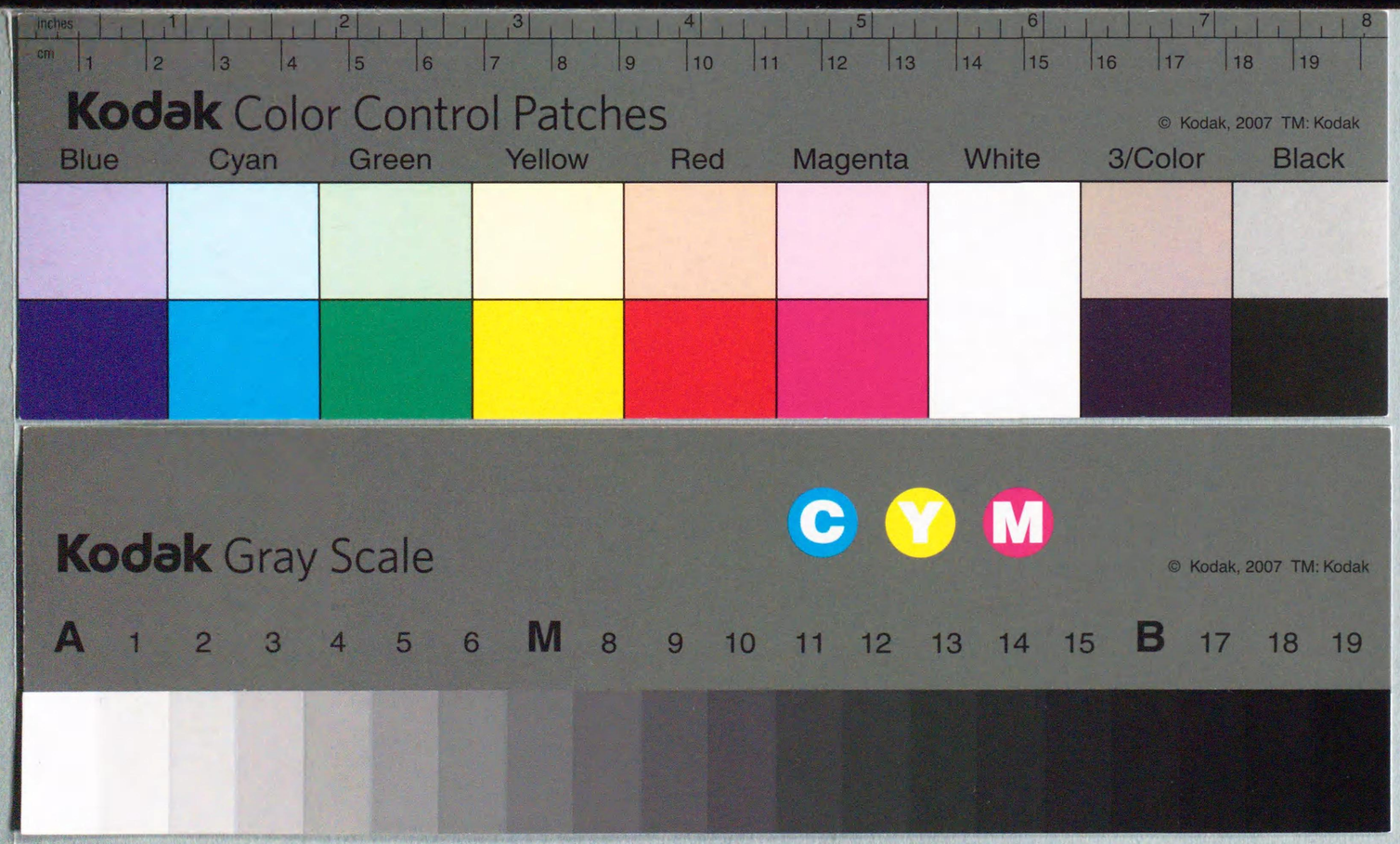
inches
cm
Kodak Color Control Patches
© Kodak, 2007 TM: Kodak
Blue
Cyan
Green
Yellow
Red
Magenta
White
3/Color
Black
Kodak Gray Scale
C
Y
M
© Kodak, 2007 TM: Kodak
A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19

行政法論

法政協會編纂

法政協會刊行

寄贈

広島地方裁判所圖書第七十四号

法政協會編纂

行政法論

法政協會刊行

3702
広島地方裁判所圖書

高等裁判所圖書館
826294
昭57納

凡例

一、本編ハ行政法理ノ正鵠適實ナル理想ヲ涵養スル爲メ專門大家カ斯學界ニ貢獻セラレタル學說ヲ各部門款項ノ下ニ羅致シ以テ實務家並ニ研鑽者ニ豐富ノ資料ヲ供ス

一、本編ハ固ト尨然タル浩瀚中ヨリ其粹ヲ集メ類纂一括シ容易ニ其全豹ヲ認了シ搜索ニ便ニシ散逸ナカラシメ以テ先進大家ニ對シ聊カ敬虔ノ微衷ヲ表ス

一、本編論文ニシテ數多ノ事項ヲ包括シ又ハ彼此關聯スルモノハ其主要事項ノ下ニ纂輯ス

一、本編中轉載セシ刊行物ノ出所ヲ明示スルニ當リ便宜上各論文ノ末尾ニ於テ左ノ略名ヲ用キタリ

法學協會雜誌ハ『法協』法學志林ハ『法志』法政新誌ハ『法政』明治法學ハ『法』法學新報ハ『法學』外交時報ハ『外交』法令研究錄ハ『法令』明義ハ『明義』行政法協會雜誌ハ『行協』明法誌叢ハ『明誌』行政ハ『行政』早稻田學報ハ『早稻田』

一、前項轉載略名ノ下ニ卷ト號トヲ分ツニ『、』卷ト卷トハ『◉』ヲ以テ區劃シ同卷中ノ號數ヲ分界スルニハ……ノ略符號ヲ用キタリ

高等裁判所圖書館
明治文庫 2121
昭57納

高等裁判所圖書館
826294
昭57納

凡例

一、本編ハ行政法理ノ正鵠適實ナル理想ヲ涵養スル爲メ專門大家カ斯學界ニ貢獻セラレタル學說ヲ各部門款項ノ下ニ羅致シ以テ實務家並ニ研鑽者ニ豊富ノ資料ヲ供ス

一、本編ハ固ト尨然タル浩瀚中ヨリ其粹ヲ集メ類纂一括シ容易ニ其全豹ヲ認了シ搜索ニ便ニシ散逸ナカラシメ以テ先進大家ニ對シ聊カ敬虔ノ微衷ヲ表スルニ外ナラス

一、本編論文ニシテ數多ノ事項ヲ包括シ又ハ彼此關聯スルモノハ其主要事項ノ下ニ纂輯ス

一、本編中轉載セシ刊行物ノ出所ヲ明示スルニ當リ便宜上各論文ノ末尾ニ於テ左ノ略名ヲ用キタリ

法學協會雜誌ハ『法協』法學志林ハ『法志』法政新誌ハ『法政』明治法學ハ『明法』法學新報ハ『法學』外交時報ハ『外交』法令研究錄ハ『法令』明義ハ『明義』行政法協會雜誌ハ『行協』明法誌叢ハ『明誌』行政ハ『行政』早稻田學報ハ『早稻田』

前項轉載略名ノ下ニ卷ト號トヲ分ツニ『、』卷ト卷トハ『◉』ヲ以テ區劃シ同卷中ノ號數ヲ分界スルニハ『:』ノ略符號ヲ用キタリ

行政法論目次

汎論之部

法治行政……法學博士 穗積八束君……一
行政ノ觀念……法學士 竹井耕一郎君……四
法律命令ノ書方ニ附テノ希望……法學士 藤本充安君……一六
行政法ノ研究ニ就テ……法學士 岡實君……二五
慣習法ノ性質……法學博士 一木喜德郎君……四四
執行罰ニ就テ……法學士 副島義一君……四五
公用徵收法大意……法學博士 一木喜德郎君……五三
立法條項ノ繁簡……法學士 松田道一君……八〇
許可ノ性質及ヒ効力……法學博士 織田萬君……八五
行政行爲ト私權ノ創設……法學士 岡實君……八七
行政上ノ手數料ハ命令ヲ以テ定ムルコトヲ得ルヤ……法學博士 美濃部達吉君……八八
解散命令ト營業免許ノ取消……法學博士 岡野敬次郎君……九一
取消サレタル命令ノ效力ニ就テ……法學士 松浦鎭次郎君……一〇三

目次

官吏ノ觀念ニ關スル管見……法學士　小原新三君…一一〇
行政廳ノ權限……獨逸法學博士　山脇玄君…一三一
官公ノ區別……法學士　岡實君…一三一
公務論……法學博士　一木喜德郎君…一三三
何ヲ官吏ト謂フカ……法學博士　穗積八束君…一三一
行政官吏服從ノ義務……法學士　清水澄君…一三五
無資格者ヲ官吏ニ任用シタル塲合ノ處分ヲ論ス……法學士　遠藤源六君…一四六
懲戒及刑罰ニ就テ……法學士　岡實君…一六三
官吏ノ職務執行ノ際損害ヲ受ケタル者ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ルヤ若シ得ルトセハ國家ト官吏ト孰レニ對シテ爲シ得ルヤ……法學士　副島義一君…一七〇
行政行爲ニ於ケル民事上ノ責任……法學士　木下友三郎君…一八三
官吏職務上ノ過失ニ因ル賠償責任……法學博士　穗積八束君…一九六
國家ハ官吏ノ不法行爲ニ對シテ民事上ノ責任アルカ……法學博士　松波仁一郎君…二〇二
國家ノ賠償責任ニ關シ松波博士ニ答フ……法學博士　穗積八束君…二一一
官廳ノ觀念ニ關スル管見……法學士　小原新三君…二一六
公產ノ所有權……法學博士　穗積八束君…二二九
營造物ニ關スル吾人ノ見解……法學士　島村他三郎君…二三二
歐米ニ於ケル都市行政ノ大勢……法學士　杉山四五郎君…二四四
地方自治ノ定義ニ就テ……行政裁判所評定官　渡邊廉吉君…二四九
地方行政ニ就テ……獨逸法學博士　山脇玄君…二六三
市町村稅ノ新設又ハ增減ト其周知方法……法學士　若槻禮次郎君…二六八
地方行政ト海面トノ關係……法學士　島村他三郎君…二七六
府縣制第六條ノ疑問……法學士　副島義一君…二八二
市町村會議員ノ選擧ニ關シ選擧人ノ等級ヲ設ケタル理由……法學士　副島義一君…二八三
公有水面ニ於ケル漁業ノ爭訟ニ關スル裁判管轄……法學士　岸清一君…二八五
地方自治体ト警察……法學博士　一木喜德郎君…二八八
地方行政命令權ノ範圍……行政裁判所評定官　渡邊廉吉君…二九三
地方自治体營業論……法學士　島村他三郎君…三〇四
自治制所觀……行政裁判所長官　松岡康毅君…三一一
地方制度ノ改正ニ見……佛國法學博士　岸本辰雄君…三一五

最高裁判所図書館

行政法論

法政協會編纂

○法治行政……法學博士　穗積八束君

『スタイン』カ其ノ比較行政法ノ卷首ニ憲法問題ノ時代ハ既ニ過去ニ屬ス現今ハ行政問題ノ世ナリト云ヘリ、當世紀ノ初以來歐洲大陸諸國ハ爭テ憲法ヲ發布シタレトモ其ノ効果ハ君主ノ權力ヲ殺キテ之ヲ國會ニ與ヘタルニ止リ、偶々國權ノ微弱ヲ招キタルノ外施政ノ實質ニ於テ輿望ノ期スル所ヲ滿タス能ハサリキ、茲ニ於テ獨乙ノ『グナイスト』及『スタイン』ノ一派ハ思慮ヲ行政ノ基礎ニ潜メ、前者ハ專ラ英ノ政治ヲ研修シ後者ハ汎ク各國ノ行政制度ヲ比較シ、遂ニ立憲制度ノ基礎ハ法治行政ニ在リ而シテ法治行政ノ實行ハ地方自治制ト行政裁判制トニ存スルコトヲ發見シ、獨澳ノ諸政府亦博士ノ說ヲ容ル、ニ吝ナラス其ノ考案ヲ採リテ自治制ト行政裁判ノ制度トヲ施行シ漸ク

目次

地方行政ノ不振ニ就テ……獨逸法學博士　山脇玄君…三三
府縣制、郡制、市制、町村制中選擧ニ違背シタル選擧ノ效力ニ付テ……獨逸法學博士　山脇玄君…三八
市町村公民權ノ得喪ニ關スル事實論一則……法學博士　織田萬君…三六
市町村ノ公課ニ就テ……法學士　松浦鎭次郎君…四一
市町村內ノ區ノ性質……法學士　岡實君…（五）
市町村會ハ市町村住民ノ請願ヲ受理シ之カ採否ヲ議決スルノ權ヲ有スルヤ……獨逸法學博士　山脇玄君…五四
地方團体ノ法律上ノ性質……法學士　副島義一君…五六

目次　完

立憲制ノ美果ヲ收ムルノ勢トナレリ。

日本ノ憲法ハ温室ニテ開キタル花ノ如シ、立憲異境ノ花タルヲ免レス之ヲ風雨ニ暴露シテ能ク自然ノ發育ヲ全フシ得ヘキカ、憲法史ノ一難問ナリ。

立憲制ハ其ノ根底ヲ國民ノ智能ト公德トニ有セサレハ健全ナル發達ヲ望ムヘカラサルハ明カナリ法治ノ行政ハ大憲ト共ニ漸ク其ノ外形ヲ具ヘタリト雖國民ハ未タ其ノ趣味ヲ解セス、我カ國ハ憲法問題行政問題一時ニ來リ吾人ハ錯雜セル法令ノ中ニ躊躇シテ未タ立憲行政ノ大體ヲ概念シ其ノ精神ヲ解スルノ餘裕ナキ者ナリ請フ之ヲ歐洲ニ於ケル行政法理ノ發達史ニ照シテ其制度ノ精神ノ存スル所ヲ明ニセン

ゲルマン』人ノ歐洲ニ建國シタル以來古ハ漠タリ、中世封建ノ時代タリ題ニ上リシナリ、學者ハ其ノ以降ニ於ケル行政法理ノ啓發ヲ三期ニ分チ特權ノ世 Hoheitrecht 較今ノ警察國 Polizei staat 及現今ノ法治國 Recht staat トス、封建ノ制ハ公法私法混合ノ時代タリ其ノ法理ヲ繼承シテ成立タル君主國ニ於テハ國權トハ君主カ人民ニ對スル特權ナリ、普通法ニ於テハ君主モ人民各個モ同質ノ權利ト義務ヲ有ス、但シ君主タル身分ニ隨伴シテ其ノ一身ノ利益ノ爲ニ個人平等ノ外ニ種々ナル特權ヲ有シタルナリ、例セハ兵馬ノ權、裁判權、租稅權、警察權ト云フカ如シ、君主ノ權利トハ人民ノ權利トハ原質ヲ異ニスルニ非ス分量程度ヲ異ニシタルナリ最高ノ權、特種ノ權ヲ有スル者ヲ君主ト仰キシナリ、王權トハ此ノ數多ノ特權ノ衆合セル者ヲ總稱スルニ外ナラス而シテ其ノ特權ノ實行カ即チ行政ナリ、中央集權ノ勢漸ク完成シタル國體ニ於テハ國權者ハ王權ハ無限ノ威力ニシテ臣民ハ絕對ニ服從ス、之ヲ警察國時代ノ特質トス、行政トハ君主政府カ此ノ威力ヲ實行スル者ニシテ行政法律ハ君主カ其ノ官府ニ訓令スル執務ノ準則タリ、人民ハ之ニ依リテ國家ニ對スル自由權能ヲ主張スルコトヲ得ス、行政法令ハ政府ノ內規ナリ、外部ニ對シテハ絕對無限ノ威力ノ實行ニシテ之ニ對スル臣民ノ服從ハ法律ニ由ル服從ニ非ス全能ノ威力ニ服從スルノ關係ノ外、其ノ服從ノ程度分量トハ法律權利ノ問題トナラサルナリ。

立憲制ニ於ケル法治行政ノ主義ハ國權直接ノ行動ト官府ニ由ルノ行動トヲ區別スルノ觀念ニ起リ、所謂權力分立ノ主義ノ結果タリ、立法權ト行政權トヲ分離シタル結果トシテ立法ハ國權直接ノ行動ニシテ行政ノ上ニ在リ行政ハ法律ノ秩序ノ下ニ國家ノ目的ヲ達ス、法律ハ官府及人民ノ上ニ在リ、國家統治ノ主權ハ絕對無限ニシテ人民ノ之ニ服從スルハ其ノ程度及分量ニ限定アルコトナシ然レトモ行政ハ直接ノ統治ニ非ス行政官府ノ職權ニ由リ行フ所タリ、人民カ行政ニ對スルハ官府ヲ經由シテ發動スル國權ニ對スルナリ、故ニ行政行爲ハ法律ノ秩序ノ下ニ於ケル官府ノ動作

ニシテ之ニ對スル個人ノ服從カ法律ニ於テ其ノ程度ト分量トヲ定メラルヽ所以ナリ、國權其物ノニ對シテハ個人ノ服從ハ絶對ナリ、官府ノ行政ニ對シテハ法律ニテ條件セラレタル程度ニ於テ服從ス、『イエリング』カ『立憲國ノ法律ノ効力ハ兩面ヲ羈束スルヲ其ノ特質トス、之ヲ發スル者之ニ對スル者雙方ヲ羈束ス』ト云ヘルハ蓋此ノ精神ナルヘシ、官府ニ由リテ發動スル國權ノ動作及臣民共ニ同一ノ法律ノ拘束ヲ受ケ一方ノ違法ノ所爲ハ對手ノ權利ヲ害スルノ狀態トナレリ、茲ニ於テ行政關係カ法理ノ問題トナリ其ノ法理ヲ貫徹セシムルノ制度ヲ法治行政ノ制ト稱スルナリ

歐洲諸國ハ他ノ三大變遷ヲ經テ僅ニ現今法治ノ制ヲ擧ケ以テ立憲ノ主義ヲ完セントス、我カ國ハ立憲根本ノ變動ト同時ニ此ノ法治制ニ則ラントス、法令密ナリト雖尚未タ温室ニ開ケル異境ノ花ノ如シ之ヲ我カ風土ニ移シテ美果ヲ結ハシメンニハ之ヲ民心ニ培養スルコトヲ要ス故ニ憲法ノ大義ヲ明ニスルト同時ニ法治行政ノ主義ヲ明カニスルハ方今ノ國民敎育ノ急務タルモノナリ（法學、六七）

○行政ノ看念……法學士　竹井耕一郎君

行政ナル語ハ學者之ヲ立法、司法ニ對シテ用ユ。此ノ如キ用例ハ古來是ナキニ非ラスト雖、一般ニ學者ノ腦裏ニ浸潤シ世上ヲ風靡シタルハ、彼ノ『モンテスキユー』氏ノ三權分立論與テ力アリトス。始メ希臘ノ大儒『アリストートル』カ國權ノ作用ヲ分チ、立法權（Gesetzgebenden Gewart）、執行權（Ausfuhrendn Gewart）、司法權（Richterliche Gewart）、ノ三トナシタルハ、今日ノ差別ニ似タリ。然レトモ爾來久シク此學說ヲ唱道シタルモノナシ、近世ニ至リ『ロツケ』カ英國々法ニ基キ國權ノ區別ヲ論シタリ。『ロツケ』ニ次テ『モンテスキユー』カ此說ニ多少ノ改良ヲ加ヘテ、三權分立ヲ主張セリ。氏ノ區別ハ今日ニ至ルマテ佛國學者ハ勿論、一般外國學者ノ腦裏ヲ支配シ、延ヒテ我國學者ニ及ホシツヽアルナリ。

『モンテスキユー』ノ區別セルハ立法、行政、司法ノ三ニ非スシテ、立法、執法、外交ノミノ者ナリキ。之ニヨレハ今日所謂行政ノ大部分ハ、此區別ノ內ニ包含セルナリ。然ルニ後ニ至リ、學者カ之ニ改良ヲ加ヘ立法、行政、司法三權ノ區別トナシタルナリ。

此主義ハ今日ニ至ルマテ幾多ノ變遷ヲ經來レリ、元來『モンテスキユー』氏ノ國權三分說ハ、英國ノ國制ヲ模範トセリト稱セラル。然シ此說ノ誤謬ハ、左ノ重ナル二點ニ在リテ存ス。

（一）英國ニ於テハ三者ノ區別ハ此ノ如ク劃然タルモノニ非ス、蓋シ此派ノ說ニヨレハ立法權ハ國會之ヲ掌リ、行政權　君主之ヲ掌リ、司法權ハ裁判所之ヲ掌ルト稱ス、然シ英國法制ノ實際必シモ此ノ如クナラス、立法權ハ主トシテ國會之ニ當ルト雖、尙君主ハ裁可ノ權ヲ有ス。又行政權ハ主トシテ君主ニアリト稱セラルヽモ、常ニ國會ノ干涉ヲ受クルヲ免レス、例ヘハ議會ニ信任ナキ

内閣ハ、更迭ノ已ムヲ得サルカ如キ、國會ハ又豫算ノ議定權ヲ以テ間接ニ行政權ヲ牽制ス。又司法權ト立法權及行政權トノ關係ニ於テモ、劃然タル區別ヲ立テ難シ。例ヘハ貴族院、樞密院ニ於テ或種ノ裁判事件ヲ取扱フ如キ、各州ノ治安裁判官ハ州判事ノ推薦ニヨリ之ヲ任スルカ如キ、其一例ニ屬ス。故ニ此派ノ論者カ三權各獨立シテ分割セラルヽ如ク考ヘタルハ、全ク誤謬ニ屬ス。

(二)此一派ノ論者ハ國權ヲ根本ヨリ三分シ、三者互ニ相牽制シテ專橫ヲ姿ニセシメサラント工夫セリ。此觀念ハ國權ノ統一、統治權不可分ノ性質ト相容サルモノトス。故ニ『コント』ノ如キハ更ニ君主ヲ三權ノ外ニ立タシメ、以テ三權ノ間ニ於ケル節制ヲ掌ラシメント工夫セリ。然レトモ此說ニヨルモ、國ノ實權ハ三者之ヲ分有シ、君主ハ只空位ヲ擁シテ上ニ在リ、以テ三者ノ調和ヲ勉ムルニ過キサルカ故ニ、畢竟國權ノ統一ヲ欠クトノ非難ハ、亦免ルヽ能ハサルナリ。

是等ノ點ヨリシテ此ノ說ヲ不充分ナリト論スル者盛ニ起リ、遂ニ之ニ大ナル變更ヲ加フルニ至レリ。近世獨逸學者ノ多數即チ是ナリ。其要旨ニ曰ク、國權ハ素ヨリ分割スルコト能ハス、唯々國權行使ノ方法カ、三分セラルヽナリ。(一)立法即チ法ノ制定ハ、議會ト君主ト之ニ參與シ、(二)行政即チ法ノ範圍內ニ於テ社會萬般ノ政務ハ、行政各部之ニ當リ、(三)司法即チ法ノ解釋適用ハ裁判所之ヲ掌ル。三者相對峙シテ相侵サヽルハ、立憲國ノ原則ナリト。此說ハ『モンテスキユー』一派ノ說ニ比シテ、一段ノ進步ヲナシ、ヨリ雖、三權分立主義ハ冥々ノ內ニ其系統ヲ持續セラレ、

我國學者モ此說ヲ取ルモノ少カラス。

然シ今日ニ於テハ此說ノ根抵モ漸ク危殆ニ瀕ス、何トナレバ國權ノ作用ハ其主質ヨリ劃然タル區別ヲ立ツルハ素ヨリ爲シ難キヲ以テナリ。然ルニ若シ強テ區別ヲ立ンヽスル時ハ、國ノ政務ハ支障ヲ生シ、決シテ圓滑ニ行ルヘカラス、例ヘハ法ノ制定ハ一ニ立法機關ノ權限ニ屬シ、法ノ適用ハ專ラ司法機關ニ屬シ、行政機關ハ唯事實上ノ作用ノミニ止ルトセンカ、其作用ハ常ニ立法、司法ニ牽制セラレ、完全ナル行動ヲナス能ハサルヤ明ナリトス。故ニ今日獨國多數ノ學者モ、理論上國權行使ハ三分スヘケレトモ、實際ハ然ル能ハスト論ス。今其例證トシテ、二三學者ノ說ヲ擧ケン。

『ゲ、オルグ、マイエル』氏ハ其獨逸國法論ニ於テ左ノ議論ヲナス。

國家ノ活動ハ、其一部ハ一般抽象的ノ法規發布ニアリ、他ノ一部ハ特別具象的ノ事務施行ニアリ、前者ハ所謂立法ニシテ、後者ハ廣義ノ行政是ナリ。廣義ノ行政ハ更ニ分テ(一)法ノ秩序ヲ維持回復スル作用即チ司法、(二)國家及ヒ人民ノ利益幸福ヲ圖ル政策即チ狹義ノ行政是ナリ此ノ如ク苟モ立憲國ト稱セラルヽ國ニ於テハ、立法、行政、司法各相分レ、各機關ヲ異ニスルヲ原則トス。詳言スレハ立法ハ君主ト國會若クハ國會ニ屬シ、行政ハ君主又ハ大統領及ヒ是等ノ下ニ立ツ機關カ之ヲ執行シ、司法ハ裁判所之ヲ行フヲ原則トス。

然レトモ此原則ハ果シテ實際確守セラルヽヤ、蓋シ然ラス、例ヘハ立法機關ハ單ニ一般抽象的ノ法規發布ニ止ラス、行政ニ固有ナル特別具象的ノ干係ヲ定ムルコトアリ。次ニ行政機關モ亦一般ニ人民ヲ拘束スル法令即チ其實質ニ於テ立法ニ屬スヘキモノヲ制定スルコトアリ。又法ノ解釋適用即チ其實質司法裁判所ニ屬スヘキコトヲ行フコトアリ、尚司法機關モ法ノ解釋適用ノミニ非ラス、其性質行政ニ屬スルコトヲ掌ルコトアリ。

此ノ如ク三者ハ實際ニ於テハ單ニ形式的ノ意義ニ止マリ、(一)立法トハ立法機關ニヨリ、國家ノ命令カ發セラル、作用ヲ稱シ、(二)行政トハ行政機關ノ行フ作用ナリト云フニ過キスト。

右『マイエル』氏ノ說ハ、今日學者ノ說ト實際ノ法制トノ矛盾ヲ示シテ明ナリ。而シテ氏モ如何ニシテ此矛盾ヲ避ンカノ點ニ至テハ之ニ論及セス、只本質上ノ意義ト實際法制上ノ意義トヲ幷立セシメタルニ止ルナリ。抑モ吾人ノ研究スルハ、國法ヲ基礎トス。故ニ國法ノ實際ニ非ラサル學說ハ、縱ヘ有理ナリト雖、一ノ法理哲學論トシテ見ルヘキノミ、國法學ノ範圍ニ非ラス。畢竟前述セル立法、行政、司法ノ實質的區別ヲナス學說ハ、殆ント今日ノ法制ニ無用ナリト云ハサルヘカラサルナリ。

故ニ『ボルンハック』ノ如キモ今日立法、行政、司法ノ區別ハ單ニ形式ニ求ムルノ外ナシトシ、尚實質ヨリ行政ノ意義ヲ論シテ、行政トハ立法ニ非ラス司法ニ非ラサル國家ノ行動、即チ是ナリト云フ。畢竟曖昧タルニ終ルノミ。

以上述ヘ來レル學說ノ欠點ヲ避ケ、而カモ尚三權分立主義ノ餘響ヲ存セント勉ルモノ、近來我國ニ起リ來レリ。其第一派ハ三權ノ區別ヲ形式ニ求メントシ、第二派ハ其區利ヲ實質ニ求メントス。先ツ

第一派論者ハ曰ク、立法トハ帝國議會ノ參與ニヨリ、法律ヲ制定スル國家ノ行爲ナリ。行政トハ機關ヲ通シテ臣民ニ對スル統治權ノ發動ナリ。司法トハ當事者カ權利トシテ命令ノ確定ニ參與シ得ル國權ノ作用ナリト。之ニヨレハ、全ク統治權行使ノ形式手續ニヨリテ三者ヲ區別セントスルナリ。然レトモ甚タ不完全ナルヲ免レス、先ツ立法ニ關シテハ別ニ異論ナキモ、行政ヲ以テ機關ヲ通シテ人民ニ對スル作用ナリトスルトキハ、司法トノ區別甚タ瞬昧トナルヘシ、何トナレハ司法モ亦裁判所トシテ機關ヲ通シテ人民ニ對スル作用ニ外ナラサレハナリ、且ツ何故ニ機關ヲ通スル作用ニ非ラサレハ行政ト稱スル能ハサルヤ、其理由ヲ見出ス能ハストス。次ニ司法ヲ以テ當事者カ權利トシテ參與スル國權ノ作用ナリト云フトモ雖、此ノ如キハ司法裁判ノミニ限ラス、例ヘハ行政裁判ト雖亦然リ。而シテ行政裁判ノ司法ニ非ラサルコトハ、憲法ノ明定スル處タリ。

蓋シ我國法ニ於テ形式的ニ國權ノ區別ヲナサント欲セハ、余ハ天皇親裁ノ政務即チ大權ト、機

關ニ委任シテ行ハシムル政務トノ二ニ分ツカ適當ナルヘシト考フナリ。但シ此詳細ハ別ニ之ヲ論スルコト、シ、大躰ノ說明ニ付テハ後ニ之ヲナサントス。兎ニ角右述ヘタル形式論ハ採用シ難シトス。

次ニ實質的論者ノ說ニ就テ、立法ハ暫ク措キ、行政ト司法トヲ區別シテ曰ク、行政トハ國家公共ノ安寧幸福ヲ保護增進スルヲ目的トスル行爲ナリ。司法トハ法ノ解釋適用ヲナスヲ目的トスル行爲ナリトス。即チ目的ヲ以テ區別ノ標準トナサント欲ス。此論現ニ甚ダ有力ナリ。然シ非難ヲ試ルモノハ曰ク、法ノ解釋適用ハ決シテ司法ニ止ラス、行政ノ範圍ニ於テモ多々アリ、例ヘハ行政裁判所カ法ヲ適用スル如キ其他行政上ノ審判ニ於テ行政官カ法ヲ解釋適用スルカ如キ、總テ然リ。故ニ此區別ハ不可ナリト。然ルニ更ニ此說ヲ辯護スル者ハ曰ク、行政ノ範圍ニ在リテ法ヲ解釋適用スルハ手段ニシテ、目的ニ非ラス。目的ハ常ニ國家公共ノ安寧幸福ニ存シ、之ヲ達スル手段トシテ法ヲ解釋適用スルニ過キス。司法ハ之ト異リ、其唯一ノ目的カ法ノ解釋適用ニ在リテ存スト。」此說ハ一見甚ダ明確ナルカ如シト雖、尙ホ疑フヘキ點少カラス。

第一、行政ヲ以テ國家公共ノ安寧幸福ヲ目的トスト論スルハ甚ダ廣キニ失セスヤ、何トナレハ立法即チ法ノ制定モ。其目的ハ此點ニ在レハナリ。或ハ立法ハ法ニ非ス夫レ自ラヲ目的トスト云フカ、例ヘハ「モール」ノ如キハ立法ト司法トヲ合セテ法政ト云ヒ、法ヲ目的トスル故ナリト稱ス。然レトモ此看念ハ正シカラス、法ヲ目的トシテ法ヲ作ルト云フハ、殆ント意味ナキコトニ屬ス。故ニ畢竟此論ノ行政ノ看念ハ漠然タリト云ハサルヘカラス。

第二、此論者ハ國家ト公共トヲ區別スレトモ、此點ハ余ノ贅シ難キ處ナリ。此點ハ別ニ論スル所アルヘシ。

第三、論者ハ目的ト手段トヲ以テ行政ト司法トヲ分タントス、然レトモ此區別ハ明白ナラサルヲ奈何セン。例ヘハ行政ニ於テ法ヲ解釋適用スルト、司法ニ於テ法ヲ解釋適用スルト、其作用ハ同一性質ニシテ、一ハ目的タリ、一ハ手段タリト云フ如キ區別ヲナスハ、誠ニ一片ノ空論ニ過キサルナリ。行政ニ於テモ、嚴正ニ法ヲ解釋適用セサルヘカラサルト共ニ、司法ニ於テ法ヲ解釋適用スルハ論者ノ所謂國家公共ノ爲メニスルニ外ナラス、畢竟此說ハ理論上明白ナルニ似テ而カモ明白ナラサルナリ。

以上述ブル處ノ總括スルトキハ、立法、行政、司法ノ區別ハ『モンテスキユー』以後立憲國ノ制度ニ欠クヘカラサル原則ト考ラレタルニ拘ラス、爾來兩回ノ變遷ヲ受タル結果、今日ニ於テハ殆ント實用ナキノ有樣トナレリ。即チ第一ニ氏ノ國權分割ノ看念排斥セラレ、三權ノ別ハ單ニ國權行使ノ方法ノ區分ニ過ギストト考ヘラルヽニ至リ、爰ニ分立主義ノ根底ハ崩壞セリ。第二ニ國權行使方法ノ區別トシテモ此三者ハ其性質ヨリ分ツ能ハス、唯機關權限ノ差別ニ過キスト考ヘラルヽニ

至リ、分立主義ハ全ク本質上ノ意義ヲ失ヒ、單ニ權限形式ノ意義ヲ有スルニ止ルコトヽナレリ。

然ルニ今日ノ學者ハ尙此主義ニ固執シ、其性質ヨリ國權公使ヲ三分セントス、是レ素ヨリ困難ナルノミナラス、却テ學者ノ惑ヲ引起ス恐アリ。然ラハ吾人ハ實質的區別ハ之ヲ措キ、全ク權限形式ニヨリ三者ヲ區別センカ、必シモ不可ナラス雖、尙不十分ナル點アリ。

何トナレハ外國々法論ハ之ヲ措キ、我國法ニ於テハ、國權ノ作用ハ單ニ立法、司法、行政ノ形式ノミニ止ラス、例ヘハ天皇大權ノ作用ノ一部ハ是等ノ外ニ尙存在ス。然ラハ或學者ノ如ク大權立法、行政、司法ノ四者ニ區別センカ、是レ亦適當ナラス、何トナレハ立法權モ亦大權ノ一部ナルノミナラス、行政ノ一部ト雖、大權トシテ親裁セラルヽコトナシト云フヘカラザレハナリ。

我國憲法ハ立法、司法、行政ヲ分ツト雖、三權分立主義ニ基キタルニ非ルコトハ、是等區別ノ外ニ尙大權ノ一部カ存在スルヲ見テモ知ルヘキナリ。然ラハ畢竟本問題タル行政ノ看念如何。

元來我國學者ハ行政ノ憲義ヲ定ムルニ當リ、二樣ノ標準ニヨリ、而シテ其論結ニ至リテハ之ヲ一ニセントス。是レ其意義ノ混雜ヲ來タス一理由ナリトス。二樣ノ標準トハ何ゾ、一ハ立法、司法ニ對シテ行政ト云ヒ、一ハ憲法等ニ對シテ行政法ト稱シ、二者全ク區別ノ範圍ヲ異ニスルニ拘ラス、之ヲ同一意義ニ用キントス。是レ即チ誤謬ノ甚シキモノナリ。

右ノ圖ニ示ス如クナルガ故ニ、議論ノ撞着明ナリ。畢竟今日學者ガ理論上行政ト稱スルモノト行政法トシテ說明スル範圍トハ、別々ニ之ヲ考察セザルベカラザルナリ。蓋シ學理的ニ行政ノ意義ヲ論ズル場合ト、法學研究ノ便宜上行政法ノ範圍トシテ說明スルモノト、必ズシモ同一ナルヲ要セズ。但シ之ヲ行政法ト稱スルハ、文字ノ上ニ不都合アレドモ、是レ名稱ノ論ニ過ギザルガ故ニ必ズシモ强テ咎メズ。

余ノ區別ハ凡ソ左ノ如シ。

國ノ政務……立法……憲法學
　　……司法……大權ニヨル作用
　　……行政……機關ニ委任スル作用……行政法學

一國ノ政務……天皇裁親ノ政務……內部即チ天皇及機關ノ間ニ止ル干係
　　……非親裁政務……外部即チ人民ニ對スル關係……行政
　　……外部即チ人民ニ對スル關係……司法（民事刑事裁判）
　　……內部即チ天皇及機關ノ間ニ止ル干係

之ニ關シテ第一ノ問題ハ、一國ノ政務ヲ天皇親裁ノ政務及ビ非親裁ノ政務ニ區別シ得ルヤ否ヤノ點ニアリ、余ハ一國ノ政務ニ於テ其性質天皇ノ親裁ヲ必要トスルモノアリ、又根本的ニ其性質カ然ルニ非ザルモ、法カ便宜天皇ノ親裁ヲ認ムルモノアルヘシ、是等ハ即チ親裁ノ政務ト稱スルコトヲ得ヘシト考フ。次ニ

統治ノ躰用ハ天皇ノ總攬シ給フ所ナリト雖、萬般ノ政務總テ之ヲ親裁シ給フコト勿論能ハス。故ニ性質上親裁ヲ要スル事務ノ外ハ、之ヲ機關ニ委任シテ行ハシムルヲ妨ケス。是等事務ヲ稱シテ非親裁ノ政務ト稱スルコトヲ得ヘシト考フ。

親裁ノ政務ハ憲法上之ヲ大權ト稱ス、多數學者ハ大權ヲ此ノ如ク解セス、或ハ曰ク、大權トハ天皇ノ尊榮ニ伴フ權ナリト。或ハ曰ク大權ハ天皇ノ政治權ナリト。是等ノ意義極メテ漠然タリ。只近來我國ニ有力ナル學說アリ、曰ク天皇ハ國家ノ機關ニシテ、國家ノ統治權ヲ總攬スル權限ヲ有ス。此權限ヲ稱シテ大權ト云フト。蓋シ國家ノ權利トシテハ之ヲ大權ト云フ。

此論ノ根據タル、天皇ハ國家ノ機關ナリトノ見解ハ、我國法ト一致セス。余ハ天皇ヲ統治ノ主躰ナリトナス。然シ此點ハ暫ク前說ニ從フトスルモ尙承服シ難キ處アリ、前說ニヨレハ、統治權ト大權トハ全ク其範圍ヲ同フシ、唯觀察ノ方面ニヨリ名稱ヲ異ニスルニ過キス。故ニ統治權行使ハ一方ヨリ云ヘハ、大權ノ行使ナリト謂ハサルヘカラス。然レトモ國法上大權ト稱スルハ、此ノ如キ廣漠ナルモノニ非ス、例ヘハ天皇以外ノ機關カ統治權ヲ行使スル場合ハ、決シテ之ヲ大權ト稱スルコトナシ。畢竟天皇御自身ニ攬セラルヽ政務ノミヲ大權ト謂フハ蓋シ疑ヲ存セサルナリ。

歸スル處第一ノ問題タル、親裁ノ政務及ヒ非親裁ノ政務ノ區別ハ之ヲナシ得ヘシ。次ニ第二ノ問題トシテハ、天皇親裁政務ノ二部ヲ行政ト稱シ得ルヤ否ヤニ在リ、一般學者ハ之ヲ行政ト稱セリトノ說明ス、余ハ此議論ハ行政固有ノ意義ニ非ラス、學者カ法ヲ研究スル上ニ於テ憲法學ニ對シテ行政法學ヲ區別スル便宜ノ理由ニ出タルモノトス。便宜ノ區別トシテハ余モ之ヲ咎メス、然シ國法上固有ノ意義トシテハ之ニ贊成スル能ハス。先ツ說明ヲ簡易ナラシムルカ爲メニ例ヲ以テ示サンカ、憲法第八條ノ規定ニ於テ、天皇ハ公共ノ安全ヲ保持シ其災厄ヲ避クル爲メニ緊急ノ勅令ヲ發スト定ム。此作用ハ何故ニ行政ト言ヒ能ハサルヤ。一般論者ニヨレハ、行政ハ國家公共ノ安寧幸福ヲ目的トスト云フ。果シテ然ラハ此作用モ明ニ行政ニ屬スルニ非スヤ。次ニ第九條ニモ法律執行ノ爲及ヒ公共ノ安寧幸福ノ爲メニ勅令ヲ發スルノ權ヲ認ム。是レ亦何故ニ行政ト稱スル能ハサルヤ。毫モ其理由ヲ見出ス能ハス。畢竟國法上行政固有ノ意義トシテハ政務ノ親裁タルトヲ問ハス、外部即チ人民ニ對スル關係ニシテ司法ニ非ルモノヲ云フニ外ナラサルコト蓋シ疑フヘカラス。但シ吾人カ法學研究ノ上ニ於テ特ニ其內

法學士　藤本充安君

或部分タケヲ行政法ト稱シ說明スルハ別問題ナリ

○法律命令文ノ書方ニ付テノ希望……

第一、『テニヲハ』ノ書方ニ付テノ希望　近時我法律命令ハ假名交文ニテ記載セラレ『テニヲハ』ノ使用方法モ大ニ注意セラレタル點アルハ誠ニ喜フヘキ事ナリ例ヘハ我民法ノ如キハ之ニ屬スル然レトモ近時發布セラルヽモノト雖モ中ニハ民法ノ如キ『テニヲハ』ノ方法ニ依ラサルモノモ見受クルハ窃ニ之ヲ遺憾トスル所ナリ今少シク吾人ノ意見ヲ陳ヘン

古來我文章ノ主格ヲ表ハス『テニヲハ』ハ種々アリト雖モ大概左ノ如キハ常ニ見受クル所ナリ

『ガ』『ニシテ』『ニ於テ』『ノ』『ハ』、及全ク『テニヲハ』ヲ省略スル書方是ナリ今是ヲ實例ニ適用シテ見レハ左ノ如シ民法十四條ニ

妻『ガ』左ニ揭ケタル行爲ヲ爲スニハ夫ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス

此書方ハ頗ル平易ニシテ明白、正確ニシテ簡單ナルヲ以テ吾人ハ此書方ヲ可トスルモノナリ若シ夫レ此『ガ』ヲ用ヰサラント欲セハ如何ニスヘキカ、曰ク左ノ一ニ歸スヘシ

『妻ニシテ……』『妻ニ於テ……』『妻ハ……』『妻ノ……』

『妻左ニ……』全ク『テニヲハ』ヲ省略スル書方

ノ五ノ方法アリ此五ノ方法中ニ付テ一考センニ『妻』ニシテハ耳ニ角立タサレトモ『テニヲハ』ノ字數多キニ失シテ『ガ』程ニ簡明正確ナラス『妻ニ於テ』ニテモ亦同樣ナリ『妻ノ』ハ簡單ナレトモ明瞭ヲ欠キ意味曖昧稍モスレハ誤解ヲ來シ易シ『妻左ニ揭ケタル』ハ『テニヲハ』ヲ全ク省略スル故ニ簡單ニハ相違ナケレトモ不明瞭ニシテ誤謬ニ陷リ易シ然ラハ『妻ハ』ハ如何、之ハ可ナリ然レトモ左ノ如キ場合ニハ不適當ナリ乃民法第三十條ニ

不在者ノ生死『カ』七年間分明ナラサルトキハ裁判所　利害關係人ノ請求ニヨリ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

右ノ法文中『生死カ』ヲ『生死ハ』ト變更シテモ意味ニハ餘リ影響セサルヘシト雖頗ル不明瞭トナリテ或ハ誤謬ヲ生スル憂ナシトセス即チ簡單ハ簡單ナレトモ不明瞭ナルト且ツハ所謂耳ニ角立ツノ嫌アルヲ免レス故ニ吾人ハ此ノ如キ場合ノ書方ハ民法ノ如ク『カ』ト云フ『テニヲハ』カ最適當ナルコトヲ斷言スル者ナリ何トナレハ此書方ハ簡單ニシテ明白ニ平易ニシテ正確タルヲ以テ誤解誤謬ヲ生スル憂ナキハ勿論一見シテ意味ヲ明白ニ了解スルト同時ニ此法文ヲ朗讀セシメ之ヲ聽聞シテモ直ニ了解スルヲ得ヘケレハナリ換言スレハ一見明瞭ナルト同時ニ一聞明白ニ其意味ヲ誤解ナク了解スルヲ得ヘケレハナリ

抑、文章ハ解釋上頗ル疑惑起リ易キモノナリ、サレハニヤ一文章出ツレハ對スル解釋注釋等ハ種

々出ヅルヲ世ノ常トス普通ノ文學上ノ文章スラ尚此ノ如シ況ンヤ人民ノ權利義務ヲ規定スル法文ヲヤ國政國權及行政權ノ規定等ハ各當事者ノ利益ヲ主張スルヨリシテ種々樣々ニ自己ノ利益ニ適合スル如ク牽強附會シテ解釋セントスルノ傾向アルハ數ノ免レサル所ナリ從テ私法ニセヨ公法ニセヨ如何ナル法文モ一法令出ツレハ從ツテ之カ注釋ヲ爲ス爲ニ又樣々ノ解釋起ルコトハ過去及今日ノ現狀ナリトス否過去及今日ノミナラス將來ト雖必ス此ノ如クナルヘシト信セラル故ニ法律命令等重大ナル影響アル文章ハ特ニ注意シテ其意味カ一見一聞シテ明白正確ニ了解セラルヽト共ニ簡單ニ平易ナルコトヲ要シ些少ノ誤謬ヲ生スル餘地ナキガ如クナラサルヘカラス

此目的ヲ達セント欲セハ是非トモ法律命令ノ『テニヲハ』ニ注意セサル可ラス殊ニ『主格』ノ表ハシ方ニハ前述ノ『ガ』ヲ以テ最適當トシテ法律命令ニハ規則正シク且系統的ニ此『ガ』ヲ用ヒルコトニ一定セラレンコトヲ切望シテ已マサル者ナリ

此『テニヲハ』ノ正當ナル使用ハ文章ノ解釋上正確明瞭ナル爲ニ必要ナルコトハ已ニ述ヘタル所ナルカ尚左ノ如キ理由及利益モ伴隨スルモノナルコトヲ吾人ハ一言セントスルモノナリ

（一）『ガ』ヲ使用スル時ハ一人法文ヲ讀ミ他人之ヲ書取ル如キ場合ニ筆記者ハ筆記スル傍ニ意味ヲ了解スルコト容易ナルコト

（二）『ガ』ヲ使用スル時ハ法文ヲ印刷ニ付スル際ニモ同上ノ理由ニテ了解シ易キコト

（三）『ガ』ヲ使用スル時ハ將來我國語改良ノ上ニ於テ言文一致ヲ必要トスル場合ニ言文一致ヲ容易ナラシムルコト

吾人ハ以上ヲ以テ法律命令ノ文章ノ書方ヤ其『テニヲハ』ニ付テ一言シタル者ナルカ此希望ハ法律命令ト云フ狹義ノ意味ニアラスシテ法律ハ固ヨリ其他凡テノ命令モ此方針ニ出テンコトヲ希望スルモノナリ即閣令省令府縣令ハ勿論凡テノ訓令通牒等有ラユル法令文章ハ此方針トナランコトヲ希望スル者ナリ尚約言スレハ凡テ法令ノ文章ハ現行ノ我民法ノ書方ノ『テニヲハ』ノ一定セラレンコトヲ切望スルモノナリ

猪刑法改正草案ヲ瞥見スルニ其『テニヲハ』ノ使方カ吾人ノ希望ニ副ハサルモノアリ宜シク之モ民法的ノ『テニヲハ』ニ改メラレンコトヲ望ム

吾人ノ此論ニ向テ反對ヲ試ムル人有ランモ知ルヘカラス今試ニ反對論ヲ想像スレハ左ノ如クナルヘシ

一、『ガ』ト云フ『テニテハ』ハ通俗ナルヲ以テ法文ノ威嚴ヲ損スル恐アリ

二、『ガ』ト云フ『テニヲハ』ハ通俗的ナルヲ以テ耳ノ感覺上美術的ニアラス

三、『ガ』ト云フ『テニヲハ』ハ用例少シ

等ノ如キ理由ナラン今吾人ハ試ニ此論ヲ批評セントス

一、『カ』ハ通俗ナルヲ以テ法文ノ威厳ヲ損スルト云フ論ハ一應尤ニ聞ユレトモ決シテ取ルニ足ラサルナリ吾人ヲ以テ觀レハ『カ』ハ通俗ナルニ相違ナシト雖論者ノ云フカ如ク決シテ威厳ヲ損スルコトナシト確信スルモノナリ假令數百歩ヲ讓リ威厳ヲ損スルコトアリトスルモ吾人ハ此所謂『威厳』ト云フ利益ト『法文ノ疑ハシキ』ト云フ不利益トヲ交換スルコトヲ不可トスルモノナリ

