

書 叢 法 政

要 撮 法 政 行

著 吉 達 部 濃 美  
譯 謙 思 陳 芳 鄰 程

行 發 館 書 印 務 商

$$\begin{array}{r} 350 \\ \hline 8030 \end{array}$$

31215



美濃部達吉著  
程鄰芳 陳思謙譯

政法叢書

行

政

法

撮

要

商務印書館發行



3 0605 9236 1

# 行政法撮要

## 目次

——第四版——

著者序

譯者序

### 第一章 基礎觀念及基礎規律

#### 第一節 行政

一 行政與立法	二
二 行政與司法	一〇
三 行政與大權作用(即皇權)	一七
四 行政之主體	一八
五 行政作用之種類	二〇

目次

第二節 行政法	三二二
一 行政法之範圍	三二二
二 公法與私法之界限	三三八
三 公法與私法之關係	四三
四 現行行政法之法源	四九
五 現行行政法之基礎原則	五六
第三節 公法關係	六二
一 公法關係之性質	六二
二 公權	六六
三 公義務	七五
四 公法上之特別權力關係	七七
第四節 行政行爲	八一
一 公法上之法律原因	八一
二 行政行爲之觀念	八八
三 基於內容之行政行爲之分類	九〇

四	公法上之單獨行爲與雙方行爲	一〇三
五	行政行爲之附款	一一一
六	行政行爲效力	一一五
第五節	行政行爲之無效及撤銷	一一四
一	行政行爲之不存在無效及撤銷	一一四
二	無效之行爲與得撤銷之行爲的界限	一一八
三	行政行爲無效之原因	一二一
四	行政行爲之撤銷	一三三
第六節	行政罰及行政上之強制執行	一三九
一	行政罰	一三九
二	行政上之強制執行	一四一
第七節	行政上之損害賠償及損失補償	一五一
一	基於行政作用之民法上之損害賠償	一五一
二	公法上之損失補償	一五五
第二章	行政組織	一五九

第一節 國家行政組織總論	一五九
一 行政組織之大權	一五九
二 行政機關之種類	一六六
三 行政官廳之組織及權限	一六八
四 行政官廳之代理	一七〇
五 官廳間相互之關係	一七二
六 行政機關之構成員	一七九
七 委任行政	一八一
第二節 現行官制之梗概	一八二
一 中央官制	一八三
二 地方官制	一九四
三 殖民地官制	二〇五
第三節 官吏法	二七一
一 官吏關係之法律上之性質	二七一
二 官吏關係之成立	二二八

三 官吏之權利·····	二二三
四 官吏之義務·····	二四一
五 官吏之法律上之責任·····	二四八
六 官吏關係之變更·····	二六一
七 官吏關係之終了·····	二六四
第四節 公共團體總論·····	二六五
一 公共團體之法律上性質·····	二六五
二 公共團體之法律的特色·····	二六九
三 公共團體之種類·····	二七二
四 自治行政之觀念·····	二七七
第五節 現行地方自治制之梗概(一)·····	二七九
一 概說·····	二七九
二 市町村之性質及構成·····	二八一
三 市町村之機關(其一)市町村會及市參事會·····	二八九
四 市町村之機關(其二)市町村長及其他吏員·····	三〇一

五 市町村之權能及其負擔	三二二
六 市町村之監督	三二九
七 市町村內之區	三三九
八 市町村組合	三四二
第六節 現行地方自治制之梗概(二)	三四五
一 府縣	三四五
二 北海道及島嶼	三五五
三 殖民地之地方自治制	三五七
第七節 公共組合及營造物法人	三六〇
一 各種公共組合	三六〇
二 公共組合之成立	三六五
三 公共組合之機關	三六八
四 公共組合之權能	三六九
五 公共組合之監督	三七二
六 營造物法人	三七三

第三章 行政上之爭訟	三七七
第一節 行政爭訟之性質及種類	三七七
一 爭訟之觀念	三七七
二 行政上爭訟之實質的種類	三七八
三 行政上爭訟之形式的種類	三八三
四 行政法院之組織	三九〇
五 行政事件與民事事件之區別	三九二
六 行政爭訟法之法源與其施行區域	三九五
第二節 行政爭訟之提起	三九六
一 行政爭訟事項	三九七
二 爭訟之實質的要件	四〇七
三 提起爭訟之權利者	四一六
四 提起爭訟之手續及方式	四一七
五 提起爭訟之效果	四二〇
第三節 行政爭訟手續	四二一



一 訴願之審理.....	四二一
二 行政訴訟之當事人及關係人.....	四二七
三 行政訴訟之審理.....	四三一
四 行政訴訟之判決.....	四三七
第四節 行政與司法之關係.....	四四四
一 司法院關於行政之權限.....	四四四
二 權限爭議.....	四四七

## 著者第一版序（大正十三年三月）

拙著「日本行政法」上卷及中卷，俱因客歲九月一日地震火災底版悉被焚去。原發行人有斐閣迭次請求再版發行，然舊著體裁似用爲教科書時有過於冗慢龐大之嫌，而用爲研究之參考書時，則又缺乏詳密，於是決意乘此機會，試將全部加以修改，使適於教科書之用，同時並擬將尙未刊行之下卷亦同出問世。自客歲十月初旬起，專心着手起草，分爲各論上卷各論下卷及總論一卷依次刊行，至是始見其全部告成者即本書也。而此改稱爲行政法撮要者，蓋無非欲以此與客歲四月間以同一目的所刊行之「憲法撮要」爲姊妹篇而已。著者在「憲法撮要」與本書所企圖者，在以極平明之文字，傳達極正確之知識，以極窄之篇幅，寓極豐富之內容。然此種目的，究竟能達到若何程度，則惟有俟讀者之公平的批判耳。惟本書較諸舊著「日本行政法」其涉於枝節之說明，固已大加節略，然稍重要之點，則又頗爲周到及詳密，而篇幅反以減至二分之一乃至三分之一，此著者竊引以自饜者也。至若供研究用比較詳細之參考書，則甚望關於各種特殊題目他日有求教於海內明達之機會。

## 第二版序（昭和二年三月）

本書自第一版發行以來，將近三載，在此期間地方制度及行政各方面之法令，諸多重要改正，茲爲使其適應起見，應有修改之必要，際此機會，計將其全部加以改訂增補，改成兩卷而公表之，茲先以上卷公刊。新版較第一版遠爲詳密，篇幅亦增加不少。其主要原因在東京帝國大學從來爲一學年終了之行政法課程，自本年度始改爲二學年，故所用之教科書亦以分爲兩卷爲便宜耳。就中補正最多者，爲公共團體總論，現行地方自治制之梗概及行政訴訟等諸節；而其他各節存用舊版之字句者亦復尠少。惟大體之結構與論旨則無多改變。下卷現正繼續着手改訂，預定於本年十月間刊行。

### 第三版序（昭和六年三月）

本版改訂之主要原因，在適應改正之法令，而於其他數點，亦有若干之改正及增補，惟大體仍如舊版耳。

### 第四版序（昭和八年三月）

自大正十三年本書第一版問世，已逾九年。最初抱力求簡潔之旨，合總論與各論爲一卷發行，自第二版以後，始分爲兩卷；而在本版更企圖有極詳細之說明，且使其內容豐富，故雖緊密排印，僅上卷已較舊版增加百餘頁，較

之初版頁數殆近於二倍，而內容尤有過之。在欲簡潔而避冗慢之旨，固無異於初衷，而尙不免篇幅之增加者，主要原因：一由於著者除本書以外，再欲發表就行政法全般所爲詳細研究，目下殊未有如此機會，在著者關於行政法有系統之著述中，惟有本書而已；二由於顧慮未聽講義而欲藉書本以自習行政法之人士希望比較詳盡之說明也。本書雖已就其全體盡力正誤補缺，然恐尙多瑕疵之處，幸識者有以教之。

美濃部達吉

## 譯者序

吾國摹倣西洋法制，雖已歷年所，然行政法一科，猶鮮善本可讀，學者憾焉。客歲得讀日本公法權威學者美濃部達吉博士著日本行政法撮要改訂版，甚佩其學識深邃，內容豐富。博士為機關人格說之倡導者，吾國法界人士之負笈東瀛者，多出其門。其所著之憲法撮要及行政裁判法二書，早經國人遂譯，而行政法撮要，則最近始發現介紹其舊版者。譯者乃不揣譾陋，決計遂譯此書，蓋一欲以之公諸同好，一欲使國內學者得窺博士著述之全豹耳。今茲所譯者為昭和八年（民國二十二年）第四版，較諸舊版，不特內容擴充，且議論尤為精闢，措辭尤稱簡鍊，博士已在序文中言之綦詳，無待贅述。惟是譯者為學日淺，學力終有未逮，舛誤之處，在所難免，幸識者有以正之。

譯者，一九三四，四，二十日，於武昌珞珈山。

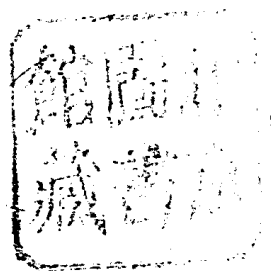
588.1  
757  
(789)  
2

# 行政法撮要

## 第一章 基礎觀念及基礎規律

### 第一節 行政

行政法爲關於行政之法；故以行政爲其中心觀念。行政者，爲國家作用之一部，一方面與立法相對，一方面與司法相對。在立憲國，係以此三種作用適當分離而使之屬於各別機關之權限爲主義。謂之立憲政治上三權分立之原則，然並非謂三種權力必須完全分離之意，不過要求此三種作用，於相當程度分屬不同之機關，各機關互相保有相當程度之獨立而已。在此種意義上之三權分立主義，亦爲日本憲法所採用。帝國憲法第五條曰：「天皇以帝國會議之協贊，行使立法權；」第五十七條曰：「司法權係於天皇之名，依法律由法院行之；」即明示此原則者也。關於行政權，憲法雖未爲特別規定，然是乃由於統治權爲天皇所總攬，除有特別規定者外，一切皆屬於天皇之大權，自不待言故也。換言之，關於行政，原則上無須帝國議會之協贊；在憲法上之要件亦無須委任獨立的法院行使，乃完全屬於天皇之大權，或依國務大臣之輔弼而親裁行之，或命天皇之下所屬各種機關行之，是爲主義焉。帝



國憲法第十條曰：「天皇定行政各部之官制」者，謂關於行政，除依天皇之親裁者外，使依官制所定各機關掌之之意也。

立法司法行政三者之區別，如上所述，雖爲日本憲法所明白承認，然憲法上從未揭明其定義，關於其區別之標準爲何在學說上頗不一致。

### 一 行政與立法

行政與立法之區別：在於立法爲國家制定成文法規之作用；行政則爲國家於法規之下所行之作用。

(一)謂立法爲制定法規之作用云者，決非謂制定法規之一切行爲，皆係立法之意。有謂立法與行政之區別：立法爲作新法之行爲，行政爲執行已成之法律之行爲而言者，此說雖屬盛行，然究不洽當。因立法非必皆係創作新法，且於多數情形，立法僅爲使習慣或依條理之現實法，爲明確其成立，使其成文化；或使種種的散在斷片的法規，與以有秩序的規定，而使其法典化。於此情形，立法殆非創作新法之行爲，僅係改變法之表現之行爲耳。另一方面，行政非必皆爲執行已成之法律。行政雖爲在法規之下所行之作用，然法規於多數情形，僅規定法之一般的基準，在其基準之範圍內，關於現實事件之作法，一任行政之作用。於此情形，行政亦爲創作新法，此點與立法無從區別。

凡所謂法者，卽爲不反於社會生活上依社會心理之人類利益，而被認爲人類意思之規律之謂也。蓋法之內容，常爲關於意思與意思相互間交涉之規律；或認爲意思之力所不可侵害的權威，強使他方尊重其權威；或拘束

意思之發動，命爲某事或不爲某事。即前者對於意思與以某種權威，謂之能力法；後者對於意思加以某種拘束，謂之命令法。若稱法所認之意思的權威爲權利，依法所命之意思的拘束爲義務，則所謂法者，不外權利義務之總合規定也。

在此種意義上之法，乃因種種原因而產生，決非僅依立法而創作。一切法律，不外爲社會心理所認識之規律。法之成立之究竟原因，雖常存於社會心理，然法除爲社會心理之直接作用而成立外，寧以直接的因他種作用而成立者爲普遍。其原因有二：一爲社會之事實，一爲有制法之權威者所認識之人類意思也。由社會心理之直接作用而成立之法，謂之理法。依延續的社會事實，在社會心理上認其爲不可破之規律，謂之習慣法。理法與習慣法，於國家立法上，并無根據，固不待言。今日之成文法規，雖有以明文認習慣法之效力，并認條理（即法理）可爲裁判之標準者，然理法與習慣法，就其成立而言，決非基於此種之規定，是不待言。所謂國家之意思，即獨立的依條理與習慣自身之力，於社會心理上所當然認爲法者是也。除外理法與習慣法，法雖常依有權威之意思而創作，然制法之意思行爲，常非立法行爲。第一點，立法之觀念，乃以基於國家統治權之行爲，爲其要素也。但關於私人相互間之關係，私人自定法則之行爲，則須除外。關於私人相互關係之法，原則上一任私人自由訂定，國家僅保護之監督之。普通謂之爲私法上自治之原則。在此原則行使之限度內，私人有制法之權威，而依私人意思之制法行爲，自非立法故也。第二點，即依國家之意思之制法行爲，亦不可統稱之立法行爲。所謂立法，雖係國家制定法規之行爲，然所謂法規者，非單純的法的規律之意。法的規律云者，規定權利義務之謂也；而規定權利義務者，通常非僅依法規，即



已完全成立。法規通常僅規定法之基本標準，法之完成，須待此基準所定之別個行為，關於實在事件，別為制法而後始可也。即依國家之意思而制定法律，通常分為二個以上之階段：第一次先定基本標準；第二次依以下別個之行為而具體化之，藉以完成法律。例如依租稅法規規定，對於有一定之所得者，課以所得稅；依兵役法規規定，凡達於一定年齡者，依一定之條件須服現實兵役。僅如此尙不發生納稅義務及服兵役之義務；基於此種法律，更須於具體的情形，評定其所得金額，而決定應課之金額及命其繳付金額等行為；兵役義務，須依徵兵檢查及抽籤之結果，命以服兵役之行為。立法與此等行為相合，始能完成關於租稅及兵役之法。制定租稅法兵役法之行為，與制法之行為相同，於具體的情形，命其納稅或服役之行為，亦不外於制法之行為。關於依國家之意思制法之行為，由上述二個階段之情形觀之，則法規之觀念，僅指其基準之規定，非指依此基本標準在具體的事件所規定者。

(二)然則，法規之觀念，通常僅指一般的基準之規定，關於具體的權利義務之規定，亦非全與法規之觀念不相容。立法與行政之區別，雖謂立法，乃對於一般抽象的規定之行為而言，行政為關於具體事件的規定之行為而言，然此非必然的要素，蓋由立法規定具體的權利義務者亦不少。他方面，行政之觀念，亦非必以具體的事件之作用為要素，依行政為一般的規定者，其例甚多。

(1)有謂立法為一般抽象的規定之行為者，乃以立法之通常的性質，為其性質上之要素，殆為錯誤。法規之一般性及抽象性，雖為法規之通常的性質，然非必常係如此。法規有為一般的而非抽象的；有非一般的，而自始為關於具體事件之規定者。

第一點，法規之一般性與抽象性非必相隨。於通常的情形，法規僅爲一般的，且爲抽象的規定，雖使其具體化爲現實事件之規定，更須另一種之行爲，然法規既爲一般的規定，同時其規定，直接的用爲各個具體的事件之規律，不須特別之行政行爲，依法規即能直接的成立具體的權利義務者。例如法律規定：滿二十五歲以上帝國臣民之男子有選舉權；又如規定：任何人不得吸食鴉片。一般臣民皆受其適用，其意義雖爲一般的規定，然各個具體的事件之規律，亦直接的依之完成，並不須其他之行爲，各個人民依之當然享有選舉權，或負不得吸食鴉片之義務。此種法規，有一般法具體法雙重之性質，不須其他行政行爲即可具體化，蓋因法規本身直接完成法也。

第二點，法規有自始即爲關於實在的個別的事件之規定者。法規通常爲一般的規定，其所規律之對象之社會生活現象，原則上有普遍性，故適於以一般的規定同樣規律之。然則社會現象，時生變化，亦有不適於一般的規定而規律者。在此情形，關於此實在個別之事件，或爲異於一般的法規之特別規定，或有從新特別規定之必要。例如，於非常災變之際，就一般租稅法之特例而言，規定免除罹災地域之住民一年租稅者；於金融恐慌之際，以法律指定日本銀行，負特殊銀行之特別融通之義務。此雖爲關於現實事件之規定，仍非行政，而係立法也。何則，蓋行政乃立於法規之下所行之活動，爲其觀念之要素；關於破壞既成法規之現實事件，須另行規定者，若非法規，則不得爲之故也。

(2) 有謂行政恆爲關於具體的事件之作用者，此亦係混同行政通常的性質與其必然的要素。對於行政法規之關係，法規普通雖爲一般的規定，由行政適用於現實事件始爲具體的規定，然一般的與具體的差別，係程度

之不同，而非性質之差別。即在依行政，適用法規於現實的事件之情形，於某程度爲一般的規定者，亦復不少。例如新聞紙法規定：陸軍大臣及海軍大臣有禁止登載關於軍機事項之權能，若基於此規定，陸軍大臣對於一般新聞紙，發布禁止登載關於被派遣於滿洲之軍隊行動之命令，其禁止之效力，對於人的方面，一切新聞紙之發行人及編輯人皆受其限制；對於事項方面，即爲派遣軍隊一切行動，關於此種限制，雖不失爲一般的規定，然立於根據法規之下的行爲，非立法而爲行政也。依汽車取締法：警察官應有限制汽車通行之道路之權限。基於此規定，警察官廳，禁止在特定道路，營業上所用汽車之通行，若以路牌揭示此命令，則其禁止對於一般人皆有效力。關於此種命令，雖爲一般的規定，然係行政行爲，而非立法也。

就中，行政爲一般抽象的規定者，有二種情形極爲顯著。一爲契約條款之訂定；一爲基於既成的特別權力關係之規定。

所謂契約條款之訂定者，例如鐵道規則，郵政規則，電信規則，圖書館利用規則。凡利用此等公共設施者，皆須遵行此等規則。在其利用之限度內，其權利義務雖被規定，然此等規則之被適用，殆係憑自己任意而利用其設施者；其發生法之規律力之根據，在於被支配者任意之承諾也。立法之觀念，乃以國家基於統治權，制定不受人民意思所拘而規律人民之法，爲其概念之要素。故僅以任意承諾爲條件之契約，而規律任意承諾者之法，則不屬於立法之作用。從而此種規則，與法規之性質不同，所規定之行爲，殆非立法而係行政也。

所謂基於特別權力關係之規定者，例如行政機關內部之訓令，關於官吏服務之規定，軍隊內部之規律，學校

規則，公共團體之規約等。特別之權力關係，雖其成立要件要有任意之承認及法律之根據，然特別權力關係已被設定後，在其權力範圍內，為規律其權力之服從者，所為一般的規定，并非直接的基於國家之統治權，實係行使關於特別法律關係之既成的權利，故不屬於立法行為，而有行政行為之性質。

凡依行政行為所定之一般的規律，普通總稱曰行政規則或行政命令。行政規則亦為一般的規定，雖外形上類似法規，然不過在法規之下以定法規之適用，或非基於國家之統治權不拘對方之意思而規律之，故與法規，其性質完全不同。

(三)要之，立法觀念之要點：(1)基於國家統治權之權力的作用，而不以對方之任意承諾為條件，(2)以成文制定國家與人民間法的基準，或關於現實事件，規定新的法規之行為。基於國家統治權所制定，對於國家與人民皆有效力之法的，基準之規定，以及關於現實事件之新設的法之規律，謂之法規。所謂立法，即在此意義所制定之法規之行為也。

行政者，於法規之下國家所為之活動也，故與立法不同。所謂在法規之下之活動，係指行政若破壞既定之法規，或不依法規之根據，則不得對於國家和人民間制定新的法之規律之意也。此固非謂行政，完全不得制定法規之意。關於國家與人民間意思之規律，在多數場合，僅依立法尙未完成，通常須立法與行政相待，始克完成也。行政固不得制定與法規所不認許之新的規律，然依法規之所定完成其規律者，多屬於行政之任務也。

對於行政法規之關係，得分之為三種情形：(一)法規雖為抽象的規定人民權利義務之內容，然仍未現實的

發生其效果，須依行政行為，具體化之而適用於實在之事件時，始告完成其規律，而人民之權利義務生焉。例如納稅義務，雖為租稅法所規定，然現實之義務，須依行政行為，命為一定金額之繳付，始能完成也。是謂法規之執行。關於抽象的形式之規律，法規上業已特定，行政無自由裁量之餘地，唯依法規之規定，而適用之於現在之情形也。雖在此種情形，法規常時僅規定抽象的標準，然決定此現實情形是否該當於其抽象之標準，恆有主觀的判斷的餘地。從而例如，關於同一租稅法之適用，雖依稅署之認定如何，其課稅得為寬大或嚴酷，然此種情形，其判斷僅為事實之認定，自非依行政權為任何公益上適當之判斷。(二)法規僅制定規律之根據，基於此根據而制定現實的規律者，在一定限度內一任之於行政行為也。例如依都市計画法：行政廳得內閣之認可，得決定都市計劃；依公用水面建築法，行政廳得許可公用水面之填埋；依市制町村制（日本之村鎮行政組織）行政廳得為市町村之廢置分合或變更境界。是謂法規之授權。即非依法規直接的與以權利或命以義務，法規僅制定其根據，而在一定限度內，授權於行政行為。於法規之執行時，行政僅認定法規所定之抽象的條件，果現實的具備與否，此外一依法規所規定。反之，如法規授權之情形，行政於其授權之範圍內，有制定依自己裁量信為適當之法的規律之權。唯其規律，須非法規所不認許之新規律，故為法規之豫想的規律者，是與立法不同。(三)法規僅有限定行政作用之意義者。於直接不影響人民權利義務之限度內，行政作用，乃以自由為原則。例如國家建築鐵路，設立學校，及設置郵局等。凡此皆非規定國家與人民間之強制的規律，從而其固有之性質，即不屬於立法，而屬於行政作用之活動也。唯亦有依立法，制定國家此等作用應遵守之準則而強制之。就中如會計法，國有財產法，鐵道營業法，郵政法之類，即其

顯著之例。於此情形，行政須遵守其限制，是謂對於行政法規之限制。

謂行政爲立於法規之下所行之作用者，乃總括以上各種情形之意也。雖於任何情形，亦不得以行政破壞法規，須常立於法規之下，或執行之，或基於授權，或於其限度內而爲活動也。

(四)在立憲國家，凡立法要經議會之議決爲原則。帝國憲法第五條：「天皇以帝國議會之協贊，行使立法權，」即明示此原則者也。

惟對於此原則，得認種種之例外。性質上雖屬於立法之行爲，但於特種情形或特殊之事件，得不經議會之協贊亦得行使。(1)緊急命令。(2)獨立命令。(3)執行命令。(4)委任命令。(5)國際條約是也。此等若自性質上言之，乃以制定國家與人民間之法規爲內容，而其內容，在爲制定法規之限度內，性質上屬於立法行爲也。

性質上屬於立法之行爲，有應經議會之議決與不經其議決之二種，故立法之觀念，有關於「實質的意義之立法」及「形式的意義之立法」之二種意義。關於實質的意義之立法者，自其性質上視爲國家行爲之觀念也，即指國家制定成文法規之行爲也。以上所述者，專爲關於此意義之立法。關於形式的意義之立法，爲由其機關觀國家行爲之觀念，即指經帝國議會議決而行之國家行爲也。一方面，性質上雖爲制定法規之行爲，然因不經議會之議決，故不屬於形式的意義之立法；同時他方面，雖非制定法規之行爲，然因其經過議會之議決，故屬於形式的意義之立法。

立法之觀念，應有此三種意義；於行政觀念上，亦要區別其實質的意義，與形式的意義。雖爲國家制定成文法

規之行爲，然因未經帝國議會之協贊，或依天皇之大權或依屬於天皇下之行政機關之權限而行使者，雖屬於實質的意義之立法，然仍係形式的意義之行政也。

## 二 行政與司法

立法與行政之區別，專以國家行爲之性質爲其標準：立法爲制定法規之行爲，行政爲於法規下之活動，是二者區別之所在也。反之，所謂司法與行政，則專依目的而區別，非依行爲之性質而區別。若自其性質上言之，司法與行政同爲於法規之下之國家活動，故不得以此點而爲區別。其區別之所在：司法乃對於民事及刑事之目的之作用，行政乃爲其他之國家目的之作用也。

(一) 依從來普通之學說，關於司法與行政之區別，謂欲於國家行爲之性質上，求其區別之標準，以司法之特質，爲法之宣言，司法爲適用法規於現實的案情，而對於此案情以確認並宣言該法爲唯一目的之作用也，從而性質上專以法規爲標準，無自由裁量之餘地，爲其本質；反之，行政者爲於法規之範圍內達國家之目的之作用也，常以求得實際的結果爲目的，從而於法規限制內，依自由裁量而行活動，爲其本質，此點爲兩者區別之所在。

雖然，謂司法以法之宣言本身爲目的，此僅該當於民事裁判，但於刑事作用則不洽當矣。民事之作用，係對於私人相互間與以公正之法并維持之爲目的之作用也，而以法之本身爲其目的，關於此點雖與行政不同，如後所述；然此目的，仍與國家作爲手段之命令許可，公證及強制執行之普通行政行爲，性質上多係相同之行爲。惟民事裁判，關於當事人法律上爭執，國家係立於公平的第三者地位，而爲判斷及宣佈法律之行爲，國家對於原告或被

告之勝訴，并無何等利害關係，僅爲嚴正的宣布法律。雖有僅以法規之適用爲目的，全無自由裁量的餘地之特色；然此特色，即關於行政行爲，其例亦多；因一切之確認行爲，皆有此種性質也。在行政方面，國家雖非立於第三者之地位，而自爲當事人，關於其結果有利害關係，然爲達其目的之手段之一定法規既被制定，則爲確保其法規之正當的適用，於達到其目的殆屬必要，從而關於實在之案情，有以特別之行政行爲，使確認并宣布法規之適用之必要。不僅訴願之裁決及行政訴訟之判決，皆屬於此種行爲；其他，例如選舉時，審查選舉會投票之效力及有效得票數，而決定當選人；關於考試檢定學力，而決定其合格不合格；查定河川或道路與民有土地之境界，皆直接的以確認法規之適用爲其唯一之目的，從而與性質上全無自由裁量餘地之民事裁判，性質上并無不同也。

至於刑事作用，國家并非立於無關係之第三者地位，實爲自行刑罰之當事人，而以求得適當的結果爲目的之作用，是全與一般的行政作用不同也。唯刑事裁判，雖專以法規爲標準，而爲確認法規適用之行爲，然法規亦於廣泛的範圍內，認許法官之裁量權，同時使法官有考慮刑事政策上目的之餘地，則又顯與民事裁判不同也。

要之，司法與行政之間，不得全依其行爲之性質而行區別，二者皆爲於法規之下所行之國家作用，其性質殆爲相等也。

(二)行政與司法之區別，全存於其目的，司法乃係民事及刑事之作用；所謂民事作用者，即對於私人相互間與以公正之法且維持之爲目的之國家作用也；所謂刑事作用者，即對於犯人科以適當之刑罰爲目的之國家作用也。前者，得謂爲法的目的作用，後者，得謂爲刑罰目的之作用，司法僅包含此二種作用。故爲其他一切目的，於法



規下所行之一切的國家活動，皆屬於行政也。

民事作用，以法的本身爲目的之作用也。故或謂爲法政之作用。「法」固於國家一切的目的爲必要，如組織法，警察法，租稅法，兵役法等，雖互於其他行政之區域，非爲法之不備；然對於行政，法係手段，而非目的。組織法，乃以完成國家之組織爲目的，警察法，以維持社會之秩序爲目的。租稅法係圖國家之收入，兵役法乃係維持軍備。皆各有其目的，法律係達其目的之手段耳。關於私人相互間之法律關係，國家並非直接的當事人，乃立於第三者之地位，國家以公益保護者之資格，公正的維持其法律關係爲目的，而法的本身，即係國家之目的。私人相互間訂定法則，原則上雖一任私人之自由，然國家常干與其形式，關於既成之法則，必保護其安全，若有爭執，依裁判而判斷之，皆無非以法的本身爲目的也。此等以私法的秩序爲目的之國家作用，皆謂爲民事或法政之作用。

刑事作用者，以刑罰爲目的之作用也。刑罰制度之究竟的目的，固在圖國家及社會之安全，然刑罰制度已被設立後，爲其實現之作用，乃以刑罰本身爲其直接之目的。惟關於此點，刑事作用，在法律上與警察法不同。警察作用以維持社會安寧秩序爲其直接之目的。其目標常在於將來之社會。刑事作用以對於過去之犯罪，科以適當之應報爲其直接之目的。其目標常在於過去之行爲。僅考量以如何之刑罰，始與其應報適當，促成將來之改善，定其最有效之方法耳。警察作用乃屬於行政，而刑事作用則屬於司法也。

此外，凡爲國家一切的目的，而於法規下所行之活動，謂爲關於實質的意義之行政。大別爲二種：（1）團體的國家，以其自身的存立爲目的之作用，謂之國家目的之作用。例如組織，外交，軍政，財政屬之。（2）在國內，以社會生

活上一般人民之公共利益爲目的之作用，謂之社會目的之作用。警察及保育屬之。關於此等種類，後當詳述。

(二)因行政與司法之有區別，關於國家機關之組織，雖以所謂司法機關與法政機關相分離爲主義；然機關之分立，對於司法與行政之關係，並非嚴格分割，而互有例外也。

司法之作用中，民事及刑事之裁判，原則上屬於通常法院之權限。憲法第五十七條曰：司法權由法院行之，即明示此原則也。而同條所謂司法權，非泛指關於民事刑事之一切作用之意，僅爲民事及刑事之裁判之謂也。

所謂民事裁判，即在私法關係之當事人間，有法律上之爭執時，依國家之權力而裁決其爭執，正當的確認並宣佈該法之行爲也。所謂刑事裁判，即認定犯罪之事實後，決定並宣布國家應科於犯人之刑罰之行爲也。憲法規定此二種作用，俱屬於通常法院之權限。於此限度，司法權與行政權始被分離，爲憲法之所要求也。惟對於此原則尚有二例外：(1)特別法院制度，關於特別法院，司法權與行政權非必相分離，行政機關同時爲特別法院者，關於特殊事件，有行民事或刑事之裁判權。如領事裁判及特許局之審判是也。(2)關於刑事假處分之制度，對於警察犯之拘留，科罰金之刑，警察署有即決處分之權；財政犯之罰金，沒收之罰，地方財政廳有通告處分之權。此等在形式上，雖爲行政機關之行爲，然實質上屬於司法權之作用。

於民事及刑事之裁判外，關於其他一般之司法作用，憲法上無特別規定者，非必以法院執行爲憲法上之要件；究歸司法機關抑法政機關之權限，一依實際上之便宜耳。關於刑事，如司法警察，刑之訴追及刑之執行，原則上俱屬於檢察官之職權，而檢察官附置於法院，已爲司法機關之一部，從而屬於檢察官職權之作用，在形式上雖屬

於司法，然檢察官係秉承司法大臣之指揮監督。於此限度，不僅為行政機關之干與，即檢察官以外之警察總監，府縣知事，及其他地方警察機關，亦有司法警察之權。關於民事，雖於民事裁判外，他如非訴事件，亦歸法院所掌理，然關於著作權，工業所有權，礦業權及漁業權之非訴事件，則使屬於行政機關之權限，從而在形式上屬於行政作用也。其他關於法人監督，戶籍事務，姓名改訂之許可等民事，皆屬於行政機關之權限者，自亦不少。

他方面，雖屬於實質上行政之作用，亦有不屬於行政機關之權限，反使屬於司法機關之權限者。就中，關於衆議院議員選舉之選舉訴訟，當選訴訟及關於選舉人名簿之訴訟，普通法院有其裁判權。關於公法上之損失補償之訴訟，於多數情形，亦使屬於普通法院之裁判。禁止新聞紙發行之權，雖性質上為行政作用，然法律上使屬於刑事法院之權限。

(四)行政機關與司法機關雖被分離，而有相互獨立之地位，然二者同為國家之機關，要互尊重其權限。其結果，於司法權與行政權之間，有三種原則：(1)不得相互破壞之原則，(2)不得相互審查之原則，(3)相互的受拘束之原則。

(1)司法權與行政權，不得相互的破壞他方權限內之行為，而使其喪失效力或變更之。即不得依行政權破壞司法行為，同時亦不有依司法權取消行政行為之權。

對於此原則之例外，即依行政權得破壞司法行為之情形者，僅能舉刑之赦免一事。依司法權得破壞行政行為之情形者，其例固多，一方面，有性質上屬於司法之行為，而在屬於行政機關之權限時，對於其行為得上訴於司

法法院者，如領事裁判及特許局審判是也。至於刑事之假處分，固不待司法法院之行爲；但因被告爲正式裁判之聲請，已失其效力。關於戶籍事務之市町村長之行爲，亦服從司法法院之監督。他方面，性質上屬於行政之事件，有特屬於司法法院之權限，因之，該行政行爲依其判決而被消滅。如衆議院議員當選之決定及公法上損失補償之判決，是其例也。

除開上述之例外，行政權之行爲，惟得依行政權自身而被撤銷，不受司法權之干涉。同時司法權之行爲，惟得依屬於同一系統之上級法院而被廢棄，不容行政權之干涉。

(2) 司法權與行政權，關於其一方權限內之法律行爲，不得相互的審查其違法與否。行政權或司法權之任何一方，於其權限範圍內，有自行解釋法規，認定事實之權。縱令其解釋或認定爲錯誤，然其錯誤與否，惟行政權或司法權自身系統內得審查之。故一方審查他方之行爲者，是爲侵犯相互獨立之原則。

然此原則僅適用於有效之法律行爲，而絕對無效之行爲或事實上之作用，不在此限。

絕對無效之行爲，關於其效力之點，則等於全無其行爲，任何人在法律上亦不受其拘束，從而對於絕對無效之行爲，無論爲行政權或司法權，一方得審查他方之行爲，判斷其爲無效，可不受尊重其效力之拘束也。故例如土地徵收之裁決，僅誤爲法規之解釋或事實之認定，若係違法之情形，僅得依訴願或行政訴訟以相爭；司法法院因無審查其是否違法之權，故不得以之爲民事訴訟之目的；反之，若因其裁決或手續有缺陷，及因其他原由而爲絕對無效之情形，被徵收者，得提起民事訴訟，請求確認所有權。司法法院首先審查其裁決是否有效，若爲無效者，得

宣告徵收之撤銷，而確認原所有人保有所有權。又例如，租稅之賦課，僅為違法之情形，雖不得提起訴願或行政訴訟以爭執，然其課稅若為總對無效之情形，雖於繳付稅額後，仍得提起民事訴訟，請求不當得利之返還。又與之同樣者，行政機關所制定之法規命令，雖於其有效範圍內，司法法院亦受其拘束，以與法律同等適用之，然其命令是否有效，司法法院則有審查之權，其無效者，自無須或不得適用之。

又事實上之作用，亦無拘束他方之公定力。無論司法權或行政權，在屬於自己權限之限度內，得審查其是否違法。何則，蓋國家有效之行為，僅限於法律的行為，而事實上之作用，初非有國家行為之效力故也。例如行政機關所為工事及其他事實上之行動，關於是否相當於民事上不法行為，民事法院有審查之權，若係不法行為之情形，得命其負損害賠償之義務；關於行政部之官吏所為職務上之行為，是否相當於刑法上公務員瀆職罪，刑事法院有審查之權，若係瀆職之情形，得為有罪之宣告。

(3) 司法權與行政權，相互的受他方權限內所為之有效法律行為之拘束，故須認為確定的國家行為而尊重之。關於行政權方面，不得忽視司法法院之判決；同時司法法院，對於有效之行政行為，亦須認為既判事項而承認之，不得另為相反之規定。

故例如，刑事法院於裁判官吏之瀆職罪時，被告主張以其官吏之任命為違法，從而並非官吏，除其任命為絕對無效者外，法院縱信其任命有反於文官任用法，亦不得否定其為官吏。民事法院於審理礦業權侵害之訴時，被告主張他方礦業許可為違法，其礦業權應為無效，然除外絕對無效之許可之情形，法院須依其許可為根據，不得

否定鑛業權之存在。

然司法權與行政權之相互的拘束，僅爲依其行爲而被決定之事項本身，不及於爲其理由之事項。例如刑事法院若認定官吏之犯罪事實，而宣告處以特定之刑，則其所決定之事項，僅爲所科特定之刑；其犯罪事實之認定，僅爲其理由。其所科之刑爲徒刑以上刑時，官吏當然免職；若其刑爲罰金以下者，則有懲戒權之行政廳，關於其犯罪事實之認定，非必受刑事法院判決之拘束，另行認定其事實，得爲或不爲懲戒。

### 三 行政與大權作用（即皇權）

關於上述意義之行政，在我憲法中，乃屬於天皇之大權者，立法權要議會之協贊，司法權由法院行使；反之，行政權則爲天皇所總攬，或親裁行之，或命行政官廳行使之。即大權與行政權者，非係相反對之觀念，行政權即不外於大權也。屬於行政官廳之權限者，亦基於大權之委任也。

學者往往以大權與行政權爲相對立之觀念，僅以屬於天皇親裁之作用，爲大權之作用，以與行政權區別者。蓋以國家之作用，分爲大權，立法權，司法權及行政權之四種者，在理論上頗不洽當。行政權，有與立法權及司法權區別之必要者，因此等三種機關，互有某程度之獨立也；其觀念，於權力之分立上，有其根據者也。大權與行政權，其間並非權力之分立，除憲法上特認獨立地位之行政法院及會計檢查院，凡立於天皇下一切之行政機關，皆遵行天皇之命令而行使其職務者也，故與立法權或司法權對於天皇保有某程度獨立之地位者，全不相同。且屬於天皇親裁之作用，亦無憲法上固定不移之範圍。在憲法上，雖列舉屬於大權之數種作用，然其中有委任行政官廳

行使者，同時於其試舉外，何者留爲親裁，何者委任官廳，則一依法律或勅令之規定，並無一定限界之存在。若謂現行之例，則第二豫備金之支出，朝鮮之制令及臺灣律令之裁可，帝國學士院會員之選任，出納官吏賠償責任之免除等，雖特要天皇勅裁，然並無與被委任行政官廳之作用性質不同或權力不同之理由。

故關於國家事務之限度內，以大權與行政權爲相對立之觀念者，不僅無理論上之根據，亦無學說上之實益。然憲法上，對於天皇大權之作用，要與行政權區別之。爲皇室之家長，陸海軍大元帥，最高主祭，及榮譽之源泉等而言，皆屬於天皇大權之作用是也。然此等要與國家元首之天皇大權相區別，而不屬於憲法上意義之國家事務。所謂一般國家事務者，責任之所在不同也，或輔弼及執行之機關不同也。行政權之觀念，僅指國務上之大權，非包含其他之大權。皇室之事務，軍統帥之作用，祭祀及榮典之授與等，在日本國法上之意義，皆不屬於行政之範圍。

#### 四 行政之主體

行政原爲國家之作用，故其淵源爲國家也。惟國家有時爲代替自己行使，特付與權力於他人行使者，有委任他人行使者。從而現行行政之主體，國家之外，尙可列舉其他團體，個人亦有時爲其主體者。

(一) 行政本來之主體，國家也。雖國內之其他機關亦有行使行政者，然此係自國家取得權利或所命之義務，卽不外於從國家傳來也。就其固有權利而言，有行政權者惟限於國家。前述行政之觀念，常以行政爲國家之作用者，基於此理由是也。

雖然，謂行政權專屬於國家，並非謂其他機關不得爲與行政作用實質相同之行動也。而行政作用之大部分，

其實質上殆與私人之生活行動，頗難區別。立法權及司法權，常以國家之支配權爲前提，從而其實質上爲國家特有之作用；於私人之行動，固不得求其同類。然行政權非必以支配權爲其前倡，其作用多包含權力行爲外之非權力的作用。而其非權力的作用，於多數情形，與私人之行動同其實質。何則，行政爲國家管理自己及社會利益之作用，而管理之作用，非必要爲支配權故也。

謂行政權專屬於國家者，僅指非國家之作用或非發源於國家之作用，則不視爲包含於行政之觀念。如興土木工事，經營鐵路，送達郵件，收付郵政貯金，設立學校，建築病院等，其與私人之事業，並非實質上不同。乃因國家或自國家授權或被委任者行使之情形。有公的行政之性質，故以之與私的行動相區別。國家基於公益保護者之性質，其作用亦必然的有公的性質也。惟關於此意義之行政權，係專屬於國家者；換言之，並非發源於國家之作用，則不得謂有公的性質。

(二)行政除國家自行之外，國家有使他人行使者。須分爲二種情形：一爲付與權利之情形，是謂國家公權或行政權之授與。一爲使負擔義務之情形，是謂行政事務之委任。關於前者，因其本身之目的，認爲得行使其事務；關於後者，爲國家之目的所行之事務，乃被委任。但此區別，非必絕對的。雖在授與權利之情形，同時亦爲國家之目的；接受權利者，同時負擔適當的行使其權利之義務。反之，其所委任者，雖爲義務，同時亦付與行使其事務之權能，受其委任者，在其委任範圍內，同時得主張自己之權利。雖在任何情形，同時有權利及義務之性質，然二者之主眼並不相同，一者主認爲自己之利益，從而其主要點可認爲其權利；反之，他者主認爲國家之利益，從而其主要點，可認



爲其義務。

(1) 取得國家的公權最顯著者，公共團體也。(即自治團體)公共團體者，爲自國家付與其存立之目的之團體，其目的本身，乃由國家發其淵源，從而爲達其目的之一切事務，必然的有自國家所傳來事務之性質。其事務原爲國家之事務，故與國家自身之作用，同屬於公之行政。

公共團體之外，私營利公司或一私人在一定之範圍內，亦有被授與國家的公權者。就中，公企業之特許，收用權及使用權之特許，皆爲其顯著之例。此等若自其性質上言，爲付與本來屬於國家之權利，而其於授權之範圍，行使權利，則不外爲行使國家之事務。在此限度內，俱有公的性質，從而雖得謂爲行政作用，然享有其權利者，爲私公司或私人，因自己之私益而行使其權利；若自其行使之目的言之，純然屬於私的作用，故一般不稱爲行政作用。

(2) 行政事務之委任，指對於公共團體，或其吏員所行者，或指對於私公司及私人所行者。在其委任之限度內，雖與國家公權之主體，取得權利之情形相同，惟法律上之主眼，在爲國家自身事務之便宜，而使委託於他人行之，是爲其區別。

例如，若自公共團體之事務言之，則公共團體之固有事務，係爲團體本身目的之事務，主認爲團體之權利；反之，委任事務者，係爲國家之目的所委任於團體之事務，主認爲團體之義務。

##### 五 行政作用之種類

行政之作用與立法司法之作用不同，極爲複雜，在法律上之見地，得從種種觀察點而爲分類。其中最重要者，

得列舉左之數種：

(一)權力的作用與非權力的作用 在立法及司法之作用，國家對於人民常立於優越的支配權之主體地位，但行政之作用，係國家為達其種種目的之活動也，非必以支配權之行使為其要素。一方面，關於警察權財政權軍政權等各種作用，皆以優越的支配權主體之資格，對於人民乃以公的權威行使；同時在他方面，全然不行使其支配權，依與私人同樣之手段，而為國家及社會利益之活動者，亦復不少。各種公共事務之經營，國有財產之管理等，概屬於此種作用。雖在警察以權力之行使為其本質之作用，其權力不過為達其目的之手段，若不用權力亦可達同一之目的時，則不僅不用權力的手段，反不以此手段為適當。從而關於警察官廳有不依權力的手段，而欲以好意的注意，勸告，斡旋，調停，談話，宣傳等與一般私人所得為之同樣手段，即可達其目的之情形甚多。行政之用，因有「以支配權主體之資格所得為之手段」及「與私人所得為同樣之手段」之二種情形，故行政作用，得區別為權力的作用與非權力的作用。

所謂權力的作用，非必僅指命令強制之作用，亦包含授與權利，免除義務，確認事實，與以公的證明等提供利益於人民之作用。為其特色者：其作用與私的作用不同，而在法律上認為具有公的權威，縱令違法，其違法若未達於全然不認為行政作用之程度，則推定為合法之作用，人民除依法律所認之手段以相爭外，須受其拘束，不得對之抗爭。例如租稅之賦課，縱令違法，除得依訴願或行政訴訟相爭外，納稅者須依徵稅令之所示，負納稅之義務。警察官吏所為不法之檢查，其不法程度若未至於不認為警察之作用，則人民不得反抗，否則構成妨害公務罪。行政

作用所以有如此之公定力者，因行政權之主體，具有優越的支配權主體的資格，其意思之力，認為有拘束他人意思之權威；有如此公定力之作用，是謂權力的作用。

非權力的作用則相反，國家此時非利用優越的支配權之主體地位，乃與人民立於同樣地位之活動，而無上述權力作用之特別公之權威也。雖然此等作用，亦係國家為達其公共目的所行之作用，仍不失為公之行政作用，從而雖在法律上，刑法上或其他種種關係，恆加以與私人活動不同之特別保護。然除此等特別保護外，在法律上通常與私人之活動並無區別。

權力的作用與非權力的作用之區別，法律上有二點殊為重要。(1)能否構成民法上意義之侵權行為之點，(2)能否構成刑法上意義之公務員之點。(1)權力的作用乃以公之權威所行之作用也，縱令行政訴訟之結果，確定其行為為違法，然非民法上意義之侵權行為，國家對之不負損害賠償之義務；惟其違法之程度，至於全然不能認為公之行政作用之情形，僅行為者之官吏負侵權行為之責任。反之，非權力的作用，並非行使公之權威，關於此點，殆與私人行動同視。若因其作用違法侵害他人之權利時，則為民法上之侵權行為，國家須負損害賠償之責。(2)關於刑法上意義之公務員，究包含如何範圍內之職員，是與權力的作用與非權力的作用之區別有重要之關係。刑法上對於公務員之範圍，固已揭示明白之定義，然非一切擔任國家事務之人皆為公務員，是不待言。如郵差，電話生，官立病院看護婦，官營旅館之僱人，雖皆為擔任國家事務者，然不得認為關於刑法上意義之公務員，自不待言。刑法所以處罰公務員瀆職罪者，因有以刑罰保護公務之威信之必要也。而以刑罰保護威信之必要者，乃

在於權力的作用，凡關於權力的作用之職務者，雖為民法上僱傭關係之僱員或囑託員，仍須解為關於刑法上意義之公務員。反之，僅負非權力的作用之職務者，除官吏公吏議員當然認為刑法上之公務員外，以解為非刑法上意義之公務員為正當。（但大審院之判例不採此見解，專以有法令規定之職員與否，為其區別之標準。）

（二）法律的行為與事實的作用 行政作用中要區別制法之行為與非制法之作用。前者謂之法律的行為，後者謂之事實的作用。

法律的行為者，於法規之下，規定國家與人民之間之權利義務之行為也，或形成新的權利，或命義務，或於既成之權利義務與以變動。關於制法之行為，雖與立法同其性質，惟係行於法規之下，故與立法有區別。在行政作用之法律的行為，更要分為二種：（1）與私人相互間之法律行為相等，依民法商法或其他私法規定所規律者是也。國家立於與私人同等之地位時，即為非權力的作用之法律行為，得謂之為私法的行為。在私法的行為，國家亦與私人服從同樣之規律，並無國家的特別性質。（2）國家立於支配權主權之地位時，則不受民法及其他私法規定之適用，國家以特別公之權威而為權利義務之規定者，是謂公法的行為或行政行為，即權力的作用之法律行為也。行政行為，為研究行政法之主要題目，後當詳述。

事實的作用者，非於國家與人民之間制法，專指於事實上與外界以任何影響之行動。與私人之生活行動大部份為事實上之行動者相同，行政作用中，事實的作用亦占其主要之部分，如建築道路，修建港灣，敷設鐵道，建築廳舍，以及學校之授業，瘋犬之撲殺，種痘之施行，消毒方法之施行等皆是也。此不論權力的作用或非權力的作用，

皆非法之行為，僅係事實上之行動，從而非法的行為亦非法的行為，全然非法律行為也。事實的作用，非必與法律毫無關係，其作用是否屬於該機關之正當權限內，是否為法律上許可之行為，固為法律上問題。因其作用侵害他人之權利，有時使其權利滅失，在此限度內，事實的作用雖亦發生法律的效果，然其效果乃基於外界事實上之變化而生，其行為之本身非制法者，故與法律的行為有區別。

法律行為與事實的作用之區別，在法律上甚為重要：(1)關於法律行為，得發生法律上有效或無效之問題；而關於事實的作用，僅有是否違法之問題，不生效力有無之問題。何則，所謂法律上效力之有無，為能否發生法的效力之意，惟在制法之行為始得發生故也。事實的作用，僅係事實的現象，而非制法者；法律上效力如何，自始不成問題。(2)因同一理由，關於法律行為得生撤銷之問題；而關於事實的作用，僅有禁止及恢復原狀之問題，欲為撤銷乃不可能。何則，關於法律上意義之撤銷，為使其喪失法律上效力之意，而惟有發生法律上效力之行為，始得發生故也。(3)代理之觀念，亦只適用於法律行為，不及於事實的作用。何則，所謂代理者，指代理人以本人名義所為之行為，在法律上，有本人的行為之效力故也。法律上之效力歸屬於本人，為代理觀念之要點，而事實的作用，欲為法律上意義之代理，觀念上乃不可能。(4)就其結果而言，行政機關之行為，雖具有國家的行為之效力，惟限於法律行為，而不及於事實的作用。事實的作用，固依國家之命令，為國家所行施者，然其事業之全體，乃為國家的事業，從而自其事業所生之責任，雖由國家負擔之，然為其事業所行之個個行為，係官吏個人之行為，而不發生國家的行為之效力。何則，事業上作用初不發生法律上效力之問題故也。

(三)自由作用與羈束作用(即裁量行政與羈束行政) 一切行政,皆為行於法規下之作用,常受法規之拘束。絕對自由之作用,則與行政之觀念不相容。然法規非必常關於行政機關之作用,均規定一定不移之法則而嚴格拘束之。因之,行政作用有自由作用與羈束作用之區別。

羈束作用最顯著之情形,為以成文法規之明文,豫先規定細目等一定準則,使行政機關惟依法規處理之,自己無判斷何者為適當之餘地。就中租稅法概屬於此種,如課稅物件,課稅標準,課稅手續,納稅時期等等,皆以法規明白規定,使行政機關無自行判斷之自由。蓋人民之金錢上負擔,務須公平且明白,若任行政機關之裁量,則有流於專恣且失公平之虞。選舉法規亦屬於同一之例,如選舉人之範圍,選舉人名簿之調查,被選資格,選舉區,選舉手續以及投票之效力等等,皆依法規定之,行政機關嚴格的依法規之所規定而管理之。

然在多數情形,法規對於行政機關,應為之作用或得為之作用,僅規定大體之法則,於其限制或授權之範圍內,行政機關僅得依自己之判斷,而為適當之處置。蓋行政之作用,以適合社會現象,而隨時加以適切之處置為必要。而現實之社會現象,其變化無定,立法者不能一一預想而規定者頗多。故依法規嚴定其限界,以防止行政機關專恣之弊,同時於其限界內,一任行政機關之判斷,以期能使適切於實際之事情。

法規在一定範圍內,一任行政機關自行判斷之情形,行政機關所有自行判斷認定適當之權,稱曰行政機關之自由裁量權。

行政機關之裁量權,固非無限制,其權能初僅存於法規之限制內,而不許超越法規所定之限界,若逾此限界,

乃裁量之超過，不免為違法之行爲。例如任命何人爲官吏，雖爲自由之作用，然須依照文官任用令及其他之限制，若違背之，則爲違法之行爲。

在法規限制之範圍內，行政機關之裁量權，亦非絕對的自由。在屬於某裁量權限度內，縱令其裁量有錯誤，其作用仍有權力的作用之性質，對於外部有公定力，其作用究爲正當與否，惟行政機關本身得審查之判斷之。雖不得依司法權審查之，然在行政機關之內部，則得審查其裁量是否正當。若其裁量爲錯誤時，監督官廳或行政法院得廢棄之，或爲職務上之義務違反構成懲戒之原因。關於此意義，行政機關之裁量權，常不免受某程度之羈束。謂之「自由裁量」者，僅係有限制之自由，而非廣義之自由也。

就中，其限制尤與行政訴訟制度之關係，有重要之意義。日本行政訴訟制度，於多數情形，雖認不服行政行爲者，得以行政訴訟抗爭之，然得提起行政訴訟者，通常要主張其行爲係違法侵害權利者。行政行爲若非違法，僅係不適當者，一般不許出訴於行政法院。普通所謂「行政法院不得審理自由裁量之問題」者，即指此原則也。雖然，在此情形之所謂「自由裁量」，仍不得解爲包含法規一任行政機關自行判斷之一切情形。雖未以成文法之明文，規定行政機關應遵守之準則，然須仍解爲有應遵守法理之一定法則之存在，而不許違背之。

關於此意義之行政機關自由裁量權，要區別羈束之裁量與狹義之自由裁量。所謂羈束之裁量者，謂依成文之法規，雖不規定一定之準則，而一任行政機關之自由判斷也；然行政機關所應爲或可得爲者，在不成文法上仍須有一定法則之依據，此時行政機關之判斷，僅爲國法所要求之判斷。得謂爲法律問題之裁量或合法性之裁量。

所謂狹義之自由裁量者，謂依成文法之明文規定，不僅許行政機關之自由判斷，且不成文法亦無拘束行政權而要求其遵守之一定準則之存在，故行政機關得全依自己所信，而為適當之決定。非斷定何者為國法所要求，乃判斷何者於公益上適當也。故得謂為便宜問題之裁量或合目的性之裁量。行政法院不得審理之自由裁量之問題，惟限於狹義之自由裁量，即便便宜問題之裁量也。關於法律問題之裁量，若誤為其裁量時，在行政法上之意義，不失為違法行為，行政法院有審查其是否違法之權也。

行政機關之裁量權，究為法律問題之裁量抑為便宜問題之裁量，其界限非必明白。從而關於行政訴訟，某問題是否屬於行政法院審理之範圍，解決此疑問之標準，得舉下列四項原則：（1）法規定某種抽象的準則，以適合於其標準為條件，始得為特定之行政行為者，則關於現實事件，首先認定是否適合於其標準，此常為受羈束之裁量。例如，法律上「為公益上之必要」，「有正當之理由」，「有急迫之情勢」，「因其於衛生有害」，「外交須秘密」等等，皆揭舉類似之標準，在相當之場合，始得為一定之行政行為者，其例甚多，而此種情形是否具備其條件，非任行政機關之自由認定，要隨健全的社會見解，依客觀的事實而認定之。誤為其認定時，在行政法上不免為違法行為。（2）對於人民侵害其既存之權利或命以新的義務之行為，如依法規之明文，一任行政權之自由裁量者，其裁量常為受羈束之裁量，不僅為便宜問題之裁量也。何則，若不基於法規之根據，則無論何人俱有不受行政權侵害其權利或自由之權利，縱令法規一任行政權之判斷，然行政權所得者，僅於個別情形，判斷何者為法規所要求故也。例如營業取締法規：營業人有營業不正之行為時，行政廳得撤銷其營業免許，法律之旨趣，非認關於營



業人苟有不正行爲之一切情形，行政廳皆得撤銷免許，應解爲僅限於有撤銷免許之必要之公益上理由者，得爲撤銷耳。但其免許之撤銷，是否爲必要之判斷，非便宜問題之裁量，乃受羈束之裁量也。何則，營業自由之不侵害，係憲法上所保障人民之權利，行政權若非基於公益上之必益，則不得侵害之故也。若依國稅徵收法規定：稅署對於租稅滯納者，爲滯納處分時，得扣押其財產及拍賣之。關於應扣押及拍賣之財產數額，法律上雖不爲特別之規定，然決定其數額，非任稅署便宜之裁量，惟限於足充滯納金額，利息及滯納處分費之相當數額爲止，此須認爲法律上當然之要求。何則，私有財產之不可侵，亦爲憲法上所保障，不許行政權加以不必要之侵害故也。(3)反之，爲人民設定新權利或法律關係及與以利益之行爲，除法律有特別限制外，原則上屬於狹義自由裁量之行爲。何則，因人民除法律有特別規定之情形外，原則上無權要求國家與以權利或利益故也。例如官吏之任命，刑之恩赦，歸化之許可，公企業之特許，公物使用權之特許，以及公用水面建設之免許皆然也。願爲官吏者，若超過可採用之員額時，究竟採用何人，屬於便宜之裁量。縱或採用才能拙劣者，僅爲不適當之行爲，不得謂爲違法之行爲。何則任何人皆有要求充任官吏之權利故也。再例如，數個電氣公司，就同一之河川競使用水利之情形，究竟允許何人，乃屬於便宜之裁量，其裁量雖爲錯誤，然不得謂之違法侵害權利；從而不屬於行政法院可得審理之範圍。何則，河川使用權，除有已取得特權之特別理由外，任何人皆有要求之權利故也。(但行政法院之判例採反對之見解)(4)直接不及影響於人民之權利義務之作用，除法規有特別規定外，原則上屬於便宜問題之裁量。例如，應設置郵局於何地，應於何處敷設鐵道等等之決定，固不待言，即依道路法認定路線；依河川法認定某河川應適用或準用河川

法；依市制町村制，規定市町村會議員選舉之期日，雖間接對於一般人民之權利義務有重大之關係，然非直接的對於何人與以權利或侵害權利或命以義務，其裁量係合目的性之裁量，而非合法性之裁量，從而不得為行政訴訟之問題。

雖然，關於右述意義之狹義的自由裁量，仍非屬於完全意義的行政機關之自由。一切行政機關，因係國家機關之必然的結果，關於其一切職務，須負依最適合公益而處理之義務；若誤為其裁量以致反於公益者，不免為違反其職務上之義務。在此意義，其裁量仍係受羈束之裁量。其裁量若有錯誤，則其行為有違法性，從而監督官廳得撤銷其行為，糾問其職務上之責任。

因此，所謂自由裁量者，要區別為三種階段。在最廣義之自由裁量，指對於司法權關係之自由。在此意義，除成文法規或可代替之習慣法有規定外，皆屬於行政機關之自行判斷，司法權不得審查之。關於第二意義之自由裁量，指對於行政法院關係之自由。在此意義之自由裁量，僅指便宜問題之裁量，於此範圍內，不屬行政法院所得審理之權限。關於第三意義之自由裁量，指關於行政組織之內部，對於上級機關之自由。在此意義之一切行政作用，皆係受羈束之作用，故自由作用，全然不存在；其行政作用之全部，上級機關俱有審查及判斷其正當與否之權能。

(四)從目的方面而觀察行政作用之種類。行政作用，自其目的方面觀察，得分為國家目的之作用與社會目的之作用，國家目的之作用，得分為組織、外交、軍政及財政四種。社會目的之作用，得分為警察及保育二種。此等之一切種類，為確保行政法規之正當適用及擁護公益起見，行政作用若違反法規或侵害公益時，得以爭議之手

段抗爭之。因之，行政作用，得分爲左列七種：

(1) 組織 一切法人皆爲組織體，其存在之第一要件，在有機關之組織。國家及公共團體之成立，亦須有組織。其他法人，皆存立於國家之下，基於國家之承認，而享有其人格。故關於其組織之法則，亦首須依國家之意思而定，僅在國家所許容之範圍內，得以自己之意思規定之。惟國家不受他者支配，其一切組織，皆爲國家所自定。是謂國家之自主組織權。自主組織權之作用，得分爲規定關於國家組織法則之作用，及依其法則以完成組織之作用。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，於本書第三章論之。在國家下之公共團體，於國家許容之範圍內，亦有規定自己組織及實行之權。關於公共團體之組織，將於第二章詳述之。

(2) 警察 國家有一最主要之目的，在於維持社會之秩序及保護國民生活之安全。是謂國家治安之目的。爲達治安之目的，有命令人民之必要時，謂其強制之作用爲警察；其行使命令強制之國家權力，謂之警察權。但命令強制之權力，亦有例外的依特別法之規定，於達治安之目的外，有爲文化之目的而行者。雖爲文化之目的所行，然在爲社會目的所行之範圍內，同屬於警察之觀念。

(3) 保育 現代的國家，僅以保持社會之安寧，不得謂已完成其國家之目的，須進而開發社會之文化，增進國民之福利，亦爲國家重要任務之一，是謂國家之文化目的。因此目的，國家或自爲大企業者，而經營不適於私人自由經營之各種生產事業，或對於民營之事業與以保護獎勵，爲實施此等事業，課人民以諸種負擔。在國家下之公共團體，於國家許容之範圍內，亦有實行此種作用之權。就中屬於大都市經營之事業，其種類最多。爲文化之目

的國家及公共團體所行之作用，謂之保育。警察專為命令強制之作用，而保育則以非權力的設施為其本體，是其特色也。

(4) 外政 國家立於世界列國之間，為維持其地位，乃與各國相合構成國際社會，故國家不僅對內有統治人民助成公共福利之任務；對外有與列國交涉，主張日本之國際上地位，保護在外僑民之利益，及與列國共同確保世界和平，貢獻文化等任務。實現此任務之國家作用，謂之外政。外政之作用，固非與行政法全然無關係，且擔任外政之國家機關組織權能，係依國內法而定，從而亦屬於行政法上之範圍內。然其作用，以依據國際法為主，故關於外政之研究，宜屬於國際法之範圍，本書置之不論。

(5) 軍政 國家為保持其國際上之地位，及維持國內之平和，要有強固之武力，是不待言，而實現國家之武力者，即軍隊也。為達編制軍隊及維持管理之目的，因此課人民以負擔之國家作用，是謂軍政。

(6) 財政 國家為謀達到其一切之目的計，必須有財政。國家為維持管理其財力及取得財力，而課人民以負擔之國家作用，是謂財政。國家之外，公共團體為實現其目的，亦要財力，自不待言。故財政之作用，不僅於國家為必要，即公共團體亦然也。

(7) 行政爭訟 行政為於法規之下所行之作用，以不得違反法規為要件。行政之作用，若違反法規而行時，依近代之國法，通常皆許人民得以訴訟手段爭之，以保持法規之正當適用。為確保行政法規正當適用之訴訟，是謂行政訴訟，故與民事訴訟不同。民事訴訟屬於司法權之範圍，而行政訴訟屬於行政權之範圍。行政訴訟以外，得

以聲請裁決，聲明異議及訴願等名稱，就公法上事件爲抗爭者甚多。總稱之爲行政上之爭訟。容於本編第三章論之。

## 第二節 行政法

### 一 行政法之範圍

行政法者關於行政之國內公法也。詳言之，行政法者，爲國內公法之一部，規定行政權之組織及行政權主體的國家或公共團體與其所屬人民之關係之法也。其爲國內法者，以與國際法相區別也；其爲公法者，以與私法相區別也；又其爲關於行政之法者，以與憲法及司法法相區別也。

#### (一) 行政法爲國內法

若謂一切爲行政作用準則之法，俱爲行政法，則外交之作用亦爲行政之一部，但外交須依國際法而行動；於此意義之行政法，雖不可不包含國際法，然爲法律學一科之行政法，非以包含外交作用之一切行政，爲其對象；其所謂行政，僅指國內的行政，不包含對外的作用。蓋對於國際關係之法，與對於國內人民關係之法，其性質全然不同。前者爲國際社會之法，後者爲國內社會之法，不得混同歸於同一種類也。即所謂行政法者，非指關於一切行政之法，僅指國內的行政之法也。

雖然，謂行政法爲國內法，并非謂與國際法全無關係之意。所謂國內法與國際法者，乃其效力所及之社會不

同耳。前者在國家與人民間有其效力；後者於國際間有其效力。然二者於規律國家一點，有共通之性質。為國際法主體之國家，與為國內法主體之國家，乃同一之國家。往往同一內容之法，有國際法及國內法之雙重性質者：一方面，國家對於外國之關係而受其拘束；他方面，國家對於人民之關係，依之而受規律者亦復不少。國內法成立之後，因依外國明示或默示之承認，同時亦具有國際法之效力者。尤其對於外國，其代表國家機關之組織，概屬其例。再就國際法而言，國家作為國內法而承認者，同時即有對於國內人民之效力，各種國際條約，概屬其例。

關於行政之區域，此種關係，在現代尤為顯著。關於行政之國際法規，同時有國內法之效力者頗多。蓋國際交涉，愈為密切，則一國國內之行政，直接及於他國之利害關係者亦愈多。又一國單獨之力難達其目的者，而有以國際之協力共同達其目的之企圖甚多，或設定國際的共同機關，欲以有組織的實施者，亦復不少。因此等雙重之理由，故關於國內的行政，恆依國際條約約定於國內法上之關係，相互的應遵守一定之規律者甚多。如交通行政，衛生行政，勞動行政，工業所有權及著作權之保護，度量衡，及禁止買賣婦女等之區域，俱係此種條約，極為顯著。一方面，此為國家對於外國之關係，須遵守此項條約之拘束；在他方面，其在國內的行政，對於人民亦有效力，故同時有國內法之性質也。而其國內法之性質，自為行政法之一部。

## (二) 行政法為公法

行政法，除不包含對外的行政（外交）之法外，即關於國內的行政，亦非包含一切行政之法。若國家立於與私人同等之地位，以與私人同樣之手段所為之行政，則不在行政法之範圍內。若謂行政法，總括國內的行政一切

之法，則國家於多數情形，并非立於優越的支配權主體之地位時，殆與私人同樣服從私法的規律，而此種情形亦不外為國家之行政作用，則於此意義，私法亦不可不謂為行政法之一部矣。雖然，私法乃以私人相互關係之法，為其本質，在國家服從其規律之場合，乃因國家在法律上立於與私人同一之地位，固非行政上特別之法也。為法律學一科之行政法，指對於行政上特別之法，從而僅包含規律行政作用之公法。

雖然，謂行政法為公法，并非謂行政法全然與私法之性質不同，原理不同之意。從來之學說，謂公法與私法之區別，在於一為權力關係之法，一為平等關係之法。在公法關係，為權力者與服從者之關係，而與對等者相互關係之私法關係，其性質與原理俱不相同，然此種思想，有失於極端。蓋公法關係，因為國家以優越的支配權主體之資格，統治人民；然為其支配權之主體者，僅表現其意思之力有公定力耳，決非謂以無限制之權力支配人民，人民立於絕對服從之地位。在專制時代之國家與臣民之關係，純然為權力服從之關係，但在現代法治主義的國家，國家雖為行政權之主體，然對於人民僅得依據法規主張其權力耳。臣民對於國家亦得依據法規有對抗之權利。此種關係，已非權力服從之關係，依法規所規律之權利義務關係與私人相互間之關係，并無稍異也。從而公法上之原理與私法相類似者頗多，法學上之各種觀念，公法與私法相通者亦復不少。例如意思表示，法律行為，契約，法人代理，時效，條件，債權，物權，所有權，損害賠償，及事物管理等，專為關於私法而發達之觀念，其實公法上可共通者亦頗多。從來之通說，有過於着重公法與私法之區別之嫌。為行政法正當之研究者，在認識公法與私法至如何限度，受共通原理之支配；在如何限度，二者又異其原理，庶幾得之。

謂行政法爲公法者，又非指與私法毫無關係也。因行政作用常有服從私法之規律者，由此可知行政法與私法之關係。不寧惟是，且公法與私法同爲國內社會之法，有其共通之性質，其相互間有密切之關涉，私法有受公法之影響者，而公法與私法相關聯者亦多。有時同一內容之法，俱有公法私法之二重性質。關於此點，容後詳論。

### (三) 行政法爲關於行政之法

關於此點，一方面行政法與憲法有區別，他方面又與司法法有區別：

(一) 憲法與行政法之區別，在於憲法爲國家之基本法，以國家爲其中心觀念，而行政法爲行政權之法，專以行政權爲其中心觀念。憲法學爲研究關於國家全般之構成及其組織作用之基本法，而行政法學，則專以行政權之組織及作用，爲其研究之對象。惟二者之界限，非判然分離。行政權爲國家之一方面，非與國家相對立者，行政法亦非以平等之地位與憲法相對立，行政法乃成立於憲法之基礎上，而憲法之所論，爲關於國家全般之基本法則，行政法不外關於行政權之部分，加以詳密之研究耳。

因此，憲法與司法法及行政法之間，頗難判然劃以界限，且實際上亦無必要。屬於憲法之範圍者，除關於國家之構成外，雖主爲國家之最高中樞組織，即日本之天皇，攝政，天皇之輔弼及諮問機關，天皇之帷幄及帝國議會之組織權限，與其相互關係之法，其關於司法權及行政權者固少，但其基礎法則屬於憲法之範圍，故日本憲法特規定第五章司法之一章，以明定司法權之基礎法則。在第二章臣民之權利義務之章，明示法治主義之原則，以規定行政法之基本法則。而此等關於司法或行政之法，同時亦屬於司法法或行政法者。憲法與司法法及行政法，在某



種程度不免相重複，憲法與司法法及行政法，同爲國法之一部，惟前者爲基本法，後者爲分科法，是其當然結果也。

(2) 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、和解法、法院組織法、監獄法等，統稱爲關於司法權之組織及作用之法。行政法與司法法之差別，不僅執行之機關，一爲規律法院之作用，一爲規律行政機關之行動；且其內容，亦顯然異其原理，各有特別之研究項目，在法律學之歷史上，亦早爲獨立之分科。

雖然，刑法與行政法，有一密切之關係者，即對於行政法上之義務違反，要有罰則規定是也。依行政法規，命令人民負擔義務時，爲使其效果確實，對於違反義務者，要有某種制裁之規定，是當然也。法規在大多數情形，以刑罰爲其制裁。此等制裁法，關於刑罰之規定，屬於刑法；同時其處罰之原因，在於行政法規之違反，與行政法相關聯。故得稱之爲行政刑法。行政刑法者，存於行政法與刑法相接觸之區域也。

行政法與訴訟法，亦有二點重要之關係：(1) 國家若爲私法關係之當事人時，國家亦要與私人立於同等地位，而遵從民事訴訟是也。在此種情形，行政官應以國家之法律上代理人之資格，立於原告或被告之地位，服從司法法院之裁判，故民事訴訟法亦能適用於行政官廳。國家服從自身之裁判者，雖爲觀念上之矛盾，然依權限之分配，關於私法關係之爭執，僅司法法院得有確定之權。行政官廳自無決定之權。從而關於此點，國家意思之決定的手續，行政官廳係立於訴訟當事人之地位。(2) 行政法中，關於行政訴訟之法，大部分採用民事訴訟法。行政訴訟制度，在行政組織之內部，更採用權力分立之主義，使行政法院恰如司法法院，對於一般行政機關保有獨立之地

位，而爲裁判行政法上爭訟之機關也。行政法院之組織，類似於司法法院，其手續亦大體依照民事訴訟之手續。尤其日本行政裁判法規定：關於行政訴訟除別有規定外，準用民事訴訟法。在此限度，民事訴訟法，又與行政法大有關係。

#### (四) 行政法包含行政組織法及實質的行政法之二部

(1) 行政組織法之目的，在明示行政權係由何機關行使，包含國家之行政組織及公共團體之組織二者。從廣義解釋國家之行政組織時，雖包含君主，但君主及君主之代表，輔弼及顧問機關，殆屬於憲法上所論者。國家之行政組織而屬於行政法之範圍者，僅爲在君主之下分掌行政事務機關之組織而已。

(2) 所謂實質的行政法，爲關於行政權主體的國家或公共團體，與其所屬人民間之關係之法也。得謂之行政作用法。即對於人民所行使之行政作用的準則之法規全體也。

實質的行政法之發達，主由於近代之法治主義的思想。在專制政治之下，行政機關概有萬能之權力；在行政機關之內部，對於元首或上級官廳雖有遵守其訓令之義務，然對於人民之關係，不受法規之束縛，行政機關之任何命令，人民皆須服從。所謂「對於哭的小孩與莊頭是沒有辦法」，乃描寫當代之法律狀態也。在此時代之行政法，僅有行政組織法；國家與人民之關係，僅爲權力服從之關係，實質的行政法自無發達之餘地。在立憲政治之下則不然，行政權主體的國家亦須受法規之拘束，對於人民惟得依據法規主張其權利；人民亦得依法規，對於國家保有權利。尤其因行政裁判制度之發達，因行政權損害人民之權利時，人民得依訴訟手段請求救濟，故人民對於

國家之權利，又多一層保障矣。國家既與人民同受法規所規律，故依據法規，享有權利擔負義務之關係，即實質的行政法之法的價值所在也。

## 二 公法與私法之界限

公法者，為國家或公共團體與其所屬人民間關係之法也；私法者，本質上為私人相互間關係之法也。而行政法，雖為公法之性質，然國家或公共團體常與私人間立於同一之地位，因之亦受私法之規律；故在國家或公共團體與人民間之法律關係，亦有私法關係之性質者。他方面，雖在私人與私人間之法律關係，苟國家的公權之授與或委任，其對於人民之關係，則為公法關係。

(1) 國家與人民間之法律關係，究屬於公法抑屬於私法，於裁判管轄上殊有重要之關係。日本與法德諸國同採民事裁判與行政裁判分離主義。關於私法關係之訴訟，屬於司法法院之裁判；而關於公法關係之爭執，除得依訴願或行政訴訟以對抗外，司法法院不得受理。法院組織法明示此旨曰：「普通法院，裁判民事刑事。」（第二條）民事事件者，為關於私法關係之訴訟也。故公法關係之爭執，不受普通法院之審理。法律固有例外的規定，關於公法的事件亦得出訴於司法法院。（如公法上之損害賠償）然餘外此等特別規定，凡屬於公法之事件，須解為不得為民事訴訟之目的；而屬於私法之事件，縱為國家或公共團體與其所屬人民間之關係，亦不得為行政訴訟之目的，惟司法法院得審理之。因此某種法律關係，究為公法抑係私法，不僅為學識上之要求，即在國法上規定裁判管轄，亦為必要也。

(2) 國家與人民之關係，往往爲私法關係者，因關於社會上之法的規律，凡有同樣性質之關係，若以同樣法規支配之，於社會秩序上較爲適當也。在國家與私人立於同樣地位之場合，不僅服從私法之規定，且有與私人同樣服從公法之規律。基於此種理由，例如土地徵收手續，國家爲開辦者，與私人爲開辦者，同受徵收審查會之裁決。關於民事訴訟，國家爲原告或被告時，與普通當事人同等服從司法法院之裁判。在此情形，同一國家，一面行使支配者之權力，一面又爲被支配者，立於服從其權力之地位。就機關之對立與權限之分配而言，在同一國家，機關與機關間亦得成立此種之法律關係。國家所以服從私法的規律者，亦基於此趣意，不外於國家與私人爲同樣之行動，立於同樣之地位也。然在何種情形，國家始與私人立於同樣地位，則非必明白，故公法與私法之界限，往往發生疑問。

國家與私人間之公法的關係最顯著者，在於國家以支配權者資格，支配人民之關係也，以及組織權，警察權，法政權，軍政權，刑法權，財政權等等作用，國家爲優越的權力之主體，而支配人民，或與以權利或命以義務，故與私人相互間之關係，全不同其性質，其屬於公法者，固不容疑。

他方面，私法的關係最顯明者，國家非直接的爲公益，而專依財產上利益之買賣，交換，贈與，借貸，寄託及其他民法上之手段，爲取得，管理或處分財產之行爲是也。關於政府需要品之購入，官有財產之出賣，官署建築之召標，職工人夫之僱用，捐助金之受納，國債之募集，匯票之發行，社債本息之保證等，及類似之行爲，雖由國家行使，然與私人間之關係，并無異其法規，故其屬於私法，亦不容疑。

難以明瞭者，爲存於二者中間之區域也。如公企業之經營，及公物之管理，（各論第二章參照）一方面，係直接的以公益爲目的之作用，不得視同私人之行爲；他方面，以其屬於私經濟之關係，且非以權力支配人民之關係，又頗似私人間之關係。在此等區域之國家作用，於某程度，殆與私人間之關係同有適用私法之傾向；同時於某程度，因公益上之必要，須排除私法之適用，而受特別的公法規定之支配。換言之，此等區域，係公法與私法相混合之區域，得謂之公法私法之中間區域。

在此種區域，公法與私法之界限，雖難決定，然國家受私法之適用者，限於國家如同私人相互間所生之關係；而國家與私人立於同樣之地位者，僅限於直接無關公益，純爲經濟關係之情形而已。概言之，國家關於其私經濟的作用，原則上爲私法之關係。若詳言之，則以經濟的價格之得喪，所有或管理，經濟的勞務之給付，對於經濟上之損害賠償等，凡以單純的經濟內容爲主眼之法律關係，縱令國家爲其當事人，亦無與私人相互關係適用不同之法律之公益上理由，除別有規定外，概受私法規定之適用。

雖則，此種關係，法律上不妨特使之爲公法關係。蓋區別公法與私法之主要結果，爲裁判管轄之差異，而裁判管轄得以法律隨意規定之。雖與私人相互之關係同其性質，然法律不以之爲民事事件，僅許其依訴願或行政訴訟之手段以對抗之，法律特設如此規定者，固爲法律明示其關係爲公法關係也。在無此種明白規定時，例如國家對於人民所負之金錢債權爲強制徵收，私法關係上并無此規定，則等於示其爲公法的性質者也。

（3）私人相互間之關係，原則上爲私法的關係；然私人若受國家的公權之授與或委任，對於他之私人，雖似

私人相互間之關係，但係公法關係。例如土地徵收手續之開辦者與被徵收者之關係；南滿洲鐵道公司對於鐵道附屬地帶之人民，於受委任之範圍內，所行使之行政關係；徵收租稅者與納稅義務者之關係皆是也。惟關於私人相互間法律上之爭執，通常不許出訴於行政法院。但在私人相互間之關係，其一方之意思對於他方有公定力，若不許裁判上之救濟，至少關於財政上之問題，甚不穩當，亦為現代國法之主義所難許；故關於私人相互間之關係，雖承認國家的公權之行使，然至少關於財政上問題之爭執，其裁判管轄，應屬於法院組織法上之民事事件，而得出訴於司法法院。例如依道路法，特許私人架設橋樑或設定渡船場者，徵收橋錢，或渡錢；依河川法特許私人修築河川者，徵收通航費等，雖有國家公權之授與，然關於其金錢上請求權，應認為民事之關係。有使用公的河川水利之權者，在同一河川上若與他之水利使用權者，發生爭執，雖屬於公權之爭執，性質上屬於公法的事件，實為私人相互間財產上之問題，其裁判管轄，應屬於司法法院之權限。

(4) 總之，公法關係與私法關係區別之標準，得舉左列各種之原則：

A. 國家與人民間之法律關係，其為私法關係者，惟限於其內容係經濟的價值之給付。例如火車乘客或貨物託運人與鐵道部之法律關係，為私法上運送契約之關係，國家之運費請求權，實係私法上之債權。電話用戶利用電話之權利，為對於國家要求純經濟上的勞務之權利，亦係私法上之債權。衆議院候補議員，新聞紙發行人等，依法有提供保證金之義務。其提存保證金之原因，雖基於公法上之義務，然提存本身，純為金錢給付之關係，與民法上儲金之性質相同，從而其關係，自係私法上之契約關係，擔保金之利息請求權及元本返還請求權，

亦爲私法上之債權。受租稅之賦課者，繳納超過正當之稅額時，或基於無效之租稅賦課，繳付稅額時，其請求超過金額之返還，一依民法上不當得利之原則，故爲民法上之債權。

B. 雖以經濟的價值之給付爲內容之法律關係，而法律特示其公法關係之趣旨者，則非私法關係。法律特示其爲公法關係之規定，得舉二點：a 行政上之爭訟手續，b 行政上之強制執行手續。例如郵費，電報費，自其性質上言之，雖爲對於經濟的勞務之金錢上反對給付，與民法上之租金同其性質，然法律對於不繳納者，得爲行政上強制執行之手續，并認公法上之手續費。

C. 雖在單純的經濟價值之給付爲內容之法律關係，且法律上亦未明示公法的趣旨者，若爲國家或公共團體所特有之關係，非私人相互間之關係可比者，仍視爲公法關係。

其最顯著者：例如使用河川，道路，公園地，海面等公用物之權利，雖爲財產的權利，與私權之性質相同，但公用物之主要性質爲供公共之用，故不許存立於私權之上，惟得依據公權而成立耳。

關於市町村經營之事業，例如電車費，電燈費，公益當舖之利息，簡易宿舍之宿費，衛生試驗場之試驗費等，皆與民營事業同類，故可認爲民法上之費用；但例如自來水使用費，公共墓地使用費，則與私人營業不同，認爲公法上之使用費。

D. 公共團體與其屬員之關係，原則上準於國家與人民之關係。然公共團體除北海道，府縣，市町村及其他地方團體，水利組合，北海道堤工組合，耕地整理組合之外，殆不認支配權主體之地位，惟關於經濟上的活動，認

其有權利能力。其與屬員之關係，原則上屬於私法關係。例如公共組合，依其規約，向社員徵收經費，或對於社員科以過怠金時，除法律特示其為公法的趣旨外，應認為私法關係，自得以民事訴訟抗爭之。（但大審院之判例不取此見解）

且時有單一之法律關係，一部分為公法的，同時一部分為私法的。例如依健康保險法，保險人得向被保險人徵收保險費及其他費用之權利，為公法上之權利；被保險人得對於保險人請求保險給付之權利，則係私法上之權利。依電話法，對不繳納電話費者，電話局得依國稅滯納處分之例徵收之，即為公權處置；反之，使用電話之權利，則認為私法上之債權。雖純係經濟的內容之關係，但因公益上之理由，故於某程度，與私人相互間之關係異其處置也。

### 三 公法與私法之關係

公法與私法之關係，雖如右述，尤其在日本國法上，關於裁判管轄及強制執行手續，異其處置，故須嚴加區別。然二者在種種之關係上，常相接觸，相關聯，並非判然別離。就中尤於左列數點極為顯著：

（一）由公法行為形成私法關係。私法雖為私人相互間之法，然惟依國家之保護監督，始能確實其效果；有謂私法成立於公法之基礎上，故依公法行為關與私法關係，或承認之，保護之，乃至形成之，固不足怪。惟私法關係之保護監督，原則上，專屬於司法權之任務，不屬於行政權之範圍。通常以行政行為，無關於私法之關係云。例如，關於工業所有權之特殊私權，雖依行政行為關與其形成，然僅使性質上屬於私法之作用，歸之於行政官廳之權限而



已。

爲特別行政上之目的，特依行政行爲關與私法關係之形成者，亦復不鮮。如公用限制，公用徵收，土地整理，特許企業之收買，專賣貨物之收納，租稅滯納之處分，皆其顯著之例也。此等作用，將在各論中詳細說明，然皆爲基於行政上之必要，故對於私法上財產權，依行政行爲，加以變更，或對於財產權加以限制，或使之消滅，或設定新財產權，或以另一權利代替他之權利。其效果雖爲私法的，依司法關係形成之，然關於其成立之原因，則爲公法的，故由公法的行政行爲發生私法的效果。

在此情形，若自其效果觀之，其私法關係之爭執，雖屬於司法院之管轄；然因其效果乃直接由行政行爲而發生，若否定其效果，即爲否定行政行爲，從而其爭執，又有公法的事件之性質。

(二)爲私法法律行爲之成立要素或有效要件之公法行爲。私法上之法律行爲，原則上依當事人之意思表示而成立，固不待言，若法律行爲之成立，有關公益者，則須服從國家之監督，故由國家關與其成立。此種情形，私法上之法律行爲，須以公法的行爲爲其成立之要素，此其變態也。此種行爲，普通謂之司法權之作用，然因其有關行政上之利益，故以行政行爲關與之。

此種情形可分三種：(1)私法上之法律行爲，須得國家之認可，爲其效力發生之要件者，例如市町村發生公債，須經監督官署之許可；河川使用權，若未經行政官署之許可，則不得讓渡之。舉債行爲，讓渡行爲，雖係民法上之法律行爲，然欲其有效成立，則須國家之同意。其同意本身，有公法的行政行爲之性質。除外其本體之法律行爲，若

僅關於國家之認可，發生爭執時，固爲公法的事件；然其本體係私法上之法律行爲，其爭執屬於民事事件。若依民事訴訟，判決其法律行爲無效時，則行政官署之認可，亦因之無效。(2)司法上之法律行爲，有須國家之公證明，爲其效力發生之要件者。例如，礦業權之讓與，或抵押權之設定，自登記時起發生效力；電話使用權之讓與，依變更名義，發生轉讓效力。公證明與認可不同，非法律行爲之成立要素，法律行爲既依當事人之合意而成立，不過其效力繫於公證明。行政廳，對於當事人間之法律行爲與以公證明之後，亦受其拘束，法律行爲往後即發生效力。(3)私法上之法律行爲，依公法上之代理行爲行使者。例如，租稅滯納處分之拍賣處分是也。拍賣處分，係國家代表所有權人所爲之買賣契約；買賣行爲爲本身，雖爲私法上之法律行爲，然國家所以能代表所有權人，而爲其行爲者，乃基於公法上之代理權，故視爲代理行爲時，有公法上行爲之性質。例如，所有權人主張其拍賣處分爲違法者，其代理權是否正當，自爲公法的事件，然如拍賣處分，認爲違法而被撤銷；若拍定人主張其撤銷爲違法，則專爲買賣契約效力之爭，屬於民事事件。

(三)爲公法上義務之私法上法律行爲。私法上之法律行爲，有爲公法上之義務者，如命令其行爲或禁止其行爲是也。(1)關於前者，例如衆議院之候補員，當改充議員時，首須提存二千圓；或選舉時首須選舉事務長一人。雖基於公法上之義務，然其提存或選任本身，則係私法上之契約，其效力一依民法。(2)禁止其行爲者，例如，禁止槍炮火藥類之讓與，禁止未成年販賣酒類。此非否定法律行爲之效力，係事實上禁止該種行爲而已。

(四)適用私法原則之公法關係。民法及其他附屬法令，專爲關於私法關係之規定；對於公法關係，原則上不

適用，然公法關係與私法關係，並非全然異其性質，在種種方面，二者常有共通之性質。對於同樣性質之關係，依照同樣之原則，乃當然之條理也。關於公法關係，如無特別規定，可推定其適用民法上之原則者，亦復不少。

關於公法關係，適用民法最顯著者，即公法關係之內容，以財產的價值為主眼之情形也。財產上之關係，縱有公法的性質，然因財產關係與私法關係，既有共同之性質，從而在種種方面，二者常受同一原則之適用。就中，公權之內容，若為財產的價值者，雖常與私權混同，（大審院判例，以河川水利使用權為私權）然公法關係之權利，固為公權，而非私權；惟因其為財產上之權利，故與私法受同一原則之適用。

以財產的價值為內容之公法關係，受私法原則之適用者，得舉左列各點：（1）為民法上法律行為之標的者：公權若具有財產的性質，則無條件的或在一定限制下，得為民法上法律行為之標的。例如，河川使用權，公園地使用權，墓地使用權，公有水面設置免許權，特許企業經營權，俱得為買賣之目的。如土地使用權，雖不得單獨為讓與之標的，然隨其事業讓與，當然移轉於讓受人。其他公法的效果，雖嚴格的不認其為權利，然有財產的價值者，常為買賣契約之標的。例如，浴堂營業之免許，茶樓營業之免許是也。（2）為繼承或扣押之標的者：由於上述同樣之理由，得依契約移轉者，當然亦隨繼承而移轉，而債權人亦得扣押之。如官吏俸給之請求權，通常雖專屬於一身之權利，不得讓與，然官吏生存中應享有之俸給請求權，因其死亡當然移轉於繼承人，除俸給外，債權人得扣押之。（3）有時效之適用者：以金錢給付為內容之公法上的權利義務，會計法上有時效之規定。雖依會計法特別之規定，而不依照民法，然關於時效之中斷或停止，則依民法之規定。（4）權利之侵害，即構成民法上之侵權行為者：侵害權

利，係民法上侵權行為之原因，普通指私權之侵害而言；公權之侵害，雖原則上不為民法上之侵權行為，惟以財產的價值為內容之公權的侵害，則發生財產上之損害，故可視為私權。對此侵權行為，得依民事訴訟，請求其撤銷及損害賠償。例如，違法的扣押俸給者，得以民事訴訟請求其解除。公園地使用權者，對於他人違法妨害其使用時，得以民事訴訟請求排除之。(5)關於擔保原則之適用：公法上之金錢給付義務，法律上常有擔保之規定。尤其關於租稅，其適用最多。擔保者提存保證金或有價證券，保證契約，設定抵押權或質權，先取特權，或留置權等，皆適用民法上之原則。(6)第三人之代位履行：公法上之義務，普通雖不許代位履行，然以財產的價值為主眼者，尤其於金錢給付義務，并無須以義務人本身履行之必要的理由，故由第三人代為履行，亦能達其目的者，普通許其代位履行。如租稅之繳納，為其顯著之例也。

在不以財產的價值為內容之公法關係，原則上雖不適用私法上之原則，然公法關係既與私法關係，有共通之性質，且其法律關係之發生，變更及消滅之原因，亦因時之經過或其他事實，或意思表示，殆與私法關係相同。公法關係，因無如民法上一般的總則規定，故不外依條理而判斷。條理對於同樣性質之事件，自應適用同樣之法規，故基於公法關係之特別性質，除不能適用民法上原則者外，關於公法與私法相通之事項，法律若無特別規定，民法上之原則，亦能適用於公法關係。例如：(1)住所雖為公法上選舉權及市町村公民權之要件，或為納稅義務呈報義務等之標準，有重大關係；然設定住所，除公法上有特別規定，亦可適用民法之規定。(2)關於期間之計算法，除訴訟法外，若無特別規定，或特別習慣，須依民法之規定。(3)關於行政權之意思表示，若具有公之權威，則不

得與私人意思表示同一視之。故與民法之規定，異其原則。然例如，非對話人之意思表示，代理之效力，條件及期限等，則多依民法之原則，而類推適用之。

(五)公法關係與私法關係之轉換 公法上之權利義務，因某種法律原因，變更其性質，而為私法上之權利義務者。例如，以財產的價值為內容之公權或公義務，其內容固為私法上之權利義務，但須服從公法之規律，故原則上不適用私法之規定；但基於某種法律原因，使之服從私法之規律，則其性質已變更，而為私法上之權利義務矣。例如，河川法規定：河川之流水及其灘地不得為私權之標的。乃明示國家對於河川上之支配權，并非私權而係公權。然因河川流域之變更，廢止其公用，改為廢川時，前此對於其灘地之公法上支配權，已變為民法上之所有權。國家於其灘地上既有所有權，故得依民法而為管理及處分。依公用水面填埋法：受填設之免許者，即取得設置之權利。此權利雖存於公用水面之上，具有公權之性質；然設置完成而得竣工之認可時，即取得其土地上之完全所有權。此等情形，并非消滅其公法上之權利而設定私法上之新權利，乃同一之權利仍然繼續存在，不過適用另一種之法規而已。國家對於官吏負給付俸給之義務，雖為公法上之義務，然官吏因被債權人聲請扣押俸給時，國家對於債權人須負支付之義務，則係私法上之義務；在此情形，亦係公法上之義務，轉而為私法上之義務。

(六)公法與私法之結合 有時同一法規，有公法與私法之二重性質，或單一之權利，有公權與私權之二重性質。

同一法規，有公法與私法之二重性質者，尤於勞動法，少年法等區域，常見其例。例如工業勞動者最低年齡法

曰：未滿十四歲者，不得使用於工業；違者處以千元以下之罰金。此一方面，爲規定廠主之公法上義務，違者卽爲違反國家之義務，須受處罰，是最明瞭；他方面，又爲民法之特別法，凡使用未滿十四歲者於工業之僱傭契約，在民法上不得有效成立，當事人得以民事訴訟主張其契約無效。他如勞動者災害扶助法曰：勞動者在業務上負傷，罹於疾病或死亡時，廠主有扶助其本人或其遺族之義務。此種義務有二重性質：一方面，爲公法上之義務；他方面，爲對於勞動者或其遺族之義務。前者，依法律之規定對於違反者之罰則，卽可明瞭也；後者，因勞動者或其遺族對於廠主有請求權，亦可明瞭也。蓋在單純的私法關係，國家僅依司法權，待當事人起訴，始保護之；然對於強者，爲保護勞動者及少年之經濟上的弱者，僅以司法權之保護，恐難達其實效，故法律不以之爲私法關係，而認爲對於國家之公法上義務；不僅司法權，且進而以行政權保護之。

單一之權利，有公權與私權之二重性質者，尤於鑛業權及漁業權，常見其例。在以財產的價值爲內容之公權，法律僅認其爲對於國家權利之效力，無對抗第三人之物權的效力。俾給請求權，卹金恩俸請求權，亦爲對於國家之權利，非對於第三人之權利。惟關於鑛業權及漁業權，法律上特認爲物權，故準用民法上不動產物權之規定。此雖爲有對抗第三人之效力的私權，然在他方面，此實爲自國家傳受之權利，由國家發其權源，故有公權之性質。此卽單一之權利，爲公法與私法相結合者也。

#### 四 現行行政法之法源

所謂行政法之法源，卽規律行政權之組織及其作用準則之基礎法也。有各種形態之規定。其所謂行政法，非

關於各個具體的事件之法，乃指於同種類之事件，共通之一般法。若僅於各個具體的事件，為便宜之處置，對於一般的事件，不設共通之準則，則行政法無從成立。依現代之國法，關於行政之組織及作用，常規定一般的準則，至於各個具體的事件，須依此種準則而行，故行政法與刑法、私法、訴訟法等法系相併立，而同為國內法重要之一部。

關於現行行政法之法源，得特舉左列各種之原則：

(一)行政法之成文法主義 行政法之法源，亦與一般國法及國際法之法源相同，可分為制定法與非制定法或不文法。制定法者，謂依立法者之意思，以條文之形式可規定之法規也。非制定法者，謂不依立法者之意思，而依事實上之習慣或條理，與制定具有同等之效力。故非制定法，更得分為：習慣法及理法二種。就日本現代之行政法法源而言，亦採制定法之主義。即採用行政法之成文法主義是也。關於刑法，日本憲法明示：日本臣民，非依法律，不受處罰之原則，以明刑法之成文法主義。關於行政，憲法揭示：對於日本臣民，若不依照一般的法律，則不得侵害其自由及財產。亦即明示：國家依行政權，侵及臣民之自由及財產，須有成文法規之根據也。凡非直接影響臣民之權利義務之事件，固得依行政作用而為便宜之處置；但有關臣民之權利義務時，則不許行政機關自由之處置，須有成文法規之根據，始得為之。此乃憲法之所要求也。

雖然，關於行政法之成文法主義的原則，毋須解為如刑法上嚴格實行之程度。關於刑法，除成文法規之外，雖在任何情形，亦不得絕對科以刑罰，此原則早被確認。關於行政，因行政之目的極為紛歧，其成文法的制定，在今日尚難達健全之程度，若嚴格的適用成文法主義，則不免與行政之目的常相背反。固然，關於租稅法、兵役法及其他

行政之區域，在憲法制定前，已具有成文法規；即在憲法實施後，其規定更加有益，成文法主義之要求，雖可略告滿足；但例如水利法，溫泉法，港灣法，營業法，宗教法等之區域，法律規定并不完備。而在法律不具備之範圍內，固非全然不許行政權之活動。在如此區域，憲法之成文法主義之要求，勢難嚴格貫徹之。應解為依習慣與條理之所指示，故行政機關之權限，雖不依法律，但以有其必要者為限。

因此，行政法之法源，除制定法外，尚不能絕對的否定行政習慣法之成立。習慣法之成立，雖僅限於成文法規未制定之範圍內；然此非絕對的原則，即成文法規業已具備，亦有依習慣法補其缺漏，或修正之。何則，習慣法所以有法的效力，因在事實上，習慣本身有支配人心之力，此力非立法者之意思可能絕對抑壓之故也。行政習慣法，或依行政上的習慣而產生，是謂行政先例法。如府縣制市制及町村制各第二條規定：府縣市町村，除依成文之法例外，有依據「習慣」處理其團體之事務之權，是法律承認行政先例法之一例也。有依民間之習慣而產生者，是謂民衆的習慣法。就中，各地方灌溉，流水，航行，領用等之公水使用權，町村或某部落所有之山林牧場，住民有共同使用權，均係多年繼續而行之民間習慣也。市制（百十條）町村制（九十條）規定：「依從來之習慣」市町村住民中，特有使用市町村之財產或營造物之權利時，得依據其習慣是也。但行政習慣法之效力，非必以法律之明文承認為要件；習慣法恆依其自身之力，而有其效力者也。

就行政法之法源而言，制定法及習慣法之外，尚有理法云。理法者，基於社會正義及社會利益之要求的社會意識，在法律上必須如斯思維之謂也。肩負此種正義及利益者，第一為國家，因國家以權威所定之法，必然的適合



於社會的正義及社會的利益；至於成文法之明白的規定，欲以理法改變者，至少在現代的國家，對於國家權威之社會意識強盛時代，普通固不容許。然成文法之規定，非必無疑，亦難期決無缺漏。故在成文法規有解釋之餘地，或其規定有缺漏之情形，除有行政的習慣法之外，須以理法為其解釋之標準，或補充其缺漏。在此限度內，雖如刑法嚴格的實行成文法主義，理法亦為其重要之法源。況在今日之行政法，成文法規之缺漏，較之刑法更多；尤其貫通行政全部之總則的規定，尙付缺如，理法為其法源之價值，更大有裨益。

(二)行政法典之欠缺 關於行政法法源，其重要的特色，在於其無法典化。關於憲法，民法，商法，刑法，民事訴訟法，刑事訴訟法等國法之區域，皆有單一成文之法典，關於各個區域之國法全體，悉以有系統的規定為其主要的原則。反之，關於行政法，則無如此有系統的法典之存在，僅關於各種特別之事項，有無數散在的行政法規；貫通其全體之總則的規定，尙在全缺之狀態。蓋行政作用，其種類甚為複雜，其目的亦極紛歧，欲以有系統的成文法典之規定，在行政法學未臻充分發達的今日情勢，立法技術上之困難頗多。此固非以行政法之法典化，為全然不能之意。在最近德國諸邦中，雖有企圖其法典化者，但其成功，尙屬將來之問題。在日本，未嘗無此試圖，僅關於警察，如行政執行法；關於地方自治，如府縣制，市制町村制；關於公用徵收，如土地徵收法；關於租稅，如國稅徵收法；關於兵役，如兵役法等，故僅在行政上各種部門，稍設有系統的規定而已。

因行政法無法典化所生之結果，關於行政法學之研究，得舉下述重要之特色：(1)關於其編制，一般公認之方法，迄未樹立。在有統一的法典之法的區域，法典之編制，實為學術上研究之自然的標準，故學者概依其編制而

