ四ノ場合ナリ。

(イ) 權利能力ナキ者ニ權利ヲ與ヘ義務能力ナキ者ニ義務ヲ命ズル行為 例ヘバ六年以上ノ懲役ノ刑ニ處セラレタル者ヲ官吏ニ任命シ、外國人ニ鑛業權ヲ與ヘ又ハ辨護士名簿ニ登録シ、十二歳以下ノ幼兒ヲ刑罰ニ處シ、治外法權ノ特權ヲ有スル者ニ租稅ヲ賦課シ、女子ニ兵役義務ヲ課スルガ如シ。此等ノ者ハ此等ノ權利義

務ニ付全然法律上ノ能力ヲ有セザル者ニシテ、其權利義務ハ法律上全然成立シ得ザルモノタルナリ。

(ロ) 行政行為ノ目的物タル能力ナキ物ニ付テ行ハルル行政行為 民法上ノ法律行為ノ目的物タルコトヲ得ザル物ハ普通ニ之ヲ不融通物ト謂フ。公法上ニ於テモ、之ト同様ニ、或ハ一般ノ行政行為ニ付或ハ特殊ノ行政行為ニ付法律ガ全然其目的物タルコトヲ得ザルモノト爲セル物アリ。例ヘバ御料地ハ公用徵收ノ目的物タルコトヲ得ズ、墓地、石碑、祭壇、職務上ノ制服勳章等ハ租稅滯納處分ノ目的物タルコトヲ得ズ、要塞地帶第一區内ノ場所ハ鑛業免許ノ目的物タルコトヲ得ズ、私有水面ハ漁業免許ノ目的物タルコトヲ得ザルガ如シ。此等ノ物ニ付テ行ハルル其種類ノ行政行為ハ不能ニ基キ無効ナリ。之ト同ジク又國家ガ自己ノ支配權ニ屬セザル私有水面ノ埋立ヲ許可シ、私有地ヲ道路ニ編入シ、既ニ鑛業權ノ成立セル鑛區ニ付同種ノ鑛物ノ採掘免許ヲ爲スガ如キ亦不能ヲ内容トスル行為ニシテ、全然無効ナルモノト認メザルベカラズ。

(ハ) 法律上成立シ得ザル權利義務ヲ發生セシメントスル行為 内容ノ不能ナ

ル所以ガ人又ハ物ニ存セズシテ専ラ其發生セシメントスル權利義務ノ性質ニ存スル場合ナリ。例ヘバ何人ニ對シテモ絶對ニ禁止セラレタル行爲ヲ或人ニ許可シ、上官ガ下官ニ對シ犯罪行爲ヲ爲スベキ義務ヲ命ジ、法律ノ認メザル獨占權ヲ特定人ニ付與スルガ如シ。

(ニ) 法律上存在セザル權利ヲ消滅セシメ、義務ヲ免除スル行爲。例ヘバ虛無ノ土地ニ付收用ノ裁決ヲ爲シ、既ニ消滅セル鑛業免許ヲ取消シ、許可ヲ要セザル行爲ヲ許可シ、納稅義務ナキ者ニ免稅スルガ如シ。

(五) 意思ノ欠缺ニ基ク無効。行政行爲ハ行政權ノ效果意思ヲ要素トスルモノハ勿論然ラザルモノニ在リテモ少クトモ表示意思ハ其總テニ通ズル要素ナルヲ以テ行政行爲ノ有效ナル爲ニハ其行爲者ガ意思能力ヲ有スル者ナルコトヲ要ス。全然意思ナキ行爲ハ當然無効ナリ。例ヘバ官吏ガ精神喪失ノ状態ニ在リテ爲シタル行爲、抵抗スベカラザル強制ニ因ル行爲ノ如シ。

之ニ反シテ錯誤ニ依ル行爲、又ハ詐僞強迫賄賂等ノ不正手段ニ依リ行ハレタル行政行爲ハ唯取消ノ原因タルニ止マリ、當然無効ナルモノニ非ズ。何トナレバ此

等ハ意思ナキ行爲ニ非ズシテ唯其意思ノ決定ニ瑕疵アルニ止マレバナリ。

四 行政行爲ノ取消

行政行爲ノ取消トハ一タビ有效ニ成立シタル行政行爲ニ付其效力ヲ失ハシムルガ爲ニスル別箇ノ行政行爲ヲ謂フ。初ヨリ無効ナル行政行爲ニ付テモ其無効ナルコトヲ明白ニシ、公ニ其無効ヲ宣言スル爲ニ之ヲ取消スコトアリト雖モ、此場合ノ取消ハ唯確認行爲タルニ止マリ、新ニ其效力ヲ失ハシムルモノニ非ズ。真正ノ意義ニ於テノ取消ハ有效ナル行政行爲ヲシテ其效力ヲ失ハシムルノ效果ヲ有スルコトニ於テト異ナリ。

行政行爲ノ取消ニハ二ノ場合ヲ分ツコトヲ要ス。一ハ行政行爲ガ其成立ニ瑕疵アルニ因リ之ヲ取消ス場合ニシテ、一ハ行政行爲ガ其成立ニハ瑕疵ナク唯後ニ發生シタル事由ニ因リ將來ニ效果ヲ繼續セシムベカラザルガ故ニ之ヲ廢止スル場合ナリ。二者其性質ヲ異ニシ、隨ツテ又或ル程度ニ於テ其原則ヲ異ニスト雖モ、行政行爲ノ效力ヲ失ハシムル行爲ナルコトニ於テハ共通ノ性質ヲ有シ大體ニ於テハ同一ノ原則ニ從フヲ以テ、併セテ之ヲ論ズルヲ便宜ト爲スベシ。

(一) 取消シ得ベキ行政行為 行政行為ガ一タビ有效ニ成立シタルトキハ、國家自身モ亦之ニ依リ拘束セララルモノナルヲ以テ、國家ハ必ズシモ無條件ニ之ヲ取消スノ自由アルモノニ非ズ。如何ナル場合ニ於テ之ヲ取消シ得ルカニ付テハ行政行為ニ三ノ種類ヲ分ツコトヲ要ス。(イ)自由ニ取消シ得ベキ行為(ロ)特別ノ理由アル場合ニノミ取消シ得ベキ行為(ハ)確定力アル行為是ナリ。

(イ) 自由ニ取消シ得ベキ行為ハ單ニ臣民ニ義務ヲ負ハシメ、負擔ヲ命ジ、又ハ權利ヲ制限シ若クハ剝奪スルニ止マル行為ナリ。此種ノ行為ハ其取消ニ依リ毫モ臣民ニ不利益ヲ加フルモノニ非ザルヲ以テ、法規ニ牴觸セザル範圍内ニ於テ官廳ノ自由裁量ニ依リ之ヲ取消スコトヲ得ベシ。

(ロ) 特別ノ理由アル場合ニ於テノミ取消シ得ベキ行為ハ許可、特許其他總テ其取消ニ依リ臣民ノ權利ヲ失ハシメ、又ハ其他ノ不利益ヲ受ケシムル行為ナリ。此種ノ行為ニ付テハ法律ハ或ハ明文ヲ以テ其取消ヲ爲シ得ベキ場合ヲ限定セルモノアリ、例ヘバ醫師免許、鑛業許可、漁業免許、發明ノ特許ヲ取消シ得ベキ場合ハ醫師法、鑛業法、漁業法、特許法ニ列記限定セルガ如シ。此等ノ場合ニ於テハ法律ノ定ル

理由アル場合ノ外之ヲ取消スヲ得ザルハ言ヲ俟タズ。疑ヲ生ズルハ法律ニ別段ノ規定ナキ場合ナリ。

法律ガ其取消ニ付別段ノ規定ヲ爲サザル場合ニ於テモ、絶對ニ其取消ヲ許サザルモノト爲スベカラズ、何トナレバ總テ行政行為ハ確定力アル行為ヲ除クノ外將來ニ效力ヲ存續セシムベカラザル公益上ノ必要アル場合ニ於テハ其效力ヲ失ハシムルヲ得ベキハ當然ノ條理ナレバナリ。然レドモ一方ニ於テハ此種ノ行為ノ取消ハ臣民ノ權利ヲ毀損シ利益ヲ侵害スルモノナルヲ以テ、行政權ノ自由裁量ニ依リ之ヲ爲シ得ベキモノニ非ズ、其取消ハ唯法律上其取消ヲ正當ナラシムベキ特別ノ理由アル場合ニノミ之ヲ爲スコトヲ得ベシ。

此種ノ行為ニ付テ成文法規ノ明文ヲ待タズ、當然之ヲ取消シ得ベキモノト認ムベキ場合ヲ擧グレバ凡ソ次ノ如シ。(1)行政行為ノ内容ガ法規ニ違反シ手續上ノ欠缺アリ、又ハ不正ノ申告、賄賂其他ノ不正行為ニ因リ行ハレタルモノナルトキ。此等ノ場合ハ行政行為ガ本來法律上ノ瑕疵アルモノニシテ、其有效ニ存續スルコトハ法律ノ本旨ニ反スルモノナルヲ以テ當然之ヲ取消シ得ザルベカラズ。(2)行

政行爲ノ要件ガ其成立後ニ失ハレタル場合。例ヘバ營業ノ許可ニ一定ノ資本金額ヲ要件トセル場合ニ於テ其免許アリタル後其資本ガ定額以下ニ減少セルトキノ如シ。若シ其要件備ハラザレバ行政行爲ハ行ハルベカラザルモノナルヲ以テ事後ニ於テ其要件失ハルルニ至レバ之ヲ取消シ得ベキハ當然ナリ。(3)行政行爲ニ依リ利益ヲ受クル者ガ其利益ニ伴フ義務ヲ充サザル場合。例ヘバ營業ノ許可ヲ受ケタル者ガ其營業ニ關シ不正行爲ヲ爲シ其他營業上ノ義務ヲ履行セザルガ如シ。其受クル利益ト其守ルベキ義務トハ相隨伴スルモノニシテ、其義務ヲ充タサズシテ獨リ其利益ヲ受クルハ許スベカラザル所ナレバナリ。(4)行政行爲ノ行ハレタル後ニ於テ事情ノ變更ニ因リ將來ニ其效力ヲ存續セシムベカラザル新ナル公益上ノ必要ヲ生ジタル場合。此場合モ亦確定行爲又ハ法規ノ明文ヲ以テ取消シ得ベキ場合ヲ限定セルモノノ外ハ、當然取消權アルモノト認メザルベカラズ。然レドモ以上ノ何レノ場合ニ於テモ其取消ハ純然タル自由裁量ノ行爲ニ非ズシテ法規裁量ノ行爲ナリ。成文法規ノ明文ナキ場合ト雖モ其行爲ハ不文法ニ依リ羈束セラレタル行爲ニシテ、行政官廳ハ之ヲ取消スベキ公益上ノ必要之ヲ取消

スコトニ依リテ當事者ニ及ボスベキ不利益之ヲ取消サザルコトニ依リ公ノ秩序ニ及ボスベキ影響等ヲ比較考量シテ、之ヲ取消スベキヤ否ヤヲ決スルコトヲ要ス。其裁量權ノ誤用ニ依リ取消スベカラザル行爲ヲ取消スハ違法ノ行爲タルコトヲ免レズ。

(ハ) 確定力アル行爲トハ一たび確定シタル後ハ一事不再理ノ原則ガ行ハレ特別ノ例外ヲ除クノ外、同一事件ニ付再ビ審査スルコトヲ許サズ、隨ツテ原則トシテ全ク之ヲ取消スコトヲ得ザル行爲ヲ謂フ。確定力アル行爲ノ最モ著シキ例ハ裁判判決ニシテ、行政裁判ノ判決モ此效力ヲ有スルコトハ言フ俟タズ。一般ノ行政行爲ニ在リテモ、判決ト同様ノ性質ヲ有スル確認行爲ニシテ、訴訟手續ト類似ノ手續ヲ以テ利害關係者ノ參加ニ依リテ行ハルルコトヲ要件トスル行政行爲ハ判決ト同様ノ效力ヲ生ジ、上訴手段(異議申立訴訟)ニ依リテ之ヲ争フコトヲ許サルノ外、利害關係者ハ其變更スベカラザルコトヲ要求スル權利ヲ有シ隨ツテ一般ニ確定力ヲ生ズルモノト解スベシ。例ヘバ訴願ノ裁決、選舉ノ效力及當選人ノ決定、特許局審判官ノ審決、市町村境界争ノ裁定、土地ノ官民有區分ノ查定ノ如シ。

確定力アル行爲ト雖モ絶對ニ其取消ヲ許サザルニ非ズ。裁判判決ニ付テモ特別ノ理由アル場合ニ於テ再審ガ許サルルト同シク確定力アル行政行爲ニ付テモ再審ノ許サレ得ベキ場合ヲ認メザルベカラズ。民事訴訟法(四六八條)ノ再審ニ關スル規定ハ行政行爲ニ付テモ之ヲ類推スルヲ得ベク、殊ニ行政行爲ノ手續ニ重大ナル缺陷アル場合又ハ其行爲ガ偽證、詐欺、賄賂等犯罪タルベキ行爲ニ因リ行ハレタル場合ニ於テハ當然之ヲ取消シ得ベキモノト認ムベシ。

(二) 取消權アル官廳 行政行爲ノ取消ハ唯取消權アル官廳ノミ之ヲ爲スコトヲ得。其官廳ハ職權ニ依ル取消ト申請ニ依ル取消トニ依リテ異ナリ。

(イ) 職權ニ依ル取消ハ申請ヲ俟タズシテ官廳ノ側ヨリ進ンデ之ヲ取消ス場合ニシテ、其取消權アルモノハ、行政行爲ヲ爲シタル官廳自身及ビ其監督者タル官廳ナリ。(1)行政行爲ヲ爲シタル官廳ハ自ラ其行爲ヲ爲スノ權アルモノナルヲ以テ當然又其行爲ヲ取消スノ權ヲ有セザルベカラズ。(2)監督者タル上級官廳ガ其取消權ヲ有スルコトハ官制ニ其明文アリ、内閣總理大臣、各省大臣又ハ地方長官ハ其監督ノ下ニ屬スル下級官廳ノ行爲ニシテ成規ニ違ヒ、公益ヲ害シ又ハ權限ヲ犯ス

モノアリト認ムルトキハ之ヲ取消シ得ベキコトヲ定ム(内閣官制四條ノ二、各省官制九)。公法人ノ行爲ニ付テ監督官廳ガ之ヲ取消シ得ベキコトハ各公法人ノ構成ニ關スル法律中ニ其規定アリ。

(ロ) 申請ニ依ル取消ハ異議ノ申立、訴願又ハ訴訟ノ提起ニ依リテ之ヲ取消ス場合ニシテ、其取消權ヲ有スル者ハ其異議、訴願又ハ訴訟ヲ裁決スル機關ナリ。如何ナル機關ガ其裁決權ヲ有スルカハ各事件ニ付法律ノ定ムル所ニ依ル。

(三) 取消ノ效果 行政行爲ノ取消ハ常ニ其行爲ノ效力ヲ失ハシムルモノナリト雖モ、其效果ガ既往ニ溯リ初ヨリ效力ナカリシモノト看做サルルヤ又ハ將來ニ向ヒテ其效力ヲ失ハシムルニ止マルヤニ付テハ其取消ガ行政行爲ノ法律上ノ瑕疵ニ基クヤ又ハ事後ニ生ジタル原因ニ基クヤヲ區別スルコトヲ要ス。

(イ) 行政行爲ガ其成立ニ法律上ノ瑕疵アルニ因リ取消サル場合ニ於テハ其行爲ハ法律上初ヨリ成立スベカラザルモノナリシガ故ニ其效果ヲ發生セシメザラントスルモノナルヲ以テ、取消ノ效果ハ原則トシテ既往ニ溯リ初ヨリ無効ナリシモノト看做スベキヲ當然トス。法律ハ此趣意ヲ示スガ爲ニ往々之ヲ取消ト稱

セズシテ、無効ト稱スルコトアリ、例ヘバ特許法ニ於テ特許ノ無効審判ト謂ヒ、選舉法ニ於テ選舉訴訟又ハ當選訴訟ノ結果選舉又ハ當選ノ無効ヲ判決スルモノト爲セルガ如シ、其所謂無効審決又ハ無効判決ハ即チ前ノ確認行爲ヲ取消スノ行爲ナリ。然レドモ取消ノ效果ヲ既往ニ溯ラシムルハ時トシテハ既成ノ法律秩序ヲ破壊シ、不當ニ當事者ノ利益ヲ侵害スルコトナシトセズ。總テ行政行爲ガ一タビ有効ニ成立セル以上ハ公ノ權威ヲ以テ法律關係ヲ決定セルモノナルヲ以テ、假令其決定ガ法律上ノ瑕疵アリトシテ取消サレタリトスルモ、其行爲ニ基キ既ニ完成セル效果ハ之ヲ認容スルヲ適當トシ、既往ニ溯リテ其效果ヲ失ハシムルハ却テ正義ニ反スルコトアルベシ。故ニ取消ノ效果ガ既往ニ溯ルノ原則ニハ多少ノ例外ヲ認ムルコトヲ要ス。概シテ言ヘバ當事者ノ利益ノ爲ニハ既往ニ溯ルヲ原則ト爲シ、其不利益ノ爲ニハ寧ロ既往ニ溯ラザルヲ原則ト爲スベシ。其正確ナル限界ハ各場合ニ於ケル法規ノ解釋ノ問題ナリ。

(ロ) 行政行爲ガ事後ニ生ジタル原因ニ基キ取消サル場合ハ前ノ場合ト異ナリ、其實ハ行政行爲ノ廢止ニ外ナラザルヲ以テ、其效果ハ唯將來ニノミ及ビ、將來ニ向ヒテ行政行爲ノ效力ヲ失ハシムルニ止マルコトハ勿論ナリ。

第六節 行政上ノ強制執行

一 總論

行政上ノ強制執行トハ臣民ガ公法上ノ作爲、不作爲、給付又ハ受忍ノ義務ヲ履行セザル場合ニ於テ強カヲ以テ其義務ヲ履行セシメ又ハ之ヲ履行シタルト同一ノ状態ヲ實現スルガ爲ニスル行政權ノ作用ヲ謂フ。

(一) 強制執行ハ常ニ特定ノ公法上ノ義務ガ成立シ、義務者ガ其義務ヲ履行セザルコトヲ前提トス。其義務ハ或ハ直接ニ法令ニ依リ生ズルコトアリ、或ハ法令ニ基ク行政行爲ニ依リ生ズルコトアリ。前ノ場合ニ於テハ特別ノ行政行爲ニ依リ其義務ヲ命ズルコトヲ要セズ、法令ニ依リ定マレル義務ヲ履行セザル場合ニ於テハ直ニ強制執行ヲ爲シ得ベク、後ノ場合ニ於テハ先ヅ行政行爲ニ依リ其義務ヲ命ジ然ル後ニ始メテ強制執行ノ問題ヲ生ズ。何レノ場合ニ於テモ強制執行ハ常ニ

行政上ノ強制執行
 (四) 東大、大ニ辯
 (四三) 判、核、辯

義務ノ不履行ヲ前提トスルモノニシテ、義務ヲ命ズルニ非ザル行政行為、殊ニ許可、設權、確認、公證等ノ行為ニ付テハ強制執行ノ問題ヲ生ズルコトナシ。

(二) 行政上ノ強制執行ハ行政權ノ作用ナリ。民法上ノ法律關係ニ在リテハ、義務者ガ其義務ヲ履行セザル場合ニ於テモ、權利者ハ自ラ強制執行ヲ爲スノ權ナク其義務ノ履行ヲ強制スル爲ニハ、唯民事訴訟ニ依リ裁判上ノ強制執行ヲ求ムルノ外ナシ。國家ガ權利者タル場合ト雖モ、其權利ガ私法的性質ヲ有スルモノナルトキハ、亦同一ノ原則ニ從フヲ通例トシ、其強制執行ノ權ハ専ラ司法權ニ屬ス。公法上ノ義務不履行ニ對シテハ、之ニ反シテ、敢テ司法權ノ關與ヲ待タズ、行政權ニ依リテ自ラ強制執行ヲ爲シ得ベキコトガ認めラルナリ。

(三) 行政上ノ強制執行ノ手段ハ或ハ各種ノ公法上ノ義務ニ付キ各特別法ニ依リテ定メラルモノアリ。一般的ノ公法上ノ義務ニ付キ一般法ノ定アルモノハ之ヲ二種ニ分ツコトヲ得。一ハ行政執行法(三三法)第五條ノ定ムル所ニシテ其手段ニ三アリ、代執行、執行罰及ビ直接強制是ナリ。主トシテ警察義務ニ適用セラルルモノナルドモ、是ノミニ止マルニ非ズ、其他ノ義務ニモ適用セラル。一ハ國稅徵

