

# 公 法 與 私 法

日本美濃部達吉著  
陳正明譯

中華民國廿五年八月付印  
中華民國廿六年元月出版  
中華民國廿六年二月發行

版權  
所有

經售處

公法與私法（全一冊）

實價一元四角

函購酌加郵資

原著者 日本美濃部達吉

譯者 漢口陳正明

印刷者 漢口府東一路  
長興印刷公司

發行者 漢口二曜路  
陳正明律師事務所

全國各大書局



## 原序

本卷乃集新稿「公法與私法」一篇。所謂公法與私法之區別及其關係之問題，作者志於行政法之研究以來，頗有不斷之關心，關於本問題所公表之論文，亦不爲少。所謂法一元說，否定公法與私法之區別，勿論爲作者所反對。但於另一方面，絕對堅持兩者之區別，主張其法律關係全然異其性質，並異其適用之原理，亦非作者所能贊同。尤於近時一般通說，公法爲權力關係之法，私法爲對等關係之法，其說雖含一面之眞理，然亦非完全貫徹之說，信有修正之必要。讀明治三十七年，掲載於法政新誌，「穗積先生之『公法之特質』一篇」，業經論其趣旨。其後大政二

年，掲載於國家學會雜誌，「論公法與私法之關係」，大政三年，掲載於同誌，「公法與私法之中間區域」之二篇，亦係基於同一之趣旨。其思想至於今日，大體維持原狀，本篇兼以作者懷抱之思想，論述稍爲詳細，一面企圖明悉得爲區別公法與私法之標準，同時一面企圖依據實例，明示兩者如何密切之關聯。對此問題，作者公表之論文，非僅一二，惟此俱係片斷小篇，不能視爲系統之研究，故全棄而不用，作茲新稿。

憶如日本對裁判制度，別爲行政裁判與司法裁判，關於公法關係之爭執，採不屬司法裁判所審理制度。於茲國法之下，公法與私法之區別及其關係之問題，非僅爲單純

理論問題，且爲決定管轄之實際問題，苟於此等問題，無所明悉，則難期正確之裁判。惟關於此問題之研究，於日本尙難謂有十分進步，其能見於文獻者亦極稀。不徒僅於日本，卽西洋於此問題——尤於公法與私法關係之精密研究，亦難多睹。因當本篇之起草，尤於第三章以下，幾全部基於作者獨自之思索，所負於前人之研究者較少。原無自負依此得爲解決整個之問題，惟於最低限度內，了解問題之重要性，明示其必需研究之要點如何，此目的當能略予完成。願得學者真誠之批評，更切望進而研究。

昭和十年十一月七日

美濃部達吉

序



四

## 目次

### 第一章 公法與私法之區別……………一

#### 第一節 區別公法與私法之必要及其根據……………一

##### 一 區別公法與私法之必要……………一

爲明現實國法，有區別公法與私法之必要（

二）。——其例證（三）——公法與私法之區

別，爲現實國法上之區別，同時亦爲理論上

之區別（六）。

##### 二 公法與私法區別之否定說……………七

Hans Kelsen 說（七）——其批評（一一）——



Franz Weyr 說(一五)——其批評(一六)——

— Adolf Merkel 說(一八)——Austin 說及 Kr-

abbe 說(一八)

三 區別公法與私法之根據……………一九

公法與私法，乃經驗的概念，非先驗的理論

之概念(二〇)。——其區別專存於國法(二

一)——其區別於國法上必要之理由(二二)

第二節 區別公法與私法之標準……………二四

一 學說之概觀……………二五

(一)主體說(二五)——(二)意思說(二八)——

——(三)利益說(二九)——(四)社會說(三二)

二 區別公法與私法之標準之多元性……………三四



區別公法與私法之標準不一(三四)——有由

基本標準外之標準(三五)

### 三 區別公法與私法之基本標準……………三五

(一)私法亦爲國家法(三五)——其與公法之

區別，在公法爲直接國家法，私法爲直接其

他之社會法——即第二次的國家法(三六)。——

——主體說正當之理由(三八)——(二)直接國

家法之公法(三九)——(三)法之制定者、法

之規律之性質、法之規律之意思或利益之差

異，不爲區別公法與私法之標準(四〇)。——

——(四)所謂第三領域之社會法說(四二)

### 四 得準於私人地位之國家……………四五

對於基本標準之兩個修正。其一，得準於私人地位之國家（四五）。——（一）國家服從私法之理由（四六）——（二）國家於如何之場合服從私法之標準（四七）——第一，法律關係之性質（四八）。——1. 經濟內容之關係（四八）——2. 國家支配權之不發動（五〇）——3. 無以服從私法爲不當之公益上之理由（五三）——第二，法律之規定（五五）。——1. 裁判管轄之規定（五六）——2. 強制執行之規定（五九）

