

著名界世譯漢

# 法私與法公

著吉達部濃美  
譯明馮黃



行發館書印務商

黃馮明譯

漢譯  
世界  
名著

公  
法

商務印書館發行



法

上海圖書館藏書



A541 212 0002 8318B

~~1651273~~

## 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

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「大一一七、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。

# 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爲私法的關係，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曾改變。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

# 目次

## 卷頭語

## 著者自序

## 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

二 公法與私法區別的否定說

三 公法與私法區別的根據

### 第二節 公法與私法區別的標準

一 學說概觀·····	二二二
二 公法與私法區別的標準之多元性·····	三〇〇
三 公法與私法區別之基本的標準·····	三三一
四 站於準私人的地位的國家·····	四〇〇
五 準國家的法主體·····	五二二
六 結論·····	六〇〇

## 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 公法的國家行爲之公定力……………一二二

三 公法的國家公權之強制力……………一六六

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 以公法的行爲爲依據的私法關係之形成……………一六七

一 以司法行爲爲依據的私法關係之形成……………一六八

二 以行政行爲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爲之裁判管轄……………一七四

第三節 爲私法的法律行爲要素之公法的行爲……………一七八

一 受理行爲……………一七八

二 認可行爲……………一八六

三 公法上的代理……………一九四

四 公證行爲……………一九七

五 確認行爲……………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……………二二〇

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
<b>第六節 私法的公法化</b>		
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，都被視爲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，沒有更區別爲公法和私法的必要。對於學校內的法、家族內的法、撲鬪社會的法和秘密結社的法等，誰亦不會說其中有更區別爲公法和私法的必要。

不過，最少當觀察現代國家的法時，將其觀念上區別爲公法和私法，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爲公的法律語。可是，現代的國法，是以區別其全部爲公法或私法爲當然的前提的，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爲，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，都可斷定爲警察規定，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爲私法規定。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求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，只可視爲民事上的侵權行爲。

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，一般都無異議地以爲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爲前提，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

外，都不歸通常法院管轄。因此，若要決定某事件可否向法院起訴，就有先決定該事件究爲公法關係之爭訟抑爲私法關係之爭訟的必要。在尙未辨明其所屬之前，想決定應否視該事件爲合法的民事訴訟而受理，是不可能的事。

依右所述，已可明瞭區別公法和私法的必要，並不是根據「法爲社會之規律」這本質的論理上所必然。對於與國家無關係的社會的法，實在沒有承認這種觀念的必要和理由。公法私法的觀念，是專從國法發達而來的觀念；亦只在國法上纔有承認這區別的必要。所以與其謂爲「論理的」的觀念，毋寧謂爲現實的國法上的觀念。想究明現實的國法的內容，這觀念是必要的，是不可缺的。這不單是爲着滿足理論上的要求，主要的還是由於究明國法之應用的實際上的必要。

雖然如此，我們可不要把公法和私法的區別，看做單純的裁判管轄那種技術的問題，以爲在理論上是不能維持的。法律雖規定法院除審理刑事及法律特定屬於其權限的事件之外，祇管轄民事——即關於私法的事件，但這是以「何謂民事」和「應以何種標準區別公法與私法」的問題，能在理論上得到判別爲前提的，所以當法律規定之先，公法和私法的區別，即已在理論上爲



人所認識。法律卻是以這種理論上的認識爲基礎，而原則地規定私法的事件由法院管轄的。

據此，我對於那種從理論上否定公法和私法的區別，以爲法在性質上常爲「單一的」所謂「法一元說」，到底不能贊同。

## 二 公法與私法區別的否定說

近時，特別是蓋爾珊(Hans Kelsen)，堅決地否定公法和私法的區別，以爲這區別在理論上不能維持的。蓋爾珊在他最初的大著國法學的主要問題(Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911)上，對此即已有所論列。在該書序文中表明其主張，大要如次：

「特別是關於國法學上的理論構成(Konstruktion)，有一點要先行說明。通說認國家與其他主體之間的關係爲法律上的統治關係，因之對私法和公法加以區別，但我卻相反，把這兩者的區別概行拋棄。通說在對等的權利主體之外，承認國家爲優越的主體，因而分爲兩個法域而構成其理論。反之，我卻盡力地把觀念構成加以節約，我的理論構成只限於單一的法域。我以爲國家與人民間之事實上的支配關係是不能「法律的」地去尋求的，所以我否認那是「法

律的」地構成的。對我這種主張，亦許有人非難，以爲我只偏於私法的觀察。但事實上正相反，我並不是站在把一切的法都視爲私法的立場，反而是主張一切的法都屬國家法的代表。」

依右舉序文，可知蓋爾珊是主張國家和人民的關係，自法律上看來，不是權力服從的關係而是權利義務的關係；其性質與個人相互間的關係毫無差異的。這就是他否定公法和私法的區別的主要根據。他以爲區別公法和私法的主張，全是以國家與人民間的關係爲無限制的權力關係，爲與私人相互間的關係完全不同性質之專制時代的遺物，在法治主義的現代，是早已不能維持了的。他說：

「國家基於事實上的實力關係去支配人民這回事，是屬於實在世界的社會心理上的事實，是不屬於法律家所當觀察的範圍之內的。自法律家看來，國家亦不過是一個人 (Person)，是一個權利義務的主體而已。這種觀察是一切法律的理論構成之基礎。而且若果承認這主張，就和那以國家與其他主體間的關係爲統治關係或命令關係的主張，站在不能兩立的地位。因爲國家既爲權利義務的主體，就必然是與其他主體站在對等的地位的 (gleichgeordnet)，而不

是較其他主體爲優越的（übergeordnet）。從同樣的法律的觀察點看來，那一面以國家爲人（Person），同時又以之爲統治主體（Herrschaftsobjekt）的主張，亦很明顯是自相矛盾的。因爲在前一個場合，是以國家爲對其他主體享權利負義務，換言之，即將純粹事實上的權力關係除去，而視之爲對等者而加以觀察的。但在後一個場合，卻是完全不考慮及法律上的關係，而專從事實上的權力關係去觀察，以爲國家是對人民站在優越地位的緣故。依前一觀察言，人民是權利主體，他對於國家這權利主體的關係，完全像他對其他一切的權利主體的關係一樣。從後一觀察言，人民僅爲統治的客體，祇有國家纔是主體』（Hauptprobleme S. 226）。

要之，蓋爾珊以爲權力服從的關係純然是事實上的關係，是專屬於實在的世界的，不應以其爲法律的觀察之目的。這是他的主張的要點。他說：「即使是事實上握有絕大權力的國家，其對於人民的關係，從法律上觀察，亦只和擁有絕大資本的企業家對最下級的勞動者的關係同樣，兩者在法律上都不是實力者而是「人」，是相互地享權利負義務的主體。在雇傭契約範圍內，勞動者應服從企業者的規定和指揮的所謂私法上的義務，與人民對國家所負的「服從義務」，在法律

上完全是具有同樣的性質的』(S. 227)。因此，他認為視其中之一為私法而另一為公法，以兩者為具有不同的性質之主張是完全錯誤的。

蓋爾珊在一九一三年的公法雜誌 (Archiv d. öff. R. Bd. XXXI) 上又發表了一篇名為論公法的法律行為說 (Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft) 的論文，對此問題論列頗詳。他想把實在的世界置諸一切法律的觀察之外，這點就是構成他的一切主張之根底的思想。他說：

「法主體或法人格的觀念之發生，祇在單純地某者為義務或權利的主體時，換言之，即法規可以適用於其上，或其能使法規發生作用時纔有可能。因此，法主體或法人格的觀念，單純是形式的性質的東西；至於賦予人格之法規的內容，換言之，即法主體所有的義務及權利之內容如何，和人格的觀念全無關係。所以想從法的內容來區別人格或法律關係的觀念，全是不可能的。又不能依法律關係的內容之不同而對法主體加以區別。更不能在其中附以價值的階段。：即使從法律關係的內容說來，可以分出支配關係和非支配關係，但這和法的形式毫無關係，

所謂支配關係的性質，并不能賦予法律關係以何等特質。因為對於法律關係，所謂支配要素并無可予其以特色的性質。對於以保有金錢為內容的所有權，法并不能賦之以金的性質，同樣，亦就不能給法律關係加上支配的性質……即使沒有法，支配關係在法以外還是存在着的。總上所述，我們便不能把法律關係分為支配關係和非支配關係而視之為法律的分類。這正如在幾何學上不能以球的材料為金為木做標準去從事球的分類，是一樣的道理……法的判斷常為價值的判斷而非事實的判斷。說人與人間的某種關係為法律關係，就等於說那關係可依法而作價值判斷的意思。說某事為合法某事為不合法，就是對該事實加以是否合法的價值判斷；這和根據某事實是否適合道德律而加以善惡的評判，或根據其是否適合美的原則而為美醜的評判毫無所異。這是把實在的事實 (Realität) 和思想的 (Idealität) 法則對照而判斷其價值的。若把實在的事物和該事物所屬的價值混為一談，實陷於原始的思索之錯誤。那把人類間所存之事實上的關係去說明法律關係的，可說是把價值判斷和事實的判斷相混淆的標本……因此，從法律關係的內容中去求公法和私法的區別，而以國家與人民間之特別的統治關係為

公法者，其前提已含有莫大的錯誤。這是因為在法律關係，只有那價值纔是法的要素，所以應以構成該關係的內容之主體間的事實上的關係為法律關係，而區別標準并不存於其所欲區別的法之本身的緣故。私法和公法的區別，祇存於實在的世界而不存於價值的世界，祇是事實的要素而不是法律的要素。」

蓋爾珊的根本思想，是想把實在的世界置於一切法律的觀察之外的，對他這種主張，我到底不能贊同。關於此點，已在別文論及（參閱蓋爾珊學說的批評）。蓋爾珊把依據權力的支配關係視為純粹的事實問題，以為不應列入於法律的觀察。可是，那雖然是依據權力的關係，但那權力亦是經國法所承認的。在國法允許的範圍內，一方的意思得拘束對方的意思，對方有即違背己意亦非服從不可的義務的場合，兩者間的關係決非單純事實上的關係，而是法律上的關係。又那不是對等者相互間的關係，而是以權力為依據的支配關係。至於為單純事實關係之依據權力的支配關係，可以說和被匪徒綁去的肉票對於實力的脅迫無力反抗，不得已而服從的關係一樣，那權力在國法上是不認之為權利的。反之，國家與人民間的統治關係，卻是國法上認為正當權利的關係。

國家決不是用單純的實力去支配人民，而係在國法上保有支配人民的權利的。這點，無論在法治主義的現代或在從前專制主義的時代都是一樣。不過，在專制時代那權力範圍甚為廣汎，其行動出乎自由；反之，在法治時代，那權力被成文的法律所拘束，原則上要有法律的根據纔能發動。這就是兩者不同之處。至那權力為國法上的權利之點，專制時代和現代並無稍異。自然，無論是國家和人民間的關係，或對等者相互間的關係，自法律上的觀察點看來，都同樣是權利義務的關係。這主張一點亦沒有錯。但若根據這理由，即以爲兩者完全同其性質，以爲兩者在性質上無區別可言，這卻十分不當。即使兩者同樣是權利、是義務，但在同樣的權利義務之中，性質上亦當然有差別的。能根據這種性質上的差別而再加以分類，實屬不容否認。公法和私法的區別從何而生的問題，容後詳論。但若以公法和私法有同為國法的共通性質做理由，而即否定兩者的區別，卻不免陷於和前項否定說同樣的錯誤。不錯，蓋爾珊主張公法和私法都是國法那全是對的。無論公法或私法，在許多地方都存着共通的原則，跟着就有共通的觀念，所以那些以公法和私法為劃然異其領域而全無共通原則及共通觀念的主張，實不免謬誤，在矯正這種主張的謬誤上，我們不能不承認蓋爾

珊學說的貢獻之大。但蓋爾珊因兩者有共通性便全然否定其區別，卻未免過偏於共通性質的考察，忽略了同中之有異；同時又沒有觀察到國家人民間的法與個人相互間的法在性質上有顯著的差異。在這方面，卻不能不說是他的錯誤。他那種學說不但有蔑視現實的國法和不能滿足國法的解釋及其適用上之要求的缺點，就在理論上亦是不能支持的。

在蓋爾珊之前，同為維也納派學者的夫倫滋·威雅（Franz Weyr）已在一九〇八年的公法雜誌（Archiv f. öff. R. Bd. XXIII）上發表過一篇論單一法系的問題（Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystem）的論文，主張撤廢公法與私法的區別。他的主張不像蓋爾珊那麼極端，亦不是從理論上否定兩者的區別。他以為把兩者加以區別，不但無裨實益，反有妨害統一的體系之法律學的發達之虞，所以從法律學的研究方法着想，不如撤廢之為愈。他主張的理由，第一是在於現代的法治國家，不但與舊時代的權力國家大異其趣，而且在國家之下，又有各種公共合作社，這些合作社都與私人極相類似，在觀念上甚難將兩者加以區別這點。至於他立論的主要根據，是在於法律學上之觀念構成的方法論。據他說：「抽象的法律學（abstrakte Juris-



prudenz)已不是純粹的現存制定法規的解釋，又不是法律歷史的記述。在這種法律學上，我們不能不承認，不幸，牠那唯一的正當方法，接近藝術家的創作，竟較其接近自然科學的研究方法遙為密切……就在小說家創作時，亦不是絲毫不受在其作物外部的法則之束縛那末完全自由的；論理的法則和心理的法則都是他的不可逾越的界限。相當於法律學上的觀念構成者之學術上方法上的合目的性 (Zweckmäßigkeit) 之要求的，在文學者是美學及心理學的要求；兩者固然有所差異，但雙方都是發自己的內涵而創作的，這點卻屬共通。他們不是研究 (Forschung)，亦不是實驗 (Untersuchung) 或證明 (Beweisung)，而是構成 (Konstruieren) 和說明 (Erklären)！他以為法學上的各種觀念，正與不正並不成為問題，只有適合目的與否纔是問題。他以為說某法律上的觀念為「正」(Richtigkeit)，誰亦不能將之證明，同時，亦沒有人能像說二乘二為五是錯的一樣去指出其錯誤。從這種見地看來，區別公法和私法，在現代早已不合目的，所以他主張為求適合法律學發達的目的，倒是把這種區別廢棄了好。

