

法政誦義第一集

法政總論



丙午社印行

法政講義第一集

法政講義總論

丙午社印行

行政法總論

(第三册)

行政法總論目次

緒論

- 第一節 行政之觀念……………一
- 第二節 行政法……………八

總論

- 第一編 行政法之基礎的秩序……………一三
- 第一章 行政法對於法律之關係……………一三
- 第一節 法律之留保……………一三
- 第二節 法律之最強力……………一四
- 第三節 法律之拘束力……………一六

第二章 臣民之公權……………一七

第一節 權利之觀念……………一七

第二節 公權與私權之區別……………二四

第三節 公權之種類……………二九

第四節 公權之發生及消滅……………三五

第三章 行政法之淵源……………三九

第二編 行政組織……………五一

第一章 行政官廳……………五一

第一節 總論……………五一

第二節 中央官廳……………六八

第三節 地方官所……………七三

第四節 臺灣之行政組織……………七六

第二章 官吏之法律關係……………八一

第一節 官吏之觀念……………八一

第二節 官吏關係之發生……………八七

第三節 官吏之義務……………九一

第四節 官吏之權利……………九九

第五節 官吏之責任……………一〇四

第六節 官吏關係之消滅……………一一五

第三編 行政作用……………一九

第一章 命令……………一九

第一節 獨立命令……………一九

第二節 委任命令……………二八

第三節 行政官廳所發生之命令……………三〇

第四節	命令之成立及消滅	一三二
第五節	非法規命令(行政命令)	一三六
第二章	行政處分	一三九
第一節	總論	一三九
第二節	下命處分	一四六
第三節	許可	一四八
第四節	認可	一五四
第五節	公之證明	一五六
第六節	處罰	一五七
第七節	私權之設定變更及廢止	一六二
第八節	公法上身分能力及榮典之授	一六三
第九節	公用徵收	一六四
第十節	偽似之處分	一八二

第三章 營造物行政	一八三
第一節 營造物之觀念	一八三
第二節 營造物之利用	一八五
第三節 公有物	一九一
第四章 行政上之強制作為手段	二〇〇
第一節 作為令及不作為令之強制執行	二〇一
第二節 給付令之強制執行	二〇六
第三節 直接強制	二〇七
第四編 對於行政之救濟手段	二〇九
第一章 訴願	二〇九
第二章 行政裁判	二一六
第一節 行政裁判之性質	二一六

第二節 行政裁判所之組織……………二二二

第三節 行政訴訟事項……………二二四

第四節 行政訴訟手續……………二二七

第五節 行政訴訟之當事者……………二二八

第六節 行政裁判之效力……………二三〇

第三章 權限爭議……………二三一

第四章 屬於司法裁判所權限之行政事件……………二三六

第五編 自治制度……………二四一

第一章 總論……………二四一

第一節 自治之觀念……………二四一

第二節 自治權之主體……………二四五

第三節 自治體之事務……………二五二

第四節	國家對於自治體之監督權	二五五
第二章	市町村	二五七
第一節	市町村之組織	二五七
第二節	市町村之機關	二六〇
第三節	市町村之事務	二六六
第四節	市町村之財政	二六八
第五節	市町村之監督	二七二
第六節	市町村內之區及町村組合	二七四
第三章	郡	二七六
第四章	府縣	二七七
第五章	公共組合	二七七

行政法總論目次終

行政法總論

貴陽 熊 範興 譯述

緒論

第一節 行政之觀念

行政者國家作用之一種也。國家之作用。通常分而爲三。曰立法。曰行政。曰司法。行政云者。即所以與立法司法對待之觀念耳。雖然是之種之觀念。各有其實質上之意義。與形式上之意義。不可不區別之。

第一 實質上行政之意義

國家之作用。自其實質而區別之。可分爲二。一爲定抽象的法規之作用。一爲處理特定的實在事物之作用。前者爲實質上意義之所謂立法。後者則包含行政及司法。學者或併合之而稱爲廣義之行政。

法規者所以於國家與臣民間或個人相互之間定其意力限界之抽象的法則而有一般的拘束力者也由此定義觀之則法規之特色有二一其所定者爲抽象的其二其拘束力爲一般的夫契約與裁判判決行政行爲等亦可以於國家與臣民間或個人相互之間定其意力之限界而拘束之顧是等行爲所定之意力限界不過爲特定的實在事物上之法律關係而已故因此而被拘束者亦僅限於特定之人即該行爲之當事者是也法規則反是彼其所定之意力限界不僅爲特定的實在事物之關係蓋於抽象的而定爲一定之標準因此而受此法規之適用者亦不限於特定之當事者凡可適合於其標準之實在事物莫不受其適用焉法規之性質如此而國家之作用中其具有如此性質者即所謂實質上意義之立法是矣

與法規相對待者爲處理實在事物之作用司法及行政其於同爲處理實在事物之點彼此相同所以區別者專在其目的之如何耳司法者以適用法規爲目的行政則於適用法規以外以得特定之結果爲目的者也故行政中亦有因欲達目的之故而以適用法規爲必要時例如欲徵收租稅必要適用租稅法規以定租稅金額及納稅

時期等欲徵集兵卒必要適用徵兵法規以定兵役義務者及兵役義務之內容等此其於適用法規之一點不必與司法異所以異者行政之適用法規非其目的乃其手段也其所以爲行政之目的者在欲得或種結果耳其適用法規即所用以爲得其結果之手段也是故適用租稅法規因欲徵收租稅適用徵兵法規因欲徵集兵卒租稅與兵卒即其結果而得此結果即其目的反之而司法之適用法規則爲其最終之目的也彼唯就實在之事物決定其所宜適用之相當之法規而宣告之至因此而生如何之結果則非司法之所問者矣

司法之目的專在適用法規此於民事裁判尤顯然易見民事裁判者所以遵照民法法規決定權利之爭議而宣告其當誰屬者也其目的之所在一唯是確定民法所可適用之處以適用之於實在之事物而已其因此判決之結果而該權利之竟屬於原告乎抑竟屬於被告乎夫固與司法無涉矣

於公法區域中所謂司法之目的專在適用法規者較難明顯然刑事裁判則其關係純與民事裁判同刑事裁判之目的決非因欲處犯罪者以刑罰而然也不過欲遵照

刑。法。之。規。定。就。特。定。犯。罪。事。件。決。定。其。與。若。干。刑。罰。相。當。而。宣。告。之。耳。是。其。目。的。均。在。確。定。適。用。法。規。而。已。也。元。來。國。家。之。所。以。設。刑。罰。制。度。者。其。究。竟。之。目。的。蓋。欲。處。罰。犯。罪。者。此。不。待。論。也。然。使。徒。欲。達。此。處。罰。之。目。的。則。遇。有。犯。罪。者。立。即。逮。捕。之。而。執。行。刑。罰。焉。可。耳。即。如。違。警。罪。即。決。例。亦。國。家。現。在。之。所。實。行。者。也。但。此。時。科。罰。之。事。乃。行。政。行。爲。而。非。司。法。行。爲。矣。國。家。對。於。違。警。罪。以。外。之。刑。罰。欲。保。障。其。所。以。科。之。者。之。適。合。於。法。規。所。規。定。於。是。刑。事。裁。判。之。司。法。行。爲。以。起。設。特。別。之。手。續。使。之。於。處。以。刑。罰。之。先。遵。照。刑。法。所。規。定。決。定。其。犯。罪。之。宜。受。若。干。刑。罰。而。宣。告。之。是。故。刑。事。裁。判。乃。所。以。爲。達。科。罰。目。的。之。豫。備。而。科。罰。非。即。刑。事。裁。判。之。目。的。違。警。罪。即。決。處。分。與。刑。事。裁。判。所。以。一。爲。行。政。行。爲。一。爲。司。法。行。爲。者。即。由。此。點。而。區。別。之。者。也。

由。性。質。上。言。之。凡。當。屬。於。司。法。作。用。中。之。事。不。止。民。事。刑。事。之。裁。判。而。已。也。既。進。步。之。國。家。匪。特。對。於。刑。罰。必。求。適。合。於。法。規。即。對。於。行。政。行。爲。亦。然。故。近。世。國。家。中。於。民。事。刑。事。之。裁。判。外。有。所。謂。行。政。裁。判。者。其。手。續。與。民。事。刑。事。裁。判。之。手。續。大。抵。相。同。自。其。性。質。言。之。蓋。皆。包。含。於。司。法。作。用。中。者。也。特。以。行。政。裁。判。之。發。達。始。於。輓。近。而。所。謂。司。

法之觀念。則於行政裁判未發達以前。既已發生。以至於今日。加之行政裁判之起。在欲矯正違法之行政行爲。此點實與民事刑事之裁判。至爲差異。故今依用語之慣例。凡所謂司法者。仍專就民事刑事之裁判言之。行政裁判。仍以之屬於行政之範圍。而不以之屬於司法之範圍。憲法第五十七條（日本憲法）云。司法權以天皇之名而裁判所行之。所謂司法權。亦此意義。

要之。實質上行政之意義。自其本來之性質言之。乃處理特定的。實在事物之國家作用。而藉以於法規之適用以外。爲國家或國民達其利益者。特依用語之慣例以言之。則除民事刑事之裁判外。雖以適用法規爲目的之作用。亦可以之屬於行政範圍也。

第二 形式上行政之意義

以上所述。乃由實質而區別國家之作用者也。立憲國中。此三種作用。使各別之機關以行使之。其在君主國。則君主及議會當立法。裁判所當司法。君主及其下所屬之行政官廳當行政。是即所謂三權分立也。此其於理論上雖有可攻擊者。而各立憲國於實際上均已實行之矣。

特是國家之生活。至爲複雜。其各部分互相牽連。故於實際上執行之時。有不能如此。劃然分離者。例如實際上雖屬於立法作用。而必一一經議會之決議。此不可能者。亦不必要者也。實質上雖屬於司法之作用。而有時不必使裁判所行之。且以使之屬諸行政機關之權限爲必要。又有時實質上雖爲行政作用。而其重且大者。必由議會議決。或須由裁判所行之。因此之故。故無論何國。其實際之組織。有以立法機關而參與行政作用者。有以裁判所而行政之事者。就中如行政機關其權限之混淆。尤爲特甚。彼其於實質上之行政作用外。尙有廣泛之範圍。可以行使立法司法之作用。權限之混淆。如此。故立法司法行政之觀念。於第一之意義外。尙有第二之意義。此第二之意義。蓋專置重於行之之機關。與其行之之形式。至其實質如何。則不必問。故謂之曰形式上之意義。

形式上立法之意義。謂制定法律之作用也。凡國家之意思表示。其經立法機關（議會）之議決。與君主之裁可而制定者。必以法律之形式爲之。其用此形式之行爲。不問實質上之爲法規與否。皆謂之形式上之意義之立法。若實質上雖爲法規。而非經

立法機關制定者。則不能以法律之形式爲之。因此而形式上之意義。即不得爲立法形式上司法之意義。謂依司法裁判所所執行之裁判手續也。凡屬於司法裁判所之權限之裁判手續。不必皆爲民事及刑事。社會上亦有以行政裁判屬諸司法裁判所之權限者。既屬於司法裁判所之權限。則其性質雖爲行政裁判。而形式上之意義。已爲司法矣。反之而性質上雖爲民事刑事之裁判。若不屬於司法裁判所。則形式上之意義。即不得爲司法。

至於形式上行政之意義。則凡除却前二者以外之一切國家作用皆是也。此意義包含甚廣。(一)屬於行政機關權限之一切作用。此中之所含者。除實質上之行政作用外。凡法規之制定。與裁判之手續。均爲形式上之行政。(二)屬於議會之權限。而非以法律之形式制定者。例如豫算之議決。國債募集之承諾等。因其不用法律之形式。故爲行政而非立法。是乃議會之參與行政也。(三)屬於裁判所之權限。而非裁判手續者。例如登記事務。非訴事件等。是又以裁判所而執行行政者也。

實質上之意義。與形式上之意義。其不能一致也。如此。究之實質之意義。於規定各種

機關之權限上。實有重要之關係。蓋於實質上意義之所謂立法者。於形式上亦宜以屬諸立法機關之權限爲本則。於實質上之意義之所謂司法者。於形式上亦宜以屬諸裁判所之權限爲本則。推之行政亦然。至欲使實質之立法及司法。屬諸行政機關之權限。欲使實質之行政。由議會之議決。或屬於裁判所之權限。則不可不以憲法或他之法律。有特別明文之規定者爲限耳。

第二節 行政法

行政法云者。關於行政上特別之公法法規之謂。又研究此等法規之學。亦謂爲行政法。凡法有公法及私法之分。公法者。規定統治權主體之國家對於他國家。或對於臣民之關係之法。規全體也。國家之統治權。非有無制限之實力。其力蓋被制限於法規者。制限國家統治權發動之法。規即爲公法。公法之全體。更可區別之爲國際公法。及國內公法。國際公法者。所以規定國家對於他國家之關係之法。規。換言之。即制限統治權對外發動之法。規也。國內公法者。所以規定國家對於臣民之關係之法。規。換言之。即制限統治權對內發動之法。規也。國內公法之全部。或稱之爲最廣義之國家法。

以之而規律國權之組織及其行動之全部。最廣義之國家法中。其規定國家之刑罰權及民事之裁判手續者。早已各自獨立。別爲一分科。即刑法與訴訟法是也。刑法與訴訟法。合之裁判所構成法。稱爲司法法。由最廣義之國家法中。除去司法法。謂之廣義國家法。至於近世。更由廣義國家法中。再分離行政法爲一獨立之學科。以之研究行政機關之組織及行動。而其所餘者。則謂之狹義之國家法。亦曰憲法。

一 行政法與憲法（狹義之國家法）之限界如何乎。是亦有異議之問題也。余謂此二者之間。並不能指定劃然之限界。蓋行政法及司法法。皆由國家法中。分離而出者。顧其分離也。並非分割之。而與國家法成爲相互對立之各部分也。國家法乃論究國權之組織及其行動之學。爲不可分之統一的全部。司法權及行政權之組織行動亦國權之組織行動中之一部分。不過因其特別複雜發達。不能不爲特殊之研究。因分之而成獨立之學科。分離之後。國家法仍爲統一的全部。非謂此後研究國家法者。遂可僅研究國權之組織及其行動之一部分也。仍當研究其全部也。既須研究其全部。則對於司法及行政。非論究其組織行動之大綱。不得成完全之系

統。非各各對待。而謂司法者指關於司法之法。而言行政法者指關於行政之法。而言國家法者指關於立法之法而言也。論究國家法者。於立法機關之組織行動外。尚須就行政官廳大體之組織權限。行政行為之性質。裁判所大體之組織權限。以及司法行政兩者之關係等事項。合全部而論及之。特其詳細則可於司法法及行政法中研究之耳。故國家法之研究範圍。與司法法及行政法之研究範圍。不免有重複之處。若其相互之區別。則不過程度之差別。而非性質之差別也。

二 行政法者。關於行政上特別之公法也。行政之作用。非必常爲公法的作用。其須受私法之適用者甚多。使泛指行政法爲一切行政上所可適用之法規。則不免混合公法與私法。而失其爲成一系統的學科之地位矣。故行政法云者。僅含行政上特別之公法。若行政作用而受私法之適用者。則與行政法無關也。

三 行政法上所宜論究之概目如左。

甲 行政機關之組織及權限

國家之行政機關。以君主爲中樞。然君主乃總攬統治權之全部者。不僅爲行政

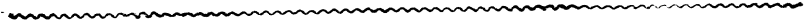
權之中樞。蓋又爲立法權之中樞也。故君位繼承及君主之大權等。宜屬於國家法之範圍。行政法中。專論隸屬於君主之行政機關之組織及權限而已。

乙 公共團體之組織及權限

國家之行政。或由國家之機關。以國家之名而自行之。或授權於公共團體。使團體自以其名而行之。故論究公共團體之組織及權限。宜爲行政法之第二題目也。

丙 行政之作用

於行政法中。所宜論究之作用。非以其實質之意義爲基礎。而以其形式之意義爲基礎者也。然形式意義之行政作用中。其屬於議會或裁判所之權限者。當於憲法或司法法中論究之。不之以列入行政法之範圍。行政法中所論究。只限於屬諸行政機關之權限者之作用而已。



總論

第一編 行政法之基礎的秩序

第一章 行政對於法律之關係

法律云者。謂立憲國中。由立法機關所作成之國家之意思表示也。法律對於行政之關係。可分由三點論之。曰、法律之留保。曰法律之最強力。曰法律之拘束力。

第一節 法律之留保

凡某種事項。若非法律不得規定之。是之謂法律之留保。其被留保之事項。稱之曰憲法上之立法事項。

立憲國中。凡一切法規。皆以非法律則不得制定爲原則。日本憲法。亦採用此原則。憲法第二章。及其他諸條項。雖列記必要以法律規定之事項。是不過舉其重者以爲例焉而已。非謂此外之事項。皆不須由法律制定也。

但右之原則。亦有最大之例外。例如行政機關。亦有制定法規之權。且其權之範圍。頗

爲廣泛是也。行政機關所有之制定法規作用。余輩稱之爲行政立法。故所謂制定法規。須用法律之原則。當除却行政立法之範圍而言之。論究行政立法之範圍。宜爲第三編行政立法章之問題。於此範圍以外。行政機關。即無制定法規之權。此範圍以外之法規。皆屬於法律之留保者也。

凡法律於其所留保之範圍內。有可以活動之力。是乃立法權之特質。但法律所留保之事。法律之自身。仍得委任行政制定之。有法律之委任。則本來屬於行政立法範圍外之事。行政機關。亦有可以制定其法規之權矣。

第二節 法律之最強力

法律者。比較一切活動於憲法下之國家意思表示。尤有優勝之効力者。是之謂法律之最強力。法律之最強力。其最顯著之點有二。(一)凡法律非仍有法律。則不得廢止變更之。(二)凡國家之其他意思表示。有與法律牴觸者。法律皆得廢止變更之。此兩點者。即其至顯著之最強力也。雖然。法律之最強力。亦有四例外。

甲 皇室典範及其他之皇族令 皇室典範中。如皇位繼承之順序、攝政之順序、

及關於法律上皇族之地位。其他之皇族令中。則凡關於法律上皇族之地位。皆比法律有優勝之力。

乙 貴族院令 貴族院之組織。憲法上既以由貴族院令定之爲要件。故法律不得變更之。

丙 緊急命令 緊急命令。乃可以代法律之勅令。與法律有同一之効力。

丁 國際條約 國際條約。與法律之効力。議論尙不一致。然吾謂就日本而論。則條約之効力。比法律蓋尤強也。

除以上四者之例外。凡其他之國家意思表示。皆無有能改廢法律者。而反得以法律改廢之。故一旦既用法律以規定某事項。該事項雖屬於行政機關之權限。已不能以行政權更動之矣。

法律之最強力。亦得由法律之自身。委任之於行政。行政既得法律之委任。則可以命令停止法律之効力。或以命令對於法律而設除外令。或以命令而廢止法律。是非命令之能停止廢止及設除外令也。亦法律有以使之耳。

第三節 法律之拘束力

法律者。法規最重要之淵源也。凡法規於兩個方面有拘束力。一則以法規而拘束國民。是之謂法規外面的效果。一則以法規而拘束官廳。司法及行政各官廳。皆須依法規所規定而執行其職務。是之謂法規內面的效果。此效果不僅法律有之。即命令與慣習法亦同有此效果也。

法規之拘束力之所以特別者。以其爲一般的也。苟有適合於其規定者。均須一般同受拘束。至如裁判判決、行政處分、及民法上之法律行爲等。不過於現實之事物拘束特定之人而已耳。法規則可適用於一般之適合於其規定者也。

法規之拘束力。尚有一特別之處。即其並有外面的效果。與內面的效果是也。夫內面的效果。訓令亦具有之。然訓令雖有內面的效果。而不能有外面的效果。蓋訓令唯能拘束官廳。而不能拘束國民。官廳雖有遵奉訓令之義務。而國民對於訓令。並無何等之直接效果。法規則反是。一面拘束官廳。並同時拘束國民。官廳違背訓令。不過爲違反職務而止。國民之權利。並不因此而蒙毀損。若官廳違背法規。則不僅違反職務而

已。同時對於國民亦爲不法也。

以上之拘束力。唯法規有之。法規者。固以須由法律制定爲原則。然法律之內容。却不止限於法規而已。法規之外。或則規定行政行爲。或則規定注意、勸告、學說之類。但其性質。非法規。故雖以法律之形式。規定固不能。生法規之拘束力。其性質爲行政行爲時。唯對於爲此行政行爲之特定人。有拘束力。若爲注意、勸告、學說之類。則直無法律上之拘束力矣。

第二章 臣民之公權

臣民之公權云者。臣民對於國家之權利也。臣民不僅於個人相互之間。爲權利之主體。即對於國家。亦然於個人相互之間。所有之個人權利。乃其私權。若對於國家所有之權利。則公權也。

國家之行政作用。不僅被拘束於法規。對於臣民之公權。亦被拘束。論究行政對於公權之關係。是即本章之目的也。

第一節 權利之觀念

權利云者。一人格依法所認許得爲自己之利益對於他人格主張自己意思之力也。

一 權利者。得主張自己意思之力也。

權利以意思爲其第一要素。凡法之存在皆以人類乃自由意思之主體爲前提。意思者。法律生活之中心點也。無意思則不能有法律之存在。法者。制限人類之自由意思。認其意思力於一定範圍內得於法律上爲正當之主張者。權利云者。即認其於法律上得爲正當主張之意思之力也。

權利爲意思之力。自赫格兒以來。已爲一般承認之通說。亦無可疑之眞理也。近時學者間。批難之者頗不少。但批難之諸說。皆不足以動意思說之根據耳。

批難意思說者之言曰。意思說者。以意思之主體爲權利之主體。然則法人及未成年者。其自身無意思能力。得勿亦不能爲權利主體乎。如是則法人之機關。殆將爲獨立之權利主體。而未成年者之財產。亦將屬於後見人之權利矣。雖然是說也。蓋由其以法學上之觀念與心理學上物質上之觀念混同爲一。故致有此謬誤之批難也。夫所謂權利爲意思之力云者。非必即心理上之意思。乃由法以其爲意思之

力。而。認。之。者。耳。法。之。以。其。爲。意。思。之。力。而。認。之。固。亦。不。能。不。以。心。理。上。之。意。思。爲。基。礎。然。其。心。理。上。之。意。思。不。必。以。屬。於。權。利。者。之。自。身。爲。必。要。即。使。在。心。理。上。爲。無。意。思。能。力。者。而。法。則。認。有。意。思。能。力。者。以。爲。之。代。表。若。由。心。理。上。言。之。則。代。表。者。之。意。思。乃。代。表。者。自。身。之。意。思。非。被。代。表。者。之。意。思。而。法。學。上。之。觀。念。則。不。然。代。表。者。之。意。思。即。被。代。表。者。之。意。思。無。能。力。者。在。心。理。上。雖。無。意。思。之。力。而。法。律。上。之。意。思。力。則。固。不。能。謂。其。無。之。也。是。以。後。見。人。之。意。思。在。法。律。上。即。爲。被。後。見。人。之。意。思。法。人。之。機。關。之。意。思。在。法。律。上。即。爲。法。人。之。意。思。也。

批難意思說者。謂其不能說明無意思者之權利。而其自己所主張之說。則謂權利之本質。乃利益也。意思雖爲權利之要素。而非其實質。權利非即可以主張利益之意思力。乃可以意思力而主張之利益也。故利益之所歸。即爲權利之主體。所有之意思力。非即權利意思之主體。不必與利益之主體相合爲一。無論意思屬於何人。凡有可以依意思力主張之利益者。即權利之主體也。據此說則法人之機關。雖爲意思之主體。而非權利主體。法人雖爲權利主體。而無意思。故權利之觀念。不必以

依自己之意思主張之爲必要。依他人之意思。亦可以主張者。其利益之所歸。即權利主體也。然余謂利益之主體。與意思之主體。非可得而分離也。利益者。乃其目的。而意思則手段耳。目的所存在之處。不可無足以達其目的之手段。所用之手段。又不可不爲足以達乎目的所在之點。目的與手段。固有如此之不可分離者。若謂利益之主體。不有可以主張其利益之意思。或僅有意思而無依其意思可以達到之目的者。是真不可思慮者矣。故利益之主體。常爲意思之主體。不過非心理上之意思主體而已。

權利以意思爲要素。而意思非即權利。權利之內容。乃得主張其意思之力也。力之云者。可以惹起或結果之原因之狀態也。得主張其意思之力云者。即得主張其意思之狀態之謂耳。此狀態即權利也。意思者。權利之效果。而非即權利。故債權云者。得以請求辨濟債務之狀態。而請求辨濟。乃債權之效果。非即債權。是故下權利之定義者。或云『權利者意思也。』或云『權利者意思之力也。』此等定義。雖無謬誤。特其文字上。有不免欠完全者耳。

二 權利者得爲自己之利益主張其意思之力也

權利之實質。即意思之力也。其目的則利益也。權利之觀念。不僅在其實質。蓋又以其目的爲觀念之要素。單視權利爲意思之力。而置其目的於不問。此所謂極端意思說之缺點耳。於法律上雖有。意思之力。若其意思非爲自己之利益。而主張之。則仍非權利矣。

權利雖以利益爲要素。利益亦非即權利。權利者。所認爲達其利益之手段。故權利之自身。乃手段而非目的。利益則權利之目的。若直以利益爲權利之本質。是又所謂利益說之缺點也。

凡權利者。所以保護個人之利益。而存在者也。然法所保護之個人利益。非一切皆爲權利也。有時其所被保護之利益。不過爲社會公共利益。所設備之反映而已。例如因設刑罰制度。而個人之生命財產。得藉以安固。因設置道路。而個人藉以得交通之便利。凡是類者。法非專爲個人而認其有得主張自己利益之力。特因社會公共利益限度之結果。而個人得受利益耳。此等個人利益。非權利也。乃法之反映也。

即法之間接結果也。所謂『法之反射』所謂反射權者。即指此而言也。故以法所保護之利益爲權利。只限於因公共利益之結果爲法所認其得主張自己利益之力而言耳。

所謂爲權利要素之利益。非必即權利者。主觀之利益。蓋謂法所認以爲利益者耳。夫利益云者。本爲主觀的之觀念。然在特定之社會。特定之時代。注意於多數人民之利益。則每可離乎各個人之主觀。而爲共通思想。以得其利益之所在。或謂之爲平均利益。法所認以爲利益者。即此共通思想所在之平均利益。而稱之爲法律利益者也。權利以法律利益爲目的。若權利者之主觀。究竟以之爲利益乎。否乎。則在所不必問者矣。

三 權利者對於他人得主張自己意思之力也

權利常爲人與人之關係。權利之主體。人也。其客體。亦人也。權利者。或有對於他之特定一人之力。或有對於其他一切人之力。前者爲對人權。或曰相對權。後者爲對世權。或曰絕對權。且是力者。無論何時。皆爲對於人之力。非對於物之力。即所謂物

權者。亦非行於物上之權利。仍爲對人之權利。例如所有權。非以使用收益爲其內容。而以禁止他人於其物上使用收益之力爲其內容者也。

蓋凡人之行動。其爲法所規律者。唯以得及效果於他人之行爲而止耳。若其行動不及影響於他人之意思範圍者。法即與之無關。是所謂法律上無關係之行爲也。法律上無關係之行爲。不得以爲權利之內容。例如凡人於自己之所有物上而使用收益。與他人毫不相涉。即法律上無關係之行爲。即不得以之爲所有權之內容。其法律上所以爲秩序之目的物。即在欲禁止他人使用收益。使屬於特定一人之專權。因此禁止之故。始生法律上之關係。得爲此禁止之力。即所有權。

然則權利之效果。即對於他人而得請求其行爲或不行爲也。法既認爲個人之權利。則不可不有因此而受其意思拘束之人。因爲他人利益之故。由法之規定而受意思拘束之狀態。稱之曰義務。既有權利。則必有對待之義務。故權利云者。換言之。即得拘束義務者之意思之力也。

四 權利者被法所認許之力也

權利之存在以法之存在爲前提。無法則不能有權利之發生。彼以權利爲人生所天賦之思想。雖曾流播一時。是乃以自然事實爲權利之謬說耳。

第二節 公權與私權之區別

權利有公權私權之區別。適與法有公法私法之區別相當者。公法者。所以定統治權主體之國家。對於國民或他之國家之關係之法規也。公權者。因統治權主體之國家。對於國民或他之國家之關係。而國家或國民所有之權利也。

一 公權私權。非因其爲財產權與否而生區別者。元來私權多爲財產權。故有誤認私權即財產權者。其實私權不必皆財產權。而財產權亦有非私權者。例如官吏受俸給之權利。被公用徵收者受補償之權利。國家徵收租稅之權利。皆以財產權而爲公權者也。

二 公權私權。又非因其爲公益或爲私益而生區別者。凡權利皆因權利者之利益而認之者。因權利者之利益而始有權利。此一般權利之要素。無論公權私權。皆無不同者也。

三 公權私權。又非因其救濟侵害之手段如何而生區別者。私權之侵害。雖得求救濟於民事裁判所。而凡所得訴於民事裁判所之權利。不必常爲私權。今世之法。公權之救濟。亦有使其得出訴於民事裁判所者。就中如有財產權性質之公權。殆莫不如是也。

四 公權私權。又非因其發生原因如何而生區別者。故不得謂因私人之行爲而發生之權利爲私權。因國家之行爲而發生之權利爲公權。蓋私權之由國家行爲所設定者亦甚多。例如特許權、意匠專用權等。皆依國家之行政行爲而發生者。然皆有私權之性質者也。

是故公權與私權。蓋專就其關係之主體如何而區別之者也。私人相互間之權利爲私權。國家與國民間。或他之國家間之權利爲公權。國民對於國家之權利。即公權也。雖然。國民與國家間之權利。其所適用之法理。每有因其與私人相互間之關係相同之故。其權利遂非公權而爲私權者。當此之時。公權私權之區別。遂生困難。蓋國家以統治權主體之資格。對於國民。有優勝之意思力。國民以國家一分子之資格。對於國

家。有服從之義務。國家與國民之關係。不平等之關係也。既有如此之特別關係。故其關係所適用之法理。以不得與有對等地位之私人相互關係相同爲原則。準此原則所定之國家與國民間關係之法規。即爲公法。因此關係所行使之權利。即爲公權。但國家有時不利用其優勝之意思。力自與私人立於對等地位。與私人交涉而立於同一之法律關係。當此時國家與臣民之關係。亦與法律上私人相互間之關係無異。同一之關係。即當受同一之法規支配。故其關係不能依公法而支配之。直與私人相互間之關係。同受私法之支配。是以存在於其間之權利。即爲私權。

國家與臣民之關係。須何等事件。始受私法之支配乎。此於實際上之區別。頗爲困難者也。國家對於臣民下命令、課賦金錢、命以諸種之負擔。此其關係爲公法的。蓋勿容疑也。至若對之爲買賣、爲借貸、爲僱傭契約。是等私經濟的行動。全與私人同。此其關係爲私法的。又勿容疑也。唯有在兩者之間而不能分明者。則如營造物之區域。最爲顯著。國家設學校而教育子弟。徵收教授料。設圖書館而徵收閱覽料。設水道而徵收給水料。以及租與公園地等。將視之爲公法的關係乎。抑視之爲私法的關係乎。是

即困難之問題也。欲解決此問題。則須就各個事件以決定國家之意思。果出於統治權主體之地位之意思。或出於與私人對等之地位之意思也。

公權私權之區別。已如上述。因此性質上之差異。而其結果。亦遂有種種之差異。

一 私法之法規中。以私權爲最重要之觀念。凡私法之規定。皆以私權爲中心。私法云者。即關於私權之主體客體及其得喪之規定之謂也。反之而公權於公法中之地位。則不若是之重要。若亦準右之所說。以謂公法爲關於公權之主體客體及其得喪之規定。則大謬矣。公法者。以公共之利益爲第一目的。若個人之利益。不過其目的之附隨者耳。凡所認爲公權者。非專認個人之利益。其認個人利益之處。必同時適合於一般公益者而始見之者也。故公法規定之大部分。悉爲一般公益之規定。而非專認個人之公權者。關於公權之規定。特公法之小部分而已。是以私法之學。須常以權利爲中心。公法之學。則不得以權利爲研究之中心也。

二 公權與私權。其保護手段。大有差異。私權爲私人相互間之權利。雖其存在於國家與私人間者。國家亦與私人立於同一地位。故無論何時。凡私權者。皆互有對等。

地位者間之法律關係也。對於此等法律關係，由統治權主體之國家，以無關係之第三者之資格，立於當事者之上，以保護之。其保護之形式，常為訴訟。凡私權必有提起民事訴訟之訴訟權，而後有法律上之効力。訴訟者，私權所不可缺之保護手段也。至於公權，為國家與私人間之權利，國家直接自為其法律關係之當事者，既直接為其當事者，則國家當然當保護之。任故訴訟，即非必不可缺之保護手段矣。近世之國家，多設行政裁判制度。其制度若發達，則公權之保護，更為完全。但此仍非保護公權不可缺之手段。今日各國，亦非對於一切公權之侵害，皆許為行政訴訟。且即使無行政訴訟制度，而國家或使該官廳負遵由法令之義務，或於官廳設上下之階級，使下級官廳負遵由上級官廳訓令之義務，或使國務大臣對於議會而負責。因此而國民之公權，皆得受保護。是以行政訴訟，特其保護手段之一部，而非其全部也。然則公權也者，固不得如私權須以提起訴訟與否，為決定權利存在之標準矣。

三 權利者得自處分其權利。是為私權效果之一。處分權者，在原則上常與私權相

依隨。權利者自得拋棄之。或由相續讓渡等而移轉於他人。公權反是。其權利專屬權利者之一身。以不得拋棄或移轉之爲原則。

第三節 公權之種類

個人公權之種類。通常分之爲三種。

一 個人雖須服從國家之權力。然此服從之義務。非無制限。國家自制限其權力。而其制限以外。即不要求個人之服從。因此制限個人。遂準此以得其不可侵之意思。之自由範圍。於此範圍內。個人對於國家。有不能制限自己意思力之權利。是稱之爲個人自由權。

二 國家不僅認個人之自由權而已。又積極的對於個人。供以種種之利益。國家之供利益於個人也。或爲公共利益上各種制度之間接結果。或則直與以爲自己利益。而要求國家行爲之力。前者則個人所受之利益。不過爲法之反射。後者直附與要求國家行爲之權利也。要求國家行爲之權利。爲個人公權之第二種。

三 國家之意思。由自然人代表之。爲國家代表其意思之自然人。即國家之機關也。

個人當國家機關之任。以爲國家活動之權利。爲個人公權之第三種。是即所謂參政權。

第一 自由權 自由權者。個人於法規所定之制限外。國家即不能制限其意思力之權利也。自由二字之意義。有絕不相同之兩說。一說純以爲政治上之自由。即個人所有之參與國家政務之權也。古代國家所稱之自由。即此意義。希臘羅馬對於古代東洋之專制國。稱爲自由國。其意義即以爲國民有此政治上之自由也。近世所稱自由之意義。則非政治上自由之意義。乃國家不能侵害之自由也。蓋即不被國家權力所支配之範圍云耳。

自由權之內容。非謂得自由爲特定行爲之力也。乃國民對於國家得要求於法規所豫定之制限外。勿侵害其自由之力也。於積極的得爲或行爲之能力。非其權利之內容。於消極的得要求國家之不行爲之能力。始爲其權利之內容也。故集會結社之自由。非即得爲集會爲結社之權利。居住移轉之自由。非即得爲居住爲移轉之權利。爲集會爲結社。爲居住。爲移轉。此殆如睡眠談話。乃天然之自由。而非權利。

無論何人。不能以睡眠談話爲權利。故集會結社等。亦不能爲權利之目的物。睡眠談話集會結社等行爲。皆法律上無關係之行爲。集會結社之自由。不過爲國家於法規所定之制限外。不妨害其集會結社之意義而已。

自由權爲權利否乎。此學者所爭論者也。有謂自由權不過制限官廳之權限而止。非因是而發生個人之權利者。其言曰。權利之觀念。不可不有特定之內容。所謂自由權。實無有所以爲其權利者之內容者也。雖然。自由權者。並非得爲或行爲之權利。若以自由權之內容。在得爲或行爲。則此等行爲。乃天然所有之自由。非由法所認而後有之者。即謂之爲非權利。亦不失爲正當。不過自由權之內容。實有不然者。其內容即在國家不能侵之之一點。對於國家。得要求其不行爲。此要求。乃由法所已認而後有是力者。然則以之爲權利。固決無不當者矣。

或又謂自由權乃由多數獨立之權利而成者。是說亦誤。近世諸國之憲法。皆基於亞米利加合衆國之獨立宣言。米國諸州之權利章典。佛蘭西之人權及公民權宣言等而來。無論何國。莫不於憲法中。以明文規定臣民之自由權。日本亦模倣各國。

於憲法第二章。列舉此等各種權利。所謂居住移轉之自由。所謂身體之自由。所謂集會結社言論出版之自由。所謂書信之秘密。所謂所有權之不可侵。所謂住所之不可侵等。皆是也。顧此等各種之所謂權利云者。不過自由權之各種方面而已。自由權實包括的。其中之各方面。非各各有其獨立之權利。其列舉於憲法中者。亦非悉自由權之一切方面。而網羅之者也。自由權者。除法規規定之外。國家不能侵其意思自由之權利。故其意義。不過消極的之意義。而其權利。則爲包括的。唯一而不可分。是以自由權。只有其一。非有所謂各種獨立之自由權之存在者耳。

第二 要求國家之行爲之權

凡國家之行爲。無論直接間接。皆無非爲國民之利益者也。國家給與利益於個人。有時非直接給與之者。特因謀一般公衆利益之故。個人乃由其反射而間接享受利益耳。此等國民利益。所謂法之反射。個人却不因此而別生權利。反是而國家因謀一般公衆。同時直接認個人之利益。使個人得自因其利益之故。而要求國家之行爲。當此之時。個人實於此而取得權利。是即國民公權之第二種。此種公權之最

重者。即裁判請求權是也。因有此權利。國家即不得拒絕國民所要求之裁判。於是
一切私權。皆得由此而受確實之保障。日本憲法第二十四條。即因保障此權利之
故。而謂不可奪臣民受裁判之權利。是不僅對於司法裁判之權利。而保障之。對於
行政作用。亦認個人得爲其利益而要求之之一切權利也。

權利與法之反射。所以必爲區別之者。對於此種權利。蓋愈覺其必要也。彼其於外
形上觀之。一若即爲權利者然。實則彼不過爲公共利益上所設之一般制度之結
果耳。例如告訴發權等。即非真正之權利。刑罰制度乃爲一般公共之利益而存
在者。無論何時個人皆不能有請求刑罰之權利。又如裁判之公開議會之公開等。
非個人因之而取得要求傍聽之權利。其得傍聽也。特法之反射也。非其權利也。此
外營造物中。有不須俟國家許可而供人一般之自由使用者。即如道路。非個人有
使用之之權利。特國家爲一般公益而開設道路。個人乃間接而享受利益而已。是
皆同爲法之反射也。

第二 參政權 參政權者。國民自立於國家機關之地位。爲國家而行動之之權利

也。國家乃無形人。故國家之意思。不可不由自然人之意思以代表之。國家欲發現其活動能力。因使自然人當國家之機關。使此自然人之意思。代表國家之意思。個人當此機關之時。即由個人之參政權而得也。

參政權之內容。非即指以國家機關之資格行使國家權力而言也。個人之參政權。與國家機關之行動。宜有區別。以國家機關資格所行之行動。非個人之權利。乃國家之權利。個人特有。由國家認其爲國家機關之地位之權利而止耳。例如官吏徵收租稅。命令人民。非官吏自身之權利。實國家之權利。君主總攬統治權。非君主自身之權利。亦國家之權利。參政權之內容。非指以機關資格行國家權力之事而言。蓋謂對於國家得要求其承認爲國家機關之地位之力也。得要求地位承認之力。即參政權之內容。