二、『カ』ハ美術的ニアラストノ論　此論モ一應尤ナレトモ通俗ナルヲ以テ美術的ナラストノ論ハ空論ニ過キサルナリ假令數百歩ヲ讓リ美術的ナラストスルモ吾人ハ『美術的』ト『法文ノ疑ハシキコト』トヲ交換スルコトヲ不可トスルモノナリ若夫レ法文ヲ詩歌ノ如ク吟誦シ曲符ニ適合スル如キ必要アリトスレハ兎ニ角然ラサル以上ハ誤謬ヲ生スル如キコトナキ樣ニ記述スルコト必要ナリ

三、『カ』ハ用例少シトノ論　此論モ取ルニ足ラス、成程現今ノ所ニテハ未タ用例多カラスト雖既ニ民法ト云ヒ商法ト云フ大法典カ此用例ヲ用キタル以上ハ論者ノ論據ハ頗、薄弱ナリト云ハサルヘカラス故ニ耳ヲ傾クルニ足ラサルナリ

之ヲ要スルニ反對論者ノ論ハ一モ傾聽スヘキ價値アルモノト認ムルヲ得ス況ンヤ前述ノ如ク『カ』ト云フ『テニヲハ』ヲ使用スル時ハ數多ノ利益アルニ於テハ吾人ハ是非共『カ』ヲ用ヒルコトニ一定センコトヲ切望スルモノナリ即、『カ』ヲ使用スル時ハ

一、法文ガ簡單ニ明白ニ正確ニ平易ニシテ法文ノ解釋上疑義ヲ生スル餘裕ナク從テ誤解誤謬ヲ來スノ憂ナキコト

二、法文ガ一見シテ明了正確ニ了解セラルヽノミナラス一聞シテ明白正確ナルヲ得ルナリ

三、一人カ法文ヲ讀ミ聞カセ他ノ人之ヲ書取ルカ如キ場合ニ『カ』ヲ用キルトキハ筆記者ハ筆記スル傍、其意味ヲ容易ニ了解スルコト

四、法文ヲ印刷ニ付スル場合ニモ同上ノ理由ニテ容易ク了解スルコト

五、我國將來國語改良ノ上ニ於テ言文一致ヲ必要トスルナルヘキカ此ノ如キ場合ニハ言文一致ヲ容易ナラシムルコト

以上ノ如キ利益アリ故ニ吾人ハ法文ニハ凡テ『カ』ヲ用キルコトニ一定シ實施センコトヲ希望スルモノナリ然リ而シテ一日モ速ニ一定シ實施センコトヲ希望スルモノナリ

次ニ吾人ノ希望スル所ハ官衙公署ノ公文ノ書方ノ改良是ナリ現今ノ公文中ニハ昔時ノ日本風ノ漢文トテモ評スヘキモノ尠少カラス今、二三ノ例ヲ擧クレハ『爲念』『爲心得』『及通牒』『及照會』『及詮議』『不及詮議』『詮議不被及』『被存候』『不被存候』『被認候』『不被認候』『被認ズ候』『不拘有之』『不關無之』『有之ニ不拘』『ニシテ萬不得已場合』ト云フカ如キ書方ヲ見ルコト往々ニシテ之アリ

此等ハ概ニ無用ノ書方ニシテ吾人ハ取ラサルナリ論者或ハ云ハン此ノ如クセサレハ文章ニ威厳ヲ

欠クトカ或ハ又云ハン美術的ナラスト、又或ハ慣例ニ背クトカ然レトモ此等ノ理由ハ一モ耳ヲ傾クル價値ナキモノト斷セサルヲ得ス公文トシテハ假名交文ニテ澤山ナリ、何ヲ苦ンテ訓點ヲ附セサレハ充分ナラサルカ如キ文字ヲ使用スル必要アランヤ畢竟之ヲ用キルノ必要ナクシテ尙之ヲ使用スル所以ハ知ラス〳〵ノ間ニ徒ニ舊慣ヲ墨守スルニ外ナラサルナリ故ニ吾人ハ速カニ此ノ如キ字句ヲ公文ヨリ放逐センコトヲ希望スルモノナリ尤モ凡ソ萬事ヲ改良セント欲セハ急進ヲ好マサル人アリ故ニ若シ急進ヲ不可トセハ吾人ハ別ニ一箇ノ意見アリ其ハ前揭ノ日本風ノ漢文ヲ一時ニ驅逐スルコトヲ見合セテ左ノ如キ風ニ假名交文ニセハ可ナランカ勿論過渡ノ一策トシテ暫時存續セシムルニ外ナラサルナリ其文例ハ左ノ如シ

『念ノ爲』『心得ノ爲』『通牒ニ及』『照會ニ及』『詮議ニ及』『詮議ニ及バズ』『詮議及バレズ』『存ゼラレ候』『存セラレズ候』『認メラル候』『認メラレズ候』『之レ有ル』ニ拘ハラス『之レ無キニ關セズ』ニシテ萬已ムヲ得サル塲合』

ト云フカ如キ『書流文躰』ニシテ漸ク使用セハ其中ニハ書方ノ優勝劣敗適者生存ノ理法ニ依リテ自然ニ見事ナル純粹ナル假名交文ト進化スヘキナランカト信ス兎ニ角大勢ハ假名交文ニ趣キツツ有ルニ上ノ如キ漢文トモ附カス漢文日本文ノ中間ノ子トモ云フヘキ不具ノ文句ヲ今日ノ公文ニ止ムルハ甚不可ナルコトナリト信スレハ速ニ純粹ノ假名交文トスルコトニ改良センコトヲ希望シテ止マサル者ナリ之ヲ改良決行センカ左ノ如キ利益アリ

一、公文ヲ見事ナル假名交文ト爲シ得ルコト

二、純粹ナル日本風ノ公文ヲ出シ得ルコト

三、現時ノ儘ニスル時ハ一種公文ノ躰裁ヲ習得スルヲ要ス果シテ然ラハ其爲ニ無用ノ心力ヲ消費スルト云ハサルヘカラス今若シ之ヲ改良セハ此ノ如キ無用ノ消費ヲ消滅スルヲ得ル利益アリ

四、我國將來國語改良ノ上ニ於テ言文一致ヲ要スルナルヘシ而シテ今公文ヲ此ノ如ク改良スル時ハ此言文一致ヲ容易ナラシムル利益アリ

五、一人カ公文ヲ讀ミ他ノ人カ之ヲ書取ル如キ塲合ニ容易ニ書取ルヲ得ルコト

六、印刷ノ際ニモ同上ノ理由ニテ容易ナルコト

等ノ利益アリ故ニ速ニ改良センコトヲ切望シテ止マサルナリ

以上ヲ以テ法律命令文（廣義ノ）ハ總テ實書方ヲ一定シテ『カ』ノ『テニヲハ』ヲ使用スルコトヲ切望スルコト

次ニ公文ノ書方ヲ改メテ日本風ノ漢文ノ文句ヲ廢止スルヲ希望スルコトヲ陳ヘタリ、吾人ハ尙進ンテ官吏公吏等ノ辭令書モ改良シテ純粹ノ日本風ニセンコトヲ希望スルモノナリ

實行方法如何　吾人ハ已ニ吾人ノ希望ヲ列擧シ終レリ然ラハ則其實行方法ハ如何ニスヘキヤノ問題ヲ解釋セサルヘカラス此問題ノ解釋ハ極メテ簡單ニシテ容易ナルコトヲ信スルナリ曰ク內閣ヨリ一箇ノ訓諭ヲ出シテ以テ下級ノ官衙公署ニ左ノ如キ事ヲ宣示セハ足ル

一、凡テ法律命令文章ハ民法商法ノ文例ニ倣ヒ『カ』ト云フ『テニヲハ』ヲ使用スヘキコト

二、公文ハ純粹ノ日本風ノ假名交文ヲ使用スヘキコト、從來ノ日本的漢文トモ云フヘキ『爲念』『及照會』『難及詮議』等ノ文句ハナルヘク之ヲ使用セサルコト若シ已ヲ得ス使用スル時ハ之ヲ書流文即純粹日本風ノ書下文トシ『念ノ爲』『照會ニ及』『詮議及ヒ難シ』等ノ文躰ニ改良シテ使用スヘキコト

三、官衙公署ノ辭令ハ凡テ日本風ノ書流文トスヘキコト

ト云フ如キ筋合ニ訓告スルトキハ一令ノ下ニ直ニ實施セラレ之ヲ大ニシテハ法律命令文ノ意味ヲ簡單明瞭正確平易ニシ之ヲ小ニシテハ將來刀筆ニ從事スルモノニ別段法律命令文公文辭令文等ノ習得ヲ要セサル事ニナリ至極善美ノ事業ナラントヲ主張スルモノナリ尙此訓告ノ實行ヲ確實ニセンカ爲ニ法律命令案ノ調査ヲ爲スニ當リテハ法制局ハ主トシテ之カ實行ノ衝ニ當ランカ、此實行方法ノ首尾一貫シテ速ニ且完全ニ實行セラレンコト期シテ待ツヘキナリ、

之ヲ要スルニ吾人ハ法令文ノ書方ニ關シテ

第一　日本主義ヲ取ルコト、第二　進化主義ヲ取ルコト、第三　便利主ヲ取ルコト、

是ナリ記シテ以テ大方ノ叱正ヲ乞フト云爾（法協、二〇、二）

○行政法ノ研究ニ就テ……法學士　岡　實君

演題ハ行政法ノ研究ト云フコトニ致シテ置キマシタガ、行政法ノ基本タル憲法ノコトニ就テモ尙ホ聊カ考ヘル所ヲ御話シタイト思ヒマス、即チ少シク演題ノ範圍外ニ渉リマスルガ、現行公法ノ一般ニ關聯シテ御話シスルモノト豫メ御承知ヲ願ツテ置キマス、

憲法ハ、御承知ノ通リ英吉利アタリヲ除クノ外ハ、殆ンド前世紀ノ產物デアリマス私人相互ノ間ニ支配致シテ居ル民法商法ノ如キハ、既ニ龍馬ノ古ヨリ學者ノ間ニ研究セラレタルモノデアリマス、併シナガラ所謂君主ト人民トノ支配スル所ノ法則ニ就テハ前世紀ニ至ル迄ハ曾テ學者ノ研究題目トナツテ居ナカツタノデアリマス、固ヨリ公法ノ一部殊ニ刑法トカ又ハ民刑訴訟法ノ如キハ昔ヨリ甚研究ガアツタコトハ事實デアリマス、併シナガラ之ハ單ニ司法關係ニ屬スル事柄ノミデアツテ、所謂行政關係ニ屬スル權利關係ノ研究ハ、前世紀ニ於テ其源ヲ發シタルモノト見テ差支アルマイト思ヒマス、

公法ノ研究ハ斯ノ如ク日ガ淺イノデアル其結果ト致シマシテ、公法ノ學理ハ未タ十分ニ發達セズ極メテ蒙昧ナル野蠻時代ニアルノデアリマス、民法商法等ハ既ニ諸君御研究ニナツテ居リマスル通リニ、其法理ハ頗ル細密ニ渉リ文明ノ法理ガ究メラレテ居ルノデアル、之ニ反シテ公法ノ部類ニナリマスルト實ニ雲ヲ攫ムヤウナ議論ガ多イノデアル、其立論ノ根據ト云フモノハ何クニアルカ、若シ極端ニ之ヲ評シタナラバ或一種ノ秘傳ヲ暗誦スルガ如キ傾向ガ確カニ見ヘルノデアリマス、果シテ公法學ノ本領トシテ見ルベキモノデアルカ自分ハ大ニ疑ナキヲ得ナイノデアリマス、既ニ公法即チ法ト云フ以上ハ其法タル單ニ學者ノ頭腦ニ隨時湧キ出シテ來ル任意獨斷ノ法則デハナクシテ必ラズヤ現實ニ君主ト臣民トノ間ヲ支配シテ居ル所ノ法則デナケレバナラヌ、是レハ殆ント論ヲ俟タヌコト、考ヘル、現實トハ如何ナルコトデアルカ、申ス迄モナク形體ヲ具ヘテ現出シテ居ルト云フコトデアル、形體トハ即チ成文ニ外ナラヌノデアル、私ハ成文以外ニ公法ノ現存ト云フ事ハ認メナイノデアリマス或ハ慣習ト云フモノヲ援用シテ成文法以外ニ不文法アリト云フ說ヲ立テル學者ガアル諸君ノ中ニモ或ハ此說ヲ御採リニナル方ガ大多數デアロート考ヘマスガ、私自身ハ慣習ハ嚴正ナル意義ニ於テハ法ニアラズト考ヘテ居ルノデアリマス若シ之ヲ法ナリトスレバ公ノ秩序善良ナル風俗ト云フ樣ナモノモ亦法ナリト謂ハナケレバナラヌコト、ナルデアロー併シ此議論ハ本問題ノ範囲外ニ亘リマスカラ結論ノ理由ヲ述ブル事ヲ略シマス、公法ノ根據ガ果シテ成文法ニアリトスレバ、吾々ハ公法ノ研究ニ就テ成文法ヲ先ツ唯一ノ土臺ニ取ラナケレバナラヌコト、思フ、假ニ成文法以外ニ渉リテ君主ト臣民トノ間ヲ支配スルモノガアツタトシタナラバ慣習以外ニハナイノデアリマス、而シテ慣習ノ外ハ何等ノ秘傳何等ノ學理何等ノ法理ト云フモノハナイト思ヒマス、慣習ハ假リニ疑ハシトシテモ其他ニ就テハ總テ成文法範囲内ニ於テ公法ノ研究ヲシナケレバナラヌモノト思ヒマス、ソコデ日本ノ公法ノ研究ト云フモノハ日本現行ノ成文法ヲ根據トシナケレバナラヌコトハ當然ノ論結デアル、日本公法ノ根據タル所ノ成文法ハ云フマデモナク憲法及各種行政法規デアリマス、成文法ヲ以テ公法研究ノ根據ト定メテ置イテ、此等ノ成文ヲ透過シテ其後口ニ潜ンデ居ル君主ノ意思ノ實體ヲ推測スルノガ即チ公法ノ解釋トナルノデアリマス、大凡法ノ研究ハ立法論ニ非レバ即チ解釋論、此二ツノ外ハナイノデアル、立法論ハ即チ政法論デアル、經濟論デアル、便宜論デアル故ニ立法論ハ由來法學ノ本領デハナイ、解釋論ガ法學其モノ、骨髓デアリマス、ソコデ此解釋論ノ唯一ノ材料ト賴ム所ノ成文、即チ文字ノ通常ヒ現シテ居ル意味ニ聯絡ヲツケテ行ツテ法全體ノ精神ヲ探求スルヲ必要トスルノデアリマス、私ハ文字主義デアル、然ドモ文字ニ固着セヨトハ云ハヌノデアル、法ノ全體ノ精神ヲ犧牲ニシテマデ文字ニ固着スルノハ過リデアル、然レドモ所謂法全體ノ精神ヲ編ミ出スニ際シテ、日本國法ノ成文ニ於テセズシテ漫リニ外國ノ學說、甚シキハ自己ノ頭腦ニ隅發シタル一種ノ獨斷ヲ以テ明々白々

ニ言ヒ現ハサレタル文字ノ意義ヲ壓倒シ去ラントスルハ斯學ノ研究上恐ルベキ弊害ヲ釀生スルモノデアルト斷定スルノデアル

諸君モ御承知ノ通リ、外國ニ於テ公法及私法ガ文字ノ形態ヲ以テ現ハレ所謂成文法トナル迄ニハ色々ナ沿革モアリ、又慣行ガアルノデアル此等ノ狀態ノ上ニ此等ノ事實ヲ前提トシテ立法セラレタル成文法ハ隅カラ隅マデ理論上疑問トナルヘキコトヲ規定スルコトヲ必要トシナイ、自ラ社會ノ人カ常識ノ上ヨリ了解シテ居ルコトハ成文ヲ以テ疑問ヲ解決セルニハ及ハヌノデアル、然ルニ我國ニハ不幸ニシテ何等ノ沿革又ハ慣行ノ見ルヘキモノカナイニ拘ラス法律ノ形態ハ外國ノモノヲ襲用シタ是ニ於テカ民法商法ト云フ樣ナ法律デモ文字バカリヲタヨリトシテハ、日本ノ人民ニ解決スルコトノ出來ナイコトカ多イ、公法ニ至ツテハ一層甚シイノデアル於是カ、外國ノ事實及慣例ヲ研究シテ、日本ノ法律ニ肉ヲ付ケテ解釋スルコトハ必要デアル併シナカラ、此自由裁量ノ範圍ニ於テハ私ハ寧ロ日本今日ノ民情ト云フコトノ方ニ一層重キヲ置キ民情ニ適合スル樣ニ解釋スルコトヲ要スト考ヘルノデアリマス、ソレハ何レニセヨ、兎ニ角成文カ解釋上ノ基本淵源デアルト云フコトハ萬古不動ノ眞理デアル、成文以外ニ若クハ甚シキニ至リテハ成文ニ牴觸シツヽモ尙ホ勝手ナ理屈ヲ唱道スルノハ公法學ノ本領テナイノハ言ヲ俟タヌト考ヘマス

斯ノ如ク成文ヲ離レテ公法ノ議論ヲスルノハ過リテアルト同時ニ、他方ニ於テハ論理ヲ離レテ公法ヲ論スルコトカ出來ナイト考ヘマス、

ソコテ憲法ノ成文ト云フモノハ果シテ悉ク論理ニ合フテ居ルモノテアルカ否ヤ悉ク主義一貫シテ居ルモノテアルカ否ヤ、斯ウ云フ問題カ直ニ起ツテ來ルノテアリマス、ソコテ憲法ニ對シテ私ハ之ニ答ルコトハ極メテ易イト考ヘマス、何トナレハ憲法ハ六十有餘條カラ成レル簡單ナル成文法テアリマシテ充分ナル注意ヲ用キテ立法セラレテ居ルコトデアリマスカラ、非常ナ缺點ト云フモノハナイト申シテ差支ナイ。進ンテ行政法ノ範圍ニ入リマスルト私一個ノ見ル所ヲ以テスレハ殆ド缺點ダラケト申シテ差支ナイ、缺點ト云フト所謂主義一貫シナイト云フ點ニアル極ク、近イ例ヲ採ツテ御話致シマスレハ『官廳』ト云フ文字ニ一定ノ意義カアルカ、或ハ『官署』ト用キラレタ所ニ一定ノ意義ヲ附シテ居ルカ、又『許可』ト云フノハ必ス一定ノ意義ヲ有ツテ居ルカ、我々ハ總テ消極的ニ答ヘルヘク餘義ナクサレテ居ルノテアル總テサウ云フ例テ擧ケマスレハ殆ド際限ノナイ程テアリマシテ、其成文法ノ形躰即テ用語ト云フモノハ一定ノ主義意義ト云フモノカナイノテアリマス、一步進ンテ各種法令ノ聯貫カ取レテ居ルカト云フニ、此問題ニ對シテモ不幸ニシテ之ヲ否定セザルヲ得ヌノデアリマス、一方ノ法律ニ取ツテ居ル主義ハ他方ニ於テ全然反對ノモノトナリ、他方ニ於テ採ツテ

居ル主義ハ一方ノ法律ニハ通セヌノデアリマス、例ヘハ或法令ニ於テハ公權ヲ保障スル爲メ行政訴訟訴願ニ關シテ規定ヲナシ、他ノ法令ニ於テハソレヲ許サヌ、或ハ一方ニハ行政處分ヲ取消スコトヲ得ル官廳ノ權能ヲ十分ニ示シテアツテ他方ニハソレヲ取消シ得ルト云フ規定カ設ケテナイ是等ハ極メテ輕少ナルコトデアリマスガ其他ノ點ニ於テ、各種法令中ノ聯貫ト云フモノカ少シモ取レテ居ナイ即チ主義一貫シナイノミナラズ、全ク反對ノ主義カ宣明セラレテアル、此等ノモノ、例ヲ擧クレハ是レ亦茲ニ一々數ヘルニ遑ナイ程アリマス、行政法ノ現狀此ニ至ツタ原因ハ何處ニアルカト云フニ今日一般行政法ノ立法ト云フモノハ各省ニ於テヤルノデアリマシテ各省ノ各課ニ於テ各局ノ仕事ヲ纏メル所ノ參事官ナルモノカアリマスルナレトモ、其位置タル獨立テナイカラ往々各局若クハ上司ノ希望ニ任セルト云フコトカアル進ンテ內閣ニハ法制局カアルカ、法制局ト雖モ獨立ノ官衙デハナイ又時々職員ニ更迭カアルノミナラス、各員意見ヲ異ニスルコトハ免レナイ、加之、一時ニ多數ノ法案ヲ議スルノデアルカラ、到底充分ナル修正ヲ施スコトハ出來マセヌ、又假令根本的ニ修正ヲスルニモセヨ內閣ト責任省トノ關係モ頗ニナケレハナラヌコトカアルカラ放膽的修正ヲ躊躇スルト云フヤウナコトカナイデハナイ、斯ノ如ク現行ノ諸法令ハ、各省ノ各局各課ニ於テ必要ニ應シテ立法シ、二三ノ審議機關ノ手ヲ經テ成立スルノデアリマスガ、何分ニモ充分ナル統一ヲ爲スト云フコトハ今日ニ於テハ全然不能テアル其結果トシテ行政法ハ頗ル不備ノ狀態ニ陷ツタモノデアロート考ヘマス、民法商法ノ如キハ法典調査會ナル特別ノ機關カアツテ少數ノ起草委員ノ立案ニ多少ノ修正ヲ加ヘテ出來テ居ルカラ、先ツ〳〵首尾一貫ト云ツテ宜シイテアロー即チ非常ナ缺點カナイト云フコトハ先ツ明カテアニリマス、偖此不完備ナル行政法ヲ研究スル學者間ニ行ハレテ居ル主義ト云フ者ハ、ドウ云フ風ニ分レテ居ルカト云フニ、私ハ三ツノ主義カ現時及過去ニ於テ行ハレテ居ルト云フコトヲ信ズルノデアリマス、其一ハ假ニ獨斷主義ト稱シ、其二ハ沿革主義ト稱シ而シテ其三ハ之ヲ論理主義ト稱ヘテ置ウト思ヒマス、此三主義ハ必シモ各學者ニ分屬ハシテ居リマセヌ又、同一人ニテ隨時隨所三主義ノ一ツガ適用セラルヽコトガアル、此三主義ノ何タルヤハ茲ニ多辯スルヲ迄モナク、既ニ諸君御了解ノコト、存ジマス此三主義ノ中デ吾々ガ公法殊ニ行政法ヲ研究スルニ當テ何レノ主義ニ據ルヘキカト云フコトハ殆ンド斷定スルヲ用キスシテ論理主義ニ依ラナケレハナラヌコト、思ヒマス、私ハ此三主義中論理主義ヲ除イテ他ニ據ルヘキ主義ナシト云フコトヲ信ジテ居ル、此論理主義ヲ憲法學及現行行政法學構成ノ上ニ適用シタナラハドウ云フ結果ヲ生ズルカト云フコトヲ例ヲ擧ゲテ考ヘテ見タイト思ヒマス、先ツ憲法學ノ上ヨリ於キマシテ、憲法ノ成文ヲ土臺トシテ論理一點張テ憲法ヲ見ルト『國家』ト云フ觀念ノ說明ニ就テ現時國法學者ノ普ク認メテ居ル主義ヲ否定セサルヲ得ヌノデアリマス、デ吾々ハ成文以外ニ法ナシト斷定シテ憲法ガ果シテ『國家』ト

云フモノヲ成文ノ上ニ認メテ居ルカト云フコトヲ第一ニ見ナケレバナリマセヌ、憲法ノ認メテ居ナイ觀念ヲ憲法學上ニ援用スル必要ガアルカナイカ、勿論ナイノデアル、然ルニ憲法中『國家』ト云フ文字ハ一二ケ所ニ用キラレテアルガ、併ナガラ國家ヲ統治權ノ主體ト云フ意味ニ用キタル所ハ少シモナイノデアリマス、憲法中『國家』ノ歳入歳出ト云フ意義ハナイ、天皇ノ歳入歳出ニ就テハ別ニ皇室費ト云フモノヲ認メテ居リマス、其他第三十一條ノ國家ト云フコトモ亦此意義デハナイ、憲法ハ統治權ノ總攬者若クハ國ノ元首トシテ天皇ヲ認メテ居ルガ、國家ナリトシテハ認メテ居ラヌノデアル、果シテ然ラバ成文主義ト論理主義ヲ以テ憲法ヲ論ズベキニ拘ハラズ國家ハ統治權ノ主體ナリト獨斷シ次ニ天皇ハ統治權ノ主體ナリ、故ニ天皇ハ國家ナリナドト云フガ如キ迂遠ナル說明ヲ用キル必要ハナイト考ヘルノデアリマス、斯ルコトハ外國デハ必要カモ知レヌ、併シ我國デハ必要デハナイ、私ハ所謂國家ノ觀念ト云フガ如キ現時汎ク行ハレテ居ル所ノ立說ニ就キ斯ル事ヲ批難スルノハ頗ル奇ヲ好ム樣ニ見エマスガ、實ニ已ムヲ得ヌコト、考ヘマス、若シ之ヲ掩護スル議論ガアルトシタナラバ、ソレハ沿革主義ニ依ルモノデアルト考ヘルノデアリマス、何故ニ沿革主義ト云フカト云フニ、日本ノ憲法ニハ沿革ハアリマセヌ、從テ母國ノ……母國ト云フト語弊カアルカモ知レマセヌカ、憲法カ發源シテ來タ歐羅巴ノ沿革ニ徵スルト云フコトニナル、即チ歐羅巴ニ普ク行レテ居ル國家ノ觀念ヲ

アリマス、我國ノ憲法ト特別ノ關係ヲ有スル獨逸ニ於テ國家ノ觀念カ旺盛テアルコトハ御承知ノ通リ、此獨逸ニ於テ沿革上存立シテ居ル國家ノ觀念ヲ統治權ノ主躰トシテ論シテ恪マナイヨウニナゾタ惟フニサレテ、日本憲法學上國家ト云フ觀念ヲ我國ニ紹介シ沿革主義ニ依テ憲法ヲ論シ、極端ニ云フト窮屈ナル外國法理ヲ引用シテ其眼鏡ヲ懸ケテ日本憲法ヲ論スル結果斯カル奇怪ナル說明ヲ導イタモノテハナイカト考ヘルノテアリマス、コレカ第一ノ例テアリマス第二ノ點トシテ例ニ過キマセヌカ、二十七條テアリマシタカ、所有權ノ不可侵權』ヲ規定シテアル箇條ノ如キハ頗ル論理ニ乏シイモノト言ハナケレハナリマセヌ、即チ彼ノ條ノ權利ト云フコトテアル權利ハ國カ與ヘナケレハ……即チ法律ニ依ルニ非ラスシテ生セストシタナラバ法律以上ノ憲法ニ於テ法律ニ依テ始メテ發生スベキ所有權ヲ保障スルコトハ頗フルオカシイ、是ニ於テカ沿革主義ノ說明ヲ以テ、所有權ハ天賦人權ノ一テアルト云フヤウナ見解ヲ採ラナケレハ憲法ノ所有權ノ不可侵權ノ箇條ハ分カル樣ニ解釋ハ出來ナイコト、思ヒマス、斯ノ如ク論理主義ヲ採ツタナラバ其意義ヲ發見スルコトハ出來ナイモノカ、沿革主義ヲ以テ是ヲ見タ時ニハ容易ニ其意義ヲ發見スルコトカ出來ル、

忌憚ナク憲法ノ條項ヲ批評スルト同時ニ、他方ニ於テ沿革上ノ資料ニ依リ立法ノ趣旨ヲ明ニスル必要カアルト思フノテアリマス、ソレカラ第二ノ例ト致シマシテ、委任命令市町村條例ノ如キ是

亦沿革主義カラ申シタナラバ、色々歐羅巴ノ沿革若クハ議論ヲ引張テ來テ之ヲ、論議スルコトカ出來ヤウカ、憲法ノ成文ニ憑據シテ論シタナラバ、命令ヲ以テ法律ノ範圍ニ屬スル事柄ヲ規定スルコトノ出來ナイノハ、殆ンド言ヲ待タサルコトト考ヘルノデアリマス、委任命令ヲ擁護スルノ議論ハ近世公法學ノ範圍ニ於ケル著明ナル惹論テアル、斯ル議論ヲ法律學者カ白晝論スルコトヲ得ルモノトシタナラバ、法律學ト云フモノハ殆ンド黑ヲ白ト論スルコトカ出來ル手品學テアツテ却テ世人ヲシテ其弊害ヲ疑ハシムルカモ知レナイ、極端ニ申セハ先ツサウタロート思フ、市町村條例ニ至テモ同樣デ、租稅ヲ取ルニハ法律ニ依ルト云フコトハ憲法上侵カスヘカラサル原則ナルニ拘ラス、町村ハ町村限リノ法ヲ定メテ新タニ租稅ヲ課シ及ヒ稅律ヲ變更シテ居ルノハ是レ如何ナイモノト見ナケレバナラヌ、然ルニ沿革主義カラ議論ヲ立テタナラバ、憲法ノ租稅トハ國稅ノミテアルト云ヘルテアローカ、併シ論理上ヨリスレハ租稅ニハ地方稅ヲ含有セストハ言ヒ得ヌト思ヒマス是カ第三ノ例デアル

以上國家トカ、所有權トカ、委任命令、市町村條例ノ例ニ就テ申上ゲタ如ク、論理主義ト沿革主義トノ間ニ於テ憲法ノ解釋上黑白ノ相違カ起ルノテアリマス、私ハ前申ス通リ論理主義ヲ以テ法令解釋ノ本據トシ傍ラ沿革主義ヲ參考トシテ進モウト考ヘルノテアリマス、然ルニ論理主義ヲ採ルトシタナラバ、頭カラ憲法ヲ學理的ニ批評スルダケノ覺悟カナケレバナラヌ、然ラザレバ何時マテ經ツテモ憲法學ノ進歩ハナイモノト思フノデアリマス、憲法カ主權者ノ意思タルハ民法商法ト選ブ所ハアリマセン、民法商法ニ就テハ學者ハ主義ノ一貫シナイ所ヲ忌憚ナク批評シテ居ルノテアル然ルニ憲法ニ至テハ論理上カラ成文ヲ批評スルカ如キ議論ハマダ聞カヌノテアリマス、是レ憲法ノ成文ハ學問上ノ材料トハ爲スニ足ラヌ爲テハナイト考ヘル、憲法ノ最上法タル威力ニ眩惑セラレテ然ルノデハナイカト考ヘルノデアリマス』

次ニ行政法學ノ範圍ニ亘リテ論理主義ノ適用ヲ陳ヘマスカ、先ツ第一ニ歐羅巴ノ學者ハ司法立法行政ノ區別ヲスル爲メニ各般ノ學說ヲ立テ、居ル、而シテ我國ノ公法學者ノ多數ハ彼等ノ說ヲ繼承シテ此區別ヲ認メラレテ居ルコト、私ハ考ヘマス、所カ近時ニ至テ深ク攻究シテ見ルト此區別カ判然シテ居ラヌコトヲ發見シタノデアリマス、行政司法カ無差別ナリト云フコトヲ發見シタノテアリマス、何故斯ク論ズルカト云ヘバ行政ノ定義中或ハ法規ノ範圍內ニ於ケル自由行動ト論シ、又或者ハ裁判ニアラサル各般ノ行爲ヲ云フナドト、謂ツテ居リマス、孰レモ論理上確的ナル區別デハナイ即チ幾多ノ疑問ヲ不問ニ付シテ居ルノテアリマス、殊ニ近來コナツテ著シイコトハ裁判官ガ公益ヲ顧ミテ犯人ニ向ツテ刑ノ執行猶豫ヲスルト云フコトナドハ所謂司法ノ側ニ於テ行政ノ分子ヲ含ンデ來タノデアリマス、其處分ノ實躰ハ行政ト異ルコトハアリマセン、其他一々理由ヲ陳ベテ論駁スルコトヲ略シマスガ、私ガ今日見ル所

デハ所謂司法ト行政トノ差異ハ唯裁判官ノ身分ガ時ノ内閣大臣ヨリ獨立シテ居ルト云タバケデアル、故ニ論理主義カラ謂フト區別ナシト論ジ得ルノデアル、而シテ沿革主義カラ申シタナラハ其區別ガ認メ得ラルヽカト云フニ、ソレハ歐洲ノ沿革上特ニ公法發達ノ沿革上勿論此區別ヲ認ムルコトガ出來ル、學者ハ須ク此歷史上ノ事由ノミニヨリテ司法行政ノ區別ヲ論ズルヲ至當ト考ヘマス、論理上ヨリ無理ニ區別ヲ立テントスルハ却テ人ヲ以テ特別ノ學問上ノ分科ヲ爲サヌ所ノ一般ノ法令ニ關スル學ナリト定義スルモノデアリマス、之レハ司法行政ノ區別ヲ認メヌヨリ生スル當然ノ結論デアル、詰リ行政法學ハ法律學ノ分科ガ增加發達スルニ從テ漸次其範圍ヲ縮少スベキモノデアリマス次ニ行政法中各種法文ノ解釋ヲ論理主義ヲ以テ斷ジタナラハドウナルカ、同一文字ニハ違ツタ意味ハ現ハレヌ者ト說クノガ至當デアルガ若シ單純ナル文字主義ヲ以テ推ストキハ、總テノ行政法ガ意味ガ無クナツテシマフト思フ、許可ト云フ文字ヲ認可ノ場合ニ用ヰル等殆ンド文字ノ統一ハ出來テ居ラヌ、故ニ正直ニ同ジ文字ハ同ジ意義ヲ現ハスモノト思ヒ、此場合ノ許可ト同ジト信ズルト非常ナ間違ヲ生ズル是ニ於テ行政法ノ文字ノ解釋ハ常ニ法全躰ノ精神ヨリ推シテ合理的ノ解釋ヲ付スルノ必要ヲ感ズルノデアリマス、即チ世上ノ所謂文理主義デナク所謂論理主義ヲ採テ、用語ノ意義ニ融通ヲ付ケナケレハ、行政法ヲ活カシテ解釋スルコトハ出來ナイト存ジマス、併ナガラ行政法ノ解釋ハ悉ク

文理主義ヲ捨ツベキカト云フニ、私ハ勿論然ラズト思フノデアル、例ヘハ官吏服從ノ義務ノ如キハ最モ著シイ例デアリマス、吾々ハ官吏服從規律ノ規定ヲ離レテ官吏ノ服從義務ヲ議論スルコトハ出來ナイト考ヘル、本屬長官ノ命令ハ下官必ス遵守スベシト云フコトハ唯絕對的ニ上官ニ下官ハ服從スベシト云フコトダケヲ發見スルニ過ギヌノデアル、然ルニ獨斷主義ニ依ルト、各般ノ條件ヲ官吏服從義務ノ上ニ加ヘ或ハ下官ニ於テ權限外ト思フ場合ハ服從スルニ足ラヌトカ或ハ違法ト思フトキハ反對セヨトカ、種々法令ニ書イテナイコトヲ論唱シテ說明ヲ試ムルノデアル、ソレハ立法論トシテハ頗ル歡迎スベキモノデアルガ、解釋論トシテハ殆ンド取ルニ足ラヌモノデアル、又モウ一ツ例ヲ擧ケマショウ、ソレハ官吏ノ賠償責任ノ問題デアル、私ハ官吏一旦違法ヲ爲シタト云フコトカ決定ザレタナラハ當然民法七百九條ノ規定ノ適用ヲ受クルモノト思ヒマス、國家ノ意思ニアラザルコトヲ爲シタル官吏ハ官吏ニ非ルハ勿論デアル、故ニ私人ノ行爲トシテ違法行爲ガ成立スルノデアル、此違法行爲ニ因リ他ノ私人ニ財產上ノ損害ヲ與ヘタルトキハ固ヨリ民法第七百〇九條ノ適用ヲ免ルヽコトハ出來ヌト考ヘマス、然ルニ學說トシテハ或ハ權限ノ內外ニ依リテ國家ト官吏トガ責ニ任ズル場合ヲ異ニスト說明シテ居ラル、方モアル、併シナガラ此等ノ微妙ナル議論ハ、私ハ民法又ハ其ノ附屬法律中ニ明記シテナキ限リハ出來ナイト考ヘマス、何處ニモ書テナイコトヲ徒ラニ論唱シテ見テモ、少シモ益ハナイノデアル、又私ハ現行法特ニ官吏

賠償責任ヤ服從義務ニ關スル解釋問題ニ付キ違法ト云フコト、權限ノ内外ト云フコトヲ區別スルコトハ全然分ラヌト考ヘル此ハ少シクワキ道ニ入リマスカラ茲ニハ詳シク論シマスマイ、兎ニ角私ハ此等ノ議論ハスヘテ獨斷主義デハナイカト思フ、大凡法律學ニシテ秘傳ヲ暗誦スルモノデナイ以上ハ此等成文ニ根據セサル立說ハ何等學理上ノ價値ナシト云フヘキテアロートト思ヒマス」

行政法令ノ不備テアルコトハ以上陳ヘマシタ通リテアツタ其ノ上學說トシテ常ニ獨斷カ支配シテ居ルノテアル、ソコテ其ノ人ノ異ナルカ如クニ其ノ說カ異ナツテ居ルノテアリマス、其結果ト致シマシテ、行政法學ヲ學フモノハ常ニ五里霧中ニ彷徨シテ居ルカノ如キ觀ガアル、誰レニ言ハシテモ行政法學ハ纏ツタ學問テアルト言ハヌテアロート考ヘマス、少クトモ民法ヤ商法ノ如ク纏ツタモノテナイト言フテアロート考ヘマス、之ニハ行政法學ヲ說明スル方法カ惡ヒノテナイカト考ヘマス、即チ立法的ノ獨斷カ多クシテ正文ニ根據シタ正確ナル立論カ少ナイカラテアル、私ノ考ヘテハヤハリ行政法モ民法商法ト其ノ研究方法ヲ異ニスベキモノデナイト考ヘマス、即チ成文ヲ根據トシテ之レヨリシテ其說明ヲ進メナケレバナラヌ、成文ハ之ヲ根據トスルニ十分ナモノデハナイコトハ確カデアル、併シナガラ成文カ不備デアルカラト言フテ之ヲ度外視スベキモノデハナイノハ勿論デアル、民法ニハ先ヅ總則ト云フ風ニ編次ガトレテ居ル然ルニ行政法令ハ散漫シタル各種特別法中ニ包含セラレ、之レニ通シテ行ハルヘキ總則ガナイ、又編次モナイ、成文ヲ根據トスルノハ餘程六ツケシイノデアル、併ジ六ツカシイト云フテ自分デ行政法ヲコシテヘルコトハ如何デアロートト考ヘマス要スルニ公法モ亦私法ト同シク成文ヲ經トシ論理ヲ緯トシテ其研究ヲ進ムベキ者デアル、又外國ノ學說ハ其ノ國ノ成文法及沿革ヲ土臺トシテ立フラレタルモノデアルカラ、之ヲ丸飮ミニシ、甚シキハ日本國法成文ノ如何ニ拘ラズ、之ヲ主張スルナドハ以テノ外ノコトデアル、外國ノ學說立法例ハ、政法論即チ立法論ノ參考ニ供スルニハ屈強ノ材料デアル、併シナカラ之ヲ解釋論ノ材料トスルニハ餘程愼重ノ注意ヲ要スルコトト、考ヘマス、

大分ニ長クナリマシタカラモ一ヨイ加減ニ切リ上ゲマスカ、最後ニ一言申シ上ゲ度イノハ、行政法通則ト雖モ決シテ正確ニ論述スルコーガ出來ヌト考ヘマス、從來ノ處デハ行政法ノ總論ナルモノハ學者自ラ立法致シテ居ルノデアル、偖此行政法總則中ニハ先ヅ如何ナルコノ權利ノ關係ヲ規定致シテ居ル民法等ニハ各種特別ノ法律關係ヲ規定スル前豫メ總則ノ規程ガアリマス行政法ニ於キマシテハ特別法バカリデアツテ之ヲ總括スル通則ガナイ、私ノ考ヘデハ、私人相互ノ間ノ法律關係ヲ通シテ行ハルベキ總則法ノ規定ハ同時ニ官廳ト私人トノ間ノ法律關係ヲ規定スル行政法ノ範圍ニ於テモ又必ズ無クテハナラヌモノト考ヘマス、之レカ無イ以上ハ行政法ハドノ樣ナ立派ナ學者ト雖トモ決シテ正確ニ論述スルコーガ出來ヌト考ヘマス、從來ノ處デハ行政法ノ總論ナルモノハ學者自ラ立法致シテ居ルノデアル、偖此行政法總則中ニハ先ヅ如何ナルコ

トヲ規定致スカト云フニ、假リニ民法ノ規定ノ順序ヲ追フテ申シマスルト第一ニ公法上ノ人ト云フコトヲ規定シ公權ノ享有行使、公權能力、公法ノ住所、及失踪ノ公法上ノ關係第二ニ公法人ニ關スル一般規定ヲ設ケ公法人トハ何ゾヤト云フコトヲ叙述スルト同時ニ、必要ナル範圍内ニ於テ其ノ設立、管理、解散ノ公法上ノ性質及公法人カ一面ニ於テ私法人タル性格ニ關スル規定ヲ爲スノ必要カアロート考ヘマス、只今ノ所テハ例ヘハ東京市ト云フモノカ消滅シタトキハ其地方債ハ之ヲ清算スルコトヲ得ルヤ否ヤ等ノ問題サヘ分ラヌノテアル、又第三ニハ法律行爲、即チ公法上ノ法律行爲ニ付キ大ニ規定スルノ必要カアリマス、之レハ二ツニ區別シ第一ニハ官廳ヨリ人民ニ對シテ爲ス法律行爲ノ通則、第二ニハ人民ヨリ官廳ニ對シテ爲ス法律行爲ノ通則テアル、此ノ二ツヲ規定スル前ニ、此兩者ニ通スル總則ヲ設クルコトヲ要スルノテアル、今一寸例ヲ擧ケテ申シマスルト例ヘハ公法上ニ於テ意思表示ノ無效トナルヘキ場合ハドーテアルカ、又取消シ得ヘキ場合ハドーテアルカ、及無效及取消ノ效力ハ如何等ノコトヲ規定シ、一歩進シテハ、官廳ノ處分及人民ヨリ爲ス願書届書等ノ效力ヲ生スル時期ハ通則トシテ發信ニ依ルカ又受信ニ依ヨルカ等ノ問題ヲ定メナケレハナラヌ、此等ノ問題ハ只今ノ所往々各種特則法中個々ニ規定セラレテ居ルモノテアリマスカ其規定ヲ缺如シテ居ル方カ多數テアル、故ニ問題カ起ツタトキニハ少シモ解決カツカヌノテアル、又鑛業條例中ニハ官廳カ人民ノ詐欺ニ因リ處分シタルトキハ之ヲ取消スコトヲ規定シテ居ル、然ルニ詐欺ハ隨分アリ得可キコトテアリマシテ、其之アリタルトキハドースルカト云フニ或人ハ書イテナクトモ當然取消シ得可シト云フ議論ヲ立テル又或ル人ハ書イテナイ以上ハ出來ヌト云フ、私ハ此ノ後ノ說ヲ贊成シナケレハナラヌト考ヘマス、實ニ不都合極マル話デアッテ、最モ常識ニ遠イ議論ヲ爲サナケレハナラヌノハ一トシテ成法ノ不備ニ原因セヌモノハナイノテアリマスソレカラ又第四ニハ公權ノ代理ト云フコトヲ規定スル必要カアル、御承知ノ通リ只今ノ所テハ學者ハ或公權ハ代理スルコトヲ得、或ルモノハ出來ヌト云フテ居ラルヽノテアリマス、私ノ考ヘテハ此等ノコトハ決シテ學說ニ一任スヘキモノテナイ、須ラク出來得ル範圍内ニ於テ明確ニ法律ヲ以テ規定スヘキモノテアル、其規定カナイ以上ハ代理スルコトカ出來ルカ、出來ヌカ、不明テアルノ寧ロ通則トシテハ公權ハ代理カ出來ヌト論定スルノカ學理ノ正鵠ヲ得タルモノテアロート考ヘマス次ニ代理ノ效力ヲ生スル條件等一々茲ニ論述スルコトカ出來ヌ位ニ規定スヘキ問題カアリマス、公法上ノ現象ハ決シテ私法上ノ現象ヨリモ其品數ニ於テ劣リハ致シマセヌ、果シテソーテアルトセハ、民法カ私法上ノ代理ニ關シテ設ケタル規定ハ凡テ又公法上ノ事柄ニ關シテ規定スルノ必要アルノテアリマス其他條件及期限期間ノ問題公法上ノ時效等、一々問題ヲ擧クルニ暇カアリマセヌ此等ノ問題ハ行政法學ノ現狀トシテハ凡テ未定ノ問題テアリマシテ、學者カ勝手ナ議論ヲ立シテ居ル、然ルニ漁業法又ハ土地下戻法等ノ如キハ、此事ヲ規定シテ居ラヌノテアリマス、然

ツルニ任セテアル、學者ガ任意ニ立說ヲスルノハマタ差支ハアリマセヌガ實際行政ノ衝ニ當テ居ル官吏及人民カ常ニ五里霧中ニ彷徨シテ、人民ハ趨ク所ニ迷ヒ、官吏ハ空理空論ニ時間ヲ費スコトノ多イノハ國家ノ發達上一日モ速カニ避クヘキコトデハアリマセヌカ、

ソレカラ一般ノ通則カ出來タル後ハ一方ニ於テ民事訴訟法ニ相當スル行政裁判法訴願法等ノ規定ヲ完備ニスル必要カアル、之レハ人民ニ於キマシテ其公權及公利益ヲ伸長スル方法デアリマスカ官ニ於テ其公權及公利益ヲ伸長スルコトヲ要セス、自ラ進ンテ之ヲ執行スルノデアルカ、其之ヲ規定シテ居ル行政執行法ノ如キモ、益精密ナル研究ヲ遂ケテ、立法ノ進歩ヲ圖リ、人民ノ權利ヲ安固ニシ、行政ノ秩序ヲ益整頓スルヲ要スルノデアリマス、

公法ハ只今ノ處タダ〳〵幼稚ナル時代ニ在ルノデアリマスカ、回顧致シマスレハ十九世紀ニ於ケル公法學ノ發達ハ實ニ著イモノデアツテ、『官民ノ間ニ存在スル權利關係ハ私人相互ノ間ニ存在スル權利關係ト其躰樣ヲ同クスルモノナリ』ト云フノ結論ニ達シタノデアリマス、然ルニ、此結論ニ附隨スヘキ法制ハ未タ客觀的ニ備ハツテハ居ラヌノデアリマス、之レ官民間ノ關係ハ私人間ノ關係ノ如ク平等デハアリマセヌカラ、官自ラ法令ヲ以テ自己ヲ拘束スルコトカ薄イカラデアリマス、言ヲ換ヘテ申シマスルト、マダ〳〵官ニ於テ自由裁量ノ餘地ヲ廣クシテ置ク政治上ノ必要カアルカラデアリマス、是ニ於テカ學理上ノ結論ト、實際トハ往々ニシテ相牴觸スルコトヲ免レマセヌ、公法ノ學者ハ此ノ間ニ板挿ミニナツテ、『ダイアゴナル』ノ步武ヲ採ツテ居ルカノ如ク考ヘラルルノデアリマス、然レトモ、法律論トシテハ、行政法通則制定ノ必要カアルトシテモ、政治論トシテハ、必シモ、之ニ同意セサルヲ得ルノデアリマス、即チ『ボンヤリ』トシタ所ガ、即チ行政實際ノ妙味ガアル所デアルカモ知レヌノデアリマス、然レドモ學理ハ學理デアル獨立ノ範圍ニ於キマシテハ行政法通則制定ノ必要ヲ論唱シテ止マヌノデアリマス然リ而シテ如何ナル範圍ニ於テ之レカ規定ヲ設ク可キヤニ付キマシテハ政治論ハ之カ裁斷ヲ與フルテアロート考ヘマス、大分ニ長クナリマシタガ、以上陳ヘマシタ所ヲカイ摘シテ申シマスルト公法ト雖モ私法ト同シク成文ヲ基礎トシテ論シナケレハナラヌ、成文ノ欠缺セル部分ハ即チ法カ無イノデアル、行政官トシテハ便宜之ヲ補塡シテ處分スヘキデアルマリ猥リニ任意ノ獨斷ヲ以テ立法スルノハ宜敷ナイ、須ラク論理主義ノ說明ヲ一貫シ沿革主義ノ說明ヲ參照トシテ進マナケレハナラヌ、若シ此方法ヲ以テ公法ノ研究ヲ爲ストキニハ至ル所未定ノ問題ニ遭遇シ進退谷マルコトヽナル是ニ於テカ速カニ行政法通則ヲ制定シテ百般ノ疑團ヲ解キ行政法學ノ基礎ヲ不動ノ地盤ノ上ニ建ツルト同時ニ官吏及人民ヲシテ豫メ憑據スル所ヲ知ラシメ法治行政ノ眞諦ニ達スルコトヲ希望スト云フノデアリマス詰ラヌコトヲ長々シク御話致シマシテ

