現行制度ハ退官賜金ニ關シ訴訟ヲ許サス

一　滿一年以上在官シタルコト(休職期間ヲ含ム)

二　恩給ヲ受クルモノニアラサルコト

三　自己ノ便宜ニ依リ退官シタルモノニアラサルコト

四　懲戒處分又ハ刑事裁判ノ結果ニ依リ免官セラレタルモノニアラサルコト

而シテ退官賜金ノ額ハ退官現時ノ俸給額半箇月分ヲ在官年數ノ一箇年分ト見積リ之ニ在官年數ヲ乘シタルモノナリ例ヘハ一箇月俸給額二百圓ノ官吏五年間在官後自己ノ便宜ニ依ラスシテ退官シタルトキハ一時ニ五百圓ヲ得ルカ如シ又外交官、領事官、外務書記生ノ退官賜金ハ其本俸ニ依リ算出スルナリ(在外公館費用條例第十五條)

退官賜金ヲ受クルノ權ハ俸給ヲ受クル權ト其性質ヲ同クスルニヨリ即公法上ノ主觀的權利ナリ故ニ之ニ關スル訴訟ハ民事裁判所ノ管轄ニ屬スルモノニアラス而シテ行政裁判所ノ管轄ニ屬セシメタル明文モナキニ依リ今日ハ俸給ノ場合ト同シク之ニ就テモ訴訟上ノ救濟ノ途ナキモノナリ

誤テ退官賜金ヲ給與シタルトキハ之ヲ返還セシムルヲ要ス

終リニ退官賜金ニ關シテ生スル處ノ屢〻起ル處ノ事實問題ニ就テ一言センニ誤テ退官賜金ヲ受クル權利ナキモノニ之ヲ給與シタルトキニ(例ヘハ恩給ヲ受クヘキモノニ退官賜金ヲ與フルカ如シ)返還セシメ得ルヤ否ヤノ點ナリ若シ退官賜金ニシテ單ニ恩惠的ノ給與タルニ止ルトキハ之ヲ返還セシムルヲ得サルコト勿論ナリト雖モ我制度上退官賜金ハ恩惠的ノ給與ニアラスシテ權利トシテ請求シ得ルモノナルニ依リ之ヲ返還セシメ得ルコト勿論ナリ併シ官吏ソ多クハ退官賜金ヲ受ケレハ直ニ之ヲ費消スルコト多キニ依リ實際上返還セシムルノ困難ナルコト少カラサルナリ

此退官賜金ヲ受クル權利モ俸給權ト同ク五年ノ時效ニ依リ消滅ス

第二　恩給

文官判任以上ノモノカ滿十五年以上(軍人恩給法ニ於テハ滿十一年以上)勤務シ左ノ條件ノ下ニ退官シタルトキハ終身恩給ヲ受クルコトヲ得但シ公務ニ依リ傷痍ヲ受ケ若クハ疾病ニ罹リ職務ニ堪ヘスシテ退官シタルトキハ其ノ年限ニ拘ハラス恩給ヲ受クルコトヲ得ルナリ

一　年齡六十歲ヲ超エ退官シタルトキ

二　傷痍ヲ受ケ若クハ疾病ニ罹リ其職ニ堪ヘス退官シタルトキ

三　廢官、廢廳若クハ官廳事務ノ伸縮又ハ休職（非職滿期ニ依リ退官シタルトキ）

滿五年以上國務大臣ノ職ニ在リテ退官シタルトキハ右ノ條件ヲ具ヘサルモ恩給ヲ受クルコトヲ得而シテ恩給法ニハ國務大臣トアリテ各省大臣ト記サレサルニ依リ內閣制度施行前ノ大臣、參議ノ年限ハ恩給年限ニ通算セラルルモ單ニ各省卿タリシ年限ハ通算スルヲ得サルナリ

（滿五年以上國務大臣ノ職ニ在リシ者ハ無條件ニ恩給ヲ受ク）

恩給ノ年額ハ退官現時ノ俸給ト在官年數トニ依リ之ヲ定ムルモノニテ滿十五年以上十六年未滿ニシテ退官シタル者ノ恩給年額ハ俸給年額ノ四分ノ一十五年以後滿一年每ニ滿四十年ニ至ルマテ二百四十分ノ一ヲ加フルナリ故ニ我國ニ於テハ官吏恩給ノ最高額ハ恩給年額ノ二百四十分ノ八十五ニ過キサルニ英、佛、獨、普諸國ニ於テハ滿一年每ニ六十分一ヲ增加スルニ依リ最高額ハ恩給年額ノ三分ノ一又ハ四分ノ三ト制限スルコトト爲セリ

公務ニ依リ傷痍ヲ受ケ在職滿十五年ニ至ラスシテ恩給ヲ受クルモノハ其最下金額十分ノ七マテ受クルコトアルナリ

休職（非職）滿期ニ依リ退官シタルモノノ恩給ハ其在職最終ノ恩給額ニ依リ之ヲ算定シ外交官、領事官、貿易事務官等ノ恩給ハ其官等ニ對スル普通文官ノ俸給額ニ依テ之ヲ算定スルモ大學教授ノ講座給ハ之ヲ加算シテ恩給ヲ算定スルナリ

（加俸ハ恩給年額ニ算入スルナリ）

兼官ニ依テ受クル加俸及臺灣滿韓在勤ノ加俸恩給年額ヲ算定スルニ當リ之ヲ除算スルモ（明治三十四年第百二十二號行政裁判所判決ニ曰リ恩給俸第五條ノ俸給トハ官職ニ相當スル一般普通ノ俸給ヲ謂フモノニシテ特種ノ事情アル場合ニ於テ支給スル加俸ヲ指稱セス而シテ臺灣總督府職員加俸支給規則ニ依リ受クル加俸ハ特ニ臺灣在勤ノ官吏ヲ優遇スルノ必要ニ依リ支給スルモノニシテ全ク特種ノ事情ニ基キタルモノナレハ之ヲ普通俸給ノ一部ナリト謂フヘカラス）地方官ノ加俸及年功加俸ハ之ヲ加算シテ恩給額ヲ算定スルナリ

在官年數ハ初任ノ月（初任ノ月トハ任命敕力ノ發生ノ月ニアラスシテ辭令書日附ノ翌日ノ月ト解セサルヘカラス蓋シ俸給ハ發令ノ翌日ヨリ計算スルヲ以テナリ）ヨリ起算シ次ニ掲クル月數及日數ハ其在官年數中ニ算入ス

一　判任以上勤務ノ月數

二　武官ヨリ文官ニ轉シタル者又ハ軍人恩給ヲ受ケスシテ現役ヲ退キタル

後文官ニ任シタルモノハ其現役中ノ日數（文官ヨリ軍人ニ轉シタルモノノ在官年數通算ハ軍人恩給法第十八條ニ見ルヘシ）

三　從軍年加算ノ年月

四　休職及非職中ノ月數

五　退官ノ後再ヒ任官シタル者ハ前在官ノ月數

六　宮內官ヨリ文官ニ轉シタル者又ハ恩給ヲ受ケスシテ宮內官ヲ退キタル後文官ニ任シタル者ハ宮內判任官以上在官中ノ月數（政府ノ文官ヨリ宮內官ニ轉シタルモノノ在官年數ノ通算ハ宮內省官吏恩給例第四條ヲ見ルヘシ）

之ニ反シ次ニ掲クル月數及日數ハ在官年數中ヨリ除算スヘキモノト爲セリ

一　年齡二十歲未滿ノ在官月數

二　高等官試補及判任官見習中ノ月數

三　郡區判任官ヲ除クノ外政府ヨリ俸給ヲ受ケサル官職ニ在ル月數及商業ヲ營ムコトヲ得ヘキ官職ニ在ル月數

四　御用掛、雇等外出仕勤仕ノ月數

五　武官タリシモノニアリテハ軍人恩給法ニ依リ除算スヘキ日數

六　自己ノ便宜ニ依リ退官シタル後又ハ懲戒處分若クハ刑事裁判ニ依リ免官シタル後再ヒ任官シタルモノニ在テハ其前官ノ月數

教育ニ從事スルニ關シ恩給年限特別ノ規定

教官及教育ニ從事スル文官ト公立學校職員トノ間ノ在官在職年數ノ通算ニ就テハ明治二十九年法律第十三號及明治三十二年勅令第二百一號ニ之ヲ規定セリ

又臺灣及滿韓勤務ノ官吏ノ恩給年限ハ一年ヲ一年半トシテ特ニ計算スルコトト爲セルハ同地ニ於ケル特別ノ加俸給與ト同一ノ主旨ニ出ツルモノナリ

恩給ヲ受クルモノ再ヒ官ニ就キ滿一年以上在官シタル後退官シタルトキハ左ノ區別ニ從ヒ恩給ヲ給スルナリ

一　退官現時ノ俸給前後相同シカラサルトキハ前官年數ヲ後官ノ年數ニ通算シ後官ニ對スル恩給額ト前ノ恩給額トヲ比較シ其多キ方ヲ給ス

二　退官現時ノ俸給前後相同シキトキハ在官年數ニ依リ恩給ヲ增加ス但前官十五年未滿ニシテ恩給ヲ受タル者ニ在テハ前後通算シテ十六年以上ニ至ラサレハ增加セス

恩給ノ剝奪停止

凡ソ恩給ヲ受クル者重罪ノ刑ニ處セラレ（刑法施行法第二十九條第三十三條）若クハ日本臣民タルノ分限ヲ失ヒタルトキハ恩給ヲ剝奪セラルルモノニテマタ判任以上ノ官ニ任シ政府ヨリ俸給ヲ受クルトキ又ハ公權ヲ停止セラレタルトキハ（刑法施行法第三十六條）其間恩給ヲ停止ス併シ政府ヨリ恩給ヲ受クルモノ宮內官ニ任シタルトキハ俸給ト恩給ト其金ノ出所ヲ異ニスルニ依リ恩給ヲ停止セサルナリ然ルニ宮內省ヨリ恩給ヲ受クルモノ政府ノ判任以上ノ官ニ任シ俸給ヲ受クルトキハ其間恩給ヲ停止スルコトト爲セリ（明治二十五年宮內省達甲第二號第三條）

左ニ掲クルモノハ恩給ヲ受クルコトヲ得ス

一　年齡六十歲未滿ニシテ自己ノ便宜ニ依リ退官シタルモノ但シ法令ヲ以テ設立シタル議會ノ議員、市町村長、助役、收入役、名譽職參事會員、東京、京都、大阪三市、北海道及沖繩縣ノ區長並ニ居留民團ノ民長、助役、會計役ト爲リタルノ故ヲ以テ退官シタルモノハ此限ニアラス

二　懲戒處分若クハ刑事裁判ニ依リ免官シタルモノ

三　郡區判任官ヲ除ク外政府ヨリ俸給ヲ受ケサル官吏（名譽官ヲ含ム）及商業ヲ營ムコトヲ得ヘキ官吏並ニ高等官試補判任官見習ニシテ公務ノ爲メ傷痍ヲ受ケ若クハ疾病ニ罹リ職務ニ堪ヘスシテ退官シタルトキハ退官當時ノ俸給四分ノ一ノ給與ヲ受クルコトヲ得ルナリ

執達吏ハ判任官ニアラサルモ執達吏規則第二十一條ニ依リ恩給ヲ受ケ得ルモノニテ其恩給年額ハ同規則第十九條ノ金額（執達吏一年ノ間ニ收入セシトキハ國庫ヨリ其不足額ヲ支給ス）ヲ俸給額ト看做シテ算定スルナリ（手數料百八十圓ニ滿タサル）

恩給ノ支給ニ就テハ本屬長官ノ證明ニ依リ恩給局ノ審査ヲ經テ內閣總理大臣之ヲ裁定ス若シ之ヲ受クベキ事由ノ生シタル後三箇年內ニ請求セサレハ其權利ヲ拋棄シタルモノト看做サルルナリ

拋棄

此ノ如ク恩給ヲ受クルノ權利ハ三年ノ時效ニ依リ消滅スルモ每定期ニ恩給ヲ請求スルノ權利ハ會計法第十八條ニ依リ五年ノ時效ニ依リ消滅スルモノナリ後ニ述フル處ノ遺族扶助料ヲ受クルノ權利及每定期ニ遺族扶助料ヲ請求スルノ權利ノ時效ニ就テモ同一ナリ

時效

恩給ヲ請求スル權利ハ恩給ヲ受クヘキ者ノ身分ニ專屬スルモノニテ其相續人ニ移轉スルモノニアラス從テ官吏退官後恩給請求ノ手續ヲ爲シタルモ內閣裁定前ニ死亡シタルトキハ恩給ヲ受クル權利ハ消滅スルナリ

恩給ハ俸給ト其性質ヲ同クスルニ依リ官吏恩給法ニハ恩給ハ賣買讓與質入書入スルコトヲ得ス又負債ノ抵償トシテ差押フルコトヲ得スト定メタリ併シ其差押ニ就テハ民事訴訟法第五百七十條及第六百十八條ニ於テ特ニ俸給ト同シキ範圍ニ限リ差押ヲ許シタリ

恩給請求スル權利ハ相續人ニ之ヲ相續スルチニ承認スルチ

巡査看守退隱料及遺族扶助料法、府縣立師範學校長俸給並、公立學校職員退隱料及遺族扶助料法、市町立小學校教員退隱料及遺族扶助料法參照

第四項　死亡賜金及一時扶助金若クハ遺族扶助料ヲ受クルノ權

死亡賜金、一時扶助金若クハ遺族扶助料ヲ受クルハ官吏自身ニアラスシテ官吏ノ死亡後其遺族カ受クルモノナルニ依リ正確ニ云ヘハ此等ノモノヲ受クル權利ハ官吏ノ權利ニアラス併シ遺族カ此等ノモノヲ受クルハ官吏タリシ關係ニ隨伴スルノミナラス其權利ノ性質ハ俸給、恩給等ヲ受クルノ權ト同一ノモノニシテ只權利ノ主體ヲ異ニスルニ過キサルニ依リ茲ニ官吏ノ權利ノ一種トシテ設クルモノナリ

遺族扶助料ハ官吏ノ權利ニアラス

佐々木學士ハ遺族扶助料ヲ受クル權利ヲ二種ニ區別シ一ヲ基本的遺族扶助料權ト名ツケ後者ヲ傳來ノ遺族扶助料權ト名ツケタリ其基本的遺族扶助料權トハ官吏カ死亡ノ時法定ノ條件存在セハ自己ノ遺族ニ一定ノ扶助料ヲ與ヘラルヘキ權利ニシテ之ハ官吏ニ屬シ傳來ノ遺族扶助料權トハ官吏死亡シテ法定ノ條件存在スルトキ其遺族カ扶助料ヲ請求スル權利ニシテ之ハ遺族ニ屬スルモノト爲セリ固ヨリ遺族扶助料ヲ官吏ノ遺族ニ給與スルハ官吏ヲシテ其後顧ノ憂ナカラシメ以テ專心其職務ニ從事セシムルカ爲ナリト雖モ其點ハ遺族扶助料權ヲ遺族ニ生セシムルノ原因タルニ止リ之ヲ以テ官吏ニ對シ一種ノ遺族扶助料權ヲ生セシメタルモノト考フルヲ得ス蓋シ遺族扶助料ヲ受クルノ權利ハ官吏ノ死後遺族カ扶助料ヲ受クルニ依リ始メテ實效ヲ生スルモノナルヲ以テナリ

遺族扶助料ハ官吏ノ權利ニアラスシテ遺族カ受クルモノニアルヲ得スト

死亡賜金ノ額ハ職ノ年數ニ依リ異ルコトナシ

第一　死亡賜金

文官在官中死亡スルトキハ其遺族ニ於テ遺族扶助料ヲ受クルノ權利アルト否トニ拘ハラス一時ニ數ケ月分ノ俸給ヲ與ヘ以テ遺族ヲシテ忽チ生計上ノ困難ニ陷ルコトアルヲ免レシム其給與ヲ死亡賜金ト云フ遺族ニ於テ之ヲ受クル權利ハ官吏死亡ノ事實ニ依リ確定スルモノニテ官廳ノ審査決定ヲ俟ツモノニアラス今高等官官等俸給令及判任官俸給令等ニ依リ死亡賜金ニ關スル規定ノ大要ヲ示セハ

一　官吏在職者タルト休職者タルトヲ問ハス官ニ在リテ死亡シタルトキハ其遺族ニ死亡賜金ヲ給ス

二　死亡賜金ヲ受クル遺族ハ官吏遺族扶助法ノ遺族ト其意義ヲ同クス

三　死亡賜金ノ額ハ高等文官ニアリテハ其在職最終年俸三分ノ一判任文官ニアリテハ月俸三ケ月分トス（獨逸官吏法ニ於テハスヘテ三ケ月分）

外交官、領事官、外務書記生ノ死亡賜金ハ其本俸ニ依リ算出スルモノトス

四　外交官、領事官、外務書記生外國在勤中又ハ任所往返中死亡シタルトキハ死亡賜金ノ外本官相當ノ在勤俸年額十分ノ三ヲ給ス

此死亡賜金ニ就テハ遺族扶助料ノ如ク差押ヲ禁シタルノ明文ナクマタ民事訴訟法ニ於テモ差押ヲ制限セサルニ依リ現行制度ノ下ニ於テハ差押フルコトヲ得

參照　在外公館費用條例（明治二十六年勅令一七一號）第十五條第十七條軍人恩給法

第二　一時扶助金

在官十五年未滿ノモノ在官中公務ノ故ニアラスシテ（公務ノ爲ニ死シタルトキハ遺族扶助料ヲ受ク）死亡シタルトキハ遺族ハ一時扶助金ヲ受クルコトヲ得其扶助金ハ在職最終ノ俸給年額百分ノ一ヲ在官年數ニ乘シタル額ナリ

第三　遺族扶助料

遺族扶助料トハ官吏ノ死後其遺族ノ生活費トシテ繼續的ニ與ヘラルルモノヲ云フ而シテ文官判任以上ノモノハ其俸給百分ノ一ヲ國庫ニ納ムヘキモノ（外交官、領事官、貿易事務官等其俸給普通文官ヨリ多額ナルトキハ普通文官ノ俸給ニ依リ少額ナルトキハ現ニ受クル處ノ俸給ニ依リ納金ヲ爲スヘシ併シ郡區判任官ヲ除ク外政府ヨリ俸給ヲ受ケサル官吏及商業ヲ營ムコトヲ得ヘキ官吏ハ納金ヲ要セサルナリ）ナルニ依リ其納金ト遺族扶助料

遺族扶助料ノ強制制度ハ險ノ外觀保ヲ呈ス

トノ關係ハ保險ノ掛金ト保險金トノ關係ト同ク恰カモ一種ノ保險制度ノ性質ヲ有スル如ク見ユルト雖モ之ハ只外觀ニ止リ眞實ノ性質ハ然ラサルナリ蓋シ保險ハ私法上ノ性質ノモノナルモ遺族扶助料ハ恩給ト同ク官吏ヲシテ一意專心後顧ノ憂ナク職務ヲ行ハシムルノ目的ヲ以テ與フルモノニテ公法的ノ性質ヲ有スルモノナレハナリ

文官判任以上ノモノカ左ニ掲クル事項ノ一ニ當ルトキハ其遺族ハ（納金ノ義務ナキ者ノ遺族ハ此限ニアラス）扶助料ヲ受クルノ權利ヲ有スルナリ

一　在官十五年以上ノ者在官中死去シタルトキ

二　在官十五年未滿ノ者公務ノ爲死去シタルトキ

三　恩給ヲ受クル者死去シタルトキ

扶助料ヲ受クルコトヲ得ル遺族ノ範圍ハ左ノ如ク限定セラル

一　寡婦

恩給ヲ受ケタル者ノ寡婦ニシテ其夫退官後結婚シタル者ハ扶助料ヲ受クルコトヲ得ス蓋シ在官中扶養セラルヘキ範圍內ニアラサリシヲ以テナリ

養子ハ家名繼襲者ニ限リ扶助料ヲ受クルヲ得

二　孤兒

扶助料ヲ受クヘキ寡婦ナキトキ又ハ扶助料ヲ受クル寡婦死去シ若クハ婚嫁シ若クハ戶籍ヲ去リタルトキハ孤兒ニ於テ扶助料ヲ受クルナリ

孤兒トハ年齡二十歲未滿ノ男子女子ニシテ未タ結婚セサルモノヲ云ヒ養子ハ家名繼襲者ニ限リ扶助料ヲ受クルコトヲ得

其順位ヲ云ヘハ孤兒數人アルトキハ家名繼襲者ニ給シ戶主ニ非ルモノハ孤兒ニアリテハ長子ニ給ス其繼襲者又ハ長子死去シ或ハ權利消滅シ（死去又ハ婚嫁シ又ハ他家ノ養子女トナリタルトキ）若クハ支給期限ノ滿ツルトキハ順次年少者ニ轉給ス

但シ家名繼襲者ヲ除ク外男子ヲ先ニシ女子ヲ後ニスルナリ

孤兒二十歲ニ滿ツル癈疾若クハ不具ニシテ產業ヲ營ムコト能ハス而カモ他ニ給養スルモノナキトキハ扶助料ノ三分ノ一ヲ其孤兒ニ終身給スルコトヲ得但シ一戶籍內ニ扶助料ヲ受クルモノアルトキハ之ヲ給與セサルナリ

三　父母祖父母

扶助料ヲ受クヘキ寡婦及孤兒ナク若クハ扶助料ヲ受ケタル寡婦及孤兒戶

籍ヲ去リ又ハ死去シ若クハ婚嫁シ又ハ其他ノ原因ニ依リ扶助料ヲ受クルノ權利消滅シタルトキハ父母又ハ祖父母扶助料ヲ受クルナリ

其順位ヲ云ヘハ扶助料ハ先ツ父ニ給シ其父存在セサルトキ若クハ權利消滅シタルトキハ母ニ給ス母ヨリ祖父ニ祖父ヨリ祖母ニ轉給スルハ順次同一ノ例ニ依ルナリ

扶助料ノ年額

四　兄弟姉妹

扶助料ヲ受クヘキ寡婦孤兒又ハ父母祖父母ナクシテ死去シタル者ノ戸籍内ニアル二十歳未滿又ハ癈疾若クハ不具ニシテ產業ヲ營ムコト能ハサル兄弟姉妹アリテ而カモ他ニ之ヲ給養スル者ナキトキハ之ニ一時扶助料ヲ給與スルナリ其額ハ人員ノ如何ニ拘ハラス寡婦ニ相當スル扶助料一箇年分以上五箇年分以内ノ範圍ニ於テ之ヲ定ムルナリ

扶助料ノ年額ハ死去シタルモノノ受ケタル若クハ受クヘキ恩給年額三分ノ一ヲ原則ト爲スモ公務ノ爲ニ死去シタルモノノ扶助料ハ恩給年額ノ三分ノ二ナリ

絶對的消滅ト相對的消滅

扶助料ノ支給ハ地方長官ノ申牒ニ依リ恩給局ノ審査ヲ經テ內閣總理大臣之ヲ裁定スルモノニテ若シ之ヲ受クヘキ事由ノ生シタル日ヨリ三箇年內ニ請求セサレハ其權利ヲ抛棄シタルモノト看做サルルコト恩給ノ場合ト同シクマタ每定期ニ扶助料ヲ請求スルノ權利カ五年ノ時效ニ依リ增減スルコト並ニ扶助料カ賣買讓與書入質入及差押ノ目的ト爲ラサルコトモ恩給ノ場合ト異ラサルナリ

扶助料ヲ受クル權利ハ絶對ニ消滅スル場合ト相對的ニ消滅スル場合トアリ扶助料ヲ受クル者カ國籍ヲ失ヒ若クハ重罪ノ刑ニ處セラレタルトキハ(刑法施行法第三十三條)絶對ニ消滅スルモ寡婦孤兒父母祖父母兄弟姉妹カ死去シ戸籍ヲ去リ又孤兒兄弟姉妹カ成年ニ達シタルトキハ相對的ニ消滅スルニ止ルモノニテ他ニ扶助料ヲ受クルノ資格ヲ有スルモノアルトキハ之ニ轉給セラルルナリ又扶助料ヲ受クルモノ公權ヲ停止(刑法施行法第三十六條)セラレタルトキハ其轉給ヲ受クヘキモノニ之ヲ支給スルナリ

前ノ恩給及此遺族扶助料ニ就テハ俸給及退官賜金等ト異リ行政訴訟ノ提起

恩給ニ關スル行政訴訟提起ノ制限

ヲ許シタリ即行政上ノ處分ニ依リ恩給又ハ扶助料ニ關スル權利ヲ障害セラレタリトスル者ハ六箇月以內ニ恩給局ニ具申シテ裁決ヲ請ヒ其裁決ニ服セサル者ハ一箇年以內ニ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得併シ恩給ニ就テハ傷痍疾病ノ原因及其輕重職務ニ堪ヘ得ルト否ラサルトノ二件ニ關シテハ恩給局ノ裁決ハ確定トナルニ依リ之ニ對シ出訴スルヲ得サルナリ

第三款　身上ノ權利

第一項　地位ニ對スル權

茲ニ官吏ノ地位ニ對スル權利ト云フハ統治者ヨリ官吏トシテ其地位相當ノ待遇ヲ受クルコトヲ請求シ得ル權利ヲ指スモノニテ官吏カ此權利ヲ有スルノ結果ヲ指示スレハ左ノ如シ

第一　地位ニ相當スル禮服及制服ヲ著シ得ルコト

禮服制服ヲ著用スルハ一方ヨリ云ヘハ官吏ノ義務ナレトモ他ノ一方ヨリ云ヘハ官吏ノ權利ナリ若シ其官ニアラスシテ之ヲ著用スルトキハ警察犯處罰令第二條第二十號ノ制裁ヲ受クルモノナリ又大禮服及制服ヲ著用スルトキハ宮城、內閣青山御所ニ出入スルニ門鑑ヲ要セサルモノトス只非常並近火ノトキニ限リ大禮服ヲ著用スルモ判任官以下ノモノハ門鑑ヲ要スルコトトナセリ

參照　明治七年太政官達第五十五號
明治七年太政官達第百三十三號
明治十三年太政官達第六十四號

第二　官名職名ヲ稱ヘ得ルコト

官職ヲ詐リタルトキハ警察犯處罰令第二條第二十號ニ依リ罰セラル

第三　勳章及位ヲ受クルコト

勳位ハ榮譽ヲ表彰スルモノニシテ此等ノモノハ必シモ官吏ニノミ專屬スルモノニアラスト雖モ官吏タルノ地位ヲ有スルカ爲當然之ヲ受クルコトアリ（勅任官、奏任官ハ當然位ヲ受ク）マタ官吏タルカ爲受勳叙位ヲ受クルノ機會多キニ依リ特ニ茲ニ之ヲ掲クルナリ