以上之理論。無論其機關資格之行動。或爲繼續的之作用。或爲只有一次行爲。即行終了之作用。莫不相同。故如選舉權。亦非行選舉之權利。特爲國家所認其爲選舉人之地位之權利而已。選舉之行爲。則選舉人以國家機關資格所行之權利也。

第四節 公權之發生及消滅

第一 公權之發生

公權之發生。有直接根據於法規而發生者。有因特別之行政行爲而發生者。前者乃由法規規定某種事實若成就。即當然發生公權者。此則事實到來。公權即當然成立。例如前君主死亡。皇太子得因之而有繼承皇位之權利。又如一定之年齡到來。或取得一定之財產權。即有選舉權等是也。後者則所謂授權行爲。例如因任命而生得爲官吏地位之權利。因許可營造物之使用。而得使用營造物之權利等是也。

第二 公權之消滅 此有左之諸種原因。

一 法規 公權有直接因法規而消滅者。例如選舉法既改正。則從來之有選舉權者。因之而失其選舉權。夫以法規使公權消滅時。有一問題起焉。即所謂既得權之思想是矣。此思想以爲個人因正權原所已取得之權利範圍。國家不得以法規而剝奪之。然既得權云者。以嚴正之意義解釋之。並非權利無論何時個人

皆不得於法規之前主張自己之既得權。蓋權利者常存於法規之下而非立於法規之上者。故無論如何權利皆無不得以法規剝奪之者。特因有所謂剝奪個人既得之權利須限於公益上所不得已者之思想。遂致公權中生出所謂特種權利不可以法規剝奪之之慣習耳。就中如有財產上價格之公權。即屬於此類。例如官吏之恩給俸給。雖因法規之改正已被削減。而於改正前既取得其權利者。則不受削減之效果。又如榮譽權（即帶爵位勳位之權利）亦出於此既得權之思想。以爲國家既經試驗。授與以法定資格。亦宜視之爲不可剝奪者。至若不得已之故。須剝奪有財產上價格之既得權時。每以給與以相當之損害賠償以爲例。例如因烟草專賣法。使消滅烟草營業者之權利時。給與營業者以賠償金之類。然是等之所謂既得權者。乃立法政策上之問題。若法律上之意義。則個人固不得而主張之爲權利也。

二 權利存續條件之事實消滅 權利之成立。若以特定事實之存在爲條件時。其事實消滅。權利即隨之而消滅。例如因國籍喪失。而限於臣民所得有之權利。

亦失。因由此市町村移轉於他所。而市町村之公民權亦失。因土地所有權喪失。而選舉權亦失等是也。

三 權利主體之消滅 公權與私權。有一相異之特徵。公權者。專屬於權利者之一身。以不得讓渡或相續爲原則。故權利者死亡。其權利當然消滅。相續人不得繼承之。其有或種公權。一若相續人可以繼承者。然此乃新發生之權利。而非即繼承前者之權利。前者之權利固已全歸消滅者矣。例如皇位繼承時。非後之君主。相續前君主之權利。乃因前權利消滅。同時直接根據於憲法及皇室典範之規定。新取得繼承皇位之權利也。又如法人爲公權之主體時。因法人之解散。其權利當然消滅。然法規得於此點特定明文。使相續人繼承公權。此如有營業權者死亡時。法規認其相續人得繼承其營業權者是也。

四 刑罰之宣告 刑罰之宣告。可使種種公權消滅。夫刑罰者。不僅對於其自身之自由權。爲重大之制限。凡諸種公權。亦有以未受刑罰爲成立條件者。故因刑罰之宣告。皆莫不當於消滅也。

五 行政行爲 以行政行爲。使公權消滅者。例如罷免官吏。停止公民權。禁止營業之類是也。無論何人。皆不得對於法規。而主張權利。無論如何權利。皆得以法規剝奪之。行政之作用則不然。彼非得自由剝奪公權。或制限公權者也。行政行爲之得侵害公權者。唯以法規所已許者爲限。無法規之根據。則行政官廳固不得以行政行爲剝奪公權。或制限之。

六 拋棄 此亦公權私權效果不同之一特徵。私權以權利者得自拋棄爲原則。公權之原則。則不許權利者之拋棄。然所謂不得拋棄云者。僅就權利之自身而言。非謂爲權利效果之各個請求權。亦不許拋棄也。權利者得主張意思之力也。得主張意思之狀態也。此狀態不得拋棄之。而由此狀態所生之各個請求權。則亦不妨其拋棄。例如選舉權不得拋棄。而由此權發生之效果。如登錄自己於選舉人名簿之請求權。入選舉場以選舉人資格而行其權限之請求權等。雖拋棄之。亦屬無妨。自己不赴選舉場。即不得爲選舉。自己不爲呈告。即無由登錄於選舉人名簿。是皆請求權之拋棄。唯選舉權之自身。則選舉人不得自拋棄之。又如

官吏雖不得拋棄受俸給之權。然其請求俸給之權。無妨拋棄。若官吏不領取俸給。國家不得強制其領取。其請求權即因時効而消滅。特法規之特別明文。亦有時並權利自身。亦許其拋棄者。又有時並權利效果之請求權。亦不許其拋棄者。

七 時効 就一般之時効言之。原非公權消滅之原因。然對於有財產上價格之公權。每有以特別法文。規定其因時効而消滅者。如會計法第十八條之規定。政府債務。以五年爲時効。此所謂政府債務者。不僅爲私法上之債務。蓋謂國家之一切債務。故公法上之債務。亦以五年爲時効。

第三章 行政法之淵源

行政法之淵源。可分而爲二。是實與一般國家法相同者也。其淵源一則由國家。或國家內之自治團體之意思表示而成。一則因事實上之習慣而成。前者爲制定法。或曰成文法。後者爲習慣法。或曰不文法。

第一 制定法 制定法之爲行政法淵源者如左。

一 憲法 近世立憲國中。除少數之例外。凡關於國權之組織行動之根本原

則悉以之爲特別法典。比通常之法律。有尤強之效力。是云憲法。憲法者對於行政權之組織行動。定其根本之原則者也。故憲法爲行政法之第一淵源。

二 法律及命令 法律及命令。在今日爲行政法最重要之淵源。行政法規之大部分。皆以法律或命令之形而規定之者。其他之淵源。不過爲行政法規之小部分耳。然非謂一切之法律命令皆行政法之淵源也。法律命令之內容。有時不過規定行政處分官廳內部之訓令。及學說之類而已。凡此類者。固非行政法規。又有其內容雖爲規定法規者。而其法規乃屬於司法區域。如民法、刑法、訴訟法、裁判所構成法等。亦非行政法淵源。其爲行政法之淵源者。唯於行政區域。規定法規之法律命令已耳。

三 條約 條約直接爲法規淵源之事。爲多數學者所否認。其說謂條約乃國家與國家間之約束。無直接拘束國民之効力者。國家對於條約立於第三者之位者也。欲使條約拘束國民。須別發布法律或命令使執行之。若惟就條約公布。則對於國民不生何等效力云云。是說也。適與日本從來之慣例。全然反對。日本

之慣例。皆直接就條約公布以爲常。無因欲執行條約。特別發布法律或命令之事。若以普通之學說爲正當。則日本從來之條約。皆可謂對於國民全無效力矣。故余謂普通學說。非正當之見解。條約者。獨立於法律命令以外。爲法規之淵源。僅就條約公布。亦直接對於國民有拘束力者也。

蓋條約之內容。有以規定國家自身之權利義務爲目的者。例如攻守同盟條約。其因條約而受拘束者。唯國家之自身。國民則不因此直接受何等之拘束。此類條約。固非行政法之淵源。然條約之內容。亦有以規定國民之義務權利爲目的者。例如通商條約、關稅條約、郵便聯合條約、著作權發明權保護條約等皆是也。以規定國民權利義務爲內容之條約。若其條約成立有效。則國民之權利義務。自不能不因之而受拘束。此等條約。其因之而受拘束者。固非僅國家之自身已也。何則。拘束國民。乃其條約之目的也。若自最初。即以其條約爲無效。則已。苟其認之爲成立有效也。則國民當然因之而直接受拘束。乃理論上當然之結果也。日本凡締結一切條約之權。均屬於君主之大權。故如通商條約、關稅條約等。雖

以國民之權利義務爲內容。亦不要議會之協贊。得以君主之大權而締結之。即已成立有效。既成立有效。國民當然被其拘束。因而此條約對於國民。亦不可不有法規之效力矣。抑契約者。以只能拘束契約當事者。不及效力於第三者爲原則。此於普通契約。固爲正當。然不能適用於國家與國民之間。國民對於國家。非立於第三者之關係。國民乃組織國家之一分子。而服從其統治權者也。國家者。有依其單獨意思拘束國民之權力。雖國家所得拘束國民者。僅以用憲法上所認之適當形式時爲限。然苟用憲法所認之形式。則國民之權利義務。即得自由。以單獨之意思而拘束之。故國家以對於他國家之拘束。因而直接拘束其國民之權利義務。實毫不反於契約之性質。

因以上之理由。故余謂日本從來條約之慣例。決非錯誤。且從來已被公布之條約。在法律上非無效者。蓋條約實獨立而爲行政法之淵源者也。凡法規以公布爲要件。故條約亦因其爲法規淵源之故。必要公布。因公布而始得拘束國民。然非公布以前。無拘束力。公布時始新發生之者。拘束力因條約之締結而已成立。

特僅爲潛勢的者耳。因公布而始爲實動的也。猶之法律雖由裁可而完成拘束力。因公布而始生實動的之拘束力也。

四 出於自主權之規定 自主權者自治團體關於其自治行政而定法規之權利也。自主權不必當然與自治團體相伴隨。定法規之權以屬於立法機關爲原則。於立法機關以外而得定法規者。唯以有法律之授權者爲限。自治團體之有自主權者。亦限於法律明文之所特認。日本自治團體中。府縣郡皆無自主權。唯市町村有之。市町村以其自主權所定之規定。謂之條例。

由自主權所定之規定。非國家之意思表示。國家內之團體之意思表示也。學者往往有以官廳內部之庶務規定。及關於營造物所定之營造物規則。亦算入基於自主權之規定中者。不知爲自主權之主體者。唯有團體而已。自主權乃自治權之一部。唯具有人格之國家內之團體始能有之。基於自主權之規定。乃團體本自己之權力。獨立制定規定也。官廳或營造物。非具有獨立人格之團體。官廳內部之庶務規定。及營造物規則。非團體由自己之意思而規定者。均國家所定

之規定也。故不得以之爲出於自主權之規定。

出於自主權之規定。又與公共組合規約有區別。公共組合者。與官廳及營造物異。乃有獨立人格之團體。而爲自治團體之一種者也。然其所定之規約。猶之會社之定款。及私法上組合規約等。由組合員共同之協議而成。而非定爲法規者。自主乃由國家所授之權力。而爲統治權之一部。公共組合僅有組合權。而未由國家授以統治權者。是以組合之法規。又不得謂爲出於自主權之規定。

五 憲法施行以前之法令 以上所述。皆屬於憲法下者之法規淵源也。是等淵源之外。尚有於憲法施行前制定之法規。而流傳於今日者。日本憲法第七十六條之規定云。不牴觸憲法之現行法令。不問其爲何等名稱。皆有遵由之效力。蓋憲法施行以前。尙無法律命令之區別。各種規定。以達、布告、布達、訓令、告示等之名稱爲之。此等規定。其不牴觸憲法及後之法令者。今日尙有法規淵源之效力。特是此等憲法施行前之法令。其有法規效力。唯以曾經公布者爲限。蓋憲法施行以前。法規之觀念。尙未明瞭。當時所定之法規。或有未公布者。或有雖已公布。

而其性質則爲對於官廳之訓令者。顧其爲訓令之性質乎。抑爲法規之性質乎。當時皆不能明瞭。唯純以今日法規之觀念。則以公布爲成立不可缺之要件。故以未曾公布者。於今日不能尙有效力。其既已公布。而名稱或爲訓令或爲告示。或爲布達。皆所不問。一切皆認爲尙有法規之效力。

對於憲法施行前之法令。有一問題。即其形式上之效力如何是也。詳言之。則欲廢止變更此等法令。須以法律爲之乎。抑以命令亦得廢止變更之乎是也。此問題不得以其名稱如何而區別之。蓋法律與命令之區別。因憲法而始生。故憲法施行前之法令。即使有法律之名稱。不得即謂非依法律不能廢止變更也。其廢止變更之須用法律與否。宜專就其所規定之內容如何而爲斷。其內容而關於憲法上之立法事項也。即須用法律。然後可廢止變更。若非關於立法事項。則不問名稱如何。皆得以命令廢止變更之矣。

以上之理論。乃貫徹於憲法施行前之法令者也。法律命令之名稱。在憲法施行前。亦既由明治十九年之勅令第一號公文式而認之矣。然公文式所認之法律

命令之區別。與憲法上法律命令之區別。並非同一。憲法上所區別之法律命令。由議會之成立。始生其區別者。法律者。以議會之協贊而爲之。之國家之意思表示也。命令者。不經議會之協贊之意思表示也。非有議會。則此區別無自而生。公文式發布時。未有議會。則其所謂法律命令之區別。自與憲法上之區別。性質不同。公文式之區別。不過單純之名稱之區別而已。準之而發布之法律及命令。不得因其名稱之差別。而視爲效力之輕重也。

第二 慣習法 制定法者。乃由國家或國家內之團體之意思表示而發生者。慣習法則反是。是蓋由事實上之慣習。而生法規之力者。

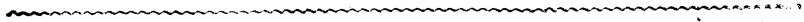
慣習法須如何而後得生法規之力乎。學者之說不一。或謂慣習法者。依國家默示之承認而生者也。此說之見解。乃根據於法規以國家之意思爲淵源者。既以法之發生淵源。專在國家之意思。則慣習法之效力。亦不可不由國家意思而生。是故學者對於慣習法。亦必設想爲已有國家之承認。以爲國家或以默示承認。或以裁判所之判決承認。此等國家之承認。即生法規效力之原因云云。雖然。所謂國家承認慣習法者。全

屬架空之想像。非由事實上着想者。實則慣習法。不待國家之承認。已獨立而有其效力。以爲由裁判所之判決。而生慣習法之效力者。亦誤也。近世之裁判所。無制定法規之權。單爲執行者而已。裁判官亦僅認既存之法。而適用之於實在事物而已。判決例雖亦可以爲認慣習法存在之材料。非由判決而慣習法始發生者。以法之發生淵源。純在國家意思之學者。必須全不認慣習法之存在。始能貫徹其理論也。夫慣習法所以發生。法規之力之原因。專由事實上之永久慣習而來。凡人類於自身平日所引續接觸之事實。不問其爲如何。皆有視之爲正當之天性。由此性狀而永久行之之慣習。不問其原因如何。惟因其已永行之於事實。遂相視爲法。自己亦生不可不從此慣習之確信。該慣習或基於法律之誤解。而生乎。或由偶然之事情。而生乎。皆所不問。只須一成慣習而永久行之。則自己以之爲法之確信。即已因是而生。而遂藉以規律各人之行爲。慣習法之發生。蓋如此也。蓋凡有法之效力之根據。在國民全體之法律的確信也。法律的確信。乃社會心理之一作用。社會大多數之各個人。均以法律上不可不有此以爲其自覺者也。法之所以爲法。在社會各個人。因欲從其法。而以規律自己之

行爲若法而不行。無人遵奉之。時即使爲國家所制定者。已不能成其爲法矣。而各個人之所以遵奉其法。則者又因其以法律上不可不有此爲其自覺故也。無此自覺。則法不能行。故所以得有法之力者。由於此國民之法律的自覺。國民之法律的自覺。即生法之效力之根據。事實上所已永久行之之慣習。即所以使國民之法律的確信之發生。由是而慣習遂生法之效力矣。

至論成文法慣習法之關係。學者有謂慣習法在成文法之下者。以爲慣習法僅於成文法之範圍內而存在。故無論如何。皆不得以慣習法廢止變更成文法。成文法若禁止慣習法之發生時。慣習法即不得而發生。此說之根據。蓋以國家爲有最高權力之主體也。除以自己之意思。自爲制限之外。皆無有能制限其意思者。若以慣習法爲有國家意思以上之效力。依慣習法而廢止變更成文法。則是與國家有最高權之性質。至爲矛盾。雖然。所謂國家有最高之權力者。謂國家不認於自己以上。尙有優勝力之意思主體也。故除自爲制限外。無論如何之意思主體。皆不能制限之。若國家制定之法律。而以國家內之團體或個人之意思。足以廢止變更之。是明與國家之性質相反。

固也。但國家有最高權云者。非國家萬能之謂。對於事實上之力。國家亦無如之何。因有自然的事實上之力。則國家之權力亦不免爲其所限制者。此非制限於他之意。思主體而制限於事實力也。慣習法若由國家或國家內之團體之意思而生者。其不能勝於成文法。自無待言。然慣習法實由事實上之慣習而生效力者。是以對於此等事實上之力。國家亦無如之何。雖因此而廢止變更成文法。亦不必其矛盾於國家最高權之性質。故泛謂不得以慣習法廢止變更成文法者。誤也。即使以成文法明明禁止慣習法之發生時。慣習法之發生。仍復如故。徵之於各國之實例。亦屬不少。實際上生反對成文法之慣習。其慣習行之既久。而成文法之文字。雖尙存留。事實上已生廢止或變更之之結果者。往往而見。惟因近世立法之發達。國家之制定法。占法之淵源之大部分。而慣習法漸減其價值。國家之所制定者。其以之爲法之確信。已流播於一般國民間。是以至於今日。實際上其生反對成文法之慣習法甚少。其慣習法而生法之力者更少。然則在今日而謂不能以慣習法全廢止變更成文法。亦無大過。



第二編 行政組織

第一章 行政官廳

第一節 總論

第一 官廳之觀念 官廳者。由君主之委任。就所已限定之國家事務之一部。有法律上之決定權之國家機關也。

一 官廳者。國家之機關也。國家爲無形之團體。故無心理上之意思能力。國家欲自發生其意思能力。不可不有自然人。以國家之名。爲國家而表示其意思。國家之意思。即此自然人之意思也。然此自然人之意思。或自然人所集合之集合意思。法律上以之爲國家之意思。而其自然人或自然人之集合。則稱之曰國家之機關。

機關之觀念。與人格之觀念。適相反對。機關本由人而成。但此等人乃機關之資格。而非有人格者。人格云者。以有自己之生存目的。爲前提。爲自己之生存目的。

而有主。張。自。己。權。利。之。能。力。者。即。爲。人。格。機。關。則。反。是。並。無。自。己。之。生。存。目。的。因。之。又。無。自。己。之。權。利。國。家。之。機。關。爲。國。家。而。存。所。以。行。國。家。之。權。利。者。國。家。機。關。之。意。思。即。國。家。之。意。思。也。

官廳爲國家機關之一種。故僅有官廳之資格而非爲權利之主體者。官廳雖由自然人以組織之。然當官廳地位之個人與官廳之自身須有嚴重區別之觀念。組織官廳之自然人官吏也。官吏之個人之資格對於國家亦一人格乃有權利負義務之一主體。官吏所以有受俸給之權利。有認其當官吏地位之權利者。乃以其個人資格對於國家所有之權利。官廳則不然。其對於國家非有何等法律上之關係者。唯對於外部代表國家以行使國家之權利。故官廳之命令人民徵收租稅。科兵役義務等。皆非官廳之權利。而國家之權利也。

官廳爲國家之機關。故國家永續。則組織官廳之自然人即使交迭。官廳仍不中斷。官廳所已發之命令。不因組織官廳之自然人有交迭而失其効力。該官廳所已受之法律上拘束。不因人之交迭而消滅。蓋官廳之意思表示。非組織官廳之

個人之意思。實國家之意思。故個人雖交迭。無因此而中斷其繼續之理也。又官廳之權限有變更。或官廳被廢止時。亦有同一之理由。其前此所發之命令。仍有效力。例如關於宗教行政之權限。屬內務省之管轄。假使其移於文部省。而以前內務大臣所發關於宗教事務之命令。至內務大臣無其權限以後。効力仍如故。又如拓殖務大臣所已發之命令。拓殖務省雖廢止。其權限雖全移於內務省。該命令仍有効力。

二 官廳者。就所已限定之國家事務之一部。有法律上之決定權之機關也。官廳須有法律上之決定權。若僅有決定權之補佐機關。即非官廳。例如內務大臣爲官廳。而其補佐之之機關。如次官以下各官吏。則非自有決定權者。即非官廳。又如國務大臣。於其爲各省大臣之資格。固爲官廳。於國務大臣之資格。則不過補弼天皇之大權者。不自有決定權。亦非官廳。此猶僅就無決定權者言之耳。至有僅爲諮詢之機關。而其決定無法律上之效果者。亦非官廳。故如樞密顧問。其通常之權限並非官廳。高等教育會議。土木會議等亦然。又如單有爲事實上行

動之權。其權限不生法律上之效果者。亦非官廳。例如土木技師學校教官等是也。特是所謂有法律上之決定權者。非必即對於國民而行使統治權之意義。一二學者。雖或以行使統治權爲官廳觀念之要素。今日通說。則皆趨於不以是爲要素之傾向矣。即其於統治權無關係。單有爲私法上行動之權者。若其自有決定權。亦官廳也。例如烟草專賣權。鐵道作業局等。爲單純之私法上作用。亦爲官廳。又官廳不必以有直接對於國民交涉之權爲必要。其權限單止爲國家機關內部之監督。亦不妨其爲官廳。例如會計檢查院長官。對於國民。無發動命令之權。亦官廳也。

三 官廳者。由君主之委任而處理國家事務之機關也。行政之權限。在君主國則爲君主所總括。行政權之全部。其源泉無不發于君主。君主者。以國務大臣之輔弼。而統括行政之全部者也。官廳之得有行政權限也。皆基於君主之委任。有君主之委任。而始取得其權限。蓋國家之機關。其權限有直接由憲法所定。並非由何人委任者。是名爲直接機關。若由他機關委任。始取得權限者。則名爲間接

機關。君主國中。其直接機關。即君主、攝政、及議會。而官廳則由君主委任。始有權限。即所謂間接機關也。

第二 官廳之組織 官廳有由一自然人組織者。有由多數自然人組織者。前者爲單獨制官廳。後者爲合議制官廳。單獨制則其組織之一人之意思。即爲國家之意思。合議制則須以一種方法統一其意思。其已被統一之意思。即爲國家之意思。通常之統一方法。即多數決也。然所謂多數決者。非必其合議制之各員。對於其決議。皆有同一之表決權。即以其內之一人（如議長）或數人。特別有較強之表決權。亦非必有反於合議制之性質。議長於可否同數時。有採決權。此普通常見之例也。此時議長除有反對之明文外。得特別有可否同數時之採決權。

單獨制有事務敏捷之利益。合議制有使鄭重事務之利益。故如立法機關或裁判所之事務。與其求敏捷。勿寧求鄭重。是以通常皆取合議體制度。行政之作用。須應乎千狀萬態之事務。敏速處置。是以行政官廳。其取合議制者。實爲最稀之例外。通常皆取單獨制也。

第三 官廳之權限 官廳者。就所已限定之國家事務之一部。有法律上決定權之國家機關也。官廳之得以國家機關之資格。代表國家者。唯以其所限定之國家事務之一部爲限。唯在此範圍。該官廳之行爲。始於法律上生國家行爲之効力。官廳所得代表國家之國家事務範圍。即所謂官廳之權限也。

權限之法律上效果。可分爲二。一積極的。一消極的。積極的之權限效果。在使官廳於其權限內之行爲。得生國家行爲之効力。消極的之權限效果。即在使官廳於權限外之行爲。不能生國家行爲之効力也。

一 官廳於權限內爲國家之機關。以其行動。代表國家。權限內之官廳行爲。即國家行爲也。官廳當行其權限內事務時。往往有誤解法規者。故官廳之行爲。亦時有違反法規之行爲。然官廳於其權限內有依自己意見解釋適用法規之權。是以官廳即令有誤解時。若未有上級官廳之取消處分。或用訴願訴訟等適法手段。證明其誤以前。不可不推測其爲正當之解釋。當用此推測之時期中。皆得爲有效之國家行爲也。故官廳之權限內行爲。即令違法。亦非無效。不過可以取消。

而○已○其○未○有○取○消○以○前○尚○爲○有○效○裁○判○官○誤○適○用○法○規○而○爲○判○決○時○當○其○未○被○上○級○審○破○毀○以○前○亦○爲○有○效○之○國○家○判○決○行○政○官○廳○發○違○法○之○命○令○時○當○其○未○被○取○消○以○前○仍○爲○有○效○之○國○家○命○令○必○至○被○破○毀○被○取○消○而○後○其○違○法○始○被○決○定○而○失○國○家○行○爲○之○效○力○也○

二 官廳於其權限以外。已非國家之機關。無代表國家之權能。其行爲即不得生國家行爲之効力。全爲一私人之行爲。權限內之行爲。雖違法亦有效。權限外之行爲則爲無效。蓋自最初已不能生國家行爲之効力故也。

雖然。此亦有宜注意者。官廳之權限外行爲。謂之無效。固無可疑。然何等行爲視之爲權限外之行爲乎。此宜先就關於權限之官廳解釋權。以論究其範圍也。若官廳有關於自己之權限之解釋權。則於其解釋權之限度內。不可不以官廳之解釋。爲有公定力。故實際上。即令出乎權限外。而未出乎解釋權範圍之限度。尙須視之爲權限內之行爲。其未取消以前。仍宜視爲有效之國家行爲。故此問題。以其所有關於自己權限之解釋權程度如何爲標準。

在原則上。官廳全無關於自己權限之解釋權。其權限僅於國家所與之範圍內而存在者。非得依自己之解釋。左右其範圍。官廳於其權限內所爲之解釋。雖對於臣民有公定力。其所以有公定力者。因其行爲爲國權之行爲故也。若其在權限外。則其行爲。自最初已非國家之行爲。故其解釋。斷無有可以有公定力之理由。因此而臣民對於官廳之行爲。須先審查其爲在權限內之行爲與否。若在權限外。則無服從之義務矣。但官廳亦有關於其權限。曾由國家與以或程度之解釋權者。行政裁判法第二十條。對於行政裁判所。曾明言此原則。云『行政裁判所。關於其權限。自決定之。』在司法裁判所。雖無此等概括的之明文。然其認有同一之解釋權。自勿容疑。唯裁判所亦非關於其權限有無限之解釋權者。其解釋權之範圍。僅限於裁判行爲之範圍內。若裁判以外之行爲。不得依自己之解釋。主張其在自己之權限內。例如裁判所定法規命令。則自初已無效。特其行爲若爲裁判行爲。則其事項雖屬於他裁判所之權限。而非當然無效者。必被上級審破毀之後。始失其爲有效之國家判決也。

右述之權限解釋權。爲裁判所所特有者。普通之行政官廳。則不能有此等解釋權。

官廳之權限。得由種種方面限定之。

一 權限可由其得以處理之事項之性質而限定之。行政官廳及司法官廳之區別。即依其權限內事項之性質而生者也。行政官廳。更準行政各部之區別而分爲數省。各省各各有一定之權限。不得互相侵犯。各省以外。又有獨立而直接隸屬於君主之官廳。如會計檢查院。行政裁判所是也。各省之下。又各各有所屬之官廳。以爲官廳組織之系統。

二 權限又可由土地之區域而限定之。是之謂官廳之管轄區域。夫官廳之權限。其有通乎全國。唯依事項之性質而限定者。此所謂中央官廳也。若其權限不僅由事項性質而限定。並由區域而限定者。則地方官廳是也。

三 官廳之權限。又有依得以行其行爲之人而限定者。凡官廳有對於該管轄區域內之一切人民。皆得爲命令者。有僅對於特定種類之人民。始得爲命令者。故

非對於不可不服從其權力之人民。則官廳之命令。即無效力。

官廳因權限分配之結果。或有立於上下之階級者。或有立於對等之關係者。各部大臣爲行政各部之最高官廳。直接隸屬於君主。互相對等。各省大臣之下。各各有其所屬之官廳。對於各省大臣。立於下級之地位。各所屬官廳。其自身又有上下階級。同級之官廳。相互對等。官廳之在對等關係者。其權限不相重複。若有二以上之官廳。其權限相關聯時。非由關係官廳之協議。即不得處理之。反之。上下級官廳之關係。則其權限之相互重複者不少。例如地方行政事務。內務大臣、府縣知事、郡長。皆有爲之之權限。此等權限重複之事務。若雙方行爲。相互抵觸。則專以上級官廳之行爲爲有效。

官廳相互之間。若生權限之爭議。其雙方官廳。若有共同之上級官廳。則由其上級官廳裁判之。至若司法裁判所與行政裁判所間。生權限爭議。則別有權限爭議之手續。此當於論行政訴訟編詳之。

第四 官制 定官廳之組織權限之規定。名曰官制。定官制之權。屬於君主之大權。

君主爲行政之中樞。故行政權之分配。其大權屬於君主。此行政當然之性質也。無論何國。莫不認此原則。即在憲法上無明文。然其定一切法規。雖有須以法律爲之原則。而定官制之權。則爲此原則當然之例外。使之屬於元首之權限以爲常。日本憲法。則於第十條明言此原則。

定官制之權。雖屬於君主之大權。然不過謂定官制不須以法律定之。非謂不得以法律定之。學者有謂屬於君主大權之事項。不得以法律定之者。實非正當。憲法之規定。不過舉屬於君主大權之主要事項。以示例而止。不得謂其爲以此而制限立法權。法律者。活動於憲法之下之國家最高意思也。除憲法上有特別制限之外。無論如何事項。無不得規定之。官制亦然。非其例外也。

憲法中對於一二官制。有特別規定。其當以法律定其組織權限者。司法裁判所。行政裁判所。及會計檢查院是也。此等官廳。不得以勅令定之。其他官廳。雖得以勅令定之。然因其亦可以法律定之之故。若使其官制果由法律所定者。即不得以命令而變更法律。因之勅令亦不得而動之矣。

雖然。除以法律新定官制外。有對於已由勅令定其官制之官廳。法律又委任以特別權限者。既有此等法律之規定。尙得以勅令廢止其官廳。或變更其組織權限否乎。是宜別爲研究之問題也。今欲解此問題。不可不依其法律之意思如何解釋之。

一 法律對於官廳。既委任以特別權限。必豫期其權限之能實行也。使其實行爲全不可能。則不能不認爲牴觸乎法律之規定。故以勅令廢止其官廳。而不設代之官廳。則爲違法。例如依行政裁判法。委任裁決權限爭議之權限於樞密院。若以勅令廢止樞密院。而不設可代樞密院之官廳。是使法律所定之權限爭議。不得實行。已牴觸於法律矣。

二 廢止其官廳。而移其所屬之權限於他官廳。亦不得謂爲牴觸乎法律之規定。法律之趣意。不過欲委任其權限於有此等一般權限之官廳而已。非自爲直接定官制也。例如法律委任特別權限於文部大臣。法律之趣意。不過欲委任此權限於有教育行政一般權限之最高官廳耳。非必求其官廳定須爲今日官制上之文部大臣也。故依勅令而廢文部省。合其權限於內務大臣。非爲牴觸法律。此

時法律所委任之權限。與一般權限。同移轉於新官廳。而文部大臣所受其委任之權限。以文部省之廢止。同時屬於內務大臣之權限矣。

三 並非廢止官廳。而唯變更其權限時。亦與前同。因其權限變更。而與法律所委任同一種類之一般權限。若移於他官廳時。法律委任之權限。亦隨之而移轉。

四 官廳之名稱或組織變更。則法律之特別委任。不受影響。故以勅令變更其名稱組織。亦爲自由。

君主之官制權。不僅依法律而受以上所述之制限。又依豫算而受事實上之制限。議會之豫算決定權。不依官制而直接受束縛者。故官制雖已定。而尙未有既定之歲出。議會得廢除削減之。豫算未成立時。其官制於事實上不得實行也。

第五 官廳之代理及委任

一 官廳之代理 官廳須自行使其權限。以不得使他人代理之爲原則。然立於官廳地位之個人。亦有因不得已事故。不能自行使其權限者。又或有官廳缺員。未能遽得其後任之人者。當此之時。法以特別明文。使他之官吏。代理官廳之權。

限官廳之代理云者。無該官廳地位之他官吏。以該官廳之名所爲之行爲。法律上認之爲該官廳行爲而生效力之關係之謂也。

官廳之代理。或有只代理其權限之一部分者。或有代理其權限之全部者。全部之代理。在官廳有缺員時。或立於該官廳地位之官吏。因有不得已事故。不能自行其權限時。此時代理權之發生。非基於被代理之官廳之意思。乃法律上當然發生。或基於君主若上級官廳之意思而發生者。例如地方官制中。府縣知事。有不得已事故時。上級事務官代理其職務云云之規定。即法律上當然發生之代理也。內閣官制中。內閣總理大臣。有不得已事故時。他之大臣。臨時受命代理其事務。此依勅命而發生之代理也。此等代理者之行爲。其被代理者之官廳。全不負責任。

一部代理則反是。其被代理之官廳。得依自己之意思。使所屬官吏代理其權限之一部。例如各省官制通則。有各省大臣有事故時。除副署法律勅令。上奏天皇。參列閣議。發布省令之權限外。得使他官代理其權限之規定。地方官官制。亦有

府縣知事。得使府縣官吏代理其權限一部之規定。是皆各省大臣府縣知事依自己之意思。使他官吏代理其一部之權限。而官廳對於代理者之行爲。不能免其監督之責任者也。

二 官廳權限之委任 反乎前之所云而有所謂權限之委任者。蓋一官廳依自己之意思。附與其權限之一部於他官廳之謂。即權限之移轉也。此官廳失其權限之一部。而他之官廳。新取得之。在代理。則代理者之行爲。乃以其被代理官廳之行爲而生效力。如其爲代理大臣也。則代理者之行爲。即以其爲大臣之行爲而生效力也。若權限之委任。則被委任之官廳。直以自己之名。行使其所被委任之權限。受任者之行爲。在法律上。並非以之爲委任者之行爲。而生效力者也。凡官廳負有自己行使官制所定權限之責任。故以不得委任其權限於他官廳爲原則。然法亦有以特別明文。許其委任自己權限於下級官廳之時。例如地方官官制中。規定府縣知事。得委任其權限之一部於郡長或島司是也。

第六 官廳之監督 行政官廳之組織。甚爲複雜。各官廳各有一定之權限。故各官

廳若以獨立之職權。行其權限時。行政之統一。將不得保持。欲保持行政之統一。則既分配行政事務於各官廳。同時又不可無足以統一之之組織也。因有此目的。故官廳分爲上級下級。下級官廳。關於其權限之行使。不得不依上級官廳之指揮監督。而君主爲行政之中樞。對於行政官廳之全部。有最高之監督權。官廳之統一。所以因是而能保持之也。

對於官廳之監督。與對於官吏之監督。須有區別。前者專爲關於其權限之監督。官廳於其權限內代表國家。行使國權。其監督之者。所以指揮其如何行使其權限。及使其權限之行使。不害公益。不違反法規也。後者則爲對於官吏實行服務規律權。既立於官吏關係中。即須服國家之特別權力。此特別權力。或直接由君主實行。或由上級官廳行之。對於官吏之監督。即不外此特別權力之發動耳。一則以國家機關之資格而受監督。其效果專關於國家機關對外部所行之行爲。如訓令及取消。即基於此權力而行之者。一則以對於國家之義務主體而受監督。其效果專關於官吏一身上之義務。如服務命令及懲戒。即基於此權力而行之者。兩者之性質相

異如此。故行其監督權之官廳。非必常爲同一者。例如府縣知事。以官廳之資格。對於各省之主務。受各省大臣之監督。而其官吏之資格。則專受內務大臣之監督是也。

對於官廳之監督權範圍。依官廳之性質如何而異。概而言之。則監督權者。包含左之各種權能者也。

一 使其報告事務及檢閱其事務之權。

二 取消或停止下級官廳所發違反法規、超越權限、有害公益之命令處分之權。

三 指揮下級官廳行使其權限之權。

四 裁決對於下級官廳之處分所提起之訴願之權。

五 裁決起於下級官廳間之權限爭議之權。

但以上諸權能。亦非當然包含於監督權中者。通常皆以法之明文。規定其行使監督權之方法。例如各省官制通則。規定各省大臣。對於主任事務。得下訓令於警視

總監、北海道廳長官、府縣知事。若其命令處分。有認爲違成規、害公益、侵權限者。得停止或取消之云云是也。至於無此等明文。而僅云有監督權時。其監督權之範圍。可及於如何之程度乎。是準乎官廳之性質而各異。又其官廳性質。如爲有獨立之權限者。則監督權例不包含指揮。即如司法省官制。雖規定司法大臣監督裁判所。而裁判所之爲裁判判決。其權限有完全之獨立。不受何人之指揮。司法大臣。不得對之而指揮其須如何行使權限也。裁判所外。行政官廳。亦有以合議體組織者。此等官廳。大都因欲得獨立公平之審議。故其權限。不可不獨立也。其他凡非合議體而權限之性質上。以獨立爲必要者亦同。例如文官高等試驗委員。雖有屬於內閣總理大臣之監督之規定。然其爲試驗時。實有完全之獨立。又如定訴願裁決等之特別手續者。上級官廳。亦不得指揮之。有此等權限之獨立時。上級官廳之監督權。僅得監視其事務之興廢如何而止。是不過有專對於人而行之之意義耳。

第二節 中央官廳

第一 各省大臣 各省大臣者。分行政之各部。爲各部最上級之行政官廳者也。行

政之各部。分爲外務、內務、財政、軍政、及司法五部。故至少亦須對於此五部。各有大臣一人。然行政各部中。其事務之繁雜者。更須細分爲數省。是以稍大之國。其大臣之數。必亦加多。日本則於軍事行政。分爲陸軍、海軍兩省。於內務行政。分爲內務、農商務、文部、及遞信四省。故現行官制。行政之各部。共分外務、內務、大藏、司法、陸軍、海軍、農商務、文部、及遞信九省。國務各大臣。分而爲此各省之首長。國務大臣者。一面輔弼君主之大權於國務。上行爲有副署之職務。同時又一面爲行政官廳。當各部之首長者也。

各省大臣之權限。自普通言之。非直接有處分國民之權。乃統轄行政全般之任務者也。各省大臣。直接對於國民爲處分時。特其例外。諸法令中。曾規定之。此外各省大臣之權限。尙包含左記之數種。

一 對於主任事務而發省令。

二 就其主任事務。發訓令於地方官廳。及監督之。若認地方官廳之命令處分。有違法越權或害公益時。取消或停止之。

三 監督所轄官吏任免判任以下之官。

各省大臣爲單獨制之官廳。補佐其權限之機關。則有次官、局長、參事長、書記官、秘書、官屬等之官職。大臣有故障不能行其權限之全部時。由勅令臨時使他之大臣。乘行其權限。若非不能行其權限之全部。而有故障。得臨時使次官代理其職務。但次官不得發省令、副署詔勅、或列於閣議。

第二 內閣

內閣以國務大臣組織之。各省大臣。有當然以國務大臣之資格。列於內閣之權。各省大臣之外。尙有以特旨使爲國務大臣而列內閣者。國家之行政各部。分配於各省大臣。各省大臣。各各以獨立之權限。處理其主管事務。故欲一行政之方。針保各部之統一。須於各省大臣外。別有必要之制度。內閣者。即因此目的而設。用以爲國務大臣合同而定其方針之手段也。然內閣非純然合議體之官廳。內閣官制第五條。規定須提出於閣議之數事件。其他重要事項。雖定爲宜提出閣議。然閣議之決定。不必有拘束君主之力。亦非必使各省大臣。負遵由之義務。閣議之所決定。君主得以其大權。棄此決定。而從少數之意見。或全不採用閣議。若以閣議。