定メテ御退屈デアリマシタテショー。（行協、五、一一……六、一）

○慣習法ノ性質……法學博士　一木喜德郎君

普通ノ學說ニヨレハ現行法ノ根據ハ凡テ國民ノ中ニ存スル道理ノ觀念ニ在リ國民ノ間ニ磅礴スル法理ノ觀念ハ直接ニ法ヲ生スルコトアリ直接ニ法ヲ生スル方法ハ慣習ニシテ間接ニ法ヲ生スル方法ハ成文法ナリ是レ『サビニー』以來一般ノ學說ナリ慣習法ハ果シテ國家ト關係ナク獨立ニ其效力ヲ有シ而モ能ク國家ヲ羈束スルコトヲ得トスレハ國家カ自ラ加フル制限ノ外法律上自己ヲ制限スル勢力アルヲ認メサル可ラス是レ正ニ國家ノ觀念ニ反ス然レトモ慣習ノ法規トナルハ單ニ國民ノ確信スル所ニ由ルニアラスシテ國家ノ默認ニ依テ法規タル效力ヲ有スルモノナレハ慣習法ノ效力ハ國家ノ性質ト相容レサルモノニアラス

國家ハ一國內ノ法規ヲ設ケ國家內ノ秩序維持權ヲ有スルノミナラス又其職務ヲ有ス故ニ國家ハ其意思ノ働ニヨリ全ク慣習法ヲ禁シ又ハ之ヲ制限スルコトヲ得又ハ現在ノ慣習ヲ廢止變更スルヲ得然ルニ國家ハ或場合ニハ此權ヲ實行セス慣習カ國民ノ精神上ニ有スル勢力ニヨリテ各權利主體ノ間ノ關係ヲ定ムルニ一任スルトキハ國家ハ此消極的擧動ニヨリ慣習法ヲ默認シタルモノト言ハサル可ラス慣習ハ國家ノ此默認ニヨリ法規タルノ效力ヲ有ス故ニ慣習法ハ國家ノ行爲ヲ束縛スルコトアルモ國家カ任意ニ束縛ヲ加ヘタル外ナラス如斯慣習法ハ國家ノ默認ニヨリ效力ヲ有スルモノニシテ國家ノ意思ニ反シテ效力ヲ有スルコトヲ得ス故ニ左ノ結果ヲ生ス

第一　慣習法ハ成文法ヲ以テ廢止變更スルコトヲ得

第二　慣習法ノ發生ハ成文法ニヨリテ全ク之ヲ禁止シ又ハ之ヲ制限スルコトヲ得

第三　慣習法ハ成文法ヲ廢止變更スル力ナシ（法政、一七）

○執行罰ニ付テ……法學士　副島義一君

執行罰ハ行政官廳カ或一定ノ人ニ或一定ノ行爲不行爲ヲ命シ之ニ從ハサルトキ一定ノ罰ヲ科スルコトヲ豫メ戒告スル場合ニ生ス此執行罰ハ國家ノ一般強制權ノ作用ニ出ツルモノナルヲ以テ憲法ノ所謂處罰中ニ包含スルモノナレトモ刑法上ノ刑罰トハ少シク其性質ヲ異ニシ行政處分執行ノ強制方法タル性質ヲ有スルモノトス執行罰ニ處スルコトハ處分令ニ違反シタル後ニ於テ始メテ定ルモノニアラスシテ處分令違反ノ有無未タ判然セサルトキニ既ニ定メラルヽモノナリ通常ノ刑法上ノ刑罰ヲ加フルニハ各箇ノ場合ニ於テ法律違反ノ行爲アリタル後ニ確定スルモノナリ之ニ反シテ強制方法タル執行罰ハ前以テ條件付ニテ之ヲ科シテ以テ不服從ヲ防禦スルモノナリ通常ノ刑罰ハ既ニ生シタル法規違反ノ事實ニ付テ之ヲ加ヘ之ヲ執行スルモノナリ執行罰ハ將來ノ服從ヲ壓

制スル爲メニ之ヲ加ヘ之ヲ執行スルニハ命令不服從ノ狀態カ永續スルコトヲ必要トス是レ其強制方法タル性質ニ基クモノナリ執行罰ハ代執行ト同一ノ關係ヲ有ス例ヘハ或建物カ腐朽シテ危險ナルカ爲メニ之ヲ破壞ヘスキコトヲ命シ若シ之ニ從ハサルトキハ第三者ヲシテ代リテ之ヲ破壞セシメ其費用ヲ辨償スヘキコトヲ命令シタル場合ニ於テ義務者ハ若干時ノ間其破壞ニ着手セサルモ警察官カ未タ之ヲ知ラサル間ニ既ニ破壞シタルトキ又ハ他ノ力ニ依リテ既ニ破壞シタルトキハ第三者ヲシテ代リテ之ヲ破壞セシメ又其費用ヲ辨償セシムルノ必要ナシ執行罰モ亦全ク之ト同一ノ關係ヲ有スルモノナリ又執行罰ハ行政處分執行ノ强制方法ナルヲ以テ一タヒ罰ヲ科シタルニモ拘ラス尙ホ命令ニ服從セサルトキハ更ニ同一ノ命令ヲ發シ其命令ニ服從セサル場合ニ於テ同一ノ罰ヲ再ヒ科スルコトヲ得執行罰ハ主トシテ警察官廳ノ處分ヲ執行スル爲メニ之ヲ應用セラル然レトモ其他ノ行政官廳モ人民ニ法律上ノ義務ヲ履行セシムル爲メニ之ヲ應用スルコトヲ得但シ其法律ニ於テ一定ノ制裁ヲ規定セサル場合ニ限ルモノトス執行罰ハ通常刑法上ノ刑罰トハ異ナルモノナルカ故ニ必スシモ司法裁判所ニ於テ宣告スルノ必要ナシ然レトモ憲法ノ所謂處罰ナルヲ以テ之カ種類程度ニ關スル規定ハ固ヨリ法律ヲ以テ規定セサルヘカラス從來我國ニ於テハ此種類ノ罰ハ存セサリシカ明治二十三年六月法律第八十四號ヲ以テ此種ノ罰ノ規定ヲ設ケタリ

同法律第五條ニ『常設行政官廳ハ法令又ハ法令ニ基ツキテ爲ス處分ニ依リ命ジタル行爲又ハ不行爲ヲ强制スル爲メ左ノ處分ヲ爲スコトヲ得

一　……

二　强制スヘキ行爲ニシテ他人ノ爲スコト能ハサルモノナルトキ又ハ不行爲ヲ强制スヘキトキハ命令ノ規定ニ依リ二十五圓以下ノ過料ニ處スルコト』前項ノ處分ハ豫メ戒告スルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス云々

トアリ此規定ニ依リ科スル過料ヲ通常執行罰ト稱スルナリ今爰ニ一ノ問題ヲ生ス此執行罰ハ法令ノ規定セル罰ト之ヲ併科シ得ルヤ否ヤノ問題是ナリ例ヘハ刑法ニハ官署ノ督促ヲ受ケテ道路ノ掃除ヲ爲サヽル者制止ヲ肯セスシテ路傍ニ食物其他ノ商品ヲ羅列シタル者等ヲ拘留又ハ科料ニ處スルコトヲ規定セリ此場合ニ刑法上ノ罰ト執行罰トヲ併科シ得ルヤ又刑法ニハ醫師、化學家其他職業ニ因リ官廳ヨリ解剖、分析又ハ鑑定ヲ命セラレタル者故ナクシテ之ヲ肯セサルトキハ罰金ニ處スト アリ又徵兵令ニハ一定ノ年齡ニ達シタル者ニシテ適齡屆ヲ爲サス又身體檢查ヲ受ケサル者ハ罰金ニ處スルコトヲ規定セリ今此等ノ場合ニ此法令ノ規定セル罰ト執行罰ト之ヲ併科スルヲ得ルヤ多少ノ爭疑ノ存スル所ナリ

或ハ曰ク執行罰ハ其性質上行政ノ强制方法ナリ他ノ代執行、直接强制ト同シク强制方法ナリ故ニ

他ノ強制方法ヲ應用シ得ル場合ニハ亦執行罰ヲ應用シ得ヘシ例ヘハ代執行ノ如キ法令ノ直接ニ規定セル罰ヲ科シタル後ニ於テモ必要ノ場合ニハ猶ホ之ヲ行フコトヲ得然ラハ執行罰モ亦之ヲ併科シ得サルノ理ナシト然レトモ是レ法令規定ノ罰ハ執行罰ト其性質ヲ同シウスル點アルコトヲ深ク研究セサルノ見ナラスンハアラス

凡ソ罰トハ之ヲ簡單ニ云ヘハ法ニ依リテ定メタル命令又ハ禁令ヲ過去ニ犯シタル者ニ對シ或痛苦ヲ科スルコトヲ謂フナリ故ニ罰ト強制トハ全ク相異ナルモノナリ強制トハ或命令又ハ禁令ニ適合セル狀態又ハ所作ヲ現在又ハ將來ニ直接ニ維持スル爲メニナス作用ナリ然レトモ『法ノ規定ナケレハ罰スルヲ得ス』トノ原則ニ依リ或人ニ公ノ罰ヲ科スルニハ刑法ニ於テ前以テ科罰ノ規定ノ設アルコトヲ必要條件トス此科罰ノ規定ハ各人ニ對シテハ心裡的強制手段タルノ性質ヲ有スルモノト爲ルモノタリ蓋シ此科罰ノ規定ハ關係者ナシテ命令禁令ニ適合スル所作ヲ爲サシムヘク強要スルモノナレハナリ而シテ行政官廳殊ニ警察官廳カ其處分ヲ執行セシムル爲メニ應用スル執行罰モ亦全ク心裡的強制ノ方法タルノミ即チ行政官廳カ或不行爲行爲ヲ命スルトキ（而シテ其命令セラレタルコトカ第三者ヲシテ爲スヲ得サラシムル性質ノモノナルトキハ或ハ第三者ヲシテ代リテ之ヲ爲サシメ義務者ニシテ費用ヲ辨償セシムルコトヲ得サル性質ノモノナルトキハ）處分ヲ受ケタル者ハ此執行罰ノ戒告ニ依リ或不行爲又ハ或行爲ヲ爲スコトニマテ強要セシメラルヽモノナリ故ニ法令ニ由リテ直接ニ公ノ罰ヲ科スルコトヲ規定スルモ行政官廳ノ處分ニ由リテ執行罰ヲ應用スルコトヲ得

是故ニ行政官廳ノ處分ニ由リ命シタル行爲又ハ不行爲カ法律又ハ法規命令殊ニ警察令ニテ科罰ノ下ニ規定セラレアルトキハ官廳ノ發スル心裡的強制方法ハ之ヲ應用スルヲ得サルモノトス法律又ハ警察令　行爲不行爲ヲ一定ノ科罰ノ下ニ規定シ此科罰ハ同時ニ心裡的強制ノ程度、種類ヲ指示シ應用シタルナリ此程度、種類ハ命令禁令ニ適應ノ所作ヲ持來スヘク爲メニ應用セサルヘカラス又應用サレ得ヘキモノナリトス故ニ官廳ハ之ヲ超越シテ強制罰ヲ科スルヲ得サルナリ若シ法律ニテ規定シタル科罰ヲ官廳ノ處分ニテ之ト重複シテ命スルハ是レ禁セラレタル行爲又ハ不行爲ニ基キテ生スヘキ法律結果ヲ唯注意的ニ指示シタルノ外其他ニ效力ナキモノトス

蓋シ法令ニ於テ此ノ如キ行爲不行爲ノ違反ノ場合ニハ一定ノ罰ヲ科スト規定セルハ即チ心裡上ノ強制ヲ爲シタルナリ法令カ此ノ如キ場合ニハ此ノ如キ程度ノ心裡上ノ強制ヲ科スト規定セル以上ハ是レヨリ以上ノ強制ヲ加フルヲ得サルナリ何トナレハ法令カ同一ノ事實ニ二重ノ同一性質ノ強制罰ヲ加フヘキコトヲ規定セリト推定スルヲ得サルヨリ又此場合ニ法令ノ直接ニ規定セル罰ヲ加ヘテ行政官廳ノ處分ニ依ル罰ヲ加フルヲ得サルハ何故ナルヤト云フニ蓋シ法令ノ規定セル

罰ハ必ス之ヲ科セサルヘカラス之ヲ科スルト否トハ之ヲ掌ル官廳ノ自由トスル所ニアラス之ニ反シ行政官廳ノ處分ニ由ル强制罰ハ唯實際上必要ノ在ル場合ニ之ヲ科スルコトヲ得ルノミ必要ナケレハ之ヲ科スルコトヲ得サルナリ今科セサルヘカラサル罰ト科スルヲ得ル罰ト同一ノ事實ニ併生シ而シテ二重ノ同一性質ノ罰ヲ科スルヲ得ストスルトキハ此科スルヲ得ル罰ハ之ヲ科スルコトヲ得サルモノタルコトハ蓋シ當然ノ理ナリトス故ニ此際ニ當リ行政官廳ハ其處分ニヨリ執行罰ヲ科スルヲ得スト云ハサルヘカラス

尙ホ執行罰ノ適用ニ付テハ次ノ件々ニ注意スルヲ要ス

(一) 行政官廳ハ刑法又ハ法規命令ノ違反アル前ニ公益上必要ナルトキハ不法ノ行爲、不行爲ヲ豫メ防止スヘキ手段ヲ執ルヘキ權利ト義務トヲ有スヘシ此際ニ於テ行政官廳ハ出來得ヘクハ殊ニ不行爲ヲ命セル場合ニハ法律上其自ヒニ屬スル直接ニ作用スル外形的ノ强制手段ヲ應用スルコトヲ得ヘシ之ニ反シ執行罰ヲ法令ニテ定メタル科罰ト共ニ之ヲ科スルヲ得サルナリ故ニ例ヘハ官許ヲ得スシテ劇場其他觀物場ヲ開キタル者ハ科料又ハ拘留ニ處スト雖モ警察官存スル場合ニ警察官暑ハ或劇場主カ許可ヲ得サルニ拘ラス劇場ヲ開始セントシタルトキ公益上必要ナルトキハ集會セル演藝者、觀客ヲ直接ニ警察上ノ處分ニテ退場セシメ又ハ演戲場ヲ閉止シテ以テ演戲ヲ妨止スルヲ得ヘシ之ニ反シ若シ其場主ニ發シタル處分ニ執行罰ヲ科スト雖モ附加ヲナシタルトキハ此處分ハ取消サルヘキモノナリトス

(二) 公益上必要ナルトキハ行政官廳ハ違反ノアリタル後其不法違反ニ對シ法令ノ直接ニ規定セル處罰アリタルト否トニ關セス違反ニ因リ惹起サレタル不法ノ狀態ヲ除却スル爲メニ必要ノ手段ヲ盡スハ其責務ナリトス

尙ホ之ニ付キ不行爲及ヒ行爲ヲ區別シテ或不行爲ヲ要求セルニモ拘ラス不法ニ行爲ヲ爲シタル場合ニ公益上此狀態ヲ除却スルヲ必要トスルコトアリ例ヘハ或人カ法律又ハ命令ノ規定ニ反シ或建築ヲ爲シタル場合ノ如シ此違法ニ生シタル狀態ヲ除却スル爲メニハ違反者ニ對シ發シタル處分ヲ執行スル爲メニ警察官廳ハ自己ニ屬スル總テノ强制手段ヲ應用シ得ヘシ此場合ニハ警察官廳ハ縱令法令ニテ直接ニ處罰ヲ規定セルニ拘ラス尙ホ心裡上ノ强制トシテ効力アル執行罰ヲ應用スルヲ得ルナリ何トナレハ警察官廳カ不法ノ公共ノ損害ト爲リ又ハ危險ト爲ル狀態ヲ除却スル爲メニ處分令ニ由リテ定メタル命令ハ此狀態ヲ惹起スヘキ行爲ヲ止メシムヘキ法律上ノ命令トハ同一ノモノニアラサレハナリ

然レトモ警察官廳カ違法ノ狀態ヲ除却スル爲メニ爲シタル處分ト既ニ違反ヲ爲シタル後更ニ新ナル違反ノ發生ヲ防止スルヲ目的トスル處分トハ之ヲ混スヘカラス此終ノ場合ノ目的ヲ達スル爲メ

ニ用フヘキ強制方法トシテ(一)ノ場合ニ述ヘタル法違ヲ防止スル爲メノ手段ハ總テ之ヲ應用シ得ヘシ例ヘハ旅宿、料理店、酒店等ヲ營マントスル者ハ許可ヲ要ス若シ許可ナクシテ營業ヲ爲シタルトキハ罰金ニ科セラルトノ規定アル場合ニ或人カ警察廳ノ許可ナクシテ或一定ノ場所ニ酒店ヲ營ミタルトキハ官廳ハ之ニ由リテ生シタル違法ノ狀態ヲ除却スル爲メニ法律ノ定メタル手段ヲ以テ其場所ヲ閉止シ又ハ其場所ヨリ立退ヲ命シ之ヲ強制スルヲ得又此場合ニ執行罰ヲ科スルニ由リテ之ヲ強制スルコトヲ得之ニ反シ苟モ各箇ノ行爲ニ因リ消滅シ更ニ新タル違反ノ行爲ト爲ルヘキ營業ヲ豫メ防止スル爲メニハ執行罰ヲ科スルコトヲ得サルナリ

(ロ)　法律又ハ法規命令カ或行爲ヲ爲スヘキコトヲ刑罰ヲ科シテ命スル場合　其行爲ヲ爲サスシテ其法令ニ違反スルコトアルトキハ既ニ刑罰ヲ科セルコトモ拘ラス警察官廳ハ其行爲ヲ後來行ハシムヘキコトヲ其利益ト爲スコトアリ例ヘハ或警察令ニ於テ或營業者ニ一定ノ期日ニ營業帳簿ヲ提出シテ檢査ニ供セシムヘキコトヲ罰則ヲ附シテ規定セル場合ニ若シ其期日ニ其行爲ヲ爲ササルトキハ其違反者ヲ罰スヘシ然レトモ猶ホ其行爲ヲ後來爲サシムルコトアリ然ルトキハ警察官廳ハ其行爲ヲ後來爲サシムヘキ爲メニ強制方法ヲ用フルコトヲ得ヘシ此強制ハ其性質上違法ノ狀態（此狀態ハ其消極的ノ性質ノ爲メニ外形上ノ顯象ヲ有セス）ヲ除却スル爲メニ向ケラル隨テ其實質ハ既ニ違反セラレタル一定ノ期日ニ行爲ヲ爲スヘク要求セラレタル刑法上ノ命令トハ同一ノ行爲ニハアラサルナリ

故ニ警察官廳ハ或行爲ヲ後來爲スヘキコトヲ義務者ニ對シ強制的ニ要求スヘキ權能ヲ有スルトキハ此結果ヲ惹起サシムル爲メニ心裡上ニ作用スヘキ強制方法即チ執行罰ヲ科スルコトヲ定ムルヲ得ヘシ但シ此場合ニ於テモ警察官廳ハ前ニ述ヘタル如ク法律ノ命シタル行爲ヲ後ヨリ爲サシムル爲メニ行フ警察上ノ執行方法ヲ更新ノ違法ヲ防止スル爲メニ之ヲ應用スルヲ得ス法律ニ由リ一定ノ時期ニ反覆シテ爲スヘク要求セル行爲ヲ新ニ爲サヽルコトヲ防止スル爲メニ之ヲ應用スルヲ得サルナリ例ヘハ屠牛簿ヲ命令ノ定メタル期日ニ提出スルコトヲ怠リタルユヘ其提出ノ執行罰ヲ科シテ命スルコトハ敢テ妨ナキ所ナリ然レトモ尙ホ未タ來ラサル次ノ期日ニ提出セシムル爲メニ執行罰ヲ科スルコトハ許サヽル所ナリ（法志、一七）

○公用徵收法大意……法學博士　一木喜德郎君

公用徵收法ハ國家ノ目的ヲ以テ專ラ個人ノ權利ヲ保護スルニ在リトシ個人ノ利益ノ外、國家全體ノ利益アルコトヲ認メサルノ時期ニ存在セス箇人ノ權利ヲ保護スルハ即チ國家ノ目的ナルトキハ國家ノ目的ノ爲個人ノ權利ヲ剝奪スルノ理ナシ此時期ニ在テハ公用徵收ハ國家ノ目的ニ背馳スルモノト謂ハサルヲ得サルナリ公用徵收法ハ又獨國家ノ利益ヲ認メテ而シテ個人ノ利益ヲ認メサル

ノ時期ニ存在セス國家ハ其利益ノ爲必要アル毎ニ擅ニ臣民ノ利益ヲ剝奪スルコトヲ得ヘキノ時代ニ在テハ公用徴収法ハ毫モ實用ヲ有セサルナリ國家ノ利益ト個人ノ利益ト兩々並存シテ各適當ノ限界ヲ守リ國家ハ獨リ個人ノ權利ヲ保護スルヲ目的トスルノミナラス各種ノ設營ニ由リ國家及臣民ノ幸福ヲ增進スルノ天職ヲ有スルノ理世ニ認メラルヽニ至リタル後公用徴收法ハ始メテ發達スルノ地ヲ得タリト謂フヘシ故ニ公用徴收法ノ發達ハ最近ノ時代ニ在リ而シテ特ニ其發達ヲ誘ヒタルモノハ孰レノ國ニ於テモ鐵道敷設ノ必要ナリ

公用徴收法ノ最モ早ク發達シタルハ佛國ニ在リ佛國ノ公用徴收法ハ千八百七年ノ法律之カ基ヲ開キ爾來數次ノ改正ヲ經テ千八百四十一年五月三日ノ法律ニ由リ始メテ大成セリ而シテ英孛兩國ヲ始メトシテ現今諸國行ハルヽ公用徴收法ハ皆摸範ヲ此ニ取ラサルナシ故ニ公用徴收法ハ行政法ノ各部中諸國制度ノ間ニ差異最モ少ク普通ノ原則最モ多キモノヽ一タリ今公用徴收法ヲ論スルニ當リ往々言ノ諸國制度ニ及フモノアルハ敢テ諸國ノ法制ヲ詳ニ相對照シ萬國普通ノ原則ヲ定メンコトヲ期スルニ非ス唯諸國制度ノ關係右ニ陳フルカ如クナルカ故ニ我國ノ公用徴收法ヲ述フルニ當リ聊カ講究ノ資タルコトアルヘキヲ以テノミ

第一節　公用徴收ノ觀念

公用徴收トハ國家ノ命令ニヨリ公益ノ爲必要アル場合ニ於テ特定ノ物ニ對スル所有權又ハ其他ノ物權ヲ徴收シテ之ヲ國家若ハ第三者ニ移シ又ハ其物ニ對シテ國家若ハ第三者ノ爲ニ物權ヲ設定スル處分ナリ

一、公用徴收ハ國家ノ命令權ノ作用ナリ故ニ公法ニ屬スルモノニシテ私法ニ屬スルモノニ非ス公用徴收ハ往時一般ニ强制賣買ト認ムラレ諸國ノ法律モ亦或ハ明ニ此思想ニ基ケルモノアリ例ヘハ孛國ノ法典ノ如キ是ナリ然レトモ今日ニ在テハ此思想ノ誤ナルコト私法學者ハ且ク措キ公法學者ノ普ク認ムル所ナリト謂フヲ得ヘシ公用徴收ハ徴收者ト被徴收者トノ合意ニ基クモノニ非ス强制賣買說ヲ唱フル者ハ曰ク此場合ニ於テハ被徴收者ノ意志ハ法律ニ由テ補充セラレタルナリト然レトモ是假設ノ甚タシキモノニシテ『ラーバンド』(Laband im Archiv für civilistische Praxisbd. 52s. 172)、カ之ヲ禁錮ノ刑ニ處セラレタル者ヲ目スルニ下宿人ヲ以テシ脫稅ニ由リ物品ヲ沒取セラレタル者ヲ目スルニ國家ニ贈與シタル者ヲ以テスルニ比シタルハ敢テ不倫ノ比較ニ非サルナリ加之賣買ニ關スル原則ノ公用徴收ニ適用スヘカラサルコトハ『ラーバンド』並ニ『グリーンフート』(Grünhut im Ha dwötterbuchder Staatswissenschaften bd III P, 265 fg Randa in Grünhuts Zeitschrift XI s 10 fs.)ノ證スル所ナリ例ヘハ收用セラレタル物件ニ隱レタル瑕疵アルモ又所有權カ被徴收者ニ屬セサリシ場合ニ於テモ被徴收者ハ之カ責ニ任スルコトナク被徴收者眞ノ所有者ニ非サルモ眞ノ所有者ハ徴收者ニ對シ物件ノ還付ヲ求ムルコトヲ得ス世襲財産ノ如キ賣買ノ禁

アルモノト雖トモ徴収ノ効力ニ影響ナク又徴収ニ由テ所有權ノ移轉スルハ被徴收者ヨリ物件ノ引渡ヲ爲スヲ要セサルカ如キ其著シキモノナリ之ヲ要スルニ公用徴収ハ公法上ノ處分ニシテ私法上法律行爲ニ關スル法則ヲ以テ說明スルコトヲ得ヘキモノニ非サルナリ

協議ニ由テ物件ヲ賣買スル場合ニハ其行爲ハ賣買ノ性質ヲ有スルヤ又ハ此場合ニ於テモ目スルニ賣買ヲ以テスルコトヲ得サルカハ學者ノ說ノ岐ルル點ナリト雖トモ公用徴収ノ裁決前ニ在テハ徴収セラルヘキ物件ハ法律上未タ決定セサルヲ以テ所有者ハ法律上ノ必要ニ迫ラレテ協議ニ應シタルモノナリト謂フヲ得ス假令所有者ハ事實公用徴収ノ決行セラルヘキコトヲ豫想シテ協議ニ應スルモ是毫モ合意ノ成立ヲ防ケス故ニ公用徴收ノ裁決前協議ニ由テ物件ヲ買收スルハ賣買ノ性質ヲ有スルモノト謂ハサルヘカラサルナリ

二、公用徴収ハ處分ナリ國家ハ其命令權ニ基キテ發シタル法規ニ由リ一般ニ或ル種類ノ私權ヲ廢シ又ハ制限スルアルヘシト雖トモ此ノ如キ之ヲ公用徴收ト稱スルハ固ヨリ權利ヲ侵シタルモノニ非ス此場合ニ於テハ必スシモ權利ノ廢止又ハ制限ニ對シテ賠償ヲ與フルノ要ナシ其之ヲ與フルハ特別ノ立法上ノ理由アルニ由ルナリ

三、公用徴收ハ所有權又ハ物件ヲ國家若クハ第三者ニ移シ又ハ國家若クハ第三者ノ爲メ物權ヲ設

定スルモノナリ故ニ獸疫ノ傳播ヲ防クカ爲患畜ヲ撲殺スルカ如キ警察ノ目的ノ爲ニ危險ノ物件ヲ毀棄スルニ止リ所有權又ハ物權ヲ移スコトヲ要セサルモノハ公用徴收ニ非サルナリ此ノ如キ警察上ノ處分ニ對シテモ往々賠償ヲ與フルコトアルヲ以テ形式ニ於テハ公用徴收ニ類スル處アリト雖トモ是畢竟獸疫ノ隱蔽ヲ防クカ爲メ其他特別ノ立法上ノ理由ニ基クモノニシテ本來賠償ヲ與フルヲ通則トスルモノニ非サルナリ

四、公用徴收トハ特種ノ物ニ對スル所有權其他ノ物權ヲ徴收スルモノナリ公用徴收ト租稅トハ均シク公益ノ爲ニ財產ノ一部ヲ徴收スルモノナレトモ其徴收スル物件ヲ異ニス租稅トシテ徴收シタル物ハ其現形ノ儘公用ニ供スルモノニ非スシテ他ノ公用ニ供スヘキ物件等ニ變形シテ始テ公用ニ供セラルヽモノナリ隨テ金錢經濟ノ行ハルヽ今日ニ於テハ租稅ハ貨幣ヲ以テ徴收スルヲ例トス故ニ租稅ニ對シテハ賠償ヲ與フルニ由ナク臣民ハ爲ニ幾分ノ財產ヲ減スルヲ免レス之ニ反シテ公用徴收ハ徴收スル所ノ物件ヲ其現形ノ儘公用ニ供スルカ爲ニ徴收スルモノニシテ其價格ニ當ル財產ヲ徴收スルノ目的ヲ有セサルカ故ニ賠償ヲ與ヘテ以テ被徴收者ノ財產ノ總額ニ減少ナカラシムルヲ通則トス

五、公用徴收ハ一定ノ要件備ハリタル場合ニ於テ法ノ豫期スル所ノ處分ナリ必要已ヲ得サルノ場合ニ於テ法ノ認メサル臨機ノ處分ヲ行フモノト全ク其趣ヲ異ニス故ニ公用徴收ハ所謂緊急權ノ作

用ニ非サルナリ

第二節　公用徴收權ノ根據

公用徴收權ノ根據ニ關スル最モ普通ノ說明ハ私ノ利益ハ常ニ公ノ利益ニ讓ラサルヘカラスト謂フニ在リ然レトモ所有權ハ一ノ權利ナリ而シテ此說ハ未タ何カ故ニ國家カ私人ノ權利ヲ徴收スルコトヲ得ヘキヤヲ說明セサルナリ

故ニ學者或ハ曰ク所有權ハ一ノ權利ナレトモ國家モ亦權利ヲ有ス而シテ國家ノ權利ト私人ノ權利ト相牴觸スル場合ニハ後者ハ前者ニ讓ラサルヘカラスト(Schutzepreussisches Staatsrecht II. 5. 88)然レトモ二箇ノ權利ノ間ニ如何シテ牴觸ヲ生スルコトヲ得ヘキヤ同一ノ國法ハ如何シテ二箇ノ相牴觸シタル權利ヲ設クルヲ得ヘキヤ若シ二箇ノ權利ノ間眞ニ抵觸アリトセハ一ノ權利ハ他ノ權利ニ讓ラサルヘカラサルノ理ナシ若シ一ノ權利ハ他ノ權利ニ讓ラサルヘカラストセハ是レ即チ一ハ他ニ對シテ權利ヲ有セサルナリ是レ即チ二者ノ問毫モ牴觸ナキナリ

抑モ所有權ハ私法上ノ權利ナリ公法上ノ權利ニ非ス私人ト私人トノ間ニ存在スル權利ナリ國家ト私人トノ間ニ存在スル權利ニ非ス故ニ國家カ公益ノ爲之ヲ徴收セントスルトキハ私人ハ所有權ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ス國家ト私人トノ問毫モ權利ノ衝突アルコトナシ(Rosin polizeiverordnungsrecht s. 292)猶ホ何ソ權利ノ優劣ヲ論スルノ要アランヤ

公用徴收權ノ根據ハ極メテ單純ナリ國家ハ統治權ノ主体ニシテ其自カラ限ラサル限ハ臣民ニ對シテ無限ノ命令權ヲ有ス而シテ國家ハ私人ノ所有權ヲ認ムルモ是毫モ國家ノ命令權ヲ制限スルモノニ非サルカ故ニ國家ハ必要ト認ムル場合ニ於テ所有權ヲ徴收スルヲ妨ケラルヽコトナシ之ヲ要スルニ公用徴收權ノ根據ハ命令權ニ在リ而シテ公用徴收權ノ存在スル所以ハ國家カ廣ク臣民ニ對シテ命令權ヲ有スル所以ノ理ト異ナルコトナク特ニ公用徴收ニ關シテ之ヲ論スルヲ得ス又之ヲ論スルヲ要セサルナリ

右ニ陳タル如ク公用徴收權ハ民法上ノ權利ト牴觸スルモノニ非サルカ故ニ他ニ特別ノ規定ナキ以上ハ必シモ法律ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ要セサルノ理ナリト雖モ諸國ノ憲法ハ皆明文ヲ以テ其必ス法律ノ規定ヲ要スルコトヲ定メタリ

第三節　公用徴收權ノ主體

公用徴收權ノ主體ハ國家若ハ國家及地方團體ニ限ルヤ又ハ會社其他私人モ公用徴收權ノ主體タルコトヲ得ルヤハ一ノ疑問ナリ佛國ノ公用徴收法(第六十三條)ハ工事免許人ハ法律ニ依リ行政府ニ

與ヘラレタル一切ノ權利ヲ行使スヘキコトヲ規定スルヲ以テ公用徵收權ノ主體ハ行政府ニシテ工事免許人ハ單ニ委任ニ由リ其權ヲ行フモノト認メラルト雖モ此問題ハ獨逸ニ於テハ學者ノ大ニ爭スル所ナリ而シ二三ノ學者ハ國家（bornhak a. a. O. p. 295）若ハ國家及地方團體（Grünhut a. a. a. O. p. 258,）ニ限リテ公用徵收權ノ主體タルヲ得ヘキコトヲ主張スルニ反シ多數ノ公法學者ハ會社私人モ其主體タルヲ認ムルコトニ於テ一致スルカ如シ

蓋シ會社私人モ公用徵收ニ由テ所有權其他物權ヲ取得スルヲ得ルコトハ疑ヲ容レサルノ事實ナリ『グリユーンフート』カ徵收セラレタル物件ハ皆公有物ニ屬スル事ヲ主張スルハ狹キニ失スル見解ト謂ハサルヘカラス官廳ノ建物敷地等ハ公有物ト稱スルコトヲ得ス而カモ是等ノ目的ノ爲メ公用徵收ヲ行フコトヲ得ヘキハ論ヲ待タス且ツ公有物ニ對シテハ私人ハ所有權ヲ有スルヲ得スト謂フヘカラサルナリ故ニ公用徵收ニ由リ所有權ヲ得ル者ヲ以テ公用徵收權ノ主體ナリトセハ會社私人モ亦其主體タルコトヲ得ヘキハ疑ヲ容レス然レトモ公用徵收權トハ公用徵收ヲ行フノ權ナリ而シテ公用徵收トハ命令權ニ由ル處分ナルコト前ニ陳タル如シ

此處分ハ公益ノ認定ヲ以テ第一段トシ公用徵收ノ裁決ヲ以テ第二段トシ國ニ依テハ公用徵收ノ執行ヲ第三段トス三ノ段階共ニ皆國家機關ノ司ル所也公用徵收ノ裁決ハ既ニ存在スル起業者ノ權利ニ付キ裁決スルモノニ非スシテ新ニ起業者ノ權利ヲ設定スル者ナリ起業者ハ直接ニ所有者ニ對シテ所有權ヲ要求スルモノニ非スシテ所有權ヲ已ニ移スノ處分ヲ國家ニ求ムルニ過キス起業者カ所有權ヲ得ルハ所有者ニ對スル權利關係ニ由ルニ非スシテ直接ニ國家ノ命令ニ由ルナリ（Labanda. a. O. s. 178 fg., E. Meier in Holtzendorffs Rechtslexicon I 767. Randa in Grünhuts Zeitschrift XI. s. 12. 參考）所有權ヲ得ルハ公用徵收ニ非スシテ所有權ヲ移スノ處分ハ即チ公用徵收ナリ此ノ見解ニ依レハ會社私人ハ啻ニ公用徵收權ノ主體タラサルノミナラス又此權ヲ行フコトナク國家ハ獨公用徵收權ノ主體タリ又獨リ公用徵收權ヲ行フモノト謂フヘシ

此ノ如ク公用徵收權ノ主体ハ國家ナリト雖モ公用徵收ヲ要スル事業ハ必スシモ國家ノ起業ニ係ルコトヲ要セス地方團體其他公共團躰又ハ會社其他私人タルコトヲ得ヘシ又徵收シタル權利ハ起業者ノ異ナルニ從ヒ公私ノ法人又ハ私人ニ屬スルコトアルヘキハ前ニ陳ヘタル如シ

第四節　公用徵收ヲ行フヘキ塲合

公用徵收ハ公益ノ爲メ行フモノナリ佛國千七百八十九年ノ人權宣言ハ適法ニ認定セラレタル公ノ必要アルヿヲ以テ公用徵收ノ要件トシ爾後數回ノ佛國憲法モ同一ノ規定ヲ設ケタリシモ千八百十四年以降ノ憲法ハ公益又ハ公利ヲ以テ要件トシ民法及公用徵收法モ又同一ノ語ヲ用ヰタリ諸國ノ憲法モ公益ト云ヒ公利ト云ヒ公共ノ目的ト云ヒ國家ノ目的ト云ヒ國家及地方團躰ノ目的ト云ヒ皆

同一ノ思想ヲ表示スルモノナリ故ニ公用徴収ハ公益ノ爲ニスル事業アルコトヲ要ス單ニ私益ヲ與フルノ事業ハ假令其利益ヲ享クル者ハ君主又ハ國家ナルモ公用徴収ノ原因タルコトヲ得サルナリ之ニ反シテ其事業ハ必スシモ絶對ニ必要ナル事業ハ蓋シ一モ此世ニ存セサルヘシ鐵道ノ如キモ數十年前迄ハ何處ニモ存在セスシテ而カモ人毫モ不便ヲ感セサリシナリ

事業ノ果シテ公益ノ爲ニスル者ナリヤ否ハ事實ノ問題ニシテ當該機關ノ認定ニ依ルノ外ナシ故ニ如何ナル機關カ之ヲ認定スルノ權ヲ有スルヤハ公用徴収法ニ於テ最モ重要ナル一點ナリ此點ニ於テハ先ニ三種ノ制度ヲ區別スルヲ得ヘシ第一ノ制度ハ墺國ノ如ク一般ノ公用徴収法ナク特種ノ事業例ヘハ鐵道等ノ爲特ニ公用徴収法ヲ設クルモノニシテ公益ノ認定ハ其特種ノ事業ニ限ラルヽモノナリ第二ノ制度ハ『バイエルン』ノ制度ノ如ク一般ノ公用徴収法ヲ設クルモ其規定中ニ公用徴収ヲ行フコトヲ得ヘキ事業ノ種類ヲ列擧スルモノニシテ公益ノ認定ハ此列記ニ由テ束縛セラルヽモノナリ然レトモ事業ノ種類ヲ列記スルモノハ往々遺漏ヲ免レス且時勢ノ進歩ニ伴フ能ハサルノ弊アリ若シ此弊ヲ避ケントシテ概括ノ規定ヲ設クルトキハ列記ノ效用ヲ失フヘキヲ以テ法律中ニ事業ノ種類ヲ限ラス公ノ認定ハ全ク之ヲ當該機關ノ裁量ニ一任スル第三ノ制度ヲ取ルハ一般ノ趨勢ナリ然ルニ明治二十二年法律第十九號土地収用法ハ第二ノ方法ヲ取リ其第二條ニ依リ工事ノ種類ヲ限レリ其種類以外ノ工事ニ對シテハ公益ノ認定ヲ爲スコトヲ得サルナリ

公益ヲ認定スル機關ノ種類ニ關シテモ現今三種ノ制度ヲ區別スルヲ得ヘシ而シテ三種各學者ノ之ヲ贊スル者アリ第一ノ制度ハ行政機關ニ認定ノ權ヲ與フルモノニシテ『ランダ』等(a. a. O. s. 623 Roesler a. a. O. s. 457)ノ贊同スル所ナリ例ヘハ孛國ニ於テ公用徴収ヲ行フヘキ事業ハ勅令ヲ以テ之ヲ定メ法律ノ定ムル輕微ノ場合ニハ縣參事會之ヲ定ムル第二ノ制度ハ一切ノ場合ニ於テ立法機關ニ認定ノ權ヲ與フルモノニシテ原則トシテ『ジーベル』(a. a. O. s. 258 fg.)ノ贊同スル所ナリ例ヘハ英國ニ於テ公用徴収ヲ行フヘキ事業ハ輕微ノ例外ヲ除ク外起業者ノ請願ニ由リ法律ヲ以テ之ヲ定ムル第三ノ制度ハ事ノ重要ナルモノニ付テハ立法機關ニ認定ノ機ヲ與ヘ其稍輕易ナルモノニ付テハ行政機關ニ認定ノ權ヲ與フルノ制度ニシテ『グリューンフート』(a. a. O. s. 256)ノ贊同スル所ナリ例ヘハ佛國ニ於テハ工事ノ輕重ヲ區別シ國道運河鐵道等重大ノ工事ハ命令ノ定ムル手續ニ依リ審査ヲ經タル後法律ヲ以テ之ヲ定メ一定ノ距離以内ノ支線ニ屬スル運河鐵道、國道ノ更正橋梁ノ架設其他事ノ輕易ナルモノハ審査ノ手續ヲ經タル後大統領ノ命令ヲ以テ之ヲ定ムル蓋シ本來ノ性質ヨリ論スレハ公益ノ認定ハ行政行爲ナルヲ以テ必スシモ立法ノ手續ニ依ルノ要ナシ故ニ我國ニ於テモ公用徴収ヲ行フコトヲ得ヘキ事業ハ内閣ニ於テ之ヲ認定シ國防上ノ工事ニ關シテハ主務大臣ノ認定スル所ニ依ルモノトス

第五節　公用徵收ノ客体

公用徵收ノ客体ハ所有權其他ノ物權ナリ特許權ノ如キ所有權ト類似ノ性質ヲ有スルモノモ亦タ徵收スルコトヲ得(G. Meyer im Wörtebuch s. 355)一ノ物件ヲ徵收スルトキハ單ニ其所有權ノミナラス其物件ノ上ニ存スル各種ノ物權ヲモ併セテ徵收スルコトヲ得ヘク又通常之ヲ徵收スルコトヲ要スヘシ之ニ反シテ債權ハ其形ノ儘之ヲ公用ニ供スルヲ得ヘキモノニ非サルヲ以テ公用徵收ノ目的タルコトヲ得サルナリ(Landa a. a. O. 620ハ反對ノ說ヲ唱フ)

所有權又ハ物權ハ動產ニ對スルモノナルコトアルヘク又不動產ニ對スルモノナルコトアルヘシ二者共ニ公用徵收ノ客體タルヲ得ヘキモノナリ學者或ハ動產ノ公用徵收ノ客體タルヲ主張スルモアリ(Roesler Socles Verwaltungsrecht I 463)其意蓋シ謂ク物件ノ或工事ニ必要ナルハ其一定ノ地域ニ固着スルカ爲ナリ動產ハ地域ヲ限ラサルヲ以テ必スシモ特定ノ物件ヲ徵收セサルモ他ノ同種類ノ物件ヲ以テ之ヲ補充スルヲ得ヘシ其之ヲ補充スルコトヲ得サルハ唯緊急ノ場合ニ在リ此場合ニハ國家ハ其緊急權ヲ行フヘク公用徵收權ヲ行フコトヲ得サルナリト此說ハ物件ノ絶對ニ事業ニ必要ナルコトヲ以テ公用徵收ノ要件ト認ムルヨリ生スル誤ナリ不動產ニ關シテモ公用徵收ノ絶對的必要ヲ証明スルコト極メテ難シ例ヘハ官署ノ建物ノ如キ指定ノ場所ノ外他ニ其敷地ナシト斷言スヘカラス鐵道ニ付テモ豫定ノ線路ヲ一步モ動カスコトヲ得サルノ理由ヲ証明スルコト難カルヘシ要スルニ不相當ノ勞費ヲ以テスルノ外他ノ同種ノ物件ヲ以テ補フコト能ハサル場合ニハ公用徵收ヲ行フコトヲ得ヘシ必スシモ物件ノ絶對的ニ必要ナルコトヲ要セサルナリ

此ノ如ク公用徵收ヲ行フハ必スシモ不動產ニ限ラスト雖トモ其重ナル場合ハ不動產ノ公用徵收ナルヲ以テ諸國ニ於テ一般ノ公用徵收法ヲ設クルハ不動產ノ場合ニ限リ動產ノ公用徵收ハ之ヲ特別法ニ讓ルヲ例トス土地收用法モ又土地及其上ニ存在スル建物等ニ關スルモノナリ故ニ以下專ラ不動產ノ公用徵收ニ付テ論スヘシ

公用徵收ハ之ヲ國有ノ土地ニモ及ホスヲ得ヘキコトハ學者ノ概子認ムル所ナリ然レトモ是等ノ學者ニシテ更ニ一步ヲ進メ國有ノ土地ノ中收益ヲ目的トスルモノト公用ニ供スルモノトヲ區別シ前者ハ之ヲ徵收スルコトヲ得ヘク後者ニハ公用徵收ヲ及ホスコトヲ得サルコトヲ主張スルモノアリ(Roesler a. a. O. s. 465, Grunhut a. a. O. s. 257, Sarwey württ. Staatsrecht. I s 261) 蓋シ公用徵收ニ由テ所有權ヲ得ル者ハ必スシモ國家ニ限ラサルコト前ニ陳タル如クナルヲ以テ地方團體又ハ私人カ起業者タル場合ニハ國有ノ土地ニ對シテ公用徵收ヲ行フモ公用徵收ノ觀念ニ反スルコトナシ然レトモ國家自カラ起業者タル場合ニハ公用徵收ノ觀念ニ必要ナル所有權ノ移轉アルコト能ハサルヲ以テ國有ノ土地ニ對シテ公用徵收ヲ行フニ由ナシ其他ノ場合ニ於テハ公益ヲ目的トスル國有ノ土地ニ公用徵收ヲ及ホスヘカラサルノ理ナシ國家ト雖モ國庫トシテハ國家ノ命令權ニ基ク

ノ處分ヲ受クルハ稀ナラサル事實ナリ之ニ反シテ公用ニ供シタル土地ニ關シテハ國家ハ單ニ國庫トシテ之ヲ有スルモノニ非ス其之ヲ公用ニ供シタルハ公法上ノ處分ナリ其土地ノ供用セラルヽ目的ハ公用徴收ノ目的ト同シク公共ノ利益ナリ此場合ハ即チ二種ノ公益ノ相衝突スル場合ナルヲ以テ兩種ノ利益ヲ總轄スル機關ニ於テ必要ノ場合ニハ先ツ其土地ノ公用ヲ廢シテ以テ公益ノ衝突ヲ除クニ非サレハ公用徴收ヲ行フコト能ハサルナリ

徴收セラルヘキ物件ヲ決定スルノ方法ハ公用徴收ノ裁決ヲ裁判所ニ委任スルモノナリ此關係ニ付テハ二種ノ制度ヲ區別スルコトヲ得ヘシ一ハ公用徴收法ハ其第一條ニ於テ公用徴收ハ司法權ノ力ニ依テ行行政機關ニ委任スルモノナリ佛國ノ公用徴收ノ裁決ヲ裁判所ニ委任スルモノニシテ一ハ之ヲハル、ノ原則ヲ掲ケタリ始審裁判所ハ各郡ノ委員ノ審査ニ依リテ縣知事ノ爲シタル公用徴收ノ決定(arrete de cessibilite)ニ基キ公用徴收ノ判決(Jugement d'exbrobriation)ヲ下スモノトス第二種ノ制度ノ一例ハ孛國ノ公用徴收法ナリ此法ニ依レハ縣知事ノ各町村毎ニ指命シタル委員ノ報告ニ基ツキ縣參事會工事ノ仕樣ヲ裁決スルモノトス