威雅以為在訂正法律現象的系統和析明其相互聯絡的作用上，法律學上的觀念構成祇是

一種補助手段，那觀念構成能否適合爲說明法之手段這目的，較之其爲絕對正否的問題更屬重要。從這點看來，威雅的主張的確循着真理。不過，觀念構成之爲正與否，並非不成問題，又對於觀念構成的錯誤，亦不是不能證明的。關於法學上的觀念構成，第一重要的問題，雖在其被用爲整理法的知識和編排秩序的手段是否適當（*Zweckmäßigkeit*）之點，但其必須適合論理的法則，實爲第二要件。要是把性質上無可區別的觀念強分之使屬於別者，或對性質各別的觀念否定其差別而使之完全同其所屬，那無疑是違反論理的原則的。非但不適當而已，即其錯誤亦得以證明。再者，法學上的觀念是說明實在的法律現象的手段，所以那觀念構成非常與實在的法律現象相適合不可。威雅之所謂「抽象的法律學」，若含有置實在的法律現象於度外的意義，便不能成爲法律學而存在。故此，若蔑視實在的法律現象而構成與其毫不相適的觀念，那不但不適合目的，且不能不謂爲錯誤。公法和私法在其相接觸的區域間極爲近似，正如威雅所說，欲截然區分爲兩，殊非易易。在這點，威雅的主張亦未可厚非。但是，這和在自然科學的領域中，動物和植物於其相近的境界內，彼此的區別亦常不明瞭一樣，不能成爲否定兩者的區別的理由。

又同屬於維也納學派的瑪克爾 (Adolf Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 83, 84) 亦踏襲蓋爾之說，謂：『將行政法分屬於公法或私法，自行政法學上看來，全是無用的問題。法律學上的分類，祇於集法律上之同者和別法律上之異者的場合，纔有在學術經濟上存在的理由。但把法分爲公法和私法，是法律學上最舊最普通的分類，實不能滿足法律學上的分類要求。』可是，一切事物的存在，都各有其存在的理由，何況是法律學上傳之已久而又被認爲最普遍的公法和私法的分類？以這種分類爲全無存在理由的主張，實令人莫測高深。若自己未能明察其差別而妄加否定，貿然對有悠久的發達歷史之學問成果加以破壞，卻非忠於學術者所應爾。

(備考) 捨右述外，英吉利的所謂分析學派——即以奧斯丁 (Austin) 爲代表的學派，

主張一切的法都是主權者的命令，結局亦趨於否定公法和私法的區別之一途。又荷蘭的學者 克拉卑 (Krabbe, Die Lehre von der Rechtssouveränität) 以區別說視國家主權的觀念，爲非法律的「力之崇拜」爲理由，亦對之加以否定。他以爲自法律學的立場看來，法就是主權。

他站在那種立場，以爲傳統的公法和私法的區別，是基於非法律的觀察的，因對之加以排斥。他

又以爲通說之所謂公法，并不由所謂「相互的拘束」那法的本質要素之思想所支配，而是以政治的權力思想爲基礎的，視之爲與法的思想不相容。

### 三 公法與私法區別的根據

何以對於公法和私法在觀念上有加以區別的必要？這如前所述，第一是基於究明現實的國法這實際上的必要。法律學的研究對象是在於究明「何謂現實的國法」這問題，法律學上的各種觀念，無一不被視爲求達此目的的補助手段而構成。就這種意義上看來，法律學是最實際的學問，法律學上的觀念非適合此種實際的需求不可。若置實際的必要於度外，祇爲求論理的滿足而構成的觀念，是不能以法律學上的觀念而有存在的價值的。因爲法律學不是論理的規範的學問，卻是以闡明現存於社會、爲社會人人實踐的規律之國法的內容爲事的。爲法律學之研究對象的國法是歷史的成果，雖然不像爲自然科學之研究對象的自然現象那樣具有外界的存在，但不失爲實在的社會現象，卻有社會心理上的存在。因爲是心理上的存在，所以不能像對自然科學那樣，依純客觀的實驗或觀察去尋求，對其研究，當然非根據心理的社會的考察和價值判斷不可。而在

以「歷史的賜與」爲前提而從事國法之觀察及闡明這目的方面看來，法律學亦和其他社會科學一樣是實驗科學，因此，法律學上的一切觀念亦必然是實驗的觀念。在半世紀以前，基爾克（Gierke, Grundbegriff des Staatsrechts, 1874）便說，公法和私法的界限，不是原理的而是「歷史的」（Historische），這句話至今不失其真理。又德意志民法第一草案理由書裏說：「公法和私法的界限，不是先驗的（aprioristisch）地所能劃定的，祇有按着法之發達的史跡纔能劃定，而法之發達，因聯邦內邦之不同而異其形。」這亦深中肯綮。反之，拉得布魯志（Radbruch, Rechtsphilosophie S. 122）卻不承認公法和私法爲實定法上的觀念，以爲是論理的，先於一切法律的經驗之「先驗的法律的觀念」（apriorische Rechtsbegriffe）。在日本，最近廣濱教授大概是受了拉氏的影響，亦以爲公法和私法的概念，是「基於法之社會的性格之論理的概念，而非實定法上的經驗的概念」（法律學辭典第二卷「公法與私法」之項），都以爲法律學和經驗科學的性質不能相容，這種主張，我是不能同意的。所謂法，就是一切的實定法；舍實定法外，別無法之存在（法的本質第九九頁。）一切法律學上的觀念，都是用以說明實定法的，那不能用以說明實

定法的，基於空想的論理之要求的觀念，從法律學看來全是廢物，非將之拋棄不可。

又區別公法和私法的必要，祇存於國家法而不存於其他社會法，在前已略加言及，這亦是從公法和私法的觀念乃係以實定法為基礎之「經驗的」的觀念這原則所生的結果。若反此，將公法私法的觀念視為純粹論理的觀念，那便沒有理由將其區別視為限於國家法的觀念，而非適用於一切社會不可。現在廣濱教授說：「有社會即有法」，因之，有以法之社會的性格為基礎以究明法之論理的社會的構造之必要。公法和私法的區別，即於「建立」，主張公法私法的區別適用於一切社會的法。但是，把沒有國家法的性質的——例如學校內部的法分為學校公法和學校私法，在理論上恐難成立；即在理論上可以成立，恐亦無若何意義和價值。所以我對這種主張，毫不躊躇地加以否定。

實定法上的國家，是強大的統制力之保持者，除直接的國家法外，對本來屬於其他社會的法，亦同時認之為國家法而自居於其保護監督之任。國家法之所以獨有區別為公法和私法的必要，完全是為着這種緣故。即廣義地說來，國家法可分為兩種，一是直接的國家法，另一是本屬於其他

社會的法，因國家爲着保持法的秩序對之加以保護監督而同時又爲國家法的法。區別公法和私法的必要，即因此而生。而公法爲本來的國家法——直接的第一次的國家法；私法爲本屬於其他社會、因國家當其保護監督之任而爲第二次的國家法的法之點，即爲兩者區別的主要根據。自然，現實的國家法上，在這種原則之外，還認定有種種特例。所以若要確定兩者的正確界限，非就實定法作更精密的研究不可。又在現實的國家法中，除右述的根本思想外，還混雜着種種的思想。關於此點，且讓諸次節再加說明。但如右所述，廣義的國家法中可分爲本來的國家法和本來爲其他社會的法之第二次的國家法兩種，在這裏，我想暫時假定其爲區別公法和私法的根本理由之所在。國家以外的社會，沒有像國家那麼強大的統制力，不能當保護和監督其他社會的法的責任，所以對之無區別爲公法和私法的理由。某社會的法之全部，在那社會看來都是公法，私法無存在之餘地。只有國家，因爲是國內全體之法的秩序的統轄者，對於國內一切的社會，認該社會之法爲有保護的價值時，便自當保護之任，所以在廣義的國家法中，纔有承認私法的存在之必要。普通都說私法是個人相互間的法，自然，那是根據於正當的思想的解釋。但是，若如其字面所示之意義，祇爲個

人相互間的法，那就和撲鬪社會的法，圍碁或將棋的法同樣，是和國家沒有關係的，全然沒有國法的性質，因而即不能屬於私法的範圍。所以所謂私法，並不單指那個人相互間的法而言，是更含有經國家承認和保護的意義的。即是說要有國家的承認和保護的法纔算私法。至於個人相互間的法，「第一次地」只是個人間的社會的法。債權人和債務人，雇主和受雇人，地主和承租人，家長和家屬等，都各自構成一個社會（法之本質第一五頁以下），私法本來不外是此等社會的法。其對於國家的關係，不過是服從國家的監督和可以請求國家的保護而已。私法非與公法區別不可的根本理由，亦即在於此。

總上所述，可知公法和私法的區別，不單是決定裁判管轄的技術的問題，同時又是基於法的性質之差異的論理上的區別。自然，這種論理上的區別要經現實的國法採用纔能成爲法律上的區別。但現實的國法並未盡量貫徹這種理論，是外，尙有其他理論夾雜其中，因此其原則不免多所變易。而爲闡明現實的國法之學的法律學上的觀念——公法和私法的區別，亦往往不能把那論理上的區別完全貫通。不過，這是一切法律學上的觀念無一非基於實定法之經驗的概念這原則



所生的必然結果，若因此便以那區別爲全然非理論的，爲單純技術的區別，實屬失當。

## 第二節 公法與私法區別的標準

### 一 學說概觀

除完全否定公法和私法的區別而主張所謂法一元說的二三學者外，法律學者大概都一致承認應將國法分爲公法與私法。可是，關於區別公法與私法應以什麼爲標準這問題，學說紛然，莫衷一是。試看瑞士人荷靈加 (Hollinger) 在其學位論文公法與私法的區別標準 (Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, Inaugural Dissertation 1904) 中舉出十七種不同的學說；馬爾堡 (Marburg) 的私講師華爾滋 (Walz) 在就職演講關於公法的本質 (Vom Wesen des öffentlichen Rechts, 1928) 中亦舉出十二種不同的學說，即可知其複雜之一斑。

對於那種種的學說，在此無一一論述和批判的必要。以下只擇其中較爲重要的代表的學說，

## 一論其概要。

(一) 最普通的學說可說是「主體說」(Subjekttheorie)。這學說以爲在私法、法主體的雙方都是私人或私團體；反之，在公法、法主體的雙方或最少一方是國家或在國家之下的公團體，而主張公法和私法的區別標準卽在於此。自然，國家和其他公團體亦可以做「私經濟」的主體，而私經濟的主體，卻是私法關係的主體，所以主體說這種理論，有加以某種限制的必要。關於這種限制，有的說是「非私經濟的企業者之公團體」，有的說是「爲保持公益者的公團體」，有的卻說是「爲支配權之主體的公團體」，此外尙各有定說，莫能一致。但歸納起來，這主體說的要點，不外是主張當具有某種資格的國家或其他公團體做主體時，那法卽爲公法。齊林聶(G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre S. 348)說：『所謂公法，就是把保有統治權(Herrschergewalt)的團體(Gemeinwesen)在其與對等的或隸屬下的人(Person)之關係上加以拘束的法；』羅寧(Löning, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht S. 9)說：『公法是關於公的權力(öffentliche Gewalt)之組織、作用暨被統治者對於爲統治者的國家及其機關(包含市鎮村

州及其他公法人)之關係的法。至國家不用統治的權力而與其他人等(不問是否服從其權力者)發生法律關係時,那種法律關係便不屬於公法而屬於私法;『柯塞克(Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts<sup>2</sup> S. 3)說:『公法,是為公益而存在的組織體——即國家、地方團體、教會等的法。但這些組織體在法律上與私人站於同等地位時,其間的法律關係便屬於私法。例如收買土地和發行公債那樣從事私經濟的交易時,通常都是私法關係;』華志(Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses I S. 94)說:『在法律關係上公團體(ein öffentlichen Verband)為公益的支持者(Träger öffentlichen Interesses)而居於主體的地位,又公團體同時對對方,猶如全部對一部的關係(Als Gemeinwesen zum Glied)而發生法律關係這點,是公法的特徵;』此外,尚有許多類似的說明。其持論精疎不一,或置重於為公益的保護者之點;或置重於統治權或公權力的守護者之點;亦有採用其他的標準的,其間頗有差異。但總之,以為公法和私法的區別標準存於備有某種資格的國家或公團體為法主體之點,卻是所謂主體說的特色。這主體說是我所認為唯一正當的學說,其詳細說明,容俟次項。

(二) 與右說相關聯而屢被倡道的學說，是把公法和私法的區別標準求之於法律關係的性質之差異，以爲公法關係是權力者與服從者間的關係，私法關係是對等者間的關係的學說。這學說主張公法所規律的意思爲權力者及服從者的意思，私法所規律的意思爲對等者的意思，因此，我擬稱之爲「意思說」(Willentheorie)。拉班特(Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs<sup>4</sup>, I. S. 64) 以爲公法的特色在於其爲統治關係的法之點。他說：『所謂統治(Herrschen)是一種可以命令自由人(及其結合體)作爲、不作爲及給付，並能強制其遵守的權利。而公法和私法的區別要點即存於此。至私法祇有對物的支配，而無支配自由人的權利；對自由人祇有請求權(Forderungsrechte)，因此，對於義務者沒有強制的權力，亦沒有以某事命令之的權力。』拉氏這種論調，可說是意思說一派思想的代表。這意思說在日本以故穗積八束博士主張爲最力，其影響逮於今日。這學說在某程度內無疑是含着真理的。公法的主要性質是在於其爲國家與人民間之關係的規律，而國家有以優越的支配權去命令和強制人民的權利之點，則爲其主要的特徵。因此，公法的關係以權力者與服從者間的關係(Über-und Unterordnung)爲通常的性