位記返上

一　勳章

國家ニ功ヲ立テ績ヲ顯ハシタルモノヲ表彰スル爲ニ設ケラレタルモノニテ勳章ヲ分テ八級トナシ而シテ大勳位菊花章、寶冠章、旭日章、瑞寶章等ノ種類アリ(公式令第十九條參照)

二　位階

明治二十年勅令第十號叙位條例ニ依レハ位ハ華族勅奏任官及國家ニ勳功アル者又ハ表彰スヘキ效績アル者ヲ叙スルモノニテ正一位ヨリ從八位ニ至ル十六階アリ而シテ從四位以上ハ勅授トシ宮內大臣之ヲ奉シ正五位以下ハ奏授トシ宮內大臣之ヲ宣ス(公式令第十七條參照)

位ハ特別ノ規定ニ於テ定メラレタル場合ノ外終身之ヲ有セシムルモノナルモ有位者ニシテ禁錮懲役ノ刑ニ處セラレ其他體面ヲ汚辱スルノ行爲ヲ爲シタルトキハ位記ヲ返上セシム

從四位以上ノ位ヲ有スルトキハ爵ニ准シ體遇ヲ受クルモノトス(叙位條例第五條參照)

刑法上ノ保護

位記勳爵ヲ詐リタルモノハ警察罰ノ制裁ヲ免レサルナリ(警察犯處罰令第二條第二十號)

第二項　特別ノ保護ヲ受クルノ權

官吏ハ國務ヲ行フモノナルニ依リ其職務執行ニ妨害ヲ與フルモノアルトキハ之ヲ保護スルノ必要アルハ多言ヲ俟タス而シテ其保護ニ二種ノ方法アリ

一　警察力又ハ兵力ヲ以テ直接ニ官吏ヲ保護スルコト

二　職務ノ執行ヲ妨ケ又ハ官吏ヲ侮辱スルモノニ對シ刑法上ノ制裁ヲ加ヘ以テ間接ニ官吏ヲ保護スルコト

參照　舊刑法第百三十九條乃至第百四十條第百七十七條新刑法第九十五條第九十六條

第三項　官吏ノ地位ヲ失ハサルノ權

英佛ニ於テハ普通文官ニツキ其地位ヲ保障シタルノ規定ナキモ獨逸ニ於テハ

啻ニ司法官及大學教授ノミナラス普通文官ニツキテモ其地位ノ安固タルコトヲ保障セリ我現行文官分限令モ恐ラク獨逸ノ官吏法ヲ參考シテ制定シタルモノト信ス元來官吏ノ地位ヲ保障スルハ一利一害ニシテ其利害ノ兩點ヲ試ニ列擧スレハ

地位保障ノ利害

第一　地位保障ノ利

一　地位安固ナレハ適材ヲ得ルコト比較的容易ナリ

二　地位安固ナレハ官吏ヲシテ獨立公平ニ執務セシムルヲ得

三　地位安固ナレハ官吏ヲシテ一意專心ニ其職務ニ從事セシムルヲ得

第二　地位保障ノ害

一　地位ノ保障アルカ爲老朽淘汰ヲ困難ナラシム

二　地位安固ナルカ爲官吏ヲシテ安逸ナラシメ新智識ヲ求ムルノ念慮ヲ生セサラシム

併シ裁判官監督官ノ如キハ眞ニ獨立公平ニ處務セシムルノ必要アルニ依リ其害ヲ受クルコトアルモ忍ンテ其地位ヲ保障スルノ必要アリ茲ニ於テ我國ニ於テモ憲法ヲ以テ司法裁判官ノ地位ヲ保障シタルノミナラス法律勅令ヲ以テ檢事、行政裁判所評定官、會計檢査官及武官ノ地位ヲモ保障シタリ(帝國憲法第五十八條裁判所構成法第七十三條　第七十四條及第七十五條ノ場合ヲ除ク外判事ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルニ非サレハ其意ニ反シテ轉官、轉所、停職、免職又ハ減俸セラルルコトナシ但シ豫備判事タルトキ及補闕ノ必要アル場合ニ於テ轉所ヲ命セラルルハ此限ニ在ラス

同法第七十四條　判事身體若クハ精神ノ衰弱ニ因リ職務ヲ執ルコト能ハサルニ至リタルトキハ司法大臣ハ控訴院又ハ大審院ノ總會ノ決議ニ依リ之ニ退職ヲ命スルコトヲ得

同法第八十條　檢事ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルニアラサレハ其意ニ反シテ之ヲ免職スルコトナシ

行政裁判法第五條　第六條ノ場合ヲ除ク外長官及評定官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルニ非サレハ其意ニ反シテ退官、轉官又ハ非職ヲ命セラルルコトナシ

同法第六條　長官及評定官身體若クハ精神ノ衰弱ニ因リ職務ヲ執ルコト能ハサルトキハ內閣總理大臣ハ行政裁判所ノ總會ノ決議ニ依リ其退職ヲ上奏スルコトヲ得

會計檢査院法第六條第二項　會計檢査官ハ刑事裁判若ハ懲戒處分ニ依ルニアレサレハ其意ニ反シテ退官、轉官又ハ非職ヲ命セラルルコトナシ

會計檢査官退職ニ關スル件（明治二十九年法律九一號）第一條　會計檢査官身體若ハ精神ノ衰弱ニ因リ職務ヲ執ルコト能ハサルニ至リタルトキハ之ニ退官ヲ命スルコトヲ得

同法第二條　退官ハ會計檢査官會議ノ決議ニ依リ之ヲ決定ス

陸軍將校分限令（明治二十一年勅令九一號）第一條　將校ハ終身其官ヲ保有シ其制服ヲ着シ其官ニ對スル禮遇ヲ享ク之ヲ將校ノ分限トス

海軍將校分限令（明治二十四年勅令七九號）第二條　將校ハ終身其官ヲ保有シ其制服ヲ着シ其官ニ對スル禮遇ヲ享ク之ヲ將校ノ分限トス

普通ノ文官ハ之ニ異リ此ノ如キ地位ノ保障ヲ與フルノ必要ナシトシテ明治三十二年迄ハ地位ヲ失ハサルノ權利ヲ與ヘラレサリシカ同年ニ至リ一方ニ文官任用令ヲ出シテ任用ノ資格ヲ制限スルト共ニ文官分限令ヲ發シテ其地位ヲ保障シ以テ適材ヲ官吏ニ擧クルノ目的ヲ達センコトヲ計レリ併シ地位ノ保障ニハ前段所述ノ如キ害ノ伴フニ依リ裁判官、會計檢査官ヨリハ地位保障ノ程度ヲ低クシ以テ其害ヲ享クルコトヲ可成的避ケンコトヲ欲シタリ其結果地位ノ保障ハ薄弱トナリ或ハ普通文官ノ地位保障ハ有名無實ニシテ文官分限令ハ羊頭ヲ掲ケテ狗肉ヲ賣ルモノナリトノ非難ヲ受クルコトアルヘシト雖モ之ハ今述ヘタル如キ地位保障ノ利ヲ得テ其害ヲ避ケントスルノ苦心ニ出タルモノニシテ其規定宜シキヲ得タルモノト信スルナリ

普通文官ノ地位ノ保障

文官分限令ニツキ普通文官ニ對スル地位保障ノ規定ノ大要ヲ擧クレハ

第一　官吏ハ刑法ノ宣告、懲戒ノ處分又ハ左ノ場合ニ非サレハ其官ヲ免セラルルコトナシ

一　不具癈疾ニ因リ又ハ身體若ハ精神ノ衰弱ニ依リ職務ヲ執ルニ堪ヘサルトキ（此場合ニハ懲戒委員會ノ審査ヲ經ルヲ要ス）

二　傷痍ヲ受ケ若ハ疾病ニ罹リ其ノ職ニ堪ヘサルニ因リ又ハ自己ノ便宜ニ依リ免官ヲ願出タルトキ

三　官制又ハ定員ノ改正ニ因リ過員ヲ生シタルトキ

第二　官吏ハ廢官又ハ廢廳ノ場合ニ於テハ當然退官者トス

第三　休職滿期ノモノハ當然退官者トス

第四　官吏ハ其意ニ反シテ同等官以下ニ轉官セラルルコトナシ（轉官ナクシテ降等スル場合ニ對シテハ保證ナシ）

普通文官ノ地位ノ保障ハ薄弱ナリ

今此規定ニツキ地位保障ノ薄弱ナル點ヲ指示スレハ免官ノ原因トシテ官制又ハ定員ノ改正ニ因リ過員ヲ生シタル場合ヲ擧ケ次テ廢官廢廳ノ場合ニハ當然退官者ト定メタルノミナラス休職滿期ノモノハ當然退官トストナシタルニアリ參考ノ爲ニ休職ヲ命シ得ル場合ヲ擧クレハ

一　懲戒令ノ規定ニ依リ懲戒委員會ノ審査ニ付セラレタルトキ

二　刑事事件ニ關シ告訴若ハ告發セラレタルトキ

三　官制又ハ定員ノ改正ニ因リ過員ヲ生シタルトキ

四　官廳事務ノ都合ニ依リ必要ナルトキ

官ニ對スル保障ト職ニ對スル保障

ニシテ「官廳ノ事務ノ都合」ナル文言ハ漠然タルモノナルニ依リ殆ント如何ナル場合ト雖モ之ヲ名義トシテ休職ヲ命シ得ヘク而シテ高等官ニアツテハ滿二年判任官ニアツテハ滿一年ヲ經過シタルトキハ官吏ノ地位ヲ失フノ結果ヲ生スルモノナリ

然レトモ普通文官ノ地位ノ保障モ一般ノ官吏ニ及ハスシテ之ニ例外ヲ設ケ親任式ヲ以テ叙任スル官、公使、秘書官等ハ何時ニテモ免官シ得ルコトトナセリ蓋シ此等ノモノハ任用ノ資格上ノ規定ノ制限ヲ受ケサルト同一ノ理由ニ依リテ地位ノ保障ヲモ與ヘサルモノナリ

官ト職トノ區別ハ是マテ屢〻述ヘタルコトナルカ茲ニ於テモマタ此兩者ノ區別ヲ注意スルヲ要ス即官ニ對スル保障ト職ニ對スル保障ト異ルコト是ナリ而カモ普通文官ノ職ニ對スル保障ノ程度ト裁判官、會計檢査官ニ對スル保障ト比較スルトキハ其範圍狹キノミナラス普通文官自身ニ就テモ其職ニ對スル保障ハ官ニ對スル保障ニ比較シテ其程度薄弱ナルモノナリ

第一　職ニ對スル保障ニシテ普通文官ニ關スルト裁判官、會計檢査官等ニ關スルト異ルノ點

一　司法裁判官ニ就テハ刑法ノ宣告又ハ懲戒處分ニ由ルニ非サレハ其意ニ反シテ轉官、轉所、減俸セラルルコトナシトノ保障アリ又行政裁判所長官及評定官並ニ會計檢査官ニ就テモ刑法ノ宣告又ハ懲戒處分ノ外其意ニ反シテ轉官ヲ命セラルルコトナシトノ明文アルモ普通文官ニ就テハ轉所ニ關シ何等ノ保障ナキノミナラス轉官ニ關シテモ現在ノ官等ヨリ低キ官ノ轉官ノミ本人ノ同意ヲ要スルモ其他ノ轉官及轉官ノ伴ハサル降等ニ就テハ何等ノ保障ヲモ有セサルナリ

司法官ノ停職

二　司法裁判官ニハ休職非職ノ制度ヲ設ケスシテ只停職ノミ之ヲ許シ而カモ其停職ヲ命シ得ルハ(1)懲戒取調(2)刑事訴追ノ開始繼續(3)懲戒ノ結果ノ三場合ニ限定スルモ普通文官ニ休職ヲ命シ得ル場合ト前ニ述ヘタル如ク其範圍遙ニ廣キモノトス又停職者ニモ俸給全額ヲ與フルモ休職者ニハ俸給ノ半額ヲ與フルニ止ルモノトス併シ裁判官ニハ裁判所構成法第七十五條ノ「法律ヲ以テ裁判所ノ組織ヲ變更シ又ハ之ヲ廢シタル場合ニ於テ其ノ判事ヲ補スヘキ闕位ナキトキハ司法大臣ハ之ニ俸給ノ半額ヲ給シテ闕位ヲ待タシムルコトヲ得トノ規定アリテ待命ノ如キ制アルナリ

第二　普通文官ニ關シ官ニ對スル保障ト職ニ對スル保障ト異ル點

普通文官ニ對スル職ノ保障ハ特定ノ場合ノ外休職ヲ命セサル事ト本人ノ同意ナクシテ轉官ヲ命セサル事ニシテ其休職ヲ命シ得ル場合ハ免官ヲ爲シ得ル場合ニ比較シテ其範圍廣キコトハ已ニ述ヘタル所ニ依リ明ナリト信スルヲ以テ別ニ再ヒ之ヲ述ヘス併シ休職ヲ命セラレタルモノハ滿二年若クハ一年ヲ經過スルトキハ當然退官者トナルニ依リ職ニ對スル保障ノ範圍ハ即官ニ對スル保障ノ範圍ト同シトナリ其間ニ差異ナキカ如キモ休職ヲ命スルモ直ニ官吏タルノ地位ヲ失フニアラスシテ其官ヲ失フハ間接ノ結果タルニ依リ其官ト職トノ保障ノ程度ニ於テ差異アリト云フコトヲ得ルナリ

次ニ休職ノ手續ヲ述ヘンニ休職ハ勅任官ニ在テハ內閣總理大臣奏請シ裁可ヲ經テ之ヲ行ヒ奏任官ニ在テハ內閣總理大臣ノ認可ヲ經テ本屬長官之ヲ命スル

モノニテ懲戒及刑事ニ因ル場合ノ外ハ事務ノ都合ニ依リ何時ニテモ同一ノ手續ニ依リ復職ヲ命スルコトヲ得ルナリ

又外交官及領事官ニ就テハ休職ノ外ニ尙職務ノ擔任ヲ免スル待命ノ制度アリ

待命

待命ハ一時外國ノ在勤ヲ免シタル場合ニ生スルモノニテ官吏ノ配置上何時ニテモ之ヲ命シ得ルモノトス其待命官ハ俸給三分ノ一以内ヲ給與セラルルニ止ルモノナレトモ若シ待命官ニシテ臨時外務省ノ事務ニ從事セシメラルルトキハ俸給ノ全額ヲ與ヘラルルナリ併シ此制ハ宜シキヲ得タルモノニアラス何トナレハ官制ニ於テ定メタル精神ヲ破壞シ且他省ノ官吏トノ間ニ權衡ヲ得サルヲ以テナリ

陸軍將校ノ休職及停職

又陸軍將校ノ職務ノ擔任ヲ免スルニ休職及停職ノ制アルモ休職ハ普通文官ノ場合ト異リ(1)解隊(2)廢隊(3)定員改正(4)滿期改任(5)俘虜トナリタルモノ歸朝シ他員已ニ代リテ其職ニ在ルトキ(6)特別ノ職務ヲ終ヘ又ハ修學滿期ニシテ就職ノ命ナキトキ(7)傷痍若ハ疾病六箇月ニ至リ尙ホ恢復ノ候ナキトキ(8)本人ノ請願ニ依リ修學ヲ許容シタルトキ(9)陸海軍上長官、士官各其部内ノ文官ニ專任シタルトキノ場合ニ生スルモノニテ停職トハ其行爲ニ懲戒スヘキコトアリ情狀稍〻輕ク在職又ハ就職ヲ止メラルルモノヲ云フモノニテ停職者ハ一箇年ノ後ニアラサレハ就職スルコトヲ得サルナリ

退職退官

終リニ行政裁判所評定官、會計檢査官、司法裁判所判事カ其身體若クハ精神衰弱ノ場合ニ總會ノ決議ニ依リテ命セラルル退職退官ノ意義ニ關シ一言センニ或ハ之ヲ單ニ職務擔任ノ免除ト解シ官吏關係ヲ消滅セシムルモノニアラスト論スルモノアリ或ハ會計檢査官ニハ退官ノ文字ヲ用ヒ其他ノモノニハ退職ノ文字ヲ用フルニ依リ退官ハ官吏關係ノ消滅ニシテ退職ハ單ニ職務擔任ノ免除ナリト解スルモノアリ併シ共ニ法ノ精神ニ適合シタルモノニアラスシテスヘテ官吏關係ノ消滅ト解スヘキナリ何トナレハ此三者ノ中最多ク地位ノ安固ヲ保障セラルル處ノ司法裁判所判事ニツキテモ裁判所構成法第七十七條ニ退職者ハ恩給ヲ受クルモノト規定スルニ依リ退職處分ニ依リテ官吏關係ヲ消滅セシムルノ精神明ナレハナリ

以上述フル如ク行政官ニ對シテモ司法官ト同シク地位ノ保障ヲ與フルトキハ

見習制度

司法官ノ如ク試補制度ヲ設クルノ必要アリ蓋シ地位ノ保障ヲ與フルトキハ容易ニ淘汰スルヲ得サルニ依リ本官ニ採用スル前ニ之ヲ試用スルノ必要アルヲ以テナリ固ヨリ明治二十六年勅令第百八十六號文官試補及見習規程ニ依リ奏任文官ニ任用セラルヘキ資格ヲ有スル者ヲ試補トシ判任文官ニ任用セラルヘキ者ヲ見習トシテ採用スルコトヲ得ルモ必シモスヘテノ行政官吏ハ試補若クハ見習ノ階段ヲ經ルヲ要スルモノニアラス寧ロ事實上ハ其階段ヲ經サルヲ常例ト爲セリマタ現行制度中外交官補、領事官補、府縣事務官補、山林事務官補、稅關事務官補警察官補等ノ如ク補ノ名稱ヲ付シタルモノアリト雖モ之ハ本官ニシテ試補ニアラス故ニ試補制度ヲ確立シテ一定ノ年限間試補又ハ見習ヲ勤務スルニ非レハ本官ノ行政官吏ニ採用スルヲ得スト定ムルノ必要アリ

又普國其他多クノ立法例ニ於テハ行政官ト司法官トノ試驗ヲ同一ニ施行セルニ拘ハラス我國ニテハ之ヲ別異ト爲シ行政官試驗ヲ資格試驗ト爲シ司法官試驗ヲ採用試驗ト爲シ帝國大學卒業者ニ對シテハ第一回判檢事試驗ヲ免除セルニ拘ハラス文官高等試驗ヲ必要ト爲セリ予輩ハ高等行政官試驗ト司法官試驗

文官試驗制度ノ改正

トヲ別ニ施行スルノ必要ナシト認ルノミナラス若シ之ヲ別ニスルナラハ文官高等試驗ハ帝國大學卒業者ニ之ヲ免除シ而シテ奏任官試補ヨリ本官ニ採用スルトキ（試補制度ヲ採用スルモノトシテ）スヘテ第二回ノ實地的試驗（第二回判檢事試驗ノ如ク）ヲ受クルモノト爲スヲ至當ト考フ蓋シ今日ノ如ク帝國大學卒業者ニ對シ更ニ殆ント帝國大學教授ノミヨリ組織セラレタル文官高等試驗委員カ筆記及口頭ノ學術試驗ヲ施行スルハ無意義ノコトニ屬スレハナリ

第十三節　官吏ノ義務

第一款　概論

官吏ノ任命ハ前述シタル如ク官吏タルモノノ同意ヲ條件ト爲スモノニシテ徵兵ノ如ク强制的ニ官吏ノ籍ニ編入セラルルコトナシ併シ官吏ノ組織中ニ入リタル以上ハ恰モ兵士カ軍隊ニ入リタル如ク其行使者タル統治者ニ對シ絕對服從ノ地位ニ立ツモノナリ故ニ官吏ノ義務ハ之ヲ列擧シ盡シ得ルモノニアラスト雖モ我制度上特ニ官吏ノ義務トシテ規定シタルモノヲ左ニ述ヘント欲ス尙

茲ニモ注意スヘキハ官吏ハ機關トシテ人格ヲ有スルモノニアラサルニヨリ權利ヲ有セサルノミナラス義務ヲモ有スルモノニアラス所謂官吏ノ義務トハ自然人カ官吏タルノ地位ヲ得タルカ爲之ニ伴隨シテ生スル所ノ義務ニ外ナラサルコト之レナリ

忠實ノ義務ノ內容

第二款　職務上ノ義務

第一項　忠實ノ義務

忠實ノ義務(Pflicht zur Treue)トハ職務ヲ行フニ際シ精神上及身體上全力ヲ盡シテ統治者及國家ノ利益ヲ計リ若クハ統治者及國家ニ對シ害トナルヘキコトヲ防止セサルヘカラサルノ義務ヲ云フ後ニ述フル所ノ服從ノ義務ト異ル點ハ服從ノ義務ハ命令ニ接スルニ依リテ生スル義務ナレトモ忠實ノ義務ハ命令ニ接スルコトナクシテ自己ノ判斷力ヲ盡シ進ンテ利益ヲ計リ危害ヲ防止セサルヘカラサルニアリ而シテ服從ノ義務ト忠實ノ義務ト牴觸スル場合即チ上官ノ命令ニ服從スルトキハ統治者若クハ國家ニ對シ不利益ヲ來スヘシト思量スル場合ニハ如何ニスヘキヤト云フニ服從義務ヲ先ニシテ上官ノ命令ニ從ハサルヘカラス蓋シ官吏ニ服從義務ノ存スルハ行政ノ統一ヲ保ツ能ハサルカ爲ニシテ命令ニ絶對ニ服從スルコトカ統治者及國家ノ爲ニ利益タルモノナレハナリ

忠實ノ義務ハ德義上ノ義務ナルカ

忠實ノ義務ノ內容ハ右ニ述ヘタル如ク積極的ニ統治者及國家ノ爲ニ利益ヲ計ルコトト消極的ニ統治者及國家ニ對シ危害ヲ防止スルコトニ存ス而シテ其消極的ノ忠實ノ義務ニ關シテハ官ノ秘密ヲ保ツノ義務ノ如ク或ハ君主ノ許可ナクシテ他國ノ政府ヨリ勳章、俸給及其他ノ贈遺ヲ受クヘカラサル義務ノ如ク明文ヲ以テ之ヲ規定スルコトアリト雖モ到底明文ヲ以テ其規定ヲ盡スコト能ハサルニ依リ規定ノ有無ニ拘ハラス官吏ハ積極的及消極的ニ統治者及國家ノ爲ニ全力ヲ盡シテ利益ヲ計ラサルヘカラサルノ義務ヲ有スルコトヲ注意セサルヘカラサルナリ或ハ明文アル場合ニハ服從ノ義務トナルニ依リ忠實ノ義務ハ明文ナキ場合ニ於テノミ存ス而シテ明文ナキ場合ハ法律上ノ義務ト見ルヲ得ス故ニ忠實ノ義務ハ德義上ノ義務ナリト論スルモノアリ「エリチック」氏「ゲマイヤ」氏ノ如キハ其說ノ有力ナル主張者ナリト雖モ若シ此說ノ如クンハ官吏ハ忠

實ノ義務ニ背クモ懲戒處分ヲ爲スコトヲ得サルノ結果ヲ生スルナリ

若シ官吏カ忠實ノ義務ニ背クモ懲戒處分ヲ受クル能ハサランカ國家行政事務ハ其施行ノ完全ナルヲ期スルコトヲ得サルヲ恐ル抑モ行政事務ノ完全ニ行ハルルト否トハ國家百年ノ利害ニ關係スルコト多キニ依リ官吏カ其擔當ノ行政事務ヲ行フニ當リテハ周密ナル注意ヲ以テ國家永遠ノ利害ヲ考ヘ以テ事ヲ處セサルヘカラス單ニ法令ノ明文ニ牴觸セス上官ノ命令ニ違反セサルヲ以テ足レリト爲スヘキモノニアラス故ニラバンド、シユルツエ、グルバー、ボルンハック、リヨンヲ、ステンゲル、キルヘンハイム、ツオルン諸氏ハ忠實ノ義務ヲ以テ法律上ノ義務ト爲シ又我官吏服務規律第一條ニ於テモ「凡ソ官吏ハ天皇陛下及天皇陛下ノ政府ニ對シ忠順勤勉ヲ主トシ(中略)各其職務ヲ盡スヘシ」ト定メラレタル所以ナリ

歐洲多數ノ國ニテハ官吏任命セラルルトキ必ス君主ニ忠誠ヲ勵ミ職務ヲ勤勉ニ行フコトヲ宣誓スヘキモノト爲セリ併シ此宣誓ナルモノハ一ノ儀式タルニ止リテ就官ノ要件ニアラス縱令故障アリテ宣誓セサルモ官吏タルコト疑ナク

宣誓

又官吏タル以上ハ官吏ノ義務ハ總テ之ニ附隨スルモノニテ忠實ノ義務モ之ヨリ除外サルルモノニアラサルナリ故ニ宣誓ニ依リ始メテ官吏忠實ノ義務發生スルモノニアラスシテ只其義務タルノ觀念之ニヨリ一層深ク感スルコトアルノ效果ヲ生スルノミ普國々王ノ詔勅ニ屢〻「宣誓ニ依リ汝等官吏ノ義務生シ或ハ官吏ノ義務確定ス或ハ宣誓シタルニ依リ何々ノコト爲スヘカラス」等ノ語アルモ法律上ノ意義ヲ有スルモノニアラスト知ルヘシ併シ我國ニテハ官吏ニ於テ宣誓スヘキ義務ナキニ依リ此問題生セサルナリ

官吏ハ忠實ノ義務ヲ有スル結果トシテ官吏ノ資格ヲ以テ政府ニ反對ノ意見ヲ發表シ若クハ政府ニ反對ノ運動ヲ爲スコトヲ得ス(此中ニ政府反對ノ議員ノ選出ニ運動スルコトヲモ包含ス)ト雖モ官吏カ他ノ資格ヲ以テ其職務ヲ行ヒ或ハ國民ノ一人トシテ公務ヲ行フカ爲政府ノ希望ニ反スル行爲ヲ爲スモ敢テ妨ケナキナリ例ヘハ官吏カ議員トシテ政府案ニ反對シ或ハ選擧人トシテ政府ノ反對黨ノ議員候補者ニ投票スルカ如シ