裁判所ヲシテ公用徴收ノ裁決ヲ司ラシムルハ所有權不可侵ノ保障ヲ確クスルノ目的ニ出テタル便宜上ノ規定ニ過キス本來ノ性質ヨリ論スレハ公用徴收ノ裁決ハ權利ヲ設定スル行政處分ナルコト前ニ論シタル如クナルノミナラス土地ノ必要不必要ハ絕對ノモノニ非スシテ結局利害ノ大小ニ歸スルヲ以テ裁判所ノ判決ニ適當ナル問題ニ非ス故ニ公用徴收ノ裁決ハ之ヲ行政機關ニ委任スルヲ以テ其本來ノ性質ニ適合シタルモノトス佛國ノ公用徴收ノ判決ハ實際一ノ形式ニ過キサルナリ我邦ノ土地收用法ハ此趣旨ニ基キ起業者ハ工事ノ仕樣書等ヲ關係人ニ示シテ協議ヲ遂ケ協議調ハサルトキハ市町村別ニ調製シタル必要書類ヲ地方長官ニ提出シ地方長官ハ市町村長ニ下附シテ干係者ノ從覽ニ供シ異議ヲ申立ルコトヲ得セシメ一定ノ期間ヲ經テ府縣制ヲ施行シタル府縣ニ於テハ府縣參事會府縣制ヲ施行セサル府縣ニ於テハ府縣會常置委任ヲ以テ組織シ地方長官ヲ會長トスル土地方收用審査委員會ニ於テ之ヲ裁決スルモノトス

工事ノ仕樣書ヲ公示シタル後ハ所有者ハ實際其土地建物ノ處分權ヲ奪ハルヽト同一ノ結果ヲ生スルコト無カラシムルヲ要ス故ニ佛國ノ公用徴收法ハ獨起業者ノミナラス所有者ニモ公用徴收ノ裁決ヲ要求スルノ權ヲ付與ス知事カ公用徴收ノ決定ヲ爲シタル後一年以內ニ徴收ヲ行ハサルトキハ所有者ハ裁判所ニ公用徴收ノ判決ヲ請求スルコトヲ得ヘシ我邦ノ法モ孛國ノ法ト同シク所有者ニ公用徴收ノ裁決ヲ請求スルノ權ヲ與フルコトナシト雖トモ裁決ノ後其執行ヲ促スコトヲ得ヘキ間接ノ手段ヲ與ヘタリ孛國ノ法ニ類シテ土地收用法ハ公用徴收ノ裁決中ニ定メタル收用又ハ使用ノ時期ヲ經過シテ猶ホ徴用又ハ使用セサルトキハ損失ノ補償ヲ求ムルヲ得ヘキコトヲ規定セリ

第六節　公用徴收ヲ要求スルノ權

公用徴収ニ由テ生スル重ナル損害ハ土地ヲ分割スルヨリシテ生スル損害ナリ此損害ニ對スル賠償ニ付テハ後ニ論スル所アルヘシト雖トモ所有者一部ヲ徴収セラレタル後殘地ヲ所有スルモ有益ニ之ヲ用ユルコト能ハサルカ如キ場合ニハ其全部ヲ徴收スルコト却テ起業者及所有者ノ利益ナルコトアルヘシ然レトモ起業者ノ事業ニ必要ナキ部分ニ對シテ公用徴收ヲ求ムルヿヲ得サルヘキヲ以テ全部ヲ徴收スルハ所有者ノ請求ニ由ルヲ例トス唯二三ノ法ハ起業者ノ利益ノ爲殘地ノ減價甚シクシテ不相當ノ賠償ヲ要スル場合ニ於テ全部ノ徴收ノ請求ヲ爲スノ權ヲ起業者ニ與ヘタリ所有者カ此請求ヲ爲スヿヲ得ヘキ場合ハ諸國公用徴収法ノ定ムル所ナリ建物ノ一部ヲ徴收セラレタルトキハ其全部ノ徴收ヲ要求スルヲ得ヘキコトハ諸國ノ法ノ概ネ一致スル所ナリ（佛法第五十條孛國千八百七十四年六月十一日ノ公用徴収法第九條英國千八百四十五年ノLands clauses consolidation act sec. 92我邦ノ收用法第二十條二第二項）之ニ反ノ土地ニ關シテハ諸國ノ制度ニ二種アリ例ヘハ佛國ノ公用徴收法ニ依レハ收用ニ由リ土地ノ面積四分ノ一以内ニ減少シ且其接續地同一ノ所有者ニ屬セス又殘地ノ反別若干ニ達セサルトキハ全部ノ徴收ヲ要求スルコトヲ得ヘク英國ノ法モ亦殆ト同一ノ規定ヲ有ス然レトモ殘地ノ獨立使用ニ適スルヤ否ハ土地ノ位置形狀等ニ依リ一概ニ論スヘヲ得サルヘク而シテ法律ヲ以テ一般ニ之ヲ限ルハ枉ニ謬スルモノニ類スルヲ以テ獨立使用ニ適スルヤ否ハ一ニ之ヲ當該官廳ノ認定ニ委シ法律ハ單ニ從前ノ方法ニ依リ殘餘ノ土地ヲ適當ニ使用スルヿヲ能ハサル場合ニ全部ノ徴收ヲ要求スルヿヲ得ルノ規定ヲ設クルニ止ムル孛國ノ公用徴收法ハ却テ事宜ニ適スルモノナリ我邦ノ徴收法モ孛國ノ法ト殆ト其規定ヲ同シクス

孛國ノ公用徴收法ハ又土地ノ使用ハ所有者ノ意ニ反シテ三年以上繼續スルヲ得サルヿヲ規定スルヲ以テ所有者三年以上ノ使用ヲ拒ムトキハ之ヲ收用スルヿヲ要シ土地收用法モ土地ノ使用一年以上ニ亘リ又ハ土地ノ形質ヲ變更シ又ハ建物アル土地ハ所有者ノ請求ニ依リ之ヲ收用スヘキコトヲ規定セリ

所有者ノ請求ニ依リ公用徴收ヲ行フ場合ニ於テモ其行爲ハ公用徴收ノ處分ニシテ賣買ニ非ス土地分割ノ場合ニ於テ所有者ノ請求スル所ハ其所有ノ土地ヲ分割スヘカラサル一体ト見做シテ取扱フニ在リ既ニ土地ヲ分割スヘカラサル一体ト見做ス以上ハ其一部分公益ノ爲必要ナルトキハ全体ヲ收用スルノ必要アリ而シテ其全体ニ對シテ行フ所ノモノハ即チ一箇ノ公用徴收ノ處分ナリ本地ト殘地ト二箇ノ物件ニ對シ二箇ノ處分ヲ爲シタルニ非サルナリ又使用ニ換フルニ收用ヲ以テシタル場合ニ於テモ法律ハ單ニ二種ノ處分ノ一ヲ撰擇スルノ權ヲ所有者ニ與ヘタルニ止リ使用モ收用モ公用徴收ノ一種ナル行政處分ナルニ於テハ一ナリ

第七節　賠償

第一、賠償義務ノ由來　公用徴收ハ國家ノ命令權ニ基クノ處分ナリ國家ハ其命令權ニ由リ臣民ニ

如何ナル事項ヲモ命令スルコトヲ得ヘシ故ニ國家ハ賠償ヲ與ヘスシテ臣民ノ所有權ヲ徵收スルモ敢テ妨ナシ（Seydel a. a. O. s. 618）然レトモ公用徵收ハ公益ノ爲必要ナル處分ナリ而シテ公益ノ爲必要ナルハ一定ノ形ヲ有スル物件ヲ賠償スルニ在リテ其物件ノ價格ニ當ル財產ヲ徵收スルニ在ラサルヲ以テ公用徵收ハ單ニ財產ノ形狀ヲ變更スルニ止リ其總額ヲ減少セサルヲ要ス故ニ國家ハ賠償ヲ與ヘスシテ所有權ヲ徵收スルコトヲ得サルニ非スト雖トモ此ノ如キノ處分ハ啻ニ財產ノ形ヲ變更スルノミナラス又財產ノ總額ヲ減少スルモノコシテ公用徵收ノ性質ニ幾分租稅ノ性質ヲ兼ヌルモノト謂フヘシ公用徵收ノ本來ノ性質ヨリ論スレハ賠償ヲ與フルハ當然ノ事實ナリト謂ハサルヘカラス是諸國ニ於テハ概子皆憲法ノ明カニ規定スル所ナリ

第二、賠償義務ノ主體　公用徵收ハ一定ノ形ヲ有スル財產ヲ徵收スルモノニシテ財產ノ總額ヲ減少スルモノニ非サルト同シク國家カ公用徵收ニ由リテ起業者ニ所有權ヲ與フルノ目的ハ事業ニ必要ナル現形ヲ有スル財產ヲ與フルニ在リテ起業者ノ資產ノ總額ヲ增加スルニ在ルニ非ス故ニ賠償義務ノ主體ハ起業者ナリ隨テ國家ナルコトアルヘク公共團體ナルコトアルヘク會社其他私人ナルコトアルヘシ

第三、賠償額　被徵收者ニ對スル賠償ハ其財產ノ總額ヲシテ公用徵收ノ前後ニ於テ相同シカラシムルヲ目除トスヘキコトハ賠償義務ノ由來ニ關シテ述ヘタル所ニ依リ明ナリ故ニ賠償ノ額ハ徵收ノ前ト後トニ於ケル財產總額ノ差異（賠償ヲ除キテ）均シキモノナラサルヘカラス土地收用法カ相當ノ價値ヲ得セシムルヲ目的トスト云ヘルハ畢竟同一ノ意義ヲ表示シタルモノニ外ナラサルナリ

賠償額ハ左ノ諸元素ヨリ成立ス

一、徵收セラレタル物件並ニ附屬物ノ價格、此價格ハ當初ノ買入ノ價格又ハ建物ニ付テハ其建築費用ノ多寡等ニ關セス其一定ノ時期ニ市場ニ於テ現ニ有スヘキ價格トス故ニ眺望等單ニ娛樂ノ原因タル事故ト雖トモ苟モ人ノ一般ニ重ヲ置キ市場ノ價格ニ影響ヲ及ホスヘキモノナルトキハ賠償價格ニ算スヘキコト疑ヲ容レス之ニ反シテ單ニ所有者ノ特別ノ嗜好ニ屬スルモノニシテ人ノ一般ニ重ヲ置カス從テ一般ノ價格ニ影響ナキ事實ハ之ニ顧ミルコトヲ要セサルナリ然レトモ英國及瑞士ノ某州ニ於テ普通價格ニ若干ノ歩合ヲ附加シテ賠償スルハ強制徵收ノ痛苦ヲ幾分斟酌シタルモノナリ

土地カ同一ノ所有者ニ屬スル地ノ土地トノ關係ニヨリ其土地ヲ分離シテ評價シタル價格ヨリモ從前高價ナリシ事實アルトキハ其高價ナル價格ヲ賠償スルモノトス

二、殘地ノ損失、土地ノ一部ヲ分離シテ徵收シタル場合ニハ殘餘ノ土地ハ交通不便トナリタル爲又ハ土地細分ノ結果トシテ耕作ノ方法ヲ變更セサルヘカラサルカ爲其他諸種ノ原因ニ由リ損失ヲ受クルコトアルヘシ斯ノ如キ損失ニ二種アリ其一ハ殘地價格ノ減少ナリ此種ノ損失ハ前ニ述タル

法則ニ準シ殘地カ全体ノ一部トシテ有スヘキ價格ト全體ヨリ分離シタルモノトシテ有スヘキ價格トヲ算シ其差額ヲ以テ之ニ當ルモノト認ムルヲ得ヘシ殘地ノ損失ノ第二ハ土地分離ノ爲新ニ道路溝渠墻柵等ヲ設クルヲ要スルカ爲ニ生スル損失ナリ此損失ニ對スル賠償ハ其實費ニ相當スヘキ金額ナリ

三、身上ノ損害、殘地ニ對スル損害ノ外被徵收者ハ徵收ニ由テ身上ノ損失ヲ受クルコトアリ住居移轉ノ費用營業ノ休止ヲ要スルカ爲ニ生スル損害得意ノ減少同質ノ土地ヲ他所ニテ購買スルカ爲必要トスル費用等是ナリ是等損失ニ對スル賠償モ亦賠償額ノ一原素ナリ

賠償額ハ是等ノ原素ヲ合セテ積算スヘキモノナリ然レトモ法律ハ或ハ賠償額カ被徵收者ノ請求スル金額ヲ超過スルコトヲ得ス起業者ノ申立テタル金額ヨリ下ルヲ得サルコトヲ規定スルモノアリ佛國ノ公用徵收法(第三十九條)ノ如キ是ナリ

質取主借地人小作人等所有者外ノ關係人ニ對スル賠償ハ所有者ニ對スル賠償金額中ニ就テ之ヲ取ラシムルノ法ト各別ニ賠償スルノ法ト二種ノ方法アリ土地收用法ハ各別賠償ノ方法ヲ取レリ唯書入質入トナリタル土地建物ニ關シテハ債主ハ所有者ニ對スル賠償金ニ對シテ權利ヲ行フヲ得セシムルカ爲之ヲ地方廳ニ預ケ置キ双方ノ連署請求ヲ待チ之ヲ下渡スモノトス

第四、價格ハ何時ノ價格ニ依ルヘキヤ、徵收セラレタル土地ノ價格又ハ殘地ノ價格ヲ定ムルハ徵收ノ當時ニ於ケル價格ニ依ラサルヘカラス然レトモ公用徵收ヲ豫期シ又ハ公用徵收ノ原因タル工事ヲ豫期シテ昇降シタル價格ハ賠償ノ基礎トス爲スコトヲ得ス賠償ノ金額ヲ定ムルニ付テハ始ヨリ工事ナシト假想シテ之ヲ定メサル可ラサルナリ徵收ノ當時他ノ偶然ノ事實ニ由リテ一時徵收セラルヘキ土地ノ價格ヲ減シタルモ遠カラス後前ノ價格ニ復スヘシト豫想スルヲ得ヘキ場合ニ於テ其減シタル價格ヲ賠償ノ基礎トスルヲ得ヘキヤ否ノ點ニ關シテハ諸說アリト雖トモ要スル其減價ノ一般ナルト特別ナルトニ由テ區別スル『ジーペル』(a. a. O. s. 220. fg.)ノ說最モ當ヲ得タルカ如シ若シ減額カ特ニ土地ノミニ限ルトキハ所有者ヲシテ徵收ノ時期宜シキヲ得サリシカ爲損害ヲ被ラシムルハ不當ナリ之ニ反シテ減價ノ一時ナルモ全國又ハ其地方ニ一般ナル場合ニ於テ特ニ被徵收者ニ高價ヲ與フルカ爲ハ被徵收者ハ低價ヲ以テ他ノ同種ノ土地ヲ講買スルコトヲ得ヘキカ故ニ其差額ハ被徵收者ノ利得ニ歸スヘシ此ノ如キ場合ニ於テハ減價ノ一時ナルト否トヲ問ハス其時ノ價格ヲ以テ賠償スルヲ至當トス公用徵收ヲ豫期シテ故ニ賠償ノ價格ヲ增スカ爲ニ施シタル地上ノ工事ニ對シテハ賠償ヲ與ヘス是佛國ノ法律ノ明言スル所ナリ孛國ノ法ハ起業者ノ異議ヲ唱ヘタル場合ニ限リ之ヲ賠償セス然レトモ所有者ハ自費ヲ以テ之ヲ除クコトヲ得ヘシ土他收用法ハ此ノ如キ工事ニ對シテハ賠償ヲ與ヘサルノミナラス自費ヲ以テ之ヲ除取カシムヘキモノトス

第五、殘地ノ增價ト賠償トノ相殺、土地ヲ分割シテ公用徵收ヲ行ヒタル場合ニ於テ殘地ノ損失ヲ

生シタルトキ之ヲ賠償スルヲ要スルコト前ニ述タル如シ然レトモ場合ニ依リテハ公用徴収ヲ要シタル事業ヨリ生スヘキ利益ノ爲殘地ハ却テ其價格ヲ增スコトアルヘシ此場合ニ於テ其增價ト賠償ト相殺スルコトヲ得ヘキヤハ公用徴収法ノ一問題ナリ孛國ノ公用徴収法ハ此點ニ付毫モ規定スル所ナク立法ノ歷史ニ依テ之ヲ見レハ全ク此ノ如キ增額ヲ顧ミサルノ趣旨ナルカ如シ佛國ノ法ハ特別ニ增價ニ限リ酌量スヘキコトヲ明言シ而シテ陪審官ノ裁決ノ實例ニ依レハ所謂全部相殺ノ主義ニ傾クモ、如シ換言フレハ殘地ノ增價ト賠償ノ全部ト相殺シ增價ノ極メテ大ナル場合ニハ或ハ殆ト賠償ノ金額ヲ沒シ被徴収者ハ殆ト名義ノミノ賠償ヲ得ルニ過サルコトアルナシ土地徴収法ハ此點ニ付規定スル所ナキヲ以テ殘地ノ增價ト賠償ノ全部ト相殺スルヲ得サルコト疑ヲ容レス又賠償ノ諸元素中徴収セラレタル土地ノ價格、身上ノ損失ニ對スル賠償及殘地ノ損害ニ對スル賠償ノ中ニ於テモ道路墻柵等ノ新設ニ關スル費用ノ賠償ト相殺スルヲ得サルコト明ナリ然レトモ殘地ノ價格減少ニ對スル賠償ハ假令特別ノ明文ナキモ增價ト相殺スルコト得ヘシ何トナレハ殘地ハ一方ニ於テ工事ノ爲損失ヲ受クルモ一方ニ於テ工事ノ利益ニ由リ其價格ヲ增スヘキ事實アルトキハ全体ニ於テ其價格ハ減少セス又ハ減少スルコト少ケレハナリ故ニ我邦ノ法ハ所謂一部相殺即チ此地ノ增價ト減價トヲ相殺スルモノニ歸着シ最モ事理ニ適スルモノト謂フヘキナリ

第六、賠償ノ形　賠償ハ貨幣ヲ以テ之ヲ與フヘキコトハ孛國及英國等ノ法律ノ明ニ定ムル所ナリ假令此ノ如キ明文ナキモ金錢經濟ノ行ハルヽ今日ニ於テ特別ノ規定ナキトキハ賠償ハ貨幣ヲ以テ與フルモノト解セサルヘカラス土地収用法ハ賠償ノ形ニ付テ規定スル所ナシト雖トモ其貨幣ヲ以テスヘキコトハ價格ト云ヒ金額ト云フヲ以テ明ナリ

第七、賠償ノ手續　賠償ノ手續中最モ重要ナルハ如何ナル機關カ賠償ノ裁決ヲ爲スコトヲ得ヘキヤノ點ニ在リ此點ニ關シテハ三種ノ制度アリ一ハ裁判所ニ裁決ノ權ヲ與フルモノニシテ伯耳義ノ如キ其例ナリ第二ハ特別ノ陪審官ニ裁決ヲ委任スルモノニシテ英佛二國ノ如キ其例ナリ第三ハ行政官廳ニ於テ裁決ノ權ヲ有スルモノニシテ孛國ヲ其一例トス孛國ニ於テハ鑑定人ノ意見ニ基キ縣參事會之ヲ裁決ス我邦ハ第三種ノ制度ニ屬ス蓋シ賠償金額ノ決定ハ既存ノ權利ヲ認定スルモノニ非スシテ新ニ權利ヲ設定スル行政處分ナレハ本來ノ性質ヨリ論スルトキハ寧ロ行政官廳ニ屬スヘキモノナリ我邦ニ於テハ土地収用審査委員會ハ公用徴収ノ裁決ヲ爲スト同時ニ賠償ノ裁決ヲ爲スヘキモノトス

第八節　公用徴収ノ完了及所有權ノ移轉

公用徴収ノ完了トハ一定ノ物件ヲ徴収スヘキコト確定シ起業者モ所有者モ隨意ニ之ヲ廢罷スルヲ得サルニ至リタル時期ヲ云フ、此時期ノ後ニ在テハ假令起業者ハ其事業ヲ廢シ又ハ其地ノ収用ヲ行フヲ要セストスルモ所有者ハ土地ヲ引渡シテ賠償額ヲ請求スルヲ得ヘク又其土地ニ關スル危險ハ起業

者ニ移ルヘシ公用徴収ノ完了スル時期ハ立法者ノ反對ノ意志ヲ推測スルヲ得ヘキ規定ナキ以上ハ公用徴収ノ裁決確定シタル時ニ在リト謂ハサルヘカラス是實ニ佛國ノ公用徴収法ノ認ムル所ナリ然レトモ諸國ノ法律ハ往々他ノ時期ヲ以テ完了ノ時期トスルモノアリ例ヘハ孛國ノ法ハ賠償金額ノ確定シタル時ヲ以テ公用ハ徴収完了スルモノトス土地収用法(第二十五條)ニ依レハ公用徴収ノ裁決後ト雖トモ起業者其土地ヲ收用又ハ使用セサル前其工事ヲ廢スル場合ニ於テハ所有者ハ土地ヲ引渡テ賠償ノ金額ヲ請求スルノ權ナク唯損失ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルニ過キサルカ故ニ土地收用法ハ土地ヲ受取リ又ハ使用ヲ始メタル時期ヲ以テ公用徴収ノ完了スル時期ト認ムルモノト解セサルヘカラス

事ノ性質ヨリ論スレハ公用徴収ノ完了スル時期ハ即チ所有權ノ移轉スル時期ナラサルヘカラス然レトモ諸國ノ立法ニシテ此原則ヲ認ムルモノハ唯佛伊ノ二國アルノミ佛國ニ於テハ所有權ハ公用徴収ノ判決ニ由テ移轉シ判決後賠償ノ拂渡迄ノ間ハ所有者ハ單ニ一種ノ留置權ヲ有スルニ過キス然レトモ諸國ニ於テハ所有權ノ移轉ハ通常賠償拂渡ノ後ニ在リ例ヘハ孛國ノ法ニ依レハ賠償額確定ノ後之ヲ拂渡シ又ハ供託シタルコトヲ證明シテ起業者ヨリ縣參事會ニ願出ルトキハ縣參事會ハ公用徴収ヲ宣言シ此宣言書ヲ關係者ニ送達スルトキハ所有權ハ移轉スルモノトス故ニ孛國ニ於テハ公用徴収ノ裁決ノ外更ニ公用徴収ノ執行ヲ宣告スル第二ノ行政處分ヲ要ス土地收用法ハ起業者ハ補償金ヲ所有者及關係人ニ拂渡シ又ハ地方廳ニ預置キ土地ヲ受取ルヘク而シテ受取ノ後之ヲ登記スヘキノ規定ヲ設クルヲ以テ所有權ノ移轉ハ土地ヲ受取リタルトキニ在ルモノト解セサルヘカラス

第九節　買戻權

公用徴収ハ公用ノ爲必要アリトシテ行フモノナルカ故ニ公用徴収ニ由リ所有權ノ移轉シタル後工事ヲ廢スルカ又ハ其土地ヲ工事ニ使用スルノ必用止ミタルトキハ舊所有者ニ買戻ノ權ヲ與フルヲ以テ至當ノ條理トス故ニ諸國ノ法ハ明文ヲ以テ此權利ヲ認メタリ例ヘハ佛國ノ法ノ如キ是ナリ孛國ノ法ハ土地不用ニ歸シ賣却スヘキ場合ニ於テ先買ノ權ヲ舊所有者ニ與ヘ英國ノ法ハ舊所有者ノ買戻權ノ外舊所有者カ此權ヲ行ハサル場合ニ於テ隣地ノ所有者ニ先買ノ權ヲ與ヘタリ土地收用法モ亦舊所有者ノ買戻權ヲ認メタリ買戻ノ權ハ公用徴収ニ由テ徴收セラレタル土地ニ對スルモノニシテ賣買ニ由リテ移轉シタル土地ニ對スルモノニ非ス故ニ協議ニ由テ買收シタル土地ニ關シテハ買戻ノ權ヲ行フコトヲ得ス又土地ヲ分割シテ其一部ヲ徴收スヘキ場合ニ於テ所有者ノ要求ニ由リ全部ヲ徴收シタルトキハ他ノ一部ハ始ヨリ必要ナキモノナレトモ單ニ全部ヲ分割スヘカラサル一體トシテ取扱フカ爲徴收シタルモノナレハ其部分カ工事ニ必要ナラサルノ故ヲ以テ之カ買戻ヲ要求スルコトヲ得ス然レトモ當初必要ト認メラレタル部分ヲモ併セテ全部不用ニ歸シタルトキハ當

初所有者ノ要求ニ由リ併セテ徴收セラレタル殘地モ共ニ買戻スコトヲ得ヘシ何トナレハ當初一体トシテ全部ヲ徴收セラレタルモノハ又一体トシテ全部ヲ買戻スコトヲ得ヘキノ理ナレハナリ

土地ヲ當初ノ目的タル事業ニ供用スルノ必要止ミタルモ更ニ他ノ事實ニ供用スルノ必要ヲ生シタル場合ニハ買戻ノ權ヲ行フヲ得ヘキヤ否ヤハ學者ノ說ノ岐ルヽ所ナリト雖トモ其土地ノ新事業ニ對スル必要ハ未タ適法ノ手續ニ由テ確定シタルニ非サルカ故ニ起業者ハ之ヲ理由トシテ買戻ヲ拒ムコトヲ得サルナリ之ニ反シテ一旦當初ノ目的タル事業ニ供用シ其後ニ至リテ其必要止ミタル場合ニハ舊所有者ハ買戻ノ權ヲ有セサルモノト認メサルヘカラス土地收用法モ起業者工事ヲ廢シ又ハ其他ノ事故ト云ヘリ是蓋シ工事ノ廢止其他類似ノ事故ヲ謂フモノニシテ場合ノ全ク異リタル事故ヲ包含セサルナリ若シ一旦供用後供用ノ必要止ミタル場合ニモ買戻ノ權アリトセハ此權利ハ消滅スルノ期ナカルヘシ若シ法律カ此ノ如キ權利ヲ與フルノ意志ヲ有セハ權利ノ紛更ヲ防クカ爲少クトモ買戻權ノ存續スヘキ時期ヲ定ムヘシ其之ヲ定メサルハ一旦事業ニ供用シタル後ハ所有者ニ買戻權ヲ與ヘサルカ故ナリ（瑞士ニ此理由ニ基ケル判決例アリ(Sieber a. a. O. s. 182)

買戻權ハ何人ニ屬スルヤ土地ノ全部ヲ徴收セラレタル場合ニ於テ殘ノ所有者當初ノ被徴收者ト同シキトキハ此疑問ハ生セサルナリ唯殘地ノ所有權他人ニ移リタルトキハ買戻權ハ殘地ノ所有者ニ屬スヘキヤ又ハ被徴收者ハ其相續者ニ屬スヘキヤノ疑問ヲ生スヘシ徴收シタル本地ト殘地トヲ再ヒ合シテ一體トナスハ經濟上有益ニシテ立法者ノ希望スル所ナルヘケレハ此點ヨリ論スレハ買收權ハ殘地ノ所有者ニ屬スヘキカ如ク學者モ亦往々之ヲ主張スル者アリト雖モ本地ト殘地トハ分割徴收シタル時ノ法律上何等ノ關係ヲ有セサルカ故ニ特別ノ明文ナキ以上ハ殘地ノ所有者ニ買戻ノ權アリト云ヒ難シ土地收用法ハ所有者ニ買戻ノ權アルコヲ定ムルニ過キス然レトモ買戻ハ徴收ニ由テ得タル償金ヲ返還シテ再ヒ所有權ヲ得ルモノナルカ故ニ舊所有者ノ死亡シタル場合ニ於テモ其償金ヲ包含スル財產ヲ繼承シタル者即チ相續者ニ買戻權アリテ殘地ノ所有者ハ買戻權ヲ有セサルモノト認メサルヘカラス(Seydela, a. O. s. 642 fg參照)

第十節　公用徴收ニ對スル救正

公用徴收ノ裁決ヲ爲スノ權ヲ裁判所ニ與フルノ國ニ於テハ司法裁判ニ救正ヲ求ムルヲ得ヘキハ言ヲ俟タス佛國ニ於テハ公用徴收ノ判決ニ對シ單ニ越權訴訟ヲ大審院ニ提出スルコトヲ許セリ然レトモ公用徴收ノ裁決ハ一ノ行政處分ナルコト前ニ述タル如クナルヲ以テ之ニ對スル不服ハ本來司法裁判所ニ提起スヘキモノニ非ス故ニ徴收ノ裁決ヲ爲スノ權ヲ行政廳ニ與ヘタル國ニ於テハ裁決ニ對シテ唯行政法上ノ救正手段アルノミ例ヘハ孛國ニ於テ縣參事會ノ爲シタル工事仕樣ノ決定即チ公用徴收ノ裁決ニ對シテ不服アル者ハ工部大臣ニ訴願ヲ提起スルヲ得ヘク巴威里ニ於テハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ許セリ土地收用法ニ依レハ工事仕樣ノ裁決ニ不服アル者ハ內務大臣ニ訴

願スルヲ得ヘシ

之ニ反シテ賠償金額ノ裁決ニ對スル不服者ハ司法裁判所ニ出訴スルコトヲ許スハ諸國ノ法ノ一致スル所ナリ抑モ賠償金額ノ裁決ハ權利ヲ設定スル公法上ノ處分ナリ（O. Mayer Franzos. Verwaltungsrecht s. 248）國家ハ一方ニ於テハ公用徴收ノ裁決ニ由テ起業者ニ所有權其ノ他ノ物權ヲ與フルト共ニ一方ニ於テハ一定ノ金額ヲ賠償トシテ受取ルノ權利ヲ所有者等ニ與フルモノナリ一旦決定シタル賠償金額ヲ起業者ヨリ受取ルハ一ノ私權（Geydel a. a. O. 629 ハ公權ト認ム）ナリト雖モ此金額ヲ決スルノ行爲ハ一ノ行政處分ナリ公用徴收ノ裁決カ起業者ニ所有權ヲ與フルト同シク賠償ノ裁決ハ現實ノ要償權ヲ設定スルモノニシテ二者相待テ公用徴收ノ處分ヲ爲スナリ故ニ賠償金ニ對スル不服ニ付テハ裁判所ニ出訴スルコトヲ許スノ原則ハ必シモ動スヘカラサルノ眞理ト認ムルコトヲ得サル似タリ『司法裁判ニ屬スルノ說ニ關シテハ殊ニ（Starwey das orfentl. Recht S. 368ff.）ヲ參照スヘシ』（法協一四、一〇……一一）

○立法條項ノ繁簡……法學士　松田道一君

立法ノ業タル近世ノ國家組織ニ於テハ實ニ容易ノコトニアラス殊ニ近世ノ趨勢タル法治國ニ於テハ寔ニ重要ナル國家事業ノ一トシテ各國競フテ完備ノ法律ヲ制定センコトニ汲々乎トシテ是レ及ハサルノ觀アルヤ亦タ宜ナリト謂フヘシ而シテ其ノ立法ノ內容ニ於テ理論ノ確然タルコトヲ要スルハ勿論ノコトナルモ其ノ之ニ關聯セル問題トシテ法條ノ繁簡ト簡トハ孰レカ可トスヘキト謂フコト頗ル考慮ヲ費スノ必要アルニ似タリ

古ヘ草創ノ國ニ於テ法三章以テ天下ヲ經理シタルコトハ史ノ紀スル所ナリ固ヨリ法三章ト云フハ往々史家ノ形容シテ云ヘル所ナルヘキモ法條ヲ簡ニシテ以テ歸適スル所ニ迷ヘル民人ヲシテ其ノ據ル所ヲ知ラシムルノ政策ハ必シモ非トスヘキナシ治平ノ世ヲ經ルコト益々久シキニ迨シテ法ノ制定ハ愈々其ノ必要ノ多キヲ加ヘテ漸ク繁文褥禮ノ弊竇ヲ釀成シ遂ニ民人其ノ繁ニ苦ムハ史紀ノ證スル所古今ノ歷史ニ徵シテ明白ナル事實ナリ

現今學理ノ進歩セル文明諸國ニ於テ國家ノ秩序ヲ法令ニ依リテ維持シ國家ノ機關ノ權限、個人ノ權利義務ノ標準ヲ定ムル基礎ヲ一ニ此ニ法ル以上ハ勢ヒ法令ニ次ク二法令ヲ以テシ專ラ法律研究ニ從事スル法律家ナルモノサヘ其ノ繁ニ苦ミテ其ノ準據スヘキ所ヲ詳ニスルコト能ハサルニ至リ一般民人亦タ固ヨリ遂ニ其ノ歸着スヘキ所ヲ了知スルコト能ハサルニ至ルハ現ニ其ノ例トシテ見ルヘキ國モ乏シカラス是ニ於テ乎或ハ此等ノ無數ノ法令ヲ一括シ整理シ以テ一法典ト爲スヘキノ說ヲ唱フルモノアサヘ生スルニ至レリ

此ノ如キハ固ヨリ悦フヘキ現象ニアラスト雖トモ而カモ法令ハ國家ノ必要ニ應シテ生シ其ノ必要ハ刻々ニ變遷シ萬古不易ノ法ト云フモ其ノ根本ノ觀念ニ於テ或ハ之アルヘキモ其ノ根本ノ觀念ヨリ流出スヘキ各個ノ場合ニ應スヘキ規定ハ其ノ時々ニ制定スヘキ必要アルヲ以テ法令ノ制定ノ多キ亦タ缺クヘカラサル所ニ屬スヘシ而シテ其影響ヲ蒙リ其支配ヲ受クル民人ハ其ノ之ヲ周知スルコト最モ必要ナル所ノモノナルニ拘ラス中々ニ之ヲ知ルノ暇ナク寧ロ送迎ニ之レ苦ムノ觀アル亦タ已ムヲ得サル所ナルヘシ

是ニ於テ乎更ラニ立法家ハ苦心シテ法條ハ成ルヘク簡單ニシテ且ツ明亮ニ歸スヘキコトヲ冀望シ其ノ解釋ヲ法律者司法官ニ一任セントセリ併シ乍ラ簡單且ツ明亮ナルコトハ最モ望マシキコトナレトモ簡單ナレハ隨フテ往々其間ニ疑義ヲ生シ易キコトハアレトモ或程度マテノ細密ハ必要ナルコトナルヘシ蓋シ法規ハ成ルヘク多クノ場合ニ適用シ得ヘキコトヲ要シ限リナキ不定ノ事實ニ對シテ限リアル既定ノ法條ヲ以テ之ヲ網羅セントシ欲スル其ノ間遺漏ナキヲ保シ難シ從ツテ到底之ヲ盡スコトハ能ハストスレハ寧ロ初メヨリ簡單ニシテ各個ノ場合ニ解釋スルモノニ一任スルコトヲ可ナリトシテ且ツ又タ其任務トスル所ナルヘシ而カモ到底之ヲ盡スコトヲ能ハストスレハ寧ロ初メヨリ簡單ニシテ各個ノ場合ニ解釋スルモノニ一任スルコトヲ可ナリトシ爲シ或ハ細密ニ亘リテ規定シ其以上ハ己ムヲ得サルヲ以テ之ヲ解釋ニ委スルモノト爲ス大要此二方針ハ勢ヒ生スヘキ必要ノ結果ナリトス

此ノ二個ノ方針ハ其可否固ヨリ一朝ニシテ論斷シ難カルヘク又タ時ト所トニ由リテ差アルヘク法規ノ種類性質ニヨリテモ異ナル所アルヘキハ明カナラン乎モ窃カニ思フニ國家ノ基本タルヘキ法規其ノ他比較的重要ナル法規ハ之ヲ立法スル場合ニモ充分ノ審議ヲ重子テ立案シ人ノ之ヲ研究スルコトモ深ク又タ學說裁判例ニ俟ツコトチモ得ルノ便アリ且ツ又タ一斷以テ之ヲ決スル事能ハサルコトモアランナレトモ比較的重大ナラサル法律其ノ他時々ノ必要ニ應スヘキ單行法ノ類ハ寧ロ多少細密ニ亘リテ規定スルコトチ可ナリト信セラル蓋シ此等ノ法規ハ人ノ重キヲ置クコト少キニモ拘ラス人民一般ニ利益ノ關係ヲ惹起スコト切ニ學者ノ之ヲ顧ルコト輕クシテ裁判例ノ定マルコトモ亦タ少ナキチ以テ之ヲ規定スルコ際シテ多少ノ細密ニ亘リテ規定スルハ却テ事宜ニ適シタル措置ニハアラスヤ

我國近來ノ大事業タル民法商法其ノ他ノ法典ノ修正アリテ從來ノ條項ハ改マリテ頗ル簡單ノ規定ト爲リタリ而シテ其ノ例傳ハリテ近來ノ比較的重要ナラサル法規單獨法ニ及ヒタルノ傾向アルハ果シテ立法ノ進歩ト認ムヘキ乎民法等ノ規定ニ就テ見ルニ編纂者ノ間ニ異論チ生シ又ハ世ノ學說ノ支ルヽ點ニ就テハ法典自ラ之ヲ確定セスシテ却テ法文ヲ漠ト爲シテ學說ニ餘地チ存セシメントシタル點モ尠ナカラサルカ如クニ見ユ之レ猶ホ可ナリ併シ乍ラ方今地方警察規則其ノ他取締ニ關

スル法規ノ制定ニ當リ學說ノ餘地ヤ解釋家ニ議論ノ種ヲ殘サシムルカ如キハ事ノ大小、立法ノ趣旨ニ於テ嫌焉タルモノナキニアラスヤ

立法ノ繁ニシテ日ニ多キヲ加フルノ弊ハ天下ノ森羅萬象ヲ法規ヲ以テ制セントシ其ノ極道德倫理ノ規則ヲモ強テ制裁ヲ附シテ遵由ノ效力アラシメントスルニ在リ道德倫理ノ範圍カ漸々法規ノ範圍ニ混入シ又タ法律ノ基礎カ多ク道德倫理ニ存スルハ疑ナキモ現今尙ホ嚴然トシテ道德倫理ノ範圍ニ屬スヘキモノニシテ却テ法規トシテ制裁ヲ附セラルヘキモノアルヲ認ム思フニ此等ノ點ハ寧ロ法規ノ案用ニハアラサルナキ乎

之ヲ要スルニ法令ニ因リ律スヘキ範圍ト道德倫理ノ規則ニ因リテ律スヘキ範圍トハ愼重熟慮以テ之ヲ區別スヘク而シテ立法々條ノ繁簡ニ關シテハ比較的重要ナル法規ハ寧ロ之ヲ簡明ニセテ其ノ然ラサルモノハ稍々細密ニスルノ方法ニ依ルヘキコトヲ必要ナリトセン哉（明義三、七）

○許可ノ性質及ヒ效力

行政上ノ許可ノ性質及ヒ效力ヲ問フ

法學博士　織田萬君解答

凡ソ行政廳カ一私人ノ請求ニ對シテ爲ス所ノ許容ヲ認可及ヒ許可ノ二種ニ區別ス認可ハ一私人ノ自由行爲ニ對シテ法律上ノ效力ヲ付スルニ止マル故ニ認可ヲ要スル行爲ハ法律上禁止セラレタルニ非スシテ之ヲ爲スト否トハ一私人ノ自由ナレトモ認可ヲ經ルニ非サレハ法律上ノ效力ヲ生セス之ニ反シテ許可ハ法律上一般ニ禁止セラレタル行爲ヲ或條件ニ依リテ許容スルモノナリ故ニ許可ヲ要スル行爲ニ付テハ一私人ノ自由ヲ認メス許可ヲ經テ始メテ其行爲ヲ爲スコトヲ得シ然レトモ此ノ如キ區別アルニ拘ラス從來ノ法令ニハ之ヲ恪守セス宜シク認可ト云フヘクシテ許可ト云ヒ

宜シク許可ト云フヘクシテ認可ト云フモノ少カラス又認許、免許等ノ字ヲ用ヒタルモノ多シ認許ハ認可ニ當リ免許ハ許可ト同シト視テ可ナリ要スルニ正確ナル用語トシテ許可ト云フトキハ行政上一般ニ禁止ン特別ニ許容スルノ處分ニシテ其効力ハ或特別ノ人ニ對シテ或特別ノ行爲ノ法力ヲ付與スルニ在リ隨テ若シ許可ヲ得タル一私人ニシテ許可ニ必要ナル條件ヲ缺クトキハ其許可ハ直チニ取消サル、モノトス尚ホ許可ニ必要ナル條件ニ付テ考察スレハ行爲ノ性質ニ關スルモノト、行爲ノ目的物ニ關スルモノトニ分ツコトヲ得ヘシ例ヘハ營業ノ許可ニ付テ云ヘハ質屋、古物商、電氣事業等ノ如キハ營業ノ性質上特別ノ條件ニ付セラレ醫師、藥劑師、產婆、獸醫、蹄鐵工等總テ檢定資格ヲ要スル營業ノ如キハ營業ノ主體カ特別ノ條件ニ付セラル、ナリ而シテ此ノ如ク條件ノ上ニ差異アルノ結果トシテ前二者ノ許可ハ他人之ヲ繼承スルコトヲ得レトモ後ノ主體ニ關スル條件ヲ以テ與ヘラレタル許可ハ其人一身ニ止マリテ他人之ヲ繼承スルコトヲ得ス

現行法上許可ノ外ニ尚ホ特許ト云フモノアリ鑛物採掘ノ特許ノ如キハ是ナリ要スルニ許可ノ一種タルニ過キサレトモ其許可ニ依リテ得タル權利カ民法上ノ財產權ヲ構成スルモノニ就テハ特別ノ名稱ヲ附シタルナリ原語『コンセッシヨン』ノ意義ニハ種々アレトモ此ニ之ヲ列擧スルノ必要ナク又現行法ニ於テ實際特許ノ語ヲ用ヒタル處至テ少ク原語『コンセッシヨン』ニ該當スルモノニ大抵

許可其他ノ語ヲ用ヒタリ（法志、二一一）

○行政行爲ヲ以テ私權ヲ創設スル場合アリヤ……法學士　岡　實君

本問行政行爲ト謂ヘルハ民刑事件ニ關スル裁判以外ノ統治行爲ニシテ機關ニ依リテ行ハル、モノナリト解ス次ニ私權トハ私人相互ノ間ニ對抗シ得ル權利ナリト解ス此前提ノ下ニ本問ヲ解スレハ積極的ニ答フルヲ正當トス其理由左ノ如シ

大凡私權ノ得喪變更ハ主トシテ私益ニ關シ公益（保護機關）ノ干與ヲ要セス即チ私人相互間ノ意思表示ニ依リテ絕對的ノ效果ヲ生セシムルヲ常例トス然レトモ私權中其效果宏大ニシテ公益ニ重要ナル關係ヲ有スルモノニ在テハ立法上其得喪變更ヲ私人ノ意思ニ放任スルコトヲ得ス於是カ國家ハ豫メ法ヲ以テ官廳ノ干與アルニ非レハ之ヲ創設スルコトヲ得サルモノトシ其得喪變更ノ如キニ至リテモ一ニ官廳ノ承認ヲ要スルモノトセリ例ヘハ不動產物權ノ如キハ私權中最モ重要ナルノミナラス其設定消滅變更ノ事實ヲ明確ナラシムルニ非サレハ往々ニシテ他日ノ紛爭ヲ生シ爲メニ公益ヲ害スルノ虞アルモノニ屬スルヲ以テ國ニ依リテハ所謂登記要件主義ノ立法ヲ爲シ官廳ノ承認アルニ非サレハ得喪變更ヲ爲スヲ得サルモノトセリ又例セハ鑛山採堀權又ハ砂鑛採取權ノ如キ其權利ノ內容ハ地中又ハ地表ノ鑛物ヲ採取スルニ過キ

スト雖モ是レ亦私人相互間ノ紛爭ヲ豫防セサルヘカラサル事業ノ執行ヨリ生スヘキ危害ヲ除去スヘキ等ノ必要上官廳ノ行爲アルニ非サレハ之カ得喪變更アルヘカラサルモノトセリ其他漁業權ノ如キ專賣特許權ノ如キ一々茲ニ例示スルニ堪ヘサルナリ或ハ曰ク此等ノ權利ハ總テ公權ニシテ私權ト稱スルヲ得サルモノニ屬スト此論者ニ對シテハ先ツ私權ノ範圍ニ關スル協定ヲ試ミサルヘカラス論者コヽテ『私權ノ觀念ニハ官廳ノ干與ヲ排斥ス』トノ前提ヲ採ル以上ハ其駁論必シモ當ラサルニ非サルヘシ然レトモ余輩ハ我現行制度ノ下ニ於テ官廳ノ干與即チ行政行爲ニ依リテ創設セラルヽ權利中私人相互ノ間ニ其利益ヲ對抗スルコトヲ得ルモノ多キヲ以テ前揭前提ノ下ニ積極的ニ答フルヲ正當ナリト認ムルモノナリ夫レ私權及公權ノ分界ハ同一利益カ其對抗方面ヲ異ニスルニ依リテ生スルモノトス論者ハ根本的ニ其前提ヲ誤レルモノナルヲ以テ茲ニ詳密ナル駁論ヲ加ヘサルヘシ要之一定ノ私權ハ行政行爲ヲ以テ創設セラルヽモノナリ（法學、一二一）

○行政上ノ手數料ハ命令ヲ以テ定ムルコトヲ得ルカ　法學博士　美濃部達吉君

憲法第六十二條第二項ハ曰ク行政上ノ手數料ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムルヲ要スルノ限ニ在ラスト。此規定ニ依リ手數料ハ必ラスシモ法律ヲ以テ定ムルコトヲ要セサルコトハ明瞭ナリト雖モ、是ヲ以テ直ニ如何ナル手數料ト雖モ無制限ニ命令ヲ以テ定ムルヲ得ヘシトスルハ誤ナリ。命令ヲ以テ手數料ヲ定ムルヲ得ルヤ否ヤノ問題ハ命令權其者ノ限界如何ニ依リテ決セサルヘカラス。

右主ノ命令權カ當ニ憲法及ヒ法律ニ牴觸スルコトヲ得スト云フ消極的ノ限界ヲ有スルニ止マラス又積極的ノ限界ヲ有シ、命令權ノ發動シ得ヘキ區域ハ唯內政ノ區域ニ止マリテ財政ノ區域ニ及ハサルコトハ一木博士曩ニ詳ニ之ヲ證明セリ（法令豫算論四十八頁以下）。手數料ニシテ若シ財政權ノ發動ニ屬スルモノトセハ命令ヲ以テハ全然之ヲ定ムルコトヲ得サルモノト爲サヽルヘカラス。一木博士ハ實ニ之ヲ主張セラル（同書七十一頁）。然レトモ是レ亦誤ナリ。

原則トシテ手數料ハ命令ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得。是レ何故ナルカ。曰ク手數料ハ全然內政ノ區域ニ屬スルモノナレハナリ。

財政權ハ國家ノ收入ヲ增進スルカ爲メノ權力ノ發動ナリ。手數料ハ國家カ個人ノ爲メニ特別ノ利益ヲ供與スルニ對スル報償タリ。其利益ヲ供與スルカ爲メニ要スル營造物其他ノ設備ノ費用ヲ塡補スルカ爲メニ其特別ノ利益ヲ享受スル者ヨリ徵收スルモノニシテ、國家ノ收入ヲ增進スルカ爲メニスルモノニ非ラス。營造物其他ノ設備ニ依リテ個人ニ利益ヲ供與スルコトカ內政ノ區域ニ屬スルモノナルヲ知ラハ、其代價ヲ個人ヨリ徵收スルコトカ亦內政ノ區域ニ屬スルハ明瞭ナルヘシ手數料カ財政權ノ發動ニ非ラサルハ尙ホ公用徵收カ財政權ノ發動ニ非ラサルカ如シ。手數料ハ內政ノ區域ニ屬ス、詳シク言ヘハ臣民ノ幸福ヲ增進スルカ爲メノ行政ノ一部タリ。臣民

ノ幸福ヲ增進スルカ爲メノ行政ハ憲法第九條ニ依リ君主ノ命令權ノ正當ノ範圍ニ屬ス。故ニ手數料ハ命令ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得。

手數料ハ令令ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ得ト雖モ、無制限ニ之ヲ定ムルコトヲ得ルニ非ラス。例ヘハ命令ヲ以テ小學校ノ授業料毎月金一圓ヲ納ムヘシト規定スルヲ適法ナリトスルモ、金千圓ノ授業料ヲ納ムヘシト規定スルハ或ハ違法ナルヘシ。其適法ト違法トノ區別ヲ生スル限界ハ何所ニ在ルカ。

手數料ハ國家カ個人ニ利益ヲ供與スルカ爲メニ要スル所ノ費用ヲ塡補スルヲ以テ目的トス。手數料料額ノ最高限度ハ其費用總額ヲ各受益者ニ分配シタル額ニ超ユルコトヲ得ス。若シ其費用額ヲ超エテ手數料ヲ徵收スルトキハ是レ費用塡補ノ目的ヲ超越シテ、其レタケハ國家ノ收入ヲ增進セントスルモノナリ。言ヒ換フレハ內政ノ區域ヲ脫シテ財政ノ區域ニ侵入スルモノナリ。

