



14
652



始

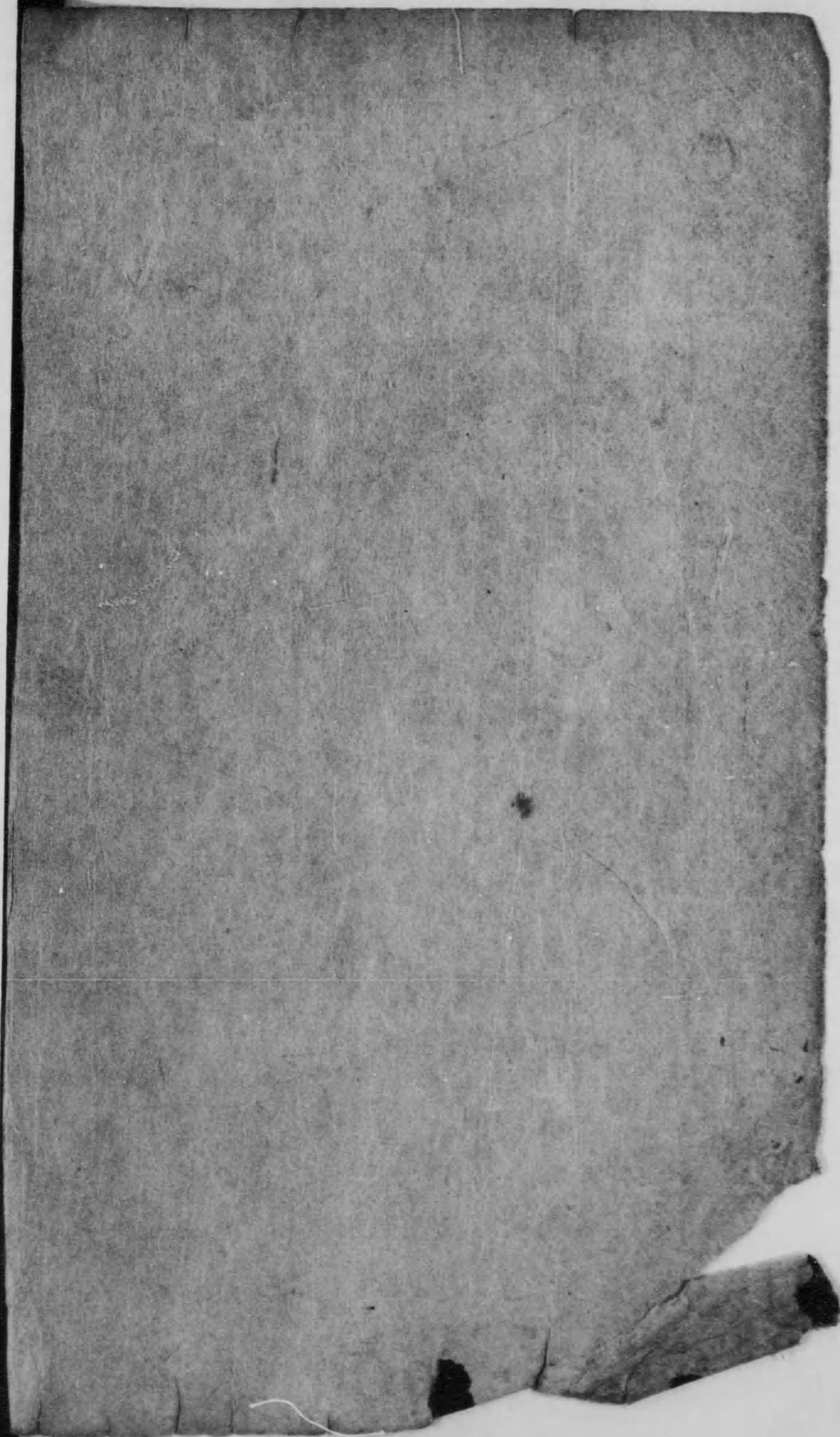


日本行政法

上卷



欠



欠

行政法論

第一編 總論

第一章

行政法之基礎觀念

第一節

國家

第二節

行政之觀念

第三節

三權分立

第四節

行政法

第五節

行政法之淵源

第六節

殖民地行政法

第二章

行政上之基礎法則

第一節

公法上之法律關係

第二節

行政行為之性質及種類

第三節

行政行為之成立及其拘束力

一 一
二 二
三 三
四 四
五 五
六 六
七 七
八 八
九 九
十 十
十一 十一
十二 十二
十三 十三
十四 十四
十五 十五
十六 十六
十七 十七
十八 十八
十九 十九
二十 二十

第四節	行政行為，無效及瑕疵	二一三
第五節	行政行為，消滅	二三七
第三章	行政組織，法	二五七
第一節	行政組織總論	二五七
第二節	行政官廳	二七三
第一項	官廳，觀念	二七三
第二項	官廳，权限	二八〇
第三項	官廳，組織	二八六
第四項	官制	二八七
第五項	官廳，代理	二九三
第六項	官廳，权限，委任	二九五
第七項	上級官廳，下級官廳，關係	二九五
第三節	中央官制	三〇三
第四節	地方官制	三二七

第五節	殖民地制度	三四四
第四章	官吏法	三五三
第一節	官吏，性質及種類	三五三
第二節	官吏，條件，成立	三六九
第三節	官吏，義務	三八五
第四節	官吏，權利	四〇三
第五節	官吏，責任	四一五
第六節	官吏，條件，終了及解職	四三五
第五章	公法人，法	四三九
第一節	公法人，性質	四三九
第二節	公法人，種類	四五三
第三節	地方團體，成立	四五七
第四節	地方團體，权限	四七一

行政法講義 上卷 目次終

行政法講義上卷

第一編 總論

第一章 行政法基礎概念

第一節 國家



行政法ハ國法 (Staatsrecht) ノ一部ナリ、國家ニ于
スル法律現象中其ノ行政ニ于スルモノヲ研究スルコトヲ目的トス、
故ニ行政法ノ研究ノ起點タルモノハ總テノ國法ト全ク同ク國家ニ在リ
國家ノ本質ニ于スル詳細ナル研究ハ今述フル如クニ在ラス、簡單ニ之
レヲ去ハハ國家ハ一是ノ土地ヲ基礎トセル人類ノ集團ニシテ最高

独立ノ意思カヲ有スルモノナリ
凡ソ団体トハ共全ノ目的ヲ有スル多数人ノ継続的ノ結合体ヲ云フナ
リ、多数人カ或ル共全ノ目的ヲ有シソノ共全ノ力ニヨリテ此ノ目
的ヲ達セントスル場合ニ於テハ吾人ノ普通思想ヲ以テソノ共全目的
ヲ有スル多数人ノ全体ヲ単一主体ト觀念ス、コノ単一主体カ自ラ目的ノ
主体タル意思カノ主体タル独立ノ生存ヲ有スル主体タルモノトシテ
認識ス、此ノ單一主体ハ即チ団体ナリ、其ノ觀念ノ中心矣タルモノハ
目的ニシテ多数人カソノ目的ノ一致ニヨリテ協力シテ之レヲ達セン
トスルニヨリ、其ノ全体カ單一主体トシテ思考セラル、ナリ、ソノ目
的ハ素直ナリ、其ノ団体ニ屬スル人類ノ目的ナレトモ、ソノ多数人ハ
各自独立ニソノ目的ヲ有スルニアラシテソノ全体カ共全ノ目的ヲ
有スルモノナルカ故ニ其ノ全体カ自ラ目的ノ主体タルモノトシテ
認識セラル、ナリ、又ソノ活動ハ素直ナリ、団体ニ屬スル人類ノ活動ニ
外ナラサレトモ、ソノ多数人ハ各自自己ノ目的ノ爲メニ活動スルニ

アラ
アルシテソノ全体ノ目的ノ爲メニ活動スルモノナルカ故ニ、ソノ
活動ハ各々一人ニ屬スルモノト見做サレシテソノ全体ニ屬スル
モノト見做サレテ其ノ全体カ自ラ活動カノ主体ナリ、自ラ志ヲ力ヲ
加フルモノト思考セラル、ナリ

國家モ亦如斯キ一ノ団体ナリ、從テ亦自ラ目的ノ主体ナリ、意思カ
ノ主体タルモノナリ、國家カ他ノ団体ト區別セラル、特色ハ主トシ
テ三矣ニ在リ

第一、國家ハ一定ノ土地ヲ基礎トスルノ區域タルコトナリ、土地ヲ
基礎トスルノ団体ハ學問上ノ用語ニ於テ之レヲ領土國體ト稱スル
ヲ常トス、(Gebietskörperlichkeit)

第二、國家ノ目的ハ広クニテ及ササル処ナク高クモ人類ノ生活ヲ幸
福ナラシムル凡テノ事項ハ皆國家ノ目的中ニ包含セラル、コトニ
在リ

第三、國家ノ意思カハ最高獨立ニシテ自己ノ意思ニ反シテ他ノモノ

制限ヲ受クルコトナキコトニ在リ

國家其他ノ凡テノ団体ト區別セラル、所以ハ以上ノ三矣ニ在リト雖
モ領土団体ハ必ラスレモ國家ノミニ止マルモノニアラス、自治國民
地、地方自治団体オハ亦等シク一定ノ土地ヲ基礎トシテ成立スル団
体ニシテ等シク領土団体ノ性質ヲ有ス、ソノ目的ノ一定ノ事項ニ限
ラレズレテ本ク人生ノ幸福ヲ目的トスルコトモ亦必ラスレモ國家ニ
ノミ特有ナルモノト云フニ非ラスレテ、國家アリテ他ノ凡テノ類似
ノ団体ト區別セシムルモノハ尋ラソノオミニ在價即チ國家ノ意思カ
ノ最高獨立ナルコトニ在リ

國家ノ内部ニ於テ國家ノ意思ニ反レテ之レニ對抗スヘキ如
何ナル力カヲ有セサルコトヲ意味スルナリ

獨立トハ國家カ外ニ對シテ自己ノ意思ニ反レテ外國ヨリソノ意思ヲ
制限セラレサルコトヲ意味ス、國家ハ内ニ於テモ亦ハ外ニ向フテモ
絶対ニ無制限ノ力カヲ有スルモノニアラス、外ニ向フテハ國家ハ他

ノ列國ノ存立ヲ侵スヲ得ザルノ制限ヲ受クルハ勿論内ニ於テモ國家
ヲ組織スル者クノ個人及ヒ団体ハ自何レモ各自國ノ生存ヲ自己
ノ生存目的ヲ有スルモノニシテ國家ト雖モ濫リニ其ノ生存ヲ侵スヲ
得ヘキモノニアラス、併シ之オノ凡テノ制限ハ皆國家ノ意思ニ反シ
テ國家ヲ束縛スルノ力カヲ有スルモノニハ非ラス

國家ニ對スル制限ハ外ニ向フテハ國際法ノ定ムル如ク、内ニ於テ
ハ國內法ノ定ムル如クナリト雖モ、國法及ヒ國際法ハ何レモ國家ノ意
思ニ反シテ其ノ力カヲ有シ得ヘキモノニアラス、國際法ハ列國ノ全
意承認アルニ依リテソノ力カヲ有スルモノニシテ國家ノ意思ニ反シ
テ成立スルコトヲ得ス、國法モ亦々國家自ラ之レヲ制定シ、改廢ス
ルノ力ヲ有スルモノニシテ國家ノ意思ニ反シテソノ力カヲ保ツヲ得
ス

何レモ國家ノ意思ニ反スル制限ト云フヲ得ザルナリ、國家ノ意思カ
最高獨立ナリト云フハ如斯ク自己ノ意思ニ反シテ他ノ者ノ制限ヲ受

和知協力の
主体トスル

ケサルノ意味ニシテ此莫ニ於テ國家ハ自治殖民地、地方自治團體ナリ
凡テノ他ノ類似ノ團體ト區別セラル、ナリ
團體ノ法律上ニ承認セラレタルモノヲ法人ト云フ、凡テノ團體ハ意
思力ノ主体ナリ、目的ノ主体タルモノナリト雖モ、此ノ意思力ハ只
事實上ノ意思力タルニ止マリ、未タ当然ニハ法律上ノ意思力タルモ
ノニアラス、一個人ハ少クトモ近代ノ國法ニ於テハ其ノ出生ト共ニ
当然ニ自己ノ生存目的ノ主体タル意思力ノ主体タルコトヲ法律上ニ
承認セラレ從テ当然ニ法律上ノ人格者トシテモ資格ヲ有スルモノナ
リ、團體ハ之レニ反シ今日ノ國法ニ於テモ当然ニ意思力ノ主体ナリ
生存目的ノ主体タルコトヲ法律上ニ承認セラル、モノニアラス、多
数ノ團體ハ只事實上ノ存在ヲ有スルノミニシテ法律上ニハ團體ト
シテ承認セラル、コトナク只各個人間ノ權利ヲ保シテ認メラル
ルニ止マル
團體中ノ特ニ堅固ニシテ其ノ目的ノ社會生活ニ影響スルコトナキモ

國家ニ對スル

一、ミカ法律上特ニ團體トシテ承認セラレ從テ法律上ノ人格者タル
ルモ他ノ國家ハ凡テノ團體中ニモ其ノ絶対ノ最モ強固ニシテ其ノ目
的ノ最モ本キ流ナルモノナリ、從テ國家ハ又一ノ法人ナリ
國家ハ他ノ凡テノ法人ト相長ナリ、他ノモノ、承認ニヨリテ始メテ
法人タル資格ヲ得ルモノニアラス、國家内ニ於ケル凡テノ臣民ハ只
國家ノ承認ノ下ニミカ權利ヲ享有スルコトヲ得、ク從テ國家内ニ於
ケル團體カ權利ヲ享有スルコトヲ得ルモ亦只國家ノ承認ニアル場合
ノミニ限ル、國家内ノ法人團體カ法人トシテ權利ヲ享有シ得ヘキ
主体タルハ常ニ國家ノ承認アルコトヲソノ前提トスルモノナリ、独
リ國家ハ最高獨立ノ團體ナリ、他ノモノノ支配ノ下ニ存スルモノニ
非ラス、從テソノ權利ヲ享有スルコトモ亦他ノモノ、承認ニヨリテ
始メテ之レヲ得ルニアラス、自己ノ力ニヨリテ之レヲ享有ス、
他ノ凡テノ法人ハ國家ノ承認ニヨリテ始メテ法人タルニ反シテ独リ
國家ハ其ノ團體トシテ成立スルト共ニ自己ノ力ニヨリテ當然ニ法人

タリ、当然ニ権利ヲ享有スルコトヲ得ルナリ
國家ノ意思カヲ稱シテ國權ト云フ、國家ノ権カトモ云ヒ又ハ時トシ
テハ、公ノ権利ト云フモ公義ナリ、國權ノ觀念ハ國家ノ権利ヲ云フ
ニアラスレテ國家ノ一般ノ意思カヲ云フ者ニ外ナラサルナリ尚本國
家々ノ人格ト云フニ云シ、自己ノ意思ヲ以テ其目的ヲ遂行シ得ヘキ
カヲ云フナリ、從テ凡テノ人格者ハ皆如斯ニ一般ノ意思カヲ有ス、
民法ニ於テハ此ノ一般意思カヲ稱シテ權利能力ト云フ國家ノ意思カ
即チ國權ハ若シ之レヲ民法上ノ用語ヲ以テ云ヘハ國家ノ權利能力ト
云フニ云シ、權利ノモノヲ云フニアラスレテ權利ヲ享有シ得ヘキ
カナリ

國家ノ權利能力ハソノ最高獨立ナルコトニ於テ他ノ凡テノ人格者ノ
權利能力ト異ナル、ソノ最高獨立ナルコトヨリ生スル一ノ結果ハ國
家カ他ノ者ノ制限ニヨラス、專ラ自己ノ意思ニヨリテ自己ノ享有ス
ル權利ノ範圍ヲ定ムルヲ得ヘキコトニアリ、他ノ凡テノ人格者ハ只

國家ノ兼認ノ下ニ權利ヲ享有スルコトヲ得ヘキモノニシテ其享有
シ得ヘキ權利ノ範圍モ國家ノ兼認ニヨリテ定マル、國家ノ享有スル
權利ノ範圍ハ之レニ反シ國家ノ自ラ定ムル如クニ於テ、此定マルナリ、
國家カ自ラ其ノ享有スル如ク權利ノ範圍ヲ定メ得ヘキ結果トシテ國
家ノ享有スル權利ノ種類ニ付テモ亦若シク他ノ人格者ト異ナル、國
家ノ享有スル權利ニシテ之ク一般人格者ノ享有スルコトヲ許サレザ
ルモノヲ稱シテ統治權ト云フ

國家ノ權利ハ敢テ統治權ノミニ止マルモノニアラス、國家ハソノ自
ラ定ムル凡テニヨリテ如何ナル權利ヲモ享有スルコトヲ得ヘク殊ニ
財産ノ保護ニ於テハ尋常ノ場合ニ於テ一般人格者ト合格ノ地位ニ立チ
合格ノ權利ヲ享有ス、國家カ一般人格者ト合格ノ地位ニ立チテ享有
スル權利ハ之レヲ統治權ト云フコトナシ、統治權ノ觀念ハ國家ノ權
利ノ内ヨリカハル權類ノ權利ヲ除外スルモノナリ
國家カ一般人格者ト合格ノ地位ニ立チテ享有スル權利ハ之レヲ國家

私権ト云フヲ得ヘシ、主トシテ財産権ナリ、^{権利}主権ハ一般人民ノ國
家ト等ニク享有スルヲ得ベキ權利ニシテ電モ國家ニ特有ナルモノナ
シ、統治権ハ國家ニ特別ナル權利ニシテ一般人格者ノ享有ヲ許サレ
サルモノナリ、唯々地方自治團體ノ如キ國家ヨリ特ニ其ノ權利ヲ与
ヘラレタルモノ、ミカ國家ト等ニク之ヲ享有シ得ルニ止マル、或
ハ之ヲ稱シテ國家ノ公權ト稱スルヲ得ヘシ、國權ノ觀念ト統治権ノ
觀念トハ明ニ之レヲ區別スルヲ要ス、法律の觀念ノ研究ハ西洋ニ於
テモ古クヨリ專ラ私法ニ遍シ、國家現象ニ于テハ法律的研究ノ甚
タ幼稚ナリシ結果、私法ニ付テハ法律の觀念ノ精密ナル區別、普ク
認識セラレ權利ト權利能力トノ區別ハ法律ノ初學者ト雖モ普ク知
ルルナルニ反シテ國家現象ニ于テハ一般ノ學者ハ此ノニ着念ヲ混
合シテ國家ノ權利能力モ國家ノ權利モ合一觀念トナシ、等シク之レ
ヲ國家ノ權カト稱シ之レヲ區別セサルヲ常トスト魚トモ、之レ多ク
ノ誤解ヲ生スルノ原因タルモノニシテ明ラカニ之レヲ區別スルコト

肝要ナリ。

國權ノ着念ハ國家ノ一般ノ意思カヲ云フ、之レヲ民法ノ語ヲ以テ
テ云ハハ、國家ノ權利能力ナリ、統治権ハ之レニ反シ國家ノ現ニ享
有スル權利ナリ、一般ノ意思能力ハ、特定ノ内容ヲ有スルモノニア
ラス、唯々ソノ一般ノ生存ノ目的ヲ遂行シ得ベキ活動力ニ外ナラス
反之統治権ハ凡テノ内容ヲ有スルカナリ、或ル特定ノコトヲ要求
シ命令シ得ルノ力ナリ、一般ノ意思カニ國權ハ國家ニ固有ナルモ
ノニシテ、統治権ハ國家ハソノ團體トシテ存在スルト共ニ當然之レヲ
保有ス、統治権ハ之レニ反シテソノ或ルモノハ國家ノ存立ト共ニ當
然成立スルモノアレトモソノ大部分ハ特別ノ法律原因ニ基キテ之レ
ヲ取得スルモノナリ、一定ノ土地ヲ自國ノ領土トシテ取得スルコト
ニヨリテ新ナル統治ノ權利ヲ取得シ、一般ノ人々自國ノ臣民トナス
ニヨリテ又新ナル統治ノ權利ヲ取得ス、統治ノ權利ハ決シテ必ラス
ニモ國家ニ固有ニソノ存立ト共ニ當然保有スルモノニアラサルナリ

國家ノ一般意思カハ本末無制限ナリ

國家ノ自ラ制限セサル限リハ如何ナル権利ト雖モ之レヲ享有スル
コトヲ得、國家ノ統治權ハ反之有限ナリ、統治權ハ只國法及ヒ國際
法ノ下ニ存立スル權利ニシテ國家ト雖モ、國法及ヒ國際法ヲ無視シ
破壊スルノ權利ヲ有スルモノニアラス、國家ハ外國ヲ統治スルコト
ノ權利ヲ有スルコトナク、無罪ノ臣民ヲ漫リニ死刑ニ処シ監獄ニ入
ルルノ權カヲ有スルコトナク、公益ノ必要ノ爲メニスルニアラスレ
テ漫リニ臣民ノ財產ヲ沒收スルノ權利ヲ有スルコトナレ、國家ノ統
治權ハ有限ナルコトハ元ヨリ云フ俟タサル如ナリ

國家ノ一般意思カハ唯一不可分ナリ、國權ノ不可分ハ國家ノ單
一ヨリ生スル當然ノ結果ナリ、總テノ人格者ハ個人ニテモ法人ニテ
モ必ラス只一ノ意思カヲ有ス、今時ニ二個人ノ意思カヲ有スルモノハ
元ヨリ唯一ノ人格者タルコトヲ得ス、國家モ亦單一ナル人格者タル
コトノ必然ノ結果トシテ只一不可分ノ意思カヲ有ス、及之統治權ハ

可分ナリ、統治權ハ國家ノ享有スル權利ナリ、而シテ權利ハ一般ニ
不可分ナリモノニアラス、一個人カソノ所有權ヲ分轄シテ其一部分ヲ
他ニ讓渡スコトヲ得ルト云レテ、國家モ亦タソノ享有スル統治權ノ
權利ヲ分割シテ其一部分ヲ他ニ讓渡シ他ニ委任シ他ニ附与スルコ
トヲ妨ケズ、領土ノ割讓ハ統治權ノ一部ヲ割讓ニシテ新領土ノ取得
ハ新ニ統治權ヲ取得スルナリ、外國人ノ歸化ソノ他ノ原因ニヨリテ
國ノ臣民トナルハ統治權カソレタケ増加スルナリ、自治殖民地、地
方自治團體ホニ自治權ヲ許スハ統治權ノ一部ヲ之レニ附与スルナリ
國權ノ愈々ト統治權ノ愈々ト相長ルコトハ如斯シ、
多クノ者カ統治權ノ着念ヲ論シ或ハ統治權ハ國家ニ固有ノ權利ナリ
リト云ヒ或ハ絶対無限ノ權カナリト云ヒ或ハ只一不可分ナリト云フ
ハ何レモ國權ト統治權トヲ混合シ統治權カ國家ノ一般意思カニヨラ
スレテ國權ノ權利ヲ云フモノナルコトヲ解セサルノ誤ナリニ出ソル
モノナリ

統治権ノ最モ著キキ特長ハ人格者ニ対シテ命令ヲナシ自己ノ力ヲ以テ其ノ命令ヲ強制シ得ルノ権利タルニアリ、此ノ特色ニ基キ通常統治権ヲ説明シテ命令強制ノ権利ナリト云フ、之レハナラズシモ謀マレルニアラストモ命令強制ヲ以テ若シ統治権ノ全体ヲ尽セルモノトナサハ大ナル誤ナリ、單ニ命令ニ強制スルコトノ外統治権ハ尚ホ諸種ノ権利ヲ包含スルモノトシテ國家ハ

第一、ニハ自己ノ組織ト即チ自國ノ政体ヲ自カラ定メ其ノ組織ヲ完成スルノ権利ヲ有ス、之ヲ國家ノ組織高権(Organisationsho-

heits)ト云フ

第二、ハ一定ノ土地ヲ以テ自國ノ領土ト定メソノ領土内ニ在ル總テノ人民ハ自國臣民タルト外國人タルトヲ向ハス、專制的、排他的ニ之レヲ支配シテソノ法律ヲ秩序ヲ定ムルノ権利ヲ有ス、之レヲ國家ノ領土高権(Territorialho-

heits)ト云フ

第三、ハ國家ハ一定ノ人民ヲ以テ自國ノ臣民トナシソノ臣民ニ對シテハ自國內ニ在ルト外國内ニ在ルトヲ同ハス、之レニ命令シ、

強制シ、其ノ法律ヲ秩序ヲ定ムルノ権利ヲ有ス、之レヲ國家ノ臣民高権(对人高権 Personalhoits)ト云フ

領土高権ノ效果ト臣民高権ノ效果トハ大部分相一致ス、自國ノ領土内ニ在ル自國ノ臣民ニ對シテハ、臣民高権ニヨリテモ又ハ領土高権ニヨリテモ、國家ハ等シク之レヲ支配シ命令スルノ権利ヲ有スルモノニシテ此ノ限度ニ於テハ此ノニ權利ハ全ク相合致シ之レヲ區別スルヲ得サルモノナリ、及之自國ノ領土内ニ在ル外國人ヲ支配スルハ專ラ領土高権ノ效果アリ、外國ニ在ル自國民臣ニ命スルハ專ラ臣民高権ノ效果タルナリ、統治権ノ概念ハ之ヲ各種ノ權利ノ全体ヲ總括スルモノナリ

統治権ハ少クトモ近代ノ國家ニ於テハ原則トシテ國家カ独リ之レヲ

為シ一物ノ何人又ハ団体ノ之ヲ享有ヲ許サシルヲ通常トス、併シ此
代ノ國家ニ於ケル國家ノ許容ノ下ニ於テ國家ノ下ニ於テル公共団体
ニシテ之ノ權利ヲ享有スルモノ少ナカラズ、其ノ最モ顯著ナルモ
ハ聯邦國ニ於ケル各殖民地、自治^治殖民地及ヒ地方自治団体ナリ
之レハ内ソノアルモノニ在リテハ之ノ權利ヲ享有スルノ範圍極
メテ広ク殆ント國家ト相違ハサルモノアリ、(英似セリ)就中聯邦國
ニ於テハ各各聯邦及ヒ英ノ各自治殖民地ノ如キハ各自己ノ憲法ヲ
有シ自己ノ政府國會ヲナシ立法司法行政ノ各種ノ作用ヲ行フコト殆
ント國家ト異ナラサルモノアリ、聯邦國ニ於ケル各聯邦ニ至リテハ
多クノ差有之レヲ以テ眞ニ國家ナリトナシ、或ハ之レヲ稱シテ一部
主權國ト云フカ如キ名稱ヲ以テスルモノアリ、之ハスヘテノ國家
似ノ団体ハ或ル制限ノ下ニ組織高權及ヒ臣民高權及ヒ領土高權ヲ有
スルコトニ於テ國家ト異ラスト雖モ其ノ國家ト區別セラル、如ハ國
家力之オノ權利ヲ享有スルハ專ラ自己ノ意思ニ基キ、他ノモノノ兼

認ニヨリテ初テ之ノ權利ヲ取得スルニ非サルニ反シテ國家以外ノ
凡テノ団体力之オノ權利ヲ享有スルハ唯タ國家ノ承認ノ下ニ國家ヨ
リ許容サル、ニ基クモノナルコトニ在リ
換言スレハ國家ハ最高獨立ニシテ自己ノ意思ニ依ルノ外他ノ者ノ制
限ヲ受クルモノニアラサルニ反シテ他ノ凡テノ団体ハ國家ノ下ニ存
シ、國家ニヨリテソノ意思ヲ制限セラル、モノナルコトニ在リ、
國家ノ享有スル權利ト雖モ、固ヨリ有限ナリト雖モ、其ノ制限ハ國
家ノ自ラ定ムル如クニシテ他ノ者ノ意思ニヨリテ生スルモノニアラズ
他ノ凡テノ団体ハ享有スル權利ハ自己ノ意思ニ基カスニテ國家ノ定
ムル制限ニ服スルナリ、獨逸ノ國法キ者ノ吾友カ獨ノ各聯邦ヲ國家
ナリトナセルハ恐ラクハ此ホノ各聯邦カ曾テ獨立ハ國家タリシコト
ノ歴史的事實ニ制セラル、ニ基クモノニシテ若シ歴史ノ國體ヲ云リ
テ純理ヨリ云ハハ唯帝國カ一國家ニシテ帝國ノ下ニ於ケル各聯邦
ハ國家ニ準スヘキ性質ヲ有スルニ止マリ、眞ニ國家タルモノニアラ

スト本ヲ以テ正当ナルヘシト信ス

國家ノ意思カカ最高獨立ニシテ自己ノ意思ニ反シテ他ノ權力ノ制
限ヲ受クルコトナキノ性領ヲ稱シテ通常國家カ主權ヲ有スト本ヲ其
ノ外ニ對シテ、獨立ニシテ外國ノ權制限ヲ受ケサルコトヲ稱シテ對
外主權ト云ヒ、内ニ於テ最高ニシテ國內ニ於ケル凡ソノモノカ國家
ノ權カニ服スルコトヲ稱シテ對内主權ト云フ、主權ノ概念ハ斯クノ
如ク國家カ最高獨立ナルコトノ性領ヲ稱スル概念ニシテ國家カ權利
ヲ本ニアラス、又國家ノ一般意思カ即チ國權ノモノヲ云フニモ
アラス、猶ホ最高權又ハ獨立權ヲ云フニ在リク、國權ニ屬スル性領ニ
ヲ云フナリ、之レト合格ノ意義ニ於テ國家ノ權カハ國家ニ固有ナル
カ故ニ之レヲ固有權トモ云ヒ得ヘク、又永久的ナルカ故ニ、永久權
トモ云フヲ得ヘク、又唯一不可分ナルカ故ニ不可分權トモ稱スルヲ
妨ケス、固有權、永久權、不可分權トノ概念カ國權又ハ統治權ノ看
念ト異ナルト全レク主權即チ最高權獨立權ノ概念モ亦チ國權又ハ

又ハ統治權ノ看念トハ明ニ區別スルコトヲ要ス、然ルニ從來一般ノ
用語ニ於テ主權ト統治權又ハ國權トハ常ニ之レヲ混合シ主權ハ國ヲ
統治スルノ權カナリト云ヒ立法權ハ主權ノ作用ナリト云カ如キ說明
ヲナスモノ甚ク多シ殊ニ英仏ノ語ニ於テハ國權又ハ統治權ニ精密
ニ該當スヘキ定語ナク、國權又ハ統治權ノ意ヲ表ヲハスカ爲メニモ
Sovereignty 一ナル語ヲ用ユルコト通常ナルカ故ニ一層看念
ノ混合ヲ招キ易シ、主權ノ看念ハ明ラカニ統治權又ハ國權ト區別ス
ルコトヲ要ス

主權ハ國權ニ屬スル一ノ性領ナリ、國權ノ最高獨立ナルコトヲ云フ
ナリ、或ル場キヲナシ得ルカヲ云フニアラスシテソノカニ屬スル屬
性ナリ、尚ホ永久的ナルコト、不可分ナルコト等カ國權ニ屬スル一
ノ性領ナルト異ナルコトナシ、統治權ハ最高獨立ノ性領ヲ有セサル
自治殖民地、地方団体カ亦均シク之レヲ享有ス、其ノ二者混合スル
事ヲサルハ明瞭ナルヘシ