官吏カ議員トシテ政府ニ反對シ或ハ選擧人トシテ政府ノ意見ニ反スルコトヲ述フルコトヲ妨ケスト

然レトモ此點ニ關シテハ反對ノ意見ヲ有スルモノナキニアラスシテステンゲ

ル氏ボルンハック氏ノ如キハ其主張者ニ屬ス

今茲ニボルンハック氏ノ說ヲ參考ノ爲要約シテ述フレハ君主國ニ於テハ政府ハ君主ノ政府ナリ政府ヲ組織スル國務大臣ナルモノハ人格ヲ有スル獨力ノ權力主體ニアラスシテ只君主ノ機關トシテ其命令委任ニ基キ職務ヲ行フモノニ過キス故ニ官吏ニシテ國務大臣即政府ニ反對スルハ君主ニ反對スルモノナリ君主ニ反對スルコトノ官吏ノ忠實ノ義務違反タルコトハ多言ヲ要セスシテ明ナリ且又人間ノ心神ナルモノハ歸一ノモノニテ或人ノ論スル如ク官吏トシテ政府ニ反對シ得サルモ一個人トシテハ政府ニ反對シ得ルモノナリトノ二ツノ精神ヲ有スルコトヲ認ムヘキモノニアラス何トナレハ職務以外ニ於テ君主ニ反對シ得ル處ノ官吏カ職務上ニ於テハ君主ノ意思ヲ完全ニ遂行シ得ルモノト信スルヲ得サレハナリト云フニアリ而シテボルンハック氏ハ選擧人トシテ或ハ議員トシテ其責務ヲ盡スニ際シ官吏ト一私人ト異ル所以ヲ論シテ曰ク「一般臣民ハ固ヨリ君主ノ反對者ニ對シテモ自己ノ所信ニ從ヒテ投票ヲ行フヲ得蓋シ自由ニ投票スルコト却テ君主ノ意思ニ適合スルモノナレハナリ併シ官吏ハ

多クノ國ハ官吏ニ於テ議員タルモ許スコト

之ニ反シ君主ノ機關タルカ故ニ普通人民ト異リタル地位ヲ有スルモノナリ從テ君主ノ意思ヲ正當ナリト信スルト否トニ拘ハラス之ヲ實行スル責務ヲ有スルモノニテ選擧人トシテハ政府黨ノモノニ投票シ議員トシテハ政府ノ法案ニ贊成スヘキモノナリ此官吏タル地位ト一般ノ臣民タル地位トハ兩立シ得サルコト多キニヨリ其點ニ於テ官吏タル間ハ一般臣民タルノ資格中止セラレタルモノト認ムヘキモノナリ」ト併シ今日多クノ國ノ立法例ニ於テ特別ノ地位ニアル官吏ヲ除キ一般ノ官吏ニ選擧權ヲ與ヘ又ハ議員タルコトヲ許スハ議員又ハ選擧人トシテ自由ニ其責務ヲ盡サシメントスルノ精神タルコトヲ推想シ得若シ反對ニボルンハック氏ノ如ク論スルトキハ何故ニ官吏ニモ選擧權ヲ與ヘ又ハ議員タルコトヲ許スヤノ理由ヲ解スルニ苦マサルヲ得ス故ニリヨンヲゲルバー、シユルツエ、ラバンド、ゲ、マイヤ諸氏モ議員トシテ政府案ニ反對シ選擧人トシテ政府ノ反對黨ノ候補者ニ投票スルモ差支ナシト論セリ今我國ノ制度ニ就テ之ヲ見ルニ衆議院議員選擧法第八條所定ノ條件ヲ具フレハ官吏モ選擧權ヲ有シ又同法第十五條第十六條ニ依レハ官吏ニシテ宮內官、判事、檢事、行政裁判所

長官、同評定官、會計檢査官、收稅官、警察官ニアラサル以上ハ議員ノ職ヲ兼ヌルコトヲ許ササルニ依リ我國官吏ハ議員トシテマタ選擧人トシテ自由ニ其意思ヲ發表シ得ルモノト考フ殊ニ憲法第五十二條ニ於テ議員ノ言論ノ自由ヲ廣ク保障スルニ依リ官吏タル議員カ政府ニ反對ノ意見ヲ陳述スルモ懲戒上ノ責任ヲ負フコトナシト解スヘキナリ衆議院議員選擧法第十六條ニ「官吏ハ其ノ職務ニ妨ナキ限リハ議員ト相兼ヌルコトヲ得」トアルモ之ヲ以テ議員ノ言論ノ自由ヲ拘束スルモノト考フルヲ得サルナリ

官吏タル議員モ言論ノ自由ヲ有スス

第二項　秘密ヲ保ツノ義務

官ノ秘密ヲ洩スハ啻ニ政府ノ害ヲ爲スノミナラス外交上若クハ軍事上ノ秘密ノ如キ重大ナル秘密ヲ他ニ洩ストキハ一國ノ安危ニ關スルコトアルニヨリ我官吏服務規律第四條ニ「官吏ハ己ノ職務ニ關スルト又ハ他ノ官吏ヨリ聞知シタルトヲ問ハス官ノ機密ヲ漏洩スルコトヲ禁ス其職ヲ退ク後ニ於テモ亦同樣トス」ト規定セリ此規定ニツキ注意スヘキモノ左ノ三點アリ

官ノ機密中ニ私人ノ秘密ヲ含ムヤ

第一　官ノ機密ノ意義

「官ノ機密」ノ意義ニ關シ市村法學士ハ「若シ我國ノ規程ヲ文字上ヨリ解スレハ官ノ機密トアルカ故ニ假令官吏カ其職務上知得セル私人ノ秘密ニテモ事官ノ機密ニ關係ナキモノニ就テハ官吏ニ秘密ヲ守ルノ義務ナシト謂ハサルヘカラス然レトモ是レ極メテ不條理ノ事ニ屬ス行政ノ運用ハ單ニ官ノ機密ヲ漏洩セサルヲ以テ足レリトセス私人ヲシテ自己ノ秘密ヲ官ニ申告スルモ爲メニ漏洩セラルル事ナシトノ信念ヲ懷カシムルニアラサレハ以テ充分ニ其職務ヲ盡ス能ハサル場合多シ此點ヨリ見レハ獨逸官吏法(第十一條官吏ハ其職務ニ依リ知リ得タル事項ニツキ在官中モ退官後モ之ヲ他ニ漏洩スルコトヲ得ス)ノ規程ハ寔ニ其注意ノ周到ナルヲ見ル吾人モ亦我國法上ノ解釋トシテ獨逸ノ如キ說明ヲ採ランコトヲ欲ス是レ或ハ法文ヲ曲解スルノ嫌ナキニアラスト雖モ私人ノ秘密モ官吏ノ職務ニ依リテ官ニ知レタルトキハ此點ニ付テハ官ノ秘密ト云フヲ得サルニアラサレハナリ」ト論シタレトモ之ハ學士自身ノ自白ノ如ク法文ノ曲解ニシテマタ理論上ヨリ云フモ此ノ如ク曲解ス

上官ニ秘密ヲ命ジタルトキハ秘密ヲ守ルノ義務ハ退官後モ繼續スヘキモノトス

ルノ必要ナシト信ス何トナレハ此秘密ヲ保ツノ義務ヲ官吏ニ負ハシメタルハ一私人ノ利益保護ノ爲ニアラスシテ全然統治者國家政府等ノ公ノ害ヲ防クノ目的ニ出タルモノニシテ尚其立法者ノ精神ハ民事訴訟法第二百九十條ニ「此許可ハ證言カ國家ノ安寧ヲ害スル虞アルトキニ限リ之ヲ拒ムコトヲ得」トアルニヨリ明ナリ故ニ官吏服務規律第四條ニモ官吏ハ己ノ職務ニ關スル、又ハ他ノ官吏ヨリ聞知シタルトヲ問ハスト規定シタルモノナリ若シ市村法學士ノ說ノ如クナストキハ一私人ノ秘密ヲ他ノ官吏ヨリ聞知シタルトキモ官吏ハ其秘密ヲ保タサルヘカラスシテ不當ニ其義務ノ範圍ヲ擴張スルコトトナレハナリ

又獨逸官吏法第十一條ニハ「其事件ノ性質上秘密ヲ要スルモノナルト又ハ上官ヨリ秘密ニスヘキコトヲ命セラレタルモノナルトニ拘ハラス之ヲ漏洩スルヲ得ス」ト規定セラレタルニ我官吏服務規則ニハ單ニ「官ノ機密ト」アルニ止マレルニ依リ性質上秘密ニスヘキモノノミヲ指スカ如キモ官吏ハスヘテ上官ノ命ニ服從スヘキノ義務ヲ有スルニ依リ上官ノ命ニ依リ秘密ニスヘキモノモ同シク官吏ハ其服務規律ニ依リ之ヲ漏洩スヘカラサルノ義務ヲ負フモノナリ

秘密ヲ守ルノ義務ハ退官後モ繼續ス

第二　義務ノ繼續期間

スヘテ官吏ノ義務ハ其官吏タルノ身分ニ伴フモノナルニ依リ退官ト同時ニ消滅スヘキスノトス然ルニ此秘密ヲ保ツノ義務ニ限リ退官後モ繼續スルモノナリ即何人ニテモ一旦官吏トナル以上ハ終身此義務ヲ負ハサルヘカラサルモノナリ併シ懲戒處分ハ官吏ノ身分ヲ有スルモノニ對シテノミ行ハルヘキモノナルニ依リ退官後此義務ニ違反スルモ再ヒ官吏トナラサル以上ハ之ヲ懲戒スルノ途ナシ只刑法上ノ制裁アル場合ニ限リ(例軍機保護法)之ニ對シ刑事上ノ責任ヲ負ハシムルニ過キサルナリ

第三　證人及鑑定人タルノ義務トノ關係

裁判所ノ法廷ニ證人若クハ鑑定人トシテ召喚セラレタルモノハスヘテ事實上ノ陳述若クハ鑑定上ノ陳述ヲ爲スノ義務ヲ有シ其召喚セラレタルモノカ官吏ナルトキハ秘密ヲ保ツノ義務ト牴觸スルノ虞アリ茲ニ於テ官吏服務規

律第四條第二項ニ「裁判所ノ召喚ニ依リ證人又ハ鑑定人ト爲リ職務上ノ秘密ニ就キ訊問ヲ受クルトキハ本屬長官ノ許可ヲ得タル件ニ限リ供述スルコトヲ得」ト規定シマタ之ニ對シテ民事訴訟法及刑事訴訟法ニ左ノ如ク規定セリ」

民事訴訟法第二百九十條　官吏公吏ハ退職ノ後ト雖モ其職務上默秘スヘキ義務アル事務ニ就テハ其所屬廳又ハ其最後ノ所屬廳ノ許可ヲ得タルトキニ限リ證人トシテ之ヲ訊問スルコトヲ得大臣ニ就テハ勅許ヲ得ルコトヲ要ス

證言ノ拒絶

此許可ハ證言カ國家ノ安寧ヲ害スル虞アルトキニ限リ之ヲ拒ムコトヲ得

刑事訴訟法百二十五條　左ニ記載シタル場合ニ於テハ證言ヲ拒ムコトヲ得」第一「官吏、公吏又ハ官吏、公吏タリシ者其職務上默秘スヘキ義務アル事情ニ關スルトキ

即秘密ヲ保ツノ義務ト證人鑑定人タルノ義務ト牴觸スル場合ニ於テハ前者ニ重キヲ置キ本屬長官ノ許可アルニアラサレハ官ノ機密ヲ絶對ニ漏洩スルヲ得サルモノトナシタルナリ

未發ノ文書ヲ關係者ニ公示シ得サルノ義務

此秘密ヲ保ツノ義務ニ關聯シテ一言スヘキハ官吏服務規律第五條ノ場合ナリ同條ニハ「官吏ハ私ニ職務上未發ノ文書ヲ關係人ニ漏示スルコトヲ得ス」ト規定シ以テ未發ノ公文書ヲ公示スヘカラサルノ義務ヲ官吏ニ負ハシメタリ蓋シ此場合ハ官ノ秘密ニ關係セサルニ依リ其漏洩ノ爲國安ヲ害スルノ虞ナキモ未發ノ文書ヲ關係人ニ示ストキハ不正ノ運動請託其他種々ノ官民間ノ腐敗ヲ生セシムルノ恐アレハナリ而シテ本條ニハ「其職ヲ退ク後ニ於テモ同樣トス」トノ明文ナキニ依リ此義務ハ在官中ニ限リ存在スルモノトス併シ立法論ヨリ云ヘハ退官後ニモ此制限ヲ存置スルヲ必要ト考フ蓋シ其公文書ヲ發表スル以前ニ當リ該官吏カ退官スルコトアレハナリ

第三項　職務ヲ充タスノ義務

官吏ハ必シモ職務ヲ負擔スルモノニアラスト雖モ職務ヲ擔任スルトキハ此義務ノ生スルコト言ヲ俟タス故ニ官吏服務規律第六條ニモ「官吏ハ本屬長官ノ許可ナクシテ擅ニ職務ヲ離レ及職務上居住ノ地ヲ離ルルコトヲ得ス」ト定メラレ

タリ獨逸官吏法第十四條ニ於テハ許可ナクシテ其職務ヲ離レタルトキハ其間俸給ヲ與ヘスト規定セルモ我國ニテハ懲戒ノ原因タルニ止リ直接俸給ニ影響スルノ明文ナキナリ併シ左ノ場合ニハ例外トシテ其義務ヲ免除セラルルモノトス

第一　忌避ト除斥

之ハ主トシテ裁判官ニ對シ生スルコトニテ此二者ハ裁判ノ公平ヲ維持スルカ爲裁判ニ關與セサラシムルノ原因ヲ爲スモノトス其除斥ト稱スルハ一定ノ事實アレハ法律ニ依リ當然除斥セラルルコトヲ指シ忌避ト稱スルハ當事者ノ申立ニ因リ裁判ニ關與セサラシムルコトヲ指スモノニシテ何レニシテモ此場合ニハ官吏カ職務ニ從事セサルヲ得ルモノニアラス寧ロ從事スル能ハサルモノナリ

第二　公ノ義務履行

官吏ハ一方ニ於テ一意專心職務ニ從事スヘキモノナルカ他ノ一方ニ於テマタ公ノ職務ヲ行ヒ或ハ公義務ニ服セサルヘカラサルコトアリ此場合ニ公義務ノ牴觸ヲ生ス其牴觸ノ結果何レニ從フヘキカハ事項ノ輕重ニ依テ一ナラス故ニ其重ナル場合ヲ二三左ニ例示シテ之ヲ説明セントス

公義務ノ牴觸

一　兵役

兵役ノ義務ハ國民一般ノ義務ニシテ重キ公義務ナルニ依リ官吏在職中ノモノト雖モ之ニ服セサルヘカラス故ニ定マリタル兵役ニ服務スヘキハ勿論戰時及演習ノ場合ニ臨時召集セラレタル場合ト雖モ之ニ應セサルヘカラス只餘人ヲ以テ代フヘカラサル職務ヲ奉スル官吏（市町村長、助役、收入役及議會ノ議員モ同シ）ハ徵兵令第二十四條ニ依リ豫備兵、後備兵ニアルト陸軍補充兵ニアルトヲ問ハス勤務演習、簡閲點呼ノ爲召集セラルルコトヲ免セラルルノミ而シテ官吏ノ其職務ヲ行フコトト兵役ニ服スルコトハ兩立セサルコトナルニ依リ兵役ニ服務スルトキハ退官スヘキモノナリト雖モ（但シ勤務演習、簡閲點呼ノ召集ニ應スル場合ハ此限ニアラス）試補及判任官見習並非職休職ノ官吏ハ其地位ノ儘一年志願兵トシテ服役シ得ルコトヲ定メラレタリ（明治二十三年勅令第六十二號）

兵役ニ服務スルトキハ退官セサルヘカラス

二　議員

議員ノ當選ニ應ズルトキハ所屬長官ノ許可ヲ受クルヲ要ス

我國ニテハ檢事、警察官、收稅官等ノ特別ノ官吏ヲ除ク外ハ官吏ハ議員ト相兼ヌルコトヲ許シタリ併シ議員ニ當選シタルモノハ之ヲ承諾スルノ義務ナキノミナラス議員ハ其開會中議場ニ出席セサルヲ得サルニ依リ官吏ニシテ當選シ之ニ應セントスルトキハ所屬長官ノ許可ヲ受クヘキモノナリ其コトハ市制町村制第十五條、郡制第六條、府縣制第六條ニ明文アリテ衆議院議員選擧法ニ明文ナキモ官吏ノ地位上當然ノコトナリ

三　證人及鑑定人

官吏ハ現職ニアルモノト雖モ證人又ハ鑑定人トシテ裁判所ヨリ召喚セラレタルトキハ出頭スルノ義務ヲ有スルノミナラス民事訴訟法第二十六條ニ於テ學術、技藝若クハ職業ニ從事スル爲ニ公ニ任命セラレタルモノハ鑑定ヲ爲スノ義務アルコトヲ規定シタリ併シ民事訴訟法第三百二十七條ニ依レハ官吏ハ其所屬廳ニ於テ異議アルトキハ之ヲ鑑定人トシテ訊問スルコトヲ得サルナリ（民事訴訟法第二百九十條第二百九十六條第二百九十七條第三百二十二條刑事訴訟法第百十八條第百二十五條第百三十條第百三十六條）

第三　休暇日

明治九年三月迄ハ一六ノ日ヲ以テ普通ノ休暇日ト爲シタリシカ同年四月ヨリハ日曜日ヲ以テ休暇日ト爲シ土曜日ハ正午十二時ヨリ休暇ト爲スコトヲ同年太政官達第二十七號ヲ以テ定メタリ又明治六年太政官布告第三百四十四號ニ依リ年中祭日祝日ノ休暇日ヲ定メラレ同年太政官布告第二號ニ依リ一月一日ヨリ三日迄十二月二十九日ヨリ三十一日迄休暇ト定メラレ同年太政官達第三百十八號ニ依リ父母ノ祭日ニハ休暇ヲ賜ハルコトヲ定メラレタリ又明治三年太政官第五百四十五號布告ニ依リ官吏遠國ニ出張シテ歸京シタルトキハ百里以上ハ三日五十里以上ハ二日二十五里以上ハ一日ノ休暇ヲ賜ハルモノト定メラレタリ（明治十八年七月內務省達戰外巡査看守休暇概則明治三十九年外務省令第五號在外公使館職員休暇規程明治三十六年四月司法省訓令第四號巡査看守休暇概則明

第四　賜暇休養

君主ノ特旨若クハ本屬長官ノ特別ノ許可ニ依リ官吏ニ休暇ヲ與フルコトナキニアラス殊ニ外交官領事官若クハ在外國郵便局及電信局官吏ノ如ク外國

ニテ勤務スル官吏ニ就テハ特ニ休暇ヲ與フルノ必要アリ故ニ明治三十四年勅令第二十三號ヲ以テ在外國郵便局及電信局官吏賜暇規則ヲ定メ明治二十六年勅令第百七十二號ヲ以テ外交官領事官赴任及賜暇規則ヲ定メタリ之ニ依ルトキハ滿三年以上外國ニ在勤シタル者ニハ一定ノ期限內ノ賜暇歸朝ヲ許可セラルルナリ（俸給ハ其間全額ヲ給ス）

俸給半減

第五　疾病上ノ缺勤及其他ノ事故缺勤

從來ノ慣例ニテハ疾病ノ場合ニハ屆出ヲ以テ缺勤ヲ許シ其他ノ事故缺勤ハ之ヲ許サス只父母ノ重病、死亡、葬式祭日ニ限リ本屬長官ニ於テ特ニ許可スルコトトナセリ

疾病ノ爲執務セサルコト九十日ヲ超エ及私事ノ故障ノ爲三十日ヲ超ユルトキハ其俸給半減サルルモノナリト雖モ其九十日及三十日ノ期日ハ固ヨリ繼續ノ場合ヲ指スモノナリ（明治三十九年外務省令第五號在外公使館職員休暇規程第二條參照）

第六　忌服

忌服ノ制ハ支那及我邦特有ノモノニシテ其手續ハ勅任官ハ奏上ヲ要シ奏任官ハ上官ニ屆出ツル慣例ナリ忌服ハ明治七年太政官布告第百八號ニテ京家ノ制ヲ廢シ武家ノ制ヲ用フルコトトナシタルカ實際長キニ過キテ執務上不便ナルニ依リ近年ハ滿期以前ニ特ニ除服出仕ヲ命スルコトトナセリ

第四項　上官ノ命令ニ服從スルノ義務

本屬長官ノ命令ヲ遵奉セサルヘカラス

行政ノ統一上官吏ノ間ニ上下ノ階級ヲ設ケ下級官吏ハ上官ノ命令ニ服從スルノ義務ヲ有ス故ニ我官吏服務規律第二條ニモ「官吏ハ其ノ職務ニ付本屬長官ノ命令ヲ遵奉スヘシ」ト規定セリ此服務規律第二條ノ本屬長官トハ所謂上官ノコトニシテ官吏ヲ指揮監督スルノ地位ニアルモノヲ指スナリ而シテ官等俸給位階ノ高下ハ上官タルト否トニ關係ナキモノニテ假シ官等俸給位階等ノ點ニ於テ劣下ナルモ指揮監督スルノ地位ニアル以上ハ上官タルナリ又上官ト下官トノ關係ハ或ハ官廳ヲ組織スル官吏ト其補助官吏トノ間ニ生スルコトアリ例ヘハ府縣知事ト府縣廳ノ官吏トノ關係或ハ各省大臣ト其省內官吏トノ關係ノ如シ或ハ上級ノ官廳ヲ組織スル官吏ト下級ノ官廳ヲ組織スル官吏トノ間ニ生スル

コトアリ例ヘハ内務大臣ト府縣知事トノ關係又ハ府縣知事ト郡長トノ關係ノ如シ或ハマタ上官トハ直接ニ下級官吏ニ對シ命令ヲ發スルノ地位ニ在ル上級官吏ヲ指スモノニテ等次ヲ超ヘテ更ニ上段ニ在ル者（例ヘハ府縣ノ官吏ニ對シ内務大臣ハ本屬長官ニアラサルカ如シ）及假ヘ級ハ上ナルモ傍系ニ屬スル者（他省ノ官吏ヨリスレハ一省ノ官吏ハ傍系ナリ）ハ此服從義務ノ所謂上官ニアラスト唱フルモノアリ其系統ノ異リタル上級ノモノカ上官ニアラサルコトハ言ヲ俟タサルモ等次ヲ超ヘテ更ニ上段ニアルモノモ同系統ニアル以上ハ服從義務ノ所謂上官ニシテ其命令ハ之ヲ遵奉セサルヘカラサルナリ蓋シ下級官吏カ其直接上官ノ命令ヲ遵奉スヘク其直接上官ノモノハ更ニ其上級ノ官吏ノ命令ヲ遵奉スヘキモノナルニヨリ其上級官吏ノ命令ニ下級官吏カ服從スヘキコト當然ノコトナレハナリ只直接上級ノ官吏ノ命令ト更ニ其上段ノ官吏ノ命令ト牴觸スルトキハ如何ニスヘキヤト云フニ此場合ニハ其上段ノ官吏ノ命令ニ服從セサルヘカラス蓋シ上下ノ命令牴觸スルトキハ下級ノ命令ハ其上級ノ命令ニ牴觸スルカ爲其拘束力ヲ失フヘキモノナレハナリ

上官ノ命令ノ性質

次ニ上官ノ命令ノ性質ヲ考フルニ之ハ機關内部ノ規程ニシテ人民ニ對シ拘束力ヲ有スルモノニアラサルニ依リ所謂法規ニアラス故ニ官吏カ處分ヲ爲スニ當リ此法規ニ牴觸スルモ行政訴訟ノ原因タル違法處分トナラサルナリマタ此上官ノ命令ニ一般的ノ法則ヲ爲スモノト個々ノ事實ニ關スルモノトアリ併シ其效力ニ輕重ノ差異ナキニ依リ一般的法則ノ命令ニ牴觸シタル個々ノ事實ニ關スル命令ヲ發スルコトヲ妨ケサルナリ蓋シ處分ハ法規ニ反スルコトヲ得サルモ此上官ノ命令ハ此等ノモノト性質ヲ異ニスレハナリ

更ニ進ンテ服從ノ義務ノ範圍ヲ考フルニ專制時代ニテハ行政法規備ハラサリシ爲上官ノ命令ト行政法規ト牴觸スルコトナシ從テ下級官吏ハ絶對服從ノ義務ヲ有シタルモ今日ハ行政法規多クナリシカ爲上官ノ命令ト行政法規ト牴觸スルアルヲ免レス而シテ之ニ關スル特別ノ明文ナキトキハ下級官吏ハ違法ノ上官ノ命令ニ對シ遵奉ノ義務アルヤ否ヤカ一ノ疑問ニ屬スルモノトス此問題ニ關シブルンチリー氏シュルツエ氏ハ「上官ノ命令カ法令ニ牴觸シタリト云フハ下級官吏一己ノ意見タルニ過キス上官ノ法令解釋權ハ下級官吏ノ法令解釋權ヨリ優ルカ故ニ上官カ法令ニ牴觸スルコトナシト主張スレハ下級官吏ニ於

上官ノ命令カ行政法規ニ牴觸シタルトキ

官吏服務規律第二條ニ依レハ下級官吏ニ於テハ上官ノ命令ヲ違法ト認ムルトキハ之ヲ上官ニ報告シテ其命令ヲ遵奉セサルヘカラススル

テ其命令ヲ遵奉セサルヘカラス若シ下級官吏ニ於テ上官ノ命令ヲ違法ト認ムレハ自己ノ意見ヲ陳述シテ以テ上官ヲ忠告スルノ義務アルモ其忠告ニシテ用ヒラレサルトキハ下級官吏ニ於テ之ニ服從セサルヲ得ス」ト論シ我官吏服務規律第二條ニモ此說ヲ採用シ「官吏ハ其職務ニ付本屬長官ノ命令ヲ遵守スヘシ但其命令ニ對シ意見ヲ述フルコトヲ得」（ザクセン官吏法第七條ニモ同樣ノ規定アリ）ト規定セリ固ヨリ立法論トシテハ之ニ對シ「違法ノ命令ハ下級官吏ノ忠告ニ依リ適法ノモノト變スルノ理由ナシ故ニ上官ノ命令カ違法ナルトキハ其忠告ヲ用ヒサリシトキニ於テ下級官吏ニ遵奉ノ義務ヲ生スヘキモノニアラスマタ上官ノ命令ニシテ遵奉スヘキモノナレハ初ヨリ之ニ服從スヘキモノニテ下級官吏ノ忠告ヲ俟ツヘキモノニアラス結局下級官吏ノ忠告ノ事實アリシカ爲遵奉ノ義務ヲ發生スルハ解スヘカラサルコトナリ」トノ非難アルヘシト雖モ我國ニテハ今述ヘタル明文アルニ依リ解釋上然ラサルヲ得ス或ハ我官吏服務規律第二條ノ但書ハ只下級官吏ニ意見ヲ述フルノ自由ヲ規定シタルニ止リ意見ヲ述フルノ義務ヲ定メタルモノニアラス故ニ忠告ヲ爲スト否トハ其下級官吏ノ自由ナルノミナラス