論述之；但行政法既無如此之法典，故對於行政法學之研究，學者各依其所信，而爲適宜之編制，其分類之標準亦不一致。普通雖分行政法之全體，爲總論與各論二部；然何者爲總論，何者爲各論，不僅無一定之標準，即關於各論中編制之方法，更不一致。(2)總則的研究，尤其一般行政行爲之通則的研究，首須明悉理法之重要是也。行政行爲係有公的權威之行爲，與民法上之法律行爲，其性質不同，從而關於法律行爲之民法原則，不許直接類推適用，關於行政行爲之成立要件，種類，及其無效撤銷等之通則的規定，既屬全缺，故悉待諸學者之研究。關於此點，行政法之理法的價值，尤爲重要。

行政法之法源，就其制定法規之種類而言，爲國內法者如左：

(1)日本憲法 雖主爲憲法之法源，然在規定行政之基礎原則之範圍內，同時又爲行政法之法源。

(2)憲法施行前所傳來之法令 憲法施行前之法令，不問其名稱爲何，除因後法而歸於消滅者外，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，有法律之效力。如改正時，亦須以法律爲之。

(3)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；反之，命令並不經其協贊者也。命令除緊急命令或有法律之特別委任外，不得與法律相抵觸，其抵觸者爲無效。命令中，因其發布之機關不同，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，支廳令更於北海道廳令下始有其效力。

(4)國際條約 其內容有關於國民之權利義務時，直接有爲國內法規之效力，從而亦爲行政法之法源。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，及電信條約等是也。

(5) 地方團體之自治法規。除國家之制定法規外，地方團體，在其自治權之範圍內，有制定於其地域內發生效力之法規之權。地方團體自治權，係法律所授與，其所訂自治法規，於法律之下有其效力，但不得與之抵觸。

(三) 殖民地行政法及地方的行政法。行政法之法源，又有內地法與殖民地法之別。惟關於行政組織，殖民地之行政組織，在為國家之行政機關之限度內，亦須依憲法第十條官制及任官大權之規定，此點雖與內地（日本本部——三島，對於殖民地而言）相通，然關於地方自治及行政作用，在朝鮮、臺灣、樺太、關東州及南洋羣島，則與內地之立法的權能不同。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。內地之法令，若特施行於殖民地時，兩者雖同為單一之法域，而有共通之國法，然除此特例外，各殖民地與各內地，則為相異之法域，互有不同之國法；尤其關於行政法，二者甚相懸殊。

殖民地行政法，與內地行政法之根本原則的差異，主在以下數點：(1) 行政組織之分離：內地之行政，係天皇下內閣及各部大臣，為其最高官廳而統轄之，但各殖民地之行政，則一般委任之於殖民地官廳，故內閣及各部大臣之權限，不直接及於殖民地；惟有監督權之主務大臣得監督之。(2) 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，一般不經議會之議決，依行政權行使為原則。此固非謂關於殖民地法，議會全無協贊之權。關於應施行於殖民地之法規，亦有經議會之協贊而定者，然與國內地不同，此手續非為憲法上之要件故也。惟例外的，同一之法律，同時施行於內地及殖民地者，以及須特經議會之協贊，始能施行

於殖民地之法律，而制定者外；原則上，在內地須以法律規定之事項，在殖民地亦得以命令規定之，非如憲法上所認之立法權與行政權相對立者也。(3) 不行政治主義：法治主義者，謂若不依據法律，則不許以行政權侵害人民之權利，限制人民之自由。此種原則，雖為日本憲法所認定，然在殖民地，則尚未見諸實行，其行政大抵為半專制的。故在殖民地，未設行政裁判制度，（僅在樺太，庫頁島）凡內地之法律勅令，以能實行於樺太之事件，得提起行政訴訟。對於違法之行政行為，人民無提起行政訴訟之權利。(4) 屬人法主義之盛行：在內地，原則上一切人民俱受同一法規之支配；但在殖民地，日本人與土著之人民，往往受不同法規之支配，其中如兵役義務，僅日本人負擔之，對於土人則不適用。

殖民地行政法，既與內地行政法，權力不同，內容不同，其與內地法之關係，殆在於類似外國法之地位。故本書所述，除關於行政組織之外，僅以內地之行政法為限，不及於殖民地法。

雖在內地之行政法，行政法之法源仍有一重要之特色，即關於細則，各地方多有不同之法規是也。憲法為根本大法，不待言矣，即在私法，訴訟法，刑法，（除外行政刑法）等之法域，除殖民地之外，皆依通行全國之統一的法規以規律之；但關於行政，即在內地，全國未必劃一，蓋各地方所特有者頗多。能通行全國而有效力者，僅為法律，勅令，閣令，及部令；但行政法規，除因上述中央之法令而規定者外，在其規定不完備之範圍內，則依北海道廳令，警察廳令，府縣令行之。而此等命令，僅於其管轄區域內有其效力。在市町村自治權之範圍內，各市町村亦得於其區域內，制定特別之行政法規。雖依中央法令之規定，然法令亦常由地方規定某種特例；即其施行細則，於中央命令下，

亦得以地方命令定之。有法律之委任時，在其所委任之限度內，自得以地方命令定之。基於上述種種原因，故行政法，在內地亦未必統一，而有若干地方行政法之存在。本書所述，惟限於通行全國的行政法，不及於一地方之特別法。

### 五 現行行政法之基礎原則

行政法，乃存於憲法之基礎上，憲法上之規律亦即行政法之基礎。日本憲法，雖經幾多之變遷，在近代最重要之變遷，得舉二種：（一）明治維新之改革，打破封建的武家政治之制，而樹立中央集權的直接君主政治。（二）依明治二十三年帝國憲法之施行，打破官僚的專制政治，而樹立立憲的法治政治。現行日本行政法，即立於此種基礎上，故現行行政法之基礎，得特舉左列之數項原則：

（一）中央集權與地方分權 帝國憲法第四條曰：「天皇為國家之元首，總攬統治權，依據憲法之條規而行使之。」此即明示日本憲法中央集權主義之原則也。總攬統治權云者，包含二種意義：（1）統治之權利，統一於國家是也。（2）行使國家一切權利之權能，統一於天皇之大權是也。前者為統治權利之統一；後者為統治權能之統一。統治權者，為以優越的意思支配他人之力也；而其權利有如此之力，在現代各國，惟限於國家有之，故非自國家所特與者，他人不得獨立的具有此種權利。他方面，如斯統一於國家的統治權，其行使之權能，一為天皇之大權所總攬；除基於大權之委任外，他人不得有行使統治之權能。此即日本憲法，關於行使統治權之權能，採統一的集權主義是也。

雖然，日本憲法之集權主義的原則，并非謂國家對於其他團體，在一定範圍分與統治權能，或依大權之委任，對於天皇下之行政機關分與統治之權能，皆一律否定之。謂統治之權利，統一於國家者，僅指非自國家所受與，他人不得獨立的保有其權利也。至於特以法律承認其團體，在一定限度內有統治權利者，并非反於憲法之原則。謂統治之權能，統一於皇權者，當然豫許其以某限度內之權能，得委任於行政機關也。何則，以一切政務俱待大權（天皇）直接之親裁，事實上不可能故也。

因此，日本憲法之中央集權主義，關於行政，殆非絕對的原則；在某程度之地方分權，自係憲法所容許。地方分權者，分權力於地方之意也，要分爲二種意義：（1）統治權利之分任。即謂限於國家下的團體，在某範圍內，有支配其地人民之權利是也。是謂自治制之地方分權。（2）統治權能之分任。即謂關於國家統治權之行使，支配某一地方人民之權能，在某範圍內，委任於管轄其地之行政機關是也。是謂官治制之地方分權。

上述二種意義之地方分權，同爲日本國法所承認。（1）自治制之分權，主依地方自治制度而行使。地方自治制，雖在本書第二章將有詳述；然其要點，乃認許國家下爲法人之地域團體，在國家監督下，就其固有事務而言，爲其地方住民之公共利益，有行使公之行政之權利；就其委任事務而言，即委任某種範圍之國家事務，使爲自己事務而行使之。地域團體之外，尚有爲特種目的所組織之組合團體，於其目的之範圍內，亦有行使公之行政之權利。是謂公共組合。其他，關於殖民地之行政，在南滿洲鐵路附屬地帶，委任南滿洲鐵路株式會社（股份公司）於其地域內有爲保育行政之權。滿鐵公司，固以營利爲目的之商事公司，非如公共團體，以圖公共利益爲其存立之目

的。其所行使之行政，雖為國家所命之委任事務。然於其委任之範圍內，自為行政權之主體也。此種情形，原屬於國家之統治權利，特使團體分任之。在此限度內，乃實行行政上之分權制也。(2) 依官治制之分權，在各殖民地尤為顯著。殖民地與公共團體不同，非法人也，從而無自治權。殖民地之統治權，雖係國家之權利，然其統治之權能，除特保留於天皇之親裁外，一般委任於殖民地官廳，中央政府僅監督其大體。故殖民地之行政，實係廣汎的官治的分權制也。關於內地之行政，則不然，無此種廣汎的地方分權。行政之各部，統轄於天皇下之中央各部大臣；地方官廳的權限，雖比較有限，然地方官廳，不僅執行中央之命令，在某範圍內，亦有依自己決定以行處理之權；在此限度內，地行政，亦為官治制之分權。

(二) 法治主義之原則 為現代行政法基礎的憲法之規律，最主要者，法治主義之原則也。法治主義之行政法上的意義，要而言之，行政須依據法律以行使也。日本憲法，關於司法權，特明言：「依法律行使之。」(第五七條) 關於行政權，雖未揭同樣之明文，然行政自不得與司法以不同之法律為標準，須遵從監督者之命令，又因較之司法，更有裁量公益之餘地，故行政亦須準據法律。憲法上第二章各條，認許日本臣民，若不依法律，則有不受侵害其自由與財產之權利，實係間接的明示行政須依據法律之原則也。

法治主義之原則，以立法權與行政權之分立為前提。行政機關，不得自行訂定行政根據之準則；其準則，須經議會決定之。行政須服從其準則者，乃法治主義之真諦也。換言之，所謂「依照法律之行政」，即謂準據形式意義的法律之行政之意；若行政權者，自行規定其行政上基準之法規，則有反於法治主義。惟日本憲法，容非嚴格的貫

澈此項主義；在一定範圍內，依行政機關之權限，亦得制定法規。緊急命令，固不待言，即獨立命令，執行命令及條約，俱得不經議會之議決，而在一定限度內，等於立法之作用也。在此限度，憲法上法治主義之原則，大受限制。日本憲法上，所謂「依法律之行政者」，應解為包含命令意義之法規之行政也，非必僅依嚴格的形式意義之法律也。

由法治主義之原則所生之結果：（1）行政作用，不得抵觸法規。不僅法律，即命令條約等等法規，亦有拘束行政權之力；行政機關自定之命令，除以同一形式之命令變更者外，行政作用，亦不得與之抵觸；若抵觸之，則對於人民為不法。（2）行政權若不根據法規，則不得對於人民命以義務，或侵害其權利。憲法第二章各條之人民權利的保障，雖僅以條文列舉其事項；然若解為限制的列舉，則為不當。其趣旨乃及於生活之一切方面，以保障臣民自由及權利之安全；若不依法律，則不得侵害之。刑法學者，雖稱刑罰須依法律之原則，乃「罪刑法定主義」之真精神；然在現代，此非刑罰所特有之原則，即在國家侵害人民自由及權利之一切場合，亦以為之。其同原則，故得謂為公法上權利義務之法定主義。（3）就其結果而言，依行政權之行為，設定人民之權利或免除其義務時，行政權自身亦因之而受拘束；若不根據法規，則以不得撤銷為原則。何則，在設定權利或免除義務之後，若行撤銷，不啻侵害權利，命以義務之行為故也。（4）對於人民純獲利益者，原則上屬於行政權之自由裁量，無須法規之根據，惟在具體情形，免除法規上一般所命之義務，則須有法規之根據。何則，法規對於人民一般所負之義務，行政機關必須執行之；除依法規特認有免除之權限外，若行政權任意的免除其義務，實係拒絕法規之執行故也。在私人相互間之關係，原則上，私人雖得任意拋棄其權利；然在國家與人民間之關係，國家權利之拋棄，僅得依立法行之，不屬於行政



權自由裁量之範圍。(5)因同樣之理由，依行政權爲特定人設定特權者，亦須根據法規。何則，各人惟得依法規之所定，享有權利；而法規對於各人，須平等的適用之故也。

爲確保法治主義之原則，行政作用，若違反法規，不可不有矯正之手段。法規，在多數情形，揭舉有「公益上之必要時，或有正當之理由時」之抽象條件，然現實情形，是否與之相當，一任行政機關之認定。在此場合，其認定是否正當，若無監督之機關，則行政機關之認定，無條件的發生效力；而法治主義之原則，殆無實效矣。行政裁判制度之設置，即所以完成此必要也，因之，行政作用違反法規時，人民有提起行政訴訟請求矯正之權利。惟行政訴訟之提起，非指行政作用違反法規之一切情形，皆得依法提起。關於不得提起行政訴訟之事項，人民所要求行政作用適法之權利，惟得依行政權之自制，始有其實效，故對於其違法之行政作用，人民無抗議之手段。

(三)自由主義之原則 自由主義者，謂無害於社會，且不侵害他人之權利及自由之範圍內，爲擔保社會生活上各人行動之自由，在原則上，雖國家之權力亦不得拘束之謂也。此種原則，在日本憲法上，未置明文，憲法僅保障：「臣民非依法律，其自由不受侵害。」故法律上究於如何程度，得拘束其自由，憲法上全無規定。然則，不得濫用國家之權力，以拘束應當尊重之個人自由，係現代立憲主義之基本思想之一也；故日本憲法，亦應採用此種思想。若不依法律，則不得拘束臣民之自由者，亦此思想爲其根底者也。

惟此原則，既未經憲法上明文之認定，尤於立法權，并無上層監督之權力，故此原則，無拘束立法權自身之力。法律對於個人自由，加以如何之拘束，僅有政策上不適當之非難，而非違反憲法也。

對於行政權則不然，上述原則，在法理上，應解爲有拘束行政作用之效力。於社會上無害或法律上無明白規定時，亦不得用國家之權力，以束縛個人之生活行動，此明爲現代法理所要求也。故在法律上雖任行政權自由裁量之情形，行政機關在裁量權之範圍內，尙受此原則之拘束。不必要的束縛個人之自由者，蓋爲違法的行政權之濫用。

(四)法律平等之原則 在封建時代的國家，固係階級的國家；但現代的國家，於君主之下，各人在法律上之平等，實爲國家組織之基礎。此項原則，憲法上亦無直接明文規定。憲法（十九條）雖僅明示：關於國家之公務，各人有均等的權利能力之原則；然憲法特明示者，因公務之權利，爲臣民之主要公權；且平等之原則，有最易破壞之虞也。其他一般的公權，各人有法律上平等之權利能力，是不待言。

然則此種原則，并非絕對的原則。例如因男女之性別，其參政權能力及兵役能力之不平等；因受刑罰，停止或剝奪其參政權能力，爲其當然之例外。法律規定此等例外，初非違反憲法也。惟除外法律上之特別規定，行政權在同樣之事情下，對於各人須爲同樣之待遇。若對於某人拒絕法律之適用，與以不平等的義務，俱爲違法也。

(五)財產私有之原則 在封建時代，土地爲經濟力最主要之要素，多爲將軍或領主所領有。統治權乃基於土地之領有權；但在現代的國家，統治權與財產權截然分離，財產權一任人民之私有，關於財產之交易，亦一任私人自由之契約。此係現代之社會經濟組織之基礎，在經濟上意義之所謂資本主義，卽此意也。若自法律上言之，卽財產私有之原則也。憲法謂（二七條）『日本臣民之所有權不受侵害』卽明示此原則者也。憲法上雖僅明示

「所有權不可侵」之原則，然財產私有之原則，非僅如此；財產上之行爲，即取得、管理、處分財產之行爲，原則上亦一任私人之自由，不受國家權力之拘束。財產私有之原則，同時又包含「職業自由」之原則及「交易自由」之原則。各人得任意選擇其職業，及自由爲各種營業，又關於財產權，得爲任意之交易，故自由締結契約之原則，與財產不可侵之原則，相并而爲資本主義經濟之法律的基礎。

對於此原則，亦得以法律，加以種種限制。於社會上有害之行爲，雖得依行政機關之命令以限制之；然限於爲維持社會秩序之所許者。至於沒收經濟生活上之財產，剝奪職業之自由，拘束交易之自由，除以法律所定之特例外，不得以行政權爲之。

### 第三節 公法關係

行政法學，除行政組織法外，以行政權主體的國家與人民間之關係，爲其研究之主題。法律關係者，謂互相對立之二權利主體者間，一方對於他方享有某權利，他方對之負有義務之關係也。法有公法與私法之區別，法律關係，亦有公法關係與私法關係之別。行政法既爲公法，行政法學所論述之法律關係，亦專爲公法關係也。

#### 一 公法關係之性質

(一) 私法關係，原則上，係立於對等地位之私人相互間之法律關係；但公法關係，除國際法上之關係外，一般爲團體與其構成份子間之法律關係，非對等者間之關係也。雖在私法關係，公司法及其他法人法，亦係規律團體

與其社員之關係，此點雖與公法關係之性質相類似；然除外此等法人法，私法概以個人法爲其特質，但公法主要之特色，爲團體法；故公法關係與對等者相互間之私法關係，其性質顯然不同。

公法關係，爲不對等者間之關係，是否爲相互的享有權利負擔義務之關係，不無疑問。何則，權利觀念之要素，謂有拘束他方之力也，無論何時，不得依一方的意思表示，破壞地方之權利；而國家與人民之關係，國家得依其立法，隨時破壞人民之權利；如此者，尙得謂有權利之性質耶？故不無疑問。實際上，公法學者，往往以公法關係爲絕對權力服從之關係，故亦有否認其權利義務之關係。此種思想，若僅以國家爲立法權之主體而觀察之，固有相當之理由，因立法權者，即國家在法律上，得隨時改廢法律，人民不得對之主張權利故也。雖然，國家一方面爲立法權之主體，在法律上制定法律；他方面又爲行政權之主體，在法律下受其拘束。國家一切之立法，有規律人民同時規律國家自身之力。國家制定法律後，國家自身亦受其拘束；在法律未改變前，固得依之行使統治權，但不得依其一方的意思表示而破壞之。統治權之活動，因有如斯之限制，故人民對於國家亦有權利。人民對於國家若無權利可言，其結果私權亦不得存立矣。何則，私權須依國家之保護，始能有其效果；若人民無請求國家保護之權利，則私權已失其存立之基礎，從而亦無權利之效果故也。

總之，公法關係亦爲權利義務之關係，國家與人民同受法律之規律，相互的享有權利負擔義務，故與私法關係無異也。

惟公法爲團體法，且公法關係，乃國家以統治權者對於人民所發生之結果，故於左列各點，與私法關係有不

同之特色。

(1) 在公法關係，國家之意思有公定力；其行為，在未依正當之權威撤銷，或確認其為無效之前，常受適法之推定，人民自不得否認其效力。國家固受法規之拘束，僅得依據法規，對於人民主張權利；然其是否適合於法規，國家自有認定之權，不得以人民之意思，推翻其認定；人民惟得依法定的爭訟手段，以抗爭之。若不許為爭訟時，則人民之權利，惟依行政權之自制，而被保護；故其權利之效果，難期確實。例如新聞紙法規規定，新聞紙之掲載事項，若有妨害安寧秩序或風俗時，內務大臣得禁止其發賣公布。其禁止之權能，惟在此限度內，而被認許；若不相當於此等條件，禁止其發賣公布者，則為法律所不許；然其條件是否相當，內務大臣有自行認定之權。受禁止者，全無抗爭之手段，其禁止，縱令違反法律，仍有絕對之效力。若內務大臣不憚濫用其權力，則事實上，已與無條件之發行禁止權，有同樣之結果矣。

(2) 關於公法關係之爭執，除法律定有特例外，概不歸司法法院審理。惟公法關係絕對無效時，僅為民事訴訟之先決問題而審理之，確認其為無效。除此情形外，關於公法關係之爭執，專屬於行政權自身之審理。使人民以某種事件為限，有要求其審理之權利。如請願，訴願，聲明異議，及行政訴訟是也。在不許為此等爭訴手段之事件，人民已全無抗爭之方法。

(3) 在公法上關係，人民不履行其義務時，行政機關有以行政上之手段，強制執行其義務之權。是謂行政上之強制執行。故與私法關係不同，不用民事訴訟法上強制執行之手段。關於行政上之強制執行，容於本章第六節

論之。

(4)公法關係，乃團體與其份子間之關係，非如私法關係，利害相反者間之關係。在個人法（私法）各個人，在原則上，認為利害相反者，從而私法關係中之權利人與義務人，視為相反對之利益者；但在團體法，團體與其構成份子有共同之利害關係，國家之利益，畢竟歸於國民之利益；國民之利益，同時亦即國家之利益。故公法關係中之權利人與義務人，非互有反對之利益者。所謂權利義務，僅言其直接主要之目的耳；雖為國家之權利，并非僅為國家之利益，同時亦為義務人之利益。臣民之權利，亦非僅為個人的利益，同時不可不為國家的利益。故在公法關係，權利與義務常相結合，權利同時有義務之性質者甚多。

(二)公法關係之典型，雖為國家與人民間之關係；然行政權之主體，除國家外，尚有公共團體，且私人亦有受任行政事務，或受有國家公權者，故公法關係，在此等私人與其他權利主體之間，亦得成立也。

公共團體，在下列場合，立於公法關係：(1)對於國家之關係。公共團體係被監督者，須服從國家之特別監督，此種關係屬於公法，自不待言。但公共團體，係為國家之目的而存在之團體，與私法人之性質不同。關於此點，後當詳述。(2)對於其他公共團體及一般人民之關係。此種關係，與公法關係不同，有對等者間之法律關係之特色。若僅以經濟的價值為內容之關係，則有私法關係之性質；然關於公之行政執行者，則不可不認為公法關係。在對等者相互間之關係，其一方的意思，對於他方并無公定力；若雙方之意思衝突時，須待國家之裁定。公法上之事件，固不屬於司法院之審理，除法律特認其出訴於行政法院之案情外，雙方僅得聲請共同之監督官廳，裁決其紛爭。

(3) 與其所屬人民之關係。此種關係，雖不得準於國家與人民間之關係；惟公共團體較之統治團體，寧謂以經濟的活動為其主要之權能；從而與其所屬人民之關係，殆為私法的關係，比之國家與人民間所發生者更多。尤於公共組合，除水利組合，北海道士工組合之外，對於其組合員之關係，概為私法關係；關於此點，殆與私法人大有差別。

(三) 關於國家或公共團體與其所屬人民間之公法關係，得區別二種：一般統治關係及公法上之特別權力關係。一般統治關係者，謂國家或公共團體立於一般統治權主體之地位，對於人民之關係也。此種關係，國家或公共團體之權利，乃基於一般統治權而產生。如警察權，財政權，軍政權，法政權，及公用負擔權等，皆為基於國家統治權之權利；蓋因一般人民，有服從其統治權之義務，當然立於為其對象之地位也。所謂公法上之特別權力關係者，謂非基於一般統治權所發生之關係，而係基於契約及其他特別之法律原因，或為國家公共團體與他人間所發生之法律關係而為不對等者之關係也。關於特別權力關係，當別有論述。

## 二 公權

權利云者，謂於法律上有權威，且被保護之意思之力，而認為得對於他人主張自己之利益；故以意思與利益為其觀念之要素也。若不認為自己之利益者，則不得謂為權利；若不認依自己（或代理人）之意思，得主張其利益之力者，亦不得謂為權利。法為保護個人或團體之利益，凡使之為自己利益，得以權威主張之者，即個人或團體因之享有權利者也。

關於公法關係之權利，謂之公權。但須區別：國家的公權與個人的公權。國家的公權者，有為支配者權利之特

色，原則上得以強力強制之。個人的公權者，謂對於支配者之權利，僅得依支配者之保護，而全其效果也。

(一)國家的公權 國家對於領土內之一切人民及對於領土外之本國臣民，於國際法之限制內，有包括的支配權。在此地位之國家，僅得視為一般統治權之主體，不得視為個個權利之主體。但在法規下所規律之國家，僅得於法規所認之範圍內，對於人民主張權利，從而國家又視為個個權利之主體。

國家對於人民之權利，依其目的之不同，得分為下列各種：(1)組織權，(2)警察權，(3)公用負擔權，(4)軍政權，(5)財政權，(6)法政權，(7)刑罰權等。最後二者屬於司法權，其他屬於行政權。其性質已於上述行政作用之種類中論之。

若自其內容觀之，則國家之權利，得分為四種：(1)下命權，(2)強制權，(3)形成權，(4)公法上之物權。分述如下：(1)所謂下命權者，謂對於人民命以特定作為，不作為或給付之權利也。若以請求某事為內容者，則與私法上之債權相等；其內容若以財產的價值為主眼之情形，其性質為最酷似。在種種方面，雖與私權適用同一之原則，已如前述；然其請求，具有強制力，若義務人不遵從時，得自以強力強制其履行，故又與私法上之債權不同。(2)所謂強制權，謂以強力，在事實上，加侵害於身體或財產之權利。如逮捕、監督、侵入家宅、搜索家宅、財產扣押、財產之使用或處分等是也。在私法上，若有緊急之情形，除正當防衛外，不許加事實上之侵害於他人之身體或財產；但在公法上，國家於一定條件下，得依正當權利之強力，以行強制手段，是為國家的公權最主要之特色。(3)所謂形成權，謂形成其法律關係或關與其形成之權利。其內容非僅以請求作為或不作為，乃以設定、變更或消滅權利，確認法



律關係或公證明等法律上之力之形成，為其內容。(4)所謂公法上之物權，謂附着於有體物而成立之絕對權。物權之觀念，雖主為私法所承認，然非私法所特有，故為公法與私法所共通。公法上之物權，其內容相當於所有權者，如國家對於海面及河川所有之權利屬之。是謂公法上之所有權或公有權。其內容，雖以物之包括的支配，類似所有權；惟其支配，因不受私法之規律，專屬於公法的，又與私法上之所有權不同。其相當於地上權或地役權者，例如在他人所有地上，用為公之道路而管理之權利。是謂公法上之地役權或公用地役。亦有相當於擔保物權者，例如租稅擔保之先取特權，留置權，是謂公法上之擔保物權。

國家的公權，雖僅屬於國家之權利，然國家在一定範圍內，得付與於公共團體或他人；在此情形，他人亦得為國家的公權之主體，已於前述。

(二)個人的公權 各人(自然人之外，包含法人；臣民之外，包含在帝國內之外國人)對於國家(包含公共團體及其他為國家的公權之主體者)所得主張之公法上權利，若自其內容觀之，得分為三種：(1)參政權，(2)受益權，(3)自由權。

(1)參政權者，以得參加於國家公務為內容之權利也。參政權在行政法上之關係，例如官吏，公吏及其他擔任公務者，關於其身分及職務所有之權利；市町村公民得參加市町村選舉之權利；市町村會議員，府縣會議員等得參加市町村府縣公務之權利是也。一方面，雖認其為義務，然在他方面，其得參加公務，亦同時認為其利益，故有權利之性質。

(2) 受益權者，以由國家受積極的利益為內容之權利也。依國家之公益的實施，一般人民所享受之利益，不過為法之反射，並非權利。然國家為公益，同時亦認個人的利益；個人為自己利益，得對於國家請求積極的某事之場合，則個人對於國家，已立於得主張自己權利之地位。

受益權於行政法上之關係，常為對於行政權之作用，其內容更得分為下列數種：A. 要求特定行政行為之權利。例如受許可之權利，請求特許之權利，請求行政上登記之權利，受公共考試之權利，請求公文書之閱覽，或請求交下謄本之權利是也。聲明異議權，訴願權，請求裁決權，行政訴訟權等，其內容亦係請求決定，裁決或判決者，故屬於同一之例。至於請願權，雖僅得請求受理；然受理，亦為一行政行為，可同等列於此等權利中。B. 營造物利用權。例如在學校之學生，入感化院之院生，依學校或感化院所定之規則，有受教育之權利；被收容於傳染病院者，有受診療之權利。公營造物之利用，許一般人民自由利用時，其利用僅係法之反射，非為權利之內容；然基於特別之法律原因，對於特定人容許營造物之利用，或強制其利用之情形，因之，該特定人已有利用之權利。但其權利，在多數情形，僅以經濟的役務為內容，故以私權看待之，如電話用戶之權利，火車搭客之權利，郵政儲金人之權利，皆其例也。認其為公權者，因其關係非僅為單純之經濟的任務也。C. 公物使用權。例如為電力用，灌溉用，水車用，流木材用等，使用公共河川之流水或其灘地之權利；為敷設軌道，建設電柱，埋設瓦斯管及水道鐵管等，使用公共通路之權利是也。公園地使用權，公共墓地使用權，屠場使用權等亦同。雖為公物之使用，如道路之通行，公園地之散步，均係公眾之自由使用者，其使用非為權利；若基於特別之法律原因，特使特定人得利用之情形，則為權利。D. 公法上之金

錢請求權。例如受俸給，退隱金，歲費，旅費等之權利是也。對於國家請求金錢給付之權利，最酷似私法上之債權。且公法上之榮譽權。例如保有爵位，勳章，褒章，學位等之權利是也。榮譽權之內容，在於佩用勳章記章，稱其稱號等，得為與其榮譽相當之行爲。

(3)自由權者，要求國家，不得違法侵害個人之自然的自由或權利之權利也。并無積極的內容，僅為消極的拒絕國家違法之權力行使而已，故與他之一切權利，有不同之特色。自由權，更得分為狹義自由權及不可侵權二種。前者，不能違法的侵害其天然自由之權利；後者，不能違法的侵害其權利之權利。普通總括於憲法上自由權之保障，所謂臣民「自由及財產」不可侵之權利，即包含此二種也。其所謂財產，不外指一切權利之意。然若正確言之，不能違法侵害其權利者，乃隨一切權利當然之效果，不得視為別個獨立之權利。例如憲法上，雖規定所有權不可侵，然所有權以外，就別個權利而言，則無所有權不可侵之權利。所有權自身之效果，國家僅受不得違法侵害之拘束。此非以所有權為限，他如債權，親屬權，戶主權，繼承權，著作權，工業所有權，及其他苟為權利而被保護者，國家均不得違法侵害，是其當然之效果也。在此意義上之一切私權，一面又包含公權之要素。人民對於國家，為對抗其私權，有要求不受違法侵害之權利。因私權之效果，包含此種公權之要素，故通常從私權一般的效果中，分離其公權之要素，而使之歸於自由權中。在嚴格的意義上，自不得視為別個之權利。

若正確言之，自由權者，應解為僅指不可違法侵害其天然自由之權利也。惟在此種情形，其積極的內容，例如居住移轉之自由，身體之自由，職業之自由，信教之自由，學問之自由，交易之自由，言論之自由，集會結社之自由等，

皆爲各人當然所保有之自由，既無法律上之關係，固非爲權利之內容；惟因國家既不得違法侵害，故得謂爲獨立之權利。一般的權利，俱有積極的內容；他人之不可侵，僅爲附隨的效果。但自由權，非積極的得爲某事之權利，惟得主張不受違法之侵害，乃有權利之性質而已。

(三)個人的公權之保護 個人的公權既爲權利，則應受國家之保護固不待言，但法律保護之程度依權利之種類而不同。

(1)若自保護之法律的根據言之，則保護最強者，爲依憲法所認之權利，受法官裁判之權利，及信教之自由是也。日本憲法，只規定關於臣民權利之保障，非依法律，不得侵害其自由及財產；但未規定在如何限度內，臣民有不受侵害之權利，概讓之於法律之另定。惟關於受裁判之權利及信教之自由，憲法業已規定其爲權利。依憲法所定之權利，雖法律亦不得侵害之。在此限度內，雖對於立法權，臣民亦得主張其權利。保護之程度較次者，依法律所規定之權利是也。依法律所規定之權利者，惟得依法律而活動，不得以命令侵犯之。即依習慣法所成立之權利，亦應同一視之。命令中有勅令、部令、府縣令等，其效力之等級不同，不得以下級之命令破壞上級之命令。依規定其權利之命令不同，故權利之效力，自亦發生差等。試舉一例以明之：退官者或其遺族之恩俸權，係法律所付與之權利；自得依法律而爲俸給之減額，有俸給權者，對於立法權固不得主張其權利不可侵；但對於行政權則有主張其不可侵之權利。但官吏之俸給權，係依勅令所規定，因勅令之修改而減俸者，不得謂爲違法侵害其權利。

(2)若自保護之手段言之，則個人的公權得分三種：A.依行政訴訟請求裁判上保護之權利；B.依訴願及聲

明異議，請求行政上保護之權利；C. 不依上述方法請求保護之權利是也。在最後場合，亦非全然不受國家之保護。一任義務者自身之意思，在義務者地位之立法權者或行政權者，自不得違法行之。若非違法，則受其確定之人民，即無主張其為違法之法律上手段也。例如，依憲法所規定之權利，不得以法律侵害之；然憲法的規定是否正當，一任立法權者自身之判斷。縱令制定不當之法律，除立法權者自行修改外，則無任何可矯正之手段。推事依法院組織法之保障，有非依法律則不受減俸之權利；從而不依勅令削減推事之俸給，雖係違法；若有如此勅令，則官吏關於俸給全無訴權，故無從訴其為違法。

(四)公權之移轉性 所謂權利之移轉，謂權利依法律之力或依權利人之意思，以同一內容變更其主體，而法律上視為同一權利之繼續也。私權之內容，一般為經濟的價值之給付；而經濟的價值之給付，雖任何人為之，通常亦不影響義務人之利害，故私權在原則上，得行移轉。但公權於多數情形，着重其主體，從而為專屬於一身之權利，不得轉移。常依法規之明示，不許其移轉，亦有認為權利性質上，當然專屬於一身者。

然此種原則，非必為絕對的；無論為國家的公權或個人的公權，在無條件或一定條件下，有認其移轉性者也。公權之移轉，得分為三種：(1)包括的移轉，(2)隨物的移轉，(3)個別的移轉。

(1)包括的移轉者，謂屬於一主體之一切權利義務，除性質上不許移轉者外，包括的移轉於他主體者也。

關於國家的公權包括的轉移者，惟在公共團體消滅之場合，其一切權利義務，依法移轉於其他公共團體或國家行之。如市町村，水利組合等之廢置分合，耕地整理組合之合併等，是其最著之例。新設立之團體，或合併後存

續之團體，乃承繼已消滅團體之一切權利義務。其他若依耕地整理法之規定，依耕地整理組合之耕地整理事業，至得依市町村或水利組合施行時，則由市町村或水利組合繼承其事業，此時耕地整理組合解散，關於其事業之一切權利義務，移轉於其承繼者。（三八條、五三條）在變更耕地整理組合為普通水利組合之情形，耕地整理組合解散後之一切權利義務，移轉於普通水利組合。若依健康保險法，則健康保險組合解散時，其一切權利義務移轉於國家。（四十條）此皆包括的移轉之例也。

個人的公權之包括的移轉，得發生於繼承或公司合併之情形。在繼承之情形，被繼承人之權利義務，除專屬其一身者外，公法上之權利義務，亦與私法上之權利義務同由繼承人承繼之。公法上之權利義務中，須區別專屬於一身者，與得為繼承之標的者。俱依法令之規定，或權利之性質而定。除法令有特別規定者外，得為繼承標的之公權，主以經濟的價值為其內容。例如公物使用權。又如請求行政行為之權利，若其行政行為之目的，為經濟的價值之給付；從而該行政行為之效果，其自身得被繼承時，亦同樣得為承繼之標的。例如欲依訴願或行政訴訟請求保護之權利或利益，可得繼承時，則繼承人得同樣承繼之是也。若公權不以經濟的價值為主眼者，一般雖不得為承繼之標的；惟關於公法上榮譽權中「爵」之權利，由男繼承人承繼之。繼承人之襲爵，雖須勅許，然襲爵之勅許，僅為承認其繼承適法之行為，並非授與新爵之行為。除公權得為繼承之標的之外，凡嚴格的無權利性質之公法上利益，其利益之內容，主為經濟的價值時，亦得為承繼之標的。例如多數情形之營業免許是也。在公司合併之情形，與繼承之情形不同，應認為專屬於公司一身之權利，性質上已不存在，其一切權利義務，歸屬於合併後存續之公

司。

(2) 隨物的移轉者，謂關於特定事業或物而存在之權利或法律上利益，隨其事業或物而移轉於其讓受人之謂也。權利或利益，不得獨立為讓與之目的；隨其事業或物而存在之權利或利益，亦隨之歸屬於讓受人。例如，若依土地徵收法（三條）開辦者之權利義務與其事業，同時移轉於其繼承人。即為特定事業，開始徵收手續後，又讓與其事業於第三人時，開辦者之一切權利義務，當然歸屬於其讓受人。營業免許及其他警察上之許可，並非設定權利之行為。受許可者雖不依之取得權利，然其許可，為關於事業或物者，且不置重於個人之主觀的事情者，若轉讓其事業或物時，則其許可之效果，通常亦移轉於讓受人。

(3) 個別的移轉者，謂以特定之權利，依當事人之契約，債權人之扣押，抵押權之實行，或依拍賣移轉於他人之謂也。公權得為個別的移轉之標的者，專限於以經濟的價值為主眼之權利。公權之內容，若類似私法上之財產權時，關於其移轉，與私權適用同一之原則。例如公物使用權，公企業經營權，其權利之內容，俱為要求經濟的價值之行政行為是也。許其個別的移轉者，雖以得為繼承標的之權利為限，然得為繼承目的之權利，亦非當然的俱為個別的轉移之標的。關於繼承，就全人格之承繼而言，除嚴格的專屬一身者外，發生一切權利義務之承繼；然移轉個個之權利於第三人，則有限制。雖得為繼承目的之權利，惟其個別的移轉，有全不許可者。例如，保有爵位之權利，須有行政官廳之認可或許可是也。即在此種情形，其認可許可，有為發生讓與效力之要件；或於其效力雖無關係，惟未受許可，則有不得讓與之義務，皆因情形而不同也。

(五)公權之拋棄 所謂權利之拋棄，即依權利人之單方意思表示，以使權利消滅之謂也。私權在原則上，權利人爲自身之利益，或其消滅無害公益或他人利益之虞者，其拋棄爲其自由；但公權一般不僞爲權利人自身之利益，國家的公權同時亦爲國民之利益而存在，個人的公權同時亦爲國家的公益而存在，故原則上不許其拋棄；縱令爲拋棄之意思表示，亦屬無效。

權利之拋棄與權利不行使不同。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。此種個個權能，除其權利之行使，爲法律上之義務者外，雖不行使，亦無妨礙。其不行使之結果，常因時效，發生權利之消滅。例如恩俸權，自發生恩俸事由後七年內，因不請求裁定而消滅。然此係因時效而消滅，非因拋棄而消滅也。未達時效年限時，雖爲拋棄之意思表示，俸給權亦不因之喪失。他如訴願權，行政訴訟權，雖得自由撤回其訴；然其撤回，固非權利之消滅，在法定期間內，更得起訴也。縱令對於行政官廳之處分，表示服從之意思，亦不因之喪失訴權。

惟例外的，法律有許其拋棄公權者。尤於經濟上之利益爲然。例如帝國議會之議員，得辭其歲費。官吏受旅費之權利，亦得拋棄之。

### 三 公義務

所謂義務者，爲他人利益之法律上意思之拘束也。法爲社會公共之利益，或爲特定個人或團體之利益，命以行爲或不行爲者，其命爲某事或不爲某事之拘束，即義務也。若自其內容言之，義務得分爲：作爲，不作爲，給付及忍



受四種。作爲義務者，謂應爲某事之義務；不作爲義務者，謂不爲某事之義務；給付義務者，謂交付金錢或物品之義務；忍受義務者，謂由他人對於其自由或財產，加以事實上之侵害，不得抵抗之義務也。

公法關係上之義務，是謂公義務。在公法關係，國家與人民同爲公權之主體，故雙方同爲公義務之主體。對於個人的公權，發生國家之公義務；對於國家之公權，發生個人之公義務。國家對於人民，得爲法律上義務之主體者，蓋因國家受法規之規律所生之當然事理也。然國家所負之公義務，在某一點，又與個人之公義務，顯然異其效果，即無強制執行之手段是也。個人之公義務，在不履行之場合，常得以國家之權力，而爲強制執行；但關於國家之公義務，人民則無如此強制執行之手段。例如，人民有要求許可及其他特定行政行爲之權利，而在行政廳違法拒絕時，權利人雖得以行政訴訟主張其權利，縱令行政訴訟之結果爲勝訴，行政廳應爲特定行政行爲之義務，固已確定；然行政廳若不遵從其判決，仍不爲其行政行爲時，人民並無任何強制其履行之法律上手段。故公法上之國家的義務，結局只有推定行政廳非故意違反義務之下，始得期其效果之確實。

一切公義務皆與公權相對應，故公義務亦得與公權同樣的分其種類。國家對於人民所負之義務，得舉下列數種：(一)對於自由權，有不得違法侵害之義務；(二)對於要求行政行爲之權利，有應爲其行政行爲之義務；(三)對於營造物利用權，有提供一定役務之義務；(四)對於公法上之金錢請求權，負公法上之金錢債務；(五)對於公物使用權，公法上之榮譽權以及參政權，負承認其權利而不得違法損害之義務。人民對於國家所負之義務，得舉七種：(1)參政之義務，市町村公民擔任名譽職之義務，作陪審員之義務，擔任官吏公吏議員等公務之義務；(2)

警察義務；(3)公用負擔之義務；(4)兵役及軍事負擔之義務；(5)納稅及專賣法上之義務；(6)服從民事裁判及民事上命令之義務；(7)服從刑罰權之義務。

關於公義務，能否移轉於他人之問題，是與前述公權之移轉適用同一之原則。公義務，在原則上，亦係專屬一身者，他人不得繼承之；然義務之內容，若為金錢及其他經濟的價值之給付時，亦可發生公義務之移轉，是與公權相同。其移轉亦有(一)包括的移轉，(二)隨物的移轉，(三)個別的移轉之三種情形，亦與公權相同。

#### 四 公法上之特別權力關係

特別之權力關係者，謂基於特別之法律原因，當事人之一方對於他方，在一定範圍內，有命令強制之權利，而他方則有服從之義務，此二主體間之法律關係也。在民法上之契約關係，債權人依契約之所定，僅有要求特定行為不行為之權利。但在特別權力關係，權利人不僅有要求特定的行為或不行為之權力，且於一定範圍內，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為之權力。雖因契約而發生時，然其契約亦非單純的債權契約，乃包括的服從契約。蓋當事人在一定之限度內，并承諾服從他方之權力，不僅承諾特定之行為或不行為之義務而已。故謂之權力關係。權力關係而曰特別者，蓋所以明示其與一般統治關係有別也。

(一)特別之權力關係，非必為公法之所特有。雖在私法關係，如親權人與子之關係，戶主與家族之關係，皆屬此例。又如工業或鑛業勞動者之雇傭關係，亦有同一之性質。然其主要之實例，多存於公法關係。其重要之實例，得舉左列各種。

(1) 公法上之勤務關係 即謂特定人，基於特別之法律原因，為國家或公共團體，負擔包括的勤務義務之關係也。若以民法上之關係比之，最酷似雇傭關係，但非僅如雇傭關係，只給付經濟的意義之勞務，且隨有倫理性質之忠實從順之義務，是其不同之處也。又非如委任關係，僅委任其特定範圍內之事務，此係不限定事務之數量，負包括的勤務之義務關係；故與委員之公法上委任關係不同。公法上之勤務關係，并非一般人民同須負擔之，乃基於特別之法律原因所設定。其法律原因，得分三種：A. 基於公法上之契約者。例如一般官吏及有俸公吏是也。對於任何人，皆不得反於其本人意思，而強制其充任官吏；僅得依任意之承諾，而任命其為官吏。即官吏乃基於合意之公法上之勤務關係也。府縣市町村之有俸吏員亦同。B. 基於有承諾義務之公法上契約者。例如市町村之名譽職吏員是也。在基於合意而成立者，普通雖與官吏之關係相同，惟其合意，并非完全依憑自己之意思；即其意思之自由，已為法律所拘束，若無正當之理由，則負不得拒辭之義務，即附義務之合意關係也。C. 依國家之單方意思。例如現役兵及戰時事變之際所召集之兵是也。全然不須本人之承諾，亦不問其意思如何，僅依國家之單方意思，使其編入軍隊，負擔公法上之勤務關係。

(2) 公法上之營造物利用關係 關於公共營造物，其對於人民所提供之役務，非僅為單純經濟的役務；在有教育感化等倫理性質時，例如學校之學生或感化院之院生，於教育或感化之目的所必要之限度內，有服從學校或感化院管理人之命令懲戒之義務，亦即一種特別權力關係也。

(3) 公法上之特別監督關係 即謂個人或團體與國家間，因立於特別之法律關係，關於其生活行動，須服

從國家之特別監督之關係也。與特別之監督，須加區別者，即基於國家一般統治權之民事上監督與警察上監督二種。此等監督，雖任何人亦要服從，而非與國家間有特別之關係也。但特別監督之關係，與此不同；或因其為國家之目的而設立之團體，或因有國家的公權之授與，或因受任國家之事務，或因受國家之特別保護，與國家立於特別之法律關係，從而關於其行動，須服從一般人所不受之特別監督。如公共團體，特許企業者，行政事務之受任者，保險公司及保護宗派等，即其例也。

(二)公法上之特別權力關係，關於其發生之原因，有基於合意者，有基於法律之規定者。

其基於合意者，謂由當事人任意之承諾，為其權力發生之根據，不須另有法律之規定也。公法上，固無如民法上契約自由之原則。雖以當事人任意之承諾，可以自由設定如何之權力關係；然基於任意之承諾，使其服從特別之權力者，并非反於其意思，侵害其自由或權利；故在習慣或條理所許之限度內，不必另待法律之規定，依行政權之作用，亦得為之。如官吏，學生即其例也。官吏任意的受諾其任命，學生任意的志願入學者，皆在一定範圍內，承諾服從特別之權力；故其權力，以此承諾為其根據。而其權力之範圍，除法律有特別規定者外，常存於所認為當事人既經承諾之限度內。

在不依當事人任意之承諾，其特別權力關係之設定，則須有法律上之根據。例如兵卒，公共團體，感化院之強制入院者是也。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。

(三)公法上之特別權力關係成立時，於其權力之範圍內，權力者對於服從者所下之命令，若不遵從其命令時，通常有權科以適當之制裁，以維持其關係之秩序。此等權力的作用，尤於左列各點，須注意之：

(1)權力關係之成立，除有當事人任意承諾之情形外，雖要有法律之規定；然權力關係已成立後，在其權力之範圍內，權力者有包括的命令權；關於其命令之內容事項，非必一一要有法律之規定。憲法上所保障之臣民自由，亦於其權力範圍內，得不依法律以限制之。例如居住移轉之自由，雖經憲法保障，不依法律則不得侵害；然對於官吏、軍人及學生等，得不依法律而使其負居住於職務地之義務，或強制其入營，或使其住寄宿舍等，皆為拘束居住移轉之自由也。又如所有權不可侵，雖為憲法上所保障，然如受國家補助而製造或購入之物件，得不依法律而限制其處分之自由，或禁止其任意讓與於他人。然基於特別權力關係之權力者所為之命令，縱令為一般的基準之規定，但不屬於法規之觀念，而有行政行為之性質。

(2)關於公法上之特別權力關係，基於其權力所為之命令，係公法的行為；不得以民事訴訟抗爭之，固不待言；且法律在多數情形，否認其提起行政訴訟之權利，故通常的，對方全無抗爭之法律的手段。此種權力，固有法律上一定之限界，超越此限度者，即無效力；然在其限度內，其命令對於他方具有公定力，而他方有服從之義務。蓋權力關係中之服從者，若得依據訴訟，反抗其命令，則有紊亂權力關係之秩序之虞也。

(3)關於公法上特別權力關係之相對人，若違反其義務時，權力者通常有懲罰或科以其他制裁之權。此等制裁，在權力關係依法成立之情形，則須依法律之規定；在依任意承認之情形，則不須法律之規定，即根據其承諾，

當然得科以制裁也。任何制裁，即一般統治關係之國家所科之制裁，與刑罰之性質，殊不相同。故僅於特別權力關係之範圍內，有其效力；乃依其特別之權力所科，而與司法法院無關。

#### 第四節 行政行爲

##### 一 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。若詳言之，爲公法關係之發生，變更或消滅之原因的法律事實及法律事實之集合也。

公法上之法律原因，要分爲二種情形：（一）公法的效果之發生，即係直接基於法規者，無須特別之意思行爲，然其效果之發生，亦恆須一定之狀態或事件之發生或存在，此因無庸詳言者也。（二）有時依據法規，非現實的發生公法的效果，須另有特別之意思行爲。此意思行爲，或爲私人之行爲，或爲行政權之行爲，或依私人之行爲與行政權之行爲相合而成者。因之，公法上之法律原因，得分爲三種：（1）狀態及事件，（2）私人之公法的行爲，（3）行政行爲。

（1）狀態，事件，及時之經過。公法的效果之發生，若係直接的基於法規，不須特別之意思行爲者，則其效果之發生，亦恆須一定狀態之存在或事件之發生，是不待言。此等狀態或事件，即爲此事例之法律原因也。例如達於法定年齡及有法定期間之住所者，當然取得選舉權或市町村公民權；於法定期間內，不提起行政訴訟者，當然喪

失起訴之權利；從事法定之營業者，當然受營業警察之限制是也。在各種情形，須有如何之法律原因，殆不一致。例如時之經過，住所，人民生死，事實上之動作，物之存在或毀滅等，常為發生公法的效果之原因，故與民法并無不同。就中，無論為國家的公權抑個人的公權，其不行使權利之狀態，若長久繼續時，則因時之經過，常為其權利消滅之原因。其情形有二：一為公法上之時效；一為公法上之除斥期間。

公法上之時效與民法上之時效，有同樣之性質。長久繼續之事實，依其自身之力，基於正當的推定之社會心理的傾向，為使其法律關係確定，法律上以其繼續之必要期間，因時之經過，當然發生權利之取得或喪失也。民法上之時效，有取得時效及消滅時效二種；但公法上之國家的公權或個人的公權，不認時效之取得權利；故公法的效果之發生原因，惟有消滅時效也。

公法上之消滅時效有適用者，尤其為公法上之金錢債權。關於公法上之金錢債權，不問由國家或公共團體所有之權利，均適用消滅時效。例如會計法（三二條）除法律有特別規定外，凡因五年間不行使，則歸消滅。關於府縣市町村與人民間之公法上的金錢債權，亦準用會計法之規定也。（府縣制一一六條六項，市制一三一條五項，一四〇條，町村制一一一條五項，一二〇條）公法上之時效與民法上之時效，其法律上之原則，有二點不同：（一）年限之規定：除有特別時效期間之規定外，以五年罹於時效是也。（二）其效力之規定：民法上之時效，以當事人自行援用，為其效力確定之條件，當事人不援用時，法院不得依之裁判；但關於公法上之金錢債權，其時效為其絕對消滅之原因，故不以當事人之援用為條件也。其他各點，尤於時效之起算點，中斷及停止等，公法上之債權，亦準用

民法之規定。關於金錢債權以外之公權，如刑罰權（執行宣告之刑之權，及關於犯罪為公訴之權）已有刑法（三一條乃至三四條）及刑事訴訟法（二八一條乃至二八七條）之規定。關於特殊之犯罪，依特別法有特別時效之規定。（例如選舉法一三八條，出版法三三條，著作權法四五條）

公法上有時效之適用者，惟限於有特別法之規定；此外，則全無時效之規定。然無時效之規定，即不因一定年限之經過，發生權利之取得或消滅；若長久繼續之事實，所以發生法之力者，乃根據人類之自然心理也。即在無時效之規定，亦不得否定因長期之習慣，所取得權利或喪失權利。惟在無時效規定之範圍內，則不得機械的規定其發生效果之年限也。

除斥期間者，因時之經過，而為權利消滅之原因，全與時效相等，其所異者，惟時效恆因特定事由而中斷，但除斥期間則不發生中斷，因法定期間不行使權利，則其權利當然歸於消滅。除斥期間之適用於公權，如訴願權，行政訴訟權，公收徵用權等，其例甚多，各依法律之所規定。

(2) 私人之公法的行為。公法的效果之發生，有依私人之意思行為者，是謂私人之公法的行為。例如請求裁決，提起訴願或訴訟，請求許可，特許或其他行政行為，請求登記，以及各種呈報是也。

關於私人之公法的行為，須加研究者：A. 行為能力，B. 代理，C. 形式，D. 意思與表示之不一致，E. 效力發生之時期，F. 效果等。

A. 公法上之行為能力。關於公法的行為，在法律上有效力者，須行為者有行為能力。公法上之行為能力，



惟關於訴訟行爲，在民事訴訟法上（四五條四九條以下）有特別之規定，除準用其規定於行政訴訟之外，別無一般的規定。關於行爲能力之民法規定，除有關民法上之法律行爲外，公法的行爲，雖不得準用之，然若自理論上言之，至少關於財產上關係之行爲，自得推定「無民法上法律行爲之能力者，即無公法上行爲之能力」；以民法之規定，類推適用於此等公法上之行爲，亦係正當之解釋也。惟民法上之法律行爲，未成年人或準禁治產人，未得法定代理人或保佐人同意所爲之行爲，或禁治產人之行爲，雖得撤銷之；然在公法上之關係，因行政權之行爲，有公定力，有拘束他方之力，基於私人公法的行爲之行政行爲，既經行使之後，縱令私人之行爲有上述之瑕疵，當事人亦不得以其撤銷權對抗之，應與完全能力人之行爲，有同一之效力也。例如未成年人，未得法定代理人之同意，請求鑛業之許可時，行政廳雖得命其法定代理人是否同意，若行政廳未行此手續，即與以許可者，其許可亦完全有效。故不得以未成年人未得法定代理人之同意，而撤銷其請求。與之相同者，例如禁治產人提起訴願，若對之已下裁決，則其裁決完全有效，禁治產人不得撤銷之。關於此點，民法上之規定，不得準用於公法關係。反之，私人之公法的行爲，若爲全然無意思能力之人，例如幼兒或在心神喪失狀態中所爲之行爲，乃無意思之行爲，當然不發生效力；若行政行爲之有效要件，乃以對方之請求或起訴者，則依其所爲之行政行爲，亦當然無效。

B. 代理 私人之公法的行爲，除依法規或事之性質，須以本人之行爲爲其要件外，原則上亦得依代理人行之，殆與民法上之法律行爲相同。關於訴訟行爲，法律已明文表示其趣旨。關於其他公法上之行爲，雖無一般的

規定，然則，除有須本人自爲之特別理由外，代理亦爲當然之事理也。無行爲能力人須依法定代理人代爲之；有行爲能力時，自得授與代理權於他人。代理人以本人名義所爲之起訴，請願等公法上之行爲，視爲本人之行爲，發生其效力。但代理權人，須證明其權限，是不待言。關於法人，在法律上有代表法人之權能者，亦得爲其公法上之行爲。法人之代表，究爲何人，各依法人法而定。關於私法人之代表，固依一般民法商法之規定；此種私法之規定，亦可適用於公法之行爲。

法人於其設立前或解散後，常有公法之行爲。在其設定前，發起人視爲此將成立之法人之代表者，對於行政廳得請求某種行爲，對於其不許可，亦得提起行政訴訟。尤其爲公司目的之業務，須受行政廳之許可時，（例如保險公司，銀行，電氣公司，瓦斯公司，鐵道公司，交易所等）若不預受許可，則公司不得成立。故在其設立前，發起人須請求其許可；或對於其請求，有不許可之處分時，發起人得提起行政訴訟。此等情形，發起人就個人而言，固非以自己名義爲其行爲，乃以將來可成立之公司代表人資格爲其行爲，自不待言。基於發起人之行爲，而給與許可，不許可或行政訴訟之判決，亦係對於將來之公司而給與者，因之所生之權利義務，應歸屬於公司，而非發起人之權利義務。從而發起人之全體，皆得代表將來之公司，非僅以其中一人或數人爲其代表者。（行政法院之判例，對於不許可之處分不服，而提起行政訴訟者，並不要發起人之全體，其中一人或數人亦得提起。）在命令法人解散時，若對於其解散處分，許其提起行政訴訟者，其解散之效力尙未確定，而在行政訴訟之目的內，法人仍視爲存續，故存續中有代表權者，即於解散後，亦得以法人之代表者資格而行起訴。

法人之外，非法人之團體，亦得以其名義而爲公法的行爲。在此情形，依其團體之組織法上，有代表之權能者，自得代表其團體爲其行爲。

C. 形式 私人之公法的行爲，非必常爲要式行爲，然得發生公法的效果之行爲，爲保留證據之必要，無論爲請求或起訴，普通要有書面，在多數情形，更須署名蓋章。法規若以如此形式爲必要者，凡不具備其形式之行爲，是爲無效。

D. 意思與表示之不一致 關於私人之公法的行爲，其所欲表示之意思內容與其所表示者不一致時，應依其意思抑依其表示而發生效力，確係一問題。其表示之錯誤，須依社會上普通之見解，加以區別：從外部可得認識之情形與不得認識之情形，得從外部認識其錯誤者，應解爲依其糾正錯誤，得認識其真意而發生效力之謂也。例如誤寫聲明異議書爲訴願書，應請求許可，誤爲請求認可之情形，僅係單純文字之錯誤，得依其書面記載之內容，推定其爲誤寫者，故不拘其誤寫，應依其真意作爲聲明異議書及許可願書而發生效力也。

反之，不得從外部認識其爲錯誤者，即依其書面之記載，不得推定其真意之所在時，不拘其真意如何，專依其所表示者，決定其效力，例如無真正請求許可之意思，而提出許可願書，應以甲爲被告而起訴之情形，誤以乙爲被告而起訴者，在文字上，既不能推定其真意，從而專依其表示，發生效力。

E. 效力發生之時期 私人之公法的行爲，究在何時發生效力，在依郵政寄送書面之情形，始發生此種問題。不依郵寄，直接提出於行政廳者，以其提出之時期，即在行政廳執行職務之官衙公署之接到時期，發生其效

力，是不待言。反之，在依郵政寄送之情形，究依寄送之時發生效力，抑依達到之時發生效力，不無問題。尤其關於請求，訴願，起訴，報告等須於一定時期內爲之；決定其是否在法定期間內，頗有重要之關係。民法（九七條一項）已明示：對於非對話人所爲之意思表示，以達到主義爲原則，自通知達到相對人之時起，發生其效力。關於公法的行爲，雖無此種一般的規定，然對於特定相對人所爲之意思表示，相對人若不在了解之狀態，則不得發生效力。（了解主義）應爲當然之條理也。從而關於公法的行爲，原則上，應解爲自達到之時起發生其效力。故如限定一定期間內，始得提起行政訴訟者，則其訴狀，須於其期間內到達行政法院。有應於一定期間內，爲報告之義務者，報告書須於其期間內達到行政廳。

惟法律認許先願者之權利，對於最先之出願者許可之情形，決定其請求時期之前後，當然應以寄送之時，爲其標準。法律上雖常明示其旨，即無明示，蓋亦爲當然之條理。何則，其達到，依距離之遠近而有遲速之不同，若使距離遠者失去先願者之利益，則與認許先願權之趣旨不相容故也。

關於得向行政廳提出之書面，若依法令之規定，須經過下級官廳者，則以達到於下級官廳之時起，發生其效力。何則，下級官廳，在此情形，關於其受領，係立於上級行政廳之代理人地位故也。

Ⅱ. 效果 私人之公法行爲，究發生如何之法律效果，各依其行爲之性質與法令之規定而定，各種情形，並不一致，依訴願或訴訟之提起，發生請求裁決或判決之權利；依願書之提出，其效果雖因情形而不同，然行政廳對於其請願，受應予許可之拘束，故發生請求許可之權利，在他種情形，僅發生要求其受理或請求其審查該請

願內容之權利。呈報則相反，僅爲通知行爲，不發生特別之效果；其所生之效果，因其情形悉依法令之所定，或僅爲履行公法上之義務者，或依法律之特別規定，發生特別的法律效果者。（例如請求脫離國籍，發生國籍喪失之效果。）

（3）行政行爲 公法上之法律原因，最重要者，爲行政權之意思表示。依私人之行爲與行政權之行爲二者之結合，發生法律的效果。故行政權之公法的行爲與私人行爲之結合，而發生法律效果之情形，是謂行政行爲。

但公法的行爲之觀念，與公法上法律原因之行爲，并非同一。公法的行爲能發生私法的效果者，其例頗多，例如土地收用之裁決，發明權之特許，不動產之登記是也。所謂公法的行爲，非謂發生公法的效果之行爲之意，係指在公權或公義務之地位者所爲之行爲也。其效果縱爲私法的情形，然以國家與人民之關係，國家基於其支配權，對於人民所爲之意思行爲，仍不失爲公法的行爲。因此，行政行爲之觀念，非必以發生公法的效果爲其要素，而以發生法律效果之原因的公意思行爲，爲其要點。其詳細容後論之。

## 二 行政行爲之觀念

行政行爲之觀念，殆非法律上之所公認者。民法以法律而定法律行爲之觀念；但在公法之區域，則無相當之法律上公認之觀念，僅依學者由理論上之見地，而定其必要適宜之觀念也。從而行政行爲一語，雖爲學說上普通所慣用，然其用例非必一致。（一）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。若以行政行爲，用於如此廣汎之意義，則行政行

爲，除爲行政權作用之外，殆無何等共同之性質，以包含種種駁雜之行爲；是不免全無學術上價值之觀念。故本書反對此說，以期用行政作用一語，不與行政行爲之觀念相混同也。(二)有自行行政作用中，除外事實上作用與私法上作用，專用之於行政權之公法的行爲之意義者。關於此意義之行政行爲，不問其爲制定法規之行爲抑爲行於法規下之公法的行爲，皆稱曰依行政權而行之公法的行爲，制定緊急命令，或勅令，部令，府縣令等形式之法規的行爲，俱爲此意義之行政行爲。然法規之制定，性質上屬於立法行爲，雖爲行政權之作用，然其與行於法規下之行爲，二者之性質不同，以之混同而使屬於同一之觀念，不得謂爲適當之理論。(三)有自行行政權之公法的行爲中，除有立法的性質之行爲，專指行於法規下之行政權之公法的行爲之意義者。此種行爲，係指發生某項法律效果之意思行爲；但公法的行爲及行於法規下之行爲，須與行政權其他作用區別之。故以之統括於單一之觀念，在學識上甚爲必要也。故本書採用此見解以定行政行爲之觀念也。(四)有較之更限制其意義，以行政行爲之觀念，恰相當於法律行爲之觀念，凡與準法律行爲相當之行爲，不包含之，故僅用以表示由行政權公之意思表示而成之行爲也。所謂法律行爲與準法律行爲，即前者依欲發生某法律的效果之意思表示而成立之行爲，其效果依其意思之內容而定；反之，後者依判斷認識等意思而成立之行爲，其效果非基於行爲人之意思，專依法規之所定。在性質上，雖有區別之理由，然二者同爲發生法律的效果之意思行爲，故有共同之性質。依同一之原則，合二者於單一之觀念，較爲適當。從而本書對於行政行爲之觀念，亦採此見解，即認其相當於法律行爲與準法律行爲之區別也。

關於此意義之行政行爲，得爲如次之定義：行政行爲者，以行於法規下之行政權之公的意思表示，或與此相

當之精神作用之發現爲其主要素，而由此發生某項法律的效果之謂也。

關於此意義之行政行爲，第一，對於事實上之作用而言；第二，對於私法上之法律行爲而言；第三，對於立法行爲而言；第四，對於司法行爲而言。（一）事實上之作用者，謂全然不發生法律的效果之行爲，或其行爲雖發生法律的效果，但其效果之發生，一繫於外界事實上之狀態或事件者也。行政作用，大部分恰與私人之生活行動相同，僅爲事實上之作用。事實上之作用，縱令由此發生法律的效果，然其效果，係因外界之變化，直接基於法規之力而發生者，非依其行爲之力也。從而其行爲本身既非公法的，亦非私法的，全然與法律的行爲無涉。（二）行政行爲係公法的行爲，爲國家之意思行爲，不包含國家與私人立於同一地位服從私法的規律之行爲。究在何種情形，國家始與私人立於同一地位，已於前述。（三）行政行爲之觀念，又與立法行爲之觀念相對立。依行政權之意思表示，而制定法規者，雖爲形式上意義之行政行爲，然由其性質觀之，須與行政行爲區別之。（四）行政行爲或行政權之行爲，又與司法行爲相對立。司法行爲者，關於其實質意義之民事及刑事之行爲也。而行政權有關民事及刑事者，亦復不少，然此等在實質上屬於司法行爲，故僅爲形式上之行政行爲。例如警察署長，關於拘留或罰金之刑之即決處分；內務部爲著作權之登記，雖爲形式的意義之行政行爲，然在實質上之意義，屬於司法行爲。

### 三 基於內容之行政行爲之分類

行政行爲，得從種種之觀察點，分其種類。（一）行政行爲，有不待對方之聲請，得依行政廳之職權爲之者；及以對方之聲請爲要件，行政廳不依其聲請，則無該行爲之權能者；故可分爲依職權之行爲與依聲請之行爲二種。

(二)行政行爲，依其是否受法規羈束，可分爲羈束的行爲與裁量的行爲；裁量的行爲，更得依其裁量爲合法性之裁量，抑爲合目的性之裁量，分爲羈束裁量之行爲與狹義之自由裁量二種。(三)行政行爲，依其是否以一定形式爲發生效力之要件，可分爲要式行爲與不要式行爲二種。(四)對於特定相對人所爲之行爲，依其到達對方時發生效力，亦有對於多數不特定之人或對於公衆所爲之行爲，依之又得分爲要受領之行爲與不要受領之行爲二種。(五)行政行爲，又得分爲一次的行爲與覆審的行爲二種。前者，不再審查前行之行政行爲，即使其發生某種法律的效果之行爲；後者乃決定已行之行政行爲，審查其是否正當之行爲也。

關於此等行政行爲之種類，不須一一述之。最重要之行政行爲之種類，得舉二種：一爲基於內容之分類，一爲基於構成要素之分類。於茲先述前者。

行政行爲，自其內容分類時，先得分爲法律行爲的行政行爲與準法律行爲的行政行爲。法律行爲的行政行爲者，謂相當於民法上法律行爲之公法的行爲也。即以行政權之意思表示爲其主要要素，其法律的效果，係依意思表示之內容而定。所謂意思表示，謂以發生一定之法律效果爲目標之意思之發表也。準法律行爲的行政行爲者，其主要要素，不在效果意思，而在事實之認識，判斷及其他種精神作用之發現也。法律的效果之發生，雖繫於此種心意之發現；然其效果，并非基於行政權之意思內容而定，乃全依法規而定者也。如確認、公證、通知，皆爲其重要之實例。

法律行爲的行政行爲，更得分爲獨立之行政行爲與爲第三人之行爲。前者乃其自身獨立發生，法律上之效



果之行爲；後者，國家爲補充第三人之意思以完成其效力，或代理第三人爲意思表示，而其效力歸屬於第三人之行爲也。即代理的及補充的行爲是也。

獨立之行政行爲，依其內容，更得分爲命令的行爲與形成的行爲二種。獨立之行政行爲，皆係立於法規下之制法行爲；故法規之內容亦得分爲命令的規律與能力的規律；因之行政行爲之內容，有命令的行爲與形成的行爲故也。命令的行爲者，係實現命令的規律之行爲也；形成的行爲者，爲關於法律的能力形成之行爲也。

要之，自其內容，而爲行政行爲之分類時，則有，（一）命令的行爲，（二）形成的行爲，（三）代理的及補充的行爲，（四）準法律行爲的行政行爲之四種。以下論述此四種行爲之性質。

（一）命令的行爲 凡關於命令義務於人民或免除其義務之行政行爲，皆曰命令的行爲。更得分爲（1）命令義務之行爲（2）免除義務之行爲。前者謂之下命，後者謂之許可或免除。

（1）下命 即謂命以特定之作爲，不作爲，給付或忍受之行爲也。其命以不作爲者，特稱之曰爲禁止。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，如對於官吏軍人學生等之命令是也。下命或有關於某具體的事件者，或有爲一般的抽象規定者。屬於後者之下命，特謂之一般下命。尤於特別權力關係成立之時，權力者在其權力之範圍內，對於服從者，得爲一般的下命。一般的下命之以法規形式發表者，普通謂之行政規則，如訓令，職務命令，軍令，營造物規則，公共組合之規約等，是其例也。行政規則，係基於當事人之任意承諾，或依法律業已成立之特別權力關係爲基礎，對於權力服從

者所發布，并非對於國民命以新的義務，故無法規之性質，而為行政行為之一種。一切下命，除基於當事人之任意承諾者外，僅得依據法規行之。不得依行政權之擅斷，而命令法規所未承認之義務。下命之效果，在使受命者負擔遵由其下命之義務。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，在有罰則之規定時，則為處罰之原因。

下命有與行政權之事實上作用，相結合而行者，尤於行政權使用強力，對於人民之自由或財產，加以事實上之侵害時，其侵害本身，雖為事實上實力作用，而非行政行為；然因其所加之侵害，同時表示命以忍受之意思也，故包含於忍受之下命。關於此意義，例如警察檢查，警察上之家宅侵入，物件之破毀等，亦為下命行為，被強制者有受其強制之義務。

(2) 許可免除及其拒絕 許可者，謂特定之作爲，係一般所禁止者，對於特定人或關於特定事件，解除其禁止，使得適法以爲之行為也。許可之行使，以有保留許可之一般禁止爲前提。法令關於特定之作爲，規定須受官廳之許可者，爲表示其作爲對於未受許可者，一般恆受禁止；惟依許可，始得解除其禁止之意，即爲附保留之禁止也。許可爲解除其禁止之行為，而其效果，在使受許可者，得適法行使其作爲之自由。許可并非設定某種權利，僅免除其義務耳。許可與下命相同，恆以權力關係爲前提，依其所根據之權力不同，得分爲警察許可，財政許可，軍政許可，基於特別權力關係之許可等。

但法令用語上所謂之「許可」者，非必常用於此種意義。法令上之許可，認可，免許，特許，認許等用語，其意義

各依法令而有不同，即同語非必同義也。凡以此等類似之語所稱之行爲，至少包含四種不同之行爲，即茲之所謂許可（解除禁止之行爲）認可（爲完成第三人之法律行爲之效力的補充意思表示也）特許（設定能力，權利或法律關係之行爲也）確認（確認法律事實之存在，因之發生某項法律效果之行爲也）是也。在法令上，固有區別許可，認可，特許等用語而用之者，然其區別，并非與茲之所謂許可，認可，特許等相當，其意義須就各法令解釋之。（例如銀行法曰：銀行營業須有大藏大臣之免許；狩獵法曰：狩獵免許；墓地及埋葬取糶規則曰：埋葬認許；皆相當於許可之意。國籍法曰：歸化之許可，則相當於茲之特許。以外國人爲養子之許可，乃相當於認可。鑛業法曰：鑛業許可，漁業法曰：漁業免許，皆爲權利之設定，即茲之所謂特許也。反之，特許法曰：發明之特許，却爲確認行爲。又法令上全然不用許可或與此類似之語者，其性質有相當於茲之所謂許可者，例如醫師法曰：醫籍登記，即許可醫業之行爲也。）免除與許可爲同性質之行爲，免除者，對於特定人或關於特定之事情，免除一般所命之作爲，給付，或負擔義務之行爲也。其與許可不同者，惟許可係解除禁止，即對於不作爲義務之免除之而免除，乃係作爲，給付，或容忍義務之免除也。如租稅之免除，兵役之免除，就學義務之免除，種痘之免除是也。又允許義務履行之延期或猶豫之行爲，亦爲免除之一種。

許可及免除，通常爲對於相對人之請求始行給與，然非依雙方之合意，而發生效力。呈請，僅爲表示希望之意思，故許可或免除之效力，專依行政權一方之意思而發生。自非公法上之契約，而爲單獨行爲也。

對於許可或免除之呈請，而爲拒絕之行爲，亦係行政行爲之一種。拒絕者，非對於現在之法律狀態，加以變更

之意思表示，乃爲不變更現在之法律狀態之意思表示也。不發生積極的效果，僅有消極的效果而已。故得謂爲消極的行政行爲。對於此種行政行爲，通常不許提起訴願或行政訴訟。

在許可或免除之後的撤銷行爲，則爲恢復再禁止或下命之效果，亦爲下命行爲之一種。

(二)形成的行爲 凡關於設定、變更或消滅某種法律上之力，如權利能力、行爲能力、權利，包括的法律關係等之行政行爲，稱之曰形成的行爲。命令的行爲，恆爲命令義務或免除義務之行爲，換言之，爲拘束人民之自然自由，或解除其拘束之行爲也。但形成的行爲，其行爲之目的，不在限制或解除其自然之自由，而在給與或否定其對抗他人之法律上的力也。

形成的行爲，爲對於特定人形成新的法律上之力之行爲，故其結果，與命令的行爲，有三種顯然不同之特色。(1)命令的行爲，爲行政權之一方的行爲，即在基於呈請之許可，亦非公法上的契約；但形成的行爲，非必恆依行政權之單方意思而成立。在多數情形，乃以當事人雙方之合意，爲其效力發生之要件，從而而有爲公法上契約之性質，雖在外形上，對於相對人之請求，國家以許可之形式行之，然其性質，實爲形成的行爲；其請求不僅爲表示希望之意思，且通常爲其行爲之成立要素。(例如外國人之歸化；基於呈請之鑛業許可)解除禁止之許可，雖與呈請之趣旨不同，仍爲有效；但形成行爲之許可，須與呈請之內容相合致，是其要件，否則無效。(2)命令的行爲，係命令或免除公法上之義務，故其效果恆爲公法的；但形成的行爲，多發生私法的效果。國家因種種目的，有干涉私法關係之形成之權，故以行政行爲形成私法關係之情形，其行爲雖爲公法的，然其效果則爲私法的。(例如土地收用

之裁決，鑛業許可）（3）命令的行爲，恆爲對於多數不特定人之一般命令；但在形成行爲，除稀少之例外，祇對於特定人行使之。

形成行爲，自其設定變更或消滅法律上之力之點言之，得分爲設權行爲與剝權行爲。（1）設權行爲者，謂設定權利能力，行爲能力，特定之權利，或包括的法律關係之行爲也。或得稱之曰「特許」。法律雖有時稱之曰，許可或免許者，然與前述意義之許可，其性質全然不同。許可乃禁止之解除，僅使恢復自然之自由而已，但特許則恆爲賦與非自然存在的法律上之力之行爲也。有賦與權利能力，或行爲能力者，例如公法人之設立，市町村公民權之授與是也。有設定公法上或私法上之權利者；其設定公法上權利者，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，以及橋錢或河川通航費之徵收權之特許是也。其設定私法上之權利者，例如鑛業許可，漁業免許是也。有設定某種包括的法律關係者，例如歸化之許可，官吏之任命，議員之選舉，公吏之選任，現役兵之徵集，營造物利用關係之設定是也。（2）設權行爲，恆以相對人之呈請爲要件；即在拒絕其請求之行政行爲，亦與許可之拒絕同。（3）此外，變更已經設定之能力，權利或法律關係之行爲，亦得視爲設權行爲之一種。例如市町村之境界變更，公物使用權之變更，鑛業權者鑛區變更之許可，官吏之轉任是也。爲代替既存權利所設之新權利，在其設定新權利之範圍內，仍不失爲設權行爲。（4）剝權行爲者，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，禁治產及準禁治產之宣告，脫離國籍之許可，公企業特許或公物使用權特許之撤銷，鑛業許可或漁業免許之撤銷，官吏之免職，衆議院或地方議會之解散是也。

形成行爲，自其直接對於特定人發生效果與對於特定物發生效果之點言之，恰與民法上法律行爲相同，得分爲債權的行爲與物權的行爲。(1)債權行爲者，謂以相對人之特定，爲其行爲之要素，祇對於相對人發生效果。例如公企業之特許，官吏之任命，營造物利用關係之設定是也。其效果有專屬一身，而不得移轉於他人者，例如歸化之許可，官吏之任命；有非專屬於一身，得以一定條件或無條件移轉於他人者，例如公企業之特許。(2)物權的行爲，亦爲對於特定之相對人而行，雖與債權行爲相等，然其相對人，係立於在特定物上有所有權或其他權利之地位者，直接對物發生效果，故其行爲之要素不在相對人。移轉物之所有權或其他權利時，其效果亦當然同時移轉。例如保安林之編入或解除，土地收用之裁決，耕地整理之施行，國寶或特別保護建築物之指定，道路區域或河川區域之認定是也。

(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，爲他方當事人，使生法律行爲之效力。故其效果，非歸屬於行政權者之國家本身，而係歸屬於第三人。即國家爲第三人所爲之行爲也。所謂補充的行爲，謂以完成他人之法律行爲之效力，所不可缺之行政權之意思表示也。得稱之曰「認可」。依此認可，第三人之法律行爲始得有效成立也。所謂代理的行爲，謂行政權之意思表示，係爲他人而行，其效力則直接歸屬於他人者也。代理與認可，恆相結合而行者。

(1)認可 即謂當事人之法律行爲，若不得國家之同意，則不得有效成立；予以同意，俾完成其效力之行爲也。其法律行爲之當事人，固非國家；蓋認可，僅爲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，法人章程之認可，外國人之入贅或承嗣之許可是也。法律上雖往往稱之曰許可，然與前述之許可之性質不同。許可者為禁止之解除，其效果在於恢復自然之自由，而認可為對於法律行為之同意，其效果在完成法律行為之效力。關於必須許可之行為，則許可為其行為之適法要件，苟不經許可而為其行為時，則行為人須負違法之責，應依罰則之所定處罰之；然對於其行為之效力，并無直接關係。對於必須認可之行為，認可為其所為之效力要件，如未經認可而為其行為時，則其行為無效。然行為人不負違法之責，亦不受處罰。認可恆對於法律行為而言，至於單純之事實行為，不生效力之問題，故不得為認可之目的。但許可恆對於事實行為而言，縱令一面有法律行為之性質，然以受許可為其適法要件之行為，通常皆視為事實的行為。例如槍礮火藥等類取締法（六條）規定火藥之讓與或讓受，非受行政官廳之許可，則不得為之。此非謂若未受許可，則其讓與或讓受不得有效成立之意，實為禁止未受許可而事實上授受其所有權者也。即所謂許可者，乃解除事實上授受火藥之禁止也，非完成所有權移轉之效力之補充的意思表示也。反之，例如地方鐵道法曰（十八條）地方鐵道業者若未受監督官廳之許可，則不得將其免許之權利義務讓與於他人；運河法曰（十條）運河及附屬物件，若未受內務大臣之許可，則不得讓與之或提供擔保；即其讓與契約或擔保契約，若未受許可，則不得完成其效力之意也。其所謂許可，相當於茲之所謂認可也。

法律行為，得為認可之標的者，有為公法的行為，例如市町村條例之許可。有為私法上之法律行為，例如地方鐵道讓與之許可。在後種情形，公之意思表示，係完成私法的法律行為之效力要件。若離開認可而觀察時，雖為公

法的行爲，然認可并非獨立發生效果，惟補充私法的行爲，爲發生私法的效果之一要素而已。法律行爲之本體無效時，認可亦當然無效；司法法院亦得宣告其法律行爲爲無效。

②公法上之代理 即謂國家在法律上，有代理他人爲法律行爲之權能，其行爲之效力仍歸屬於他人之關係也。其代理權，非基於授權行爲，乃基於法律之力，且其代理權之行使，非爲本人之私益，而爲國家的公益也。在行政權主體地位之國家之代理，須與私法上之代理關係區別之。

公法上之代理者，謂國家與公共團體，特許企業者，或其他受國家之特別監督者之間所生之關係也。例如，若依市制町村制，則市町村之廢置分合，境界變更及其財產處分，應由內務大臣或府縣知事行之；（市三，四條町三條）再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）市町村會之議決，若係違法，則因市町村長之聲請，府縣參事會應爲代議決之裁決；（市九〇條，町七四條）依北海道二級町村制，町村長應由北海道廳長官任命之；依日本銀行條例（十八條）日本銀行之總裁副總裁，應由政府任命之。凡此皆爲國家之監督權作用，國家恰立於監督人之地位，在法律所定之限度內，有代理被監督者之權也。此雖爲國家之行爲，然其效力歸屬於被監督人，實與被監督者自爲行爲，發生同一之效力。在認可之場合，發案權專存於本人，國家不過予以同意；但在代理之場合，被監督者，則無發案權，依其情形，僅有陳述意見之權，意思決定之權，專在國家。

除因特別監督關係外，對於一般人民之公法上代理，尤於拍賣處分，可見其實例。拍賣處分者，謂國家代替財產所有人，訂立買賣契約，其買賣行爲，固爲私法上之法律行爲。惟國家之代理權，乃因公法的原因而發生，其買賣



之效力，亦歸屬於所有權人，故其代理行為，係公法上之代理也。

(3) 代理與認可相混合之行為。如修正認可，及選擇認可。所謂修正認可，即對於當事之聲請，予以修正，再行授與認可之行為也。認可權在原則上，雖不附有修正權，僅對於當事人之聲請，有認可與否之權；然亦不無例外，法律有明認其修正權者。（如市一六八條、町村一四八條。）修正後再行授與之認可，在其修正之限度內，非僅為單純之同意，實有代理行為之性質。所謂選擇認可，即對於當事人之數個聲請，選擇其一，而授與認可之行為也。（例如舊市制上市會所選舉之候補市長三人中，依勅裁擇一人就任市長）自其發案權在於當事人之點言之，故有認可之性質。自其選擇決定之權，在於國家之點言之，故有代理之性質。

(四) 準法律行為的行政行為。即非以效果之意思之表示為其構成要素，乃依觀念表示，判斷表示，感情表示，以及其他精神作用之表現而成立者也。故與法律行為的行政行為，異其性質。因其不以意思表示為要素，故有次列二特色：(1) 由其行為所發生之效力為何，專依法規之所定，非依行政權之意思內容而定也。(2) 不得附以條件或其他附類是也。

此種之重要行為，如確認、公證、通知及受理是也。

(1) 確認。即謂關於特定之法律事實或法律關係之存在，發生爭執時，以判斷或認定其爭執，并予以宣告為目的之行為也。此非效果意思之表示，乃判斷之表示也。如選舉人名簿的效力之決定，當選人之決定，官吏恩給權之裁定，考試之合格或不合格之決定，國有地與民有地境界之查定，町市村境界爭執之裁定，度量衡之檢定，發

明者之特許，行政訴訟之確認判決等，皆屬其例，確認行為之直接效果，在以公的效力，確定業經確認之事實或法律關係，除特許聲明異議者外，任何人對於其確定，須負承認之義務。此外尚發生其他效果者，則各依法律之所定。

確認，若自其效果言之，則與許可及特許相類似，因確認亦有免除義務或設定權利者。從而法令用語上所謂許可，認可，特許或類似之語之行為，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，當着手工程時，更須受工事施行之認可。此所謂認可，非為工事着手之許可行為，僅為工事設計適當之確認行為。其得適法着手工事者，係直接基於法規之效果，并非基於行政權意思內容之效果也。依特許法，發明人如欲取得發明專用權（特許權）須先受特許。此所謂特許，并非設定發明專用權之行為，僅確認其發明已具備法定要件而已。發明專用權，係以確認為條件，直接基於法規而發生者也。又例如，對於高等考試合格者，授與合格證書，并非賦與為高等官吏資格之行為，僅確認其有法定之學力，并予以公的證明而已。其資格乃直接基於法規而生，故非設權行為，而係確認行為也。在內閣恩給局長之裁定俸給權，非賦與俸給權之行為，其俸給權係直接基於法律而發生，惟其效果之發生，繫之於確認行為耳。要而言之，依其行政行為，雖有免除義務或發生權利之情事，而其行為之內容，不以發生如此效果為目的，僅以認定事實并宣告之為目的者，既非許可，亦非許可，乃確認也。

確認，在性質上，頗似民事裁判，并非意圖發生某效果之行為，乃以法之本身為目的，故在性質上，全無自由裁量之餘地。其任務僅在公正的認定事實，并予以宣告而已。故非創設的行為，而為宣告的行為也。確認行為之結果，在某種程度內，即發生如我裁判決相類似之確定力，原則上不得以行政權自由撤銷之，關於此點，後當詳述。

(2) 公證 即謂對於特定之法律事實或法律關係之存在，證明於公衆之前爲目的之行爲也。確認，係對於法律之爭執予以判斷之行爲；而公證，係對於推定其無爭執之事項或已確定之事項，予以公的證據力之行爲也。非效果意思之表示，是與確認相同；但非判斷之表示，乃認識之表示也。公證在各種行政上，其例頗多。其最顯著者，莫如各種登記簿，登記原簿，選舉人名簿，清冊，議事錄及決議錄等公簿之登記行爲是也。在法律上，通常以司法權之行爲而行使者，稱爲登記。以行政權之行爲而行使者，稱爲登錄。然其行爲之性質，全然相同。他如議員當選證書，俸給證書，船舶國籍證書，考試合格證書，教員免許狀等各種的公證明書，以及執照，護照，憑單，免狀之類，亦有同一之性質。公證行爲之直接的效果，在使其所證明之事項，發生公的證據力。法律之對此證據力所予之效果爲何，則因其情形各依法律之所定。例如選舉人名簿之登記，爲權利行使之要件；如土地登記簿之登記，爲對抗第三人之要件；如鑛業原簿之登記，爲權利成立之要件；如議事錄，決議錄，執照，僅發生公的證據力，而不發生其他特別的法律效果者亦有之。一切公證，并不發生創設的效力，僅爲證明既成之事實而已。原則上，得以反證推翻之，惟在未有反證以前，其所證明之事實，常推定其爲真實。

(3) 通知 即謂對於特定人，或對於多數不特定人，或對於一般公衆，使其知道某事之行爲者也。有爲立法司法及行政行爲之一要素者，如法律，條約，命令之公布，及完成行政行爲或司法行爲所必要之告知，送達，公示，交付，或宣告等行爲皆屬之。有爲獨立之行政行爲者，如歸化之告示，依據土地使用法之事業認定之公告，執行罰或代執行之豫告，對於滯納租稅人之督促，學齡兒童就學之督促等，皆其例也。關於通知，法律上有使之發生特別的

法律效果者，例如，對於滯納租稅人非至催促之後，則不得為滯納處分是也。

(4) 受理 即受領他人之表示之行爲也。各種報告書，請願書，訴願書，及訴狀等之受理，皆屬之。其他行政行爲，皆係行政權之主動的行爲；但受理爲受動的行爲。因受理而發生之效果爲何，亦因情形，各依法律之所定。例如依訴願書或訴狀之受理，因之發生審理裁定或判決之拘束力。依婚姻隱居等報告之受理，則婚姻隱居等之效力，因以完成也。至於拒絕受理，其本身係一消極的行政行爲，謂之曰駁回。對於駁回，不許提起訴願或行政訴訟。

#### 四 公法上之單獨行爲與雙方行爲

(一) 公法上之單獨行爲與契約 行政行爲，有因行政權之單方意思而成立者，有與相對人之合意而成立者，故須區別單獨行爲與雙方行爲。單獨行爲之行政行爲，普通謂之「行政處分」。雙方行爲之行政行爲，得稱之曰「公法上之契約」。

在民法上之法律關係，除法人法，親屬法等特例外，各人互以對等之地位相對立，不得以一方之意思拘束他方；惟得依雙方之合意，而相互的受其拘束。從而民法上之法律行爲，契約爲其通常之形式；單獨行爲爲其例外。但在公法上之法律關係，國家對於人民立於支配權者之地位，原則上，有以其單獨之意思拘束人民之力；從而行政行爲，以行政權之單獨行爲，爲其通常之形式。如警察下命，警察許可，租稅之賦課，官吏之免職處分，徵集現役兵，各種確認行爲及公證行爲等，皆其例也。此等行爲，雖恆因相對人之聲請而行使；然其聲請，僅爲行政權發動之原因，其效果之發生，乃基於行政權之意思也。故不以相對人意思之合致，爲其效果發生之要件；實爲行政權之單獨行

爲，而非公法上之契約。例如，因訴願或行政訴訟之提起，而爲裁定或判決者；因土地收用之聲請，而予以裁決；因呈請而予以警察之許可；因請求而免除租稅；因聲請登記准予登記，俱爲行政權之單獨行爲也。行政訴訟之提起，乃係請求行政裁判之意思表示，并非爲行政裁判之意思表示。判決的本身，爲行政法院之單獨行爲，其效果一依法院之意思，故與刑事裁判相同，後者雖以檢察官之公訴爲要件，然其判決，實爲法院之單獨行爲，而非法院與檢察官之共同行爲也。其他行政行爲，雖以相對人之聲請爲其要件，然聲請之與行政行爲，其意思之內容既不同，自無意思之合致，乃雙方之意思，獨立發生效果也。依其聲請，發生請求行政行爲之權利；依行政行爲，發生其聲請行爲之效果，俱非契約，實爲二個單獨行爲也。

然公法關係中，亦非否定契約之存在。如對等的公共團體相互間，得因雙方之合意，以定其公法關係者，固不待言，即在國家或公共團體與人民間不對等之關係中，亦有公法上之契約也。

惟關於此點，學說上爭論頗烈，學者有主張公法上全然不容契約之觀念者，亦復不少。若據其說，則契約之觀念，以當事人雙方之意思，須有對等之價值；而國家與臣民之間，既無對等的意思，故其間不得成立契約。縱令國家取得相對人之同意後，而爲行政行爲，然相對人之同意，僅爲行政行爲之前提；所以發生其行爲之效果者，專依國家之意思，并非因雙方意思之合致，而發生其效果也；故非契約，實爲「基於服從之單獨行爲」云云。尤於官吏任命行爲之法律上性質，爭論最熾。謂官吏之任命不得反於本人之意思而行委任，故必得本人之同意，毫不容疑。然主張單獨行爲之學者，謂任命之所以發生效力，專在國家之意思；相對人之同意，僅爲其行爲之前提要件，從而未

得本人同意而任命其爲官吏者，其任命仍爲有效。

然則，關於不對等者間之關係，不認契約之存立者，殆非正當之見解。國家與人民之關係，雖爲不對等之關係，然非必皆爲權力服從之關係；所謂不對等之關係者，僅指國家之意思有優越的公定力而已，并非指國家以絕對之權力而支配人民也。國家之權力，亦受國法之限制，決非無限制者；國家僅能於國法所認之限度內，對於人民賦與權利或命令義務；在此範圍外，國家與臣民之關係，已非權力者與服從者之關係，故於此情形，臣民得不服從國家之權力；而國家亦不得以其單獨之意思，規定其權利義務，僅得依合意而行。若其合意，係國家與私人完全立於同等之地位者，其合意雖不外於單純的私法上之契約；然國家之意思，仍保持優越的公定力，以與相對人之合意，發生一定的法律效果；此種合意，乃不對等之意思合致，故爲公法上之契約也。此與依聲請而行之國家單獨行爲，固不相同，依聲請之單獨行爲，其所以發生效果，專依國家之意思，故與相對人之聲請，異其意思內容，其本身乃發生他項之效果也；但公法上之契約，乃以雙方之意思表示有同一之內容，依雙方之合致，而爲其發生效果之原因。反之，若謂官吏之任命或外國人之歸化，皆非契約，視爲基於服從之單獨行爲，依此見解，則不可不認雙方之意思，爲各自獨立發生效果者，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根據，依國家單獨行爲，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人之意思也，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，非設定任命權之意思表示，國家在國法上，決無以其單獨之意思，使外國人爲日本人，使無任官吏

之意思者爲官吏之權能，僅得依雙方之合意，得以爲之，必其雙方之意思相合，始發生其效果，二者俱爲其行爲成立上之要素也。

(二)公法上契約之種類 公法上之契約，若自其當事人言之，則公共團體相互間締結者有之，國家或公共團體與人民間締結者有之；以國家公權的主體資格之私人與私人間締結者亦有之。若自其內容言之，則各種行政，得相互訂立契約，雖不能一一列舉之，然大體上得爲二種分別。(1)在外形上恰如單獨行爲者，總稱之曰服從契約。(2)在外形上，亦依雙方之合意而成立者，最能類似私法上之契約，惟其內容，屬於公法關係，是必須區別之。稱之曰公法上之對等契約。

(1)服從契約 公法上之契約，其最顯著者，依國家與特定人之合意，約定特定人在某種範圍內，服從國家之權力是也。權力關係之成立，雖須有雙方之合意，不得以國家之單獨意思設定之；然其契約既經成立，國家則對之有包括的權力，相對人應立於服從之地位。非如民法上之契約，僅負特定的作爲不作爲之義務而已。故稱曰服從契約。

服從契約之實例頗多，最能表現者，例如外國人之歸化，願爲日本臣民，而服從國家之一般統治權是也。他如設定公法上特別權力關係之契約，例如官吏之任命，議員之選舉及其承諾，公企業之特許，公物使用權之特許，以回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，給與補助金同時命以公法上的負擔之行爲，營造物利用之請求及許可，依本人志願之現役兵編入，鑛業權及漁業權之設定皆其例也。凡此

種種，在外形上恰如單獨行爲；對於人民之呈請，國家與以許可者有之（例如歸化之許可，依志願之兵役）表面上全無人民之意思，而由國家一方的任命者有之（例如官吏之任命）多數學者，謂此等行爲，爲國家之單獨行爲，其主要理由，即基於此外形上者也。然行爲之外形，非必爲判斷其法律上性質之標準，不拘其外形爲何，凡依雙方之合意而發生效果者，恆爲契約也。

(2) 公法上之對等契約 公法上之契約中，亦有非設定權力關係者，而與民法上之契約相同，僅以特定之作爲，不作爲，給付或物上負擔爲其內容者也。例如 A 在公共團體相互間之關係，各公共團體互立於對等之地位，其間固無權力關係成立之餘地；其相互間之權利義務，除依法律所定外，僅得依雙方之合意而定。基於其合意所生之權利義務，有公法的性質時，則其合意即爲公法上之契約。B 以國家公權的主體之私人與其他私人之關係，亦與之相同，僅得視爲對等地位者之公法上契約。C 國家或公共團體與人民間之關係，則不然，通常雖爲不對等者之關係，然國家若不利其優越的權力者之地位，而尊重相對人之意思，并認其對等之價值，則依雙方之合意，發生特定內容之公法上權利義務者，其例頗多。

公法上對等契約之重要實例，得舉左列數種：(1) 公用負擔契約。爲提供公的行政之用，私人任意的捐贈金錢或其他物品於國家或公共團體，以及約定於其土地物品之物上負擔之關係者也。負擔金錢或物品給付之義務者，普通謂之指定捐贈，例如，以公立學校之設立爲條件，捐贈土地或基金，以設置特定講座於帝國大學爲條件而捐贈金錢是也。捐助人負給付之義務，同時國家方面，負設立學校或設置講座之義務；而其義務之成立，僅爲公



法上義務而已，即公法上之契約也。所謂請願巡查，即因私人之請願，以請願人所出之費用，設定巡查派出所，亦屬於同一之例。物上負擔契約者，例如土地所有人，為提供其土地敷設道路，而提供於市町村是也。因之，其土地所有權所生之限制，為公法上之限制，依土地所有人任意承諾者也，故為公法上之契約。(2)公務委託契約，公共團體委託其他公共團體或私人，代行其公的行政事務者，其例頗多。A.有係法律所公認者，例如，依地方學事通則，(五條)市町村或學區，得委託其他市町村或學區，代行兒童教育事務；依下水道法，(十條)町村得委託市代為建築陰溝；依水利組合法，(五四、五六條)水利組合，得委託市町村代為徵收組合費之賦課及滯納處分是也。B.法律上無特別規定者，例如市之公設市場，公設浴室及其他公營事業，得委託私人代為經營，亦為其實例也。此等公的作用之委託，固非民法上之契約而成立者。C.關於公務，為公共目的而行者，例如市場浴室之經營，雖為負擔非權力的作用之義務，惟得視為公法之義務，亦為公法上之契約也。(3)關於公務執行之契約，公共團體，關於其公的行政之執行，恆與其他公共團體或私人間締結公法上之契約者，殊屬不少。例如二個町村聯合，約定共同敷設水道者，即為共同執行之契約也。某市得其他町村之同意，約定於其區域內，設置公園地或公共墓地者，即為容認執行之契約也。在同一河川流域之上游町村與下游町村間，關於流水之使用及管理，相互約定遵守一定之限制者，即為相互限制之契約也。私人自動的取得公共團體之同意，約定以自己之費用行使道路之修繕，橋梁之架設，渡船之設置等公的作用者，即為任意負擔之契約也。諸如此類，皆係合意公的行政作用之執行，固非民法上之契約，乃有公法的性質者也。(4)公費分擔契約，在某一公的作用，對於二個公共團體同有利害關係者，得依二者之

合意，而定其經費分擔之比例者也。例如依道路法之規定（三三條）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，使其他府縣分擔其費用之一部。市町村長或府縣知事，各代表市町村或府縣為協議，其協議成立時，即為公共團體相互間之公法上契約也。（5）課稅分配契約。對於同一之課稅物品，二個公共團體同有課稅權者，得依雙方之合意，以定其課稅之比例者也。例如依市町村制施行令（四〇條）在市町村內外設置營業所而為營業者，對於其營業及收入之本稅，不須分別繳納，將課以附加稅時，依相關市町村長之協議，以定其本稅額之限度。府縣制（一〇八條）及府縣制施行令（三〇條）亦略有相似之規定。（6）土地之收用或使用契約。依土地收用法，鑛業法，森林法等規定，關於土地之收用或使用，在法律上已豫定其收用，或使用之土地後，使用權者與土地所有人或關係人間，得為使用之協議，其協議成立時，則其使用權因之完成。此之所謂協議，係就使用權者而言，為公法上契約，而非民法上之契約也。（7）報償契約。電氣公司瓦斯公司等，在市町村之區域內，即經營獨占的營利事業者與市町村間締結契約，約定市町村保障其獨占的利益及與以課稅或其他特別利益；同時在企業者方面，對於市町村以一定比例繳納報償金，且在某種範圍內，服從市町村之監督是也。

（三）關於公法上契約之重要原則 公法上之契約，已於上述，其例頗多。其適用，雖時有增加之傾向，然其法律上之規定，殆不完備；而學說上之研究，亦未臻完善。欲論詳細之原則，固屬困難，然其主要之原則，吾人得舉左列數點。

(1) 公法上之契約，與私法上之契約不同，非以契約自由為原則也。在私法上以契約自由為原則，如不違反公共秩序或善良風俗，當事人自得任意訂定契約。但公法之規定，通常皆為強行法規，原則上，不許以契約而左右之。故公法與私法恰正相反，而以契約不自由為原則者也。公法上之契約之得有效成立者，僅於國法所承認之範圍內為止。雖非必以法律明文為要件，然至少不得違反現行法令之規定。在不抵觸法令及習慣條理所容許之限度內，公法上之契約，始得有效成立，以定其相互間之權利義務也。