之決定而拘束君主。是反乎立憲君主國之性質也。至於各省大臣。則直接隸屬天皇。爲行政各部之最高官廳。內閣與各省大臣。非有上下級之關係。若以閣議之所決定。立於各省大臣之上。而有拘束之力。是與各省大臣之性質不能相容矣。是故內閣。無論在憲法上之地位。在行政法上之地位。皆非有獨立官廳之性質。不過爲國務大臣協議行政事務之手段耳。然法律命令中。有特別附屬於內閣之權限。例如土地收用法。以認定必要收用土地與否之權。委任內閣是也。此時則內閣純然有官廳之性質矣。

第三 內閣總理大臣 國務大臣中以居內閣之首位者爲內閣總理大臣。各省大臣以直接隸屬於君主。互有平等地位爲原則。獨內閣總理大臣。於此點有較大之職權。蓋內閣總理大臣。於必要之時。得使各省大臣。中止其命令處分。就此點觀之。可謂內閣總理大臣。乃立於各省大臣之上。而監督之者。然其監督權。非若普通上級官廳與下級官廳之關係。有直接可以取消其處分命之權者也。不過使其一時中止。仰候勅裁。除此以外。毫無訓令監督之權。

內閣總理大臣。除以內閣首班之資格。於閣議爲議長外。又以單獨制官廳資格。管理不屬於各省大臣主管之行政事務。於其以官廳資格所行之事務。得發閣令。

第四 樞密院 樞密院者。天皇之最高顧問府也。是乃對於重要國務。答天皇諮詢之合議體。以多數決而決定之。得加入於樞密院之決議者。樞密院議長、副議長、顧問官及各省大臣是也。樞密院以俟天皇諮詢而從議決爲原則。然亦有不待諮詢而開議事者。凡必要諮詢樞密院之事項。樞密院官制中。曾規定之。樞密院之決議。非有法律上之決定効力。樞密院所否決者。君主以大權而實行之。於法律上亦屬無妨。不特此也。即官制中所規定須諮詢樞密院之事項。不諮詢而逕行之。於法律上之効力。亦無妨也。故樞密院之決議。全與議會之決議。異其性質。未經議會決議之法律。其法律全不成立。反是而未經諮詢於樞密院之條約。或勅令。於其法律上之効力。全無影響。樞密院止得與內閣及各省大臣交涉。不得對於其他官廳或人民而紹介往復也。

樞密院之本質。其非獨立官廳。不過答天皇之諮詢也如是。然法律命令中。亦有特

別附與以權限者。例如現行之行政裁判法。其規定有云。權限裁判所未設置以前。起於司法裁判所與行政裁判所間之權限爭議。由樞密院裁決之。此時樞密院已有法律上之決定權。亦即爲獨立之官廳。

第三節 地方官廳

第一 府縣知事 府縣知事於一方爲自治團體之代表。同時於他之一方爲國家最上級之地方官廳。其爲國家官廳之資格時。則府縣知事即各省大臣之下級官廳。各省大臣各對於其主任事務。監督府縣知事。府縣知事權限內之事務。以內務大臣之主管事務爲其重要者。故監督府縣知事之重要大臣。爲內務大臣。又府縣知事。其身分亦受內務大臣之監督。

府縣知事之權限。於其管轄區域內。涉乎行政作用之全部。詳言之。則凡未依法律命令。明言其屬於君主大權。或各省大臣。及特別官廳之權限者。對於一切行政之範圍。皆有其權限。此府縣知事所以有一般地方官廳之性質。而其權限則常受廣泛之推測也。反之如稅務監督局等之特別地方官廳。止有依法律命令所指定之

權限。其權限受最狹之推測。

府縣知事對於屬其職權之事項。或依特別之委任。皆有發府縣令之權。其府縣令於法律所定之範圍內。得附以罰則。

府縣知事爲單獨之官廳。其補助之之機關。有府縣事務官、技師、典獄屬等。府縣知事有故障時。主席事務官代理其事務。事務官復有故障時。內務大臣。由府縣高等官中。選一人使代理之。此等代理。乃代理其職務全體。而以在知事缺員時。或全不能執行職務之時爲限。此時代理者。如有過失。知事不負其責任。然知事有時得使府縣官吏。臨時代理其事務之一部。此時知事爲總括府縣行政之全部者。故不得免其監督之責。

關於府縣知事之權限。有一例外。則東京府知事是也。東京府知事較他之府縣知事。其權限較狹。凡關於警察、消防及監獄各事務。全無權限。而處理是等事務者。則於東京府知事外。置警視總監。管理東京府下之警察、消防及監獄事務。得就主任事務。發警視廳令。

第二 郡長 郡長於郡之地位。適與府縣知事於府縣之地位同。蓋郡長爲國家之官廳。同時又爲其自治團體之代表者。唯郡長之權限較知事爲狹。蓋郡長無關於警察之權限也。其警察事務則置警察署以管理之。

法律所特定之島嶼地。不置郡長而置島司。島司之官廳地位略與郡長同。唯郡長爲自治團體之代表者。島司則純然官廳。

第三 市町村長 市町村長爲自治團體之代表者。與府縣知事及郡長同。然無與於國家一般之行政。唯有特別由法律命令所委任之事項耳。是其與府縣知事及郡長相異之處也。現行法中委任於市町村長之國家事務。其主要者爲戶籍吏之事務。浦役場之事務。及關於徵發之事務等。此外市町村制雖亦有以地方警察事務委任於市町村長者。現行法則別有警察署之設。故此委任今日並未實行也。

第四 北海道廳長官 北海道在府縣之區劃外。其官廳與府縣官廳之組織稍異。北海道最高之地方官廳爲北海道廳長官。其地位及權限略似府縣知事。唯關於拓殖事業。則其權限比於府縣知事爲廣耳。屬於北海道廳長官權限之事務。分爲

長官官房、內務部、殖民部、土木部、警察部、及監獄署之六部局。長官之補助機關。則有事務官、警視、技師、以下多數之官吏以處理各部局之事務。

北海道廳長官之下級官廳爲支廳長。支廳長略與府縣內郡長之地位相當。唯其管轄區域。包括甚廣耳。北海道之郡。爲單純之地理上區劃。非爲行政區劃。故支廳長管轄區域內之郡。未有郡長。

支廳長下之最下級地方官廳爲區長、町村長。其在未施行町村制之地方。則爲戶長。區長不受支廳長之監督。直接受監督於道廳長官。町村長及戶長。則受支廳長之監督。

第四節 臺灣之行政組織

臺灣及澎湖列島之行政組織。與今日內地之行政組織。全不相同。其最高行政官廳。爲臺灣總督。臺灣總督之權限。比於普通地方官廳之權限。頗爲廣汎。今得區別之爲四種。

一 發可以代法律之命令之權 總督於其管轄區域內。得以其權發有法律效力

之命令。此命令稱爲律令。總督之發律令。與天皇之發緊急勅令不同。不問其在議會開會中。或在議會閉會中。或有臨時緊急之必要與否。皆得發之者也。夫臣民權利之保障。在憲法以爲非法律則不得而定之者。尙未推行於臺灣。故得以律令定之。關於律令之委任。有一至要之疑問。蓋即律令果違反憲法與否之問題是也。據憲法第八條之規定。凡發布可代法律之命令。僅限於議會閉會中。有臨時緊急之必要。始許以君主之大權行之。而臺灣總督之發布命令。不須在議會閉會中。不須有臨時緊急之必要。且不須以君主之大權而發布。由是以推論之。則亦不以得議會之承諾爲必要矣。然則憲法若行及於臺灣。則其爲違反憲法。固易瞭然也。夫所謂以法律爲之之時。此本爲憲法上之立法事項。然亦可以委任之於命令。特是法律之可以委任於命令者。以特定之事項爲限。若使法律與命令全無區別。由行政機關自由發布。可代法律之命令。則決不能以爲法律之委任。而辯護之也。法律與命令之區別。乃立憲制度最重要之一原則。不依此原則。而謂爲非違反憲法。則所謂違反憲法者。無從而得想見之矣。雖然。今欲準此。以謂律令權之委任爲違反憲

法。是。必。以。憲。法。已。行。於。臺。灣。爲。前。提。若。憲。法。未。行。於。臺。灣。則。自。最。初。已。無。違。憲。問。題。之。發。生。故。欲。決。其。爲。違。憲。與。否。須。以。憲。法。已。行。於。臺。灣。與。否。爲。當。先。決。之。問。題。而。據。余。之。意。見。則。憲。法。因。尙。未。施。行。於。臺。灣。者。也。

欲。解。決。憲。法。行。於。臺。灣。與。否。宜。先。問。領。土。割。讓。時。合。併。國。之。法。律。當。然。及。效。力。於。被。割。讓。之。新。領。土。內。與。否。新。領。土。者。於。割。讓。之。時。即。變。爲。合。併。國。之。領。土。而。須。服。合。併。國。之。統。治。權。者。也。就。此。點。以。觀。之。似。合。併。國。之。法。律。當。然。及。效。力。於。新。領。土。然。據。余。之。見。解。則。不。謂。然。法。律。者。社。會。共。同。生。活。之。秩。序。也。法。律。隨。社。會。而。存。在。社。會。之。事。情。異。法。亦。隨。之。而。異。故。法。皆。以。或。社。會。事。情。爲。前。提。向。特。定。之。社。會。而。制。定。之。者。新。領。土。之。社。會。事。情。在。法。律。制。定。之。當。時。無。從。而。得。知。之。彼。立。法。者。又。安。能。對。於。全。不。知。其。事。情。如。何。之。社。會。而。爲。之。制。定。法。律。乎。若。以。爲。法。律。當。然。及。效。力。於。新。領。土。是。與。所。謂。法。律。乃。社。會。現。象。乃。社。會。共。同。生。活。秩。序。之。性。質。不。能。相。容。矣。欲。使。合。併。國。之。法。律。及。效。力。於。新。領。土。須。特。別。表。示。施。行。其。法。律。之。意。思。若。國。家。未。特。別。命。其。法。律。之。施。行。則。不。得。謂。其。效。力。之。及。於。新。領。土。也。

以上之理論。並非爲憲法之例外。憲法保障臣民之權利。以爲非法律則不得限制其自由。是蓋以社會之程度。其進步已達於不可不有如此權利保障之域。爲前提。憲法制定後。所取得之新領土。已達此進步之程度否耶。此在制定憲法時。全未之知者也。然則制定憲法者。又如何而能豫決其可以施行與否之意思也歟。因此之故。故憲法亦與通常法律同。非當然能施行於新領土者。欲施行之。須特別有國家之意思。臺灣自屬於日本領土以來。日本國家。尙未有表示施行憲法於該領土之事。故謂今日憲法尙未行及於臺灣。是實正當之解釋也。

憲法既未行及於臺灣。則律令權之委任。究竟爲違反憲法否乎。早已不成問題矣。君主之大權。對於未施行憲法之區域。直與憲法制定前無異。蓋無制限者也。既不受憲法之制限。則無論其以如何方法。皆得統治之矣。

律令之發也。須於臺灣總督府評議會之決議後。經由內務大臣而得勅裁。然後可以發之。若有臨時緊急之必要。亦得不用此手續。專以總督之單獨職權而發布。唯發布後。須即請勅裁。且須報告之於評議會耳。設使不能得勅裁時。須公布此律令。

將來之無効力也。總督府評議會。由總督以下之總督府重要官吏若干名組織之。

二 軍隊之統帥權及軍政權 總督不僅有行政官廳之資格。同時又有統帥其管內之陸海軍及行其軍事行政之權。

三 司法權 臺灣之司法機關。爲總督府法院。法院屬於總督之監督。裁判民事及刑事。其制分爲二級。一、地方法院。一、覆審法院。法院非裁判所。法院之判官。非裁判官。故判官之地位。無憲法上之保障。法院既非憲法上之裁判所。則其結果。凡法院之判決。不得與內地裁判所之判決。有同一之効力。由內地視之。法院之判決。不過與外國裁判所之判決。有同一之効力而已。

四 行政權 臺灣總督之行政上權限。雖與普通地方官廳之權限相當。然亦有較地方官廳爲廣之點。夫內地之行政權限。第一次屬於君主之大權。第二次屬於各省大臣。第三次始屬於地方官廳。故地方官廳。不過對於君主大權及各省大臣所未被留保之事項。有其權限焉耳。臺灣則反是。以內地之勅令省令不及効力於該地爲原則。故在內地當屬第一次第二次職權之事項。概委任於總督之權限也。

總督受內務大臣之監督。而內務大臣對於總督之監督權範圍。及行其監督權之方法。勅令未明言之。各省官制通則。雖有內務大臣得取消或停止府縣知事北海道廳長官等之命令處分云云。而對於臺灣總督。則無同一之規定。雖然。其對於總督也。不可不認其與對於他之地方官廳同。均有發訓令及取消或停止其違法命令處分之權也。不然。則監督權直爲有名無實矣。

總督於發可代法律之命令外。尚有發單純命令之權。是曰總督府令。總督府令。得附罰則。其罰則之程度。與勅令所附之程度同。

總督府置總督官房。民政部。陸軍幕僚。海軍幕僚。陸海軍幕僚。爲補助總督。陸海軍統帥權之機關。若關於行政及司法之一切事務。則由民政部行之。民政部中。區別爲五局一署。曰總務局。曰財務局。曰通信局。曰殖產局。曰土木局。曰警察本署。總督府之下級地方官廳。即廳長也。廳長於其管轄內。得發廳令。

第二章 官吏之法律關係

第一節 官吏之觀念

官吏者。負擔執行國家之義務。其義務非一般臣民之法律上義務。而公法上之服務義務者也。

在君主國中。執行對於外部之一切國家事務。爲君主一身所總攬。然君主之一身。究不能親裁一切之國家事務也。故設多數之機關。使分擔之。夫分擔國家事務之方法不一。或有由民法上之契約而分擔其事務者。例如雇員丁夫之類是也。由民法上契約分擔國家事務者。不僅工夫丁役等下級之器械的勞務爲然。有時高尚之精神上勞務。亦有由民法上之契約而分擔之者。但此時國家與義務者之關係爲對等之關係。而其服勞務者亦無非履行契約而已。是分擔國家事務之一種也。或又有國家對於一私人。或一團體。附與行一部國家事務之權利。該私人及團體。逕以之爲自己之權利而行之者。其最著之例。則爲承認自治團體。附與以自治行政之權。自治團體者。即因國家之授權。以爲自己之權利。而行國家一部之事務者也。自治團體以外。國家亦有對於一私人或私團體。使其以之爲自己權利而行國家一部之事務者。如使日本銀行發行兌換券之事務。亦其一例。雖然。以上二者。固爲使國家事務有分擔者。

之方法。而非最普通之方法也。最普通之方法。則由君主設各種機關。使之隸屬於君主。而負公法上之服務義務。因此服務義務。使其處理國家之事務。夫負有不可不處理國家事務之公法上服務義務者。即官吏也。

由上述之理論觀之。則凡負有不可不處理國家事務之義務者。不必皆爲官吏。官吏與其他之負有處理國家事務之義務者。自有區別。區別之要點。則官吏之義務。乃公法上之服務義務也。所謂公法上之服務義務者。使義務者對於國家服特別之權力。關係由國家之命令。奉其一身。以爲國家服無定量之勞務之公法上義務也。彼負有處理國家事務之義務。而非爲公法上之服務義務者。即非官吏。因是而雇員等。依民法上之契約。雖負有處理國家事務之義務。亦非官吏。議會之議員。以及因特別目的。所任命之各種委員。更非官吏。凡此類者。其於行國家事務之點。雖與官吏同。而所負者。非服務義務。是其所以與官吏異也。

公法上之服務義務。其所以異於他之義務者。有一特徵。蓋是乃立於特別之服從關係者也。國家對於服務義務者之特別權力。余名之曰服務規律權。因服務規律權之

結果。而生下服務命令之權。及懲戒權。服務命令及懲戒權。或由君主行之。或由隸屬於君主下之上級官廳行之。故負有公法上之服務義務者。必當服君主及其上級官廳之服務規律權。若議會之議員及各種委員。雖擔任國家之事務。而不立於君主或君主下之上級官廳之服務規律權之下。是其所以非官吏。又公法上之服務義務。其依國家命令而行之國家事務。爲無定量者。所謂無定量者。其所當處理之事務。分量不能豫定之意也。由民法上契約所生之服務義務。則其所當處理之事務。分量已由契約之內容而限定之。契約內容以外之事務。不得以國家單獨之意思。命令其執行。公法上之服務義務。則不然。其事務之分量。國家得以單意而定之。官吏不得以自己之意思。有所對抗也。

公法上之服務義務。在國家有命令時。固不可不處理其事務。然非必皆於現時擔任其事務也。即非現時擔任者。亦爲公法上之服務義務。其要點蓋謂如有國家命令。無論何時。皆立於不可不擔任之地位耳。由公法上服務義務所擔任之國家事務範圍。是爲官職。任命官吏之目的。在使其擔任官職。此不待言。然爲官吏之關係。與擔任

官職之關係。常不必其相一致也。於官吏之關係。既被設定後。亦有尙未擔任官職者。例如已被任命爲裁判官。而未指定當奉勤於何處之裁判所時。是即尙未擔任官職者也。夫任命官吏時。多同時指定其所擔任之官職。然使任命時既未指定。則不能別有命其擔任官職之行爲矣。換一方面言之。又有官職之擔任已先消滅。官吏關係尙在繼續中者。例如休職官吏是也。是故官吏不必僅於現時擔任國家之事務。其立於將來擔任之地位者。仍爲官吏。惟官吏關係既發生。則無論何時。皆有此不可不擔任之義務。當其被任命爲官吏時。雖必要被任命者自身之承諾。既爲官吏。則國家即得以單獨意思而命其擔任矣。固不必要本人之承認。已當然生其效力也。

官吏者。非基於一般臣民之法律上義務。而負擔公法上之服務義務者也。就此點觀之。則官吏與兵卒異。兵卒與官吏。雖同負公法上之服務義務。而兵卒之義務。則基於一般臣民之法律上義務。而來國家得僅以一方的意思。而科之。不必要本人之承諾者也。彼志願兵。亦若爲出於本人之意思者。然此不過一般臣民法律上義務之變形耳。不因此而變其義務之性質也。若官吏。則反是。彼其有此義務。非基於一般臣民

法律上之義務而來者。乃基於本人任意之承諾而來者。雖官吏中亦有以其就任爲法律上之義務者。然此實別有原因。就中如以將來爲官吏之目的。由國家供給其教育之費用者。其終業之後。於法律上例必負有不可不擔任國家所命官職之義務。但負有此等義務者。亦非依國家之單意立於當然擔任官職之地位也。其擔任官職。仍要本人之承諾。特在法律上負有不可不承諾之義務耳。使其不承諾。自必有法律之制裁。此愈可以見不得其承認。則國家一方的之意思。不能當然生官職擔任之效果矣。

以上兩點。爲由法律上區別官吏非官吏之要點。第一、官吏所負之義務。爲對於國家之公法上服務義務。故須服君主及其上級官廳之監督。第二、其服務義務非基於一般臣民之法律上義務。故待本人之承諾而義務始發生。具此兩要素者。則爲官吏。不然者。非官吏也。此外尚有與官吏關係相隨之通常法律關係。然皆其常素。而非其要素。故如受俸給與否。於官吏之觀念無關係。雖爲無給。亦不失其爲官吏也。又現時擔任國家事務與否。亦於官吏之觀念無關係。前已述之。其他如服務義務之爲無期限。

者與否亦然。雖有一定之期限。仍爲官吏。

第二節 官吏關係之發生

官吏關係。通常因任命而發生。間亦有依選舉而發生者。在日本則國家之官吏。雖無是例。自治團體之吏員。則此例不少。自治團體之吏員。其法律上之性質。亦與官吏無異。至若共和國之國家官吏。則由選舉而發生其關係者甚多也。

官吏之任命。其於國法上之性質如何乎。自來有種種之見解。在公私法尙未分明之時代。官吏關係亦視若現今一般私法上之關係。官吏之任命。亦謂其與私法上之雇傭契約同。及國家觀念發達。始認官吏關係爲公法上之關係。與雇傭之性質不能相同。由是而以官吏之任命爲國家之權力的作用。國家以其一方的意思。命其臣民爲官吏。爲臣民者。須服從其命令。雖然。爲官吏者。不僅服從國家之命令。對於國家。負擔義務已也。又有受俸給之權利。故以之爲單純之權力作用。亦有所無解於此者。是以學者謂官吏之任命。雖爲權力作用。同時締結私法上之契約。至於近時。則純認官吏之任命爲契約。非由國家之一方的作用而來者。特其契約。非國家與被任者立於

對等關係之民法上契約也。乃發生特別權力關係之公法上契約耳。

官吏之任命。所以要本人承諾者。何在乎。蓋臣民非絕對服從國權者。國家對於臣民所得要求之範圍。依乎法而有一定之限界。出此限界以外。國家即不得對於臣民爲何等之要求也。元來國家對於臣民。苟依據法規。則無論如何勞務之義務。皆得而強制之。兵役義務。其實例也。然至於官吏。則此等精神的之勞務。不能依強制而達其目的。况乎國民之中。亦有因名譽心。公共心。及經濟上慾望等之種種動機。欲自進而爲官吏者。苟以強制行之。必不免使是等臣民有缺望也。故今日之國。皆無有以官吏義務。強制臣民之事。既無強制之之法規。國家即不得以自己一方的之意思。科其義務於臣民。欲科以此義務。則須先有本人之承諾而後可。不要本人承諾。而僅以國家之單意。使官吏關係之成立。此矛盾乎法治國之性質者也。

官吏之任命。既要本人之承諾。然則以任命爲國家與本人之契約者。得爲正當否乎。是亦宜別爲研究之問題也。

官吏與國家之關係。公法上之關係也。與民法上之雇傭關係。其法理不同。故官吏之

任命。亦非民法上之契約。而爲公法上關係之行爲。此今日學者之所同認者也。公法上之關係者。國家與臣民立於不平等之地位。國家以優勝權力之主體。以對於臣民者也。若契約則以當事者雙方之意思。有平等之價值。爲前提。公法區域內。其國家與臣民之地位不平等。故雙方之意思。無有相互對等之價值者。官吏之任命。既在公法上區域內。則以之爲契約。自非得當者也。其任命雖要本人之承諾。而非因本人之意思。與國家之意思相合一致。始生效力。任命之所以生效力者。專在國家之意思。本人之承諾。不過爲國家行爲發動之條件耳。本人不承諾。則任命不得而行之。然固不得謂任命効力之生。必有待於本人之意思相合於國家之意思。而以任命爲契約也。譬之國家之行裁判權。必以當事者提起訴訟爲條件。當事者若不提起訴訟。即不能爲裁判。裁判權之發動。以當事者之意思爲條件。乃因此而謂裁判爲契約。可乎。否乎。任命雖以本人承諾爲條件。而其非爲契約。亦猶是耳。

主張任命爲契約之學者。其說云。任命者。乃契約之申込。依受任者對於任命。表示承諾之意思而成立。雖然是實違反於實際之慣例。官吏之任命。非依受任者表示承諾

之意思。始生效力。蓋自交附任命之辭令時。其效力即發生者也。若以任命爲契約。則辭令交附之後。本人須有表示承諾之意思之手續。今既無此手續。愈足證明任命之非契約矣。

任命者。以當事者承諾爲條件之處分也。此當事者承諾之條件。並可推測其於任命前。已先具備者也。或因當事者通過資格試驗。而豫以默示表示承諾之意思。或因當事者與官廳有交涉時。以明示而表示承諾之意思。惟其有此承諾。故因之而被任命。故此條件。可於任命前推測其已先具備。若實際上本人不承諾時。是其任命。爲有法律上之瑕疵。而可以取消者耳。雖然。凡國權之行爲。其行爲自身。有得以證明有效條件。完全具備之力。任命亦國權作用之一。任命之自身。亦即有此力。以證明其行爲之完全適法。詳言之。則既有任命。所謂當事者承諾之有效條件。即有推測其已備之力。縱令實際上無當事者之承諾。其行爲。非因之而當然無效。須由當事者以法律上之手段。爭之。是故其行爲。當未被取消以前。尙有完全之效力也。

任命之權。或直接屬於君主。或間接屬於君主。由君主親行之者。直接者也。委任於行

政官廳而使其行之者。間接者也。現行法，勅任官由天皇親勅任之。奏任官經天皇之裁可。而行政官廳任命之。判任官則由行政官廳專行之。任命之形式。須用文書。表示任命意思之文書。謂之辭令。辭令交附。任命即成立。

官吏之任命。除特定種類之官職外。均以特定之資格試驗爲必要。無其資格者。即不得任命爲某種官吏。然任命無資格者爲官吏時。其任命非當然無效。不過爲有瑕疵之任命而已。年齡資產能力及男女性別等。在原則上皆無影響於可爲官吏之資格。官吏以由任命發生關係爲原則。由任命而成立與否。非官吏觀念之要素也。

官吏關係。有時由選舉發生。因之而依選舉以就任時。與出於任命者不同。出於任命者。法律上之推測。可推測其於任命前。當事者之承諾已備。若出於選舉。則非於選舉前。可豫求當事者之承諾。是以選舉非當然生就任之効力。必於選舉後。當選者表示其承諾就任之意思。而後官吏關係始因其承諾而成立。

第三節 官吏之義務

官吏對於國家負擔特別之義務。此特別義務。余稱之爲公法上之服務義務。公法上

之服務義務。更得大別之爲四種。(一)執行職務之義務。(二)忠實之義務。(三)從順之義務。(四)保品位之義務。

第一 執行職務之義務 官吏須執行其官職所相當之國家事務。是乃官吏義務

中之最重要者也。執行職務之義務。因附與官職而發生。官職之附與。或有包含於任命之行爲中者。或有與任命之行爲。分而爲二。而其附與。亦有與任命同時者。有於任命後以他之行爲附與之者。其在分而爲二之時。則執行職務之義務。不依官吏關係之發生而當然發生。非附與以官職之後。不生執行職務之義務。不惟無不義務。並且無執行之之權能也。就日本用語之慣例言之。官吏任命之行爲。稱爲任官。官職之附與。則稱爲補職。任官之包含補職者。例如府縣知事。既被任命。則不須待有補職之命。即當然附與官職矣。至若判事。則非別受補某裁判所判事之辭令後。不發生官職。即不發生執行職務之義務。他如休職之時。則爲執行職務之義務先消滅。而官吏關係尙繼續者。前已言之。

由執行職務之義務。生一結果。即現在之義務是也。現在之義務者。於執務時間中。

身蒞官衙之義務。及執務時間外。非得上官許可。不可離却官衙所在地之義務也。

第二 忠實之義務 忠實之義務云者。當其執行職務時。須竭身體上精神上之全力。勉求適合於國家及君主之利益之義務也。此義務本來有道德的之性質。在法律上有不能精密說明其內容者。故學者往往有不以忠實之義務。算入法律上義務之一種。而課忠實之義務。無非即從順之義務者。雖然。官吏當執行職務時。僅遵由法律命令。及服從上官之命令。亦有不能完全盡其義務者。苟其不盡全力。則雖對於法律命令。及上官命令。毫無違反。而欲望其義務之能盡。不可得矣。故此義務。仍須於從順之義務外。爲獨立之法律上義務也。

忠實義務所生之效果。可分之爲積極的效果。消極的效果。積極的效果。則勉求適合於國家及君主之利益之行爲是也。消極的效果。則力避不利益於國家及君主之行爲是也。其積極的之方面。不得以一定之法則而豫定其限度。得以法律而規定之者。專在消極的之方面而已。

所謂消極的效果。第一即守秘密之義務也。官吏對於其職務所關聯之秘密。若有

聞知不可洩漏於他人。若其洩漏之也。是害國家之利益。官吏之義務。須忠實於國家。故此守秘密之義務。即爲忠實義務所生之當然效果也。但官吏服務規律第四第五兩條。所特以明文規定者。則此守秘密之義務。不僅限於官吏之在職中。即退職後猶繼續有此義務。是爲官吏關係消滅後。而官吏義務尙存續之一例外。官吏以有此義務之故。遂因此而與此相當之權利。即官吏服務規律第四條第二項所規定。謂官吏得拒絕於裁判所爲證人或鑑定人之證言是也。

此外官吏於左記之行爲能力。皆受制限。亦忠實義務之消極的效果。

一 凡承辦官廳工事者及受財政上之利益於政府者。有職務上關係之官吏。皆不得受此等人之宴饗。

二 官吏無論以如何名義。皆不得受其部下所屬官吏之贈與。

三 官吏不得爲取引相場(取引有似交易之義 相場似行情之義)會社之社員。及不得間接而爲有關

係於相場商業之事。

四 官吏不得受私立郵船會社之無賃船票。及私立鐵道會社之無賃車票。

此等行爲。皆有妨於職務上之忠實者。爲官吏者。自當然受其禁止也。此外有本非有其忠實義務。而就當時之事情觀察之。則有足以妨其義務之虞者。非得本屬長之許可。亦不得爲之。畧舉其事如左。

一 爲營利會社之社長或其役員。

二 關於職務。受他人之贈與。

三 受外國君主或政府之勳章及褒賞。此時須由天皇裁可。

四 自營商業。或使家族營商業。

五 於本職之外。受給料而任他之事務。

第三 從順之義務 官吏之任命者。所以使官吏服從國家之特別權力者也。國家對於官吏之特別權力。稱爲服務規律權。以國家之名。而對於官吏有行使此特別權力之權者。謂爲職務上之上官。職務上之上官。本此特別權力所發之命令。謂爲服務命令。官吏則負有遵由職務上上官之服務命令之義務。此義務即所謂從順之義務也。

官吏雖有從順之義務。然此義務。非絕對無制限之義務也。爲上官者。非必無論何事。皆可以唯其所欲以之命令下級官吏也。其命令權有一定之限界。其限界以外之命令下級官吏。並無必遵由之義務。若下級官吏竟服從其限界外之命令時。自己亦須負其責任。不得藉口於上官有命令之故而辭其責。顧此限界如何而定之乎。此則關於從順義務之重要問題也。

舊時代之學說。謂官吏須對抗上官而擁護法令。上官命令之實質。若違反法規。下級官吏不可服從之。其說曰。上官不得下違反法令之命令於下級官吏。違反法令之命令。不有拘束下級官吏之力。故官吏有審查上官命令適合法規與否之權。苟其違法。不可服從之。是說也。無論何時代。事實上皆有不能極端實行。至於此極者。若得極端實行此說。是上下顛倒。而下級官吏反得監督上官矣。夫官吏當執行職務時。元當遵由法令。違法之上官命令。若遵由之。似與此義務相反。雖然是必上官之命令已確定。其爲違法乃可爲是言也。然官廳於自己之權限內。皆有以自己意思解釋法規。適用法規之權。官廳於自己權限內所下之解釋。若未有上級官廳以其職

權。確。定。之。爲。違。法。或。未。有。因。訴。訟。願。確。定。其。爲。違。法。時。則。其。以。自。己。意。思。於。自。己。權。限。內。所。下。之。解。釋。不。能。不。推。測。其。爲。適。法。下。級。官。吏。固。不。得。以。自。己。之。見。解。主。張。上。官。命。令。之。違。法。也。故。上。官。之。命。令。即。使。其。內。容。違。反。法。規。下。級。官。吏。亦。不。能。免。遵。由。之。義。務。今。日。之。學。說。所。相。同。一。致。之。問。題。皆。已。不。注。於。此。點。而。專。注。於。下。級。官。吏。審。查。權。之。範。圍。如。何。而。已。

據。余。之。見。解。凡。上。官。之。命。令。所。以。有。拘。束。下。級。官。吏。之。力。者。以。左。之。二。條。件。爲。必。要。

- 一 其命令須爲職務上之上官所發者。何人爲職務上之上官乎。此由官制而定者也。官吏有準據官制之規定。由自己判斷何人爲自己上官之權利。及義務。非職務上之上官。則不得發服務命令。此蓋無可疑者。

- 二 上官之命令不可不爲關於其職務者。下級官吏。所以須服從上官命令者。以其爲官吏故也。唯其然也。故惟以官吏資格。實行其所負義務時。不可不服從上官命令耳。因是而上官之命令。須屬於可包含官吏職務上義務之範圍中者。而後不可不服從。使其於職務無關係。僅爲命令者一身上之利益。或爲關於受

命者私人生活之事項。無論如何。皆不得以之爲服從命令之目的。下級官吏。若審查其命令而知爲無關係於自己之職務。即無遵由之義務。

除以上兩要件外。普通之學說。尙有謂上官命令之有效。必其命令之內容。關於受命者之下級官吏之權限內事項者。其所據之理由。以爲官吏之遵由上官命令。唯限於國家官吏資格之義務而止耳。若出乎其權限內事項之外。爲官吏者。已純爲一私人。無國家官吏之資格。自無所謂上官。無所謂遵由之義務矣。雖然是蓋以服務命令與訓令相混同。以官廳之觀念。與官吏之觀念相混同者也。訓令者。對於官廳而指揮其權限之行使者也。故不可不關於其權限而後。可以下訓令。服務命令。則對於官吏之身分而行之者。非爲指揮其權限。權限云者。常爲對於外部。得代表國家之範圍之意義。有官廳地位之官吏。對於外部。爲代表國家者。無官廳地位之官吏。則全無代表國家之權。能然則對於此等官吏之上官。命令自無有所謂須關於權限之理由。大都屬於事實上之作用。而非爲指揮其權限之行使者。例如命其整理書類。命其取調或事項。命其計畫工事。命其出差。命其着一定之制服等。皆是

也。上官之命令，率屬於此等內部事實上之作用。是於下級官吏之權限問題，全無關係。故所謂屬其權限與否，早已不成問題矣。

第四 保品位之義務 官吏不僅有職務上之義務而已。於其職務外，爲私人生活之時，亦有不可辱及官吏品位之義務也。若官吏於其私人生活上，有污其品位之行爲，則必不利益於國家。蓋爲國家機關資格之官吏，與爲一私人之官吏，乃同一之自然人。故其行爲而有污也，則自一般人民視之，彼國家機關資格之官吏，其信用亦因而有所損矣。國家機關之信用損，其結果即爲國家之不利益。故國家於官吏之職務外，尙要求以不可污及品位之義務。官吏服務規律，有不問其在職務之內外，不可不重廉恥，戒貪污之所爲，及浪費而破資產，與負其所不當負之債務云云之規定。

第四節 官吏之權利

官吏對於國家所有之權利，分爲兩種。(一)對於其地位之權利。(二)財產上之權利。

第一 官吏對於其地位之權利 是乃國家承認其爲官吏身分之權利也。凡官吏

皆有要求國家之待遇。及承認其地位之權利。而官吏之地位。有往往受法規之保障。法規中有規定不能反其意思而命之免官者。其在此點。則官吏又有國家不得奪其地位之權利。

第二 官吏之財產權 對於地位之權利外。尙對於國家而有財產上之請求權。此權不必爲與官吏關係相隨之必要條件。然專任官吏。則通常皆隨官吏關係而有此權利也。官吏之財產上請求權。又須別而爲二。(一)俸給、恩給、遺族扶助料、及一時賜金。(二)職務上之實費辨償。

一 俸給恩給等 官吏對於國家負服務義務。國家則對之而負給付金錢之義務。此義務有發生於官吏關係繼續中者。有發生於其關係消滅後者。其在繼續中者。則爲俸給。在消滅後者。則爲恩給、遺族扶助料、及一時賜金。

俸給之性質。舊時學者。多視之爲私法上之權利。雖其時已認官吏關係爲公法上之關係。而彼以爲財產權屬於私權。因之受俸給之權利。亦爲私法上之權利。雖然。財產上之權利。亦不妨爲公法上權利。此前所曾述之者。俸給者。本乎公法

上之關係而發生之權利。則其爲公法上之權利。乃必然之結果耳。認俸給爲私法上權利之學者。彼蓋以爲國家任命官吏。同時與之締結私法上之俸給契約。然負俸給義務之國家。即任命官吏之國家。是乃同一之國家。而非可以分別其資格。以爲爲統治權主體者一國家。爲財產權主體者又一國家也。

近時學者爲欲說明俸給之性質爲公法上權利之故。往往有謂俸給之性質。乃專爲國家自身之利益而支給者。其說云。俸給全非報酬之性質。不過欲使官吏有以維持其生活。而因給與之以爲其維持生活之資料耳。官吏爲國家之代表者。爲國家之代表。而有以維持相當於其地位之生活。是國家之利益也。故俸給之支給。即爲國家之利益。雖然。凡權利云者。不問其爲公法上之權利。爲私法上之權利。皆必因欲保護權利者之利益。而後認其存在者。前已曾反覆言之矣。故既曰權利。則必權利者之利益。足以因之而受保護。是乃其觀念之要素也。今以俸給之給與。專爲謀國家之利益。則俸給之性質。即與權利之性質。相爲矛盾矣。俸給者公法上之權利也。則俸給權之發生。自爲專由公法上之關係而發生者。非

爲國家自身之利益而給與之者。自勿容疑。若其實質上之性質。則與民法上之賃金。殆無以異。不過因此而使官吏得爲自己之職業。以充其生活之經濟上條件耳。約言之。俸給者國家所以對於官吏之服務義務。爲金錢上之反對給付者。官吏在服務義務繼續中。國家皆有此義務。以一定之時日。爲其辨濟期之到達者也。

恩給及其他之金錢給付。其性質亦全與俸給同。所異者。一在服務之繼續中。一在官吏關係之消滅後。一則官吏之自身。爲其權利之主體。一則有時乃官吏之遺族爲其權利之主體。差異之點。如是而已。官吏於在職中。舉全力以爲國家。除所得俸給外。無其地位之所得淵源。故在職若甚久。則官吏關係消滅後。經濟上必無餘裕。將不能維持自己及遺族之生活。國家因負此義務。以爲其在職中服務之報酬而已。

恩給及他之請求權。非因一切原因消滅官吏關係者。皆當發生也。若官吏以自己之任意而辭職。即不能發生此等財產請求權。唯其因死亡。或年衰。或疾病。而

消滅時。始能有此權利。又依國家之事故而解職者。除由懲戒處分免官者外。亦如之。(參照官吏恩給法明治二十三年六月法律四十三號軍人恩給法同二十三年六月法律四十五號官吏遺族扶助法同年六月法律四十四號文官判任以上者之退官賜金之件及二十三年六月勅令九十八號)

二 實費辨償 官吏因履行其職務上之義務。特別支出必要之費用時。有可以請求此等費用之權利。是之謂請實費辨償之權利。夫就原則而論。凡官吏於執行職務上。所必要之一切設備。宜由國家設置之。使官吏不至因履行職務之故。特別支出自己之費用。故凡物質上之設備。國家多已自備之。例如設官衙以爲官吏執行職務之場所。與夫備置椅案及其他用具武器等。以供官吏之使用是也。有時因此而兼與官吏以一身之上利益者。例如供官宅以爲官吏及其家族之住居。於執務時間中供置煖具。以及供與職務上之制服等是也。實費辨償。則僅以此等設備。未能完全。不能使官吏全免特別費用之時爲限。此所謂實費辨償。即旅費、日當、宿泊料、馬匹使用料、外交官之在勤手當、交際費等是也。凡被認定可生此等費用之事實發生時。即因而從豫定之定律。支給實費。即如出張、

