

# 法政大学学術機関リポジトリ

HOSEI UNIVERSITY REPOSITORY

PDF issue: 2025-03-14

## 行政法講義

井上, 密

---

(出版者 / Publisher)

和佛法律學校

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

和佛法律學校講義録 / 和佛法律學校講義録

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

131

行政法講義

全



0189

惟已齋

國站以

梁子白  
子白





本校校長黃漢儀從三位一等法學博士

其作麟祥先生



本校本校長貴族院議員從三位勳一等法學博士

莫作麟祥先

行政法講義目錄

第一編 行政法總論.....	一
第一章 行政ノ定義.....	一
第二章 行政ノ形式.....	九
第三章 行政法.....	十五
第四章 行政法源.....	二十七
第二編 行政機關.....	四十五
第一部 官吏法.....	四十五
第五章 官吏.....	四十五
第六章 官吏ノ任命.....	五十六
第七章 官吏ノ義務.....	六十八
第八章 官吏ノ責任.....	九十二
第二部 地方行政.....	百四
附 錄	一

第九章	地方行政ト中央行政トノ區別	百四
第十章	市町村ノ組織及機關	百十七
第一節	市町村ノ組織	百十七
第二節	市町村ノ機關	百二十一
第十一章	市町村ノ財政	百二十五
第十二章	市町村行政ノ監督	百三十二
第十三章	郡	百三十五
第十四章	府縣	百三十九
第三部	中央行政組織	百四十三
第十五章	國務大臣内閣及樞密院	百四十三
第一款	國務大臣	百四十四
第二款	内閣	百五十七
第三款	樞密院	百六十一
第十六章	行政裁判ノ性質	百六十四
第十七章	行政裁判ノ組織	百七十八
第十八章	行政裁判所ノ權限	百八十七
第十九章	行政訴訟手續及判決ノ效果	二百八
第二十章	訴訟ノ性質	二百十六
第二十一章	訴訟ノ手續	二百二十五
第二十二章	權限爭議	二百三十一



行政法講義目錄

第一編 行政法總論.....	一
第一章 行政ノ定義.....	一
第二章 行政ノ形式.....	九
第三章 行政法.....	十五
第四章 行政法源.....	二十七
第二編 行政機關.....	四十五
第一部 官吏法.....	四十五
第五章 官吏.....	四十五
第六章 官吏ノ任命.....	五十六
第七章 官吏ノ義務.....	六十八
第八章 官吏ノ責任.....	九十二
第二部 地方行政.....	百四
目錄.....	三

第二十二條 行政法總論..... 二一三十一

第二十三條 行政ノ定義..... 二一三十五

第二十四條 行政ノ形式..... 二一三六

第二十五條 行政法..... 二一三八

第二十六條 行政法源..... 二一四一

第二十七條 行政機關..... 二一四三

第二十八條 官吏法..... 二一四六

第二十九條 官吏..... 二一四八

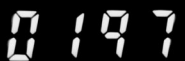
第三十條 官吏ノ任命..... 二一五二

第三十一條 官吏ノ義務..... 二一五八

第三十二條 官吏ノ責任..... 二一六二

第九章	地方行政ト中央行政トノ區別	百四
第十章	市町村ノ組織及ヒ機關	百十七
第一節	市町村ノ組織	百十七
第二節	市町村ノ機關	百二十一
第十一章	市町村ノ財政	百二十五
第十二章	市町村行政ノ監督	百三十二
第十三章	郡	百三十五
第十四章	府縣	百三十九
第三部	中央行政組織	百四十三
第十五章	國務大臣內閣及樞密院	百四十三
第一節	國務大臣	百四十四
第二節	內閣	百五十七
第三節	樞密院	百六十一
第十七章	行政裁判所ノ組織	百七十八
第十八章	行政裁判所ノ權限	百八十七
第十九章	行政訴訟手續及判決ノ效果	二百八
第二十章	訴願ノ性質	二百十六
第二十一章	訴願ノ手續	二百二十五
第二十二章	權限爭議	二百三十一

行政法講義目錄



行政法講義

本校講師  
法學士

井上密先生口述

本校校友記筆

第一編 行政法總論

第一章 行政ノ定義

行政ノ定  
義

性質上ノ  
定義

行政ノ定義ヲ下ス者或ハ行政行為ノ性質ヲ標準トスルコトアリ或ハ行政行為ノ形式ヲ標準トスルコトアリ而シテ其標準ノ異ナルニ從ヒ其定義モ亦同シカラス先ツ行政行為ノ性質上ヨリ與ヘタル定義ヲ論シテ次に行政行為ノ形式上ヨリ與ヘタル定義ヲ論セントス

第一 性質上ノ定義 行政行為ノ性質上ヨリ下ス定義ヲ分チテ又消極的ノ定義及ヒ積極的ノ定義ノ二種トナス

甲 性質上ヨリ下ス消極的ノ定義 行政トハ立法司法ニアラルサル國權ノ作用ヲ謂フ

行政法

性質上ノ定義  
行政ノ定義

此定義ニ依レハ行政トハ立法司法ノ二作用ヲ除キタル其他ノ國權作用ノ總稱ナリ而シテ其所謂立法司法ナルモノノ説明ヲ視ルニ曰ク立法トハ法規ヲ制定スル國權ノ作用ヲ云ヒ法規トハ一定ノ事實ヲ豫想シテ之ニ法律上ノ効果ヲ與フルモノヲ云フ例ハ豫メ謀テ人ヲ殺シタル者ハ死刑ニ處スト云フ條文ヲ設クルカ如キ是ナリ即チ謀殺ナル事實ヲ豫想シ若シ此ノ如キ事實生シタルトハ死刑ト謂フ法律上ノ結果ヲ與マルコトヲ命スル豫想的ノ命令ナリ而シテ此立法ノ作用ハ既ニ制定セラレタル法規ニ對シテ自由ニ運動スル行爲ニシテ現行法ニ拘束セラルトコナク之ヲ變更廢止スルコトヲ得是立法ガ他ノ國權ノ作用ト異ナル特有ノ性質ナリ立法ノ事業其物ハ斯ク如ク自由ナル行爲ナレトモ立法ニ參與スル國家ノ機關ハ現行法ノ規定ニ從フ可キモノニシテ現行法ハ其運動ヲ制限ス例ヘハ憲法ノ條規ニ依リ或ハ舊法ヲ廢止變更シ或ハ更ニ新法ヲ制定スルハ立法事業其物ナレヲ以テ敢テ現行法ノ爲メニ拘束セラレサルノミナラス此新法ニ抵觸スル現行法ハ却テ其効力ヲ失フモノナリ然レトモ立法ニ參與スル國家ノ機關ニ必ス現行法ニ從フ可キモノニシテ若シ現行法ニ違反スルトキハ其

増補  
的意義

行爲ハ法律上効力ヲ有セリト云フニ依リテ法律ノ關係ヲ確定スル國權ノ作用ナリ故司法トハ法規ヲ解釋適用シテ特定ノ法律ノ關係ヲ確定スル國權ノ作用ナリ故ニ司法ハ現行法ノ範圍内ニ於テ運動ス可キモノニシテ現行法ノ爲メニ拘束制限セラレテ之ヲ廢止變更スル力無シ是司法ノ立法ト異ナル所ニシテ司法ノ特色ナリ性質上ヨリ消極的ノ定義ヲ下ス者ハ以上ノ如ク立法及ヒ司法ノ意義ヲ解釋シ國權ノ作用ニシテ立法及ヒ司法ニアラサルモノカ行政ナリト謂フ乙性質上ヨリ下ス積極的ノ定義 行政トハ國家ノ意思ヲ實行スルノ作用ナリ國家ノ意思トハ國家ノ目的ト云フニ同シ國家ハ其目的ヲ達スルニハ唯目的ヲ有スルノミヲ以テ足レリトモ之ヲ實行セサル可カラズ其目的ヲ達センカ爲メニ爲ス所ノ作用ヲ行政ト云フ而シテ法規ハ國家ノ意思即チ目的ヲ達セシメ國家ノ意思全般ト必シモ其範圍ヲ同フセズ法規ハ其一部分ニシテ國家ノ意思即チ目的ハ法規ノ外ニ尙存スルコトヲ得ルモノナレトモ法規ノ執行ノミヲ以テ國家ノ目的全般ヲ達スル能ハス尙他ニ其目的ヲ達セントスル行爲ヲナサザルヘカラザルヲ以テ法規ノ執行ト行政トハ其範圍ヲ同フセズ要スルニ行政ノ本

行政法

三

職トスル所ハ國家ノ目的ヲ達スルコトニ在レハ法規ヲ執行スル場合ノ多キコトハ勿論ナレトモ法規ノ具備セザル場合ニ於テハ其以外ニ於テ國家ノ目的ヲ達スルカ爲メニ自由ナル行爲ヲ爲スノ餘地アリ但此議論ニハ反對スル學說アリ其學者中ニ議論ノ岐ルハ行政ナルモノハ必ス成文又ハ不文ノ法規ニ據リ行フ可キモノナルヤ否ヤノ點ニ在リ余ハ以上述ヘタル趣旨ニ據リ國家ノ目的ハ法規ノ外ニモ尙存在スルコトヲ得行政ハ國家ノ目的ヲ達セントスル作用ナレハ國家ノ目的ノ存在スレトモ法規ノ備ハラサル場合ニハ行政ハ國家ノ目的ヲ達スルカ爲メニ法規ノ外ニ於テ自由ナル行爲ヲ爲スヘキモノト信ス以下行政ノ性質ヲ明ニセシカ爲メ行政ト立法ト司法トノ區別ヲ説明セン立法ハ法規ヲ制定スル國權ノ作用ニシテ法規ハ國家ノ意思ナルヲ以テ立法ハ國家ノ意思ヲ立ツルモノニシテ行政ノ如ク意思ノ實行即チ其目的ヲ達セントスル作用ニアラス是立法ト行政ト異ナル点ナリ  
司法即チ裁判ハ特定ノ事實ヲ法規ニ照シ論理ノ必要ヨリシテ斷定ヲ下スモノニシテ意思即チ或目的ヲ以テ決定スルモノニアラス例ヘハ豫メ謀テ人ヲ殺ス

者ハ死刑ニ處スト云フ法規ニ照スニ甲ハ豫メ謀テ人ヲ殺シタリトノ事實ヲ以テシ論理上ノ必要ヨリシテ甲ハ死刑ニ處ス可キモノナリトノ斷定ヲ下スカ如キ是ナリ單ニ或事實ヲ法規ニ照シテ論理上一定ノ斷定ヲ爲シタルモノニシテ裁判官ハ論理ヲ運轉スルノ機械ト爲リタルニ過キス行政ハ之ニ反シテ或目的ヲ有シ其目的ヲ達スルカ爲メ行政即チ意思ノ實行ナリ前示ノ例ニ據リテ説明センニ謀殺者ハ死刑ニ處スト云フハ國家ノ意思ナリ甲ハ死刑ニ處ス可キモノナリト云フハ國家ノ判斷ナリ而シテ甲ヲ死刑ニ處スルハ意思ノ實行ニシテ之ヲ行政ト云フ尙ホ之ヲ式ヲ以テ示セハ左ノ如シ

- 一 豫メ謀テ人ヲ殺ス者ハ死刑ニ處ス……………國家ノ意思即チ法規
  - 二 甲ハ豫メ謀テ人ヲ殺シタリ……………事實
  - 三 甲ハ死刑ニ處ス可キモノナリ……………國家ノ判斷即チ司法
  - 四 故ニ甲ヲ死刑ニ處ス……………意思ノ實行即チ行政
- 以上述ヘタル所ノ行政ト立法及ヒ司法トノ區別ハ其行爲ノ性質ヲ標準トシタルモノナレハ國家機關ノ職權ノ區別トハ相一致セズ裁判所ノ行爲ニシテ行政

形式上ノ  
定義

ノ性質ヲ有スルコトアリ行政官府ノ行為ニシテ裁判ノ性質ヲ有スルコトアリ例ハ裁判所ノ非訟事件ニ於ケルカ如キ公正證書ヲ作ルカ如キ財産管理人ノ監督ヲ爲スカ如キハ裁判所ノ職權ニ屬スト雖トモ法規ノ解釋適用ニアラサレハ裁判ニアラスシテ行政ノ行為ナリ又行政官府ノ一部分ナル稅關官吏ノ關稅規則違反者ニ對スル行為ノ如キハ裁判ノ性質ヲ有スルモノナレトモ尙行政官府ノ職權ニ屬スルカ如キ是ナリ

第二 形式上ノ定義 行政ノ性質上ノ定義ハ各國ニ通シテ適用スルコト得レトモ行政ノ形式ハ各國ノ國法ニ依リテ異ナルカ故ニ其形式上ノ定義ハ我國ト外國ト同シカラサルモノナリ余ハ先ツ普通行ハル、三權分立說ニ基キタル形式上ノ定義ヲ説明シテ次ニ我國法ニ據リテ形式上ノ定義ヲ説明セントス

(甲) 三權分立說ニ基キテ下シタル形式上ノ定義 三權分立說ハ國權ノ作用ヲ分拆スルノ旨意ニアラスシテ國家ノ機關ヲ獨立セシメントノ考ニ基クモノナリ故ニ政府ヲ行政府ト唱ヘ國會ヲ立法府ト稱シ裁判所ヲ司法府ト云ヒ行政トハ行政行為ヲ指シ立法トハ國會ヲ行爲ヲ稱シ司法トハ裁判所ノ行爲ヲ指トセリ

斯ノ如ク三權分立說ハ國家ノ機關ヲ區別シテ其區別ニ從ヒテ立法司法及行政ノ三權ヲ分離獨立セシメタリ凡ソ學問上ノ用語ハ學理研究ノ便宜ノ爲メニ設ケタル一種ノ符號タルニ過キサルヲ以テ三權分立說ニシテ國家統治ノ全体ニ關スル法理ヲ説明スルニ便宜ナレハ必スシモ此定義ヲ以テ誤リタルモノトモス然レトモ我邦ニ於テハ立法司法行政ノ三權ハ其ニ天皇ニ屬シ天皇ハ三權ノ主体ニシテ此說ノ如ク三權各獨立シテ其主体ヲ異ニスルモノニアラサルヲ以テ此三權分立說ニ基キタル定義ヲ我國ニ移シ用ユルコトヲ得サルナリ

(乙) 我國法ニヨリテ形式上ヨリ下シタル定義 行政トハ君主ノ機關カ其委託ヲ受ケテ行フ所ノ外部ニ對スル有効ノ行為ヲ云フ

此定義ヲ分折シテ説明セシメ機關トハ自己ノ意思目的ヲ達センカ爲メニ運動スルニアラスシテ他人ノ目的ノ爲メニ其機械ト爲リテ運動スルヲ謂フ故ニ行政ト云フ觀念ハ機關ト云フ觀念ト相俟テ存スルモノナリ若シ君主カ直接ニ我一切ノ國政ヲ執リ行フトキハ行政ト云フ君君主ノ大權ト云フモ同一ニシテ之ヲ區別スルノ必要アルコトナレ

君主ノ大權

他人ヲ利用スルニ當リテ或ハ外部ニ對シテ自己ヲ代表セシムルコトアリ或ハ外部ニ對シテハ法律上ノ効力ナク單ニ内部ニ於テ自己ノ補助トナスニ止マルコトアリ行政トハ其外部ニ對シテ自己ヲ代表セシムル場合ノミヲ云フ是其定義中ニ外部ニ對スル行為ナリト謂フ所以ナリ  
斯ノ如ク行政ナルモノハ君主ヲ其機關ヲシテ外部ニ對シテ行ハシムル有効ノ行為ナリト謂フヲ以テ君主直接ノ行為ハ行政ニアラスシテ憲法上君主ノ大權ト稱スルモノナリ蓋シ統治權ハ君主之ヲ總攬スルカ故ニ立法司法行政ノ區別ナク一切ノ國權ハ皆君主ノ權力ニ屬スルコトハ明カナリ然ルニ我憲法ニ於テ特ニ君主ノ大權ナルモノヲ認メタルハ君主カ直接ニ之ヲ行フト云フコトヲ條件トシテ擧ケタル政務ノ一部分ナリ即チ君主ノ親裁ヲ以テ行フ可キモノヲ云ヘルナリ  
行政及天皇ノ大權ヲ以上ノ如ク定義スルトキハ裁判ノ作用モ亦行政ノ中ニ包含セラル何トナレハ裁判ハ君主カ其機關ヲシテ行ハシムル所ノ外部ニ對スル有効ナル行為ナレハナリ法律制定ハ之ニ反レテ行政ニアラス何トナレハ法律

行政ノ形式

第二章 行政ノ形式

ヲ裁可スルハ君主直接ノ行為ニシテ國會カ之ニ參與スルハ君主ノ意思ヲ外務ニ對シテ代表スルニ非スシテ君主ノ行為ヲ補助スル内部ノ職分タルニ過サレハナリ故ニ法律制定ノ手續ハ行政ト云フ可カラズ從テ國會ハ行政官府ニアラサルナリ

行政行為ノ形式ヲ大別シテ三トス

第一 行政令ヲ發布スルコト

第二 契約

第三 處分

第一 行政令ヲ發布スルコト

行政令トハ行政官カ臣民ニ對シテ發スル豫想的ノ命令ナリ豫想的命令トハ一定ノ事實ヲ豫想シ之ニ法律上一定ノ効果ヲ與フルコトヲ命スルモノヲ云フ行政令ハ行政官カ臣民ニ對シテ發スルモノニシテ他ヨリ行政官ニ與ヘタル命

契約

令ヲ云フニ非ス而シテ行政令ノ尤モ著シキモノハ警察令ナリ警察令ハ法律ノ委任ニ因リ若クハ法律ノ許ス範圍内ニ於テ人ノ身体ノ自由ヲ制限束縛スル爲メニ行政官ノ發スル規則ナリ

第二 契約

契約トハ行政官カ他人ト平等ノ關係ニ於テ爲ス所ノ法律的行爲ヲ云フ凡ソ法律的關係ヲ分テ不平等ノ關係ト平等ノ關係トノ二ト爲ス不平等ノ關係トハ命令服從ノ關係ニシテ一方ハ命令シ他ノ一方ハ服從スルノ關係ヲ云フ例ヘハ國家ノ命令權ニ對シテ臣民カ服從ス可キ地位ニ在ルカ如キ是ナリ平等ノ關係トハ命令服從ノ關係ニアラスシテ雙方對等ノ地位ニアルモノヲ云フ臣民相互ノ關係ノ如クハ平等ノ關係ニシテ不平等ノ關係ニアラス又債務者ト債務者トノ關係ノ如キモ平等ノ關係ニシテ不平等ノ關係ニアラス何トナレハ債權者ハ債務者ニ對シテ命令スルノ權力ヲ有セス又債務者ハ債權者ニ對スル服從者ニアラサレハナリ

行政官カ其命令權ヲ用非スシテ他ノ人格ト對等ノ關係ニ於テ爲ス所ノ法律的行爲ヲ契約ト稱ス法律的行爲トハ法律上ノ効果ヲ惹起サントスル所ノ行爲ヲ云フ

從來佛國ノ公法學者ハ契約ヲ別テ公法上ノ契約即チ行政契約及私法上ノ契約ノ二種トセリ而シテ行政契約ナル文字ヲ二様ノ意義ニ用非或ハ行政官カ結ヒタル契約ナルカ故ニ行政契約ト云フコトアリ或ハ其契約カ民法ノ法理ニヨリテ解釋裁判セラレサルヲ以テ契約ノ性質上ヨリ別チテ之ヲ行政契約ト稱スルコトアリ此第一ノ意義ニ用非ラレタル行政契約ト私法上ノ契約トノ區別ハ全ク無用ノモノタルコトヲ免カレス何トナレハ其之ヲ締結スル者ノ行政官タルト一私人タルトヲ問ハス均シク契約ニシテ之ニ適用ス可キ法理同一ナルヲ以テ之ヲ行政契約ト云フモ私法上ノ契約ト云フモ法律ニ於テ増減スル所ナケレハナリ之ニ反シ第二ノ意義ニ用非タル行政契約ト私法上ノ契約トノ區別ハ其適用ス可キ法理ヲ異ニスルヲ以テ無用ノモノト謂フヘカラス蓋シ佛國ニ於テ此區別ヲ爲シタルハ行政裁判ノ制度大ニ發達シテ行政裁判官ハ行政官ノ締結シタル契約ヲ解釋裁判スルニ自ラ民法ノ法理ト異ナリタル特別ノ法理ヲ適用

行政法



處分

スルニ至リシヨリ生シタルモノナラン然ルニ我邦ニ於テハ行政裁判ノ制度行  
ナハレテヨリ日尙ホ淺ク未タ此特別ナル法理ノ構成セラレタルコトヲ聞カス  
故ニ現今我邦ニ於テハ行政官ノ締結スル契約ハ私法上ノ契約ト其法理ヲ同フ  
スルモノナレハ我邦ニ於テハ行政契約ト私法上ノ契約トノ區別ヲ爲スノ必要  
ナキモノト信ス

第三 處分

處分トハ權力ヲ以テ行フ特定ノ事實ニ對スル特定ノ行爲ヲ云フ權力ヲ以テ行  
フカ故ニ處分ヲ行フ者ト其處分ヲ受クル者トノ關係ハ不平等ナリ又處分ハ之  
ヲ受クル者ノ意思ニ關係セスシテ法律上ノ効力ヲ有スルヲ以テ處分ヲ受クル  
者ノ承諾スルト否トハ處分ノ効力ヲ増減スルノ力ナシ此二ノ点ハ處分ト契約  
トノ異ナル所ナリ

處分ハ權力ノ性質ヲ有スルコトヲ要ス權力ノ性質ナクシテ行政官ト一私人ト  
對等ノ關係ニ於テ行フ所ノ行爲ハ茲ニ所謂處分ナルモノニアラス  
處分ヲ細別シテ四種トス

證明

- 第一 證明
- 第二 裁判
- 第三 免許
- 第四 命令

(一) 證明

證明トハ既ニ存在スル所ノ事實ヲ確ムル作用ヲ云フ例ヘハ土地家屋ノ賣買ヲ  
爲シタルトキ登記簿ニ之ヲ登記シテ其事實ノ真正ナルコトヲ公ケニ證據立ツ  
ルカ如キ或ハ身分證書ニ依リテ一個人ノ身分ヲ證據立ルカ如キ或ハ撰舉人名  
簿ノ制度ニ依テ撰舉權ヲ證明スルカ如キ是ナリ行政官ノ行政事務ハ事實ヲ確  
ムルコトヲ以テ其職務ト爲スコト多シ

(二) 裁判

裁判トハ判斷力ニ因テ疑ヲ決スル作用ヲ謂フ例ヘハ司法裁判所及行政裁判所  
ノ裁判又ハ一個人ノ伺ニ對シテ發スル行政官府ノ指令等ノ如キ是ナリ此等ノ  
作用ハ事實ヲ公ケニ證明スルニ非スシテ疑ヲ決スル作用ナリ

免許

(三) 免許  
免許トハ一個人ノ請求ニ對シテ與フル所ノモノニシテ之ヲ受ケタル者ノ行為  
ナキトキハ許可ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルモノナリ例ヘハ會社設立ノ許可  
ヲ與フルカ如キ土地開拓ヲ許可スルカ如キ其之ヲ受ケタル者ノ行為ナキトキ  
ハ許可ノ目的ヲ達スルコトヲ得サルナリ

命令

(四) 命令  
茲ニ命令ト稱スルハ狹キ意義ニ用井タル語ニシテ行政官カ一個人ニ對シテ特  
定ノ行為ヲ爲シ又ハ爲サ、ルコトヲ強行スルノ義ナリ故ニ命令ハ特定ノ行為  
ヲ爲スコトヲ強制スルモノニシテ既ニ存在スル所ノ事實ヲ證明スルモノニ非  
ス是其證明ト異ナル所ナリ又命令ハ意思ヲ根據トシテ判斷力ヲ根據トセス是  
其裁判ト同シカラサル所以ナリ又命令ハ受命者ノ意思ニ關セサルノミナラス  
受命者ノ協同ノ力ヲ假ラスシテ行政ノ目的ヲ達スルコトヲ得可シ是即チ免許  
ト差アル所以ナリ  
以上處分ノ區別ニ關シテハ歐洲ノ公法學者各其見ル所ニヨリテ分類ノ方法ヲ

行政法ニ  
關スル諸  
說

第一說

行政法ハ如何ナルモノナリヤト謂フコトニ關シ歐洲公法家ノ議論數多ニ分ル  
ト雖用大別シテ二種トナスコトヲ得  
第一種ノ說ニヨレハ行政法ハ憲法、民法、刑法及民刑事訴訟法等ノ如キ公法私  
法ノ混合物ニシテ行政法ト特別ノ法理アルコトナシト主張ス其理由トスル所  
ノ説明ヲ見ルニ行政法ハ行政ノ行為ニ關スル規則ナリ而シテ行政ノ行為ハ國  
家ノ意思目的ヲ達セントスルモノニシテ百般ノ事實ニ對スル行為ナリ故ニ行  
政官ノ依テ以テ處分ノ標準ト爲ス可キ規則ハ必スシモ公法ノ規則ニノミ限ル  
可キ理由ナク時トシテハ私法ノ規則ヲ以テ其行為ノ標準ト爲スヲアリ何トナ  
レハ行政官ハ國家ノ機關ナルヲ以テ其與ヘラレタル權力ニ依リテ處分スルハ

### 第三章 行政法

行政法

行政官特有ノ性質ナリト雖モ國家ハ全能力ヲ有スルヲ以テ其機關タル行政官ヲシテ權力ヲ用井シテ事ヲ行ハシムル自由アリ而シテ行政官カ其權力ヲ用井スシテ一個人ト平等ノ地位ニ於テ財務ヲ行フトキハ其關係ハ平等ナルカ故ニ權力ノ關係ヲ規定スル所ノ公法ニ依ラスシテ平等ノ關係ヲ規定スル所ノ私法ニ依ル可キモノナルコト明ナリ而シテ公法ヲ以テ行政官カ其行爲ノ標準ト爲スニ當リ或ハ憲法ニ依ルコト有リ或ハ刑法ニ依ルコト有リ或ハ民法訴訟法ニ依ルコト有リ又私法ニ依ルトキハ民法商法等ヲ以テ其行爲ノ標準ト爲スコト有リ故ニ行政法ハ公法私法ノ混合物ニシテ行政法トシテ特別ナル法理アルコトナシト云フ此說ハ獨逸ノ公法學者ゲルベル氏始メテ之ヲ主張シ方今ラバ  
 ンド氏其公法雜誌ニ於テ詳密ナル説明ヲ與ヘタリ

此說ハ固ヨリ正當ナルモノニシテ行政法ハ公法私法ノ混合物ナルコト認ニ可カラス然レトモ行政法ハ混合物ナルカ故ニ法律學ノ科目中ニ特ニ行政法ナルモノヲ設ケテ之ヲ研究スルハ誤ナリト謂フ可ラス蓋シ行政行爲ノ標準ト爲スベキモノハ上ニ述ヘタル諸種ノ規則ニ止マラス尙ホ此等ノ外ニ於テ特ニ行政

行爲ニ關シテ設ケタル官制ノ如キモノアリ又郵便電信鐵道等ノ事ニ關スル法令ノ如キモノアリ斯ノ如ク特ニ行政行爲ニノミ關シテ設ケタル規則多ク存在スルヲ以テ當ニ憲法民法商法及民刑事訴訟法等ヲ研究スルモ未タ全ク行政行爲ニ關スル規則ノ全体ヲ研究シタルモノト云フヲ得ス行政行爲ニ關スル規則ノ大部分カ此等ノ以外ニ在リ故ニ其行政行爲ニ關スル規則ヲ總括シ之ニ通スル原理ヲ行政法トシテ論スルハ法律學研究上便宜ニシテ且至當ナル方法ト信ス

(附言) 以上ニ於テ公法私法ト云フヲ述ヘタルヲ以テ茲ニ附言トシテ公法私法ノ如何ナルモノナルヤヲ説明セン公法ト私法トヲ區別スル標準ニ關スル學說ニ四種アリ

第一說ニ由レハ公法トハ公益ニ關スル規則ヲ謂ヒ私法トハ私益ニ關スル規則ナリト謂フ而シテ公益及ヒ私益トハ如何ナルモノナルヤト問ヘハ公益トハ多人數ノ利益ニシテ私益トハ一個人ノ利益ナリト謂フ然ルハ會社ニ關スル規則ノ如キモ亦多數ノ利益ニ關スルヲ以テ公法ナリト謂ハサルヲ得ス

然ルニ此説ヲ採ル所ノ論者モ會社法ヲ以テ公法トナサシテ私法トナスヲ以テ自家播着ス故ニ此區別ノ標準ハ正當ナルモノト謂フヲ得ス

第二説ハ以上ノ如キ弊ヲ避ケンテ欲シ公法トハ直接ニ公益ニ關スル規則ニテ其間接ニ公益ニ關スルモノ、如キハ公法ニアラスト謂フ此説亦完全ナルモノニ非ス何トナレハ論者ノ認メテ公法トナス刑法中ニアル人ヲ謀殺シタル者ハ死刑ニ處スト云フ規則ハ直接ニ公益ニ關スルモノナレトモ亦直接ニ公益ニ關スルモノニシテ吾人ハ此規則ニ依リ身体生命ノ安全ヲ全フスルコトヲ得直接ニ公益ニ關係ナキモノナリト云フ能ハサレハナリ

第三説ハ更ニ一步ヲ進メテ其規定スル所ノ主体如何ニ因リテ公法ト私法トヲ區別シ公法トハ國家ト臣民トノ關係ヲ規定スルモノニシテ私法トハ臣民相互ノ關係ヲ規定スルモノナリト謂フ然レトモ國家ト臣民トノ關係ヲ規定スルモノ豈獨リ公法ノミナランヤ民法商法中ニ規定スルモノ亦尠カラス此場合ニ於テハ學者或ハ通辭ヲ設ケ國家ハ私法ノ下ニ於テ一私人タル資格ヲ以テ動作スルモノナリト云ヘリ然レトモ此説ハ正當ナルモノニ非ス何トナ

レハ國家カ私法ノ下ニ動作スルハ是國家カ其權力ヲ使用セサルノミ國家ハ全能ノ力アルカ故ニ其權力ヲ使用スルト否トハ自己ノ隨意ニシテ權力ヲ使用スルモ使用セサルモ齊シク國家ナリ權力ヲ使用セサルトキハ一私人ニシテ國家ニアラスト云フ道理ハ我國法ノ解釋上ヨリ謂フ能ハサルモノナレハナリ故ニ此説モ亦以テ公法ト私法トノ區分ヲ明確ナラシムルニ足ルモノト謂フ可カラス

第四説以上ノ諸説ハ皆欠點ナルヲ以テ近來或學者ハ左ノ如キ區別ノ標準ヲ與ヘタリ其言ニ曰ク公法トハ權力ノ關係ヲ規定スルモノニシテ私法トハ平等ノ關係ヲ規定スルモノナリト此説ハ今日ニ於テハ最も斬新ナルモノニシテ又最も完全ナル標準ナリト信ス平等ノ關係ヲ規定スルモノハ私法ナルカ故ニ國家カ權力ヲ使用スルコトナクシテ平等ノ關係ニ於テ或ル行爲ヲ爲ストキハ國家ハ則チ國家ナレトモ此關係ヲ規定スルモノハ私法ナリ又此説ニヨレハ民法商法ハ必スシモ私法ナリト斷言スルコト能ハス民法商法中ニモ國家ノ權力ノ關係ヲ規定スルモノ少カラズ蓋シ立法者ノ法律ヲ制定スルヤ

當初ヨリ公法ト私法トヲ分テ規定セルニ非ズ故ニ一法ヲ取テ此ハ公法ナリ私法ナリト斷言スルハ失當タルヲ免カレヌ要スルニ其規定スル所權力ノ關係ナルカ又ハ平等ノ關係ナルカニ因リテ之ヲ分ツノミ公法私法ノ區別ハ以上ノ如クナルカ故ニ行政法ヲ以テ直ニ公法ナリト斷定スルハ誤謬ノ見解ナリ行政法ハ或ハ平等ノ關係ヲ規定スルモノアリ或ハ權力ノ關係ヲ規定スルモノアリゲルベル、ラバンド、氏等ノ說アルモ亦之カ爲メナリ

第二說

第二說ニ依レハ國家ニ關スル法ヲ國家法ト云ヒ國家法ヲ分テ憲法及行政法ト爲ス而シテ其分類ノ標準ニ付テハ歐洲公法家各其見解ヲ異ニシ數多ノ議論アリト雖モ之ヲ大別スレハ左ノ三說ニ歸ス

其一

其一ニ曰ク憲法ハ國家ニ關スル最高ノ原則ヲ規定シ行政法ハ細小ノ事ヲ規定スルモノナリト此分類ノ標準ハ完全ナルモノニ非ス何トナレハ何ヲ最高ノ原則ト云ヒ何ヲ細小ノ事ト爲スヤト問フニ一定ノ標準アルコトナク唯各人ノ感情ニヨリテ定ムルノ外ナシ各人ノ感情ニヨリテ定ムルトキハ其著大ナルモノニ至リテハ各相一致スルコト有ル可シト雖モ其細末ノ事ニ至リテハ或學者ハ之

其二

ヲ以テ最高ノ原則ト爲シ憲法ニ於テ論ス可キモノナリト唱へ或學者ハ之ヲ以テ細小ノ事トシテ行政法ニ於テ論ス可キモノナリト主張シ憲法行政法ノ區別ハ曖昧模糊ノモノト爲リ其正確ナル範圍ヲ定ムルコトヲ得サレハナリ  
其二ニ曰ク行政法トハ主權ノ作用ニ關スル規則ノ全体ヲ云ヒ憲法トハ國家ニ關スル規則中ヨリ主權ノ作用ニ關スル規則ヲ除キタルモノヲ云フト此分類ノ標準ハグナイスト、氏ノ與ヘタル所ノモノナリ、氏ハ其著書英國行政法第三版百十七頁ニ於テ行政法ニ此ノ如キ定義ヲ下シ以テ憲法ト行政法トノ區別ヲ明ニシタルモノナリトセリ然レトモ此區別ノ標準モ亦適當ナルモノト謂フ可カラス行政法ハ主權ノ作用ニ關スル規則ノ全体ナリト云フハ廣汎ニ失スルモノナリ蓋シ立法權ハ主權ノ一部分ニシテ立法ノ作用ハ主權ノ一作用ニ外ナラサレハグナイスト、氏ノ說ニ依ルトキハ立法ノ作用ハ當然行政法ニ於テ論ス可キモノニシテ憲法ニ於テ論ス可カサルモノ、如シ然ルニグナイスト、氏ハ立法ノ作用ヲ行政法中ニ論セスシテ却テ憲法ニ於テ之ヲ論セリ此ノ如ク其定義ニ依ルトキハ行政法ニ屬ス可キ立法ノ作用ヲ憲法中ニ論スルハ是氏自ラ其定義ノ廣



況ニ失シタルヲ示シタルナリ

其三ニ曰ク憲法トハ統治ノ主体客体及統治者直接ノ行為ニ關スル規則ニシテ行政法トハ國家ノ機關カ統治權ヲ行フニ當リ其標準トスル所ノ規則ナリト謂フ此說ハボルンハッグ氏ノ主張スル所ニシテ前二說ニ比スレハ其區別ノ標準大ニ明瞭ナレトモ余ハ未タ此說ヲ以テ満足スルコトヲ得ス其理由ハボルンハッグ氏ノ說ニ依レハ行政法トハ國家ノ機關カ統治ノ作用ヲ爲ス時ニ當リ其行為ノ標準トナルモノナリト云フヲ以テ行政法ハ統治ノ事ニミ關スル規則ニシテ統治ノ作用ニアラサル行為即チ權力ヲ用ヰス平等ノ關係ニ於ケル行為ノ標準トハ爲ラサルモノト謂フ可シ然レトモ行政官ハ管ニ權力ノ關係ニ於テ運動スルノミナラス平等ノ關係ニ於テ運動スルノ場合ノ多キコトハ既ニ前ニ説明シタリ而シテ行政法ハ此ノ如キ場合ニ於ケル行為ノ標準ト爲ル可キ規則ヲ包含スルコトハボルンハッグ氏モ亦認メテ其著書中ニ論スル所ナリ然ルニ氏ハ行政法ハ恰モ統治ノ事ニミ關スル法ナルカ如ク定義ヲ下シタルハ甚タ狹キニ失シタルモノト謂ハサルヘカラス是余カ同氏ノ定義ヲ以テ未タ満足スル能ハスト云

行政法ノ定義

フ所以ナリ

余ハ行政法ノ定義ヲ左ノ如ク下サントス  
行政法トハ行政行為ノ標準ト爲ル規則ナリ而シテ行政トハ國家ノ機關カ國家ノ委託ニヨリテ外部ニ對シテ行フ所ノ行為ナルヲ以テ行政トハ國家ノ委託ニ依リテ其機關カ外部ニ對シテ行フ行為ノ標準ナリ

此ノ如ク定義ヲ下ストキハ權力ノ關係ニ於ケル行為モ平等ノ關係ニ於ケル行為モ共ニ行爲ナル文字ノ中ニ包含スルヲ以テボルンハッグ氏ノ定義ヨリ生スルカ如キ不都合ノ點ヲ避クルコトヲ得可シ

憲法ノ定義

憲法ノ定義ニ關シテハ余ハボルンハッグ氏ノ定義ニ從ヒ憲法トハ統治ノ主体客体及君主カ直接ニ行フ統治ノ作用ニ關スル規則ナリト云フヲ以テ正當ナルモノト信ス然レトモ茲ニテ注意スヘキコトアリ即チ余カ茲ニ憲法ト稱スルハ實質上ノ憲法ヲ指シタルモノニシテ形式上ノ憲法ヲ指シタルモノニアラサルコト是ナリ

抑從來ノ用法ヲ見ルニ憲法ナル文字ニハ二様ノ意義ニ用ヰラレ或ハ成文憲法

ヲ指シテ憲法ト稱スルコト有リ形式上ノ憲法是ナリ或ハ成文憲法ニ拘ハラズ規則ノ性質上ヨリ觀察シテ一定ノ關係ヲ規定スルモノヲ憲法ト稱スルコト有リ實質上ノ憲法是ナリ余ハ此第二ノ用法ニ從ヒ統括ノ主体客体及統治者直接ニ行フ所ノ統治ノ作用ニ關スル規則ヲ憲法ト稱シタルナリ而シテ形式上ヨリ憲法ト稱スル所ノモノハ實質上ヨリ云フ所ノ憲法ナルモノト相同シカラス實質上ノ意味ニ於テ云フトキハ尋常ノ法律命令ト雖トモ其規定スル所ノ關係統治ノ主体客体及君主直接ニ行フ統治權ノ作用ナルトキハ其規則ヲ稱シテ憲法ト謂フ之ニ反シテ其規定スル所ノ關係以上ノ如キモノニアラザルトキハ設令ハ成文憲法中ノ條項規則ト雖トモ之ヲ憲法ト謂ハス形式上ノ意義ニ於テ憲法ト稱スルトキハ其規定スル所ノ關係如何ヲ問ハス苟モ成文憲法中ニ載スル所ノモノハ悉ク之ヲ憲法ト稱ス世人往々憲法ト謂フ語ニ此二様ノ用法アルコトヲ悟ラスシテ憲法ノ如何ナルモノナルヤヲ論定セントスルヲ以テ其議論ノ要領ヲ失ヒ歸着スル所ナキニ至ルモノアリ吾人ハ法理ヲ研究スルニ當リテハ先ツ用語ノ意義ヲ確定シ文字上ノ爭ニ陥リ徒ニ辯ヲ費スコトヲ避ケサル可カ

ラス

行政法ヲ構成スル所ノ規則ヲ其法力ニ依リテ分ツトキハ二種ト爲スコトヲ得

第一 行政法規

第二 行政規定

行政法規

行政規定

行政法規トハ其法力行政機關ノ内部ニノミ止ラス外部ニ於ケル一個人ノ權利自由ニ關スル規則ヲ謂フ例ヘハ民事及刑事訴訟法ノ如キ是ナリ其法力ハ管ニ行政機關ノ行爲ニ關スルノミナラス一個人ノ權利自由ニ關スルモノナリ行政規定トハ其法力行政機關ノ内部ニ止ルモノニシテ外部即チ一個人ニ對シテ權利自由ヲ制限スル効力ナキモノヲ謂フ行政規定ニシテ間接ニ一個人ノ權利自由ニ關係シ利益不利益ニ影響スルコトモ是行政規定當然ノ目的ニアラス例ヘハ官制ノ如キ事務章程ノ如キモノニシテ一個人ノ權利自由ニ影響ヲ及ホスコトアレトモ其目的トスル所ハ行政部内ノ關係ヲ定ムルニ在リテ其効力ハ行政機關ノ内部ニノミ行ハル、モノナリ

余ハ以上ニ於テ行政法ノ如何ナルモノナルヤヲ略説セリ今此章ヲ終ルニ臨ミ

尚一言ス可キコトアリ行政法ト行政學トノ區別是ナリ行政法ハ行政學ノ一部  
分ニシテ現行行政法ヲ論スルモノナリ行政學ハ一名政治學ト稱シ管ニ現行  
行政法ヲ論スルニ止ラス行政ノ利害得失及其目的ヲモ論スルモノナリ即チ  
行政法ハ行政ニ關スル法理ハ如何ナルモノナルヤヲ論シ行政學ハ行政法理ヲ  
論スルノ外ニ於テ行政法理ハ如何ナルモノナル可キヤヲ論シ行政ノ利害得失  
及目的等ニ及ホスモノナリ然ルニ近來法律學ハ法律ノ如何ナルモノナルヤヲ  
究研スルモノニシテ法律ハ如何ナルモノナル可キヤヲ研究スルハ立法學ニ屬  
シ法律學ニ屬セスト云フノ主義行ハル、ヨリシテ行政學ハ法律學ノ範圍内ニ  
屬スヘキモノニアラスト爲シ法律學ノ範圍内ヨリ除キ去リ獨リ行政學ヲ以テ  
法律學適當ノ範圍内ニ在ルモノトナス斯ノ如ク行政法ト行政學トハ異ナルモ  
ノニシテ其間ニ劃然タル區別存スルモノナレトモ我邦ニ於テ行政法ヲ論スル  
者多クハ此區別ヲ爲サス行政ノ利害得失及其目的等ニ論及シ行政法ト行政學  
ヲ混同セリ

### 第四章 行政法源

行政法源トハ行政法ヲ構成スル規則ノ存在スル有様ヲ云フ行政法ヲ構成スル  
所ノモノハ成文法及不成文法ナリ

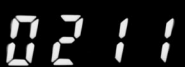
第一 成文法  
成文法ヲ分テ法律命令憲法及豫算ノ四トス

(壹) 法律

憲法制定以前ニ於テハ各國共ニ成文法タルト不成文法タルトヲ問ハス其國法ヲ  
稱シテ悉ク法律トナシタリシカ憲法ノ制定セラル、ニ及ヒテ國法中或特定ノ  
モノヲ指シテ法律ト云フニ至リ法律ナル文字ニ廣義ノ二義ヲ生セリ先ツ廣義  
ニ於ケル法律ノ如何ナルモノナルヤヲ述ヘ次ニ狹義ノ法律ヲ論セ

甲 廣義ノ法律

廣義ノ法律トハ如何ナルモノナルヤニ關シテハ既ニ二千有餘年前ヨリシテ學  
者ノ研究ヲ煩ハシ荷モ法律學者ニシテ此問題ヲ論究セサル者ナシト雖トモ第





神意主義

十九世紀ノ今日ニ至ルマテ尙ホ法律學上未定ノ問題ニ屬スルヲ以テ吾人ハ古  
來諸學者ノ說ヲ精密ニ研究シ其非ナルモノヲ察シ其是ナルモノヲ擇ハサル可  
カラス然レトモ今茲ニ諸學者ノ說ヲ悉ク列舉スルハ徒ラニ時ヲ費スノミナレ  
バ其學說中尤モ有名ニシテ且ツ一時期ヲ爲シタルモノヲ擧ケ如何ナル說ヲ以  
テ最モ精確ノモノト爲ス可キヤヲ研究セント欲ス

第一說 法律ハ上帝ノ胸中ニ生シタル正理ニシテ正シキ事ヲ命シ不正ヲ禁ス  
ルモノナリ 此說ハ羅馬ノシセロー氏ノ唱ヘタル所ノモノニシテ法律ハ神意  
ナリト謂フ造化主義ノ學說ニ基キ法律ノ淵源ヲ神ニ歸シタルモノナリ然レト  
モ現今ノ國法ニ依ルトキハ法律上神ナルモノヲ認メス法律ノ淵源ハ國家ニシ  
テ上帝ニ在ラサルカ故ニ此說ハ現今ノ法律ニ適用スルコトヲ得ス

第二說 法律ハ人民ヲ強要シテ正シク歸依セシムル道德上ノ規則ナリ 此說  
ハ中古グロシユニス氏ノ唱ヘタルモノニシテ法律ハ道德ノ一部分ニ屬シ道德  
ノ及ハサル所ヲ補フ爲メニ設ケタルモノナリト云フ道德主義ノ考ニ基キタル  
モノナリ然レトモ此說ハ法律ト道德トヲ混スルヲ以テ適當ノ者トニス能ハス

命令主義

第三說 法律ハ主權者ノ命令ナリ 此說ハ命令主義ノ學說ニ基キシモノニシ  
テオースチン氏ノ主張シタル所ノモノナリ同氏ハ尙ホ命令ヲ分拆シテ命令ト  
云フ觀念ニハ左ノ四個ノ事項ヲ包含スルモノトセリ

第一 優者ト劣者トノ關係

第二 其優者ノ意思ノ發表

第三 其意思ノ發表ハ劣者ノ行爲ニ關スルモノナルコト

第四 劣者若シ優者ノ發表セシ意思ニ服從セサルトキハ惡報ヲ被ムラシル

可キ條件ヲ具備スルコト

オースチン氏ノ說ハ一時ハ法律社會ヲ風靡シタルモノナレトモ近來ハ此說ヲ非  
ナリトスル學者漸ク増加セリ而シテ其反對論ハ主トシテ左ノ三點ニ歸ス  
一 成文法ハ外形上ヨリ視レハ主權者ノ命令ナリト云フコトヲ得レトモ不文  
法ハ外形上ヨリ視ルモ決シテ之ヲ以テ命令ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ慣習  
法ニ對スル主權者ノ作用ハ或慣習ニ背キタル者ニ制裁ヲ加フルノミニシテ  
直接ニ其慣習上ノ行爲ヲ命令セシニ在ラレサハナリトオースチン派ノ學者

行政法

ハ此駁論ニ對ヘテ曰ク主權者ノ許ス所ノモノハ即チ命スル所ノモノナリト  
此答ハ固ヨリ詭辯タルヲ免レス

ろ 若シ法律ハ命令ナリトセハ總テノ法律ハ義務ヲ主トシテ權利ヲ客トセサ  
ル可カラス何トナレハ命令ノ直接ノ結果ハ服從ノ義務ニシテ其命令ニ服從  
スルノ結果權利ト爲ルモノナレハナリ然ルニ法律ハ社會ノ進歩ト共ニ義務  
本位ヨリ權利本位ニ進ムモノナルヲ以テ或時代ニ於テハ法律ハ命令ナリト  
謂フコトヲ得ヘシト雖モ社會既ニ權利本位ノ時代ニ進ミタル今日ニ於テハ  
法律ハ命令ナリト謂フコトヲ得ス