就中，國家的公權，在原則上不許拋棄。國家或公共團體，不得為特定人之利益，而拋棄其依法所認之公權。例如，市町村對於電氣公司瓦斯公司等，約定除徵收報償金外，不課以租稅或道路占用費者，此報償契約所常行也，然課稅權或占用費徵用權之拋棄，則係違反法律，應為無效。依法專屬於國家之權利，則公共團體不得代行；公共團體，縱令與私人訂定契約并得其承諾，亦不得有效取得如斯之權利。例如，對於電氣瓦斯事業之監督，其契約亦須解為無效。

(2) 公法上之契約，乃以公法上之關係為其內容；而公法上之關係，不得為民事訴訟之標的。公法上之契約有爭執時，除法律有特別規定外，與私法上之契約不同，即不得依民事訴訟請求救濟。雖得依訴願或行政訴訟之手段請求救濟，然得提起訴願或行政訴訟之事項，其範圍比較的狹小，尤其日本國法，對於行政上之不行為，全然不許請求其行為之訴。依公法上之契約，國家或公共團體，負擔一定行政作用之義務者，對於其義務之不履行，權利人除向監督官廳請求監督權之發動外，別無要求履行之法律上手段，關於此點，公法上契約比之於私法上契

約，顯缺法律保護之確實性。

(3)公法上之契約，當然得依當事人之合意解除之。如官吏之辭職照准，議員之辭職許可，特許企業者之停業許可，皆其例也。然在如何情形，得依當事人之一方意思以行解除，雖因情形而不同，然至少須待當事人之一方，其不履行義務已確定或已不能履行時，他方始有解除契約之權。契約解除之結果，當事人之一方對於他方，若有金錢返還請求權或恢復原狀請求權者，則其權利為私法上之財產權，得以民事訴訟請求之。何則，公法關係既經消滅，其後所發生之權利，係單純之私權故也。例如，為供行政作用之費用而捐助財產，其行政作用履行不能時，以及為敷設道路而提供土地者，因道路設計之變更，不用其土地時，捐助人及提供人，均有依民事訴訟請求返還之權。

### 五 行政行為之附款

行政行為，有單純的行為，有附款之行為。所謂行政行為之附款者，乃為限制行政行為之效果計，對於行政行為之內容所附加之行政權的意思表示也。行政行為之附款，僅適用於法律行為的行政行為。何則，附款者，係限制意思表示之效果者，以由意思表示而成立，為其前提故也。對於行政行為得加附款者，除法令有特別規定外，其行政行為，須為行政廳裁量權之範圍內者。依法規之明文而受羈束之行政權，僅得依據法規執行之，且依法規之規定，發生單純之法定效果而已。不得以自己意思，限制其效果。例如，依醫師法，凡一定之學校畢業者，或醫師考試合格者，除有缺格原因外，內務大臣須予以醫師之免許；即內務大臣，僅能審查其資格是否完備，對於有資格者，則須

無條件的予以免許。然醫師法規規定，曾處六年以下之徒刑者或曾處醫事上之罰金者，曰「得不與以免許」故在此限度內，承認內務大臣之裁量權。關於是否准許，有裁量權者，雖附加限制，而與以准許，亦認為其當然之權能。何則，有不准許之權能者，當然亦有附限制與以准許之權能故也。若無此種權能，而加附款時，其附款為無效；視為單純之行政行為，而發生其效力。反之，行政應誤為裁量，附以不必要之附款者，其附款非當然無效；僅於訴願或行政訴訟之結果，確定其為違法時，其附款始為無效，視為單純之行政行為。

行政行為之附款，得分為五種。(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)附條件之行政行為者，謂基於行政權之意思表示，使行政行為之效果，繫於不確定的將來事實之成否而定者也。當其條件之事實之成否未定中，行政行為之效果，尚在不確定之狀態。待其條件成就時，在停止條件之行政行為，則完全發生效力；在解除條件之行政行為，其效力當然歸於消滅。前者例如，以「明日若天晴」為條件，許可屋外集會；以「若大臣出差」為條件，命其隨行之類是也。後者例如，以「三個月內不興工」則當然喪失其效力「為條件，特許建設鐵路之類是也。附條件之行政行為，須為依行政權之意思表示所附之條件；法規自身附以條件者，則為法定條件，而非真正之附條件行為也。

(二)附期限之行政行為，其例不多。其表面上似為附期限之行為，然其實多為法定期限。真正之附期限行為，須其係依行政權之意思表示，對於行政行為之效果，附以始期或終期者方可。例如限定自何年何月起至何年何

月止，許可道路之使用；限定營業年限，特許經營公企業之類是也。

(三)負擔者，謂附屬於主行政行為，對於受其行政行為之效力者，命以特別義務之意思表示也。負擔與條件不同，非使行政行為之效果處於不確定之狀態；其行政行為即刻發生效力，惟與其行為相關聯，同時使負特別之義務者也。附負擔之行政行為之實例，專在於許可，特許等授與某種利益之行為中見之。為許可演劇之開臺，同時對於開臺時間與腳本等附以限制；准許營業，同時命以業務上應遵守之義務，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是也。

(四)撤銷權之保留者，係對於行政行為所附加之意思表示，在某種情形之下，保留得撤銷之權利也。其主要之實例，與負擔相同，大抵見之於許可及特許。有與負擔相關聯，當負擔不履行時，則宣布撤銷之；有與負擔無關係，獨立的保留撤銷權者。撤銷權之保留，非在法律限定其所得撤銷之情由時，則不得為之。

(五)所謂法律的效果之一部除外，此亦係對於行政行為所附加之意思表示，使一般的法律喪失其一部分之效果者也。例如命官吏出差，而曰不給旅費；或任命為一般有俸給的官職，但附以無俸之附款是也。此種附款，僅於特定情形之下，排除法規之適用；故惟於法規所特許者，始得加此附款。

## 六 行政行為之效力

行政行為，須依法規之所定，具備其有效之要件，始得有效成立。行政行為之有效要件，雖因各種行為，而有不同；然自通常言之，則須有下列要件：(一)就主觀的要件而言，須為有正當權限之機關；(二)法規上已規定其手續

者，則須經過法定之手續。(三)若爲要式行爲，則須完備其必要之形式。(四)關於其內容，須不違反法規。(五)其行爲意思，須無瑕疵。若欠缺上述任何要件，則其行爲有瑕疵，其效力不能完全。

然則有瑕疵之行爲，非必無效。行政行爲之無效，僅限於其瑕疵有特別重大之情形。若瑕疵之程度輕微者，亦得有效成立；惟因有撤銷權之機關所爲之撤銷，始喪失其效力。是謂得撤銷之行爲。在人民方面，有依訴願或行政訴訟請求撤銷之權利；人民對於有瑕疵之行政行爲，若有請求撤銷之權利，是謂得抗爭之行爲。

對於行政行爲，得抗爭或得撤銷者，其行政行爲之效力，尙在不確定之狀態。有瑕疵之行政行爲，若長久置於不確定之狀態，則有妨害公法的秩序之安定；故人民方面所得抗爭之期間，恆受法律上之限定，經過其期間者，即不得提出抗爭；而行政機關之撤銷權亦非自由。然則有瑕疵之行政行爲，非必常得撤銷之；有依行政行爲之種類，雖有瑕疵，然自始即發生確定之效力，全然不許其撤銷者。

故行政行爲，自其效力之點觀之，得分爲四種：絕對無效之行爲，得撤銷之行爲，得抗爭之行爲，有確定力之行爲是也。關於此等效力，容於次節論之。

## 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 即謂行政行爲，在形式上雖然存在，然因其欠缺有效之要件，故全然不能發生行政

行爲之效力者也。自其效力關係之點言之，全與無該行政行爲同，任何人亦不受其拘束。故無論何人，不待其撤銷，亦得否定其效力；各行政官廳及法院，得依其獨立之見解，判斷其爲無效。若因無效之行政行爲，而命令臣民以義務者，臣民亦無須服從；若因其違法而發生刑事問題時，刑事法院得依其獨立之見解，決定其行政行爲爲無效。縱有因無效之行政行爲付與權利者，無論何人亦無須尊重其權利；若發生權利侵害之訴訟時，民事法院得依其獨立之見地，判決其權利爲無效。無效之行政行爲，又不得依追認或時效，變爲有效的行政行爲。即對於行政行爲，定有得提起訴願或行政訴訟之法定期間者，無效之行政行爲，亦不因其期間之經過，而變爲有效。

行政行爲，區別其是否有效之實際上利益，要在於司法法院是否有審查之權能耳。人民對於行政廳之行爲，雖得對抗；然其行爲非無公的權威。假令行政行爲在理論上爲無效，但以行政廳之權力執行者，人民除以裁判上之抗爭方法而不服從外，則無效之行政行爲，實際上殆與有效之行政行爲發生同樣之效果。惟其行政行爲，繫於司法法院之審理時，縱令其行爲違法，仍屬有效；因司法法院無審查其是否違法之權能，故仍須視爲完全有效之行爲。反之，若其行政行爲，爲絕對無效時，則司法法院即得判決其爲無效，而以此爲其裁判之根據。故行政行爲之無效，在此點極有其實際上之效果也。（參照第三節第一項之(1)）例外的，無效之行政行爲，有因其效力之補充，轉化爲有效之行爲者。即本來應爲無效之行政行爲，因有正當職權之機關，確認其爲有效是也。例如，因無效的選舉之當選人，經公衆決定其爲當選人，無效之行政行爲，經行政裁判之結果，判決其爲有效是也。在此情形，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被撤銷者，亦得變爲有效之行爲。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，亦當然無效；然以行政行爲在形式上，恆被認爲有效者，實際上難免不與有效之行政行爲受同樣之待遇。故爲明白表示該行爲之無效起見，加以形式的撤銷，較爲適當也。惟此種撤銷，非真正之撤銷，乃無效之宣布也。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，確認其爲無效之行爲耳。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，乃有正當之利益，故爲請求該行爲之撤銷起見，若其他要件完備時，即得提起訴願或行政訴訟。訴願廳或行政法院，必須受理並宣布其無效。其不提起訴願或行政訴訟而經過起訴期間時，此後雖無起訴之方法，然無效之行政行爲，亦不因之變爲有效之行爲。故在此後，若與其他訴訟事件關聯，關於其行爲發生效力之爭執時，當事人自得主張其爲無效也。

對於無效之行政行爲，若其行爲相當於得提起訴願或行政訴訟之事項時，關係人當然得依行政爭訟之手段以抗爭之。否則，若因其行爲受私權之侵害時，亦得依民事訴訟，主張其爲無效，並請求私權之保護。在此限度內，無效之行政行爲，同時又爲得抗爭之行爲。若行政行爲，對於私權毫無直接影響時，其行政行爲雖爲無效，除以民事訴訟抗爭外，別無他法；從而不得提起訴願或行政訴訟。故經過起訴期間，以及自始即不得提起之事項，人民對之全無法律上抗爭之手段。於此情形，在理論上爲無效之行政行爲，即係不得抗爭之行爲；若行政權自身不行撤銷，實際上殆與有效之行政行爲相同，仍有公定力，且發生完全拘束力。

(二)行政行爲之不在此 此與行政行爲之無效不同。所謂行政行爲之不在此，蓋指初無與行政行爲之觀

念相當的事實存在者而言。凡行政行為之存在，至少在形式上，須為行政機關之行為，且其行為須有行政的行為之效力。此種形式上要件亦不存在時，其行為不僅無效，實不成為行政行為也。

行政行為之不存在，與行政行為之無效，有區別之實益者，在於得為訴願或行政訴訟之目的與否是也。行政行為之不存在，以所爭執之目的初不存在，因之毫無提起訴願或行政訴訟之可言。縱令提起，亦必以無目的物之故，而被駁回也。無效之行政行為，則不然，以其外形上有行政行為，得為訴願或行政訴訟之目的物，如欲確認其為無效，必須加以撤銷。若其要件完備時，則訴願廳或行政法院不得駁回之。

行政行為之不存在，成為實際上之問題者，有四種主要之情形：(1)僅有意思之決定而未經表示者。例如僅有市町村會之議決，在市町村長之處分尚未向外部表示是也。依市町村會之議決，市町村之意思雖已決定，然此僅係意思之決定，其意思表示尙未成立。故行政行為尙不存在也。從而其議決，即令違法，若未經市町村長之處分，即對其議決提起訴願或行政訴訟者，則為不合法而須駁回之。(2)行政廳之不行為。行政廳對於人民之請求或聲請，予以駁回或拒絕時，則駁回或拒絕之本身，亦為一種行政行為；若其他要件完備，得對之提起不服之訴。若對於其請求或聲請不為何等處分，並經過長時期者，是為行政行為之不存在。至少依日本現行法，不許對之提起不服之訴。(3)自始即不發生法律的效果之行為。例如勸告，喚起注意，好意的仲裁是也。其行政行為已經存在，故須視為行政行為。此固為行政機關之行政行為，然自始即無意圖使發生法律的效果，須認為事實上之行為者，因之形式上亦非行政行為，不得對之提起不服之訴。(4)已失效力之行政行為。行政行為，因期限之屆滿，撤銷或其他

理由，已喪失效力時，其行政行為已不存在，故不得成立不服之訴。例如請求確認行政行為失效之訴，其訴訟為不合法。何則，失效之確認之訴，其所爭執目的之行政行為，已不存在，其主張本身，已與行政訴訟不相容故也。為行政訴訟目的之行政行為，在訴訟繫屬中喪失效力時，則因訴之目的消滅，應駁回其訴。

(三)得撤銷之行政行為 得撤銷之行為與無效之行為不同，初非當然無效；縱有法律上之瑕疵，然在撤銷前，不妨有效成立，必待有撤銷權之官廳，加以撤銷時，始喪失其效力者也。此種行為之撤銷，僅有正當職權之官廳始得為之，其他行政機關或法院，不得獨立的予以審查，而決定其為無效。當其在有正當職權之官廳撤銷前，恆為完全有效之行為，對於一切國家機關及人民，皆有拘束力者也。

## 二 無效之行為與得撤銷之行為的界限

行政行為之無效，不得與民法上之法律行為，適用同一之原則。民法上之法律行為，如其內容違反公共秩序或善良風俗時，則俱為無效；然行政行為，乃行政權之行為，而行政權在法規之範圍內，自有認定何者適合公共秩序或善良風俗之權；除有正當職權之官廳，得審查其行為以撤銷外，別無推翻其認定之權。故行政行為，無論在何種情形，鮮有僅以違反公共秩序或善良風俗之故，而為無效者。行政行為之無效，僅發生於違反成文法規或與之有同等效力之不成文規律而已。

然行政行為之違反法規者，非必當然無效。違法與無效，乃全然不同之觀念。行政行為，雖係違法，一般仍有公定力；在以公之權威確認其為違法前，恆被認為適法者，在原則上仍屬有效，依其撤銷始喪失效力也。行政行為之

無效，僅以其違法合於特殊條件者爲限。

行政行爲，究在如何情形，始爲無效；究在如何情形，始得撤銷，請舉左列二種原則。

(一)關於行政行爲，一任行政權之裁量，或爲行政行爲之要件之法律事實，一任行政權之認定者，行政機關在其裁量權或認定權之範圍內，誤爲其裁量或認定者，其行政行爲僅爲違法，無論如何，亦非無效之行爲。例如依市制町村制：市町村公民，須於市町村內有二年以上之住所者；凡非市町村公民，不得當選爲市町村名譽職吏員或市町村會議員。若非公民而當選爲名譽職吏員或議員，當選人既經決定，則其決定是否無效，因其欠缺二年以上在市町村內有住所之資格。故非該區公民，至其是否有住所，乃必須認定之事實。有認定權者，承認其資格而決定其爲當選人時，其決定爲有效。在未經撤銷前，自不妨害當選之效力也。反之，其所以非市町村之公民者，因係禁治產人，準禁治產人，破產人，曾受一定刑罰者或未達法定年齡者，其禁治產準禁治產破產或處刑，皆經公的宣告，殆非行政機關所認定之事實。年齡亦依戶籍之證明，而不須認定。若基於此等理由，無公民權者當選爲名譽職吏員或議員，行政機關誤爲此種決定時，則其決定當然無效。又例如，關於租稅之賦課，首須認定物品之所得金額，然後決定所得稅額；若誤爲認定，亦非無效。反之，課地租稅之物品之土地所有，係依登記簿所證明之事實，殆非行政權所認定者，對於非土地所有人課以地租時，則其賦課當然無效。

(二)行政行爲無效者，限於違反能力的規律之法律。

一切法規之內容，得分爲命令的規律與能力的規律。前者乃命爲某事或不爲某事之規律，其所生之效果，恆

爲遵從其所命令之義務；違反之者，則爲義務違反，違反者固不能逃其責；然該行爲之法律上效力，直接不受其影響。能力的規律者，係關於法律上的力之授與或否定之規律，其所生之效果，在於發生既定之力也。行政行爲，僅止違反命令的規律時，僅爲撤銷之原因，並非當然無效。何則，其所規律之本旨，僅爲命其遵奉規事，非謂不遵守則不得發生效力故也。行政行爲之無效，僅發生於違反能力的規律。何則，能力的規律者，係以發生特定的法律上之力爲要件之規律，如有違反，則不得發生法律上之力故也。例如依市制町村制之規定，市町村會應由市町村長召集之，其意即謂若不依市町村長之召集，則市町村會自無開會之能力，故爲能力的規定。若不依市町村長之召集，而開會時，則其會議絕對無效。市制町村制曰：召集以及會議之事件，應於開會三日前告知之。（市五一條三項，町四七條三項）此非關於市町村會議事能力之規定，而係對於市町村長之命令規定，即市町村長負告知之義務也。若違反之，即不隔開法定期間，告知召集及會議之事件者，僅爲違反命令，其會議並非無效。又例如市町村之選舉人名冊，應自十一月五日起至十五日止，供給關係人之閱覽，（市二十一條之二，町十八條之二）此係關係人得聲明異議之要件，若不完備此要件，則無名冊之確實性。從而法律之本意，若不經過此種手續，則不發生選舉人名冊之效力。此爲能力規定，違反之者，則其名冊爲無效。反之，依市制町村制施行規則之規定，命其依照選舉人名簿之樣式，製定人名冊者，僅爲命令規定，違反之者，其名冊亦非無效。

法令之規定，究爲命令的規律抑爲能力的規律，乃就各種情形之解釋問題，須依其事件之性質，斟酌條理以決定之。概言之，能力的規律，僅依法律或以法律委任爲基礎之命令，得以定之，除官制令、軍制令、榮典令、恩赦令等

特例之外，命令僅得制定命令的規律。能力的規律，則不屬於此種範圍，行政行為違反法律時，始為無效；違反命令，僅得為撤銷之原因而已。

能力的規律，乃就行政機關之權限，行政行為之手續形式，內容及其構成要素等問題而規定者，凡此諸點，若違反其規律之一者，皆得為行政行為無效之原因。關於各種無效之原因，容於次項論之。

### 三 行政行為無效之原因

行政行為無效之原因，得分為左列五種：(一)基於無權限之無效，(二)基於手續欠缺之無效，(三)基於形式欠缺之無效，(四)基於內容欠缺之無效，(五)基於意思欠缺之無效是也。

(一)基於無權限之無效 行政行為，須由有正當權限之行政機關，在其權限內所為之行為，方能有效成立。凡有正當權限之機關之行為，必須具備：(1)其行為之機關，須為行政機關所得活動之正當的組織；若非正當的組織者，則全無行政機關所得活動之權限也。(2)行政行為之成立，須得其他機關之同意或與相對人訂立契約者，則須取得其他機關或相對人之同意；若未經同意，則無以單方意思為其行為之權限。(3)須為行政機關權限內之行為。一切行政機關，其實質的地域的或對人的種種權限，皆有一定的範圍；超越此權限者，實不成為行政機關之行動。故基於無權限之無效，更得分為下列三種情形：(1)非正當組織之行政機關之行為，(2)未得必要的同意之行為，(3)權限外之行為是也。

(1)非正當組織的機關之行為 以行政機關而活動者，若不具備行政機關所必要之組織，則全無行政行

爲之能力，其一切行爲，屬於主觀的無權限之無效。

在單獨制之行政機關，很少發生此種實例。例如A。對於無官吏之權利能力者（如曾處六年以上之徒刑或監禁者，或未滿六年而在刑之執行中或未受執行者）任其爲官吏時，其任命爲無效；其以行政機關所爲之行爲，亦須無效。B。官吏在職中所決定之行爲，因受轉職停職或免職之命令後，以自己名義向外部表示者，則其行爲係退官後之行爲，故非有效之行政行爲。C。雖在正當的行政機關之地位，然其行爲視爲行政機關之行爲而發生效力者，限於行政機關所得活動者。非職務上之行爲，以私人資格爲之者，則非有效之行政行爲。例如村會議員，在宴會席上，向村長提出辭職書，則非辭職書有效之受理。D。以行政機關之代理者資格，而行使其權限時，若無正當之代理權，其行爲無效；或以攜帶證明其權限之證書，爲行使權限之要件者（例如國稅徵收法十一條）若不攜帶其證書，則爲不具備正當的組織者，其行爲無效。

行政機關欠缺必要組織之重要實例，主爲合議機關。例如府縣市町村會議等合議制機關，爲欲取得議事能力，則須爲有效之召集，及出席人滿足法定人數；若欠缺此等要件時，其合議機關殆非正當之組織，其一切議決無效。又如將法律上應排斥者，加入決議，以湊足法定人數，或未得過半數通過之決議，皆非適法的構成。召集會議，應對於議員全體寄送通知書，若對於一部份議員不發通知時，則非有效的召集，所開之會議亦無效。

(2) 未得必要的同意之行爲 依法規之規定，行政機關之行爲，須得其他機關之同意（認可）者，亦有能力的規定與命令的規定二種。前者，若未得其同意，則無行爲之權能；法規所定之趣旨，乃以其同意爲其行爲之有

效要件也。故未得其同意之行爲，無效。後者，其行爲屬於行政機關之單獨權限，僅在命其須經其他機關之同意；其規定之趣旨，以未得同意，僅爲義務違反，而非無效之原因。法規究爲何種趣旨，非必從文字上區別之，乃依行爲之性質與法規全體之精神而區別者也。例如，依市制町村制，凡制定市町村之條例，須經監督官廳之許可；市町村之預算及賦課市町村稅之類，須經市町村會之議決。若未得市町村監督官廳之許可而制定條例者，或市町村長未經市町村會之議決規定預算或賦課租稅時，則其行爲全然無效。蓋在此種場合，法律規定以得其同意，爲行使此等行爲之權能發生之要件故也。未得同意之行爲，其後雖獲得同意，亦不得發生溯及既往之效力；僅向將來發生效力而已。反之，依市制町村制規定，市町村長因預算外之支出，或支出超過預算，須以預備費抵充，或預備費不足時，非經過市町村會之議決，而爲預算之追加或修正者，則不得爲之。又如市町村長，因預算內之支出，市須經市參事會之議決，町村須經町村會之議決，得爲一時之借債。若違背此等規定，即市町村長未經市町村會之議決，在預備費以外，而爲預算外之支出或支出超過預算，及未經市參事會或町村會之議決而借債時，因其欠缺必要之同意，固爲違法之行爲；然其支出命令或借債契約，並不因其爲無權限之行爲而無效。蓋支出命令及財產管理，本來屬於市町村長之權限，（市八七條，町七二條）雖未經市町村會或市參事會之議決，仍非無權限之行爲，其須預經議決者，僅得認爲有命令規定之義務故也。

行政行爲，以得相對人之同意爲必要者，要公法上之契約也。欠缺相對人同意之行爲，則當然無效。法律上有謂之曰許可。然許可乃係單獨行爲，與禁止之解除相當；相對人之同意，並非其有效要件。請求之內容與許可之內



容，非必一致，許可雖與請求趣旨不相同，仍不失為有效之行為。反之，許可若為公法上契約之一要素時，則以與相對人意思之合致，為其有效要件；故請求之內容與許可之內容必須一致，在二者相齟齬之限度內，許可則為無效。例如鑛業之許可，其鑛業權之設定，固以合意為要件，然其許可之鑛區與請求之鑛區不同者，則無效。對於未請求入學者，而許可入學，對於請求甲河川之水利使用者，而許可乙河川之水利使用，皆為無效。

(3) 權限外之行為 一切行政機關，僅在自己之權限內，得以代表國家為行政行為。超此權限，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，有三方面的界限：即事務之種類，管轄區域及人之管轄是也。行政機關之行為，關於上述三點之任何一點，超過其權限時，則為無權限之行為，根本無效。因之權限外之行為，得分三種：A. 實質的無權限，B. 地域的無權限，C. 對人的無權限。—— a. 實質的無權限之行為者，謂行政機關，關於該種類之行為，一般皆無其權限也。此所謂無權限之行為，與單純違法之行為，其意義不同。行政機關行使其權限，固須遵守法規，然違反法規者，非必為權限外之行為。關於該種類之行為，一般有其權限時，雖在各個情形，違反法規，仍為其權限內之行為。例如市町村長，依市町村會之議決，有徵收市町村稅之權；若其徵收，係法規所不承認者，其課稅固為違法，然非權限外之行為。反之，市町村收入之受領，係屬於會計之權限，而非屬於市町村長。故向市町村長繳付市町村稅，亦不發生交納之效力，其租稅尚在未納之狀態。對於不納市町村稅者，所為租稅滯納之處分，通常屬於市町村長之權限，而不屬於會計；會計無代理市町村長職務之權能，會計若代理市町村長所為之滯納處分，則為權限外之行為，絕對無

效。關於市會議員選舉人名冊的異議之決定，惟市會有其權限；市參事會爲其決定時，則爲權限外之行爲，亦爲無效。b. 地域的無權限之行爲者，謂行政廳本有一定的管轄區域，而使其行爲之效果及於區域外者，是爲地域的無權限之行爲也。例如關於甲地戲院之建築，而受乙地官廳之許可；關於甲地之土地，乙地收稅官廳課以地租是也。除法令有特別規定，或自其事件之性質上應認爲例外者外，一切行政機關之權限，僅及於其管轄區域內，而不得及於他之區域。行政行爲之目的物，若附着於管轄區域外之土地者，關於其物所爲之行爲，或因行政行爲之相對人居住管轄區域外，無服從其權限之特別關係，對其所爲之行爲，皆爲權限外之行爲，根本無效。雖在管轄區域內，然因治外法權之關係，行政廳之權限，須受其限制。該區域不受其管轄，故在該區域所爲之行爲無效。對人的無權限之行爲者，例如，對於已辭官者，爲懲戒處分，對於有治外法權者，課以租稅是也。對於不受行政權支配之人，所爲之行政行爲，則當然無效。

(二) 基於手續欠缺之無效 所謂手續，即行政行爲之效果，須依二個以上的行爲之結合方能成立者；此數個行爲之結合，即手續也。法令指定行政行爲，須經過一定之手續者，須區別其爲能力的規定或命令的規定。關於前者，若不經過此種手續，則不得發生行政行爲之效果，即行政機關，不依其手續，則無行爲之能力。在此場合，欠缺手續者，爲行政行爲無效之原因。關於後者，固非否定其效果之意，僅命令行政機關，應經過某種手續而已。在此場合，欠缺手續者，僅爲行政行爲之違法，而非無效之原因，法令上所規定之手續，究竟屬於何種，固須就各個事情以判斷之，然大概言之，若其手續之規定，爲保護人民之權利或利益者，則以經過其手續，爲行政行爲發生正當結果

之不可缺的要件，故爲行政行爲之有效的要件。例如，不徵求關係市町村之同意，而爲市町村境界之變更，或廢置分合，未經關係人之協議，而爲土地收用之裁決；未在法定期間內提供選舉人之閱覽，而確定選舉人名簿；不會同鄰地所有人而爲土地官有民有之查定；不預行督促，而爲滯納處分。不通知森林所有人，而編入保安林等，皆因手續之欠缺，而爲無效者也。要之，法律上以預先通知利害關係人，得其同意及協議等，爲行政行爲之要件者，則爲保護關係人之權利或利益，其手續乃不可缺者也。欠缺其手續，則爲無效。同樣的，法律上以關係人之聲請爲行政行爲之要件者，若非依據其聲請，所爲之行爲則爲無效。例如，對於市會之違法或不當之決議，若不因市長之請求，府縣參事會所爲變更之裁決；對於訴願書，或聲明異議書未載之事項，所爲之裁決或決定是也。此等固爲單獨行爲，然法律上以基於聲請爲其條件，故其聲請係行爲之有效要件也。（因同一之理由，若無訴之提起，行政法院所爲之判決，固應無效，然因行政法院，無監督之機關，可撤銷其判決，故其效果之發生自無妨也。）但其手續，若非爲保護人民之權利或利益，僅爲行政機關內部之監督，或事務上分配之便宜者，雖欠缺其手續，行政行爲並非無效。例如，須經高等考試委員或普通文官考試委員之銓衡，始能任用官吏，不經其銓衡，而任用之者，則其任命行爲，仍屬有效。（大正四年五月十七日行政判決）

（三）基於欠缺形式之無效 行政行爲，非必常爲要式行爲；然因行政行爲，有拘束人民之權威，故須有可得認識之形式，除因急迫之情形，性質上不得以書面而行者外，通常皆以書面行之，爲其有效之要件。例如，依市制町村制府縣制之規定，異議之決定，須以書面爲之，交與提出人；租稅之賦課，須以納稅通知書，或徵稅令爲之；爲滯納

處分之前提要件之督促，亦須以書面爲之；扣押財產時，須製作扣押書之謄本交付於滯納人；依行政執行法而爲代執行或科以執行罰，亦須用書面告戒之是也。凡須用書面之行爲，書面實爲其形式的要件，故以口頭通知者無效。

關於應記載於書面之事項，法令上常有一定形式之規定。關於書面之記載事項，法令上亦有能力的規定與命令的規定之區別，欠缺法令所定之形式者，其行爲非必無效。行政行爲之有效要件之形式，謂之主要的形式；不影響於效力之形式，謂之隨從的形式。行政行爲，僅在欠缺主要的形式者，無效。法令上所規定之行政行爲之形式，究竟屬於何種，在法令明文上，非必明瞭，不外依其性質而判斷之。概言之，其形式，若爲證明行政行爲之確實性所必要者，是爲主要的形式。反之，若欠缺其形式，不影響行政行爲之確實性，僅爲使其趣旨明瞭者，是爲隨從的形式。例如，市制町村制曰：異議之決定，須以書面爲之，並附其理由，交付於聲明人。然附載理由於決定書上，僅係說明而已，非爲主要的形式。不附理由之決定書，固得爲廢棄之原因，但非全然無效。市町村會議員之選舉，選舉法曰：選舉人名簿上，應記載選舉人之姓名、住所及生年月日等，然住所生年月日之記載，非爲證明選舉權之不可缺的證據。依據判例，即未記載者，選舉人名簿之登記，仍爲有效云。

關於行政行爲之形式的要件，成爲實際上之問題者，主爲下列各點：（一）簽名蓋章——就行政行爲之有效要件而言，法令上有須關係人簽名蓋章於書面爲必要者。然其簽名，是否要以親筆，除特有反對意思之理由外，應解爲不須親筆，蓋以法令上併合簽名蓋章爲必要者，乃以蓋章爲發生證據力之主要素也，並無蓋章後，尙須簽名

之必要理由故也。惟民事訴訟法（一九一條）上之判決，推事須簽名蓋章，若不能簽名蓋章時，由其他推事記載其事由並簽名蓋章。此種規定，行政訴訟亦得準用之。行政法院之判決，必須法官（評事）親署，不必蓋章僅須簽名者，則其簽名，為發生證據力之唯一要素，故須親署；然依日本之普通的社會見解，並無以親筆為發生證據力之習慣。故例如市制（六二條二項）町村制（五八條二項）曰：市町村會之會議錄，須經議長及議員二人以上之簽名，然依判例解釋，非必要為親署。昭（和）二年五月二十六日行政判決（2）代理人之行爲——凡屬於行政廳權限之行爲，行政廳命下屬官吏或吏員代爲者，代理人因不署自己之名，須署行政廳之名，故在外形上，恰與行政廳自身所爲者相似，是否爲有效之行政行爲，依民法上原則，代理人之行爲，須明示爲本人（被代理人）之行爲，書面上應署代理人之名，不署本人之名。然此原則，不得準用於行政行爲。依日本行政上之習慣，凡屬於行政廳權限之行爲，命其下屬官員或吏員代爲者，其責任仍歸於行政廳，向例不署代理人之名，而署行政廳之名。此種習慣，應無否認之理，故代理人署行政廳之名義時，應解爲不影響行政行爲之效力。較爲正當歟。（昭和五年二月二十日及六年一月二十八日行政判例採反對之見解）（3）相對人之受領——對於特定之相對人，所爲之行政行爲，須向對方表示之，其表示依到達相對人時起，發生其效力爲原則。雖非必須相對人已經了知，爲其效力發生之要件，然應置於可得了知之狀態。換言之，即其表示，須到達於本人或得代受意思表示之代理人而發生效力。民法上（五二六條）關於非對話人之契約，以寄發通知（承諾）時起，方告成立。故關於契約之承諾，採用發信主義。然此原則，不得準用於公法上之契約。除有特別反對之規定或反對之理由外，應解爲適用意思表示之一般原則，採受信

主義，但須注意者：A。雖到達於相對人，然相對人拒絕受領時，則其拒絕並不影響受領之效力。B。是否到達於相對人，有疑問時，若能以寄送證明者，祇要無反對之證據，推定其已到達。C。相對人之住所不明而不能通知時，得以公示送達代之。

(四)基於內容有瑕疵之無效。行政行為之內容有瑕疵者，得分為二種：(1)內容不確定之行為，(2)內容不可能之行為。

(1)內容不確定者，不確定其所命者為何，所許可者為何，所賦與者為何，所剝奪者為何，即無一定之內容也。例如土地收用之裁決，而為不指定可收用之土地之裁決，為裁定市町村境界之爭執，而為不能確定其境界之裁定是也。因無確定之內容，無從發生其效果，故當然為無效也。

(2)內容不可能者，謂行政行為以不能之事項為內容者也。故得分為事實上之不能，與法律上之不能。事實上之不能者，謂依現代普通之見解，所不能實現之事也。法律上之不能者，乃法律上之不認其有發生效力之謂也。以事實上不能為內容者，並不多見；所成為問題者，惟法律上之不能也。

行政行為以法律上不能為內容者，與單純之違法有異。單純的違法，不足以使行政行為無效，已於前述。法律上之不能者，謂其內容違反能力的規律之情形也。即法律上不認其有發生效力者也。更得分為三種：A。關於人之不能，B。關於物之不能，C。關於實質之不能。——A。關於人之不能者，謂行政行為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情形也。對於死人除給公法上之榮譽權外，對於一切之權利義務皆無享有之

能力，故對於死人與以權利或命以義務之行政行為，皆為無效。然在實際上成為問題者，主為無享有特殊的權利義務之能力者也。例如曾處六年以上之徒刑者，無參加公務之能力，如任命曾處六年以上之刑者為官吏，或決定其為當選之議員，則其任命或當選決定之內容，屬於法律上之不能，故為無效。又如外國人不得為鑛業權者，亦無律師之能力者，對於外國人為鑛業之許可，或登記於律師名冊者，均為無效。關於義務能力亦同。例如，對於十二歲以下之幼兒處以刑罰，對於非土地所有人課以租稅，對於已納租稅者為滯納處分，對於女子課以兵役義務，對於未達學齡之兒童保護人，命其兒童就學，皆為對於無義務能力者所為之行政行為，故為法律上不能之行為。B. 關於物之不能者，謂對於不能為行政行為之目的物而為之行政行為也。恰與民法所謂不融通物相似，不得為法律行為之目的，即關於公法上一般行政行為或特殊行政行為，法律上全然不能為其目的物之物也。例如，日本天皇所有地，不得為土地徵用之目的物，墓地石碑祭壇，職務上之制服勳章等，不得為租稅滯納處分之目的物，宮城，離宮，神宮，及皇陵周圍三百間（六尺為一間）以內，及要塞地帶第一區內之場所，不得為鑛業許可之目的物，私有水面不得為漁業免許之目的物是也。關於此等物，所行之行政行為，因其為法律上之不能，當然無效。同樣的，若國家對於不屬其支配權之私有水面之填埋許可，以私有地之道路編入，對於已成之鑛業權之鑛區，與以同種採掘鑛物之許可，亦為內容不能之行為，全然無效。C. 關於實質之不能者，謂行政行為之效果所得發生之內容，在實質上不能發生者也。例如，命以犯罪之義務，為法律所禁止之行為，命以法律所不認之義務，或與以法律所不認之權利，在法律上，皆不得有效成立。例如，長官對於屬官所為之職務命令，其內容相當於犯罪之情形，行政廳給與之許

可的內容，爲法律所絕對禁止之行爲等，其命令或許可，當然無效。卽免除法律上義務之租稅，設定法律所不認之獨占權，皆以不能爲內容之行爲，全然無效。消滅法律上不存在之權利，或免除不存在之義務者，亦爲基於同樣理由之無效。例如，對於虛無之土地，而爲徵收之裁決，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稅是也。

(五)基於欠缺意思之無效 行政行爲，乃行政權之意思行爲，故以效果意思爲其成立之要素，固不待言，至少其意思表示，爲其根本的要素。故無意思之行爲，則當然無效。全然無意思之行爲者，例如官吏在精神喪失之狀態中所爲之行爲，又如受不能抵抗之強制所爲之行爲是也。然此種情形，在實際上殆不多見。意思之欠缺，可影響行政行爲之效力，在實際上成爲問題者，主爲(1)意思與表示不一致之行爲，(2)因詐欺，脅迫，賄賂，不正之報告等，不正當手段所爲之行爲。

(1)意思與表示之不一致，得分爲二種情形：A.所表示之內容與欲表示之內容不同；B.所欲表示之內容，與真意不同。

所表示之內容與欲表示之內容不同者，由表示之錯誤而發生也。尤其依書面表示之情形，有文字上記載之錯誤；依印刷表示之情形，有排字之錯誤。在此場合，若其錯誤，依社會上普通之見解，得從外部認識時，應解爲得更正其錯誤，依其真意而發生效力。例如，自海岸一里以內之海面，爲特殊之漁業，係絕對所禁止；在一里以外爲漁業，須受許可之情形，對於請求一里以外爲漁業之人，若與以許可一里以內爲漁業之免許執照，則一里以內係一里



以外之誤記，從其外部情勢可以明白，故應解爲不受其文字之拘束，就一里以外漁業之許可而發生效力。（大正十一年四月二十九日大刑）反之，其錯誤不能從外部認識時，則問題非如此簡單。普通行政機關之行為，分爲意思之決定與意思之表示二個行為而行者，則通常先經有權限機關之裁決，而決定其意思，再經其屬官或吏員受有權限機關之命令，而爲其表示行為者也。在此場合，其表示若與原議之決定不同時，則其所表示者，既非爲有權限機關之意思，故無由發生效力；又因其所決定之意思，未被表示，亦不得發生效力也。歸結言之，意思與表示之不一致，被證明時，在其不一致之限度內，應爲無效，須待有效之更正，始能發生其效力。雖得更正，然無溯及既往之效力；依更正時，始爲有效之行政行為也。

所欲表示之內容與真意不同者，由意思決定之錯誤而發生也。此非原議之決定與表示之不一致，而係原議決定本身，基於錯誤，與真正所欲決定者不同之決定也。即真意與表示之不一致也。在此場合，其錯誤若以普通人之注意，得自外部認識時，則問題頗屬簡單，應依其能更正其錯誤之真意而發生效力。例如甲請求鑛業許可，在請願後甲已死亡，官廳不知其已死亡而與以許可時，對於甲之許可，并非無效，對於甲之繼承人同樣發生其效力也。在決定選舉無效之情形，若與以全部議員當選無效之決定時，不拘其文字，仍發生選舉無效之決定之效力。在此場合，雖其表示與真意不同，然依其表示，得推定其真意，故以之爲無效之理由不存在，應依其真意發生其效力。反之，其錯誤不能以普通人之注意而認識者，因其真意全未表示，無從依其真意發生效力。但行政行為，乃以公之權威所行者，人民惟得依其所表示者認識之，故在原則上，不拘其真意爲何，應依其表示而發生效力。換言之，意思決

定之錯誤，在原則上不為行政行為之無效原因。在民法上，雖規定法律行為要素之意思表示有錯誤時，則為無效，然此原則，通常不得適用於行政行為。行政行為，係有公的權威之行為；雖有錯誤，然在撤銷前仍有效力，故其錯誤非當然無效也。惟因其錯誤之結果，使其行為之內容，成為法律上之不能時，固為基於內容有瑕疵之無效，然此係基於他種原因，並非基於錯誤也。例如甲詐冒乙之姓名而受高等考試，因之合格，其對乙授與合格證書，乙因未受考試，無受領合格證書之能力，故其合格歸於無效；對於無醫師資格者，誤認其有資格，而與以醫師免許證者，無資格者因無受領免許證之能力，故其免許無效。對於已納租稅者，誤認為未納者，對其所為之滯納處分，亦為無效。此等皆因錯誤之結果，使行政行為之內容，成為法律之不能也，因內容之不能，故為無效。反之，例如因計算之錯誤，決定所得金額較正當額為少者，誤認為營業不正之行為，而撤銷營業免許者，對於非公益事業，誤認為公益事業，而與以土地收用之裁決者，皆非當然無效。

(2) 行政行為，因相對人之詐欺、脅迫、賄賂、不正之報告等而行者，亦與錯誤之情形相同，其意思之決定雖有瑕疵，然非無意思之行為，行政機關，在其權限內所與之決定，除因內容不能或其他原因為無效者外，意思決定之瑕疵，並非當然無效。惟依情形，得為撤銷之原因，因撤銷始喪失其效力也。

#### 四 行政行為之撤銷

所謂行政行為之撤銷，為使已經有效成立之行政行為喪失其效力之別個行政行為之謂也。行政行為之撤銷，其法律上之性質，得分為三種情形：(一) 關於自始即為無效之行政行為，為明示其為無效，而宣之公衆以撤銷

者。得謂之無效宣布。雖爲無效之行政行爲，然在形式上對於人民係權威的表示，爲明示其爲無效，亦須由有權之機關撤銷之。關於其法律上之性質，僅爲確認行爲，而非對於有效之行政行爲，使其從新喪失效力者，然在普通之用語例，亦謂之撤銷，致與真正撤銷（即對於有效之行爲使其新喪失效力者）無區別矣。例如依行政訴訟，稱曰請求撤銷行政行爲之訴，主張行政行爲之無效者，行政法院認其爲無效者，即任何處分亦僅曰「撤銷」。（二）行政行爲之成立有瑕疵，因而廢棄，使其效力消滅者，謂之曰基於瑕疵之行政行爲之撤銷。（三）行政行爲之成立並無瑕疵，惟因後來所發生之事由，不能使效果繼續至將來因而廢止者，謂之曰行政行爲之廢止或撤回。其中之差別，除無效宣言，係對於自始無效之行爲而行者外，則與基於瑕疵之撤銷，適用同一之原則，以下論述後二者。

（一）基於瑕疵之行政行爲之撤銷 行政行爲之成立有瑕疵者，換言之，行政行爲，違反法規或妨害公益時，或因詐欺，脅迫，賄賂，不正當報告等而行者，或行政行爲之要素有錯誤時，或因官吏之惡意濫用職權等等，總之，其行爲在法律上非正當而行者，關係人得以訴願或行政訴訟，請求其撤銷。對於行政行爲，賦與關係人請求撤銷之權利者，是謂得對抗其行爲之行爲。有不因關係人之請求，行政官廳自動的撤銷之者，是謂依職權之撤銷。

（1）得爭抗之行爲 關係人得以爭訟手段，請求行政行爲之撤銷者，將於第三章述之。在此場合，係關係人有請求其撤銷之權利，如其要件完備時，行政廳或行政法院，須審理其係爭之行政行爲，若爲有瑕疵之行爲，則須撤銷之。

（2）依職權之撤銷 即謂不待聲請，官廳方面進而撤銷是也。有撤銷權者，厥惟爲其行政行爲之官廳自身

及其監督官廳也。爲其行政行爲之官廳，既有爲其行爲之權，故當然亦有撤銷其行爲之權。監督官廳之有撤銷權，乃見諸官制上之明文規定也。內閣總理大臣，各部大臣，及地方長官，對於受其監督之下級官廳之行爲，認爲有違反法規，妨害公益或侵犯權限時，則得撤銷之。（內閣官制第四條之二，各部官制通則第六條，地方官制第九條等）關於公法人之行爲，若違法者，亦得由監督官廳撤銷之。此各種規定，見諸各種公法人之組織法律中。

然依職權之撤銷，非必在行政行爲有瑕疵之情形，方得爲之。法令上雖明白規定，監督官廳對於受其監督之下級官廳之違法行爲，得無條件的撤銷之，然行政行爲，除絕對無效者外，應解爲對於違法者，非必常有撤銷之權，蓋一切行政行爲，均以公定力而定其法律的秩序，行政行爲一旦有效成立後，若又撤銷之，似必破壞既定的法律秩序，故縱令行政行爲之成立之初，已違反法令或不合公益，然其既經成立，則其撤銷，非必自由。撤銷權之限制，在下列二種情形，殊爲顯著：（1）因其撤銷，侵害人民既得之權利或利益者。如許可或特許之撤銷屬之。在與以許可或特許後，若撤銷之，常有損害人民既得之權利，或侵害其利益，縱令其許可，或特許爲違法或不當者，然其撤銷權，絕非自由裁量之行爲。行政官廳有應予撤銷之公益上必要者，須比較考量，因其撤銷所及於當事人之不利益，及因其不撤銷所及於公共秩序之影響等等，而決定其是否撤銷。若僅細微末節近乎違法，在實質上並不妨害公共秩序者，則不得撤銷之。（2）有確定力之行爲。行政行爲之中，亦有與裁定判決相等，一旦確定後，則依一事不再理之原則，除有特別之例外，關於同一事件，不許再行審查。故原則上有全然不得撤銷者，是謂有確定力之行爲。此種行爲，縱令違法，除依上訴手段（聲明異議，訴願，行政訴訟）爭抗外，利害關係人有要求其不再變更之權利，除

有特別之理由外，不得依職權撤銷之。關於如何之行政行為，得認其有確定力，法律上雖無明白的規定，然類似裁定判決性質之行政行為，則應認爲屬於此種。例如訴願之裁決，聲明異議之決定，俸給權之裁定，考試合格不合格之決定，選舉之效力及當選人之決定，特許局審判官之審決，市町村境界爭執之裁定，土地官有民有之查定是也。（例如依市制九十條，町村制七四條，監督官廳，認市町村會之議決或選舉爲違法時，雖得撤銷之，然對於市町村會所爲異議之決定，縱令違令，亦不得撤銷之；蓋異議之決定，與裁定判決有同一之性質，係有確定力之行為故也。大正十一年十二月二日行政判決。依國有森林法之境界查定處分，縱令日後發現其查定有錯誤，亦不得撤銷之；蓋相互所有權之範圍，乃依此而確定故也。大正三年二月十四日行政判決。）然有確定力之行為，亦非絕對不許撤銷。猶如裁定判決，在有特別理由時，得以再審；關於有確定之行政行為，亦有認其再審者。關於民事訴訟法再審之規定，亦得類推之於行政行為，或其行政行為之手續上有重大欠缺者，或其行為因詐欺、偽證、賄賂等犯罪之行為而行之者，尤認爲當然可以撤銷。

撤銷之效果，在基於瑕疵之撤銷，以其行為在法律上自始不能成立，故不使其發生效果，從而撤銷之效果，原則上當然溯及既往，認爲自始無效也。法律爲明示此種趣旨，往往不稱曰撤銷，而稱曰無效。例如特許法曰：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。其所謂無效審判或無效判決，即撤銷前之確認行為也。雖謂無效，然非不待何等行為，而當然無效者；發明之特許，當選人之決定，原已有效成立，若無無效審判之請求，或選舉訴訟之提起，則應繼續其效力，惟因審決，或判決之結果，始喪失其效力者也。然使撤

銷之效果，溯及既往，有時難免不破壞既成之法律秩序，不當的侵害當事人之利益。一切行政行爲，既經有效成立，皆係以公的權威，決定法律關係者，縱令其決定有法律上之瑕疵，而被撤銷，然因其行爲所完成之效果，爲關係人之利益，自以容許爲適當。如溯及既往而使喪失其效力，殊有乖乎正義。故溯及既往之原則，須認有多少例外。詳言之，爲關係人之利益者，則以溯諸既往爲原則；爲其不利益者，則以不溯及既往爲原則。例如，受當選無效之判決者，在其判決前，仍不喪失議員之資格；又如營業免許，若因違法而撤銷時，在其撤銷前之營業，仍係正當之營業。

(二)行政行爲之廢止 行政行爲之廢止，與基於瑕疵之撤銷不同，其行爲之成立，固無瑕疵；然因發生不能繼續效力至將來之新事由，使其喪失效力之行爲者也。基於瑕疵之撤銷，係屬於監督官廳或行政法院之權能；但廢止，除法規有特別規定外，僅有爲其行政行爲之官廳，自身始能爲之。基於瑕疵之撤銷，使溯及既往喪失其效力；但廢止之效果，不溯及既往，專關於將來使其喪失效力耳。

關於此意義之行政行爲之撤銷，成爲主要問題者，即在何種情形，行政官廳自身得廢止其行政行爲。問題之發生，專關於有繼續的效果之行政行爲。行政行爲，既經有效成立後，使其向將來喪失效果，殆爲不可能，固無廢止之問題；惟關於有繼續的效果之行政行爲，在其繼續中，因發生不能繼續效果至將來之事由者，自得以廢止之。究在如何情形，得以廢止行政行爲，須別爲二種論之。

(1)行政行爲之廢止，對於人民有利益者，乃謂一種行政行爲，僅使人民負擔義務，命以負擔或限制權利者，此種行爲之廢止，除有確定力之行爲外，在原則上得依官廳之自由廢止者也。例如，因恐有妨害公安之虞，而禁止

出版物之發行，嗣後若認為無害公安時，則隨時皆得解除其禁止；因營業上有不正當之行為，而命其停止營業者，至後若認為無停止之必要時，則無論何時，可以解除其停止是也。良以此等行為，對於人民純屬授與利益，而授與人民以利益之行為，除法規有特別之限制外，原則上，屬於官廳之自由裁量故也。惟關於有確定力之行為，縱令其廢止，對於人民純屬利益；然因其確定力，具有不得廢止之拘束力也。例如，市町村公民，因無正當理由，拒絕名譽職者，得以市町村會之議決，停止其公民權，其處分即發生確定力，在其停止公民權之期間內，市町村會不得為「特免停止」之議決。（昭和二年六月二十一日行政判決。）

(2) 行政行為之效果，對於人民發生權利或利益者，此種行為之廢止，實係損害人民既得之權利或利益，故不得自由廢止之。僅得根據法規而廢止之。蓋以侵害人民之權利，或拘束其自由，僅得依據法規而行，並非屬於行政權之當然的作用故也。凡有設定權利之權能者，非必當然有剝奪權利之權能。例如，市町村會，有選舉市町村長之權，而無解任之權；貴族院議員之勅任，固屬於天皇之大權，然不得依大權以罷免之；高等官資格之發生，雖基於高等考試之合格，然其資格發生後，無論何人亦不得剝奪其資格是也。要而言之，依行政行為，對於特定人與以權利或利益時，行政權自身已受拘束，自不得自由廢止，而使其喪失權利，或利益。不許絕對之廢止，固為原則；然在多數情形，法規亦許依行政權之單方意思，或雙方之合意，得以廢止之。依公法上之契約而成立之法律關係，關於其廢止，以雙方之合意行之，為其通常之形式。例如官吏之辭職照准，議員之辭職許可，特許之公企業者之停業許可是也。依行政權單方意思，得廢止之者，雖因行政行為之種類，而不一致；然要而言之，為特定人與以權利或利益後，

因新情事之發生有不能繼續效果至將來之公益上必要者，而其必要至於不得已之程度，必須剝奪其權利或利益者，方得廢止之。此種判例，亦得舉其一二，例如，大阪府知事，當改建淀川工事時，爲擴張天滿菜場起見，對於沿岸土地所有人，許可其占用河川之填積地，及至竣工後，占用權人乃拒絕將占用地租與菜場，以至不能達到擴張菜場之目的。府知事遂撤銷其占用許可。行政法院認爲不合於許可當初之目的，判決其撤銷爲合法。（大正四年十月二十七日行政判決。）旅館營業人，有紊亂營業上風俗之行爲，撤銷其營業免許爲合法。（大正十年三月十二日行判。）輪船營業人，休止航綫，至陷海上交通於不安，因而撤銷其營業免許，而對於其他輪船營業人與以免許，亦爲合法。（大正八年五月二十日行判。）

#### 第六節 行政罰及行政上之強制執行

依行政法規或根據行政法規之行政行爲，國家或公共團體對於人民命以特定之公法上義務時，爲確保其義務之履行，國家或公共團體，對於違反義務者，所得採取之權力的手段，約有下列二種。（一）對於過去義務違反之制裁，是爲處罰，謂之曰行政罰。（二）對於將來使其實現義務之手段，謂之曰行政上之強制執行。

##### 一 行政罰

在依行政法規所課於人民之公法上義務，爲期其效果之確實，對於義務違反者，恆有相當之制裁，所謂行政罰，指對於行政法上之義務違反，國家或公共團體基於一般統治權，所課於人民之制裁或處罰之謂也。但須注意



者，對於行政法上之義務違反之處罰，與刑事上犯罪處罰之刑事罰，殊不相同；其對於過去義務違反之制裁，與對於將來強制執行手段之執行罰，亦須嚴加區別，基於一般統治權所科之處罰，與基於特別權力關係所處罰之懲戒罰，亦要區別之。

關於行政罰，從其處罰之種類及手續而觀察時，得分爲三種：（1）最普通者，爲刑法上有刑名規定之處罰，即關於刑法意義之刑罰。因其爲刑罰，故在法律上之處遇，殆與一般刑事罰相同。除有特別例外之規定外，須受刑法總則之適用，並依刑事訴訟法處斷之。（2）法律上有對於違反行政法規者，不以刑法上有刑名規定之處罰爲其制裁，而另以罰鍰之罰爲其制裁，故在形式上亦與刑事罰不同者也。如銀行法、信託業法、無盡業法、保險業法、產業組合法等，是其例也。罰鍰固非刑罰，自不適用刑法總則及刑事訴訟法，而準用民法上及商法上罰鍰之罰，並依民事法院之非訟事件程序法（二〇六條乃至二〇八條）而決定之，其強制執行亦依民事訴訟法。對於不能完納罰金或罰鍰者，不得依一定期間內留置於勞役場以代替之。（3）依府縣制市制町村制之規定，府縣及市町村有科罰鍰之權。（府一一四條，市一二九條，町一〇九條）關於府縣及市町村所定之罰鍰，全非司法權之作用。制定罰則係行政權之作用，在各個場合科其處罰者，亦專爲行政權之作用。在府縣由府縣知事科之，在市町村依市町村會之議決，由市町村長科之。（但依條例得委任市町村長行之）其強制執行，亦與府縣市町村其他收入同依行政上之手段行之，其不服之訴，亦依行政上之爭訟手段爲之。

就違反行政法規之制裁而言，若適用刑法上有刑名規定之處罰，則刑罰與行政罰，在形式上殆無差異。在此

限度內，行政罰在形式上亦爲刑罰之一種。惟行政罰，其所處罰之對象，爲行政法上之義務違反，故與刑事犯罪之制裁之狹義的刑事罰，其性質不同。此種區別，亦相當於行政法與刑事法之區別。刑事法之主眼，不在命令或禁止某行爲，其命令或禁止，乃以社會生活上必然遵守之限制爲前提，僅對於違反者，始加以制裁。反之，行政法上之主眼，在於命令或禁止某行爲，對於違反者之制裁，僅爲使確實其義務之效果而定者也。刑事犯罪，即不待國家之命令或禁止，已爲社會意識所不許，以其行爲有害社會爲其觀念之要素也。刑事法規以成文之規定，僅明示何者有害社會，非謂違反義務者，即當然有害於社會也。刑事犯與行政犯之分類思想，其根據卽在於此；故有謂刑事犯爲自然犯，謂行政犯爲法定犯者。基於此種性質上之差異，對於行政犯之處罰，有與一般刑事罰適用不同原則之必要，故與通常之刑法總則不同，而另行制定行政罰法之總則，在理論上與實際上非無價值也。依各國最新之立法，已制定者有之，有制定之企圖者亦有之。日本立法則不然，關於行政犯，在以刑罰爲其制裁之範圍內，幾與刑事犯毫無法律上之區別，惟在各種特別法上，對於刑法總則及刑事訴訟法，設有若干之例外而已。

行政犯，實爲違反行政法規之罪，依其對象之行政法規之不同，得分爲若干種類。其最主要者，例如警察犯及財政犯二種。但非以此爲足，此外關於國家或公共團體所經營管理之公企業，或公物，對於公用負擔之違反，或關於軍備者，多有特別罰者之規定，皆具有行政犯之性質者也。

## 二 行政上之強制執行

行政罰，乃施諸行政法上之義務違反者，（過去的）而視爲應報所科之苦痛者也。行政上之強制執行，係對

於不履行義務者，爲使其將來履行，或使其實現與履行相同之狀態之強力作用也。對於不履行行政法上之義務者，依行政權之作用，行政機關自爲執行，是謂行政上之強制執行，而與依司法權之強制執行相區別也。在民法上之法律關係，義務人不履行其義務時，權利人自身無強制執行之權，欲強制其義務之履行，惟得依民事訴訟法，請求裁判上之強制執行。民事訴訟法第六編，即其強制執行之規定也。縱令國家自身爲權利人，如其權利，具有私法的性質時，亦以遵守同一之原則爲通例；其強制執行之權，專屬司法權。在公法上之關係，如其義務係司法權所課者，應依民事訴訟法，以檢察官之命令執行之。（例如非訟事件程序法二〇八條）惟對於行政法上之義務不履行，則不待司法權之干與，得依行政權自爲強制執行。

行政上之強制執行，恆以特定的公法上之義務成立，而義務人不履行其義務爲前提，其義務有直接基於法令而發生者，或有基於法令的行政行爲而發生者。在前者不須依特別之行政行爲以命其義務，當不履行法令所改定之義務時，即可行使強制執行。在後者，須首先依行政行爲命其義務，然後始發生強制執行問題。然無論在何種情形，強制執行，恆以義務不履行爲前提，故與不以義務不履行爲前提之強制作用有別。（得稱曰即時強制）非命令義務之行政行爲，如許可，設權，確認，公證等行爲，不發生強制執行之問題。

關於行政上強制執行之法律規定，須區別普通法與特別法。普通法之規定，除有特別法之訂定外，對於一般的公法上義務均得適用。可分二種：（一）除金錢給付之義務外，關於各種義務之強制執行手段，行政執行法第五條之規定是也。其手段有三：即代執行，執行罰及直接強制是也。此等手段雖主適用之於警察義務，然亦非僅限於

警察義務，對於其他義務亦得適用之。(二)對於公法上之金錢給付義務，其強制執行手段，有國稅徵收法之規定。(三〇法律十二)國稅徵收法之所定，雖專為國稅而行，法律稱之曰國稅滯納處分；然關於國稅以外之種種公法上收入，在多數情形亦準用之，實際上已具有廣泛的公法上金錢給付義務之強制執行法之形態。毋寧稱之為「行政上之強制徵收」較為當也，關於金錢給付義務，法律上若無準用國稅徵收法之規定時，則不得採用此手段，故此時全然不能依行政手段以執行之。關於國家或公共團體所有之金錢請求權，若無準用國稅徵收法之規定時，概而言之，則應視其權利，為私法上之債權而待遇之，關於其強制執行，應依民事訴訟法之規定。反之，法律規定準用國稅徵收法者，即視其金錢請求權為公法上之權利。此種權利，不得為民事訴訟之標的。所謂特別法，即規定特別法令上之公法上義務之強制執行手段者也，例如，傳染病預防法之代執行。(二六條二七條)河川法(五二條五三條)之代執行及執行罰，關稅法(四六條及至五二條)之貨物收容及拍賣是也。關於特別法之強制執行手段，茲不一一述之。普通法上之強制執行手段，約有四種，(一)代執行，(二)執行罰，(三)直接強制，(四)行政上之強制徵收，以下試論其大要。

(一)代執行 行政執行法第五條曰：行政官應依法令或基於法令所為之處分，為強制其所命之行爲或不行為，得為左列處分：(1)由官廳自爲或使第三者代爲義務者所當爲之行爲，而其費用則自義務者徵收之。(2)(中略)前項之處分，若未預爲警告則不得行之，但危急迫之情事，為前條第一號之處分者，不在此限。此為代執行之一般的規定。即代執行者，乃對於得由他人代爲之義務，所用之強制執行手段，由官廳自爲或使第三者代爲

義務者所應爲之作爲義務，而其費用則向義務者徵收之之謂也。

代執行所得適用者，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，有依第三人之代行亦能達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也。其中，使變更外界的物質狀態者，如折毀違法之建築物，除去道路之妨害物，命家舍施行清潔方法，使改善不完全之設備等，皆爲適用代執行最適切之情形也。

代執行之程序，約有四項：(1)原則上，須限定相當履行期間，在該期限內，不履行義務時，則非以書面預爲警告，不得行之。(行政執行法施行令五條)此種預告，非下命行爲，亦非命以義務之行爲，僅爲催告義務履行之通知行爲。但在有急迫之情事時，法律認爲得不經預告，卽爲代執行。例如在電車線路上，置有破損之貨車者，若命其除去，仍不去除時，則警察官得指揮工人代爲除去是也。因無書面預告之餘裕，許其行使「卽時代執行」也。(2)在預告之履行期間內，不履行其義務時，或遇有急迫之情事，官廳得不經預告，卽自爲或使第三人代爲義務者所應爲之作爲，此爲代執行之本體。官廳自爲其行爲者，得命其所屬官吏爲之，或僱用工人爲之，非必由官廳自爲事實上之執行也。使第三人代爲者，指依承攬契約，使第三人承攬其工事之完成也。無論何種情形，義務人對於其執行有容忍之義務，義務人如抵抗不服時，官廳得以實力強制其忍受，其所爲之反抗，構成刑法上之妨害公務執行罪。(3)其執行所需之費用，使義務人償還之。其費用金額，由執行官廳計算現需之費用而決定之，並限定其付款期日，將決定書之正本交付義務人。其費用自事務費所屬之國庫或府縣經濟支出者，其所徵收金額，謂之已支出

之經濟收入。(施行令六七條)(4)若義務人不繳納其費用時，官廳得依國稅滯納處分之例，而為強制徵收。關於其金額有爭執時，法律不認有提起訴願或行政訴訟之手段；又以其非民事事件，故不得向民事法院起訴；結局，義務人對於其金額之決定，雖有異議，在現行法上，全無抗爭之法律上的手段。

得適用代執行之機關為何？行政執行法曰：「該管行政官廳」，而官廳一語，不包含由公共團體之吏員所構成之機關，市町村長固為市町村之機關，國家之行政機關，然在原則上，市町村長不得採用此種強制執行之手段。惟依道路法(五四條)都市計画法(二三條)等特別法之規定，市町村長亦得例外的採行此等手段而已。關於執行罰及直接強制亦同此例。蓋市町村長，除徵收金鏡外，對於一般人民有命令強制之權力者極少，故除此等特別情形外，通常不認其有強制執行權力之必要也。

(二)執行罰 行政執行法第五條第二號曰：非他人所能代為之行為，或應強制其不行為者，得依命令之規定，處以二十五圓以下之罰鍰。此為關於執行罰之一般的規定。即所謂執行罰(或謂之強制罰)以強制履行公法上義務之目的，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，自其為純係強制執行手段之點言之，與刑罰之性質不同。執行罰非如刑罰之對於過去之違反義務，始加以制裁，乃妨止義務違反之向將來繼續而科者也。外形上與刑罰相區別之特色，刑罰恆依法規上定其一般的標準；反之執行罰，在於各個場合，必預先以行政行為，警告之為要件。自其目的言之，在依警告加以心理上之壓迫，藉使義務人自行履行其義務。故非直接執行義務，乃依間接之手段，欲強使其履行義務之方法也。

執行罰之所得適用者，必以其義務，係不作爲之義務，或爲非本人自爲則不能達其目的之作爲義務爲其要件也。關於具有代替性質之作爲義務，常用代執行，不得課以執行罰。執行罰，惟關於非代替性質之義務而行者也。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是也。執行罰非如代執行之作爲完全強制執行之手段。僅依處罰之警告，威嚇義務者，利用義務人之恐懼心，強制其義務履行，故其效果非必確實。惟關於非代替性質之義務，無由行使代執行，故除有急迫之情事者外，法律認其在原則上得依此種手段，以行強制執行。

對於同一之行爲，能否併科執行罰與刑罰，雖歷來聚訟紛紜，莫衷一是，然以予觀之，自以不得併科爲正當。兩者之目的雖不同，然皆爲基於國家一般統治權所科之苦痛，實具有共同之性質。若併科之，則國權對於同一之義務違反，成爲科以雙重罰之結果矣。是有反於刑罰法規之精神。何則，刑罰法規，對於一定之行爲，規定一定之刑罰者，以此爲國權對於其行爲所得科罰的限度之意故也。

執行罰之行使，有下列手續，(1)須規定相當之履行期間，於其期間內不履行時，須以書面警告其所應科之罰。其在代執行，於急迫情事，得不爲預告卽行執行；反之，執行罰以警告罰爲其觀念上之要素，故警告爲其絕對的要件。其得警告之罰，限於日金二十五圓以下之罰鍰。金額之限度，因官廳之不同而有差異，各部大臣以二十五圓爲最高限度；地方長官及警察總監以十元，其他官廳以二元爲其最高限度。(施行法四條)但依特別法之執行罰，得科較大之罰鍰。例如依河川法(五三條)主務大臣或地方長官得爲預告千元以內之罰鍰。(2)義務人受其警告後，於其指定之期間內，關於作爲之義務而不作爲，關於不作爲之義務，而不停止其所禁止之作爲時，官廳

得於其警告之範圍內，決定其所應科之罰，並通告義務人。（施行令六條二項罰鍰之處分，應將決定之金額及付款日之決定書正本交付於義務人。）但執行罰專為強制執行之手段，即在經過指定期間後，未經科罰以前，義務人履行其義務時，則強制執行之標準的物既已消滅，不得再行科罰。（3）義務人不繳付其所科之罰鍰金額時，官廳得依國稅滯納之例，而為強制徵收。（4）一旦科以執行罰之後，義務違反之狀態仍繼續者，官廳得再定履行期間，預告執行罰，反復施行同一之手續。

（二）直接強制 行政執行法第五條第三號曰：行政官廳若非認為不能依第一項之處分，強制其行為或不行為時，或有急迫之情事者，則不得執行直接強制。所謂第一項之處分即指代執行及執行罰也。以代執行或執行罰不能達其目的，或有急迫之情事者為限，法律許其執行直接強制，所謂直接強制，對於義務者之身體或財產加以實力，直接使其實現所命之狀態之謂也。法律上關於代執行及執行罰，積極的授與行政官廳執行之權能，但關於直接強制，並無積極的授與權能之規定，反而有限制其權能之規定者，因直接強制，非如代執行或執行罰之係使義務變其形態者，僅使已成立之義務，如其原形實現而已。故與代執行與執行罰不同。不待法律之規定，關於已發生執行力之義務，有施用實力權之該管官吏，當然有直接強制之權也。所謂依代執行或執行罰不能達到強制之目的者，指義務人無資力，不能繳付代執行之費用或執行罰之金額，事甚顯著時，或依執行罰警告，不能達到強制目的之情由，明瞭時而言也。直接強制，僅以此種情形或有急迫之情事者為限，故特將對於身體或財產，得為直接強制之情形限定也。直接強制與執行罰之使義務者生恐怖心，間接強制其履行者不同，乃與代執行然，均以實



力直接實現與其義務完了有同一狀態之作用也。其與代執行不同之點，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，或使實現與其履行義務有同一狀態之作用也。例如，妨害航路之障礙物，杜塞水路時，官廳命其所有者自行除去，而義務者猶不履行其義務，則代爲除去；雖爲代執行，然官廳不爲除去而用爆發物粉碎之，則屬於直接強制。在代執行之情形，得向義務人徵收其費用；但在直接強制之情形，則不得徵收費用。

直接強制，除金錢給付義務之外，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，遇有必要時，亦得使用兵力。故無論何種義務，除性質上不能強制者外，皆得以實力強制之。其中直接強制之得以適用者，以非代替之義務爲主，即他人不得代替之作爲義務或不作爲義務，例如封閉違法營業者之營業場所，而遮斷其顧客之出入；對於不受召喚命令者，以強力拘捕之；對於不服從解散集會之命令者，以強力解散之；以強力制止闖入交通遮斷區域者是也。在給付義務亦然，對於不履行物品給付之義務者，得依直接強制以實力沒收其物品。尤以容忍義務爲適用直接強制之最自然者，對於抵抗官吏之執行職務者，當然得以實力制止其抗拒。

直接強制，主爲對於非代替性義務之強制執行手段而行之者，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，固以直接強制行之；不然者，則以依預告執行罰的手段爲原則也。關於代替性之義務，即他人能代替之作爲義務，依代執行已能完全達其目的，故鮮有發生直接強制之必要者；然遇有急迫之必要，且因難雇工人，或義務者無資力，而無徵收實費之希望時，有須以實力壓迫義務者，使其履行義務，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，使附近居民從事於水害之防禦；火災之際，消防隊之力不足時，使其近鄰從事於防火等是也。警察官吏，得舉刀威嚇人民，直接強制其義務。惟關於陳述之義務，因不許拷問，故無從行使直接強制。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，自不待言。

(四)行政上之強制徵收 關於公法上之金錢給付義務，法律上大抵規定其得依國稅滯納之例以處分之。其手續亦大體類似民事訴訟法上之金錢債務之強制執行，分爲三段：(1)督促——強制徵收，須先經督促之程序。督促云者，謂義務人超過付款期，而不繳納爲其義務之金錢者，預以書面警告，並指定其期限，催告其繳納；若於指定之期間內不完納時，則行財產扣押之行爲也。督促，雖非滯納處分之本體，僅爲通知行爲，然爲滯納處分之前提要件。除法律上有特別之例外，若未經督促即行扣押者，則爲基於手續欠缺之無效。預行督促始得扣押者，附條件之權能也。同時義務者負手續費，日幣十錢之義務，並自付款期之翌日起，每百元，以一天罰三錢之比例，負繳付延滯金之義務。(2)財產扣押——在督促狀上指定之期限內，仍不繳付原債務金額，督促手續費及延滯利息時，即可執行財產扣押。但義務者，因國稅之滯納，已受滯納處分，或有預謀脫逃之行爲時，則依通知時起之不完納，得不經督吏員執促，即得執行扣押。扣押財產之權能，屬於命其繳付之行政廳，得命下屬官吏或吏員執行之。官吏或行扣押時，須攜帶公文證書，依當事人之請求，有應提示之義務。若不攜帶此項證書，則不得執行扣押。其扣押之方法，關於動產及有價證券，由執行扣押之官吏占有之，若其物搬運困難時，則得以其他方法標明其扣押，由市町村長命令滯納者，或第三人保管之；若關於債權，須通知債務人後以行扣押；若關於債權或所有權以外之財產權，通

要件，僅知其權利人後扣押之。（關於不動產及船舶之扣押，法律雖無明文，但應作同樣之解釋）關於不動產船舶及其他權利之移轉，須經扣押之登記時，則須囑託關係官廳為扣押之登記。但登記，非謂對於義務者發生扣押效力之為對抗第三人之要件耳。關於得扣押之財產種類，有法律上之限制。關於其數量，雖無特別之限制規定，然究不能超過足充債務額之數量，是為當然之條理也。官吏執行扣押時，除制作扣押書並簽示蓋章外，或僅扣押債權及所有權以外之財產權之外，須將謄本交付於滯納者。（但扣押書僅有公的證明之意義，非發生扣押效力之要件，但行政法院之判例，採反對之見解，恐為不當。）（3）拍賣處分——所扣押之財產，除貨幣外，則付之拍賣。在執行拍賣以前，須預先公告其旨，自公告之日起十日後執行之。以拍賣或投標之方法行之。執行扣押之官吏，計算其價格後，以之為封書標明之，置於拍賣之場所。關於拍賣，如無買受人或因出價太低時，得再行拍賣，或由政府收買之。拍賣之性質，屬於公法上代理之民法上之買賣契約。被扣押之貨幣或拍賣代價，以之抵充督促手續費，延滯罰金。（自付款期之翌日起至扣押之前一日止）滯納處分費，及原債務額尚有剩餘時，須交付於滯納者。縱令不足，亦因滯納處分之完結，滯納者之義務歸於消滅。所扣押之財產價格如抵充手續費，延滯利息，滯納處分費及有優先權之債務額，無剩餘之希望時，應中止滯納處分，因其中止債務歸於消滅。（4）詐害行為之撤銷——當執行滯納處分時，滯納者為免除財產之扣押，故意讓渡其財產於他人，如讓受人知情而收受者，政府得以民事訴訟請求撤銷其行為。

## 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，無可歸責於人民之事由者，則由行政權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。而其賠償金，在法律上分爲二種。一爲民法上之損害賠償，一爲公法上之損失補償。

### 一 基於行政作用之民法上之損害賠償

旧民法第七百十五條曰：爲或事業使用他人者，對於受僱人因執行職務所加於第三人之損害，須負賠償之責。第七百十七條曰：土地之工作物，因設置或保管有瑕疵，加損害於他人時，其工作物之占有人，對於被害人，負損害賠償之責。此等民法之規定，究在如何限度，對於國家或公共團體亦得適用，頗爲疑問。

關於此問題，須區別爲二種論之，即權力的作用與非權力的作用是也。國家或公共團體，以優越的支配權主體之資格，以對人民時，則其作用，不得認爲民法上（七一五條）意義之「事業」，自不適用民法之規定。因其行政行爲，對於人民寧有公定力，人民除依情形得以訴願或行政訴訟抗爭外，祇有忍受服從之義務，且關於事實上之行爲，如刑罰權，裁判權，警廳權，課稅權等，一切公權力的作用而行使者，雖因官吏或公吏之故意過失，以致違法行使其權力，侵害他人之權利者，但除官吏或公吏個人負賠償責任外，國家或公法人不負損害賠償之責。例如，警廳官吏，違法濫用權力，因其暴行或凌虐之行爲致人於死傷者，收稅官吏於搜索家宅之際，違法毀損他人之物品

者，被害人固得對於官吏請求損害賠償，但不得對於為事業主人之國家請求賠償。

國家或公共團體，對於人民負民法上損害賠償之義務者，僅限於非權力的作用，即國家或公共團體，不利用其優越的支配權主體之地位，而以經濟生活之主體資格，以對人民之場合也。國家或公共團體之非權力的作用，主為公企業之經營及公物之管理，故在民法上，國家或公共團體之賠償責任，僅關於公企業及公物而發生者也。

關於此等非權力的作用，國家或公共團體，究在如何限度內，受民法之適用，負民法上之損害賠償之義務，大審院之判例謂：（大正五年前）對於國家之事業，須分為營利事業與公益事業，僅關於營利事業，適用民法，因之國家有賠償責任；至於公益事業，全不適用民法，從而雖違法加他人以損害，國家亦不負賠償之責。（例如四〇、二、二二大審判，當開闢道路，因受雇人之過失，不法破壞他人之家屋或毀損物品，因而被害人提起損害賠償之訴，判決曰：改建道路為行政行為，雖因行政行為所加私人之損害，亦不發生私法上之責任。四三、三、二大審判，板橋火藥製造所，因火藥之暴發加於私人之損害，判決曰：火藥製造事業為公法上之行為，雖因其行為加於個人之損害，國家亦不負私法之責任。）然則（一）民法非為僅適用於營利事業之法規。民法上除身分法外，為經濟生活之法，並不因其為營利事業與否而異其適用。國家受民法之適用者，因國家與人民之關係，相當於民法上規定之關係故也，國家對於人民不以支配權之地位，而立於經濟的關係者，無論營利事業或公益事業，均具備適用民法之條件，自無僅限於營利事業之理由也。且（二）國家所經營之公企業，除專以收入為目的之專賣外，皆以公益為其主要目的，亦為公益事業。其屬於國家經營之營利事業之典型的陳例，如鐵道事業，關於鐵路，大審院判例從來認為國

家應負民法上賠償責任；然鐵路事業，主以社會交通之利益爲目的，而非以營利爲目的，自不能謂曰非公益事業。凡係國家經營之事業，不因其能够收支相償或得利，收支不能相償或因公益犧牲國費與否，而影響其事業之法律上性質。法律上之有關係者，專在於是否爲權力的作用之點者也。在非權力的事業之經營範圍內，自不因其能否收支相償，而異其法規之適用之理由存在也。

及至大正五年，大審院始變更其判例，對於因某市立小學之運動浪橋之腐朽，兒童自其上墜落致於死亡，其家長對於被告提起損害賠償之訴，市府須依民法七一七條負損害賠償之責。（五、六、一、大審判）自後，關於市之水道工事，（七、六、二九、大審判）市之陰溝設備，（一、三、六、十九、大審判）國家之築港工事，（七、十、二五、大審判）水利組合之水門開閉事業（十二、六、二、大審判）等凡基於不法行爲者，皆認爲須負民法上之賠償責任。

即今日大審院之判例，無論營利事業與否，關於國家或公共團體所經營之公企業，該管機關，因執行職務加於第三人之損害，事業主之國家或公共團體，須依民法七一五條負賠償責任；又屬於國家或公共團體所管理之土地工作物，因設置或保存有瑕疵，加於他人之損害，其工作物占有者之國家或公共團體，認爲須依民法七一七條，對於被害人負損害賠償之責，而此判例之見解，大體上應認爲正當。蓋以公企業之經營或公物之管理，固爲公之行政作用，然其本質殆與私人之事業或私物之管理，同爲經濟的活動；基於有同樣性質之關係，應依同樣法規以規律之原理，合於民法之適用故也。但關於公益之事業，在公益上有必要之限度內，須排除民法之適用，服從特別之公法規，然至少關於不法行爲之損害賠償問題，對於國家或公法人之事業，斷無與私人之事業有別，而異

其適用法律之理，如關於此等事業之施行，不法加他人以損害時，國家或公法人，當然應負民法上損害賠償之責。

惟關於國家之事業或公物所生損害賠償之責任，對於民法之適用，有二點須認爲特例。(1)關於特殊事業，依法律之特別規定，國家之賠償責任，有排除民法之適用者。例如，關於郵政法，(三三—四〇條)郵政匯兌法，(一五條)郵政儲金法，(一四條)電信法(二四條)等規定，因此等事業所發生之損害，國家不負賠償之責。在有此類特別法之規定，自須依其特別之規定，無待言也。(2)雖關於國家之事務或公物，然其經濟上之負擔屬於公共團體者，亦復不少。例如，市町村立小學，就實施教育而言，雖爲國家之事務，小學校長及教員亦爲國家官吏；然在經濟上之關係，則由市町村負擔其一切經費及取得其收入。公共道路，雖係國家公物，由國家機關之府縣知事或市町村長管理之，然其經濟的負擔，在國道及府縣道路，屬於府縣負擔；在市町村道路，則屬於市町村負擔。在此情形，關於其事業或物，不法損害他人時，其原因雖在於國家機關之行爲，然其賠償責任，歸於負擔經費之公共團體。何則，管理權雖屬於國家，經濟的負擔，則屬於公共團體，而損害賠償義務，不外爲經濟的負擔故也。法律有以明文規定者，例如河川法(四一條二項)是也。卽無此種規定，亦須認爲當然之條理。例如，因市立小學之設備，有瑕疵而損害他人者，市府所以負其賠償責任者，並非因市府爲其校舍或設備之占有者，實因市府爲其經費的負擔者故也。因改建市路，不法加於第三人之損害，市府所以負賠償義務者，並非因市府爲其事業主，乃因市府爲其經費負擔者故也。在私人之事業或物，私人恆爲自己之打算而爲經營及管理，民法乃以此爲當然前提而規定之者。在國家之事業或物，國家爲公共團體之計算而爲經營管理者，在此情形，管理者不負擔其經費，其負擔歸於公

共團體，故對於民法規定之適用，非必解為恰如其文，即須經若干補正始得適用之也。

## 二 公法上之損失補償

國家或公共團體之行政上作用，除相當於民法上之不法行為，國家或公共團體須負損害賠償之責外，其因國家公共團體，或有國家的公權者之公法的行為，加人民以財產上之損失，須依特別公法之規定，負補償損失之義務。是謂公法上之損失補償。即公法上之損失補償者，謂因國家或其他公權主體之公法上行爲，致使人民財產上之特別犧牲或特別之損害時，爲補償其財產上損失之金錢給付者也。

公法上之損失補償，與民法上之損害賠償，其性質顯然不同。損害賠償之原因，爲民法上之不法行為，惟限於非權力的作用之經濟活動，因與私人之行動有同樣之性質，故適用同樣之法律。凡相當於不法行為者，即發生民法上之賠償義務。但損失補償之原因，常爲公法的行為，即因國家公權之行使，致使特定人發生特別之財產上損失，且其損失，係非可歸責於本人之事由，則依公平與正義之要求，規定國家公權之主體應補償其損失。因基於公法的原因，故補償本身有公法的性質。

公法上之損失補償，關於其經濟的實質，因其種類而有不同。(1)有類似民法上之代價者。例如，依土地徵收法收用土地時，收用權人對於土地所有人，須補償其土地之價額；依地方鐵道法，(三〇條)政府收買地方鐵道時，須給付其收買之價額；依河川法，(三八條三九條)對於供給河川工事所用之土石竹木者，須給付補償金；依烟草專賣法，(一五條一六條)收買烟葉時，須交付賠償金等是也。故非對於過去之損害所爲之賠償，乃對於收



用某權利或供給某物品所給付之相當的對價也。若與民法上之關係比之，恰類似買賣之價金，決定金額之標準，亦與價金同。惟其原因，非爲民法上之買賣契約，而爲公法的行爲，有公法的性質者也。(2)有類似借用土地之租金或其他賃金、勞務之報酬及承攬之報酬者。例如，依土地徵收法，森林法，鑛業法，市町村制(市一二六條，町一〇六條)等凡使用他人土地之補償，卽類似土地之租金；依郵政法，(五條)請求他人助力之報酬，或依海難救助法(六條)對於從事救護者之報酬，卽相當於勞務之報酬；依鐵道船舶郵政法(十條十二條)對於運輸郵寄物之鐵道運輸業者或船舶運輸業者，所交付之運輸費，卽相當於承攬之報酬是也。(3)有類似損害賠償者。例如，依郵政法，(四條)執行職務中之郵差，(包括收發)及郵政專用車馬等，因道路有障礙，通過無牆壁或柵欄之宅地旱田及其他場所者，因其請求，須賠償其損害；依傳染病預防法，(十九條之二)處分傳染病毒所污染之建築物者，對於所有人須交付補貼金；依地方鐵道法，(三六條之三)政府所建設之鐵道，因其接近或並行於地方鐵道，使地方鐵道之營業顯受損失者，政府應補償其損失之一部，皆其例也。其中，昭和六年所制定，由七年一月一日施行之「刑事補償法」，卽爲刑事訴訟上，對於受無罪或免訴之宣判者之國家補償制度。此等雖皆爲經濟的性質，類似損害賠償；然其損害，非因民法上之不法行爲，乃因公法上之行爲所發生也。其行爲係基於國家權力之行使，人民本有忍受之義務也。惟因之所生之財產上全部損失，若歸於人民負擔，似失公平；故以國費補償其損失之全部或一部，非必如不法行爲之損害賠償，常須賠償其損失之全部。此種損失，若完全無使本人負擔之理由時，固應補償其全部；然其損失，在某程度內，因可歸責於本人之事由而發生者，或有使本人負擔其損失之一部之其

他理由時，則國家僅補償其一部。

公法上之損失補償，若自其主體言之，得分爲四種：(1)國家與公共團體之間所發生者。例如，依國稅徵收法，(五條)市町村負徵收地租及其他勅令所指定之國稅，並繳付其稅金於國庫之義務；而國家對於其徵收費用，負交付相當於徵收額百分之三的金額，及關於納稅通知書每次二錢之比例所計算之金額之義務。市町村在此限度內，對於國家有因其國稅徵用費用之補償請求權。(2)發生於公共團體相互間者。如水利組合、農會、商工會等各種公共組合，依法律之規定，對於欠納經費或其他收入者，若有強制徵收之必要，得委託市町村執行之。在此情形，公共組合須對於市町村交付徵收額百分之四之費用金。(3)最普通者，爲國家或公共團體與私人間所發生者。前述之諸例皆屬之。(4)立於公權主體之地位的私人與其他私人間所發生者。如私人爲公益事益之主體，享有土地收用或使用之權利時，關於其收用或使用，企業人對於土地所有人負有損失補償之義務，是其最著之例也。

公法上損失補償之金額，除法律有一定計算之標準者外，須經評定之特別行爲。其評定權究屬何種機關，各依法律之所定。依刑事補償法之補償金，由刑事法院決定之，此僅爲刑事補償之特別規定。關於行政上之損失補償，其最普通者，第一次依當事者間之協議定之。若其協議成立時，則爲公法上之契約，當然依其契約之所定。若協議不成立或不能爲協議時，法律上通常以行政廳之處分而裁定之；不服行政廳之裁定者，其得抗爭之手段，亦各依法律之所定。法律上有認其得向民事法院起訴者，或有認爲得向主務大臣訴願者，或有認爲得請求鑑定人之

鑑定者，或有以行政官廳之裁定爲終局之處分，全然不許上訴者。以法律無特別之規定者爲限，關於公法上之問題，當然不得以民事訴訟抗爭之；而行政法院，依現行行政裁判法（一六條）亦不得受理損害求償之訴訟，故關於公法上之損失補償，除法律有特別規定外，則全無請求裁判上保護之方法。

## 第二章 行政組織

### 第一節 國家行政組織總論

行政權除由國家行使外，國家內之公共團體亦行使之，故行政權之主體，須分爲國家及公共團體兩種，而行政組織遂亦應有國家之行政組織與公共團體之組織之分。本節起至第三節就前者論之，自第四節以下就後者論之。

#### 一 行政組織之大權

帝國憲法第十條規定「天皇定行政各部之官制及文武官之俸給並任免文武官吏。」得稱之爲行政組織之大權。蓋國之行政權由天皇親自總攬，原則上無須議會之協贊，故制定在天皇下分掌行政權之機關之組織，原則上亦自無須議會之協贊，當然屬於天皇之大權也。

行政組織之大權得分爲官制大權，及任官大權兩種。官制大權者指關於行政機關而爲規定之權能而言，任官大權者指關於充當國家機關之地位之人而爲規定之權能而言。

(一)官制大權 天皇定行政各部之官制，謂之官制大權。行政各部一面係對於宮中及陸海軍而言，他面係

對於立法部及司法部而言。關於宮中機關之規定，即爲宮內官制。定宮內官制屬於爲皇室家長的天皇之大權，非屬於憲法上之大權，故須以皇室令定之，不得以勅令定之。關於陸海軍機關之制定，除因統帥大權以軍令定之者外，雖能以勅令定之，然此乃基於依憲法第十二條之陸海軍編制之大權，而非依據第十條之官制大權者。附屬於立法部之機關，有貴族院事務局及衆議院事務局，構成此等事務局之官吏，自其身分言之，雖爲天皇之官吏，關於其官等俸供及任免之規定，以勅令定之；但自其職務言之，則非天皇之官吏，乃屬於議長之下，受議長指揮，而擔任屬於議院之事務者也。故不得謂爲屬於行政各部者，應認爲不得以勅令定其構成及權限者也。在現行之制，關於兩院之事務局之構成及權限，除一部分爲議院法（一六條一七條）所規定外，大部分雖以勅令定之，然恐非正當之形式。屬於司法部之機關除法院外，包含檢察署，執達吏，公證人及司法警察官等。此等亦非屬於行政各部者，故不得以依憲法第十條之官制定其組織及權限，必以法律規定之。至如警視總監，府縣知事及警察官吏等本來屬於行政各部之機關，雖於委任司法警察之職務，亦應依法律之規定，不得依官制而定此等職務。又如賦與警察署長以拘留罰金之刑之即決處分之權及委任領事以民刑事裁判之權亦同。外此凡一切在天皇之下，秉承大命而擔任國家事務之國家機關，皆屬於憲法第十條意義之行政各部。即此種意義之行政各部，較之普通稱爲行政官者，其範圍遠爲廣汎，外交官，領事官，教官，技術官固包括在內，即供役於神宮神社之祭事機關或拿理關於即位禮，大喪儀事務機關之大禮使及大喪使亦屬之。因此等均爲在天皇之下擔任國家事務之國家機關者也。

所謂行政各部之官制，乃指依右述之意義關於屬於天皇以下之國家機關之設置，廢止，名稱，組織及一般權

能之規定而言。雖爲國之行政機關，但非依天皇之任命構成，而由人民所選出之機關，則非依官制所能定者。例如所得調查委員（所得稅法二八條以下）及土地租賃價格調查委員（土地租賃價格調查委員會法）之制是也。又如以市町村長爲國家機關，而委任之以國家事務者，亦應依法律之根據，不得以官制定之。其能以官制定之者，惟以直接或間接隸屬於天皇之下，依天皇之任命而擔任行政事務之一部之國家機關爲限。其機關不限於係以官吏所構成者，即關於如委員會之由於天皇所任命之委員，亦得以官制定之。

官制大權，包含設置新行政機關，廢止既設之行政機關，定各行政機關之名稱，組織及其一般的職務權限之權能。其作用普通分爲兩種行爲而行使之。一爲設立行政機關設置準則之一般的規定之行爲，以勅令之形式定之。普通所謂官制，解爲係專指有此種一般的規定之意味者而言。一爲依官制之所定，現實的設置行政機關之行爲，與任官行爲相結合行之。任官行爲，爲設定官吏關係之行爲，同時又有命令擔任一定範圍內之國家事務之行爲，其性質，而所謂命令擔任國家之事務者，即使之爲國家機關之意味，皆不外於官制大權之發動耳。官制大權之作用，所以分爲此兩種行爲而行之者，因對於國民關於有行使國權的職權之行政機關乃法律上之必要也。何則蓋關於此種行政機關之規定，同時乃對於國民使認識其機關之行爲，爲國家之行爲，負有服於其權威之義務，而具有對於國民之拘束力，因而具有法規之性質故須以法規之形對於國民爲一般的公布故也。反之關於與國民之間無直接的法律上之交涉，祇在行政機關之內部有從事於庶務，爲調查及答諮問等職務之機關，則不須此兩種行爲，無待依勅令之一般的規定即可現實的設置之。尤其以囑託員，雇用之外國人，雇員，傭員等之名義受命擔

任國家之事務者其設置通常不依官制。至如屬於各部大臣以下之各種調查委員會，就中有依官制之所定而設置者有不然者，依其是否有官制之規定，在其性質上無特殊之差異。又如所派遣於臨時國際會議之特派全權大使及其隨員等，雖其職務頗有重要性，但以與國民之間無法律上之交涉且為臨時之機關，故例皆不依官制之規定而設置之。

#### 官制大權在憲法上及法律上之限制。

其在憲法上之限制有兩點。一為關於行法法院（六一條）及會計檢查院（七二條）須以法律定之不得以勅令定之者是也。蓋此等雖係同屬於行政各部之機關，惟關於其職務，立於與政府完全獨立之地位，自此點言之類似於司法院，從而與司法院相同須以法律而規定之。一為必依憲法設置之機關，不得以勅令任意定其設置及廢止者是也。憲法上之必要機關屬於行政各部者，除行法院及會計檢查院外，尚有國務大臣及樞密顧問。關於此等之組織及權能（但憲法所定之權能須遵從之）雖以勅令定之，然其設置至少為憲法上之必要，故官制大權在此限度內受拘束，非依憲法之改正，則不得廢止之也。

法律上之限制主要者有兩點：（一）為法律為令其行使關於特定事項之權限，以設置特定行政機關為必要者。例如依海員懲戒法規定設置海員審判所，依健康保險法設置健康保險審查會，依關稅法設置關稅訴訟願審查委員會，依土地收用法設置收用審查會，依國寶保存法設置國寶保存會以及依軍需工業動員法設置軍需評議會等是也。在法律上有如此規定時，官制大權因之受拘束，不得以勅令自由設置及廢止之。關於其權限及組織雖

係以法律設置之機關，亦以法律自定之爲原則，僅基於法律之特別委任，始得以勅令定之。(二)爲關於地方自治制之法律常有以依官制所設置之國家行政機關同時使爲統轄地方自治團體之機關者。例如依府縣制，以府縣知事，同時爲擔任府縣行政之機關，及依北海道地方費法，同時以北海道廳長官，爲統轄公共團體之北海道之機關是也。在此等情形，法律之趣旨，在使爲國家行政區劃之府縣知事或北海道廳長官之管轄區域與爲公共團體之府縣或北海道之區域互相一致，令前者之長官，同時爲主裁後者之行政之機關，此事已昭然若揭，故於此限度內，官制大權因之受拘束，除依法律變更公共團體之區域外，不得以官制變更之，且不得廢止其爲長官之權限。另一方面如依法律已變更公共團體之區域時，則爲國家機關之管轄區域亦當然隨之變更。

雖然在法律指定特定之行政機關，而委任之以特定權限之一切情形官制大權則不應解爲係受法律之拘束者。在此等情形，法律之趣旨通常以無特定行政機關之設置或存立之必要，第欲委任其特定權限於依官制就該種事務有一般權限之機關而已。例如交易所法規定交易所受農商務大臣之監督，度量衡法，鑛業法，及重要物產同業組合法等，雖亦規定農商務大臣之職權，但此等法律所稱之「農商務大臣」不過依法律制定當時之官制，因關於此種事務之一般權限，屬於農商務大臣之主管而規定之爲其職權而已，僅與所謂「主務大臣」同其意義，非有限制官制大權以農商務大臣之爲不可更動機關之趣旨也。故依大正十四年三月之官制改革，廢止農商務大臣，而設置農林大臣及商工大臣者，並非違反此等法律，此等法律就農商務大臣所定之職權，因官制改革之結果，按其事務之種類，當然分屬於農林大臣或商工大臣之權限也。同例如舊古社寺保存法，雖已規定關於古社



寺保存之內務大臣之權能，但此亦不外主務大臣之意，故依官制之改正，將關於古社寺保存之一般權限移屬於文部大臣，同時古社寺保存法所定之內務大臣之權限，當然爲文部大臣之權限，此雖爲與法律文字上自然的改正之同一結果，然固非以勅令變更法律者也。其他與此同樣之例，亦復不少，如鑛業法，雖規定鑛山監督署長，關於鑛區之監督，有種種權限，而其後以勅令改鑛山監督署之名稱爲鑛務署，旋復改爲鑛山監督局，因此法律上規定爲鑛山監督署長之權限，在今日則屬於鑛山監督局長。卽此等法律規定，無一有限制官制大權之趣旨者也。

除憲法及法律之限制外，官制大權，又不免受議會豫算議定權之間接的限制。議會對於行政機關所需之經費，一經與以協贊時，在次年度以後，爲基於憲法上之大權之既定的歲出，議會雖受非經政府之同意則不得將其廢除減削之拘束，但遇設置新行政機關或變更既設之行政機關之組織或增加其定員等必需新經費時，議會有廢除減削之自由，從而制定官制，以經費之缺乏，終至有不能實行之虞。故欲制定需要新經費之官制，以事前須就必要之經費徵求議會之協贊，於預算成立後始制定之爲正則。惟遇有不得已之必要時依預算外支出雖就經費，未預先得議會之協贊亦得以制定新官制而實行之，但此若於次年度因其經費爲議會所廢除減削則不免有迫於廢止之危險耳。

制定官制，乃屬於天皇之大權，故官制以勅令定之爲正則，不過有時無妨以官制大權之一部委任之於行政機關。在此種場合於委任限度內官制依行政機關之命令定之。例如依樺太廳官制以定樺太廳支廳及警察置警察分署之名稱，位置及管轄區域之權，委任之於樺太廳長官，依地方官官制以定警察署之名稱，位置及管轄區域

之權，委任之於知事，關於巡查之規程又委任之於內務大臣等是也。惟慣例上所謂官制之名稱，專用於以勅令所定之場合，其依法律或行政官廳之命令而定之者，在實質上雖為相當於官制之所定者亦不以官制之名稱之。

(二)任官大權 任官大權者，乃指任用在天皇之下充當國家機關地位之人，依其地位定該人員應有之權利義務及監督、懲戒、罷免之三大權而言。官制大權與任官大權之區別，恰與國家機關與充當機關地位之個人之區別相應。官制大權，為規定關於國家機關之規定之權，而任官大權則為規定關於充當機關地位之個人之規定之權也。惟官制大權僅限於行政機關，反之任官大權，則範圍廣汎，不獨充當行政機關之地位者而已，即裁判官、陸海軍武官等，凡於天皇之下，秉承大命，掌理國務者亦包括在內。憲法上關於官制大權亦曰行政各部之官制，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，亦無非表示此意趣者也。憲法雖曰文武官，但不限於官吏，即各種委員及其他非官吏而擔任國務者，亦適用同一之原則；又憲法雖止曰定文武官之俸給，但俸給以外如官等、分限、服務規律、懲戒規定等，舉凡為於官吏或其他公務員之地位規定其所有之權利義務者，統屬於任官大權之作用。

雖然，屬於任官大權之範圍者，乃限於依自己之任意承諾，在天皇之下充當國家機關之地位者而已。至如陪審員，非依自己之承諾，而負有擔任國務之義務者，則祇能以法律定之，不屬於任官大權之範圍。其依國民之選舉而充當行政機關之地位者亦同。此外依憲法或法律關於官吏之任用資格、懲戒及免官等定為須依法律者，亦不在以勅令規定之列。

任官大權之作用，包含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，與在實際情形，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其職務等之作用。前者普通以勅令定之，後者或依勅令行之或委任於行政機關行之，就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，其所能任命之官吏的官職之種類及其額數，原則上依官制定之，即在此限度內任官大權乃以官制為基礎而行使者也。

## 二 行政機關之種類

行政機關依其權能之不同得分為左列數種。

(一) 行政官廳 稱官廳者，謂在天皇之下，賦與決定國家之意思並將意思對外表示之權能之國家機關也。在日本法令之用語上，通常以行政官廳之語與行政廳之語區別用之。稱行政廳時，其意在除國之行政機關外，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，亦包括在內，反之稱行政官廳時，則意在專指隸屬於天皇以下之國家機關耳。官廳有對外代表國家決定及表示國家意思之權，即為國家之意思機關。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，直接為天皇之機關，間接為國家之機關，換言之即為國家之間接機關也。