質，反之，私法關係卻以對等者間的關係（Coordination）爲通常的性質。但這不過是兩者間的通常的差異，若以之爲兩者的區別標準，則屬大謬。國家不一定只是強制和命令人民的，同時亦站在以利益供應人民和負擔義務的地位。又人民亦不單是站在服從國家的命令和忍受其強制的地位的，同時還有向國家要求某事的權利。國家與人民的關係，是互相享權利負義務的關係，而不能單純地斷定爲權力服從的關係。何況此外還有國家對其他對等的國家之關係，和國內的某公共團體對其他公共團體的關係？像這些關係，無論如何都不能說是權力服從的關係，但卻無疑是不屬於私法而屬於公法的。又從他面看來，如包含於私法內之社會內部的法、親屬法和家族法等，都很明白不能謂爲對等者間的法。

（三）此外還有一種通行頗廣的「利益說」（Interessentheorie）。這是根據法的目的去區別公法和私法的思想，以爲以公益爲目的的法是公法，以私益爲目的的法是私法。一切法的內容，卽在其爲人類的意思之規律及同時爲人類的利益之規律，意思和利益是法的兩種本質的要素，因此，主張公法和私法的區別標準應求於意思或利益兩要素中之任何一者的學說之發生，是

必然的結果前舉「意思說」是主張在意思的要素中求其區別的；反之。「利益說」卻是主張在利益的要素中求其區別的。下面所引的是關於公法和私法之區別的最古典的說明，相傳是羅馬的法學者烏爾邊那士（Domitius Ulpianus 譯者）的話。他說：「公法是關於羅馬的國家制度的法，私法是關於個人利益的法」(Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem) 已爲利益說的思想之代表。他那思想，或獨立地或與其他思想相結合，由許多學者遞傳而至今日。那無疑是和意思說同樣，含有若干真理的。若把「公益」這名詞視爲併蓄着國家自身的利益和社會公共的利益的意義而使用的話，的確國家是維持公益增進公益的，因而所謂國家法的法，在這種意義上，主要地亦是爲公益而存在的。從另一方面看，個人相互間的法，是以個人爲有「獨立目的」的主體而爲着調和其相互間的利益而存在的，其主要目的可說在於個人的利益。在這種意義上，說公法是公益的法，私法是私益的法，實未可盡非。可是國家固然是公益的保護者，同時卻亦是個人的私益的保護者。保護各個人的生命財產及自由之安全，亦爲國家的重要任務之一。故在公法中，亦有不少是以保護個人的

利益爲主要目的而存在的。如日本憲法第二十七條，規定「日本臣民之所有權，不受侵奪。」這不用說是爲着保障私有財產之安全，即無異於宣言尊重各個人之私益爲公法上的重要原則。又對於殺人罪和竊盜罪設有刑罰的制裁，這亦是以保護個人的生命財產爲主要目的。但這些法無疑都是屬於公法。又從他面看來，個人相互間的法亦非尊重公德不可。這單舉民法第九〇條「法律行爲之以違反公共秩序及善良風俗爲目的者，不生效力」的規定，已足爲明證。特別是在自由放任主義的經濟組織發生變化，日趨於統制主義的經濟的現代情勢之下，個人相互間的法因公益的見地而受拘束之處日多，因此，私法之以公益爲主要目的者既非少數，而此後且有與日俱增之勢。要之，根據法之爲公益的或私益的去指示公法和私法的大體傾向，這主張固有是處，但若以之爲兩者的區別標準，卻明明是錯誤的。

(四) 基爾克 (Gierke, Deutsches Privatrecht, I. S. 26 f.) 之說，普通都稱爲「社會說」。這學說把法分爲個人法 (Individualrecht) 和社會法 (Sozialrecht)。他說：「人一面以個體而生存，同時，在他而又居於爲組織全部之一員的地位。關於個體的人們之相互關係的法是個

人法，所以個人法是以規律獨立的單一體的個人爲主要目的的。即對於團體，當團體之全體成爲單一的個體而應以之與個人作同等觀的限度內，個人法亦加之以規律。個人法是以對等關係（Verhältnis des Nebenordnung）爲基礎的，是以「主體的不拘束」爲出發點的。至於社會法，規律爲社會人（Gesellschaftswesen）的那些人們的意思關係，即將人視爲較高的全部——即社會的團體之一部而加以規律，又把團體本身視爲更高的團體的結合之一部而加以規律。社會法是以上下關係（Einordnung, Über- und unterordnung）爲基礎而從「主體的拘束」出發的。『他就把公法和私法的區別基準置於此點。他又說：『只有羅馬法纔是國家之外無社會，而所謂社會法，所謂國家法都是同一意義的。反之，在近代，國家之外尙形成有種種社會，所以國家法外還有無數的社會法。國家居於最高團體的地位，對此等國家法以外的社會法，依其所規律的公共生活對於國家本身的生活之價值，而賦予其一部以與國家法同樣或類似的權力手段，至於其他，則不承認其有較個人法爲更高的權威。在現代，所謂私法包含着整個個人法和未編入公法的社會法——即家族法、公司法及其他私團體的法；所謂公法，卻包含國家及在國家之下而經國家



認爲公團體的社會法——即教會法、地方團體法和公共合作社法暨國際法。』基爾克所謂「社會法」即不外是團體法（Verbandsrecht），在這種意義上說來，他的主張畢竟不出於（一）所述的主體說的範圍，而在此限度內，亦可說是正當的思想。可是一切的法無一非社會的規律，各個人都是站在社會之一員的地位而受法的規律的，所以把關於個人之相互關係的法作爲「個人法」而以之與「社會法」相對立的觀念，實不能謂爲得當。又一面以爲當把團體的全部當作單一的個體時，應以之與個人同視；他面卻把關於國家之相互關係的法——國際法列入社會法中，實難免矛盾之譏。

## 二 公法與私法區別的標準之多元性

關於公法私法的區別標準的學說之紛然不一，既如前述。考其主要的原由，實在於從事該區別不能祇根據任何單一的標準，而應將各種不同的標準結合起來纔有可能的緣故。

假如那區別是先驗的論理的區別，那末，那區別的標準該是比較明顯，亦就不致發生這許多不同的學說。但公法和私法的區別，不是根據單純的理論的區別，是現實的國法上的區別，而現實

的國法係由種種錯雜的思想之結果所結集而成的，所以把任何單一的標準去區別兩者，都不能與現實的國法相適合，那區別標準之所以會發生種種不同的學說，其理由即在於此。若祇以某單一的標準而企圖區別兩者，無論其所用的是何種標準，結果都必歸於失敗。

要究明兩者的區別何在，那第一，非將其所以發生區別的根本原則究明，第二非將該根本原則在現實國法中貫徹至如何程度和有無其他修補的原則之存在的問題加以考察不可。因為那不是單純論理的問題而是現實的國法的問題，所以不能單拘泥於論理。同時，在現實的國法中亦沒有何種足資根據的「原理的」的法則，對於各項事件便當然不能採取機械地斷定某者為公法某者為私法的態度，所以全然置論理於不顧，亦有所未當。

### 三 公法與私法區別之基本的標準

(一) 無論公法或私法，在其為國家法之點是具有共通的性質的。當討論公法與私法的區別標準時，這是第一件要注意的事。國家法(Staatsrecht)這名詞，歷來被人用在廣狹不同的各種意義上，但普通最廣義地亦不過被用作公法的同意語，而常被理解為與私法相對。其實，私法亦

是國家法的一部份，國家對之加以承認，加以適用，當必要時且以強制遵守的手段去確保其法的權力。私法是構成與行政法相對之司法法（Justizrecht）的一部份的，國家根據司法權而當其適用維持之任。私法的全部，在某種意義之下可說是國家之司法作用的準則，國家當行使司法作用——特別是當裁判時，受應遵守私法的拘束。若把做國家的行政作用之準則的法視爲國家法，那末，做國家的司法作用之準則的法，當然亦是國家法。

據此，廣義地說來，公法和私法都是屬於國家法的，但其所以尚有區別之必要者，已略如前述，完全是因爲私法在第一次的是關於其他社會——特別是個人相互間的意思和利益之交涉的法，原則上由那社會本身的力量維持，祇當那社會的力量不足以資維持時，纔第二次的由國家去當其適用維持之任的緣故。不錯，廣義地說來私法亦是國家法，但那是「第二次的」的國家法，在這點，是應當和公法區別的。

那私法，有的由該社會本身自行規定，有的卻依國家的意思而規定。但是，即使是由國家規定的場合，國家亦不是直接命令其遵守，不過規定那社會的法所應然的基準而已。所謂命令，是課以

應爲某事或不應爲某事的義務的。但國家制定私法的規定，並不是課賦義務而係規定關於私人相互間的交涉及公司或其他團體的法所應守的準則。從私法所發生的，不是對國家的遵守義務，而是私人相互間或公司與股東間的權利義務。即使違反那私法，亦不是違反對國家的義務，因而國家不但不加之以處罰，且不直接干與其事。這是因爲國家不是第一次地負維持那法的責任的緣故。只當私人相互間或公司本身的力量不能維持那法時，國家得着當事人或關係人的要求，纔出而負維持那法的責任。例如依利息限制法，規定契約上的利息，當本金在千元以上時，年息應在一分以下。但締結超過這限制的高利貸契約，并非違反對國家的義務，國家不但不加以處罰；若非成爲裁判上的問題，且不加干預。祇當其成爲裁判上的問題時，國家纔能判決那超過限制的部份爲無效，使債權人不得收取限制以上的利息。利息限制法之所以爲私法的規定而不屬於公法，就由這一點表現出來。那法的直接效果，祇在於私人相互間、債務人沒有支付那超過限制的利息的義務，和債權人沒有那種要求的權利而已。不過若放任債權人和債務人自相交涉，難望該法爲人所恪守，所以國家當接着保護的請求時，即對之加以干與，蓋須如此，法的效力纔能確實。要有國家

的保護，私法纔能確切地保持法的效力。齊林聶(S. 346)說：「整個私法都立於公法的基礎之上」(Das ganze Privatrecht ruht auf dem Boden des öffentlichen Rechtes)真是一語破的。但無論如何，那是第二次的性質，第一次的私法是沒有國家法的性質的。

區別公法與私法之所以必要，完全在於那法第一次地是何種社會的法這問題上。一切法都是社會的規律，是跟着社會而存在的，所以因法所規律的社會之差異，使當然生出法的類別。而所謂法所規律的社會之差異，又不外是那法所規律的權利義務的主體（法主體）之差異。據此，就可明白從法所規律的法主體之差異去求公法與私法的區別標準的學說，即所謂「主體說」之所以為正當的理由。

(二)公法所規律的法主體，最少有一方是國家或是由國家予以國家的公權者，反之，私法所規律的法主體，直接地都是個人或非「國家公權的主體」的團體，國家祇當第二次的（換言之，就是在直接受規律的法主體再沒有維持那法的力量，因而得到關係者的保護請求時）纔受其規律。區別公法和私法的基本標準，即在於此。

關於由國家予以國家的公權者的問題，容俟後述。現在若將此種由國家予以國家的公權者除外，那末，所謂公法就不外是直接關於國家的法。所謂「公」這名詞，依今日日本國語的普通用例，往往被用作「國家的」的意義，所以說公法即國家法，亦與普通的用語例相符。（荷靈加在前揭論文 S. 42 f. 對於德意志語 *öffentlich* 的用例區別爲：（一）與特定的人相對而用爲「一般人」之意。例如議會議事或裁判之公開，財產之公賣，公然的侮辱，公示，公告；（二）用爲「社會公共」之意。例如公共的安寧秩序、侵害公益、公共交通；（三）用爲「國家的」之意的三種，和本「公」字的用例略同。）詳言之，在這種意義上，公法可說是以國家的組織，國家與其他國家或國內人民（包含個人及團體。又於本國人民外，並包含外國人）的關係爲規律之直接對象的法；反之，私法是以個人（私團體準此）相互間的關係，私團體的組織或私團體與其團員的關係爲規律之直接對象的法。

以上所述，就是區別公法和私法的根本思想之所在。其區別之要點完全在於主體的不同。亦有不少的人會非難這學說，舉出有時國家內的公共團體及其他——間或個人亦可於做與國家

同等的公法的法主體；又有時卻是國家做與私人同等的私法的法主體這兩點來論證主體設的缺點，但這是除此種基本標準之外尚有後述其他附加的副標準之結果，所以這基本標準仍不失其爲正當。

（三）公法與私法的區別，如右所述，其基本標準在於法主體的差異，因此，由法的成立根據或法的規律之內容的差異，已可以顯示出公法與私法的大體傾向之不同。但是若以之爲兩者的區別標準，卻還有不足之嫌。

從法的成立根據說來，公法是國家的法，而國家是不能被支配於其他權力之下的，所以公法普通都由國家自行制定，不容個人的意思介入其中的傾向。反之，私法或爲個人相互間的法，或爲私團體的法，所以普通都由爲該法之主體的個人去相互締結，或由私團體自行制定。但這亦不過是大體的傾向，都不是不變的鐵則。譬如從公法方面看來，像公法上的契約那樣，關於法之訂立，在某限度內亦是允許個人的意思加入其中的。又從私法方面看來，因爲國家有爲國內一切社會的監督者的性質，所以有不少是由國家的意思制定的。如民法商法兩大法典暨其他可視爲特

別法的各種法令，都足爲由國家立法而制定之私法的顯明例證。此外，在實在的具體的場合，由國家的行爲去形成私法關係的亦復不少，關於此節，且待後章（第三章第二第三節）再加論述。

自法的規律之性質言，公法最顯著的特色，在於其除國際法外概屬團體法之點；至私法的特色，卻在於其除公司法及其他私團體法外都是非團體的社會法之點。團體法以全部與一部之關係爲其規律的內容；至社會法卻以彼此對等的個體之相互關係爲內容。單從此點，亦可以看出公法和私法的主要性質之差異。但是，這亦不過指示大體傾向的差別而已，團體法並非盡屬公法，如公司法及其他私團體法都屬於私法；社會法亦不盡爲私法，如彼此對等的國家相互間的法——國際法及國內的公共團體相互間的法等，雖然是社會法，但卻是屬於公法的。

