

中国近代法学译丛

何勤华 主编

公法与私法

〔日〕美浓部达吉 著

黄冯明 译

周旋 勤校

中国政法大学出版社

中国近代法学译丛

何勤华 主编

公法与私法

【日】美浓部达吉 著

黄冯明 译

周旋 勘校



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

公法与私法/(日)美浓部达吉著;黄冯明译. —北京:中国政法大学出版社,2002.9
(中国近代法学译丛)
ISBN 7-5620-2259-3

I. 公... II. ①美... ②黄... III. 公法—对比研究—私法 IV. D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 073069 号

书 名 公法与私法
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880 × 1230mm 1/32
印 张 8.75
字 数 145 千字
版 本 2003 年 5 月第 1 版 2003 年 5 月第 1 次印刷
印 数 0 001 ~ 3 000
书 号 ISBN 7-5620-2259-3/D · 2219
定 价 27.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码:100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zif5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

中国近代法学译丛

编 委 会

主 编 何勤华

编 委 李克非 李秀清 陈 颐

曲 阳 吴旭阳 张 谷

曾尔恕

总 序

民国时期，是中国近代法学的奠基时期。该时期，不仅出版了一批有份量的专著，如王世杰、钱端升著《比较宪法》、胡长清著《中国民法总论》、黄右昌著《罗马法与现代》、杨鸿烈著《中国法律发达史》、程树德著《九朝律考》、瞿同祖著《中国法律与中国社会》等，也推出了约四百余种外国法学译著，如穗积陈重的《法律进化论》、孟罗·斯密的《欧陆法律发达史》等，它们是中国近代法学遗产的重要组成部分。

令人担忧的是，由于出版年代久远，这批译著日渐散失，即使少量保存下来，也因当时印刷水平低下、纸张质量粗劣等原因，破烂枯脆，很难为人所查阅。同时，这些作品一般也都作为馆藏书，只保存于全国少数几个大的图书馆，一般读者查阅出借也很困难。

鉴于上述现状，中国政法大学出版社高瞻远瞩，关爱学术，策划并决定对民国时期（包括少量清末时期）

2 总 序

的译著进行整理、筛选，以“中国近代法学译丛”的形式重新点校、勘校出版，以拯救民国时期法学遗产，满足学术界以及法律院校广大师生学习和研究的需要。

参与本译丛点校、勘校的有中国政法大学出版社、华东政法学院法律史教研室、北京大学法学院、中国政法大学图书馆等部门的编辑、教师、博士生和硕士生。由于我们学识粗浅，点校、勘校中可能会存在这样或那样的问题，恳请广大读者批评指正。

何勤华

二〇〇二年八月一日

于上海·华东政法学院

凡 例

一、本译丛主要整理点校、勘校出版民国（包括少量清末）时期国人翻译出版的外国经典法律名著。在点校、勘校过程中，对原作不作任何有损原意的改动，仅作适当的技术性加工。

二、原书为竖排版者，一律改为横排。原文“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等。

三、原书所用繁体字、异体字，现全部改为简体字、正体字。个别若作改动会有损原意者，则予以保留，另加注说明。

四、原书无标点符号或标点符号使用不规范者，现一律代之以现在规范通行之标点符号。

五、原书无段落划分者，点校、勘校时作适当之段落划分。

六、原书所用译名，现有新译者，全部改为新译。

2 凡 例

如“法郎西”改为“法国”，“意大里”改为“意大利”，“澳地利”改为“奥地利”等。但外国人译名均未改，原因在于原书涉及的外国人名一般均未附外语原文，无法重译。在这种情况下，与其误译，不如保留原貌为好。但对有些附有外语原文者，或点校、勘校者手中有外文原著（如《万国公法》等）者，点校、勘校时对原译名加注说明。

七、为保留原著面貌，对原书所引用之事实、数字、书目、名称及其他材料确有错误者，也不作任何改动，但加注说明。

八、原书排字确有错误，当时未能校出者，酌加改正，并加注说明。

九、民国时期出版的法学译著，有些是篇幅很小的小册子，只有几十页、一百余页。考虑到现代读者的阅读习惯，以及译丛每册书稿的大体平衡，我们将这些小册子做了适当处理，有的以二三册合并一起出版，有的以“某某法学文选”的形式出版。

前 言

公法与私法的问题，校者在研习民法的过程中时常为其所困扰，其实，在法学研究的各个领域，这个问题恐怕都难以回避。美浓部达吉的《公法与私法》对于公法与私法关系系统和深入的阐述，即使在今天也难以找出一本著作与之相媲美。这本小册子出版于二十世纪三十年代，曾在当时的法学界引起了巨大反响，第二年就被译成中文介绍到中国。此书的中文译本分别为：陈正明译本，陈正明律师事务所一九三七年印行；黄冯明译，万有文库本，上海商务印书馆一九三七年版；及汉译世界名著本，黄冯明译，商务印书馆（长沙）一九四一年版。上述三个版本均依据《美浓部达吉论文集》第四卷所收《公法与私法》翻译而成。其中，万有文库本（即本书所用底本）与汉译世界名著本同。