收法(三〇法)ノ定ムル所ニシテ、専ラ金錢給付義務ニ適用セララル。法律ハ之ヲ國稅滯納處分ト稱スト雖モ、國稅以外ノ種々ノ公法上ノ收入ニ付テモ法律ハ多クノ場合ニ之ヲ準用セルヲ以テ、寧ロ之ヲ行政上ノ強制徵收ト稱スルヲ適當ト爲スベシ。以下此等ノ各種ノ手段ニ付テ論ズ。

二 代執行

代執行トハ、他人ノ代リテ爲スコトヲ得ベキ作爲ノ義務ニ對スル強制執行ノ手段ニシテ、即チ官廳ガ自ラ義務者ノ爲スベキ作爲ヲ爲シ又ハ第三者ヲシテ之ヲ爲サシメ、而シテ其費用ハ之ヲ義務者ヨリ徵收スルヲ謂フ。

代執行ノ適用セラレ得ベキ場合ハ其義務ガ作爲ノ義務ニシテ且ツ其作爲ハ代替的性質ヲ有シ、義務者ガ自ラ之ヲ爲スコトヲ要件ト爲サズ、第三者ガ代リテ之ヲ爲スニ依リテモ其目的ヲ達シ得ベキ性質ノモノナルコトヲ要ス。而シテ此ノ如キ性質ノ義務ニ在リテハ代執行ニ依リ常ニ完全ニ強制執行ノ目的ヲ達スルコトヲ得ベシ。就中外界ノ物質的狀態ヲ變更セシムル場合、例ヘバ違法ナル建物ヲ破壊セシメ、道路ノ妨害トナルベキ物ヲ取除カシメ、家屋ノ清潔方法ノ施行ヲ命ジ、不

完全ナル設備ヲ改善セシムルガ如キ場合ハ代執行ノ適用セラレ得ベキ重ナル場合ナリ。

代執行ヲ爲スニハ、(イ)相當ノ履行期間ヲ定メ其期間内ニ義務ヲ履行スルニ非ザレバ代執行ヲ爲スベキコトヲ豫メ書面ヲ以テ戒告スルヲ要スルヲ原則トス。此戒告ハ下命行爲ニ非ズ、義務ノ履行ヲ催告スル通知行爲ナリ。但シ法律ハ急迫ノ事情アル場合ニ於テハ戒告ヲ爲サズシテ直ニ代執行ヲ爲シ得ベキコトヲ認ム。(ロ)戒告シタル履行期間内ニ其義務ヲ履行セザルトキ又ハ急迫ノ事情アルトキハ、其戒告ヲ待タズシテ官廳ハ自ラ義務者ノ爲スベキ作爲ヲ爲シ又ハ第三者ヲシテ之ヲ爲サシムルコトヲ得之ヲ代執行ノ本體トス。其執行ハ或ハ屬吏ニ命ジテ之ヲ爲サシメ或ハ官廳ノ指揮監督ノ下ニ民法上ノ雇傭又ハ請負契約ニ依リ他人ヲシテ之ヲ爲サシムルコトヲ得。其執行ニ對シテハ義務者ハ之ヲ受忍スル義務アリ、義務者ガ若シ之ニ抵抗スルトキハ官廳ハ實力ヲ以テ其受忍ヲ強制スルコトヲ得ベシ。(ハ)其執行ニ要シタル一切ノ費用ハ義務者ヲシテ之ヲ辨償セシム。其費用金額ハ執行官廳ニ於テ之ヲ決定シテ其納付ヲ義務者ニ命ズ。若シ義務者ガ之

ヲ納付セザルトキハ官廳ハ國稅滯納處分ノ例ニ依リ強制徵收ヲ爲スコトヲ得。

三 執行罰

執行罰ハ或ハ之ヲ強制罰ト謂フ、公法上ノ義務ノ履行ヲ強制スルノ目的ヲ以テ若シ其義務ヲ履行セザルトキハ一定ノ罰ヲ課スベキコトヲ戒告スルコトニ依リ義務違反者ニ對シテ課スル所ノ罰ナリ。

執行罰ハ純然タル強制執行ノ手段ナルコトニ於テ刑罰ト其性質ヲ異ニス。刑罰ノ如ク不法行爲ニ對スル制裁タルモノニ非ズシテ、不法行爲ガ將來ニ繼續スルコトヲ妨グルガ爲ニ課スルモノナリ。其ノ刑罰ト區別セラルル外形上ノ特色ハ各個ノ場合ニ於テ必ず豫メ之ヲ戒告スルコトヲ要件トスルコトニ在リ、其目的トスル所ハ之ニ依リテ心理上ノ壓迫ヲ加ヘ以テ成ルベク義務者ヲシテ自ラ其義務ヲ履行セシメントスルニ在ルナリ。

執行罰ノ適用セラレ得ベキ場合ハ其義務ガ不作爲ノ義務又ハ本人ノ自ラ爲スニ非ザレバ目的ヲ達スル能ハザル作爲ノ義務ナルコトヲ要件トス。代替的性質ヲ有スル作爲義務ニ付テハ常ニ代執行ニ依ルコトヲ要シ、執行罰ヲ課スルコトヲ

得ズ。執行罰ハ唯非代替的性質ノ義務ニ付テノミ行ハレ得ルナリ。

同一ノ所爲ニ對シ執行罰ト刑罰トヲ併課シ得ベキヤ否ヤハ爭アリト雖モ、併課スルヲ得ズト爲スヲ正當ト爲スベシ。固ヨリ兩者ハ互ニ目的ヲ異ニスト雖モ、國家ノ一般統治權ニ基キ課スル苦痛ナルコトニ於テハ共通ノ性質ヲ有シ、若シ之ヲ併課ストセバ同一ノ義務違反ニ對シ國權ガ二重ノ罰ヲ課スルノ結果トナリ、刑罰法規ノ精神ニ反スルモノト爲ルベシ、何トナレバ刑罰法規ガ一定ノ所爲ニ對シ一定ノ刑罰ヲ定メタルハ之ヲ以テ其所爲ニ對シテ國權ノ課シ得ベキ苦痛ノ限度ト爲セルノ趣意ナリト解スベケレバナリ。

執行罰ヲ課スルニハ(1)相當ノ履行期間ヲ定メ其期間内ニ履行セザレバ一定ノ罰ヲ課スベキコトヲ書面ヲ以テ戒告スルコトヲ要ス。其戒告シ得ベキ罰ハ金二十五圓以下ノ過料ニ限ル。金額ノ制限ハ官廳ノ種類ニ依リ差等アリ、各省大臣ハ二十五圓、地方長官ハ十圓、其他ノ官廳ハ二圓ヲ以テ最高限度トス。(2)義務者ガ其戒告ヲ受ケテ指定ノ期間内ニ作爲ノ義務ニ付テハ其作爲ヲ爲サズ、不作爲ノ義務ニ付テハ其禁ゼラレタル作爲ヲ廢罷セザルトキハ、官廳ハ其戒告シタル範圍内ニ

於テ課スベキ罰ヲ決定シ之ヲ義務者ニ通告スルコトヲ得。但シ執行罰ハ専ラ強制執行ノ手段ナルヲ以テ、指定期間ノ經過後ニ於テモ、罰ヲ課スル以前ニ於テ義務者ガ其義務ヲ履行シタルトキハ強制執行ノ目的物ハ消滅シ、最早其罰ヲ課スルコトヲ得ズ。(3)義務者ガ其課セラレタル過料金額ヲ納付セザルトキハ官廳ハ國稅滯納處分ノ例ニ依リ強制徵收ヲ爲スコトヲ得。(4)一タビ執行罰ヲ課シタル後ニ於テモ尙義務違反ノ状態ガ繼續スルトキハ官廳ハ新ニ履行期間ヲ定メテ執行罰ヲ戒告シ、更ニ同一ノ手續ヲ繰返スコトヲ得ベシ。

四 直接強制

直接強制トハ義務者ノ身體又ハ物ニ實力ヲ加フルコトニ依リテ直接ニ其命シタル状態ヲ實現スルヲ謂フ。

直接強制ハ執行罰ノ如ク義務者ヲシテ畏怖心ヲ起サシメ以テ間接ニ履行ヲ強制スルモノト異ナリ、代執行ト同ジク實力ヲ以テ直接ニ其義務ガ充ツレタルト同一ノ状態ヲ實現スル作用ナリ。其代執行ト區別セラルル所ハ、代執行ハ義務者ノ爲スベキ行爲ヲ代リテ實行スル作用ナルニ反シテ、直接強制ハ義務者ニ壓迫ヲ加

ヘテ其義務ヲ實現セシムル作用ナルコトニ在リ。代執行ノ場合ニ於テハ其費用ヲ義務者ヨリ徴收シ得ベキニ反シテ、直接強制ノ場合ニ於テハ費用ヲ徴收スルコトヲ得ズ。

直接強制ハ金錢給付義務ヲ除クノ外各種ノ公法上ノ義務ニ付其適用ヲ見ルコトヲ得ベシ。國家ハ強大ナル警察力ヲ有シ、若シ必要アラバ兵力ヲモ使用シ得ベキヲ以テ、如何ナル義務ト雖モ、性質上強制ノ不能ナルモノノ外ハ、實力ヲ以テ之ヲ強制シ得ザルモノナシ。唯他人ノ代リテ爲シ得ベキ作爲ノ義務ニ付テハ代執行ニ依リテ完全ニ其目的ヲ達シ得ベキヲ以テ直接強制ノ必要ヲ生ズルコト稀ナリト雖モ、特ニ急迫ノ必要アリテ而モ代執行ニ要スル人夫ヲ得難キガ如キ場合ニ於テハ、實力ヲ以テ義務者ヲ壓迫シ義務者ヲシテ自ラ其義務ヲ履行セシムルコトヲ得ベク随ツテ全然直接強制ノ適用ナシト謂フニ非ズ。然レドモ直接強制ノ主トシテ適用セララルルハ、執行罰ト同様ニ、他人ノ代リテ爲スヲ得ザル作爲ノ義務又ハ不作爲義務ニシテ、例ヘバ違法ニ營業ヲ爲ス者ノ營業所ヲ閉鎖シテ顧客ノ出入ヲ遮斷シ、召喚ノ命ニ應セザル者ヲ強力ヲ以テ引致シ、集會解散ノ命ニ從ハザル者ヲ

強力ヲ以テ退散セシメ、交通遮斷ノ區域ニ入ラントスル者ヲ強力ヲ以テ制止スルガ如シ。給付義務ニ付テモ物品ノ給付義務ヲ滿サザル者ニ對シテハ直接強制ニ依リ實力ヲ以テ其物品ヲ收取スルコトヲ得ベシ。殊ニ受忍義務ハ直接強制ノ適用セララルベキ最モ自然ナルモノニシテ、官吏ノ職務執行ニ抵抗スル者ニ對シテハ當然實力ヲ以テ其抵抗ヲ制止スルコトヲ得ザルベカラズ。

直接強制ハ代執行又ハ執行罰ノ如ク義務ヲ變形セシムルモノニ非ズシテ、既ニ成立セル義務ヲ其儘ノ形ニ於テ實現セシムルニ過ギザルヲ以テ、代執行又ハ執行罰ト異ナリ、特ニ法律ノ規定アルヲ待タズ、既ニ執行力ヲ生ゼル義務ニ付テハ實力施用ノ權アル當該官吏ハ當然直接強制ノ權ヲ有ス。唯行政執行法ニハ特ニ直接強制ヲ爲シ得ベキ場合ヲ限定シテ代執行又ハ執行罰ニ依リ強制ノ目的ヲ達スル能ハザルトキ又ハ急迫ノ事情アル場合ニ非ザレバ直接強制ヲ爲スコトヲ得ザルコトヲ明言セリ。直接強制ノ手段ニ付テハ法律ニハ別段ノ規定ヲ爲サズト雖モ拷問ヲ以テ陳述ヲ強制シ又ハ其他總テ身體ニ傷害ヲ加フベキ手段ハ法律ノ許サザル所ナルコトハ言ヲ俟タズ。

五 行政上ノ強制徵收

公法上ノ金錢給付義務ニ付テハ法律ハ多クノ場合ニ於テ國稅滯納處分ノ例ニ依リ處分シ得ベキコトヲ定ム。其手續ノ詳細ハ財政ノ章ニ於テ述ブベシ(各論三頁以下)。其手續ハ大體ニ於テ民事訴訟法上ノ金錢債務ノ強制執行ニ類シ、先ツ書面ヲ以テ督促ヲ爲シ、指定ノ期限内ニ其義務ヲ履行セザルトキハ財産ノ差押ヲ爲シ、一定ノ期限ノ後差押ヘタル通貨ハ直ニ其他ノ財産ハ之ヲ公賣ニ付シ、其代價ヲ以テ滯納處分費、延滯利息及ビ債務ノ辨濟ニ充ツルコト是ナリ。行政上ノ強制徵收ハ唯法律ガ之ヲ許セル場合ニノミ之ヲ爲スコトヲ得。

第七節 行政上ノ損害賠償及損失補償

行政權ノ作用ニ依リ人民ニ財産上ノ損害ヲ加ヘ而モ其損害ガ人民ノ責ニ歸スベキ事由ナキ場合ニ於テハ行政權ノ主體タル國家又ハ公共團體ガ其損害ヲ償フコトハ正義ノ原則ノ當然ノ要求ナラザルベカラズ。然レドモ其償金ニハ法律上

明ニ二種ヲ區別スルコトヲ要ス。一ハ民法上ノ損害賠償ニシテ、一ハ公法上ノ損失補償ナリ。

一 行政上ノ不法行爲ニ基ク國家又ハ公法人ノ賠償責任

行政上ノ不法行爲トハ官吏公吏其他國家又ハ公法人ノ機關ノ地位ニ在ル者ガ其職務ヲ行フニ當リ故意又ハ過失ニ因リ他人ノ權利ヲ侵害スル行爲ヲ謂フ。行政上ノ不法行爲ハ一面ニハ其行爲者タル官吏公吏等ノ個人的責任ノ問題ヲ生ジ、一面ニハ其官吏公吏等ノ使用主タル國家又ハ公法人ノ賠償責任ノ問題ヲ生ズ。官吏公吏ノ個人的責任ニ付テハ後ニ官吏ノ章ニ於テ之ヲ述ブベク、茲ニ述ブル所ハ專ラ國家又ハ公法人ノ責任ナリ。

行政上ノ不法行爲ニ依リ人民ニ加ヘタル損害ニ對シテ國家又ハ公法人ガ民法ニ依リ賠償責任ヲ負フヤ否ヤニ付テハ左ノ三ノ場合ヲ區別スルコトヲ要ス。

(一) 純然タル公ノ權力ノ作用ニ關シテハ民法ノ規定ハ當然ニハ之ニ適用スルコトヲ得ズ。刑罰權、裁判權、警察權、課稅權其他總テ國家又ハ公法人ガ支配權者トシテ人民ニ對スル場合ニ於テハ、其作用ハ全然民法ノ支配ヲ受クルコトナク、假令

其作用ガ違法ニ行ハレ、之ニ因リ人民ニ損害ヲ加ヘタリトスルモ、特別ノ規定アル場合ノ外、人民ハ民法ノ規定ニ依リ國家又ハ公法人ニ對シ損害要償ノ訴ヲ爲スコトヲ得ズ。

(二) 權力的作用ニ非ザル、經濟的、活動ニ付テハ之ニ反シテ國家又ハ公法人ハ民法七百十五條ニ依リ損害賠償ノ責ニ任ゼザルベカラズ。純然タル營利事業ニ付テハ是レ爭ナキ所ナリト雖モ主トシテ公益ノ爲ニスル事業例ヘバ道路ノ修築、河川工事、築港工事、運河ノ開鑿、學校官衙ノ建築、水道下水道工事、病院ニ於ケル診療ノ如キニ在リテモ、亦同一ニ論ズベキモノナリ。民法ハ決シテ營利事業ニノミ適用セララル法律ニ非ズ、民法ハ身分法、親族法等ヲ除クノ外主トシテ經濟的關係ヲ規律スル法ニシテ、營利事業タルト否トハ問フ所ニ非ズ。國家ノ事業ニ付テモ經濟的關係ヲ主眼トスルモノハ民法ノ適用ヲ受クベキ本質ヲ有スルモノナリ。唯公益ノ爲ニスル事業ニ付テハ公益上ノ必要アル限度ニ於テ民法ノ適用ヲ排除スト雖モ、少クトモ不法行爲ニ基ク損害賠償ノ問題ニ關シテハ國家又ハ公法人ノ事業ニ付テモ之ヲ私人ノ事業ト區別シテ其適用ノ法律ヲ異ニスベキ理由ナク、此等ノ

事業ノ施行ニ關シ不法ニ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テハ國家又ハ公法人ハ當然民法ニ依リ損害賠償ノ責ニ任ズベキモノナリ。

(三) 國家又ハ公法人ノ管理スル土地ノ工作物ハ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ由リ、他人ニ損害ヲ生ジタル場合ニ於テモ亦國家又ハ公法人ハ其占有者トシテ民法第七百十七條ニ依リ損害賠償ノ責任ヲ負ハザルベカラズ。例ヘバ火藥庫ノ爆發、學校々舎ノ崩壞、道路ノ危險豫防裝置ノ不完全、市ノ水道ノ破壞等ノ爲ニ他人ニ損害ヲ生ジタル場合ノ如シ。此等ノ場合モ亦前ノ場合ト同ジク民法ノ適用ヲ排除スベキ理由ナケレバナリ。

二 公法上ノ損失補償

公法上ノ損失補償トハ適法ノ行政行爲ニ依リ人民ニ財産上ノ特別ノ犧牲ヲ負ハシムル場合ニ於テ其犧牲ヲ償フガ爲ニスル金錢給付ヲ謂フ。

損失補償ハ損害賠償トハ著シク性質ヲ異ニス。損害賠償ハ不法行爲ヲ前提トシ民法ニ依リテ定メラル、不法ニ損害ヲ加ヘタルガ故ニ之ヲ賠償スルナリ。損失補償ハ法律上正當ナル行爲ニ依リテ加ヘラルル財産上ノ損失ヲ償フガ爲ニスル

モノニシテ、其權利ハ公法的性質ヲ有シ、民法ニ依ラズ、各特別法ニ依リテ定メラル。其性質ニ於テハ寧ロ民法上ノ代價、賃借料、賃金等ニ類ス、損害ヲ加ヘタルガ故ニ之ヲ償フニ非ズシテ、財産上ノ特別ノ負擔ヲ課スルガ故ニ其反對給付ヲ爲スモノナリ。

公法上ノ損失補償ノ認メラルルハ常ニ公益上ノ必要ニ因リ私人ノ財産權ニ侵害ヲ加フルコトガ適法トシテ認メラルル場合ニ在リ。立憲國ノ國法ハ一面ニ於テ財産權ノ不可侵ヲ保障スルト共ニ一面ニ於テハ公益上ノ必要ノ爲ニハ財産權ヲ侵害スルノ已ムヲ得ザル場合アルコトヲ認メ、唯其侵害ハ常ニ法律ニ基クコトヲ要シ、且ツ完全ナル補償ヲ給スルコトヲ要スルモノト爲セルナリ。

損失補償ノ請求權ハ唯法律ノ定アル場合ニ於テ生ズ。法律ガ平等ニ一般人民ニ對シテ負擔ヲ課スルニ非ズシテ或者ニ對シテノミ財産上ノ特別ノ犧牲ヲ課スル場合ニ於テハ概ネ其權利ヲ認メザルモノナシ。其實例ハ行政ノ各種ノ區域ニ付キ各論篇ニ於テ述ブル所アルベシ。

損失補償金額ノ評定方法ハ各場合ニ付法律ノ定ムル所ニ依ル。法律ハ多クノ

場合ニ於テ當事者ノ協議ニ依リテ定ムベキモノト爲シ、協議調ハザルトキハ行政廳ノ處分ヲ以テ之ヲ裁定スベキモノト爲ス。行政廳ノ裁定ニ不服アル場合ニ於テ之ヲ争フベキ手段モ亦各場合ニ付法律ノ定ムル所ニ依ル。法律ハ或ハ民事裁判所ニ出訴シ得ベキコトヲ認ムルモノアリ、或ハ主務大臣ニ訴願シ得ベキモノト爲スモノアリ、或ハ鑑定人ノ鑑定ヲ要求シ得ベキコトヲ認ムルモノアリ、或ハ行政廳ノ裁定ヲ以テ終局ノ處分トシ全然上訴手段ヲ認メザルモノアリ。