本節ヲ終ルニ臨ミテ最後ニ國家ノ目的ニ付テ一言セシ
國家ノ目的ハハカク人生ノ汎ラノ一面ニ且リテ及サル処ナク、私法人
ノ如ク或ル特定ノ事業ノミヲ目的トナスモノニアラス、其ノ目的ト
スル処ハ極メテ汎汎ニシテ一言ヲ以テ尽シ得ヘキモノニアラスト至
トモ、大体ニ付テ去ヘハ大凡之ヲ三種ニ區別シ得
其ノ第一ノ目的ハ國家自身ノ存立ヲ維持スルコトニ在ルナリ、之レ
ヲ國政ノ目的ト云フ、國家ノ存立ヲ維持スル爲メニハ國家ハ第一ニ
ハ自己ノ組織ヲ全クスルコトヲ要シ、第二ニハ他外國ニ對スル干渉
ヲ全フスルコトヲ要ス、第三ニハ海軍ノ武力ヲ具ヘテ以テ外國ノ攻
撃ヲ防禦ス、國內ノ叛乱ヲ鎮定スルコトヲ得サルヘカラス、第四
ニハ諸種ノ設備ヲ全フスルカ爲メニ必要ナル財力ヲ具ヘサルヘカラ
ス、
之ハ凡テノ目的ノ爲メニスル作用ハ何レモ國政ノ目的ニ干スルモノ
ナリ

國家ノ第二ノ目的ハ國民ノ公共ノ利益ヲ保全シ、増進スルコトニ在
リ、
之レヲ民政ノ目的ト云フ、國家ハ國民ヨリ成ルモノナルヲ以テ國民
ノ幸福ハ即チ國家ノ繁榮ナリ、如何ニ國家カ陸海軍ノ設備ヲ全フシ
國庫ノ財力豊富ナリト雖モ及國民ニシテ貧弱ナリセハ國家ノ繁榮ハ
尤ヨリ全クシト云テ得ス、國民ノ幸福ヲ全フスルコトハ國家ノ最モ
主要ナル目的ノ一ツナリ
國家ノ第三ノ目的ハ國民ノ相互ノ間ニ法律ヲ依リ秩序ヲ定メ相互ノ
間ノ權利義務ヲ確定シ之レヲ維持スルコトニアリ之レヲ法政ノ目的
ト云フ、
凡テノ社会生活ハ社会ノ各人ノ間ニ其ノ意思カノ及ヒ得ヘキ限界ヲ
定メラル、ニアラサレハ之レヲ全フスルヲ得ス、各人若シ自己ノ欲
スルマ、ニ如何ナルコトヲモ爲シ得ヘシトセハ社会ハ只カ腕力ノ競
争トナリテ、腕力ノ弱キモノハ、強キモノ、犠牲トナルノ外ナシ、

各人相互ノ間ニ一定ノ権利義務ノ範圍カ制定セテレ國家ノ権力ニヨ
リテ維持セラルルニヨリテ社会生活ハ初メテ安全ナルコトヲ得、法
政ノ目的ハ即チ之レカ目的ヲ達スル所以ナリ

二二

第二節 行政ノ觀念

行政ハ國家ノ作用ノ一種ナリ、國家ノ作用ハ通常之レヲ、立法、司
法及ヒ行政ノ三種ニ區別ス、行政ノ概念ハ一面ニ於テ行政立法ニ對シ
一面ニ於テハ司法ニ對スルモノナリ、立法トハ法規ヲ制定スルノ作
用ヲ云ヒ司法トハ何々ノ事件ニ于スル法規ノ適用ニ付キ争吏ハ疑ア
ル場合ニ於テ法規ノ適用ヲ確認スルノ作用ヲ云ヒ、而シテ行政トハ
國家ノ目的ヲ達スルカ爲メニスル一切ノ作用中立法ニ屬セス、司
法ニ屬セサルモノヲ云フナリ

立法ハ法規ヲ制定スル作用ナリ、法規トハ人格者間ニソノ意思発動
ノ限界ヲ定ムル一般ノ抽象的ノ法則ナリ、法規ノ成立ハ必ラスニモ
國家ノ意思ノミニ基クモノニアラス、法規ノ一大部分ハ社会生活ニ
於ケル人類ノ習慣上ノ慣習ニヨリテ生シ、又ハ人類ノ正義ノ確信ニ

二三

ヨリテ成^生成ス、併シ單ニ慣習ニヨリテ生^二又ハ正義確信ニヨリテ
成立スル法規ハ其ノ性質上必ラスシモ明確ナルヲ得ス、而シテ法規
ノ不明瞭ハ社会生活ノ安全ヲ確保スルノ道ニアラサルカ故ニ、稍進歩
歩セル國家ニ於テハ國家ノ权力ニヨリ、成文ヲ以テ法規ヲ宣言シ以
テ社会生活ニ於ケル人類ノ行動ヲシテ一定明瞭ナル法則ニヨルコト
ヲ得セシムルヲ常トス

國家カソノ权力ニヨリテ成文ノ法規ヲ定ムルノ作用ハ即チ立法ノ作
用ナリ、

法規ノ着意ハ人格者固ニ其ノ意思ノ力ノ及ビ得ヘキ限界ヲ劃スルモ
ノナルコトヲ第一ノ要素トナシ一抽象的ノ標準ヲ以テ其ノ法則ヲ
定ムルモノナルコトヲ、其ノ第二ノ要素トス。
法規カ一抽象的ナル法則タルコトヲ要スルヤ又ハ實在ノ一事件ニ
于スルモノトモ、尚ホ法規タルコトヲ妨タケサルカハ曾テ獨ニ
於テ學者固ニ論争セラレタル問題ナリ、多クノ學者ハ Saband

Saband 等ハ一抽象的ノ法則タルコトハ唯テ法規

ノ通常ノ要素タルニ止マリ、必然クヘカラサルノ要素ニハアラス
一一般ノ法則ニ対シテ一事件ニ付キ其ノ例外ヲ定ムルモノ、如キ、一
事件ニ于スルモノトモ尚ホ法則タルコトヲ妨タケストナセリ、然
ルニ一事件ニ于スル規定ニテモ尚ホ法規タルコトヲ得ヘシトセハ法
規ト行政行為、裁判行為又ハ私人間ノ法律行為トヲ區別スヘキ標準
ナキニ至ルヘシ、行政行為、裁判行為又ハ法律行為モ亦人格者相互
ノ間ニソノ法律關係ヲ定メ、ソノ意思ノ發動ヲ拘束スルモノナルコ
トニ於テハ立法行為ト異ナルコトナシ、之ハノモノカ法規ト區別
セラル、所以ハ只タ法規ハ抽象的ノ標準ヲ以テ何々ノ場合ニハ何々
ノ結果ヲアルヘキコトヲ定ムルモノナルニ反シテ行政行為、裁判
行為ハ實在ノ事件ニ付キソノ法律關係ヲ定タムルモノナルコト
ニ在リ
惟テニ多クノ學者カ實在ノ事件ニ于スルモノモ尚ホ法規タリ得スト

ナスハ何ヲ法規ト云フカノ問題ト何カ議會ノ協賛ヲ要スルカノ問題
トヲ混合スルノ誤リニ出ツルモノナリ、實在ノ一事件ニ于スルモノ
ト雖モ若シ一般ノ法律ニ対シテ例外ノ定メヲナスモノアルトキハ又
タホシク法律ヲ以テ之レヲ定メ議會ノ協賛ヲ至ルコトヲ要ス、併シ
之レノ例外規定カ法規ノ性價ヲ有スルカ否トニアラスレテ、法律
ハ法律ニヨルニアラストテサレハ変更スルコトノ立憲國ニ特有ナル
法則ニ基クモノナリ、ソノ法律ノ形ヲ以テ規定セラル、カ故ヲ以テ
ソノ本来ノ性價ニ於テモ法規ナリトナスヘカラス
然レ共凡テノ一般的法則カ皆法規タルニハアラス、法規ノ看念ハ人
格者間ニ新ニ其ノ法律千條ヲ定ムルモノナルコトヲ其ノ看念ノ他ノ
一要素トナスナリ、詳言スレハ國家ト國家ト間又ハ國家ト臣民ト
何人又ハ団体トノ間又ハ臣民相互ノ間ニ新ニソノ權利義務ノ千條
ヲ定ムルモノナリナルヘカラス、新ニソノ法律千條ヲ定ムルモノニ
シテ已ニ成立セル權利ヲ實現スルニ過キサルモノハ依令抽象的ノ標

準ヲ以テ意思ノ限及ラ定ムルモノト雖モ法規ノ性價ヲ有スルモノニ
アラス、所謂行政権千ノ内部ニシテ効力ヲ有スル訓令、大學部内ニ
ノミ効力ヲ有スル大学々生規則(營造物規則)ノ如キ英ハ独逸ノ學
者ノ所謂行政規則ニ屬スルモノニシテ法規ノ性價ヲ有スルモノニア
ラス、之オハ凡テ已ニ成立セル權利ヲ實行スルノ作用ニスキサルモ
ノニシテ行政権ニ対シテハ國家ハ職務上ノ監督権ヲ有スルモノニ
シテ訓令ハ此ノ監督権ヲ實行スル作用ナリ、大学々生ハソノ入學ニ
ヨリテ法律ノ國家ノ特別ノ權力千條ニ服ス、大学規則ハタ、コノ特別
ノ規則ヲ實行コスギス、新ナル法律千條ヲ定ムルモノニ非ラスレテ
已ニ成立セル法律千條ノ實現ナリ
司法ハソノ本来ノ意義ニ於テハ裁判ト云フニ在ナシ、司法又ハ裁判
ハ實在ノ一事件ニ付テ法規ノ適用ヲ確認スルヲ目的トナス作用ナリ
法規ハ只タ抽象的標準ヲ以テ依ルヘキ法律ヲ定ムルノミ、之レヲ實
在ノ法律千條ノ適用スルニ付キテハ或ハソノ適用ニ争フ生シ、或ハ

疑ヲ生スルコトアルヘシ、其ノ適用ヲ明ラカニスルハ單ニ法規ヲ制
定シタルノミヲ以テ足レリトセズ、別ニ國家ノ權力ヲ以テ實在ノ事
件ニ付キテノ適用ヲ宣言スルノ行爲ヲ要ス、之即ケ司法ナリ、如斯
志義ニ於テノ司法行爲ハ憲法行政法國際法民法及ヒ刑法オノ凡テノ
区域ニ且リテ存立ス國際法ニ付キテハ國際仲裁裁判ノ制度アリ、憲
法ノ区域ニ於テハ一國ヨリ大臣責任裁判ノ制度ヲ設クルモノアリ、
又憲法爭議裁判ノ制度ヲ設クルモノアリ、行政法ノ区域ニ於テハ令
日ノ多クノ國家ハ行政裁判制度ヲ設ケス、又司法權ト行政權トノ衝
突ヲ和調スルカタメニ權限裁判ノ制度ヲ置クモノアリ、官吏ノ懲戒
処分ヲ決スル爲メニ懲戒裁判ノ制度ヲ採ルモノアリ、之オ各種ノ
裁判ハ何レモソノ本末ノ性質ニ於テハ、司法行爲ニ屬スルモノナ
リ、
併シ今日普通ニ司法ト云フハ之オ凡テノ行政ヲ流弊スルモノニハ
アラストテ只タ民事及ヒ刑事ノ裁判即チ民法及ヒ刑法ノ区域ニ付テ

法規ノ適用ヲ確認スルヲ目的トスル行爲、ミテ稱スルナリ、司法ノ
有念カ民事及ヒ刑事ノ事件ニノミ限ラル、モノト許サ、ルモノトハ
主トシテソノ起因ヲ他國ニ有スルモノナリ
歐洲古來ノ歴史ニ於テ裁判制度ニハ凡ソニ種ノ相對反スル主義ノ行
ハレタルヲ見ル、其ノ一ハセレテ *Germanian* 法主義ト云フテ
得ベク公法ト私法トノ區別ナク凡テノ法律事件ニ于テスル許証ヲ全一
裁判所ノ權限ニ屬セシムルノ主義ナリ
苟クモ權利ノ侵害アレハ其他ノ人民ヨリ傷害セラレタルト又ハ國家
ノ公權力ニヨリテ傷害セラレタルト向ハス、ホレク裁判所ニ許シ
ルコトニヨリテソノ救済ヲ求ムルコトヲ得ベシトナスモノナリ、
歐洲諸國古來此ノ主義ニヨレルコトノ最モ顯著ナルモノハ英國ナ
リ英國ハ歐洲諸國中ニテハ、ロトマ法ノ影響ヲ受クルコト最モ少ナキ
モノニシテソノ凡テノ制度ハ殆ント純粹ニ *Germanian* 的ノ制
度ニ其ノ起源ヲ有スルモノナリ、裁判制度ニ於ケルモノ亦英國ハ殆ン

ト然タル *Rechtsprechung* 主義ニ基キテ民事刑事ノ裁判ニ行政裁判
モ區別ナク通常裁判所ノ権限ニ屬セシム、英ニ於テ司法ト稱スルハ
民事刑事ノミヲ意味スルモノニアラスシテ、各種ノ裁判ヲ洵稱スル
ナリ、独逸ニ於テモ亦タ旧独乙帝國ノ滅亡ニ至ルマテハ之レト同一
ノ思想ニ基キ旧帝國裁判所 (*Reichsgerichte*) ハ民事
刑事ノ外ニ公ノ権ニ基キテ人民ノ権利ヲ侵害シタル場合ニ對スル訴
訟ヲモ等シク審理別求シタリ
他ノ主義ハ之ヲローマ法主義ト云フヲ得ヘク、公法ト私法トノ間ニ
明白ナル區別ヲ認メ少クモ裁判制度ニ於テハ通常裁判所ハ刑事々
件外ハタテ人民相互間ノ権利ノ争ヲ才判スルニ止リ公ノ権カニヨリ
テ、人民ノ権利ヲ侵害スル場合ハ之レヲ通常裁判所ニ訴フルコトヲ
得ザラシムルナリ、歐洲諸國中ニ於テ此ノ主義ヲ採レル者ニ最モ著シ
クモハ仏國ナリ、仏國ニ於テ旧王政時代ヨリ、公法ノ事件ト民事
々件トハ巨量ニ之レヲ區別シ通常裁判所ハ刑事ノ外ハ只ク民事ニ有

テ裁判權ヲ有スルニ止マリ、事ノ行政ニ于スルモノハ全ク之レモ于
事スルヲ得ザルモノトナシタリ通常裁判所ノ司ルハ只ク民事、刑
事ノ事件ニ限ルトナスコトハ仏國ニ於テハ古クヨリ確定ノ原則タリ
シモノニシテ十八世紀ノ下半ニ於テ *Montesquieu* カ其
ノ有名ナル大著「法ノ精神論」ニ於テ三權分立ノ論ヲ主張シテ司法
權ハ裁判所ニ屬スヘキコトヲ論スルニ當リテモ其ノ所云司法權ハ事ヲ
民事刑事ノ裁判ノミヲ意味セシナリ、*Montesquieu* 氏ハ司
法權ヲ定義シテ人民ノ権利ノ争ヲ裁断シ、刑罰ヲ宣告スルノ権カナ
リト云ヘルハ明ニ此ノ意ヲ表ハセルモノナリ、大革命ノ此ノ思想
ハ仏國ニ於テハ一層巨量ニ執行セラレ裁判官カ行政ノコトニ于テ又
ルニ對シテハ刑罰ヲ以テ其ノ制裁トナスニ至レリ
此ノ仏國思想ハ立憲政治ノ傳播ト共ニ又タ歐洲諸國ニ傳リ、近代ノ
立憲國ニ於テハ獨リ英國及美國主義ヲ行ハル諸國ノ今日ニ於テモ
亦旧來ノ思想ニ從ヒ、民事々件ト行政事件トノ區別ナク等シク司法

三二
権ノ作用トシテ司法才判断ニ属セシムルノ外ハ概不ニナシ
從ヒテ司法才トハ只タ民事、刑事ノ裁判ヲ意味スルモノトナシ
ノ外公法ノ事件ニ干スル才判ハ之レヲ別ノ権ニ屬セシムルコトト
ナセリ、我儘憲五十七條ニ司法才ハ天皇ノ名ヲ以テ於テ裁判所
レヲ行フコトヲ規定セル所謂司法才也、又コトノ他國思想ノ影響ノ下ニ
在ルモノニシテ其ノ所由司法才ハ民事及刑事ノ裁判ヲ意味スル
モノナリ

以上述ハタルカ如キ意義ニ於テノ立法及ヒ司法ノ外、國家ノ目的ヲ
達スルカ爲メニスル一切ノ作用ハ凡テ行政ナリ、行政ノ着念ハ只タ
消極的ニ之レヲ是タムルヲ得ルノミ、積極的ニ是ノ標準ヲ以テ之レ
ヲ定義スルコト難シ、立法ハ法規ヲ制定スルノ作用ナリ、司法ハ民
事、刑事ニ干レテ法規ノ適用ヲ確定スルノ作用ナリ、各一定ノ積極
的ノ標準ヲ有スルニ反シテ行政ハ種々ノ推察ナル作用ヲ包含スルモ
ノニシテ積極的ニ其ノ標準ヲ定ムルコトヲ得ス、是者ノ種々ノ標準

ヲ以テソノ着念ヲ定メントナスモノアリトモ、一ノ精密ニ行政ノ
着念ヲ定ムルニ足ルヘキモノナシ、或ハ目的ニヨリテ其ノ着念ヲ定
メント欲シ立法及ヒ司法ハ法政ノ目的ノクナニスル作用ナリ、行政
ハ國政及ヒ民政ノ目的ノ爲メニスル作用ナリトナスモノアリ (John
Mackel) 併シ目的ニヨリテ行政ト立法トノ界限ヲ定メントス
ルハ金ク誤リナリ、立法ハ國ヨリ法ヲ制定スルノ作用ナレモ必ラス
レモ常ニ法ヲ定ムルコトトソレ自身ヲ目的トナスモノニアラス、國政
及ヒ民政ノ目的ノ爲メニモ法規ヲ制定スルコトノ必要アルコトハ女
ヲ俟タサルニシテ徵兵法租税法、警察法ノ如キ皆法制ノ目的ノ
爲メニスルモノニアラス、一方ニ於テハ行政ハ權用ハ國家ノ凡テノ
目的ニ且リテ必要ナルモノニシテ常ニ國政及ヒ民政ノ目的ノタメノ
ミナラス、法政ノ目的ノタメニスル作用ニシテモ法ヲ作り法ヲ宣言
スル作用ノ外ハ皆行政ニ屬ス、或ハ自由才量 (Practical Power)
ト之レヲ行フコトヲ以テ行政ノ目的トナスモノアリ、
特長
三三

(*Substantiv*) 司法ハ法ヲ宣告スルノ作用ニシテ常ニ法ノ規定ニ東縛セテ法ノ規定スル外ニ解釈ニ適用スルノ外ハ毫モ自由ノ自由ノ志見ニヨリテ之レヲ忘テスルノ餘地ナキニ反シテ行政ハ單ニ法規ヲ解釈ニ適用スルニ止マラス、法規ノ範圍内ニ於テ何カ最モ公益ニ通スルカヲ自ラ裁量モ自己ノ判断ニ從ヒテ行フコトヲソノ特色トナスト云フナリ、係シ一面ニ於テハ裁判行為ト雖モ、全ク自由裁量ノ余地ナキモノニアラス

刑事裁判ニ於テモ裁判官ハ刑法ノ是ハル刑期ノ最高限度ト最低限度トノ間ニ於テ自カラ其ノ刑期ヲ裁量スルコトヲ要シ、其他刑ノ執行猶豫、刑ノ酌量減輕ノ如キ皆裁判官ノ自由裁量ニヨラサルナリ、民事裁判ニ於テモ損害賠償ノ金額ヲ決定シ、共有物分割ノ割合ヲ定ムルカ如キ皆判官ノ自由裁量ニヨルモノナリ、一面ニ於テハ行政ノ作用ト雖モ其ノ法規ノ規定ニ東縛セラレ、行政法ハ只之レヲ解釈ニ適用スルノ外毫モ自由裁量ノ余地ヲ有セサルコトナリ、殊ニ租税法

自國裁量ノ自由ニ司法行政ノ區別、權限、...

ニ于テハ法律ノ規定ハ甚ク精密ニシテ行政官ノ自由裁量ヲ容ルコト極テ少ナキヲ常トス、サレハ自由裁量ノ有無ハ決シテ行政ト司法トノ限界ヲ定ムル所以ニアラサルナリ、或ハ又是在ノ一事件ニ于スル作用ナルコトヲ以テ行政法ノ特色ナリトナスモノアリ、(*Geopige Meijer*) 併シ一般抽象的ノ法則ト雖モ必ラスレモ常ニ立法ノ範圍ニ屬スルモノニ非ラサルコトハ前述セシ如ク、行政上ノ訓令、官署物規定ノ如キハ一般の法律ヲ定ムルモノナリ共尙ホ行政ニ屬スルモノナリ

或ハ又行政ノ特色ハ國家ノ意思ヲ執行スルコトニ在リトナシテ立法及ヒ司法ハ國家ノ意思ヲ決定スルノ作用ニシテ行政ニヨリテ其ノ意思ヲ實際ニ執行スルモノナリトナスモノアリ、三權分立説ノ最初ノ定式ニ於テ立法權及ヒ司法權ニ對シテ今日ノ所云行政權ヲ稱シテ執行權 (*Executive power*, *Polizeigewalt*) 一稱ニ合旨ニ於テモ行政ト云ハトナシ、意味ニ於テ執

行政ノ作用ハ又凡テノ国家作用ノ中心長タルモノナリ、立法及ヒ司法ハ各違ヒタル国家ニ於テモ間断ナク活動スルモノニハアラス、立法ノ如キハ未開ノ国家ニ於テハ全ク存在セズ、凡テノ法ハ只多寡実上ノ慣習及ヒ正義ノ思想ニヨリテノミ行ハル、国家ノ権カヲ以テ法ヲ制定スルカ如キ事ハ全ク之レナクリシ時代アリ、立法ノ行ハル、ハ文化ノ稍々高度ニ達セシコトヲ前提トナスモノナリ、行政ハ反之如何ナル国ニ於テモ常ニ存在ス、行政ナキ国家ハ無政府ニシテ国家トシテノ存在ヲ有セサルモノナリ、行政ハ又間断ナク行ハレサルヘカラス、苟シクモ国家アル以上ハ一日モ行政ナクシテ存在スルヲ得サルモノナリ、行政ハ又立法及ヒ司法ノ凡テノ作用ヲ準備シ執行スルノ任務ニ当ルモノニシテ立法及ヒ司法モ亦行政アルニヨリテノミソノ效果ヲ全フスルコトヲ得ルナリ

第三節 三権ノ分立

專制時代ニ於テハ立法、司法、行政ヲ等シク唯一政府ノ手ニ掌握セラル、ヲ常トス、勿論本來性質ヲ長ニセル作用ハ又別々様子ニヨリテ行ハル、ニ至ルヘキ自然ノ傾向ヲ有スルカ故ニ專制時代ニ於テモ立法、司法、行政ノ三種ノ作用ニ付テハ各々別々ノ様子ヲ設ケラル、ルモノナキニアラスト虽モ之レハノ様子ハ之ノ場合ニ於テモ互ニ独立ノ地位ヲ有スルモノニアラスニテ皆政府ノ下ニ屬シ政府カソノ統テヲ統括ス之レニ指揮命令ノ権ヲ有スルヲ常トス、近時ノ立憲國ニ於テハ反之、立法、司法、行政ノ三種ノ作用ハ各々或程度ニ於テ互ニ独立ナル別々ノ様子ニ屬セシムルコトヲ以テ各國共通ノ主義トナシ居ルナリ

立憲國ニ於ケル三権分立カソノ最初ノ起源ヲM氏ノ権カ分立説ニ有

スルコトハ憲法講義ニ於テ已ニ知レル如ナルヘシ、M氏ハ之ヲ各種ノ作用カ別クノ独立ナル標子ニ屬スルコトヲ以テ人民ノ自由ヲ担保スルカ爲メノ欠クヘカラサル事候トナス、若シ之ボノ作用ニシテ全一ノ標子ニ屬セハ國民ノ自由ハ全ク失ハルヘシト云ヒ、ソノ模範ヲ英國ノ憲法ニ求メテ國民ノ自由ヲ担保スルカ爲メニハ宜シク英國憲法ノ長所ヲ學ハサルヘカラストナシ、而シテ立法権ハ議會ニ、司法権ハ裁判所ニ執行権(即チ行政権)ハ君主ニ屬スヘシトナセリ、M氏ノ三権分立說ハソノ本國ニ於テモ、及ヒ殊ニ独ニ於テ多クノ弊者ノ非難ヲ招キタル如ナレトモ其ノ非難ハ寧ろ單ニ表面ノ理論ニ干スルモノニシテ之レボ多クノ非難ニ拘ハラズ、其ノ所謂根柢ヲナセル思想ハ政米諸國ニ甚大ナル影響ヲ及ボシテ近代ノ立憲法ハ或ル程度ニ於テ皆此ノ說ヲ採用セサルモノナレバ帝國ニ於テモ三権分立說ハ影響ハ明治維新ノ官制改革ニ於テ已ニ之レヲ認ムルヲ得ヘク、後明治八年ニ元老院ヲ設ケテ法律ノ制定ニハ原則トシテ元老院ノ議

決テ至ルヲ要スルモノトナレリ、又大審院ヲ設ケテ之レヲ司省ヨリ獨立セシメ以テ帝國最高裁判所トナシタルハ皆三権分立ノ實ヲ具ヘシメントナシタルモノニ外ナラス、併シ完全ニ三権分立ノ思想ヲ實現シタルハ元ヨリ憲法實施ノ右ニシテ帝國憲法才五條ニ天皇ハ各議會ノ協賛ヲ以テ^立立法権ヲ奉行フト云ヒ、其ノ才五十七條ニ司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニヨリテ裁判所之レヲ行フト云ヘルハ皆三権分立ノ原則ヲ明言セルモノニ他ナラス、行政権ニ付テハ憲法ハ別ニ之レヲ明言セスト虽モ、之レ統治ノ大権ハ憲法ノ特ニ制限スルモノノ外、凡テ天皇ノ大権ニ屬スルモノニシテ而シテ行政権ニ付キテハ或ハ議會ノ協賛ヲ要シ或ハ裁判所ヲ通シテ之レヲ行フヲ要スルカ如キ、特別ノ制限ナキカ故ニ之レヲ成立スルノ必要ナキニヨル、明言ナクモ行政権カ天皇ノ大権ニ屬スルコトハ云フヲ俟タサル原則タルナリ

然レ共近代ノ諸立憲國殊ニ我國ニテ實行セル謂所三権分立ハM氏ノ

最初ノ定式ニ於ケル三権分立トハ頗ル相異ナル、M氏ハ立法権ハ議
會ニ、行政権ハ君主ニ、司法権ハ裁判所ニ屬スヘキモノトナレ、此
三種ノ權ヲハ全ク獨立ナルヘキモノトナレタリト雖モ、近代諸國ノ
實行スル処ハカ、ル極端ナル分類ニハアラス、立法ハ議會ニノニ屬
スルモノニアラスレテ議會ノ決議ヲ至ル外、君主ノ裁可アルニヨリ
テ初メテ成立ス、行政権ノ權ヲタル君主カ合時ニ立法権ノ權ヲトシ
テ法律ヲ裁可スルノ權アルナリ、國王ノ許ニ在ル行政權ヲノ官吏ト
議會ノ議員トモ亦必ラスレモ別人タルコトヲ要セス、官吏ニシテ全
時ニ議會ノ議員タルコトヲ妨タケス
今日ノ立憲國ハ只立法権ノ權ヲト行政権ノ權ヲトカ或ル程度ニ於テ
獨立ナルコトヲ必要トナスノミニシテ必ラスレモ全ク相分高セルコ
トヲ必要トナスモノニアラス
M氏ノ最初ノ定式ニ於テハ又國家ノ作用ノ分類ト權ヲノ分立トハ相
一致スヘキモノトナレ、凡テノ立法作用ハ立法権ノ權ヲト凡テノ

司法ノ作用ハ裁判所ニ凡テノ行政作用ハ行政権ノ權ニ屬スヘキモノ
トナレタリト雖モ、今日ノ諸立憲國ノ實行スル処ハ如斯ク作用ノ
種類ト權ヲノ種類トノ全ク相一致スルコトヲ必要トナスモノニアラ
ス、立法ハ原則トシテ議會ノ議決ヲ至テ行ハルト雖モ、之レ只タ一
般ノ原則タルニ止マリ一切ノ立法カ例外ナリ、議會ノ議決ヲ至ルヲ
要スルニハアラス、殊ニ救國ニ於テハ立法ノ性領ヲ有スル作用ト雖
モ多クノ場合ニ於テ議會ノ議決ヲ至ルコトナク、命令ヲ以テ之レヲ
是ムルコトヲ許セリ、憲法才五條ニ立法権ハ議會ノ協贊ヲ至テ行フ
ト云ヘルカ只タ原則的ノ規定ニシテ憲法ハ自ラ之レヲ多クノ例外ヲ
定メ文武官ノ官制ヲ初ノ其他多クノ事項ニ付テ議會ノ議決ヲ至ス、
命令ヲ以テ之レヲ定ムルヲ得ヘキモノトナセリ、司法権ノ作用モ亦
原則トシテハ裁判所ノ權限ニ屬スヘキモノナリト雖モ、之レニモ多
クノ例外ナキニアラス、或ハ違警罪ノ即決処分ノ如キ、或ハ財政ニ
干スル收稅官職ノ処分ノ如キ、行政官職ニ於テ司法権ノ作用ヲ行フ

コトヲ認ムルモノアリ、一方ニ於テハ行政ノ性質ヲ有スル作用トモ
モ或ハ議案ヲ至、或ハ裁判所ノ権限ニ屬セシムラル、モノ少ナカラ
ズ、各種ノ機テノ権限ハ互ニ相混淆シ作用ノ種類ト機テノ種類トハ
必ラスレモ一致スルコトナレ
以上述フルカ如キ意味ニ於テハ三権分立カ我國ノ憲法ノ下ニ於テモ
特異行セラル、モノナルコトハ疑フ入レサル也ナリ、帝國憲法才五
条ニ、天皇ハ議會ノ協賛ヲ以テ立法権ヲ行フト云々ハ凡テ法規ヲ
制定スルハ原則トシテ議會ノ協賛ヲ至テ天皇ノ行ナハセラル、処ナ
ルコトヲ明ニセルモノニシテ全ク才五十七條ニ司法権ハ天皇ノ名
ニ於テ裁判所之レヲ行フコトヲ規定セルハ民事及ヒ刑事ノ裁判ハ原
則トシテ裁判所カ天皇ノ代表機テトシテ之レヲ行ヒ天皇ノ親シク行
ハセラル、処ニアラサルコトヲ明言セサルモノナリ、然ルニ我國ニ
行ハル、從來ノ憲法ハ以上述フル也ニ反シテ憲法才五條ニ「天皇ハ
議會ノ協賛ヲ以テ立法権ヲ行フト云々ハ凡テ法規ヲ制定ス

