

萬有文庫

第二集七百種

王雲五主編

公法與私法

美國勃達吉著

黃馮明譯

商務印書館發行



2 039 0526 6

法私與法公

著吉達部濃美

譯明馮黃

著名界世譯漢

編主五雲王
庫文有萬
種百七集二第
法私與法公
究必印翻有所權版

中華民國二十六年三月初版

◆ E六二四

祥

原著者	美濃部達吉
譯述者	黃馮明
發行人	王雲五
印刷所	商務印書館
發行所	商務印書館

(本書校對者馮寶武)

卷頭語

在法學的領域中，「公法與私法」是一個比較後起的問題，但其在學術上的重要性，已爲若干學者所承認。關於這問題的著述，像本書這麼具體作系統的研究的，不但於日本爲創見，即在歐美諸先進國中，亦不多觀。譯者遂譯本書的動機，是想給我國沈寂的法學界以一個輕微的刺激。

著者歷任九州東京兩帝國大學教授，是日本法學界的耆宿，是憲法學和行政法學的權威。去年，其「天皇機關說」攪起日本政界的軒然大波，所謂「國體明徵」，幾爲岡田內閣崩潰之第一彈。本書就是博士在驚濤駭浪中之作，編入美濃部達吉論文集爲第四卷，和「天皇機關說」雖無直接的關聯，但亦可以從中窺知博士的法學思想之一斑。

譯者着手遂譯本書時，曾規定兩個工作標準：第一不失原意；第二不拘泥文句。因爲中日兩

Gu 153/09

國文字的組織懸殊，若過於拘泥原著文句，結果便難免詰屈傲牙，不可卒讀。所以原著過長之句，譯本上都儘可能地截成短句；對於句的編排次序，亦往往加以更調。這點，是譯者應向著者負責，並求讀者原諒和指正的。

本書所引用的法令，除有特別聲明者外，其餘都是日本的。又原著所稱「我國」，爲求便利閱讀，譯本中概改爲「日本」。

法律用語，概依我國現行法規。惟我國法規未盡完備，所以其中有不少是由譯者杜撰的。又日本的控訴院，等於我國高等法院，大審院等於最高法院。因其中引有不少的判例，爲求讀者便於索檢，概從原稱。

書中所引判例，俱註有年月出處。如「昭一〇、一、一四、大民」，即爲「昭和十年一月十四日大審院民事」之約；又「大一二、七、二六、行」，即爲「大正十二年七月二十六日行政裁判所」之約。最後，本譯之成，得吾師宇賀田順三教授暨同學雷鴻堃兄不少的指正和幫助，附此申謝。

譯者 中華民國二十五年二月十八日
識於九州帝國大學法科研究室

著者自序

本書是一篇新著的公法與私法。著者自從事行政法的研究以來，對於公法與私法之區別及其關係的問題，就不斷地關心着，而且公表了不少的論文。不用說，我是反對那否定公法與私法的區別的所謂法一元說的，但是，若過於偏重兩者的區別，以爲兩者的法律關係之性質完全不同，其所適用之原理亦各異的那種論調，我對之亦未能贊同。尤其是曾風靡一時，以公法爲權力關係的法，私法爲對等關係的法的學說，雖然含着片面的真理，但未能完全貫通，我相信有修正的必要。明治三十七年在法政新誌發表的讀了穗積先生的「公法的特質」之後那篇論文裏，即已論及此種旨趣。其後，大正二年在國家學會雜誌揭載的論公法與私法的關係，和大正三年在同雜誌揭載的公法與私法的中間區域的兩篇，亦同樣是以此種旨趣與基幹的。即至於今日，我這種思想大體亦還維持着不會改變。至在本篇，希圖把自己對於此等問題所懷抱的思想細加論述。一面明定公