第二章 行政組織

第一節 國ノ行政組織總論

行政權ハ國家ガ之ヲ行フノ外國家内ノ公共團體ニ依リテモ行ハルルヲ以テ行政權ノ主體ニハ國家及公共團體ノ二ヲ分ツコトヲ要シ、隨ツテ行政組織ニ付テモ國ノ行政組織ト公共團體ノ組織トヲ分ツコトヲ要ス。本節以下第三節ニ至ル迄ハ前者ニ付テ論ジ、第四節以下後者ニ付テ論ズ。

一 行政組織權

帝國憲法第十條ニ曰ク「天皇ハ行政各部ノ官制及文武官ノ俸給ヲ定メ及文武官ヲ任免ス」ト。之ヲ行政組織ノ大權ト謂フコトヲ得。國ノ行政權ハ天皇ノ親シク總攬スル所ニシテ原則トシテ議會ノ協賛ヲ要セザルヲ以テ、天皇ノ下ニ行政權ヲ分掌スル機關ノ組織ヲ定ムルコトモ亦原則トシテ天皇ノ大權ニ屬シ、議會ノ協賛

(二) 行政機關ノ權能 ハ必ズシモ官制ニ依リテノミ定マルニ非ズ、各種ノ法令ハ國民ノ權利義務ヲ定ムルト共ニ國家自身ヲモ拘束スルノ力ヲ有シ、行政機關ノ權能ハ之ニ依リテ限定セラル。官制ニ依リテ定メラルル所ハ唯行政機關ガ如何ナル種類ノ國家事務ヲ擔任スルカ、其管轄區域ハ如何、其命令權ガ何人ニ及ビ得ルカノ諸點ニ止マル、換言スレバ官制ニ依リテハ唯行政機關ノ一般權能ヲ定ムルノミ、一般權能ノ範圍内ニ於テ更ニ如何ナル行爲ヲ爲シ得ルカハ各種ノ法令ニ依リテ定メラルルナリ。行政機關ノ權能ガ法律ニ依リ定メラレタル場合ニ於テハ勅令ヲ以テ之ヲ變更シ又ハ之ヲ不可能ナラシムルガ如キ規定ヲ設クルヲ得ザルハ勿論ニシテ、此限度ニ於テハ官制大權ガ法律ニ依リ制限セラル。然レドモ此場合ニ於テモ法律ノ趣意トスル所ハ唯其種類ノ事務ニ付一般權能ヲ有スル機關ニ對シテ特種ノ事項ニ關スル權能ヲ限定セントスルニ止マリ、敢テ其機關ガ法律ノ指定セル特定ノ機關タルコトヲ要スルモノト爲スノ趣意ニ非ズ。隨ツテ官制ノ改正ニ依リ其機關ノ一般權能ヲ變更シテ之ヲ他ノ機關ニ屬セシムルガ如キハ法律ニ牴觸スルモノニ非ズ(例、古社寺保存法ニ依リ古社寺保存ニ關スル內務大臣ノ權能ヲ定ムト雖モ官制ノ改正ニ依リ古社寺保存ニ關スル一

般權能ヲ定ムル內務大臣ニ移スコトヲ妨グズ、此場合ニハ古社寺保存法ニ定ムル內務大臣ノ權能ハ當然文部大臣ノ權能トナル)

官制大權ニ依リテ定ムルコトヲ得ルハ直接又ハ間接ニ天皇ノ下ニ隸屬シ天皇ノ委任ニ依リ行政事務ヲ管掌スル機關ニ限ル。國ノ行政機關ト雖モ國民ノ選舉ニ係リ國民ノ機關タル地位ヲ有スルモノハ唯法律ニ依リテノミ定ムルヲ得ベク官制大權ニ依リテ定メ得ベキ所ニ屬セズ。所得税法ニ依ル所得稅調查委員、營業税法ニ依ル營業稅調查委員ハ其例ナリ。公共團體ノ機關ニ至リテハ其官制大權ノ範圍ニ屬セザルコトハ言フ俟タズ。

官制ガ法規ナリヤ否ヤノ問題ニ付テハ國民ニ對シテ國權ヲ行使スル職權アル行政機關ニ關スルモノト然ラザルモノトヲ區別スルヲ要ス。前者ハ之ニ依リテ國民ニ對シ其機關ノ行爲ヲ國家ノ行爲トシテ認識スベキ義務ヲ負ハシムルモノニシテ、國民ニ對スル拘束力ヲ有シ、隨テ法規タル性質ヲ有ス。後者ハ國民ニ對スル直接ノ關係ナク唯行政機關ノ内部ニ於テ拘束力ヲ有スルニ止マリ、隨ツテ法規ノ性質ヲ有セズ。

(二) 任官大權 任官大權トハ天皇ノ下ニ國家機關ノ地位ヲ充スベキ者ヲ任用

シ之ニ國家機關トシテノ權能ヲ付與シ及其地位ニ於テ其者ニ屬スベキ權利義務ヲ定ムルノ大權ヲ謂フ。官制大權ト任官大權トノ區別ハ恰モ國家機關ト機關ノ地位ヲ充ス個人トノ區別ニ相應ス。官制大權ハ國家機關ニ關スル定ヲ爲スノ權ニシテ、任官大權ハ機關ノ地位ニ當ルベキ個人ニ關スル定ヲ爲スノ權ナリ。唯官制大權ハ行政機關ニノミ關スルニ反シテ、任官大權ハ行政機關ノ地位ニ當ル者ノミナラズ裁判官、陸海軍武官等凡テ天皇ノ下ニ大命ヲ承ケテ國務ヲ掌理スル者ニ關スルモノナルコトニ於テ其範圍廣シ。憲法ニモ官制大權ニ付テハ行政各部ノ官制ト曰ヘルニ反シテ任官大權ニ付テハ行政官ト曰ハズシテ文武官ノ俸給ヲ定メ及文武官ヲ任免スト曰ヘルハ此意ヲ示スモノナリ。憲法ニハ文武官ト曰ヘリト雖モ官吏ノミナラズ各種ノ委員其他官吏ニ非ズシテ國務ヲ擔任スル者モ亦同一ノ原則ニ從フベク、又憲法ニハ文武官ノ俸給ヲ定ムト曰フニ止マルト雖モ、俸給ノ外、官等、分限、服務規律、懲戒規定等凡テ其官吏又ハ其他ノ公務員タル地位ニ於テ有スル權利義務ヲ定ムルコトモ等シク任官大權ノ作用ニ屬ス。

然レドモ任官大權ノ範圍ニ屬スルハ唯自己ノ任意ノ承諾ニ依リテ天皇ノ下ニ

國家機關タル地位ニ當ル者ニ關スル定ニ止マル。陪審員ノ如キ自己ノ承諾ニ依ルニ非ズシテ國務ヲ擔任スベキ義務ヲ負擔スル者ニ付テハ唯法律ニ依リテノミ之ヲ定ムルコトヲ得ベク、任官大權ノ範圍ニ屬セズ國民ノ選舉ニ依リ行政機關ノ地位ニ當ル者ニ付テモ亦同シ。其他憲法又ハ法律ニ依リ官吏ノ任用資格、懲戒、免官等ニ關スル定ノ法律ニ依ルベキコトヲ必要ト爲セルモノニ在リテモ、勅令ニ依リテ定メ得ベキ限ニ在ラズ。

二 行政機關ノ種類

行政機關ハ其權能ノ異ナルニ依リ左ノ各種ヲ分ツコトヲ得。

(一) 行政官廳 官廳トハ天皇ノ下ニ於テ國家意思ヲ決定シ外ニ向テ之ヲ表示スルノ權能ヲ與ヘラレタル國家機關ヲ謂フ。我ガ法令ノ用語ニ於テ行政官廳ノ語ハ行政廳ノ語ト區別シテ用キラルルヲ通常トス、行政廳ト謂フトキハ國ノ行政機關ノ外公團體ノ機關及公共團體ノ吏員ニシテ特ニ國家事務ヲ委任セラレタル者ヲモ包含スルノ意ニ用キラルルニ反シテ、行政官廳ト謂フトキハ專ラ天皇ノ下ニ隸屬スル國家機關ノミヲ指稱スルノ意ニ用キラル。官廳ハ外ニ向テ國家ヲ

行政官ト自治團體ト
異トテ論スヘシ(三三三)

代表シ國家ノ意思ヲ決定表示スルノ權アルモノニシテ、即チ國家ノ意思機關ナリ。其權能ハ源ヲ天皇ノ大權ニ發シ、大權ノ委任ニ基イテ國家機關ノ地位ニ在ルモノニシテ、直接ニハ天皇ノ機關タリ、間接ニ國家ノ機關タルノミ、即チ國家ノ間接機關ナリ。

行政官廳ハ其組織ヨリ言ヘバ或ハ獨任制ナルモノアリ、或ハ合議制ナルモノアリ、前者ハ一人ノ意思ガ法律上直ニ國家ノ意思タル效力ヲ有スルモノヲ謂ヒ、後者ハ多數人ノ意思ガ一定ノ方法ニ依リ統一セラレ其統一セラレタル意思ガ國家ノ意思タル效力ヲ有スルモノヲ謂フ。獨任制ノ官廳ニ在リテハ法律上ノ決定權ハ長官ニノミ屬スルモノナルヲ以テ嚴格ニ言ヘバ長官ノミガ官廳ヲ構成スルモノナリト雖モ、其事務ヲ補助スル爲ニハ數多ノ補助機關ガ之ニ附屬シ、官廳ノ權能ハ其補助ヲ待ツテ行ハルルモノナルヲ以テ、長官及補助機關ノ全體ヲ以テ、一體トシテ思考シ、之ヲ一ノ官廳ナリト稱スルヲ妨グズ。省、廳、院、局、署、所等ノ名ハ概ネ其全體ヲ一體トシテ指示スル名稱ナリ。

行政官廳ガ適法ニ國家ヲ代表シ得ベキ範圍ヲ稱シテ官廳ノ權限ト謂フ。官廳

ノ權限ハ三ノ方面ニ其限界ヲ有ス。(イ)事務ノ種類ニ依ル限界(ロ)土地ノ區域ニ依ル限界(ハ)其權力ノ及ブベキ人ニ依ル限界ナリ。就中官廳ノ權限ガ土地ノ區域ニ依リテ限ラルル場合ニ於テハ、其權限ノ及ブ地域ヲ官廳ノ管轄區域ト謂ヒ又ハ單ニ行政區劃ト謂フ。官廳ノ管轄區域ガ殖民地ヲ除ク外全國ニ及ブモノハ之ヲ中央官廳ト謂ヒ、一地方ニノミ限ラルルモノハ之ヲ地方官廳ト謂フ。

官廳ノ權限ノ法律上ノ效果ハ二様ナリ。其積極的ノ效果ハ權限内ニ於ケル官廳ノ法律的行爲ヲシテ國家ノ行爲タル效力ヲ有セシムルコトニ在リ、其行爲ハ國家ノ行爲ナルヲ以テ官廳ノ地位ニ當ル個人ノ交迭ニ依リテハ勿論、官廳ノ權限ノ廢止變更ニ依リテモ其效力ヲ失フコトナシ。其消極的ノ效果ハ權限外ニ於ケル官廳ノ法律的行爲ヲシテ國家ノ行爲タル效力ヲ生ズルコト能ハザラシムルコトニ在リ、官廳ハ唯其權限内ニ於テノミ國家ヲ代表スルコトヲ得ベク、權限外ニ於テハ國家ノ機關タルコトナク、其行爲ハ國家ノ行爲トシテハ全ク無効ナリ。

(二) 諮問機關 天皇又ハ官廳ニ對シ意見ヲ陳述スルコトヲ任務トスル機關ヲ謂フ。或ハ諮問ヲ待タズ進ンデ意見ヲ陳述シ得ルモノアリ、或ハ諮問ニ應ジテ答

申スルニ止マルモノアリ。直接ニ天皇ニ隷シテ其諮詢ニ應フルノ機關タルモノ(樞密院)ニ付テハ憲法ニ於テ論スベキ所ニ屬ス。行政法ニ於テ論スベキ所ハ唯行政官廳ノ諮問機關タルモノニシテ、其種類頗ル多ク、概ネ合議制ノ組織ヲ爲シ、或ハ官吏ヲ以テ、或ハ民間ヨリ選任シタル委員ヲ以テ、或ハ其兩者ヲ合セテ之ヲ組織ス。何レノ場合ニモ諮問機關ノ決議ハ唯國家意思ヲ決定スベキ參考トセララルルニ止マリ、直ニ國家意思タル效力ヲ生ズルコトナシ。

(三) 監査機關 行政官廳ノ事務殊ニ其會計事務ヲ検査シ其正否ヲ監視スルコトヲ任務トスル機關ヲ謂フ。會計検査院ハ其最モ重ナルモノナリ。

(四) 營造物又ハ企業機關 國ノ營造物又ハ官營企業ヲ管理シ及其事業ヲ施行スル機關ヲ謂フ。例ヘバ帝國大學、中央氣象臺、專賣局、鐵道局、製鐵所、遞信官署ノ如シ。營造物機關中其管理權ヲ有スルモノハ管理權ノ範圍内ニ於テ國家意思ヲ決定表示スルノ權アルモノナルヲ以テ此限度ニ於テハ行政官廳ノ地位ヲ有ス、例ヘバ大學總長、專賣局長官ノ如シ。

(五) 補助機關 行政官廳ニ隷屬シテ官廳ノ權限ヲ補助スル機關ヲ謂フ。自ラ

國家ノ意思ヲ決定スルノ權ナク單ニ官廳ノ意思ノ決定ニ付テノ準備的調査ヲ爲シ、其命ヲ承ケテ諸種ノ事務ニ從事スルノミ。時トシテハ補助機關ニシテ官廳ノ委任ニ依リ又ハ法律上當然ニ官廳ニ代リテ其權限ヲ行フコトアリ、此場合ニ於テハ其代理權ノ範圍ニ於テハ補助機關モ亦官廳ノ地位ヲ有ス。

(六) 執行機關 行政官廳ノ命ヲ承ケテ事實上ニ國家意思ヲ執行スル機關ヲ謂フ。實力ヲ以テ人民ニ對スル強制力ヲ行フノ任ニ當ルコトニ於テ其特色ヲ有ス。警察官吏、憲兵、收稅官吏等其例ナリ。

三 行政官廳ノ代理及事務ノ委任

(一) 代理 官制ニ依リ特定ノ行政官廳ノ權限トシテ定メタルモノハ原則トシテ其官廳ガ自ラ之ヲ行フベキモノナルコトハ勿論ナリト雖モ、時トシテ他ノ機關ガ之ヲ代理シテ行フコトガ許サルルコトアリ。行政官廳ノ代理ニハ授權ニ基ク代理ト法定代理トヲ區別スルコトヲ要ス。

(イ) 授權ニ基ク代理ハ行政官廳ガ自ラ其權限ノ一部ニ付代理權ヲ其補助機關ニ授與スルニ因リテ生ズル關係ヲ謂フ。凡テ官廳ハ原則トシテ自ラ其權限ヲ行

使スルコトヲ要スト雖モ、法令ハ或ハ明文ヲ以テ臨時其應ノ官吏ヲシテ其權限ノ一部ヲ代理セシメ得ベキコトヲ規定スルコトアリ、此ノ如キ明文ナキ場合ニ於テモ、事務ノ性質上必ズシモ官廳ノ自ラ之ヲ行フコトヲ要セズ、臨時部下ノ官吏ヲシテ代理セシムルヲ妨ゲザルモノト認ムベキモノアリ。代理權ガ官廳自身ノ授權ニ基ク場合ニ於テハ其代理權ノ範圍モ亦其授權ニ依リテ定マルコト勿論ニシテ常ニ官廳ノ權限ノ一部分ニ限ラレ、且ツ代理者ハ官廳ノ指揮監督ノ下ニ代理權ヲ行フモノニシテ、其行爲ニ付テハ官廳ガ自ラ責ニ任ズルコトヲ要ス。

(ロ) 法定代理ハ官廳自身ノ授權ニ基クニ非ズシテ、或ハ一定ノ法律事實ノ發生ニ因リ法律上當然ニ代理權ヲ生ジ(官例、地方官官制一、一條一項、知事事務、故アルトキハ、職務スチ。或ハ君主若クハ、上級官廳ノ命ニ依リテ代理權ヲ生ズル場合、一、地方官官制、職務スチ。或ハ君主若クハ、上級官廳ノ命ニ依リテ代理權ヲ生ズル場合、一、地方官官制、知事、內務部長及警察部長共ニ事故アルトキハ、內務大臣ニテ謂フ。法定代理ノ場合、於テ他ノ高等官一人ヲシテ知事ノ職務ヲ代理セシムルヲ謂フ。法定代理ノ場合ニ於テハ代理權ハ法令ノ特別ノ制限アル場合ノ外官廳ノ權限ノ全部ニ付テ生ズルモノニシテ、其權限ハ一時代理者ニ歸シ、代理セララル官廳ハ之ヲ指揮監督スルノ權ナク、其行爲ニ付テノ責任ハ全ク代理者ニ歸ス。

(二) 事務ノ委任 官廳ハ又其權限ニ屬スル事務ノ一部ヲ下級官廳ニ委任スルコトヲ許サルルコトアリ。官廳ノ事務ノ委任ハ代理ノ場合ト異ナリ、法令ニ依リ自己ノ權限ニ屬スル事務ノ一部ヲ他ノ官廳ニ移屬セシムルモノニシテ、其委任ノ範圍内ニ於テ其事務ハ受任者ノ權限トナリ、受任者ハ代理者トシテハ非ズ自己ノ權限トシテ之ヲ行フナリ。事務ノ委任ハ法令ノ定ムル權限ヲ變更スルモノナルヲ以テ、唯法令ノ特別ノ定アル場合ニノミ之ヲ爲スコトヲ得ベキハ言フ俟タズ、法令ニ依ラザル權限ノ委任ハ全然無効ナリ。

四 行政官廳ノ監督

行政官廳ハ或ハ天皇ニ直隸シ或ハ他ノ行政官廳ノ下ニ隸ス。內閣總理大臣及各省大臣ハ行政各部ノ最高官廳トシテ天皇ニ直隸シ、各大臣ノ下ニ各其所屬ノ官廳アリテ大臣ニ對シテ、下級官廳ノ地位ニ立チ、此等ノ官廳ハ更ニ其下級官廳ヲ有スルモノアリ。總テノ官廳ハ天皇ノ下ニ各系統ヲ分チテ上下ノ階級ヲ爲シ、上級官廳ハ下級官廳ヲ監督シ、以テ行政ノ統一ヲ保持ス。

上級官廳ノ下級官廳ニ對スル監督權ノ範圍ハ、官廳ノ種類ト事務ノ性質トニ依

リテ一様ナラズト雖モ、通常ハ左ノ三種ノ權能ヲ包含ス。

(一) 監視權 上級官廳ハ下級官廳ノ監督者トシテ常ニ其職務ノ執行ヲ監視シ、報告ヲ徴シ、官吏ヲ派遣シテ事務ノ實況ヲ檢閲セシムルノ權ヲ有ス。是レ監督權ニ伴フ必然ノ要件ニシテ、敢テ法令ノ特別ノ規定アルヲ待タズ。

(二) 訓令權 上級官廳ハ下級官廳ノ權限ヲ指揮スルノ權ヲ有スルヲ通常トス。此目的ノ爲ニ上級官廳ガ下級官廳ニ對シテ發スル命令ヲ訓令ト調フ。訓令ニシテ下級官廳ノ申請又ハ伺ニ對スル回答トシテ發セラルルモノハ特ニ之ヲ指令ト稱スト雖モ、其性質ニ於テハ異ナルコトナシ。訓令ハ法規ニ非ズ國民ニ對シテハ直接ノ拘束力ヲ有スルコトナク、唯上級官廳ト下級官廳トノ關係ニ於テ其拘束力ヲ有スルノミ。下級官廳ハ有效ナル訓令ニ對シテハ其内容ヲ審査スルノ權ナク、訓令ノ命ズル所ニ遵ヒテ其權限ヲ行使スベキ拘束ヲ受ク、唯其拘束ハ上級官廳ニ對スル拘束タルニ止マリ國民ニ對スル拘束ニ非ズ、隨テ訓令ノ違反ハ國民ニ對スル不法トナルコトナシ。

訓令ノ有效ナルガ爲ニハ(イ)訓令權ヲ有スル上級官廳ヨリ發セラレタルモノナ

ルコト(ロ)下級官廳ノ權限ニ屬スル事項ニ關スルモノナルコト(ハ)其内容ノ不能ナラザルコト等其他一般行政行爲ニ通ズル有效要件ヲ備フルコトヲ要ス。此等ノ有效要件ニシテ備ハレルトキハ其内容ガ法令ニ違背シ公益ヲ害スル場合ト雖モ尙有效ニシテ、下級官廳ハ之ニ依リテ拘束セラル。

