Kodak Color Control Patches

© Kodak, 2007 TM: Kodak

Blue Cyan Green Yellow Red Magenta White 3/Color Black

Kodak Gray Scale

© Kodak, 2007 TM: Kodak

A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19

Dr. S. Kishi.
JUN 28 1915
Tokyo, Japan.

法學博士 市村光惠著

增訂改版 非政法原理

（第五版）

東京 寶文館藏版

法學博士市村光惠著

增訂改版 非政法原理

（第五版）

東京 寶文館藏版

冒高
慈判所
図書館
明治文庫 2106-1
号10 ㊟

冒高
慈判所
図書館
903511
号2 ㊟

序

余カ本著ヲ公ニセルハ明治三十九年ノ初ナリキ翌四十年春歐洲留學ノ程ニ上リ獨逸滯在中ニ第二版ノ發行ヲ見ルニ至リシカ余ノ歸朝ニ先タチテ品切レトナリ歸朝ノ後舊版ニ改訂ヲ加ヘテ第三版第四版ヲ發行シ今ヤ更ニ第五版ノ發行ヲ見ルニ至レリ其内容ニ於テハ法令ノ改發ト研究ノ結果ニ伴ヒ舊版ノ繁ヲ削リ簡ヲ補ヒ又説ノ意ニ滿タサルモノヲ改メタリ但シ大體ニ於テ舊版ノ内容ヲ襲踏セルハ勿論ナリ

行政法中吾人ノ最モ苦心スルハ各論ナリ之ヲ詳ニスレハ紙數ニ際限ナク之ヲ簡ニスレハ實用ニ資スル所ナシ惟フニ各論ニ付テハ各部ニ就キ單行本トシテ詳密ナル説明ヲナスノ外僅々

千有餘頁ノ教科書中ニ之ヲ收容スルハ何人ヲ以テスルモ滿足ナル講述ヲナシ得サルヘキヲ信ス余ハ總論ト各論トヲ合綴シテ一册トナスコトカ讀者ニ便ナルヘキヲ信スルカ故ニ初版以來此主義ヲ固守セリ從テ紙數ノ都合上各論ノ繁簡ニ付キ少ナカラサル苦心ヲナセリ本著載スル所モ亦極メテ簡ニシテ意ニ滿タサルモノハ紙數ノ制限上已ムヲ得サルニ出ツ各論ニ付テハ他日更ニ單行ノ著書ヲ出サンコトヲ期ス

大正四年六月

著者識

增訂改版 行政法原理目次

第一卷 緒論

第一章 國家ノ人格及國庫……一
第一節 國家ノ人格……一
第二節 國庫……九
第二章 法……一八
第三章 公權……二八
第一節 公權ノ性質……二八
第二節 個人ニ屬スル公權ノ種類……三八
第三節 公權ノ取得及ヒ喪失……四〇
第四章 行政ノ意義……四六
第五章 行政法……五三
第六章 行政法學……七一

第七章　行政法ノ淵源……七九

第二卷　本論

第一編　總論……一一一
第一章　行政ノ作用……一一一
第一節　法規……一一一
第二節　行政處分……一三〇
第一款　處分ノ性質……一三〇
第二款　處分ノ種類……一四五
第一項　處分ノ方法ニ因ル區別……一四五
第二項　處分ノ內容ニ因ル區別……一四八
第三款　處分ノ瑕疵及其取消……一六六
第三節　權利行爲……一七六
第四節　事實行爲……一七八
第五節　行政處分ト私權トノ關係……一七九

第二章　法規及處分ノ維持……一八三
第一節　法規ノ維持……一八三
第二節　處分ノ維持……一八九
第三章　行政救濟……二〇九
第一節　行政訴願……二一一
第一款　訴願ノ性質……二一一
第二款　現行ノ行政訴願……二一七
第二節　行政訴訟……二二七
第一款　行政訴訟ノ性質……二二七
第二款　現行ノ行政訴訟……二四四
第三款　行政裁判所ト司法裁判所トノ關係……二七一

第二編　行政組織……二七七
第一章　總論……二七七
第二章　官治行政……二七八
第一節　官廳……二七八

第一款　官廳ノ性質……二七八
第二款　官廳ノ種類……二九三
第三款　官廳ノ監督……二九五
第一項　直接監督……二九六
第二項　間接監督……三一一
第四款　現行制度ノ官廳……三一三
第一項　中央官廳……三一三
第一目　內閣……三一二
第二目　內閣總理大臣……三一七
第三目　各省大臣……三一八
第二項　地方官廳……三二二
第一目　第一次ノ地方官……三二二
第一號　朝鮮總督……三二二
第二號　臺灣總督……三二四
第三號　府縣知事……三二一
第四號　北海道廳長官……三三五
第五號　樺太廳長官……三四〇
第二目　第二次ノ地方官……三四二
第一號　朝鮮ニ於ケル道長官……三四二
第二號　臺灣ニ於ケル廳長……三四二
第三號　郡長及ヒ島司……三四三
第四號　支廳長……三四四
第二節　官吏……三四五
第一款　官吏ノ性質……三四六
第二款　官吏ノ任命……三六九
第三款　被任資格……三七五
第四款　官吏ノ種類……三七七
第一項　任命ノ形式ニ依ル種類……三九七
第二項　職務ノ性質ニ依ル種類……三九九
第五款　官吏ノ身元保證金……四〇三

第六款　官吏ノ權利義務……四一二
第一項　官吏ノ權利……四一二
第一目　俸給ヲ受クルノ權……四一三
第二目　實費辨償ヲ受クルノ權……四一七
第三目　國家ノ保護ヲ受クルノ權……四二八
第四目　恩給退官賜金等ヲ受クル權……四二九
第五目　名譽ノ表章ヲ受クル權……四三三
第二項　官吏ノ義務……四三四
第一目　忠順ノ義務……四三四
第二目　品位ヲ保ツ義務……四三六
第三目　服從ノ義務……四三七
第四目　祕密ヲ守ルノ義務……四四八
第五目　權利ノ制限……四五〇
第三項　義務違反ノ效果……四六一
第一目　刑事上ノ責任……四六二

第二目　懲戒上ノ責任……四六三
第三目　民事上ノ責任附國家ノ責任……四七七
第七款　官吏ノ分限……五〇二
第三章　自治行政……五〇五
第一節　自治ノ意義……五〇五
第二節　公法人……五一五
第一款　公法人ノ意義……五一五
第二款　公法人ノ種類……五二八
第三節　地方自治體……五三三
第一款　地方自治體ノ意義……五三三
第二款　地方自治體ノ組織……五四四
第一項　市町村……五四五
第一目　總論……五四五
第二目　市町村ノ構成……五六四
第三目　市町村ノ機關……五七〇

第一號　市町村會……五七一
第二號　市參事會……五九五
第三號　市町村長……五九七
第四目　市町村ノ財務行政……六〇五
第五目　市町村內ノ區……六一七
第六目　町村組合……六二二
第七目　市町村行政ノ監督……六二四
第二項　郡府縣……六二七ノ五
第一目　總論……六二七ノ五
第二目　郡府縣ノ構成……六二八
第三目　郡府縣ノ機關……六三〇
第一號　議事機關……六三〇
第二號　執行機關……六四〇
第四目　郡府縣ノ財務行政……六四二
第五目　郡組合……六四五

第六目　郡府縣行政ノ監督……六四六
第三項　北海道區町村……六四八
第四項　沖繩縣區及町村……六四九
第四節　公共組合體……六五〇
第一款　公共組合ノ性質……六五〇
第二款　公共組合ノ種類……六五三
第一項　水利組合……六五五
第二項　商業會議所……六五六
第三項　重要物產同業組合……六五七
第四項　農會……六五八
第五項　其他ノ組合……六五九
第五節　公ノ營造物……六六〇
第一款　總論……六六〇
第二款　營造物ノ意義……六六一
第三款　營造物ノ法律關係……六六二

第四款　營造物ノ使用權……六七九
第三編　各論……七〇一
第一章　總論……七〇一
第二章　內務行政……七〇一
第一節　內務行政ノ意義……七〇四
第二節　人事關係ノ規律……七〇五
第一款　戶籍事務……七〇七
第一項　緒論……七〇七
第二項　戶籍吏及戶籍役場……七一〇
第三項　戶籍簿……七一一
第四項　登記手續……七一三
第五項　身分ニ關スル屆出……七一四
第二款　私法人……七二一
第三節　警察……七二七
第一款　警察ノ意義……七二七
第二款　警察權ノ基礎……七三七
第三款　警察ノ分類……七四四
第四款　警察ノ强制手段……七五四
第五款　保安警察……七六〇
第一項　居住及移轉ニ關スル警察……七六一
第二項　身體ノ自由ニ對スル警察……七七二
第三項　住所ノ自由ニ對スル警察……七八一
第四項　信書ノ祕密ニ對スル警察……七八三
第五項　所有權ニ對スル警察……七八四
第六項　信敎ニ關スル警察……七九七
第七項　言論著作集會印行結社ノ警察……七九九
第一目　著作印行ニ關スル警察……七九九
第二目　言論集會結社ノ警察……八二五
第八項　營業ニ關スル警察……八三七
第一目　營業ノ自由……八三八

第二目　特種營業ノ取締……八五四
第九項　非常保安警察……八五七
第四節　衞生……八六四
第一款　健康保全……八六四
第二款　疾病治療……八七三
第五節　經濟……八七六
第一款　土地ノ法律關係……八七七
第一項　公用徵收(土地收用)……八七七
第一目　公用徵收ノ意義……八七九
第二目　公用徵收ノ法律上ノ性質……八八八
第三目　現行土地收用法ノ規定……九〇一
第一號　公用徵收ヲ行ヒ得可キ事業及其認定……九〇一
第二號　公用徵收ノ主體……九〇八
第三號　公用徵收ノ物體……九一〇
第四號　事業ノ準備……九一四

第五號　收用手續……九一五
第六號　損失補償……九二二
第七號　買戻權……九二八
第八號　公用徵收ニ對スル救濟……九三一
第二項　土地整理……九三四
第一目　耕地整理……九三四
第二目　沖繩縣土地整理……九三八
第二款　水ニ關スル法……九三九
第一項　河川法……九四〇
第二項　河川法ヲ適用セサル河川……九五〇
第三項　河川以外ノ水面……九六三
第四項　砂防……九六六
第三款　原始產業……九六八
第一項　農業……九六八
第二項　牧畜……九七二

第三項　森林……九七五
第四項　狩獵……九八〇
第五項　漁業……九八四
第六項　鑛業……九八八
第四款　工業……九九四
第一項　發明特許……九九四
第二項　實用新案……一〇〇一
第三項　意匠……一〇〇四
第四項　商標……一〇〇六
第五款　度量衡及貨幣……一〇一一
第六款　交通……一〇一一
第一項　道路……一〇一一
第二項　鐵道……一〇二八
第三項　船舶……一〇三五
第四項　郵便電信電話……一〇三八

第七款　救恤……一〇四三
第八款　保險……一〇四五
第六節　敎化……一〇四七
第一款　敎育……一〇四八
第二款　宗敎……一〇五九
第一項　國家ト宗敎……一〇五九
第二項　現行宗敎法規……一〇六三
第三章　外務行政……一〇七六
第四章　軍務行政……一〇八一
第一節　軍務行政ノ範圍……一〇八一
第二節　軍事勤務……一〇八四
第三節　軍事負擔……一〇九二
第五章　財務行政……一〇九六
第一節　國家ノ資產……一〇九七
第一款　國有財產ト皇室財產……一〇九八

第二款　行政財産ト收益財産……一一〇四
第三款　國有財産ノ管理及處分……一一〇九
第一項　土地……一一〇九
第二項　國有林野……一一一四
第二節　國家ノ收入……一一一五
第一款　租稅……一一一六
第一項　租稅ノ意義……一一一六
第二項　重要ナル國稅……一一二五
第三項　國稅ノ徵收……一一四九
第二款　手數料……一一五六
第一項　手數料ノ意義……一一五六
第二項　手數料ノ徵收……一一六三
第三款　專業……一一六四
第三節　國家の支出……一一六六
第一款　歲計豫算……一一六六
第二款　支出ノ事務……一一八四
第三款　決算及檢查……一一八七
第四節　國家ノ債務……一一九二

目次

最高裁判所図書館

改訂増版 行政法原理

法學博士 市村光惠著

第一卷 緒論

第一章 國家ノ人格及國庫

第一節 國家ノ人格

國家ノ人格ヲ論スルハ一般國家論又ハ憲法學ノ職司ニ屬ス行政法學ニ於テ之ヲ論スルハ寧ロ其處ヲ得タルモノニアラス然レトモ國家ヲ統治權ノ主體タル人格ト看做スカ否ヤノ問題ハ國家論又ハ憲法學等ノ範圍ニ於ケルヨリモ行政法學ノ上ニ於テ直接ニ其適用ヲ見ルコト多シ單純ナル理論トシテハ國家ハ人格ナリト論スルモ單ニ議論ノ勝敗ニ止マリ直接ニ實際上ノ効果ヲ惹起スルコト少ナシ之ニ反シ行政法ノ上ニ於テハ國家カ人格ナリヤ否ヤノ斷

玆ニ國家ノ人格ヲ論スル所以

案ハ直ニ實際ノ上ニ於テ種々ノ結果ヲ生ス是レ吾人カ行政法學ノ劈頭ニ於テモ猶ホ國家ノ人格ヲ論スル必要アルヲ見ル所以ナリ

國家ヲ以テ人格トナシ統治權ノ主體トナシ從ツテ統治權ノ總攬者ヲ以テ國家ノ機關ナリトスルハ現今歐洲諸國ノ法律學者ノ間ニ於テ殆ント例外無ク認メラルヽ所ナレトモ余ハ嘗テ拙著憲法要論ニ於テ國家ノ人格ヲ否定シ國家ハ統治者ト臣民ト國土トヨリ成立スル統治ノ狀態ナルカ故ニ國家其モノハ權力權利ノ主體即チ人格ニアラスト論斷シ又本著ノ第一第二版ニ於テハ行政法ノ說明ノ必要ニ驅ラレテ國家ノ人格ヲ認メシト雖モ又一面君主ヲ統治ノ主體ナリトスル說ヲ拋棄スル能ハス結局國家ハ統治主體ノ別名ナリテフ苦辯ヲ弄シ而カモ君主ノ地位ヲ法人ト看做スノ必要上英國普通法ニ所謂 Corporation Sole ノ理論ヲ以テ我君主ノ位地ハ法人ナリト說明シ以テ論理ノ結果ヲ調ヘタリ然レトモ此ノ如キ議論ハ獨リ當今ノ通說ニ反スルノミナラス又充分ニ現在ノ國家生活ヲ矛盾ナク說明スルニ足ラス茲ニ於テカ余ハ更ニ一轉シテ國家ヲ統治權ノ主體タル人格ト看做シ君主ヲ統治ノ機關トスルノ說ヲ採ラントス是レ亦タ余カ行政法緒論ニ於テ國家ノ人格論ヲ反復スル必要アルヲ見ル所以ナリ

國家ハ統治主體タル人格ナリ

國家ハ其實在方面ヨリ見レハ領土團體ナリ團體ト云フハ多數ノ人類カ共同生活ノ目的ヲ以テ單位ニ結合シタルモノヲ謂フ單位ナル文字ハ種々ニ解セラルヘシ客觀的ニ又物理的ニ云ヘハ單位トハ一定ノ空間ヲ占領シテ分ツコト能ハサルモノヲ謂フ此意味ヲ極端ニ適用スレハ唯分子ノミカ單位トナルヘシ吾人カ謂フ所ノ單位ハ斯カル意味ニ於テスルニアラス主觀的ニ考ヘタル單位ナリ机椅子等ハ之ヲ自然科學ノ目ヨリ見レハ唯諸種ノ原素カ結合シタルモノニ過キサルモ之ヲ其目的ニ依リテ考フレハ人ノ用ニ供スル爲メニ作ラレタル一個ノ單位ナリ多數人類ノ集合モ亦タ之ト同シ其多數カ共同生活ノ目的ヲ達スル爲メ永續的ノ生活ヲナシ組織セラレタル一體ヲ形チ作ルナラハ之ヲ法律學ノ目ヨリ見テ單位ニ結合シタルモノ即チ團體ト云フナリ然レトモ國家ヲ領土團體ナリト云フコトハ社會現象トシテノ國家ノ定義タルニ過キス法律學ハ敢テ社會學ノ見タル國家ノ定義ヲ以テ滿足ヘスキモノニアラス法律學カ採用シ得ヘキ國家ノ定義ハ之ヲ統治ノ主體タル法人ト解スルコトノ外ニ無シ蓋シ定義ナルモノハ定義ノ對象タル事物ニ關係ヲ有スル諸種ノ現象ヨリ綜合シテ矛盾ナク其事物ヲ說明シ得ルモノナラサルヘカラス吾人ノ智識ニハ限リアリ然レトモ既ニ吾人カ或事物又ハ現象ヲ

解釋セムトスル以上ハ現ニ吾人ノ有スル智識一切ヨリ綜合シテ如何ニセハ其事物又ハ現象ヲ矛盾ナク說明シ得ヘキカト云フコトヲ考ヘサルヘカラス近世ノ所謂定義法律學ハ先ツ自己ノ獨斷ヲ以テ斷案ヲ下シ之ヲ標準トシテ諸種ノ現象ヲ說明セムトス故ニ實際ノ現象ト定義トカ一致セサル場合ニハ寧ロ現象ヲ定義ノ犧牲ニ供セントスル傾向アリ此ノ如クンハ到底圓滿ナル解釋ヲ得ル能ハサルナリ國家ノ法律上ノ定義モ亦タ同シ吾人カ國家ノ意義ヲ定ムルニ當リテハ之ヲ如何ニ解スレハ國家ニ關スル種々ノ法律現象ヲ矛盾ナク說明シ得ヘキカヲ研究セサルヘカラス此ノ方法ニ依リ構成セラレタルモノカ即チ國家ヲ以テ統治權ノ主體タル人格トシ君主ヲ統治ノ機關トスル說明ナリ

國家法人說ニ對スル第一ノ反對論ハ我國ニ於テハ君主カ統治權ノ主體ナリト云フ說ナリ我カ憲法第一條第四條モ亦タ此議論ニ根據ヲ與フルモノノ如シ余モ亦タ長ク此意見ヲ採レリ然レトモ此說ヲ以テシテハ今日ノ國家現象ヲ矛盾ナク說明シ得サルノミナラス君主ヲ統治ノ機關ト解スルコトハ決シテ君主ノ尊嚴ヲ害スルモノニアラス抑モ君主國ハ君主臣民及領土ノ三者ニ依リテ成立ス此三者ハ三角形ノ三邊ノ如シ一ノ存在ハ他ノ存在ノ要件ニシテ其一ヲ缺ケハ他ハ成立セ

サルコト猶ホ一邊ヲ缺キテ三角形カ成立セサルカ如シ君主ナケレハ臣民ナシ然レトモ反對ニ又臣民ナケレハ君主ハアリ得可カラス領土ナケレハ君主モ臣民モナシ此ノ如ク此ノ三者ハ全ク相對的ノ觀念ニシテ一ヲ離レテ他ノモノノ存在ヲ許サス從來學者カ國家要素ノ一ヲ取リ離シテ之ヲ統治主體ト解シタルハ此相對性ヲ忘失シタルニアラサルカ扨主ト謂フ觀念ハ同時ニ君主ニ服從スル人民ト君主ノ統治權行使ノ必要條件タル領土トノ兩觀念ヲ包含ス而シテ君主ト人民ト領土トカ三角形ノ三邊ノ如ク不可分ノ關係ニ於テ結合セルモノハ取リモ直サス國家其モノナリ然ラハ則チ國家其モノヲ統治權ノ主體ナリトシ法人ナリトスルコトハ最モ適當ナル說明ニアラサルカ君主國ハ君主ト臣民ト領土ノ三者ヲ以テ要素トス國家ニハ必ス統治權ノ存在スルコトヲ要スト云フ以上ハ統治權ハ前述三要素ノ綜合ノ上ニ在リ即チ國家ニ在リトシテ其要素ノ一タル君主ハ統治權ノ總攬者ト云フ國家機關タルヘキナリ

君主ヲ統治ノ主體ナリト解スル時ハ種々困難ナル說明ヲ生ス統治ノ主體タル君主ヲ自然人タル君主ト解スレハ君主ノ崩御ハ國家ノ消滅ニシテ後ノ君主ノ即位

ト共ニ新タナル國家カ生シ從テ前君主ノ發セル法令ハ後ノ君主ノ治世ニ於テハ何等ノ拘束力ヲ有セサルヘシ或ハ此點ニ關シテ苦シキ說明ヲ加ヘ後ノ君主ノ繼承スル統治權ハ前ノ君主ノ發セル法令ニテ其行使ノ形式ヲ定メラレタル統治權ナリ寃カモ地上權附ノ土地所有權ヲ繼承スルカ如シト云フ者アルモ若シ後ノ君主カ統治權ノ主體ナラハ斯カル制限ヲ受クヘキ道理ナシボルンハツクハ國家ヲ法律關係ナリトシ法律關係ハ同時ニ權利主體タルヲ得ストノ理由ノ下ニ國家ノ人格ヲ否定シ且ツ「法律上國家ノ人格有形ノ生活ニ拘束セラルル事ナク一ノ有形人ヨリ他ノ有形人ニ移轉シ或ハ又常ニ變動シツツアル民族團體ニ存續ス此有形人ノ異動ヲ通シテ繼續スル法律上ノ單一人格ヲ抽出スルノ作用ハ必スシモ統治者ト異ナル特別ノ人格ヲ假想スルヲ要セス」ト云ヘリ其意ハ時々ノ統治權主體カ即チ國家ノ人格ニシテ其統治權者カ更替スルモ其國家ニシテ統治者アル以上ハ國家ハ其存在ヲ中斷セラルルコトナシト云フニ在リ然レトモ此ノ如キ抽象觀念ヲ以テ國家ノ存續ヲ說明シ得ルナラハ今一步ヲ進メテ寧ロ國家ヲ人格ト解スルノ勝レルニ如カス若シ時ヲ異ニシ相尋テ存在スル數多ノ世代ヲ統一體トシ人格トスルコト此種ノ論者ノ云フカ如

ク可能ナリトセハ國家其モノヲ統一體トシ人格トスルコト亦タ可能ナラン特ニ君主ヲ統治ノ主體トスルモ一方ニハ又諸種ノ法制上國家其モノヲ統治ノ主體ト解スル必要カ必至的ニ起ルカ故ニ此ノ如キ說明ノ結果ハ勢ヒ國家ハ君主ナリテ國家法人說ニ對スル第二ノ反對論ヲ採用セサルヲ得サルニ至ルナリ

ストハ固有權トシテ即チ他ヨリ繼承セサル權トシテ統治權ヲ有スル義ナリ而カモ若シ國家カ統治主體ナラハ君主ハ如何ナル權原ニ依リテ此統治權ヲ國家ヨリ繼承スルヤ」ト云フ議論ナリ余モ亦タ本著前版ニ於テ此意味ニ於テ國家法人說ヲ駁スルコト甚タ勉メタリ然リト雖モ此反對ニ對シテハ更ニ辯解ノ餘地アルヲ見ル蓋シ若シ君主カ統治權ノ主體ナラハ法律上統治權ハ君主ノ利益ノ爲メニ存スルモノト云ハサルヘカラス寃カモ權利ノ主體ハ其權利ヲ自己ノ利益ノ爲メニ有スルカ如シ然レトモ之ヲ君主ノ統治權ニ見ルニ其行使ハ全ク國家ノ爲メニスルモノニシテ君主自身ノ利益ノ爲メニスルニアラス他人ノ爲メニ存シ他人ノ爲メニ働クモノハ實ハ主體ニハアラスシテ機關ナリ特ニ君主カ統治權ヲ固有スト云フコトハ統治權其モノヲ有スト云フ意ニアラスシテ統治機關タル地位ヲ固有ス

ト云フ意ナリ換言スレハ自己ノ意思ヲ以テ國家意思トナシ得ル權ヲ固有スト云フ義ナリ此點ヨリ云ヘハ統治權ハ依然トシテ國家ニ在リ君主ハ唯自己固有ノ權トシテ自カラ表示セル意思ニ國家意思タル効果ヲ附與スルコトヲ得ル地位ニ在リ斯クノ如ク解スレハ統治權ノ總攬者ハ國家機關ニシテ國家ハ統治權其モノノ主體ト說クモ何等ノ矛盾スル所ナキナリ

國家法人說ニ對スル第三ノ反對論ニシテ又タ最モ淺薄ナルハ「法人ハ法律ニ依ル ニ非サレハ成立スルヲ得ス國家ヲ法人トスル法律ナシ故ニ國家ハ法人ニアラス」 ト云フ說ナリ固ヨリ民法第三十三條ニハ法人ハ法律ニ依ルニ非サレハ成立スル コトヲ得スト規定ス然レトモ此條文ヲ推シテ國家ノ人格ヲ否定セムトスルハ餘リニ形式的ナリ今一步ヲ讓リテ法人ハ法律ニ依ルニ非サレハ成立セサルモノトスルモ我國法ニハ間接ニ國家ヲ法人トスル規定甚タ多シ憲法第六十二條ニハ「國債ヲ起シ」云々ノ文字アリ人格ナキ國家カ果シテ債務ヲ負ヒ得ルカ憲法第六十七條ニハ國家ノ歲出歲入ト云ヘリ國家ニ人格ナクハ之ニ歲出歲入アルヘキ道理ナシ領事官職務規則第三條ニハ「領事官ハ駐在國カ條約又ハ國際法ニ依リ帝國ニ對シテ負フ所ノ義務ノ遵守ヲ視察シ」云々トアリ帝國ニ人格ナクハ此ノ法文ハ意味

ヲナサス其他國庫ニ關スル民法ノ規定國ノ裁判籍ニ關スル民事訴訟法ノ規定其他各種ノ法令ニ徵スルニ國ヲ法人ト看做スコト歷然タリ是ニ於テカ論者更ニ他ノ辯解ヲナシテ曰ク「國家ハ統治權ノ主體ニアラス統治權ノ主體ハ君主ナリ然レトモ君主ハ法律ヲ以テ國家ト云フ法人ヲ認ムルコトヲ得此法人ハ全然私法人ノ性質ヲ有ス」ト然レトモ此ノ如キ奇說ハ今日何人モ眞面目ニ之ヲ取扱フモノナシ若シ君主ト竝ヒテ國家ト云フ私法人アリトセハ君主ハ如何ナル權原ニ基キテ國有財產ヲ處分シ得ルカ特ニ法文ハ獨リ私法人格タル意味ニ於テノミナラス公法人ノ意味ニ於テモ國ノ文字ヲ用ユル事多シ故ニ論者ノ詭辯ハ遂ニ之ヲ維持スヘカラス

余ハ玆ニ國家論ヲ詳說スル者ニアラス國家ノ法律上ノ性質ニ關シテハ猶ホ數多ノ說アリ之レカ批判ハ憲法學乃至國家論ニ讓ル唯余カ從來採リ來リシ說ヲ改メテ通說ニ從フノ理由トシテ上述ノ說明ヲ加フルニ止ムルノミ

第二節　國庫

國庫ニ關スル解釋ニハ三說アリ(一)國庫ヲ以テ國家以外ニ獨立セル一個ノ私法人

國庫ヲ國家以外ノ私法人トスル說

卽チ財團法人トナスモノ(二)國庫ハ國家カ私法上ノ關係ニ立ツ場合ヲ指ストナスモノ(三)國庫ハ國家カ財產權ノ主體トシテ働ラク半面ニシテ私法上ノ關係ニ立ツヤ否ヤヲ問ハストスルモノ是レナリ

一、國庫ヲ國家以外ノ私法人トナス說

國庫ノ觀念ハ羅馬法ニ基ク、共和時代ニ於テ國家財產ヲ Aerarium（エラリウム）ト稱シタリ帝政ノ時代ニ至リ諸州ヲ分チテ二種トナシ一ハ元老院之ヲ管理シ一ハ皇帝カ其資格ニ於テ之ヲ管理セリ此外ニ猶ホ皇帝ノ私有財產アリキ而シテ皇帝ノ管轄ニ屬スル州ヨリ生スル歲入ヲ以テ組織セル金庫ヲ Caesaris fiscus（ツエーザリス フイスクス）或ハ單ニ fiscus（フイスクス）（皇帝金庫）ト稱シ元老院ノ管理ニ屬スル州ヨリ生スル歲入ヲ以テ組織セル金庫ヲ Aerarium（エラリウム）ト稱シタリシカハドリアヌス帝以來帝權益盛トナリ元老院ノ權力衰ヘシ爲メ「エラリウム」ハ遂ニ「フイスクス」ノ爲メニ合併セラレ以後國庫ヲ「フイスクス」ト稱シ前ノ「エラリウム」ト同シク一種ノ法人ト看做サレタリ（サヴイニー今日ノローマ法論第二卷二七三頁）當時羅馬法ノ所謂國庫カ國家ノ人格ノ片面ト見ラレシヤ否ヤハ多少疑問アル所ナレトモ其最後ノ時代ニ於テハ國庫ハ皇帝ト相竝ヒタル一ノ法人ナリト看做サレタルカ如シ（オツト、マイヤー獨逸行政法論第一卷四七頁）

歐洲中世ノ封建制度破レテ極端ナル中央集權起リ警察國トナルニ至リテハ統治權ノ主體タル國家ハ全ク法ノ上ニ超脫シテ如何ナル事ヲモナシ能ハサルコトナシトノ觀念ヲ生セリ然レトモ私法ノ上ニ於テハ國家モ亦之ニ服從シ通常裁判所ノ管轄ノ下ニ立タサルヘカラサルヲ以テ若シ國庫ヲ國家ノ一面ト解スレハ國權萬能ノ主義ニ反スルニ至ル是ニ於テカ私法上ノ關係ニ於ケル國家ヲ國家ヨリ離レタル獨立ノ法人卽チ國庫ト稱スル私法人ナリト解釋セリ則チ此ノ意味ニ於テハ國庫ハ人民ト同シク國家ノ臣民タリシナリ此ノ如キ觀念ハ獨リ中世ニ於テ行ハレタルノミナラス近代ニ至ル迄モ仍ホ其餘燼ヲ存セリ（オツトー、ギールケー獨逸私法論四七六頁註三、四、オットー、マイヤー獨逸行政法第一卷五〇頁註二〇）

ペロツト著普魯西ライン州ノ裁判所構成法其管轄及ヒ手續一八四二年出版第一卷一七四頁（オツトー、マイヤー第一卷五〇頁ニ據ル）ニ曰ク「國權カ最高無限ナル時ハ國民ハ保護ヲ受クル能ハサルカ故ニ幸ニモ一ノ擬制ヲ設ケテ其避難所トセリ卽チ一ノ法人トシテ國庫ナルモノヲ作リ此法人ハ國家ノ爲メニ資本ヲ作リ又ハ之ヲ管理スル職務ヲ有スルモノトセリ國庫ハ主權者ニアラスシテ國家ノ下ニ服スルコト全ク他ノ自然人又ハ法人ト同シ其事務ノ處理ハ現行法規ニ遵據スヘキナリ」ト又千八百六十二年五月二十七日高等裁判所（オーベルトリブナール）判決ニ「被告ハ國家ニアラスシテ國庫ナリ」ト曰ヒ千八百六十五年七月十四日同判決ニ「原判決カ原告卽チ國庫ハ其後其高權ニ依リ被告ノ關稅免除ヲ廢止セリト云ヘルハ國庫ト立法者トヲ混同セルモノナリ契約ハ國庫之ヲ締結セリト雖モ關稅

法ハ國庫ノ發シタルモノニアラスシテ立法者ノ發シタルモノナリ」ト曰ヘルカ如キ皆此觀念ニ基ク千八百七十七年一月五日同裁判所ノ判決ヲ見ルモ猶ホ此觀念ニ支配セラルルカ如シ曰ク「國家ニ二種ノ人格ヲ認ムルコトカ正當ナリヤ若クハ唯一ノ人格カ私法上ノ關係ト國權行使ノ關係トニ於テ顯ハルルニ過キスト認ムヘキヤヤハ措キテ問ハス云々」ト

國家ノ外ニ國庫ト稱スル法人アリヤ否ヤハ時代思潮及ヒ立法例ニ從テ變化スルモノニシテ強チ誤トハ論斷シ得サレトモ今日ニ於テ國家ノ外ニ國庫ト云フ法人ヲ認ムル說ハ明カニ通用セサル說明ナリ國庫觀念ノ變遷ハ凡ソ左ニ述フルカ如シ

人格ハ權利義務ノ主體ナリ權利ト云ヒ義務ト云フハ皆是レ法律ノ下ニ一定ノ形式ヲ以テ行ハルヘキモノニシテ法規ノ下ニ立タサル者ニハ權利モナク義務モナシ或ル複數ノ主體カ同時ニ同一ノ規定ニ依リテ支配セラルヽニ至リテ初メテ權利義務ノ觀念ヲ生シ又人格ヲ生ス人格發生ノ第一步ハ個人相互ノ間ニ在リ國家ハ個人ノ上位ニ立チ個人ヲ平等ニ壓シ以テ其定メタル法規ニ服從セシム故ニ甲カ乙ニ對スル要求ハ法ノ與ヘタル力ニシテ又其法ノ範圍內ニ於テノミ此力ヲ有シ乙カ甲ニ對スル服從ノ限度モ亦タ此法ノ範圍ニ於テス爰ニ於テカ甲乙ノ關係ハ權利義務ノ關係トナリ又互ニ他ニ對シテ主張シ得ヘキ人格ヲ取得ス更ニ一步

ヲ進ムルニ及ヒテ國家ハ從來一切法ノ支配ヲ受ケサリシニ反シ少クトモ私法ノ關係ニ於テハ個人ト同一ノ法規ノ下ニ立ツコトヲ自認シ其權力ヲ制限スルニ至リテハ私法ノ範圍ニ於テ國家ハ權利義務ノ主體トナリ臣民モ亦タ國家ニ對シ私權ヲ有スルコトヲ得ルニ至ル是ニ於テカ從來法人ナラサリシ國家ハ私法ノ上ニ於テ人格卽チ法人ト看做サレ從來對等ノ個人ノ間ニ於テノミ認メラレタル個人ノ人格ハ又國家トノ私法上ノ關係ニ迄擴張セラルヽニ至ル更ニ一步ヲ進メテ國家カ其權力ノ行使ニ際シテモ亦タ凡テ法規ノ下ニ立ツニ及ヒ所謂法治國ノ觀念確立セラレ權力服從ノ關係卽チ公法ノ關係ニ於テモ私人ハ一定ノ範圍ニ於テ國家ニ對抗シ得ヘキ公權ヲ有シ國家ハ又反對ニ公法上ノ義務ヲ負擔スルコトトナリ遂ニ統治權ノ主體タル國家モ亦タ一個ノ人格又ハ法人ト觀念セラルヽニ至ルナリ是ニ於テカ個人カ國家ニ對シテ主張シ得ル人格ノ範圍ハ私法ヨリ公法ニ及フコトトナリ國庫ヲ以テ國家以外ニ存スル法人ナリト思惟スル從來ノ說明ハ其必要ヲ見サルニ至リ國庫モ國家モ共ニ同一人格ニシテ唯其私法上ノ關係ニ立ツ場合ヲ國庫ト名クルニ過キサルコトトナレリ然ラハ國庫ヲ獨立ノ法人トスル觀念ハ警察國ニ於テハ大ナル效果ヲ奏シ國家萬能主義ト國家カ私人トシテ民法ニ

國庫ハ私法上ノ關係ニ於ケル國家ノ半面ナリトスル說

服スト云フ主義トノ間ノ矛盾ヲ調和セシメタルモノナレトモ今日ニ至リテハ最早此ノ如キ思想ヲ皷吹スルノ必要ナシト云ハサルヘカラス

我國ノ學者中國家ヲ人格ト見サルモノノ中ニハ國有財産又ハ國債等ノ文字ト調和セシムル爲メニ國庫ト稱スル私法人アリテ主權者ノ人格以外ニ獨立ノ存在ヲ有スト說クモノアリ然レトモ其說ノ非ナルハ前節ニ述フルカ如シ國庫ハ統治主體ヨリ離レタル法人ニハアラスシテ統治主體ノ私法人格ヲ指ス名稱ナリ此理論ハ君主ヲ統治主體ト見ル學者スラ又之ヲ認ムボルンハツクトザイデルトハ國家ヲ法人ト解セサル學者ナリボルンハツクノ國庫論ハ見サレトモザイデルハ其バイエルン國法第二卷三七〇頁ニ於テ次ノ說明ヲナセリ曰ク「國有財産ニ關スル統治主體ノ私法的方面ヲ稱シテ國庫ト曰フ故ニ國庫ハ統治者ノ人格ノ一部ナリ從テ國有財産ノ實際ノ所有者タル統治者ヨリ離レテ fiscus 又ハ aerar (共ニ國庫ノ義ナリ)ト云フ想像上ノ人格ヲ設クル必要ナシ云々」

二、國庫ハ國家カ私法上ノ關係ニ立ツ場合ヲ指ストナス說

此說明ハ今日學者ノ間ニ極メテ廣ク行ハルル所ナリ國家ヨリ離レテ國庫ナル文字ヲ用ヰル以上ハ其働作ハ必スヤ國家ノ統治權行使ト異ナルヘキモノニシテ從テ國庫カ私法上ノ關係ニ於ケル國家ナリト解スルハ正當ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ此問題ハ各國ノ法規ニ從フテ決スヘキモノナリ若シ或國ニ於テ國庫ノ文字カ國家カ權力ヲ行使スル場合ニ於テモ仍ホ用ヰラルル處アリトセハ其國

國庫ハ財産關係ニ立ツ國家ヲ曰フ公法上ノ關係ト私法上ノ關係トハ問フ所ニアラストスル說

ノ國法上國庫ヲ國家ノ私法的方面ナリト解スルハ狹キニ失スヘシ唯國家ノ權力行爲ヲナス場合ヲモ國庫ト稱スルナラハ國家ノ外ニ別ニ國庫ノ文字ヲ設クル必要殆ント無キニ至ルカ故ニ國庫ノ文字ハ之ヲ私法上ノ關係ニ於ケル國家ノ一面ナリト解スルコトノ適當ナルヲ信ス

シュルツェ普國々法第二卷一七二頁、ラーバンド獨逸帝國々法第四版第四卷三三二頁、ツオルン獨逸國法第二卷二二〇頁、コンラッド辭典第三卷五三八頁、ステンゲル行政字彙第一卷四三一頁其他多數ノ學者之ヲ唱フ實例モ亦タ此解釋ヲ採ルモノ多シ一八七七年三月二四日普國高等行政裁判所判例ニモ「國庫ハ一個ノ農民（ベウエル）ト等シク市町村ノ負擔ニ任スルノ義務ヲ負フ」ト曰ヘリ一八七九年六月一四日、一八八一年五月一八日、一八八二年六月二一日、一八八六年六月二二日、一八八七年四月二三日ノ同判決亦タ同シ一八七六年一一月二九日同判決ニハ市ノ警察行政カ道路ノ中央迄掃除スルノ義務ヲ國庫ニ對シテ强制スル手段ヲ認メ一八八四年二月一六日同判決ハ公ノ交通ニ供セラレタル道路ノ所有者トシテノ國庫ト曰ヘリ一八七七年行政實務雜誌一八八二年二月二二日、一八七八年五月五日普國高等行政裁判所判決等亦タ此主義ヲ表示セリ（實例ニ付テハオー、マイヤー行政法第一卷一四三頁註一一）

三、國庫ハ國家カ財産權ノ主體トシテ働ク半面ニシテ私法上ノ關係ニ立ツヤ否ヤヲ問ハサルモノトスル說

國家カ其公法上ノ行爲ニ於テモ亦タ法ノ規定ニ從フヘキモノナリテフ觀念カ今

日ニ至リテ確定セシ結果國庫ノ觀念モ亦タ漸ク其範圍ヲ擴張シタルカ如シ此點ニ付テハオツトー、マイヤー（獨逸行政法第一卷一四二頁以下）ノ論スル所其眞相ヲ得タリ曰ク「今日ノ國庫ハ憲法以前ノ警察國時代ニ於ケル國庫トハ大ニ異ナレリ然レトモ是レ國庫ノ學問的認識カ今日ニ至リテ發達シタル結果ニハアラスシテ實ハ國家ノ觀念カ變化シ從テ國庫ノ意義モ亦タ之ニ伴フテ變化セルニ因ル舊時ニ於テ國庫ヲ國家以外ノ特別法人トセシハ適當ノ解釋ナリ今日ニ至リテハ國庫ハ國家自身ニシテ唯特定ノ方面ヨリ之ヲ見タルニ過キストスル見解ハ事實ニ適合スルモノニシテ又少クトモ言語上一般ニ認メラルル所ナリ卽チ國庫トハ國有財產ノ所有者ナリ財產ノ占有及ヒ取得ニ關シテ働ク國家ナリ（中略）然レトモ經濟上ノ方面ニ於ケル國家ハ必シモ常ニ私經濟的換言スレハ臣民ト同一ノ地位ニ在ルヲ要セス國家カ沒收ヲ爲シ租稅ヲ徵收シ官吏ノ俸給支辨ノ義務ヲ負擔スル等ノ公法上ノ働ヲナス時ニ於テモ彼ハ猶ホ國庫ナリ故ニ吾人カ國庫ニ就キテ曰ヒ得可キ點ハ唯其私法ニ服從スル傾向ヲ有スト謂フニ過キス云々」ト惟フニ氏カ此ノ如キ解釋ヲナスハ法文ノ影響ヲ受ケタル結果ナルカ如シ獨逸ニ於テハ國家カ公法上ノ關係ニ立ツ場合ニモ仍ホ國庫ノ文字ヲ用フルコトアリ例ヘハ租稅國庫（ストイエルフイスクス）ト曰フカ如シ此ノ

如キ文字ヲ解スルニハ國庫カ國家ノ私法的片面ナリト云フノミニテハ不充分ナルカ故ニマイヤーノ如キ解釋ヲ採ラサルヲ得サニ至ルナリ吾人ハ敢テ之ヲ否定セス何トナレハ國庫ハ既ニ國家ノ一面ナリトセハ國家カ國庫ト云フ名義ニテナス一切ノ動作ハ其公法的ナルト私法的ナルトヲ問ハス皆是レ國庫ノ働ナリト論スルコトヲ得ヘケレハナリ

ゲオルグ、マイヤー獨逸行政法第二卷一七七頁註二モ亦タ此說ヲ採ル曰ク「國庫トハ財產權ノ主體タル國家ヲ謂フ然レトモ其財產權ハ私法上ノモノニ限ルニアラス公法上ノ財產權ノ主體トシテモ亦タ國家ハ國庫ナリ例ヘハ租稅國庫ト云フカ如シ」トイエリチツク公權論五六頁及同註二、ハー、アー、ツアハリエー獨逸國法第二卷四〇二、四〇三頁モ亦タ同意見ヲ採ル