自法的規律之內容言，因爲法的規律在內容上爲意思的規律，又爲利益的規律，所以若以公法和私法爲在內容上有所差異，那就非求之於意思或利益的任何一方不可。而大體言之，「意思」方面的特質，在於公法爲關於具有優越權力的意思，與祇在該權力所承認之限度內發生力量的微弱意思相交涉的規律；私法爲關於彼此有對等力量的意思相交涉的規律。至「利益」方面的



特質，卻在於公法爲以保護國家的利益或社會公共的利益爲主眼的規律；私法爲以保護個人的利益爲主眼的規律。但如前所言，這都不過是指示大體的傾向而已，並不能以之爲兩者的區別標準。

（四）最近，頗有人主張在公法和私法的兩大領域外，應有「社會法」的第三領域存在；並以爲在社會法的領域內，無公法和私法的區別可言（參照法律學辭典中菊池勇夫教授「社會法」之項。）在此所謂「社會法」與前述意義的社會法（即關於未構成統一的團體之多數人相互間的交涉的法）完全不同，主要是指勞働法及其他爲保護經濟上的弱者而干與國民之經濟生活的法而言。在這種法裏，事實上公法和私法確是常相結合的。例如勞働者罹災扶助法第二條：「當勞働者因業務而負傷，疾病或死亡時，事業主應依勅令之規定，予本人、遺族或依本人死亡當時之收入以維持生計者以扶助。」這一面規定勞働者或其遺族等當發生該項情形時，有請求事業主予以扶助的權利，即事業主對彼等負有予以扶助的義務，無疑是私法的規定。但在他面，法律又同時規定其爲事業主對國家的義務。如第七條：「事業主當應予扶助時，若具有該項資力而

不加履行，得處以千元以下之罰金，』規定對違反者加以刑罰的制裁。從這種關係看來，明明又是公法的規定。即在此種場合，一個法律條文同時爲私法而又爲公法，是把公法和私法結合在一起的，其例頗非少數。這因爲勞働者和資本家的關係，雖然本來是個人相互間的關係，但兩者經濟上的實力懸殊，若單予以第二次的裁判上的保護，不能充分保障經濟上的弱者之利益，所以國家在「第一次的」就不能放任於其個人相互間的交涉，逕進而直接當其保護之任。這不外是把事業主負有扶助勞働者或其遺族的義務，和事業主對國家負有遵行法律所命的扶助義務的兩重規定，合併之而規定在單一的條文中，即不過將公法和私法結合於同一的規定中而已，並不是在公法和私法之外另行構成第三區域的（參照第三章第六節之四）。

這種公法和私法的結合，不限於所謂社會法——特別是勞働法的領域，跟着國家對於經濟生活的統制之進展，在其他產業的區域，亦必有此種結合出現，這是可想像而得的。假如國家對於一切個人相互間的關係都不限於第二次的裁判上的保護，更進而直接干與其事，將遵守法規的義務視爲向國家所負的義務，而以國家的權力厲行之，到那時候，便是公法與私法泯其區別，一切

國內法都成爲公法的時候。

#### 四 站於準私人的地位的國家

區別公法與私法的基本標準在於法主體之不同，又公法爲關於國家的法，此已如上述。但從現實的國法上看來，那基本的標準在兩個方向有修正的必要；公法和私法的區別，在若干場合亦因此不甚明晰而成爲問題。第一，當國家站在與私人同樣的法律地位時，國家被視爲準私人，亦爲私人相互關係的法所規律。所以在該場合，即規律國家的法亦不屬於公法而屬於私法；第二，在國家之下的公共團體及其他取得國家的公權的團體都被視爲準於國家，因而當此等團體爲法主體時，便與國家爲法主體時同樣屬於公法。關於第二點容俟後述，現在先討論第一點。

(一) 在現實的國法上區別公法與私法的困難，第一是因爲國家與一私人相等，服從私法的規律，而關於國家在何種場合便與私人同樣受私法的規律的問題，又不易覓得明確的標準而生。

國家一面爲統治團體，同時，在他面又帶有經濟團體的性質。而國家的經濟活動，不一定要動

用國家所特有的優越的意思力，祇用與私人從事經濟活動同樣的法律手段，已足達其目的，同時在法的秩序上方為適當。關於國家和人民的關係的法，其所以有時不屬於公法而屬於私法，即因是故。法的秩序的普遍性，要求一切具有同樣性質的法律關係都服從同樣的規律。基於此種要求，若國家和人民間的關係，在性質上與私人相互間所生的關係無所差異時，國家便處於準私人的地位，關於私人的法便亦同樣適用於國家。那不單限於私法的規定，當國家站在和私人同樣的地位時，亦常與私人同樣服從公法規定。例如土地徵收手續上，當國家為起業人時，或國有地被徵收時，國家都和私的起業人，或私的土地所有人同樣，須服從徵收審查會的裁決。又在民事訴訟法上，國家和私的當事人同樣，站在原告或被告的地位而服從法院的裁判。在此種場合，國家受國家的徵收裁決，服從國家的司法裁判，同一的國家具有一面為支配者他面又為被支配者的兩重人格，從表面上看，似與國家人格的不可分性相矛盾。其實，在同一國家內，機關與機關間的這種法律關係，因機關之對立及權限之分配，已確有成立的可能。國家之所以有時須服從私法的規律，亦與此同其理由。國家站在和私人同樣的法律地位時，和私人服從同樣的規律這回事，不外是為着法的

秩序之保持能得到適當而已。

(二)關於在何種場合國家纔應當站在準私人的法律地位的問題，第一須依法律關係的性質而判斷，第二法律對之有明文規定時，須從該規定而判斷。

第一 法律關係的性質。從法律關係的性質說來，祇當營非權力的經濟生活時，國家在法律上纔站在與私人同樣的地位，且須在國家和私人服從同樣的法的規律而不致發生特別的公益上的障礙時，纔有可能。若更詳細地分析起來，以下的三個要件是必要的：(甲)單純經濟的內容的關係；(乙)國家不居於支配者的地位而發動優越的意思力時；(丙)國家服從私法的規律在公益上不致發生不適當的理由時。除法律有特別規定者外，國家做法主體而具備此三種要件的場合，國家即站於準私人的地位，那法就是私法。

(甲)國家祇於單純經濟的內容之關係上，纔服從私法的規律。因為私法除身分法及親屬法，都是關於經濟關係的法，而身分法及親屬法無適用於國家的理由，所以可適用於國家的私法，便當然祇限於經濟關係的法。就中，如國家專以財產上的利益為目的，依買賣、交換、贈與、租賃、寄託

暨其他民法所規定的手段而取得，管理或處分財產的行爲，很明顯都是屬於私法的。但國家的財產不盡爲經濟價值的目的物而屬於國家，其中或供社會公共之用；或供國家公務之用，凡此都爲公物，爲着公益上的必要，在某程度內都是服從公法的規律的，所以國家對於此等公物之管理，不能說是私法的行爲。不過那種祇可視爲單純經濟的價値物，直接和社會公共的利益或經濟價値以外的國家利益不生關係的財產，法律上纔將之視同私的財產，和私的財產同樣受私法的規律。又如政府購買需要品、招投官署的建築工程、雇用職工夫役、行發國債、發行匯票、保證公司債的本利暨其他類此的行爲，不問其從事此等事業者之爲國家抑爲私人，其所應遵守的法律上的規律，絕無不同的理由，所以都是屬於私法的。

至國家爲社會公共的利益而經營的各種公共事業，例如鐵道、郵政、電報、電話、學校之類，一面因其直接爲着社會的公益而經營，不能將之與私的事業作同等觀；但在他面，經營此等事業所生的法律關係，都是經濟的關係而非以權力支配人民的關係，所以與私人相互間的關係極爲類似。對此種關係，尤易使人發生其爲屬於公法抑屬於私法的疑問。像學校和感化院那種不以單純經

濟的價值之給付爲內容而含有倫理的性質的，固然當作別論。但那單以經濟的價值之給付爲內容的，除法律有特別規定者外，原則上就都可認爲含有私法的性質。例如火車乘客或寄貨人與鐵道部的法律關係，是私法上的運輸契約的關係，所以國家徵收運費之權爲私法上的債權。又如衆議院議員候補人或新聞紙發行人，依法律有供託 (Deposit 譯者) 保證金的義務，這種供託義務不用說是公法上的義務。但供託人因履行該義務而與供託局所生的法律關係，卻與民法上的保證金同樣是給付金錢的關係，應視之爲私法上的關係。而供託金利息的請求權或本金發還的請求權，就都是私法上的債權。

(乙) 當國家以支配權者的資格而與對方對立時，即令其爲經濟內容的關係，亦是屬於公法的。因爲居於支配權者的地位的國家，是完全站在和私人不同的地位的，所以即使是純粹財產的關係，若國家以支配權者的資格而活動，那關係亦和私人相互間的關係不同性質，因而不屬於私法。所恩 (Rudolf Sohm, Institutionen S. 25) 雖曾下私法的定義，謂爲「廣義的財產法」 (Vermögensrecht im weiteren Sinne)，以爲公法與私法的區別，是在於公法爲權力關係的

法，私法爲財產關係的法之點。但正如許多學者反駁他這種論調時之所言，財產法和私法的觀念決不是同樣的。除屬於私法的財產法外，在相當廣汎的範圍內，還有屬於公法的財產法。就中如罰金，罰鍰等處罰可勿置論，他如租稅和酬償國家之公法的行爲的手續費等類，其內容雖爲金錢請求權，雖與私法上債權的內容相等，但從其爲國家權力的發動之點看來，卻明明是屬於公法的，可說是公法上的金錢債權。又如人民方面對國家所享有的金錢債權，若果是對居於支配權者的地位之國家所生的關係，那亦非屬於公法不可。如官吏領受薪俸，退官者領受恩給，議員領受出席費等，因爲官吏議員和國家的法律關係不是單純經濟的關係而是公法上的關係，所以當然應視之爲公法上的權利。又如因國家的權力發動之結果，致令人民受特別的財產上的損害時，因爲那損害補償是基於權力的發動而生的，所以那人民對國家所享有補償請求權亦當然屬於公法。

(丙)若國家遵守與私人相互間的關係同樣的規律則將與公益的要求不相容時，那即使是非權力發動之經濟的內容的規律，亦不屬於私法而屬於公法。

關於此點的著例，可於河川、道路、公園、海面等公共用物上見之。對此等物，雖往往爲特定人而



設定特別的使用權，但此等公共用物的主要性質，卻在於供作社會公共之用。若將該使用權視為私權而由私法規條，恐有妨害其公共使用的目的之虞，所以對那權利，非解作祇能成立為公權不可。河川法第三條，對適用該法之河川，就聲明此種旨趣如下：『不得以河川及其基地或流水為私權之目的』云云。又道路法第六條，亦規定：『對於鋪築道路之基地及其他物件，不得行使私權。但所有權之移轉及抵押權之設定或移轉，不在此限。』此外，凡將此等公共用物許與特定人作特別使用的，即無前項之特別明文，亦都是公法的，不能視為私權的設定。

（備考） 例如將公園內的土地出賃與私人作營業或居住之用，從其關係的內容上看

來，與民法上的土地租賃相類似。但東京市會將芝公園的一部賃與私人作建築住宅之用；及將

淺草公園的一部許可為電影戲院的建築地基之用，而行政裁判所對之都判定為公法關係，因

而其租金為公法上的使用費；同時又判定不依民法規定而命承租人還地為合法（拙著公法

判例大系上卷第二四頁以下。）那判決是正當的見解。至於公共的自來水，公共墳場，灌溉用的

水塘等，雖非廣為開放以供社會人人公共使用，但同樣是以供給公共使用為目的，所以關於

其使用的法律關係，都應視為屬於公法。

又如國家對於私的企業者，以獎勵及助成其企業爲目的而給予獎勵金、助成金或補助金之類，若果那是無條件的給與，受給與者對該給與不負何等相當的義務，那亦許可視為私法上的贈與。但若因該給與，便在爲該給與之目的的企業之進行上課企業者以特定的義務，如企業者不履行該項義務，得取消或廢止其給與時，對此種給與，若仍視為私法上的附有負擔的贈與（Gift with obligation 譯者），以爲概由私法規定所規律，便與公益的目的不相容。

（備考）最近大審院判例，對於根據石油試掘獎勵金支付規則、石油試掘者經商工大臣之許可而領受國家的獎勵金的權利（昭一〇、一、一四、大民；）及根據地方鐵道補助法、地方鐵道業者經鐵道大臣之許可而領受國家的補助金的權利（昭一〇、五、二〇、大民；）都解釋爲「分衍自公法關係之私法上的權利」。但是，一面認爲基於公法關係的權利，同時又認爲私法上的權利，殊屬矛盾。再則若以之爲私法上的權利，那因給與而生的義務就亦是私法上的義務，又對該項給與之取消、廢止或停止，都應專從私法的規律，結果，此等事件便非依民事訴訟去抗

爭不可。但我以為那種解釋和爲着公益而給與的獎勵金或補助金的性質不能兩立。換言之，卽此等獎勵金或補助金之給與，不是民法上的附有負擔的贈與，而是附帶着公法上的義務之公法上的給與。因此，對於領受此種給與的權利，便非解釋爲公法上的權利不可。

同樣，當私人將金錢或其他財產輸捐與國家時，若爲無條件的輸捐，那自然不妨視爲私法上的贈與。但若是指定輸捐，例如以設立學校、增設講座、設置車站或設置警察派出所等爲條件，而輸捐充作該項費用的金錢或充作該項地基的土地時，卽不應視之爲私法上附有負擔的贈與契約。因爲設立學校、增設講座及設置車站暨警察派出所等負擔，完全是從公益的見地出發而決定的，若視之爲對輸捐者的私法上的義務，以爲可依民事訴訟而請求強制執行，便與公益的要求不兩立。所以那不是根據民法的附有負擔的贈與，而是公法上的關係。

第二 法律的規定。當法律規定明示某關係爲公法或私法時，應依該規定而判斷。

原則上，國家和人民的關係是不由私法規律而從公法的規律的，不過當國家站在準私人的地位時，國家和人民的關係纔與私人相互間的關係一樣由私法規律。但在許多場合，國家究竟應