訓令ハ或ハ一事件ニ關スルモノアリ、或ハ一般的法則ヲ定ムルモノアリト雖モ、其效力ニ於テハ同等ニシテ、一事件ニ關スル訓令ニ依リ一般的訓令ヲ變更スルコトヲ妨グズ。訓令ハ又下級官廳ノ權限ニ屬スル事項ニ付テ上級官廳ノ許可ヲ受クルコトヲ命ズルコトヲ得ベク、此場合ニ於テハ其許可ヲ與フルコトハ亦訓令權ノ作用ノ一ナリ。

訓令權ハ原則トシテ代執行ノ權ヲ包含セズ。法令ガ下級官廳ノ權限ニ屬セシメタルモノハ唯下級官廳ノミ之ヲ行フコトヲ得ベク、上級官廳ハ唯之ヲ指揮スルコトヲ得ルノミ、法令ノ特別ノ定アル場合ノ外代リテ自ラ之ヲ行フコトヲ得ズ。若シ下級官廳ガ其指揮ニ從ハザルトキハ免官、休職、又ハ轉任ノ手段ヲ取ルノ外ナシ。

訓令權ハ必ズシモ總テノ上級官廳ニ屬スル當然ノ職權ニ非ズ。或種ノ官廳ニ在リテハ其權限ノ行使ニ付何人ノ指揮命令ヲモ受クルコトナク自己ノ獨立ノ意見ヲ以テ之ヲ爲スベキ權能ヲ有スルモノアリ、之ヲ官廳ノ權限ノ獨立ト謂フ。權限ノ獨立ハ或ハ法令ノ明文ヲ以テ定メラルルモノアリ、其明文ナキモノト雖モ權限ノ性質上當然獨立ナルヲ要スルモノアリ、殊ニ合議制ノ機關ハ當然權限ノ獨立ヲ有スルヲ通常トス。總テ權限ノ獨立アル範圍ニ於テハ訓令ハ之ヲ發スルコトヲ得ズ、此範圍ニ於ケル訓令ハ無權限ニ基キ無効ナリ。

(三) 取消權、上級官廳ハ下級官廳ノ發シタル命令又ハ行政行爲ノ違法又ハ不當ト認ムルモノヲ取消シ又ハ停止スルノ權ヲ有ス。取消ハ全ク其效力ヲ失ハシムル行爲ニシテ、停止ハ一時其效力ヲ失ハシムル行爲ナリ。

行政行爲ノ取消ハ職權ニ依リテ行ハルル場合ノ外、訴願ノ裁決トシテ行ハルルコトアリ。上級官廳ハ下級官廳ノ監督者トシテ其行爲ニ對スル訴願ヲ裁決スル通常ノ機關タルナリ。

五 行政機關ノ構成員

國ノ行政機關ハ其地位ニ當ラシムル爲ニ特ニ選任シタル者ヲ以テ之ヲ構成スト雖モ、其構成員ノ法律上ノ地位ニハ左ノ四種ヲ分ツコトヲ要ス。

(一) 官吏、行政機關ヲ構成スル最モ普通ナル者ハ國ノ官吏ナリ。官吏ニ付テハ第三節ニ於テ別ニ之ヲ論ズ。

(二) 定量アル特定ノ事務ノミヲ委任セラレタル者、官吏ニ非ザル者ヨリ選任セラレタル各種ノ委員ハ之ニ屬ス。官吏ト等シク天皇ノ任官大權ニ基キ選任セラレ國家ニ對シ公法上ノ關係ニ立ツ者ナリト雖モ、官吏ノ如ク一身ヲ奉ジテ國家ニ對シ勤務ノ義務ヲ負フ者ニ非ズ、唯委任ヲ受ケタル特定ノ事務ノミニ付テ勤務ノ義務ヲ負フ者ニシテ、隨テ官吏ノ如ク廣ク職務命令ニ服從スル義務ヲ負ヒ、懲戒權ニ服シ又ハ他ノ官職ニ轉任ヲ命ゼラレ得ベキ者ニ非ズ、又俸給及恩給ヲ受クル權利ヲ有スルコトナシ。

(三) 國民ハ選舉ニ依リ、法律ノ定ムル一定ノ職務ヲ擔任スル者、所得稅調查委員、營業稅調查委員ハ其例ナリ。大權ニ依リ選任セララルル者ニ非ズシテ、國民ノ選舉ニ係ル者ナルコトニ於テ前者ト性質ヲ異ニス。行政機關ノ選任ガ一般ニ天皇

ノ大權ニ屬スルノ原則ニ對スル異例ニシテ、法律ガ特ニ司法ニ於ケル陪審員ノ地位ノ如クニ行政ニ關スル人民ノ參政權ヲ認メ、人民ヲシテ國ノ行政ニ參與スルノ權利ヲ有セシムルナリ。

(四) 民法上ハ、契約ニ依リ、一定ノ職務ヲ擔任スル者、純然タル學術的、技術的又ハ機械的ノ事務ニシテ外ニ向テ國權ヲ行使スルノ職務ニ屬セザル者ニ在リテハ之ヲ擔任スル者ハ必ズシモ官吏ノ如ク一身ヲ奉ジテ國家ニ忠實ナルベキ義務ヲ負フ者ナルコトヲ要セズ、隨テ或ハ民法上ノ契約ニ依リテ勞務ノ義務ヲ負ハシムルニ止マルコトアリ。例ヘバ大學其他ノ官立學校ニ於ケル囑託講師、外國人雇教師、諸官廳ニ於ケル事務囑託、傭員、筆生、使丁ノ類、郵便集配人、電話交換手、職工ノ如シ。其國家ニ對スル關係ハ私人間ニ於ケル雇傭關係ト性質ヲ同ジウシ、特別ノ規定アルモノノ外ハ專ラ民法ニ依リテ支配セラル。

六 委任行政

國ノ行政ハ國家ガ自己ノ機關トシテ特ニ選任シタル者ニ依リテ之ヲ行フノ外他ノ團體又ハ個人ニ行政事務ノ一部ヲ委任シ、之ヲシテ國家ニ代リテ之ヲ行ハシ

ムルコトアリ、之ヲ委任行政ト謂フ。委任行政ニ在リテモ、受任者ハ其委任ノ範圍内ニ於テ國家ノ機關タルモノナリト雖モ、特ニ國ノ機關トシテ設置シ選任セラレタル者ニ非ズシテ、他ノ獨立ノ目的ノ爲ニ存立シ、其本來ノ存立ノ目的以外ニ於テ國家ノ事務ヲ委任セラレタル者ナルコトニ於テ本來ノ國家機關ト其地位ヲ異ニスルモノナリ。委任行政ハ國家ノ事務ヲ他ニ委任スルモノナルヲ以テ唯法律ニ基イテノミ行ハルルコトヲ得ベク、官制大權及任官大權ノ作用ニ屬セズ、或ハ直接ニ法律ニ依リテ定メラルルコトアリ、或ハ法律ノ規定ニ基キ特別ノ行政行為ヲ以テ行ハルルコトアリ、何レニシテモ其委任ハ國家ノ單獨行為ニシテ民法上ノ契約ニ非ザルハ勿論公法上ノ契約ニモ非ズ。

委任行政ハ其委任ヲ受クル者ノ如何ニ依リ三種ノ場合ヲ區別スルコトヲ得。

(一) 公共團體ノ委任事務 公共團體ハ自己ノ固有ノ目的トシテ獨立ニ行政權ノ主體タルモノナレドモ、其目的以外ニ於テ國ノ行政事務ヲ委任セララルコト多シ。普通ニ之ヲ公共團體ノ委任事務ト謂フ。是ニ付テハ第四節及第五節ニ之ヲ論ズ。

(二) 公共團體ノ吏員ニ委任セラレタル事務。公共團體ノ吏員ハ公共團體ノ機關タルコトヲ本來ノ任務ト爲スモノナレドモ、國家ハ特ニ國ノ行政事務ヲ之ニ委任スルコト少カラズ。其最モ著シキハ市町村長ニ市町村ノ區域内ニ施行スベキ國家事務ヲ委任スル場合ナリ。是ニ付テモ後節ニ之ヲ論ズ。

(三) 私法人又ハ一人ニ委任セラレタル事務。例ヘバ南滿洲鐵道株式會社ニ南滿洲附屬地帯ニ於ケル一般行政事務ヲ委任シ、日本銀行ニ國庫金ノ出納事務ヲ委任シ、運送營業者ニ通行税ノ徵收ヲ委任シ、船長ニ船舶内ノ司法警察事務戶籍事務ヲ委任セルガ如シ。受任者ハ其委任ノ範圍ニ於テ國家的公權ヲ行フノ權能ヲ得ルト共ニ委任ノ趣意ニ從ヒ之ヲ行フベキ義務ヲ負擔ス。

第二節 現行官制ノ梗概

一 中央官制

天皇ニ直隸スル最高ノ行政官廳ニシテ、其管轄區域ニ一定ノ限界ナク全國ニ通

ジテ其權限ヲ有シ、地方官廳ヲ監督スルノ權アルモノヲ中央官廳ト謂ヒ、中央官廳ニ關スル官制ヲ中央官制ト謂フ。

現行ノ中央官制ハ天皇ノ下ニ行政各部ヲ各省ニ分配シ、各省ノ長官ハ其主任事務ニ付、一方ニハ國務大臣トシテ天皇ヲ輔弼スルノ職務ヲ有スルト共ニ、一方ニハ最高ノ行政官廳トシテノ職務ヲ有スルモノタラシメ、別ニ內閣總理大臣ヲ置キテ國務大臣ノ首班ト爲シ行政各部ヲ統一スルノ任ニ當ラシメ、國務大臣ノ全體ヲ以テ內閣ヲ組織シ、重要ノ政務ニ付テハ閣議ヲ經テ之ヲ決セシムルコトヲ以テ大體ノ主義ト爲ス。

(一) 各省大臣。ハ一面ニハ國務大臣トシテ一面ニハ行政官廳トシテノ二重ノ地位ヲ有ス。現行官制ニ依レバ、國ノ行政ハ內閣及內閣總理大臣ノ權限ニ屬スルモノノ外、外務、內務、大藏、陸軍、海軍、司法、文部、農商務、遞信及鐵道ノ十省ニ分チ、國務各大臣ハ總理大臣ヲ除クノ外分レテ此等ノ各省ノ長官タリ。其ノ國務大臣トシテノ職務ハ事憲法ノ問題ニ屬シ茲ニ述ブベキ所ニ非ズ、其ノ行政官廳トシテノ權限ハ各省ニ通ズルモノトシテハ左ノ各種ヲ舉グルコトヲ得。

(イ) 主任事務ニ付下級官廳ヲ指揮監督スルコト。
 (ロ) 部下ノ官吏ヲ監督シ、奏任官以上ハ其進退ヲ奏請シ、判任官以下ハ之ヲ專行スルコト。

(ハ) 主任事務ニ付省令ヲ發スルコト 省令ヲ以テ規定シ得ベキ事項ニハ特別ノ法律勅令ニ依リ特ニ委任セラレタルモノト官制ニ依リ一般ニ各省大臣ノ職權ニ任ゼラレタルモノトノ二種アリ。特別ノ委任ニ基ク命令ヲ委任命令ト謂フ、其規定シ得ベキ範圍ハ各場合ニ於ケル委任ニ依リテ定マル。一般ノ職權ニ依リ發スルモノヲ職權命令ト謂フ、職權命令ハ憲法第九條ニ依ル執行命令、警察命令又ハ行政規則ノ範圍ニ於テノミ許サレ得ベキモノニシテ、各省大臣ハ法律勅令及條約ニ牴觸セザル限度ニ於テ職權ニ依リ其主任事務ニ關シ此範圍ニ於テ必要ナル省令ヲ發スルコトヲ得ルナリ。省令ニハ百圓以内ノ罰金若クハ科料又ハ三月以下ノ懲役禁錮若クハ拘留ノ罰則ヲ附スルコトヲ得(二、三、勅令二〇八、四、勅令二四五)。省令ニハ各省大臣年月日ヲ記入シ之ニ署名シ、官報ヲ以テ之ヲ公布ス(令公式)。省令ノ内容ガ他ノ省ノ主管事務ト關聯スルモノハ關係省大臣トノ協議ヲ要ス

(ニ) 主務事務ニ付法令ニ依リ行政行為ヲ爲スコト 直接ニ人民ニ對シ行政行為ヲ爲スコトハ主トシテ地方官廳ノ權限ニ屬スト雖モ、利害關係ノ特ニ重大ナルカ又ハ特ニ統一ヲ要スル行為ニ付テハ各省大臣ノ權限ニ屬セシメラルモノ少カラズ。

各省間ニ於ケル事務ノ分配ハ各省官制ノ定ムル所ニ依ル。若シ各省間ニ主管權限ノ爭アルトキハ閣議ニ於テ之ヲ決ス(內閣官制五條)。二省以上ノ交渉アル事務ニ付テハ閣議ニ依リ其主任大臣ヲ定メ、而シテ主任大臣ハ交渉アル各省大臣ト協議スルコトヲ要ス(各省官制通則二項)。

各省大臣故障アル場合ニ於テハ臨時次官ヲシテ其職務ヲ代理セシムルコトヲ得。但シ國務大臣トシテノ職務ニ付テハ固ヨリ次官ノ代理ヲ許サズ、行政官廳トシテノ職務ニ付テモ省令ヲ發スルコトハ亦次官ガ之ヲ代理スルコトヲ得ズ。若シ各省大臣ノ故障ニ因リ此等ノ職務ヲモ行フ能ハザルトキ又ハ其故障長キニ亘ルトキハ他ノ大臣ガ臨時勅命ヲ受ケテ其職務ヲ兼攝ス。

(三) 內閣總理大臣ハ國務大臣トシテハ內閣ノ首班タリト雖モ、行政官廳トシ

テハ全ク各省大臣ト同一ノ地位ヲ有ス。總理大臣ハ本來行政事務ヲ擔任スルコトヲ主タル職務ト爲ス者ニ非ズト雖モ、何レノ省ノ主管ニ屬セシムルヲモ適當トセザル特殊ノ事務ニ付テハ總理大臣ヲシテ其主任大臣タラシムルモノアリ。其主任事務ニ關シテハ總理大臣ハ各省大臣ト同一ノ權限ヲ有シ、閣令ヲ發スルコトヲ得。閣令ト省令トハ唯名稱ヲ異ニスルノミ、其效力ハ同等ニシテ、之ニ附スルヲ得ベキ罰則ノ程度モ同一ナリ。總理大臣ハ又所轄ノ各機關ヲ監督シ、部下ノ官吏ヲ統督ス、但シ判任官以下ノ進退ハ書記官長之ヲ專行ス。

內閣總理大臣ハ各省大臣ニ對シ上級官廳ノ地位ニ在ル者ニ非ズ、隨テ各省大臣ニ對シ訓令ヲ發シ又ハ其行爲ヲ取消スノ權ヲ有セズ。唯總理大臣ハ行政各部ノ統一ヲ保持スルノ任ニ當ル者ナルヲ以テ、其統一ヲ保ツ爲必要アル場合ニ於テハ、各省大臣ノ命令又ハ處分ヲ中止セシメ勅裁ヲ待ツコトヲ得。(內閣官制三條)

(三) 內閣。ハ國務各大臣ヲ以テ組織シ、各大臣ノ職務ニ屬スル事項ヲ協議スル爲ニ存スル合議體ナリ。其議ニ付セラルル事項ハ國務大臣トシテノ職務ト行政官廳トシテノ職務トノ雙方ヲ包含ス。殊ニ各省官制通則ニハ二省以上交渉ノ事

務ニシテ主任明瞭ナラザルモノハ閣議ニ於テ其主任ヲ定ムベキモノトシ、內閣官制ニハ各省間ノ主管權限ノ爭議ハ閣議ニ於テ決スベキモノトシ、土地收用法ニハ土地收用ノ必要アル公益事業ノ認定ハ內閣ニ於テ決スベキモノトシ、都市計畫法ニハ都市計畫ノ決定ニハ內閣ノ認可ヲ受クベキモノト定ム。其他閣議ニ付セラレベキ事項ニハ別段ノ制限ナク、各省大臣ハ其主任ニ屬スル如何ナル事項ニテモ之ヲ總理大臣ニ提出シテ閣議ヲ求ムルヲ得ベシ。閣議事項ニシテ國務大臣トシテノ職務ニ屬スル事項ニ關スルモノナルトキハ其決議ハ法律上ノ拘束力ヲ有スルモノニ非ズト雖モ、行政官廳トシテノ職務ニ屬スルモノナルトキハ其決議ハ國家意思トシテノ法律上ノ效力ヲ有シ、各省大臣ハ之ニ依リテ拘束セラレ、隨テ此等ノ事項ニ關シテハ內閣ハ其レ自身行政官廳ノ地位ヲ有ス。其決議ハ普通ノ合議體ノ如ク多數決ニ依ルニ非ズ、全員一致ナルコトヲ要ス、何トナレバ各省大臣ハ其職務ニ關スル絕對ノ責任者ニシテ、自己ノ意思ニ反シテ多數ノ議ニ從フハ其地位ト相容レザレバナリ。

二 地方官制

地方行政ハ一部分ハ國ノ行政官廳ニ依リ一部分ハ公共團體ノ自治權ニ依リテ行ハレ、一部分ハ公共團體ノ吏員又ハ其他ノ團體又ハ個人ニ委任シテ行ハシム。公共團體ノ行政及委任行政ニ付テハ後節述ブル所ニ譲リ、茲ニハ專ラ國ノ地方官廳ニ付テ論ズ。

國ノ地方官廳ハ先ヅ之ヲ普通地方官廳ト特別地方官廳トニ分ツコトヲ得。特別地方官廳ハ特殊ノ行政事務ニ付テ設立セラルルモノニシテ、例ヘバ大藏省ノ下ニ於ケル税關、税關支署、稅務監督局及稅務署、農商務省ノ下ニ於ケル林區署及鐵務署、逓信省ノ下ニ於ケル地方逓信官署、鐵道省ノ下ニ於ケル鐵道局ノ如シ。普通地方官廳ハ他ノ特別ノ機關ニ屬スルモノヲ除ク外一般ニ國ノ地方行政ヲ擔任スル官廳ヲ謂フ。茲ニ述ブル所ハ專ラ普通地方官廳ニ止マル。

普通地方官廳ハ北海道ト府縣トニ依リ稍其組織ヲ異ニス。内地ニ於ケル現行ノ地方制度ハ北海道ヲ除クノ外全國ヲ三府四十三縣ニ區劃シ、各府縣ヲ郡、市及島廳ニ郡及島廳ハ更ニ之ヲ町村ニ區劃スルヲ以テ大體ノ主義ト爲ス。府縣ニハ府縣知事、郡ニハ郡長、島廳ニハ島司ヲ置キ、各其地域内ニ於ケル國ノ一般行政ヲ管掌

セシメ而シテ市、及町村ニハ特別ナル國ノ官廳ヲ置カズ、市町村又ハ其吏員タル市町村長及區長ニ國ノ行政ヲ委任ス。北海道ハ道廳長官其全部ヲ管轄シ、其下ニ支廳長ヲ置ク。支廳ノ下ニ更ニ町村ヲ區劃シ、及ビ支廳ノ區域以外ニ市アリト雖モ、市町村ニハ國ノ官廳ヲ置カザルコト府縣ニ於ケルト同シ。

地方官廳ノ管轄區域ヲ國ノ行政區劃ト謂フ。行政區劃ヲ定ムルハ官制大權ノ作用ニ屬シ、勅令ヲ以テ自由ニ之ヲ變更スルヲ得ルヲ原則トスト雖モ、唯北海道及府縣ノ區域ハ國ノ行政區劃タルト同時ニ公共團體ノ區域タル性質ヲ有シ、而シテ公共團體ノ區域ハ勅令ヲ以テ變更シ得ベキ所ニ非ザルヲ以テ、此區域ノ變更ハ勅令ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ得ズ。

(一) 府縣知事。ハ最上級ノ地方官廳ナリ。知事ハ國ノ官廳タルト共ニ別ニ法律ニ依リ公共團體トシテノ府縣ノ機關タル任務ヲ有ス。國ノ官廳トシテノ知事ノ權限ハ概ネ左ノ如シ(地方官制)。