ハ 命令主義ノ學者ハ法律ハ命令ナリト云フハ *ius* 即チ法律ナル文字ノ語辭  
上ヨリシテ證明スルコトヲ得何トナレハ *ius* 即法律ナル語ハ *ius* 即チ命ス  
ルト云フ動詞ノ過去分詞 *iusse* ナル文字ノ上半ヨリ來リシヲ以テ知ル可シ  
ト主張ス然ルニ近來ノ博言學者ハ之ヲ誤謬ナリトシテ曰ク *ius* ナル語ハ之  
元サンスクリットノ *ius* 又ハ *ius* ナル文字ヨリ來リシモノニシテ命スルト云  
フ義ニアラス拘束スルト云フ義ナリ而シテ法ハ之ニ依リテ人民ノ行爲ヲ

檢束スルモノナレハ遂ニ法ヲ指シテ *ius* ト謂フニ至レリ加之 *ius* ナル文字  
ハ *ius* 即チ「命スル」ト云フ動詞ヨリ來リシモノニ非スシテ *ius* ナル文字コ  
ノ却テ *ius* (法) 及 *ius* (保ツ) ト云フ二字ヲ合セシモノナレ即チ法律トシテ保ツ  
可シト云フ意義ヨリシテ命スルト云フ意義ヲ生シタルモノニシテ從來ノ學  
者ハ語源ノ傳來ヲ顛倒セシモノナリト余ハ博言學上ノ智識ナケレハ此博言  
學上ノ爭ハ果シテ其孰レカ是ナルヤヲ判斷スルヲ得スト雖トモ唯近世有名  
ナル博言學者ハ多ク此說ヲ主張シ又歐洲ノ法律學者モ亦往々此說ヲ採用ス  
ルモノアルコトヲ茲ニ述フルノミ

性法主義  
ノ說

第四說 法律トハ適理生活ノ外形條件ノ有機的全体ヲ云フ 此定義ヲ解説ス  
レハ法律トハ人カ道理ニ適スル生活ヲ爲スニ必要ナル外形上ノ條件ヲ規定ス  
ルモノニシテ有機的性質ヲ有スルモノナリト云フニ在リ此說ハ性法主義ヲ主  
張スルクフウゼー氏ノ說ク所ナレトモ其意義汎博ニ失スルモノト謂ハサル可  
カラス何トナレハ人ノ道理ニ適ヒタル生活ヲ爲スニ必要ナル外形上ノ條件ハ  
獨リ法律ノミニ止マラサルヲ以テナリ



自然法主義ノ説

第五説 法律トハ本物ノ本性ニ基キタル必要ノ關係ニシテ之ヲ廣ク云フトキハ宇宙間ニ行ハル、一定ノ秩序ヲ指シ之ヲ狹義ニ解ス、ハ人類社會ニ行ハル、一定ノ秩序ヲ指スモノナリト此説ハモンデスキュー氏ノ唱ヘタル所ノモノニシテ自然法主義ニ基キ亦汎博ニ過クルノ弊ナシトセス何トナレハ人類社會キ行ハル、一定ノ秩序ハ法律ノミニ限ラサレハナリ

我國ノ學者往々性法ト自然法トヲ混同ス而シテ其之ヲ混同スル所以ノモノハ歐語ノ自然ナル語ト性ナル語トハ相同シク均シク之ヲ *nature* ト謂フヲ以テナリ然レトモ性法ト自然法トハ全ク相異ナルモノニシテ性法説ニ於テハ「ナツウール、レヒト」*nature's* ヲ解シテ人性ニ基キタル法則ト爲シ自然法説ニ於テハ之ヲ解シテ人類自然ノ狀態即チ未タ社會ヲ組織セサル以前ニ行ハレシ法則ナリトナス

自由意思ノ説

第六説 法律トハ自由ノ大則ニ從ヒ一人ノ意思ヲシテ他人ノ意思ト調和セシムル條件ノ全体ナリト此説ハ自由意志ノ説ニ基キカント氏ノ唱ヘタル所ニシテ一時ハ大ニ勢力ヲ有シタルモノナリ然ルニ方今自由意思ノ説其勢力ヲ失フニ及ヒテ此説ノ根據モ亦動搖スルニ至レリ加之之ヲ一方ヨリ視ルトキハ此説モ亦汎博ニ失スルモノナリ何トナレハ各人ノ意思ヲ調和スル條件ノ全体ハ法律ノミニ止マラサレハナリ

強制主義ノ説

第七説 法律トハ一國ニ於テ行ハル、強制的規則ノ全体ヲ云フ、此定義ハイネーリング氏ノ下シタルモノニシテ法律ヲ以テ強制力ノ一種ト爲ス強制主義ノ學説ニ基キタルモノナリ法律ノ大部分ハ固ヨリ制裁ナルモノアリテ國家ハ強制力ヲ以テ之ヲ行フモノナリト雖モ一切ノ法律ハ悉ク制裁ナルモノヲ附シ毎年之ヲ召集スト謂フ條文アリテ天皇ハ毎年召集スルコトヲ規定スレトモ若シ天皇召集セサルコトアルモ之ニ對スル制裁ナキカ如キ是ナリ即チ強シハ法律ト云フ觀念ニ必ラスレモ欲ク可カラサル要素ニ非サルナリ故ニ此定義モ亦未タ完全ナルモノト謂フ可カラス

定義

余ハ左ノ如キ單簡ナル定義ヲ以テ最モ完全ナルモノト信ス曰ク  
法律トハ國家ノ制定若クハ認定シタル人類行為ノ規則ナリ

狹義ノ法律

國家ノ制定セシ規則トハ成文法ヲ指シ其認定セシ規則トハ不文法ヲ云フ而シテ人類行爲ノ規則ト云ヒ強行スルモノナリト云ハサルヲ以テイエーリシグ氏カ下シタル定義ノ如ク狹ニ過タルノ弊ナカル可シ

乙 狹義ノ法律

狹キ意義ニ於テ謂フトキハ法律トハ帝國議會ノ協賛ヲ經タル法律案ニ對シテ裁可シタルモノヲ云フ此定義ハ歐洲公法大家及我國公法學者ノ定義ニ依ラスシテ自己ノ見解ヲ以テ下シタルモノナレハ或ハ誤謬ヲ免レサルヤハ知ル可カラスト雖モ從來諸學者ノ定義ハ満足スル能ハサル所アレハ淺學ニ省スシテ前ノ如キ定義ヲ試ミタリ今先ツ公法家ノ一般ニ唱フル所ノ定義ヲ擧ケ次ニ自己ノ定義ヲ説明ス可シ

一般學說ノ批評

歐洲及我邦公法學者ノ一般ニ唱フ所ノ定義ニ依レハ法律トハ國會ノ協賛ヲ經テ發布シタルモノナリト謂フ此定義ハ字漏西等ノ如ク國會ノ協賛ヲ經テ行フモノハ皆法律ナリト爲スノ國ニ於テ云フトキハ適當ノモノナレトモ我邦ニ移シ用ユルコトヲ得ス何トナレハ此ノゴトキ定義ヲ探ルトキハ國會ノ協賛ヲ

經テ發布シタルモノハ總テ法律ナリト謂ハサルヘカラス然ルニ我國法ニ依ルトキハ憲法條項ノ改正及豫算制定ノ如キ帝國議會ノ協賛ヲ經テ行フモノニシテ法律ニアラサルモノ存在スレハナリ故ニ此定義ハ我邦ノ公法學者ノ一般ニ唱ヘテ殆ント確定セルモノ、如ク看徹スト雖モ余ハ廣汎ニ失スルモノトナス又或學者ハ法律ハ國民ノ意思ノ發表シタルモノニシテ命令ハ行政官ノ意思ノ發表シタルモノナリト謂ヘリ此說モ亦我邦ニ適用ス可カラス何トナレハ我國法ニ依ルトキハ立法司法及行政ノ權ハ共ニ天皇ニ屬シ法律モ命令モ均シク天皇ノ意思ニシテ法律ハ國民ノ意思ナリ命令ハ行政官ノ意思ナリト區別スル理由ナケレハナリ

以上ニ於テ一般ニ行ハル、所ノ二個ノ定義ニ對レテ批評ヲ試ミタレハ以下ニ自己ノ定義ヲ説明セシ

定義ノ說明

我憲法第五條ニ依レハ「天皇ハ帝國議會ノ協賛ヲ以テ立法權ヲ行フ」トアルヲ以テ法律ハ帝國議會ノ協賛ヲ經ルコトヲ要シ協賛ヲ經サズモノハ法律ニアラス是レ定義中ニ帝國議會ノ協賛ヲ經ルコトヲ以テ法律ノ法律タル一要件トシテ

行政法

擧ケタル所以ナリ然レトモ帝國議會ノ協賛ヲ經テ裁可シタルモノハ悉ク皆法律ナリト謂フ可カラス我憲法ニ於テハ協賛ヲ經ルコトヲ要スルモノハ憲法條項ノ改正豫算及法律ノ制定等ナリ而シテ國會ノ協賛ヲ經タル憲法ノ改正案及豫算案ヲ裁可スルモ法律ト爲ラス唯帝國議會ノ協賛ヲ經タル法律案ヲ裁可シテ茲ニ始メテ法律ナルモノ生ス是法律トハ國會ノ協賛ヲ經テ裁可シタルモノナリト謂ハスノ協賛ヲ經タル法律案ヲ裁可シタル者ナリト主張スル所以ナリ又定義中ニ裁可シタルモノト謂ヒ裁可シテ公布シタルモノナリト謂ハサルハ法律ハ裁可ヲ以テ完成シ公布ハ法律ノ法律タルニ無關係ノモノト認ムレハナリ世人或ハ公布ヲ以テ法律ノ成立條件ト爲スモノアレトモ是通俗ノ考ニシテ精密ナル法理的ノ考ト謂フ能ハス法律ハ君主カ法律案ヲ以テ法律ト爲スコトヲ命スルニ依テ成定ス即チ裁可ニ依リテ完成ス公布ハ唯法律ヲ遵奉スル義務ノ生スル條件タルニ止マル而シテ遵奉義務ノ有無ハ法律ノ法律タルニ何等ノ影響ヲモ及ホスコトトシ例ヘハ公布シタル法律ト雖モ數十日若クハ數年間遵奉義務ナキモノアレトモ猶ホ法律タルニ妨ナキカ如シ

命令

(貳) 命令

命令トハ帝國議會ノ協賛ヲ經スシテ發シタル人類行爲ノ規則ナリ命令ハ天皇親ラ之ヲ發スルコト有リ又其機關ヲシテ之ヲ發セシムルコト有リ天皇ノ親ラ發スル所ノ命令ヲ稱シテ勅令ト謂ヒ其機關ヲシテ發セシメタル命令ハ其機關ノ種類ニ依リ閣令省令府縣令等名稱ヲ附ス而シテ命令ハ或ハ法規ノ性質ヲ有スルコト有リ或ハ處分ノ性質ヲ有スルコト有ルハ或學者ノ説明スルカ如ク法律ト命令トノ區別ハ法規ト處分トノ區別ト相對スルモノニシテ法律ハ法規ノ性質ヲ有シ命令ハ處分ノ性質ヲ有スルモノナリト誤解ス可カラス法律ト命令トノ區別ハ法規ト處分トノ區別ト相對スルモノニ非スシテ唯公布式上ノ區別タルニ過キス故ニ處分ニシテ法律ノ式ニ依リテ發布セラル、コトアリ法規ニシテ命令ノ式ニ依リテ發布セラル、トアリ

憲法

(參) 憲法

茲ニ憲法ト稱スルハ成文憲法ヲ指示シタルモノニシテ實質上ノ憲法ノ義ニ非ス

行政法源ヲ論スル者多クハ憲法ヲ以テ狹義ノ法律ト爲シ行政法源ノ一トシテ法律ナルモノヲ舉グルトキハ憲法ハ既ニ其中ニ包含セラル、モノナレハ特ニ憲法ヲ以テ行政法源ノ一トシテ列舉スルノ必要ナシト謂ヘリ此說ハ字漏西等ノ如ク憲法ヲ以テ法律ノ一種ト爲ス國ニ於テ謂フトキハ適當ナルモノナレトモ憲法ヲ以テ法律ニ非スト爲ス我國ニ適用スカラス是余カ法律ノ外ニ行政法源ノ一種トシテ特ニ憲法ナルモノヲ舉ケタル所以ナリ

余ハ以上ニ於テ屢憲法ハ法律ニ非サルコトヲ述ヘタルヲ以テ今其法律ニ非サルコトヲ知ルニ足ル可キ理由ノ一二ヲ例舉スヘシ

一、大日本帝國憲法ノ前文中ニ朕ハ我カ臣民ノ權利及財産ノ安全ヲ貴重シ及之ヲ保護シ此ノ憲法及法律ノ範圍内ニ於テ其ノ享有ヲ完全ナラシム可キコトヲ宣言ストアリ是ニ由テ之ヲ視レハ憲法ノ法律ニ非サルコト昭々タリ若シ憲法ヲ以テ法律ト爲ストキハ法律ナル語中ニ憲法モ亦包含セラル、カ故ニ單ニ

「法律ノ範圍内ニ於テ其ノ享有云々」ト云ヘハ則チ足ル何ゾ殊更ニ憲法及法律ノ範圍内云々ト謂フヲ要セン然ルニ特ニ此ノ憲法及法律ノ範圍内ニ於テト謂フ

所以ノモノハ憲法ノ法律中ニ包含セラレシテ其以外ニ在ルカ故ナリ

二、憲法第三十八條ニ兩議院ハ政府ノ提出スル法律案ヲ議決シ及ヒ各法律案ヲ提出スルコトヲ得トアリテ法律案ニシテ各議院ヨリ提出スルコトヲ得サル例外アルコトヲ明文上ニ認メサルカ故ニ若シ憲法ヲ以テ法律ノ一種ナリト謂フトキハ憲法ノ條項ヲ改正スル議案ハ法律案ナルヲ以テ政府及各議院ハ當然此ノ議案ヲ提出スル權ヲ有スト謂ハサル可カラス然レトモ憲法ノ前文中ニ將來若此ノ憲法ノ或ル條章ヲ改定スルノ必要ナル時宜ヲ見ルニ至ラハ朕及朕カ繼續ノ子孫ハ發議ノ權ヲ執リ之ヲ議會ニ付シ議會ハ此ノ憲法ニ定メタル要件ニ依リ之ヲ議決スルノ外朕カ子孫及臣民ハ敢テ之カ紛更ヲ試ミルコトヲ得サル可シトアリテ憲法前文ニ於テハ議會ニ憲法條項ヲ改正スル議案ノ提出權ヲ認メサルヲ以テ若シ憲法ハ法律ノ一種ナリトスルトキハ憲法ト憲法ノ前文トハ其規定スル所相抵觸スト謂ハサルヘカラサルノ結果ヲ生ス是又憲法ハ法律ナリトスヘカラサル理由ノ一ナリ

豫算ハ法律ナリト  
ノ説及  
其  
駁論

豫算ハ行政爲ノ標準トナルモノナレド法律ニ非スト信スルヲ以テ法律ノ外ニ特ニ豫算ナルモノヲ掲ケ行政法源ノ一種ト爲ス然レトモ世人多クハ豫算ハ法律ナリト謂フヲ以テ今聊カ豫算ハ法律ニ非サルコトヲ辯セシ  
豫算ヲ以テ法律ナリト主張スル論者ハ帝國憲法第六條ニ「天皇ハ帝國議會ノ協贊ヲ以テ立法權ヲ行フ」ト規定シ又其第三十七條ニ「總テ法律帝國議會ノ協贊ヲ經ルヲ要ス」トアルヨリシテ此等ノ條規ニ基キ帝國議會ノ協贊ヲ經テ公布スル所ノ命令ハ總テ法律ナリ然ルニ豫算ハ帝國憲法第六十四條ニ依リ帝國議會ノ協贊ヲ經ルコトヲ要スルカ故ニ法律ナリト謂フ然レド此ノ如キ斷定ハ論理ノ規則ニ反スル者ニシテ適當ナル者ト謂フ可カラズ法律ハ帝國議會ノ協贊ヲ經ルコトヲ要スト謂フ條文ヲ解釋シテ帝國議會ノ協贊ヲ經ルコトヲ要スル者ハ悉ク法律ナリト斷定スルハ恰モ人ハ必ス死ス可キモノナリト謂フコトヲ解シテ死ス可キ者ハ悉ク人ナリト斷定スルニ同シ死ス可キモノ豈獨リ人ノミナランヤ之ニ同シク帝國議會ノ協贊ヲ要スルモノ豈止タ法律ノミナランヤ故ニ帝國憲法第三十七條及第六十四條ノ明文ハ豫算ハ法律ナリト斷定スル理由ノ根據ト爲

實質上豫算ハ法律ニ非スト  
ノ説

ス能ハス若シ尙強テ豫算ハ法律ナリト主張セント欲セハ是等ノ外ニ他ノ根據ヲ求メサル可カラズ然ルニ未タ正確ナル根據アルヲ聞カス之ヲ要スルニ歐洲ニ於テハ國會ノ協贊ヲ經タルモノハ皆法律ナリト云フ主義ニ基キ憲法ノ明文ヲ以テ豫算ハ法律ナリト規定シタルモノ多キヲ見テ直ニ此法理ヲ我國ニ援引適用シ又一方ニハ政事上ノ便宜ヨリシテ明文ナキニモ拘ハラズ豫算ハ法律ナリト主張スルモノナルヘシ  
豫算ハ法律ニアラスト主張スル或論者ノ説明スル所ニヨレハ法律ハ其効力永久のモノナルコトヲ要シ其効力ノ一時ニ限ルモノハ法律ニ非ス又其規定ハ一般普通ノモノナラサル可カラズ特定ノ事件ニ關スル規定ハ法律ニ非ス然ルニ豫算ハ其効力一箇年ニ限リ其規定スル事件ハ特定ノ者ナリ故ニ豫算ハ法律ニ非スト云ヘリ此說ハ歐洲ニ於テ一時學者ノ主張セシモノナレトモ方今公法學者ノ多數ハ憲法上法律ト云フハ全ク形式的ノモノニシテ其行ハル、時間ノ長短其規定スル事柄ノ如何ハ敢テ問フ所ニ非スト云フ主義ヲ主張ス余ハ前ニモ述ヘタル如ク法律命令豫算等ノ區別ハ實質上ノ區別ニアラストシテ形式上ノ

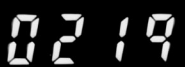
區別ナレハ荷モ法律ノ形式ヲ取ルトキハ其規定スル事件ハ特定ノモノナルモ其法力ハ行政部内ニノミ止マルモ又其法力ノ期限ハ一時ニ限ルモ均シク法律ナリト信スルヲ以テ以上ノ如キ實質上ノ標準ニヨリ豫算ハ法律ニ非スト謂ハス余ハ唯一方ニ於テハ豫算ハ法律ナリト云フ十分根據アル證明ヲ得ス又一方ニ於テハ豫算ヲ法律ナリトスルトキハ我憲法議院法會計法等ニ通シテ圓滑ナル法理ノ解釋ヲ爲ス能ハサルヲ以テ此等ノ諸法律ヲ玩味シ其精神上ヨリシテ豫算ハ法律ニ非スト云フノミ

豫算ハ行政命令ナリトノ説

豫算ハ法律ニ非スト爲ス者ノ中ニ豫算ハ行政命令ナリ換言セハ君主カ其機關ニ對シテ發スル會計上ノ命令ニシテ其効力ハ行政部内ニ止マリ會計ヲ監督審查スル下拵ノ爲メニ設ケタルモノナリト云フ者アリ此見解ハ豫算ノ法力ノ性質ニ關スル説明トシテハ完全ナルモノナレトモ形式上ヨリ論シテ豫算ハ行政命令ナリト云フハ適當ニ非ス何トナレハ豫算ハ國會ノ協賛ヲ經テ發スルモノナリ然ルニ憲法上ノ命令ハ國會ノ協賛ナクシテ發シタルモノヲ謂ヒ國會ノ協賛ヲ經テ發シタルモノハ憲法上ノ命令ニ非ストハ前論者モ主張スレ所ナルヲ以テナリ余ハ豫算ハ憲法上ノ法律ニモアラズ又命令ニモアラズ豫算ト云フ一種特別ノ形式ヲ有スルモノト信ス天皇カ豫算ヲ公布ヒシムルニ當リ法律第何號トセス又勅令トモセス何年度豫算トシテ公布スルハ其趣旨蓋シ此ニ基クモノナラン

國際條約ハ行政法源ニ非ス

國際條約ヲ以テ國法ノ性質ヲ有スルモノト見做シ行政法源ノ一種ト爲ス公法學者アレトモ此ノ如キ考ハ誤リタルモノナリ國際條約其物ハ國家相互ノ條約ニシテ其條約ノ當事者タル國家相互ヲ羈束ス故ニ國家ハ他ノ國家ニ對シテ其條約ヲ履行ス可キ義務アリ然レトモ國家ニ此義務アルカ故ニ其機關及臣民ニモ此義務アリト速斷ス可カラズ何トナレハ國家ノ機關及臣民ハ國家ノ命令ニ服従スルモノニシテ國家ノ命令ナキハ服従ノ義務ナレ然ルニ條約其物ハ國家カ外國ト締結シタルモノニシテ國家ト外國トノ間ニ於テノミ爲シタル行爲ナリ機關及臣民ニ對シテ爲シタル行爲ニ非ス即チ機關及臣民ニ對スルノ命令ニ非ザルナリ換言セハ條約ハ國家ト外國トノ契約ニシテ國法ニ非ス國法ニ非サルカ故ニ機關及臣民ニ服従ノ義務ナレ機關及臣民ニ服従ノ義務ナキカ故





ニ行政行為ノ標準ト爲ラス行政行為ノ標準ト爲ラサルカ故ニ行政法源ノ一種ト爲スコトヲ得ス然レトモ國家カ外國ニ對シテ其條約ヲ履行セント欲セハ自己ノ機關及臣民ヲレテ之ヲ遵奉セシム可キ必要アリ之ヲ遵奉セシメント欲セハ國家ハ其條約ヲ法律若クハ命令ノ形式ニ於テ國內ニ命令セサル可ラス此ノ如ク法律又ハ命令トシテ國內ニ公布スルトキハ國內ニ對シテ條約ハ國法ト爲リ機關及臣民ハ服從ノ義務ヲ生ズ茲ニ於テ條約ニ基キ發シタル法律若クハ命令ハ行政法源ノ一種トナル然レトモ條約トシテ行政法源ヲ爲スニ非ス國法ナルカ故ニ行政法源ヲ爲スモノナリ是條約ヲ以テ行政法源ノ一種ト爲サル所以ナリ

不文法

第二 不文法

行政法ヲ構成スル規則ハ成文法ノ形式ニ依ラス不文法ノ形式ニ於テ存在スルモノ尠カラス殊ニ往昔ニ在テハ東洋西洋共ニ國法ノ大部分ハ不文法ノ形式ヲ有セリ近世各國共ニ法典ヲ編纂スルコトヲ勉メ學者中ニモ亦法典編纂ヲ主張スル者其數ヲ増加スルニ至リ國法ノ大部分ハ成文法ト爲リタレトモ今尙不文

法ノ形式ヲ有スルモノ多シ且現今行政ノ實際ニ就テ觀ルモ國家ノ行政ハ社會ノ新ナル事實ヲ追フテ處分スルモノナルヲ以テ從來國法ノ備ハサル場合ニ於テ行政ノ處分ヲ爲ストキハ其處分ハ例トナリテ後ノ處分ヲ行フ標準トナル即チ成文ノ形式ヲ取ラスレテ間接ニ國法トナル是行政法ニ於テ不文法ニ屬スルモノ存在スル所以ナリ

第二編 行政機關

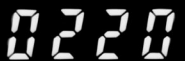
第一部 官吏法

第五章 官吏

官吏ノ定

通常國家ノ事務ヲ行フ者ヲ指シテ官吏ト稱シ國家ノ事務ノ大部分ハ官吏之ヲ行フ有様ヲ見テ國家ノ事務ハ官吏悉ク之ヲ行ヒ官吏ニシテ國家ノ事務ヲ行ハサル者ナシト信シ官吏ノ定義ヲ下シテ官吏トハ國家ノ事務ヲ行フ者ナリト謂フ者アレトモ此ハ大ナル誤ナリ官吏ニアラスシテ國家ノ事務ヲ行フモノアリ又官吏ニシテ國家ノ事務ヲ行ハサル者アリ例ヘハ 天皇及國家ノ爲ニ道路ヲ

行政法



修繕シ家屋ヲ建築スル一個人ハ國家ノ事務ヲ行フモノナレトモ官吏ニ非ス又  
 休職非職ノ官吏ハ國家ノ事務ヲ行ハサレトモ官吏ナルカ如キ是ナリ  
 斯ノ如ク官吏ノ外ニ國家ノ事務ヲ行フ者アリ又官吏ニシテ國家ノ事務ヲ行ハ  
 サル者アレハ國家ノ事務即チ公務ヲ行フト云フ觀念ハ官吏ト云フ觀念ニ必要  
 ナル要素ニ非サルヲ以テ國家ノ事務ヲ行フ者ハ悉ク官吏ナリ官吏ハ必ス國家  
 ノ事務ヲ行フモノナリト謂フ可カラス要スルニ國家ノ事務ヲ行フモノナリト  
 云フ事ノミヲ以テ官吏ノ官吏タル標準ト爲スコカラス故ニ或學者ハ官吏ノ官  
 吏タルハ一個人カ國家ノ爲メニ其事務ヲ行フ可キ關係ヲ惹起ス方法ノ如何ニ  
 因リテ定マリ其實際ノ公務ヲ行フト否トハ問フ所ニアラストナス此說ニ依レ  
 ハ一個人カ國家ノ爲メニ其事務ヲ行フヘキ關係ヲ惹起ス方法ニ左ノ三種アリ  
 而シテ其第三種ニ屬スル方法ニ依リテ國家ノ事務ヲ行フヘキ關係ニ在ル者即  
 官吏ナリト謂フ今此三種ノ方法ヲ舉ケ如何ナル方法ニ於ケル者ヲ以テ官吏ト  
 ナスヤヲ説明セン

私法上ノ

第一種 一、個人ハ、私法上ノ合意ニ因リ、國家ノ事務ヲ行フ可キ關係ヲ惹起ス、

ト有リ、即チ國家ハ其權力ヲ用非シテ一個人ト平等ノ關係ニ立チ合意ニ因リ  
 テ一個人ヲシテ國家ノ事務ヲ行ハシム例ヘハ私法上ノ契約ニ因リ國家カ建築  
 師ヲシテ家屋ヲ建築シ城塞ヲ築造シ鐵道ヲ敷キ道路ヲ修繕セシムルカ如キ是  
 ナリ而シテ國家ハ私法上ノ契約ニ因リ一個人ヲシテ私法上ノ行爲ヲ爲サシム  
 ルノミナラス公法上ノ行爲即チ命令權ノ執行ヲモ爲サシムルコトアリ國家カ  
 銀行又ハ一私人ニ委託シテ租稅及其他國家ノ歳入ヲ徵收セシムルカ如キ是ナ  
 リ銀行又ハ一私人ガ國家ノ委任ニ因リテ行フ國家歳入ノ徵收ハ命令權ヲ行フ  
 モノナリ此ノ如ク國家カ一個人ト平等ノ關係ニ立チ契約ニ依リテ一私人ヲシ  
 テ私法上ノ行爲及公法上ノ行爲ヲ爲サシムル場合ニ於テハ一私人ハ國家ノ事  
 務ヲ行フ者ナリト雖モ官吏ニ非ス國家モ一私人モ同等ノ地位ニ立チテ契約ヲ  
 爲シタルモノニシテ國家ト一私人トノ關係ハ私法上ノ關係ナリ  
 第二種 法規ノ規定ニ因リ一個人ヲシテ國家ノ事務ヲ行ハシムルコト有リ此  
 場合ニ於テハ一個人カ國家ノ事務ヲ行フハ國家ト一個人トノ合意ニ基クモノ  
 ニ非スシテ國家一方ノ意思ヲ以テ定ムル者ナリ例ヘハ法律ノ規定ニ因リテ一

法規ノ規

個人ヲ徵集シ兵役ニ服セシムルカ如キ是ナリ兵士ハ法律ノ規定ニ因リテ國家ノ事務ヲ行フ者ナリト雖モ官吏アラズ唯國民一般ノ義務トシテ之ニ從事スルモノナリ

第三種 國家ハ一個人ト合意ヲ爲シテ權力上ノ關係ヲ惹起シ其權力上ノ關係ニ基キ一個人ニ命令シテ國家ノ事務ヲ行ハシムルコト有リ官吏トハ此ノ如キ種類ノ合意ニ因リ國家ノ事務ヲ行フ可キ關係ヲ有スルモノナリト云フ此第三ノ場合モ第一ノ場合ノ如ク合意ニ因リテ國家ノ事務ヲ行フカ故ニ其間ニ差別ナキカ如シト雖トモ其實否ラス第一ノ場合ハ全ク私法上ノ合意ニシテ國家ハ一私人トノ合意ヲ爲シ私法上ノ關係即チ權利義務ノ關係ヲ惹起シ一個人ハ國家ノ有スル私法上ノ權利ニ對シテ國家ノ爲メニ其事務ヲ行フ可キ義務ヲ負擔スル者ナリ之ニ反シテ第三ノ場合ニ於テハ國家ト一私人トハ合意ニ因リテ私法上ノ關係ヲ惹起サス却テ權力上ノ關係ヲ惹起シ國家ハ一個人ニ對シテ命令スルノ權ヲ有シ一個人ハ其命令ニ服從スルノ義務ヲ負擔ス而シテ官吏トハ此種力ノ關係ニ基キテ下シタル命令ニ服從シテ國家ノ事務ヲ行フ可キ地位ニ立

ツ者ヲ云フ第一ノ場合ハ人權若クハ物權ヲ設定スルコト目的トスル純然タル私法上ノ合意ナレトモ第三ノ場合ハ權力ノ關係ヲ惹起スコトヲ以テ目的トスルモノニシテ私法上ノ合意ト同シカラス或人之ヲ稱シテ公法上ノ合意ト謂ヘリ以上ハラバンド氏ノ說ニシテ所謂公法上ノ合意ニ基キ一個人ニシテ國家ノ事務ヲ行フ可キ關係ニ在ル者ヲ官吏ト稱ス此說ニ據レハ任官ハ國家ト一個人トノ合意ニ基クモノニシテ國家一方ノ意思ヲ以テ命令スルモノニ非スト爲ス蓋シ合意ヲ以テ任官ニ必要ナル要素ト爲セシハ歐洲ニ於ケル封建制度ノ餘習ナリ可シ封建制度ニ於テハ君主ハ其人民ヲ保護シ人民ハ其保護ニ報スルカ爲ニ君主ニ服從スルト云フ合意ヲ爲シテ君臣主從ノ關係ヲ組織セシヨリ官職ヲ奉スルモ亦合意ヲ以テセリ而レテ歐洲ニ於テ任官ニ關スル制度ノ發達セシハ封建制度ニ基クヲ以テ其歷史的ノ觀念深ク人心ニ浸染スルカ故ニ學者今猶任官ハ契約ノ一種ナルカ如ク説明スルナルヘシ

然レトモ我憲法ニ於テハ天皇ハ行政各部ノ官制及文武官ノ俸給ヲ定メ及文武官ヲ任免ストアルヲ以テ官吏任命權ハ天皇之ヲ有シ天皇ハ自己一方ノ意思



ヲ以テ之ヲ任命シ其任命セラル、者ノ之ヲ欲スルト否ト意思ノ合致スルト否トヲ問ハス故ニ一私人ハ任命セラル、コトヲ欲セスト雖モ一タヒ官吏ニ任スルノ命令アルトキハ其任命ハ不成立ト爲ラスシテ有効ナリ現今實際ニ於テ一個人ノ意思ニ背キ強制シテ官吏ニ任セサル所以ハ方今仕官ヲ希望スル者甚タ多キカ故ニ之ヲ嫌惡スルモノヲ強テ任命スルノ必要ナケレハナリ若シ社會ノ狀態一變レテ人民仕官ヲ嫌惡スルニ至ラハ強制シテ官吏ニ任命スルコト有ル可シ而シテ又官吏カ自己ノ意思ヲ以テ辭職スルコトヲ得ルノ自由アルハ法律命令カ自ラ斯々ノ場合ニ於テハ辭職スルコトヲ得ルモノナリト規定シテ其餘地ヲ與フルカ故ナリ且願ニ依リテ其職ヲ免スル法理上ノ理由ハ官職ヲ免スルノ命令ニヒテ辭表ノ呈出ニアラス故ニ辭表ヲ呈出スルモ未タ之ヲ以テ直チニ辭職シタルモノト云フ可カラス故ニ官吏ノ任命ハ國家カ一個人ニ對スル純然タル命令ニシテ國家ト一個人トノ合意ニ非ス又合意ハ官吏任命ノ必要ナル要素ト云フ可カラス實際ニ於テ國家カ一個人ヲ採用シテ官吏ト爲スニ當リ國家ハ先ツ豫メ其意思ヲ一個人ニ通知シ其承諾ヲ得テ後ニ之ヲ任命スルコトアルトモ是ハ政治上ノ有様ニシテ法理ニ關係セサルモノナリ合意ヲ以テ官吏任命ノ要素ト爲ス者ハ此政治上實際ノ有様ニ感ハサレテ法理ノ解釋ヲ誤リタルモノナリ

論國及白耳義等ノ國憲ニ依レハ人民カ政府ニ絶對的ニ服従スルハ法律ヲ以テ規定シタル程度ニ限ルモノナリ法律ヲ以テ規定セサル程度ニ於ケル服従ハ一私人ノ承諾ナキトキハ強ニルコト能ハス然ルニ佛國及白耳義ノ憲法ニ於テハ官吏カ官職ヲ奉スル義務ヲ以テ法律上一般臣民ノ義務ト明言セラレサルカ故ニ此二國ニ於テハ官職ヲ奉スルノ義務ハ臣民カ臣民トシテ當然有スル所ノ義務ニ非ス此點ニ關シテハ人民ハ自由意思ヲ有シ國家ト平等ノ地位ニ在リ雙方ノ合意ヲ以テ官職ヲ奉スルコトヲ委任承諾スルニ非サレハ官吏トセラル、ノ義務ナシト解釋スルノ必要ヲ生ス要スルニ我國ト佛國及白耳義等ノ諸國ト官吏任命ニ關スル法理上ノ解釋ヲ異ニスル所以ハ一個人ハ特ニ例外ノ規定ナキ以上ハ絶對無制限ニ國家ニ服従スルノ義務アルモノナリト云フ憲法ノ原則ト人ハ天賦ノ人權ヲ有シ法律ノ定メタル程度ノ外ハ服従ノ關係ナク對等ノ地位

明定義ノ説

ニ在リテ自由ナルモノナリト爲ス憲法上ノ原則ニ於テ異ナル所アルカ爲メナ  
 リ  
 方今進歩シタル學說ニ依ルトキハ官吏トハ或定マリタル種類ニ屬スル國家ノ  
 事務ヲ行フ可キ不定額ノ義務ヲ有スル者ナリト云フ  
 語ヲ換テ言ヘハ官吏カ國家ノ爲メニ行フ可キ事務ノ種類ハ定マリタルモノナ  
 レトモ其行フ可キ義務ノ程度ハ不定ノモノナリト蓋シ官吏モ人民モ均シク國  
 家ノ權力ニ服従ス可キモノナレハ國家カ官吏及人民ニ或事務ヲ行フ可キコト  
 フ命スルトキハ官吏モ人民モ共ニ服従ス可キモノニシテ之ヲ拒ムコトヲ得ス  
 然レトモ現今諸國ノ國法ニ依ルトキハ國家ハ人民ヲシテ一定ノ義務ヲ盡サレ  
 メントスルトキハ其義務ノ範圍種類等ハ一々法律規則ヲ以テ定メ租稅何圓ヲ  
 納ム可シ又何々ノ行爲ヲ爲ス可シト命シ人民カ國家ニ服従ス可キ義務ノ程度  
 ハ一般ニ法律規則ニ依リテ定マリ居ルモノニシテ法律規則ヲ變更スルニ非サ  
 レハ人民カ國家ニ對スル服従ノ程度ハ變更増減スルコト無シ之ニ反シテ官吏  
 ノ地位ニ在ル者ハ其國家ノ爲ニ行フ可キ事務ノ種類ハ法律規則ニ依リ一般ニ  
 定マリ居レトモ其一定ノ種類ニ屬スル事務ヲ行フニ當リ官吏カ國家ノ爲ニ盡  
 ス可キ義務ノ程度ハ定マリ居ラス例ヘハ檢察官ノ行フ可キ事務ノ種類ハ法律  
 規則ニ依リ定マリ居レトモ檢察官ハ其種類ニ屬スル事務ノ有ラン限リハ上官  
 ノ命令ニ依リ若クハ自己ノ意見ニ依リテ悉ク之ヲ執行ス可キモノニシテ其義  
 務ノ程度ハ事件ノ發生増減ノ如何ニ因テ増減シ初ヨリ定マリ居ルモノニ非スレ  
 斯ノ如ク人民ノ國家ニ對スル服従義務ノ程度ハ法律規則ニ依リテ定マリ居ル  
 モ官吏タル者ノ國家ニ對スル義務ノ程度ハ不定ノモノナレハ人民ト官吏トヲ  
 區別スル標準ヲ此點ニ取リテ官吏トハ一定ノ種類ニ屬スル國家ノ事務ヲ行フ  
 可キ不定額ノ義務ヲ有スルモノナリト云フ  
 以上ノ如ク官吏ノ定義ヲ下ストキハ官吏ノ官吏タルハ國家ノ爲ニ或種類ノ事  
 務ヲ行フ可キ義務ヲ有シ其義務ノ程度不定ノモノナリト云フ點ニ在リテ實際  
 ニ其事務ヲ行フト否トヲ問ハス  
 或論者ハ官吏ハ國家ノ命令權ヲ行フモノニシテ命令權ノ執行ニ任スル場合ニ  
 非サレハ官吏ト謂フ可カラスト主張スル者アレトモ是亦誤ナリ官吏ノ行フ可

行政法

キ事務ハ通常命令權ノ執行ナレハ必スレモ命令權ノ執行ニハミ限ルヘキ理由  
 ナシ技術上ノ事務ヲ行フモ其官吏タルヲ妨ケス何トナレハ裁判官及行政官カ  
 裁判ヲ爲シ行政事務ヲ行フニ當リテハ常ニ命令權ノ作用ト技術上ノ行爲トヲ  
 爲スモノナレハナリ例ハ裁判官カ訊問ヲ爲シ判決ヲ宣告スル等ハ命令權ノ作  
 用ナレトモ臨檢ヲ爲シ調書ヲ作ル行爲等ハ命令權ノ作用ニ非スレテ技術上ノ  
 事務ナリ之ト同シク行政官モ或ハ物品ノ性質ヲ檢査シ或ハ記録ヲ調製整理ス  
 ル等技術上ノ事務ヲ行フコト有リ然レトモ裁判官及行政官ハ此等ノ技術上ノ  
 行爲ヲ爲スカ爲ニ官吏タル性質ヲ失ハス又學校教師ノ如キハ命令權ヲ行使ス  
 ルコト無キニシモアラスト雖トモ多クハ技術上ノ行爲ヲ爲スヲ以テ常トス然  
 レトモ教師ハ官吏ナリ

此ノ如ク官吏ノ行フ可キ事務ハ命令權ノ作用ナルト技術上ノ行爲ナルトヲ問  
 ハス又一個人カ國家ノ事務ヲ行フ可キ時間ノ長短ハ官吏ノ本体ニ毫モ影響ヲ  
 及ボスコトナシ一定ノ時期ヲ限リ國家ノ事務ヲ行フ可キ關係ニ於ケル者モ終  
 身國家ノ事務ヲ行フ可キ地位ヲ有スル者モ均シク官吏ニシテ其間ニ差違アル  
 コト無シ又俸給ノ有無ハ官吏ノ性質ニ影響ヲ及スコトナシ通常官吏ハ俸給ヲ  
 受クル者ナルヲ以テ官吏ハ一定ノ俸給ヲ受ケ國家ノ事務ヲ行フ者ナリト定義  
 フ下ス者アレトモ此ノ如キ考ハ大ニ誤リタルモノニシテ現今各國ノ實際ヲ視  
 ルニ官吏ニシテ俸給ヲ受ケサル者アリ例ヘハ半瀟西等ニ於ケル文官試補ノ如  
 キハ俸給ヲ受ケルコト無シ又官吏ハ通常官職ヲ以テ自己唯一ノ職業ト爲スト  
 雖モ是亦官吏タルニ必要ナル要素ニ非ス官吏ヲシテ隨意ニ官職ノ外ニ或職業  
 ヲ行ヒ或ハ一定ノ報酬アル會社ノ役員ト爲ルヲ許ストキハ官吏ノ威嚴信用ヲ  
 害スルコト有ルノミナラス遂ニハ官吏其職務ヲ懈ルノ弊害ヲ生スル以テ國家  
 ハ或種類ノ官吏又ハ官吏全体ニ官職ノ外ニ他ノ業務ヲ行フコトヲ禁スレトモ  
 是政治上ノ必要ヨリシテ爲スモノニシテ之ヲ禁スルト否トハ官吏ノ性質ニ妨  
 アルコト無シ加之現今各國ノ國法ニ依ルモ公然官職ノ外ニ他ノ職業ヲ營ミ又  
 ハ他ノ事務ヲ兼務スルコトヲ許スモノ多シ故ニ官職ヲ以テ官吏タル者ノ唯一  
 ノ職業ト爲スト否トハ政界上ノ問題ニシテ官吏ノ本体ニ關スル法理上ノ要素  
 ニ非サルナリ



### 第六章 官吏ノ任命

第十七世紀ノ頃歐洲ニ於テ國家法原則ノ一變シタルトキニ當リ君主ハ自由ニ其官吏ヲ免職スルコトヲ得可キヤ否ヤノ疑問ヲ生シ學者此疑問ニ對シ明瞭ニシテ且正確ナル答解ヲ與ヘンコトヲ欲シ大ニ官吏ノ性質ヲ研究シ官吏ノ性質ハ如何ナルモノナルヤト云フコトハ公法學上論争ノ焦点タリシス如ク法學者カ奮テ官吏ノ性質ヲ研究シタルヨリ官吏ノ任命ニ關スル學說モ亦自ラ發達セリ然レトモ官吏ノ任命ニ關スル法理モ官吏ノ性質ニ關スル法理ノ如ク今尙公法上未定ノ一大問題ニシテ諸學者ノ解說ヲ煩ハシタル所ノモノナリ

### 官吏任命ノ性質

余ハ今官吏任命ノ法理ニ關スル學說ノ大要ヲ説明セントス  
 官吏ノ任命ニ關スル法理ヲ説ク者其初ニ於テハ悉ク私法上ノ法理ヲ以テ説明シ官吏ノ任命ハ官吏ト爲ス可キ一個人ト君主トノ間ニ取結フ所ノ純粹ナル私法上ノ合意ニシテ免職及辭職ハ當事者ノ一方ノ意思ヲ以テ隨意ニ爲スコトヲ得サルモノナリト謂フ然ルニ其後官吏ノ任命及免職ハ君主一方ノ意思ヲ以テ隨意ニ之ヲ爲スコトヲ得ルニ至リ最早合意ノ法理ヲ以テ解釋スルコト能ハサルヨリ官吏ノ任命ハ羅馬法ノ「プレカリニム」ナリトセリ「プレカリニム」トハ何時ニテモ隨意ニ取戻シ得可キ贈與ノ謂ニシテ君主カ何時ニテモ其與ヘタル官職ヲ褫奪スルコトヲ得官吏ノ任免ハ一ニ君主ノ意ニ存スル有様ハ「プレカリニム」ト同一ナリシヨリ遂ニ任官ヲ以テ「プレカリニム」ナリト稱シタルナルヘシ然レトモ當時ニ於テモ官吏ト爲リタル一個人ハ君主ニ對シテ其報酬ヲ請求スルノ權利ヲ有スレトモ「プレカリニム」ハ其贈與ヲ受ケタル者ニハ決シテ何等ノ權利ヲモ附與スルコトアラサルヲ以テ學者「プレカリニム」ノ法理ヲ以テ任官ノ性質ヲ説明スルコト能ハサルヲ悟リ之ト同時ニ官吏カ俸給ヲ請求スルノ權利ヲ有スルノ点ニ重キヲ措キテ任官ノ法理ヲ觀察シ任官ハ雇傭契約ナリト論セリ然ルニ羅馬法ニ於テハ官吏ノ如キ精神上ノ勞働ニ關スル雇傭契約ハ之ヲ代理契約ノ種類ニ屬セシメ職工等ノ如キ肉体上ノ勞働ニ關スル雇傭契約ト區別セシヲ以テ代理契約ノ法理ヲ以テ任官ノ性質ヲ説明セント企テタルトモ素ヨリ君主上ノ官吏トノ關係ヲ説クニ代理契約ヲ以テスルコトヲ得可

キモノニ非サレハ更ニ其説ヲ一變シテ官吏任命ハ一種ノ無名契約ナリト主張スル者アルニ至レリソフエルト氏ノ如キハ又更ニ一步ヲ進メテ官吏任命ハ官吏任命ト云フ一種特別ノ契約ニシテ人民各個人ハ君主ノ申込アルトキハ承諾ヲ與フ可キ義務アリト云ヒ遂ニ私法上ノ法理ヲ以テスル所ノ説明ハ漸ク進メテ公法上ノ法理ヲ以テ説明スルノ端緒ヲ生シタリ

千八百八年ニ至リゲンチルナル學者ハ法律及ヒ經濟上ヨリ官吏ノ性質ヲ論スト題ヘル一書ヲ著ハン官吏任命ノ性質ハ決シテ私法上ノ法理ヲ以テ論ス可カラストノ説ヲ公ニシ從來私法上ヨリ論下シタル諸説ヲ駁撃シ官吏任命ノ法理ニ關シテ一新機軸ヲ出セリ同氏ノ説ニ曰ク「合意トハ平等ノ關係ニ於テ行ハル者ナリ若シ相手方一方ノ權力強クシテ他ノ一方カ自己ノ意思ヲ以テ之ヲ拒ムコト能ハサル場合ニ於テハ合意ナルモノアルコトナレ何トナレハ合意ノ性質ハ雙方ノ意思ノ相一致シタル後ニ始メテ權利義務ヲ生シ其意思ニ相一致セサル以上ハ何等ノ權利義務ヲモ生セスト云フニ在ルヲ以テ一方ノ權力強クシテ他ノ一方カ承諾ヲ與フルト否トニ拘ハラズ一定ノ義務ヲ負ハシム可キ場合ニ於テハ之ヲ合意ト云フハ其本義ニ反スレハナリ而シテ官吏ノ任命ハ國家命令權ノ作用ニシテ之ヲ承諾ス可キハ人民一般ノ義務ナルヲ以テ任命ノ法理ハ私法上ノ合意ヲ以テ解説ス可カラス但國家カ外國人ヲ以テ官吏ト爲ストキハ外國人ハ自國ノ臣民ニ非サルヲ以テ我國家ノ命令ニ服従スル義務ナク其任命ハ國家ト對等ノ地位ニ在ル者ノ爲ス所ノ行爲ナレハ私法上合意ノ法理ヲ以テ論スルコトヲ得可シト氏ハ又國家カ官吏ニ俸給ヲ與フルコトニ付キ論シテ曰ク「國家ハ一個人ヲ選ヒテ官吏ト爲シ他ノ一般臣民ヨリモ重キ責任ヲ負擔セシムルヲ以テ一定ノ俸給ヲ與ヘ以テ其負擔ノ平均ヲ求ムルモノナリ俸給ヲ與フルハ國家カ人民ニ對シテ有スル所ノ法律上ノ義務ニアラスト