《公法与私法》的作者美浓部达吉（一八七三—一

九四八), 是日本现代著名宪法学家、行政法学家。美浓部在幼年时就表现出了强烈的求知欲望, 一八九四年进入东京帝国大学法科学习, 一八九七年以优异成绩毕业后, 曾赴德国、法国和英国留学。回国后, 受任东京帝国大学法学部教授, 讲授比较法制史、宪法学和行政法学, 提出过著名的“国家法人说”和“天皇机关说”。在长达五十余年的学术生涯中, 著书近一百册。其公法代表作有: 《宪法及宪法史研究》(一九〇八年), 《日本行政法》(全四卷一九〇九年—一九一六年), 《宪法讲话》(一九一二年), 《宪法撮要》(一九二四年), 《逐条宪法精义》(一九二七年), 《日本宪法原论》(一九四八年) 等。美浓部的法理学、宪法学和行政法学理论对中国的影响甚大。他的许多作品, 在民国时期就已经被译成中文出版, 除了《公法与私法》以外, 还有《法之本质》(林纪东译, 上海商务印书馆一九三六年版)、《府郡县要义》(谷钟秀、马英俊译, 东京东华书局一九〇七年版)、《选举法纲要》(毕原、张步先译, 内务部编译处一九一八年版)、《宪法学原理》(欧宗佑、何作霖译, 上海商务印书馆一九二七年版)、《行政法总论》(黄屈译, 上海民智书局一九三三年版)、《日本行政法撮要》(杨开甲译述, 中华民国政府考试院一九三三年版、民智书局一九三三年版)、《行政法撮要》(程邻芳、

陈思谦译，上海商务印书馆一九三四年版）、《行政裁判法》（邓定人译，上海商务印书馆一九三三年版）等。《日本公用征收法释义》（李信臣编译，商务部编译处〔北京〕一九一九年版）、《世界最新之宪法》（王揖唐译，一九二二年版）、《议会制度论》（邹敬芳译，上海华通书局一九三一年版）、《商事行政法》（日本明治大学编印）、《法律概论》（商务印书馆〔上海〕一九三七年版）。

本书译者黄冯明，广东丰顺人，一九一二年生于广州，一九三三年入日本九州帝国大学习行政学，一九三七年毕业回国参加抗战。历任第二十军政治部秘书、广州军事特派员公署少将参议，广东省政府参议等职。一九五二年去台后，曾任“侨务委员会”顾问、委员，“侨民选举立法委员”、“监察委员”及工作委员会总干事等职。译著除《公法与私法》外，尚有《战后日本工业》、《日本的资源》等。

自古罗马开始就有公法与私法的划分，继受了罗马法的大陆法系国家，这个区分一直保留下来，并在近代随着二元的法院系统的建立而日益凸显出来。美浓部在探讨公法与私法区别的必要性时，提及公法与私法的区分是一切法律制度得以建立和适用的前提，实际上他所指的是大陆法系国家的法。也正是在这样的前提下，美

浓部用当时的法律规定作为例证展开论述，从效力和管辖等角度说明了区分公法和私法的必要性，否定了凯尔森的“法一元说”。凯尔森认为，公法和私法都是国家法，依据这些法律，无论是人民之间，还是国家和人民之间都是权利义务关系，因而无必要区分；美浓部则指出凯尔森在方法论上的问题：过于强调法律的观念性，而忽视了“实在的世界”。他试图从各种纷繁复杂的法律关系中找到区分公法和私法的标准，以对各种法律现象作出合理的解释。他认为由于现实的国法是由种种错杂的思想而形成的，所以不可能有区分两者的单一的标准，从而肯定了区分标准的多元性。他认为在区分公法与私法时，不仅要考虑到法主体和法所保护的利益，同时也要考虑法律关系的性质。

公法与私法虽然有区分的必要，但无论公法关系还是私法关系，都同样是法律关系，所以两者并非毫无共通原则而截然不同的。美浓部从同为权利义务的关系、权利义务的种类、法律原因及法律关系的构成要素等四个方面论述了公法和私法的共通性。当然，两者的差异亦是显著的。在论述公法与私法的特殊性时，美浓部认为两者最显著的差别在于：私法关系的当事人双方是以法律上对等的意思力而对立的，而公法的公定力乃国家意思有优越效力使然。在美浓部看来，公法与私法在许

多时候也是相关联的。在法律现象中常常有混合的法律关系与混合的权利，即单一的法律关系可能同时含有公法和私法的性质，而单一的权利也可能同时为私权和公权的性质。有时，国家的公法行为也会形成私法关系，认可、公证等公法行为甚至还会成为私法行为的构成要素。由于公法和私法具有共通性，私法规范（特别是民法）在某些条件下可以适用于公法关系（主要是财产关系）。另外，美浓部还细致地分析了公法和私法发生转换的情况，以及由于社会的发展而出现的对于所有权行使的公法上的限制、契约自由的限制等私法公法化的趋势。