(イ) 部内ニ於ケル一般行政ノ管理。知事ハ內務大臣ノ指揮監督ヲ承ケ内閣又ハ各省ノ主務ニ付テハ内閣總理大臣又ハ各省大臣ノ指揮監督ヲ承ケ法律命令ヲ

執行シ、部内ノ行政事務ヲ管理ス(内閣官制ニ關シ、知事ニ命令スルコトヲ得、宮内省亦六條制)。知事ノ權限ニ屬スル事務ノ範圍ハ府縣ノ區域内ニ於ケル國ノ行政ニシテ各省大臣ノ權限ニ留保セラレズ又特別地方官廳ニ屬セザル一切ノ事務及法令ニ依リ特ニ知事ニ委任セラレタル事務ナリ。就中議員選舉ノ執行、教育、社寺及宗教、土木、賑恤救濟、警察、衛生、工場法施行、農工商水産等産業ノ保護、徵兵、徵發其他ノ軍政事務ハ其權限ニ屬スル重ナル事項ナリ。之ニ反シテ國稅ノ徵收、國有林野ノ管理、郵便、電信、電話、電氣事業ノ監督、海事行政、鑛業ノ監督、司法行政、鐵道行政等ハ知事ノ權限ニ屬セズ。知事ノ權限ハ廣ク内閣及各省ノ主管事務ニ亘ルヲ以テ總理大臣及各省大臣ハ何レモ知事ノ上級官廳タル地位ヲ有ス。但シ知事ノ一般職務上ノ監督並ニ進退賞罰ニ關シテハ專ラ内務大臣ガ本屬長官タル地位ヲ有ス。

(ロ) 府縣令ノ發布 知事ハ部内ノ行政事務ニ付其職權又ハ特別ノ委任ニ依リ管内一般又ハ其一部ニ府縣令ヲ發スルコトヲ得。府縣令ニ附シ得ベキ罰則ハ五十圓以内ノ罰金、拘留又ハ料料ヲ限度トス。府縣令ハ知事之ニ署名シ公布ノ年月日ヲ記入シ、即日之ヲ公布ス、公布ノ方法ハ府縣令ノ定ムル所ニ依ル。

(ハ) 出兵請求權及警察官吏ノ應援ヲ求ムルノ權 知事(東京府知事)ハ非常急變ノ場合ニ臨ミ兵力ヲ要シ又ハ警護ノ爲兵備ヲ要スルトキハ師團長ニ移牒シテ出兵ヲ請フコトヲ得。此請求ニ對シテハ師團長ハ正當ノ理由ナクシテ之ヲ拒ムコトヲ得ズ。出兵アリタル場合ニ於テハ軍隊ハ囑託セラレタル目的ノ範圍内ニ於テ自己ノ司令官ノ下ニ獨立ニ行動スルモノニシテ知事ノ命令ノ下ニ立ツニ非ズ。知事ハ又災害警防又ハ取締上必要アル場合ニ於テ應援ノ爲他ノ廳府縣長官ニ協議シテ警察官吏ノ派遣ヲ求ムルコトヲ得(四三、勅令)。此場合ニ於テハ派遣セラレタル警察官吏ハ其地ノ警察官吏ト同ジク知事ノ命令ノ下ニ服ス。

(ニ) 下級地方官廳及部下ノ官吏ノ監督 知事ハ郡長、島司、警察署長、分署長ヲ指揮監督シ、又市長ニ委任セラレタル國ノ行政事務ニ付市長ヲ指揮監督ス。知事ハ所部ノ官吏ヲ監督シ、奏任官ノ功過ハ内務大臣ニ具狀シ、判任官以下ノ進退ハ之ヲ專行ス。

(ホ) 公共團體ノ監督 知事ハ法律ニ從ヒ府縣、市、町、村、水利組合等管内ニ在ル公共團體ノ行政ヲ監督ス。

(一) 廳中處務ノ細則ヲ定ムルノ權

以上ノ外特別ノ法令ニ依リ知事ノ權限ニ屬スルモノハ一々述ブルヲ得ズ。就中知事ハ收用審査會、地方森林會等合議機關ノ一員タルコトアリ、又下級廳ノ處分ニ對スル訴願ヲ裁決シ、其他法令ニ依リ各種ノ行政行爲ヲ爲スノ權ヲ有ス。

府縣知事故障アルトキハ官等ノ順序ニ從ヒ内務部長又ハ警察部長其職務ヲ代理ス、此等ノ者皆故障アルトキハ内務大臣ハ他ノ高等官ノ一人ヲシテ其職務ヲ代理セシム。知事ハ部下ノ官吏ヲシテ其事務ノ一部ヲ臨時代理セシムルコトヲ得。

東京府ニ於テハ府知事ノ外、別ニ警視總監ヲ置キ、東京府下ノ警察、消防及内務大臣ノ指定スル衛生事務並ニ工場法施行ニ關スル事務ヲ管理セシム。此等ノ事務ニ關シテ總監ハ職權又ハ特別ノ委任ニ依リ警視廳令ヲ發シ、之ニ五十圓以内ノ罰金又ハ拘留科料ノ罰則ヲ附シ、師團長ニ出兵ヲ請求シ、他府縣知事ニ警察官吏ノ應援ヲ求メ、警察署長、警察分署長、消防署長、消防分署長、並ニ部下ノ官吏ヲ指揮監督シ、其主務ニ關シテハ東京府下ノ郡長、島司、市長、區長及町村長ヲ指揮監督スルノ權ヲ有ス(警視廳官制)。

(二) 郡長、島司。ハ府縣知事ノ下ニ屬スル第二級ノ地方官廳ナリ。郡長ハ(イ)知

事ノ指揮監督ヲ承ケテ法律命令ヲ執行シ、部内ノ行政ヲ管理シ、(ロ)法律命令ニ依リ又ハ知事ヨリ委任セラレタル事件ニ付郡令ヲ發シ、(ハ)町村長ニ委任セラレタル國ノ行政事務ニ付町村長ヲ指揮監督シ、(ニ)部下ノ官吏ヲ監督シ、判任官ノ進退ヲ知事ニ具申シ、(ホ)法律ノ定ムル所ニ依リ町村ヲ監督ス。島司ハ勅令ヲ以テ指定セラレタル島地ニノミ置カルルモノニシテ其地位及權限ハ郡長ニ同ジ。郡長及島司ハ特別ノ委任アル場合ノ外一般ニ警察ニ關スル權限ヲ有セズ、警察ニ關シテハ府縣知事ノ下ニ別ニ警察署ヲ置キ之ヲ管掌セシム。

(三) 北海道。ニハ府縣ノ區劃ヲ分タズ、全道ヲ一行政區劃トシテ北海道廳長官之ヲ管轄ス。長官ハ内務大臣ノ指揮監督ヲ承ケ、内閣又ハ各省ノ主務ニ付テハ内閣總理大臣又ハ各省大臣ノ指揮監督ヲ承ケ、法律命令ヲ執行シ、北海道ノ拓地殖民ノ事務及部内ノ行政事務ヲ管理ス。長官ハ職權ニ依リ又ハ特別ノ委任ニ依リ管内一般又ハ其一部ニ北海道廳令ヲ發シ、之ニ知事ト同一ノ程度ニ於テノ罰則ヲ附スルコトヲ得。其他長官ノ權限ハ凡テ知事ニ同ジク、法令ノ用語ニ地方長官ト曰

ヘルハ北海道廳長官及府縣知事ヲ意味ス。但シ國有林野ノ管理ハ一般府縣ニ於テハ知事ノ權限ニ屬セズ、別ニ林區署ヲ置イテ之ヲ掌ラシムルニ反シテ、北海道ニ於テハ等シク道廳ノ所管ニ屬ス。

道廳ノ下ニ於テ北海道ヲ六市十四支廳ニ區劃シ、支廳ノ下ニ更ニ町村ヲ區劃ス。市町村ハ公共團體ニシテ國ノ官廳ヲ置カズ。道廳長官ノ下ニ屬スル下級地方官廳ハ支廳長アルノミ。支廳長ノ權限ハ略郡長ニ同ジ、唯其管轄區域ハ數郡ヲ包括シ、郡長ヨリ廣シ、北海道ニ於ケル郡ハ唯地理上ノ名稱ニ止マリ行政區劃ニ非ズ。

三 殖民地官制

殖民地ハ内地ト其行政組織ヲ異ニス。内地ニ於テハ天皇ノ下ニ行政事務ヲ各省ニ分配シ、特ニ親裁ニ屬スルモノノ外各省大臣之ヲ主管スルニ反シテ、殖民地ノ行政ハ一般ニ之ヲ殖民地官廳ニ委任シ、中央政府ハ唯其大體ヲ監督スルニ止マル。内地ニ於テ殖民地行政ノ監督ノ任ニ當ル者ハ原則トシテ內閣總理大臣ナリ。各省大臣ノ主管ニ屬スル事務ト雖モ、特ニ例外ノ定アルモノヲ除ク外、各省大臣ガ之ヲ監督スルニ非ズシテ、一般ニ內閣總理大臣ガ其監督ノ任ニ當ルナリ。殖民地官

廳ノ組織ハ各殖民地相同ジカラズ、其大要左ノ如シ。

(一) 朝鮮。朝鮮ニ朝鮮總督府ヲ置キ總督ヲシテ諸般ノ政務ヲ管轄セシム。總督ノ職務權限ハ凡ソ左ノ如シ。

(イ) 朝鮮ニ於ケル一切ノ政務ヲ統理スルノ權 朝鮮ノ統治ハ原則トシテ舉ゲテ總督ニ委任セラル。唯官制ノ制定、官吏ノ任免、軍隊ノ編制、榮典ノ授與、刑ノ恩赦等ハ朝鮮ニ付テモ天皇ノ親裁ニ留保セラレ、貨幣(兌換券)、曆時、外交、軍政等亦中央政府ニ統一セラルト雖モ、其他ノ政務ニ付テハ内地ナラバ勅裁ニ依リ定メラルベキ事項モ總督ノ職權ヲ以テ定ムルヲ得ベク、各省大臣ノ權限ニ屬スル事項モ總督ノ權限ニ屬セシム。其勅裁ヲ要スル事項ニ付テハ總督ヨリ總理大臣ヲ經テ之ヲ上奏シ裁可ヲ受ク。大正八年ノ官制改革ニ至ル迄ハ總督ハ政權ノ外兵權ヲモ委任セラレ、隨ツテ總督ハ陸海軍大將ヲ以テ之ニ任ズベキモノト爲シタリシガ大正八年八月(勅令三六)兵權ノ委任ヲ解キ、隨ツテ又陸海軍大將タルヲ要スルノ制ヲ廢シ、内地ト等シク兵政分離ノ主義ヲ取ルニ至レリ。

(ロ) 立法權 立法權ト行政權トハ朝鮮ニ於テハ未ダ完全ニ分離セララルニ至

ラズ、總督ハ行政權ト共ニ一般ニ立法權ヲモ有ス。内地ニ於テハ法律ヲ以テ定ムベキ事項モ、朝鮮ニ於テハ法律ヲ以テスルヲ要セズ、特ニ朝鮮ニ施行セラルル法律及勅令ニ牴觸セザル限度ニ於テハ、總督ノ命令ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得。之ヲ制令ト謂フ。制令ハ朝鮮ニ於テ法律ノ效力ヲ有スル命令ニシテ法律ニ相當スル事項ヲ定ムルヲ得ベク、其效力ニ於テモ總督ノ他ノ命令ヨリ強シ。制令ヲ發スルニハ總理大臣ヲ經テ勅裁ヲ請フコトヲ要ス。但シ勅裁ハ唯内ニ於テ行ハルルノミ、外ニ對シテハ總督ノ命令トシテ發布セラレ。臨時緊急ヲ要スルトキハ勅裁ヲ得ズシテ直ニ之ヲ發スルコトヲ得ト雖モ、此場合ニ於テハ發布ノ後直ニ勅裁ヲ請ヒ若シ勅裁ヲ得ザルトキハ直ニ之ヲ廢止スルコトヲ要ス(三四法)。制令ノ外總督ハ總督府令ヲ發スルノ權ヲ有ス。總督府令ハ大體ニ於テ内地ノ勅令、閣令、省令ニ相當スベキ事項ヲ定ムルモノニシテ、之ニ附シ得ベキ罰則ノ程度ハ内地ニ於ケル勅令ト同ジク、自由刑ハ一年、財産刑ハ二百圓ヲ限度トス。

(ハ) 出兵請求權 總督ハ安寧秩序ノ保持ノ爲必要アルトキハ朝鮮ニ於ケル陸海軍ノ司令官ニ兵力ノ使用ヲ請求スルコトヲ得。

(ニ) 監督權 總督ハ所屬ノ官廳ヲ指揮監督シ、部下ノ官吏ヲ統督シ又朝鮮ニ於ケル李王職ノ事務、朝鮮ニ在勤スル李王職職員、李王歳費ノ收支及朝鮮ニ在住スル朝鮮貴族ヲ監督ス。最後ノ事務ハ本來皇室ノ事務ニシテ特ニ總督ニ委任セラレタルモノナリ。

朝鮮ノ地方制度ハ、全管内ヲ十三道ニ分チ、各道ニ道知事ヲ置キ之ヲ管轄セシム、其地位權限ハ略内地ノ縣知事ニ類ス。道知事ハ道令ヲ發スルノ權アリ、之ニ附シ得ベキ罰則ハ自由刑ハ三月、財産刑ハ百圓ヲ限度トス。各道ハ之ヲ府、郡及島ニ區劃ス、府尹、郡守、島司各其長官タリ。郡及島ハ更ニ之ヲ面ニ區劃ス、面ハ内地ノ町村ニ相當スルモノニシテ、面長ヲ置ク、面長ハ道知事之ヲ任免ス。

(三) 臺灣 臺灣總督府ヲ置キ、臺灣總督之ヲ管ス。臺灣總督ノ權限ハ略朝鮮總督ニ類ス。(イ)臺灣ノ一切ノ政務ヲ統理シ、(ロ)勅裁ヲ得テ又ハ緊急ノ場合ニハ勅裁ヲ得ズシテ法律ニ代ハル命令(之ヲ稱ス)ヲ發シ、(ハ)職權又ハ特別ノ委任ニ依リ總督府令ヲ發シ、(ニ)安寧秩序ノ保持ノ爲必要アルトキハ管轄區域内ニ於ケル陸海軍ノ司令官ニ兵力ノ使用ヲ請求シ、(ホ)所轄官廳ヲ指揮監督シ、(ヘ)部下ノ官吏ヲ統督ス。

總督府令ニ附シ得ベキ罰則モ亦朝鮮ニ於ケルト同シ(臺灣總督府官制、大正一〇法、律三、臺灣ニ施行スベキ法令)但シ臺灣總督ハ一般ノ政務ニ付テハ内閣總理大臣ノ監督ヲ承クト雖モ、貨幣、銀行、擔保附社債信託、關稅及粗製樟腦樟腦油專賣ニ關スル政務ハ大藏大臣ノ監督ヲ承ケ(三九、勅)郵便及電信ニ關スル事務ハ遞信大臣ノ監督ヲ承ク(二八九、勅)。總督ガ大正八年ノ改革ニ依リ兵權ノ委任ヲ除カレタルコトハ朝鮮總督ニ同ジ。但シ臺灣ニ於テハ若シ陸軍武官ヲ以テ總督ニ任ジタル場合ニ於テハ總督ヲシテ臺灣軍司令官ヲ兼ネシムルヲ得ベキモノト爲セリ。

臺灣ノ地方制度ハ全管内ヲ五州ニ區劃シ、州ニ州知事ヲ置キ、廳ニ廳長ヲ置ク。知事又ハ廳長ハ總督ノ指揮監督ヲ承ケ法令ヲ執行シ部内ノ行政事務ヲ管理ス。知事ハ州令ヲ、廳長ハ廳令ヲ發スルヲ得ベク、之ニ附シ得ベキ罰則ハ州令ニハ自由刑ハ二ヶ月財産刑ハ七十圓ヲ限度トシ、廳令ニハ拘留、科料ヲ限度トス。州ハ郡及市ニ區劃シ、郡ニ郡守、市ニ市尹ヲ置キ、部内ノ行政事務ヲ掌理セシム。郡ノ區域ハ更ニ街又ハ庄ニ分チ、街ニ街長、庄ニ庄長ヲ置ク、但シ臺灣總督ノ指定スル蕃地ニハ街又ハ庄ヲ置カザルコトヲ得。廳ノ區域ニ於テハ廳長ハ總督ノ認可ヲ得テ

支廳ヲ置キ、支廳長ヲシテ廳ノ事務ヲ分掌セシムルコトヲ得。又總督ハ地方ノ狀況ニ依リ廳ノ下ニ街又ハ庄ヲ置クコトヲ得(大正九勅令二一八、臺灣總督府地方官制)。

(三) 樺太、ハ樺太廳長官之ヲ管ス。樺太廳長官ハ朝鮮及臺灣總督ノ如ク其權限大ナラズ、殊ニ法律ニ代ハル命令ヲ發スルノ權ナシト雖モ、之ヲ内地ノ地方長官ニ比スレバ其權限尠ニ廣ク、郵便、電信、電話、鑛山、國稅、關稅、海事行政等内地ニ於テハ特別地方官廳ノ權限ニ屬スル事項モ總テ其權限ニ屬スルノミナラズ、内地ニ於テハ各省大臣ノ權限ニ屬スル事項モ概シテ長官ニ委任セラル(大正九勅令一二四、樺太ニ關ル)。隨ツテ閣令省令ハ一般ニハ樺太ニ其效力ヲ有セズ之ニ相當スベキ事項ハ樺太廳令ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得。廳令ニ附シ得ベキ罰則ノ程度モ内地ノ地方長官ヨリ高ク、二月以内ノ懲役禁錮七十圓以下ノ罰金ニ迄及ブコトヲ得。長官ハ其一般ノ職務ニ付テハ内閣總理大臣ノ指揮監督ヲ承ク、但シ郵便電信電話ニ關スル事務ニ付テハ遞信大臣、貨幣銀行及關稅ニ關スル事務ニ付テハ大藏大臣ノ監督ヲ承ク。其他出兵請求權ニ付テハ内地ノ地方長官ニ同ジ(大正七勅令一九、樺太廳官制)。

樺太廳管内ニ支廳ヲ置ク、其位置名稱及管轄區域ハ内閣總理大臣ノ認可ヲ得テ

長官之ヲ定ム。支廳長ハ略郡長ニ相當ス。支廳ノ下ニ必要ニ依リ支廳出張所ヲ置クコトヲ得。

(四) 關東州及南滿洲鐵道附屬地帶。關東州ニ關東廳ヲ置キ、關東長官之ヲ主裁ス。關東長官ハ關東州ヲ管轄スルノ外尙南滿洲鐵道線路及附屬地帶ノ警務上ノ取締ノ事ヲ掌リ且ツ南滿洲鐵道株式會社ノ業務ヲ監督ス、此等ノ一般政務ニ關シテハ長官ハ內閣總理大臣ノ監督ヲ承ク。外交ニ關シテモ支那地方官憲トノ交渉事務ヲ掌理シ而シテ此等ノ涉外事項ニ關シテハ外務大臣ノ監督ヲ承ク。其領事トノ間ノ統一ヲ保ツガ爲ニハ奉天駐在ノ總領事ヲ以テ關東廳外事部長ニ充テ又南滿洲ニ駐在スル領事官ヲシテ事務官ヲ兼ネシムルコトト爲セリ。長官ノ發スル命令(關東廳令)ニハ內地ニ於ケル勅令ト等シク一年ノ懲役禁錮、二百圓ノ罰金ヲ限度トスル罰則ヲ附スルコトヲ得。其以上ノ罰則ヲ附シタル命令ヲ發スル必要アルトキハ勅令ニ依ルコトヲ要シ、關東廳令ヲ以テハ定ムルヲ得ザルヲ原則ト爲スト雖モ、安寧秩序ヲ保持スル爲臨時緊急ヲ要スル場合ニ於テハ其以上ノ罰則ヲ附シタル命令ヲ發スルコトヲ得。此場合ニ於テハ發布後直ニ內閣總理大臣ヲ經テ勅

裁ヲ請フコトヲ要シ、若シ勅裁ヲ得ザルトキハ直ニ之ヲ廢止スルコトヲ要ス。長官ハ舊制(大正八年以前)ニ依ル關東都督ト異ナリ、自ラ兵權ヲ有セズ、臨時其管轄區域ノ保安又ハ鐵道線路ノ警護ノ爲必要アルトキハ關東軍司令官ニ兵力ノ使用ヲ請求スルコトヲ得。但シ陸軍武官ガ關東長官ニ任セラレタルトキハ之ニ關東軍司令官ヲ兼ネシムルコトヲ得(大正八年勅令九四關東廳官制)。