否站在準私人的地位之點頗欠明瞭，在此等場合，固極希望法律明示其歸屬。實際上法律對之亦間有明白的規定。自然，所謂明白的規定並非將公法或私法的字樣用作制定法上的用語，法律並沒有聲明某者爲公法的某者爲私法的，不過法律往往設有規定以表明此種旨趣。至表明此種旨趣的規定，主要地可分爲兩類：一是裁判管轄的規定；另一是強制執行的規定。

（甲）裁判管轄之不同，是公法和私法的區別所生的最重要的結果之一。在原則上，祇有關於私法的爭訟纔是民事，纔歸法院管轄。至關於公法的事件，祇許根據情形而提起行政上的爭訟——即聲請裁決，申稟異議，訴願或行政訴訟。所以當某法律關係之爲屬於公法或私法欠缺明瞭時，可以從法律中求資料。如法律規定關於該項爭執得向法院起訴，就可以推定法律視其爲私法的關係。反之，若法律規定祇能提起行政上的爭訟，那就可以說法律是明示其爲公法的事件，不得提起民事訴訟。

可是，本來有公法的性質的事件，法律亦可以將其劃歸法院管轄。因此，不能以法律規定某事件得向法院起訴爲根據，而概行斷定該事件爲應屬於私法。有時公法的事件亦特別劃歸法院管

轄。例如衆議院議員選舉法第十六條，規定關於衆議院議員選舉人名簿的修正聲請，如不服市鎮村長的決定時，得向地方法院，更進而向大審院起訴；又同法第八一條，第八三條及第八四條，規定關於衆議院議員的選舉效力及當選效力等的事件，得向大審院起訴；又關於府縣會議員之當選因選舉運動費用超過法定額而無效之訴，府縣制第三四條之二，亦將其劃歸控訴院和大審院管轄。這些都是很明白的公法事件，當然不能根據其由法院管轄而即謂爲屬於私法。再土地徵收法第八二條規定：『不服徵收審查會在裁決中所決定之補償價額者，得向通常法院起訴，』把關於補償價額的爭訟劃歸法院管轄。但不能以此規定爲根據而指補償請求權爲私權。因爲若承認土地徵收爲明顯的公法的行爲，則爲該徵收之代償的損失補償，亦當然非屬於公法不可。

但若公法的性質不如前舉各例之明顯，據觀察結果似應解作國家處於準私人的地位的事件，而法律對之又明示其得向通常法院起訴時，那就可說是法律表明着認其爲私法的事件的旨趣。這種規定的實例，在國家本身和人民的關係上，殊不多見。但在公共團體法中卻屬不少。例如商工會議所法第三九條，規定商工會議所得徵收使用費及手續費；同時又規關於使用費及手續費

之徵收得提起民事訴訟；醫師法第九條之三，規定對於醫師會向其會員所徵收的收入，得提起民事訴訟，這都可作明示該法爲屬於私法解。

反之，法律若規定某事件得提起行政上的爭訟時，卽爲明示該事件爲屬於公法，而不能作特許私法性質的事件得提起行政上的爭訟解。因爲性質上屬於民事的事件，已由憲法第二四條加以「日本臣民受裁判之權利，不受侵奪」的保障，所以若用行政手段而決定其爭執，卽爲違背憲法。

(乙) 強制執行的手段之差異，是從公法私法的區別所生的最重要的另一結果。關於私法上的權利，若義務者不履行其義務時，權利者祇能依民事訴訟去請求強制執行；卽當國家爲權利者時亦不能例外。但關於公法關係，國家可不依民事訴訟而逕自強制執行。所以若法律規定某事件得用行政手段去強制執行時，就可以說是法律明示該事件爲屬於公法。關於這問題，主要是因金錢請求權而生。法律若規定對某種欠稅者得依國稅欠納處分之例而加以處分，那就無異於表示該項金錢請求權爲公法的權利。例如郵政法第二七條對於郵費欠納金額，電信法第二一條對

於電報或電話費欠納金額，都規定郵政官署暨電報或電話官署得依國稅欠納處分之例徵收之，那就是明示其認定郵費等爲公法上的手續費的旨趣。從性質上說來，那是對經濟上的役務之金錢上的反對給付，應視爲私法上的代價。但法律對該項欠納者規定有行政上的強制執行手段，因而法律是明示着將其視爲公法上的納費的旨趣的。

### 五 準國家的法主體

「公法爲直接關於國家的法」這命題，是區別公法與私法的基本標準。但在國家之下的公共團體及其他享有國家的公權的團體，從其享有國家的公權之點看來，可以說是準國家的。這些團體和其他法主體間的關係，除其站在準私人的地位之場合外，都是屬於公法的。這就是基本標準有修補必要的第二點。

(一) 公共團體是爲國家的目的而存在的團體，而其存立目的由國家賦予之點卽爲其特色。因爲是以國家的目的爲目的的團體，所以其法律上的地位是準國家的。因而關於公共團體之組織、公共團體與其所屬者間或與其他公共團體間之關係的法，便和關於國家的法一樣，都是屬

於公法的。

公共團體中之與國家的性質最相近似者，是府縣市鎮村及其他地方自治團體。這些團體和國家同樣是地域團體，普通都是被限於某範圍內賦有統治的權力的。除屬於市鎮村之一的區（市制第一四四條、鎮村制第一二四條）祇有關於財產權的權利能力而不能行使權力的手段外，其他地方團體都賦有私人所無之優越的意思力。不但對其住民，即對於在其區域內有土地物件或營業所者，在某範圍內亦有行使權力的手段的權利。因此，此等團體的組織法固當然爲公法，即關於此等團體以優越的意思力之主體的資格對付人民的關係的法，及關於其與其他公共團體的關係的法，亦都是屬於公法的。

但是地方團體所賦有的統治的權力，祇限於課稅權、處罰權及其他一定的範圍。就其活動看來，其經濟的活動較之權力的作用更爲主要。所以地方團體以站在準私人的地位，其對人民的關係由私法規律的場合爲較多。至關於在何種場合地方團體纔應該居於準私人的地位的問題，則應與前述關於國家方面者同其標準。不過在現行的制定法規上，國家和地方團體間有一點重要



的差異。那就是在金錢債權上的公法和私法的區別。關於國的公法上的收入，依國稅徵收法，祇有對租稅纔能用行政手段去強制執行。又祇對郵費、電報費等各種納費，纔個別規定其得依國稅欠納處分去徵收，根據那種規定，自然可以認定法律明示該項納費爲有公法上的性質。但是，對於廣範的一般公法上的金錢債權，卻無承認其有此種權力之概括的規定。反之，在府縣市鎮村等地方團體，依府縣制第一一六條、市制第一三一條及鎮村制第一一一條，不但對租稅，即對於一般使用費、手續費和其他府縣市鎮村的收入，亦都認爲可以行使行政上的強制執行手段。但所謂收入，當然是單指公法上的收入而言，所以府縣及市鎮村所有的金錢債權之究屬公法抑私法，不能依法律的規定去判斷，而非專就其權利的性質決定不可。不過，對於手續費或使用費，就其性質而判斷其爲公法或私法這企圖，亦因缺乏明白的標準而往往發生疑問。關於東京市的市營電車事業，市與電車乘客間的法律關係究爲公法抑私法，和電車乘費是否爲公法上的使用費的問題，曾發生裁判上的爭論。東京市方面主張爲公法的，不能成爲民事訴訟的目的。反之，大審院卻以爲是私法上的運輸契約的關係，判定乘費不是公法上的使用費而爲私法上的車費（大六、二、三、大民公

〔法判例大系上卷第一頁以下，下卷三〇二頁以下。〕從歷史的觀點看來，鐵道及軌道事業，主要地是從私營事業發達而來的，所以在以實行鐵道國有主義為原則的今日，亦還有不少屬於私立公司之營業的鐵道或軌道存在。再這事業的性質，亦不以經營者之為私立公司或國家抑公共團體而有所差異。所以法律上亦將之同等看待。而在此種場合，國家及公共團體都被認為處於準私人的地位。同樣的理由，對於市營電力或瓦斯之供給的納費，市營浴室的浴錢，市營簡易寄宿所的宿費等，都應視為私法上的代價。反之，如自來水及屠場，在原則上祇有市鎮村纔可以經營，私的企業者之經營此種事業，祇限於例外的場合，因而捨例外外，其法律關係原則上被視為公共團體所特有，所以是具有公法的性質的。市鎮村立學校的學費亦同。

(二) 在公共團體中，公共合作社和地方團體的性質亦有顯著的差異。從其存在的目的上看來，公共合作社亦是為着國家的目的而存在的，因而其在此點具有公法人的性質。但公共合作社並不是像地方團體那樣的地域團體，而是社團法人。賦有統治的權力的亦祇限於極少的例外。一般都不過和私法上的社團法人同樣，祇可以對其社員行使社團權。因此，除其組織為公法的之

外，其對於社員的關係和一般私法人對社員的關係同樣，原則上都是由私法規律的。祇在法律特別承認公共合作社享有爲私法人所無之優越的意思力時，及法律承認其行政上的爭訟手續或行政上的強制執行手段，以而明示其公法的性質時，纔是屬於公法的。

就日本的現行制度看來，公共合作社中之公法的色彩最爲顯著者，在內地有水利合作社、北海道土功合作社和耕地整理合作社。水利合作社以關於水利土功的事業爲其存立的目的，而那事業在性質上本來是應屬於地方團體的，所以這種合作社幾賦有與地方團體相埒的權力。尤其是水害豫防合作社，不但對於社員，即對於其區域內的一切居住者，亦有課以夫役的負擔，及水患時使之從事防禦的權力。此外，水利合作社在遭遇非常災害而有必要時，亦有暫時使用他人的土地，及使用或徵收他人的土石竹木暨其他物品的權利。又其管理公共用水，對該水得徵收水費而許可使用，凡此都是應屬於公法的。北海道土功合作社的地位，略與水利合作社同。至於耕地整理合作社，是以施行耕地整理爲目的的團體，有行使換地處分的權能。換地處分是強制地將土地所有權加以交換分合的行爲，不用說是屬於公法的。因之換地清算金處分亦是公法的行爲，是當然

不能以民事訴訟的手段去抗爭的耕地整理合作社之外，土地區劃整理合作社是可以準用耕地整理法的規定的，所以亦和耕地整理合作社站在同樣的地位。

除上所述者外，重要物產同業會在其章程中有檢查的規定，對於會員的營業品有檢查權。從這點看來，即無異於承認其爲有「公」的權威。因而該檢查爲公法的行爲，不能以民事訴訟去爭論其當否。他如水利合作社、耕地整理合作社、商工會、鎮村農會、市農會及郡市水產會等，關於其向會員徵收經費之項，都規定對欠納者得委託市鎮村依市鎮村稅之例加以欠納處分。又對於此等公法人所課賦的經費及健康保險合作社向社員所徵收的保險費有所不服時，規定得以行政上的爭訟手續去抗爭。那就是表示這些合作社的經費及保險費都是屬於公法的性質的。

此外，其他一般的公共合作社與其社員的關係，就和私法人與社員間的關係同樣，都是屬於私法的。就中有許多公共合作社，法律規定對其違章之社員，得依社章科以懲金，有時且稱爲懲戒處分。但是，法律對於此點，並未承認其得用行政上的爭訟手續或行政上的強制執行手續，故不能謂爲公法的行爲，而祇能認其爲有私法上的違約償金的性質。所以關於其當否，祇能用民事訴訟

的手段去抗爭。

(備考) 大審院對於重要物產同業會及領港人合作社社員以懲金處分的事件，主張得構成民事訴訟的目的。反之，對於醫師會科會員以懲金處分，卻認為不能由法院審查其當否。那是沒有充分根據的主張。我相信應將兩者都認為私法上的行為，都可以構成民事訴訟的目的。纔是正當（參閱公法判例大系上卷第一三頁以下及下卷七〇五頁以下。又昭和九年度公法判例評釋第一頁以下。）

但公共合作社在其為公法人之點，和地方團體有相同的性質。所以關於其組織的法，當然應認為屬於公法。從而關於公共合作社的設立行為及其職員的選舉（但雇用員役是私法上的契約）等，便祇服從行政上的監督，而不能以民事訴訟去抗爭。

(備考) 大審院判例對於畜產合作社的社長及判議員之選任，有認其不得以民事訴訟主張無效之例（公法判例大系上卷第一七頁。）

(三) 在公法人中，除地方團體及公共合作社外，還有第三種的公的財團法人（或公的營

造物法人。但財團法人完全沒有社員，因而無社團權。所以除其組織法爲公法外，原則上只有與私法人同樣的權力。除法律特賦以優越的意思力的場合外，其對於第三者的關係概屬私法。

(四)不用說，私人相互間的關係在原則上是私法關係。但當私人賦有國家的公權時，其站於公權主體的地位而對其他私人的關係，除單純經濟的內容之關係和對等的私人相互間所能發生的關係外，就都是屬於公法關係的。

例如依學位令，私立大學所授與的學位，法律上的性質和官立大學所授與的學位毫無差異。後者是公法的行爲，前者亦當然是公法的行爲。因而不能構成民事訴訟的目的。又依土地徵收法，起業者在取得內務大臣的事業許可及經地方長官公告土地細目後，其與土地所有人，及關係人作關於取得該土地之權利的協議時，是以國家的公權——徵收權之主體的資格而對對方的，故即使起業者爲私人，那關係亦是公法的關係。若該協議成功，不能視爲民法上的契約之成立，而是公法的徵收行爲。所以其效果不能根據民法，而不得不由土地徵收法去判斷（大審院判例亦承認這種主張。公法判例大系下卷三四頁以下。）

## 六 結論

要之，以上所述，是完全把公法與私法的區別標準求之於法主體的。當國家直接爲法主體時，那法便是公法。但當國家站在與私人同樣的地位而與他者相對立時，則國家在法律上爲居於準私人的地位。又在國家之下的公共團體及其他賦有國家的公權者，祇在其爲國家的公權之主體的限度內爲居於準國家的地位。

（備考）在現實的國法中，對於公法和私法的區別之處置，各國不同。而在此點，與日本國法最相近似者，是至最近爲止的德意志國法。至與英美法等國法，卻有顯著的差異。現在從德國晚近二三學者的著作中，摘述其關於公法和私法的區別的見解於次，藉供參考。

1 佛靈納 (Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts 1  
九一一年初版 S. 46 f.)