（猶出差之謂）轉任等。亦屬於此等事實。故實費辨償。皆因其事實而當然支給。至其實際上果生此費用與否。及其所費用之實額如何。皆在所不問者矣。

第五節 官吏之責任

官吏之責任云。者官吏違反其義務時之法律上制裁是也。此財任可分爲三種。一、官吏法上之責任。二、官吏之刑法上之責任。三、官吏之民法上之責任。民法上及刑法上之責任。元屬於民法及刑法範圍內之問題。惟其生責任之原因。皆爲官吏職務上之行爲。而官吏之職務則屬於行政法範圍之問題者也。茲故不可不併而論之。

第一 官吏法上之責任 官吏法上之責任。即懲戒處分是也。往時視官吏之懲戒處分。爲一般刑罰中之一種。以爲懲戒法者。乃對於官吏之特別刑法。實則不然。懲戒處分之性質。其與刑罰絕對不同者。厥有三點。（一）懲戒處分所由發生之權力。與刑罰異。刑罰者基於國家之統治權而發生。懲戒處分者由對於官吏之特別權力關係而生者也。凡爲官吏者。因其官吏關係之開始。服從國家之特別權力。懲戒處分。實此特別權力之所發動者耳。（二）懲戒處分之目的。與刑罰異。刑罰之目的。在維

持國家公共之秩序懲戒處分之目的則專在維持官吏關係之秩序也。(三)所以爲懲戒處分原因之行爲與刑罰異懲戒處分之原因專在服務義務之違反刑罰之原因則在侵害特別之法律利益也官吏者乃對於國家服特別之義務者違反此特別義務即對之而科懲戒處分刑罰則不然。要之懲戒處分者因欲維持官吏關係之秩序由對於官吏之特別權力關係科之於違反服務義務之官吏之處罰也。

因上述性質上之區別而懲戒處分遂於種種之點有與刑罰不同之特色。懲戒處分者所謂目的罰之一種也目的罰云者其應科以所罰否乎或於達此目的之有利益否乎此等出於裁量之所罰即謂之目的罰夫普通之刑罰亦有目的然其目的在維持國家公共之秩序當其對於特定之犯罪而科刑罰也此目的隱然立於其後裁判官宣告刑罰時不能對於達此目的上裁量其有利益與否之餘地不能僅對於有利益於達此目的者而科之不過適用法規凡有特定之犯罪即對之科以相當之所罰焉而已目的罰則反是是非僅僅適用法規而已也須考察科

以其所罰於達其目的上有利益與否僅於有利益之時而始科之者也。懲戒處分爲目的罰之一種，故非如刑罰對於特定之犯罪必不可不科以特定之所罰。其科以懲戒處分究於維持官吏關係之秩序有利益焉否乎，宜裁量之。若科之而有利益，則科以懲戒處分至於刑罰則對於特定之犯罪必不可不科以特定之刑罰。苟不科之則爲違法矣，而懲戒處分則科之與否一由於懲戒官廳之任意也。科之而將有損害於政府之威嚴乎，或不科之而將生他官吏之惡感情，且對於有過失之官吏其勤務之狀態不能希望於將來乎，於此等處考察裁量之，必認爲科之而有益，然後科以懲戒處分。

科懲戒處分之官廳，有爲普通之上官者，有因之而設特別之懲戒裁判所者。據現行之文官懲戒令，則懲戒處分中之譴責，普通上官有科之之權。其他懲戒處分，則別有懲戒委員會之組織，由普通上官之申請，經懲戒委員會之審查而決定之。以懲戒委員會當懲戒裁判所之任，懲戒委員會之科懲戒也，殆與科普通刑罰相似。單審查其過怠之輕重，科以相當之所罰。若前述考察職務上之利益如何，以決定

科之與否。則懲戒委員會。無此自由。此似與懲戒處分之性質。若相反者然。然懲戒委員。必基於普通上官之申請。始科懲戒處分。苟無上官之申請。時不得開始。爲懲戒裁判。而當其上官之申請之也。必已先考察其利害之如何。而決定其宜科之與否矣。故其於懲戒處分。所以爲目的。罰之性質。仍未失也。

懲戒處分。以維持官吏關係之秩序爲目的。欲達此目的。有兩方法。一則戒飭。有過怠官吏之自身。使將來勿再過怠。一則因過怠重大。對於其自身。已無改良之望。則驅逐之。使勿在官吏社會中。以清潔官規之全體。此兩方法異。故懲戒之手段。亦可分爲二種。一爲矯正懲戒。一爲排除懲戒。矯正懲戒者。改良過怠官吏之自身。使之再完全盡力其義務。排除懲戒者。排除過怠官吏之官吏關係。以改良官規全體。屬於矯正懲戒者。譴責罰俸是也。屬於排除懲戒者。免官是也。尙有在此兩者之中間者。則爲轉所及停職。是蓋因過怠官吏。僅限於一定之場所。或一定之時期。紊官吏關係之秩序時。於其場所。或其時期中。排除之。而同時又對之使加改良。故併有矯正與排除之目的。

爲懲戒處分原因之所爲。乃官吏之違反服務義務也。官吏因任命而對於國家服特別之服務義務。所謂職務執行之義務、忠實及從順之義務、保品位之義務、皆包含於此特別之服務義務中者也。官吏違反此等義務時。以懲戒處分制裁之。文官懲戒令列記官吏被科懲戒處分之事云。(一)違反職務上之義務、或怠職務時。(二)有害官吏之信用、或損威嚴之所爲時。其第一即違背職務執行之義務、與違背忠實及從順之義務之意。其第二即違背保品位之義務之意。

懲戒處分。乃由官吏之特別權力關係而生之所罰。故對於官吏之特別權力消滅時。懲戒權亦當然消滅。因之科懲戒處分。須以有官吏身分爲其前提。爲官吏者於官吏關係消滅後。對於其在官之所爲。無受懲戒處分之事。但此有一例外。基於官吏關係所已取得之權利。雖在官吏關係消滅後。仍不妨依懲戒處分而剝奪之。例如恩給位階之類。雖官吏關係已消滅。亦得對於在官中之所爲而剝奪之。(參照明治三十二年勅令第六十三號文官懲戒令二十三年法律第六十八號判事懲戒法三十二年法律第二十一號會計檢查官懲戒法三十二年勅令第三百五十四號行政裁判所長官評定官懲戒令十四年陸軍省乙第七

十三號達陸軍懲罰令二十二年勅令第三百三十四號海軍懲罰令)

第二 官吏之刑法上之責任。官吏因其職務上之行爲。有不僅受懲戒處分。又須服刑法上責任之事。官吏刑法上之犯罪。通常區別之爲二種。一曰官吏之職務犯罪。二曰準職務犯罪。

職務犯罪者。官吏因不法而濫用其權限侵害特定之法律利益之犯罪也。現行刑法中所規定職務犯罪之重大者。如裁判官以曲庇陷害被告之目的爲不法之判決。刑法第二百八十七條如逮捕官吏以惡意而逮捕監禁無罪者。刑法第二百七十八條等是也。職務犯罪之成立不可不爲其權限內之行爲。官吏於權限外所爲之行爲純然爲一私人之行爲。而非國家機關之行爲。職務犯罪之成立必以國家機關之資格在其權限內於不法而濫用權限時始成立焉者也。故無有其權限即不得爲職務犯罪之主體。懲戒處分雖對於一切官吏皆得科之。然必有官吏關係者始得爲懲戒犯之主體。非有官廳地位之官吏不得爲職務上之犯罪。故其濫用權限既非在其權限之內即不生職務犯罪之問題。

準職務犯罪。全與職務犯罪異。是非官吏以國家機關之資格在其權限內於不法

行爲而行使國權之犯罪不過因其有官吏身分故須科之以刑罰或須加重刑罰故耳。如官吏收賄罪、監守盜罪等是也。準職務犯罪有非官吏之身分即無從而犯之者有無論何人皆得犯之而官吏犯之則加重刑罰者至其犯罪之性質則全與普通之犯罪無有差異非若職務犯罪必關於國家機關之行動也。

第三 官吏之民法上之責任。官吏之民法上責任云者官吏因職務上之行爲於不法而與損害於第三者時之損害賠償責任也。

論官吏之民法上之責任亦須於官吏權限外之行爲設爲區別。官吏因權限外之行爲與損害於第三者時其行爲純然爲一私人之行爲所謂民法上不法行爲之原則可以完全適用之自不待論。茲之所論者專以因權限內之行爲而損害第三者時爲限。官吏之權限內行爲更須區別爲二種。一爲因私法上之關係而加損害者。一爲因公法上之關係而加損害者。官吏於私法上之關係代表國家時其關係須全依私法之規定而判斷之。故與普通法人之機關與損害於第三者時原無差異。須全從民法之規定。當此之時其須負損害賠償之責者乃國家之自身而非官

吏也。反之於公法上之關係。加損害時。民法之原則。即全不可適用。須從特別之規定。惟我國之法律中。所有關於此事之明文。僅刑事訴訟法第十四條。不動產登記法第十三條。戶籍法第六條等。二三之法規而已。尙未有一般之規定也。據不動產登記法及戶籍法。則登記官吏。僅限於因故意或重過失而加損害於第三者時。有賠償之責任。刑事訴訟法之規定。則裁判官僅限於故意以害被告人之目的。或因相當於刑法上犯罪之所爲而加損害時。有賠償之責。此等事既有明文。自然無容疑之餘地。惟對於無此明文之事。凡爲官吏者。皆將無賠償責任也乎。或皆有賠償責任也乎。此則學說不一致矣。

有主張官吏無須明文。當然有賠償責任者。彼以爲官吏因故意或過失違反法律命令。而加損害於第三者時。其行爲乃官吏一私人之行爲。非國家機關之行爲。據此以爲理由。故其說云。國家雖委任其職務於官吏。然國家唯委任以於適法而執行其職務之事耳。非任其違法而執行之也。若官吏於違法而執行其職務。則爲委任以外之行爲。即爲官吏一私人之行爲。因之官吏須自任其賠償之責。雖然。此說

之誤。實最易瞭然者也。國家委任權限於官吏。同時於其權限內委任官吏。以據自己之意見解釋法律命令而執行之。故權限之委任必同時包含此違法行使權限之危險。是實不可避者也。官吏以自己之意見執行其權限對於權限之行使有解釋法律命令之權。又有認定何者爲適合於公益之權。非與此權相追隨則其權限全不得行使之矣。故違法之權限行使亦爲官吏之國家機關資格之行爲。即同爲國家之行爲者也。縱令其違法出於官吏之故意或重大過失。苟既在其權限內仍爲國家之行爲。裁判官爲違法之判決時仍爲有效之國家判決。警察官於違法而禁止營業時仍爲有效之國家禁止。夫對於判決而許爲控訴上告之手段。對於官廳之處分而認訴願取消權則亦足以證明國家之行爲。得有時而違法矣。然則官吏因其權限內之所爲加損害於第三者時。是非官吏以一個人而加損害。乃國家所加之損害也。個人資格之官吏與第三者毫無直接之法律關係。官吏之服務義務乃對於國家之義務。而非對於第三者之義務。故官吏因其權限內之所爲加損害於第三者時。亦絕非違反對於第三者之義務也。

據右所述。則自純理言之。官吏所加於第三者之損害。苟無特別之明文。則爲官吏者之一個人。非自任其賠償之責者。諸國之法律。於此等處雖多以特別明文。規定其有賠償之責任。我國之法律則反是。唯於刑事訴訟法。不動產登記法。戶籍法。存二三之特別明文而止。無官吏賠償責任之一般規定。故實際上之結果。雖甚不良。而除此二三之特別明文外。對於官吏權限內之不法行爲。不得不論斷其全不負對於第三者之賠償責任也。

以上所言。乃關於官吏對於第三者之賠償責任也。對於第三者之外。官吏因其職務上之行爲。加損害於國家時。官吏對於國家。有賠償之責任否乎。此又爲一別宜論究之問題矣。此問題亦須別官吏之行爲。爲職務上之行爲。與職務外之行爲。職務外之行爲。不過一私人之行爲。非官吏資格之行爲。故因此加損害於國家時。與一私人加損害於國家。同純然爲民法上之不法行爲。受民法之支配。反之。若因職務上之行爲。而加損害。則其行爲。不問爲私法上之行爲。與公法上之行爲。皆不受民法規定之適用。國家與官吏之關係。乃公法上之關係。非私法上之委任關係。官

吏。乃。對。於。國。家。而。負。公。法。上。之。服。務。義。務。者。其。對。於。國。家。加。損。害。時。乃。違。反。此。公。法。上。義。務。之。結。果。也。因。之。關。於。民。法。上。義。務。違。反。之。規。定。不。可。適。用。須。一。依。公。法。之。規。定。而。支。配。之。故。官。吏。對。於。國。家。之。賠。償。責。任。亦。須。要。有。特。別。之。明。文。除。有。特。別。之。明。文。者。外。不。得。不。認。爲。無。賠。償。責。任。

官。吏。對。於。國。家。之。賠。償。責。任。有。特。別。之。明。文。者。爲。出。納。官。吏。即。掌。政。府。現。金。或。物。品。之。出。納。之。官。吏。也。出。納。官。吏。對。於。屬。其。職。務。之。現。金。或。物。品。負。擔。一。切。之。責。任。加。於。其。現。金。或。物。品。之。一。切。損。害。皆。對。於。國。家。任。賠。償。之。責。(會計法第
二十六條)此。賠。償。責。任。雖。爲。私。法。上。之。義。務。而。不。屬。於。司。法。裁。判。所。之。管。轄。由。會。計。檢。查。院。檢。查。而。判。決。之。但。於。會。計。檢。查。院。之。判。決。以。前。各。省。大。臣。認。爲。由。出。納。官。吏。之。故。意。或。過。失。而。加。損。害。時。得。命。出。納。官。吏。之。賠。償。若。其。後。會。計。檢。查。院。之。判。決。決。定。其。爲。無。賠。償。責。任。則。其。所。已。納。付。之。賠。償。金。額。須。還。付。之。此。外。尚。有。與。出。納。官。吏。之。賠。償。責。任。相。關。聯。之。一。事。即。出。納。官。吏。負。有。納。付。身。元。保。證。金。之。義。務。是。也。身。元。保。證。金。者。所。以。爲。其。賠。償。責。任。之。擔。保。有。時。出。納。官。吏。於。受。各。省。大。臣。之。命。或。會。計。檢。查。院。之。判。決。後。不。納。付。其。

賠償金額時。須以身元保證金充之。納付身元保證金之義務。乃出納官吏以官吏之資格對於國家所負之義務而爲公法上之義務者也。惟既納付以後則此保證金之性質即全與民法上之保證金有同一之性質。國家於保證金上所有之權利純然爲私法上之權利矣。身元保證金通常多爲現金。但有時亦許以有價證券或土地代之。有時並得以保證人代之。以保證人代保證金時。保證人與國家之關係純然爲私法上之關係。乃民法上保證契約之所締結者也。

第六節 官吏關係之消滅

官吏關係。除因官吏之死亡及刑罰之宣告而消滅之外。有依國家之意思而消滅者。有依官吏自身之意思而消滅者。

一 出於國家意思之消滅。由國家之意思而使官吏關係消滅者。其第一即懲戒處分之免官也。懲戒免官。無論如何之國家。對於如何之官吏。皆莫不認之。唯行懲戒之手續。則因乎官吏之種類而不同。我國則文官中之不要何等手續。即得由懲戒而免官者。唯限於親任官。特命全權公使。及秘書官而止。其他之文官。非基於懲

戒委員會之決議。不得行懲戒免官。若陸海軍武官。則除由勅旨免官之外。不得由懲戒免官。

除懲戒免官外。其得由國家之意而解消官吏關係者。因官吏之種類而不同。親任官、全權公使、及秘書官。無論何時。皆得由政府因乎事勢而免其官。其他之官吏。則有一定之制限。在陸海軍之武官。則其爲官吏之身分。乃終身保有之者。除基於死亡、刑罰之宣告、及基於勅旨之懲戒免官外。不得反乎自己之意思而免其官。在文官則無論如何之時。皆得免其官。但反乎官吏自身之意思而得免之之時。則有一定。列記如左。

甲 休職之滿期。普通文官。政府得於一定之時。命其休職。但此休職之命。除因受刑事訴追、或附於懲戒審問而出者外。經過三年。當然消滅官吏關係。

乙 廢官或廢廳。因官制之改正。其官吏所在任之官職。被廢止時。在普通文官。則其官吏關係。當然消滅。

丙 因官制或定員之改正。生過員即逾額之意時。政府得任意於過員中免其官。

丁 以上三種。唯適用於普通之文官而止。裁判官則不適用。裁判官除由懲戒免官外。其得由國家之意思。反其自身之意思而免官者。僅限於其身體或精神衰弱。不堪任職分時。基於大審院或控訴院總會之決議。得命其退官而已。普通文官有此同一之原因時。亦得免其官。

二 出於官吏自身意思之免官。爲官吏者在原則上。無論何時。皆得辭官。蓋官吏者。有不可不盡全力以奉國家之義務者也。若反乎官吏之意思。強制之而使任職務。則不得達其目的。使謂官吏無辭官之自由。不可不永久負擔此義務。則官吏終與奴隸何擇乎。雖然。所謂官吏得辭官云者。非謂因官吏表示辭職之意思。其官吏關係即當然消滅也。必待國家聽許其辭職而始消滅。唯官吏請求辭職時。國家非有聽許其辭職與否之自由。而有必解其職之義務。使官吏有辭職之請求而不聽許之。則爲不法矣。

雖然。有時官吏雖有辭職之請求。而國家有一時猶豫其辭職之權。至於如何之時。而可以猶豫其解職乎。此因無一定之明文。故不能定其精密之限界。唯如官吏有

相當於懲戒處分之所爲。而尙未有懲戒處分之判決時。或因上官之命令負擔執行特定事務之義務時。或在其執行之中途時等。不能不認國家當然得一時猶豫其辭職也。

第三編 行政作用

第一章 命令

第一節 獨立命令

歐洲諸國法律。凡制限臣民之自由。須以法律爲之。其得以命令規定之者。止限於因執行法律之故。及有法律之委任時。此等國中。其所用以定法規之命令。唯限於有上述兩理由時。始得發之。君主無獨立有命令權者。我國之憲法則反是。憲法第九條認君主之獨立命令權。規定君主因爲保持公共之安寧。及增進臣民之幸福。可以不由法律之委任。而有獨立發命令。及使發命令之權。此命令非因緊急之必要而代法律者。非因執行法律之故而爲之者。又非由於法律之委任者。乃依獨立之大權而發之者也。稱之曰獨立命令。

發獨立命令之權。有消極的及積極的之一定限界。

爲消極的限界之第一者。即法律之規定。凡法律不得以命令變更之。故既由法律規

定之事項。已不得以命令定之。此不待論者矣。

爲消極的限界之二者。即所謂憲法上之立法事項是也。有多數之事項憲法定其爲非用法律。即不得規定之者。此等事項。非有法律之特別委任。即不許以命令定之。憲法上所認爲必要以法律定之之事項如左。

- 一 戒嚴令之要件及効力。
- 二 爲日本臣民之要件。
- 三 科兵役義務之命令。
- 四 新科租稅及變更稅則之命令。
- 五 制限居住移轉之自由。
- 六 關於逮捕、監禁、審問、處罰之法則。
- 七 制限住所之自由。
- 八 制限信書之秘密。
- 九 侵害財產權之自由。

十 制限言論、著作、出版、集會、結社之自由。

十一 議院法、及衆議院議員選舉法。

十二 定裁判所之構成、裁判官之資格、及懲戒處分之法。

十三 特別裁判所之權限。

十四 行政裁判所之組織及權限。

十五 會計檢查院之組織及權限。

此等各種事項中。如戒嚴、如爲日本臣民之要件、如兵役義務、如納稅義務、及各種機關之權限等。無別爲說明之必要。惟關於自由權之制限。不可不別爲說明之。

一 居住及移轉之自由。 居住及移轉之自由。乃憲法第二十二條之所保障者也。此自由匪特不可直接禁止之。并包含不可間接科以關於居住及移轉之痛苦之保障。故對於移轉而科移住稅。或以居住於一定之住所爲特種利益之條件等。皆須以法律爲之。制限居住移轉之自由。又非僅指以制限居住移轉爲目的者而言。即因衛生風俗之取締等。其他目的而制限之者。亦包含之。故如因豫防傳染病而

阻止交通。及制限害風俗之營業者之居住等。亦須以法律爲之。且居住移轉之自由。不問其爲在內國居住。在外國居住。即制限其移住於外國。亦非以法律爲之不可。但憲法第二十二條所云之居住移轉之自由。僅以制限對於一般臣民之國權發動而止。其基於特別權力關係之制限。不能包含之。因之。民法上之從屬關係。如子。負。居。住。於。父。所。指。定。之。場。所。之。義。務。又。公。法。上。之。從。屬。關。係。如。官。吏。負。居。住。於。職。務。執。行。地。之。義。務。軍。人。負。居。住。於。軍。隊。所。在。地。之。義。務。等。皆。於。本。條。無。關。者。也。

二 身體之自由。憲法第二十三條保障人民非由法律則不受逮捕、監禁、審問、處罰之事。有以爲本條之規定。僅謂刑罰及刑事訴訟上之手續。以法律爲必要者。非適當之解釋也。憲法第汎稱之曰處罰。處罰云者。對於一切不法行爲之制裁。之謂。不問其爲刑罰與否也。故不僅刑罰及警察罰。即所謂執行罰。亦非由法律即不得科之者也。逮捕、監禁、審問。亦不僅爲刑事訴訟上之手續。凡束縛身體之自由。留置之於一定場所。或反其意思而引致之等。不問其出於科刑罰之目的與否。皆須以法律爲之。故如監禁發狂者於室中。引致有暴行之虞者於警察署之類。皆要有法

律之根據。但憲法第二十三條。亦僅在制限對於一般臣民之國權發動而止。其基於特別權力關係者。不包含之。故懲戒罰。不須法律。因爲懲戒之故。而逮捕監禁及審問。亦與本條無關。何則。行懲戒罰者。乃對於有特別從屬關係者之特別權力之發動。而非一般統治權之作用。故也。本條之規定。不僅身體之自由而已。又包含一切之處罰。故凡可以束縛身體之處罰。固不待言。即罰金科料等財產刑。亦要法律之規定。雖然。處罰者。所用以爲不法行爲之制裁。而科之者也。若報償官廳行爲之徵收。即令其原因。亦由於個人有違法行爲而來。仍非處罰。故如基於納稅怠慢之督促手數料。並非處罰。因得以命令定之。

三 住所之不可侵。住所之不可侵。乃憲法第二十五條之所保障也。所謂住所之不可侵之者。不許他人反乎自己之意思。侵入自己之住所內。或不許已在住所內者。反乎自己之意思。而止留之。之權利是也。侵害住所之自由時。不問其出於如何之目的。皆要有法律之根據。故不僅以搜索之目的。欲侵入住所內時。不可不有法律之根據。即出於調查戶籍。逮捕犯罪人。取締風俗。或救助等之目的時。若欲反乎

自己之意思而侵入其住所。亦非有法律之根據不可也。雖然住所之保護。乃僅及於非公開之場所者也。彼飲食店、劇場、音樂堂、浴堂等。雖屬於一私人而該場所之性質既爲公眾出入之場所。即不在受住所權保護之限。此等場所於其公開時警察官吏亦可以無條件而侵入。至其閉場後則所受保護與通常之住所無異。

四 信書之秘密。信書之秘密。乃憲法第二十六條之所保障也。對於此事。有多數

之學者。謂一切郵便物。均須受此保護者。依其說則封緘書信。固不待言。即葉書等亦即明信片。電信等。可以當然得見之郵便物。亦在本條之範圍內。且不僅書信中之字句而已。即姓名亦屬於秘密之範圍。雖然所謂保護秘密者。不可不在發信者自欲秘密之時。如其用當然可以得見之方法。如葉書等。即可推測發信者無欲秘密之意。因之不得謂其亦屬於信書秘密之範圍。至若郵便局官吏不得洩此等當然得見之信書於他人。乃由其職務上事項一切宜守秘密之官吏特別義務而生之結果。非憲法上信書秘密之結果也。信書云者。謂自發信人發信時起。至受信人受理之時而止之通信文書。若受信人既受理後。已失信書之性質。而爲通常之文書。

矣。

五。財產權之不可侵。憲法第二十七條之規定云。日本臣民。無被侵其所有權之事。因公益爲必要之處分。則準乎法律之所定云云。本條所謂所有權者。非與民法之所謂所有權爲同一之意義。茲之所謂所有權。乃一切私法上財產權之意義。蓋本條之目的在保護臣民財產之安全。既爲保護財產之安全。則無因其或爲所有權。或爲其他物權。或爲債權等。而稍有輕重於其間之理由也。又本條之規定。亦非必僅着眼於公用徵收之時。蓋憲法既泛稱非準乎法律無侵財產權之事故。不僅公用徵收之時爲然。即其侵害財產權之目的。基於刑罰之沒收徵發及警察。亦不可不視爲本條之所包含者。又本條所規定。不僅限於各個特別之財產權侵害。即以一般的法則而制限財產權之範圍時。亦包含之者也。學者或謂以一般之法規。制限所有權。非爲侵害所有權。乃定其權利範圍者。故此等一般的之制限。不必定要法律。可以命令定之。雖然是實。非正當之見解。蓋以一般的之法規。而新加制限者。仍爲侵害。故仍須以法律爲之。

六 言論著作印行集會及結社之自由。保障此等自由之規定。亦不僅以其制限此自由之目的。直接出於制限言論出版或集會結社之濫用者爲限。即其因他警察上之目的。而制限之之時。亦包含焉者也。故例如因豫防傳染病之流行。禁止一般群眾集會於一處。亦爲間接制限集會之自由。亦須要法律之規定。

以上所舉消極的限界之外。又有其積極的限界。蓋命令須不牴觸於法律。亦非凡憲法上立法事項之範圍外者。無論如何事項。皆得無制限而規定之。是命令所得規定之範圍。固於積極的而豫被制限者也。命令之積極的限界。其第一可由憲法第九條之明文而求之。憲法第九條曰。天皇因爲保持公共之安寧。及增進臣民之幸福。及因執行法律之故。發命令。或使發命令。故據本條。則得發命令之範圍。除因爲執行法律之目的者外。只限於因爲保持公共之安寧。及增進臣民之幸福時而已。所謂增進臣民之幸福。若由廣義解釋之。殆若包含國家一切之目的者。然蓋國家之作用於直接或間接皆無非常以增進臣民之幸福爲目的者。故耳。但就此廣義解釋時。則所謂保持公共之安寧。所謂因爲執行法律云者。皆無非爲增進臣民

之幸福憲法何必於增進臣民之幸福外列記所謂保持公共之安寧所謂執行法律之目的云云乎。然則本條之規定不得於廣義解釋之。本條所謂因爲增進臣民之幸福云者。乃對於警察之消極的目的。而於積極的增進臣民幸福之目的。謂即所謂助長行政之意義也。保持公共之安寧云者。謂消極的防止對於公共善良秩序之危害。即所謂警察之意義也。積極的助長之目的。與消極的警察之目的。相合而成爲所謂內政或民政之目的命令。則除因執行法律之故者外。唯因此民政之目的而得發之者也。凡國家之目的。常分爲外政、財政、軍政、法政及民政之五種。外政、財政、軍政三者。所以以計國家自身之生存發達爲目的。法政以作法及維持法爲目的。民政以保護國民之利益爲目的。得發命令之範圍。乃限於此最後之目的者。若其爲外政、軍政、財政、法政之目的。則即使不牴觸於法律之規定。或不關於憲法上之立法事項。仍不得以命令定之也。關於民政者之外。憲法有規定其得依特別之明文而以命令定之者。就中如行政各部之官制及陸海軍之編制、陸海軍常備兵額。得以命令定之。

第二節 委任命令

憲法上之立法事項。以不得以命令定之爲原則。然依法律之規定。而讓規定此等事項之事於命令時。亦不妨以命令規定之。是之謂法律之委任。基於法律委任之命令。稱之曰委任命令。

法律上之委任。爲憲法上正當之事。此殆學說及慣例所普通是認者也。然亦有一二學者反對之。其說曰。協贊法律。乃議會之憲法上權限。議會不得自由拋棄之。憲法上以爲必要以法律爲之之事項。若法律委任其規定於命令。則是議會拋棄憲法上之協贊權。而反乎憲法之規定。苟以法律之委任爲適法。則一切之立法事項。皆可規定其得以命令定之。極其所至。雖全廢法律與命令之區別。亦不可不謂其並非違反憲法矣。雖然。此等論理。若專就條文之字面以解釋憲法。似亦不可不謂爲正當之見解。憲法規定某某事項。必須以法律定之。若使以命令規定之。似直接矛盾於憲法之正文。謂之爲違憲。殆非不當。但法律之解釋。非必須嚴格如其字面以解釋之也。欲解釋法律。不可不溯立法之精神。推測立法者之意思。而據之以爲準。就中如憲法之條文。

甚爲簡約。則此等解釋之法尤爲必要。蓋法律之制定手續頗爲困難。不能應急速之需要。且爲通於全國之法則。故不能應各地方特別之狀況而設特別之規定。必使法律對於一切之細目。皆必自設規定。是乃命之以實際上之所不可能。而又非所以達公共之目的。乃解釋憲法者。謂憲法之規定。是命以此等不當之結果。其不得爲穩當之解釋。可以斷然決矣。

憲法上以爲某種事項。必要以法律爲之者。特欲因是使行政機關不得專擅而漫然制限臣民之自由耳。其目的之所在。蓋所以爲臣民之利益而保障其自由。若如前述之解釋。則法律所無從能規定者。雖犧牲臣民之利益。亦將有所不計矣。故凡一切之詳細綱目。苟謂其非以法律。即不得規定。則法律既不能應臨機之必要。與各地方特別之事情而設適當之規定。則所謂保障臣民自由之規定。不幾轉生有害臣民利益之結果乎。總之。反對說乃過於拘泥字面者。憲法之趣意。決非如此極端。謂必詳細綱目。皆須以法律之規定爲必要也。憲法之趣意。不過謂此等事項。至少亦必須以法律規定其大體之原則而止。於其原則之範圍內。雖以之讓於命令之規定。亦屬無妨。特

非有法律之授權。則不得以命令爲一切之規定。云爾。強勉拘泥於文字。而反乎現今所已普認之慣例。以法律之委任爲違憲。實屬無理由也。

第三節 行政官廳所發之命令

君主於憲法上。當然有發命令之權。行政官廳。則非當然有此權限者。故行政官廳發命令之權。或由法律之特別委任而生。或由君主之委任而生。

一 法律之委任。法律之委任。或不指定可發命令之機關而泛爲委任。或則指定特種之機關而委任之。其指定特種之機關而委任之之時。僅該機關得定其命令。學者有謂法律委任於勅令時。君主不妨再委任之於行政官廳之命令者。雖然。既以法律規定其委任於勅令。則法律蓋以勅令規定爲委任之要件也。又安得認爲可以再委任之於行政官廳乎。所謂法律得委任憲法上立法事項於命令之論理。於此處不可適用。何則。以法律之委任爲正當。蓋因憲法之規定。非必詳細綱目。亦須以法律規定之之意也。而法律委任於勅令之時。則非出於此等意趣。故耳。準此則法律委任之於特種官廳之命令時。亦不得以其上級官廳之命令。或勅令而定。

之矣。但君主或其上級官廳對之發訓令。指揮其如何定此命令。則屬無妨。此勿容疑者也。

法律不指定特種之機關。而一般委任於命令時。何人有發其命令之權限乎。此則須依一般官制而定之之問題也。即官制中。凡關於此種類事項。有一般權限之官廳。發其命令是也。當此之時。當該官廳。定其命令之大原則。若其細目。亦得委任於其下級官廳之命令。至於官制中非爲有此權限之官廳。則除基於勅令之外。自然不得定之矣。

二 君主之委任。行政官廳發命令之權。除由法律特別之委任外。專依君主之委任而生。君主之命令權。得別爲四種。曰緊急命令。曰獨立命令。曰委任命令。曰執行命令。此四種命令中。緊急命令。不得委任於行政官廳。自不待言。委任命令。亦不得委任之於官廳。前已述之。君主所得委任於官廳者。唯獨立命令及執行命令之二種而已。此二種命令。憲法以明文規定其得委任之於官廳。君主之命令權委任。有一般的之委任。有特別之委任。一般之委任者。在官制中對

於各官廳權限之事項。一般與以發命令之權。特別之委任者。對於各個事項。特使其得發命令。我國如內閣總理大臣、各省大臣、臺灣總督、北海道長官、府縣知事、警視總監。凡屬其權限內事項。皆由一般之委任。有發命令之權。反之若郡長、北海道支廳長、島司等。則無一般委任之命令權。唯由法律之命令。或上級官廳所委任之特種事項。有發郡令、支廳令、島廳令等之權而已。

第四節 命令之成立及消滅

第一 命令之成立。命令之成立手續。與國家一切之意思表示同。蓋以意思之決定。及意思之表示兩手續而成者也。意思之決定。依親署而行之。意思之表示。依公布而行之。

一 親署。可爲命令之國家意思。依親署而決定。意思之決定云者。非謂心理上之決定。心理之作用。全無關於法律。自然人之意思。決定就法律上意義言之。通常皆與表示同時而行。其表示以前。在法律上不得云其意思已決定。反之而國家之意思。以區別決定與表示爲原則。親署者。由發命令之機關之心理決定。變

而爲國家意思之形式也。未經此形式以前，該意思乃其人心理之意思，尙未成法律上意義之國家意思。必經此形式始確定其爲國家意思也。親署之方法，在勅令、閣令、省令，則依明治十九年勅令第一號公文式之所定爲之。勅令署御名。鈐御璽，記入年月日。關於一般行政之勅令，則內閣總理大臣、主任大臣、同副署之。關於各省專任事務之勅令，則主務大臣、副署之。閣令及省令，則記入年月日。內閣總理大臣、或主任大臣、署名。地方官廳命令之親署方法，乃明治二十六年勅令第一百十九號所定。記明警視廳令、北海道廳令、縣令等。當該官廳署名。

二 公布。命令者有一般的之拘束力者也。故不可不公布。公布之方式，在勅令、閣令、省令，則依公文式以印刷於官報爲其方式。地方官廳之命令，則據明治二十六年勅令第一百十九號規定云。府縣令、北海道廳令、警視廳令，應依各當該官廳命令之所定。支廳令、郡令、島廳令，應依北海道廳令、或府縣令之所定。

三 施行期限。命令雖因公布而表示，然其原則，則尙未即刻發現拘束力。公布者僅於其公布之期限，有將發現拘束力之狀態而已。若實際生拘束力，則尙須

待施行期限之到着也。命令之施行期限與法律之施令期限異。法律則依法例第一條。以公布後二十日爲原則。命令依公文式第十條。以官報到着各府縣廳之日數後之七日爲施行期限。地方官廳之命令。則依明治二十六年勅令第九十九號。由公布之日起算。以七日爲施行期限。但特定施行期限者。不在此限。

第二 命令之消滅。命令消滅之原因。有左之諸種。

一 廢止。命令之廢止。得由發之之機關。無論何時。依發此命令之同一方式而廢止之。廢止者。乃命令消滅最普通之原因也。

二 取消。除廢止之外。我國之官制。又認上級官廳有取消下級官廳命令之權。取消者。乃上級官廳直接使下級官廳之命令爲無效之行為。非對於下級官廳命其廢止之行為也。其效力乃可直接及於外部者。而非如訓令止有內部之關係也。故須以與公布命令之同一方式而公布之取消之效力。與廢止異。廢止者。僅失其效力於將來。而取消則有以僅使其失效力於將來爲目的者。有以溯及既往。而使其命令自最初即無效爲目的者。被取消之命令。苟因其或爲超

越權。或爲違反法律。若上級之命令。之故。而被取消時。其命令自最初。已不可存在。即不可不溯及既往。而使之失其效力。若因其害公益。而被取消時。則得由官廳之意。思或僅使其失效力於將來。或溯及既往。而使之無效。至若不明其意思之若何時。則寧可解釋爲僅使將來無効之爲得。何則。非違反法律命令。或超過權限之命令。即使有害公益。而法律上。乃爲有完全之効力者。若欲溯之於既往。而使無効。則不可不言明其意思。故也。溯既往。而使命令無効時。須使回復發該命令以前之原狀。因之依其命令而生之結果。須除去之。對於無能除去者。依法律之所定。或有生損害賠償之問題者。例如定罰則之命令。被取消時。則準其罰則所處分之處罰。即爲無効。其未執行者。當然被免除。苟既執行。設爲財產刑。則須還付其金額。設爲自由刑。則雖無回復之手段。須視之爲全未犯罪者。同。故厥後有犯罪時。不得以再犯論。

三 因法律或上級命令之反對規定而消滅。凡一切命令。其効力皆不及法律。故若有反對乎該命令之法律時。則與之相抵觸之命令。當然消滅。上級命令與

下級命令之關係亦如此。故閣令、省令，因有反對之勅令而消滅。府縣令，因有反對之勅令、省令而消滅。

四 委任命令。因委任之法律消滅而消滅。委任命令之所以適法者，唯因有

法律之委任。其委任之法律不存在，則委任命令已失其可為適法之根據。故當然失其効力。

五 執行命令。亦依原法律之消滅而當然消滅。執行命令，乃因執行法律之故而存在者。故其法律若消滅，命令亦當然失其存在之根據矣。

六 終期付、或解除條件付之命令。因其期限或條件到着而消滅。終期付者，記明以何時為効力完了

之期日者也。解除條件付者，以某事為其條件。該條件若成就，即解除此命令所規定之事之謂也。

第五節 非法規命令（行政命令）

前數節所述者，乃所以定法規之命令也。除定法規之命令外，尚有定一般抽象的之法則。而非定法規之命令。定法規之事，元來以屬於立法權之作用為原則。其得以命令定之者，寧為例外。除如我國於憲法上認獨立命令權之國外，唯有法律之委任時。

或因執行法律之故時。乃得發之。若非定法規之一般的法則。則反是。是乃屬於行政權當然之作用。不要法律之委任。亦不要憲法上有特別之明文。無論何國。皆當然得以命令定之者也。此等非定法規之命令。稱之曰非法規命令。獨逸國法學者。稱爲通常行政命令者是也。

非法規命令之第一種。即所以定官廳之補助機關組織之官制是也。官制者。所以定對外代表國家之官廳之組織權限。於此限度。使國民負服從該官廳所發命令之義務。即所以定國家與國民間之法律關係者。因之有法規之性質。然官制亦有僅僅定官廳之補助機關之組織者。補助機關。無對外代表國家之權限。單於內部準備國家之事務者。故此等官制。無關於國家與國民間之法律關係。因之亦無有爲法規之性質。

非法規命令之第二。即訓令及服務命令也。訓令者。對於行政官廳。所以指揮其行使權限之命令。服務命令。則基於國家之服務規律權所下於官吏之命令也。訓令及服務命令。有關於現實之各個事務者。有定一般抽象的之法則者。定一般抽象的法則

之訓令及服務命令。亦非定法規者。何則。訓令及服務命令。非所以定對於一般國民之法律關係。特所以定官廳內部之關係。或僅對於服從特別之權力關係者而行之耳。故訓令及服務命令。爲非法規命令之一種。

非法規命令之第三種。則營造物規則是也。營造物規則者。所以定使用營造物之法律關係之法則。使用營造物者。須從其所定之營造物規則而使用之。營造物規則。亦非定國家與國民間之法律關係。唯使用營造物者。受其拘束而已。使用營造物者。因有營造物使用關係。而服從營造物之特別權力關係。營造物規則。特爲此營造物之特別權力所發動者耳。猶之服務命令。乃對於官吏之特別權力所發動。例如大學規則、圖書館規則、或博物館規則之類是也。