(二) 諮詢機關 謂以對天皇或行政官廳陳述意見為任務之機關也。或則不待諮詢，進而陳述意見，或則止於應其諮詢而奉答之。關於直接隸屬天皇應其諮詢之機關（樞密院）屬於憲法討論之範圍。行政法應論究者，

惟行政官廳之諮詢機關而已，其種類頗繁，概爲合議制之組織，或以官吏，或以自民間選出之委員，又或合此二者而組織之。無論何時，諮詢機關之決議，止能供決定國家意思之參考，無直接發生國家意思之效力。

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

(四) 營造物或企業機關 謂管理國之營造物或官營企業及施行其事業之機關。例如帝國大學，中央氣象臺，專賣局，鐵道部，製鐵所及交通官署是。在營造物機關中之具其管理權者，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，例如大學總長及專賣局長官是也。

(五) 補助機關 謂隸屬行政官廳，而補助官廳權限之機關。此種機關無自己決定國家意思之權，不過關於官廳意思之決定爲準備的調查，秉承其命，以從事於諸種之事務而已。有時補助機關，有依官廳之委任，或法律上當然能替代官廳，行使其權限者，此際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 謂秉承行政官廳之命令，事實上執行國家意思之機關。此種機關，在其擔當以實力對人民行使強制力之任之點有其特色。警察官吏，憲兵，及收稅官吏等乃其例也。執行機關，基於官廳之委任，在受命之範圍內亦賦與自己決定及表示國家意思之權，在此限度內，本來爲執行之機關者，亦有官廳之地位焉（例如行政執行法第一條於「該行政官廳」認有爲檢束之權。警部，警部補，巡查本來雖止爲執行機關，而非官廳，但於受警察署長委任之範圍內依本條亦得爲檢束是也。）

### 三 行政官廳之組織及權限

(一)行政官廳，從其組織言之，或為獨任制，或為合議制。前者謂一人之意思在法律上直接具有國家的意思之效力，後者謂多數人之意思，依取決多數或其他一定方法統一之，其所統一之意思，具有國家的意思之效力也。在獨任制之官廳，法律上之決定權，專屬於長官，故嚴格言之，長官乃唯一之構成官廳者，但為補助其事務計，附屬有多數之補助機關，其官廳之權能，待其補助而行使之，故不妨認長官及補助機關之全體為一體，而稱之為一官廳。部、廳、院、局、署及所等之名，概為指示以其全體視為一體之名稱者也。

行政官廳，通常為獨任制。蓋為明確責任之所在，保持事務之統一，堅守官場之祕密以及隨機為敏捷之處置起見，以獨任制為適當故耳。惟關於會計檢查院，行政法院，海員審判所，及關稅訴願審查委員會等，其權限類似法院，而特別著重公平與獨立者，則採取合議制焉。

(二)稱行政官廳之權限者，乃指官廳在法律上得以有效的代表國家之力而言。一切官廳皆有制限的一定之權限，僅能於其限界內代表國家。官廳之權限，無一非發源於天皇之大權，直接或間接受自天皇之委任者。其範圍最先係依官制而定，在官制之範圍內，更依各種特別法令定之。間亦有於官制所定者外，依法律或勅令賦與別種之權限者。(例如府縣知事之一般權限雖載在地方官官制，但此外尚賦與知事依市町村制監督市町村之權，依土地收用法為收用審查會長之權以及依刑事訴訟法第二四七條關於司法警察之權是。)

官廳之權限，得於四方面定其限界。(1)其最普通者，為依事務種類之限界，一切官廳，僅關於限定的種類之

事務有其權限。是謂之官廳之實質的權限。(2)官廳有依土地之區域，而限定其權限，僅得於其地域內，行使其權限者。是謂之官廳之地域的權限，其權限所及之地域謂之官廳之管轄區域或國之行政區域。(3)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。是謂之官廳之對人的權限。例如大學總長祇有支配大學職員及學生，軍隊司令官祇對於屬於軍隊之軍人軍屬有權限是也。(4)最後，官廳之權限，有依行為之形式而限定之者。例如府縣知事，有發布命令之權，而警察署長則無之，關稅訴訟願審查委員會，止能為裁決而已，無為依其他形式之行為之權是也。是謂之官廳之形式的權限。

官廳之權限，在法律上之效果有兩種。(1)其積極的效果，在使權限內之官廳之法律的行為，具有國家的行為之效力。但官廳之行為，足以發生國家行為之效力者，限於法律的行為，關於事實的行為，自始不發生法律上效力之問題，故無發生國家行為之效力之餘地，其行為常為行為者個人之行為，不過為其行為目的之事業，乃國家之事業，從而關於該事業之執行，國家須任監督之責，關於從該事業所生之損害，國家須負賠償之義務而已。關於法律的行為所以視其為國家之行為者，亦止在其法律上之效力一點，即其效力歸屬於國家之意味耳。法律的行為，在另一面，又有事實的性質，而事實的行為常為行為者個人之行為。官廳權限內之行為，常具有此兩面之性質，關於法律上之效力問題，以國家之行為觀察之，而關於事實上行為者之問題，則以個人之行為觀察之。故如警察官廳，雖無禁止營業之理由，而以惡意禁止營業時，其禁止，一面固應視為國家之行為，發生效力，同時他面關於為禁止之官吏，其個人應依刑法上之瀆職罪以處斷之是也。官廳權限內之行為，論其法律上之效力，乃國家之行為，

故其行爲一旦有效成立，則雖爾後居官廳之地位者，發生更迭或官廳關於該種行爲喪失權限，甚或該官廳完全被廢止時，仍然不因之喪失其爲國家行爲之效力也（例如舊時之太政官布告，自廢止太政官迄於今日，除依後來之法令廢止變更之者外尚保有其效力。關於鐵道行政之權限最先屬於交通大臣，後移轉於內閣總理大臣，至大正九年因鐵道部之設立，更以鐵道大臣爲其主管人，但屬於交通大臣權限內時代所發布之交通部令及屬於內閣總理大臣權限內時代所發布之閣令之關於鐵道行政者，雖在今日仍保有爲鐵道部令之效力是也。）（2）其消極的效果在使權限外之官廳之法律的行爲，不發生國家行爲之效力。即官廳在其權限外，無國家機關之地位，若以其行爲爲國家之行爲，則因無權限而全然無效。

#### 四 行政官廳之代理

依法令凡定爲特定的行政官廳之權限者，原則上應由該官廳親自行使之固勿論矣，然亦間有准許由他機關代理行之者。在准許官廳之代理時，其屬於官廳權限內之法律的行爲而依代理人以行之者，與由官廳之親自行之者發生同一之法律上的效力。

行政官廳之代理有區別爲授權代理與法定代理之必要。

（一）授權代理者，謂行政官廳自以其權限一部之代理權，授之於其補助機關，因此所生之關係也。在法令以各個特定行爲，定爲行政官廳之權限時，除依法令之特別規定外，解爲須由行政官廳親自爲之，不得使部下之官吏代理之。例如依各部官制通則，規定部令應由各部大臣頒發，依出版法，規定出版物之發賣及頒布之禁止及依

土地收用法，規定應爲收用之公益事業之認定，均屬於內務大臣之權限等是也。在此等情形至少其最後之決定，須依大臣自身之決裁，且對外須以大臣之名以表示之，使次官或局長以代之在在所不許。雖然法令亦有時有明文規定官廳得臨時使該廳之官吏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）以及地方官官制（二〇條三項）關於北海道廳長官及府縣知事之權限亦有同樣之明文是也。雖無此種明文，但依法令所定爲官廳之權限，非各個之特定行政行爲，而係關於事務之包括的作用時，依法令之趣旨，不得解爲凡屬於其作用之一切行爲均以官廳自行之爲要件，使部下之官吏臨時代理該事務之一部，吾人認爲亦爲法令所當然容許者。例如各部官制通則（六條）雖規定各部大臣關於主任事務監督地方長官，但此種監督作用，不必認爲以各部大臣親自行使之爲要件，而各部大臣得使次長及局長等代理其監督權之一部，且於受命之範圍內次官局長等所爲之依命通牒具有大臣命令同一之效力也。

凡在授權代理，其代理權之範圍，亦依其授權而定，固不待言，惟此常限於官廳權限之一部分，且代理人乃於官廳指揮監督之下行使代理權者，關於其行爲，須由官廳自己負責。

（二）法定代理者，謂非基於官廳自身之授權，乃基於法規之力而發生之代理權，使本來非居於官廳地位者之行爲，與官廳之行爲具有同一法律上效力之關係也。法定代理可區別爲兩種，一爲因特定法律事實之發生，不待何等行爲，而法律上當然發生代理權者。例如警視廳官制（八條一項）謂「警視總監遇有事故時，由爲警務



部長之書記官代理其職務，「地方官官制（一〇條一項）謂「知事有事故時，按官等之順序，由書記官代理其職務」等是。一爲依君主或上級官廳之命令，而發生代理權者。例如警視廳官制（八條三項）謂「警視總監及爲警務部長之書記官同有事故時，內務大臣使其其他高等官一人，代理警視總監之職務，」地方官官制（一〇條二項）謂「知事及書記官同有事故時，內務大臣使其其他高等官一人代理知事之職務」是也。當各部大臣有故障時，其依勅令使他大臣臨時代理其職務者亦同屬此例。總之在此等場合，皆與授權代理有異，命其代理之行爲，非授與代理權之行爲，止爲指定代理人之行爲，其代理權，乃依法規之力而生，同爲法定代理之一種也。

凡屬法定代理之場合，其代理權，除有法令之特別限制者外，常關於官廳權限之全部發生，而其權限一時歸屬於代理人，被代理之官廳，無指揮監督之權，關於該行爲之責任，亦全歸屬於代理人。

有時亦有因在官廳之地位者一時出缺，在其後任者尙未受任之前，僅有代理人者。代理之觀念，通常雖以被代理之本人之實在爲要件，然有時不無例外，即在被代理者，僅有觀念上之存在，而現實的尙未確定爲何人時，亦與代理之觀念無妨。

##### 五 官廳間相互之關係

官廳的權限分配之結果，官廳有立於對立之關係者，有爲上下之階級者。內閣總理大臣及各部大臣，乃行政各部之最高機關，直接隸屬天皇而互相對立。其他一切行政官廳，皆立於大臣之下受其監督，惟行政法院及會計檢查院，對於大臣有獨立之地位。在各大臣以下，各有其所屬之官廳，對大臣立於下級官廳之地位。而此等官廳，其

自身又或有立於上下之關係，或於同等之地位而互相對立者。

(一) 互相對立之官廳相互間之關係

在立於對立關係之官廳相互間：(1) 不得互相侵越他方之權限；(2) 關於與二以上官廳之權限有關係之事項，須彼此協議；(3) 關於正當權限內之行爲互受其拘束；(4) 有時准許相互間事務之囑託。

(1) 權限之不可侵越 行政官廳之權限，各有一定限界，不得互相侵越。屬於一官廳權限之行爲，祇該官廳有決定權，他官廳無干涉其範圍，變更其決定，審查其行爲是否違法，以及將其行爲撤消或變更之權。

惟行政法院乃對於一般行政官廳之行爲之覆審機關，就其他官廳權限內之行爲有審查其是否違法，及遇違法時將其破毀之權，然此乃基於法律特別賦與行政法院之權限者，故其判決有拘束一般行政官廳之效力。

若行政官廳相互間之權限有爭執時，在雙方官廳隸屬於共同上級官廳之場合，應依該上級官廳之命令解決其爭執，而在雙方異其上級官廳之場合，則依雙方上級官廳協議決之，協議不諧時，結局成爲各部大臣間權限之爭執，依據內閣官制第五條規定「各部間主管權限之爭議，」應經過開議，故最終須依開議以定權限之誰屬。

(2) 官廳間之協議 對於關聯二以上官廳權限之事項，須依關係官廳之協議定之。官廳相互間之協議，得區別爲三種場合：A. 爲已確定單一之主任官廳，惟其事項關聯於其他官廳之權限故，在主任官廳決定之先，須與該官廳而協議之者。例如實業學校之監督雖屬於文部大臣之權限，但以事關產業，故關此設有規定，須與農林大臣或商工大臣協議之；又如產業講習所雖爲農林大臣或商工大臣之主任事務，然亦以事關教育，故設有規定，以

協議於文部大臣爲必要。(明治四一年勅令二六六號關於二部以上有交涉之事件參照)各部官制通則第二條，謂「主任不明瞭之事務，遇於兩部以上有關涉時，提出閣議而定其主任，」即究屬於何部之主任，結局均取決於閣議，各大臣因之受拘束也。但主任大臣，雖經確定，亦決非祇須以主任大臣之單獨權限而定之趣旨，主任大臣仍須協議於有關之各大臣也。固不待言。惟以其對外部表示，則用主任大臣之名，而協議不過有對內部意思決定之必要耳。B爲二以上官廳同爲主任官廳而立於對等之地位，依協議而定之者。關於關聯二部以上之事項，有時未確定以任何一部爲主任部時，關係各部同視爲主任部，具有平等之權限，對外部亦以共同之名表示之。例如關於依軌道法之軌道敷設之特許，內務大臣及鐵道大臣同爲其主任大臣，關於地方自治團體財政之監督，內務大臣及財政大臣同爲其主任大臣是也。主任大臣在法律上於一定之場合，對外部祇依主任大臣之意思即有效力，協議非其效力之要素；但對外部表示爲雙方之共同行爲時，則雙方意思同爲其效力發生之要件，若關係各大臣間協議不諧時，則其行爲不得成立，不外維持現狀而已。在大臣以下各官廳之相互關係，普通雖應適用上述各部分大臣間同樣之原則，惟於其協議不諧之場合，如有共同之上級官廳時，即依據上級官廳之命令，又如異其上級官廳時，結局則得依各部大臣間之協議而定之。C爲行政官廳經營與私人同樣性質之事業時，須協議於就該事業有監督權之其他官廳者。關於特定事業之許可權或其他權限，屬於特定之行政官廳，若其他官廳欲經營該事業時，通常須如私人事業以協議於主任官廳而受其承認爲必要。例如電氣事業，屬於交通大臣之監督，故欲經營電氣事業，該官廳須與交通大臣協議之。(電氣事業法三一條)軌道屬於內務鐵道兩大臣之監督，故鐵道部欲敷

設鐵道經營運輸事業時須與內務大臣協議之。(軌道法三二條)認定行土地收用事業之權，歸屬於內務大臣，因而欲爲國家事業之收用時，又須由主務大臣請求於內務大臣等是也。此外同種之例頗多，要之，同一性質之關係以適用同一法規爲當然之原則，是故行政官廳之行動與私人之行動有同一之性質時，適用私法規定，同時亦適用關於私人行動之公法規定，乃事之當然者也。

(3)官廳間之相互拘束 凡行政官廳在其權限內所爲之行政行爲皆爲有效之國家行爲，有拘束其他官廳之力，官廳有尊重其權威之必要。例如依醫師法，賦與醫師免許之權，雖屬於內務大臣，但得以受其免許的資格要件之醫師試驗，乃屬於文部大臣之主管，其依文部大臣所定規則受試驗合格者，內務大臣則對之受賦與免許之拘束。電氣事業之監督，依電氣事業法，雖爲交通大臣之權限，然於利用河川之水力，以發電時，因河川行政爲內務大臣所主管，故內務大臣，就河川所爲之行爲，交通大臣受其拘束，雖關於電氣事業亦不得對之爲違反之處置。決定關於出納官吏之金錢的出納責任，因屬於會計檢查院之權限，故出納官吏所屬之主務大臣，受其拘束，須從其決定，以實現其責任，非能以自己之判斷而免除其責任者也。此外同樣之例，尙不勝枚舉，要之依國家機關權限之分配關於一定事項，惟特定機關有決定國家意思之權能，故某機關在其範圍內所爲之決定，其他一切國家機關，均應遵從之。

(4)官廳間之事務囑託 事務囑託者，謂在彼此對立之官廳相互間，一官廳於職務執行所必需之事務，屬於他官廳之職務範圍時，由前者委託其處理於後者也。事務囑託，或於司法機關相互間行之，或於司法機關與行

政機關間行之，又或有行於行政機關之相互間者。爲令其囑託，對受託者具有法律上之拘束起見，對於司法機關須有法律之規定，而對於行政機關亦須有法律或勅令之規定也。關於司法機關相互之關係者，有司法事務共助法之規定。（明治四四年法律五二號）關於行政機關得以囑託司法機關者，例如依行政裁判法（二一條，三八條三項）行政法院得囑託判決之執行或證據之調查於普通法院。依國稅徵收法（二三條之二，三三條之三）其國稅滯納處分已將不動產或其他須移轉登記之財產扣押時，收稅官廳以扣押之登記囑託於所轄登記所等是也。關於行政官廳相互間之囑託者，則有各種特別法之規定，例如行政裁判所法（三八條）規定行政法院得囑託證據之調查於行政廳，國稅徵收法施行規則（一四條）規定當所扣押之財產在收稅官吏之管轄區域外時，收稅官吏得囑託財產所在地之收稅官吏接收其滯納處分等是。此外在內地官廳與殖民地官廳之間，關於租稅或其他收入徵收處分囑託之法律，（明治四〇年法律三四號）亦規定得以相互囑託其徵收及滯納處分。

依法律或勅令規定一官廳得囑託特定事務或特定行爲於他官廳時，受囑託之官廳有應囑託之義務，而其囑託已具備法律上之要件者，不得拒卻之。

（二）上級官廳與下級官廳之關係 凡行政官廳皆爲直屬於天皇或隸屬於其他行政官廳之下者，在天皇之下各分系統形成上下之階級，上級官廳監督下級官廳藉以保持行政之統一。

上級官廳對於下級官廳之監督權，其範圍雖依官廳之種類與事務之性質，而不一致，但通常包含監視權，訓令權及撤銷權之三種權能，間亦有認許上級官廳得委任事務於下級官廳者。

(1) 監視權 上級官廳爲下級官廳之監督者，常有監視其職務之執行，調集報告以及派遣官吏使檢閱事務之實況之權。此乃伴隨監督權之必然要件，無待法令有特別之規定也。

(2) 訓令權 上級官廳通常具有指揮下級官廳之權限之權。以此目的，上級官廳對下級官廳所發之命令，謂之訓令。訓令之因下級官廳之申請或請示之回答而發布者特稱之爲指令，然其性質與訓令無所差異。訓令原非法規，對於國民無直接之拘束力，僅在上級官廳與下級官廳之關係上有其拘束力而已。下級官廳對於有效之訓令無審查其內容之權，受遵守訓令之所命以行使其權限之拘束。惟此拘束僅爲對於上級官廳之拘束而已，非所以對國民者，從而訓令之違反，非對於國民之不法者也。

欲使訓令有效，須具備，A. 發自有訓令權之上級官廳，B. 屬於下級官廳權限之事項，C. 其內容非不能者以及其他一般行政行爲所共通之有效要件。若具備此等有效要件時，縱其內容違背法令或妨害公益，亦仍然有效，下級官廳即因此而受拘束。

訓令雖有關於某一事件者，有規定一般的法則者，但其效力皆爲同等，不妨以關於某一事件之訓令，以變更一般的訓令。又訓令，關於屬於下級官廳權限之事項，得命其受上級官廳之許可，此時賦與其許可，亦爲訓令權作用之一種。

訓令權，原則上不包含代執行之權。法令使屬於下級官廳之權限者，惟下級官廳能行使之，上級官廳不過有指揮之權，除有法令之特別規定者外，不得代其行使。如下級官廳不聽從其指揮時，則惟有採取免官、休職，或轉任

之手段。

訓令權非屬於一切上級官廳之當然的職權。在某種官廳關於其權限之行使，有不受任何人之指揮命令，純依自己獨立意見而行使之權能者，是謂之官廳權限之獨立。權限之獨立，有以法令之明文而規定者，有雖無明文而在權限之性質上以當然獨立為必要者。（例如行立法院，會計檢查院，海員審判所，高等試驗委員，特許局審查官及審判官，以及關稅訴願審查委員會是。）凡合議制之機關，在其議決權之範圍內認為當然有權限之獨立。何則若非以自己獨立之意見參加議決，即不能達合議制之目的故耳。凡在權限獨立之範圍內均不得頒發訓令，在此範圍內所發之訓令，因無權限而歸於無效。

(3) 撤銷權 上級官廳對於下級官廳所發之命令或行政行為，認為違法或不當者，有撤銷或停止之權。撤銷為使完全喪失其效力之行為，而停止則為一時使喪失其效力之行為。法令有以明文規定之者，例如各部官制通則（六條）規定各部大臣對於主任事務認為警視總監或地方長官之命令或處分，有違反成規，妨害公益或侵犯權限時，得停止或撤銷其命令或處分。警視廳官制（一〇條）規定警視總監對於警察署長之處分有同樣之權限等是也。（其他北海道廳官制七條，地方官官制九條亦有同樣之明文。）即無此種之明文時，亦得認此為上級官廳當然之職權。但上級官廳之撤銷權，亦非毫無限制者，僅從撤銷權之一般原則，得行使撤銷，關於有確定力之行為，則雖上級官廳，亦不得撤銷之，已如前述矣。

行政行為之撤銷，除依職權行使外，有以訴願之裁決而行使者。上級官廳乃下級官廳之監督者，對其行為之

訴願，通常爲裁決之機關也。

(4) 事務委任 上級官廳，有准許委任屬於其權限事務之一部於下級官廳者，官廳之事務委任，非代理權之授與，乃依法令將屬於自己權限事務之一部，移屬之於其他官廳者，在其委任之範圍內，其事務爲受任者之權限，受任者非以代理者之資格，乃以自己之權限而行之者也。

事務委任，乃所以變更法令規定之權限者，故限於有法令之特別規定者始能爲之，固無待言。就中於法令已指定特定之行爲使屬於特定官廳之權限時，其非基於法令之規定，而委任之於其他官廳者，因爲法律上之不能而全然無效。法令常規定概括的就屬於官廳一般權限之事務，或就特種事務而委任其一部於下級官廳。前者例如地方官官制（一一條）謂「知事得委任屬於其職權事務之一部於支廳長，警察署長或市町村長。」警視廳官制（九條）及北海道廳官制（九條）對於警視總監及北海道廳長官之權限亦設類似之規定是。（此等均爲勅令之規定，故法律特定之爲此等官廳之權限，除有法律之特別規定者外，不得依此等規定委任之。）後者例如鑛業法（一四條之二）謂「商工大臣得依命令之所定，將依本法職權之一部委任之於鑛山監督局長」是。無論何種場合，如其委任之內容係關於與人民有法律上交涉之事務時，有使人民服從委任官廳之權威之效果，故其委任認爲須以命令之形式一般的公布之。若單有上級官廳與下級官廳之內部關係時，則祇以委任行之，蓋除得承認有習慣法之成立者外，其委任無非解爲對於人民不得發生其效力耳。

## 六 行政機關之構成員



居國之行政機關之地位者，通常雖爲官吏，然一切行政機關非皆以官吏構成者也。官吏雖爲對於國家繼續服從包括的勤務關係者，惟此外有關於特定事務立於公法上之委任關係者，有基於民法上之契約而服勤務者。間亦有少數例外，雖關於國之行政加入民衆的份子以自人民中所選舉之人充當行政機關之地位者。是故行政機關之構成員，按其法律上之地位，得分爲左列四種。

(一)官吏 構成行政機關之最普通者，厥惟國家之官吏。關於官吏俟另於第三節詳論之。

(二)僅受有定量的特定事務之委任者 自非官吏中所選任之各種委員皆屬之。此等委員雖與官吏同受天皇任官大權所選任，對於國家立於公法上之關係，但非如官吏對國家之委身以負勤務之義務者，不過對於受委任之特定事務，負勤務之義務而已；從而既不若官吏須負服從廣泛的職務命令之義務，聽從懲戒權，及得以命令轉任其他之官職，更無受俸給及恩給之權利也。

(三)依民法上之契約，而擔任一定職務者 其擔任純粹學術的、技術的或機械的事務，而非對外行使國權之職務者，無須如官吏之委身而負忠實於國家之義務。故僅有依民法上之契約而使負勞務之義務者。例如大學及其他官立學校之囑託講師，雇請之外國教師，諸官廳之事務囑託傭員、寫生、使丁之類，以及郵差、電話接線生、職工等是。彼等對於國家之關係，與私人間之雇傭關係，其性質相同，除有特別之規定者外，專依民法而支配之。

(四)依國民之選舉，而擔任法律所規定的一定職務者 所得調查委員、土地租賃價格調查委員等，其適例也。自其非依大權選任，乃依國民所選舉者之點言之，與官吏或普通之委員，異其性質。行政機關之選任，乃對於一

般的屬於天皇大權原則之異例，如司法上之陪審員之地位然，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，除由國家作為自己機關，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，雖亦為國家之機關，但非專為國家機關而設置選任，乃為他種獨立之目的存立，於其本來存立之目的以外，受國家事務之委任者，就此點言之，與本來之國家機關，固異其地位也。委任行政之發生，由於國家依法律委任自己之事務於其他者，其委任惟能依法律行之，不屬於官制大權及任官大權之作用。就中有直接依法律之所定者，有基於法律之規定，以特別之行政行為行之者。無論何時，其委任乃國家之單獨行為，非民法上之契約，當然亦非公法上之契約也。

現時委任行政最顯著之實例，厥惟市町村之國家行政及南滿鐵道附屬地帶之國家行政。關於市町村區域內所行之國家行政，未設置國之行政官廳，普通委任之於市町村長。市町村長乃市町村之吏員，本來以市町村之機關為其本務，惟同時受廣汎的國家行政事務之委任，實際上為國家機關之職務，較其本務，立於更繁劇之狀態。又在南滿鐵道附屬地帶亦未設置特別之國家行政機關，普通委任之於南滿鐵道股份公司。該公司為商事公司而受國之統治權之委任者也。其他有為國之行政事務，而委任之於市町村或其他公共團體者亦復不少。且間有委任之於一私人者。

因此，委任行政得區別爲左列三種場合：

(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，惟在其目的以外，多有受國家行政事務之委任者。普通謂之公共團體之委任事務。關於此項容於第五節及第六節詳論之。

(二)委任於公共團體之吏員之事務。公共團體之吏員，雖以公共團體之機關，爲其本來之義務，但國家特以國家行政事務委任之者，亦復不少。其最著者，厥維對市町村長委任以施行於市町村區域內之國家事務之場合。其詳容於後節論之。

(三)委任於私法人或一私人之事務。例如委任南滿鐵道附屬地帶之一般行政事務於南滿鐵道股份公  
司，委任國庫金之出納事務於日本銀行，以及委任船舶內之司法警察事務於船長等皆是。受任者，一面在其委任之範圍內，得行使國家的公權之權能，同時亦負有遵從委任之趣旨而行使之義務。

## 第二節 現行官制之梗概

國之行政權，由天皇總攬之。惟關於行政之屬於天皇之親裁者，除制定勅令外，僅限於文武官之任免，條約之締結及戒嚴之宣布等二三事項，其他則一般委任之於行政機關。在天皇下之國家行政機關之組織，依內地與殖民地，而全異其系統。各殖民地之行政，除特別保留爲天皇之親裁者外，一切皆委任之於殖民地官廳，內地政府祇得以監督之，內地官廳，無直接管理殖民地之行政者。內地官廳，惟執掌內地之行政，其直隸於天皇之下而管轄內

地之全部者，稱爲中央官廳。其官制稱爲中央官制。其直隸於中央官廳以下，僅管轄一地方之行政者，稱爲地方官廳。其官制稱爲地方官制。而在各殖民各有其特別官廳之組織，是謂之殖民地官制。故欲知現行官制之梗概，須分官制爲中央官制、地方官制、殖民地官制三者，而依次述論之。

## 一 中央官制

(一) 維新後中央官制之沿革 自慶應三年十月德川氏歸還政權，因而廢止幕府制度後，中央政府之組織，曾幾經變更。其始與王政復古，同時於慶應三年十二月置總裁議定參與之三職，使總理庶政。至明治元年正月，定三職之分掌，使議定參與分掌神祇事務、內國事務、外國事務、海陸軍務、會計事務、刑法事務及制度寮之七科。同年二月更確定三職八局職掌，設置總裁神祇事務、內國事務、外國事務、軍防事務、會計事務、刑法事務及制度事務之八局，惟此等皆不過維新早年一時之制度耳。在維新後中央官制之重要改革，得列舉五次。即(1)明治元年閏四月之政體書，(2)明治二年七月之改革，(3)明治四年七月之改革，(4)明治八年四月之改革及(5)明治十八年十二月之改革是也。

(1) 明治元年閏四月二十一日所發布之政體書，乃對於中央政府之全體，加以根本的改革者，主以美國式的三權分立主義爲其基礎。其特色在此。謂天下之權力，統歸之於太政官，則可免政令紛歧之患；分太政官之權力爲立法、行政、司法之三權，則庶無偏重之虞；立法官固不得兼行政官，行政官亦不得兼立法官也。立法權之機關，稱之爲議政官，分爲上下二局。上局以議定及參與組織之，下局以令各藩主從藩士中所選拔之貢士爲其議員。行政

權之機關爲總括大政之最高官廳，置行政官，以輔相二人爲其長官。由親王諸王公卿諸侯中選充之，乃所以輔弼天皇，總判國家之政務者也。實相當於略後之太政大臣。行政官以外，尙設置神祇官、會計官、軍務官、外國官等諸官，以知官事爲其首長，又相當於略後之各部卿。最後司法權之機關，設置刑法官，其組織與其他諸官同。總括議政、行政、神祇、會計、軍務、外國、刑法等之七官者稱之爲太政官。一切官吏皆出自公選，其任期爲四年，每二年改選其半數。我國採取官吏公選之制度者，此其唯一之例也。然非直接由國民選舉，其有選舉權者，惟限於現實之朝官耳。

(2) 明治二年七月八日之職員令，乃反對政體書之洋化主義，主以大寶令之古訓爲模範者。此令置神祇官於諸官之首位，使執行祭事，管理諸陵，以神祇伯爲其長官。置太政官爲總理諸政之最高官廳，以左右大臣並爲其長官，輔佐天皇，統理大政。大納言三人，參議三人，在其下參與大政。太政官以下分設民部、財政、兵部、刑法、宮內、外務等六部，各部之長官曰卿。外復有待詔院，（後併入集議院）大學校，及彈正臺等。

(3) 明治四年七月二十九日將太政官職制大加改革。廢左右大臣及大納言，始設太政大臣，使輔翼天皇，總裁庶政，以納言爲其次官。而太政官又分爲正院、左院及右院。正院即相當於從來之太政官，主以太政大臣、納言及參議充當其任。左院爲後日之元老院，評議立法事件，有議長，一等議員，二等議員及三等議員。右院則以各部之長官及次官組織之，爲協議行政事件之機關。

此種官制，至四年八月，更略有改正。廢納言，而設左右大臣，稱爲太政大臣，左右大臣及參議之三職。此等爲立於諸部長官以上，輔翼天皇之官。六年五月，更略將正院之職制修改，同年六月，廢集議院，併入左院，而確定左院職

制，惟此等均不過小修正耳。六年二月，又改正左院之職制，祇以左院爲正院之輔佐，使評議其垂問之事，而立法權遂明顯的專屬於正院矣。參議與各部卿其先爲互相分離之官，使參議列於各部卿之上，而自六年以後，例以參議之本官兼部卿，各部卿同時爲參議，列於正院，構成組織內閣之一員。

(4) 明治八年四月十四日之改革，乃所謂大阪會議之結果者也，此則廢止左右兩院，新設元老院及大審院。元老院爲立法權之機關，大審院爲司法權之最高機關，使略備三權分立之體制。正院之職制，雖亦同時受改正，但大體尙仍舊耳。八年九月置法制局於正院，使當法案起草之任，十年一月，遂廢止正院之名稱。

參議同時兼各部卿之制，雖在十三年二月一時全廢止之，但至十四年十月，又回復兼任兩者之舊制。

各部自明治二年以來，屢有廢置，分合。據明治二年之官制，設置民部，財政，兵部，刑部，宮內，外務等六部，而明治三年，四年，六年及十四年又新設工部，文部，內務部及農商務部。刑部及彈正臺在四年廢止，而以司法部代之，民部亦於四年廢止，一部分併入工部，一部分併入財政部。兵部在五年分爲陸軍海軍兩部，神祇官四年改神祇部，五年更廢止之，設教部，同年又將教部廢止，將其合於文部，迨乎內務部之設立，則復移置之於內務部矣。

各部以外之中央官廳，除八年設立元老院及大審院之外，十四年十月新設參事院，使隸屬於太政官，具有內閣之命令，或自行發議，起草法案以上陳於內閣，審查自各部提出或元老院所議決之法案，對內閣陳述其意見，及其他裁決司法官與行政官或地方議會與地方官之權限爭議之權。

自明治二年之改革以後，官制雖屢有變更，惟太政官爲總理全般庶政之唯一最高機關，而各部皆爲隸屬於

太政以下之下級官廳，雖至明治十八年之官制改革，前後終無所變更耳。

(5) 明治十八年十二月二十三日所發布之官制改革，乃對於以上狀態所加之大革新也。改革之要點有二：即一爲將宮中與府中分離，向之以宮內部分與其他各部同隸屬於太政官之下者，今則改以宮內大臣立於內閣之外。一爲改從來之太政官制爲合議制之內閣制，不以各部卿隸屬於太政官之下，而使各部長官爲直接輔弼太政之國務大臣是也。與官制改革同時所頒發之詔勅曰「內閣親裁萬幾，務宜統一簡捷，今改定其組織，使諸大臣各當其重責，統以內閣總理大臣，藉免從前各部隸屬於太政官時上呈下行經由繁複之弊。」

依此種改革廢止太政大臣，左右大臣，參議及各部卿諸職，設置內閣總理大臣及宮內、外務、內務、財政、陸軍海軍、司法、文部、農商、交通等各部大臣，而以總理大臣及外務以下之各部大臣組織內閣。宮內大臣專當管理皇室事務之任，不在內閣之列。比較從來諸部，其唯一之差異，僅在廢止工部，而新設交通部耳。

明治十八年之官制改革，爲現行中央官制之基礎，自是以後，祇各部之數與其內部之組織有幾許變更，自其大體之主義言之，則迄無變更也。各部之數在十八年之改革，當時原爲九部，後明治二十九年四月，新設拓殖務部，旋於三十年八月廢止之，大正九年五月十五日新設鐵道部，大正十四年三月三十一日廢止農商務部，設置農林部及商工部，自同年四月一日起施行之。昭和四年六月十日更重新設置拓務部，即合而爲現在之十二部也。

(二) 各部大臣 現行之中央官制，其大體之主義，在於天皇之下，分配行政於各部，各部長官關於其主任事務，一面有爲國務大臣，輔弼天皇之職務，同時他面又有爲最高行政官廳之職務，別設內閣總理大臣爲國務大臣

之首班，使當統一行政各部之任，而以國務大臣之全體組織內閣，關於重要政務，以閣議決之。關於以非國務大臣者使之爲直隸於天皇之中央行政官廳，是否爲憲法所容認，憲法上雖無明文規定，但除憲法所特別揭載之特別官廳，卽行立法院及會計檢查院外，吾人認爲應加以否定。何則，憲法祇以國務大臣爲對於議會負責任者，而關於不受國務大臣監督之行政官廳之行爲，國務大臣無由負責，乃若於國務大臣以外設置直隸於天皇之行政官廳，是關於行政事務對議會無負責任之人，究與立憲政治所以爲責任政治者不相容納故也。易言之，卽我國係採取在憲法之下直隸於天皇之中央行政官廳，僅限於國務大臣之主義者也。

(1) 各部間之事務分配 依官制之所定，就大體言之，乃以外政、財政、司法行政、陸軍及海軍軍政、殖民地行政監督，分屬於外務大臣、財政大臣、司法大臣、陸軍大臣及海軍大臣。乃至拓務大臣。而內政更分掌之於內務、文部、農林、商工、交通及鐵道等六部也。依官制之規定，A. 外務大臣掌：關於外國政務之施行，在外國帝國商事之保護及僑居外國帝國臣民事務之管理，指揮監督外交官領事官，就外交事項，指揮監督關東長官以及對中國文化事業之事務之管理。B. 內務大臣掌：關於神社，地方行政，議員選舉，警察，土木，衛生，都市計劃，地理，出版，著作權及拓殖等事務之管理，警視總監，北海道長官及府縣知事之監督。C. 財政大臣掌：關於政府財政之總轄，會計，出納，租稅，國債，貨幣，存款，保管金，政府所有或保管之有價證券，銀行，信託，無盡（類似中國搖會）及有證券分期付價販賣等事務之管理，北海道地方費府縣市町村及公共組合之財務之監督。D. 陸軍大臣掌：陸軍軍政之管理，陸軍軍人軍屬之統率及所轄諸部之監督。E. 海軍大臣掌：相當於上述陸軍大臣之海軍職務。F. 司法大臣掌：法院及檢察署之監



督，檢察事務之指揮，以及關於民事，刑事，非訴事件，戶籍，供託，監獄，關於少年之審判矯正及釋放者之保護事項，其他各般司法行政事務之管理。G. 文部大臣掌：關於教育，學藝及宗教等事務之管理。H. 農林大臣掌：關於農，林，水產，畜產及米穀法施行等事務之管理。I. 商工大臣掌：關於商，工，鑛山及地質，度量衡及計量等事務之管理。J. 交通大臣掌：郵件，小包郵，件電，信電話及航路標識之管理，關於發電水力及航空事務之管理，關於電氣，造船，水運事業及航路，船舶海員等之監督，關於日本無線電股份公司事務之管理。K. 鐵道大臣掌：國有鐵道及其附帶業務之管理，地方鐵道，軌道及其他陸運之監督。最後，L. 拓務大臣則除殖民地事務之統理，南滿及東拓公司業務之監督及涉外事項外，掌關於殖民之事務及關於海外拓殖事業之指導獎勵之事務之管理。如遇各部間之主管權限有爭議時以閣議決之。（內閣官制五條）關於二部以上有交涉之事項，依閣議定其主任大臣，而主任大臣須與有交涉之各部大臣協議之。（各部官制通則二條二項）

(2) 各部大臣之權限 對於此等事務各部大臣為行政官廳所有之權限與以國務大臣之資格，在憲法上之職務不同，不在輔弼天皇之大權，而在依天皇之委任自為國家之意思機關，以決定國家之意思並表示之。其權限之細分，雖依各特別之法令所定，然大體上，得大別為三種。

A. 頒發部令之權 各部大臣，就其主任事務，有依職權或特別委任頒發部令之權。（各部官制通則四條）其得以部令規定之事項，有依法律勅令特別委任者，與依官制一般的歸屬於各部大臣之職權者兩種。基於特別委任之命令謂之委任命令，其得以規定之範圍，依各場合之委任而定。依一般之職權而頒發者，謂之職權命

令，職權命令爲憲法第九條中之執行命令，警察命令或行政規則之範圍內所容許者，各部大臣於不牴觸法律勅令及條約之限度內，得依職權就其主任事務於該範圍內，頒發必要之部令。部令得附以百圓以內之罰金或科料（註：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，勅令二四五一）部令由各部大臣記入年月日，署名以官報公布之。法律勅令之年月日通常爲裁可之日，故其日期與公布之日相異，反之附於部令之年月日，則常爲公布之日也。部令除定有特別之施行期日者外，與勅令相同，自公布之日起滿二十日施行之。（公式令一〇條一二條一二條）部令之內容，與他部主管事務相關聯者，必協議之於關係部大臣，故有單一之部令往往需要二部以上大臣之連署者，但此際之名稱，通常仍爲主任部之部令。惟遇二部同爲主任部時，則有以爲二部之共同部令而頒布者。（例如軌道法施行規則定爲內務鐵道部令，關於地方稅之法律施行規則定爲內務財政部令，及依兵役法施行令第百條第三款規定之學校認定事件定爲陸軍文部部令是也。）

B. 行政監督之權 各部大臣，爲最高之行政官廳，故對於人民直接爲行政行爲之事，寧屬異例。爲行政官廳之各部大臣之權限，除頒布部令外，主在指揮監督下級機關之行政作用。各部大臣行政監督之權限，得分爲對於下級官廳之監督，對於部下官吏之監督及對於公共團體之監督三種。對於下級官廳，就其權限之行爲，頒發訓令，確定法令之解釋，撤銷其違法或不當之行爲，在對其行爲容許提起訴願時裁決其訴願，並決定下級官廳相互間所發生之權限之爭議。對於部下官吏就其職務下職務命令，就其身分逕行委任官以下之進退，

薦任官之進退則經內閣總理大臣上奏之，簡令官之進退則提出於閣議，又經內閣總理大臣以部下官吏之位級勳上奏之，遇有懲戒之必要時或要求懲戒委員會之審查或專行之。（各部官制通則五條至八條）。對於公共團體則依法律之所定，行使監督權。法律有以各部大臣爲其直接之監督官廳者，例如北海道及府縣由內務大臣監督之，（府縣制一二七條，北海道會法一四條）商工會議所，由商工大臣監督之，（商工會議所法四二條以下）亦有直接以地方長官爲其監督官，使主務大臣具有第二次之監督權者，例如市町村第一次受府縣知事之監督，第二次受內務大臣之監督（市制一五七條，町村制一三七條）是也。

C. 依法令爲各種行政行爲，監督民間事業及經營國家事業管理國家公物之權。直接對於人民爲行政行爲，雖主爲地方官廳之權限，但關於利害關係重大或必需統一者，依法令特使其屬於各部大臣之權限者亦復不少。例如禁止出版物之發賣，命令解散妨害公安之結社，屬於內務大臣之權限，鑛業採掘權之許可屬於商工大臣之權限，以及私立大學之認可屬於文部大臣之權限等是。b. 對於私人業務之監督權限，應如何分配於各部大臣與地方大臣之間依法令之所定。普通私人業務，直接雖屬於地方官廳之監督，但關於銀行，交易所，保險業，地方鐵道，軌道，船舶，電氣事業，瓦斯事業等於全國有利害關係之事業，則以各部大臣直接行使其監督權，或至少將稍重要之監督作用保留之於各部大臣之權限者，亦復不少。c. 對於國家事業之經營或國家公物之管理，其權限亦依法令之所定，分配之於中央官廳與地方官廳之間。就中大部分雖屬於地方官廳之權限，各部大臣祇能指揮監督之，惟如於國家利害有重大關係之河川工事，道路工事，及築港工事等，或鐵道，郵政電信電

話等，則以爲各部直轄之事業而經營管理之者，亦在所恆觀。

(3) 各部之組織 在各部大臣以下，爲補助其職務所設置之機關，有政務官與事務官之別。政務官通常自帝國議會之議員中選任，以參與與議會之交涉及其他政務爲主要職務，而採與內閣同其進退主義。我國有政務官與事務官區別之始，在大正四年大隈內閣時代，各部設參政官及副參政官，令其爲政務官，惟以時機未熟，未幾即被廢止，在大正十三年加藤內閣時代復設置之，以至於今日。在現制之下，爲各部之政務官者爲政務次官及參與官。政務官不受文官任用令及文官分限令之適用，同時亦不受初級官等之限制。(大正二年勅令二六二)而就此點言之，各部大臣秘書官亦準於政務官，即內部警保局長亦同。事務官則依文官任用令受任用資格之限制，及依文官分限令以保障其身分，採內閣更迭仍繼續其地位之主義，而不得兼爲衆議院議員。事務官爲各部所共通者爲次官、局長、書記官及屬員。此外亦有依部設置事務官、技師、技士及其他特別之職員者。其詳於各部官制定之。

爲分擔各部部长務，各部均分爲數局，又另設大臣秘書處。局數及其分掌事務依各部官制之所定。各局又概分爲數課。局中之分課規定，除陸軍部及海軍部外，依各部大臣定之。

(4) 部外部局 於各部大臣指揮監督之下爲使分掌特殊之事務有於部外設置特別之機關者，普通謂之爲部外部局。此等機關有其自身爲行政官廳，具有對外代表國家之權限者。例如內務部下之社會局，財政部下之存款部，營繕管財局及專賣局，商工部下之特許局以及交通部下之儲金局等是。此等論其在大臣監督之下，雖等

於地方官廳，但論其非僅管轄某一地方而爲對內地全部通有其權限者，則究與地方官廳不同，實爲大臣以下第二次之中央官廳也。有如學校講習所，試驗所等，擔當特定事業的經營管理之任者，又有如各種調查委員，止爲諮詢之機關者。

(5) 各部大臣之代理 關於各部大臣能否使該部官吏臨時代理其職務之一部，官制雖未揭特別之明文，但除職務之性質上認爲不容許代理者外，大臣能以自己之責任使該部官吏代理之，乃無待明文之當然條理也。惟國務大臣之列於閣議，奏請裁可，及副署詔勅等固不得代理，卽如爲行政官廳就其職務頒發布部令等，亦不得代理之耳。如遇各部大臣因故障不能行使此等職務時，則以其他大臣臨時受勅令而兼攝其職務。

(三) 內閣總理大臣 爲國務大臣時，居內閣之首班，但爲行政官廳時，則具有與各部大臣完全同一之地位。總理大臣，本非以擔任行政事務爲其主要職務者，惟關於屬於任何一部亦不適當之特殊事務，有使總理大臣爲其主任大臣者。關於其主任事務，總理大臣具有各部大臣同一之權限，得以發布閣令。閣令與部令雖名稱不同，而效力相等，其得附以罰則之程度，亦彼此一致。總理大臣又能指揮監督所轄各機關，統督部下之官吏，但委任官以下官吏之進退，則由書記官長專行之。

屬於內閣總理大臣主管之範圍，依時代幾經變遷。至大正九年鐵道部之設置，及昭和四年拓務部之設置止，鐵道行政及殖民地行政之監督，同屬其主管，而自新部設置以來，此等權限亦隨之喪失，現時屬於其主管者，得言其大要焉：卽(1)詔書，勅書，法律，命令等之公布，(2)憲法，勅書，詔書，法律，命令等原本之保存，(3)關於官吏之恩

給事務(4)關於行政上之統計事務(5)關於人及物的資源之統制運用計劃事項之統轄(6)官報之發行(7)關於勳章記章褒章之事務及(8)關於高等試驗之事務等是也。內閣爲分掌此等事務，除內閣祕書處外，尙設立恩給局，統計局，印刷局三局，又在其監督之下有法制局，賞勳局，資源局及高等試驗委員之諸機關。

屬於內閣總理大臣下之職員中爲政務官者，有內閣書記官長及法制局長官。惟各部之政務官，以與議會之交涉事項，爲主要職務，反之，此二者之職務，寧近於事務官，卽書記官長輔佐總理大臣，管掌機密文書及統理內閣之庶務，法制局長官則管理局中之一切事務也。此外設置其他局長，書記官，局書記官，及統計官等。

爲行政官廳之內閣總理大臣之職務，與各部大臣相異，不設特別之一部，相當於部之名稱者，則稱之曰內閣。故內閣之語用於兩種截不相同之意義，一則指全國務大臣之合議體而言，一則單指內閣總理大臣而言。如曰內閣所屬職員，曰隸屬於內閣，曰依內閣所命之諸種場合，皆不外爲內閣總理大臣之意味耳。

內閣總理大臣對於各部大臣非居於上級官廳之地位者，從而對於各部大臣無頒發訓令或撤銷其行爲之權。惟總理大臣乃當保持行政各部統一之任者，故爲保持其統一有必要時，得使各部大臣之命令或處分中止，而聽候勅裁。(內閣官制三條)此種中止權與上級官廳之撤銷權不同，不以其命令或處分之違法或不當爲前提，縱在非可認爲違法或不當之場合，若未經開議而由各部大臣所專行之行爲爲違反內閣之方針者，亦得爲之。但其中止祇有暫定的效力，須依勅裁始確定之。

內閣總理大臣有故障時，其他大臣臨時秉承勅令，代理其事務。(內閣官制八條)

(四)內閣 以國務大臣組織之，爲協議屬於各大臣職務事項而存立之合議體也。其所付議之事項，包括爲國務大臣與爲行政官廳雙方之職務。各部官制通則(二條三項)規定，凡關涉二部以上之事務而主任不明瞭者，應依閣議而定其主任。內閣官制(五條四款)規定，各部間主管權限之爭議，應依閣議決定之。都市計画法亦以都市計劃之決定，應受內閣之認可。(土地收用法至最近在昭和二年改正止，仍以內閣有認定必需收用土地之公益事業之權。)其他須付閣議之事項無特別之制限，各部大臣對於爲其主任之任何事項，皆能提出之於總理大臣，而請求閣議。(內閣官制六條)閣議之事項，如屬於國務大臣職務之事項時，其決議固無法律上之拘束力，反之，如係屬於行政官廳之職務時，其決議則具有爲國家的意思之法律上之效力，各部大臣因之受拘束，從而關於此等事項，內閣之自身，有行政官廳之地位。其決議非如普通合議體之取決多數，須全員一致而後可，何則各部大臣乃關於其職務負絕對責任者，而違反自己之意思，遵從多數之議，與其責任者之地位不相容故也。

## 二 地方官制

(一)維新後地方官制之沿革 明治維新後之地方官制，自明治四年七月之廢藩置縣時起，已樹立如現行制度之基礎。依德川氏之歸還政權，中央政權，雖已於慶應三年歸天皇之親攝，惟地方方面，幕府時代之封建制度，猶暫繼續舊來之狀態。至明治元年，德川氏成爲朝敵，雖先沒收德川氏及爲其黨羽之諸侯之領地，使之歸於朝廷之直轄，但其他各藩仍舊爲諸侯所領。明治元年之政體書，分地方區劃爲府縣及藩三者，府與縣已爲朝廷之直轄地，置知府知縣以下之官職，使掌理一般行政，而藩則仍爲舊來諸侯之藩主之領地，其領內之行政，兵備，裁判等，均

任於藩主之統轄。世謂之爲三治制度。明治二年六月命令各藩主返還其領地，改知藩主任諸藩事，謂之版籍奉還。由是全國之土地，始歸於朝廷之直轄，封建制度完全廢止。舊來藩主雖尙爲知藩事，但其權力之根據不復在於爲土地之領主，而在於係出自天皇所任命之官吏，與知府及知縣無所差異。至明治四年七月十四日始詔令廢藩爲縣，免從來知藩事之職，所謂廢藩置縣是也。同年十月新定府縣官制，十一月廢從來府縣改爲三府七十二縣。分全國爲府與縣之現行制度，自是略告完成，降至近日，縣雖屢有廢置分合並有數目之增減，惟其大體則畢竟無所變更也。

維新之初，行政機關與司法機關之分離未行，地方官不特掌理行政事務且有行使裁判之權。明治五年八月始置法院於府縣，使從來屬於地方官之民刑訴訟事務從地方官分離而掌理之，不過府縣法院之裁判官，尙使地方官兼任，故司法與行政之分離終未舉其實效。明治八年五月，始置大審院爲最高之法院，將其由司法部分離，九年九月改稱府縣法院爲地方法院，同時禁止由地方官兼任裁判官，司法與行政之分離，至此始告厥成功矣。

關於府縣以下之下級地方行政區劃，維新後雖暫依舊府時代之舊習，而在明治四年廢藩置縣之後，爲勵行全國劃一之地方制度，遂於府縣之下，區劃大小區，每區置戶長及副戶長，至明治十一年七月更發布郡區町村編制法，使府縣以下之地方區劃藉以明確。依該法將府縣以下之中級地方區劃，分爲郡區二者，使町村爲郡區下之最下級之區劃。區限於三府五港及其他重要都會地，在郡之區域以外，郡則一郡或數郡設郡長一人，區則設置區長。在最大之都會地更分爲數區，每區置區長一名，町村則每町村或數町村置戶長一名，但在區內之町村則不置



戶長，令區長執行其事務。

郡區町村編制法，迄明治二十一年四月制定公布之市制町村制，於明治二十二年四月以後漸次施行於各地方止，仍保有其效力。依市制町村制之施行，從來之區及町村，或仍爲從來之區域，或經廢置分合成爲新制度之地方自治團體之市或町村。而市町村不設置國家行政官廳，以市町村吏員之市町村長，受委任當處理國家行政之任。郡依明治二十三年所制定之郡制施行以來，爲國之行政區劃，同時爲地方自治團體，至大正十年乃先廢郡制，（十二年四月施行）使郡喪失爲地方自治團體之性質，惟仍保存之爲國之行政區劃，設置郡長，令其管理郡內之國家行政，悉如舊時，直至大正十五年六月，復更改地方官官制，廢止郡長，已自同年七月一日施行之。至此郡爲全國之行政區劃之性質，亦已經喪失，不過爲單純的地理上之名稱而已。又以勅令所指定之島嶼，其從來設置之島司令與郡長具有略同之權限，而此亦隨郡長廢止而同被廢止矣。

琉球在幕府時代，爲半獨立之王國，維新後仍有自國之國王，明治五年始以琉球爲藩，封國王尙泰爲藩主，使隸屬於外務部。次在明治八年，禁止入貢於清國及奉清國年號，而使奉明治年號，將其自外務部之管轄，移歸內務部。迨明治十二年又廢琉球藩爲沖繩縣，與其他諸縣相同，設縣知事以統治之。至是琉球始爲內地之一部，立於與內地同一統治組織之下。

北海道，古稱蝦夷，維新前直轄於幕府，在箱館奉行之管理之下，土地殆未嘗開拓，全島仍未開化。維新後政府乃力謀其開拓，明治二年置開拓使，使總攬開拓事項，改稱蝦夷曰北海道。明治八年募屯田兵，使隸屬於開拓使，兼

從事開墾。當時樺太南部爲蝦夷之一部，屬於開拓使之下，依八年五月之日俄條約，讓樺太全州於俄國，而以千島羣島交換。明治十五年，廢開拓使，置札幌、函館、根室三縣，十九年更置北海道廳，使管理全國，於其下分設數支廳。其後雖屢次改正官制，然大體仍屬一致。

(二)府縣 除北海道外，國之最高地方行政區劃爲府縣，區劃全國爲三府四十三縣。府縣之長官，稱爲府縣知事。最初所稱之知府事知縣事，後改稱知府事與縣令，旋復改稱縣令爲縣知事。知事一面爲國家官廳，同時另依法律，有爲公共團體府縣機關之任務。關於後者，容於第五節論述，茲所論述者，專爲爲國家官廳的知事之權限。爲國家官廳之府縣知事之一般權限，依地方官官制（大正一五年勅令一四七）定之，其大要如左：

(1)屬於知事職務的事務之範圍 府縣知事，爲最上級之普通地方官廳，除直轄於各部大臣，或設置特別地方官廳使掌理之者外，擔任府縣區域內之國家一般行政。在中央行政事務分配之於各部，反之，在府縣，則一切行政事務，原則上爲知事所統一，知事於內閣及各部之主管事務，得秉承內閣總理大臣或各部大臣之指揮監督，管理其區域內之行政事務。從而屬於知事職務的事務之範圍，頗爲廣汎。惟爲國稅之課徵，在財政部下設有稅務監督局，稅務署，稅關及稅關支署，爲國有林野之管理，在農林部下設有營林局署，爲鐵業行政，在商工部下設有鑛山監督局爲交通部所營之事務，設有交通局及通信官署，爲鐵道部所管事務亦有鐵道局之設置，故此等事務，皆不屬於府縣知事之職務也。知事除此等事務外，擔任其他一般行政，就中如議員選舉之執行，教育社寺及宗教，土木，賑恤救濟，警察，衛生，工場法施行，工業勞動者最低年齡法施行，農工商水產等產業之保護，佃業爭議及勞動爭

議之調停，徵兵徵發以及其他軍政事務等，均爲其權限內之重要事項。

知事之權限，既普及於內閣及各部主管事務，故總理大臣及有關係之各部大臣，均居於知事上級官廳之地位，知事應聽從其指揮監督。但關於知事一般職務上之監督與進退賞罰，則僅內務大臣，具有爲其本局長官之地位。

不僅關於行政事務而已，知事關於司法事務，在刑事有爲司法警察官搜查犯罪，與地方法院檢察官同一之權，（刑事訴訟法二四七條）又在民事亦有許可氏名之變更，（明治五年佈告二三五）及監督公益法人之權。（民法三四條，六七條，民法施行法二五條）

除上述者外，其依特別法令屬於知事之權限者，難一一縷述。就中知事有爲收用審查會，地方森林會等合議機關之一員者，又可裁決對於下級官廳處分之訴願。關於皇室事務如晉謁神社祭式等，（明治六年佈告五三）亦有特別委任之於知事者。從而宮內大臣關於主管事務，亦有命令知事之權。（宮內部官制六條）

（2）知事之權限 關於此等事務，知事所有之權限，其概要如左：

A. 發布府縣令之權 知事關於部內之行政事務，得依職權或特別之委任，就管內之全體或一部，發布府縣令。府縣令爲在閣令部下，具有其效力之命令，在不與閣令及部令牴觸之限度內，關於其主任事務，與此等相同，得以職權定執行命令，警察命令及行政規則。又基於法律或勅令，閣令，部令之特別委任，亦能定其所委任之事項。得附於府縣令之罰則，其限度爲五十圓以內之罰金，拘留或科料。府縣令須知事署名，記入公布之年月。

日，而即日公布之。至公布之方法，則依府縣令之所定。

B. 行政監督之權 知事關於國家行政，指揮監督其下級官廳，監督部下官吏之職務及身分，以及依法律之所定，監督其管內之公共團體。<sup>a</sup> 關於國家行政，爲知事之下級官廳者，以支廳長，警察署長，及市町村長爲最重要。其他尙有公立學校校長等關於特殊事務而設置者。市町村長爲市町村之吏員，而非國家之官吏，故當然無服從之義務，對彼之監督，以根據法律爲必要。然法律承認得以勅令，委任國家事務於市町村長，（市制九三條，町村制七七條）而在承認以勅令委任時，又承認得以勅令規定關於其事務之監督，在此限度內，對於市町村長之監督亦得依勅令行之。地方官官制，明認知事對於所委任於市町村長之國家事務，有廣汎的指揮監督之權。（九條）<sup>b</sup> 對於部下之官吏，除指揮監督其職務外，對於薦任官之功過，得具狀於內務大臣，對於委任官以下之進退，具有專行之權。<sup>c</sup> 對於管內之公共團體所行之特別監督，一依法律之所定。除直接接受主務大臣之監督者外，其他如市町村，水利組合及其他公共組合等，概受知事之監督。

C. 維持管內治安之權 直接對於人民使用實力，以維持管內之公共安寧秩序之權限，不屬於各部大臣，而專屬於府縣知事。各部大臣，關於此點，僅得頒發部令並指揮監督下級官廳，其現實的維持治安之責，則在知事。爲達此種目的，知事於其部下，具有警察隊，使以實力警戒管內。警察官吏不屬於各部大臣之下，而專屬於知事之下者，職是故也。

惟有時遇有以知事以下之警察隊，因實力不足致不能維持治安之虞時，爲補助其不足起見，遂明認知事有

兩種特別權限。一爲求警察廳應援權，一爲出兵請求權。<sup>a</sup>如爲災害警防或取締，以部下之警察官吏而實力不足時，知事（除東京府知事）爲應援計，得協議於其他廳府縣長官，請求派遣警察官吏。（明治四二年勅令四二七）被派遣之警察官吏，此時乃屬於知事以下之警察隊，與當地之警察官吏同樣服從，知事之命令。<sup>b</sup>知事（除東京府知事）當非常急變之際，需要兵力，或爲警護而需要兵備時，得移牒於師團長，請求出兵。（地方官官制七條）對此種請求，師團長非有正當之理由，不得拒絕之。（陸軍刑法四四條）在已出兵時，軍隊在必要範圍內，得於自己司令官之下，獨立行動，而非立於知事之命令下者，故其行動，乃統帥權之作用，而非行政權之作用也。

D. 依法令爲各種行政作用之權 對於人民爲各種行政行爲，監督私人之業務或經營國家事業及管理國家公物等之權能，概依法令之所定。

(3) 府縣廳之組織 屬於府縣知事以下之職員，依府縣而不同，其爲各府縣所共通者，有書記官，地方事務官，地方視學官，地方警視，地方技師，屬員，警部，及技士等之諸員。其他府縣有置地方佃業官，佃業官補，視學及通譯等者。

府縣廳之部局，嘗時有變更，在現時之制，於知事之祕書處以外，通常置內務部，學務部，及警察部三部，（東京府不置警察部）在內務大臣所指定之府縣，此外更得以設置土木部，產業部或衛生部。各部部长在內務，學務及警察三部爲書記官，在其他部，則以書記官或地方技師充之。又在知事祕書處及各部，得依知事之所定，設立分課。

指示行使府縣知事職務之機關全體之名稱，慣例不稱之爲府縣廳，而僅稱之爲府或縣。故府縣之語，有時有地方自治團體府縣之意味，有時有國家行政官廳府縣知事之意味，蓋以同一之語，而用於兩種不同之意義者也。

(4) 府縣知事之代理 遇知事有事故時，依官等之順序，以書記官代理其職務。知事及書記官，同有事故時，由內務大臣使其他高等官一人，代理知事之職務。此等皆爲法定代理，而代理知事職務之全部者，且其代理不限於國家官廳之職務，亦及於公共團體之府縣機關之職務。又知事得使府縣之官吏，臨時代理其事務之一部。(地方官官制一〇條)

(三) 警視廳 東京府與他府縣之組織稍異，警察事務不屬於東京府知事之權限，而另設警視廳以掌理之。警視廳之設，始於明治七年，後十年曾一度廢止，十四年一月更設置之以迄於今日。其長官爲警視總監。警視總監，管理東京府下之警察、消防及內務大臣所指定之衛生事務，以及工場法施行、工業勞動者最低年齡法施行乃至其他關於勞動者問題之事務。關於此等事務，總監得依其職權或特別委任，發布警視廳令，附以五十圓以內之罰金，或拘留科料之罰則，請求東京警備司令官或師團長出兵，對於他府縣知事請求警察官吏之應援，以及指揮監督警察署長、消防署長及部下之官吏。關於其主務，有指揮監督管內支廳長、市長、區長及町村長之權。(大正二年勅令一四九，警視廳官制)

警視廳制度，始爲模倣法國沙羅縣警察知事之制而設置者，在帝都之警察事務特別複雜且需要嚴重之警戒一層，固有其本來之趣旨，然其創設之初，除本來之警察作用外，間有爲政治上之目的而利用之傾向，明治二十

六年，所定之警視廳官制，依官制之明文，已明記警視總監，關於高等警察事務，秉承內閣總理大臣之指揮監督，承認其職務不限於歸內務部主管之普通警察事務。至明治三十九年，依官制之改正，而削除此種明文，現時之警視總監，至少在官制上，除關於勞動者之事務外，雖止掌內務部主管之警察事務，但實際上，警視總監，有如政務官與內閣同其進退之慣例，結果，在職務上雖最宜立於公平之地位者，卻常亦不免帶有政治的色彩之傾向。在法律上警視總監亦不與內務部警保局長同受文官分限令及文官任用令之適用，（大正二年勅令二六二號一條）關於此點，以為須受準於政務官之待遇者殆如公認此弊端者也。

在警視總監之下，為補助執行其職務之機關，置書記官，事務官，警視，消防司令，及技師以下之諸官。警視廳之部局，依現時之制，於總監秘書處之外，為警務，特別高等警察，刑事，保安，衛生及消防等六部。總監秘書處，置秘書主事，各部置部長，皆以書記官充之。總監秘書處及各部，得依總監之所定設立分課。

遇總監有事故時，以為警察部長之書記官，代理其職務。總監及為警察部長之書記官，同有事故時，由內務大臣使其其他高等官一人，代理總監之職務。總監得使該廳之官吏，臨時代理其事務之一部。

東京府下之警察事務，屬於警視廳之職務，結果東京府知事之權限，較其他府縣知事，受顯著之限制，府知事無請求出兵之權，同時更無關於工場監督及勞動爭議調停等之權能。雖然，關於一般產業之保護，佃作爭議之調停以至教育學藝宗等事務，則仍屬於府知事之職務，而對於此等事務，亦有行使警察權之必要，故官制明記東京府知事，就其主務，有指揮監督東京府下之警察署長之權。（地方官官制八條二項。）

(四) 地方下級廳 大正十五年以前，在府縣知事與町村之間，曾設郡長爲中級之地方廳，依同年六月地方官官制之改正又廢止之，町村與市同直接立於知事監督之下。而市町村之國家行政事務，除置特別之地方廳者外，一般均委任之於市町村長，不設立國家官廳，故在知事之下，爲國家官廳之普通行政廳，原則上不存在，惟在交通不便之地，有特設支廳，關於警察事務，設立警察署以及隨處設立消防署者而已。

(1) 府縣支廳 在島地或其他交通不便之地，得置府縣支廳，其位置名稱及管轄區域，由內務大臣定之。知事認爲有必要時，得置支廳及派出所，支廳長以地方事務官充之，派出所則以屬員充之。支廳長之地位，類似從前之郡長島司，對於國家行政，有指揮監督部內町村長之權。(地方官官制四三條至四八條) 其與郡長有異者，在於對於町村之自治事務，無監督權。

(2) 警察署 關於警察事務，於警視監督或府縣知事之下，置警察署，以警視(限於東京府)地方警視，警部或警部補爲署長。警察署長，受上官之指揮，掌理關於部內之警察、衛生、徵發及召集等事務(關於市之徵發及召集事務除外)指揮監督部下之官吏，並就徵發及召集事務，指揮監督部內之町村長。(警視廳官制二七條以下，地方官官制三九條以下) 確定警察署之位置名稱及管轄區域，乃屬於警視總監或府縣知事之職權。

(3) 消防署及消防組 爲掌理水火災之警戒防禦，乃在東京府、大阪府、京都府、神奈川縣、兵庫縣及愛知縣，設置消防署。(警視廳官制二九條，大正八年勅令三五〇特設消防署規程。) 此外在各府縣，知事尙得以市町村之費用，設置消防組，使警察署長指揮監督之。(二七年勅令一五消防組規則。)



(五)北海道 北海道不分府縣之區劃，以全道爲一行政區劃，以北海道廳長官管轄之，該長官受內務大臣之指揮監督，關於內閣或各部之主管事務，則受內閣總理大臣或各大大臣之指揮監督，執行法律命令，以及管理北海道拓地殖民事務暨部內之行政事務。又長官得依職權或特別之委任，對其管內之全體或一部，發布北海道廳令，且得附與知事同一程度之罰則。長官其他之權限，原則上皆與知事相同，法令用語上稱之曰「地方長官」者，卽有北海道廳長官及府縣知事之意味。北海道廳長官之職務權限，所以異於府縣知事者，其主要之點有三：(1)在北海道，尙多未開闢之地，故特有北海道國有未開地處分法（明治四一年法律五七）之規定。長官有依同法爲其處分之權。官制特舉示拓地殖民之事務爲長官之職務，又設置拓殖局爲道廳內之一部局者，職是故也。(2)森林法（除關於保安林之規定）及國有林野法不施行於北海道，北海道之森林行政，依長官自定之。爲管理各府縣之國有林野，於農林部下設置營林局及營林署以掌理之，不屬於知事之權限。反之在北海道之一切森林行政，則概歸道廳管轄，於長官之下，在所管之需要地，設置營林區署以掌理之。(3)爲居住北海道之原有土人，特有北海道原有土人保護法（明治三二年法律二七）之制定，以長官當其執行之任。

道廳之部局，除長官秘書處外，分內務、學務、土木、拓殖、警務等五部，此外內務大臣，得應需要，設置產業部。各府縣之部長，以書記官充之。反之在北海道，則不置書記官，而以部長爲官名。其他事務官以下之補助官，與各府縣略同。

於道廳之下，區劃北海道爲六市十四支廳，支廳之下復區劃町村。市町村爲地方自治團體，而不設國家官廳。

屬於道廳長官以下之下級地方官廳，爲支廳長，警察署長及營林區署長。

北海道之支廳長，以事務官充之，此雖與各府縣之支廳長相同，但非如各府縣之限於交通不便之地域，始例外的設置者，而其設置普及全道。且就其權限言之，亦於兩點與各府縣支廳長有重要之差異：(1) 府縣支廳長，無發布法規的命令之權；反之道廳支廳長，對於依法律命令或從長官所委任之事件，則賦與此種權限。(2) 府縣支廳長無監督町村自治事務之權；反之道廳支廳長爲町村之第一次監督官廳，故對其自治事務，有權監督。

### 三 殖民地官制

殖民地之行政組織，與內地不同。在內地於天皇之下，分配行政事務於各部，除特別屬於親裁者外，皆由各部大臣主管之；反之殖民地之行政，則一般的委任之於殖民地官廳，中央政府惟監督其大體耳。

中央政府中充當殖民地行政監督之任之機關，已有數次之變更。最初在臺灣取得之後，明治二十九年四月，曾一度置拓殖務部，使監督北海道及臺灣之行政，翌年八月，旋廢止之，將其事務併入內閣，三十一年，更移於內務部。及至朝鮮將併合之時，遂於明治四十三年六月，於內閣總理大臣之下，新置拓殖局，使擔任關於殖民地之行政事務，至大正二年，因整理行政，又廢拓殖局，以其事務併合於內務部，及大正六年七月，更再恢復拓殖局，使立於內閣總理之主管之下，最後在昭和四年六月，乃新設拓務部，令拓務大臣爲監督殖民地行政之主管大臣。

依據現制，殖民地行政之監督，一般屬於拓務大臣之權限。雖屬於各部大臣主管之事務，除特有例外之規定者外，非以各部大臣監督之，而以拓務大臣專當其監督之任。拓務大臣對於殖民地官廳之關係，與各部大臣對於

地方官廳之關係頗相懸殊。蓋內地地方官廳所主管之行政事務，同時爲各部大臣所主管之事務，各部大臣對其主任事務，得以統一的方針指揮命令地方長官，而地方長官須從其命令以處理之。反之殖民地官廳，則賦與處理殖民地一切行政之權，其權限相當於內地各部大臣之權限。拓務大臣雖有監督之任，但非親自主管其事務，立於以統一的方針，而指揮之之地位者。其監督權，僅使其行政不與中央政府對於殖民地之根本方針矛盾，嚴防行政之紊亂，關於財政則留意與國庫之關係，關於須勅裁者，則當其經由之任而已。

關於拓務大臣對於各殖民地官廳之關係，依殖民地官制之規定，頗相懸殊。關於樺太廳長官及南洋廳長官，曰受拓務大臣之指揮監督，（樺太廳官制三條南洋廳官制三條）關於臺灣總督及關東長官，曰受拓務大臣之監督，（臺灣總督府官制三條，關東廳官制四條）至於朝鮮總督，則不明言受其監督，僅曰拓務大臣，統理關於朝鮮總督府之事務。（拓務部官制一條）雖然此種明文之差異，祇指示政治上之差異，而不能認爲有法律上之意義也。蓋自法律上言之，拓務大臣對於殖民地之一切行政，均須任責，乃依拓務部官制，不容置疑者，而國務大臣，欲對於屬於行政官廳權限之事項任責，則不能不對之有指揮監督之權，固爲當然之理，從而雖無何等明文，非認拓務大臣在法律上對於一切殖民地官廳，有訓令權不可。

殖民地官廳依各殖民地而異，其大要如左：

（一）朝鮮 最初當韓國尙爲帝國之保護國時代，自明治三十九年之初，帝國設置統監府於京城，根據保護條約，指揮韓國之內治外交，及韓國委任其司法權、刑罰權及警察權於帝國後，在委任之範圍內，行使韓國之統治

權，迄明治四十三年八月，始將韓國併合於帝國，因改其名稱曰朝鮮，廢統監府，新置朝鮮總督府，使總督管轄朝鮮諸般之政務。

自明治四十三年迄大正八年之間，朝鮮總督，不僅管轄政務，且統率朝鮮之陸海軍並掌理朝鮮防備事宜，即總督兼有政權與兵權，故規定總督應以陸海軍大將以充任之也。及大正八年八月殖民地官制大行改革，廢止以政務機關同時兼掌兵權之制，解除對於總督兵權之委任，故廢止總督須以陸海軍大將充任之制。（大正八年八月十九日詔書同勅令三八六。）

依據現制朝鮮總督之權限如左：

(1) 統理朝鮮一切政務之權 朝鮮之統治，原則上悉委任之於總督。雖官制之制定，官吏之任免，軍隊之編制，榮典之授與及刑之恩赦等仍保留於天皇之親裁，貨幣（兌換券除外）曆時，外交，軍事等亦統一之於中央政府，但對於其他政務，在內地須依勅裁所定之事項則得以總督之職權定之，屬於各部大臣權限之事項，亦使之屬於總督之權限。其必須勅裁之事項，則由總督經總理大臣上奏之，而受裁可。

(2) 立法權 立法權與行政權在朝鮮尙未至完全分離，總督於行政權外，同時亦一般的賦與立法權，而得以總督之命令，制定各種朝鮮法規。總督之發布命令，其形式有二：一為制令，一為總督府令。A. 制令為相當於內地法律之命令。在內地應以法律所定之事項，在朝鮮則無須以法律定之，在不牴觸特別施行於朝鮮之法律及勅令限度內，得以總督之命令定之，此謂之制令。發布制令須經總理大臣，奏請勅裁。而在其須要勅裁一點，雖等於勅令，

但勅裁祇行於內部，對外仍以總督之命令發布之，就此點言之，則與勅令不同。遇臨時緊急之需要時，得不待勅裁，直接發布之，惟在發布之後，即應呈請勅裁，如未得勅裁時，應立即廢止之。（四四年法律三〇號，關於施行於朝鮮之法律之事件）B. 總督府令，爲除在內地須以法律規定之事項以外，規定各種事項之總督命令也。總督府令，大體在規定與內地之勅令，閣令，及部令相當之事項，其在內地得以府縣令規定之者，在朝鮮亦多以總督府令規定之。至總督府令得附罰之程度，與內地之勅令相同，自由刑以一年，財產刑以二百圓爲限度。（朝鮮總督府官制四條。）

（3）出兵請求權 總督爲保持安寧秩序之必要時，得向朝鮮之陸海軍司令官，請求兵力之使用。（官制三條之二。）

（4）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，在勤於朝鮮之李王職職員，李王歲費之收支，居留朝鮮之朝鮮貴族等之權。最後之事務，原爲皇室之事務，而特別委任之於總督者也。

於總督有故障時，以勅令使其其他特任官，臨時代理其職務。（昭和二年勅令八二。）

關於朝鮮總督，是否受拓務大臣之監督，官制無明文規定。在大正八年以前，官制雖明記朝鮮總督，直隸於天皇，但行政官廳不受國務大臣之監督，而直隸於天皇者，不能認爲憲法所容許，故在當時所謂總督之直隸於天皇者，亦不過就其立於兵權機關之地位而爲規定，爲行政官廳時，解爲當然須受國務大臣之監督也。及大正八年，雖

依官制之改正解除兵權之委任，同時削除總督直隸於天皇之旨之規定，然未明記總督受拓務大臣之監督，反規定由總督上奏，請求裁可，應經內閣總理大臣而爲之旨，其不規定經由拓務大臣者，藉以暗示總督非立於拓務大臣之監督以下者也。雖然另一方面，拓務部官制，謂拓務大臣，與在其他殖民地相同，統理關於朝鮮總督府之事務，設置朝鮮部，爲拓務部之一部局，故關於朝鮮之行政，亦須以拓務大臣爲主務大臣，而負其責任也。灼然可見，從而又不能不認其有監督權耳。雖在由總督經內閣總理大臣上奏之場合，當然亦應由總理大臣移於拓務大臣，得其承認後而上奏之。

總督之輔佐官，設有政務總監，輔佐總督，統理府務及監督各部局之事務。總督府之部局，依現行制度，於總督祕書處外，爲內務，財務，殖產，農林，法務，學務及警務等七局。略與內地之各部相當。惟外交及陸海軍政歸中央統一，故無相當於外務部及陸海軍部之部局，乃當然者也。此外府外部局，於總督之下，有交通官署，鐵道局，專賣局，稅關等之設置。

此外另置中樞院，爲應總督諮詢之機關。中樞院以議長，副議長，顧問及參議組織之，而以政務總監爲議長。大都以朝鮮人任之。任期爲三年。附屬之者，爲書記官長，書記官，通譯官等。（朝鮮總督府中樞院官制。）

朝鮮之地方制度，分全管轄地域爲十三道，各道設知事以管轄之，其地位權限，略類似內地之縣知事。知事有發布道令之權，得附於道令之罰則，自由刑以三月，財產刑以百圓爲限度。知事原則上無自行要求出兵之權，遇有出兵之必要時，須具狀於總督，但在緊急之場合，則得直接要求出兵。各道除知事，祕書處外，尙置內務，財務，警務三

部。在大正八年以前，朝鮮之警察制度，採取憲兵警察之制，以朝鮮駐劄之憲兵司令官之警官，爲朝鮮之警務總長，各道之警務部長亦以憲兵佐官充之，警務總監部，警務部及警察署三者，均與一般行政異其系統。依大正八年八月之官制改革解除總督之兵權，同時對於警察制度亦廢止憲兵警察，採文官警察之制，此時警察事務與一般行政無異，使之屬於總督及道知事之權限。（大正八年勅令三八七。）

各道區劃之爲府、郡及島。府相當於內地之市，（府數現爲十四）以府尹爲其長官。郡（其數爲二百十八）及島（其數爲二）則以郡守、島司爲其長官。府尹、郡守、島司皆受知事之指揮監督，執行法令，管理所管之行政事務及指揮監督部下之官吏。島司得依特別之委任，發布島令。於各府郡島置警察署，於京城府置消防署，警察署長及消防署長，以警視或警部充之。

郡及島更區劃爲邑及面。邑面相當於內地之町村。邑長面長論其身分雖爲國家官吏，（以判任官待遇爲原則，或亦得以奏任官待遇之）但其津貼及其他給與，則由邑面負擔之。

（二）臺灣 依明治二十八年四月之下關係約，臺灣及澎湖列島之歸我國領有也，我政府遂於同年五月，先發布總督府條例，任命臺灣總督，總督於同年六月自大清國全權委員受領臺灣，惟以當時仍未脫戰爭狀態，故其行政亦依戰時之編制，使軍隊同時行一切政治。及至二十九年三月，全島略定，乃從新發布臺灣總督府條例，自同年四月撤發臺灣之軍隊政治，而使爲行政組織。三十年十月，旋復制定總督府官制，代替從來之總督府條例，且將總督府之組織大加改正。臺灣之行政組織，自是始奠其基礎矣。臺灣總督最先須以陸海軍大將或中將充任之，於

政權外，同時以兵權委任之，原與朝鮮總督無異，但依大正八年之改革，臺灣總督亦與朝鮮同時解除兵權之委任，惟總督爲陸軍武官時，得使兼任臺灣軍司令官。

臺灣總督之權限，略類似朝鮮總督，其大要如左：

(1) 統理臺灣之各般政務。臺灣之政務，原則上悉委任之於總督，與朝鮮相同，惟除官制上明定臺灣總督受拓務大臣之監督，又在臺灣總督上奏之場合，明示由拓務大臣經內閣總理大臣爲之以外，臺灣總督，關於貨幣，銀行，附擔保社債信託，關稅及粗製樟腦，樟腦油專賣等事務，尙須受財政大臣之監督。(明治三〇年勅令九)關於郵政及電信事務又須受交通大臣之監督。(明治二九年勅令八六)此點則與朝鮮總督相異。

(2) 發布律令及總督府令。關於需要法律之事項，得以總督之命令定之，此點與在朝鮮相同，是謂之律令。律令之制，始依明治二十九年法律第六十三號定之，其有效期間，原定爲三年，但每於三年期滿時，更延期三年，至三十八年其效力將滿之際，適在日俄戰役中，故直至平和恢復之翌年末，仍繼續其效力，迨平和恢復後，遂以三十九年法律第三十一號替代以前之法律。新法之趣旨，與前法略同，惟其有效期間，定爲五年，在舊法須經總督府評議議決而請求勅裁者，此則不必其議決可直接請求勅裁，乃二者相異之處。新法亦於期滿之後，延期五年，及將復滿期之際，又以新制定之大正十年法律第三號代之，此卽現行法也。該法律鑑於以往之經驗，絕對不規定有效期間，令其爲無期限之法，惟在從來之法律，與朝鮮總督相同，皆規定就需要法律之一切事項，得以律令定之，而現行法，則規定「限於因臺灣特殊事情之必要時」始得以臺灣總督之命令，規定需要法律之事項，此主義之旨趣，蓋



在明示極力要求內地法律之施行於臺灣耳。(但朝鮮不施行內地法律而定其特別之制令者，乃朝鮮有特別事情時所當然者，同時另一方面在臺灣果否亦因特殊事情有其必要，則依總督自身之認定，故此乃法文上之差異，實際並非表示有大差異者也。)發布律令，須經主任大臣請求勅裁，遇臨時需要緊急之際，得直接發布之，但公布後，應即呈請勅裁，未得勅裁時，則應廢止之。總督得依其職權或特別之委任，發布總督府令。其能附以罰則之程度，與朝鮮總督府令同。

(3) 爲維持安寧秩序之必要時，得向管轄區域內之陸海軍司令官，請求使用兵力。

(4) 指揮監督所管之官廳、統督部下之官吏。

置總務長官，爲臺灣總督之輔佐官。總務長官，輔佐總督，總理部務及監督總督秘書處及各局之事務。總督府之部局，於總督秘書處外，尚有內務、文教、財務、殖產、警務等五局。此外又於總督之下，設置交通局、專賣局及稅關等，使各掌其所管事務。

應總督諮詢之機關，有臺灣總督府評議會之制，以總督爲會長，總務長官爲副會長，及其他四十人以内之會員共同組織之。會員由總督自總督府部內高等官及臺灣居留之富有學識經驗者中任命之。其任期爲兩年。(大正一〇年勅令二四一臺灣督府評議會官制。)

臺灣之地方制度，其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，更改爲七縣，三十四年十一月，廢縣分全管轄地爲二十廳，四十二年十月，復改爲十二廳。及至大正九年，因

地方官制全部從新釐定遂分全管轄地爲五州三廳（大正九年律令三）是卽現行之制也。州爲文化較高之地方，廳則爲未開化之地方。又州施行臺灣州制（大正九年律令三）有公法人之性質，反之廳則合三廳設置一廳地方費，令其爲法人，此實三者之差別也。

依現行之制，州有州知事，廳有廳長。知事或廳長，受總督之指揮監督，執行法令及管理部內之行政事務。知事或廳長得發布州令或廳令，其得以附加之罰則，在州令自由刑以二個月財產刑以七十圓爲限度，在廳令則以拘留，科料爲限。知事或廳長，爲維持治安需要兵力時，應具狀於總督，遇非常急變之場合，並得直接向當地地方陸海軍之司令官，請求使用兵力。又州於知事祕書處之外，尙置內務部及警務部，而臺北及高雄二州，且另置港務部。

州，區劃爲郡（郡數四十五）及市（市數八七）郡之長官，稱曰郡守，以地方理事官充之。郡中不置警察署，由郡長掌理警察事務，並指揮監督地方警視，警部，警部補及巡查。市中則置市尹，助役，以地方理事官充之；且另置警察署以地方警視爲署長。

郡之區域更分爲街或莊，街有街長，莊有莊長，但於臺灣總督所指定之蕃地，得不置街或莊也。

在廳之區域內，廳長得經總督之認可，設置支廳，使支廳長分掌廳務。又總督得依地方之狀況，於廳之下置街或莊。其於廳之管轄區域內不置街莊者，得以置區，使區長補助執行區內之行政。（大正九年勅令三六一）

按臺灣地方制度，爲臺灣特有之制，茲舉其重要之兩點言之。一爲例外承認武官行政之制。卽在總督認爲必要之地域內，得令該地之守備隊長，或駐在武官，兼掌民政事務。（總督府官制九條）一爲保甲之制。保甲之制，乃

發政，樺太廳時代之舊制，而制定者，其目的在以地方住民之共同責任，受官府之監督，使自治的保持地方之安寧。通例，每甲爲十戶，每保爲十甲，保有保正，而甲有甲長，保正或甲長，於保中或甲中選舉之，使受官府之認可，保正及甲長，負各保中或甲中安寧維持之責任，又受市尹、街莊長或區長之指揮，而補助執行其職務。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。最後爲匪賊及水火災之警戒防禦，得於保及甲中，設壯丁團（三一年勅令二一保甲條例同府令八七同施行規則）。

（三）樺太 依明治三十八年十月之日俄講和條約，歸於我國領土後，一時仍繼續其戰時占領狀態，至明治四十年三月，始制定樺太廳官制，同年四月一日施行之，以撤廢軍隊政治。

樺太，由樺太廳長官管轄之。樺太廳長官，異於朝鮮及臺灣總督，自始未委以兵權，亦未嘗與以發布替代法律之命令權。雖然較諸內地之地方長官，其權限則遠爲廣汎，蓋除如鐵道、郵政、電信、電話、鑛山、國稅、關稅及海事行政等事項，在內地屬於特別地方官廳之權限者，皆歸其管轄外，即在內地應屬於各部大臣權限內之事項，亦一概委之於長官。（大正九年勅令一二四關於施行法律特例之事件。）從而閣令及部令，一般的在樺太無其效力，凡相當於此之事項，得以樺太廳令定之。廳令能附以罰則之程度，較內地方之地長官爲高，蓋擴張至三月以內之懲役禁錮，及百圓以下之罰金也。長官關於一般職務，受拓務大臣之指揮監督，而關於郵政、電信、電話事務，關於貨幣銀行及關稅事務，關於度量衡及計量事務，則分受交通大臣、財政大臣及商工大臣之監督。其他出兵請求權，與內地之地方長官同。樺太廳之部局，於長官、秘書處外，爲內務、農林及警察三部。（大正七年勅令一九八樺太官廳制）

此外爲其所管之官廳，尙有林務署，郵政局，鐵道事務所等。

樺太廳治內，得置支廳，其位置，名稱及管轄區域，由長官得拓務大臣之認可而定之。管轄支廳者，爲支廳長。在支廳之下，得按需要，設立支廳分署，又爲警察事務，得於治內設置警察署，並能按需要，設置警察分署。

樺太之地方區劃，分治內爲郡，郡復分之爲町或村。（大正四年勅令一〇一）郡，僅係地理上之名稱，而不另置行政機關。在町村中施行樺太町村制，町村內所施行之國家行政，委任之於爲町村吏員之町村長，不設置國家行政機關。

（四）關東州及南滿洲鐵道附屬地帶 依明治三十八年之日俄講和條約，俄國將關於關東州租借地及南滿洲鐵道之一切權利，讓渡於日本，因此在關東州之統治權並鐵道附屬地帶之行政權，均爲帝國之權利。

關於關東州之統治，政府自三十九年八月起，已設置關東都督府，其都督以陸軍大將或中將任之，同時委之以政權與兵權。及至大正八年四月，因官制改革，廢止都督府，改設關東廳，使武官政治撤廢，爲一純然之行政官廳。惟當陸軍武官受任爲關東長官時，則能兼任關東軍司令官，此與臺灣總督無異。

依現行之制，（大正八年勅令九四關東廳官制）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，尙掌理南滿鐵道路線及附屬地帶警務上之取締事宜，且進而監督南滿鐵道股份公司之業務。而關於此等之一般政務，該長官須受拓務大臣之監督。在外交方面，又掌理與中國地方官憲之互相交涉事宜，而關於此等涉外事項，則受外務大臣之監督。爲保持其與領事間之統一起見，乃使駐在南滿洲之領事官，兼爲事務官。長官所發

布之命令，（關東廳令）與內地之勅令無殊，得附以一年之懲役禁錮，二百圓之罰金之罰則。遇有發布附以再高罰則的命令之必要時，原則上須依據勅令，不得以關東廳令定之，但爲保持秩序安寧計，臨時有緊急之需要時，仍得以發布此種命令。惟此時應卽於發布後，由拓務大臣經內閣總理大臣呈請勅裁，若未得勅裁時，則應立即廢止之。長官爲管轄區域內之保安，或鐵道路線之警護，認爲有必要時，得向關東軍司令官，請求兵力之使用。

關東廳之部局，爲長官，祕書處，內務局，財務局及警務局。廳外所轄官廳，另設有交通官署，海務局，專賣局等。

關東州之地方制度，分關東州爲五區，各區置民政署，以民政署長管轄之。民政署長，以事務官充任，掌理治內之行政，爲其事務得依職權或特別之委任，發布民政署令，並能附以五十圓以內之罰金，科料或拘留之罰則。又在治內，設警察署及消防署。民政署長或鐵道附屬地帶之警察署長，爲治安維持需要兵力時，應具狀於關東長官，遇非常急變之場合，並得直接向其附近之守備隊長，請求兵力之使用。

南滿鐵道附屬地帶之行政權，除關於警察及軍事之權力外，一般的委任之於南滿鐵道股份公司，該公司之行政權，根據明治三十九年八月交通，財政，外務三部大臣對於公司所發之命令書，（命令書五條）該公司經政府之認可，得於鐵道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」爲支辦前條之經費，該公司經政府之認可，得向鐵道及附帶事業用地內之居民，徵收使用費或爲其他必要費用之分賦。因此該公司有類似於內地地方團體之權能，又就其事務，賦與制定拘束住民之諸種規則，對於住民分賦費用之權。（此命令書在法律上之根據，除三三年法律八七外，尙得求之於敷設鐵道之帝國公司之法律及三八年勅令一四二南滿

鐵道股份公司令）凡營利公司而受殖民地統治之委任者，普通稱之爲殖民公司，滿鐵公司卽爲殖民公司之一例也。但所委任於該公司者，祇及於保育行政之範圍，而警察權，則專屬於關東長官，設警察署以掌理之。

（五）南洋羣島 當世界大戰之際，日本以兵力將其占領，對德和條約之結果，曾使其歸屬於主要之同盟及聯合國，依大正八年五月之巴黎協定，遂委任日本統治之。在占領之後，久以之置於海軍所管之下，及大正十一年三月，始制定南洋廳官制，於同年四月一日施行之，自是撤廢軍隊政治，而行使文官政治。

南洋羣島，設南洋廳，以南洋廳長官主裁之。長官之權限，略等於關東長官。其一般政務，雖受拓務大臣之指揮監督，然關於郵政、電信，關於貨幣、銀行及關稅以及關於度量衡及計量，則分受交通大臣、財政大臣、及商工大臣之監督，關於發布命令之權限，亦同於關東長官。至關於使用兵力，則得由長官向鎮守府司令長官或附近海軍主席指揮官，請求之。（大正十一年勅令一〇七南洋廳官制）

於南洋廳治內必要之地域，得設南洋廳支廳，其名稱位置及管轄區域，由長官經拓務大臣之認可而設定之。長官爲分掌支廳之事務，得置支廳及派出所。

### 第三節 官吏法

#### 一 官吏關係之法律上之性質

（一）官吏與其他公務擔任者之區別 官吏乃構成國家之機關，立於擔任國家公務之地位者，尤其國家行

政機關及司法機關，主以官吏構成之，然一切擔任國家公務者，非必皆爲官吏，在官吏之外，擔任國家之公務者，尙能列舉。(1) 議會之議員，(2) 委員，(3) 民法上之囑託員，僱員，傭人等，(4) 公吏，(5) 受國家事務委任之私人，(6) 依徵發而服勞務之人夫，以及(7) 兵卒等等。欲知官吏之本質，須先明瞭官吏與此等人在法律上互相區別之究竟。

(1) 官吏與議會之議員，所以異其法律上之性質者，當然不在其所擔任之職務不同，亦不在於由天皇任命，與由國民選舉之區別。從職務言之，例如舊制之元老院，主爲立法而設立之機關，此點雖有與議會類似之地位，但元老院議員，爲純然之官吏，與一般官吏無所不同。官吏直接或間接由天皇任命，爲憲法第十條所明示，最少在我國法上爲官吏觀念之一要素，其由於國民之選舉者，不得爲官吏；然另一方面官吏之觀念，不必爲君主國所特有，民主國亦共通之，而民主國之官吏，由於國民所選舉者，固然不少，同時在我國法之下，例如貴族院之特任議員，由於天皇任命而非官吏者，亦在所恆見。故不得以此爲兩者區別之標準。官吏與議員在法律上之性質，所不同者，卽官吏之主要性質，在對於國家負有奉公勤務之義務，反之議員之主要性質，則在於代國民行使國民之參政權。官吏之參與國務，一面雖爲其權利，然國家之任命官吏，非在授以權利，而在令其服勤務。蓋以義務爲其主眼，權利乃相伴之從屬效果耳。議員之參與國務，一面雖亦爲其義務，但議會制度之本旨，在令國民能翼贊國務，議員乃爲國民之代表人，而參與國務者，在法律上，主在承認之爲權利，而其義務，不過爲權利之從屬者而已。兩者之區別，僅能於此點求之。

(2) 僅令擔任限制的特定國家事務所選任之諸種委員，例如所得調查委員，醫師試驗委員，內閣恩給局顧問醫，陪審員，選舉或投票蒞場人，以及破產管財人等，皆有與官吏區別之必要。此等委員中，或則如所得調查委員，由人民選舉，或則如陪審員，由人民中抽籤就任，但大都與官吏相同，出於天皇直接或間接之任命，且有時有受簡任官薦任官之待遇者。自此點言之，不得爲與官吏區別之標準。再就其職務之性質言之，二者又同爲擔任國家之事務者，是在此點亦不能求其差異。其區別之所在專在官吏之身分，係隸屬於國家，爲國家之使用人而對於國家負有奉公勤務之義務者，其所擔任之事務不豫先限定其數量在一定範圍內，須服無定量之勤務，反之，委員則係爲處理限制之特定事務而選任之者也。兩者之區別，比照之於民法上之關係，尙有如雇傭與委任之差別。蓋二者對於國家，雖同屬於公法上之關係，然委員僅於受委任之事務限度內，負處理之義務，其勤務之分量，自始有限制。而官吏則立於委身而服勤務之關係，非僅負執行特定事務之義務而已。前者祇爲關於受委任事務之關係，而後者則雖離其所擔任之事務，在身分上，仍對於國家立於從屬之關係也。故其結果，委員無受生活資料的俸給之權利，惟有時對其勤務，受有報酬；反之官吏則通常有受俸給之權利。又委員不服從懲戒權，亦不得命其轉任；而官吏則服於懲戒權，且通常服從轉任之命令。

(3) 民法上之囑託員，雇員，傭人之類，與官吏所以區別者，亦不得於其職務之性質求之。固然對於人民，行使公權力之作用，不得爲民法上契約之內容，因此擔任關於此種作用之職務者，常限於官吏及其他與國家立於公法上之關係者，不得爲立於民法上之關係者；然關於學術或技術的事務或機械的勞務，則國家可使官吏擔任之。



同時亦可依民法上之委任契約或雇傭契約，使人擔任之。例如帝國大學教授與講師或聘請教師，委任官之屬或書記與雇員之寫生，乃至爲行政訴訟被告行政廳之訴訟代理之該廳所屬官吏，與辯護士等皆是。就其所擔任之職務言之，全然與官吏同其種類，故不得以此爲兩者區別之標準。兩者區別之點，專在於囑託員、雇員及傭人等對於國家之關係，爲單純的經濟內容之關係，一方負勞務之義務，而他方負對其支付金錢上報酬之義務，其關係與私人相互間之關係，性質無異，故受民法之規律反之，官吏對於國家之關係，則非單純的經濟勞務給付之關係，而伴隨有倫理的性質，忠誠奉公之義務，故不受民法之適用，而對國家服於特別之公法的規律也。官吏關係，論其性質，稍類似封建制度下君臣主從之關係。封建制中之臣下，對於主君，非僅以給付經濟上意義之勞務爲盡其義務者，須委身而忠誠於主君，其關係，主爲倫理的關係。官吏對於國家之關係，亦類似之，即官吏僅爲國家服勞務，未能全其義務，尙負去私奉公，獻身而忠實於國家之義務耳。此點乃官吏關係與民法上雇傭或委任關係之性質所不同者。民法上之雇傭關係，得在與外國人間成立，反之官吏，原則上則不得以外國人充任之。

(4) 又國家事務往往有委任之於公吏而行之者，就中如施行於市町村內之國家行政事務，普通常委任之市町村長及其補助吏員行之。在其擔任無定量的國家事務一層，雖等於官吏，然公吏非爲使其擔任國家事務而特別選任之，乃爲公共團體之吏員由公共團體選任之在身分上，立於對公共團體服勤務之關係者。其擔任國家事務非基於公吏之身分，不外依據法律，由國家特別委任之而已。

自其擔任之職務言之，有時公吏亦有不能與官吏區別者。例如朝鮮之府尹、邑長及面長等，在職務上，雖與內

地之市町村長相同，但市町村長爲公吏，而府尹邑長及面長等則爲官吏是也。於內地之市町村長有故障時，監督官廳爲掌管其職務所遣派之官吏，雖爲代行市町村長之職務者，然非公吏而爲官吏。要之官吏與公吏之區別，不在職務之差異，而在身分之差異。卽官吏之身分，係以國家之使用人對國家立於勤務關係者，反之公吏則爲公共團體之使用人，對公共團體立於勤務關係者。其結果，官吏常由國家選任，公吏通常雖由公共團體選任，但以公共團體乃受國家之監督權者，故對於公吏，有時國家亦非無基於其監督權而自行任命之者。例如北海道二級町村或樺太二級町村之町村長，雖由北海道廳長官或樺太廳長官任免之，然非官吏仍爲公吏是也。何則，長官之任免權，乃依北海道二級町村制樺太町村制所規定者，不外爲行使對於町村之監督權故耳。反之朝鮮之邑長面長，自其由道知事所任免之點言之，雖無不同，惟其任免權，係依朝鮮總督府地方官官制之規定而發源於天皇之官制及任官大權者，故非公吏而爲國家之官吏也。

(5) 有時國家事務，亦有委任之於從事一定業務之私人者。例如對於船長委以船舶內之司法警察事務或戶籍事務，對於醫師，委以消毒方法之施行及種痘之施行等是。於國家事務委任之於私法人時，其結果，私法人之職員，亦負有執行國家事務之義務。以上兩種情形，皆須區別於官吏，固無待言。蓋官吏以爲服勤務，由國家所特別選任者，爲其觀念之要素，其非特別選任祇附隨其他業務受國家事務之委任者，則非官吏也。

(6) 依徵發令所徵發之人夫，或其他依法律受命負擔勞役者，與根據民法上契約之傭員，使下及人夫之類不同，而此乃負擔公法上勞務之義務者，自此點言之雖類似官吏，但自其義務僅爲經濟上意義之勞務給付義務

言之，則等於民法上之關係，而不隨帶倫理的忠誠之義務，故究與官吏異其性質。

(7) 兵卒之地位，最類似官吏，蓋與官吏同為委身而負對於國家忠實服務，無定量的勤務之身分上之義務者也。其與官吏相異之點，惟在兵卒，係由臣民資格所生之當然義務，而立於其關係者，縱在依本人之志願而服兵役時，亦不過為義務之變形。反之在官吏，則非基於一般臣民在法律上之義務，常基於本人自由意思之同意，而始得任命之。

(二) 官吏觀念之要素 總括以上所述，為官吏關係之本質的要素者，得列舉四點：即(1)為對於國家負服無定量的勤務之公法上之義務者。(2)為其義務非單純的經濟勞務之義務，乃包含忠誠於國家之義務者。(3)為依國家之特別選任行為，而設定其關係者。(4)為非基於臣民之義務，乃基於依自由意思之同意，而受選任者也。