下級官吏ノ忠告ヲ容レサルトキ

忠告ヲ爲シテ容レラレサルモ絕對服從ノ義務アリト斷言スルヲ得ス即我官吏服務規律第二條ノ但書ハブルンチリー氏ノ說ト其主旨ヲ同フスルモノト云フヲ得ス」トノ反對ナキニシモアラスト雖モ此反對說ノ如ク解スルトキハ其但書ハ不用ニ歸ス何トナレハ下級官吏カ上官ニ對シ意見ヲ述フルヲ得ルハ當然ノコトニシテ敢テ明文ヲ俟タサルコトナレハナリ

若シ官吏服務規律第二條但書ニ對スル予輩ノ解釋カ誤ニシテ右ノ反對說ノ如キモノナルトキハ我國ニ於テ下級官吏カ其上官ノ命令ヲ違法ト認メテ忠告ヲ爲スモ容レラレサルトキ（或ハ忠告ヲ爲サスシテモ）ハ如何ニスヘキヤ或ハ絕對ニ其命令ニ服スヘキカ或ハ其服從ヲ拒ムヲ得ルカ行政法上ノ理論ヲ以テ之ヲ解決セサルヘカラス故ニ參考ノ爲此問題ニ對スル諸說ヲ擧クレハ

第一說　絕對服從ノ義務アリトノ說

此說ノ要旨ヲ擧クレハ「行政ノ統一上官吏ニ上下ノ階級ヲ設クル以上ハ上官ノ命令ハ下級官吏ニ於テ絕對ニ之ヲ遵奉セサルヘカラス若シ下級官吏ニ於テ上官ノ命令ニツキ其違法ナラサルヤ否ヤヲ審査シ違法ト認ムルトキハ其

官吏ノ服從義務ハ絶對無制限ノモノニアラス

服從ヲ拒ムコトヲ得ト爲ストキハ官吏ノ階級ヲ顚倒シ解釋權ヲ下級ニ移スノ結果ヲ生シ啻ニ官廳ノ組織及秩序ヲ紊スノミナラス國務ノ澁滯ヲ來タスモノナリ」ト云フニアリ併シ官吏ノ服從義務ハ此ノ如ク絶對無制限ノモノニアラス上官ハ如何ナル事項ト雖モ自己ノ欲スル處ニ從ヒテ之ヲ下級官吏ニ命令スルコトヲ得マタ下級官吏モ之ニ絶對ニ服從スヘキモノニアラス蓋シ官吏ハ各〻其職務上ノ權限ヲ有スルノミナラス官吏ハスヘテ法令ニ遵由スルノ義務アレハナリ

茲ニ於テ我國ノ絶對義務論主張者タル美濃部博士ノ如キモ次ノ如ク論セリ

「官吏ハ固ヨリ其職務ノ執行ニ當リ法律命令ニ遵由スルコトヲ要ス違法ナル上官ノ命令ニ遵由スルハ此義務ニ違反スルモノノ如シ然レトモ是レ上官ノ命令カ違法ナルコトノ確定シタル上ニ於テ始メテ云フコトヲ得ヘキモノナリ總テ國權ノ作用ハ其レ自身ニ於テ其適法ナルコトヲ證明スルノ力ヲ有ス若シ權限アル官廳ニ於テ適法ナリト認メテ其命令ヲ爲スニ於テハ其命令ノ適法ナルコトハ其レ自身ニ於テ決定セラレタルモノニシテ下級官吏ハ自己ノ見解ヲ以テ其違法ナルコトヲ主張スルヲ得ヘキモノニアラス故ニ上官ノ命令カ縱令其內容ニ於テ法規ニ違反スルコトアルモ官吏ハ之カ遵由ノ義務ヲ免カルヲ得ス併シ上官ノ命令カ下級官吏ヲ拘束スルニハ左ノ二要件ヲ必要トス

絶對服從ノ二要件

一　其命令ハ職務上ノ上官ヨリ發シタルモノナルコトヲ要ス

何人カ職務上ノ上官ナリヤハ官制ニ依リテ定マリ官吏ハ官制ノ規定ニ從ヒテ何人カ自己ノ上官ナリヤヲ自ラ判斷スルノ權利ト義務トヲ有ス職務上ノ上官ニアラサレハ服從命令ヲ發スルコトヲ得ス

二　上官ノ命令ハ職務ニ關スルモノナラサルヘカラス

職務ニ關係ナク命令者ノ一身上ノ利益ノ爲ニスルモノ又ハ受命者ノ私ノ生活ニ關スル事項ハ如何ナル場合ニ於テモ服務命令ノ目的タルコトヲ得ス官吏ノ私ノ生活ハ官吏ノ義務ニ無關係ナル問題ニハアラス官吏ハ職務以外ニ於テモ品位ヲ保ツノ義務ヲ有スルコトハ後ニ述フルカ如シト雖モ官吏ノ一身上ノ生活ハ服務命令ヲ以テハ之ヲ强制スルコトヲ得サルナリ

即チ美濃部博士ハ其絶對服從義務說ニ右ノ如キ二條件ヲ附加シタルナリ玆ニ於テ博士ノ說ハ要スルニ次ノラバンド氏等ノ唱フル形式審査說ト其形ヲ異ニシテ其質類似ノモノナルニ依リ次ノ說ト併セテ之ヲ批評セント欲ス

形式審査說

第二說　上官ノ命令ハ其形式ヲ審査セサルヘカラストノ說

此說ハラバンド、ザイデル、ツオルン諸氏ノ唱フル處ニシテ其說ノ要旨ヲ述フレハ下級官吏カ上官ノ命令ニ接シタルトキハ其形式ニ關シ次ノ四點ニ於テ之ヲ審査セサルヘカラス（獨逸內ノ邦國ニテハウユルテンベルヒノ官吏法チ初トシ此說ヲ採用シタル立法例少ナカラス）

一　上官ノ命令ハ其權限內ニ於テ發セラレタルモノナリヤ否

此點ニ於テ審査ヲ爲ス所以ハ官吏ハ其職務ニツキ各〻其權限ヲ有シ其權限內ノ事務ハ之ヲ爲スノ義務アルト共ニ其權限外ノ事務ハ之ヲ爲シ得サルノ義務ヲ有ス故ニ其權限外ノ事務ヲ爲ストキハ官吏ノ資格ニアラスシテ一個人ノ資格ナリ一個人ノ資格ニ於テハ下級官吏ニ對シテ上官ノ關係ナキヲ以テナリ

二　上官ノ命令ハ下級官吏自身ノ權限內ニ屬スルモノナルヤ否

形式審査說ニ對スル非難

此點ニ於テ審査ヲ爲ス所以ハ上官ノ命令カ下級官吏ノ權限ニ關セサルトキハ其命令ハ官吏トシテノ下級官吏ニ關係セサルヲ以テナリ

三　上官ノ命令ハ正當ノ形式ヲ以テ發セラレタルモノナルヤ否

此點ニ於テ審査ヲ爲ス所以ハ上官ノ命令カ所定ノ形式ニ適合セサルトキハ之ヲ上官ノ眞正ノ命令ト認ムルヲ得サルヲ以テナリ

若シ上官ノ命令ニシテ上官ノ權限內ノ事項ニ關スルノミナラス其命令ヲ受ケタル下級官吏ノ權限內ノ事務ニ屬シ且ツ其形式ニシテ適法ノモノナルトキハ縱令其命令ノ實質ヲ違法ト認ムルモ之ニ服從セサルヘカラスト云フニアリ然ルニボルンハック氏ハ此形式審査說ニ對シ非難ヲ加ヘテ曰ク「形式上ノ違法ト實質上ノ違法トノ區別明ナラス形式審査論者ハ權限問題ヲ以テ形式ニ關スルモノトセルモ權限ハ官制ノ意義解釋ニ依リテ定マルモノナレハ寧ロ實質上ノ問題ト見ルヘクマタ此區別明ナリトスルモ均シク違法タルニ拘ハラス形式上ノ違法ノ場合ハ其服從ヲ拒ムコトヲ得ルモ實質上ノ違法ノ場合ハ其服從ヲ拒ムコトヲ得スト爲スハ不當ナリ且形式ニ於テ適法ナル以上

上官及職務ニ關スル問題ハ實質上ノモノナリ

ハ實質ニ於テ違法ノ點アルモ其服從ヲ拒ムコトヲ得ストヲ爲ストキハ下級官吏カ之ヲ執行スルノ結果自ラ其違法行爲ノ責任ヲ受クル場合ニ於テモ尚之ヲ遵奉セサルヘカラサルノ不當ノ結果ヲ生スト此非難ハ實ニ當ヲ得タルモノナリ又美濃部博士ハ前述シタル如ク(一)上官ノ命令ハ職務上ノ上官ヨリ發シタルモノナリヤ(二)上官ノ命令ハ職務ニ關スルモノナルヤノ二點ハ下級官吏ニ於テ之ヲ審査シ其二點ニ於テ適法ナル以上ハ絶對ニ下級官吏ハ之ニ服從セサルヘカラスト論セラルルモ其何人カ自己ノ上官ナリヤ又上官ノ命令カ職務ニ關スルモノナリヤ否ノ點ハ官制及ヒ其他ノ法令ノ意義解釋ニ屬スルコトニシテ若シ絶對ニ下級官吏カ法令ノ解釋ヲ上官ニ對シテ主張スルヲ得サルモノナルトキハ此二點ニ關シ上下ノ官吏カ解釋ヲ異ニシタル場合ニ下級官吏ノ解釋ニ從フヘキモノト爲スノ理由ヲ解スルヲ得サルナリ要スルニ形式審査說ニ對シボルンハック氏ノ加ヘタルト同樣ノ非難ハ美濃部博士ノ所論ニモ及フモノナリ

第三說　或制限內ニ於テ上官ノ命令ノ實質ヲモ審査スヘキモノナリトノ說

條件附實質審査說

下級官吏カ上官ノ命令ヲ審査スルニ當リ形式ト實質トヲ區別スルノ理由ナキコト已ニ述ヘタル如クナルニヨリ或條件ノ許ニ實質ヲモ審査シ得ルモノナリトノ說モマタ少カラス併シ其說ニマタ種種ノ區別アルニ依リ之ヲ分ツテ左ニ紹介セント欲ス

一　ボルンハック氏ノ說

氏ハ上官ノ命令ニ關シ形式上ノ違法ト實質上ノ違法トヲ區別セスシテ其命令執行ノ結果下級官吏カ其制裁ヲ受クルモノナルト否トニヨリ其區別ヲ立テ其制裁ヲ受クル場合ニハ審査ノ義務アルモ其制裁ヲ受ケサル場合ニハ審査ノ權利アリテ審査ノ義務ナシト斷定シ其審査ノ權利アルニ止ル場合ニハ若シ審査シテ違法ト認メタル結果其上官ノ命令ニ服從ヲ拒ムコトヲ得ルモ其義務ナキニ依リ違法ト認メナカラ之ヲ執行スルモ其責任ナシト雖モ審査ノ義務アル場合ニ違法ノ上官ノ命令ヲ執行シタルトキハ其責任ヲ免ル能ハスト云ヘリ

然ルニ此說ハ普國ノ普通法ノ規定ヲ根據トシタルモノニテ其普通法ニテ

服從義務ノ有無ニ依リ責任ノ有無ニ決スヘキモノトス

ハ下級官吏ノ職務上ノ行爲カ法律ノ禁止シタルモノナルトキハ上官ノ命令ニ基キタルコトヲ理由トシテ其責任ヲ免ルヲ得サルモノト定メラル此ノ如ク責任ノ存在制度上明ナルトキハ此說ニ依ラサルヲ得スト雖モ之トノ同一ノ明文ナキ我國ニテハ此論ヲ採用スルヲ得サルナリ何トナレハ寧ロ服從ノ義務ノ有無ニ依リテ責任ノ有無決スヘキモノナルヲ以テナリ

併シ此說ニ對シ理論上非難スヘキ點アリ即審査ノ權利アル場合ト義務アル場合トヲ分チタルコトノナリ何トナレハ審査スル義務アルトキハ審査スルノ權利存シ職務上審査スル權利存スルトキハ審査スルノ義務伴フモノニシテ要スルニ審査スル權利アル場合ト審査スル義務アル場合トヲ區別シ得サルモノナルヲ以テナリ

二　有賀博士ノ說

博士ノ說ハボルンハック氏ノ說ニ更ニ一歩進メタルモノナリ即博士ハ「茲ニボルンハック氏ノ說ヲ補遺スヘキ一點アリ上官ノ命令カ文字ノ上ニ於テ明ニ違法タルコトヲ知ルヘキ場合ハ服從ノ義務ナシトスル是レナリ例

上官ノ命令ニ對シ服從ヲ拒ミ得ル場合

ヘハ或法律ニ「本法ハ明治何年何月ヨリ施行ス」トアルニ其未タ施行時期ニ至ラサル前ニ於テ之ニ依ルニ非サレハ施行シ難キ事務ヲ命令シ或ハ「此ノ規則ハ當分ノ中北海道沖繩縣ニ行ハレス」トアル規則ヲ沖繩縣ニ於テ施行センコトヲ命令シタル場合ノ如シ此等ハ毫モ意義ノ解釋ニ涉ラスシテ文面ニ涉リ直ニ違法ナルコトヲ知ルヘキモノナレハ下官ニ於テ之ヲ遵奉スルノ權利ナク若之ヲ執行シタルトキハ上官ト共ニ違法ノ責ヲ免レサルモノト見ルヲ穩當トス」ト論シ更ニ進ンテ下官カ上官ノ命令ニ對シ服從ヲ拒ムヲ正當トシ其爲ニ懲戒ヲ受クル理由ナキ場合ハ左ノ四トスト云ヘリ

第一　上官カ明ニ如何ナル官廳ノ職權ニモ屬スヘキモノニ非サル事件ニ付下官ニ向ケ發シタル命令(所謂私事命令)

第二　形式ヲ一定シタル事件ニ關シ上官カ此形式ヲ守ラスシテ下官ニ向ケ發シタル命令(所謂違式命令)

第三　法律命令意義解釋ニ涉ラス文字ノ上ニ於テ之ニ違反スルコト一目瞭然タル上官ノ命令(所謂錯誤命令)

第四　法律命令ニ於テ禁制シタル行爲ナルカ故ニ執行シタル本人ニ於テ其責ニ任セサルヘカラサル命令(所謂不法命令)

併シ特別ニ明文ヲ以テ此ノ如ク規定セサル以上ハ前ニ屢〻述ヘタル如ク等シク違法ノ上官ノ命令ニ對シ此四ツノ場合ニハ之ヲ拒ムモ懲戒ノ原因トナラスシテ其他ノ場合ニハ之ヲ拒ムコトヲ得ト論スルハ當ヲ得タルモノト云フヲ得サルナリ

上官ノ命令執行ノ結果刑罰ニ觸ルルトキ

三　キルヘンハイム氏ノ說

氏ハ上官ノ命令ノ形式ヲ審査シ得ルハ勿論上官ノ命令執行ノ結果刑罰ニ觸ルルトキハ之ニ對シテ服從ヲ拒ムコトヲ得ト云ヘリ今此說ヲ我國ニ採用シ得ルヤ否ヤヲ考フルニ舊刑法第七十六條ニハ「本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタル者ハ其罪ヲ論セス」ト規定シタルニ止リ「本屬長官ノ命令」ノ意義ヲ詳示セサルニ依リ此條文ノ意義ハ適法ノ命令タルト違法ノ命令タルトヲ問ハスヘテ上官ノ職務上ノ命令ニ從ヒテ爲シタル行爲ハ其罪ヲ論セスノ義カ或ハ上官ノ適法ノ命令ニ從ヒテ爲シタル場合ノミ其罪ヲ論セサルノ義カ其意義明ナラス故ニ其刑事上ノ責任ノ有無ハ官吏ノ服從義務ノ解釋ニ依リテ定マルヘキモノニシテ服從ノ義務アル場合ニハ不論罪ナリ服從ノ義務ナク行爲ノ自由ナル場合ノミ刑事上ノ責任ヲ生スヘキモノナルノミナラス新刑法ニ於テハ之ヲ改メ其第三十五條ニ「法令又ハ正當ノ業務ニ因リ爲シタル行爲ハ之ヲ罰セス」ト定メタルニ依リ益〻キルヘンハイム氏ノ說ハ我國ニ於テ適用セラレサルナリ

上官カ故意ニ法令ニ違反スル命令ヲ發スルトキ

四　コザック氏及岡法學士ノ說

コザック氏ノ說ハ下級官吏ハ上官ノ命令ニツキ其上官ノ權限內ニ屬スルモノナルヤ否ヤヲ審査シ若シ其權限外ナルトキハ之ヲ拒ムコトヲ得ルト共ニ上官カ故意ニ法令ニ違反スル命令ヲ發スルトキモ下級官吏ハ之ニ服從スルノ義務ナシト云フニアリテ岡學士モ其行政法論綱ニ於テ其故意說ヲ熱心ニ論セリ試ニ之ヲ引用センニ「要スルニ下官ノ服從義務ノ範圍ハ上官カ統治者ノ爲ニスル意思ヲ以テ善意ニ法令ヲ解釋シタルモノナリヤ否ヤノ事實問題ニ依リテ之ヲ決スヘキモノニシテ上官カ統治者ノ爲ニスル意

思ヲ有シ善意ト確信トヲ以テ下官ニ臨ミタル場合ニ於テハ下官ハ自己ノ解釋ヲ以テ其服從ヲ拒ムコト能ハス若シ此場合ニ於テ服從ヲ拒ムトキハ他日其上官ノ命令カ統治者ノ意思ニ非ラサルコト確定シタル場合ニ於テモ下官ハ尚ホ懲戒ノ責ヲ免カルルコト能ハス之ニ反シテ上官カ統治者ノ爲メニスル意思ヲ有セス法令ヲ曲解スル惡意ヲ有スルトキハ下官ハ全然之ニ服從スルノ義務ヲ有スルコトナク縱令其命令カ他日偶然ニモ適法ナルコト確定スルモ下官ハ之ニ服從セサルノ故ヲ以テ懲戒ノ責ニ任スヘキモノニアラサルナリ」ト此等ノ說ノ根據ハ官吏カ自ラ統治者ノ意思ニアラスト知テ發シタル命令ハ之ヲ官吏トシテノ行爲ト認ムルコトヲ得ス從テ之ニ服從ノ義務ナシト云フニアリ併シ官吏カ故意ニ違法ナリト信シテ爲スモ其實違法ニアラサルトキハ效力ニ何等ノ影響ナキト等シク官吏ノ行爲ノ效力ハ其意思ノ如何ニ依ルヘキモノニアラスシテ其職務ノ範圍內ナルヤ否及違法ナラサルヤ否ヤニ依テ決スヘキモノナリ

意思ハ法令ノ效力ニ關係ナシ

要スルニ右所述ノ如ク種々ノ說アリト雖モスヘテ其當ヲ得タルモノニアラサルニ依リ卑見ヲ試ニ述ヘンニ下級官吏カ上官ノ命令ヲ受ケタルトキハ先ツ其事カ國家ノ事務ニ關スルヤ上官ノ權限內ニ屬スルヤ自己權限內ニ屬スルヤ必要ノ形式ヲ備フルヤ否ヤヲ審査シ更ニ進ンテ其實質ニ於テ違法ナラサルヤ否ヤヲ審査セサルヘカラス審査ヲ爲ササルトキハ勿論若シ審査ヲ爲スモ此等ノ點ニ於テ缺クル所アレハ之ヲ行フタル下級官吏ハ上官ノ命令ニ口ヲ藉テ以テ自己ノ違法行爲ヲ爲シタルコトノ責任ヲ免カルルコトヲ得ス之ニ反シ若シ官吏カ上官ノ命令ノ審査ヲ誤リ形式上實質上眞ニ違法ナラサル命令ヲ違法ナリトシテ其執行ヲ拒ミタルトキハ懲戒ノ處分ヲ免レサルハ勿論ナリ蓋シ眞ニ違法ナリヤ否ヤハ下級官吏ノ主觀的解釋ニ依テ定マルモノニアラスシテ君主若クハ最高機關ノ解釋ニ依テ定マルヘキモノナレハナリ要スルニ予輩ハ官吏カ上官ノ命令ニ接シタルトキハ形式上ニ於テモ實質上ニ於テモ之ヲ審査スヘキモノナリトノ說ヲ懷抱スルモノナリ

常ニ下級官吏ハ上官ノ命令ニ口實ヲ藉テ責任ヲ免ルルヲ得スル

然レトモ此上官ノ命令ニ服從スル義務ニ例外アリ即獨立ニ自己ノ所信ニ從テ其職務ヲ行フヘキ官吏ハ其職務行爲ヲ決行スルニ際シ上官ノ命令ヲ受クルモ

職務ノ性質上獨立セサル官吏ノ命令ハ拘束ノ要ナク受ケシルコト

之ヲ遵奉スルノ義務ナキナリ例ヘハ行政裁判所評定官カ裁判ヲ爲シ或ハ會計檢査官カ檢査ヲ爲スニツキ上官ノ訓令ヲ受クルモ之ニ從テ判決決定ヲ下スノ必要ナクマタ大學教授カ專門ノ講義ヲ爲スニ際シ學說上ノ干涉ヲ上官ヨリ受クルモ之ニ從テ講說スルノ義務ナキカ如シ

第五項　身元保證金ヲ納ムル義務

官吏中身元保證金ノ納付ヲ必要トスルモノアリト雖モ其官吏ニ就テモ身元保證金ノ納付ハ官吏關係ノ成立要件タルモノニアラスシテ官職ヲ擔任スルカ爲之ニ伴ヒテ生スル處ノ一ノ公法上ノ義務タルニ過キス故ニ身元保證金ヲ納付セサルモ官吏タルコト疑ナキナリ

然レトモ其納付ノ義務タルヤ職務担任ノ條件タルモノナルニ依リ若シ之ヲ納メサルニ於テハ其職務ヲ行フコトヲ得ス從テ官職ノ擔任ヲ取消スコトヲ得

明治二十三年勅令第四號ニ依ルトキハ一定ノ會計官吏ハ必ス身元保證金ヲ納ムルノ義務ヲ有シタルモノナレトモ明治三十五年勅令第二百五號ヲ以テ此規定ヲ改メ大臣ノ自由裁量ニ依リテ會計官吏ヲシテ身元保證金ヲ納メシムルコトヲ命シ得ルモノトセリ故ニ我現行ノ制度ノ下ニ於テハ會計官吏ト雖モ當然身元保證金ヲ納ムヘキモノニ非スシテ大臣ノ命ニ依リテ納付ノ義務ヲ生スルニ過キサルモノナリ

身元保證金ヲ納付セサルトキ

或ハ身元保證金ノ納付ヲ怠ルトキハ俸給ヲ受クルノ權利ヲ奪フヘキモノナリト唱フル人アリト雖モ我現行制度ニ於テハ此義務違犯ノ結果ニ付キ何等ノ規定ヲ設クルコトナシ故ニ其結果トシテ當然俸給ヲ受クルノ權利ヲ剝奪シ得ルモノニ非ス唯一般ノ官吏ノ義務違犯ノ例ニ倣ヒ懲戒ノ制裁ヲ加フルコトヲ得ルノミ外國ノ例ニ於テハ身元保證金ハ現金ヲ以テ納メシムルモノアリ或ハ國債證券ヲ以テ之ニ代フルコトヲ許スモノアリ或ハ對人擔保ヲ許ス國アリテ其制一ナラス我國ニテハ明治三十六年五月勅令第六十號會計規則ニ依リ原則トシテ金錢ヲ以テ之ヲ納付セシメ例外トシテ公債證書又ハ土地ヲ以テ代納スルヲ許シマタ時トシテ二人以上ノ對人擔保ヲ許スモノナリ

身元保證金ヲ納付セシムル目的ハ官吏カ與ヘタル損害ヲ賠償セシムルノ擔保

ニ充ツルニアリ故ニ身元保證金ノ納付ハ公法上ノ關係ナルモ納付後ノ擔保關係ハ私法上ノ性質ニ屬ス而シテ會計官吏ノ賠償責任ノ有無ハ我國ニテハ會計檢査院ノ判決ニ依リ確定スルモノナリト雖モ各省大臣カ損害アリト認ムル場合ニハ會計檢査院ノ判決以前ト雖モ賠償ヲ命スルコトヲ得ルナリ

第三款　身上ノ義務

第一項　品位ヲ保ツノ義務

品位ヲ保ツノ義務ノ主ナル内容

官吏ハ國家機關トシテ其職務ヲ行フモノナルニ依リ其私ノ生活ニ於テモ官吏タルノ品位ヲ保ツノ義務アルモノトス蓋シ然ラサレハ國家ノ信用ヲ害シ政府ノ威嚴ヲ損スルノミナラス統治者ニモ累ヲ及ホスコトアレハナリ故ニ我官吏服務規律第三條ニ「官吏ハ職務ノ内外ヲ問ハス廉恥ヲ重ンシ貪汚ノ所爲アルヘカラス、官吏ハ職務ノ内外ヲ問ハス威權ヲ濫用セサルコトヲ務ムヘシ」ト定メ又同第十四條ニ「浪費シテ産ヲ破リ其分ニ應セサル負債ヲ爲スモノハ過失ノ一タルヘシ」ト規定セリ

一般ノ官吏ニ對スル制限

官吏ヲシテ職務上ヨリ云ヘハ專意其職ニ盡サシメンカ爲マタ私ノ生活ニ於テモ其品位ヲ保タシメンカ爲メ種々ノ制限ヲ設ケタリ今一般ノ官吏ニ通スル官吏服務規律上ノ制限ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　官吏ハ本屬長官ノ許可ナクシテ商業ヲ營ミ又ハ營業會社ノ社長若クハ役員トナルヲ得ス（官吏服務規律第七條第十一條第十二條）商業ヲ營ミ營業會社ノ社長役員トナルハ啻ニ官吏ノ職務ノ執行ヲ妨クルノミナラス其ノ品位ヲ損スル虞アルヲ以テ此制限ヲ設ケタルナリ併シ立法論ヨリ云ヘハ在職官吏ニハ絶對ニ之ヲ禁シ只休職非職待命ノ官吏ノミ本屬長官ノ許可ヲ以テ之ヲ爲シ得ルモノト定ムヘキナリ併シ制度ヲ此ノ如ク改ムルトキハ明治三十九年勅令第二百九號ニ依リ在職官吏カ株式會社ノ職員トナリ得ルコトヲ廢止セサルヘカラサル（明治八年第六十五號達官吏商業區分明治十四年第三十七號達明治十四年五月内達明治八年第百五十二號達）