我國ニ於ケル國庫ノ解釋

我國法上ノ用例トシテハ國庫ノ文字ハ國家ノ私法人格ヲ指ス爲メニ用ヰラルヽ事ナキニアラサレトモ又一方ニハ例外ナク其用例ヲ貫キ居ラサルヲ見ル例ヘハ民事訴訟法第十四條ニ於テハ國ノ普通裁判籍ト曰ヒ又ハ訴訟ニ付キ國ヲ代表スル官廳ト曰ヒテ國庫ト曰ハス同條ニ基ケル明治二十四年一月勅令第三號ニモ亦タ國ヲ代表スト規定シテ國庫ヲ代表スト曰ハスサレト憲法第六十二條ニ國庫ノ負擔トナルヘキ契約云々ト云ヒ民法第二百三十九條ニ「無主ノ不動產ハ國庫ノ所有ニ屬ス」ト規定シ同第千五十九條ニ「相續人タル權利ヲ主張スル者ナキ時ハ相

續財産ハ國庫ニ歸屬ス」ト規定スルカ如キハ國庫ヲ國家ト解シタルモノナリ要スルニ國庫ノ文字ハ國家ノ財産權ノ主體性ヲ表示スルカ故ニ其元來ノ意味ニ用キテ說明ノ便アラハ之ヲ用フヘシ唯國家ノ私法人格ハ常ニ之ヲ國庫ト名クヘシト云フハ我國ノ用例ニ添ハサルノ嫌アルノミ

第二章　法

法ノ本質ヲ論スルハ法律哲學ノ職司ニ屬ス行政法學ハ斯ノ如キ根本問題ヲ研究スルモノニアラス然レトモ法ノ本質ニ關シテ余カ本著前版ニ述ヘタル所ハ聊カ本章ノ說明ト異ナルモノアルカ故ニ爰ニ其大體ヲ述フルノミ但シ法ニ國際法ト國內法ノ別アリ國際法ノ本質ハ之ヲ國內法ト同一ニ論斷スルヲ得ス且ツ國際法ヲ說クハ國內法學ノ一科タル行政法學ノ範圍內ニ屬セサルノミナラス國內法トモ國際法トニ共通ノ定義ヲ立ツルトキハ爲メニ國內法ノ意義ヲシテ不明瞭ナラシムルニ至ルノ虞アリ余カ本章說明スル所ハ國內法ノ定義ナリト知ルヘシ

法ハ國家カ國家共同生活ノ要件トシテ強行スル目的ヲ以テ制定シ又ハ認定シタル行爲ノ準則ナリ

(一)法ハ國家カ制定又ハ認定シタルモノナリト云フハ當今一般ニ行ハルヽ說明ニシテ其平凡ナル所ニ眞理ヲ包含スルモノナリ成法ノ學問ニ於テハ吾人ハ此定義ヲ以テ滿足スヘキモノ其以上ニ遡リテ哲學的ノ研究ヲナサントセハ却テ事物ノ實際ト離ルヽニ至ルヘシ余ハ前版ニ於テ法律神授說民約論自然法學法律民意說等ニ付キ其梗概ヲ批評シタリ今ハ之ヲ省ク之ヲ事實ニ徵スルニ法ハ國家カ一定ノ手續ヲ踐ミテ制定セルカ又ハ既ニ實際生活ノ間ニ發生セル慣習ヲ認メテ法トセルモノナリ唯慣習ニ付テハ其效力カ國家ノ認定ヲ待チテ發生スルカ又ハ此認定ナクシテ存スルカニ付キ學者間ニ議論ナキニアラス此點ニ付テハ後ニ行政法ノ淵源中慣習法ノ條下ニ詳說セムト

(二)法ハ行爲ノ準則ナリ行爲ハ意思體ノ意思ノ發動ニ關スルモノナルコトヲ前提トス故ニ一派ノ論者(佐々木學士行政法原論八頁、オットー・ギールケー獨逸私法論第一卷一一五頁等)ノ如ク特ニ「法ハ行爲ノ準則ナリ」ト云フ必要モナシ且ツギールケーノ如キハ(同上一一三頁)法ヲ人類ノ意思表示ニ限ルモ意思ノ主體ハ獨リ自然人ノミナラス法人性ヲ有スル團體其モノヽ法律意思モ亦タ法ノ規定ニ從フテ活動スヘキモノナルカ故

法ヲ立ツルハ強制スルコトヲ目的トス

強制セラレ得ヘキコトヲ法ノ要件トセサル理由ノ一ビーアリング一派ノ説

ニ氏ノ説明ハ狹キニ失スヘシ固ヨリ如何ナル團體モ其意思ヲ表示スルハ自然人ノ自然意思ニ待ツヲ以テ歸スル所法ハ人類ノ意志表示ニ準則ヲ與フルモノタルハ疑ナシト雖モ既ニ法人カ自然人ト竝ヒテ獨立ノ意思主體ト認メラルヽ以上ハ法人ノ行爲ハ人類（メンシエン）ノ行爲ト云フ能ハサルヘシ之ヲ要スルニ法ハ行爲ノ準則タリ特更ニ人類ノ意思活動ニ對スル準則ナリト云フハ狹キニ失スルナリ

(三)法ハ國家カ強行スル目的ヲ以テ制定シ認定シタルモノナリ余ハ前版ニ於テ強制セラレ得ヘキコト」ヲ法ノ要件トシビーアリングノ説ニ對シテ攻撃最モ勉メタリ（前版三九ー四六頁）今ハ前説ヲ棄テヽ單ニ國家カ強行スル目的ヲ以テ制定シ認定シタルモノト云フニ止メントスオットー、ギールケー（同上一一三頁）カ「法規ハ絶對ノ方法ニ於テ意思ノ活動ヲ指示ス」ト云ヘルハ又此意味ヲ言明スルモノナリ（佐々木學士同上一一頁モ亦タギールケーノ説ニ據レルカ如シ）今余カ前説ヲ棄ツルノ理由ヲ述フレハ左ノ如シ

(A)ビーアリング（法學原論一八九四年第一卷五〇頁以下）カ「強制シ得ヘキコトハ法ノ要素ニアラス」ト云ヘルハ眞理ナリ其説ニ曰ク「法ノ強制トハ命令ヲ受ケタル者カ之ヲ遵奉セサル場合ニ其意思ヲ強ユル外部ノ手段ヲ謂フ然レトモ強制シ得ヘキ事テフ意味ハ極メテ不明瞭ナルモノニシテ既ニ此不明瞭ノ點ヨリシテ採ルニ足ラサルモノナリ嚴

格ニ解スレハ本人ノ意思ニ反シテ命令ニ從フコトヲ強イ得ル人力無シ一方ニ於テ法規ハ強制セラレ得可キモノナリト曰ヒナカラ一方ニ於テ人ニ法規ヲ遵奉シ又ハ遵奉セサル意思ノ自由アリト曰フハ自家撞着ノ説ナリ若シ或人カ單ニ外部ノ腕力ニ依リテ法ノ命スル行爲ヲ爲サシメラレタリトセハソハ法ノ遵奉ニモ履行ニモアラス外部ノ強力ハ單ニ人ノ意思ニ影響ヲ與ヘテ法ヲ守ルノ動機ヲ起サシムルニ過ス此場合ニハ法ノ遵守ハ外部ノ強制力ノ結果ニハアラスシテ常ニ吾人カ法ヲ守ラントスル決意ニ基ク故ニ如何ナルモノカ心理上強制シ得ヘキカハ豫メ斷定スル能ハサル所ナリ若シ人カ強制手段ヲ上ノ如ク解セスシテ單ニ強制（アンウエ）手段（ベドバールカイト、フオン、ツワングスミツテル）ヲ用ヰ得ヘキコトヽ解スルニ至ラハ事物ノ眞相ハ益々明瞭ヲ缺クニ至ルヘシ第一用ヰ得ヘキコトテフ文字ハ二義ヲ有ス一ハ事實上ノ可能ノ義ニシテ一ハ法律上之レヲ用ユルコトヲ許サレタルノ意ナリ然レトモ少シク考察スレハ此強制手段ヲ用ヰ得ヘキコトハ何レノ意義ニ於テモ法ノ特徴ニアラサルヲ見ン強制手段ノ使用ハ如何ナル法規例ヘハ宗教ノ法則ニ付テモ亦存スルモノト考ヘ得ヘシ故ニ之ヲ以テ法ノ特徴トナス能ハス又若シ吾人ニシテ具象的ノ場合ヲ想起セハ強制手段ヲ適用シ得ヘキコトハ益々疑ハシカルヘシ彼ノ精神喪失者ニ法規ヲ

適用セサルカ如キヲ見ハ明カナラン第二ノ意義卽チ法律上之ヲ用ユルコトヲ許サレタルノ義ナラハ必ス之レヲ許ス法ノ存在ヲ必要トス然ラハ人ハ先ツ強制手段ノ適用ト云フコトヲ論スル以前ニ更ニ何カ法ナリヤノ問題ヲ反覆循環セサルヲ得サルヘシ刑罰スラ又強制手段ト見ル能ハス刑罰ハ旣ニ侵害セラレタル法規ノ威嚴ヲ將來ニ維持セントスルニ外ナラス然ラハ此手段ハ只法規違反ノ場合ニハ此等ノ惡報ヲ受クヘシテフ脅喝（アンドローウング）タルニ過キス然レトモ此ノ如キ強制ヲ背後ニ有スル法規ノミカ法規ニシテ而カモ此脅迫カ更ニ他ノ法ニ依リ又人間ノ力ヲ假リテノミ實行セラレ得ヘシト云フハ矛盾ノ甚シキモノナリ如何ニ強制ノ脅迫ヲナセハトテ之ヲ極端ニ實行スル能ハサル以上ハ必スヤ或法規ニ至リテハ之ヲ臣民ノ遵奉心ニ待タサルヘカラサルモノヲ生セム又若シ吾人ニシテ成法ノ中ヲ詮穿シナハ強制ノ脅迫ヲ有セサル數多ノ法規ヲ發見スヘシ國王ノ義務ニ關スル規定臣民ノ選擧權ニ關スル規定ノ如キ卽チ是レナリ云々」ト氏ノ論點ハ第一各人ノ遵法心ハ法ノ行ハルヽ必要條件ナリ各人ノ意思ヲ離レテ人ヲ強制シ得ヘキ外力ナシト云フニ在リ然リ法ノ實行ハ吾人カ之ヲ遵奉セムトノ意思ヲ確定スルニ依リテ完全ニ行ハルヽモノニシテ實ニ我レノ意思カ法ヲ認メ之ニ從フニ因ルモノナリ如何ニ國家カ法ヲ強制セムトスルモ吾人ニシテ強テ法ニ從ハサレハ之ヲ罰スル外ニ殆ント實際ノ強制ヲ施ス能ハス此點ヨリ云ヘハ強制シ得ヘキコトハ法ノ要素ニ非スト謂フノ外ナシ

ビーアリングノ說カ其大體ニ於テ動カス可カラサルモノタルハ右述フルカ如シ但シ彼ノ說明中ニハ多少ノ砂礫ヲ混入ス（第一）ハ彼カ宗教ノ法ニモ亦タ強制力ノ使用アルコトヲ考ヘ得ヘシト云ヘル點ナリ抑モ宗教團體ハ國家ト異ナリ信徒ノ自由意思ニ依リテ結合シタルモノナレハ若シ信仰ヲ棄テヽ絕對ニ宗規ニ反スル墮落者ニ對シテハ宗教團體ハ之ヲ破門シテ其團體ヨリ除クノ外ニ途ナシ此點ハ國家カ其法規ヲ侵害スル臣民ニ對シテ刑罰其他ノ制裁ヲ加フルコトヽハ大ニ趣ヲ異ニスルモノアリ故ニ彼カ國家ト宗教團體トヲ比較セルハ其當ヲ得タルモノニアラス（第二）ハ彼カ法規ノ強制セラレサル場合ヲ擧ケタル點ナリ是レ明白ナル誤謬ナリ刑法各本條ヲ精神喪失者ニ適用セサルハ刑法其モノヽ規定ノ結果ナリ法ノ強制ハ唯法カ適用セラルヽ場合ニ於テノミ起ル問題ナリ法ヲ適用セサルコトヽハ全ク別物ナリ刑法ヲ精神病者ニ適用セサルハ一面ニ於テ「精神病者ノ犯罪ヲ論セス」ト云フ法規カ行ハレツヽアル結果ナリ故ニ彼カ精神喪失者ノ例ヲ引キテ法規カ強制セラレサル場合アルノ證左トセムトスルハ明カニ誤レリ（第三）ハ彼カ國王ノ義務ニ關スル法規ニハ強制力ナシト云ヘル點ナリ然レトモ國王ノ義務ニ關スル法規カ強制セラレサルハ憲法カ國王ノ不可侵即チ無答責ヲ規定スル結果ナリト見ラレ得サルニアラス故ニ此點ニ關スル彼ノ例示モ亦タ強チ當ヲ得タルモノニアラス此等ノ瑕瑾ヲ除キテハ彼ノ說ハ傾聽ニ値スルモノアルナリ

(B)若シ強制ヲ法ノ要素トスル時ハ統治權ノ總攬者ノ行爲ニ付テハ勢ヒ之ヲ除外スルカ又ハ法ニアラスト云ハサルヲ得サルニ至ルヘシ之ヲ法ナリトシテ猶ホ除外ノ例ヲ設ケムトセハ余カ前版ニナシタルカ如ク「法ハ統治主體ノ行爲ニ關スルモノヽ外ハ強制セラルヘキモノナリ」ト云フノ外ナク之ヲ法ニアラストセハオーストチン(法理學講義第一卷二七四頁)カ曰フ如ク「主權者タル王又ハ合議體トシテノ主權者ニ對シテハ憲法ハ單純ナル道德ニ過キス」ト主張セサルヲ得サルヘシ然レトモ此ノ如キハ定義ノ維持ノ爲メニ強テ事實ヲ抹殺セムトスルモノニシテ何人モ其不當ヲ認ムルニ躊躇セサルヘシ憲法ハ國法中ノ最モ重要ナルモノ之ヲ法ニアラストスルノ非ナルハ論スル迄モナシ余カ「憲法ノ如キ統治權ノ總攬者ノ行爲ヲ規律スルモノニ強制ノ力ナシ」ト云ヘルハ一定ノ事由アリテ存スルモノニシテ今モ猶ホ其正シキヲ信ス然レトモ獨リ統治權ノ總攬者ノ行爲ニ關スルモノノミナラス其他ノ法ニ付テモ亦タ強制セラレ得ヘキコトノ要素ヲ缺クモノトセハ統治權ノ總攬者ノ行爲ニ關スル法規ノミニ付テ例外ヲ設クル必要ヲ見サルナリ

余カ強行シ得ヘキコトヲ法ノ要素トセル說ヲ棄ツルノ理由上來述フルカ如シ法ハ強制セラレ得ヘキモノニアラスシテ強制スル目的ヲ以テ制定シ認定セラレタルモノナリ法ノ目的ハ之レカ適用ヲ受クル者ノ行爲ヲシテ法ノ規定スル方向ニ向ツテ働カシムルニ在リ意思主體カ欲スルト否トヲ問ハス法ハ其希望ヲ要求スル之レカ爲メニ法ニ制裁ヲ附シ違反者ニ惡報ヲ加フ假令此ノ如キ制裁ナキ場合ニ於テモ法ノ目的ハ其ノ規定スル所ヲ個人ノ意思ニ拘ハラス強テ行フノ目的ヲ有ス既ニ國家カ權力ヲ有シ此權力カ國內ニ於テ最高ノモノタル以上ハ國權ヲ背後ニ負フ所ノ法カ強制セラルル目的ヲ有スルコトハ多辯ヲ要セサル所ナリ

イエリ子ツク國家論三二五頁ハ法カ實際ニ行ハルヽ事(Gültigkeit)ヲ以テ法ノ要素トセリ從テ彼ハ「法規ハ其行ハルヽ間ノミ法律的秩序ノ要部ヲナス最早行ハレサル法又ハ將來行ハルヘキ法ハ眞正ノ意味ニ於テ法ニアラス」ト云ヘリ然レトモ法ノ行ハルヽヤ否ヤハ何ニ依リテ定マルカハ極メテ困難ナル問題ニ屬ス或特定人カ法規ニ遵ハサルモ之レカ爲メニ其法規ハ法ニアラスト云ハレマシ國民ノ大部カ法ニ遵ハサルニ至ルモ一部カ之ヲ遵奉スル以上ハ之ヲ法令全書ヨリ削除スル能ハス故ニイエリ子ツクノ說ハ盲從シ難シ社會狀態ノ變遷ニ連レテ法カ其存在ノ條件ヲ失フニ依リテ自然ニ消滅スル場合ハアルモ然ラサル限ハ法ハ單ニ行ハレサルカ爲メニ消滅スルニアラス佐々木學士カ強制ヲ以テ法ノ要件トセサルニモ拘ラス法ノ行ハルヽコトヲ以テ法ノ法タル要件トシ從テ一旦行ハレタルモ行ハレサルニ至レハ法ハ眞實ノ意味ニ於ケル法タル性質ヲ失フモノトスト云ヘルハ(同氏著日本行政法原論一一頁)全然イエリ子ツクニ和スルモノニシテ而カモ學士カ強制ヲ法ノ要素トセサル丈ケ夫レ丈ケ矛盾ノ程度ヲ加フルモノナリ

法規ノ意義

何故ニ學者ハ法規ノ意義ニ付テ論爭スルヤ

法ノ實質ハ其法規ヲ定ムルノ點ニ存ス法規トハ處分ニ對スル語ナリ即チ一般抽象的ノ規定ニシテ特定事件ノ處分ヲ目的トセサルモノヲ謂フ（ゲー、マイヤー「グリユー」雜誌一八八一年第八卷一五頁、ベヒニアヌス Fr. 1, D. de legibus. ツヒルヴス Fr. 4, tit. cit. ウルピアヌス Fr. 8 tit. cit. ビユッタ「パンデクテン」一四號現行羅馬法講義第二卷一四號、カー、エー獨逸國法及聯邦法第二卷一三九頁以下、ゲルベル獨逸國法原論一四五頁、モール、ヴユルテムベルグ國法第二版第一卷一九三頁、ベツルバイエルン國法第五版四〇三頁、レンネ普國々法第三版第一卷一七一頁、シユルツエー普國々法第一版第二卷二〇六頁等皆同意見ナリ）法規ノ何タルカヲ論爭スルハ實際ノ結果ニ影響スルコト大ナリ若シ立法行爲カ法規ヲ定ムルモノトセハ一般抽象的規定ヲ定ムルニハ特別ノ例外ナキ限リ常ニ法律ノ形式ヲ以テスヘク君主其他ノ行政機關ハ唯法ノ委任ニ依リテノミ法規命令ヲ發シ得ヘシ是レ獨逸ノ學者カ法規ノ何タルカニ付キテ熱心ニ論議スル所以ナリ我憲法ハ君主ニ認ムルニ獨立命令ヲ發スルノ權ヲ以テス故ニ我國法ノ解釋トシテハ「法規ヲ定ムルハ常ニ法律ヲ以テスルカ又ハ法律ノ委任ヲ要ス」ト云フ能ハス即チ法規ヲ定ムル行爲ニシテ立法行爲ニ屬セサルモノアリ故ニ法規ノ何タルカヲ論スルハ我ニ在リテハサシテ必要ナラス且

何カ法ナルカハ形式上法トシテ發布セラレタルヤ否ヤニ依リテ定ムルノ外ナシ

ツ法ノ實質ハ法規ヲ定ムルニアリトスルモ一般抽象的ノ法規ヲ發スルノ權限アル機關カ具象的法律關係ヲ定ムルコトヲ得ルハ大カ小ヲ兼ヌル當然ノ結果ナルヲ以テ形式上ニ於テハ法ノ形ニ於テ特定事件ノ處理即チ處分ヲナシ得サルニアラス此場合ニハ法ノ實質ハ處分ナレトモ其形式ハ法ニシテ其形式上ノ効力ニ付テハ之ヲ法トシテ取扱フヘク處分令トシテ取扱フヘキモノニアラス（後段行政處分ノ性質ノ條下ヲ參照スヘシ）故ニ法ノ意義ヲ其實質ニ依リテ定メ唯法規ノミヲ定ムルモノカ法ナリト云フハ事物ノ實際ニ適合セサル議論ナリ余ハ法ノ實質ハ法規ヲ定ムルニ在ルモ形式上法トシテ發セラレタル以上ハ假令法規ヲ定メサル特定事件ノ處分ニテモ亦タ之ヲ法トシテ取扱フヘキ者ト信ス若シ此形式上ノ觀念ヲ棄テ唯法カ定ムル所ノ實質ヨリ推シテ法其モノヽ觀念ヲ定メンコトハ到底不能ノコトニ屬ス彼ノ一派ノ學者（ロジーン普國警察法二版一〇頁以下、ベルナチツク裁判及實質上ノ既判力五頁以下、オツトー、ギールケー獨逸私法第一卷一二三頁註一イエリチツク國家論二版五九五頁）カ法規ノ抽象性ヲ認メナカラ而カモ法規カ多數ノ同種ノ事實ト共ニ單一ノ事實ヲモ規定スルコトアルヲ論シ此反對ノ事實ノ調和ヲ計ランカ爲メ更ニ論シテ單一ノ事實ノ爲メニ設ケラレタル法規モ亦抽象的ノ規則ニシテ具象的ノ規則ニアラスト論スルカ如キハ法ノ意義ヲ其規定ノ實質ヨリ歸納セムトセル結果必然

ニ遭遇セル困難ヲ避ケムカ爲メノ苦辯ナリ單一ノ事實ヲ規定スルモノハ即チ具象的ノ事實ヲ規定スルモノナリ其間何等ノ區別ナキナリ故ニ吾人ハ法其モノヽ實質ハ法規ヲ定ムルニ在リトスルモ形式上法トシテ發セラレタルモノハ又法ナリト云フコトヲ以テ滿足セサルヘカラス眞理ハ平凡ノ裏ニ在リ

第三章　公權

第一節　公權ノ性質

公權ハ權利ノ一種ナリ故ニ公權ヲ說明セントスルニハ先ツ權利ノ何タルカヲ說明セサルヘカラス

權利トハ特定ノ法律利益ヲ主張シ得ル法律上ノ狀態ナリ

此結果トシテ次ノ斷案ヲ生ス

(一)權利ハ法ヲ待チテ初メテ發生ス

此點ニ付テハ別ニ疑問ナシト雖モ仍ホ學者ニ依リテハ權利カ法以前ニ存在スルコトヲ說クモノナキニアラス曰ク「權利ハ人類社會ニ屬スル人ニ歸屬スル生活貨物ノ分ケ前ナリ權利ハ國家ノ自覺的法規カ發達セサル以前永ク存在セリ從テ人

權利ノ意義

權利ハ法ヲ待テ後生ス

ハ權利ノ觀念ヨリ抽象シテ法規ノ意義ヲ定メサルヲ得サリキ故ニ權利ヲ以テ法ノ製造物トナスハ歷史ニ反ス法規ハ權利ヲ保護シ之ヲ制限スレトモ其創造者ニハアラス」(デルンブルヒ「パンデクテン」第一卷八八頁)ト此種ノ說明ハ私權ノ性質ニ付テハ一般ニ行ハレタルカ如シ特ニ所有權ニ付キテハ既ニ國家ヲ待タスシテ存在スルモノトスル學者多キカ如シ私法學者カ此種ノ見解ヲナスハ理由ナキニアラス何トナレハ私權ノ內容タル利益其モノハ既ニ法以前ニ存在スルカ故ニ此利益ハ卽チ權利ニシテ法ハ唯之ヲ認ムルニ過キサルモノトスルハ起リ得ヘキ觀念ナレハナリ然レトモ此利益其モノハ直チニ權利トナルニアラスシテ必ス法ノ力ヲ要ス故ニ權利ノ內容タル利益カ人生上自然ニ發生シタルモノナレハトテ權利其モノカ法ヲ待タスシテ存在スト解スルハ非ナリ(カント法律哲學八五頁以下、ベンサム私法刑法上ノ立法一七七頁、ザヴイニー現今ノ羅馬法第一卷三六七頁、プフタ羅馬法學階梯五九、六四、八四、八五頁、キールルフ普通私法論一卷二六頁、ホツブス「レヴイアタン」二四節、スタール法律哲學第二卷一九八、二八八、三六〇頁其他多數ノ學者モ皆法カ權利ヲ作ルト說明ス)

權利ノ內容ハ法律利益ナリ

(二)權利ノ內容ハ法律利益ナリ

利益トハ人類ノ生存發達ニ適合スル事物又ハ狀態ナリ而シテ法カ或ル特定ノ利益ヲ認ムルニ依リテ法益トナル元來利益トハ我レカ外界ノ一部ヲ我レノ生活狀態ニ適合スト主觀スルニヨリテ生スルモノナリ然レトモ法ハ客觀的ノ存在ヲ有

スルモノナルカ故ニ法ノ認メタル利益ハ必ス又客觀的ノ利益ナリ換言スレハ法カ此ノ如キハ人類ノ利益ナリト認メタルモノニ外ナラス法カ所有權ヲ認ムルハ所有ト云フ利益ヲ客觀的ニ認メタルモノナリ而シテ個々ノ場合ニ於テ所有者カ却テ其所有ノ不利益タルコトヲ自覺スルモ其所有權ハ依然トシテ權利タルヲ妨ケス（不具ニシテ大食ナル奴隸又ハ卵ヲ產マサル鷄等ノ如シ）法カ人ニ利益ヲ認ムルヤ固ヨリ人生ノ實際ヲ觀察シ主觀的ニ利益トナルヘキモノヲ認メテ法益トスルコトニ力ムト雖モ主觀ト客觀トノ一致セサルハ數ノ免レサル所ナルカ故ニ法ノ認メタル利益カ主觀的ニ利益ト觀念セラレサルカ又ハ或特定ノ場合ニ權利者ニ不利益ナル結果アルコトモ亦タ起リ得サルニアラス然レトモ假令此ノ如キ場合アレハトテ權利ノ內容ヲ法益ナリト解スルハ非ナリトノ議論ハ成立セサルナリ何トナレハ法カ利益ナリトムルモノハ或場合ニ不利益ナリトモ法ノ目ヨリ見レハ常ニ利益ナレハナ對反認リ論者カ債務多キ相續權ヲ引用シテ吾人ニ反對スルハ利益カ法益ナルコトヲ知ラサルノ結果ナリ要スルニ法カ認メタル利益ハ權利ノ內容ニシテ此法益ノ歸屬者ノミカ權利者ナリ（イーエリング羅馬法ノ精神第三卷三一五頁ニ曰ク權利ノ主體トハ法カ權利ノ享有者ト認メタルモノナリ(subjekt des Rechts ist der, dem der Nutzen desselben vom Gesetz zugedacht ist(der Destinär)ト）

債務多キ相續權ヲ以テ法益說ニ反對スルハ非ナリ

權利ハ法益ヲ主張シ得ヘキ法律上ノ狀態ナリ

權利ノ本質カ「法ノ保護スル利益其モノナリ」トハ數多ノ學者（ベール法治國論一九頁以下、イーエリング羅馬法精神第三卷六〇節三一七頁以下、ガーライス法學通論一五節、デルンブルヒ「パンデクテン」第一卷八八頁）ノ唱フル所ナリ然レトモ單ニ法ノ保護スル利益ヲ以テ權利ノ本質トナスハ不當ナリ何トナレハ此ノ如ク論スレハ法ノ反射作用ニ依ル個人ノ利益ヲモ亦權利ト謂ハサルヲ得サルニ至ルヘケレハナリイーエリングハ此攻撃ヲ避ケンカ爲メニ權利トハ法ノ保護スル利益換言スレハ訴權ニ依リテ保護セラレタル利益ナリト曰ヘリ（羅馬法ノ精神第三卷六一節）此說明ニヨレハ反射權ヲ說明シ得ルト同時ニ訴權ナキ權利ヲ說明スル能ハサルニ至ル訴權ハ權利ヲ保護スル爲メニ國家カ權利者ニ與フル所ノモノニシテ權利アリテ初メテ訴權アリ故ニ訴權アルカ故ニ權利ナリト云フハ狹キニ失ス實際權利ニシテ訴權ノ伴ハサルモノ少ナカラスイーエリングノ說ハ曲レルヲ矯メテ直キニ過クルモノナリ

(三)權利ハ法律利益ヲ主張シ得ヘキ法律上ノ狀態ナリ

法律カ個人ニ利益ヲ認ムルニ當リテハ個人ヲシテ此法益ヲ主張セシムル程度ニ於テスルモノト然ラサルモノトアリ法益カ權利ト化スルハ實ニ法カ主張シ得ヘキ利益トシテ之ヲ個人ニ認ムル場合ニ限ル余ハ從來權利ヲ定義シテ法律利益ヲ充實シ得ヘキ法律上ノ狀態ナリト云ヘリ（本書第一版第二版五二頁以下憲法要論八七頁以下）余カ法律利益ヲ充實シ得ルト謂ヘルハ訴權自助其他法律上ノ方法ニ依リテ法益ヲ實際ニ充實スルノ義ナリキ從テ從來ノ自說ニテハ何等法律上ノ救濟方法ナキ權利ハ勢ヒ之ヲ

權利ニ非スト主張スルノ外ナカリシナリ然レトモ是レ獨リ通說ニ反スルノミナラス又甚タシク權利ノ範圍ヲ縮少シ其保護ヲ薄弱ナラシムルモノナリ訴權自助其他ノ法律上ノ濟救方法ヲ伴ハサル權利ハ其數甚タ多シ然レトモ猶權利タルヲ妨ケス法カ個人ノ利益ヲ保護スルニ當リ個人カ法力ヲ援用シテ其法益ヲ他人ニ對シテ主張シ得ル程度ニアラシムル時ハ法ハ其個人ノ爲メニハ權利ヲ設定スルモノナリ固ヨリ法カ人ニ權利ヲ認ムルニ當リテハ別ニ法律上ノ手段ヲ設ケテ其權利ヲ保護スルコトヲ常トスレトモ其手段ハ權利ノ存在ヲ前提トスルモノニシテ權利自體ノ要素ヲナスニアラス是レ余カ從來採リ來リタル權利ノ定義卽チ「充實力ヲ與ヘラレタル法益ヲ主張シ得ル狀態ナリ」ト云ヘルヲ改メテ單ニ「法律利益ヲ主張シ得ヘキ法律上ノ狀態ナリ」ト云フ所以ナリ

權利ヲ法律上ノ狀態ナリト云フ說ニ對シテハ間々次ノ非難アルヲ聞ク曰ク「權利ハ力ナリ狀態ハ力ニアラス故ニ權利ヲ狀態ナリト云フハ非ナリ」ト然リ旣ニ法カ力ナル以上ハ主觀的ノ法タル權利モ亦タ力タルコトハ疑ナシ然レトモ「力」ノ文字ハ其用法ニ依リテ誤解ヲ招ク虞レアリ靜止セルモノヲ動カシ動クモノヲ止ム是レ卽チ力ナリ故ニ力ハ多クノ場合ニ於テ「動」ノ義ニ用キラル然レトモ權利カ力トナリ動トナリテ顯ハルヽハ現ニ其權利ヲ實行スル場合ニ於テ初メテ起ルモノナリ此意味ニ於テ云ヘハ力ハ權利ノ結果ニシテ其本質ニアラス吾人カ一反ノ土地ヲ有スルヤ之ヲ利用スルトセサルトヲ問ハス吾人カ其土地ニ付キ何等ノ法益ヲ主張セサルモ所有權ハ猶ホ存ス何トナレハ若シ吾人カ其土地ヲ使用收益處分セムトセハ何時ニテモナシ得ル狀態ニ在ルヲ以テナリ此ノ如ク權利ヲ力ナリトスル結果ハ人ヲシテ靜止セル權利卽チ主張シ得ヘキモ現ニ主張セラレサル權利狀態ヲ說明スルニ困難ヲ感セシムルモノアリ是レ余カ法益ヲ主張シ得ル狀態ト云ヒテ力ナル文字ヲ用ユルコトヲ避クル所以ナリ

利益ヲ事實上充實スルヤ否ヤハ權利ノ內容ニ關係ナシ苟モ法律利益ヲ主張シ得ヘキ狀態タニアラハ權利ハ存在ス所有權ハ物ヲ使用收益處分シ得ル狀態ナリ然レトモ此狀態カ存スル以上ハ前ニ述フルカ如ク所有者カ物ニ付キ何等ノ利用ヲナササルモ所有權タルニ妨クル所ナシ或人カ物ヲ使用收益處分スルハ所有權ノ實行ニシテ權利其モノニハアラス而シテ利益ノ充實又ハ主張ハ必ス意思ニ基カサルヘカラス何トナレハ人類ノ活動ハ意思ノ作用ヲ離レテ存在

法益ヲ主張シ得ヘキ狀態タニアラハ權利ハ存在ス

意思ハ權利實行ノ要具ナリ權利自體ニアラス

セサレハナリ意思ハ實ニ利益ヲ充實シ主張スル要具ナリ古來幾多ノ學者カ意思其モノヲ以テ權利ノ本質ト誤解セル所以ノモノモ亦タ實ニ此理由ニ基ク然レトモ意思ハ利益主張ノ要具タルノミニシテ權利ノ本質ニアラス若シ權利ヲ意思ノ力ナリトセハ意思能力ナキ精神病者幼者ハ權利ヲ有スル能ハサルヘシ假リニ一歩ヲ讓リ權利ノ本質タル意思ハ必スシモ權利者ノ意思タルコトヲ要セス法律上ノ制度ニ依リテ他ヨリ供給セラレタル意思ヲ以テ法律上自己ノ意思トナシ得ルモノナル以上ハ其者ハ又權利ノ主體ナリトスルモ然ラハ意思能力ナキ者カ法律上ノ代表者又ハ代理人ヲ缺ク場合ニ於テハ其者ノ權利能力ハ果シテ何ニ依リテカ之ヲ說明スル之ヲ要スルニ意思ハ權利ヲ主張シ充實スル要具タリ從テ苟モ主張セラルヽ法益ノ歸屬者ハ常ニ權利者ニシテ其權利ヲ實行スル意思カ自己ノ自然意思ナルカ又ハ他ノ自然意思ナルカハ全ク無關係ナリ無能力者ノ意思ヲ代理補充スル爲メニ他人カ意思ヲ表示スルモ無能者ハ常ニ權利者ナリ何トナレハ法益ノ歸屬スル所ハ彼レ無能力者自身ナレハナリ

意思ヲ以テ權利ノ本質トスルハヘーゲル(法律哲學一八二一年二九節三四頁)ニ始マリ近世ノ學者中ニモアルンツ(「パンデクテン」二一節)ブフタ(「パンデクテン」二九節)ウインドシャイド(「パンデクテン」三七節)ギールケー(團體法論六三二頁)等之ヲ唱フ然レトモ此說ハ三個ノ缺點ヲ有ス意思機關缺除ノ場合ニ於ケル無能力者ノ權利ヲ說明スル能ハサルコト其一ナリ單ニ漠然ト意思ノ力ナリト云フカ故ニ或目的(etwas)ニ向ケラレタル意思ナリト說カサルコト其二ナリ意思ハ權利ヲ充實スル方法ナルニモ拘ラス之ヲ其本質ト說明スルカ故ニ手段ト目的トヲ混シタルコト其三ナリ近來意思說ヲ採ルモノヽ中ニハ利益說ト意思說トヲ折衷シテ權利ノ定義ヲ定メントスルモノアリイエリネツク公權論(二頁公法雜誌第五卷二六三頁以下ニ於ケルベルナチツク所論カ「權利ハ意思カヲ認ムルニ因リテ保護セラレタル利益ナリ」ト云ヒベツカー(「パンデクテン」第一卷一一頁カ「權利ハ利益保護ノ爲メニ法律カ作リタル意思力ナリ」ト云フカ如キ是レナリ美濃部博士日本行政法第一卷二三一頁カ「權利トハ特定ノ法律利益ヲ主張スルカ爲メニ法ニ依リテ認メラレタル意思ノ力ナリ」ト云ヒ佐々木學士日本行政法原論一三〇頁カ「權利トハ法律利益ヲ自占スル爲メニ法ニ依リテ承認セラレタル意思ノ力ナリ」ト云フハ其用語ニ於テ多少ノ異同コソアレ余ヲ以テ見レバベツカーノ所說ト同一ナリト信ス彼等カ權利ノ本質ヲ意思ニ求メ而カモ其意思ヲ法ニ依リテ認メラレタル意思トスルハ可シ蓋シ斯ク解セサレハ自然意思ヲ有セサル法人又ハ法定代理人ニ依リテ其意思ヲ補充セラルヽ無能力者ノ權利ヲ說明スル能ハサレハナリ然レトモ假令斯ク解スルモ問題ハ猶ホ殘ルナリ即チ前ニ本文ニ於テ述ヘタルカ如ク無能力者中ニハ時ニ法定代理人ヲ缺ク者アリ此ノ如キ場合ニハ假令法律意思ヲ權利ノ本質トスルモ其者ノ權利能力ヲ說明シ得サルヘシ故ニ余ハ意思說ヲ採ラス若シ論者ニシテ强テ意思ヲ以テ權利ノ本質トナサントセハ須ラク次ノ如ク云フヘシ「法ハ意思ノ力ナリ故ニ法ニ依リテ與ヘラレタル權利モ亦タ意思ノ力ナリ」ト然ラスシテ意思ヲ權利者タル個人ノ意思ニ求メムトセハ意思說ハ遂ニ維持スルニ由ナシ

公權私權ノ區別

法ノ區別ニ求ムルモノ

利益ノ區別ニ求ムルモノ

權利ノ意義ハ上來說明スルカ如シ而シテ其中ニ於テ公權ト私權トヲ區別スルノ標準ハ如何余ハ權利ノ要素トシテ(一)法(二)利益(三)權利主體ノ三者ヲ得更ニ其實行ノ要具トシテ意思ヲ擧ケタリ然ラハ從來學者カ論シタル區別ノ標準モ亦タ此四要素ノ區別ニ基クモノノ外ハ無シ以下其區別ノ標準ノ適否ヲ論評セン

(一)區別ノ標準ヲ法ニ求メ公法ニ依リテ生スルモノハ私權ナリトスル說(穗積氏憲法講義、一木氏行政法講義、岡氏行政法論綱六六頁揭著憲法要論一〇四頁以下)

公法私法ノ區別ニ付テハ古來幾多ノ學說アリ(憲法要論七二頁—八六頁)然レトモ既ニ其區別ヲ立テ得ヘシトセハ公法ニ因ル權利ハ公權ニシテ私法ニ因ル權利ハ私權ナリト云フハ適當ノ說明ナリ然レトモ此種ノ說明ハ稍ヤ迂遠ニ失ス何トナレハ或權利カ公權ナリヤ私權ナリヤノ問題起ルニ際シ常ニ公法私法ノ問題ニ遡ル時ハ更ニ難問ヲ釀スノ虞レアリ故ニ若シ公法私法ノ區別ニ依ラスシテ直接ニ公權私權其モノヽ區別ヲナシ得ヘキモノアラハ寧ロ其勝レルヲ信ス故ニ余ハ憲法要論ニ於テ權利ノ區別ヲ公法私法ノ區別ニ求メタルニ拘ラス本著ニ於テハ同一ノ結果ヲ來スヘキ斷案ヲ一層簡單ナル方法ニ求メント欲ス後ニ述フル所是レナリ

(二)區別ノ標準ヲ公益ト私益トノ區別ニ求ムル說(ガーライス法學通論一五節、ゲーマイヤ國法學一一號氏ハ猶他ノ點ヨリ兩者ヲ區別セリ美濃部博士日本行政法第一卷二三五頁ハ公法上ノ權利ハ其利益的要素ニ於テハ主トシテ公益ノ爲メニ認メラル、權利ナルコトニ於テ私法上ノ權利ト區別セラルト云ヘリ)

此說明ハ多少ノ眞理ヲ包含ス然レトモ公益ト私益トハ水ト油ノ如ク區別セラルヽモノニアラス公益ヲ保護スル傍ラ私益ヲ保護スル場合甚タ多キヲ見レハ此說ハ遂ニ區別ノ標準トナシ難シ但シ他ノ點ヨリシテ權利ノ公私ヲ別チ難キ場合ニ於テ此ノ標準ニ依リテ權利ノ公私ヲ別チ得ルノ力(Wollendürfen)ト欲シ能フノ力(Wollenkönnen)トノ兩(三)意思ノ區別ニ依リテ公權私權ヲ區別セントスル說(イエリチツク公權論四〇頁以下ヲ以テ木鐸トスブリンツ「パンデクテン」第一卷五六頁等ニ多少此主義ノ萌芽ヲ見ル)

イエリチツク曰ク欲シ得ルノ力(Wollendürfen)ト欲シ能フノ力(Wollenkönnen)トノ兩者ヲ包含スルモノハ公權ニシテ欲シ能フノ力ノミヲ有スルモノハ公權ナリ換言スレハ人カ法ヲ待タスシテ仍ホ爲シ能フ力(卽チ欲シ得ル力)ヲ法カ認メテ適法ノモノ(卽チ法律上ノ欲シ能フ力)トスル時ハ私權トナリ人カ法ヲ待タサレハナシ能ハサルコトヲ法ニ依リテナシ能フモノトセラルヽハ公權ナリ(例ヘハ物ノ賣買貸借ハ人カ自然ニ有スル「ナシ得ル力」ナリ法カ之レヲ認ムルニ依リテ同時ニ「爲シ能フ」力トナリ私權ヲ生ス公職ニ就クハ人カ自然ニ「爲シ得ル」所ニアラス法ヲ待テ初メテ「爲シ能フ」トナル故ニ公權ニハ「爲シ能フ力」丈ケ存シテ「爲シ得ル力」アルコトナシ)ト氏ノ說明ニ對シテハテッナー(グリューンフート雜誌第二一卷一〇七頁以下)及一木博士(行政法講義)ノ駁論アリ兩氏ノ駁點ハ「法律上欲シ得ルトハ天然ノ自由ニアラスシテ法律上ノ自