簡言之，所謂官吏，係指非基於臣民之義務，而依國家之特別選任，負對於國家忠實的服定量的勤務之公法上之義務者而言。

官吏關係最主要之要素，在其對於國家之勤務義務，此種義務，不專以處理特定之國家事務為內容，乃以依國家之所命，於某種範圍內服非豫先限定分量之勤務為內容者。且不必現在擔任職務者，即如休職之官吏，現時雖未擔任何等職務，而依命令復職，得隨時有服勤務之身分者，仍不失為官吏。其所擔任之職務，亦不必以國家之事務為要件；就中有以公共團體之機關，而擔公共團體之事務者，例如於市町村長有故障時，而掌理其職務之官

吏是也。亦有爲將來擔任國家事務之準備，而以自己之學習爲現在之義務者，例如受命在學校學習之陸海軍武官是也。官吏觀念之要點，在於依國家之所命，立於應負服務義務之地位，至現在究服若何勤務，則非所問。有時以官吏之職務，而令擔任私法人之事務者，亦非絕無。（大正三年勅令一八，規定行政廳依恩賜財團濟生會之委囑，關於其救療事業，應施行必要之事務。又大正六年至大正八年四月，一時曾令關東都督，同時統裁南滿洲鐵道股份公司之業務。）

官吏既非僅擔任特定之國家事務，而爲從國家之所命負服於勤務之義務者，故國家與官吏之關係，乃公法上的特別權力關係之一種。國家對於官吏，具有使用主之特別權力，官吏對之負服從之義務。此種國家之特別權力，在君主國，專由君主所代表，而在我憲法之下，則專屬於天皇之大權。我憲法第十條，卽爲明示此種原則者，得稱之曰任官大權。所謂任官大權，不僅爲任命官吏大權之意味，實包括爲官吏之使用主，命令官吏服務，監督其職務，命以伴其身分之義務，賦與俸給及其他給與，以及懲戒之，或將其免官等之權能。蓋在我國法上，所有官吏，莫不直接或間接由天皇任命，同時其服務，常亦莫不直接或間接受天皇之命令，要而言之，國家之官吏，卽天皇之官吏也。雖然，在另一面，天皇之官吏，則非必常爲國家之官吏。天皇之官吏，有區別國家官吏與宮內官之必要。宮內官爲奉仕於皇室之官吏，而非對國家立於勤務之關係者。然宮內官，亦非立於民法上之雇傭關係而爲服於公法上之勤務關係者，自此點言之，等於國家之官吏，又就其直接或間接由天皇任命，關於其身分及職務亦服於天皇命令之點言之，亦與國家之官吏無異，惟是國家之官吏，係立於爲國家元首之天皇任官大權之下，而宮內官，則係立

於爲皇室家長之天皇大權之下者，二者在法律上之地位，究不相同耳。故對於國家官吏之設立，以勅令定之，而對於宮內官，則須依皇室令定之者，良有以也。關於宮內官非茲所應論述者，故略之。

(三)官吏之官職 一切官吏，均保有一定之官職。官職云者，乃指將官吏所擔任之職務範圍，附以一定之名稱而指示之者也。官吏不必現在擔任國家事務，如休職之官吏完全不擔任國家事務者亦有之，但一切官吏，均須立於依命而擔任某種職務之地位，故不問現在是否在職，常具有某種官職，惟對於非現在職者，其官職，則非指示現在所擔任之職務，乃指他日復職時所擔任之職務耳。

官吏之官職，有以單一之名稱指示者，例如某部大臣，某部次官，某局長，及某縣知事是。此依其官職之名，直接指示一定範圍之職務，因授與其官職，無待別種行爲，即發生行使其職務之義務與權能。亦有區別官名與職名，僅以官名指示職務之一般的種類，爲指示其現在所擔任職務之範圍，又另設職名者。官名與職名之區別，在終身官最爲重要，何則，終身官雖爲終身保有其官者，然終身擔任職務則不可能也。故例如於官名之推事以外，區別以某控訴院長，或某地方法院推事之職名，於官名之陸軍中將，海軍大佐以外，區別以某師團長及某艦長之職名。不在現職之官吏，僅保有官名而不擔任官職。在終身官以外，是否應區別官名與職名，純爲便宜問題。例如同種類之地方行政官，如各府縣之內務部長，警察部長，支廳及警察署長之類皆爲職名，而官名以書記官，地方事務官，警視，及警部之名稱之，反之在北海道，其內務部長及警察部長則使用之爲官名是也。帝國大學教授，在舊制使用之爲某帝國大學法科大學教授之官名，而依據現制，其官名稱爲某帝國大學教授，職名則稱爲某學部勤務。或以之爲官

名，或以之爲職名，純爲名稱之問題耳。

(四)官吏與俸給 官吏爲委身於國，對國家負忠勤之義務者，故國家通常爲維持其生活起見，負有給與俸給之義務。是否受領俸給，爲區別官吏與非官吏之通常標準，其不受領俸給，祇受領使用費或勤務之報酬者，通常皆非官吏，能成爲推測之爲委員或民法上的囑託員等之理由。官吏服務紀律第十七條謂「本紀律於高等官委任官及得俸供而奉公務者適用之。」此即表明除高等官及委任官以外，僅受俸給者，有受官吏服務紀律適用之資格也。

雖然，自國家受領俸給，亦非必官吏觀念之要素也。其基於特別原因，而不受領國家俸給之官吏，亦非絕無。屬於此種之官吏得列舉左列三種：

(1)國家官吏自地方團體受領俸給者 國家官吏有自地方團體受領俸給者，因對於國家事業，地方團體有負擔其經費者故也。例如市町村立小學之校長及教員，雖爲國家官吏，但以小學經費係歸市町村負擔者，故其俸給之給與義務，歸市町村負擔是也。其他同種之例頗多，如道路管理職員，地方土木職員，地方產業職員等，一般皆稱之爲地方待遇職員。(大正九年勅令二四八地方待遇職員令)公立學校職員，公立圖書館職員，及道府縣立感化院職員等，亦皆爲國家官吏，歸地方團體負擔其俸給者。惟其爲國家官吏，故其任命，乃直接或間接基於天皇之大權，關於其職務亦服於官廳之指揮監督，此點與一般之官吏相同。然以其俸給係自地方團體受領之，故在經濟上之關係，寧可視爲地方團體之職員，就其職務言之，雖隸屬於國家，而經濟上却隸屬於地方團體。是故論其

身分亦須與正式之國家官吏互相區別，非認其為高等官或委任官之形式的官吏，乃賦與簡任官、薦任官或委任官之待遇者而已，即在形式上，所謂官吏待遇者也。

(2) 神職 與此立於略似之地位者，為官國幣社及府縣社以下諸社之神職，（官國幣社職制，關於府縣社以下神社之神職事件。）此等神職，亦為使其擔任國家事務，而任命之者，就其職務上之關係言之，雖係國家官吏，然其俸給及其他給與，則自神社之經費中支付，就此點言之，寧可視為公法人之神社職員，又論其身分，亦為居於官吏待遇者之地位者也。

(3) 完全不受領俸給之官吏 官吏有全然不受領俸給者，乃因不在現職，或為名譽官，又或受他人之津貼之種種理由者也。A. 不在現職因而不受領俸給者，為退職推事、豫備役或候補役之武官、懲戒停職中之推事、受許可在官，仍受外國政府聘用或充任國際機關職員之官吏等。退職推事及不在現役之武官，依恩給法，有受領恩給之權利，而不受領俸給，停職中之推事及聘用中之官吏，則既無恩給亦無俸給也。B. 名譽官之觀念，關於國家之官吏，一般雖不承認，惟在不置領事官之地，則能置名譽總領事、名譽領事及名譽副領事，（外交官及領事官官制六條）此等通例以外國人充任之，皆為名譽官而不給以俸給。（反之帝國大學之名譽教授，則為單純之稱號而非官吏。）C. 因受他人之津貼而不給以俸供者，最著之例，為三等郵務局長、執達吏及公證人是也。此等人或基於其職務受領津貼，或以手續費為自己之收入，故不受領俸給。

(五) 形式上之官吏及官吏待遇者 上述意義之官吏，乃自官吏關係之實質方面，而觀察者。此種意義之官

吏，不必皆爲依據法令，在形式上承認其爲官吏之身分者。所謂依法令意義之官吏，通常乃指授予一定之官等者而言，即僅指高等官及委任官而言。高等官依任命之形式，分爲簡任官與薦任官。簡任官更分爲以親任式而敘任之官，與此外之簡任官，前者普通稱之爲特任官。除特任官外，高等官之全體，凡分爲九等，一等官及二等官爲簡任官，三等官至九等官爲薦任官。委任官則分爲四等。凡有此等官等者，乃正式承認其官吏之身分，得稱之爲形式的意義之官吏。

於形式的意義之官吏以外，尚有賜予特任官、簡任官、薦任官或委任官之待遇者。此稱之爲官吏待遇者，或待遇官吏。所謂官吏待遇者，乃指於宮中席次及其他宮中之公儀禮，受準於官吏之待遇者而言也。官吏待遇者，約分爲兩種。一在實質之意義上爲國家之官吏，有因不自國庫受領俸給或因其地位低下，致與正式之官吏區別，而爲官吏待遇者。例如公立學校職員及其他地方待遇職員、神職、巡查、看守、名譽領事、名譽副領事、三等郵務局長，以及執達吏等是。一在實質之意義上全然非國家之官吏，不對國家負勤務之義務，惟欲在儀禮上優遇之，而賜予官吏之待遇者。例如對前國務大臣，依勅令賜以前官之禮遇，及日本銀行總裁、神佛各宗教派之管長、帝國大學名譽教授乃至帝國學士院會員等之受簡任待遇等是也。（衆議院議員選舉法一〇條，謂官吏及待遇官吏在職中，不得兼爲議員。此處所謂待遇官吏，應解爲係指限於實質上之官吏，且受簡任薦任委任之待遇者而言。）

有時實質上之國家官吏，有不授與官等或不受其待遇，而全置於官等之外者，如公證人、廷丁（特別受委任官之待遇者除外）及押丁等屬之。



## 二 官吏關係之成立

官吏關係，依國家特別之選任而成立，稱之爲任官行爲，或官吏之任命。

(一)任官行爲之法律上之性質 任官行爲，爲國家與特定人間設定官吏關係，及授以一定官職之行政行爲也。官吏關係，爲公法上之勤務關係，故設定其關係之行爲，爲公法上之行爲，無待煩言。惟其行爲，究爲國家之單獨行爲，抑爲國家與受任者之合意而成立之行爲，學說上則頗有爭論。在現代國法之下，國家以作官吏之事，一般任之於人民之自由意志，不以爲義務而強制之，故不能違反本人之意思，由單方任其爲官吏也，更不容爭持，就此點言之，官吏與兵卒之性質，究有不同，如兵卒之強制服役，乃官吏之性質所不容許者也。卽在主張以任官行爲爲國家單獨行爲之學說，亦併非承認國家能違反本人之意思，而任之爲官吏者，不過以本人之同意，非其行爲之成立要素，僅以之爲其前提之要件，任官行爲所以發生效力，專在國家之意思而已。故採此說之學者，謂任命之性質，爲基於服從之單獨行爲。國家雖須豫先得本人之同意，而任之爲官吏，但其任命之效力，專依國家之單獨意思發生，故缺乏其同意時，其行爲亦非無效，僅爲有瑕疵之行爲耳。雖然，以本人之同意，僅爲任命之前提，而不以之爲其行爲之要素者，不得認爲正當之見解。蓋官吏關係之設定，既以本人之同意爲必要，則解爲雙方之意思，爲其行爲之成立要素，乃論理上所必然者。其任命全無作官吏意思之人爲官吏，而官吏關係亦有效成立，至使其人負服於勤務之義務者，自勤務義務之性質言之，決難想像。若缺乏本人之同意時，其任命不祇係有瑕疵之行爲，而非絕對無效不可。誠然在形式上，本人之同意，全未現於外形，祇國家單方的頒發委任狀，但此種形式，爲民法上之履傭契

約更無容置疑，關於大銀行大公司等使用人之採用亦同採取之，而不得以此種形式，判斷行爲之性質。要之官吏關係之設定，以受任者之意思與國家之意思共爲其行爲之成立要素，非依國家之單獨意思而成立者。簡言之任官乃國家與受任者間公法上之契約也。

雖然，官吏之任命，不僅爲設定官吏關係之行爲而已，同時亦爲授與官職之行爲。貴族院議員之勅令，祇單純的設定議員之身分，不包含職務之授與，反之官吏之任命，則不獨任之爲官吏而已，且常任之以一定之官職，而任之以官職云者，卽不外命其負擔某種國家事務之義務，並委任之以行使之權能也。就中有依任命，直接特定其所擔任職務之範圍者，其不區別官名與職名，而依官名直接指示一定職務之情形屬之。例如任以某部大臣某部次官，某局長，或某縣知事等是。亦有官職之授與，將任官與補職兩種行爲，分別行之者，依任官行爲，祇確定所擔任職務之種類，尙未發生現實之擔任，而職務之擔任，則依別個之補職行爲而完成之者。例如任命爲陸軍中將以後，補以某師團長，任命爲推事之後，補以某法院院長之類是也。總之，官職之授與，乃國家之單獨行爲，非以本人之同意，爲成立要素者。官吏關係之設定，固須本人之同意，至使擔任何種官職，則專依國家之意思定之。何則於既承諾依國家之所命，服於勤務以後，關於使服何種勤務，則更無需要同意之理由故也。

(二)任官之形式 任官契約也，故其行爲之成立，須有當事者雙方之意思表示。從國家方面言之，常以明示行之卽委任狀之交付。是也任官之委，任狀謂之。官記從受任者方面言之則無須，明示其意思表示，常行之於委任狀交付之前，發給委任狀以曾得本人之同意爲前提。對於委任狀之交付，更無須本人之承諾，依其交付，卽成立官

吏關係。

任官之形式，隨官等分爲四種。(1)以親任式行之者謂之親任官。(特任官)親任官之官記，於旧皇親署之後，加蓋御璽，由內閣總理大臣副署之。(2)不依親任式，而受勅任者，謂之勅任官。(簡任官)(廣義之勅任官亦包含親任官)勅任官之官記，加蓋御璽，由內閣總理大臣上奏之。(3)經勅裁而任命者，謂之奏任官。(薦任官)奏任官之官記，加蓋內閣之印，由內閣總理大臣宣之。(4)基於大權之委任，由行政官廳任之者，自判任官以下皆屬之。(委任官)

任官依交付委任狀於本人或代理人而成立。委任狀，係對於隔地者而發送時，與一般行政行爲相同，以委任狀到達對方時，發生其效力，但俸給或在官年限之計算，則以委任狀所附之月日，爲其起點，然此祇爲計算之便宜而已，非官吏關係成立該時也。

(二)得爲官吏之權利能力 所任命之官吏，須係有爲官吏之權利能力，且具備擔任其官職之資格者。

能力要件與資格要件，須明白區別之。不具備能力要件者，卽爲無爲官吏之權利能力者，縱令被任命爲官吏，而其任命，亦因法律上之不能自屬無效。資格要件，係關於擔任官職之資格之規定，雖任用無資格之人，但其任命，非當然無效，惟不受正當官吏地位之保障，何時亦得以免官而已。能力要件，祇能依法律定之，何則，人民權利能力之範圍，非能以命令規定者故也。反之，資格要件，除有憲法或法律之特別限制外，則得以勅令定之，蓋任官既屬於天皇之大權，則任用資格之規定，亦當然屬於大權之作用耳。

無爲官吏之能力者如左：

(1) 曾處死刑，無期或六年以上之懲役，或禁錮之刑及曾處以舊刑法上之重罪刑者。(刑法施行法三四條，三七條，舊刑法三一條。)

(2) 曾處六年未滿之懲役，或禁錮及曾處舊刑法上禁錮之刑，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。)

(3) 外國人 關於外國人是否有爲官吏之能力，雖無明白之法律規定，但一般不承認外國人有參政權之能力，故以不認其有就官之能力爲正當。(國籍法二四條二項謂「現任文武官之職者，非喪失其官職後，不喪失其國籍」，恩給法九條謂「有受年金之恩給權利者，至喪失國籍時，其權利消滅」，官吏服務紀律八條二項「官吏非得勅裁，不得自外國之君主或政府受勳章榮賜」等均以官吏常爲帝國臣民爲當然之前提。) 惟特別之例外，如名譽總領事，名譽領事及名譽副領事，得以外國人充任之也。

(4) 歸化人及因爲養子或贅夫而爲日本人者，無爲國務大臣，樞密院議長，副議長，顧問官，特命全權公使，陸海軍將官，大審院院長，會計檢查院院長及行政法院院長之能力。(國籍法一六條。)

除以上所述者外，凡日本臣民按法律命令所定之資格，均有爲官吏之能力。(憲法一九條。)

(四) 官吏之任用資格 隨各種官職，不盡不致。有試驗任用，自由任用，銓衡任用，特別任用之別。

(1) 凡始任爲官吏者，須以曾經試驗，而合格者爲正則。官吏任用之採取試驗制度，實始於明治二十年之文

官試驗規則。以前關於官吏之任用資格，不設特別限制，一切官吏皆爲自由任用，至是始設文官高等試驗及文官普通試驗之制。薦任官原則上限於經文官高等試驗者方能任用。簡任官，至明治三十二年止，尙爲自由任用官，依同年文官任用令之改正，在原則上必令自薦任官之昇進始得任用之。蓋同爲杜倖進之門者也。文官試驗規則，在大正七年一月，全部改正，而代之以高等試驗令及普通試驗令，前者更於昭和四年全部改正。此即現時之制度也。因此關於官吏資格之試驗，有一般試驗與特殊試驗之別。一般試驗爲一般官職共通之試驗，有高等試驗及普通試驗兩種。高等試驗，分行政科，外交科，司法科，凡合格者，各按其科，有爲薦任行政官，外交領事官，司法官之資格。普通試驗合格者，有爲委任文官之資格。至特殊試驗，乃爲任用於特別官職資格之試驗，例如外務書記生試驗之類是也。除試驗合格者外，凡中學校卒業，具有一定之學歷者，亦有準據曾經普通試驗者而爲委任文官之資格。

(2) 對於以上原則之例外，爲特任官，(但推事檢察官行政裁判所長官除外)及特別指定之官職。(內閣書記官長，法制局長官，各部政務次官，各部參與官，內務部警保局長，警視總監，貴族院書記官長，衆議院議員，祕書官等是)其任用資格，無法律上之限制，對於任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)

(3) 其他例外，爲教官，技術官，及其他需要特別學識技術之文官，或特別指定之官職，(製鐵所長官，海外駐劄財務官，專賣局長官，內閣印刷局長，造幣局長，專賣局部長，千住製絨所長，及臺灣總督府專賣局長是)此等皆無一定資格要件之限制，自具有就其職務必需之學識技能及經驗者中，經試驗委員之銓衡而任用之，此謂之銓衡任用官。(文官任用令三條之二七條)

(4) 關於多數之特別官職，其官吏有經試驗委員之銓衡，自具有一定經驗之人中而特別任用之者。此謂之特別任用。(大正九年勅令一六〇奏任文武官特別任用令，同勅令三五七，判任文武官特別任用令。) 依特別任用，被任以特定之官職者，以不得轉任無特別任用制度之其他官職為原則。

除上述者外，其依文官懲戒令，曾受免官之處分者，自失其官職之日起，有二年內不得再就官職之限制。(文官懲戒令四條一項) 此種規定，在其文義上，雖似為官吏權利能力之制度，但權力能力之限制，非依法律不得為之，故此祇可視為關於任用資格之規定而已。

關於任官年齡，除樞密院議長副議長及顧問官，須年滿四十歲以上，行政法院院長，評事官及會計檢查官，須年滿三十歲以上之限制外，普通無別種之限制，依職務之種類，甚至未成年人亦不妨任用。關於男女性別在法律上，亦未設別種之差異。

### 三 官吏之利權

官吏一面對於國家，負勤務之義務，同時一面受國家之特別保護。官吏所受之特別保護，有不過為恩典或反射的利益者，有能認為官吏之權利者。後者須分別為關於身分及職務上之權利，與財產上之權利，而財產上之權利，更能舉出在官中之權利，與基於官吏關係之退官後所生之權利兩種；即前者為俸給權及受領實費償還之權利，後者為恩給權是也。

(一) 恩典或反射的利益 得舉出三種，即(1) 官中之禮遇，(2) 銜位及銜勳，(3) 刑法上及警察上之保護

是也。(1)對於薦任官待遇以上之官吏，於宮中賜以特別之禮遇。此等官吏，許晉謁宮中，依皇室儀式令，對之有宮中席次之設定，有時在宮中，賜予饗宴，或召見於觀櫻御會及觀菊御會而賜以茶果。當宮中三殿舉行大祭時，命其參與。(2)對於薦任官以上之官吏，從一定內規，賜予位及勳章，委任官亦有特別賜予之者。(3)官吏就其職務之執行，受刑法上之保護，刑法(九五條)規定，凡當公務之執行，加暴行或脅迫於官吏，或使官吏辭職，或使之為某種處分，或不為某種行為而加以暴行或脅迫者，處以三年以下之懲役或禁錮。其他有必要時，尚有以警察力，保護官吏公務之執行者。

(二)關於身分及職務之權利 (1)保有官吏之身分，可認為官吏個人之利益，即官吏具有關於其身分之權利者也。此種權利為對於國家之公權，以國家承認其官吏身分為內容。官吏伴隨此種權利，具有有一定官等，稱其官名，着用相當於其官職之制服及禮服等之權利。依文官分限令(六條)官吏有不違反其意思，為同等官以下轉官之保障。即官吏一旦既敍於一定之官等，則有不降其官等之權利也。官吏是否有不違反自己之意思，剝奪其身分之權利依官職之種類而異。關於特任官(推事檢察官，行政裁判所長官，會計檢查院長除外)政務官或能準用之自由任用官，全無身分之保障。國家有隨時將其免官之自由。其他官吏，則於某種程度內，皆有身分之保障，有非依法定理由，不違反其意思而被免官之權利。(2)關於官吏，是否就其職務，能認為權利，雖有爭論，然國民得以參與國家之公務者，常同時有為其權利之性質，從而官吏之擔任職務，一面亦以認為係官吏之權利為正當。官吏是否有不違反其意思而喪失其職務之權利，依官職雖不一致，要之職務之保障，究不若身分保障之強固，除

推事或能準用之者外，難免不違反其意思，而命令休職也。此點容後討論之。

(二) 俸給權 俸給，為國家對於官吏勤務之反對給付，以給與相當於其地位之生活費為目的。俸給雖不必為一切官吏之共通要素，但自一般言之，官吏通常係委身於國對國家服於勤務，他無收入之途者，故國家負有給予俸給以維持其生計之義務。俸給具有二重性質，一面為對於官吏勤務之報酬，同時又為保障其生活之資料。議員之歲費，委員之津貼，及名譽職吏員之報酬等全無保障生活費之性質，不過為其勤務之酬勞而已。此點與官吏之俸給，其性質不同。然他方以俸給為單純的生活之扶養料者，亦非正當，蓋以俸給一面有對於勤務報酬之性質，毫無疑義，例如因疾病不能執務，超過九十日時，則減少俸給之半額是也。

規定俸給金額，屬於天皇之大權。憲法第十條謂，天皇規定文武官之俸給者，即表示此種意義者也。關於推事之任免，雖有法律之限制，然關於其俸給，則尚依勅令之所定。（法院組織法七六條）有以勅令對於一定官職，規定一定之俸給金額者，此時，無須別種行為，因其受任官職，即當然發生受定額俸給之權利。亦有依勅令對於一定官職，區別為數級之俸給者，此際須與任官行為，同時有指定給付何級俸給之行為，由此始能決定其應受之俸給金額。總之俸給金額，非依契約訂定，乃專依國家之單方的意思者也。又自地方團體受領俸給之官吏，其標準亦依勅令定之，地方團體或其監督官廳，應從該標準，而定其俸給金額。

受領俸給之權利，對於推事，法律視為不可侵之既得權，而保障之，規定推事非依於刑法之宣告或懲戒之處分，不得減俸。（法院組織法七三條）推事雖因懲戒手續或刑事訴追之開始而停止職務時，仍須給付俸給之全



額。(同法七八條)在其他一般官吏,其權利則不受如此既得權之保障,不免依勅令之改正,將其減額,或在命其休職時,減少俸給三分之一。俸給,按月給付之,其在新任,增俸,減俸時,則自發令之翌日起算,在死亡,或退職時,則給以該月份之全額。

俸給權自其為金錢債權之點言之,雖與民法上之債權相類似,然其為直接基於官吏關係之權利,具有公法上權利之性質。其結果(1)關於俸給,不得出訴於司法院,且現行法不認其為行政訴訟事項,故關於俸給,官吏全無訴權;(2)俸給權不得拋棄,但俸給權效果之每月俸給請求權,則因五年不行使之,而消滅時效。(3)俸給權不得讓渡或為質權之目的。但為俸給權效果之請求權,如遇官吏在職死亡時,則移轉之於其繼承人,繼承人有請求官吏生存中應受之俸給之權利。此種權利,雖自公權轉化而來,但繼承人非對於國家在公法上之關係者,不過僅就財產的價值以繼承之而已,故能認為具有私權之性質。(4)俸給金額,一年超過三百圓時,得扣押其超過額之半額。(民訴六一八條二項)已有俸給扣押之命令時,負俸給義務之國家或公共團體,均受其命令之拘束,對於扣押債權人負支付其金額之義務。扣押債權人之權利,蓋亦應認為私權耳。

(四)恩給權 官吏不僅在官時,能受領俸給,即在其退官或死亡後,國家對於其本人或遺族,亦恆與以經濟上之保護,藉以保障其生計。官吏退官後之金錢給付,在從來國法上,稱終身年金為恩給,一時之給付,為退官賜金,而其死亡後所發給於遺族者,則稱年金為遺族扶助金,一時之給付,為一時扶助金,至大正十二年四月,依恩給(法律四八)法之改定,一方增加金額,同時總稱此等曰恩給。

此種意義之恩給，乃對於官吏勤務之反對給付，得稱之爲官吏退官（包含終身官之文官，退職武官，離現役者而言）或死亡後，國家對其本人或遺族，爲維持其生計或扶助之而給予之一時金或年金也。恩給權乃基於官吏關係所發生之權利，與俸給權之性質無殊，從而同爲公法上之權利，不過俸給權係官吏在官中所成立之權利，而恩給權則在官吏關係消滅後，始生效力，此乃二者之差別耳。於在官中，祇有他日於某種條件之下，能受恩給附條件之權利，而現實之權利，則因退官或死亡，始能成立，從而有現實受恩給之權利者，除終身官外，常爲不在官吏關係之人。其結果規定俸給屬於天皇之大權，概以勅令定之，而恩給權，則依法律之規定，非依法律不得增減其金額。憲法中雖謂天皇規定文武官之俸給，惟其所定者，限於在官中之權利，而不包括恩給在內。

依恩給法，恩給得分爲普通恩給，增加恩給，一時恩給，傷病賜金，扶助金及一時扶助金六種。

(1) 普通恩給者謂對於一定期間，（通常稱之爲恩給年限，普通文官十五年，大臣五年，警察監官職員十年，武官現役十一年，但從軍年及其他準此之年限，特爲加算。）在職之官吏，非因懲戒或刑罰而退官者，爲充其生活資料，所給與之終身年金也。雖未滿在職年限，但爲公務而受傷或罹疾病，致成爲殘廢而退官者，亦有享受恩給之權利。普通恩給之金額，比例退官當時之俸給額及在官年限定之。其年額，在普通文官，以退官時俸給年額三分之一（舊法四分之一）爲最低限度，隨在官年限之增加恩給亦隨之遞增，以加至其二分之一，爲最高限度。舊法於六十歲未滿之人，因自己之便宜而退官者，使其喪失受恩給之資格，現行法除去此種限制，不問因病或因諭旨辭職抑因自己之便宜辭職，同樣能受恩給。

(2) 增加恩給者，謂對於因公務受傷殘或罹於疾病，以致成爲不具廢疾而退官者，於普通恩給之外，所加給之年金也。依戰鬪或準於戰鬪之公務與普通公務，依不具廢疾程度之輕重及依官等而異其金額。

(3) 一時恩給者，謂對於在官年數未達恩給年限而退官者，所給與之一時金也。舊法稱之爲一時賜金，視爲憲法第十條意義之俸給之一部，於退官時所給與者，而以勅令規定之；反之，現行法則以之爲恩給之一種，且爲退官後所發生之權利，而以法律規定之。一時恩給，在普通文官，在職一年以上十五年未滿而退官者，所給與之金額，乃以退官時之俸給月額，乘在職年數之額。受領一時恩給者，如再任官時，其爲普通恩給之基礎，須將前之在官年數共通計算之，而爲一時恩給之基礎，則否。

(4) 傷病賜金者，謂對於下士以下之軍人，因公務受傷殘或罹疾病，雖尙未至於不具廢疾之程度，而因此退職者所給與之一時金也。傷病賜金不妨與普通恩給或一時恩給一併給與之。

(5) 扶助金者，謂對於退官後有受恩給資格之官吏，於在官中死亡，或現受恩給者死亡時，爲補助其遺族生活資料所給與之年金也。得受扶助金之遺族，須依妻，未成年之子，（尙未結婚者），夫，（限於不具廢疾無由獲得生活資料，且無扶養之人者），父母，成年之子（同上），祖父，祖母之順序。其金額以普通恩給額二分之一爲原則，若其死亡係爲公務者，則特別增加之。

(6) 一時扶助金者，謂對於在官年數未達恩給年限之官吏，非因公務而死亡者之遺族，所給與之一時金也。在有受恩給資格者之死亡時，除兄弟姊妹之外，別無遺族，而其兄弟姊妹爲未成年人或係不具廢病而無法得生

活資料時，得給與一時之扶助金。

恩給權，所以異於俸給權者，以其不屬於現在服於勤務關係者之權利，故在各方面，與俸給權均異其法律上之原則。A. 關於俸給權，無需權利確認之行爲，或依勅令，又或依規定俸給金額之行政行爲，即能直接發生效果，反之恩給權，欲其發生現實之效果，則必依行政行爲而確認其權利。其權利，雖因官吏之退官或死亡，當然發生，惟至其受確認時止，祇有潛在的效力，尙未能行使之，須依確認，始能現實請求其金額。此之謂裁定確認恩給權之行爲。爲裁定之權，關於一般官吏屬於內閣恩給局長，例外有屬於地方長官或殖民地之官廳者，（恩給法一二條同施行法一二條）恩給權利人，有請求其裁定之必要。B. 俸給乃支付於在官者，故無需別種證明書，反之恩給，關於給年金之恩給，須交付恩給證書，關於一時金之恩給，又須將裁定通知書，交付於權利人，其受恩給之支付，應呈示恩證書或裁定通知書於支付廳。（恩給給與規則二三條二七條）C. 關於俸給完全不承認訴權，反之恩給權在依行政處分而受侵害時，則得於處分後一年以內，具稟於內閣恩給局長，請求裁決，若不服其裁決時，更得於裁決後六個月內，訴願於內閣總理大臣或出訴於行政法院。（恩給法一三條）D. 俸給除每月之請求權外，無時效之適用，而恩給權之權利人，若自發生受領恩給事由之日起，經過七年以外而不請求裁定時，其權利則因時效而消滅。E. 受恩給之權利，不得讓渡或提供擔保，雖與俸給權無異，然以年金之恩給，有恩給證書之制，故依交付恩給證書及恩給金受領狀於債權人，事實上能發生與入質同一之效果，債權人基於其委任狀，已代本人受領恩給之支付時，本人不得請求其金額之返還也。不過質權契約之設定無效，故權利人不待債務之清償，得隨時解除其委任並

請求恩給證書之返還耳。F. 俸給准許一部分之扣押，反之恩給權除行政上之強制徵收外，於民法上之債權，則絕對不准許扣押之。（恩給法二條，民訴法六一八條二項，雖有反對之規定，但此規定已依後法之恩給法而變更之矣。）

受年金之恩給之權利，除因權利者之死亡或喪失國籍外，更因處以六年之懲役禁錮或以上之刑而消滅，（九條）反之處以六年未滿之懲役或禁錮時，則不發生權利之消滅，惟在刑之執行中停止其恩給而已。受刑之執行猶豫之宣告者，亦不停止其恩給。（五八條。）

恩給之負擔，原則上等於俸給之負擔，通常對於國庫或公共團體受領俸給者，亦由國庫或公共團體，分別負擔支付其恩給之義務，但法律有例外規定，例如市町村立小學校職員之恩給歸府縣費負擔，中等學校以上之公立學校職員及官國幣社之神職等之恩給則歸國庫負擔是也。（一六條。）

一切官吏，一面有上述恩給之利益，同時他面對於恩給基金，又負有納付每月俸給百分之一於國庫或俸給負擔者之經濟上的義務。（五九條）但此種義務，非與恩給權伴隨，乃各自獨立而生其效果者，在官吏因懲戒或刑罰而退官，致喪失恩給權時，亦不得請求返還所納付之基金。同時在俸給負擔者與恩給負擔者不相同時，須自俸給負擔者之團體，向恩給負擔者之國庫或地方團體，納付相當於其俸給百分之一之金額。（一八條。）

（五）受職務上實費償還之權利 在官吏因其職務之執行，需要特別費用時，國家有給以相當於其實費償還之金額者。在一般官吏，所共通者，為旅費。於官吏因公務旅行時，分國內旅行或國外旅行，而給與內國旅費或外

國旅費。限於特殊之官職所給與者，尙有交際費，官舍費，及被服費等。實費償還，從法令所定之標準計算之，不問其實際之支出額。

#### 四 官吏之義務

官吏對於國家負擔一般臣民所不負之特別義務。官吏之義務，對於一般官吏，雖依官吏服務紀律（二〇，勅令二一九）之所定，然官吏並非因有此規定，始負其義務者也。蓋官吏之義務，乃依任官行為所當然發生之義務，以本人之承諾爲其根據，何則，官吏對於任官之同意，卽不外承諾遵從國家之所命，而服於勤務者故耳。官吏服務紀律，非使官吏負擔新義務者，惟在使其義務之內容明晰，且規定其限度而已。

官吏對於國家所負之特別義務，大體上，得大別之爲職務上之義務，與身分上之義務。職務上之義務，乃關於其職務之義務，惟在現職之官吏負擔之。官吏服務紀律曰「凡官吏對於天皇陛下及天皇陛下之政府，以忠順勤勉爲主，應遵從法律命令，各盡其職務。」（一條）又曰「官吏就其職務，應遵守本屬長官之命令，但對其命令得陳述意見。」此卽在職之官吏負（一）遵從法律命令，勤勉盡職，（二）服從長官命令，（三）對於天皇陛下及天皇陛下之政府負忠誠之義務者也。亦卽官吏職務上之義務得分爲（一）盡職之義務，（二）從順之義務，（三）及忠實之義務之三者者也。而身分上之義務，則不問職務之內外，乃與官吏身分相終始之義務，不在職中之官吏，亦同樣負擔之。更可分爲A. 嚴守祕密之義務，與B. 保持品位之義務兩種。

（一）盡職之義務 官吏有擔任其受命之職務，及依法律命令，勤勉執行其所擔任職務之義務。屬於其職務

之事宜，其性質及分量，最先依法律命令定之，在法令之範圍內，則依上官之命令定之。官吏怠其職務，為官吏之義務違反，而構成懲戒處分之原因，固不待言，其因職務之懈怠，對他人發生損害者，尚發生民事上不法行為之責任，甚至有時且有為不作為犯，而引起刑事上之責任者。官吏雖在提出辭呈以後，未經批准之前，仍不能免除此種義務。

盡職義務之結果，官吏須負有（1）居住於職務地，且未經本屬長官許可，不得擅離居住地。（服務紀律六條）（2）除假日（明治六年佈告二休假日，昭和二年勅令二五關於假日之事件）賜假休養，忌服等特別場合外，於執務時間，（大正一一年閣令六官吏執務時間）親臨執務場所而執行職務之義務。但關於依事務之性質有別種規定之職務，則從其所定。因病不能執務，超過九十日，及因私事之故障不能執務超過三十日者，除因公務負傷，獲疾，或受喪忌，及依特旨賜假休養者外，減少俸給之半額。（高等官官等俸給令二九條，委任官俸給令一四條二項）（3）非經本屬長官之許可，不得於本職之外，為受領報酬之其他事務。（服務紀律一三條）又不僅官吏之自身而已，即其家族亦非經本屬長官之許可，不得直接或間接經營之同業。（一一條）蓋官吏乃負專心盡職之義務者，若同時從事其他業務，即有妨害其職務之虞故也。

（二）從順之義務 官吏就其職務，負服從本屬長官命令之義務。（服務律二條）本屬長官一語，或用以指示在職務上有指揮監督官吏職權之機關，或用以指示關於官吏之賞罰進退有自專或聲請職權之機關。第一種意義之本屬長官，得稱之為職務上之上官，原不限於一人，例如對於各部屬吏，課長，局長，次官，大臣皆為其上官，對

於府縣知事各部大臣均爲其上官是。第二種意義之本屬長官，則稱之爲身分上之上官，常爲一特定之機關，例如對於各部所屬之官吏，僅該部大臣，對於府縣知事，僅內務大臣，爲其身分上之上官是也，而官吏從順之義務，乃對於第一種意義之本屬長官而言，卽官吏對於一切職務上之上官，概負從順之義務也。

關於官吏職務，上官所發布之命令，謂之職務命令。爲使職務命令有拘束官吏之效力，須具備左列各種條件：  
(1) 其命令，須自有監督官吏職務之正當職權之機關發布之。孰爲職務上之上官，依官制之所定。其非上官之命令，以無權限故，自屬無效。若官吏有二以上之職務上官，而下級之職務命令與上級之職務命令相抵觸時，亦爲無效。

(2) 其命令必須係關於官吏之職務者。官吏惟就其職務，服從上官之監督，離開職務，則無上官下官之關係。官吏固無遵從其命令之義務也。故如命官吏執行不屬於其職務之事務，命以上官之私事，以及干涉與職務無關之私生活等，皆不得爲職務命令。雖然，職務命令之範圍，較之訓令範圍則遠，爲廣汎，不特關於權限行使之命令而已，卽關於職務執行所必需之一切行動，亦包括之。例如關於職務而派遣出差，命以特定事件之檢查，命其著用制服，命其居住官舍，以及禁止有妨害職務之行爲等，無一不爲職務命令之目的也。

(3) 其命令須非關於職務上之獨立範圍者。職務上之獨立云者，謂官吏就其職務之全部或一部，有以自己獨立之意思自行處理之任務，因而在此範圍內，無服從職務命令之義務也。司法官、行政裁判官、會計檢查官、試驗官、專門學科之教官、技術官及其他一切合議機關之構成員，均在某種範圍內，有職務上之獨立。職務上之獨立，除



依法令所規定者外，依職務之性質上，須當然承認之者亦有之。

(4) 其命令須非命以法律上之不能者。違法之職務命令，是否對於官吏有拘束力，此點雖為聚訟之問題，然苟與官吏，以自行審查職務命令是否適法之權，使對於違法者無違由之義務，則是顛倒官吏之上下階級，使下官之解釋，有超越上官解釋之力量也，其為不當何容置疑。蓋對於官吏所以分上下之階級，使上官監督下官之職務者，乃所以統一法令之解釋適用，使上官之解釋，束縛下官解釋，為其目的故也。雖然另一方面，如使官吏對於職務命令之內容，絕對無審查之權利，亦非正當。若命令之內容，係命以法律上之不能者時，則非與一般行政行為相同，認其當然無效不可。故例如命執行其既經廢止或尚未施行之法律，或命其對已完納租稅者行租稅滯納處分，以及命其繼續拘押至兩晝夜以上等，均係以法律上之不能為其內容者，下官自無違由之義務。就中如依職務命令命以犯罪行為者，亦常為無效，蓋犯罪之義務，乃法律上不能存在之義務故也。

除上述者外，職務命令之有效要件，與一般行政行為之有效要件無異。關於職務命令之形式，無特別規定，通常雖以書面通知，然口頭之命令亦不妨礙其效力；職務命令之以書面行之者，通常雖付以訓令，訓諭及內訓等之名稱，但在觀念上，須與前此就行政官廳監督所述意義之訓令相區別之。訓令為上級官廳為指揮下級官廳之權限，所發布之命令，官廳於國家機關之地位，受其拘束，自其內容言之，亦常為關於國家機關權限之行使者；反之職務命令，則為職務上之上官，命令官吏之職務上之義務者，官吏個人負遵從之義務，自其內容言之，亦包括關於職務之一切事項，非僅關於職務之執行而已。訓令乃國家對於機關之命令，故不因當該機關地位之官吏的更迭，而

失其效力，苟其機關存續，則始終保有其效力。職務命令，乃對於官吏之命令，故其命令若係對於特定之官吏者時，則因該官吏之喪失地位，而當然失却效力，例如遣派之於某地，命調查某事件是也。惟職務命令，若係對於在一定地位之多數不定的官吏而發布時，則不特對於發令當時之官吏而已，即對於後來充當其地位之官吏，亦同有效力，僅因廢止其效力始行喪失，例如對於一般官吏，規定執務時間是也。訓令，常同時具有職務命令之性質，何則，國家機關之拘束，同時使在其機關之地位者，亦負遵由之義務故也。反之職務命令，則非必常為訓令。

關於職務命令之是否有效，在官吏自有審查之權利與義務。其無效者無遵從之義務，若遵從之，官吏須自任其責。其有效者縱令信其內容為違法或不當者，亦須遵從之，而關於遵從職務命令之行爲，官吏無須自任其責。

(二) 忠實之義務 官吏除就其職務須服從上官之命令外，即關於無命令之事項，亦負有依自己之所見努力爲國家謀利益，並避免不利益之義務。是謂之官吏之忠實義務。忠實義務，在一般臣民，僅爲道德上之義務，而在官吏則爲從順義務外法律上之獨立義務，蓋一般臣民不擔任職務，而官吏則對於國家負有特別勤務之義務，擔任一定之職務故也。惟其擔任職務，故有忠實盡其職務之義務，如發覺其於國家不利，而故意爲之，縱不違反法令或職務命令，但究非能盡其職務上之義務者也。

從順之義務，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，後者則見於無命令之際。若有上官之命令時，則以遵從命令即所以適合國家之利益者，官吏不得自行判斷何者爲國家之利益，何者爲國家之不利益，在此種場合祇有從順之義務，而無發生忠實義務之餘地。忠實義務，惟

在職務命令不存在時，始能發生。故忠實義務，主對於上級官吏有其效果，而於國務大臣，全權大臣及軍司令官等，較諸從順主義忠實義務尤爲其職務上主要之義務也。

忠實之義務，包含不以行爲妨害職務之忠實的執行之義務。何種行爲，於職務有妨害，官吏雖自有判斷之義務，但官吏服務紀律，已自行指定數種行爲爲妨害職務之行爲，或則絕對禁止之，或則以經本屬長官之許可必爲要。A. 官吏就其職務受他人之贈與者，雖無賄賂（刑法一九七條）之性質，然因其有妨害職務公平清廉之虞，故服務紀律（八條一項）規定，「官吏非經本屬長官之許可，就其職務不得收受慰勞，謝儀或以任何名義而直接或間接受領他人之贈遺。」B. 官吏之從外國君主或政府受領惠與者，更有累其職務之虞，故規定從外國君主或政府，受領勳章榮賜俸給及贈遺者，須呈請勅裁。（八條二項）C. 與爲政府爲承攬者或其他所謂御用商人在直接關係職務之官吏，立於最易受賄賂請託誘惑的危險之地位，故服務紀律（九條）更絕對禁止此等官吏，自關於該職務之御用商人，受領饗燕。D. 上官受領所屬官吏之贈與者，亦難免有妨害監督者忠實執行職務之弊，故以「凡爲上官者，不問職務之內外，不得從所屬官吏受領贈遺」之規定，而絕對禁止之。

忠實之義務，乃職務上之義務，故不及於無關職務之生活行動。故在職務外，公表反對政府政策之意見，以選舉人向反對黨候補人投票，以議員而反對政府案等，自非違反官吏之義務者。依明治二十二年之內閣訓令，官吏除受法律規則（包含長官之職務命令）之特別限制者外，雖在職務外亦不妨對公衆演說或敘述政治上或學術上之意見。雖然忠實義務所及之範圍，亦不限於執行職務而已，且及於有關職務之生活行動，固無待言，故如官

吏互相結合反抗上官而爲其排斥運動，關於屬於自己職務之事項，而反對政府之方針，而爲妨害其施政之行爲等，皆不失爲忠實義務之違反也。

(四) 嚴守祕密之義務 官吏負有不可洩漏屬於自己職務或自其他官吏聞知之官吏祕密之義務。(紀律四條) 孰爲官吏之祕密，有依法令直接明示者，(紀律五條規定職務上未發之文書，不可私自漏示於其關係人) 有依上官之命令規定者，(通常公文書捺「祕」或「嚴祕」之印者) 蓋表示須祕密之也。亦有依事情之性質而定者。嚴守祕密之義務，不僅係官吏在官中所應負之義務，即退後，亦仍繼續存在。(四條) 但退官後，除構成刑法上之犯罪者外，縱令違反其義務，亦無由科以法律上之制裁。又其義務在官吏兼爲議員時，亦不消失，議員洩洩官之祕密，仍爲義務之違反，成爲懲戒之原因。爲裁判上之證人或鑑定人時亦同，就所屬職務上祕密之事項，非得本屬長官之許可，不得陳述。法律明認官吏就其職務上之祕密，有拒絕證言或鑑定之權利。(民訴法二八一條三〇一條，刑訴法一八五條二二八條)

(五) 保持品位之義務 官吏除在其職務上不論外，即在職務外之私生活，亦負有不玷辱官吏品位之義務。蓋官吏乃國家之使用人，如其素行不修，致有損其威嚴傷害其信用之行爲時，廣而言之，亦爲侵害國家之利益者也。

關於何種行爲，爲妨害官吏之品位者，普通雖須官吏自行判斷之，但服務紀律，已揭記數種妨害其品位之行爲，或則絕對禁止之，或則須受本屬長官之許可。曰：(一) 官吏不問在職務之內外，應重廉恥，不可爲貪污之所爲。

(2)不問在職務之內外，應不濫用威權，務宜謹慎懇切。(3)非經本屬長官之許可，不得為營業公司之股東或職員。(4)非經本屬長官之許可，不得以自己或家屬之名義，直接或間接經營商業。(5)不得為交易所之社員及間接與投機之事業有關係。(6)浪費破產，至負擔過分之債務者，亦為官吏義務之違反。(7)不得自私立郵船公司或私立鐵道公司，受免費之船票或車票。

除上述關於一般官吏者外，關於陸海軍武官，法官，警察官等特殊官吏，尚有特別之規定，關於此等特別規定，殊難一一枚舉。

### 五 官吏之法律上之責任

官吏之法律上之責任者，謂官吏因違反其義務，所受之法律上之制裁也。官吏職務上之所為，如適合於民法上之不法行為時，官吏須依民法負損害賠償之責，如適合於刑法上之犯罪時，依刑法又須負刑罰之責任，惟此等皆非處罰官吏以官吏資格，對於國家違反所負之義務者，僅為對於加損害於他人或侵害刑法所保護之法益時之制裁耳，故主為民法及刑法之問題。然此處所論述者，不在此等問題，主要者，在討論依官吏與國家之特別關係，於官吏違反其官吏之義務時，其使用主之國家，對官吏所科之制裁也。可稱之為官吏法上之責任。其制裁有兩種。一為懲戒處分，一為公法上之損害賠償。此外附隨此等制裁，關於官吏之民事及刑事責任，亦應進而言之。

(一)懲戒處分 官吏對其義務違反，須服國家之懲戒權。對於官吏之懲戒，乃對於官吏之義務違反，國家基於使用主所應有之權力，以維持官規為目的，所科之處罰也。

懲戒權，原非官吏關係所特有之制度。凡非單純的經濟勞務關係，而為具有倫理的性質之特殊權力關係，不問其為公法上之關係抑為私法上之關係，通常權力者對於義務違反者，皆有懲戒權。其在私法上之關係，如親權者對於子女有懲戒權，其在公法上之關係，如學校對於生徒之懲戒，監獄對於囚徒之懲戒等皆是也。官吏關係中之懲戒，亦與此等之性質相同，官吏為國家之使用人，對於國家負擔特別義務，而其義務又非單純的經濟上勞務之義務，乃包含倫理的要素，故國家對於官吏之義務違反有行使懲戒之權。

(1) 懲戒與刑罰之區別及關係 官吏因違反義務，不僅服懲戒而已，在義務違反之特別重大者，有時須處以刑罰，例如官吏之收賄是也。雖然刑罰與懲戒之差異，非僅為輕重之別，罪重者處以刑罰，罪輕者加以懲戒也，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，有三點：A. 其所根據之權力不同。刑罰為國家公刑罰權之作用，即為國家對於臣民之一般統治權之發動；反之懲戒權乃基於國家以使用主所有之權力之作用也。官吏因其職務上之所為而受刑罰之處分時，非以官吏受處罰乃以臣民之身分而受刑罰也。而懲戒則不然，乃基於官吏之身分而行之者。故刑罰雖於官吏退官後，對其在官中之行為亦能科酌，而懲戒則非對於在官者，不得科處之也。B. 其處罰之對象不同。刑罰為對於犯罪之處罰，所謂犯罪，乃指侵害為社會公共秩序計，法律所應保護之各種法益之行為也。懲戒則反是，乃對於官吏違反為國家之使用人對於國家所負之特別義務之處罰，其所保護之法益，常為使用主之國家權利。有時雖有對於官吏職務上之違反義務，科以刑罰者，（例如陸軍刑法抗命之罪）然此時所科

之刑罰，亦非單純的職務違反之處罰，乃以其職務違反，同時妨害社會之公共秩序，對於其違反公共秩序所加之處罰也。C。其處罰之目的不同。刑罰之目的，在維持社會公共秩序，反之懲戒之目的，則僅在維持官吏關係之秩序。就中有戒飭官吏之將來者，亦有完全將其自官吏關係中排除者。要之其目的，祇在維持官規，而與社會之公共秩序無關。

刑罰與懲戒，因其權利之根據不同，目的亦異，故二者能獨立行之，且對於同一之行爲，亦無妨併科之也。官吏被處以禁錮以上之刑者，不待懲戒，而當然失官，故在此種情形，不必更行懲戒，但在其他情形，對於被處刑罰之官吏，亦有另行懲戒之必要者。刑事犯罪，關於刑事裁判之結果，雖爲無罪，或爲豫審免訴之行爲，得依事情而懲戒之。惟相當於懲戒之所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，與懲戒處分之決定有直接關係，故在刑事裁判之終決以前，應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。）若刑事裁判之結果，爲確定禁錮以上之刑時，官吏遂因此失官，懲戒手續，當然解消。若爲無罪或免訴或確定罰金以下之刑時，則再開懲戒手續以定其結果。（在對於官吏刑事訴追已開始時，本屬長官得採取兩種方法。一爲立即諭令提出辭呈而依願免官，一爲命其休職聽候刑事裁判之結果。依其所採之方法不同其結果有大差異。前者若達於恩給之年限者則發生恩給權，刑事裁判之結果雖處以六年未滿之懲役或禁錮，惟在執行中，停止恩給而不喪失恩給權。後者在休職期中雖有受領俸給三分之一之權利，但若被處以禁錮以上之刑時，則因而失官，且喪失受恩給之資格。）

(2) 懲戒法之法源 關於官吏懲戒之規定，除依憲法或法律規定，須以法律定之者外，原則上，以勅令定之。在憲法上日本臣民雖有非依法律，不受處罰之權利保障，但官吏係依自己之任意承諾，而服從特別之權力關係者，其權力屬於官吏自己所承諾，而在此權力範圍內之處罰，併無須法律之規定。惟其處罰，以剝奪基於官吏關係之權利及利益為限度，過此如拘束身體之自由，科以罰金及限制權利能力等，則為超越權力範圍者，非依法律，則不得定之。(故例如勅令雖規定受「懲戒免官之處分者，在爾後二年間，不得再就官職，」但此不能發生有制限為官吏權利能力之效力。此規定祇有使此等人二年間不能任命為官吏之命令的規律之效力而已。)

現行之懲戒規定，對於一般文官有文官懲戒令之規定，(明治三二年勅令六三)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(受勅任官奏任官或判任官待遇之官吏)之懲戒亦同。(明治四〇年勅令一七七)有特別之法令規定者，關於文官有以法律規定之者，如推事懲戒法，(明治二三年法律六八)會計檢查官懲戒法，(明治三三年法律二一)公證人法是。(對於公證人所定之懲戒)亦有以勅令規定之者，如行政法院院長官評事官懲戒令，(明治三二年勅令三五四)陸軍法務官海軍法務官懲戒令，(大正一一年勅令一〇〇)執達吏懲戒令，(明治四一年勅令一五三)等是。關於巡查有巡查懲戒令，(昭和八年勅令一五)之規定。關於武官則以陸軍懲罰令，(明治四四軍令六四)海軍懲罰令，(明治四一年勅令二三九)定之，關於陸軍及海軍雖一則定以軍令，一則定以勅令，但究不因此而異其性質也。此外獨關於一般特任官，全無懲戒規定，其懲戒一任之於勅旨。



(3) 懲戒之原因 常爲官吏對於國家之特別義務之違反也。依文官懲戒令，所載官吏應受懲戒之情形有二：即A. 違背職務上之義務或懈怠職務時，及B. 無分職務之內外，有損失官職上之威嚴或喪失信用之所爲時是也。

關於懲戒責任之原因，依從來普通之見解，以爲不必證明如民事或刑事責任上嚴格的意義之民意或重大過失。尤其關於監督之責任，監督者之官吏，負有使其部下忠實盡職之責任，若因被監督者之官吏懈怠，而發生變異時，應解爲任其責者不僅被監督之人而已，即監督者之官吏對其結果亦負懈怠之責，不得以其自己未曾參與，而免其責任也。(例如因大津事變縣知事懲戒免官，因虎門事件警視總監受懲戒免官之處罰，因部下官吏消費公款之監督者，因屬於自己管理之廳舍失火之管理者，從帝國大學學生中出走因違反治安維持而被訴之學生之帝國大學總長皆受懲戒等是)。

懲戒之原因，固無須於在官中發生，即因任官前之行爲，至此損失官職上之威嚴或信用者，縱爲其原因之行爲，係在任官前行之，仍能以玷污官吏之品位，而懲戒之。

(4) 懲戒之手段 有對於義務違反人，而警戒其將來者，謂之矯正懲戒；有將其從官吏關係中排除者，謂之排除懲戒；又有介乎兩者之間者。現行法上所承認之手段，依官職之種類而有不同。對於一般文官，依文官懲戒令，分爲譴責、減俸、(減一月以上一年以下之年俸每日額或月額三分之一以下)及免官三種。關於行政法院院長官評事官、會計檢查官亦同。對於推事則爲譴責、減俸、轉職、(使轉於其他法院或轉於他職)停職、(三月以上一

年以下停止職務之執行，其間不給與俸給。）及免職五種。而僅對於推事特別承認轉職，及停職之處分者，蓋對於一般文官，不用懲戒手續能命其轉任或休職，反之對於推事則不得命令之故也。對於陸軍法務官及海軍法務官，為譴責，減俸，停職，免官四種；對於執達吏為譴責，一年以下之停職，免職三種；對於公證人承認譴責，千圓以下之罰款，一年以下之停職，轉屬及免職五種。除執達吏及公證人外，凡受免官之處罰者，二年內不得再就官職，喪失受恩給之權利，其情節尤重者，且追還品級證書。

對於軍人之懲戒手段最為嚴重。依陸軍懲罰令，將校有重謹慎（一日以上三十日以下不使服勤務使在居宅或營內謹慎，減俸給十分之五。）輕謹慎（同上，減俸給十分之二。）及譴責三種，下士有免官，重謹慎，輕謹慎及譴責四種。此外對於將校得依勅裁將其免官或命其停職，（陸軍將校分限令）依海軍懲罰令對准士官以上為謹慎，（六十日以下停止勤務，使於居宅船艦或其他勤務場所屏居謹慎。）對下士為拘禁，（三十日以下禁錮於一內室）禁足，（六十日以下在勤務之外禁出船艦或居宅）對於將校之免官依勅裁定之。（海軍將校分限令）此等懲戒手段，不僅剝奪附隨其地位之權利及利益而已，且有拘束身體之自由者，自其本來之性質論之，雖屬於限於法律所能定者，但對於軍人依憲法第三十二條之規定，有在軍隊紀律所必要之限度內對於憲法上自由權保障之特例，故此等懲戒手段，亦能不依法律而定之。

（5）懲戒權之機關及懲戒之手續 依官職之種類不同，大體可分為三種：即依裁判手續者，經委員會會議行之者，及依上官之專斷者是也。

對於推事，行政法院院長，評事官，及會計檢查官等之懲戒，依爲懲戒之目的所組織之懲戒判決所之裁判行之。（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，略類似刑事訴訟，行言詞辯論，檢事或檢察官得訴追被告，被告得用辯護人，但不公開辯論。裁決一經確定時，即發生效力，無須勅裁。但對於控訴院之懲戒裁判所之判決，則令其能控訴也。

對於一般文官之譴責，由本屬長官專行之，減俸及免官則經特別懲戒委員會之決議行之。而懲戒委員會有高等文官懲戒委員會及普通文官懲戒委員會兩種：前者爲決議高等官之懲戒者，全國祇有一個；後者爲決議委任官之懲戒者，於各廳設置之。委員會常限於依本屬長官之要求，而開始其審查。其審理以不依訴訟手續之言詞辯論，而以書面審理爲原則，惟認爲有必要時，得命本人到案。又委員會之決議，與懲戒裁判之判決不同，非即發生效力者，在其決議後，如爲簡任官之免官及減俸與薦任官之免官，須經勅裁行之，其他則由本局長官行之。陸軍法務官，海軍法務官之懲戒手續，略準於此，即經特別委員會會議而免官，停職及簡任官之減俸等須呈請勅裁，而譴責及薦任官之減俸，則依其決議由陸軍或海軍大臣行之。至執達吏及公證人之懲戒亦與委任官之懲戒略同。對於陸軍及海軍之軍人，全無特別懲戒機關之組織，且無須特別之手續。除將校之免官須呈請勅裁外，概由普通職務上之上官，行使懲戒權。

關於已施懲戒處分之後，是否能依情狀將其免除，此點雖無特別之規定，但一切官吏皆爲天皇之使用人，故得依勅旨，而免除懲戒，可認爲大權之當然作用。此在懲戒係依勅令而行之者，固不容疑，即關於如推事基於法律

之懲戒者，其實例亦屢見不少。（當皇室或國家之慶弔而有刑之一般的恩赦時，對於官吏之懲戒，亦多有以勅令而一般的免除之者，而依法律已受懲戒裁判手續之官吏亦常為同沐其恩典者也。再就最近之事例言之，當今上陛下即位大禮之際，曾依昭和三年十一月十日勅令二七二號命對於官吏或官吏待遇者在十一月十日以前之行為，因而已受懲戒或懲罰之處分者，往後免除其懲戒或懲罰。）

（6）懲戒權之消滅 懲戒權以官吏關係之存在為前提，故官吏關係消滅時懲戒權亦當然消滅，從而官吏在其退官後對於在官中之行為，不受懲戒。反之官吏之轉任，普通雖不為懲戒權消滅之原因，但其所轉任之官職，與前之官職，異其懲戒法規時，（例如武官轉於文官，推事轉於檢察官，普通行政官教育官等轉於行政法院評事官及會計檢查官）則認懲戒權因其轉任而消滅為正當，何則在其轉任後，對於前官之懲戒法，已無其適用，而對於新官之懲戒法，又不得溯及既往之行為，而適用之故也。但雖為前官在職中之行為，若因此損害現在官職上之信用或威嚴時，則不妨予以懲戒。

在官吏被命令休職時，其官吏關係，尚為存續，故懲戒權不因此而消滅，對於休職官吏，亦能以懲戒之。對於退職之推事，理論上雖非同樣不可，但推事懲戒法，祇認減俸、轉職及停職之處分為其懲戒之手段，而此等處分限於在職中，始能適用，故依從來之實例，對於退職之推事，似解為無懲戒權之適用者也。（此種解釋，殆不得認為正當，至少在適合於免官之事犯時，對於退職推事亦以解為能施懲戒為正當也。）

懲戒權與刑罰權不同，不因時效而消滅。蓋本屬長官要求開始懲戒手續，或懲戒屬於本屬長官之權限時，其

行使懲戒，乃依其自由裁量者，故因時間之經過，至無處罰之必要時，得依自由裁量不行處罰，更無須規定時效故也。

(二)公法上之損害賠償 官吏因違反對於國家之義務，原則上對於國家不負損害賠償之責。官吏對於國家之關係，為公法上之關係，民法上之規定無直接之適用，而關於官吏之法令，普通不認其有賠償之責任。在民法上之雇傭關係，因受雇人違反義務，使雇用人發生損害時，雇用人得對於受雇人請求賠償；反之在官吏關係則以懲戒處分為代替之手段，因官吏之義務違反，使國家發生損害時，除其損害係因無關於官吏職務之私人之行為外，祇能懲戒之而已，不得請求損害賠償。在民法上（七一五條）因某種事業而雇用他人者，對於受雇人就其事業之執行所加於第三人之損害，應負賠償之責，而雇用人對於受雇人，更能行使求償權，但此種規定，於國家與官吏之關係，不得適用之，國家就其經營之事業，對於這三人已任損害賠償之責時，對於執行該事業之官吏，仍非認為不能行使求償權不可。何則官吏之執行職務，乃履行公法上之義務，從而在職務行為之限度內，因此對國家所發生之損害，不能適用民法上之規定於國家與官吏之關係故也。

對於以上原則之例外，惟會計法（三五條二項三六條）規定出納官吏，關於其出納保管之現金或物品，應負一切責任。所謂出納官吏者，係指收入官吏，收豫繳資金之官吏，物品會計之官吏等。凡掌理現金或物品出納保管之官吏而言。出納官吏，如滅失毀損為其保管之現金或物品時，除能證明已盡善良管理人之注意者外，關於其滅失毀損應負賠償之責。此種賠償義務，非民法上之義務，乃基於公法上職務之懈怠者，故有公法上義務之性質。

因其爲公法上之義務，結果有兩點與民法上之賠償義務，異其原則：（1）裁判管轄不同。出納官吏之賠償義務，於會計檢查院判決之，蓋以事關公法，故不屬於民事法院之權限，會計檢查院，有爲第一審且爲終審之裁判之權。雖在會計檢查院判決以前，主務大臣亦得命其清償，若至會計檢查院判決無清償之責時，其已繳納之清償金，則應返還之。（會計規則一三四條一三五條）會計檢查院自身無執行其判決之權，須移文於本屬長官，使爲處分，本屬長官受其判決之拘束，必須按照判決，而命其清償。對於會計檢查院之判決，得以職權或因聲請而爲再審。例外，在出納官吏之行爲構成犯罪，已繫屬於刑事裁判時，國家得附帶提起私訴，此時之賠償責任，則依司法法院之判決。（2）恩赦。對於司法法院所判決之賠償責任無恩赦之適用；反之會計檢查院所判決之清償義務，則能依天皇之恩赦而減免之。（會計檢查院法二一條）

（二）官吏之刑事責任 官吏之刑法上之責任，非專由官吏之義務違反而起，實以官吏之行爲在侵害爲社會公共秩序所需保護之法益時始發生之者也。官吏之犯罪，如與官吏之職務無關係時，全與普通之犯罪無異。關於官吏須特爲論述者，惟以其犯罪有關聯於官吏職務之情形爲限。

官吏之刑事責任除有特別法（例如衆議院議員選舉法一一六條一一七條）規定者外，普通依刑法上公務員瀆職罪之規定。刑法上，所謂公務員之觀念，一面較官吏之觀念遙廣，一面又較其狹隘。即一面除官吏外包括公吏，及依法令從事於公務之議員、委員及其他職員；同時一面又以現在擔任公務者爲必要，故雖爲官吏而不在現職者則不包含之。定其觀念之標準，在於職務而不在於身分，就其身分言之，不問爲官吏或爲囑託員，雇員傭人

而從事於公務者，皆爲公務員，同時雖爲官吏而不擔任公務者則仍非公務員也。惟在囑託員等，究因從事何種公務始爲公務員，固不無疑問。但至少在中之官吏，莫不爲刑法上意義之公務員耳。

官吏之瀆職罪得區別之爲職務犯罪與準職務犯罪。(1)職務犯罪者，謂因官吏濫用職權或懈怠職務而侵害特定法益之罪也。(例如刑法一九三條一九四條之罪) A. 職務犯罪之成立，以其行爲係國家機關權限內之行爲爲必要。而國家機關權限內之行爲，既有國家行爲之效力，故職務行爲之特色，常在其行爲一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，警察官爲報復私怨而逮捕人民，就其效力言之，皆爲有效之國家行爲，而官吏個人亦不得避免其責任者也。從而職務行爲，一面又常具有侵害國家信用之罪之性質。B. 職務犯罪之成立，必須官吏不法行使其權限，或怠於其權限之行使。刑法上意義之不法，不僅爲官吏違反義務之意味，必須意識其違法而故意爲之，或基於不能容恕的法律上之不知或誤解者。另一方面，官吏雖自信其爲違法，而以惡意爲之，但若爲客觀的適法時，職務犯罪，亦不成立。(2)準職務犯罪者謂關聯於官吏之職務向行之犯罪也。(例如刑法一九五條一九七條)二五三條之罪。因其非國家機關之行爲，故無國家行爲之性質，在此點，與職務犯罪不同。

(四)官吏之民事責任 官吏就其職務上之行爲因故意或過失，違法侵害他人之權利時，官吏個人是否應依民法(七〇九條)任損害賠償之責，此在從來判例概從否定。其主要之理由有二：一以官吏爲國家機關之行爲，乃國家之行爲，故官吏之個人不應任責是也。雖然所謂官吏之行爲爲國家之行爲者，乃僅就其行爲法律上之

效力觀之，祇有將其效力歸屬於國家之意味，在事實上，其行為固為官吏自身之行為而關於賞罰責任之問題，常應以其行為作為事實而觀察之，官吏之因功受賞，因職務犯罪而受刑罰，皆根據此種理由，即關於民法上之責任，亦非同樣不可。凡官吏為國家機關在其權限內所為之行為，具備一面在法律上為國家之行為，同時一面在事實上又為個人之行為之二重性質，官吏以其為事實上之行為者之資格，無論在法律上在道德上均不能免除一切責任，而在法律上所以為國家之行為者，祇發生法律上之效力問題，併非因此否定官吏個人為事實上之行為者也。一以官吏為國家之使用人，故僅對於國家負職務上之義務，而非立於直接對於第三人之法律關係者是也。雖然官吏當為國家機關執行其職務時，所以受依照法規而為之拘束者，不僅為對於國家之義務，同時亦為對於第三人之義務也。何則，一切法規於國家與人民之關係，皆具有拘束其雙方之效力，人民對於國家，有要求其作用依照法規而行之權利，而國家之作用又係依國家機關而行之者，是故要求其作用適法之權利，必然包括對於為其機關而當其行使之任者之權利故也。（故例如德國民法八三九條明白規定「官吏因故意或過失時第三人違反職務上所負之義務時，須對於第三人賠償因此所生之損害」也。）例如警察官吏濫用職權而殺傷他人，裁判官故意陷害被告，皆為侵害被害人之權利者，亦即為對於被害人之義務違反也無疑。

關於官吏職務行為所發生之損害賠償責任，不因其職務行為之為私經濟的行為抑為公之權力作用，而異其適用。官吏之職務行為，有區別為權力的作用與經濟的作用之必要者，僅以其行為為國家之行為觀察時為限。何則，國家之行為，得以此種區別，作是否受私法的適用之標準故也。反之關於官吏之賠償責任問題，則非以之為



國家之行爲觀察，乃以之爲官吏自身之個人的行爲而觀察者，依據後種觀察，姑無論其爲私經濟的行爲，抑爲權力的作用，要皆爲事實上之行動，不得爲公法的或私法的之區別也。此恰如關於官吏之行賞，懲罰或刑事上之責任，不問其爲權力的行爲抑爲私經濟的行爲，其受賞或受罰，固無稍異，關於賠償責任，如其職務行爲，爲適合於不法行爲者時，自其爲國家之行爲言之，固不問其究應受公法或私法之適用，然自其爲官吏之個人的行爲言之，則官吏自身非依民法負擔責任不可。

要之在官吏職務上之行爲，爲適合於民法上之不法行爲者時，官吏即已具備受民法適用之案件，其個人不能不對被害人任損害賠償之責。惟我民法僅對於由不法行爲所生之賠償責任，爲概括的規定，謂「因故意或過失而侵害他人之權利者，任賠償因此所生之損害之責。」而關於官吏之賠償責任，則別無規定，故除有特別規定外，關於官吏亦應解爲有該規定之適用，然須注意左列諸點耳。

(1) 不法行爲之成立，須其行爲之違法係對於第三人之關係者。如僅違反對於國家職務上之義務，則仍非對於第三人之違法也。欲其行爲爲對於第三人違法，須係違反法規之情形。蓋一切法規不僅在國家與官吏間具有效力，直接對於國民亦有效力，故違反法規，即係對於國民之違法也。

(2) 不法行爲，以因官吏之故意或過失者爲必要。在官吏因故意濫用職權或懈怠職務而侵害他人之權利時，官吏個人應任賠償之責固無待言。蓋此時官吏，係以其職權，作自己之私手段，自當任其全責故也。關於因過失之情形，其過失須爲法律上所不能容認之過失。民法雖僅曰「過失」，但其所謂過失，當然應解爲限於屬於對第

三人違反義務之過失，不得解爲有關於官吏職務之一切過失之意味。官吏之執行職務，授以解釋法令認定事實之權能，在此種權能範圍內雖其解釋或認定錯誤，就對於國家之關係言之，有爲義務違反而構成懲戒原因者，但就對於第三人之關係言之，則不得謂之爲民法上意義之過失也。何則，在其解釋權或認定權之範圍內所行之解釋或認定，縱令有誤，對於第三人，仍應認爲正當職務之執行故耳。因此爲官吏民事責任原因之過失，較之爲懲戒原因之過失，應特別從嚴解釋，非解爲祇包括以普通人之注意，則能避免之過失不可。

在戶籍法（四條）不動產登記法（一三條）及公證入法（六條）規定戶籍吏之市町村長，登記官吏及公證人之賠償責任，而就其職務之執行對第三人所加之損害，限於其損害係因故意或重大過失而發生者，始任賠償之責，然其趣旨並非對民法設法例外，不過明示一般原則於各個具體情形之適用而已，其無明文者，亦應同一論之。蓋關於戶籍事務，登記事務，或公證事務，絕無將其與其他國家事務之執行區別，而另定賠償責任之理由也。

## 六 官吏關係之變更

（一）轉官轉職 官吏有受命從某一官職轉任其他官職者，有於同一之官職內被轉補其他職務者，轉職，在原則上無須本人之同意，得以國家單方之意思命令之。惟推事有不違反其意思，而命其轉職之權利，而轉官則反是，決不能依國家之單方意思行之。在推事，檢察官，行政法院院長評事官，及會計檢查官等均有不違反其意思，而命其轉官之權利。（裁構七三條，行政裁判法五條，會計檢查法六條）即在一概文官，亦不得違反其意思，被轉爲

同等文官以下之文官（文官分限令六條）於此等限制之外，關於轉官雖另無限制之規定，但官吏非負有無限制之勤務義務者，僅可認為關於同種類之勤務，有所承諾而已，故如使武官轉任文官，行政官轉任司法官，教官，或技術官等不同種類之官職，乃於既存之義務外，命以新義務者，自需本人之同意也。至如執達吏或公證人等，祇負關於現在職務之勤務義務，而不得命其轉任，亦無容置疑。

（二）解職 官吏有保留其官吏之身分，惟免其職務之擔任者。其情形雖有種種，而最普通者，厥維休職。休職為一時休止職務之行爲，已受命休職者，即不擔任職務，從而不負以擔任職務為前提之義務，此外，則與在職者負擔同一之義務。休職期間，亦算入在官之年限中。休職，除特任官及其他有例外之規定者外，適用於一般文官。得命休職者，須區別因懲戒或刑事訴訟追手續之開始與其他之情形。官吏依懲戒令之規定，已交懲戒委員會審查，或關於刑事事件已被起訴時，（舊制關於刑事在被告訴或告發時即能命其休職，依昭和七年之改正限於依起訴始得以命之。）得命其休職。此時之休職期間，為其事件之繫屬中，隨事件之終了，或則當然免官，或則復職。其他情形之休職，乃因官制或定員之改正發生冗員，或因官廳事務便宜之必要時，得命令之，而此時之休職期間，高等官為二年，委任官為一年，在此期間內，得隨時命其復職，若經過該期間仍未受命復職時，乃為當然退官者。申言之，即此時之休職，實際上與授以一年或二年猶豫期間之免官有同一之意義，且係因官廳事務之便宜，得以行之者，故官吏殆等於無身分之保障，其結果每因內閣之更迭，事務官必大起變動，終陷於其弊不知所底之狀態，故依昭和七年之改正，規定因官廳事務之便宜而命其休職者，按其為高等官或為委任官，須分別經文官高等分限委員會，或

文官普通分限委員會之諮詢，（但已得本人之同意時得不經諮詢而命令之，）蓋務期不至濫用耳。命令休職，在簡任官由總理大臣奏請，依裁可行之，在薦任官，經總理大臣認可，由本屬長官行之。凡休職者受領俸給三分之一。（文官分限令）

文官分限令，不適用於陸海軍武官，推事，及官吏待遇者，固不待言，即特任官，公使，內閣書記官長，法制局長官，各部政務次官，各部參與官，內務部警保局長，警視總監，貴族院書記官長，衆議院書記官長，秘書長，推而至於檢察官，會計檢查官，行政法院院長，評事官，及陸軍法務官，海軍法務官等，亦概不適用之。此等官吏，有全無身分之保障，得隨時將其免官者，依特別之法律或勅令，保障其身分。要之在無特別之規定時，皆應解爲無休職制之適用。

關於官吏之分限有特別之法令規定者，爲會計檢查院法，行政裁判法，陸軍軍法會議法，海軍軍法會議法，地方待遇職員令，公立學校職員分限令，陸軍將校分限令，及海軍將校分限令等之規定。此等法令難一一具論之。此處惟就法院組織法，略而言之，該法，於推事保有其官，喪失職務之擔任時，有停職，退職，待命及職務停止之制。停職爲懲戒處分之一種，前已言之矣。退職，或因推事達一定之年齡，（大審院六十五歲，其他六十三歲）而當然發生，或依控訴院或大審院總會之決議，由司法大臣命令之，（裁構七四條，七四條之二。）退職者不受俸給，依恩給法，受領恩給。待命，係因法院之組織變更或廢止發生冗員時，一時免其服務以待補職者，待命中給以俸給之半額，待命由司法大臣命之。（裁構七五條）職務停止，爲懲戒裁判或刑事裁判之手續進行中，一時停止職務者，給以俸給之全額。（推事懲戒法四九條以下，裁構七八條。）

### 七 官吏關係之終了

官吏關係，除因官吏死亡外，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，有依官吏自身之辭任與依國家單方意思之區別。

(1) 依官吏自身之辭任者，普通謂之依願免官，乃依合意而解除官吏關係者也。官吏除法律上有就職之義務外，得隨時辭任，國家除因事務之便宜，或因懲戒及其他之必要，能於相當期間，暫時猶豫其免官外，不得拒絕其辭任。然官吏關係非依辭職，卽爲終了，須經國家批准，始發生效力，在尙未免官之前，官吏仍不得免除執行職務之義務。

(2) 依國家單方意思之免官，有懲戒免官與非懲戒免官之別。懲戒免官，適用於一切官吏，在武官無須別種手續得依勅裁爲之，在文官則依法令經過一定手續，始得爲之，已如前述。關於不依懲戒是否能違反官吏之意而將其免官，此隨官職之種類，而各不同。A. 終身官，有終身保有其官之權利，故除因刑罰或懲戒外，祇能令其離去現職，不得違反其意，而將其免官。在現行之制爲終身官者，爲推事，(法組六七條) 陸軍法務官，(陸軍軍法會議法三五條) 海軍法務官，(海軍軍法會議法二五條) 陸軍將校及將校相當官，(陸軍將校分限令二條一二條) 海軍將校，將校相當官，特務士官，豫備將校及豫備特務士官等。(海軍將校分限令二條四條) B. 與此有略相類似之身分保障者，爲會計檢查官，行政法院院長評事官及檢察官是也。此等官吏非終身保有其官者，在會計檢查官及行政法院院長評事官，因身體或精神衰弱不能執行職務時，得經會計檢查官會議或行政法院總會之決議，命

其退官；（關於會計檢查官退官法行政裁判法六條）在檢察官，除檢察總長年滿六十五歲其他年滿六十三歲退官以外，則有非依刑罰或懲戒不被免官之權利。（會計檢查院法六條二項，行政裁判法五條一項，裁構八〇條）  
C. 一般文官依文官分限令（三條）除出於本人之情願外，規定限於因不具殘廢或因身體精神衰弱不堪執行職務，（此種情形高等官須交文官高等懲戒委員會審查，委任官須交文官普通懲戒委員會審查）或因官制或定員之改正，發生冗員時，得免其官。D. 反之關於特任官，（推事檢察官，會計檢查院院長，行政法院院長，及陸海軍大將等除外）公使，政務官及準用之者，其地位則無何等保障，得隨時將其免官。

（二）失官及退官 官吏因一定事實發生，不須辭令，而法律上當然退官者，其情形有三：

（1）凡官吏被處死刑，懲役或禁錮之刑事，不用宣告，即喪失現任之官職。（刑法施行法三十條，舊刑法三三條）是謂之失官。

（2）除終身官及其他在特定之官職者外，一般文官於廢官或廢廳之際為當然退官者（文官分限令四條）依文官分限令，因有冗員，或因官廳事務之便宜而被命休職者，依休職期滿，為當然退官者。（五條）

#### 第四節 公共團體總論

##### 一 公共團體之法律上性質

我國現代之行政組織，除國家以自己之行政機關自行運用外，並於國家之下承認為法人之公共團體之存

立，使公共團體於國家監督之下，視爲自己之事業，而運用國家行政。採取此種主義，即以國家行政機關與公共團體相待，以全行政組織之系統，而公共團體亦於國家之下自爲行政權之主體者也。

公共團體，異於國家官廳，不僅爲國家之機關，且其自身具有存立之目的，被認爲有法律上之人格，換言之，卽一法人也。自其爲法人之點言之，雖與私法人具有共通之性質，然不若私法人單爲私目的存立，而爲公行政權之主體，故或稱之曰公法人。依我國法令之用語例，在行政法規則曰公共團體，在私法法典則曰私法人，然二者實具有絕端相同之意義。

關於公法人與私法人性質上之區別，學說不一致。(一)有求二者之區別於其目的事務之性質者，謂以公事務爲目的者爲公法人，以私事務爲目的者爲私法人。然公事務與私事務之區別，不在事務之性質，而在其主體。雖爲同一事務，若以爲國家或公法人之事務行之，則爲公事務，反之若放任於私人爲之，則爲私事務。例如國家所經營之郵政事業及市所經營之公立病院與私人所經營之運輸事業及私立病院事業，自其事務之性質言之，無所差異，皆爲公事務也。蓋因爲公法人，故其所行之事務，爲公事務，非以公事務爲目的，而後爲公法人耳。(二)有求二者之區別，於是否爲國家機關者，謂公法人乃爲國家機關之法人也。然機關之觀念與法人之觀念，適相反對。國家機關，自其立於機關之地位言之，原無自己之目的，乃爲國家之目的而存立者，故無法律上之人格；反之公法人則有自己存立之目的，被認爲有法律上之人格，不僅爲國家之機關而已。(三)有求二者之區別於其權能者，謂公法人之本質，在於其爲權力團體。然命令強制之權力，雖在國家亦僅爲遂行其目的之手段，而非其目的也。蓋國家除

行使權力外，尚有依非權力的設施，以增進公共福利及開發文化之目的，而關於此等非權力的設施，國家亦同為施行公之行政也固無論矣。至於公法人則以非權力的設施為其主要本分，權力僅在依情形受限制之範圍內承認之，決非不能或缺之要素也。(四)又有求二者之區別，於對於國家之義務者，謂公法人乃對於國家負有達成自己之目的之義務之法人也。公法人對於國家負如此義務，為其特徵之一，固非錯誤，然公法人與私法人互相區別之本質，究在其為公行政權之主體一點，蓋毫無所疑，與其求公法人之本質於義務，毋寧自權能方面求之。良以求其特色於義務，尚不得謂為已闡明公法人之本質者也。

凡法人之個性，均表現於其目的，目的不同，遂發生人格之差異。公法人與私法人之區別，亦非求之於其目的不可。公法人乃為國家的目的而存立之法人，在此點寓有其本質。所謂國家的目的，不僅係公益之目的，有自國家授與其目的之意味。私法人則為私目的存立，所謂私目的，乃指私人任意所定之目的，在社團法人，其目的由社員定之，在財團法人，其目的由捐助人定之，要之私法人常不外為遂行私人之目的者也。其目的雖或有與國家之目的相合致，國家視之為公益法人，而與以特別的保護或加以特別的監督者，然其目的，仍為私目的，而非國家的目的。反之公法人之目的，則淵源於國家，乃自國家所傳來的，國家自定其目的，設立法人，使遂行其目的。私法人之目的由社員或捐助人定之，而公法人之目的由國家授與之，此實為二者本質上之差異也。

要之公共團體，乃立於國家之下，由國家授與存立目的之法人也。

公共團體所以與私法人異其本質者，專在其存立目的乃為國家的目的，在其成立之初，公共團體有時雖非



無與國家無關，而依私人之任意設立者，證以歷史的事實如市町村，吾人頗能想像其在國家以前即有成立爲團體者；惟其於國家之下所以具有公法人之性質者，常基於由國家與以國家的目的，爲其存立之目的而承認之，因有其承認，其目的即成爲由國家所授與之目的，從而國家的法人，即得以爲公法人也。

所謂公法人爲具有國家的目的之法人，與所謂以國家的事業爲目的之法人，二者之意義不同。國家有時有以經營國家的事業之權利，授與於私人者，如後章所述公企業之特許是也。公企業之特許，對於行將設立之法人，亦得授與之，故私法人往往有以受特許之國家的事業之經營爲目的，而設立者。最著之實例，爲日本銀行及其他所謂特殊銀行，南滿鐵道公司，及東洋拓殖公司等，而其他一切私設鐵道公司，及以經營私立大學爲目的之財團法人等亦屬於同一之例。此等皆以國家的事業之經營爲目的，從而在各方面多有與公法人類似之特徵，但究非公法人耳。其所以異於公法人者，專在於公法人之目的自身，係由於國家所授與者，反之此等法人之目的，則在達成社員或捐助人之目的，惟其事業，受國家之特許而已。其所經營之事業，雖有國家的性質，但其事業之經營，乃私人所定之目的，爲私目的而存立之法人，就此點言之，尙不失爲私法人也。

另一方面，公法人所經營之事業，亦不必皆係與私人能經營之事業異其性質也。縱令在事業之性質上，全然與私人之事業同其性質，但國家若自己設立法人，令其以經營該事業爲其存立之目的時，仍不失爲公法人也。例如耕地整理事業，在爲私人事業而施行時，固僅爲私事業，但其以耕地整理事業爲目的之法人之耕地整理組合，則有公法人之性質也。

## 二 公共團體之法律的特色

公共團體，因其係爲國家的目的而存立之法人，故與私法人有種種不同的法律上之特色。而其特色依公共團體之種類，頗不一致，就中有如市町村具備一見而知其非私法人之種種特徵者，亦有如多數之公共組合殆與私法人不異其權能者；然自一般言之，其爲公共團體所共通之法律上的特色，大要能列舉左列諸點：

(一) 其目的係依法律所定者 公共團體之目的，原由國家授與，其結果公共團體之目的，必以法律特定，不得依法人之定款而任意左右之。私法人之目的，則以依法人之定款而定，非以法律特定之爲原則。有時關於私法人雖亦間有依法律設定關於其目的之規定者，(例如產業組合法) 惟此僅爲對於因特定之目的所設立之法人，加以一定的保護，限定其目的，以爲保護之條件而已，並非因此授與以目的也。故依法律規定目的之法人，雖非常爲公法人，然最少仍不失爲區別公法人與私法人之一特徵。法人，依法律特定其目的，且其目的認爲有國家的性質時，則常爲公法人也。

對於公法人之目的，常依法律特定之原則，其唯一例外，如依二以上之公法人所構成之聯合的公法人是也。聯合的公法人，其自身雖爲一公法人，然係二以上之公法人共同達成其目的者，故其存立之目的，非直接由國家所授與，乃自構成聯合的公法人之公法人所授與者。換言之，即間接於國家有其淵源而已，爲直接依公法人而定其目的者，故其目的不必依法律特定得依其定款而定之。(例如一部事務之市町村組合，以組合規約定其目的是也。)

(二)其設立係依國家之意思者 公法人既由國家授與其目的，故非依國家而設立之不可。惟聯合的公法人，非直接由國家授與其目的者，不過間接於國家有其淵源，故有由公法人任意設立，僅得國家之同意者，然在單一的公法人，則必以國家的意思為其設立之要素耳。然此亦非謂公法人之設立，全不許私人參加。設立之準備行為有在某限度內，使私人為之者，尤其在社團法人，大都使其社員資格者參加設立，但決定其設立之最後行為，恆依國家之意思行之，無論何時亦無依私人之任意而設立者。反之私法人之設立，原則上為私人之自由，國家惟使其不致妨害公益，以監督之而已。有時私法人之設立，雖亦有需要國家之認可者，然此認可，僅為基於監督權之補充的意思表示，而非設立行為。對於私法人設立之認可，不過為避免妨害公益之監督行為，苟無害於公益，則須與以認可，換言之，即此為法律上之羈束行為也。決定公法人之設立，乃為國家之目的者，故國家有自行決定應否設立之自由，故為自由裁量之行為也。對於公法人設立須基於國家意思之原則，其唯一例外，厥維已經設立之團體，依法律承認之為新公法人之情形。自其設立之初言之，其成立固與國家之意思無關，然仍具有公法人之性質者，因係基於國家之意思，而其存立亦可謂為具有國家意思之基礎者也。

(三)係在某種範圍內授與國家的公權者 公法人乃為國家的目的而存立之法人，故為遂行其目的起見，通常於某種程度內，授以一般私法人所不能享有之公法上之特權。公法人享有之特權，依其種類而甚相懸殊，聞嘗雖有授以國家之統治權力者，惟此非公法人之必然要件。至於公法人究在何種限度內與私法人異其權能，則一依法律之所定。

所授與公法人之特權，最普通者，得列舉兩點：一爲社員之強制也。通常在私團體，社員有加入或退出團體之自由。反之在公共團體則不問爲地方團體抑爲公共組合，其團員之加入或退出，頗不自由，在地方團體之下，凡在其區域內有住所者，當然爲其團員，在公共組合之下凡具備一定之資格者，通常亦須當然加入，而不許任意退出。然在私法人則從未見其例耳。一爲對於社員之經費徵收權，認爲公法上之權利，對其不繳納，且承認能以行政上之手段爲強制執行之權利也。私法人雖亦能向社員徵收經費，但其權利屬於私權，對其滯納，僅能依民事訴訟，而強制執行之。承認依行政手段之強制執行之權利，乃得以證明爲公法人之一特徵也。

雖然，此等特權皆非一切公法人所必然相伴之性質也。多數公法人有祇關於經濟的活動，有其權利能力而已，於社員之關係，不授與特別之國家的公權者。至少關於法律無特殊規定之事項，公法人與私法人究非異其法律上之權能者。故以公法人與其團體員或第三人之關係常爲公法的關係者，非正當之論也。國家與國民之關係，其具有私經濟的性質者亦爲私法規定所支配。而公共團體，較之國家受私法規定支配之傾向，更爲強固，在國法特別授與私法人所不能有之公法上特權之範圍外，公共團體，亦爲與私法人同受民法及其他一般私法規定之適用者也。

(四)係負擔遂行其目的之義務，而無解散之自由者。公法人乃爲國家之目的而存立，其結果，必然對於國家負有遂行自己存立目的之義務，又其存立，爲法律上之必要，因而負有不得任意解散之義務也。私法人既爲私目的存立，故能否達其目的，直接與國家之目的無關，國家自無對其目的之遂行，命其爲團體的義務之理由。反之

公法人之目的事務，則為國家之目的事務，故其事務之成否，直接與國家之目的攸關，從而國家當然非使公法人負遂行其目的之義務不可。其結果，私法人得依自己之決議，而任意解散，反之，公法人則無解散之自由，至少其解散必需國家之同意，而其存立為法律上之必要者，又為區別公私法人之一特徵也。

(五) 係服於國家之特別監督者 公法人因其為國家的目的而存立，故常服於國家之特別監督。對於私法人，國家祇監督其行動，使其不違反法規及妨害公益而已，反之對於公法人，則將其置於國家之特別監督之下，非特消極的防止其法規之違反或公益之侵害，且積極的，為助成其目的之遂行，而加以監護的監督也。

### 三 公共團體之種類

公共團體，得依其組織與權能分為若干種類。

(一) 基於組織之公共團體之種類 依組織，公共團體得區別為(1)地方團體，(2)公共組合，及(3)營造物法人三種。

(1) 地方團體 地方團體，為地域團體之一種，此與國家同其性質。地域團體，乃公法人所特有之形體，私法人中無與此相當者，故具有地域團體性質之法人，即可依此直接斷定其為公法人。民法上認為有私法人之形體者，惟社團及財團兩種，而地域團體，既非社團，亦非財團，謂另具一種形體，以一定地域為其存立之基礎，凡在該地域內居住滯留者，由其居住滯留之事實，當然為該團體之一員而服從其支配者也。地方團體，乃在國家以下之地域團體，以國家領土之一部為其自己之地域，對於該地域內一切人民，於國法認許之範圍內，為地方公共福利計，

有支配人民之權利之團體也。此非由限定之一定社員所構成，而係凡在其地域內之一切人民，均屬於其支配之下者。自此點言之，故與社團法人有別。又地方團體雖有定住民為繼續的所屬員者，然受其支配者，不限於住民，即一時滯留者，在其滯留中，亦同樣受其支配。

地方團體，以一定地域，為其構成要素，此點具有與其他一切法人相異之特色。其地域為團體權利之目的物；恰如國家在其領土上有所謂領土權然，地方團體，在其地域之上，具有自國家傳來之支配權。關於公共組合例如耕地整理組合，以關於土地事業為目的之法人，雖其成立限於一定之地域，但公共組合之地域，祇為經營其事業之區域，非在其地域上有地域的支配權，來其地域內之一切人民，當然在其支配之下者。蓋公共組合之權力，僅能對組合員行使，專為對人的支配權，而非地域的支配權也。

然所謂地方團體有地域的支配權者，非有能行使命令強制之權力之意味。地方團體，究在何種限度內，有如此權力，應依法律之所定，就中有全然無其權力，僅有關於財產權之權利能力者，例如市町村內之財產區是。惟其財產上之行為，對其地域內之一切人民有拘束力，然在此限度內，可謂等於，有地域的支配權耳。

地方團體之地域與國之行政區劃，二者之性質不同。國之行政區劃，僅為國家官廳之管轄區域，其制定及變更，更得基於官制大權以勅令行之；反之地方團體之地域，則為其權利之客體，而法人之權利，僅依法律得以規定，故其地域之制定及變更，僅依於法律，或至少須依基於法律之行政行為，始得為之。國之行政區劃之變更，祇為官廳權限之變更，不發生權利之繼承，反之地方團體之地域變更，則關於其財產權，企業權或其他權利，而需要適當之

變更，故常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別。前者例如府縣、市町村等是，謂非由二以上團體之聯合而成，其自身爲單一之法人也；後者例如市町村組合及府縣組合是，乃由二以上地方團體之結合而成之法人也。雖在單一地方團體，亦有如府縣之包括多數市町村，如東京市之包括多數區者，惟此等皆惟其地域包括多數地方團體之地域而已，非此等多數團體之結合體也。複合地方團體爲二以上地方團體之結合體，加入其結合之團體，爲其構成分子，以團體而構成其機關，故與單一地方團體不同。

(2) 公共組合 公共組合，爲公社團法人，依一定社員之結合而組織之，自此點言之，與民法上之社團法人，同其性質，二者之區別惟在其目的係國家的目的而已。社員或由任意加入，或依法律上當然爲其社員，而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，而爲一種特別權力關係，非如地方團體與其權力服從者間基於居住滯留之事實所當然發生之關係也。

公共組合，非地域的團體，而爲純然之人的團體。地域團體，在私法人中絕無其例，一切地域團體，自其構成上，已能斷定其爲公法人；反之公共組合，則與民法上之社團法人同其構成，而法人之目的，是否爲國家的，往往有難以明瞭者，然關於此種法人，屢發生爲公法人抑爲私法人之疑問，得爲推定其爲公法人之根據者，有下述諸點：

(1) 其目的依法律特定，而不得以定款任意定之。(2) 其設立行爲，最少關於最後之決定，須依國家之意思行之。

(3) 社員之加入及退出不自由，凡具有一定之資格者，法律上當然爲其社員。(4) 關於其經費之徵收，承認行政

上之強制徵收之手段，(5)關於其目的之遂行，須服從國家之特別監督等是也。

公共組合亦有單一公共組合與複合公共組合之別，多數公共組合，均認為得由二以上之組合互相聯合，而共同達成其目的也。

(3)營造物法人 營造物法人，乃公財團法人也。所謂財團法人，係無一定之社員，以因特定目的所提供之財產為手段，依提供財產人之指定，所選定之機關，以遂行其目的之法人。財團法人固非財產之集合體，其法律上之人格，僅為人類之目的，得承認之，非以財產之自體能具有人格者，故財團法人亦非為人類之目的而存立不可。在私財團法人，其人格乃為捐助人之目的而承認者。即捐助人指定一定之永續的目的而提供財產，為使其與自己之人格分離在其死後亦能永久遂行其目的起見，於是設立法人，另使所選定之機關，以遂行其目的耳。營造物法人，亦為財團法人，自此點言之，二者之性質相同，惟自其人格乃為國家之目的而承認之，非如法人之目的於國家有其淵源之點言之，則究異其性質也。然國家與私人不同，其自身為永續的團體，故為遂行其目的罕有與其人格分離而別設財團法人之必要，因而公財團法人，其實例甚少。我國法上普通稱為營造物，有為國家或地方團體的事業而經營者之意味，因此被認為獨立的法人人格者，殆無其例。如學校，郵政，鐵道，儲金，簡易保險之類，皆以為國家之事業而經營之，為其權利之主體者為國家，非營造物自身為法人也。為法人的營造物，僅於為該種事業，認為有與國家或地方團體之分離獨立的法人人格時見之。所以承認其法人人格之主要目的，在使就該事業之經營，與政府或議會獨立而自治的行之耳。現存之實例，惟神宮及神社而已。



(二)基於權能之公共團體之種類 公共團體依其權能得分爲主動的團體與受動的團體，或有介在二者之間者。

(1)主動的團體者，謂具有自治的權能之團體也。即團體不受他之支配，而有自行選任機關，依自己固有之機關，以構成其意思之權能者也。自嚴格的意義言之，自治團體之稱，惟此種團體足以當之。蓋團體之意思非自外部授與，乃自團體之內部發生者也。

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構成之，故通常以社員總會或社員代表會議，爲議決機關，其理事機關亦由社員中選任之。換言之，即其所有之機關，通常概依團體員構成，且認爲有完全意義之自治權也。在地方團體，僅有市町村爲完全意義之主動的團體，其議決機關及理事機關，同自團體之內部產生。

(2)受動的團體者，謂無自治的權能受他之支配之團體也。團體之機關，自外部授與，無自行選任之權，團體之所屬員，無自行構成團體意思或參與其構成之權。即團體之意思乃自外部授與，而團體僅爲保有財產，負擔費用者也。屬於此種團體者，爲營造物法人及地方團體之一部。營造物法人，因無社員，故其意思，必自外部授與。地方團體中之殖民地地方團體，就中亦有具有如此性質，其理事機關由國家之官吏充當，而無議決機關，僅有所謂諮詢之機關者。(例如臺灣之州，及街莊，朝鮮之面)若以團體所屬員自己處理公共事務爲自治團體之要素，則此等團體，非合於此種意義之自治團體也。

(3) 介在二者之間者，謂團體之機關，一部分自內部發生，一部分從外部授與者是也。地方團體中，北海道及府縣均具備此種性質，在此等團體，其議決機關，雖由住民公選，而其理事機關，則以國家之官吏充當之，換言之，即為半受動的團體也。在公共之組合中，亦有其理事機關由國家任命，（例如水利組合，水利組合法三三條）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，（例如農會）在此限度內，而難以受動的分子者。

#### 四 自治行政之觀念

公共團體之觀念，與自治行政之觀念互相關聯。在現代統治組織之下，關於中央政治，以設立國民代表機關之議會制度，參與政治，同時關於地方行政，以事之純與地方利害有關與國家全般之利害無直接影響者，務使地方人民自行處理或至少務使之參與為本則。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，使之為行政權之主體。即承認公法人之存立，通常同時即係使人民參加行政之場合也。雖然此二者，不必常相一致，以故自治之觀念，終至發生兩種意義。

依照本來之意義，自治，為對於官僚政治之對待詞，與民衆政治，同其意義。即不依國家之專任官吏而支配之，有人民自行處理有關於其利害之公共事務或最少參與該事務之意味。此種意義之自治，不僅關於地方的利害之事務，即關於國之中央政治，亦能存在，且不僅行政為然，關於司法，亦能行之。國會制度，乃國家政治自治制之最顯著者，其他如依所得稅法由人民公選所得調查委員，亦出於同一之旨趣。關於司法之陪審制度，亦同為自治之

機關也。雖然自治一語，其主要用法，乃關於地方的行政者，或謂之曰地方自治。地方自治云者，乃盡量使地方人民，自任地方的公共事務之處理之意味也。此種意義之自治制度之發達，與國會制度同以近代民衆之政治的自覺爲其主要原因，所以努力排除他之支配，而應民衆利益須由民衆自己主張，自己管理之要求者也。

然此種意義之自治，以其法律上之形態至不一致，故不能視爲法律上一定之制度。從而得稱之爲政治上的意義之自治。

依照法律上之意義，自治乃公共團體於國家監督之下，自行處理其事務之意味。蓋當使人民自行處理或參與地方的公共事務時，通常係使其組織地域的或組合的團體，承認該團體有權利能力，以執行公共事務，爲屬於該團體之權利，使該團體保有自己之財產，以自己之費用，進行其事務者也是。故自治之觀念自其本來政治上之意義，一變而用爲此等團體行政之意味。換言之，卽此種意義之自治行政，乃用爲國家行政之對待詞，有專指公共團體行政之意味也。