ゲンチル氏ノ説ハ大ニ學者ノ賞賛ヲ得此説ヲ主張スル者甚タ多シ就中ウハリエーダールルニシヘフテルベルテス等ノ如キ其主タルモノトス然レトモヘフテル及ベルテス二氏ノ如キハ各ゲンチル氏ノ説ニ多少ノ變更ヲ加ヘタリ例ヘハヘフテル氏ハゲンチル氏ノ如ク任命ハ國權ノ執行ナリト云フト雖モ國家ノ官吏ニ與フル俸給ハ官吏カ國家ノ爲メニ行フ事務管理ヨリ生スル國家ノ義務ナ



リト説キ私法ノ法理ヲ以テ説明セリベルテス氏モ亦任命ハ國權ノ作用ナリト  
 スルモ官吏ヲ任命スルニ當リテハ其欲セサル者ヲ強制シテ官吏ト爲スコトナ  
 ク採用志願ノ申出ヲ爲シタル者ニ對シテ官吏ト爲ルコトヲ命スルモノニシテ  
 絶對的ノ強制命令ニアラス採用願ノ提出ヲ條件トシテ命スル所ノ一種ノ命令  
 ナリト云ヘゲンチル氏ノ説ニ多少ノ制限ヲ加ヘタリ  
 要スルニゲンチル氏カ官吏ノ任命ハ命令權ノ作用ニシテ私法上ノ契約ニ非ス  
 ト主張セシヨリ學者皆此説ニ同意セリト雖トモ官吏ノ俸給等ニ關シテハ猶私  
 法上ノ法理ヲ以テ説明シ官吏ハ國家ニ對シテ俸給請求ノ權ヲ有シ國家ハ之ニ  
 對シテ支拂フノ義務アリト論シ任官ナル行爲ニ因リテ生スル國家ト官吏トノ  
 關係ハ公法及私法ノ法理ニ依リテ論ス可キモノナリト言ヘリ即チ官吏カ國家  
 ノ命令ニ服從シ其義務ヲ行フ可キ關係ハ公法ノ法理ヲ以テ論ス可ク國家カ官  
 吏ニ對シテ一定ノ俸給ヲ與フ可キ關係ハ私法ノ法理ヲ以テ論ス可キモノナリ  
 トセリ語ヲ換テ言ヘハ任命ト云フ公法上ノ行爲ト公法上ノ法律的關係ノ外ニ  
 同時ニ私法上ノ法律的關係ヲモ惹起スモノナリト云フニ在リ

第二説

然レトモ公法上ノ行爲ハ同時ニ私法上ノ法律的關係ヲ惹起スモノナリト云フ  
 ハ法理上解釋シ能ハサルヲ以テ或學者ハ更ニ新説ヲ出シ官吏カ國家ノ爲ニ其  
 職務ヲ行フ可キ關係ハ任命ニ依リテ生シ國家ニ對シテ有スル俸給請求ノ權ハ、  
 任命ト云フ行爲ノ外ニ於テ特ニ國家ト官吏トカ爲シタル契約ニ依リテ生スル  
 モノニシテ國家ト官吏トハ二個ノ異ナリタル行爲ヲ爲シタルモノナリト説明  
 セリ蓋シ此説ハ實際ノ法律現象ヲ顧スシテ先天的ニ想像シタルナリ諸國ノ法  
 律制度ニ依レハ官吏ノ俸給等ハ國家ト官吏トノ契約ヲ以テ定マルモノニ非ス  
 斯ノ如ク以上ノ二説ハ各缺點アルヲ以テ更ニ一步ヲ進メタル公法上ノ契約説  
 顯ハレ任命ト云フ公法上ノ行爲ハ同時ニ私法上ノ法律的關係ヲ惹起スモノニ  
 非ス又國家ト官吏トハ二個ノ異リタル行爲ヲ爲シタルモノニ非ス國家ト官吏  
 トノ關係ハ公法上ノ契約ニ因リテ生シ俸給ノ關係モ此公法上ノ契約ニ基キタ  
 ルモノニシテ私法上ノ關係ニ非スト云ヘリ此説ハ以上ノ諸説ニ比スレハ大ニ  
 進歩シタルモノナレトモ前章ニ述ヘタル如ク我國法ニ適セサルノモノナラス契  
 約ノ本義ニモ反スルヲ以テ是亦同意ヲ表スルコト能ハサル談ナリ要スルニ我

第三説



官吏ト爲  
ルニ要ス  
ル資格

官制

六十四

任命ノ手  
續

(二) 官吏ト爲ルニ要スル資格  
 我現行ノ國法ニ依レハ天皇ハ官吏任命ニ關シ一定ノ標準ヲ與ヘ此標準ニ依リテ任命ス可キコトヲ定メタリ是憲法第十九條ニ於テ日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ應シテ均シク文武宮ニ任セラレ及其他ノ公務ニ就クコトヲ得ト規定セシ所以ナリ而シテ其資格ヲ定ムルニ當リ消極的ニ定メタルモノト積極的ニ定メタルモノトノ二種アリ消極的ノ資格トハ官吏ト爲ルニハ一定ノ事實存在セサルコトヲ要シ若シ存在スルトキハ官吏ト爲ルコト能ハスト規定セルモノ是ナリ積極的ノ資格トハ一定ノ事實存在スルトキハ官吏ト爲ルコト能ハスト規定セルモノ是ナリ消極的ノ資格トハ一定ノ事實存在スルトキハ官吏ト爲ルコト能ハスト規定セルモノ是ナリ例ヘハ官吏トナルニハ或刑罰ニ處セラレタルコトナキヲ要スト云フカ如キハ消極的ノ資格ニシテ高等官トナルニハ或學校ヲ卒業シタルコトヲ要スト云フカ如キハ積極的ノ資格ナリ

(三) 任命ノ手續  
 官吏ノ任命ハ通常辭令書ノ授受ヲ以テ爲スモノナリ而シテ親任官ノ辭令書ハ親署ノ後御璽ヲ鈐シ内閣總理大臣又ハ首座ノ大臣之ニ副署シ親任式ヲ以テ叙任ス親任式ヲ以テ叙任スル官ヲ除キ其他ノ勅任官ノ辭令書ハ御璽ヲ鈐シ内閣總理大臣之ヲ奉行ス奏任官ノ任命ハ内閣總理大臣之ヲ奏薦シ其各省及各省所屬ノ官廳ニ屬スルモノハ内閣總理大臣ヲ經由シテ主務大臣之ヲ奏薦ス判任官以下ノ官吏ノ任命ハ各省大臣之ヲ專行ス

任命ノ手續ハ何時ニ終結シ一個人ハ何時ヨリシテ官吏ト爲ルヤト云フ問題ニ關シテハ其說三アリ

一個人ノ  
官吏ト爲  
ル時期如  
何

第一說ニ依レハ官吏ヲ任命スルニ當リテハ通常君主ハ先ツ其機關ヲシテ一個人ニ任命スルコトノ意思ヲ通セシメ其者ノ承諾ヲ得テ後ニ公ニ辭令書ヲ授ケテ任命スルモノナリ而シテ先ツ任命ノ意思ヲ通シテ一個人ノ承諾ヲ得ルノ手爲ハ豫約ナリ公ニ辭令書ヲ授クルハ此豫約ニ基キタル契約ナリ故ニ任命ノ手續ハ豫約ニ始マリ辭令書授受ニ終ルト云フ此說カ任命ハ辭令書授受ノ時ニ終結スト云フ點ハ正當ナレトモ任命ノ性質ヲ解釋スルニ私法ノ法理ヲ以テ豫約ニ始マリ辭令書ノ授受ハ豫約ノ履行ナリトスルハ其解釋ノ基礎ニ於テ誤

行政法

六十五

0230

アレハ同意スルコト能ハス任命ノ意思ヲ通知シ一個人カ之ニ承諾ヲ與フルノ行爲ハ法律上効力ナキモノニシテ之カ爲ニ國家ニ任命ノ義務ヲ生スルコトナク一個人ハ承諾ヲ與ヘシカ故ニ豫約トシテ之ヲ履行ス可キノ義務ヲ有スルモノナリト謂フ可カラス此ノ如キ行爲ト任命トハ法律上全ク關係ナキモノニシテ此ノ如キ行爲ナキモ任命スルコトヲ得又此ノ如キ行爲アルモ任命セサルコトヲ得ルモノナリ

第二說ニ依レハ任命ノ手續ハ一個人カ辭令書ニ對シテ受書ヲ差出シタルトキヲ以テ終結シ一個人ハ此瞬間ヨリシテ官吏ト爲レモノナリト云フ此說モ亦契約ノ法理ヲ以テ任命ヲ説明セントスルモノニシテ正當ノモノニ非ス何トナレハ前ニモ述ヘタル如ク任命ハ命令權ノ作用ニシテ契約ニ非サレハ一個人カ承諾ノ意思ヲ表スルト否トハ任命ニ必要ナルモノニ非スシテ承諾ナキトキハ任命ハ効力ヲ生セスト謂フ可キノ理由ナケレハナリ

第三說ニ依レハ任命ノ手續ハ辭令書ノ授受ヲ以テ終結シ一個人ハ此時ヨリシテ官吏ト爲ルモノナリト云フ此說ハ正當ナルモノナリト信ス

宣誓

(四) 宣誓

我國法ニ於テハ官吏ヲシテ宣誓ヲ爲サシムルノ制度ナシト雖モ歐洲諸國ノ國法ニ依ルトキハ一定ノ職務ヲ官吏ニ委任セントスルトキハ先ツ宣誓ヲ爲サシメ而ル後其職務ヲ委任シテ行ハシムルヲ常トスルヲ以テ參考ノ爲メ宣誓ノ事ヲ第四トシ此ニ擧ケ其性質ヲ一言セントス

歐洲ニ於テハ官吏ハ宣誓ヲ爲スト雖モ宣誓ハ唯官吏カ其職務ヲ謹ミ行フコトヲ確カムル爲ノ行爲ニシテ宣誓ヲ爲シタルカ爲ニ官吏タルノ義務ヲ生シ宣誓ヲ爲サハルトキハ官吏タルノ義務ヲ生スルコトナシト云フコト能ハサルモノナリ官吏タルノ義務ハ委任ニ依リテ生スルモノニ非ス或ル人宣誓ハ義務發生ノ原因ヲ成スカ如キ説明ヲ爲セトモ此ハ誤リタルモノナリ

(五) 任命ノ公示

任命ノ公示

我國法ニ依ルトキハ任命公示ノ方法ハ特ニ明文ヲ以テ規定セルモノナク實際上官報ヲ以テ公示スルヲ通例トス然レトモ總テノ官吏ノ任命ハ悉ク官報ヲ以テ公示スルニ非ス又必ス公示ス可シトノ規則アルニ非サルナリ

0231

### 第七章 官吏ノ義務

我現行法ニ於テハ官吏ノ義務ニ關スル規定歐洲諸國ニ於ケルカ如ク全備セス  
 服務規律ナルモノアリト雖モ此ハ唯行政官ノ監督ヲ行フ一部分ノ事ヲ規定セ  
 シニ過キスシテ官吏ノ義務ニ關スル規定ハ未タ之ヲ以テ盡シタルモノト云フ  
 ヲ得ス此ノ如ク官吏ノ義務ニ關スル規定ハ極メテ不完全ニシテ且簡短ナルヲ  
 以テ官吏ノ義務ハ果シテ如何ナルモノナルヤヲ研究スルニ成法ノ基礎ヲ缺キ  
 歐洲諸國ニ於ケルカ如ク嚴密ナル議論ヲ爲スコト能ハス加之前ニモ述ヘタル  
 カ如ク官吏ノ義務ハ不定ト云フコトヲ以テ其性質ト爲スモノナレハ官吏ノ義  
 務ヲ一々枚舉スルハ其義務ノ性質トシテ法理上爲シ能ハサル所ナリ故ニ余ハ  
 今現行法ノ精神ニ基キ官吏ノ義務ニ關スル原則ト爲ス可キ重要ナルモノハミ  
 ヲ述ヘントス

#### 第一 服從ノ義務

官吏ハ個々獨立シテ國家ノ事務ヲ行フモノニ非ス互ニ關連シタル國家機關ノ

違法ノ命  
 令ニ付テ  
 ハ如何

一部分トシテ動作スルモノナレハ下級ノ官吏ハ上官ノ命令ニ服從シ上級下級  
 ノ官吏相一致シテ動作スルノ必要アリ若シ下級官吏ニシテ上官ノ命令ニ服從  
 スルノ要ナシトセハ官吏ハ個々隨意ノ方向ニ向テ運動シ國家機關ノ關連ヲ沮  
 碍シ其統一ヲ闕クニ至ル可シ故ニ上級ノ行政官ニ對シテ下級ノ官吏ノ服從ス  
 ルハ官吏カ其職務ヲ行フニ當リテ守ル可キ第一ノ義務トス  
 而シテ上官ノ命令若シ法ニ違フトキハ其命令ヲ受ケタル下級ノ官吏ハ之ヲ如  
 何ニス可キヤト云フニ此問題ニ對シ歐洲公法家ノ多數ハ曰ク官吏ト雖モ不法  
 ナル上官ノ命令ニ服從スルノ義務アルコトナシ不法ノ命令ハ法律上ノ制限ヲ  
 超エテ發シタルモノナルカ故ニ上官ノ命令ニアラス唯一ノ私人ノ命令ナルノ  
 ミ一私人ハ一私人ニ對シテ命令ヲ發スルノ權ヲ有セサルカ故ニ下級ノ行政官  
 ト雖モ之ヲ遵奉スルノ義務アルコトナシト此說ハ其大体ニ於テハ正當ナルモノ  
 ノナレトモ實際ニ適用スルコト能ハサルモノナリ何トナレハ若シ其命令ノ當  
 否ヲ審査スルノ裁判官アリテ之ヲ不法ナリト判決シタル後ニ於テハ大臣ノ命  
 令ト雖モ巡查之ヲ拒ムコトヲ得レトモ巡查カ自己ノ見解ヲ以テ上官ノ命令ノ

行政法



當否ヲ審査スル權力ナキトキハ學者ノ多數カ一致スル處ノ不法ノ命令ニ對シテハ下級官吏ハ服從スルノ義務ナシト云フ原則ハ到底實際ニ適用スルコト能ハサレハナリ若シ國法ノ精神カ命令ノ執行ニ任セラレタル者ニ其當否ヲ審査スルノ權ヲ附與スルニ在リトセハ最下級ノ官吏ハ最も強大ナル權力ヲ有シ監督權ハ却テ下ヨリ上ニ及ホスカ如キ結果ヲ生ス可シ故ニ此原則ハ未タ以テ以上ノ如キ問題ヲ決シタルモノトナス能ハス

ブルンチエリ、シルツエー等ノ解釋ニ依レハ若シ上官ノ發シタル命令ニシテ法律ニ違フモノナリト思惟スルトキハ下級官吏ハ上官ニ其意見ヲ上申シテ反省ヲ求メ上官仍ホ之ヲ容レスシテ命令スルハ下級官吏ハ之ニ服從スルノ義務アリト説明セリ此ノ如キ解釋ハ官吏ノ心得トシテハ可ナリ之ヲ國法ノ一部分トシテ説明スルコトヲ得ズ上官ニ注意ヲ與ヘテ再三反省ヲ促シタルニ上官仍ホ之ヲ聽カス同一ノ命令ヲ固執スル場合モ又何等ノ注意ヲモ與ヘス上官ヨリ直ニ命令ヲ發シタル場合モ下級官吏ノ上官ニ對スル服從義務ニ寬嚴ノ差別アル可キニ非ス且又下級官吏ノ諫言ニ對シテ其上官カ固執シテ再三同一ノ命令ヲ發

スルモ之カ爲メニ不法ノ命令ハ變シテ適法ノ命令ト爲ルモノニアラサレハ反省ヲ求ムルト云フ說ハ政略上ハ便宜ナル說ナレトモ法理上ヨリ見ルトキハ價値ナキモノナリ

又ラバントザイデル等ノ公法家ハ此疑問ニ關シテ官吏自身ノ責任上ヨリ解釋ヲ下シ以テ一種ノ說ヲ主張セリ二氏ノ説明スル所ヲ見ルニ二氏カ原則トシテ唱フル所ノモノハ官吏ハ其職務ヲ行フニ當リ法ニ適セサルノ行爲ヲ爲ストキハ一定ノ責任アルヲ以テ官吏ハ自己ノ行爲カ果シテ適法ノ行爲ナルヤ否ヤヲ審査シ若シ不法ノ行爲ニシテ之ヲ行フトキハ一定ノ責任ヲ生スト思考スルトキハ其行爲ヲ爲サルノ義務ヲ有ス故ニ上官ノ命令アリタル場合ニ於テモ其命令ヲ遵奉シテ施行スルトキハ不法行爲ノ爲メニ自己ニ一定ノ責任ヲ生スト思考スルトキハ其命令ヲ奉行セサルノ義務ヲ有ス語ヲ換ヘテ言ヘハ官吏カ自己ノ責任ヲ以テ其命令ノ執行ニ任セサル可カラサル場合ニ於テハ下級官吏ハ上官ノ命令ヲ審査シ若シ其命令不法ニシテ之ヲ行フトキハ自己ニ一定ノ責任ヲ生スト信スルトキハ奉行セサルノ義務ヲ有ス其命令ヲ執行スルモ自己ノ責任



ニ歸セサルトキハ其執行ヲ拒ムコトヲ得スト云フコトナリ然レトモ此議論ヲ無制限ニ主張スルトキハ命令ハ之ヲ執行スルノ責任ヲ有スル者其當不當ヲ審査シ最下級ノ官吏カ最も強キ權力ヲ有シ國家ノ實權ハ最下級ノ官吏ニ存スルト云フ結果ヲ生スルコトヲ恐レ下級官吏ノ有スル審査權ニ制限ヲ附シ下級官吏ハ上官ノ命令カ實質上適法ナルヤ否ヤヲ審査スルノ權ナク唯形式上ニ於テ適法ナルヤ否ヤヲ審査スル權ヲ有スルノミナリト云ヘリ而シテ其所謂形式上ノ審査權トハ如何ナレモノナルヤト問フニ左ノ如キ三個ノ事柄ニ關スルモノナリト云ヘリ

一 命令ヲ發シタル上官ハ果シテ此ノ如キ命令ヲ發スル職權ヲ有スルヤ否

二 命令ヲ受ケタル下級官吏ハ此ノ如キ命令ヲ行フ可キ職權ヲ有スルヤ否

三 命令ハ適法ノ方式ニ於テ發シタルヤ否ヤ

上官ノ發シタル命令ニシテ此三個ノ中何レカ其一ニ於テ適法ナラサルコト有ルトキハ下級官吏ハ其命令ニ服從セサルコトヲ得ト主張ス此議論ハ甚ダ巧ナルニ似タリト雖モ亦不當ノモノタルヲ免カレス何カ故ニ下級官吏ニ實質上ノ審査權ヲ與フルハ官制上ノ上下ノ區別ヲ紛亂シ形式上ノ審査權ヲ與フルキハ此ノ如キ弊害ナキカ疑ナキ能ハス上下ノ區別ヲ亂リ命令ノ停滯ヲ來スハ實質上ノ審査權ヲ與フルモ形式上ノ審査權ヲ與フルモ同様ニシテ差別ナキコト、信ス或ハ形式上ノ問題ハ容易ニ判斷スルコトヲ得實質上ノ問題ハ判斷スルコト困難ナルカ故ニ審査權ヲ與ヘズト云フ理由ヲ附スル人アル可シト雖モ是亦正當ノ理由ニ非ス形式上ノ問題ハ容易ニシテ實質上ノ問題ハ困難ナリト云フハ何ニ因リテ之ヲ斷言シ得可キヤ凡ソ公法上ニ於テ最も多ク顯ハル、所ノ困難ナル問題ハ形式上ニ關スルモノナリ假ニ一步ヲ讓リ實質上ノ問題ハ困難ニシテ形式上ノ問題ハ容易ナルモノナリトスルモ容易ナルカ故ニ下級官吏之カ審査權ヲ有シ困難ナルカ故ニ審査權ヲ有セストハ如何ナル法理ノ解釋ヨリ生スル理論ナルヤ恐クハ法理上根據ナキ政署上ノ便宜ニ基キタル希望ニ過キサル可シ政略上ノ希望ハ法理ニ非ヤルナリ

若シ又形式上適法ノモノナレハ實質上ニ於テ適法ナルト否トヲ顧シテ下級官吏ハ必ス服従ス可シト爲ストキハ上官カ其職權内ニ於テ適法ノ方式ヲ以テ發シタル命令ニシテ下級官吏ノ職權内ニ於テ執行ス可キ行爲ニ關スルトキハ實質上其命令ハ不法ノモノタルコトヲ上官モ下級官吏モ共ニ知ルトキト雖モ絶對的ニ其命令ニ服従セサル可カラサルニ至ル例ハハ刑事裁判官カ適當ノ方式ニ於テ死刑ノ執行ヲ司トル者ニ對シテ死刑ノ宣告ヲ受ケサル者ヲ死刑ニ處ス可キコトヲ命スルトキハ其命令ハ形式上缺クル所ナキヲ以テ死刑ノ執行ヲ司トル者ハ其命令ハ實質上不法ノ者ナルコトヲ認ムルモ尙ホ死刑ヲ執行シ人ノ生命ヲ斷ツ可キノ結果ヲ生スルカ如キ是ナリ是決シテ國法上許ス可キノ行爲ニ非ス故ニ審査權ヲ形式上實質上ニ區別シ下級官吏ハ形式上ノ點ニ付テハ上官ノ命令ヲ十分ニ審査スルコトヲ得ルモ實質上ノ點ニ付テハ此權ナシト云フハ正確ナル議論ニアラス

裁判官ノ獨立ト云フコトニ關スル學說第一說

近頃或學者ハ尙ホ一步ヲ進メ官吏ハ上官ノ命令ニ服従スルノ義務アレトモ一方ニ於テハ其他ノ法律命令ニモ服従ノ義務アルモノナレハ上官ノ命令ヲ執行スルトキハ法ニ觸レ一定ノ責任ヲ生スル場合ニ於テハ上官ノ命令ニ服従スルコトヲ拒ミ法律若クハ命令ニ服従シ法ニ觸レサルコトヲ勉ムルノ義務ヲ有スルモノナリ然レトモ上官ハ下級官吏ノ解釋ニ拘束セラレ其解釋ニ從フ可キノ義務ナケレハ若シ下級官吏ノ見解誤ニシテ上官ノ命令ニ服従スルモ法ニ觸レ責任ヲ生スルモノニ非サリシナレハ下級官吏ハ懲戒處分ニ問ハル、モノナリ此他ノ場合即チ上官ノ命令ヲ奉行スルモ法ニ觸レ責任ヲ生セサル場合ニ於テハ下級官吏ハ命令ノ奉行ヲ拒ム可キ理由ナキヲ以テ之ニ服従セサル可カラスト云ヘリ此議論ハ前ニ述ヘタル審査權ニ形式實質ノ區別ヲ爲ス學說ヨリ進ニ進歩シタルモノニシテ我國法ニ適用スルコトヲ得可キモノナリト信ス

裁判官ノ服従義務ニ關シテハ別種ノ説明ヲ爲ス者アリ其最モ極端ナル説明ニ依レハ裁判官ハ獨立シテ其職務ヲ行フモノニシテ決シテ他ヨリ制限ヲ受ク可キモノニ非サレハ上官ノ命令ニ服従スルノ義務ナシト云ヘリ此説明ハ國法ニ基カスシテ唯通常世上ニ行ハル、裁判官ノ獨立ト云フ語ニ基キテ爲シタルモノニシテ其誤レルコト明カナリ今其証左トシテ我國法ノ條文ヲ示サンニ裁判





所構成法第廿條ニ依レハ地方裁判所長ハ裁判所ノ一般ノ事務ヲ指揮シ其行政事務ヲ監督ストアリ第廿五條ニ依レハ裁判所及檢事局ノ標準ト爲ス可キ規則ハ司法大臣之定ムトアリ其第二項ニ曰ク控訴院長及檢事長ハ前項ノ規則ニ依リ各自管轄區域内ノ裁判所及檢事局ニ對シテ事務一般ノ取扱ニ關シ成ル可ク統一ヲ旨トシ殊ニ裁判所及檢事局ノ開庭時間及開庭時日ニ付訓令ヲ發ストアリ其第三項ニ大審院ハ自ラ其事務章程ヲ定ム但之ヲ實施スル前司法大臣ノ認可ヲ受ク可シトアリ第百三十五條ニ司法行政ノ監督權ノ施行ニ關スル規定ヲ爲シ第百三十六條ニ於テ前條ニ掲ケタル監督權ハ左ノ事項ヲ包含スト爲シ其第一項ニ於テ官吏カ不適當又ハ不十分ニ取扱ヒタル事務ニ付其注意ヲ促シ並ニ適當ニ其事務ヲ取扱フコトヲ之ニ訓令スト定メ其第二項ニ於テ官吏ノ職務上ト否トニ拘ハラズ其地位ニ不相應ナル行狀ニ付之ニ諭告スルコトヲ定メタリ此等ノ條文ニ依テ考フルニハ裁判官モ亦其上官ニ服從ス可キモノニシテ上官ハ其下級官吏ニ對シテ事務ノ分配ヲ命シ職務ノ方針ヲ定メ監督ヲ行フノ權アルコト明カナリ故ニ裁判官ハ獨立シテ其職務ヲ行フモノナリトノ語ハ法理

## 第二說

上正確ナル用語ニ非サルヲ知ル可シ  
右ノ說ニ一步ヲ進メタル第二種ノ說ニ依レハ裁判官ハ絕對的ニ獨立シテ其職務ヲ行フモノニ非ス事務ノ分配職務ノ方針等ニ付テハ素ヨリ上官ノ命令ニ遵ハサル可カラスト雖モ裁判官ハ法ヲ解釋適用シ其裁判權ヲ行フニ當リテハ決シテ他人ノ束縛ヲ受クルコトナク獨立シテ自己ノ見解ヲ以テ自由ニ行ヒ得ルモノナリト云ヘリ此說ノ前說ト異ナル点ハ裁判官ノ獨立ヲ絕對的ニ認メサルニ在リ前說ニ於テ裁判官ノ總テノ行爲ハ獨立ノモノニシテ上官ノ命令ニ服從スルモノニ非スト爲スモ此說ニ依レハ裁判官ハ唯法ヲ解釋適用シ裁判權ヲ行フ場合ニ於テノミ獨立ナリト云ヒ國法上實際裁判官ノ獨立ナラサル場合アルコトヲ認メタルヲ以テ前說ニ比スレハ一段ノ進歩ヲ爲シタルモノナリ然レトモ裁判官ハ裁判權ヲ行フ場合ニ於テハ必ス獨立ニシテ自己ノ見解ヲ以テ自由ニ裁判シ得ルモノナリト云フハ是亦誤タルコトヲ免カレズ何トナレハ合議體ノ裁判所ニ於テハ裁判官多數ノ意見 因リテ裁判ヲ爲スモノナレハ異リタリ意見ヲ有スル少數ノ裁判官ハ自己ノ意見ニ反スルモ多數ノ意見ニ從ヒ其宜

告書ニ自己ノ姓名ヲ列記スルコトヲ認メサル可カラズ反對ノ意見ヲ有スルカ故ニ其裁判ニハ同意セズ其宣告文ニハ其姓名ヲ列記スルコトヲ拒絶スト主張スルコトヲ得ス少數ノ見解ハ常ニ多數ノ爲ニ壓倒セラル、モノナレハナリ或論者ハ以上ノ如キ攻撃ヲ避ケンテ欲シ裁判官ハ獨立シテ自由ニ其裁判權ヲ行フ能ハサレトモ裁判所ハ常ニ獨立シテ自由ニ裁判權ヲ行ヒ上官ノ命令ニ服従スルコトナシ世人カ裁判官ハ獨立シテ裁判權ヲ行フモノナリト言ヒシハ職權ノ主体タル裁判所ト其裁判所ヲ構成スル成立原素ノ一分子タル裁判官トヲ混同シ裁判官ト云ヘハ職權ノ主体タル裁判所ノ事ヲ意味スルモノナリト誤信シタルニ基クモノナリ然レトモ裁判所ト裁判官其人トハ異ナリタルモノニシテ一ハ職權ノ主体ニシテ一ハ職權ノ主体ヲ構成スル分子タルニ過キス故ニ裁判所ハ獨立シテ其職務ヲ行フモノナリト云フトキハ前ニ述ヘタルカ如キ攻撃ヲ免カレストテ其職務ヲ行フモノナリト云フトキハ前ニ述ヘタルカ如キ攻撃ヲ免カレスト言ヘリ此說ハ前說ニ比スレハ稍優リタル所アレトモ未タ以テ完全ナルモノトナス能ハス民事訴訟法第四百五十條ニ依レハ事件ノ差戻又ハ轉送ヲ受ケタル

裁判所ハ上告裁判所ノ爲シタル法律ニ係ル判斷ニシテ判決ヲ破毀スル基本ト爲シタルモノヲ以テ新ナル辨論及裁判ノ基礎ト爲ス義務アリト規定シ裁判所構成法第四十八條ニ依レハ大審院ニ於テ裁判ヲ爲スニ當リ法律ノ點ニ付テ表シタル意見ハ其訴訟一切ノ事ニ付下級裁判所ヲ羈束ストアリ由之視之裁判所ト雖モ上級裁判所ノ解釋ニ拘束セラレ自己ノ解釋ヲ以テ隨意ニ裁判ヲ爲シ能ハサル場合アルコト明カナリ故ニ裁判所ハ獨立シテ其裁判權ヲ行フコトヲ得ルモノナリト絶對的ニ斷言スルハ穩當ナルモノニアラス

要スルニ謂ユル裁判官ノ獨立ト云フコトハ法律若クハ法律ノ委託ニ依リテ發シタル命令ヲ以テスルニ非サレハ裁判官ハ其職務上ノ行爲ニ於テ他人ノ爲メニ左右セラル、コトナシト云フ意味ナリ事實上全ク上官ノ命令ニ服従スルコトナシト云フ意味ニ非ス裁判官及裁判所カ司法行政ニ關シテハ上官ノ命令ニ服従ス可キ義務アルコト前ニ述ヘタル所ニヨリテ明カナリ又其裁判權ヲ行フ場合ニ於テモ或場合ニ限リ上官ノ命令ニ服従ス可キ義務アリテ全ク獨立シテ自由ニ其裁判權ヲ行ヒ得ルモノニ非サルコトハ民事訴訟法第四百五十條及裁



判所構成法第四十八條ノ明文ニ依リテ明ナリ

第二 威嚴ヲ保チ廉耻ヲ重シスル義務

官吏ハ國家ノ爲メ其事務ヲ行フ可キモノニシテ國家ノ行爲ハ官吏ノ行爲ニ依リテ代表セラレ、コト多ケレハ官吏ノ品行修ラス放蕩無賴廉耻ヲ破リ德義ヲ紊ルノ行爲ヲ爲ストキハ國家ノ威嚴信用ハ地ニ墜チ國家衰頹ノ萌芽此ニ發生ス故ニ官吏ハ其職務ノ内外ヲ問ハス其品行ヲ修メ威嚴ヲ保チ廉耻ヲ重シルノ義務アリ是官吏服務規律第三條ニ於テ「官吏ハ職務ノ内外ヲ問ハス廉耻ヲ重シテ貪汚ノ行爲アル可カラスト規定シ判事懲戒法第一條ニ於テ「判事ハ官職上ノ威嚴又ハ信用ヲ失フ可キ行爲アルトキハ懲戒裁判ニ附セラレト規定シタル所以ナリ而シテ此ノ如ク國法ヲ以テ官吏ハ威嚴ヲ保チ廉耻ヲ重シス可キコトヲ規定スルトキハ此等ノ義務ハ道徳上ノ義務ニ非ス、シテ官吏タル者ノ遵守スルコトヲ要スル法律上ノ義務ナリ、或公法家ハ此義務ヲ以テ法律上ノ義務ニ非スシテ道徳上ノ義務ナリト論スト雖モ正確ナル議論ト云フ可カラス法理上ヨリ云フトキハ義務ナルモノハ其始メヨリ道徳上ノ義務若クハ法律上ノ義務ト區別

シ得可キ性質ヲ有スルモノニ非ス其法律上ノ義務ナルヤ否ヤヲ判斷スル標準ハ國法ノ規定如何ニ在リ國法ニ於テ義務ナリト規定スルモノハ其性質ノ何ナルヲ問ハズ法律上ノ義務ナリ我國法ニ於テハ官吏ハ威嚴ヲ保チ廉耻ヲ重シス可シト云フコトヲ官吏ノ義務トシテ規定シタルヲ以テ純然タル法律上ノ義務ニシテ道徳上ノ義務ニ非ス

從來ノ公法學者多クハ威嚴ヲ保チ廉耻ヲ重シスル義務ハ官吏全体ニ對シテ其威嚴信用ヲ害セサルカ爲ニ官吏タル一個人ノ有スル義務ナリト云ヘリベルテス、スタイン、シュルツエー、ガンギーゼル氏ノ如キ是ナリ此等諸學者ノ論スル所ヲ視ルニ若シ官吏中ニ威嚴ヲ失ヒ廉耻ヲ破ルノ行爲ヲ爲ス者アルトキハ之カ爲メニ官吏全体ノ名譽ヲ害シ官吏ノ地位ハ他人ノ輕侮スル所ト爲ルヲ以テ官吏ハ其同僚全体ノ威嚴信用ヲ害セサルカ爲メニ自己ノ行爲ヲ慎ム可キノ義務アリト云ヘリ此說ニ依レハ威嚴ヲ保チ廉耻ヲ重シスルノ義務ハ官吏全体ニ對シテ有スル義務ナリトスルヲ以テ此等ノ義務ヲ破リタル者アルトキハ其痛痒ヲ感スル者ハ國家ニ非スシテ官吏全体ナレハ同僚ノ官吏全体ハ之ヲ懲戒シ除名



忠順ノ義務

官吏ハ政府ノ意見ニ反對ナラズ運動ヲ爲シ得ル

スルノ權利ヲ有スルコト當然ナリト謂ハサル可カラズ然ルニ何レノ國法ヲ視ルモ國家ハ其規律ヲ正シ威儀ノ壞亂ヲ防クカ爲メニ之ヲ懲戒スルモノニシテ官吏全体ニ其利益ノ爲メニ懲戒除名スルノ權利ヲ認メス故ニ余ハ威嚴ヲ保チ廉耻ヲ重シスルノ義務ハ官吏カ國家ニ對スル義務ニシテ同僚ノ官吏全体ニ對スル義務ニ非スト信ス

第三 忠順ノ義務

官吏服務規律第一條ニ凡ソ官吏ハ天皇陛下及ヒ天皇陛下ノ政府ニ對シ忠順勉ヲ主トス可シト有リ故ニ忠順ノ義務ハ官吏カ國家ニ對スル法律上ノ義務ナリ然レトモ官吏カ國家ニ對シテ忠順ナル可キ程度及ヒ如何ナル行爲ハ忠順ノ義務ヲ缺クモノナルヤハ上級ノ監督權ヲ有スル官府ノ認定ス可キ事實問題ナリ豫メ忠順ノ程度及ヒ忠順ノ義務ヲ缺ク可キ行爲ノ種類ヲ列舉シ法律上ノ問題トシテ學理的ニ説明スルコト能ハス此ニハ唯此事實問題中學者ノ論點ト爲リタル有名ナル一問題ヲ參考ノ爲メニ説明スルノミ其問題トハ官吏カ政府ノ意見ニ反對ナル政治上ノ運動ヲ爲ストキハ官吏ハ忠順ノ義務ヲ缺クモノ

ナルヤ否ヤト云フコト是ナリ歐洲ニ於テハ此ノ如キ場合ニ於テハ官吏ハ忠順ノ義務ヲ缺クモノナリキ主張スル者多シ字滯西國ノ懲戒裁判所ノ判決例ニ依レハ此說ヲ採用シタルコト明カナリ又ホルンハテグ氏ノ如キモ官吏ハ普通ノ臣民ヨリ一層程度ノ強キ服從義務アルモノナレハ君主若クハ監督ノ權ヲ有スル者ハ政府ノ政畧ニ反對スル運動ヲ爲ス者アルトキハ其ノ忠順ノ義務ヲ缺ク者ナリトシテ之レヲ罰スルコトヲ得ルモノナリ政府ノ政略ニ反對ノ運動ヲ爲サハルノ義務ハ官吏ト云フ特別ノ地位ニ在ル者ノ有スル特別ノ義務ナリト云ヘ

第一說

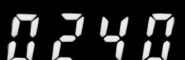
我國ニ於テハ官吏服務規律第一條ヲ以テ官吏ハ天皇陛下及ヒ天皇陛下ノ政府ニ對シテ忠順ヲ主トス可シト規定シタルヲ以テ官吏ニシテ政府ノ政畧ニ反對ノ運動ヲ爲ストキハ明ニ此第一條ニ規定スル所ノ忠順ノ義務ヲ缺キタルモノナリト信ス然レトモ此問題ニ關シテハ公法學者中反對說ヲ主張スル者少ナカラサレハ左ニ反對說ノ主ナルモノヲ舉ケ其要領ヲ示ス可シ

行政法

シ若クハ之ニ助力加勢スルハ國家ニ反對スルニ非スシテ當時ノ國務大臣ノ政略ニ反對スルモノナリ官吏ノ忠順ナル可キ義務ハ官吏カ國家ノ機關トシテ働クニ當リ國家ニ對シテ負フ所ノモノナリ國務大臣ニ對シテ負フモノニアラス故ニ官吏ハ國務大臣ノ政畧ニ反對シテ運動スルモ國家ニ對スル忠順ノ義務ヲ缺キタルモノニ非スト云ハリ此議論ハ國家ト政府ト獨立シタル別体ナルトキニテ論シタルモノナリ國家ト政府トハ果シテ二個ノ獨立シタル別体ナルトキハ此議論ハ正當ナルモノナレトモ國家法ノ法理ニ於テハ政府ハ國家ノ機關ニシテ國家ヨリ分離シテ獨立シタル別体ニ非サルヲ以テ其機關タル政府ニ反對スルトキハ亦國家ニ反對スルモノト謂ハサル可カラス加之我國法ニ於テハ明ニ官吏ハ天皇陛下及ヒ天皇陛下ノ政府ニ對シテ忠順ヲ主トス可キコトヲ規定シタルヲ以テ若シ政畧ニ反對スル運動ハ忠順ノ義務ヲ缺クモノナリトスルトキハ政府ノ政畧ニ反對スルモ國家ノ政畧ニ反對スルモ均シク忠順ノ義務ヲ缺クモノナルコトハ明文ニ俵リテ明カナリ故ニ此說ノ如ク政府ニ對スル忠順ノ義務ト國家ニ對スル忠順ノ義務トヲ區別シ政府ニ反對スルモ國家ニ反對セサル

第二說

以上ハ法律上忠順ノ義務ヲ缺キタルモノニ非スト云フ能ハス  
 第二ノ反對說ニ曰ク官吏ハ官吏タル資格ニ於テ行フ行為ニ關シテハ天皇及政府ニ忠順ナルコトヲ要スレトモ一個ノ臣民タル資格ニ於テ行フ行為ニ關シテハ此ノ如キ義務ナシ故ニ官吏ハ一個人ノ資格ヲ以テ運動スル場合ニ於テ政府ト其意見ヲ異ニスルトキハ自由ニ反對ノ運動ヲ爲シ自己ノ意見ヲ達センコトヲ勉メ得ルモノナリト然レトモ我官吏服務規律第一條ニ於テハ唯單ニ官吏ハ天皇及天皇ノ政府ニ對シテ忠順ヲ主トス可シトアリ官吏タル資格ニ於テ行フトキハ云々トアラサルヲ以テ官吏其人ハ天皇及天皇ノ政府ニ對シテ忠順ヲ主トス可キノ義務アル可ク忠順ノ義務ハ官吏ト云フ資格ニ於テ其義務ヲ行フ場合ニノミ限リタルモノニ非サルナリ反對論者或ハ此第一條ヲ解釋シテ此條ニ官吏トアルハ官吏其人ト云フ義ニ非スシテ官吏ト云フ資格ニ於テ其職務ヲ行フモノト云フノ義ナリト解シ官吏ハ一個人タル資格ニ於テハ忠順ノ義務ヲ有スルモノニ非スト主張スルコト有ル可シト雖モ是大ナル誤ナリ凡ソ我國法ニ於テ「官吏ハ」ト云フトキハ官吏其人ハト云フ義ニシテ官吏タル資格ニ於テ職務ヲ



行フモノト云フ義ニ非サルコトハ國法ノ條文全体ノ用法ニ照シテ明カナリ今其用法ノ例ヲ舉レハ刑法第二百七十五條及第二百八十四條ノ如キ是ナリ刑法第二百七十五條ノ明文ニ於テハ官吏規則ニ違背シテ商業ヲ爲シタル者ハ二十圓以上五百圓以下ノ罰金ニ處スト規定シ第二百八十四條ニハ「官吏人ノ囑托ヲ受ケ賄賂ヲ收受シ又ハ之ヲ聽許シタル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ處シ四圓以上四十圓以下ノ罰金ヲ附加ス」ト規定セリ此等ノ條文中ノ官吏ト云フ文字ハ官吏其人官吏タル身分ヲ有スル者ト云フ義ニ用非ラレタルモノニシテ官吏タル資格ニ於テ其職務ヲ行ハントシテ顯ハレ居ル者ト云フ意味ニ用非ラレタルニ非ス故ニ苟モ官吏タル身分ヲ有スル者ニシテ右ノ如キ行爲アリタルトキハ其行爲ハ一私人タル資格ニ於テ爲スモ官吏タル資格ニ於テ爲スモ均シク刑法ノ問フ所タリ被告人ハ官吏タル資格ニ於テ右ノ如キ行爲ヲ爲サスシテ一個人タル資格ニ於テ爲シタリト云フヲ口實トシテ其刑ノ適用ヲ免カルハコトヲ得ス

第三說

第三ノ反對說ニ曰ク天皇及ヒ天皇ノ政府ニ對シテ官吏ハ忠順ナル可キ義務ハ

道徳上ノ義務ニシテ法律上ノ義務ニ非ス故ニ官吏ハ政治上ニ於テ政府ニ反對ノ運動ヲ爲スモ道徳上ノ義務ヲ缺キタルマテニシテ法律上ノ義務ヲ缺キタルモノニ非ス官吏ハ自己ノ意見ト政府ノ意見ト反對スルトキハ自由ニ反對ノ運動ヲ爲シテ差支ナキモノナリト此說ハ忠順ト云フ事ヲ以テ道徳上ノ義務ト爲シ道徳上ノ義務ト法律上ノ義務トハ性質上天賦自然ニ劃然タル區別アリテ道徳上ノ義務ヲ以テ法律上ノ義務ト爲ス能ハストスルモノナリ然レトモ前ニモ述ヘシカ如ク國法上義務トシテ規定シタルモノハ其性質ノ如何ヲ問ハズ法律上ノ義務ニシテ道徳上ノ義務ト法律上ノ義務トノ區別ハ天賦自然ニ存在シテ動ス可カラサルモノニ非ス故ニ此第三ノ反對說モ亦正當ナルモノト爲ス能ハサルナリ

職務ヲ行フノ義務

第四 職務ヲ行フノ義務  
此義務ハ官吏カ自己ノ職權内ニ於テ其職務トシテ有スル事務ヲ實際ニ行フ可キ義務ニシテ其行フ可キ事務ノ範圍ハ法律勅令若クハ長官ノ命令ニ依リテ定マリ豫シメ一定シ得ルモノニ非ス法律勅令若クハ長官ノ命令ニ變更ヲ生スル



官吏ニ對  
スル制限

トキハ其事務モ亦變更スルモノトス

第五 官吏ニ對スル制限

官吏ハ國家ノ事務ヲ行フ可キ地位ニ在ルモノニシテ特別ノ身分ヲ有スルヲ以テ其行為ニ對シテ特別ノ制限ヲ爲サ、ルトキハ或ハ事務ノ停滯ヲ來シ或ハ職權濫用ノ弊、私曲不公平ノ害生スルヲ以テ何レノ國ニ於テモ官吏ト云フ特別ノ身分ヲ有スル者ニ對シテハ特別ノ制限アルヲ通例トス今我國ニ於ケル官吏ニ對スル制限ノ主要ナルモノヲ列擧ス可シ而シテ此制限ニハ官吏全体ニ對スルモノト或種類ノ官吏ニノミ對スルモノトノ二種アリ

第一種 官吏全体ニ對スル制限

其一 官吏ハ自己ノ職權ニ關スルト他ノ官吏ヨリ聞知シタルトヲ問ハス官ノ

機密ヲ漏スコトヲ禁ス其職務ヲ退キタル後ニ於テモ亦同シ但裁判所ノ召喚

ニ依リ證人又ハ鑑定人ト爲リ職務上ノ秘密ニ付訊問ヲ受クルトキハ本屬長

官ノ許可ヲ得タル事件ニ限り供述スルコトヲ得

又官吏ハ其職務上未發ノ文書ヲ私ニ關係人ニ漏示スルコトヲ禁ス

官吏全体  
ニ對スル  
制限

其二 官吏ハ本屬長官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ恣ニ職務ヲ離レ及ヒ職務上居

住ノ地ヲ離ル、コトヲ得ス

其三 官吏ハ本屬長官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ本職ノ外ニ給料ヲ得テ他ノ事

務ヲ執ルコトヲ得ス

其四 官吏並ニ其家族ハ本屬長官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ直接ト間接トヲ問

ハス商業ヲ營ムコトヲ得ス又官吏ハ本屬長官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ營業

會社ノ社長其他ノ役員ト爲リ及ヒ間接ニ相協商業ニ關係スルコトヲ得ス

其五 官吏ハ本屬長官ノ許可ヲ得ルニ非サレハ其職務ニ關シ慰勞又ハ謝儀其

他何等ノ名義ヲ以テスルヲ問ハス又直接ト間接トヲ別タス總テ他人ノ贈與

ヲ受クルコトヲ得ス外國ノ君主又ハ政府ヨリ授與スル勳章俸給其他贈與ヲ

受領スルニハ天皇ノ裁可ヲ受クルコトヲ要ス又官吏ハ私立郵便船會社又ハ

私立鐵道會社等ヨリ無賃乘船無賃乘車切符ヲ受クルコトヲ得ス又官林、官有

不用物公賣ノ時其官廳ニ屬スル官吏ハ自身ハ勿論代理ヲ以テスルモ其公賣

ニ入札ヲ爲スコトヲ得ス又左ニ掲グルモノト直接ノ關係アル職務ニ在ル官

吏ハ其饗宴ヲ受クルコトヲ得ス

官廳ノ工事ヲ請負ヒタル者

官廳ノ爲替方又ハ出納ヲ引受クル者

官廳ノ補助金ヲ受クル起業者

官廳ノ用品ヲ調達スル者

官廳ト諸般ノ契約ヲ結フ者

又上官タル者ハ職務ノ内外ヲ問ハス所屬官吏ヨリ贈與ヲ受クルコトヲ得ス

第二種 特種ノ官吏ニ對スル制限

其一 宮内官裁判官會計検査官收稅官及ヒ警察官ハ衆議院議員ノ被選人タルコトヲ得ス其以外ノ官吏ハ其職務ニ妨ナキ限リハ議員ト相兼ヌルコトヲ得可シ府縣及ヒ郡ノ官吏ハ其管轄區域内ニ於テ衆議院議員ノ被選人タルコトヲ得ス又陸海軍軍人ハ現役中衆議院議員及ヒ貴族院議員ノ選舉權ヲ行フコトヲ得ス又其被選人タルコトヲ得ス其休職又ハ停職中ニ在ル者亦同シ