第二　官吏ハ本屬長官ノ許可ヲ受クルニアラサレハ他ノ有給ノ公務ニ從事ス

第二項　官吏ニ對スル制限

ルコトヲ得ス（官吏服務規律第十三條）

此制限ヲ設クルハ官吏ノ職務ノ執行ヲ妨ケサラシムル爲ナリ故ニ現行法ニ於テハ給料ナキ他ノ事務ニ從事スルハ許可ヲ要セサルモ給料ノ有無ハ許可ノ要不要ヲ定ムルノ標準ト爲スニ足ラサルニ依リ立法論トシテハ給料ノ有無ヲ問ハス他ノ公務ニ從事スルハスヘテ許可ヲ要スルモノト爲スヘキナリ

第三　官吏ハ裁可ヲ經ルニ非サレハ外國ノ勳章、記章、尊稱又ハ贈遺ヲ受クルコトヲ得ス（官吏服務規律第八條第二項）

此制限ハ官吏ヲシテ忠實ニ其職務ヲ行ハシメン爲ナリ而シテ官吏服務規律第八條ニ外國政府ニ招聘サルル場合ノ規定ナキニ依リ外國政府ニ招聘サルル場合ハ官吏服務規律第十三條ニ依リテ本屬長官ノ許可ヲ請ハサルヲ得ス然ルトキハ官吏服務規律第八條ノ場合ト權衡ヲ失スルニ由リ立法論トシテハ外國政府ニ招聘サルルトキモ裁可ヲ要スルモノト改ムヘキナリ

第四　官吏ハ其職務ニ關シ他人ノ饗應又ハ贈遺ヲ受クルコトヲ得ス（官吏服務規律第八條第一項）

外國政府ニ招聘サルルトキ

現行法ニ依レハ職務ニ關係スルモノヨリ饗應ヲ受クルハ絶對ニ之ヲ禁シ職務ニ關シテ贈遺ヲ受クルハ本屬長官ノ許可アレハ支障ナキモノト爲セリ併シ其間ニ差異ヲ設クルハ當ヲ得サルノミナラス又共ニ絶對ニ之ヲ禁止スルハ却テ實行サレサルノ虞アルニ依リ（今日ノ實際上ヨリ云ヘハ第九條ノ如キハ行ハレス）共ニ本屬長官ノ許可ノ條件ノ下ニ之ヲ許スヲ適當ト考フルナリ

又此制限ノ目的ハ官吏ノ品位ヲ保タシムルノミナラス收賄ノ弊ニ陷ルヲ防クカ爲ナリ

第五　上官ハ職務ノ內外ヲ問ハス所屬官吏ヨリ贈遺ヲ受クルコトヲ得ス（官吏服務規律第十條）

此制限ハ下級官吏カ上官ニ媚ヲ呈シ以テ自己ノ榮進ヲ計リ若クハ自己ノ無能ノ寛容ヲ欲スルノ弊ヲ防クカ爲ナリ併シ今日此制限モ實際ニ行ハレサルコトアルハ極端ニ職務ノ內外ヲ問ハスト定メタルカ爲ナルニ依リ立法論トシテハ職務ニ關スル場合ハ本屬長官ノ許可ヲ條件トシテ之ヲ許シ職務ニ關係ヲ有セサル場合ハ無條件ニ之ヲ許スヲ宜シキヲ得タルモノト信ス

第六　官吏ハ私立汽船會社又ハ私立鐵道會社ヨリ無賃乘船、無賃乘車ノ切符ヲ受クルコトヲ得ス（官吏服務規律第十五條）

此制限ハ專ラ官吏ノ品位ヲ保タシムルカ爲ナリ併シ此制限モ今日實際ニ顧慮サルヽコトナシ其實行セラレサル所以ハ同ク極端ニ之ヲ制限シタルニ基クニ依リ之ニ就テモ職務關係ノ會社ヨリ贈與スル場合ハ本屬長官ノ許可ノ條件ノ下ニ之ヲ許シ職務ニ關係ナキ會社ヨリ贈遺スル場合ハ無條件ニ之ヲ許スモ妨ナシト信ス

本屬長官ノ意義

終リニ本屬長官ノ意義ヲ一言センニ官吏服務規律第二條ノ本屬長官トハ上官ノコトニシテ官吏服務規律第十六條ノ局長所長其他一部ノ長ノ如キハ其一例ナリト雖他ノ條項ニアル本屬長官トハ判任官ニ付キテハ其任免ノ權アル官吏ヲ指シ奏任官及普通ノ勅任官ニ付キテハ其任免ヲ奏薦スル官吏ヲ指スモノナリ例ヘハ府縣ノ屬官ニ對シテハ府縣知事、郡長ニ對シテハ內務大臣カ本屬長官タルカ如シ

然ラハ親任官ノ如キ本屬長官ヲ有セサルモノカ本屬長官ノ許可アルニ非レハ爲シ得サル事項ヲ爲サントスルトキハ如何ニスヘキヤト云フニ此場合ニハ天皇ノ許可ヲ得テ爲スヘキモノト解釋セサルヘカラス何トナレハ一般官吏カ無條件ニ爲シ得ヘキ事項ヲ親任官ハ自由ニ爲シ得ルモノト解釋スルハ法ノ精神ニ適合セスト信スレハナリ

特別ノ制限

其他官吏ニ對スル特別ノ制限ノ主要ナルモノヲ擧クレハ

第一　警察官、行政裁判所長及評定官、司法裁判所判事並陸海軍現役將校ハ政社ニ加入スルコトヲ得ス（治安警察法第五條）

第二　官吏職務外ニ於テ公衆ニ對シ政事上ノ意見ヲ發表セントスルトキハ內務大臣ノ許可ヲ受クヘシ但シ警察官ハ絕對ニ政治上ノ意見ヲ演說スルヲ得ス（二十七年四月內務省訓令第一號）

第三　府縣郡ノ官吏、警察官、收稅官、會計檢査官、行政裁判所長官及評定官並ニ司法裁判所判事、檢事ハ其地方議會ノ議員タルヲ得ス（府縣制、郡制、市制、町村制）

第四　警察官、收稅官、會計檢査官、行政裁判所長官及評定官並ニ司法裁判所判事檢事ハ他ノ官職ヲ兼ヲ及帝國議會衆議院ノ議員トナルヲ得ス（會計檢査院法

第八條）

第五　行政裁判所長官及評定官並ニ司法裁判所判事ハ右所述ノ外在職中左ノ諸件ヲ爲スコトヲ得ス（行政裁判法第四條）

一　公然政事ニ關係スルコト

二　府縣郡ノ參事會員タルコト（司法裁判所ノ判事ニ就テハ本項ノ禁止ナシ）

三　兼官ノ場合ヲ除ク外俸給アル又ハ金錢ノ利益ヲ目的トスル公務ニ就クコト

四　商業ヲ營ミ其他行政上ノ命令ヲ以テ禁シタル業務ヲ營ムコト

第六　陸海軍將官並ニ同等官ニ在テハ勅許ヲ仰キ准士官以上ニ在テハ陸海軍大臣ノ許可ヲ受クルニ非サレハ結婚ヲ許サス現役陸軍士官並ニ同等官以下ニ在テハ家計保護金ヲ納メシム海軍ハ家計保護金ナシ（十四年五月陸達第二十五號陸軍武官結婚條例二十五年十月勅令第八十七號海軍々人結婚條例）

第十四節　官吏ノ責任

第一款　懲戒上ノ責任

第一　性質

懲戒處分ハ必シモ官吏ニ對シテノミ之ヲ科スルモノニアラスシテ特別ノ權力關係者ノ間ニ行ハルヽモノナリ例ヘハ子ニ對スル親ノ懲戒處分、學生ニ對スル學校長ノ懲戒處分、僧侶教師ニ對スル管長ノ懲戒處分、議員ニ對スル議會ノ懲戒處分ノ如シ而シテ官吏ノ懲戒處分ト稱スルハ官吏ノ義務ヲ履行セシメ若シ到底履行セシムルノ見込ナキトキハ義務違反ノ官吏ヲ淘汰スル爲ニ科スル處ノモノナリ

刑罰中ニ職務犯罪（Amtsdelikt）ト稱スル官吏ノ身分ヲ有スルカ爲ニ犯シ得ル處ノ犯罪アリ此犯罪ニ對スル刑罰ト懲戒處分トハ如何ナル點ニ於テ區別セラルヘキヤト云フニ之ニ關シ種々ノ說アルヲ以テ其主要ナル說ヲ紹介シ然ル後卑見ヲ述ヘント欲ス

第一　程度說

刑罰ト懲戒處分トノ異ル點

此說ノ要旨ハ懲戒處分ハ刑罰ヲ補充スルモノニシテ性質上ヨリ云ヘハ刑罰ノ一種ナリ只兩者ノ間ニ程度上ノ區別存シ重大ナル職務上ノ犯罪ハ刑法ニ依リ之ヲ罰シ輕微ナル職務上ノ犯罪ハ懲戒法ニ依リ之ヲ罰スルモノナリト云フニアリ此說ハ刑法學者ノペルナー氏及シュルツエ氏等ノ唱フル處ナレトモ左ノ點ニ於テ刑罰ト懲戒處分トハ異ルニ依リ之ニ同意スルヲ得サルナリ

一　刑罰權ハ直接ニ國家統治權ノ作用ナルモ懲戒處分ハ任命者ト官吏トノ間ニ存スル特別ノ權力關係ニ基テ科セラルルモノナリ

二　刑罰ハ國家公共ノ秩序ヲ維持スルカ爲ニ科セラルルモノナルモ懲戒處分ノ目的ハ官吏部內ノ秩序ヲ維持スルニアリ

マタラバンド及リヨエニング氏ハ輕微ナル職務上ノ義務違反モ刑罰ヲ科スルコトアリ重大ナル職務上ノ義務違反モ刑罰ヲ受ケサルコトアルニ依リ此說ハ正當ニアラスト非難セリ

第二　法規說

此說ノ要旨ハ單純ナル懲戒法上ノ過失ハ單ニ職務上ノ義務(amtspflicht)違反ニシテ決シテ公ノ法規ノ侵害ニアラス之ニ反シ職務上ノ犯罪ト名クルハ必ス法規違反ノ行爲ヲ指スモノナリト云フニアリ此說ハリスト氏ノ唱フル處ナレトモリヨエニング氏モ云ヘル如ク此說ハ職務上ノ義務ニ關スル規定モマタ公ノ法規ナルコトヲ注意セサルノ誤ニ陷キルモノナリ

第三　敎育的懲治方法說(pädagogisches Zuchtmittel)

此說ノ要旨ハ懲戒處分ハ刑罰ニ反シテ只敎育的懲治ノ方法ニ過キサルモ刑罰ハ法規違反ニ對スル報復ナリト云フニアリ此說ハビンヂング氏ノ唱フル處ナレトモリヨエニング氏モ非難セシ如ク古キ時代ノ懲戒法ニ適合スルモ今日ノ懲戒法ニ適合スルモノニアラサルノミナラス懲戒免官ノ處分ニ對シテハ適用セラレサルナリ

此ノ如ク種々ノ說アリト雖モスヘテ當ヲ得ス然ラハ如何ニシテ之ヲ區別スヘキヤト云フニラバンド氏モ云ヘル如ク職務上ノ犯罪ハ啻ニ國家ト官吏トノ間ニ成立スル處ノ職務關係ヲ破ルノミナラス一般國家ノ秩序 (Allgemeine

職務上ノ犯罪ハ第三者ノ法益ヲ害スルトキハ之ヲ科スルモノナリ

staatliche Ordnung) ヲ侵害スル場合ニ生シ之ニ反シ懲戒上ノ犯罪ハ單ニ職務上ノ義務違反ノ場合ニ生スルモノトス故ニリヨエニング氏モ云ヘル如ク懲戒處分ハ官吏ノ行爲カ單ニ其職務上ノ義務違反ニ止ル場合ハ懲戒處分ニ限ラルルモ官吏ノ行爲カ之ニ止ラスシテ第三者ノ法律上ノ利益ヲ害スルトキハ職務上ノ犯罪トシテ之ニ刑罰ヲ科スルモノナリ（新刑法第百九十三條乃至第百九十七條參照）

第二　懲戒處分ト刑罰ト異ルヨリ生スル結果

一　同一ノ行爲ニ對シ懲戒處分ト刑罰トヲ科スルモ一事不再理トナラス併シ左ノ場合ニハ例外トシテ之ヲ併科スルコトヲ得ス

イ、刑罰ノ爲ニ官吏カ免官セラレタルトキ

之カ爲ニ文官懲戒法第七條ニ「懲戒ニ付セラルヘキ事件刑事裁判所ニ繫屬スル間ハ同一事件ニ對シ懲戒委員會ヲ開クコトヲ得ス懲戒委員會ノ議決前懲戒ニ付スヘキモノニ對シ刑事訴追ノ始マリタルトキハ事件ノ判決ヲ終ルマテ懲戒委員會ノ開會ヲ停止ス」ト規定シタリ

ロ、刑罰ヲ科スルヲ以テ足レリト爲シ同一行爲ニ對シ懲戒處分ヲ科スルヲ許ササルトキ

懲戒處分ハ目的罰ナリ

二　官吏カ刑罰ヲ受クルモマタ必シモ懲戒處分ヲ受クヘキモノニアラス蓋シ兩者其目的ヲ異ニスルヲ以テナリ例ヘハ官吏カ失火ニ依リ罰セラルルモ懲戒處分ノ原因トナラサルカ如シ

三　特ニ過失犯ヲ罰スル場合ノ外犯罪ノ成立ニハ故意ヲ必要ト爲スモ懲戒犯ノ成立ニハ必シモ故意ヲ必要ト爲スモノニアラス

四　裁判所カ刑罰ヲ宣告スルニ果シテ國家公共ノ秩序ヲ維持スルニ必要ナリヤ否ヤヲ考量スルノ餘地ナキモ懲戒處分ハ官吏ノ職務上ノ義務違反アレハ必ス科スヘキモノニアラスシテ懲戒權ヲ有スルモノカ官吏關係ノ秩序ヲ維持スルニ必要ナルコトヲ認メタル場合ニ於テノミ之ヲ科スヘキモノト爲スヲ妨ケス之レ我國ノミナラス他國ニ於ケル立法例マタ然リ故ニ懲戒處分ハ目的罰ノ一種ニ屬スルモノナリ

五　刑罰ニ時効ノ規定アルモ之ハ當然懲戒處分ニ適用サルルモノニアラス若シ懲戒處分ヲ時效ニ罹ラシメントスルトキハ特別ノ明文ヲ要ス併シ我

國ニハ此ノ如キ明文ナキナリ

六　刑罰ニ併合罪(數罪俱發)ノ規定アルモ之モ當然懲戒處分ニ適用サルルモノニアラス而シテ我懲戒處分ニ關スル制度中之ニ關スル明文ヲ有セサルナリ

懲戒處分ハ法律ノ規定ニ依ラサルヘカラサルモ之ニ反シ前ノ解釋ニ依ルトキハ公共團體ノ名譽職ノ懲戒處分ハ法律ノ規定ニ依ラサルヘカラサルモ之ニ反シ前ノ解釋ニ依ルトキハ公共團體ノ名譽職ノ懲戒處分ハ法律ノ規定ニ依ラサルヘカラサルモ之ニ反シ前ノ解釋ニ依ルトキハ公共團體ノ名譽職ノ懲戒處分ハ法律ノ規定ニ依ラサルヘカラサルモ之ニ反シ前ノ解釋ニ依ルトキハ公共團體ノ名譽職ノ懲戒處分モ官吏ノ懲戒處分ト等シク法律ヲ以テ定ムルノ必要ナキコトトナルナリ之ハ憲法ノ問題ナルニ依リ其詳細ハ憲法ニ讓リ簡單ニ此疑問ニ對スル私見ヲ述ヘンニ我憲法第二十三條ハ固ト英國ヨリ出タルモノニテ普通人民ニ對スル刑罰保障ノ規定ニ止リタルモノニテ懲戒處分ヲ包含セサリシモノナリ故ニ規定ノ沿革上ヨリ云フモ右ノ前ノ解釋ニ依ルヘキハ勿論刑罰ト懲戒處分ト其性質ヲ異ニスル點ヨリ見ルモ其前ノ解釋ヲ採用スヘキモノナリ併シ何レノ解釋ニ依ルモ官吏ノ懲戒處分ニ就テハ法律ヲ以テ之ヲ規定スルノ必要ナキモノト云フヘシ

市村法學士ハ後ノ解釋ヲ主張シテ「臣民ヲ強制シテ公共團體ノ名譽職ニ就カシメ而カモ法律ニ依ラスシテ懲戒スルコトヲ許サハ臣民ハ先ツ強制セラレテ或地位ニ立タシメラレ而シテ後自由ニ勅令ニテ懲戒罰ヲ加ヘラルルコトトナリ憲法第二十三條ノ保障ハ或形式ノ假面ノ下ニ全ク蹂躙セラルルニ至ルヘシ」ト論スト雖元來憲法第二十三條ハ身體ノ自由ヲ保障シタルモノニテ懲戒處分ヲ以テ身體ノ自由ヲ拘束スルハ後ニ論スル如ク其目

的ニ超越スルモノナルニ依リ前ノ解釋ニ依ルモ憲法第二十三條ノ精神ニ背反スルコトナキナリ

第三　懲戒ノ原因

官吏ニ對スル懲戒處分ノ原因ハ官吏ノ服務義務違反ノ行爲ナリ而シテ其範圍ヲ明ニスルカ爲現行制度ニツキ之ニ關スル規定ヲ參照ノ爲擧示スレハ現行文官懲戒令第二條ニハ

官吏ノ懲戒ヲ受クヘキ場合左ノ如シ

一　職務上ノ義務ニ違背シ又ハ職務ヲ怠リタルトキ

二　職務ノ内外ヲ問ハス官職上ノ威嚴又ハ信用ヲ失フヘキ所爲アリタルトキ

トアリ又其前ノ明治九年四月太政官達第三十四號ノ文官懲戒令第一條ニハ「官吏ノ職務上ノ過失ハ本屬長官ニ於テ懲戒權ヲ有スヘシ」ト規定シ其過失ノ意義ニ就テハ同年太政官達ノ長官懲戒處分心得ニ「過失トハ過誤失錯不注意ニ出ツルモノヲ謂フ其怠惰ニ出ツル者亦過失トス其素行修マラスシテ官吏ノ體面ヲ汚ス者亦過失ニ準ス」ト明示シ且又官吏服務規律第十六條ニモ「凡ソ局長所長其他一部ノ長ハ各所屬官吏ヲ監督シ其過失若シ懲戒處分ヲ行フノ區域ノ内ニ在ラサル者ハ之ヲ訓告スルコトヲ務ムヘシ若シ懲戒處分ヲ要スト認ルトキハ事狀ヲ具ヘテ之ヲ本屬長官ニ稟告スヘシ其情ヲ知リ隱蔽シテ稟告セサル者亦過失タルコトヲ免レス」ト規定シテ此等ノ所爲モマタ懲戒ノ原因タル過失ノ範圍ニ屬スルコトヲ明ニシタリ併シ此懲戒ノ原因タル過失ノ文字ハ故意ニ對スルモノニアラスシテ服務義務ノ違反行爲ヲ指スモノタルコトヲ注意スヘシ蓋シ然ラサレハ「素行修マラスシテ官吏ノ體面ヲ汚ス者亦過失ニ準ス」トノ故意ノ行爲ヲモ過失トナスノ明文ヲ解スルコト能ハサレハナリ要スルニ此等ノ規定ヲ湊合シ懲戒ノ原因トシテ實際ニ如何ナル行爲ヲ指スカヲ粗ホ解シ得ルモノト考フルナリ

過失ノ意義

第四　懲戒罰

元來懲戒罰ハ裁量罰ナルニ依リ刑罰ニ於ケル如ク犯罪行爲ト刑罰トヲ相對照シテ定ムルコトナシ例セハ刑法ニ於テハ竊盜ニ就テハ十年以下ノ懲役ニ

懲戒處分トシテ生命ヲ奪ヒ或ハ自由ヲ制限スルモノニアラス

處ス重婚ニ就テハ二年以下ノ懲役ニ處スト定ムト雖懲戒令ニ於テハ譴責、減俸、免官云々ト懲戒罰ノ種類ヲ列擧スルニ止リ如何ナル行爲ニ對シ其一ヲ科スルカニツキ定ムルコトナキナリ又其罰ノ種類ニ就テモ刑罰ニ於テハ自由刑生命刑ノ如キ種類ヲモ有スルモ懲戒罰トシテハ此ノ如キ罰ヲ科スヘキモノニアラス何トナレハ懲戒罰ノ目的ハ官紀ヲ維持スル爲ニ即職務上ノ義務違反ノ官吏ヲ出ササラシムル爲ナルニ依リ懲戒處分ハ官吏關係ヨリ生スル權利剝奪ニ止ルカ又ハ其ノ極度トシテ官吏關係ヲ消滅セシムヘキモノニテ官吏ノ生命ヲ奪ヒ若クハ其自由ヲ侵スヘキモノニアラサレハナリ陸軍懲罰令ニテハ重營倉、輕營倉海軍懲罰令ニ於テハ拘禁ト名ツクル自由ヲ拘束スル處ノ懲戒罰ヲ設ケタリト雖モ之ハ陸海軍ノ軍紀ヲ維持スル爲ニ特別ノ必要アルカ爲ナリ

懲戒罰ノ種類トシテ一般ニ採用セラルヽモノヲ擧クレハ譴責、減俸、轉官、轉職、停職、免官等ニシテ其中免官ハ淘汰罰ニシテ他ハ矯正罰ナリ其矯正罰ハ服務違反ノ官吏ヲシテ反省セシメ將來再ヒ服務違反ノ行爲ナカラシムルカ爲ニ

譴責ト懲戒ト同シカラス

科スルモノニテ淘汰罰ハ到底矯正ノ見込ナキカ爲官吏關係ヲ絶タンカ爲ニ科スルモノナリ

我普通文官ノ懲戒罰（會計檢査官ノ懲戒罰マタ同シ）ハ文官懲戒令ニ於テ左ノ如ク定ム

一　譴責

譴責トハ公然ノ叱責ニシテ官報ニ公示スルモノトス又此譴責ト訓告ト同シカラサルコトヲ注意スヘシ訓告トハ上官カ其指揮監督權ニ依リ下官ニ對シテ訓戒ヲ爲スモノナルモ譴責ハ之ニ反シ下官ニ對シテ其服務義務違反ヲ爲シタルコトヲ通告シ其違反ノ結果トシテ叱責スルコトヲ云フナリ

我官吏服務規律第十六條ニモ「局長所長其他ノ部長ハ各所屬官吏ヲ監督シ其過失懲戒處分ヲ行フノ區域内ニ在ラサル者ハ之ヲ訓告スルコトヲ務ムヘシ」ト規定シテ訓告ハ懲戒處分ノ内ニ屬セサルコトヲ示シタリ

二、減俸（一月以上一年以下年俸月割額若クハ俸ノ三分一以下ヲ減スルモノトス）

減俸ト稱スルハ一時俸給ヲ受クル權ヲ制限スルコトニテ懲戒處分トシテ之ヲ行フハ俸給ノ性質ニ背クモノナルコト已ニ前ニ述ヘタルカ如シ

免官ハ懲戒罰ナリ

三、免官

官吏ノ懲戒處分ハ官吏ノ義務ヲ強制スルモノナリト說ク人ナキニアラズ

マタ之ニ對シ免官カ懲戒處分ナル以上ハ懲戒處分ハ官吏ノ義務ヲ強制シテ完フセシムル方法ナリト云フヲ得スト論スルモノアリ

判事ニ對スル懲戒罰ハ判事懲戒令ニ於テ

一、譴責
二、減俸
三、轉所
四、停職
五、免職

ト定メ陸軍々人ニ對スル懲戒罰ハ陸軍懲戒令ニ於テ免官、重謹慎、輕謹慎、重營倉、輕營倉、禁足、禮遇停止、譴責等ト定メ海軍々人ニ對スル懲戒罰ハ海軍懲罰令ニ於テ謹慎、拘禁禁、足等ト定メタリ

第五　懲戒罰ノ結果

直接懲戒罰ノ結果ト見ルヘキモノハ

一　免官處分ヲ受ケタルモノハ其免官ノ日ヨリ二年間官職ニ就クコトヲ得ス

二　免官處分ヲ受ケタル者ノ中其情重キモノニ就テハ位記ヲ返上セシム

三　免官處分ヲ受ケタル者ハ退官賜金若ハ恩給ヲ受クルコトヲ得ス

等ナリ

第六　懲戒手續

一　文官懲戒令ニ依ルモノ

勅任官ノ免官及減俸ハ懲戒委員會ノ議決ヲ具シ內閣總理大臣之ヲ奏請シ奏任官ノ免官ハ懲戒委員會ノ議決ヲ具シ內閣總理大臣ヲ經テ本屬長官之ヲ奏請シ裁可ニ依リ之ヲ行フ奏任官ノ減俸及判任官ノ免官及減俸ハ懲戒委員會ノ議決ニ依リ本屬長官之ヲ行フ譴責ハ本屬長官之ヲ行フモノトス

故ニ本屬長官ヲ戴カサル官吏ニ對シテハ譴責ナキナリ

又懲戒委員會ハ之ヲ分テ文官高等懲戒委員會及文官普通懲戒委員會トナ

懲戒機關

懲戒委員會ノ組織

ス文官懲戒委員會ハ唯一ツニシテ高等官ノ懲戒ノ議決ヲ爲シ文官普通懲戒委員會ハ判任官ノ懲戒ノ議決ヲ爲スモノニテ懲戒令ニ指定セル各官廳ニ置クモノトス

高等懲戒委員會ハ委員長一人委員六人ヲ以テ之ヲ組織シ委員長ハ樞密顧問官委員ハ行政裁判所長官勅任評定官勅任判事及他ノ勅任文官ノ中ニ付キ之ヲ命スルモノニテ普通懲戒委員會ハ委員長一人委員二名乃至六名ヨリ成ルモノトス