關東州ヲ三區ニ分チ、各區ニ民政署ヲ置ク、民政署長之ヲ管轄ス。民政署長ハ民政署令ヲ發シ之ニ五十圓以内ノ罰金科料又ハ拘留ノ罰則ヲ附スルコトヲ得。民政署ノ下ニ其事務ヲ分掌セシムル爲須要ノ地ニ民政支署ヲ置ク。

南滿洲鐵道附屬地帶ニ於ケル行政權ハ警察及軍事ニ關スル權力ヲ除クノ外一般ニ之ヲ南滿洲鐵道株式會社ニ委任ス。會社ノ行政權ハ明治三十九年八月遞信大藏外務三大臣ノ會社ニ對シテ發シタル命令書ニ其ノ根據ヲ有スルモノニシテ(命令書五條)其社ハ政府ノ認可ヲ受ケ鐵道及附屬事業ノ用地内ニ於ケル土木教育衛生等ニ關シ必要ナル施設ヲ爲スベシ(六條)前條ノ經費ヲ支辨スル爲其社ハ政府ノ認可ヲ受ケ鐵道及附屬事業ノ用地ノ居住民ニ對シテ之ニ依リテ會社ハ略内地ノ材料ヲ徵收シ其他必要ナル費用ノ分賦ヲ爲スコトヲ得。之ニ依リテ會社ハ略内地ニ於ケル地方團體ニ類似スル權能ヲ得、其事務ニ關シ住民ヲ拘束スル諸規則ヲ定

メ、住民ニ對シ費用ヲ分賦スルノ權ヲ與ヘラレタリ(三此命令書ノ法律上ノ根據ハ三
數設スル帝國會社ニ關スル法律及三九勅令一)。營利會社ニシテ殖民地ノ統治ヲ
四二南滿洲鐵道株式會社令ニ求ムルコトヲ得。委任セラレタルモノヲ普通ニ殖民會社ト謂フ、即チ滿鐵會社ハ殖民會社ノ一例ナ
リ。但シ會社ニ委任セラレタルハ唯保育行政ノ範圍ニ止マリ、警察權ハ專ラ關東
長官ニ屬ス。

(五) 南洋群島ニ南洋廳ヲ置キ、南洋廳長官之ヲ主裁ス。長官ノ權限ハ略關東
長官ニ等シ。但シ其一般政務ハ内閣總理大臣ノ監督ヲ承クト雖モ、郵便電信ニ付
テハ遞信大臣、貨幣銀行及關稅ニ付テハ大藏大臣、度量衡及計量ニ付テハ農商務大
臣ノ監督ヲ承ク。其命令ノ發布ニ關スル權限亦全ク關東長官ニ同ジ。兵力ノ使
用ニ關シテハ長官ハ鎮守府司令長官又ハ附近ノ海軍主席指揮官ニ之ヲ請求スル
コトヲ得(大正一勅令一
〇七南洋廳官制)。

南洋廳管内須要ノ地ニ南洋廳支廳ヲ置ク、其名稱位置及管轄區域ハ總理大臣ノ
認可ヲ經テ長官之ヲ定ム。長官ハ支廳ノ事務ヲ分掌セシムル爲支廳出張所ヲ置
クコトヲ得。

第三節 官吏法

一 官吏關係ノ法律上ノ性質

官吏トハ臣民トシテノ義務ニ基クニ非ズシテ、國家ノ特別ノ選任ニ依リ、國家ニ
對シ忠實ニ無定量ノ勤務ニ服スベキ義務ヲ負フ者ヲ謂フ。

(一) 官吏關係ノ最モ主要ノ要素タルモノハ其國家ニ對スル勤務ノ義務ニ在リ。
官吏ガ國務ニ參與スルハ一面ニハ其權利ナリト雖モ、國家ガ官吏ヲ任命スルハ敢
テ權利ヲ付與スルガ爲ニスルニ非ズシテ勤務ニ服セシムルガ爲ニスルナリ。義
務ガ其主眼ニシテ、權利ハ之ニ隨伴スル從タル效果ナリ。此點ニ於テ官吏ハ先ヅ
議會ノ議員ト區別セラル。議員モ固ヨリ國家ニ對シ勤務ノ義務ヲ負フト雖モ、議
員ハ國民ノ參政權ニ基キ國民ニ代リテ國務ニ參與スル者ニシテ、其義務ハ權利ニ
從タルモノニ過ギズ。議員ガ國務ニ參與スルハ其義務タルヨリハ主トシテ其權
利トシテ認メラルナリ。故ニ例ヘバ貴族院ノ勅任議員ノ如キ、君主ノ任命ニ係

官吏ハ何ソヤ
(四) 明々、四〇、四三、(東大)

ルコトニ於テハ官吏ニ等シト雖モ、等シク國民ノ代表者ニシテ官吏ニ非ズ。

然レドモ官吏ガ國家ニ對シ勤務ノ義務ヲ負フト曰フハ、必ズシモ現ニ職務ヲ擔任スルコトヲ要スルノ意ニ非ズ、休職官吏ノ如キ現ニ職務ヲ擔任セザル者ト雖モ何時ニテモ國家ノ命令ニ依リ勤務ニ服スベキ義務アル者ハ尙官吏タルコトヲ失ハズ。其擔任スル職務モ亦必ズシモ國家ノ事務タルコトヲ要件トスルニ非ズ。

或ハ公共團體ノ機關トシテ公共團體ノ事務ヲ擔任スル者アリ(例、市制一四六條、四條、依リ市町村長ノ職務ヲ掌スル市吏、朝鮮)或ハ將來國家事務ヲ擔任スベキ準備トシテ自己ノ學習ヲ現在ノ義務ト爲ス者アリ(例、外國留學ヲ命セラレタル陸海軍武官學校)。

(二) 官吏ガ勤務ニ服スルハ、特別ノ選任、行爲ニ依ル。官吏關係ハ若シ之ヲ民法上ノ關係ニ比較スレバ、恰モ雇傭關係ニ類シ、或ハ之ヲ公法上ノ雇傭關係ト謂フヲ得ベク、國家ハ其使用主ノ地位ニ在リ、官吏ハ其使用人タルナリ。民法上ノ雇傭關係ガ常ニ特別ノ契約ニ依リテ生ズルト同ジク、官吏關係モ亦常ニ特別ノ選任行爲ニ依リテ生ズ。此點ニ於テ官吏ハ例ヘバ船長ガ船舶内ノ警察權ヲ行ヒ、市町村長ガ市町村内ノ國ノ行政ヲ行フガ如キ、勤務ニ服スルガ爲ニ選任セララルルニ非ズシ

テ、他ノ業務ニ伴ヒ國務ヲ委任セララルル者ト區別セララル。

(三) 官吏ハ國家ノ命ズル所ニ從ヒ無定量ノ勤務ニ服スル義務ヲ負フ。官吏ノ勤務ハ敢テ全然無制限ナルニ非ズ、其處理スベキ事務ノ範圍ハ一定ノ限界ヲ有スト雖モ、其範圍内ニ於テハ豫メ其事務ノ數量ヲ限定セララルルコトナキノミナラズ、官吏ハ原則トシテハ何時ニテモ轉職ヲ命ゼラルルコトアルベク、其命ヲ拒ムコトヲ得ズ。此點ニ於テ官吏ハ民間ヨリ選任セラレタル各種ノ委員、破産管財人、選舉立會人ノ如キ、限ラレタル特定ノ事務ノミヲ處理スルガ爲ニ選任セララルル者ト區別セララル。官吏ト此等ノ者トノ差異ハ之ヲ民法上ノ關係ニ比較スレバ尙雇傭ト委任トノ異ナルガ如ク、國家ニ對スル公法上ノ勤務關係ニ服スル者ナルコトニ於テハ二者相等シト雖モ、委員ハ唯其委任セラレタル事務ノ限度ニ於テノミ之ヲ處理スルノ義務アルモノニシテ、初ヨリ其勤務ノ分量ヲ限ラレ、殊ニ官吏ノ如ク轉職ヲ命ゼラルルコトナシ。

(四) 官吏ノ勤務ハ單純ナル勞務ノ給付ノミヲ内容ト爲スモノニ非ズシテ、特別ハ忠實ハ義務ヲ包含ス。其關係ハ單純ナル經濟上ノ勞務給付ノ關係ニ非ズシテ、

同時ニ倫理的ノ關係ナリ。官吏ハ私ヲ去リテ公ニ奉ジ、一身ヲ捧グテ國家ニ忠實ナルベキ義務ヲ負フ。此點ニ於テ官吏關係ハ私法上ノ雇傭關係ト區別セラル。國家ニ對シ勤務ニ服スルガ爲ニ選任セラルル者ト雖モ、外國人ノ傭教師、傭員、筆生、使丁ノ類ハ唯勞務ノ義務ヲ負ヒ之ニ對スル金錢上ノ報酬ヲ受クル者ニシテ、其關係ハ單純ナル經濟上ノ關係ニ止マリ、私人間ノ雇傭關係ト性質ヲ異ニスルコトナク、隨テ一般ニ私法法規ニ依リテ支配セラル。公法上ノ勞務ノ義務ニ付テモ、例ヘバ徵發令ニ依リ徵發セラルル人夫ハ等シク經濟上ノ意義ニ於テノ勞務給付ノ義務ヲ負フニ止マリ倫理的性質ヲ有スルモノニ非ザルヲ以テ、亦官吏ト區別セラル。

(五) 官吏關係ハ一般臣民ノ法律上ノ義務ニ基ク、モノニ非ズ。此點ニ於テ官吏ハ兵卒ト區別セラル。兵卒ハ國家ニ對シ忠實ニ勤務ニ服スル義務ヲ負フコトニ於テ官吏ニ等シト雖モ、唯其義務ハ臣民タル資格ヨリ生ズル當然ノ義務ナルコトニ於テ官吏ト其地位ヲ異ニス。

(六) 官吏ニ對スル國家ノ使用主トシテノ權利ハ君主國ニ於テハ專ラ君主ニ依リテ代表セラル。故ニ君主國ニ於ケル總テノ官吏ハ皆直接又ハ間接ニ君主ニ隸

屬シ其任免ハ一ニ君主ノ大權ニ基カザルモノナシ。我ガ憲法第十條ハ此原則ヲ明言セルモノニシテ、約言スレバ官吏ハ天皇ノ使用人ナリ。

二 官吏關係ノ成立

官吏關係ハ國家ノ特別ノ選任ニ依リテ成立ス、之ヲ任官行爲ト謂フ。

(一) 任官行爲ノ法律上ノ性質ニ付テハ爭アリ、或ハ國家ノ單獨行爲ナリト爲シ或ハ國家ト受任者トノ合意ニ成ル行爲ナリト爲ス。後說ヲ以テ正當ト爲スベシ。何トナレバ今日ノ國法ノ下ニ於テハ國家ハ官吏ト爲ルコトヲ以テ一般ニ人民ノ自由意思ニ任ジ、義務トシテ之ヲ強制スルコトナク、隨テ本人ノ意思ニ反シテ一方的ニ之ヲ官吏ニ任ズルヲ得ザルハ爭ヲ容レザル所ナレバナリ。國家ハ唯受任者ノ同意ヲ得ルニ依リテノミ之ヲ官吏ニ任ズルヲ得ベク、受任者ノ意思ト國家ノ意思トハ共ニ其行爲ノ成立要素タリ、國家ノ單獨ノ意思ニ依リテ成立スルニ非ズ。約言スレバ任官ハ國家ト受任者トノ間ニ於ケル公法上ノ契約ナリ。

(二) 任官行爲ノ法律上ノ效果ハ官吏關係ヲ成立セシメ、隨テ受任者ト國家トノ間ニ特別ノ公法上ノ關係ヲ發生セシムルコトニ在リ。然レドモ實際ニハ任官ハ

官吏任命ノ性質ヲ論ズ
(文ニ判檢 文元、七四、五八)

單ニ官吏ニ任ズル行爲トシテ見ハルルニ非ズシテ、常ニ一定ノ官職ニ任ズル行爲トシテ行ハル。官職ハ或ハ官吏ノ擔任スル一定ノ職務ヲ示スモノナルコトアリ(例、大臣、次官、局長、府、縣知事、警視總監)此場合ニ於テハ其官職ニ任ズルハ同時ニ職務ノ擔任ヲ命ズル行爲ニシテ、官吏關係ノ成立ト共ニ直ニ其職務ヲ行フ義務ト之ヲ行フ權能トヲ生ズ。或ハ唯其職務ノ種類ヲ示スニ止マリ、其擔任スベキ職務ノ範圍ヲ限定スルモノニ非ザルコトアリ(例、陸軍大將、海軍大將、判事)此場合ニ於テハ任官ニ依リテハ未ダ職務ノ擔任ヲ生ゼズ、職務ノ擔任ヲ命ズル行爲ハ別ニ分離シテ行ハルルモノニシテ、此行爲ヲ補職ト謂フ(例、某師團長、某艦長、某裁判所判事)任官ガ公法上ノ契約ナルニ反シテ補職ハ國家ノ單獨行爲ナリ、何トナレバ、官吏關係ガ既ニ成立セルトキハ官吏ハ國家ノ命ズル職務ヲ擔任スル義務ヲ負ヒ、隨テ其擔任ヲ命ズルニハ本人ノ同意ヲ要スルモノニ非ザレバナリ。

(三) 任官ハ契約ナルヲ以テ其行爲ノ成立スルニハ當事者雙方ノ意思表示アルヲ要ス。其國家ノ側ヨリスルモノハ常ニ明示ヲ以テ行ハル、辭令書ノ交付ハ是ナリ、任官ノ辭令書ヲ官記ト謂フ。受任者ノ側ヨリスルモノハ必ズシモ明示ナルヲ

要セズ、其意思表示ハ常ニ辭令書交付ノ前ニ行ハルルモノニシテ、辭令書ヲ發スルハ既ニ本人ノ同意アリタルコトヲ前提トス。辭令書ノ交付ニ對シ更ニ本人ノ承諾ヲ要スルニ非ズ、其交付ニ依リテ直ニ官吏關係ガ成立ス。

任官ノ形式ハ官職ノ等級ニ應ジテ、四種ニ分タル。(イ)親任式ヲ以テ行ハルルモノ、之ヲ親任官ト謂フ。親任官ノ官記ニハ親署ノ後御璽ヲ鈐シ内閣總理大臣之ニ副署ス。(ロ)親任式ニ依ラズシテ勅任セララルモノ、之ヲ勅任官ト謂フ(廣義ニ於テ親任官ヲモ包含ス)勅任官ノ官記ニハ御璽ヲ鈐シ、内閣總理大臣之ヲ奉ズ。(ハ)勅任官ノ任セララルモノ、之ヲ奏任官ト謂フ。奏任官ノ官記ニハ内閣ノ印ヲ鈐シ、内閣總理大臣之ヲ宣ス。奏任官以上ノ官吏ヲ高等官ト謂フ。(ニ)大權ノ委任ニ基キ行政官廳ニ於テ任ズルモノ、判任官以下之ニ屬ス。

任官ハ辭令書ヲ本人又ハ代理者ニ交付スルニ依リテ成立ス。辭令書ガ隔地者ニ對シテ發送セラレタル場合ニ於テハ、一般行政行爲ト同ジク辭令書ガ相手方ニ到達シタル時ニ於テ其效力ヲ生ズ。唯俸給又ハ在官年限ノ計算ニハ辭令書ノ日附ヲ其起點ト爲スト雖モ、是レ唯計算ノ便宜ノ爲ニスルニ止マリ官吏關係ガ其時

ニ成立スルニ非ズ。

(四) 官吏ニ任ゼラルルニハ官吏タリ得ベキ權利能力ヲ有シ、且其官職ヲ擔任スベキ資格ヲ備フル者ナルコトヲ要ス。

能力要件ト資格要件トハ明白ニ之ヲ區別スルコトヲ要ス。能力要件ヲ備ヘザル者ハ官吏トナリ得ベキ權利能力ヲ有セザル者ニシテ、假令官吏ニ任ゼラルルコトアルモ、其任命ハ法律上ノ不能ニ基キ無効ナリ。資格要件ハ官職ヲ擔任スベキ資格ニ關スル定ニシテ、其資格ナキ者ヲ任用スルモ、其任命ハ當然無効ナルニ非ズ。唯正當ナル官吏トシテノ地位ノ保障ヲ受ケズ、何時ニテモ免官セラレ得ベキノミ。

能力要件ハ唯法律ニ依リテノミ之ヲ定ムルコトヲ得、何トナレバ人民ノ權利能力ノ範圍ハ命令ヲ以テ定メ得ベキ所ニ非ザレバナリ。資格要件ハ之ニ反シテ憲法又ハ法律ノ特別ノ制限アルモノノ外、勅令ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得、何トナレバ任官ガ天皇ノ大權ニ屬スル以上ハ任用資格ヲ定ムルコトモ亦大權ノ作用ニ屬スルコトハ當然ナレバナリ。

官吏トナリ得ベキ能力ヲ有セザル者ハ左ノ如シ。

(イ) 死刑、無期又ハ六年以上ノ懲役、若クハ禁錮ノ刑ニ處セラレタル者及舊刑法ノ重罪ノ刑ニ處セラレタル者(七) 舊刑法三三一條三。

(ロ) 六年未滿ノ懲役又ハ禁錮ニ處セラレタル者及舊刑法ノ禁錮ノ刑ニ處セラレタル者ニシテ其刑ノ執行ヲ終ヘ又ハ其執行ヲ受クルコトナキニ至ルマデノ者(七) 舊刑法三三一條三。

(ハ) 外國人 外國人ガ官吏タル能力ヲ有スルヤ否ヤニ付テハ明白ナル法律ノ規定ナシト雖モ、外國人ハ一般ニ參政權能力ヲ認メラレザルヲ以テ就官能力モ亦之ヲ有セザルモノト認ムルヲ正當トス(國籍法二四條二項「現ニ文武ノ官職ヲ帶ブル職ヲ失ハズ」恩給法九條「年金タル恩給ヲ受クルノ權利ナ有スル者國籍ヲ失ハズ」)

國ノ君主又ハ政府ヨリ勳章榮賜ヲ受クルコトヲ得ズ(モ) 官吏ガ常ニ帝國臣民タルコトヲ當然ノ前提ト爲スモノナリ。但シ特別ノ例外トシテ、名譽領事及名譽副領事ハ外國人ヲ以テ任ゼラル。

(ニ) 歸化人其他生來ノ日本人ニ非ザル者ハ國務大臣、樞密院議長、副議長、顧問官、特命全權公使、陸海軍將官、大審院長、會計検査院長又ハ行政裁判所長官ト爲ル能力ヲ有セズ(國籍法一六條)。

以上ヲ除クノ外日本臣民ハ法律命令ノ定ムル資格ニ應ジ均シク官吏ト爲リ得ベキ能力ヲ有ス(憲法一〇九條)。

官吏ノ任用資格ハ各種ノ官職ニ付一樣ナラズ。(イ)始メテ官吏ニ任ゼラルルニハ試験ヲ經テ之ニ合格シタル者ナルコトヲ要スルヲ正則トス。官吏ノ資格ニ關スル試験ニハ一般試験ト特殊試験トノ別アリ。一般試験ハ一般ノ官職ニ通ズル試験ニシテ、高等試験及普通試験ノ二種アリ。高等試験ハ行政科、外交科、司法科ニ分タレ、之ニ合格シタル者ハ其科ニ應ジテ奏任行政官、外交官、領事官、司法官タルノ資格ヲ得。普通試験ニ合格シタル者ハ判任文官タルノ資格ヲ得。特殊試験ハ特殊ノ官職ニ任用セララルル資格ノ試験ニシテ、例ヘバ外務書記生試験ノ類ナリ。試験ニ合格シタル者ノ外中學校ノ卒業者等一定ノ學歷アル者モ亦普通試験ヲ經タル者ニ準ジ判任文官タル資格ヲ有ス。凡テ此等ノ試験ハ男子ニ限り之ヲ受クルコトヲ得シム。(ロ)此原則ニ對スル例外トシテ、親任官其他特定ノ官職ニ付テハ其任用資格ニ法律上ノ制限ナク、何人ニテモ自由ニ任用シ得ベキ者アリ、之ヲ自由任用ト謂フ。或ハ資格要件ノ定ナキモ其任用ニハ試験委員ノ詮衡ヲ要スル者アリ、