ルニ議會ノ協賛ヲ要スルモノナルコトヲ意味スルモノトナス、凡テ
法規ヲ制定スルニ原則トシテ議會ノ協賛ヲ要スルニアラストナス、
其說ニヨレハ、我憲法ノ下ニ於テハ法律ヲ以テ定ムルコトヲ要スルハ
只タ所謂憲法上ノ立法事項トシテ憲法中ニ特ニ法律ヲ要スルコトヲ
規定セラレタル事項ニ限ルモノトナスナリ、此ノ說ハ故穂積持士ノ
熱心ニ主張セラレタル也ニシテ其ノ說ハ本ク世ニ行ハレ居レトモ余
ハ其ノ說ノ當ヲ得タルヲ信スル能ハス
憲法上法律ヲ以テスルコトヲ必要トナスハ敢テ憲法中ニ法律ヲ要ス
ルノ明文アル事項ニ限ルニ非ス、憲法ニ特ニ例外ヲ示メテ命令ヲ以
テ定メ得ヘキコトヲ規定シタル事項及ヒ法律ノ委任アル場合ノ外
ハ凡ヘテ法規ヲ定ムルニハ常ニ議會ノ協賛ヲ要スルモノナルコト
ヲ信ス
憲法第五條ノ所謂立法権カ形式ノ英意ニ於ケル法律ヲ定ムルコトヲ
意味スルニアラス、實質ノ英意ニ於ケル法律即チ法規ヲ意味スルモ

ノナルコトハ種々ノ莫ヨリ之レヲ証明スルコトヲ得、

第一、若シ憲法才五条ノ所謂立法権ヲ形式ノ意義ニ於ケル法律ヲ定
キタルノ意義ナリトセハ其ノ意義ハ只タ法律ヲ定ムルニハ天皇カ議
会ノ協賛ヲ以テ行ハセラルト云フニ過キス、併シ憲法第三十七
条ニハ別ニ凡テ法律ハ議會ノ協賛ヲ要スト云フノ規定アリ、若シ
憲法第五条ノ意味モ形式的法律ノ意ナリトセハ、此ノ二条文ハ全
ク重複ノ規定トナリ其ノ何レカ一方ハ全ク無意味トナラサルヘカ
ラス

第二、從來ノ通説ニヨルト憲法上ノ法律ヲ以テ定ムルヲ必要トナス
事項ハ只タ憲法上^特列挙セラレタル事項ニノミ限ルモノトナス
ト虽モ、憲法中特ニ法律ヲ要スルコトノ規定アル事項ハ唯タ不規
則ニ如クニ散在スルニ止マリ之レヲ以テ凡テノ立法事項ヲ網羅ス
ルモノト解スルハ其ノ外^形ヨリ云フモ少ナクモ無理ナル辭釈ナリ、
若シ憲法ニ於テ凡テノ立法事項ヲ網羅スルノ意ナリトセハ凡ソ法

律ヲ以テ定ムルヲ要スル事項ハ尤ノ如シト云フカ如キノ体裁ヲ以
テ規定セサルヘカラス、加之、若シ法律ヲ以テスルヲ要スル事項
ハ憲法ノ列記セル事項ニノミ限ルトセハ民法商法ノ如キ凡テノ私
法的ノ規定、市町村制、府果制ノ如キ自治団体ノ組織ヲ定ムル
法規、民事刑事又ハ行政訴訟法ホハ何レモ憲法中ニ更ニ法律ヲ
以テスルヲ要スルノ規定ナリ、從カソテ命令ヲ以テ定メ得ヘキ事
項トナラサルヘカラス、併シ民法、商法、保險法、特許法、訴訟
法、市町村制ノ如キ規定カ法律ヲ要スルコトナク、命令ヲ以テ定
メ得ヘキ事項ナリトナスハ其ノ一般法律思想ニ反スルハ勿論、從
來ノ立法例ニ於テモ之レハノ規定ハ一般ニ法律ヲ以テ定メラレタ
ルコトハ如斯キ辭釈ノ不条理ナルコトヲ証明スルニ足ルヘモモ
ナリ

第三、憲法才五十七條ニ、司法権ハ裁判所之レヲ行フト云ハル所謂
司法権ノ意味ニ付キテハ我國ノ學者モ多ク之レヲ實際ノ意義ニ

四八
鮮し單ニ裁判所ヲ行フ処ノ权限ヲ司法权ト云フニハアラスレテ民
事刑事ノ裁判ヲナスコトヲ司法权ト云ヒ、此ノ權矣ノ作用カ裁判
所ノ权限ニ屬スルコトヲ規定セルモノナリトナス、憲法才五条ノ
規定ハ實ニ之ノ第五十七條ノ規定ト相照應シテ以テ三权分立ノ原
則ヲ定メタルモノナリ、若シ五十七條ノ司法权ヲ實領ノ意味ニ解
スヘシトセハ第五條ノ所云立法权モ亦實領ノ意味ニ解スヘキハ当
然ナリト云ハサルヘカラス

然ナリト云ハサルヘカラス
我國ノ本者カ第五條ノ所謂立法权ヲ以テ形式ノ意義ニ解スル主タル
理由ハ我國ノ憲法各條ニ於テ法又ハ法律ト云フ語ヲ用ヒタル場合ハ
常ニ形式ノ意味ニ用ヒタルモノナリトナスニヨルナリ、併シ我國ノ
憲法ハ其ノ模範トナセル *Rechtsstaat*、其他他國諸國ノ憲法ト
全シク法又ハ法律ナル語ヲ時トシテハ實領ノ意味ニ用ヒ、時トシテ
ハ形式ノ意味ニ用ヒ此ノ二意味ヲ相混合ス、兼ヨリ憲法各條ハ大體兼
ノ場合ニ於テハ法律ナル語ヲ形式ノ意義ニ用ヒタリト云トモ場合ニ

ヨリテハ實領ノ意味ニ於ケル法律即チ本ク法規ナル意味ニ用ヒタ
ルコト必ラスシモ、*Rechtsstaat*トセズ、所謂才五十二條ニ説負カ自ラソ
ノ言論ヲ出版シタルトキハ法律ニヨリ処分セラルヘシト云ハルハ、
法律ハ形式的ノ法律ノミナラス、命令ヲモ包含スルモノニシテ殊ニ
官吏カ説負タル場合ニ於テハ官吏或令ニヨリテ処分セラル、コト
アルヘシ即チソノ所謂法律ハ法規ノ意味ニ解スヘキモノナリ、五十
七條ニ法律止政府ノ義務ニ屬セル處出ト云ヘル所謂法律モ形式的ノ
法律ノミナラス、或ハ慣習法ニヨリ或ハ實法施行前ノ法令ニヨリ政
府ノ義務ニ屬スル處出ヲ包含スルモノナリ、五十七條ニ司法权ハ法
律ニヨリ裁判所之レヲ行フト云ハル裁判所モ所云法律モ又法規ノ意
ニ解スヘキモノナリ、裁判所ハ單ニ形式的ノ法律ノミヲ適用レテ裁
判ヲ有行フニハアラス、本ク凡テノ法規ニヨリテ裁判ヲ有行フト
云フヲ條々サセハナリ、又第六十一條ニ行政官廳ノ違法処分ト云ハ
ルモ亦法律ニ違反スル法律ノミナラス、本ク法規ニ違反スル処分ヲ

67

意味スルコト勿論ナリ

從ツテ之レハノ場合ハ何レモ憲法カ法律ナルコトヲ實價ノ意義則チ
法規ト云フノ意ニ用ヒタルモノニシテ憲法ノ所謂法律カ必ラスレモ
常ニ形式ノ意味ニノミ用ヒラレタルニアラサルヲ知ルニ足ルハレ、
憲法第5条ノ所謂立法権モ亦其ノ實價ノ意義ニ用ヒラレタル場合ノ
ミニシテ凡ヘテ法規ヲ定ムルニハ天皇カ議會ノ協賛ヲ以テ行フコト
ヲ明言セルモノナリ

通説ノ第ニノ理由トナス如ク凡テノ法規カ原則トシテ議會ノ協
賛ヲ要ストセハ憲法カ特ニ數種ノ事項ヲ列記シテ法律カ要スルコトヲ
規定スルノ必要ナク從ツテ如斯キ規定アルノ實理由ヲ解スル能ハス
トナスニアリ、併シ憲法中ニ法律ヲ要スルノ規定アルハ其ノ大部分
ハ臣民ノ權利義務ヲ規定スルコトヲ目的トナス規定ニシテ敢テ立法
事項ヲ定ムルコトヲ目的トナスモノニ非ラス、其他ノ事項ハ或ハ官
制ヲ定ムルハ君主ノ大權ニ屬スルノ原則ニ對スル例外規定タルモノ

ナリ、然ラサルモノト雖モ敢テ此レヲ以テ無用ノ規定ト云フヲ得ス
何トナレハ一般ノ原則ハ已ニ是ルモ何々ノ場合ニ適用ヲ行フアル
或ハ疑ヲ生スルコトアルヘク其ノ特ニ重要ナル事項ニ付テ其ノ適用
ヲ規定スルハ敢テ必要ト云フヲ得サルヲ以テナリ

抑シ立法権カ議會ノ協賛ヲ以テ行ハル、コトハ所謂三権分立主義ノ
原則ノ一タルコトハ前述ノ如シ、併シ所云三権分立ハ決シテ行政ノ
形式ヲ分クノ主意ニ止マルモノニアラス、國家ノ作用ヲソノ實價ヲ
分類シテ或種ノ作用カ之レヲ立法権トシテ議會ノ議決ヲ要スルモノ
トナセルナリ、若シ憲法カ政州諸國ノ憲法トシテ三権分立主義
ヲ採用セルセルモノトセズ、憲法オ五條ノ所云立法権ヲ以テ實價ノ

意義ニ解スルハ其ノ理論上ノ必然ノ結果ナリ
從來ノ學者カ我國ノ憲法ニ於テ三権分立主義ヲ行ハル、コトヲ美譽
スルニモカ、ワラス、尚ホ之レヲ以テ形式ノ意義ニ解セントスルハ
恐ソラクハ、三権分立ナル意義ヲ正解セサルノ誤マリニ出ツルモノ

然レ共已テニ述ケタルカ如ク立法権ハ議會ノ協賛ヲ要シ、司法権ハ
 裁判所ニヨリテ行ハル、コトハタバ原則タルニ過ギス、憲法ハ之レ
 ニ種々ノ例外ヲ認ム、殊ニ立法権ニ付キテハ憲法ハ種々ノ事項ニ付
 イテ其ノ例外ヲ設ケテ行政各部ノ官制、陸海軍ノ編成、刑罰ニ對スル
 恩赦榮典ノ授与及ヒ警察ノ法規ホニ付キテハ命令ヲ以テ之レヲ定メ
 得ヘキコトヲ規定ス、司法権ニ付キテハ憲法人自ラ其ノ例外ヲ定ム
 ルコトナレトモ、尚ホ法律ヲ以テ特別裁判所ヲ定メ得ヘキコトヲ
 定ム、特別裁判所ノ外尚ホ種々ナル事項ニ付テハ行政官廳ヲ以テ司
 法権ヲ行ハレムル必ラスレモ憲法ノ絶対禁止セルモノト辨スヘカ
 ス

警察署ニ於テ警察犯ノ即決処分ヲナスカ如キハ只タ此ノ理由ニヨリ
 其ノ正当ナルコトヲ説明シ得ヘキモノナリ、憲法ノ要求スル処ハ只
 タ法規ヲ制定スルニハ原則トシテ議會ノ協賛ヲ要ス、民事、刑事ノ

裁判ヲナスノ原則トシテ裁判所ニヨリテ行ハレ、而シテ行政ハ原則

トシテ君主ノ大権ニ屬スレトナセルトモ、憲法及ヒ法律ノ制定ニ
 ヨリ之レニ幾少ノ例外ヲ定ムルコトハ憲法ノ敢テ禁止スル処ニアラ
 サルナリ、所云三権分立ニ對シテハ如斯キ委クノ例外アルカ故ニ立
 法、行政及ヒ司法ノ作用ノ分配ト各種ノ権限ノ分配トハ必
 スレモ一致スルモノニアラス、立法ノ性質ヲ有スル作用ニシテ君主
 ノ大権ニ屬スルモノナリ、行政ノ性質ヲ有スルモノニシテ或ハ議會
 ノ議決ヲ至テ行ハレ、或ハ裁判所ノ権限ニ屬スルモノアリ、司法ノ
 性質ヲ有スルモノトモ時トシテハ行政機關ノ権限ニ屬スルモノナ
 キニアラス、今日ノ立憲國ニ於テ實行セラレ、処ハ三々立法ハ原則
 トシテ立法機關ニ、司法及ヒ行政ハ又タ原則トシテ各司法及ヒ行政
 ノ機關ニ屬スルニ止マル、各種ノ權限ニハ如斯ク權限ノ混セルモノ
 アルヲ以テ從テ立法、司法、行政ハ各々其ノ本來ノ意義ノ外ニ時ト
 シテハ亦第二ノ意義ニ用ヒラル、コトアリ、此ノ第二ノ意義ハ專ラ

重キヲ之レテ行フノ様ニ盟クノ區別アリ、立法ノ權限ニ屬ス
 ルモノヲ之レテ立法ト云ヒ行政ノ權限ニ屬スルモノノミテ行政
 ト云ヒ裁判所ノ權限ニ屬スルモノヲ司法ト云フモノニシテ通常之レ
 ヲ形式上ノ意義ト云フ敢テ其ノ行爲ノ性質如何ヲ問ハサルナリ、此
 ノ形式ノ意義ニ於ケル立法、司法及ヒ行政ハ之レヲ其ノ本来ノ意義
 ニ於ケル合一ノ語トハ明確ニ之ヲ區別スルコトヲ要ス、若シ嚴格ニ
 云ハハ別ノ語ヲ以テ之レヲ云ヒ表ハスヲ適當トナスニシト雖モ、只
 立法様トハ主トシテ立法ヲ行フコトヲ其ノ任務トナスモノナルカ故
 ニ便宜上合一ノ語ヲ以テ立法様トノ權限ニ屬スルモノヲ立法ト稱
 シ、行政様トハ主トシテ行政ヲ行フヲ其ノ任務トナスカ故ニ其ノ權限ニ
 屬スルモノハ其ノ性質カ立法タルト行政タルト又ハ司法タルトト向
 ハス之レヲ形式ノ意義ニ於ケル行政ト云フニ過キササルナリ

第四節 行政法

行政法ハ公法ノ一分科ニシテ行政ニ干スル法ヲ研究スルモノナリ
 公法トハ國家及ヒ國家ノ下ニ於ケル公法人ノ組織及ヒ國家及ヒ公法
 人カ之レト對等ナル又ハ之レニ服従スル人格者ニ對スル干渉ニ規律
 スルノ法ナリ、公法ノ全体ハ國際公法ト國內公法トニ區別セラル、
 國際公法ハ國家カ之ニ對テ他ノ國家ニ對スル干渉ヲ定ムルノ
 法ニシテ國內公法トハ國家又ハ公法人ノ組織及ヒ國家又ハ公法人カ
 其ノ下ニ於ケル人格者ニ對スル干渉ヲ定ムルノ法ナリ、國內公法ノ
 全体ハ法律學ノ發達ニ伴ヒ其ノ研究ノ分科スルニ從ヒテ更ニ數個ニ
 分カタル、
 其ノ最モ早ク分レテ特別ノ學科ヲナスニ至リタルハ刑法及ヒ訴訟法
 ナリ、刑法ハ國家ノ刑罰權ノ行使ニ干スル法則ヲ定メ訴訟法ハ民事

刑事、訴訟手續ヲ是ム、共ニ司法権ノ行動ニ干スル規定ナリ、刑法
及ヒ訴訟法ニ司法裁判所ノ組織ヲ是ムルノ法タル裁判所構成法ヲ合
セテ之レヲ司法トシテ得、国内公法ノ全体ヨリ司法ヲ除キタル
モノハ之レヲ本義ノ國家法ト云フ、本義ノ國家法ハ更ニ政權ノ國家
法又ハ憲法ト行政法トニ區別セラル、行政法ハ國家ノ行政機關及ヒ
國家ノ許ニ於ケル公法人ノ組織並ニ行政區域ニ於ケル國家又ハ公法
人ト臣民トノ關係ヲ定ムルノ法ナリ
行政法カ公法中ノ特別ノ一學科ヲナスニ至レルハ歐洲ニ於テモ近時
ノ發達ニ屬ス、旧時代ニ於テハ行政ノ區域ニ於ケル國家ノ行動人多
クハ便宜ニヨリテ処理セラレ法ニヨリテ規律セラレサルヲ常トセリ
此ノ時代ニ於テハ行政法ハ未ダ特別ノ學科トシテ發達スルノ余地ナ
シ、行政法ノ發達ハ行政權ノ作用カ司法權ト合シテ法ニヨリテ規律
セラル、ニ至レルコトヲ前提トナスモノニシテ近時ニ於ケル所謂法
治國ノ思想ノ實現セラレタル結果ニ他ナラサルナリ

五六

行政法ト狹義ノ國家法即チ憲法トノ間ニハ必ラスレモ判然タル境界ニ
ヲ定ムルコトヲ得ス、國家法ハ總テ Staatsrecht ヨリ
来レルモノニシテ、其ノ本末ノ意味ニ於テハ本々國權ノ全部ニ通シ
テ其ノ組織及ヒ作用ニ干スル法ヲ意味ス、此ノ最も本々意味ニ於テ
ノ國家法ハ国内公法ノ全部ト其ノ範圍ヲ全クスルモノナリ、国内公
法中司法權及ヒ行政權ノ組織及ヒ作用ニ干スル法ハ殊ニ複雜ニシテ
特別ノ研究ヲ要スルカ故ニ司法ト行政法トハ各々別シテ獨立ノ一科
ヲナスニ至レルト雖モ、司法法及ヒ行政法ノ分レタル所ニ於テ
モ國家法ノ學ハ尚ホ國權ノ全部ニ付テ其ノ組織及ヒ作用ニ干スル法
ヲ研究スルモノナルヲ失ハス、司法法カ國法權ノ組織作用ノミヲ研
究シ行政法カ行政權ノ組織作用ノミヲ研究スルカ如クニ國家法ハ單
ニ立法權ノ組織及ヒ作用ヲ研究スルヲ以テ其ノ目的ヲ全クスルモノ
ニ非ズ
國家法ニ於テ論スヘキ如ク、國家ノ領土及ヒ臣民ノ法律上ノ地位國

五七

家、最高統治権を君主及び議會の組織立法権の作用を論ずル
ノ外尚ホ行政権及び司法権の組織並ニ作用ニ付テモ少ナクトモ其ノ
大體ノ原則ヲ論セサルヘカラス、國家法ト行政法トノ關係ハ尚ホ統
論ト各論トノ關係ノ如シ、其研究ノ範圍ニ於テ多少相重複スルコト
ヲ免レス、國家法ニ於テハ立法権ノ組織及ヒ作用ニ付テ議論スルノ
外、行政権及ヒ司法権ニ付テモ其ノ大綱ヲ論シ而シテ行政法及ヒ司
法法ハ其ノ行政及ヒ司法ノ部分ニ付テ其細目ヲ研究スルモノナルナ
リ、行政法ハ行政ニ干スルノ法律ニ限テル、モノニアラス、國家又ハ
スル法規ハ憲法ニシモ公法ニシテ限テル、モノニアラス、國家又ハ
公法人ノ行政作用ハ多クノ場合ニ於テ司法ノ規定ニヨリテ支配セラ
ル、コトアリ、國家カ売地、雇傭、請負ノ他ノ契約ニヨリテ財物
ヲ取得シ得カ、供養ヲ得ルカ如キハ、其ノ法律關係ニ於テ私人間ノ
賣地、雇傭、請負オノ關係ト異ルコトナリ、其ノ關係ハ公法ニ係リ

非スレテ一般私人間ノ關係トシテ民法的ノ關係ナリ、若シ行政法ヲ
以テテ國家又ハ公法人ノ行政作用ニ干スル凡テノ法規ヲ包含スル
モノトナサハ行政法ハ公法及ヒ私法ノ混合物タルトナシ、若シ上
ニ於テ行政法ト云フコトハ如斯キ混合物ヲ云フニ非ラスレテ只々法
制ニ干スル公法ノミヲ意味ス
國家又ハ公法人カ一私人トシテ法律ニ係リ、從テ場合ハ行政法ノ研
究範圍ニ屬セスレテ民法ノ範圍ニ屬ス、行政法ハ專ラ公法ノ一合科
トシテ其ノ存立ヲ有スルモノナリ
國家ノ行政作用カ時トシテ司法ニヨリテ支配セラル、トスルコトハ
前ニ公法ヲ定メシテ公法人ノ國家ト臣民トノ關係ヲ定ムル法規ナリト
云ヘルモ、一見相矛盾スルモノ、如シ、若シ國家ト臣民トノ關係ヲ
定ムル法規カ凡テ公法ナリトセハ其ノ關係カ時トシテ私法的ノ關係ナ
ルコトハ下リ得ヘカラス、然レハナリ、併シ公法ト私法トカ等向
上ニ區別セラル、所於以ハ單ニ公法カ國家ト臣民トノ關係ニ干スル

カ爲ラナルニアラスレテ其ノ干係ハ私人間ノ干係トハ異ナリタル特
色ヲ有スルコトニアリ、若シ國家ニシテ此ノ特色ヲ具フルコトナク
國家ト臣民トノ干係モ私人相互ノ干係モ法律上ノ性質ニ於テ區別ス
ル如クシトセハ公法ト私法トハ固ヨリ率同トシテ之レヲ區別スルノ必
要ナシ、其ノ區別ノ生スル所以ハ一ニ國家カ此ノ特色ヲ具フルニア
ルナリ、併シ國家ハ時トシテ此ノ特色ヲ發揮スルコトナク、恰カモ
一私人ト左ノ地位ニ立テ一私人ト右格ノ年俸ニヨリテ其ノ^{生活}生活目
的ヲ違スルコトアリ

此ノ場合ニ於テモ國家ハ固ヨリ左ノ國家ニシテ別個ノ人格者タルモ
ノニアラスト呈モ、其ノ國家タル法律上ノ特色ヲ發揮スルコトナキ
カ故ニソノ法律干係ハ私人間ノ法律干係トモモ法律上ノ性質ヲ異ス
ルコトナク、然レテソノ干係ハ公法干係ニアラスレテ私法干係タルナリ
法人ニ付テモ亦其ノ干係之レト異ナルコトナク公法人カ其ノ公法人
タル特色ヲ發揮セス、私法人ト左ノ地位ニ立ツ場合ニ於テハ其ノ

生活干係ヲ是ムル法ハ公法ニ非スレテ私法ナリ
國家又ハ公法人ノ行政^{作用}ニ於テ私法カ如斯ク時トシテ公法ニアラスレ
テ私法タルコトアリトセハ公法ト私法トノ區別ハ別ニ其ノ標準ヲ求
ムサルヘカラス、其區別ハ一ニ又タ國家又ハ法人カ私法人又ハ一般
人ト異ル法律上ノ特色ニノミ之レヲ求ムルコトヲ得ヘシ、凡ソ法ハ
其ノ形式ニ於テ人ト人トノ間ニ於テ其ノ意思ノ限界ヲ劃スルモノナ
リ其ノ実質ヨリテハ社会生活ニ於ケル人類ノ利益ヲ調和スルモノ
ナリ、意思ト利益トハ其ノニ要素ナリ、公法ト私法トノ區別モ亦コ
ノ意思及ヒ利益ノニ要素ニ付テ之レヲ求ムルヲ要ス、而シテ此ノ
ニ要素ニ付テ國家及ヒ公法人カ他ノ人格者ト異ナル特色ヲ求ムル片
ハ其ノ意思ノ要素ニ付テハ國家及ヒ公法人ハ統老叔ノ主体タルコト
ニ於テ私法人又ハ個人ト異レル特色ヲ有シ利益ノ要素ニ付テハ國家
及ヒ公法人ハ公益ノ保護者タルトニ於テ其ノ特色ヲ有ス、此ニ要素
ハ實ニ公法ト私法トヲ區別スルノ標準タルヘキモノナリ、其ノ利益

ノ其ヨリ本ハ、公法ハ公益ノ保護法タルコトヲノ特色トシ、善意
ノ其ヨリ本ハ公法ハ統治者ノ法タルコトヲ其ノ特色トナス、
此ノニ標準ハ相持ツテ以テ公法ト私法トハ限界ヲ定ムルヲ得ベキモ
ナリ、

統治者主体トシテノ國家又ハ公法人ノ特色ハ其ノ一方的ニ臣民ニ対
シテ命令シ又ハ強制スル場合ニ於テ最モ明瞭ニ發揮ス、國家ノ警察
権ヲ行ヒ租税ヲ征收シ臣民ニ兵役ノ義務ヲ課スルカ如キハ其ノ实例
ナリ之ホノ場合ニ於テハ國家ハ一人ノ保有スルヲ得サルノ権力ヲ
行使スルモノニシテ、其ノ法律ヲ係カ私人相互ノ間ノ法律ヲ係ト性
價ヲ共ニスルコトホフヲ俟タス、從テ其ノ法律ヲ係ハ固ヨリ公法ト
リ、併シ國家又ハ公法人ノ行政作用カ公法ニヨリテ支配セラレハ
敢テ國家又ハ公法人カ斯ク一方面的ニ命令シ強制スル場合ニノ止
マルモノニアラス、國家又ハ公法人以下國家トハ國家又ハ公法人ノ
志ナリ、人民ヲ雇傭シテ之レヲ官吏トナシ、轉給リ給弁シテ國家ノ

事務ヲ擔任セシメ學校ヲ設テ國民ノ子弟ヲ教育シ、郵便、電信、
電話オノ設備ヲ以テ交通ヲ便シ労働者ノ爲メニ労働保險ノ制ヲ
設ケ、道路川河ヲ修築シ、博覽會ヲ開キ、図書館ヲクカ如キ是等
凡テノ作用ハ決シテ一方的ニ命令シ強制スルモノニアラスシテ而モ
其ノ作用ハ一般ニ公法的作用ト認メテ、其ノ干係ヲ定ムル者ハ
公法ナリトセラル、之ホノ場合ニ於ケル國家ノ特色ハ其ノ命令強制
ノ権力ノ主体タルニアラスシテ、其ノ公益ノ保護者タルノ其ニ於テ
表ハル、ナリ、其ノ法律ヲ係カ公法的作用ナル所以モ本統治ノ権力
ヲ以テ命令シ強制スルカ爲メニアラスシテ其ノ公益ノ爲メニスルモ
ノナルコトニ在リ

要スルニ公法ト私法トノ區別ハ

- 第一、ニハ其ノ干係カ権力ノ干係タルコト、換言スレハ國家又ハ公
法人カ一方的ニ命令シ強制スルコトニ在リテホムヘク
- 第二、ニハ公益ノ保護者トシテノ作用ナルコト、換言スレハ其ノ法

律干係カ国家又ハ公法人ノ單純ナル財産的利益又ハ何人ノ利益
ヲ保護スルカ爲メニアラスシテ、一般公共ノ利益ヲ保護スルカ
爲メニスルモノナルコトニ其ノ標準ヲ求ムルヲ得、若シ国
家又ハ公法人カ一方の命令ニ強制スルモノナル場合ニ於テハ
例令等ヲ國家又ハ公法人ノ利益ノ爲メニスル場合トモ、尚本
其ノ干係ハ公法的干係ナリ、所云租税ノ徴收ハ專ラ國家ノ收入
ヲ計ルカ爲メニスルトモ、其ノ収力ニヨリテ之レヲ徴收スル
モノナルカ故ニ其ノ干係ハ公法ニ屬ス、反之、國家カ一方の
命令ニ強制スルニアラサル場合ニ於テハ其ノ公法ニ屬スルカ否
ヤハ其ノ公益ノ爲メニスルヤ又ハ私益ノ爲メニスルヤニヨリテ
之レヲ區別スルヲ得、元ヨリ國家ノ利益ハ例令等ニ財産的
利益ノ爲メニスルトモ、其ノ格ナル意味ニ於テハ之レヲ私益法ト云
フ能ハサズトモ、單純ナル財産的利益ハ公法人又ハ何人モ等ニ
ク享有スル処ニシテ國家ノ非権力的行動ニシテ單純ニ財産的利益

大田

ノ爲ニスル場合ハ國家カソノ利益ノ爲メニスルモノト見做サレ
其ノ干係カ公法ニアラスシテ私法ニ屬スルモノトセラル、ナリ

(行政法、了)

行政法ノ學問ニ付テ

此ノ學ハ法律學中最モ後レタルモノニシテ政ニテハ特別ノ一學
科トシテ研究セラル、近代ナリ、政ノ法律學ハローマ、希臘
等ニ初メテ行ハレタリ、就中ローマノ法典ハ私法ノ法典ニ過キ
サリキ公法ニ付テハ法律學トシテノ研究ハ殆ント出来サリキ、
公法ハ法ハ政治學、國家學等ニヨリテ研究セラレタリ、其ノ影
響ヲ受ケテローマ法ハ、十二、十三世紀ニ伊ニ起リ佛、独
等ニ傳ハリテ全政ヲ支配セルカ、其ハ私法カ莫レルモノナリ、ハ
公法中ニテモ憲法ハ比較的研究セラレタルカ行政法ニ至リテハ

大田

研究セラレス行政裁判所カ行ハル、ニ至リテ行政カ研究セラレ
 六六
 、ニ至レリ、其レ其ハ役人ノ任志ニ委ネラレタリ、行政作用ニ
 テ法律ニ違反セハ行政裁判制ニヨリテ破棄スルコトヲ得、行政
 ト法律トノ干係ハ重要トナリ此ノ事カ奪同トシテ大成セリ、行
 政裁判制ハ仏ヨリ起ル故、仏カ今日ニテ最モ行政法ノ研究最モ
 進歩セリ、独ニテハ国家系中ニテ行政学ノ一部トシテ行政法ト
 シテ、法律学ノ研究ハ、十九世紀ノ半ハ其殆ントナカリシト
 云フヲ得、英米諸国ニテハ今日ニテモ行政法ハ研究セラレス、
 Common Law ニヨリテ法律ハ公法、私法ノ區別ナ
 ク一般ニ含マレ居ルモノニシテ、行政法カ一学科トシテ研究セ
 ラレス、近時ニ至リテ米國ニ仏、独、普凡ニ做ヒテ行政法ノ研究
 ナナスニ至ルカ大著ナシ
 欧州中ニテ比較的進ナルハ仏、独、普等ニシテ行政法ハ民法等
 ニハ比較ニナラサルノ大著ナキナリ、最モ右ノ論マレ居ルモノ

Harrison. Précis de Droit ad-
 ministratif et de Droit Public.
 Berthelmy. Traité élémentaire
 de droit administratif.
 Georg meyer - Leçons. Lehrbuch
 des deutschen Verwaltungsrecht.
 Otto meyer, Deutsches Verwal-
 tungsrecht.
 Stiner. Institution des deut-
 sches Verwaltungsrecht.
 Goodnow. Principles of admin-
 istrative law in the U. S.
 Jahrbuch des Verwaltungsrecht.