其二 現役及ヒ召集中ニ係ル豫備及ヒ後備ノ海陸軍軍人警察官官立公立學校

特種ノ官吏ニ對スル制限

ノ教員ハ政社ニ加入セ若クハ政談集會ニ會同スルコトヲ得ス但シ法律ヲ以テ組織シタル議會ノ議員選舉準備ノ爲メニ開ク所ノ政談集會ニハ選舉權ヲ行フ可キ者及ヒ選舉權ヲ有スル者ニ限り投票ノ日ヨリ三十日前ノ間ハ此制限ニ依ラス之ニ會同スルコトヲ得

其三 判任官以上ノ官吏ハ職獵免狀ヲ受クルコトヲ得ス

其四 海軍々人結婚セント欲スル者將官並ニ同等官ニ在テハ勅許ヲ仰キ准士官以上ニ在テハ海軍大臣ノ許可ヲ受ケ下士ニ在テハ所屬長官ノ許可ヲ受ケルコトヲ要ス少尉補機關士補軍醫補主計補ハ年齢二十五歳以上ニ至ラサレハ結婚スルコトヲ許サス

陸軍々人ノ結婚セント欲スル者將官並ニ同等官ニ在テハ勅許ヲ仰キ准士官以上ニ在テハ陸軍大臣ノ許可ヲ受ケ可シ下士ハ常備服役中ハ結婚スルコトヲ許サスト雖モ再役以上ノ下士並ニ豫備後備軍服役中ノ下士ニ在テハ所屬長官ノ許可ヲ受ケ結婚スルコトヲ得但憲兵并ニ會計軍醫馬醫軍樂部ノ下士及ヒ砲兵看護工兵看護ニ在テハ常備服役中ト雖モ所屬長官ノ許可ヲ得テ結

0243



婚スルコトヲ得現役士官并ニ同等官以下ニ在テハ家計保護金トシテ左ノ金額ヲ納ムルコトヲ要ス此金額ハ陸軍省ニ保存シテ其生計ヲ保護セシム

大尉并ニ同等官 四百六十圓

中少尉并ニ同等官 六百圓

准士官 八十圓

下士 八十圓

### 第八章 官吏ノ責任

官吏ノ有スル責任ノ種類

官吏ニシテ前章述フル所ノ義務ヲ遵守セサルトキハ一定ノ責任ヲ生ス之ヲ官吏ノ責任ト云フ其責任ニ三種アリ

第一 刑事上ノ責任

第二 私法上ノ責任

第三 懲戒上ノ責任

刑事上ノ責任ハ官吏カ其義務ニ背キタルトキハ必ス生スト云フモノニ非ス官

吏其義務ニ背クモ明文ヲ以テ之ヲ罰ス可シト規定シタル事實ニ該當セザルトキハ刑事上ノ責任生スルコトナシ私法上ノ責任モ亦之ニ同シク官吏カ其義務ニ背キ且ツ其結果トシテ財産上ノ損害ヲ惹起シタルトキニ非サレハ生セザルモノナリ懲戒上ノ責任ハ之ニ反シ官吏カ其義務ニ背キタルトキハ必ス生スルモノナリ而シテ此三種ノ責任ハ互ニ相拒絕シ其中一種ノ責任生シタルトキハ他ノ責任ヲ生セスト云フカ如キ性質ヲ有スルモノニ非ス若シ官吏ノ義務ニ違背シタル行為ニシテ此三種ノ責任ヲ生ス可キ條件ニ該當スルトキハ唯一ノ行為ヨリ同時ニ三種ノ責任ヲ生スルコト有リ其行為唯二個ノ責任ヲノミ生スヘキ條件ニ當ルトキハ二種ノ責任ヲ生ス而シテ孰レノ場合ニ於テモ其義務ニ違背シタルトキハ必ス懲戒上ノ責任ヲ生スルモノトス

刑事上ノ責任

第一 刑事上ノ責任

官吏ノ如何ナル行為カ刑事上ノ責任ヲ生スルカ官吏ノ性質ヨリ論理的ニ推論スルコトヲ得ス唯國家カ官吏ノ或ル種類ノ行為ヲ以テ國家ノ安寧秩序ヲ害スルモノトナシ之ヲ防ク爲メ刑事上ノ責罰ヲ科スルコトヲ必要ト認メ之ヲ犯ス

刑事上ノ責任ニ二種アリ

者アルトキハ一定ノ刑罰ヲ科スルコトヲ規定シタル事實ニ該當スル行為ヲ爲シタルトキニ始メテ刑事上ノ責任ヲ生スルモノナリ換言セハ官吏カ其義務ニ違背スルモ刑事上明文ナキトキハ責任ナシ是我刑法第二條ニ法律ニ正條ナキ者ハ何等ノ所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ストアル所以ニシテ其義務ニ違背シタルトキハ必ス生スル所ノ懲戒上ノ責任ト異ナル所ナリ

刑事上ノ責任ニ二種アリ

第一種ハ何人カ爲スモ罰セラル、行為ナレトモ官吏之ヲ爲シタルトキハ特ニ其罰ヲ加重スルモノ是ナリ第二種ハ官吏カ爲シタルカ故ニ罰スルモノニシテ官吏ニ非サル者カ爲スモ罰セサルモノ是ナリ即チ其犯罪ハ官吏タル身分ヲ有スル者ニ非サレハ生セサル所ノモノナリ

第一種ノ刑事上ノ責任ニ關スル例ヲ舉クレハ刑法第九十七條第二項第二、五條、第二百十四條第二項、第二百三十九條、第二百七十八條、第二百八十一條及ヒ第二百八十九條ノ如キ是ナリ

第二種ノ刑事上ノ責任ニ關スル例ヲ舉クレハ刑法第二百七十三條乃至第二百七十七條、第二百八十二條乃至第二百八十七條及ヒ第二百九十條ノ如キ是ナリ

私法上ノ責任

七十七條、第二百八十二條乃至第二百八十七條及ヒ第二百九十條ノ如キ是ナリ

陸軍刑法及ヒ海軍刑法中ニハ第一種若クハ第二種ノ刑事上ノ責任ニ關スル規定極メテ多ク殆ント其全部ヲ占ムルヲ以テ一々此ニ之ヲ列舉セス

第二種 私法上ノ責任

官吏カ職務ニ背キタル場合ニ於テ生スル私法上ノ責任ハ如何ナルモノナリヤト云ヘル問題ニ關シテハ現行法ニ明瞭ナル規定ヲ欲クヲ以テ此ニ一々正文ニ基キタル判斷ヲ下スコトヲ得然レトモ國法ノ精神ニ因リテ解釋スルトキハ官吏カ官吏トシテ動作スルハ其職務ヲ行フコトニノミ存シ官吏ノ行ヒタル事カ公務ナルニ非スシテ官吏カ其職務ニ從ヒ正當ニ行フコトヲ公務トナシ其職務ノ範圍外ニ於テ行ヒタル所、モノハ公務ニ非ス又其職務外ニ於テ爲ス所ノ行為ハ官吏トシテノ行為ニ非スト云フ精神ナリ今此主義ヲ以テ推シ考フルトキハ官吏カ其職務ニ背キテ行ヒタル行為ニ付テハ一人トシテ私法ノ規定ニ從ヒ其責任ヲ負フ可キコト固ヨリ當然ナリ何トナレハ官吏ハ一定ノ職務ヲ有シ其職務ノ範圍内ニ於テノミ國家ヲ代表スルモノニシテ其職務ニ背キタル

場合ニ於テハ國家ヲ代表スルモノニ非ス故ニ其職務違反ノ行為ハ國家ノ行為ニ非スシテ官吏タル身分ヲ有スル一人ノ行為ナリ此行為ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ國家ノ行為ニ因リテ損害ヲ加ヘタルモノニ非スシテ一人ノ行為ニ因リテ損害ヲ加ヘタルモノナレハナリ

或論者ハ官吏カ法律規則ニ違ヒシヤ否ヤノ問題ニ對シテハ現行法ニ於テ明カニ之ヲ裁決スルノ手續ヲ規定セル特別ノ法ナク又特別ノ裁判所ナク官吏ノ行為カ果シテ其職務ニ背キタル行為ナルヤ否ヤハ到底知ルニ由ナキヲ以テ官吏ノ名ヲ以テ爲シタル行為ニ關シテ其職務上ノ行為タルト職務外ノ行為タルトヲ問ハス責任ヲ有セサルモノナリト云フ說ヲ唱フレトモ此ノ如キ議論ハ誤ナリ我現行法ニ於テハ官吏ノ行為カ果シテ其職務ニ背キタルモノナルヤ否ヤヲ裁決スル方法ヲ一般ニ規定セル特別法ナク又特別ナル裁判所アルコトナシ然レトモ特別法及ヒ特別ノ裁判所ナキノ故ヲ以テ直チニ官吏ノ行為ノ不適法ナルヲ知ルノ方法ナシト斷言ス可カラス我國法ニ依レハ行政裁判所ハ法律第六條ニ依リ行政官廳ノ或ル一定ノ行為ニ對シテハ其適法ナルヤ否ヤヲ裁決シ又

懲戒上ノ責任

直接行政上級官廳ハ訴訟法ノ規定ニ依リ或ル一定ノ場合ニ於テ下級官廳ノ行為ニ關シテ其適法ナルヤ否ヤヲ裁決シ又普通裁判所ハ其受理シタル事件ニ關シ官吏ノ行為ノ適法ナルヤ否ヤヲ審査スルノ權ヲ有ス故ニ特別法及ヒ特別ノ裁判所ナキヲ理由トシテ官吏ノ行為ハ無責任ナリト謂フ可カラス

第三 懲戒上ノ責任

懲戒ハ官吏ヲシテ謹慎勉勵ニ其職務ヲ行ハシムル爲メニ行フ所ノ一ノ制裁ナリ即チ官吏ヲシテ其職務ヲ行フ場合ニ當リ謹慎ヲ加ヘシムル一ノ手段ナリ然ルニ公法學者中懲戒ノ性質ヲ説明スルニ或ハ損害賠償ノ性質ヲ有スルモノナリトシ或ハ刑罰ノ性質ヲ有スルモノナリト論スル者アルヲ以テ今簡單ニ此等ノ說ノ不當ナル所以ヲ辯明セン

懲戒ハ損害賠償ニ

(一) 懲戒ハ損害賠償ナリトノ說ニ對スル駁論

懲戒ハ損害賠償ナリトスルトキハ官吏ヲ懲戒スルニハ第一ニ必ラス損害ナル事實ナカル可カラス何トナレハ損害ナクシテ之ヲ賠償ス可キ理由ナケレハナリ損害ハ懲戒ヲ行フ必要條件ニシテ損害ナキトキハ懲戒ナシト謂ハサル可カ

ラス然ルニ我國法ニ依レハ懲戒ハ官吏カ其義務ニ背キタリト云フヲ條件トシテ行フモノニシテ義務ニ背キタル結果トシテ損害ノ生シタルト否トヲ問ハハルナリ論者或ハ官吏カ其義務ニ背キタルトキハ損害ヲ惹起スモノナリ故ニ其損害ヲ賠償セシムル爲メニ懲戒スト云フト雖トモ是亦誤ナリ義務ニ背キタルトキハ必ス損害ノ生ズルモノナリト云フハ公法上及私法上ニ於テモ成立セサル説ニシテ義務ニ背クモ損害ノ生セサルコト有リ是懲戒ノ性質ハ損害賠償ニ非サル第一ノ理由ナリ

又懲戒ノ性質ヲ損害賠償ナリト云フトキハ懲戒ハ必ス賠償ノ方法ニ於テ行ハサル可カラス賠償ノ方法ニ於テセサル懲戒ハ真正ノ懲戒ニ非スト云フ可レ何トナレハ懲戒ノ性質ハ損害賠償ナリトスルトキハ懲戒スルト云フコトハ其ノ損害ヲ賠償セシムルト云フコトナレハナリ然ルニ我懲戒法ヲ見ルニ懲戒ノ方法ハ必スシモ賠償ノ方法ニノミ由ラサルコトハ譴責免官等ノ懲戒方法アルヲ以テ知ルヘシ官吏ヲ懲戒スルニ當リ必ラス其ノ俸給ヲ減スルカ又ハ一定ノ金額ヲ拂ハシムルノ方法ヲ探ルトキハ賠償ノ法理ヲ以テ懲戒ノ性質ヲ説明シ得サル

ルニ非サレトモ賠償ノ法理ヲ以テ論ス可カラサル譴責免官等ノ懲戒方法アルヲ以テ懲戒ハ決シテ賠償ナリト云フヲ得ス是懲戒ハ損害賠償ニ非サル第二ノ理由ナリ

且又官吏其義務ニ背キ損害ヲ惹起シタルトキハ懲戒處分ノ外更ニ損害賠償ノ責ニ任スルモノナリ然ルニ今懲戒ハ損害ノ賠償ナリト云フトキハ官吏ハ同一行為ニ付キ同一ノ法理ヲ以テ二重ニ同種類ノ制裁ヲ受クルコトト爲リ制裁ヲ加フルノ原則ニ背クモノナリ是懲戒ノ損害賠償ニ非サル第三ノ理由ナリ

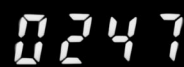
懲戒ハ刑罰ニアラズ

余ハ以上ノ如キ理由アルヲ以テ懲戒ハ損害賠償ニ非スト主張ス

(二) 懲戒ハ刑罰ナリトノ説ニ對スル駁論

懲戒ヲ以テ刑罰ノ一種ナリトスルトキハ一端刑事裁判所ニ於テ無罪ノ言渡ヲ受ケタル者ハ同一ノ行為ニ付キ懲戒手續ニ於テ訴追セラル可キモノニ非ス又一度ハ刑事裁判所ニ於テ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ同一ノ行為ニ付キ重ネテ懲戒セラル可キモノニ非ス何トナレハ同一ノ行為ニ付キ同一法理ヲ以テ二重ノ刑罰ヲ科セサルハ我國法ノ原則ナレハナリ然ルニ我國法ニ於テハ一度刑事裁判

行政法



所ニ於テ無罪ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シ同一事件ニ付キ尙ホ懲戒ノ爲メニ之ヲ訴追スルコトヲ許シ又一度刑事裁判所ニ於テ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ對シテ同一行爲ニ付キ重キテ懲戒スルコトヲ許セリ例ヘハ判事懲戒法第五十五條第一項及ヒ第二項ノ如キ是ナリ是懲戒ハ刑罰ニ非サル證ナリ

懲戒ハ官吏ヲシテ其職務ヲ謹慎勉勵シテ行ハシムル一ノ手段ナリト云フ說ニ反對シ若シ果シテ懲戒處分ハ官吏ヲシテ其職務ヲ勤勉勵行セシムル爲メニ設ケタルモノナリトモ何故ニ免職ヲ以テ懲戒處分ノ一ト爲スカ免職ハ職務ヲ奪フモノナリ職務ヲ勵行セシムルカ爲メニ免職ノ懲戒ヲ行フハ自家擅着ナリト非難スル者アリ然レトモ懲戒ノ目的ハ官吏ノ全体ニ對スルモノニシテ必スシモ特定ノ一個人ノミヲ目的トシテ行フモノニ非ス若シ其職務ヲ解リ官吏ノ義務ニ背クトキハ免職ノ處分ヲ受クルノ制裁ハ其免職セラレ、特定ノ人ニ鑑ミテ官吏全体カ其職務ヲ行フニ謹慎ヲ加フルコトヲ勉メシムル手段ナリ故ニ懲戒處分ノ方法トシテ免職ノ制度ヲ設クルモ懲戒ハ職務ヲ謹慎勉勵セシムル手段ナリト云フ主義ト決シテ擅着スルモノニアラス

懲戒ノ種類

我國ニ於テハ懲戒ニ關スル法ニ通法及特法ノ二種アリ官吏懲戒例ハ通法ニシテ判事懲戒法陸軍懲罰例海軍懲罰例及巡查懲罰例等ハ特法ナリ特法ニ依リテ懲戒セラレサルモノハ通法ノ性質ヲ有スル官吏懲戒例ニ依リテ懲戒セラルル官吏懲戒例ニ規定セル懲戒ノ種類ニ三アリ

第一 譴責

第二 罰俸

第三 免職

譴責ハ懲戒ノ最モ輕キモノニシテ本屬長官ヨリ譴責書ヲ付與シテ之ヲ行フ罰俸ハ一箇月ノ俸給額十分一ヨリ少ナカラス三箇月分ヨリ多カラサル俸給ヲ奪フ免職ハ本屬長官ノ意見ニ從ヒ委任官ハ具狀奏請シテ之ヲ行フモノニシテ管ニ其官職ヲ免スルノモナラス位記ヲ返上セシメ又恩給ヲ受クル權ヲ剝奪スルモノナリ

判事ノ懲戒

判事ハ判事懲戒法ニ依リテ懲戒セラレ一般ノ官吏懲戒例ニ依ル可キモノニ非ス判事懲戒法ニ依レハ懲戒ノ種類ハ左ノ五トナス

- 第一 譴責
- 第二 減俸
- 第三 轉所
- 第四 停職
- 第五 免職

譴責ハ懲戒裁判所ニ於テ譴責スル旨ノ言渡ヲ爲スニ止マリ減俸ハ一月以上一年以下年俸月割額ノ三分一以內ヲ減シ轉所ハ他ノ裁判所ニ轉セシム但此場合ニ於テハ情狀ニ依リ減俸ヲ併セ科スルコト有リ停職ハ三月以上一年以下職務ノ執行ヲ停止シ停職中ハ俸給ヲ給セス免職ハ現任ノ官職ヲ失ヒ且ツ恩給ヲ受クル權ヲ奪ハルヽモノナリ

判事カ以上ノ如キ懲戒ヲ受ク可キ場合ハ判事懲戒法第一條ニ規定スルカ如ク職務上ノ義務ニ違背シ又ハ職務ヲ怠リタルトキ又ハ官職上ノ威嚴若クハ信用ヲ失フ可キ所爲アリタルトキニ限ル是判事ニ對スル懲戒ノ特性ナリ而シテ判事懲戒法第一條ニハ唯職務上ノ義務ニ違背シ又ハ職務ヲ怠リ若クハ官職上ノ威

懲戒處分  
ヲ行フ者

嚴信用ヲ失フ可キ所爲アリタルトキト規定スルモ如何ナル事實カ果シテ該條ニ規定セル如キ所爲ニ該當スルヤハ專ラ懲戒裁判所ノ認定ニ一任シ法律上細密ナル規定ヲ爲サス又該條ニハ官職上ノ威嚴若クハ信用ヲ失フ可キ所爲ト規定シ失ヒタル所爲トナサヽリシ所以ハ判事ノ所爲カ實際ニ威嚴若クハ信用ヲ失ヒタルト否トニ關セス威嚴若クハ信用ヲ失フ可キ恐アルトキニモ尙ホ懲戒處分ヲ行ハント欲シタレハナリ

懲戒處分ヲ行フ職權ヲ有スル者ハ一般行政官ニ對シテハ其上級監督官廳ナリト雖モ判事ヲ懲戒スルニハ特ニ懲戒裁判所ナルモノヲ開キテ之ヲ行フ懲戒裁判所ハ各控訴院若クハ大審院ニ於テ之ヲ開ク控訴院ニ於テ開カレタル懲戒裁判所ハ控訴院長及控訴院部長ヲ除ク外其院ノ判事及其管轄區域內ノ總テノ下級裁判所ノ判事ニ對スル懲戒事件ヲ管轄ス大審院ニ於テ開カレタル懲戒裁判所ハ第一審トシ且終審トシテ大審院ノ判事、控訴院長及控訴院部長ニ對スル懲戒事件及控訴院ニ於ケル懲戒裁判所ノ裁判ニ對スル抗告及控訴ヲ管轄ス而シテ判事其人ニ對スル懲戒裁判所ノ管轄ハ所犯ノ地ニ關セス裁判手續開始ノ時其判

軍人軍屬ノ懲罰

事ノ奉職セル裁判所ニヨリテ之ヲ定ムルモノトス  
陸海軍ノ軍人及軍屬ハ陸軍懲罰例及海軍懲罰例ヲ以テ之ヲ懲罰ス  
陸軍懲罰例ニ依レハ將校及其同等官ニ科ス可キ懲罰ノ種類ハ重謹慎及輕謹慎  
ノ二種ニシテ下士及諸卒ニ科ス可キ懲罰ノ種類ハ重營倉及輕營倉ノ二種トス  
海軍懲罰例ニ依レハ懲罰ノ種類ハ分テ謹慎及禁足ノ二種トシ謹慎ハ准士官以  
上ニ科シ禁足ハ下士以下ニ科ス二者共ニ其日數ハ一日以上三十日以内トス  
巡查ハ巡查懲罰例ニ依テ處分セラル、モノニシテ巡查懲罰例ニ依ルニ職務上  
ノ規則ニ違背シ及怠慢失誤アル者ハ其情狀ヲ審案シ俸給一箇月ノ百分一ヨリ  
少カラス一箇月ヨリ多カラサル罰金ヲ科シ輕キモノハ呵責ニ止ム又犯狀ノ職  
務ヲ辱カシムルモノハ其職ヲ免セラル看守及貴族院衆議院ノ守衛ハ巡查懲罰  
例ニ依テ處分セラル、モノトス

## 第二部 地方行政

### 第九章 地方行政ト中央行政トノ區別

地方行政及中央行政ノ定義

地方行政トハ地方團體、國家ヨリ命セラレタル政務ノ一部分ヲ其機關ヲシテ  
行ハシムルモノヲ云ヒ中央行政トハ國家カ其機關若クハ直接ニ地方團體ノ機  
關ニ命シテ行ハシムルモノヲ云フ換言セハ國家カ地方團體ニ政務ノ一部分ヲ  
行フヘキコトヲ命シ地方團體ハ其國家ヨリ命セラレタル政務ヲ自己ノ機關ヲシ  
テ行ハシムルモノヲ地方行政ト云フ國家カ自己ノ機關ニ命スルカ又ハ直接ニ  
地方團體ノ機關ニ命シテ政務ノ一部分ヲ行ハシムルモノヲ中央行政ト云フ故  
ニ中央行政ニ國家ハカ自己直接ノ機關ニ命シテ行ハシムルモノト直接ニ地方  
團體ノ機關其物ニ命シテ行ハシムルモノトノ二種アリ  
地方行政ト中央行政トハ以上ノ如ク國家カ地方團體ニ命シテ政務ノ一部ヲ行  
ハシムルカ又ハ自己直接ノ機關若クハ地方團體ノ機關其物ニ直接ニ命シテ行  
ハシムルカニヨリテ區別セサルヘカラス然ルニ世人或ハ他ノ標準ヲ探テ二者  
ノ區別ト爲サントスルモノアルヲ以テ今其標準ニ關スル四個ノ學說ヲ示シ逐  
次其不當ナル所以ヲ辯セン

第一說

中央行政ト地方行政トノ區別ニ關スル學說

第一種ノ標準ヲ取ル人ハ政務ノ性質ヲ以テ中央行政ト地方行政トヲ區別セン

行政法

## 第二説

ト、例ヘハ軍事ハ中央行政ニシテ教育貧民救助等ハ地方行政ナリト云フカ如キ是ナリ此ノ如ク政務ノ性質上ヨリ爲シタル區別ノ標準ハ適當ナルモノト謂フ能ハス何トナレハ教育貧民救助等ノ事ハ我國現今實際ノ行政ニ依レハ管ニ地方官ニ一任セサルノミナラス中央行政ノ主タル一部分ヲ占ムルモノナレハナリ且又是等ノ説ヲ主張スル者ト雖トモ如何ナル事柄ハ中央行政ニ屬シ如何ナル事柄ハ地方行政ニ屬スヘキヤハ到底一々列舉シ能ハサルヘシ假ニ一々列舉シ得ルモノトスルモ何カ故ニ或ル事件ハ中央行政ニ屬シテ地方行政ニ屬セス或ル事務ハ地方行政ニ屬スヘキ者ニシテ中央行政ニ屬スヘカラサルモノナルヤノ理由ニ至リテハ一々説明シ能ハサルヘシ是レ予カ政務ノ性質ハ二者ヲ區別スル標準ト爲ス能ハスト云フ所以ナリ

第二種ノ標準ヲ採ル者ハ行政事務ヲ行フニ當リテ要スル費用ヲ負擔スル者ノ國庫ナルト地方團體ナルトニヨリ中央行政ト地方行政トヲ區別セントシ國庫ノ費用ヲ以テ行フ行政ハ中央行政ニシテ地方團體ノ費用ヲ以テ行フ行政ハ地方行政ナリト言ヘリ

此標準ハ明瞭ナレハ我カ現今ノ國法ニ抵觸セサル以上ハ探テ以テ區別ノ標準ト爲スモ強チ不當ニ非サレトモ奈何セン町村制第六十九條第四項、市制第七十四條第四項ニ於テ中央行政ノ事務ヲ執行スル爲ニ要スル費用ハ市町村ノ負擔タルコトヲ明言シ又郡制第五十條末項、第二十六條末項、第七十六條及府縣制第十五條末項、第四十三條末項、第八十條ニ依レハ府縣郡モ亦中央行政ノ費用ヲ負擔スヘキ場合アルコト明ナルヲ以テ費用ヲ負擔スル者ノ國庫ナルト地方團體ナルトニヨリテ劃然中央行政ト地方行政トヲ分ツコト能ハサルナリ

## 第三説

第三種ノ標準ヲ主張スル者ハ一般的法律命令ノ委託ニヨリテ地方團體ノ行フモノヲ地方行政ト云ヒ特定ノ事實ニ對スル特定ノ法律命令ニ依リテ地方團體ノ行フ行政ハ中央行政ナリト云ヘリ此ノ如ク地方團體ニ政務ヲ委託スル法律命令ノ一般的ナルト特定ノモノナルトニ依リテ中央行政ト地方行政トヲ區別スル標準ハ我現行法ニ適當セス何トナレハ我地方團體ニ關スル法令ヲ見ルニ地方團體ノ行フ地方行政及中央行政ハ等シク法律命令ニ依リテ委



託セラル、コトヲ明言スルモ其法律命令ニ一般的ノ者ト特定ノ者トアルコトヲ區別シ之ニ依リテ地方行政ト中央行政トヲ區別セサルヲ以テナリ

第四種ノ標準ヲ主張スル者ハ地方團體機關ノ行フモノヲ悉ク地方行政ト稱シ中央行政機關ノ行フモノヲ中央行政ト稱シ其行政事務ヲ行フ者ノ地方團體機關ナルト中央機關ナルトニ依リ地方行政ト中央行政トヲ區別セリ然レトモ此ノ如キ議論ヲナスモノハ全ク我市町村制ヲ知ラサル者ナリ何トナレハ我市町村制ニ依レハ地方團體ノ機關ニシテ中央行政ヲ行フコトアルヲ明言スルヲ以テ地方團體ノ行フ事ハ悉ク地方行政ナリト云フコト能ハサレハナリ

地方行政トハ地方團體カ國家ヨリ命セラレタル政務ノ一部分ヲ自己ノ機關ヲシテ行ハシムルモノナリ即チ國家ノ命令ニ依リテ地方團體ノ行フ行政ニシテ地方行政ナル觀念ト地方團體ナル觀念トハ相待テ存在シ決シテ相離ルヘカラスアルモノナレハ地方行政ノ事ヲ説明スルニ當リテ地方團體ノ如何ナルモノナルヤヲ説クノ必要アリ故ニ今聊カ地方團體ノ性質ニ關スル概略ノ説明ヲ爲ス

地方團體ノ性質  
ギルケ  
氏ノ説及  
其批評

地方團體ノ性質ニ付歴史的ニ精密ナル研究ヲ爲シタル者ハギルケー氏ナリ氏ノ説ク處ニ依レハ地方團體ハ國家ヨリ古ク成立シ國家ノ存亡ニ關セス自立自存シ自己固有ノ目的ヲ有スル團體ニシテ國家ノ行政ニ參與スルモノナリト言ヘリ全氏ハ組合法ノ事ヲ説キタル著書ニ於テ此説ヲ主張シ歐洲ニ於ケル地方團體ノ發達沿革ニ付キ一々事實ヲ引キテ説明セリ然レトモ氏カ最モ得意ニ主張スル處ノ地方團體ノ成立ハ國家ヨリ古ク國家ノ未タ成立セサル以前ニ於テ已ニ存在シ國家ノ存亡ニ關セス自立自存シ得ルモノナリト説ハ我國ニ於テハ明ニ事實ト抵觸ス我國ノ地方團體ニ關スル制度ハ市町村制郡府縣制等國家ノ立法手續ニ依リ成立セラレタルモノナリ即チ地方團體ハ立法ノ結果ニ依リテ生シタルモノナリ國家ノ成立セサル以前ヨリ既ニ存在シ國家ヨリ獨立シテ其存亡ヲ共ニセズト云フ可キモノニ非ス又歐洲古代ノ歴史ニ徴スルモ氏ノ認メテ地方團體ナリト爲ス所ノモノハ其古代ニ於ケル國家ニシテ地方團體ニハアラス唯當時ニ於ケル日耳曼種族ノ團體即チ國家ハ現今ノ國家ニ比スレハ



其版圖甚々狭小ニシテ今ノ一市町村ニモ及ハサルモノナリシカ其後此等ノ小  
國家ハ合併連結シテ一ノ大ナル國家ヲ成スニ至リ茲ニ於テ其以前ニ於ケル  
小國家ハ變シテ地方團體ノ性質ヲ有シタルモノナリ決シテ當初ヨリ地方團體  
タリシニ非スギルケルカ地方團體ノ成立ハ國家ノ成立ヨリ古ク國家ト其存  
亡ヲ共ニセサルモノナリト述ヘタルハ此ノ如キ事實ヲ誤認シ其合併シテ一  
大國家ヲ成サ、ル以前ニ存在セル數多ノ小國家ヲ認メテ地方團體ナリト爲シタ  
ルニ原因スルモノナリ且又歷史上ノ事實ヲ離レ法理上ヨリ考フルモ元來地方  
團體ナル語ハ中央ノ國家ニ對スル語ニシテ國家アリテ而ル後ニ地方團體アル  
ヘク國家ナクシテ獨リ地方團體ノ存在スヘキ理ナキハ恰モ國家ナクシテ臣民  
ナル者ナキニ同シ蓋シ臣民及地方團體等ノ觀念ハ國法上ノ觀念ナリ國法上ノ  
觀念ハ國法アリテ後ニ生シ國法ハ國家アリテ後ニ生スルモノナレハ人類若ク  
ハ人類ノ集合体ハ國家以前ニ存在スルコトヲ得ルモノナレトモ臣民若クハ地  
方團體カ國家成立以前ニ存在スルコト云フハ論理上許ス可カラサルモノナリ故ニ  
ギルケル氏ノ說ハ當ニ歷史上ノ事實ニ適セサルノミナラス論理ノ規則ニモ適

ハサルモノト信ス

ロージン  
氏等ノ說  
及其批評

ギルケル氏ヨリ更ニ一步ヲ進メタル說ニ依レハ地方團體ハ自己固有ノ目的ヲ  
有シ其目的ヲ達スルカ爲メニ動作スルモノニシテ國家ノ目的ノ爲メニ動作ス  
ルモノニアラス國家ノ目的ト區別セラレタル自己固有ノ目的ヲ有スルモノナ  
リ而シテ其自己固有ノ目的ヲ有スルモノト云フコトハ地方團體ハ人格ヲ有ス  
ト云フコトヨリ生スル自然ノ結果ナリ何トナレハ人ハ自己固有ノ目的ヲ有ス  
ルモノナレハ人格ヲ有スル地方團體モ亦自己固有ノ目的ヲ有スヘキハ當然ノ  
理ナレハナリト主張セリ此說ハロージン氏等ノ主張セル所ナリ地方團體ハ法  
人ナリト云フ点ニ關シテハ贊成ヲ表スルコトヲ得レトモ固有ノ目的ヲ有スル  
云フヲ以テ地方團體ノ本質本体ト爲スニ至リテハ疑ナキ能ハス蓋シ此說ヲ稱  
フル者ハ人格ト云フコトヲ自己固有ノ目的ト解釋シ國法上已ニ地方團體ヲ以テ  
人格ヲ有スル法人ナリトスルトキハ其當然ノ結果トシテ固有ノ目的ヲ有スヘキ  
モノナリト考ヘタルナルヘシ然レトモ法律上人格ト云フハ權利義務ノ主体ト云  
フコトニシテ固有ナル目的ノ有無ハ人格ノ有無ヲ判斷スルノ要件ニアラス法

律上ヨリ云フトキハ權利義務ノ主体タル能力アルヤ否ヤヲ見テ人格ノ有無ヲ判定スルモノナリ固有ナル目的ノ有無ハ人格ノ有無ヲ判定スル標準トナスニ足ラス故ニ地方團體ヲ法人ナリト爲スモ只地方團體ハ權利義務ノ主体ナリト云フニ止マリテ其目的ハ自己固有ノ目的ナルカ又ハ國家ノ目的ナルカハ之ヲ問フノ必要ナシ故ニロージシ等カ地方團體ヲ以テ法人ナリトセシハ正當ナレトモ地方團體ハ國家ノ目的ト區別セラレタル自己固有ノ目的ヲ有スルモノナリト論シ之ヲ以テ其本質本体ナリトセル說明ニハ全意スルコト能ハス

我輩ハ上ニ述ヘタル二個ノ學說ニ依ラス現今我國ニ於テ行ハル、地方制度ニ關スル法律ヨリ抽象シテ地方團體トハ國家ノ命令ニ因リ權力ノ作用ヲ以テ、政務ノ一部分ヲ行フ、一定ノ土地ニ根據セル、法人體ナリト定義セントス

此ノ如ク地方團體ハ法人ナリトスルトキハ法人ハ公私ヲ問ハス國法ノ認定ニ依ラサレハ成立セサルコトハ民法人事編第五條ニ規定セルヲ以テ地方團體ハ國法ノ認定ニヨリテ生シタルモノナリ即チ國法上ノ制度ナリ國法上ノ制度ナレカ故ニ國家ヨリ以前ニ存在セサルコト勿論ナリ是前ニ述ヘタルギルカーク氏

ノ説ト異ナル所ナリ又地方團體ハ政務ノ一部分ヲ行フ者ニシテ其行フヘキ政務ノ何々ナルヤハ法律命令ニヨリテ定マル國家ノ目的ヲ達スルカ爲ニ其政務ヲ行フカ將タ又自己ノ目的ヲ達スルカ爲メニ行フカハ法理上問フ所ニ非サルナリ是ロージシ氏ノ説ト異ナル所ナリ又地方團體ハ國家ノ命令ニ依リテ政務ヲ行フモノナリ國家ノ命令ニ遵ヒ政務ヲ行フモノナレハ國家ニ對シテ獨立セルモノニアラス國家ノ命令權ニ對シテハ服從ノ地位ニ立ツモノナリ世人往々地方團體ヲ以テ國家ニ對シテ獨立ノ地位ニアルモノナリト論スト雖トモ是レ大ナル誤ナリ若シ地方團體ヲ以テ獨立體ト爲ストキハ地方團體ハ國家ノ統治權ニ服從セサルモノトナリ一國內ニ於ケル統治ノ主体ニ二個アルノ結果ヲ生シ一國統治ノ主体ハ唯一ナリトノ原則ニ背クノミナラス、大日本帝國ハ萬世一系ノ天皇之ヲ統治スト云ヘル憲法第一條ノ明文ニ抵觸ス是地方團體ハ國家ノ命令ニ依リテ政務ヲ行フモノナリト云フ所以ナリ

又地方團體ハ一定ノ土地ニ根據シタル法人體ニシテ命令權ヲ行フモノナリ其成立ハ必ラス一定ノ土地ニ根據スルコト及地方團體カ自己ノ團體員ニ對スル

關係ハ權力ノ關係ナリト云フ二点ニ於テ會社及其他ノ私法上ノ法人ト異レリ私法上ノ法人ハ其成立必スシモ一定ノ土地ニ根據スル必要ナキノミナラス其社員ニ對スル關係ハ權利義務ノ關係ナリ地方團體ハ之ニ反シ其成立ノ根據ヲ必ス一定ノ土地ニ取リ管ニ權利義務ノ主体タルノミナラス其團體員ニ對シテ權力ノ關係ヲ有シ命令權ヲ以テ其團體員ヲ支配スルモノナリ例ヘハ市町村ハ市町村ノ住民ノ權利義務ニ關シ及市町村ノ事務ニ關シ市町村制中ニ明文ナク又ハ特例ヲ設クルコトヲ許セル事項ハ各市町村ニ於テ特ニ條例ヲ設ケテ之ヲ規定シ其市町村ノ設置ニ係ル造營物ニ關シテハ規則ヲ設クルコトヲ得ルカ如キ(市制及町村制第十條)市町村ハ市稅町村稅ヲ賦課スルコトヲ得ルカ如キ及町村制第八十八條是ナリ

斯ノ如ク地方團體ハ權利義務ノ主体タル能力ヲ有シ其團體員ニ對スル關係ハ權力ノ關係ナリ而シテ此ノ如キ權利義務ノ主体タル能力ヲ有スル法人ニシテ其團體員ニ對スル關係權力ノ關係ナルトキハ其團體ヲ稱シテ公ノ法人ト云フ故ニ我輩ハ地方團體ハ公ノ法人ニシテ會社及其他私ノ法人トハ異ナリタルモ

ノナリト信ス然レトモ公ノ法人ト私ノ法人トノ區別ニ關スル學者全体ノ說ハ以上述ヘタル所ノモノト必シモ相一致セズ或公法家ノ說ト所ニ依レハ公益ヲ目的トスル法人ハ公ノ法人ニシテ私益ヲ目的トスル法人ハ私ノ法人ナリト言ヘリ然レトモ公益私益ヲ以テ法人ノ公私ヲ區別セントスル說ハ成立セ得サルモノナリ何トナレハ如何ナルモノカ公益ニシテ如何ナルモノカ私益ナルヤハ法律學上未定ナルノミナラス假ニ公益トハ多人數ノ利益ニシテ私益トハ一人ノ利益ナリトノ說ニ從フトキハ所謂私ノ法人タル株式會社ノ如キモ多人數ノ利益ヲ目的トスルモノナレハ公ノ法人ト謂ハサルヘカラサルニ至リ又公益トハ國家ノ利益ニシテ私益トハ一人ノ利益ナリト云フトキハ地方團體ノ如キハ素ヨリ國家ノ利益ヲ目的トスルモノナレトモ一方ニ於テハ一人ノ幸福安寧ヲ目的トシ一人ノ利益ヲ計ルモノナレハ一方ヨリ見ルトキハ公ノ法人ナレトモ他ノ一方ヨリ見ルトキハ私ノ法人トナル即チ地方團體ハ公私ノ法人タル性質ヲ兼有スト云フカ如キ不都合ナル論結ヲ生スレハナリ

キハ其團體ハ公ノ法人ナリト言ヘリ此說ニ從ヘハ一ノ運輸會社カ國家ヨリ一定ノ保護ヲ受ケ其報酬トシテ國家ニ對シ將來二十年間國家ノ爲メ其人馬物品ヲ運送スヘキコトヲ約スルトキハ其法人ハ公ノ法人ナリト云フヲ得ヘシ何トナレハ斯ノ如キ約束ヲ爲シタル運輸會社ハ國家ノ爲ニ二十年間其人馬物品ヲ運送スルノ義務ヲ負フモノニシテ其義務ヲ盡シ終ル迄存在スヘキコトハ國家ニ對スル義務ナレハナリ然レトモ何人モ此ノ如キ會社ヲ以テ公ノ法人トハ爲サ、ルナルヘシ要スルニ公益私益及ヒ生存目的ハ法人ノ公私ヲ區別スル正確ナル標準ト爲ス能ハサルヲ以テ我輩ハ法人ト其團體員トノ關係權力ノ關係ナルトキハ其法人ヲ稱シテ公ノ法人ト云ヒ法人ト其團體員トノ關係權利義務ノ關係ナルトキハ其法人ヲ私ノ法人ト稱シ其團體員トノ關係如何ニヨリテ法人ノ公私ヲ別タントス

近來我國ノ公法家ニシテ地方團體ヲ以テ權力ノ主体ト爲シ會社其他私ノ法人ハ權利義務ノ主体ナリト主張シ二者ノ區別ヲ爲シタリトスル者アレトモ此ノ如キ論者ハ權力ノ施行者ト權力ノ主体トノ間ニ正確ナル區別ヲ爲サズ地方團體カ其住民ニ對シテ權力ヲ行フ有様ヲ見テ直ニ之ヲ以テ權力ノ主体ニ非ザルコトヲ悟ラサルモノナリ地方團體ハ唯國家ノ命令權ヲ行フモノナリ其命令權ノ主体ハ國家ニシテ地方團體ニ非ス若シ假ニ論者ノ如ク地方團體ヲ以テ其住民ニ對スル權力ノ主体ナリトスルトキハ其住民ハ其上ニ國家及地方團體ト云フ二個ノ權力ノ主体ヲ戴クト云フ結果ヲ生シ一國統治ノ主体ハ唯一ナリト云フ原則ニ抵觸ス

### 第十章 市町村ノ組織及ヒ機關

#### 第一節 市町村ノ組織

市町村ハ公ノ法人ニシテ一定ノ土地及ヒ住民ノ二要素ヨリ組織セララル第一元素タル市町村ノ區域ハ市町村カ其權力ヲ行フ標準トナルモノニシテ市町村ノ行政ハ其區域内ニノミ行ハル、モノナリ現今存在スル處ノ市町村ノ區域ヲ分割スルカ又ハ合併スルノ必要生シタルトキハ關係アル市町村會及ヒ郡參事會ノ意見ヲ聽キテ府縣參事會之ヲ議決シ內務大臣ノ許可ヲ得テ之ヲ行フ關係アリ

行政法

第一市町村ノ組織

第一元素

市町村ノ分合

ル市町村會及ヒ郡參事會ハ當ニ意見ヲ呈スルニ止マルヲ以テ假令是等ノ者ハ分割若クハ合併ヲ以テ不可ト爲スモ府縣參事會ニ於テ分割若クハ合併ヲ以テ是ナリト認メ内務大臣之ニ許可ヲ與ヘタルトキハ其呈出シタル意見ノ如何ニ拘ハラズ分割若クハ合併ヲ行フコトヲ得ルモノナリ意見ハ唯府縣參事會及ヒ内務大臣カ處分ヲ行フ參考ト爲ルニ過キス

市町村境界ノ變更

市町村ノ經界ヲ變更スヘキ必要生シタルトキハ關係アル市町村會及ヒ地主ノ意見ヲ聽キ郡參事會之ヲ議決ス其數郡ニ跨リ若クハ市ノ境界ニ係ルトキハ府縣參事會之ヲ議決ス關係アル市町村會及ヒ地主ノ意見ノ効力ハ市町村會及ヒ郡參事會ノ意見ニ付前ニ述ヘタルモノニ全シ若シ町村ノ境界ニ關シ爭論生シタルトキハ郡參事會之ヲ裁決シ其數郡若クハ市ノ境界ニ係ルモノハ府縣參事會之ヲ裁決ス而シテ其郡參事會ノ裁決ニ不服アルモノハ府縣參事會ニ訴願シ其府縣參事會ノ裁決ニ不服アルモノハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得

第二元素 住民

市町村內ニ於テ住居ヲ占ムル以上ハ之ヲ以テ其住民ト爲レ本籍ヲ有スルヲ寄留ナルトハ敢テ問ハサル處ナリ住居ヲ占ムルトハ如何ナル事實ナルカハ國法上

定義ヲ與ヘタル處ナキヲ以テ國法上之ヲ知ルニ由ナシ只住居ヲ占ムタルヤ否ヤニ付テ爭ヲ生シタルトキハ市會若クハ町村會之ヲ判決シ其判決ニ不服アルトキハ郡參事會及府縣參事會ノ順序ヲ經テ終ニ行政裁判所ニ終結ノ判定ヲ請求スルコトヲ得我國ノ或ル公法家ハ住居トハ永續シテ居住スルノ意思ヲ以テ定メタル住所ヲ云フト定義スト雖トモ此ノ如キ定義ハ住居ヲ定ムルノ意思ハ通常此ノ如キモノナリト云フ事實ヲ言顯シタルニ過キス國法上此ノ如キ定義ヲ下スヘキ法理上ノ根據ナシ

又我カ民法人事編中住所ニ關スル規定ヲ見ルトキハ民法上ノ住所ハ本籍地ニアルヲ以テ通則トシ若シ本籍地カ生計ノ主要地ト異ナルトキハ生計ノ主要地ヲ以テ住所ト爲ストアルヲ以テ我國民ノ有スル民法上ノ住所ハ一個ニ限ルモノナレトモ市町村ノ住民カ住民トシテ有スル住居ハ必ラスシモ一個ニ限ラス若シ一人ニシテ甲町村內及ヒ乙町村內ニ於テ住居ヲ占ムトキハ其人ハ甲乙ノ市町村ノ住民ニシテ其住民タルノ權利義務ヲ有スルモノナリ或ル論者カ市町



村ノ住民ハ一人ニシテ二個ノ住居ヲ占ムル能ハサルモノト爲シ若シ二個ノ住居ヲ占メタルトキハ訴願及ヒ訴訟ノ手續ニヨリ裁決ヲ以テ何レカ一方ヲ住居ト定ムヘント云ヒシハ我カ市町村制ノ解釋ヲ誤リタルモノナリ市制及町村制第九十五條參照

市町村ノ住民ヲ分テ公民及ヒ普通住民ノ二種ト爲ス公民トハ大日本帝國ノ臣民ニシテ公權ヲ有スル獨立ノ男子二年以來其市町村ノ住民ト爲リ其市町村ノ負擔ヲ分任シ其市町村内ニ於テ地租ヲ納メ若クハ直接國稅ヲ一年ニ二圓以上納ムルモノヲ云フ但シ場合ニ依リ市町村ハ其市町村會ノ決議ヲ以テ二ケ年ト云フ制限ヲ免除シ以上ノ條件ヲ有セシヨリ未タ二ケ年ヲ經サルモノト雖モ其公民ト爲スコトヲ得之ニ反シ以上ノ條件ハ悉ク具フルモノト雖モ其市町村ノ公費ヲ以テ救助ヲ受ケタル後未タ二ケ年ヲ經サル者ハ公民ト爲ルコト能ハス而シテ茲ニ獨立ト稱スルハ滿二十五歲以上ニシテ一月ヲ拂ヘ治産ノ禁ヲ受ケサルモノヲ云フ

普通住民トハ公民ニ非サル市町村ノ住民ヲ云フ其公民ト異ナル所ハ市町村ノ

選舉ニ參與シ市町村ノ名譽職ニ選舉セラル、ノ權利ナク又其名譽職ヲ担任スルノ義務ナシト云フ点ニ在リ市町村制ノ規定ニ從ヒ市町村公共ノ造營物及市町村ノ財産ヲ共用スルノ權利ヲ有シ市町村ノ負擔ヲ分担スルノ義務ヲ有スル点ニ關シテハ公民ト異ナルコトナシ我市町村制ニ依レハ公民ハ大日本帝國ノ臣民ナルコトヲ要件トスルヲ以テ外國人ハ絶對的ニ公民ト爲ルコトヲ得サレトモ住民トハ總テ其市町村内ニ於テ住居ヲ占ムル者ヲ謂ヒ内外人ノ區別ナキヲ以テ條約ニ於テ特別ノ規定ナキ場合ニ於テ我市町村内ニ住居ヲ占ムル者アルトキハ其外國人ハ當然其市町村ノ住民ナリト云フヘシ

### 第二節 市町村ノ機關

市町村ノ機關ニ二種アリ第一市會及町村會第二市參事會及町村長助役是ナリ  
(一)市會及町村會ハ市會議員及町村會議員ヲ以テ組織ス市會議員及町村會議員ハ市及町村ノ選舉人其被選舉權アル公民ヨリ之ヲ選舉ス議員ノ數ハ各市町村ノ住民ノ數ニ依リテ定マルモノニシテ市ニ於テハ三十人ヲ以テ最低限ト