法與私法的區別標準，一面用實例來表明兩者是如何密接地相關聯。關於此問題，我不過發表過一二篇論文，而且都是片斷的小篇，不能視為完整的研究，所以概行廢棄。這回是全部重新起稿的。像日本的裁判制度，把行政裁判與司法裁判區別着，關於公法關係的爭訟是不由法院審理的。我以爲在採取這種制度的國法之下，公法與私法的區別及關係的問題，便不只是單純的理論問題，同時又是決定裁判管轄的實際問題。若不把這問題闡明，則公正裁判實不可期。但在日本，對於這問題的研究，尙無長足進展，關於這問題的文獻，亦極感缺乏。此不獨於日本爲然，卽在西洋，關於此問題——尤其是公法與私法的關係的問題，亦不容易找着有縝密研究的論著。所以著者從事起草本篇時，特別是第二章以下，殆全部出自自己的思索，很少參考前輩的著述。當然，著者不敢自負地說憑這本小書就可以把公法和私法的問題完全解決，但是，我想最少在究明問題的重要性和抉出應加研究的着重點這方面，當已達到目的。深望學者諸公賜以真摯的批評，俾進於更深的研究。

一九三五年十一月七日

美濃部達吉

萬有文庫

第二集七百種

總編纂者

王雲五

商務印書館發行

目次

卷頭語

著者自序

第一章 公法與私法的區別……………一

第一節 公法與私法區別的必要及其根據……………一

一 公法與私法區別的必要……………一

二 公法與私法區別的否定說……………六

三 公法與私法區別的根據……………一七

第二節 公法與私法區別的標準……………二二

一 學說概觀.....	三二
-------------	----

二 公法與私法區別的標準之多元性.....	三〇
-----------------------	----

三 公法與私法區別之基本的標準.....	三一
----------------------	----

四 站於準私人的地位的國家.....	四〇
--------------------	----

五 準國家的法主體.....	五二
----------------	----

六 結論.....	六〇
-----------	----

第二章 公法與私法的共通性和特殊性.....六九

第一節 公法與私法的共通性.....六九

一 同為權利義務的關係之共通性.....	七〇
----------------------	----

二 權利義務的種類上之共通性.....	七三
---------------------	----

三 法律原因上的共通性.....	八七
------------------	----

四 關於人物及事業的共通性.....	九七
--------------------	----

第二節 公法與私法的特殊性……………一〇三

一 公法的權利義務之相對性……………一〇五

二 公法的國家行為之公定力……………一二二

三 公法的國家公權之強制力……………一二六

四 對於公法上的人民權利之保護……………一二四

五 制定法規上公法規定與私法規定的差異……………一三一

第三章 公法與私法的關聯……………一四九

第一節 混合的法律關係與混合的權利……………一五一

一 混合的法律關係之可能性……………一五一

二 混合的法律關係之實例……………一五五

三 混合的權利……………一五九

第二節 以公法的行為為依據的私法關係之形成……………一六七

一 以司法行為爲依據的私法關係之形成.....一六八

二 以行政行為爲依據的私法關係之形成.....一七一

三 形成私法關係的行政行為之裁判管轄.....一七四

第三節 爲私法的法律行為要素之公法的行為.....一七八

一 受理行為.....一七八

二 認可行為.....一八六

三 公法上的代理.....一九四

四 公證行為.....一九七

五 確認行為.....二〇二

第四節 私法規律對於公法關係之適用.....二〇四

一 私法規律對於公法上的財產關係之適用.....二〇六

二 民法的規定對於一般公法關係之準用.....二一〇

第五節 公法與私法的轉換.....二二六

一 因義務之履行或權利之實現而生的公法私法的轉換·····	二二六
二 因扣押財產而生的公法私法的轉換·····	二三〇
三 因公物廢止公用而生的公法私法的轉換·····	二三四
第六節 私法的公法化·····	二三六
一 所有權之公法上的限制·····	二三八
二 企業經營的公共化·····	二四五
三 契約自由之公法上的限制·····	二四七
四 公法與私法的結合·····	二五二

公法與私法

第一章 公法與私法的區別

第一節 公法與私法區別的必要及其根據

一 公法與私法區別的必要

將法區分爲公法與私法的必要，無疑地並不是在任何時代都被人意識着的。試看爲日本王朝時代最完備之成文法典的大寶令和武家法的貞永式目，即可明瞭當時的立法者并未意識到公法和私法的區別；以現代的觀念看來，那應認爲公法規定的和應認爲私法規定的，都被不加區別地規定在一起。在德意志的法之歷史上亦是同樣。據基爾克（Gierke）的考察，整個中世都未