由ナリ卽チ國家カ自然ノ能力ニ加フルニ其ノ自然ニ有セサル能力ヲ以テシタルモノナリ故ニ欲シ得ルト云フモ欲シ能フト云フモ等シク國家ノ與フル能力ナリト云フニ歸着ス然レトモ是レ酷評ノミ兩氏ハイエリヂツクノ所謂「欲シ得ル」ハ法律上ノ自由ナリト解シテ其所論ヲ攻撃スレトモ法律上ノ自由ハ卽チ適法行爲ニシテイエ氏ノ所謂「法律上ノ欲シ能フ」ナリイエ氏ノ所謂欲シ得ルハ此ノ法律上ノ自由ニアラスシテ其以前ニ存スル所ナリ人ヲ殺スモ欺クモ欲シ得ル所ナリ然レトモ法ハ此ノ如キ「欲シ得ル」ヲ以テ「欲シ能フ」ト認ム人カ自然ニ有スル一切ノ「欲シ得ル」コトノ中ニテ法カ之ヲ認メテ適法ナリトセルモノヽミカ「欲シ能フ」コトヽナリ私權トナルナリテツナーノ論鋒ハ全クイエリヂツクノ說明ヲ攻撃ニ便ナル如ク曲解セルモノニシテ妄評ナリ一木博士ハ一方ニイエリヂツクヲ攻撃シタレトモ同時ニ又イエ氏ノ說カ眞理ヲ包含スルコトヲ說明セリイエリヂツクノ說明ハ余ノ說明ト一致ス（余ハ公法ヲ以テ國家ナケレハ起リ得サル關係ヲ規定スルモノ私法ヲ以テ國家ナクトモ人類ノ多數アラハ起リ得ル關係ヲ規定スルモノハ公權私法ニ因リテ生スルモノナリトシ而シテ公法ニ因リテ生スルモノハ私權ナリトスルモノナリ故ニ余カ所謂私權ハイエリヂツク氏ノ所謂「欲シ得ル」ヲ保護シテ「欲シ能フ」トナセルモノナリ故ニ結果ハ同一ナリ）然レトモ此區別モ亦實際問題ヲ解決スルニ適當ナラス且ツ或場合ニ於テハ欲シ得ルト欲シ能フトノ兩

公權ハ專ラ公法人カ有スルコトヲ得ルカ又ハ公法人ニ對シテノミ有スルコトヲ得ル權利及ヒ公共團體ノ一員タル資格ニ於テ權利者ニ屬スル權利ナリ

統治權ハ公權利ナリヤ否ヤ

者ハ錯雜シテ之ヲ分拆スルニ由ナキ場合アリ故ニ若シ此ノ以外ニ實際上便利ナル區別ノ標準アラハ之ヲ採ルヲ可トス是ニ於テカ余ハ第四ノ標準ヲ採ラント欲ス

（四）公權ハ專ラ公法人カ有スルコトヲ得ルカ又ハ公法人ニ對シテノミ有スルコトヲ得ル權利及ヒ共同團體ノ一員タル資格ニ於テ權利者ニ屬スル權利ナリ（一木博士行政法講義ゲーマイヤー國法學一一號イエリヂツク公權論四九―五〇頁美濃部博士前書二三四頁）

此區別ハ吾人ノ說ク所ト同シク其標準ヲ公法私法ノ區別ニ發スルモノニシテ別ニ新說ニアラス（一木博士ハ公法トハ專ラ公法人間又ハ個人ト公法人トノ間ニ限リテ起リ得ヘキ關係ヲ規定スルモノ私法トハ私人ノ間ニモ起リ得ル關係ヲ規定スルモノト說明セラルヽカ故ニ公法ヨリ生スル權利ハ專ラ公法人ニ屬スルカ又ハ公法人ニ對シテノミ有スルコトヲ得ル權利トナルナリ）然レトモ其說明簡明ニシテ各種ノ權利ヲ公私ニ區別スル上ニ於テ實際ニ適用セラルヘキモノナリ余ハ便利ノ爲メ爰ニ之ヲ採用ス

國家ノ有スル力ハ權利ニアラスシテ權力ナリト論スル學者アリ余モ亦權力ト權利トハ其間ニ多少ノ差異アルヲ認ム（憲法要論一〇二頁）然レトモ國家カ法ヲ以テ其無限ノ權力ニ限界ヲ加ヘ法ニ從フニアラサレハ臣民ヲ拘束セスト定メタル以上ハ其力ハ法律上ノ力トナル而シテ此ノ力ハ法ヲ待チテ始メテ生スルモノニハアラスシテ却テ法ニ依リテ限定セラレタル力ナレトモ其法律上ノ力タル點ニ於テハ權利ト異ナルナシ故ニ或學者ハ國家カ權力ヲ行使スル力モ亦公權ナリト說

明セリ(一木博士國法學講義、イエリネツク公權論一八四頁)國家ノ權力ト普通ノ權利トハ其內容及ヒ發生ノ原因ニ於テ大ニ趣ヲ異ニスルモノアルカ故ニ此點ニ付テハ區別シ得サルニアラサルモ法律ノ範圍內ニ於テ働ラク力トシテハ兩者乃チ一ナリ故ニ若シ說明上ノ便利アラハ權力ヲモ權利ナリト解スルヲ妨ケス前ニ所謂專ラ公法人カ有スルコトヲ得ル權利トハ多ク法規ノ範圍內ニ於テ働ラク權力ヲ有シタルモノナリ猶ホ余カ一木氏ノ「專ラ公法人カ有スルカ又ハ公法人ニ對シテノミ有スルコトヲ得ル權利」ト云ヘルニ加ヘテ共同團體ノ一員トシテ有スル權利ヲ附加シタル所以ノモノハ或權利例ヘハ選擧權ノ如キハ果シテ公法人ニ對シテ有スル權利ナリヤ否ヤニ付キ疑アルヲ以テナリ

法律ノ範圍內ニ活動スル力トシテハ權力モ同一ナリ故ニ權力ヲ公權利ト解スルヲ妨ケス

奴隸狀態

第二節　個人ニ屬スル公權ノ種類

國家カ法ノ上ニ超脫シテ人民ヲ無限ニ壓シタル時代ニ於テハ唯國家(又ハ王)ノミ自由ニシテ人民ハ皆奴隸ナリキ(ヘーゲル歷史哲學講義二三頁ハ東洋諸國ニ於テ自由ヲ有スルハ唯君主ノミト謂ヘリ)國家カ他人ニ人格ヲ認メント欲セハ自カラ制限セサルヘカラス古代ニ於テハ國家ハ人民ノ人格ヲ認メサリシカ故ニ當時ノ人民ノ狀態ハ

(一)所謂奴隸的臣屬ノ狀態(Passiver Status, Status Subiectionis)タリシナリ此時代ニハ個人ニ人格ナキト同時ニ國家モ未タ人格ト認メラレサリシナリ人格ハ相對的ノ觀念ナリ換言スレハ制限ノ觀念ナリ國家カ個人トノ關係ニ於テ自カラ定メタル

消極狀態

法ニ從フ義務ヲ負フニ至リテ個人ニ人格ヲ生スルト同時ニ國家ノ權力モ法的ノモノトナリ法律上ノ義務ヲ負フコトヽナリテ一個ノ法人格ヲ獲得ス然レトモ國家ト個人トノ人格ハ相對シタル觀念ニシテ一ノ增加ハ一ノ減少ナリ個人ニ人格カ生スル時ハ奴隸的臣屬ノ狀態ハ止ムト同時ニ國家ハ又一定ノ範圍ニ於テ臣民ノ自由ヲ侵スヘカラサルノ義務ヲ負擔ス是ニ於テカ

(二)不可侵ノ消極狀態(Negativer Status, status libertatis)ヲ生ス此範圍ニ於テハ個人ハ自己ノ主人ニシテ國權ノ命令ヲ否定スヘキ地位ヲ取得ス然レトモ國家ノ進步ハ此ノ消極的狀態ヲ以テ滿足セス猶ホ進ンテ個人ニ與フルニ積極的ニ國家ノ行爲 dare, facere praestare ヲ要求スルノ權ヲ以テセリ是レ卽チ

積極狀態

(三)積極的狀態(Positiver Status, status civitatis)ナリ然レトモ國家ノ其權力ヲ行フカ爲メニ數多ノ自然人ヲ必要トス是ニ於テカ第四ノ種類トシテ國家ハ個人ニ與フルニ國家ノ意思ノ構成ニ參與スルノ能力ヲ以テスルニ至リ爰ニ

參政狀態

(四)參政態狀(activer status, active civität)ヲ生ス是レ卽チ參政ノ權利ナリ

以上ノ說明ハイエリネツク公權論七十六頁以下ニ說ク所ニシテ一木博士モ亦行政法講義ニ於テ之ヲ引用セリゲー、マイエル(國法學一一號)ハ公權ヲ分チテ(イ)特定ノ個人

自由權ハ權利ナリ

ノ權利範圍カ國家ノ干渉ヲ受ケサル自由(ロ國家ノ積極的行爲ヲ要求スル權利(ハ)國家ノ機關トシテ行動シ若クハ國家機關ノ編成ニ參與スル權卽チ參政權ノ三者トセリ此區別ハイエリヲツクカ論シタル消極的狀態以下ノ三者ニ該當ス

(一)不可侵ノ狀態卽チ自由權ハ權利ナリヤ否ヤハ學者ノ間ニ於テモ議論ノ岐ルヽ所ナリ若シ之ヲ以テ單ニ憲法カ一定ノ事項ハ法律ヲ以テスヘシト定メタル立法ノ方針ナリト云ハヽ此憲法ノ規定ニ基キテ發セラルヽ法律カ人民ニ利益ヲ與フルモソハ法ノ反射作用ニシテ權利ヲ設定スルモノニアラス余ハ此意味ニ於テ從來自由權ハ權利ニ非スト主張シ來レリ(拙著憲法要論一〇〇頁以下及二八三頁本著前版六四頁)然レトモ飜テ惟フニ憲法カ特ニ第二章ニ於テ臣民ノ自由權ヲ保障スル所以ノモノハ自由權カ而カク無意味ナルモノニアラサルカ爲メナリ十九世紀ノ初期以來各國憲法カ特ニ臣民ノ自由權ヲ保障スル規定ヲ設クルハ其基ク所皆直接間接ニ佛國ノ「人權及公民權ノ宣言」ニ在リ而カモ佛國ノ人權及公民權ノ宣言ハ既ニ千七百七十六年ヨリ千七百八十九年ノ間ニ於テ發セラレタル米國諸州ノ憲法特ニヴアージニアノ憲法ノ規定ニ倣ヒタルモノニシテ此等米國諸州ノ憲法カ臣民ノ權利ヲ保障スルハ更ニ遡ツテ英本國ノ Magna Charta, Petition of Rights, Habeas-corpus-act, Bill of Rights 等ニ倣ヒタルモノナリ臣民ニ一定ノ權利範圍ヲ劃シ國家ノ行政權ヲシテ之ヲ侵スコトナカラシムルノ保障ヲ立ツルコトハ實ニ憲法其モノ、根本ノ趣意ノ宿ル所ニシテ此保障ヲ除カハ憲法ハ其骨子ヲ失フモノナリ憲法ハ一定ノ事項ヲ列擧シ法律ニ依ルニアラサレハ臣民ノ權利範圍ニ干渉セサルコトヲ定ムル單ニ行文ノ體裁ヨリ見レハ立法ノ方針ヲ規定シタルニ過キサルカ如キモ其半面ニ於テハ法律ニ依ルニアラサレハ云々セラルヽ事ナキ最モ重大ナル權利ヲ設定スルモノナリ臣民ニ對シテ利害ノ及フ所甚タ大ナル事項ニ付テハ行政權ハ議會ノ協贊ヲ經タル法律ノ定ムル形式ニ依ルノ外之レニ干渉スル能ハス臣民ノ側ヨリ云ヘハ法律ニ依ルニ非スシテ云々セラルヽコトナシト云フ保障ハ國家ノ行政機關ニ對シテ主張シ得ヘキ利益トシテ與ヘラレタルモノナリ彼ノ行政訴訟ノ如キモノハ全ク此自由權ノ保障ヲ全カラシムルカ爲メニ發生シタル制度ナリ此故ニ余ハ從來ノ持說ヲ棄テヽ自由權ヲ公權ナリトシ且ツ臣民カ有スル公權中最モ重要ナルモノト看做サントス余カ嘗テ採リ來レル意見即チ「自由權ハ權利ニ非ス唯此自由ヲ充實シ得ル法律上ノ手段例ヘハ行政訴訟ノ如キ制度ヲ設クルニ至リテ初メテ臣民ノ公權ヲ生ス」ト云ヘルハ權利ヲ極メテ狹ク解シタル結果

ヲ調ヘンカ爲メノ議論ニシテ維持シ難シ

イエリチツク公權論九二頁ハ自由權ヲ以テ反射權ニ過キスト論セリ同意見ヲ採ルモノハオー、マイヤー獨逸行政法第一卷第一〇六頁、ラーバンド獨逸國法第一卷一三三頁、ザイデルバイエルン國法第一卷三〇一頁、ザルヴイ、エルテムベルグ國法第一卷一七六頁等ナリゲー、マイヤーハ獨逸國法二一七號ニ於テハ自由權(基本權)カ權利ナルコトヲ說ケルニモ拘ラス同著一一號ニ於テ公權ト題シテ說明シタル中ニハ「凡テノ公法ノ規定カ權利ヲ生スルニ非ス而シテ公法ノ法規カ個人ニ利ナルモノアルハ蓋シ法ノ反射作用タルニ過キス憲法ニ宣言セル一般立法ノ主義ノ如キハ公權ヲ設定セス」ト論シ自己ノ所說ヲ確カムル爲メニイエリチツク公權論六三頁以下ヲ引用セリ是ニ依リテ之ヲ觀レバマイヤーハ自家撞着ニ陷リタルモノナリ何トナレハ其所謂「憲法ニ宣言セル一般立法ノ主義」トハ自由權ヲ指スニ外ナラサレハナリ

(二)積極狀態即チ要求權カ權利ナルコトハ困難ナル疑問ノ存セサル所ナリ然レトモ亦反對論者ナキニアラス

イエリチツク公權論一一九頁、ラーバンド(國法學第二卷三三二頁、ハー、アー、ツアハリエー獨逸國法第一卷九〇頁、ゲー、マイヤー國法學一一號、プレツス(1882訴權論一〇三頁、グリユーンフート雜誌第四卷四六八頁以下ニ於ケルゾームノ債權論等其他多數ノ學者モ亦其權利ナルコトヲ認ムヴアツハノ如キハ反對ノ意見ヲ包持セルモ後ニ至リテハ其公權ナルコトヲ認メタリイエリチツクハ消極狀態モ訴權ヲ附與セラルレハ積極狀態即チ要求權トナリ公權トナルト說明ス(公權論一〇〇頁)故ニゲー、マイヤー國法論二一七號註三カイエリチツクノ說ヲ斥シテ「行爲ニ對スル要求權ハ權利ノ內容ヲナスニ足ラサルカ解スヘカラス」ト論セシハ余ノ目ヨリ見レハ酷評ナリ

(三)參政權ハ廣狹二義ヲ有ス廣ク參政權ト曰ヘハ官吏トナルノ資格其他公職ニ就クコトヲ得ル資格及ヒ選擧權ヲ總稱ス然レトモ此等ハ悉ク固有ノ意義ニ於ケル權利トナルニハアラス官吏トナル資格カ權利ニアラサルハ一般ニ認メラルヽ處ナリ(穗積博士憲法講義、一木博士行政法講義)選擧權ニ付テハ疑問アリラーバンド(國法學二九二頁及同註一九)ハ之ヲ權利ニアラストシイエリチツク(公權論一五二頁)ゲー、マイヤー(國法學九九號)ステンゲル(行政雜誌第三卷一九九頁)等ハ之ヲ以テ權利ナリト主張ス余モ亦其權利ナルヲ信ス(憲法要論三一二頁及註)然レトモ被選權ハ一ノ資格ニシテ權利ノ性質ヲ有セス(穗積氏憲法講義、憲法要論三一二頁、ゲーマイヤー國法學九九號、ザイデルバイエルン國法第二卷一三〇頁ダンチエル、フオンコルレスベルヒ臣民ノ參政權九七頁等)

イエリチツクハ個人ノ參政權ト題シテ公權論一四〇頁以下ニ(一)王權即チ(イ)王位繼承權及ヒ(ロ)王タル者ノ權利(二)攝政ノ權(三)共和國ノ國長等及ヒ裁判官ノ權利(四)選擧權(五)當選者ノ權利(六)選擧ニ依ラサル議員ノ權利(七)直接民主國民ノ國民ノ表決權及ヒ選擧權(八)國家ノ官吏タル地位ヨリ生スル權利即チ(イ)官吏其者ノ權利(ロ)國家ノ名譽官吏ノ權利(ハ)服務ヲ要求スル國家ノ權利(ニ)國家ト雇傭關係ニ立ツ者ノ權利(例ヘハ雇ノ期間ヲ在官ノ期間ニ通算スル場合ノ如キ是レナリ)(九)公法上ノ團體ノ理事機關及ヒ議事機關ノ一員カ有スル權利等ヲ揭ケタリ此列記ハ個人ノ參政權ノ全體ヲ盡シタルモノト謂ヒテ可ナリ然レトモ參政權附與ノ形式ハ時々ノ立法ニ從ヒテ變化スルカ故ニ或ル時

要求權ハ權利ナリ

參政權

悉ク權利トナルニアラス

選擧權ハ權利ナリ

被選權ハ資格ニシテ權利ニアラス

代ニ於ケル實際ノ參政權ヲ列擧シテ不動ノ標準トナス能ハサルハ明カナリ

第三節　公權ノ取得及ヒ喪失

公權取得ノ原因

(一)公權取得ノ原因

權利ハ法ヲ待チテ後生ス故ニ公權ノ取得モ亦法ノ規定ヲ待タサルヘカラス然レトモ法カ公權ヲ附與スル方法ハ必スシモ一樣ナラス其形式ハ次ニ述フルカ如シ

法規

(イ)直接ニ法ノ規定ニ因ルモノ　全國民又ハ國民中ノ一階級ニ屬スル權利ノ如キ多ク此原因ニ因ル個人ノ權利トテモ亦直接ニ法ノ規定ニ因リテ生スルモノアリ王位繼承攝政就任ノ權ノ如キ是ナリ

處分

(ロ)元首又ハ國家機關ノ處分ニ因ルモノ　此場合ニ於テハ法ノ規定ハ公權發生ノ間接ノ原因ヲナスニ過キス然レトモ國家機關ノ處分ニ因リテ公權ヲ附與スト云フコトハ又法ノ規定ナルカ故ニ此場合ニモ公權發生ノ原因ハ法ニ基クヘキコトハ明カナリ官吏ノ任命、免許等ハ此種ノモノニ屬ス

選擧

(ハ)選擧權ヲ有スル者ノ選擧ニ因ルモノ　衆議院議員タルノ權利其他地方自治體ノ議事機關ノ一員タル權ハ此種ニ屬ス

契約ハ公權發生ノ原因ナリヤ

公權カ契約ニ因リテ生スルヤ否ヤハ學者間ニ議論ノ岐ルヽ所ナリ美濃部博士(日本行政法第一卷二九七頁)一木博士(行政法講義)ラーバンド(國法第一卷三九九頁以下)レーニング(獨逸行政法二四五頁以下)ステンゲル(獨逸行政法四〇、四三、一八六頁)キルヘンハイム(獨逸國法一四四頁)等ハ公法上ノ契約カ公權發生ノ原因タルコトヲ認メゲー、マイヤー(獨逸國法學一一號)ゲルベル(國法原論一七頁註一一)ツオルン(獨逸國法第一卷一〇五頁)グローテフエンド(プロイセン行政法第一卷五三頁)ギールケー、ヒンシウス等ハ之レニ反對ス吾人ヲ以テ見レハ此等ノ學者ノ間ノ論爭ハ合意ニ因ル行政處分カ契約ト稱スヘキヤ否ヤノ點ニ歸着スルモノナリ契約カ公權發生ノ原因トナラスト論スル學者ハ曰ク「契約ハ對等ノ人格間ニアラサレハ發生セサルモノナリ國家ハ權力者ニシテ人民ハ服從者ナリ兩者ハ對等ニアラサルカ故ニ其間ニ契約ノ成立シ得ル道理ナシ」ト積極論者ハ曰ク「消極論者カ公法上ノ契約ヲ否認スルハ彼等カ契約ヲ以テ私法上ノ名稱ナリト曲解スルカ爲メナリ國家ハ何人ニモ國務ノ施行ノ義務ヲ課スルコト無シ若シ此必要アラハ必ス相手方タル個人ノ同意ヲ以テ之ヲ行フ故ニ官吏關係ノ發生ノ如キハ國家ノ一方的意思ニ依リテ定マラス必ス相手方ノ引キ受ケヲ要ス此合意ニ依リテ官吏モ國家モ共ニ一定ノ義務ヲ負擔スルヲ見ハ何カ故ニ契約ニアラサルカ」ト若シ契約ノ意義ヲ此ノ如ク解シ合意ニ依リテ效力ヲ生スル國

家ノ行爲ハ即チ公法上ノ契約ナリト解スルナラハレーニング、ラーバンド一派ノ學者ノ說明必スシモ誤リニアラス蓋シ單純ナル言語上ノ爭ニ過キサレハナリ然レトモ吾人ハ合意ニ基ク處分ヲ以テ仍ホ處分ナリト解シ前ニ掲ケタル(ロ)ノ一種トシテ之ヲ說明シ公法上ノ契約ナル別名ヲ附スルノ主義ヲ採ラス何トナレハ若シ契約論者ノ說ニ從ヘハ本人ノ意思ヲ條件トスル一切ノ處分ハ凡テ之ヲ契約ト稱セサルヲ得サルニ至ルヘケレハナリ此事ハ任官ノ關係ニ付キテハ猶ホ適當ノ如ク見ユルト雖モ認可許可特許歸化等ニ至ル迄モ悉ク契約ナリト論定セサルヲ得サルニ至ルヨリ見レハ蓋シ結果ヲ見サルノ說明ナリ

認可許可等ハ皆願出ニ依リテナス處分ナリ而シテ免許ニ依リテ得タル個人ノ權利ハ公權ニシテ私人カ之ヲ侵害シ得サル地位ニアルト同時ニ國家自身之ヲ侵害スル能ハス(免許權ハ唯國家ニ依リテノミ侵害セラルヽコトヲ得)然ラハ免許モ亦願出ノ形式ヲ以テ表示セラレタル本人ノ同意ニ依リ公權ヲ附與スルモノナルカ故ニ契約トナルヘキカ若シ任官カ契約ナラハ免許モ亦契約ナルヘシ然レトモ任官ヲ契約ナリト主張スル論者モ免許カ處分ナルコトヲ唱フルニ至リテハ皆其口ヲ一ニス余ハ其何ノ理由ニ基クカヲ知ラス(本論第一篇第一章第二節第一款三ノ所參照)

占有(取得時效)ハ公權取得ノ原因ヲナスヤ否ヤニ付テモ亦タ議論ノ存スル所ナリ公權ノ發生ハ法ノ存在ヲ前提トス法ノ淵源ハ必ス法規ナラサルヘカラス(Regeln, ius in sensu objectivo)占有及時效ノ如キハ一ノ事實ニシテ法源ニアラス從テ若シ此

等カ或公權取得ノ原因タル效力ヲ有スルカ爲メニハ法カ其效力ヲ認メサルヘカラス法ノ認メサル範圍ニ於テハ占有及時效ハ決シテ公權取得ノ原因トナルコトナシ(ゲー、マイヤー國法第一一號二九頁、レーニング行政法一六—一七頁、之ニ反シツ、エプル國法原論第一卷一四四頁以下ハ占有ヲ以テ公權取得ノ一般原因ト認ム)但シ最高權ヲ行使スルノ權利ハ占有ノ事實ニ依リテ之ヲ獲得ス其占有カ適法ナリヤ不適法ナリヤハ問フ所ニアラス

我國ニ於テハ公法上ニ於テ取得時效ヲ認ムル規定ヲ缺クレーニングノ引照スルカ如クンハ普魯西ニハ此ノ如キ二三ノ規定アリ例ヘハ四十四年間貴族ノ賓位(プレデカート)ヲ維持シタル者ハ貴族ノ身分ヲ獲得シ(Allgemeines Landrecht II. 14 § 79; Verordn, v. 26 Dec. 1808, § 37)スルカ如シ 五十年間ノ取得時效ニ依リテ租稅免除ノ權ヲ獲得(A. L. R. II. 14 § 79; Verordn, v. 26 Dec. 1808, § 37)スルカ如シ

或論者ハ事實ヲ以テ公權取得ノ原因トナス(一木博士行政法講義)然レトモ仔細ニ觀察スレハ事實カ公權取得ノ原因トナルハ必ス法ノ認定ニ基クモノニシテ歸スル所其事實ノ發生ヲ條件トスル法規其モノカ此公權發生ノ原因ヲナスモノナリ(例ヘハ一定ノ年限ニ達シタル者カ選舉權ヲ取得スルカ如シ)故ニ余カ前ニ掲ケタル(イ)以外ニ於テ別ニ事實ニ基ク公權發生ノ原因ヲ掲クル必要無シ

(二)公權ノ喪失

(イ)直接ニ法規ニ因ルモノ

處分

主體ノ死亡

棄權

法ノ規定ナケレハ公權ハ讓渡相續ヲ許サス

公權ニハ拋棄シ得ルモノト然ラサル

(ロ)元首又ハ國家機關ノ處分ニ因ルモノ　公權ヲ剝奪スルハ或ハ司法官廳ノ裁判ヲ以テスルコトアリ或ハ行政官廳ノ處分ニ因ルコトアリ

(ハ)權利者ノ死亡　此原因ハ法ヲ以テ之ヲ明言セスト雖モ理論上權利主體ノ消滅ハ又タ權利ノ消滅ヲ來スヤ明カナリ

(ニ)棄權　公權ハ之ヲ處分スルコトヲ得スト論スルハ誤ナリ(フオン、ザルヴイ公權及ヒ行政裁判四二〇頁、プフイツエル行政裁判制度ノ改革一五頁以下)然レトモ亦權利ナルカ故ニ凡テ權利者カ處分シ得ト曰フモ誤レリ而シテ公權ノ中如何ナルモノカ處分スルヲ得サルヤハ困難ナル問題ノ存スル所ナリ

一般ニ權利ノ處分ト云ヘハ其讓渡ト拋棄トヲ包含ス而シテ公權ハ讓渡又ハ相續スル能ハサルモノナリ但シ特別ニ法律ヲ以テ之ヲ許可セルモノハ此限ニアラス(レーニング行政法一七頁同註二、イエリ子ツク公權論三二四頁モ亦同說ナリ)例ヘハ獨逸營業法ハ個々ノ營業ニ付キ免許ヲ必要トスルモノヲ定ム免許ニテ得タル權利ハ公權ニシテ被免許者ノ死亡ト共ニ消滅スルモノナリ然レトモ同法ハ又特別ノ規定ヲ設ケ死亡者ノ寡婦及ヒ未成年ノ相續者ハ前主ノ免許權ヲ相續シ別ニ免許ヲ要セスト定ム此ノ如キ規定アラハ可ナリ若シ是無クハ公權ハ決シテ相續スルコトヲ得ス

公權ハ前ニ說明セル如ク國家國家內ノ公法人及ヒ一個人ニ屬ス此等ノ公權中國家ノ公權及ヒ國家內ノ公法人ノ公權ハ之ヲ拋棄スルコトヲ得ス(特別ノ例外規定アラハ勿論

モノトアリ拋棄ハ必ス法カ之ヲ許ス場合ナラサルヘカラス

權利ノ不行使ハ拋棄ニアラス

之レニ依ルゲーマイヤー一一號)個人ノ公權ニ付テハ拋棄シ得ヘキモノト然ラサルモノトアリ然レトモ其範圍內ニ於テモ亦タ法ノ規定アルノ外ハ拋棄スル能ハスト論斷セサルヘカラス或人カ法ノ規定ニ拘ラス其權利ヲ拋棄スルカ如ク見ユルハ實ハ權利ノ不行使ニシテ拋棄ニアラス拋棄ハ權利ノ消滅ヲ來スカ故ニ一度拋棄シタル權利ハ復活セス不行使ハ權利ヲ消滅セシメサルカ故ニ何時ニテモ更ニ其權利ヲ行使スルコトヲ得ヘシ營業ノ許可ハ拋棄ノ意思ニ拘ラス官府カ之ヲ取消ス迄ハ仍ホ有效ニ存在ス之ヲ要スルニ公權ニハ拋棄シ得ルモノ(法ノ規定ニ依リテ)ト得サルモノトアリ拋棄シ得ルモノハ權利者カ之ヲ實行スル義務ナク又拋棄ニ依リテ全然消滅ス拋棄シ得サルモノヽ中ニハ更ニ法律カ其實行ノ義務ヲ負ハシムルモノト負ハシメサルモノトアリ行使ノ義務ヲ課シタルモノハ之ヲ實行スルヲ要ス實行セサレハ責任アリ行使ノ義務ヲ課セサルモノハ之ヲ實行スル必要ナシ行ハサルモ責任ハナキナリ衆議院議員當選者タルノ公權ハ拋棄シ得ヘキモノニ屬シ(衆議院議員選擧法六一條—六四條)官吏タルノ權利ハ拋棄シ得ヘカラサルモノヽ中實行ノ義務アルモノニ屬シ衆議院議員選擧權ハ拋棄シ得ヘカラスシテ又實行ノ義務ナキモノニ屬ス

資格ノ喪失
時期ノ經過
消滅時效

(ホ)權利ノ條件タル資格ノ喪失
(ヘ)時期ノ經過　任期滿了ニ因ル議員權ノ消滅ノ如シ
(ト)消滅時效　取得時效ヲ以テ公權取得ノ原因トナサヽルニ反シ法ハ公權ノ消滅時效ヲ定ムルコトアリ(公訴ノ時效ニ關スル刑事訴訟法第八條舊刑法第五十九條新刑法三十二條會計法第十八條十九條等)此等ノ規定ア
ル場合ニ於テハ時效モ亦公權消滅ノ原因トナル

第四章　行政ノ意義

行政ハ統治權ノ作用ノ一ナリ故ニ行政ノ意義ヲ定メムトセハ先ツ統治權ノ作用ヲ論セサルヘカラス統治作用ノ研究ハ既ニ遠クギリシヤ時代ニ於テ行ハレタリアリストテレース(Pol.IV, 1297b, 1298a)ハ當時希臘諸國ノ間ニ一般ニ存在セル議會官廳及ヒ國民裁判所ノ權限ヨリシテ(一)會議的作用(二)行政作用(三)司法作用ノ三者ヲ區別セリ然レトモ此結果彼ハ能ク理論ヲ一貫セル統治作用ノ分類ヲナスコトヲ得サリキ其理由ハ古來何レノ國ニ於テモ純粹ノ法理ニ依リテ先ツ抽象的ニ統治權ノ作用ヲ分類シ此分類ニ應スルカ爲メニ各別ノ統治機關ヲ作リタルニアラス却テ先ツ隨時別個ノ機關ヲ作リ其權限ノ如キモ便宜之ヲ定メシカ故ニ別個ノ機關ノ權

ブカナン
ロック

限カ必スシモ抽象的ノ區別ト一致セサルモノアリシヲ以テ此等機關ノ權限ヨリ抽象スルノミニテハ到底明瞭ナル分類ヲナス能ハサルニ因ル國家作用ヲ抽象的ニ分類セル者ハスコツトランドノブカナン(一五〇六年生一五八二年死其說ハ一五六八年ニ著ハシタル De jure regni apud Scotos ノ中ニ在リ)ヲ以テ始メトスルモ未タ多ク世ニ知ラルヽニ至ラス英ノジョン、ロック(John Locke, Two Treatises on Civil Government II)ノ國權(Political Power)ノ作用ヲ數種ニ分テリ彼レハ先ツ國權ヲ立法權(Legislative Power)ト執行權(Executive Power)トニ分チ更ニ後者ヲハ國內ニ於テ裁判官及ヒ他ノ官廳ニ依リテ行フ所ノ狹義ノ執行權ト外部ニ對スル國權ノ作用(Federative Power)トノ二ニ分テリ彼ハ國民主權說ヲ採リシヲ以テ立法權ヲ國民ニ在リトシ又之ヲ以テ最高ノモノトナシ他ノ力ハ立法權ヨリ寄托セラレタルモノ(Fiduciary Power)ニシテ其濫用アルトキハ國民ハ何時ニテモ之ヲ取リ還スコトヲ得ルモノ從テ執行權ハ立法權ノ下位ニアルモノトセリ彼ハ斯クテ權力ノ分立ト同時ニ一權ニ對スル他權ノ優越ノ必要ヲ唱ヘタルナリ彼ハ秩序アル國ニ於テハ立法權ト執行權トハ別人ノ手ニ依リテ行ハルヽコトヲ要スト主張セルモ外交權ト狹義ノ執行權トハ假令其性質ニハ區別アルニモセヨ其行使ハ常ニ同一機關ノ手ニ依リテ行ハルヽモノニシテ之ヲ分離シテ別人ノ手ニ歸セシムルコトハ殆ント

モンテスキュー三權分立論

不能ナリト云ヘリモンテスキユー(Montesquieu, De l'esprit des lois XI chap.6)ノ三權分立論ハ大體ニ於テロツクニ負フ所多シ彼ハ「各國ニハ三種ノ權力アリ立法權國際事件ヲ處理スルノ權及國內事件ヲ處理スルノ權是レナリ第一權ニ依リテ君主又ハ政府ハ一時若クハ永久ノ法律ヲ制定シ或ハ既定ノ法律ヲ改廢ス第二權ニ依リテ彼ハ和ヲ講シ戰ヲ宣シ使節ヲ授受シ安寧ヲ保護シ外患ヲ防禦ス第三權ニ依リテ彼ハ犯罪ヲ懲罰シ個人間ノ訴訟ヲ裁判ス以下第三權ヲ司法權ト稱シ第二權ヲ行政權ト稱スヘシ」云々ト云ヒテ立法行政司法ノ三作用ヲ分チ此三權ハ必ス相互獨立セル別個ノ機關ニ依リテ行ハルヘキモノナリト云ヘリモンテスキユーノ說ハ爾來三權分立論ヲシテ一世ヲ風靡シ各國憲法モ亦タ實ニ此主義ニ基キテ制定セラレ其卓說ハ今モ猶ホ學界ノ木鐸タリ獨逸ノ學者中ニハ時ニ權力ノ不可分ヲ唱ヘテ彼ノ說ニ對シ上ケ足ヲ取ルモノアルモ而カモ統治權ノ作用ヲ三分シ之ヲ相互獨立ノ機關ニ委任スルコトハ憲法政治ノ基礎觀念ノ宿ル所タル事實ハ之ヲ否定スル能ハス腐儒ノ攻擊ニ拘ラス彼ノ說カ憲法政治ノ實際ヲ支配スルハ之レカ爲メナリ

ロツクトモンテスキユーノ說ノ異同

ロツクノ說トモンテスキユーノ說トハ種々ノ點ニ於テ相似タリロツクハ國權ノ作用ヲ先ツ立法ト廣義ノ行政トニ分チ更ニ後者ヲハ對外權ト狹義ノ行政即チ國內ニ於テ裁判所又ハ行政官廳ノ行フ權トノ二ニ分テリ故ニ實際ニ於テハ立法ト對外權ト對內權(司法行政兩者ヲ含ム)トノ三分說ヲ採リタルナリ此點ニ付テハモンテスキユーノ說モ同一ナリ彼ハ國權ヲ分チテ立法、國際事件ヲ處理スルノ權及國內事件ヲ處理スルノ權トセリ其用語ヨリ云ヘハロツクノ分類ト全然同一ナリ唯モンテスキユーハ國際事件ヲ處理スルノ權ヲ行政權ト稱シ國內事件ヲ處理スルノ權ヲ司法權ト名ケタルノ差アルノミ余ハ立法司法行政ノ三權ノ分立ヲ認ムルモモンテスキユーカ國際事件ヲ處理スル權ヲ行政權ト名ケ國內事件ヲ處理スルノ權ヲ司法權ト名ケタルハ聊カ理論ニ添ハサルノ嫌アリト信スソハ別論トシテロツク、モンテスキユーノ分類カ酷似スルハ事實ナリ次ニ他ノ權力ニ對スル立法權ノ優越ヲ認メタル點ニ於テモ兩氏ノ說ハ全然同一ナリ第三ニ各個ノ權力ヲ別個ノ機關ヲシテ行使セシムルコト所謂權力分立ヲ說キシ點ニ付テモ兩氏ノ說ハ相似タリ唯モンテスキユーハ三權ノ分立ヲ唱ヘシニ反シロツクハ唯立法及行政權ノ分立ヲ唱ヘタルニ留マリ司法ト狹義ノ行政トカ同一機關ノ手ニテ行ハルヽ事ヲ拒マサリキ此ノ如ク兩氏ノ說ハ甚タシク類似セルニモ拘ラスロツクノ說カ立憲政治ノ實際ヲ支配セシテモンテスキユーノミ獨リ其盛名ヲ專ラニスルハ何ノ故ソヤ惟フニ其理由種々アリロツクノ學說カ三權分立論ヲ唱フル迄ニ發展シ居ラサリシコト其一ナリモンテスキユーノ著書カ佛文ニシテ當時歐大陸諸國ノ人士ノ理解ニ便ナリシコト其二ナリモンテスキユーノ說カ其空前ノ著述萬法精理ノ中ニ說カレタルカ爲メ特ニ世人ノ注意ヲ惹キシコト其三ナリ彼ノ著出テヽヨリ(一七四八年出版)歲ヲ閱スルコト玆ニ百六十有餘年而カモ彼レカ三權分立ノ理想國トセシ英國ハ既ニ權力分立ノ主義ヲ失ヒテ下院專制ノ政治トナリ了レリ彼ヲシテ今ニ在ラシメハ果シテ奈何ナル感想ヲカ起サム

國權ノ作用ヲ分ツノ標準ハ國家ノ目的ヲ標準トスル能ハス國權ノ作用ハ如何ニ

國權ノ作用ヲ分ツノ標準ハ國家カ其目的ヲ達スル爲メニ採ル手段ナリ

國權ノ作用ハ何分スヘキカ

第四ノ作用トシテ對外事件ノ處理ヲ

分ルヽトモ其目的トスル所ハ唯一ノ國家ノ目的ヲ達スルニ存スレハナリ近世ノ學者ハ國權ノ作用ヲ分ツニ國家カ其目的ヲ達スル手段ヲ標準トスルコトニ於テ一致ス此主義ハ既ニロツク及モンテスキユーノ說ニ於テモ顯ハルヽ所ナリ而シテ國家ノ目的ヲ達スル手段ハ進歩セル國家ニ於テハ何レモ同一ナリ故ニ此手段ヲ本トシテナセル國權ノ作用ノ分類ハ之ヲ何レノ國ニモ適用スルコトヲ得ヘシ之ヲ國權ノ實質的機能ト謂フ然レトモ此機能ハモンテスキユーカ論セル如ク全然別個ノ機關ニ分屬セシムルコト殆ント不可能ニシテ又實際如何ナル國ニ於テモ斯カル理論ヲ貫キシモノナシ是ニ於テカ有スル權限作用ハ即チ形式的機能ナリ古來何レノ國ニ於テモ實質的機能ト形式的機能トノ符合セルコトナシ今先ツ國權ノ作用ハ之ヲ立法司法及行政ノ三者ニ分ツヘキカ又ハ其以外ニ猶ホ國權ノ作用アリヤ一般ニ近世ノ學者ハ國權ヲ三分スルノ主義ニ依ルカ如シ（外國ノ著書ハ暫ク之ヲ措キ我國ニ於テ此ノ主義ヲ採ル者ハ佐々木學士行政法原論二二頁以下美濃部博士日本行政法第一卷三頁以下織田博士行政法講義一四頁本著前版七四頁）然レトモ仔細ニ觀察スレハ國權ノ作用ヲ三分スルハ狹キニ失ス宜シク之ニ一ヲ加フヘシ何ソヤ曰ク對外關係ニ於テ外國ト對等ノ關係ニ立チテ國際事件ヲ處理スルハ作用是レナリ國家ト國家トノ間ニハ法律上優劣上下ノ關係ナシ故ニ我國カ其對外事件ヲ處理スルハ全ク他國ト平等ノ關係ニ於テスルモノニシテ對內事件ヲ處理スル權即チ所謂狹義ノ統治行爲トハ明カニ區別セラルヘキ性質ノモノナリロツク、モンテスキユー等カ國權ノ作用ヲ分ツニ當リテ對外事件ヲ處理スルノ權ヲ擧ケタルハ正當ノ見解ナリ余ハ嘗テ統治權ノ作用(又ハ國家ノ作用)ヲ立法行政司法ノ三者ニ分チタレトモ仔細ニ觀察セハ外國ト交涉スルハ國家ノ獨占スル國權ノ作用ニシテ立法司法行政ト竝ヒテ國家作用ノ第四權ヲナスモノナリ此明白ナル事實アルニモ拘ラス近世ノ法學者ハ何故ニ國權ノ作用ヲ四分セスシテ唯三權ノ分立ヲ認ムルニ止マルカ其理由大ニ在リテ存スル所モモンテスキユーノ三權分立主義ハ權力ノ分立即チ統治作用ノ中同一人ノ手ニ歸セシムル時ハ壓制ノ治ニ陷リテ人民ノ自由ヲ無視スルニ至ル虞アルモノ即チ立法司法行政ノ三者ヲ分チテ之ヲ獨立ノ機關ニ分屬セシムル事ヲ目的トセルモノナリ從テ其主張ノ重點ハ寧ロ統治作用ノ分類ヨリモ此作用ヲ行フ機關ノ相互ノ獨立ト云フコトニ在リシナリ此故ニ外交事件處理ノ權ト國內ニ於ケル行政行爲トハ其性質ニ於テハ全ク相異ナルモノナルニモ拘ラス此兩作用ヲ同一ノ機關ヲシテ管掌セシムルコトハ當ニ弊害ヲ狹クル必要アリ

對外國行爲ヲ別個ノ作用トシテ認メラレサリシ理由

國家作用ハ四分スヘシ

生セサルノミナラス事物ノ性質上又然ルヘキモノアリシヲ以テ此兩者ヲハ行政ノ機關ノ手ニ委ヌタルモノナリ權力分立ノ目ヨリ見レハ同一ノ機關カ行政ヲモ外交事件ヲモ掌トルカ故ニ之ヲ行政ト見テ他ノ二權ニ對立セシメタルモノナリロツクカ立法權ト執行權トヲ分チ執行權中ニ對外作用ノ兩者ヲ包含セシメタル後唯立法權ト執行權トハ同一機關ノ手ニ在ラシムヘカラスト云ヒモンテスキユーカ對外事件ヲ處理スルノ權ヲ行政權ト名ケテ國內行政ト同一ニ見タル理由モ亦タ此ニ在リ然レトモ權力分立ト云フ思想ヲ離レテ國家ノ作用ヲ幾分スルヤノ問題トナラハ吾人ハ國家作用ノ四分說ヲ採リ第一對外事件ヲ處理スルノ權第二國內事件ヲ處理スルノ權トナシ此第二種ヲハ更ニ立法行政司法ノ三者ニ分ツノ最モ適當ナルヲ信スルナリ