之ヲ詮衡任用ト謂フ。(ハ)既ニ官吏トシテ一定ノ經歷アル者ハ、或ハ試験委員ノ詮衡ヲ經テ或ハ其詮衡ヲ要セズシテ、他ノ官職ニ任ゼラレ得ベキ者アリ、之ヲ官歴ニ依ル任用ト謂フ。(ニ)任用ノ年齢ニ付テハ一般ニハ制限ナシト雖モ、唯樞密院議長副議長及顧問官ハ滿四十年以上ナルコトヲ要シ、行政裁判所長官評定官ハ三十年以上ナルコトヲ要スルノ制限アリ。(ホ)文官懲戒令ニ依リ免官ノ處分ヲ受ケタル者ハ其官職ヲ失ヒタル日ヨリ二年間官職ニ就クコトヲ得ズ(文官懲戒令一四條一項)。

三 官吏ノ權利

官吏ハ一面ニハ國家ニ對シ勤務ノ義務ヲ負フト共ニ一面ニハ國家ヨリ特別ノ保護ヲ受ク。官吏ノ受クル特別ノ保護ハ或ハ單ニ恩典又ハ反射的利益ニ過ギザルモノアリ。(イ)宮中ノ禮遇(ロ)敍位及敍勳(ハ)刑法上及警察上ノ保護ハ之ニ屬ス。或ハ官吏ノ權利トシテ認メララルモノアリ。之ニ屬スルモノハ凡ソ左ノ如シ。

(一) 身分上ノ權利 官吏ハ其官吏タル身分ヲ國家ヨリ承認セラレ、一定ノ官等ヲ有シ、其官名ヲ稱シ、其官職ニ相當スル制服及禮服ヲ着用シ、及親任官其他地位ノ保障ナキ特殊ノ官職ニ在ル者ヲ除クノ外法定ノ理由アルニ非ザレバ其意ニ反シ

テ免官セラレザルノ權利ヲ有ス。

(二) 職務上ノ權利 官吏ガ其職務ヲ行フコトハ主トシテハ義務ノ性質ヲ有スト雖モ、國民ガ國家ノ公務ニ參與シ得ルコトハ常ニ同時ニ其權利タル性質ヲ有シ隨テ官吏ガ職務ヲ擔任スルコトモ亦一面ニ於テ官吏ノ權利ナリ。

(三) 俸給權 俸給ハ官吏ノ勤務ニ對スル國家ノ反對給付ニシテ其地位ニ相當スベキ生活費ヲ給スルコトヲ目的トス。俸給ハ必ズシモ總テノ官吏ニ通ズル要素ニ非ズ、例ヘバ三等郵便局長及三等電信局長ハ判任官ナレドモ俸給ヲ給セズ手當ヲ給スルニ止マリ、退職判事退職檢事モ身分ニ於テハ官吏ニシテ而モ俸給ヲ受ケズシテ恩給ヲ受クル者ナリト雖モ、一般ニ曰ヘバ官吏ハ一身ヲ奉ジテ國家ニ勤務シ他ニ收入ヲ得ルノ途ナキヲ原則トスルヲ以テ、國家ハ之ニ俸給ヲ給シ以テ其生計ヲ維持スルノ義務ヲ負フナリ。俸給ハ單ニ官吏ノ勤務ニ對スル報酬タルニ止マルモノニ非ズ、同時ニ其地位ニ相當スル生活費ヲ給スルガ爲ニスルモノニシテ、此點ニ於テ議員ノ歳費、委員ノ手當、名譽職吏員ノ報酬等ト其性質ヲ異ニス。俸給權ハ金錢債權ナルコトニ於テハ民法上ノ債權ニ類スト雖モ、直接ニ官吏關係ニ

官吏俸給性質
四三中大、大ニ日大

基ク權利ニシテ、公法上ノ權利タル性質ヲ有ス。隨テ俸給ニ關シテハ司法裁判所ニ出訴スルコトヲ得ズ、而シテ現行法ハ其行政訴訟事項タルコトヲモ認メザルヲ以テ、俸給ニ關シテハ官吏ハ全ク訴權ヲ有セズ。俸給權ハ之ヲ拋棄シ、讓渡シ、又ハ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ズ、唯法律ハ其收入一年三百圓ヲ超過スルトキハ其超過額ノ半額ヲ差押フルコトヲ許ス(民法六八條二項)。

(四) 恩給權 官吏ハ其在官中俸給ヲ受クルノミナラズ、其退官又ハ死亡後ニ於テモ國家ハ本人又ハ其遺族ニ經濟上ノ保護ヲ與ヘ以テ其生計ヲ保障ス。官吏ノ退官後ニ於ケル金錢ノ給付ハ從來ノ國法ニ於テハ、終身年金タルモノヲ恩給ト謂ヒ、一時ノ給付タルモノヲ退官賜金ト謂ヒ、其死亡後遺族ニ給スルモノハ年金タルモノヲ遺族扶助料ト謂ヒ、一時ノ給付タルモノヲ一時扶助金ト謂ヒシガ、大正十二年四月恩給法(法律四八)ヲ改定シテ、其金額ヲ増スト共ニ此等ノ總テヲ合セテ等シク之ヲ恩給ト稱スルモノト爲セリ。恩給ハ普通恩給、增加恩給、一時恩給、傷病賜金、扶助料及一時扶助料ノ六種トス。(イ)普通恩給ハ官吏一定ノ期間(普通ニ之ヲ恩給ト謂フ、普通文官ハ十五年、大臣ハ五年、武官ハ現役十一年、但シ從軍年其他之ニ準スベキ年限ハ特ニ加算ス)在官シタル者懲戒又ハ刑罰ニ依ルニ非

ズシテ退官(終身官ハ退職、武官ハ現役ヲ離ルルコト)シタル場合ニ於テ其生活資料ヲ充タス爲之ニ給與スル終身年金ナリ。在職年限之ニ滿タザル者ト雖モ公務ノ爲傷疾ヲ受ケ又ハ疾病ニ罹リ不具廢疾ト爲リ退官シタル者ハ等シク之ヲ受クル權利ヲ有ス。普通恩給ノ金額ハ退官當時ノ俸給額及在官年限ニ比例シテ定メラル、其年額ハ普通文官ニ在リテハ退官當時ノ俸給年額ノ三分ノ一(舊法ハ四分ノ一)ヲ最低トシ、在官年限ヲ加フルニ隨ヒ之ヲ遞増ス。(ロ)増加恩給ハ公務ノ爲傷疾ヲ受ケ又ハ疾病ニ罹リ不具廢疾ト爲リテ退官シタル者ニ對シ普通恩給ニ加ヘテ給與スル年金ナリ。(ハ)一時恩給ハ在官年數未ダ恩給年限ニ達セズシテ退官シタル者ニ給與スル一時金ナリ。(ニ)傷病賜金ハ下士以下ノ軍人公務ノ爲傷疾ヲ受ケ又ハ疾病ニ罹リ不具廢疾ノ程度ニ至ラザルモ之ガ爲ニ退職シタル者ニ給スル一時金ナリ。傷病賜金ハ之ヲ普通恩給又ハ一時恩給ト併給スルコトヲ妨グズ。(ホ)扶助料ハ退官ニ依リ恩給ヲ受クベキ資格アル官吏在官中死亡シ又ハ現ニ恩給ヲ受クル者死亡シタル場合ニ於テ其遺族ノ生活資料ニ充ツル爲遺族ニ給スル年金ナリ。扶助料ヲ受クベキ遺族ハ妻、未成年ノ子(未ダ婚姻者ハ夫ノ不具廢疾ニシテ生活資料ヲ得ル途ナシ)、父母、成年ノ子(同上)、祖

父、祖母ノ順序ニ依ル。其金額ハ普通恩給額ノ二分ノ一ヲ原則トシ、其死亡ガ公務ニ基ク場合ニハ特ニ之ヲ増額ス。(ヘ)一時扶助料ハ在官年數未ダ恩給年限ニ達セザル官吏公務ノ故ニ非ズシテ在官中死亡シタル場合ニ於テ其遺族ニ給スル一時金ナリ。恩給ヲ受クベキ資格アル者死亡シタル場合ニ於テモ兄弟姉妹ノ外遺族ナク其兄弟姉妹未成年ナルカ又ハ不具廢疾ニシテ生活資料ヲ得ルノ途ナキトキハ之ニ一時扶助料ヲ給ス。

恩給權ハ俸給權ト同シク公法上ノ權利ナリト雖モ、俸給權ハ在官中ニノミ存續スル權利ニシテ勅令ヲ以テ定メラレ、勅令ニ依リテ其金額ヲ増減シ得ベク、又權利者ハ全ク訴權ヲ有セザルニ反シテ、恩給權ハ官吏關係ノ消滅後ニ其效力ヲ有スルモノニシテ法律ヲ以テ定メラレ、法律ニ依ルニ非ザレバ其金額ヲ増減スルコトヲ得ザルノミナラズ、恩給權ニ關シテハ特ニ行政訴訟ノ權利ヲモ認メタリ。恩給權ハ權利者ノ請求ニ依リ内閣恩給局長之ヲ裁定ス、裁定ハ權利ヲ確認スル行爲ナリ。裁定ニ依リテ現實ノ請求權ヲ生ズ。權利者ニシテ若シ恩給ヲ受クベキ事由ノ生シタル日ヨリ七年内ニ裁定ヲ請求セザルトキハ其權利ハ時効ニ因リ消滅ス。恩

給權ガ行政處分ニ依リテ侵害セラレタリトスル場合ニ於テハ、處分後一年內ニ内閣恩給局長ニ具申シテ其裁決ヲ求メ、其裁決ニ不服アルトキハ内閣總理大臣ニ訴願シ又ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得。恩給權ハ之ヲ讓渡シ又ハ質權ノ目的ト爲スコトヲ得ズ、又俸給ガ一部ノ差押ヲ許スニ反シテ國稅徵收法ニ依ル場合ノ外ハ全ク其差押ヲ許サズ。

(五) 職務上ノ實費辨償ヲ受クル權利 官吏ガ其職務執行ノ爲ニ特別ノ費用ヲ要スル場合ニ於テハ國家ハ其實費ノ辨償トシテ之ニ相當スベキ金額ヲ給與スルコトアリ。其一般官吏ニ共通ナルモノハ旅費ナリ、官吏公務ニ依リ旅行スルトキハ國內ノ旅行ニハ内國旅費、外國ノ旅行ニハ外國旅費ヲ給ス。特殊ノ官職ニ限リ給與セラルルモノニハ交際手當、官舎料、被服料等アリ。實費辨償ハ法令ニ依リ定メラレタル標準ニ從テ計算ス、必ズシモ其實際ノ支出額ニ拘ラズ。

四 官吏ノ義務

官吏ハ國家ニ對シ一般臣民ノ負ハザル特別ノ義務ヲ負擔ス。官吏ノ義務ハ官吏服務規律(二〇、九)ノ定ムル所ナリト雖モ、官吏ハ此規定アルニ因リテ始メテ其義務ヲ負擔スルニ非ズ。官吏ノ義務ハ任官行爲ニ依リテ當然發生スル義務ニシテ、本人ノ受諾ニ其根據ヲ有ス、何トナレバ官吏ガ任官ニ同意スルハ即チ國家ノ命ズル所ニ從ヒテ勤務ニ服スベキコトヲ受諾スルモノニ外ナラザレバナリ、官吏服務規律ハ官吏ニ新ナル義務ヲ負ハシムルモノニ非ズシテ唯其義務ノ内容ヲ明白ニシ、其限度ヲ定ムルモノタルニ止マル。

官吏ノ國家ニ對シテ負フ所ノ特別ノ義務ハ大要左ノ如シ。
(一) 職務執行ノ義務 官吏ハ其命ゼラレタル職務ヲ擔任シ、其擔任スル職務ヲ執行スルノ義務ヲ負フ。其職務ニ屬スベキ事務ノ性質及分量ハ第一ニハ法律命令ニ依リテ定マリ、法令ノ範圍內ニ於テハ上官ノ命令ニ依リテ定マル。官吏ハ其定ニ隨テ勤勉ニ其職務ヲ盡スコトヲ要ス。但シ休職官吏其他現職ニ在ラザル官吏ハ他日職務ノ擔任ヲ命ゼラレタル場合ニ於テ其命ニ服スベキ義務アルニ止マリ、現在ニ於テハ職務執行ノ義務ナシ。病氣ノ爲執務セザルコト九十日ヲ超ユル者及私事ノ故障ニ因リ執務セザルコト三十日ヲ超ユル者ハ、公務ノ爲負傷シ病ヲ得又ハ服忌ヲ受クル者及特旨ニ由リ賜暇休養スル者ヲ除クノ外俸給ノ半額ヲ減ズ

(高等官官俸給令一四條二項) 職務執行ノ義務ノ結果トシテ官吏ハ職務地ニ居住シ且ツ本屬長官ノ許可ヲ得ズシテ擅ニ其居住地ヲ離ルベカラザル義務ヲ負フ(紀律條六)。

(二) 從順ハ義務 官吏ハ其職務ニ付本屬長官ノ命令ニ遵由スル義務ヲ負フ(服務條二)。本屬長官ノ語ハ或ハ職務上官吏ヲ指揮監督スル職權アル機關ヲ指スノ意ニ用キラレ、或ハ官吏ノ賞罰進退ニ付キ自ラ之ヲ專行シ又ハ申請スル職權アル機關ヲ指スノ意ニ用キラル。第一ノ意義ニ於テノ本屬長官ハ之ヲ職務上ノ上官ト謂フヲ得ベク、必ズシモ一人ニ限ラズ、例ヘバ各省屬ニ對シテハ課長、局長、次官、大臣ガ何レモ上官タリ、府縣知事ニ對シテハ各省大臣ガ何レモ上官タルガ如シ。第二ノ意義ニ於テノ本屬長官ハ之ヲ身分上ノ上官ト謂フヲ得ベク、常ニ特定ノ一機關ナリ、例ヘバ各省所屬ノ官吏ニ對シテハ其省ノ大臣、府縣知事ニ對シテハ內務大臣ノミガ身分上ノ上官ナルガ如シ。官吏ノ從順ノ義務ハ第一ノ意義ニ於ケル本屬長官ニ對スルモノニシテ、即チ官吏ハ總テノ職務上ノ上官ニ對シ從順ノ義務ヲ負フ。官吏ノ職務ニ關シテ上官ノ發スル命令ヲ職務命令ト謂フ。職務命令ガ官吏ヲ

拘束スル力ヲ有スル爲ニハ左ノ條件ヲ備フルコトヲ要ス。

- (イ) 其命令ハ官吏ノ職務ヲ監督スル正當ノ職權アル機關ヨリ發セラレタルコトヲ要ス。何人ガ職務上ノ上官ナルカハ官制ニ依リテ定マル、上官ニ非ザル者ノ命令ハ無權限ニ基キ無効ナリ。官吏ガ二以上ノ職務上ノ上官ヲ有スル場合ニ於テ下級ノ職務命令ガ上級ノ職務命令ニ牴觸スルトキハ亦無効ナリ。
- (ロ) 其命令ハ官吏ノ職務ニ關スルモノナルコトヲ要ス。官吏ハ唯其職務ニ付テ上官ノ監督ニ服スルノミ、其職務ヲ離レテハ上官下官ノ關係ナク、官吏ハ固ヨリ其命令ニ遵フ義務ナシ。故ニ例ヘバ官吏ノ職務ニ屬セザル事務ノ執行ヲ命ジ、上官ノ私事ヲ命ジ、職務ニ關係ナキ私生活ニ干涉スルガ如キ皆職務命令タルコトヲ得ズ。然レドモ職務命令ノ範圍ハ訓令ノ範圍ヨリモ遙ニ廣ク、單ニ權限ノ行使ニ關スル命令ニ止マラズ、職務ノ執行ニ必要ナル一切ノ行動ニ及ビ得ベク、例ヘバ職務ニ關シテ出張ヲ命ジ、特定ノ事件ノ取調ヲ命ジ、制服ノ着用ヲ命ジ、官舎ノ居住ヲ命ジ、職務ニ妨アル行爲ヲ禁止スル等凡テ職務命令ノ目的タルコトヲ得。
- (ハ) 其命令ハ職務上ノ獨立ノ範圍ニ關スルモノナラザルコトヲ要ス。職務上

ノ獨立トハ官吏ガ其職務ノ全部又ハ一部ニ對シ自己ノ獨立ノ意見ヲ以テ之ヲ處理スルノ任務ヲ有シ、隨テ此範圍ニ於テハ職務命令ニ遵フ義務ナキヲ謂フ。司法官、行政裁判官、會計検査官、試験官、専門學科ノ教官、技術官等及ビ其他總テ合議機關ノ構成員ハ何レモ或ル範圍ニ於テ職務上ノ獨立ヲ有ス。職務上ノ獨立ハ法令ニ依リ定マレルモノノ外、職務ノ性質上當然之ヲ認ムルコトヲ要スルモノアリ。

(ニ) 其命令ハ法律上ノ不能ヲ命ズルモノナラザルコトヲ要ス。違法ナル職務命令ガ官吏ヲ拘束スル力アリヤ否ヤハ往々爭アル問題ナリト雖モ、官吏ガ自ラ職務命令ノ適法ヲ審査スルノ權ヲ有シ其違法ナルモノニハ遵守スル義務ナシト爲スハ、官吏ノ上下ノ階級ヲ顛倒シ、下官ノ解釋ヲ以テ上官ノ解釋ニ勝ル力ヲ有セシメントスルモノニシテ其不當ナルコト疑ヲ容レズ。蓋シ官吏ニ上下ノ階級ヲ分チ上官ヲシテ下官ノ職務ヲ監督セシムルハ、法令ノ解釋適用ヲ統一シ上官ノ解釋ヲ以テ下官ノ解釋ヲ束縛スルコトヲ目的トスルモノナレバナリ。然レドモ一方ニ於テハ官吏ガ職務命令ノ内容ニ付テ絕對ニ審査權ヲ有セズト爲スモ亦正當ナラズ。若シ命令ノ内容ガ法律上ノ不能ヲ命ズルモノナルトキハ、一般行政行爲ニ

於ケルト同ジク、當然無効ナラザルベカラズ。殊ニ職務命令ニ依リ犯罪行爲ヲ命ズルハ無効ナリ、何トナレバ犯罪ヲ爲スベキ義務ハ法律上存在シ得ベカラザル義務ナレバナリ。

以上ノ外、職務命令ノ有效要件ハ一般行政行爲ノ有效要件ト異ナルコトナシ。殊ニ職務命令ノ形式ニ關シテハ別段ノ定ナク、通常ハ書面ヲ以テ告知セラルト雖モ、口頭ノ命令ト雖モ有效ナルコトヲ妨グズ。職務命令ハ或ハ特定ノ官吏ニ對シ或ハ一定ノ地位ニ在ル多數不定ノ官吏ニ對シテ發セラル。前ノ場合ニ於テハ唯其特定ノ官吏ニ對シテノミ效力ヲ有シ、其官吏ガ其地位ヲ去ルト共ニ效力ヲ失フ。後ノ場合ニ於テハ單ニ發令當時ノ官吏ノミナラズ、後ニ其地位ニ來ルベキ官吏ニ對シテモ效力ヲ有スルモノニシテ、唯其廢止ニ依リテ效力ヲ失フ。

職務命令ガ有效ナリヤ否ヤニ付テハ官吏ハ自ラ之ヲ審査スル權利ト義務トヲ有ス。其無効ナルモノニハ官吏ハ之ニ遵フ義務ナク、若シ之ニ遵ヒタルトキハ自ラ其責ニ任ズルコトヲ要ス。其有效ナルモノニハ官吏ハ假令其内容ガ違法又ハ不當ナリト信ズルモ尙之ニ遵フコトヲ要シ、而シテ之ニ遵ヒテ爲シタル行爲ニ付

テハ官吏ハ自ラ其責ニ任ズルコトナシ。

(三) 忠實ノ義務 官吏ハ其職務ニ關シテ上官ノ命令ニ服従スルノ外、其命令ナキ事項ニ付テモ自己ノ見ル所ニ依リ努メテ國家ノ利益ヲ計リ其不利益ヲ避クベキ義務ヲ負フ。之ヲ官吏ノ忠實ノ義務ト謂フ。忠實ノ義務ガ一般臣民ニ在リテハ唯道德上ノ義務タルニ止マルニ反シテ、官吏ニ在リテハ從順ノ義務以外ニ獨立ナル法律上ノ義務タル所以ハ一般臣民ガ職務ヲ擔任セザルニ反シテ官吏ハ國家ニ對シ特別ナル勤務ノ義務ヲ負ヒ一定ノ職務ヲ擔任スルニ因ル。職務ノ擔任アルガ故ニ忠實ニ其職務ヲ充タスベキ義務アルモノニシテ、若シ國家ノ不利益トナルベキコトヲ自覺シナガラ之ヲ爲スコトアラバ、假令法令ニ反セズ又職務命令ニ違反スルコトナシトスルモ、尙其職務上ノ義務ヲ盡シタルモノニ非ズ。