此故ニ命令ヲ以テ手數料ヲ定メ得ルノ限度ハ手數料ノ料額カ其自然ノ分量即チ費用塡補ノ範圍內ニ存スルノ限度ニ在リ。若シ此分量ニ超過スルトキハ手數料ハ手數料タル性質ヲ失フテ租稅タルニ至ルヘク、而シテ租稅ハ第六十二條第一項ニ依リ法律ニ依ルニ非ラサレハ之ヲ定ムルコトヲ許ルサス。吾現行法ニ於ケル登錄稅ノ如キハ即チ此ノ如キ性質ヲ有スルモノナリ。（法學、一三、七）

○解散命令ト營業免許ノ取消

法學博士　岡野敬次郎君

曩ニ農商務大臣カ取引所法第二十七條ニ依リ株式會社栃木米麻麥取引所、會員組織高崎米穀取引所及ヒ株式會社八王子絲繭株式取引所ニ對シテ解散ヲ命シタルニ右取引所ハ何レモ其處分ヲ違法ナリトシテ行政訴訟ヲ提起シタ其理由トスル所ハ皆同一テアツテ解散ノ命令ハ明治二十三年法律第百號ニ揭ケタル營業免許ノ取消ナリトスルニ在ル農商務大臣ハ解散ノ命令ト營業免許ノ取消トハ全然其觀念ヲ異ニスルカ故ニ解散命令ニ對シテハ同法ノ規定スル所ニ依リテ行政訴訟ヲ提起スルヲ得スト妨訴抗辯ヲ爲シタノテアル而シテ行政裁判所ハ四月二日農商務大臣ノ妨訴抗辯ヲ棄却スルノ判決ヲ與ヘタ其理由ニ曰ク

本件妨訴抗辯ニ關スル所爭ノ要點ハ取引所ノ解散處分ハ單ニ法人ノ人格ヲ剝奪スルニ止マルヤ將タ營業免許ノ取消ヲ包含スルヤ否ヤニ在リ按スルニ取引所ハ取引所法第一條第十九條ニ依レハ政府ノ免許ヲ得テ或ル物件ヲ取引スル場所ニシテ其賣買取引ハ明治二十六年第七十四號勅令ノ規定ニ依ラサルヘカラス而シテ其取引ハ取引所外ニ在テハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス故ニ取引所設立免許ハ同時ニ其營業ヲモ許可シタルモノト解釋セサルヘカラス又取引所法第二十七條農商務大臣ノ處分中ニハ取引所ノ解散ト取引所ノ停止トノ區別アリ而シテ之ヲ取引所一部

ノ停止若クハ禁止トアルニ對照スレハ取引所ノ停止トハ取引所營業ノ停止ヲ意味シ又取引所ノ解散トハ取引所ノ營業ヲ禁止スルノ意味ナルコトヲ知ルニ足ル然ラハ取引所ノ解散ハ單ニ人格ヲ剝奪スルニ止マラス營業免許ノ取消ヲモ包含スルモノト解釋セサルヘカラス其他原被双方辯論スル所アルモ前段ノ如ク斷定シタル以上ハ一々說明ヲ與フルノ必要ナシ

之ヲ要スルニ判決ノ趣意ハ解散ノ命令ハ營業免許ノ取消ヲ包含ストスルニ在リテ其根據ハ左ノ二點ト認メラル即チ取引所ニ對スル設立ノ免許ハ營業ノ免許ヲ包含ストスルカ其一ツテ取引所法第二十七條ニ列擧スル制裁中取引所一部ノ停止若クハ禁止トアルハ營業ノ停止禁止ヲ意味スルカ故ニ解散ハ營業ノ禁止ヲ包含ストスルカ其二ツテアル余ハ不幸ニシテ此ノ行政裁判所ノ判決ニ贊成ノ意ヲ表スルヲ得ナイノテアル漫ニ判決ヲ批評シテ自ラ快トスルニハ非サレトモ學理上ヨリ論シテ穩當ナル判決トハ思ハレス我邦近時ノ立法例ノ主義トモ相容レサル感モアリ且此判決ハ一箇ノ新例ナルヘシト信スルカラ試ニ卑見ヲ陳述セント思フノテアル

第一　設立ノ免許ハ其免許ヲ與フルノ主義ニ從テ法理上ノ性質ヲ異ニスルケレトモ法人タルノ資格即チ人格ノ存在ヲ他ニ對抗セシムルノ効力ヲ與フルノ點ニ至リテハ同シテアル之ニ反シテ營業ノ免許ハ人格ヲ有スル者ノ營業主格トシテ行動スルノ能力ヲ與フル行爲テアル設立ノ免許ハ人格ノ許可ノ問題ニ關シ營業ノ免許ハ人格者活動ノ問題ニ關スル又設立ノ免許ハ人格ノ有無ト離レテ觀察スルヲ得ナイノテアリ營業ノ免許ハ人格者ノ存スルヲ前提トシテ之ニ活動ノ資格ヲ與ヘルノテアル此二者大体ノ區別ニ付テハ善シ異論ハアルマイト思フ

第二　設立ノ免許トハ營業ノ免許トハ全然其根本ノ觀念ヲ異ニシ各特別ノ性質効力ヲ有スル行爲テアルカラ理論ニ於テ設立ノ免許ハ當然營業免許タルノ効ヲ有ダス又營業ノ免許ハ固ヨリ設立ノ免許タルノ効ヲ有タナイノハ理論上ノ結果ト謂ハチハナラヌ現行ノ商法ハ株式會社ノ設立ニ付免許主義ヲ廢シタルモ舊商法ハ一般株式會社ニハ會社設立ノ免許ヲ必要トシ（第百五十六條第百六十六條）而シテ商事會社ノ通則トシテ其第六十八條ニハ『法律命令ニ依リ官廳ノ許可ヲ受クヘキ營業ヲ爲サントスル會社ハ其許可ヲ得ルニ非サレハ之ヲ設立スルコトヲ得ス』ト定メ尙『株式會社ニ關シテハ第三節ノ規定ヲ遵守スルコトヲ要ス』ト定ム即チ株式會社ハ一方ニ於テ設立ノ免許ヲ受クヘク又其營業カ免許ヲ受クヘキモノナレハ營業ノ免許ヲモ得ナクテハナラヌ設立ノ免許營業免許其基ツケル法律命令ヲ異ニシ又設立ノ免許ハ一省ノ主管ニ屬シ營業ノ免許ニ付テハ法令ノ定ムル所ニ依リ若クハ營業ノ種類ニ依リテ其許否ヲ他省ノ主管ト爲シタル場合ニハ設立ノ免許ト營業ノ免許トハ全然各別ノ行爲テアルコトカ容易ニ判カルノテアル縱令同一省ノ主管トスルコトカアツテモ是ハ外形的偶然ナ事柄テアルノミナラス免許ヲ與フルノ手續モ必スシモ同一時期ニ於テスルコトノ出來ヌコトモアルヘク二個ノ免許ヲ各別ニ與ヘネハナラヌ

コトモアル唯法令ノ規定上法人ノ設立其營業上ノ監督同一ノ官廳ノ管轄ニ屬セシメタ場合ニ設立ノ免許ヲ與ヘ當然營業團體トシテ行動スルヲ認ムルコトカナイテハナイカ其趣意ハ設立ノ免許ヲ得レハ更ニ營業ノ免許ヲ得ナイテモ法律上當然活動ノ資格ヲ得トスルニ在ルノテアツテ決シテ營業ノ免許ヲ得タトスルテナイ又設立ノ免許カ營業ノ免許ヲ包含スルトスルノテモナイ嚴格ニ論スレハ營業ノ免許ハナイノテアル問題トナラヌノテアル

第三　法人ノ設立ニ免許ヲ要シ其爲サントスル營業ハ免許ヲ要セサルモノアルヘキハ理論ニ於テ然ルノミナラス舊商法ニ於テハ明ニ其場合アルヘキヲ豫想シタノテアル外國ニ於テモ亦固ヨリ其例カアル如斯場合ニ於テハ恐クハ設立ノ免許ハ營業ノ免許ヲ包含スト論スル者ハアルマイ法律カ單ニ設立ノ免許ヲ要ストシ營業ノ許可ニ付キ何等規定セサレハ如何ナル標準ニ依リテ設立ノ免許カ營業ノ免許ヲ包含スル場合トヲ區別スルコトカ出來ルカ法律カ明ニ營業ノ免許ヲ必要トセス又何人モ監督ノ必要ヲ感セサル普通ノ營業ヲ爲ス場合ニ於テ設立ノ免許カ營業ノ免許ヲ包含スト論シタナラハ誰カ其奇ナルニ驚カナイ者カアロウ唯營業ノ監督ヲスルカラ營業ノ免許ナクトモ設立ノ免許ハ營業ノ免許ヲ包ムト謂フタナラハ之モ亦根據ノナイ議論テアル營業ノ監督ト營業ノ免許トハ何ニモ因果ノ關係ハナイノテアル

第四　設立ノ免許ト營業ノ免許トノ區別ニ關スル理ハ解散ノ命令ト營業免許ノ取消トノ區別ニ應用スルコトヲ得ル解散ノ命令ハ法人タルノ資格即チ人格ヲ剝奪スルノ行爲テアリ之ニ反シテ營業免許ノ取消ハ人格ヲ有スル者ノ營業主格トシテ行動スルノ資格ヲ剝奪スルノ行爲テアル解散ノ命令ハ直接ニ法人トシテ存在スル條件ヲ失ハシメ營業免許ノ取消ハ營業ノ主格タル條件ヲ失ハシムルノテアル解散命令ハ人格存否ノ問題ニ關シ營業免許ノ取消ハ人格　活動ノ問題ニ關スルノテアル如斯解散命令ト營業免許ノ取消トハ根本ニ於テ其觀念ヲ異ニスルカラ解散命令ハ營業免許ノ取消タル効力ヲ有タス又營業免許ノ取消ハ固ヨリ解散命令タルノ効力ヲ有タナイノハ當然ノ結果テアル解散命令ハ直接ニ人格ヲ剝奪スルカラ法人ハ之ニ因リテ當然解散スルノテアル營業免許ノ取消ハ營業能力ヲ剝奪スル營業ヲ爲スノ資格カ消滅スルカラ營業ノ免許ヲ得タル法人ナレハ其設立ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルニ立チ至テソコテ解散スルコトニナルノテアル之ヲ商法第七十四條ニ列擧セル會社解散ノ事由ニ對照シテ見ルト第七號ニ裁判所ノ命令トアルハ解散ノ命令テ第四十七條及ヒ第四十八條ニ規定セル場合テアル是ハ裁判所ノ解散命令テアルケレトモ其性質ハ行政官廳ノ解散命令ト異ナル所ハナイ直接ニ人格ヲ剝奪シ法人ヲシテ解散セシムルハ全ク同シテアル而シテ同第七十四條第二號ニ『會社ノ目的タル事業成効ノ不能』トハ有利的ニ事業ヲ遂行スルコトノ出來ナイ狀況ニ至ツタト謂フ意味テ其原因ニハ一定ノ限ハナイカ營業能力ノ喪失ハ其一ツテアルコトヲ疑ナイノテアル今免許營業ヲ爲ス會社カ法律ノ定ムル所

ニ依リテ營業ノ免許ヲ取消サレタトスレハ其會社ハ商法第七十四條第二號ノ事由テ解散スルコトトナル果シテ然リトセハ解散ノ命令營業免許ノ取消ハ其ニ會社ノ解散セシムルノ結果ヲ生スルケレトモ一ハ直接ニ解散ノ原因ト爲リ一ハ事業成效ノ不能ヲ來タシテ爲メニ間接ニ解散ノ原因ト爲ル即チ法律規定ノ正面ヨリ論スレハ解散命令カ解散ノ原因ト爲ルトノ差アルコトハ何人モ疑ハヌ所テアルト信スルノテアル

固ヨリ營業ノ種類ニ依テ會社組織ニ非サレハ之ヲ爲スヲ許ササルモノアリテ例セハ保險事業ハ株式會社又ハ相互會社タル法人ニ非サレハ之ヲ營ムコトヲ得ス（保險業法第二條）トシ又鐵道營業ハ株式會社ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルハ私設鐵道法ノ規定ニ依リテ明ナリ而シテ保險株式會社解散ノ原因トシテ營業免許ノ取消ヲ定メ（保險業法第二十一條）又私設鐵道株式會社ハ免許全部ノ取消ニ因リテ解散ス（私設鐵道法第八十三條）トシ共ニ免許ノ取消ヲ以テ直接解散ノ事由トス是法律カ特ニ規定シタル所ニシテ如斯特別規定ナキ場合ニ於テハ營業免許ノ取消ハ事業成效ノ不能ヲ來タシ其事業成效ノ不能カ解散ノ事由ト爲ルモノト解釋スルノ外ハナイノテアル加之保險株式會社モ私設鐵道株式會社モ各特別法ニ例外的規定ナキ限リ商法中株式會社ニ關スル規定ニ從フヘキ者ニシテ裁判所ノ解散命令ハ共ニ二會社ニモ適用セラルヘク解散ヲ事由トシテ營業免許ノ取消ハ解散命令トヲ併立セシメタルニテモ二者其觀念ヲ異ニスルヲ知ルニ難カラサルヘシト信ス

第五　設立ノ免許ハ解散ノ命令ト相對シ營業免許ト其取消ト相對スルハ當ニ論理ニ於テ然ルノミナラス近時ノ立法例モ之ヲ大原則トシテ認メテ居ル一例ヲ擧クレハ民法ニ於テハ公益法人ハ其設立ニ主務官廳ノ許可ヲ受クヘキヲ定メ（第三十四條）而シテ設立免許ノ取消ヲ以テ解散ノ事由トス（第六十八條第七十一條）產業組合ハ設立ノ事由ヲ必要トシ（產業組合法第八條）而シテ制裁トシテハ第六十一條ニ於テ解散ノ命令ヲ定ム何レモ營利的ノ事業ヲ爲スモノト謂フヘカラサルカ故ニ解散命令ハ營業能力ヲ失ハシムト論スルコトハ出來ナイケレトモ設立免許ト解散命令トハ相對スルモノナルノ明證テアルト信ス唯解散ノ命令ハ頗ル重要ナルヲ以テ之ヲ裁判所ノ命令トスルヲ大體ノ主義トシタルニ過ギナイノテ其解散ノ命令ハ行政官廳ノ解散ノ命令ト其性質ヲ異ニシテ居ラナイノテアル而シテ營業免許トシテ亦之ヲ說明スルノ要ハアルマイト思フ

第六　取引所ハ其設立ニ政府ノ免許ヲ得ザルヘカラザルハ取引所法第一條ノ明定スル所ニシテ其營業ヲ爲スニ特ニ免許ヲ必要トセズ而シテ取引所ニ對スル制裁ハ第二十七條ニ列記シテアル其取引所ノ解散ハ設立ノ免許ト相對シ共ニ人格ノ存在ニ關スルモノトシテ觀察スルカ適當テアル前段論ジタルカ如ク營業能力ノ存在ニ關スル營業ノ免許及ヒ其免許取消ト根本的觀念ヲ異

ニスルヲ以テ取引所ニ對スル解散ノ命令ハ營業免許ノ取消ヲ包含セズト謂フベク從テ解散命令ニ對シテハ明治二十三年法律第百六號ニ掲ゲタル營業免許ノ取消ニ關スル事項トシテ行政訴訟ヲ提起スルヲ得ザルモノト斷定スルハ理ノ當然デアル

飜テ行政裁判所ノ判決ヲ攷究スルニ其第一ノ理由ハ設立ノ免許ハ營業ノ免許ヲ包含スルガ故ニ解散ノ命令ハ營業免許ノ取消ヲ包含スルト云フニ在ルノデアルガ而シテ取引所法ノ規定スル所ヲ見ルニ設立ノ免許ノ外營業免許ヲ必要トセズ設立ノ免許ハ營業ノ性質ガ免許ヲ受クベキモノナリト假定スルモ主務官廳ニ於テ設立免許ヲ與ヘタルノミニテ當然營業團體トシテ活動スルヿヲ得ルガ故ニ設立ノ免許ハ營業ノ免許ヲ包含スト云フハ前段論述セル如ク人格ノ生存ト活動トヲ混同シタル斷定デアルノミナラズ取引所法ハ唯設立ノ免許ヲ得ヘキコトヲ規定セルノミニテ營業ノ免許ヲ受クベキヲ規定セザルニ拘ラズ營業ガ免許ヲ要スルモノナラント假定シテ設立ノ免許ハ營業ノ免許ヲ包含スト云フノデアルガ余ハ實ニ其論據ノ那邊ニ存スルカヲ疑ハザルヲ得ナイノデアル今何人モ認メテ免許ヲ必要トセズ又營業上ノ監督ヲモ想像セザル普通ノ營業ヲ爲ス株式會社ガ舊商法ノ如ク其設立ニ付キ政府ノ許可ヲ得ルヲ必要トシタリトセンカ尋常一般ノ商品ノ賣買ヲ目的トスル會社ニ設立ノ免許ヲ與ヘタルトモ其設立ノ免許ハ營業ノ免許ヲ包含スト云ヒ亦法律ノ認ムル所ニ依リテ政府ガ設立ノ許可ヲ取消スカ又ハ解散ヲ命ジタリトセバ其許可ノ取消又ハ解散ノ命令ハ營業免許ノ取消ヲ包含スト論ズルガ其不當ナルハ必ズシモ識者判斷ヲ乞フノ要ハナイノデアル取引所ノ設立ニ付テ政府ノ免許ヲ受クベキコトハ取引所法第一條ニ規定スル所ニヨリテ明ナレドモ其營業ニ付テハ何等許可ヲ受クベキヲ定メテハ居ラヌノデアル然ルニ設立ノ免許ハ營業ノ免許ヲ包含スストスルノ理何所ニカ在ル取引所ト普通營業ヲ爲ス假設ノ會社トノ間ニ法理上何等ノ區別スル所ガアルノデアルカ二者共ニ設立ノ免許ヲ要スルモ營業ノ免許ヲ要セナイ然ルニ普通營業ヲ爲ス假設ノ會社ニ在テハ設立ノ免許ハ營業ノ免許ヲ含マズトシ取引所ノ設立ノ免許ハ營業ノ免許ヲ含ムトスルノ理由ハ余不敏ニシテ之ヲ悟ルヲ得ナイノデアル其理由ガ取引所ハ主務官廳ニ於テ大ニ監督スルノ必要ガアルト云フニ在ルノデアルナラバ是法律ノ規定以外ニ理由ヲ求ムルモノト云ハヂバナラヌ唯普通ノ營業ト異ナル所ガアルノ點カラ營業モ免許アツテ始メテ爲スヿヲ得ルモノデアルト何トナク空ナ想像ヲスルノデアル若シ強ヒテ區別ヲ求ムレバ取引所ハ勅令ノ定ムル賣買取引ノ方法ヲ守ルベキコト（第十九條）及ビ取引所外ニ於テ取引所ノ定期取引ト同一又ハ類似ノ方法ヲ以テ賣買取引ヲ爲スコトヲ得ズ（第二十五條）トスルノ點デアル行政裁判所ノ判決モ亦此點ニ重キヲ置クモノヽ如クデアル去リナガラ取引所ノ賣買取引ト云ヘル義デアツテ其賣買取引ガ取引所ノ法人ノ賣買取引デハナク從テ其賣買取引ガ法律ニ限定セ

ラレ其方法ガ勅令ノ定ムル所ニ依ラナクテハナラヌト云フコトガ取引所ノ營業免許ト何等ノ關係モナイコトハ詢ニ覩易ノ道理デハアルマイカ又賣買取引ノ方法ハ勅令ノ定ムル所デアッテ其取引ハ取引所外ニ在テハ之ヲ爲スコトヲ得ザルモノトスト判決ニ在レドモ法律ニハ唯取引所ノ定期取引ト同一又ハ類似ノ方法ヲ以テ賣買取引ヲ爲スコトヲ得ズトアルノミニテ判決ニ謂フガ如ク凡ベテ勅令ヲ以テ定メタル賣買取引ガ取引所外ニ於テ爲スコトヲ得ズトシテハ居ラナイノデアル判決ノ文字ハ極メテ簡單デアルカラ能ク眞意ノ存スル所ハ分ラナイケレドモ公平ニ其文字カラ推測スルト取引所法ノ規定ノ趣意ニ適セヌ樣ニ思ハレル併シ此點ハ判決ノ簡單ナル爲メニ不明ナリトシテ暫ク措キ取引所法第二十七條ノ規定ハ定期取引ノ如キ動モスレハ純然タル投機ニ流ルヽノ虞アルモノハ相當ノ設備アリ相當ノ資格アリ相當ノ擔保アリト認ムル機關ニ依ラネバナラヌト廣ク公衆ニ對シテ命ジタノデアル一般ノ禁制ト見ルノ外ハナイノデアル一面ヨリ解釋スレバ取引所ハ其特權トシテ勅令ノ定ムル方法ニ依リテ所謂定期取引ヲ受サシムルコトヲ得ルトモ謂ヘルコトハ疑ナイコトデアル乍去其特權ト云フハ法律ガ其規定スル所ニ依リテ取引所タルモノニ與ヘタ當然ノ權能デアッテ苟クモ取引所トシテ設立ノ免許ヲ得タナラハ法律ニ依テ即チ其權能ヲ享有スルコトヽナルノデ決シテ取引所ニ其免許ヲ與フルノ意味ハ有タナイノデアル今假ニ法律ガ取引所ノ定義ヲ掲ゲ取引所トハ勅令ノ定ムル方法ニ依リ法定ノ賣買取引ヲ爲サシムル特種ノ場所ナリトシテ之カ設立ニ免許ヲ必要トスト定メタナラハ恐ラクハ設立ノ免許カ營業ノ免許ニ包含スト解釋スル者ハアルマイト思フ若シ此場合ニモ設立ノ免許ハ營業ノ免許　包含スト謂ヘハ法理上容スヘカラサル結果ヲ生スルノデアル今舊商法ノ如ク一般株式會社ニ設立ノ免許ヲ必要トシタリトセン株式會社ハ法人トシテ固ヨリ其目的ヲ特定セナケレハナラヌ而シテ普通商品ノ賣買ヲ目的トシテ設立免許ヲ得タリトスレハ此場合ニ於テモ設立ノ許可ハ營業ノ免許ヲ包含スト云フノ論結トナルノデアル蓋シ何人モ斯ノ如キ誤論ヲ爲サヾルヘシト思フ果シテ然リトセハ取引所ノ設立ノ免許ト如何ナル區別カアルカ余ハ此二者ヲ區別スルノ標準ヲ發見スルコトヲ得ナイノデアル取引所カ定期取引ヲ爲ス唯一ノ場所デアルコトカ營業ノ免許ヲ推測スルノ基礎ト爲リ得ルナラハ凡ソ法律カ特種ノ「インスチチーション」ニ付キ特ニ定ムルモノ皆免許推測ノ基礎ト爲ラヌ子ハナラヌ

行政裁判所判決ノ第二ノ理由ハ取引所法第二十七條ニ列擧スル處分中取引所一部ノ停止若クハ禁止ト謂ヒ取引所ノ停止ト謂フハ其營業ノ停止若クハ禁止ノ意ナルカ故ニ取引所ノ解散トハ營業禁止ノ意ト解セヌトハナラヌトスルニ在ルノデアル余ハ茲ニ至リテハ判決ノ推理方法ニ對シテ批評スルノ言辭ヲ發スルヲ得ナイ停止禁止カ取引所ニ於テスル賣買取引ノ一部ヲ停止禁止シ其全部ヲ停止スルノ意味ナルコトハ余モ亦之ヲ認ムルノデアル然レドモ第二十七條ハ唯農商務大臣ノ爲シ得ル處

分ヲ列擧シタルニ止マルノテアツテ解散ハ讀ンテ字ノ如ク別ニ說明ヲ要スル程ノ深遠ナル意味ヲ有タヌ文字テアル法律カ特ニ解散ナル意義明白ナ文字ヲ用キテ居ルモ之レ解シ易カラサル意味ヲ術スルハ寧ロ法律ノ趣意ヲ曲ケテ解釋スルノ譏リヲ免レマイト信スルノテアル、シカモ同一ノ條ニ處分ヲ列擧シ特ニ取引所ノ一部ノ禁止ナル文字カ用キテアル所カラ觀レハ立法者モ禁止ナル文字ニ氣附カナカツタトハ思ハレヌノテアル若シ解散カ判決ニ謂フ如ク營業禁止ノ眞意ナリトセハ必ス其文字ヲ用キルコトヲ怠ラナカツタテアラウ判決ハ餘ニ立法者ノ意ヲ忖度シ過キタルノテハアルマイカ立法者ニ非常ノ迂濶ヲ強ユルモノト評シテ宜シカラウ余ハ解散禁止ノ文字ヲ併用シテ明記セル所カラ寧ロ解散ト禁止トハ全ク異ナレル意味ニ用キタト推測スルカ普通ノ論理ナリト確信スルノテアル亦是カ正當ノ解釋テアルコトヲ疑ハナイテアル

以上述ヘタル如ク余ハ如何ニシテモ行政裁判所ノ判決ノ理由ニハ贊同ノ意ヲ表スルコトカ出來ナイ現行法ノ解釋トシテハ取引所ノ解散ノ命令カ營業免許ノ取消ヲ包含スト シ彼ノ明治二十三年法律第百六號行政訴訟事項トスルノ甚タ誤マレルヲ斷言シテ憚ラナイノテアル而シテ更ニ立法論トシテ余ニ一言セシムレハ取引所解散ノ命令ニ對シ營業免許ノ取消ト同シク行政訴訟事項ノ一トスルノ正當ナルヘキハ是亦斷言スルニ躊躇シナイノテアル其詳細ノ理由ニ至リテハ今茲ニ述フル必要ハアルマイト思フ（法學、一二、五……六）

○取消サレタル命令ノ效力ニ就キテ……法學士　松浦鎭次郎君

各省官制通則ハ各省大臣ニ與フルニ各主任ノ事務ニ就キテ警視總監北海道廳長官府縣知事ノ命令カ制規ニ違ヒ公益ヲ害シ又ハ權限ヲ侵スコトアリト認ムル場合ニ於テ其命令ヲ停止シ又ハ取消ノ權ヲ以テシ地方官官制ハ同一ノ場合ニ於テ郡長及ヒ嶋司ノ命令ヲ停止シ又ハ取消ノ權ヲ知事ニ與フ故ニ各省大臣若クハ府縣知事カ其權限ニヨリ下級官廳ノ命令ヲ取消シタル場合ニ於テハ其取消サレタル命令ハ取消ニヨリテ效力ヲ失フヘキハ論ヲ待タサレトモ取消以前ニ於ケル其命令ノ效力ニ及ホス影響如何從テ又其命令ニヨリ爲シタル行爲ノ效力ニ及ホス影響如何此レ余輩カ聊カ此處ニ論セント欲スル處ナリ

通說ニヨレハ此關係ニ就キテ權限內ノ命令ト權限外ノ命令トヲ區別シ此標準ニヨリ本問題ヲ決セントスルモノヽ如シ要旨ニ曰ク

取消ノ前ニ命令ニヨリ爲シタル行爲ハ必スシモ取消ノ爲メ前ニ遡リテ無效ニ歸スルニ非ス此點ニ就キテハ權限外ノ命令ト權限內ノ命令トヲ區別スルヲ要ス若シ命令カ官廳ノ權限外ニ出ツル時ハ此レ實ハ命令ニ非スシテ一私人ノ行爲ト擇フ所ナキナリ此場合ニ於テ取消ハ單ニ將來ノ爲メ疑義ヲ除クノ外何等ノ效果ヲモ有セス取消ノ以前ニ於テモ其命令ニヨリ爲セル行爲ハ命令ニヨリシモ

ノナルノ理由ヲ以テ效力ヲ有スルコトナシ之ニ反シテ取消サレタル命令カ官廳ノ權限内ニ於テ發セルモノナル時ハ其公益ヲ害スル理由ヲ以テ取消サレタル場合ニ於テモ取消ノ前ニ於テハ臣民ハ之ニ對シ服從ノ義務アリ官廳ハ其權限内ニ於テハ法ヲ解釋シ法ヲ適用スルノ職權ヲ有スルカ故ニ臣民ハ假令官廳ノ發セル命令カ違法ナルヲ信スルモ自己ノ解釋ヲ以テ官廳ノ解釋ヲ妨クルコト能ハス故ニ命令ノ存在セル間ハ訴願等ノ救濟手段アル場合ニ此等ノ手段ヲ取ルノ外官廳ノ權限内ニ發セル命令ニ對シ臣民ハ服從ヲ拒ム能ハス如斯タル權限内命令ハ假令違法ナルモ當該官廳ノ職權ニヨリ取消サルヽマテハ拘束ノ效力ヲ有スルカ故ニ取消ノ前命令ニヨリ爲セル行爲ハ取消ノ爲メ前ニ遡リ效力ヲ失フコト無シト

權限外ノ命令カ本來無效ナルハ殆ト論ヲ待タス權限内ノ命令カ公益ニ及スルノ理由ヲ以テ取消サレタル場合ニ於テ其取消以前ニ於テ有效ナルコトモ亦論ナシ唯權限内ニ於テ而モ法規ニ反シテ發セラレタル命令カ其取消以前ニ於テ有效ナリトイフニ至テハ余輩大ニ疑ナキ能ハス請フ少シク之ヲ論セン抑々臣民ハ官廳其者ニ服從スルニ非スシテ國家ニ服從スルナリ而シテ官廳ノ發シタル命令ニ服從セサル可ラサル所以ノ者ハ其命令ハ即チ國家ノ意思ナレハナリ故ニ官廳ノ發シタル命令ニシテ國家ノ意思ニ反スルモノナル時ハ臣民ハ決シテ之ニ服從スルノ義務ナシ換言スレハ官廳ノ命令ノ有效ナルハ其命令カ國家ノ意思トナル場合ニ限ルモノナリ此レ何人モ爭ハサル所ナル可シ

然ラハ則チ官廳カ其權限内ニ於ヲ而モ法規ニ反シテ發シタル命令ハ果シテ國家ノ意思トナリテ臣民ヲ拘束シ得ルヤ否ヤ余輩カ論者ト意見ヲ異ニスルハ此點ニアリ法規ノ性質ニ就キテハ歐洲諸大家ノ間ニ猶區々ノ議論アリテ必スシモ一定セルニ非スト雖トモ法規カ國家ノ意思ナルノ點ニ至テハ毫モ疑ヲ容ルヘキ所ナク論者ト雖トモ法規ヲ以テ國家ノ意思ニ非ストイフコトヲ得サルヘシ然ラハ即チ論者ニ問ハン國家ノ意思タル法規ニ反スル官廳ノ命令ハ何カ故ニ國家ノ意思トナリテ臣民ヲ拘束スルコトヲ得ルヤ國家ハ一人ノ人格ナリ人ハ同時ニ二箇ノ相異リタル意思ヲ有スルコト能ハストハ動カス可ラサル心理上ノ原則ニ非スヤ而シテ法規ト之ト相反シタル官廳ノ命令トカ同時ニ國家ノ意思ナリトイフ時ハ即チ人カ同時ニ二箇ノ相異リタル意思ヲ有スルコトヲ認ムルモノニ非スヤ余輩ハ論者カ何故ニ此理ヲ顧ミスシテ前條ノ論結ヲ爲セルヤヲ解スル能ハス殊ニ怪ム可キハ論者カ已ニ官廳ノ權限外ノ命令ニ就キテハ其權限ヲ超エタルノ故ヲ以テ換言セハ權限ヲ定ムル國家ノ意思ニ反シタル故ヲ以テ本來無效ノモノナリト斷言セルニ拘ラス權限内ノ命令ニ就キテハ國家ノ意思タル法規ニ反スルモ獨國家ノ意思タルヲ得ヘシトスルニアリ權限ヲ定ムル國家ノ意思ト他ノ法規ノ定ムル國家ノ意思トハ其國家ノ意思タルノ點ニ於テ且官廳カ之ヲ遵奉セサル可ラサル點ニ於テ幾何ノ差異アリヤ余輩ハ毫モ之ヲ解スル能ハサルナリ論者ハ前ニ擧ケタル如ク官廳ハ其權限内ニ於テハ法ヲ解釋シ法ヲ適用スルノ職權ヲ有スルカ故ニ其自ラ適法ナリト信シテ發シ

タル命令ハ取消以前ニアリテハ有効ナリト論スト雖下級官廳ハ決シテ最高ノ解釋權ヲ有スルモノニ非ス唯其職權ニヨリテ爲シタル法規ノ解釋ハ正確ナリトノ推測ヲ受クルノミ而シテ上級官廳カ下級官廳ノ命令ヲ違法ナリトシテ之ヲ取消シタル場合ニ於テ所謂違法トハ其命令カ取消ノ當時ヨリ已ニ違法ナリトイフニアラス又シテ命令發布ノ當時ヨリ已ニ違法ナリトイフニアルカ故ニ下級官廳ノ解釋カ正確ナリトノ推測ハ此取消ノ爲メニ破フルヽニ至ル從テ此解釋ヲ根據トシテ發シタル命令ハ初メヨリ效力ナカリシモノトイハサル可ラス爲ソ論者ノ如ク取消サルヽマテハ有效ナル命令ナリトイフコトヲ得ンヤ

論者ハ又臣民ノ解釋ハ官廳ノ解釋ニ勝ツ能ハサルカ之ヲ信スルモ之カ服從ヲ拒ム能ハス從テ權限內ノ命令ハ取消サヽルマテハ拘束ノ效力ヲ有ス即チ有效ナル命令ナリトイフト雖此レ或ハ命令カ本來有效ナリヤ無效ナリヤトイフ問題ト臣民ハ官廳ノ命令ニ對シテ服從ヲ拒ムヲ得ルヤ否ノ問題トヲ混同セルニ非サルカ臣民カ假令官廳ノ發シタル命令ノ效力ヲ疑フモ之カ爲メニ遵奉ノ義務ニ影響スル所ナキハ獨リ權限內ニ於テ法規ニ反シ發セラレタル命令ノ場合ニ限ルニ非ス權限外ノ命令ノ場合ニモ亦同一ナリ何トナレハ臣民カ官廳ノ命令ニ服從ス可キヤ否ヤハ其命令カ本來有效ナルヤ無效ナルヤニヨリ決セラルヽニ非スシテ官廳ト臣民トノ解釋權ノ高下ニヨリ決セラルヽモノナレハナリ故ニ實ハ權限外ノ命令ナリト雖臣民カ之ヲ

權限外ナリト信シタルノミヲ以テ其命令ヲ遵奉スル義務ナシトイフ可ラス雖如斯キ場合ニ於テ上級官廳カ之ヲ遵奉スル義務ナシトシテ取消シタル時ニ至リ初メテ先キノ命令カ本來無效ニシテ遵奉ノ義務ナカリシコトヲ知リ得ルノミ然ルニ論者カ權限外ノ命令ハ本來無效ナルヲ以テ其發布ノ當時ヨリ遵奉ノ義務ナシトシ之ニ反シテ權限內ノ命令ハ其取消サルヽマテハ遵奉ノ義務アリトナシ從テ其命令ハ違法ナルモ取消ノ以前ニアリテハ猶有效ナルモノナリト論スルニ至テハ眞ニ是レ事理ヲ錯雜セルモノニ非スシテ何ソヤ命令自身カ本來有效ナルヤ否ヤト臣民カ之ニ對シテ遵奉ヲ拒ムヲ得ルヤ否ヤトハ全ク別箇ノ問題ニ屬ス臣民ハ官廳ノ如何ナル命令ニ對シテモ其發布ノ當時ニ於テハ遵奉ヲ拒ム能ハス故ニ屢眞ニ無效ナル命令ヲ遵奉セサル可ラサルノ不便アルヲ免カレスト雖是レ臣民ノ解釋ハ官廳ノ解釋ニ勝ツ能ハス而シテ官廳ノ解釋ハ正確ナリト推測セラルヽヨリ來ル自然ノ結果ニシテ亦已ムヲ得サルモノトイハサル可ラス若シ夫レ官廳ノ發セル命令ニ對シ臣民カ之ヲ無效ト信スルノ故ヲ以テ遵奉ノ義務ナシトセハ國家ノ行政ハ殆ト之ヲ行フニ由ナカラントス故ニ臣民ヲシテ一時官廳ノ命令ニ盲從セシムルハ亦統治上ノ必要ニ出ツルナリ如斯ク臣民ハ權限內ナルト權限外ナルトヲ論セス適法ナルト違法ナルトヲ問ハス苟モ官廳ノ命令ナラハ一時之ニ服從セサル可カラサルカ故ニ若シ論者ノ如ク取消サルヽマテ臣民ニ服從ノ義務アルニヨリテ其命令自身　有效ナリトイフトキハ權限外ノ命令モ亦有效ナル命令ナリト論斷セサル可ラサルニ至ラン是

レ論者カ先キニイフ所ト正ニ相矛盾スルモノニ非スヤ

要スルニ此者カ權限内ノ命令ハ違法ナル場合ニアリテモ猶取消サルヽマテハ有效ナル命令ナリト爲スハ毫モ法理上ノ根據ナキナリ故ニ取消サレタル命令ノ取消以前ニ於ケル效力如何ノ問題ヲ決スルニハ決シテ權限内外ノ一點ヲ以テ標準トスルコト能ハス他ノ點ヨリ之ヲ觀察セラル可ラサルナリ

抑國家ハ絕對無限ノ權力者タリト雖萬般ノ政務悉ク之ヲ親裁スルハ到底其能ハサル所於是カ機關ヲ設ケ一定ノ權限ヲ授ケテ施政ノコトニ當ラシム而シテ又國家ハ臣民ヲ統治スル爲メニ種々ノ法規ヲ設ケ此範圍内ニ於テ其權力ヲ行使センコトヲ期スルカ故ニ機關ヲシテ政治ニ與ラシムルニ當リテモ亦此種々ノ法規ノ範圍内ニ於テ行動セシムルノ要アリ一方ニ於テハ一定ノ權限アリ一方ニ於テ機關ハ初メテ國家ノ意思ヲ作リテ臣民ヲ拘束スルヲ得此範圍ヲ超エテハ決シテ國家ノ意思ヲ作ルコト能ハス機關カ此範圍内ニ行動スルヲ稱シテ適法(Rechtsmassigkeit)トイフ而シテ適法ノ區域内ニ於テ最モ國利民福ヲ進ムルニ適切ナル手段ヲ取ルヲ稱シテ正當(Zweckmassigkeit)トイフ機關カ行動スルニ際シテハ常ニ適法ニシテ且正當ナランコトヲ期ス可キモノナルモ機關ヲ組織スルモノモ亦一箇ノ人間ナルカ故ニ或ハ法規權限ノ解釋ヲ誤リテ違法(Rechts widrigkeit)ニ陷リ或ハ利害ヲ見ルノ明ニ乏シクシテ不當(Zweck widrigkeit)ニ失スル無キヲ保タス上級官廳カ下級官廳ノ發シタル命令ヲ取消スノ必要アルハ之カ爲メナリ如斯クナルカ故ニ上級官廳ノ命令ハ或ハ違法ナルカ爲メ取消サルヽコトアルヘシ前者ノ爲メニ取消スハ下級官廳ノ發シタル命令ハ實ハ國家ノ意思ニ非スシテ拘束力ヲ有スルモノニ非ストシテ之ヲ取消スナリ後者ノ場合ハ其命令ハ適法ニシテ國家ノ意思ニ相違ナキモ政策上不都合ナルカ故ニ改メテ國家ノ意思ヲ變スルモノナリトシテ之ヲ取消スナリ故ニ前者ニアリテハ下級官廳ノ命令ハ權限ヲ超エタルカ若クハ法規ニ反シタルカ爲メニ初メヨリ無效ナリ取消ハ單ニ將來ノ爲メニ疑義ヲ除クニ過キス後者ニアリテハ下級官廳ノ命令ハ取消以前ニアリテハ有效ナリ唯取消ニヨリテ將來效力ヲ失フニ過キス從テ取消サレタル命令ニヨリ取消以前ニ爲シタル行爲ノ效力モ亦此標準ニヨリ容易ニ決スルコトヲ得可シ

以上論スル所ニヨリ余輩ハ本問題ニ答ヘ得タリト信ス猶各省官制通則及ヒ地方官官制ノ規定ニ照シテ之ヲイヘハ所謂制規ニ違ヒ權限ヲ侵シタル場合ハ違法ノ場合ニシテ所謂公益ヲ害シタル場合ハ不當ノ場合ナリ故ニ何レノ理由ニヨリテ取消サレタルヤニヨリテ其命令ノ取消以前ノ效力並ヒニ之ニヨリテ爲セル行爲ノ效力如何ヲ知ル可キナリ若シ夫レ初メヨリ無效ナル命令ニヨリ取消以前ニ於テ爲セル行爲ハ取消ノ爲メニ影響セラレサルモノトナスカ如キ特別ノ規定ヲ設クルヤ否ヤニ至テハ別箇ノ問題ニ屬シ余輩カ此處ニ論セント欲スルモノニ非サルナリ(行協、一一、一一……一三)

○官吏ノ觀念ニ關スル管見……法學士　小原新三君

何ヲ官吏ト謂フカ、此問題ハ行政法上ニ於テ未タ解決セラレサルモノヽ一ナリト謂フテ可ナリ、官吏ノ何タルカニ關シ從來ノ學者カ下シタル見解ハ二三ニシテ止マラサルナリ、然レトモ是等ノ學者ヲシテ各自ニ語ラシメハ、誰カ能ク自家ノ見解ニ於テ未タ慊焉タラサルモノアリト表白セサルヲ得ルモノソ、予ハ此ノ如クニ信スルノ寧ロ理由ナキニアラサルコトヲ信スルナリ、

官吏ノ觀念ニ關スル學者ノ見解ヲ羅列シテ之ヲ批評セムト欲スルハ本論ノ主旨ニアラス然レトモ從來ノ學者カ此問題ニ關シ常ニ單純ナル見地ニ依リテノミ之ヲ論斷セムトスルノ非ニ至リテハ即チ予ノ試ニ之ヲ敘シテ敢テ大方ノ敎ヲ請ハムト欲スル所ナリ、

官吏ノ種類ヲシテ高等官ト判任官トノ二者タルニ止マラシメハ、實際ノ問題トシテハ官吏ノ何タルカニ關シ必シモ困難ナル問題ヲ生セサルヘシ（學理上ノ問題トシテハ依然然ルコト能ハスト雖ヽ、然レトモ現今ノ實際ニ於テハ所謂待遇官吏ナルモノアリ、其他執達吏ノ如キ、公証人ノ如キ消防夫ノ如キ其他日本銀行總裁等ノ如キ、是等ノ多クノモノヽ、性質ニ關シテハ實際ニ於テ屢問題ノ惹起セル所ナルニ拘ハラス、而カモ未タ一定シタル解釋ノ存セサル所ナリ、

從來ノ學者カ官吏ノ觀念ニ關シ下シタル見解ハモトヨリ頗ル多樣ナリ、或ハ公共團體ノ機關ヲ構成スル元素モ亦官吏ナリト論スルモノアリ、或ハ雇員ノ如ク私法上ノ關係ニ於テ職務ヲ奉スルモノモ亦官吏ナリト論スルモノアリ、或ハ命令權ヲ行使スルモノニアラサレハ官吏ニアラスト論スルモノアリ、官吏ノ範圍カ此ノ如クニ明確ナラサルノミナラス、其實質ニ關スル見解ニ至リテモ或ハ元首ニ隷屬スルモノナラサルヘカラスト論スルモノアリ（此種ノ論者ハ元首ニ隷屬スルト否トヲ以テ官吏ト議員トノ區別トナサント欲スルモノナリト雖、貴族院ニ於ケル勅任議員ハ任免關係ニ於テモ議院法ニ依リ……議院法ハ法律ノ一ト係ニ於テ元首ニ隷屬スルノミナラス、其執務關係ニ於テ元首ニ隷屬スルノナルノ點ニ於テ、シテ我國ニ於テハ元首ノ裁可ヲ要スルモノナルノ點ニ於テ、議員カ議院法ニ依リ監督セラルヽノ點ニ於テ又間接ニ元首ノ監督ニ服從スルモノナリト謂ハサルヘカラスト信ス……監督セラルヽノ點ニ於テ又間接ニ元首ニ隷屬スト謂ハサルヘカラス、假リニ歩ヲ讓リ議員ハ其執務關係ニ於テ元首ニ隷屬スルモノニアラストナサンカ、然ラハ裁判官及會計檢査官モ亦官吏ニアラスト謂ハサルヘカラサルヘシ、）或ハ勤務關係カ本人ノ自由意思ニ基クモノナラサルヘカラスト論スルモノアリ（然レトモ選擧ニ依リテ官吏ノ職ニ就カシメ、若クハ强制任命ノ方法ヲ執レリトスルモ何故ニ之ヲ官吏ニアラスト謂ハサルヘカラサルカハ予ノ解スルヲ得サル所ナリ）

而カモ是等ノ見解ハ一ヲ以テ精確ニ官吏ノ觀念ヲ發揮スルニ足ラス、加之是等ノ觀念ノ一ヲ以テ前ノ執達吏、公証人、消防夫等ニ對スルモ又毫モ之カ性質ヲ判明ナラシムルニ於テ助クル所アラ

サルナリ（此他官吏ノ觀念ニ關シ實質上ヨリ之カ見解ヲ下セルモノ尚ナキニアラス例ヘハ官吏トハ官職ヲ奉スル者ナリト云フカ如キ是レナリ、然レトモ此種ノ見解ハ又論スルニ足ルノ價値ナキナリ）

或ハ又形式上ヨリ官吏ノ觀念ヲ定メムト欲スルモノアリ、例ヘハ形式ヲ備ヘテ任命セラレタルモノカ即チ官吏ナリト主張スルモノ、如キハ即チ是レナリ、（我國ノ行政廳中亦曾テ此見解ヲ執レルモノアリ、）此種ノ說ノ中ニハ我國ニ於テ從來二種ノ別アリ、第一說ニ曰ク任命ノ形式トハ高等官トシテ若クハ判任官トシテ辭令書ヲ以テ任命スルノ謂ナリト、（然レトモ此說ニ從ヘハ所謂待遇官吏ハ官吏ニアラスト云ハサルヘカラサルヘシ）第二說ニ曰ク我邦ノ辭令書中ニハ從來『任ス』ト云フノ書式ヲ用フルモノト『命ス』ト云フノ書式ヲ用フルモノトノ二種ノ別アリ、其前者ノ形式ニ依ルモノカ即チ官吏ニシテ後者ノ形式ニ依ルモノハ即チ然ラスト、（然レトモ此見解モ亦往々ニシテ實際ニ反セリ例ヘハ貴族院議員ノ辭令書ニハ之ヲ『任ス』ト謂ヒテ『命ス』ト謂ハサルカ如キ、試補ノ辭令書ニハ『命ス』ト謂ヒテ『任ス』ト謂ハサルカ如キ、是レナリ）然レトモ是等形式上ノ見解モ亦之ヲ實際ニ照ラスニ其頗ル適切ノモノニアラサルコトヲ發見ス、

余ノ管見ヲ以テスレハ單純ナル概括的ノ觀念ヲ以テ敢テ現行法カ官吏ト認ムト見ナス（關スル精確ノ定義ヲ與フルカ如キハ到底不可能ノ事ニ屬ス何トナレハ現行法カ官吏ト認ムト見ナスヘキ所ノモノハ學者カ考フルカ如クニ爾カク簡單ナル標準ニ基キテ決スルコトヲ得サレハナリ、此故ニ予ハ官吏ノ觀念ヲ定ムルニ當リ、之ヲ實質上ノ觀念ト形式上ノ觀念（換言スレハ現行法上ノ觀念）トニ別チテ論スルハ實際ニ於テ止ムヲ得サル所ナリト思惟ス、實際上ニ於ケル官吏ノ觀念ハ予ノ見ル所ヲ以テスレハ即チ如ノ如クナラサルヘカラス曰ク、

官吏トハ公法上ノ指名行爲ニ依リ無定量ナル國家ノ事務ヲ奉スヘキ義務アルモノナリ

ト、之ニ類セル定義ヲ下シタル學者ハ從來絶無ニアラス、然レトモ多少立言ヲ異ニスル所アリ、試ニ茲ニ予ノ下シタル定義ニ付左ニ試明スヘシ、

（第一）官吏カ現ニ國家ノ事務ヲ奉スルト否トニ拘ハラス、少クトモ斯ル義務ヲ負フモノナルハ論チ俟タス、此點ニ關シテハ多ク論スルノ必要ナカラム、

（第二）臨時ニ命セラレテ特殊ノ事件ヲ請査シ（例ヘハ臨時ニ設置セラルヽ委員ノ如シ）若クハ徽發ニ依リ、又ハ私法上ノ契約ニ依リテ臨時ニ特別ナル勞務ニ服スルモノヽ如キハ其事務ノ性質ニ於テ無定量ナリト云フコトヲ得サルノ點ニ於テ之ヲ官吏ト稱スルコトヲ得ス、要スルニ官吏ハ其資格ノ存續スル限リハ定量ナキ事務ニ對シ、忠誠ニ之ヲ奉スルノ義務アルモノナラサルヘカラス、此義務ナキモノハ官吏ニアラス、然レトモ此義務アルモノカ總テ皆官吏ナルニハアラス、何トナレハ兵士及雇員ノ如キモ亦其分量ニ於テ定マラサル國家ノ事務ヲ奉スヘキ義務ヲ負フモノナレハ