右ノ說明ノ誤マラサルハ別段ノ說明ヲ要セサルヘキヲ信ス試ミニ國權ノ作用ヲ立法司法行政ノ三者ニ分ツノ意義ヲ減殺法ニ依リテ定メントスル人々ノ說換言スレハ統治作用中ヨリ立法司法ノ兩者ヲ除キタル殘餘カ行政ナリト云フ人々ノ說（イエリネツク、國家論第二版五九七頁、オーマイヤー獨逸行政法第一卷七頁、美濃部博士日本行政法第一卷三九頁、佐々木學士行政法原論三六頁參照本著前版七六頁モ亦同意見ナリキ）ニ就キテ見ルモ行政ノ意義ヲ減殺法ニ依リテ定メナカラ更ニ後ニ至リテ外交ノ事又ハ戰爭行爲等ヲ行政中ヨリ除外スルノ已ムヲ得サルニ陷リシモノアルヲ見ルオーマイヤーハ行政ヲ定義シテ「國權ノ作用中立法ト司法トヲ除外シテ殘ル作用ノ中自國ノ法規的秩序ノ下ニ働クモノカ行政ナリ」ト云ヒ從テ戰爭ハ法規ノ觀念ノ外ニ在リ又外交ノ事ハ國際法ノ下ニコソ働ラケ自國ノ法規ノ下ニ働カサルカ故ニ行政ニアラスト云ヘリ（余モ亦本著前版ニ於テ同一ノ見解ヲ採レリ）イエリネツクモ亦タ戰爭ヲ行政ヨリ除外スルノ理由トシテ說明シテ曰ク「凡テノ行政ハ爭ハレサル國家ノ支配抗敵スヘカラサル國家ノ命令國法的秩序ノ確實ナル機動ヲ前提トス故ニ戰爭ヲ行政行爲ノ一トスルハ非ナリ戰爭ハ假令國際法ニ因リテ制限シ得ヘキモノニモセヨ戰爭夫レ自身トシテハ一切ノ法的秩序ノ外ニ在リ戰爭ニ於テハ國家ノ存在カ危急ニ頻シタルモノナリ行政ニ於テハ國家ノ存在ハ動カスヘカラサル力トシテ保障セラル戰爭以外ニ於テ直接ニ外國ニ對シテ爲サルヽ國際法上ノ強制手段例ヘハ平時ノ封鎖ノ如キハ行政行爲ニアラス何トナレハ此場合ニモ亦國家ノ存在ハ國ハ唯服從者ニ對シテノミ行ハルヘキモノナレハナリ猶ホ國內ノ反亂ニ對シ戰爭ノ形ニ於テスル爭鬪モ亦行政ニアラス何トナレハ此場合ニモ亦國家ノ存在ハ國際戰爭ト同シク脅迫セラルヽモノナレハナリ」ト此ノ如ク旣ニ行政ノ作用ヲ減殺

法ニ依リテ定メナカラ猶ホ更ニ或種ノ行爲ヲ行政ヨリ除外シテ之ヲ空中ニ放タサルヘカラサルモノハ其原因主トシテ對外行爲ヲ第四權トシテ行政ノ外ニ置カサルノ罪ニ座スルモノナリ行政ハ統治行爲ナリ其特徵ハ權力服從命令强制ノ關係ナリ假令或場合ニハ行政機關カ私法上ノ行爲ヲナスコトアルモ而カモ命令ノ權ナキ行政ナルモノアルコトナシ飜テ對外事件ヲ處理スル作用ヲ見ルニ平時ニ於テ平和ニ外國ト交通スル場合ハ勿論平時ノ封鎖報復若クハ戰爭ノ場合ニ於テスラ國家カ他國ニ對スル關係ハ平等ノ關係對等ノ人格間ノ關係トシテ行ハルルモノニシテ其中ニ何等命令權ノ行使ヲ包含スルコトナシ故ニ對外作用ハ平時ノ作用ト戰爭タルトヲ問ハス全然別個ノ國家作用トシテ之ヲ認ムルヲ可トス若シ然ラスシテ對外行爲ヲ掌トル機關カ國家ノ行政機關ナルノ故ヲ以テ之ヲ行政ノ作用ノ中ニ包含セシメントセハ決シテ圓滿ナル解決ヲナス能ハサルヘシ今人屢々アリストテレースノ說ヲ非難シ彼カ現存スル統治機關ノ區別ヨリ追索シテ統治權ノ分類ヲナサムトセル結果其性質ニ於テ全然異ナルヘキモノヲモ一個ノ作用中ニ包含セシメタリト說ク寔ニ然リ然レトモ彼等カ行政ノ觀念ヲ定メントスルニ當リテヤ機關ノ同一ナル點ニ眩惑セラレテ性質上全然別類ニ屬スヘキ外交戰爭ノ事ヲ行政ノ作用中ニ包含セシメントス是レアリストテレースノ過ヲ當代ニ反復スルモノニアラスヤ此故ニ余ハ從來ノ持說ヲ拋棄シテ三權ノ外別ニ對外作用ヲ認ムル若シ夫レ一派ノ學者（例ヘハ清水博士行政篇上卷ノ上一三頁）ノ如ク外交上ノ行爲ヲモ猶ホ行政ナリト云ハヽ行政法學ハ平時國際法論迄モ講述スルノ必要アルニ至ラン採ラス

對外事件ヲ別個ノ作用トスル理由ハ上來述フルカ如シ然レトモ猶ホ此外ニ於テ四權ノ何レニ屬スルヤ不明ナルモノアリ其重ナルモノハ(一)內亂ヲ鎭壓スル爲メニスル兵力ノ使用(二)憲法第十五條ニ依ル榮典ノ授與(三)兵馬統帥ノ權是レナリ第一第三ハ同一ニ論スルコトヲ得ヘシ雨者共ニ法ノ規程ニ拘束セラレス又原則トシテ國務大臣ノ輔弼ニ依リテ行ハルヽニアラサレハナリ美濃部博士ハ國務大臣ノ責任ニ屬スル國家ノ作用ハ其性質ノ如何ヲ問ハス凡テ之ヲ形式ノ意義ニ於ケル行政ト爲スカ故ニ（同氏著日本國法學一五六頁）國務大臣ノ副署ヲ以テ行ハレサル軍隊ノ統帥權ノ作用ハ行政ニアラスト云フ結果ヲ生ス（同著一五七頁）同一ノ筆法ニテ氏ハ又榮典授與ノ大權ヲモ行政ニアラスト云ヘリ榮典授與ノ性質ニ付テハ余モ亦嘗テ之ヲ君主ノ榮譽權ナリトシ施政行爲ニアラスト云ヘリ（憲法要論一九五頁參照其理由ハ榮典ノ授與カ現行實例上國務大臣ノ副署ヲ缺

四權ノ何レニモ入ラサルカ如ク見ユル國權ノ作用

國內ニ於ケル兵力ノ使用ハ行政ナリ

ク點トゲー、マイヤー獨逸國法學八四號所說ニ影響セラレタル點トニ存ス）然レトモ是レ實例ヲ辯護センカ爲メニ法理ヲ曲ルモノニアラサルカ榮譽ノ表彰ヲ享有スルハ君主ノ榮譽權ナルモ榮典ノ授與ハ天皇ノ榮譽權ニアラスシテ却テ施政行爲ナリト云フザイデル（バイエルン國法第一卷一七三頁、註一イエリネツク公權論一四五頁註一モ亦同意見ナリ）ノ說ハ夫レ故ニ當ヲ得タリ故ニ榮典ヲ授與スル詔勅ハ我憲法第五十五條ノ精神ヨリスレハ國務ニ關スルモノトシテ副署ヲ要スヘキモノナリ現在其事ナキハ事例カ變則タルナリ國內ニ於テ兵力ヲ使用シテ秩序ヲ保ツ行爲ニ付テモ余ハ嘗テ其行政ニアラサル事ヲ說ケリ（本著前版七八―七九頁）其理由トスル所ハ「行政ハ法規ノ下ニ働カサルヘカラス戰爭ハ人ヲ殺シ家ヲ燒キ其他有ユル破壞手段ヲ用フルモノニシテ法規ノ觀念ノ外ニアリ故ニ行政ニ非ス」ト云フニ存ス然レトモ外國ニ對スル戰爭即チ固有ノ意義ニ於ケル戰爭ハ對外行爲トシテ當然ニ行政ノ外ニアルハ事實トスルモ之ヲ內ニ於ケル兵力ノ使用ニ迄推シ及ホシ行政ニアラスト云フハ非ナリ內亂ヲ鎭壓スルカ爲メニ兵力ヲ使用スルハ臣民ノ義務ヲ強制スル手段ノ最モ峻嚴ナルモノニシテ行政作用ニ屬スルモノナリ（マルテンス國際法第二卷四四八頁カ戰爭ヲ行政行爲ナリト云ヘルハ大體ニ於テ誤レリ蓋シ戰爭ハ其固有ノ意義ニ於テハ二國若クハ夫レ以上數國間ノ兵カノ爭ヲ意味ス從テ戰爭ハ原則トシテ對等ノ外國ニ對シテ爲サルヽモノニシテ

前ニ述ヘタル對外權ニ屬スルモノナレハナリ唯問題トナルハ一國ノ反徒カ交戰主體ト認メラレタル場合ニ於ケル國內戰爭ノ性質ナリ反徒カ交戰主體ト認メラルヽハ舊政府ニ對シテ事實上不羈ノ地位ニ立テル時ニ於テセラルル此點ヨリ云ヘハ一シ得サル地位ニ在ルモノニシテ從テ其間ノ戰爭行爲モ亦タ行政ニアラスイエリネツク凡テ行政ハ爭ハレサル國家ノ支配抗敵スヘカラサル國家ノ命令ヲ前提トス故ニ戰爭ハ行政ニアラスト云ヘルハ右ノ場合ニ於テノミ正當ナル見解タリ）軍令モ亦タ然リ天皇カ軍隊ノ行動ヲ指揮スル命令ハ國務ニ關スル命令タリ然レトモ統帥命令ハ其性質上之ヲ國務大臣ノ輔弼ニ待チ得ヘキモノニアラス憲法カ國務ニ關スル詔勅ハ國務大臣ノ副署ヲ要スト規定スルハ唯國務大臣カ輔弼シ得ル天皇ノ行爲ニ付テ云ヘルノミ輔弼シ得サルモノニ付テハ輔弼ノ公證タル副署アリ得サルカ故ニ憲法第五十五條第二項ハ其適用ナシサレト之レカ爲メニ其行政タル性質ヲ變スルモノニアラス從テ單ニ副署ナキカ故ニ國務ニアラスト云フハ論理ヲ顚倒スル解釋ト云ハサルヘカラス

明治四十年九月十二日軍令第一號ハ「軍令ニ關スル件」ヲ制定セリ其第一條ニ曰ク「陸海軍ノ統帥ニ關シ勅定ヲ經タル規程ハ之ヲ軍令トス」ト其第二條ニ曰ク「軍令ニシテ公示ヲ要スルモノニハ上諭ヲ附シ親署ノ後御璽ヲ鈐シ主任ノ陸軍大臣海軍大臣年月日ヲ記入シ之ニ副署ス」ト之ニ依レハ軍令ハ必スシモ秘密ニ附スヘキモノト限ラス又其內容ハ一個ノ處分令ニ止マラス法規ヲ定ムルモノモアリ得ヘク又其公示ヲ要スルモノトセルナリ吾人ハ從來統帥命令即チ軍令ト軍政命令トヲ區別セルノ一人ナリシカ此軍令ヲ見テ聊カ奇異ノ感ナクンハ

アラス該軍令ノ趣意ニ依レハ軍令ニシテ尚ホ陸海軍大臣ノ輔弼アリ得ルモノアルナリ

意法上ノ大權ハ別個ノ作用ニアラス行政ノ中ニ包含セラルヘキモノナリ

我國ノ公法學者中ニハ國家ノ作用ヲ分チテ立法司法憲法上ノ大權及行政ノ四者トナシ憲法上ノ大權ハ憲法ニ君主カ國務大臣ノ輔弼ニ依ルノ外他ノ機關ノ參與ヲ待タスシテ親裁シ得ル政務ヲ云フト說ク者アリ憲法上ノ大權ヲ行政ノ外ニ置クトキハ行政ノ觀念ハ更ニ縮小シテ唯官府ニ依リテ行フ所ノミカ行政トナルナリ穗積博士之ヲ唱ヘ後學ノ之ニ和スルモノアリ然レトモ此說明ハ其當ヲ得タルモノニアラス其理由一ニ止マラス(第一)憲法上ノ大權ヲ國家作用ノ一分類トスル論據ハ唯之ヲ行フモノカ天皇ト云フ特別ノ國家機關ニシテ議會及裁判所ノ干涉ノ外ニ於テ之ヲ行フト云フ點ニアリ即チ作用其モノヽ性質ヲ本トセスシテ之ヲ行フ機關ノ區別ヲ本トセルモノナリ是レ其誤レル第一ナリ立法ト云ヒ司法ト云ヒ行政ト云フ皆其作用自體ニ區別アリ假令純粹ナル理論ヲ實際ニ貫クコト能ハスシテ形式的ノ意義ヲ加味スルノ已ムヲ得サルモノアルニモセヨ其ノ形式上ノ意義ハ決シテ實質上ノ性質ノ存セサル所ニハ之ヲ立ツルコト能ハス若シ論者ノ如ク機關ノ區別ヲ以テ作用ノ區別ヲナサントセハ法律ノ裁可ハ行政ニシテ豫算ノ議定ハ立法ナリト云ハサルヲ得サルヘシ(第二)ニ天皇ノ大權ト立法トハ相排斥スヘキ觀念ニアラス其意義ヲ定ムル標準ヲ異ニスレハナリ斯カル區別ノ方法ハ長キ物ト赤キ物トヲ區別セムトスルカ如シ現ニ立法行爲ハ天皇ノ裁可ニ依リテ完成ス而カモ裁可ハ天皇ノ憲法上ノ大權ナリ故ニ立法行爲ハ憲法上ノ大權ヲ待チテ完成スルモノ兩者相排斥スル觀念ニアラス(第三)憲法上ノ大權ヲ行政ト區別スル論者ハ憲法第十條ニ「天皇ハ行政各部ノ官制ヲ定メ」云々ノ文字アルニ基クカ如シ然レトモ同條ヨリシテ直チニ斯カル解釋ヲナス必要ナシ之ヲ樞密院官制第六條ニ見ルニ院ノ諮詢ヲ經ヘキ事項ヲ揭ケ其中ニ憲法第一章ノ大權事項ヲ擧ク且官制第八條ニハ「樞密院ハ行政及立法ノ事ニ關シ天皇至高ノ顧問タリ」ト云ヘリ若シ天皇ノ大權カ行政ニアラストセハ右第六條ト第八條トハ如何ニシテ之ヲ調和スルヤ是ニ依リテ之ヲ觀レハ樞密院官制モ亦天皇ノ大權行爲ヲ行政ノ中ニ包含スト解セルモノナリ此等諸點ヲ綜合スレハ所謂憲法上ノ大權ハ行政ト相竝ヒテ別個ノ國家作用ヲナスモノニアラスシテ却テ行政作用ノ中ニ包含セラルヽコトヲ見ルヘシ

國權ノ作用ノ分化スル沿革ヲ追索スレハ立法及司法ハ後ニ至リテ生シタル特別ノ觀念ナリ法律ト稱スル國法ナク議會ナケレハトテ國家ハ存立ス今日謂フ所ノ

司法ナクトモ國ノ存在ニ妨クル所ナシ獨リ行政ニ至リテハ然ラス行政ナケレハ國家ナシ法律ナク又裁判官ナキ專制政治ハアリ得ヘシ然レトモ行政ナキ國アルコトナシ行政ノ觀念ハ極メテ廣シ換言スレハ國家ノ作用ハ其初期ニ於テハ凡テ行政ナリキ立法及司法ノ如キハ皆國家生活ノ發達ニ伴フテ行政ヨリ分離セルモノナルコトヲ見來ラハ所謂狹義ノ行政即チ固有ノ行政ナルモノハ統治作用ノ中ヨリ他ノ作用ヲ除外シタル殘物ナリト說明スルノ外ナシ卽チ立法司法及外交事件處理ノ作用ヲ除外シテ殘ル所ノ國家作用カ行政ナリ

立法ト云フコト之ヲ文字通リニ解スレハ法規ヲ制定スル國權ノ作用ナリ是レ立法ノ實質的意義ナリ然レトモ行政ノ意義ヲ定ムルニ當リテ國權作用ノ中ヨリ控除スル立法ノ意義ハ此實質的ノ意味ニ解スル能ハス抑モ法規ヲ定ムル行爲カ凡テ立法行爲ナラハ一切ノ法規ハ皆法律ノ形式ヲ以テ之ヲ制定セサルヘカラス然レトモ此ノ如キハ到底不能ナルヲ以テ各國憲法ハ多ク行政ノ首長特ニ君主ニ認ムルニ獨立命令ヲ發スルノ權ヲ以テシ一方ニ行政官廳モ亦法令ノ委任ニ依リテ法規制定ノ權ヲ附與セラル此結果立法ノ文字ハ唯議會ノ協贊ヲ以テ制定シ法律ノ名ヲ冠シテ發布スル國法ヲ制定スル行爲ニノミ限ルヲ常トス是ニ於テ立法ノ意義ハ已ムヲ得ス形式的ニ定マルナリ余カ統治權ノ作用中ヨリ先ツ控除スヘシト云フ立法ノ意義ハ此形式上ノ意味ニ云フ立法ヲ指シタルモノナリ從テ法規ヲ制定スルモ法律ノ名ニ於テセサルモノハ立法ニ入ラスシテ行政ノ範圍ニ入ルナリ

立法ノ意義ハ形式的ニ定ムルノ外ナシ

次ニ控除スヘキ司法ノ意義ニモ亦實質的ノモノト形式的ノモノトアリ實質的ノ意味ニ云フ司法トハ法規ノ侵害又ハ論爭ニ對シ裁判ノ形式ニ於テ之ヲ審判シ以テ法規ヲ維持スル國權ノ作用ナリ此意味ニ於テハ行政裁判モ亦タ司法作用ノ一ナリ然レトモ司法ノ文字ハ沿革上民事刑事ニ關スル司法ヲ意味スルモノニシテ我憲法第六十一條モ亦行政裁判所ニ對シテ司法裁判所ナル文字ヲ用キ以テ司法裁判所カ民事刑事裁判所ナルコトヲ明カニセリ此故ニ統治作用中ヨリ除外スヘキ司法作用モ亦此形式上ノ意味ニ云フ司法ナラサルヘカラス

司法ノ意義モ亦タ沿革的ニ定マレリ

古代及ヒ中世ノ獨逸ニ於テハ裁判所ト行政廳トノ間ニ何等ノ區別ナカリキ獨逸ニ於テハ他ノ歐洲諸國ト同シク司法行政ノ作用ハ同一官廳ノ手ニ歸セシナリ「ヘルツオーグ」「グラーフ」「ツエンテナール」等ハ同時ニ司法軍事財政警察等ノ諸權ヲ行使シ從テ Jurisdictio ハ一切ノ公權力ノ名トシテ用キラレ各官ハ皆 Judex ニ外ナラサリキ吾人ハ唯司法權ノ外有セサリシ古代獨逸帝國ヲ引用スルヲ避ケテ各支分國ニ於ケル兩者ノ關係及ヒ司法裁判所ノ發達ヲ論セムトス是レ蓋シ我憲法ニ所

司法裁判所ノ沿革

謂司法ノ意義ヲ定ムルニ付テモ必要ナルモノアレハナリ

第十六世紀以來獨逸諸國ニ於テハ地方高權大ニ發達シ帝國ハ其從來有セル諸種ノ權能ヲ失ヒテ各支分國ハ司法上ニ於テモ又行政上ニ於テモ種々ノ權力ヲ獲得シ以テ漸ク國家ノ形體ヲ完備セリ然レトモ當時司法ト行政トノ區別ハ各國其例ヲ異ニシテ相一致セス唯何レノ國ニ於テモ一般ニ兩者ヲ混同シテ明確ナル區別ヲナサヽリキ司法ト行政トヲ根本的ニ區別セシハ實ニ佛蘭西ノ一七九〇年八月二四日ノ法律ヲ以テ始トス此法律ハ實ニ歐大陸全體ノ立法ニ模範ヲ與ヘタルモノニシテプロイセンノ立法カ此影響ヲ受ケタルコトモ亦論ヲ俟タス然レトモ此佛國ノ立法ハ裁判所ヲシテ一切ノ司法事件ヲ管轄セシムルノ趣意ニ出テタルニアラス寧ロ裁判所ノ權限ヲ制限セムトシタルモノナリ即チ一面ニハ行政權ノ司法權ニ干渉スルコトヲ禁シ (Les administrateurs ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir judiciaire ni rien entreprendre sur l'ordre judiciaire) 一面ニハ裁判所カ行政ノ作用ヲ侵害スルコトヲ禁セリ (Les juges ne peuvent l'as troubler de quelque manière, que ce soit, les operations des corps administratives, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions)

而シテ此行政權ノ獨立ハ行政官ノ行爲カ一切裁判所ノ支配ヲ受ケサルノ意ナリト解釋セラレ從テ裁判所ヲハ全ク公法ノ範圍以外ニ驅逐スルコトヽナリ公法上ノ司法ハ總テ行政官廳ニ移サルヽニ至レリ而シテ中世時代ニ知ラレサリシ公法私法ノ區別カ漸ク此時代ニ至リテ一般ニ認メラルヽコトヽナリシ事實ハ如上ノ事實ト相合シテ從來ノ裁判所即チ通常裁判所ノ權限ヲ全然私法上ノ司法ニ限ラシムルニ至レリ行政官廳ト通常裁判所トノ權限ノ分配ハ此ノ如クシテ一般ニ大陸諸國ニ於テ同一形式ヲ以テ實行セラレヌ而シテ其緣由ハ次ノ如キ思想ニ基ケリ

第一行政官即チ道路又ハ橋梁ノ經營維持ニ關スルカ如キ事務ヲ掌レル官吏ヲシテ私人間ノ所有權ノ爭訟ノ如キモノヲ審判セシムル時ハ權利ノ審判ニ際シテ行政上ノ觀念ヲ以テスルノ虞レアリ

蓋シ私權ノ保護ハ便宜トカ政策トカ云フカ如キ問題ヨリ全然獨立シテ行ハルヘキ性質ノモノナレハナリ第二ニ文明ノ進歩ト共ニ國民ハ或特別ノ關係ノ裁定ニ付テハ凡テノ行政上ノ便宜觀念ヨリ離レタル特別ノ取扱ヲ欲スルニ至レリ而シテ此必要アルモノヽ中最モ主要ナルハ私權ノ關係ナリ私權ノ本質ハ國家ヨリ獨立セルニ在リ私權ハ國家ノ創造セルモノニアラスシテ唯國家カ之ヲ認メ之ヲ保護スルニ止マルモノナリ財產上ノ關係ハ國家ナクトモ存在シ家族モ亦國家以前ニ存在ス而シテ此等ハ皆私法上ノ關係ナリ既ニ私權カ國家ヨリ獨立セル特別ノ權利範圍ニ屬シ國家ハ唯之ヲ保護スルニ過キサルモノナル以上ハ之レカ保護モ亦國家ノ權力ヲ行使スル者ノ擅横ヨリ獨立シ唯法律ニ從テノミ個々ノ事件ヲ審判スヘキ地位ヲ附與セラレタル裁判所ヲシテ行ハシムルコト最モ適當ノモノト謂ハサルヘカラス上述ノ理由ニ由リテ私法ノ範圍ニ於ケル權利ノ爭訟ハ凡テ之ヲ通常裁判所ニ屬セシムルコトハ當時ノ歐洲諸國ニ於テ其軌ヲ一ニシテ實行セラレタリ

刑事裁判權カ通常裁判所ニ屬セシハ稍ヤ後ノ事ニ屬ス第十七世紀ヨリ第十八世紀ニ亘リテ地方君主ノ專制政治盛ナリシコトハ彼等カ從來有シタリシ刑事裁判權ヲ移シテ民事裁判所ト同一ノ裁判所ニ與ヘ同一ノ手續ニ依リテ之ヲ審判セシムルコトヲ阻害セリ從テ刑事裁判ニ對スル君主ノ干涉ハ民事ニ對スル干涉ヨリモ猶ホ長ク存續シタリクールヘツセンノ如キハ一八二一年ニ至ル迄モ猶ホ重大ナル刑事裁判ニ付テハ君主ノ裁可ヲ要シタリ然レトモ社會ノ進歩ハ何時迄モ斯カル特例ヲ許スヘキニアラス刑法ハ私法ニ比シテ遙カニ重大ナル個人ノ財產生命名譽自由ヲ剝奪ス犯人ノ有罪無罪又ハ其刑罰ノ輕重ヲ審判スル治罪手續ニ依ルノ必要ハ私法ノ範圍ニ於ケルヨリモ一層重且ツ大ナリ是ニ於テカ文明諸國ハ其從來有シタル刑事上ノ擅恣裁判權ヲ拋棄シテ獨立ノ裁判所ヲシテ法律ノ定メタル罰則並ヒ

ニ治罰手續ニ依リテ刑事司法權ヲ行ハシムルニ至レリ但シ特別ニ裁判所ヲ設クルコト無ク從來ノ通常裁判所ヲシテ刑事ヲ併掌セシメタルカ故ニ通常裁判所ノ權限ハ主トシテ民事刑事ニ限ルコトヽナリ同時ニ之ヲ司法事件 Justizsache ト稱シタリ是レ實ニ通常裁判所カ司法裁判所ト同一視セラルヽニ至リシ所以ニシテ又我憲法カ所謂司法裁判所ヲ以テ民事刑事ヲ裁判スル所ナリト解セル所以ナリ

司法裁判所カ司法機能ノ外ニ實質上行政行爲ノ性質ヲ有スル事務即チ非訟事件ヲ取扱ヒシハ歐洲大陸ニ於テモ古クヨリ行ハレタリ十九世紀ニ及ヒテ憲法制度ノ發達ニ伴ヒ權限爭議裁判大臣彈劾裁判行政裁判等ノ制度ノ發達ヲ見ルニ至リシト雖モ此等ハ從來ノ司法裁判所ヲシテ管掌セシムルコトナク特別ノ裁判所ヲ設ケテ之ヲ掌トラシメ從來民刑法上ノ裁判ヲ掌トリタル裁判所ハ舊ノ如ク專ラ民刑事ノ裁判權ヲ行使シ新タニ生シタル特別裁判所ニ對シテ通常裁判所ト稱セラレタリ我憲法ニ謂フ所ノ司法ノ意味ハ民事刑事ノ司法ノミヲ意味シ司法裁判所トハ此通常裁判所ノコトヲ意味ス

行政ハ統治權ノ對內作用中ヨリ立法及司法ヲ除外シタル殘部ナリトシ而カモ此控除スヘキ立法ノ意義モ之ヲ形式的ニ定ムルノ外ナシトセハ行政ノ意義モ亦必至的ニ形式的ニ定マルノ外ナカルヘシ其結果トシテ法規ノ制定カ行政官廳ニ依リテ行ハルヽコトモアルヘク又民刑事司法以外ノ裁判事件カ行政官廳ニ依リテ行ハルヽコトアルヘシ憲法カ司法ノ意義ヲ民事刑事上ノ司法ニ限ル以上ハ（憲法第五章各條參照）民刑事以外ノ爭訟ヲ審判スル官廳ハ假令名ハ裁判所ナリト云フモ司法官廳ニハアラスシテ行政官廳ナリ從テ憲法カ裁判所ニ付テ定メタル規程特ニ第五十八條第二項ノ規程ノ如キハ民刑事裁判所以外ノ裁判官ニ適用ナシ

故ニ行政裁判所評定官ハ憲法五八條第二項及三項ニ規定セル「裁判官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルノ外其ノ職ヲ免セラルヽコトナシ懲戒ノ條規ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」ト云フ條文ノ保障ヲ受ケス從テ行政裁判法第六條ニ於テ行政裁判所長官及評定官ノ退職ヲ總會ニテ決議スルコトヲ規定セルカ如キ又行政裁判法第五條第三項ニ於テ懲戒處分ノ法ハ別ニ勅令ヲ以テ之ヲ定ムト規定セルカ如キハ憲法違反ニアラス余カ曾テ憲法要論五二八頁註ニ於テ行政裁判所ノ評定官モ亦タ憲法第五十八條第二項ノ保障ヲ享有スルカ如ク說明セルハ誤テリ

行政ノ意義ハ上來說ク所ニ徵シテ明カナルヘシ然レトモ實質上行政ニ屬スヘキコトカ時ニ立法機關特ニ議會又ハ司法裁判所ニ依リテ行ハルヽコトアリ故ニ議會又ハ司法裁判所カ現ニ有スル權限ハ凡テ行政ノ外ニ在リトスルハ非ナリ此點誤解ナキヲ要ス

第五章　行政法

爰ニ所謂行政法トハ行政法學ノ意ニアラス行政法學ノ意議ハ後ニ述フルカ如シ

行政法トハ之ヲ廣義ニ用キテハ行政行爲ノ準則タル各種ノ法規ヲ總稱シ之ヲ狹義ニ用キテハ廣義ノ行政法中ヨリ既ニ獨立ノ系統ヲ獲テ分化セル法規(例ヘハ民法、憲法刑法等ノ如シ)ヲ除キテ殘ル部分ヲ云フ行政法ノ意義ニ付キテハ今ニ及ヒテ學者ノ間ニ意見ノ一致スルモノナシ余ハ如上ノ說明カ最モ適當ノモノトシテ爰ニ之ヲ採用ス

法ハ人ト人トノ威力(マッハトフエル)ノ關係ヲ定メ之ヲ規律スルモノナリトハ多クノ學者カ唱フル所ナリ法ハ多數ノ人カ共同生活ヲナスニ因リテ發生スルモノナル以上ハ其本來ノ性質ニ於テハカント(法律學ノ哲學的原論三十二頁)カ曰フ如ク一人ノ擅恣(ウイルキュル)カ他人ノ擅恣トヲ自由ノ一般原則ニ從フテ調和セラレ得ヘキ條件ノ總體ナラン然レトモ複雜ナル國家的生活ニ於テハ啻ニ個人ト個人トノ意思ヲ調和スヘキ條件ヲ定ムルノミヲ以テ足レリトセス時ニ或ハ國家ノ意思ヲ生スヘキ組織ヲ定ムルコトアリ其實質ノ如何ヲ問ハス苟モ國家共同生活ノ要件トシテ國家カ制定シ又ハ認定シタル法ハ孰レモ法ニアラサルハ莫シ吾人ハ或程度ニ於テ近來ノ通弊タル形式主義ヲ排斥ス然レトモ一方ニ於テ實質論ハ形式論ニ讓ラサルヘカラサル弱點ヲ有ス如何ニ法律ノ實質カ數多ノ事件ニ適用セラルヘキ一般規定タルヘケレハトテ一事件ヲ處分スルカ爲メニ發セラレタル法律カ法ニアラストハ曰ハレサルヘシ法ノ本質モ亦タ然リ如何ニ其實質カ人ト人トノ權力ノ限界ヲ劃スルニアレハトテ其以外ニ共同生活ノ要件トシテ發布セラレタル法ハ又法タルヲ失ハス吾人ヲ以テ冗辯ヲ弄スル者トナス勿レ此解釋ノ差異ハ實ニ行政法其モノノ範圍ノ差異ニ導クモノナリ

法ヲ人格間ノ意思範圍ノ制限條件ナリト解スル學者(例ヘハオー、マイヤー獨逸行政法一卷一五—一六頁)ハ官制ヲ以テ行政法ノ一部ニ屬セス却テ之レト相對シテ特別ノ性質ヲ有スルモノトシ其精神ノ相似タル憲法ト相合シテ國法(スターツレヒト)トシテ之ヲ論スルヲ正當トスト主張セリ然レトモ行政ノ組織卽チ官制ハ官吏ヲシテ職務ニ就カシメ自治團體ヲ組織シ其代表者ヲ設ケ此等ノ者ニ對シ監督權ヲ行フコトヲ定ム官制ハ一面ニ國家ト官廳トノ間ノ關係ヲ定ムルノミナラス一面ニハ又個人ト國家トノ關係ヲ定ムルモノナリ官制ヲ知ラスシテ行政法ヲ說クハ柱ニ膠シテ瑟ヲ鼓スルカ如シ吾人ハ法ヲ形式的ニ解ス其人ト人トノ間ノ關係ヲ定ムルヤ否ヤハ之ヲ問ハサルナリ國家カ行政スルヤ先ツ其機關ヲ定メサルヘカラス其機關カ行政スルヤ國家ノ目的ヲ達スル爲メニ啻ニ權力ヲ行使スルノミナラス又一般私法ノ原則ニ從フテ行動ス

ルコト多シ此ノ如クシテ國家カ其行政ヲナスニ付キ遵據スヘキ法規ハ特別ノ法域又ハ法典ヲナスコトナクシテ却テ民法的憲法的刑法的其他種々ノ種類ノ法規ノ混合物ナリ（ラーバンド公法雜誌第二卷一五九頁オマイヤー行政法一卷一八頁）是レ余カ所謂廣義ノ行政法ナリ然リト雖モ法ノ系統ハ法ノ種類ニ依リテ自カラ定マレリ法學ハ各種ノ法規ヲ其種類ニ從フテ甄別排列シ以テ其研究ノ材料トナス此ノ如クシテ區別セラレタル各種ノ法類ハ各々特種ノ名稱ヲ有シ獨立ノ研究資料タリ憲法ト云ヒ民法ト云ヒ商法ト云ヒ刑法ト云ヒ乃至ハ訴訟法ト云フ皆是レ特別ノ法典又ハ甸域ヲ有シ特別ノ研究科目ヲ爲スカ故ニ此等ハ之ヲ行政法中ヨリ除外スルヲ可トス若シ此等ノ法規カ行政行爲ノ準則ナリトノ故ヲ以テ同時ニ行政法學ニ於テ研究スヘシトノ方法ナランヤ論シテ是ニ至レハ行政法ハ結局行政ニ特別ナル公法ヲ意味スルナリ是レ卽チ固有ノ行政法ナリ狹義ノ行政法ナリ（マイヤー行政法一卷一八頁モ亦タ此意見ヲ採ル）

所謂廣義ノ行政法

所謂狹義ノ行政法ト憲法トノ限界

固有ノ行政法ト他ノ法トノ區別ハ困難ニアラス唯其憲法トノ間ノ限界ニ至リテハ從來學者ノ間ニ論議セラレタリ憲法々典其モノハ其內容ノ如何ニ拘ラス之ヲ憲法トスルニ付テハ何人モ異議ナカルヘシ然レトモ憲法々典以外ノ公法中ニ付

テハ果シテ憲法學ノ研究科目ナリヤ又ハ行政法學ノ研究ニ屬スヘキモノナリヤニ付テハ疑ナキ能ハス余ハ憲法及ヒ其附屬法規（憲法ニ其名ヲ揭ケタル法令）ヲ以テ憲法ノ研究ニ屬シ然ラサル公法ハ特別研究科目ヲナサヽル限リ行政法ニ屬スト解スル者ナリ若シ夫レ憲法々典ナキ英國權作用ノ大綱ヲ定ムルモノカ憲法ニキタル殘物カ行政法ナリト云フノ外無シ實質的ノ意義ニ於ケル憲法ノ何タルカニ付テハ今日學說ノ一致スルモノナク又一致シ得ヘキモノニアラス故ニ其範圍ハ曖昧ナリ不定ナリ從テ憲法ト行政法トノ實質上ノ區別モ亦タ曖昧ナリ從來二三ノ學者ニシテ此區別ヲナシタル者アルモ歸スル所彼等ノ獨斷タルニ外ナラス

第六章　行政法學

行政法學トハ固有ノ行政法ヲ以テ研究ノ目的トスル法律學ヲ謂フ法學研究ノ系統ヲ如何ニ立ツヘキカハ學者カ各其信スル所ニ從フヲ以テ行政法學ノ順序系統モ亦タ人ニ依リテ大ニ異ナレリ然レトモ是レ學者ノ權利ナリ自由ナリ苟モ固有ノ行政法ノ理論ヲシテ最モ善ク明瞭ナラシムルヲ得ト信スル以上ハ各自其對象

タル法規ヲ如何ニ排列シテ研究スルモ可ナリ余カ見ル所ヲ以テスレハ行政法學ノ系統ニ二大別アルカ如シ一ハ成法主義トモ謂フヘキモノニシテ現行ノ法規ヲ列擧シ又ハ抄出シテ之ヲ研究スルモノ他ハ理論主義又ハ抽象主義或ハ「パンデクテン」主義トモ稱スヘキモノニシテ現行ノ法令ヲ基礎トシ極メテ抽象的ニ其理論ヲ說明シ外見上ニ於テハ殆ント現行法規ニ關セサルカ如キ體ヲ爲スモノナリ現在一般ノ學者ノ採ル所ハ前者ニ屬ス唯余ノ知ル所ヲ以テスレハエフ、エフ、マイヤー（共同獨逸法ニ重キヲ置キテ論セル行政法原論一八六二年出版）及ヒオット、マイヤー（獨逸行政法及ヒ佛國行政法）ノミ「パンデクテン」主義ヲ採ルカ如シ墺地利ノ學者ウルブリヒ（公權論七一頁）ベルナチック（判決及ヒ實質的法力論序四頁）夙ニ行政法總論ノ必要ヲ唱ヘ「パンデクテン」主義ヲ主張セシト雖モ彼等自カラ此種ノ著述ハ無シ

理論的法律學ハ成法ヲ以テ其研究科目トス此點ヨリ論スレハ行政法學モ亦タ現行行政法ニ就テスルノ外莫シ「パンデクテン」主義ノ學者ハ極メテ抽象的ノ說明ヲ加ヘ以テ彼ノ法令列記ニ陷レル學者ノ醜ヲ避ケント欲ス然レトモ彼等ノ議論モ現行法規ヨリ抽象シタルモノナルカ故ニ其文面ニ於テコソ法文ヲ挿入セサレ事實上ニ於テハ一法令ノ改廢アル毎ニ既ニ其部分ニ於テハ空論トナリ終ルモノナリ唯彼ノ極端ナル法令列擧主義ノ著書カ法令全書ト同シク日ヲ更ヘ月ヲ改ムル毎ニ訂正ノ必要起ルニ反シ此ハ稍ヤ抽象的ナル利益ノ爲メ改訂ヲ屢々スルノ必要ヲ見サルノ便アルノミ初學ノ者又ハ行政ノ實際家ニ向ツテハ「パンデクテン」主義ハ貢獻スル所甚タ少ナシ且ツヤ彼ノ「パンデクテン」ナルモノハ獨逸ニ繼承セラレタル羅馬法ニシテ其效力ハ普通法トシテ成法ノ規定ナキ場合ニ適用セラルヘキ不文法ナリキ故ニ其研究ハ從來獨逸ノ多數學者カ爲シタル如ク抽象的ニ其理論ヲ述フルノ外無カリシナリ然ルヲ此ト全ク反對ノ性質アル行政法ノ研究ニ應用セントス其難キヤ宜ナリ余ハ自己ノ主義トシテハ從來一般ノ學者ト同シク成法主義ヲ採用ス其說明ノ巧拙明不明ハ人ニ存シテ方法ニ存セサルナリ

行政法學ハ行政學ト同シカラス

行政學ハ國家學ノ一部ニシテ國家ノ作用ノ內容ヲ研究スルモノナリ國家生活ノ各方面ヲ其實質ニ應シテ分類シ何カ事實上起リタルカ何故ニ起リタルカ又何ヲ行フカ最モ國家ノ便利ナルカヲ敎フルモノナリ此ノ如クシテ內政學、財政學、軍政學等ノ分科アリ內政學ハ更ニ分レテ營業ニ關スル行政學、衛生行政學、鐵道行政學及貧民行政學等トナル之ヲ要スルニ行政學ハ何カアルカ？ノ問題ヲ研究スルヲ主要ノ目的トス既ニ起リタルモノヲ基礎ト

シテ其レカ何故ニ起ルカ又如何ナル制度カ最モ便利ナルカヲ研究スルモノナリ之ニ反シ行政法學ハ現ニ存在スル法ニ付キテ之ヲ研究スルノミ卽チ現在ヲ研究スルノミ是レ兩者ノ差異ナリ

獨逸行政法ノ發達

我國ノ行政法學ハ他ノ諸種ノ學問ト同シク外國ヨリノ輸入ニ係ル獨逸ニ於テ行政法學カ學問トシテ發達セシハ近來ノコトナリ然レトモ其先驅ハ既ニ古キ時代ノ他ノ學問ニ存シ此ヨリ分科シテ獨立ノ學問ヲナセルモノナリ此先驅ハ一方ニ於テ國法學ナリ換言スレハ國法學ハ其初メニ於テハ憲法ト行政法トヲ包含セリ古キ獨逸帝國及ヒ獨逸聯邦時代ノ著書ハ多ク此種ニ屬ス(今日ノ國法學ノ著書モ亦タ多ク兩者ヲ混合シテ論ス但シ憲法ノ部ニ重ヲ置クハ勿論ナリ)他方ニ於テ行政法學ノ先驅タリシモノハ警察學及ヒ官房學(Polizei- u. Kameralwissenschaft)ナリ此等ハ共ニ將來官吏タルヘキ者ニ對シ內務行政及ヒ財務行政ニ必要ナル智識ヲ附與スルノ目的ヲ有シタリ但シ此等ノ學問ニ關スル著書ハ寧ロ政策ノ問題ニ重キヲ置キ法規ノ原則ヲ說明スルヨリモ利害ノ見解ヲ以テ問題ヲ攷究セリ然レトモ行政法カ主トシテ上級行政官廳ノ命令及ヒ訓令ヨリ成リ立チタル時代ニ於テハ學問上ノ研究ハ滿足ナル結果ヲ得ル能ハサリキ當時ノ著書ハ十九世紀ニ至リ行政法カ法律ニ依リテ規定セラルヽコト益多キヲ加フルニ至リテ遂ニ其用ヲ爲サヽルニ至リヌ斯ノ如クシテ進步セル行政法學ハ先ツ獨逸各支分國ノ國法學トシテ顯ハレタリ其著シキモノヲロベルト、フオン、モールノヴユルテムベルグ國法學トナス尋テバイエルンニ於テハペツルノ著書アリブロイセンニ於テハレン子ノ著アリ唯彼等ノ目的ハ寧ロ實用的ニシテ官廳又ハ人民ニ對シ法律ノ智識ヲ與フルコトヲ力ムルニ傾ケリ一般ノ見解ヨリシテ行政法ヲ論シタル最初ノ學者ハ實ニグナイストナリ彼ノ著英國行政法カ立憲國ノ行政法ノ何タルカヲ明ニスルニ貢獻セシ所アリシハ後世一般ニ之ヲ認ム彼レノ後ロレンツ、フオン、スタインアリ其著行政學ハ斯學ニ新紀元ヲ開キタルモノニシテグローテフエンド(普魯西行政法第一卷六四頁)カスタインノ著書ハ行政法學ノ礎ヲ爲セリト曰ヘルハ過賞ニアラス斯ノ如クシテ獨逸ニ於ケル行政法學ハ千八百八十年代ニ至リテ著シキ發達ヲナシ獨立ノ法學ヲ成スニ至レリ日本ニ輸入セラレタル行政法學ハ多ク獨逸ノモノニシテ又其既ニ發達シタルモノナリキ是レ余カ爰ニ獨逸行政法學ノ發達ヲ略說スル所以ナリ

行政法ノ淵源

憲法以前ノ國法

第七章　行政法ノ淵源

前キニ行政法トハ國家カ行政ヲナスニ當リテ遵據スヘキ法ノ總稱ナリト云ヘリ所謂行政法ノ淵源トハ此行政法ノ發生スル形式ナリ現行法ノ下ニ於テハ此淵源ニ七アリ憲法實施以前ノ國法、憲法、法律、命令、自主權ニ因ル法規、條約及ヒ法力ヲ認メラレタル慣習是ナリ

一、憲法實施以前ノ國法

王政復古以後憲法發布ニ至ルマテノ時期ハ短カヽリシト雖モ其間ニ於ケル天皇ハ無制限ニ國權ノ體及ヒ用ヲ併有シ彼ノ歐洲學者カ所謂警察國(ポリツアイスタート)ヲ顯出セリ王ノ欲スル所是レ法ナリ "Quod principi placuit, legis habet vigorem (L. 1. pr. D. de const. princip.