行政法講義
行政法原理

織田萬著
市村光憲著

第五節 行政法ノ淵源

法ノ淵源トハ法ノ發生ノ淵源ヲ云フ、法ク如何ニシテ發生スルカハ法律學ノ全體ニ通スル根本問題ノ一ニシテ今之レヲ詳細ニ論スル處ニ非ラスト雖モ、此處ニ一言シテ最モ強ク排斥セサルヘカテサルハ法ヲ以テ主權者ノ命令ナリトナレ、從テ法ノ淵源ハ只主權者ノ意思ノミニ在リトナスノ見解ナリ、法ノ淵源ヲ以テ主權者ノ命令又ハ國家ノ意思ノミニ歸スルコトハ歐洲ニ於テモ、莫十九世紀中迄ク行ハレタル解見ニシテ法ノ淵源ハ一ニ只ク成文法ノミニ在リトナレ、法學ノ沿革ハ只タ法文ヲ適當ニ詳察スルノミヲ以テ足キタリトナレ

此ノ見解ハ我國ニ於テモ頗ル勢力ヲ有シ法律家ハ只法律ノ文面ノ拘泥シテ適當ニ具ノ文字ヲ解読スルニヨリテ何レカ法タルカヲ有

スルカヲ発見スルコトヲ得、コトナセリ、若シ法ノ只一ノ淵源カ立
法者ノ意思ノミニ在リトセハ法律ノ文字カ法ノ只一ノ淵源トシテ法
律学者ク其ノ文字ニノミ重キヲ置クコトハ固ヨリ当然ト云ハサルヘ
カラス何トナレハ立法者ノ意思ハ只ク法律ノ文字ニヨリテノミ表
セラル、モノナレハナリ、併シ法ノ淵源ヲ以テ只ク主権者ノ意思ノ
ミニ解スルハ決シテ正当ノ見解ニテラス、主権者ハ元ヨリ法ヲ制定
スル権ヲ有スト且モ、制定セラレタル法ハ決シテ法ノ全部ヲナスモ
ノニアラス制定セラレタル法ノ外ニ尚ホ制定セラレサル法アリ、主
権者ノ意思カ法ノ淵源タルハ只ク前者ニ付テノミニシテ、後者ハ毫
モ主権者ノ意思ニ干係ナク莫レ自身ノ力ニヨリテ独立ニ法トシテ效
カヲ有スルナリ

一部ニシテ吾人ノ外ニ在スルモノニアラス、法カ人ノ意識ノ一部
ルコトハ道徳上ノ法則、言語ノ法則、礼義、風俗等ノ法則カ吾人ノ
意識ニ於テノミ存スルト是ルコトナレ、道徳的意識、言語ノ意識
等カ他ノ命令ニヨリテノミ発生スルモノニ非ラサルト云ク、法律
的意識モ亦他ノ命令ニヨリテノミ発生スルモノニアラス、主権ノ命
令ハ吾人ノ法律の意識ヲ発生スル最モ主ナル原因ニハ相違ナキモ亦
コト其ノ全部ニバアラス、法律的意識ハ吾人ノ種々ナル心理的作用
ニヨリテ発生スルモノナリ

法律意識ヲ発生スル心理的作用ノ最モ著顯ナルモノハ凡ソ三ヲ挙ク
ルヲ得

- (一) 人類ノ服従心ナリ
- (二) 人類ノ習慣性及ヒ境倣性ナリ
- (三) 人類ノ社会性及ヒ正義心ナリ

服従心ト云フハ、権力者ニ服従スルノ天性ヲ云フ、社会生活ニ於テ

其ノ社会ヲ指導スヘキ一定ノ权力者アルコトハ社会生活ノ欠クハ
カラサル要件ニシテ社会ヲナセル人类ハソノ权力者ニ服従スルコ
トニヨリテ社会生活カ始メテ維持セラル、ナリ、主权者ノ命令ナ
社会生活ヲ拘束スルノ法則タルヲ得ル所以ハ人类ニ之ノ服従心
ルカ爲メニシテ之レニヨリテ立法者ノ意思カ法ノ淵源タルコトヲ
得ルナリ、学者カ或ハ成文法ノミテ以テ法ノ只一ノ淵源トナスモ
ノアルハコノ服従心ニシテ重キヲクニスキタル誤リナリ、服従
心ハ吾人ノ法律意識ヲ発生スル原因ノ一タルコトニ過キサルナリ
法律意識ヲ発生スル才ニノ原因ハ習慣性及ヒ模倣性ナリ、習慣性
及ヒ模倣性カ人類ノ生活ニ於テ如何ニ大ナル勢力ヲ有スルカハコ
ノ二途ナルノ要ナシ、風俗、習慣、禮典、流行ノ如キハ皆習慣性
及ヒ模倣性ニソノ発生原因ヲ有スルモノナリ、法律生活ニ於テモ
亦タ習慣及ヒ模倣性ノ勢力ヲ有スルコトハ、之等ニ譲ラス、多年
吾人ノ類ノ必ラス身ルヘキ法則トシテ行ハレ来リタルモノハ唯其

ヒニ

事莫上行ハレ来リタルコトノミニヨリテ自ラ自吾人ノ行ラサルハ
カラサル法則トシテ意識スルニ至ル、習慣法カ法タルカヲ有スル
ハ專ラ此ノ原因ニヨルナリ、法律意識ヲ生スル才ニノ原因トシテハ
ハ吾人ノ社会性及ヒ正美心ヲ奉クルコトヲ得
人類ノ社会生活ヲナスコトハ人类ノ天性タルモノニシテ人类ノ天性
性ニ基キテ社会生活ニ於テ必要ナル処ハ吾人ハ亦吾人ノ行ラサル
ヘカラサル法則ナリトシテ意識スルナリ、社会生活ノ必要トシテ
意識スル処ト正義ナリトシテ意識スル処トハ其ノ根本ニ於テハ相
一致スルヘキモノナルヲ以テ社会性トトテ正美心トハ必ラスシモ
之レヲ區別スルコトヲ得ス、或ハ之レヲ總稱シテ正美心ト云フヲ
妨ケス、主权者ノ命令スト処及ヒ事莫上ノ習慣カ法律的意识ヲ生
スルノ外ニ吾人カ社会ニ生活上ノ必要トシテ正義トシテ意識スル
処ハ又等ク法律意識ヲ生スルノ原因タルナリ
法律意識ヲ生スル原因ニ以上ノ三種ヲ區別シ得ヘキニ從ヒテ法ノ淵

ヒニ

深ニモ亦三種ヲ區別スルコトヲ得、服従心ニ基キテ法タルモノハ成
文法即チ主権者ノ制定ニナル法ナリ、余ハ之レヲ稱シテ制定法ト云
ハントス、習慣性及ヒ模倣性ニヨリテ法タルモノハ慣習法ナリ、而
シテ社会性及ヒ正義心ニヨリテ法タルモノハ余ハ之レヲ稱シテ理法
ト云ハント欲ス、慣習法及ヒ理法ハ之ヲ總稱シテ非制定法(Non-
statutory)ト云フコトヲ得、制定法及ヒ非制定法ハ法ノ
ニ大淵源トシテ相對立スルモノナリ、行政法ノ淵源ニモ此ノ二種ヲ
區別スルコトヲ要ス
此ノ二種ノ淵源ノ何レカ法律上一層重要ノ地位ヲ占ムルカハ時代ニ
ヨリテ各シカラス、立法ノ技術ノ未タ幼稚ナリシ旧時代ニ於テハ法
ハ大部分非制定法即チ不文法ナリ、制定法ハ只タ不文法ヲ補充シ
更スルノ地位ヲ有シタルニスキス、併シ非制定法ハ其ノ不明確ナル
コトニ於テ大ナル弱點ヲ有スルカ故ニ社会ノ稍複雑ナルニ及ヒテハ
之レヲ明確ニシテ人美ノ自由スヘキ法則ヲ一見明瞭ナラシムルヲ

必要ニ基キテ何レノ國ニ於テモ國家ノ立法ニ基ク制定法ハ益々繁多
トナリ今日ニ於テハ制定法カ反ワテ一層重要ノ地位ヲ占ムルニ至レ
リ、殊ニ民法、刑法ノ區域ニ於テハ法ハ制定法ヲ以テ及フヘキタケ
ソノ全部ヲ規定シ非制定法ハ只ソノ補充缺ヲ補フノ地位ヲ有スルニ
止マラシムルヲ主義トナスニ至レリ、行政法ノ區域ニ於テハ何レソ
國ニ於テモ未ダ民法又ハ刑法ニ於ケルカ如キソノ全部ヲ網羅スルノ
法更テ制定セルナリ、從テ非制定法ノ價值ハ稍エホノ區域ヨリ大ナ
ルモノアリトモ、而モ行政法ニ付テモ各種ノ事項ニ付テテ制定法
ノ發布ハ日ニ益々多ク大部分ハ制定法ヨリナルト云フモ不可ナキニ
至レリ、併シ之レカ為メ決シテ習慣法及ヒ理法カ今日ニ於テモ制
定法ト相ナラビテ尚ホ法ノ一部ノ淵源タルコトヲ忘ルヘカヲサルナ

第一制定法

制定法トハ國家又ハ公法人カ一定ノ手續ニヨリテ制定スルコトニ

ヨリテ法タルモノヲ云フ、私國ニ於テ制定法ノ行政法ノ淵源タル
モノハ尤ノ各種ノ形式ニ分ル、

(一) 帝國憲法

憲法ハ主トシテ狹義ノ國家法ノ淵源タルモノナレ共行政法ニ於
テモ行政組織及ヒ行政作用ノ基礎タル法則ハ憲法中ニ規定セラ
ル、如ナルヲ以テソノ限度ニ於テハ憲法モ亦行政法ノ淵源タル
モノナリ

(二) 法律及ヒ命令

行政法ノ最も重要ナル淵源ハ法律及ヒ命令ナリ、法律ハ議會ノ
協賛ヲ至テ是ナラレ命令ハソノ協賛ヲ至スニテ是メラル、行政
法ハ民法ノ如キ包括的ノ法文ナク、各種ノ單行法律及ヒ命令ニ
ヨリテ規定セラル、法律命令ノ發布ノ形式ハ明治四十年ノ公文
令ニヨリテ決定セラル、公式命令以前ニ於テハ明治十九年ノ公文
式ニヨリテ是メラレタルカ四十年ニ此ノ改政アリタルナリ、公

式令ノ是タル也ニヨレハ命令ニハ勅令、國令、省令ノ區別アリ
此ノ外地地方官ノ命令トシテ別ニ警備總令、北海道總令、府縣
令、郡令、島嶼令ノ各種アリ、陸海軍ノ統率ニ干スル命令トシ
テハ、軍令ナリ、軍令ハ勅令ト等シク勅裁ニヨリテ發布セラル
、モノニシテソノ勅令ト異ナル也ハ勅令ハ一般國務ニ干スル命
令ナルニ反シテ軍令ノ内容ハ只ク陸海軍ノ統率ニ干スル事項ニ
ノニ限ラル、コトニ在リ、ソノ發布ノ手續ニ於テモ勅令ハ内閣
ノ閣議ヲ至テ上奏シ裁可ヲ至タル后總理大臣カ之レヲニ副首ス
ルヲ要スルニ反シテ軍令ハ閣議ヲ至ス陸海軍大臣ヨリ直接ニ上
奏シテ裁可ヲ得、陸海軍大臣ノミカ之ニ副首スルノ差異アリ、
行政法ノ淵源トシテ最も重要ナルモノハ法律、勅令、國令及ヒ
省令ナリ、法律憲法命令ハ帝國憲法ニ於テ認めララル、如ナレ共
此外ニ尚ホ帝國憲法ノ實施前ヨリ行ハル、諸種ノ法令ナリ、
施行前ニ制定セラレタル法令ハソノ各種ノ如何ヲ問ハス憲法施

行伍ニ於テモ尚ホ引續キ其ノ効力ヲ有スルモノトシテ今日ニ於
テモ旧時ノ太政官布告ホノホタ廢止セラレスレテ有效ニ存続ス
ルモノ少ナカラズ

勅令ハ其ノ内容ニヨリテ五フ中ハ之ヲ四種ニ區別スルコトヲ得
其ノ

第一ハ緊急勅令ナリ、此レハ緊急ノ必要ニヨリ議會ノ閉會中法
律ニ代ユルカ爲メニ發セラレ、勅令ニシテ其ノ規定ニ得ヘキ
内容ハ法律ニ於ケルトシテ次期ノ議會ニ於テ其ノ承諾ヲ求
ムルコトヲ要ス、緊急勅令ハ議會ニ承諾ヲ得ルニ至ル迄ノ一
時的ノ効力ヲ以テ發布セラル、モノニシテ若クハ其ノ承諾ヲ
得ザリセハ當然廢止セラレヘキモノニシテ承諾ヲ得タル時ハ
確定ノ法律トシテ其効力ヲ有ス、勅令ノ
第二種ハ委任命令ナリ、此レハ法律ニ根據キテ制定セラ
ル、命令ナリ、委任命令ハ必ラスレモ勅令ニノミ限ラス、法

律ハ時トシテ行政官廳ノ命令ニ委任スルコトアリト雖モ今日ハ
先ヅ勅令ニ付テノミ述フヘシ

法律カ元來法律ヲ以テ規定スヘキ事項ヲ命令ニ委任シ得ヘキ
コトハ憲法ニ特ニ之レヲ許スノ明文ナシト雖モ律法カ總テノ
法規ノ細目ニ至ル迄テ自ラ之レヲ規定スルコトハ實際上望ム
ヘカラサル如ナルヲ以テ細目ニ付テ法律カ其ノ規定ヲ命令ニ
讓ルコトヲ妨ケサルコトハ容認及ヒ慣例ノ一般ニ承諾スル如
ナリ但シ法律ハ一般全國ニ共通ニシテ容易ニ變更スヘカラサ
ル一般ノ法規ヲ規定スルニ適スル各地方ノ事情ヲ斟酌シテ各
地特別ノ規定ヲ設クルニ適セ文之ナノ規定ハ之レヲ命令ニ
讓ルヲ以テ實際上妨クヘカラサルノ必要トナスニヨルナリ、
法律カ命令ニ委任スル如ノ事項ハ種々アリ、或ハ法律ノ一般
規定ニ對スル例外的ノ規定ヲ特別ノ場合ニ設ケ得ヘキコトヲ
存在スルコトアリ、所謂市制、町村制ニ於テ北海道、沖縄県

キテ其权限ヲ生ズルモノナルニ反シテ執行命令ハ直接ニ憲法
ニ其ノ根拠ヲ有ス憲法九条ハ法律ヲ執行スルカ爲メニ命令
ヲ發シ得ヘキコトヲ明言セルナリ、法律ヲ執行スルトハ法律
施行ノ手續ヲ定ムルヲ云フ、執行命令ハ單ニ法律施行ノ手續
ヲ定ムルカ爲メニスル規定ナルヲ以テ元ト法律ト長リタル新
ナル法規ヲ定ムルコトヲ得ス、只モト法律ニヨリテ已ニ予見
セラレタル範圍ニ於テ之ヲ與テ施行スルニ必要ナル手續
規定ヲ設クルヲ得ルニ止マル、故ニ所謂民法施行法、刑法施
行法ノ如キ各施行規定ト云フモ國ト法律以外ニ其ノ予見セザ
ル至過規定ヲ定ムルモノ、如キハ命令ヲ以テ規定スルヲ得ス
必ラス法律ヲ以テスルヲ要スルナリ、執行命令ハモト法律ノ
消滅ニ伴ヒテ常ニ當然ノ效力ヲ失フ執行條々ニキ目的物ノ
存立セザルニ依リテノ手續規定ノミカ獨立ノ存立ヲ有スル能
ハサレハナリ勅令ハ、

八二

第四種ハ獨立命令ナリ、此レハ法律ノ委任ニヨルコトアラス、又
ソノ執行ノ爲メニスルニモアラス、天皇ノ獨立ノ大権ニヨリ
テ制定セラル、命令ナリ、歐洲諸國ニ於テハ法規ハ一般ニ法
律ヲ以テ定ムルコトヲ原則トナシ、委任命令、及ヒ執行命令
ノ外ハ命令ヲ以テ法規ヲ定ムルヲ許サ、ルヲ專斷トナスニ反
シテ憲國憲法ハ委任命令及ヒ執行命令ノ外或ル範圍ニ於テハ
尙ホ獨立ノ大権ニヨリテ法規ヲ制定シ得ヘキヲ認ム、凡テ法
規ハ法律ヲ以テ定ムルヲ要スルモノ、原則ハ帝國憲法ノ等シク
認ムル如クナルコトハ前述セシ如シト云モ帝國憲法ハ此ノ原則
ニ對スル多クノ例外ヲ認メ種ノ事項ニ伴テ獨立ノ法規制定ノ
大権ヲ定メタリ、獨立命令トハ此ノ獨立ノ立法大権ニ基ク令
令ナリ

帝國憲法カ獨立ナル法規制定ノ大権ヲ認メタル事項ハ其ノ主
ナルモノナリ

八三

行政各部ノ官制及ヒ文武官ノ俸給、任免其他ノ權利義務ニ干
スル規定ハ其ノナリ、陸海軍ノ編成常備兵數及ヒ陸海軍ノ統
帥ニ干スル規定ハ其ノナリ、大赦、特赦、減刑、復讐等刑ノ
赦免干スル規定ハ其ノナリ、爵位、勲章、其他ノ榮典ニ干ス
ル規定ハ其ノナリ、法律條約其他國ノ公文書ノ公布其他法或
ニ干スル規定ハ其ノナリ、憲法第九條ニ所云臣民ノ幸福ヲ
増進シ及ヒ公共ノ安寧ヲ維持スルカ爲メニ必要ナル規定ハ其
ノナリ、之ヲ救護ノ事項ニ付テハ法律ノ委任アルヲ俟タス
シテ当然命令ヲ以テ法律ニ抵触セサル範圍ニ於テ之レヲ規定
スルコトヲ得ルナリ。

之ヲ各種ノ事項中其ノ範圍最モ本ク最モ注意スヘキハ其ノ最右
ニ條ケタルモノナリ、此ノ規定ハ若シ之レヲ文字通りニ解スル
トキハ本ク國家ノ一切ノ目的ヲ包含スルモノ、如ク一切ノ國務
ニ干シテ法律ニ抵触セサル範圍ニ於テ命令ヲ以テ獨立ニ法規ヲ

定ムルヲ得ヘキカ如シ、何トナシハ國家ノ凡テノ作用ハ直接又
ハ間接ニハ常ニ臣民ノ幸福ヲ増進セシカ爲メニスルモノニアラ
サルナリ臣民ノ幸福ヲ増進スルニ必要ナル規定ト云ハハ國家ノ
凡テノ目的ノ爲メニ必要ナル規定ト云フト合意ニ解得ヘケレ
ハナリ、併シ若シ斯ク解スル時ハ憲法カ特ニ或ル救護ノ事項ヲ
條ケテ命令ヲ以テ之レヲ規定シ得ヘキコトヲ定メタルコトハ左
ク無意味トナルヘク之レニ加フルニ憲法ノ根本法則ノ一タル
ニ命令全ク失ハル、ニ至ルヘシ

余ノ解スル如クニコレハ憲法九條ハ決レテ亦ク凡テノ事項ニ付
テ命令ヲ以テ規定シ得ヘキコトヲ許セルモノニアラスシテ
只警察ニ必要ナル範圍ニ於テノ命令ヲ以テ法規ヲ定ムルコト
ヲ許シタルナリ、其ノ詳細ハ尚ホ警察權ヲ論スルノ章ニ於テ述
ヘシト雖モ、警察トハ或ハ臣民ノ幸福ノ爲メニ或ハ公共ノ安寧
ノ爲メニ權力ヲ以テ人民ノ自由ヲ制限スルノ作用ヲ出フモノニ

ニテ憲法九条ハ執行命令ノ外ニハ只ク警察命令ノ大権ヲ認
 タルニ外ナラス、只ク此ノ範圍内ニ於テノ之、命令ヲ以テ法規
 制定スルコトヲ得ルニ止マル
 勅令ハ其ノ法規トシテ一般官職及ヒ國民ヲ拘束スルノ権力ヲ有
 スルコトニ於テハ法律ト異ルコトナシト雖モ、其ノ形式的効力
 ニ於テハ法律ヨリ弱シ、法律ヲ以テ勅令ヲ廢止、變更スルヲ得
 ヘク勅令ヲ以テハ法律ヲ廢止變更スルヲ得ス、憲法ハ其ノ九
 条ニ於テ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス、規定セリト雖
 モ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトハ決シテ專ニ九条ニ基テ命令
 令ノミニ止マルモノニアラス、憲法ノ他ノ条項ニ基キテ相違セ
 ラル、命令モ亦等シク法律ヲ變更スルノ効力ヲ有スルコト能ハ
 スサレモノナリ、蓋シ勅令ハ專ラ勅令ニ基キテ廢セラル、モ
 ニシテ其ノ効力ノ基ク根拠ハ命令ヲ天皇ノ意思ニ在リ、法律ハ之
 ニ反シ議會ノ議決ト天皇ノ裁可トニヨリテ成立スルモノニシテ

其ノ効力ノ基ク根拠ハ天皇ノ意思ト議會ノ意思トノ相方ニアル
 ナリ天皇ト議會トノ相方ノ意思ナルヲ以テ天皇ノ之ノ意思ニ十
 ルモノヲ廢止變更シ得ヘキハ當然ナルモ天皇ノ之ノ意思ヲ以テ
 天皇及ヒ議會ノ双方ノ意思ニナレルモノヲ廢止變更スルヲ得サ
 レハナリ

行政官職ノ發スル命令ハ其ノ内容ニヨリ**委任命令**ト委任命令ト
 ハ二種ニ區別スルコトヲ得、**委任命令**ト**委任命令**ト
 ヨリ又ハ委任ニ基キ、**委任命令**ト規定シ地方官々制ニハ警視廳
 廳、北海道長官、府県知事ハ**委任命令**ニヨリ又ハ委任ニ基キ、警視
 廳令、北海道長官令、府県知事令ヲ發スルコトヲ規定シ得ルハ即チ
 コノ**委任命令**ト委任命令トノ區別ヲ示セルモノナリ
 行政官職ノ権限ハ其ノ委任ニ基キ、委任ニ基キテ生スルモノナルヲ
 以テ**委任命令**ト雖モ亦天皇ノ委任ニ基キテ生スルモノナルヲ
 ナレ共、**委任命令**ト委任命令ト長ナル如ハ前者ハ行政官職ノ

其ノ一般ニ委任セラレタル权限内ノ事項ニ付キ自カテ必要ト認
 ムル也ニヨリテ発スル命令ヲ云ヒ、後者ハ何タル特別ノ事項ニ
 付キ或ハ法律ニヨリ或ハ勅令ニヨリ又ハ上級官廳ヨリ特ニ委任
 セラレタル事項ニ付キテ規定スル命令ヲ云フニアリ、然レノ行
 政官廳ハ官制ニヨリテ特定ノ事務ニ付キテ一般ノ权限ヲ委任セ
 ラル、所云内務大臣ハ内務行政ノ一端ヲ擔任シ、府県知事ハ府
 県内ノ一般行政ヲ担任スルカ如シ、此ノ一般权限ノ範圍内ニ於
 テ官廳ク自ラ其ノ必要ト認ムル命令ヲ発スルモノカ即チ裁奪
 命令ナリ

職權命令ニヨリテ発スルヲ得ヘキ事項ハ法規ヲ定メサル命令即
 臣述スル所謂行政規則(官造物規則、自由契約ノ約款、訓令ノ
 類)ノ外ニハ只ク警察命令及ヒ執行命令ニ止マル換言スレハ只
 憲法才九条ニ基ク命令ノミカ行政官廳ノ職權トシテ発布シ得ヘ
 キモノナリ、憲法ノ他ノ各項ニ基ク命令ハ特別ノ委任ニ基キテ

ノミ之レヲ発スルヲ得ヘク即チ只委任命令トシテノミ、規定ス
 ルヲ得ヘキモノナリ、行政官廳ノ命令ハ法律ニ抵触シ得サルハ
 勿論又勅令若クハ上級官廳ノ命令ニモ抵触スルコトヲ得ル、行
 政官廳ハ其ノ一般权限ニ屬スル範圍内ニ於テハ法律外ノハ上
 級勅令ニ抵触セサル範圍内ニ於テ警察命令及ヒ執行命令ヲ發ス
 ルコトヲ得ルナリ

三 國際條約

國際條約ハ第一ニハ國家ト國家トノ契約クハ、性質ヲ有スルハ
 此ノ性質ニ於ケル國際條約ハ只ク國際法ノ淵源タルニ止マリ、
 國內法殊ニ行政法ノ淵源タルノ性質ヲ有スルモノニアラス、併
 シ條約ノ規定ハルル也ハ單ニ國家自身ノ權利義務ヲ定ムルニ止マ
 ラス、時トシテハ國內ノ人民即チ自國臣民及ヒ自國內ニ於ケル
 外國人ノ權利義務ニ于スル規定ヲ其ノ内容トナスニトアリ蓋シ
 約条ハ個人間ノ契約トハ異ナル、個人間ノ契約ニヨリテハ國ヨ

リ第三者ノ権利義務ヲ定ムテ之ヲ拘束スルヲ得ハキニアラサ
ト虽モ國家ト國內ノ人民トノ關係ハ此ノ意味ニ於テノオモ者タ
ルモニニアラス、國內ノ人民ハ國家ノ統治權ニ服従スルモノニ
シテ國家ハ自己ノ運命ニヨリテ國內ノ人民ノ權利義務ヲ定メ之
レヲ拘束スルノ權利ヲ有ス、從テ國家カ他ノ國家トノ條約ニ於
テ國內ノ人民ノ權利義務ニ干スル規定ヲナスモ固ヨリ條約ノ性
質ニ反スルモノニアラス、國家カ外國トノ條約ニ於テ國內ノ人
民ノ權利義務ヲ定ムルニハニ^ガ法律ヲ遵守スルコトヲ得、或ハ
條約ニヨリテ一定ノ内容ノ法律ヲ定ムヘキコトヲ拘束スルニ止
マルコトアルヘク、或ハ反之條約ニヨリテ直接ニ人民ニ權利義
務ニ干スル定メヲナスコトアルヘシ、前ノ場合ニ於テハ條約ニ
ヨリテハ只國家カ如斯キ内容ノ法律ヲ制定スヘキ義務ヲ生スル
ニ止マリ、條約カ直接ニ國內法規タルノ效力ヲ有スルモノニア
ラス、其ノ條約ニ基テテ發セラレタル法律カ國內法規タルナリ

反之條約ニヨリテ直接ニ人民ノ權利義務ニ干スル定メヲナレク
ル場合ニ於テハ其ノ條約ハ直接ニ國內法規トシテ國內ノ人民ヲ
拘束スルノ效力ヲ有セサルヘカラス、工業有許投條約(特許權
商標權等)、著作權條約、通商航海條約、關稅條約等ハ此ノ種ノ
條約ノ主ナル實例ナリ、斯カル條約カ議會ノ協贊ヲ得ズレテ當
然國內法規トシテ、效力ヲ有スルヤ否ヤハ各國ノ憲法ニヨリテ
全シカラス、麥クノ諸國ノ憲法(英、独、仏、日等)ニ於テハ
此ノ種ノ條約ハ議會ノ同意ヲ得ルニアラサレハ其ノ效力ヲ有ス
ルヲ得サルコトヲ定ム

我帝國憲法ハ之レニ反シ條約ノ締結權ハ無條件ニ天皇ノ大權ニ
屬セシム、從テ此ノ種ノ條約ニ付テモ亦一般ノ條約ト全シク
天皇ノ批准ニヨリテ直ニ有效トナルモノト認メサルヘカラス、
若シ之ホノ條約カ批准ニヨリテ當然其ノ效力ヲ有スルモノトナ
サハ、其ノ批准ト共ニ又國內法規トシテ、效力ヲ有スルモノナ

此ノ限度ニ於テハ条約ハ法律有命ノ外ニ独立シテ国内法規殊
ニ行政法ノ一淵源タルモノナリ

概テ法規カ国民ヲ拘束スルノ力ヲ有スルカ否トニハ国民ニ向ッ
テ公布セラル、コトヲ要スルコトハ近代ノ國法上ノ根本原則ノ
一ナルヲ以テ条約カ国内法規トシテ國民ヲ拘束スルノ力ヲ有ス
ルカ否トニモ亦条約ノ公布ヲ必要トナスコトハ言フ俟タサル処
ナリ、国内法規タラハ条約即チ單ニ國家自身ノ權利義務ヲ定
ムルニ過キザン条約ハ必ラスシモ之レヲ公布スルノ必要ナク、
例令之レヲ公布スルモ其ノ公布ハ國家内法規ノ公布トハ在リ其
法律上ノ意義ヲ具シシ只如斯キ条約ヲ締結シタル事實ヲ國民ニ
公表スルノ意義ヲ有スルニスキス、国内法規タル条約ノ之レニ
反シ公布ヲ以テ其ノ拘束力ヲ生スルノ必要條件トナス条約ノ交
布ノ形式ニ付テハ明治四十年公武令發布ノ以前於テハ、無等
ノ勅令トシテ公布セラル、ノ慣例ナリシカ、公式令ニヨリテ官

級中ニ法律權、勅令權ノ外ニ別ニ条約ノ一權ヲ設ケテ条約ハ
条約トシテ公布セラル、コト、ナリタリ

四) 自治団体ノ法規

以上述ハタルモノハ何レモ國家ノ制定ニカ、ル制定法規ナリ、
此ノ外又々府県郡市町村等ノ自治団体モ亦々一定ノ事項ニ付キ
テ其ノ団体中ニ效力ヲ有スル法規ヲ定ムルノ權ヲ有ス、之レヲ
自治団体ノ自主法規ト云フ、自主權 (Autonomie)
ノ性價及ヒ其ノ國範圍ニ付キテハ、該法人ノ章ニ於テ尚ホ之レ
ヲ詳述ス、自主權ニヨル法規モ亦々行政法ノ一淵源タルモノナ
リ

第二、慣習法

慣習法トハ國家又ハ公法人ノ立法ニ基クニアラスレテ事實上ノ慣
習ニヨリテ法タルモノヲ云フ、慣習法ハ或ノ國民自身ノ間ニ行ハ
ル、事實上ノ慣習ニ基クモノアリ、或ハ裁判所ノ判決令、行政官

憲ノ實際ノ取扱ニヨリテ生スルモノアリ、或ハ國ノ行政組織ニ于
スル事其上ノ慣習ニ基キテ生スルモノアリ、之レニヨリテ慣習法
ハ之レヲ概テ、慣習法即チ人民間ノ慣習法判例法、行政的慣習法
政治的慣習法ノ數種ニ區別スルコトヲ得 例

人民間ノ慣習法ハ慣習法中最モ顯著ナルモノニシテ普通ニ慣習法
ト云フ中ハ通常專此ノ種ノ慣習法ヲ意味スルモノナリ、故ニ又
之レヲ英美ノ慣習法ト云フヲ得、殊テ、英美ノ慣習法ハ法ノ淵源タ
ルハ主トシテ民法ノ區域ニヨリ公法ニ付テハ公法ハ國家ト國家又
ハ公法人ト臣民トノ間ノ干係ニ干スルモノナリヲ以テ人民間ノ慣
習ニヨリテ直クニ公法的方法ヲ生スルコトトシテ例ハシ口締レ
ナリ、又タ地方團體ニ於ケル住民ノ權利義務トニ付キテハ、性々
地方的ノ慣習ニヨリテ定マレルモノナキニアラス、民間ノ慣習法
カ行政法ノ淵源タルハ只如斯キ場合ニ於テノミ之レヲ執行スルコ
トヲ得