ナリ、

(第三)無定量ナル國家ノ事務ヲ奉スヘキ義務アルモ、法律上ノ義務トシテ、若クハ私法上ノ契約ニ依リテカ、ル關係ニ立ツ所ノモノハ官吏ニアラス、例ヘハ前例兵士及雇員ノ如キ之ナリ、要スルニ無定量ナル國家ノ事務ヲ奉スヘキ義務ヲ負擔シ且ツカ、ル義務ヲ負擔セルコトカ公法上ノ指名行爲ニ基ケルモノナラサルヘカラサルナリ、公法上ノ指名行爲トハ如何、曰ク特定ノ一個人ヲ特定ノ地位ニ指名スルカ爲メ公法上ノ行爲是レナリ、我國ニ於テ官吏ハスヘテ任命ニ依レリト雖外國ニ於テ或ハ選擧ニ依ルモノアリ、學者或ハ官吏ノ定義中ニ任命ノ文字ヲ用フルアリト雖モ此ノ如キハ此點ニ於テ穩當ヲ缺クノミナラス、任命ノ何タルカハ必シモ說明ヲ要セスト謂フヘカラス、是レ予ノ茲ニ特ニ公法上ノ指名タル行爲ナル文字ヲ擇ヘル所以ナリ、

實質上ニ於ケル官吏ノ觀念ニ對スル管見ハ即チ上ノ如シ然レトモ此實質上ノ定義ヲ以テ現行法カ官吏ト認ムト見ナスヘキモノニ對比スルニ其不當ニ廣キニ過クルコトヲ發見ス、何トナレハ公吏、議員(帝國議會議員ノミナラススヘテ議員ノ名稱ヲ有スルモノヲ包含ス)參事會員、委員(臨時ニ設置セラルヽモノヲ除ク)其他スヘテ公共團體ノ吏員ノ如キハ現行法カ認メテ官吏トナス所ノモノニアラサルニ拘ハラス、此定義ハ是等ノモノヲモ包含スレハナリ(此點ニ關シテハ或ハ異說ナキコトヲ保セスト雖余ノ見ル所ヲ以テスレハ議員參事會員以下ノモノ、義務ハ其性質ニ於テ亦無定量ノモノナリト信ス、何トナレハ是等ノモノハ、奉スヘキ事務ノ分量ハ豫メ限定セラルヽモノニアラサルヲサレハナリ、只委員中特別ノ事件ノ調査ノ爲ニ臨時ニ設置セラルヽモノノ奉スヘキ事務ノ分量ハ之ヲ豫見スルコトヲ得ヘシ、要スルニ義務ノ性質カ無定限ナリヤ否ヤハ、其職務カ專務職タルト否トニ必シモ關係アルモノニアラサルコトヲ信ス)然レトモ余ノ見ル所ヲ以テスレハ此ノ如キ員ニ止ムヲ得サルニ出ルモノニシテ元ト當然ノコトナリト思惟ス、何トナレハ是等ノモノハ其實質ニ於テ到底所謂官吏ト區別スルコトヲ得サル所ノモノナレハナリ

官吏ト公吏(公吏ナルモノノ範圍現行法上ニ於テ頗ル疑義多キ問題ノ一ナリト信ス、然レトモ今論及セス)トノ實質上ニ於テ何等區別ナキハ多クノ學者ノ認ムル所ナリ、而カモ獨リ公吏ノミナラス議員、參事會員、委員及公共團體ノ吏員モ亦然リト云フハ稍奇ナルニ似タラム然レトモ是等ノモノト所謂官吏トノ實質上ノ區別ハ余ノ到底認ムルヲ得サル所ナリ、官吏ノ多クハ實ニ專務職ニシテ且ツ俸給ヲ受クルニ反シ議員以下ノモノハ多クハ非專務職ニシテ俸給ヲ受クルコトナシ(歲費、日給、手當等ヲ受クルコトアルモ)而シテ官吏ハ服務規律ニ拘束セラレ恩給、退給料等ヲ受クルノ權アリ且ツ元首ニ隷屬シ、國家直接ノ事務ヲ行フモノタリ議員以下ノモノハ必シモ然ラサルナリ、然レトモ是等ハ以テ嚴格ナル區別トナスニ足ラサルナリ、要スルニ是等ノモノト所謂官吏トノ間ニ明確ナル實質上ノ區別見出スコトヲ得ス、

是ニ於テカ實質上ニ於ケル官吏ノ中ヨリ特ニ現行法カ官吏ト認ムル所ノモノヲ摘出シテ之カ觀念ヲ明ニスルハ頗ル必要ノ事ナリト謂ハサルヘカラス、而シテ是レ從來ノ學者カ忽諸ニ附シタル一ノ研究事項タリ然レトモ概括的ノ說明ヲ以テ之カ實質上ノ觀念ヲ與フルハ到底爲シ能ハサル所ナリ、乃チ余ハ左ノ如ク言ハムト欲ス、曰ク

實質上ノ官吏ニシテ且ツ形式上官吏トシテ待遇セラルル所ノモノカ即チ現行法上ノ所謂官吏ナリ

ト、然レトモ此說明ハ形式上官吏トシテ待遇セラルルモノトハ何ヲ云フカニ付テ說明スルニアラサレハ恰モ雲ノ如クニ捕捉スル所ナシ、請フ左ニ形式上官吏トシテ待遇セラルルモノトハ何ヲ云フカヲ論セム、

第一　勅奏任官又ハ判任官トシテ任命セラルルモノニ付テハ國家ハ之ヲ官吏トシテ待遇スルノ意ナルコト明カナリ、此點ニ付テハ多ク論スルノ必要ナカルヘシ

第二　所謂待遇官吏ナルモノアリ、抑モ現行法ニ於テ官吏ト待遇ヲ受クルモノノ中ニ、實質上ニ於テ官吏ニ屬スルモノト否ラサルモノトノ區別アリ、例ヘハ市町村立小學校敎員、巡査、看守及ヒ貴衆兩院ノ守衞等ハ判任官ノ待遇ヲ受クルノミナラス、實質ニ於テ亦官吏ニ屬スルモノナリ、然ルニ佛敎各宗管長ハ勅任官ノ待遇ヲ受クルニ拘ラス、其實質ハ官吏ニ非サルナリ、要スルニ實

質上ノ官吏ニシテ且ツ形式上官吏トシテ待遇セラルルモノカ即チ現行法上ノ官吏タリ、從テ前者ハ現行法上ノ官吏ナリト云フコトヲ得レトモ後者ハ然リト云フコトヲ得ス、

第三　其實質上ノ官吏タルハ明カナレトモ國家カ形式上之ヲ官吏トシテ待遇スルノ意ナリヤ否ヤ頗ル不明ナルモノアリ、斯ル場合ニ國家カ之ヲ官吏トシテ待遇スルノ意ナリヤ否ヤハ國家カ之ニ對シテ如何ナル特權ト如何ナル特別ノ義務トヲ享有セシメ負擔セシムルカニ依リテ判斷スルノ外ナシ、然ルニ此判斷ハ往々ニシテ頗ル困難ナル場合アリ、執達吏、公證人、消防夫、日本銀行總裁、副總裁ハ之ヲ說明スルニ最モ好例ナリト信スルヲ以テ今是等ノモノニ藉リテ左ニ之ヲ說明スヘシ、

（一）執達吏

執達吏ハ司法大臣又ハ司法大臣ノ委任ニ依リ控訴院長ノ任命スル所ナリ、換言スレハ公法上ノ指名行爲ニ依リテ其職ニ就クモノナリ、而シテ其事務ハ即チ國家ノ事務ニシテ且其分量ニ於テ決マラサル所ノモノナリ、是等ノ點ニ於テ一般ノ官吏ト何等異ル所ナシ、從テ執達吏ハ之ヲ實質上ノ官吏ナリト云フニ於テ何等妨ケナキ所ノモノナリ、唯問題ハ之ヲ形式上ニ於テモ官吏ナリト云フコトヲ得ルヤ否ヤ、換言スレハ現行法カ認メテ官吏ナリトナス所ノモノナリヤ否ヤノ點ニアリ、執達吏ハ權利トシテ官吏ノ如ク俸給ヲ受クルコトナシ、然レトモ其他ノ點ニ於テハ

一般ノ官吏ト甚シク異ナル所アルヲ見ス、即チ執達吏ハ官吏恩給法ニ照シ恩給ヲ受ク、且執達吏ハ國家カ之ヲ官吏トシテ待遇スルノ意ナルコトヲ推測スルモ強チ不當ノ見解ニアラサルヘシ、從テ執達吏ハ實質上ノ官吏タルノミナラス形式上ニ於テモ又官吏ナリト謂ハサルヘカラス、

(二)　公證人

公證人モ亦司法大臣ノ任命スル所ナリ、而シテ義務カ無定量ノ事務ヲ奉スルニ在ルハ疑ヲ容レス只公證人ノ奉スル所ノ事務ハ之ヲ國家ノ事務ナリト云フコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ多少ノ疑ナキニ非ス、換言スレハ公證人ノ奉スル所ノ事務ハ人民ノ依賴ニ應シテ公正證書ヲ作成スルニ在リ直チニ之ヲ指シテ國家ノ事務ナリト云フコトヲ得ルヤ否ヤハ多少ノ疑ナキニ非ス、然レトモ公證人規則中ニハ辭職、轉職、免職、停職、兼任、復任等ノ文字ヲ用フ、是等ノ點ヨリ考フレハ現行法ハ公證人ノ事務ヲ以テ醫士、辯護士等ノ業務ノ如ク純然タル民間ノ業務トナスノ意思ニ非サルヘ業ヲ推測スルニ難カラス、從テ實質上ニ於テハ公證人モ亦官吏ナリト云フコトヲ得ルヤ否ヤノ點ニアリ、公證人只問題ハ公證人ヲ以テ同時ニ又形式上ノ官吏ナリト云フコトヲ得ルヤ否ヤノ點ニアリ、公證人ハ司法大臣ニ附屬シ控訴院長、始審裁判所長ノ監督ヲ受ケ、一定ノ場合ニ公證人規則ニ定ムル所ノ懲戒處分ヲ受クルモノナリ、然レトモ是等ノ點ハ辯護士ト雖モ亦粗異ナルコトナシ、單ニ是等ノ點ノミヲ以テ公證人ハ實質上ノ官吏ナリト謂フコトヲ得ス、從テ公証人ハ實質上ノ官吏ニ屬スト雖然カモ之ヲ以テ現行法ノ認メテ官吏ナリトナス所ノモノトモ謂フコトヲ得ス、

(三)　消防夫

消防夫ヲ官吏ト稱シ得ルヤ否ヤハ一ノ問題ナリ、然レトモ余ノ見ル所ヲ以テスレハ消防夫ハ之ヲ實質上ノ官吏ナリト云フコトヲ得レトモ現行法ノ認ムル所謂官吏ニ非スト謂ハサルヘカラスト考フ、而シテ火災ノ防備ヲ以テ職務トナス所ノモノナルノ點ニ於テ其事務ノ性質カ國家ノ事務ニ屬シ且無定量ノモノナルコトハ疑ヲ容レス、從テ之ヲ實質上ノ官吏ナリト云フハ何等ノ點ニ於テモ妨ケナキモノト謂ハサルヲ得ス、消防夫ハ府縣知事ノ定ムル服務規律及其懲戒ニ服ササルヘカラサル義務ヲ負フ、然レトモ單ニ是等ノ點ノミヲ以テ之ヲ官吏ナリト云フハ公證人ニ付テ述ルト同一ノ理由ニ基キ早計ニ失スルノ論斷ナリト謂ハサルヘカラス、從テ消防夫ハ實質上ノ官吏ナレトモ形式上ノ官吏ニアラスト謂ハサルヘカラス、

(四)　日本銀行總裁、副總裁

日本銀行ハ一面ニ於テハ株式組織ノ法人トシテ普通ノ營業ニ從事スルモノナレトモ、他ノ一面ニ於テハ中央金庫トシテ國庫ノ事務ヲ行フ所ノモノナリ、而シテ日本銀行條例ニ依レハ其總裁

ハ勅任トシ副總裁ハ奏任トスト規定セリ、抑モ日本銀行總裁副總裁ハ其實質ニ於テ官吏タルノ疑ヲ容レサルカ如シ、然レトモ形式上ノ點ヨリ觀察スレハ是等ノモノハ何等官吏ニ類スルノ待遇ヲ受クルコトナシ、其勅任官トスト云フノ意ニ非スシテ、單ニ天皇ノ勅命スル所ナリト云フニ止マリ、奏任トスト云フハ旨ヲ奉シテ、大臣カ命スト云フコト止ムルモノナリト信ス、從テ日本銀行總裁副總裁ハ實質上ノ官吏ナレトモ形式上ノ官吏ニ非スト謂ハサルヘカラス、

此他日本勸業銀行及ヒ興業銀行總裁及ヒ副總裁モ亦政府ノ命スル所ノモノナリト雖、是等ノモノハ實質上ニ於テ官吏ニ非サルカ故ニ現行法上ノ官吏ニモアラサルナリ、

散テ大方ノ敎ヲ請ハムト欲ス、（法協、二〇、五）

獨逸法學博士　山脇玄君

○行政廳ノ權限……

凡ソ行政廳ノ權限ニ關シテハ諸般ノ法令ニ於テ判然其區域ヲ限定スル者アルヲ以テ故意若クハ過失ニ因ルニアラサルヨリハ此區域ヲ逸出スルコトヲ得ス若シ之レアリトセハ畢竟官廳自身ノ行爲若クハ不行爲ニアラスシテ其官吏ノ行爲若クハ不行爲ニ出テタルモノト云ハサルヲ得ス而シテ官吏ノ此ノ如キ措置ハ固ト過失ニ出テタルノ故ヲ以テ官吏タルノ資格ニ於テ爲シタルコトアラス全ク一私人ノ資格ニ於テ爲シタリト視ルヘキモノナレハ其責任モ亦普通ノ民事及刑事ヲ以テ論セサルヲ得サルナリ（法政、一〇）

法學士　岡實君

○官ト公トノ區別……

本問ノ意義ハ現行法上官ト云フ文字ト公ト云フ文字トハ如何ニ使ヒ分ケラレ居ルヤト謂フコト解ス余輩ノ見ル所ヲ以テスレハ官ト謂フ文字ハ時トシテ名詞ニ用キラレ時トシテハ形容詞ニ用キラル其名詞トシテ用キラレタル例ハ府縣制第二條又ハ郡制第二條ニ府縣又ハ郡ハ法人トシテ官ノ監督ヲ受ケ云々トアルカ如シ此場合ニ於ケル官ノ意義ハ國又ハ國家ト謂フト同シ其形容詞トノ用キラレタル例ハ官制、官吏ト云フカ如ク是レ亦タ國又ハ國家ト謂ヘル意義ヲ表明スルモノトス次ニ公ト謂ヘル文字ハ曾テ名詞ニ用キラレタルヲ見ス總テ形容詞トシテ用キラル例セハ公吏公民ト謂ヘルカ如シ此場合ニ於テハ公トハ共團體ト謂ヘル意義ヲ表明スルモノトス然レトモ此ニハ例外ナキニ非ス即チ公共團體ニ關係ナキ事物ニ公ナル形容詞ヲ冠セシムルコトアリ例セハ公權ト謂ヒ公職ト謂ヘルカ如シ要之公ナル文字ニハ一定下動ノ意義ナシト謂フヘシ

以上ハ現行制度上ノ研究ナルカ立法論トシテ官ト公トヲ如何ニ區別スヘキヤト謂フノ問題ハ自ラ本問ノ範圍外ニ屬スト思考スレハ茲ニ之ヲ陳ヘス（法學、一三一）

◉公務論……法學博士　一木喜德郎君

私ハ遲刻シマシタ是迄段々御話ノアツタノヲ伺ヒマセヌ定メシ色々有益ナ御話ガアツタコトデアラウ唯今少シク承ツタ所ダケデモ誠ニ面白イ話ガゴザイマス其後トヨ出マシテ別段申上ケル程ノコトモゴザイマセヌ長クハ清聽ヲ煩シマセヌ

私ハ今日公務論ト云フ題デ聊カ御話ヲ致シタイト思ヒマス其前ニ一應御斷リヲ致シテ置カナケレバナラヌコトカゴザイマス過日私ガ先輩トシテ最モ敬愛スル所ノ土方君カラシテ今日何カ諸君ニ向ツテ御話ヲ致スヤウニト云フコトデゴザイマシタ然ルニ是ト同時ニ一ノ忠告ヲ與ヘラレマシタ即チ諸君ハ平生八釜シイ權利義務ノ論デ頭ヲ腦サレテ居ル方々デアルカラソレニ向ツテ更ニ餘リ四角張ツタ御話ヲスルト餅屋ニ更ニ餅ヲ進メル樣ナモノデドウモ宜クアルマイト云フ御忠告デアリマシタ儕併シ私モ餅屋ノ一人テゴザイマシテ餅ノ外ハモチ合セガゴザイマセヌ(笑聲起ル)ドウモ此餅ヲ封シラレテ見マスルト云フト先ヅコヽデ立往生ヲ致スヨリ外ハナイ併シ同シ餅ノ中ニモ多少甘イ辛イ……辛イ餅ハナイガ多少味ヒヲ異ニシテ居ル同シ憲法行政法ノ御話シモ除リ四角張ラヌイコトガ何カアリハセヌカト頻リニ考ヘタカ中々ナイモノデアリマス大体權利ト云ヒマスルト餘程四角張ツテ來ル義務ト云フト稍々温和シイ樣ニ思フ貸借リニ付イテ申シマシテモ近頃ノ新

聞ニヂコツト見ヘテ居リマシタガ或田舍ノ貸方ガ旗ヲ二流レ押立テヽ債務者ヘ推掛ケタ如何ニモ勇氣テアル先刻ノ講演者ノ少シク口調ヲ學ヒマスルト陽デアラウ又是ニ反シテ義務ノ方テアリマスルト借金ノ斷リニ棺桶ノ中ニ這入ツテ居ル話モアツテ(笑聲起ル)何シトナク情ナイ陰氣ナ所ガアルト云フヤウナ話テ先ヅ今日ハ權利ノ方ノ側ヲ棄テヽ義務ノコトヲ言ツタラ稍忠告ノ趣意ニ適フテアラウカ併シソレト申シテ權利ト云フ言葉カ一ツモ出テ來ヌト云フ受合ハ出來ヌ此段御斷リ申シテ置キマス

法ハ……少シ八釜シイコトニナリマシタカ何カ日的カアツテ出來テ居ルモノヽ相違ナイ法ヲ設ケルタメヽ唯設ケルモノデナイソレダカラ學者ハ或ハ社會ノ生存條件ノ規定デアルナド、申シテ居リマス社會ノ生存條件ニハドウ云フコトカ要ルカト云フト社會ト云フモノハ多數ノ人カラ成ツテ居ル此社會ヲ維持シ其生存ヲ保ツテイクノニハ一方ニ於テハ國家全體ノ公益ヲ保護スルコト、一箇人ノ私益ヲ保護スルコトガ固ヨリ必要デアルコトニ依ツテ社會ノ生存ヲ維持シテイクノ目的ヲ達スルモノデアル此利益ヲ保護スル方法ハ何ンデアルカト云フト即チ國家カ命令シ禁令スルコトテアリマス命令禁令ノ結果ハ何ンデアルカト云フト即チ義務デアリマス命令ガアレバ命令ヲ守ラナケレバナラヌ禁令ガアレバ之ヲ破ルコトガ出來ナイト云フ義務ガ生ジテ來ルソレダカラ此義務ト云フコトハ法ノ必然ノ結果デアル法ノ第一ノ結果デアル併シソレト相對シテ

又權利ト云フコトカアル……到頭權利ト云フ言葉カ出デ來マシタ、權利ト云フモノガアルソレハ何ンデ出來テ來ルカト言ヒマスルト是ニハ二ツノ原因ガアルデアラウト思ヒアス即チ命令及禁令ニ依ツテ義務ヲ生ジマスル其義務テ一箇人ノ意思ニ繫屬セシムルト云フコトガアリマス命令及禁令ヲ必ズシモ國家ハ絕對的ニ行ハナイ唯一箇人ガ自己ノ利益ヲ保護スルカタメニ命令禁令ニ依ツテ生ジタ所ノ義務ノ履行ヲ主張スルカヲ一箇人ニ與ヘルコトガアル斯ウ云フヤウナ場合ニハ義務ニ對シテ一方ニ權利ト云フモノガ生ジテ來ル又モウ一ツノ原因ト云フノハ法ハ決シテ其命令禁令ノ實行ヲ一箇人ノ意思ニ係屬セシメナイノテアル必ズ此法ノ規定通リニ行フノテアルケレ共其命令禁令ヲ勵行シ義務ヲ履行セシムルニ付イテ他ノ方ニ其履行テ主張スル力ヲ與ヘテ置クコトガ命令禁令テ勵行シ義務ヲ履行セシムルカタメニ必要デアル又ハ有益テアルト云フ場合ガアルテアラウト思ヒマスマア概シテ申シマスルト云フト法ノ必然ノ結果トシテ出テ來ル所ノ義務ニ對スル權利カアリマスノハ此二ツノ原因テアラウト思ヒマス偖公法ニ於キマシテ權利ガ存在シテ居リマスノハ何方ノ原因カラ重ニ出テ居ルカ公法ニ於キマシテモ絕對的ニ公法ノ規定ヲ一箇人ノ意思ニ係ハラズ勵行セシメナケレバナラヌト云フコトハナイソレテアリマスカラシテ公法上ノ權利テアリマシテモ必ス義務カ是ニ伴フテ居ルト云フコトハ申サレヌ權利ハ必ズ行ハナクツテモ宜イコトガアリマス併シ又公法ノ區域ニ於キマシテハ權利ハ與ヘルケレドモ併ナガラ必ズ法ノ命令禁令ハ何處マデモ一箇人ノ意思如何ニ拘ラズ行ハナケレバナラヌノデアル併シ此場合ニ於テ權利ヲ認メルノハ其命令禁令ヲ勵行スルノ手段トシテ認メラレテ居ル一方ノ義務ヲ履行セシムル手段トシテ認メラレテ居ルノデアル權利ヲ持ツテ居ルモノガ主張シナクトモ必ズ其義務ヲ行ハナケレバナラヌノデアルケレドモ義務ヲ行フコトヲ確メルガタメニ相手方ノ權利ヲ認メルト云フヤウナ場合ガアリマス國家ノ機關ノ組織ニ與リ又ハ國家ノ機關トシテ話動スルト云フヤウナ權ハ主トシテ第二ノ原因ノ方カラ生シテ居ルモノテアリマスカラ通常公權ト云フモノハ義務ガ必ズ是ニ伴フト云フコトハ善クゴザイマス併シ私ハ絕對的ニソウテアルトハ言ヘナイト思フ公權テアリマシテモ必ス義務ノ件ハナイ場合ガ幾ラモアル私ハ訴權ノ如キハ一種ノ公權ト見テ居リマスケレドモ此權ノ如キ必ズシモ之ヲ行フ義務ガナイ國家ハ自ラ保護ヲ與ヘル義務ヲ認メテ居リマスケレドモ其義務ヲ履行スルコトヲ一箇人ノ意思ニ係屬セシメテ居リマス是ニ反シテ唯今申シタ所謂參政權ニ就イテ申シマスレハ選擧權テアリマス選擧權ガ權利テアルヤ常ニ一所ニナッテ居リマス一例ヲ擧ゲテ申シマスレバ選擧權テアリマシテ此處テ此問題ヲ決スルノハ適當ナ機會テナイ否ヤト云フコトハ隨分議論ノアルコトテアリマスト思ヒマス兎ニ角現行法ニ於テハ之ヲ一種ノ權利ト認ノテ居ル此選擧ニ付テ考ヘテ見マスルト法ノ目的トシテ居リマスル所ハ或資格ノアルモノニ國家ノ機關ヲ組織スルニ參與セシムルト云フ

コトデアル國家ハ何處マデモサウ云フモノガ國家ノ組織ニ參與スルコトヲ望ンデ居ル其目的ノ爲メニ一方ニ於キマシテハ或資格ノアルモノハ選擧ニ參與スルト云フ一ノ任務ヲ負ツテ居ル又一方ニ於テハ國家ハ其選擧人タル資格ヲ認メルト云フ義務ヲ負ツテ居ル此二ツノ義務ガ此選擧法ト云フ一ノ法規カラ生ズル必然ノ結果デアリマス併シ尙ホ國家ハ此選擧人ノ資格ヲ認メルト云フ其義務ヲ實行スルノ保障トシマシテ一箇人ニ選擧權ト云フモノヲ與ヘテ居リマス詰リ選擧權ハ從テアツテカラニ其主タル所ハ義務ノ方デアル其義務ハ一ハ國家ガ其選擧人タル地位ヲ認メルト云フコトト一ハ選擧人ガ自ラ國家機關ノ組織ニ參與スル任務此二ツガ選擧法ト云フモノヽ主タル結果デアツソレニ伴フテ選擧權ト云フモノヲ法ガ認メテ居ルソレデアルカラ義務ニ權利ガ伴フノデナイ權利ガ義務ニ伴フノデアル此點ニ付キマシテハ選擧人デアツテモ或ハ又議員デアリマシテモ皆等シク國家ノ爲ニ一ノ自治体ノ名譽職デアリマシテモ又官吏デアリマシテモ皆異ナル所ハナイ皆等シク國家ノ爲ニ一種ノ任務ヲ帶ビテ居ルモノデアル一方ニ於テ權利ヲ認メラレルケレドモ其權利タルヤ他方ノ義務ヲ履行スルコトヲ確保スルガタメニ認メラレテアル所ノモノデアルソレデ先ヅ官吏ナドニ付イテ申ストモ皆義務ト云フ方ノ考ニ依ツテ働イテ居言ヒマスルト云フト寧ロ權利ノ方ノ側ハ殊ニ我國ナドデハ餘リ人ガ言フモノガナイ權利デアルト云フテ見タ所ガ一片ノ辭令テ地位ガ直キ變化スルノデアリマスカラ權利デアルト云フテ見タ所ガ數シ方ガナイ先ヅソレダカラ官吏ナドニ付イテ申スト皆義務ト云フ方ノ考ニ依ツテ働イテ居ル、サウカト云フテ皆ガ皆義務ヲ履行スルカト云フトソレハ受合ハレヌ兎ニ角併シ權利ト云フ方ノ側餘リ人ガ重キヲ置カズシテ義務ト云フ方ノ側ニ人ガ重キヲ置イテオル是ニ反シマシテ議會ノ議員或ハ選擧人地方團体ノ名譽職ト云フヤウナモノニナリマスルト人ノ意想ガ少シ異ナツテ居リハセヌカト疑イマス議員トナツテ居リマスルト例ヘバマア晝寢ヲシテ居ルモノカアル或ハ又馬鹿トカ何ントカ怒鳴ツテ居ツテ議場ノ名物男デ通レルコトモアル是ト申ストカ權利トカ方ニハ太縞重キヲ置クガ權利ニ伴フ或ハ權利ノ主タル所ノ義務ニ至ツテハ人ガ餘リ重キヲ置カナイ所カラ生ズルノデナイカト思フソレニ他ニ尙ホ實例ノ幾ラモアルコトデアリマシテ例ヘハ此選擧權ヲ擴張スルト云フヤウナ問題ニナリマスルトソレハ無論ノコトデアル選擧權ト云フモノハ殆ド天賦ノ權利デアル之ヲ擴ゲルノハ議論ノナイ話ダ制限スルノハ怪シカラヌ話ダト云フヤウナ一概ノ論ガ隨分アル併シ一方カラ考ヘテ見ルト是ハ權利ヲ與ヘルノデハナイ人民ニ非常ノ重大ナ負擔ヲ負ハスルノデアル隨分一方カラ云フト迷惑ナコトデアルカモ知レヌ、ダカラシテ其負擔ニ果シテ堪ヘルヤ否ヤヲ見ナケレハナラヌ負擔ニ堪ヘル以上ハ成ル丈擴ク選擧ニ參與セシムルコトハ最モ適當ノコトデアラウカ併シ果シテ負擔ニ堪ヘルヤ否ヤヲ先ヅ第一考ヘナケレハナラヌ然ルニサウ云フ點ニ付イテ考ヘルコトガ少クシテ斯フ云フト大キナ問題ヲ輕々ニ決シヤウトスル傾キカ或ハアリハシナイカ詰リ立憲政治ト云ヒ自治制度ト云フハ人民ノ負擔ヲ非常ニ重クスル制度デアル決

シテ單ニ人民ノ權利ヲ擴張スルハカリノ制度デハナイソレダカラシテ我國ノ現行法ニ付イテ申シマシテモ市町村制ナドニ於キマシテハ名譽職ヲ擔任スルコトハ公民ノ義務トシテ而モ強制シテオルト云フノハ何ンデアルカト云フト餘程重大ナ負擔ヲ人民ニ負ハスモノデアルカラ人民モ定メシ困ルデアラウガ國ノタメニヤラナケレハナラヌト云フ考ヘガ元トナツテ居ルノデアリマス然ルニ實況ハ之ニ反シテ一ノ名譽職ノ地位ヲ得ルガ爲メニ非常ニ競爭ヲシテ競爭ニ依ツテ當選シタ曉ハトウデアルカト云フト己レハ名譽職デアルカラ役場ナトエ出テ往カナクテモ宜イト云フ之等ガ詰リ權利ト義務トノ關係ヲ或ハ轉倒シテ居ルノデナイカト云フ疑ヒガナイデハアリマセヌ併シ斯ノ如キ考ヘノ起リマシタノハ決シテ全ク原因ノナイコトハナカロウト思ヒマス議會ト云フモノハ元利益ノ代表ト云フ越意テ歷史上出來タモノデアルト云フテ宜カラウト思イマス遠イ昔ノコトハ措キマシテ今日出來テ居ル所ノ議會ノ始リヲ尋ネテ見マスルト云フト大抵租稅承諾ト云フ目的カラ出來テオルモノデアル人民カラ出タ所ノ議員ガ國務ニ參與スルノヨリハ寧ロ國家ト云フモノニ對シテ人民ノ利益ヲ主張スル人民ノ利益ヲ害セラレナイヤウニスルノガ始メノ越意デアツタヤウニ見ヘマスソレデアリマスカラ始メノ中ハ議員ト云フモノハ選擧人ノ命令ニ依ツテ働イテオリマシタガ今世紀ニナリマシテ段々原則ガ變ツテ議員ト云フモノハ決シテ選擧人ノ利益ヲ代表スルモノデナイト云フコトカラ諸國ノ憲法ニモ議員ハ全國ノ利益ヲ代表スルコトヲ規定スルヤウニ至リマシタガ是ハ前カラ較ベテ見ルト餘程思想ガ進ンダモノニハ相違ナイ以前選擧人ノ利益ヲ代表スルト思フタ時ニ較ベルト全國ノ利益ヲ代表スルコトハ餘程進ンダ原則デアルニ相違ナイ併シ是テモ尙ホ人民ト云フ別段ナ國家ト對立シテ居ルモノヽ利益ヲ代表スルト云フ考ヘハ矢張多少含ミテオルマダ國家ノ機關テアツテ國家ノタメニ活動スルノテアツテ國家ニ對スル人民ノ利益ヲ代表スルノデナイト云フ考ヘガ十分ニ明カニナツテオラヌヤウデアリマス憲法ノ規定ニハ期ノ如キコトガ往々アリマスルケレドモ併シ今日ニ至リマシテハ最早議會デアツテモ是ハ國家ノ一ノ機關テアル國事ニ參與スルノテ國家ノ利益ニ反對シテ人民ノ所益ヲ主張スルノデナイト云フコトハ諸君モ御承知ノ通リ一般ニ認メラレテオルコトテアリマス少クモ學者社會ニハ……併シ實際ニ於テハ尙ホ利益代表ト云フ考ヘガ今日ニ於テモ尙ホ存シテオルノデナイカト云フコトハ大ニ疑フノデアリマス利益ヲ代表スルノテアルカラ成ルヘク名々ノ都合ノ好イヤウニシヤウト云フコトヲ務メルノハ自ラ出ル所ノ結果テアル又利益ヲ代表スルノテアルカラニ機關ノ働キガ相衝突シテ國家ノ進運ヲ障害スルト云フヤウナコトハアルベカラザルコトテアルト思フノデアリマス今日ノ政治ト云フモノハ國家ニセイ地方團體ニセヨ各種ノ機關カ集ツテ仕事ヲスルノテアリマスカラ其間ニ意見ノ衝突ノアルト云フコトハ固ヨリ免ルベカラザルコトテアル其意見カ一致シナカツタナラバ竟リ其事ハ出來ナイ併シ斯ノ如クニ公平ニ意見ヲ

決スル以上ノ事々物々ニ付イテ衝突スルト云フコトハ決シテアルベカラザルコトテアツテ機關カ澤山アルカタメニ其衝突ニ依ツテ國家ノ進運カ障害セラレ自治體ノ進歩カ阻害セラルヽコトハナイ筈テアルト思ヒマス詰リ憲法ト云ヒ行政法ト云ヒ此考ヘニ基イテ出來テ居ルモノテアル皆苟モ公務ニ從事スルモノハ各々其機關トシテ働クベキ義務ヲ持ツテ居ルノデアルカラ即チ各々誠心誠意其團體ノ利益ノタメデアルト思フ所ニ依ツテ行動スルコトハ豫期シテ居ルモノト見ナケレバナリマセヌ果シテ斯ノ如クデアツタナラハ私ノ考ヘルノニ對議會策モ要ラナイ對政府策モ要ラナイ唯一片ノ誠心ヲ以テ事ニ當リサヘスレバソレテ出來ルト云フ考ヘテアリマス併ナカラ是ハ一ノ夢テアルト云フ意見カ大分アルテアラウト思フ堯舜ノ世ハ知ラス今日ニ於テソンナコトノ出來ルモノテナイト云フ考ヘモアルテアラウ併シ夢ニモ種々ナ夢カアル吉夢モアレハ凶夢モアル國體ニ反スル夢モ時々アル(笑聲起ル)併シ私ノ諸君ニ望ム夢ハ斯ノ如キ不吉ナ夢テナイ筈テアル夢テアツテモ其夢實ニナルコトニ努メナケレハナラヌコレハ我々學問ニ從事シ高尚ノ學理ヲ研究スルモノヽ任務テアラウト思フ私カ諸君ニ望ミマスノハ即チ諸君各此考ヘヲ以テ働キ此考ヘヲ擴メルヤウニ努メラレンコトテアリマス實際ニ行ハレルヤ否ヤハ別段ノ問題テアル學問ヲ以テ自分ノ業務トシテ居ルモノハ少クモ之ヲ以テ心トシテイカナケレハナラヌ是ガ出來ナイト云フ論ガアルカ知ラヌ然ナカラ一國ノ危急ノ際ニ當リマシテ國家ニ對スル義務トシテ一身ヲ國

家ニ捧ケ自分ノ生命ヲ犧牲ニシテ國家ノ保護ニ任スル所ノ多數ノ軍隊ト云フモノモアル軍隊ノ强イト云フコトハ詰リ其精神ノ如何ニアルノテアツテ我國カ日清戰爭ニ勝ツタノモ主トシテ此一片ノ精神ノ力テアルト思フ軍隊ヲ組織スル者ハ必ズシモ皆高等ノ教育テ受ケタモノテナカラウ普通教育ヲモ受ケナヒモノモアラウガ矢張一片ノ精神テ以テ事ニ從フコトガ出來ル、シテ見レハ苟モ高等教育ヲ受ケタモノガ此精神ヲ持ツコトカ出來ナイ理屈ハ決シテナイト信ジマス若シ是ガ出來ナイトスレハ今世紀ノ人間ハ立憲制度ヲ本統ニ行フコトガ出來ナイ人間ト言ハナケレバナラヌ是ハ誠ニ情ナイ話テアルソレテアリマスカラ私ハ唯今私ノ述ベタ所ハ必ズシモ一場ノ夢テナイコトヲ望ムノテアル若シ夢テアルナラハドウカ覺メナイコトヲ望ムノテアル是ガ若シ夢テアツタラ誠ニ嘆ハシイコトテアリマスル併ナガラ夢テアツタラ是ハ一場ノ夢物語テ理屈ノナイ最モ權利義務ヲ離レタ諸君ノ腦ヲ腦メナイ最モ今日ノ講演ニ適シタモノテアルカモ知レマセヌ併夢物語テ諸君ノ淸聽ヲ煩シマシテ……

（拍手大喝采）（學學、九三）

○何ヲ官吏ト謂フカ……法學博士　穗積八束君

何ヲ官吏ト謂フカ。明白ナルカ如クニシテ實ハ明白ナラス。實際家ハ官職ノ種類ヲ機械的ニ列擧

シテ之ニ答フルノ外法理觀念ニ滿足ヲ與フルコト能ハス。學者ノ所說モ亦漠然トシテ精確ナラス官吏ハ官職ヲ奉スル者ナリト云フカ如キハ定義ニ似テ實ハ定義トナラス問ヲ以テ問ニ答フルノ類ノミ。其他官吏ハ國家ノ命令權ヲ行使スル者ナリト謂ヒ、或ハ國家ノ事務ノ重要ナルモノヲ執行スル者ナリト謂フノ類ハ普通ノ觀念ニ反ス。法令又ハ慣用ニ於テハ命令權ノ行使ニ關係ナキ者（學校敎師技師ノ類）ヲモ官吏ト謂ヒ極テ重要ナル國務ニ參與スル者（國會議員ノ類）ニテモ官吏ト謂ハサル場合アレハナリ。蓋從來ノ學說ハ官吏ノ性質ヲ其執行スル事務ノ性質ニ尋チントト欲スルハ謬レリ。寧ロ之ヲ公務ヲ負擔スルノ關係ノ性質ニ由リテ解スヘキニ似タリ。今試ニ之ヲ略說シ大方ノ叱正ヲ仰カン。

官吏ハ（一）行政處分ニ由リ（二）任意ニ（三）特別服從關係ニ從屬シ（四）公職ヲ奉スルノ義務アル者ナリ。

公職トハ國家ノ義務ナリ。事ノ輕重ヲ問ハス又命令處分ノ權力行使ニ限ルニアラス。義務ハ公職ヲ行フト云フハ可ナリ、公職ヲ行フ者ハ官吏ナリト爲スハ不可ナリ。國家ノ事務ハ私法上ノ契約ニ由リ一私人ニ委任シテ行ハシムルコトモアルヘク又法律ノ結果ニ由リ臣民ノ義務又ハ權利トシテ之ヲ行ハシムルコトモアルヘシ。且ツ國家ノ事務ト謂フモ一私人ノ事務ト其性質ニ於テ區別アルニアラス。國家ハ官吏ヲ任命シテ製造運輸通信等ノ業ニ從事セシムルコトモアリ。私立鐵道會社ノ職員又ハ商船ノ船長ニ警察權ヲ施行セシムルコトモアリ。一定ノ事務ハ必ス官吏ヲシテ行ナ

ジムト謂フ定制ナシ。故ニ公職ヲ行フト謂フノ標準ノミヲ以テ官吏ノ特質ヲ定義スルハ未タ精確ナラスト信ス。又單ニ官吏ハ公職ヲ奉スト云ハスシテ之ヲ奉スルノ義務アル者ナリト謂フハ之ヲ現實ニ行ハシムルト否トハ權力者タル國家ノ自由ニ屬シ官吏タルノ身分ニ關セサレハナリ。一時職務ノ行使ヲ停メ待命セシムルモ尙官吏タルコトヲ失ハス。官吏ハ何時ニテモ命ニ由リ公務ヲ執ルヘキ義務ヲ有スル者ナリ。

官吏ハ特別服從關係ノ下ニ在ル者ナリ。一般臣民ノ普通ノ服從關係ノ外ニ更ニ身體ノ拘束ヲ受ケ忠誠奉公ノ精神ヲ以テ公職ヲ奉スヘキ義務アルヲ謂フナリ。此ノ特別服從關係ハ國家カ官吏ニ對スル各種ノ服務紀律豫戒令等ノ制度ニ於テ現表スル所ナリ。臣民一般ニ對スル統治關係ノ外ニ更ニ特別權力關係成立スルカ故ニ政府ハ一般法律ノ保障ニ拘ラス官吏ノ身體ノ自由ヲ束縛スルコトヲ得ヘク官吏ニ一般法律ノ臣民權ヲ延引シテ之ニ對抗スルコトヲ得サルナリ。國家ト一私人トノ間ニ於ケル特別服從關係ハ必ンモ公職ヲ行ハシムルカ爲ニノミ成立スルニアラス。本人ノ保護ノ爲ニ或ハ犯罪豫防ノ爲ニモ存在ス。唯國家カ公職ヲ行ハシムル目的ニテ此ノ特別服從關係ヲ成立セシメタルトキハ其私人ヲ官吏ト稱スルナリ。特別服從關係ノ下ニ立ツモ公務ヲ目的トスルニ非サレハ（豫戒令警察監視）官吏ニアラス。公務ヲ目的トスルモ特別服從關係ノ下ニ立タサル者（國會議員）ハ官吏ニ非サルナリ。

特別服從關係ハ法律ノ強制ニ由リテ成立スル者アリ服從者ノ自由意志ニ由ル者アリ。兵役ハ前者ノ一例ニシテ任官ハ後者ニ屬ス任官ハ法律上ノ臣民義務トシテ之ヲ強制セス一私人ハ自由意志ニ由リ特別服從關係ニ入ル者ナリ。然ラハ任官ハ國家ト私人トノ對等ノ（私法上）契約ナルカ。否。任官ハ行政處分ナリ。權力者カ服從者（臣民）ニ臨ムノ關係ニシテ平等者間ノ普通ノ約束ニアラス。權力行爲ハ必ス強迫的ノモノナリト誤解スヘカラス。行政處分ハ一私人ノ自由意志ヲ無視スルモノニ非ス時トシテハ其意志ニ反シテ強制スルト共ニ亦時トシテハ行政處分ノ效果ヲ一私人ノ自由意志ニ係ラシムルコトアルハ明白ナリ、營業ノ特許ノ如キ、官吏ノ任命ノ如キ、當事者タル一私人ノ自由ノ意志無クシテハ其處分ハ效果ヲ生セサルナリ。然レトモ特許ト云ヒ任官ト云ヒ國權ノ行動タル明カニシテ私法ニ所謂對等ノ契約ニハアラサルナリ任官ハ國家ノ命令ナリ其行政處分ハ一私人カ之ニ服從スル自由ノ意志アルコトヲ前提トシテ成立スル者ナリ。此ノ前提ナケレハ成立セス。外國人ニ歸化ヲ許スハ本人ノ自由ノ意志ニ由ル。全世界ノ人民ニ歸化ヲ命シタレハトテ何人モ歸化ハ行政處分ニ由ルコトヲ疑ハス。任官亦本人ノ自由ノ意思ヲ前提トシテ成立スル權力行爲タリ。兵役ト任官ト相似テ異ナル所亦茲ニ存スルナリ。

前ニ特別服從關係ノ實質ハ一身ヲ提シテ忠誠ニ奉公スルノ狀態ニ在ルコトヲ云ヘリ。忠誠ニ奉公スルノ義務ハ勿論道德上、責務ナルカ故ニ法律上ノ義務ニ非スト誤解スヘカラス。私法上ニ於テモ忠實ニ他人ノ委托ヲ執行スヘキコトカ法律上ノ義務タル場合アルカ如ク公法上ニ於テハ亦特ニ忠誠奉公ヲ此ノ特別服從關係ノ要素ト爲スナリ。故ニ服從紀律及懲戒令ヲ以テ此ノ要件ヲ欠ク場合ニ制裁ヲ加フ。官吏ト非官吏トノ區別亦此ノ特別ノ忠誠奉公ヲ法律上、義務ト爲スト否トノ點ニ於テ明カナリトス。臣民ハ一般ニ忠誠奉公ナルヘキハ論ナシト雖特ニ之ヲ法律關係ノ要素トシ制裁ヲ加ヘテ之ヲ勵行スル所是レ即チ特種ノ權力關係ヲ成ス者ナリ。偶然徵發ニ遇ヒ一定ノ勞役ニ從事スル者ノ類ハ機械的ニ其勞務ヲ遂行スルヲ以テ其義務ヲ完ウス。故ニ人夫ノ類ハ官吏ニアラス。兵士ハ特別服從關係ニ在リ故ニ之ニ忠誠奉公ノ精神ヲ責問スル最嚴酷ナリ。但シ兵士ノ此服從關係ニ入ルハ法律ノ規定ニ由リ任意ニ出テサルカ故ニ之ヲ官吏ト同一ノ服從關係ニ在リ而シテ法律ノ規定ニ由ルニ非ス行政處分ニ出ツ。故ニ之ヲ他ノ相似テ異ナル者ト區別スルナリ。（法協、一八、一〇）

◉行政官吏服從ノ義務……法學士　清水澄君

官吏服從ノ義務ハ上下ノ階級ニ基クモノニシテ下級行政官吏ハ上級行政官吏ノ命令ニ服從スヘキ

行政統一上必要ナルコトニシテ例之上級官吏ノ命令ニシテ國家ノ利益ニアラス或ハ人民ニ對シテ不便ナリト考フルモノ決シテ其命令ニ服從ヲ拒ムヲ得ス是レ上下ノ行政監督上然ラサル可カラサルコトナリ故ニ此點ニ付キ別ニ說明スルノ餘地ナシト雖モ若シ上級官吏ノ命令ヲ下級官吏ニ於テ主觀的ニ違法ト認メタル場合ニ其命令執行ヲ拒ミ得ルヤハ一ノ疑問ニシテ學說モ數多ニ分ルル所ナリ

抑專制時代ニ於テハ國王ハ立法者ニシテ且行政者タリ故ニ行政官吏カ其命令ニ服從スルノ義務ト憲法及ヒ法律ヲ遵奉スル義務トノ間ニ衝突ヲ生スルコトナカリシト雖モ立憲政治ノ創立ト共ニ立法行政各其作用ノ形式ヲ異ニシ之ヲ運用スルノ機關各異ナルニ及ヒ上級官吏ノ命令ト憲法竝ニ法律ノ規定ト衝突スルコトアルニ至リ從テ此兩者ニ服從ノ義務アル官吏ハ何レヲ先ニシテ去就スヘキヤヲ迷ハシムルニ至レリ此點ニ關シ各國國法ノ規定往往不完全ニシテ數多學說ノ紛出ヲ容ルヽノミナラス我法規モ亦甚不備ニシテ僅ニ左ノ明文

官吏服務規則

第一條　凡ソ官吏ハ天皇陛下及天皇陛下ノ政府ニ對シ忠實勤務ヲ主トシ法律命令ニ從ヒ各其職務ヲ盡スヘシ

第二條　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ルコトヲ得

アルニ過キサレハ我邦ニ於テモ解釋區區ニ分レ其說一定セサルコト依リ逐次之ヲ列擧シテ其當否ヲ論セント欲ス

（第一）絕對服從說

此說ニ曰ク下級官吏ハ上級官吏ニ對シ絕對無限ノ服從義務ヲ有ス例之上級官吏ノ命令ニ付キ下級官吏違憲違法ノ疑ヲ抱クモ其執行ヲ拒ムヲ得ス何トナレハ其疑ハ單ニ下級官吏ノ主觀的意見ニ過キスシテ若シ上級官吏ニ對シテ法規ヲ解釋スルノ權ヲ下級官吏ニ與ヘ其意見ニ從ヒテ監督權ヲ有スル上級官吏ノ命令ヲ拒ミ得ルモノト爲ストキハ權力ノ中心漸次下移シ行政監督ノ組織ヲ紊ルヽニ至レリト獨逸索遜國ノ官吏法第七條ノ如ク