非法規命令。對於一般國民無拘束力。故不必如法規命令。以正式之公布爲必要。且多不用公布。僅以適宜之方法。對於當服從其規則者。而告知之。例如營造物規則。則揭示於營造物之場所。訓令則通達於須行此訓令之各官廳。然亦有時用公布者。此時之非法規命令。其形式全與法規命令無區別。唯其法律上之性質。則不因其形式

而變易耳。

第二章 行政處分

第一節 總論

第一 處分之觀念。處分者。自其實質言之。即用以對於法規之觀念也。法規處分。皆所以定人格相互間之法律關係。而拘束之。國家之意思表示。或公共團體之意思表示。但法規之所定爲抽象的。一般的處分。則所以定實在的。特定法律關係。而拘束之。之意思表示耳。法規爲抽象的。之法。則合於其所定之標準者。一切皆可適用。處分僅定實在之關係。故惟爲其目的之事件。因之。而受拘束。

自形式言之。則處分者。又所以對於以正式公布爲必要之法律命令之觀念也。實質上雖爲有處分性質之行為。亦往往有以法律命令之形式而定之者。其形式爲法律或命令。則實質雖處分。通常不稱之爲處分。

由是觀之。處分之觀念。含有實質及形式之二要素。故處分云者。對於實在之法律關係。所以決定拘束之之國家之權力的意思表示。而非出以法律或命令之形式。

者。

第二 處分權之限界。

一 處分不得違反法規。夫使實質上有處分之性質。而既以法律或命令之形式定之。則法律命令。各得改廢其同種形式之法律命令。故以之爲對於既定之法律命令之除外例。亦屬無妨。若形式上亦爲處分。則須常在法規之範圍內。即令爲處分之官廳。欲爲違反於自己所發之命令之處分。亦有所不能者也。

二 處分須要有法規之根據否乎。此乃因乎處分之內容而各異者也。若處分而爲侵害臣民之自由者時。則要有法規之根據。蓋臣民之自由。非基於法規不得侵害之。此近世國家之共通原則也。我國法雖無明文之規定。然既爲立憲國。則不可不認爲當然承用此原則。反是若非侵害臣民之自由。而却爲供與利益於臣民之處分。則不須有法規之根據。乃屬於行政權當然之權限。

三 雖爲侵害自由之處分。若受命者自承諾時。即無法規之根據。亦得爲之。學者或稱之曰公法上之契約。以與處分相區別。然謂爲契約。實非正當。此特爲基於

承諾之處分耳。

四 雖爲侵害自由之處分。然對於服從特別之權力關係者。於其權力之範圍內。即無法規之根據。亦得爲之。

第三 處分之效果。處分者國權之發動也。故有效之處分。其當事者必應乎處分。之內容。而受國權之力之拘束。

欲處分之有效。必有有效之行為。有效之行為。必出於有爲此種處分之權限之官廳。故使處分而出於絕對無爲此種處分權限之官廳也。則不過外觀上亦似爲官廳之行為而止耳。其實乃私人之行為。全無處分之效力也。

處分之無効者。止此而已。若爲此種處分之官廳。本有爲之之權限。則其處分。內容。即令違反法規。亦非當然無効。蓋國權之行為。一切皆應受適法之推測。欲使之無効。必須除却此推測而除却此推測。又須依有正當權限之官廳。行爲而取消之。當其未被取消以前。該處分固對於臣民。尙有完全之效力也。

處分之效果。雖應其內容而各殊。然凡處分皆所以拘束實在之法律關係。是則處

分之共通性質也。蓋法規有一般的之拘束力。處分唯定特定實在之法律關係而拘束之。其最普通者。則僅對於特定之相手方。而拘束爲其相手方之特定人也。雖然。處分亦非必以僅僅拘束特定之當事者爲其觀念之要素。處分之觀念。唯須其所定之法律關係爲特定實在者而已。依之而被拘束者固非必以特定爲必要也。

甲 處分之效果。往往由受處分之當事者。移轉於其承繼人。例如受營業之許可者。讓渡其營業於他人時。許可之效果。即及於其讓受人。彼讓受人不須新受許可。即有與自受許可同一之效果是也。此等處分效果之移轉。僅限於根據法規。或依其處分內容而明爲表示者。始可行之。

乙 處分亦時有因欲對於多衆人之集合。以及效果於各人而行之者。例如招集議會解散多衆之會同集會等。此等處分。自精密言之。蓋即對於各個人而行之多數處分之集合也。

丙 處分又往往有直接對於特定之物件而行。其效果則對於與此物有法律關係之人而生者。例如禁止道路之通行。禁止出版物之發賣頒布等是也。其處分

乃關於道路、或出版物而行者。非對於特定之相手方而行者。而一切之人。皆因之而受不可通行之拘束。與不可發賣頒布之拘束。

丁 處分對於特定之相手方而行時。其間接之效果。亦有及於一般人民者。例如依處分而設定私權之時。其權利之效果。凡第三者皆受不可侵害之拘束是也。是非處分之直接效果。特依處分所設定之權利之效果而已。

第四 處分形式。處分形式。與處分內容相應。若其處分對於特定之相手方而行之。僅拘束其相手方時。則通常之形式。不過以文書而告知應受此處分拘束之特定人而已。但此亦非必以文書爲必要。既無特別之規定。則即以口頭爲之。亦不失爲有效也。無論何時。處分必須明示。如民法上所謂默示之意思表示之形式。於處分不適用之。

雖然處分之效果。時有不僅及於特定之人。而可及於一般人民者。既如前述。則此等處分又須以使一般人民周知爲必要。此等處分以公示爲生其効力之要件。公示之方法。依處分內容而不同。或備置文書於一定場所。以供公衆之縱覽。或發

行特別之公刊物。如特許公報等。或其處分爲對於土地及其他物件而行者。則於其場所建立牌記。以記載其處分內容。例如禁行通止之類。或又有以登廣告於官報或新聞紙爲必要者。若以法規豫定此等處分形式時。以守其形式爲其有效之要件。

第五 處分之消滅。處分之效果。在拘束特定之法律關係。故處分之消滅云者。即發生此效果之法律關係消滅之意也。其消滅之原因如左。

一 目的物之消滅。處分爲拘束特定之法律關係者。故非如法規有永久的拘束力。法規於未被廢止以前。能永久存在。處分則限於其所欲拘束之法律關係存在時。而存續其效果耳。若爲其目的之法律關係消滅時。處分亦當然消滅。目的物之消滅。有因履行已終而生者。有因其履行之不可能而生者。前者。例如因處分被命以特定義務之時。其義務之履行後。處分之效果即終了。故當然消滅。後者。例如因處分而被命以掃除家屋。於其掃除前。家屋燒失。處分亦當然消滅。

二 受處分者之死亡。處分之原則。乃對於特定人而有拘束力者。故其人死亡

時該處分亦以當然消滅爲原則。但有時處分之效果。亦有移轉於承繼人者。前已述之。

三 取消。處分之原則。凡發此處分之官廳。與其上級官廳。無論何時。皆得取消之。但因其取消之故。將加損害於當事者時。則其取消權。不能自由。又或因該處分已發生當事者之權利時。若取消之。必侵害其權利。故原則上不得取消。是以官廳所得自由取消其處分者。唯以該處分不發生當事者之權利時。及雖取消之亦無損害於當事者時爲限。此等取消之效果。與因超過權限。或違反法令而被取消者不同。因越權或違法而被取消。其效果須溯及既往。使與最初即無該處分之狀況同。反之因害公益而被取消時。則由官廳之意思。或溯効力於既往。或僅使之失効力於將來。

第六 處分之內容。處分之內容有種種。有命特定之義務於臣民者。有供與利益或設定權利。或免除義務等於臣民者。有處罰臣民者。有制限臣民之自由者。有不過承認自由者。有拒絕與以權利之事者。因此等種種之內容。故處分亦得區分之。

爲數種。論此等各種處分。屬於第二節以下研究之範圍。

處分內容之區別方法。又有二種。其基於行政官廳自由之裁量者。則爲便宜處分。其不過爲法之適用者。則爲裁定處分。裁定處分云者。行政官廳。無自由裁量之餘地。僅就法規之所規定而適用之。法規中有並細密之事項。亦自爲規定。使行政官廳。毫不得以自己意見。容其左右之之餘地者。此時官廳惟有依特定之實在事物。決定法規之解釋。一依法規之所定。以適用之而已。是即所謂裁定處分。或曰依法處分。然法規中多有無此等嚴密之規定。特於一定範圍內。使行政官廳。依自己所認爲適於公益而執行之者。此時官廳不僅爲法之適用而止。又得準自己所以爲便宜者而處分之。故稱之曰便宜處分。

第二節 下命處分

下命處分者。命以特定之作爲。或特定之不作爲之行政處分也。下命者。所以使臣民。負作爲或不作爲之義務。即爲侵害臣民之自由也。故非屬於行政機關當然之權限。須有法律之根據。或相手方之承諾。

下命之效果何如乎。彼受命者。應其下命之內。而負遵由之義務。即其效果也。受命者之有此義務也。乃對於下命者之國家或公共團體之公法上義務。若不守此義務時。下命者得強制其遵由。(強制罰執行罰及直接強制)又得依罰則之所規定而處罰之。凡外形雖若爲下命。而不得強制其遵由者。實非下命。乃單純之依賴、勸告。而全無行政處分之效果。例如官廳。因尋問人民故。而命其來臨之類是也。此時並不因其所命而生法律上之義務。

下命亦有種種區別。有命以爲金錢及其他財產權之給付者。有命以爲給付外之作爲或不作爲者。故下命可區別之爲作爲令。不作爲令。給付令。作爲令者。命以給付以外之作爲。不作爲令者。禁其爲特定之作爲。給付令者。命其爲財產權之給付。

作爲及不作爲令。或有因財政之目的而爲之者。例如因調查納稅義務。而命以申告或事項是也。有因軍政之目的而爲之者。例如因徵兵檢查而命之出頭是也。有爲增進臣民幸福而爲之者。(助長行政)例如命兒童之修學是也。雖然。其最主要之區域。則在出於警察之目的者。如命掃除家屋。如阻隔傳染之舍之交通。如禁止出版物之

發賣頒布。如命集結社之解散等。莫不皆然。

給付令之最主要者。則租稅之賦課是也。然租稅之外。尚有命其給付金錢者。如賦課手數料及分擔金是也。又有於金錢之外。命其給付物品者。即爲因軍事徵發而命其供給或物品。亦其例也。給付令之效果。在因之而生給付其所示之金錢物品之義務。非直接於其物之上。移轉權利。就此點觀之。是給付令所以與公用徵收不同。公用徵收其效果能直接移轉土地及其他特定物之權利。非僅生給付物件之義務。故同爲軍事徵發。而如徵發軍馬。則爲直接移轉馬之所有權者。是乃屬於公用徵收之形式。非給付令。若命其供給或數量之米麥。則爲科以給付之義務。而非直接移轉其所有權。即非公用徵收。

第三節 許可

許可云者。法所普通不許之行爲。於實在之時。而以之爲適法行爲之行政處分也。法律上所用許可二字。於此外尚有種種之意義。有於附與特別身分時而用之者。如歸化之許可。乃附與日本臣民身分於外國人之行爲是也。有附與法律上効力於個人

或團體之行爲時而用之者。如市町村條例之許可。會社設立之許可是也。市町村條例。原非法所普通不許之行爲。此時之許可。不過附與法律上効力之意而已。又有因免除義務而用許可者。如免租之許可是也。有因設定權利而用許可者。如營造物利用之許可是也。凡此之類。其許可共通之要素。不過爲對於個人或團體之請願所下之處分。其內容及效果。各不相同。皆與茲之所謂許可。屬別種之法系。茲之所謂許可者。不過對於「非受許可即爲違法」之行爲。因許可而使之有適法之効果而已。其行爲本來屬於個人之自由。特爲法所普通禁止者。必依許可而始得使之爲適法。許可則解除其普通之禁止。而以之爲被許之行爲者也。

許可有爲種種之目的而行之者。或出於財政之目的而爲許可。如納稅義務之監督。以許可爲必要是也。又如酒造稅法。凡酒類釀造者。其營業開始。要政府之許可是也。或基於特別之權利關係而爲許可。如官吏營商業。要上官之許可是也。但許可之最主要區域。爲出於警察之目的者。是稱之曰警察許可。

許可者。其許可之行爲。以被普通禁止者爲前提。故爲許可時。其第一必要者。在須

有禁止該特定行爲之法規。非對於普通禁止之行爲。不得有許可之存在。苟非包含於禁止中之行爲。而與以許可。可在法律上直爲無謂矣。雖然。凡被禁止之行爲。若爲極單純者。則官廳亦非得以自由之裁量。與以許可。必其禁止非絕對之禁止。認爲有時亦得解除其禁止。而特存可以許可之餘地者。官廳始得許可之。換言之。即不可不爲留保許可之禁止也。故有留保許可之法。爲許可之第二要件。

雖然。普通之禁止。不必於法之明文記之。法所規定之要許可之行爲。若不得許可。而爲之自當然。包含於普通禁止之中矣。許可可留保。或以法律規定。或以命令規定。無論規定之者爲法律爲命令。而法規上有以許可與否。一任官廳自由裁量者。此時官廳得依自己之意見。審查其可以許可與否。而決定其與以許可與否。然法規若定爲對於具備特定之條件者。必須與以許可。則官廳唯得審查其果具備此條件與否。而止。其條件既具備。則無與以許可與否之自由。而負必須許可之義務。至於許可與否。一任官廳自由裁量時。官廳亦得爲附條件之許可。

具備法律上之要件。官廳即不可不許可時。則出願者。有可受許可之公法上權利。反

之一任官廳自由裁量時。則出願者對之無權利。此不待論者也。前者如官廳拒絕許可。則得以其拒絕爲提起行政訴訟之原因。後者則只可提起訴願。而不得爲行政訴訟之原因。

許可之效果。即所以使其被許可之特定行爲成爲適法。是也不受許可而爲其行爲時。則爲違法之行爲。因之須依罰則之所規定而受處罰。且官廳亦得命其廢止之。許可者。即對於此可爲違法之行爲。使之有適法之效果。受許可者。則對此行爲恢復其可以不受官廳干涉而爲之之自由者也。雖然。許可之效果。亦僅能解除其普通之禁止。使之適與無禁止相同焉。而止耳。若夫以無關係於其禁止者爲根據之干涉。仍不妨對於受許可者而行之。浸假受許可者。因其被許可之行爲。侵害第三者之權利。第三者可求救濟於裁判所也。

許可之效果。由左之諸種原因而消滅。

一 目的物消滅。許可之效果即消滅。許可有對人之許可。有對物之許可。夫行政權乃對人而行者。對於物。不得有行政行爲之存在。由此言之。則凡許可無非對

人之許可而茲之所謂對人許可對物許可云者實非此意義也。特就其可與以許可之審查要點區別其在人在物而已。凡許可者皆必因開始或種事業時。審查其事業於警察上及其他取締上有無障礙。若其障礙始許可之者耳。然當其審查之也。或有置重於爲此行爲之人者。此人爲之。可以無障礙。因而與以許可。例如許可醫術之開業。即專置重於其人者也。或又有不置重於其人。而置重其事業之設備方法手段者。此特定之設備手段。可以無障礙。因而與以許可。例如電氣事業之許可。即專置重於其設備者也。置重於人而許可之時。其許可之效果。僅在其人之一身。不得移轉於他人。然其對於此特定之人也。除有限於特定土地、特定時期、及其他類似之條件外。此人之一切同種類行爲。皆生許可之效果。反之。許可之要點。在於設備方法手段時。其許可之效果。不僅在其人之一身。但須其設備方法相同。即可移轉於他人。其讓受人勿須新受許可也。若其設備變更。則雖同一之人。亦不可不新受許可矣。又有同時置重於人及設備者。此則人與設備之兩者中。有一變更。皆須新受許可。

二 許可多有因不使用而消滅者。凡被許可之事業。在法律上。多有規定其以於一定期間內開始爲必要。或既已開始。則於一定期間內。不能中止者。此等許可。若不於其期間內行之。則當然消滅。

三 取消。是乃許可消滅原因之最重要者也。凡處分之原則。其爲之之官廳。及其上級官廳。得取消之。而許可之取消。則不得無條件而適用此原則。已被許可之事業。於尙未着手實行以前。雖以官廳得自由取消許可爲原則。其事業若已實行。或已着手實行時。苟取消之。即爲加以損害。非與自初即無許可者同論也。故其取消。即不能自由。例如與以建築之許可。於着手建築後。取消其許可。則必加損害於建築者。是以既着手實行後。除有特別之理由外。不得取消之。其有可以取消之特別理由。略如左。

甲 有法律上之根據時。依法律或命令。認官廳之取消權時。雖於其實行以後。亦得取消。

乙 留保取消權時。官廳當與以許可時。得豫留保取消權。即如因欲試驗之之

故。權爲許可。俟其實行後。審查警察上果有障害與否。如有障害。須取消之。許可時豫有此等留保。則雖實行後。亦得取消。

丙 許可有法律上之瑕疵時。許可若超過官廳之權限。或違反法律命令時。此許可本來即不可生効力者。故厥後得取消。亦當然者也。

丁 許可由於不正之行爲而與之之時。受許可之當事者。或第三者。爲其當事者之利益。用詐欺強迫賄賂等不正手段。因此而得許可時。亦得取消之。已被許可之事業。雖在未着手實行以前。使其可以取消之事由。被規定於法律或命令中。則除所規定之事由外。亦不得取消之。又法律命令。若規定爲非具備一定之條件。則必與以許可時。亦不得取消其許可。

第四節 認可

認可云者。對於私人或團體之行爲。附與以法律上効力之行政行爲也。許可。對於不許之行爲。於特定時而許之。認可。則不過於無効之行爲。附與以法律上之効力而已。未受許可。而爲須受許可之行爲時。乃違法之行爲。須依罰則所規定而處罰。未受

認可而爲以認可爲必要之行爲時。非不法之行爲。因之對於其行爲無罰則之存在。不過其行爲不能有法律上之効力焉耳。例如市町村條例。以爲內務大臣之認可爲必要。法律於此等處。雖亦仍用許可之文字。而其在法律上之性質。須區別之。市町村不受認可而定條例。實非當禁之行爲。特其條例不生法律上之効力也。

下認可之要件。亦與許可相同。第一、須有規定該行爲非受認可不能生法律上効力之法規。第二、須有留保認可於確定官廳之法規。使其無此等法規時。則私人之行爲。在原則上。僅依當事者之意思。即完全發生法律上之効力。唯因有此法規。而國家之認可。始爲可生其効力之要件而被留保焉者也。

認可乃所以附與法律上効力於私人或團體之行爲。非國家自爲其當事者。例如受內務大臣認可之條例。非內務大臣之命令。乃市町村之條例也。故其結果。若其當事者之意思有瑕疵時。即令已受認可。該行爲仍不得生完全之効力。例如市町村條例。未經市町村會之議決。即使內務大臣已與以認可。其條例自最初已爲尙未成立者。故不得因認可而使之有効。雖受認可之後。仍完全無効也。

第五節 公之證明

公之證明云者。對於真正之特定事實。或真正之法律行為。而爲之證明之。之行為也。例如因貨幣之鑄造。而證明其貨幣包含法定之品位量目。因度量衡之檢查。而證明其度量衡之適合於法定條例是也。又如公證人之作公正證書。戶籍吏證明戶籍謄本之真確。因選舉人名簿之調製。而證明選舉權之存在。因土地登記簿之登記。而證明土地所有權之存在等。皆屬於此類之行為。

公之證明。其自身毫不限制臣民之自由。因之凡官廳之爲此公之證明也。只須該事項屬於其權限之內。不必要有法律之根據。或由關係者之請求。或依自己之職權。皆得爲之。然此等證明。不過與證據力於其所被證明之事實。或行爲而已。非其事實。與行爲以此證明爲生法律上効力之要件也。但有時公之證明。亦有爲其所被證明者之法律上要件者。此時則其事實或行爲。苟非經公之證明。即不能生法律事實。或法律行爲之効力。例如非政府所鑄造之貨幣。不能爲法律上之貨幣而通用之。非經政府所檢查之度量衡。不能使用之於營業之目的。非被登錄於選舉人名簿。則不能

行選舉權。此等効力。唯於法規所認之事物。得以行之。且唯法規上有與以證明權限之官廳。得爲之也。

公之證明。有時爲私人之法律行爲生效力之要件。例如遺言必因公證人之立會猶場之臨而生効力。婚姻必因屆出於戶籍吏而生効力等是也。此時公之證明。同時附與効力於私人之行爲。與認可有類似之性質。然認可須審查其私人行爲適合於法律命令與否有害於公益與否而後與之。公之證明。唯證明其行爲之眞確而止。非得審查之也。

公之證明。僅證明既存在之事實或行爲而止。非新作成之也。故其事實或行爲若實際未成立時。不得依公之證明。而新生効力。例如貨幣雖爲政府所鑄造者。而品位量目。違乎法定之要件。不得生法律上貨幣之効力。又如實際無選舉資格者。即令被登錄於選舉人名簿。亦不得行選舉人之權利。又如實際非土地所有者。因錯誤而被登記於土地登錄簿。亦不能生土地所有權之効力也。

第六節 處罰

處罰者。乃所以對於不法行爲之結果。而由國家所科之之痛苦也。科以處罰。原則上屬於司法裁判所之權限。雖然對於或種處罰。亦有依特別法規而許以行政處分科之者。

現行法上許以行政處分科處罰之事件如下。(一)違警罪即決處分。(二)間接國稅犯則者之處分。(三)對於市町村長之市町村條例犯則處分。(四)執行罰。

此外如懲戒處分。雖亦爲以行政處分所科之處罰。然懲戒罰非對於一般臣民之國權發動。乃基於特別之權力關係者。故非茲之所謂處罰也。執行罰雖同爲國權所處之科罰。然專出於強制手段之目的。與刑罰之性質全不相同。當別於強制手段章詳細論之。此處之所論者。專屬於其他之三種。

一 違警罪即決處分。明治十八年九月第三十一號布告違警罪即決例之所定者。是也。現行法之所謂違警罪。非由罪質而生之區別。不過專由刑罰種類之觀念而生之區別耳。凡被科之刑罰。若爲拘留或科料。則其相當刑罰之犯罪。稱之曰違警罪。犯違警罪者。凡管轄其犯罪地之警察署長。或分署長。或其代理官吏。皆有即決

之之權。違警罪之即決。不用正式之裁判手續。或召喚犯罪者而即刻言渡之。言渡者口語之決定與宣告有別或不召喚而以言渡書送達之。

二 間接國稅犯則者之處分。即明治三十三年三月法律第六十七號間接國稅犯則者處分法之所定者者是也。間接國稅。指何等之國稅而言乎。此於間接國稅犯則者處分法施行規則之勅令中。定有公定之解釋者。關於間接國稅之犯罪。凡有其管轄權之稅務署長。得自定其罰金或科料金額。通告之於犯罪者。無須告發之於裁判所。但其處罰。項以罰金或科料者爲限。間接國稅之外。處煙草專賣法。如粗製樟腦油專賣法。如鹽專賣法等之規定。皆云以間接國稅法爲準。而可準用其法律。關稅法亦規定稅關長有同樣之權限。

三 市町村條例犯則者之處分。乃市町村制第九十一條之所定。市町村凡關於其使用料、手數料、特別稅、及從前之町村費等。依條例而定其細則。其條例得設罰則。以一圓九十五錢以下之科料爲限。對於違反條例者之處罰。市町村長有宣告及徵收之之權。

此等以行政處分而科處罰之事。比於特別裁判所之在一定範圍內受委任而行使司法權者。各不相同。現行法中。受司法權委任之特別裁判所。其重要者如下。(一)軍事裁判所。(二)戰時裁判所。(三)臺灣之法院。(四)領事裁判所。(五)對於北海道集治監囚徒之輕罪裁判等是也。凡此者。以行政官廳而科處罰。雖與本節之所言者相同。然彼乃以行政官廳而受司法權一部之委任。以特別裁判所之資格而科處罰者。其科處罰並非行政處分也。乃司法權之作用也。本節所言之處罰。則反是。乃依純然之行政處分而科處罰者。故其處分。非以不可變更之力而確定。其處罰。如有不服。可於一定期間內。有請求正式裁判之權利。請求正式裁判時。其處分。當然消滅。直視之。與未曾受處分者等。其正式裁判。非有對於第一審之控訴。裁判性質者。須以之爲第一審裁判。前所已行之行政處分。已全然失其效果者也。特別裁判所之行政司法權。則反乎是。得以確定之効力。而科處罰。當事者不能不服。而有請求通常裁判所裁判之自由也。

凡科處罰。皆以準乎法律爲必要。故處罰雖得依行政處分而科之。亦須有法律之

根據。但雖有法律之根據。使其認行政處分有以不可變更力而確定處罰之權利。亦爲牴觸於憲法之規定者。蓋日本臣民其受法律上所定裁判官裁判之權利。無得而奪之者。是以認行政處分得科處罰之權時常附與要求正式裁判之權利於當事者即爲此也。唯其如此。故雖許以行政處分而科處罰。亦非違憲。

夫此等處罰。立法上所以認其得依行政處分而科之者。是何理由乎。此可求之於犯罪之性質也。凡刑罰可區別之爲普通刑罰。行政罰。秩序罰。所謂行政罰秩序罰之名稱。非現行法律上之用語。即學問上之觀念。亦未發達。但所謂行政罰者。其與普通刑罰。有最不同之特色。即如不論罪。數罪俱發。自首。與夫酌量減輕。未遂犯等。此與普通刑罰適用不同之最著者也。普通刑罰。犯罪者之故意爲犯罪成立所不可缺之要素。非其意之所爲。則不論罪。而行政罰不然。犯罪者之有無故意。但使其違反法規。即全無犯意。亦須處罰。甚或對於雇人同居人家族等之所爲。本人全未聞知。亦須處罰。而年齡及辯別能力之有無。於行政罰上。亦常與犯罪之成立無關係。又普通刑罰中。數罪俱發之原則。行政罰亦不適用之。對於同時併發之數

罪。以併科刑罰爲原則。他如自首、酌量減輕等亦然。行政罰皆不適用之。行政罰所以與此等普通刑罰異。其適用之原則者。因行政罰上犯罪之性質與普通犯罪異。行政犯罪之性質如何。學說甚多。依余之見解。則行政犯罪。非以其爲罪惡故罰之者。乃因其違反法規而罰之者也。行政犯罪之重者。爲警察犯罪、財政犯罪。此等犯罪。非特其刑罰爲比較的之輕微。且非如普通刑罰。須適用刑法上之各種原則者。雖不使之屬於通常裁判所之權限。而使之屬於行政官廳之權限。其裁判不公之虞亦較少。是其所以許以行政處分而科處罰之理由也。

第七節 私權之設定變更及廢止

行政處分。爲公法上之行爲。故由行政處分而生之效果。其原則爲公法上之關係。私權之設定、變更、及廢止。爲私法上之關係。亦以由私法上之行爲而生爲原則。雖然。行政處分。亦有時可以生設定私權、變更私權、或消滅私權之效果者。

因行政處分而設定私權。其最切適之實例。即特許也。特許乃設定發明專用權之行爲。發明專用權。非僅爲國家與私人之關係已也。對於一切之第三者。皆有效力。故非

公法上之權利。而有私權之性質。是以特許與許可不同。許可之效果專爲國家與私人之關係。特許則所以爲受特許之人設定其對於第三者有効力之權利也。特許之外。如意匠專用權之登錄。實用新案權之登錄。亦與之有同一之性質。公用徵收亦所以爲起業者設定所有權及其他物權。而以私權之設定爲其效果之一者也。於道路上特許以敷設鐵軌之權利。余亦以爲私權之設定。例如市街鐵道會社。東京電車會社名即爲直接取得行於土地之上之權利。其權利即有物權的性質者也。蓋其權利非僅對於國家而有効力。乃可以對於一切之第三者行之。而有私權性質者耳。依行政處分變更私權之實例。如與以特許後。加制限於發明專用權。因公用徵收。加制限於土地所有權是也。依行政處分而廢止私權之實例。如特許以發明專用權後而取消之。因公用徵收而剝奪土地所有權是也。

設定私權、變更私權、廢止私權等之行政處分。雖以公用徵收爲其至重者。但公用徵收。尙須別爲一節論敘之。茲故不詳。

第八節 公法上之身分能力及榮典等之授與

行政處分。亦有因私人利益之故。附與以特定之身分能力或附與以榮典者。附與公法上特別身分之行政處分。例如因歸化之許可。附與外國人以爲日本臣民之身分。因任命而附與官吏之身分等是也。附與公法上能力之行政處分。例如因高等文官試驗。附與以可任命爲高等官之資格。因醫術開業試驗。附與以可營醫業之能力。因特免市町村公民權要件之年限。附與公民之資格等是也。附與榮典之行政處分。例如授與位階勳章。授與學位。以及因表彰善行之故。而授與金圓等是也。

第九節 公用徵收

第一 公用徵收之觀念。所謂公用徵收者。因爲公共利益之故。徵收特定物之所有權。或其他物權。同時爲國家自身。或第三者。於其物上設定所有權。或其他物權之行政處分也。

一 公用徵收。爲行政處分之一種。是乃基於國家權力之行為。而爲公法上之行為。非準據於民法之規定者也。公用徵收。乃移轉所有權及其他物權。對之給與代價者。故外形頗類似於賣買。舊時學者。視之爲強制賣買。今日之法律。雖非

根於此思想。然買賣必要有當事者意思之合致。公用徵收。則基於國家一方的意思。者不得與買賣相比較。且公用徵收之效果。亦顯然與買賣異。買賣爲權利之移轉。公用徵收。則非移轉權利。乃所以消滅舊來之所有權。及他物權。而新設定所有權。或其他物權者也。賣買爲繼受的取得之原因。公用徵收爲原始的取得之原因。至其結果。則賣買之事。賣主對於其物所隱之瑕疵。須任追奪擔保。及瑕疵擔保之責。公用徵收則不然。被收用之物件。隱有瑕疵時。或所有權不屬於被徵收者時。被徵收者不任其責。被徵者雖非真之所有者。真之所有者。亦不得對於徵收者而求物件之還附也。

公用徵收者。行政處分也。夫一般臣民之財產權。其該當於一定之條件者。國家有時可以法規廣爲廢止或制限之。雖然。是不得謂之公用徵收。例如因煙草專賣法。廢止煙草製造販賣之權利。使之爲國家之專權。亦此類也。是雖同爲廢止私人之財產權。國家例必給與以賠償。然同爲權利之廢止。而汎依一般之法。規以行之者。與公用徵收。全然異其法理。固不得以同一之行爲目之也。

二 公用徵收者。乃所以廢止所有權或物權。而同時又爲謀國家或第三者之利益。特於其物之上。設定所有權或物權者也。故單止剝奪個人之所有權或物權。時縱令給與賠償。仍不屬於公用徵收之範圍。例如以衛生警查之目的。撲殺罹疫之牛馬。不過使其消滅所有權。而止。非移其物權於他人。故不爲公用徵收。

三 公用徵收者。徵收特定物之所有權或其他物權者也。公用徵收與租稅。均所以爲公共利益而徵收臣民之財產權者。但公用徵收與租稅異。是非徵收物件之財產上價額。不過因欲利用其原物而徵收之者耳。若租稅則非供其原物於公用。而以財產上之價額爲必要。故租稅者。常以金錢爲徵收。又對之不給與賠償。對於租稅給與賠償。則與租稅之觀念相反。公用徵收。乃出於欲利用其所徵收原物之故。其所授與非財產上之價額。故其結果。給與相當之代價。務使被徵收者之財產總額。不因徵收而有所增減。

公用徵收。乃徵收特定物之所有權或其他物權者。使其行政處分。不過使人擔負給付不特定物之義務。不得爲公用徵收。例如因軍事徵發。命給付或數量之

米麥馬糧。皆非公用徵收。雖此時亦須給付相當之賠償。似其外形與公用徵收等。然由其處分所生之結果。非於特定物上而有物權之廢止及設定。乃所以生給付不特定物之義務。而屬於別種之法系者也。反之。同爲軍事徵發。而馬匹車輛等之徵發。則爲徵收特定物之所有權。即純然屬於公用徵收者。

第二 公用徵收之沿革。中古之世。非無公用徵收之實例。然當十八世紀之末以前。無論何國。其於公用徵收。唯就各個關係。有斷片之法律而止。未有制定一般之法則者。自此以後。乃先於民法規定公用徵收之一般法則。次則憲法中亦規定之。然公用徵收之廣行於諸國。則專在第十九世紀以後。其所以使之成爲必要之最重要原因。則鐵道之發達是也。此外或因敷設道路。或因建設砲臺。皆以公用徵收爲必要。於是無論何國。遂莫不制定關於公用徵收之特別法律。最初制定者。則爲佛國。其他諸國之公用徵收法。無論直接或間接。皆以佛國法爲模範。我國制定公用徵收之一般法則。以明治八年七月達第三百三十二號公用土地買上規則爲最早。厥後以明治二十二年七月法律第十九號土地收用法改正之。此土地收用法。更依

明治三十三年三月法律第二十九號土地收用法復有改正。是爲今日之現行法規。

第三 公用徵收之主體。公用徵收者。國家之權力作用也。國家常自行此權力作用。不得以之特許於他之公共團體或私人。故若解釋公用徵收權爲行公用徵收之權之意。則公用徵收權之主體。常爲國家。但公用徵收。非僅爲國家自身之利益而始得行之也。國家以外之團體或一人。其於爲公益事業之主體時。因謀此等團體或一私人之利益故。亦得行公用徵收。於此時。依公用徵收取得其所有權或他物權之主體。即爲此等團體或一人。故多數學者。認是等之團體或一人。得爲公用徵收之主體。雖然是僅爲依公川徵收而取得所有權之主體而已。非自行公用徵收之主體也。彼起業者。唯得請求行公用徵收於國家。準國家之裁決。爲謀自己利益之故而設定所有權。故嚴格意義言之。公用徵收權之主體。常爲國家。

第四 公用徵收之目的。公用徵收者。徵收特定物之所有權及其他物權之處分也。故公用徵收之目的物。必要爲特定物。例如債權非可就其債權之原形而供諸

公用。故不得爲公用徵收之目的。

可爲公用徵收目的之特定物。或爲動產。或爲不動產。例如因軍事徵發。徵收馬匹車輛之類。即以動產爲公用徵收之目的物者。然公用徵收。非以徵收金錢上之價格爲目的。而以該財產爲目的。故公用徵收之目的。必爲不可以金錢買得者。或雖可以金錢買得。而當時欲買得之則甚爲困難者。但動產之買得。較爲容易。故對於動產。少有適用公用徵收者。是以諸國之公用徵收法。皆僅規定不動產之公用徵收而已。其對於動產之公用徵收。則從其他之原則。我國之土地收用法。亦僅含關於不動產之規定。故對於動產之公用徵收。與對於不動產之公用徵收。有分別論之之必要。以下所論之公用徵收。即專對於不動產而言者。

第五 公用徵收實行之決定。公用徵收之處分。依兩個行爲而行之。一爲決定何地何事何時可實行公用徵收。一則決定可爲公用徵收目的之物件。及其賠償金額。公用徵收之行政處分。分爲此兩個行爲。而兩者各使別種之機關行之。此兩種行爲中。其第一行爲。較爲重大。皆留保於上級官廳者。

公用徵收。須爲公益上之事業。且其事業以徵收私有地爲必要者。乃可實行。得行公用徵收之公益事業。其種類以法律一一列舉之。土地收用法第二條非爲是等事業。即不得決定公用徵收之實行。但此等事業。亦非許其當然爲公用徵收者。尙須於該當此等事業之外。各各審查其果有徵收私有地之必要與否。彼法律所列舉之事業。不過加一層之制限。而止。官廳非止得適用此法規者。尙得依自己之自由裁量。決定其爲必要與否也。

決定公用徵收實行之機關。於我國則爲內閣。內閣依起業者之請求而與以決定。起業者若爲國家之自身時。管轄其事業之主務大臣。與內務大臣協議。而申告之於內閣。起業者若爲公共團體或會社及私人時。則經由地方長官。申告之於內務大臣。內務大臣審查之。而提出於內閣。惟該事業苟爲關於軍機者。則不由內閣決定。其主務大臣。自有決定之權。

第六 徵收物件之決定。公用徵收手續之第二點者。即決其可徵收之物件是也。可徵收之物件。爲不動產之所有權。或不動產上之其他物權。

在原則上，凡國家領土內之一切土地，不問其所有者爲何人，皆得行公用徵收。即對於國家自身之所有地，亦可徵收之者也。或謂對於國家之所有地，得行公用徵收，是爲國家對於自己自行使其權力，殊無條理。然而國家於自己自行使其權力之事，實屬不少。例如國家依自己之裁判，對於自己下判決，或對於自己之所有物及自己之事業，科以租稅及其他負擔之類，皆普通所常見者。蓋國家之私經濟的，行爲與一私人同，皆以受法之適用爲原則，因是之故。若國家以私人資格而所有土地時，其所有權與私人之所有權，均依同一之法，則而受支配，是以公用徵收法，亦視之與私人之土地同。但對於國有地之公用徵收，則似唯國家以外之團體或私人爲起業者時，始得爲之。蓋國家惠於此時而始生權利之得喪，若國家自身爲起業者，則國家自最初已所有其土地，即無所用其公用徵收矣。且國家以外之團體或私人爲起業者時，國家亦不必確依公用徵收之手續而爲讓渡。有自爲決定損害賠償額之便宜，蓋國家得依普通之法則，決起業者所宜支拂於國家之賠償金額也。

確然、徵收國有地。唯以國家之收益財產爲限。所謂國家之收益財產。即非直接供公用之國有地也。此等土地。國家之有之。與一私人之所有同。反之。若爲供公用之土地。則國家非以私經濟之主體而所有之者。其供公用。乃公法上之處分。所以供與其土地之目的。與公用徵收之目的。同皆爲公共之利益者也。故此時乃二種公共之目的。互相衝突。非先廢其土地之公用。即不得對之而行公用徵收。

所宜徵收之土地面積。依事業所必要之稅度而決。非該業所認爲必要之限度。即不得爲徵收。雖然。法律亦曾以明文對於此原則而別認例外。對於事業上不必要之土地。亦規定得行公用徵收。於此等事業所必要之範圍以外而徵收土地。必因其爲起業者或被徵收者中之一方。有財產上之利益。故適用此例外時。又須起業者或被徵收者。有特別之請求。僅得行之者也。

凡事業上所不必要之土地。被徵收者。亦得要求徵收之。如下述之二者是也。一、因其土地之一部分。已被徵收。而殘餘部分。遂不能供從來所用之目的。當此之時。則土地所有者。得請求其爲全部之徵收。一、因被公用徵收之故。其建築物有不免於

分割時。其殘餘部分。遂不能供從來所用之目的。當此之時。所有者得請求徵收其建物之全部。

起業者對於其事業所不必要之不動產。有時亦得請求徵收。例如被徵收土地上所有之建物。徵收者須賠償其移轉料。然使其應支拂之移轉料。高過建物之相當價額以上。當此之時。起業者亦得請求其建物之徵收。

除以上例外外。所應徵收土地之面積。不得及於事業之必要以外。此不特對於其面積爲然。即對於徵收權利之內容。亦視乎事業之程度而被限制。使其事業之所必要者。非在徵收所有權之全部。單以制限所有權而已足。則須以僅加制限於所有權而止爲原則。當此之時。若其制限之期間爲三年以上。或須變更其土地之形質。或有建物於其土地上時。則所有者。得請求徵收其所有權全部。

無論何時。土地所有者或起業者。於法律所定條件之下。對於土地或建物之全部。要求徵收時。官廳唯得對其全部認許公用徵收而已。不得採決對其一部之徵收。此時公用徵收目的之物件。蓋受制限於法律上者也。至於因土地所有者之請求。