ヲ得

判例法ハ裁判所ノ裁判例ニヨリテ法タルカヲ生スルモノヲ云フ、
裁判所ノ判決ハ元ヨリ只尚不統一事件ニ付テノミ其ノ效力ヲ
有スルモノニシテ右ノ裁判ヲ拘束スルカヲ有スルモノニアラスト
虽モ已ニ或ル事件ニ付テ一定ノ判決ヲ下サレタル上ハ右ニ之レト
全様ナル事件ノ發生スル場合ニ於テモ亦之レト全様ノ判決ヲ下サ
ルヘキコトハ一般ニ定期ニ得ヘキ如シテ殊ニ一般ニ先例ノ尊重
セラル、固ニ於テハ判決例カ右ノ才判ヲ拘束スル審理上ノ效力ハ
頗ル重大ナリ、而シテ全様ノ事件ニ付テ俗ニ公様ノ判決ノ下サル
トキハ其ノ判決ノ不ス知カ限ケ法ナリトナスノ確信ヲ生スルハ
当然ノ結果ナリ、之レニヨリテ判決例カ總テノ法タルノカヲ有ス
ルニ至ル、殊ニ英國法ノ如キハ其ノ *Common Law* ノ大部分ハ
今日ニ於テモ判例法 (*Case Law*) ナルモノト云フヲ得、
我國ノ如キ成文法國ニ於テハ判例法ノ價值ハ英國ノ如ク大ナラザ

ル事勿論ナリト虽モ尚本邦國ニ於テモ大審院ニ於テ先例ト莫リタ
ル判決ヲナス場合ニ於テハ大審院全部ノ總會ヲ用キテ之レヲ決ス
ルヲ要スルカ如キ特ニ鄭重ナル手續ヲ必要トナセルカ如キハ以テ
判決例ニ法律上ノ價值ヲ附セルモノト云フヘク、全一ノ判決例カ
數回下サル、場合ニ於テハ特ニ重大ナル理由アルニテアサレハ其
ノ判例ヲ覆スルコトハ予期シ得ヘカラサル処ニシテ凡テ或ル程度
ニ於テハ亦判例カ法タルイカヲ有シ得ヘキモノナリ、判例カ法ノ
淵源タルノカチ有テ最モ著シキハ民法及ヒ刑法ノ區域ニ在リ、併
シ行政ニ付テモ亦近來ノ行政裁判制度ノ發達ニ伴ヒテ漸次重要ノ
地位ヲ有スルニ至ラントスルノ傾向アリ
行政的慣習法トハ行政官職ノ時務取扱ノ先例ニヨリテ法トシ得
ノヲ云フ、裁判所ノ判決例カ屬スルニ係リ、コトニヨリテ法タル
カラ有シ得ヘキト云フ行政官職ノ時務取扱ノ例モ亦其ノ屬スル
ニ係リ、コトニヨリテ法律的確信ヲ生シ得テ法タルノカチ有スル

コトヲ得、殊ニ行政法ノ區域ニ於テハ制定法規ハ不備ナルモノ多
キカ故ニ行政官職ノ實際ノ取扱ニ於テヨリテ其ノ不備ヲ補フモノ
多ク而シテ其ノ取扱例カ一定スルトキハ其ノ先例ノ亦ハ其ノ部チ
法タルニ至ル

政治的慣習法ト云フハ政治事實ニヨリテ法タルモノヲ云フ、行政
的慣習法カ行政法ノ淵源タルト云フク政治的慣習法ハ國家法即チ
憲法ノ淵源タルモノナリ、帝國憲法ノ制定ヒテハ、前ニ於テハ其
憲法國ニ於テモ其ノ憲法ハ專ハテ政治的慣習ニヨリテ是タマリタ
ルモノナリ、憲法制定ノ后ハ慣習法ノ價值ハ著シク減セラレ
タリ、虽ハトモ尚ホ今日ニ於テモ政治慣習カ憲法ノ淵源タルモノ

十一

第三理法

理法トハ立法者ノ制定ニ基クモノニアラス、事實上ノ慣習ニ基クモ
ノニアラス、事物自然ノ条理ニヨリテ法タルモノヲ云フ、理法ノ

名ハ余ノ及リニ余名セルモノニシテ今日ノ奉者ノ一般ニ公認スル
如ニアラス、今日ノ奉者ハ旧事時代ノ自然法學說ニ対スル及動ト
ニテ一般ニ制定法規及ヒ慣習法ノミニ重キヲ置クニムギ凡テノ國
内法ハ只々制定法及ヒ慣習法ノミニヨルリナルモノトナスヲ通常
トナス

併シ制定法規カ如何ニ完全ナルニ至ルモ立法者カ社会ノ複雜ナル
凡テノ事情ヲ汲レナク予見シテ其ノ凡テニ適合スベキ規則ヲ制定
スルコトハ到底望ムヘカラサル也ニシテ而シテ制定法規モ定マラ
ス、事實上ノ慣習モ亦存セサル~~事~~事項ニ付テハ只々條理ノ不
所ニヨリテ、何カ法ナルマヲ判断スルノ外ナク、而シテ即チ之レ
カ此處ニ所出理法ナリ、^旧時ノ自然法學說ノ誤レル所以ハ自然
法ヲ以テ永久不劫ノ定法ナリトナセルコトニ在リ、此處ニ所出理
法ハ斯カル不易方代ノ法ニテラスシテ社会生活ノ事情ニ依リテ絶
ヘス變遷スルノ法ナリ、法ハ社会生活ノ必要ヲ充タサンガ爲メニ

存シ、而シテ社会ハ絶ヘス變遷ヲ遂スルモノナルヲ以テ永久ニ不
易ナル自然ナルモノノ存立スルコトヲ得サルハ疑ヲ入レズ、併シ
永久不變ノ自然法ノ存立ヲ否認スルカ爲メニ全ク制定法、慣習法
以外ニ去ナレトナスハ一層大ナル誤リナリ、近時仏独諸國ニ於テ
所謂自由法學說ノ起リテ旧來ノ法文主義ノ主義ヲ矯メントスルノ
運動漸ク盛ニナラントスルノ傾向アルハ法學ノ進歩ノ爲メニ甚
ク喜フべシト信ス
理法ハオチニハ制定法及ヒ慣習法ノ欠缺ヲ補充スルノ任務ヲ有ス
制定法具ハラス慣習法モ存セサル區域ニ於テハ只々條理ノミニヨ
リテ法ヲ判断スルヲ得ヘキコトハ前述ノ如ク之レ理法ノ最モ重要
ナル任務ナリ、殊ニ行政法ニ于テハ制定法規ハ極メテ具ハラス
就中民法ニ於ケルカ如ク總則ノ規定ハ行政法ニハ全ク存セサルヲ
以テ行政法ノ總則的規定ハ只々條理ニヨリテ之ヲ判断セサルヘカ
ラス

例ハ行政行為ノ成立要件、其ノ無効及ヒ取消公法上ノ条件及ヒ
期限及ヒ公法上ノ時効ノ如キ制定法規ノ明文ハ全ク欠ク、又一定
ノ慣習ノ見ルヘキモノナキヲ以テ只マ理法ニヨリテノミ之レヲ決
定スルコトヲ得

理法ノオニノ任務ハ制定法規ノ解釈ノ標準トナリ、之レヲ補充シ
必要ニ至レテハ之レヲ變化セシムルコトニ在リ、従テ制定法規ヲ
解釈スルニ當リテハ從ニ其ノ文字ノミニ重キヲ置キ、其ノ規定カ
果シテ社会ノ必要ニ適合スルカ、条理ノ未スルニ背反スルコトナ
キカ否カニ有テハ全ク之レヲ同ハサルノ領キアルカ如シト云ヒ、
制定法規ノ解釈ニ於テハ、單ニソノ文字ニノミニ重キヲ置クヲ得
ス

第三、何カ社会ノ必要ニ適合スルカ、何カ条理ノ未スルカヲ眼中ニ
置キ、成文法規ヲ以テ成ルヘク之レニ適合セシムル様ニ解釈セサル
ヘカラス、国家ノ公益ノ保護者トシテ、又正美ノ維持者トシテ公

益ヲ保護シ、正美ヲ維持スルカ爲メニ法律ヲ制定スルモノナルカ
解キ、公益ニ適合ス正美ニ反スルカ如キ法律ハ元来存スヘカラサ
ルモノナリ、苟サレハ苟シクモ解釈ノ許サルノ限リハ出来得ルタ
ケ正美ニ適合シ、公益ニ適合スルカ如キ解釈ヲナスコトハ即チヨク
國家ノ意思ニ適合スルモノナリ、之レニ加フルニ法律ハ社会ノ必
要ヲ充テスカ爲メニ存シ、而シテ社会ハ絶ヘズ變遷スルカ故ニ若シ
社会ノ必要ニシテ變化スルトキハ、法令制定法規ノ明文ヲハ、改正
セラレシメテ存スルモ其ノ解釈ニヨリテ漸次之レヲ變化シテ以テ
社会ノ實際ノ必要ニ適合セシムルコトハ亦ヨク國家ノ意思ニ適合
スルモノト思ハサルヘカラス

制定法、慣習法、理法ハ法ノ三種ノ淵源ナリ、此ノ三種ノ淵源ハ
其ノ相互ニ効力ノ輕重アルコトナク有シテ法トシテノ効力ヲ有ス
制定法ヲ以テ慣習法及ヒ理法ヲ變更シ得ヘキト全ク、慣習法又
ハ理法ニヨリテ制定法ヲ變更シ或ハ之トヲ拡張シ或ハ之レヲ制限

スルヲ得、今日ノ諸國、成文法ニ重キヲ置クヲ以テ、凡テ
慣習法ニヨリテ成文法ヲ廢止變更スルヲ得サルコトヲ規定スルヲ
例トシ、救國法ニ於テモ、亦タ法令中制定法規ニ矛盾シタル慣習ノ法
タルヲ得サルコトヲ規定スト、如斯キ規定ハ、必ずしも絶対
ノ效カヲ有スルコト能ハス、事實上ノ慣習ノ法タルノカヲ有スル
ハ、人類ノ習慣性ニ基クテ、此ノ人類ノ習慣性ハ、國家ノ立
法ニ在リテモ、絶対ニ之レヲ抑制スルヲ得ズ、キモ、ニアラズ、及令
國家ノ立法ニヨリテ、或ハ慣習法ノ發生ヲ禁止シ、或ハ法律ノ明文ニ
違反スル慣習法ノ成立ヲ禁止スルモ、亦タカカル禁止ノ規定ニ拘
テス、尚ホ、人類ノ習慣性ハ、自然ノ力ニヨリテ、或ハ慣習法ヲ生
或ハ法律ニ矛盾シタル慣習法ヲ生スルコトアルハ、實際ニ避クヘカ
ラサル所ナリ、サレハ、今日ニ於テモ、時トシテハ、法律ノ成文ニ違反
シタル慣習法ノ成立スルコトアルコトモ、或ハ此レナキヲ必スル能
ハサルナリ。

第六節 殖民地行政法

此処ニ殖民地ト云フハ、朝鮮、台湾、樺太及七園東州ヲ云フ、之ホノ
地方ハ内地トハ原則トシテ、ソノ國法ヲ具セセルモノニシテ、行政法ニ
付テモ、亦内地トハ相合シカ^ルラサキルモノナリ、内地ニ行ハルハ、法律、
勅令、其他ノ法例ハ、原則トシテ之ホノ地域ニハ行ハルコトナク、各
地域ハ各々其ノ特別ナル國法ヲ有ス、模言スレハ、之ホノ各々、域ハ各
々特別、一法域ヲナセルモノナリ、近時ニ至ル迄、我カ帝國ハ、其ノ領
域ノ全部ヲ遍シテ、原則トシテ、其ノ國法ヲ令クシ、即チ其ノ全部ヲ全
一法域ヲナセルモノナリ、カ明治三十七八年、戰役ノ結果、台湾ノ割
讓ヲ受ケ、明治三十七八年ノ戰役ニヨリテ、樺太ノ南部ヲ取得シ、
南東州ノ租借權ヲ讓リ、段々以テ、韓國ヲ合併シテ之レヲ朝鮮ト改稱ス
ルニ至リテ、我帝國ノ領土域ハ、五法域ニ分カタルコトナリ、内地

朝鮮、台湾、樺太及び関東州ハ各特別ノ一法域トナリタルナリ、此ノ内閣東州ハ帝國ノ租借權ノ下ニ在ル地域ニシテ此ノ真ニ於テ他ノ領域ト稍々ソノ性質ヲ異ニスト雖モ租借地内ニ於テハ支那ノ統治權ハ全ク停止セラレ我國ノ統治權ノシカ排他的、独占的ニ行ハルモ、ニシテ其ノ帝國統治權ノ下ニ屬セルコトニ於テハ立ラフ一般領域ト區別スルノ理由ナク、從カワテコトニハ他ノ領域ト等トシク之レヲ論ス

殖民地ニ於ケル國法ノ淵源ニ於テモ制定法、慣習法及ヒ理法ノ三種ヲ區別シ得ヘキコトハ一般内地ト左ニシテ、只其ノ制定法ハ内地ニ於ケル制定法トハ其ノ形式ヲ異ニセルヲ以テ此處ニハ只ソノ制定法ノ種類ニ有テノミ之ヲ述フヘシ

第一朝鮮

朝鮮ニ於ケル法源ニ于テハ、第一ニ論スルヲ要スルハ帝國憲法

朝鮮ニモ行ハル、ヤ否ヤノ問題也、憲法カ当然新領土ニ行ハル、ヤ否ヤハ台湾取得ノ當時ニ於テモ本向上及ヒ實際上ノ問題アリシ知コロニシテ、當時ノ考クノ學者ハ凡テ特別ノ規定アルニアラサレハ原則トシテ國ノ領土ノ全部ニ行ハル、ヲ通常トシ、然レテ帝國憲法ハソノ施行區域ニ于テハ特別ノ規定ヲナサレヲ以テ、此ノ一取原則ニ從ヒテ、又帝國ノ領土内ノ全部ニ行ハル、モノナラザルハカラス、新ニ領土ヲ取得シタル場合ニ於テモ其ノ領土トナルト共ニ憲法ハ又之レニ當然其ノ效力ヲ及ホスヘイモノトナセリ、如斯キ理由ニヨリテ當時ノ學者ノ多數ハ台湾ニ於テモ当然ニ憲法ノ全部ヲ施行セラル、モノトナシ、政府モ亦、此ノ見解ニ從カヒテ、台湾ニ於テ軍政ヲ撤去セラル、ト共ニ憲法ハ当然台湾ニ行ハル、モノト鮮レタリ、保シ政府王化ニ浴スルノ日尚ホ淺ク社会ノ事情全ク本國ト異ナルニ新領土ニ於テ本國ト全様ノ憲法政府ヲ直ニニ施行スル、不可能ナルコトハ云フヲ俟クサレヲ以テ政府ハ止ムヲ得

ナル構造トシテ法律ヲ以テ台湾總督ニ法律ニ代ルノ職令ヲ行スルノ
 権限ヲ委任シ之レニヨリテ形式上ハ憲法ニ準拠シタルノ新形式ヲト
 リ、而カモ實際ニハ舊ニ本國ニ於ケルカ如キ憲法ニ於ケル憲法政治
 ヲ実行セシメ止ミタリ、立憲政治ニ於ケル最重要ナル原則ハ立
 法權ト行政權トノ分離司法權ノ獨立等ニアルコトハ去テ備タス併
 カモ台湾ニ於テハ之レ等ノ立憲政治ノ根本原則ハ一ニ実行セラレ
 、コトナク、立法權ト行政權トハ併セテ台湾總督ノ手に在リ、凡テ
 法律ニ代ルヘキ命令ヲ總督カ自ラ之レヲ定タムルコトヲノ權ヲ與ヘ
 タルナリ、

司法權ノ獨立モ亦完全ニ行ハル、コトナク、司法權ニ等シク總督ノ
 監督ノ下ニ置カレタリ、憲法ノ重要ナル原則ハ如斯ク実行セトラル
 、コトナクニカ、ワラス、政府カ尚ホ憲法ヲ台湾ニ行ハルニモノナ
 ルコトヲ公言シテ在シマサルヘシ、朝鮮ノ新ニ我國ニ併合セラレ、
 且ヨヒテモ本、全一ノ問題再々ト本者及ヒ其後ノ議論ニ上リタ

リニカ、政府ハ尚ホ從來ノ解法ヲ維持シ苟シクモ帝國ノ領土トナ
 リタル以上ハ憲法ハ必ラス之レヲ行ハサルヘカラサルモノトナシ
 而シテ朝鮮總督ニ法律ニ代ルヘキ命令ヲ發スルノ權ヲ委任セルコ
 トハ台湾ニ於ケルト左ニク議會ノ價値ニ對シテハ政府ハ常ニ憲法
 カ當然朝鮮ニモ行ハルモノナルコトヲ斷言セリ、併シ凡テノ法
 律カ新領土ニ於テモ其ノ領土トナル瞬間ニ直ニ之レニ效力ヲ及ホ
 スモノナリトスルノ見解ハ全ク法ノ本質ヲ誤解セルヨリ生スル解
 誤リナリ、法ハ社会生活ノ法規ナリ、法ハ社会ニ伴フテ存存スル
 モノニシテ凡テノ法ハ一定ノ社会カ其ノ存在ヲ前提トナス、是リ
 タル社会生活ニハ法モ亦自ラ是ナラサルヲ得サルハ法ノ本質ヨリ
 生スル當然ノ事理ナリ、旧來ノ領土ニ行ハル、凡テノ法律ハ旧來
 ノ領土ニ於ケル社会生活ヲ規律スルカ爲メニ制定セラレタル法
 律ニシテ之レト異リタル別個ノ社会生活ヲナセルモノニ對シテハ
 当然其ノ效力ヲ及ホスヘキモノニアラス、新領土ニ於テハ其ノ地

一〇八
域カ本國ト相併統レ其ノ住民ハ本國ノ住民ト其ノ社会事情ヲ相近
似シ、本國ノ社会ニ合化スヘキモノナルトキハ、旧来ノ領土ニ於
ケル法律カ之レニモ其ノ效カヲ及ホスヘキハ当然ナリトモ、若
シ新領土ニ於ケル人民カ本國トハ異リタル別ノ社会生活ヲナシ、
本國ノ社会ニ混入シテ之レト相合化スルニアラサル限リハ本國ニ
於ケル法律ガ当然之レニ及ホスヘキモノニアラス、凡テノ法カ帝
國領土内ノ全部ニ行ハル、モノナリトスルノ見解ハ國ノ領域ト法
域トヲ相混合シテ一國ノ領域ハ即チ法域ナリトナスノ誤リナリ、
新領土ハ國ヨリ一國ノ領域ニ屬ストモ、其ノ領域タルハ只本國
ノ統治カ之レニ及フコトヲ意味スルニ止マリ、必ラスレモ、本
國ニ於テ行ハル、法律カ之レニ及ヨフコトヲ意味スルモノニアラ
ズ、
今一ノ國家ノ領域タルモ必ラスレモ今一ノ法域タルモノニアラス
其ノ今一ノ法律ヲ行ハル、ヤ古ヤハ一ニソノ本國トノ社会生活ヲ

ナスヤ否ヤニヨリテ定マルハキモノナリ
凡ソ一國ク他國ヨリ領土ノ割譲ヲ受ケ又ハ他國ヲ併合シタル場合
ニハ其ノ地域ニ付テハ其ノ統治カノ所在ハ之レニヨリテ一変スル
モノニシテ台湾ノ取得ニヨリテ台湾ニ於ケル旧清國ノ統治カハ消
滅シテ帝國カソノ統治ノ主体トナリタルナリ、統治カノ主体ハ如
斯ク一變ストモ、社会生活ノ事情ハ之レニヨリテ勿ク一變スル
モノニアラス、旧来ノ韓國ノ社会ハ日本ノ領土トナリタル后ニ於
テモ、尚ホ今一ノ社会ニシテ漸次帝國ニ合化セラルヘキハ勿論ナ
シ共、其レハ漸次年ト共ニ行ハルヘク、統治カノ變更ト共ニ忽然
トシテ手ヲ離ヘスカ知クニ變更スルモノニハアラス、社会生活ノ
事情ニシテ継続ストモ、社会生活ノ規則タル法モ亦敢ヘテ之レ
ニヨリテ忽ク一變シ旧来韓國ノ法律ノ下ニ生活シ得居タルモノカ
忽チニシテ新ナル法律ノ下ニ生活シ得ヘキモノニアラス、
社会生活ニシテ如斯ク継続スル以上ハソノ帝國ノ領土トナリタル
一〇九

後ニ於テモ尚不意今ノ向ハ旧来ノ法律カ尚本其終ニ行ナハレ統治
 権ノ變更ト共ニ必然ニ生ヌヘキ變更ノ外ハ尚本旧時ノ如ク旧来ノ
 法律ノ下ニ生活シ帝國憲法ハ一概ニハ其ノ效力ヲ及ホスヘキモノ
 ニハアラサルナリ、朝鮮併合ニ際シテ實際ニ於テモ政府ハ憲法ノ
 外ニハ尚本旧時時代ノ法律カ當分内ハ引續キソノ效力ヲ有スヘキ
 コトヲ宣言シタルハ此ノ理由ニヨルモノナリ

以上ノ理由ニヨリ余ハ固本ノ法律ハ當然ニハ新領土ニ其ノ效力ヲ
 及ホスモノニアラサルヲ信ス、國法ニ伴キテモ其ノ原則トシテハ之
 レニ左シク其ノスベキテノ条項カ必然ニ新領土ニ其ノ效力ヲ及ホス
 スヘキモノニアラサルハ更ニ疑ヲ入レザルコトヲ信ス、又憲法カ
 他ノ凡テノ法律ト異ナルトコロハ憲法ノ条項中其ノ一部分ハ固本ノ
 統治権ニ于スル基礎法別ニ規定スルモノニシテ、固本ノ統治権ノ
 モノト爲ルルハカラザルニ係リ有スルモノナリ、斯カル規定ハ苟シ
 クモ固本ノ統治権カ及マズ、又必然ニ之レニ伴フテ行ナハル、從テ

新領土ニ於テモ其ノ苟シクモ帝國ノ統治権ニ屬シタル瞬間ヨリ當
 然之レニ及フヘキハ勿論帝國ノ領土外ニ於テモ或ハ条約ニヨリテ
 帝國カ治外法権ヲ有スルノ地域ノ帝國ノ在外公館等ノ如キニ於テ
 モ亦當然之レニ行ハル、モノナリ、大日本帝國ハ万世一系ノ天皇
 之レヲ統治スト虽ヒ天皇ノ國務上ノ行爲ハ國務大臣之レヲ補弼シ
 副署シテ其ノ責ニ任スト云ヒ、固本ノ歲出入ノ予算ヲ以テ議會ノ協
 賛ヲ要スト云フカ如キ規定ハ凡テ國家ノ統治權ト相稱ルヘカラザ
 ルモノニシテ新領土ニ於テモ亦必然ニ行ハルヘキモノナリ、併シ
 憲法ノ凡テノ条項カ皆カハル性質ヲ有スルモノニアラス、憲法ノ
 規定中ノ一大部分ハ或ル程度ニ於テ社會ノ發達ヲ其ノ前提トシ必
 然ニ統治權ノモノニ随伴スルモノアラサルモノナリ、此ノ種ノ規
 定ハ只本國ノ社會ニ向ツテ制定セラレタルモノニシテ新領土ニ於
 テハ當然ニ行ハルモノニアラス、新領土ノ社會カ本國ト相合化ス
 ルニ至リテ初メテ之レニ施行セラレハキモノナリ、臣民カ法律ニ

ヨルニアラサレハ其ノ自由ヲ侵ササルコトナキノ権利有スト
女ヒ、臣民ク議會ニ議員ヲ選出スルノ権利有スト云ヒ、臣民カ
兵役ノ義務ヲ負フト云フカ如トキ規定ハ凡ヘテ此ノ種類ニ屬クス、
ルモノナリ

要之、憲法カ新領土ニ行ハル、ヤ否ヤノ問題ハ憲法ノ全部ニ付キ
不可分ニ決定シ得ヘキモノニアラス、憲法ノ各項申國ノ統治権ニ
必然ニ随伴スヘキモノハ当然新領土ニモ行ハルヘク、其ノ然ラサル
ルモノハ國家ク新シ之レヲ施行スルノ意思ヲ表示スルニヨリテ始
メテ之ヲ行ハルヘキモノナリ

憲法以外ニ於テ如何ナル法カ朝鮮ニ行ハル、ヤト云フニ其一部分
ハ内地ノ法律勅令カ朝鮮ニモ施行セラルルモノアレ共、大部分
ハ朝鮮ニ於テ制定セラレタル命令又ハ慣習法カ行ハル、ナリ、其
ノ形式ヨリ朝鮮ニ於ケル制定法規、種族ヲ區別スルトキハ、法律
勅令、制令、朝鮮總督府令、旧韓國法例等、各種ヨリ第一ニ法律

ハ原則トシテハ朝鮮ニ行ハレサルモノナレ共、只勅令ヲ以テ特ニ
朝鮮ニ施行スルコトヲ定メラレシニヨリテ全部又ハ一部分朝鮮
ニモ施行セラル、法律ナキニアラス、其他又特ニ朝鮮ニ施行スル
カ高メニ規定セラレタル法律モナリ、勅令ヲ以テ全部又ハ一部朝
鮮ニ施行セラル、法律ハ行政法ノ區域ニ於テハ、会社法、著作権
法、特許法、商標法、新案ニ于スル法律、郵便電信ニ關スル法律
等其他尙ホ種々アリ、朝鮮ニ施行スルカ高メニ行ハル、法律ハ例
ハハ朝鮮銀行法、朝鮮總督府特別會計法ノ類ナリ
第二ニ勅令モ亦原則トシテ朝鮮ニ行ハル、モノニアラス、法律カ
原則トシテ朝鮮ニ行ハレサルコトニ付キテハ法律ハ明文ヲ以テ之
レヲ規定セルカ故ニ(明治四十四年法律第三十号)元ヨリ疑ヲ入レ
サルモ勅令カ朝鮮ニ行ハレサルコトニ付キテハ特別ノ明文ナク、
從テ或ハ之レヲ疑フモノナリ、併シ法律カ原則トシテ朝鮮ニ行ナ
ラレサルハ朝鮮ヲ以テ内地トハ異ナリタル特別ノ法域トナセルコ

トテ表明セルモノニシテ特別ノ法域ニ於テハ凡テ内地ノ法例ハ特
ニ制定セラレタルモノノ外ハ凡テ效力ヲ及ボサスルモノト辨スヘ
キハ当然ナリ、サレハ勅令ニ付テモ亦特ニ朝鮮ニ施行スヘキコト
ヲ定メラレタルモノ又ハ其ノ事項ノ性質上当然ニ朝鮮ニモ行ハル
ルモノノ外ハ原則トシテ其ノ效力ヲ及ボサスルナリ、朝鮮ニ施行
セラレハ勅令ハ其數多クテ只朝鮮總督府及ヒ其ノ所屬官署ノ官
制・官吏ノ任免、其ノ福利興務ニ干スル事項ハ朝鮮ニ於テモ内地
ト全ク一般ニ勅令ヲ以テ規定セラレ
第三八制令ナリ、之レカ朝鮮ニ於ケル最モ重要ナル制定法規也。
始メ朝鮮條約ノ當時緊急勅令ト云テヨリ(明治四十三年八月勅
令第三三四号)テ朝鮮總督ハ朝鮮ニ於テ法律ニ代ハル命令ヲ制定
シ得ルキコトヲ得ルコトヲ定ム、此ノ命令ハ臨時緊急ヲ要スル場合
ノ外内閣總理大臣ヲ至テ勅裁ヲ得ヘク臨時緊急ノ場合ニハ勅裁ヲ
至スニテ直ニ之レヲ発シ得ヘキモ此ノ場合ニハ發布ノ任勅直ニ

勅裁ヲ乞ヒ若シ勅裁ヲ得ザレハ總督ハ直ニ之レヲ廢止スルコトヲ
要ス

朝鮮ニ於テ法律ニ代ル命令ハ之レヲ制令ト稱スルコト、此ノ命令
ハ朝鮮ニ施行セラレ、法律勅令ニ違反スルコトヲ得サルコトヲ是
ノタリ、此ノ緊急勅令ハ次期ノ議會ニ提出シテ其ノ承諾ヲ求メ
リシカ議會ハ其ノ承諾ヲ拒ムト左時ニ更ニ全部同一ノ規定ヲ有ス
ル法律案ヲ規定シ議決シ此ノ法律案ハ直ニ裁可ヲ得テ前ノ緊急
勅令ニ代ヘテ明治四十四年三月法律才三十号ヲ以テ公布セラレタリ
此ノ法律カ今日モ其ノ效力ヲ有スルモノニシテ之レニヨリテ朝鮮
總督ハ制令ヲ定ムルノ權ヲ有スルモノナリ
第四ハ朝鮮總督府令ナリ、等シク朝鮮總督ノ發スル命令ニシテ内
地ナレハ勅令及ヒ各省令ニ相當スヘキコトヲ主トシテ總督府令ヲ
以テ規定セラレ、ナリ、朝鮮總督府ノ外總督府警務總長・道長官
及ヒ警務長モ亦其ノ權限内ノ事務ニ付キテハ命令ヲ發スルノ權ヲ

弁ハラル、之等ノ外尚本韓國併合ノ当時ニ於テ韓國ニ行ハレタル
 旧韓國法例及ヒ韓國ニ行フカ爲メニ制定セラレタル帝國法令ハ四
 三年八月制令第一号ニヨリテ当令ノ内尚ホ引統テ韓國管轄朝鮮總督
 ノ發セシ命令トシテ尚ホ其ノ效力ヲ有スヘキモノトナセリ、即チ
 再未廢止變更セラレタルモノノ外旧韓國時代ノ法カ尚ホ引統テ其
 ノ效力ヲ有スルモノニシテ其ノ内容カ制令ニ相当スルヘキモノナ
 ルトキハ制令トシテ效力ヲ有シ朝鮮總督府令ニ相当スヘキモノナ
 レハ總督府令トシテノ效力ヲ有スルナリ
 以上述ヘタル如ハ形式上ヨリ朝鮮ニ於ケル制定法ノ種類ヲ區別シ
 タルモノナリ、更ニ内容ニヨリテ之ヲ區別スルトキハ年法の規
 定殊ニ民法及ヒ刑法ニ付キテハ明治四十五年四月一日以來朝鮮民
 事令及ヒ朝鮮刑罰令ニヨリテ原因則トシテ内地ノ民法刑法ホマソ
 ノマ、ニ朝鮮モニモ施行シ訴訟手續ニ付テモ原則トシテ内地ノ民
 事刑事訴訟法及ヒ其ノ附屬法律ニヨルコトヲ定クメ又朝鮮人ニ

干スル能力、親族及ヒ相続ニ干スル規定、不動産物権、会社令ホ
 ニ付テ例外ヲ設ケ刑事ニ干シテモ朝鮮人ニ付テハ或種ノ犯罪ニ付
 テ多少ノ例外ヲ認ム、之ホノ例外ノ外ハ内地人ト朝鮮人トノ區別
 ナク等シク内地ノ民法刑法等ノ下ニ支配セラレ、モノニシテ此ノ
 果ニ於テハ左ノ法律ノ下ニアルナリ、又タ其ノ形式ニ於テ朝鮮
 ニ於テハ制令ヲ以テ規定セラレタルノ差アルノミ、行政法規ニ干シ
 テハ及之内地ト同一ノ法規カ朝鮮ニモ行ハル、ハ譬古例外ニ屬ス
 官制、官吏法、会社法、郵便、信電法、著作権法、工業所有權法
 等ニ付テハ内地ノ法律勅令カ朝鮮ニモ行ハル、コト前述ノ如シト
 虽モ、其ノ意外ニ於テハ概シテ特別ノ規定カ行ハル、モノナリ、又
 殊ニ内地ノ如キ訴訟及ヒ行政裁判ノ制度度ハ朝鮮ニハ全ク行ハル
 、コトナレ