在行文的过程中，美浓部引用了大量当时日本法院的判例、日本的立法甚至是法国和德国的学说、立法和案例。从中，我们也可以窥见美浓部对于具体制度的掌握和运用是多么的熟稔，对法律现象的观察和分析是多么的细致！美浓部运用了比较研究和实证分析的法学研究方法，在对各种观点和学说进行不同程度的“证伪”的基础上得出自己的结论。他的结论在今天还具有很强的解释力，公法和私法有区别的必要时，但是不能夸大其区别，也要注意其相互联系。

随着时代的变迁，书中的有些观点甚至引用的有些例证也不那么有说服力了，或者说已显得有些陈旧了，

6 前 言

但这并不妨碍我们去吸收和借鉴。虽然已经半个多世纪了，可美浓部的《公法与私法》依旧光彩夺目，尤其是今天我们还在讨论政治国家和市民社会的分野的时候，也许它更具有现实意义。

周 旋

二〇〇二年六月

于沪上苏州河畔

卷 头 语

在法学的领域中，“公法与私法”是一个比较后起的问题，但其在学术上的重要性，已为若干学者所承认。关于这问题的著述，像本书这么具体作系统的研究的，不但于日本为创见，即在欧美诸先进国中，亦不多见。译者译本书的动机，是想给我国沉寂的法学界以一个轻微的刺激。

著者历任九州、东京两帝国大学教授，是日本法学界的耆宿，是宪法学和行政法学的权威。去年，其“天皇机关说”〔1〕搅起日本政界的轩然大波，〔2〕所谓“国体

〔1〕“天皇机关说”简言之即将日本国视为法人，将天皇视为国家机关；统治权属于作为“法人”的国家，天皇为国家最高机关，行使统治权；国家的主权在于民众，体现“主权在民”的最好政治体制是内阁对议会负责的议会内阁制。此一学说为美浓部达吉于一九〇三年在《君主在国家中的地位》（载《法学志林》第五十号）等文中首倡。至大正时代（一九一二年—一九二六年），“天皇机关说”成为日本法学界公认的学说，并成为大正民主运动与政党内阁的理论依据。——校者注

〔2〕一九三五年二月，原陆军中将菊池武夫率先在贵族院向美浓部达吉发难，攻击“天皇机关说”是“学匪理论”，弹劾美浓部达吉对日本国体的批判行为犯了“不敬罪”。同时，日本检察机关也以起诉美浓部达吉的著作为“非法出版物”为借口拘传了他。——校者注

2 卷头语

明征”，^{〔1〕}几为冈田内阁^{〔2〕}崩溃之第一弹。本书就是博士在惊涛骇浪中之作，编入《美浓部达吉论文集》为第四卷，和“天皇机关说”虽无直接的关联，但亦可以从窥知博士的法学思想之一斑。

译者着手译本书时，曾规定两个工作标准：第一不失原意；第二不拘泥文句。因为中日两国文字的组织悬殊，若过于拘泥原著文句，结果便难免诘屈傲牙，不可卒读。所以原著过长之句，译本上都尽可能地截成短句；对于句的编排次序，亦往往加以更调。这点，是译者应向著者负责，并求读者原谅和指正的。

本书所引用的法令，除有特别声明者外，其余都是日本的。又原著所称“我国”，为求便利阅读，译本中概改为“日本”。

法律用语，概依我国现行法规。惟我国法规未尽完备，所以其中有不少是由译者杜撰的。又日本的控诉

〔1〕 国体明征运动，一九三五年（昭和十年），为排斥所谓“天皇机关说”为目的而掀起的运动，主要由以军队为支柱的法西斯势力所推进。美浓部达吉作为“天皇机关说”的代表者被革除公职，著作被禁止出售，同时，政府禁止讲授他的学说。这不单纯是关于宪法学说的事件，也是日本法西斯抬头过程中的一个里程碑式的事件。——校者注

〔2〕 冈田启介内阁（一九三四年七月—一九三六年三月），冈田于一九三六年“二·二六”事件遭袭脱险后，内阁总辞职。——校者注

院，等于我国高等法院，大审院等于最高法院。因其中引有不少的判例，为求读者便于索检，概从原称。

书中所引判例，俱注有年月出处。如“昭一〇、一、一四、大民”，即为“昭和^{〔1〕}十年一月十四日大审院民事”之约；又“大一二、七、二六、行”，即为“大正^{〔2〕}十二年七月二十六日行政裁判所”之约。

最后，本译之成，得吾师宇贺田顺三教授及同学雷鸿堃兄不少的指正和帮助，附此申谢。

译 者

中华民国二十五年二月十八日

识于九州帝国大学法科研究室

〔1〕 昭和元年为一九二六年，昭和十年为一九三五年。读者可自类推，下文不再注明。——校者注

〔2〕 大正元年为一九一二年，大正十二年为一九二三年。读者可自类推，下文不再注明。——校者注