又懲戒處分開始ノ手續ヲ云ヘハ本屬長官ハ部下ノ官吏ニシテ譴責以上ノ懲戒ニ當ルヘキ所爲アリト思料スルトキハ證憑ヲ具ヘ書面ヲ以テ懲戒委員會ノ審査ヲ要求スルヲ要ス

二　判事懲戒令ニ依ルモノ

懲戒裁判所ハ各控訴院及大審院ニ之ヲ置ク懲戒裁判所ハ所屬裁判所ノ判事ヲ以テ之ヲ組織シ檢事ノ職務ハ檢事長若クハ檢事總長之ヲ行フモノトス大審院ニ屬スル懲戒裁判所ハ(1)一審終審トシテ大審院ノ判事控訴院長及控訴院部長ニ對スル懲戒裁判所ハ文官懲戒委員會ト異リ檢事ノ申立ニ依リ又ハ職權ヲ以テ懲戒裁判ヲ開始スヘキヤ否ヤヲ決定スルヲ以テ積極的ノ行動ヲ爲シ得ルモノトス

又懲戒裁判所ノ判決ハ懲戒委員會ノ議決ト異リ直接ニ效力ヲ生スルモノニテ譴責及免官ハ別ニ執行ヲ要セス減俸轉所及停職ニ就テハ司法大臣ニ於テ之カ執行ヲ爲スモノトス

三　會計檢査官懲戒法ニ依ルモノ

懲戒裁判所ハ七人ノ合議ニシテ長官一人（樞密顧問官ノ中ヨリ）裁判官六人（內三人ハ大審院判事ヨリ三人ハ會計檢査官ノ中ヨリ內閣總理大臣ノ奏請ニ依リ之ヲ補ス）檢察官（大審院勅任檢事ノ中ヨリ內閣總理大臣ノ奏請ニ依リ之ヲ補ス）ノ中立ニ依リ又ハ其職權ヲ以テ懲戒裁判ヲ開始スヘキヤ否

ヤヲ決定スルモノナリ

懲戒手續開始後辭職シ得ルヤ

第七　懲戒權ノ停止及消滅

官吏ノ懲戒處分ハ官吏ヲシテ服務上ノ義務違反ナカラシメントスルヲ目的ト爲スモノナルニ依リ官吏ノ身分ヲ有スルトキニアラサレハ之ヲ懲戒スルヲ得ス故ニ左ノ場合ニ於テ懲戒權ハ停止又ハ消滅スルモノトス

一　懲戒權ノ停止

1　刑事裁判ノ繫屬中ナルトキ

本屬長官ノ專行スヘキ懲戒處分ハ刑事訴追ニ關セス之ヲ決定スルヲ得

2　辭職シタルトキ

懲戒手續開始後ニシテ懲戒處分決定前ニ辭職スルコトヲ得ルヤ否ヤハ一ノ疑問ニ屬スルモノナリ蓋シ懲戒免官アルトキハ前述シタル如キ結果ヲ生スルニ依リ其結果ヲ避クルカ爲決定前ニ辭職セントスルモノナキニアラサレハナリ併シ辭職ニ由リ官吏關係直ニ消滅スルモノニアラスシテ其許可ヲ待ツテ始メテ消滅スルモノナルニヨリ若シ懲戒處分ヲ爲シ置クノ必要アラハ辭職ノ許可ヲ與ヘスシテ之ヲ懲戒スルコトヲ得

官吏關係ト懲戒權共ニ消滅スルモノニアラス

3　免官サレタルトキ

或ハ右ノ(2)及(3)ノ場合ハ官吏關係消滅ノ場合ニテ之ト共ニ懲戒權ハ消滅スルニヨリ後ニ再ヒ就官スルモ前官在職中ノ行爲ニツキ懲戒處分ヲ爲スコトヲ得スト論スルモノナキニアラス其理由トスル處ハ一旦消滅シタルモノハ再ヒ回復スルコトナシト云フニアリ併シ消滅カ停止カカ一ノ疑問ナリ而シテ官吏ノ服務違反ノ事實其モノハ官吏關係消滅ト共ニ消滅スルモノニアラス只官吏タルノ身分ヲ有セサルカ爲懲戒處分ヲ爲シ能ハサルモノナルニ依リ辭職及免官ノ場合ニハ懲戒權ノ消滅ト見ルヨリハ其停止ト見ルヲ至當トス而シテ懲戒處分ニハ時效ノ定メナキニヨリ再ヒ就官シタル以上ハ何時ニテモ前官在職中ノ行爲ヲ理由トシテ懲戒處分ヲ爲シ得ルモノトス又美濃部博士ハ位記、稱號、恩給等ヲ剝奪スルカ爲メ官吏關係消滅後モ懲戒手續ヲ進行シ得ト說カレタルモ之カ爲ニハ特別ノ明文ヲ要ス而シテ我國ニハ其明文ナキナリ

官吏休職、待命ヲ命セラルルモ只職務ヲ有セサルニ止リ依然官吏ノ地位ヲ有スルモノナルニ依リ固ヨリ懲戒處分ヲ爲スコトヲ得ルナリ

二　懲戒權ノ消滅

1　官吏ノ死亡シタルトキ

2　懲戒法規ヲ異ニスル官職ニ轉シタルトキ

同一ノ懲戒法規ノ適用ヲ受クル官職ニ轉スルモ懲戒處分ヲ行フニ妨ナキモ懲戒法規ヲ異ニスル官職ニ轉シタルトキハ懲戒權消滅ス蓋シ服務違反ノ行爲ヲ爲シタルモ其地位ニ伴フ懲戒法規カ最早適用セラレサルヲ以テナリ併シ前ノ懲戒法ノ適用ヲ受クルノ地位ニ再ヒ轉シタルトキハ懲戒セラレ得ルコト勿論ナリ

轉官スルトキハ懲戒權消滅スルモノトス云フナリ

第七　懲戒法規

我現行ノ官吏ノ懲戒法規中主ナルモノハ

一、判事懲戒法、會計檢査官懲戒法

二、陸軍懲罰令、海軍懲罰令

親任官ニ對スル懲戒規定ナシ

三、行政裁判所長官、評定官懲戒令

四、文官懲戒令

此文官懲戒令ハ普通ノ文官ニ一般ニ適用スルモノナルモ親任式ヲ以テ叙任スル官ニ之ヲ適用セス而シテ親任官ニ適用スル特別ノ規定ナキニヨリ親任官ニ對シテハ全ク懲戒ノ規程ヲ缺クモノナリ之ニ反シ高等官試補及判任見習ハ制度上ノ官吏ニアラサルモ高等官試補ハ奏任官ニ準シ判任見習ハ判任官ニ準シ特ニ文官懲戒令ヲ適用スルコトトナセリ

第二款　刑事上ノ責任

官吏ノ行爲カ單ニ服務義務違反ニ止ルトキハ懲戒處分ヲ課スルニ過キサルモ其行爲カ若シ官紀ヲ紊スニ止ラスシテ國家公共ノ秩序ヲ害シタル場合ニ於テハ懲戒處分ヲ以テ足レリト爲サスシテ刑罰ノ制裁ヲ課スルコトヲ得ルナリ併シ如何ナル行爲ハ懲戒處分ノミニテハ不十分ニシテ尚刑罰ヲ課セサルヘカラサルヤト云フコトハ刑法上ノ立法問題ニ屬スルニヨリ玆ニハ之ニ關スル議論

ヲ避ケ只官吏ノ職務上ノ犯罪ノ説明ヲ爲スニ止メント欲スルナリ

第一　職務犯罪

職務犯罪トハ犯罪者カ官吏タルコトヲ必要トスルモノニテ即官吏ニアラサレハ犯スコトヲ得サル犯罪ヲ指スモノナリ尚其實質ヲ云ヘハ官吏カ其職權ヲ濫用シ又ハ其職務ヲ怠ルニヨリ不法ニ法益ヲ侵害スル犯罪ヲ稱スルナリ

此場合モ固ヨリ服務義務違犯ナルモ之ニ對シ單ニ懲戒處分ヲ課スルニ止ラスシテ刑罰ヲ課スル所以ハ不法ニ法益ヲ侵害スルカ爲ニシテ即國家公共ノ秩序ヲ紊スヲ以テナリ故ニ職務犯罪ニ對シ刑罰ヲ課スル原因ハ服務義務違反ニアラスシテ不法ニ法益ヲ侵害シタルニアルナリ

次ニ注意スヘキハ官吏ノ職務犯罪ハ官吏カ其權限内ニ於テ職權ヲ濫用シ若クハ其職務ヲ怠リタルコト之ナリ若シ官吏カ其權限外ニ於テ國務ヲ不法ニ行フモ所謂職務犯罪ニアラサルナリ或ハ不法行爲ハ常ニ權限外ノ行爲ナリト論スルモノアリ其理由ハ官吏ハ適法ニ其職務ヲ執行スルコトヲ委任セラレタリト雖モ違法ニ之ヲ執行スルコトヲ委任セラルルコトナシ官吏カ違法ニ其職務ヲ執行シタルトキハ委任以外ノ行爲ニシテ權限外ノモノナリト云フニアリリヨエニング氏ノ如キハ其論者ノ一人ナルモ此説ハ當ヲ得タルモノニアラス元來官吏カ其職務ヲ行フニ當リテハ法律命令ヲ解釋スルノ權ヲ有シ又公益ヲ認定スルノ權ヲ有スルモノニテ此權ナキトキハ其權限ヲ全ク行使スルコトヲ得ス故ニ官吏ノ行爲ハ常ニ適法ナルコトヲ擔保シ得ヘキモノニアラスシテ官吏ハ其委任ヲ受ケタル國務ヲ行フニツキ違法ナル權限行使ヲ爲スコトアルヲ覺悟セサルヘカラス即不法行爲モ官吏ノ權限内ノ事務ニ關スルモノナルトキハ上官ヨリ取消サルル迄ハ之ヲ有效ナル官吏トシテノ行爲ト認メサルヘカラス若シ之ニ反シ不法行爲ハスヘテ權限外ノ行爲ニシテ無效ナリト爲ストキハ人民カ官吏ノ行爲ト信シタルコトモ其實不法ナルカ爲メ無效トナルコトアレハナリ

併シ官吏ノ行爲カ權限内ナルヤ否ヤハ官吏自身ノ主觀的解釋ニヨリ定マルモノニアラサルニヨリ官吏自身カ權限内ノ行爲ト爲シタルコトモ其實權限外ノ行爲ナルコトナキニアラス其トキニハ普通ノ犯罪成立スルコトアルモノニアラスト雖モ

不法行爲ハ權限外ノ行爲ナルヤ

權限内ナルヤ否ヤハ官吏ノ主觀的解釋ニ依リ定マルモノニアラス

職務犯罪成立スルコトナシ例ヘハ逮捕スルノ權限ヲ有セサル官吏カ不法ニ人ヲ逮捕シタル場合ハ普通ノ不法監禁罪ニシテ刑法第百九十四條ノ濫職罪ニアラス又審問スルノ權限ヲ有セサル官吏カ被告人ヲ拷問シタル場合ハ普通ノ傷害罪ニシテ刑法第百九十五條ノ濫職罪ニアラサル如シ

職務犯罪ノ成立要件

次ニ注意スヘキハ職務犯罪ノ成立要件トシテハ官吏カ不法ニ職權ヲ濫用シ又ハ職務ヲ怠リタルモノナラサルヘカラスシテ其不法ナルコトヲ必要トスルナリ併シ之ニハ左ノ例外アリ

一　認定權ノ範圍內ナルトキ

法ノ認メタル認定權ノ範圍內ニ於テ官吏ノ爲シタル行爲ハ縱令不法ナリシトスルモ職務犯罪ヲ構成スルコトナシ例ヘハ警察官カ無辜ノモノヲ現行犯罪者ト誤認シテ之ヲ逮捕スルモ刑法第百九十四條ノ濫職罪トナラサルカ如シ刑事訴訟法第十四條ニ於テ「被告人無罪ノ言渡ヲ受ケタリト雖モ判事檢事裁判所書記、執達吏、司法警察官又ハ巡査、憲兵卒ニ對シ要償ノ訴ヲ爲スコトヲ得ス」ト規定シタルモ同一ノ精神ニ出ツルモノナリ

休職官吏待命官吏モ職務犯罪ノ主體タルヲ得

二　上官ノ命令ニ基キタルトキ

之ハ舊刑法第七十六條ニ規定シタルモ新刑法ニ於テ之ヲ改メ「法令又ハ正當ノ業務ニ因リ爲シタル行爲ハ之ヲ罰セス」（法令ハ法律命令ノ意義ニシテ上官ノ命令ヲ包含セス）ト爲シタリ故ニ一見現行制度ノ下ニ於テハ上官ノ命令ニ口ヲ藉キ自己ノ職務上ノ責任ヲ一切免ルヲ得サル如キモ官吏ハ上官ノ命令ニ服從スルノ義務アルニ依リ之ニ從テ爲シタル行爲ニツキテハ矢張リ此規定ノ適用ヲ受クヘキモノニテ自ラ其責任ヲ受クヘキモノニアラス併シ違法ノ上官ノ命令ニ從テ爲シタル行爲ノ責任ハ之ヲ免ルヲ得サルコト勿論ナリ

尙一ツノ注意スヘキハ官吏ノ職務犯罪ハ官吏ニアラサレハ犯シ得サル罪ナルモ其官吏ハ必シモ在職者タルコトヲ要セス官吏タルノ身分ヲ有スル以上ハ之ヲ犯シ得ルモノナルコト之ナリ故ニ休職官吏待命官吏ノ如キ現實ニ官職ヲ有セサルモノモ職務犯罪ノ主體タルコトヲ妨ケサルナリ

職務犯罪ヲ大別スレハ普通犯罪ト特別犯罪ニ分タルルモノニテ其普通犯罪トハ刑法ニ定メタルモノヲ指シ特別犯罪トハ郵便法、電信法、森林法等ノ特別

ノ法規ニ定メタルモノヲ云フナリ

第二　準職務犯罪

之ハ官吏ニアラサルモノモ犯シ得ル犯罪ナルモ官吏之ヲ犯ストキハ特ニ刑罰ヲ加重スル處ノ犯罪ヲ指スモノトス故ニ職務犯罪ノ如ク官吏ノ職務上ノ行爲ニ依ル犯罪ニアラスシテ唯其職務上ノ事實的能力ヲ不法行爲ニ濫用シタルニ過キサルモノナリ

現行刑法ニツキ職務犯罪ノ例ヲ擧クレハ第百九十三條乃至第百九十七條ノ瀆職罪ニシテ準職務犯罪ノ例ヲ擧クレハ第百五十六條ノ如シ

第三款　民事上ノ責任

官吏ノ民事上ノ責任ト云フハ官吏カ其職務上ノ行爲ニ依リ不法ニ第三者ニ損害ヲ與ヘタル場合ニ其損害ヲ賠償スルノ責任ヲ指スモノナリ今場合ヲ分ツテ之ヲ論セント欲ス

第一　權限外ノ不法行爲ニ依リ第三者ニ損害ヲ與ヘタル場合

權限外ノ不法行爲ハ官吏ニ就テ自ラ其責任ヲ負フヘシ

官吏カ其權限外ノ行爲ニ依リ第三者ニ損害ヲ與ヘタルトキハ官吏トシテノ行爲ニアラスシテ一、私人トシテノ行爲ニ依リタルモノト見ルヘキモノナルニ依リ之ニ就テハ全ク民法ノ規定ヲ適用スヘキモノナリ故ニ之ハ單ニ民法上ノ問題ニシテ行政法上ノ問題ニアラサルニ依リ玆ニ論スルノ限ニアラスシテ權限外ノ行爲ナリト論スルモノアリ若シ此然ルニ官吏ノ不法行爲ハスヘテ權限外ノ不法行爲ト權限內ノ不法行爲トヲ區別スル論者ノ言ニ從ヘハ玆ニ權限外ノ不法行爲ト權限內ノ不法行爲トヲ區別スル必要ナキモ其說ノ誤レルコトハ已ニ前ニ述ヘタル如クナルニ依リ玆ニ之ヲ區別シテ說ケリ

第二　權限內ノ不法行爲ニ依リ第三者ニ損害ヲ與ヘタル場合

之ヲ概論スレハ官吏ハ國家ノ統治者ノ機關トシテ其職務ヲ行フモノナレハ其權限內ノ職務上ノ行爲ハ官吏自身ノ私ノ行爲ニアラシテ國家統治者ノ行爲ナリ從テ其行爲ニヨリ第三者ニ損害ヲ與フルモ特別ノ明文アル場合ノ外官吏自身ニ於テ其責任ヲ擔任スヘキモノニアラサルナリ然ラハ國庫ヨリ其損害ヲ賠償スヘキカト云フニ其損害ヲ與ヘタル不法行爲カ私法上ノ行爲ナ

國庫ノ意義

ルト公法上ノ行爲ナルトニヨリ其適用ノ原則ヲ異ニスルニヨリ左ニ其場合ヲ區別シテ之ヲ論セント欲ス

茲ニ一言國庫ノ意義ヲ述ヘンニ以前ハ「國家ト國庫トヲ互ニ相獨立セル法人ト爲シ國家ハ人民ニ對シ命令シ得ルト等シク國庫ニ對シテモ命令ヲ爲シ得ルモノニテ若シ國家カ其權力行爲ニヨリ不法ニ人民ニ損害ヲ與ヘタルトキハ國家ハ國庫ニ命シテ其損害ヲ賠償セシム國家ハ民法ノ適用ヲ受ケサルモ國庫ハ民法ノ規定ニ從テ賠償ヲ爲スモノナリ」トノ說行ハレサルニアラサリシモ今日ニ於テハハッゼック氏其他一二ノ例外ノ學者ヲ除キテハ國家ト國庫トハ同一ノモノニテ只國家ヲ財產關係若クハ私法關係ヨリ見ルトキニ之ヲ國庫ト稱スルニ過キストノ說ニ學者ノ議論一致セリ羅馬法學者ノゾーム氏ハ財產權ヲ以テスヘテ私權ト認メタルニヨリ此說ニ從ヘハ國庫ヲ財產權ノ主權タル國家ト云フモ私權ノ主體タル國家ト云フモ其間ニ差異ヲ生スルコトナキモ財產權ハスヘテ私權ト見ルヲ得サルハ今日學者間ノ一般ノ定論ナルノミナラス租稅ヲ徵收スル場合ノ如キハ財產關係ナルモ私法關係ナラサルコト明ナルニ依リ正確ニ云ヘハ國庫トハ私法關係ヨリ見タル國家即私權ノ主體タル國庫ト定義スルヲ至當ト考フ或ハ此ノ如ク定義スルトキハ徵收シタル租稅モ國庫ニ入リ官吏ノ俸給モ國庫ヨリ出ツルニヨリ國庫ハ單ニ私法關係ノモノタルニ止ラストノ非難アルヘシト雖モ租稅ノ徵收モ俸給ノ支拂モスヘテ公法上ノ行爲ノ結果ニシテ國庫カ直ニ租稅ノ收納ヲ命シ若クハ官吏ニ對シ權力作用ヲ爲スモノニアラサルニ依リ右ノ定義ニ對シ此非難ハ苦痛ヲ與フルモノニアラサルナリ

民法ノ適用ノ範圍ハ法律關係ノ性質ニ依リ定マル

一　私法上ノ不法行爲ニ依リテ人民ニ損害ヲ與ヘタル場合

民法ノ適用ノ範圍ハ當事者ノ資格ニヨリテ定マルモノニアラスシテ法律關係ノ性質ニ依リテ定マルモノナリ即其法律關係カ私法上ノモノナルトキハ其當事者カ一私人タルト官吏タルトヲ問ハススヘテ其適用ヲ受クヘキモノナリ而シテ民法ハ其第七百九條ニ於テ不法行爲ニ基ク損害ノ賠償ヲ求メ得ルコトヲ定メタルニヨリ官吏ノ不法行爲ニ基ク損害モ民法ノ規定ニ從テ之ヲ賠償スヘキモノタルコト疑ヲ容レス併シ官吏ノ權限內ノ行

爲ハ官吏ノ一私人トシテノ行爲ニアラスシテ官吏トシテノ行爲ナルニ依リ前述シタル如ク國庫ヨリ其損害ヲ賠償スヘキモノトス然ルニ官吏ノ私法上ノ不法行爲ニツキ國庫カ損害ヲ賠償スル根據ニ至リテハ種々ノ說アルニヨリ其說ノ主ナルモノヲ左ニ論評セント欲ス

第一說　民法ノ法人ニ關スル規定ニ依ラントスルノ說

我民法第四十四條ニ「法人ハ理事其他ノ代理人カ其職務ヲ行フニツキ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任スト」アルヲ引キ國家ハ法人ナリ官吏ハ其代理者ナリ故ニ官吏ノ不法行爲アリタル場合ニ於テハ國家ハ此規定ニヨリ賠償ノ責ニ任スヘキモノナリトナスモノナリ此說ハ織田博士市村學士佐々木學士等ノ唱フル處ナリト雖民法第四十四條ニハ單ニ法人トノミアリテ國家カ此文字中ニ含マルルヤ否不明ナルノミナラス我民法ノ母法タル獨逸民法第八十九條第一項ニハ「第三十一條ノ規定(社團法人ハ理事若クハ其ノ一人又ハ定款ニ基キテ選任セラレタル代理人カ自己ノ權限ニ屬スル業務ヲ行フニツキ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス)ハ國庫公共團體財團法人及人格アル公ノ營造物ニ之ヲ準用ス」トアルニ拘ハラス我民法ニ此ノ如キ規定ヲ設ケサリシヲ見レハ寧ロ反對ニ民法第四十四條ハ官吏ノ行爲ニ適用セサルノ精神ナルコトヲ推知シ得ルナリ

民法第四十四條ノ法人ハ國家ヲ包含セスチニ

又佐々木學士ハ「國家ハ不法行爲ヲ爲スノ能力ナシ官吏ノ不法行爲ニ就テハ官吏自ラ民法第七百九條ニ依リ其責ニ任スヘキモノナリト雖モ民法第四十四條ノ特別規定ノ適用ノ爲ニ官吏ノ私法上ノ不法行爲ニ就テハ國家モマタ其責任ヲ免レサルモノトス併シ其責任ノ根據ヲ異ニスルニ依リ國家ハ民法第四十四條ニ依リ責任ヲ負フカ爲ニ官吏ハ其私法上ノ不法行爲ニツキ其責任ヲ免ルヘキモノニアラス故ニ被害者ハ官吏又ハ國家ニ對シテ賠償ノ請求ヲ爲スノ選擇ヲ有ス即同一ノ不法行爲ニ對シテハ二個ノ責任ヲ生スルモノナリト」主張シ市村學士モ之ト同論ナル如キモ官吏カ其權限內ノ不法行爲ニツキ民法第七百九條ノ責任ヲ負フ點ト國家カ官吏ノ私法上ノ不法行爲ニツキ民法第四十四條ニ依リ責任

ヲ負フ點ト二點トモ其根本ニ於テ予輩ト所見ヲ異ニスルコト已ニ述ヘタル如クナルニ依リ別ニ再ヒ之ヲ辯セス只參考ノ爲ニ茲ニ掲クルノミ

第二說　使用者ニ關スル規定ニ依ラントスルノ說

我民法第七百十五條ニ「或ル事業ノ爲メニ他人ヲ使用スル者ハ被用者カ其事業ノ執行ニツキ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス但シ使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ノ注意ヲ爲シタルトキ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害ヲ生スヘカリシトキハ此限ニアラス」トアルヲ引キ國家ハ官吏ノ使用者ニシテ官吏ハ其被用者ナリ故ニ官吏カ其職務執行ニツキ他ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テハ國家ハ此規定ニ依リ賠償ノ責ニ任スヘキモノナリト說クモノアリ若シ官吏ノ任命ヲ以テ雇傭契約ト爲ストキハ此說ヲ官吏ノ不法行爲ニ關シ適用シ得ト雖モ官吏關係ハ前ニモ述ヘタル如ク使用者被用者トノ關係ヲ以テ見ルヘキモノニアラサルニヨリ此說ヲ採用スルヲ得サルナリ併シ郵便脚夫、鐵道驛夫、職工、火夫ノ如キ雇傭契約ニヨリテ官廳ノ使用スルモノノ不法行爲ニ對シテハ此說ヲ適用シ得ルコト勿論ナリ

國家ハ官吏ノ使用ノ關係者トノ關係者ニアラス

第三說　自己ノ不法行爲ニ關スル規定ニ依ラントスルノ說

此說ノ要旨ハ官吏ノ行爲ハ國家ヲ代表スルモノナリ故ニ官吏ノ不法行爲ハ即國家ノ不法行爲ナリ從テ國家ハ直ニ民法第七百九條ニ依リ其責任ヲ負フヘキモノナリト云フニアリ此說ニ對シテハ「スヘテ法人ハ不法行爲ノ主體タルヲ得ス從テ國家モ不法行爲ヲ爲スノ能力ナシ故ニ官吏ノ不法行爲ヲ國家自身ノ不法行爲トシテ國家カ之ニ對シテ損害賠償ノ責任ヲ負フヘキモノニアラス」トノ非難アリ故ニ茲ニ先ツ法人カ不法行爲ヲナスノ能力アルヤ否ヤノ問題ヲ講究セント欲ス

法人ハ不法行爲ノ主體タルヲ得サルヤ

法人ニ不法行爲ヲナスノ能力ナシトノ說ノ論旨ハ「法人ハ法規ノ範圍內ニテ成立ス故ニ法人ハ法規違反ノ行爲ヲ爲シ得ルノ能力ヲ有スルモノニアラス殊ニ我國ニテハ民法第四十三條ノ「法人ハ法令ノ規定ニ從ヒ定款又ハ寄附行爲ニ因リテ定リタル目的ノ範圍內ニ於テ權利ヲ有シ義務ヲ負フ」トノ明文アルニヨリ此問題ニツキ論議スルノ餘地ナシ」ト云フニ