第三、台湾

台湾ニ於ケル法律モ大體ニ於テ朝鮮ニ類似ス、台湾ニ於テモ内地ノ法律ハ原則トシテ、ソノ效カヲ及ホスコトナスリ只テ勅令ヲ以テ特ニ全部又ハ一部カ台湾ニ施行スヘキコトヲ定メタル法律ノミカ台湾ニモ其ノ效カヲ有ス、勅令ヲ以テ台湾ニ施行スルコトヲ定メラレタル法律ハ其ノ数多カラズ、ソノ行政法ニ属スルモノハ、会社法、郵便電信法、工業所有権法、種々ノ消費税ニ于スル法律數種ノ警察ニ于スル法律ノ類ナリ、(関税ニ付キテハ朝鮮ニテハ併合后十年間旧法ニヨルナリ、関税ニ付キテハ台湾ハ内地ト合一ナリ)

勅令モ亦朝鮮ト合シク特別ノ明文ヲ以テ勅令ヲ台湾ニ施行セザルコトヲ定メタルモノナシト云モ、法律ト合様ニ原則トシテ施行セラレサルモノト解スルヲ正当トナスヘク、只テ官制、官吏法ノ如キモノハニカ台湾ニモ施行セザル、之ハ外ニ台湾總督ハ朝鮮總督ト合シク法律ニ代ルヘキ命令ヲ發スルノ権ヲ有ス、之レヲ

律令ト云フ、只テ朝鮮ト異ナル如ハ朝鮮總督ノ制令ハ無期限ニ有ラレタルニ反シテ台湾總督ハ期限付ヲ以テ一時的ニ其ノ権ヲ有ラレタルノ差アルモノミ、初メ政府ハ明治二十九年ノ法律第六十三号ニヨリテ滿三ヶ年間ノ期限ヲ以テ總督ニ付フルニ律令権ヲ以テ此ノ法律ハ即チ三十二年ノ三月三十一日ヲ以テ消滅スヘキモノナリシカ其ノ滿期ニ及ヒ法律ヲ以テ更ニ三ヶ年ノ延期ヲナシ、其ノ滿期ノ中ニハ二度コレヲ延期シテ三十八年三月迄テ效カヲ有スヘキモノトナシタリ、然ルニ當時ノ在論ハ憲法カ当然新續土ニモ施行セラル、モノトナシタルヲ以テ論者ハ頻リニ此ノ法律ヲ以テ違憲ナリトシ、所謂六三問題ハ一時學界及ヒ政界ノ一大問題ナリシカ實際ノ必要ハカハル空論ニ均泥スルユトテ許ササルヲ以テ三十八年ニ其ノ法律ノ滿期トナル際ニハ更ラニ三度之レヲ延期シテ日露戰爭ノ結終スル年ノ年末マテ其ノ效カヲ繼續スヘキモノトナセリ、カクテ三十九年十二月三十一日ヲ以テ其ノ法律

ハ禁止セラルルヘキモノナリシカ台湾ヲ本國トシテ一ノ法域タラシムルノ不可能ナルコトハ尙未旧ノ如クナルヲ以テ更ニ三十九年四月ニ法律第三十一号ヲ以テ前ノ法律ト略シテ一ノ主權ヲ定メタノ明君四十四年十二月三十一日迄、其ノ效力ヲ有スヘキモノトナレ、其ノ満期ノ際ニハ又之レヲ延期シテ四十九年即チ大正四年ノ年末マテソノ效力ヲ繼續スルモノトナレタリ、之レ即チハ現行法律ナリ、

台湾總督ノ立法者権カ満期付キナルハ斯カル事情ニ基キモノニシテ形上ニ於テハ期限付ナルモ其ノ^期限ハ只タ外形ニ止マリ、其ノ満期ト共ニ当然終了スヘキコトハ始メヨリ正莫ニ^予承期セラレ、之ニハアラサルナリ

律令ヲ以テ規定シ得ヘキ事項ハ内地ニ於ケル法律ト同様ナレ共モ其ノ形式的效力ニ於テハ法律ト異ナリ、台湾ニ施行セラル、法律及ヒ勅令ニ^限スルヲ得ザルコトハ制令ニ付テ述ヘタルトナリ

律令ノ外ニ總督ハ又台湾總督府令ヲ發スルノ権ヲ有ス、總督府令ノ律令ニ対スル干渉ハ内地ニ於ケル法律ト勅令ノ干渉ノ如ク總督府令ヲ以テ律令ヲ變更スルヲ得ス、之ハノ下ニ於テ又台湾ニ於ケル地方官ノ廳長ハ其ノ管轄区域内ニ廳令ヲ發スル権アリ

第三、樺太

樺太ニ於ケル法律ノ狀態ハ頗ル朝鮮及ヒ台湾ト異ナルモノアリ、樺太ニ於ケルモノ一般内地ニ於ケル法律カ原則トシテ當然之レニ施行セラレ、モノニアラザルコトハ朝鮮ホニ於ケルト同レク明治四十年、法律第二十五号ニ樺太ニ施行スヘキ法例ニ于レテ、

第一ニハ法律ノ全部又ハ一部ヲ樺太ニ施行スルヲ要スルモノハ勅令ヲ以テ之レヲ定ムヘキコトヲ定セリ、

第二ニハ特定ノ事項ヲ限リテ勅令ヲ以テ法律ト異リタル規定ヲ定メ得ヘキコトヲ規定ス、即チ勅令ヲ以テ特定ニ指定セラレタル法

一三二
律ノミカ權本ニ施行セラル、モノナルコトハ朝鮮、左一ナレ共
併ガモ實際ニ權本ニ施行スヘキコトヲ定メラレタル法律ハ極ノ
テ多ク就中、民事、刑事ニテスル法律ハ專ラ土人ノミニテスル
モノノ外ハ内地ト左一ナル法律ハ權本ニモ施行セラレ、行政法
ニテレテモ内地ト左一ノ法律カ施行セラル、モノ少ナカラス、
唯特ニ指定セラレタル限ラレタル範圍ニ於テノミ勅令ヲ以テ法
律ト果ナリタル規定ヲ設クルコトヲ許サル、ノミ、
權本廳長官ハ當ニ法律ニ代ハル命令ヲ發スルノ權ヲ有セサルノ
ミナラス、其ノ命令ハ只タ内地ノ地方長官ト左一ノ範圍ニ止
マリ、勅令、閣令、省令ホノ下ニ於テノミ廳令ヲ發スルノ權ヲ
有スルモノナリ。

第四 關東州

關東州ハ我カ租借地ニシテ政府ノ當局者ハ之レヲ國法上ニ於ケル

帝國ノ領土ト辨セサルカ爲メニ憲法問題ニ付テモ朝鮮、臺灣ニ於
ケルカ如キ困難ナル問題ハ初メヨリ生スルコトナク政府ハ初メヨ
リ憲法ノ效力カ之レニ及ハサルコトニ付キテ更ラニ疑ヲ狭サマス
先ツソノ施政ノ方針ニ付テモ常ニ憲法ノ行ナハレサルコトヲ以
テ其ノ前提トナシタリ、朝鮮、臺灣ニ付テハ政府ハ其ノ憲法施行
區域ノ外ニ在ルコトヲ明言スルノ自信ナク實際ニハ其ノ統治ノ方
法ニ付テ余リ憲法ニ準拠セサルニカ、ワラス、当然形上ハ憲法ニ
從ヘルカ如キ体裁ヲ裝ヒ、法律ヲ以テ律令又ハ制令ノ權ヲ總督ニ
委任スルニ至レリ、關東州ニ付テハ之レニ反シ初メヨリ明白ニ憲
法施行區域ノ外ニ置キ法律ノ委任、如キ形式ヲトラスレテ憲法上
立法權ニ保留セラレタル範圍タルト長ナルニテハラス、凡テ法律
ニアラス、命令ヲ以テモ規定レ得ヘキモノトナセリ、然レモ關東
州ニ於テハ關東都督ハ朝鮮總督、如キカ九ナル權限ヲ持ハレサ、
ルヲ以テ法律ニ代ルヘキ命令ヲ發スルノ權モ亦之レヲ都督ニ委任

スルコトナクシテ勅令ヲ以テ之レヲ定ムルヲ通常トス、即チ朝鮮ノ制令、台湾、律令ニ該當スヘキ令ハ關東州ニ於テハ勅令ヲ以テ之レヲ定メラル、ナリ、關東都督ハソノ下ニ於テ關東都督府令ヲ發スルコトヲ得、都督府令ノ下ニ於テ尚ホ民政署、發スル民政署令アリ。

第二章 行政上ノ基礎法則

第一節 公法上ノ法律關係

人類ノ生活ニ係ニシテ法ノ規律スル処タルモノヲ法律ニ係トス。法ニ公法ト私法トノ區別アルニ定シテ法律ニ係ニモ公法上ノ法律ニ係ト私法上ノ法律ニ係トノ別アリ、法律ニ係ニシテ公法ノ範圍ニ屬スルモノ詳言スレハ統治權團體相互ノ間、又ハ統治權團體トソノ下ニ服従スル人格者トノ間ニ存スル法律ニ係ヲ公法上ノ法律ニ係トス。

凡ハテノ法律ニ係ニハ二人以上ノ當事者アルヲ必要トス、之レヲ法律ニ係ノ主体トス。私法上ノ法律ニ係ニ於テハソノ當事者ハ互ニ對等ノ地位ニ在ル權利主体タルヲ通常トス、公法上ノ法律ニ

於テモ對對ナル國家相互ノ于係即チ國際法于係ハ等シク對對ノ權利
主体ノ間ニ存スル權利主体ハ于係ナリ、國內法上ノ公法于係殊ニ
行政法上ノ于係ハ之ニ反シテ統治權國体即チ國家又ハ公法人トソノ
統治權下ニ服スル人格者トノ間ノ于係ニシテ不對等ノ于係ナリ、國
家又ハ公法人ト臣民トノ于係トモ、時トシテハ私法上ノ法律于係
タルコトナキニ非ラス、此ノ場合ニ於テハ國家又ハ公法人ハ一私人
ト全一ノ地位ニ立ツモノニシテソノ于係ハ等シク對等權利主体ノ于
係ナリ、公法上ノ于係ニアリテハ國家又ハ公法人ハ常ニ公權力ノ主
体トシテ又ハ少ナクモ公益ノ主体トシテ臣民ニ對スルモノニシテ
國家又ハ公法人ト臣民トハ互ガ以テ對對ノ地位ニ立ツモノニアリ
又
公法上ノ法律行為ノ當事者ハ如斯ク互ニ不對等ノ地位ニアルモノ
ナルヲ以テ學者ハ或ハ公法于係ヲ以テ權力服従ノ于係ナリト云ヒ以
テ之レヲ私法上ノ于係ト對對ノ權利于係ナルト云フトスルモノ
ナリ

アリ公法于係ヲ以テ權力于係ナリト云フハ其語自身ニ於テハ素ヨリ
誤ニハアラス、併シ若シ之ヲ以テ私法上ノ法律于係ハ權利義務ノ于
係ナルニ反シテ公法上ノ于係ハ權利義務ノ于係ニ非ストスルノ意ナ
リトモハ誤リ也、ヨリ甚タニキハナシ、公法于係ハ權力服従ノ于係
ナレトモ實上ノ權力服従于係ニハ非スシテ法律上ノ權力服従于係ナ
リ、而シテ法律上ノ權力ハ決シテ無制限ノ權力ニハアラス、法ニヨ
リテ制限セラレ法ノ下ニ活動スルヲ得ヘキ權力ナリ、國家ハ一面ニ
ハ國際法ニヨリ一面ニハ國內法ニヨリ、其權力ヲ制限セラレ只ソノ
制限ノ下ニ於テ、其權力ヲ實現スルコトヲ得、國內法ハ國ヨリ
國家ノ自ラ制定スル如ニシテ國家ハ又一一定ノ手續ニヨリテ之ヲ廢止
變更スルコトヲ得ヘシトモ苟クモ其法ノ現ニ存在スル限リハ國家
モ亦タ其法ノ下ニシテ臣民ニ對シテ權力ヲ行使スルヲ得ヘキモノ
ニシテ任意ニ之ヲ侵スコトヲ得ルモノニ非ラス、國家ノ權力ハ如
斯ク法ニヨリテ制限セラレ、而シテ法ニヨリテ制限セラレタル權力

。 権カトハ自己ノ意思ヲ以テ他ノ人格者ノ意思ヲ拘束シ得ヘキカニ
外ナラス、而シテ権利モ亦自己ノ利益ノ為ニシテヨリテ認めラレ
タル意思ノ力ニシテ之ニヨリテ他ノ人格者ノ意思ヲ拘束シ得ヘキモ
ナリ、

。 叔カト權利トハ相反対スル着念ニハ非スシテ法ニヨリテ認めラレ
タル権カニシテ且ツ自己ノ利益ノ為ニ存スルモノハ即チ権利ニ外
ナラス、 國家カ権カノ主体ナリト云フハ固ヨリ正当ナレトモソノ権
カノ主体タルコトハ毫モ國家カ権カノ主体タルコトヲ妨タクルモノニ
ハアラス、 國家ハ無制限ニ自己ノ欲スル凡テノモ又コトヲ自由ニ
臣民ニ対シテ要求シ得ヘキモノニアラスシテ只タ法ノ認めル範圍内
ニ於テノ臣民ニ命令シ、 臣民ノ意思ヲ拘束スルノ力ヲ有スルモノ
ナリ

。 一方ニ於テハ臣民モ亦國家ニ対シテ自己ノ權利ヲ有ス、 臣民ハ奴

隷ノ如クニ絶対無限ニ國家ノ権カニ服従スルモノニ非ラス、 臣民ハ
物ニアラスシテ人格者也、 自己ノ生存目的ヲ有シ自己ノ利益ヲ有ス
モトヨリ臣民ノ生存目的ハ國家カ之レヲ兼認シ、 保護スルニヨリテ
始メテ法律上ノ效力ヲ有スルモノナレトモ、 少クトモ近代ノ國家ニ於
テハ凡テノ人間ハ其ノ内國人タルト外國人タルト同ハス皆生存目
的ヲ有スル主体タルコトヲ認めシテ兼認シ、 之レヲ保護ス、 臣民
カ自己ノ生存目的ヲ有スル主体タル以上ハ臣民ハ其レ自身權利主体
ニシテ國家ニ対シテモ自己ノ権利ヲ主張スルノ力ヲ有ス、

。 國家ト臣民トハ如斯ク互ニ權利ヲ有シ、 義務ヲ負フモノニシテ從
テ公法上ノ法律ヲ係モ亦權利義務ノ于係ナルコトニ於テハ私法上ノ
法律ヲ係ト異ルコトナリ、 權利義務ノ着念ハ決シテ私法ニノミ特有
ナルモノニ非スシテ公法ト私法トノ全部ニ通スル法律ヲ全体ノ根本
着念ノ一ナリ

公法上ノ法律ヲ係ハ權利義務ノ于係ナルナルコトニ於テハ私法ヲ

係ト異ナルコトナントモ、前者ハ不對等ノ主体ノ間ニ存シ、后者
ハ對等ノ主体ノ間ニ存スルノ結果トシテ公法ノ係ニハ亦
私法ノ係トハ異リタル著シキ特色ヲ有ス、私法上ノ係ニ在リテハ
ソノ法律ノ係ノ内容ハ当事者相方ノ合意ニヨリテ定マルヲ原則トナ
シ、当事者ノ一方ノ單意志ヲ以テ之ヲ定メ相手方ハ之レニ拘束セラ
ル、コトハ唯々例外ノ場合ニ止テ、ソノ合意ノ内容ニ依リテモ一般
ニハ契約ノ自由ノ原則ニ基キテ適用セラレ、当事者ノ任意ニシテ定ム
ルヲ得ヘク、法律ヲ自ラソノ内容ヲ限定シ、当事者ノ意思ニヨリテ之
レヲ動カスヲ許ササルハ例外ノ場合ニ屬ス、公法上ノ法律ノ係ハ
專斷テ之レト異ナル、公法上ノ係ニ依リテハ当事者相方ノ合意ニ
ヨリテ其内容ヲ定ムルハ只々例外ノ場合ニミ限ラレ、法律ヲ特
ニシテ許セル場合ナルヲ前提トス、通常ノ場合ニ於テハ其内容ハ
當事者ノ一方タル國家又ハ公法人ノ單意志ヲ以テ之レヲ定メ、ソノ相手
方タル臣民ハ當然之レニ拘束セラレ、ヲ原則トスルナリ、ソノ内容

ニ付テモ各個ノ場合ニ於テ一々國家又ハ公法人ノ任意ニシテ定ム
ルニハ非ラズシテ、予ノ法規ニヨリテ其ノ法律ノ内容ノ大體ヲ定メ
テ、此ノ規定ニ從ヒテ其ノ内容ヲ定ムルコトヲ要スルナリ、契約自
由ノ原則ハ公法ノ區域ニ於テハ稀ナル例外ノ外ハ全ク適用セラレ、
ナシ

公法上ノ法律ノ係ハ内容ハ如斯ク予ノ法律ヲ以テ其ノ大體ヲ定メ
ラル、ヲ通常トナストモ之レカタメニソノ凡テノ内容カ法律ニヨ
リテ一定セラレ、各個ノ場合ニ於テ毫モ之ヲ左右スルノ余地ナキモノ
ト誤解スヘカラス、法律ハ多クノ場合ニ於テ一定ノ場範圍ニ於テ行
政官廳ニ与フルニ自由裁量 (*freies Ermessen*)
reliminary power)、余地ヲ与フ自由裁量トハ各
個ノ場合ニ於テ其ノ実行ノ任ニ當レル官廳カ自己ノ判断ニヨリテ之
レヲ定ムルヲ得ヘク、民事、刑事ノ裁判ニ於テモ裁判
官ハ其ノ範圍ニ於テ自由裁量ノ余地ヲ與ヘラル、裁判官ハ決シテ單

法律ノ明文ヲ其マ、適用スルノミニ止マレモ、非ニテ、法律ノ範圍内ニ於テ自己ノ判断ニヨリ各個ノ場合ニ於テ何カ法ナルカヲ宣言スルナリ。

行政上ノ于係ニ於テハ官廳ノ自由裁量ノ範圍ハ廻カニ裁判ニ於ケルヨリモ広シ。複雑ナル行政上ノ生活于係クニ付テ法律ヲ豫カテノ精密ニ各個ノ場合ノ内容ヲ限定スルテハ固ヨリ望ム可カラサル也。レハナリ。

行政官廳ノ自由裁量ニハ明ニニノ種類ヲ區別スルヲ要スルハ各個ノ場合ニ於テ何カ此場合ニ於テ法ノ欲スル也ナルカヲ裁量スル場合ナリ、裁判官ノ自由裁量ハ凡テ此ノ種類ニ属スルハ、各個ノ場合ニ於テ何カ此場合ニ於ケル公益上適當ノ処置ナルカヲ裁量スル場合也。前者ハ之ヲ法規裁量 (Rechtsnormmassen) ト云フヲ得ヘク、後者ハ之ヲ便宜裁量又ハ行政裁量 (Verwaltungsmaßregeln) ト云フヲ得ヘク、法規裁量ニアリテハ何カ法

タルカヲ判断スルモノニシテ立法者ハ法律ニヨリテ予ノ法ヲ定ムルコトナク各個ノ場合ニ於テ行政官廳アルテ自ラ法ヲ発見セシムル場合ニ於テ生ス、裁判官カ刑ノ裁量ヲナシ、又ハ法律ニ成文ナキ事項ニ付キテハ民事ノ判決ヲナスカ如キハ常ニ此場合ニ於テ何カ法ナルカヲ判断スルモノニ外ナラス、又法律ハ千種万様ノ犯罪ニ付シ、予メ精密ニ其ノ各個ノ刑ヲ限定シ又複雑ナル民事于係ニ付テ其ノ凡テノ場合ヲ豫カテ見シテ止レニテ用スル法律ヲ定ムルハハ事莫不可能ナルカ故ニ法律ハ只具ノ大體ノ原則ヲ定メ其範圍内ニ於テ裁判官ヲシテ各個ノ場合ニ付テ法ヲ定メシムルナリ、立法者ノナス知モ才判官ノナス知モ其ノ行為ノ性質ニ於テハ長ルコトナク簡シク法ヲ作ルモノナリ、只立法者ハ凡テノ場合ニ適用セラルヘキ一般ノ法則ヲ定メ才判官ハ一事件ニ適用セラルヘキ各個ノ法ヲ作ルナリ、法規裁量ニヨル時ハ若シ具ノ裁量ヲ誤リタル片ニハ違法タルヲ失ハス、裁量ヲ誤リタル判決ハ違法ノ判決トシテ控訴又ハ上告ノ理由トナルヘ

キモノナリ、裁判官ハ自己ノ自由ナル判断ニヨリテ之ヲ定ムルヲ得
ヘキモノニ非スシテ、只法ノ命スル如ク何レニアルカヲ論理助ニ推
測ニ判断スルヲ得ルノミ、行政官職ノ裁量ニ即リモ亦之レト其性質
ヲ全フスルモノ多シ、其代ノ因縁ニ於テハ臣民ハ原則トシテ精神及
身体ノ自由活動ノ権ヲ有ス、國家ノ権カニヨリテ其ノ自由ヲ制限ス
ルハ只公益上ノ必要アル場合ニ限ルヲ以テ國法上ノ根本原則トナ
ス、アレハ法律カ行政官職ノ自由裁量ニヨリ臣民ノ自由ヲ制限し得
ヘキヲ認ムル場合ニ於テモ其ノ自由ヲ制限スルヲ公益上ノ必要
ニ基ク場合ニ非レハ其ノ制限ハ違法ナリ、如斯キ場合ニ於ケル自由
裁量ハ此ノ場合ニ於テ臣民ノ自由ヲ制限スヘキタケノ公益上ノ必要
アリヤ、否ヤヲ判断スルモノニシテ若シ其ノ必要ナクシテ之レヲ制
限スル片ハ違法ナリ、換言スレハ其ノ裁量ハ單ニ便宜ノ裁量ニ非ス
シテ法規裁量ナリ、法カ此ノ場合ニ於テ自由ヲ制限スルヲ得セル
ヤ否ヤノ判断ニシテ、單ニ之レヲナスヲカ法ナリヤ否ヤノ判断ニ

非ラス、若シ其ノ裁量ヲ誤ラハ不法ニ臣民ノ権利ヲ毀損スルモノト
ルナリ、之レニ反シ例ハ各個ノ場合ニ於テ其ノ官吏ニ任スヘキヤ否
ヤ幾何ノ俸給ヲ与フヘキヤ昇任セシムヘキヤ否ヤ鉄道ヲ甲地ニ敷設
スヘキカ乙地ニ布設スヘキカ、高等中學校ヲ何処ニ設置スヘキヤ、
道路工事ニ如何ナル方法ヲ用フヘキヤノ責ニ属スルノ裁量ハ純然タ
ル便宜裁量ノ問題ニシテ之ノハ、問題ニ於ケル行政官職ノ裁量スル如
ク、此ノ場合ニ於テ何カ最モ適當ナリヤ否ヤノ判断ニ止マリ何カ
法ナルカノ判断ニハ非ス、倘シ法ナレカノ判断ニハ非ラス、ソノ裁量
ヲ護ルコトアルモ只公益ニ反スル如キ事ヲナシタル責ヲ負フニ止マリ
違法ノ行爲ニハアラス、又臣民ノ権利ヲ毀損シタルモノニ非ス、
法規才量トハ便宜才量トノ區別ハ行政訴訟ノ問題ニ付テ重要ノ予係
ヲ有ス、行政訴訟ハ尚ホ右ニ詳論スヘキ如ク屬スト雖モ行政訴訟ハ
只又違法問題ニ付テ、之レヲ提起レ得ヘキモノナルヲ以テ法規才量
ニ付テハ其ノ裁量ノ誤レルヲ理由トシテ之ヲ提起レ得ヘント雖モ

便宜裁量ニ付キテハ之レヲ提起シ得ヘキモノニ非ルナリ

公法上ノ法律干係ハ私法上ノ法律干係ト全ク、權利義務ノ干係ナルトハ前述セシ如シ、權利義務ノ法律上ノ性質ニ付テハ公法上ノ權利義務ニ私法上ノ權利義務ニ相合シ、權利義務ノ概念ハ之ノ凡テニ共通ナル概念ナレハナリ、權利トハ自己ノ利益ノ為メ法ニ依リテ認メラレタル意思ノ力タリ、義務ハ他ノ人格者ノ利益ノ為メ法ニ依リテ認メラレタル意思ノ拘束ナリ

私法上ノ法律干係ニ有リテハ當事者ハ互ニ對等ノ地位ニアルヲ原則トナスヲ以テ私法上ノ權利義務ハ其ノ當事者ノ如何ニ依リテ、其性質ヲ異ニスルヲナキヲ原則トス、只親子間ノ干係、夫婦間、戸主ト家族、右見人ト被右見人トノ如キハ之レカ例外トシテ、不對等ノ干係ナリ

凡テ其ノ權利義務ノ當事者ノ一方ト他方トカ其ノ性質ヲ異ニスルコトアルノミ、公法上ノ法律干係ニ在リテハ之レニ及ビ不對等者ノ

干係ナルヲ以テ當事者ノ一方タル國家又ハ公法人ノ權利ト他ノ一方タル臣民ノ權利トハ著シク其ノ性質ヲ異ニス、故ニ公法上ノ權利ニ付テ其ノ種別性質ヲ論スルニハ國家又ハ公法人ノ權利ト臣民ノ權利トヲ區別シテ論スルヲ要ス

臣民ノ公法上ノ權利ニ付テハ通常之レヲ自由權、積極ノ民權及ヒ參政权ノ三種ニ區別ス

自由權トハ臣民カ國家ヨリ違法ニ其ノ自由ヲ侵カサレサルノ權利ヲ云フ、國家カ臣民ニ命令シ、臣民ニ義務ヲ負ハシメ、其ノ自由ヲ制限スルハ只テ法ノ許セシ範圍ニシテ限リ、其ノ範圍外ニ於テソノ自由ヲ制限スルハ違法タリ、臣民ハ國家ニ對シテハ之ノ範圍外ニ於テハ其ノ自由ヲ侵サレサルヲ主張スルノ權利ヲ有スルナリ、之レヲ自由權ト云フナリ、近代ノ諸立憲國ハ佛國ノ民權宣言書ニ倣ヒテ憲法中ニ臣民ノ自由權ノ重ナル方面ヲ列記シ之ボノ事項ニ付ニテハ臣民ハ法律ニヨルニ非サレハ其ノ自由ヲ侵サレサルヲ保障スルヲ

例トス、我帝國憲法ニ於テハ、例ニ依リテ其ノ才ニ音テ於テ種々ノ
方面ニ於テ臣民ノ自由ヲ保障セリ、併シ之レカ爲メニ臣民ハ唯之ボ
ノ列記ノ事項ニ付テハ、其ノ自由ヲ有スルニ止マリ、其他ノ事項
ニ付テハ其ノ自由ヲ享有セサルモ、ト誤解セサレテ、要ス、憲法
ハ只重ナル方面ヲ例示セルニ止マル其ノ憲法中ニ越示セラレタルト
否トテ同ハス、臣民ハ凡テノ方面ニ於テ憲法ニ國家ヨリ命令ヲ受ケ
サルノ自由ヲ有スルナリ、憲法ハ信義ノ自由ヲ規定スルモ、學問ノ自
由ヲ規定セズ、所有權ノ不可侵ヲ規定スルモ、身體ノ不可侵ヲ規定セ
ズ、居住移転ノ自由ヲ規定セルモ、職業ノ自由、婚姻ノ自由ヲ規定
セズ、併シ之レカ爲メニ臣民ハ學問ノ自由ナリ、職業ノ自由ナリ、又
憲法ニ身體ヲ侵サレサルノ自由ナキモ、ト解スヘカラサルハ勿論ナ
リ、憲法ノ意味スル如ク、概括的ニ臣民ハ法律ニヨルニ非スニテ
具ノ自由ヲ侵サル、コトナシトス、包括的ノ規定アルト是ナルコ
トナシ、尚ホ憲法カ只ク兵役及ヒ納税ノ義務ノミヲ規定スルモ之レ

ハ只ク例示ニ止マリ臣民ノ義務カ此ニニ止マルニ非サルト是ナ
ルコトナシ

臣民ノ公権ノ第二ハ積極ニ國家又ハ公法人ニ對シテ特定ノ作為ヲ
請求シ又ハ國家又ハ公法人ノ設備ヲ利用スルノ權利ナリ、此ノ
種ノ所爲ハ權ハ未ダ一般ニ公認セラレ、一定ノ名稱ナシト雖モ余ハ
之ヲ稱シテ積極ノ臣權ト云ハント欲ス、第一種ノ權利限ケ自由權カ
消極的ニ國家ヨリ命令強制ヲ受ケサルノ權利ナルニ反シテ積極ノ臣
權ハ積極的ニ國家ヨリ積極的ノ利益ヲ享有スルノ權利ナリ、積極ノ
民權ハ其種甚タ多シト雖モ、國家ノ行為ハ立法ノ外ハ之ヲ司法ト
行政トニ大別スルヲ得ヘク、而シテ立法ニ對シテハ臣民ハ如何ナル場
合ニ於テモ之ヲ請求スルノ權利ヲ謀スルヲ得カレ、故ニ積極ノ臣民
權ハ之ヲ行政行為ヲ請求スルノ權、司法行為ヲ請求スルノ權及ヒ公
ノ設備ヲ利用スル權利ノ三種ニ分ツテ得、行政行為ヲ請求スル權
利ハ、例ハ營業許可ヲ受ケルノ權、公用堂收ヲ請求スル權利等其ノ

種々極ノヲ要シ

司法行政ノ請求スル権利ハ例ハ訴訟ヲ起スノ権利、如シ、
公ノ設備ヲ利用スルノ権利ハ例ハ特別ノ許可ヲ受ケテ公道ヲ
使用スルノ権、官立学校學生カ卒業ノ教育ヲ受クルノ権利ノ類ナリ、
積産ノ民権中ニ最モ重要ナルモノハ訴訟提起ノ権利、凡テハ臣
民ノ権利ハ其ノ公法上ノ権利タルト私法上ノ権利タルト同ハス許
訟ノ提起ニヨリ國權ノ保護ヲ求ムルヲ得ルニヨリ始メテ安全ニシ
ノ效果ヲ有スルヲ得、民法上ノ権利カ権利トシテノ效果ヲ有スル
ハ國家カ裁判權ニヨリテ之レヲ保護スルコトニシテノ根柢ヲ有スルモ
ノニシテ臣民カ訴訟ヲ有スルニヨリテ私權カノノ権利タル效果ヲ安
全ニスルヲ得ルナリ、公法上ノ権利ニ付テハ國家カ裁判權ニヨリテ
之レヲ保護スルコトハ私權ニ於ケルカ如クニ完全ナラス、近時行政
裁判制度ノ發達ニヨリ公法上ノ権利ニ付テモ其ノ場合ニ於テハ訴
訟ヲ提起スルリニヨリテ國權ノ保護ヲ求ムルヲ得ルコトヲ許セリト雖ハトモ

此ノ保護ハタ、公權中ノ一部分ノミニ限ラレ凡テノ公權ニ付キ普チ
ノ出訴ヲ許セルニ非ス、其ノ出訴ヲ許サレザル事項ニ付キテハ權利
トシテノ效果ハ甚タ弱クナルコトヲ免カレヌ