「劃定公法和私法的界限，實屬困難。在歷史的過程中，德意志對於種種法律關係的性質的見解，亦隨之而變化。而這種變化，又不是在各邦都一樣地通行着。故今日對於同樣的法律關

係，在某邦公法的見解或已極發達，但在他邦卻仍爲私法所支配。今欲判斷某法律關係之爲私法或公法，其所應依的標準如下：

第一、應以法律的規定爲標準。若法律本身把法律關係之孰爲公法孰爲私法加以規定，那問題卽告解決。（中略）可是法律對法律關係屬於公法或私法之點，往往不加明言。有時，對某法律關係且完全缺乏成文的規定。當此種場合，對於在明白的公法和明白的私法之間區域，就發生其究應屬諸公法或私法的疑問。而欲解決此疑問，就非完全根據學問不可。祇有依學問的力量，纔能判定那法律關係之所屬。

決定法律關係之爲公法或私法的標準，往往有人求之於某種固定的條件。特別是在私法的見解影響之下，以爲備有某一定的標準時，卽可斷定其爲有私法的性質的那種傾向。至今已傳播極廣。這種學說，把（一）一切財產法的內容之法律關係，（二）根據一切「私法名義」(Privatrechtstitel) 例如契約、條件、無因管理等（而生的法律關係，（三）由法院審理的法律關係都認爲私法關係。但對於這種學說，是不能不加以否認的。第一，財產的價格之有無，不足爲



決定法律關係之性質的條件。如屬於租稅法或勞働保險法的金錢請求權及金錢義務之所顯示，私法和財產法並不是一致的；第二，法律名義亦不能成爲標準。因爲契約及條件等並不限於私法，而是適用於法的全部區域；第三，亦不能以屬於法院的管轄爲標準。因爲關於公法之爭亦有不少是屬於法院管轄的。凡此等外形的標準，都不足以決定其歸屬。其足資決定之用的唯一的標準，卻非求之於其法律關係之內部的性質不可。總之，這種標準要在具體的公之行政與人民間的關係上，看國家（地方團體）是否以高權的力（*obrigkeitliche Macht*）之持有者——即有優越的力之人格者（*potentior persona*）去對付人民，抑爲在權利及義務上以對等的私人般的資格去對付其他私人，然後纔能決定。但國家以高權的支配者的資格去活動，並不限於行使命令及強制權力的場合。即依法律的規定而保護人民照料人民的場合亦包含其中。而後一場合，由於那「高權的」作用爲單方的；那行爲是有特別強固的公信力的；及以國家的強制爲其執行之最後手段的三條件而表現出來。」（下略。）

要之，佛靈納之說，是以爲「高權的」力之主體的國家的法爲公法的，故屬於「主體說」

其所主張雖未盡明確，但大致尙中肯綮。

二 史提亞·桑羅 (Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerlichen Recht auf das preussisch-deutsche Verwaltungsrecht, 1900 S. 57 f.)

「依我的見解，實質的行政法和私法的區別標準，就是在行政法，可以發現行使高權的國家或在其下的公共團體之獨占的 (ausschliessliche) 優越的 (vorwiegende)，最少亦是直接的 (unmittelbare) 利益。反之，若單是規律個人相互間的交易，那末，即使其有超越該法律關係當事者各人之利益及目的的效果，但非出諸意圖；其利益直接祇及於個人間，而且除親屬法和繼承法上的關係外，凡規律金錢之交易的，都可視為私法。」

大體上，桑羅可說是站在「利益說」的立場的。其主張不獨有欠明瞭，簡直是不能贊同的。

三 黑史捷克 (Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts 1911再版S.14)

「依今日爲一般所承認的學說，(公法和私法的) 界限，是根據請求權及其他法律的效

果所發生的法律關係之究屬何法域而決定的。若法律關係是以當事者之一方服從於對方的權力——不問其爲國家抑其他公法團體——之下（*Unterordnung*），或以當事者之雙方共服於共同的上級權力（*Obergewalt*）之下爲基礎的場合，那法律關係便屬於公法。反之，若在當事者間的法律關係不與服從公的權力那回事發生關係的場合，那就是純粹的私法的關係。」

#### 四 齊林聶（Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht* 1911九再版 S. 45 f.）

「公法較之私法，在某點上是和國家有更深切的關係的。若果可以說，國家或其他公權力的主體對個人的場合爲常屬於公法，其他場合則常屬於私法的話，那問題就簡單了。可是國家或其他公權力的團體，往往以私人的資格去活動，可以站在私人的地位去和個人發生關係，因而此種說明尙未爲正確。」

解決這種從國家的兩重性格所生的困難，若參照外國之法律的見解，亦許可以得着幫助。在法，國是着重於國家作用的目的，即對於爲公的行政利益而行之國家作用，不問其是否爲權力的行爲，原則上概屬於公法；其他則屬私法。例如國家因建築道路而締結的契約，是應服從

行政法的法律行爲，而不屬於法院的管轄。反之，國家所繼承的土地之租賃，卻純粹由私法判斷。當然，這種看法很是簡明，可是和德意志的法之演進不相適合。在德意志，關於建築道路的契約，亦是服從民法而由法院管轄的。

和法國完全相反的是英吉利系把法的全體在原則上置於單一的法系之下的見解。但英國的見解亦和德國的見解不一致，在英國，無論任何官吏，若踰越其權限都與私人同等處理。但若依德國的見解，卻認之爲本屬於公法之爭而涉及私法的範圍的。「國務大臣以國策上的重大理由而侵入某家搜索文件，若無法律上的根據，在裁判上他就和幹了同樣事件的石炭搬運夫一樣而遭控告」（詹克士）……。

各國的見解既如此多異，因而對於能否一般地將公法和私法的界限決定的問題，便不能無疑。固然，對各國的差異不能不加以注意，但同時在學問上一一般地將兩者的界限辨明，然後當法律無明示的規定時，方能根據之而求得其果當何屬的結論，這亦不能謂非確見。特別是德國，依判例在許多地方已有相當明白的見解，根據那種見解，對於德意志的普通法就可略明其兩者

的界限。』(下略。)

五 萊耶(Max Layer, *Principien des Enteignungsrechtes* 1901 S. 331 f.)

「關於公法和私法的區別，大體有兩種學說對立着。第一說把區別的標準求之於關係的**法主體**，以為公法是規律基於統治關係(Herrschaftsverhältnis)的關係之規範。這是以公的權力之主持者做當事者為必然的前提的。即主張關於具有統治權的全部對於其所屬各員的關係及逆關係的法為公法。第二說將那區別的基礎置於為法之目的的利益上，以為以實現公益為目的的法是公法，以實現私益為目的的法是私法。

實際上這兩說不是絕對對立的。一個學者要判斷某事件為屬於公法或私法時，亦往往因說明上的便利而採取第一說或第二說。又這兩說亦不像驟見之下所想像的那末差異得厲害，依甲說看來是屬於公法的，依乙說有時亦屬於公法。這是因為國家是以擁護公益為任務的，其對於公的任務得到圓滿，即為對公益得到圓滿；因而規律這種公的作用的關係的法，就是以公益為目的的法的緣故。實際上，在公益與國家的利益為同義的限度內，這兩說是可以達到同樣

的結果的。不過，若承認公益之中含有非直接爲國家的利益之成分的話，那末，第二說的公法區域便較第一說的爲更廣。從來所爭執的自治團體究係以完成國家的利益爲目的抑以完成與其相異的公益爲目的的問題，關鍵即存於此。其實既然採取公法人說，那問題就是全部與一部間之公的關係，又即是公益的關係。反之，至於團體說（基爾克 Genossenschaftstheorie），在與一部分相對而全部可視爲獨立人格（團體）的一切場合，主張有和私法相異的社會法（Socialrecht）之存在，那是置其重點於關係主體之爲全部或一部上的，故驟視之似與第一說相近，其實不同。這全部和一部間的關係是非將統治關係，非將 Imperium 拋棄不可的。同時，對實定法亦不能不承認其並未將全部和一部的關係概行歸屬於公法，而祇當其所冀求的利益爲屬於較高的法的秩序時，纔將之隸屬於公法。即當發生疑問時，便不得不將那區別的標準求之於爲其根柢的利益上。

依上所述，可知根據第二說，把法所保護的利益之區別做公法和私法之區別的基礎的主張是適當的。依其所謂公益的本質之決定方法看來，與主體說無大差異。但根據第二說，那以保

「護非統一體的，未經賦與人格的利益共同體之利益爲目的，而在主體說的意義上不成爲全部和一部的關係的，亦得包含於公法中。」

## 第二章 公法與私法的共通性和特殊性

依前章所述，已可明瞭區別公法和私法的必要，主要是由法律關係而生。一個法律關係因其為公法所規律抑為私法所規律而在原則上發生顯著的差異。

但自他方言，對於公法關係和私法關係的性質及其所適用的原則，亦不能視為完全不同。無論公法關係或私法關係都同樣是法律關係，因而有許多共通點。那全然否定公法和私法之區別的法一元說的主張，固屬失諸極端，但若以公法和私法為截然不同，以為兩者間全無共通的原則存在，那亦和法一元說者同樣，不免陷於極端的錯誤。

在本章，擬將公法和私法在何點有共通性及在何點各有特殊性的問題，作一個簡明的敘述。

### 第一節 公法與私法的共通性



歷來區別公法與私法的論者所最易犯的錯誤，在於其極端重視兩者的區別，以爲公法關係和私法關係是全然異類的，全然不同其原則的之點。固然，在某程度內公法和私法是各由其特殊的原理支配的，因而實際上有把兩者加以區別的必要。但是，公法和私法同樣是法，在規律人與人間的意思及利益之點是具有共通的性質的。所以若極端地把兩者區分，實不免謬誤。兩者在某程度內都由共通的原理支配這點，是絕對不能否認的。

### 一 同爲權利義務的關係之共通性

第一，無論公法關係或私法關係都同是權利義務的關係，在這點兩者具有共通性。

歷來有許多學者以公法關係爲權力服從的關係，而從這點去追求公法關係之所以異於私法關係的特質。可是以公法關係爲權力服從的關係的學說，不但不能與國際法關係及公共團體相互間的法律關係相適合，即單用之於國家和人民間的關係上，亦不無引起誤解之虞。不錯，在公法關係上，國家是站在有優越的意思力之主體的地位去對付對方的，但是那國家的意思力的優越性，祇在對方不遵從國法而須以刑罰的制裁或行政上的強制執行手段臨之的場合纔發生作

用；即是在對方不遵從法令時纔發生的效果。至從基本的法律關係本身之內容上看來，在公法關係上，國家亦不一定是單方地依權力去命令對方的，反而在許多場合，國家亦負擔義務。即在國家依權力命令對方時，國家亦不是毫無限制地對任何事項都有發施命令的權力的，祇不過在國法容許的限度之內，對國法所承認的事項纔有要求的權力；即那權力是國法所公認的權利。自然，國家是有根據立法權去制定或變更國法的權力的，但當國法還存在着的限度內，國家亦受不得違背國法的拘束。而國家之所以能為法主體，即唯此故。做法主體的國家和對方一樣須服從國法的規律，其與對方間的法律關係是依國法的規定而互享權利互負義務的關係。換言之，即公法關係在其為權利義務的關係之點，和私法關係毫無二致。

在公法關係中，國家以優越的意思力而對付對方之最顯著的表現，除刑罰法或訴訟法上的關係外，即存於警察法、財政法及軍政法中。就中警察法和財政法區域內的國家作用，常以命令及強制作用為其主要的表現方式。當然，在這種場合國家所得以向人民要求的範圍，國法上亦是有一定的限度的；而其表現方式與私法上的權利無異，常為有某種一定內容的行為不行為或給付

之要求。例如租稅的課賦是國家單方的命令，在這點公法的特徵異常顯著。但從其內容上說來，是依國法的規定而要求對方納付一定金額的權利，和私法上的金錢債權毫無異處。又國家根據警察權，例如通令舉行家宅大掃除的行爲，與雇主根據民法上的雇傭契約命受雇人掃除家宅的行爲，在內容上亦無二致，都不外是要求對方作某種行爲的權利。

至於爲公企業或公物之主體的國家對於人民的關係，其權力服從關係的色彩便異常淡薄，已不足爲表明公法的特質之資。例如國家建築道路以供人民通行之便；許可在道路上敷設軌道；設學校以教育子弟及經營郵政事業以傳遞書信等關係，無論如何強辯，亦不能說是權力服從的關係。

從組織法上的關係看來，國家亦不一定是依權力而發令強行的。如議員之選舉及官吏之任命，其中所含的命令或強制的要素都極稀薄，除市鎮村公民有擔任名譽職的義務和一般人民有擔任陪審員的義務外，無論對於官吏或議員，都不違反本人的意思而強制其就任。

要之，以公法關係爲權力服從的關係的主張，決不能用以說明公法的特質。即使其可以適用

於刑罰法、警察法及租稅法等一部分的公法，但祇以國家與人民間的關係來作全部公法的說明，總是明白的錯誤。公法關係亦是權利義務的關係，國家亦站在法主體的地位去自行服從國法的規律，所以國家和人民間的法律關係亦是互相地享權利負義務的關係。在這點公法關係和私法關係完全是同樣的。

## 二 權利義務的種類上之共通性

公法關係不但在其為權利義務的關係上和私法關係共通，即在權利義務的內容及種類上，公法和私法大部分亦是共通的。那單為公法或私法任何一方所獨有的權利義務，比較起來是有限的。

在親屬法及繼承法，除無繼承人之財產收歸國庫（民法一〇五九條）等特例外，完全不適用於國家。因此，無論是親屬法上的權利或繼承法上的權利，平常都為私法所特有，公法中絕無其例。又從他方看來，除正當防衛或緊急避難的場合外，私人不能有以實力強制他人的權利。所以強制權是公法所特有的，私法上曾無其例。但除此等特例外，公法上的權利義務和私法上的權利義