アリテ法人ニ不法行爲ヲ爲スノ能力アリトノ說ノ要旨ハ「法人ノ行爲ハスヘテ機關ノ行爲ニ依ルモノナルヲ以テ機關カ機關トシテ其權限內ニ於テ爲シタル行爲ハ縱令不法行爲ナリシトスルモ直接其法人ノ行爲トシテ效力ヲ生スヘキモノナリ」ト云フニアリ獨逸學者ノ中ニテハギルケ、ウインドシヤイド、ゲルバー諸氏ノ如キハ後說ノ主張者ニシテリヨエニング氏ハ法人ハ不法行爲ノ能力ナシトノ說ヲ抱持スルモノナリ予輩ハ明文ヲ以テ特ニ制限セサル場合ニ於テハ右ノ後說ヲ贊成スルナリ我民法第四十三條ハ直ニ國家ニ適用セラレサルモノナルニヨリ更ニ進ンテ官吏ノ不法行爲カ國家ノ行爲トシテ有效ナルモノナルヤ否ヤヲ考フルニ之ニ對スル消極說ノ要旨ハ「官吏カ國家ノ行爲ヲ代表スルハ國家ノ委任ニ依ルモノニテ國家ハ不法ノコトヲ委任スル理由ナキニヨリ官吏カ不法行爲ヲ爲シタルトキハ國家ノ委任外ノ行爲ト云ハサルヲ得ス故ニ其不法行爲カ國家ノ行爲トシテ有效ナルノ理由ナシ」ト云フニアリト雖予輩ハ之ニ同意ヲ表スルヲ得ス其理由ハ「官吏カ其權限內ニ於テ爲シタル行爲ハ不法ナリトモ官吏ノ行爲トシテ有效ナルモノナルコト」ヲ前ニ述ヘタルヲ以テ已ニ明ナリト信スルニ依リ茲ニ再ヒ贅セサルナリ

官吏ノ不法行爲ハ國家ノ行爲ト有效ナルモノナシ

國庫ノ賠償ノ責任ニ關スル特別ノ規定

已ニ國家カ不法行爲ノ主體タリ得ルコト疑ナシトスレハ我制度上此第三說ヲ採ラサルヲ得サルナリ

官吏ノ私法上ノ不法行爲ニ對シテハ民法第七百九條ニ依リ國庫カ其損害ノ賠償ヲ擔任スヘキコト前述シタルカ如シト雖モ特別ノ規定アルトキハ固ヨリ之ニ從ハサルヲ得ス其特別ノ規定ニ二種アリ一ハ國家其責ニ任セスト明定スルモノ他ハ國家其責ニ任スト明定スルモノ是ナリ其例ヲ擧クレハ

(1)、國家其責ニ任セスト定メタルモノ

電信法第二十四條　電信又ハ電話ノ取扱ニ關シテハ政府ハ損害賠償ノ責ニ任セス

(2)、國家其責ニ任スト定メタルモノ

郵便法第三十三條　成規ニ依リ差出シタル郵便物ノ取扱ニ關シ郵便

官署ハ左ノ場合ニ限リ其損害ヲ賠償ス

(一) 書留通常郵便物ヲ亡失シタルトキ

(二) 書留小包郵便物若ハ價格表記郵便物ヲ亡失又ハ毀損シタルトキ

(三) 郵便ニ依ル收立金ノ證劵ヲ亡失シ又ハ其效力ヲ失ハシメタルトキ

(四) 代金引換郵便物ノ取立金ノ取立ヲ爲サスシテ之ヲ交付シタルトキ

或ハ(四)ノ如ク特ニ國家カ賠償ノ責ニ任スルコトヲ明ニシタルハ他ノ場合ニハ其責ニ任セサルコトヲ定メタルモノノ如シト雖モ若シ然レハ(1)ノ規定ハ不用ニ歸スルノミナラス(2)ノ場合ノ如ク特別ナル明文ヲ設クルハ一般ノ場合ハ民法ニ依ルモ此等ノ特別ノ場合ハ其責任ノ條件範圍等特別ノ規定ニ依ルノ必要ニ出テタルモノト見ルヲ至當ト考フルナリ」

官吏ニ對シ求償權ナシ

以上述ヘタル處ニヨリ國庫カ損害賠償ヲ爲シタルトキハ不法行爲ヲ爲シタル官吏ニ對シ求償權ヲ有スルヤ否ヤト云フニ官吏ト國家統治者トノ關係ハ公法上ノ關係ニシテ民法上ノ雇傭關係ニアラサルニ依リ特別ノ明文ヲ設ケサル限リハ國庫ハ官吏ニ對シ求償權ヲ有セサルナリ

二　公法上ノ不法行爲ニ依リテ人民ニ損害ヲ與ヘタル場合

ツオエプフル、ヘフター諸氏ノ如ク公法上ノ行爲ニ就テモ尙民法上ノ原則ニ依テ其責任者及其責任ノ原則ヲ定メントスルモノアリト雖民法ハ只私法上ノ行爲ニノミ適用セラルルモノニテ公法上ノ行爲ニ適用セラルヘキモノニアラサルニ依リ其說ノ不當ナルコト多言ヲ要セス然ルニ佐々木學士ハ公法上ノ不法行爲ニ於テモ民法第七百九條ノ適用アルコトヲ主張セリ故ニ其議論ノ一部ヲ引用セシニ「或ハ曰官吏ノ不法行爲ニ因ル官吏ノ賠償責任ヲ認ムトスルモ之ヲ私法上ノ行爲ノ場合ト公法上ノ行爲ノ場合トニ分ツヲ要ス而シテ私法上ノ行爲ノ場合ニハ責任アレトモ公法上ノ行爲ノ場合ニハ責任ナシト然レトモ余輩ハ之ニ左袒スルコト能ハス凡ソ不法行爲ト云ハハ常ニ民法上ノ觀念ナリ之ニ私法上ノ不法行爲ト公法上ノ不法行爲ト云フカ云キ區別アルコトナシ唯其不法行爲ハ或ハ私法上ノ行爲

民法ノ規定ハ公法上ノ行爲ニ適用シ得ルモノナラスト雖モ一度公法ノ行爲ニ適用シ得ルモノトナリタル上ハ更ニ一段ノ特別ノ說明ヲ要スルモノト考フ之レ我大審院ニ於テモ從來官吏ノ職務上ノ行爲ニ依テ他ニ損害ヲ負シムルモ民法ノ不法行爲ノ規程ヲ適用シテ賠償ノ責任ヲ負ハシムヘキモノニアラスト判決シ來リタル所以ナリ

爲ヲ爲スニ生スルアリ或ハ公法上ノ行爲ヲ爲ス際ニ生スルアリト雖モ一度ビ不法行爲ト爲ルヤ常ニ民法上ノ觀念ニ屬ス不法行爲其モノニ公私ノ別アルニ非ス其生スル場合ニ公私ノ差アルノミ而シテ民法不法行爲ノ規定ハ苟クモ不法行爲ト云フヘキモノニ對シテ常ニ適用セラルヘク決シテ其生シタル場合ノ如何ヲ問ハサルナリ」トアリ又岡松博士モ「民法ノ適用範圍ハ法律關係ニ依リテ定マリ當事者ノ資格如何ハ敢テ問フ處ニアラス官吏ノ不法行爲アラハ之ニ不法行爲ノ規定ヲ適用スヘシ是佐々木君ノ言ノ如シ」ト云ヘリ併シ私法上ノ契約ノ規定ヲ公法上ノ契約ニ適用シ能ハサル如ク私法上ノ關係ニ基ク不法行爲ト公法上ノ關係ニ基ク不法行爲トヲ之ヲ同一ニ論シ得ルモノニアラス故ニ私法關係ヲ定メタル民法ノ規定ハ之ヲ公法上ノ行爲ニ適用シ能ハサルハ當然ノコトナリ若シ民法ノ規定ヲ公法上ノ行爲ニ適用シ得ルモノナラハ更ニ一段ノ特別ノ說明ヲ要スルモノト考フ之レ我大審院ニ於テモ從來官吏ノ職務上ノ行爲ニ依テ他ニ損害ヲ負シムルモ民法ノ不法行爲ノ規程ヲ適用シテ賠償ノ責任ヲ負ハシムヘキモノニアラスト判決シ來リタル所以ナリ

官吏カ職務執行ニ當リ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ民法第七百九條ニ依リ損害賠償ノ責ニ任スヘキコトハ論ヲ俟タサルモ官吏ノ職務執行ニ付故意又ハ過失ニ因リテ他人ニ加ヘタル損害ニ關シテハ我民法中何等ノ規定ナク刑事訴訟法第十四條ニ依レハ同條所定ノ官吏ハ被告人ニ對シ故意ヲ以テ損害ヲ加ヘ又ハ刑法ニ定メタル罪ヲ犯シタル場合ニ限リ損害賠償ノ責ニ任シ又不動產登記法第十三條戶籍法第六條ニ依レハ登記官吏又ハ戶籍吏ハ故意若クハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス因是觀之官吏ノ一私人ニ加ヘタル損害ニシテ職務執行ニ因リテ生シタルモノニ非サルトキハ格別苟モ官吏ノ職務執行ニ付加ヘタル損害ナル以上ハ前揭特定ノ官公吏ノ外之カ賠償ノ責ニ任スヘキモノニアラス是當院判例ニ於テモ是認セル見解ナリ(明治三十六年五月廿八日判決參照)故

參照　明治三十八年第五百八十九號明治三十九年五月十四日大審院ノ判決ニ曰ク「案スルニ故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ身分ノ官吏タルト否トヲ問ハス民法第七百九條ニ依リ損害賠償ノ責ニ任スヘキコトハ論ヲ俟タサルモ官吏ノ職務執行ニ付故意又ハ過失ニ因リテ他人ニ加ヘタル損害ニ關シテハ我民法中何等ノ規定ナク刑事訴訟法第十四條ニ依レハ同條所定ノ官吏ハ被告人ニ對シ故意ヲ以テ損害ヲ加ヘ又ハ刑法ニ定メタル罪ヲ犯シタル場合ニ限リ損害賠償ノ責ニ任シ又不動產登記法第十三條戶籍法第六條ニ依レハ登記官吏又ハ戶籍吏ハ故意若クハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス因是觀之官吏ノ一私人ニ加ヘタル損害ニシテ職務執行ニ因リテ生シタルモノニ非サルトキハ格別苟モ官吏ノ職務執行ニ付加ヘタル損害ナル以上ハ前揭特定ノ官公吏ノ外之カ賠償ノ責ニ任スヘキモノニアラス是當院判例ニ於テモ是認セル見解ナリ(明治三十六年五月廿八日判決參照)故

ニ原判決カ「被控訴人カ其職務上一旦交付シタル職印ヲ故ラニ辭柄ヲ設ケ若クハ威力ヲ用ヒ職權ノ範圍ヲ逸シ私心ヲ挾ミ控訴執行ヲ妨害スル爲メ更ニ不當ニ之ヲ引上ケタルモノト云フヲ得ス而シテ執達吏ノ職印ノ授受保證金ノ收支ハ孰レモ彼控訴人カ當時甲府地方裁判所長タリシ資格ニ伴フ司法行政上ノ權限内ノ行爲ニ屬スルコトハ敢テ疑ナキ處ナリ」ト判示シ被上告人カ職務權限ヲ逸出シテ損害ヲ加ヘタルニアラス職務權限内ノ行爲ヲ執行シタルニ過キサル理由ヲ付シ又上告人ノ職務權限内ノ行爲ニ付テハ故意又ハ過失アリトスルモ上告人ハ賠償ヲ求ムルコトヲ得サル旨ヲ説示シタルハ相當ニシテ上告論旨ハ孰レモ理由ナシ

以上説明ノ如クナルヲ以テ本件上告ハ民事訴訟法第四百五十二條ニ依リ之ヲ棄却スヘキモノトス

已ニ公法上ノ不法行爲ニツキ民法ノ規定ヲ適用スヘカラサルコト確定スルトキハ他ニ之ニ關スル一般ノ規定ナシ玆ニ於テ理論上如何ニ論定スヘキモノナルカヲ究メサルヲ得ス今參考ノ爲ニ之ニ關スル諸説ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一説　選擇自由説

之ハ官吏ノ公法上ノ不法行爲ニヨリ人民ニ損害ヲ與ヘタルトキハ國庫ト官吏ト連帶シテ其責ヲ負フヘキモノナリ故ニ被害者ハ何レニ損害賠償ヲ請求スルモ自由ナリト云フニアリ之ハギルケ、ストッベ諸氏ノ唱スル處ニシテ其説ノ根據ハ「官吏ノ行爲ハ國家ノ行爲ナリ故ニ國家ハ其損害ヲ賠償スルノ義務アリマタ官吏ハ行爲者ナルニヨリ其賠償ノ義務ヲ免ルヘキモノニアラス」ト云フニアリト雖已ニ官吏ノ行爲ハ國家ノ行爲ナリトシテ國庫ニ於テ其損害ヲ賠償スヘキモノト斷定スル以上ハ官吏ニ於テ同シク賠償ノ責任アリトスルノ理由ヲ解スルヲ得サルナリ蓋シ官吏ハ直接ノ行爲者ナルモ其行爲ハ彼自身ノ行爲ニアラサレハナリ

第二説　主從責任説

之ハ「官吏ノ公法上ノ行爲ニヨリ人民ニ損害ヲ與ヘタルトキハ先ツ官

國庫ハ官吏ノ賠償責任ヲ保證スルモノニアラス

吏カ其賠償責任ヲ負擔シ官吏カ其責任ヲ盡ス能ハサル場合ニ於テ國庫カ其責任ヲ負フヘキモノナリ」ト云フニアリ之ハグマイヤ及グルバ二兩氏ノ唱フル處ナルモ其理由ハ各〻異レリグマイヤ氏ハ「賠償ノ原因タル損害ハ官吏ノ與ヘシモノナルニ依リ官吏主トシテ其責任ヲ負フヘキモノナルモ固ト國權カ官吏ノ身體ニ人化シタルモノナルニヨリ官吏カ其賠償ヲ爲シ能ハサル場合ニハ國庫ニ於テ其責任ヲ負ハサルヘカラス」ト主張セリ併シ國權カ官吏ノ身體ニ人化シタルモノナルコトヲ認ムルトキハ寧ロ官吏ハ無責任者タルヘキモノニシテ主タル責任者ハ國庫タラサルヘカラサルナリマタグルバー氏ハ「官吏カ國家ヲ代表スルハ任意的代理ニアラスシテ必要的代理ナリ故ニ國家ハ國民ニ對シ官吏ノ行爲カ國民ヲ害スルコトナキヲ保證シタルモノナリ從テ主タル責任者ノ官吏カ賠償ノ義務ヲ盡ササル場合ニハ國庫カ從タル責任者トシテ官吏ノ不法行爲ニ基ク損害ヲ賠償セサルヘカラサルモノナリ」ト主張セリ固ヨリ明文ヲ以テ此ノ如キ保證ヲ爲ストキハ

國庫カ賠償ヲ負擔スルトモ責任ノ爲ニスナリ種々ノ說アリ區別

然ラサルヘカラスト雖明示ノ保證ナキトキハ其推定ヲ爲スコトヲ得サルナリ蓋シ國家カ此ノ如キ保證ヲ爲シタリト解スヘキ理由ナケレハナリ

第三說　國家責任說

之ハ官吏ノ不法行爲ニ依リ人民ニ損害ヲ與ヘタルトキハ國庫ニ於テノミ其損害賠償ヲ爲スヘキモノナリト云フニアリ併シ其根據ニ就テハ學說一致セサルニヨリ之ヲ分テ述ヘント欲ス

一　代表說

此說ノ要旨ハ「官吏ハ國家ノ機關トシテ國家ヲ代表ス故ニ官吏ノ行爲ハ國家ノ行爲ナリ從テ官吏ノ不法行爲ハ國家ノ不法行爲ナリ其結果國家カ官吏ノ不法行爲ニッキ其責ニ任スルハ他ノ行爲ニッキ責ヲ負フモノニアラスシテ自己ノ行爲ニッキ其責ヲ負フモノナリ」ト云フニアリ此說ハッアーギョッッグレウイッッ諸氏ノ唱フル處ナルモ其賠償ノ責任アリトスルノ理由ヲ十分明ニセサルノ

缺點アリ何トナレハ不法行爲ニヨリテ損害ヲ與フレハ之ヲ賠償スヘキモノナルコトハ私法上ノ原則ニシテ且ツ民法ノ規定ニ依リテ定メラルルモ公法上ノ不法行爲ニ基ク損害ニ就テハ之ヲ賠償スヘシトノ原則ナシ故ニ特別ノ規定ナキトキハ國庫ニ賠償ノ責任アリト云フヲ得サルナリ

人民ハ官吏ノ不法ナル權力行使ニ對シ服從ノ義務アリヤ

二　服從義務說

此說ノ要旨ハ「國民ハ國家ノ權力ニ服從セサルヘカラス官吏ハ國家ヲ代表スルモノナルニヨリ其權力行使ニ服從セサルヘカラス故ニ官吏ノ其權力行使ニ服從シタルカ爲ニ人民ニ不法ノ損害ヲ生シタルトキハ國家ハ之ヲ賠償セサルヘカラサルハ言ヲ俟タス只人民ニ於テ服從ノ義務ナキトキ若クハ抗抵ノ權アルトキニ限リ國家ニ於テ賠償スルノ義務ナシ」ト云フニアリ之ハキルヘンハイム氏ノ唱フル處ナルモ先ツ第一ニ人民ハ官吏ノ不法ナル權力行使ニ對シ服從スルノ義務アルヤ否ヤニツキ疑アリ若シ服從スルノ義務ナシトスレハ固ヨリ國家ニ於テ賠償ノ責任ナキノミナラス之ニ反シ服從スルノ義務アリトスレハ損害ヲ受クルハ義務ノ結果ナルニヨリ之ニツキ國家カ賠償ヲ爲スヘキノ理由ナキナリ

民法上ノ原則ヲ公法上ノ契約ニ適用スルヲ得ス

三　契約說

此說ノ要旨ハ「國家ハ原則トシテ官吏ノ不法行爲ニツキ其責ニ任スヘキモノニアラサルモ公法上ノ契約締結又ハ履行ニ關シ不法行爲アリタル場合ニ限リ國家ハ其損害ノ賠償ヲ爲スヘキモノナリ」ト云フニアリ之ハリヨエニング氏ノ主張ニシテ其根據ハ契約ニ關シテハ公法上ノモノタルト私法上ノモノタルトヲ問ハススヘテ民法上ノ契約ノ原則ヲ適用スヘキモノナリト云フニアルモ所謂公法上ノ契約ナルモノハ私法上ノ契約ト其性質ヲ異ニスルモノナルニ依リ民法上ノ契約ノ原則ヲ之ニ適用スヘキモノニアラス從テ此說ノ不當ナルコト明ナリ

第四說　官吏責任說

不法行爲ニハ權限外ノ行爲ト云フヲ得ス

一　一私人說

此說ノ要旨ハ「官吏ハ不法行爲ヲ爲スノ職務權限ヲ有スルモノニアラス故ニ官吏カ不法行爲ヲ爲ストキハ之レ官吏トシテノ行爲ニアラスシテ官吏ノ地位ヲ有スル一私人トシテノ行爲ナリ從テ其不法行爲ニ就テハ官吏ハ一私人トシテ民法ノ規定ニ依リ賠償ノ責ヲ負フモノナリ」ト云フニアリ之ハボルンハック氏ノ唱フル處ナレトモ官吏ノ不法行爲モ職務執行ニツキテ生シタルモノナルトキハ之ヲ權限外ノ行爲ト同一視シ一私人トシテノ行爲ト見ルヘキモノニアラサルコトハ已ニ屢〻述ヘタルニヨリ固ヨリ此說ニ同意スルヲ得サルナリ

二　官吏說

此說ノ要旨ハ「官吏ノ不法行爲ヲスヘテ一私人トシテノ不法行爲ト見ルハ不可ナリ官吏カ其職務執行ニ際シテ行フ不法行爲ト全ク私生活ヲナストキノ不法行爲トハ之ヲ區別セサルヘカラス而シテ民法第七百九條ハ當事者ノ資格ヲ問ハススヘテ不法行爲ニ適用セラルルモノナルニヨリ官吏ノ資格ニ於テ爲シタル不法行爲ニ就テモ官吏ハ同條ニ依リ其賠償ノ責任ヲ負フヘキモノナリ」ト云フニアリ之ハ佐々木學士ノ唱フル處ニシテ其根據ハ國家ハ不法行爲ノ能力ナシ故ニ官吏ノ不法行爲ハ國家ノ行爲ト見ルヲ得ス從テ官吏自ラ官吏トシテ其責ニ任スヘキモノナリトナスニアルモ官吏ノ地位ニアルモノノ爲シタル行爲ハ國家ノ行爲タルカ一私人タル官吏ノ行爲タルカノ二者ノ一ニシテ其以外ニ官吏トシテノ行爲アルヘキ理由ナシ故ニ此說ニモ贊成ヲ表スルヲ得サルナリ

民法第七百九條ハ公法上ノ行爲ニ適用サルモノナリトモ

第五說　無責任說

茲ニ無責任說ト稱スルハ官吏ノ不法行爲ニ依ル損害ニ就テハ官吏モ國家モ其賠償ノ責任ナシトスルノ說ニシテ其官吏ノ責任ヲ負ハサルハ官吏ノ權限內ノ行爲ハ國家行爲ナリ故ニ其行爲ニ不法ニ涉リ以テ損害ヲ他ニ與フルモ自ラ其責ニ任スルノ理由ナキニヨルモノニテ此

點ニ就テハ更ニ述フルノ必要ナキモ國家ノ責任ヲ負ハサル理由ニ就テハ種々ノ說アルニヨリ先ツ參考ノ爲ニ之ヲ擧ケント欲ス

官吏ノ權限內ノ行爲ハ國家ノ行爲ナリ

一　國家ト國庫トヲ分ツノ說

此說ノ要旨ハ「國家ハ人民ニ對シ義務ヲ負フコトナシ又國庫ハ國家及官吏以外ノ第三者ナルニ依リ官吏ノ行爲ニツキ責任ヲ負フヘキ理由ナシ」ト云フニアリ之ハリヨンネ氏ノ唱フル處ナルモ國家ト國庫トヲ別ノモノト見ルハ古代ノ遺想ニシテ今日ノ定說ニ反クモノナリ

二　過失ヲ基礎トナスノ說

此說ノ要旨ハ「不適任ナル官吏ヲ任命スル場合ノ外國家ニ過失ナシ過失ナケレハ責任アルヘキ理由ナシ」ト云フニアリ之ハブルンチリ氏ノ主張スル所ナルモ官吏ノ權限內ノ行爲ハ國家ノ行爲ナリト云フハ予輩ノ所信ナルニ依リ國家ノ責任ノ有無ニツキ國家ノ過失アリヤ否ヤヲ問フノ必要ナキナリ

無責任說ノ根據

三　官吏ノ不法行爲ハ國家ノ行爲ニアラストノ說

此說ノ要旨ハ「官吏ノ不法行爲ハ國家ノ行爲ニアラス故ニ國家カ自ラ其責ニ任スルコトヲ定メタル場合ノ外ハ損害賠償ノ義務ヲ有スルコトナシ」ト云フニアリラバンド、ザイデル、レーム等ノ諸氏ハ此派ニ屬スルモ官吏ノ不法行爲ハ國家ノ行爲ニアラストノ前提ニ於テ予輩ト其說ヲ異ニスルモノナルニヨリ更ニ茲ニ辯セサルナリ

右ノ諸說ハ皆當ヲ得スト雖我國制度ノ下ニ於テハ予輩モ此無責任說ヲ採ラサルヲ得ス何トナレハ左ノ諸點ニ於テ我制度カ官吏ノ公法上ノ不法行爲ニツキ國家モ官吏モ其責任ヲ負ハサルコトヲ原則トナスモノナルコトヲ推定シ得レハナリ

一　行政裁判所ニ於テ損害賠償ノ訴ヲ許ササルコト

我制度ハ行政官廳ノ違法處分ニ對シ行政訴訟ノ提起ヲ許スニ拘ハラス我行政裁判法第十六條ニハ「行政裁判所ハ損害賠償ノ訴ヲ受理セス」ト規定シタルヲ見レハ法ノ精神ハ官吏ノ違法行爲ニ對シ官吏

先決制度

ニ對シテモ國家ニ對シテモ賠償ヲ請求スルヲ許ササルニアルヲ見ルヘキナリ若シ違法處分ノ取消ノミヲ行政裁判所ノ管轄ニ屬シ其處分ニ基ク損害賠償ノ訴ハ司法裁判所ノ管轄ニ屬セシムルトキハ行政行爲先決問題ノ制ヲ定メサルヲ得ス然ラサレハ司法裁判所ニ於テ不法行爲ニツキ賠償ノ責任アリト判決セシモ行政裁判所ニ於テハ其行爲ハ違法ニアラスト判決スルコトアルヘク又行政裁判所ニテ違法ト判決セラレタル行爲モ司法裁判所ニテハ損害賠償ノ基礎タル不法行爲ト認メラレサルコトモアルヘキナリ制度ハ此ノ如キ不都合ナル結果ヲ豫望セサルコト勿論ナルニヨリ先決問題ノ制ヲ定メサルヲ以テ見ルモ公法上ノ不法行爲ニ基ク損害賠償ノ訴ヲ司法裁判所ニ提出スルヲ許ササルモノタルヲ推知シ得ルナリ

茲ニ先決制度ノ何タルヤヲ附言センニ之ハ官吏カ不法行爲ヲ爲シタルヤ否ヤニツキ上級行政官廳若クハ行政裁判所カ司法裁判所ニ先テ決定スルノ權ヲ有スル制度ヲ云フ即司法裁判所ニ官吏ノ行爲

我國ニテハ眞ノ先決制度ヲ認メス

其モノノ效力ヲ決定スルヲ許ササル制度ヲ云フ其制度ヲ設クルノ理由ハ司法裁判所ニ於テ行政行爲ノ效力ヲ決定スルハ司法權カ行政權ヲ侵害スルノ虞アルカ爲ナリ佛國ニテハ三權分立主義ニ重キヲ置クニ由リ勿論司法裁判所ハ參事院ノ許可ヲ得タル場合ノ外行政行爲ノ適法ナルヤ否ヲ審査スルノ權限ヲ有スルコトナク又獨國ニテモ普魯士、巴威里、巴丁等ニ於テハ司法裁判所ハ上級行政官廳若クハ行政裁判所ニ於テ官吏ノ行爲ノ不法ナルコトヲ決定シタル後ニアラサレハ之ニ對スル損害賠償ノ訴ヲ受理スルコトヲ決定シタル後メラレタリ我民事訴訟法第百二十一條ニ於テハ「裁判所ハ訴訟ノ全部又ハ一分ノ裁判カ他ノ繫屬スル訴訟ニ於テ定マルヘキ權利關係ノ成立又ハ不成立ニ繫ルトキハ他ノ訴訟ノ完結ニ至ルマテ辯論ヲ中止スルコトヲ得」ト規定セラレタルノミニテ行政官廳若クハ行政裁判所ノ先決ノコトニ就テハ何等ノ定メナキニ依リ我國ニテハ先決ノ制度ナシト斷定セサルヲ得サルナリ