臣民ノ權利ノ第三種ハ所謂參政權ナリ、參政權トハ臣民カ自ら國
家ノ機子トシテ國家ノ事務ニ參与スルノ權利ナリ、凡テノ國家ノ行
動ハ國家ニ屬スル人ノ行動ナリト國家ニ屬スル人ノ行動カ法律上
國家ノ行動タル效果ヲ有スル場合ニ於テシテ人ヲ國家ノ機子トシ
國家ノ機子カ國家ノ事務ヲ行フハ只タ國家ノ權利ヲ云フモノニシテ
自己ノ權利ヲ云フモノニ非ス、國會カ法律案ヲ決議シ行政官職カ行
政事務ヲ行フハ何レモ國家ノ機子トシテ國家ノ權利ヲ行フニトシマ
國會議員又ハ官吏ノ一人トシテノ權利ニハ非ス、併シ之ハ亦ハ國
家機子ノ地位ニ當レルモノカ其ノ地位ニ於テ國家ノ事務ニ參与シ得
ルコトハ其ノ地位ニ當レル各個人ノ權利ナリ、事務ノモノハ國家
ニ屬スル權利ナレトモ其ノ事務ヲ行フ得ルコトハ其ノ地位ニ當レル

各人の権利ナリ、此権利ヲ参政権ト云フナリ、例ハ法律案ヲ議決スルコトハ国会議員ノ権利ニ非ストモ、国会議員トシテ如斯キ議決ヲ為シ得ル地位ニ在ルコトハ国会議員ノ権利ナリ、官吏ニ付テモ亦タ此ト全様ナリ

凡テ参政権ハ又全時ニ参政ノ義務ナリ、国会議員タリ官吏タルハ何レモソノ権利タルト全時ニ又ソノ義務ニシテ国会議員ハ会田ニ列席シテソノ議事ニ加ハルノ権利ヲ有スルト共ニ又ソノ義務ヲ負フ官更ニ至リテハ義務ノ思想タ導クソノ主タル要素タルモノニシテ官吏ハ第一ニハ國家ニ対シテ勤務ノ義務ヲ負ヒ而シテ此義務カ全時ニ又ソノ権利トシテ兼認セラル、モノニ外ナラス、臣民ノ兵役ノ義務モ亦タ参政ノ義務タルト共ニ一面ニ於テ参政ノ権利タルコトハ之レホノ場合ト異トナルコトナシ、兵役義務カ全時ニ権利ノ性質ヲ有スルコトハ重罪ノ刑ニ処セラルモノカ兵役ニ就クコトヲ許サレサルコトニヨリテモ之レヲ知ルヲ得ヘシ、其ノ兵役ニ就クコトヲ許サ、

ルハ其者ノ利益ノ為ニ兵役ノ義務ヲ免除スルモノニ非ラズシテ兵役ニ就クノ権利ヲ利奪スルモノナリ、只タ兵役義務カ国会議員又ハ官吏ノ地位ト異ナル処ハ兵役ニ在リテハ義務ノ思想タ免モ強ク権利ノ思想ハ比較的最も弱キ事ニ在リ、国会議員ノ場合ニハ権利ノ思想カソノ主タル要素ヲナシ義務ハソノ所隨ノ結果ニスキス、兵役ハ之レト正及対ノ千俵ニ在リ、而シテ官吏ノ地位ハ兩者ノ中間ニ在ルモノナリ

臣民ノ公権ハ又他ノ方面ヨリ之レヲ分類スルヲ得ヘシ殊ニ私権ノ分類ニ於ケルト全ク臣民ノ公権モ亦絶対的ト相對的トニ區別スルヲ得ヘシ、絶対権ハ凡テ人ニ対抗スルヲ得ヘキ権利ニシテ相對権ハ特定ノ人ニ対シテ行為不行為ヲ請求スルノ権利ナリ、若シ此ノ分類法ヲ取ラハ述前記セル自由権参政権ハ絶対権ニ属シ國家ノ行為ヲ要求スルノ権利ハ相對的ノ権利ヲ有スルモノナリ、公ノ設備ヲ利用スルノ権利ハ或ハ絶対的タルコトアリ、又ハ相對権タルコトアリ

公ノ道路其他ノ公有物ニ專斷的排他的ニ利用スル權利ハ絶対權ニ屬ス、例ハ市街鐵道会社カ公ノ道路ヲ專用シテ鐵道ヲ布設セシ權利ノ如シ此ノ種ノ權利ハ當ニ國家ニ對抗シ得ヘキハミナラス凡テノオモ者ニ對抗スルヲ得ヘキモノナリ、其他ノ場合ニ對於ケル公ノ設備ヲ利用スルノ權利ハ皆相對權ニ屬ス、只國家ニ對シテハ此ノ對抗シ得ヘキ權利タルナリ

凡テ權利ハ或事ヲナシ又ハ為サ、ルヲ法律上ニ正当トシテ認メラレタルモノナリ、併シ法律上正当トシテ認メラレタル行為不行爲カ皆權利タルニハ非ラス、通俗ノ用語ニ於テハ凡テ或事ヲナシ又ハ為サ、ルヲ法律上正当トシテ認メラレタル場合ニハ區別ナクモ權利ト稱スルヲ通常トナストイヘトモ斯クノ如キ通俗ノ意義ニ於ケル權利ニハ法律上ノ性質ニ於テハ明ラカニ二種ヲ區別スルコトヲ要ス

一ハ法律上權利ヲ有スルモノタルナリ

他ハ權利ノ性質ヲ有セサル單純ナル權能ナリ

權利ノ性質ヲ有セサル單純ナル權能ハ又ニ種アリ

一ハ國家ノ權ヲ國家ノ爲メニ爲ス如ク行為又ハ代理人ヲ本人ノ爲メニ爲ス如ク行為ナリ、國家ノ權ヲ其ノ權ヲトシテ爲ス如ク行為ハ凡テ國家ノ權利ニシテ其ノ權ヲ地位ニ當レル個人ノ權利ニ非ラサルヲハ前述ノ如シ、凡テノ權利ハ自己ノ利益ノ爲メニ認メラレタルモノナルヲ其ノ概念ノ要素トス、國家ノ權ヲ國家ノ爲メニ行フ如ク自己ノ個人的利益ノ爲メニ之レヲナスニ非スシテ全國家ノ利益ノ爲メニ之レヲナスナリ、其ノ利益ノ主体タルモノハ國家自身ニシテ之レヲ行フモノカ利益ノ主体タルニハ非ラス、凡テ個人ノ權利ニ屬スルモノニ非ラサルヲハ明瞭也

以上述フル如ク凡テノ國家ノ權ヲニ適用セラルヘキ如クニシテ君主ニ付テモ亦全シ、君主ハ統治ノ權能ヲ有スルモ統治ノ權能ヲ有スルニ付テス、統治ノ權利ハ國家團體ニ屬シ君主及ヒ君主ノ下ニ於ケル

凡テノ官職ハ皆國家ノ權ヲシテ國家ノ權利ヲ行使スルモノニ外ナ
ラス、國家ノ權ヲ外他ノ法人ノ權ヲ付キテモ亦同一ノ理論ノ造
用セラルヘキトハ勿論也、代理人カ法人ノ為ニ行フ処モ亦之レト全
シク代理人カ代理人トシテ為ス処ハ常ニ本人ノ權利ニシテ代理人ノ
權利ニハ非ス

權利ノ性質ヲ有セサル權能ノ他ノ一種ハ所謂法ノ反射及ヒ自然ノ
自由也、法ノ反射トハ法カ一般公益ノ為ニ設クル処ノ結果トシテ
個人ノ利益ヲ受クルモノヲ云フ凡テノ國家ノ作用ハ直接又ハ間
接ニ人民ノ利益ノ為ニスルモノトシテ人民ハ常ニ之レカ利益ヲ享
有スルモノナリト虽モ如斯利益ハ必ラスシモ常ニ人民ノ權利トシテ
認めラルヘキトニアラス、權利タル性質ヲ有スルカ否ニハ法カ特
ニ各個人ノ利益トシテ之ヲ認め各個人ヲシテ自己ノ意志ヲ以テ之レ
ヲ主張スルヲ得セシムル場合ニ限ル、一般公益ノ為ニ認めラレタ
ル制度ニシテ各個人ニ只具ノ間接ノ結果トシテ利益ヲ享有スルニ過

テサルモノハ只タ反射タルニ止ドマリ、權利ニハアラス、例ヘハ狩
獵法ニヨリテ保鳥ヲ設ケ一定ノ鳥類ニ付キテアハ之ヲ捕獲スルコト
ヲ禁止セハ鳥類ハ之ノ結果トシテ利益ヲ享有スト虽モ之レ鳥ノ權利
ヲ弁ハタルニ非サルト全様ニ國家カ一般公益ノ為メニ或ル制度ヲ設
ケタルニ過キサル場合ハニ於テハ仮令個人ノ利益ヲ享有スト虽
ヘトモ之レニヨリテ權利ヲ享有スルニハアラス、殊ニ刑罰制度及ヒ
警察制度ハ國家ノ一般公益ノ為ニスルノ制度ニシテ個人ハ之レニ
對スルノ權利ヲ有ストモノニ非ラス、故ニ例ヘハ告訴權ハ嚴格ナル
意味ニ於テノ權利ニ非ラス、警察ノ保護ヲ求トムルコトモ亦タ同様
ナリ
其他道路ヲ通行スルノ權、議會其他公團ノ議事ヲ傍聴スルノ權、何レ
モタダ公益ノ為ニスル制度ノ反射タルニ止マリ、個人ノ權利トシ
テ認めラルヘキトニ非ス
法ノ反射ノ外自然ノ自由モ亦通俗ニハ權利ヲ以テ目セラル、モ嚴格

ナル意味ニ於テノ権利ノ性質ヲ有セサルモノナリ、吾人カ飲食シ談
話シ睡眠スルハ何レモ権利ノ作用ニハ非ラスシテ只タ人ノ自然ニ
享有スル処ノ自由也、所謂自由權ト云フハ只タ國家又ハ其他ノモノ
ニヨリ具、自然ノ自由ヲ妨ケラレサルノ権利ニシテ積極的ニ特定
ノ行為ヲ爲シ得ルノ権利ヲ云フニ非ス、積極ニ之ガノ行為ヲナスコ
トハ只タ自然ノ自由タルニ止マリ、権利ノ内容ヲナスモノニハ非ラ
サルナリ、例ハ住居転移ノ自由ト云ヒ、言論出版ノ自由ト云フモ
居住移転ヲナシ言論出版ヲナスコトノ権利ヲ云フニハ非ラスシテ只
國家及オ三者ヨリ之ガノ行為ヲナスコトヲ妨ケラレサルノ権利ニ他ナ
ラザルナリ

國家ノ側ヨリ臣民ニ對シテ有スル公權ニ付キテモ亦種々ノ方面ヨ
リ之ヲ種々ニ分類スルヲ得ヘク、其ノ分類ニ付キテハ未ダ一般ノ定
説ナシ、國家ノ公權ハ之レヲ概括的スルトキハ只一ノ統治權ニ歸スル
コトヲ得、其ノ統治權ノ向フ根本的ノ方向ニ於テハ之レヲ組織高權

領土高權及ヒ臣民高權ノ三種ニ區別スルヲ得ヘキ、ハ曾々述ヘタル
カ如シ、國家ハ之ガノ權利ニ基キ各種ノ統治ノ作用ヲナスコトヲ得、其
作用ノ性質ノ異ナルニ從ヒ、國家ノ權利ニハ又種々ノ種類ヲ區別ス
ルコトヲ得、行政法ノ研究ハ之ガノ各種ノ方面ニ於ケル國家ノ權利
ヲ研究スルモノニ外ナラザルナリ

行政法ハ國家ノ權利ヲ以テ其ノ研究ノ主題トナスカ故ニ國家ノ權
利ノ分類ハ行政法ニ於テハ尤モ重要ナルト係ヲ有スル尙題タルニ于
ハラス從來ソノ分類ニ于テ一般ノ定説ナキハ甚ダ遺憾ナリト云フ
ヘレ

余ハ行政法上ニ於ケル國家ノ公權ヲ次ノ各種ニ分類スルノ適當ナ
ルヲ信ス

- 一、警察權
- 二、公企業權
- 三、公物權

四 法政權
五 財政權
六 軍政權

之レ等ノ各種ノ權利ノ性質及ヒ效果ニ付キテハ各論ニ於テ之レヲ
詳論スレシ今ハ只ク國家ノ權利カ之レヲノ各種ヨリナルコトヲ一言
スルノミ、

國家ノ臣民ニ對スル法律ニ係中特ニ述フルコトヲ要スルモノハ所出
特別ノ權力ヲ係ナリ、權力ヲ係トハ當事者ノ一方カ一定ノ範圍ニ於
テ自由已ノ意志ニヨリ相手方ニ命令スルノ權利ヲ有シ、相手方ハ之
レニ服従スルノ義務ヲ有スルニ當事者間ノ法律ニ係テ之ヲ、國家ト
臣民トノ統治ニ係ハ即チ如斯キ權力ヲ係ニ他ナラス、併レ臣民ハ四
象ニ對シテカクノ如キ一般權力ヲ係ニ服従スルノ外、時トシテ特別
ノ法律原因ニヨリテ特別ノ權力ヲ係ニ服スルコトアリ、官吏ハ其ノ
官更トナルハキトニヨリテ一般臣民トシテ國家ノ權力ニ服従スルノ

外ニ特ニ國家ノ命令ニ服従スルノ義務ヲ負ヒ兵卒ハ其ノ軍隊ニ編入
セラレハニヨリ學生ハ其ノ入學ニヨリテ又全シク如斯キ特別ノ權力
ヲ係ニ服ス、之レヲ特別ノ權力ヲ係ト云フハ一般臣民ノ國家ニ對ス
ル一般權力ヲ係ト區別スルカ爲メナリ、特別ノ權力ヲ係ハ必ラスレ
モ公法ニノミ特有ナルモノニ非ス、私法上ニ於テモ亦其ノ長クノ例
ヲ見ルコトヲ得、親ノ子ニ對スル子係、家主ノ家族ニ對スル子係、工
場主ノ徒弟ニ對スル子係ノ如キハ其ノ例ナリ、併レ其ノ尤モ顯著ナ
ルモノハ公法ノ區域ニ存スルコトハ勿論ナリ、公法上ノ特別權力ヲ係
ハ種々ノ原因ニヨリテ發生ス、或ハ官吏學生子係ノ如ク命令ニヨリ
テ生スルモノアリ、或ハ兵役ノ如ク國家ノ一方的行爲ニヨリテ生ス
ルモノアリ、或ハ特別ノ法律的行爲ヲ要モスレテ法律上當然ニ發生
スルモノアリ、何レノ場合ニ於テモ其ノ子係ノ發生スルニヨリテ國
家ハ一定ノ範圍ニ於テ一般臣民ニ對スルコト莫リタル特別ノ命令權ヲ一
取得スルモノニシテソノ範圍ニ於テハソノ子係ニ從スルモノハ其ノ

命令ニ服従スルノ義ムヲ負フモノナリ

公法上ノ法律ヲ係カ發生變更又ハ消滅ヲ生スルノ原因タル法律事
與テ公法上ノ法律原因ト云フ、公法上ノ法律原因ハ私法上ノ法律原
因ト全シク之レヲ法律的行爲ト法律的行爲ニ非ラサル事實トニ區別
ルコトヲ得、公法上ノ法律原因タル法律的行爲ハ更ニ公法的法律行
爲ト私法的法律行爲トニ區別スルコトヲ得ヘシ、公法上法律ヲ係ハ
多クノ場合ニ於テハ公法的法律行爲ニヨリテ發生シ變更又ハ消滅
スルモノナレトモ之レ必ラスシモ常ニ然ルニハ非ラス、時トシテハ
私法上ノ法律行爲ニヨリテ公法的法律ヲ係カ發生スルコトナキニア
ラス、例ヘハ土地ヲ買入ル、トニヨリテ選舉權ヲ有スルカ如シ、
併シ之レハ又法律カ私法的行爲ニ公法的效果ヲ結シ付ケタル例外ノ
場合ニ止マリ通常ノ公法上ノ法律原因タル法律行爲ハ公法的法律行
爲ナルコトハ公法ヲ係カス公法的法律行爲又ハ更ニ國家ノ側ヨリ臣
民ニ對シテ行フ法律行爲ト臣民ノ側ヨリ國家ニ對シテ行フ法律的行

爲トニ區別スルコトヲ要ス、臣民ノ側ヨリ見タル公法的法律行爲ニ
ハ例ヘハ訴訟ノ提起、届出テ出願ノ英ナリ、國家ノ側ヨリスル公法
的的法律行爲ハ更ニ之レヲ立法的行爲、行政行爲、司法行爲ノ三種ニ
區別スルコトヲ得ヘク、就中行政行爲ニ付キテハ別ニ節ヲ設ケテ之
ヲ詳論スヘシ、
法律行爲ニ非ル公法的法律原因ハ種々アリ就中重要ナルモノハ時
ノ效果ナリ、公法上ノ時ノ效果ニ付テハ又別ニ之ヲ論ス、

第二節 行政行爲ノ性質及種類

行政行爲ナル語ノ意義ニ付キテハ學者ノ用例必ラスニモ一定セズ、
或ハ本ク之ヲ行政作用ト云フ語ニ解シ、國家ノ凡テノ作用中行政ノ
範圍ニ屬スルモノハ單純ナル事實的行爲ニ私法上ノ法律行爲ニ凡テ

行政作用
事實的行爲
法律的行爲
廣義の行政行爲
行政行爲

之ヲ行政行為ト稱スルモノアリ、例ハ故 *Gründungsakt*、如シ
此ノ意、於テハ道路ノ修繕ヲナスモ、學校ノ建築ヲナスモ、大學カ
兼諾ヲナスモ、本行政官廳ノ土地ノ松下ヲナシ人夫ノ雇入レヲ爲スモ
カ如キモ有シテ行政行為ナリ、或ハ之レニ反シ、狭ク其ノ意義ヲ限
定シ只テ公法的ノ法律的效果ヲ發生スル行政上ノ意思表示ニノミ
諸ヲ用ヒ居ルモノアリ、例ハ *Offizialsgesetz*、如シ、此ノ
意、於ケル行政行為ノ概念ハ本ク一切ノ行政作用ヲ包含スルモノ
ニ非ラズレテ事實上ノ行為及ヒ私法上ノ法律行為ヲ除外スルモノナ
リ、行政行為ノ語ヲ此ノニ、何レニ用ユルカハ單ニ名稱ノ問題ニ
シテ必シモ其ノ何レヲモ誤レリト云フヲ得スト、公法的效果ヲ
發生スル行政上ノ意思表示ハ行政上尤モ重要ナル條件ヲ有シ之レニ
對シテ一定ノ名稱ヲ附スルノ必要アリ、而シテ行政行為ノ名稱ハ之
ヲ言表ハスニ最モ適當ナリト信スルカ故ニ本講義ニ於テハ行政行為
ノ名稱ハ專ラ此ノカニ、意味ニ用ヒ而シテ在ク國家ノ凡ハテノ作用

中行政ノ範圍ニ屬スルモノヲ稱レテスルカ爲メニハ之レヲ行政作用

形式的行政作用

實質的行政作用

警察官廳ノ行政作用

警察官廳ノ行政作用

此ハ本ク意味ニ於ケル行政作用モ亦之ヲ形式的ノ意ニ解スルト
實質的ノ意ニ解スルトニヨリテ其ノ意義ヲ異ニス、形式的ノ意ニ
於ケル行政作用ハ凡ソ行政機關ノ權限ニ屬スル一切ノ行為ヲ包含ス
ルモノニシテ其ノ行為ノ性質カ立法ノ作用タルト行政作用タルト又
司法ノ作用タルト同ハス此ノ意義ニ於テハ行政機關カ命令ヲ制
定スルモ行政作用ノ一種ナリ、警察官廳カ警察官廳ノ即決処分ヲナスモ
亦行政作用タルヲ失ハス、其ノ性質ニ於テハ一ハ立法ノ行為ナリ、
一ハ司法ノ行為ナルト雖モ其ノ行政機關ノ權限ニヨリテ行ハルモノナ
リ、其ノカ故ニ、形式上ニ於テハ尚ホ行政作用タルヲ失ハサルモノナ
リ、實質上ノ意義ニ於ケル行政行為ハ之レニ反シ其ノ行政機關ノ權
限ニ屬スルト否ト同ハス、其ノ行為ノ性質ニ於テ立法又ハ司法ニ
屬セスレテ專ラ行政ノ區域ニ屬スルモノヲ云フナリ、茲ニ行政作用

一、事實的行為
 二、私法的行為
 三、公法的行為

ト云フハ專ラ實質ノ意味ニ於ケル行政作用ヲ意味ス

實質ノ意味ニ於ケル行政作用ハ之レヲ事務的行為、私法上ノ法律

行為及ヒ行政行為ノ三種ニ區別スルヲ得

事實的行為ト雖モ亦シテ法律上無干係ナルモノニハ非ラス、法律

ハ時トシテ法律上ノ效果ノ發生變更又ハ消滅ヲ事實的行為ニカ、ラ

シムルコト少ナカラス、之レヲ民法上ノ干係ニ付テ云フモ假令物ノ

破壊滅失ニ伴フテ所有權消滅ノ效果ヲ生シ物、先占ニヨリテ所有權

取得ノ效果ヲ生スルモノ、如シ、併シ法律的效果カ事實的ノ行為ニ

ヨリテ發生スル**意思表示**ソノモノニ法律的效果カカ、レモノニ

アラスシテ或ハ外界ノ影響カ事實上ニ發生スルヲニヨリテ特定ノ法

律的效果ヲ發生スルモノナリ、其ノ效果ノ生スル原因ハ意思ソノモ

ノニアラルニアラスシテ外界ニ於ケル事實上ノ影響ニ在リ、法律の

行為ハ之レニ反シ外界ニ於ケル事實上ノ影響カ法律效果ノ發生原因

タルモノニ非ラスシテ意思表示カ其ノ效果發生ノ原因タルモノヲ云

フ、

法律の行為ハ更ニ具ノ之レニヨリテ生スル法律效果カ公法ニ屬スル

ト私法ニ屬スルトニヨリテ公法の法律行為ト私法の法律行為トニ區

別スルヲ得ヘシ、國家ノ行政行為モ亦具ノ私法の法律行為ヲ發生

スルモノハ等シク行政行為トハ公法の法律行為中專ラ**國家ノ**

意思表示ヲ以テ具ノ成立要素トナスモノヲ云フ

以上述フルカ如キ**意思**ニ於テ、法律行為ハ恰モ民法ニ於ケル法

律行為ノ概念ニ相当スヘキモノニシテ民法上ノ法律行為ト合シテ行

政行為モ亦之レヲ單獨行為ト相方行為トニ區別スルコトヲ得、**單**

行為ノ性質ヲ有スル行政行為ハ通常之レヲ**行政処分**ト云フ、**國家ノ**

一方の**意思表示**ニヨリテ成立スル行政行為ナリ、相方行為ハ通常之

レヲ公法上ノ契約ト云フ、二ノ相對立スル權利主体ノ**意思表示**ノ合

致ニヨリテ成立スル行政行為ニシテ其ノ一方ノ**意思**ハ**國權**ノ**意思**タ

ルモノヲ云フ、以下コノ相方ニ付キテ尚ホノ性質及ヒ**權利義務**ヲ

第一、行政処分

行政処分ハ國權ノ單獨ノ意思ニヨリテ成立スル行政行為ニシテ行政行為ノ尤モ普通ナル形体ナリ、行政処分ハソノ内容ノ異ナルニヨリテ更ニ教種ノ區別ヲナスコトヲ得、其分類ノ方法ニ付テハ未タ學者間ニ一般ニ兼認セラレタル定説ヲ見ルニ至ラストモ余ハトモ余ハ大體ニ於テ先ツ之レヲ積極的行政処分ト消極的行政処分ノ二種ニ大別スルノ必要ナリト信ス、積極的行政処分ト云フハ積極的ニ特定ノ法律的效果ヲ発生セシメントスル行政処分ヲ云ヒ、消極的行政処分トハ法的法律的效果ノ発生ヲ拒否スル、行政処分ヲ云フ、法律的效果ノ発生ヲ拒否スル行政処分ハ通常相手方ノ出願ニ對シテ下サル、モ、ニシテ例ハ許可、出願ニ對スル拒絶、訴願ノ却

下ノ如キ之レナリ、消極的ノ処分モ其レ自身一、行政処分ニシテ之レニヨリテ又獨立ナル法律的效果ヲ発生ス、訴願、却下ニ對シテハ更ニ上級官廳ニ訴願シ得、キ效果ヲ生シ、許可、出願ニ對スル拒絶ハ或ハ之レニ對スル訴願ヲ提起シ得、キ效果ヲ生ス、然ラサルモ從前ノ禁止狀態ヲ継続スル、法律的效果ヲ生スルナリ、併シ消極的行政処分ニ付キテハ別ニ之レヲ詳論スルヲ要セズ、茲ニ專ラ論スルヲ要スルハ積極的行政処分ナリ、積極的行政処分ハ其ノ内容ノ如何ニヨリテ之ヲ水ノ四種ニ區別スルコトヲ得

(1) 下令行為

行政処分ノ尤モ通常ナルモノハ特定ノ作為又ハ不作為ヲ命スルノ行為ナリ、即チ *Bevelen* command 一ニ相當ス、我々法律上ノ用語トシテハ未タ之レニ相當スハキ

適當ノ詔語ナシ之レヲ命令トシテハ尤モ適當ナレトモ命令ノ語ハ我國ニ於テハ通常法規命令ノ語ニ異ニ用ヒラル、テ以テモト混全スルノ恐レアルカ故ニ破リニ之レヲ下命行為トス、下命行為ハ特定ノ行為又ハ不作為ノ義務ヲ命スルノ行為ナリ、其ノ行為ノ義務ヲ命スルモノハ之レヲ作爲命令トシテ得ヘク、不作為ノ義務ヲ命スルモノハ之レヲ不作爲命令トシテ禁止命令トシテ得ヘレ、

下命行為ハ行政ノ各種ノ區域ニ於テ行ハル其ノ尤モ普通ナルモノハ警察權ノ作用タル下命行為ナリ、衛生警察ノ爲メニ家屋ノ大掃除ヲ命シ、傳染病患者ヲ生シタル家ノ廻リヲ遮断シ、出版警察ノ爲メニ出版物ノ発売ヲ禁止シ、集會警察ノ爲メニ集會ノ解散ヲ命スルカ如キ何レモ警察下命ナリ、警察下命ニ付キテハ猶ホ警察權ノ章ニ於テ之レヲ詳論ス、警察權ノ外、財政權、軍政權ノ區域ニ於テモ又下命行為アリ、財

政ニ下命ノ最モ重ナルモノハ納税ノ義務ヲ命スルノ行為ナリ、軍政上ノ下命ノ尤モ重ナルモノハ兵役ヲ命スルノ行為ナリ、之ノ外尚ホ特別ノ權力ヲ係ニ基ク下命行為アリ、官吏ヲ係ニ於テ官吏ノ職務ノ執行ヲ命シ、特別ノ監督權ノ下ニ屬スル自治團體ニ對シテ監督權上特定ノ作爲不作爲ヲ命スルカ如キハ何レモ特別ノ權力ヲ係ニ基ク下命行為ナリ、何レノ場合ニ於テモ下命行為ノ效果ハ其ノ下命ノ内容ニ從ヒ、受命者カ其ノ命セラレタル作爲不作爲ノ義務ヲ負フコトニアルナリ、

(2) 免許行為

下命行為カ特定ノ作爲、不作爲ノ義務ヲ命スル行為ナルニ對シテ免許行為ハ一般ニ命セラレタル作爲、不作爲ノ義務ヲ實際ノ場合ニ於テ免除スルノ行為ナリ、或ハ一般ニ命セラレタル不作爲ノ義務ヲ免除スルモノナルコトアリ、之レヲ免除シテ

許可ト云フ、或ハ一般ニ命セラレタル作爲ノ義務ヲ實在ノ場
合ニ於テ免除スルモノナルコトアリ、之レヲ免除ト云フ。
許可ハ一般ニハ禁止セラレタル作爲ニ付テ實在ノ場合ニ於テ
其ノ禁止ヲ解除シテ適法ノ作爲トナス行政処分ナリ、許可ハ
一般ノ禁止命ノ解除ニシテ本義ニ於テハ又之レヲ下命行爲ノ
一種ト云フヲ得ヘシ、何トナレハ一般ノ下命ニ対スル解除ハ
タ、下命ノ半面タルニ外ナラザレハナリ、下命行爲カ尤モ普
通ニ警察権ノ作用タルト全シク許可モ亦警察権ノ作用トシテ
行ハル、モノ尤モ普通ナリ、就中其ノ最モ顯著ナルモノハ管
業ノ許可ナリ
又クノ種表ノ營業ハ一般ニ禁止セラレテ許可ヲ受クルニ非ラ
ザレハ之ヲナスコトヲ許サス、許可ヲ受クルコトヨリテ初メテ
其ノ營業ノ適法ノ行爲トナリ、適法ニ之ヲ開始スルコトヲ得
ルモノアリ、債權營業、古物商、銀行業、湯屋、料理屋ノ如

キ何レモ如斯キ許可ヲ要スル營業ナリ 其他一般ニ建築ヲ禁
セラレタル場所ニ於テ特別ノ場合ニソノ建築ヲ許可スルカ如
キ、一般ニ行通ヲ遮断セラレタル場所ニ特ニ出入ヲ許可スル
カ如キ何レモ全様ノ性質ヲ有スル行爲ナリ、狩獵ノ免許モ亦
全シ。
許可カ一般ノ禁止命ニ対スル解除ナルニ反シテ免除ハ一般
ノ作用命令ニ対スル解除ナリ、例ヘハ荒蕪ニ墾シタル地租ヲ
免除シ不具、癩疾者ニ対シテ兵役ヲ免除スルカ如キソノ例ナ
リ、
許可及ヒ免除ハ何レモノ一般ノ下命ニ対スル實在ノ場合ニ
於ケル解除行爲ナルコトニ於テ其ノ性質ヲ全シノス、新ニ何物
ヲモ附テスルモノニ非ラズレテ只一般ニ命令セラレタル義務
カ解除セラル、ニ過キス、自然ノ自由カ一般ニハ制定セラレ
タルモノヲソノ制限カ解除セラレタル自然ノ自由ヲ恢復スル

一六四
ニ過キス免除ニ付キテハ此ノコトハ一見明瞭ナリト云モ許可
ニ付キテハ學者ハ或ハ之レヲ追述スヘキ附身行為ト混合シテ
許可ハ特別ノ権能ヲ所有スル者ノヤキキ行為ナリトナスモノ
アリ、營業ノ許可ニ在リテハ營業ヲナスノ権能ヲ所有セラレ
建築ノ許可ニヨリテハ建築ヲナスノ権能ヲ所有セラルトナス
ナリ、併シ之レハ誤リナリ、營業ヲナスニ建築ヲナスノ権能ハ
人ノ天然ニ享有スル自然ノ自由ニ由ニミテ國家ヨリ附与セラル
ルニヨリテ初メテ之レヲ享有スルニハ非ラス、國家ハ只之
レヲ制限シテ一般ニハ之レヲナスコトヲ禁止スルノミ、ソノ
制限ヲ解除セラル、ニヨリテ其ノ自然ニ有スル自由力恢復セ
ラル、ノミ、國家ニヨリテハ新ナル何物ヲモ附与セラルコ
トナキナリ尚ホ許可ノ性質ニ付キテハ權限許可ノ章ヲ見ル可
シ、
許可ノ性質ハ上述ノ如ケレトモ法律命令ノ用語ニ於テ許可ト