務，在內容上頗多共通之處，就在類別上兩者亦不是當然不同的。

(一)公法上的物權 物權和債權的觀念，主要是由私法發達而來的，普通不用於公法上。尤其是關於物權的觀念，學者往往視為私法的特有物，以為公法上完全沒有物權存在的餘地。例如拉班特 (Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs I. S. 64) 說：

「所謂統治 (Herrschen) 是命令自由人 (及彼等之結合) 行為不行為和給付及強制其遵從的權利。公法和私法的區別要點即在於此。私法祇有對物 (當然包含奴隸) 的支配 (Herrschaft über Sachen) 而對自由人則祇有要求權，至對義務者的強制權和命令權並不包含於其中。」

拉氏 這一段主張，是曾經在前章引用過的。又齊林聶 (G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre S. 359 f.) 在說明否定領土權為物權的理由時，更明白地說：

「那以為領土本身由國家直接支配，因而國家對之具有物權的主張是錯誤的。無論任何場合，國家若不經人民轉介，決不能直接對領土加以支配。對某物之直接的法律上的支配，由於

予該物以物理的影響而表現，那就是所有權。但對領土的支配是公法的，不是 *Dominium* 而是 *Imperium*。 *Imperium* 是命令權，而命令祇能施之於人類。所以物之服從 *Imperium* 祇有採取國家命令人予物以影響的方式纔有可能。予物以影響的本身，或常與法律上無關係；又或依祇能加以私法的評價的行爲，即依所有權及占有權之行使；或依因物權而生之私法的限制纔能實現，在緊急的場合，國家亦可以正當地去侵害他人的所有權，但其在此場合所實行的行爲，和私人的同樣行爲無異。當土地徵收時，國家將私權徵收而使之移轉於他人，但那公法的祇是移轉命令，而不是所有權的事實上的移轉。故此，所謂本質上具有與私法上的所有權不同之性質的「公法上的所有權」事實上並不存在。即自行政法的意義上看來，承認所謂公法上的物權制度亦是全無理由的。」

齊氏極力排斥公法上的物權觀念。但其以公法關係常爲命令服從的關係的主張，是無理的獨斷。又將「統治」的觀念專釋爲對人的命令及強制之說，亦缺乏正當的根據。直接對物的支配，並不限於私法上的所有權作用，以國家公權的作用去直接對物行使支配權，亦不是和公權的性

質不相容的。當然，在財產私有制度存在着的限度內，物是構成私法上的所有權的目的物。但第一、如海、河川及其他公的流水等完全是存在於財產私有制度之外的；第二、關於國家領有所有權的土地物件，當國家將其當作公物而供公共用或公用時，對那權利應視之爲具有公法的性質；第三、國家爲着公共用或公用的需要，得對私人的所有權加以限制。若那限制不是單對特定人的命令而爲緊貼於物的限制時，那就是國家對該物具有公法上的限制物權；第四、即使不是爲着公共用或公用的需求而單爲着國家財產上的利益，國家亦可以將義務者的財產取作公法上的金錢債權之擔保，即國家在義務者的財產上具有擔保物權。凡此實例，不勝枚舉。

關於上舉各點，在此不宜詳述，現在僅略敘要領，其詳俟諸異日。

(甲) 海及河川等不是私有財產的目的物，無論何人亦不能主張海或河川的所有權。但那不是無主之物，誰亦不能用先占的方式而取得之。因爲那是在國家的公的支配權之下的東西，除有國家的特別許可者外，是不管何人都不能適法地去占有的。但國家支配海及河川，並不是爲着國家之經濟的利益，所以不能視爲私法上的權利。那無疑是屬於公法的。若果把物之包括的排他

的支配權稱爲所有權，則國家對海及河川所具有的支配權亦可稱爲公法上的所有權或公有權。在法律上，例如公有水面填築法便屢屢使用着「公有水面」的用語。那不是對人的命令權，而是直接行使於物上的支配權。那支配權的作用是以公法的行爲——例如公有水面填築之特許、漁業特許、船舶通航之禁止或許可等——而表現的。單據此點，即可充分明了其爲公法上的權利。

除海及河川外，關於未經採掘之礦物的權利亦是存在於財產私有制度之外的。那權利被從土地所有權的效果中分開，即土地所有者對之亦無採掘和占取的權利；而由鑛業法第三條明白規定其爲國有。可是國家對於未經採掘之鑛物的權利，是一種對於存在未明之物的權利，因之不能顯現出積極的效果。那效果祇在許可採掘請求者試掘或採掘時，及禁止官准以外者採掘時纔表現出來。當然，這種許可及禁止的行爲是公法的行爲，所以鑛業法所謂「國有」不當解作國家具有私法上的所有權，而須將國家此種權利視爲公法上的所有權纔是正當。

(乙)捨右述外，一般的土地物件都是構成私法上的所有權的目的物。即當國家具有該項所有權時，普通亦視之爲私法上的所有權。但是在國有財產中，國有財產法所稱爲公共用財產、公



用財產或營林財產的，都不是僅具有經濟上的意義的國家財產，那是國家供作公的目的之用的東西，所以若不將國家存諸其上的支配權視爲屬於公法，即與其目的不相符。茲舉國家將其所有地供作道路之用的場合爲例。國家之所以能將其土地供作道路之用，是因其在該土地上具有所有權之故，即很明顯那不外是所有權的作用。而對於將土地供作道路之用的行爲，當然不能視作私法的使用或收益的行爲，而是必然具有公法的性質的行爲。普通的見解，以爲當把土地供作道路之用時，那所有權的效果即告停止，而公法上的道路管理權代之而生。但這種見解是以所有權爲專屬於私法的權利爲前提的。若把所有權的觀念解作物之包括的排他的支配權，以爲當其以私法的行爲爲支配方法而表現時爲私法上的權利；而以公法的行爲而表現時則爲公法上的權利，那末，當把土地供作道路之用時，所有權——即物的支配權的效果決非停止，不過不以私法的支配方法表現，而另以公法的支配方法表現而已。所以說國家對供作道路之用的土地具有公法上的所有權，絕無不當。

（備考） 在德意志的法學界中，主張「公法上的所有權」的觀念最力的是梅耶（Otto

Mayer) 茲從其行政法第二版(Deutsches Verwaltungsrecht, 1917, II. S. 72 f.)中摘錄其關於此點的說明。他先從道路及其他公物着手，以爲那是屬於公的行政主體，且直接供作公的目的之用的。接着說：

「因其直接被供作公的目的之用，便發生公物的法律上的特質。當國家從事公的行政時，原則上國家是在公法的領域內活動的。但爲着設施或取得公的行政手段，便屢屢於私經濟的形式上爲之，因而常須服從私法。國家對於爲公的行政手段的有體物之支配，通常亦帶有私經濟的性質。那供用的最終目的雖爲公的行政，但其本身卻以由私法判斷爲常例。可是就本來所謂公物的說來，那有體物的支配之本身卽已屬於公法，私經濟的準備階段並不獨立顯現，那是全部屬於公法的領域的。當國家對公物的支配依公法而判斷時，便發生公的物權——尤其是公所有權之思想的必要。公所有權卽是公法上的所有權，就是應從公法的方面去思考的所有權。

公權力的發動，形態不一。那祇以命令爲權力的發動之說，是全然離開了近代行政法的觀

察的，因為物權的支配亦可以具有此種性質。所以若欲說明其本質，非將其所包含的意義先加以考究不可。

公的權力在法律上不能行使於物上，因為物不是人民。為公法的特質之「權利主體的不平等」不存於所有權者與物之間的關係上，因物非權利主體。在私法的所有權上這點亦是同樣，物與所有權者之間不得有法律關係存在。行使於物之上的權力常是事實的。但所謂所有權，同時又為着保障及規整此事實上的權力，所以包含着在其周圍的法律關係之全體的意義。這法律關係常存於與其他特定或不特定的權利主體間，而其規律即為所有權的法的規律。

若那法律關係通常由關係當事者的權利主體，即所有權者與對方以平等為基礎而行，那末，存於這種場合的就是我們所稱為私所有權或私法上的所有權的。

但是那亦可以在法律的不平等的基礎上行之，而在此場合，所有權者是以公的行政主體之資格與對方的私人對立的。公所有權或公法上的所有權即存於此。」

欲使公法上的所有權的觀念為一般所承認，恐尚須時日。那是因為「所有權」的名稱，傳

統上是專從私法的領域發達而來的結果，所以意見未能一致。其實應否稱爲「所有權」的名稱問題是不足置重的。國家在道路或其他公物上所有的管理權，是直接行使於物上的權利，是具有物權的性質的，無疑是公法上的權利。因此對於所謂公物管理權，實不能否定其爲一種公法上的物權。那權利祇有支配方法的差異，但其爲物之包括的排他的支配權之點，和所有權並無不同。故若認將同樣的名稱用之於有同樣內容的權利爲適當，那末，梅耶將其稱爲「公法上的所有權」的確是以正當的思想爲根據的。

(丙)公法上的限制物權，即國家（或公共團體）在他人的所有物上所有的一種限制的物權，亦往往被認爲一種公法上的權利。關於本項，有更分爲兩類的必要。一是國家爲着供作公的目的之用對他人的所有物有使用權利的場合，這可稱爲「公法上的使用物權」；另一是國家爲圖他人的所有權之自由行使不致害及公的目的，而對其所有權加以公法上的限制的場合，這大概可稱爲狹義的「公法上的限制物權」。

私的土地所有人一面將其土地提供於國家（或公共團體），允諾其供作公的道路之用，而

同時又保留其所有這回事，是公法上的使用物權的最顯的例子。在這種場合，國家因土地所有人的承諾而取得將該土地供作公的道路之用的權利，頗與民法上的地上權相類似。可是構成這權利之內容的土地使用方法，並不是爲着私的目的，而是爲着公的目的，國家有將之視爲公的道路去管理的權利，所以那使用權不是私法上的租地權，而明顯是公法上的權利。那不但是得與土地所有者對抗的權利，且可以對抗一切第三者。即土地所有權被移轉於他人，國家那種權利亦追及之。所以很明白那是具有物權的性質的。即在此種場合，國家在該土地上具有所謂「公法上的使用權」那種物權。其他國家對他人的所有物具有提作公共用或公用之權利的一切場合，那私有的物件同時兼有公物的性質，故可稱之爲私有公物。在公的目的的必要限度內，一切私有公物的私法上的所有權之效果便暫時停止，而國家在其上具有所謂公法上的物權之支配權。

關於狹義的公法上的限制物權，可舉要塞地帶、保安林、史蹟、名勝、天然紀念物、沿路區域、河川附近之土地及堤防區域等爲例。此等土地物件的所有權，都因某種公的目的而被限制自由行使。這種限制是公法上的限制，又是緊貼於土地物件的物的限制，是具有追及性的。所謂所有權受公

法上的限制，換言之，就是國家具有限制該所有權之一種物的權利的意義，即國家對該物具有公法上的限制物權。

(丁)關於公法上的擔保物權之最顯著的例證，可於租稅法中見之。國稅徵收法第三條規定：「國稅之徵收先於其他一切公課及債權。」若把這規定與民法上關於先取特權的規定對照，就可以明瞭這是表示着國家對納稅義務者的一切財產具有先取特權。這權利的內容和民法上的先取特權頗為類似。但國家對此可依行政手段而自行強制執行，所以這擔保的先取特權和租稅徵收權本身一樣是公法上的權利，可稱為「公法上的先取特權。」依關稅法，未納關稅的貨物應留作該項關稅的擔保（第五條）；輸入者如非已繳納關稅及經准許輸入，不得提取該項貨物（第三四條）；經過某一定期間，稅關得將貨物扣留（第四六條）；再經若干時日，稅關得將該項貨物公賣（第五〇條）。那就是表示國家對於未納關稅的貨物有留置權。這種權利當然是公法上的權利，故可稱為「公法上的留置權。」又依釀酒稅法第一三條，酒類釀造業者須提出保證物以爲釀酒稅的擔保。又依同法施行規則第二一條，該項保證物祇限於金錢、國債和土地或建築物，

國債證券繳存於供託局，土地建築物則須經過抵押權的登記。國家對此等保證物所有的權利，於國債爲質權；於土地建築物則相當於抵押權。在後者，法律本身亦稱之爲抵押權。但是，那和私法上的質權或抵押權不同，是可以不依民事訴訟而逕以行政手段自行強制執行的，所以那擔保的物權和那主幹的債權——租稅徵收權同樣是公法上的權利。卽此項權利是「公法上的質權」或「公法上的抵押權」。

(二)公法上的債權 債權的觀念亦是由私法——特別是私的財產法上發達而來的。就在民法，關於親屬法或繼承法上的權利之處，亦未使用這用語。但是，若債權的觀念可解爲要求特定人作行爲不行爲或給付的權利，那末，這觀念決不僅爲私法所獨有，而是公法私法所共通的。公法上的權利，大部分亦不外是對特定人作某種行爲不行爲或給付之要求的權利。

就中，公法上的權利之與私法上的債權最相類似者，當推公法上的金錢請求權。所謂公法上的金錢請求權，有時是國家（或公共團體）對人民所享有的權利，有時卻是個人對國家所享有的權利。前者如對於租稅和公法上的手續費、負擔費、特權費等之課賦徵收的權利，卽其大者；後者