1.4.) テフ羅馬ノ法語ハ當時ニ適用セラルヘキ好辭柄タリシナリ

警察國ノ特徴ハ國權ノ作用カ臣民ニ對シテ全ク無制限ナルニアリ王ハ神ト良心ニ對スル責任及ヒ何カ事宜ニ適スルヤ何カ實行シ得ヘキヤ否ヤノ問題ニ依リテ制限セラルヽノ外何事ヲモ爲シ得サルナシ君主ノ權力ノ無制限ハ卽カテ彼レノ任命セル官吏ノ外部ニ對スル權力ノ無制限ヲ惹キ起セリ唯王ト官吏トノ差異ハ前者ノ權カ全ク無制限ナルニ反シ後者ニ對シテハ其上級者ヨリ之ヲ匡正スルコトヲ得ルノ點ニ在ルノミロルラー(ヴユルテムベルグ警察法序五頁)シユモラー(一八七四年普魯西史學誌雜五六四頁)等カ「國家ノ官吏ハ其管轄區域内ニ於テハ小君主ナリ」「君主ハ其大ナルモノ收稅吏ハ其小ナルモノ」ト曰ヘルハ善ク警察國ノ有樣ヲ言ヒ表ハシタルモノナリ固ヨリ王及ヒ官吏カ臣民ヲシテ遵奉セシメンカ爲メニ命令ヲ公布セシハ事實ナレトモ臣民其モノニ命スルニアラスシテ官廳ニ對シテ發シタル命令モ一度公布スレハ猶ホ臣民ヲ拘束スヘキモノトナシ又實際之ヲ外部ニ施行セリ換言スレハ「臣民ヲ拘束スルカ爲メニハ臣民ニ對シテ發セラレタル法アルコトヲ要ス」ト云フ觀念ハ全ク施政上ノ理想(多ク認メラレ又實行セラレタル)ニ過キスシテ事實ニ於テハ官吏ニ對シテ命シタル事柄ノ結果カ直接ニ臣民ニ對シテ拘束力ヲ有シタルモノモ少

ナカラス我國ニ於テモ亦タ明治八年三月太政官第二十九號達行政警察規則ノ如キハ此種ノ法規ナリ同規則ハ實質ニ於テハ警察事務規程ニ屬シ第一章ハ警察職務之事、第二章ハ警部勤務之事、第三章ハ巡査勤方之事、第四章ハ巡査心得之事ト題セリ然レトモ此規則カ爾來警察法ノ唯一ノ淵源トシテ人民ヲ拘束セシコト果シテ幾千ソ規定ナケレハ拘束ナシトハ比較的進歩セル時代ノ理想ノミ況ンヤ發布スル法ノ内容カ何等ノ制限ヲ受ケサルニ於テヲヤ

我國ニ於テハ古來官吏(有司)ニ命令シテ以テ民ヲ治メシメ法規ヲ人民一般ニ公布セサルノ例甚タ多シ德川政府ノ警察權ニ至リテハ更ニ甚タシキヲ加ヘ規定ナクシテ罰セラレタルモノ少カラサルカ如シ關根正直氏ハ興味アル例ヲ引ケリ(法制論纂一四三〇頁)寛政八年一市人已カ息子ノ容姿ヲ上梓シ一枚摺ニナシテ配附セシニ左ノ咎ヲ蒙レリ

蠣岸島銀町二丁目　家主　治兵衞

坂部能登守殿掛り

其方儀悴龜次郎髮置相祝ひ候節祝儀の品送り呉候者共への挨拶に致候へは外に致方も可有之處生レ付容貌の宜敷を自慢に致候心より猶外々へも弘め度候とて悴の姿を板行に致一枚摺に仕立遂物に致又は商物にも爲致候段不束之至りに付叱り置

普國ノ中央集權カ盛ナリシ時ニ方リ半狂ノ「フリードリツヒ」大王カ如何ニ自カラ其住都ポツツダムノ警察行政ニ付キテ干渉セシカハオツト、マイヤー獨逸行政法第四節註ニ於テ說明セリプロイス著「フリードリツヒ大王一代古文書集」ハ此種ノ勅令ヲ多ク集輯シ又其干渉ノ繁雜ニシテ屢々變更セルヲ見ルニ足ル例ヘハ其一節ニ「普魯西皇帝陛下ハ市内ノ旅店主人プレーゲルカ其雇人共ト

久シキ以前ヨリ客人ニ對シ待遇甚タ宜敷カラサル旨聞召サレ不都合ノ儀ニ思召サルヽニ依リ市長ハ直接彼ヲ召出シ若シ卽刻其取扱ヲ復舊セサルニ於テハ陛下ハプレーゲルヲ雇入共スパンダウニ追放シ彼ノ家屋ハ其債主ニ引キ渡スヘシ云々」ノ文字アリ大王嘗テサンスーシ(Sanssouci)ノ風車屋ヲ脅カシテ曰ク「若シ汝ノ風車ヲ快ヨク賣却セサルニ於テハ朕ハ汝ノ風車ヲ取リ除クヘシ(Ich frage ihn, ob er die Mühle, welche mich mit ihrem Geklapper Tag und Nacht stört, fortnehmen will oder nicht? Sonst werde ich Gewalt anwenden lassen!)ト王權ノ無限ヲ知ラサル無邪氣ノ風車屋ハ答ヘテ曰ク「伯林ニ裁判所ナカリセバ(Majestät! verzeihen, die Mühle ist mir wert und laut Urkunde Erbstück meiner Vorfahren; auch gingen wohl, wenn wir in Berlin kein Kammergericht hätten!)ト裁判所ニサヘ訴フレハ王ノ斯カル行爲ニ對シテモ尙ホ救濟ヲ與ヘ呉ルヽナラント確信セル小兒ラシキ無邪氣ハ王ノ心ヲ動カシテ其事途ニ沙汰止ミトナリヌ風車ノ遺跡ハ今モ仍ホ存シテ長ナヘニ警察國ノ歷史ヲ傳ヘツヽアリ

憲法發布以前ノ國法ハ種々ノ法令ヲ包含ス法律、勅令、詔勅、太政官布告、太政官達、規則、各省沙汰等枚擧ニ遑アラス明治十九年公文式ヲ以テ法律命令ノ格式ヲ制定スルニ至リテ事體大ニ整フ然レトモ當時ニ於ケル法律ト命令トノ區別ハ憲法實施以後ニ於ケル兩者ノ區別トハ大ニ趣ヲ異ニス當時ニアリテハ法律モ勅令モ共ニ天皇カ制定スル所ニシテ獨立意思ヲ有スル機關ノ參與ヲ要セス公文式其モノヽ規定ヨリ見ルモ兩者ハ其制定ノ手續ニ於テ異ナル所ナシ唯立法ノ主義トシテ臣民ノ權利義務ニ重大ノ關係ヲ有スルモノニ付テハ法律ノ名ヲ冠シタル國法ヲ以テ之ヲ規定スルコトニ力メタルカ如シ一定ノ事項ハ法律ヲ要ステフ根本法ノ規定無キ當時ニ於テハ事物ノ如何ニ拘ラス法律ニテモ勅令ニテモ自由ニ規定スルコトヲ得タリシナリ此狀態ハ帝國憲法發布ノ時迄繼續セリ然ルニ憲法ノ發布ト共ニ其形式的效力ノ結果トシテ憲法ニ矛盾スル從來ノ法令ハ凡テ其效力ヲ失フコトヽナリシヲ以テ公文式中法律制定ニ關スル條文ハ又其效力ヲ失ヒ從テ憲法發布以後ニ於テハ我國法中ニ法律ト稱スルモノナキニ至レリ蓋シ公文式ハ明治十九年二月勅令第一號ニシテ而カモ共第二條ニ於テハ「法律(勅令)ハ內閣ニ於テ起草シ又ハ各省大臣案ヲ具ヘテ內閣ニ提出シ總テ內閣總理大臣ヨリ上奏裁可ヲ請フ」ト規定セリ是レ明カニ「天皇ハ帝國議會ノ協贊ヲ以テ立法權ヲ行フ」ト云フ憲法第五條ノ規定竝ニ「凡テ法律ハ帝國議會ノ協贊ヲ經ルヲ要ス」ト云フ憲法第三十七條ノ規定ニ矛盾スルモノナリ此結果公文式中法律ノ制定手續ニ關スル部分ハ憲法發布ト共ニ其效力ヲ失ヒ從テ其以後ニ於テハ政府ハ公文式ニ依リテ法律ヲ制定スル能ハサルニ至レリ然ルニモ拘ラス政府ハ何故ニ明治二十三年九月ニ於テ法律第八十四號ヲ制定セシヤ其理由三アリ一ハ政府カ憲法發布後ニ於テモ尙ホ公文式第二條中法律制定ニ關スル規定カ有效ナルコトヲ過信セルコトニハ憲法

明治二十三年法律第八十四號ハ違憲ナリ

中立法事項ニ屬スルモノハ憲法實施前ニ於テモ尚ホ法律ノ委任ニ依ルニ非サレハ命令ニテ之ヲ規定スル能ハサルモノト解セシコト三ハ從來政府ト國民トノ衝突ノ結果若シ議會ノ開會ヲ待チテ法律ヲ制定シ命令ニ一定ノ罰則ヲ委任セシムルコトハ到底不可能ナルヲ察シ豫メ議會開會前ニ公文式ニ所謂法律ヲ以テ命令ニ刑罰ヲ定ムルコトヲ委任シ以テ一時ヲ糊塗セントセシコト是レナリ第三點ハ該法律制定ノ動機ニ過キサルカ故ニ今之ニ對シテ法律上ノ批評ヲ加ヘス第一點カ不法ナルハ右述ヘタルカ如シ然ラハ第二點ハ如何之ニ付テハ吾人ハ二個ノ點ニ於テ其違法ヲ主張セムトス其一ハ公文式ニ依ル法律モ勅令モ共ニ制定ノ手續ニ於テ同一ナリ而シテ明治二十三年法律第八十四號カ法律トシテ效力ナキモノナラハソハ唯勅令トシテ效力アルニ過キス而カモ法ノ委任ト謂フコトハ性質效力ヲ異ニスルモノヽ間ニ於テノミ起リ得ヘキコトニシテ勅令カ勅令ニ委任スルコトハ其意味ヲナサヽルコト是レナリ其二ハ明治二十三年法律第八十四號ハ形式上委任命令ナルカ如キモ實ハ一定ノ刑罰ハ命令ニテ之ヲ定ムルコトヲ得テフコトヲ規定セルモノニシテ其實質ニ於テハ憲法第二十三條ニ違背スルモノナルコト是レナリ此二點ヨリ見テ右法律第八十四號ハ憲法違反ノモノトシテ其效力

ヲ有セサルモノト斷セサルヲ得ス或ハ憲法カ明治二十三年十一月二十九日ヨリ初メテ有效トナリタル點ヨリ立論シ其以前ニ於テハ立法事項モ尚ホ勅令ニテ規定シ得ヘキカ故ニ右法律第八十四號ハ有效ナリト論シ得ルカ如キモ凡テ法規ノ形式上ノ效力ハ其發布ト共ニ生シテ其實施ヲ待チテ始メテ發生スルモノニ非ス從テ政府カ憲法ニ矛盾スル國法ヲ制定スル能ハサル義務ハ憲法ノ發布ノ時ニ於テ發生セルヲ以テ其實施期以前ト雖モ斯カル法律ヲ發スル能ハサルナリ故ニ余ハ本書ニ於テ從來採リ來リシ舊說ヲ捨テ右法律ヲ無效ノモノト解スルノ正當ナルヲ信ス（京都法學會雜誌第十卷一號拙文「明治二十三年法律第八十四號ノ效力ニ就テ」參照）若シ右法律ニシテ無效ノモノタラハ同法ニ基ク犯罪處罰ニ付キ極メテ重大ナル問題ヲ生セム尚ホ本著ニ於テ隨所右法律及ヒ之ニ關聯スル明治二十三年勅令第二百八號ニ就テ議論セルモノアルモコハ皆右法律及ヒ勅令ヲ有效ノモノト假定シテノ議論ナリト知ルヘシ

行政官廳ノ權限ヲ定メ又ハ其事務規程ヲ設ケタルノミニテ官廳ハ其事務ヲ實行スルニ障クル所ナシ蓋シ臣民ハ絕對ニ國權ニ服從スヘキ性質アルヲ以テナリ然レトモ是レ國家カ臣民ノ行爲不行爲ニ關シテ何等ノ規定ヲ設ケサル場合ニ付テ爾カ曰フノミ法ナクシテ民ヲ治ムルハ國家機關ニ取リテハ實ハ便利ヨリモ寧ロ

非常ノ不便ヲ生ス人ニシテ木石ナラハ法ヲ定ムルハ何等ノ效能ナシ然レトモ人ハ意思ノ自由ヲ有ス此自由ヲ利用シテ國家カ希望スル社會ノ秩序ヲ作リ出サンカ爲メニハ國家ハ法ヲ立テ之ニ一定ノ制裁ヲ附シ一般人民ニ對シテ之ヲ公布シ臣民ヲシテ皆同一ノ法規ノ下ニ同一方向ニ向フテ其意思ヲ轉セシム若シ豫メ命令ヲ出サヽレハ國權ノ働キハ一々統治ノ客體ニ接觸シテ直接ニ之ヲ強制スルノ外ナシ是レ極メテ繁雜ニシテ又無用ナリ民ノ德ハ草ノ如ク君ノ德ハ風ノ如シ草ノ風ニ靡クハ意思ノ自由アル人間カ法ニ從フカ如シ是ニ於テ國家ハ法ヲ設ケ數多ノ事件ニ適用セラルヘキ規定ヲ立テヽ以テ臣民ニ發布ス此命令ハ國家カ臣民ニ對シ將來其規定ニ適合スル事件カ起ラハ其規定ニ從フテ之ヲ處理スヘキコトヲ示スモノナリ故ニ此法規ハ臣民ヲ拘束スル固ヨリ適當ノ方法ニ依リテ其法規ヲ廢スルハ國家ノ爲シ得ル處ナリ然レトモ其法規ヲ存スル限リハ國家モ亦之ヲ尊重セサルヘカラス此結果トシテ臣民ニ發布セラレタル法規ハ行政ノ內部ノ事務規程ヲ以テ之ヲ變更スル能ハス若シ其牴觸ノ場合ニ於テ官廳カ事務規定ニ從フテ働キ臣民ニ向テ發セラレタル法規ヲ蹂躙スル時ハ其行爲ハ違法ニシテ臣民カ有スル權利ヲ毀損スルモノナリ此ノ如ク

シテ臣民ニ對スル法規多キヲ加ヘ又其規定カ綿密ナルニ從フテ行政ノ作用ハ彌々其裁量ノ範圍ヲ縮少ス然レトモ臣民ニ對スル法規カ專ラ元首(行政ノ首長)又ハ行政官廳ニ依リテ發セラレ其內容ニ付テ何等ノ制限ヲ受ケサル時ニ於テハ行政ノ活動ハ仍ホ極メテ大ナリキ何トナレハ行政權ハ自己ニ不利益ナル法規ヲ何時ニテモ改廢スルコトヲ得タレハナリ唯近代ニ至リ一大怪物ノ出テヽ此自由ヲ根本的ニ制限スルモノアリ何ソヤ曰ク憲法、憲法是ナリ

憲法ノ目的ハ行政權ノ制限ニアリ憲法ハ一定ノ事項ヲ取リテ行政權ノ外ニ置キ他ノ國家機關ヲ通シ又ハ其參與ヲ待チテ之ヲ規定スルコトヲ要スト定ム故ニ此範圍ニ於テハ行政ハ既ニ定メラレタル法規(法律)又ハ見積(豫算)ヲ執行スルノ外ナシ立法事項ニ付テハ行政ハ單ニ法律ノ定ムル所ヲ行フカ又ハ法律ノ委任ニ基キ命令ヲ出スコトヲ得ルニ過キス是ニ於テカ憲法ノ實施ノ前後ニ於ケル法規ノ連絡ヲ如何ニスヘキカノ問題ヲ生ス社會ハ一日モ法ナクシテ生存シ得ヘカラス舊來ノ國法カ憲法ノ規定スル形式ニ依ラスシテ發布セラレタルカ故ニ之ヲ無效ナリトセハ國法ノ中斷ヲ生シ法ナキ時ヲ生ストセハ何者カ之ヲ調和スルモノナカルヘカラス是レ憲法第七十六條アル所以ナリ

成文法ハ不行使ニ依リテ消滅スルヤ

同條ハ「法律規則命令又ハ何等ノ名稱ヲ用キタルニ拘ラス此憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ總テ遵由ノ效力ヲ有ス」ト規定ス矛盾トハ憲法ノ定メタル規定ヲ變更廢止スル實質ヲ有スルモノヲ謂フ例ヘハ天皇ハ統治ノ主體ニアラス法律ハ天皇自カラ之ヲ定ム刑罰ハ法律ニ依ルヲ要セスト曰フカ如シ然レトモ憲法ノ規定ニ反セサルモノハ此條文ノ規定ニ依リ將來ニ效力ヲ有ス立法事項ヲ規定スル從來ノ勅令又ハ他ノ命令ノ如キハ憲法ノ規定ニ矛盾スルニアラスシテ唯憲法ノ定メタル手續ニ從フテ制定セラレサリシニ過キス故ニ此等ハ總テ遵由ノ效力ヲ有スルモノナリ其效力ニ至リテモ亦立法事項ヲ規定スルモノハ法律ト同一ナルヲ以テ將來ニ於テ之ヲ廢止變更スルハ又タ法律ニ依ルヘキハ論ヲ俟タス

憲法發布以前有效ニ發セラレタル國法ニシテ未タ明示又ハ默示ノ廢止ヲ經サルモノハ凡テ遵由ノ義務アリヤ此問題ハ成文法ハ不行使ニ因リテ消滅ニ歸スルヤ否ヤト云フコトヽ同一ニシテ法學上ノ大問題ナリ成文法ノ消滅スルハ(一)事期ヲ限リテ定メタルモノニアリテハ時期ノ經過(例ヘハ戰時ニ適用アル法規)(二)規定事項ノ消滅(三)新法ヲ以テ廢止ノ旨ヲ宣言スルコト(四)後法ト牴觸スルコト(五)適用ノ不能等ニ因ル今明カニ此等ノ條件ニ適合スルニアラスシテ而カモ仍ホ行ハレサル成法多キカ如シ我國最初ノ成文法トモ曰フヘキ大寶令ノ如キ時ヲ經テ不知不識其效力ヲ失ヘリ然ラハ成文法モ亦タ不行使ニ因リテ其效力ヲ失フモノナルカ余ハ此點ニ關シテ左ノ說明ヲ加ヘントス

法ノ規定カ臣民ノ行爲不行爲ヲ命スル場合ニ於テハ其法ノ實施セラルヽハ臣民ノ遵守ト國權ノ强制トノ二道ニ依ル如何ニ國家カ强制セントスルモ臣民カ之ニ從ハサレハ之ヲ罰スルノ外ニ道ナシ然レトモ一方ヨリ云ヘハ若シ臣民カ此ノ如キ規定ヲ遵守セサル場合ニ國權カ强テ之ヲ實施スルニ力メス空シク之ヲ臣民ノ違反ニ委スル時ハ其法ハ事實ニ於テハ全ク行ハレサルニ至ルヘシ法ノ規定カ國家ノ行爲ヲ規定スル場合ニ於テ國家カ其法ヲ適用セサル時モ亦然リ臣民相互ノ法律關係ヲ定ムル法ニ付テモ亦然リ人類ハ極メテ健忘ニシテ又タ常ニ自由ナランコトヲ欲ス法カ人ノ自由ヲ拘束スルハ其實際ニ行ハルヽ間ニアリ然レトモ人ニシテ其法ノ羈絆ヲ脫シテ自由行動ヲ採ル場合ニ於テ國權カ其法ヲ强制セサレハ卽カテ健忘ナル國民(政府モ亦然リ)ハ法規ノ存在スラ之ヲ知ラサルニ至ル是ニ於テ未タ廢止セラレサル成法モ時ヲ經ルニ從ヒテ全ク行施セラレサルモノトナリ了ルナリ

然リト雖モ廢止ト不行施トハ同一物ニアラス廢止ハ法ノ存在ヲ失ハシムレトモ其ノ存在ヲ失ハシメス故ニ國家カ之ヲ實施スル以上ハ別ニ法ヲ定ムル必要ナク臣民ハ當然之ニ依リテ拘束セラル但シ一般ニ法カ長年月間行ハレサルハ多ク社會ノ事情ノ變化ニ依リテ適用ノ困難ヲ生スルニ因ルモノナレハ此點ヨリシテ行施セラレサル法規ノ大多數ハ前ニ擧ケタル第五ノ原因ニ由リテ消滅ニ歸スルモノト考ヘ得ヘシ唯法ハ其有效ノ期間ニ起リタル事件ヲ支配スル力ヲ有スルモノナレハ例ヘハ幕府時代ニ起リタル權利義務ノ問題カ今日ニ於テ起ルトモ其關係ハ其當時ニ行ハレタル德川氏ノ法規ニ依リテ決定スヘキハ論ヲ俟タス

二、憲法

憲法ハ統治作用ノ大綱ヲ定ム國家行政ノ作用ハ第一次ニ於テ憲法ノ定ムル所ニ遵守スヘシ余ハ憲法ニ付テハ爰ニ贅セス（憲法要論特ニ一一七頁ー一六九頁參照）

三、法律

法律ト憲法トハ同一ニアラス（憲法要論一二一頁以下參照）法律トハ帝國議會ノ協賛ト天皇ノ裁可トニ依リテ成立シ法律トシテ發布セラレタル國法ヲ謂フ法律ハ行政作用ノ原

因ニアラスシテ其制限ヲナスモノナリ行政ノ範圍ニ於テハ命令（勅令ヲ含ム）ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス故ニ行政ニ關スル法律ノ發布セラルヽコト多キヲ加フレハ加フル程行政活動ノ範圍ハ益々縮少ス（憲法要論六一九頁以下參照）

四、命令

廣ク命令ト稱スル時ハ勅令ハ勿論行政官廳カ天皇ノ委任ニ依リテ發スル法規ヲモ包含ス實際ノ便宜ヨリ謂ヘハ命令ノ名ハ官廳ノ發スル命令ニ限リテ之ヲ用キ天皇ノ發スル勅令ト區別スルヲ可トスルモ現在我國ノ用例ニ於テハ勅令ト命令トノ間ニハ明確ナル區別ヲナサス勅令ヲ指ス場合ニモ單ニ命令ノ文字ヲ用キル事アリ（例ヘハ三十三年法律第八十四號）故ニ命令トハ行政官廳ノ發スル法規ナリト曰フコトアリ（例ヘハ二十三年法律第八十四號）又勅令ヲ込メテ廣ク命令ト曰フコトアリ（例ヘハ我カ現行ノ實例ニ於テハ狹キニ失ス否若シ此ノ如ク解スル時ハ思ハサル誤ニ陷ルヘシ而シテ命令ニシテ法律ノ委任ニ基キ立法事項ヲ規定スルモノハ法律ヲ變更スル力ヲ有スト雖モ其他ノ命令ニ至リテハ法律ニ牴觸スルコトヲ許サス（命令ニ付テハ本論第一篇第一章第一節法規中ノ命令ノ部ニ詳論スルヲ以テ爰ニ述ヘス同所ヲ參照スヘシ）

五、自主權ニ因ル法規

或團體カ法令ノ認許ニ依リ自己ノ事務ニ關シテ定ムル法規ヲ自主法規ト謂フ自主權カ存在スル爲メニハ必ス其上ニ優等ノ權力ノ存在スルコトヲ要ス卽チ自己以上ノ權力カ自己ニ向フテ法ヲ定メ得ル場合ニ之レヲ定メスシテ自己ニ立法權ヲ與ヘラルヽ時カ自主權ナリ此結果自主權ノ主體ハ必ス最高權ヲ有セサル團體ナリ主權者ハ決シテ自主權ナルモノ(其法律上ノ意義ニ於テ)ヲ有スルコトナシ或自治體ニ自主權ヲ附與スルハ法律ヲ以テスルモ又勅令ヲ以テスルモ之ヲナスコトヲ得可シ但シ自主法カ憲法ニ所謂立法事項ヲ規律スルモノナラハ必ス法律ヲ以テ自主權ヲ委任スヘク然ラサルモノニ付テハ勅令ノ委任ヲ以テ足ル法律ノ附與シタル自主權ハ勅令其他ノ命令ヲ以テ之ヲ廢止變更スルコト得ス(第二卷第一編第一章第一節法規ノ條下三、公共團體ノ發スル自主法參照)

自主權ノ主體カ如何ナルモノヲ包含スルカニ付テハ學者ノ間ニ議論ノ岐ルヽ所ナリ然レトモ其主體カ法人格ヲ有スル團體タルコトヲ要スルト云フハ一般ノ通說ナリ而シテ法人格ヲ有スル團體ニハ公法人ト私法人トアリ私法人ノ定ムル規則カ法ノ性質ヲ有スルヤ否ヤニ付テハ再ヒ學說ノ岐ルヽ所ナリウンゲル、塊國私法一卷三二頁ベーラウ、メクレムブルグ國法一卷三一七頁、ストツベ獨逸私法一卷一六〇頁以下、ゲングラー、獨逸私法二六頁、フランケン獨逸私法四八—四九頁等ハ之ヲ以テ法規ニアラスト主張ス之ニ反シベゼラー、獨逸私法七四頁、バツフ及ホフマン註釋一卷二六二—二七一頁、プリンツ、バンデクテン一〇一六頁、ウインドシャイド、バンデクテン一九號註四、ボルツエ、法人ノ意義一七三頁、ギールケー獨逸私法一卷一五一頁、レーゲルスベルゲル、バンデクテン一卷一〇六頁註六、ゾイフエルト九卷七號二九卷二一二號三一卷一九八號三八卷二號ニ擧ケタル判決例帝國裁判所ノ判決六卷三二號七卷五三號八卷三一號等ハ私法人ノ規約カ單ニ法律關係ノミナラス又客觀的ノ法ヲ作ルト云フ解釋ヲ採ル余ハ前說ヲ正當ト信スギールケーハ王室又ハ華族ヲモ法人ト解シ從テ此等ハ自主法ヲ定メ得ル主體ナリト云ヘリ我國ニ於テハ皇室モ華族モ家モ法人ニアラス故ニ自主權ノ主體トナルヲ得ス彼等カ國法ニ依リテ其內部ノ事ヲ規定スルハ法律關係ヲ定ムルノミニシテ法ヲ制定スルモノニアラス法人性ヲ有セサル個人ノ集合ハ慣習法ヲ喚起スル場合ハアルモ法ヲ制定スル場合ナシ四〇年五月皇室令二號華族令八條ニ依レハ華族ハ家範ヲ定ムルコトヲ得レトモ華族カ法人ニアラサル限リ家範ハ法ニアラス個人ノ家憲モ亦然リ但シ家範又ハ私法人ノ規約カ法ニ依リテ認メラレタルトキハ其範圍內ニ於テハ効力アルモコハ全ク法令ノ規定ノ結果ニシテ家範又ハ私法人ノ規約カ法タルカ爲メニハアラス

六、條約

條約カ行政法ノ淵源ナリヤ否ヤハ極メテ困難ナル疑問ノ存スル所ナリ條約カ、其本來ノ性質上國家ト國家トノ契約ナルコトハ今日一般ニ認メラルヽ所ナリ條約ハ外部ニ對スル國家ノ作用ナリ故ニ國內ニ對スル國權作用ノ內容カ豫メ列記ヲ許サヽルカ如ク外部ニ對スル國權作用ノ結果タル條約ノ內容モ亦タ豫メ之ヲ列

記シ得ヘキモノニアラス換言スレハ立法ノ範圍ト條約ノ範圍トノ間ニハ限界ナシ法律カ必スシモ臣民ヲ拘束スル法規ノミヲ定ムルニ限ラサルト同シク條約モ亦タ時ニ臣民ヲ拘束スヘキ規定ヲ包含ス(ラーバンド國法學四版第二卷一一四頁以下參照)是ニ於テカ條約ニ付キテハ單ニ其對外效力ヲ論スルニ止マラス又其國法的(對內的)效力ヲ說明スル必要アルナリ

條約ハ單ニ國家間ノ約束トシテノミ效力アリヤ又ハ同時ニ法規トシテ當然國法上ノ效力ヲモ有スヘキモノナリヤニ付テハ議論ノ岐ルヽ所ナリツオルン(一般國家學雜誌三六卷一頁以下ニ於ケル獨逸國際條約論國法學第一卷四九七頁以下)ハ條約ニ兩面ノ效力無キコトヲ主張シテ「凡テ國際法ナルモノナシ唯對外的國法アルノミ國際條約ノ批准ハ法律ノ裁可ト同一ノ效力ヲ有ス批准ハ條約ニ國法タル力ヲ與フルモノナリ」ト言ヒカウフマン(國際法ノ拘束力三〇頁)ハ「國際條約ハ國民ノ直接ノ權利義務ヲ發生セシムルモノナリ」ト論ス皆是レ條約ニ當然法規タル性質ヲ認ムルノ說ナリ我國ノ學者中ニアリテモ條約ハ條約トシテ直チニ臣民ヲ拘束スト主張スル者鮮カラス(美濃部日本行政法第一卷六五頁以下法學協會雜誌第九卷八號ニ於ケル梅博士所論、同雜誌第一卷第三號附錄岡松博士所論、同雜誌第一卷二四以下ニ於ケル織田博士所論)此等ノ論者ニ反對ノ意見ヲ有スル學者ノ中ニテ最モ有力ナル說明ヲ加ヘタルモノヲラーバンドトナス彼ハ其著獨逸帝國

々法第四版第二卷百十四頁以下ニ條約ノ性質ヲ詳論シテ反對論者ノ所說ヲ駁シ條約ハ唯國際約束ニ過キスト主張セリ曰ク「國際條約ト法規トノ區別ハ前者カ約束ナルニ反シ後者カ命令ナルノ點ニ存ス條約ニ依リテ權利ヲ得義務ヲ負フモノハ國家自身ナリ國際條約ノ實行ニ付テハ國法上ノ強制手段ナシ何トナレハ國家ハ自己ニ對シテ命令ヲ強制スル力ナケレハナリ條約ハ唯外部ニ對スル國家ノ義務ヲ定ムル外カ內部ニ對スル效力ヲ生セス條約ヲ實行スルヤ否ヤハ全ク國家ノ義務ニ屬シ臣民ニ對シテ義務ヲ課スルコトナシ然レトモ多クノ條約ハ臣民又ハ官廳カ之ヲ遵守スルニ依リテ有效ト爲ヲ規律スルハ唯一ツノ國權ノ行爲ヲ拘束スルニ過キストセハ臣民又ハ官廳ヲ拘束スル力爲メニハ條約ノ內容ヲ命令トシテ國內ニ發スルノ外無シ云々」ト氏ノ說ハ穗積博士ノ祖述ニ依リテ今日我國ノ公法學ヲ司配スルニ至レリ(憲法提要下卷七六三以下)余モ亦タ條約カ國家間ノ約束タル點ニ於テハ此等ノ說ニ與ス抑モ條約ナルモノハラーバンドカ曰フ如ク實ニ國ト國トノ約束ナリ故ニ其效力ハ當事國家ヲ拘束スルニ止マリテ直接ニ官廳又ハ臣民ニ及ハス之ヲ實例ニ徵スルモ條約中ニハ臣民ヲ拘束セサル性質ノモノ甚タ多

シ攻守同盟赤十字條約「メートル」條約其他ノモノニ付テ見ナハ明カナラン且ツヤ或種ノ條約ニ至リテハ全ク之ヲ秘密ニ附スルモノスラアリ此ノ如キモノハ全ク當事國家ヲ拘束スルヨリ以外ノ效力ナシ然ラハ條約ハ其本來ノ性質上常ニ臣民其モノヲ拘束ステフ事ハ曰ハレマシ而シテ其中臣民ノ權利義務ニ關係ヲ有スルモノニ付テノミ條約カ變シテ直接ノ國法トナルト曰フハ小ヲ以テ大ヲ推スノ議論ナリ條約ハ其內容ノ如何ニ拘ラス約束ナリ故ニ約束自身トシテ命令タリ國法タル效力ヲ生シ得ヘキニアラス論者或ハ我民法第二條明治三十二年法律第七十號領事官職務ニ關スル制及ヒ領事官職務規則等ニ條約ノ效力ヲ認メタルヲ引用シ是レ條約カ法令以外ニ猶ホ條約トシテ國法タル效力ヲ有スルノ證左ナリト說明スレトモ是レ寧ロ條約カ當然國法タル效力ナキカ爲メニ特ニ條約ニ準據スヘキコトヲ明言スル必要アリシニ由ル若シ條約カ國法ノ規定ヲ待タスシテ當然法力アルモノトセハカヽル認定ヲ要スヘキ道理ナキナリ

條約カ國際約束トシテ法タル效力ナク內臣民ヲ拘束スル力ナキモノトセハ其國家內ニ於テ臣民及ヒ官廳ヲ羈束スル效力ハ如何ナル方法ニ因リテ生シ又如何ナル範圍ニ於テ存スルカヲ論セサルヘカラス吾人ハ先ツ條約カ國法トシテ效力ヲ

生スル方法ヲ論セン

(イ)法律ヲ以テ「條約ニシテ官廳又ハ臣民ヲ拘束スヘキ內容ヲ有スルモノハ國法トシテ其實施ト共ニ遵由ノ效力ヲ生スルコト」ヲ一般ニ認ムルモノ、此場合ニ於テハ唯タ此一法律ノミニテ將來締結セラルヘキ一切ノ條約ノ國法的效力ヲ一括シテ定ムル便利アリ故ニ最モ適當ナル方法ナリ我國ニハ未タ此ノ如キ法律ナシ

(ロ)條約ノ內容中立法事項ニ屬スルモノハ之ヲ法律トシテ發布シ命令ヲ以テ定メ得可キモノニ付テハ命令トシテ發布スルモノ、此方法ハ適法ナレトモ前者ニ比シテ遙カニ繁雜ナリ

(ハ)個々ノ法律命令ニテ條約ノ效力ヲ認ムルモノ、前ニ擧ケタル民法第二條領事官ニ關スル法律命令等之ニ屬ス是レ亦タ狹キニ失シ餘リニ便利ナル方法ニハアラス

(ニ)條約其モノヲ公布シ國家機關ヲシテ之ヲ施行セシムルモノ是レ我國現行ノ實例ナリ

(イ)(ロ)(ハ)三種ノ方法カ適法ナルコトハ何人モ之ヲ疑ハス然レトモ(ニ)ノ方法ニ付

テハ從來著シク論爭セラレタリ條約ニ國法的ノ效力ヲ認ムルモノハ此方法ヲ以テ適法ナリトナスハ勿論ナリ然レトモ條約ヲ國際約束ニ過キサルモノトスル論者ニ至リテハ全ク此方法ヲ否認シ常ニ(イ)(ロ)若クハ(ハ)ノ方法ニ依ルヘキコトヲ主張ス其理由トスル所ハ條約ハ之ヲ公布スルモ依然トシテ條約ナリ決シテ國法タルヘキ力ヲ有セスト云フニ在リ余ハ條約其モノヲ國ト國トノ約束ナリトスルニモ拘ラス(ニ)ノ方法ヲ以テ猶ホ適法ノモノト解ス元來我憲法ハ立法ノ權ヲ天皇ニ歸ス故ニ或規定ヲ國法トシテ實際ニ施行スル天皇カ或規定ヲ國法トスルハ必スシモ明示的ニ其國法タルコトヲ宣言セストモ事實之ヲ施行スルナラハ其場合ニハ既ニ國權ノ意思ハ之ヲ國法トスルニ在ルコトヲ推定スルニ足ル換言スレハ條約ハ權限アル機關カ之ヲ施行スルコトニ依リ國法ト認定セラレタルモノナリ此場合ニハ國家機關ハ國ト國トノ約束トシテ條約ヲ實施スルニハアラスシテ條約ノ實質ヲ國法トシテ實施スルモノナリ條約ノ內容ト同一ノ法令ヲ出スハ繁ニ失スルヲ以テ條約ノ文字其モノヲ實施スルナリ而シテ國家カ條約ヲ實施スルノ意思ハ條約ノ公布其モノニ依リテ既ニ之ヲ推定スルコトヲ得ヘシ何トナレハ臣民ヲ拘束スヘキ條約ノ內容ハ之ヲ實施スル

條約ハ天皇又ハ權限アル機關カ之ヲ施行スルニ依リテ國法トセラレタルモノナリ

ニ依リテ初メテ國家カ希圖シタル結果ヲ得ヘケレハナリ然ラハ條約カ公布セラレタル時ハ官廳及ヒ臣民ハ國家ノ意思ヲ推定シテ之ニ從フヘキモノナリ此方法ハゲルマイヤー(獨逸國法學一八九號)モ亦タ之ヲ認ムラートバント(國法學第二卷一二一頁參照)ハ之ヲ非難スレトモ法律上不可能ノ事ニアラス但シ此ノ如クシテ發布セラレタル條約中ニ於テモ立法事項ニ關スル條項ハ是非共法律ニテ規定スルカ又ハ法律ニテ其國法タルコトヲ認メサルヘカラス何トナレハ憲法カ法律ヲ以テ規定スヘシト規定スル法律ト云フ形式ヲ有スル國法ニテ之ヲ定ムヘシト云フニ在ルヲ以テナリ故ニ單ニ條約ヲ議會ニテ協贊スルノミニテハ足ラス必ス法律ノ規定ヲ要ス其然ラサルモノハ條約其モノヲ公布シ以テ國法トシテ條約ヲ國法トシテ實施スルハ右ニ述フルカ如シ而シテ條約中立法事項ニ關シ又ハ議會ノ協贊ヲ經ヘキ事項ニ關スル部分ハ議會ノ協贊ナクシテ猶ホ其條約ヲ實施シ得ルヤ否ヤ彼ノ條約ニ國法タル效力ヲ認ムルカ認メサルカノ學說ハ此問題ノ解決ニ際シテ全ク反對ノ斷案ヲ生ス條約ニ國法タル效力ヲ認ムルカ故ニ別ニ議會ノ協贊ヲ要セスト論スルハ勿論ナリ條約ヲ國法ト認メス從テ條約ヲ國法トス

(一)立法事項ニ關スルモノハ兎ニ角法律ノ規定ヲ要ス

(二)議會ノ協贊ヲ要スル事項ニ關スルモノハ條約ヲ議會ノ議ニ附スルモ可ナリ

(三)其他ノモノハ天皇ノ實施命令ニテ國法トシテ效力ヲ生ス

ルニハ必ス別ニ法令ノ發布ヲ要スト云フ者ノ間ニ在リテモ二個ノ異ナル見解アリ穗積博士ハ（憲法講義法學協會雜誌第十卷十一號）天皇ノ大權ト議會カ天皇ノ機關タル地位トヨリ立論シ條約ハ立法ヲ拘束ス卽チ條約ノ內容ハ議會モ亦之ヲ認メサルヘカラスト說明セラレタリ（憲法提要條約ノ條下ニ於テ及セス八博士ハ此點ニ言）然レトモ條約カ國內ニ行ハルヽカ爲メニハ國法トシテ之ヲ制定セサルヘカラストスル博士ノ說明ニ從ヘハ條約カ立法ヲ拘束スト云フハ意味無キ事ナリ國法トシテ立法事項ヲ規定スルモノハ必ス議會ノ協贊ヲ要スルコトハ憲法其モノヽ規定ナリ憲法カ天皇ニ與ヘタル外交大權ハ唯タ外國ト約束スルノ權ヲ與ヘタルノミ外國ト約束スルコトヽ國法ヲ制定スルコトヽハ博士ノ條約論ヨリスレハ是非共之ヲ別物ト見サルヘカラス然ラハ天皇カ條約締結ノ權ヲ有スレハトテ其內容カ立法事項ニ關シ又ハ議會ノ協贊ヲ經ヘキモノナラハ之ヲ國內ニ施行スルニハ必ス議會ノ協贊ヲ經サルヘカラス而シテ此場合ニ於ケル議會ノ自由ナル意思ニ依ルモノナリ故ニ余ハ博士ノ說ヲ採ラスグナイヤー（獨逸國法學一八九號）ハ最モ適當ノ解釋ヲ取リ條約カ拘束力ヲ生スルハ權限アル國家機關カ之ヲ施行スルニ因ル而シテ其方法ハ或ハ特別法ヲ以テ條約ノ內容タル拘束力アル條規ヲ實施スルコトアリ又法律ヲ以テ條約ノ效力

ヲ認ムルコトアリ而シテ其條約カ經費ノ支出ヲ必要トスルカ又ハ現行法律ノ變更ヲ要スル場合ニ於テハ之ヲ施行スルニ付キ議會ノ協贊ヲ經サルヘカラス此場合ニハ條約ノ實施ニ必要ナル法律案又ハ豫算案ヲ議會ニ提出シテ其協贊ヲ求ムルコトアリ又ハ條約其モノヲ議會ニ提出シテ其承認ヲ求ムルコトアリト論セリ余ハ前ニモ述ヘタル如ク立法事項ニ關スルモノニ付キテハ法律ノ規定ヲ要シ然ラサルモノヽ中議會ノ協贊ヲ得ヘキモノハ之ヲ得ルニアラサレハ條約ヲ實施スル能ハス其他ノ大權事項ニ屬スルモノハ條約ノ實施ニ依リ當然拘束力ヲ生スト解スル者ナリ