而行公用徵收時。其行爲仍爲公用徵收。而非賣買。土地所有者。要求徵收其土地。或建物之全部。蓋要求徵收者。以其全部爲不可分之一體而徵收之也。既爲不可分之一體。則其行爲乃對於全部之單一。行爲不能對於一部。行公用徵收。對於殘餘之部分。別爲賣買之行爲。蓋其全部之公用徵收。已爲唯一之行爲。當事者之請求。特其權力發動之原因而已耳。

決定當徵收物件之機關。在我國爲收用審查會。收用審查會。有會長一名。委員六名。會長以地方長官充之。委員則由內務大臣所任命之高等文官三名。及府縣名譽職參事會員中。所互撰之三名組織之。收用審查會不應招集或不成立時。及不於法律所定之期間。爲裁決時。或有臨時急施之事業時。得由內務大臣之認可。以地方長官代爲裁決。

第七 賠償金額之決定。公用徵收。以移轉其財產之原形爲目的。非以移轉其金錢上之價額爲目的。故不可使被徵收者。因公用徵收而受金錢上價額之損害。亦不可使起業者。因此而得金錢上之利益。是以起業者對於被徵收者。凡其依徵收

所生之一切損害。要爲賠償。賠償金額。包含左之諸種原素。

一 當徵收之土地及其附屬物之價格。此價格專以公用徵收當時之市場價格爲標準。至於土地之買入價格。建物之建築費用。直無關係。然使豫料其將被公用徵收。或豫料該工事可爲徵收之原因。而故先增減其價格時。不得以之爲賠償之基礎。故決定賠償金額。須假定自最初已無此工事而決定之。

二 殘地之損失。於徵收之時。分割土地之一部。則殘餘之土地。或因交通之不便。或因耕作方法之變更等原因。致減少其價格。此等殘餘價格之減少。亦應包含於賠償金額之中。又如殘餘地因土地一部分被徵收之故。不可不增築道路。溝渠、墻柵及其他工作物等。或雖不增築。而不能不修繕之。此等損失。亦宜賠償。有時殘餘地價格。因土地一部分被徵收之故。反較前爲增加。或因徵收原因之工事。致附近之土地。增加其價格。此等事在各國法律中。有許將此增加價格與損害賠償相殺者。日本法律。則不許相殺。故因公用徵收之故。增加殘地價格時。其利益全歸諸土地所有者。起業者對於其賠償額。不能因其有一部之增加而

不支拂也。

三 建物之移轉料。被徵收之土地上。如有建物。其建物未同時被徵收。則徵收時期以前。不可不移轉之。其移轉所必需之費用。當然宜在賠償金額之內。

四 公用徵收未完成以前。所加於其土地之損害。公用徵收手續之開始後。或末開始前。起業者因準備事業。或調查土地物件之故。得侵入其土地。以爲測量檢查及調查等事。其因此而加損害於土地所有者時。亦須賠償。

五 以上四者之外。土地所有者通常所受之損害。此種損害。乃土地所有者。或因停止營業之故所受之損失。或因向他人講買同樣土地之故所必需費用。是等損害。皆通常所不免者。起業者不可不賠償之。但其賠償。僅限於通常所必生者而止。若由土地所有者一身上特別之事情。或特種之原因。致生損害時。則不在賠償之限也。

賠償義務之主體。乃因公用徵收而可以取得土地所有權。或其他物權之起業者。其權利主體。則爲被徵收其土地之所有者也。此權利之性質。雖直接由行政

處分而發生。仍爲存在於私人與私人間之權利。故純然爲私權之性質。

決定賠償金額之機關。與決定徵收物件之機關同。即收用審查會是也。收用審查會於決定徵收物件時。又須決定其賠償金額。及付納賠償金額之時機。在此時機以內。起業者不可不付納其金額於土地所有者。若起業者自己無過失。而不能知權利者爲何人時。或權利者拒絕其付納而不受領時。或有事故不能受領其付納時。起業者得以供託之法代爲付納。

第八 公用徵收之效果。公用徵收之手續。雖由徵收物件及賠償金額之裁決而完了。然公用徵收之效果。則非因之而得完成者。其因是而生之直接效果。僅有左之三者而已。

一 危險負擔之移轉。徵收物件既被裁決。則應被徵收之土地上。如有危險。其負擔已移轉於起業者。凡一切之危險。除由被徵收者應負責任之原因所生者外。其損害皆由起業者負擔之。

二 引渡占有之義務。徵收物件既被裁決。則被徵收者。即發生引渡其所占有

土地於起業者之義務。若該土地上有建築物時。亦發生移轉其建築物之義務。使土地所有者拒絕之而不引渡。不移轉。則官廳得而強制之。如土地所有者有其他事故。不能引渡或移轉時。或不知何人爲土地所有者時。則市町村長得代爲引渡或移轉之也。

三 付納賠償金之義務。起業者因徵收物件已被裁決。即發生付納賠償金額於土地所有者之義務。

公用徵收之效果。因起業者付納賠償金額而完成。其付納賠償金額之時期。由收用審查會裁決。使其於此時期內而付納之。若時期滿了。尙不付納。則公用徵收之裁決。即全失其效力。

公用徵收之效果。在爲謀起業者利益之故。對於徵收物件。使被徵收者消滅其土地所有者之權利。而爲起業者設定所有權。或其他物權是也。起業者之權利。非繼受土地所有者之權利。乃新被設定之權利。故公用徵收之效果。與買賣之效果不同。在買賣則賣主若非確實之土地所有者。而賣出他人之土地時。其買

賣不能生效力。其確實之土地所有者。得請求回復其土地所有權。公用徵收則不然。其相手方雖非爲確實之所有者。亦不妨其效力。夫就原則而論。土地所有者。自最初即有參與於公用徵收手續之權者。也。當其手續之開始進行也。地方長官須通知其事於土地所有者。起業者亦須與土地所有者爲讓渡之協議。土地所有者於公用徵收之手續常爲起業者之相手方。然有時土地所有者果爲何人不能確明。或有時往往誤認非確實之所有者。而以之爲所有者。此類之事。時復有之。當此之時。則確實之所有者自最初已不得參與於公用徵收之手續矣。但土地所有者雖未參與其手續仍爲可以受公用徵收之效果者。其權利仍因此而消滅。不得請求土地之回復也。

第九 先買權。公用徵收對於徵收物件。須給與完全之損害賠償。不可加絲毫犧牲於其財產上。是乃公用徵收之要素也。顧被徵收者對於該土地上尙有一種精神上之利益。非可以爲有形之賠償者。公用徵收雖不能不使被徵收者犧牲。此等特別之精神上利益。然公用徵收實行之後。一旦廢止其事業時。或已無利用其土

地之必要時。則所以不能不犧牲此精神上利益之理由。即已消滅。宜使原所有者得回復其土地。此亦理之所當然者也。故法律於此時。規定原所有者對於該土地有先買權。

先買權僅對於已被公用徵收之土地。得行使之。若由買賣而移轉之土地。則不得對之行使先買權。即如公用徵收之手續開始後。起業者於申告收用審查會以前。本宜先與土地所有者及其關係人。爲權利讓渡之協議。協議既調。則公用徵收之手續。即被中絕。唯協議不調。或不能爲協議時。始得請求收用審查會之決議。此等雙方協議之讓渡。純然爲民法上之契約。雖其誘因得豫知將來之必受公用徵收於其私法上之契約。毫無妨礙。故對於此等因協議而讓渡之土地。不得行使先買權。

已被徵收之土地。若在徵收之當時。起業止以其一部分爲必要。欲分割其土地之必要部分而徵收之。旋因所有者自身之請求。遂徵收其全部時。則除其必要之部分以外。僅因不分割全部之故而徵收者。故該部分因本爲不必要之故。即不得

請求買還也。

有先買權者爲何人乎。即對於已被徵收之土地而爲其原所有者之人。或其相續人是也。若土地之一部分被徵收。其殘餘部分之所有權。移轉於第三者時。則殘地之所有者。即無先買權。唯對於已被徵收之一部。爲其原所有者之人。或其相續人始能有之者也。此先買權之法律上性質。純然爲私權。與民法上普通之先買權無異。先買權者。得在他人之先。準當初所受取之賠償金額。如數付納。而買得其土地之權利也。所付納之代金。非準其土地當然之價格。而付納者。乃以公用徵收時之賠償金額爲標準。故其所隔之時期。若過於永遠。則比於現在之價格。必生差異。使非有一定之年限。則先買權者。不免大生不當利得之結果。是以法律定其期間爲二十年。經過二十年後。先買權即全然消滅。

第十 對於公用徵收之救濟手段。對於公用徵收之裁決。許出訴於行政裁判所。蓋公用徵收之裁決。乃一種行政處分。對於行政處分。而提起行政訴訟。是乃當然者也。反之。對於賠償金額之裁決。止許出訴於司法裁判所。不許出訴於行政裁判

所。蓋賠償金額之裁決。若自其性質論之。則徵收物件之裁決。同爲公法上之處分。似不宜屬於司法裁判所。然依此行政處分所被設定之權利。純然爲私權。且有財產權之性質。凡財產權之私權。以屬於司法裁判所之管轄。較爲便宜。故對於賠償金額之裁決。使之屬於司法裁判所所管轄。此諸國法律所同一致者也。

第十節 偽似之處分

處分者。可生法律上效果之權力作用也。若不發生法律上效果之作用。則外形上雖視之。若行政處分。其實非處分。

偽似之處分。如勸誘。如告戒。皆是也。勸誘者。官廳對於臣民。雖要求其爲或種之作爲。不作爲。受其要求者。若竟不從。不得而強制之。亦不得而科以制裁。此時其要求直爲單純之勸誘。並非行政處分。即使個人或於德義上從其要求。亦非基於官廳權力之命令而從之者。脫其不從。官廳無如之何也。若告戒則爲已受行政處分者。欲違反其義務時。官廳特警告之。要求其不必果於違反者也。此不過告戒以既存在之義務。而非使其發生新義務。故亦非行政處分。

第三章 營造物行政

第一節 營造物之觀念

營造物者。由公之行政主體。繼續供公共利用之人的及物的手段之全體也。

一 營造物者。繼續供公共之利用者也。公共之利用云者。直接々近於人民。而人民得使用之之謂也。凡國家之作用。無論直接間接。莫不終爲人民之利益。顧其所以爲直接之目的。或有在國家自身之利益者。例如國家設軍隊而維持武力。其間接之目的。在增進國民之安寧幸福。固不待言。然其直接之目的。則在謀國家自身之生存發達也。又如國家設警察官署及其他種種官廳。以爲行使其統治權之機關。亦爲間接謀人民之利益者。然非直接供人民之利用。故此等之設置。非爲營造物。國家於謀自身之生存發達。及爲行供統治權之所設備者外。尚有種種設備。乃直接爲謀一般人民之利益。供其利用而設者。例如設道路而供人民之通行。設學校而教育人民。以及設置水道、郵便、電信、鐵道、圖書館、博物館、公園、河川、橋梁等。皆直接供公共之利用者。營造物即指此類而言。

二 營造物者。人的及物的設備也。有僅由物而成立者。有於物之上。加以人之作爲而始能達公共利用之目的者。又有不須物的要素。僅以人之作爲而亦能達公共利用之目的者。三者之中。無論何種。皆指其手段之全體而言。非僅指其一部而言。僅由物而成立之營造物。其物體之原形。即得達公共利用之目的者。如道路河川橋梁之類是也。此等營造物。名曰公有物。公有物之法律關係。俟後論之。至若於物之上。加以人之作爲而成立者。僅有其人之要素觀之。則爲國家之機關及其他營造物主體之機關。即官廳是也。此則官廳爲組織營造物之要素。例如學校、病院、郵便、電信等之設備。皆屬於此種營造物之內。此所謂營造物。亦指爲達其目的之一切手段全體而言。除官廳之外。尙合併其他物的設備而始成爲此等營造物者也。若僅以人之作爲而即能達公共利用之目的者。則如公證人種痘醫之類。

三 營造物者。由公之行政主體而供公共之利用者也。供公共利用之事。本來非命令權之作用。故性質上不必專屬於國家。即一私人亦得任意以自己之所有財產。供諸公共之利用。特行政法上之所謂營造物。則此等一私人以自己任意所供。

公。共。利。用。之。設。備。並。不。包。含。於。其。中。其。得。爲。營。造。物。之。主。體。者。不。可。不。爲。公。之。行。政。之。主。體。所。謂。公。之。行。政。之。主。體。者。其。第。一。即。國。家。也。故。營。造。物。率。爲。國。家。所。設。立。維。持。者。國。家。以。外。尙。有。公。共。團。體。亦。爲。公。之。行。政。主。體。是。以。亦。得。爲。營。造。物。之。主。體。非。特。得。爲。其。主。體。而。已。其。設。立。維。持。且。爲。公。共。團。體。中。主。要。之。任。務。

第二節 營造物之利用

營造物者。所以供公共之利用者也。人民之利用營造物。即營造物本來之目的。利用營造物之法律上關係。自營造物本來之性質言之。非根據於民法上之形式。乃以依公法之形式而許其利用爲原則。特此原則。今日尙未爲一般所共認。實際上有依公法之形式而爲利用者。有以民法上借貸、請負、買賣等之形式而爲利用者。至於何時依民法之形式而利用。何時依公法之形式而利用。此等區別。則不得判然。由理論上定其標準。皆不過準現在之法規。視其所定者爲何方式。即用何方式以行之而已。學者雖欲求種種之標準而立其區別。終無得其正鵠者。或曰。國家以營利之目的而運轉營造物。則爲民法的關係。若無營利之目的。則爲公法的關係。願是說亦不必適

合於實際之法律現象。即如鐵道之賃金雖極其低廉仍依民法之形式而行。動學校之經費雖有存餘仍依公法之形式而行動者也。或者又曰。營造物之利用。唯在出於強制之時。爲依公法之形式而爲之者。據此說則小學校固可爲供公法的役務者。若中學校專門學校等宜爲依契約而供利益者矣。然利用小學校與利用專門學校之形式。法律上並無差異。以前者爲屬於公法之區域。以後者爲屬於私法之區域。決非得當者也是。故營造物之利用。出於公法之形式乎。抑出於私法之形式乎。此非必可以一定之標準而定之者。宜隨事隨時。視國家之取何方式。乃依其意思而決定之。就中多有基於沿革上之理由。至於今日。實際上均爲由民法的形式而利用者。其最著之例。即鐵道是也。蓋鐵道之事業。當其發達之初。皆先以之爲私會社之事業而興起者。故其後發達而以之爲國家之營造物時。亦與私會社同。遵據民法之規定。反之如郵便電信。自其事業之性質言之。與鐵道原無區別之點。惟因其創設之最初。常以之爲公之行政事業而管理之。遂亦從公法之形式。至若河川公園道路橋梁等之公有物。其利用亦專從公法形式者。後尙當論述之。此外學校病院圖書館之類。亦均根據

公法之形式者。依民法上之契約而利用營造物者。無論之之必要。以下所論。專就依公法之形式者而言。

營造物利用關係之開始。有以官廳之特別許可爲必要者。有不要許可。但於事實上因個人爲或行爲。而營造物之役務。即當然開始者。前者如學校之入學。病院之入院。是。後者如個人投郵便物於郵便函。郵便局之役務即開始。或個人得自由進入動物園內之類。亦其例也。

營造物之利用。無論在利用者一方面。或在許可其利用者之一方面。原則上皆屬自由。但法律有時亦有對於其利用關係。定特別之限制者。法律上關於利用關係開始之限制有二種。一爲強制營造物之役務。一爲強制利用者之利用。

一 營造物對於利用者而供役務與否。此在原則上。實爲營造物自身之自由。管理營造物者。無論何時。均得準自己之便利。拒絕其利用。然法規往往對於特定之營造物。有限制其不得拒絕者。利用者苟具備一定之條件。無論何人。均須對之而供役務。例如郵便局對於具備一定條件之郵便物。不得拒絕之而不輸送。電信局亦

然。營。造。物。既。負。有。此。等。法。律。上。之。義。務。時。個。人。即。有。請。求。利。用。之。法。律。上。權。利。若。拒。絕。之。是。侵。害。其。權。利。也。法。律。命。營。造。物。以。此。等。義。務。時。學。者。通。常。稱。之。爲。契。約。強。制。雖。然。營。造。物。之。利。用。既。從。公。法。上。之。形。式。則。謂。之。爲。契。約。強。制。實。非。得。當。者。是。乃。對。於。營。造。物。役。務。之。強。制。也。

二 對於役務之強制外。又有對於利用者之利用強制。利用強制云者。個人由法律上被強制其利用營造物之謂也。個人既具備一定之條件。即被強制而利用特定之營造物。利用強制之中。亦有兩種。一爲直接因命令其利用營造物之作爲。令而受強制者。此則或種事實發生。即同時生利用營造物之法律上義務。如小學校之就學義務。種痘義務。其實例也。一爲個人之作爲與否聽其自由。但個人者欲作爲時。非利用營造物不可。此則因其事爲國家之獨占業。禁他人供同樣之役務。非利用國家之營造物。即不能受其利益也。如郵便電信電話之獨占事業等。即其實例。』

個人因立於利用營造物關係所生之法律上效果。可分爲二。一爲個人對於營造物所有之權利。稱之曰個人之利用權。一爲營造物對於個人所有之權利。稱之曰

營造物權。

一 因利用關係之開始。個人即取得利用營造物之權利。此權利乃公法上之權利。對於爲營造物主體之國家或公共團體而有之者也。個人利用權之內容。依營造物之種類而異。營造物中。有由法規定其作爲者。營造物須權其所規定。負有必供役務之義務。例如郵便局之役務。由郵便法所規定者。此時利用之者。即因該法規而有受其役務之利益之法律上權利。此外之營造物。其營造物之作爲。每一一由營造物之自身所規定。例如學校之授業事項。乃學校自身所定者。無有依法規而設規定之事。此時營造物須供如何之役務乎。悉依營造物自身之任意而定之。個人唯有準其自身所定者而受其供與利益之權利。若其作爲之內容。則雖何等之權利。亦不得而主張之也。

二 個人因立於利用營造物關係之故。須服營造物之特別權力。此營造物之特別權力。即所謂營造物權。營造物權之內容有種種。有命其作爲不作爲者。有科懲戒處分者。有留置入於營造物內之物件。或破毀之者。例如入學於學校者。服學校之

權力。差出郵便物者。對於該郵便物。已不能行使自己之所有權。而屬於郵便局權力之範圍內等是也。營造物之權力。其所可及之程度。以如何爲限度乎。若法規無特別明文時。則依營造物所供與之役務性質而定之。於達其役務之目的所必要之限度內。皆得行其權力者。個人因立於利用關係。已豫諾服從其權力。故此限度內。不必要有法規之根據。

營造物得自定營造物規則。是亦營造物作用之一種也。營造物規則不有法規之性質。乃基於特別之權力關係者。此與對於官吏之訓令性質相同。其効力止及於營造物之內部。惟利用營造物者。始受其拘束者也。

營造物之利用關係。或因利用者自退脫其關係而消滅。或因營造物排除利用者而消滅。利用者之退脫及排除。原則上雖屬自由。但法規往々有特爲制限者。就中如役務強制及利用強制。則退脫與排除。均不能自由。此外尚有因營造物役務終了。其利用關係即當然消滅者。例如學校之利用關係。因卒業而消滅。郵便之利用關係。因郵便物送達而消滅是也。

第三節 公有物

營造物中。其不以人之作爲爲要素。而專以物構成者。稱之爲公有物。即其物之形體可以直接供公共之使用者也。

國家之財產。通常分爲二種。一爲收益財產。一爲行政財產。收益財產者。國家用以供收入財源之一切國有財產也。行政財產者。國家用以直接供公用之財產。其財產非因收入之目的而使用者也。公有物之觀念。與行政財產之觀念。不相一致。行政財產之觀念。僅以能供公用而已足。故如官衙之敷地、(敷設官衙之地面)建物、學校之建築物、軍艦砲臺等。無不皆然。公有物之觀念。則非僅以能供公用爲已足者。以能供公共之使用爲必要。詳言之。即不可不使一般人民得直接使用之者也。故官廳之敷地、建物、學校之建築物、軍艦、砲臺等。不能直接供人民之使用。雖爲行政財產。而非公有物。公有物者。例如可以通行之河川、道路、橋梁、公園等。其物之形體。直接可達公共利用之目的者也。

第一 公有物之成立。公有物之成立。有二要素。(一)爲公有物主體之國家。或受國

家之許可者。有供之於公共使用之意思。(二)有適當於可供公共使用之形體。

甲 意思的要素。公有物成立之第一要素。爲公有物主體有供之於公共使用之意思。得爲公有物之主體者。不可不爲公之權力之主體。爲公之權力之主體者。第一即國家也。國家之外。尙有市町村及其他之公共團體。亦於其自治權之範圍內。得爲公之權力之主體。故於其範圍內。亦得爲公有物之主體。不特公共團體而已。即一私人。苟受國家之特許。亦得爲公之權力之主體。是以於其特許之範圍內。亦不始爲公有物之主體。

表示供公共使用之意。不僅以其爲公之權力之主體而已。又須該權力主體。現有支配其物件之權。能換言之。即爲該物件不可不屬於該權力主體之處分權內。是也。浸假國家表示以其物件爲公有物之意思。而該物件屬於第三者之所有權。國家對於其物。無如何之權利。則該物件仍不得爲公有物。公有物之成立。須表示其意思之權力主體於該物上。有權利。例如所有權之類。即不然。亦須有地上權及其他管理權。此權利乃私法上之權利。其取得之也。不問其或由通

常之私法上取得原因而來者（如買賣寄附時效地上權設定行爲借貸借等）或由公法上取得原因而來者（如公用徵收等）總之、非由法律上之正權原於其物件之上有支配權則不得供之於公共之使用。公有物之成立常以此等私法上權利之存在爲前提。

供公共使用之意思表示。有明示者。有默示者。通常皆用明示之表示。於工事竣後。以獨立之行爲而行之。例如道路當修繕未完時。用建札（建札以木片爲之樹立道旁上書禁止通行等字）繩索等。遮斷道路。以禁止公共之通行。工事既竣。即取除其禁止。以供自由通行之用。即屬明示之類。此取除禁止之瞬間。其物件即成爲公有物之性質矣。默示之例。如某物向來久供一證所使用。一旦由國家或公共團體讓受其物。仍依舊放任之者是也。一個人之私有地。即令有時視爲一般之道路。供公眾之通行。然此不過事實上之使用。不因此而成爲公有物之性質。必國家及公共團體或由公用徵收。或由私法上行爲讓受其土地後。依舊放任俾公眾得使用之。然後向來之私有物件。乃因此而由主體變更之。故成爲公有物之性質也。

公有物常因此等明示或默示之意思表示而成立。然亦有一例外。所謂自然的公有物是也。自然的公有物者。例如河川湖水海濱等。其天然之構造。已有供公共使用之性質。此等物件。無須有供公共使用之意思表示。即成爲公有物。國家唯循其由天然所與之目的放任之而已。就此點觀之。自然的公有物。頗與共用物相類。共用物者。如空氣光線海洋之類是也。但共用物絕對的不立於人力支配之下。自然的公有物則至或程度止尙屬於國家之支配者。國家得全廢止其效用。或得爲填塞河川等之工事而變造其形體。使之失公有物之性質。彼其能公共之使用者。實因國家循其天然而放任之故。自然的公有物雖非由國家於積極的方面表示供公共使用之意思。而成立尙須於消極的方面以國家不禁止其公用爲必要也。然則自然的公有物。仍得謂其以國家之意思爲其成立之要素。

乙 形體的要素。公有物之成立。非以其僅有意思之要素而已足。必其具有足供公共使用之必要構造而後可。何則。既云公有物。即不可不爲能供公共使用

者。若事實上公衆不得使用之。則公有物即不成立。故國家即令決定以一定地所。編入道路敷地。而該地所若不具備可以用爲道路之構造。仍無公道路之性質。此時之意思表示。僅可認爲向於將來所表示者。俟道路修築工事完成時。其意思始生實現之效果。而成爲公有物之性質也。

第二 公有物之法律上之地位。行於公有物上之權利。其性質何如乎。是亦一問題也。就中如所謂公有物得爲私法上所有權之目的與否。尤爲議論之爭點。舊時之學者。或謂公有物爲無主物。無論何人。皆無所有權。全不能以之爲所有權之目的。據此說。則國家對於公有物。亦無所有權。故國家一旦廢止其公共使用時。公有物即成爲純然之無主物。直與一般之無主物同。如是則可由先占而取得之矣。是與今日法律之思想所不能相容者也。或又以公有物爲屬於一般使用其物之人。民之共同所有權。此見解就歷史上之事實觀之。其在古昔不認團體人格之時代。或能適合。若今日之法律關係。則與此思想。格不相入。無容疑矣。今日之學者。或於以公有物爲屬於國家及其他公共團體之公法上所有權。雖然。所有權云者。本來

爲私法上之觀念也。國家與私人立於同一之法律上地位時，不受公法之支配，須受私法之適用。此前方所已屢言之者，國家所有之物，仍與私人立於同一之關係。而有之，其不可不受私法適用之要件，常須具備。固非因國家有特別之權力而有之者也。其特別之處，唯在利用之方法耳。利用方法，乃脫出私法之區域，而屬於公權力之作用者。至其所以有之者，仍爲私法上之所有權。

要而言之，公有物亦爲私法上所有權之目的物。唯該所有權之效果，於其供公共利用之時期，中公之權力而受制限耳。所有權之制限，只於其有妨公共使用之限度而制限之。若公共使用之目的，並不相妨之範圍內，則其所有權之效果，仍未失也。

第三 公有物之使用。公有物乃所以供公共之使用者。個人之使用公有物，即公有物本來之性質。公有物雖爲私法上所有權之目的，彼其於供公共使用之時期，中不能發生其所有權之效果。乃依公之權力而管理之者，故個人於公有物上所有之使用權，非基於所有權之效果而來者，乃由公之權力所容許之者也。換言之。

直可謂個人對於公有物之使用權。常由公法上之關係而發生。不得依私法上之行爲而發生者耳。顧公有物之使用。雖出於公法上之關係。非必並公有物上所附屬之生產物亦不得依私法上之行爲而處分之也。故如道路上所生之草木及其果實。河川中所生之水產物等。皆爲附屬於公有物之物件。不妨與公有物分離。得依民法上之形式而讓渡之。

公有物之使用。有爲自由使用者。有由官廳特別之許可而特別使用者。

一 自由使用。公有物中。有供個人之自由使用者。所謂自由使用。蓋對於許可使用而言。不須有官廳之特別許可。而得任意使用之者也。自由使用。非法律上所謂權利之意義。例如個人通行於道路上。非有其通行之權利。特因國家爲個人謀利益而開設道路。使官廳負有不可妨害個人通行之義務而止耳。個人則依其義務而間接受利益者。是即所謂法之反射也。浸假制限其使用。亦非爲侵害個人之權利。

自由使用之範圍。若無特別之法規時。則由公有物主體之任意定之。其形式不

必以法規爲之。即用任意之形式。亦無不可。使無此等任意之規定。則依慣習而定其範圍。蓋自由使用。並非法律上之權利。故其範圍之伸縮。亦無須有法規之根據也。

公有物之自由使用。除由公有物主體之所定者外。又有依警察權之作用而受其制限者。警察權得於警察目的所必要之範圍內。制限個人之自由使用。但警察官廳。若欲反乎公有物主體之意思而制限之。不可不有法規之根據也。

二 特別使用。自由使用之外。又有依官廳特別之許可行爲。而許可特定之個人爲特別之使用者。特別使用之許可。有二種。一爲設定專占的之使用權於公有物之上者。一爲不設定此等權利者。

於公有物之上設定專占的之使用權。例如於道路上設電竿、敷軌道、埋沒瓦斯之鐵管等。受其許可者。即於公有物一部或全部之上。取得具有物權性質之私權。其權利非對於國家而有者。乃直接於該物之上。可以對抗一切第三者之私權也。特其設定之行爲。非民法上之行爲。仍爲公法上之權力作用耳。

反之，例如於道路之上，開設小賣店，設人力車停留場等，非於公有物之上，設定專占的之權利。不過於一般所禁止之使用方法，對於特定之時，許其使用而已。前者之許可，爲設定專占的之權利於公有物之上，故其許可之也。必要有代表公有物主體之官廳之同意，不得單純以警察官廳之許可而爲之後者，則反是。是不過單就警察取締上一般所禁止之使用方法於特定時許其使用者，故警察官廳亦得爲此許可也。前者爲權利之設定，故取消其許可即爲侵害其權利。非有特別之法規或豫爲取消權之留保時，即不得取消之後者，不然其取消蓋以自由爲原則也。

第四 公有物之消滅。公有物之成立，以供諸公共使用之意思，及有可爲公有物之形體二者爲其要素。此二要素中，若失其一，即失公有物之性質，是故公有物之消滅。第一因廢止其供諸公共使用之意思而消滅。第二因該物滅失，其可供公共使用之必要形體而消滅。例如河川變更其流域，至道路不能通行時是也。公有物消滅所生之效果，一方爲消滅公權力作用，所行於公有物上之管理權，一方即完

全發。生。私。法。上。所。有。權。之。效。果。公。有。物。之。所。有。權。其。所。以。停。止。效。果。者。專。因。其。被。供。公。共。使。用。之。故。公。共。使。用。既。廢。止。則。所。有。權。之。效。果。同。時。即。再。完。全。發。生。此。理。之。當。然。者。矣。

第四章 行政上之強制手段

行政上之強制手段。可分爲二種。一爲強制執行。一爲直接強制。強制執行者。對於不遵由行政上所已發之下命者。用強力使之遵由。或用強力使發生其所命狀態之手段也。直接強制。則非用以使其執行已發之下命。乃直接以強力使發生或種狀態之手段。行政上之強制執行。與民事訴訟法上之強制執行相對待。民事訴訟之強制執行。爲執行民事判決之強制手段。行政上之強制執行。爲執行行政上之下命之強制手段。民事訴訟上之強制執行。債權者不得以自己之強力而自爲之。必須借國權之力。行政上之強制執行。則行政官廳得自爲之。

行政上之強制執行。有藉以使其執行其作爲令或不作爲令者。有藉以使其執行給付令者。因此又可分爲二種。故本章別爲三節。第一論作爲令及不作爲令之強制執

行。第二論給付令之強制執行。第三論直接強制。

第一節 作爲令及不作爲令之強制執行

凡一切國權之下命。其自身當然含有強制力。有不遵由其下命者。官廳當然有強制之權。不必要別有獨立之法規根據也。然使因強制之故。有新科以痛苦者。時則以有獨立之法規根據爲必要。所謂無法規之根據而當然得強制者。不能及於使之實行前處分所包含之義務以上。故欲用以上之方法而爲強制。非有法規之根據。不可。日本法律以明治三十三年法律第八十四號行政執行法第五條規定強制之方法。凡分三種。(一)代執行。(二)執行罰。(三)實力強制。

第一 代執行。代執行者。受下命處分者。不爲其所命之行爲時。官廳代執行之。或使第三者執行之。而由義務者徵收其費用之謂也。例如受掃除家屋之命者。不於其所指定之期日。自爲掃除。官廳自雇人夫而代掃除之。由家主徵收其費用。卽屬此類。

代執行爲強制方法中之最自然者。但必受下命者所負之義務屬於作爲之義務。

且爲他人可以代之之作爲。然後得實行此代執行之方法。若對於不作爲之義務。則代執行之法。即無由而適用之。或其義務雖屬於作爲之義務。而非本人。即不能作爲者。亦然。例如所負之作爲義務。乃爲親赴裁判所作證人之義務。此即非他人可以代之者。即不得爲代執行。

代執行之進行手續。其順序有三。第一則豫告也。當未行代執行之前。官廳須先用文書。設一定之履行期間。告以不於此期間履行其義務。即將實行代執行。是爲第一順序。但有急迫之事情時。則此順序可省。使義務者不於所豫告之期間內。履行義務。則官廳或使自己之官吏。或使人夫等。代之作爲。當其執行時。得施用實力。如其抵抗。即構成官吏職務抗拒罪。是爲第二之順序。至第三順序。則徵收費用是也。此費用指因執行所生之一切費用而言。即如人夫之雇金、材料及他物之代價、支拂於第三者之損害賠償等。皆在其內。其金額則依執行之官廳之決定而確認之。既有此決定。官廳即可準給付令之強制執行方法。由義務者強制徵收之。

第二 執行罰。執行罰亦曰不遵由罰。又曰強制罰。是乃官廳以強制臣民遵由其

下命處分之目的。所科於臣民之罰也。執行罰既出於強制。臣民遵由其下命處分之目的。故其性質與一切之刑罰異。是非直接強制。以已包含於處分中之義務。乃新科以痛苦而因以間接達其強制之目的者。惟其然也。是以必要有法律之根據。但法律對於各省大臣及地方官廳。所與以可科執行罰之權限。殊爲寬廣耳。(行政

法第五條

凡可以科執行罰之事。須爲執行所不能達其強制目的者。換言之。即須爲不作爲之義務。或非本人即無從履行之義務。必在強制此等義務時始得科以執行罰。若他人可以代爲者。常宜以代執行爲之。

執行罰爲純然之強制手段。即所謂目的罰之一種。非如刑罰然。凡一定之所爲。豫由法規。定以相當之處罰者。是故對於義務者。宜科以執行罰與否。或宜科以如何程度之罰。皆由官廳隨時隨事。視其有利益於達其目的者。而決定之。若刑罰則既犯罪之所爲。即不能不科以一定之罰。執行罰則科罰與否。全屬官廳之自由也。執行罰之手續。其最初亦有豫告。對於作爲之義務者。則告以一定之履行期間。若

於此期間內不履行時。須科以一定程度之執行罰。對於不作爲之義務者。則告以違反其義務而作爲時。亦須科以一定程度之執行罰。此豫告爲科執行罰所不可缺之必要條件。無論如何。皆不可省略。無豫告而科執行罰。即爲建法。既有豫告。則義務者。即立於條件付之處罰狀態中。若爲作爲之義務者。則於官廳所指定之期間內。仍不作爲。其條件即成就。若爲不作爲之義務者。則違反其命令而作爲時。其條件即成就。條件既成就。官廳即有科以豫告中所定處罰之權限。但官廳當此。亦非必定須準乎豫告之程度而科之也。又非必爲不可不科以所豫告之處罰也。彼即依自己之意見。全不科以處罰。或科以輕於豫告所定程度之處罰。均無不可。甚有官廳不能科以處罰者。蓋其所欲強制之目的。浸假於科罰以前。既已消滅。則義務者雖有違反義務之事實。官廳已不能處罰之。例如官廳所指定之期間經過後。尙未科執行罰時。義務者已爲其所命之作爲。若在刑罰。則既經犯罪。即得科罰。而執行罰則已不能科之矣。何也。因其所欲強制之目的物已消滅故也。

換一方面言之。刑罰有一事不再理之原則。故一度處罰。立即完結。執行罰則不然。

既經科以執行罰後。若義務者尙繼續而不爲其所命之作爲時。或尙繼續而違反其命令以作爲之之時。官廳仍可再罰之。至再至三。以至於多次。均無不可。期於達其強制之目的而後止。

執行罰之手段。即科料也。官廳所得科之科料金額。法律上有一定之制限。其金額視官廳之種類爲差別。各省大臣所科者。不得超過二十五圓。地方長官所科者。不得超過十圓。其他之行政官廳所科者。不得超過二圓。此最高之限度。非官廳每次所得科之最高限度。乃其所得科執行罰總數之最高限度。故官廳若有必要迭次科以執行罰時。使其數回所罰之總數。已達於最高限度。即不得更進而再科執行罰。

法規中所已定其刑罰之所爲。得科以執行罰否乎。是亦爲議論紛歧之問題。據余之所信。則對於法規所以爲犯罪行爲之作爲。或不作爲。不得利用執行罰。例如法規禁止賭博。今更因禁止賭博之故。豫告以若爲賭博。須科以執行罰。即爲違法。何則。蓋對於法律所定爲宜科一定刑罰之所爲。若又科執行罰。是爲對同一之義務。

違反而科二重之罰矣。雖執行罰之性質與刑罰不同。然其對於不法行為。而由國權科以痛苦之點。則相同。法律既定其刑罰。則對於此特定之所為。即不得再科以痛苦。不然。則其結果。將使官廳得以任意之決定。對於法律上一切已定刑罰之所為。再科痛苦。甚非得當者矣。

第三 實力強制。行政官廳。用代執行及執行罰。尙不能強制其所命之作爲。不作爲時。或有急迫之事情時。得以實力直接使發生其所命之狀態。是之謂實力強制。例如以實力而取押身體、束縛其自由、或拘引之、甚或監禁之於議察署、更或毀壞物件、及沒收之。是等手段。皆許官廳於一定條件之下而行之者。實力強制。法律上通稱之曰直接強制。然此等強制。有因使其執行所已發之作爲。令不作爲令而行之者。有並未發作爲令不作爲令。而直接使生特定之狀態者。直接強制之名稱。惟後者始可用之耳。

第二節 給付令之強制執行

有不遵由給付令者時。其強制執行之方法。與對於作爲令不作爲令之方法異。是乃

模範民事訟訴上對於金錢債務之強制執行手續。而由明治三十年法律第二十一號之國稅徵收法所規定者。國稅徵收法本來之目的。雖僅在適用於徵收國稅。然國稅以外之各種公法上收入。法律率規定其依國稅徵收法之規定而徵收之。故一切公法上之徵收。直可謂其以用此手續爲原則。民法上之債權。僅得依民事裁判所之判決。以強制執行而止。債權者不能以自己之力而當然行之。公法上之收入。則不須出訴於裁判所。爲其權利者之國家及公共團體。得當然依自己之權力。強制執行。

第三節 直接強制

直接強制。非用以使其執行所已發之行政處分者。乃直接加實力於個人之身體。或財產。而使其發生特定狀態之手段也。強制執行。必其先曾發作爲令。不作爲令。或給付令。對於不遵由者。乃用此手段。以使其執行。直接強制則反是。非對於不遵由其所已下之處分。而強制之者。乃直接加以實力者也。

直接強制。一切皆爲實力強制。然實力強制。不必皆爲直接強制。實力強制。有用以使其執行前所已發之作爲令。不作爲令者。此時即非直接強制。而爲強制執行中之一

手段。現行法律上之用語。其所謂直接強制者。雖包含一切用實力之手段而言。然其爲強制執行與否。不可不分別觀之。前所謂直接強制者。專指非強制執行者而言之耳。

直接強制。乃直接加實力於身體或財產者。即侵害身體之自由。及財產權之自由者也。故須有法律之根據。凡可以爲直接強制之事項。一一爲行政執行法第一條至四條所規定之。

第四編 對於行政之救濟手段

第一章 訴願

行政處分之原則。除由法律制限其取消。及其取消可以加損害於個人者外。凡爲該處分之官廳。或其上級官廳。皆得自己取消變更其處分。但行政處分所與於私人利益上之侵害。若僅恃官廳自爲取消。自爲變更。則保護私人利益之方法。尙不完備。故除此方法外。不可不使私人得請求官廳之取消變更。官廳因私人之請求。再審查其行政處分。於其處分之不當者。取消或變更之。此等請求手續。即訴願是也。

有廣義之訴願。有狹義之訴願。狹義之訴願。即正式之訴願也。自廣義言之。所謂訴願者。凡私人對於行政官廳。所爲題望其取消變更行政處分之一切請求。皆包含之。就此意義而論。則一切訴願。皆屬人民之自由。無論對於何人。對於何等處分。皆得出願於官廳。此等出願。不過促官廳之注意而止。於法律上無何等之効力。官廳或受其訴願後。再審查該處分而取消變更之。或拋却其訴願。不再爲審查。皆屬官廳之任意。個