以上兩種意義之自治行政，其範圍各不相同。一方有爲公共團體之行政，專由國家所設之官僚處理之，而絕不容民衆參加者。例如府縣之行政在其專屬府縣知事權限之限度之內，爲純然的官僚政治，毫未加入民衆政治之要素；從而自政治上之意義言之，固非自治行政，惟其爲公共團體之行政，故以法律上之意義言之，仍爲自治行政也。至於殖民地之公共團體，則有僅依國家之官吏，處理其行政，殆未參雜民衆政治之分子者。他方，有加入民衆的要素，而在法律上屬於國家行政，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，固爲國家

之行政，但以其非依國之官吏處理，而依人民所選舉之機關處理之，故自政治上之意義言之，尙可謂之爲自治行政。

政治上之地方自治制度之本旨，在矯正極端的中央集權之流弊，一面用以減輕中央政府之負擔，一面使中央政府之勢力，不直接及於地方的行政，使地方行政不因內閣之更迭而直接受影響。同時以地方的行政使利害關係最深之民衆自己擔當之，因此使人民慣於政治，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。

### 第五節 現行地方自治制之梗概（一）

#### 一 概說

地方自治制度，在明治維新以前，已略有町村之實，卽就自治機關觀之，有自中古遺傳之五人組制度，而莊屋、名主等町村之吏員，亦概自町村人民中選任，以之處理町村行政事務。維新後，尙暫時維持此種狀態，至廢藩置縣後，雖將莊屋、名主等廢止，而設立正副戶長，但在町村，仍存自治之實，依舊習，承認其爲財產權之主體，且認其有以自己費用處理其公共事務之權。雖然地方自治制度，能具近代化之形態者，蓋始於明治十一年七月府縣會規則及地方稅規則之發布，使各府縣組織府縣會也。府縣會之創設，實爲我國民選議會之原始，而爲國會開設之準備計，遂先開地方議會，藉以使人民漸次習慣政治。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，全國設三十餘區，其他則分爲郡，郡下復區劃町村。區及町村，地方長官得依地方狀況設置，區町村會，以議決區町村費；嗣於明治十三年四月，設區會町村法，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而公布之。先是議決憲法之制定也，政府認爲有與立憲政治相符，而完成地方自治制之必要，乃使參議山縣有朋，主當調查之任，至此遂經元老院之議決，以勅裁公布之。自翌年四月起，漸次施行之於各地方。其次在二十三年五月，制定府縣制及郡制，亦次第將其施行之於各府縣。即地方團體爲府，縣，郡，町，村之三級或府縣，府之二級，令各就其地域之行政，有自治權也。

府縣及市町村，在府縣制市制及町村制之施行以前，已有自治組織之基礎，認爲公法人；反之，郡在郡制施行之前，則僅爲單純之行政區劃，即在維新前，亦未嘗有自治組織，直至依郡制之施行，始認其爲公法人耳。雖然在郡制施行之後，其爲郡之事業而經營者甚少，以郡爲自治體，維持地方團體之三級制度，果否適切，自昔卽有爭持；政府屢向議會，提議廢止郡制，雖經衆議院之贊成，然常依貴族院之反對卒至不決，結果，於大正十年第四十四次會議，得兩院之同意，遂於同年四月，以法律六三號規定郡制之廢止，自大正十二年四月一日起，開始施行。於是郡爲地方團體之性質完全喪失，而內地之地方團體，原則上一律成爲府縣與町市村之二級制度。

市制及町村制，其後屢有改正，就中以明治四十四年，大正十年，大正十五年及昭和四年之四次改正爲最重。府縣制亦屢有改正，於明治三十二年，係全部改正，後大正三年，大正十一年，大正十五年及昭和四年，又各有一部之改正。

市制及町村制，其始不施行於北海道，沖繩縣及特別指定之島嶼，得另以勅令，規定特別制度，故特定北海道區制，北海道一級町村制，北海道二級町村制，沖繩縣區制，沖繩縣及島嶼町村制，以施行之；惟自大正十年五月以來，沖繩縣亦施行普通之市制及町村制，從而沖繩縣區制遂喪失其效力，改稱沖繩縣及島嶼町村制爲島嶼町村制。同時北海道區制亦於大正十二年廢止，改從來之各區爲市，開始施行市制。凡島嶼中不施行普通之町村制者亦漸次減少，現時惟有東京府之小笠原島，伊豆七島及千葉羣島之一部耳。

在東京，京都，大阪三市，於明治二十二年定有特別市制，設對於普通市制之特例，不置公選之市長及市助役，使府知事及書記官執行其職務；因市民之反對，至明治三十一年，遂將特別市制廢止，迄今此三市仍爲施行普通之市制者。

## 二 市町村之性質及構成

(一) 概說 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。市制爲一切市所共通施行者，惟對於東京，京都，大阪三市有若干之特例。市制從來不施行於沖繩縣及北海道，其與市相當者則以區稱之，另定沖繩縣區制，北海道區制以施行之；而沖繩縣區制及北海道區制則於大正十年及大正十二年同行廢止，因改稱從來之區爲市，以施行市制。町村制從來亦不施行於沖繩縣，另有沖繩縣及島嶼制町村之規定；至大正十年廢止其特例，使沖繩縣之町村，亦依町村制。在內地尙承認特例者，厥維北海道及島嶼地之町村，北海道有北海道一級町村制，及北海道二級町村制之規定。島嶼又有島嶼町村制之規定，而各自施行之。至於小笠原島及北海道二

三邊陲之島嶼，尙有未完全施行自治制者。

市與町村，在認郡爲行政區劃時，其制度迥異，尤其市在郡之區域外，直接受府縣知事之監督，而町村在郡之下，受郡長之監督，爲二者絕大之差別；依大正十五年，郡長之廢止，此種差別不復存在，町村亦同爲受府縣知事之監督者；又依同年市制之改正，關於市會之選舉，改二級選舉制爲與町村會相同之平等普通選舉制，又在衆議院議員選舉法，從來採市爲獨立選舉區主義，及大正十四年選舉法之改正，將市與町村通定爲選舉區，結果，兩者在制度上之差異，因此顯然減少，迄今，成爲兩者重要之差異者，祇能列舉下列數點：即（1）市，於市會之外尙有參事會；反之町村之議決機關，則祇有町村會。（2）市長，原則上爲有給吏員，而町村長原則上爲名譽職吏員。（3）市得設置市參與。（4）市會自議員中選舉議長，而町村會則以町村長爲議長等是也。

市與舊制之區相當。依明治十一年郡區町村編制法，以三府五港及其他人口輻輳之地爲區，大都會則特分之爲數區；及市制發布，乃改從來之區爲市，其一都府而分爲數區者，則以一市統一之，以施行市制。從來之町村，因人口增殖，具都會之形式者，亦多改爲市。改町村爲市，則依新設市府之例，從廢置分合之規定，由內務大臣決定之（惟就其性質言之，改町村爲係，祇市制度之變更，而非團體之新設，同一法人僅異其支配之法律者，非廢置分合之一種也。）

反之，町與村二者，惟名稱不同，完全立於同一制度之下。從而改村爲町，或改町爲村，均與變更名稱，採同一之手續。凡市町村有一定傳來之名稱者，不得任意變更之。其名稱之變更，在市須經內務大臣，在町村須經府縣知事

之認可。(市制七條町村制五條。)

(二)市町村之區域 市町村爲地域團體，故以一定地域爲其第一構成要素。在法律上稱之爲市町村之區域。市町村之區域，爲蹈襲舊日傳來之區域，除以法定手續變更外，不因新制度之施行而有所變更。卽在郡區町村編制法下所規定之區町村之區域，乃爲今日市町村區域之基礎，而郡區町村編制法，又係依據從來之區域者，故關於其區域有疑義時，結局祇有追溯於幕府時代耳。

於市町村之境界不明時，其確認之權限，第一審爲府縣參事會，第二審及終審爲行政法院。其手續，有兩種區別。一爲於二市町村間之境界爭議，由其任何一方申請府縣參事會裁定之情形，一爲非爲爭議發生，由府縣知事交府縣參事會決定之情形。法律雖稱前者爲裁定，後者爲決定，然其性質無殊，同爲確認行爲，無論何時凡有不服之市町村或府縣知事，得向行政法院起訴。

變更市町村區域之手續，有廢置分合與境界變更之別，前者發生團體之新設或廢止，有吸收併合，新立併合，分立及分割各種情形；後者則無關團體之存廢，惟對於境界加以變更而已。二者均依國家之決定，關係市町村僅有陳述意見之權。市町村之區域，同時爲確定府縣區域之基礎，故遇府縣境界下之市町村區域有變更時，府縣區域亦當然變更。

關於因市町村區域變更所生之法律效果，有下述諸點：(1)對於其財產，須有適當之處分。市町村之財產，市町村住民對之有共同受利益之權利，故因其區域之變更，因而住民之範圍有變動時，對其財產，亦須加以適當之



變更，乃事之當然者也。在市町村之併合時，問題尙比較簡單，其財產亦當然併合，此時若關於財產之併合，協議不諧時，有將舊町村爲財產區，以保有其從來原有財產之方法。在分立、分割，或境界變更時，其財產亦應就之爲適當之分配。關於一切市町村廢置分合或境界變更時之財產處分，法律規定須徵求關係各市町村會之意見，經府縣參事會之決議，而由府縣知事定之。關於其處分之標準，法律雖無何等規定，然得以參酌住民之人口及納稅額而定之耳。府縣知事之決定，對關係各市町村有拘束力，如市町村有不服時，除向內務大臣訴願外，別無可爭之方法。財產處分，應解爲不限於私法上之財產權，關於公物之權利亦包括在內。(2)當屬於市町村所經營之事業，或市町村長所擔任之國家行政事務，亦有廢置分合時，即當然發生繼承。有時有需要適當之分割者。在境界變更時，或則需要分割；在廢置分合時，以屬於該地域之新市町村，承繼其事務爲原則，其地域難依據時，則由府縣知事，定其事務之限界，或指定應繼承之市町村；而在境界變更於其事務亦需分割時，關於其事務之繼承，依府縣知事定之。(3)在廢置分合時，其機關亦當然發生變動。已消滅之市町村，其機關當然喪失其地位，新設立之市町村，須從新選任其機關。在後種情形，至其機關之組織時止，監督官廳，須選任臨時代理人，或派遣官吏，使掌管其職務。在由來存續之市町村，雖不必發生機關之變動，但在人口顯然有增減時，得經監督官廳之許可，增減議員之定數，其增員時，須舉行增員選舉，其減員時，則依抽籤法解任及因議員中之區域變更而喪失公民權者，喪失議員之職。(4)依廢置分合所消滅之市町村，其收支自消滅之日截止，由爲其市町村長者決算之。(5)廢置分合或境界變更，對於市町村條例效力之影響，依條例之內容，而不一致。關於特定事業或財產之條例，不依爲其事業或財產主體之市

町村消滅而當然失其效力，事業或財產同被繼承，繼承之市町村條例當然繼續其效力。其他一般市町村條例則應解為隨市町村之消滅而喪失效力。

在市町村區域內之大字，小字或市內町之區域及名稱，原則上雖仍依舊來之傳統，然遇有特別理由時，市町村亦有變更之權。

全國所有之領域，除市町村制不施行之地，海域或人跡未至之深山外，以必屬於市或町村為原則。海域是否屬於市町村之區域，雖不無疑問，但在實際上行政之處理，市町村之區域，視為不包含海域；依海面之填築，發生新陸地時，其陸地為所屬未定地，須依行政行為將其編入市町村區域。但雖為海域，而直接連續於陸地，在社會通念上，認為當然屬於其勢力範圍之區域，則應認為包含於市町村區域之內者也。

(三)市町村住民 市町村，一面為地的團體，同時又為人的團體，而以一定範圍之人民，為其構成員。為市町村構成員之人民，稱之為市町村之住民。住民之資格，依有住所於市町村區域內之事實發生。我國國法，關於住民資格不採用依特別行政行為授與制度，亦不採用特別公簿登記制度，專依在其地域內有住所之事實，在法律上，認為當然取得住民之資格。住所者，與民法上之住所相同，有生活本據之意味，以繼續定住之意思與其事實為要素，每人以一個住所為限。住所依各人之任意定之，除依法律外，不受限制，故市町村對於任何人，不得拒絕其為住民，或限制之。住民之資格，無分日本人與外國人，同時亦無年齡、性別、行為能力等之差別。

由住民資格所生之法律上之效果，主要之點在於為公民權。（得參加地方團體選舉之權利）之基礎，即非

住民，則普通不授與選舉權及被選舉權。此外關於住民之權利義務，法律尙有規定，曰「市町村住民，依本法有共用市町村財產及營造物之權，有分任市町村負擔之義務。」（市制八條町制六條）所謂財產之共用者，即市町村有財產所生之利益，市町村皆能平等享受之意，所謂營造物之共用者，亦不外指市町村民能平等利用供公共利用之公設備而言。此等權利自正確之意義言之，不但不能稱爲權利，且亦非住民特有之利益。惟至少對於住民，須以平等之條件，使能普遍受其利益，若對於一部分住民行使拒絕則爲違法但依舊習，住民中一都分特有使用之權利者，則不在此限。負擔之分任，亦非住民特有之義務，其一時滯留或於市町村內有土地、建築物或營業者，均負有同一之義務。從而此等權利義務，究不得謂爲基於住民之資格而發生者也。

（四）市町村公民 市町村住民中有參與市町村公務之權利義務者，謂之市町村公民，爲公民之資格，謂之公民權。

（一）公民權發生之要件 公民權發生之原因，須分爲三種。即 A. 基於住民之事實；在法律上當然發生者，B. 依行政行爲所授與者，C. 基於職務而發生者是也。

A. 市町村之住民，因具備一定之資格要件，在法律上，當然爲市町村公民。此乃市町村公民之最普通者也。公民權之要件，最先除須二年以來，對於該市町村完納直接稅外，更以完納地租或年額二圓以上之直接國稅爲要件。因大正十年之改正，將國稅納付之要件削除，僅以二年以來完納直接市町村稅爲已足，復隨衆議院普通選舉制之採用，依大正十五年之改正，削除此種條件，結果認爲無須對於國稅與市町村稅之納稅資格。此外，

最初之法律，尙以構成一戶爲其要件之一，至明治四十四年，改爲營獨立之生計者，更於大正十五年，將此要件一併撤廢。依據現制，關於市町村之公民權，爲反於從來之限制選舉制，而採用男性普通選舉制者，公民權之要件，大體與衆議院選舉權之要件相同。惟市町村之公民，特別須係與其市町村有繼續之關係者，故僅在以二年以來爲其市町村住民之資格一點，較之衆議院之選舉權，其限制略大。依現行法，凡爲帝國臣民，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，除有法定之缺格原因（a. 禁治產者，準禁治產者，b. 破產未得復權者，c. 因貧困至生活受公私之救助或扶助者，d. 無一定之住居者，e. 犯某種罪者）者外，皆爲其市町村之公民。（但現役軍人或準用之者不得參與公務。）換言之，卽因具備此種資格，更無須何等行爲，法律上當然爲公民也。

B. 二年以來爲其市町村住民之年限之限制，得俟市町村會之決議而特免之。卽自其爲市町村之住民後，雖尙未經過二年，而爲現在之住民者，亦得特別授以公民權也。然以現在之住民者爲限，固不待言，對於非住民者則不得授與之。

O. 在有給市長，有給市參與，市助役，有給町村長，有給町村助役，市町村收入員及副收入員之職者，於在職守基於其職務，當然爲其市町村之公民。非住民而能爲公民者僅有此種情形。此等人在其住所地之市町村，亦有爲公民者，故此際發生同一人同時爲兩市町村公民之情形。

(2) 公民權之效果 從公民資格所發生之法律上效果有下列三點：A. 選舉權。公民，有參與市町村選舉之

權利，但其權利，須在選舉人名簿登錄，始得行使。公民所能參與之選舉，第一雖為市町村會議員之選舉，然此外如於市町村內之區有區會之設立時，則亦有區會議員之選舉權。其設置全部事務之町村組合時，組合會議員之選舉權亦同。關於一部事務之市町村組合，組合會之組織，因以組合規約定之，故其選舉權不必屬於公民。此外依府縣制，府縣會議員之選舉，亦有伴隨市町村之公民權者。B. 被選舉權。市町村公民除有特別之缺格原因者外，有被選舉與市町村名譽職之資格。市町村之名譽職為市町村會議員，區會議員，名譽職吏員，委員，選舉立會人及投票蒞場人。市町村組合會議員，亦準用之。又市町村公民依府縣制有府縣會議員之被選舉權。C. 名譽職擔任之義務。市町村公民在當選為市町村名譽職時，負有擔任其職之義務。此種義務非如兵役義務之強制的服役義務，有正當理由時得辭卻之，但若無正當理由而辭卻時則不免受制裁也。

(3) 公民權之停止及喪失 市町村之公民無正當理由而辭卻名譽職之當選，或就職後辭職，或曠廢職務時，得依市町村會之決議，在一年以上四年以下停止市町村之公民權。在何種情形，能認為有正當理由，法律一部分自行明示其事由，一部分則任於市町村會之認定。在不適合於法律所列記之事由，且於市町村會亦不認為有正當之理由時，市町村得科以此種制裁。但其決議當然須在有其事由後立即為之，無何等之發議而經過相當之期間時，於緘默中應認為已承認有正當之理由，至後日，不得決議之。又在市町村會，一旦為公民權停止之決議時，除依訴願或行政訴訟取消者外，市町村會自身，不得解除其停止。對於公民權停止之處分，得訴願於府縣參事會，對其裁決，得由本人，市町村長或府縣知事提起行政訴訟。在其確定以前，停止處分之執行。

公民權因缺格事由之發生，即受禁治產，準禁治產及破產之宣告，因貧困至生活受救助，或因法定刑罰之確定及移轉住所於市町村外等情形而喪失。現役之陸海軍軍人或當戰時事變而被召集者，雖非喪失公民權，然不得行使之，故發生與喪失同一之結果。依關於選舉之犯罪而受處罰時，因衆議院議員選舉法罰則之準用，在一定期間仍能停止選舉權及被選舉權。

### 三 市町村之機關（其一）市町村會及市參事會

市町村機關之重要者，爲其議決機關之市町村會與理事機關之市町村長。在市府於二者之外，尙有副議決機關之市參事會。在有特殊事情之町村，則不置町村會，得以公民總會代之，町村總會之設立，由府縣知事定之。町村總會之權限，與町村會無異。

（一）市町村會之組織 日本之市町村會，乃市町村住民之代議會也。其選舉，在市制町村制施行之初，係倣效普魯士制，採用等級選舉之方法，以市分三級町村分二級爲原則，例外准許町村以條例設置特例。依大正十年之改正，市制雖仍舊，而等級則加以改定，在町村，原則上廢止舊制，採平等選舉之制，不過例外認其得，以條例，採取與市同一之制度而已；更依大正十五年之改正，遂完全撤廢等級選舉制，不問市與町村，一律實施平等普通選舉制。

關於市町村會組織之現行制度，其概要如左：

（1）選舉權 凡市町村公民，皆有選舉權。但公民權停止中之市町村民或現役軍人與準現役軍人者則無

之。在舊制，除公民之外，凡最多額納稅者，無論其爲女子，未成年人，或法人，皆得有選舉權，依大正十年之改正，而廢止之。

爲能行使選舉權，須登錄之於選舉人名簿。選舉人名簿，從來採每屆選舉製作主義，因大正十五年之改正，改用隔年製作之制，於每年九月十五日，由市町村長製作之，自十一月五日至十五日，提供衆覽，以十二月二十五日確定之，至翌年十二月二十四日繼續有效。故自九月十六日起迄翌年九月十五日止，已年滿二十五歲者，必至翌年十二月二十五日以後始能參加選舉。關於選舉人名簿之異議，分別三次，由市町村長，府縣參事會，行政裁判所依次裁決之。

(2) 被選舉權 凡有選舉權之市町村公民，原則上皆有被選舉權。例外爲 A. 在職之檢察官，警察官吏及收稅官吏等，無被選舉權。B. 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。C. 市町村之有給吏員，教員及其他之職員，在職中，不得兼任市町村會議員。D. 對於市町村承攬者，無被選舉權之規定，雖依新法撤銷，但在承攬關係者之當選時，如非脫離此關係後，則不能承諾當選。E. 官吏當選時，非受所屬長官之許可，不得承諾當選。F. 市町村吏員，依懲戒而被解職時，二年內不得被選舉爲市町村之公職。

(3) 選舉區 市町村原則上不分選舉區，統括全區域，施行選舉。惟在東京，京都，大阪三市則以區爲選舉區。其他各市，亦得以市條例設立選舉區。當分設選舉區時，其自各選舉區所選出之議員數，以市條例定之。

(4) 選舉之種類 有總選舉，再選舉，補缺選舉及增員選舉四種。A. 總選舉，爲議員全數之改選，依明治二十

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，同時遂採改選全員主義。總選舉於每四年之定期改選及市町村會解散時施行之。B.再選舉者，謂因選舉無效，當選人不足，或當選人辭却當選致一切選舉未得完全效果時，為補救其缺陷，所重行之選舉也。再選舉，須於三個月以內行之。C.補缺選舉者，謂在議員發生缺員時，因補充其缺員而行之選舉也。從來補缺選舉，不必立即行之，依大正十五年之改正，遇議員有缺員時，規定須於三個月內，施行補缺選舉。D.增員選舉者，為在議員之任期繼續中，遇議員定數有增加時而行之選舉也。議員之定數，雖以非行總選舉，不能增減之為原則，但遇人口有顯然之增減時，市經內務大臣，町村經府縣知事之許可後，得以增減之。於再選舉補闕選舉或增員選舉同時舉行時，以一選舉合併行之。

(5)投票 投票之方法，採A.單記投票主義，B.無記名投票主義，C.投票用紙之公給主義，D.投票之自書主義，與衆議院之選舉相同。新法又做衆議院之例，以點字投票亦為有效。但如衆議院之不在者投票之制，則僅適用以勅令指定之市，關於其他一般市町村不承認之。

(6)當選人之決定 依得票之比較多數，但所得之票，須有以議員定數除有效投票之總數所得商數之六分之一。當選人決定時，市町村長即以其旨，通知其本人。當選人若欲辭卻當選，須於五日內，向町村長聲請，如無辭意之提出時，遂推定其承諾當選。蓋市町村公民，若當選為議員時，有承諾其當選之義務，故不辭選，即得推定其有承諾之意思也。但以官吏須受所屬長官之許可，故不受此種推定，如於二十日以內，不為承諾之聲明時則視為辭却當選。在承攬關係者，如在五日內，不脫離承攬關係，而為承諾之聲明時亦同。



(7) 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。得以提起之者，爲各選舉人，市町村長或府縣知事。但由府縣知事提出異議時，則以府縣參事會爲第一審，而決定之。選舉訴訟，乃選舉之全部或一部無效之訴訟，須以其選舉之執行違反法律規定，因而對選舉結果，有發生異動之虞爲理由。選舉全部無效者，謂市町村全部之選舉皆爲無效也，一部無效者，謂一選舉區，一投票分會之選舉，爲無效也。當選訴訟者，爲令特定當選人之當選爲無效之訴訟，以選舉之有效舉行為前提，惟以因投票效力之決定有錯誤，至當選人之決定錯誤或當選人爲無被選舉權者等爲其理由耳。選舉無效時，必舉行再選舉。當選人無效時，以改定當選人爲原則，惟在不能得當選人時，始舉行再選舉。

例外當選訴訟，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，準用衆議院議員選舉法之規定，於選舉運動費用，超過法定之限制額時，當選人之當選爲無效。以此理由所提起之當選訴訟，特使其屬於司法院之管轄。

(8) 議員之定數 依人口之比例定之。但市會以三十人，町村會以十三人爲最少限度。市町村得以條例增減法定之議員定額。

(二) 市町村會之權限 市町村會，以爲市町村之議決機關，爲其主要權限，但關於特殊事件有兼爲行政裁判機關，或選舉機關，監查機關，諮詢機關之地位，在特別委任之限度內，關於國或府縣之事務，亦有權限。

現行法上，市町村會之權限如左：

(一)爲議決之權 市町村會爲市町村之最高意思機關，議決關於市町村之事件。爲市町村機關之市町村會，其地位與關於國家行政之帝國議會之地位迥異。帝國議會，無自行決定國家意思之權，祇參與國家意思之作成，議會之議決，除關於議院內部之事項外，任何場合，無直接發生國家意思之效力，僅依天皇之裁可，始得成爲國家的意思。反之，市町村會，則爲自行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，直接發生市町村意思之效力，毋須市町村長之同意，市町村長，惟有交付再議之權。又其需要決議之事件之範圍，亦較帝國議會遠爲廣汎，關於市町村之一切事件，除特別爲屬於市町村長之權限者外，原則上皆依市町村會之決議行之。法律雖列記數種事件，爲市町村會決議事件之大目，然此不過爲例示規定，非謂其須決議之事項即盡於此也。凡法律所定爲市町村之權能者，概須依市町村會之議決，不限於市町村固有之事務而已，即關於委任事務亦然。但關於特別委任於市町村長之事務，市町村會，除議決其費用外，就其事務本身，無議決之權。市町村會之議決，雖發生爲市町村意思之效力，但對外表示其意思之權，則屬於市町村長，市町村會，除有例外規定外，無直接對於人民爲行政行爲之權。對於人民，必有市町村長之表示，始發生效力也。關於市町村會應議決之事件，市町村會是否有發案權，此點，在從來法律上無特別規定，一般解爲無此種權限，而依昭和四年之改正，遂以明文規定，除歲入歲出豫算外，對於應經市町村會議決之事件，得由三人以上之議員，以文書提出議案。但關於豫算之發案權，則專屬於市町村長，故基於議員發案之議決，對於市町村長之豫算發案權，不得有拘束力，從而對於需要費用之事業，雖基於議員之發案而議決之，但其議決，在關於費用之限度內，僅有以市町村長之同意爲條件之效力，而市町村長豫算案

之作製，亦解爲不受其拘束也。非然者，是市町村會，結局與有豫算發案權同一之結果耳。其他凡法律規定爲市町村長經市町村會議決而決定之事項，皆應認爲僅市町村長有其發案權。關於市町村會議事之方法，市町村會得於法律之範圍內，自定會議規則。

(2)爲決定之權。法律區別市町村會之權限，爲「議決」與「決定」。議決爲關於市町村所應爲之行為，而作成市町村之意思者，反之，決定爲關於實在之事件，在發生法律爭議或疑問時，確認並宣言法律之行為也。若稱確認宣言法律爭議或疑問之行為爲裁判行為，則決定不外爲一種行政裁判而已。自此種意義言之，市町村會關於限制之特定事件爲行政裁判機關，有第一審之裁判權。

議決與決定，有各種不同之點：A. 議決祇係內部的市町村意思之作成，將其表示之於外部者，屬於市町村長之權限，且不必依書面爲之；反之，決定則爲市町村會自己對於當事人所爲之行政行為，須以文書爲之，且須交付決定書於當事人者也。B. 議決之權，在市會得委任之於市參事會，而決定之權，則不得委任之。C. 對於議決，監督官應得撤銷之，市町村長有提出再議之權，而對於決定，則僅能依提起訴訟爭之，不得撤銷或提出再議也。D. 關於議決，市町村長得發議案，而關於決定，市町村長祇能將某事件交市町村會決定，無作成決定書之原案之權。

應付決定之事件之種類，依市會與町村會而有差異。市會與町村會所共通之事件爲：A. 關於市町村會議員選舉或當選效力之異議。B. 市町村會議員被選舉權之有無。C. 關於市町村之區會議員選舉或當選效力之異議及被選舉權之有無是也。此外在町村會尙能決定。a. 關於町村職員或對其遺族之給料及給與之異議，b. 關於町

村稅之賦課使用費手續費加入金之徵收，夫役現品之賦課，財產或營造物之使用權利等之異議。在市此等事件，則交市參事決定之。

市町村會，爲決定之手續有二：A. 爲提出異議。除關於議員被選舉權之有無外，一切決定，皆係對異議之提出而下者。得以提出異議者，關於選舉或當選之效力，爲一般選舉人，關於其他事件，爲權利受毀損之人。異議之提出，須於法定期間內，以書面向市町村長提起之。但雖在期限經過後，而認爲有宥恕之事由時，則仍能受理。其所以不規定直接向市町村會提起，而規定應向市町村長提起者，蓋市町村會，非常時開會者故也。遇有異議之提出時，市町村長須於七日內，交市町村會決定，市町村會自受送交之日起，關於選舉及當選之效力，須於十四日以內，其他須於三月以內爲其決定。惟此期間之限制，僅係義務規定，並非效力要件，雖過期所爲之決定，亦不失爲有效。B. 爲關於市町村會議員或區會議員被選舉權之有無，或基於市町村長所交付之決定或由議員發議，而決定之者。議員已受禁治產或準禁治產宣告，破產宣告，禁錮以上之刑之宣告，或因選舉犯罪受罰金刑之宣告，已確定時，無待何等行爲，當然失職，非依市町村會之決定者，然關於其他缺格原因，則以事實之認定爲必要，故須待市町村會之決定，始失職也。凡對於市町村會之決定有不服之關係人，或市町村長皆得訴願於府縣參事會。

(3) 爲選舉之權 市町村會，依法律勅令，執行屬於其權限內之選舉。市町村之機關，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，或由市町村會選舉，或依市町村長之推薦，由市町村會選任，又或由市町村長任命之。市町村會有選舉權者，在市町村機關，爲市町村長，市町村長缺額時之市町村助役，收入員，副收入

員及名譽職參事會員等，其他一部事務之市町村組合，其組合會議員之選舉，雖依組合規約訂定之，但依組合規約，規定以市町村會選舉之者，亦在所恆見。而市町村會自身之議長議長代理者，副議長，假議長，檢查市町村事務或出納之委員等，市町村會自身之職員，乃由市町村會所選舉者固勿論矣。又依都市計劃委員會官制，將自市會議員中地方委員會委員之選舉委任之於市會。市町村之委員，原則上雖由市町村長推薦，但得以市町村條例規定由市町村選舉之。舊法以助役，收入員，副收入員，市參與名譽職區長及區長代理者，以及臨時或常設委員等，皆由市町村會選舉，而依大正十五年之改正，改爲凡助役，收入員，副收入員於市町村長之在職中時，委員於條例無反對之規定時，及其他無例外之規定時，皆依市町村長之推薦。在市町村會有選舉權時，由市町村會自行選定其人，反之，在推薦權屬於市町村長時，則市町村會祇能決議是否承認其所推薦之人，而不得自行選定其人。

關於市町村會執行選舉之手續有法律上之限制。須用無記名單記投票，依得票之較多數，決定其當選人，於投票之效力有異議時，由市町村會決定之。若議員中無異議時，得用代選舉之指名推選之方法。指名推選非選舉權之委任，僅爲候補者推薦之委任，其由於推薦者，更因得市町村會全員一致之承認，而確定之。其委任祇能對議長或特定議員爲之，對於市町村會以外之人，則不得委任之也。何則，市町村會權限之委任，僅能基於法律之規定，而關於指名推選之法律規定，僅爲依市町村會執行選舉方法之規定，不得解爲承認權限之委任者故耳。

(4) 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。又能設置委員，使就地檢查之。更有審查市町村之決算並認

定其正否之權，在町村關於町村之出納，町村長所爲之臨時檢查，得選二人以上之議員，令其參加。

(5) 提出意見書之權 市町村會，就關於市町村公益之事件，得向關係行政廳提出意見書，又對於行政廳之諮詢，有答述意見之義務。前者爲出於市町村會之自動者，與請願或建議相當。向市町村長或向監督官廳。或向就其內容有關係之官廳提出之。後者以行政廳之諮詢爲前提。其諮詢有屬於法律上之必要者，有依行政廳之自由裁量者。在法律以得悉市町村會之意見爲要件時，其諮詢，乃爲必要之手續要件，不諮詢而決定時，基於手續之欠缺而無效。但市町村會不應其諮詢爲答述時，則當然得不徵求其意見，而爲處分。法律爲避免疑問，已明言其旨矣。(市制四七條二項町制四四條二項) 其意見書，雖不必在法律上有拘束行政廳之效力，但爲反於其意見之處置，則須有使其處置爲必要之公益上之理由。苟無公益上不得已之理由，則尊重其意見，不能不認爲乃法律之所要求。反之，在其諮詢係依行廳之自由裁量時，則祇能供參考而已。凡市町村會所提出之意見書，不問其爲自動的抑爲基於諮詢者，皆不以關於市町村之事務爲要件，即關於國或府縣之行政，而直接有關於市町村之利害者，亦得以提出之。

(6) 爲請願及訴訟之權 關於市町村之各項事件，由市町村提起請願或訴訟時，應依市町村會之議決，由市町村長代表市町村爲之，非由市町村會自行提起之也。市町村會，原則上無對外部行動之權，故一般的無以自己名義提起請願或訴訟之權。惟在市町村會之議決或選舉，已依府縣知事撤銷時，其權限受監督官廳違法之侵害者。法律承認市町村會，得出訴於行政法院，或逕向內務大臣請願。(市九〇條，九〇條之二，町七四條，七四條之

一)

(7) 依特別委任之權限 除上述者外，市町村會基於特別委任，關於國、府、縣或其他團體之事務，亦有有權限者。對於市町村會權限之委任，本來須依法律，但市制及町村制規定，除法律外，尚能以勅令委任之。對於市町村會之特別委任，除前述都市計劃地方委員之選舉，關於國家事務之答述意見等外，尚有依府縣制，將關於府縣稅賦課細目之議決，由府縣會，而委任之於市町村會者。

(三) 市町村會之會議 (1) 召集市町村會，由市町村長召集之，市町村會與帝國議會或府縣會不同，無通常會與臨時會之區別，遇必要時得隨時召集之。蓋市町村會，為議決市町村之一切事件者，故僅依定期開會，不能滿足其需要故也。關於會期，原則上亦無特別規定，惟市町村長得特定會期，而召集之。確定會期，原出於防止議事之遲延，遇必要時，市町村長得更定期限，以延長會期。召集雖屬於市町村長之職權，但遇有議員定數三分之一以上之請求時，市町村長則須召集之。召集須在開會之前三日，發表會議事件，並以其通知全體議員。但關於須急施之事件，則不受此期間之限制。

(2) 開會及閉會 市町村會，由市町村長開閉之，議事能力依開會開始，閉會終了之。市町村會之開閉，與其日會議之開議及散會，須區別之。一經開會之市町村會，在市町村長命其閉會以前，仍繼續開會，其間確定開會議之日期，宣告開議及散會，皆為議長之權限，但遇有議員定數半數以上之請求時，議長須開會議。

(3) 法定數 為發生市町村會議事能力之必要法定數，以議員定數之半數為正則。但法律又列記不得已

之例外，此際認許未滿半數亦得開議。

(4) 會議不事件 以市町村長須在開會前三日，通知為原則。其通知或以召集狀為之，或於開會中為之。對於須急施之事件不妨即行付議。而關於由市町村會議員所發議之事件，因市町村長不能通知，故在會議規則無特別訂定時，則認為不受此種限制之適用。

(5) 議長 在市會，由議員中選舉議長及副議長各一人，於議長副議長同有故障時，臨時由議員中選舉假議長。在町村會，以町村長或代理者充當之為原則，遇有特別情事時，得以町村條例，置由町村會選舉之議長及其代理者各一人。議長所以總理會議，確定會議順序，開閉其日會議，及維持議場之秩序者也。議長，自議員中選舉者，同時不喪失為議員參加表決之權，乃當然之事理，然關於此點曾有反對之判決例，往往發生爭持，故新法特以明文，闡明其旨。即為議員之議長，與普通議員同，得參加表決，於可否同數時，更有決裁之權。其非議員之議長，則祇有決裁權。

(6) 會議錄 乃記錄會議之顛末及出席議員之姓名之公文書也。由議長命書記製作之，由議長及議員二人以上署名，以證明其實。

(四) 議員之法律上之地位 市町村會議員，為名譽職。但能受領職務所需的費用之償還。其任期為四年，自總選之日起算。補缺議員，於前任者之殘任期間在任。議員除辭職外，因基於公之宣告，或喪失被選舉權，而當然失職；在就任須認定之被選舉權之喪失及兼職不能之官職，或與市有承攬關係時，則因市町村會之決定，而失職。因



減少議員定數，必須解任時，由市町村長，抽籤定之。議員違反其義務時之懲罰得依會議規則規定，五日內停止出席，其懲罰依市町村會之決議行之。

(五)市參事會 市除市會外，設市參事會爲其副議決機關。市參事會以市長爲議長，以依市會自其議員中隔年所選舉之名譽職參事會員共同組織之。從來市助役及市參與亦加入市參事會，依昭和四年之改正將其除外，除議長外，專以自市會議員中所選舉之名譽職會員組織之，使市會爲常設委員會之形體，更爲明晰。市參事會每於必要時由市長召集並開閉之。但遇有名譽職會員半數以上之請求時則應召集之。市參事會在明治四十四年前，爲市之理事機關，集擔市之行政者，然以合議體處理行政，諸多窒礙，故依同年之改正，其組織雖仍存續而其權限則澈底改變，使其爲議決機關。市町村會之議事以公開爲原則，而市參事會則禁止傍聽。

市參事會，以爲市會之代理機關爲其主要職務，換言之，即代行本來屬於市會權限內之事項者也。其他在町村屬於町村會權限內之事項，在市亦有使之屬於市參事會之權限者。

(1)爲市會代理機關之市參會之權限，可分爲授權代理與法定代理。A.基於授權之代理權，乃由市會將其所應議決之事件之議決權委任之於參事會，而發生者。雖關於法律規定爲市會所議決之事件，亦不必自大至小，均由市會議決之，得以其一部委任之於市參事會。B.法定代理權，乃在市會未經成立不能開會，或因臨時急施無暇召集市會時，由市長將市會所應議決或決定之事件，交參事會議決，而發生者。授權代理以議決爲限，而不及於決定，反之，法定代理則除議決外，尙能及於決定。

(2) 依法令自始使之屬於市參事會權限內之事件有下列數種。即A. 關於議決者，如允許超過年度完納市稅，因豫算內支出爲一時借入金等由市參事會議決之。B. 關於決定者，如關於給料及給與之異議，關於市稅使用費，手續費，加入金，夫役現品之賦課徵收及財產營造物之使用權之異議等，皆由市參事會決定之。此等權限，在町村概屬於町村會，反之，在市則不屬市會，法律已使之屬於市參事會。其他C. 關於監查者，在町村係由町村會議員選舉二人以上，使之參與出納檢查，反之在市之出納檢查，則由名譽職參事會員所互選之二人以上之參事會員參與之。

(3) 市參事會關於公益事件，有向關係行政廳提出意見書之權，同時負有應行政廳之諮詢，而答述其意見之義務，此與市會相同。市參事會，又在其議決爲監督官廳撤銷時，得以自己之名義，提起訴願或訴訟。

市參事會之法定數，議事法，及會議錄之作製等，皆準於市會，但不須會議事件之豫告耳。

#### 四 市町村會之機關(其二)市町村長及其他吏員

(一) 市町村長之身分 市町村長，爲市町村之理事機關。市長與町村長之身分不同，市長常爲有給吏員，而町村長則以名譽職爲原則，但市得以條例規定之爲名譽職，而町村亦得以條例規定之爲有給也。市町村長，由市町村會選舉之，其任期爲四年。在舊制，市長自市會所選舉之候補者三人中，勅裁一人，町村長之選舉，亦須得府縣知事之認可，新法將此等限制，概行撤廢。有給之市町村長雖在任期中亦能得市町村會之承認，或請求退職後經過三十日，而任意退職。名譽職之市町村長，雖負有無正當理由不得辭職之義務，但對於其辭職之請求，市町村會

無法強其留職，不過在認為無正當之理由時，得科以公民權停止之制裁耳。

(二)市町村長之職務 市町村長雖以為市町村之理事機關為其本來職務，但此外市町村長由於特別委任，負有處理國、府、縣或其他團體的事務之義務。尤其關於市町村區域內所施行之國家行政，係採用不置官廳，概行委任之於市町村長之主義，故屬於市町村長職務內之國家行政事務，其數頗繁，較之為其本來職務之事務，寧可視國家事務為其主要之職務也。故其職務，可分為三種：(1)為市町村機關之職務，(2)為國家機關之職務，(3)依其他公共團體所委任之事務。

(1)為市町村機關之職務 市町村長為市町村之機關時，擔任市町村之一切行政，對外為市町村之代表。市町村之行政，原則上，概須經市町村會或市參事會之議決，惟此亦非絕不容許市町村長有專決權之意，法律承認市町村長得依事項或情形不經其決議，而為專決處分。故關於市町村行政，市町村長之權限，得大別之為有關於市町村會或市參事會之交涉之權限與專決權。

A. 自其與市町村會或參事會之關係言之，市町村長所有之權限得分為四種：a. 召集及開閉之權。即市町村會及市參事會之召集及其開閉，乃專屬於市町村長之權限。此等皆無自行召集之權，惟經市町村長之召集，始能開會，若不依其召集者，則不得為全然有效之集會也。b. 發案權。市町村長對於市町村會及市參事會所應決議之事件，有發案權，尤其關於歲入歲出豫算，其發案權，惟市町村長有之，關於市町村會應決定之事件，市町村長雖無原案提出之權，然關於其決定，尚屬於其權限耳。c. 停止的拒卻權。市町村會或市參事會之決議或選

舉，原則上雖無須市町村長之同意，直接有爲市町村意思之效力；然在市町村長不同意時，則一時停止其效力，得請其再行考慮，或請求監督官廳之判斷。此可稱之爲停止的拒卻權。市町村長行使此種權限，限於幾種情形，卽其議決或選舉在實質上或手續上違法，其議決認爲顯然侵害公益，關於收支之執行認爲有不能者以及削減所必需之費用時等是也。就中關於議決，原則上，在交付再議，結果尙同樣未得同意時，如爲違法，則得請求府縣參事會之裁決，如爲侵害公益，則得請求府縣知事之指揮。遇有特別事由時，得不交付再議，而直接採用其處置。在市町村會之選舉違法時，市町村長固有令其重行選舉之權，惟對於再選舉之結果，除由監督官廳將其撤銷外，則無他法以更改之。b。執行議決之權。市町村長執行市町村會及市參事會之議決。蓋其議決自身，對外部不發生效力，僅依市町村長之執行，始能對外部有爲市町村行爲之效力也。

B. 市町村長得專決之權限，有下述三種情形，卽 a。基於市町村會或市參事會之委任。b。於市參事會或町村會有故障時及 c。法律自始定爲屬於市町村長專決之事項是也。一。屬於市町村會或市參事會權限內事項之一部，得依其決議，一任之於市町村長之專決處分。二。遇市參事會或町村會未經成立，不能開會，或不能爲議決或決定時，市町村長得請求府縣知事之指揮而處分之。就市參事會或町村會所議決或決定之事件，遇有臨時之急施，而市參事會或町村會未經成立，或無暇召集時，市町村長有專決處分之權。在此等情形，市町村長所爲之處分，與市參事會或町村會所爲之議決或決定有同一之效力。市町村長雖於下次會議，須向市參事會或町村會報告之，然非其事後需要承諾也。市參事會或町村會，無因其不承諾，而令其喪失效力之權。三。關於市町

村之事務，亦有法律自始即特定其能依市町村長之專決者。就中如市町村吏員之指揮監督及對之爲懲戒處分之權除依監督官廳而行者外專屬於市町村長；而對於市町村有給吏員之任免，除有特別規定者外，市町村長亦有其權限。其他如市町村財產及營造物之管理，在市町村會議決之範圍內，亦屬於其權限，就其管理所必要之行爲，在不牴觸其議決之限度內，得由市町村長決定之。市町村長得市町村會之同意，更能以其事務之一部使助役或區長分掌之。

(2) 爲國家機關之職務 市町村長爲國家之機關時，擔任依法令所委任之國家行政。所委任於市町村長之國家事務種類繁多，難一一臚舉。關於國家行政事務中之警察，有警察署之設置，其他如郵政，電信，鐵道，鑛政，林政等亦設有特別地方廳，故此等在原則上固不委任之於市町村長，然關於其他一般行政事務之應施行於市町村內者，則除屬於中央官廳或地方長官之權限者外，則一概委任之於市町村長。從而關於國家行政，市町村長之職務，不但普及於行政各部，即關於司法事務，委任之於市町村長者亦復不少。茲僅舉其稍著者言之，如關於民事，有關於戶籍及寄居之事務，附隨於此之印鑑證明，身分證明及埋葬認許等事務；關於憲法附屬之行政，有衆議院議員選舉人名簿之作製及投票之管理等事務；關於行政上之統計，有關於國勢調查，農業調查，工廠調查及勞動統計調查等事務；關於土木行政，有關於道路管理，都市計劃事業之執行及土地收用之事務等；關於衛生行政，有關於種痘施行及傳染病豫防之事務等；關於社會行政，有職業介紹之事務，路斃之處遇，救護法之施行以及水災救護等；關於經濟行政，有關於馬籍之事務等；關於教育行政，有市町村立小學校之管理及就學義務之督勵等乃

至關於軍事行政，又有關於徵兵，徵發及陸海軍召集之事務等是，其他更不遑枚舉。凡此等事務，皆為委任之於市町村長而非委任之於市町村團體者，故市町村會及市參事會，就此等事務概無議決之權而為專屬於市町村長之職務也。關於對其職務之監督，亦與關於市町村事務之監督不同，蓋非依市町村制之規定，乃依關於各種事務之法令，由其主務官廳以指揮監督之者。惟關於其事務所需要之費用，法律規定為市町村之負擔，從而就其費用，則須有市町村會之議決。為市町村長補助機關之吏員，對於國家事務亦同樣當補助之任。市町村長又能將其事務之一部使助役或區長分掌之。

(3) 關於府縣及其他公共團體之事務 關於此種事務，法律有規定直接委任之於市町村長者，有規定得由團體委任之者。法律所直接委任者，例如為府縣會議員選舉之投票管理者是。依法律規定得由團體委任者，例如府縣知事，關於府縣之行政，能委任屬於其職權內事務之一部於市町村長是也。

(三) 屬於市町村長以下之機關 大要如左：

(1) 市町村助役 市町村設助役一人，但得以市町村條例，增加其定數。市助役為有給者，町村之助役，原則上為名譽職。其任期皆為四年。助役雖以補助市町村長之事務，為通常之職務，然市町村長得將其事務之一部使助役分掌之。此時在其受命分掌之限度內，助役有代替市町村長地位，而為處理之權；但市町村長，任監督之責任。遇市町村長有故障時，由助役代理之。

(2) 市參與 在有特別之必要時，得以市條例而設置之。其定數亦規定之於市條例中。原則上為名譽職，但

得以條例規定之爲有給。其任期在法律上無定限，得以條例定之。市參與受市長之指揮監督，擔任屬於市所經營之特別事業。例如東京市之電氣局長是。

(3) 市町村收入員及副收入員 市町村設收入員一人，得另以市町村條例，設副收入員。二者皆爲有給吏員，任期四年。收入員非市町村長之補助機關，而爲市町村之出納機關，具有獨立之權限。受領及支出屬於市町村之現金，爲其專屬之權限，此外且任現金保管之責。市町村之會計，亦與國家之會計相同，命令收入支出之權能與出納現金之權能，嚴格分離，命令收入支出事項，專屬於市町村長，而收入員則當其出納之任者也。收入員雖依市町村長之命令，而爲支付，但對其命令有審查權，故雖有命令而無支出之豫算，且依關於豫備費，支出費，挪用及其他財務之規定不能爲支出時，則不得支付之。收入員於每年度出納閉鎖後，須於一個月以內，造成決算，而提出之於市町村長。副收入員，補助收入員之事務，於收入員有故障時代理之。市町村長，得市町村會之同意，能使副收入員分掌收入員事務之一部。例外在有特殊情事之町村，能得府縣知事之許可，不置收入員，使町村長或助役兼掌收入之事務。

(4) 區長及區收入員 凡爲市町村一部之區而設置區長者，有置有給吏員區長，與置名譽職區長者之別。置有給之區長者，爲東京，京都，大阪三市及依內務大臣所指定之市。此等區長除秉承市長之命掌理關於區內之市事務及區事務外，又以國府縣及其他公共團體之事務委任之。如戶籍事務及選舉人名簿製作事務，以至在其他一般市町村所委任於市町村長之國家事務，在此等區內，則多爲區長之職務。市長又能使區長分掌其事務之

一部。而為收入支出命令之權限，亦有委任之於區長者，因此在此等區內，更設置區收入員一人或區收入員及區副收入員各一人，使掌理市及區之出納及其他會計事務，有給之區長，由市長任免之，區收入員及副收入員，由市長自市之有給吏員中選任之。B. 在一般之市町村，為庶務之便宜計，已有區之區劃時，設區長及其代理者各一人，二者同為名譽職吏員，而任期則無定限。名譽職之區長，祇為市町村長之補助機關，秉承市町村長之命，以補助區內之市町村長之事務而已。

(5) 委員 為名譽職，受市町村長之指揮監督，管理財產或營造物，調查其他受委託之市町村事務或辦理之。委員有臨時與常設之分，設置與否，為市町村之自由，然依特別法令，有令其特別設置之必要者，例如依小學校令，命設置學務委員，依傳染病豫防法，命設置傳染病預防委員等是也。委員之組織得以條例定之，但無特別訂定時，則依市町村長推薦，由市町村會定之，以市町村長或其受委任之市參與或市町村助役，為委員長。

(6) 其他職員 此外，市町村得設必要之有給吏員，由市町村長任免之，其定員經市町村會之決議而定之。其他尙能設依民法上契約之囑託員，僱員，及傭人之類，則更無論矣。

(四) 市町村吏員之法律上之地位 市町村吏員，對於市町村，恰如官吏對於國家之關係，乃立於公法上之勤務關係者。凡對於公共團體，依特別之選任，負有忠實服無定量的勤務之公法上義務者，謂之公吏。市町村吏員，即公吏也。

(1) 公吏之法律上之性質 為公吏觀念最主要之要素者，乃對於公共團體係依特別之選任立於公法上



之勤務關係者耳。A.其所擔任之職務，爲國家事務抑爲公共團體事務，非其本質上之要素。就中市町村吏員，多有受國家事務之委任者，故市町村吏員僅以國家事務爲職務者亦復不少。例如擔當戶籍事務之有給吏員，卽爲市町村吏員而僅以國家事務爲職務者也。另一方面，國家官吏，亦有以處理公共團體事務爲其職務者。朝鮮之府尹，邑長面長，擔任與內地市町村長同樣之職務，其爲國家之官吏也，已於前述。又如市町村長有缺員時，由監督官廳，派遣官吏使臨時掌管其事務者，亦爲暫時以國家官吏，擔任與市町村長同一之職務者也。是故依職務不能區別公吏與官吏，依上述諸例，已昭然若揭矣。又以從國庫受領俸給與從公共團體受領俸給之點，亦不能爲區別官吏與公吏之標準。何則，關於國家官吏，使其俸給特別屬於公共團體之負擔者，亦在所不少故也。例如市町村立小學校之教員，雖從市町村受領俸給，但爲國家之官吏而非市町村之吏員是。夫公吏所以區別於國家之官吏者，專在其依公共團體之選任，而爲公共團體之使用人一點。換言之，卽其選任權之在國家抑在公共團體，乃官吏與公吏區別之所存耳。惟公共團體係服於國家之監督者，故有時國家亦有基於其監督權，代公共團體執行選任之行爲者。此時雖發生公吏由國家選任之變例，然此乃國家之代理行爲，結局與公共團體選任，有同一之效力。例如北海道二級町村制或島嶼町村制之町村長，雖由地方長官任命，然此種任命乃基於町村制而行之者，爲對於町村之監督作用無疑，而不應認爲任官大權之委任，故非國家之官吏而爲町村之吏員也。要之，公吏乃依公共團體之選任，或有時依國家對於公共團體監督權之選任，對於公共團體立於服公法上勤務之關係者，此點與國家之官吏有所區別。B.公吏自其對公共團體立於服公法上之勤務關係言之，與議員、委員及在民法上之契約關係者不同。

市町村會議員及市名譽職參事會員，非服於勤務義務，而爲基於其公民權，行使爲住民代表人之權利者，與帝國議會之議員無異，在此點與公吏異其性質。委員在法律上規定之於市町村吏員章中，故自法律用語上之意義言之，雖屬於吏員；然以其非如公吏服無定量之勤務，僅受限制的特定事務之委任，從而不能不認爲與公吏異其性質也。其他依民法上之僱傭或依委任契約而擔任其職務者，應與公吏區別，更無待煩言。

(2) 名譽職與有給職 市町村吏員，得區別之爲名譽職吏員與有給職吏員。名譽職者，乃對於專務職之觀念，無以公吏職務爲專務之義務，能有其他本業，從而不受領俸給者之謂也。因其就任，非收入之財源，祇享受名譽，故有名譽職之稱。名譽職吏員，固不必無報酬，對其勤務能給以相當之報酬，惟報酬與俸給不同，非爲生活費用而給與者，僅爲對於勤務之反對給付耳。有給職者與專務職同義，凡有給吏員，皆有以吏員爲專職之義務，非特別受許可，不得從事其他有報償之業務；反之，名譽職吏員則能另有本業，不負專心從職之義務。有給吏員，依市町村條例之所定，有受領給金之權利，又因其退職，有受退隱金或退職給與金之權利，在其死亡時，其遺族更有權利受領死亡給與金或遺族扶助金；反之，名譽職吏員則無此等權利，僅依市町村條例得受職務上之實費償還及對於勤務之報酬而已。根據此種本質的差異，法律在名譽職吏員與有給吏員之間，尙認有法律上之差別。即A. 有給吏員，祇能依本人之同意選任，反之，名譽職之就任，法律以之爲市町村公民在法律上之義務，使無正當理由，不得辭卻之。但名譽職之就任，又非如兵役義務無須本人之同意而成立者，須因本人之承諾，始生效力，惟負有無正當理由不能辭卻之義務而已。若違反其義務而拒卻時，雖能課以法律所規定之制裁，然吏員關係即不成立也。B. 得爲有

給吏員者，法律未設特別之限制，除依市町村長所定之有給吏員任用規程，得限制任用之資格外，任何人亦能選任爲有給吏員；反之，得選任爲名譽職者，則限於市町村公民，公民權喪失時，其職務亦當然隨之喪失。

名譽職吏員之觀念。現行之制，僅關於市町村吏員承認之；關於國家官吏或府縣吏員無適合之者。蓋市町村之行政，其旨趣在極力使市町村公民自治，以當地有聲望者充當其任。但名譽職之觀念，不僅能適用於吏員，對於議員，市參事會員及委員等，亦能同樣適用，受同一原則之支配。

(3) 吏員之選任 得分爲四種情形。即 A. 依市町村會之選舉者。此時因當選人在當選後之承諾，而吏員關係成立。在受當選通知後二十日內，不爲應允當選之旨之聲明者，視爲辭卻當選。B. 依市町村長之推薦，由市町村會決定者。如市參事，市町村助役，市町村收入員，副收入員，名譽職區長及委員等之選任，即採用此種方法。此時亦須本人之承諾與選舉之情形同。C. 依市町村長之任命者。一般的市町村有給吏員之選任，皆採用此種方法。D. 依監督官廳之選任者。遇市町村長，助役，收入員，或副收入員有故障時，監督官廳，得選任臨時代理者，臨時代理者爲有給之市町村吏員，其給金額，由監督官廳定之。

(4) 吏員之權利 吏員所有之金錢上之權利，在有給吏員，爲給金，旅費，並其退職或死亡時之退隱金，退職給與金，死亡給與金或遺族扶助金；在名譽職吏員，爲職務所需費用之償還及相當於勤務之報酬。關於此等權利，須以市町村條例規定之。自其爲公法上之權利言之，與官吏之俸給權或恩給權相同；關於能否扣押或能否提供擔保等問題，法律雖無特殊規定，然公法上之權利不得爲質權之標的，乃無待法律規定，應認爲當然之法理；關於

扣押雖民事訴訟法祇就官吏之俸給，恩給等設有規定，而對與公吏之給金，退隱等則無之，惟是兩者之性質全同，故解爲以此種規定，類推適用之於公吏之給金，退隱金等，頗屬正當。關於公吏之金錢上之權利，與官吏之俸給權不同，在就其給與有異議時，得以異議之聲明，訴願及行政訴訟爭之。關於吏員身分之保障，法律上雖無特殊規定，但法律定有任期者，於任期中，應認爲除因本人之辭職或依懲戒外，更無法解職，而關於名譽職吏員亦同。在未定任期之有給吏員，則因市町村長有任免權，故除受市町村長所定之分限規程之制限外，市町村長有將其解職之權。

(5) 吏員之義務 大體與官吏之義務相類似。惟名譽職吏員，無專心盡職之義務，同時能從事其他業務及市町村官吏，有受國家之監督，遵從監督官廳之命令之義務，此點與官吏不同。關於市町村吏員之義務，基於法律之委任，以內務部令，定市町村吏員服務紀律。

(6) 吏員之責任 市町村吏員法律上之責任，除民事及刑事責任外，尚有懲戒處分及公法上之損害賠償二者，與官吏之責任同。A. 對於市町村長之懲戒權，分屬於監督官廳與市町村長。監督官廳之執行懲戒，乃基於國家之監督權，而非基於天皇之任官大權者，故不得依勅令，祇能依法律爲之；其處分，爲譴責，二十五圓以下之過怠金及解職。對於市町村長，市參與，市町村助役，市町村收入員副收入員及市有給區長等之解職，經懲戒審查會之議決，由府縣知事行之，其他則屬於知事之專決。知事欲將此等人解職時，得先命其停職。停職中，不給以報酬或給金。對於解職之處分，得向內務大臣，提起訴願。市町村長之執行懲戒，乃基於市町村之使用權作用，其處分爲譴責

及過怠金。此時與官吏不同者在對於吏員採取過怠金代替減俸之制，蓋因吏員中有不受領給金者故也。B. 於市町村吏員，將其所掌管之現金及其他財產滅失及因故意或懈怠致執務上所必需交付之物品，在受領後，滅失毀損，或於收入員不能為法律上支付之支出時，對於市町村皆負賠償其損害之義務。此種義務，為公法上之義務，依市町村會之議決命之；對於賠償命令有不服時，得訴願於府縣參事會，對於其裁決有不服時，更能出訴於行政法院。賠償義務雖為公法上之義務，但就損害之填補言之，其實質實等於民法上之損害賠償，故其義務能移轉之於繼承人，且准許代位履行。而其擔保，得依市町村會之議決，使立身分保證。關於賠償金之徵收，依國稅滯納處分之例。

(7) 吏員關係之終了 吏員關係之終了原因，依名譽職吏員與有給吏員，而有不同。A. 名譽職吏員，除任期屆滿或因懲戒解職外，因辭職或公民權之喪失而失其職。在其辭職時，判例雖認為無須市町村會承認，由一方提出辭呈即立刻退職，然不得認為正當之見解。何則，凡屬義務，不但不能由一方拋棄，且依市町村會選舉或議決而就任者，在其退任吾人認為亦當然須得其承認故也。在公民權喪失時，雖當然喪失其職，惟其喪失例如基於住所轉移須認定之事實，有疑惑時，則捨監督官廳之認定外，別無他法。B. 在有給吏員中有給之市町村長及市町村助役，均有任期之規定，在其任期中除得市町村會之承認外，如不於三十日以前為退職之請求則不得退職。在無任期之規定者，得隨時為退職之請求。基於職務，至無為公民之選舉權時，則當然失職。

## 五 市町村之權能及其負擔

(一)屬於市町村權能之事務種類 凡屬於公共團體權能之事務，最先須區別其固有事務與委任事務。

公共團體之固有事務者，謂為公共團體存立之目的之事務也。公共團體之目的，乃發源於國家者，故公共團體之固有事務亦為間接發源於國家之事務，固不待言；然公共團體有與國家分離之獨立人格，為遂行自己之目的者，而為其目的之事務，非國家事務，乃公共團體自身之固有事務也。蓋其事務之本身非自國家授與，而國家以目的授與之，使達成其目的以自行之耳。

公共團體之委任事務者，謂在其本來存立之目的以外，由國家或公共團體所委任之事務也。委任事務與固有事務不同，非包含於團體存立目的內之事務，而為在其一般權能之範圍外，就特定事務由特別委 所賦與者也。對公共團體委任之以國家或其他公共團體之事務，為對於團體命以特別之負擔者，故須有法律之根據。其事務之委任主有義務性質，屬於後述自治負擔之一種。惟命其負擔，一面又有賦與權能之效果，從而公共團體，因其委任，在為其本來目的之一般權能之範圍外，取得特別之權能。

公共團體之事務，又能區別之為必要事務與任意事務。必要事務者謂法律指定特定事務，為公共團體之義務，而命其執行之事務也。任意事務者，謂依公共團體之自由裁量，得自行否之事務也。關於任意事務，公共團體亦不必有無限之自由，公共團體乃對於國家負有完全遂行其目的之義務者；在此種意義之下，雖屬於任意事務之執行，亦即所以充實其義務者；然就任意事務，團體自身有判斷執行何種事務最適於充實其義務之自由也。

必要事務與任意事務之區別，不必與固有事務與委任事務一致。固有事務通常雖為任意事務，但有時關於

固有事務，法律亦有指定一定事務，而命公共團體務須執行者。例如關於組織之事務，法律以一定之機關，為地方團體之必要機關，使團體必須選任之，又如依陰溝法，內務大臣，得命令市町村築造陰溝是也。委任事務，通常雖為必要事務，但法律間有任團體自身以選擇其行否者，故具有任意事務之性質。例如初等小學及高等小學之設立，雖皆為國家事務，市町村負擔者，但關於初等小學，法律命其必須設置，而關於高等小學則不強制其設置，惟市町村得設置之而已。前者為必要事務之委任事務，後者為任意事務之委任事務。

必要事務之固有事務，公共團體負有從法律規定，以實行之之義務，故最類似委任事務，有往往難以區別者。其區別之標準惟在其是否為團體自身之目的。一、委任事務，不包含於其目的之中，故僅基於特別規定，依特定事務之委任，始發生效力；反之，關於固有事務，則不待特別之法律規定，公共團體得基於一般之權能，當然施行之。惟在有法律之限制時，須從其限制而已。前一種情形，乃依法律新授與其權能者，後一種情形則非法律新授與其權能，而為加限制於其權能者也。

(二)市町村固有事務之範圍 關於市町村權能之基本規定，法律謂「市町村為法人，受官廳之監督，於法令之範圍內，處理其公共事務，並依從來之法令或慣例，以及將來依法律或勅令處理屬於市町村之事務。」其所謂公共事務者，有市町村固有事務之意味，依法令屬於市町村之事務者，又有委任事務之意味。

市町村之固有事務，涉及於其一般地方的公共事務。法律謂市町村處理「其公共事務」者，蓋明言市町村，乃以謀其區域內之人民公共利益為其存立之目的者，與僅以特定事業為目的者不同。市町村為其地方住民之

公共利益，有經營各種事業之權能，但其利益關係不僅及於其一地方，而普及於全國或全府縣者，則為國或府縣之事務，而非屬於市町村之權能者也。

市町村存立之目的，雖在處理其公共事務，然為達此目的，其當然之前提，須使團體自身之組織完善，且不可無必需的收入之途徑。故市町村之固有事務，得區別為（1）關於組織之事務，（2）關於財政之事務，及（3）本來之公共事務三種。

（1）關於組織之事務 凡公共團體，均存立於國家之下，故不若國家之有完全的自主組織權，其組織以國家之法律定之，惟在法律所容許之限度內，有自治權而已。然關於此點，市町村較之其他地方團體，承認有最廣範圍之自治權。市町村所有組織權之作用，得大別為二：一為規定關於自己之組織法則之作用，一為基於限定之法則，以選任其機關之作用。前者祇能規定法律無規定之事項，或法律雖有規定，然非強制規定得由市町村規定與之相異之特例之事項。選任機關之權，凡議決機關及理事機關原則上概任之於市町村之自治權，惟依國家之監督權，加以若干之限制而已。

（2）關於財政之事務 市町村負擔支出關於自己事務所需之費用，與依法律屬於自己負擔的費用之義務。而為滿足其支出計，故有自己所有財產，對於所屬員課稅，及獲得其他收入之權。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屬之。公法上之收入除國家或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，加入金，過料，過怠金，市町村稅，負擔金及夫役現品之類。



市町村在法律之限制內，有發行市町村公債之權能。此等容於各論編第四章地方財政節中詳論之，茲從略。

(3) 公共事務 市町村，普通以地方的公共事務，爲其存立之目的，故除專屬於國家或其他團體之權利者外，爲其住民之公共利益，有經營各種事業，並爲公設施之權。就中有爲必要事務，而法律指定事務之種類，直接以之爲市町村之義務者，亦有得以監督官廳之命令，命爲其義務者。如市內污物掃除之義務，爲前者之實例，敷設自來水，市內陰溝之築造爲後者之實例也。更有爲任意事務，而使市町村自行決定之者。例如公園地，墓地，火葬場，家畜市場，食品市場，農場，農業倉庫，物品陳列館，衛生試驗所，病院，電燈或瓦斯之供給等是。

(三) 市町村之委理事務之範圍 關於市町村之委理事務，法律謂「依從來之法令或慣例及將來法律勅令」屬於市町村之事務。蓋以市町村非依市町村制，而後始爲公法人，乃爲從來所已經認爲公法人之區町村的人格之繼續，不過變更其制度者也；故在此法律施行前，其已依成文法或習慣法所委任之事務，務使照原繼續，而將來新委任之國家或其他公共團體之事務，必須以法律或勅令明示之也。對於市町村委任以國家或其他團體之事務，固需要法律，但依此法律，可認爲係將委任權授之於勅令者。有時基於法律或勅令之規定，而以行政行爲命令之者亦有之。

市町村之委理事務之種類，依各種法令或習慣定之，難一一列舉。或爲必要事務，或爲任意事務。前者乃義務之命令，事在必行者，同時相伴而生行使之權能；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。惟一經決定行使時，則從法律之所定，負有遂行之義務，不得以自己之任意而廢止之也。

必要事務之委任事務，例如初等小學之設立，傳染病院，隔離病舍，隔離所，或消毒所之設立，鼠族昆蟲等之驅除及關於此之設施，市町村內清潔方法消毒方法之施行，種痘之施行，徵發物件之輸送及國稅府縣稅之徵收等是。以上皆依勅令，而直接規定其義務者也。此外有基於法律勅令，得以行政行為命令其義務者，例如都市計劃區域內之土地區劃整理事業，職業介紹所之設置，史蹟名勝天然紀念物之管理，結核療養所之設置，關於沙眼之預防及治療之設施等屬之。任意事務之委任事務，例如高等小學之設置，中等學校，高等女學校，實業學校等之設置，圖書館之設置，地方鐵道或軌道之敷設，除特為義務而受命令者外，以及職業介紹所之設置等屬之。

凡市町村之委任事務，僅以法律上規定為市町村團體之權能者為限。關於法令定為屬於市町村長之職權者，其事務為國家之事務，市町村長有為國家機關而處理之之權，團體則無直接參與其事務之權能。反之，關於委任於市町村之事務，基於其委任，而為市町村之事務，關於其事務之施行，無異於市町村之固有事務，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。有時法律有就同一事業，委任其一部分於市町村，而委任其他部分於市町村長者，例如小學校之設立，以之委任於市町村，而關於小學教育之行政事務，委任之於市町村長；職業介紹所之設立為市町村之事務，關於職業介紹之事務，則屬於市町村長之職務等是也。其委任於市町村者，限於其執行所必需的設備之整頓，依其設備而行之行政事務，乃屬於市町村長之職務。

(四)屬於市町村權能之各種行為，市町村就其固有事務及委任事務所能施行之行為，其種類，與一般私法人相同，凡私法上之法律行為，固能為之，即關於公共團體之特別公法行為，亦承認其有能力。但關於公法上之

行爲市町村固不如國家有廣汎的能力，其得以施行之行爲，其種類無論在形式上實質上均受法律之限制。其重要之種類如左：

(1)市町村條例 市町村關於市町村住民之權利義務或市町村之事務，得置市町村條例。

市町村條例乃市町村依其自治權所制定之法規，即在此限度內，市町村有自治立法權也。條例之制定或廢止變更，原則上須受府縣知事之許可。但依條例之內容，有須受內務大臣，或內務大臣及財政大臣之許可者，有完全無須受監督官廳之許可者，前者以許可爲其有效要件。例外，猶有由監督官廳，代市町村制定其條例者。條例須依一定之公告式以布告之。

以市町村條例所得規定之事項，惟以屬於市町村權能內者爲限。法律雖爲關於住民之權利義務得置條例，然非謂關於一切事項，得定其權利義務，不過在授與之權能範圍內，得規定之而已。法律有指定特殊之事項，定爲得以條例規定之者，尤其關於市町村組織法之特例，概須以條例定之；其他關於有給吏員之退隱金及其他給與使用費，手續費及特別稅事項乃至定過料罰則之規定，亦須以條例規定者也。除法律有明示者外，市町村關於屬於其權能之事項，得依自己之裁量以條例定之。而法律規定須以條例訂定之事項固不待言，即其他事項，凡爲拘束一切住民之權利義務之規定，除法律有特別規定者外，非以條例之形式定之，則不能發生其效力。條例不僅關於固有事務而已，即關於委任事務亦能同樣定之；惟條例乃在法律之下有其效力者，遇其與法律抵觸時，則縱受監督官廳之許可者亦爲無效。

(2) 市町村規則 又市町村就其營造物，除以市町村條例規定者外，得制定市町村規則。規則異於條例，無法規之性質，非規定一般住民之權利義務，惟以營造物之管理為基礎，而規律其使用關係者也。故關於營造物之規定，而為使人民負擔新義務者時，必須依據條例。其他依據習慣，在市町村住民中，有特別使用財產權利者時，法律規定得以市町村規則定其使用方法。規則得以市町村會之決議定之，無須受監督官廳之許可。

市町村規則，須以一定之公告式，以布告之，與條例無異。惟市町村會所定之會議規則，及傍聽人取締規則，乃市町村會內部之規則，非對於人民之規則，故認為不在布告之列。

(3) 豫算及決算 市町村豫算，為市町村歲入歲出之豫測表，乃一年度拘束市町村之支出及規定對於人民所賦課之租稅稅率所制定者也。自其為歲入歲出之豫測表言之，雖與國家豫算有共通之性質，然自其效力言之，則顯然不同。蓋國家豫算之效力專及於歲出。關於歲入，絕對無拘束政府之力，遇有不得已之必要時，准許豫算外支出及豫算超過支出。反之，市町村之豫算，則除支出豫備費及得以市町村會之議決，動用各項金額外，絕不准許豫算外支出或豫算超過支出，無豫算之支出，不但市町村長不得命令之，即命令之，收入員亦須拒絕其支出，如不拒絕仍然支出時，收入員對於市町村，負擔損害賠償之義務。若遇有豫算外支出或豫算超過支出之必要時，亦必經市町村會之議決，而為豫算之追加或更正。關於歲入，在國家豫算，僅有收入金額之項目，無法律上之特別效力，反之，在市町村豫算，則除租稅種目為法律勅令所規定者外，雖得以條例定之，然關於每年所賦課之稅率，乃以應每年需要之豫算定之者，甚至如國家租稅之稅率亦非以法律而規定之者也。

豫算於每年度，由市町村長編造之，以年度開始之前一月經市町村會之議決爲必要。經其議決之後，即以之報告於府縣知事，交付其謄本於收入員，且布告其要領。但依市町村會之議決，不必發生確定之效力，關於歲入豫算中起債等多數事項，有須受監督官廳之許可者，市町村長有時得行使拒卻權，請求府縣之指揮，又府縣知事得依職權，在豫算內增加法律上所必需之費用。豫算編造之樣式，依內務部令之所定。

決算爲歲入歲出之現計表，於每會計年度出納閉鎖後一個月內由收入員編造之，將其提出於市町村長，市町村長加以審查並附具意見，至下次討論通常豫算之會議，交市町村會認定之。關於其認定之市町村會之議決，市町村長同時須報告之於府縣知事，且布告其要領。決算依與豫算同一之區分，而編造之。

(4)金錢上之命令行爲 市町村非如國家有對於人民行使廣泛的命令強制之權力。市町村之權能，除關於組織及財政之事務外，專限於保育行政之範圍，而保育行政之本質，不以權力之行使爲要素，故市町村就其事務所爲之作用，原則上非權力的作用，其對於人民得採取權力之手段者，僅以法律特認爲其權力之例外情形爲限。其最主要者，厥惟對於一般人民，命以金錢或代替金錢之經濟的價值給付之行政行爲也。如租稅，負擔金，夫役現品，使用費，手續費及加入金等之類屬之。此等皆依市町村會之議決，由市町村長賦課徵收之。A.市町村之租稅，有直接國稅及府縣稅之附加稅，與特別稅兩種。附加稅，乃附加一定之比率於本稅額而賦課之者，其得以附加之比例，有關於地方稅限制法之規定；特別稅，乃以市町村爲限，另起稅目而賦課之者，特別稅之新設或變更更須受監督官廳之許可。然戶捐，依據地方稅法，則無須許可，得以賦課之。其他爲充都市計劃事業之費用計，更承認特別之

課稅權。關於市町村課稅權之一重要特色，在法律以之爲市町村之第二次的財源，卽市町村以自其財產所生之收入，使用費，手續費，過料，過怠金及其他依法令屬於市町村之收入尙不足充當必需之支出時，則得以賦課徵收市町村稅是也。市町村，負有維持基本財產之義務，以其財產收入及其他雜收入支辦經費，乃法律所極期望者，惟遇有不足時，始能行使課稅權耳。賦課租稅，由市町村長交付徵稅書於納稅人。B. 負擔金者，謂以充當特定事業經費之目的，使從其事業特別受利益之人，或其他與該事業特別有關係之人，分擔其經費之全部或一部，而賦課之者也。依市町村制，凡有利於數人之財產或營造物所必要之費用，得使其關係人負擔之，關於有利於市町村一部分之財產或營造物所必要費用，得使該部分內之納稅義務者負擔之，卽承認對於數人或市町村一部分就其特別有利益之事件，得爲不均一之賦課，或祇對此二者而賦課之者也。其他如都市計画法，道路法等，雖亦承認以負擔金爲市町村收入之制度，但此等皆非依市町村會之議決而賦課之，乃依國家之命令而賦課之，市町村有取得其收入之權利者也。C. 夫役現品之賦課，乃命以金錢或代替金錢之勞力並物品之給付者，義務者得選擇履行，卽公法上之選擇債務也。有相當於租稅者與相當於負擔金者兩種。前者係以均一率，課於一般納稅義務之人者，後者爲不均一之賦課也。D. 使用費，爲關於市町村營造物之使用而徵收之，手續費爲關於特爲某個人之事務，以之爲反對給付而徵收之者也。二者均須以市町村條例定之。若在依與對方之契約而訂定之時，固不可認爲權力作用，從而無須以條例規定之；然在營造物之使用人民受直接或間接之強制，或爲某個人之事務須爲市町村之公義務而爲之者，任何人均有要求之權利時，對之徵收使用費或手續費，則包含權力的要素，故僅得以條例規定之。

也。惟市町村得以條例徵收使用費手續費者，限於對於市町村自身之營造物或市町村自身之事務。關於爲市町村長職務所委任之國家事務，或屬於市町村長管理之國家營造物，除依法律勅令特定爲市町村之收入，得由市町村長賦課使用費或手續費者外，不得徵收之。在有特別之規定時，市町村亦准取得其收入，而無規定其金額之權能，故不得以市町村條例規定之。例如市町村立小學校之授業金，戶籍事務之手續費，道路之占用費等是。此等皆依特別法令，定爲市町村之收入，非能以市町村條例所規定者。加入金者，乃依舊來慣行，於市町村住民中，特別有使用財產或營造物之權利者時，對於欲新加入其使用之人，加以許可，同時以之爲權利賦與之反對給付所徵收之一時金也。

(5) 行政上之強制執行及即時強制 市町村，普通惟限於公法上之金錢義務，認爲有得爲強制執行之權能。對於不在定期內完納租稅及其他市町村由人民徵收之一切公法上之收入者，得向其定期督促，如仍然不繳納時，認爲有依國稅滯納處分之例，以處分之權。此種權能乃屬於市町村長者，無須經過市町村會之決議。

此外市町村，雖一般的無強制執行之權，但有依特別法，特別授與其權力者。例如陰溝法，於土地所有人或占有人不履行疏通污水雨水於陰溝之必要設施之義務時，明認市府得代此爲執行是也。污物掃除法亦同樣有代執行之規定。

對於義務之不履行，不爲強制執行，而得由市町村吏員對於人民直接行使強制力者，惟限於法律有特別規定之場合，依市制及町村制，在關於市町村稅賦課之必要時，明認得由該吏員，臨檢家宅或營業所，或得爲帳簿物

件之檢查，依自來水條例，規定市町村之水道課得檢查家屋內之給水用具。在此等情形該吏員須攜帶證明其身分之證票。其他如市町村經營電氣事業或瓦斯事業時，依電氣事業法及瓦斯事業法，享有與普通電氣事業及瓦斯事業者所有之同一的國家公權，得爲其事業使用他人之土地。

(6) 公企業之收買 市町村依自來水條例，運河法，軌道法，電氣事業法及瓦斯事業法等，認爲有收買屬於私企業者所經營之此等事業之權利。收買非民法上之賣買，而爲公法上之行爲，因之，市町村取得企業經營之權利及附屬物件也。其價格原則上由當事人間之協議定之，協議不諧時，則依地方長官或主務大臣之裁定。對其裁定，有認爲得出訴於普通法院者，有認爲得向主務大臣訴願者，亦有認爲絕對不許爭訟者，立法之主義不一。

(7) 課以應急負擔之行爲 遇非常之災害時，市町村，有特別課以應急負擔之權。此可分爲兩種：一爲物的負擔，卽一時使用他人之土地或使用其土石竹木及其他物品，或收用之權是也，對之須補償損失。一爲人的負擔，卽爲防止危險，使市町村內之居住者，從事於防禦之權利也。後種情形，市町村長有命令之權，對之無損失補償之義務，蓋居住者因此自受其利益故耳。

(8) 科罰行爲 認爲市町村之權能之行政上的處罰，其種類有四：A. 對於公民辭卸名譽職之制裁之公民權停止。B. 對於市町村吏員之懲戒處分及賠償命令。以上二者已於前述，此外C. 爲財產罰，乃對於依詐僞或其他不正當行爲，免收使用費或逋脫市稅者，科以相當於其金額之三倍金額以下之過金者。D. 爲行政上之秩序罰，乃對於其他就使用費，手續費及市稅之賦課徵收或財產營造物之使用有不正当之行爲者，認爲有科以五圓以下



之過金之權。此等過金之處罰，須以市町村條例定之；科酌之手續雖亦得以條例規定。但無特殊之規定時，則祇能依市町村會之決議科之。其受處分者，得以訴願及行政訴訟爭之。

(9) 私法上之法律行為 市町村為達其公共之目的，普通具有私法上之行為能力，與私法人無異。除法律有特別之限制者外，各種私法上之法律行為，皆得為之，且得以商人之資格，為商行為。惟發行市町村債及為基本財產或林野之處分，則須受監督官廳之許可也。

(五) 市町村之公共事務之限界 市町村關於其地方的公共事務，固有一般的權利能力，然關於其權能之地域的或實質的限界，則頗有疑問之餘地。茲論述其重要之問題如左：

(1) 市町村之權能與地域之關係 市町村為地域團體，以其地域為活動之舞臺，故原則上在其地域外應認為不得行使其權能。雖然此種原則，又非可嚴格解釋之也。有時為實際上之必要，有不能不認其於地域之外得行使其權能者。尤其在大都市，此種必要最多，例如欲敷設自來水須在市外求水源地，市內人煙稠密，故大公園地，墓地，火葬場及傳染病院之類；概指於郊外地經營之，他如電車事業之經營，自市外求發電水力者固無論矣，即為住民之交通計，亦有延長軌道於市外以經營之必要者。在此等場合，如以市町村在其地埠外絕對無其權能，究非所以全市町村之目的者，固不待言也。關於國家機關之市町村長之權限，法律往往有規定其得以行使於市町村區域外之事項者。例如依道路法，認市町村長為市町村區域外之道路管理者，依都市計算法，認市長得於市町村區域外執行所應執行之都市計劃事業等是。關於市町村之權能，法律雖無明文規定，但在為達其存立目的之必

要限度內，以不侵害其他市町村之自治權爲條件，認爲在其區域外亦當然能行使其權能。惟如在市町村之區域內，設置營造物及經營公共事業之類，併非屬於市町村之獨占權，故其他市町村，在其區域內收買土地爲公園地，築造病院或墓地，敷設鐵道，經營電車以及設施水道工事等，亦不得謂爲因此侵害市町村之自治權也。在此限度內，以市町村在其區域外，亦得經營爲其目的所必要之公事業，管理公物，爲正當之解釋。因此雖以得該地之市町村之承認爲適當，但不得認爲在法律上須有其承認也。何則，在私立公司及其他企業者，在市町村區域內經營此等事業時，原不必市町村之許可，故在其他市町村所經營之時，實無與之異其原則之理由耳。在市町村於其區域外經營事業或管理公物時，若關於其事業或物已制定市町村條例，則該條例得隨該事業或物，而具有效力，故其效力亦當然能及於市町村區域之外。

(2) 營利事業能力 市町村，乃爲市町村住民之公共目的而存立者。故僅能爲此目的而認其有權能。關於專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。然此又非謂市町村因此全無經營營利事業之權能也。公共事業與營利事業之觀念，非互相排斥者，雖爲公共目的之事業，然同時亦得爲收入之財源，若爲公共之目的者，市町村當然有其權能，因而縱發生利益亦非超越其權能者也。甚至如大都市，以事業收入爲其有力之財源之一。市町村既能營營利事業，故得爲商法上之商人。

(3) 市町村之財產 市町村，得有基本財產，爲其收入之財源。基本財產之維持，不但屬於市町村之權能，抑爲法律所命之義務，凡爲收益之市町村財產，即應以之爲基本財產而維持之。基本財產，由市町村長管理，依市町

村會之決議，得利殖之。市町村中，有制定基本財產蓄積條例，以每年度之歲計剩餘金編入於基本財產者。基本財產，除有不得已之特別必要外，通常不消費其元本，祇以孳息充當市町村之財源，且有一般基本財產與特別基本財產之別。前者乃以其孳息充當一般之財源，後者則為為特定之目的者也。處分基本財產，須得府縣知事之許可。市町村為特定之目的，又得蓄積金穀等物。蓄積金穀所以與基本財產不同者，即此不僅為消費孳息且為以消費元本為目的之蓄積也。

市町村之財產，除專為收益之財產外，有供國家或市町村之公用者，亦有供人民之公共使用者。前者謂之收益財產，後者謂之行政財產。行政財產，即為公物之財產，或則如小學校校址供國家事業之用，或則如道路之國家公物，供一般人民之公共使用。此等財產，其財產權，雖屬於市町村，而管理權則屬於國家，由國家供其公用或公共使用者也。市町村之自身，具有其管理者，於收益財產之外，僅為市町村之公物，而由市町村自行供其公用或公共使用之物。在其提供公共使用之物中，有不問是否為住民，得使社會一般人普遍使用之者，例如公園地是。有僅限於住民始能使用之者，例如使住民得共同採取市町村有森林之薪材，共同牧畜於牧野，以及自水塘內共同引水等是。市町村之住民，因有共用市町村財產之權利，故關於提供住民共同使用之財產，不能不使一切住民皆有平等使用之權利。關於如公園地之供社會一般人公開使用之物，雖其使用僅為自由使用，而非權利，然在限於住民始能使用之時則其使用，明白具有權利之性質。其權利與住民之資格相伴而生，非基於契約者，故無民法上入會權之性質，而為公法上之使用權也。就其權利有異議時，得以異議之聲明，訴願及行政訴訟爭之。有時於市町村住

民中之一部，有特別使用權利之慣例者，則應各從其慣例。法律雖明認此種慣例得依市町村會之決議，變更或廢止之，然一切財產上之既得權，非有特別理由，則不得侵害之也。故依市町村會之決議所能廢止或變更者，決非自由裁量之行爲，應解爲僅限於公益上有不得已之理由時始得爲之。對此亦得以異議之聲明，訴願及行政訴訟爭之。

(4) 捐助或補助 關於市町村是否得爲他人之事業爲捐助或補助，不免有多少疑問。故法律以明文明示市町村有其能力。但其捐助或補助，僅以市町村公益上有必要者爲限。卽於其事業與市町村住民之公共利益相合，且非依市町村之捐助或補助，則難以成功者始得爲之。其果否有公益上之必要，依市町村自行認定之，故遇無必要時雖非無效，但監督官應得以其違法將其撤銷。捐助係對於國家，府縣等之事業而言，補助係對於私人或管轄內公共團體之事業而言，二者皆爲贈與契約。

(5) 公共事務之委託 關於市町村是否能以自己事務之一部委託之於其他市町村或其他人，法律有以明文認許之者。例如依小學校令，規定町村得依府縣知事之命令委託兒童教育事務於他市町村，依陰溝法，規定町村得委託市中陰溝之築造之情形，依結核豫防法規定公共團體得委託已設置結核療養所之其他公共團體，收容無法療養之結核患者等是也。關於租稅之徵收，如遊興稅，觀覽稅，入湯稅，馬券買得稅等，亦能委任其徵收於有徵收之便宜者；又遇納稅義務人或其財產在市町村之區域外時，更得囑託本人或其財產所在地之市町村徵收之。

在法律無如此特別規定時，一面認爲市町村原則上須親自執行自己之公共事務，不容許委託之於他人；一面市町村惟就自己之公共事務，有權利能力，故受他人之委託，處理他市町村之公共事務，應解爲超越其權能；然此原則究難以嚴格解釋。蓋依事業之性質得認爲其委託係有法律上之默示承認者。例如在自來水供給有餘裕時，以水供給鄰近町村之住民，市傳染病院收容鄰近町村之患者等，若受有鄰近町村之委託，則無禁止之理由也。間嘗如市之公設市場或公設浴場，亦有委託私人，使以私人之計算而經營之者。在有法律之特別規定時，其受委任者負有應其委託之義務，無正當理由，不得拒絕之，反之，若無特殊之規定時，則僅依自由之合意得以成立。

公共事務之委託，在基於法律之規定時，固無論矣，即依自由之合意者，亦非民法上之契約而爲有公法的性質之行爲。其基於委託而發生之法律關係乃公法上之關係，從而雖就其義務之履行或關於金錢上之反對給付發生爭論時，亦解爲不得爲民事訴訟之標的而已。

(六)市町村之自治負擔 自治負擔者，謂於公共團體之存立目的以外爲國家或其他公共團體，所課之負擔也。公共團體中，尤如府縣及市町村乃普通地方團體，爲一般行政組織系統之一部，以普及於全國一切地方爲原則，故使此等分任負擔，爲全國人民公平分配負擔之結果，從而所課於府縣或市町村之自治負擔，其例頗多。

市町村之自治負擔，從各種觀察點，得分爲下述數種：(1)自其委任者言之，得分爲爲國家之負擔，與爲其他公共團體之負擔。市町村之事務，有委任事務與固有事務之別，前者更可分國家之委任事務與其他公共團體之委任事務，已如前述；處理此等委任事務，即不外爲市町村之自治負擔。(2)自其法律上之原因言之，得分爲強制

負擔與任意負擔。強制負擔，乃不顧市町村之意思，依法律或依基於法律之行政行為，而命其負擔者，必要事務之委任事務屬之。任意負擔，乃市町村依自己之自由意思，為國家或其他公共團體之目的所負之負擔也，任意事務之委任事務屬之。(3)自其負擔之內容言之。有市町村以自己之經濟，自負經營特定事業之負擔者，有為國家機關之市町村長，以市町村之經濟，負施行特定事業或事務之義務者，有依國家所任命之官吏，以市町村之經濟，以執行之者，有關於國家或其他公共團體所執行之事業，由市町村負擔其經費之一部者，又有市町村為其他公共團體執行特定事務，其經費由該團體受償還者。要之，其內容雖極不同，然就大體言之，得區別為事業或事務之負擔，與經濟的負擔或經費負擔。

市町村之自治負擔，依各種特別法所規定。其實例雖多，就中最主要者厥惟學校負擔，道路負擔，河川負擔，都市計劃負擔，傳染病豫防負擔，職業介紹負擔，及史蹟名勝天然紀念物負擔等是。此外市町村尚有受府縣費之分配，受府縣夫役現品之賦課以及消防組織之費用，地方長官所施行之害蟲驅除費等之負擔。

有時市町村，亦有一時代墊本來屬於其他公共團體或私人負擔費用之義務者。例如行旅病人之救護費，路斃之處遇費，及癩病人之救護費是。關於代墊之經費，市町村對於本來之義務者，當然有償還請求權。

## 六 市町村之監督

凡公共團體，皆係為國家的目的而存立之團體，故與私法人不同，乃不可不服於國家之特別監督者也。惟其監督又異於上級官廳對於下級官廳之監督，非國家機關內部之關係，而為國家對於其他法人制限其意思之自

由者，故必須有法律之根據。市町村關於此點，亦與其他一切公共團體相同，就其固有事務及委任事務之全部，依法律所定而服於國家之特別監督。

國家對於市町村之監督，與對於國家機關之市町村長之職務官之監督須區別之。市町村長，論其身分爲市町村之吏員，非如官吏負擔從順之義務，故對之委任事務，及其監督，僅根據法律始得行之，非依行政權能當然命令之者；然市町村制，於法律之外尙規定得以勅令委任事務於市町村長，故關於其監督權，亦應認爲得以勅令定之。而關於國家機關之職務，因保持國政統一之必要，通常法律或勅令使主務官廳有指揮命令市町村長之職務之權，在無特別之明文時，亦應解爲當然之法理而默認之者也。例如戶籍法，對於市町村長所掌管之戶籍事務，定爲法院推事，依關於司法行政監督之規定，得監督之，又如地方官官制，規定府縣知事就國家行政，有指揮監督市町村長之權。其他如府縣之支廳長，對於町村長就國家行政事務亦有指揮監督之權；關於徵發及召集之事務，町村長受警察署長之指揮監督。

反之，關於團體之市町村事務之監督，普通不包含指揮命令之權，市町村就其事務，原則上有自治之權能，而國家得以命令之者，惟限於法律有特別規定之場合。此時之監督機關，通常第一級爲府縣知事，第二級爲內務大臣；但關於教育事項則以內務文部兩大臣，關於財政事項則以內務財政兩大臣，爲最高之監督廳，關於法律所指定之特殊事項，由府縣參事會或行政法院，行使其監督權。府縣之支廳或警察署長則絕無監督權。

對於公共團體之監督權作用，就各種團體，而寬嚴殊不一致。其最小限度，於公共團體超越其權限或違反法

規時，必有矯正之力；何則，若併此而不得爲之，是依公共團體之行爲，得有破壞國法之結果，喪失國法之統一也。過此以往，國家之監督權究能及於何種限度，乃專爲立法政策之問題。其作用在大體上，得區別之爲矯正的監督，與豫防的監督。矯正的監督者，謂在已有不適當之行爲，或不行爲之後，將其矯正之監督作用也。如撤銷違法或不當之行爲，在不履行屬於法律上義務之行爲時，命令爲之，以監督廳之決定，使具有代替團體行爲之效力，派遣官吏使代執行團體事務，命其機關改選以及懲戒其吏員等之作用皆屬之。豫防的監督者，謂在有不適當之行爲以前，爲事先豫防之監督作用也。如爲某種行爲，使其必須受監督官廳之許可，或認可，或自始不令團體自行決定，而保留其決定權於國家等屬之。爲能行使此等監督作用，其前提在監督官廳須有得知事務真况之手段。故有徵集報告及檢閱帳簿等之作用也。此種作用，可謂之監視作用。是故國家對於公共團體之監督權作用，得分爲（一）監視作用，（二）矯正手段及（三）豫防手段三種。對於市町村之監督作用，亦不出於此三者之外。其依法律所承認者大要如左。

（一）監視權 監督官廳於監督上有必要時，得使爲事務之報告，調集書類帳簿，及實地視察事務或檢閱出納。

（二）矯正的監視 乃對於市町村之違法或不當之行爲，或不行爲之矯正作用。（1）自其監督之機關言之，得分爲A.行政監督，即依國家行政官廳之府縣知事及主務大臣而行之者。B.裁判監督，即依行政法院或司法法院而行之者。C.自治監督，即依府縣參事會而行之者三種。（2）自其監督之手續言之，又可分爲A.依申請者與B.