爲レ六十人ヲ以テ最高限ト爲シ町村ニ於テハ八人ヲ以テ最低限ト爲シ三十人ヲ以テ最高限ト爲ス而シテ其定限内ニ於テ爲ス處ノ増減ノ比例ハ市制第十一條、町村制第十一條ニ之ヲ規定セリ

(二) 市參事會ハ市長、助役及名譽職參事會員ヲ以テ組織スル合議制ノ機關ナリ、町村ニ於テハ町村長及助役ナル者アリテ市參事會ニ相當シ市參事會ト全權ノ事ヲ執リ行フモノナレドモ市參事會ノ如ク合議制ノ機關ニ非スシテ單獨制ノ機關ナリ、單獨制トハ職務執行ノ責任者ハ一人ニシテ實際其事務ニ與ル者ハ數人アルモ唯其責任者ヲ補助スルニ止マルモノヲ云ヒ合議制トハ數人共同シテ其職務ヲ執リ行ヒ各人獨立シテハ其職務ヲ行フ能ハサルモノヲ云フ即チ於テハ町村長一人カ職務ノ執行者ニシテ其他ノ助役ハ當ニ町村長ノ補助ナルニ過キツレハ町村長ハ單獨ノ機關ナレドモ市參事會ハ市長名譽職參事會員ノ共同議決ニ依リ市參事會ノ名ヲ以テ職務ヲ行フモノナレハ合議制ナリ此ノ如ク市ニ於テハ合議制ヲ取り町村ニ於テハ單獨制ヲ取りシハ蓋シ市ハ

其區域町村ヨリ大ニシテ其住民ノ數モ町村ヨリ多ク從テ其利害ノ關係町村ヨリ大ナルヲ以テ其行政ヲ市長ノミニ放任セス合議ノ制ヲ取りシナルヘシ市會及町村會ハ議決機關ニシテ市參事會及町村長ハ執行機關ナリ議決機關ハ只其職務ニ屬スル事柄ヲ議決スルノミニシテ之ヲ外部ニ對シテ執行スルコト能ハス執行機關ハ之ニ反シテ其職務ニ屬スル政務ヲ外部ニ對シテ執行ス之ヲ中央機關ニ譬フレハ市會及町村會ハ帝國議會ニ相當シ市參事會、町村長ハ政府ニ相當ス蓋シ帝國議會ハ議決機關ニシテ政府ハ執行機關ナレハナリ、市會及ヒ町村會ノ權限ハ市制及町村制ニ準據シテ市及町村ニ關スル一切ノ事件并ニ從前特ニ委任セラレ又ハ將來法律勅令ニ依リテ委任セララル可キ事件ヲ議決スルニアリ市制及ヒ町村制第三十條故ニ市會及町村會ノ權限ハ第一(一)市制及町村制ニ準據シテ市及町村ニ關スル一切ノ事件ヲ議決スル事(第二)市及町村ニ關スル事務ニ非スト雖モ從前特ニ委任セラレ又ハ將來法律若クハ勅令ニ依リテ委任セララル可キ事件ヲ議決スル事トス此第二ノ權限ニ屬スルモノ、内市町村制實施前特ニ委任セラレタルモノハ其委任ノ形式ハ法律



市參事會  
町村長ノ  
權限

若クハ敕令ヲ以テセスシテ省令府縣令又ハ郡長ノ命令ヲ以テ爲シタルモノ  
ト雖モ適法ノ委任ナルトキハ當然市會若クハ町村會ノ權限ニ屬スルモノナ  
リ然レトモ市制及町村制實施以後ニ於ケル委任ハ必ス法律若クハ敕令ヲ以  
テセサルヘカラス省令若クハ府縣令ヲ以テ委任スル能ハサルナリ  
市會及町村會ノ權限ハ上ニ述ヘタル所ノ標準ニ依リテ決スヘキモノ舉一九  
制第三十一條町村制第三十一條ニ於テ市會及町村會ノ權限トシテ列市才以  
ル事項ノ如キハ只其權限ニ屬スヘキ事項ノ概略ヲ豫メ枚舉シタルニ過キス  
シテ制限的ノ列記ニ非サレハ茲ニ一々之ヲ列記スルノ必要ナシ  
市參事會及町村長ノ權限ハ市町村ノ行政及其他法律命令ニ依リテ市參事  
及町村長ニ委任セラレタル事ヲ執行スルニ在リ故ニ市參事會及町村長ハ  
方ニ於テハ地方行政ヲ執行シ一方ニ於テハ中央行政ヲ執行ス而シテ中央  
政ノ一部ヲ執行スヘキコトヲ委任セラレ、形式ハ通例法律若クハ命令ヲシ  
テスルモノニシテ法律及勅命ノミニ限ラス閣令省令府縣令ヲ委託セラ會行  
ルハコトアルヘシ市制第六十四條第七十四條及町村制第六十八條第六十條

條ニ於テ市參事會若クハ町村長ノ權限トシテ列舉シタル事項ハ其概目ニシ  
テ全体ニアラス又制限的列舉ニモ非サルナリ

### 第十一章 市町村ノ財政

市町村ノ  
財政  
市町村有  
財產

地方行政ノ費用及國家カ直接ニ市町村ノ機關ニ命シテ行ハシムル中央行政ノ  
費用ハ市町村ノ財產ヲ以テ之ニ充ツルコトヲ我市町村制ノ原則ト爲ス故ニ市  
町村ハ一定ノ財產ヲ有スルコトヲ要ス或公法家ノ說ニ依レハ市町村ハ國家ノ  
一部分ニシテ其行フ行政モ國家ノ命令ニヨリ國家ノ爲メニ行フ者ナレハ國家  
ト分離獨立セルモノニ非ス故ニ其財產ノ點ニ關シテモ市町村ノ財產國家ノ財  
產ト云フカ如ク各々特別ノ財產ヲ有スルモノニ非ス市町村ノ財產ハ即チ國家  
ノ財產ナリ市町村ト國家トカ會計ヲ異ニスルカ如ク考フヘカラスト云フト雖  
トモ是大ナル誤ナリ何トナレハ民法財產編第一條ニ「財產トハ各人又ハ公私ノ  
法人ノ資產ヲ組織スルノ權利ナリ」トアリテ財產ハ即チ權利ナルコトヲ明ニシ  
市町村制第二條ニ於テ市町村ハ法律上一個人ト等シク權利ヲ有シ云々」ト規定

行政法

市町村有  
財產ノ種  
類

基本財産

市町村ハ權利ノ主体タル能力即チ財産ヲ有スル能力アルコトヲ示シ市制及町村制ハ第十一條以下ニ於テ市有及村町有財産ニ關スル規定ヲ設ケ市有町村有財産ハ國家ノ財産ト異ナルコトヲ明ニスルノミナラス市町村制ノ條文ヲ通讀スルトキハ市町村ハ國家ニ關係ナク獨立シテ財産ヲ有スルコトノ證據許多アリテ市町村ノ財産ハ國家ノ財産ニ非サルコト亦疑フヘクモアラサレハナリ市町村ノ有スル財産ニ三種アリ第一基本財産第二市稅第三總テノ雜收入是ナリ

基本財産トハ消費スルコトナク其財産ヨリ生スル收入ノミヲ使用シテ費用ニ充フルモノヲ云フ市制及町村制第八十一條ニ依レハ市ハ不動産積立金數等ヲ以テ基本財産ト爲シ之ヲ維持スル義務アリト規定シ其第二項ニ臨時ニ收入シタル金數ハ基本財産ニ加入スヘシトアルヲ以テ我國法ハ市町村ニ義務トシテ基本財産ヲ維持スヘキコトヲ命スルノミナラス益増加スルコトヲ獎勵シタルナリ

市稅及町村稅ハ市町村ノ財産ヨリ生スル收入及使用料並ニ料料其他法律敎

市稅及町  
村稅

市町村  
賦課ノ方  
法

令ニヨリテ市町村ニ屬スル收入ヲ以テ市町村ノ必要ナル支出及從前法律命令ニヨリテ賦課セラレ又ハ將來法律勅令ニ依テ賦課セラレ、支出ニ充テ尙ホ不足アル場合ニ於テ徵收スルコトヲ得ルモノニシテ總テ國家ノ租稅ト同一ノ性質ヲ有シ強制的ノ徵收即チ權力ヲ以テ人ノ財産ノ一部ヲ徵收スルモノナリ公法家中或ハ市町村住民カ其市町村ヨリ受クル保護ニ對スル報酬ナリト說明シ或ハ市町村、云フ共同團體ヲ維持スル爲ニ其團體員カ支拂フ所ノ割前ナリト說明スルカ如キハ政治上若クハ形容ノ詞ニシテ市町村ト其住民トノ關係ヲ私法上ノ會社若クハ組合ノ關係ヲ以テ説明セントスルモノナリ市町村稅ハ其性質國稅ト全シテ強制的ノ徵收ナルコトハ市制及町村制第二百二條ニ於テ若シ市町村稅ヲ完納セサル者アルトキハ國稅ノ怠納處分法ニ依リ收稅官ハ權力ヲ以テ其所有財産ヲ差押ヘ之ヲ賣却シテ其代價ヨリ徵收スト規定セルニ依リテ明ナリ市稅及ヒ町村稅賦課ノ方法ニ二様アリテ即チ或ハ國稅府縣稅ノ附加稅トシテ課スルコトアリ或ハ直接又ハ間接ノ特別稅トシテ課スルコトアリ附加稅トハ國稅又ハ府縣稅ニ附加シ均一ノ稅率ヲ以テ市町村ノ全部ヨリ徵收スルモノナ

行政法

納稅義務者

リ例ハ國稅貳圓五拾錢ヲ收ムル者ハ市町村稅貳拾五錢ヲ收ムヘシト云フカ如キ是ナリ此場合ニ於テハ貳拾五錢ハ貳圓五拾錢ノ十分之一ニ當ルヲ以テ之ヲ國稅ニ對スル十分一ノ附加稅ト云フ特別稅トハ其市町村限リ特別ナル稅目ヲ起シテ徵收スルモノナリ例ヘハ其市ニ於テ市區改正ノ事業ノ爲ニ莫大ナル費用ヲ要スル時ニ當リ其費用ニ充テシカ爲一定ノ稅目ヲ設ケ其市ニ於テ或營業ヲ爲ス者ハ一定ノ稅金ヲ出スヘシト云フ條例ヲ設ケルカ如キ是ナリ

市町村ノ納稅義務者ハ總テ其住民ナルヲ以テ原則ト爲ス但シ住民ニ非スト雖モ三月以上其市町村内ニ滞在スル者ハ納稅ノ義務ヲ有ス又市町村内ニ住居ヲ構ヘス三ヶ月以上滞在セスト雖モ其市町村内ニ土地家屋ヲ有シ又ハ店舗ヲ定メ營業ヲ爲ス者ハ其土地家屋營業者クハ其所得ニ對シテ課スル處ノ稅ヲ收ムヘキモノナリ市町村制第九十二條第九十三條故ニ我カ市町村制ハ管ニ住民ヨリ其稅ヲ徵收スルノミナラス其市町村外ノ者ニマテ推シ及ホシ外部ノ者ヨリモ徵稅スルノ主義ヲ採用セリ市町村内ニ住居ヲ占ムル住民及ヒ其區域内ニ在ル物件ニシテ租稅ノ免除ヲ受クヘキモノハ市町村制第九十六條第九十七條

君主ノ納稅義務

及第九十八條ニ規定セリ

君主ニ租稅負擔ノ義務アルヤ否ヤニ付テハ歐洲ノ國法家中其解釋ヲ試ミタル者甚タ多シ例ヘハザイデル氏カバイエルン國ノ君主ノ地位ヲ說明シタル著書ニ於テ君主ハ總テノ直接稅ヲ拂フ義務ナシト論シ又獨逸ノ國法ヲ解釋スル者獨逸ニ於テハ君主ハ國境稅ヲ免ル、モ間接稅ニ付テハ之ヲ負擔セサルヘカラスト云ヒ又或人ハ若シ君主ノ所有地カ地方團體ノ區域内ニ在ル場合ニ於テ地方團體カ租稅ヲ其土地ニ對シテ賦課スルトキハ君主モ其土地ノ負擔トシテ之ヲ拂フノ義務アリト說明スルカ如キ是ナリ此等ノ國ニ於テハ君主納稅ノ義務ニ關シテ特別ノ法アルヲ以テ其條文ニ基キテ此ノ如キ論斷ヲ爲スモノナリ然レトモ租稅ハ法カ被治者ニ負擔セシムル義務ニシテ統治ノ主体タル君主ニ對スル命令ニ非ス故ニ我國ノ如ク君主納稅ノ義務ニ關シテ法ノ明文ナキ場合ニ於テハ法理上ノ推測ヲ以テ君主ニ納稅ノ義務ナシト解シ若シ君主カ其財產ノ一部ヲ出シ租稅ノ形式ニ於テ之ヲ費用ニ充テント欲スルトキハ租稅法等ニ於テ特ニ之ヲ明言スルコトヲ要スト論スルヲ至當ナリト信ス

皇族ノ納稅義務ニ關シテハ天皇ト全權ノ法理ヲ應用スルコト能ハサルヲ以テ皇族ハ當然其市町村ノ租稅ヲ負擔スルノ義務ヲ有スルモノナリ然レトモ我カ市制及ヒ町村制第九十八條ニ於テハ皇族ニ對スル市町村稅ノ賦課ハ追テ法律勅令ヲ以テ定ムル迄現今ノ例ニ依ルト規定シ現今ノ例ニ依レハ皇族ハ納稅義務ヲ免除セラレ、ヲ以テ我國現今ノ地方制度ハ皇族ニ對シテ免除ノ恩典ヲ與フルモノナリト解釋スヘシ

雜收入

雜收入トハ市町村稅ニ非タル總テノ收入ナリ例ヘハ市町村有ノ財產ヨリ生スル收入使用料加入金手數料料等ノ如キ是ナリ雜收入ノ原因ハ或ハ私法上ノ性質ヲ有スルコトアリ或ハ公法上ノ性質ヲ有スルコトアリ一私人カ市町村ト貸借契約ヲ爲シ市町村有ノ或ル物件ヲ借用シ之ニ對シテ支拂フ貸銀ノ如キハ私法上ノ性質ヲ有スル收入ニシテ使用料手數料加入金等ノ如キハ公法上ノ性質ヲ有スル收入ナリ此ノ如ク市町村ノ收入モ國家ノ收入ト全シク公法上及ヒ私法上ノ性質ヲ有スルヲ以テ其收入ノ原因ハ悉ク公法上ノ性質ヲ有スルモノナリト考ヘカラス

市町村ノ公債

市町村ノ公債、市町村ハ己ニ述ヘタルカ如ク公ノ法人ニシテ權利義務ノ主体ト爲ル能力ヲ有スルモノナレハ其從前ノ公債ヲ償還スル爲メ又ハ天災地變等止ヲ得サル支出若クハ市町村ノ永久ノ利益ト爲ルヘキ支出ヲ要スルニ當リ通常ノ歳入ヲ増加スルルハ其市町村住民ノ負擔ニ耐ヘサル場合ニ限リ公債ヲ募集スルコトヲ得公債募集ノ方法及ヒ募集ノ方法償還ノ方法利子ノ定率等ハ市町村會ノ決議ニヨリテ定ムヘキモノナリ然レトモ定額豫算内ノ支出ヲ爲スカ爲メ必要ナル一時ノ借入金ハ公債ニ非タルヲ以テ其借入ハ市町村會ノ決議ヲ要セス

市町村ノ豫算

市町村ノ豫算、市參事會及ヒ町村長ハ毎年歳出入ノ豫知シ得ヘキ金額ヲ見積リ會計年度二ヶ月前歳出入豫算表ヲ調製シ市町村會ニ提出シ其議決ヲ經テ之ヲ確定スヘシ豫算外ノ費用又ハ豫算ノ不足アルトキハ市町村會ノ認定ヲ經テ後ニ之ヲ支出スヘシ但シ豫備費ヲ設ケタルトキハ市參事會及ヒ町村長ハ豫メ市町村會ノ認定ヲ經シテ豫算外ノ費用又ハ豫算超過ノ費用ヲ支出スルコトヲ得

第十二章 市町村行政ノ監督

市町村ハ公ノ法人ナルヲ以テ其公共事務ハ自ラ之ヲ處理スルト雖モ國家ヨリ分離獨立シタルモノニ非シテ統治權ノ下ニ在ルモノナレハ國權ノ統一ヲ保ツカ爲メニ其公共事務ヲ處理スルニ當リ國家ノ監督ヲ受クヘキハ當然ナリ是レ市制及ヒ町村制第二條ニ於テ市町村ハ其公共事務ヲ官ノ監督ヲ受ケテ自ラ之ヲ處理スト規定シタル所以ナリ而シテ其監督ノ順序ハ市ニ在リテハ第一次ニ府縣知事之ヲ監督シ第二次ニ内務大臣之ヲ監督ス町村ニ在リテハ第一次ニ郡長之ヲ監督シ第二次ニ府縣知事之ヲ監督シ第三次ニ内務大臣之ヲ監督ス但シ是等ノ監督官廳ノ外ニ郡參事會府縣參事會及ヒ行政裁判所ニ於テ市町村ノ行政ヲ監督スルコトアリト雖モ其場合ハ法律ニ於テ明文ヲ以テ特ニ規定シタルトキニ限ルモノナリ

監督權ヲ行フ形式

地方行政ノ監督權ヲ行フ形式ヲ大別スレハ三種ト爲スコトヲ得  
第一 監督官廳カ職權ヲ以テ監督スルコト

第二 市町村ノ行政ニ關シ一個人ノ訴願ニ對シテ裁決ヲ與フルト云フ形式ニ於テ監督スルコト  
於テ監督スルコト

第三 市町村ノ議決ニ對シテ認可ヲ與フルト云フ形式ニ於テ監督スルコト是ナリ  
一職權上ハ監督トハ市町村若クハ一個人ノ請求ナクモ監督官廳積極的ニ自ラ進ンテ監督スルモノヲ云フ例ヘハ市制第十八條町村制第二百一十一條ニ規定スルカ如ク監督官廳カ市町村行政ノ法律命令ニ違反セサルヤ又ハ其事務ノ銷亂滯滞セサルヤヲ監督スル爲メ其行政事務ニ付テ報告ヲ爲サシメ豫算檢算ノ書類帳簿ヲ差出サシメ若クハ實地ニ付テ事務ノ景況ヲ視察シ出納ヲ檢閱スルカ如キ是レナリ是等ノ場合ニ於テハ一個人若クハ市町村ニ於テ監督セラレンコトヲ求メタルニ非サレトモ監督官廳ハ自己ノ職權ヲ以テ自ラ進ンテ監督スルモノナリ  
二訴願ニ對シ裁決ヲ與フルト云フ形式ニ於ケル監督此形式ニ於ケル監督モ亦其職權ニヨリテ行フ行爲ナレトモ此場合ニ於テハ一個人カ訴願ヲ提出セシ

ト云フコトヲ條件トシテ監督スルモノニシテ一個人ノ訴願ナキトキハ此監督權ヲ行ハス他ヨリ監督ヲ促カスノ行為ナキトキハ極積的ニ自ラ進ンテ監督スルコト能ハスト云フ點職權上ノ監督ト異ナル處ナリ

三、認可ヲ與フルト云フ形式ニ於ケル監督此形式ニ於ケル監督モ亦職權ニヨリテ行フ監督ナレトモ認可ノ請求ヲ條件トシテ行フモノナリ是レ職權上ノ監督ト異ナル點ナリ而シテ又認可ノ形式ニ於テ監督スルト云フ點ニ就テ裁決ノ形式ニ於ケル監督ト區別セラル認可ノ形式ニ於ケル監督ノ例ヲ舉クレハ市制第二百一十一條第二百二十二條第二百二十三條及町村制第二百五條第百二十六條第百二十七條等ノ如キ是レナリ

以上ハ市町村ノ地方行政ニ對スル監督ノ方法ニシテ國家カ直接ニ地方團體ノ機關ニ命シテ行ハシムル中央行政ノ監督ハ別ニ一般ノ行政監督ノ方法ニヨルヲ以テ今茲ニ説明セス只中央行政ノ監督ハ一般ノ行政監督ノ方法ニヨルト云フコトヲ注意スルノミ

市町村ノ吏員ニ對スル懲戒ハ市ニ於テハ府縣知事及ヒ市參事會之ヲ行ヒ町村

ニアリテハ府縣知事郡長及ヒ町村長之ヲ行フ其詳細ノコトハ市制第二百二十五條及第六十四條第二項ノ第五町村制第二百一十一條及第六十八條第二項ノ第五ニ規定セリ

市町村會ノ解散ハ内務大臣之ヲ行フ其解散ヲ命シタル場合ニ於テハ解散ノ命令ト共ニ三ヶ月以内ニ於テ更ラニ議員ヲ撰擧スヘキコトヲ命スヘキモノナリ市町村會解散中市町村會ノ事務ハ市ニ在リテハ府縣參事會市會ニ代リテ之ヲ行ヒ町村ニ在リテハ郡參事會町村會ニ代リテ之ヲ行フ

市町村會  
ノ解散

郡

第十三章 郡

前三章ニ於テ市町村ノ組織機關財政及監督ノ事ヲ説明シタルヲ以テ他ノ地方團體即チ郡及府縣ニ關スル説明ハ極メテ簡略ニ爲サント欲ス蓋シ市町村ト云フモ郡府縣ト云フモ等シク地方團體ニシテ法理上其性質相全シク唯其組織及機關ノ組立事務ノ範圍分量等ニ多少ノ差アルニ過キサレハナリ故ニ郡制及府縣制ノ法文ヲ一々説明セサルモ其大体ヲ知リテ後ニ各條ヲ參照スルトキハ別

行政法

郡ノ解

ニ繁雜ナル説明ヲ待タスシテ容易ニ了解シ得ヘキモノナリ  
 郡ハ市制ノ施カサル地方ニ設ケラレタル地方團體ニシテ町村ヲ以テ其組織ノ  
 原素ト爲ス町村ハ土地及住民ヨリ組織セラレト雖モ郡ハ土地及住民ヲ以テ  
 其組織ノ原素ト爲サスシテ町村其者ヲ以テ組織ノ原素ト爲ス是郡ト町村ト異  
 ナル處ナリ我市町村制ハ第二條ニ於テ市町村ハ法律上一個人ト等シク權利ヲ  
 有シ義務ヲ負擔スルノ能力アリト規定シタレトモ郡制及府縣制ニ於テハ此ノ  
 如キ明文ナキヲ以テ或論者ハ市町村ハ法人ナレトモ郡及府縣ハ法人ニ非スト  
 主張セリ然レトモ此說ハ誤謬タルヲ免レス何トナレハ郡制及府縣制ハ其第四  
 章ニ於テ郡及府縣ノ會計ニ關スル事ヲ規定シ郡有及府縣有ナル財産ヲ認メ郡  
 及府縣ハ財産ヲ有シ權利ノ主体トナル能力アルコトヲ認メ又郡及府縣ニ其公  
 債ヲ募集スルコトヲ許シ義務ノ主体タル能力アルコトヲ認ムルヲ以テ市町村  
 制ニ於ケルカ如ク權利ヲ有シ義務ヲ負擔スルノ能力アリト明言セサルモ權利  
 義務ノ主体タル能力アルコト明ナレハナリ

郡ノ機關

郡ノ機關ハ郡會及郡參事會トス

郡會

郡會ハ郡内ノ町村ヨリ選出スル處ノ議員及大地主ノ選舉シタル議員ヲ以テ組  
 織ス町村ヨリ選出スル議員ハ各町村各一名ニシテ總數二十名ヲ以テ定限ト爲  
 ス若シ郡内町村ノ數二十以上アルトキハ議員ノ配當方ハ人口ヲ標準ト爲シ郡  
 會ニ於テ議決シ府縣知事ノ認可ヲ經テ之ヲ定ム大地主ヨリ選出スヘキ議員ノ  
 數ハ町村ヨリ選出スヘキ議員定數ノ三分之一ト爲ス若シ總數ヲ生スルトキハ其  
 總數ハ拋棄ス郡會ノ組織ニ關シ市町村ト異ナル處ハ郡ニ於テ大地主ノ特權ヲ  
 認メタルコト是ナリ郡制ニ於テハ大地主ヲ重シ町村ノ選出シタル議員ノ外  
 特ニ大地主ノ互選シタル議員ヲ以テ郡會ヲ組織スヘキコトヲ規定ス此點ニ關  
 シテハ各町村ト大地主トヲ對等ノ地位ニ置ケリ蓋シ大地主ハ郡ノ行政ニ關シ  
 重大ナル關係ヲ有スルカ故ナルヘシ(大地主ト云フハ町村税ノ賦課ヲ受クル地  
 價一萬圓以上ノ土地ヲ所有スル者ヲ云フ)  
 郡會ノ權限ハ郡制第二十六條ニ列記セルモノ及其他法律若クハ命令ニ依リテ  
 其權限ニ屬スル事件ヲ議決スルニアリ郡會モ亦市町村會ノ如ク議決機關ニシ  
 テ執行機關ニアラス

郡參事會

百三十八

郡ノ財政

郡ノ行政  
ノ監督

郡參事會ハ郡長及名譽職參事會員四名ヲ以テ之ヲ組織ス恰モ市參事會及町村長ノ如ク郡ノ行政ヲ行ヒ外部ニ對シテ郡ヲ代表スル執行機關ナリ其職務ハ郡制第五十條ニ列舉セル事項及法律命令ニ依リ其權限ニ屬スル事ヲ處理スルニ在リ要スルニ郡會及ヒ郡參事會ノ權限ハ郡制ニ於テ示定シタルモノニ止マラスシテ郡制以外ノ法律若クハ命令ニ依リテ神縮スルコトヲ得ルナリ

郡ノ財政ニ關スル法理ハ其大体ニ於テハ市町村ノ財政ニ關スル法理ト同一ナレドモ只郡稅賦課ノ方法ニ關シ少シク異ナル所アリ郡稅ハ市町村稅ノ如ク直接ニ住民ニ課ヒスシテ郡ヲ組織スル各町村ニ賦課ス而シテ之ヲ賦課スル方法ハ各町村前年度ノ直接稅若クハ府縣稅ノ徵收額ヲ標準トシテ各町村ニ分賦シ各町村ハ更ニ之ヲ町村稅トシテ徵收シ郡ノ金庫ニ收ムヘキモノトス郡ニ於テハ此ノ如ク其住民ヲ以テ直接ニ納稅義務者トナサスシテ町村ヲ以テ直接ノ納稅義務者ト爲ス所以ハ前ニモ述ヘタルカ如ク郡ヲ組織スル原素ハ住民ニ非スシニ各町村ナルカ故ナリ

郡ノ行政ニ對スル監督ハ第一次ニ府縣知事之ヲ行ヒ第二次ニ內務大臣之ヲ行

府縣

第十四章 府縣

フモノナリ郡制ニ於テ指定シタル場合ニ當リ府縣參事會及行政裁判所ノ行フ監督及其効力ハ市町村制ニ規定スル處ト全一ナリ要スルニ郡ト市町村ト異ナル處ハ其行政ノ範圍ノ狹キヲ中央行政ノ委任ヲ受クル場合稀ナルヲ及郡ノ組織ノ基礎ト爲ス者カ各個人ニ非スシテ町村其者ナルコトノ三點ニアリ然ルニ我郡制ノ起草者カ市町村ハ法人ナリト明言シ而シテ郡ノ法人タルコトヲ明言セサルハ蓋シ法人トハ各個人ノ集合体ナリト解釋シ郡ハ各個人ノ集合体ニ非スシテ町村ノ集合体ナルカ故ニ法人ニ非スト誤信シタルニ基因セシナルヘシ然レトモ法理上法人ト云フハ屢々述フルカ如ク權利義務ノ主体ト云フ義ニシテ之ヲ組織スル者ノ一個人ナルト團體ナルト財團ナルトハ問フ所ニ非サルナリ故ニ郡モ亦市町村ト全シク法人ナリト謂フ可シ

行政法

百三十九

府縣ハ郡及ヒ市ヨリ組織セラレ、地方團體ナリ郡及ヒ市ヨリ組織セララル、カ故ニ府縣ノ境界ニ當ル郡及ヒ市ノ境界ヲ變更スルトキハ府縣ノ境界モ亦自



ヲ變更スルモノナリ從來ノ府縣ハ國家ノ行政區畫ニシテ現今ノ如キ地方團體ノ性質ヲ有セザリシ故ニ知事モ現今ノ如ク法人ノ性質ヲ有スル地方團體ノ代表者ニ非ザリシ然ルニ府縣制ニヨリ府縣ハ地方團體ノ性質ヲ有シ知事ハ地方團體ノ機關トシテ地方行政ヲ行フヘキ者トナリ其中央行政ヲ行フヘキ場合ハ法律若クハ命令ニ依リテ直接ニ委託セラレタル場合ニ限ルニ至レリ是レ舊制度ニ於ケル府縣ト新制度ニ於ケル府縣トハ其名ヲ同フスルモ其實ヲ異ニスル所以ナリ

府縣ト市町村ト異ナル點

府縣ノ市町村ト異ナル處ハ市町村ハ直接ニ其住民ヲ基礎トシテ組織セシ團體ナレトモ府縣ハ郡及ヒ市ヲ基礎トシテ組織セシ團體ナリト云フ點ニアリ故ニ府縣ニハ直接ノ住民ナシ其管内ニ於ケル市町村ノ住民ヲ以テ間接ニ府縣ノ住民トナス之ヲ大ニレテ云フトキハ聯邦ノ制度ニ於テ聯邦ハ各國ノ團結ヨリ成リ各國ハ國民ノ團結ヨリ成リ聯邦ノ住民權ハ各國ノ住民權ニヨリテ定マルト全様ノ有様ナリ

府縣ノ機關

府縣ノ機關ハ府縣會及ヒ府縣參事會ナリ  
府縣會ハ郡及ヒ市ヨリ撰出シタル議員ヲ以テ組織ス其議員ノ數ハ府縣制ニ依レハ各郡市ヲシテ少クモ一人ヲ撰舉スヘキ者ト爲シ其全体ノ定數ハ敕令ノ定ムル處ニ依ルト規定セリ而シテ明治二十四年六月敕令第五十九號府縣會議員定數規則ニ依レハ府縣内ノ人口七十萬迄ハ議員三十人ヲ以テ定員ト爲シ七十萬以上百萬迄ハ五萬ヲ加フル毎ニ一人ヲ増シ百萬以上ハ七萬ヲ加フル毎ニ一人ヲ増シ人口ニ應シ各郡市ニ配當シテ撰舉セシムルモノトセリ

府縣參事會

府縣會ノ權限ハ府縣制第十五條ニ列舉セル者及ヒ其他法律若クハ命令ニ依リテ其權限ニ屬セシメラレタルコトヲ議決スルニ在リ而シテ今其第十五條ニ列舉セルモノヲ見ルニ悉ク財產ノ處分ニ關スルコトナリ故ニ立法ノ精神ハ府縣會ノ重ナル職權ハ財產ノ處分ニ關スル議決ニシテ其他ノ事ハ只法律命令ヲ以テ付隨トシテ特ニ其權限ニ屬セシムルト云フ主義ヲ取リシモノト信ス  
府縣參事會ハ郡參事會及ヒ市參事會ノ如ク執行機關ニシテ府縣知事高等官二名及ヒ名譽職參事會員ヲ以テ組織ス名譽職參事會員ノ數ハ府ト縣トニヨリテ異ナリ府參事會ニ於テハ八名ヲ以テ定員ト爲シ市部議員及郡部議員中ヨリ各

行政法



府縣ノ財

々四名ヲ撰舉シ縣參事會ニ於テハ四名ヲ以テ定員ト爲シ縣會議員中ヨリ互撰  
ス府縣參事會員タル高等官ハ其府縣廳ニ奉職スル高等官中ヨリ內務大臣之ヲ  
任命ス知事ハ參事會ニ於テハ議長タル資格ヲ有ス府縣參事會ノ職權ハ府縣制  
第四十三條ニ規定ス

府縣ノ財政府縣ノ支拂ハ郡及ヒ市町村ニ於ケルカ如ク府縣有財產ヨリ生スル  
收入及ヒ其他ノ雜收入ヲ以テ之ニ充テ尙ホ不足アレトキハ府縣稅ヲ科シ其取  
入ヲ以テ支拂ヲ爲スヘキモノナリ府縣稅賦課ノ方法ハ郡稅賦課ノ方法ト異ナ  
レリ郡ニ於テハ其組織ノ原素タル町村ニ直接ニ賦課シ町村ハ各住民ニ賦課シ  
各住民ヨリ取立テ郡ニ收ムルモノナレトモ府縣ハ其組織ノ原素タル郡市ヲ以  
テ直接ノ納稅義務者ト爲サス却テ市町村ノ住民ニ直接ニ賦課シテ取立ツルモ  
ノナリ或ル人府縣稅モ郡稅ノ如ク先ツ直接ニ郡市ニ賦課シ市ハ其住民ヨリ徵  
收シ郡ハ更ニ其管内ノ町村ニ分課シ町村ハ其住民ヨリ徵收シテ府縣ニ收ムハ  
キモノナリト論スト雖モ是レ全ク我カ府縣制ノ法文ヲ見スシテ下シタル判斷  
ナリト云ハサレハカラス河トナレハ府縣制ニ依レハ府縣稅ノ賦課及ヒ徵收法

府縣行政  
ノ監督

ハ府縣制ニ於テ規定シタル者ノ外ハ從前ノ地方稅ニ關スル規則ニ依ルト徵收法  
セリ而シテ府縣制中ニモ明治十三年四月頒布シタル地方稅規則中ニモ郡制第  
六十二條ノ郡稅ハ各町村ニ分賦スト云フカ如ク府縣稅ハ各郡市ニ分賦スト云  
フ明文ナキノミナラス府縣稅ハ營業稅戶數割等ノ稅目ヲ以テ常ニ各住民ニ對  
シテ賦課徵收スルモノナレハナリ府縣ノ公債ヲ募集スル條件及ヒ方法ハ郡市  
町村ト全一ニシテ府縣制第七十四條ニ規定ス  
府縣行政ノ監督ハ內務大臣之ヲ行フ府縣ノ行政ニ關シ行政裁判所ニ出訴シ得  
ヘキ者ハ法律若クハ勅令ニ於テ積極的ニ指定シタル者ニ限ル而シテ其行政裁  
判所ニ出訴シ得ヘキ者ニ關シテハ內務大臣ニ訴願スルコトヲ得ス

第三部 中央行政組織

第十五章 國務大臣、內閣及樞密院

中央行政ノ大部分ハ國務大臣ノ管轄ニ屬スルモノナルヲ以テ中央行政機關ノ  
大部分モ亦從テ國務大臣ノ管轄ニ隸屬スルモノナリ中央行政機關ニシテ國務

行政法

大臣ノ管轄ニ屬セサルモノハ樞密院内閣會計検査院及裁判所ナリ故ニ此等ノ機關ニ關スル説明ヲ爲ストキハ中央行政ニ關スル説明ハ盡セルモノナリト信ス而シテ裁判所及會計検査院ノ事ハ別ニ説明スル所アルヲ以テ今茲ニハ唯國務大臣内閣及樞密院ニ關シテノミ説明セントス

### 第一款 國務大臣

國務大臣ノ職權及  
其職權  
各省大臣  
ニ普通ナル  
職權

國務大臣ハ國家ノ政務ヲ分轄擔任スル單獨制ノ官府ナリ其職權ハ法律若クハ命令ニ依リテ定マルト雖モ就中主トシテ之ヲ規定スルモノハ官制ナリ我現行ノ官制ニ依リテ各國務大臣ノ職權ニ屬スルモノヲ區別スルトキハ各省大臣ニ普通ナルモノト或ル大臣ニノミ特別ナルモノトノ二種アリ

第一 各省大臣ニ普通ナル職權

各省大臣ニ普通ナル職權ヲ細別スルトキハ左ノ五個トナル

#### 一 副署

副署

#### 三 監督

四 指令及副令ヲ發スルコト

五 補充命令及執行命令ヲ發スルコト

#### 副署

##### (一) 副署

副署ハ憲法第五十五條ノ明文ニ依リ法律勅令及其他國務ニ關スル詔勅ニ對シテ爲ス所ノモノニシテ詔勅ヲシテ有効ナラシムル公布式ニ關スル一條件ナリ若シ副署ナキトキハ此等ノ詔勅ハ憲法上有効ノモノニアラス歐洲ノ公法家中副署ノ性質ヲ論シテ「副署ハ君主ノ命令カ憲法ニ違反セサルコトヲ擔保スル所ノモノニシテ保證ノ性質ヲ有ス故ニ大臣ハ副署ヲ爲スト否トハ其自由ニ在ルモノニシテ君主ノ命令憲法ニ違反スルモノナリト思惟スルトキハ副署ヲ拒ムノ權利アリト謂フ者アリ然レトモ我國法ニ於テハ君主ノ命令カ違憲ナリト考フルトキハ大臣ハ副署ヲ拒ムコトヲ得ルト云フ明文ナキノミナラス法理ノ解釋ニ於テモ大臣ハ君主ノ命令ニ對シテ服從セサル權利アリト云フハ憲法ノ原則ニ抵觸ス

行政法

裁決

(二) 裁決

裁決ハ訴願ニ對シテ與フル所ノ決定ナリ我國ニ於テハ訴願ノ制度ヲ設ケ訴願法第一條其他法律勅令ニ特別ノ規定アル事件ニ關シ行政廳ノ處分ニ對シ不服アルトキハ訴願スルコトヲ許シ各省大臣ハ其主任事件ニ關スル訴願ニ對シ最終ノ裁決ヲ與フル職權ヲ有スルモノトセリ

監督

(三) 監督

監督ハ下級行政官ノ行政行為ニ對スル視察ニシテ之ヲ行フニ二様ノ方法アリ一ハ監督官廳ノ自ラ出張シテ検査スルノ方法ニシテ一ハ監督ヲ受ケル行政官ヲシテ其事務ニ關スル報告ヲ爲サシメ之ニ依リテ其行政ノ狀況ヲ視察スルノ方法はナリ監督トハ視察ト云フコトナリ下級行政官カ違法ノ行為ヲ爲シタルカ又ハ行政ノ目的ニ適セサル行為ヲ爲シタルトキニ當リ其行為ノ變更取消ヲ命シ又ハ之ニ對シテ懲戒ノ處分ヲ行フ等ノ事ハ監督ニ非スシテ別種ノ行為ナリ然レトモ監督ハ常ニ此等ノ行為ヲ爲ス原因ト爲ルモノナレハ行政ノ便宜ヨリシテ監督權ヲ有スル者ニハ通常此等ノ行為ヲ爲シ得可キ職權ヲ與フルヲ以

指令及訓令ヲ發スル權

命令ヲ發スル權

テ世人或ハ此等ノ事實ヲ誤認シテ監督ハ行政行為ノ視察ノミナラス其變更取消及懲戒ヲモ包含スルモノトセリ各省大臣ハ其部下ニ屬スル下級行政官ヲ監督スルノミナラス其主任ノ事務ニ關シテハ部下ニ屬セサル警視總監北海道廳長官及府縣知事ヲモ監督スルナリ

(四) 指令及訓令ヲ發スルノ權

各省大臣ハ其部下ニ屬スル行政官ニ對シテ指令及訓令ヲ發シ其主任ノ事務ニ關シテハ警視總監北海道廳長官及府縣知事ニ對シテ指令及訓令ヲ發スルコトヲ得而シテ指令トハ下級行政官ノ伺ニ對シテ發スル所ノ教示ニシテ訓令トハ下級行政官ノ伺ナキモ大臣自ラ進テ積極的ニ與フル所ノ教示ナリ二ノ者共ニ行政規定ノ性質ヲ有シ其効力ハ其行政部内ニ止マリ外部ニ對シテハ効力ナシ

(五) 補充命令及執行命令ヲ發スルノ權

或公法家ノ説明ニ依レハ執行命令及補充命令ヲ發スルノ權ハ獨リ天皇ニノモ屬スルモノニシテ大臣ハ決シテ此ノ如キ職權ヲ有スルコト無シト云ヘリ然レトモ我國ニ於テハ憲法第九條ニ「天皇ハ法律ヲ執行スル爲又ハ公共ノ安寧秩序

ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル爲必要ナル命令ヲ發シ又ハ發セシムトアルヲ以テ大臣カ法律若クハ敕令ノ委託アルトキハ執行命令及補充命令ヲ發スルノ權アルコト明カナリ

第二 各省大臣ニ特別ナル職權

各省大臣ニ特別ナル職權ハ各省ノ分割ヲ來シタル所以ニシテ其職權ヲ舉クレハ左ノ如シ

外務大臣 ハ外國ニ關スル政略ノ施行、外國ニ於ケル帝國商利ノ保護ニ關スル事務、外國ニ於ケル内外人結婚、海外移住民取締及條約書保管ニ關スル事務、帝國ニ駐在スル外國交際官領事官外國人叙勳ニ關スル事務ヲ管理シ、交際官及領事官ヲ監督ス

內務大臣 ハ地方行政、議員選舉、警察、監獄、土木衛生、地理、氣象、社寺出版、版權、戶籍、賑恤、救濟及鐵道ニ關スル事務ヲ管理シ、中央ノ衛生會、鐵道廳長官、警視總監、北海廳長官及府縣知事ヲ監督ス

大藏大臣 ハ政府ノ財務ヲ總轄シ、會計、出納、租稅、國債、貨幣、預金、保管物及ヒ銀行

ニ關スル事務ヲ管理シ、府縣郡市町村ノ財務ヲ監督ス

陸軍大臣 ハ陸軍々制ヲ管理シ、軍人軍屬ヲ統轄シ、所轄諸部ヲ監督ス

海軍大臣 ハ海軍々制ヲ管理シ、軍人軍屬ヲ統轄シ、所轄諸部ヲ監督ス

司法大臣 ハ司法上ノ行政、司法警察及恩赦ニ關スル事務ヲ管理シ、裁判ノ執行ヲ監視シ、行政事務ニ付キ、裁判所ヲ監督ス

文部大臣 ハ教育學問ニ關スル事務ヲ管理ス

農商務大臣 ハ農商工、水産、林野、鑛山、發明、意匠、商標及地質ニ關スル事務ヲ管理ス

逓信大臣 ハ郵便、電信、船舶、海員、航路、標識及郵便爲替、郵便貯金ニ關スル事務ヲ管理シ、電氣事業ヲ監督ス

以上ニ於テ大臣ノ職權ニ關スル説明ヲ爲シタレハ以下大臣ノ責任ニ關スル概略ノ説明ヲ爲サントス

歐洲各國ノ憲法ニ於テハ國務大臣ハ法律命令ニ副署シテ其實ニ任スト云フ明文ヲ掲ケ、若シ國務大臣ニシテ憲法ニ違反シタル法律命令ニ副署シタルトキハ議院ニ於テ其彈劾ヲ行フコトヲ規定シ、大臣ノ懲戒ハ他ノ普通官吏ノ行爲ニ對

國務大臣ノ責任

各省大臣ニ特別ナル職權

代任說及其批評

シテ裁判所若クハ上級行政廳ニ於テ行フ懲戒ト其趣ヲ異ニスル所アルヲ以テ歐洲ノ公法家ハ國務大臣ノ責任ニ關シテハ一種特別ノ說明ヲ試ミ遂ニ大臣責任論ナル者ヲ主張スルニ至レリ而シテ其大臣責任論ハ從來學者ノ議論未タ一定セサルヲ以テ余ハ先ツ重ナル學說ヲ示シ次ニ自己ノ信スル所ヲ述ヘントス

第一 代任說

此說ハ最モ古クヨリ行ハレタルモノナリ此說ノ要旨ハ君主ハ神聖ニシテ侵ス可カラサルヲ以テ君主ニ違法ノ行為アルモ之ニ對シテ制裁ヲ加フルコトヲ得ス故ニ君主カ其統治權ヲ濫用シテ違法ノ行為ヲ爲シタルトキハ大臣ハ君主ノ名代人ト爲リ君主ニ代リテ君主ノ負フ可キ責任ヲ自己ニ引受ケ其責任任ス可キモノナリト云フニ在リ即チ大臣ハ不法行為ヲナサハルモ君主カ不法ノ行為ヲナシタルトキハ大臣ハ君主ニ代リテ其制裁ヲ受ケサルヘカラスト云フ趣意ナリ然レトモ制裁ハ不法行為ニ對スル惡報ニシテ不法行為ナケレハ制裁ナシト云フ原則ハ現今法律上一般ニ是認スル所ニシテ又疑フ可キモノニ非ラス故ニ大臣ニ於テ不法行為ナキモ制裁ヲ受クルト云フ說ハ制裁ニ關スル法理上一

般ノ觀念ニ抵觸スルモノナリ

第二 懈怠說

懈怠說及其批評

此說ニ依レハ君主ハ神聖ナルヲ以テ不法行為ヲ爲スノ意思ナシ故ニ若シ大臣ニシテ其輔弼ノ職務ヲ盡シ諫奏其宜ヲ得ルハ君主ハ決シテ不法行為ヲナサス君主カ不法行為ヲ爲スハ大臣ニ於テ其職務ヲ盡サハル懈怠アルヨリ生ス故ニ大臣ハ此懈怠ニ對シテ其責任任セサル可ラス大臣ノ責任ハ即チ此懈怠ヨリ生スル者ナリト云ヘリ此說ハ大臣ノ責任ヲ懈怠ト云フ一ノ非行ニ飯着セシメ前說ノ如ク不法行為ナキニ制裁ヲ與フルト云フ論理ヲ執ラサルヲ以テ較正當ナルカ如シ然レモ此說カ第一ニ其基礎トスル所ノ君主ハ神聖ナルヲ以テ不法行為ヲ爲スノ意思ナレト云フ點ニ於テ誤アリ何トナレハ各國憲法ニ規定スル所ノ君主ハ神聖ナリト云フコトハ縱令君主ニ不法ノ行為アルモ之ニ對シテ制裁ヲ加フ可ラストノ義ニシテ不法行為ヲ爲サス又バ爲サントスル意思ナシト云フノ意ニ非ス且又之ヲ實際ニ徵スルニ君主モ亦人ナリ喜怒哀樂ノ情ヲ備フル者ナリ之ヲ絕對的ニ不法行為ヲ爲スノ意思ナキ者トスルハ實ニ我流ノ斷定ヲ

權力濫用  
說及其批

ルヲ免レサレハナリ又第二ニ此說ニ依レハ輔弼ノ懈怠ヲ以テ大臣責任ノ原因ト爲スヲ以テ大臣カ十分ニ諫メタルハ懈怠ナク從テ責任ナシト云ハサル可ラス然ルニ實際ニ於テハ此場合ト雖モ君主若シ不法ニモ大臣ノ諫ヲ拒絕シ之ヲ採用セズレテ不行爲ヲ爲シタルハ大臣又其責任セサル可ラサルコトアリ故ニ此懈怠說モ亦以テ十分大臣責任ノ法理ヲ説明レ得タル者トナス能ハス