以上述フル所ハ理論上ノ原則ナリ我國從來ノ慣行ハ全ク之ニ反ス卽チ條約ハ其內容ノ如何ニ拘ラス之ヲ國內ニ施行スルニ付テハ議會ノ協贊ヲ要セス公布ニ依リテ遵由ノ效力アルモノトシ且ツ條約ノ形式上ノ效力ハ法律ト同一ノモノト看做シタリ明治十九年ノ公文式ハ條約ニ付テ何等規定スル所ナシ明治四十年勅令第六號「公式令」第八條ニハ「國際條約ヲ發表スルトキハ上諭ヲ附シテ之ヲ公布ス前項ノ上諭ニハ樞密顧問ノ諮詢ヲ得タル旨ヲ記載シ親署ノ後御璽ヲ鈐シ內閣總理大臣年月日ヲ記入シ主任ノ國務大臣ト倶ニ之ニ副署ス」トアリ此條文ハ條約公布

ノ形式ヲ定メタルニ過キサルカ如キモ規定ノ精神ハ從來ノ慣行ト同シク條約ヲ國法トシテ施行スルハ全然天皇ノ自由ニシテ議會ニ何等ノ干渉權ナキコトヲ明ニセルモノナリ條約ハ公式令ノ發布以前ニ在リテハ勅令トシテ公布セラレシカ故ニ其實施ノ期日モ亦公文式第十條ニ依リテ定マリシカ公式令實施以後ニ於テハ條約ハ之ヲ條約第何號トシテ公布スルコトヽナリ而カモ條約ノ施行期ニ關シテ法令ノ規定ナキカ故ニ條約ニシテ法規トセラレタルモノハ條約ニ特別ノ施行期ヲ定メタル場合ノ外ハ公布ノ日ヨリ施行セラルヽモノト解スルノ外ナシ

明治二十七年五月三十日ノ會議ニ於テ衆議院ハ殆ント全院一致ヲ以テ次ノ決議案ヲ通過セリ曰ク「條約ノ締結ハ天皇ノ大權ニ屬スト雖モ之カ爲新ニ法律ノ制定ヲ要シ又ハ法律ニ變更ヲ生スヘキ事項及租稅ノ賦課變更ニ關スル事項ハ憲法第五條第三十七條第六十二條第六十三條ノ條文ニ由テ當然帝國議會ノ協贊ヲ經ヘキモノトス玆ニ之ヲ決議ス」ト(第六回議會衆議院議事摘要八四頁)然レトモ此決議ハ政府ノ爲メニ無視セラレ議院モ亦タ爾來默シテ語ラス

法力アル慣習
慣習法ハ必ス國權ノ認定ヲ經サルヘカラス

七、法力アル慣習

慣習カ法タル效力ヲ有スルニ付テハ成文法又ハ國權ノ認定ヲ要ス慣習法ノ成立要件トシテ從來多クハ「國權ノ認定」ヲ認ムル者ナシ彼等ハ曰ク慣習法カ成立スルニハ一定ノ行爲カ永年間同樣ノ形ヲ以テ國民ノ全體又ハ其一部ノ間ニ法タル確信(opinio juris et necessitatis)ヲ以テ行ハレタルコトヲ要スト然リ此等ノ要件ヲ具ヘテ人民ノ間ニ行ハルヽ慣習ハ甚タ有力ナルモノニシテ彼ノ立法者ノ擅恣ニ依リテ定メラレタル空文法ニ勝ルコト數等ナリ蓋シ法規中ニテモ强行法ニ屬セサル部分ニ於テハ當事者カ法文ニ異ナル意思表示ヲナスコトヲ許シ又此ノ如キ慣習ハ當事者ノ意思解釋ヲナス上ニ於テ有效ト認メラルヽカ故ニ或時代或社會ニ於テ人生上自然ニ發生シタル慣習ハ其社會ニ在リテハ最モ善ク遵奉セラルヽモノナリ法ハ人ノ意思ヲ支配ス意思ハ我ニ在リ故ニ我ノ利益ノ爲メニ各人カ互ニ其意思ヲ一致シテ行フ慣習卽チ自力ハ制定法カ外部ヨリ我ノ意思ニ加フル他力ヨリハ遙カニ勝ル所アリ然レトモ慣習カ實際ニ行ハルヽナラハ何故ニ其慣習ヲ法ト看做スヘキカハ余ノ解スル能ハサル所ナリ余ハ事實タル慣習カ法トナルニハ必ス統治權ノ認定ヲ待ツト信ス其理由ハ先ツ制定法ヲ以テ慣習法ノ發生ヲ豫防シ得ルコトヲ見レハ明ナリ立法者ハ或事件ニ付キ慣習法ノ發生ヲ許サス換言スレハ或事件ニ付キ慣習起ルモ之ヲ援用セスト定ムルコトヲ得此場合ニ事實タル慣習アルモ裁判所ハ之ヲ適用セサルカ故ニ法ニハアラス何トナレハ法ニシテ裁判所ノ適用セサルモノアルヘキ道理ナケレハナリ之ヲ要スルニ慣習カ

法力ヲ有スルハ制定法カ積極的ニ之ヲ認ムルカ又ハ統治機關カ法トシテ之ヲ適用スルコトニ依リ間接ニ其存在ヲ默認スルカニ基ク然ラスシテ國家ヨリ認メラレサル慣習法ハ斷シテ無シ其アルカ如ク見ユルハ所謂事實タル慣習ニシテ當事者ノ意思解釋ニ資スル事實トシテ見ルヘキモノタルニ過キス其制定法ヲ破ルカ如キハ制定法カ年ヲ經テ不行使ニ歸シタル場合カ又ハ制定法中ノ聽容規定ニ異ナル場合アルヲ誤認シタルノミ

以上吾人ハ慣習法カ法力ヲ有スルニハ必ス國家ノ認定ヲ要スルコトヲ明ニセリ

我現行ノ法規ニ就テ之ヲ見ルモ法例第二條ニハ「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル慣習ハ法令ノ規定ニ依リテ認メタルモノ及ヒ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限リ法律ト同一ノ效力ヲ有ス」ト規定シ以テ慣習カ法力ヲ有スルニハ制定法ノ認許ヲ待ツコトヲ明ニセリ民法二百六十九條二百七十七條二百九十四條等ニ於テモ亦タ慣習ニ法力ヲ認ム商法第一條ニハ「商事ニ關シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用ス」ト規定シ法ノ認定ヲ得サル慣習法アルカ如ク見ユルモ其商慣習法タル效力ハ法例ノ結果ニシテ若シ法例ナカリセハ其法ナル文字ハ商法第一條ニ依リテ初メテ法ト定メラルヘキ事實タル慣習ヲ指スノ義ナリト解スル外ナシ民事訴訟法第二百十九條ニ於テ地方慣習法及商慣習ノ擧證ヲ當事者ニ命シ而シテ其慣習法タル要件ヲ具備スルヤ否ヤヲ裁判官ノ判定ニ委シタルヲ見ハ慣習ノ法力カ國家機關ノ認定ニ繫ルコトヲ知ルニ足ラン

公法上ノ慣習法ニ付テ獨逸學者ノ著書ニ言ナキニアラスト雖モ見ルニ足ルヘキモノナシリユーダース「行政法ノ區域ニ於ケル慣習法」一八六三年キールハ獨逸學者カ普通參考書トシテ揭クルモノナルモ、マイヤーハ之ヲ罵倒シテ其價値アルハ唯其書ノ題目ノミト云ヘリザイドラーハウンゲル紀念講演集(一八九八年スツツトガルト)五四三頁以下ニ塊國々法及ヒ行政法上ノ慣習ト題スル問題ヲ論セルモ不得要領ナリ由來獨人ハ善ク材料ヲ集ム然レトモ其議論ニ至リテハ多クハ簡短不明瞭ナリ獨逸學者必スシモ恐ルヽニ足ラス

行政法上ノ慣習法ニ付テハ學者ハ極メテ容易ニ之ヲ論シ去リ私法上ニ慣習法アルカ如ク又行政法上ニモ慣習アリト論ス獨リグローテフエンド(普國行政法第一卷三八頁註一)及ヒオツトー、マイヤー(獨逸行政法第一卷一三一頁以下)ハ之ニ反對ノアリ

慣習法ノ發生ハ司法ノ上ニ於ケルト行政ノ上ニ於ケルトニ依リテ大ニ趣ヲ異ニス司法ハ法規ヲ維持シ個人ノ權利義務ノ關係ヲ確定スルコトヲ目的トス故ニ法規ナケレハ司法ナシ反對ニ云ヘハ若シ成文法ニシテ存在セサレハ司法ハ事實上

其地位ニ代ルモノヲ探出シテ之ヲ補ハサルヘカラス國家カ事實上ノ慣習ヲ認メテ法トナスハ此ノ如クシテ行ハル行政ノ區域ニ於テハ全ク之レト異リ行政ハ法ノ制限内ニ於テ働ク國權ノ作用ナリ故ニ其理想ハ出來得ヘキ丈ケ法規ヲ備フルニアリトスルモ其存セサル處ニ於テモ行政ハ尚ホ存ス否ナ官廳ノ爲メニハ法規ノ少ナキ丈ケ夫レ丈ケ裁量ノ自由アルナリ從テ行政ハ成文法ナキ所ニ於テハ強テ其事實ニ關シ制定セラレサル法ヲ詮穿シテ之ヲ維持スル必要ナシ此結果トシテ行政法ノ上ニ於テハ民法ノ上ニ於ケルト異ナリ慣習法カ發生シ得ヘキ餘地極メテ狹隘ナリ

此狹隘ナル範圍ニ於テモ法カ公法上ノ慣習ヲ認ムルハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサルモノニシテ且ツ法令ニ規定ナキ事項ニ關スルモノナラサルヘカラス（法例第二條）公法ハ公ノ秩序ニ關スルモノナリ故ニ法例第二條カ公ノ秩序ニ反スル慣習ノ發生ヲ許サヽル趣意ハ取リモ直サス成文ノ公法ニ反スル慣習法ヲ認メサルモノナリ何トナレハ成文ノ公法規定ニ反スル慣習ハ常ニ公ノ秩序ニ反スルモノト云フヘキモノナレハナリ（憲法要論一六三―一六九頁）

以上述フル所ハ人民ノ間ニ於ケル慣習法ナリ之ニ反シ今若シ國家ノ行政機關カ

或一定ノ事項ニ關シ同種ノ行爲ヲ慣行スルトキヤ否ヤ此點ニ關シテモ吾人ハ前ト同一ノ論鋒ヲ以テ官廳ノ行爲ヨリ生スル慣習ハ成文法ニ規定ナキ事項ニ關スルモノニ限リ法タル效力ヲ生スヘク成法ニ違反スル慣行ハ假令官廳カ永ク之ヲ慣行スト雖モ法タル力ヲ生セスト解ス若シ行政カ長キ慣行ニ依リテ必要ナル法規ヲ自カラ認定スルコトヲ得ヘシトセハ憲法カ定メタル臣民ノ權利其他ノ立法事項ハ其意義ヲ失フニ至ルヘシ何トナレハ若シ此ノ如クナラハ行政官廳ハ自己ニ不便利ナル法律又ハ憲法ノ條文ハ之ヲ曲解シテ自己ニ便利ナル違法ノ慣習ヲ作リ之レヲ以テ成文ノ規定ヲ變更スルニ至ルヘケレハナリイエリネック（法律命令論三三四頁）シユルツエ（普國國法論第一卷一三頁）ペツル（バイエルン憲法三七頁）等カ慣習法ニ成文法ヲ廢止スル力アルコトヲ主張スルハ時勢ノ變遷ニ連レテ法律カ行使不可能ニ陷リタルカ爲メニ廢滅ニ歸シ之レニ代リテ慣習法カ發生シタルヲ誤認シタルノミ此場合ニハ法律ハ他ノ原因ノ爲メニ消滅ニ歸シタルモノニシテ決シテ慣習法ニ依リテ廢止セラレタルニアラスイエリネックハ「假令慣習法ノ發生ヲ禁スル法律ヲ制定スルモ其法律自身既ニ慣習ニ依リテ消滅スルカ故ニ何等ノ效力ナシ」ト論スレトモ是レ亦タ法律カ其法律自身ノ内ニ存スル消滅

原因ニ基キテ消滅スルモノニシテ慣習法ノ爲メニ廢止セラルヽニハアラサルナリ

行政法ノ淵源ニアラサルモノ

行政法ノ淵源ハ上來說明シ盡セリ豫算（憲法要論六七九頁以下）ハ我現行憲法ノ上ニ於テ之ヲ法ト認メス（獨逸帝國憲法六九條普魯西憲法九九條ハ豫算ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムト規定スト此ノ如キ明言アラハ格別然ラサレハ豫算ハ事實ノ見積ニシテ法ニアラス）故ニ行政法ノ淵源ニアラス勿論豫算ハ行政ノ行動ヲ羈束スルモノ必スシモ常ニ法ナリトハ斷言スヘカラス若シ然ラハ自然ノ事實又ハ契約ノ如キモ法タルニ至ランノミ裁判例モ亦タ然リ判決ハ一事件ニ付キ關係者ヲ羈束スル效力ヲ有スルニ過キス假令將來同一性質ノ事件カ同一當事者ノ間ニ發生スルモ此事件ニ對シテハ前ノ判例ハ拘束力ナシ行政官廳カ違法處分ヲナシタルニ因リ訴ヘラレテ行政裁判所ニ依リ處分ノ取消ヲ言渡サレタレハトテ將來猶ホ同一ノ違法處分ヲ爲シ得サルニアラス假令同一ノ違法處分ヲ再ヒセサルトスルモ是レ法ニ準據スル結果ノミ決シテ行政裁判所ノ判決ニ準據スルカ爲メニハアラス此ノ如クシテ判例モ亦タ法タル力ナシ故ニ又行政法ノ淵源ニアラス條理モ亦タ法ニアラス固ヨリ行政ノ行動ハ條理ニ依リテ行ハルヘキヲ原則トス然レトモ條理ハ行政ノ行動ヲ羈束スル力ナシ當ニ力ナキノミナラス立法者ハ必要ニ應シ條理ニ反スル法ヲ立ツルコトナキニアラス既ニ法ニアラス故ニ是レ亦タ行政法ノ淵源タル資格ヲ缺ク

第二卷　本論

第一編　總論

第一章　行政ノ作用

行政ハ國家ノ機能中對外事件ノ處理ニモアラス司法ニモアラス又立法ニモアラサルモノヲ謂フ行政作用ノ本質ハ直接ニ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及ヒ臣民ノ幸福ヲ增進スルニ在リ而シテ國家カ行政スルニ當リ其作用カ如何ナル形式ヲ以テ外部ニ顯ハルヽカ是レ以下說明セントスル所ナリ

第一節　法規

國法ヲ制定スルノ權ハ本來君主ノ權ニ屬ス故ニ憲法ヲ以テ一定ノ事項ハ法律ヲ以テスヘク又ハ或機關ノ參與ヲ經ヘシト定ムルモ其制限無キ所ニ於テハ天皇ハ自己ノ決意ノミニ依リテ法規制定ノ權ヲ有ス而シテ此發令ノ權ハ又タ憲法第九條ノ規定ニ依リテ之ヲ行政機關ニ委任スルコトヲ得ヘシ爰ニ所謂法規トハ行政

ヲナス爲メニ天皇ノ發スル命令官廳カ法律勅令ノ委任ニ基キテ發スル命令ヲ總稱ス自治體ノ自主法規ハ國家ノ意思表示ニアラスト雖モ自治行政ノ準則タルカ故ニ後ニ附ケ加ヘテ說明スヘシ但シ法律ヲ此中ニ擧ケサル所以ノモノハ立法行爲カ行政作用ニアラサルヲ以テナリ

行政ノ爲メニ發スル勅令ノ種類

一、天皇ノ發セラルヽ命令

天皇カ行政ノ目的ノ爲メニ發セラルヽ命令ニハ(一)皇室令(二)軍令(三)勅令アリ皇室令トハ皇室典範ニ基ツク諸規則宮內官制其ノ他皇室ノ事務ニ關シ勅定ヲ經タル規程ヲ云ヒ(公式令第五條軍令トハ陸海軍ノ統帥ニ關シ勅定ヲ經タル規程ヲ云フ(明治四〇年九月軍令第一號軍令ニ關スル件第一條)勅令ニ付テハ學者更ニイ)緊急勅令(ロ)獨立命令(又ハ補充命令又ハ行政命令(ハ)執行命令(ニ)委任命令及(ホ)組織命令ヲ區別ス皇室令勅令ハ別段ノ施行時期アル場合ノ外公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ之ヲ施行シ軍令ハ別段ノ施行時期ヲ定ムルモノヽ外直ニ之ヲ施行ス(公式令一一條四〇年九月軍令第一號四條)今勅令ニ付キ極メテ簡短ニ其性質ヲ說明セム

緊急勅令トハ憲法第八條ニ依リ公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル爲メ緊急ノ必要ニ由リ帝國議會閉會ノ場合ニ於テ天皇カ發スル勅令ニシテ法律ニ代ル效力アルモノヲ云ヒ獨立命令又ハ補充命令又ハ行政命令トハ憲法第九條ニ依リ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ增進スル爲メニ發スルモノヲ云ヒ執行命令トハ憲法第九條ニ依リ法律ヲ執行スル爲ニ天皇ノ發スル命令ヲ云ヒ委任命令トハ法律ヲ以テ規定スヘキ事項ヲ法律ノ委任ニ依リテ規定スル命令ヲ云フ緊急勅令ヲ發スルノ權ハ天皇ニ專屬シ之ヲ統治ノ機關ニ委任スルコトヲ許サス獨立命令及ヒ執行命令ニ至リテハ憲法第九條ノ規定ニ基キ之ヲ發スルノ權ヲ行政官廳ニ委任スルコトヲ得ヘシ委任命令其モノカ適法ナリヤ否ヤニ付キテハ疑問ノ存スル所ナレトモ今日ノ實際ハ之ヲ許スモノトセリ而シテ天皇カ法律ニ依リテ委任セラレタル事項ニ付キ命令ヲ發スルノ權ヲ行政官廳ニ委任スルヲ複委任ト謂フ其適法ナリヤ否ヤハ委任命令ノ適法ナリヤ否ヤノ問題ニ依リテ定マル余ハ委任命令及ヒ複委任共ニ適法ナルモノト信ス獨逸公法學者中ニテ委任命令ヲ違憲ナリトスルハ獨リレン(子普國々法第一卷三五六頁ナリ他ノ學者擧テ其適法ナルコトヲ唱フ我國ノ學者中其違憲ヲ主張スルハ穗積博士及井上博士ニシテ一木博士以下一般ノ學者ハ其適法ヲ主張ス以上四種ノ勅令ノ性質ヲ論スルハ憲法學ノ範圍ニ屬スルカ故ニ余ハ爰ニ其ノ說明ヲ省ク最後ノ組織命令ハ所謂官制

官制ヲ論スルコトモ亦タ行政法學ノ範圍ナリ

ニシテ行政官廳ノ組織權限ヲ定ムルモノナリ官制ヲ論スルコトハ行政法學ノ範圍ナリヤ否ヤニ付テハ學者間ニモ議論ナキニアラスオツトー、マイヤー（獨逸行政法論第一卷一五、一六頁）ハ「官制ヲ以テ其精神ノ相似タル憲法ト相合シ國法學トシテ之ヲ論スルヲ正當トス卽チ官制ハ行政法ノ一部ヲ爲サス之ト相對シテ特別ノ種類ヲ爲ス」ト論セリ獨逸ノ學者中ニハ多ク此ノ如キ主義ヲ採リ官制ヲ行政法中ヨリ省クモノ少カラスト雖モ我國現在ノ行政法學中ニ說明スルニ於テ一致ス余ハ官制ヲ行政法中ニ入ルヘキモノト解ス故ニ本著ニ於テ之ヲ述フ但シ官制ニ關スル勅令ノ規定ヲ著書中ニ移植スルハ學問上ノ價値極メテ少ナキカ故ニ其大體ヲ述フルニ止メントス（後ニ述フル所ノ官治行政ノ章ニ就テ見ヨ）

レスラー行政法、キルヘンハイム行政法總論ハ官制ヲ形式的行政法ナリト記載シボルンハツク普國々法學第二卷、ステンゲル行政法等ハ官制ヲ總論トシ行政法ヲ各論トセリオツトー、マイヤーハ此等ヲ以テ成功ヲ得タル說明ニアラストト曰フモ余ハ何故ニ官制カ行政法中ニ入ラサルヤヲ怪ムマイヤーハ又官制ヲ行政法トスルハ裁判所構成法ヲ民事訴訟法ト解スルカ如シト論スレトモ是レ亦タ比較ヲ誤マリタル議論ナリ

二、行政官廳ノ發スル命令

行政官廳カ命令ヲ發スル權限ヲ得ルカ爲メニハ必ス法律勅令ノ委任アルコトヲ要ス此委任ナケレハ官廳ハ唯處分ノ權ヲ有スルニ過キス官廳ノ命令ニ左ノ種類アリ

官廳ノ發スル命令ノ種類

(イ)閣令　內閣官制第四條ニ依リ內閣總理大臣之ヲ發ス

(ロ)省令　各省官制通則第四條宮內省官制第五條ニ依リ各省大臣又ハ宮內大臣之ヲ發ス

(ハ)制令　明治四十四年三月法律第三十號（日韓合併ノ際ニハ明治四三年八月勅第二四四號ニテ定マレリ內容本法ト同シ）ニ依リ朝鮮總督之ヲ發スル制令ハ朝鮮ニ於テ法律ヲ要スル事項ヲ規定スルコトヲ得ルモノナリ

(ニ)朝鮮總督府令　朝鮮總督府官制（明治四三年九月二九日勅令三五四號）第五條ニ依リ朝鮮總督之ヲ發ス

(ホ)臺灣總督府令　此中更ニ明治三十九年法律第三十一號ニ基クモノト臺灣總督府官制第五條ニ基クモノトアリ前者ハ立法事項ヲ規定スルコトヲ得明治三十九年法律第三十一號ハ明治四十四年十二月三十一日限リ其效力ヲ有ス但シ終期到着以前ニ於テ更ニ其ノ效力ヲ延長セラルヽカ何ハ無期限ノ法律トナルヘキヲ信ス

(ヘ)都督府令　關東都督府官制第七條第八條ニ依リ關東都督之ヲ發ス

(ト)廳令　北海道廳長官警視總監樺太廳長官臺灣ニ於ケル廳長之ヲ發ス（北海道廳官制第一〇條警視廳官制第七條樺太廳官制第一〇條臺灣總督府地方官々制第五條）

(チ)府縣令　地方官々制第七條ニ依リ府縣知事之ヲ發ス

(リ)道令　朝鮮總督府地方官々制第六條ニ依リ道長官之ヲ發ス

(ヌ)支廳令、郡令、島廳令　北海道廳支廳長、樺太廳支廳長、郡長及島司之ヲ發ス（北海道廳官制第二八條、樺太廳官制第二二條、地方官々制第三七條第四六條）

(ル)民政署令　關東都督府官制第二十六條ニ依リ民政署長之ヲ發ス

(オ)領事官令　領事官職務規則第十五條ニ依リ領事官之ヲ發ス

官廳ニ發令權ヲ附與スル官制ノ文字ヲ見ルニ多ク「其ノ職權及ヒ特別ノ委任ニ依リ命令ヲ發スルコトヲ得」ト規定ス其職權ト謂フハ天皇カ官制ヲ以テ當然ニ當該官廳ニ附與シタル權限內全般ニ亘リテ命令ヲ發スルノ權アルヲ謂ヒ特別ノ委任トハ法律又ハ勅令ニ依リテ特別ニ委任セラレタル事項ニ付キ命令ヲ發スルヲ謂フ官制ニテ一般ニ委任スルコト無ク又法令ノ特別委任ナケレハ官廳ニハ發令權ナシ爰ニ所謂命令ハ外部ニ對シテ發スルモノニシテ臣民ヲ拘束スヘキ效力ヲ有スルモノナリ故ニ其命令ハ必ス一定ノ形式ヲ踐ミテ之ヲ公布セサルヘカラス

官廳ノ發スル命令ノ公布方法

關令省令ハ官報ヲ以テ公布シ別段ノ施行時期アル場合ノ外公布ノ日ヨリ起算シ滿二十日ヲ經テ之ヲ施行ス（公式令一〇、一一、一二條）制令ハ朝鮮總督府官報ヲ以テ公布シ特ニ施行期日ヲ揭クルモノ、外其各官廳ニ到達シタル翌日ヨリ起算シ滿七日ヲ經テ之ヲ施行ス（明治四三年八月二九日統監府令五〇號「制令ノ公布式」一、二、三條）朝鮮總督府令ニ付テモ亦同樣ナリ（明治三九年一月統監府令四號統監府令公文式明治四三年八月二九日統監府令五一號臺灣總督府令ハ臺灣日々新聞附錄府報ヲ以テ公布シ特別ノ施行時期アルモノ、外其各廳ニ到達シタル翌日ヨリ起算シ七日ヲ經テ施行ス（明治二九年八月勅令二九二號明治三四年一一月臺灣總督府令一〇三號）都督府令ハ滿洲日々新聞附錄府報ヲ以テ布告シ特別ノ規程アル場合ノ外其各官廳ニ到達シタル翌日ヨリ起算シ滿七日ヲ以テ之ヲ施行ス（明治三九年九月關東都督府令一號警視廳令北海道廳令府縣令島廳令及郡令等ニ付テハ明治二六年十月勅令一九九號地方官廳ノ發スル命令公布式」ヲ參照スヘシ民政署令ノ公布ニ付テハ明治三九年九月關東都督府令三號「民政署公布式」アリ領事官令ニ付テハ領事官職務規則第一五條三項ニ依リ領事官ノ定メタル公布式ニ從フ臺灣廳長ノ發スル廳令ノ公布ニ付テハ明治三七年九月臺灣總督府令七〇號ニ其規定アリ猶ホ樺太廳支廳長ノ發スル命令ノ公布ニ付テハ各相當ノ規程アルヘキヲ信ス之ヲ要スルニ官廳ノ發スル命令ハ特別ノ施行時期ヲ定メサル限リ公布文書ノ各廳到達ノ翌日ヨリ起算シ滿七日ヲ經テ施行スルコトヲ原則トスルモノナリ

之レニ反シ上級行政官廳カ下級行政官廳ニ對シ其事務取扱ニ關シテ下ス命令ハ

全ク其趣ヲ異ニス上級官廳カ下級官廳ニ對シテ命令ヲ下シ得ヘキハ其上下關係ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ敢テ法令ノ特別委任ヲ要セス（ラーバンド獨逸帝國々法第四版第二卷一八五頁）固ヨリ上官ハ法律勅令又ハ自己以上ノ官廳ノ命令ニ違反スル命令ヲ下官ニ發スル能ハサレトモ裁量ノ範圍トシテ許サレタル以内ニ於テ下級官廳ニ命令スルハ上官タル性質ヨリ當然有スル權利ナリ此命令ハ啻ニ一事件ノ處理ニ付テ發スル訓令ノミナラス幾多ノ事件ニ通セシムル目的ヲ以テ一般的ノ命令ヲ定ムル場合ニ於テモ苟モ下官ニ對スル命令ナル以上ハ特別ノ委任ヲ要セス學者ハ之ヲ職務命令(Dienstbefehl)ト云ヒ獨逸ノ學者ハ之ヲ法規命令ニ對シテ狹義ノ行政命令(Instruktion, Dienstanweisung, Reglement, Verwaltungsverordnung)トモ云フ此命令ハ下官ニ對スルモノナルカ故ニ前ニ述ヘタル命令(卽チ法規命令)ノ如ク之ヲ一般ニ公布スルノ必要ナシ唯之ヲ受クル官廳ニ送達スレハ足ル假令官報其他ノ文書ヲ以テ之ヲ公布スルモ是レ唯其存在ヲ一般ニ知ラシムルニ過キスシテ之ニ依リ公衆ヲ拘束スル力ヲ生スルモノニアラス公布ハ啻ニ職務命令ノ效力發生ノ要件タラサルノミナラス秘密ヲ要スヘキ訓令ノ如キハ之ヲ公布スルコトカ却テ懲戒處分ヲ受クル原因トナルコトアリ現行法ノ用文上職務命令ハ指令又ハ訓令ト稱スルコトニ

命令ヲ以テ罰則ヲ定ムルハ法律ノ委任ヲ要ス

處罰ノ方法其ノ一

一致スト雖モ又會々法規命令ニ冠スルニ訓令ノ文字ヲ以テセルモノナキニアラス是レ全ク當該官廳ノ不注意ノ致ス所ナリ例ヘハ巡査看守考試規程ハ外部臣民ニ對シテ效力アル法規命令ナルニモ拘ラス內務省訓令トシテ公布シタルカ如シ官廳ノ發スル命令ニ罰則ヲ附スルハ必ス法律ノ委任ニ基カサルヘカラス何トナレハ憲法第二十三條ノ結果トシテ日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナケレハナリ官廳ノ命令ニ違反シタル者ニ刑罰ヲ加フル方法ニ付テハ法ノ規程ハ三種アリ得可シ

（第一）ハ法律自カラ刑罰ヲ留保シ官廳ハ唯行爲不行爲ヲ命スル命令ヲ出スニ止メ若シ此命令ニ違フ者アル時ハ法律ノ定メタル刑罰ヲ受クルモノトスル方法是レナリ卽チ反射方法ナリ例ヘハ舊刑法第四百二十五條カ「左ノ諸件ヲ犯シタル者ハ三日以上十日以下ノ拘留ニ處シ又ハ壹圓以上壹圓九拾五錢以下ノ科料ニ處ス」ト規定シ次ニ「規則ヲ遵守セスシテ云々ノ事ヲ爲シタルモノハ」ト云ヘルカ如キハ之ニ屬ス此所謂規則ナルモノハ行政官廳ノ定ムル命令ナリ此ノ如キ場合ニ於テハ官廳カ自由ニ定ムル規則ニ違反スルノ結果ハ皆右刑法規定ニ反射シテ其定メタル刑罰ヲ科セラルヽモノナリ

第二)ハ法律カ一定ノ官廳ノ命令ヲ指示スルニアラスシテ漫然命令ニ罰則ヲ定ムル權ヲ委任スル方法ナリ此ノ如キ場合ニ於テハ如何ナル機關カ此委任ヲ受ケタルモノナリヤニ付キテ疑ヲ生ス此點ニ付テハ二個ノ見解アリ得ヘシ第一說ハ曰ク「命令ノ文字ハ廣ク勅令及ヒ各官廳ノ發スル命令ヲモ包含スル文字ナリ故ニ法律カ廣ク云々ノ事ハ命令ヲ以テ規定スルコトヲ得ト委任セルトキハ獨リ勅令ノミナラス一切ノ官廳ノ命令ニテ之ヲ規定スルコトヲ得ヘシ例ヘハ行政執行法第三條第二項カ風俗上ノ取締ヲ要スル業ヲ爲ス者ノ居住其他ノ制限ハ命令ヲ以テ之ヲ定ムト規定シタルニ基キ勅令ヲ差シ措キテ內務大臣カ內務省令ヲ以テ娼妓取締規則ヲ定メタルカ如キ是レナリ但シ此ノ如キ一般委任アル場合ニ於テモ勅令カ先ツ發セラレ其規定ニ依リテ行政官廳カ法律ノ委任ニ基キテナシ得ル權限ヲ一定ノ範圍ニ限定スルコト明治二十三年勅令第二百八號ノ如クナル場合ニ於テハ官廳ハ唯勅令ノ定メタル範圍ニ於テノミ刑罰ヲ定メ得ルニ過キス」ト第二說ハ曰ク「命令ナル語カ勅令ヲ包含スルコトニ付テハ疑問ナシサレト官廳カ命令ヲ發シ得ルハ憲法第九條ノ定ムル所ニ依リテ勅令ノ委任ヲ受ケタル場合ニ限ル假令法律ノ特別委任ハ憲法第九條以外ナリトスルモ先ツ勅令カ委任ヲ受ケ然ル後

ニ更ニ命令ニ複委任スルコトニ依リテ官廳カ初メテ發令權ヲ得ト解セサレハ甚タシキ不條理ニ陷ルヘシ例ヘハ明治二十三年法律第八十四號ハ命令ノ條項ニ違反スル者ハ各其ノ命令ニ規定スル所ニ從ヒ二百圓以內ノ罰金若クハ一年以下ノ禁錮ニ處スト云ヒ之ニ基ケル同年同日勅令第二百八號ハ唯各省大臣地方長官及警視總監ノ命令ノミヲ擧クルニ過キサリキ若シ右ノ法律カ凡テノ官廳ノ命令ニ罰則ヲ委任セルモノトセハ右勅令ノ列擧ニ漏レタル閣令ハ法律ノ委任通リ二百圓迄ノ罰金一年迄ノ禁錮ヲ定ムルコトヲ得ヘキ筈ナリ論者尙ホ之ヲ肯定スルカ」ト余ハ第二說ヲ採ル但シ第二說ニ依レハ娼妓取締規則ヲ定メタル內務省令ハ法律ノ委任ノ趣旨ニ反スト云ハサルヲ得サルニ至ルモソハ致シ方ナシ第一說ヲ採ル結果カ第二說ヲ採ルヨリモ遙カニ事實ト相反スルモノアル以上ハ余ハ寧ロ第二說ヲ採ルノ勝レルヲ信ス之ヲ約言スレハ法律カ特ニ勅令ニ委任シタル場合ハ勅令ノ獨占範圍ニ歸シ廣ク命令ニ委任シタル場合ニハ複委任ヲ受ケタル官廳ノ外罰則ヲ定ムル能ハサルナリ(二三年法律八四號ノ效力如何ハ本著八三頁以下ニ述ヘタリ右事例及左ノ說明ハ之ヲ有效ト假定シテノ立論ナリ)

二十三年勅令第二〇八號ハ三九年勅令第二四五號及四一年勅令第二五八號ヲ以テ改正セラレ第

一條ニ於テ內閣總理大臣(二三年勅令第二〇八號ニハ無シ)及各省大臣ハ其發スル所ノ閣令又ハ省令ニ百圓以內ノ罰金若ハ科料又ハ三月以下ノ懲役禁錮又ハ拘留ヲ附スルコトヲ得ルモノトシ(二三年勅令二〇八號第一條ニ依レハ各省大臣ハ其發スル省令ニ二十五圓以內ノ罰金若ハ二十五日以下ノ禁錮ノ罰則ヲ附スルコトヲ得タルノミ)第二條ニ於テ地方長官及警視總監ハ其發スル所ノ命令ニ五十圓以內ノ罰金若ハ科料又ハ拘留ノ罰則ヲ附スルコトヲ得ルモノトセリ(其以前ニハ十圓以內ノ罰金若ハ拘留ノ罰則ヲ附スルコトヲ得タルノミ)

法律カ一般ノ官廳ニ對シ或事ヲ委任スルハ其上下關係ヲ豫定シタル上ノ事ナルヲ以テ下級官廳カ法律ノ委任ニ基キテ發スル命令ニテモ成規ニ違ヒ公益ヲ害シ又ハ權限ヲ犯スト認ムル時ハ監督官廳ハ其命令ヲ取消シ又ハ停止スルコトヲ得ヘク又其命令ヲ制定スルニ付キ或種ノ訓令ヲ下スコトヲ得ヘシ但シ下級官廳ニ代リ自カラ命令ヲ出ス能ハス

終リニ一言シ置クヘキハ二十三年勅令第二百八號及之ヲ改正セル三十九年勅令第二百四十五號カ二十三年法律第八十四號ト矛盾セル點ナリ右法律ハ命令ニ委任スルニ貳百圓以下ノ罰金又ハ一年以下ノ禁錮ヲ以テセリ故ニ勅令ヲ以テ官廳ノ發令權ヲ定ムルニ當リテモ金額ノ多寡又ハ刑期ノ長短ノミヲ定メ得ルニ止マリ法律ノ委任セル刑以外ノモノヲ委任スル能ハス

然ルニ右勅令ハ內閣總理大臣地方長官及ヒ警視總監ノ發スル命令ニ關シテ懲役拘留科料ノ刑ヲ附加スルコトヲ得トセリ是レ明カニ法律カ委任シタル以外ノ刑ヲ委任シタルモノニシテ不當ノ規定ト云ハサルヘカラス大ハ小ヲ兼ヌテフコトハ罰金ト科料ト禁錮ト拘留トノ如ク性質ヲ異ニスルモノヽ間ニテハ云フ能ハス假令禁錮罰金ノ大ハ拘留科料ノ小ヲ兼ヌトスルモ懲役ヲ委任スルニ至リテハ殆ント辯護ノ餘地ナキ迄ニ違法ナリ

(第三)ハ法律カ勅令ヲ指示シ又ハ一定ノ官廳ノ命令ヲ指示シテ之ニ或罰則ヲ定ムル權ヲ委任スルコトアリ例ヘハ舊刑法第四百三十條ニハ「前數條ニ記載スルノ外各地方ノ便宜ニヨリ定ムル所ノ違警罪ヲ犯シタル者ハ其罰則ニ從テ處斷ス」ト規定セリ法文稍明瞭ヲ缺クト雖モ其眞意ハ違警罪ヲ定ムルノ權ヲ地方長官ニ委任セルモノナリ此場合ニハ法律刑法(刑法)ハ地方長官ノ命令ヲ特ニ指示シタルカ故ニ上級官廳ノ命令又ハ勅令ヲ以テ之ニ代フル能ハス常ニ地方長官ノ命令ニ依ルノ外無シ但シ此場合ニ於テモ地方長官ト內務大臣トノ關係ハ舊ノ如キヲ以テ其命令カ成規ニ違ヒ公益ニ反スト認ムル時ハ內務大臣ハ之ヲ取消シ又ハ停止スル事ヲ得ルヤ勿論ナリ法律カ勅令ヲ限リテ委任セル場合ニハ原則トシテ勅令ヲ以テ一

委任命令ハ委任ヲ與フル法律ノ廢止ト共ニ其效力ヲ失フトハ一概ニ云ヘカラス

切ノ規定ヲ設クヘシ假令已ヲ得スシテ命令ニ複委任ヲナストスルモ其大綱ハ勅令自カラ之ヲ定メ命令ハ單ニ其細則ヲ規定スルニ止メサルヘカラス（行政執行法第四條ト行政執行法施行法第二條第五條トヲ對照セヨ）

官廳ハ國家ノ機關ナリ故ニ其發布セル命令ハ國家其モノヽ命令トシテ效力ヲ有ス此結果トシテ或官廳ノ命令ハ假令其官廳カ廢止セラレタレハトテ仍ホ國法トシテ存續ス彼ノ太政官ノ命令カ今ニ及ヒテ效力ヲ有スルハ之レカ爲メナリ然レトモ新法ト舊法ト牴觸スル場合ニ於テハ新法ハ舊法ヲ廢止スル力ヲ有ス廢止セラレタル官廳ノ命令モ亦タ然リ其效力アルハ現行法ニ牴觸セサル範圍ニ於テノミ然リ若シ憲法第七十六條ナカリセハ立法事項ヲ規定スル憲法以前ノ勅令又ハ官廳ノ命令ハ凡テ其效力ヲ失フヘキモノナリシナリ

委任命令ハ委任ヲ與フル法律ノ廢止ト共ニ其效力ヲ失フト云フハ從來ノ通說タリ然レトモ此原則ハ其文字通リニ解スレハ誤解ヲ來ス虞アリ蓋シ普通ニハ廣ク委任命令ト云ヒテ其間何等ノ區別ヲナササルモ仔細ニ觀察スレハ委任命令ニハ種々ノ場合アルヲ以テナリ今左ニ其場合ヲ擧ケテ論セム

(一)法律カ官廳ノ命令ニ立法事項ヲ規定スル權限ヲ委任シタル場合此場合ニハ委任ヲ與フル法律ノ存スル間ニ發セラレタル官廳ノ命令ハ其法律ノ廢止後ト雖モ尙ホ效力ヲ有ス蓋シ一度有效ニ發セラレタル國家ノ意思ハ特ニ之ヲ廢止スルカ又ハ後法ト牴觸スル場合ノ外ハ將來ニ其效力ヲ有スルモノナレハナリ舊刑法ハ廢止セラレタレトモ其第四百三十條ニ基キテ從來各地方ニ於テ發セラレタル地方警察令ハ今モ猶ホ有效ニ存續シツヽアルナリ

(二)法律カ或一定ノ事項ヲ規定シ其規定ノ執行ニ必要ナル細則ヲ定ムル權ヲ或官廳ノ命令ニ委任シタル場合此場合ハ委任命令カ執行命令タル場合ナリ然シテ執行命令ハ執行セラルヽ法律ノ存續スル間ノミ其效力ヲ有スルモノナレハ執行セラルヘキ法律ニシテ消滅スレハ命令モ亦消滅ス普通ニ委任命令ハ委任ヲ與フル法律ノ廢止ト共ニ其效力ヲ失フト云フハ此場合ヲ指シタルモノナリ

(三)官制ヲ以テ官廳ヲ組織シ此官廳ニ命令ヲ發スル權ヲ委任シタル場合ニ於テ其官制ヲ廢シタルトキ此場合ニ於テハ官廳カ存續中有效ニ發表セル意思ハ國家ノ意思トシテ官廳廢止後モ猶ホ效力ヲ有ス一派ノ論者カ委任命令ニ付テ早計ニモ「權限ヲ與フル法カ無效トナレハ夫レニ基ツク命令モ亦當然ニ無效ナリ」ト云フ說ヲ以テシテハ此場合ヲ說明スル能ハサルヘシ

官廳ノ發スル命令ハ勅令ニ違反スルコトヲ得ス下級官廳ノ命令ハ上級官廳ノ命令ニ違反スル能ハス下級官廳ノ命令ハ上級官廳ヲシテ之レヲ了知セシムルカ爲メニ之ヲ上級官廳ニ呈示セサルヘカラス獨逸二三ノ立法例ニ依レハ下級官廳ノ命令ハ上級官廳カ一定ノ期間內ニ之ニ反對セサル時又ハ明示ノ確認ヲ與ヘタル時ニ於テ始メテ之ヲ執行スルコトヲ得ヘキモノトセリ是レ最モ適當ノ規定ニシテ若シ斯クセサレハ上級官廳ノ命令ニ牴觸スル命令モ上級官廳カ之ヲ取消シ又ハ停止スル迄ハ事實執行セラルヽノ弊害ヲ生スルコトアルヘシ我國ニハ此ノ如キ規定ナシ然レトモ行政內部ノ監督權ノ作用トシテハ法令カ發令權ヲ與ヘタル官廳ノ命令ニ對シテモ猶ホ上官ハ豫メ其當否ヲ審査シテ發布ヲ許シ又ハ許サヽルノ權ヲ有ス（本著前版一三九頁ニ記ク所ト反對ナリ）固ヨリ下級官廳ノ發スル命令カ不當ナラハ上級官廳ハ其命令ヲ了知セル上ニ於テ之レカ取消停止ヲナスノ權ヲ有スレトモ下級官廳カ未タ命令ヲ發セサルニ先チ豫メ其命令ノ內容ヲ上級官廳ニ呈示シテ認可ヲ受ケシムルコトハ上級官廳ノナシ能フ所ナリ但シ此權ハ行政組織ノ內部ニ於テノミ働クニ過キサルカ故ニ下級官廳カ此ニ違反シテ命令ヲ發布セル以上ハ其命令ハ有效ニ人民ヲ拘束ス此場合下級官廳ハ唯事務規程違反ノ責ヲ負フニ止マ