下級行政官吏ハ無條件ニ服從義務アルモノトス

トノ規定アルニ於テハ此第一說其當ヲ得タルモノナルヘシト雖モ其明文ナキ我國ノ如キニ於テハ其缺點

一、法規ノ解釋權ノ根據ヲ誤リタルニアリ

二、總テ官吏ハ其職務ヲ執行スルニ當リ法令ニ準據スヘキコトヲ忘レタルニアリ

今我國法令ノ解釋權ニ付キ詳論スルノ暇ヲ有セス（他日別ニ之ヲ論ス可シ）ト雖之ヲ一言スレハ憲法及法律ノ疑義ニ付キ最終ノ解釋權ハ立法權之ヲ有シ勅令ノ解釋權ハ天皇ノ大權ニ屬ス然レハ普

通上級官吏ハ下級官吏ニ對シ解釋權ヲ有スト云フト雖モ其解釋タルヤ上級官吏ノ主觀的意見ニ過キスシテ假令其解釋ノ問題ニシテ最終ノ法令解釋權ヲ有スルモノト雖モ前ニ提出セラルレハ勿論假シ提出セラレサルモ其上級官吏ノ解釋ハ尚一層上級ノ官吏ノ解釋ニ依リテ付ケラルヽコトアリ或ハ之ニ對スル訴願ノ裁決ニ因リ或ハ行政訴訟ノ判決ニ因リ破ラルヽコトアリ故ニ上級官吏ノ命令ニシテ客觀的適法ナラサル以上ハ上級官吏ハ之カ執行ヲ下級官吏ニ強フルヲ得サルモノナリ

或ハ「マイヤー」氏及「ボルンハック」氏等ノ如ク此點ヲ以テ司法官ト行政官吏トヲ區別セント欲スルモノアリ氏曰司法官吏ハ普國憲法第八十六條ニ規定シタル如ク法律ノ外他ノ權力ニ服從セサルモノナレトモ行政官吏ハ上級官吏ノ命令ニ服從セサルヘカラスト

「リヨンヲ」氏モ初メ此說ヲ採リシカ後其說ヲ改メテ曰法律ノ解釋疑ハシキ場合ニハ判事ハ自由ニ自己ノ考ヲ以テ解釋ヲ定メ得ルモ行政官吏ハ上級官吏ノ解釋ニ從ハサルヘカラス此場合ヲ除ク外判事モ行政官吏モ同一ナリト

「リヨンヲ」氏ノ解釋疑ハシキ場合ニ關スル意見ニハ同意ヲ表シ難キモ法律命令ニ從ヒ其職務ヲ盡ス點ニ於テ行政官吏モ判事ト同一ナリト云フノ說ニハ贊成ヲ表スルモノニシテ我服務紀行第二條モ

法律命令ニ從ヒ各其職務ヲ盡ス可シ

ト規定シ獨逸官吏法ニモ

官吏ハ其職務ヲ憲法及行政法ニ從ヒ行フヘキモノニシテ各官吏ハ責任ヲ以テ其職掌ヲ適法ニ盡サヽルヘカラス

トノ明文アリテ行政官吏ハ法律命令ニ從ヒテ其職務ヲ盡ス可キヤ明ナルコトナリ然ルニ絕對的服從ヲ主張スル論者ハ下級官吏ハ上級官吏ノ命令ノ違法ナルヤ否ヲ議スルヲ得スシテ常ニ之ニ服從セサル可カラス換言スレハ違法ノ命令モ上級官吏ノ口ヲ經テ來ルトキハ悉ク適法ナリト唱フルモノニシテ其極下級官吏ハ上級官吏ノ命ヲ奉シテ妾ノ周旋ヲ爲シ或ハ無辜ノ者ヲ死刑ニ處スル等ノコトヲ生シ下級官吏ハ權限外ノ命令ヲ奉シテ權限外ノ行爲ヲ爲シ即法令違反ノ結果ニ陷ルモノナリ之レ吾人ノ第一論者ノ第二ノ缺點トンテ官吏カ其職務ヲ執行スルニ當リ法令ニ準據セサル可カラサルヲ忘レタルコトヲ擧ケタル所以ナリ

（第二）上級官吏ノ命令カ下級官吏ノ刑事上若クハ民事上ノ責任ニ歸スル事項ニ關シテハ國王ニ對スル國務大臣ノ場合ヲ除ク外之ヲ違法ト認メタル場合ニ下級官吏ハ之ニ服從ヲ拒ムノ義務アリ然レトモ之ニ反シ其他ノ場合ニ於テハ下級官吏ハ上級官吏ノ命令ノ適法ナルヤ否ヲ審査スルノ權アルモ其義務ナシトノ說

我邦ニテハ未タ此說ヲ聞カスト雖モ獨逸ニテハ『ボルンハック』氏等ノ唱フルモノニシテ其說ノ缺

點ハ

第一、其事項ノ法令上制裁ノ附着スルト否トニ因リテ區別シ一ハ其上級官吏ノ命令ニ服從ヲ拒ムノ義務アリトシ他ハ然ラストスルハ明文ノ規定アレハ格別然ラサレハ論理一貫シタル說ト云フヲ得サルナリ

第二、審査ノ權ト義務トヲ區別スルハ又一ノ缺點トス若シ上級官吏ノ命令ヲ違法ト認ムル場合ニ之ヲ審査スルノ權アリト云ヘハ之ヲ裏面ヨリ云ヘハ違法ノ命令ニハ服從ノ義務ナキコトナリ結局審査ノ義務アル場合ト區別ナキニ至ルナリ

（第三）下級官吏ハ上級官吏ノ命令ノ形式ニ於テ違法ナラサルヤ否ヤヲ審査スル權アリトノ說ヲ獨逸ニテハ『ラバンド』氏、『マイヤ』氏、『リヨンチ』氏等皆之ヲ唱ヘ我カ國ニテモ之ニ和スルノ學者少ナキニアラサルナリ此說ノ論者ハ形式上ノ違法問題ト實質上ノ違法問題トヲ區別シ假令上級官吏ノ命令ニシテ其實質ノ解釋上違法ノ疑アルモ下級官吏ニ於テ缺クル所アルトキハ下級官吏ハ之ヲ執行スルノ職務上ノ義務ナシト謂フニアリ

一　命令カ國家ノ事務ニ屬スルヤ否

二　命令カ上級官吏ノ權限ニ屬スルヤ否

三　上級官吏ノ命令ハ自己ニ於テ執行スルノ權限アリヤ否

四　命令カ適法ノ形式ニ於テ發セラレタリヤ否

此說ニ對シテモ亦左ノ缺點アルヲ免レサルナリ

一、形式上ノ違法ト實質上ノ違法トノ區別判然セス權限問題モ時トシテ法令ノ意義解釋ニ涉リ實質上ノ問題トナルヲ避クルヲ得サレハナリ

二　形式上ノ違法ト實質上ノ違法トノ區別判然タリトスルモ若シ雙方トモ違法ノ場合ニ一方ノ場合ニ服從ヲ拒ムノ權アリテ他ノ場合ニ絕對ニ服從セサルヘカラスト云フハ論理ニ於テ貫カサル所ナリト云フヘシ

然レトモ獨逸國中ニハ明文ヲ以テ命令ノ外形書式ニ適ヒ其事項權限內ニ屬スルモノニ限リ下級官吏之ニ服スルノ義務アリト規定シタル聯邦少ナキニアラサルナリ例之『ウユルテンブルヒ』（憲法第五十二條第五十二條官吏法第四條）『プラウンシワイヒ』、『コーブルヒゴータ』、『オルデンブルヒ』、『リツペープレメンゾウベック』其他二三ノ小國ノ如シ

或ハ我邦刑法ノ第七十六條本屬長官ノ命令ニ從ヒ其職務ヲ以テ爲シタルモノハ其罪ヲ論セスノ命令ナル語ヲ形式的違法ノ命令ト解釋シ我邦官吏服從ノ義務ノ範圍ハ第三說ノ如クナリト說クアリト雖モ若シ此ノ如ク解釋セハ豫審判事ハ無辜ノ人民某ヲ捕縛スヘシト明言シタル令狀ヲ發シタル場合ニ其命ヲ受ケタル司法警察官ハ之ヲ執行セサルヘカラス而シテ其命令執行ニ對シ責任ヲ有

セサルヲ以テ不法ト知リナカラ無罪ノ人民ヲ遠慮ナク捕縛スルコト續出シ其弊ヤ言フヘカラサルナリ故ニ我刑法ヲ如此解釋スルハ許スヘキコトニアラス從テ上速獨逸諸邦ノ如キ明文ナキ我邦ニ於テ官吏ノ服從義務ヲ第三說ニ從ヒ實質ト形式トニ依リ區別シ之ヲ論定セント欲スルハ其當ヲ得タルモノニアラサルナリ

（第四）下級官吏ハ上級官吏ノ命令ニ付キ違法ノ疑アルトキハ先ツ意見ヲ述ヘ尙ホ容レラレサルトキハ之ニ服從スル義務アリトノ說

之ハ『シユルツエ』氏『リヨンラナ』氏等ノ唱フル所ニシテ『シユルツエ』氏曰ク

下級官吏カ上級官吏ノ命令ヲ違憲又ハ違法ト認ムルトキハ一應上級官吏ニ反省ヲ促スノ義務アリ而シテ上級官吏ニ於テ尙其執行ヲ迫ルトキハ違憲又ハ違法ノ責ハ上級官吏ニ歸スルナリ或國ノ法律ニハ明ニ適法ナラサル形式ノ命令ヲ下級官吏ノ申述アルニ不拘強テ實行セシムルトキハ其責任上級官吏ニ歸スト規定セラルヽノミナラス縱シヤ其規定ヲ見ルコトナキモ一般ノ原理トシテ認メラルヘキモノナリ

ト云ヘリ然レトモ明文ナキ國ニ於テモ此ニ依リ解釋ヲ試ミント欲スルハ沒理ノコトニシテ殊ニ上級官吏ニ反省ヲ促スノ義務アリト云フニ至リテハ到底之ニ服スルヲ得サルナリ

『リヨンラナ』氏ハ少ク之ニ異リ意見陳述ノ場合ヲ命令ノ違法ナルヤ否ノ解釋甚タ疑ハシキトキニノミ之ヲ制限シ且下級官吏ハ反省ヲ促スノ義務ヲ負フト爲サスシテ上級官吏ニ對シ意見ヲ陳述シ得ト說ケリ併シ陳述シ得ト云フハ是レ德義上ノ問題ニ屬スルコトニシテ法律上論スヘキコトニアラサルナリ

要スルニ第四說ハ兩氏ノ何レノ說ニ依ルモ下級官吏ハ一タヒ意見陳述ノ上下級官吏ニ容レラレサルトキハ其命令ニ服從スヘシ唱フルモノナレトモ其命令ニシテ初メヨリ違法ナラハ反省ヲ促スノ行爲ニ依リ決シテ適法ノモノト爲ル理由ナク違法ノ命令ハ初メヨリ下級官吏ヲ羈束スルノ效力ヲ有セス再度ノ命令ニ依リ遵奉力ヲ生スルトハ理ニ於テ解シ難キモノナリ又上級官吏ノ命令ハ違法ナルモ初メヨリ有效ナリトセハ下級官吏ハ意見陳述ノ前已ニ之ニ服從セサルヘカラサルモノニシテ其忠告聽カレサル後ニ於テ初メテ之ヲ遵奉スヘキモノニアラサルナリ故ニ此說ハ法理上毫末ノ價値ナキモノト云フヘシ我服務規律第二條ノ但書ニ但其命令ニ對シ意見ヲ述フルコトヲ得トアルハ前述ノ『リヨンラナ』氏ノ說ニ類似シ法律ノ規定トシテハ何等ノ效果ヲ有セサル冗文ト云フヘキナリ

（第五）上級官吏カ故意ニ法律ニ違背シタル命令ヲ發スルトキハ服從ノ義務ナシトスル說之ハ『ロザツク』氏ノ主張スル所ニシテ我邦ニモ此說ヲ贊スル者ナキニ非ス固ヨリ上級官吏カ違法ノ命令ヲ發シタルコトニ對シ其責任制裁ヲ議スルニ當リテハ其意思ノ善惡ヲ問フノ必要アリト雖

モ下級官吏ノ服從問題ハ之ト全ク別ニシテ恰モ人民カ法律ノ拘束力ヲ云フルニ當リ立法者ノ意思ヲ問ハザルト均シク故意ニ法律ニ違背シテ命令ヲ發セタルト否トハ之ニ何等ノ關係ヲ有セサルモノナリ

（第六）　上級官吏ノ命令ニシテ客觀的ニ違憲違法ノモノナルトキハ其發令者ノ意思ノ善惡ヲ問ハズ又其違憲違法ノ問題中形式ニ關スルト實質ニ與ルト否トニ拘ハラス總テ此等ノ命令ニ對シテ下級官吏ハ服從義務アリトノ說

此說ハ吾人ノ贊成スルモノニシテ其理由ハ已ニ他ノ說ヲ列擧辯駁シタル所ニ依リ明ナリト信スルヲ以テ更ニ贅セスト雖モ只茲ニ客觀的ノ違憲違法ト稱シタルハ或ハ語弊アリタランモ之ハ上級官吏及ヒ下級官吏ノ主觀的ノ觀念ニ依ラス法令解釋權ノ存在ニ依リ定マリタル若ク、定マルヘキ違憲違法ノコトヲ意義シタルモノナリ故ニ最終ノ法令解釋權ヲ有セサル上級官吏カ自己ノ命令ヲ單ニ主觀的ニ適法ト認ムルノ故ヲ以テ之カ執行ヲ下級官吏ニ強テ迫ルヲ得ス又下級官吏ハ其受ケタル命令ヲ主觀的ニ違法ト認メテ之ニ服從ヲ拒ミ而シテ實際適法ノモノナリシトキハ懲戒處分ヲ受クヘキナリ然レドモ下級官吏ハ上級官吏ヨリ受クル各命令ニ付キ一一之カ適法ナルヤ否ヤヲ最終ノ法令解釋權ヲ有スル者ニ就テ問ヒ究ムルヲ得サルハ勿論ニシテ若シ彼等ニシテ適法ノ命令ヲ誤解シテ拒メハ懲戒處分ヲ受ケ之ニ反シテ違法ノ命令ヲ適法ト信シテ執行スレハ之ニ對シ刑事上又ハ民事上ノ責任ヲ受クルコトアルノ危險ヲ負フモノト謂フヘシ此點ニ付テハ人民カ刑法ヲ誤釋スルトキハ刑罰ニ觸ルヽノ危險ニ立ツト異ルコトナシト雖モ行政官吏ハ上下ノ關係ニ從ヒ其命令ヲ奉シテ敏速ニ其事務ヲ處理セサルヘカラサルモノナルニ依リ立法上下級官吏ヲシテ上級官吏ノ命令ノ違法ナラサルヤ否ヲ按シ上述ノ如キ危險ヲ顧慮セシムル如キ制度ハ其宜キヲ得タルモノト謂フヘカラサルナリ故ニ現行法ノ解釋トシテハ吾人ハ第六說ヲ採レリト雖モ立法上ノ意見ニシテハ我服務規律等二條ノ但書ヲ削除シ其代リニ上級官吏ノ命令カ實質上又ハ權限上違法ノ疑アル場合ニ於テ之ニ對シ下級官吏ノ意見ノ申述アルニ拘ラス尙強テ之ヲ執行セシムルトキハ其責上級官吏ニ歸ストノ明文ヲ附加センコトヲ希望スルモノナリ

終リニ官吏ノ服從義務ト關係シタル一問題ヲ解釋シテ以テ此文ヲ結了セント欲ス

行政官吏國會議員ヲ兼ヌル場合ニ於テ該官吏若シ上級官吏ノ或議案ニ贊成スヘシトノ命令ニ接シタルトキハ所信ヲ枉ケテ之ニ投票セサルヘカラサルヤ否ヤノ問題ナリ此點ニ關シ選擧ニ際シ政府反對黨ニ投票スル官吏ハ義務違反ナリト主張シ且官吏ニ付絕對服從說ヲ唱フル『ボルンハック』氏ハ無論本問題ノ場合ニモ上級官吏ノ命令ヲ奉シテ投票スヘシト唱フト雖モ『ラバンド』氏ハ之ニ反シ選擧權ヲ行フニ際シ又ハ議員トシテ行動スルトキニハ主觀的ニ自己ノ所信ニ從ヒ發言投票シ得ト云ヘリ『シユルツエ』氏『リヨンテ』氏モ此點ニ付キ氏ト意見ヲ一ニセリ

吾人モ之ト見解ヲ同クスルモノニシテ假令下級官吏リトモ議員トシテハ上級官吏ト上下ノ干係ヲ有セサルヲ以テ其命令ニ服從シテ投票セル義務ナク自由ニ其意思ヲ表示シ得ルモノト信ス先年普國議會ニ政府ヨリ河渠開鑿案提出セラレシトキ郡長ニシテ議員ヲ兼ヌシモノ二三名他ノ政黨等ト共ニ之ニ反對セシ爲メ其職ヲ免セラレタルカ之ニ對シ行政官吏ト議員トノ地位ヲ混同シタルヲ非難スルノ聲高ク吾人モ其非難ノ至當ナルヲ認メタルモノナリ

尙一歩進ンテ帝國議會ニ憲法ノ根本規定ヲ改正スル所ノ法案例ハ立憲帝政ニ一體ヲ共和政體ニ變更スル所ノ憲法改正案提出セラレタルトキハ如何『シユルツエ』氏『リヨンネ』氏ハ行政官吏ニ政府ノ施政方針ニ反對シテ投票シ得ルモ憲法ノ基礎ヲ動カス所ノ法案ニ贊成スルヲ得スト云ヘリ併シ此問題ハ我國ノ如ク議院ニ於テ憲法改正案ノ發案權ヲ有セサル國ニ於テハ想像シ得ラレサルコトナルヲ以テ其解決ハ他日閑ヲ得ルトキヲ以テ論セント欲ス（法學、一二、七…八）

○無資格者ヲ官吏ニ任用シタル場合ノ處分ヲ論ス……法學士　遠藤源六君

文華未タ普ラスシテ適材賢良ニ乏シキカ或ハ封建閥族ノ勢盛ニシテ公選ノ法行ハレサリシ時代ハ之ヲ別ニシテ論セス苟モ開明ノ社會國家ニ於テハ文武ヲ問ハス官吏ハ皆一定ノ資格アル者ヨリ任用スルコト東西其撰ヲ一ニスル所ナリ故ニ其才能技術ノ秀邁ナルアルモ學識經驗該博ナルアルモ苟モ官吏トナルニハ更ニ相當ノ資格ヲ具備セサル可ラス亦任用者ニ一定ノ資格ヲ有スル者ニアラサレハ之ヲ採用スルコト能ハサルナリ然レトモ世往々事ニ鑛誤アリ人ニ非曲アリ是ヲ以テ其資格ナクシテ其官ニ任セラルヽコトナキヲ保シ難シ此ノ如キハ其被任者ノ詐僞虛搆ニ因ルト任用者又ハ奏薦者ノ過失ニ基クトヲ問ハス違法ノ任用ナリト云ハサル可ラス法ノ任用ヲ其儘ニ看過スルトキハ啻ニ其官ニ適當スル資格ヲ有スルコトヲ必要トシテ制定シタル法令ヲ蹂躙シ官吏ノ神聖ヲ維持スルコト能ハサルノミナラス其官職ニ適セサル人物ヲ擧ケテ之ニ就カシメ國家ノ事務ヲ行ハシムルカ故ニ公安ヲ害シ國益ヲ損スルノ危險アリト云ハサル可ラス從テ其爲政ノ下ニ在ル國民ハ安堵以テ其業ヲ營ミ高枕以テ昌平ヲ樂ムコト能ハサルノ結果ヲ生ス故ニ叡聖文武ナル　天皇陛下ハ夙ニ大御心ヲ此ニ注セラレ明治五年五月詔ヲ下シテ『朕惟ニ治亂安危ノ本ハ任用其人ヲ得ルト不得トニアリ故ニ今敬テ列祖ノ靈ニ告ケ公選ノ法ヲ設ケテ云々』ト宣ヘリ綸言汗ノ如シ臣民タル者畏ミ謹ミテ此イト難有休聖旨ヲ奉體セサル可ラス誠ニ任用ノ當否ハ國家ノ大事ナリ件用其人ヲ得サルハ社會ノ大患ナリ然ルニ資格ナキ官吏ヲ任用シテ之ガ前後ノ處分ニ窮シ或ハ說諭ヲ加ヘテ辭表ヲ出サシヌ或ハ針小ノ過失ヲ摘發シテ捧大ニ皷張シ以ラ口實ヲ作ルカ如キ糢糊曖昧ノ中ニ葬リテ世間ヲ詐キ自ラ責任ヲ免レントスルモノアリト聞ク是レ行政上ノ便宜ヨリ云ヘハ或ハ一

時便宜ナルコトアラン然レトモ決シテ永久ニシテ且實益アル便宜ニ非ス即チ國家ノ爲メニ便宜ニ非スシテ任用又ハ奏薦ノ局ニ當レル者ノ爲メニ便宜ナルニ過キス正ニ之レ法ヲ破リ秩序ヲ亂スモノニシテ啻ニ　陛下ノ詔旨ニ背クノミナラス更ニ國利民福ノ增進ヲ遮害スルコト至大ナリト云ハサルヲ得ス豈恐レテ愼マサル可ケンヤ苟モ任用又ハ奏薦ノ局ニ當ル者ハ深ク公選ヲ愼ミ任用其宜ヲ得セシメサル可ラス苟モ學者タル者ハ其法理ヲ研究シテ此ノ如キ處分ノ正當ナル方法ヲ指示セサル可ラス余輩本ヨリ其任ニ非スト雖モ敢テ不敏ヲ顧ミス此ニ本論ヲ草シヲ大方諸賢ノ高敎ヲ仰カント欲スル所以ノモノハ一ニハ世ノ行政ヲ講スル學者ニ此ノ如キ實際上甚タ重要ナル問題ヲ以テ研究ノ題目トナサレンコトヲ望ミ一ニハ自ラ其法理ノアル所ヲ究竅シテ以テ其本分ヲ盡スノ一助ニ供セントスルニ在リ

余輩惟フニ無資格者ヲ官吏ニ任用シタル場合ニ於テ法令ノ神聖ヲ維持シ社會ノ公益ヲ增進センカ爲メニハ其官吏ヲ其地位ヨリ排除セサル可ラスト然レトモ如何ニシテ之ヲ排除スヘキカハ問題ナリ

凡ソ官吏ヲ其地位ヨリ排除スル所以ノ方法一ニシテ止マス免官兒職ヨリ任用ノ無效或ハ取消ニ至ル迄皆用ヰテ以テ其目的ヲ達スルニ足ラサルハナシ然レトモ此等ノ手段方法タルヤ必スシモ常ニ之ヲ用ヰ得ルニ非ス蓋シハ官吏一旦任用セラルヽトキハ一定ノ條件ニ觸ルヽニ非サレハ其官職ヲ奪ハルルコトナシ是レ官吏ニハ分限其他ノ法令アリテ其地位ノ安固ヲ保障スルト共ニ免官ヲ爲ノ權限ヲ制限シテ其濫用ヲ防クカ故ニ其法令ノ範圍內ニ非サレハ其處分ヲ行ハント欲スルモ能ハサルニヨル今其所謂法令ノ範圍內ニ於テ免官セラルル場合ヲ研究スル爲メ便宜上文武兩官ニ區別シ先ツ文官ヨリ說明センニ更ニ之ヲ左ノ二ニ分類スルコトヲ得

一、刑法ノ宣告及懲戒ノ處分ニヨルトキ

二、單純ノ行政處分ニヨルトキ

刑法ノ宣告ニヨリテ官職ヲ喪失スル場合ハ別ニ宣告ヲ用ヰスシテ當然其官職ヲ失フ場合ト宣告ニヨリテ始メテ之ヲ喪失スル場合トアリ前者ハ重罪ノ刑ニ處セラレ終身公權ヲ剝奪セラルル場合ト禁錮ノ刑ニ處セラレ現任ノ官職ヲ失フ場合トヲ舍ミ(刑法第三二條第三三條)後者ハ附加刑處分トシテ特ニ公權剝奪セラルル結果ナリトス(刑法第三一條)夫レ官吏ノ關係ハ特別ノ公法上ノ關係ニシテ官吏トナルノ權ハ即チ公權ナリ故ニ此公權ヲ剝奪セラルルトキハ啻ニ將來官吏トナルノ資格ナキノミナラス已ニ官吏タルモノハ其現任ノ官職ヲ保有スルコト能ハサルカ故ニ當然其官職ヨリ排除セラルルノ結果ヲ生ス之レ刑法ノ宣告ニヨリテ官職ヲ喪失スル場合ナリ而シテ其懲戒ノ處分ニヨル免官ハ則チ懲戒委員會ノ變決ヲ經テ行フモノニシテ官吏カ其官職ニ在リ官吏タルノ義務ニ背戾セル行爲ヲ爲シタルトキ之ヲ懲戒スル最終ノ手段ナリ即チ此場合ヲ考フルニ

職務上ノ義務ニ違背シ又ハ職務ヲ怠リタルトキ

二、職務ノ內外ヲ問ハス官職上ノ威嚴又ハ信用ヲ失フヘキ行爲アリタルトキ

ニ限ル（文官懲戒令第二條會計檢査官懲戒令第一條）故ニ無資格官吏ノ任用ハ例令被任者ノ詐僞又ハ虛構其他不正ノ行爲ニ因リテ行ハレタリトスルモ是レ即チ官吏タル身分ヲ取得スル以前ノ行爲ニ過サレハ刑罰法ヲ以テ擬スルハ格別懲戒令ノ支配スヘキ範圍內ニハ入ラサルナリ是ニ於テカ懲戒ノ處分ニヨリテハ資格ナキ官吏ヲ排除スルノ道ナキニ至ル然ラハ單純ノ行政處分ニヨリテ免官トナスコトヲ得ヘキヤ分限令ハ之ヲ解釋シテ曰ク官吏ハ刑法ノ宣告懲戒ノ處分又ハ本令ニヨルニ非サレハ其官ヲ免セラルルコトナシト而シテ其所謂本令ノ規定セル所ヲ見ルニ一モ無資格者ヲ任用シタル場合ニ該當スルモノナシ詳言スレハ免官トナルニハ左ノ場合ノ一ニ該當スルコトヲ要ス（文官分限令第二第三條裁判所構成法第六七第七四第八〇條會計檢査院法第六條二項）

一、不具廢疾ニ因リ又ハ身體若クハ精神ノ衰弱ニヨリ職務ヲ執ルニ堪ヘサルトキ

二、傷痍ヲ受ケ若クハ疾病ニ罹リ其職ニ堪エサルニヨリ又ハ自己ノ便宜ニ因リ免官ヲ願ヒ出テタルトキ

三、官制又ハ定員ノ改正ニ因リ過員生シタルトキ

然ルニ無資格者ヲ任用シタル場合ニ即チ右等ノ何レニモ該當スルコトナキカ故ニ之ニヨリテ免官トナスコト能ハサルナリ而モ此等ノ法令ニ定ムル準據ニヨルニ非サレハ免官セラルルコトナキヲ保障セルカ故ニ假令行政處分ハ便宜ヲ尙ヒ變通ニ利アリト云フト雖モ法令ヲ蹂躙シ人權ヲ侵害シテ一時ノ便宜ヲ僥幸セント欲スルモ許ササルチリ即チ行政處分トシテ免官ヲ爲スコト不法ニ屬スル以上ハ專ラ文官ニ付テ其免官免職トナス場合ニ制限アルカ故ニ本問題ノ場合ニ於テハ免官處分ヲナスコト能ハサル理由ヲ述ヘタルモノナリ然ルニ武官ニ至リテハ基ト終身生命ヲ捧ケテ國家擁護ノ任ニ當ルヘキモノナルカ故ニ其奉公盡忠ノ心ヲ發揚セシムルカ爲メニハ文官ニ比シテ更ニ一層確實ナル保障ナカル可ラス而テ武官ニシテ本問題ニ當ル場合アリトセハ其國家ノ治亂興廢ニ關係アル文官ニ比シテ亦更ニ一層緊密ナルモノアリ故ニ此ノ如キ官吏ヲシテ其地位ヲ安固ニ保有セシムルコト能ハサルヤ元ヨリ論ヲ俟タス然ラハ之ヲ免官免職スルノ道アルカ將校分限令ニヨレハ

一、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（海軍將校分限令第二條）

二、將校ハ左ニ揭ル事項ノ一ニ依ルニ非サレハ其分限ヲ失フコトナシ（海軍將校分限令第二條陸軍將校分限令第三條）

第一、本人ノ請願ヲ許容シ其官ヲ免セラレタルトキ

第二、日本人タルノ分限ヲ失ヒタルトキ
第三、重罪ノ刑ニ處セラレタルトキ
第四、剝官ノ宣告ヲ受ケタルトキ
第五、禁錮ニ處セラレ其官ヲ失ヒタルトキ
第六、武官タルノ本分ニ背キ勅裁ニ依リ免官トナリタルトキ

准士官ニ付テハ將校分限令ヲ準用ス

下士ニ付テハ下士卒服役條例ニヨリ服役中傷痛若クハ疾病ノ爲メ永久服役ニ堪ヘ難キ者ニ非サレハ其兵役ヲ免スルナキナリ

以上ヲ以テ見レハ武官ハ終身其官ヲ保有スルノ權利ヲ與ヘラル是レ嘗ニ判檢事ニ對スル保障ノ如ク其職務ヲ公平ニ行ハシメンカ爲メ其地位ヲ獨立安固ニスルノ理由ニ基クニ非スシテ此ノ如クナラザレ　武官タルノ本分ヲ盡スコト能ハス又國家擁護ノ目的ヲ達スルコト能ハサルノ必要ニ基クモノナリ故ニ一方ニハ充分ノ保障ヲ與フルト共ニ一方ニハ充分ノ制束ヲ加ヘテ嚴肅ナル紀律ニ服セシメ一令下レハ水火ヲ蹈ミ生命ヲ顧ミスシテ國ニ盡サシメントスルナリ是レ其武官ヲ免官免職トスルコト容易ナラサル理由ニシテ亦同特ニ無資格者ヲ任用スルトキハ其危險モ甚大ナル所以ナリ故ニ如此場合ニ之ヲ免官免職トナスノ道全ク缺タルハ法ノ不備ニ歸セサル可ラス

或ハ曰ク官吏ヲ任用スル權アルモノハ亦之ヲ免黜スルノ權ナカル可ラス蓋シ免官ヲナスノ權ハ當然任官ノ權ニ包含セラルレハナリト雖モ一旦分限令ヲ制定シテ免官スヘキ場合ヲ限定シタル以上ハ之ヲ廢止若クハ改正スルニ非サレハ免黜ノ權ハ限其界內ニ非サレハ之ヲ行使スルコト能ハサルナリ若シ免黜ノ權ハ任命ノ權ニ當然包含セラルルカ故ニ免官處分ヲ行フコト自由ナリトセハ分限令ヲ制定シテ地位ノ安固ヲ保障シタル所以ノ趣旨何クニカ在ル是レ余輩カ未タ此說ニ贊成スルヲ得サル理由ナリ

以上ヲ以テ見レハ無資格者ヲ任用シタル場合ニ於テハ其被任者ノ詐僞虛構ニ因ルト任用者又ハ奏薦者ノ過失ニ基クトヲ問ハス之ヲ免スルノ道ナキコト明ナリ既ニ免官トナスヘキ道ナキニ於テハ他ニ排除ノ方法ヲ求メサル可ラス官吏ヲ官職ヨリ排除スルノ手段ハ免官ノ外任用ノ無效又ハ取消アリ得ヘキコト已ニ述ヘタリ而シテ其何レニ據ルヘキカ任用其モノ、性質ヲ研究シタル後ニ非サレハ之ヲ斷言スルコト能ハサルナリ故ニ先ツ官吏任用ノ性質ニ付キ一言セサル可ラス

官吏任用ノ性質ニ附テハ概要二說アリ契約說及處分說ト云フヘキカ今此二說ノ要點ヲ揭ケテ其當否ヲ評論シ而テ後除ロニ無資格官吏ノ分法ヲ講セント欲ス

(一)契約說ニヨレハ官吏ノ任用ハ公法上ノ契約ノ一種ナリト云フナリ其理由トスル所ハ臣民ニ任官ノ義務ナキカ故ニ之ヲ任用スルニハ其同意ヲ要ス故ニ一種ノ契約ナリ然レトモ官吏ノ關係ハ公法

上ノ關係ナリ何トナレハ官吏ノ關係ハ特別ノ權力關係ナリ權力關係ノ特質ハ權力者ノ意思カ自己ノ力ニヨリテ服從者ノ意思ヲ制限スルニアリ國家ハ官吏ニ對シ命令權ヲ有シ強制權ヲ有スル如斯官吏ノ關係ハ公法上ノ關係ニシテ被任者ノ同意ヲ得テ始メテ任用ノ效力ヲ生スルコトヲ得ルカ故ニ之ヲ公法上ノ契約ナリト云フナリト 說誠ニ然ルカ如クニシテ尙ホ首肯スルコト能ハサルモノアリ何ソヤ曰ク官吏ヲ任用スルノ目的ハ誠心專意公務ヲ奉シテ亦他ヲ顧ミルコトナク全力ヲ注キテ之ニ盡瘁スルコトヲ要スルカ故ニ臣民ノ意思ニ反シテ任用スルモ國家ニ益スル所少ク臣民ノ損スル所大ナリ且又國家カ强制シテ公務ヲ負擔セシムル場合ハ之ヲ明言シ之ヲ强制スルノ手段方法ヲ設ケサルナシ然ルニ任官ノ義務ハ之ヲ明言スルコトナク且之ヲ强制スルノ手段方法ヲ規定セルコトナシ特ニ官吏ノ關係ハ居住移轉ノ自由ヲ制限スルノ結果ヲ來スコトアリ故ニ任官ハ臣民ノ義務ニシテ此自由ノ制限ハ其義務ノ中ニ包含セラルヽモノトセハ法律ヲ以テ明ニ其義務ヲ負ハシムルノ必要アリ然ルニモ拘ラス事此ニ出テサルヲ見レハ臣民ニ任官ノ義務ナシト云ハサル可ラス既ニ任官ノ義務ナシトセハ官吏ニ任用スルニハ被任者ノ同意ヲ要スルコト勿論ナリ又官吏ノ關係ハ特別ノ權力關係ニシテ國家ハ其意思ノ力ニヨリテ官吏ノ意思ヲ制限ス此ノ如キ關係ハ國家又ハ公共團體ト私人トノ間ニノミ存在スルコトヲ得ル關係ニシテ對等ノ私人間ニ存在スルコト能ハサルモノナリ故ニ之ヲ公法上ノ關係ト云ハサル可ラス即チ官吏ノ任用ハ公法上ノ關係ニシテ被任者ノ同意ヲ要スルコト誠ニ論者ノ言ノ如シ然レトモ被任者ノ同意ヲ要スルヲ以テ直ニ之ヲ契約ナリト云フコトヲ得ヘキカ若シ契約ナリトセハ其契約ノ要素ニ錯誤アリタル場合ニ於テハ其契約ハ無效ナリト云ハサル可ラス或ハ此ノ如キ場合ニ於テハ私法上ノ契約ト異ナリ公法上ノ契約ナルカ故ニ直ニ私法上ノ法理ヲ以テ契約ハ無效ナリト云フコト能ハスト云フモノアラン夫レ然リ豈夫レ然ランヤ固ヨリ公法私法法理ヲ一ニシテ論スルコト能ハサルハ云フヲ俟タスト雖モ苟モ双方ノ合意ヲ以テ任用ノ效力ヲ生スル一種ノ契約ナリトセハ其契約ノ要素ノ錯誤即チ法令ノ要求スル充分ノ資格アリト信シテ任用シタル者ノ意思ニ適合セサル場合ニ於テハ始メヨリ其人ノ任用ニ付キ正當ノ合意成立セサルモノト云ハサル可ラス從テ契約ナルモノ成立セサルナリ然ルニ公法ト私法トノ區別ヲ以テ其效力上合致セサル意思ヲ恰モ合致セルモノト看做スノ理由何クニカアル是レ余輩カ此場合ニ於テ任用ハ無效ナリト云ハサルヲ得スト主張スル所以ナリ果シテ然レハ資格ナクシテ任用セラレタル官吏ハ始ヨリ官吏ニ非ス從テ其在官中ニ爲セル行爲ハ假令權限內ニ於テナセリトスルモ總テ無效ナリト云ハサルヘカラス然レトモ官吏ハ一旦正當ノ手續ニヨリ必要ノ形式ヲ履ミテ任用セラレタル以上ハ正當ノ官吏ニシテ其權限內ノ行爲ハ國家ノ行爲トシテ完全ノ效力ヲ有セサル可ラス特ニ通常ノ行政官吏又ハ判檢事ノ如キ机上ノ事務ヲ取扱フモノニ付テハ多クノ場合ニ於テ之ヲ無效トナスコト能ハサルニ非スト雖モ技師又ハ軍人等ノ如ク

其行爲ハ實際的ニシテ一擧手一投足ノ行爲モ立ロコ其效力ヲ現實ニ生シ事實的結果ヲ現ハスモノニ至テハ之ヲ無效ト爲サント欲スルモ能ハサルナリ軍人戰場ニ於テ奇計ヲ廻ラシ妙策ヲ施シ以テ優勢ノ敵ヲ破リタルニ後日ニ至リ其任用ノ實質上法ニ違ヒタルモノアルノ故ヲ以テ其戰爭行爲ヲ無效トスルコトヲ得ルカ若シ之ヲ强テ無效ニセントス欲セハ之ヲシテ一方ニ於テハ國家ノ行爲トシテ效果ヲ生セシメサルト共ニ一方ニ於テハ一個人トシテ戰爭行爲ヲナシタルモノトシテ民法上及刑法上ノ重大苛酷ノ責任ヲ負擔セシメサル可ラス法令ノ定ムル必要ナル形式ヲ經テ任用セラレ生命ヲ鴻毛ヨリモ輕シトシ名譽ヲ九鼎ヨリモ重シトシテ國家ノ爲メニ奉公盡忠ノ義務ヲ完ウシタルノミナラス輝々タル戰勝ノ名譽ヲ擔ヒタル者ニ酬ユルニ不名譽且ツ殘酷ナル責任ヲ負ハシメ刑罰ヲ加ヘテ以テ之ヲ社會ヨリ排除セントスルニ至リテハ余輩末タ其可ナルヲ知ラサルナリ假リニ其利害得失ノ問題ハ別トスルモ如何ナル法理ヲ以テ之ヲ說明セントスルカ聞カマホシキモノナリ如此不都合ニシテ且不理屈ナル結果ヲ是認スルニ非サレハ契約說ノ論理貫徹セサル所以ノモノハ必竟其前提ニ於テ誤謬アルカ爲メナリ是レ余輩カ未タ俄カニ首肯スルコト能ハスト云フ所以ナリ

於是カ更ニ任命處分說ノ當否ヲ研究セサル可ラス

(二)處分說ニヨレハ任用ハ行政處分ナリ權力行爲ナリ權力行爲ハ必スシモ强迫的ノモノニ非ス行政處分ハ一私人ノ自由意思ヲ無視スルモノニ非ス時トシテ其意思ニ反シテ强制スルト共ニ時トシテハ行政處分ノ效果ヲ一私人ノ自由意思ニ係ラシムルコトアルハ明ナリ官吏ノ任命ノ如キ即チ是ナリ任用ハ國家ノ命令ナリ其行政處分ハ一私人カ之ニ服從スル自由ノ意思アルコトヲ前提トシテ成立スルモノナリト云フニ在リ

此說ニヨレハ任用ハ一種ノ行政處分ニシテ其任官ノ成立條件トシテ被任者ノ自由意思ニ基ク承諾ヲ必要トスルナリ任用其者ハ任用者ト被任用者トノ合意ニアラスシテ單ニ被任者ノ同意ヲ前提トスル行政處分ナリ故ニ一旦被任者ノ自由意思ニヨル承諾ヲ得必要ナル形式ヲ履ンテ任用シタル以上ハ其官職ニ就クノ資格アリシト否トヲ問ハス官吏タルニ妨ナシト云ハサル可ラス從テ其權限內ノ行爲ハ總テ國家ノ行爲トシテ完全ノ效力ヲ有スルカ故ニ後日免官又ハ任用ノ取消アルモ既ニ法律上有效ニ成立シタル行爲ハ其效力ヲ奪ハルヽコトナシ唯無資格者ヲ任用シタルトキハ任用者又ハ奏薦者其法ヲ誤リタルノ責任ハ固ヨリ辭ス可ラス余輩ハ此說ニ左袒セサルヲ得サルナリ

憲法第十條ニ曰ク　天皇ハ文武官ヲ任免ス故ニ官吏ノ任免ハ　天皇ノ大權ニ屬シ其性質ハ任免ト云フ普通ノ用語ノ意味ヨリ見ルモ權力的行爲ニシテ相互對等間ノ契約的行爲ニ非サルコト文字上瞭々火ヲ見ルカ如シ然ルヲ獨リ被任者ノ自由意思ヲ以テ承諾スルヲ前提要件トスルカ爲メニ行政處分ニ非スト云フハ少ク愼重ヲ缺クノ嫌ナキカ行政處分中處分ヲ受クル者ノ自由意思ヲ條件トスルモノ豈啻ニ官吏ノ任用ノミナランヤ歸化ノ如キ營業ノ許可ノ如キ亦然リ以是見レハ官吏任用

ノ性質ハ行政處分ニシテ契約ニ非サルコトヲ知ルニ足ル況ンヤ公法上ニ契約アリヤ否ヤハ一ノ疑問ニ屬スルニ於テオヤ今假リニ公法上ノ契約存在ストスルモ任用ノ場合ニ此法理ヲ採用スルトキハ前後矛盾首尾貫徹セサルノ結果ヲ來スヲ如何ニセン故ニ官吏ノ任用ハ行政處分ノ一種ナリト信フヲ可ナリト信ス

以上述フルカ如ク官吏ノ任用ハ果シテ行政處分ナリトスルモ任官ノ資格ハ其處分トノ關係如何ヲ研究セサレハ未タ以テ無資格者ヲ任用シタル場合ノ處分ヲ議スルコト能ハサルナリ何トナレハ若シ資格ハ其任用處分ノ效力ヲ生スル必要條件ナリトセハ無資格者ヲ任用セル場合ニ於テハ任用ハ法律上始メヨリ幼力ヲ生セサレハナリ故ニ資格ハ任用ノ成立條件ナリヤ否ヤノ先決問題ヲ生ス任官ハ一ノ行政處分ナリ行政處分ノ理由又ハ實質ノ如何ニ係ラス其形式ノ正否ニ依リテ區別セサルヘカラス故ニ苟モ任用者ニ任用ノ權限アリ必要ナル形式ヲ履ンテ任用シタルトキハ其被任者ノ資格ノ有無ハ官吏タルノ身分ヲ取得スルニ何等ノ關係ナシト云ハサル可ラス然ラサレハ官吏任用令ヲ制定シテ任官ノ門戶ヲ嚴重ニ監視スル所以ノ理由何クニカアル夫レ官吏ハ其官職ニヨリテ一定ノ學術技藝ヲ必要トスルコト既ニ詳論セルカ如シ然レトモ人ニハ愛憎アリテ公平ヲ維持スルコト難ク交際萬衆ニ厚キコト能ハスシテ適材ヲ擯擲スルコト容易ナラス故ニ偉人君子ト雖トモ動モスレハ任用其宜シキヲ失ヒテ國家ノ大患ヲ惹起シ臣民ノ幸福ヲ阻害スルコト少カラス況ンヤ常人ニ於テオヤ是レ官吏トナルコハ一定ノ資格ヲ具備スルコトヲ必要トシ以テ適材ヲ選ミ俊秀ヲ擧クルニ便ナラシムル所以ナリ以是資格ハ任用ノ效力ヲ生スル條件ニ非スシテ單ニ任用其人ヲ得セシメンカ爲メニ定メタル公選ノ標準ニ過キス從テ其標準ニ背キテ任用スルトキハ本ヨリ適法ノ任用ナリト云フコトヲ得スト雖モ任用夫レ自身ニシテ權限内ノ行爲ニシテ必要ノ形式ヲ履ミシナラハ官吏ノ身分ヲ取得スルニ何ノ妨ケアルコトナキナリ即チ資格ハ任用ノ效力ヲ生セシムル條件ニ非スシテ單ニ公選ノ標準ニ過キサルカ故ニ苟モ任用アレハ此ニ正當ノ官吏アリ從テ其在官中權限内ノ行爲ハ完全ナル效果ヲ生スルモノト云ハサル可ラス

以上論スル所ヲ以テ見レハ無資格者ヲ任用シタル場合ニ於テハ被任者ノ詐僞ニヨルト任用者又ハ奏薦者ノ過失ニ基クトヲ問ハス任用ハ完全ノ效力ヲ有シ毫モ之ヲ無效トスルノ理由ナキナリ然リト雖モ其任用タルヤ本ト違法處分ニシテ國家ノ治亂安危ノ係ル所重大ナル禍根ヲ包藏スルモノナレハ其官吏ヲシテ一日モ早ク其地位ヲ喪失セシメサル可ラス然レトモ免官處分既ニ不法ニ屬スル而シテ亦其任用ヲ無效トスルコト能ハス於是カ唯一正當ノ處分トシテ任用ノ取消アルノミ

凡ソ行政處分ハ當該官廳又ハ監督官廳ニ於テ之ヲ取消シ得ルヲ通例トス任官ハ行政處分ナリ故ニ自ラ其處分ヲ行フノ權限アルモノハ其權限ヲ行使スルト否トハ其自由ナルカ如ク一旦其處分ヲ爲シタル後ニ於テモ之レカ不必要又ハ不利益ヲ認ムルトキハ苟モ其制限ナキ限リハ之ヲ取消スコト

ヲ得ヘキハ勿論ナリ

論者或ハ曰ク無資格官吏ノ處分ハ其法理ハ誠ニ取消シナラサル可ラス然レトモ表面上ノ處分ハ免官トセサル可ラスト何ソ夫レ誤レルノ甚シキヤ免官ニハ既ニ詳論セルカ如ク一定ノ制限アリテ取消スヘキ理由アル場合ニ免官スルコトヲ許サヽルナリ此一點既ニ論者ノ說ヲ打破スルニ足ル況ンヤ取消モ一ノ處分ナリ免官モ一ノ處分ニシテ共ニ其官職ヲ喪失セシムルノ效力アリ然ルニ一ノ處分ヲナスノ理由トシテ他ノ同一ノ效力アル處分ヲ以テス豈夫レ奇ナラスヤ特ニ況ンヤ免官ノ辭令ヲ出スヤ其理由取消スヘキモノナルコトヲ公表スルニ非サレハ其理由ノ取消スヘキモノトナルコトハ單ニ免官處分ヲナシタル者ノ心裡ノ覺識ニ止マリ被勞者及一般公衆ハ其理由ノ如何ヲ知ルコトヲ能ハサルナリ從テ取消ヲ理由トスル免官ナリト云ト雖モ實ハ單純ノ免官ニシテ法律上所謂取消ナルモノ存在セサルニ至ルニ於テオヤ是レ論者ノ說ノ誤レル所以ナリ然トモ論者カ其正當ノ處分ハ取消タルヘキコトヲ認メナカラ表面上ノ形式ヲ免官ニセントスル所以ノモノハ官報上敘任辭令欄內任官ノ取消ヲ揭ルノ例ナク亦其不体裁ナルヲ懸念スルニ依ルニ非サルカ果シテ然ラハ其本末ヲ誤ル實ニ甚シキモノナリ夫レ任用ハ辭令ノ交付ニヨリテ其效力ヲ生スルモノニシテ官報上ニ揭載スルカ爲メニ效力ヲ生スルニ非ス官報ノ揭載ハ單ニ公示ノ形式ノミ故ニ之ヲ揭載スルノ例ナキカ又ハ其不体裁ナルノ故ヲ以テ鵺的處分ニ出ントスルハ思ハサルノ甚シキ者ナリ況ンヤ之ヲ官報ニ揭載シテ其體裁ヲ損セサル所以ノ方法必スシモナキニ非サルニ於テオヤ

任用ヲ取消ストキハ被任者ハ官吏ノ地位ヲ喪失ス然ラハ其在官中ニ爲シタル行爲ノ效力如何ハ更ニ一ノ問題ナリ然レトモ已ニ述ヘタルカ如ク任用カ權限內ニ行ハレ且必要ノ形式ヲ踐ミタルニ於テハ正當ノ官吏ニシテ其權限內ノ行爲ハ國家ノ行爲ナルカ故ニ總テ完全ノ效力ヲ生シ任用取消ノ爲ニ毫モ既成ノ效果ニ影響ヲ受クルコトナシ唯其權限外ノ行爲ニ至リテハ始メヨリ官吏ノ行爲ニ非サルカ故ニ茲ニ其有效無效ヲ論スルヲ須ヒサルナリ