依職權者。裁判監督及自治監督，常僅能以申請行之，而行政監督，則或依申請行之，或進而以職權行之。(3)自其監督之目的言之，又可分為以下三種作用。A. 對於行爲之監督，即遇有違法或不當之行爲時之矯正作用。B. 對於不行爲之監督，即於不爲所應爲之行爲時，爲使其爲之或實現其結果之作用。C. 對於組織之監督，即於市町村之機關缺員時，將其補充或不當時，將其改造之作用。D. 其監督之手段亦隨監督之目的不同而有差異。茲論其大要如次。

(1) 對於行爲之監督 於市町村有違法或不當之行爲時，法律所承認之監督手段，得分爲兩種。一爲撤銷權，一爲撤銷同時爲替代之處置之權。

A. 撤銷權 撤銷有基於申請之撤銷與依職權之撤銷之區別。a. 基於申請之撤銷，乃訴願或訴訟之結果，依訴願裁決廳或法院而行之者，以市町村之行爲違法且依法容許訴願或提起訴訟者爲限。其行爲如爲民法上之法律行爲時，須依民事訴訟，如爲行政行爲時，則須依行政訴訟。b. 依職權之撤銷，乃依監督官廳之職權而爲之者，於市町村會或參事會之決議或選舉超越其權限或違反法令或會議規則時，得由監督官廳將其撤銷。能行使其撤銷權者，祇限於違法之情形，而不及於不當之情形。蓋認定何者爲公益上之適當者，乃關於市町村自身之事務，以任於其自治爲適當，國家不宜加以干涉故也。又其撤銷，限於議決及選舉而不及於決定，因對於決定祇能以訴願及訴訟爭之。即於決議或選舉之違法時，亦非無論其違法如何輕微，其決議或選舉已經過相當期間後，常得以撤銷之意。監督官廳，須依關於撤銷權界限之一般原則，依其利益之較量而決定其撤銷與否。

但關於其決議，則不問爲民法上之法律行爲，與公法上之行爲，則概能撤銷之。對於其撤銷之處分，市町村長，市町村會或市參事會得出訴於行政法院。而關於未經市町村會或市參事會議決之市町村長之行爲，是否能由監督官廳撤銷之問題，法律雖無直接之明文，但有廣泛之規定，謂「監督官廳得發布監督上之必要命令或爲其處分」，故市町村長之行爲違法時，當然在能撤銷者之列。惟對於此種撤銷，僅容許訴願，不得提起行政訴訟。

B. 與撤銷同時爲替代之處置之權 對於市町村之行爲，除在容許訴願或訴訟時，依訴願之裁決或訴訟之判決以破毀其行爲，同時能爲替代之決定外，依監督權能撤銷市町村之行爲，且能爲替代之處置者，僅以因市町村長與市町村會或市參事會之間發生爭議，已由市町村長申請者爲限。監督官廳，依職權爲替代市町村行爲之處置，除對於不行爲者外，不容許之，蓋以國家之行爲，代替市町村之行爲，乃侵害市町村自治權之尤者，除市町村不自爲其行爲之情形外，誠未見其必要也。關於市町村長與市町村會，或市參事會之間已發生爭議時，法律承認兩種手段。一爲依府縣參事會之裁決者。即在認爲市町村會或市參事會之決議超越權限，或違背法令或會議規則時，市町村長得依自己之意見或依監督官廳之指揮，舉示理由，交付再議，再議之結果其決議仍有同樣之瑕疵，或有特別之事由時，則不交付再議，直接請求府縣參事會之裁決是也。此際府縣參事會之裁決，拘束市町村，或依裁決得直接爲替代市町村行爲之決定。一爲依府縣知事之指揮者。即於市町村會或市參事會之決議，<sup>a</sup>認爲顯然妨害公益時，<sup>b</sup>認爲關於收支之執行有不能者時及。削除依法令負擔之費用，依該官廳職權所命之費用，其他屬於市町村之義務之費用，因非常災害之應急或恢復以前設施所需之費用，爲豫

防傳染病所需之費用，以及其他緊急不可避免之費用，或將此等費用減額，而關於其費用及相伴之收入，市町村長在交付再議後或有特別之事由時，皆不交付再議，得直接請求府縣知事之指揮是也。此際，府縣知事之指揮，對市町村有拘束力，市町村長須應其指揮而為處置。

(2) 對於不行為之監督 於市町村不為法律上有必為義務之行為時，國家對之所能採取為監督手段之作用，須分為命令及強制兩種。

命令，乃對於理事機關指示其應為之行為，而命其為之者，為對於不行為監督之通常手段。法律雖汎稱「監督官廳得發布市町村監督上必要之命令或為處分」，然此固非依其自由裁量，得發布任何命令之意味也。其所能命令者，惟限於依法律所已確定之義務內容，命其履行之而已；出於法律所定以外，而命以新義務，則非監督官廳之權限，否則，市町村之自治權，是全然喪失矣。換言之，即其命令非創設新義務者，祇依法律，為已定義務之催告耳。監督官廳，僅在此限度內，對於市町村長有訓令權。

強制，乃於市町村不履行其義務時，國家不顧市町村之意思，為實現其義務履行之同一結果之作用也。有民事上之強制執行與行政法上之強制執行之別。民事上之強制執行，為司法權之作用，於市町村不履行民法上之債務時，債權人對於市町村與對於私人相同，得依民事訴訟，請求強制執行。但市町村財產之扣押，祇限於收益財產，而為公物之財產，乃公共目的所必需者，故不得因私法上之債權以扣押之。對於市町村申請破產，亦為法律上所不能者。

依行政手段之強制執行，得分爲兩種作用。一爲代議決，一爲代執行也。前者謂於議決機關，不爲適當之議決時，國家自己代爲決定，使之有爲市町村意思之效力者也；後者謂於理事機關，不爲所應爲之行爲時，國家以市町村市之費用，代其爲執行者也。此時，恰如監護人對於被監護人之關係，國家立於市町村之法定代理人之地位，國家之行爲具有爲市町村行爲之效力。此外可認爲代議決之一種者，尙有強制豫算權。A. 代議決：於市町村會或市參事會不爲應爲之議決或決定，或不能開會時，其處置之手段，依市與町村而有差異。在市於市會不能開會時，由市長交市參事會議決或決定之，而市參事會不爲其議決或決定，或不能開會時，始由市長，請求府縣知事之指揮。反之在町村，因無如市參事會之機關，故於町村會不能開會時，町村長即能直接請求府縣知事之指揮。非開會不能，而市會不爲應爲之議決或決定時，與町村之町村會或市之市參事開會不能，或不爲議決或決定時皆能直接請求府縣知事之指揮。府縣知事之指揮，非直接發生市町村行爲之效力者，必依市町村長爲基於其指揮之處分，始有此種效力。然府縣知事之指揮，有拘束市町村長之效力，正如市町村會或市參事會之議決之拘束市町村長，即其指揮有替代市町村會或市參事會之議決之效力也。B. 強制豫算爲代議決之一種，謂於市町村會所議決之豫算未載入法律上所必要之費用時，監督官廳有自行加其費用於豫算之權。強制豫算，惟關於必要支出始能行之，不及於任意支出；且限於歲出豫算而不及於歲入豫算。強制豫算，無須市町村長之申請，得以知事之職權爲之。其所記入者，即具有爲市町村豫算之效力。但對之容許行政訴訟。C. 代執行：代執行者謂關於理事機關權限內之事項，監督官廳，得以市町村費用，親自執行或使官吏吏員以執行之者也。法律爲廣汎之規定，謂「在市町村長或

其他吏員不執行所應執行之事件時，得由府縣知事或受其委任之官吏吏員執行之，但其費用，歸市町村負擔。代執行能及於市町村長一切職務，例如市町村長，不發支付命令時，監督官廳得代發此種命令，市町村長應請求監督官廳之指揮而不請求時，得不待其請求進而為指揮，又如不為從其指揮所應為之處分時，監督官廳得自為其處分等皆是。要之在理事機關不行為時，監督官廳有為其法定代理機關之權限，而其行為與理事機關之行為，發生同一之效力。關於市町村所應為之工事或其他事實上之作用亦同。

(3)關於組織之監督 謂遇市町村之理事機關有曠缺或其機關不適於其任務，或有義務違反之行為時而行之監督也。得分為下列三種。

A. 選任臨時代理者或使官吏掌管職務之權 遇市町村長，助役，收入員或副收入員有故障時，監督官廳得選任臨時代理者，或派遣官吏使掌管其職務。在普通情形，於市町村長有故障時，得由助役代理，助役或收入員有故障時，不得由其他吏員代理，故通常不發生此種需要；而惟於市町村長與助役同有故障，無人代理之時，則採為不得已之手段，依監督權作用，而補充其曠缺耳。法律承認兩種手段，為處置此種情形之方法。一為選任臨時代理者，以其為市町村之有給吏員，其給金額由監督官廳定之。一為派遣官吏，使掌管其職務，此時以市町村費償還其旅費。監督官廳對此兩種方法，得以自行選擇。

B. 懲戒吏員之權 府縣知事，對於市町村吏員有懲戒權。關於懲戒，前已述論之矣。

C. 解散市町村會之權 內務大臣有命令解散市町村會之權。市町村會之解散與衆議院之解散，其目的

絕端不同。即衆議院之解散，係在政府與議會之意見衝突時，爲徵詢國民之信任者，反之，市町村會之解散，則爲因市町村會不適於執行其職務，從而改造之者也。惟自其因解散，一切議員皆於任期終了前，喪失其資格一點言之，二者具有共通之性質。

(三) 豫防的監督 乃使市町村自始不能爲違法或不當的行爲之手段也，即關於某種事項，規定使市町村不能自行決定，或以受監督官廳之許可爲必要，或以國家爲市町村之法定代理者，僅依其代理權始得決定之。此皆僅依行政監督，而始能行之者也。

(一) 許可權之保留 對於市町村行爲之特別重要者，須受監督官廳之許可。而其許可，須區別爲市町村制上之許可，與其他特別法上之許可。A. 市町村制及其施行令，列記數種事項，關於市町村債及其他二三事項，規定應受內務財政兩大臣之許可，關於市町村條例之新設改廢，基本財產之處分，及一部分住民關於市町村有財產使用權舊習之變更等數種事件，規定應受府縣知事之許可。但關於東京，京都，大阪，橫濱，神戶，名古屋六市其一部分，有規定無須特別受許可者。此等許可，究爲效力發生之要件，或專爲適法之要件，法律之規定，雖欠明確，然法律以許可爲必要之事項，要皆爲關於法律的行爲，若使由市町村之自治權自行決定之，在公益上爲不適當，故以解爲效力要件爲正當，即適合於前述意義之認可者也。若未受許可而爲之時，則不得發生法律上之效力。關於此等許可，法律又有規定在不反於許可申請旨趣之範圍內，監督官廳得修正之，而與以許可者。在監督官廳加以修正，若市町村市以之爲反於許可申請之趣旨時，市町村有廢棄其所申請之行爲，而不施行之自由，乃事之當然者也。

B 依特別法須受許可者，例如依自來水條例，以市町村敷設自來水須經地方長官受內務大臣計劃書之認可，依陰溝法以市中築造陰溝亦須受內務大臣之許可，依公益當舖法以市町村所經營之公益當舖，為超過法定金額之貸借者，須受地方長官之認可，以及對於電氣事業，瓦斯事業等依電氣事業法瓦斯事業皆須受許可之類是也。此等所謂許可或認可，是否為效力要件，雖依情形而不一，但大都具有為禁止的解除之性質，蓋法律認為非受許可或認可則禁止為之者，若未受許可或認可而為之，乃違法之行爲也。

(2) 決定權之保留 關於二三特別事件，有市町村無自己決定意思之權，自始保留其決定於監督官廳者。在須要許可時，其發案權雖在市町村，然此時市町村非有發案權者，而監督官廳之行爲，有為市町村行爲之效力也。其事件限於因影響其他公共團體之利害，或因適當的意思機關之不存在，而在性質上不宜於使市町村自決之事件。前者之例，有如市町村之廢置分合及境界變更，與夫伴此而發之財產處分，為市町村一部分之區設區會條例等是；後者之例，如在町村不設町村會而代以町村公民總會者是。

(四) 對於違法監督之救濟 凡對於市町村之監督權作用，惟依法律，始能行使之，其濫用即為侵害市町村之自治權者，故對其濫用非有救濟之手段不可。法律，一面規定上級監督官廳得停止或撤銷下級監督官廳監督上之命令或處分，同時又對於特別指定之某種類事件，使市町村，市町村長，市町村會或市參事會，得出訴於行政法院，對於其他一般的關於市町村監督之府縣知事之處分，又使市町村，得訴願於內務大臣。但關於得出訴於行政法院之事件，則不得向內務大臣訴願也。

## 七 市町村內之區

市町村之區域，有時有區劃爲二個以上之區，或以其區域之一部爲法人，而承認之爲財產權之主體者。後者，普通稱之爲財產區。前者之區，又有具有法人人格與不具有者之別。其爲法人者，更有東京、京都、大阪三市之區與學區兩種；其非法人者，普通稱之爲行政區。故市町村內之區，須分爲三大都市區、財產區、學區及行政區四種。

(一) 三大都市之區 東京、京都、大阪三市，自市制施行前，卽分爲區，各區認爲公共團體，市制施行後，仍繼續此種狀態，於市之下，更設區，以爲下級之地方團體，而三市均大擴張區域，併合隣接之町村，新增數區。卽市制所謂「以勅令所指定的市之區爲法人，處理關於區之財產及營造物之事務，以及其他依法令定爲屬於區之事務」者是也。

爲地方團體之區，其權能不若市之廣汎，其固有事務，惟限於「關於財產及營造物之事務」，卽除私法上財產權之外，祇能經營營造物，就其使用，徵收使用費而已。又不若市之有制定條例及課租稅等權。關於區之營造物，遇有設置條例或規則之必要時，除以市會之決議設市條例或規則外，別無他法，區得依市條例之所定，就區營造物之使用，徵收使用費，或科以過金。區自身之收入，祇有財產收入，及營造物使用費等而已，此外區之費用，歸市負擔，市以在該區內所賦課徵收之市稅充之。普通所稱爲區費者，論其法律上之性質，固爲市稅，惟其議決權，不屬於市會而屬於區會。關於區長職務執行所需之費用亦依區之費用同一之原則。關於私法上之財產權，區雖一般的有其能力，惟關於起債法律，則不認其有能力也。在固有事務外，關於委任事務，法律雖謂區得依法令處理屬於區



之事務，但區之委任事務，其例甚夥，惟小學校之設立被委任為區之事務，是其著例耳。

區之區域及名稱，皆為繼受而來者，關於其廢置分合，境界變更及境界之爭論，則準據市例。

區設區長為其理事機關。區長為市之有給吏員，由市長任免之。區長有為區之機關，同時為市之機關，且為國、府縣等之機關之三重職務。為市之機關時，則秉承市長之命，掌管關於區內的市之事務；為國、府縣等之機關時，則受各主務官廳之指揮監督，擔任依法令所委任之事務，在普通之市町村，所委任於市町村長之國家事務，在三都市，多半委任之於區長。其委任之於市長者，市長亦得使區長分掌其事務之一部。

通常區之議決機關，係設置區會。在從來已有區會之區，則存續之，而在無區會之區，則府縣知事亦能徵求市會之意見，經府縣參事會之議決制定市條例而新設區會。在未設區會之區，由市會行使區會之職務。區會之組織，區會議員之選舉，其職務權限以及區長與區會之關係等，概依市會之例。區之監督，亦準據市之監督。

(二)財產區 除三大都市外。在一般市町村，雖以在市町村之下不更設下級地方團體為原則，但依市制町村制施行前之慣習，已認市町村內之一部落，為財產權之主體時，法律仍尊重其舊習，認其為權利之主體。當市町村併合之際，因就其財產處分協議不諧，不能統一其財產時，仍以從來之市町村為併合市町村之一部落，以保有其併合前所有之權利為其權利。普通稱之為財產區。惟分割從來為市町村所統一之財產，在市町村內，新設財產區，則不許也。財產區，惟關於從來所享有之財產及其所設施之營造物之維持管理及處分，有權利能力，不能如三都市之區，從新取得財產，設置營造物。但賣卻從來之財產，而買入其他替代之財產，則僅為財產之變形，故得以為

之，無待煩言矣。財產區雖無對於人民行使權力之權能，然其財產及營造物，乃為地方公共利益而管理之者，故屬於地方團體之一種，非私法人，當然為公法人也。

在此種區內，不設置特別之機關，以由市町村會議決其財產及營造物之管理及處分方法，而由市町村長管理之為原則。此時市町村會及市町村長，乃為區之機關，為謀區之利益而執行處理之職務者，故同時不能為市町村機關之行動，因而如決議將區有財產，併合於市町村之財產，乃法律上不可能也。為能為此種議決起見，則必在區內設置特別之區會，依其議決為之。何則，移轉區有財產於市町村，有僅能依區與市町村間之贈與契約行之，而民法第百〇八條規定，任何人就同一法律不得為雙方當事者之代理人故也。其他在全體之市町村與財產區明異其利害時，亦為有在區內設置特別區會之必要者，此際監督官廳，得徵求市町村會之意見，制定市町村條例，以設立區會或區總會。在已設區會時，區會議員為市町村之名譽職，關於其定數、任期、選舉權及被選舉權等事項，於條例中規定之，但關於其選舉，則準用於市町村會議員之規定。其他關於區會或總區會則準用於市町村會之規定。在設置區會或總區會時，財產區亦不設區長，執行其議決，為區之對外代表者，專屬於市町村長之職務。故例如，在同一市町村內之兩財產區相互間，或財產區與市町村之間發生民事上之爭議時，市町村長，發生同時為原告且為被告之結果。

關於屬於財產區之財產或營造物特別所需之費用，歸其區內之住民負擔。但區無課稅權，故自財產或營造物所生之收入苟不足以充之時，可向區內之納稅義務者賦課其費用，作為市町村稅。故其會計與市町村之一般

會計當然應分離處理之。

(三)學區 在市町村所設置之初等小學校有數校時，得分市町村爲數個學區，以學區之負擔設立之。學區被認爲有以自己費用，設立學校之權能，故爲公法人。學區之設置須徵求市町村之意見，由府縣知事定之。關於學區之廢止亦同，學區有與三都市之區或財產區相一致者。此時，若在其區內已有區會或區總會時，則關於學區之事件由其區會或區總會議決之；即在其他情形，爲其議決準據財產區之例，得特設區會或區總會。若未設置者，則由市町村會議決之與財產區相同。其他關於學區，能準用關於一切財產區之規定，但屬於學區費用之一部，得受監督官廳之許可，由市町村負擔之。在學區廢止時，其財產處分，徵求市町村會及學區區會或區總會之意見，經府參事會之議決，由府縣知事定之。爲學區所設立之小學校，雖名爲市町村立小學校，但實際上，學區爲其設立之主體也。

(四)行政區 除爲法人之區外，有僅爲市町村行政區劃之區者，謂之行政區。行政區，係爲市町村事務處理之便宜而設立者，其自身無權利能力。在行政區中，祇名古屋市、橫濱市及神戶市之區，置有給吏員之區長，掌理區內之市的事務，且受國、府縣等之事務之委任。其他之行政區，則置名譽職區長，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。此可分爲兩種：一爲一部事務之市町村組合；一爲全部事務之町村組合。

(一)一部事務之市町村組合者，乃為共同處理市町村一部分事務所設立之法人也。組合之設立，原則上雖依關係市町村之協議，受府縣知事之許可，然在公益上有必要時，則有依監督官廳之行為而設立之者。後者，徵求關係市町村會之意見，經府縣參事會之議決，而由府縣知事定之。市町村組合之設立，非二個以上之市町村為共同執行某事務時，所必需之絕對要件，不設立組合，單依協議共同執行之者，法律上並無認為應行禁止之理由，惟已設立組合時，其組合自身為公法人，得直接對於住民課稅或行使其他權力而已。換言之，即市町村組合，一面係以市町村為構成員之複合的團體，其議決有拘束市町村之效力，且能對於市町村，分賦組合費，一面係以住民為構成員之地方團體，直接有拘束住民之權能，至得以組合之名制定條例，並能對於人民賦課租稅，則與市町村無異。凡關於市町村之規定，原則上於市町村組合亦能準用之。

市町村組合，須在其設立同時制定組合規約。規約，為組合在法律下之基本法，在法律之範圍內，得訂定組合之名稱、權能、機關，及組合市町村之權利義務等。其機關為組合長及其他組合吏員，通常雖設組合會，但關於組合長之選任或組合會議員之選舉，則不必依市町村長選任或市町村會議員選舉之例，得以規約任意訂定之。制定規約，須依關係市町村之協議，受府縣知事之許可，變更規約時亦同。但因協議不諧而有特別之必要時，則可不顧關係市町村之異議，經求其意見，經府縣參事會之決議，而由府縣知事定之。關於市町村組合之解散及隨其解散發生之財產處分，亦依同一之原則。

為市町村組合之一種而受特別規定之支配者，乃市町村或町村學校組合也。學校組合，乃為教育事務所設

之市町村或町村一部分事務之組合，其特色爲（1）其名稱須稱爲學校組合及（2）除設置高等小學校外，凡其設立，規約之制定及變更，組合町村數之增減及解散，均由府縣知事徵求關係市町村之意見定之。町村學校組合。於一町村之資力，不堪負擔，關於設置初等小學校之費用，或一町村應使就學之兒童數，不足以構成一初等小學校時設置之。此外，若欲設置高等小學校，則依市町村或町村之協議，受府縣知事之認可，得設市町村學校組合或町村學校組合。

（二）全部事務之町村組合者，乃二個以上之町村，爲共同處理事務之全部而組織之複合的地方團體也。此僅能適用之於町村，成立於市之組合，則未見其例。全部事務之町村組合，乃共同其町村事務之全部者，故實際上殆與一町村無異，在組合各町村，不設特別之機關，其從來之機關，與組合之成立同時消滅。因在各町村無特別之機關，又無特別之事務，故各町村法人之資格雖仍存續，但全無行爲能力，一切行爲，僅能認爲組合之行爲。故全部事務組合之設立，實際上與町村之合併，殆無所異，惟在（1）組合各町村尙保有從來之財產。（2）除各町村之公民外，組合無特別之公民，因而自組合內之一町村移轉住所於其他町村時，不免即喪失公民權，及（3）當組合解散時，各町村當然分立，而組合之解散較町村廢置分合之手續簡易之諸點有不同耳。在其他諸點，凡關於一町村之規定，均能準用之於全部事務之町村組合。故關於其機關之組織，在一部事務之組合，得以組合規約定之，反之，在全部事務之組合，則須準據町村，不得定以組合規約，而組合會，組合長及組合助役等，概須準據町村會，町村長，町村助役等之規定，而選任之。又關於經費之負擔，在全部事務之組合，不得分賦之於各町村，祇如在一町村，得使

所屬人民，分任其負擔。

全部事務町村組合之設立及組合規約制定之手續，與一部事務之組合同。惟組合規約之變更及解散，在一部事務組合，係依關係町村之協議；反之在全部事務組合，則因各町村無其機關，故不能依協議，祇能依組合會議決，受府縣知事之許可爲之；惟因公益上之必要，府縣知事得徵求組合會之意見，經府縣參事會之議決而爲之也。

## 第六節 現行地方自治制之梗概(二)

### 一 府縣

(一) 府縣之性質及構成 除北海道外，內地全部區劃爲三府四十三縣。府與縣，一面爲國家行政區劃，爲國家官廳之府縣知事所管轄，同時一面，又立於國與市町村之中，具有上級地方自治團體之性質。地方團體之府縣之區域，與國家官廳之知事的管轄區域，互相一致，乃法律所要求者。稱之爲上級地方團體，惟其區域僅有包括市町村區域之意味，非謂府縣監督市町村也。市町村專受國家之監督，府縣知事固無論矣，即府縣參事會亦爲以國家機關之資格而行使其監督權者也。

府縣依從來之區域，包括市町村及島嶼。其廢置分合或境界變更祇能依法律爲之。此而生之必要的財產處分，除法律自行規定者外，由內務大臣徵求關係府縣參事會及市町村會之意見而定之。

關於府縣之住民雖別無規定但以其區域內有住所者爲其住民，則無待言也。關於府縣之公民，亦無特殊之規定，府縣內各市町村之公民，同時爲府縣公民，而有選舉權。

(二)府縣之機關 府縣機關之組織，顯與市町村不同。其議決機關，在府縣。有府縣會及府縣參事會，此雖略同於市，然其議決之範圍，則遠不及市會市參事會之廣汎，其理事機關，以國家官吏之府縣知事充之，不使團體自行選任。換言之，卽市町村有完全的自治之組織，反之，府縣則爲半官治之團體。知事對於府縣或府縣參事所能行使之權力，亦較市町村長強大。蓋府縣之行政，較之市町村之行政，不惟關係於國家之利害稍大，且施行於府縣區域之國家行政，其範圍頗廣，故不適於委任之於公選之吏員也。

(1)府縣會 府縣會爲府縣住民之代議會。其選舉，依大正十五年之改正，略準據衆議院之選舉，採男性平等普通選舉制，而依大選區、單記、無記名投票之方法。有選舉權者，爲府縣內之市町村公民，故不編製特別之選舉人名簿，依市町村之選舉人名簿，舉行選舉。其選舉區，依郡市之區域，在三大都市，則依區之區域。議員之定數，以法律特定之，不容許如市町村得以條例而有所增減，但自各選舉區所應選出之議員數，則以府縣條例定之，府縣會議員，爲名譽職，任期四年。

府縣會之權限，與市町村迥異。除不如市町村有決定爭議，監督行政之權限外，關於其議決或選舉之權限，較之市町村會亦遠爲狹隘。A.其議決權，非如市町村會之於市町村，能及於團體之一切事件，僅及於法律所列記者而已，卽非概括的，乃列舉的也。其所得議決者，主爲府縣條例，豫算決算，租稅及其他公課，財產處分，財產及營造物

之管理規定等關於府縣財務之事件。關於府縣會是否能就其所議決之事件自行發案，在舊制，毫無明文，判例及行政先例，皆否定之，但依昭和四年之改正，除豫算外，已明示得由議員三人以上，提出議案之旨。B。在府縣會所選舉之機關，除議長副議長外，惟名譽職參事而已。府縣吏員，概由知事任免之與府縣會無與。但遇府縣設置委員時，其選舉方法，則依條例之所定。C。府縣會就有關府縣公益之事件，得提出意見書於關係行政廳，又於官廳有諮詢時，須答述意見。D。府縣府關於國家事務，又有依法令而受特別權限之委任者。

府縣會由知事召集及開閉之。但有議員定數三分之一以上提示應交會議之事件，而請求召集臨時會時，知事須召集之。府縣會非如市町村會，每於必要時隨時召集之，而分爲通常會與臨時會，通常會每年在一定期間開會一次，會期以三十日以內爲限度，知事遇必要時雖得延長之，但其延長以三日爲限。臨時會，係因臨時之必要或以知事之職權或基於議員之請求而召集者，會期以七日爲限，其得以交付會議之事件，僅限於爲召集之目的而事先通告之事件。召集，除有需要急施者外，於開會前十四日，依通告爲之。無須如市町村會對於議員，各別發召集狀。

(2) 府縣參事會 爲副議決機關而兼監查機關者，又依法令而委任之，以特別之權限者亦復不少。

府縣參事會，以府縣知事爲議長，由議長及名譽職參事會員十人組織之。名譽職參事會員，於府縣會同數補充員與其議員中，隔年選舉之。遇有缺員時，由知事按法定順序，自補充員中，遞行補充。議長除於可否同數時有決裁權外，不參加決議。在大正十五年以前，府縣參事會，於名譽職參事會員外，尙加入高等官二人，採官民合議之形



式；嗣依同年之改正，將其削除，除以知事為議長外，祇以名譽職參事會員組織之，故殆為純粹意義之府縣會常設委員會之形態。府縣參事會，為適應需要，得隨時由知事指定會期，而召集及開閉之，但遇有名譽職參事會員定數三分之一以上提示應交付會議之事件而請求召集時，則應行召集。參事會會議，禁止傍聽。

府縣參事會，一面為府縣之機關，而一面又為國家之機關受職務之委任者在所恆見。前者依府縣制之規定，後者由各種法律命令規定之。

府縣參事會，為府縣機關之權限，得分為四種。A. 為議決之權。關於府縣行政，市府參事會所有之議決權限，又可分为三種。一為議決受府縣會所委任事件之權，二為於屬於府縣會權限內之事件，因其故障而議決不能，或須急施無暇召集時，代其為議決之權。此二者，皆為代理本來應由府縣會議決之事件者，恰與市參事對於市會之關係相類似。三為法律自始，即不以之為府縣會權限，而以之為由參事會議決之事項。就中關於工事之執行之規定，及關於為府縣之訴願訴訟和解之事項屬之。B. 為決定之權。府縣參事會對於關於府縣行政之異議，有為第一審而決定之權。能為決定之事件，以法律所列記者為限，即關於府縣會議員當選或選舉效力之異議，關於府縣會議員有無被選舉權之異議，關於府縣吏員之退隱金，退職給與金死亡給與金，遺族扶助金及府縣會議員，名譽職事會員至其他名譽職員之費用償還之給與之異議，關於府縣稅之賦課，對於市町村之府縣費之分賦，使用費手數費之徵收，夫役現品之賦課之異議以及關於府縣出納吏及其他吏員之賠償責任之異議等是也。異議之聲明，原則上由聲明人對知事為之，知事以其付於參事會之議決。惟關於府縣會議員選舉或當選之效力，則不待異議之

聲明，於知事有異議時，即能交其決定。關於府縣會議員被選舉權之有無，基於府縣會之通知或依知事之職權，交參事會決定之。異議之聲明受法定期間之限制，與在市町村所述者相同。對於府縣參事會之決定有不服者，得提出於行政法院。知事亦能對之提起訴訟。此外，府縣參事會關於市町村所徵收之府縣稅已滅失時所為納入義務免除之申請，亦有為決定之權。C。申述意見之權。府縣參事會對於有關府縣公益之事件，得提出意見書於關係行政廳及有應官廳之諮詢而答述意見之義務，與府縣會同。此外在舊制，規定由知事所提出於府縣會之議案，先應提出參事會以徵求其意見，但依大正十五年之改正，已削除之矣。D。為出納檢查之權。府縣參事會得於名譽職會員中選舉委員，使其檢查關於府縣之出納。

基於特別之委任，使屬於國家機關參事會之權限者，尚有種種。就中最主要者，為關於屬於市町村會或參事會權限內之事項，由市町村長之申請，代為議決或裁決。對於不服市町村會，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。市町村之廢置分合，境界變更及相伴而起之財產處分，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，或強制變更或解散，及相伴而起之財產處分等之議決或裁決。由名譽職參事會會員中，互選市町村吏員懲戒審查會會員，地方森林會議員，收用審查會委員等皆是也。

(3) 府縣知事 府縣之理事機關，為府縣知事。知事為府縣機關之地位，與市町村長為市町村機關之地位，迥不相侔。其差異得列舉三點。A。市町村長為市町村之吏員，非如官吏負有從順之義務，故監督官廳，僅根據法律，

得命令之，普通無訓令權；反之知事，爲官吏，負有從順之義務，從而就其爲府縣機關之職務，亦負有服從上官命令之義務。B. 在市町村，凡市町村之一切事件，原則上須經市町村會之議決，市町村長惟就其特定爲無須議決之事項，得專決之，反之在府縣，府縣會或府縣參事會得議決之事項，以法律列記者爲限，關於其他事項，普通知事有專決之權。O. 市町村長，於市町村會或市參事會之議決或選舉違法時，祇能交付再議，無撤銷權，撤銷權專屬於監督官廳，反之在府縣，府縣知事，則有自行撤銷府縣會或府縣參事會之違法的議決或選舉之權。對於此種撤銷，府縣會或府縣參事會得以行政訴訟爭之。此外在舊制，於府縣會或府縣參事會否決知事所提出之預算案及其他議案，或加以不適當之修正時，認爲得請求內務大臣之指揮，執行原案；後依昭和四年之改正，稍限制此種權限，規定限於其議決顯然妨害公益，關於收支之執行，不能以及削除必需且不可避免之費用或減額時，始得行使之。

於上述以外，府縣知事，關於府縣行政之權限，大體上與市町村長關於市町村行政之權限類似。知事乃統轄府縣，對外代表府縣，向府縣會或府縣參事會提出議案執行其議決，管理府縣之財產及營造物，任免府縣之吏員，指揮監督之及對之行懲戒處分者也。關於屬於府縣會或府縣參事會權限內之事項，於必須臨時急施，且無暇召集參事會時，有爲專決處分之權。在府縣會不能開會時，知事應將其所應議決之事項，交府縣參事會議決之，但遇參事會亦不能開會時，得呈請內務大臣之指揮，以處分其應議決之事件。於府縣會或府縣參事會不行使其權限時，知事亦得呈請內務大臣之指揮，而處分之。

(4) 知事以下之機關 爲補助府縣機關知事之職務之機關，與關於國家之職務相同，以補助官之國家官

吏充當之爲原則。

官吏之外，有必要時，得置有給之府縣吏員，吏員爲知事所任免，其給金，以府縣條例定之。吏員之外，更能以府縣條例，設臨時或常設之名譽職委員。

爲掌理府縣之出納事務，得設府縣出納吏，出納吏由知事自官吏或吏員中任命之。出納吏之地位，與市町村收入員之地位，甚相懸殊，卽收入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，且有審查其是否適法之權；反之，府縣出納吏則對於知事，有從順之義務，無獨立之權限也。

(三) 府縣之權能及其負擔 府縣爲公法人之權能，與市町村略相類似。

(一) 府縣之固有事務 得分爲組織、財政及保育行政三種，與市町村無異。但A。其關於組織之權能，遠不及市町村之廣汎，其組織法概以國之法律而特定之，不承認得依自治權設置特例。關於機關之選任，依其自治權，僅有選舉關於議決機關之權能；而理事機關係以國之官吏充任，故無干與其選任之權，僅得置有給吏員，以爲補助機關而已。B。關於財政，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、過金等收入外，對於其所屬人民，有課稅權，有課負擔金之權，有課夫役現品之權，及財政強制之權等。與市町村相同，此外對於管轄內之公共團體，有分賦費用、賦課負擔金，及夫役現品之權。其起債權，亦與市町村略同。C。關於保育行政，亦得適用與市町村同一之原則，其差異，在於市町村隨地域之廣狹，僅於其地域之限界內，有執行行公共事務之權能；反之府縣則以府縣全地域之公共事務爲其權能之範圍。又關於得科過金之權能，二者亦同。但在府縣，係由知事科之。然府縣不

若市町村有賦課應急負擔之權。

(2) 府縣之委任事務 依各種之法律勅令定之，難一一枚舉。舉凡如精神病院，癩病療養所，感化院，中學校，師範學校，實業學校，專門學校，地方測候所，地方農事試驗場，地方農事講習所，府縣蠶業試驗場，府縣生絲檢查所，府縣工業試驗所及工業講習所，府縣水產試驗場及水業講習所，以及府縣種畜場之類，無一而非爲國之營造物，命府縣以設置之義務，或賦與以設置之權能者也。

(3) 府縣條例及府縣規則 府縣在其權能之範圍內，得制定能拘束其管轄內人民之條例。從來關於府縣條例之制定權，無一般的規定，依昭和四年之改正，乃規定府縣能一般的與市町村同樣制定條例。然此非謂從來府縣全無自治立法權，依新法始賦與其權能者也。在地方團體於任於其自治權能之範圍內，不但能爲各個處分，且能制定一般的法規，此乃事理之當然，而無待特別之明文者。故府縣雖在以往，在屬於其權能之範圍內，亦有自治之立法權也。新法之改正，主要者有兩點。一從來關於此等規定，法律不規定一定之名稱，實際上，等於國家官廳之府縣知事之命令，以府縣令之名稱公布之；反之在新法，法律則特定其名爲條例，以之與國家命令的府縣令相區別。一從來此等規定，概經府縣會之議決由府縣知事制定之；反之在新法之下，則府縣條例，府縣會有議決之權，依其議決而制定之，知事除交付再議或撤銷之外，惟當其公布之任而已。又府縣關於府縣之營造物，除以條例規定者外，得設府縣規則。府縣條例及府縣規則同依一定之公告式而布告之。

(4) 府縣之課稅權及費用分賦權 府縣對於人民所能賦課之租稅，有國稅附加稅與府縣內之特別稅兩

種。國稅附加稅，乃對於法律所指定之國稅，附加以法律所規定之限制內之稅率者也。府縣內之特別稅，在現制之下，有特別地稅、家屋稅、營業稅及雜稅四種。關於府縣賦課徵收之特別事項，得列舉數點，即關於其賦課細目之事項，得依府縣會之議決，交付關係市町村決議之；爲其賦課必依府縣知事對於市町村所發之徵稅令書，市町村長負編製徵稅傳令書及交付之於納稅人之義務；市町村，負有徵收該市町村內之府縣稅而納入之於府縣之義務等是也。但在其不完納時，依國稅滯納處分之例所爲之強制徵收，則專屬於府縣知事之權限。

除對於人民之課稅外，府縣尚有分賦其費用於市町村之權。費用之分賦，普通惟爲臨時少額費用，須賦課徵收時始容許之；然在已設市部會及郡部會之府縣，則得經府縣會之議決，分賦屬於其市部部分之賦課額於市。後者，係將府縣費之全部分賦於市者，市民受代府縣稅之市稅賦課，故此際，授市以特別之課稅權。

(5) 府縣之經費負擔 關於國家事務，命府縣負擔經費者，其種類甚繁，即法律所謂府縣「負有支付依法律勅令或從來之慣例歸屬於其負擔之費用之義務」也。其現實所命之負擔，就中如警察費、警察廳舍建築修繕費、河川及其他土木費、衛生費、家畜傳染病預防費、教育費、府縣廳舍建築修繕費、地方產業試驗所費、及地方測候所費等，乃其主要者也。

(四) 府縣之監督 府縣之行政，由內務大臣監督之。然在府縣，因其理事機關之府縣，乃國家之官吏，故自其官吏之身分言之，關於府縣之行政亦與國家之行政相同，普通負有服從上官指揮命令之義務，從而對於府縣行政之監督作用，在各方面均與對於市町村行政者有別。就中雖於知事或在其以下之機關缺員或不行使其職務

時，亦不承認職務掌管或代執行之手段，關於預算亦無如市町村之強制預算制。另一方面，在市町村視為監督官廳之作用而行之者；在府縣則多任於知事之職權。例如在市町村，監督官廳有撤銷市町村會之議決或選舉之權，而在府縣，則由內務大臣指揮府縣知事，使其撤銷之，而不親自行使其撤銷權。對於市町村吏員，雖監督官廳亦有懲戒權，反之對於府縣吏員之懲戒權，則專屬於知事。此外凡在知事職務之限度內，內務大臣均有廣汎的指揮命令之權。內務大臣又有監視府縣行政，就行政事務使爲報告調集書類帳簿，實地視察事務，檢閱出納，發布府縣行政監督上必要之命令及爲其處分等之權。內務大臣更能命府縣會解散。

(五)府縣組合 二個以上之府縣，爲共同處理特定事務，得設立府縣組合。府縣組合爲法人，與市町村組合相同，以依府縣之協議，得內務大臣之許可而設立之爲原則，例外猶承認強制設立。其機關以組合長及組合會爲主要者，組合長以內務大臣所指定之府縣知事充之，組合會之組織，以組合契約訂定之，其權能準據府縣會。府縣參事會之權限，由爲組合長之知事行之。

(六)府縣行政之特例 關於二三府縣，有與其他府縣定有相異之特例者，其特例如左。

(1)分別市部經濟與郡部經濟者 自府縣制施行以前，在異於郡市經濟之府縣，內務大臣，得依其區域，分別市部及郡部之經濟，設立市部會，市部參事會，郡部會，郡部參事會。從來曾適用此種特例者爲東京，京都，大阪，神奈川，兵庫，愛知及廣島之三府四縣，爾後由大阪府而神奈川縣，而廣島縣，而京都府及東京府。至昭和七年均相繼廢止此種特例，迄今惟兵庫縣及愛知縣相沿未改。凡此等縣內之市部郡部之府縣費分擔及收入之比例乃至應

由市部會郡部會所議決之事件，概以府縣條例定之。

(2) 分別本地經濟與島嶼經濟者。府縣經府縣會議決，受內務大臣之許可，得分別爲島嶼之經濟與所屬本地之經濟。然此際無爲此等經濟，而設置之特別議決機關。

## 二 北海道及島嶼

(一) 北海道。至明治三十四年北海道會法及北海道地方費法之制定施行後，始具有地方自治團體之性質。其制度初與府縣迥異，於大正十一年，因改正北海道會法及北海道地方費法，規定府縣制之規定，大部分亦能準用於北海道，自是北海道與府縣，實際上殆同其制度。惟自法律上之名稱言之，府縣以府縣之名稱爲公法人，反之北海道，爲法人之名稱者，則爲北海道地方費，北海道自身，不認爲法人，而認北海道地方費，爲公法人，以之爲行政之主體。然此不過名稱之差異而已，法律上之性質，並不因此而有所差異也。所謂「北海道地方費」者，固非國家之特別會計，亦非財團法人，乃以一定之地域與住民爲其構成要素之地域團體，而與府縣同其性質者也。

在北海道，設置北海道會及北海道參事會，與在府縣，設置府縣會及府縣參事會相同，其組織及權限，亦準據之。惟名譽職參事會員之定數，爲十二人。北海道之行政，由北海道廳長官統轄之，亦等於府縣知事之統轄府縣，而關於北海道參事會之關係及其他關於北海道行政之權限等，又無一而非準據府縣者。至北海道之權能及負擔與對於北海道之監督等，大體上亦與於府縣所述者相同。

(二) 北海道之市町村。在市，自大正十五年以後，與各府縣之市相同，施行市制與他市立於同一制度之下；



在町村，則不施行町村制，另有北海道一級町村制及北海道二級町村制之規定，指定爲一級町村之町村，施行一級町村制，指定爲二級町村之町村，施行二級町村制，就中亦有不施行任何制者。何者爲一級町村之地，何者爲二級町村之地，由內務大臣指定之。

施行一級町村制者，殆與一般之町村，同其制度。其差異在各府縣之町村，祇受第一次府縣知事之監督；反之，北海道之一級町村，則除第一次受北海道廳支廳長之監督外，尙受第二次北海道廳長官之監督。其結果關於市町村之監督，多爲屬於府縣知事權限內之事項，在北海道則屬於支廳長之權限；而對其處分，規定得訴願於北海道廳長官。

施行二級町村制之町村，除就其監督，有上述同一之差異外，尙有其町村長爲有給吏員，任期無定由北海道廳長官任免之，不設置助役，收入員由町村會推薦歸支廳長任命任期四年，設置有給吏員之書記爲支廳長所任免等，均爲與一般町村顯然不同者。町村會所能議決之事項，亦不如一般町村能普及於町村之一切事件，僅以法律所列記之事件爲限；又決定異議之權，亦不屬於町村會，而爲町村長之權限。

(三) 島嶼町村制 謂施行於不施行町村制之島嶼之町村者也。此種町村，較之一般町村，其組織遠爲簡單，而人民之權利亦比較受限制。其與一般町村異其制度，而極其明顯之點，在(1)町村長及收入員由支廳長呈報歸府縣知事任免，書記歸支廳長任免。(2)町村會議員定數爲四名以上，十二名以下。(3)其選舉權及被選舉權仍以納稅資格爲必要。(4)町村會之議決就輕易事件，不開會議得以書面，徵求議員之意見爲之。(5)異議之決

定不屬於町村會之權限，而屬於町村長之權能。(6)議員選舉或當選之效力，町村會議決之撤銷及過金處分等，在一般町村能出訴於行政法院之事件，此則亦有以訴願於府縣知事為終局者，及(7)第一次之監督權屬於支廳長等是也。

### 三 殖民地之地方自治制

(一)朝鮮 朝鮮之地方自治團體，為道府、邑及面。

道相當於內地之府縣。於大正九年，始定朝鮮道地方費令，使以道地方費之名，為公法人，而昭和五年，以新制之道制代之，其施行期日，規定由總督定之。依據道制在道為議決機關之道會，以議長及議員二十人以上，五十人以下組織之。議長由道知事充任。議員中三分之二，由各選舉區之府會議員、邑會議員及面會議員中選舉之。即非直接選舉而為間接選舉也。被選舉權原則上，凡一年以來在道內有住所，年在二十五歲以上之帝國臣民之男子，皆普通有之。議員中其他三分之一，則由道知事自有學識名望且有被選舉權人之中任命之。道會有議決預算及其他關於道之財政事件之權。

府、邑、面相當於內地之市町村。府於大正二年，始制定府制而施行之，且令其為法人，當時祇設府協議會，未設議決機關，至昭和五年改正府制，自同六年四月一日施行，始設置為議決機關之府會。府會議員，採直接選舉制，由府住民中選舉其全部。但其選舉權，以一年以來為府之住民，年在二十五歲以上之男子，而能營獨立生活，且一年以來已納府稅年額五圓以上者為限。府縣會之議決權及於府預算，及其他關於府經濟之事件。擔任其行政者，乃

爲國家官吏之府尹也。

邑與面從來無制度上之差別，同以面稱之，於大正六年以來，施行面制，至昭和五年，始從面中區別相當於內地之町者而稱之爲邑，制定邑面制，以代從來之面制，規定自昭和六年四月一日起施行。在邑有邑會，在面有面協會，由住民中具有選舉權者之中選舉之。其議長皆以邑長，面長充當之。邑會爲議決機關，有與府會略同之議決權。面協會，爲諮詢機關，對於同一事項有答覆面長之諮詢之權限。爲邑之理事機關之邑長面長，同爲國家之官吏。

在朝鮮除右述者外，尙有一種公共組合的學校組合之制。學校組合乃以關於內地人民之教育事務爲目的者，其組合員，爲在一定區域內有住所之內地人民。

(二)臺灣 自大正九年，始制定臺灣州制，臺灣廳地方費令，臺灣市制及臺灣街莊制，於同年十月一日起，施行之於州廳，市街及莊。

在州，設爲州知事之諮詢機關之協議會。協議會，以州知事爲議長，由議長及二十人以上三十五人以下之協議會組織之。協議會員，不依選舉而由臺灣總督自在州內有住所且有學識名望者中任命之，其任期爲二年。可諮詢於協議會之事項，爲州之預算，州稅之賦課及其他關於州之財務之事項。

應地方費，爲法人而所有財產，且有以自己經費，處理其事務之權利能力，但不設立爲諮詢機關之協議會，其事務專由國家官吏之廳長擔任之，蓋爲純然的受動團體也。

在市，設爲市尹之諮詢機關之協議會，協議會員，任期二年，由州知事任命之。可諮詢於協議會之事項，與州協

議會略同。協議會員之定數，爲十五人以上三十人以下，確定之權在臺灣總督。

最後在街莊，亦設爲街莊長之諮詢機關之協議會，與市無所差異，協議會員之定數，爲七人以上二十人以下，由臺灣總督定之。

(三)樺太 樺太於大正十年，發布關於地方制度之法律，以町村爲地方團體，自大正十一年四月一日施行之。至昭和四年新制樺太町村制及樺太町村制施行令，於同年七月一日起施行之。樺太之町村分爲一級及二級，一級町村長，由町村會選舉，二級町村長由樺太廳長官任免之。二者均置町村會，爲其議決機關，而由町村公民直接選舉之，其爲公民資格之要件，大體上亦準據內地之町村。町村會之權限，在一級町村與內地之町村略同，在二級町村議決法律所記之事項。町村長，非國家之官吏，而爲町村之吏員。其他關於町村之事務，大體上亦與內地之町村制，依同一之原則。惟關於其監督，第一次係受支廳長之監督，則等於北海道之町村耳。

(四)關東州 關東州之地方自治團體，爲市及會。市，爲大連及旅順二市，施行關東州市制及其施行規則。會，則施行關東州會制及其施行規則。

市，設市會，市長，市參事會及助役等。市會會員大部分由市民公選，但其一部分係依民政署長所任命者。其議決權，廣及於關於市之一切事件。市參事會，爲副議決機關，由市長助役及市會自市議會員中所選舉之名譽職參事會員六人而成。市長及助役以名譽職爲原則，但亦得爲有給者。市長由市會選出候補者三人，再由關東長官選任之，其任期爲四年。助役由市長推薦於市會而定之。

會，除會長及會吏員之外，尙設爲會長之諮詢機關之協議會，協議會員，由民政署長或民政支署長自在會內有住所者之中選任之，任期三年。可諮詢於協議會之事項，主爲關於會之財務事件。

(五)南洋羣島 自昭和六年八月一日起，施行南洋羣島部落規程。部落之名稱區域，由南洋廳長官定之。部落中置名譽職之總代及副總代各一人，依支廳長之呈報，由廳長官任免之，其任期爲三年。此外另置協議會，爲諮詢機關，協議會員，爲八人至十六人，以二年之任期，由部落住民中公選之。協議會所以應總代關於部落財務之一切諮詢者也。部落規程，於島民不適用之。

## 第七節 公共組合及營造物法人

### 一 各種公共組合

公共組合爲社團法人。非如府縣或市町村以廣汎的一般的公共利益爲其存立之目的，乃爲限制之特定目的而設立者，故或稱之爲目的團體。地方團體，自爲其地域的團體之構成言之，已與私法人全異其趣，故依其構成卽能斷定其爲公法人；反之公共組合，自其爲社團法人言之，與爲私法人之社團法人同其構成，惟自其目的言之，則與私法人有所區別，然法人之目的，究具有公私二者何者之性質，非法律之表面所明示者，故公共組合與私法人之區別，不必明瞭，惟其目的乃爲國家的，其結果，公共組合有不見於私法人之某種法律上的特色，從而僅能依此等特色，推斷其爲公法人而已。其特色爲下列諸點，卽(一)設立或加入之強制。(二)機關之構成，尤其承認

其職員有公吏之身分。(三)國家的公權之授與，尤其關於其經費之徵收得依行政手段之強制執行。(四)存立之強制，即無解散之自由。及(五)服於國家之特別監督等是也。一切公共組合，固不必具備此一切之特色，然具備此中任何之特色者，則足為推斷其為公法人之根據。

在現制之下，具有公共組合性質之法人，就其存立之目的言之，得大別之為五種。

(一)以關於土地事業為目的之公共組合 屬於此類者，得列舉水利組合、北海道土功組合、耕地整理組合、土地區劃整理組合、及森林組合等。(1)水利組合，謂關於水利土功之事業，因特別之情事，有不能為府縣及其他地方團體之事業者時，為此等事業，以一定地域內之土地所有人或土地家屋所有人，而組織之團體也。有普通水利組合及水害豫防組合兩種，前者以關於灌溉排水之事業為目的，後者以關於水害防禦之事業為目的。有時水害豫防組合，得兼營關於灌溉排水之事業。(2)北海道土功組合與水利組合之性質略同，惟其目的之範圍，不限於水利事業，且包含設施維持農業上所必要之道路橋梁等事業在內，此其所以異也。水利組合法不施行於北海道，乃施行土功組合法以代之。(3)耕地整理組合，乃以耕地整理之施行為目的，而在整理施行地區內之一切土地所有人為組合員之公共組合也。(4)土地區劃整理組合，乃以都市計劃事業而行之土地區劃整理之施行為目的之公共組合，得準用關於耕地整理組合之規定。(5)森林組合，乃為共同經營關於森林之事業，以一定地域內之森林所有人而組織之公共組合也。

(二)以增進同業者之共同利益及矯除弊害為目的之公共組合 在一定地區內從事於同一職業者，互相

組合，爲矯除職業上之弊害及圖謀其利益所組織之團體，得汎稱之爲同業組合。同業組合，依同業者之任意協議而設立之，其社員之加入及退出乃至組合之解散均有自由，縱令法律加以特別保護，或於某限度內賦與公權能，但不得認其爲公法人，僅爲無法人人格之單純的組合或私法人。自依同業組合準則而設立之同業組合，以至輸出組合，工業組合，商業組合，及漁業組合，均無可以認爲公法人之根據。惟關於某種職業，在其圖謀同業者間之共同利益與國家極有利害的關係，故法律特以之爲國家之公目的，就其設立不任於同業者間之任意協議，而強制所有之同業者加入，自維持其存立，達成其目的，乃對於國家之義務言之，同業組合始具有公法人之性質也。

此種公共組合，得列舉重要物產同業組合，茶業組合，造酒組合，水產組合，外國領海水產組合，及畜牧組合等。

(1) 重要物產同業組合，乃在一定地域內爲關於重要物產之生產，製造或販賣之營業，以同業者或有密切關係之營業者爲組合員之公共組合也，以依組合員之協力矯正營業上之弊害及增進其利益爲目的。又同業組合得組織同業組合聯合會。(2) 茶業組合，爲茶業者之同業組合，在法律上雖不明言其爲法人，然關於此之規定，係民法制定前所頒布之舊時代法，究以認爲法人爲正當也。且茶業組合之組織完整，有過於其他同業組合，不僅及於各地方，更有全國的組織，在各府縣設有聯合會議所，在全國設有中央會議所。又同業者之加入，固受強制，即其設立亦然，自其承認粗劣茶之取締及紛議之仲裁等公權能言之，又具有公法人之特色也。(3) 造酒組合，爲以稅務署管內爲區域之酒類製造者之同業組合，其目的在矯正營業上之弊害及保持信用，得組織造酒組合聯合會，及統轄全國之造酒組合中央會。(4) 水產組合，係一種公共組合，以一定地區內之漁業者或以製造或販賣水產動

植物爲業者，爲其組合員者也，其目的在謀水產業之改良發展，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，得準用重要物產同業組合法之規定。(5)外國領海水產組合，係在外國領海，爲水產動植物之採捕製造或販賣業者之公共組合，亦能準用關於重要物產同業組合之規定。(6)畜牧組合，係在一定地區內飼養家畜者爲組合員之公共組合，而以圖謀畜業上之改良發達及增進組合員之利益爲目的者也。

(三)以產業之發達及其他社會文化之進步爲目的之公共組合 屬於此類者得列舉商工會議所，農會，水產會，蠶絲業組合，齒科醫師會，獸醫師會，及藥劑師會等數種。此等大體上，均係由一定地域內之同業者所構成者，圖謀同業者之共同利益雖爲其實際上之目的，然法律所定之目的，不僅在於同業者之利益，而在於一國產業或醫事衛生之改良發達，故應與一般同業組合，有所區別也。(1)商工會議所，乃以圖謀商工業之改善發展爲目的之公法人，原則上依市之區域以設立之，以在該區域內有繼續二年以上之本店，支店及其他營業場之帝國臣民或公司而有法定之納稅資格者爲其社員。由社員中選舉議員若干人，以組織議事機關，謂之議員總會。商工會議所之權能，主依議員總會行之。全國之商工會議所，得互相聯絡組織日本商工會議所。(2)農會，乃以圖謀農業之改良發達爲目的之公法人，而有町村農會，市農會，郡農會，道府縣農會及帝國農會之各種農會。市町村農會，以市町村區域內之一切耕地牧場或原野之所有人及經營農業者爲會員；郡農會之會員，爲其地域內之町村農會；道府縣農會之會員，爲道府縣區域內之所有市郡農會；帝國農會則以內地所有之一切道府縣農會爲其會員。換言之，即郡農會，道府縣農會及帝國農會均爲自多數公共組合之聯合而成之複合的公法人也。(3)水產會，係以水



產業改良發達爲目的之公法人，而其組織權能，與農會略相類似。惟帝國水產會，除道府縣水產會外，得以在朝鮮、臺灣、樺太、關東州或外國所設立之準水產會法人，及其他團體爲會員，此爲與農會不同之點。(4)蠶絲業組合，以圖謀蠶絲業之改良發達及統制爲目的，分爲養蠶業組合、蠶種業組合、產業組合、製絲組合、製絲業組合、生絲行紀業組合、生絲輸出業組合六種。此等又各組織其全國的聯合會，各種全國蠶絲業組合會聯合會，更互相結合而組織日本中央蠶絲會。(5)醫師會，係以圖謀醫學衛生之改良發達爲目的之公法人。有郡市區醫師會、道府縣醫師會及日本醫師會三種。郡市區醫師會，以其區域內之一切醫師爲會員，道府縣醫師會以其區域內之一切郡市區醫師會爲其會員，而日本醫師會之會員，則爲全國之道府縣醫師會。(6)齒科醫師會，爲齒科醫師之團體，其目的在圖謀齒科醫事衛生之改良發達。原則上係以道府縣爲單位，使設立道府縣齒科醫師會者，但依土地之狀況，得設立郡市齒科醫師會。而全國之道府縣齒科醫師會更能設立日本齒科醫師會。(7)獸醫師會，爲道府縣獸醫會及日本獸醫師會，其目的在圖謀獸醫事衛生之改良發達。(8)藥劑師會，爲道府縣藥劑師會及日本藥劑師會，以謀藥事衛生之改良發達爲目的。

(四)健康保險組合 乃在強制的勞動保險關係下之保險者之社團法人，以事業主及有關於其事業之被保險人，爲其組合員。其目的，雖專在爲健康保險法上保險關係之主體，但以其保險關係，不基於契約，而爲法律之力所發生之公法的關係，故爲其關係之主體，應認爲係遂行國家之目的者，故爲公法人也。尤以在解散時，其一切權利義務，均依國家繼承，其爲公法人之事，更加明瞭。

(五)居留民團 自其爲在外國的帝國臣民之團體言之，有特殊之性質。其構成及目的，最近於地方自治團體，以在居留地的帝國臣民之全部構成之。凡帝國臣民依入於其地域內之事實，即當然爲其一員，而服於其權力，其目的亦在圖謀一般的公共利益，凡此各點寧與地方團體相類似者也。惟其構成員，專限於帝國臣民，外國人雖在其地域內者，亦不得爲其構成員，自此點言之則仍應認爲公共組合耳。

## 二 公共組合之成立

公共組合與私法人在法律上相異之最顯著的特徵，在其設立、解散與社員之加入及退出，不屬於社員之自由，而在某種程度內，須受法律上之拘束也。

(一)公共組合之設立 公共組合，由一定之社員組織之，故其設立，不僅依國家之意思，其設立行爲，通常係使爲社員者，於某種程度內參加之，但此非在任何情形，僅依社員之任意協議，而能設立者，必須加以國家之意思也。依在何種程度得使社員參加其設立，可分公共組合之設立爲三種情形。

(1)設立強制 國家強制公共組合之設立，有兩種方法。一爲國家自己爲設立行爲者，一爲使社員負設立義務者。A. 國家自己爲設立行爲者，例如水害豫防組合是也。凡水利組合之設立，皆由府縣知事指定組合區域，任命關係地市町村長中之一人或數人爲創立委員，由其製作組合規約案，經關係者之總會議之議決，受府縣知事之許可，而其組合即爲成立。在水害豫防組合，若遇關係者之總會不成立，或不爲議決或其議決違反公益時，府縣知事得自定組合規約，其組合，亦因之而成立。無論何種情形在組合成立時，凡在其區域內具有法定之資格者，不

待何等行爲當然爲其組合員。B.命以設立之義務者，例如醫師會是也。法律謂「醫師，應設立郡市區醫師會，郡市區醫師會，應設立道府縣醫師會」，即規定設立爲其義務者也。醫師會之成立，由可成爲會員之人中，推定設立委員，由其制定會則案，經設立總會之議決，受地方長官之認可行之。若可成爲會員之人，不爲此等行爲時，則得由地方長官自己任命，設立委員，或自行設定會則，依會則之設定，醫師會即告成立。但日本醫師會之成立，則非強制者。

(2) 加入強制 謂公共組合之設立，絕對非強制，雖以可成爲會員者一部之發起或得某多數之同意，爲設立之要件，然無須其全部之同意，於其多數所議決之定款，已得國家之認可時，法人即於是時成立，凡依法律有爲社員之資格者，不問其同意與否，即當然爲其社員或負加入之義務者也。大多數公共組合之設立，均依此例，或稱之爲一部強制之組合。此又可分爲兩種。一爲凡有法定之資格者，隨其設立同時依法律之力，不待何等行爲，即當然爲其社員者也，如耕地整理組合，森林組合，畜產組合，水產組合，商工會議所，農會，水產會，及日本醫師會等屬之。一爲於其設立時法律使有法定之資格者，負加入之義務者也，例如依重要物產同業組合法，謂「於同業組合設置之地區內，與組合員經營同一業務者應加入其組合」，而對於其義務違反，規定處以五圓以上五百圓以下之過金。換言之，即法律上非當然成爲社員，而其成爲社員以加入之行爲爲必要，惟在不加入時始受處罰者也。

(3) 自由設立 有時，公共組合之設立，亦有任於可爲社員者之協議，而國家祇認可其設立者，是謂之任意的公共組合。此時決定其設立之最後行爲，依據國家之意思，在理論上雖與公共組合之性質相容，但實際上在單一之公共組合殆無其例。惟在複合的公共組合，有依關係組合之協議而設立者，例如依重要物產同業組合法之

同業組合聯合會是也。但此際，法律規定，主務大臣認爲有必要時，得命同業組合加入聯合會。

(二)公共組合之解散 凡公共組合，皆係爲國家的目的而存立者，故未得國家之同意，不得自己任意解散之。除構成要素滅失或基於其他特別事由而自然消滅者外，其消滅非基於國家之意思不可。私社團法人，得依總會之議決解散；反之公共組合之解散議決，至少以得國家之認可，始能有效。

公共組合之解散，有任意解散與強制解散之別。任意解散者，謂依團體之議決機關自爲解散之議決，得監督官廳之同意而生解散之效力者也。強制解散者，謂不顧組合之意思，從國家方面而解散之者也。任意解散在強制設立之公共組合，絕不容許，何則設立之強制，與任意之解散議決，不能並立故也。故如水害預防組合，祇能徵求組合會之意見，由府縣知事行其廢置分合或區域之變更而已。組合自身不能爲解散之議決。關於道府縣醫師會，郡市區醫師會，祇能有區域之變更，在無法律之改廢時，永遠不喪失其存立。在無設立強制之公共組合，雖概能於一定要件之下，爲解散之議決，但其議決非依國家之認可，則不生效力。強制解散，乃因公共組合之存立，已與其目的不相容時，以監督官廳之命令，而使喪失其存立之行爲也，惟限於有法律規定之特別理由時，始得爲之。

少數例外情形，有公共組合自始即以一時的事業爲其設立之目的，依其目的之完成，而豫期當然解散者，如耕地整理組合及土地區劃整理組合是也。耕地整理組合乃以耕地整理事業之施行爲目的之法人，依事業之完成，其目的，則爲終了，故其事業已完成時，即當然解散，雖未完成其目的，但其事業至於已得由市町村或水利組合而行之時，則以市町村或水利組合繼受之，依其繼受，該組合亦即行解散。土地區劃整理組合亦如之。

公共組合之存在，既有公益上之必要，故遇公共組合不能清償其債務時，除監督官廳命其解散外，其依司法權爲破產之宣告者，應認爲乃原則上所不容許者；惟對於森林組合，法律特別規定法院得因請求，或以破權而宣告破產。

在公共組合已解散時，除依國家或其他公共團體繼受其一切權利義務者外，關於其剩餘財產應行清算，此與私法人無異。關於清算除法律有特殊規定者外，當然準用民法之規定。在清算目的之範圍內至其清算終結時止，尙繼續其人格，此亦與私法人相同。反之，在耕地整理組合之事業，已歸市町村或水利組合繼受時，其繼受之團體，繼承其一切權利義務，在健康保險組合已解散時，亦由國家包括的繼承其權利義務，故均不在需要清算之列也。

### 三 公共組合之機關

公共組合之機關，亦須區別議決機關，與理事機關。

(一)公共組合之議決機關，原則上爲社員總會。地方團體既由住民全體構成，故住民以其住民之資格當然不適於參加公務；反之，公共組合，則專以具備法定資格之社員組成之，故其社員權當然之效果，以有參與組合事務之權利爲原則。公共組合無須如地方團體有規定公民的要件之必要，其所有社員，即當然爲團體之公民，從而公共組合通常以社員總會爲議決機關，與私社團法人，固無少異。惟在社員過多，不適於爲其全部之集會者，則有自社員中選舉定數之議員，組織代議會，以之爲議決機關者耳。有時又有於選舉之議員以外，加入由社員以外所

選舉之特別議員者，例如郡農會、道府縣農會、帝國農會，於社員中選舉之議員外，監督官廳得在不超過議員定數三分之一之範圍內，任命關於農業有學識經驗者為特別議員是也。

(二)公共組合之理事機關，原則上為依社員總會或其代議會自社員或議員中所選舉之組合長、會頭、會長或其他準據之者。例如商工會議所會頭、醫師會長、耕地整理組合長等是也。此等與町村長等，全異其法律上之地位，非具有公吏之身分者。即非如公吏之服於公法上之勤務義務，不外為基於社員之權利較其他社員能行使較強之社員權者，與一般議員蓋同其地位者也。惟在水利組合，則非由社員中選舉之，而由府縣知事指定關係地市町村長中之一人，使掌理組合事務，或因必要，指定官吏使其為其管理人。

(三)在理事機關以下，受其指揮而處理組合事務之職員，概非公吏。除基於社員權者之外，均為依民法上之雇傭或委任契約而擔任其職務者。惟此點亦有例外，如水利組合是，在水利組合，於管理者之下，得置書記及其他有給吏員。吏員為立於公法上之勤務關係，而具有公吏之身分者與市町村吏員相同。

(四)公共組合之職員，是否該當於刑法上意義之公務員，須依其所擔任的職務之性質而區別之。在其職務有權力的作用之性質時，應認為乃刑法上意義之公務員，從事於其職務者，即該當於公務員，然祇為經濟的作用時，則不得認為公務員也。

#### 四 公共組合之權能

公共組合之權能之範圍，依其存立之目的而定。法律對於各種公共組合，特定其存立之目的，而各公共團體

在法律所定目的之界限內，享有與私法人同樣之各種權利，有得爲法律行爲之能力，此外，基於法律之特別規定，享有私法人普通不能享有之國家的公權，並得爲公權的行爲。

公共組合，究在何種限度內，得行使國家的公權，依法律之所定。在無法律之特殊規定時，公共組合，原則上僅有與一般私法人同一之權利能力及行爲能力。其具有一般私法人所不能享有之國家的公權者，原非公共組合所不可或缺之要素。組合與社員之關係，在無法律之特別規定時，亦應認爲乃民法上之關係，得爲民事訴訟之標的者也。

雖然，公共組合乃爲國家的目的而存立之團體，故在達其目的有必要之限度內，法律多有特別賦與非一般私法人所得享有之國家的權能者。其權能固因各種組合，而甚相懸殊，然較普通者，得列舉左列兩點。

(一) 組合在不完納關於自社員所徵收之組合經費時，得依行政手段爲強制徵收，但以公共組合之職員自爲強制執行，則不適於事情，故法律概定爲得委任之於市町村。市町村負應其委託之義務，但公共組合對之須依法定之比率，向市町村交付交付金。在法律關於組合經費，承認此種行政上強制執行之手段時，乃法律表示使關於其經費之法律關係爲公法的關係之趣意者，而不得以民事訴訟爭之也。通常在此種情形，對於經費之賦課有不服者，法律雖認爲得採用行政上之爭訟手續，但若無規定時，則不外無法爭持而已。反之，在法律對於組合經費之不完納不承認依行政手段之強制執行之權利時，經費徵收權，則視爲私法上之權利，祇能依民事訴訟爲強制執行，而受其賦課者，亦僅能以民事訴訟爭之。

(二)得對於違反組合規約之社員，科以過怠金或加以其他懲罰。

社團法人，基於定款得對於其社員科以違約金或其他制裁者，乃一切社團法人當然之權利，非公共組合所特有者。公共組合所特有者，即在私法人，其社員得隨時任意退出，故社員服於其權力，乃依其自由意思之服從；反之此則不許社員任意退出，從而社員須反於自己之意思，而服從其權力也。過怠金或其他處分不問為私法的行為，抑為公法的行為，均依各情形之法律規定之。在法律對之承認行政上之爭訟手續，或行政上之強制執行時，為公法的行為，在二者皆不承認時，則具有私法的行為之性質。

除上述兩點外，公共組合與其第三者之關係固無論矣，即與社員之關係，亦僅有與私法人同一之權利能力。惟例外在特殊之公共組合，於特定之範圍內，有認為得行使權力的作用者，如水利組合，耕地整理組合，重要物產同業組合等是也。

(I)水利組合，乃於本來應歸地方團體經營之事業不適於使其經營時，為代其執行而設立之組合也，故為其目的之事業，最類於地方團體，從而在公共組合中，亦為公法的特色之最顯著者，尤其在兩點認為得行使市村町同樣之權力。A. 在水害預防組合，不僅對於組合員，且能對於該區域內之一切居住者，賦課夫役，又遇出水有危險時，得使區域內之一切居住者，從事防禦。即在此限度內，水害預防組合，被授與地域的權力，自此點言之，殆有類似地方團體之地位耳。其他水利組合，一般於非常災害有必要時，授與一時使用他人土地或其土石竹木及其他現品，或收用之權，但須補償其損失。B. 水利組合，得為公共流水及其他公物之主體，而自行管理之，徵收使用費，而



能以其使用權，特許於他人，其關係，以公法的關係處遇之。

(2) 耕地整理組合，係以耕地整理之施行爲存立之目的者，而耕地整理乃行土地所有權強制的交換分合之行爲，故在此限度內，乃行使公權力者也。尤其法律規定對於耕地整理之施行，除有特別規定者外，不得申述異議，因之組合之議決，若違法時，組合員除向地方長官聲明異議外，別無矯正之手段。

關於土地區劃整理組合，亦能準用耕地整理法之規定，因而在此點與耕地整理組合，有同一之權力。

(3) 重要物產同業組合，有依其定款設檢查規定，檢查組合員之營業品之權。其檢查，認爲公之權威，證票或檢查證之偽造，準於公文書之偽造，關於其檢查之收賄，準於公務員之收賄。二者皆附以刑罰之制裁。蠶絲業組合，畜產組合及其他同業組合，亦有認爲有同樣之權力者。

(4) 居留民團，論其目的，等於地方團體，故其權能，亦準據之。

##### 五 公共組合之監督

公共組合，既爲公法人，故在其性質上，必然受國家之特別監督。其監督得分爲行政監督，與司法監督。

行政監督，爲依行政官廳之監督，由地方長官或主務大臣行使之。普通第一次受地方長官，第二次受主務大臣之監督，而爲全國的組織者，則直接受主務大臣之監督也。惟居留民團之監督，第一次歸領事，第二次歸公使，第三次歸外務大臣。

行政監督之作用，依法律定之。其作用雖依各種公共組合而不一致，然普通所承認者，不外下述諸點：(一)

調集報告及檢查業務之執行及財產之狀況者。(二)命令變更定款者。(三)撤銷違法或不當之議決者。(四)解員役之任者。(五)停止組合之業務或命其解散者。及(六)其他發布監督上之命令或為處分者是也。

司法監督，乃依司法院而行之監督也。組合與社員或第三者之關係，除依法律特定為公法的關係者外，凡民事關係，皆得為民事訴訟之標的，又法律屢於公共組合之職員有違法之行為時，附以刑罰或過金之制裁。過金之處罰，由民事法院，依非訴事件手續法科之。

## 六 營造物法人

對於公共組合為公社團法人而言，營造物法人乃公財團法人也。自其乃為公目的而存立之點言之，雖等於公共組合，但自其非社員之給合而為依國家所設置之機關以遂行其目的之點言之，則與公共組合不同。在營造物法人因無一定之社員，故其機關非自外部授與不可，然此乃為公法人而遂行國家之目的者。故其機關，以自國家所任命，為當然之性質。即營造物法人，係以國家之官吏為其機關者，此點等於一般的國家之營造物，但在認其為獨立的財產權之主體一點，則與普通之營造物異其性質。其為法人之權利能力，雖依其目的而範圍不同，但在營造物法人，因無社員，故不得有如公共組合之社員權，而對於第三人能行使統治的權力，非普通所承認者，結局營造物法人，全無採取權力的手段之權能，僅與私法人相同有關於財產權之權利能力而已。

在我國法上，得認為營造物法人者，為神宮及神社。

神宮乃國家之宗廟，為全國人民所崇仰之對象，在法律上，凡國民均負有尊崇之義務，對之不敬者，受對於天

皇不敬之同等處罰。神宮在法律上，認爲財產權之主體，與國家之會計分離，而獨立行其收入及支出，換言之，卽一公法人也。管理神宮之祭祀並其會計及其他事務之機關，爲神宮司廳，神宮司廳雖以國家之官吏構成之，但在法律上，非國家之機關而爲神宮之機關。此外爲掌理神宮建造及神寶裝束調進，置造神宮使廳，爲掌理大曆及曆之製造頒布並關於臣民奉賽之事，復置神宮神部署。其附屬於神宮之事業，更有神宮皇學館，徵古館及農業館。關於神宮之會計有神宮會計規則之規定。

神社，乃奉祀神明，舉行祭典，爲地方人民崇拜之對象，建造社殿，設立境內地，而祭祀神靈者也，在法律上，亦同樣爲公法人。神社有官幣社，國幣社，府縣社，鄉社，村社等之社格，而官幣社國幣社謂之官社，府縣社以下之社謂之諸社。不問爲官社抑爲諸社，凡屬神社，均認爲財產權之主體。

爲神社機關之神職，均爲國家所任命之官吏，受簡任，薦任或委任之待遇，而其任用資格亦有限制，以經試驗而任用之爲本則。關於神社之財產，法律規定，應將其不動產及寶物登錄之於地方廳所保管之臺帳，而其登錄財產，於未受地方長官之許可，而提供擔保或爲處分時無效，又在其登錄財產之境內地，社殿及其他境內地之工作物及寶物，亦不得扣押之。未受地方長官許可所爲之神社負債，亦爲無效。神社依維持自己之基本財產及財產收入，賽錢以及捐助金等，而支付其經費。對於官國幣社，從國庫提供其經費之一部，其會計受國家之特別監督。在府縣社或鄉社則由府縣或北海道地方費，提供神饌幣帛資，在村社則由市或市町提供之。

神社既爲法人，故其創設及其他關於神社之制，自其本來之性質言之，以僅能依法律定之爲正則。惟實際上，

除關於神社財產之規定外，普通尙無神社法之制定，而關於神社之規定專以內務部令定之。因此新創設神社，在祭神之事蹟顯著，而有土地之情況或緣故等特別事理時，得由爲氏子或崇敬者五十人以上經由地方長稟請內務大臣，受其許可而爲之。但自受許可之日起，在二年以內不建設社殿時，許可仍復喪失效力。其再興神社或復興之情形亦同。至於神社之移轉，合併或廢止，則須受地方長官之許可。



## 第三章 行政上之爭訟

### 第一節 行政爭訟之性質及種類

#### 一 爭訟之觀念

凡關於法律關係之存在或形成，有爭執時，當事人請求國權裁斷其爭執之行爲，是謂爭訟之提起。在爭訟之提起，被認爲權利時，其以公的權力裁斷其爭執而與以決定之行爲，謂之裁判。自提起爭訟以至裁判確定，所有一切行爲，總括之曰爭訟手續，或簡稱曰爭訟。

有時雖未有真正之爭訟，然爲慎重其決定，務使判斷不致錯誤起見，僅在手續上採爭訟之手續，置代表反對意見之雙方當事人，使之互爭其主張，審理雙方之主張後，始爲之決定。是謂形式上之爭訟。例如第一審之刑事訴訟是也。刑事訴訟，與民事訴訟不同，非以雙方當事人間有權利之爭執爲前提；惟國家對於犯人科刑罰之手續上，一方置檢察官，他方置被告及其辯護人，使之互相對立，法院審理雙方之主張後，而公平的宣告一定之刑罰也。反是，民事訴訟之當事人，乃關於真正法律關係之存否有爭執者，國家立於公平的第三人之地位，以裁判其爭執。此爲真正的意義之爭訟也。泛稱爭訟時，除真正意義之爭訟外，並包含形式上之爭訟。

凡在爭訟，須提起爭訟者與其相對人，互相對立，皆有陳述其意見之權，而以對雙方均係立於公平之地位者為之裁判其爭執也。關於其意見之陳述，或採口頭審理主義，使當事人於法官之前，有為言辭辯論之權利；或採書面審理主義，祇使當事人得提出意見書。當裁判之任者，保有完全獨立之地位，不受任何權力之支配，而有以獨立的見解為裁判之權者，然亦有無如斯獨立之地位受其他權力之支配者。苟欲期裁判之慎重與公平，則最適當之方法，莫若使當事人有言詞辯論之權利，而使裁判者保有完全獨立之地位。凡爭訟之手續，具備此二要件者，是謂正式之訴訟手續，經此手續之裁判，是謂正式之裁判。

爭訟之內容，係關於行政上之事項者，謂之行政上之爭訟。民事訴訟之內容，為關於民事上法律關係之爭執；刑事訴訟之內容，為關於刑罰法規適用之爭執。反之，行政上之爭訟，則以關於行政法規適用之爭端為其內容者也。有與民事訴訟相同為真正意義之爭訟者，或與刑事訴訟相似，僅為手續上之爭訟者。關於其手續，亦有採正式之訴訟手續，與不採正式訴訟手續之別。

## 二 行政上爭訟之實質的種類

行政上之爭訟，可先分為覆審的（抗告的）爭訟，與始審的（第一審的）爭訟兩種。

（一）覆審的爭訟 關於民事及刑事之事件，自第一審起，皆依爭訟程序行之；但關於行政事件，第一次通常不用爭訟之手續，而以行政行為行之；惟其行為，係違法或不當事，因其請求再審查，始依爭訟之手續決定之。即行政上之爭訟，大部分為覆審的爭訟，若與民刑事裁判比較，頗與控訴或抗告相當。故或稱曰抗告爭訟。

凡爭訟，皆以訴之提起爲前提，不告不理之原則，同樣可適用於行政上之爭訟。得提起覆審的爭訟者，約有三種：（1）在普通情形，僅因其行政行爲而受權利或利益之損害者，得提起覆審的爭訟。在此場合之爭訟，以保護個人之權利或利益爲目的者也。其權利或利益，因私人之行爲而受侵害者，僅得以民事訴訟請求其保護。反之，因行政行爲而受侵害者，則須提起行政上之爭訟，而主張其權利或利益。惟民事訴訟，對於任何權利之侵害，皆得提起，但行政行爲的本身，因有公定力，故常推定其爲合法行爲，因此私人之權利或利益，雖被侵害，然非必皆能起訴，僅在法律所許之限度內，始能提起者也。（2）有時對於某行政機關之行爲，認他行政機關得提起爭訟者，是謂機關之爭議，更得分爲二種：A. 行政機關，因他之行政機關侵害其權利者，所提起之爭議。例如市町村會，市參事會，府縣會或府事參事會，因府縣知事違法撤銷其決議或選舉時，即得出訴於行政法院是也。B. 行政機關以國法或公益之擁護者資格，爲矯正其他行政機關之行爲，所提起之爭議。例如市町村長，因市町村會或市參事會違法之決定，而提起訴願或行政訴訟，及府縣知事，因外縣參事會之違法的決定或裁決，而提起行政訴訟者是也。（3）關於府縣會，市町村會，及水利組合等議員之選舉，或當選之效力及選舉人名簿等，有紛爭時，通常以任何選舉人，皆得提起爭訟。此種爭訟，非如普通情形以保護個人的權利或利益爲目的，乃專以求得選舉正當之結果爲目的，故凡對於其選舉之效果，得主張有正當精神上之利害關係者，皆得提起爭訟。如此對於有精神上之利害關係之一切人等，皆許提起爭訟者，普通謂之民衆爭訟。關於選舉，或當選效力及選舉人名簿之爭訟，即爲民衆爭訟，在日本國法上此爲唯一之例。



(二)始審的爭訟 關於行政事件，亦有在第一審，即援用爭訟之手續者，謂之始審的爭訟。在日本現行法上，此種爭訟有左列數種。

(1)當事者爭訟 立於公權主體地位的雙方當事者之間，關於公權或公義務有爭執時，為請求國家判斷其爭執之行政上爭訟，謂之曰當事者爭訟。在對等的雙方權利主體間，發生權利之爭執，而請求國家判斷者，殆與民事訴訟之性質相同；其所異者，僅在民事訴訟，係以關於私法關係之爭執為內容，而非以公法關係之爭執為內容而已。當事者爭訟，普通雖發生於公共團體相互間，然立於公權主體地位的私人相互間，或公共團體與私人間亦得發生也。

關於行政上之當事者爭訟，在日本現行法上有二種：一為確認爭訟，一為形成爭訟。

所謂確認爭訟，即謂當事人間之公法關係，有爭執時，請求其確認之爭訟者也。在現行法上之實例，得舉其二。即市町村相互間之境界爭執，及漁業權者相互間之漁場爭執是也。A. 關於市町村境界之爭，由府縣參事會裁決之。(市制五條町村制四條)此固為公法的事件，不得出訴於民事法院；關於其爭執，府縣參事會有第一審之裁判權，惟其裁判，不以正式之爭訟手續行之，法律上不稱之曰裁判，而曰裁定。不服府縣參事會之裁定者，得出訴於行政法院。B. 依漁業法，(五六條施行規則五五條以下)漁業者之間，關於漁場之區域，漁業權或入漁權之範圍，及漁業之方法，有爭執時，關係人得向地方官廳聲請裁決，不服其裁決時，更得出訴於行政法院。

形成爭訟者，謂依當事人之協議，得形成新的公法關係；惟因其協議不成立或不能為協議時，為請求其形成

而提起之爭訟是也。當事者之協議成立時，則成立公法上之契約，而公法關係亦因之形成。然協議不成立或不能為協議時，當事人之一方得請求行政官廳之裁定，其裁定有代替當事人之合意之效果，公法關係亦因之形成。在法律上不服其裁定，更得出訴於行政法院者有之；以其裁定為終局之處分，不許再行爭執者亦有之。前者之實例，其顯著者，如A關於土地之徵收或使用之爭執。依土地徵收法（二二條以下）關於土地之徵收或使用，起業者與土地所有人間，協議不成立時，起業者得請求徵收審查會之裁決；不服其裁決者，關於補償金額，得出訴於普通法院；若關於其他之點，則得向行政法院起訴。他如鑛業法（九二條）森林法（五五條）都市計劃法等（一七條）亦有類似之規定。若協議成立時，則其徵收或使用，因之確定，若協議不成立，或不能為協議時，則因裁決或判決亦可以發生如此效果。此外與之同性質者，B關於鑛業之實施或開採之爭執。（鑛業法一一條三六條九〇條）C鑛業與砂鑛區相重復之爭執。（砂鑛法五條）D在公共團體相互間，例如關於道路或河川之費用，分擔比例之協議不成立時，得請求主務大臣之裁定。（道路法三三條二項但書，河法五十條，明治三二內務部令二二，河川法之命令三條）而道路法及河川法，皆規定對於依同法之行政廳一切處分，得向行政法院起訴；故對於此項裁定，亦應認為得提起行政訴訟。

C關於形成爭訟，恆以行政官廳之裁定或裁決為其終局之處分，其不許提起行政訴訟者，實例極多。茲略舉一二：A依市町村制施行令（四〇條）對於同一人，數市町村同時課以營業稅附加稅，關於其課稅讓步之關係，由市町村長間之協議定之；協議不成立時，得請求府縣知事裁定之，涉於數府縣者，得請求內務大臣及財政大臣裁

定之。B.依地方鐵道法（一七二五條）橫斷地方鐵道或接續建設其他鐵道，或因主務大臣命令地方鐵道與其他鐵道連絡運輸或直接運輸者，關於其設備之共用或因變更所需費用之負擔，地方鐵道業者之間協議不成立時，因其聲請，由主務大臣裁定之。C.依路軌法（一九條）公共團體欲收買路軌者，其收買價值，依其協議而定；協議不成立時，得聲請由主務大臣裁定之。D.依瓦斯事業法（一七條之二）基於市町村與瓦斯事業者間之事業經營的協定，一方對於地方有所要求或請其承認者，協議不成立時，得請求主務大臣裁定之。

（2）先決問題之爭訟 即謂屬於司法院權限內訴訟之先決問題，發生行政上事件之爭執時，為決定其爭執所提起之爭訟者也。先決問題，通常不為獨立的爭訟之標的。日本現行法在原則上，關於先決問題，認為管轄本案訴訟之法院，有自行決定之權。但有例外，如河川法及防砂法上，就獨立之行政上爭訟，亦認先決問題之爭訟。依河川法（四一條一項，六一條二項）關於河川之違法的工事，設備，使用，占有，及工作物之管理，而受損害時，在請求損害賠償之訴以前，須先依訴願或行政訴訟，請求確認其為違法；若未經其確認，則不得提起民事訴訟。防砂法（二五四四條）亦有同樣之規定。關於其工事或使用占用，若為地方下級行政廳或私人之行爲時，則其第一審係以訴願之形式，請求地方長官之裁決，不服其裁決者，第二審向行政法院起訴。若為由地方長官或內務大臣所執行者時，則得直接出訴於行政法院。

（3）依據爭訟手續之行政上處分 依據行政權而為之處罰，在原則上，第一次不用爭訟手續，而以單純之行政行爲行之；惟因情形，在第二審得提起不服之訴。對於官吏公吏或軍人之懲戒罰，強制執行手段之執行罰，府

縣市町村所科之行政上秩序罰（罰鍰）因市町村公民拒絕名譽職而受公民權之停止，皆屬於此例也。惟有二種例外情形，行政上之處罰，第一次亦須依照爭訟手續：一為對於推事律師之懲戒裁判，一為海員審判。A. 對於推事會計檢查官，行政法院院長及評事之懲戒，依各懲戒法院之裁判行之。（推事懲戒法，會計檢查官懲戒法，行政法院長官評事懲戒令）此等行爲之性質，雖與一般對於官吏之懲戒處分不同，惟其手續恰類似刑事訴訟，係採用正式訴訟程序，檢察官與被告互相對立，同有言詞辯論之權，法官得強制證人鑑定人之召喚，其判決，除許控訴者外，即具有拘束被告之力。對於律師之懲戒手續，亦得準用推事之懲戒手續。（律師法第五章）B. 依海員懲戒法，對於有領港證或海技證書者所行之懲戒，亦係採用與刑事訴訟相類似之手續所行之行政上處罰。當審理之任的海員審判所，雖爲如法院之合議制的組織，然純爲行政機關也。依其裁決之處罰，法律上雖稱曰懲戒，然非真正懲戒罰。真正懲戒罰，乃以特別之權力關係爲前提要件；海員對於國家，并非服從特別之權力關係，僅受警察監督而已。其所謂懲戒，在法律上之性質，不外於警察處分。即警察處分而特以訴訟手續行之者也。

（4）捕獲審檢 依捕獲審檢令（明治二七勅令一四九）關於戰時被拿捕之船艦，究應捕獲抑應解放，捕獲審檢所，須詢問檢察官及利害關係人之意見，而後檢定之。捕獲之決定，固爲行政行爲，然此行政行爲，自始僅得依爭訟手續行之。

### 三 行政上爭訟之形式的種類

一切行政上之爭訟，第一須有訴之提起，由有權限之機關，審理雙方之意見後，而與以判斷爲其手續上之要

件。因有權受理之機關之不同，及訴之內容之差別，故法律在形式上，有區別行政上爭訟之種類者也。若自其有權審理之機關言之，則行政上之爭訟，屬於普通之行政機關審理者有之；屬於爲審理爭訟所特設之機關審理者亦有之。爲審理行政上爭訟所特設之機關，例如懲戒法院，海員審判所，捕獲審檢所，及行政法院是也。其屬於普通行政機關之審理者，更須區別始審的爭訟與覆審的爭訟二種。其中屬於懲戒法院，海員審判所，及捕獲審檢所之審理者，除關於特殊事件依特別之手續外；若自其他言之，行政上之爭訟，得區別屬於行政法院之審理者與屬於普通行政機關之審理者二種。前者謂之行政訴訟。在現行法上恆有覆審的爭訟之性質。（其唯一之例外，依河川法及防砂法請求地方長官或內務大臣確認違法行爲之先決問題之訴訟是也。）後者具有始審的爭訟之性質，法律稱其訴曰聲明異議，或稱之曰訴願。因此行政上之爭訟，若自其形式觀之，得分爲裁決，或裁定之聲請，聲明異議，訴願，行政訴訟四種。

（一）裁決或裁定之聲請 卽謂關於當事者爭訟或先決問題之爭訟，由關係人向行政官廳提起，在法律上，雖稱之曰裁決或曰裁定，然此僅爲名稱之差異，而非性質之不同也。

關於先決問題之裁決之聲請，惟限於河川法及防砂法上之特例，已如前述。依河川法之規定，凡因違法之河川工事，或違背許可之條件的河川使用或占用，而受損害者，欲請損害賠償，必須先請求地方長官之裁決或行政法院之判決，確認其工事或使用占用之違法；在其確定後，始能提起民事訴訟，法律上雖稱曰訴願或行政訴訟，然非如普通訴願或行政訴訟，以行政區之處分爲前提，而請求其處分之撤銷。就民事訴訟之先決問題而言，乃爲確

定河川工事或河川之使用占有，是否違法之事實，而提起者也。并非抗告爭訟，乃係要求第一次的確認之行為，故其性質非訴願或行政訴訟，而為裁決之聲請也。

除此情形外，裁決之聲請，常有當事者爭訟之性質。有係請求確認不明瞭之公法關係者（確認爭訟）有係關於公法關係之形成的協議不成立，而請求其形成者（形成爭訟）因其裁決有拘束雙方當事人之效力，故得為裁決之聲請者，限於法律上有特別規定之場合也。有聲請之權利者，在確認爭訟，當事人任何一造皆得聲請，在形成爭訟則屬於要求其形成之當事人。在確認爭訟，亦有認行政廳得要求裁決者，例如，關於市町村境界不明之情形，不待有市町村（關係者）之裁決之聲請，而得由府縣知事逕付府縣參事會之決定是也。府縣知事以公益擁護者資格，而請求其確認，恰類似刑事上檢察官之提起公訴也。

法律上雖稱之曰裁定或裁決之聲請，然非必恆與茲述意義之裁決之聲請相當。如（1）全然無爭訟之性質，即形式上亦不用爭訟手續，仍稱曰裁決之聲請，例如依俸給法（十二條）有俸給權者，聲請內閣俸給局長或其他官廳之裁定者，為單純之行政行為之請求，全無爭訟之性質，亦不依爭訟之手續。（2）有抗告爭訟之性質，固與訴願相當，法律上特稱之曰裁決或裁定之聲請者，例如依俸給法（十三條）不服俸給局長或其他官廳之裁定者，在處分後一年內，得呈請內閣俸給局長之裁決。裁決之呈請，乃係作為裁定不服之訴，而請求其覆審，即與訴願相當也。

（二）聲明異議及訴願 二者之性質，同為行政上之覆審的爭訟，屬於普通行政機關之審理，而不依正式的

爭訟手續行之。法律上或稱曰聲明異議，或稱曰訴願，亦有稱之曰裁決之呈請。判斷其爭執之行爲，或曰決定，或曰裁定，然此僅爲名稱之差異，性質上全然相同。茲欲總括之稱曰訴願。

在此意義之訴願，謂對於違法或不當之行政行爲，爲請求其撤銷或變更，向行政廳請求其再審查之權利行爲，而形式上不依正式之訴訟手續者也。

一切行政行爲，須適合法規，并須在法規範圍內，使適合於公益。行政行爲，違反法規或妨害公益時，國家須絕對的速行糾正，固不待言；行政上之監督，雖爲此種目的而設，然僅依職權之監督，究難充分保護人民之權利或利益。故對於違法或不當之行政行爲，侵害人民之權利或利益時，不可不使人民保有請求救濟之手段。訴願卽爲此目的而設，使對於違法，或不當之行爲不服時，有請求救濟之手段者也。

訴願與單純之請願不同。請願除法令上，有特別限制外，無論何人亦得自由提起，無待法律之特爲規定也。關於其內容，請願亦與訴願相同，雖得對於過去的違法或不當之行政行爲，請求救濟；然請願之效果，僅爲陳述希望，事實上促起官廳之注意耳。請願者，并無要求審理及裁決之權利。（請願令十三條曰：對於請願不與以指令）請願，除呈奉天皇及議院者外，僅得向關於請願事項有職權之官公署提出。（請願令十條）對於違法或不當之行政行爲，請求救濟之訴願，僅得對於有審查其行政行爲之職權機關提出，卽爲其行爲之行政機關本身，或其監督官廳者也。

訴願與請願不同，有提起訴願之權利者，咸依法律定之；得爲訴願之事項，亦限於法律上有特別規定之事項。

關於其效果，并非單純希望之陳述。訴願者，有要求審查及裁決之權利，對於適法之訴願，官廳有受理并應為適當判決之拘束。訴願，不僅當然的促起官廳職權之行使，且當然的有使無職權之機關，得依訴願開始為其審理之效力。

訴願，在另一方面須與行政訴訟區別之。日本現行法上訴願與行政訴訟之區別，不在其實質，而主屬於其形式；即行政訴訟，依正式之訴訟手續行之，而訴願則反是，此二者主要區別之點也。正式訴訟手續之要點，得舉其二：（1）裁判機關，不受政府之監督，保有獨立之地位者；（2）使訴訟當事人有言詞辯論之權利是也。故訴願與行政訴訟之區別，在於是否具備此二要素耳。

（三）行政訴訟 謂關於行政上之爭訟，向保有獨立地位之行政法院，并依據正式訴訟手續所行之訴訟者也。其觀念之要點，有二：（1）向獨立之法院并依正式訴訟手續行之；（2）關於行政事件之爭訟是也。

（1）行政訴訟者，依正式訴訟手續所為之爭訟也。關於此點，行政訴訟與訴願及其他行政上爭訟之所以不同也。若自其實質言之，訴願與行政訴訟，同為關於行政事件之爭訟，自不得以此相區別。尤其日本現行法上之訴願，在多數情形，俱為出訴於行政法院之前審；在此場合，訴願所裁決之事項與行政法院所判決之事項，其實質相同；故二者之實質的性質，全為同一，殊屬顯而易見。然其區別，存於行政訴訟由獨立的法院行之，且其審理之手續，予當事人以口頭辯論之權利。惟其效果，在法律上訴願與行政訴訟，在實質上頗有若干之差別也。

因此在日本現行法上，訴願與行政訴訟之差異，得舉三點：A. 機關之不同。裁判行政訴訟之機關，為對於內閣



保有完全獨立之地位，且類似司法法院組織之特別行政法院也。而審理訴願或聲明異議之機關，屬於內務大臣監督下之普通行政機關也。B.手續之不同，訴願以書面審理為原則，雖因必要時，得用口頭審問，然此全憑訴願廳之自由裁量，當事人並無言詞辯論之權利。但在行政訴訟，當事人有言詞辯論之權利，在法官之前，得互相陳述自己之主張，并互為辯駁，殆與民事訴訟相同。就其結果而言，訴願與行政訴訟，在手續上有二點重要之差異。一為行政訴訟，在手續上原告被告互相對立，但訴願則不認其互相對立。一為行政訴訟，關於證人鑑定人之審問，準用民事訴訟法之規定，有強制審問權，但在訴願，則不認如此審問權是也。C.實質之不同，行政訴訟，常為爭執行行為之合法不合法之手段；反之，訴願除為爭執合法不合法之場合外，亦認為對於行政行為，爭論其公益上是否適當之手段。蓋如行政法院之獨立機關，僅適於監督行政作用之適合法規，而不適於監督公益上之裁量也。訴願，通常在對於原處分者有一般監督權之官廳，為其裁決；而此等官廳，不僅監督其行為適合法規與否，同時有應監督其適合公益之當，然任務故也。

(2)行政訴訟，關於行政事件之訴訟也。行政事件者，謂關於適用行政法規之事件也。民事訴訟，以確認并宣告民事法規之適用為目的；刑事訴訟，以確認并宣告刑事法規之適用為目的；但行政訴訟，專為確認并宣告行政法規之正當適用，而以爭訟手續行之者也。

行政訴訟，非必常為保護臣民之權利。歷來許多學者，大抵以民事訴訟，為保護個人之私權，因他人所侵害而存立者；行政訴訟，為保護個人之公權，因行政區之違法處分所侵害而存立者。日本憲法第六十一條，關於行政訴

訟之定義曰：「因行政官廳之違法處分而權利受損害者之訴訟。」恐亦係基於此思想也。然此定義，究失於狹小；夫損害權利，非必爲行政訴訟之要件。在私法上，法與權利，同其範圍，一切之私法規定，卽爲權利之規定，故裁判私法規定之適用，恆爲保護私人之權利；然在公法上，法與權利，并非如此之一致，公法以公益爲主要目的，承認個人之權利者，以保護個人之利益同時適合公益者爲限，公法之大部分，殆非權利之規定，而爲純然之公益規定，故裁判公法之適用者，非必恆爲保護個人之公權也。卽在日本現行法規，例如，關於選舉或當選之效力及選舉人名簿之訴訟，府縣會之議決依府縣知事撤銷時不服之訴等，并非損害權利，亦得提起行政訴訟者，不乏其例也。行政訴訟，常以確認行政法規之正當適用，及維持法規之秩序爲目的，若其法規同時承認個人之權利時，則行政訴訟，固可認之爲保護權利，然此非必爲其要件也。

日本現行法上，行政訴訟除稀少之例外，常認爲覆審的訴訟。卽得提起行政訴訟者，以有行政廳之處分（包含訴願之裁決異議之決定）爲前提，且其處分爲違法者，始能提起之也。故自日本現行法言之，行政訴訟，得謂之爲再審查行政處分之是否合法之手續，亦非不可。然此非必爲行政訴訟性質上之要件。在現行法上，亦認爲先決問題之訴訟，第一審不僅得向行政法院起訴，且關於「當事者訴訟」，例如，爲公權主體之公共團體相互間有公權之爭執時，（如市町村之境界爭論）其第一審亦依行政訴訟之手續，但不反於行政訴訟之性質。故行政訴訟之定義，僅得謂爲關於行政法規適用之訴訟，彼稱之爲違法之行政處分之訴訟，有欠正確也。

據以上所述，所謂行政訴訟，卽謂關於行政法規適用之爭訟，換言之，關於行政法上法律關係之存否或形成，

有爭執時，因關係人之請求，行政法院依正式訴訟手續，裁判其爭執，以確認行政法規之正當適用之手續者也。

#### 四 行政法院之組織

爲行政訴訟之審理及判決所特設之機關，謂之行政法院。行政法院之設立，爲憲法上之所規定，憲法所採取之主義，有二要點：（一）行政法院，自司法法院分離之，行政法院屬於行政部內是也。憲法規定行政訴訟謂：「不在司法法院受理之範圍內，」即明示此旨者也。（二）行政法院，爲行政組織之一部，與其他行政官廳不同者，亦恰如司法法院之對於內閣保有獨立之地位是也。憲法上將行政法院組織之規定，自官制大權除外，曰：須另以法律定之者，亦即明示此旨者也。

行政裁判，自司法裁判分離之制度，由法國發其淵源，在第十九世紀後半期，德國等亦採用之，而自德國更傳於日本。在法國此制之最初起源，因政府對於普通法院之反目，政府深忌其施政爲法院所干問，而遭障礙；故在革命時代之立法嚴行禁止司法權干與行政之事項，欲使行政權對於司法權各保有獨立之地位也。行政法院屬於行政部之制度，即初由此趣旨也。而後政府與法院之反目，雖已消失，然行政法院之組織，已臻發達，其裁判既能獨立公平，對於國民之信任，亦因之強固，故其制之所以能維持至今日也。

日本并無司法權與行政權抗鬪之歷史。行政，不因法院而受妨害之危險；故關於此點，全與法國不同其情事也。憲法所以採取此制者，就其理論上之根據而言，乃基於三權分立之思想，司法權須自行政權獨立；同時行政權亦不可不自司法權分離之。然此點非必爲強固之理由。何則，縱令行政法院屬於行政部，然既使其自政府而獨立，

政府之行爲，受其他獨立機關之批判，則與使行政訴訟屬於司法法院之權限者，毫無以異故也。行政裁判制度主要之辯護理由，在於實際上之根據也；卽行政事件與刑事案件，性質不同，原理亦不同，關於其審理及裁判，須有特別之知識與經驗，若使掌理民刑事件之審理者，同時擔任行政事件之審理，則不甚適當也。

行政法院，在日本開始設立之時期，爲明治二十三年，在明治五年（司法部達四六）曾規定，地方官廳發布違法之規則或爲違法之處分時，人民得以地方官廳爲被告，起訴於普通法院；以郡長戶長爲被告者，得向初級法院起訴，以府縣知事以上爲被告者，得向控訴院（高等法院）起訴。（行政訴訟之名稱至明治七年司法部令二四已用之）而法院須稟呈太政官，請求其指揮；（關於府縣知事與府縣會問之法律上爭執，應請法制局之裁定）及至憲法公布後，明治二十三年六月規定行政裁判法（二三法律四八）設行政法院於東京，并自同年十月一日施行之。

行政法院全國僅有一所，若與民事裁判比之，則相當於大審院（最高法院）但與民事裁判不同，行政法院之前審，在形式上不認爲行政訴訟，而以訴願或其他形式審理之，形式上之行政訴訟爲一審制度也。

行政法院之組織有院長及評事。（其員數爲專任十四人，二三勅令一二）院長爲親任，評事爲勅任或奏任，其資格爲三十歲以上曾任五年以上高等行政官或法官者，得任命爲評事。（行政裁判法三條）院長及評事所保障之獨立地位，略與法官相同，除因身體或精神之衰弱，至於不能執行職務，由行政法院總會之議決，依勅裁命其退官外，若非因刑之宣告或懲戒處分，則不得反於其意，命爲辭職轉職或休職，是評事之權利也。（五六條）惟

現行法上，院長及評事，得由其他官職兼任之，兼任者限於本官（評事）在職中，始受此種地位之保障。對於院長及評事之懲戒處分，須依懲戒裁判之手續，此亦與法官同。但院長及評事，非如法官意義之終身官，失其職則失其官，辭職後亦非終身保有其官職。對於法官有定年退職之制；但對於院長及評事，則無定年退職之制。

院長及評事，關於其裁判權之行使，與法官同樣，保有完全職務上之獨立地位。對於法律雖須絕對服從，無審查其內容之權；然對於命令，關於其是否合法，自有審查之權，對於違反法律之命令，須視為無效，而拒絕其適用。對於院長之指揮命令，無服從之義務，全依自己之獨立見解，以解釋及適用法規者也。

行政法院設三庭，（部）各庭獨立行使裁判。各庭置庭長一人，由院長任其一，其餘二庭長由勅令評事中任之。屬於庭長評事及各庭之事務分配，由院長定之。（大正二年勅令一三三行法院令）關於裁判，以裁判長及評事五人以上之出席合議行之。裁判長由庭長充之；庭長有事故時，則依官等之次序，由該庭評事代理之。其判決以列席者過半數之決議行之，故參與合議者，必須奇數。（如五、七）若因缺席而為偶數時，則將官級最低者，除外而為議決。（行政裁判法九條）

##### 五 行政事件與民事事件之區別

日本憲法上，分別行政事件與民事事件，關於行政事件之爭訟，得依行政上之手續審理之，不受司法法院之審理，已如前述。而行政事件與民事事件之區別，相當於公法與私法之區別；所謂行政事件，雖指關於公法關係之存否或形成之爭執，然公法與私法之界限，非必明顯，且其效果屢相關聯，故關於某種事件究為民事事件抑為行

政事件，發生疑問者亦復不少，其疑問之原因有二種：一爲關於公法與私法之界限者，一爲基於公法與私法相關聯者。

(一)關於公法與私法之界限，前已述之，在各論篇(下冊)更有詳述之機會，茲不贅。其疑問之發生，尤因下列二點爲然：(1)國家或公共團體與私人之關係，究屬於公法抑屬於私法之疑問。(2)雖在私人與私人之關係，然私人以國家公權之主體資格，其對於他人之關係，亦有公法的關係，關於其效果是否認爲公法關係之疑問。關於第一問題，雖在國家或公法人對於私人之關係，若爲單純之私經濟的關係，則與私人相互間之關係，其性質相同，或法律上認爲與私人間之關係無區別處理之時，則應屬於民事事件。關於第二問題，私人相互之關係，爲公法上之關係者，僅因私人由國家受有公權主體之地位也。而其關係，以非單純之經濟關係，或法律上示有公法的關係之趣旨者爲限。是其大體上之原則也。

茲舉二三實例，以示其區別：(1)國家或公共團體，對於爲私人所提供之勞務或物，以反對給付之性質而徵收金錢者，則其勞務或物，與私人業務上所提供之勞務或私有物，其實質相同；又法律對於不納者，不認行政上強制執行之手段時，則非公法上之手續費或使用費，而爲私法上之費用；故關於此種事件之爭，非行政事件，而屬於民事事件也。例如國有鐵路或市營電車之車費，市營電燈之電費，市營公益質鋪之利息，公設市場之使用費等，皆爲私法上之費用。(2)反之，對於經濟的勞務或物之使用，雖徵收金錢上之反對給付，然爲國家或公共團體之特別關係，與私人業務不同者，則有公法人之手續費或使用費之性質，其爭執屬於行政事件。例如市町村立小學之