ルノミ其發セル命令ノ效力ニ何等ノ影響ナシ

三、公共團體ノ發スル自主法

自治ノ團體ハ又法律ノ規定ニ依リテ自主權ヲ附與セラレ法規ヲ定ムルコトヲ得ルモノアリ此權能ハ法ノ規定アリテ初メテ生ス此權能ナキ自治團體ニ於テハ地方官廳ニシテ其團體ノ機關タルモノヽ如キ場合ニ其ノ官廳ノ發スル命令カ果シテ官治行政ノ範圍ニテ發セシモノナリヤ又ハ自治行政ニ關シテ發セシモノナリヤヲ各其命令ノ實質ヲ審査シテ之ヲ區別スルノ外無シ現行制度ノ下ニ於テ爰ニ所謂自主法規ヲ發スルノ權能ヲ認メラレタルモノハ唯市（市制第十二條）町村（町村制第十條）北海道區（北海道區制第七條）北海道一級町村（北海道一級町村制第七條）北海道二級町村（北海道二級町村制第四條）沖繩縣區（沖繩縣區制第九條）沖繩縣及島嶼町村制ニ依ル町村（同制第七條）ノミ此等ハ其事務及ヒ其住民ノ權利義務ニ關シ法律（勅令ニテ其組織ヲ定メタルモノハ勅令）ニ明文ナク又ハ特例ヲ設クルコトヲ許セル事項ニ關シ法律命令ニ牴觸セサル範圍內ニ於テ條例（又ハ規則）ヲ設クルコトヲ得其發行ハ地方慣行ノ公告式ニ依ルヘキモノナリ公共團體ハ獨立ノ人格ヲ有ス法律勅令カ此等ノモノニ對シテ條例規則ヲ發布スルノ權ヲ附與セルハ團體自身ノ事務ノ爲メニセシムルモノニシテ國

家ノ意思ヲ代ツテ發表セシムルモノニアラス從テ公共團體ノ條例規則ハ國家ノ意思ニアラス此結果公共團體ニシテ消滅スレハ其發布セル條例規則モ亦同時ニ消滅ス從來ノ町村カ合併シテ一個ノ町村トナリタル場合ノ如キ若シ舊町村ニシテ獨立ノ區トシテ從來ノ條例規則ヲ其特有財產又ハ營造物ノ管理維持ニ付キ襲用セサル限リハ其條例規則ハ消滅ス假令舊町村カ之レヲ襲用スルモ之レカ合併町村ノ條例規則トナラサルハ勿論ナリ

公共團體ノ自主法規ハ國家ノ意思表示ニアラサルカ故ニ如何ニ效力弱キ國家ノ命令ニ對シテモ讓ラサルヘカラス之レニ違反スル能ハストハ吾人屢々之ヲ學者ノ口ヨリ聞ク所ナリ然レトモ自主法規ノ效力ハ先天的ニ國家ノ命令ノ下ニ在リト云フ原則ナシ凡ソ自主法規ノ效力ハ之ヲ附與スル國法ノ效力ニ依リテ定マル若シ法律カ與ヘタル自主權ニシテ何等ノ特例ヲ設ケナクハ勅令ヲ以テ其自主法ニ違反スル規定ヲ「ルヲ得ス唯現行ノ立法上「條例及規則ハ法律命令ニ牴觸スルコトヲ得ス」ト規定スルヲ常トスルカ故「而カ云ヒ得ヘキノミ自主法カ如何ニ效力弱キ國法ニモ讓ラサルヘカラスト云フ先天的ノ原則アルコトナシ

規約ハ之ヲ行政法規ト稱スヘキカ之ヲ以テ行政法ナリトスル學者ハ曰ク「規約トハ協定ニ依リ生シタル約款ニシテ法ノ認ムル所ノモノナリ協定トハ數多ノ人カ共同ノ利益ノ爲メニ共同ノ意思ヲ生セントスル目的ヲ有スル意思ノ合致ナリ協定カ意思ノ合致ナリト云フ點ニ於テハ契約ト同一ナレトモ一ハ共同ノ利益ヲ目的トス一ハ共同ノ意思ヲ生スレトモ一ハ一方ノ意思ヲ以テ他方ノ意思ヲ拘束スルモノナリ契約ハ當事者ノ一方ノ爲メニ權利ヲ生スルコトアレトモ決シテ法ヲ生スルコトヲ得協定ニ依リ法ヲ生スル著シキ例ハ國際法ノ範圍ニ在リ行政法ニ於テ協定ニ由リ生スル法ヲ認メタル例ナキニアラス町村組合ノ規則ノ如キ是ナリ」ト（一木博士行政法講義）余モ亦タ協定ニ依ル規約カ法ヲ生スル場合アルヲ認ム然レトモ其法タルハ協定ニ依リテ公法人ノ自治ニ關スル法規ヲ作ル場合ニアリ換言スレハ形式ハ協定ナルカ如キモ出來上リタル規約其モノハ一ノ公法人自身ノ自主法トシテ共同生活ノ條件タルモノナラサルヘカラス若シ然ラスシテ協定カ單ニ協定ヲナス者ノ意思トシテノミ效力ヲ有スルニ過キサル場合ニハ決シテ法ヲ生スルコトナシ例ヘハ町村間ノ規約ハ町村ト云フ法人相互ノ間ニ於ケル合意ニシテ其町村ヲ拘束スルハ町村以上ノ公法人ノ意思トシテ拘束スルニアラス唯町村カ爲シタル規約即チ自己ノ意思ニ基クモノナリ故ニ此ノ如キ規約ハ合意ニシテ法ニアラス之ニ反シテ町村組合ハ法人ナルカ故ニ組合ノ規約ハ公法人ノ意思トシテ

規約ハ行政法ヲ作ルコトアリヤ

以下ノ說明注意ヲ要ス

法タル性質ヲ有ス而シテ自主規定カ法タル性質ヲ得ルニハ公共ノ目的ノ換言スレハ行政ノ目的ヲ達スルモノナラサルヘカラス何トナレハ法ハ共同生活ノ要件ナレハナリ此點ハ實ニ私法人ノ定款ト公法人ノ法規トヲ區別スル重要ナル點ナリ私法人ノ定款モ公法人ノ自主法(例ヘハ町村條例)モ其成立ノ形式ニハ大差ナシ然レトモ前者カ何故ニ法ニアラスシテ後者カ何故ニ法ナリヤト問ハヽ後者ハ公法人カ行政ノ爲メニ定メタルモノナルカ故ニ法トナルト云ハサルヘカラス之ヲ要スルニ協定ニ依ル規約カ法タル效力ヲ得ルカ爲メニハ其協定ニ依リテ更ニ上級人格者ノ意思ヲ生スル場合ニシテ而シテ其規約ノ內容カ公共ノ行政ノ目的ニ存スル時ニ限ルト云ヒテ可ナリ

第二節　行政處分

第一款　處分ノ性質

行政處分トハ特定ノ事件ヲ處理スル公法上ノ一方行爲ヲ謂フ此處分中ニハ外部臣民ニ對シテ働ラクモノト行政ノ內部ニ於テ上級行政機關ヨリ下級行政機關ニ對シテ働クモノトノ二アリ後者ハ行政監督ノ條下ニ於テ之ヲ論スヘシ故ニ爰ニ

ハ主トシテ外部ニ對スル行政處分ヲ述ヘン

一、處分ハ特定ノ事件ヲ處理ス

國家ノ目的ハ單ニ法規ヲ定ムルノミヲ以テ達セラルヘキモノニアラス法規ハ常ニ不特定ナル多數ノ事件ニ通スヘキ抽象的規定ニ過キサルカ故ニ其發布ハ直接ニ事實上ノ效果ヲ生スル事無シ國家ノ目的ノ達セラルヽハ行政機關カ特定ノ事件ヲ實際ニ處理スルニ因ル行政ノ行動ハ本來ハ無制限ナリ立憲主義ニ基キ法律ト稱スル國法ヲ設ケ一定ノ事項ハ法律ヲ以テ定ムルコトヲ要スト規定スルハ本來無制限ナリシ行政ノ機能ヲ制限スルニ過キス故ニ此制限ナキ所ニ於テハ行政機關ハ國家ノ目的ヲ達スルニ適當ナリト思惟スル一切ノ行爲ヲナスヲ得ヘシ換言スレハ法律ハ決シテ行政權ノ活動スル原因ニアラスシテ其制限ナリ準則ナリ法規ハ將來ニ起リ得ヘキ數多ノ事件ニ適用スルノ意思ヲ以テ定メタルモノナリ卽チ將來斯ク斯クノ事件カ發生スル時ハ斯ク斯クスヘシテフ條件ヲ設ケタルモノナリ故ニ其規定ニ適合スル事件ノ發生スル時ハ行政機關ハ其法規ニ從フテ之ヲ處理セサルヘカラス從テ行政法規ノ發セラルヽ事愈多ケレハ則チ行政機關カ自己ノ裁量ヲ以テ隨時ニナシ得ヘキ處分ノ範圍ハ益縮小ス固ヨリ法ハアラユル

場合ヲ規定スル能ハサルカ故ニ其規定ナキ所ニ於テハ法令ニ違反セサル限リニ於テ處分ハ行政機關ノ自由ニ屬ス然レトモ法ノ規定アル所ニ於テハ機關カナス處分ハ常ニ之ニ遵據スヘシ卽チ法ヲ執行スルニ止マルヘシ而シテ處分カ法ニ違反スル能ハサルハ處分ヲナス官廳自身ノ發布セル命令トノ關係ニ於テモ亦タ然リ卽チ官廳カ處分ヲナス場合ニ於テハ自己ノ定メタル法規ニ違反スル能ハサルナリ

處分ハ公法上ノ行爲ナリ

二、處分ハ公法上ノ行爲ナリ

公法上ノ行爲トハ國家カ其命令權ヲ行使シテ働ラクコトヲ謂フ換言スレハ國家カ私人ト對等ノ關係ニ立チテ權利行爲ヲナスニアラス又法律上ノ效果ヲ生セサル事實行爲ヲナスニアラサル場合ナリ此以外ニ於テ國家カナス作用ヲ公法上ノ行爲ト名ツク然レトモ此範圍ニ於テモ國家ノ働キハ個人ニ對シテ命令禁令スルノミニ止マラサルコトヲ注意スヘシ前ニ命令權ヲ行使シテト曰ヘルハ命令權ノ主體タル資格ニ於テト謂フノ義ナリ

處分ノ特徵ハ其公法上ノ行爲ナルニ在リ彼ノ權利行爲ノ如キハ個々ノ事件ヲ處理スルモノニシテ行政行爲ニ屬スト雖モ行政處分ニハアラス

行政行爲（Verwaltungsakt）トハ行政機關カ其權限ヲ行フカ爲メニナス行動ヲ謂フ而シテ行政ノ作用ハ必スシモ命令權ノ行使ノミニハ限ラサルカ故ニ廣ク行政行爲ト謂ヘハ其中ニハ權利行爲事實行爲ヲモ之ヲ包含スルモノニシテ獨逸行政法九五頁註ニハ行政行爲ハ佛語ノ acte administratif ノ反譯ナルカ故ニ全ク之ヲ用ヰサルカ又ハ用ユレハ其本來ノ意義ニ從ヒ公法上ノ行爲ト解スヘシト謂ヘリ然レトモ行政法ヲ佛國ヨリ輸入セル國ナラハ知ラス然ラサル所ニ於テカヽル解釋ヲ採ル必要ナシイエリチツクカ公法雜誌第五卷三〇六頁ニ於テマイヤー氏ニ加ヘタル攻擊ハ當ヲ得タリ

三、處分ハ一方行爲ナリ

處分カ一方行爲ナリト謂フハ國家機關ノ意思表示ニ因リテ效力ヲ生スルノ義ナリ然レトモ或種ノ處分例ヘハ官吏ノ任命又ハ歸化ノ如キ本人ノ意思ヲ條件トスルモノニ付キテハ其果シテ處分ナリヤ又ハ處分ニ屬セサル特別ノ公法行爲ナリヤニ付キテハ從來學者ノ間ニモ多ク論爭セラレタリ之ヲ處分ニアラストスル學者ハ所謂公法上ノ契約ト稱スル名目ノ下ニ之ヲ說明スルニ於テ一致スルカ如シ（一木博士行政法講義、美濃部博士日本行政法第一卷一八八頁以下、ラーバンド獨逸國法學第四版第二卷一七五頁、レーニング獨逸行政法二四五頁、ステンゲル獨逸行政法論四〇四、三、一八六頁、イエリチツク公權論一九八頁）吾人ハ爰ニ公法上ノ契約ナルモノアリヤ從テ任官歸化等カ處分ニアラサルヤ否ヤヲ論セントス

公法上ノ契約ナルモノアリヤ

ラーバンドハ「契約ハ國家カ其命令權ノミニテハ其目的ヲ達スル能ハサル所ニハ一般ニ利用セラル此契約ハ國際條約ノ如ク國際法的ナルアリ又任官歸化等ノ如ク公法上ノ統治關係ヲ設定スル國法的ナルアリ國家カ行政スルニ當リテハ多數ノ契約行爲ヲナスヲ要ス」ト曰ヒレーニングハ「行政法ノ範圍ニ於テハ處分ノ外ニ國法上ノ契約ナルモノアリ然レトモ其契約ナルカ爲メニ之ヲ行政法ノ研究外ナリトシ又ハ其契約ノアリ得ヘカラサルコトヲ主張スヘカラス國家又ハ其機關ハ國權ニ服從スル個人ト現行法ノ規定ニ從ヒ公權利及公義務ヲ設定スル國法上ノ契約ヲ締結スルコトヲ得ヘシ(中略)カヽル契約ヲ締結スルニハ國家機關ニ其權限ヲ附與スル法規ノ存在ヲ必要トス此ノ如キ法規ハ或ハ國ノ元首ニ官吏タラントスル者ト官吏關係ノ契約(Staatsdienervertrag)ヲ締結スルノ權ヲ附與スルコトアリ又ハ國家團體(スタートフエルバンド)ニ加入セントスル者ト國籍ノ取得ニ付テノ契約ヲ締結スルノ權ヲ與フルコトアリ」ト曰ヘリ公法上ノ契約論者カ主張スル立論ノ根據ハ多ク短簡不明瞭ニシテ眞ニ參考トスヘキモノ少ナシ

余ハ公法上ニ契約ナルモノ無シト主張スル論者ト雖モ其所說ノ眞意ハ國家ノ行政行爲中ニ於テ其相手方タルヘキ者ノ同意

余ハ公法上ノ契約ヲ否認ス

契約說ヲ駁ス

ヲ條件トシテ初メテ成立スルモノヲ假リニ契約ト名ツケ而シテ之ニ公法上ノ文字ヲ冠シテ普通私法上ノ契約ニアラサルコトヲ明カニシ且ツ契約ニ關スル私法ノ原則ハ之ヲ公法上ノ契約ニハ適用セストフルハ單ニ彼等カ用キタル用語カ不當ナリト曰フニ在ルヲ以テ之ニ對シ攻擊ヲ加ナシ唯爰ニ一言契約論者ノ妄ヲ辯センン

契約論者カ公法上ノ契約ノ實例トシテ引用スルモノハ多ク任官ト歸化トナリ蓋シ此等ノ處分カ個人ノ意思ヲ條件トスルニ因テ爾カ名ケシモノナラン然レトモ若シ此意味ニ於テ公法上ノ契約ナル文字ヲ用キルナラハ實例ハ猶ホ此他ニ數多アリ凡ソ行政官廳カ處分ヲナスニ當リテハ其職權行爲ニ非サルモノニ付テハ之ヲ個人ノ願出ニ待タサルヘカラス願出ヲ受クル人ノ意思ヲ條件トシテ執行スヘキ處分ハ實ハ處分ヲ受クル人ノ意思ヲ條件トシテ爲スモノナリ換言スレハ論者ノ所謂公法上ノ契約ナリ然ラハ則チ彼ノ認可、許可、特許、訴願ノ裁決、公證等ハ凡テ是レ公法上ノ契約ナルカ流石ニ契約論者モ此等ノモノカ公法上ノ契約ナリト曰ハヽ彼等ノ論旨尙ホ立ツヘシ若シ故ラニ之ヲ避ケテ唯一二ノ例ヲ固守スルニ止マルト云ハヽ論者ノ說ハ既ニ其基礎ヲ失ヘリ

契約論者ハ或處分ハ當人ノ同意ニ依リテノミ設定スルコトヲ得ルカ故ニ公法上ノ契約ナリト曰フ斯ノ如キ斷案ハ「何事ニテモ相手方ノ同意ニ依リテ行ハルルモノハ凡テ契約ナリ」ト云フコトヲ前提トセサレハ出テ來ラサル所ナリ然レトモ合意ニ因リテ效力ヲ生スルモノ必スシモ常ニ契約ニアラス私法上ノ一方行爲中ニモ相手方ノ明示ノ同意又ハ推定セラレタル同意ナケレハ效力ヲ生セサルモノアリ此ノ如キ法律行爲ハ公法ノ上ニ於テハ私法ノ上ニ於ケルヨリハ一層屢々起ル所ナリ然レトモ契約ハ承諾又ハ同意ニ因リテ效力ヲ生スル法律行爲中ノ一分類ニシテ特定ノ法律上ノ形式ヲ有スルモノナリ卽チ當事者ノ意思ノ一致カ共同ノ意思（ウイルレ）トシテ合意ノ效果ヲ生スルモノナリ換言スレハ一方ノ意思カ旣ニ效力ヲ生シ他ノ意思カ之ヲ贊成スルニ止マルモノニアラスシテ雙方ノ意思カ相合シテ始メテ法律上ノ效果ヲ生スルモノ是レ卽チ契約ナリ（一方行爲及ヒ契約ニ付テハベツキンカ「パンデクテン」一〇三號註一二ヲ見ヨクンツエカ其無記名證券論八一號ニ於テ民タル所ハ參考トスルニ足ル彼ハ一方的行爲モ亦タ二個ノ意思ノ合致ニ依リテ有效トナルコトアルヲ論シ且ツ曰ク契約ト一方行爲トノ區別ハ合致セル意思カ法律上ノ效力ノ創設者タルヤ否ヤニ存スト一方行爲ノ出生原因（レーベンスグルンド）ハ處分者ノ一方意思ナリ契約ノ出生原因ハ雙方ノ意思ノ合働ナリ前者ニ在リテハ創造力ハ一方ニ在リ後者ニアリテハ雙方ノ意思ニ在リ云々）然テ合意ニ因ル行政處分ヲ見ヨ處分ノ效力ハ國家

一方行爲ト契約トノ區別

機關ノ一方的意思ノ決定ニ依リテ定マル任官モ歸化ノ許可モ共ニ國家ノ一方行爲ナリ故ニ其行爲ノ效力ノ創造者ハ獨リ國家ノミ處分ヲ受クル者ハ其處分ノ設定ニ付キ持分（Antheil）モナク又タ共働權（Mitwirkungsrecht）モ無シ此場合ニ假令國家カ個人ノ意見ヲ聞キテ其處分ヲナセハトテ之レカ爲メニ其處分カ國家ノ一方行爲ナリテフ性質ヲ變更スルモノニアラス之ヲシモ契約ト云ハヽ許可モ亦契約ナランノミゲルベル（公權論四〇頁）ヘーネル（獨逸國法研究三二頁）ゲーネルマイヤー（獨逸國法論一四三號）シユルツエ（獨逸國法學第一卷三二一頁）ツオルン（獨逸帝國々法第一〇五頁）等カ公法上ノ契約ヲ否認シ且ツ其理由トシテ一般ニ契約ハ對等ノ人格間ニアラサレハ成立セスト曰ヘルハ歸スル所公法上ニ於テハ國家ハ優者ニシテ其意志カ行爲ノ決定力ヲ有スト謂フニ外ナラサルナリ

美濃部日本行政法第一卷一八八頁以下ハ公法上ノ契約ニ付キ比較的詳細ナル說明ヲ加ヘタリ氏ノ立論ノ根據ハラーバンド等ノ議論ト同シク「國家ハ現在ノ法規ノ認ムル限度ニ於テノミ統治權ヲ行ヒ得ルニ止マルカ故ニ若シ國家ニシテ其限度ヲ超エテ臣民ニ或義務ヲ命セムトスル場合ニハ相手方ノ承諾ニ依リテ之ヲ爲スノ外ナシ此場合ニハ公法上ノ契約ヲ以テスルコトカ其唯一ノ形式ナリ」ト云フニアリ而シテ此ノ如キ公法上ノ契約ト願出ニ依ル處分トノ區別ニ付テ氏ハ「一方的行爲ノ場合ニ於テハ國家カ此ノ如キ行爲ヲ爲シ得ル權力カ豫メ法ニ依リテ旣ニ認メラルルモノ

ニシテ唯其行爲ヲ爲スコトカ當事者ノ請求アル場合ニ限ラルルナリ當事者ノ意思ハ唯國權發動ノ原因ニシテ行爲自身ノ要素ニアラス契約ニ在リテハ之ニ反シ當事者ノ意思カ其行爲ノ要素タルナリ」ト曰ヒ又「其行爲ニ依リテ當事者カ國家ニ對シ法ニ依リテ既ニ負ハシメラレタルニ非サル新ナル特別ノ義務ヲ負擔シ隨テ國家カ新ナル權利ヲ取得スル場合ニ於テハ常ニ公法上ノ契約ニシテ國家カ新ナル權利ヲ取得スルコトナキ場合ニ於テハ常ニ國家ノ一方的行爲ナリ」ト曰ヘリ余ハ此說ニ反對スル種々ノ理由ヲ有ス(第一)契約關係ニ於テハ二個ノ同等權アル主權ノ存在ヲ必要トス而シテ此主體ノ一カ他ニ對シテ或義務ヲ負フコトヲ約セルモノトセヨ此場合ニ於テハ其約束夫レ自身ノミニテハ決シテ法律行爲ヲナスモノニアラス其約束カ雙方行爲トシテ法律上ノ效力ヲ生スルカ爲メニハ必ス其約束ヲ有效トシ其拘束力ヲ認ムル法規カ別ニ存在セサルヘカラス固ヨリ憲法ニハ君主カ官吏ヲ任命スルコトヲ定メタル條文アリ然レトモ此條文ハ單ニ國家ノ機關トシテ官吏ヲ任命スルノ權限ヲ天皇ニ與ヘタルニ過キス其任命ニ依リテ官吏タラムトスル者ト締結セル契約(論者ノ所謂)ノ效力又ハ拘束力ヲ認ムル法規ハ獨リ之ヲ憲法中ニ發見セサルノミナラス官吏ニ關スル各種法規中ニ於テモ一モ此ノ如キ法規ヲ發見スル能ハス然ラハ論者ノ所謂公法上ノ約束ノ拘束力ハ何ニ因リテ生スルカ生セサルヘシ此關係ハ歸化ニ付テモ亦同樣ニ論スルコトヲ得ヘキナリ(第二)國家カ現行法規ノ規定スル所以外ニ義務ヲ負ハシムルハ獨リ任官又ハ歸化等ノ場合ニ於ケルノミナラス願出ニ依ル處分ニ付テモ亦多クノ場合ニ此ノ如キ義務ヲ伴フモノナリ免許ヲ要スル營業ニハ之ニ伴フ各種ノ義務アリ此義務ハ營業ヲ爲サヽル臣民ニ向テハ課スル能ハサル所ナリ宛カモ官吏ノ自分ニ伴フ義務ハ臣民ニ非サル者ニ課シ能ハス臣民ノ自分ニ伴フ義務ハ臣民ニ非サルト同一ナリ若シ官吏ハ官吏ニ非サル者ヨリモ以上ノ義務ヲ負ヒ臣民ハ外國人ヨリモ以上ノ義務ヲ負フカ故ニ官吏ノ任命臣民分限ノ附與ハ契約ニ依ルヘシト云ハヽ免許營業ヲ爲ス者ハ營業ヲ爲サヽル者ノ負ハサル義務ヲ負フカ故ニ又是レ公法上ノ契約ニ依ルヘシト云ハサルヲ得サルヘシ此ノ如クンハ余カ前ニ云フ如ク願出ニ依ル各種ノ處分ハ大部皆公法上ノ契約ナリト云ハサルヲ得サルヘシ論者果シテ之ヲ首肯スルヤ(第三)契約ハ二個ノ主體間ノ意思ノ合致ニ依リテ其效力ヲ生スル而シテ契約者カ地ヲ隔テヽ存スル場合ニハ其間ノ意思表示ハ隔地者間ノ意思表示トシテ其效力ヲ決スヘキモノナリ隔地者ニ對スル意思表示ハ相手方ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生スルコトハ一般ニ認メラルヽ原則ナリ此原則ハ契約ノ申込ニ對スル意思表示ニ付テモ同樣ニ適用セラルヘキモノナリ固ヨリ我民法第五百二十六條ニ於テハ「隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立ス」ト規定シ契約ノ承諾ニ付テハ民法第九十七條ノ原則ノ例外ヲ設ケ居ルモ其規定ノ不當ナルハ既ニ一般ニ認メラルヽ所ニシテ此ノ如キ例外ナキ場合ニハ必ス民法第九十七條ノ認ムルカ如ク隔地者ニ對スル意思表示ハ其通知ノ相手方ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生スト解スヘキモノナリ此原則ヲ任官ノ行爲ニ當テ塡メヨ任命ノ辭令ハ申込ニシテ本人ノ請書ハ承諾ノ通知ナレハ官吏關係ノ發生ハ請書カ任命者ニ到達シタル時ニ於テ初メテ發生スルカ何人モ之ヲ首肯セサルヘシ假令一步ヲ讓リ民法第五百二十六條ノ原則ニ依リテ請書ヲ發シタル時ニ任官行爲カ完成スト解スルモ其不道理ナルハ論者自身スラ之ヲ認ムルニ躊躇セサルヘシ若シ論者ニシテ歸化ノ場合ニ付キ「願出ハ申込ナリ歸化ノ許可ハ承諾ナリ而シテ歸化ノ效力ハ歸化ヲ許可スル文書カ願出人ニ到達シタル時ニ效力ヲ生ス」ト云ハヽ論者ハ他ノ點ニ於テ解クヘカラサル難題ニ陷ラム以上ノ理由ニ依リテ余ハ論者ノ說ヲ排ス公法上ノ契約ニ付キテ從來學者ノ論スルトコロハ孰レモ簡短ニシテ見ルニ足ルヘキモノナシ唯

オツトー、マイヤーハ公法雜誌第三卷(一八八八年)一頁ヨリ八六頁ニ亘リテ公法上ノ契約ヲ論評セリ、彼レハ公法上ニ契約ナキコトヲ主張セシト雖トモ合意ニ因ル行政行爲ヲ如何ナル種類ニ入ルヘキカト云ハヽ矢張リ公法上ノ契約"öffentlichrechtlicher Vertrag"ト名クルカ便利ナリト言ヘリ(同上論文四四頁)實質ヲ棄テヽ名ヲ採ルハ余モ敢テ其ノ不可ナルヲ見ス但シ無用ノ徒勞ヲ敢テスルノ非難ヲ免レサルヘシ

行政處分ハ必ス法規ニ基カサルヘカラサルカ換言スレハ官廳ニ處分ヲナシ得ヘキ權限ヲ與フル法カ存在セサレハ官廳ハ處分ヲナス能ハサルカ余ハ信ス行政官廳ハ統治ノ權關ナルカ故ニ法カ明示的ニ之ニ或權限ヲ附與セサル以上ハ處分ノ權ヲ有スルモノニアラスト然レトモ此權限ヲ與フル法規ハラーバンド(獨逸國法第二卷一八〇頁、レーニング獨逸行政法二四一頁、アルント獨逸帝國命令法二二五頁、ロイトールド一八八四年帝國年報三八八頁以下、ザイデルバイエルン國法第三卷四頁、ロジーン普國警察命令法一一頁以下)一派ノ學者カ主張スル如ク法律ニ基クコトヲ要スト曰フハ誤マレリ行政權ノ基礎ハ本來無制限ナリシ國權其モノニアリ而シテ此ノ如キ國權ノ主體ハ我國ニ於テハ天皇ナリ憲法ハ從來存シタル國權ノ根本ヲ顯覆シ唯一定ノ範圍ニ於テ命令ヲ出スノ權ヲ天皇ニ附與シタルモノニアラス統治主體ノ本來無制限ナル權力ヲ一定ノ範圍ニ限定シタルモノナリ卽チ立法事項ヲ設ケテ之ヲ制限セルモノナリ然レトモ立法事項ナルモノハ臣民ノ權利義務身體ノ自由ニ關シテ漏レ無ク之ヲ網羅シタルニハアラスシテ唯其重大ナルモノヲ保障スルノミ故ニ此保障以外ノ事項ニ付テハ天皇ハ命令ヲ以テ行政官廳ニ處分ノ權限ヲ附與スルコトヲ得ヘク此附與セラレタル範圍ニ於テハ現行法規ニ違反セサル範圍ニ於テ法無クトモ仍ホ處分ヲナスコトヲ得ヘシ(ゲー、マイヤー國法論一七八號、ヴルブリヒ塊國々法三九三頁註二、ボルンハック普國々法第三卷一三九頁、ザルヴイ一般行政法三六、三七頁)唯處分ナルモノハ命令ト異ナリ法規ニ違反スル能ハサルカ故ニ(上級官廳ノナス處分ハ下級官廳ノ發セル命令ニ違反スルコトヲ得)命令ニシテ多ク發セラルヽニ違反セサル範圍ナラハ單ニ官廳ニ權限ヲ與フル法規ノミニテ官廳ハ外部ニ對シ處分ヲナシ得ト云フノミ

ザルヴイ前揭三二頁カラーバンド一派ノ說ニ反對シテ「此ノ如キハ行政權ニ對シテ自己ノ自由ヲ主張スル個人主義論者ノ言草ナリ」ト曰ヒシニ對シラーバンド(國法第四版第二卷一八〇頁註一)カ同一口吻ニテ「此ノ如キハ臣民ニ對シテ自己ノ權柄ヲ振ハントスル大臣專制論者ノ希望ナリ」ト曰ヘルハ其當ヲ得タル駁論ニアラス

處分ハ三個ノ要件ヲ要ス(第一)國家ノ機關トシテ其處分ヲナス權限ヲ有スル官廳カ之ヲナスコト(第二)其處分ハ明カニ認知シ得ヘキモノニシテ又其內容ノ確定セルモノナルコト(第三)其處分ハ之ヲ受クル者ニ適當ノ方法ヲ以テ告示スヘキコト是ナリ

(イ)處分ハ之ヲ發スル權限ヲ有スル官廳カ適法ニ之ヲ發スルニ因リテ效力ヲ生ス而シテ官廳ノ權限ハ事物ト土地トニ依リテ限定セラレ又上級下級ノ關係ヲ有ス官廳ノ作用ハ常ニ此三ノ關係ニ於テ適當ニ行動スヘキモノナルカ故ニ官廳ノ處分カ其事物ノ管轄ノ外ニ出ツルモノハ全ク拘束力ヲ有セス從テ之ニ違反スル者ニ對シ法律上ノ不利益ヲ加フル能ハス之ニ反シ官廳ノ處分カ事物的土地的ノ管轄範圍ニ於テシタルモノナル時ハ之ニ對シテ法律上ノ救濟ヲ求メ處分ノ取消ヲ請求スルノ外ナシ其方法ハ或ハ訴願ナルコトアリ又ハ行政訴訟ナルコトアリ

(ロ)處分ハ他ノ意思表示ト同シク明カニ其意思ヲ知リ得ヘキ方法ヲ以テ表示セサルヘカラス而シテ其手段ハ別段ノ規定ナキ限リハ當該官廳カ適當ト思惟スル方法ニ於テスルヲ得ヘク必スシモ書面ヲ以テスルヲ要セス口頭ヲ以テスル處分モ亦タ少ナカラス公衆ヲ解散シ市場ニ於テ商人ニ一定ノ場所ヲ指示シ家屋ノ所有者ニ街道ノ掃除ヲ命スルカ如キ警察處分ハ多ク口頭ニ依ル單純ナル指示又ハ符號モ亦タ處分ヲ傳フルニ充分ナルコトアリ但シ一般ニ認識シ得ヘキモノナルコトヲ要ス例ヘハ通行ヲ禁スル爲メニ街道ニ繩ヲ張リ木ヲ橫タヘテ燈火ヲ點スルカ如シ一定ノ形式ヲ要スル處分(例ヘハ納稅ノ告知ノ如シ)ハ其形式ヲ踐マサレハ效力ナシ當該官廳ノ記名ハ普通書面ニ依ル處分ノ要件ヲナスト雖モ官印ノ押捺ハ別段ノ規定ナキ限リ之ヲ必要トセス

(ハ)處分ハ之ヲ受クルモノニ告知セサルヘカラス其方法ハ特別ノ形式ナキ限リ官廳ノ裁量ニ依ル然レトモ處分ヲ受クル者ハ必スシモ特定ノ人ニ限ラサルコトヲ注意スヘシ此ノ如キ場合ニ於テ處分ヲ一々各人ニ通告スルハ極メテ繁雜ニシテ又不能ナルコト多キカ故ニ特別ノ告知方法ヲ採ラサルヘカラス卽チ或ハ官廳ノ發行スル文書ニ登載スルコトアリ新聞ニ廣告スルコトアリ又ハ一定ノ場所ニ揭示スルコトアリ此ノ如キ廣告方法ハ決シテ法令ノ公布ト同シカラス其性質ニ於テハ寧ロ公示催告ニ類似シ送達ノ代用ヲナスモノナリ此場合ニ若シ法規(當該官廳ノ發スル命令ニテモ足レリ)ヲ以テ豫メ廣告ノ方法ヲ指示シ置キタル場合ニ於テハ其法規ノ結果トシテ假令現實ニ其廣告ヲ見サリシ者ニ對シテモ仍ホ處分ノ效力ヲ生スヘク然ラサル場合ニハ處分ヲ受ケタル者カ之ヲ認知セサレハ效力ナシ口頭ヲ以テスル處分ノ如キモ人ノ數丈ケ之ヲ反復スルヲ要セス公衆カ特ニ之ヲ認知シ得ル方法ヲ以テスレハ可ナリ

行政處分カ效力ヲ生スル時期

行政處分ハ如何ナル時ヨリ其效力ヲ生スルカ處分カ國家ノ一方行爲ナル以上ハ其效力ハ國家カ適當ノ方法ニ於テ其意思ヲ表示シタル時ニ生スト謂ハサルヘカラス固ヨリ其處分カ臣民又ハ官廳ノ行爲不行爲ヲ要求スルモノナル時ハ相手方ニ對スル效力トシテハ相手方カ之ヲ知リタル時ヨリ其效力ヲ生ストセサルヘカラスト雖モ然ラサルモノニ付テハ余ハ處分ヲナス國家機關カ意思表示ヲナシタル時ヨリ處分ノ效力ヲ生スト解スルモノナリ換言スレハ處分ハ之ヲ受クル者ノ利益ニ於テハ國家カ意思表示ヲナシタル時ヨリ效力ヲ生スルモノナリ外國ノ學者中ニモ我國ノ學者中ニモ此點ニ付テハ說明ヲ加ヘタルモノナキカ如シ然レトモ事實ノ上ニ於テハ斯ク解スルヲ可トスル場合甚タ多シ例ヘハ認可許可歸化任官ノ如キ臣民ノ行爲不行爲ヲ要求セサル處分ニ付テハ如上ノ解釋ヲ取ルノ適當ナルヲ見ル故ニ認可又ハ許可カ官廳ノ正當ノ告知ニ依リテ相手方ニ達セサル以前相手方カ或方法ニ依リテ之ヲ知リタリトセハ處分ノ相手方ハ認可許可アリタルモノト見テ或行爲ヲナスコトヲ得可シ歸化ニ付テモ亦タ然リ歸化ノ許可アラハ相手方ハ之ヲ知ラストモ彼ハ日本臣民タル身分ヲ獲得ス任官ノ如キ本人ノ意思ヲ條件トスルモノニアリテモ官吏タル身分ノ附與ハ國家ノ意思表示ノ時ヨリ生スルコトハ現在ノ實例ニ於テ辭令ノ日附ノ翌日ヨリ俸給ヲ支給スルヲ見テモ明カナリ民法第四十七條ニ於テ「第四十五條第一項及ヒ前條ノ規定ニ依リ登記スヘキ事項ニシテ官廳ノ許可ヲ要スルモノハ其許可書ノ到達シタル時ヨリ登記ノ期間ヲ起算ス」ト規定スルモ亦タ全ク同一趣意ニ出ツ第四十五條ハ法人ハ其設立ノ日ヨリ二週間内ニ登記ヲナスコトヲ要スト曰ヘリ而シテ主務官廳ノ許可ヲ要スルモノニ付テハ其許可ノアリタル時ニ法人ハ設立セラレタルモノト看做スカ故ニ民法四十七條ヲ設ケタルナリ若シ許可書カ到達セサレハ許可ハ效力ヲ生セサルモノトセハ民法ハ別ニ第四十七條ヲ設クル必要ナカリシナリ此規定アル所以ノモノハ立法者モ亦タ余ト同一意見ヲ採リ法人ハ許可ノアリタル時ニ設立セラルヽモノニシテ許可書ノ到達ニハ關係ナシト解シタルカ故ニ爰ニ特例ヲ設ケ許可書ノ到達ノ時ヨリ二週間以内ニ登記ヲナスヘシト規定セルナリ此解釋ハ理論上ニ於テモ實際上ニ於テモ最モ穩當ナルモノト信ス

第二款　處分ノ種類

第一項　處分ノ方法ニ因ル區別

官廳ノ處分ハ法規ノ範圍內ニ於テセサルヘカラス然レトモ官廳ノ處分ノ方法ハ其法規トノ關係ニ依リテ大ニ異ナレリ此結果トシテ處分ニ二種ノ區別ヲ生ス

(一)裁決處分　法規ノ規定精密ニシテ行政官廳カ唯之ヲ執行スルノ外何等裁量ノ餘地ナキ處分ヲ裁決處分(又ハ狹義ノ處分、裁定、準法處分トモ云フ)ト云フ而シテ官廳カ處分ヲナスニ方リテハ上級官廳カ發シタル命令ハ勿論自己ノ發シタル命令ニモ亦タ拘束セラルヽカ故ニ若シ自カラ命令ヲ發布シテ處分ノ形式ヲ限定シタル場合ニハ又之ニ從ハサルヘカラス此ノ如キハ警察許可ナトニ付キテハ多ク見ル所ナリ

(二)裁量處分　又便宜處分トモ云フ法規カ一々處分ノ形式ヲ定ムル事ナク一定ノ範圍ニ於テ行政官廳ニ裁量ノ餘地ヲ與フル時ハ官廳ハ此範圍ニ於テ國家ノ目的ト公共ノ利益トヲ考察シ最モ適當ノ方法ヲ以テ其處分ヲナサヽルヘカラス然レトモ便宜不便宜ハ條理上ノ問題ニシテ法律問題ニアラサルカ故ニ裁量處分ノ範圍ニ於テハ不當又ハ不便宜ノ處分ハアリ得ルモ決シテ違法ノ處分ナルモノアルコトナシ

裁決處分ト裁量處分トハ個々ノ行政處分ニ付キテ之ヲ判然ト區別スルコトヲ得ルモノニアラス換言スレハ或處分カ全ク裁決處分タルコトハ寧ロ稀ナルコトニシテ多クハ裁決ト裁量トノ二者ヲ包含スルモノナリ裁決處分ハ法ノ執行ナルカ故ニ法規ニ違反スル能ハス唯夫レ法規ノニ違反スレハトテ其處分ハ違法ニアラス例ヘハ彼ノ上級官廳カ下ス事務命令(訓令指揮)ノ如キハ官吏服務規律第二條ノ結果トシテ下官カ之ニ服從スヘキモノナレトモコハ法ニアラスシテ行政機關ノ內部ニ行ハルヽ處分命ニ過キサルカ故ニ之ニ違反スルモ其處分カ違法トハナラス何トナレハ直接ニ法規ニ違反セサルヲ以テナリ然ラハ上級官廳又ハ天皇カ官廳ノ事務取扱ニ關シ法規命令ヲ發布シタル場合ニ此事務規程ニ違反スルハ違法ノ處分ナリヤ否ヤ此點ニ付キテハ學者ハ從來曖昧ナル說明ヲ加ヘ漫然ト臣民ニ對シテ發セラレタル法規違反ハ違法ナレトモ事務規程ノ違反ハ法遠處分ニアラス」ト說明シ假令法規トシテ發セラレタルモノニテモ事務規程ノ性質アルモノナラハ之レカ違反ハ違法處分ニアラサルカ如ク說明スルモノアリ然レトモ法ノ客體ハ必スシモ臣民ニ限ルモノニアラス官廳ノミ遵守ノ義務アルモノト雖モ法トシテ發布セラレタル以上ハ卽チ國法ニシテ官廳ノ行動ノ準則タルモノナレハ之ニ違反スルハ同シク違法ナリ故ニ假令

事務規程ニ違反スル處分ニテモ臣民ノ權利ヲ害シタル時ハ行政訴訟ノ目的トナルナリ

一般ノ立法例ニ依レハ裁量行爲ノ不當ナルモノニ付テハ臣民ハ唯タ上級行政官廳ニ訴願スルコトヲ得ルノミ之ニ反シ違法ノ行政處分ニ付テハ訴願ノミナラス又行政裁判所ニ出訴スルコトヲ許ス固ヨリ國ニ依リテハ單ニ違法ノ處分タルヲ以テ足レリトセス一定ノ事項ニ關スル處分ニアラサレハ行政訴訟ノ提起權ナシトスルモノアレトモ少ナクトモ違法處分ニアラサレハ行政訴訟ノ目的トハナサス我國ノ制度亦タ然リ是レ爰ニ吾人カ違法ノ處分ト不當ノ裁量處分トノ區別ヲ論スル所以ナリ

國家ノ意思ニ服從スル義務ヲ現實ニセシメンカ爲メニハ國家ハ行政裁判所ニ出訴スル必要ナシ官吏ニ對スル懲戒權ヲ以テ其事務規程ヲ實行セシムレハ足レリ然レトモ臣民ノ側ヨリ云ヘハ官廳カ事務規程ニ違反スルニ依リテ其利益ヲ害セラルヽ事甚タ多シ例ヘハ警察官廳カ營業免許ノ條件ヲ定ムルカ如キハ實質ハ事務規程ナリ然レトモ此事務規程ニ違反スルモ違法ニアラスト云ハヽ營業免許ノ拒否ニ付キテ許サレタル行政訴訟ハ殆ント其實行ヲ見ル能ハサルニ至ルヘシ