第三 權力濫用說

此說ニ據レハ君主ハ統治權ノ主体ナレトモ統治權ヲ實際ニ行フモノニ非ス國家ノ統治權ハ大臣悉ク之ヲ行フ故ニ其統治權ノ濫用ハ大臣職權ノ濫用ナレハ大臣其責任ヲ負フ可キモノナリト云ヘリ然レトモ此說ハ君主ハ統治權ノ主体ナレトモ其統治權ヲ親ラ行フコトナシト云フコトヲ以テ議論ノ基礎ト爲スカ故ニ亦贊同スルコト能ハス何トナレハ歐洲諸國ノ憲法ニ於テモ我國ノ憲法ニ於テモ君主ハ親ラ統治權ヲ行フコト全クナシト云フ原則ヲ認メタル明文ナキノミナラス我國ノ憲法ノ如キハ却テ君主ノ親ラ統治權ヲ行フト云フコトヲ條件トシテ擧ケタル憲法上ノ天皇ノ大權ナルモノヲ明文ニ於テ規定シ天皇ハ親ラ

統治權ヲ行フ場合アルコトヲ明ニ認メタルカ故ニ權力濫用說ハ其基礎ニ於テ誤アレハナリ

職權說及  
其批評

第四 職權說

此說ニ依レハ君主カ憲法ニ違反セル命令ヲ發シタルトキハ其命令ハ憲法ノ條規ニ依ラサルカ故ニ統治權ノ作用ニ非ス國務大臣ハ統治權ノ作用ニ對シテ服從ス可キモノニシテ統治權ノ作用ニ非サル君主ノ行爲ニ服從ス可キ義務ナレ故ニ大臣カ憲法違反ノ法律命令ニ副署スルハ其副署スヘキ義務ナキ場合ニ於テ自己ノ自由意思ヲ以テ君主ノ不行爲ニ附和シ仲間入ヲナシタルモノナリ君主ト共ニ不行爲ヲ爲シタルモノナリ語ヲ換テ云ヘハ法律命令ニ非サルモノヲ不法ニモ法律命令ナリトシテ副署シタルモノナリ即チ大臣ハ適法ノ法律命令ニ副署ス可シト云フ職務ヲ盡サシテ不法ノ法律命令ニ副署シタルナリ此場合ニ於テ大臣カ責任ヲ有スルハ職務ヲ盡サ、ルカ爲メニ責任ヲ負フモノニシテ大臣責任モ他ノ官吏ノ責任モ其性質ヲ異ニスルモノニ非ス大臣モ他ノ官吏ノ如ク其職務ヲ盡サ、ル爲メニ責任ヲ有スルモノナリ故ニ國務大臣ノ

大臣責任  
ノ基本

責任モ他ノ官吏ノ如ク其職權ニ屬スル事ニ關シテノミ存在スルモノニシテ職權ノ有ル所ハ即チ責任ノ存スル所ナリ唯國務大臣ノ職權ノ範圍及種類ハ他ノ普通官吏ノ職權ノ範圍及種類ヨリ大ニシテ且多キヲ以テ大臣ノ責任ヲ有スル場合ハ他ノ官吏ヨリモ多シト云フニ止マル其責任ヲ有スル理由ニ至リテハ同一ニシテ均シク其職務ヲ盡サスト云フコトニ存スト云ヘリ此說ハ代任說ノ如ク自己ノ行爲ナクシテ制裁アリト言ハス懈怠說ノ如ク君主ハ絶對的惡ヲ爲サスト推定セス又權力濫用說ノ如ク君主ハ統治權ヲ全ク行フコトナシト云フカ如キ誤リタル議論ヲ基礎トセス其職務ヲ盡サスト云フコトヲ以テ責任ノ理由ト爲スカ故ニ法理上其當ヲ得タルモノト謂ハサル可カラズ

以上ノ如ク大臣カ憲法違反ノ法律命令ニ副署シタル場合ニ於テ其責任ニシテ所以ハ大臣カ其職務ヲ盡サスシテ副署ス可カラサルモノニ副署シタルカ爲メナリ故ニ憲法ニ於テ大臣カ法律命令ニ副署スルノ義務アリト規定スルトキハ副署シテ其責任ニシテ云フ憲法ノ明文ナキモ當然副署シテ其責任ニ任ス可キモノナリ何トナレハ既ニ副署ヲ以テ大臣ノ職務ト爲ストキハ其職務ヲ適當ニ盡

サ、ル場合ニ於テハ責任ヲ負フ可キハ勿論ニシテ獨リ副署ノ場合ニ限リテノミ副署シテ其責任ニ任スト云フ明文ナケレハ官吏ハ其職務ヲ盡サ、ルモ責任ナシト云フ可キ理由ナケレハナリ然ルニ我國ノ或公法家ハ我憲法第五十五條ニ於テ總テ法律勅令及其他國務ニ關スル詔勅ハ國務大臣ノ副署ヲ要ストノミ規定シ副署シテ其責任ニ任スト云フ明文ナキヲ理由トシ副署ハ大臣カ責任ヲ負フ原因ト爲ルモノニ非ス副署ト責任トハ無關係ノモノナリ但歐洲諸國ノ憲法ニ於テハ國務大臣ハ副署シテ其責任ニ任スト云フ明文アルヲ以テ法文ノ規定ニ依リテ歐洲諸國ノ大臣ハ憲法違反ノ法律命令ニ副署シタルトキハ責任ヲ有スルモノナリ然ルニ我國ノ憲法ニ於テハ副署シテ其責任ニ任スト云フ明文ナキヲ以テ副署ト大臣ノ責任トハ全ク無關係ノモノニシテ副署ハ責任ノ原因ニ非ス副署ヲ以テ責任ノ原因ト認メタルハ歐洲ニ於ケル憲法上ノ例ヲ見テ我國ニ於テモ亦然ル可シト誤リテ推測セレモノナリト云ヘリ然レトモ余ノ考フル所ニ依レハ前ニ述ヘタル如ク大臣カ副署スルハ其職務ニシテ副署ス可カラサル場合ニ副署シテ責任ヲ被フルハ其職務ヲ盡サ、ルカ爲メ生スル當然ノ結果ナレハ



大臣責任ノ性質

憲法上副署シテ其責ニ任スト云フ明文ナキモ素ヨリ其責任ヲ免カル、コト能ハサルモ、ナリ歐洲諸國ノ憲法ニ於テ副署シテ其責ニ任スト云フ法文ヲ掲ケタリ唯余輩ノ述フルカ如キ副署ト責任トノ關係ヲ明ニ言表シタルニ過キサルナリ法理上無關係ナル副署ト責任トヲ特ニ法ノ規定ニ依リ副署ハ責任ノ原因ナリト認定シタルニ非ス故ニ我國ノ憲法ニ於テ副署シテ其責ニ任スト云フ明文ナキヲ理由トシテ副署ハ責任ノ原因ニ非ス副署ト責任トハ無關係ノモノナリト云フ論者ハ憲法ノ條文ヲ機械的ニ素讀シ歐洲諸國ノ憲法ニハ副署シテ其責ニ任ストアルヲ以テ歐洲ニ於ケル大臣ノ副署ハ責任ノ原因ヲ爲スモ我憲法ニハ此ノ如キ明文ナキ故ニ副署ハ責任ノ原因ニ非スト速斷シタルモノニシテ副署ハ如何ナルモノナルヤ副署ト責任トノ關係ニ付テハ如何ナル法理ノ存在スルモノナルヤヲ深ク考究セサルモノト信セラレ

以上ニ於テ副署ニ因リテ責任ノ生スル所以ヲ説明シタルヲ以テ次ニ其責任ハ刑事上ノ制裁ナルヤ懲戒上ノ制裁ナルヤノ問題ニ付一言セン

大臣ノ責任ハ刑事上ノ制裁ナルヤ懲戒上ノ制裁ナルヤノ問題ニ關シテモ學者

ノ見解一様ナラス或ハ刑事上ノ制裁ニシテ懲戒上ノ制裁ニ非スト云ヒ或ハ懲戒上ノ制裁ニシテ刑事上ノ制裁ニ非スト云フ者アリサミュエル、シュウヰエ、サルバ、イ、ザイデル氏等懲戒說ヲ執リハウケ、ウルブリヒ氏等ハ刑罰說ヲ執レリ然レトモ余ノ考フル所ニヨレハ國務大臣モ普通官吏モ其性質ニ於テ異ナル所ナキヲ以テ普通官吏カ或ハ刑事上ノ制裁ヲ被フリ或ハ懲戒上ノ制裁ヲ被リ或ハ刑事上及懲戒上ノ制裁ヲ同時ニ被フルコト有ルカ如ク國務大臣ノ責任モ亦或ハ刑事上ノ制裁ナルコトアリ或ハ懲戒上ノ制裁ナルコトアリ或ハ刑事上ノ制裁ト併セ蒙ルコトアルヘキナリ此等諸學者ノ争フカ如ク一般ノ法理トシテ或ハ刑事上ノ制裁ナリ或ハ懲戒上ノ制裁ナリト一方ニ決セントスルハ責任法ヲ制定スル立法ニ對スル理由ニシテ法理ノ解釋問題ニ非ス國務大臣ニ對スル責任ノ性質トシテ必ス刑事上ノモノナラサル可カラス必ス懲戒上ノモノナラサル可カラスト一方ニミ偏シテ斷定ス可キノ理由ナシト信ス

内閣

第二款 内閣

行政法

内閣ノ性

内閣ハ國務大臣ヲ以テ組織シ其合議決ニヨリテ事ヲ行フ合議体ノ官府ニシテ單獨制ノ官府ニアラス内閣總理大臣ハ各大臣ノ首班ニシテ機務ヲ奏薦シ旨ヲ承ケテ行政各部ノ統一ヲ保持シ又必要アリト認ムルトキハ行政各部ノ處分又ハ命令ヲ中止セシムルコトヲ得ルモノナリ或ハ説ヲ爲ス者アリ曰ク我内閣ハ各大臣ノ上ニ位スル監督官府ナルカ如ク見ユレトモ此等ハ外形上ノ事實ニシテ法理上ヨリ云フトキハ内閣モ亦大臣會議ナルカ故ニ各大臣ノ上ニ位スルモノニ非ス世人カ内閣ヲ以テ各大臣ノ上ニ位スルモノナルカ如ク認メレハ從來我國ニ於テハ太政官ノ制度アリテ太政大臣ハ各大臣ヲ監督スル最高ノ官府タリシ歷史上ノ事實ヲ誤解シ遂ニ内閣ハ太政官ノ代リヲ爲シ内閣總理大臣ハ太政大臣ノ職權ヲ襲クモノナリト信シタルニ基キタルモノナリト云ヘリ然レトモ我内閣官制ヲ見ルニ其第一條ニ内閣總理大臣ハ行政各部ノ統一ヲ保持ストアリ第二條ニ於テ總理大臣ハ必要ト認ムルトキハ行政各部ノ處分又ハ命令ヲ中止セシムルコトヲ得ト規定シ又第五條ニ各省大臣ハ其主任ニ屬スル事務中高等行政ニ關シ事務稍重キモノハ總テ閣議ヲ經可シトアルヲ以テ我官制ノ

内閣ノ職權

明文上内閣ハ各大臣ノ上ニ位スルコト明カナリ

内閣ノ職權ハ專ラ内閣官制ニ於テ規定ス内閣官制ニ依レハ内閣ノ職務ハ左ノ事件ヲ議決スルニ在リ

- 一 法律案及豫算決算案
  - 二 外國條約及重要ナル國際事件
  - 三 官制又ハ規則及法律施行ニ關スル勅令
  - 四 各省間ノ權限爭議
  - 五 天皇ヨリ下附セラレ又ハ帝國議會ヨリ送致スル人民ノ請願
  - 六 豫算外ノ支出
  - 七 勅任官及地方長官ノ任免及進退
  - 八 各省大臣主任ノ事務中高等行政ニ關シ事務較重キモノ
  - 九 何等ノ事件タルヲ問ハス各大臣ヨリ閣議ニ提出シタルモノ是ナリ
- 内閣ニ關スル説明ヲ終ルニ臨ミ此ニ一ノ決セサルヘカラサル問題アリ即チ宮内大臣ハ國務大臣ニシテ内閣ヲ組織スル一員ナルヤ否ヤト云フ問題はナリ歐

宮内大臣  
ハ國務大臣  
ニ非ス

洲諸學者ノ説明ニ依レハ宮内大臣ヲ以テ通例國務大臣トセス宮内大臣ハ一人ノ資格ニ於テ君主ヲ補助スルモノニ君主ト宮内大臣トハ其初互ニ一私人ノ資格ヲ以テ私法上ノ雇傭契約ヲ爲シ雇入レ又雇入レラレタルモノニシテ君主ノ私事ヲ管理スル民法上ノ雇人ナリ統治者タル君主ニ代リ國家ノ機關トシテ政務ヲ擔保スル所ノ官吏ニ非スト爲シ宮内大臣ト君主トノ關係ヲ説明スルニハ私法上ノ雇傭契約ノ法理ヲ以テ澹泊ニ之ヲ説明シ其間毫モ疑義ヲ挾マヌ歐洲ニ於テハ此ノ如ク宮内大臣ヲ以テ私法上ノ雇人ト爲シ官吏ト爲サ、ルカ故ニ歐洲ニ於ケル宮内大臣ハ國務大臣ニ非サルコト明ナリ國務大臣ニ非サルコト明ナルヲ以テ國務大臣ヲ以テ組織スル内閣ノ一員ニ非サルコトモ亦明ナリ然レトモ我國法ニ依ルトキハ宮内大臣ノ任命ハ憲法第十條ニ於テ憲法上天皇ノ大權トシテ規定スル文武官任命ノ權ニ依リテ任命セラレ其職權モ亦憲法第十條ニ於ケル憲法上天皇ノ大權ナル官制制定ノ權ニ依リ官制ヲ以テ定メラレ帝室ニ關スル一切ノ事務ヲ總判シ其主任ニ屬スル事務ニ關シテハ北海道廳長官警視總監府縣知事ニ命令スルコトヲ得華族及其部下ニ屬スル官吏ヲ監督

懲戒シ及任命ヲ進退スルコトヲ得ルモノト爲シ官制上全ク官吏タル性質ヲ有シ官吏トシテ取扱フヲ以テ我天皇ト宮内大臣トノ關係ハ私法上ノ雇傭契約ノ法理ヲ以テ説明スルコト能ハス即チ我國ニ於ケル宮内大臣ハ官吏ナリ然レトモ我内閣官制ヲ見ルニ内閣ハ國務大臣ヲ以テ組織スト規定シ内閣總理大臣及外務、内務、大藏、陸軍、海軍、司法、文部、農商務、逓信ノ十大臣ヲ以テ組織シ宮内大臣ヲ以テ内閣組織ノ一員トナサ、ルカ故ニ宮内大臣ハ國務大臣ニ非、ス何トナレハ内閣官制ニ於テ内閣ハ國務大臣ヲ以テ組織ストアルヲ以テ若シ宮内大臣ヲ以テ國務大臣ト爲ストキハ宮内大臣ハ當然内閣組織ノ一員タル可キナリ然ルニ宮内大臣ヲ除外シ他ノ十大臣ヲ以テ内閣ヲ組織スヘキモノトナシタルハ宮内大臣ヲ以テ國務大臣ニ非スト爲シタルノ證據ナレハナリ要スルニ我國ニ於ケル宮内大臣ハ官吏ナレトモ國務大臣ニ非スト信ス

### 第三款 樞密院

樞密院ノ性質

樞密院ハ天皇ノ諮詢ニ應フル最上ノ顧問府ナリ是樞密院官制第一條ニ於テ樞

行政法

密院ハ天皇親臨シテ重要ノ國務ヲ諮詢スル所ナリトアル所以ナリ天皇カ國務ヲ諮詢スル所ハ實際事實ニ於テハ數多アリト雖モ憲法上顧問府トシテ効力アルモノハ我現行ノ制度ニ於テハ唯樞密院アルノミ其他ノ顧問ハ其意見ヲ上リ諮詢ニ答フル憲法上ノ職權ヲ有セス我憲法ハ第五十六條ニ於テ「樞密顧問ハ樞密院官制ノ定ムル所ニ依リ天皇ノ諮詢ニ答ヘ重要ノ國務ヲ審議スト規定シ樞密顧問ハ憲法上之ヲ認ムルヲ以テ憲法ヲ變更セサル限ハ樞密顧問ノ制度ヲ廢シ樞密顧問ノ諮詢ヲ經可キ場合ヲ全廢スルコトヲ得ス唯憲法ハ其諮詢ヲ經可キ場合ヲ樞密院官制ノ規定ニ譲リ其官制ハ天皇ノ憲法上ノ大權ヲ以テ規定スルコトヲ得ルカ故ニ天皇ハ其自由意思ニ依リ諮詢ヲ經可キ場合ヲ増減變更スルコトヲ得ルノミ

樞密院ノ職權

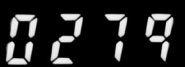
今現行ノ樞密院官制ヲ見ルニ諮詢ヲ經可キ場合ヲ規定スルニ當リ二種ノ方法ヲ執リ一ハ樞密院官制ニ於テ其諮詢ヲ經可キ場合ヲ一々列舉シタル方法ト一々之ヲ列舉セスシテ諮詢スルト否トハ天皇ノ隨意ニ委テタル方法ト是ナリ其列舉シタル事項ニ關シテハ天皇ハ必ス樞密院ノ諮詢ヲ經テ而後之ヲ外部ニ發表セザル可カラス若シ諮詢ヲ經シテ外部ニ發表シタルトキハ直接ニ樞密院官制ニ違背シ間接ニ憲法ニ違反スルモノナリ然レトモ諮詢トハ意見ヲ問フニ在リテ諮詢ニ答フルハ意見ヲ奉呈スルニ過キス故ニ天皇ハ樞密院ノ意見ニ從ハサル可カラサルノ義務ナク之ヲ採用スルト否トハ天皇ノ自由ニ存スルモノナリ是

諮詢ト協贊ト異ナル所以ナリ  
樞密院官制ニ於テ諮詢ヲ經可キ事項トシテ列舉シタルモノ左ノ如シ  
一 憲法及憲法ニ附屬スル法律ノ解釋ニ關スル爭議及豫算其他會計上ノ疑義ニ關スル爭議  
二 憲法ノ改正又ハ憲法ニ附屬スルノ法律ノ改正ニ關スル草案  
三 重要ナル勅令  
四 新法ノ草案又ハ現行法律ノ廢止改正ニ關スル草案列國交渉ノ條約及舊政組織ノ區劃  
五 法律又ハ命令ニ依テ特ニ樞密院ノ諮詢ヲ經可キコトヲ規定シタル事件

樞密院ノ

樞密院ハ議長一人副議長一人顧問官十二人以上書記官長一人書記官數人ヲ以

行政法



テ組織シ議長副議長顧問官ハ親任シ書記官長ハ勅任シ書記官ハ奏任トス大臣ハ其職權上當然樞密院ニ於テ顧問官タル地位ヲ有シ議席ニ列シ表決ノ權ヲ有ス

### 第十六章 行政裁判ノ性質

行政裁判ノ性質ニ關スル諸學說

第一說及其批評

行政裁判ノ性質ハ公法學上ノ一大疑問ニシテ歐洲ノ公法家ノ學說未ダ一定セズ余ハ今行政裁判ノ性質ヲ論スルニ當リ先ツ歐洲諸學者ノ學說中重要ナルモノヲ列舉シ之カ批評ヲ試ミントス

第一說 私法ノ法理ヲ以テ行政裁判ノ性質ヲ説明セントスル學說 此說ハベール氏ノ主トシテ唱ヘタルモノニシテ第十六世紀ノ頃ニ於テ獨逸ニ行ハレ尙ホ近世ニ至ルマテ獨逸聯邦中一二ノ小國ニ行ハレタル法律制度ヲ基礎トシテ立論シタルモノナリ當時ノ法律制度ハゲルマン法ノ餘習ヲ襲キ一私人ノ權利ヲ以テ法律制度ノ基礎ト爲シ國家ト一私人トノ關係ヲ規定スル法モ亦權利義務ノ關係ヲ規定スル者ニシテ私法ノ性質ヲ有セリ故ニベール氏ハ此ノ如キ法律

律制度ヲ基礎トシテ國家ト一私人トノ關係ヲ私法上ノ法理ヲ以テ説明シ國家ハ會社ト如ク國家ト一私人トノ關係ハ會社ト社員トノ關係ト同シ故ニ國家ト一私人トノ間ニ於ケル訴訟ハ會社ト社員トノ間ニ起リタル訴訟ノ如ク權利義務ノ爭ナレハ會社法ノ法理ヲ以テ判決ス可キモノニシテ當然民事裁判所ノ管轄ニ屬ス可キモノナリト云ヘリ

千八百六十四年ベール氏カ「法治國」ト題スル著書ニ於テ以上ノ如キ說ヲ主張セシ當時ニ於テハ行政裁判所ノ性質ニ關スル法理ノ發達尙ホ幼稚ナリシノミナラス各國行政裁判ノ制度ヲ見ルニ普通ノ裁判所ヲシテ行政訴訟ヲ管理セシムルノ制アリシヲ以テベール氏ノ說大ニ勢力ヲ得現今各國ノ制度ニ於テ通例行政訴訟ヲ普通裁判所ニ屬セスレテ特別ナル行政裁判所ニ屬セシムルニ至リテモ尙此法理ヲ以テ行政裁判ノ性質ヲ説明セントスル者ナキニシモアラス而レテ此種ノ學說ヲ執ル者ハ行政訴訟ヲ特別ノ裁判所ニ於テ管轄セシムル制度ヲ説明シテ曰ク「行政訴訟ハ素ヨリ權利義務ノ爭ニシテ私法上ノ爭タル性質ヲ有スルモノナレハ普通裁判所ノ管轄ニ屬ス可キコト當然ナリ然レトモ普通裁判

所ノ判事ハ行政ニ通セサルヲ以テ行政ノ訴訟ニ對シテ判決ヲ下スハ政界上頗ル  
不適當ナリ行政ノ目的ニ適スル所ノ判決ヲ爲サント欲セハ行政ノ事理ニ通曉  
セル人ヲ以テ組織シタル特別裁判所ニ於テ判決セシムルニ如カス故ニ法理上  
ヨリ言フトキハ行政訴訟ハ當然普通裁判所ノ管轄ニ屬ス可キモノナリト雖モ  
政略上ヨリシテ特別ノ智識才能ヲ有スル判官ヲ以テ組織シタル行政裁判所ノ  
管轄ニ委子タルモノナリ其管轄ハ政略上特別ノ裁判所ニ屬スト雖モ法理上其  
訴訟ノ性質ハ權利義務ノ争ニシテ普通裁判所ニ屬ス可キコト明カナリ政略上  
特別裁判所ノ管轄ニ屬セシメタルカ爲メニ其法理上ノ性質ヲ變ス可キモノニ  
非スト

斯ノ如ク國家ト一私人トノ關係ヲ以テ會社ト社員トノ關係ト同一視シ行政訴訟  
ハ私法上ノ權利義務ノ争ナリトスル學說ハ古昔封建制度ノ餘臭ヲ脱セサルモ  
ノニシテ近來ノ國家制度ニ適合シタルモノニ非ス歐洲ノ古代ニ於ケル封建制  
度ハ君主タル可キ一私人ト服從者タル可キ一私人トカ私法上ノ契約ニ因リ私  
法上ノ權利義務ノ關係ニ於テ團結シタルモノナリ故ニ封建制度ノ行ハレシ時

代ニ於テハ一私人カ君主若クハ其機關ノ行爲ニ對シテ提起スル所ノ訴訟ハ私  
法上ノ權利義務ノ争ニシテ民事訴訟ト同一ノ性質ヲ有スルヲ以テ當時ニ於ケ  
ル行政訴訟ヲ私法上ノ法理ヲ以テ説明シタルハ適當ノモノナリト謂フ可シ然  
レトモ現今ノ國家制度ハ封建制度ト異ナリ國家ト一私人トノ關係ハ權利義務  
ノ關係ニ非スシテ權力ノ關係ナリ行政訴訟ハ國家カ一私人ニ對シテ負擔スル  
義務ノ履行ヲ請求スルニ非スシテ行政處分ノ變更及取消ヲ請求スルモノナリ  
故ニ現今ノ行政訴訟ハ封建時代ニ行ハレタル私法上ノ法理ヲ以テ説明ス可キ  
モノニ非サルナリ

第二說  
其批評

第二說 三權分立ニ基キタル學說 此說ハ十七世紀ノ末ニ當リ佛國ニ於テ三  
權分立說ニ基キ發達シタルモノニシテ獨逸ニ輸入セラレ其中央諸國及諸大國  
ニ於テ行ハレタルモノナリ此說ニ依レハ行政權ハ司法權ニ對シテ獨立ス可キ  
モノナルカ故ニ行政訴訟ハ行政權ヲ以テ判決シ司法權ヲシテ之ニ關與セシム  
可カラス若シ行政訴訟ヲ普通裁判所ノ管轄ニ屬セシメ司法權ヲ以テ之ヲ裁判  
スルトキハ行政官ハ司法權ノ鼻息ヲ窺ヒ行政權ハ司法權ノ侵害スル所ト爲リ

其獨立ヲ失フニ至ル可シト云ヘリ佛國ニ於テハ三權分立ヲ以テ其國憲ノ基礎ト爲スカ故ニ此學說ニ基キ行政訴訟ハ行政權ヲ以テ裁判ス可キモノトナシ事院ヲレテ之ヲ管轄セシメタリ然レトモ此說ハ三權分立ヲ以テ基礎ト爲スカ故ニ曾テ此說ヲ輸入シタル獨逸中央諸國及諸大國ニ於テモ三權分立ヲ以テ其國憲ノ基礎トナサハルニ至リシヨリ此說漸ク衰ヘ現世紀ノ初ニ於テハ唯獨逸ノ西南諸國ニミ行ハレ現今獨逸國ニ於テハ全ク其跡ヲ絶テリ我國ノ憲法モ亦三權分立ノ原則ト爲サハルヲ以テ此說ヲ我國ニ適用スルコトヲ得サルハ論ヲ俟タサルナリ

以上述ヘタル如ク行政裁判ノ性質ハ私法ノ法理又ハ三權分立說等ヲ以テ到底説明シ能ハサルヲ以テ近來獨逸ニ於テスタイングナイスト等ノ學者ハ此等ノ外ニ於テ行政裁判ノ性質ヲ説明スルニ足ル可キ法理ヲ發見センコトヲ研究スルニ至レリ就中グナイスト氏ハ從來ノ學者カ行政裁判ノ性質ヲ説明スルニ當リ多ク佛國ノ制度實例ヲ根據トセルニ反對シ別ニ英國ノ制度ヲ根據トシテ其性質ヲ説明センコトヲ勉メタリ但シスタイングナイスト氏等ハ獨逸ニ於テ行政

第三說即  
スタイン  
氏ノ說及  
其批評

行政裁判ヲ設ク可キヤ否ヤノ立法問題ノ起リタル場合ニ於テ立法ノ問題トシテ行政裁判ハ如何ナルモノナリヤト云ヘル純粹ノ法理ヲ研究シタルモノニ非サレトモ現今獨逸ノ學者間ニ行政裁判ノ性質ニ關スル學說ノ大ニ發達シタルハ全ク兩氏ノ影響ナルヲ以テ第三說及第四說トシテ其學說ノ要旨ヲ説明スヘシ

第三說 法律ト命令トノ區別ニ依リテ行政裁判ノ性質ヲ説明セントスル說  
此說ハスタイン氏ノ唱ヘタル所ナリ同氏ノ說ニ曰ク法律ハ國家ノ意思ナレトモ命令ハ國家ノ意思ヲ執行スル爲メニ發セラレタル行政權ノ意思ナリ行政權ノ意思ハ國家ノ意思ヲ執行スルカ爲メニ存在スルモノナレハ國家ノ意思ハ主ニシテ行政權ノ意思ハ其下ニ從屬ス故ニ命令ハ國家ノ意思タル法律ニ抵觸スルコトヲ得ス然ルニ行政權ノ實際ニ於テハ法律ト行政處分トノ間ニハ必ス法律ノ執行ニ關スル命令アリ而シテ此命令ハ往々法律ニ違反アレトモ行政官ハ之ヲ知ラスシテ其命令ニ依リ行政處分ヲ行フコトアリ行政訴訟トハ此ノ如キ場合ニ於ケル救濟方法ナリ故ニ行政訴訟ハ法律違反ノ命令ニ依リテナシタル



行政處分ニ對シテ提起スルモノナリ而シテ法律ハ權利ニ關スル規定ナレハ法律違反ノ命令ニ依リテナシタルハ行政處分ハ又權利ヲ侵害スルモノナルカ故ニ行政訴訟ハ又權利侵害ノ救済ヲ以テ目的トナスモノナリ

然レトモスタイン氏ノ說ハ第一ニ法律ト行政處分トノ間ニハ必ス法律ノ執行ニ關スル命令アルモノナリト斷言セルコトニ於テ誤アリ法律ト行政所分トノ間ニハ法律ノ執行ニ關スル命令アリテ行政官ハ其命令ニ準據シ行政處分ヲ行フコト有リト雖モ是通常存在スル所ノ事實タルニ過キス一切ノ法律ト一切ノ行政處分トノ間ニハ必ス執行命令ナルモノ存在スルモノナリト斷言ス可カラス行政官ハ執行命令ヲ俟タスレテ直接ニ法律ヲ執行シ法律ヲ標準トシテ行政處分ヲ行フコトアレハ事實上臺モ怪ムニ足ラス加之法律上ヨリ云フモ法律ト行政處分トノ間ニハ必ス執行命令ナルモノ、存在ス可キ理由ナレ故ニスタイン氏カ法律ト行政處分トノ間ニ執行命令ナルモノヲ置キ其執行命令カ法律ニ違反セルトキニ當リ之ニ準據シテ爲シタル行政處分ニ對シテハ行政訴訟ヲ許スヘキモノナリトノ說ハ其基礎ニ於テ誤アリ

第二ニスタイン氏ハ一個人ニ關スル法律ハ悉ク一個人ノ權利ニ關スル規定ナルヲ以テ其法律ニ違反シタル行政處分ハ一個人ノ權利ヲ侵害スルモノナリト斷定シタルコトニ於テ誤アリ蓋シ一個人ニ關スル法律ハ通常一個人ノ權利ニ關スルモノナリト雖モ氏ノ說ノ如ク悉ク一個人ノ權利ニ關スルモノニアラス何トナレハ一個人ニ關スル法律ニシテ一個人ノ權利ニ關セスレテ其自由ニ關スル規定ヲ設ケタルモノアレハナリ例ヘハ集會法政社法ノ如キ一個人ニ關スル法律ナリト雖モ其各條項ハ盡ク一個人ノ權利ニ關スル規定ノミナラス各條項中ニハ一個人ノ自由ニ關スル規定モ亦尠カラサルカ如キ是ナリ

第三ノ誤ハ法律ハ國家ノ意思ナレトモ命令ハ國家ノ意思ニ非スト云フコト是ナリ既ニ述ハタル如ク法律ト命令トノ區別ハ畢竟立憲政体ノ結果ニ外ナラス而シテ立憲政体ニ於ケル法律命令ノ區別ハ國家ノ意思ヲ發表スル形式ノ如何ニ依リテ爲シタルモノニシテ法律モ命令モ均シク國家ノ意思タルコトハ疑ヲ容レス唯國家カ其意思ヲ發表スルニ當リテ其形式ヲ異ニスルカ故ニ或形式ヲ以テ發表シタルモノヲ法律ト爲シ或形式ニ於テ發表シタルモノヲ命令ト云フ



ニ過キサルナリスタイン氏ノ如ク君主ト國會ト協同シテ發表シタルモノハ法律ニシテ國家ノ意思ナリ君主單獨ノ意思ヲ以テ發シタルモノハ命令ニシテ國家ノ意思ニ非スト爲スハ全ク理由ナキノ說ナリ君主ト國會ト協同シテ發シタル意思モ君主單獨ノ意思ヲ以テ發シタル意思モ憲法ノ條規ニ依リテ發シタル以上ハ均シク國家ノ意思ナリト謂ハサル可カラズ今假ニスタイン氏ノ說ヲ以テ君主ハ國家ナリトスル學說ニ照シ命令ハ國家ノ意思ニ非サルヤ否ヤヲ考フルニ此說ニ於テハ君主ハ國家ニシテ君主ト國家トハ同一物ト爲スヲ以テ君主ノ意思ハ即チ國家ノ意思ニシテ君主カ國會ト協同セシテ發表シタル意思ト雖モ國家ノ意思タルコト勿論ナリ君主即チ國家ナリト云フ說ニ依ラス國家ヲ以テ有機的團體ナリト云フ說ニ依リテ考フルモ國家ハ有機的團體ニシテ肉體ヲ具有スル所ノ人類ニ非サルヲ以テ國家其物ニハ固有ノ意思ノ存在ス可キモノニ非ス其機關トシテ作用ヲ爲ス所ノ人類ノ意思ヲ以テ國家ノ意思ト看做スモノナリ而シテ各國ノ憲法ヲ視ルニ君主ハ國家機關ノ最高位地ヲ占ムル國家ノ元首トシテ君主カ憲法ノ條規ニ遵ヒテ發表シタル意思ハ國家ノ意思ナルコト

明カナリ何ソ必スレモ君主ト國會ト協同シテ發シタルノ意思ノモヲ以テ國家ノ意思ナリトスルノ理由アラシヤ

スタイン氏ノ說ハ斯ノ如ク種々ノ點ニ於テ國家法ノ原則ニ抵觸スルヲ以テ舊ニ行政裁判ノ性質ニ關スル現行法ノ解釋論トシテ採用ス可カラサルノミナラス立法論トシテモ各國ノ憲法ヲ改正シ國家法ノ原則ヲ一變セサル以上ハ到底適用ス可カラサルモノナリ

第四説 行政裁判ハ公ノ秩序ヲ維持スルコトヲ目的ト爲スモノナリト云フ說

第四説即  
グナイ  
ト氏ノ説  
及其批評

此說ハグナイスト氏ノ主張スル所ノモノナリグナイスト氏ハスタイン氏ノ如ク法律命令ノ區別ニ依リテ行政裁判ノ性質ヲ説明セス別ニ一派ノ說ヲ爲レテ曰ク民事裁判ハ一個人ノ權利義務ニ關スル爭ヲ判決スルモノナレトモ行政裁判ハ一個人ノ權利ニ關スル爭ヲ判決スルニ非スレテ公法上ノ疑問ヲ決シ公ノ秩序ヲ維持スルヲ以テ唯一ノ目的ト爲スモノナリ換言セハ民事訴訟ハ私權ヲ保護シ私權ニ關スル爭ヲ決スルカ爲ニ設ケラレ行政訴訟ハ公ノ秩序ヲ維持スルヲ以テ目的トシテ設ケラレタルモノニシテ一個人ノ利害及權利義務ノ關係



ハ敢テ顧ル所ニ非ス唯公ノ秩序ヲ維持スル間接ノ結果トシテ一個人ノ權利義務ニ影響シ一個人ノ利益ヲ保護スルコトナキニ非スト雖モ此ハ行政訴訟ノ本質ニアラスシテ行政訴訟ノ間接ノ結果トシテ生スル附從ノ事實ナルノミト蓋シ行政裁判ヲ以テ公ノ秩序ヲ維持スルコトヲ目的トスルモノナリト云フハ正當ニシテ動かス可カラサルモノナルヘシ何トナレハ凡ソ裁判ナルモノハ其民事タルト刑事タルト行政裁判タルト間ハ悉ク公ノ秩序ヲ維持スルヲ以テ目的ト爲スモノナレハ行政裁判ハ公ノ秩序ヲ維持スルヲ以テ目的ト爲スモノナリト云フハ正當ナルモノニシテ毫モ間然スル所ナケレハナリ然レトモ公ノ秩序ヲ維持スルコトヲ云フハ必スシモ行政裁判ノミニ限ラス民事裁判刑事裁判及其他種々ノ行政處分ノ目的ト爲ス所ノモノナレハ斯ノ如ク漠然トシテ各種ノ事項ニ通スル所ノ通有性ヲ舉クルモ未タ以テ行政裁判ノ何物タルヲ説明シ得タルモノト謂フ可カラス凡ソ或物ノ性質ヲ説明セント欲セハ其物ニ特有ナル性質ヲ發見シ其物ト他物トヲ區別スル標準ヲ示サハル可カラス其説明セントスル物及其他ノ物ニ普通ナル性質ヲ發見スルモ未タ以テ完全ナル説明ト爲

第五說及其批評

スニ足ラス例ヘハ動物學上ニ於テ人類ノ如何ナルモノナルヤヲ説明セントスルニ當リ人類及牛馬犬豕等ノ通有性ヲ發見シハ動物ナリト謂フモ未タ人類ノ何タルヲ説明シタルモノト謂フ可カラス人類ノ如何ナルモノナルカヲ説明セント欲セハ先ツ人類ト牛馬犬豕等トヲ比較シ之ヲ區別スル標準ト爲ス可キ人類ノ有固ノ性質ヲ發見シ人類ハ直立動物ナリト謂ハサル可カラサルカ如シ要スルニグナイスト氏ノ説明ハ行政裁判及其他ノ裁判ノ通有性ヲ舉ケタルノミニシテ行政裁判ニ固有ナル特性ニシテ他ノ行政及行政處分ト異ナル點ヲ指摘セザルカ故ニ未タ行政裁判ノ性質ヲ説明シ得タル者ト謂フ可カラサルナリ

第五說 行政裁判ハ公法上ノ關係ニ於テ生スル訴訟ニ對スル裁判ナリト云フノ說 此說ニ曰ク民事訴訟ハ私法上ノ關係ニ於テ生シタル訴訟ニシテ行政訴訟ハ公法上ノ關係ニ於テ生シタル訴訟ナリ其私法上ノ關係ニ於テ生シタル訴訟ニ對シテ爲ス處ノ裁判ハ民事裁判ニシテ公法上ノ關係ニ於テ生シタル訴訟ニ對行テ爲ス所ノ裁判即チ行政裁判ナリト此說ハ行政裁判法及民事訴訟法ニ關スル普通ノ教科書ニ於テ多ク見ル所ニシテ其行政裁判ヲ以テ公法上ノ關係ニ

行政裁判ノ性質及定義

於テ生スル訴訟ニ對スル裁判ナリト爲スハ誠ニ至當ナリ然レトモ公法上ノ訴訟ニ對スル裁判ハ獨リ行政裁判ノミナラス刑事裁判モ亦公法上ノ訴訟ニ對スル裁判ナルヲ以テ此說明ハ行政裁判ト民事裁判トヲ區別スル標準ト爲シ得サルニ非サレトモ行政裁判ト刑事裁判トヲ區別スル標準ト爲スニ足ラス此說モ亦グナイスト氏ノ說ノ如ク行政裁判及刑事裁判ニ通スル所ノ性質ヲ擧ケ而シテ行政裁判ニ固有ナル特性ヲ擧ケサルカ故ニ未ダ十分ナル說明ト爲スヲ得

ス  
按スルニ行政裁判モ民事裁判モ刑事裁判モ均シク裁判ニシテ三者共ニ或事實ヲ法ニ照シ論理ノ規則ニ從ヒテ之カ斷定ヲ下スモノナルノミナラス又行政裁判モ訴訟ニ對スル判決モ均シク或行政所分ヲ原因トシ其所分ヲ取消若クハ變更ヲ目的ト爲シ又行政裁判モ民事裁判モ刑事裁判モ行政所分モ共ニ公ノ秩序ヲ維持スルヲ以テ其目的ト爲ス故ニ此等ノ點ニ關シテハ行政裁判民事刑事裁判及行政處分ハ其性質ヲ同フスルモノナリ然レトモ余ノ見ル所ニ依レハ行政裁判ハ公法上ノ關係ニ於テ生シタル訴訟ニ對シテ與フル裁判ニシテ行政處分ノ取消若クハ變更ヲ目的ト爲シ民事裁判ノ如ク私法上ノ訴訟ニ對シテ權利義務ヲ確定ヲ目的ト爲スモノニ非ス又行政裁判ハ行政處分ニ對シテ提起シ其處分ノ取消若クハ變更ヲ目的ト爲スモノニシ刑事訴訟ノ如ク犯罪ニ對シテ提起シ犯罪ヲ證明シ刑ノ適用ヲ請求スルヲ以テ目的ト爲ス者ニ非ス又行政裁判ハ訴訟ノ形式ヲ以テ爲シ行政處分ノ取消若クハ變更ヲ命スルモノニシテ訴訟ニ對スル判決ノ如ク訴訟ノ形式ヲ以テセサル行政處分ノ取消若クハ變更ニ非サルナリ即チ行政裁判ノ民事裁判ト異ナル所ハ一ハ公法上ノ關係ニ於テ生シタル訴訟ニシテ他ハ私法上ノ關係ニ於テ生シタルモノナリト云フ點ニ於テ其刑事裁判ト異ナル所ハ行政處分ノ取消若クハ變更ヲ目的トシ他ハ犯罪ニ對スル刑ノ適用ヲ目的ト爲ス點ニ在リ又訴訟ニ對スル判決ト異ナル點ハ一ハ訴訟ノ形式ニ於テ爲ス所ノ裁判ナレトモ他ハ訴訟ノ形式ニ依ラズシテ爲ス所ノ裁判ナリト云フニ歸着ス故ニ余ハ行政裁判ノ何タルヲ說明シテ左ノ如ク言ハントス曰

行政裁判所トハ行政處分ヲ原因トシテ提起シタル行政處分ノ取消若クハ變更

行政法



更テ目的ト爲ス處ノ訴訟ニ對スル裁判ナリト  
 茲ニ行政處分ヲ原因トシテ云々ト謂フ所以ノモノハ行政訴訟ハ行政處分其物  
 ヲ原因トシテ提起スルモノニシテ公法上ノ關係ニ於テ生スル所ノ訴訟ナルコ  
 トヲ言表ハシ以テ私法上ノ關係ニ於テ生スル所ノ民事訴訟ト區別センカ爲ナ  
 リ又行政處分ノ取消若クハ變更ヲ目的ト爲ス云々ト謂フ所以ノモノハ犯罪ニ  
 對スル刑ノ適用ヲ目的ト爲ス所ノ刑事裁判ト區別センカ爲ナリ最後ニ訴訟ニ  
 對スル裁判ナリト謂フモノハ訴訟ノ形式ニ於テセザル訴訟ニ對スル裁判トノ  
 區別センカ爲メナリ

### 第十七章 行政裁判所ノ組織

行政裁判所ノ構成ニ關シテハ國ニ依リテ種々ノ制度アリ或ハ特別ニ行政裁判  
 所ナルモノヲ設ケス一切ノ行政訴訟ヲ普通裁判所ニ於テ管轄スルモノアリ或  
 ハ行政訴訟ハ悉ク行政官府ニ於テ取扱フ制度アリ或ハ普通裁判所ノ外ニ特ニ  
 行政裁判所ナルモノヲ設ケテ行政訴訟ヲ裁判セシムルモノアリ故ニ余ハ我行

行政裁判所ノ構成ニ關シテ說明ヲ爲スニ先ダテ比較參考ヲ爲メニ英國伊國佛國  
 及李國等ニ於ケル行政裁判所ノ構成ニ關シテ一言セントス  
 英國ニ於テハ行政裁判所ト普通裁判所トノ區別ナク一切ノ行政訴訟ハ普通裁  
 判所ニ於テ之ヲ裁判シ治安裁判所ヲ以テ第一審行政裁判所ト爲シ高等法院ヲ  
 以テ終審行政裁判所ト爲ス英國ノ制度ハ歷史的ノ進歩ニ基キ慣習ニ依リ漸次  
 ニ發達シタルモノニシテ他ノ諸國ニ於ケルカ如ク論理ニ依リテ一時ニ制定シ  
 タルモノニ非サレハ管ニ普通訴訟ト行政訴訟トヲ裁判スル機關ヲ劃然區別セ  
 サルノミナラス現今尙ホ立法ノ職權ハ司法ノ職權トヲ同一機關ニ委任シテ行ハ  
 シムル如キ場合アリ例ヘハ上院ニ於テ貴族ニ對スル裁判及或種類ノ事件ニ關  
 スル高等裁判ヲ爲スカ如キ是ナリ然レトモ英國ニ於テモ現地方制度ノ改正ヨ  
 リシテ行政裁判ト普通裁判トヲ分離スルノ傾向ヲ生セリ千八百八十八年州會ヲ  
 設ケテヨリ以來從來治安裁判所ノ管轄ニ屬セシ事件中行政訴訟ノ性質ヲ有スル  
 事項ハ治安裁判所ノ管轄ヨリ分離シテ之ヲ州會ノ管轄ニ屬セシメタルカ如キ  
 其一例ナリ近來ニ至リ此ノ如ク行政裁判所ヲ普通裁判所ヨリ分離セントスル

伊太利亞ノ行政  
裁判制度ハ  
普通裁判所  
係合制ナリ

佛國ノ行政  
裁判制度

ノ傾向アルコトハ明カナレトモ前述ノ如ク英國ノ制度ハ總テ慣習ニ基キ漸次ニ發達改良スルモノニシテ他ノ諸國ノ如ク論理ニ基キ一時ニ制定スルモノニ非サレハ普通裁判所ノ外ニ特ニ行政裁判所ナルモノヲ設ケ之ヲシテ行政裁判ヲ管轄セシムルニ至ルニハ尙ホ許多ノ歲月ヲ要スルナルヘシ

伊太利亞ニ於テハ千八百六十五年公布ノ法律ニ依リ總テノ行政訴訟ヲ普通裁判所ノ管轄ニ屬セシメ普通裁判所ハ普通ノ訴訟ト行政訴訟トヲ併セテ之ヲ管轄ス然レトモ公益上ノ理由ヨリシテ行政訴訟ハ普通訴訟ヨリ簡單ナル手續ヲ以テ迅速ニ裁判スルノ制度ヲ設ケ又行政訴訟ヲ提起シタルカ爲メニ行政機關カ行フ所ノ處分ノ執行ヲ停止セサルモノトナシ行政訴訟ニ關シテハ種々ノ變例ヲ設ケタリ而シテ伊太利亞ニ於テハ行政訴訟ヲ提起シ得キ場合ヲ極メテ狹隘ナル場合ニ制限シタルヲ以テ行政官府ノ有スル自由處分ノ範圍ハ大ナルモノナリ

佛國ニ於テハ普通裁判所ヲシテ行政訴訟ヲ管轄セシムルトキハ裁判所カ行政官府ノ職權ヲ侵害スルノ恐アリト爲シ革命以前ヨリ行政訴訟ハ普通裁判所ノ管轄ニ屬ス可カラサルモノト爲シタリシカ革命ノ時ニ當リテ三權分立ノ主義ヲ明カニ採用シ三權分立ト云フコトヲ以テ國家制度ノ基礎ト爲セシヨリ行政權ト司法權トハ相獨立シテ互ニ干渉侵害ス可カラサルモノトナシ行政官府ノ性質ヲ有スル參事院ヲシテ行政訴訟ニ對スル審問判決ヲ司ラシメタリ

字國ノ行政  
裁判制度

字國ニ於テハ行政裁判ヲ以テ行政ノ監督ト見做シ若シ行政裁判ヲシテ行政官府ノ管轄ニ屬セシムルトキハ自己ノ行爲ヲ自ラ監督スルコト、爲リ行政監督ノ目的ヲ達セス去レハトテ普通裁判所ヲシテ行政訴訟ヲ管轄セシムルトキハ行政權ハ司法權ノ下ニ服從スルモノト爲リ行政ノ組織ヲ破壞スルノ結果ヲ生スルヲ以テ特別ニ行政裁判所ナルモノヲ設ケ行政官府ノ訓令指揮ニ依ラス又普通裁判所ヨリ分離獨立シテ行政訴訟ヲ裁判ス可キ終審ノ裁判所ト爲シ郡參事會及府縣參事會ヲ以テ地方行政ニ對スル第一審行政裁判及第二審行政裁判所ヲ管轄ス可キモノトセリ

字國ニ於ケル行政裁判ノ制度ハ立法上最モ進歩シタルモノナルヲ以テ近來歐洲諸國ニ於テ此制度ヲ模範トシテ特別ニ行政裁判所ナルモノヲ設ケタルモノ尠ナカラス例ヘハ奧地利國ノ如キモ字國ノ制