從順ノ義務ハ命令ニ遵フノ義務ナリ、忠實ノ義務ハ自ラ見ル所ニ從ヒ國家ノ利益ヲ圖ルベキ義務ナリ、前者ハ命令アル場合ニ於テ生ジ、後者ハ命令ナキ場合ニ於テ存ス。若シ上官ノ命令アルトキハ其命令ニ遵フコトガ即チ國家ノ利益ニ適合スル所以ト認ムベク、官吏ハ自ラ何ガ國家ノ利益ナルカヲ判斷スルヲ得ズ、此場合

ニ於テハ唯從順ノ義務アルノミ、忠實ノ義務ハ發現ノ餘地ナシ。忠實ノ義務ハ唯職務命令ノ存セザル場合ニ於テノミ發現スルナリ。故ニ忠實ノ義務ハ主トシテ上級ノ官吏ニ於テ其效果ヲ有ス、殊ニ國務大臣、全權大使、軍司令官ノ如キハ從順ノ義務ヨリモ忠實ノ義務ヲ以テ主タル職務上ノ義務ト爲スモノナリ。

忠實ノ義務ハ職務上ノ義務ナルヲ以テ職務ニ關係ナキ生活行動ニ及ブモノニ非ズ。故ニ職務外ニ於テ政府ノ政策ニ反對スル意見ヲ公表シ、選舉人トシテ反對黨候補者ニ投票シ、議員トシテ政府案ニ反對スルガ如キハ固ヨリ官吏ノ義務ニ反スルモノニ非ズ。然レドモ其義務ハ單ニ職務ノ執行ニノミ止マルモノニ非ズ、職務ニ關係アル生活行動ニ付テハ等シク其義務ノ範圍ニ屬ス。故ニ例ハバ職務ニ屬スル事項ニ關シテ政府ノ方針ニ反對シ其施政ヲ妨グル行爲ヲ爲スガ如キハ義務違反ナルコトヲ失ハズ。

(四) 秘密ヲ守ルノ義務 官吏ハ自己ノ職務ニ屬スルト又ハ他ノ官吏ヨリ聞知シタルトヲ問ハズ官ノ秘密ヲ漏洩スベカラザル義務ヲ負フ(四) 紀律。何ガ官ノ秘密ナルカハ或ハ法令ニ依リ直接ニ明示スルモノアリ(紀律五條ニハ職務上未發ノ文書ハ私ニ之ヲ關係人ニ漏示スベカ

ヲザルコ)或ハ上官ノ命令ニ依リテ定マルモノアリ(通常公文書ニ「秘」又ハ「嚴」ノ印トヲ定ム)或ハ事ノ性質ニ依リテ定マルモノアリ。秘密ヲ守ルノ義務ハ管ニ官吏ノ在官中ノミナラズ其退官後ニモ繼續ス(四)。但シ退官後ニ於テハ刑法上ノ犯罪タル場合ノ外法律上ノ制裁ヲ課スルノ途ナシ。其義務ハ又官吏ガ議員ヲ兼スル場合ニ於テモ失ハルルコトナク、議員トシテ官ノ秘密ヲ漏洩スルモ亦官吏ノ義務ニ反スルモノニシテ懲戒ノ原因タルコトヲ得。裁判上ノ證人鑑定人ト爲ル場合ニ於テモ亦同ジク、職務上ノ秘密ニ屬スル事項ニ付テハ本屬長官ノ許可ヲ得ルニ非ザレバ陳述スルコトヲ許サズ。法律ハ官吏ガ職務上ノ秘密ニ付テハ證言又ハ鑑定ヲ拒ムノ權利ヲ有スルコトヲ認ム(民訴一三〇條一三五條一三六條)。

(五) 品位ヲ保ツノ義務 官吏ハ其職務上ハ勿論職務外ノ私生活ニ於テモ官吏タル品位ヲ辱シメザル義務ヲ負フ。官吏ハ國家ノ使用人ナルヲ以テ、官吏ノ素行修マラズ、其威嚴ヲ損シ信用ヲ害スル行爲アルハ從テ國家ノ利益ヲ害スルモノナレバナリ(三) 四條。

(六) 行爲ノ自由ニ對スル制限 官吏ハ其忠實ノ義務ニ基キ職務ノ執行ニ妨ア

官吏ノ責任ノ範圍
三九〇元、九、判、檢

ル行爲ハ當然之ヲ爲サザル義務ヲ負フト雖モ、法令ハ或ハ之ヲ官吏ノ自制ニ任ゼズ、直接ニ諸種ノ行爲ヲ指定シテ官吏ニ對シ之ヲ禁止シ又ハ制限セルモノアリ。官吏服務紀律(七) 五條乃至ニ依レバ(イ)政府ノ爲ニ請負ヲ爲シ其他政府ヨリ財産上ノ利益ヲ受クル者ト職務上直接ノ關係アル官吏ガ此等ノ者ヨリ饗宴ヲ受クルコト(ロ)取引所ノ社員トナリ其他直接又ハ間接ニ投機事業ニ關係スルコト(ハ)私立ノ郵船會社又ハ鐵道會社ヨリ無賃券ヲ受クルコト(ニ)上官ガ部下ノ官吏ヨリ贈遺ヲ受クルコトハ絶對ニ禁止セラレ、(ホ)營利會社ノ役員ト爲リ(ヘ)職務ニ關シ他人ヨリ贈遺ヲ受ケ(ト)本職外ニ給料ヲ得テ他ノ事務ヲ行ヒ(チ)官吏又ハ其家族ガ直接又ハ間接ニ商業ヲ營ムニハ本屬長官ノ許可ヲ受クルコトヲ要シ、(リ)外國ノ君主又ハ政府ヨリ勳章榮賜俸給及贈遺ヲ受クルニハ勅裁ヲ得ルコトヲ要ス。

五 官吏ノ責任

官吏ガ其義務ニ違反スルニ依リテ受クル所ノ法律上ノ制裁ニハ官吏法上ノ責任、刑法上ノ責任及民法上ノ責任ノ三種ヲ分ツコトヲ要ス。而シテ官吏法上ノ責任ニハ更ニ懲戒處分及公法上ノ損害賠償ノ二アリ。

(一) 懲戒處分。官吏ハ其義務違反ニ對シ國家ノ懲戒權ニ服ス。懲戒トハ特別ノ權力關係ニ服スル者ガ其義務ニ違反スル場合ニ於テ其特別ノ權力ニ基キ之ヲ處罰スル行爲ヲ謂フ。官吏關係ニ於ケル懲戒處分モ亦他ノ特別權力關係ニ於ケルモノト其性質ヲ同ジウスルモノニシテ、官吏ノ義務違反ニ對シ國家ガ其使用主トシテ有スル權力ニ基キ官規ヲ維持スルノ目的ヲ以テ科スル所ノ處罰ナリ。

懲戒處分ハ三ノ點ニ於テ刑罰ト性質ヲ異ニス。(イ)刑罰ハ國家ノ公ノ刑罰權ノ作用ナルニ反シテ懲戒ハ國家ノ使用主トシテノ權力ニ基ク作用ナリ。隨テ刑罰ハ官吏退官後ニ於テモ在官中ノ行爲ニ對シ之ヲ科スルコトヲ得ルニ反シ、懲戒ハ在官中ニ非ザレバ之ヲ科スルコトヲ得ズ。(ロ)刑罰ハ犯罪ニ對スル處罰ニシテ、而シテ犯罪トハ社會公共ノ秩序ノ爲ニ法律ガ保護スルコトヲ要スルモノト爲セル各種ノ法律利益ヲ侵害スル行爲ヲ謂フ。懲戒ハ之ニ反シテ官吏ガ國家ノ使用人トシテ國家ニ對シテ負フ所ノ特別ノ義務ニ違反セルコトニ對スル處罰ニシテ、其保護スル所ノ法律利益ハ常ニ使用主トシテノ國家ノ權利ナリ。(ハ)其目的ニ於テモ刑罰ハ社會公共ノ秩序ヲ維持スルコトヲ目的トスルニ反シテ、懲戒ハ唯官吏關

係ノ秩序ヲ維持スルコトヲ目的トス。

刑罰ト懲戒トハ其基ク權力ヲ異ニシ、其目的ヲ異ニスルモノナルヲ以テ、二者互ニ獨立ニ行ハルルコトヲ得ベク又同一ノ行爲ニ對シ之ヲ併科スルコトヲ妨グズ。一事不再理ノ原則ハ兩者ノ間ニ適用セラルルコトナシ。唯官吏禁錮以上ノ刑ニ處セラレルトキハ懲戒ヲ待タズシテ當然免官セララルルヲ以テ此場合ニハ更ニ懲戒ヲ行フノ要ナシ。

官吏ノ懲戒ニ關スル規定ハ憲法又ハ法律ニ依リ特ニ法律ヲ以テ定ムルヲ要スルモノトセララルルモノノ外、原則トシテ勅令ヲ以テ定メラル。憲法ハ日本臣民ガ法律ニ依ルニ非ズシテ處罰セラレザルノ權利ヲ有スルコトヲ保障スト雖モ、官吏ハ自己ノ任意ノ承諾ニ依リテ特別ノ權力關係ニ服セルモノニシテ、其權力ハ官吏ノ自ラ承諾セル所ニ屬シ、隨テ其權力ノ範圍内ニ於テ之ヲ處罰スルハ敢テ法律ヲ要スルノ限ニ在ラズ。唯其處罰ハ官吏關係ニ基ク權利及利益ヲ剝奪スルヲ以テ限度ト爲スベク、其以上ニ出デテ身體ノ自由ヲ拘束シ、罰金ヲ科シ、權利能力ヲ制限スルガ如キハ、其權力ノ範圍ヲ超ユルモノニシテ法律ニ依ルニ非ザレバ之ヲ定ムル

コトヲ得ズ(故ニ例ハ勅令ヲ以テ懲戒免官ノ處分ヲ受ケタル者ハ爾後二年間官制限スルノ効力ヲ有スルコトヲ規定スルモ之ニ依リ官吏ト爲リ得ベキ權利能力ヲ官吏ニ任命スベカラズトイフ命令的規律タル効力ヲ有スルノミ)。現行ノ懲戒規定ハ一般文官ニ對シテハ文官懲戒令ノ定アリ、親任官及特別ノ法令ノ規定アル者ヲ除クノ外一般文官ニ適用セラル、待遇官吏(勅任官俸任官又ハ判任)ノ懲戒モ亦同シ。判事、行政裁判所長官評定官、及會計検査官ニ付テハ各特別ノ懲戒規定アリ、軍人ニ付テハ別ニ陸軍懲罰令、海軍懲罰令ノ定アリ。獨リ親任官ニ付テハ全ク懲戒規定ナク、之ニ對シテ懲戒ヲ爲スハ一ニ勅旨ニ依ル。

懲戒ノ原因タルモノハ常ニ官吏ノ國家ニ對スル特別ノ義務ノ違反ナリ。文官懲戒令ニハ官吏ノ懲戒ヲ受クベキ場合ヲ定メテ(イ)職務上ノ義務ニ違背シ又ハ職務ヲ怠リタルトキ(ロ)職務ノ内外ヲ問ハズ官職上ノ威嚴又ハ信用ヲ失フベキ所爲アリタルトキノ二ト爲セリ。

懲戒ノ手段ハ或ハ義務違反者ニ對シ其將來ヲ戒ムルガ爲ニスルモノアリ、之ヲ矯正懲戒ト謂フ、或ハ之ヲ官吏關係ヨリ排除スルガ爲ニスルモノアリ、之ヲ排除懲戒ト謂フ、或ハ兩者ノ中間ニ在ルモノアリ。其手段ノ現行法ニ於テ認めラルルモ

ノハ官職ノ種類ニ依リ同ジカラズ。一般文官ニ對シテハ、文官懲戒令ニハ(イ)譴責(ロ)減俸(又ハ月以上一年以下年俸月割額)(ハ)免官ノ三種ヲ定ム。行政裁判所長官評定官、會計検査官ニ對シテモ亦同シ。判事ニ對シテハ(イ)譴責(ロ)減俸(ハ)轉所(他ノ裁判シノ職ニ轉セ)(ニ)停職(三)以上一年以下年俸給ヲ給セズ(ホ)免職ノ五種トス。凡テ免官ノ處分ヲ受ケタル者ハ二年間官職ニ就クコトヲ得ズ又恩給ヲ受クルノ權利ヲ失ヒ其情重キ者ハ位記ヲ返上セシム。軍人ニ對シテハ懲戒ノ手段最モ嚴重ニシテ、單ニ其地位ニ伴フ權利及利益ヲ剝奪スルニ止マラズ、外出及接見ヲ禁ジ(謹慎)營倉ニ拘禁スル(營倉拘禁)等ノ手段ヲ認め、而モ法律ニ依ラズ勅令ヲ以テ之ヲ規定スト雖モ、是レ軍人ニ對スル制限ハ憲法(三)ニ依リ必ズシモ法律ニ依ルヲ要セザルモノトセラルルニ由ル。

懲戒權ヲ行フ機關ハ官職ノ種類ニ依リ同ジカラズ。判事、行政裁判所長官評定官、會計検査官ニ對シテハ懲戒ハ其目的ノ爲ニ組織セラルル懲戒裁判所ノ判決ニ依リテ行ハル。軍人ニ對シテハ之ニ反シテ特別ノ懲戒機關ノ組織ナク、普通ノ職務上ノ上官ニ於テ懲戒權ヲ行フ。一般文官ニ對スル懲戒ハ此兩者ノ中間ニ在リ

譴責ハ本屬長官之ヲ專行シ、減俸及免官ハ特別ノ懲戒委員會ノ議決ヲ經テ之ヲ行フ。委員會ハ常ニ本屬長官ノ要求ニ依リテノミ其審査ヲ開始スルモノニシテ、其議決ノ後勅任官ノ免官及減俸ハ勅裁ヲ得テ之ヲ行ヒ、其他ハ本屬長官之ヲ行フ。

懲戒權ハ官吏關係ノ存立ヲ前提トスルヲ以テ官吏關係ニシテ消滅スルトキハ懲戒權モ亦當然消滅ス、隨テ官吏ハ其退官後ニ於テハ在官中ノ行爲ニ對シ懲戒ヲ受クルコトナシ。官吏ノ轉任ハ之ニ反シテ一般ニハ懲戒權消滅ノ原因ト爲ラズト雖モ、唯其轉任シタル官職ガ前ノ官職ト懲戒法規ヲ異ニスルトキハ、懲戒權ハ其轉任ニ依リ消滅スルモノト認ムベシ、何トナレバ其轉任後ハ前官ニ對スル懲戒法ハ最早其適用ナク、而シテ新官ニ對スル懲戒法ハ其以前ノ行爲ニ溯リテ適用セラレルヲ得ザレバナリ。但シ前官在任中ノ行爲ト雖モ若シ之ニ依リテ現ニ官職上ノ信用又ハ威嚴ヲ害スルトキハ之ヲ懲戒スルコトヲ妨グズ。

懲戒權ハ刑罰權ト異ナリ時効ニ因リ消滅スルコトナシ。蓋シ本屬長官ガ懲戒手續ノ開始ヲ要求シ又ハ懲戒ガ本屬長官ノ權限ニ屬スル場合ニ於テハ其懲戒ヲ行フハ其自由裁量ニ依ルモノナルヲ以テ、時ノ經過ニ因リ處罰ノ必要ナキニ至リ

タルトキハ自由裁量ニ依リ之ヲ處罰セザルコトヲ得ベク、敢テ時効ヲ定ムル必要ナキニ因ル。

(二) 公法上ノ損害賠償。官吏ハ國家ニ對スル義務違反ニ基キ原則トシテ國家ニ對シテ損害賠償ノ責任ヲ負フコトナシ。官吏ノ國家ニ對スル關係ハ公法上ノ關係ニシテ民法ノ規定ハ直接ニハ之ニ適用セラレルコトナク、而シテ官吏ニ關スル法令ハ一般ニハ其賠償責任ヲ認ムルコトナシ。唯出納官吏ニ付テノミ會計法(三五條二項三六條)ハ其出納保管ニ係ル現金又ハ物品ニ付一切ノ責任ヲ負フベキコトヲ定ム。出納官吏ハ收入官吏、資金前渡ヲ受ケタル官吏、物品會計官吏ヲ包含ス。出納官吏其保管ニ係ル現金又ハ物品ヲ亡失毀損シタルトキハ善良ナル管理者ノ注意ヲ怠ラザリシコトヲ證明シ得ル場合ノ外其亡失毀損ニ付辨償ノ責ヲ免ルルコトヲ得ズ。其賠償義務ハ會計検査院ニ於テ之ヲ判決ス、事公法關係ニ屬スルヲ以テ民事裁判所ノ權限ニ屬セズ、會計検査院ニ於テ第一審ニシテ且ツ終審トシテ其裁判ヲ爲スノ權ヲ有スルナリ。會計検査院ノ判決ニ依ル賠償義務ハ天皇ノ恩赦ニ依リテノミ之ヲ免除スルコトヲ得(會計検査院法二一條)。

官吏賠償責任ヲ論ス
三ノキ、中一、大

責ニ任ゼザルベカラズ。

或ハ之ニ反シテ官吏ノ國家ノ機關トシテノ行爲ハ國家ノ行爲ナルヲ以テ官吏ハ個人トシテ責ニ任ズベキモノニ非ズト曰ヒ、又官吏ハ國家ノ使用人ニシテ直接ニ第三者ニ對シテ法律關係ニ立ツ者ニ非ズト曰ヒ、以テ官吏ノ第三者ニ對スル賠償責任ヲ否定スル說アリト雖モ、官吏ノ行爲ガ國家ノ行爲ナリト謂フハ唯其行爲ノ法律上ノ效果ヨリ見テ、其效果ガ國家ニ歸屬スルコトヲ意味スルニ止マル、事實上ニ於テハ其行爲ハ固ヨリ官吏自身ノ行爲ニシテ、而シテ賞罰責任ノ問題ニ付テハ常ニ其行爲ヲ事實トシテ觀察セザルベカラズ、官吏ガ勳功ニ依リ賞ヲ受ケテ職務犯罪ニ依リ刑罰ヲ受クルハ此理由ニ由ルモノニシテ、民法上ノ責任ニ付テモ亦同様ナラザルベカラズ。官吏ガ第三者ニ對シテ直接ノ法律關係ヲ有セズトスルコトモ亦正當ナラズ。總テノ法規ハ國家ト國民トノ關係ニ於テ其雙方ヲ拘束シ、而シテ國家ノ拘束ハ即チ國家ノ機關ノ拘束ニ外ナラズ、官吏ハ國家ノ機關トシテ國民ニ對シ法規ニ從テ職權ヲ行使スベキ拘束ヲ受ケ、而シテ機關トシテノ拘束ハ同時ニ個人トシテノ義務タル性質ヲ有ス。故ニ官吏ハ管ニ國家ニ對シテ職務

上ノ義務ヲ負フノミナラズ第三者ニ對シテモ適法ニ職權ヲ行フベキ義務アルモノニシテ、若シ其職務行爲ガ法規ニ反スルトキハ、管ニ國家ニ對スル義務違反タルニ止マラズ、同時ニ國民ニ對スル義務違反ナリ。(故ニ例ハハ獨逸民法八三九條ニ其ノ第三者ニ對シテ之ニ對シテ負ヘル職務上ノ義務ニ違反シタルトキハ官吏ハ)。第三者ニ對シテ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルコトヲ要スレト曰ヘハ、例ヘバ警察官吏ガ職權ヲ濫用シテ人ヲ殺傷シ、裁判官ガ故意ニ被告人ヲ陷害スルハ被害者ノ權利ノ侵害ニシテ、即チ被害者ニ對スル義務違反ナルコト疑ヲ容レズ。

官吏ノ職務行爲ニ基ク損害賠償ノ責任ニ付テハ其職務行爲ガ私經濟的行爲ナリヤ又ハ公ノ權力ノ作用ナリヤニ依リ、其適用ヲ異ニスルコトナシ。官吏ノ職務行爲ニ權力的行爲ト私經濟的行爲トヲ區別スルノ必要アルハ、唯其行爲ヲ國家ノ行爲トシテ觀察スル場合ニ限ル。何トナレバ國家ノ行爲トシテハ此區別ハ其ノ行爲ガ私法ノ適用ヲ受クルヤ否ヤノ標準ト爲リ得ベキモノナレバナリ。官吏ノ賠償責任ノ問題ニ關シテハ之ニ反シテ之ヲ國家ノ行爲トシテ觀察スルニ非ズ、官吏自身ノ個人的行爲トシテ觀察スルモノニシテ、而シテ官吏ノ個人的行爲トシテ