第二項　處分ノ内容ニ依ル區別

行政官廳ノ處分中ニハ處分ヲ受クル者ノ要求ニ依リテ之ヲナスモノト要求ナクシテ職權上之ヲナスモノトノ二種アリ而シテ其中更ニ其内容又ハ形式ノ異ナルニ從ヒテ種々ノ區別ヲ生ス

一、職權處分

(イ)命令及禁令　廣ク命令ト云ヘハ或行爲ヲナスコト及ヒナサヽルコトヲ命スルモノニシテ禁令ヲモ包含スル爰ニ所謂命令トハ或コトヲナスヘキ命令ノ義ニシテ禁令トハナスヘカラスト云フ命令ノ義ナリ此處分ハ最モ多ク起ル所ニシテ特ニ禁令ハ警察ノ範圍ニ於テ多シ租稅ノ納付公共組合ノ加入又ハ設立官廳ヘノ出頭ヲ命スルカ如キハ命令處分ニシテ演舌ノ中止ノ如キハ禁令ニ屬ス

命令禁令ハ皆行爲不行爲ニ關スルモノナリ故ニ任官ノ如キハ形式ハ命令ナルニモセヨ行爲不行爲ヲ命セサルカ故ニ爰ニ所謂命令處分ニアラス法規ハ其内容カ命令禁令ヲ定ムルモノナル時ハ公布實施ニ依リテ直接ニ遵守ノ效力ヲ生スルモノナルカ故ニ別ニ行政處分ヲ以テ重子テ法規ノ命令禁令ヲ個人(又ハ官廳)ニ傳フル必要ナシ此結果トシテ法カ既ニ命令シ又ハ禁令シタル

事件ニ付テハ特ニ明文ヲ以テ處分ヲ待チテ行ハルヽコトヲ規定スルニ非スンハ處分ヲナス必要ナクシテ法規ノ希望スル效力ヲ生ス假令此場合ニ官廳カ法ノ命スル所ヲ個人ニ命令スルトモソハ單ニ法規ノ存在ヲ個人ニ注意スル迄ニシテ處分トシテ何等ノ效力ナシ之ニ反シ法カ特別ノ規定ヲ以テ處分ノ效力ヲ認メ之ニ依リテ初メテ臣民ノ義務カ確定スルコトヲ定メタル場合ニ於テハ（國稅徵收法六條ノ如シ）假令法規カ命令ヲ定ムルモ其效果ハ處分ヲ經サレハ發生セス稅法カ發布セラルヽモ告知處分ナケレハ臣民ニ納稅ノ義務ヲ生セサルカ如キ卽チ是ナリ

罰ノ宣告

（ロ）罰ノ宣告　行政官廳カ命令ヲ發シテ定メ得ヘキ罰ハ現行法ノ上ニ於テハ懲役、禁錮、罰金、拘留、科料及ヒ過料ナリ前ノ五種ハ刑罰ニ屬シ過料ハ刑罰ニアラスシテ法規違反ニ科スル惡報ナリ兩者共ニ之ヲ科スルニ付テハ法律ノ委任アル場合ニ限ル刑罰ヲ宣告スルハ本來司法裁判所ノ權限ニ屬シ行政官廳ニハ其權限ナシ唯タ明治十八年達警罪卽決例其他特別法ノ結果トシテ行政官廳カ刑罰ヲ宣告シ得ル場合ナキニアラス過料ニ付テハ司法裁判所ノ權限ニ專屬スルモノニアラス法ノ規定ニ從ヒ行政官廳ニテ宣告スルコトアリ或ハ裁判所カ宣告スルコトアリ

督促又ハ戒告

（ハ）督促又ハ戒告　處分カ新タニ行爲不行爲ヲ命スルニアラスシテ既ニ命シタル事柄カ遵守セラレサルニ因リ更ニ前ノ命令ヲ實行スヘキトコヲ督促シ又ハ戒告スルモノヲ云フ法ハカヽル處分ヲ認メテ之レニ一定ノ效果ヲ附與スル事アリ此ノ如キ場合ニ於テハ督促又ハ戒告ハ命令禁令ヨリ離レテ特種ノ處分タル性質ヲ有ス國稅徵收法第九條ニ依ル督促處分ノ如キ是レナリ

指定又ハ認定

（ニ）指定又ハ認定　法律ノ適用ハ其規定ノ支配ヲ受クヘキ人又ハ物或ハ狀態ノ異ナルニ從フテ變化スルモノナリ而シテ法ハ其支配ノ客體ニ付キ細密ノ規定ヲ設ケス之ヲ行政官廳ノ職權處分ニ委任シテ決定セシムルコトアリ指定又ハ認定ハ此ノ如キ場合ニ於テ法ノ適用ヲ完カラシムル爲メニナス官廳ノ處分ナリ河川法第一條ニ於テ河川法ノ適用ヲ受クヘキ河川ハ主務大臣カ公共ノ利害ニ重大ナル關係アリト認定シタルモノナリト規定シ砂防法第二條ニ於テ砂防設備ヲ要スル土地ヲ主務大臣ノ指定ニ委シタルカ如キ卽チ是ナリ指定ト認定トノ間ニ如何ナル區別アリヤハ現行法ノ規定上分明ナラス唯タ用例上ノ區別トシテハ指定ハ方法條件目的等ヲ示シ認定ハ主トシテ事實

身分又ハ資格ヲ能フル處分

ヲ定ムト云フコトヲ得ンカ法ノ適用ヲ完カラシムル外ニ猶ホ指定又ハ認定ノ行ハルヽ場合ナキニアラス感化法第六條ニ「地方長官ハ何時ニテモ條件ヲ指定シテ在院者ヲ假ニ退院セシムルコトヲ得」ト云ヘルカ如シ

指定又ハ認定ハ官廳ノ裁量ニ屬スルコトヲ本則トス故ニ何時ニテモ相當ノ理由アル時ハ之ヲ取消シ又ハ變更スルコトヲ得然レトモ若シ法ノ規定ニ依リテ指定又ハ認定ノ條件ヲ定メタル場合ニ於テハ其條件ニ從フニアラサレハ之レカ改廢ヲ行フ能ハス

(ホ)一定ノ身分又ハ資格ヲ與フル處分　此種ノ處分ハ多ク要求ニ依リテ之ヲ爲スト雖モ中ニハ然ラサルモノアリ任官ノ如キハ要求ニ依ルモノニアラス假令本人ノ意思ヲ條件トスルニモセヨ任官其モノハ決シテ願出ニ對シテナスモノニアラサルカ故ニ之ヲ職權處分中ニ數フルヲ可トス但シ任官カ行政處分タルハ判任官ノ任命ニ限ル其他ノモノハ天皇ノ大權ニ出ツルカ故ニ廣義ノ行政行爲ニハ入ルモ行政法學ニテ論スル必要ナシ徵兵處分モ亦タ此種ノモノニ屬ス

以上掲クル所ハ唯其重ナルモノニ止マル此他各種ノ形體ヲ以テ顯ハルヽ處分ハ各法規ニ就テ見ルノ外無シ

二、要求ニ依ル處分

(イ)許可　許可トハ特定人ニ對シテ法規カ一般ニ禁止セル行爲ノ禁ヲ解ク行政處分ナリ許可アルカ爲ニハ必ス其行爲カ一般ニ對シテハ禁止セラレタルモノナルコトヲ要ス何トナレハ禁止セラレサル行爲ハ許可ヲ要セスシテ有效ニナスコトヲ得ヘキモノナレハナリ普通學者カ說明スル所ヲ見ルニ許可ノ處分アルニハ一般ニ特定ノ行爲ヲ禁止スル法規ノ存在ト之レト共ニ特定ノ場合ニ此ノ禁止ヲ解クノ權限カ官廳ニ與ヘラルヽコトヲ必要トスト云ヘリ此說明ニ依レハ禁止ノ法規ト許可ヲ得ルヘキ權限ヲ與フル法規トノ二カ存在スルヲ要スルカ如ク解セラルヘシ然レトモ法ハ實際ニ於テ斯カル迂遠ノ規定ヲ設クル事無ク單ニ云々ノ行爲ヲナサントスル者ハ官廳ノ免許又ハ許可ヲ受クヘシト規定スルニ過キス許可ヲ受ヘクシト云フ規定其モノハ

ミニテ已ニ一方ニ於テ許可ナクシテ爲スコトヲ禁シ一方ニ於テ許可アラハ爲シ得ヘキコトヲ定ムル效力アルナリ

許可ト免許トノ異同

許可ト免許トノ間ニ何如ナル差異アリヤ獨逸ニテハ許可ノ「事ヲ Genehmigung, ゲネーミグング Gestattung ゲスタッツング Zustimmung, ツーストンメング Konsens, コンゼンス Erlaubniss, エルラウブニス Konzession コンツェッション 等ノ文字ニテ表ハシ免許ノ事ヲ Approbation アップロベチオン ト云ヘリ「アップロバチオン」ト云フ語ハ或職業ヲ爲スニ必要ナル個人的ノ能力又ハ資格ノ備ハレルコトヲ官廳カ確認スルコトヲ意味ス此ノ如キ職業ハ多ク警察禁止ノ下ニアルモノナレハ事實上免許ハ同時ニ許可タルコトヲ普通トス行爲自體ニ許可ノ條件ヲ繫クルカ又ハ或職業ヲナス資格ニ許可ノ條件ヲ繫ルカノ區別ニ依リ許可ト免許トノ區別ヲ生ス醫師産婆等ノ如キ職業又ハ古物商ノ如キ營業ニハ多ク免許ノ文字ヲ用キタリ要スルニ廣キ意味ニ於テ許可ハ狹義ノ許可ト免許トヲ包含ス免許ハ單ニ證明セラレタル資格ニ基キテ與フル許可ニシテ此資格アルコトノ證明サヘ付カハ必ス附與スヘキ性質ノモノナリ(水先案内免許藥劑師免許等狹義ノ許可ハ此以外ニ於テ本人ノ性質又ハ事業ノ設備等ヲ條件トシテ附與セラルヽモノナリ(ゲ、マイヤー獨逸行政法論第一卷三九四頁オ、マイヤー獨逸行政法二一節註參照)

許可ヲ要スル行爲ハ絕對ニ公共ノ善良ナル秩序ヲ害スヘキモノニアラスト雖モ之ヲ行フ人ノ能力資格ノ如何ニ依リ又其企業ノ基礎設備及ヒ執行ノ如何ニ依リテハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル結果ヲ生シ得ル虞アルヲ以テ其行爲ヲ行政官廳ノ許可ニ繫ケテ豫メ其條件ヲ審査スルコトヲ得シムルモノナリ行政官廳ノ免許又ハ許可ヲ要スルモノニ付キテハ官廳カ之ヲ許可スルニアラサレハ其行爲ヲ爲スコトヲ得ス許可ノ處分ハ之ヲ受クル者ノ行爲カ差支ナキコトヲ確認スルモノナリ此ノ如ク許可ハ國家カ絕對ニ禁止スル行爲ニアラサルカ故ニ行爲自身ニ於テハ毫モ違警ニアラサル所爲ニ付テモ尙ホ許可ヲ受クヘキコトヲ定メテ以テ監督ノ手段トナスコトヲ得ヘシ

許可ノ方法

許可ハ要求ニ基キテナス處分ナリ故ニ願出ナクシテナシタル許可ハ無效ナリ官廳カ許可ヲ與フルニ付テハ其許否カ全ク官廳ノ自由裁量ニ屬スルコトアリ又一定ノ條件ノ下ニハ許可ヲ與フヘキ規定ノ存スルコトアリ官廳ノ許可カ裁量處分タルコトヲ得ル場合ニハ當該官廳ハ其適當ト思料スル所ニ從フテ許否ヲ決スヘシ此場合ニハ官廳ノ處分ハ或ハ不當ナルコトアルヘキモ違法ノ問題ハ生セス之ニ反シ一定ノ條件ノ下ニ許可ヲ與フヘキコトヲ法カ定メタル場合ニ於テ(許可ヲナス官廳自身カ法規ヲ出シテ條件ヲ定メタル時モ亦タ同シ)其條件カ存スルニモ拘ラス官廳カ許可セサル時ハ其處分ハ違法ノモノト云ハサルヘカラス

許可ノ標準

許可ヲ與フルハ常ニ或行爲ノ禁ヲ解クモノナレハ許可ヲ與フルニ付キテ何ヲ標準トスヘキカノ問題ハ場合ニ依リテ異ナレリ其要件カ人ニ在ルコトアリ又タ其行爲ヲ爲スヘキ手段ニ在ルコトアリ又同時ニ此兩者ノ上ニ在ル場合

許可ノ消滅

ニハ許可ハ專ラ此特定人ニ對シテノミ效力ヲ有ス其理由カ行爲ノ手段例ヘハ企業ノ用ニ供スル建物其他ノ設備ニ繫カル場合ニ於テハ理論上其設備ニシテ變更ナキ限リハ之ヲ爲ス人ノ變更ハ一度附與セラレタル許可ヲ消滅セシムルモノニ非ス最初許可ヲ受ケタル者ニ代レル者ニ對シテモ亦タ許可ノ效力ヲ生ス然レトモ此ノ如キ場合ニハ多ク法律命令ヲ以テ許可カ人ノ更替ニ拘ラス其效力ヲ繼續スルコトヲ明言ス此ノ如キ明言ナキ限リハ許可ハ特定人ヲ限リテ其效力アルモノト解セサルヘカラス許可ノ條件カ人ト手段トノ兩者ノ上ニ存スル場合ニ於テハ手段ニ變化アルモ人ニ變化アルモ共ニ許可ハ其效力ヲ失フ兩者共ニ變化アル場合ハ勿論ノコトナリ

許可ハ種々ノ原因ニ由リテ消滅ス卽チ(一)許可ニ對シ特別ノ條件若ク　期限ヲ附シタル時ハ期限ノ滿了又ハ條件ノ消滅ニ因リテ效力ヲ失フ此ノ如キ場合ニ於テハ條件竝ヒニ期限ハ許可ノ本體ヲ爲スカ故ニ許可ハ必ス其制限內ナラサルヘカラス（例ヘハ舊鑛業條例九ニ試掘ハ認可ノ時ヨリ一ケ年ヲ限リトストアリ此場合ニハ一ケ年ヲ經過スレハ試掘認可ハ效力ヲ失フ是レ不行使ニ依ル消滅ニハアラス許可ニ時期ヲ附シタルナリ）(二)原因ノ消滅卽チ人的許可ハ許可ヲ受ケタル人ノ死亡ニ因リ物的許可ハ企業ノ消滅ニ依リ又人的物的ノ混合ノモノハ兩者ノ何レカ

ヽ消滅スルニ由リ消滅ス(三)一定ノ期間內ニ實行セラルヽコトヲ要スルモノ若クハ一旦企業ヲ初メタル以上ハ一定ノ期間內ハ之ヲ中止スルコトヲ得サルモノニアリテハ不使用ニ因リテ消滅ス（私設鐵道法一六本免許ヲ受ケタル後六ケ月內ニ設立ノ登記ヲ爲サヽルトキハ免許ハ其效力ヲ失フ）(四)法規カ後ニ至リテ絕對的ニ其行爲ヲ禁止セル場合(五)許可ノ取消是ナリ許可ハ之ヲ與ヘタル官廳又ハ監督官廳（下級官廳ノ處分又ハ命令カ成規ニ違ヒ公益ヲ害シ又ハ越權ノ處置アリト認ムル時之ヲ停止シ又ハ取消ス權アル上級官廳）ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得取消ノ權カ官廳ノ自由裁量ニ委セラレタル場合ニ於テハ官廳ハ其適當ト思量スル所ニ從フテ取消處分ヲ行フコトヲ得レトモ此場合ニ於テモ許可ヲ與ヘタル當時ト何事ノ事情ノ變化ナキニモ拘ラス一旦與ヘタル許可ヲ取消スハ不當ナリ從テ之ニ對シ訴願ヲ提起スルコトヲ得之レニ反シ法令ヲ以テ取消ノ原因ヲ限定セル場合ニ於テハ官廳ハ此原因ニ由ルニアラスシテ許可ヲ取消ス能ハス若シ之ヲ取リ消ス時ハ其處分ハ違法ニシテ個人ノ權利ヲ侵害スルモノナルカ故ニ行政訴訟ノ目的トナルヘシ現行ノ實例トシテハ取消ハ一定ノ條件ノ下ニ於テ行ハルヘキコトヽスルヲ例トス許可ノ拒絕ト一旦與ヘタル許可ノ取消トハ同一ニアラス許可ハ一度拒絕セラルヽモ更ニ之ヲ出願スルコトヲ妨ケス其狀況前

ト全ク同一ナル場合ト雖モ亦タ然リ然レトモ此ノ如キハ實際ニ於テハ徒勞ニ屬ス但シ官廳カ爲シタル營業免許ノ拒絕ニ付テハ行政裁判所ノ判決カ官廳ノ許可拒絕ヲ確認シタル場合ニハ同一事件ニ付キ更ニ願出ヲ爲スヲ得ス我現行ノ訴願又ハ行政訴訟ニ營業免許ノ拒否ト云ヘルハ許可ノ拒絕ノミニ限ルカ又ハ與ヘタル許可ノ違法ノ取消ヲモ包含スルカ現行法ノ文字ヨリ云ヘハ拒否又ハ取消トアリテ兩者ヲ區別シタレハナリ

認可

認可ト許可トハ異ナルカ

(ロ)認可　我國ノ公法學者ハ一般ニ許可ト區別シテ認可ト稱スル特種ノ處分アリト說明ス（一木博士行政法講義九八―九九頁、織田博士日本行政法論四五頁、但シ織田博士ハ其新著行政法講義九頁ニ於テハ前說ヲ飜ヘセリ、岡學士行政法論綱一一頁上杉學士行政法原論四三六頁）獨逸學者ノ著書ニ就テ見ルニ許可ヨリ離レテ特ニ認可ト稱スル熟字ヲ用キ兩者ノ差異ヲ說明シタルモノ無キカ如シ（余ノ見タル所ノミニテハ）余ハ許可ト認可トノ間ニ而カク相容ルヘカラサル區別ノ存スルモノアルヲ見ス故ニ許可ニ關シテ上來說明スル所ハ當然之ヲ認可ニモ準用シ得ヘキモノト信ス認可ニ付テハ一木博士ノ說ハ最モ最初ノモノニシテ又模範タルモノナリ博士曰ク「認可トハ一ノ法律行爲カ效力ヲ生スル要件タル處分ナリ從テ許可ト認可トハ大ニ性質ヲ異ニス認可ヲ要スル行爲ハ法律上禁セラレタル行爲ニアラス從テ認可ヲ經スシテ其行爲ヲナスモ法ノ禁ヲ犯スモノニアラス唯認可ナクシテ之ヲナサルニ止マル認可ノ效果ハ此ノ如ク一ノ行爲ヲ法律上有效ノ行爲トシテ成立セシムルニアルヲ以テ其行爲カ一旦有效ニ成立セシ以上ハ之ヨリ生スル效果ハ其行爲自體ノ結果ニシテ認可ノ效果ニアラス認可ハ其行爲ノ有效ニ成立セシ時ヲ以テ其效力ヲ生シ了リシモノト認メサルヘカラス例ヘハ條例ヲ認可スレハ條例ハ有效ニ成立ス斯カル時ハ團體員ハ之ニ服從セサルヘカラス認可ノ效果此ノ如キヲ以テ一旦認可ヲ與ヘシ以上ハ特別ノ明文ナキ限リハ之ヲ取消スコト能ハス之ヲ取消スモ何等ノ效力無シ何トナレハ認可ハ既ニ其目的ヲ完了セシタメ消滅セシモノナレハナリ認可ノ權ハ當然之ヲ取消ス權ヲ含ムト云フヘカラス云々」ト此ノ如ク認可ト許可トヲ區別スル學者ハ其區別ノ第一點トシテ許可ヲ要スル行爲ハ禁止セラレタルモノナルコトヲ要シ認可ノ基礎タル行爲ハ禁止セラレタルニアラスト說明ス然レトモ許可ヲ要スル行爲ハ常ニ之ヲ禁止スル明文ヲ伴フニアラスシテ多クハ余カ前

法文モ亦タ兩者ヲ混用ス

ニ述ヘタル如ク許可ヲ要ステフ文字ヲ掲クルノミ其行文ノ體裁恰カモ云々ノ行爲ハ認可ヲ要スト規定スルト同一ナリ故ニ一方ニハ行爲ノ禁止アリテ一方ニナシトハ認可ト許可トノ關係ニ付テハ斷言スル能ハス且ツ認可ヲ經サレハ法律上ノ效力ヲ生セサルモノハ卽チ無效ノ行爲ナリ法カ一定ノ事項ヲ掲ケテ認可ヲ要スルモノトセル以上ハ其精神ハ此事項ニ該當スル行爲ハ認可ナクシテナスコトヲ禁スルニ在リト曰フヲ妨ケス蓋シ無效ハ一種ノ制裁ニシテ法ハ何ノ目的モナキニ制裁ヲ定ムルコトハ想像シ得ヘカラサレハナリ立法者モ亦タ明カニ兩者ヲ區別セス質屋取締法第四條ニ住所氏名ノ詳カナラサル者ヨリ物品ヲ質ニ取ルコトヲ得ス但シ住所氏名ノ詳カナル者其ノ證人タルトキ又ハ警察官ノ認可ヲ受ケタルトキハ此限ニ在ラスト規定シ以テ認可ヲ許可ト混同セルヲ見テモ明カナリ故ニ第一點ニ於テ吾人ハ區別ノ必要ヲ認メス第二ニ論者ハ認可ハ一時的ノモノニシテ旣ニ認可アラハ其效力ハ消滅シ殘ル所ハ其行爲自體ノ效力ナリト說明スレトモ是レ又疑ハシキ所ナリ若シ此ノ如ク云ハヽ營業ノ免許モ亦其時限リ消滅シ殘ル所ハ營業者カ爲シツヽアル營業行爲ノ結果ニシテ許可其モノヽ效果ニアラス若シ又

許可セラレタル行爲カ有效ニ行ハルヽ間ハ許可カ猶ホ存續スト解スルナラハ此意味ニ於テハ認可モ亦認可ニ因リテ有效ニ行ハレツヽアル行爲ノ存續スル間效力アリト曰ハサルヘカラス故ニ第二點モ亦タ吾人ハ區別ノ標準トシテ認メス第三ニ認可ハ當然ニ取消ノ權ヲ包含セスト云フニ對シテモ吾人ハ之ヲ首肯スル能ハス認可ヲ與フルノ趣意ハ之ヲ監督スルニアリ一度與ヘタル認可ハ明文ナクハ之ヲ取消スコトヲ得ストセハ認可ヲ受ケタルモノカ認可ヲ與ヘタル趣旨ニ反シテ不當ノ事ヲ爲シタル時モ尙ホ袖手傍觀スヘキニ至ラン是レ果シテ認可ヲ與フル主意ニ合スルモノナリヤ吾人ハ認可ヲ一個ノ處分ト認ムル處分ハ之ヲ爲シタル官廳又ハ監督官廳ニ於テ一定ノ條件ノ下ニ取消シ得ルコトヲ原則トス唯免許モ認可モ之ヲ與フルニ際シテ存シタル條件カ何等ノ變化ヲナサヽルニ拘ラス之ヲ取消ス能ハサルモノナレハ假令認可ノ取消權ヲ當然ニ認可官廳ニ認ムレハトテ利益コソアレ弊害ハナシ要スルニ許可ノ附與取消ニ關スル原則ハ之ヲ認可ニモ亦タ適用スヘク又許可ヨリ離レテ認可ト稱スル別種ノ行政行爲アリト解スル必要ナシ

（ハ）私權ヲ設定スル處分　權利ハ法ヲ待チテ初メテ生ス故ニ私權ヲ設定スル行

政處分ハ必ス此私權ヲ定ムル法規ヲ執行スルモノニ止マルヘシ法ノ規定ナクシテ私權ヲ設定シ得ル處分無シ鑛業特許、專賣特許、公用徵收ノ如キハ此種ノ處分ニ屬ス法ニ依ルコトヲ要スル處分ヲ取消シ變更スルハ亦タ法ニ基カサルヘカラス私權設定ノ條件形式ニ關スル法ノ規定カ場合ノ異ナルニ從フテ甚タ差異アルカ如ク其處分ニ依リテ發生セル私權ノ消滅モ亦タ場合ニ依リテ異ナレリ故ニ個々ノ法規ニ就キテ之ヲ見ルノ外一般ノ原則ヲ立ツル能ハス何トナレハ私權ヲ設定變更廢止スル處分(裁決處分)ニ屬シ裁量ノ餘地ヲ存セサレハナリ然レトモ特別ノ規定ナキ所ニ於テハ一般ノ私權消滅原因ハ又其適用ヲ見ルト云ハサルヘカラス例ヘハ權利ノ主體又ハ客體ノ消失、終期ノ到着、解除條件ノ發生、棄權、消滅時效等ノ如シ但シ通例ハ私權ヲ設定スル法規ニ於テ其物權ナリヤ人權ナリヤ人權ナラハ一身ニ專屬スルモノナリヤ又ハ讓渡相續ヲ許スモノナリヤ否ヤヲ規定スルカ故ニ疑問ハ發生セス私權ヲ設定スル法規ハ必スシモ法律ヲ要スル明文ナシト雖モ新ラシキ私權ノ設定カ既存ノ法律狀態ニ變更ヲ加フルモノナル時ハ必ス法律ヲ以テスルコトヲ要ス

(ニ)私權ヲ廢止變更スル處分　此種ノ處分ハ要求ニ基ツクモノニアラス故ニ此所ニ之ヲ掲クルハ穩當ナラス唯前種ノ處分ト對照ノ便宜上之ヲ述フルノミ私權ヲ廢止スル處分モ亦タ法規ニ基カサルヘカラス私權カ法律ニ因ルモノナル時ハ其廢止處分モ亦タ法律ノ規定ニ基クヘシ私權ノ廢止ハ或ハ之ト同時ニ他人ノ權利ヲ發生セシムルコトアリ(例ヘハ公用徵收又ハ徵發ノ如ク甲ノ私權ヲ廢止シテ之ヲ乙ノ私權ニ移スカ如シ)或ハ單ニ私權ノ廢止ノミニ止マルコトアリ(例ヘハ病牛ヲ撲殺スルカ如シ)或ハ私權ノ一部ヲ廢止シテ他ノ主體ニ特種ノ私權ヲ設定スルコトアリ(例ヘハ甲ノ土地ノ上ニ乙ノ地役ヲ設定スル處分ノ如シ)

私權ノ廢止ハ其如何ナル原因ニ基クヲ問ハス必ス法律ノ規定アルコトヲ要ス(憲法第二十七條第二項參照、私權ノ廢止カ法律ヲ以テスルコトヲ要ストスル憲法第二十七條ノ規定ヨリ反對ニ解スレハ私權ヲ設定スル處分モ亦タ凡テ法律ニ依ルコトヲ要スルカ如シ何トナレハ私權カ命令ニテモ設定セラレ得ヘキモノアラハ私權ノ廢止ハ必ス法律ニ依ルヘキ道理ナケレハナリ)

(ホ)裁決　裁決ハ人民ノ權利又ハ利益ニ關スル違法又ハ不當ノ處分ニ付キ其正否ヲ判斷スルヲ謂フ裁決ハ裁判ト同シカラス裁判ハ訴訟ノ形式ヲ以テシ必ス當事者以外ノ官廳カ之ヲ審判セサルヘカラス裁決ハ裁判ノ形ヲ以テセス又必スシモ第三者タル官廳カ之ヲ審判スル必要ナシ不當ノ處分ヲナシタル

裁決

決定
受理
却下

官廳カ前處分ノ當否ヲ判斷スルモ亦タ裁決タルヲ失ハス是ニ所謂裁決ハ前ニ擧ケタル裁決處分ト同一ニアラス

(ヘ)決定　事實ヲ決定スル處分ヲナス處分ニハアラス土地收用法第五十九條ノ決定ハ申請ニ因ルモノナリト雖モ行政裁判法第二十條ノ決定ハ職權ニ因ルモノナリ

(ト)受理　申請、願書、屆書等ヲ受納スル處分ヲ受理ト曰フ受理ハ單純ナル事實ノミニアラス之レニ依リテ法律上ノ效果ヲ生スルコト甚タ多キカ故ニ行政處分トシテ揭クルヲ要ス法カ屆出ヲナスヘキ事ヲ命シ又ハ願出申請ヲナスコトヲ許シタル場合ニ於テハ其屆出又ハ願出ハ之ヲ受理セサルヘカラス但シ一定ノ理由ニ基キ之ヲ却下スルコトヲ得ルハ又法ノ認ムル所ナリ

(チ)却下　受理スルコトヲ得サル屆出又ハ願出ヲ受ケス又ハ旣ニ受ケタルモノヲ返戻スルヲ却下ト云フ却下ハ願出ニ對スル一種ノ處分タルノミ却下ノ理由ハ處分ニ從フテ異ナルカ故ニ是ニ概言スルヲ得スト雖モ管轄權ナキ官廳ニ提出シタルモノ法令ニテ屆出願出ヲ許サヽルモノ及ヒ適法ノ手續ヲ經サルモノハ之ヲ却下スルコトヲ得ルヲ原則トス效力强キ法規ノ命スル條件ヲ充實シテ提出シタル屆出又ハ申請ハ效力弱キ法規ニ反對ノ規定アルノ故ヲ以テ之ヲ却下スルコトヲ得ス(但シ委任命令ノ場合ハ例外ナリ)例ヘハ戸籍法ノ規定スル要件ヲ具備シテ屆出タル屆書ヲ書式ニ違フトシテ(書式ヲ定ムルハ多ク當該市町村ノ事務規程ナリ假令命令ニテ定マリタレハトテ其命令ハ戸籍法ト稱スル法律ノ規定ヲ變更スルカナシ)却下スルカ如キハ違法ノ甚タシキモノナリ

(リ)登錄又ハ證明

登錄トハ官廳又ハ公署ノ管掌ニ係ル帳簿ニ一定ノ事項ヲ登揭シテ旣ニ存在スル事實ヲ確認スルモノナリ各種登記ニ依リテ權利ノ所在ヲ明カニシ身分登記ニ依リテ身分ヲ證明スルカ如キ是レナリ登錄ハ要求ニ依ルモノト然ラサルモノトアリ本人ノ願出ニ因ルモノハ本人ノ申出ニ係ル事實ニ違反スル能ハス登錄願出ノ手續ニ違法アリテ却下スルハ格別ナリト雖モ然ラサル場合ニハ本人ノ申立ヲ變更シテ登錄スル事ヲ得ス但シ法規カ特別ノ例外ヲ設ケタル場合ハ此限ニアラス登錄ニ依リテ登錄ト證明トハ別種ノ處分ニアラス登錄ニ依リ事實ヲ證明スルモノナリ證明ハ讀テ字ノ如ク事實ヲ確認スルモノニシテ之ヲ創造スル力ナキカ故ニ他日事實ノ錯誤ヲ發見ス

ル時ハ一定ノ手續ヲ經テ之レカ訂正ヲナスノ途ヲ開カサルヘカラス但シ特別ノ規定ヲ以テ登錄ニ確定的ノ效力ヲ附與シタルモノハ此限ニアラス

以上掲クル所ハ要求ニ依ル處分中ノ重ナルモノニ過キス此以外ノモノニ付テハ個々ノ場合ニ述フヘキヲ以テ爰ニ列擧セサルヘシ

第三款　處分ノ瑕疵及其取消

處分ハ公法上ノ法律行爲ナリ從テ私法上ノ法律行爲ニ瑕疵アルカ如ク處分ニモ亦瑕疵ヲ伴フコトアリ處分ノ瑕疵ハ違法ノ處分及不當ノ處分ニ於テ存ス今其起リ得ル場合ヲ擧クレハ左ノ如シ

處分カ違法ナル場合

(一)、處分カ違法ナル場合、此中更ニ左ノ數種ヲ區別スルコトヲ得

權限ナキ機關カ處分ヲナセルトキ

(a)、處分カ全ク當該事件ニ付キ權限ヲ有セサル行政機關ニ依リテ爲サレタルトキ卽チ行政機關カ其土地ノ管轄又ハ事物ノ管轄以外ニ出テ、處分ヲ爲シタルトキ

處分カ形式ヲ缺クトキ

(b)、行政處分カ其形式ヲ具備セサリシトキ卽チ要式處分ニアリテハ其形式ヲ缺キ不要式處分ニアリテハ一般處分ノ要件ヲ具備セサリシトキ

處分ノ内容カ違法ナルトキ

(c)、處分カ當該行政機關ノ權限ノ範圍内ニ於テ適當ノ形式ヲ踐ミテ爲サレタルモ其處分其モノカ行政處分ヲナスニ方リテ準據スヘキ法規ニ違反シタルトキ

右三種ノ中(a)(b)ノ行爲ハ當然無效ナリ例ヘハ大阪府知事カ京都府ノ住民ニ對シテ警察處分ヲ爲シ又ハ文部大臣カ軍事ニ關スル省令ヲ發シタルカ如キ或ハ又文書ニ依ルヘキ處分ヲ口頭ニテ爲シタルカ如キ皆當然ニ無效ノ處分ナリ(c)ノ處分ニ至リテハ必スシモ然ラス此場合ニハ其處分ハ權限アル官廳カ適法ノ形式ヲ踐ミテ爲シタルモノナレハ一應適法ノモノト看做スヘク準據スヘキ法規ニ違反セルコトカ監督官廳ノ處分又ハ訴訟ノ如キ方法ニテ有權的ニ確定スル迄ハ其處分ハ有效ナリト看做スヘシ但シ違法カ公式ニ確定セハ其處分ハ最初ヨリ無效ナリ

此ノ如ク解スルトキハ被處分者ノ保護ニ於テ甚タシク缺クル所アルニ似タリ然レトモ若シ其處分ニシテ眞ニ違法ナリトノ確信アル場合ニ於テハ被處分者ハ場合ニ依リ正當防衞ノ權ヲ行使シテ自カラ違法處分ノ執行ヲ拒ムコトヲ得ヘシ抑モ正當防衞トハ現在ノ違法ノ侵害ヲ除去スルニ必要ナル程度ニ於テ侵害者ヲ毀損シテ自己ノ利益ヲ防衞スルヲ云フ其侵害カ違法ニシテ而カモ他ニ防衞ノ途ナキ時ハ被處分者ハ違法ノ處分ヲ執行スル者ニ對シテモ猶ホ正當防衞權ヲ行使シ得ヘシ而シテ此違法侵害ハ本來適法ナリシ行爲カ其適法ノ範圍ヲ超越シタル場合例ヘハ正當防衞ノ濫用又ハ官職上ノ行爲ノ濫用ノ場合ニモ亦存在スルモノナルカ故ニ右ニ述ヘタル(a)(b)(c)ノ場合共ニ若シ其處分ノ執行カ被處分者ニ對スル現在ノ侵害ニシテ他ニ救濟ノ途ナキ限リハ正當防衞ノ目的トナリ得ヘシ(リスト刑法第一四、一五版一四四頁參照)リストハ下官カ上官ノ命令ニ依

ヲテ違法ノ侵害ヲ爲シタル場合ニハ防衛權ハ唯上官ニ對シテノミ行使シ得ヘシト云フモ(同上同頁)余ハ其謂ナルヲ信ス若シ此ノ如ク云ハヽ狂人ヲ敎唆シテ他人ヲ侵害セシムル場合ニ被侵害者ハ現ニ手ヲ下ス狂人ニ對セスシテ却テ敎唆者ニ對シテ正當防衛ヲ行ハサルヘカラスト云フ結論ヲ生スヘシ(下官ヲ指揮シテ違法ヲナサシムル上官ノ行爲狂人ヲ敎唆シテ人ヲ侵害セシムル犯人ノ行爲ハ其間接正犯タル點ニ於テハ全然同一ナリリスト前書一五二頁一ノ註三、二二〇頁ノ二ヲ參照スレハ明カナリ)且ツ此ノ如ク說カハ侵害カ現在ナルヘシテフ原則ニ添フ能ハサルナリ

處分カ不當ナルトキ

(二)處分カ不當ナル場合、處分カ直接ニ法規ニ違反セサルモ公益條理等ニ反スルモノナルトキハ之ヲ不當ノ處分ト謂フ處分ノ不當ト云フコトハ假令夫レカ公式ニ確定シタル場合ニ於テモ其處分ヲ無效ノモノトスルモノニアラス此故ニ處分ヲ爲シタル行政廳又ハ監督機關ハ不當處分ニ付キテハ唯其效力ヲ將來ニ向テノミ取消スコトヲ得ヘシ處分ヲ初メヨリ無效ナラシムルカ如キ取消ヲナスコトヲ得ス

處分ノ取消

次ニ處分ノ取消ニ付テ論セン此點ニ關シテハ(一)取消權ノ主體(二)取消權ノ限界(三)取消ノ效果(四)取消ノ方法ヲ分チテ論スルヲ可トス

取消權ノ主體

(一)取消權ノ主體、取消權ヲ有スルモノハ(a)處分ヲ爲シタル官廳ノ上級官廳ニシテ官制ノ規定ニ依リ下級官廳ノ處分ヲ取消シ得ル權限ヲ與ヘラレ居ルモノ(b)法令ニ依リ訴願ノ裁決ヲナス權ヲ與ヘラレタル機關及(c)處分ヲ爲シタル官廳トアリ美濃部博士(日本行政法第一卷一七七頁一七八頁)ハ「凡テ國家ノ機關カ或法律上ノ行爲ヲ爲シタル場合ニ於テハ國家ノ意思ハ之ニ依リ有權的ニ決定セラレタルモノニシテ特ニ之ヲ審査スル職權ヲ與ヘラレタルモノニ非サレハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノト認メサルヘカラス故ニ處分ヲ爲シタル官廳自身ハ將來ニ向テ處分ヲ廢罷スルハ格別ナレトモ既往ニ遡リテ之ヲ取消スコトハ法規ニ依リ特ニ許サレタル場合ノ外ハ之ヲ爲スヲ得サルモノト解スルヲ正當ナリト信ス」ト云ヘリ氏ノ說ハ裁量處分ニ付テハ正當ナレトモ違法ノ處分ニ付テハ而カク論定スル能ハス處分官廳カ處分ノ違法ナリシコトヲ發見セハ之ヲ取消スコトヲ得ルノミナラス又之ヲ取消スヘキモノナリ斯ク云ハヽ處分ノ效力カ如何ニモ不確定ナルカ如ク聞エンモ自己ノ處分ノ正當ナルコトヲ固執スル傾アル行政官廳ニ取リテハ違法處分ノ取消ハ公益上萬已ムヲ得サル場合ノ外ハナサヽルヘキヲ以テ論者ノ云フカ如キ弊害ハ生セス此他行政裁判所ノ判決ニ依リテ「云々ノ處分ハ之ヲ取消スヘシ」トノ判決ヲ受ケタルトキハ處分ヲナシタル官廳ハ是非共其瑕疵アル處分ヲ取消スノ義務アルヲ見ハ博士ノ說ハ未タ一般ニ之ヲ認ムルヲ

取消權ノ限界

違法ノ處分ハ取消サルヽヘカラス

得ス猶ホ氏ハ取消權ノ主體トシテ行政裁判所ヲ擧ケタルモ行政裁判ハ裁判ノ形式ニ於テ當事者ニ或行爲不行爲ヲナスヘキ旨ヲ判決スルモノニシテ行政裁判所自カラ直接ニ處分ヲ取消スニアラサルカ故ニ余ハ行政裁判所ヲ取消權ノ主體ノ中ニ加ヘス

(二)取消權ノ限界、違法ノ行政處分ハ必ス之ヲ取消サヽルヘカラスラーバンド(獨逸帝國國法第四版二卷一八一頁)曰ク「便宜ニ反ステフコトハ決シテ處分ヲ法律上無效トシ又ハ禁セラレタルモノトスルコトナシ凡テ法律上ノ問題外ノコトナリ不便宜テフコトハ行政ノ固有ノ利益ノ爲メニ其處分ヲ廢止變更スルノ誘因ヲ上級行政廳ニ與フルコトアリ蓋シ行政ノ利益ハ國家ノ利益ト全然一致スルヲ以テナリ之ニ反シ處分カ法律上ノ基礎ヲ缺クトキハ假令處分カ如何ニ便宜ナルモ無效ニシテ拘束力ナシ此場合ニ若シ被處分者カ任意ニ其處分ニ從ハサルトキハ(處分カ法律上禁セラレタル行爲ヲ要求シ法律上命セラレタル行爲ヲ禁止スルカ如キモノナラサル限リ違法ノ處分ニ服從スルハ被處分者ニ禁セラルヽモノニアラス)處分カ法律上ノ基礎ヲ缺クト云フ證明ノ立ツ限リハ上級行政廳ハ其處分ヲ廢止シ又ハ變更セサルヘカラス不便宜ノ處分ハ之ヲ廢止スルコトカ之ヲ是認スルコトヨリモ遙カニ大ナル不利益ヲ伴フ場合ニハ上級廳ハ之ヲ維持スルコトヲ得」ト余ハ全然

處分ノ取消ハ執法處分ト便宜處分トニ依リテ異ナレリ

氏ノ說ニ與ス違法カ公式ニ確定セル處分ハ必ス之ヲ取消スヘキモノナリ美濃部(前書一七九頁以下)ハ之ニ反對シテ「一タヒ行政處分カ下サレタル以上ハ既ニ法律關係カ決定セラレタルモノニシテ假令其決定カ違法ノ處分ニ基キタリトスルモ尙ホ其處分ヲ取消スハ既定ノ法律關係ヲ動カシ既定ノ秩序ヲ破壞スルモノニ外ナラス從テ假令初メハ違法ノ原因ニ依リテ生シタル場合ト雖モ尙相當ノ時期ヲ經過スレハ之ヲ確定的ノモノトシテ尊重スルヲ至當トス」ト曰ヒ民法ノ時效ノ制度ヲ援用シテ自說ヲ主張スルモ氏ノ所謂相當ノ時期トハ果シテ何日何月何年ナリヤヲ明カニセサルノミナラス若シ年月ヲ經タル後曩キノ違法處分ヲ取消スコトカ公益ニ反スト思惟スルトキハ行政廳ハ其違法ヲ公式ニ確定スルコトヲ避ケ得ヘク此場合ニハ其違法處分ハ公式ニハ適法ノモノトシテ有效ニ存續スヘキヲ以テ氏ノ杞憂スル弊害ハ避ケ得ヘシ故ニ余ハ氏ノ　ニ與セス處分ノ取消ハ執法處分ト便宜處分トニ依リテ其限界ヲ異ニス行政官廳ノ處分カ全然法律命令(勅令上級官廳ノ發セル法規命令及處分ヲナス官廳カ發セル法規命令ヲモ包含ス)ヲ執行スルニ止マル場合ニ於テハ處分ヲナス官廳ハ法律又ハ命令ニ其取消又ハ變更ノ場合ヲ豫定シタル場合ノ外ハ自由ニ處分ヲ取消シ又ハ變更スルコト能ハス蓋シ執法處分ナルモ