二　特別ノ場合ニ限リ官吏ノ加害行爲ニ因ル賠償責任ヲ定メタルコト

我刑事訴訟法第十四條ニハ「被告人無罪ノ言渡ヲ受ケタリト雖判事、檢事、裁判所書記、執達吏、司法警察官又ハ巡査憲兵卒ニ對シ要償ノ訴ヲ爲スコトヲ得ス但是等ノ官吏故意ヲ以テ被告人ニ對シ損害ヲ加ヘ又ハ刑法ニ定メタル罪ヲ犯シタルトキハ此ノ限ニ在ラス」ト規定シ戸籍法第六條ニハ「戸籍法中戸籍吏カ其職務ノ執行ニ付キ屆出人其ノ他ノ者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其ノ損害カ戸籍吏ノ故意又ハ重大ナル過失ニ因リテ生シタル場合ニ限リ之ヲ賠償スルノ責ニ任ス」ト規定シ又不動産登記法第十三條ニモ「登記官吏カ其ノ職務ノ執行ニ付キ申請人其ノ他ノ者ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其ノ損害カ登記官吏ノ故意又ハ重大ナル過失ニ依リテ生シタル場合ニ限リ之ヲ賠償スル責ニ任ス」ト規定シ特別ノ場合ニ限リ官吏ノ責任ヲ定メタルヲ見レハ其他ノ場合ニハ官吏ノ不法行爲ニツキ官吏ニモ國家ニ

刑事訴訟法第十四條　戸籍法第六條　不動産登記法第十三條

モ其賠償ノ責任ヲ負ハシメサルノ精神ナルコトヲ知ルコトヲ得ルナリ之ニ對シ佐々木學士ハ「此等特別ノ場合ニハ官吏ノ主觀的要件ヲ一般ノ場合ト異ニシタルモノナリ即チ一般ニハ官吏ノ責任ヲ生スルニ其加害行爲カ故意又ハ過失ニ出ツルヲ以テ足レリトスレトモ此等特別ノ場合ニハ或ハ之ヲ故意ニ出ツル場合ニ限リ(判事、檢事、裁判所書記、執達吏、司法警察官、巡査、憲兵卒ノ責任)或ハ之ヲ故意又ハ重大ナル過失ニ出ツル場合ニ限ルモノナリ(戸籍吏、登記官吏ノ責任)換言セハ加害者責任ノ主觀的要件ヲ一般ノ場合ニ比シテ重クシタルモノトス次ニ此等特別ノ場合ハ單ニ不法行爲ノ場合ヲ指スニ非ス官吏ノ加害行爲カ他人ノ權利侵害ヲ生セサル場合即チ不法行爲トナラサル場合ヲモ包含スルモノトス然レハ此等ノ官吏ノ行爲ハ一般ノ官吏ナリセハ民法上ノ責任ヲ生セサルヘキ場合ト雖モ尚ホ特ニ責任アルモノト爲ルナリ換言セハ即チ加害者責任ノ客觀的要件ヲ一般ノ場合ニ比シテ輕カラシムルモノナリ此二點ノ爲ニ刑事訴

訟法第十四條、戸籍法第六條、不動産登記第十三條ヲ特ニ設ケタルモノナリ」云々ト辯セリト雖我立法者カ此ノ如キ微細ノ點ヲ考ヘテ其特別ノ規定ヲ爲シタルモノト信スル能ハス寧ロ官吏ノ責任ヲ此等ノ特別ノ場合ニ限リ一般ニハ之ヲ認メサルノ主旨ナリト解スルヲ其眞ヲ得タルコトト信スルナリ

我民法ニハ獨逸民法第八百三十九條ニ當ルモノナシ

三　獨逸民法ニハ官吏ノ責任ノ規定アリテ我民法ニハ其規定ナキコト（普魯士ニ於テ一千八百九年八月ノ法律ニ依リ民法三九條ノ官吏ノ責任ヲ國庫ニ於テ負擔シ國庫ハ官吏ニ對シ求償權ヲ有スルコトト爲シタリ）獨逸民法第八百三十九條ニハ「官吏カ故意又ハ過失ニ依リテ第三者ニ對シテ負擔スル職務ニ違反シタルトキハ其第三者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スルコトヲ要ス」ト規定セラレタルモ我國民法ハ獨逸民法ヲ母法トシタルニ拘ハラス其規定ナシ此點ニ就テモ我制度ハ官吏ノ不法行爲ニツキ一般ニ官吏ニモ國家ニモ其賠償ノ責任ヲ負ハシメサルノ精神ナルコトヲ知ルコトヲ得ルナリ

要スルニ以上ノ諸點ニヨリ我制度ハ無責任主義ヲ採用シタルモノナルコトヲ見ルヲ得ルノミナラス假ニ此等ノ諸點ニ依リ制度ノ精神ヲ推知シ得ストスルモ公法上ノ不法行爲ニツキ民法ノ規定ヲ適用スル能ハス而カモ他ニ特別ノ規定ナキトキハ其行爲ニ關スル責任ハ何人モ負ハスト云ハサルヲ得サルナリ蓋シ損害賠償義務ノ如キハ明文ヲ待ツテ始メテ生スルモノナレハナリ

公法上ノ不法行爲ニ基ク損害ニ就テモ或條件ニ基ク損害ニ就テ賠償スルモ之ヲ賠償スルヲ要ス

然レトモ立法論トシテハ公法上ノ不法行爲ニ基ク損害ニ就テモ或條件ノ下ニ國庫ニ於テ其損害ヲ賠償スルヲ至當ト考フ軍事上ノ徴發及其他ノ公用徴收ニ就テモ固ヨリ國權ノ作用ニ基クヲ以テ無償ニテ爲シ得ラレサルニアラサルモ衡平ノ爲ニ被徴發者被徴收者ニ賠償金ヲ與フルヲ普通トス適法ノ行爲ニ對シテ尚且然リ況ンヤ不法行爲ニ依リテ人民ニ損害ヲ加ヘタル場合ノ如キハ公正ヲ待ツノ點ニ於テ之ヲ賠償スヘキモノタルコト言ヲ俟タサルコトナレハナリ或ハ不法行爲ノ當事者ハ官吏タルニ依リ刑事訴訟法第十四條、戸籍法第六條、不動産登記法第十三條ノ例ニ倣ヒ官吏ヲシテ損害賠償ヲ爲サシムルヲ至當ノ如ク考フルモノア

官吏ヲシテ賠償ヲセシメントスル責務ヲ盡サシムルコト能ハサル場合ノ多シ

ルベシト雖官吏ハ資産豐富ナラサルモノ多キニ依リ（普魯士ニ於テ千八百九年十月一日ヨリ官吏カ職務違反ニ依リ生セシメタル民法上ノ損害ヲ國庫ニ於テ負擔スルコトト爲セシハ之カ爲ナリ）官吏ニシテ其賠償ノ責務ヲ盡ス能ハサルモノ少カラサルノミナラス官吏ヲシテ其私財ニテ賠償ノ請求ニ當ラシムルニ於テハ官吏ハ賠償ヲ恐レテ積極的ニ行政事務進捗ノ計畫ヲ爲サス苟且偷安偏ニ過失ナカランコトヲ希フニ至ラントスルノ虞アリ故ニ國庫ヨリ損害賠償ヲ爲サシムルヲ至當ナリト考フ或ハ官吏ヲシテ賠償ノ責ニ當ラシムルトキハ私心偏倚、疎虞、怠慢、過誤、失錯ニ原因スル不法行爲ヲ爲ササルニ至ルヘシト考フルモノアルヘシト雖官吏ニシテ其職責ヲ完クセサルトキハ懲戒處分ノ制裁アルニ依リ賠償ヲ以テ之ヲ制止スルノ必要ヲ見ス或ハ官吏カ其權限內ニ於テ行政行爲ヲ爲シタルトキハ其行爲ハ不法ナリトモ外部ニ對シテハ國家ノ行爲ナリ若シ此行爲カ公法上ノ行爲即權力的行爲ナルトキハ人民ハ之ニ服從スル義務ヲ有ス故ニ之カ爲ニ損害ヲ受クルコトアルモ有效ナル國家行爲ノ效果トシテ甘ンシテ之ヲ受ケサルヘカラス只一私人ハ訴願又ハ

要償ノ程度ニ制限ヲ設クルヲ要ス

行政訴訟ニ依リテ之カ救濟ヲ求ムルコトヲ得ルモ民事上ノ訴訟ニ依リテ其損害賠償ヲ主張シ得ルモノニアラスト唱フルモノアリト雖元來人民ハ不法行爲ニ服從スル義務ナシ只其取消サルルニ至ルマテハ有效ノモノトシテ之ニ服從スルニ過キサルモノナルニ依リ後ニ其不法ナルコトカ上級行政官廳若クハ行政裁判所ニ依リテ確定シタルトキハ服從セシムルノ效力ナキモノニ服從セシメラレタルコトナルニ依リ其服從ノ爲受ケタル損害ヲ請求シ得ルノ制度ヲ設クルモ毫モ不當ノ點ナキナリ唯其要償ノ程度ニ制限ヲ設ケサルトキハ國庫ハ其負擔ニ堪ヘサルニ至ルヘキニ依リ之ニ適宜ノ制限ヲ設クヘキノミ例ヘハ官吏カ故意ニ不法行爲ヲ爲シタルトキハ之ヲ國庫ノ負擔ト爲サスシテ官吏ノ負擔ト爲シ又不法行爲ノ原因カ輕過失ナリシトキハ官吏ハ勿論國庫モ其損害賠償ノ責任ナシト爲シ又司法裁判權ノ行動及戰爭行爲ニ對シテハ過失ノ程度ノ如何ヲ問ハスシテ賠償ノ要求ヲ許サスト定ムルカ如シ

四　官吏ノ不法行爲ニ依リテ國庫ニ損害ヲ與ヘタル場合

國庫ニ對スル官吏ノ責任ハ會計官吏ニ就テ定メラルルノミ

官吏ト國家統治者トノ關係ハ雇傭關係ニモアラス委任關係ニモアラス其他私法上ノ關係ニアラサルニ依リ官吏カ國庫ニ損害ヲ加アルモ特別ノ明文アル場合ノ外ハ民法ノ規定ニ從ヒ其損害ヲ賠償スルノ義務ヲ負フモノニアラス而シテ一般官吏ニ就テハ特別ノ明文ナク唯會計官吏ニ就テ其特別ノ規定ヲ見ルノミ（會計法第二十六條乃至第二十八條會計規則第百五條）併シ一般官吏ヲシテ其違法行爲ニ依リ國庫ニ損害ヲ蒙ラシメタルトキ損害賠償ノ責ニ任セシメントスルトキハ一般ノ官吏ニ身元保證金ノ制度ヲ設クルカ又ハ官吏ノ俸給ノ一部ヲ之ニ充用シ得ルノ規定ヲ設クルノ必要アルナリ

第十五節　官吏ノ關係消滅

普通ノ文官ノ官吏タルノ關係ハ左ノ原因ニ依リ消滅スルモノトス

第一　死亡

第二　辭職（文官分限令三條一項第二號）

官吏チシテ留職セシムルノ方法現存セス

官吏ハ市町村ノ名譽職ノ如ク之ヲ擔任スルノ義務ナキニ依リ其官ヲ辭スルコトヲ得併シ辭職ノ出願ニ依リ官吏關係消滅スルモノニアラスシテ其許可即免官ニ依テ初テ消滅ス而シテ免官ハ任命者ノ專權ニ屬スルモノニテ官ノ都合ニ依リ之ヲ延期シ或ハ其辭任ヲ許ササルノ自由ヲ有スルモノトス然レトモ官吏ノ懲戒處分ハ免官ヲ以テ終局ト爲スモノナルニ依リ强テ辭職ヲ爲サントスル者ニ對シ之ヲ引留ムルノ方法現存セサルナリ

第三　資格要件ノ喪失（陸軍將校分限令二條海軍將校分限令三條刑法施行法三四條三六條三七條舊刑法三一條三三條）

第四　懲戒免官

懲戒處分ニ依テ免官セラレタル者ハ其以後二年間就官スルヲ得サルナリ

第五　廢官廢廳

此場合ニハ當然退官者タルモノナリ

第六　休職（非職及待命期限ノ滿了

第七　其意思ニ反シタル免官

但シ判任官以上ノ官吏（現任官、公使、秘書官ハ例外）ハ前ニモ述ヘタル如ク文官分限令ニ依

リ其地位ヲ保障セラレタルニ依リ所定ノ場合ノ外ハ其意思ニ反シ免官スルコトヲ得サルナリ

官吏法ノ制定ニ就キ

歐洲ニ於テ官吏法ノ整備スル實例少ナカラサルニ拘ハラス我國ニ於テハ官吏ニ關スル規定不完全ヲ極メ甚シキハ官吏ノ範圍サヘ明カナラスシテ實際ニ於テモ官吏ナルヤ否ヤノ疑問ヲ生スルコト少ナカラス故ニ一日モ速ニ官吏ニ關スル規定ノ完備ナランコトヲ切望ス夫ニツキテ二三ノ希望ヲ述フルモ敢テ無用ニアラスト信スルニヨリ左ニ之ニ關スル卑見ヲ陳ヘテ以テ官吏法制定ノ參考ニ資セント欲スルナリ

第一　官吏ノ範圍ヲ正クスルコト

現行制度ノ下ニ於テハ制度上ノ官吏ハ勅任官(親任式ノ勅任官ヲ含ム)奏任官、判任官ナリト一般ニ唱フル處ナリト雖モ立法者ノ精神ハ果シテ此三者ノミヲ官吏トナシタルモノナルヤ否ヤヲ疑ハサルヲ得ス例ヘハ巡査ノ如キハ職務關係ヨリ云ヘハ官吏ノ性質ヲ有スルコト明ニシテ而シテ判任待遇ヲ受ク若シ之ヲ官吏以外ノモノト爲ス精神ナルトキハ判任待遇ト爲シタルノ理由ヲ解スルヲ得ス又判任待遇ノモノハ判任官ト同ク之ヲ官吏ト爲スノ精神ナルトキハ何故ニ警部ヲ判任官トシ巡査ヲ判任待遇ト爲シタルヤヲ解スルヲ得ス或ハ巡査ヲ判任待遇ト爲シ之ヲ判任官ト爲ササリシハ俸給、恩給、任用、懲罰等ノ制定ヲ一般判任官ト同一ニ爲スヲ得サルカ爲ナリト考フルモノアルヘシト雖モ同一ノ規定ニ依ルヲ得サレハ例外ノ規定ヲ設クヘク之カ爲ニ官吏タルモノヲ官吏以外ノモノトシテ規定スルノ必要ナシ元來行政法上官吏ナルモノハ統治者ニ隸屬シテ國家事務ヲ擔任スルノ義務ヲ有スルモノナルニ拘ハラス我制度ハ一方ニ國家事務ヲ取扱ハサルモノヲ勅任官、奏任官若クハ判任官トナシ他ノ一方ニ於テ性質上官吏ナルモノニ此地位ヲ與ヘサルカ爲メ法律上官吏ト認ムヘキヤ否ヤノ實際上ノ疑問ヲ生スルモノニテ前掲巡査ノ如キハ其一例ニ屬スルモノナルニヨリ官吏法制定ノ曉ニハ性質上官吏ナルモノハ官吏ト爲スヘキト共ニ官吏ノ範圍ヲ明正ナラシメンコトヲ望ムモノナリ

第二　官吏任用ノ資格要件ヲ明ニ定ムルコト

現行制度ノ下ニ於テモ官吏任用ノ一般ノ資格要件明ナラス例ヘハ外國人ノ如キハ我國ノ官吏トナリ得ルヤ否ヤ不明ニシテ其他婦人、未成年者ノ如キモ試驗規則ニヨリ考フルトキハ官吏ト爲ルヲ制限セラレタルモノノ如ク見ユルト雖モ實際ニ於テ婦人ハ敎官ノミナラス遞信省ニ於テハ判任官ニ採用セラルルナリ若シ男子タルコト成年者タルコトカ單ニ試驗規則上ノ資格要件ニシテ一般官吏要件ニアラストスレハ同ク試驗規則中ニアル破産者家資分散者ノ如キモ試驗ヲ受クル

ヲ得サルモ試驗ニ依ラサル官吏タルコトヲ妨ケズト云ハサルヲ得ス要スルニ如此キ疑義ハ結局制度ニ官吏タルノ一般ノ資格要件ヲ定メサルノ不備ニ基クモノナルニヨリ之マタ明定スルノ必要アリト信スルナリ

第三　官吏任命ノ效力發生時期及效果ヲ定ムルコト

一　公法ノ區域ニ於テモ民法ニ於ケルト同ク意思ノ發表ハ其相手方カ之ヲ知リタルトキニ效力ヲ發生スルヲ通例トスヘキモノナリト雖モ相手方ニ之ヲ知ラシムル能ハサル場合ニ於テハ何時其效力ヲ發生スルヤノ疑ヲ生ス然ルニ一般ノ處分行爲ニ就テモ處分ノ一種ナル任命ニ就テモ其效力發生ノ時期ニ就テ之ヲ定メタルモノナシ茲ニ於テ次ノ如キ實例ヲ生シタル場合ニ於テハ何レノ任用ヲ以テ有效ト爲スヘキヤノ難問ニ遭遇スルナリ

或人カ一月十日甲縣ノ屬官ニ任命セラレ其翌一月十一日乙縣ノ屬官ニ任命セラレタリ併シ其人ハ乙縣ニ住居シタルカ爲メ甲縣ノ辭令書ヨリ先ニ乙縣ノ辭令書ヲ見タリ

故ニ任命效力發生ノ時期ヲ明ニ定メサルヘカラサルナリ

二　官吏タルノ資格要件ヲ有セサルモノヲ官吏トシテ任命シタル場合ニ於テ其任命ハ有效ナルヤ將タ其任命ハ取消シ得ヘキモノナルヤノ疑ヲ生ス或ハ官吏ノ地位保障ニ重キヲ置キタトヒ無資格者ノ任命ナリトモ一旦任命行爲トシテ成立スル以上ハ之ヲ取消シ得ヘキモノニアラスト唱フルモノアリ或ハマタ不法行爲ナルカ故ニ當然取消シ得ヘシト論スルモノアリ予輩ハ其取消シ得ヘキモノナルコトヲ信スト雖モ無資格者任命ノ兎モ角疑問トナル以上ハ法文ヲ以テ之ヲ明ニスルノ必要アリ(若シ取消シ得ルモノト爲ストキハ其取消マテノ官吏ノ行爲ノ效力ヲモ定ムルノ必要アリ)

マタ官吏ノ轉任ニ承諾ヲ法定ノ要件ト爲ス場合ニハ其承諾ヲ待タス轉任ヲ命シタルトキニモ同一ノ疑問ヲ生ス故ニ之ニ就テモ明文上之ヲ定ムルヲ要スルナリ

第四　官ト職トヲ區別スルコト

我現行制度ノ下ニ於テハ官名ト職名トヲ區別スルモノト官名ト職名ト一致スルモノニヨリ各省大臣、次官、局長、知事ノ如キハ其後者ノ例ニシテ省ノ書記官地方廳ノ事務官警視ノ如キハ其前者ノ例ナリ元來官吏タルモノハ其性質上當然官職ヲ擔任スルモノニアラス唯擔任スルノ義務ヲ有スルニ止ルモノナルニ依リ理論上官名ト職名トヲ區別スヘキノミナラス實際ニ於テハ休職及定員外ノ場合ニ同一職務ヲ有スルモノカ二名存スルノ不都合ナル結果ヲ生スルナリ故ニスヘテノ官吏ニツキ官名ト職名トヲ區別ス(例ヘハ大臣ヲ官名トシテ各省卿ヲ職名トシ地方事務官ヲ官名トシテ各府縣知事ヲ職名ト爲スカ如シ)ルヲ至當ト考フルナリ

第五　定員外ノ制度ヲ限定スルコト

初メ外國政府ニ傭聘セラレタルモノヲ定員外ト爲シタリシカ漸次其範圍ヲ擴張

シ南滿洲鐵道會社ノ役員近クハ東洋拓殖會社ノ役員ヲモ之ト同シク定員外ト爲スコトナシタリ外國政府ノ事務ニ從事シ南滿洲鐵道會社ノ事務ニ從事スルモノハ國務ニ關係スルニヨリ之ヲ定員外ト爲ス尚可ナリト雖モ全ク純然タル私立會社ノ私事務ニ從事スル拓殖會社ノ役員ニ定員外ノ制度ヲ適用スルハ其濫用ニアラサルヤヲ疑ハサルヲ得ス若シ之ヲシテ定員外ト爲スノ必要アラハ日本銀行ノ役員、郵稅會社ノ役員、韓國ノ中央銀行ノ役員ニ對シテモ定員外ノ制度ヲ適用スルノ理由ヲ發見スルニ苦マス故ニ官吏ヲ特ニ定員外ト爲スノ制度ハ之ヲ直接國務ニ從事スルモノノミニ制限センコトヲ望ムモノナリ

第六　俸給制度ヲ改正スルコト

今日ハ原則トシテ俸給ハ地位ニヨリテ之ヲ定メ人ニヨリ之ヲ增減スルノ餘地ナシ故ニ優待スル爲ニ屬官ニ適當ナルモノヲ郡長ニ轉シ郡長ニ適當ナルモノヲ府縣ノ事務官ニ轉シ府縣ノ事務官トシテ適任ナルモノヲ省ノ局長ニ轉シ知事ニ適當ナルモノヲ次官ニ轉シ次官ニ適任ナルモノヲ大臣ニ轉スルノ不都合ナル結果ヲ生セシム故ニ俸給令ヲ改メ適任者ニハ其地位ニテ高額ノ俸給ヲモ與フルノ改正ヲ希望シテ已マサルナリ蓋シ之カ適材ヲ適所ニ使用スルノ途ナルヲ以テナリ其他旅費規則官吏服務規律等ノ不完全ナルコトハ皆人ノ知ル所ニテ予輩ノ喋喋ヲ待タサルコトナルニヨリ等シク其改正ヲ必要トナスモノナリ（完）

國法學第二編　行政篇

行政篇（上卷之上）

終

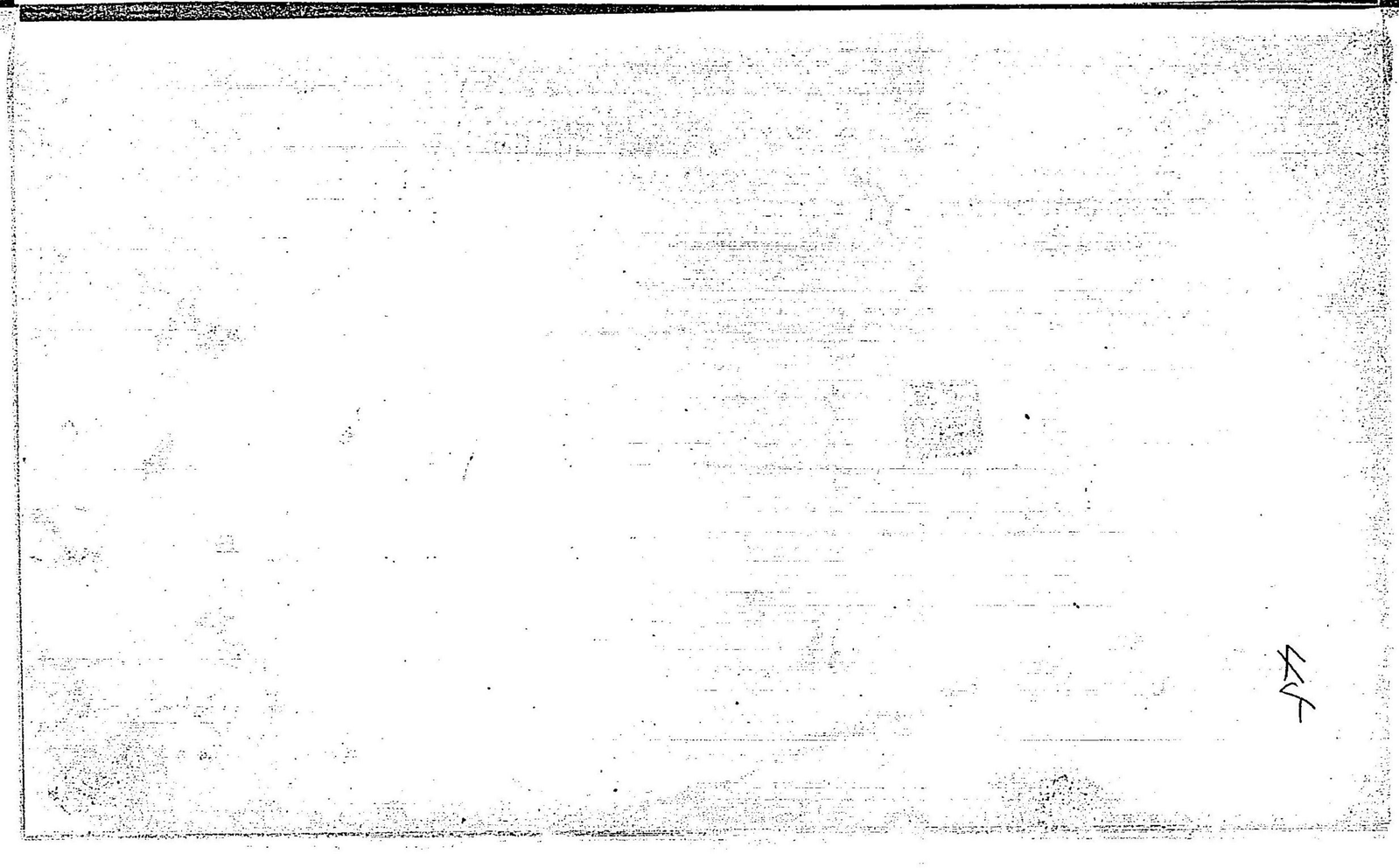
明治四十三年三月十二日印刷
明治四十三年三月十[illegible]日發行

國法學第二編行政篇上卷上奥付
正價金貳圓五拾錢
上製背皮金貳拾五錢增

禁漢譯
著作所有

著作者　清水澄
發行者　東京市神田區今川小路二丁目四番地　葉多野太兵衛
印刷者　東京市小石川區久堅町百八番地　山田英二
印刷所　東京市小石川區久堅町百八番地　博文館印刷所

發行所
東京市神田區今川小路二丁目四番地
電話　本局九六五番
振替口座　東京七四四七番
清水書店



44
338