人於法律上。無有要求其再審查之權利也。

狹義之所謂訴願。則於法律上。有使官廳不能不裁決其訴願之拘束力。既有訴願時。官廳即負有不可不受理之。而與以裁決之義務。彼單純之訴願。個人無要求再審查之權利。正式訴願。則個人固有此法律上之權利者。雖其處分之取消與否。變更與否。仍準其審查之結果而決。個人不必有要求其取消變更之權利。然官廳不可不再爲審查。以裁決其處分之果爲不當與否。是則個人於法律上有此權利以要求之者也。此等訴願。與單純訴願之無法律上拘束力者。大有區別。故別名之曰正式之訴願。法律上所用訴願之名詞。通常皆爲正式訴願之意義。是故訴願云者。即對於官廳。求取消變更其行政處分之手續。此手續之拘束力。足以使官廳不能再爲審查而裁決之者也。

正式之訴願。不僅其有拘束力之點。與單純之訴願異。即其及於官廳取消權之效果。亦與之異。單純之訴願。不過對於職權上當然有取消權之官廳。喚起其取消權。該官廳雖無人民之訴願。而準自己之職權。亦當然得取消變更之。爲單純之訴願者。不能

越乎其職權上當然之取消變更權。再進一步。正式之訴願則反是。雖非該官廳所得當然取消之處分。亦得使其取消。例如該處分之取消。將新與損害於個人時。此等取消在官廳自己之職權上本不得當然爲之者。然該處分若許人民對之提起正式之訴願。則官廳仍得以其訴願裁決之結果。而取消其處分。此外又有對於職權上全無取消權之官廳。亦得以正式之訴願。使其取消處分者。例如府縣參事會、郡參事會。其職權上全無有取消處分、變更處分之權。必因有訴願時始得行取消權者是也。正式之訴願。既有此等法律上效力。故不能如單純之訴願。無論何人、何事、何時、何地。皆得爲之。此於法律上。蓋有種種之制限。

一 有訴願權之人。單純之訴願。無論何人。皆可提起。正式之訴願不然。其得提起之者。在法律上有一定之制限。夫法律中。有時規定其許爲訴願者。並同時規定何人有此訴願權。特通常之法律。則唯規定其何事得提起訴願而止。至於何人有爲此訴願之權利。多不設特別之明文。願明文上雖未有規定。而其得有訴願權者。僅限於因該處分而直接受損害之人。苟其所受之損害。不過爲間接者。仍不得爲訴

願。雖然若以法律明定訴願權利者之範圍時。固非必須以此爲條件。法律之本身。無論對於何人皆得以明文而與以訴願權。

二 訴願事項。訴願事項云者。法律上許其爲訴願之事項之謂。正式之訴願。非如單純之訴願。無論對於何等處分。皆得爲之者。其得爲訴願之事項。法律上有一定之限界。此限界除依特別之法律勅令所規定者外。其在明治二十三年法律第一百五號訴願法第一條之所規定者如左。

甲 關於賦課租稅及手數料之件。

乙 關於租稅滯納處分事件。

丙 關於營業免許之拒絕及取消事件。

丁 關於水利土木事件。

戊 關於查定官有土地民有土地之區域事件。

己 關於地方警察事件。

於以上各種事項外。新定訴願事項。須以法律或勅令爲之。勅令以外之命令。不得

定訴願事項。

三 訴願之期間。得提起正式訴願之期間。法律上有一定制限者。其期間經過後。訴願權即當然消滅。即令此時仍提起訴願。不過爲單純之訴願而已。在法律上無何等拘束力。訴願期間之原則。自有行政處分之日起算。以六十日爲其限度。若受訴願之裁決後。不服其裁決。而更訴願於其上級官廳時。則自有最初之裁決日起算。以三十日爲限度。

四 訴願官廳。可以提起訴願之官廳。爲發該處分之官廳之直接上級官廳。但此乃原則也。此原則之外。有時法律亦使人民得提起訴願於發該處分之官廳自身。就中如對於各省大臣之處分。則以其無上級官廳之故。是以須對於各省大臣而爲訴願時。即提起於各省大臣。

五 訴願之手續。訴願須以文書爲之。其文書中。須記載法律所定之一定事項。若其記載有不備時。則因方式欠缺之故。即爲訴願却下之一原因。訴願之裁決。亦須以文書爲之。且以無須用口頭審問爲原則。可逕直以文書而決定。是則與訴訟不

同之點也。

六 訴願提起之效力。訴訟提起後。訴願官廳。即不能再審查其所爭之行政處分而裁決之。是即因提起訴願。所生法律上效力之最著者也。此外尚有一種效力。即行政處分。有時因提起訴願之故。停止其執行者。夫就原則而論。行政處分。原不因提起訴願之故。停止其執行。即令有訴願時。而於未有取消或變更之裁決以前。尚有完全之效力。但法律勅令有特別之規定時。或官廳因人民之請求。以其職權認為必要時。亦得停止其執行也。

七 訴願裁決之效力。訴願之裁決。其實質可分為四種。因其實質異。故效力亦隨之而異。

甲 訴願之裁決。有為却下其訴願者。却下云者。不入於本案問題以審查其當否。直以其訴願為不具備法律上要件。而拒絕其再為審查之事者也。訴願之却下。亦訴願裁決之一種。受却下者。得更對之提却訴願於上級官廳。

乙 訴願之裁決。亦有仍認其所爭之行政處分為是者。此時其所爭之行政處分。

恰與未曾有提起訴願者同。依然繼續其效力。但此等裁決。非謂前處分直爲不可變更者也。前處分雖由訴願之結果已被是認然爲該處分之官廳。或其上級官廳仍不妨視之與無訴願之裁決者同。由其職權取消或變更之。

丙 訴願裁決之第三種。爲取消處分。而同時並未有代之之處分。此時之裁決。不過純然生消極的之效果。使前之處分失其效力而止耳。但其效力之失也。乃溯及既往而全失之乎。抑僅對於將來而失効力乎。是因其所以被取消之原因而異。該處分若因其超越權限。或違反法律命令而取消者。則當然溯及既往而失効力。該處分若因其爲不當而取消者。則其失効力也。其或爲溯及既往。或僅限於將來。可由訴願之裁決而定之。

丁 訴願裁決之第四種。則爲取消前處分。同時直接自發代之之處分。是即處分之變更也。此時前之處分。既失効力。爲裁決之消極的之效果。又同時於此消極的之效果外。因其裁決所與之新處分發生積極的方面之效力。下級行政官廳。即因此而受拘束。不可不執行之。但其處分乃爲上級官廳之處分。下級官廳不

能有自由變更其處分之權。無論何時。凡訴願裁決之效力。止能及於其所爭之特定處分。而不及於同樣之他處分也。

第二章 行政裁判

第一節 行政裁判之性質

關於行政裁判性質之學說。可大別爲二種類。一說置重實質。一說置重形式。置重實質之說。更有兩種。一說謂行政裁判。乃決定關於公法上權利之爭論者。今姑名之曰權利說。一說謂行政裁判。不僅保護權利而止。乃確定一切公法區域內法規之適用之行爲也。今姑名之曰法規說。至於置重形式之說。則不問其實質如何。欲一依形式而定其觀念。其說謂行政裁判者。對於行政處分。以裁判之形式而爲之。之救濟手段也。

自日本之現行法言之。不可不以置重形式說爲正當。何則。蓋現行法規之所謂行政裁判與訴願。其實質無得而區別之故也。夫現行法規中之訴願。對於違法及不當之處分。皆得提起。若行政訴訟。則唯得對於違法處分提起。之對於不當處分。不得提起。

行政訴訟似兩者之實質亦不盡同。然僅就違法處分而論，則當事者可以爲訴願，亦可以爲訴訟。訴願訴訟之方法一任當事者之自擇。此時訴願與行政訴訟實質直無絲毫區別矣。加之現行法上提起行政訴訟之原則必先爲訴願，經訴願之裁決後始得出訴於行政裁判。所換言之，訴願者即行政訴訟之第一審行政訴訟者，即訴願之始終。審其所審查之實質前後並無差異，而一則以之爲訴願，一則以之爲行政訴訟，是行政訴訟之觀念不得依實質而定之。益明瞭矣。故就現行法上之意義以爲言，則行政裁判之觀念純然爲形式上之觀念。其所以與訴願區別者，專在形式上之差異而止耳。若就學理上行政訴訟之觀念言，則此不足以盡之。蓋就學理上以論行政訴訟，則除此形式的之觀念外，其性質如何，極爲重要之問題。而依現行法解釋之，則不問其性質如何，凡屬於行政裁判所權限之事項，皆可爲行政訴訟。是等說明於學理上無何等之價值。不過僅足以說明現行法上行政訴訟之觀念而已。由性質上以論行政訴訟之觀念，不能單以置重形式爲事，宜就其實質而說明之也。

權利說與法規說皆欲由實質以論定行政訴訟之觀念者也。主張權利說者以爲行

政訴訟。專因保護權利之故而存在者。民事訴訟之存在。以保護私法上權利之故。行政訴訟之存在。則以保護公法上權利之故。非有侵害權利者。即不得提起行政訴訟。此說爲今日所最通行者。然非正當之見解。蓋私法之區域。其法之目的。全在定個人之權利。法與權利在私法上之範圍。完全相同。直可謂法即權利之觀念也。故民事裁判。常爲權利之裁判。若公法區域中。則權利非有如此重要之地位。在公法中。法之第一目的。即公益也。其認個人之權利。僅以個人利益之合於公益者爲限。個人之權利。乃公法附隨之目的。決非公法規定之全部。公法之規定。除規定個人權利者外。其純然爲公益規定者。尙多。行政裁判。乃公法區域之裁判。非若民事裁判。專以保護權利爲目的。且裁判者。以確定法之適用爲目的之行為也。對於各別之事物。宣言其在法上。爲如何之規定者。也。法所規定者。若爲權利之規定。則裁判。即爲確定權利之行為。私法之區域。其法所規定者。常爲權利。故民事裁判。常爲決定權利者。公法之區域。則不然。其法所規定者。非必常以權利爲目的。故謂行政裁判。專爲決定權利者。甚非得當。

就日本現行法言之。明治二十三年法律第六號。雖僅以有障害權利者時。屬於行政裁判所之管轄。然其他之法律勅令則不然。就中如府縣制市町村制中。雖毫無權利障害之事。亦許爲行政訴訟。其實例甚不少。即如市參事會、町村長。以市町村會之議決爲違法越權而取消之時。市町村會得對之而出訴於行政裁判所。此時訴訟之當事者爲市町村會。非權利之主體。即無權利障害之理由。其訴訟之目的。單在確定法之適用而止。非裁決權利之爭論。又如關於選舉效力之訴訟。凡選舉人皆有訴訟權。此時不過因被選舉人爲違法當選故而提起訴訟。並非選舉人之權利受侵害。若謂此時其性質上非行政訴訟。直無是等理由矣。

要而言之。上述各種之行政裁判觀念。可分爲二。一乃成法上之行政裁判觀念。一乃性質上之行政裁判觀念。成法上之行政裁判。乃純然爲形式上之觀念者也。不問其性質如何。凡屬於行政裁判所之管轄。以裁判手續而行之者。即行政裁判。設非爲行政裁判所之管轄。而屬於普通行政官廳之權限。或屬於民事裁判所之權限者。即性質上所裁決者。爲因行政處分致權利受障害之事。亦非成法上之所謂行政裁判。反

之而性質上或學理上之所謂行政裁判。不問現行法上以之爲行政訴訟與否。必其性質上可屬於行政裁判者。然後得爲行政裁判。此即專爲實質上之觀念也。至其實質果如何。則普通所通行之權利說。實不如法規說之爲正當。以下特就此意義將性質上之行政裁判觀念。試詳述之。

性質上之行政裁判者。對於各個事件。以確定其各個行政法規之適用爲目的之行為也。

一 行政裁判者。以確定法規之適用爲目的之行為也。故便宜裁量之行為不得爲行政裁判之目的。行政裁判。唯決定特定之處分。究竟違反法規與否而止。非決定其適於公益與否者。此行政裁判。所以與一切裁判之性質不同也。夫裁判之事。亦非必單純以解釋法規之文字爲已。足法規之規定。決不能對於各別之事物。能完全周至而無餘。故裁判所當判決之時。於其範圍之廣者。頗有酌量之餘地。但裁判官之酌量。僅能爲論理的之活動。當此之時。不過能推測其所酌量者。爲某法之所認而止耳。實非由自己之意見爲便宜之處分者也。

行政裁判之目的。專在確定法規之適用。除此最終之目的外。無有何等現實之目的。自此點觀之。是行政裁判與普通之行政處分異。行政處分亦有須決定法規之適用者。然法規之適用。乃行政處分之手段。非其目的。蓋在得實在之結果者也。

二 行政裁判者。適用行政法規者也。此爲行政裁判所以異於民事及刑事裁判之點。民事裁判爲適用私法法規者。刑事裁判爲適用刑法法規者。而行政裁判之所爲確定者。則在行政法規之適用。

三 行政裁判者。對於各個事件。確定其各個行政法規之適用者也。故行政訴訟之目的。乃行政處分。若對於法規。則不得提起行政訴訟。

凡具備以上所述之要素者。其性質上皆爲行政訴訟。性質上之行政訴訟。不必與成法上之行政訴訟相一致。有在性質上爲行政訴訟。而在成法上則以之爲訴願。或以之爲民事裁判者。例如選舉效力之訴訟。其關於地方議會之選舉者。雖屬於行政裁判所之管轄。而關於衆議院之選舉者。則屬於民事裁判所之管轄。即其類

也。至論性質上行政訴訟與成法上行政訴訟之關係。則僅有一點。蓋凡性質上可爲行政訴訟之事。若非特別有法律之明文。則行政裁判所以外之官廳。不得而管轄之。若有法律之明文時。雖性質上爲行政訴訟。而以民事訴訟之形式爲之。亦非必違反憲法者。據憲法第六十一條之規定觀之。凡因行政官廳之違法處分。致權利受傷害而起訴者。其訴訟若屬於行政裁判所之管轄。則司法裁判所。即在不得受理其訴訟之限。此規定雖不過欲避兩裁判所權限之重複。然不得謂全行禁止民事裁判所之受理行政訴訟。故性質上雖爲行政訴訟。若以特別之法律。使之屬於司法裁判所權限中亦無妨也。

第二節 行政裁判所之組織

各國之行政裁判所制度。可別爲三種。第一種制度。可名曰英國主義。美國及比利時倣之。此制度使行政裁判與民事裁判。均屬於司法裁判所之管轄。無公法私法之區別。一切法規之適用。皆由同一之裁判所而確定。第二種制度。乃佛國主義。千八百八十八年以後之伊太利倣之。其主義使行政裁判。獨立於司法裁判所之外。不設特別

之裁判所。而使普通官廳之有獨立地位者。掌理其事。佛國之樞密院中。設者行政訴訟府。即爲此也。第三種制度。乃獨逸主義。獨逸中多數之國。及奧太利與日本。皆做此主義者也。此主義仍使行政裁判。獨立於司法裁判所外。仍以行政官廳管轄之。就此點觀之。與佛國主義。大致相同。唯佛國主義。則使之屬於普通官廳。獨逸主義。則別設有獨立地位之特別機關以管轄之。是其與佛國主義不同之點也。該機關之組織。亦以司法裁判所爲模範。

行行政裁判之特別機關。即行政裁判所。日本之行政裁判所。似始。審。而。實。爲。終。審。蓋行政裁判之下級。審。乃。依。訴。願。之。手續。爲。之。而。非。行。政。訴。訟。故。也。組織行政裁判所者。有長官及評定官。就原則論之。長官評定官。有獨立之地位。非因懲戒處分。或刑罰之宣告。不得反其意而決之。免官及轉任。但現行法許普通行政官兼爲行政裁判官。故當其兼任之時。若其本官無此等地位保障。則其兼官亦因而無獨立之地位矣。行政裁判官。又有職務上之獨立。當其行判決時。無論何人之指揮命令。均有所不受。此則不問其爲兼官與否。均無區別。

行政裁判所。乃合議體之機關。最少亦須有裁判官五人以上列席合體。其判決則準過半數而決定者。故其參與合議者。須爲奇數。

第三節 行政訴訟事項

可以提起行政訴訟之事項。稱之曰行政訴訟事項。行政訴訟與民事訴訟異。非關於行政法上之一切法律問題。皆得提起訴訟。其得提起訴訟之範圍。由法律而限定之。除此事項以外。不得以行政訴訟求其救濟也。

以法律限定行政訴訟事項之方法。有定一般的之標準。使凡適合於其標準之事項。皆得爲行政訴訟者。有由處分之實質。列記其可以提起訴訟之各個事項者。前者謂之概括法。後者謂之列記法。諸國之法律。有用前法者。有用後法者。有混用兩法者。日本之現行法。以用列記法爲原則。而亦間有混含概括法者。

以概括法爲標準而許其提起行政訴訟者。即明治二十三年法律第百六號是也。依此法律。則對於左記五種之一般事件。若因違法處分而權利受毀損時。皆許其提起行政訴訟。

一 除海關稅外關於租稅及手數料之賦課事件

二 關於租稅滯納處分事件。

三 關於營業免許之拒絕及取消事件。

四 關於水利土木事件。

五 關於查定官有土地民有土地之區域事件。

以此規定與許爲訴願之事項相比較。其大體無甚差異。惟關於海關稅事件及關於地方警察事件。則僅許訴願而不許訴訟。其關於海關稅之不許訴訟者。因關稅問題。以輸入品之品質問題爲主。是宜其技術上之知識爲必要。而不適於訴訟問題故也。其地方警察之不許訴訟者。因地方警察事務。以迅速便宜之處置爲必要。若許爲訴訟。則不勝其煩故也。至其許提起訴訟之事項。亦有左記之要件。

一 須對於處分始能提起。 凡規定一般的法規之命令。不得以其違反法律之故。

對之而提起訴訟。但提起訴訟。亦非必專在積極的方面。已有違法處分之時。始能提起。即在消極的方面。凡違反法律。不爲其所應爲之處分時。亦得爲提起訴訟之

目的。

二 須對於違法之處分始能提起。凡處分出於法規範圍內之自由裁量者。不得爲提起訴訟之目的。

三 須因其處分而權利已蒙損毀時始能提起。

凡屬於以上所述之事項。苟有特別之法律勅令。許其提起行政訴訟。則可以單依其特別之規定而提起之。前方所揭法律第六號之規定。即不得而制限之矣。

除以概括法之標準規定者外。尚有依市町村制、府縣制、河川法、鑛業法以及其他種種法律勅令之規定。許其對於各個特別之事項。提起行政訴訟者。至於新定行政訴訟事項。不必定以法律爲必要。得以勅令定之。但勅令以下之命令。則不能新定行政訴訟事項。以特別之法律勅令規定行政訴訟事件時。其行政訴訟之要件。可由特別之法律勅令。別爲決定。不必以前揭法律第六號之要件爲制限。就中如權利之毀損。則以之爲不必要者甚多。此前方所已詳言者。然除可以推測其有反對之明文。或有反對之意思者外。如提起訴訟不可不爲對於處分者。且其所對之處分。不可不爲

違反法規者，則爲一切行政訴訟之要件。蓋行政訴訟之性質，乃對於各個事件以確定其各個法規之適用爲目的者故耳。

第四節 行政訴訟手續

行政訴訟之手續，大體皆準用民事訴訟手續。就中如裁判公開之原則，口頭審問之原則，關於舉證責任之原則等，無論行政訴訟、民事訴訟，直無區別。唯行政訴訟之訴訟當事者及參加人，若不欲爲口頭審問時，即可不必行此手續，得逕直以文書判決之。至於蒐集證據，亦與民事裁判同，得召喚證人、鑑定人，使爲證言及鑑定，並得以各種文書及心證，以爲其證據之材料。凡此等行政訴訟手續，大體皆與民事訴訟同，但非民事訴訟之規定，當然適用於行政訴訟者，唯行政裁判所得由自己之決定而準用民事訴訟法耳。

行政訴訟，必依當事者之請求而開始。其判決亦不得及於當事者之要求以外。此皆與民事訴訟相同者。是以提起行政訴訟者，必有一定之要求。他如提起行政訴訟之期間，則與提起訴願之期間同，自有該處分之日起算，以六十日爲原則。又凡行政訴

訟雖經提起。然就原則而論。該處分之執行。不因之而停止。但有時因當事者之要求。或裁判所之職權。亦得停止其執行。是仍與提起訴願相同者也。

行政訴訟之手續。有一最重要之原則。蓋提起行政訴訟之前。須先訴願於地方上級官廳。非經該官廳之裁決。不得提起行政訴訟。故就原則而論。行政訴訟者。常對於訴願之裁決而提起者也。唯對於各省大臣之處分。或最高地方官廳之處分。得徑直接起所政訴訟。又凡對於內閣爲訴願時。經其裁決之後。不得對於其裁決而提起行政訴訟。

第五節 行政訴訟之當事者

凡提起訴訟或立於提起者之相手方之地位。而參與訴訟手續。受判決之拘束者。即所謂訴訟當事者是也。民事訴訟之訴訟當事者。乃權利之主體。兩個以上之權利主體。相對立而爲訴訟當事者。行政訴訟之當事者。其亦爲權利主體之相對立否乎。是宜研究之問題也。或學者謂行政訴訟。其訴訟當事者。亦要爲權利主體。當事者之一方爲國家。而他之一方。即主張其權利被毀損者也。或又謂行政訴訟。唯有一方爲主

張其權利被毀損者。以余觀之。兩說皆非。據余所信之說。則行政訴訟之當事者。不必爲權利之主體。蓋民事訴訟。所以爲其訴訟之目的者。乃權利之爭論。故其當事者。必以爲權利之主體。行政訴訟。則非出權利之爭論。乃對於行政處分之救濟手段也。其訴訟之目的。有主張其權利因該處分而被毀損者。有單純以適用法規爲目的。而無權利毀損之事者。主張權利毀損時。其一方之當事者。雖常爲權利主體。而此訴訟仍非出於權利之爭論。蓋此訴訟非權利與權利相對。乃行政處分與權利相對。故他之一方。非權利之主體。而爲行政官廳。至於單純以適用法規爲目的。而非主張權利毀損時。當事者之雙方。皆無須爲權利主體。例如市町村制。市參事會或町村長。取消市町村會之議決。市町村會以其取消爲不法。而提起行政訴訟。使謂訴訟當事者。必須爲權利主體。則此時直可謂無一訴訟當事者。殆將不得不謂其無訴訟之性質矣。故據余所信之說。則行政訴訟。其當事者之一方。必爲行政官廳。其相手方或爲一私人。或爲私法人。或爲自治團體。或爲行政官廳。行政訴訟之原則。須先提起訴願。對於訴願之裁決而始得提起。故立於行政訴訟之被告地位者。爲裁決訴願之官廳。但訴願

被却下時。或因訴願而是認前處分時。前官廳之處分。尙爲有效。故當此之時。其行政訴訟之被告。仍爲發最初處分之官廳也。

行政裁判所。得於當事者之外。使該事件中有利害關係之第三者。參加訴訟。或因第三者之自願。許其參加訴訟。參加訴訟之第三者。謂之參加人。參加人與訴訟當事者。均有參加於訴訟手續而爲口頭辯論之權。其判決均對之有拘束力。

第六節 行政裁判之效力

行政裁判之判決。對於所爭事件。有不可變更之力。而足以拘束訴訟當事者。此等判決之效力。謂之曰既判力。行政裁判所之判決。其既判力之範圍。亦與司法裁判所之判決無以異。同一之事實。再興訴訟。則當事者得以其爲既判事項而抗辯之。同一之事實。再受官廳之干涉。亦得主張一事不再理之原則。至對於該事實。則以最終之確定力而判決之也。

判決之有既判力。即爲行政訴訟與訴訟最不相同之點。訴願之裁決。無此等不可變更之力。夫因訴願之裁決。取消前處分或變更前處分時。下級官廳。已被束縛於該裁

決。原不得以自己之意思而動之。但下此裁決之官廳。或其上級官廳。對於該裁決。得視之與普通之行政處分同。除有特別反對之理由外。得取消或變更之。若行政訴訟之判決則不然。即令違反法規。然既經確定。則該事件已絕對不可變動矣。既判力所及之範圍。僅止於繫爭事件。僅此事件之特定法律關係。以最終之效力而被決定。他之事件。雖與此事件同一理由。亦不被其判決之影響。例如行政處分。因其所適用之法律爲違法法律之故而被取消。其依同一法律而發之他處分。不因此妨其效力。又判決之既判力。僅拘束訴訟當事者及其參加人。若此外之第三者。則雖同受此處分。亦不能因有判決而妨其效力。

第三章 權限爭議

行政官廳相互間之權限範圍。如有爭議時。其共通之上級官廳。有決定之之權。各省大臣相互間有權限之爭議時。內閣有決定之之權。故行政官廳相互之權限。無須有特別之權限爭議手續。又如英米諸國。凡一切法律問題。無論爲行政上之事件。刑事上之事件。均屬於通常裁判所之權限。故英米諸國。亦無權限爭議手續之必要。權限

爭議云者。以行政權司法權分離爲前提。必認司法裁判所不有行政上事件之權限。然後權限爭議之必要。乃始發生。是以權限爭議之法系。先發達於佛國。因其爲行政權司法權極端分立之國故也。其他諸國之制度。則無論直接間接。皆以佛國之制度爲模範。

權限爭議。雖爲日本國法之所認。然現行法令中。其關於權限爭議之規定。唯行政裁判法中有下記之一條而止。其規定云。「關於行政裁判所之權限。由行政裁判所自爲決定。若行政裁判所。通常裁判所。特別裁判所。起權限之爭議時。由權限裁判所裁判之。」本條中所規定之權限裁判所。現今尙未設立。權限裁判所未設立以前。權限之爭議。由樞密院裁定。是則行政裁判法第四十五條之所規定者也。該條文之規定中。又謂樞密院之裁定手續。須由勅令定之。然今日尙未有關於此事之勅令。故權限爭議。何人何時可以提起。皆無一定之規定。唯有據普通之學理以決之耳。

行政裁判法中。關於權限爭議之事。雖未規定其何人何時可以提起。然據其規定而觀之。則左記之原則。已經認定之矣。

一 權限爭議。僅存在於行政裁判所與司法裁判所之間。若普通行政官廳與行政裁判所之間。則無權限爭議之餘地。關於行政裁判所之權限。行政裁判所有自爲決定之權。其決定可以拘束普通行政官廳。故對於權限問題。行政裁判所所立之地位。比於行政官廳。特爲優勝。例如行政裁判所決定某事件爲自己所管轄。受理而裁判之。普通之行政官廳。雖以爲自己應有該事件之管轄權。亦無得而爭之。行政裁判所之判決。實有完全之效力也。至於普通行政官廳與司法裁判所間。其權限爭議之法制。日本與其他各國。亦有不同。日本法制。凡行政官廳。不得以司法裁判所爲相手方而提起權限爭議。司法裁判所之權限。司法裁判所自有決定權。行政官廳。無有爭之之餘地也。

二 權限爭議。爲行政裁判所與司法裁判所間。必不可無者。蓋憲法上。因欲使行政裁判所與司法裁判所之權限。不相重複。故有行政裁判所權限內之事項。司法裁判所不得受理之規定。然則行政裁判所所屬事項。司法裁判所以爲自己之管轄。而受理時。行政裁判所。不可不有防衛自己權限之手段。權限爭議。即由此而生。反

之而司法裁判所所屬事項。行政裁判所以爲自己之管轄而受理時。司法裁判所亦不得不提起權限爭議矣。

三 由以上兩點觀之。則行政裁判所與司法裁判所皆可以提起權限爭議。各國法律。行政裁判所與司法裁判所無對等之地位。司法裁判所之判決。亦可對於行政裁判所而主張其既判力。故一旦該事實既經司法裁判所判決後。行政裁判所已不得以之爲自己所管轄而受理之。反之而行政裁判所之判決。不得以其既判力對抗司法裁判所。因之行政裁判所既經判決之事項。司法裁判所不妨再受理而裁判之。因此結果。故凡得提起權限爭議於司法裁判所者。唯限於行政官廳及行政裁判所。但司法裁判所。其所以能有此優勝地地者。必有法律明文之根據。若無法律之明文。即不能以爲當然有此也。日本國法。唯司法裁判所與行政裁判所間。可以考見其權限爭議之存在。故司法裁判所及行政裁判所對於權限之決定。兩者皆有對等之地位。是以彼此皆得提起權限爭議。

四 權限爭議之提起。必以司法裁判所或行政裁判所已受理某事件而着手其裁

判爲前提。因其已着手之故。他一方之裁判所。主張其爲自己所管轄。而權限爭議遂起。

五 提起權限爭議。又須在該事件尙未確定判決以前。若判決既確定。則該事件已以既判力而確定之。即不能以屬於該裁判所管轄以外爲理由。而取消其判決。故提起權限爭議之時期。須在訴訟手續開始之後。判決確定之前。

六 既提起權限爭議。即須中止其所爭議事件之裁判。以待權限爭議之判決。判決之結果。若決定該事件之權限。應屬於已着手裁判之裁判所。即與無權限爭議時同。仍由該裁判所繼續裁判之。若決定該事件之權限。應屬於他裁判所。則該裁判直溯及最初而取消之。當事者須別出訴於他之裁判所。除以上之原則外。其權限爭議手續之細目。法律上全無規定。然使以缺手續法之故。遂謂權限爭議。直無提起之途。殊非正當之見解。何也。法律雖未規定其手續。而已認定判決權限爭議之官廳。且已規定行政裁判所與司法裁判所間有權限爭議故也。

權限爭議。通常區別之爲二種。一積極之權限爭議。一消極之權限爭議。積極之權限爭議云者。對於同一事件。雙方之裁判所。皆主張屬於自己所管轄者是也。以上所述之權限爭議。即指此類而言。日本國法之所認者。亦僅此積極之權限爭議而止。消極之權限爭議云者。雙方之裁判所。皆主張其非屬於自己所管轄者是也。訴訟當事者。出訴於司法裁判所。司法裁判所謂其爲行政事件而不受理。更出訴於行政裁判所。行政裁判所又謂其爲司法事件而不受理。此時益生消極之權限爭議。此類權限爭議。若自嚴格之意義言之。並不得爲權限爭議。蓋其提起此爭議者。乃訴訟當事者而非裁判所。唯因法律許當事者提起訴訟於權限裁判所。仰其裁決。以定其權限之誰屬。故謂此訴訟爲消極之權限爭議。但此等訴訟。未爲日本現行法所認許。是以日本之現行法上。無消極之權限爭議。

第四章 屬於司法裁判所權限之行政事件

司法裁判所。乃裁判民事及刑事事件者。行政事件。以不屬於司法裁判所之管轄爲原則。然法律往往有以特別之明文。使或種行政事件。不屬於行政裁判所。而反使之

屬於司法裁判所者。即使無此等特別明文時。司法裁判所當其裁判民事及刑事事件。亦有須以審查行政處分爲其先決問題者。凡此之類。亦爲對於行政之一種救濟手段。故於本編之末。特爲論之。

一 審查行政處分而決定行政法規之適用。此其性質上。爲行政訴訟。本不屬於司法裁判所之權限。然法律以特別之明文。使行政事件屬於司法裁判所之權限。亦非牴觸於憲法之規定。此於前方已會言之。現行法中。其使行政事件屬於司法裁判所所管轄者。不一其例。即如關於衆議院議員之選舉訴訟。關於公用徵收之損害補償金額等是也。公用徵收之損害補償。果爲公法上之權利乎。抑爲私法上之權利乎。是雖爲尙有異議之問題。今即假定其爲私法上之權利。然其權利乃由公用徵收之裁判而定之者。公用徵收之裁判。純然爲行政處分。故補償金額之爭論。即爲行政處分當否之爭論。因之而該事件。非民事訴訟事件。乃行政事件。匪特對於公用徵收之補償爲然也。凡損害要償之訴訟。行政裁判所。皆不得受理之。此爲行政裁判法（第十條）所規定者。故凡基於公法上處分所認之損害要償權利。其訴

訟常屬於司法裁判所。但凡行政事件。若使其屬於司法裁判所管轄時。不可不用法律爲之。何則。司法裁判所之權限。乃依裁判所構成法而定之者。今使行政事件屬於其權限之中。是其權限之擴張。即爲法律之變更。故也。行政事件。依法律之規定。屬於司法裁判所權限時。其管轄裁判所。除有訴訟打續等特別之明文外。一切須從民事訴訟法之規定。

二 行政處分被司法裁判所之審查時。亦得視之如假處分。假處分云者。性質上本屬於司法裁判所權限之事件。因其事緊急或輕微之故。以法律許其由行政處分暫處置之。例如違警罪即決處分之類是也。受假處分者。若不服其處分時。法律許其出訴於司法裁判所。既出訴後。假處分即金失效力。直與自最初即未嘗有此處分之狀態同。司法裁判所。以之爲第一審而裁判之。

三 於屬司法裁判所權限之行政事件中。其最重要之問題。即爲當裁判民事及刑事事件時。有必要以決定行政法規之適用爲其先決問題者是也。民事及刑事事件之判決。往往有以行政法規之適用爲前提者。此在佛國之國法。則司法裁判所

須一時中止其擊爭事件之訴訟手續。移之於行政裁判所。待其問題解決後。始從其決定而判決之。蓋佛國法以爲司法裁判所。雖以之爲先決問題。然其決定行政上之問題。仍爲行政權被司法權之侵害。故不使之屬於司法裁判所之權限。日本國法不認此手續。夫使爲其前提之行政上問題。一旦既爲行政訴訟之目的。經行政裁判所之判決。則其事項。爲既判事項。對於司法裁判所。即有既判力。司法裁判所。已不得自己獨立而爲判斷。此不待論者也。即使未經行政裁判所之判決。而其事件已在行政裁判所之繫屬中。則司法裁判所。亦宜中止其口頭辯論。而待其判決。雖然。若該事件。既無行政裁判所之判決。又不_在行政裁判所之繫屬中。則司法裁判所得以自己獨立之判斷。以審查行政處分。而藉之以爲該事件判決之前提。例如以官吏之職務犯罪爲刑事訴訟之目的時。刑事裁判所。不可不審查其行爲之屬於該官吏權限內與否。且爲違法之職務行爲與否。而因以爲該刑事事件判決之前提。又如民事訴訟。其訴訟之目的。爲損害賠償。而其損害賠償。又由官吏之違法行爲而生者。則民事裁判所。亦不可不先審查其職務行爲之果爲違法與否。

當此之時。司法裁判所並非管轄行政事件。其判決自體全然以民事及刑事事件爲內容於行政權之範圍實絲毫無所侵犯也。

司法裁判所之審查行政上問題。其範圍唯限於以之爲民事或刑事事件之先決問題者而止。若訴訟之本體在爭論行政處分之當否。則雖名義上有民事事件之外觀性質。上乃純粹之行政事件。而非屬於司法裁判所之權限者。例如受公用徵收之裁判者。以其裁決爲無效。提起所有權回復之訴。此其名義上爲所有權之訴。亦似屬於民事事件者。但其訴訟本體之目的在欲使公用徵收裁決無效。實爲行政事件。凡一事件之性質。欲定其爲民事事件或行政事件。不可僅據其名義而判斷之。須審其實質之如何。

第五編 自治之觀念

第一章 總論

第一節 自治之觀念

自治二字之意義。爲行政法上最有異議之一問題。日本之自治制度。大體以獨逸之自治制度爲模範。而獨逸學說之解釋自治者。亦各各不同。至若獨逸之所謂自治。與英國之所謂自治。意義尤異。英國之所謂自治。非必僅就行政之一部而言。凡立於被治者地位之人民。參與國家政務時。皆爲自治。據此意義。則英國之國會。及由國會之多數黨中所自出之內閣大臣。皆爲自治機關。陪審員參與裁判。治安判事掌理警察。皆爲自治制度。彼米國之大統領。乃由人民公選者。亦自治矣。而獨逸之所謂自治。則無如此廣泛之意義。自治二字。專爲地方行政上之用語。僅對於郡市町村或組合之事務。始有所謂自治。日本之所謂自治。與獨逸同。亦爲專對於地方行政而言之者。獨逸國法學者。其解釋自治二字之學說。雖各各不同。然可大別之爲二派。一曰自治

者。由立於被治者地位之人民。全無官吏資格。而參與行政之謂。一曰自治者。團體自執行其行政事務之謂。換言之。則一以人民爲自治權之主體。一以團體爲自治權之主體。學者稱第一意義爲人民之自治。(公民自治)稱第二意義爲團體自治。

近世自治制度之所以發達者。其最重要之理由。在使人民自行行政。人民自行行政。即所以使之習於政務。而因以爲代議制度之基礎也。且欲達國家之目的。不可不同時使人民之利益。各得其所。古奈斯特云。自治制度。所以使國家與社會之連鎖。職是故耳。然則解自治爲「立於被治者地位之人民參與行政」實爲極合於自治之精神者。日本之市町村制理由書。其解自治二字。亦與此意義同。惟就法律之意義言。則人民非法人之權利義務主體。故以人民爲自治權之主體者。自法律之意義觀之。不得爲正當解釋。

自治云者。以自己之意思。處理自己事務之謂。故有自治權者。必有意思之活動。換言之。即不可不爲法律上之人格者。又自治者。執行行政事務之一方法也。故有自治權者。不可不以公共事務爲自己之目的。以行公共事務爲目的之人格者。即國家或國

家內之公共團體。是以非國家或公共團體。必不能爲自治權之主體。雖然自治者。又對於被治而言之者。也。苟其他之主體。不得而治之。即不得爲自治權之主體。故國家雖自執行其行政。而不受告於其他主體。仍不得爲自治。換言之。得爲自治權之主體者。惟限於國內之公共團體而止耳。

因以上之理由。故法律上所謂自治之觀念。專屬於前述之第二意義。即所謂團體自治也。試舉其觀念如左。

自治之者。國家內之公共團體。以自己之意。思處理該團體存立目的所在之公共事務之謂也。此定義中。有宜注意之數點。

甲 自治者。處理公共事務之謂也。一個人處理自己之事件。或會社及其他私法人。以自己之意思。處理其事務。皆非自治。

乙 自治者。國家內之公共團體。處理其存立目的所在之公共事務之謂也。自治權之主體。須爲以公共事務爲其存立目的之團體。會社及其公私法人。亦有由特別之委任。或特別之命令。而執行公共事務者。例如鐵道會社之輸送軍隊及郵便。

物。銀行之發行兌換券等類。然私法人非以公共事務爲其存立之目的。其存立之目的專在營利。故私法人雖處理公共事務而非自治。且自治者又爲國家內之團體。行自己之事務者。故國家直接行其事務時。雖有人民參與其機關之組織。仍非自治。

丙 自治者。國家內之團體。以自己獨立之意思。處理公共事務之謂也。故該團體

之意思。若不能獨立。專由國家之指揮命令。以處理其事務時。即非自治。但自治體者。存在於國家之下者也。非對於國家有絕對獨立之團體也。故該團體之意思。不得違反國家之意思。若自治體得違反國家之意思。而有絕對之意思。自由則自治體將成爲獨立之國家矣。欲保持國家之統一。故國家於不可不於一定範圍內。制限其意思。換言之。即不可不對於自治體有監督權是也。雖然。國家對於自治體之監督權。依法規而有一定之限界。於其限界以外。國家即不得制限自治體之意思。日本之自治制度。非近時始創設者。惟因維新之初。削地方之權力。百度萬機。無鉅無細。皆統一於中央政府。而自治制遂若絕迹。及明治十一年。始制定府縣會規。明

治十三年。布區町村會法。地方自治之制度。復開端緒。政府努力於該制度之完成。使獨逸人莫舍爲市町村制草案。以明治二十一年法律第一號及第二號公布市町村制。以明治二十三年法律第三十五號及第三十六號定府縣制及郡制。於是自治制度之基礎。乃漸確定矣。