之ヲハ必ラスシモ常ニ述上ノ如キ意味ニ於テ許可ノ意ニ用ヒ
ラル、ニアラス、全ク之レト性質ヲ異ニスル行為ニ付テ之レ
ヲ許可ト云ヒ而シテ眞ニ許可ノ性質ヲ有スル行為ニ付キテハ
却テ之レヲ許可ト云ハスニテ認可、免許、特許ホノ名ヲ用
フルコト少ナカラス、名称ノ如何ニヨリテ其ノ實質ヲ誤ラザ
ランコトヲ要ス、
許可ト性質ヲ異ニスル行為ニシテ屢々認可ト混合セラル、モ
ノハ一ハ認可ナリ、認可ハ例ハ市町村ノ條例ヲ制定シ市町村
情ヲ蒐集スルニハ監督官職ノ認可ヲ要スルカ如ク監督官カ
被監督者ノ行為ニ對シテ其ノ全意ヲ云フナリ、之レヲ民法
上ノ意思表示ニ比較スレハ尚ホ未成年者カ法律行為ヲナスニ
ハ后見人ノ全意ヲ要スル場合ノ如ク許可ハ即チ后見人ノ全意
ニ比較シ得ヘキモノナリ、被監督者ハソノ單獨ノ意思ニヨリ
テ有效ニ法律行為ヲムコトヲ得ルナリ、認可ハ即チ被監督者

ヨ、
 其ノ他外國人ノ归化ヲ許可スト云ヒ、學校ノ入学ヲ許可スト
 云フカ如キモ亦何レモ此処ニ述フルモ異ヲ於テ、許可トハソ
 ノ性質ヲ長ニス、归化ノ許可、入学ノ許可ハ何レモ前述スル
 公法上ノ契約ノ一種ニシテ其ノ所出許可ハ契約ニ於ケル承諾
 ニ相当スヘキモノナリ、此レノ許可ハ外國人ノ国籍ヲ取得セ
 ント欲スルモノニ對シテ国籍ヲ附与スルコトヲ請求スルノ行
 爲ナリ、入學ノ許可ハ入學志願者ニ對シテ其ノ学籍ニ入ルコ
 トヲ承諾スルノ行爲ナリ、何レモ單ニ自然ノ自由ヲ回復スル
 ルモノニハアラスシテ新ナル身分カ之レニヨリテ發生スル
 ナリ

(3) 設権(附與)及ヒ剝奪行爲

行政処分ノ第三種ハ權利又ハ他ノ法律上ノ能力ヲ附与シ又ハ

之レヲ變更シ、又ハ之レヲ剝奪スルノ行爲ナリ、權利又ハ能
 カヲ附与スルノ行爲ハ之レヲ設権行爲又ハ附与行爲ト云フコ
 トヲ得ヘク、之レヲ變更シ又ハ剝奪スルノ行爲ハ權利變更又
 ハ權利剝奪行爲ト云フコトヲ得ヘク、此処ニハ簡單ニ之ヲ利
 益行爲ト稱ス、

命令及ヒ免除ハ何レモ人ノ自然ノ自由ニ對スル行爲ニシ
 テ下命ハ自然ノ自由ヲ制限シ免除ハ自然ノ自由ニ對スル制限
 ヲ解除スルモノナルニ反シ設権及ヒ剝奪行爲ハ自然ノ自由
 又自由ニ對スルモノニアラス、專ラ法律上ノ力ニ對スルモノ
 ナリ、人ノ天然ニ享有スル自由ヲ制限シ又ハ制限ヲ解除スル
 ニハ非ラスシテ、天然ニハ享有セサル法律上ノ力ヲ附与シ變
 更シ又ハ剝奪スルモノナリ

設権行爲ニヨリテ附与セラル、モノハ種々アリ、其ノ場
 合ニ於テハ因象ハ一定ノ權利ヲ附与スルト共ニ相手方ニ對シ

テ之レニ相当スヘキ光△ヲ負ハシムヘキヲ通常トシナン、而
シテ相手方ニ義務ヲ負ハシムルニハ相手方ノ承諾ヲ得テ之レ
ヲナスヲ通常トナスコノ場合ニ於テハ設権行為ハ國家ノ單獨
行為ニハアラスシテ相手方ノ合意ニヨリテ成立スル行為ニシ
テ即チ公法上ノ契約ナリ、此処ニ述フル設権行為ハ之レニ反
シテ專ラ國家ノ一方の意思ニヨリテ成立スル設権行為ヲ云フ、
國家ノ一方の行為タル設権行為ハアルイハ公法上ノ權利ヲ
附与スルモノナルコトアリ、例ヘハ市町村住民ニ公民権ヲ附
与シ、^{選舉權}選舉權ヲ與シ、學位ヲ与フルカ如キハソノ例ナリ、道
路ノ他ノ公共物ニ付キテ独占的ニ之レヲ使用スルノ權利ヲ
附与スルノ行為モ亦ソノ相手方ノ承諾ヲソノ行為ノ成立要素
トナサル場合ニ於テハヒトシク此ノ種ニ屬ス、或ハ私法上
ノ權利ヲ附与スルモノナルコトアリ、例ヘハ發明者ニ對シテ
特許權ヲ附与シ、鉱山ノ發見者ニ鉱業權ヲ附与スルノ類之ナ

リ、
設権行為ハ之ヲ明ニ前述セシ許可ト區別スルコトヲ要ス、
法律ハ号クノ場合ニ於テ區別ナク許特、免許、許可オノ語ヲ
用フルト雖モ、特許ハ許可ト異ナリ、自然ニ享有スル自由ヲ
回復スルモノニアラスシテ自然ニハ享有セサル特別ノ能力ヲ
附与スルモノナリ
設権行為ニ對シテ又權利ヲ變更シ又ハ之レヲ剝奪スルノ行為
アリソノ最モ顯著ナルモノハ公用室収ナリ、公用室収ニ付キ
テハ右ニ詳論スヘシ其ノ他ノ公民権ノ停止又ハ利棄、選挙權
ノ停止、特許ノ取消等皆之ニ屬ス、

(4) 確認行為

確認行為トハ現ニ存在セル法律事實又ハ法律ノ原ノ存立ヲ公
ニ確認シ、又ハ之レヲ公ニ証明スル行為ヲ云フ、ソノ確認ノ

登記簿に於て、公証の
其の事務の裁決は、

ミテ目的トナス行為ハ之レヲ裁決ト云ヒソノ存在ヲ公ニ証明
スル行為ヲ公証ト云フ、裁決及ヒ公証ハ何レモ新ナル法律干
係ノ發生變更又ハ消滅ヲ目的トナス行為ニアラスレテ、已ニ
成立セル法律干係ヲ承認シ公証スルコトヲ目的トナス行為ナ
リ、或ハ一定ノ事實ヲ承認シ、又ハ公証スルモノナルコトアリ
リ、或ハ法律上ノ権利義務ヲ存立ヲ承認シ、公証スルモノ
ナルコトアリ、資格試験ソノ他ノ公ノ経験ニ於テ合格不合格
ヲ決定スルハソノ学力カ一定ノ程度ニ達セルヤ否ヤノ判断ヲ
確認スルノ行為ナリ、特許権ノ消存ニ當リテ、先ヅソノ発見
カ特許法ニ定ムル条件ニ適合スルヤ否ヤヲ審査スルハ発見ノ
事實ヲ認識スルノ行為ナリ、土地登記簿ニ土地ノ所有権ヲ登
録シ、選挙人名簿ニ選挙人ヲ登録スルハ所有権又ハ選挙権ノ
真正ナルコトヲ公ニ証明スル行為ナリ裁決及ヒ公証カ如何ナ
ル法律上ノ效果ヲ生スヘキカハ、一ニ各場合ニ於ケル法律ノ

規定ニヨリテ定タマルモノニシテ概括的ニ之レヲ述フルヲ
得ス

以上述フル処ハ行政処分ヲソノ内容ニヨリテ分類シタルモノナリ
行政処分ハ又他ノ方面ヨリ種々ノ分類ヲナスコトヲ得ヘシ、或ハ
民法上ノ法律行為ニ於ケル均シク要式行為ト不要式行為、明示
ノ行為ト黙示ノ行為ト區別ヲナスコトヲ得ヘク、之ハ區別ハ
民法ノ説明ニヨリテ之レヲ类推シ得ヘク今之ヲ述フルハ要スレ、
此処ニ述フルヲ要スヘキ他ノ一ノ分類ハ裁量処分又ハ自由処分ト
專屬処分又ハ執行処分トノ區別ナリ、裁量処分又ハ自由処分トハ
ソノ処分ヲナス官職ノ自由裁量ニ依ラレタル行政処分ヲ云ヒ專屬
束処分又ハ執行処分トハ其ノ処分ノ内容カ法規ニヨリテ拘束セラ
レ、官職カ自由裁量ノ餘地ヲ有セサル処分ヲ云フ、
裁量処分ト專屬処分トノ區別ハ只々程度ノ向背ニ止マリ絶対ノ區
別ニアラス、如何ナル処分ト云ヒ絶對ノ自由ナルモノナリ、又如

自由裁量ハ何カ果ニ公益ニ適合スルカヲ認定スルノ權ニ在リトシテ其ノ一極ノ認定也ナリ。

一 法律行為の行政処分
二 法律行為の行政処分

何ナル処分トモテ自由裁量セラルルモノナシ。自由裁量ノ余地ノ如何ニ依テモトモ尚官廳ハ常に國家及シ國民ノ利益ニ適合スヘキ処分ヲナスコトヲ要ストク。最高ノ法則ニヨリテ拘束セラレ法律ノ規定ノ如何ニ嚴密ナルモノトモ尚官廳ハ單ニ裁量ニ止マルモノニアラスシテ尚ホ或ル程度ニ於テ精神的活动ノ範圍ヲ有セサルモノナシ。

サレハ此ノ二者ノ區別ハ必ラスニモ重要ノ區別ト認ムヘキニアラズ多クノ學者ク此區別ニ重キヲ置クニ過キタルハ余ハ自己ノ見ル如クヨレハ誤ナリ。
民法學者ハ又一般ニ法律行為ト認メラルルモノ、中ニ真ノ法律行為ト準法律行為トヲ區別ス、独乙ノ學者ハ前者ヲ *Rechtsgeschäft* ト云ヒ后者ヲ *Rechtshandlung* ト称スルヲ通常トス、眞正ノ法律行為ハソノ法律上ノ效果ヲ出サ者、意思ニ基キテ生スルモノヲ云ヒ、準法律行為トハ其ノ法律上ノ效果カ當事者ノ

意思ニ基カスシテ生スルモノヲ云フ、前者ニ在リテハ當事者ノ其效果ヲ欲スルカ故ニ法律上ノ效果ヲ生スルモノナリ、後者ニアリテモ其ノ效果ノ發生ハ當事者ノ意思表示ニカ、ルトモ其ノ效果ハ全專ニ法律ニ基キテ生スルモノニシテ當事者カソノ效果ヲ欲スルカ故ニ發生スルニアラス、此ノ兩者ノ區別ハ公法上ノ法律行為ニ付キテモ亦等ニクシレテ認ムルコトヲ得ヘク、此ノ區別ニ從ハル前述セル下命行為、免許行為及ヒ設権行為、何レモ法律行為的行政処分ニ屬ス、而シテ裁決及ヒ公証ハ準法律行為的行政処分ニ屬ス、裁決及ヒ公証ハ只ク或ル事實ヲ認定シ又ハ此レヲ証明スルモノニ止マル之レヨリテ如何ナル效果ヲ生スルカハ只法律ノ規定ノミニヨリテ定タマルモノニシテ其行為ノ内容ニヨリテ定マルモノニアラス、行政官廳ノ意思表示ハ只ク其ノ效果ノ發生ノカ、ル條件タルニ據リトマリソノ意思ノ内容カ效果發生ノ原因タルモノニアラサルナリ。

第二、公法上ノ協定(合同行為) (Vertragspflicht) (Gesamtschuld)

協定又ハ合同行為トハ、二以上ノ意思表示ノ集合ニヨリテ單一ノ法律意思ヲナスモノヲ云フ、二以上ノ意思表示ノ集合ニヨリテ成立スル行為ハ從來一般ニ契約ト稱スルコト通常ナリトモ近時ノ法律學者ノ研究ハ二以上ノ意思表示ニヨリテ成立スル行為ノ中ニハ二ノ全ク是ナリタル種類アルコトヲ明ニスルニ至レリ、一ハ二以上ノ全ク是ナリテ單一ノ法律意思ヲ作成スル場合ニシテ一ハ二以上ノ當事者カ互ニ獨立ノ利益ヲ有シテ一方ハ或ル權利ヲ得、他ノ一方ハ之レニ相當スル義務ヲ負担スルコトヲ約スル場合ナリ真正ノ意義ニ於テ契約ト云フハ只タ右ノ場合ニ止マリ、前ノ場合ニハ契約トハ全ク性質ヲ異ニスルモノニシテ近時ノ學者ハ之レヲ協定又ハ合同行為ト稱スルヲ通常トス、契約ニアリテハ二ノ

平行全流(合同)

意思表示ハ其ノ内容ヲ合シクストモ、而カモ相方ノ當事者ニ對シテ相反對スル意義ヲ有スルモノニシテ例ハ一方カ死ヲシコトヲ約シ他方ハ買ハンコトヲ約スルナリ、當事者相方ハ互ニ獨立ノ利益ヲ有スルノ主体トシテ各自ノ利益ノ為メニ其ノ意思表示ヲナスナリ、協定又ハ合同行為ニ在リテハ凡テノ當事者ハ協定ノ目的ノ為メニ意思表示ヲナスモノニシテ、其ノ集合ニヨリテ單一ノ法律意思ヲナシ其ノ合意ニヨリテ成ル法律意思ハ當事者ノ凡ハテニ對シテ同一ノ意義ヲ有スルモノナリ、契約ト協定行為トノ區別ハ民法國際法行政法オ法律ノ外種々ノ區域ニ於テ異ナル之レヲ認ムルコトヲ得ヘク、之レヲ民法ニ付キテ云ハバ**会社ノ設立行為**、**組合ノ決議**、**未成年者カ信託人ノ合意ヲ得テナス行為**ハ共有者カ共有者ノ協定ニヨリテナス行為行為何レモ二以上ノ意思表示ノ集合ヨリ成ルトモ、契約ノ性質ヲ有スルモノニ非ラスレテ協定ニ屬スルモノナリ、**國際法ノ區域ニ付テ云ハバ國際法ハ列國**

協定の性質
協定の種類

一七八
ノ上ニ立テ之レヲ制定スル立法権者ノ存在キテ以テ國際法ノ制定ハ只タ列國ノ一致ノ承認ニヨルニ他ナク、從テ國際法上ノ成文法規ハ概テ列國ノ協定ニヨリテ成立スルモノナリ、列國會議ニ於テ議定スル成文國際法規ハ概テ規約ノ性質ヲ有スルモノニアラスニテ此処ニ述フル協定ニ屬スルモノナリ、
協定又ハ合同行為カ單獨行為及ヒ契約ト相並ニテ法律行為中ノ獨立ノ一種ヲナスヤ否ヤハ議論アリ、或ハ之レヲ以テ單獨行為ニモアラス、契約ニモアラサル特別ナル法律行為ナリトナス者アリトモモ、協定行為ハ二以上ノ意思表示ニヨリテ單一ノ法律意思ヲナスモノニシテ決合ニヨリテ成リタルモノハ即チ單一ノ意思ナルカ故ニ若シ之レニヨリテ獨立ナル法律上ノ效果ヲ發生スルノ原因タル場合ニ於テハ即チ單獨行為ニ外ナラス、單獨行為カ二以上ノ意思表示ニヨリテ成立スルモノニスキサルナリ、若シ之レニ反シ其ノ集合ニヨリテ成リタル法律意思カ其レ自身ニ獨立ノ法律上ノ

效果ヲ生スルノ原因タルコトアリ、更ニ他ニ之レト獨立ノ利益ヲ有スル他ノ一方ノ當事者ノ意思表示ト合致スルニヨリテ法律上ノ效果ヲ生スル場合ニ於テハ其ノ意思表示ハタ、契約ノ一方ノ意思タルモノニ他ナラス、此ノ場合ニ於テハ協定カ契約ノ一合子タルモノナリ、例ハ未成年者カ自見人ノ合意ヲ得テ壺瓶ノ契約ヲナスカ如キハ未成年者ト自見人トノ集合意思カ契約ノ一方ノ意思ヲナスモノニスキス
此故ニ協定行為ハ以テ單獨行為及ヒ契約ト相並ニテ獨立ナル一種ノ法律行為トナスノ思フニ正当ナラス、協定行為ハ或ハ單獨行為ノ性質ヲ有シ或ハ契約ノ一合子タルノ性質ヲ有ス、其ノ單獨行為タル場合ニ於テ普通ノ單獨行為ト異ナルトコロハ唯ソノ行為カ二以上ノ意思表示ノ集合ヨリ成ルコトニ在ルナリ、
協定又ハ合同行為ハ公法上ノ行為ニ於テモ亦タソノ例ヲ見ルコトヲ得、公法上ノ協定ハ或ハ國家様々相互ノ間ニ行ハル、

コトアリ、或ハ國家ト自治團體又ハ其他ノ人者トノ間ニ行ナ
ル、コトアリ、或ハ何人相互ノ間ニ行ナハルコトアリ、
國家様ヲ相互ノ間ニ於テ行ナハル、協定ハ其ノ立法ニ于スルモノ
ニ付キテハ議會ノ議決ト君主ノ敕可トニヨリテ法律ガ成立シ、朝
鮮總督カ勅裁ヲ至テ制令ヲ発スルカ如キ以テソノ一例トナスコト
ヲ得、其ノ行政ニ于スルモノニ付テ云ハハ例ハハ市街鐵道ノ有故
ヲ特許スルハ國務大臣ハト内閣總理大臣トノ協議ニヨリテ之レヲ
ナシ公用並收ノ認定ヲナスニハ、内務大臣ノ申告ニヨリ内閣ニ於テ
之レヲ決定スルカ如キ凡ハテ單一ノ行政行為ヲナスニ以上ノ様
干ノ共同意思ヲ必要トスル場合ニ於テ之レヲ協定ト云フヲ得ハ
シ、併シ之オハ國家様干ノ内部ニ行ハル、協定ハ之レヲ國家ノ行為
トシテ見ルトキハ純然タル單獨行為ニシテ只タソノ單獨行為ノ成
立スルノ手續キニ於テニ以上ノ國家様干ノ協定ヲ必要トナスサリ
ノミナリ

國家ト他ノ人者トノ間ニ於ケル協定モ亦其ノ單一ノ法律意思ヲ
成立セシムルコトニ於テハ國家様干ノ内部ノ協定ト長ナルコトナシ
國家ト他ノ人者トノ協定ハ多クハ國家ト自治團體トノ間ニ行ハ
ル、モノニシテ例ハハ市町村ノ條例ヲ制定スルニハ市町村ノ意思
ノ外ニ國家ノ認可ヲ必要トシ、市長ノ就任ニハ市會ノ決議ノ外ニ
勅裁ヲ要スルカ如キ皆此ノ例ニ屬ス
協定行為ハニ以上ノ意思ノ集合ヨリ成ルト雖モソノ全体ヲ以テ單
一ノ法律意思ヲナスモノナルヲ以テ法律上ノ一意思ノ主体タルニ
ノハ必ラス單一ノモノナラサルヘカラス、何人カ協定行為ノ主体
タル地位ヲ有スルカニ付キテハ協定行為ニニノ場合ヲ區別スル
ヲ要ス

或ハソノ協定ニアヅカレルモノカ其ノ全体ヲ以テ單一ノ主体ヲナスモ
ノト見做サレ協定行為ハソノ單一ノ意思トシテ效力ヲ有ハルコ
トアリ、之レヲ團體的協定行為ト云フヲ得ハシ、
團體的協定

一八一
譲渡者ハソノ例ナリ、或ハ之レニ反シ協定行為ハソノ協定ニ具
カレルモノ、中ニ或ル一主体ノ意思トシテハ、法律上ノ効力ヲ有
スルコトアリ其ノ協定ニ具レル他ノ者ハ只内部ニ於テハ成立ニ
參與スルニ止マリ外部ニ對シテハ具ノ者ノ意思トシテ効力ヲ有ス
ルニ非ラス、或ル特定ノ一主体ノ意思トシテハ、効力ヲ有スルモ
ナリ、例ヘハ市町村条件ハ國家ノ認可ヲ要ストモソノ認可ハ
内部ニ於ケル成立ノ手續タルニ停マリ外部ニ對シテハ條例ハタゞ
市町村ノ意思トシテ効力ヲ有スルモノ、國家ト市町村ノ共同意
思トシテ効力ヲ有スルニ非ラス、如斯キ種類ノ協定ハ或ハ之レヲ
内部協定行為トシテ得テ、認可、合意ホノ名ヲ以テセラル
、モハ概ホ之レニ屬ス、

第三 公法上ノ契約

單獨行為ト契約トノ區別ハ只ニ民法上ノ法律行為ニ付テ存スルノ

ミナラス、公法上ノ行為ニ付テモ亦全一ノ區別ヲ認ムルヲ要ス
契約ハ單ニ民法ニ特有ナル者ニ付テラスニテ國際法、訴訟法、行
政法ニ法律ノ凡テノ区域ニ通スルノ者ナリ、國際法ノ区域ニ於
テ公法上ノ契約ノ存スルコトハ固ヨリ云フヲ俟タス、國內法ニ於
テモ亦公法上ノ契約ノ存スルコトハ實例アリ、
其ノ民法上ノ契約ト異ナルハ其ノ之レヨリ生スル效果ヲ民法上
ノ法律ニ係ニアラスニテ公法上ノ法律ニ係タルコトニアリソノ效
果ニ於テハ斯ク相異ナレトモ其ノ當事者相方ノ意思相不相合致
スルニヨリテ成立シソノ意思表示ノ内容ハ當事者相方ニ對シテ相
反對スルノ意思ヲ有スルモノナルコトニ於テハ民法上ノ契約ト異
ルコトナレ
公法上ノ契約タルコトノ更ニ疑ヲ入レサル場合ハ互ニ對等ノ地位
ニ在ルニ當事者間ニ於ケル契約ニシテ公法上ノ法律ニ係ラズ其ノ内
容トナスモノナリ、自治團體相互ノ間ニ於ケル契約ハ此ノ種ニ屬

理論上の私人相互の
二つの場合あり
一は公法上の
二は私法上の

又スル最顯著ナルモノナリ、道路、堤防、學校、築堤、其ノ他ノ公
共事業ニ于テハ、市町村相互、向又ハニ有縣相互ノ間ニ契約ヲ
締結シ得ヘキコトハ勿論ニシテ、ハ尚ホ公法人ヲ論スルノ章
ニ述フヘク而シテ此ホ、場合カ公法上ノ干渉ヲ以テ其ノ内容トナシ
從ソテ公法上ノ契約タルコトハ爭テ入レタル也ナリ、一個人相互
ノ間ニ於テモ、公法上ノ権利義務ノ主体トシテ公法上ノ干渉ニ
付キ約束ヲナス場合ニ於テハ、又稀ニハ公法上ノ契約ノ成立ヲ見ル
ノ例アリ得ヘシ、併シ公法上ノ干渉ハ凡テ履行的ノ規定ニヨリテ
一先セラレ、私人ノ合意ニヨリテ之ヲ左右スルコトヲ許サ、ル
ヲ通常トナスヲ以テ、私人間ノ契約ニヨリテ公法上ノ干渉ヲ定ム
ルコトヲ得ルハ只法律カ特ニ之ヲ許セル例外ノ場合ニ限ラレ、而
シテ如斯キ例外ノ場合ニハ、我現行ノ行政法ニ於テハ、差シ当リ、
實例ヲ見出シ難シ、只理論上ハ私人相互ノ間ニモ公法上ノ契約ノ
成立ヲ想像得ル、

公法上ノ契約ノ最顯著ナル實例ハ之レニ及シ不対ガナル當業者
双方ノ間ニ於ケル契約ナリ、詳言スレハ國家ト臣民トノ間ニ於テ
行ハル、モノナリ、而シテ國家ト臣民トノ間ニ於ケハ、果シテ眞ニ
公法上ノ契約ノ成立スルヲ得ルヤ否ヤニ付テハ、今日ニ於テモ學者
ノ間ニ議論アル問題ナリ、吾クノ學者ハ契約ハタ、對ガナル權利
主体ノ間ニ、ミ存在シ得ルニ止マリ、國家ト臣民トノ如キ、
ト服従者トノ間ニ於テハ、契約ハ存在スルヲ得ストナシ、契約ハ單
ニ意思ノ合致タルニ止マテス、ソノ双方ノ意思カ對等ノ價值ヲ有
スルコトヲ必要トスルモノアリ、併シ國家ノ統治權ハ無制限ナル
可能ノ力カニハ非ラス、國家ハ基ヨリ臣民ニ對シテ統治ノ權利ヲ
有シ臣民ハ其ノ命令ニ服従スルノ義務アリト雖モ、國家ハ如何ナ
ルニテモ任意ニ臣民ニ命令シ得ルニアラス、シテソノ命令ヲ得ル
ヘキ範圍ハ法規ニヨリテ限ラレ、其ノ範圍外ニ於テハ、最尊命令ノ權
カヲ有セス、國家ハ國ヨリ自ラソノ法規ヲ變遷スルコトヲ得ヘシ

ト雖モ苟シクモソノ法規ノ存立スル限リハ國家モ亦ソノ法規ニヨ
リテ拘束セラルモノニシテ、其ノ法規ニヨリテ認ナラレタル範
圍外ニ於テハ自己ノ單意ニヨリテハ如何ナルコトヲモ臣民ニ命令
スルコトヲ得ス、ソノ間ノ千係ハ最早之レヲ權力服従ノ千係ナリ
ト云フヲ得ス、法規ノ認ムル範圍外ニ於テ臣民ニ對シテ新ナル
義務ヲ命セントスル場合ニ於テハ只ソノ合意ヲ得テノミ之レヲナ
スコトヲ得ヘク模言スレハ只タ相手方トノ契約ニヨリテノミ之レ
ヲナスコトヲ得、之レ即ケ公法上ノ契約ナリ、公法上ノ契約ノ実
例トシテ尤モ普通ニ奉ケラル、モノハ任官行爲及ヒ外國人ノ归化
ナリ、國家カ官吏ヲ任命スルハ自己ノ單意ノ合意ニヨリテ之レヲ
強制シテ官吏タラシムルモノニアラス、官吏ノ地位ハ兵役義務ト
ハ異リ、強制的ニ臣民ニ負ハシメラル、ノ義務ニハアラス、國家
ハタ、任意ニ官吏トナルコトヲ志願スルモノニ對シテ之レヲ任官
スルモノニシテ官吏千係ノ成立ハ常ニ國家ト本人トノ合意ニヨル

ナリ、外國人ノ归化ニ至リテハ事一層明瞭ナリ、外國人ハ自國臣
民ト異リ、絶対ニハ國家ノ統治權ニハ下ニ服従スルモノニアラ
ザルヲ以テ自己ノ意思ニ反シテ归化スヘキ義務ヲ負担スヘキモノ
ニ非ルハ固ヨリ之ヲ俟タス、ソノ归化ハタ、本人ノ意思ニ基キ
テノミ行ハル、モノニシテ本人ノ意思ト國家ノ意思トノ相合致ス
ルニヨリテノミソノ效カヲ有スルナリ、官吏ノ任命、外國人ノ归
化ハタ、公法上ノ契約ノ一例タルノミ、其他尚ホ國會議員ノ奉選
市町村名譽職吏員ノ就任ノ如キ凡テ國家又ハ自治團體ノ於テタル
地位ニ就クハ兵役義務ノ如キ法律上ノ強制的義務トセラル、モノ
ノ外ハ常ニ本人ノ合意ニヨリテノミ、其ノ效カヲ生スルモノニシ
テ等シク公法上ノ契約ナリ、名譽職吏員ノ就任ノ如ク、法律上就
任ノ義務ヲ認ムルモノト雖モ此某ニ於テハ只ソノ合意ニ基キテ
任ノ義務ハ兵役義務ノ如キ強制的義務ニアラス、只ソノ就任ニ合
意スヘキ義務ヲ定メ正當ノ理由ナクシテ之レニ合意セザサルハ

市街鐵道
官立學校
市街鐵道

一、一定ノ制裁アルヘキヲ規定セラルルニ止マリ、全志スルト否トハ
本人ノ自由ナルニアラスト雖モ而カモソノ全志ナリシテ成立スル
ヲ得サルコトハ官吏ノ就任ト長クコトナシ、官立學校ノ入学モ亦
法公上ノ契約ナリ、文部省專學生トシテ外國ニ派遣セラレ其ノ修
學費用ノ官給ヲ受ケソノ終ヲ一一定ノ期間政府ノ指定スル職務ヲ
担任スヘキ義務ヲ負担スルカ如キ、市街鐵道ノ施設ヲ特許シ其ノ
代リニ公納金其他ノ義務ヲ負担セシムルカ如キ皆公法上ノ契約ノ
一例ナリ、
上ニ準タルカ如キ行為カ本人ノ全志ヲ得ルニ非サレハ行フヲ得サ
ルコトハ公法上ノ契約ヲ否定スルノ學者ト雖モ又長論ナキ也ナリ
官吏ノ任命、學校ノ入学、外國人ノ歸化ノ如キ行為カ本人ノ全志
ニ反シテ國家ノ單意志ニヨリテ行フヲ得ヘキモノニ非ラサルコト
ハ元ヨリ疑ヲ入レサレハナリ、只々浮汎ハ之ホノ行為ニ於テハ因
家ノ全志ト本人ノ全志トク平カノ地位ヲ有スルモノニ非ルカ故テ

以テ之ヲ契約ナリトナスコトヲ否ミ之ヲ稱シニ全志ニ基ク國家ノ
單獨行為ナリト稱ス、ソノ効カヲ生ズル所以ハ、只々國家ノ單意志ノ
全志ニ止マリ本人ノ全志トク平カノ行為ノ行ハルルニ依リタルニ
キストナスナリ、學者ハ之ホノ所公法上ノ契約ヲ以テ營業ノ免
許、裁判行為ノ如キ本人ノ請求ニ基キテ行ハル、國家ノ行為ト此
較シ若シ本人ノ全志ニヨリテ行ハル、行為ヲ以テ凡テ契約ナリト
ナサハ營業ノ免許ヲナシテ裁判ヲ行フモ亦契約ナリトナサールヘカ
ラス、併シ營業ノ許可又ハ裁判カ國家ノ單獨行為ニシテ出願者又
ハ出訴者ノ全志ハ只々國家ノ行ハル、前提要件ニスキサルコト明
瞭ナラハ所公法上ノ契約モ亦之レト全一ニ論スヘキコトハ明瞭
ナリト云ヒ居ルナリ、元ヨリ本人ノ出願ニ基キテ營業ノ免許ヲ得
ヘ、原告ノ出訴ニ基キテ裁判ヲナスカ如キ行為ノ契約ニアラス、
テ單獨行為ナルコトハ云フヲ俟タス、併シ官吏ノ任命、學校ノ入学
ノ如キ所公法上ノ契約ハ之ホノ場合トハ是ナリ前者ニ在リテハ