學費，市營水道之使用費，屠場使用費等，皆爲公法上之費用。其中公用營造物，例如，道路河川公園地，公共基地等之使用費或占有費，常具有公法的性質。(3)在私人方面，要求國家或公共團體之役務，或使用其物之權利，須依同樣之理由，以分別其爲公法的性質與私法的性質。例如，鐵路之乘客，有請求運送之權利，電話用戶有利用電話之權利，皆爲私權；反之，道路占用權，公園地使用權，基地使用權等，則爲公權。(4)依寄託法所爲之寄託，係寄託人與保管局之法律關係，亦爲單純之經濟關係，是爲私法關係；故寄託人因寄託關係之消滅，請求寄託物返還之權利，爲私法上之債權，得依民事訴訟請求返還。(5)關於市町村或其部落，處分其所有財產之行爲，縱令曾得官廳之許可，然爲民法上之法律行爲，主張其無效者，屬於民事事件。(6)公共組合，自社員徵收之經費，或對於社員所科之過怠金，除法律特以之爲公法的關係外，與私社團社人自其社員徵收會費或違約金者，其實質相同，故應屬於私法上之關係，如有爭執，屬於民事事件。(7)因違法之行政上行動而受損害者，對於國家或公共團體請求損害賠償之訴，爲民事事件。何則，關於其原因，雖爲不法之行政作用，然其本案之損害賠償，僅認爲私人之經濟上利益故也。反之，因官吏或公吏遺失職務上所保管之金錢或物品，對於國家或公共團體所負之賠償義務，因基於公法上之義務違反，故純爲公法的性質，如有爭執，非民事事件而爲行政事件者也。(8)寺院主持之任免，若依大審院之判例，則常爲公法的行爲，雖不屬於司法院之審理；然寺院純爲私法人，住持（方丈）僅爲私之職員，其任免之行爲，固與國家的公權無何等之關係，實爲單純之民法上法律行爲，故關於其效力如有爭執，應屬於民事事件，較爲正當也。

(二)其疑問，起於公法與私法相關聯者，雖有種種之原因，然其中依行政行為設定、變更、消滅或確認私權者，最易發生問題也。在此情形，關於此等行政行為之效力，有爭執時，同時亦為私權存否之爭執；一方面有關於行政事件之性質，他方面有關於民事事件之性質。例如，對於土地官有民有之查定之訴訟，其實質為所有權確認之訴也。對於土地徵收之裁決不服之訴，在實質上亦不外於所有權回復之訴。關於依行政行為所形成之工業所有權、礦業權、漁業權等私權，亦常發生同樣之問題。在此場合，其爭執究為民事事件，抑為行政事件，須分別三種情形而言：(1)其行政行為，在形式上既經有效成立，為請求其廢棄之訴，在實質上雖為私權之爭訟，然仍為對於行政行為不服之訴，故非民事事件，而為行政事件也。縱令以所有權確認或回復之訴的名義，提起民事訴訟，應認為不適法之訴訟而駁回之。(2)反之，主張行政行為不存在之訴，例如，有土地徵收之裁決後，因徵收者，至收用時期尚未支付補償金額，主張其裁決已失效力之訴，因其所主張爭執標的之行政行為已不存在，故不得為行政事件，僅得依民事訴訟請求所有權之確認。(3)對於行政行為絕對無效之訴，若經過行政爭訟之起訴期限後，亦祇能提起民事訴訟。例如，主張土地徵收之裁決絕對無效者，并非請求行政行為之廢棄，其效力之關係，與無裁決相等，故主張所有權恢復原狀，提起民事訴訟，始為適法之訴也。

#### 六 行政爭訟法之法 及其施行區域

行政爭訟法之法源，有一般法與特別法之分別。前者，僅關於訴願及行政訴訟而成立者。關於訴願，依訴願法定之；(明治三三年法律二〇五)關於行政訴訟，依行政裁判法，(明治二三法律四八)行政法院令(大正二



年勅令一三三三)及明治二三年法律第六號關於行政廳之違法處分之行政裁判案件定之。除依特別法有特別規定外，一切訴願及行政訴訟，應依此等一般法之規定。然訴願及行政訴訟，亦有依據種種特別法及勅令之特別規定者。關於聲明異議及裁決之聲請，并無一般法之規定，僅有個別的特別法規定而已。

關於行政上爭訟之此等法規，通常僅施行於國內，而不及於殖民地。對於殖民地官廳之處分，在原則上，不許依爭訟之手段，以行抗爭；惟在樺太，則施行依明治四十年勅令九十五號之行政裁判法，及四十一年勅令第二五三號訴願法；對於樺太廳長之處分，固得提起訴願或行政訴訟，然其施行於樺太者，僅有手續之規定，至於概括的規定行政訴訟事項之明治二十三年法律第六號，及訴願法中概括的規定訴願事項之第一條規定，并不施行於樺太。故與對於國內之行政廳處分，迥然不同。對於樺太廳長官之處分，不得提起關於此等事件之訴願，或行政訴訟。其許提起者，僅依國內之特別法，關於特殊事件所得提起者為限，并限於其特別法已施行於樺太者。例如土地徵收法鑛業法，因施行於樺太，故對於土地徵收或鑛業之許可或不許可，以及許可之撤銷等，樺太廳長官之處分，得提起行政訴訟是也。對於其他殖民地官廳之處分，雖全無訴願或行政訴訟之適用，然官吏法僅為屬人法，自亦能適用於殖民地之官吏，故關於殖民地官吏之俸給權，其得提起行政訴訟者，殆與國內之官吏同。

## 第二節 行政爭訟之提起

行政上之爭訟 無論關於裁判之聲請，聲明異議，訴願或行政訴訟，皆以其提起為開始手續之要件。凡有效

之行政爭訟之提起，須具備下列要件：（一）須為依法律得提起行政爭訟之事件；（二）爭訟之標的物，須具備法律上所要求之實質的要件；（三）提起爭訟者，須為有起訴權之人；（四）爭訟之提起，在形式上須具備必要之條件者，須依其條件。本節即討論此等要件也。

### 一 行政爭訟事項

（一）爭訟事項之提起 行政上之爭訟，須為法律特別規定得提起爭訟之事件，方能提起之。

民事訴訟，係關於私法關係之一切爭訟，任何事件亦得提起；反之，關於行政上之爭訟，行政訴訟固不待言，即訴願聲明異議，或判決決定之聲請，并非公法上之一切問題，皆得提起；僅限於法律特許其提起之事件，始得提起。蓋民事關係，國家係立於第三者之地位，僅因訴訟之提起，而與以保護，若為不得提起民事訴訟之事，則全無受國家保護之方法。但在公法關係，國家自為當事人，不待訴訟之提起，依行政權之作用，當然有保持行政法規之正當適用，故行政上之爭訟，非必為國家所保護之唯一手段者也。行政上之爭訟，雖為對於行政廳之違法或不當行為，致損害人民之權利或利益者行之；然行政廳之行為，其本身為國家之行為，常與法院之行為，同樣推定其為適法且正當者；非必以許其起訴，為其保護之絕對要件也。加之，依其事件之不同，反以普通行政廳之判斷為終局者，較為適宜；若許其起訴，則自外交公安或技術之見地觀之，反以為不適當者頗多，故限定行政爭訟之事項者，其理由蓋出於此。

關於行政爭訟事項之規定，有概括主義與列舉主義之分別。前者係概括的規定其標準，適合於其標準者，始

許行政訴訟之提起。後者以其所列舉之事件，始能提起。日本採取列舉主義。即關於法律上所揭舉之事件，方能提起爭訟也。但法律規定其事件，有三種方法之分別。(1)列舉事件之種類，關於該事件之行政廳之行為，不待個別法令之規定，即得提起爭訟者。得稱之曰概括的列舉。關於訴願及行政訴訟，俱採取此方法；即前者依訴願法，後者依明治二十三年法律第六號，凡與其所列舉之一切行政行為相當，皆得提起訴願或行政訴訟。(2)依特定之法律，使對於該法律及其附屬命令之一切行政行為，得提起爭訟者，是謂包括的個別法主義。例如，河川法，道路法，都市計劃法等皆規定，對於同法及其附屬命令所規定事項之處分如有不服，得提起行政訴訟。僅限於特定之法律上處分，固為個別的；然對於該法律上之一切處分，皆得爭訟，又為包括的。依市制(一五八條)町村制(一三八條)對於監督市町村之府縣知事之一切處分，得為訴願者，亦準於上述情形也。(3)對於特定之行政行為，得提起爭訟者，是謂個別的列舉。乃依特別法所指定也。若概括的列舉，與包括的個別法或個別的列舉相抵觸時，則後者優先於前者，應依後者之規定，提起爭訟。

關於行政爭訟之事項，是否必需法律之規定，抑得以命令規定之問題，除有法律之特別委任外，應解為須有法律之規定。何則，關於行政訴訟，行政法院之權限，須以法律規定，不僅為憲法之所明示，且關於訴願聲明異議或裁決之聲請，行政廳之權限固得以勅令定之，然為使其裁決有拘束人民之力，則須依法律之規定；故得提起爭訟之事項，亦應依法律之規定故也。惟依訴願法(一條)及行政裁判法(一五條)關於訴願及行政訴訟，除法律之外，得以此種特別委任之勅令，亦得規定訴願及行政訴訟之事項。

(二)依一般法之訴願及行政訴訟事項 關於聲明異議或聲請裁決之事項，法律上僅採取個別的列舉主義，關於特定之事件，始得提起。關於得為聲請裁決之事件，已於前述。至於聲明異議，主為市制町村制等公共團體法而存立者，此亦關聯於地方自治制，前已述之。故關於行政爭訟事項，於茲須論述者，專為訴願事項及行政訴訟事項是也。

關於訴願事項及行政訴訟事項，須區別依一般法與依特別法二種。依一般法之訴願事項，如訴願法第一條之規定，揭舉六項，除法律勅令有特別規定外，關於此等事件，不服行政廳之處分時，則得提起訴願。依一般法之行政訴訟事項，如明治二十三年法律第六號之規定是也。行政裁判法曰：行政法院，審判依法律勅令所許起訴之事件，并未規定何種事件，得行起訴，須另以單行法，概括的指定其事件也。依一般法之規定，揭舉五項事件，除法律勅令別有規定外，因此等事件之行政廳違法處分，而受權利之損害者，得出訴於行政法院。依特別法者，指散在於各種特別法律及勅令之規定也。茲先述一般法之訴願事項及行政訴訟事項，次論特別法。

訴願法上規定得提起訴願之事件，共有六種：(1)關於課賦租稅及手續費之事件，(2)關於租稅滯納處分之事件，(3)關於營業免許之拒絕或撤銷之事件，(4)關於水利及土木之事件，(5)關於查定土地官有民有之事件，(6)關於地方警察之事件。在明治二十三年法律第六號上規定，得提起行政訴訟之事件，共有五種：A.除海外關稅，關於賦課租稅及手續費之事件，B.關於租稅滯納處分之事件，C.關於拒絕或撤銷營業免許之事件，D.關於水利及土木之事件，E.關於查定土地官有民有之事件。上述二者之差異，僅存於下述二點：對於關稅，僅許

訴願，而不許行政訴訟。蓋對於關稅賦課不服之訴，主爲關於商品之品質問題，屬於技術的事項，不由法院判斷，較爲適當也。b. 關於地方警察之事件，亦僅許訴願，不許行政訴訟。何謂地方警察，雖欠明瞭，然若解爲地方團體警察之意，則在日本現行法上并無委任地方團體之警察，似將無從適用，故應解爲屬於地方官廳權限之警察處分，較爲適當也。其不許行政訴訟者，因警察處分，須絕對的迅速確定其效力，不適用於訴訟故也。除此二點外，二者全然相同。以下關於此等共同之事件，試說明其大要：

(1) 關於賦課租稅及手續費之事件，係謂課以法律上所不許賦課之租稅及手續費，或行使法律上定額以上之賦課，誤爲課稅標準之決定，或對於法律上應予免除猶豫或減輕其他義務者，無理拒絕，違法令以提供擔保物等，一切關於賦課租稅及手續費，違法以使其負擔義務，以及拒絕其義務免除之情形是也。其所謂手續費，僅指有公法的性質者而言。租稅，雖包含國稅與地方稅，然關於地方稅，依府縣制市町村制之特別規定，在其規定之限度內，不適用一般法。關於國稅，如所得稅，資本利息稅，營業收益稅，繼承稅，及關稅等，各有其法律之特別規定。有特別法之規定者，須依其特別法方能起訴。至於公共組合之繳費，代執行之實費清償等，既非租稅，亦非手續費，除有特別法之規定外，不得爲行政爭訟之標的。

(2) 關於租稅滯納處分之事件，即謂以行政上強制執行之手段，違法扣押及拍賣其財產之情形是也。督促，僅爲滯納處分之前提要件，非滯納處分之本體，判例上不許對於督促即行爭訟。關於租稅以外之公法上金錢給付義務，（組合費手續費代執行之費用及罰鍰等）法律規定得依國稅滯納處分之例，以處分者頗多。在此場合，

其滯納處分，若係違法，當然許爲不服之訴；然判例上，謂此種情形，不能稱之爲租稅滯納處分，故除法律勅令有特別規定外，不許爭訟。若依此判例，在租稅滯納處分中，僅得依一般法，即國稅徵收法之規定，始能提起爭訟，雖不包舍依特別法關於擔保物之滯納處分；然依特別法，同樣有行使租稅滯納之處分者，故此種區別殆無正當之理由。

(3) 關於營業免許之拒絕或撤銷之事件 即謂營業免許呈請之違法拒絕；或與以免許後，違法撤銷之情形是也。其所謂營業，應解爲廣義的。如醫業之自由職業，如蠶絲業之原始產業，亦不得謂之與一般營業有別，而否認其行政訴訟之權利。(但判例謂醫業非營業關於漁業判例認其爲營業)反之，例如，汽車之免許，電影膠片之許可，乃係各個行爲之免許，而非業務之免許，故不得認有訴權。營業免許，雖無警察許可與財政許可或公企業之特許可區別之理由；但許在火車站內爲特定營業者，或允許火車內之使用之民法上契約，則非營業之免許。所得爲行政爭訟之標的，僅限於拒絕營業免許之情形，對於他人會受營業免許者，第三人不得以其免許爲違法而提起訴。但免許之拒絕，應解爲包含全部之拒絕與一部之拒絕，在附帶違法之負擔或條件，與以免許者，乃與一部之拒絕相當，自得爲行政爭訟之標的；免許之撤銷，亦包含全部之撤銷與一部之撤銷；營業之停止係一時撤銷。

(4) 關於水利及土木之事件 即指因建設道路，設置堤防橋樑，占用水面，引水，疏濬，填築等，一切關於水及土地之行政作用，損害人民之權利者而言。但此種事件，依道路法，河川法，防砂法，及都市計劃法等，法律勅令設有特別之規定者甚多。在有特別法之規定，其起訴須依特別法。

(5) 關於查定土地官有民有之事件 自其本質言之，雖爲所有權之爭，似屬民事事件，然法律上關於一切

國有地與民有地之境界爭論，得依行政廳之行爲查定之。（國有財產法十條以下）從而其爭執不外爲行政行爲之效力爭論，故法律上不以之爲民事事件，而使屬於行政法院之裁判。反之，公共團體所有地與民有地之境界爭論，除關於國有土地區域之事件外，純屬於民事事件，不得爲行政爭訟之標的。關於御用地與民有地之境界查定亦同。

（三）特別法上之訴願及行政訴訟事項 依特別之法律勅令，得提起訴願或行政訴訟之事項，係散在於各種法令，其種類甚多，不勝枚舉，然其主要者，得舉左列各種：

（一）警察處分 除關於地方警察，通常許爲訴願，關於營業之免許或撤銷，許爲訴願及行政訴訟之外，警察處分，雖原則上不許爭訟，惟關於二三特殊事項，如結社之禁止。（治安警察法八條）精神病人之監護（精神病人監護法十二條）依工廠法之處分，（工廠法二三條）基於街市建築物法之處分，（同法二二條）道路警察（道路法五八條）河川警察（河川法六〇條）皆特許其得提起訴願或行政訴訟。

（二）公法上金錢給付義務之賦課，及其滯納處分 除租稅及手續費之賦課以及滯納處分，有一般法之規定外，他如所得稅營業收益稅，繼承稅，府縣稅市町村稅等之賦課，府縣費之分擔，府縣及市町村之使用費及手續費之徵收，夫役現品之賦課，并此等之滯納處分，市町村組合費之分擔，關於水利組合，農會水產會，商工會議所之經費分擔，建設道路或都市之負擔金，依保險法之徵收金，關於公共水面填築法之徵收金等，各依其特別法，得提起訴願或行政訴訟。

(3) 關於水利及土木之事件 在一般法上雖廣泛的許其得提起訴願或行政訴訟；然有特別法之規定者頗多，其中如都市計劃法，道路法，河川法，防砂法，鑛業法，漁業法等，關於根據此等法律之處分，及依森林法，關於保安林之編入及解除，以及依制町村制，關於使用市町村財產或營造物之權利，皆得提起訴願或行政訴訟。

(4) 關於選舉之事件 關於市會，町村會，區會，府縣會，北海道會，水利組合會等之議員選舉，各依其法律之規定，一般選舉人，皆得提起爭訟。由行政機關提起者亦有之。

(5) 關於官吏之權利義務之事件 關於官吏之權利義務，僅認俸給權，得提起爭訟；其他，則完全不得為訴願或行政訴訟之標的。關於公共團體之吏員，則比官吏之範圍稍廣，例如市町村吏員，關於俸給退職費及其他之給與，皆得聲明異議訴願及行政訴訟；對於賠償命令，得為訴願及行政訴訟；對於懲戒免職，得為訴願是也。

(6) 關於公共團體及其監督之事件 對於公共團體或其他受國家之特別監督者，監督官廳所行之監督處分，法律上有許其提起訴願，亦有許其行政訴訟者。例如，依市制町村制，市町村不服府縣知事之監督處分時，得出訴於內務大臣，對於強制預算及代執行之行為，(市一六三町一四三條)得提起行政訴訟。對於此等監督上之處分，法律上有認市町村會，或市町村長等機關，得提起訴願或行政訴訟。

(7) 行政上之處罰 關於府縣及市町村所科之罰鍰；對於市町村公民之拒辭名譽職，所科處之公民權停止；農會水產會商工會議所等，對於會員所科之過怠金處分，皆得依訴願或行政訴訟以抗爭之。

(8) 關於當事者爭訟或先決問題爭訟之事件。關於當事者之確認爭訟或形成爭訟之裁決，雖法律上有以



其裁決爲終局處分，而不許提起不服之訴，然在多數情形，不服其裁決者，更得提起訴願或行政訴訟。關於先決問題之爭訟，若係對於地方下級官廳或私人之不法行爲提起賠償之訴時，須先聲請地方長官之裁決；如不服裁決，得向行政法院起訴；對於地方長官或主務大臣之不法行爲，得直接出訴於行政法院。（河川法六〇、六一條，防砂法四三、四四條）

（四）訴願事項與行政訴訟事項之關係 關於此一問題，立法之主義并不一致。有以訴願爲行政訴訟之前提，即不服訴願或行政訴訟，始得提起行政訴訟。亦有不然，僅許提起訴願或行政訴訟之一方者，因此關於二者之關係，得分爲四種情形。

（一）訴願爲行政訴訟之前審者 行政裁判法曰：（一七條一項）行政訴訟，除法律勅令有特別規定外，若未經訴願於地方上級行政官廳，并經其裁決者，則不得提起。即對於地方下級官廳之處分，通常須先訴願於地方下級官廳，不服其裁決者，更得向行政法院起訴。例如，對於市町村長或警察署長之處分，須經府縣知事之裁決；（對於東京府警察署長之處分由警察總監裁決之）對於稅務署長之處分，須經稅務監督局長之裁決；對於北海道市町村長之處分，須經北海道支廳之裁決；但不服支廳長之裁決者，須再訴願於北海道廳長官。若不經此等程序，則不得提起行政訴訟。即在此種情形，訴願爲行政訴訟之前提，對於同一事件，訴願之裁決，由行政法院覆審之也。在特別法上，許其提起行政訴訟之事件，關於其手續無特別規定之範圍內，亦同樣適用此原則，例如道路法（五八條）規定，因管理者之違法處分，而受權利之損害時，雖得向行政法院起訴，然道路管理人如爲市町村長，則對

於其處分，不得直接起訴，須先向府縣知事提出訴願。惟關於其手續有特別之規定者，主屬於地方自治制之法律中有其規定，得舉下列二點：A. 向府縣參事會提出訴願，以之代替訴願於府縣知事是也。B. 不許直接訴願，須先經聲明異議，不服其決定者，始得提起訴願是也。

對於各部大臣之處分，或內閣直轄官廳或地方上級廳之處分，在原則上固得直接提起行政訴訟。（行政裁判法一七條二項）但此原則，有法律勅令之例外規定。例如依俸給法（一三條）關於官吏之俸給，不服俸給局長之處分時，須先請求俸給局長之裁決，不服其裁判時，始得提起行政訴訟。依府縣制（一一五條）對於府縣稅之賦課，須先向府縣知事聲明異議，由府縣知事交府縣參事會決定之，不服其決定時，始得出訴於行政法院。

（2）關於同一事件訴願與行政訴訟併許者 在多數情形，法律上對於同一之事件，有許其訴願於主務大臣，及出訴於行政法院二種方法。但得向行政法院起訴者，僅以處分違法，而有損害當事人之權利者為限。得訴願於主務大臣者，則非必以處分之違法為要件，凡不當的侵害當事人之利益之事件，亦包含在內，雖有此種差別，然主張其違法損害權利者，得任意選擇訴願或行政訴訟之一。所謂一般法上之訴願事項，與行政訴訟事項，即係大部分相同，關於此等共同事件，得向主務大臣訴願，亦得向行政法院起訴，究竟採取何種手段，則為當事人之自由。關於特別法上之事項，例如土地徵收法（八一條）森林法（五一條）保險法（八一條）俸給法等（一三條）皆採取此種主義，以訴願與行政訴訟，任憑當事人之選擇者也。但當事人須選擇其一，不得同時並用二種手段，固不待言。（行政裁判法一七條三項）

(3) 僅認訴願權而不許提取行政訴訟者 關於此類事件之性質，不適於行政法院之裁判；但全然不許爭訟，又不適當。法律遂限定不許行政訴訟，僅得向主務大臣訴願者，其例頗多。其中，一般法上，關於賦課關稅及地方警察之事件，僅能提出訴願。行政行為并不違法，僅為公益上之不適當，則僅係訴願之標的，不得為行政訴訟之標的。關於特別法所規定之事件，屬於此類者頗多。雖難一一列舉，然例如，因市町村會，或市參事會之議決，有害公益，或關於收支之不適當，府縣知事因而為變更之處分，（市九〇條之二、町七四條之二）以及關於市町村因應急負擔所課土地之使用，及其損失補償，（市一二六條、町一〇六條）除別有規定外，關於府縣知事之監督處分（市一五八條、町一三八條）市町村吏員因懲戒而免職，（市一七〇條、町一五〇條）等，皆為僅許訴願，而不許行政訴訟之事項也。他如感化院之強制入院，（感化院法二三條）關於耕地整理之事項，（耕地整理法八六、八八條）依國寶保存法，陳列博物館之強制，（七條）依傳染病預防法之清潔方法，消毒方法，預防實施等之代執行費用，（二八條）依肺病預防法，對於建築物禁止使用之補償金，及基於從業禁止之生活費津貼，（施行令一七條）等等，屬於同一之例者尚多。

(4) 僅許行政訴訟而不許向主務大臣提起訴願者 在一般法上，關於得提起行政訴訟之事件，亦許其向主務大臣訴願，使當事人得選擇其一；反之，特別法所規定之事件，屬於比較新的立法，關於得提起行政訴訟之事件，則不許向主務大臣訴願者，其例頗多。蓋對於同一事件，將其最終決定之權，付與二種不同之機關時，則為權限之重複，恰如設置二個最高法院，故對於保持權限之統一，自不適當故也。例如，市制町村制，河川法，道路法，都市計

劃法，公有水面填築法等皆設此種趣旨之規定：「依本法，法得出訴於行政法院者，則不得向主務大臣提出訴願。」

## 二 爭訟之實質的要件

得提起行政爭訟者，須其爭訟之標的適於爭訟。是謂爭訟之實質的要件。其要件依始審的爭訟（裁判之聲請）與覆審的爭訟（聲明異議，訴願或行政訴訟）而有不同。

始審的爭訟，并不以行政廳之處分爲前提，乃因當事人間公法上之爭執，或因當事人之協議不成立，或不能爲協議，或因不法行爲之行政作用，受有損害者，而爲裁決之聲請；故其實質的要件，須有爭執及協議不成立或不能爲協議而受損害者也。蓋非對於行政之處分，提出不服之訴也。從而在原則上，無起訴期間之限制；但關於特殊情形，亦有期限之限制者。例如，土地徵收，裁決之聲請，須在土地細目公告或通知後一年內爲之。法律上雖用訴願之名稱（河川法六一條）然其實質，與裁決之聲請相當者亦同，即在行政訴訟，因主務大臣或地方上級官廳執行河川法之行爲，受有審判者，其損害賠償之（民事訴訟）先決問題，係請求確認其行爲爲違法之訴；亦具有同一之性質，而非以行政廳之處分爲前提也。

反之，覆審的爭訟，恆以有行政廳之處分，包含決定或裁決爲前提，且其處分，在行政訴訟，須主張其爲違法。在訴願（包含聲明異議）亦須主張其爲違法或至少公益上不適當。且因其處分通常在行政訴訟，須爲損害權利者；在訴願，須爲直接侵害利益者。最後尙須其處分，在可爭之狀態者，以下討論此等要件。

（一）須有行政廳之處分 覆審的爭訟，無論訴願或行政訴訟，恆爲不服行政廳處分，而請求其廢棄者也，故

適法之爭訟，必須舉示行政廳處分之存在。

(1) 得為訴願或行政訴訟之標的者，限於行政廳之處分。所謂行政廳，包含國家行政機關及公共團體之執行機關，凡有為行政處分權限之機關，皆屬之。府縣參事會，市町村會及市參事會，普通雖為決議機關，不得自為處分，然為決定或裁決時，係直接對於外部為處分，在此場合亦有行政廳之地位。雖限於行政官廳之處分，然因皇權直接行動之勅令之行爲，則不得為行政爭訟之標的。又在實質上，雖有行政行爲之性質，然屬於司法機關之權限者，則不得謂為行政官廳之處分，故不得為行政上爭訟之標的。例如，決定登記稅之課稅標準雖相當於賦課租稅之事件，然因其屬於法院之權限，故不得用行政上手段以抗爭之。(登記稅法一九條之二) 司法代書之業務許可，雖相當於營業免許，然因其屬於法院之權限，故對於其拒絕或撤銷，恐亦不得出訴於行政法院。(行政法院之判例採反對之見解)

(2) 行政官廳之處分至少須有形式上之存在。行政行爲之自始不存在者，無行政爭訟之標的，故不在訴訟之範圍。例如，對於市町村稅之賦課而起訴者，須在市町村長發布徵稅令之後。僅在市町村會議決，而市町村長尚未令知時，行政行爲尚未存在；市町村會之議決，雖為違法，亦不得即行起訴。行政行爲因行政官廳之撤銷，或期限之屆滿，解除條件之成就及因其他理由，已喪失效力，亦以行政行爲早不存在，故不得為行政爭訟之標的。例如主張行政行爲已失效力，或請求確認其失效之行政爭訟，至少在現行法上不得提起。反之，行政行爲，在形式上固云存在，然因自始欠缺有效要件，而為無效，為請求確認其無效，則得提起訴願或訴訟。雖為行政官廳之行爲，然自

始不欲發生法律的效果，僅爲勸告，好意的指示之類者，殆非處分，故對之不得提起爭訟。反之，如通知，拒絕受理，拒絕登記，雖爲準法律行爲的行政行爲，然因之發生法律上之效果時，亦爲行政官廳之處分，自得爲爭訟之標的。

(3) 因須有行政官廳處分之存在，故在原則上，對於行政官廳之不行爲，而要求其行爲時，不得提起行政訴訟。惟基於聲請之行政行爲，法律上命其在一定期間內，對於其聲請須爲處分者，若於其期間內不爲處分時，則視同聲請之拒絕，對之得以提起訴訟。反之，在法律上無一定期間之規定，雖無行政行爲，然不得即視同聲請之拒絕，故無行政訴訟之標的，至少在現行法上，無法以提起行政訴訟。

(4) 法律上所謂行政官廳之處分，究指行政行爲，抑包含事實上行爲，非必明白。尤其關於水利土利之事件，例如，河川工事，堤防工事及道路工事等公共建設，若係違法，將侵害人民之權利時，在此場合，能否以行政訴訟，請求停止其工事或恢復原狀，依法律之明文上，殊不明白。關於歷來之行政判例，有認爲適法訴訟而受理之事例。(例如大正六年三月二十六日行判。某村受郡長之許可，施行堤防工事。郡長之許可，已確定爲合法，而原告更以其工事本身爲違法有侵害原告之權利，而提起請求撤去工事及恢復原狀之訴。被告縣知事，以其工事本身并非行政處分，故主張不得爲訴願或行政訴訟之標的，然行法院對此訴訟之判決，謂關於公共營造物之工事，法律上視爲行政官廳之處分，故爲合法之訴訟。一三三六行判對於以公用水面之填築工事，爲違法之行政訴訟，亦曾受理。)蓋法律所謂處分者，非必與學術上所稱之行政處分同義，除法律行爲外，有時亦包含事實行爲者；而在公共工事違法損害人民之權利時，既不得以民事訴訟，請求其停止或恢復原狀，故允許其提起訴願或行政訴訟，應

認爲條理之當然要求。在此種意義，法律所謂行政官廳之處分，以解爲包含事實的行爲者，自屬正當也。

(5) 部令廳令及府縣令等命令形式之行爲，若係違法，亦得以命令爲相當於法律之所謂行政官廳之「處分」；然對之能否起訴，須區別二種情形：A. 命令有直接發生現實之效果者，B. 命令有僅爲抽象的規定，須由依據其命令之行政行爲，始發生現實之效果者。在後種情形，命令尙未發生權利上之損害，須待有根據其命令之行政行爲，始得起訴，反之，在前種情形，依命令直接即發生損害權利之效果，不待有行政行爲，故對於命令，認爲得行起訴。行政判例亦採此見解。（例如大正九年二月二日行判。縣知事以縣令變更妓院營業許可地域，及削除前許可之地域一部。營業人，以其爲營業免許之撤銷處分，故對之起訴，行法院認其訴訟合法而受理之。）

(6) 對於覆審的爭訟，常以行政官廳之處分爲前提之原則，惟有一例外，即關於選舉效力之爭訟是也。此種爭訟，係主張選舉無效之訴，選舉係公的行爲，其請求廢棄之訴，雖不失爲覆審的爭訟；然選舉，係多數選民及監選人投票管理人等所爲之集合的行爲，在普通意義上，不稱曰行政官廳之處分者也。故在此點爲其例外而已。

(二) 須爲違法之處分 行政訴訟，須主張其處分爲違法者。反之，在訴願除別有規定外，不須主張行政處分之違法，即關於自由裁量範圍內之行爲，若誤爲其裁量，主張其爲公益上不適當者，亦爲適法之爭訟。

然在如何情形，其處分應認爲違法，此種疑問，主爲二點：(1) 行政官廳自由裁量權之限度問題，(2) 前行行爲之違法，是否被後之行爲承繼之問題。

(1) 關於行政官廳自由裁量權之範圍，前已述之。行政官廳之裁量權，若爲合法性之裁量時，則其誤爲裁量

之行爲，縱不違反法令之明文，仍爲違法之行爲；行政法院有審理其裁量正當與否之權。反之，其裁量權，若爲狹義之自由裁量，即合目的性之裁量時，其誤爲裁量，僅爲公益上不適當之行爲，故僅爲訴願之標的，而不得爲行政訴訟之標的。謂行政法院無審理自由裁量之權者，專指後種意義之自由裁量也。試舉一二實例以明之：A. 關於是否與以警察上之營業免許，法律雖無特別之規定，然其營業者於公益上，并無妨害，其拒絕准許時，則爲違法。何則，營業以自由爲原則，所得限制其自由者，僅限於有妨害公益者故也。B. 關於法律上，「爲保持安寧秩序有必要時，」一認爲公益上之必要時，」得爲禁止結社之處分，對於其行爲果爲保持安寧秩序所必要耶，抑爲公益上有必要耶，而與以認定時，係受羈束之行爲，而非便宜裁量之行爲；如其認定有誤，則爲違法，行政法院自有審理之權。C. 對於市町村名譽職之拒辭，市町村會認爲無正當之理由，而停止其公民權者，對此事例，認定是否有正當之理由，係法律問題，得爲行政訴訟之標的。

(2) 關於前行行爲之違法性在如何限度內，被後之行爲承繼之問題，須區別二種情形：A. 數個行爲相連續，成爲一個手續，依其全體之結合，發生特定目的之法律效果者；B. 數行爲之效果相關聯，然各自獨立發生其效果者。在A. 種情形，其前提之行爲違法時，則其後來之處分亦屬違法；爲主張後來行爲之違法，得以前提行爲之違法，爲其理由。例如，關於土地徵收手續，法律上雖僅許對於收用審查會之裁決，得提起行政訴訟，然爲其前行行爲之主務大臣之認定，土地細目之公告或協議，爲違法時，則其裁決亦當然違法；故對於其裁決起訴時，得以此等前行行爲之違法，爲其理由。租稅滯納處分以前之催促，若爲違法時，滯納處分之本身，亦屬違法；拍賣之公告爲違法時，



拍賣處分，亦隨之違法。其他命令違反法律者，則基於此命令之處分，亦爲違法。市町村會之議決違法者，則市町村長執行議決之處分亦爲違法者也。反之，二個行爲，互相獨立發生其效果時，縱令其效果互相關聯，然不得以某個行爲之違法而主張其他行爲亦爲違法。例如官吏之懲戒與俸給權之裁定，係單獨發生效果之二個行爲，關於俸給權之訴，不得以懲戒免職之違法，爲其理由。租稅之賦課與滯納處分，亦爲二個行爲，且獨立的發生其效果，對於滯納處分起訴時，不得以賦課租稅之違法，爲其理由。（但租稅之賦課絕對無效時則滯納處分當然違法）同樣的，歲出預算之決定，與租稅之賦課，亦爲獨立之二個行爲，對於賦課租稅之訴，亦不得以歲出預算之違法，爲其理由是也。（行政法院之判例，雖採反對之見解然不免失當）

（三）須有權利之損害 在行政訴訟，就其通常之要件而言，須主張其處分爲違法，并損害權利者。至少關於一般法上所定之事件此爲絕對的要件。明治二十三年法律第六號，明示起訴之要件曰：「因行政官廳之違法處分，而受權利之損害者」是也。關於特別法上所定之事件，在大多數情形，亦揭示相似之要件，關於訴願雖非必主張權利之損害，然其通常之要件，亦爲因處分直接損害自己之利益者。訴願法上，固未明示此旨，在特別法上，通常僅曰：不服處分者，得提起訴願，然非毫無限制，對於任何人皆得提起訴願，應解爲僅限於直接之利害關係人，則爲事理之當然也。訴願非必以權利之損害爲要件，故與行政訴訟之起訴權人比之，其範圍較廣。例如，對於道路之不當變更或廢止，附近之居民，雖未受權利之損害，然以利害關係人之資格，得提起訴願。若非直接有物質上之利害關係，僅對於精神上感受利害者，則不得爲訴願人。

主張損害權利者，必然的包含主張其爲違法，惟主張其爲違法者，非必當然指損害權利故也。得提起行政訴訟者，須主張其爲違法，不惟此也，且須爲損害自己之權利者。權利包含公權與私權，除侵害既得權之外，其課以義務或拒絕義務之免除，自亦包含於損害自由權。例如，違法賦課多額之租稅，則爲無租稅自由之侵害；違法拒絕營業之免許，則爲營業自由之侵害。凡屬權利之侵害，皆得爲提起行政訴訟之原因。反之，違法課以少額之租稅，要求其增補時，其課稅金額并非違法，僅其算定之方法爲違法而已，因欠缺損害權利之要件，不得爲提起行政訴訟之原因。他如對於妻之課稅，由夫出訴者，對於家屬之營業免許之撤銷，由戶主出訴者，因非損害自己之權利，故皆欠缺起訴之要件。

無論訴願或行政訴訟，亦有不以損害權利或利益爲其要件者。故有二種例外情形：（一）關於選舉或當選之效力，及選舉人名簿之爭訟，（二）機關之爭訟。前者，即所謂民衆訴訟，（前已言之）此非以個人的權利或利益之保護爲目的，專以確保法規之正當適用爲目的者也，故不以權利或利益之損害爲要件。後者，係由行政機關提起者，行政機關因非權利主體，自非損害權利之訴訟也。然行政機關，有因其他機關侵害自己之權限時，有因矯正行政行爲之違法，而有職務上正當之關係者，亦有認其起訴之權能。

（四）須其處分尚在可爭之狀態。得提起訴願或行政訴訟者，須行政官廳之處分，尚在可得抗爭之狀態。行政處分之爲可爭者，第一，須未經過起訴期間，第二，須其處分未經法院之判決，或未訴願於主務大臣而經其裁決者。

(1) 須在起訴期間內 一切覆審的爭訟，皆以行政官廳之處分，為爭議之標的。在未決定裁決或判決之確定前，其處分之效力，尚在不確定之狀態中，若使行政行為之效力，延久不決，則非所以保持行政秩序之道；故提起覆審的爭訟，無論訴願，聲明異議或行政訴訟，必有一定起訴期間之限制，是其當然之性質也。經過起訴期間而不起訴時，除特受延期或寬恕者外，則確定其為合法之處分，除其處分為全然無效，而與其他訴訟關聯，因之效力發生問題者外，即不得抗爭之。

起訴期間亦有一般法與特別法之規定的區別。依一般法關於訴願，若直接對於處分提起者，須在交付處分之日起，六十日內為之；若對於行政官廳之裁決提起者，須在受裁決之日起，三十日內為之。（訴願法八條）關於行政訴訟，無論直接對於處分或對於裁決，須自受處分或裁決之日起，六十日內為之。（行政裁判法二二條）特別法有期間規定時，（例如依府縣制，市制，町村制，所提起之訴願，自處分決定或裁決之日起二十一日以內為之）自須依照其規定；然依特別法所提起之訴願或行政訴訟，其起訴期間除有特別之規定外，亦須依一般法之規定。關於聲明異議，并無一般法之規定，專依特別法之規定。

起訴期間之起算點，若由行政行為之相對人提起者，則自受交付送達或通知之日起；若非由相對人提起者，則依其行政行為一般公示之日起；若無公示，則依其處分可得了知之狀態之日起。關於期間之計算方法，當然準用民法上之一般原則。

關於起訴期間之規定，訴願與行政訴訟之重大差別，即行政訴訟，除特認延期者外，其期間之限制，具有絕對

之效力，若經過其期間，則起訴權全然消滅；反之，關於訴願，在法律上，行政官廳認爲有應寬恕之事由時，雖在期間經過後，亦得受理訴願書。（八條三項）依府縣制，市制，町村制之聲明異議，法律亦採此同一之原則。（府一二八條五項，市一六〇條五項，町一四〇條五項）有應寬恕之事由時，是否必須受理或得受理之問題，判例始採前種見解；在大正八年以後，又變更判例，以其屬於行政權之自由裁量。蓋期間經過後，訴願人已無請求審查之權利，故應以後種見解爲正當者也。但一經裁決官廳受理，即發生正式訴願之效力，與在期間內提起者相同，自有應予審理裁決之拘束力。

關於起訴期間之限制，因發信主義與到達主義之不同，訴願法與行政裁判法，亦採不同之主義，即訴願採取發信主義，以在期限內寄送訴願書爲其要件，郵寄中之日數不算入期內。（訴願法一〇條）反之，行政裁判法，係準用民事訴訟法之規定，即採到達主義，須在期限內到達於法院。（行政裁判法二三條）

就其結果而言，在行政訴訟方面，承認下述二項之延期：A. 基於距離之延期，關於此點行政裁判法，依照民事訴訟法者也。舊民事訴訟法（一六七條）規定：住所與法院所在地之距離，每海陸路八里延長一日，但新民事訴訟法廢止此種規定，惟依法院之職權，得對隔地居住者，定以附加期間。（一五八條二項）然行政法院，普通仍依舊法定其附加期間，此在實際上，皆依舊法之原則也。B. 基於天災事變之延長，因天災事變致不能遵守其期間者，在其事由終止後，一週間內仍得起訴。（民事訴訟法一五九條）

（2）須未經判決之事項，得爲爭訟之標的者，必須其處分，未經法院判決之事件，又未訴願於主管部長而

經其裁決之事件。既經法院之判決確定者，無論其爲司法院之判決，或行政法院之判決，則爲既判事項，因已發生確定力，故不得爲再審理之標的。關於已經訴願裁決確定之事件，亦同。雖未經裁決，然關於同一事件，不得同時請求主務大臣與行政法院之雙方審理，自爲當然之理。故關於已訴願於內閣總理大臣或各部大臣之事件，法律上認其爲同一事件，不得出訴於行政法院。（行政裁判法一七條三項）但未經裁決前，而撤回時，如未超過起訴期間，不妨提起訴訟也。

### 三 提起爭訟之權利者

提起行政上之爭訟者：在聲明異議，稱曰聲明異議人；在訴願，稱曰訴願人；在行政訴訟，稱曰原告。關於裁決之聲請，在法律上，雖無一定之名稱，然應稱曰聲請人。凡得提起行政上之爭訟者，須爲關於該事件，依法有正當起訴之權能者。由代理人提起時，當然須證明其有代理權。

得提起覆審的行政爭訟者，大別有三種：

（一）最普通者，凡因違法之處分或裁決，而受權利之損害者，皆得提起行政訴訟。凡因權利受損害或利益受直接之侵害，皆得提起訴願是也。此等，非必須爲受處分之相對人，即對於第三人之處分，而損害自己之權利或利益者，亦得提起訴願或行政訴訟。例如，對於甲之租稅滯納處分，而違法扣押乙之財產者；或對於甲許可河川之流水使用，而侵害同一河川上乙之水利權者，乙之出訴，亦爲適法。

不服異議之決定，或訴願之裁決者，更向上級行政官廳訴願或提起行政訴訟者，亦非必限於聲明異議人或

訴願人，即因其裁決，而受權利之損害者，亦同樣有出訴權利。例如，甲取得河川流水引用之許可，乙認為違法，而提起訴願；若因其裁決，撤銷甲之許可，甲雖非訴願人，然以不服裁決之資格，亦得出訴，自不待言。反之，行政官廳之處分，因訴願之裁決而被撤銷時，在原則上為該處分之官廳，不得提起不服之訴。自己所為之處分，雖被撤銷，然因一切行政官廳，須服從監督官廳之命令，故除法律有特別之規定外，則不得抗爭之。若係公共團體所為之處分，則因處分之撤銷，違法損害公共團體之權利時，由公共團體出訴者，亦為合法。

(二) 依府縣制、市制、町村制等特別法之規定，行政機關，亦得以其名義，提起訴願或行政訴訟者，已如前述。

(三) 關於選舉或當選之效力，及選舉人名簿之爭訟，一般選舉人皆有起訴權。然則，選舉人是否限於在本選舉區者，判例上雖不一致；然關於選舉爭訟之趣旨，凡對於選舉，有精神上正當之利害關係人，皆得提起；而市町村會或府縣會，乃代表全市町村公民，或全府縣公民，關於此種正當之組織，應認該市町村或府縣之一切選舉人，皆有正當之利害關係，故不問其所屬選舉區為何，凡屬於其市町村或府縣之選舉人，皆有訴權也。選舉人，非必限於在選舉人名簿已登記者，又非必為選舉當時之選舉人，祇須為提起爭訟當時之選舉人即可。蓋在提起爭訟當時為選舉人者，關於市町村會或府縣會之正當的組織，自得主張有利害關係故也。

#### 四 提起爭訟之手續及方式

(一) 提起爭訟之手續 關於行政上爭訟提起之手續，就其要件而言，須向有正當權限之行政官廳，以書面提起之，此為一切爭訟之共同方法；他如訴願及行政訴訟，更須具有前行（處分或裁決等）之手續。

(1) 爭訟之提起，須用書面。稱曰裁決聲請書，聲明異議書，訴願書或訴狀。應記載於書面之事項，及應添附之書類或副本，固為方式上之問題；然至少須明示爭訟之標的，及其要求，即「不服為何，欲求為何」，是為提起爭訟之有效要件。至記明聲請人，訴願人或原告之姓名，亦為當然之必要。由代理人提起者，須證明代理權者，亦同。書面之方式，與提起爭訟之要件，所不同者，即欠缺要件者，成為不受理或駁回之原因，或拒絕其審理；反之，僅止欠缺方式者，得指定期限，命其補正。(訴願法九條二項行政裁決法二七條二項)若於指定之期限內，補正提出時，即在法定出訴期間之後，仍不失為合法之爭訟。在行政訴訟之訴狀上，指定正當之被告，究屬於書面之方式，抑為提起訴訟之要件，不無疑問。判例上認其為要件，若誤為指定被告時，不僅為欠缺方式，且為當然駁回之原因。然此判例，以予觀之，恐不適當。蓋行政訴訟之被告，與民事訴訟之被告不同，并非權利爭執之相對人，不過在手續上，以其為辯論之相對人而已，對於訴之本體，并無關係，故難認為訴之要件者也。

(2) 須向有正當權限受理之行政官廳，提出書面。有受理權之行政官廳為何，因行政訴訟與其他爭訟而不同。

在行政訴訟，原告須直接提出訴狀於行政法院。審理訴訟之機關，同時亦為受理訴狀之機關也。在聲明異議或訴願，則不然，審理之機關，非必為受理書面之機關。關於訴願，依訴願法(二條)之規定，若係直接對於行政官廳之處分，而提起者，須經由為該處分之官廳；對於決定或裁決不服，更起訴於上級官廳者，亦須經由為該決定或裁決之行政官廳，始能提起訴願也。此等規定，在依特別法所提起之訴願，於無反對之規定範圍內，亦應同樣通用。

之。即訴願，普通不得直接向有審理權限之官廳，提出訴願；若爲行政訴訟，須先經由立於被告地位之行政官廳，始得提起；而該經由之官廳，應向裁決官廳，寄送訴願書及自己之辯明書。該經由官廳僅負轉送之責，而非受理訴願書者，真正受理者，歸於有審理權之行政官廳也。又訴願書，雖未具備法律上之要件，苟形式上得認爲訴願書，經由官廳即無駁回之權。然關於訴願期限之限制，在其呈送經由官廳之時，當然視爲訴願之提起。關於聲明異議，若依府縣制市制町村制之府縣參事會，市參事會或市町村會，有決定之權時，則其聲請，應向府縣知事或市町村長爲之，并應由府縣知事或市町村長以之交付決定。此際不僅成爲經由官廳，且其受理之名稱，亦應爲府縣知事或市町村長，但關於駁回之權限，專屬於有審理權之機關者也。

(3) 訴願與行政訴訟，有直接對於行政廳之處分，而提起者；訴願亦有須經聲明異議手續，不服其決定時，始得提起者；行政訴訟，亦有首須經訴願手續，不服其裁決之後，始得提起者，凡此已如前述。在後二種情形，以經過該項手續，爲其起訴之要件，否則成爲駁回之原由。

(二) 提起爭訟之方式 關於提起訴願之方式，依訴願法之規定，有下列款項：(1) 訴願書應記載不服之要點，理由，要求之事項，及訴願人之身分職業住所年齡，(但由行政機關提起者則不必記載住所年齡) 并簽名蓋章，(2) 訴願書上，須附證據書類，曾經下級行政官廳之裁決者，須附其裁決書，(3) 數人共同爲訴願時，訴願書上，須記載各訴願人之身分，職業，住所，年齡，并簽名蓋章，若推選三人以下爲代表人，須證明其委任之合法。(訴願法六條七條)



關於提起行政訴訟之方式 依行政裁判法之規定(1)訴狀上須記載原告之身分、職業、住所、年齡、被告之行政官廳、所要求之事件及其理由、舉證、年月日等事項、並簽名蓋章、(2)訴狀上應附具原告所經歷之訴願書、裁決書、及證據書類、(3)訴狀上、須附具交付被告之必要副本、(二五條二六條)此外(4)為充書類送達等之費用、尚須預納日金兩圓、(明治三二年行政裁判告示一號)但關於行政訴訟之文書、無貼用訴訟用印花之必要。(四二條)欠缺此等方式者、非為駁回訴訟之原因、行政法院應指定期限、命其補正、若於期限內不補正時、或命其繳付預納金、而不繳付時、則為駁回之原因。

#### 五 提起訴訟之效果

依行政上爭訟之提起、其所發生之法律上效果、須分二點論之：一為對於審理權所生之拘束、一為對於爭訟標的之處分、決定、或裁決所生之效果。

(一)爭訟一經提起、苟在形式上、可認為裁決聲請書、聲明異議書、訴願書或訴狀者、若不具備爭訟之要件、固得駁回；然於審理應否駁回後、須予以駁回之決定或裁決。故未經審理、則不得廢棄。若具備爭訟之要件時、關於本案、則有應審理之拘束力。

(二)爭訟之提起、所及於爭訟標的(處分或裁決)之效果：其處分或裁決、在原則上、不因爭訟之提起、而停止執行。(訴願法一二條行政裁判法二三條)何則、一切行政行為、在未經有權限機關之廢棄前、應推定其為合法；若因爭訟之提起、停止其執行、則有阻礙行政之進行、及妨害公益故也。例如、對於賦課租稅、雖有訴之提起、然行

政官廳，爲徵收其所賦課之金額，對於不納者，仍得科以滯納處分。對於撤銷營業免許，雖有訴之提起，然不影響營業禁止之效力；若仍繼續營業時，則不免受處罰。然因某種情事，若不停止其執行，縱令在審理之結果，其係爭之處分或裁決，認爲違法而被廢棄，然恢復原狀已不可能，或顯感困難者，故法律上亦有許其停止執行者。因爭訟之提起，停止其處分或裁決之執行，有三種情形之分別：（1）處分官廳自行停止執行者。因處分官廳，既有撤銷其處分之權能，當然亦得停止其執行故也。所謂執行之停止，與效力之停止，其實質相同。（2）由審理訴願官廳，或行政法院，依其職權停止執行，或因原告之請求停止執行者。此種場合，若與民事訴訟比之，則相當於假處分；但民事訴訟法上之保證金制度，不適用於訴願或行政訴訟。究竟是否停止其執行，乃屬於審理訴願之官廳，或行政法院之自由裁量。（3）法律上當然停止其執行者。法律有規定，因爭訟之提起，當然停止其處分之執行者。例如，對於市町村名譽職之拒絕，在市町村所爲停止公民權之處分（市制一〇條町村制八條四項）以及對於府縣稅市町村稅之滯納處分，所扣押物品之拍賣等是也。

### 第三節 行政爭訟手續

行政爭訟手續依訴願（異議之聲明或裁決之聲請準用之）與行政訴訟顯然不同，故以區別論之爲宜。

#### 一 訴願之審理

（一）訴願審理之機關，得區別之爲四種：

(1) 最普通者，乃以爲處分之行政廳之直接上級廳，爲裁決機關者也。訴願法，以此爲訴願之一般原則，已如前述。

(2) 有時有以爲處分之行政廳自身，爲訴願裁決之機關者。其情形有二：A. 處分廳自身，爲最高官廳之情形。依訴願法（三條）對於各部大臣之處分爲訴願者，規定向該部自身提起之。因在各部之上，無監督之上級機關，故定爲各部大臣關於自己之行爲，自行裁決其當否者也。（但對於各部之裁決不許再訴願四條）B. 在向上級廳訴願之前，使其先請求處分廳之裁決爲前審之第一次之情形。此種情形，僅依法律勅令之特別規定，始承認之，乃交上級廳審理以前，使處分廳自身得有自省之機會者也。法律通常雖不稱之曰訴願而稱之曰異議之聲明，或裁決之呈請，但性質上則同爲訴願耳。例如對於恩給局長所爲之恩給權裁定，更對於恩給局長而爲裁決之呈請，（恩給法一二條一三條一項）對於關稅長之關稅賦課更對於關稅長而爲異議之聲明，（關稅法六一條）是也。

(3) 關於屬於地方之自治事件，多使地方團體之議決機關爲訴願裁決之機關。市制，町村制及府縣制，規定市會，町村會，市參事會或府縣參事會，關於各種事件，有爲異議之決定或訴願裁決之權。

(4) 關於特殊事件，有設置特別機關，以爲訴願之裁決或審理者。關於關稅之訴願，所設之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）爲審查關於所得稅及繼承稅課稅標準決定之異議，所設之所得審查委員，（所得稅法六〇條以下）及繼承稅審查委員，（繼承稅法施行規則五條）爲裁決對於地方海

員審判所裁決之控告，所設之高等海員審判所（海員懲戒法三九條以下）爲檢定對於捕獲審檢所檢定之抗議所設之高等捕獲審檢所（捕獲審檢令二一條以下）以及爲審查關於依健康保險法的保險給付保險費等之不服，所設之健康保險審查會（八〇條乃至八三條）等，皆其例也。此等之中，如關稅訴願審查委員會，所得審查委員會，繼承審查委員會，皆無自爲裁決之權，關於關稅，爲財政大臣所裁決，關於所得稅繼承稅由稅務署長決定之，而委員會僅能爲其裁決或決定的基礎之議決而已。在名稱上關於所得稅，繼承稅及健康保險，法律不以訴願稱之，而稱之爲審查之請求。

（二）訴願審理之手續 訴願之審理，原則採書面審理主義，此即訴願手續，異於行政訴訟手續之主要點也。若在訴願應認爲必要時，雖得爲言詞審理，然此非法律上之必要，僅爲依官廳自由裁量之例外耳。訴願比之行政訴訟，其爲人民權利或利益保護之手段，而其效果所以甚爲薄弱者，除因訴願裁決機關無完全獨立之地位外，此點亦爲其主要原因。爲審理材料之書面，主爲訴願人所提出之訴願書及處分決定或爲裁決的行政廳之辯明書。訴願人，須經由爲係爭之處分決定或裁決之行政廳，提出訴願書，而當經由之行政廳，從收受訴願書之日起，在十日以內，如對於決定或裁決更爲訴願時，則在三日以內，須添具辯明書及必要文書，發送之於裁決廳。（訴願法一條。）裁決廳乃關於此等書類之審理者也。在行政訴訟，原告與被告對立，有言詞辯論之權利，得互相維持其主張，反之，在訴願，訴願人則僅能以書面陳述自己之主張而已，對於爲其對方的行政廳之辯明書，通常不與以反駁之機會。

關於證據調查之權能，訴願法未設特別規定，僅謂「於行政廳認為必要時，得爲言詞審問。」（一三條）固然，行政廳得依職權搜集證據材料，命下級行政官廳提出必要之書類，以及傳問關係人或參考人，然不若法院得有以權力傳喚證人及鑑定人，不應傳喚者，則加以處罰之權能，從而實際上通常祇就訴願人及行政官廳所提出之證據書類，審理之而已。關於依據特別法者，法律有特別認有傳問證人或鑑定人之權能，對於傳喚不應，拒絕鑑定或虛偽之陳述，而規定罰則者。（例如土地收用法四二條四三條，七七條至七九條）

（三）訴願之裁決 關於訴願之裁決，是否受當事人要求範圍之拘束，訴願法雖未設特殊規定，然解爲須依爲其裁決之行政廳，對於處分廳是否爲具有一般監督權之普通上級機關加以區別。如爲普通之上級廳時，則不待訴願之提起，基於其監督權，當然得審查其處分，故其裁決，並不受當事人的要求之拘束，依其職權，得於要求以外，以審理裁決之，從而不妨變更於訴願人利益之前處分。例如，在因對於稅務署長之課稅處分不服，已向稅務監督局長訴願時，稅務監督局長，予以課稅金額較前更多之裁決，亦非違法。反之如在訴願廳無當然審查其處分之職權，依訴願之提起始發生其權限時，其裁決原則上受訴願人要求範圍之拘束，不得在其以外爲審理裁決，從而應解爲更不許爲訴願人之不利益，而變更處分。依據特別法者之中。（例如土地收用法四一條）謂「收用審查會之裁決，不得超過起業者，土地所有人及關係人請求之範圍」，然此乃爲裁決之官廳非有一般監督權之上級官廳時之當然的原則也。

訴願之裁決，以文書爲之，且須附具理由。（一四條）訴願爲書面審理，故其裁決非以言詞宣告，常依據文書。

法律不賦以訴願之名稱，而在用異議之聲明，審查之請求，裁決之呈請等名稱時，法律亦規定同一之原則。訴願法，雖稱之爲裁決書，但在不用訴願之名稱時，法律有或稱之爲決定書或稱之爲裁定書者，二者僅係名稱上之差異耳。依訴願法，裁決書經由爲處分之行政廳，交付之於訴願人。（一五條）依其交付，裁決即發生效力。在異議之聲明，裁決之呈請等，其提起無須經由行政廳者，決定書或裁決書當然亦不必經由行政廳，可直接交付之於請求人或申請人也。對於非訴願人請求人或申請人之關係人，（例如對於甲村與乙村之境界爭議由甲村申請裁決時之乙村對於村會議員乙當選之效力由選舉人甲聲明異議時之乙是）法律雖定爲無須通知，然對於依決定或裁決直接受關於自己的權利義務拘束之關係人，則須交付決定書或裁決書之謄本，或最少須公示之，認爲乃條理上當然之必要，關係人得對之爲不服之訴，其期間限制，應自謄本交付或公示之日起算。

裁決之內容得分爲，（1）駁回之裁決，（2）棄卻之裁決，（3）容認之裁決三種。（1）駁回之裁決，乃以其訴願，不具備法律上之要件，而拒絕本案之審理者也。訴願法，（九條）謂「依法律勅令，不應提起訴願，或違背合法之手續時應駁回之。」即成爲駁回之理由者，爲其事件依法律勅令不許訴願，未經由應經由之行政廳，非適法的訴願權者之提起，經過法定訴願期間且無可宥恕之事由，以及非經異議之決定或下級行政廳之裁決則不能提起訴願時，而未經過其手續等是也。雖有此等原因，但在其形式上，仍可認爲訴願書者，非僅發還訴願書，拒絕其受理而已，惟以裁決書，始得駁回之。僅訴願書之方式有欠缺者，可指定期限發還之，此雖非直接駁回之原因，（九條）但不爲補正時，則成爲駁回之原因。訴願法，（五條二項）雖謂「訴願書之涉於侮辱誹毀者，不受理之。」然此時不

必一定駁回，判例認爲受理之亦非違法。（大正一五，三四，行判）（2）棄卻之裁決，乃以訴願爲無理由，是認前行之處分者也。此與駁回之情形不同，乃對於本案之審查者，惟以訴願者之請求無理由而棄卻之耳，此時係爭之處分，與無訴願相同，其效力仍然繼續。然其處分之效力，並非因此加重，雖在其裁決之後，其處分仍然爲下級廳之處分而具有效力，下級廳遇必要時得撤銷或變更之，與一般行政行爲無異。（3）容認之裁決，乃以訴願爲有理由，認前行之處分爲違法或不當者也。此時之裁決，復有種種。或則僅撤銷前行之處分，或則與撤銷同時爲使下級廳爲更適當之處分而發還之。又或與撤銷同時由訴願廳自己爲替代之決定。訴願之裁決，自其理由言之，不受訴願人請求之拘束，故能排斥訴願人所主張之理由，如因其他理由，致係爭之處分違法或不當時，皆能撤銷或變更之。（4）有時，亦有容認訴願人請求之一部而棄卻其一部之裁決。

關於應爲裁決之時期，原則上雖無特殊之限制，但法律有依情形命自受理之日起，於一定期間內，應爲其裁決者。府縣制，（三四條四項，三八條之二）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）土地收用法（二七條二八條）等，皆其例也。惟此種限制，僅係命令規定，雖超過其期間而爲裁決，對其效力亦無影響也。關於不在該期間內爲裁決者之處置，依各法律之所定，法律通常規定得由其他行政廳代爲裁決。裁決之拘束力，確定力及執行力，略準據行政訴訟之判決。惟行政訴訟常爲最終審，對其判決全無方法上訴，反之訴願之裁決，除爲各部大臣之裁決或其他特爲終審之裁決者外，使對於其裁決有不服者，得於一定期間內再行提起行政訴訟或訴願上級廳之方法以爭之，此爲二者不同之點。又在行政訴訟，敗訴者有負擔訴訟費用之

義務，反之在訴願則無費用負擔之問題，從而不發生對於人民之強制執行之必要。

## 二 行政訴訟之當事人及關係人

行政訴訟之審理手續與訴願審理不同，最重要之點，在行政訴訟採言詞辯論主義，結果承認具有其辯論權利之訴訟當事人及關係人之制度。

(一)原告及被告 一切訴訟手續，皆有立於起訴者地位而請求裁判，與為被訴人，而立於其對方之地位者。此雙方之地位，謂之當事人地位。在行政訴訟，吾國法亦承認立於雙方當事人之地位者，稱之為原告及被告。雖然在行政訴訟上之原告被告，與在民事訴訟上之原告被告其性質顯然不同。在民事訴訟上之原告被告，為互爭權利之真正的當事人，反之在行政訴訟，則非真正意義的法律關係之當事人，而互相對立者。吾國法所承認之行政訴訟，皆不外為對於行政廳之處分決定或裁決不服之訴訟，故行政訴訟中，立於被告之地位者，常為為其處分決定或裁決之行政廳也。立於原告之地位者，通常雖為因其處分決定或裁決，其權利受毀損之個人或團體，然有時亦有行政廳立於原告之地位者。後者，乃原告被告均為行政廳也。而行政廳立於訴訟當事人之地位，恰如刑事訴訟檢察官之地位，祇為求法規之正當適用，在手續上行使當事人之職分而已，非真正的爭執權利之當事人。換言之，行政訴訟之當事人，惟形式上為爭訟之對手方，非為真正意義的權利爭執之當事人，僅為訴訟手續中辯論之對手方，而非所爭執的目的之法律關係之對手方也。此點，乃行政訴訟與民事訴訟迥異其主義者也。例如依土地收用法，對於收用審查會之裁決有不服者，關於補償金額，以民事訴訟爭之，其他各點則使以行政訴訟爭之。此雙



方之訴訟，在實質上，雖具完全相同之性質，然在民事訴訟，由起業者出訴之情形，以土地所有人及關係人爲被告，由土地所有人或關係人出訴之情形，以起業者爲被告；反之在行政訴訟，則不問由何方出訴，常以收用審查會爲被告。同樣在關於議員當選效力之訴訟，關於衆議院議員之當選，亦係依據民事訴訟者，故法律（選舉法八三條）規定以當選人爲被告；反之關於府縣會議員或市町村會議員之當選，則應以爲其決定或裁決之府縣參事會爲被告。

在行政訴訟，何者爲立於原告之地位者，已如前述。普通爲依處分決定或裁決，其權利受違法之毀損者，依法律勅令之特別規定，間有行政機關爲原告之事例，又關於選舉之訴訟，則爲一般選舉人也。立於被告之地位者，乃爲所爭目的之處分決定或裁決之行政廳。行政裁判法（二五條）雖謂「被告之行政廳或其他被告」，但現行法，不承認行政訴訟有對於行政廳行爲不服以外之訴訟，故常以行政廳爲所爭之目的，從而非行政廳之被告，殆無其例。

在對於行政廳之處分，提起訴願，而因訴願之裁決是認前行之處分或駁回訴願，對之提起行政訴訟時，其前行之處分，尙有效力而其訴願，以訴願之裁決爲違法，同時前行之處分亦爲違法，故關於處分廳與裁決廳何者爲被告，發生疑問。行政裁判法關於此點雖未設明文，但判例，承認此時無妨以處分廳或裁決廳爲被告。

在少數例外情形，有同一人依他種之資格，同時爲原告與被告者，其實例有兩種：一爲府縣參事會，由府縣知事撤銷其議決或選舉時對之不服而出訴之情形。（府縣制八二條）因府縣參事會，以府縣知事，爲其議長，故依

議長之資格，府縣知事成爲原告，以府縣知事爲被告而出訴也。一爲由市町村一部的財產區對於町村之處分不服而出訴之情形，因代表財產區及代表市町村者，同爲市町村長，故此際亦發生同一市町村長，爲原告且爲被告之變例。法律在此時雖無強制訴訟代理，然同一人不能爲辯論之對手方，故最少其任何一方之資格，須由訴訟人代理人代理，認爲有當然之必要。

對於因原告死亡之訴訟繼承，法律雖無特殊規定，但在原告係依行政處分，其權利受毀損之個人時，以依係爭之處分的法律效果得以繼承者爲限，認爲因原告之死亡，其繼承人當然繼承訴訟。原告公司已合併時亦同。例如關於租稅賦課之訴，關於土地公有私有區分之查定之訴及關於鑛業許可之訴等是。反之如爲訴訟原因之權利或義務，乃專屬於個人一身而不能繼承者時，則訴訟亦不得繼承之，因原告之死亡，而訴訟消滅。例如對於市町村公民權停止不服之訴，及關於市町村會議員被選舉權之有無之訴等是。關於營業免許之拒絕或撤銷之訴訟，如其營業免許爲不能繼承者時，例如醫師免許亦屬於同一之例。又民衆的訴訟在原告已死亡時亦同。行政廳立於原告或被告之地位，遇行政廳有更迭時固然發生訴訟之繼承，而在行政廳被廢止或喪失關於訴訟事項之權限時，亦應由繼承關於該事項之權限之行政廳，繼受其訴訟，乃事之當然者也。

對於當事人之訴訟能力，多數人之共同訴訟等，行政裁判法未設特殊之規定。民事訴訟法之規定當然得準用之。

(二) 參加人 行政法院在訴訟審問中，得使對其事件有利害關係之第三人，或許可第三人自願參加訴訟。

(三一條一項)此第三人謂之參加人。行政訴訟之參加人與民事訴訟之參加人異其性質。民事訴訟上之參加人有主參加與從參加之別。主參加乃爲自己請求訴訟目的物之全部或一部，對當事人雙方起訴者也，從參加則因當事人一方之勝訴於自己有利害關係，爲補助其一方計，而附隨之爲訴訟行爲者也。反之在行政訴訟上之參加則與此二者有異，乃親自爲訴訟當事人與原告及被告有同一的訴訟法上之權利義務，受判決之效果者耳。行政訴訟，非如民事訴訟有真正的意義之當事人雙方之對立者，故立於當事人之地位者，不必以兩方爲要件，其在有參加人之參加時，乃爲三方分立之形態。

參加有基於參加人自身之申請者，有依於行政法院之命令者。在基於其申請時，亦以受行政法院之許可爲要件，何則參加人得爲與原告或被告相異之主張，其效果有能與提起新行政訴訟同視者，而行政訴訟之提起，常以具備法定要件爲必要故也。以行政法院之職權命令參加者，乃行政訴訟特有之制度，蓋基於行政訴訟之特別性質之必要耳。誠以行政訴訟，雖常以行政廳爲被告，但對其裁判有直接之利害關係受判決之直接效果者，非被告之行政廳，大都爲第三人，故依情形有使之參加訴訟之必要。例如關於甲村與乙村境界之爭議，不服縣參事會裁決之甲村，以縣參事會爲被告所提起行政訴訟，乙村雖居於第三人之地位，但關於係爭之事件，爲真正的爭執之當事人，當然有使之參加之必要也。某甲當選爲村會議員，村長以其當選爲無效，以縣參事會爲被告提起行政訴訟，亦當然有使某甲參加之必要。行政訴訟中之參加命令，於此等情形行之。在其爲異於原告或被告之主張時，類似民事訴訟上之主參加，爲原告或被告同一之主張時，則類似從參加。此兩種情形，法律雖皆稱之爲第三人，其

實乃真正之訴訟當事人，所以異於原告或被告者，僅在訴訟繫屬後之參加訴訟耳。

(三) 公益辯護委員 行政裁判法，又明認公益辯護委員之制。主務大臣，於認爲必要時，得命爲公益辯護之委員出庭。(三五條一項) 蓋行政訴訟之結果，直接影響於行政，故爲使主務大臣得主張行政上之利益計，特明認此種制度。公益辯護委員，爲代表主務大臣者，而非訴訟當事人，但有言詞辯論權，與當事人無異。

(四) 訴訟代理 得爲行政訴訟之辯護人者，限於行政法院所認許之辯護士。(一四條) 行政官廳，得依其官吏或其請求，使主務大臣所命之委員爲訴訟代理。(三二條) 委任訴訟代理，與自爲訴訟代理，乃當事人之任意，而訴訟代理之強制，不見於行政訴訟。在依訴訟代理人之訴訟，須以書面證明訴訟代理之委任。

### 三 行政訴訟之審理

(一) 概說 關於行政訴訟之審理手續，行政裁判法之規定，頗不完全，僅有數條之規定而已，其無規定者，法律謂「依行政法院之所定，得適用關於民事訴訟之規程。」(四三條) 從法律之文字言之，似乎民事訴訟法中何種規定能準用於行政訴訟，一任之於行政法院之自定，但若如此解釋，是將行政訴訟手續，全然讓諸法院之自由裁量，如此則反於訴訟手續之性質。法律之趣旨，蓋在除行政訴訟之性質上，不容許準用者外，一般的準用民事訴訟之規定於行政訴訟，惟對於何種規定，性質上不許準用則一任之於行政法院之認定耳。

雖然，行政訴訟與民事訴訟不同，非僅以裁判私人相互間之爭論爲目的，而係以行政行爲爲所爭之目的者，故事關公益，自其審理之手續言之，有與民事訴訟在各方面皆異其主義者。其差異之最著者爲左列三點：

(1)言詞辯論主義之限制 行政訴訟之審理與訴願之審理不同，不採書面審理主義，當事人有言詞辯論之權利，法院須於豫先指定之期日，傳喚原告、被告及參加人，而為言詞審問。(三三條一項)但在行政訴訟，又不適用如民事訴訟上之嚴格的言詞辯論主義。在民事訴訟原則上僅言詞辯論，能為判決之理由而斟酌之，反之，在行政訴訟，依據書面之辯論亦與言詞辯論有同等之效力。行政法院遇有訴訟之提起時，送達訴狀之副本於被告，指定相當期間使提出答辯書。(二八條)如認為必要時，更能指定期限，使原告被告交互提出辯駁書及二次之答辯書。(二九條)無論訴狀、答辯書、辯駁書及再答辯書均非單純的準備書面，其自身有辯論之效力，法院須斟酌之而為裁判。從而此等書面，又不僅事實上之關係，即法律上之討論，亦應記載之。

行政訴訟中之言詞審問，在當事人全部拋棄言詞辯論之權利。(三三條二項)或當事人全部不於傳喚之期日出庭時，(四一條)兩種情形，不行使之，得直接為關於文書之判決。雖在不行言詞審問時，亦於判決之效力，毫無妨害，從而在行政訴訟，不認有如民事訴訟中之缺席判決之制。

(2)職權審理主義 在民事訴訟，裁判可斟酌之事實及證據方法，專依當事人之陳述而定。(當事人陳述主義)反之，在行政訴訟，關於此等則採刑事訴訟相同之職權審理主義。蓋民事訴訟乃私人為當事人相互間之爭訟，國家立於無關係的第三人地位，故以就當事人之陳述，判斷其正否為已足，在國家方面無進而闡明其真相之必要；反之行政訴訟則直接關於行政上之事項，國家自身為其關係人，故於當事人陳述之事實及證據方法以外，有以法院之職權，闡明其真相之必要。換言之，即法院不必受當事人陳述之拘束，得依職權，自由獨立採用所

審查之事實及證據方法，作為裁判之材料，又得以當事人所未援用之理由，作為判決之理由。雖當事人間不爭之事實，裁判所亦能依自由心證否認之，當事人之自白或拋棄亦未有如民事訴訟法上之效果。對於證據調查亦能於當事人提出之證據外搜集必要之證據，不基於當事人之要求，得依職權傳喚證人鑑定人，使之為證言及鑑定。法院得命評事官或囑託普通法院調查證據，又對於行政廳亦得以囑託調查。（三八條）

雖然，法院以職權搜集必要之證據，僅為其權能而非其義務也。若當事人對於自己所主張之事實，不提出何等證據時，法院無為當事人之利益，自行採集證據之義務，得以無證據之理由，否認其事實。

（3）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不同，不受當事人請求之拘束，得依法院或裁判長之職權，使其進行。答辯書，辯駁書提出之期限，行言詞辯論之期日，審問之中止，審問之再開，開庭之延期以及審問之終結等均依法院之所定。

（二）審理權之範圍 關於行政法院得審理的事項之範圍應注意之原則如左：

（1）訴訟要件之審理 行政法院，第一須審理訴訟是否具備適法的行政訴訟之要件。如其要件不具備時，則無須徵求被告之答辯書，更無須開言詞審問，關於訴狀之審查，直接以裁決書駁回之。（二七條）

（2）不告不理之原則 在行政訴訟，亦與民事訴訟同樣適用「無訴即無裁判」之原則。原告在其訴狀上，須明示其所要求之事項，法院僅能於其要求之限度內審理之，不得於訴訟標的之範圍外行使審理。但訴訟標的之範圍如何，可依訴狀全體之記載認定之，不得僅依訴狀中一定請求之記載而判斷之。雖非記載於一定請求之

中或其記載不明瞭者，然自訴狀之全體觀察，認為係包含於原告要求之事項內者，應解為仍屬於訴訟之標的者也。

訴訟之標的，依起訴而定，當事人在訴訟進行中，不得變更之，緣訴訟標的之變更，應認為新訴之提起故也。但起訴以後不得變更，即在行政訴訟須經過其前審之異議決定或訴願裁決時，非其前審所爭標的之事項，在行政訴訟，亦不得為訴訟之標的。然不能變更者，僅訴訟之標的而已，不及於訴訟材料或理由，當事人在訴訟進行中，得隨時追加新證據，又限於訴訟標的不變更時，關於其理由，亦得隨時變更之或附加新理由。雖為前審之訴願或異議之聲明未曾陳述之新理由或事實，亦無妨陳述之。

(3) 事實審理 行政法院不僅審理法規解釋適用之當否而已，關於適用法規之前提的事實之存否，亦有審理之權。行政法院雖為相當於民事及刑事大審院地位之最高法院，但大審院之上告審，祇裁判法規之解釋適用，反之行政法院則不僅法律問題，關於事實問題，亦不受行政廳認定之拘束，具有自己獨立審理認定之權。

(4) 法律問題之審理 關於法律問題之審理，行政法院 A 屬於行政廳自由裁量權範圍之限度內者，不得審理之。B 在係爭之處分與前行之行爲結合，而生效果時，關於前行行爲之違法，亦得審理之。C 關於獨立發生效果之行爲，縱令係與效果相關聯者，其違法亦不得審理之。D 關於絕對無效之行政行爲，雖非為直接係爭之標的者，亦得以為先決問題而審理其無效。E 關於既判事項，依一事不再理之原則不得審理之，以上皆已於前面論述之矣。

(5) 自行決定權限之權 「行政法院，關於其權限，自行決定之。」(二〇條一項) 卽在訴訟標的是否適於行政訴訟，有爭議時，行政法院有自以最終之權力，以判決之權。此乃行政法院，爲最高審法院所生之當然效果，如行政法院，已就屬於自己權限內者受理判決時，其判決發生確定力，任何人不得更動之。

(6) 損害要償之訴 「行政法院，不受理損害要償之訴訟。」(一六條) 在國家或公法人之作用適合於民事上之不法行爲時，其對於國家或公法人請求損害賠償之訴訟，自其性質言之，屬於民事，不得爲行政訴訟之標的，固毋待言，關於公法上之損失補償，其事雖關於公法上之問題，但其實質則相當於民法上之代價貨銀或損害賠償等，故法律規定不得以之爲行政訴訟之標的。但關於非由人民方面對國家或公法人要求賠償之訴，而爲國家或公法人對其官吏或吏員所爲之賠償命令之訴，則非茲所謂損害要償之訴訟也。法律關於對於府縣市町村水利組合等之吏員的賠償命令，規定得爲行政訴訟之標的。

(7) 故障聲明之決定 「關於審問手續的故障之聲明，行政法院自行判決之。」(四〇條) 故障之聲明，該當於民事訴訟法上之所謂抗告。行政法院，既爲最高審法院，故對於故障之聲明，祇有自行判決之，爲事之當然者也。對於故障聲明之判決，當然無須經過言詞辯論。對之更不得聲明不服。

(三) 審理之手續 (1) 法院之組織。行政法院，以五人所組織之部行之中，以一人爲裁判長。裁判長就各事件，爲審判準備，得命該部之評事官專理之。(行政法院令六條一項) 專理評事官，在言詞辯論前及辯論終結後，合議裁判之先，有就訴訟事實，證據及爭點爲預備的調查，將其向裁判長及其他評事官說明之任務，又在合議之



際應最先陳述意見。(令六條一一項一一條)關於裁判官之除斥及迴避,有與民事訴訟略同的原則之規定,除斥及迴避由裁判所議決之。(一〇條,一一條,一二條)各部之議決,取決於過半數。議決常須五人之出席,如遇有故障時,由長官隨時指定代理人。於特定法規之解釋,或變更判決有必要時,由長官交總會議決之。(令一三條)總會之為議決,須有評事官總數三分之二以上出席,其議決取決於過半數,可同數時由議長決之。(令九條)

(2)裁判之公開 裁判公開之原則,在行政訴訟,亦同於民事訴訟。惟遇有妨害秩序之安寧或風俗之虞或有行政廳之要求時,得以行政法院之議決,停止對審之公開。(三六條)行政廳得要求其停止公開,乃行政訴訟所特有之點也。

(3)證據方法 行政訴訟所許可之證據方法,普通與民事訴訟相同。關於證人鑑定人不應審問時之制裁,亦準用民事訴訟法。(二六九條,二七七條,三二八條,三三五條,三三九條)由行政法院,自行判決之。(三八條二項)關於證據調查之手續法律,承認三種情形A.於言詞審問而為之情形。B.委任特定之評事官,而使其為之情形。C.囑託普通法院或行政廳之情形。(三八條三項)

(4)辯論之分離或併合 行政裁判法,就此無特殊規定,得準用民事訴訟法之規定。即在單一之訴訟,於其請求或爭點分為二個以上者時,法院得分離辯論,先限制其辯論於一部,又數個訴訟為關於相關聯之事件者時,法院得命併合其辯論或裁決。

(5)審問之中止 關於因俟其他裁判之結果之審問中止,亦有與民事訴訟同一之原則。「行政法院關於

審問中之事件，遇有民事上之起訴認為有待普通裁判確定之必要時，得中止其審判。（三九條）審問中止非法律上之必要，為依法院自由裁量之行為，行政法院於民事上之問題，為其裁判之先決問題時，亦有獨立審理之權，不必待其他裁判之結果，惟在有實現的繫屬中之民事訴訟時，為務宜避免判決之衝突計，則以待其結果為適當而已。

#### 四 行政訴訟之判決

（一）判決之種類 行政法院之判決，廣義言之，除對於訴訟本身者外，尚包括關於訴訟手續上爭點之決定。在民事訴訟法，法院之行為雖區別為命令、決定、判決三種，而在行政訴訟法，則不認此種形式上之區別，對於關於審問手續的故障聲明之決定，（四〇條）對於證人鑑定人違反義務之科罰之決定，（三八條二項）亦稱之為判決。此際所述意義之判決不包含此等，有僅為決定訴訟本身之爭議而宣告法律的行為之意味。

在此種意義之判決，有中間判決與終局判決之別。中間判決者，謂為終局判決之準備，對於訴訟進行中發生之特定爭點，所為之判決也。例如訴訟標的事項，是否為依法律允許提起行政訴訟者，因而發生爭論時，僅以辯論限於此點，先就此點下判決者是。終局判決者，謂使該訴訟事件之全部或一部完結之判決也。

終局判決，更有全部判決與一部判決之別。一部判決者，謂僅事件之一部業已成熟，堪以裁判，依法院之便宜，就其一部所為之判決也。此種判決，祇於訴訟標的分為二個以上之爭點時，得以為之，即其所提起者，本為單一之訴訟，而依法院之意見，分之為二部分以上而裁判之者也。中間判決，非決定訴訟標的事件之自體者，僅對於決定

該事件所必要前提問題與以決定而已，反之，一部判決，則為對於事件自體之一部，與以決定者也，此為二者相異之點。全部判決者，謂使事件全部完結之判決也。行政訴訟之判決，大多數情形，為終局判決，且為全部判決。

判決，又可分之為訴訟判決與本案判決。訴訟判決者，謂不涉及事件之內容，專就訴訟之適否所為之判決也。本案判決者，謂就事件之內容所為之判決也。

訴訟判決，或為中間判決或為終局判決。中間判決之訴訟判決，為對於妨訴抗辯，而其聲請不成立之判決，有此判決時，更入於本案而審理判決之。終局判決之訴訟判決，常為駁回訴訟之判決。

(二)終局判決之內容 行政訴訟之終局判決，自其內容言之，可分為三種：即(1)駁回訴訟之判決。(2)以原告之請求為無理由之判決。及(3)以原告請求之全部或一部為有理由之判決。

(1)駁回之判決 謂訴訟不具備行政訴訟之要件，因而拒絕就本案之審理者也。除在A.訴訟標的，非為法律勅令所許提起行政訴訟之事件時。B.原告非有起訴權者，或訴訟代理人非有代理權者時。C.出訴期間已經過時者。D.須經訴願之裁決者，未經裁決或未經其他法律要求之前審手續者時。E.已向各部或內閣訴願經其裁決或已經法院之判決者時，須當然駁回者外，其依判例不以正當之對方為被告者時，亦應駁回之。祇訴狀之方式有欠缺者，雖能發還之令其補正，但不為其補正，或不應豫納金納付之命令時，亦成為駁回之原因。駁回之判決，有不開言詞辯論，就訴狀審查而直接為之者，有在言詞辯論以後行之者。前者法律不稱之為判決，而以裁決稱之，謂「以附具理由之裁決書駁回之。」(二七條一項)

(2) 棄卻之判決 爲以原告之請求爲無理由，而拒絕其請求之判決，此則以訴訟具備行政訴訟之要件爲前提，就本案審理之結果，而原告之請求不成立者也。

棄却之判決有兩種，A. 一爲否定原告以係爭之處分或裁決爲違法之主張，而確認其爲適法者也。此係以處分或裁決，爲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。B. 一爲係爭之處分，於訴訟進行中喪失其效力，因而至於無訴訟標的者也。此不外原告之請求，當初雖有理由，嗣因期限到來，或目的物之滅失，或行政廳自行撤銷其處分及其他雖有任何之理由而訴訟標的之處分已在判決前喪失效力時，訴訟標的消滅，原告之請求，結果至於無理由而其請求被棄卻者耳。例如鑛業權者因爲鑛業之用受能使用他人土地之裁決，該土地所有人對之不服，因而提起行政訴訟，在其訴訟進行中，鑛業權消滅，因而土地使用之裁決，亦已失效時，行政訴訟成爲無標的者是。(大正五，六，二九，行判) 又如對於府縣會議員市町村會議員失職之決定，提起不服之訴後，府縣會市町村會突被解散或因其他原因，議員已喪失其職時，亦至於無訴訟標的者是。(大正一〇，四，二六，行判例雖採反對之見解，但吾人難同意) 他如對於行政廳之處分，提起訴訟後，行政廳自以職權撤銷其處分者亦同。(大正八，一二，四行判)

(3) 請求容認之判決 爲以原告之請求爲有理由，容認其全部或一部之判決也。

行政訴訟之判決，受當事人要求範圍之拘束，與民事訴訟相同。法院不得較原告所要求者，爲更有利益於原告之判決，又不得較被告所聲請者，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

百圓之賦課，若主張祇有五十圓。納稅之義務時，法院僅於五十圓至百圓之範圍內，得為判決。審理之結果，以五十圓以內之賦課為正當時，須與以五十圓之判決，以百圓較多額之賦課為正當時，亦與以百圓之判決。此乃不告不理之原則所發生之當然結果也。

行政訴訟之判決，不僅為撤銷係爭之處分或裁決而已，亦能自為代此之決定。吾國之行政法院，非單純之破壞法院。法律僅謂「行政法院，審理依法律勅令所許於行政法院起訴之事件。」（一五條）關於其裁判權之範圍，未設詳細規定，然苟無特殊之規定，得就其訴訟所有各點為審理判決，在訴之內容不祇係要求撤銷違法之行政行為，且係要求行政廳之正當行為不行為者時，行政法院有權代替行政廳之地位為其所應為之行為或命行政廳以一定之行為或不行為。

容認原告請求之判決，得分為發回原審更令其為適當之裁決，與自己就本案為判決之兩種。原審發回之判決，關於行政訴訟其實例甚夥，蓋以行政法院與大審院不同，自身具有事實審理之權，就任何事件，皆能自為裁判，故無發回原審之必要也。雖然行政法院有時亦能發回原審，例如依訴願審理廳以訴願之要件不具備將其駁回，對之不服而提起行政訴訟者，如行政法院以其駁回之裁決為違法時，法院得就本案自為裁判，同時依事之便宜，亦無妨發回之於訴願審理廳。後種情形，受領其發回之行政廳，受行政法院判決之拘束，應從為判決理由之點，重行審理之。

行政法院，在就本案自行判決時，有單純的破壞判決與積極的以下命行為，形成行為或確認行為為內容之

## 判決之區別。

破毀判決，謂祇係撤銷係爭之行政行為之判決。有僅就本來無效之行政行為為確認，其為無效者與撤銷有效成立之行政行為者之別，判決通常不區別兩者，皆曰「某某處分（裁決或裁決及處分）撤銷之。」惟在選舉訴訟及當選訴訟，雖謂「某某選舉或某某當選無效」然均為撤銷選舉或當選人之決定者也。

有積極的內容之判決，普通區別為給付判決，形成判決及確認判決三種。A. 給付判決者謂係命令關係行政廳，以一定行為之判決，毋寧稱為下命判決為適當。例如以河川工事為違法，令其除去，以營業准許之拒絕為違法，命其予以准許等是。給付判決對於行政廳有下命之效果，行政廳受從其判決之旨趣為所命行為之拘束。法律謂「行政法院之判決就其事件羈束關係之行政廳」者，即所以表示此旨者耳。B. 形成判決者，謂係直接變更國家或公法人與人民間之既存的法律關係之判決。例如關於土地收用，破毀收用審查委員會之裁決，同時更為收用某某土地之旨之判決，破毀市町村對於原告所為之四年內停止公民權之處分，更為一年內停止公民權之旨之判決等是。C. 確認判決者，謂係確認特定法律事實或法律關係之存在之判決也。例如於關於所得稅課稅標準之所得金額之訴訟，撤銷前行之決定，同時依判決更決定所得金額；於關於土地官私有區分之查定之訴訟，撤銷前行之查定，同時更依判決確定官有地與私有地之區分；於關於市町村之境界爭議之訴訟，依判決確定其境界；及於先決問題之訴訟，有如確認河川工事之違法等皆屬之。

(三) 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。即訴訟費用，以由敗訴者擔負之為原

則。在原告之請求一部分為有理由時，應其被容認之比例，原告與被告，各分擔其一部。於有參加人而敗訴時，其依參加所生之費用，由參加人負擔。應負擔訴訟費用者，及其負擔之比例，以判決宣告之。

在訴訟中，被告之行政廳自行撤銷其係爭之處分，因而至於無訴之標的時，原告之請求雖以無理由而被棄卻，然此仍不外為被告之行政廳自行認諾原告之請求者，故訴訟費用當然歸被告負擔。

(四)判決之形式及效力 判決以書面為之，須交付其謄本於各訴訟當事人，不以言詞宣告之。判決書於主文之後，附以理由，須具備法定之形式。(四二條)判決應自審問終結之期日起，十四日以內為之。(行政法院令七條)

判決之效力應分別其拘束力，確定力及執行力。

(1)判決之拘束力 判決依其內容拘束一切關係人。行政訴訟之判決與民事訴訟之判決不同，非僅為拘束訴訟當事人者。民事訴訟以當事人間權利之爭，為其內容，其判決祇係確認當事人間之權利範圍而已，故受其拘束者，祇有當事人，而行政訴訟之判決，則為確行政行為之效力或為新行政行為者，故與一切行政行為相同，對於一切關係人具有拘束力，不僅對訴訟當事人有拘束力耳。法律謂「行政法院之判決，就其事件羈束關係之行政廳」(一八條)又於使第三人參加訴訟時，謂「行政法院之判決，對於第三人亦有其效力」(三一條二項)然訴訟標的之事件，係依判決以確定之效力而決定者，故關係人無論參加其訴訟與否，當然因此受拘束，應解為就同一事件不得再起訴也。

惟判決之拘束力，僅能及於訴訟標的之事件，即與此性質完全相同之事件，而非爲訴訟標的者，直接不因此而受影響。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，從而有撤銷其賦課處分之旨之判決，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起訴者，不直接受其效果，必由市町村另行撤銷之始喪失其效力。

(2) 判決之確定力 行政訴訟之判決與民事訴訟之確定判決同，其有形式的及實質的確定力。形式的確定力者，謂其判決不許再依訴訟以爭之力是也。訴訟之手續，因此完全終結，當事人有不服時，亦無上訴之手段。在民事及刑事訴訟，對於確定判決，法律於特定情形亦許爲再審之訴，反之，對於行政訴訟之判決，現行法則謂「對於行政法院之裁判不得請求再審。」（一九條）此規定之所謂「再審」是否與民事訴訟法中之再審同義，頗滋疑惑。對於民事及刑事訴訟之確定判決，許予再審之訴，獨對於行政訴訟之判決，無論何時，絕對不許再審之訴，其不合理也明矣，以故其所謂「再審」毋寧以解爲覆審之意較爲正當；然從來之行政法院判例，均解爲絕對不許再審之訴，從而行政法院之判決，一經宣告，則絕對確定，無論如何，決無翻覆之方法。

實質的確定力者，謂爲訴訟標的之事件，以最終效力而確定之，就同一事件，不許再行審理或變更之力是也。如關於同一事件，再爲訴訟之標的時，法院應以之爲既判事項，而駁回之。但判決之實質的確定力，無妨因判決以後所生之事由，將其法律關係變更。判決常以判決當時之狀態爲前提，若以其後所生之事情爲理由時，則關於同一事件，亦得再爲審理之標的，此在訴訟法之意義上，不復能認爲同一之事件也。



(3) 判決之執行力 行政訴訟，常以行政廳爲被告，以故如民事訴訟中之發生強制執行之必要者極少。法院依其判決，命令行政廳履行特定之行爲時，法律以爲行政廳之行爲，依行政上之普通監督手段，已足以監督其履行，更無須賦與行政法院以強制執行之權限。

惟關於訴訟費用，在原告敗訴時，則歸原告人民負擔，因而對於人民發生強制執行之必要，然此際，行政法院亦無自爲強制執行之權，法律通常以其執行囑託於之普通法院。(二一條)

#### 第四節 行政與司法之關係

##### 一 司法法院關於行政之權限

司法法院爲管轄民事及刑事事件者，關於行政，一般的無裁判權。憲法宣言採司法裁判與行政裁判分離之主義者，即闡明使司法法院一般的無審理行政事件之權之意趣者也。雖然對此原則，亦有一二例外，茲臚列之於左：

(一) 先決問題之審查 訴訟上之先決問題者，謂在訴訟事件當爲其裁決時，須先決定爲其理由之問題，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先決問題，應如何處理之方法，得列舉三種。(1) 非先就先決問題，向有權限之法院起訴已得其判決後，則不得就本案起訴。吾國僅於河川法及砂防法採此種主義，在依違法之行政作用受損害者，要求損害賠償時，非在其先提起之訴願或行政訴訟已確定爲

違法後，規定不得就損害賠償提起民事訴訟，已如前述。(2)有決定先決問題之必要時，或依法院之職權，或依行政廳之抗議，中止訴訟手續，而移轉於行政法院，俟其判決，然後就本案為判決者，我國國法一般不採取此種主義。舊民事訴訟法規定「法院於訴訟之全部或一部之裁決，繫於其他之繫屬訴訟應決定之權利關係之成立或不成立時，至其他訴訟之終結止，可中止辯論」，因而就民事訴訟之先決問題，遇有繫屬於行政訴訟者，至其判決之確定止，以暫時中止辯論為原則，然此種規定，已由改正法削除，此時是否中止辯論，規定一任之於法院自身之職權。(3)判決本案之法院，自有審查先決問題之權。我國國法原則上，採取此種主義。故例如在刑事法院，裁判官吏之職務犯罪，在民事法院，裁判官吏基於不法行為之賠償責任，法院有就其先決問題，審查官吏是否有職務違反之行為之權。當裁判漏稅罪，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，得審查其公務執行是否適法皆是。雖然司法法院，能就先決問題之行政事件，加以審查者，除審理行政廳事實上之作用，究為民法上之不法行為抑為該當於刑法上之犯罪者外，祇對於依有效的行政行為非有權的決定之事項，得以審理之而已。在行政行為全然無效時，司法法院雖依其獨立之審查權，得判斷之為無效，然若行政行為為有效時，則僅有有職權之官廳能撤銷之，司法法院不得獨立審查其是否適法。

(二)公法的事件之裁判 乃本來有行政事件之性質，依法律，特使其屬民事法院之權限者。為對於憲法上原則之異例，其例甚少，但能列舉左列三種：

(1)關於選舉之訴訟 關於衆議院之選舉人名簿及選舉或當選之效力之訴訟，法律皆不使之屬於行政

法院之管轄，形式上以爲民事訴訟，歸民事法院管轄。蓋使立法部立於行政機關監督之下爲不當也。但有僅在形式上爲民事訴訟，性質上爲純然的行政事件，因而民事訴訟法之規定，在性質上不能適用者。就中A.關於選舉之訴訟，非如民事訴訟之以當事人間權利之爭爲內容，乃以選舉人名簿，選舉執行或當選人決定爲違法之訴訟，故其原告或被告與民事訴訟之原告或被告異其地位，僅爲訴訟手續上之當事人而已。從而關於訴訟當事人之民事訴訟法之規定，以真爲權利爭議之當事人爲前提者，不得適用之。B.民事訴訟法上之當事人陳述主義，不適用於關於選舉之訴訟。關於裁判上可斟酌之理由及證據，不受當事人陳述之拘束，應以法院之職權審理之。C.判決之效果，不僅拘束當事人，且有拘束國家及人民全體之效力。

關於府縣會議員及市町村會議員選舉之訴訟，普通雖屬於行政法院之管轄，但已當選爲議員者，以選舉運動之際，支出超過法定額之運動費爲理由所提起之當選無效之訴訟則特使之屬於司法法院之管轄。此在性質上，固爲行政訴訟，然以其事與刑事裁判有關聯，故法律認爲以之屬於司法法院之裁判，爲適當也。

(2)關於公法上之損害賠償之訴訟 關於公法上之損害賠償之爭論，其性質雖屬於行政事件，但吾國法將其自行政法院之權限內除外之。法律所謂「行政法院，不受理損害賠償之訴訟」(一六條)者，亦有包含公法上之補償之意。其法律上之處遇，依情形而不一。對於行政廳之裁定，或使之能向主務大臣訴願，或以其裁定爲終局處分，絕不承認救濟手段，然法律大抵以其形式上，爲民事事件，得使之出訴於司法法院。例如關於土地收用之收用審查會之裁決，普通雖承認對之有不服者，得提起行政訴訟，但獨關於補償金額則認爲係能出訴於

司法法院者。

(3)對於抗告審判之審決之上告，關於特許，實用新案，意匠及商標之爭訟，法律雖特使之屬於特許局審判官之審判，然其最終審，有不服抗告審判之審決者，苟能以其審決爲違反法令爲理由，則更能起訴於大審院。特許權，實用新案權，意匠權及商標權皆爲私權，而關於此等之爭執，卽爲私權之爭執，一面雖具有民事事件之性質，惟此等權利，依行政廳之登記，始發生效力，以行政廳之處分爲其效力發生之要件，因而關於該權利之爭執，不外爲關於行政廳處分效力之爭執，故一面又具有行政事件之性質。而在司法法院與行政法院之二者中，究以屬於何者爲是，則爲立法上之便宜問題。吾國國法，在下級審，則使之屬於行政廳之審理，而在最終審，則使之屬於大審院之裁判，是故大審院，在此限度內，有審理行政廳之處分是否適法之權。

## 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，然其權限之分界，未必明白，故兩者之間，往往發生權限之衝突。爲裁定此種衝突之手續，謂之權限爭議。

權限爭議之制度，以司法裁判與行政裁判之分離爲前提。此制度發達於法蘭西及德意志諸國，此等國家分之爲積極之權限爭議，與消極之權限爭議。(一)積極之權限爭議，乃繫屬於司法法院之事件，性質上認爲屬於行政事件，由行政廳方面所提起者，如提起後，則該訴訟事件立即中止，由權限法院裁決其事件，究屬於何種法院之管轄，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之區域，藉以保護行政權之獨立。故得

以提起爭議者，祇限於司法院受理行政事件之情形，其提起之權能，專屬之於行政廳。關於行政法院受理民事事件時，絕不承認此種爭議之制度。(二)消極之權限爭議，則與之全異其目的，其目的，在保護訴訟當事人受裁判之拒絕。所能提起者，為同一事件，於司法院及行政法院任何方均認為屬於他方權限而駁回之時，其提起之權能，屬於訴訟當事人。此際權限法院之裁決亦能拘束關係法院。

在吾國現時之國法上，尙無如上述權限爭議之制度。行政裁判法雖謂「行政法院與普通法院或特別法院間所起之權限爭議，由權限法院裁決之。」(二〇條二項)又謂「權限爭議至設立權限法院時止，由樞密院裁定之，裁定之手續依勅令之所定。」(四五條)然其後非特無權限法院之設置，而樞密院亦未制定裁定之手續。政府雖於明治二十五年第四議會及三十四年第十六議會，將權限法院案提出議會，然未經通過，此後直至今日，更無法律案之提出。故在今日，全無提起權限爭議之方法，行政裁判法之規定，亦徒成具文而已。

依吾國現時之國法，由司法院及行政法院自行決定其權限。其所受理之事件，是否屬於自己之權限，依自己之裁判，而自行決定之，其判決，發生確定力，完全有拘束他方之效力。故關於經行政法院判決之同一事件，司法法院，不得以其為民事事件而受理裁判之也。其經司法法院判決之事件，行政法院亦不復能審理之。凡經判決之事件，關於權限之問題，均認為既判事項，具有一般的拘束力。

結局，一而，雙方法院間，發生權限之重複，就有同一性質之事件，任何法院，皆能以之為屬於自己之權限內者而受理之。他面，又有遭雙方法院拒絕裁判之危險。為避免此種危險計，權限法院之設置乃必不可或缺者也。

中華民國二十三年八月初版

政法叢書 行政法撮要 一册

每册定價大洋壹元叁角

外埠酌加運費匯費

原著者 美濃部達吉

譯述者 程鄰謙

發行人 王雲五

印刷所 上海河南路

商務印書館

發行所 上海及各埠

商務印書館

\*\*\*\*\*  
版 翻  
權 印  
所 必  
有 究  
\*\*\*\*\*

五〇五三上

(精) 復

Handwritten scribbles and numbers, possibly including '34304' and '33'.