認識公法和私法的觀念上之區別，一切人與人間的關係，「自鄰近者間的交易關係以至王與國民間的忠誠關係，都被視為可包括於一個相同的單一種類的法裏」(Deutsches Privatrecht I. S. 28)。

我曾經說過，法的觀念或其本質，和國家沒有必然的關聯。有社會就跟着有法；在與國家無關係的社會中，亦非有其特有的法不可（法之本質一六頁以下，又二四頁以下）。但是，與國家無關係之社會的法，沒有更區別為公法和私法的必要。對於學校內的法、家族內的法、撲鬪社會的法和祕密結社的法等，誰亦不會說其中有更區別為公法和私法的必要。

不過，最少當觀察現代國家的法時，將其在觀念上區別為公法和私法，卻是究明國法上所不可缺的要圖。這並不一定要把制定法規的明文加以兩者的區別而使人公認，自古迄今的法令中，簡直沒有使用着公法或私法的字樣的。何況是指示兩者的區別標準的規定，就無論在那裏亦沒有找着的可能。倒是隨處可以窺見，立法者似乎在故意規避着將公法或私法的名詞用為公的法律語。可是，現代的國法，是以區別其全部為公法或私法為當然的前提的，對於國家的一切制定法

規，若不究明該規定爲屬於公法或私法，而即欲明瞭其所生的效果和內容，蓋不可能。公法和私法的區別，實可稱爲現代國法的基本原則（Gierke 在前書 S. 29 說，在今日，這種區別是 *Grundpfeiler der Rechtsordnung*（法的秩序之基礎。譯者））。國法的一切規律，無不屬於公法或私法之一方，且因所屬而不同其意義。間中亦有一個成文法規的規定，是同時屬於公法和私法的雙方的，但這不過是可拆而爲兩的不同的規律，在文字上被結合規定在一個條文中而已，并非在任何場合兩者都不能區別的。

茲有一例。醫師法施行規則第九條第二項規定：『開業之醫師，當患者請求診治時，非有正當理由，不得拒絕。』這究竟是公法規定還是私法規定？單依那規定的條文，是不易辨明的。若視之爲公法規定，那規定的意義，便存於國家命令開業醫師須應病者的診治請求之點，而其所生的效果，即爲醫師對國家負該項義務；並非病者對醫師有請求診治的權利。故若醫師無正當事由而拒絕病者的請求，祇以違反國家的命令構成犯罪；至自其對於病者的關係上言，卻非侵權行爲，病者並不得向其請求損害賠償。反之，若視其爲私法規定，其意義就在於病者對醫師有請求診治的權利；

如違背規定而拒絕請求，就是對病者的侵權行為，病者得向醫師請求損害賠償。這規律究竟屬於公法或私法，條文並沒有明白的規定，不過那規定是由從前的警察犯處罰令中移過來的，同時，在同醫師法施行規則中，對於違反該規定的醫師又有罰則的規定，所以無論是從沿革上或從附有罰則之點看來，都可斷定為警察規定，是應屬於公法的。故其意義亦非從前者不可。

和前例相反，如民法第二一八條，規定「土地所有者不得設置屋簷或工作物，使雨水直瀉於鄰地。」依字面看來，和前舉醫師法施行規則的規定毫無異處。但這不是公法規定而為私法規定。因之，規定的意義不在於國家禁止土地所有者作該項工作物之設置，無疑地是在於鄰地者有請土地所有者勿作該項工作物之設置的權利。所以違反這規定，並不是違反對國家的義務，而是違反對鄰地者的義務。同時，不能構成犯罪，只可視為民事上的侵權行為。

更舉一例。如法院組織法第二條，規定「通常法院裁判民事及刑事。」所謂「民事」的定義，法律沒有特別規定。但是一般都無異議地以為民事是指私法關係的爭訟而言，所以這規定是以公法和私法的區別為前提，表示着關於公法關係的爭訟，除法律特別規定其屬於法院的權限者