度ニ基キタルモノナリ唯字國ニ於テハ行政裁判所ニ第一審第二審ノ階級アレトモ、  
 英國ニハ此階級ナク唯一ノ行政裁判所ヲ以テ第一審ニシテ同時ニ終審裁  
 判所ト爲スノ差アルノミ  
 我國ニ於テハ明治五年司法省達第四十六號ヲ以テ地方官ニ對シテ訴訟ヲ起サ  
 ントスル者ハ普通裁判所ニ提起ス可シト規定シ始メテ行政裁判ノ門戸ヲ開キ  
 タリシニ地方官ヲ相手取ル行政訴訟大ニ増加シ往々司法權ヲ以テ行政權ヲ侵  
 害スルノ弊害ヲ生セシヨリ明治七年ニ至リ司法省達第二十四號ヲ以テ自今地  
 方官ヲ相手取ル訴訟ハ之ヲ司法省ニ具狀シ太政官ニ上申セシメタリ其後太政  
 官ノ指令ニヨリ郡區戸長ヲ以テ被告トスル訴訟ハ始審裁判所ニ提起シ府縣知  
 事以上ヲ被告トスル訴訟ハ控訴院ニ提起セシメ各裁判所ハ其訴訟ヲ受理ス可  
 キヤ否ヤニ付キ之ヲ司法省ニ具狀シ司法省ハ之ニ意見ヲ附シ内閣會議ニ提出  
 シ内閣ノ裁定ヲ請フ可キモノト爲シタリ後又明治二十二年六月法律第十六號  
 ヲ以テ市町村制ニ依リ當分ノ内閣ニ於テ行フ可キ行政裁判ハ控訴院ニ於テ  
 受理審問セシメ内閣ノ裁定ヲ經テ裁判ス可キモノト定メタリ然レニ明治二十

三年ニ至リ憲法第六十一條行政官廳ノ違法處分ニ依リ權利ヲ侵害セラレタ  
 リトスル訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ屬ス可キモ  
 ノハ司法裁判所ニ於テ受理スルノ限ニ非ストノ明文ニ基キ行政裁判法ナルモ  
 ノヲ制定シ行政裁判ノ制度ヲ改正シ特別裁判所トシテ行政裁判所ナルモノヲ  
 設ケ之ヲ現行ノ制度ト爲セリ我現行ノ裁判所ハ以上ノ如キ歴史ニヨリテ成立  
 セシモノニシテ其立法ノ當時ニ於テハ主トシテ字國及英國ニ於ケル行政裁判  
 ノ制度ヲ參照シタルモノナリ  
 我現行ハ行政裁判法ハ英國及字國ノ如ク數級ノ行政裁判所ヲ設ケルノ制度ヲ  
 採ラス英國ニ倣ヒ中央ニ唯一ノ行政裁判所ヲ設ケルノ制度ヲ採レリ然ルニ或  
 論者ハ我行政裁判法第十七條ニ於テ行政訴訟ハ法律勅令ニ特別ノ規定アルモ  
 ノヲ除クノ外ハ地方上級廳ニ訴訟シ其判決ヲ經タル後ニ非サレハ之ヲ提起ス  
 ルヲ得ストアルヲ理由トシテ訴訟願ヲ以テ行政訴訟ト看做シ字國ニ於ケルカ如  
 ク郡參事會ハ第一審行政裁判ヲ管轄シ府縣參事會ハ第二審行政裁判所ヲ管轄  
 シ行政裁判所ハ終審ノ行政裁判ヲ管轄スルモノナリト主張スト雖モ訴訟願ト行

職員

政訴訟トハ異リタルモノナルカ故ニ郡參事會及府縣參事會ハ行政訴訟ヲ裁判  
 スルモノニアラス行政訴訟ヲ裁判スルノ職權ヲ有スルモノハ唯一ノ行政裁判  
 所ノミナリ行政裁判法第十七條ニ行政訴訟ハ法律勅令ニ特別規定アルモノヲ除  
 クノ外ハ地方上級行政廳ニ訴願シ其裁決ヲ經タル後ニ非サレハ之ヲ提起スル  
 コトヲ得ストアルハ行政訴訟ヲ提起シ得ル條件ヲ規定シタルニ過キス若シ訴  
 願ヲ以テ行政訴訟ノ一種ト爲ストキハ訴願ト行政訴訟トハ全ク同種類ノモノ  
 ナレハ二箇ノ異リタル法律ヲ以テ規定スルノ必要ナシ然ルニ我國ニ於テハ行  
 政訴訟ノ事ハ明治二十三年六月二十八日發布ノ法律第四百四十八號ヲ以テ規定  
 シ訴願ハ明治二十三年十月九日發布ノ法律第五百號ヲ以テ規定シ管轄官府ノ  
 組織ヨリ職權及裁決ノ手續ニ至ルマテ二者其規定ヲ異ニスス是訴願ト行政訴訟  
 トハ同一物ニ非サル證據ナリ故ニ行政裁判法第十七條ヲ根據ト爲シ訴願ハ行  
 政訴訟ノ一種ナリト斷言スルハ疎漏モ亦甚ダシキモノト謂フ可シ

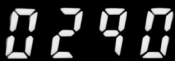
行政裁判所ハ之ヲ東京ニ置キ長官評定官及書記ヲ以テ組織ス評定官及書記ノ  
 員數ハ勅令ヲ以テ定ム可キモノト爲シ明治二十三年六月二十八日發布ノ勅令

長官評定  
官ノ保護  
及其行為  
ノ制限

第一百十一號ニ依リ評定官ハ十一人書記ハ十五人ヲ以テ定員トセリ蓋シ評定官  
 及書記ノ員數ニ關スル規定ヲ勅令ニ委任シ之ヲ行政裁判法中ニ掲ケサルハ若  
 シ之ヲ行政裁判法中ニ掲クルトキハ行政裁判法ハ法律ニシテ其改正變更ハ一  
 々帝國議會ノ協贊ヲ爲シ事務ノ繁簡ニ應シ職員増減ノ必要アルモ政治上種々  
 ノ理由ヨリシテ適宜ニ増減スルコト能ハサルノ恐アルヲ以テ勅令ノ規定ニ委  
 任シ其改正變更ヲ容易ナラシメ事務ノ繁簡ニ應シテ適宜ノ増減ヲ爲サシムカ  
 爲メナル可シ行政裁判所ノ職員中長官ハ必ス勅任ト爲シ評定官ハ勅任又ハ奏  
 任ト爲シ書記ハ必ス判任ト爲ス長官及評定官ト爲ルニハ年齢三十歳以上ニシ  
 テ五年以上高等行政官又ハ裁判官ノ職ヲ奉シタルコトヲ要ス是行政裁判所ノ  
 判決ハ其事件ニ付キ各省大臣ヲモ羈束制限スル重大ナル効力ヲ有スルノミナ  
 ラス行政訴訟ニ對スル終局裁判ナレハ可成經驗ニ富ミテ思慮熟成シ事務ニ練  
 達シタル人ヲ以テ之ヲ組織センコトヲ欲スレハナリ

又我行政裁判法ハ判決ノ公平精確ナランコトヲ確ムルカ爲メニ長官及評定官  
 ノ位地ヲ保護シ身体若クハ精神ノ衰弱ニ由リ職務ヲ執ルコト能ハサルトキニ

行政法



忌避又ハ  
除斥

限リ行政裁判所總會ヲ決議ニ申リ退職ヲ命セラル、場合ノ外ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ヲ以テスルニ非サレハ其意ニ反シテ退職轉官又ハ非職ヲ命セラル、コトナシト規定シ又長官及評定官ニ或行爲ヲ制限シ其在職中ハ(第一)公然政治ニ關係スルコト(第二)政黨ノ黨員政社ノ社員衆議院議員府縣郡市町村會ノ議員若クハ參事會員タルコト(第三)兼官ノ場合ヲ除クノ外俸給アル又ハ金錢ノ利益ヲ目的トスル公務ニ就クコト(第四)商業ヲ營ミ其他行政上ノ命令ヲ以テ禁シタル業ヲ營ムコトヲ得スト爲セリ

又忌避及ヒ除斥ノ制度ヲ設ケ左ノ場合ニハ長官及評定官ハ職務ノ執行ヨリ除キセラレ評議及議決ニ加ハルコトヲ得スト爲セリ

一、裁判ス可キ事件自己又ハ自己ノ父母兄弟姉妹若クハ妻子ノ身分ニ關スルトキ

二、裁判ス可キ事件カ一個人ノ資格ヲ以テ意見ヲ陳ヘタルモノ又ハ理事者代理者若クハ職務外ノ地位ニ於テ取扱ヒタルモノニ關スルトキ

三、裁判ス可キ事件カ行政官タル資格ヲ以テ其事件ノ處分又ハ議決ニ干與

シタルモノニ關スルトキ

右三個ノ場合ニ於テハ原告又ハ被告ハ原因ヲ説明シテ文書又ハ口頭ヲ以テ長官又ハ評定官ノ忌避ヲ申立ツルコトヲ得此申立アリタル場合ニ於テハ行政裁判所ハ本人ヲ回避セシメテ之ヲ議決ス此申立ナキモ忌避又ハ除斥ノ原因タル事情ニ付キ長官又ハ評定官ヨリ申出アルトキ又ハ他ノ事件ヨリ長官又ハ評定官カ法律ニ依リ評議及議決ニ加ハルコトヲ得サルノ疑アルトキハ行政裁判所ハ本人ヲ回避セシメテ之ヲ議決ス

行政裁判所ノ裁判ハ裁判長及評定官ヲ合セ五人以上ノ列席合議ヲ要ス但其列席ハ人員ハ奇數ナルコトヲ要ス若シ列席者アリタルカ爲メニ偶數ト爲リタルトキハ官等最モ低キ評定官ヲ會議ヨリ除キ奇數ト爲ス其官等同シキトキハ任官ノ順序ニ因リ其後ナルモノヲ除ク而シテ其議事ハ過半數ヲ以テ之ヲ決ス

### 第十八章 行政裁判所ノ權限

行政裁判

行政裁判所ノ權限ニ關スル原則ハ行政裁判法第十五條ニ規定セリ該條ニ依リ

行政法



ハ行政裁判所ハ法律若クハ勅令ヲ以テ積極的ニ其權限ニ屬スル事ヲ明言シタル事實ノミヲ管轄スルモ、ニシテ後ノ裁判所構成法第二條ニ規定スルカ如ク法律ヲ以テ特別裁判所ノ管轄ニ屬スルコトヲ明言セサル限りハ一切ノ民事刑事ヲ管轄スル所ノ普通裁判所ト大ニ其趣ヲ異ニス普通裁判所ハ法律ヲ以テ特別ニ其管轄ヨリ除去スルコトヲ明言セサル一切ノ民事刑事ヲ當然管轄スルコトヲ原則ト爲セトモ行政裁判所ハ之ニ反シ管ニ民事刑事ニ屬スル事ヲ管轄セサルノミナラス縱令行政事件ニ關スル事ト雖モ特ニ法律若クハ勅令ヲ以テ其管轄ニ屬スルコトヲ積極的ニ明言セサルモノハ管轄セサルヲ原則トス是は行政裁判法第十五條ノ規定アル所以ナリ

斯ノ如ク行政裁判所ノ權限ヲ積極的ニ法律若クハ勅令ヲ以テ指示シタル事件ニ限ルハ獨リ我國ノミナラス歐洲諸國ニモ其例尠ナカラス例ヘハ學國奧國ノ如キ是ナリ而シテ積極的ニ其權限ヲ指示スル方法ニ二種アリ一ハ概括シテ其原則ヲ示シ一々特定ノ場合及特定ノ事項ヲ指示サルモノニシテ他ノ一ハ特定ニ法文ニ於テ特定ノ場合及特定ノ事項ヲ列記シテ概括的ノ原則ヲ示サルモノニシテ是ナリ而シテ或國ニ於テハ概括法ヲ以テ行政裁判所ノ權限ヲ定メ或國ニ於テハ列記法ヲ以テ其ノ權限ヲ定メ又々或國ニ於テハ概括法ト列記法トノ者ヲ併用シテ行政裁判所ノ權限ヲ定メテリ蓋シ列記法ノミニ依リ其權限ヲ定メントスルトキハ各場合ニ於ケル總テノ事項ヲ一々列舉セサル可ラサルヲ以テ遺漏ナク悉ク列記セントスルモハ煩雜ニ失シテ簡明ナラス簡明ヲ尊ヒ煩雜ヲ避ケントセハ遺漏ヲ免カレサルノ弊アリ又概括法ノミニ依リテ其權限ヲ定ムルモハ簡短ナリト雖モ權限ノ範圍常ニ漠然トシテ曖昧ナルノ憂アリ學國ノ如ク列記法ト概括法ト併用シテ煩雜ニ失スルノ弊ヲ防キ曖昧ニ流ルノ害ヲ避ケルハ立法上最モ好手段ナル可シ故ニ我國ニ於テハ學國ニ倣ヒ列記法ト概括法ト併用シテ行政裁判所ノ權限ヲ定メタリ例ヘハ府縣制郡制市町村制等ノ諸法律ニ於テ特定ノ場合ニ於ケル特定ノ事項ニ付一々行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得ト明文ヲ掲ケタレハ列記法ヲ採リタルモノナリ明治二十三年十月九日公布ノ法律第百六號ニ於テ法律勅令ニ於テ別段ノ規定アルモノヲ除クノ外左ニ掲グル事件ニ付行政廳ノ違法處分ニ因リ權利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ

行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得、海關稅ヲ除クノ外租稅及手數料ノ賦課ニ關スル事件、二租稅滯納處分ニ關スル事件、三營業免許ノ許否又ハ取消ニ關スル事件、四水利及土木ニ關スル事件、五土地ノ官民有區分ノ査定ニ關スル事件ト規定シタルハ概括法ヲ採リタルモノナリ

列記法ニ依リ行政裁判所ノ權限ニ屬セシメタル事項ハ其數頗ル多ク悉ク枚舉スルノ邊アラサルノミナラス又之ヲ枚舉スルノ要ナキヲ以テ茲ニ一々列舉セズ然レトモ法律第六號ヲ以テ公布セラレタル概括的ノ規定ハ多少說明ニ要スル點アルヲ以テ左ニ其概畧ノ說明ヲ爲スコシ

法律第六號ニ依レハ前ニ列記シタル五箇ノ事項ニ關シ行政廳ノ違法處分ニ依リ權利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得ルナリ故ニ行政訴訟ノ原因ト爲ルモノハ

(第一) 行政廳ノ處分ナルコトヲ要ス、立法官府及司法官府ノ處分ハ行政訴訟ノ原因ト爲ラス從テ又行政訴訟ハ立法官府及司法官府ニ對シテ提起スルコトヲ得ス行政廳ニ對シテノミ提起スルモノニシテ行政訴訟ノ相手方ハ常ニ行政廳

ナリ

(第二) 行政訴訟ノ原因ト爲ルモノハ處分ナルコトヲ要ス處分トハ國家ノ命令權ニ依リテ行フ特定ノ事件ニ關シテ特定ノ人ニ對スル行爲ナリ語ヲ換ヘテ言ハハ特定ノ事件ニ關シテ特定ノ人ニ對スル命令ナリ特定ノ事件ニ關スル者ニ非カレハ處分ニ非ス人員ノ多少ニ拘ハラズ特定ノ人ニ對スル命令ニ非サレハ處分ニ非ス特定ノ事件ニ關シテ特定ノ人ニ對スルモノニ非スシテ一般的ニ吾人ノ行爲ヲ羈束制限スル一般的命令ハ處分ニ非サルカ故ニ此ノ如キ命令ニ依リテ權利ヲ毀損セラレタリトスルモ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス例ヘハ內務省ニ於テ菓子營業規則ヲ作り菓子營業者ハ營業免許ノ手數料トシテ若干金ヲ納ム可シト規定スルモ此規則ハ甲乙丙丁ト云フカ如キ特定人ニノ對スル命令ニ非ス何人ニ限ラス苟モ菓子營業ヲ爲ス者ハ此手數料ヲ納ム可キコトヲ命スルモノニシテ其命セラル、人ハ特定ニ定マリタル者ニアラス故ニ此ノ如キ行政廳ノ一般的規則ニ依リテ權利ヲ毀損セラレタル者アルモ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス

第三 行政訴訟ノ原因ト爲ルニハ其處分ノ違法ナルコトヲ要ス 違法トハ法律ニ抵觸スルコトノミヲ云フニ非シテ勅令閣令省令府縣令等總テ國法ニ違反スルヲ云ヒ國法ニ違反スルトハ實ニ成文ノ國法ニ違反スル場合ノミナラス國法ノ明文ニハ直接ニ違反セスト雖モ其明文上ヨリ演譯若クハ歸納シテ當然生スル所ノ法理ニ違反スルモ亦違法ナリ故ニスタイン氏ノ說ノ如ク違法トハ法律ニ違反スルノ義ニシテ行政訴訟ハ行政官ノ處分カ法律ニ違反シタル場合ニノミ提起スルコトヲ得法律以外ノ勅令閣令省令府縣令等ニ違反スルモ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得スト謂フハ現行法ノ解釋トシテハ正當ナルモノニ非ス

第四 行政訴訟ノ原因ト爲ルニハ權利ノ毀損セラレタルコトヲ要ス 行政官廳ノ違法處分ハ必ラスシモ常ニ權利ヲ毀損スルモノニアラス違法ノ行政處分ニシテ一個人ノ權利ヲ毀損セサルコト有リ例ヘハ公用ノ爲メ土地ヲ收用スル場合ニ於テ管轄官吏カ其土地ノ所有者ニ對シテ千圓支拂フ可キニ二千圓支拂ヒタルカ如キ又收稅官カ地租トシテ百圓徵收ス可キニ五十圓徵收シタルカ如キ

是ナリ此等ノ場合ニ於テハ土地ノ所有者ニ支拂フ可キ者ハ千圓ナルニ二千圓支拂ヒ地租トシテ徵收ス可キモノハ百圓ナルニ五十圓徵收シタルヲ以テ違法タルコト明カナリ然レトモ千圓支拂フ可キニ二千圓支拂ヒ百圓徵收ス可キニ五十圓徵收シタルハ土地所有者及納稅者ノ權利ヲ害シタリト謂フ可カラス行政訴訟ハ行政官廳ノ違法處分ニ因リテ權利ヲ毀損セラレタル場合ニ於テノミ提起スルコトヲ得ルモノナリ違法處分アリト雖モ前例ノ如ク權利ヲ毀損セラレタルニアラサルトキハ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス佛國ニ於テハ越權訴訟ナルモノヲ許シ行政官廳カ其權限ヲ越エテ職權外ノ處分ヲ爲シタルトキハ其處分ニ由リテ權利ヲ毀損セラレタルト否トヲ問ハズ單ニ越權ト云フコトノミヲ理由トシテ越權訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルモノトセリ然レモ我國ニ於テハ佛國ノ如キ越權訴訟ノ制度アラサルヲ以テ行政官廳カ其權限ヲ越エテ違法ノ處分ヲ爲スモ之ヲ理由トシテ直ニ行政訴訟ヲ起スコトヲ得ス行政訴訟ヲ提起スルニハ行政官廳ノ違法處分ノ外ニ尙ホ權利ヲ毀損セラレタルコトヲ要ス是明治二十二年十月九日公布ノ法律第百六號ニ於テ法律勅令ニ別段ノ規定

アルモノヲ除ク外行政官廳ノ違法處分ニ因リ權利ヲ毀損セラレタリトスル者  
 ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得ト規定セタル所以ナリ  
 而シテ又法文ヲ按スルニ權利ヲ毀損セラレタル者云々トアルヲ以テ其權利ハ  
 違法處分ニ因リテ既ニ毀損セラレタルコトヲ要ス未タ毀損セラレスシテ唯將  
 來ニ於テ毀損セラル可キ恐アルノミニテハ未タ以テ行政訴訟ヲ提起スルノ原  
 因ト爲スニ足ラス然ルニ我國ノ或公法家ハ行政訴訟ノ提起ニハ必ラスレモ權  
 利ノ既ニ毀損セラレタルコトヲ要セス將來毀損セラル可キ恐アルヲ以テ足レ  
 リト云ヘリ蓋シ此ノ如キ論者ハ國法ノ成文ヲ疎畧ニ看過シテ漫ニ我流ノ定斷  
 ヲ下スモノナリ管ニ我流ノ斷定ヲ下スモノナルノミナラス訴訟ニ關シテ公法  
 私法ニ通スル國法全体ノ精神ヲ知ラサルモノト謂フ可シ何トナレハ我國法ニ  
 於テハ唯行政訴訟ノミナラス民事訴訟ニ於テモ訴權ハ權利毀損セラレテ而テ  
 後生スルヲ以テ原則トナシ權利未タ毀損セラレス唯將來毀損セラル可キ恐ア  
 リト云フコトノミヲ以テ訴權ノ生スルハ例外ニシテ法文ニ於テ特ニ明言シタ  
 ル僅少ノ場合ニ限ルモノナリ故ニ明文ヲ以テ特ニ許レタル場合ニ非サレハ將

權利ノ定  
 義ニ關ス  
 ル學說

來權利ヲ毀損セラル可キ恐アルモ未タ訴權ノ存セザルモノト解セザル可カラ  
 サレハナリ  
 以上述ヘタルカ如ク行政訴訟ヲ提起スルニハ權利ノ毀損セラレタルコトヲ要  
 ス而シテ權利トハ如何ナルモノナルヤト云フニ權利ノ定義ニ關スル詳細ノ說  
 明ハ法理學ノ範圍内ニ屬スルヲ以テ茲ニ之ヲ詳説ス可キノ限リニ非ス然レト  
 我國ノ學者ハ權利ノ何タルヲ研究スルニ熱心ヒス輕々ニ之カ定義ヲ下シ余  
 輩ヲシテ満足セシメサルモノアルヲ以テ今參考ノ爲メ權利ニ關スル觀念ノ大  
 略ヲ一言セントス  
 古來權利ノ定義ニ關スル學說頗ル多ク一々之ヲ枚擧スルニ違アラス然レトモ  
 其重ナルモノヲ總括シテ之ヲ分類スルトキハ左ノ四種ノ學說ト爲スコトヲ得  
 可シ

第一 強制主義ノ學說

第二 意思主義ノ學說

第三 利益主義ノ學說

行政法

## 第四 物件主義ノ學說

第一 強制主義ノ學說 強制主義ノ學說ハ獨逸ノ哲學者カント氏カ權利ノ本質ハ強制ナリト論シタルモノニシテ獨リカント氏ノ學派ニ屬スル哲學者ノミナラス法律學者ノ多數モ亦此主義ニ依リテ以テ權利ノ性質ヲ説明スルニ至レリ今茲ニ強制主義ノ學說ヲ主張スル法學者中最モ有名ナルチボ―氏ノ權利ノ定義ヲ擧ケテ以テ此主義ノ學者ハ如何ニ權利ノ定義ヲ下セルヤヲ示サントスチボ―氏ノ權利ノ定義ニ曰ク「權利トハ法ニ依リテ與ヘラレタルノ強制ノ可能ナリト」強制主義ノ學說ヲ主張スル學者中アツケルダイトイフェルト、ミューレンブルツ氏等ノ如キハチボ―氏ト異リタル文字ヲ以テ權利ノ定義ヲ下シタレトモ是唯文字ヲ異ニスルノミニシテ其精神ヲ異ニスルモノニ非ス故ニチボ―氏ノ定義ハ此種ノ學說ノ代表スルニ足ルモノナリ

今チボ―氏ノ定義ニ依ル權利ノ如何ナルモノナルヤヲ考フルニ同氏ハ「權利トハ法ニ依リテ與ヘラレタル強制ノ可能ナリト」云フヲ以テ權利ハ法ニ依リテ與ヘラレタルモノ即チ法ノ制定物ナリ自然學者ノ論スルカ如ク天賦自然ニ存在スルモノニアラス又權利ハ強制ノ可能ナリト云フヲ以テ權利ノ本質本體ハ強制ナリ強制ト權利トハ同一体ナリト云フニ在リ按スルニ權利ヲ以テ法ヲ制定物ト爲シ國法ナキ所ニ權利ナシト云フハ固ヨリ正當ニシテ疑ヲ容ル可キニアラス然レトモ權利ヲ以テ強制ナリト爲シ權利ト強制トハ同一体ナリト云フニ至リテハ異論ナキ能ハス何トナレハ權利ノ本質本體ハ強制ニアラスシテ強制ハ權利ヲ完全ニ維持シテ行使スルカ爲メニ國家ノ與フル補助加勢タルニ過キサレハナリ例ヲ擧テ之ヲ説明センニ例ハ茲ニ一債權者アリ債務者ヨリ一定ノ金額ヲ受取ル可キ權利ヲ有スト假定センニ債權者ハ債權ヲ有スルモ其債務者ヲ直接ニ強制シテ其義務ヲ履行セシムルコト能ハス先ツ債務ノ履行ヲ債務者ニ催告シ債務者尙ホ之レヲ履行セサルトキハ裁判所ニ訴ヘ執行ニ關スル強制的命令ノ下附ヲ得テ之レヲ執達吏ニ渡シ執達吏ハ此強制的命令ニ從ヒテ茲ニ始メテ債務ノ履行ヲ強制ス此ノ如ク債權者ハ權利ヲ有スルモ債務者ニ對シテ直接ニ其債務ノ履行ヲ強制スルコト能ハス債務履行ノ強制ハ國家カ其機關ヲシテ之レヲ行ハシム是權利其物ハ強制ニ非ス強制ハ唯權利ノ行使ヲ完全

ナラシムルカ爲メニ國家ノ命令權ヲ以テ行フ補助加勢タルニ過キサレ所以ナ  
 リ  
 若シ權利ト強制トハ同一体ニシテ權利其物ハ強制ナリト爲ストキハ債權者ハ  
 權利ノ主体ニレテ直接ニ權利ヲ行フコトヲ得ルモノナレハ亦強制ノ主体ニレ  
 テ直接ニ強制ヲ行フコトヲ得ルモノナリト謂ハサル可カラズ然レトモ既ニ述  
 ヘタルカ如ク債權者ハ直接ニ債務ノ履行ヲ強制スルコト能ハサルモノナレハ  
 權利其物ハ強制ニ非ス強制ハ權利ノ行使ヲシテ完全ナラシムル爲メ國家ノ  
 與ヘタル最終ノ手段ナルコト明カナリ要スルニ強制主義ノ學者ハ權利ノ行使  
 フ完全ナラシムル手段ト權利其物トヲ混同シ手段其物ヲ以テ直チニ權利ノ本  
 質本体ナリト爲シタルモノナリ

第二 意思主義ノ學說 意思主義ノ學說ハ哲學者ヘーゲル氏カ意思ヲ基礎ト  
 シテ權利ノ性質ヲ說明シタルニ起因スルモノナリヘーゲル氏ハ權利ノ性質  
 フ說明スルニ當リカント氏ノ如ク權利行使ノ外形ヲ基礎トセス權利ノ實質ニ  
 付テ說明ヲ下サレコトヲ勉メ意ニ意思ナルモノヲ以テ其實質ト爲シ意思ナル

意思主義  
ノ說及其  
批評

概念ニ基キテ權利及法ノ性質ヲ說明セント試ミタリ

ヘーゲル氏カ一々ヒ意思ヲ以テ權利ノ實質ナリト論セシヨリ以來ヘーゲル派  
 ノ哲學者ハ勿論法律學者モ亦一般ニ意思ヲ基礎トシテ權利ノ何物タルヲ說明  
 シ現今尙獨逸ノ私法家中ニハ此學說ヲ主張スル者多シ今茲ニ「パンデアクテン」ヲ  
 以テ有名ナル獨逸ノ法學者ウインドシャイド氏ノ權利ニ關シテ下シタル定義  
 フ掲ケ意思主義ノ學說ヲ代表セシメントス

ウインドシャイド氏ハ權利ノ主義ヲ下シテ「權利トハ法ニ依リテ與ヘラレタル  
 意思ノ力ナリ」ト謂ヒ更ニ之ヲ說明シテ曰ク「權利トハ法ノ制定附與シタル意思  
 ノ力ナリ意思ノ力トハ其所謂權利者ノ意思カ法ノ認メタル範圍ニ於テ義務者  
 ノ行為ノ標準ト爲リ權利者ノ意思ハ義務者ノ意思ヲ支配スルト謂フ義ナリ例  
 ハヘ甲ハ乙ノ或行為ニ關シテ權利アリト云ヘリ此場合ニ於ケル甲ノ意思ハ法ノ  
 認メタル範圍ニ於テ乙ノ行為ヲ支配シ乙ハ甲ノ意思ヲ標準ト爲シ其意思ニ從  
 テ行為セサル可カラサルカ如キ又所有者ニ其所有物ヲ賣却スルノ權利アリト云  
 フトキハ其物件ノ賣買ニ關シテハ所有者ノ意思常ニ他人ノ標準ト爲リ他人ハ

所有者ノ意思ニ反對シテ其物件ノ賣買ヲ左右スルコト能ハサルカ如キ是ナリト蓋シ意思主義ノ學說ノ如ク意思ヲ以テ權利ノ實體質質ト爲ストキハウイェドシヤイド氏ノ定義及説明ハ最モ完全ナルモノト謂フ可シ然レトモ意思ハ權利ノ實体ト爲スコト能ハサレハ同氏ノ定義及説明ハ巧妙ナルニ相違ナシト雖モ未タ之ヲ正當トシテ直ニ同意スルコト能ハス若シ意思主義ノ學說ノ如ク意思ヲ以テ權利ノ實質ト爲ストキハ權利ノ体ハ意思ナレハ權利ハ即チ意思ニシテ意思ハ存セサル所ニ權利ナシト云フハ結果ヲ生レ彼ノプリンツ氏ノ言ノ如ク小兒癡癪者及法人ハ意思ノ能力ナキヲ以テ權利ノ主体タル能力ナシト謂ハサル可カラサルニ至ル然ルニ各國ノ法律ヲ見ルニ特リ我國ノミナラス歐洲諸國ニ於テモ小兒癡癪者及法人ハ意思ノ能力ナシトスルニモ拘ハラズ權利ノ主体タル能力ヲ有シ財產ヲ保有シ得ルコト明カナルヲ以テ意思主義ノ學說ハ國法ノ規定ニ抵觸シ到底成立シ得サル學說ナリ

利益主義ノ說及其批評

ウイェンドシヤド氏ハ小兒癡癪者及法人等ノ意思ト爲スカ故ニ此等ノ者自身ニハ意思ノ能力ナキモ法律上ヨリ視レハ後見人若クハ管理人ノ意思ニ依リテ代表セラレタル意思アルヲ以テ以上ノ如キ何ニ依リテ意思主義ノ學說ヲ覆スコトヲ得サルモノナリト辯護セリ然レトモ余輩ノ考フル所ニ依レハ此ノ如キハ未タ十分ナルモノト爲スコトヲ得ス何トナレハ小兒癡癪者及法人等ニハ通常後見人若クハ管理者アレトモ民法人事編第六十七條ノ場合ニ於テ親族會未タ後見人ヲ選舉セサルトキ又ハ法人ノ管理人死亡シ又ハ退職シタル場合ニ於テ次ノ管理人未タ定マラサルトキニハ後見人若クハ管理人ナキヲ以テ此等ノ場合ニ於ケル小兒癡癪者法人等ニハ意思ナシ意思ナキカ故ニ又權利ナク從來後見人若クハ管理人ノ意思ニ依リテ保有シ來リタル權利ハ此瞬間ニ於テ喪失スルモノト謂ハサル可カラサルニ至リ國法ノ規定ニ抵觸スルコトヲ免カレサレハナリ

第三 利益主義ノ學說 利益主義ノ學說ハイエーリシカ非常ノ熱心ト勇氣トヲ以テバンデクテンニ研究セタル結果トシテ生シタル者ナリ

ウイェンドシヤド氏ハ其著書「羅馬法神髓」第四卷ニ於テ強制主義及意思主義ノ學說ヲ排斥シ權利ハ強制ナリト云フモ權利ハ意思ナリト云フモ均シク權利行使ノ外形ニ關ス

ル説明ニシテ權利其物ノ實體ニ關スル説明ニ非スト爲シ更ニ一機軸ヲ出シ利益ヲ以テ權利ノ實質ナリト論シ利益主義ノ學說ヲ起セリ氏ハ權利ノ定義ヲ下シテ曰ク「權利トハ法律上保護セラレタル利益ナリト謂ヒ權利ノ實體ハ利益ナリトセリ故ニ同氏ノ考フル所ニヨレハ利益ノナキ所ニ權利ナシ又イエーリング氏ハ權利ハ法律上保護セラレタル利益ナリト云フヲ以テ總テノ利益カ悉ク權利ナルニ非ス立法者カ保護スルノ必要アリト認メテ法律上ノ保護ヲ與ヘタル利益即チ權利ナリ而シテ同氏ハ又法律上ノ保護ト云フ事ヲ説明シテ曰ク「法律上ノ保護トハ訴ニ依リテ救済ヲ求ムルコトヲ許シタルコトヲ云フ」ト謂ヘリ故ニ今イエーリング氏ノ定義ヲ換言スルトキハ權利トハ訴ニ依リテ保護セラレタル利益ナリト云フコトヲ得可シ即チ權利タル觀念ハ利益ナル觀念ト訴訟ナル觀念トノ二箇ノ要素ヲ包含スルモノニシテ利益ナキカ若クハ訴訟ノ方法ニ依リテ救済ヲ求ムルコトヲ得サルモノハ權利ニ非ラト斷定スルコトヲ得可シ管ニ斯クノ如ク斷定スルコトヲ得ルノミナラスイエーリング氏ノ如ク權利ノ定義コト下ストキハ論理上ノ必要ヨリシテ當然以上ノ如キ斷定ヲ下サ、ルヲ得

ス

然レトモ斯ノ如キ議論ハ種々ノ點ニ於テ各國ノ成法ニ抵觸スルモノナリ先ツ權利ハ利益ナリトノ事ニ付テ之ヲ觀察スルニ利益トハ主觀的ノ觀念ニシテ特定ノ人ニ對シテ或物件ノ有スル價格ノ關係ヲ言表ハスモノナレハ或物件ヲ以テ甲ハ利益アリト爲スモ乙ハ利益ナシト爲スコト有リ利益主義ノ學說ニ從ヘハ權利ノ實體ハ利益ニシテ利益無キ所ニ權利存セスト云フヲ以テ右ノ場合ニ於テ甲ハ權利ヲ有スルコトヲ得ルモ乙ハ當然權利ヲ有セスト云ハサルハカラス今實例ニ付テ之ヲ言ヘンニ茲ニ一人ノ法定家督相續人アリテ其父ハ莫大ノ負債ヲ有スルヲ以テ其家督ヲ相續スルハ甚タ不利益ナリト考フルトキハ其相續人ハ利益アリト爲サス却テ不利益ナリトスルモノナレハ當然其家督ヲ相續スルノ權利ナク唯其相續ヲ以テ自己ニ利益アリト爲シタル場合ニ於テノミ家督相續權アルモノナリト謂ハサル可カラサルニ至ル斯ノ如キ說ハイエーリング氏自ラモ主張スルコトヲ欲セサルノミナラス我國法ノ明文ニ抵觸ス何トナレハ我相續法ヲ見ルニ相續人カ家督相續ヲ以テ自己ニ利益ナシト爲スルニ



於テモ尙ホ法律上當然相續權ヲ有スルコト明カナレハナリ次ニ權利ハ訴訟ハ方  
法ニ依リテ保護セラル、モノナリ訴訟ニ依リテ保護セラレサルモノハ權利ニア  
ラスト云フコトニ付テ考フルニ是亦我國法ニ抵觸ス我國ノ法律規則ニ依ルニ普  
通裁判所及特別裁判所ニ訴追シテ救済ヲ求ムルコトヲ許サ、ルモノヲ以テ權  
利ナリト規定シタルコト少ナカラス今民法中ヨリ其實例ヲ舉クレハ自然義務  
ニ對スル權利ノ如キ是ナリ我民法ハ財産編第二章第四章ニ於テ自然義務ナレ  
モノヲ認メ自然義務ニ對スル權利者ハ訴追シテ其履行ヲ求ムルコトヲ得スト  
セリ故ニ利益主義ノ學說ニ依レハ此場合ニ於ケル權利者ハ訴追シテ其履行ヲ  
求ムルコトヲ得サルヲ以テ自然義務ニ對スル權利ハ權利ニ非スト斷定セサル  
可カラス

要スルニ利益主義ノ學說ニ依レハ國法カ權利ナリト規定スルモノヲ以テ權利  
ニ非ストナスノ結果ヲ生スルヲ以テ我國學者ハ一般ニ此說ヲ是認スルニモ拘  
ハラス余輩ハ聊カ此說ヲ採用スルニ遲疑セサルヲ得ス

第四物件主義ノ學說 此學說ハ近時デルンベルヒ氏ノ始メテ唱ヘタルモノナリ

リ同氏ノ考フル所ニ依レハ抑モ人類ハ外物ヲ收用スルニ非サレハ其生活ヲ遂  
クルコト能ハサルヲ以テ何人ト雖モ其生活ヲ全ウセント欲セハ必ス外物ヲ收  
用スルノ要アリ而レテ其外物ヲ收用スルニ當リ人類ノ自然ニ放任シ各々其爲  
ス所ニ任スルトキハ弱者ノ肉ハ強者ノ食ト爲リ略奪鬭爭止ム時ナク國家及社  
會ハ一大戰場ト爲リ管ニ人文ノ進化發達ヲ見ル能ハサルノミナラス國家其物  
ノ安危存亡モ亦測ル可カラサルヲ以テ國家ハ其安全長久ヲ祈リ進化發達ヲ計  
ラント欲ヒハ必ラス外物ノ收用ニ關シテ一定ノ條件ト一定ノ持分トヲ定メ某  
ノ條件ヲ充サ、レハ某ノ持分ヲ有スル能ハス某ノ持分ニハ必ス某ノ條件ヲ伴  
フコトヲ要スト規定シ若シ其條件存在セサルニ其持分ヲ享有セント欲スル者  
アルトキハ國家ハ之カ防禦救済ヲ謀ラサルヘカラス故ニ現今各國ノ狀況ヲ按  
スルニ進歩シタル諸國ハ皆外物ノ收用ニ關シ一定ノ條件ト之ニ伴フ一定ノ持  
分トヲ定メテ例ヘハ無主物先占ト云フ條件ヲ充ストキハ其物ニ對シテ一定  
ノ持分ヲ有シ所有者ト爲ルカ如キ又甲カ自己ノ持分ニ屬スル所ノ金錢米穀ヲ  
乙ニ貸與スルトキハ甲ハ更ニ一定ノ持分ヲ有シ債權者ト爲ルカ如キ規定是ナ



リ而シテ權利トハ茲ニ所謂持分ナルモノニ外ナラズト爲シ遂ニ權利ノ定義ヲ下シテ「權利トハ法ノ規定ニヨリテ人ニ屬スル生活ノ必要物ニ關スル持分ナリ」ト云ヘリ蓋シ所有權ト云ヒ債權ト云ヒ留置權ト云ヒ償還請求權ト云フモ皆吾人カ外物ヲ收用スルニ當リテ法ノ規定ニ依リテ有スル持分ニ外ナラス唯其持分ヲ得ル條件ト其持分ノ目的物トノ差異ヨリシテ以上ノ如キ種々ノ異リタル名義アルノミ而シテ「デルンベルヒ氏ハ其定義中ニ於テ「法ノ規定ニ依リテ」文字ヲ挿入シ權利ハ法ノ創定物ナルコトヲ示シ又「人ニ屬スル云々」ト云ヒテ權利ノ主体ハ人ナルコトヲ表シ「生活ノ必要物ニ關スル云々」ト云ヒテ權利ノ客体ハ生活ノ必要物即チ物ナルコトヲ示シ又權利ハ持分ナリト斷言シ權利ハ強制ニ非ス意思ノ力ニ非ス又利益ニ非サルコトヲ明カニシ能ク權利ノ特性ヲ表明シタルヲ以テ余輩ハ權利ノ定義ニ關シテハ姑ラク同氏ノ說ニ從ハントス

以上概畧ノ説明ヲ以テ行政裁判所ノ概括的職權ハ其大体ヲ明カニシタリト信ス行政裁判所ノ概括的職權ハ明治二十三年法律第六號ニ列記セシ五箇ノ事項ニ關シテ以上ノ四條件具備シタル時ニ於テノミ存在ス以上ノ四條件具備スルニ關スル處分ナルモ四條件ノ一ヲ缺クトキハ行政裁判所ハ其訴訟ヲ受理スルコト能ハス

損害要償

行政裁判所ノ列記的權限ニ關シテハ以上ノ四條件ノ有無ニ拘ハラズ又其處分ハ何等ノ事項ニ關シタルヲ問ハス總テ法律若クハ勅令ノ列記ヲ理由トシテ行政裁判所ハ受理審判スルコトヲ得可シ

行政裁判所第十六條ニ於テ「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」ト規定セリ故ニ行政裁判所ニ出訴シテ争ヒ得ル所ノ處分ニ因リ損害ヲ被フリタルコトアルモ被害者ハ行政訴訟ニ附帶シテ損害賠償ノ訴ヲ行政裁判所ニ提起シ其判決ヲ求ムルコトヲ得サルヲ原則トス且又現今我國法ニ於テハ行政裁判所ニ於テ損害要償ニ關シテ裁判ス可キ場合ヲ認メタル所ナキヲ以テ現行ノ國法ニ於テハ我行政裁判所ハ損害要償ニ關スル裁判ヲ爲ス場合全ク之アルコトナシ然レトモ將來列記法ニ依リテ或場合ニテハ損害賠償ニ關スル裁判ヲ爲ス可キコトヲ特ニ委任シタルトキハ行政裁判所ハ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリト信ス



何トナレハ行政裁判所其物ノ性質ニ於テ絶對的ニ損害賠償ノ訴ヲ判決スルコト能ハストノ國法上ノ理由ナケレハナリ行政裁判法第十六條ハ唯我國ノ民法ニ於テ損害賠償ハ之ヲ民事ト爲シ普通裁判所ニ出訴シシムルカ故ニ今復テ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ許シ二重ニ出訴ノ途ヲ開クトキハ裁判ノ軋觸アラシコトヲ恐レタルニ因ル

或ハ行政裁判所ニ於テ損害賠償ヲ受理セスト云フ明文ヲ理由トシテ行政官廳ハ其處分ヨリ生スル處ノ損害ヲ賠償スルノ責任ナシト論斷スル者アリト雖モ此條文ノ意義ハ否ヲス行政官廳ニ損害賠償ノ責任アルヤ否ヤハ他ノ法律規則ニ根據シテ定マルモノニシテ行政裁判所ニ於テ損害賠償ノ訴ヲ受理スルト否トハ行政官廳ニ賠償ノ責任アルト否トヲ判斷スルノ標準ニ非サルナリ

### 第十九章 行政訴訟手續及判決ノ効果

#### 第一 行政訴訟ノ手續

行政訴訟  
提出ノ期

行政訴訟ハ法律勅令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除ク外行政官廳ニ於テ處分書ヲ

交付シヌハ告知シタル日ヨリ六十日以内ニ提起ス可シ若シ天災其他避ク可カラサル事變アリテ行政訴訟ヲ提起スルコト能ハス又ハ自己ノ過失ニ因ラスレテ處分アリシコトヲ知ラザリシ場合ノ外此期間内ニ訴訟ヲ提起セスシテ六十日ヲ經過シタルトキハ如何ナシ事情ノ存在スルアルモ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス天災其他避ク可カラサル事變ノ爲メ訴訟ヲ提起スルコト能ハス又ハ自己ノ過失ニ因ラスシテ處分ノアリシコトヲ知ラザリシ場合ニ於テハ其障害ノ止ミタル日若クハ行政處分ノアリシコトヲ知リタル日ヨリ十四日以内ニ於テ行政訴訟ヲ提起スルコトヲ得此場合ニ於テモ其障害ノ止ミタル日若クハ處分ノ有リシコトヲ知リタル日又ハ行政官廳ニ於テモ諸文書ヲ交付シ又ハ告知シタル後六十日ノ期間終了ヨリ起算シ既ニ一年ヲ經過シタル後ナルトキハ最早絶對的ニ行政訴訟ヲ起スコトヲ得ス

辨訴狀及答  
辯書

行政訴訟ノ提起ハ文書ヲ以テ之ヲ爲ス其文書ニハ原告ノ身分、職業、住所、年齢被告ノ名稱、要求ノ事件及其理由、證據、年月日ヲ記載シ、署名捺印シ原告ノ經歷セシ訴願書、裁決書並ニ證據書類及被告ニ送付スル爲メニ必要ナル文書ノ副本ヲ添

行政法

ヘテ之ヲ行政裁判所ニ差出ス可シ訴狀ノ差出アリタルトキハ行政裁判所ハ其  
訴狀ニ付テ行政訴訟ヲ許ス可キモノナルヤ否ヤ又適法ノ手續ニ違背ヒサルヤ  
否ヤヲ審査シ若シ法律勅令ニ依リテ行政訴訟ノ提起ヲ許ス可カラサルモノナ  
ルヤ又ハ適法ノ手續ニ違背スルモノナルトキハ其理由ヲ附シタル裁決書ヲ以  
テ之ヲ却下ス若シ其訴狀カ唯法式ヲ缺クニ止マルトキハ之ヲ改正セシムル爲  
メ期間ヲ指定シテ還付ス

以上ノ手續ヲ經タル後行政裁判所ニ於テ訴狀ヲ受理シタルトキハ裁判所ハ職  
權ヲ以テ原告ノ差出シタル訴狀ノ副本ヲ被告ニ送付シ相當ノ期間ヲ指定シテ  
答辯書及原告ニ送付スル爲メ必要文書ノ副本ヲ差出シシム裁判所ニ於テ一應  
ノ訴狀及答辯書ノ往復ヲ以テ事休ヲ明カニスルニ足ラスト爲シ尙相互ノ辯駁  
答辯ヲ必要ト爲ストキハ相當ノ期間ヲ指定シテ原告ニハ再ヒ辯駁書ヲ差出サ  
シメ被告ニハ此辯駁書ニ對スル答辯書ヲ差出サシム可シ訴狀及答辯書ノ附屬  
文書ノ副本ハ裁判所ノ都合ニヨリ原告及被告ニ對シテ交互ニ送付スル代リニ  
行政裁判所内ニ於テ之ヲ閲覧セシムルコトヲ得

口頭審問

原告及被告ノ間ニ於ケル訴狀及答辯書ノ往復済ミタルトキハ行政裁判所ハ職  
權指定シタル期日ニ於テ原告被告及第三者ヲ召喚シテ裁判ヲ開キ口頭審問ヲ  
爲ス原告被告及第三者ハ口頭審問ニ於テ事實上及法律上ノ點ニ付文書ニ盡サ  
ル所ヲ補足シ又ハ誤謬ヲ更正シ若クハ新ニ證據ヲ提出スルコトヲ得此三人  
共ニ口頭審問ヲ爲スコトヲ望マサル旨ヲ申立ツルカ又ハ三人共ニ出廷セサル  
トキハ口頭審問ヲ爲サス文書ニ付テ直ニ判決ヲ爲スコトヲ得然レトモ三人中一  
人ニテモ口頭審問ヲ爲サハルコトニ付キ異議アルカ又ハ裁判所自ラ口頭審問  
ヲ必要ト認ムルトキハ原告被告及第三者ニ出廷ヲ命シ口頭審問ヲ爲スコトヲ