## 五 得準於國家之法主體………

對於基本標準之修正。其二，得準於國家之

|               |                    |
|---------------|--------------------|
| 法主體(六〇)。      | ——(一)地方公共團體(六〇)    |
| ——(二)公共組織(六四) | ——(三)公之            |
| 財團法人(六八)      | ——(四)受有國家公權之私人(六八) |

|           |    |
|-----------|----|
| 六 結論..... | 六九 |
|-----------|----|

|                |        |
|----------------|--------|
| 區別公法與私法之定義(六九) | ——參考說( |
|----------------|--------|

|                       |                     |
|-----------------------|---------------------|
| 1) Fritz Fleiner(七〇)  | ——(1) Stier-Soml(七  |
| 二) ——(二) Hatschek(七四) | ——(四) Wal-          |
| ter Jellinek(七四)      | ——(五) Max Layre(七六) |

|                         |    |
|-------------------------|----|
| 第二章 公法與私法之共通性及特殊性 ..... | 七九 |
|-------------------------|----|

|                     |    |
|---------------------|----|
| 第一節 公法與私法之共通性 ..... | 八〇 |
|---------------------|----|

|                    |    |
|--------------------|----|
| 一 權利義務關係之共通性 ..... | 八〇 |
|--------------------|----|

|           |   |
|-----------|---|
| 目 次 ..... | 五 |
|-----------|---|



以公法爲權力服從關係之法之不當(八〇)——

——公法關係亦爲權利義務之關係(八二)

二 關於權利義務之種類之共通性……………八四

(一)公法上之物權(八五)——1.公法上之所

有權(八八)——2.公物管理權(八九)——3.

公法上之限制物權(九三)——4.公法上之担

保物權(九五)——(二)公法上之債權(九七)

——(三)參政權(一〇〇)

三 關於法律原因之共通性……………一〇一

公法之法律原因(一〇一)——(一)狀態或事

件(一〇三)——1.年齡(一〇三)——2.出身

、死亡、身份(一〇四)——3.住所(一〇四)

- 4. 期間(一〇五)——5. 時效(一〇五)——
- (二)意思行爲(一〇六)——1. 公之意思行爲與私之意思行爲(一〇六)——2. 意思表示及法律行爲(一〇九)——3. 單獨行爲與契約(一一一)——4. 意思表示之附款(一一三)——5. 代理(一二四)

#### 四 關於人、物及事業之共通性……………一二五

- 法律關係之四要素——人、利益、物、事業(一一五)——(一)公法人與私法人(一二六)——(二)公物與私物(一二七)——(三)公企業與私企業(一二八)

### 第二節 公法與私法之特殊性……………一二二

|                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| 一 公法上權利義務之相對性……………                                           | 一二三 |
| 公法關係，權利含有義務性，義務含有權利性（一二四）。——其結果1.拋棄之不能（一二八）——2.移轉之不能或限制（一二〇） |     |
| 二 公法上國家行為之公定力……………                                           | 一三二 |
| 國家行為公定力之法律上之意義（一二四）——公法上契約之國家行為之公定力（一二六）                     |     |
| 三 公法上國家公權之強制力……………                                           | 一三七 |
| 強制力之表現（一三七）——（一）違反義務之場合之制裁（一二八）——（二）不履行義務之場合之強制執行（一四二）       |     |
| 四 公法上人民權利之保護……………                                            | 一四六 |

保護公權與私權之差異（一四七）——1.得提起行政訴訟之場合（一五一）——2.得提起訴願之場合（一五二）——3.兩者俱不得提起之場合（一五三）

五 制定法規上公法規定與私法規定之差異……………一五五

（一）公法與私法之標的之差異（一五五）——

（二）公法與私法之效果之差異（一六二）——

1. 公法對象之私的行動與私法對象之私的行動之差異（一六三）——  
2. 違反公法上之命令或禁止之法律行為之私法上之效力（一六六）——  
3. 公法上之請求權者與私法上之權利者之差異（一七三）——  
4. 公法上之支付義務者



與私法上之債務者之差異(一四七)

### 第三章 公法與私法之關聯

一七七

#### 第一節 混合之法律關係與混合之權利

一八〇

##### 一 混合之法律關係之可能性

一八〇

混合之法律關係之否定說及其批評(一八一)

——混合之法律關係可能之理由(一八二)

##### 二 混合之法律關係之實例

一八四

1. 電話利用關係(一八四)——2. 郵便利用關

係(一八六)——3. 鐵道與乘客關係(一八七)

——4. 康健保險關係(一八八)——5. 學校

與學生學徒之關係(一八八)

##### 三 混合之權利

一八九

1. 漁業權及入漁權（一九〇）——2. 鑛業權（

一九三）——3. 公有水面埋立准許權、依國

有未開地處分法受出賣或貸借土地之權利及

部分林民收權（一九四）——所有權、家宅權

、人格權（一九六）——公物支配權（一九八）

## 第二節 基於公法行為之私法關係之形成……………一九九

一 依司法行為之私法關係之形成……………二〇〇

私法秩序監督者裁判所形成私法關係之場合

（一八〇）——民法上實例（二〇一）

二 依行政行為之私法關係之形成……………二〇四

為私法的秩序，以行政行為形成私法關係之  
場合（二〇四）。——為行政上之目的，以