或ハ曰ハン取消ノ效力ハ已往ニ遡リテ官吏在職中ノ行爲ハ勿論其行爲ヨリ生シタル效果モ凡テ無效トセサル可ラス何トナレハ取消ハ單ニ官吏タル現在ノ身分ヲ喪失セシムルニ止マル免官ト異ナリ任用夫レ自身ヲ取消スカ故ニ始メヨリ任用セサルト同シ效果ヲ有ス任用ナケレハ官吏ナシ官吏ナクシテ獨リ官吏ノ爲シタル行爲ト其行爲ノ結果ノミ存在スル理アランヤト此說ハ推理甚タ正シキカ如クニシテ而モ大ニ誤レルモノアリ蓋シ前提既ニ誤謬ヲ含メハナリ夫レ任用ノ取消トハ任用ノ處分夫自身ヲ取消スニ非スシテ任用ニヨリ生シタル法律上ノ效果ヲ取消スニ過キス官吏關係ヲ消滅セシムルナリ任用ノ處分ハ既ニ過去ニ屬シテ最早存在セサルモノヲ取消スコト能ハサルヤ云フヲ俟タス例令ハ許可ハ其效力許可ヲ與ヘタル後ニ至ル迄持續スルカ故ニ之ヲ取消スコトヲ得ルモ認可ハ其認可ヲ與フルト同時ニ其目的ノ完了ニヨリテ消滅シ其效力ヲ後日ニ持

續スルコトナキカ故ニ取消ナルモノナキヲ見ルトキハ蓋シ思半ニ過ルモノアラン獨リ官吏關係ヲ消滅セシムルニ止マルカ故ニ任用ノ處分ハ始ヨリ存在セサリシモノト同一ニ論スルコト能ハス從テ任用ヨリ其任用取消ニ至ル迄ハ任用ノ法律關係存在スルモノト云ハサル可ラス既ニ任用アリトセハ其權限内ノ行爲ヲ無効トセント欲スルモ能ハサルナリ要スルニ取消ハ消滅方法ノ一ナリ消滅トハ既存ノモノヲ將來存在セサラシムルノ謂ニシテ始メヨリ存在セサリシモノト爲スハ事實ニ背キ論理ニ戻ル大ナリ語ニ曰ク英國ノ女王ハ萬能ナレトモ男ヲ女ニスルコト能ハスト蓋シ事實ハ事實ナリト云フノ意ナラン彼ノ私法上取消ノ効力ヲ既往ニ遡ラシムルモノアレハ實際上ノ便宜ヲ尚ヒテ採用スルノ主義ニ外ナラス故ニ特別ノ明文ヲ要ス我民法亦此主義ヲ採用シタリ然レトモ之レ只私法上ノ關係ニ適用スヘキモノナレハ此ヲ以テ彼ニ推スカ如キハ公私ヲ混同シ法ノ適用ヲ誤ルモノナリ況ンヤ私法上ニ於テモ其遡及力ヲ絶對ニ認ムルニ非ス且多クハ取消ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコト能ハサルニ於テオヤ（民第九六）以テ其法ノ精神ノ在ル所ヲ知ルヘキナリ

以上ハ現行法令ニ基キテ論スル所ニシテ法理上毫モ疑ナキヲ信ス然レトモ之ヲ行政ノ實際ニ徹スルトキハ未タ必スシモ制度其宜シキヲ得タルモノト云フコトヲ得サルナリ夫レ行政處分ハ之ヲ取消スコトヲ得ルヲ例トスト雖モ自ラ處分シテ自ラ之ヲ取消スニ至リテハ官廳ノ威嚴ヲ害シ社會ニ向テ信用ヲ保持スル所以ノ道ニ非ス特ニ任用ノ取消ニ至リテハ其體裁上ハ勿論實質上甚タ不可ナルモノアリテ存スル故ニ余輩ハ懲戒令又ハ分限令中無資格官吏ヲ任用シタル場合ニ於テ之ヲ免官トナスコトヲ得ルノ規定ヲ設クルコト極メテ必要ナリト信ス（行協、五、四）

……法學士　岡　實君

○懲戒及ヒ刑罰ニ付テ……

懲戒ニハ親權ノ効果タル懲戒アリ、惑化院長ノ職權ニ基ク懲戒アリ、船長ノ船員ニ對スル懲戒アリ、學校長ノ生徒ニ對スル懲戒アリ、軍人ニ對スル懲罰アリ、文官ニ對スル懲戒アリ、其ノ目的及ヒ性質必スシモ一ナラス余輩ハ茲ニ主トシテ文官ニ對スル懲戒ト文官ニ對スル刑罰ノ區別ニ關シ卑見ヲ開述セムトス

懲戒及ヒ刑罰ノ區別標準ニ關シテハ學說立法例未タ歸一スル所ナシ、然レトモ余輩ハ此ノ兩者ノ間ニ左ノ區別アルコトヲ認ム

第一　懲戒ハ官規ヲ維持スルカ爲メニ科セラルヽモノナリ　官規トハ何ソ、曰ク統治機關カ統治機關トシテ遵守スヘキ規律是ナリ、夫レ官吏ハ官吏タルノ故ヲ以テ一般私人ノ負擔セサル特別ノ義務ヲ負フ、此ノ義務ノ項目及ヒ範圍ハ官吏服務規律其他ノ法令竝ニ訓令等ノ規定スル所ニシテ官吏タルノ身分ニ專屬スルモノ

トス、此ノ專屬的ノ義務違反ニ對シテ科セラルヽモノ即チ懲戒ナリ、次ニ、社會ノ秩序トハ個人カ社會ノ一員トシテ通常遵守スヘキ意思ノ限界ヲ犯サヽルノ狀態ヲ謂フ抑、官吏ダル特別ノ身分ヲ有スルト共ニ、他方ニ於テハ、社會ノ一員トシテ通常守ルヘキ等位ノ意思ノ限界ナカルヘカラス、官吏ニシテ此ノ意思ノ限界ヲ侵シタルトキハ即チ刑罰ヲ科セラルヘキモノトス、學者或ハ懲戒ト刑罰ノ區別ヲ全然否認シ官吏懲戒ニ關スル法規ハ特別刑法ニシテ勤務犯罪ハ職務犯罪ノ一種ナリ、左レハ懲戒ハ刑罰ノ一階級ヲ爲シ懲戒手續ハ刑事訴訟手續ノ變態ナリト論スルモノアリ(『ヘフテル』、『ブドイス』氏等)之レ余輩カ所謂社會ノ一員トシテ通常守ルヘキ等位ノ意思ノ限界』ナルモノヲ認メサルニ出ツル學說ナリ、然レトモ、所謂官規ト社會ノ秩序ナルモノハ大體ニ於テ之ヲ區分スルコトヲ得可キヲ以テ、學問上必スシモ此ノ區別ヲ否認スルノ要ナシト信ス『ラバント』曰ク懲戒ノ基本ハ國家ノ刑罰權ニ非スシテ官吏監督權ナリ、即チ國家ト官吏トノ權力關係ニ起因ス、懲戒ハ刑法上ノ意義ニ於ケルカ如キ罰科ニ非ス、官吏關係ノ內部ノ秩序ヲ保持シ官吏ノ義務ヲ維持セシムル一ツノ手段タルニ過キサルナリト、所謂、刑罰權ト監督權トハ大體ニ於テ之ヲ區分スルコトヲ得ルモノナルヲ以テ、余輩ハ寧ロ此ノ說ヲ以テ妥當ヲ得タルモノナリト信ス

懲戒ハ官規ヲ維持ス、故ニ、懲戒ハ官吏ノ分限ニ專屬シ其ノ分限ヲ根據トシテ成立スルモノニシテ

リ、故ニ懲戒スヘキ所爲アルモ其ノ者カ官吏タル分限ヲ喪失シタル後ニ在テハ最早其者ニ對シテ維持スヘキ官規ナキヲ以テ之ニ懲戒ヲ加フルコトヲ得ス、又、前官在職中ノ違法行爲ハ後官在職ノ時ニ際シ懲戒スルコトヲ得ス、何トナレハ、前官ノ退官ニ依リテ懲戒權ハ一旦消滅シタルヲ以テナリ、故ニ前官在職中ノ行爲ヲ懲戒スルニハ此明文ナシ)刑罰ハ社會ノ秩序ヲ維持スヲ要セスシテ之ヲ科スルコトヲ得、其ノ他、時効ニ依リテ公訴權ノ消滅等ハ一般ノ刑罰ト異ルコトナシ學者或ハ懲戒ト刑罰トハ其ノ根據ト目的トヲ異ニス即チ刑罰ハ臣民タルノ分限性格、若クハ、臣民ニ非スト雖モ國家ノ領土內ニ居住スルノ事實ヲ根據トシテ成立スルモノナルモ懲戒ハ官吏タルノ分限ニ專屬シ其ノ分限ヲ根據トシテ成立ス又刑罰ハ一般臣民ニ對シテ法規ノ適用ヲ爲スコトヲ以テ其ノ目的ト爲スモノナルモ(司法上ノ目的)懲戒ハ之ニ反シテ官吏ノ職務上ノ義務ヲ強制スルノ方法タルヲ以テ遷善懲惡ノ目的ノ外法規適用ノ目的ヲ有スルモノニアラス(行政上ノ目的)懲刑ハ此ノ點ニ於テ行政上ノ強制罰ト其ノ目的ヲ同ウス、約言スレハ、刑罰ハ司法上ノ制裁ニシテ懲戒ハ行政上ノ制裁ナリト云フコトヲ得ヘシト說明スルヲ例トスト雖モ、余輩ノ見ル所ヲ以テスレハ此ノ說ハ其ノ前半ニ於テ正シク、後半ニ於テ誤謬ニ陷レリト信ス、前半ヲ以テ正當ナリトスル所以ハ刑罰ハ一般統治權ニ對スル服從者タル身分ヲ根據トシ、

懲戒ハ官吏タル身分ヲ以テ根據トスト云ヘルハ、正シク前ニ陳ヘタル余輩ノ說ト一致スルヲ以テナリ、然レトモ刑罰ハ司法上ノ目的ヲ有シ、懲戒ハ行政上ノ目的ヲ有シ、且ツ强制罰ニ類似スト云ヘルハ不可ナリ、何トナレハ司法ト行政トハ共ニ法ヲ維持スルニ於テ擇フ所ナキヲ以テナリ、唯夫レ懲戒ハ其科罰ノ科目少クシテ、各個ノ塲合ニ於テ懲戒官廳ニ於テ廣濶ナル自由裁量ノ餘地ヲ有スルニ拘ラス刑罰ハ之ヲ有セサルヲ以テ一見論者ノ說ヲ可トスヘキカ如シト雖モ、之レ畢竟程度ノ差ニシテ性質ノ差ニ非サルコトハ司法ト行政トノ區別ニ關スル學說ニ徵シテ明カナルヘシ、又懲戒ハ必シモ當該義務ヲ履行セシムルノ目的ヲ有セス、當該義務ノ不履行ニ對シテ與フル制裁ニシテ、此ノ點ニ於テハ刑罰ニ類似スルモノナリト謂ハサルヲ得ス

其ノ他懲戒ト刑罰トノ差違ニ關スル歐洲學者ノ學說ヲ揭ケンニ、第一說ニ曰ク刑罰ハ官吏ノ義務違反カ第三者カ、法ニ依リテ保護セラレタル利益ヲ害シタルトキ若クハ其ノ行爲カ法律ニ違反シタル利得ヲ得ルノ目的ヲ有スルトキニ科セラルヘキモノナリ、之ニ反シテ、懲戒ハ其行爲又ハ不行爲ニ由リテ義務不履行ヲ生シ、之ニ由リテ國家ノ權利ヲ侵害シタルトキニ現ルモノナリ云云、第二說ハ刑罰ハ職權ノ侵害ニ關シテ科セラレ、懲戒ハ國家ニ對スル義務關係上ノ職務違反ナリ云云、余輩ノ見ル所ヲ以テスレハ刑罰モ懲戒モ等シク國家ノ權利ヲ侵犯スルノ効果ヲ生スルモノナレハ、第一說ハ懲戒ノ範圍廣キニ失シ、第二說モ同樣ノ批難ヲ免ルヽコトヲ得ス、結局一ハ官規ヲ維持シ一ハ社會ノ移序ヲ維持スト云フヲ以テ最モ要ヲ得タルモノナリト信ス

（第一說ハ『リヨーニンゲ氏ノ說第二說ハ『ヘルシユヲル』氏ノ說

序ヲ以テ一言スヘキハ、官吏ニ對スル行政上ノ强制手段是ナリ、之ハ我國ニハ存在セサルヲ以テ、特ニ論スルヲ必要トセスト雖モ、外國ニ於テハ二種ノ强制手段ヲ設クルモノアリ、一ハ直接强制手段ニシテ、二ハ間接强制手段ナリ、直接强制手段ハ制縛ニシテ之レハ官吏ヲシテ本來其ノ一身ニ專屬スル事務、換言スレハ他人ノ代リテ行フコトヲ得サル事務ヲ行ハシムルカ爲メ、即チ行爲ヲ强制スル爲メニ上級官廳ニ於テ下官ニ加フルコトヲ得ルモノナリ又間接强制手段ハ上級官廳カ下官ニ或ル職務行爲ヲ命スルニ當リ、怠慢者ヨリ賠償金ヲ徵收スルコト是ナリ、此等ノ强制手段ハ之ヲ懲戒ト區別スルヲ要ス何トナレハ當該義務ヲ履行セシムルヲ以テ直接ノ目的トスルモノナレハナリ

第二　懲戒ト刑罰トハ其ノ罰科ニ於テ異レリ　即チ刑罰ハ積極的ニ犯人ノ財產ヲ徵收シ、若クハ犯人ノ自由ヲ拘束ス、然レトモ懲戒ハ積極的ニ官吏ノ財產ヲ徵收スルコトナシ所謂減俸又ハ罰俸ト稱スルモノト雖モ、官吏カ官吏トシテ享クヘキ公權ノ一部ヲ制限スルモノニシテ、既ニ官吏ノ所有ニ歸シタル財產ヲ徵收スルモノニ非ス、然レトモ之レハ官吏ニ付テ云フノミニシテ、公吏ニ至ルトキハ往々ニシテ過怠金ニ處セラルヽコトアリ、此ノ過怠金ハ刑罰ト同シク、既ニ

公吏ノ所有ニ歸シタル財産ノ一部ヲ強制徵收スルモノトス、次ニ、官吏ノ懲戒ハ免官ヲ以テ極度トシ、身體ノ自由ヲ拘束セラルヽコトナキヲ以テ原則トス、然レトモ外國ノ國法ニ依ルトキハ前ニ述ヘタルカ如ク制縛ヲ加フルコトアリ、此ハ官吏ヲシテ當該義務ヲ行ハシムル爲メノ强制手段ニ外ナラス、故ニ懲戒トシテ論スルコトヲ得サルナリ、然レトモ、我國法ニ依レトモ陸海軍々人タル官吏ニ對シテハ往々ニシテ身體ノ自由ヲ拘束スルノ懲戒ヲ科セラルヽコトアリ、所謂、重營倉輕營倉ト稱スルモノ是ナリ、此ノ懲戒ニシテ統帥大權ノ行動ニ非スシテ、通常ノ軍務行政權ニ根據スルモノナル場合ニ於テハ懲戒ハ刑罰ト其結果ヲ同フスルモノト謂フヘシ

第三　懲戒ト刑罰トハ其ノ罰科ノ本人ノ公權ニ及ホス影響ニ於テ異レリ　即チ懲戒ハ其最モ重キ免官ニ處セラレタル場合ニ限リ、二年間官務ニ就クノ權利ヲ停止セラルヽノミニシテ、其ノ他ノ國民權ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ、然レトモ刑罰ハ、同時ニ停止公權及ヒ剝奪公權ノ伴フモノアリテ、重要ナル國民權ニ影響ヲ及ホスモノトス

第四　懲戒ト刑罰トハ其ノ手續ニ於テ異レリ　即チ刑罰ニ在テハ、憲法第二十三條ノ處罰ニ該當スルヲ以テ、憲法第五章ノ規定ニ準據シ刑事訴訟法ノ定ムル所ニ依リ司法裁判所ニ於テ受理判決スルモノトス、之ニ反シテ懲戒ハ、憲法上何等ノ限ヲ受クル所ナキヲ以テ、如何ナル官廳ニ於テ之ヲ行フモ敢テ妨ケアルコトナシ、固ヨリ懲戒權ハ天皇ニ於テ之ヲ有シ給フコトハ官制權及ヒ任命權ノ成果トシテ之ヲ推論スルコトヲ得ヘシト雖モ、憲法ハ所謂天皇ノ大權トシテ之ヲ留保セサルヲ見ルモ、行政官廳ニ於テ其ノ委任ニ因リテ之ヲ行フコトヲ得ルハ固ヨリナリ、唯、夫レ懲戒ニシテ官吏ノ免官ヲ惹起ス場合ニ於テハ、特別ノ明文ナキ限リハ、天皇ノ裁可ヲ要スルコトハ、憲法上當然ノ事理ナリトス、我文官懲戒令第六條カ、免官ハ一定ノ手續ヲ經テ裁可ニ依リ之ヲ行フコトヲ規定シタルハ、惟フニ其ノ手續ノ規定ニ重キヲ置ケルモノナルヘシ、官吏ニシテ法律ニ依リ身分ノ保障ヲ受クル者ハ懲戒裁判所ノ判決ニ依リテ處分セラル、然レトモ懲戒裁判所ニ非ルハ勿論其ノ實質ヨリ之ヲ論スルトキハ、懲戒ノ手續ヲ嚴密ニシテ處分ノ公正ヲ得セシムル爲メ普通司法事務ニ準シテ懲戒事務ヲ取扱フニ過キサルモノトス

以上四項ニ區別シテ論シタル所ハ主トシテ我現行法ニ準據シタルモノナリ、然リ而シテ此等四項中兩者ノ區別ノ基礎トシテ見ルヘキハ、即チ第一項ニシテ、其ノ他ハ大要其ノ結果トシテ生スル區別ナリト謂フコトヲ得ヘシ、之ヲ要スルニ刑法第二編第九章ニ規定シタル官吏瀆職罪ハ、立法論トシテハ必シモ之ヲ服務規律中ニ規定シ得サルノ事柄ニ非ス、唯夫レ官吏モ一方ニ於テ社會ノ一員トシテ憲法第二章第二十三條ノ保障ヲ受クルヲ以テ、法律ヲ以テ之ヲ規定スヘキノミ、若シ斯ノ如クニシテ之ヲ服務規律中ニ規定スルコト、セハ、官吏カ官吏トシテ國家ヨリ禁制セラレ若

クハ命令セラレタル事項ノ順序聯連トシテ相接續シ一見同一體ヲ爲セルカ如キノ感想アルヘシト雖モ審カニ行政法理ノ系統上ヨリ之ヲ見ルトキハ、懲戒ニ付スヘキ行爲ト刑罰ヲ加フヘキ所爲トハ前示第一ノ標準ニヨリ自ラ燎然タルモノアルヘキヲ信ス唯夫レ現行法カ之ニ則リテ其ノ規定ヲ爲シタルヤ否ヤハ自ラ別問題ニ屬スルモ官吏濱職罪ハ過失ヲ罰セサルヲ以テ大體ニ於テ此ノ區別ヲ認メタルモノナリト謂フヲ得ヘシ（法學、一二、七）

◎官吏ノ職務執行ノ際損害ヲ受タル者ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得ルヤ若シ得ルトセハ國家ト官吏トハレニ對シテ爲シ得ルヤ……法學士　副島義一君

本題ニ付二三論者其論文ヲ掲載セルアリト雖モ余ハ此等ノ論文ヲ一々精讀シテ批評ヲ試ミルノ遑ナキヲ以テ直ニ余ノ研究ノ結果ノ大略ヲ述ヘン

本問ニ於テ（官吏ノ職務執行ニ付）ト云フハ官吏ノ所作ノ其職務ト關連スル場合ヲ指シテ云フナリ凡ソ官吏ノ職務ハ種々ノ種類ノ事件ヲ其目的物トス今之ヲ大別シテ公法上ノ性質ノモノニ關スルモノト私法上ノ性質ノモノニ關スルモノトノ二種ト爲スコトヲ得官吏カ私法上ノ性質ヲ有スル事件ヲ其職務トシテ所作スルニ於テ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其賠償ノ責任ハ一ニ民法ノ法人ニ關スル規定ニ從テ決セラルヘシ此場合ニハ官吏ハ他ノ法人ノ理事若クハ其他ノ代理人ト同一視セラレ從テ其職務執行ニ付他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ國家ハ他ノ法人ト同シク其賠償ノ責ニ任スヘシ此事ニ付テハ學　間ニ異論ナキヲ以テ殊ニ茲ニ論スルヲ要セサルナリ唯多少議論ノ生スヘキハ其公法上ノ事件ニ關スル場合ナリトス

蓋シ不法ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ノ責ニ任スヘキコトハ當然ニシテ其公法上ノ事件ナルカ故ニ民法ノ損害ヲ受ケシメ得ルノ理由毫モ之ナキナリ苟クモ不法侵害ニ對シ賠償責任ノ存在ヲ規定セル民法ノ元則アル以上ハ之ヲ何レノ場合ニモ適用シ得ヘキナリ公法上ノ事件ニ關シテハ之ヲ應用スルヲ得サルノ制限アルコトナキナリ民法ノ法人ノ事ニ於テハ唯私法上ノ法人ノ場合ニ其賠償義務者ノ何人ナルヤヲ規定セルノミニテ賠償責任ノ成立ニ付規定セルニアラサルナリ唯公法上ニ關シテ疑ノ生スルハ此賠償ノ責ニ任スルハ國家ナリヤ將タ官吏ナリヤノ問題ナリトス、其程度ノ如何ニ關スルコトナリトス然レトモ不法ニ損害ヲ加エタル者カ其賠償　責ニ任スヘキハ是レ元則ナリ而シテ民法ニ例外ノ規定ナキ以上ハ損害ヲ加ヘタル者カ則ヲ其賠償ノ責ニ任スヘキハ固ヨリ論ナキ所トス今官吏カ其職務ヲ行フニ際シ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ其損害ヲ加ヘタル者カ官吏ノ一個人ナリヤ將タ國家ナリヤノ疑ヲ生スヘシ

「グナイエル」曰ク官吏ト國權ヲ執行スル際ニ他人ニ損害ヲ加エタルトキハ私法上ノ類推ヲ爲ス

チ得ス此場合ニハ國權ト一個人ト相對ス而シテ國權ハ官吏ノ身ニ人化セルナリ故ニ官吏ノ義務違背ノ行爲ニ依リ一個人ニ加エタル損害竝ニ一個人カ官吏ノ命令ニ從フコヨリテ受タル損害ハ苟クモ其一個人カ服從義務ノナキ場合又ハ抵抗ノ權ヲ有スル場合ノ外ハ國家ハ賠償ノ責任アリト爲セリ此論ニ附テハ多少ノ贊成者アリ即チ『ツアハリエー』『ゲルベル』『ストツベー』『エンテマン』『キルハンハイム』『ギルケー』ノ如キ皆然リ殊ニ『ツエツブル』ノ如キハ此場合ニモ全ク私法ノ元則ヲ適用シ得ヘシト論セリ又『ツアハリエー』ハ縱令一個人カ服從義務ナキ場合又ハ抵抗權ヲ有スル場合ト雖モ猶國家ハ賠償ノ責任アリト爲スニ似タリ但シ『ゲマイエル』ト雖モ此場合ニ唯國家ノミ賠償ノ責任ヲ負フト論スルニアラス此場合ニハ其損害ハ主トシテ官吏ノ義務違反ニヨリテ惹起セラレタルモノナリ故ニ國家ノ責任ハ單ニ補助的タルニ過キス則チ若シ其官吏カ賠償ノ義務ヲ完フスルヲ得サルトキニ限リ國家其責ニ任スヘシト云ハリ

『ダルベル』ノ論決亦殆ント之レニ似タリ曰ク官吏其職務ヲ行フニ際シ過失ヨリ一個人ニ損害ヲ加ヘ而シテ其官吏カ賠償義務ニ附支拂能力ヲ缺クトキハ國家ハ之レカ支拂ヲ引受ケサルヘカラス何ントナレハ國家ハ國權ヲ行使スル官吏ヲ任用スルニ永ク且ツ其任用シタル官吏ヲシテ自己ノ代理人トシテ交涉セシムヘク而シテ其ノ官吏カ若シ義務ニ違反シテ委任ノ官職ヲ行ヒ又ハ職務上ノ義務ヲ怠リ爲メニ生シ 損害ニ對シテ補助的ノ保證ヲ默認シタルモノナルヲ以テナリト

此等ノ說ト少シク其趣ヲ異ニシ『ストツベー』及『ギルケー』等ハ此ノ場合ニ被害者ハ或ハ國家ニ對シ或ハ官吏ニ對シテ任意ニ其賠償ヲ請求シ得ヘシト云ヘリ

然レトモ『マイコル』ノ論旨ハ必スシモ透徹シタルモノニハアラス若シ國權カ官吏ノ一個人ニ人化シタルモノトセハ何故ニ國家ハ補助的ニ賠償ノ責任ヲ負フカ縱令國家ハ官吏ニ對シ求償權ヲ有スト爲スヘキモ第三者ニ對シテハ唯國家ノミ責ニ任スヘシト論決セサルヲ得サルヘシ

又『ゲルベル』ノ保證默認說モ亦未タ俄カニ首肯スルヲ得ス而シテ『ストツベー』『ギルケー』等ノ連帶責任說ハ愈贊成スルヲ得サルナリ

凡ソ不法ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ノ責ニ任スヘキコト是レ民法上ノ元則ナル以上ハ加害者其責ニ任スヘキノミ而シテ官吏ノ公法上ノ關係ニ於ケル所作ニ付テハ民法ノ規定ヲ適用スヘカラサルコトハ亦明ナリ且ツ他ニ特別ノ規定ナキ以上ハ一般原則ニ依リ之ヲ決セサルヘカラス今此場合ニハ不法ニ他人ニ損害ヲ加エタル者ハ何人ナリヤヲ定ムルコトヲ要スルナリ而シテ此場合ニ第三者ニ不法損害ヲ加ヘタル者ハ決シテ國家ニアラスシテ官吏ノ一個人ナリ殊ニ官吏ノ義務違反ノ行爲ノ如キ全ク官吏一個人ノ擧動ナリ此擧動ニ依リ官吏一個人カ責任ヲ負フヘキハ論辯ヲ俟タスシテ明カナリ唯多少疑問トナルヘキハ官吏ノ公法上ノ行爲ナリ殊ニ權限內ノ行爲ナリ官吏ノ權限內ノ行爲ハ縱令實質上違法ニセヨ又不注意ノ爲メニ錯誤アルニセヨ苟クモ之ヲ取消スヘキ方法ノ存

セサル以上又ハ取消方法存在スルモ之ヲ取消サヽル以上ハ公法上之ヲ有效ノ行爲ト爲サヽルヘカラス一方ニ公法上有效ノ行爲カ他ノ一方ニハ賠償責任ノ原因トスルハ一見稍奇ナルカ如ケレトモ其關係ヲ詳細ニ觀察スレハ決シテ然ラサルコトヲ發見スルナリ。

蓋シ官吏ノ權限內ノ行爲ハ種々ノ關係ヲ有スル所ナリ第一面ニハ國家ト臣民トノ關係ヲ爲シ第二面ニハ官吏ノ一個人ト國家トノ關係ヲ有ス官吏カ其權限內ニ於テ作用シタル丈ケハ別ニ之ヲ無效トスルノ規定ナキ以上ハ縱令違法又ハ不注意ノ行爲ナルニセヨ臣民ハ之ヲ國家ノ有效ノ行爲トシテ其效果ヲ受ケサルヘカラス國家ノ有效ノ行爲ニ對シテハ臣民ハ之ニ服從セサルヘカラス唯上官ハ監督權ニヨリ之ヲ取消スコトヲ得ルノミ臣民モ唯法律ノ許容セシ手段ヲ以テ之カ取消ヲ請求スルコトヲ得ルノミ苟モ取消ヲ爲スヲ得スンハ又ハ取消アラサル間ハ之ニ服從セサルヘカラサルノミ然レトモ是レ臣民ノ國家ニ對スル關係ニ於テ云フノミ官吏ノ其權限內ニ於テ行フタル行爲ハ國法上ノ觀察點ヨリスレハ國家ノ行爲トシテ臣民ニ對シテ有效ナル取消ト爲ルノミ然レトモ此行爲カ一個人ノ行フ行爲タル事實ハ決シテ之カ爲メニ滅却スルモノニアラサルナリ官吏ノ一個人ハ國家ニ對シテ其權限內ノ行爲ヲ爲スヘキ義務ヲ有ス殊ニ其行爲ヲ適法且適當ニ負擔スヘキ義務ヲ有ス此義務ニ違反スレハ官吏ノ一個人ハ懲戒處分ヲ受クルコトアリ官吏ノ一個人カ懲戒處分ヲ受クヘキ行爲ヲ爲スモ其臣民ニ對スル國家行爲トシテノ效力ハ之カ爲メニ少シモ影響ヲ受クルモノニアラサルナリ

又官吏ノ一個人ハ國家行爲ヲ爲スニ當リテハ國家ニ對スル義務ヲ怠慢スルヲ得サルト同シク他ノ一個人ニ對シテ不法損害ヲ及ホスヲ得サルナリ縱令官吏カ國家行爲ヲ爲ストキト雖モ其他ノ一個人ニ對シテ下法損害ヲ及ホシ得ル權利ヲ有スルモノニアラス出納官吏其管理スル金錢物品等ニ付損害ヲ加フルトキハ國家ニ對シテ其辨償ノ責ニ任セサルヘカラス縱令其管理行爲ハ國家ノ爲メニスルモノナリト雖國家ニ對シテ損害ヲ加フル所作アルヘカラス之レト同シク官吏カ國家行爲ヲ爲スモ之カ爲ニ一個人ニ不法損害ヲ加ヘ得ヘキ自由ヲ有セサルナリ一個人ハ官吏ノ不法損害ヲ甘受スヘキ義務アルコトナシ而シテ其不法損害ノ所作ハ國家カ之ヲ官吏ノ一個人ニ委任シテ生セシメシモノニアラス國家ハ此不法損害ニ付テハ全ク關係ヲ有セサルヲ以テ其責任ヲ負ハサルヤ明ナリ不法損害ハ全ク官吏一個人ノ所作ニ歸スルナリ官吏カ國家ノ行爲ヲ爲スニ當リ或ハ一個人ニ不法損害ヲ及ホスコトアリ其及ホス塲合ニハ官吏ニ過失アルニ由ル此過失タルヤ國家ノ關係スル所ニアラス全ク官吏一個人ノ責ニ歸スルナリ而シテ何人モ他人ニ對シ不法ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ノ責ニ任スヘキコト民法ノ原則ナルヘク官吏ノ一個人カ此責ニ任スヘキコトハ明ナリトス『レーニング』『ピロティー』『デルンブルヒ』獨逸帝國大審院判決例等ニ於テモ皆國家ノ賠償責任ヲ認メス唯官吏一個人ノ責任アルコトヲ認メ

リ

官吏ノ權限内ノ行爲モ不法損害ヲ惹起シタル場合ニハ其責任ヲ負ハサルヘカラサルモ官吏ハ違法ノ場合ニハ常ニ賠償ノ責任アリト云フニアラス猶詳細ニ其場合ヲ限界スルヲ要ス

官吏ハ國家ノ事務ヲ行フモノナリト雖モ違法ノ行爲ヲ爲スヲ得サルハ固ヨリ明ナリ然レトモ官吏ハ特別ノ服務義務ヲ負フモノナルユヘ違法ノ行爲ノ場合ニハ常ニ賠償責任アリト云フヲ得ス唯服務義務違反ノ場合ニ付責任アルノミ國家ハ服務者其人ニ對シテ其服務上ノ規定ヲ示セリ此規定タルヤ一個人ニ對シテ全ク關係ナキモノニアラス其服務者ト交渉スル一個人ニ對シテモ亦其效力ヲ有スルノミナラス反テ損害ヲ受ケタル一個人ハ此規定ヲ其請求ノ基礎ト爲スコトヲ得ルナリ

官吏其職權ヲ行フニ際シ事實上ノ錯誤ヲ爲スコトアリ是レ其事務執行ニ威力ト果斷トヲ附セシメ以テ公益ヲ保護スルノ必要ニ出ツルナリ若シ此等ノ事實上ノ錯誤ヲ一々責問スル如キコトアラハ延テ公益ノ保護ヲ全フスル能ハサルニ至ル虞アルニ由ルナリ故ニ多少ノ疑アル場合ニハ自己ニ危險ヲ負擔セスシテ働作スルノ自由ヲ委セラルヽコトアリ此場合ニハ官吏ノ其ノ服務上ノ義務ニ怠タルモノト云フコトヲ得ス通常人ニハ宥恕スヘキ錯誤ヲ生スルコトアリ此等ノ錯誤ニハ法律カ責任ヲ負シメサルヤ明ナリ又斯ル錯誤ヲ爲スヘカラサルコトヲ官吏ノ服務義務ト爲サヽルヤ明ナリ縱ヤ斯

ル錯誤ヨリ生スル損害ニ對シテハ一個人ハ全ク賠償ヲ求ムルヲ得サルナリ斯ル指害ノ補充ハ唯特別ノ規定ヲ以テ國家之ヲ負擔スヘシト爲スヘキノミ警察官吏カ火災消防ノ爲ニ家屋ヲ破壞スルニ當リ不必要ノ倉庫ヲ破壞シタル如キハ賠償責任ノ原因ト爲スコトヲ得サルヘシ蓋シ此場合ニ法律ハ其必要不必要ヲ決スルハ當該官吏ノ測定ニ任シタルヲ以テ縱令事實ノ錯誤アルモ直チニ之ニ服務義務違反ト爲スヲ得サルヲ以ナリ

之ニ反シ官吏ノ事務管理ニ付特ニ規定セラレタル規則ヲ等閑ニ付シテ之ニ違背シタルトキハ責任ヲ辭スルヲ得サルヘシ此規則ヲ熟知シテ遵守スヘキハ官吏義務ノ一部ナリ此場合ニ生シタル錯誤ハ義務違背ノ錯誤ナリ規則違背ノ錯誤ニヨリ一個人ニ損害ヲ及ホシタルトキハ其官吏ハ其賠償ノ責任ヲ避クルヲ得サルヘシ例ヘハ腐敗牛乳ヲ沒收スル規則ヲ定メタルニ行政官吏カ混水牛乳ヲ沒收シタル如キ牛乳檢査規則ノ內容ニ注意ヲ缺キタルヨリ生スル義務違反ナリトス

又官吏カ上官ノ命令ニ服從スル義務ヲ有シ其命令ノ適法ナルヤ否ヤヲ審査スルヲ得サルトキハ危險ヲ負擔スルコトナク其行爲ニヨリ生シタル損害ノ賠償ニ任スヘキ責ヲ負フコトナシトス然レトモ若シ上官ノ官令ニシテ下官ノ獨立作用ヲ容ルス者ナルトキハ下官ハ其責任ヲ負ハサルヘカラス例ヘハ上官カ下官ニ對シ腐敗牛乳ハ檢查シテ之ヲ沒收スヘキコトヲ命シタル場合ニ下官其檢查ノ際牛酪ヲ腐敗牛乳ト誤信シテ沒收シタル如キ縱令上官ノ命令ニ依ルモ獨立ノ檢查ヲ爲スヲ容ルセ

ルカ故ニ下官ハ其危險ヲ負擔セサルヲ得サルナリ

此等ノ場合ニハ官吏ハ只違法ノ爲メニ責任ヲ負フノミ此他官吏ノ義務違反ニシテ違法行爲ニアラサルコトアルモ獨リ責任ヲ負サルコトアリ例ヘハ鐵道官吏カ不適當ノ合圖ヲ爲シタル爲鐵道列車ノ衝突ヲ惹起シ一個人ニ損害ヲ加ヘタル場合ノ如キ法律違反ノ行爲ニモアラス亦不行爲ニモアラス全ク注意ヲ缺如セル場合ナリ此場合ニモ其注意義務違反ノ爲メ責任アルヘシ

又官吏カ國家ニ對スル服務義務トシテ一個人ニ或行爲ヲ爲スコトヲ要スル場合ニ若シ此義務ヲ盡サヽルトキニハ之ニ由テ生シタル損害ノ賠償ヲ爲スヘキ義務ヲ負フコトアルヘシ之ニ付テハ私法上ノ關係ニ於ケルト稍ヽ狀態ヲ異ニスルコトアリ私法上ニ於テハ代理人カ本人ノ爲ニ第三者ニ或事ヲ爲スヘキ義務ヲ怠リテ履行セサルトキニ於テ此代理人ハ直接ニ第三者ニ賠償ノ責任ヲ負フモノニアラス是レ國家カ一個人ニ對スルトキト雖モ苟モ私法上ニ關係スルモノナラハ異ナルコトナシ之ニ反シ公法上ノ關係ニ立ツトキハ然ラサルナリ然レトモ公法上ノ關係ニ於テモ官吏ノ不行爲ハ每ニ賠償請求ノ原因トナルモノニアラス只事務ヲ完フスル目的ノ爲メニ秩序的方法ニテ一個人ニ此義務履行ヲ爲スヘキコトヲ一定シ一個人モ此秩序ニ從テ其官吏ノ義務履行ヲ請求シ得ル場合ニ其官吏ニ對シ損害賠償ノ請求ヲ爲シ得ヘシ例ヘハ登記官吏カ登記事務ヲ怠リ郵便官吏カ郵便物ノ發送ヲ怠リ爲メニ損害ヲ惹起シタル其場合ハ官吏ハ賠償ノ義務アリトス（登記法ニモ此規定アリ）然レトモ此等ノ官吏ノ責任ハ唯單ニ官吏ノ個人的ノ地位ニ基キ生スルモノニアラスシテ其國家ニ對スル服從義務者トシテ一個人ノ利益ヲ保護スヘキ義務アルニ由ルナリ故ニ特ニ一定ノ一個人ニ對シテ盡クスヘキニアラサル服從義務ヲ怠リタル場合ニハ縱令或一個人カ之ニヨリテ損害ヲ受クルコトアルモ賠償ノ義務ヲ生スルコトナシトス例ヘハ火災ノ際警察官吏カ或ル建物ノ危險ヲ防禦スル爲メニ必要ナル處分ヲ爲スコトヲ怠リ爲メニ損害ヲ生セシメタル場合ハ之カ賠償ヲ請求スルヲ得サルヘシ其外或橋梁ノ欄干完全ナラサルカ爲メニ牛馬カ河中ニ陷落セル場合ハ其所有者ハ橋梁管理者ニ之カ賠償ヲ請求スルヲ得ルヤ否ヤノ問題ナリトス此際ニ於テハ官吏行爲ノ不法不當猶ホ本問題ニ關連シテ說明セサルヘカラサルコトハ官吏ノ公法上ノ行爲ニ附司法裁判所ニ於テ不法不當ナルコトヲ決定スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ナリトス此際ニ於テハ官吏行爲ノ不法不當ハ其行爲ノ賠償責任ノ原因タルヤ否ヤヲ決定スヘキ先決問題ニ屬スルナリ『ハウゼル』ノ如キハ獨逸帝國裁判所構成法論ニ於テ此ノ如キ先決問題ハ全ク行政裁判所又ハ行政官廳ニ於テ之ヲ決定スヘキモノナリ司法裁判所ニシテ此ノ如キ問題ヲ決定スルハ行政ノ作用ニ司法裁判所カ干涉スルモノニシテ決シテ之ヲ許スヘカラサルモノナリト云ヘリ此ノ『ハウゼル』ノ說ハ或ハ立憲政體ノ本旨ニ適フモノト云フヲ得ヘシ然レトモ是レ各國制度ノ實際ノ狀況如何ニ因リテ決スヘキコトニシテ

之ヲ立憲政體一般ノ法則ナリト論斷スルナ得ス

佛蘭西ニ於テハ立憲政体ノ本旨ヲ貫行シ司法裁判所ニ於テハ先決問題ヲ決スル場合ニモ行政行爲ノ適法、不法ヲ審査スル權限ヲ有セス但或場合ニハ參事院ノ許可ヲ得テ審査スルヲ得ルト爲セル時アリタリ似ニ佛蘭西ニ於テハ原則トシテ司法裁判所ハ直接ニ行政官吏ノ不適法行爲ヲ原因トシテ賠償ノ責任ヲ負ハシムル裁判ヲ爲スヲ得サルモノト云ハサル可ラス獨逸帝國ノ制度ニ於テモ佛蘭西ノ制度ニ類似セルモノアリ普魯西及『バイエルン』ニ於ケル如キ即然リ獨逸帝國裁判所構成法施行法第十一條ニ依レハ官吏ノ民事上ノ責任訴追ニ關スル先決問題ハ帝國大審院又ハ行政裁判所ノ決定ニ因ルヘキコトヲ各邦ニ於テ定メ得ルコトニナレリ而シテ各組合國ノ法律ニ於テ司法裁判所ハ官吏ニ對スル賠償請求ノ訴ハ其官吏ノ所作ノ違法ナルコトヲ上級行政官廳又ハ行政裁判所ニ於テ決定シタル後ニアラサレハ之ヲ受理スルノ權限ナシト定メタルコトアリ例ヘハ普魯西ニ於ケル千八百四十二年ノ内務行政官吏ニ對スル損害賠償請求ニ關スル法律ノ如シ其他『バイエルン』等ニ於テモ此種ノ規定アリ然ルニ獨逸帝國民事訴訟法第百三十九條ニハ訴訟ノ判決ノ全部又ハ一部カ行政官廳ノ決定ヲ要スヘキ法律關係ノ成立又ハ不成立ニ關スルモノナキトキハ其決定アルマテ判決ヲ中止スルコトヲ得トアリ即チ訴訟法ノ規定ニ依レハ唯判決ヲ中止スルコトヲ得トアルノミニテ一般ニ裁判スルノ權限ナシトハ規定セス故ニ各組合國ニ於ケル規定ハ此訴訟法ノ爲メ變更セラレタルモノト解セサルヘカラス唯各組合國ニ於テ此等ノ規定アル以上ハ司法裁判所ノ判決ハ行政官廳ノ決定ヲ待ツヲ要スルモ此等ノ規定ナキ場合ニ於テ司法裁判所ハ拘束ヲ受クルコトナシト云ハサルヘカラス獨逸帝國官吏『ウエルテンベルヒ』ノ官吏等ニ對スル賠償請求ノ訴ヲ判決スルニハ行政官廳ノ先決ヲ待ツヲ要セサルナリ

飜ツテ我民事訴訟法ノ規定ヲ見レハ獨逸民事訴訟法ノ第百三十九條ニ相當スヘキ第百二十一條ハ於テハ唯他ノ訴訟ニ關係スルモノハ判決ヲ中止スヘシトアルノミニテ行政官廳ノ決定ヲ待ツヘキコトニ付テハ何等ノ規定ナキユヘ司法裁判所ハ行政官廳ノ決定如何ヲ顧慮スルノ必要毫モ之レナシト云ハサルヘカラス凡ソ官吏ノ不法行爲ニ對スル賠償請求ノ訴ハ官吏ノ爲シタル公法上ノ行爲ノ取消ヲ請求スル訴ニアラズ又司法裁判所カ之ヲ裁判シ得ヘキモノニアラス何トナレハ是レ公法ノ範圍ニ屬スルモノナレハナリ但此不法加害ノ所作ハ私法上ノ賠償請求ヲ決定スヘキ先決問題ニ屬スルノミ裁判所ハ此先決問題ヲ決定シ得ルコトハ猶他ノ公法ニ屬スル先決問題ヲ決スルヲ得ルト同シカラサルヘカラス即チ此場合ニハ官吏ノ不法加害ノ手作ヲ一ノ事實トシテ決定ヲ下スニ過キス從テ此問題ノ決定ハ行政官廳ヲ拘束スル效力ヲ有スルモノニアラス故ニ（ハウゼル）ノ云フ如ク司法作用ヲ以テ行政ノ範圍ヲ侵害スルモノト云フヲ得サルナリ（法政、

○行政行爲ニ於ケル民事上ノ責任……法學士　木下友三郎君

違法ノ行爲ニ由リ權利ヲ傷害セラレタル者ニ對シ其回復ヲ得セシムル爲メ訴願及行政訴訟ヲ許ス
ハ近世法理ノ通義ニシテ現行ノ國法ハ列記主義ヲ採リ出訴ノ場合ヲ限定シ訴門頗ル狹隘ヲ感スト
モ尚ホ能ク訴願訴訟ノ途ヲ開ケルニ由リ法律勅令ニ於テ出訴ヲ許シタル事件ニ在ツテハ違法行
爲ヲ攻撃スル方法ヲ備フルヤ勿論ナリ然レトモ訴願及行政訴訟ハ單ニ違法行爲ノ取消又ハ變更ヲ
求ムルニ過キスシテ違法行爲ニ由リテ被リタル損害ノ補償ヲ目的トスルモノニ非ス違法行爲ハ其
ノ取消又ハ變更ニ因リテ全ク除去スルコトヲ得可シト雖トモ之ニ由リ既ニ生シタル損害ニ至リテ
ハ行爲ノ取消又ハ變更ニ因リテ其ノ回復ヲ受クルモノニ非ス金錢上ノ損害ハ違法行爲ノ存否ニ拘
ラス依然トシテ存在スルモノナリ故ニ行政行爲ニ對シテ訴願訴訟ヲ許スモ未タ以テ傷害セラレタ
ル權利ノ救濟方法ヲ盡シタルモノト爲スニ足ラス於是乎損害賠償ノ問題ヲ上ス抑々故意又ハ過失
ニ由リ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ。之ニ由リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス可キハ民法ノ
原則ニシテ、私人ノ不法行爲ニ在ツテハ素ヨリ當ニ然ルヘキ所ナルモ之ヲ行政行爲ニ適用スルニ
方リテハ種々困難ナル問題ニ逢遇スルコトヲ期セサル可ラス私法ノ例規ハ果シテ公法上ノ行爲ニ
施及スルコトヲ得ルヤ否ヤ夫行政行爲ニ由リ生シタル損害ハ或ハ官吏ノ責任ニ歸ス可キモノタル
コトアリ或ハ行政法人タル國家ノ責任ニ屬ス可キモノタルコトアリ故ニ行政行爲ニ由リ箇人ノ權
利ヲ傷害セシトキハ二箇ノ責任問題ヲ生ス官吏ノ責任及國家ノ責任是ナリ

一　官吏ノ責任

國家ハ無形人ニシテ自ラ權力ヲ行使スル能力ヲ有セサルヲ以テ行政行爲ハ其ノ代表者タル官吏ノ
所爲タルヤ明カナリ國家ト官吏トノ關係ハ猶ホ委任者ト代理人ノコトシ故ニ官吏ノ行爲ハ國家ノ
行爲タルヘキコトアリ又單ニ官吏ノ私人行爲タル可キコトアリ官吏ノ行爲ニシテ適法ナラン平官
吏ハ即チ正當ノ職權ヲ行ヒシニ過キサルヲ以テ其行爲ハ行政法人タル國家ノ行爲ト看做ス可キハ
當然ナリ官吏ハ國家ノ行爲ニ附第三者ニ對シテ民事上ノ責任カ負フ可キ理ナシ之ニ反シ官吏ノ行
爲ニシテ違法ナリトセン乎官吏ハ違法ノ行爲ヲナス權限ヲ有セサルカ故ニ其行爲ハ國家ノ行爲ニ
アラスシテ官吏ノ私人行爲ナリト謂ハサルヲ得ス違法ノ行政行爲ニ附テハ國家其ノ責任ヲ有スル
ヤ否ヤノ問題ヲ別トシ官吏先ツ其責ニ任スヘキヤ疑ヲ容レス從テ被害者ハ違法行爲ヲ爲セシ官吏
ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得是レ國家ト官吏トノ間ニ於ケル法理關係ニ基ツキタルモ
ノニシテ違法行爲ノ性質上然ラサルヲ得サル所ナリ而シテ官吏ノ責任ヲ問フニ方リテハ不法行爲
ニ關スル私法上ノ原則ヲ使用スルコトヲ妨ケス（新民法七〇九條）何トナレハ違法ノ行爲ハ官吏ノ
私人行爲ニシテ公法上ノ性質ヲ帶フルモノニアラサレハ也別言スレハ違法行爲ハ行政行爲ニアラ