得

召喚ノ期日ニ於テ原告若クハ被告若クハ第三者出廷セサルコトアルモ裁判所  
ハ其審判ヲ中止セシテ之ヲ續行ス但行政裁判所審問中ノ事件ニ關シ民事上  
ノ訴訟起レコトアリテ普通裁判所ノ確定ヲ待ツノ必要アリト認ムルトキハ其  
審判ヲ中止スルコトヲ得

行政裁判所ニ於テ審問中ノ事件ニ關シ公益ヲ保護スルノ必要アリト認ムルト

行政法

對審判決  
ノ公開及  
其停止

キハ主務大臣ハ訴訟代理者ノ外特ニ委員ヲ命シテ裁判所ニ差出レ意見ヲ述ヘ  
シムルコトヲ得此場合ニ於テハ裁判所ハ判決ヲ爲スニ先チ其委員ヲシテ意見  
ヲ陳述セシムヘシ

行政裁判所ノ對審判決ハ公開スルヲ原則ト爲ス然レトモ安寧秩序風俗ヲ害ス  
ルノ虞アルカ又ハ行政官廳ノ要求アルトキハ裁判所ハ其議決ヲ以テ對審ノ公  
開ヲ止ムルコトヲ得對審ノ公開ヲ停止スルノ決議ヲ爲シタルトキハ公衆ヲ退  
カシムルノ前ニ之ヲ言渡ス可シ而シテ公開停止ハ唯對審ノ時ニ於テノミ行フ  
可キモノニシテ判決ノ時ハ再ヒ之ヲ公開ス可キモノト信ス何トナレハ行政裁  
判決第三十六條第一項ニ於テ「裁判所ノ對審判決ハ之ヲ公開スト明言シテ公開  
ノ原則ヲ掲ケ其第二項ニ於テ「安寧秩序又ハ風俗ヲ害スルノ虞アルカ又ハ行政  
廳ノ要求アルトキハ裁判所ノ決議ヲ以テ對審ノ公開ヲ止ムルコトヲ得」規定  
シ公開ノ停止ヲ對審ノ場合ノミニ限リ第一項ニ併記セル判決ヲ爲スニ當リテ  
ハ公開ヲ停止スル場合アルコトヲ認メサルノミナラス立法上ノ理由ヨリ云フ  
モ判決ハ固ヨリ外部ニ對シテ發表スルモノナレハ其公開ヲ停止スルノ必要ナ  
ケレハナナリ

行政訴訟  
手續ニ關  
スル二關  
題

行政訴訟手續ニ關シテ最後ニ決ス可キ問題二アリ

第一ハ我行政裁判法ハ口頭審理主義ヲ採リタルカ將又書面審理主義ヲ採リタ  
ルヤノ問題はナリ或人ハ口頭審理主義ヲ採リタリト主張シ之ニ反對スル論者  
ハ書面審理主義ヲ執リタリト主張セリ然レトモ余輩ノ見ル所ヲ以テスレハ我  
行政裁判法ハ口頭審理主義ノミニ依リタルニ非ス又書面審理主義ノミニ依リ  
タルニ非ス兩主義ヲ併用シタルモノト信ス何トナレハ若シ口頭審理主義ノミ  
ヲ採用シタリト爲ストキハ行政裁判所ノ判決ハ必ス口頭辯論ニ於テ陳述シタ  
ル所ヲ基礎ト爲ス可ク訴狀及其他ノ附屬書類ハ單ニ口頭辯論ノ準備及判官ノ  
參考ノ材料ト爲ルニ過キスシテ判決ノ基礎ト爲ス可キモノニ非ス然ルニ行政  
裁判法第三十三條第二項ニ於テ原告被告及第三者ニ於テ口頭審問ヲ爲スコト  
ヲ望マサル旨ヲ申立テタルトキハ行政裁判所ハ直ニ文書ニ付テ判決スルコト  
ヲ得ト規定シ又第四十一條第二項ヲ於テ原告被告及第三者共ニ出庭セサルト  
キハ審問ヲ行ハス直ニ判決ヲ爲スコトヲ得ト規定シ判決ハ其基礎ヲ必スシセ

行政法

口頭辯論ニ取ルコトヲ要セス文書ニ依リテモ又判決スルコトヲ得ト爲シ口頭審理主義ニノミ依ラサルコトヲ明ニシ又一方ニ於テハ第三十四條第二項ニ於テ原告及第三者ハ口頭辯論ニ於テ事實上及法律上ノ點ニ付文書ニ盡サハル所ヲ補足シ又誤謬ヲ更正シ若クハ新ナル證據ヲ提出スルコトヲ許シ判決ハ其基礎ヲ必スシモ文書ニ取ルコトヲ要セス口頭辯論ノ陳述モ亦判決ノ基礎ト爲ルコトヲ規定シ書面審理主義ニノミ依ラサルコトヲ示シタレハナリ

第二ハ我行政裁判法ハ干渉審理主義ヲ採リタルヤ將又任他審判主義ヲ採リタルヤノ問題はナリ論者咸ハ任他審判主義ヲ採リタリト爲シ或ハ任他審判主義ト干渉審判主義トヲ併用シタリト爲スト雖モ余輩ノ考フル所ニコレハ我行政裁判法ハ干渉審判主義ヲ採リタルモノナリト信ス何トナレハ我行政裁判法ハ第二十九條ニ於テ「行政裁判所ニ於テ必要ナリト認メタルハ原告被告交互ニ辯駁書及再度ノ答辯書ヲ差出サシム可シ」ト規定シ第三十一條ニ於テ「行政裁判所ハ訴訟審問中其事件ノ利害ニ關係アル第三者ヲ訴訟ニ加ハラシムルコトヲ得ト規定シ又第三十八條ニ於テ「行政裁判所ハ證據ヲ徵シ證人鑑定人ヲ召喚シ及鑑定ヲ爲サシムルコトヲ得ト規定シ民事訴訟法ノ如ク裁判官ハ當事者ノ陳述若クハ提起シタル證據ノミニ依リテ裁判ス可キモノト爲サス行政裁判所ハ自ラ進テ事實ヲ調査シ判官ノ職權ヲ以テ眞理ナリト認メタル證據ニ依テ自由ナル判決ヲ與フ可キモノト爲シタレハナリ

第二 判決ノ効果

行政裁判所ハ第一審ニシテ同時ニ終審ナルヲ以テ行政裁判所ノ判決ニ對シテハ上訴ヲ爲スコトヲ得ス一旦判決アリタルトキハ其判決ハ直チニ確定ノモノト爲ル又如何ナル場合ニ於テモ再審ヲ求ムルコトヲ許サス偶々行政裁判法第四十條ニ依リ審問手續ニ關スル故障ノ申立アルモ行政裁判所自ラ之ヲ判決シ行政裁判所以外ノ官廳ニ於テ審問判決スルコトヲ許サス此ノ如ク第一審ニシテ同時ニ終審ノ性質ヲ有スル行政裁判所ノ確定判決ハ其事件ニ付原告及被告ノ地位ヲ占ムル關係ノ行政官廳ヲ羈束スルノミニ止マラス行政裁判所カ訴訟審問中其事件ノ利害ニ關係アル第三者ヲ訴訟ニ加ハラシメ又ハ第三者ノ願ニ依リ訴訟ニ加ハルコトヲ許シタル場合ニ於テハ第三者ニ對シテモ亦其効力ヲ



及ホスモノナリ  
行政裁判所ノ判決ハ行政裁判所自ラ之ヲ執行シ得ルノミナラス其都合ニ依リ  
普通裁判所ニ囑托スルコトヲ得然レトモ通常實際ノ事實トシテハ行政裁判所  
若クハ普通裁判所ノ執行ヲ待タスシテ行政官廳自ラ進テ判決ニ適從シタル處  
分ヲ爲スモノナリ

### 第二十章 訴願ノ性質

訴願ノ性質モ亦行政訴訟ノ性質ニ於ケルカ如ク歐洲ノ公法家ハ大ニ之レカ研  
究ヲナシ各説フテ名論卓説ヲ出サンコトヲ勉メタリ然レトモ我國ニ於テハ公  
法家タルト私法家タルトヲ問ハス此疑問ニ關シテ未タ研究ノ勞ヲ執リタル者  
アルヲ聞カサレハ余輩ハ今歐洲公法家カ其腦漿ヲ絞リテ研究シタル結果ノ概  
略ヲ諸君ニ紹介シテ聊カ其批評ヲ試ミ我國ノ訴願ノ性質ハ如何ナレモノナル  
ヤヲ研究セントス

訴願ノ性質ニ關スル學說

訴願ノ性質ニ關スル歐洲公法家ノ學說數多アリト雖モ其重ナルモノヲ既括分

類スレハ左ノ四種トナル

- 第一 訴願ハ命令違反ノ行政處分ニ對スル救済方法ナリトスル學說
- 第二 訴願ハ利益侵害ノ行政處分ニ對スル救済方法ナリトスル學說
- 第三 訴願ハ片言の裁決ノ要求ナリトスル學說
- 第四 訴願ハ行政ノ目的ニ適セサル行政處分ニ對スル救済ノ方法ナリトスル學說

第一說及其批評

第一 訴願ハ命令違反ノ行政處分ニ對スル救済方法ナリトスル學說 此說ハ  
ルードルフ、フネン、スタイン氏ノ唱ヘタル所ニシテ同氏ハ總テノ行政處分ヲ以テ  
悉ク法律若クハ命令ノ執行ナリト爲シ行政處分ハ必ラス直接ニ法律若クハ命  
令ニ依リテ行フモノナリ其法律ニ違反レタル行政處分ノ取消若クハ變更ヲ求  
ムル請求ハ即チ行政訴訟ニシテ命令ニ違反レタル行政處分ノ取消若クハ變更  
ヲ求ムルモノハ即チ訴願ナリト論シ訴願ハ命令違反ノ行政處分ニ對スル救済  
方法ナリト云ヘリ然レトモ各國ノ行政處分ヲ視ルニ行政處分ハ必スレモ法律  
若クハ命令ノ執行ノミニ非ス又必スレモ直接ニ法律若クハ命令ニ依リテノミ

行政學

行フモノニ非ス法律命令ハ一定ノ範圍ヲ定メ其範圍内ニ於テハ直接ニ準據ス可キ法律命令ナキモ行政官ニ自己ノ裁量ヲ以テ自由ノ處分ヲ行フコトヲ許シタルコト多シ且又我國ノ訴願法ヲ見ルニ法律ニ違反シタル行政處分ニ對シテハ行政訴訟ヲ許シ命令ニ違反シタル行政處分ニ對シテハ訴願ヲ許ス可キモノナリトノ標準ニ依リテ規定セズ法律ニ違反シタル場合ニ於テモ亦訴願ヲ許スノミナラス法律命令ニ違反セサルモ其行政處分ニ依リテ行政ノ目的ニ適セサルトキハ訴願スルコトヲ許シタル規定多キヲ以テスマイヤー氏ノ說ニ依テ我現行ノ訴願法ヲ説明スルコトヲ得ス當ニ我現行ノ訴願法ヲ説明スルコトヲ得サルノミナラス恐クハ歐洲各國ノ訴願法モ亦説明スルコト能ハサル可シ

第二說及其批評

第二 訴願ハ利益侵害ノ行政處分ニ對スレ救濟ノ方法ナリトスル學說 此說ハサルバイ、ステンゲル、バライ、ガウプ氏等ノ主張スル所ナリ此等ノ諸學者ハ利益ト權利トヲ區別シ行政官廳ノ行政處分ニ依リテ權利ヲ毀損セラレタリトスルトキハ行政訴訟ニヨリテ其救濟ヲ求ムルコトヲ得行政官廳ノ處分ニ依リテ其權利ヲ毀損セラレタルモ利益ヲ毀損セラレタリトスルトキハ訴願ヲ爲シ之

ニ依リテ其救濟ヲ求ムルコトヲ得即チ訴願ハ利益侵害ノ行政處分ニ對スル救濟方法ナリト云ヘリ此說ノ第一ノ弱點ハ法律學上疑問ニ屬スル權利ト利益トノ關係ヲ詳シク論定セズ蓋シ權利ト利益トヲ區別シ權利侵害ノ行政處分ニ對スル救濟方法ハ行政訴訟ニシテ利益侵害ノ行政處分ニ對スル救濟方法ハ訴願ナリト斷言シ法律上ノ疑問ニ屬スル所ノモノヲ以テ其判斷ノ基礎ト爲シ疑問ヲ以テ疑問ヲ決セント爲シタルニ在リ又第二ノ弱點ハ各國ノ訴願法ニ於テ權利侵害ト利益侵害トノ區別ニ基キテ行政訴訟ト訴願トヲ區別シテ立法セサルニ在リ殊ニ我國ノ如キハ行政訴訟ヲ提起シ得ル場合ヲ概括的ニ規定シタル明治二十三年法律第六六號ニ於テハ行政官廳ノ違法處分ニ依リテ權利ヲ毀損セラレタリトスル者ハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得ト規定シ權利侵害ヲ以テ行政訴訟ノ原因ト爲セトモ此他ノ列記の規定ニ依リ行政裁判所ニ出訴ヲ許シタル場合ニ於テハ必スシモ權利侵害ヲ以テ行政訴訟ノ原因トセズ例ヘハ町村制第二百二十八條第二項第一ニ於テ町村長ノ懲戒處分ニ不服アル者ハ郡長ニ訴願シ郡長ノ裁決ニ不服アルモノハ府縣知事ニ訴願シ府縣知事ノ裁決ニ不服アル者ハ行

行政法





政裁判所ニ出訴スルコトヲ得ト規定シ又同條第二項第二ニ於テ郡長ノ懲戒處分ニ不服アル者ハ前ト同一ノ手續ニ依テ行政裁判所ニ出訴スルヲ得ルモノト規定シタルカ如キ是ナリ此等ノ明文ニ依ルトキハ假ニ府縣知事カ或町村ノ委員ニ二十五圓ノ過怠金ヲ申付ケタリトモニ其町村委員カ此過怠金ノ金額ヲ不當ナリトスルトキハ行政裁判所ニ出訴スルコトヲ得然レトモ此等ノ場合ニ於テハ府縣知事ハ其職權ヲ以テ過怠金トシテ二十五圓ヲ徵收スルコトヲ命シタルモノニシテ假令其過怠金ノ金額ハ多キニ過クモ雖モ町村委員ノ權利ヲ毀損シタルニ非ズ其不服ヲ行政裁判所ニ訴フルモ亦權利毀損ノ理由トシテ訴フルニ非サルハ恰モ刑事裁判官カ一定ノ罰金申渡レタルニ當リ其金額ハ過多ナルモ犯罪人ノ權利ヲ毀損シタルニ非ス又其金額ヲ不當トシテ上訴スルモ權利毀損ノ理由トシテ上訴スルニ非サルカ如シ加之我國ニ於テハ地方行政處分ニ對シテ提起スル行政訴訟ハ必ス訴願ノ手續ヲ經可シト規定シ行政訴訟ト訴願トハ其訴訟ノ原因ヲ同一ニスルコトアリト認メ一ハ權利侵害一ハ利益侵害ヲ訴ノ原因ト爲ス可キモノナリト云フカ如キ區別ヲ爲サズ是行政訴訟ハ必ス

第三說及其批評

シモ權利毀損ヲ以テ訴訟ノ原因ト爲シ訴願ハ必スモ利益侵害ヲ以テ其訴ノ原因ト爲スモノニ非スト云フ所以ナリ之ヲ要スルニ權利毀損ト利益侵害トヲ區別シ訴願ハ利益侵害ニ對スル救済ノ方法ナリトスル學說ハ一方ニ於テハ疑ヲ以テ疑ヲ決スルノ弊アリ一方ニ於テハ各國ノ訴願法ニ抵觸スルヲ以テ余輩ハ贊同スルコト能ハサルナリ

第三 訴願ハ片言的裁決ノ要求ナリト云フ學說 此說ハグナイスト氏カ行政裁判及訴願ノ性質ヲ研究シテ得タル所ノ結果ナリ同氏ハ訴願ト行政訴訟トヲ比較シ行政訴訟ハ必ス原告及被告ノ陳述ヲ聽キテ而ル後ニ裁決ヲ爲スモノナレトモ訴願ハ之ニ反シ原告及被告ノ陳述ヲ聽キテ裁決スルコトナク訴願者一方ハ陳述ヲ聽キ其相手方ハ申立ヲ聽クコトナクレテ裁決スルモノナリ換言セハ訴願ハ片言的裁決ノ要求ナリト云ヘリ今グナイスト氏ノ學說ニ付テ其可否ヲ考フルニ余輩ノ見レ所ヲ以テスレハ行政裁判ハ原被告兩造ノ申立ヲ聽キタル後裁判ヲ爲セトモ訴願ニハ原告被告ノ區別ナク從テ訴願者ノ陳述ノヲ聽キテ裁決ヲ下スモノナルハ明カニシテ一點ノ疑ヲ容ルヘキニアラザレトモ此等



ハ行政訴訟及訴願ノ取扱手續ニ關スル一ノ差異タルニ過キス行政訴訟ト訴願トノ差異ハ數多アリテ管ニ片言以テ其訴ヲ斷スルト否トニ止マラサレハダナイストノ氏ノ如ク取扱手續ニ關スル一ノ差異ヲ以テ主眼ト爲シ訴願ノ如何ナルモノナルヤヲ説明セントスルハ學問上價値ナキノミナラス到底其目的ヲ達ス可カラサルモノナリト信ス

第四説及其批評

第四 訴願ハ行政ノ目的ニ適セサル行政處分ニ討スル救済ノ方法ナリトスル學說 此説ハホルンハツク氏カ字國ノ訴願法ヲ説明スルニ當リ主張シタル所ノモノナリ同氏ハ其著字國國家法第二卷第四百十八章ニ於テ訴願ノ性質ヲ説明シ訴願モ行政訴訟モ均シク行政處分ノ取消若クハ變更ヲ求ムルカ爲メ其處分ニ因リテ利害ノ關係ヲ有スル者ヨリ提起スル所ノ訴ナリ然レトモ行政訴訟ハ行政官廳ノ行政處分カ法律規則若クハ命令ニ違反シタルトキニ提起シ訴願ハ行政處分カ法律規則若クハ命令ニ違反セサルモ行政ノ目的ニ適セスト認ムルトキニ提起スルモノナリ故ニ行政官カ直接ニ法律若クハ命令ニ依リテ其處分ヲ行ハス法律命令ノ許シタル範圍内ニ於テ自己ノ裁量ヲ以テ自由ナル處分

ヲ行ヒ得ル場合ニハ其處分ニ對シテ行政訴訟ヲ提起スルコト能ハス唯訴願ヲ爲シ得ルノミ何トナレハ此場合ニ於テハ行政官ノ處分ハ其裁量ノ自由ナル範圍内ノ處分ニシテ一々法律命令ニ依リテ爲ス所ノ處分ニ非サレハ法律命令ニ違反スルヤ否ヤノ問題起ル可キ理由ナク唯其處分ハ行政ノ處分ヲ違スルニ適當ノモノナルヤ否ヤノ問題ヲ生スルノミ即チ單ニ訴願ノ原因ノミ存シテ行政訴訟ノ原因存セザレバナリト云ヘリ要スルニホルンハツク氏ノ論旨ハ違法處分ノ取消若クハ變更ノ要求ハ行政訴訟ニヨリテ之ヲ爲シ便宜ナル行政處分ノ取消若クハ變更ハ訴願ヲ以テ要求スルモノナリトスルニ在リ此説ハホルンハツク氏カハ緻密且鋭敏ナル腦髓ヲ以テ考ヘタル所ニシテ字國ノ訴願法ノ説明トシテハ最モ適切ナルモノナリ然レトモ我國ニ於テ字國等ノ行政裁判法、訴願法及市町村制ヲ輸入セル際ニ當リ少シク之ニ變更ヲ加ヘ字國等ニ於テハ第一審若クハ第二審ノ行政訴訟ト爲シタルモノヲ我國ニ於テハ之ヲ訴願ト爲シタルニモ拘ハラズ尙ホ實際ニ於テハ第一審若クハ第二審行政訴訟ナルカ如ク取扱ヒ行政訴訟ハ法律勅令ニ特別ノ規定アルモノヲ除クノ外先ツ地方上級行政廳即チ府



縣廳若クハ府縣參事官ニ訴願シ其裁決ヲ經タル後之ヲ提起ス可キモノト定メ同一ノ事件ニ關シ同一ノ場合ニ於テ同一ノ理由ヲ以テ訴願及行政訴訟ヲ提起シ得ルモノト爲シタル場合多ク行政訴訟ハ違法處分ニ對シテ提起シ訴願ハ不便宜ナル行政處分ニ對シテ提起スルモノナリトノ原則ヲ一般ニ認メサルカ故ニ學國ノ訴願法ノ說明トシテハ最モ適當ナルボルニハツク氏ノ說モ之ヲ我國ニ移レテ我訴願法ノ說明ト爲ス可カラス加之我國ニ於テハ前述ノ如ク同一ノ事件ニ關シ同一ノ場合ニ於テ同一ノ理由ヲ以テ訴願及行政訴訟ヲ提起スルコトヲ許シタル場合多キヲ以テ行政訴訟ト訴願トハ其實質上ノ區別ナク訴願モ亦行政訴訟ト同シク行政處分ノ取消若クハ變更ノ要求タルニ過キス唯訴願ト行政訴訟及其他ノ訴ト異ナルハ形式ニ在リ而レテ其形式ハ訴願ニ關スル種々ノ法ニ於テ規定セルヲ以テ訴願ハ如何ナルモノナルカノ問ニ對シテハ形式上ヨリ說明シテ訴願トハ訴願ニ關スル規定ニ依リテ行フ行政處分ノ取消若クハ變更ノ要求ナリト答フルノ外ナレト信ス

## 第二十一章 訴願ノ手續

本章ニ於テ訴願ヲ爲シ得可キ範圍期間訴願ノ提起訴願ニ對スル裁決ノ事ヲ說明セントス

### 第一 訴願ヲ爲シ得可キ範圍

訴願ハ訴願ニ關スル規定ニ依リテ爲ス行政處分ノ取消若クハ變更ノ要求ナリ而シテ此要求ハ如何ナル場合ニ於テ爲シ得ヘキモノナルヤト云フニ我國ニ於テ其場合ヲ規定スルニ當リ行政訴訟ヲ許ス可キ場合ヲ規定シタルト同一ノ方法ニ依リ列記の規定ト概括の規定トヲ併用セリ列記の規定ハ府縣郡制及市町村制等種々ノ法律命令中ニ散在シテ其數甚多キノミナラス一々之ヲ列舉スルノ必要アラサレハ此ニハ唯概括の規定ノ大意ノミヲ說明セントス

概括の規定ハ訴願法第一條ニ在リ此條ニ依レハ法律命令ニ別段ノ規定アルモノヲ除ク外行政官廳ノ處分ニ不服アルモノハ左ノ事件ニ關シテ訴願ヲ起シ得ルモノト爲セリ

第一 租稅及手數料ノ賦課ニ關スル事件

第二 租稅滯納處分ニ關スル事件

第三 營業免許ノ許否又ハ取消ニ關スル事件

第四 水利及土木ニ關スル事件

第五 土地ノ官民有區分ニ關スル事件

第六 地方警察ニ關スル事件

訴願法第一條ニ依リテ訴願ニ關スル概括的規定ト行政訴訟ニ關スル概括的規定トヲ比較スルニ二者共ニ其出訴ノ條件ヲ殊ニス即チ第一行政訴訟ヲ提起スルニハ行政官廳ノ處分違法ナルコトヲ要スレトモ訴願ヲ爲スニハ此ノ如キ條件ヲ必要トセス行政官廳ノ處分ニ違反スルコトナキモ其處分ニ對シテ不服アル者ハ訴願スルコトヲ得第二行政訴訟ヲ起スニハ權利ヲ毀損セラレタリトスルコトヲ要スルモ訴願ニハ此ノ如キ條件ヲ要セス行政官廳ノ處分ヲ以テ不便ナリト爲ストキニ於テモ亦訴願スルコトヲ得第三地方警察ニ關シテハ行政裁判法ハ行政裁判所ニ出訴シ得キコトヲ概括的ニ規定セスト雖モ訴願法ハ之

ヲ概括的ニ規定シテ訴願シ得ルモノト爲シタルヲ以テ地方警察ニ關スル行政處分ニ對シテ不服アル者ハ法律若クハ勅令ニ就テ積極的ニ取消ヲ爲サハ以上ハ一般ニ訴願スルコトヲ得

第二 訴願ノ期間

訴願ハ行政處分ヲ受ケタル後六十日以内ニ提起ス可ク若シ此期間ニ提起セスシテ六十日ヲ經過シタルトキハ訴願ヲ受理ス可キ行政廳ニ於テ宥恕ス可キ事由アリト認メタル場合ニ非サレハ其處分ニ對シテ訴願スルコトヲ得ス但訴願ニ關シテハ行政訴訟ノ如ク出訴期間ノ滿了ヨリ一年ヲ經過シタルトキハ出訴スルコトヲ得スト云フカ如キ制限ナキヲ以テ苟モ行政官廳ニ於テ宥恕ス可キ事由アリト認メタルトキハ訴願期間ノ滿了ヨリ一年以上ヲ經過シタル後ニテモ尙ホ訴願スルコトヲ得ルモノナリ且又行政訴訟ノ如ク出訴期間滿了後出訴シ得キ場合ヲ天災事變ノ爲メ又ハ過失ナク行政處分アリシコトヲ知ラザリシカ爲メニ出訴シ得サリシ場合ニ限ラサルヲ以テ此等ノ情實外ニ尙ホ行政官廳ニ於テ宥恕ス可キ事由アリト認メタルトキハ訴願ヲ許スコトヲ得可

一旦訴願ヲ爲シテ裁決ヲ受ケタル後其裁決ニ對シテ再ヒ訴願ヲ爲サント欲スルトキハ其裁決ノ日ヨリ三十日以内ニ其裁決官府ヲ經由シテ更ニ直接上級行政廳ニ訴願ス可シ此場合ニ於テモ行政廳ニ於テ宥恕ス可キ事由アリト認めタルトキハ期間經過後尙ホ訴願ヲ受理スルコトヲ得

第三 訴願ノ提起

● 訴願ハ處分ヲ爲シタル行政官廳ヲ經由シテ直接上級行政官廳ニ文書ヲ以テ提起ス可シ其處分ヲ爲シタル行政廳ヲ經由セシムルハ其行政廳ニ對シテ訴願スル者アルコトヲ知ラシメ且其處分ヲ爲シタル理由及事情ヲ辨明セシメ判決官府ノ參考ニ資スルカ爲メナリ故ニ處分ヲ爲シタル行政廳ハ訴願書ヲ受取リタルトキハ辯明書及必要文書ヲ添ヘテ訴願書ヲ受取リタル日ヨリ十日以内ニ之ヲ直接上級行政廳ニ差送ル可シ

● 訴願ハ直接上級行政廳ニ提起スルモノナリ處分ヲ爲シタル行政廳ニ訴願書ヲ差出スハ唯上級行政廳ニ取次ヲ求ムルニ過キス故ニ訴願書ノ名宛ハ直接上級

行政廳ナルコトヲ要ス而シテ直接上級行政廳トハ之ヲ正確ニ解釋セザレハ手續ヲ誤ルノ恐アリ通常廣ク上級下級ノ區別ヲ云フトキハ一般ニ行政權ノ高下ヲ指スカ如シト雖モ此場合ニ於ケル上下ノ區別ハ訴願其物ノ性質上ヨリ之ヲ監督權ノ階級ト解釋シ直接上級行政廳トハ訴願セントスル所ノ事件ニ關シテ監督權ヲ有スル直接ノ上級行政廳ナリト解ス可シ

● 訴願ハ此ノ如ク直接上級行政廳ニ提起スルヲ原則ト爲セトモ各省大臣ノ處分ニ對シテ爲ス所ノ訴願ハ例外ニシテ此場合ニ於テハ直チニ其省ニ提起ス可キモノトス

● 訴願ハ文書ヲ以テ提起ス可シ文書ヲ以テ提起ス可キカ故ニ口頭ヲ以テ訴願スルモ訴願アリタリト看做サス而シテ其文書ニハ不服ノ要點理由要求及訴願人ノ身分職業住所年齢ヲ記載ス可シ若シ證據書類アルトキ又ハ下級行政廳ノ爲シタル裁決書アルトキハ之ヲ添付ス可シ

第四 訴願ニ對スル裁決

● 訴願ハ口頭審問ヲ爲サス文書ニ付テ裁決スルヲ原則トス然レトモ行政廳ニ於



テ口頭審問ヲ必要ナリト認メタルトキハ之ヲ爲スコトヲ得訴願ノ裁決ハ理由ヲ附シタル文書ヲ以テ之ヲ爲シ其處分ヲ爲シタル行政廳ヲ經由シテ訴願人ニ之ヲ交付ス而シテ其裁決ハ其事件ニ關シテハ下級行政廳ヲ羈束ス

今訴願法ノ說明ヲ終ルニ臨ミ附言トシテ請願ニ關シ一言セントス我國ニ於テハ明治十五年十二月第五十八號布告ヲ以テ公布セシ請願規則ハ明治二十三年公布ノ訴願法ニ依リテ廢止セラレタリ然レトモ請願規則ハ請願ノ手續ヲ定メタルモノニシテ請願ノ能力其物ヲ直接ニ與ヘタルモノニ非ス請願ノ能力ハ憲法上之ヲ擔保セラレタルヲ以テ請願規則ハ廢止ニ屬スルモ請願ノ能力ハ尙ホ存在スルモノナリ故ニ余輩ハ茲ニ請願ニ關シテ概説セントス

請願トハ國家ニ對スル作爲又ハ不作爲ノ要求ニシテ行政訴訟及訴願ノ如ク其事項及期間等ニ制限ナシ故ニ請願ハ普通ニ行政處分ニ對シテ爲スコトヲ得ルノミナラス立法司法ノ作用ニ對シテモ亦之ヲ爲スコトヲ得唯憲法ノ變更改正ニ關シテ爲スコトヲ得サルノミ又請願ニ關シテハ行政訴訟及訴願ノ如ク出訴期間ナキヲ以テ何時ニテモ請願シ得ルモノナリ又請願ハ行政訴訟及訴願ト異ニシテ利害ノ關係ヲ有セサルモノモ亦之ヲ爲スコトヲ得ル者ナレハ他人ノ爲メニ請願ヲ爲シ得ルノミナラス國家一般ノ安寧秩序ヲ請願ノ目的ト爲スコトヲ得又請願ハ行政訴訟及訴願ノ如ク必スレモ文書ヲ以テ爲スコトヲ要セス口頭ヲ以テスルモノモ亦ナリ又請願ハ行政訴訟及訴願ノ如ク之ヲ提出スル官府ニ制限ナク天皇其他總テノ國家機關ニ向テ之ヲ爲スコトヲ得而シテ請願ハ之ヲ受理スルモ行政訴訟及訴願ノ如ク必ス一定ノ手續ヲ經テ之ヲ審査シ裁決指令ヲ與フル可キ法理上ノ必要アルモノニ非ス請願ヲ審査シテ裁決指令ヲ與フルト否トハ訴願ヲ受理シタル者ノ自由ナリ然レトモ請願ヲ受理スルト否トハ其官府ノ自由ナリト解釋ス可カラサルナリ

第二十二章 權限爭議

國家機關ノ權限ハ法律命令ニ依リテ定マルモノナリ法律命令ニ依リテ定マルカ故ニ二箇ノ國家機關カ其權限ニ關スル法律命令ノ解釋ニ付テ各意見ヲ異ニシ甲ナル國家機關カ或事件ヲ以テ自己ノ權限ニ屬スルモノナリト認ムルニ當

權限爭議  
ノ場合及  
其裁決

リ乙ナル機關モ亦其事件ヲ以テ自己ノ權限ニ屬スルモノナリト主張スルカ又ハ甲ナル機關カ或事件ヲ以テ自己ノ權限ニ屬セスシテ乙ノ權限ニ屬ス可キモノナリト認メタルトキニ乙ナル機關モ亦其事件ヲ以テ自己ノ管轄ニ屬セスンテ甲ノ管轄ニ屬スト主張スルトキハ二箇ノ國家機關ノ權限相衝突シテ此ニ權限爭議ヲ生ス而シテ此ノ如ク二箇ノ國家機關ノ權限相衝突シテ權限爭議ノ生シタル場合ニ於テ如何ナル國家機關之ヲ裁決ス可キカト云フニ權限爭議ヲ爲ス機關ノ種類ニヨリテ裁決機關ヲ異ニスルヲ以テ余輩ハ今此ニ豫メ各機關ノ間ニ生ス可キ權限爭議ノ主タル場合ヲ示シ其各場合ニ付テ如何ナル機關カ其爭議ヲ決スルヤヲ説明セントス

國家機關ノ相互ノ間ニ生ス可キ權限爭議ノ主ナル場合ヲ分類スルトキハ凡ソ左ノ六種ト爲ル

第一 一省内ニ於テハ機關相互ノ間ニ生スル權限爭議

第二 各省相互ノ間ニ生スル權限爭議

第三 通常裁判所相互ノ間ニ生スル權限爭議

第四 通常裁判所ト行政官廳トノ間ニ生スル權限爭議

第五 行政裁判所ト行政官廳トノ間ニ生スル權限爭議

第六 通常裁判所ト行政裁判所トノ間ニ生スル權限爭議

第一 一省内ニ於ケル機關相互ノ間ニ生スル權限爭議  
一省ノ大臣ニ隸屬スル二箇以上ノ下級行政官カ相互ニ其權限ヲ争フ場合ニ於テハ之カ裁決ニ關シテ國法上特別ノ規定ナシト雖モ各省大臣ハ其省ノ管轄ニ屬スル一切ノ政務ヲ監督管理シ一省ノ統一ヲ保ツノ職權アルヲ以テ自己ノ配下ニ屬スル行政官相互ノ間ニ權限ノ爭議生シタルトキハ之ヲ裁決シ得ルコト明ナリ故ニ例ヘハ内務省ニ於テ縣治局長ト警保局長ト權限ノ爭議ヲ爲シタルカ如キ場合ニ於テハ内務大臣其裁決ニ依リテ決ス

第二 各省相互ノ間ニ生スル權限爭議

各省ハ相對峙シテ上下隸屬ノ關係ナク他省ノ指揮監督ヲ受ク可キモノニ非サレハ各省相互ノ間ニ起リタル權限ノ爭議ハ第一ノ場合ノ如ク各省大臣之ヲ裁決スルコトヲ得ス必スヤ他ニ裁決者ヲ求メサル可カラス而シテ此場合ニ於テ

行政法

其裁決ヲ爲ス者如何ト云フニ我官制ニ依ルトキハ内閣ハ行政各部ノ統一ヲ保ツヲ以テ目的ト爲スカ故ニ各省相互ノ間ニ於ケル權限爭議ハ閣議ヲ以テ之ヲ裁決スルモノトセリ是我内閣官制第五條第一項第四ニ於テ各省ノ間ニ於テ生シタル主管權限ノ爭議ハ内閣ノ閣議ヲ經可シテ規定シタル所以ナリ

第三 通常裁判所相互ノ間ニ生スル爭議

通常裁判所ハ獨立シテ法律命令ヲ解釋スルノ職權ヲ有シ法律若クハ法律ノ委託ニ依リテ發シタル命令ヲ以テ規定シタル場合ニ非サレハ他ノ指揮命令ニ依リテ其解釋適用ヲ左右セラルコトナシ故ニ法律若クハ法律ノ委託ニ依リテ發シタル命令ヲ以テ豫メ通常裁判所相互ノ間ニ生スル權限爭議ノ裁定者ヲ定メ若シ權限爭議ヲ爲シタルトキハ其者ノ所定ヲ仰ク可シト規定セサルトキハ裁判所ハ各獨立シテ解釋權ヲ有スルヲ以テ各其事件ヲ自己ノ管轄ニ屬スト解釋シテ同一事件ヲ同時ニ二箇ノ裁判所ニ於テ裁判スルノ結果ヲ生シ又ハ各其事件ヲ以テ自己ノ管轄ニ屬セスト解釋シテ其事件ヲ受理セズ事件ヲシテ裁判ヲ求ムルノ所ナキニ至ラシムルノ弊ヲ生ス故ニ我國ニ於テハ裁判所構成法

第十條ニ於テ通常裁判所相互ノ間ニ生スル權限爭議ノ裁定ニ關スル規定ヲ設ケ此場合ニ於ケル權限爭議ハ關係アル各裁判所ヲ併セテ之ヲ管轄スル直近上級裁判所ニ於テ何レノ裁判所カ其事件ヲ裁判ス可キモノナルヤヲ判定スルモノトセリ

第四 通常裁判所ト行政官廳トノ間ニ生スル權限爭議

通常裁判所ハ前ニ述ヘタルカ如ク獨立シテ法律命令ヲ解釋適用スル職權ヲ有シ法律若クハ法律ノ委託ニ依リテ發シタル命令ヲ以テスルニ非サレハ何人モ其解釋ヲ動スコトヲ得サルモノナレハ通常裁判所ト行政官廳トノ間ニ或事件ニ關シ權限爭議ノ起リタル場合ニ裁判所ニ於テ其事件ヲ自己ノ管轄ニ屬スト解釋シタルトキハ行政官廳ハ其解釋ヲ覆シテ其適用ヲ動スコト能ハス然レトモ又一方ヨリ之ヲ見レハ裁判所ハ此ノ如ク獨立シテ解釋ヲ爲スノ權ヲ有スルコト明ナリト雖トモ其獨立解釋權ハ唯行政官カ積極的ニ其解釋ヲ左右スルコトヲ許サスト云フニ過キスシテ行政官ヲ羈束シテ裁判所ノ解釋ヲ是認セシムルノ力アリト云フ義ニ非ス故ニ國法ノ明文ヲ以テ豫メ裁判所ト行政官廳トノ





權限爭議ヲ裁定スルノ方法ヲ定メサルトキハ裁判所ハ行政官ノ解釋ニ羈束セ  
ラレス行政官モ亦裁判官ノ解釋ニ羈束セラレサルヲ以テ解釋ニ關スル二者ノ  
意見一致セズ權限爭議ハ終ニ其局ヲ結フコト能ハサルニ至ル然ルニ現今我國  
法上ニ於テ此ノ如キ場合ニ關スル裁定ノ方法ヲ規定セサルハ立法上ノ缺點ト  
云フ可シ

我國ノ或公法家ハ天皇ハ總テノ權力ノ主体ナルヲ以テ以上ノ如キ場合ニハ天  
皇之ヲ裁決スルコトヲ得ルモノナリト云ヘリ然レトモ余輩ノ考フル所ニヨレ  
ハ天皇ハ總テノ權力ノ主体ナリト雖モ其權力ヲ行フニハ憲法ノ條規ニ依ルコ  
トヲ明言シ憲法ノ條規ニ依レハ天皇ト雖モ法律若クハ法律ノ委託ニヨリテ發  
シタル命令ニ依ルニ非サレハ裁判所ノ解釋權ヲ左右スル能ハサルヲ以テ以上  
ノ場合ニ於テハ天皇ト雖モ之カ裁決ヲ爲スコト能ハサルモノト信ス

第五 行政裁判所ト行政官廳トノ間ニ生スル權限爭議

行政裁判所ハ通常裁判所ト同シク獨立レテ法律命令ヲ解釋スルノ職權アルコ  
ト明カナルヲ以テ一般ニ云フトキハ行政裁判所ト行政官廳トノ間ニ於ケル權

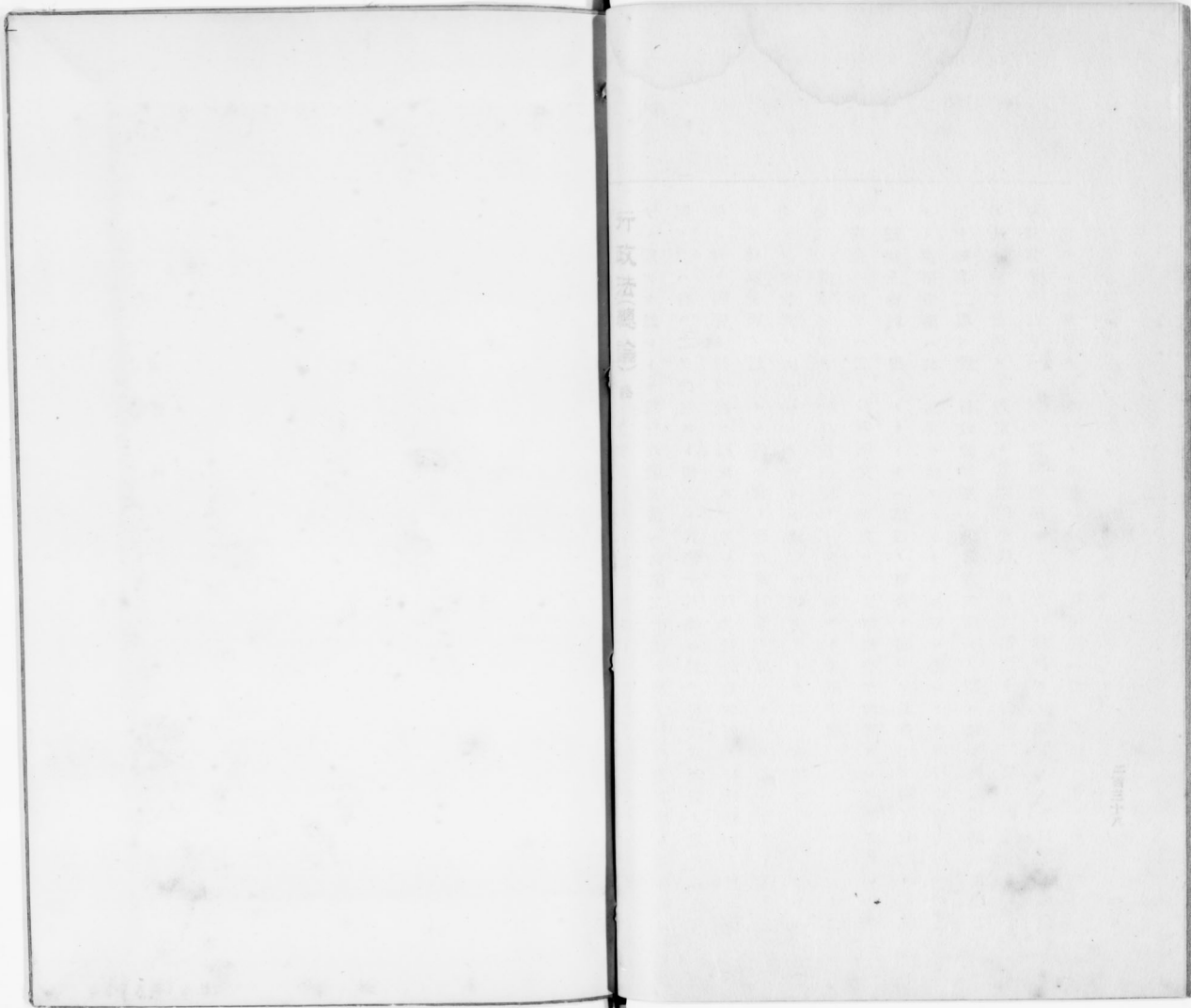
限爭議ニ關スル法理ハ通常裁判所ト行政官廳トノ權限爭議ニ關スル法理ト異  
ナル所ナレ然レトモ我行政裁判法ハ其第二十條ニ於テ行政裁判所ハ其權限ニ  
關シテハ自ラ之ヲ決定スト規定シ其第十八條ニ於テ行政裁判所ノ裁判ハ其事  
件ニ付キ關係ノ行政廳ヲ羈束ストアルヲ以テ行政裁判所ト行政廳トノ間ニ於  
ケル權限爭議ノ起リタル時ニ當リ行政裁判所ノ爲シタル決定ハ行政官廳ヲ羈  
束シテ其爭議ヲ決スルモノナリト國法ノ明文アルヲ以テ解釋ス

第六 通常裁判所ト行政裁判所トノ間ニ生スル權限爭議

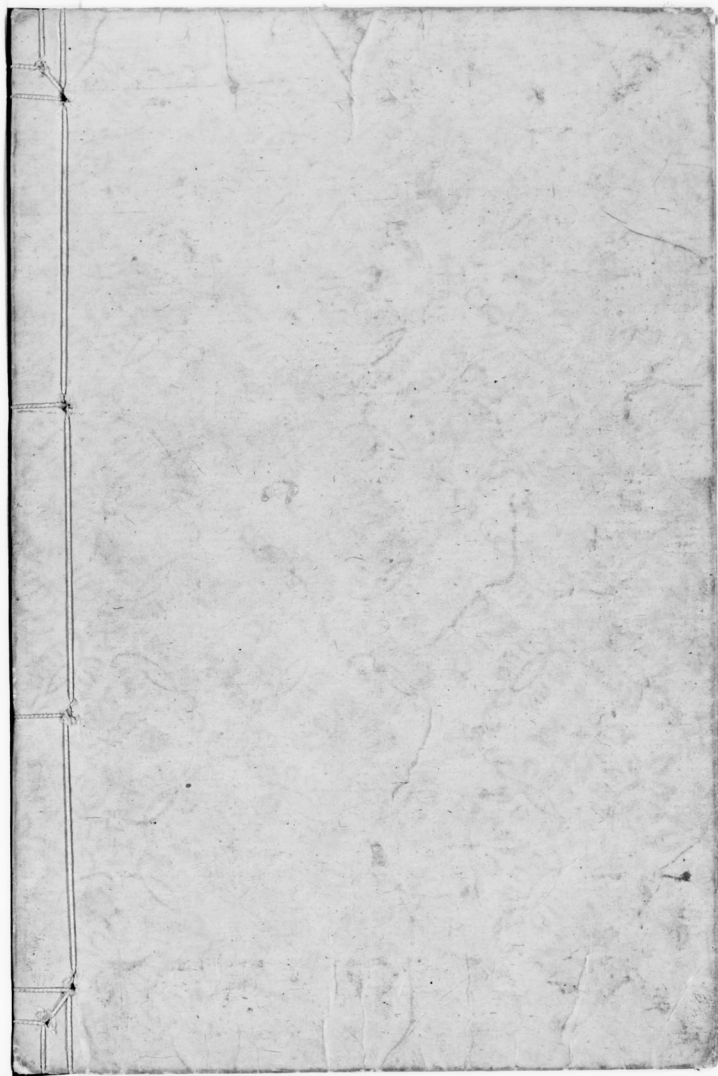
此場合ニ於テハ二ノ裁判所共ニ獨立シテ法律命令ヲ解釋スルノ職權アルヲ以  
テ國法上特別ノ規定ナキトキハ第四ノ場合ト同シク其權限爭議ヲ裁定スル所  
ナリ權限爭議ハ終ニ其局ヲ結フコトナキニ至ル然レトモ我行政裁判法ハ其第  
二十條第二項ニ於テ行政裁判所ト通常裁判所トノ間ニ起ル權限爭議ハ權限裁  
判所ニ於テ裁判スト規定シ其第四十條ニ於テ第二十條第二項ノ權限爭議ハ權  
限裁判所ヲ設クルマテノ間樞密院ニ於テ之ヲ裁決スト明言セルヲ以テ此場合  
ニ於ケル權限爭議ハ現行ノ制度ニ於テハ樞密院ニ於テ裁定ス可キモノナリ

一、...  
 二、...  
 三、...  
 四、...  
 五、...  
 六、...  
 七、...  
 八、...  
 九、...  
 十、...  
 十一、...  
 十二、...  
 十三、...  
 十四、...  
 十五、...  
 十六、...  
 十七、...  
 十八、...  
 十九、...  
 二十、...  
 二十一、...  
 二十二、...  
 二十三、...  
 二十四、...  
 二十五、...  
 二十六、...  
 二十七、...  
 二十八、...  
 二十九、...  
 三十、...

行政法(總論)終



0318



0319