第二節 自治權之主體

爲自治權之主體者。乃國家內之公共團體也。有共團體。有法律上之人格。而此法人。係以公共事務爲其目的者。今爲使其與他種法人有區別之故。因稱之爲公法人。或公法上之法人。

一 法人之觀念。法人者。非自然之人類。而爲法律上之人之謂也。法律上之所謂人。乃權利義務之主體。非自然之人類。而爲權利義務主體者。即爲法人。夫法也者。規定社會之或種關係者也。社會者。人類共同生活之狀態也。法所規定之關係。即爲生存於共同生活中之與主體間之關係。既爲生存於社會中之主體。而法又公認其生存。則此主體即爲法律關係之主體。爲法律關係之主體者。即法律上之人。

換言之。則所謂人也者。於社會中有獨立之生存。而法又公認其生存者也。

社會爲人類共同生活之狀態。故於社會有獨立之生存者。第一必爲人類。但人類非天然爲法律上之人者。必因法已認其獨立之生存。而後始得爲法律上之人。設使法不認之。則雖爲天然之人類。不能爲法律上之人。例如古代之奴隸是也。奴隸雖有天然之生存。而無法律上之生存。蓋因奴隸之存在於社會。實爲他人之目的。故法不認其有獨立生存之事。因之奴隸非法律上之人。至謂人類爲自然人者。不過以生活出於天然之事實。法因公認天然之事實。遂並以之爲法律上之人。是故認人類爲法律上之人者。亦從其天然者也。

雖然。人類目的之一部。有非單獨之所能達者。人類欲達此等目的。因組織數多之共同體。此等共同體。非專爲組織者之各個人目的而存在者。亦自別有其獨立之生存目的。此其獨立之生存。又爲法所公認者。法既公認該共同體之生存。則該共同體。遂與組織之之各個人各別獨立而自爲權利義務之主體。組織之之各個人。雖歸消滅。但使此共同體自己之生存目的未消滅。則此共同體終有永續之性質。

換言之。此等共同體。雖以人之集合而成。亦自別爲一人者也。所謂法人之形體。遂從此而生矣。

自然人與法人。其於法律上之性質。全然相同。二者皆爲法律關係之主體。二者皆可以有權利、負義務。二者皆爲法之所認而有人格。自然人固天然爲人者。法人亦非因法之擬制而始爲人。就此數點觀之。法人與自然人。毫無區別。自然人苟不由法公認其人格。則自然人之生存。亦不過一事實。有生存之事實者。因不僅自然人爲然。即法人亦莫不如是。法人之有生存。並非出於法所擬制之結果。蓋人類之組織。共同體一事。實也。此等共同體。有獨立之生存目的。亦一事實也。法不過公認此事實而止耳。故謂法人爲法所擬制之人格者。誤也。自然人與法人之差異。實不在此。其所以差異者。僅在其目的與組織之不同而已。自然人者。由特定之一個人而成。關於一個人利益之範圍。有無限定之目的。法人者。由不定之多數個人而成。關於此等個人共同利益之事項中。僅於特定之範圍。有其目的者也。

二 公法人之觀念。法人有公法人與私法人之區別。此區別乃由法人之目的不

同而生者。公法人者。以行公共事務爲生存目的之法人。私法人者。以私之事務爲其生存目的之法人。

如何之事務爲同共事務。如何之事務爲私之事務乎。此不得依其事務之性質而區別之。有同一之事務。而在甲時代。視之爲公共事務。在乙時代。則視之爲私之事務者。例如現代之國家。凡維持一私人生活之事。乃私之事務。並非國家之事務。然在極端實行社會主義之時代。國家又須以維持各私人之生活。爲其公之事務矣。又如傳播宗教。在今日不以之爲國家事務。然往昔時代。則維持國教。執行祭祀。實國家重要事務之一。此等特定事務。欲決其爲國家之事務與否。須依當時之國法而定之。不得以該事務之性質。爲決其屬於國家事務與否之標準也。公法人雖以行公共事務爲其生存目的。然法人目的所在之事務。果爲公共事務與否。若以爲依其性質可以決斷。則決之之標準。將於何處求之乎。亦亦困難之問題矣。但公法人者。所以行公共事務者也。由其支配公法人行動之法規性質而觀之。則其所有之權利義務。與私法人亦有種種不同之特徵。今故得於現行法之下。判斷公法人

爲如何之法人。

第一 公法人所以異於私法人之第一特徵。即爲對於外部之關係。公法人之對外關係。由依公法之規定而受支配者也。公法人所行之事務。爲國家之事務。國家之行動。以受公法規定之支配爲原則。是故公法人之行動。亦以公法上之關係。其本來之性質。反之而私法人之行動。則以私法上之關係。爲其本來之性質者也。

第二 公法人以自己之名。行國家之公共事務者也。夫以所行之國家事務。爲其自己事務者。亦非必以公法人爲限。即私法人亦有行此等事務者。例如鐵道會社。負輸送軍隊之義務。銀行有發行兌換券之權利。皆無非行公共事務者。然私法人之行公共事務。乃基於特別之公法上行爲而來者。且其事務得依同樣之行爲而剝奪之。其所行之公共事務。雖被剝奪。私法人之生存。毫不因之而有所妨害。公法人則不然。是乃專因行公共事務而存立者。公共事務。爲其生存之目的。亦即其人格之基礎。若公共事務不存在。則公法人亦不得而存在矣。

第三 公共之事務。乃統一於國家。公法人特由國家而受其事務之分配者。夫所謂公法上之事務。即國家事務云云。所謂公法人。即國家之行政機關云云。皆無非此意義也。公法人之事務。既無非國家之事務。故公法人對於國家。有與私法人不同之特殊關係。此特殊關係。亦爲公法人與私法人不同之特色。

公法人之事務。既爲國家事務。則其事務之興弛。於國家之目的能達與否。大有關係。故公法人之行其事務與否。不可聽諸法人之任意。使公法人得以自己之任意。拋棄其事務。則國家之目的。即無由而得達。是以國家分配其公共事務於公法人時。即不可不使其負有必行公共事務之義務。

就此觀之。行公共事務之方法。雖可委諸公法人之自由意思。而其行公共事務否乎。則非可放任法人者。換言之。公法人者。對於國家。負有舉行自己事務之義務者也。

反之。私法人之事務。私事務也。其事務之興弛。無影響於國家之公共利害。是以國家不必以使之負。必行其事務之義務爲必要。雖私法人之行其事務時。亦負

有不可違反法規，或不可侵害公益之義務。然其行之與否，固全屬於私法人之任意也。

因以上所述之差異，故國家之對於公法人，其監督權之作用，與對於私法人之作用，大有差別。對於私法人，不過監督其勿反法規，勿侵公益而止。若該法人之設立廢止，則全委諸法人之任意。國家毫不干涉之。對於公法人之監督權則不然。公法人若不自行其事務，國家設有強制之方法，以使其不得不行。至其法人之設立，亦有出於國家之強制者。即不必強制。國家亦必干涉之。他如法人之廢止，或其組織之變更等，亦非得一聽法人之任意，而必受國家干涉。

三 公法人之種類。更須別爲地方團體與公共組合。地方團體，其模型全與國家同。即以領土及住民爲其構成要素者也。地方團體對於其地域之關係，與國家對於領土之關係同。領土非國家統治權之目的。地方團體之地域，亦非地方團體權利之目的。地方團體非對於該地域有所有權，或其他物權，不過於該地域內行國家所委任之統治權。統治權者，命令強制之權也。命令強制止能對人而行之。

對於土地不得爲命令。故地域云者。不過爲限界。地方團體權力發動之區劃而已。公共組合者。以人類之組合。爲其構成要素。雖公共組合中。亦間有地域上之限界者。然其對於地域之關係。與領土之關係異。國家對於領土。或地方團體對於其地域之關係。凡滯在其領土內者。依其滯在之事實。當然服從該團體之權力。且於該地域內。不許別有同級團體之權力發動。公共組合則不然。凡居住滯在於該地域內者。非依滯在之事實。當然服從其權力也。蓋其組合。乃以組合員構成之者。爲其組合員者。或以任意。或以特別之公法上義務而加入之。非有此等特別之加入行爲。不能有爲其團體一分子之資格。因之即不服從其權力。地方團體。則全無此等特別之加入關係。其爲團體之一員而服從權力也。乃住民當然之身分。而非依特別之行爲而加入者也。

第三節 自治體之事務

凡自治體目的所在之事務。一切皆爲國家之公共事務。但其事務。乃由國家所委任者。故其事務之範圍。對於各種自治體。皆各有法規之規定者也。

自治體之事務。通常區別之爲二種。一爲固有事務。一爲委任事務。此兩種事務之區別。非謂其一爲自治體本來所有之事務。一爲由國家所委任之事務也。蓋凡自治體之事務。一切皆由國家分配之者。故自治體無所謂本來固有之事務。茲之所謂固有事務。仍非由國家之所委任而來。不過此國家事務。既委任之於自治體。則自治體即以自己之名而行之。非以國家之名而行之耳。準此而茲之所謂委任事務者。即謂之爲固有事務。亦無不可。然則固有事務與委任事務。將如何區別之乎。是不能不專由國家所以委任之之方法。而區別其不同之所在矣。

國家認自治體之組織時。又不可不認其存在之目的。固有事務者。即當然包含於此一般之存立目的中者也。國家於此一般存立目的之外。之他種事務。亦有使自治體行之者。此一般存立之目的外。由國家所特別委任以事務。即委任事務。例如市町村以行市町村之公共事務爲目的。市町村之公共事務。即固有事務。然國家於市町村之公共事務外。有時因謀國家或他自治體之利益故。委任特殊之事務於市町村。即如國稅徵收法第五條。以徵收國稅之事務。委任市町村徵收。國稅非市町村之公共

事務雖曰市町村既被委任即成爲市町村之事務。非國家直接之事務。似與固有事務無異。然其利益之所在專屬國家。非包含於市町村存立之目的中者。故此等事務。即爲委任事務。

此外有一種事務。與自治體之委任事務。似是而實非者。即自治體吏員所受委任之事務是也。自治體之委任事務。其受委任者。乃自治體之本身。然國家有時以特殊之事務。指定自治體之吏員而委任之。此時自治體之本身並未受國家之委任。例如委任戶籍吏之事務於市町村長之類。此等事務。亦往往有稱之爲自治體之委任事務者。然此非自治體之事務。而國家直接之事務也。其於自治體之關係。不過該事務之費用。由自治體負擔而已。

自治體之事務。又得區別之爲必要事務與隨意事務。必要事務者。以法規豫定其事務之種類性質。使自治體負有必行其事務之義務者也。例如小學校令以小學校之設立維持。爲市町村之義務。即屬此類。有此義務。則自治體即不能任意不行其事務。隨意事務者。自治體之行其事務與否。自己可自由判斷之事務也。夫自治體所可行

之事務。非可無制限而自由擴張者。自治體之生存目的。豫由法規所限定。於其目的以外。無論如何事務。皆非得自由行之者。故市町村於市町村之公共事務以外。即無有何等之能力。雖然。如何之事務爲市町村之公共事務乎。此並未由法規所豫爲限定者。市町村有時可以自由判斷之。其存有此等判斷餘地之事務。即隨意事務。必要事務與隨意事務之區別。乃專就固有事務而區別之者。若委任事務。則一切皆由特別法規所委任自治體。本無決斷之餘地。而負有不能不處理之之義務者也。故委任事務常爲必要事務。隨意事務僅就固有事務之範圍而存在者耳。

第四節 國家對於自治體之監督權

自治體須服從國家之監督權。若自治體有絕對之意思獨立。毫不受外部之束縛。則將失自治體之實。而爲獨立之國家矣。故服從國家之監督權。亦爲自治觀念之一要素。自治云者。於國家監督之下。執行其行政事務之謂也。

自治體於服從國家之監督權外。尚有種種之點。須服從國家之權力。例如自治體之設立。必由國家所認定。自治體之組織。必根據國家之法規。自治體之解散。亦基於國

家之命令。此外如自治體受租稅之賦課。受公用徵收之命等。皆須服從國家權力者。國家之監督權。非指此等權力而言。監督權云者。自治體執行其目的所在之事務時。依行政處分以制限其意思之自由之權也。

國家對於自治體之監督權。與上級官廳對於下級官廳之監督權異。上級官廳與下級官廳。均爲發表國家意思之機關。其監督權。無非爲統一國家意思之方法。反之。自治體者。有獨立意思之一人格也。國家對於自治體之監督權。乃侵犯他人格之意思。自由者也。故上級官廳下級官廳之間。縱令無有明文。而上級官廳對於下級官廳。亦以得積極指揮命令爲原則。而國家對於自治體之監督權。則不可不在法規之範圍內。法規所定之範圍外。自治體有國家不能侵之之意思。自由。若國家必制限其意思。即爲侵害其自治權矣。

對於自治體行使國家監督權之官廳。稱爲監督官廳。監督官廳。以國家自身之官廳爲原則。然有時國家亦有使上級自治體之機關。對於下級自治體而行監督者。例如府縣參事會。對於郡。或市町村而行監督權。郡參事會。對於町村而行監督權。此時府

縣參事會。即非以其自治體機關之資格而行之者。乃所以行國家監督權之機關也。蓋監督權之主體。常爲國家故耳。

監督權之範圍。由法規所規定。其廣狹不一。最狹之範圍。則不過對於自治體有違反國家法規時。得取消之。或自治體有不履法規上之義務時。得強制之。如是而已。此外一任自治體之自由意思。使並此而不得取消或強制之。則自治體全獨立於國家之外。國家之統一。無得而保持之矣。是乃國家監督權之最狹者也。夫自治制度本來之精神。在使自治體處理自己之事務。故自治制度發達。則對於自治體之國家監督權。必僅有此最少之限度而止。其於不違背國家法規之限度以內。宜任其意思之自由。然在自治制度未發達之時代。若如此放任。則於違公共利益上。不免危險。因欲豫防此危險。故必要有轄強之監督權。日本之自治制度。尚在創設之時代。故國家之監督權。於最少之限度外。尙設有種種之規定。

第二章 市町村

第一節 市町村之組織

市町村皆爲最下級之地方團體。然市與町村其制度有左記三點之不同。

一 監督官廳不同。町村第一次受郡長之監督。第二次受府縣知事之監督。市則第一次即受府縣知事之監督。

二 執行機關不同。町村之執行機關爲町村長。市之執行機關則爲合議體之參事會。

三 議決機關之組織不同。町村會之組織爲二級選舉。市會則依三級選舉而組織之。

市町村爲地方團體。故其組織有領土及住民。略與國家之模型同。

第一 市町村之區域。市町村之區域。乃國家領土之一部。而爲市町村行其自治權之區劃。此區域一以從來之區域爲準。故自明治十一年布告郡區町村制法。其區域已定。不因市町村制之實施而稍有變更。

市町村者。與人民直接而行國家事務之最下級自治團體也。故其區域不可過廣。若失之過廣。則恐風俗習慣不同之各地方合而爲一。將失最下級自治團體之實。

換一方面觀察之。市町村又須以自己之費用行公共之事務。故其區域亦不可過狹。若失之過狹。將不能有充分之資力。其費用即無從支辨。然此等事情不免有隨時變遷者。故市町村之區域。於必要時不可不有變更之之方法也。

市町村區域之變更有二種。一爲廢置分合。一爲境界變更。廢置分合者。或分割市爲數町村。或合併町村於市。或併數町村爲一町村。或分割一町村爲數町村等是也。境界變更者。非關於團體之存廢。不過更正其區域而止。是二者之輕重異。故其手續亦異。市町村之廢置分合。須採意見於有關係之市町村會及郡參事會。由府縣參事會議決之。而受內務大臣之許可。境界之變更。則採意見於有關係之市町村會及地主。而縣參事會議決之。若涉及數郡或涉及市之境界。則由府縣參事會議決。

第二 市町村住民。於市町村之區域內。占有住居者。皆當然得爲市町村之住民。所謂占有住居云者。以永續之意思。在於特定之地。而定着其一身之謂也。故住居與滯在異。滯在云者。無永續之意思。惟以僅少時間而繼續居住之謂也。

市町村制之所謂住所。與民法中之所謂住所。意義不同。民法所謂住所。指生活之本據而言。故不必其有永續之意思。不過依現在生活本據之事實而定其住所者。生活之本據。一人只能有一處。住所則一人不妨同時有數處。因之一人得同時爲數市町村之住民。市町村制第九十五條。構住居於數市町村云云。即爲是也。

市町村之住民中。又有一部爲市町村之公民。公民者。除依特定之理由。致其資格不完全者外。有參與市町村選舉。及被選舉爲名譽職之資格。並且負有不可不選舉名譽職之義務。得爲市町村之公民者。亦有種種要件。須滿二十五歲以上之男子。且須爲日本臣民。而能自立一戶。不受禁治產之宣告。又須以該市町村之住民資格。負擔該市町村費用。已達二年以上。而於該市町村內。納年額二圓以上之地租。或直接國稅者。始得爲之。但此等要件。雖已具備。若因刑罰之宣告。其分權被停止剝奪時。或受公費之救助時。仍不得爲公民。

第二節 市町村之機關

市町村皆各有兩種機關。一爲決定市町村意思之機關。一爲執行其意思之機關。前

者均用合議體。在市則爲市會。社町村則爲町村會。在小町村則得依郡參事會之議決。設町村條例。而以町村公民總會代町村會。後者則市與町村組織不同。在市則爲合議體之市參事會。在町村則以單獨制之町村長充之。

第一 市町村會。市町村會者。由市町村選舉公民以組織之之合議體機關。其選舉方法。以普魯西及獨逸聯邦中其他二三國所行之等級選舉方法爲模範。等級選舉者。依納稅額之多少。區別市町村公民之全體爲數階級。各級皆各納同額之租稅。各級各選舉同數之議員。至於等級多少之區別。在市則爲三級選舉。在町村則除依町村條例設有特例之外。爲二級選舉。市村會之權限。大略如左。

一 議決市町村之一切事件。市町村之一切事件。以由市町村會議決爲原則。市町村之執行機關。除由市町村會之委任者外。僅能執行其議決。不有決定市町村意思之職權。市町村制中。雖列記市町村會議決事件。是不過舉例而止。若市町村之意思。則專以市町村會之議決爲定。並不要執行機關之同意。執行機

關。僅能於一定之時。停止其執行。交市町村會再議。或仰監督官廳之裁決而已。

二 裁決特別受委任之事件。

三 選舉市町村吏員。

四 監督市町村行政之執行。

五 對於市町村公益事件。提出意見於監督官廳。及應官廳之諮詢而陳述意見。

六 爲訴願之裁決。

七 設會議細則及議決會議之內部事項。

市町村會。雖有以上所述之職權。至於提出議案之權。則以屬於執行機關爲原則。市町村會。除屬於會議內部之特別事項外。無發案件。又市町村會。除有明文外。對於外部無交涉權。

第二 市參事會及町村長。市參事會。以三種吏員組織之。一、市長。二、市助役一名。或數名。三、名譽職參事會員若干名。名譽職參事會員。由市會就市公民中選舉。任期四年。町村長則由町村會選舉之。

市參事會及町村長。乃市町村之執行機關。有執行市町村會議決之權。有擔任市町村行政事務之權。又對於外部。有代表市町村之權。市町村會之議決。市參事會及町村長。負有不可不執行之義務。不得以自己之意而拒絕執行。唯市町村會之議決。若認其爲越權違法。或有害公益時。得停止其執行。付還再議。此時市參事會及町村長。亦非有最終之決定權。若市町村會不改其議決。則只有仰裁決於府縣參事會。或郡參事會而已。

第三 市町村之吏員。吏員對於市町村之關係。全與官吏對於國家之關係同。官吏有官職。吏員亦有職務。官吏之關係。由特別之公法上行爲。依任命或選舉而設定者。設定吏員關係之行爲。亦爲此等特別之公法上行爲。故官吏與吏員其於國法上之性質。毫無差異。但日本之行政法。稱自治體之吏員爲公吏。與官吏各別。故關於官吏之法規。除有明文。或雖無明文而可推測其有可適用之意思外。一切皆不得適用於自治體之吏員。

自治體吏員與國家官吏之區別。非以其一爲自治體之機關。一爲國家之機關。有

以○國○家○之○官○吏○而○組○織○自○治○體○之○機○關○者○例○如○府○縣○知○事○。雖○為○府○縣○自○治○體○之○執○行○機○關○。不○因○此○而○有○府○縣○吏○員○之○性○質○。有○以○自○治○體○之○吏○員○而○為○國○家○之○機○關○者○例○如○市○町○村○長○。雖○有○時○為○國○家○之○行○政○機○關○。不○因○此○而○有○國○家○官○吏○之○性○質○。蓋○國○家○官○吏○與○自○治○體○吏○員○之○區○別○。專○因○一○為○對○國○家○負○服○務○義○務○。一○為○對○自○治○體○負○服○務○義○務○。而○生○者○也○。至○其○服○務○義○務○。為○對○於○國○家○所○負○者○乎○。抑○為○對○於○自○治○體○所○負○者○乎○。此○區別○之○外○形○上○標○準○。可○依○其○選○任○權○之○所○在○而○定○之○。夫○自○治○體○之○吏○員○。國○家○亦○間○有○選○任○權○。雖○然○。其○選○任○權○乃○由○定○自○治○體○組○織○之○法○規○而○認○之○者○。故○國○家○雖○有○選○任○權○。仍○不○失○為○自○治○體○之○吏○員○。例○如○選○任○町○村○長○及○市○町○村○助○役○。要○國○家○官○廳○之○認○可○。市○長○之○就○任○。要○君○主○之○裁○可○。當○此○之○時○。自○治○體○於○其○吏○員○之○選○任○。雖○非○有○完○全○之○意○思○自○由○。必○依○國○家○之○干○涉○而○受○制○限○。然○國○家○之○以○所○干○涉○之○者○。不○過○根○據○法○定○自○治○體○組○織○之○法○規○以○實○行○其○對○於○自○治○體○之○監○督○權○而○已○。故○非○國○家○之○官○吏○。而○仍○為○自○治○體○之○吏○員○。

自○治○體○之○機○關○。有○使○自○治○體○自○身○之○吏○員○充○之○者○。有○使○國○家○之○官○吏○充○之○者○。例○如○府

縣郡等之上級自治體。其自治體之公共事務。與國家全體之利害。有密接之關係。須使二者之機關。不有衝突。故現行制度。於府縣及郡。使國家之機關。同時爲自治體之機關。而市町村則專使市町村之吏員。執行其行政。

市町村吏員中。其占最要之地位者。即名譽職吏員是也。名譽職云者。乃專任職之對稱。而非以吏員爲其專職者也。自治制度之目的。在使立於被治者地位之人民。自當行政之任。故不以吏員爲專職。而使有其他本業者。分其身以當行政事務之任。是最適合於自治之本旨者也。名譽職吏員。有與專任職不同之種種特色。

甲 專任官吏。須有官吏所必要之專門智識。故當其來任命之先。國家必爲資格試驗。以試驗合格爲任命之要件。名譽職則不以此等專門智識爲前提。無論何人。只須有一定地位。及年齡。即可任爲名譽職。

乙 通常之專任官吏。多有以之爲維持生活之財源者。故必給與以可以維持生活之俸給。雖在退職之後。尙給與恩給以爲例。名譽職則有其他本業。足以維持生活。故不給與俸給恩給等。

丙 專任官吏。在法律上無不可不就任之義務。爲官吏者。皆依其任意之承諾而就任者也。名譽職則法律上有就任義務。若拒絕就任。有法律上之制裁。

丁 名譽職依法律上之義務而就職。故其結果。必有一定任期。任期滿了。官職當然消滅。

戊 專任職之官吏身分與官職。不必爲同時發生。亦不必爲同時消滅。名譽職之吏員身分。專因特定之官吏而生。其身分發生。則官職即當然隨之而生。官職消滅。則其身分亦當然消滅。故無轉任於他之官職。或僅存吏員身分而休職之事。

第三節 市町村之事務

市町村自治事務之範圍。須區別之爲固有事務與委任事務。市町村制。無委任國家之行政事務於市町村自身者。其所委任。皆指定市町村長等之特定吏員而委任之。故市町村制中。所以爲市町村事務者。皆屬固有事務。無委任事務。市町村之委任事務。乃依市町村制以外之特別法規而始生者也。但委任市町村以此等事務。實所以擴張市町村之能力。而因以變更市町村制者。故不可不以法律爲之。

市町村之固有事務。須具左列條件。

一 須關於市町村之公共利益。

二 須於市町村之區域中。可以執行者。

三 須爲市町村自己之費用。足以支辦者。

以上之條件。若不具備。則除特有法律所委任者外。市町村即無行之之能力。故此等事項。市町村會若爲決議時。即爲超越權限。可以取消。

市町村對於自治事務。有制定以該地域爲限之有效法規之權利。自治體對於自治事務制定法規之權。稱之曰自主權。出於市町村自主權之規定。稱之曰條例。夫制定法規之權。以屬於立法機關爲原則。其屬於行政權範圍者。以有特別之法律明文者爲限。故自治關之有自主權。亦限於法規所認者。非凡自治體。皆當然有自主權也。市町村制。設有市町村有自主權之規定。條例而外。又得自定規則。條例與規則。其所規定之內容不同。條例者。定法規者也。規則則不能定法規。不過僅能定市町村之管造物管理方法而止耳。他如新定住民之權利義務範圍。亦非規則所能爲者。兩者所規

定之內容異。故其制定之手續亦異。制定規則之手續。在市則以府縣參事會之許可而已足。在町村則以郡參事會之許可而已足。若條例則須由內務大臣之許可。有時且須內務大臣兩大臣之許可。

第四節 市町村之財政

市町村者。以自己之費用而執行其事務之團體也。故市町村爲獨立之財政權主體。處理自己財政之權。爲自治制之主眼。然則即謂自治制度之發達。其萌芽常發生於財政權。亦無不可。

市町村之財政。得與國家財政適用同一之原則。國家之財產。有行政財產與收益財產之區別。市町村之財產亦然。國家之收入。可分爲公法上之收入與私法上之收入。市町村之收入。亦有同樣之區別。

第一 市町村之收入。

市町村之公法上收入。又須區別爲二種。一爲國庫或上級自治體之補助金。一爲市町村自身之收入。國庫或上級自治體之補助金。其支給方法不同。有對於費用

之金額。以一定之比例而支給者。有不以其費用爲比例。而支給一定金額者。前者名曰步合金。對於國庫所補助之步合金。其所定支給金額。須有監督官廳之許可。市町村自身之公法上收入。有左記數種。

一 使用料、加入金、手數料、分擔金。使用料、加入金、及手數料。若自廣義之手數料言之。三者皆包含於廣義手數料中。使用料者。對於使用市町村之營造物公用物等而徵收者也。加入金乃使用料之一種。以附與使用權爲條件而一時徵收者也。手數料者。對於爲個人所爲之事業。徵收金料。而視之若報償者也。此外市町村事業中。有時其事業僅利益於一部之住民。因由享有其利益之人民。徵收金額。以爲其維持費用。此金額即所謂分擔金。

二 過怠金、科料、及其他雜收入。

三 市町村稅、及夫役、現品。市町村之費用。若以私法上收入、手數料、使用料、國庫補助金、及其他雜收入等。尙有不足支辨時。得徵收市町村稅。市町村稅之徵收方法有二。一爲國稅府縣稅之附加稅。一則限於市町村之特別稅。市町村稅

以附加稅爲原則。特別稅則於賦課附加稅外。限於有特別之必要時。得別設稅目而賦課之。至於夫役現品兩者。外形雖異。性質仍與市町村稅同。不過此乃以實物代金錢耳。故夫役現品。除有急迫之必要時。須以金額換算。且得依義務者自己之選擇。或以代理人當之。或本人自出而當之。均無不可。

市町村於有特別之必要時。得募集市町村公債。但募集公債。必限於數種之原因。始得爲之。或因償還前公債之元本。或因救天災地變等之災厄。或爲謀市町村永久之利害。非有此等原因。即不得募集公債。其募集時。除其額極爲輕微者外。要有官廳之許可。

第二 市町村之支出。

市町村之支出義務有二。一爲執行事務上必要之支出。一爲受法律命令所賦課之支出。而其支出之也。又須區別爲隨意支出與必要支出。隨意支出者。市町村得自由判斷其支出之爲必要與否者是也。必要支出。則其支出已由法律命令定之者。此必要支出。市町村若不載之於豫算中。或雖已載之而臨時不承諾時。又或實

實際上不支出之時。國家有強制其加入或支出之權。此權通常稱爲強制豫算權。及強制支出權。

第三 市町村之會計。

市町村之會計。其順序有三。一、豫算之編成。二、收入支出之實行。三、決算之報告。豫算由市參事會或町村長調製。依市町村會之議決而確定之。豫算中設豫備費。以充豫算定額外之臨時支出。支出豫備費時。雖不須有市町村會之認可。然使其於豫備費以外爲豫算外之支出。或爲豫算超過之支出。則須由市町村會之議決。至於收入支出之實行。有宜注意之點。即命令收入支出者。與爲實際出納者。其機關不同是也。命令收入支出之權。屬於市參事會町村長。有時亦屬於監督官廳。而實際出納。則爲收入役之職務。非有市參事會町村長或監督官廳之命令。收入役即不得支出。且須對於其命令。審查其在豫算定額內與否。若爲豫算外之支出時。又須審查其遵守關於支出之規定否。凡此之類。皆爲收入役之義務。若違反其義務而支出之。須自負責任。

決算由收入役調製。先經町村長市參事會之審查。乃提出於市町村會而受其認可。

第五節 市町村之監督

國家對於市町村之監督權。其目的與對於一般之自治體同。第一在防止市町村之違法越權或妨害公益。第二則市町村不舉其事務時。當強制之。因欲達此目的。故國家所有之監督手段。一一以法律列記之。其要目如左。

一 檢查事務之實況。及使爲報告之權。監督官廳。無論何時。皆得使官吏視察市町村之事務。以檢查出納之實況。市町村吏員。不得拒之。且得使其對於各種事務。公布報告。

二 停止其違法越權及有害公益之議決。使之再議。或取消之。

三 參與於吏員之選任。及爲其身分上之監督。選任市町村長及其他二三之重要吏員時。使其受監督官廳之認可。或有以君主之裁可爲必要者。又對於一切之官吏。監督官廳有爲懲戒處分之權。

四 解散市町村會

五 命其爲強制豫算及強制支出。

六 使國家之機關自行市町村之事務。此有三種。一爲市町村會不議決其應議事件時。府縣參事會或郡參事會得代爲議決。一爲市町村之機關缺員時。使國家之官吏掌其事務。一爲由法律所規定之一定事件。自最初已不使市町村處理之者。使國家之機關。當然行其事務。例如關於區會之條例。關於町村公民總會之條例是也。

七 對於議決。與以認可之權。對於市町村之重要事項。其市町村會之議決。不必即刻爲有國法上效力之市町村意思。有必依監督官廳之認可。而始生法律上之完全效力者。但不得認可之市町村會議決。法律上非全無效力。不過此等議決。乃有法律上之瑕疵者。監督官廳得而取消之也。

八 對於市町村處分所提起之訴願或訴訟。有裁決之權。

九 市町村之機關相互間生爭議時。有裁決之權。

對於市之監督官廳。第一次爲府縣知事。第二次爲內務大臣。對於町村之監督官廳。第一次爲郡長。第二次爲府縣知事。第三次爲內務大臣。但有時郡參事會或府縣參事會。亦得行其監督權。關於其他特別事項。亦有須君主之裁可。或須大藏大臣之參與者。

監督權之範圍。由法律所限定。若超其範圍而行監督權。即爲侵害市町村之自治權。故市町村對於濫用監督權者。不可不有救濟之手段。市町村制許市町村於一定之時。提起行政訴訟。對於其他一般之監督權作用。許爲訴願。

第六節 市町村內之區及町村組合

市町村內之區。不過出於行政便宜之區劃。本非法人。故區無特別之機關。區長。及其代理者。以及他之附屬員。並非區之機關。乃市町村之機關也。然市町村內之區。亦有獨立之財產。或設營造物。或限於該區而負擔費用者。此時則該區亦一獨立之法人。而自爲權利之主體。但區雖亦有法人資格。通常並不置特別之機關。即使市町村之機關。同時行區之事務。惟於該區之利害與全市町村之利害。恐有衝突時。若仍使

市町村之機關以掌之。不免有利益於該區者。此時府縣參事會或郡參事會。得定市町村條例。而爲該區設區會。或區總會。市町村內之區。雖有法人資格時。該區亦非有公法人之性質。而爲公共團體者。其權利能力之範圍。唯限於維持其財產權及營造物而止。並非行公權力之主體也。區會區總會。乃區之機關。非市町村之機關。其權限僅及於區之財產及營造物。

町村組合者。二箇以上之町村。爲共同處理其公共事務一部或全部所設之組合也。町村組合。乃一法人。爲組合團體。

設立町村組合之原則。須由各町村協議。受監督官廳之許可。但有時得以郡參事會之議決而強制設立之。(町村制第百十六條)町村組合之事務範圍。依組合町村之協議而定。若爲強制組合時。則依命令其組織組合之行爲而定之。唯其事務須限於町村公共事務之範圍。只須在此公共事務範圍內。則其組合事務範圍之廣狹。固皆不必一定。其最廣範圍。有舉町村事務之全部。而爲組合之事務者。是稱之爲全部組合。全部組合。亦必非一町村。而有二箇以上之町村。故各町村仍依然爲獨立之法人。仍須各依

法律之規定。備具各種之機關。町村組合之組織。及其事務之管理方法。費用之支辨方法。以組合各町村之規約而定之。若爲強制組合。則於其協議不調時。由郡參事會定之。至於組合之解散。則須由監督官廳之許可。

第三章 郡

郡制施行以前。郡乃單純之行政區劃。無自治體之性質。及施行郡制後。始以郡爲立於府縣與町村間之一自治體。本年之議會。政府提出郡制廢止案。欲再以郡爲行政區劃。消滅其自治體之性質。以復舊制。該提案已通過於衆議院。終以貴族院反對之故。尙不能見諸事實也。

郡雖有自治體之性質。然其自治權之範圍。比於市町村。頗爲狹隘。就中如市町村有特別之執行機關。郡則惟有議決機關而止。其執行機關爲郡長。而郡長乃國家之機關。非自治體之機關。監督官廳對於郡長之職務。有指揮命令權。純與國家之行政同。其監督權無依法律而受限制之事。

郡之機關。爲郡長、郡參事會、及郡會。郡會、郡參事會。乃郡所特有之議決機關。郡長、則

爲國家之官吏。而同時又爲郡之機關者。郡會由郡內之町村公民。年納直接國稅五圓以上者。選舉議員以組織之。郡參事會。以郡長、名譽職參事會員組織。名譽職參事會員。由郡會就議員中選舉。

郡會及郡參事會。皆郡之議決機關也。郡會之權限。與市町村會之權限異。非有議決郡中一切事件之權。其權限內之事項。乃法律限定之者。除此限定以外之事件。雖爲郡之事件。郡會亦無議決之權限。郡參事會。亦與市參事會不同。是乃議決機關。而非若市參事會有執行機關之性質也。郡參事會之權限。不過能議決郡會委任之事項。或遇臨時緊急事件。不及召集郡會時。代郡會而議決之。要而言之。郡參事會者。有補充郡會權限之性質者也。郡長於郡行政上之權限。非僅能執行郡會。或郡參事會之議決而止者。除法律所定爲須由郡會郡參事會議決之事項外。郡長皆有專決處分之權限。

郡又爲獨立之財產權主體。而保護自己之經濟。凡固有事務及委任事務之所需費用。郡有自爲負擔之義務。換一方面以觀其財源所自出。則郡又有受國庫或府縣之

補助金。及由個人徵收手數料之權。就此點以觀之。郡與市町村。無甚殊異。然郡之財政。則與市町村有大異之點。市町村可以直接賦課徵收租稅於住民。郡無徵收租稅之權利。若其財產收入、補助金、手數料、其他雜收入等。有不能充其費用時。可賦課其費用於郡內之町村。郡費之直接負擔者。並非郡內之住民。而郡內之町村也。

第四章 府縣

府縣爲最上級之自治團體。其機關畧與郡之機關同。有府縣會。有府縣參事會。有府縣知事。其組織及權限。亦與郡會、郡參事會、郡長、無大殊。惟府縣之財政。則與郡之財政。有一絕不同之點。蓋府縣得直接徵收府縣稅於府縣之住民。而郡不能也。府縣又有時得依勅令之規定。有公賦其費用於市町村之權利。此則仍與郡相同。

第五章 公共組合

公共組合。乃有法人資格之組合。而以公之行政爲其生存目的者也。既以公之行政爲目的。故又爲自治團體之一種。而屬於公之法人。是即公共組合與私法上社團法人不同之點。且其組合乃由組合員組織之者。是又公共組合與地方團體不同之點。

也。

凡公之行政。其關於地方的利害者。以由地方團體處理爲原則。然有地方的利害之公共事務。其利害區域。不必純與地方團體之區域同。例如豫防水害。興起水利土木等。即地方的公共事務之最著者。然此的事。其利害範圍。不必與市町村之區域同。其爲市町村所不得而執行者不少。因欲處理此等事務之故。不得不於地方團體之外。特有適要之公共團體。公共組合之設立。即所以達此目的者也。日本國法所已認之公共組合。有水害豫防組合、普通水利組合、重要產物同業組合、茶業組合、商業會議所等。

公共組合。以公之行政爲目的。故其組合之設立。必要以國家之行爲而設立之。但國家之行爲外。其應爲該組合之組合員者。於一定程度內。亦許其參與設立。組合員參與設立之程度。可依其組合之種類而別之。公共組合之種類。可分爲三。曰強制組合。曰半強制組合。曰任意組合。強制組合者。其組合之設立。純然不許組合員參與。由國家以強制而使之設立。國家豫定一定之組合員資格。命之設立該組合。凡該當於其

資格者。即當然爲其組合員。固不問其有欲加入組合之意思否也。任意組合者。其組合之設立。全出於可爲組合員之當事者自由意思。當事者依其隨意之協議。設立組合。國家惟對之認可其爲公共組合。此則無論何人。皆無反乎自己意思而必須加入組合之義務。獨是公共組合。無論何時。皆非僅由當事者任意之協議。即當然成立者。其成立也。終不能不須國家之認可。半強制組合。即立於右二者之間者也。國家立一定之標準。以定其組合員資格。由該當其資格者之一部分。協議設立組合之事。協議既調。國家即認可其設立。而其未與於協議之他部分。則亦因此而使其當然加入矣。公共組合。以有一定資格者組織之。此乃與地方團體最不同之點。組織市町村及其他地方團體者。但使有居住之事實。雖無能力。亦當然爲組織團體之一分子。公共組合。則其組合員必爲有意思能力者。即不然。亦須其有代理人。因此結果。故其機關之組織亦異。市町村及其他地方團體。其團體之住民。非因其有住民資格。即當然有參與團體機關之權能。必由住民中選拔其一小部分。以之爲市町村之公民。必有公民資格。然後得參與機關之組織。而公共組合則反是。其組合員因有組合員資格。即當

然有參與於機關組織之權。或則直接加入組合總會之決議。而爲組合機關之一員。或則用選舉方法。而有選舉理事及其代表者之權利。兩者之中。無論何方法。其組合員皆當然得參與組合機關之組織。約而言之。凡爲組合員者。即其爲組合公民者也。

行政法總論終

民國元年九月二十六日三版

行政法總論

定價大洋六角



編輯者 熊 範 輿

出版者 丙 午 社

印刷所 羣 益 書 社

總發行所 上海 棋盤街 羣 益 書 社

分發行所 長 沙 府正中街 羣 益 圖 書 公 司