如官吏之薪俸、旅費及其他實費償還之請求權；議員的出席費及旅費請求權；退官者或其遺族的恩給請求權；土地被國家徵收者及因其他公法的原因而受損失者的補償請求權；又受國家公法上的補助費之企業者的補助費請求權等皆是。公共團體與其所屬人員間亦有與此類似的權利。至於公共團體相互間或國家與公共團體間，其前者之例，如當水利合作社、耕地整理合作社、商工會、會議所等委託市鎮村代行會社經費之欠納處分時，此等團體所應支給市鎮村的「交付金」是；若後者之例，其為國家向公共團體徵收者有分擔費；其為公共團體向國家請求者有「交付金」、「補助費」等。這些都是以請求對方給付一定金額為內容的權利。不過就發生的原因上看來，私法上的債權普通是以契約為基礎的；反之，公法上的權利普通都是直接根據法律或以國家單方的意思為基礎。又當對方不履行時兩者所採取的方法亦有差別：私法上的債權祇能依民事訴訟去請求；而此等公法上的權利，若為國家或公共團體對人民所享有時，國家或公共團體可以行政手段強制執行；至為私人所享有時，除法律有特別規定者外，便沒有請求裁判上的保護的方法。可是，這種權利的內容本身，和私法上的金錢債權無何等差異，所以稱之為「公法上的債權」，絕無可加



否定的理由。

金錢請求權之外，在其他以經濟的內容爲主眼的權利中，亦可以舉出同樣的例證。如依河川法第一〇條及第一一條，國家使私企業者從事河川工事這回事，其權利內容與民法上定作人根據承攬契約對承攬人所具有的權利相類。又依同法第一八條得有占用河川基地或流水的許可者所享有的權利，其內容和承租人根據土地租賃契約所得的權利相類。再依同法第三八條，行政官廳得命令土地或森林之所有者供給泥土砂石雜草竹木及搬運器具，其內容亦和買受人根據買賣契約向出賣人請求移交物品的權利相類似。

不單是具有經濟的內容的權利，卽如警察上的命令或其他公法上的命令，雖然在其爲國家單方的命令且具有強制力之點，有與私法上的債權不同的性質。但自其內容上言，亦不外是向某者要求作一定的行爲不行爲或給付，與私法上的債權曾無異處。在這種意義上稱之爲公法上的債權，除非是把「債權的用語祇限於私法的領域」看作不可侵犯的前提的，便誰亦沒有加以否定的理由。

（三）參政權 物權和債權是專從私法發達而來的觀念，反之，參政權的觀念卻是專從公法發達而來，而被用作「國民構成國家機關去參加公務之權利」的統稱的。但具有這種性質的權利，不僅於國家和人民的關係上有之，即如市鎮村的公民權，府縣住民對於府縣公務的參加權，公共合作社社員對於合作社之公務的參加權等，都有同樣的性質。又在私法上，公司及其他法人的社員，或以構成社員總會之一份子的資格去參加議事；或有選舉董事及其他職員之權；或自己做職員去處理那法人的事務，這都是和對國家的參政權有同樣性質的權利。但若將此等權利稱為「參政權」，不但把「政」字用於公司或其他私法人有所不宜；即用之於公共合作社的事務上亦未能恰當，所以對於這全體尚無概括的名稱。不過，某團體之各構成員，以團體一份子的資格而為該團體的機關，而參加該團體的事務的權利，若可稱為「機關構成權」，那末，這種權利就是公法和私法共通的權利，不應視之為公法的獨有物。

### 三 法律原因上的共通性

若把構成公法關係的發生變更及消滅之原因的法律事實稱為公法的法律原因（法律要

件，把構成私法關係的發生變更及消滅之原因的法律事實稱爲私法的法律原因，驟視之，這種公法的法律原因和私法的法律原因似有顯著的差異。真的，公法的關係大概是國家站在優越權力之主體的地位而對付站在隸屬者之地位的人民的關係，所以公法關係是由國家單方的意思所形成的。反之，私法關係是個人互站於對等地位的關係，所以普通是依當事者雙方的契約而形成的。特別是以權力服從的關係爲公法關係，以對等者的互相關係爲私法關係的學說，大有不承認兩者在法律原因上有何等共通性的傾向。

其實，兩者間並沒有那麼根本的差異，祇是程度的問題而已。在法律原因上兩者亦有許多共通之點，爲公法或私法一方所獨有的法律原因，比較起來是有限的。

無論公法或私法，其一切法律原因都可大別爲兩類。第一是無須特別的意思行爲，祇因某狀態或事件之發生而直接根據法律發生一定的法律效果的；第二是要有特別的意思行爲纔能發生法律的效果的。在法律原因上，不但有此兩種區別之點爲公法私法所共通。此外如第一場合法律直接發生效果的狀態或事件之種類，及第二場合爲法律的效果之發生原因的意思行爲之種

類，大體上亦爲公法私法所共通。以下卽就此兩類加以考察。

(一) 狀態或事件 不用說，就在法律的效果直接由法律發生而無須特別之意思行爲的場合，亦當然要有法律對之得直接發生效果的特定狀態或事件，然後纔能發生效果。這種狀態或事件因各種場合而呈千態萬狀之觀，不能一一縷述。以下所舉雖僅爲彰彰大者，但公法和私法在這點的共通性，已可從此窺得全豹。

(甲) 年齡 在私法上是區別無能力者與能力者，及發生婚姻能力、收養能力、隱居 (*Residence of headship of houses* 譯者) 能力等的原因；在公法上則爲發生就學義務、兵役義務、選舉權、被選舉權、公民權、刑事責任能力等法律的效果的原因。公法原因的年齡和私法原因的年齡之計算方法，當然沒有區別的理由，所以明治三十五年法律第五十號的「年齡計算法律」是共同適用於公法及私法雙方的。

(乙) 人之誕生死亡、人之身分 一方面可爲公法的法律原因；同時又可爲私法的法律原因。無論在公法或私法都是同樣適用的。例如華族（貴族譯者），無論在公法上或私法上都同樣

是華族，而禁治產者或準禁治產亦不以公法或私法而異其意義。

(丙)住所 不僅是私法的法律原因，同時又是公法上的選舉權及公民權的發生原因，又和納稅義務及裁判管轄亦發生關係。至應以何物為決定住所之標準的問題，只民法上有規定。關於公法上的住所，法律並無明文。但行政裁判所和大審院都以為對於住所的判斷，沒有因公法或私法而差異的理由，在判例上都主張民法的規定應同樣適用於為公法之法律原因的住所。即住所的觀念，無論公法或私法都是共通的。

(丁)期間 不用說在公法和私法雙方都成為法律原因。關於期間的計算方法，民法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法等都有特別規定，但適用於一般公法的總則規定卻付闕如。不過，除法律有特別規定者外，這種期間計算方法的應用，沒有理由因公法或私法而不同。所以關於公法上的期間計算，大審院和行政裁判所的判例，早就主張得準用民法的規定（參照公法判例大系上卷第八一百以下）。那當然是極正當的解釋。即關於期間的原則，公法和私法是共通的。

(戊)時效 時效的制度，主要是存於私法的權利上。至於公法上的權利，普通是不適用的。

不過關於公法上的金錢債權和刑罰權，都特別有消滅時效的規定，所以時效在公法上亦非全不適用。即時效的制度，最少在公法的一部分上是和民法共通的。而除法律對時效有特別規定者外，民法上關於時效的規定亦可適用於公法。會計法第三二條對於公法上的金錢債權之時效，即已明言此種旨趣。不過民法上的時效是以當事人自行援用為效力確定的條件的，所以若未經當事人援用，法院不得據之而裁判。反之，公法上的時效為權利絕對消滅的原因，不以當事人援用為條件，故於此點，兩者的效力有所不同。

(二) 意思行為 從法律的效果依特別的意思行為而發生的場合觀察，為公法的效果之發生原因的意思行為，和為私法的效果之發生原因的意思行為兩者間，亦沒有本質上的差別。至兩者間有若干共通性，看左舉各點便可明瞭。

(甲) 公的意思行為與私的意思行為 對意思行為為法律的效果之發生原因的場合加以考察者，動輒以為公法的效果僅依公法上的意思行為而生，而私法的效果則僅依私法上的意思行為而生。其實，意思行為的公私之別並不一定和法律原因的公私之別一致。有不少私法的效

果是由公法上的意思行爲而生的；同時，依私法上的意思行爲亦非絕對不能發生公法的效果。

把國家（或公共團體。後同）不站於準私人的地位而以優越的意思力之主體的資格去對特定或非特定的對方所做的意思行爲，又私人站在同樣的地位對國家、或公共團體相互間所行的意思行爲視爲公法上的意思行爲，而以私人（或站於準私人地位的國家及公共團體）相互間所行的意思行爲爲私法上的意思行爲，這是意思行爲的公私區別的當然結果。但這種意義的公私區別，是對於意思行爲的區別，而非對依意思行爲而生之法律的效果的區別。自法律的效果說來，兩者是互相交錯的，並不得根據效果而區別意思之爲公爲私。

那原因，第一、因爲國家是私法關係上的保護者、監督者，常常因這種保護監督的作用與私法關係發生交涉；第二、國家常常因財政、警察、經營公企業或其他行政上的目的而進入私法關係，且使之發生變更。所以因國家之公法上的意思行爲而發生私法的效果之實例，不遑枚舉。關於前者，祇從法人設立之許可、裁判上之離婚和不動產暨其他各種登記上觀察；後者則從租稅欠納處分、警察上之沒收和土地徵收等去思索，便可恍然。自他方看來，依私法上的意思行爲而發生公法的

效果的事例雖較屬罕觀，但如依貴族院伯子男爵議員選舉規則第一一條，選舉人委託同爵中之其他選舉人代為投票的行為；依河川法第一八條取得占用河川基地或流水的許可者，根據同法第二一條將該權利讓與他人的行為；依民事訴訟法第二五條得依當事人兩造的同意而決定管轄法院的行為；依同法第七九條委任代理訴訟的行為；又依同法第三六〇條因當事人兩造的同意而停止控訴（第二審上訴譯者）的行為，和依刑事訴訟法第三九條選任辯護人的行為等，都是因私人相互間的意思行為而發生公法的效果的。因為公法的關係不一定限於為公益的法，同時又是保護個人的利益的；而涉及個人的利益的場合，在不害及公益的限度內，以個人的意思左右之，並不與公法關係的性質相反。

（乙）意思表示及法律行為 這觀念是專存於民法上的一般傾向都認之為專屬於私法的特殊觀念。特別是在日本，行政法規及其他公法法規都完全不把這些名稱用作法律上的用語。可是，把意思表示和法律行為的觀察看作祇屬於私法的特有觀念，以為在公法上無此種相當的觀念之必要的見解，在理論上不免錯誤。因為若認法律上之同性質者應以同觀念的語言表示，異



性質者應分屬於相異的觀念。這理論爲正當，那末，在公法和私法上，意思表示和法律行爲的觀念，便應當是共通的。且須如此，方能予法律上的理解以正當之幫助。公法之學不但是與私法之學相分離而發達的，卽在同樣的公法之學中，憲法、行政法之學和刑法、訴訟學之學亦是各自獨立發達而成的。但若因此故，對於共通的一切法律事實，亦因各學科之不同而加以互異的觀念，或因名稱之不同而認其性質爲有殊，像這種誤解的傾向，實令人抱憾。例如相當於民法上所謂法律行爲的觀念，在行政法一般都稱之爲「處分」；而訴訟法規卻以「判決」「決定」或命令等詞稱之。但這些名稱的不同並不一定與其性質的差異相適應。又把構成公法的法律原因之公法的意思行爲稱爲「處分」，亦未見恰當。因爲公法的效果不盡依行政機關之處分而發生，私人的意思表示亦往往爲其要素之一；依雙方的結合纔發生效果的事例實非僅見。至於意思表示的觀念，雖然在公法上常常可以看到相當的事實，但在公法法規中，卻完全沒有與其相當之名稱的蹤跡。

一切法律學上的觀念，是以法律上的性質之同異爲基礎而構成的。觀念之正否，亦祇有根據那標準纔能決定。所以我以爲對於公法的效果，除直接根據法律而發生之場合外，若在根據關係

當事者的意思行爲而發生之點與私法上的效果無異，即當不拘泥法令用語，即當承認該意思表示和法律行爲（或準法律行爲）的觀念爲無公法私法之別，爲共通於全法域的觀念。又對於公的意思表示和私的意思表示及公的法律行爲和私的法律行爲的區別，固不妨認之爲再區別；但應當使公法的意思表示及法律行爲的觀念共通於行政和司法雙方，纔能適切於學問上的要求。

（丙）單獨行爲與契約。法律行爲有單獨行爲和契約的區別。這不獨於私法的法律行爲爲然，即公法的法律行爲亦同有此種區別。有人以爲契約的觀念是專從私法發達而來的，因而主張所謂契約爲當然僅指私法上的契約而言。其實，契約的觀念若可解作「因當事者雙方的同意而發生其所冀求之法律的效果的行爲」，則契約決不限於私法的區域，在公法的區域中亦不乏其例。這是經過許多學者論證的正當主張，雖然至今日尙有一部分學者否定「公法上的契約」的觀念，亦不足損其價值於分毫。不但對等的公共團體之相互關係常有依雙方的同意而構成公法關係之例，即在國家（或公共團體）和人民間的關係上，即當國家站在優越的意思主體的地位而對付人民的場合，兩者間的法律關係之形成，亦不是絕對不許人民參加意見的。當必要時，國

家固然可以單方的意思去命令和強制人民，但在事件的性質上沒有違反對方的意思而加以命令強制之必要，或違反對方的意思而加以命令強制爲不適當時，尊重對方的意思之自由，依同意而構成國家與人民間之一定的公法關係，亦當然不能說是違反公法關係的性質。例如在兵役法，權力發動本屬最爲顯著，但同法第三條尙有「依志願而編入兵籍者之兵役」的規定。在平常，現役兵之徵集是出自國家的單獨行爲的，但依志願而編入兵籍的行爲卻與前者相反，是依同意而成立的行爲。當然，凡屬國家與人民間的關係，即在所謂「依同意」的場合，雙方的意思並不是具有均等的力量的。如次節所述，公法在這點具有特殊性。但這種特殊性，卻不能爲否定公法在依雙方同意而發生某種法律的效果之點與私法上的契約有共通性的理由。在組織法、財政法、公企業法、公物法和公用負擔法中，都有許多公法上的契約的實例，不過在此無一一縷述之必要。

(丁)意思表示的附款 在民法總則(第一二七條以下)一般地承認條件及期限；關於贈與亦承認附有負擔的贈與之存在。但這種附款不單爲私法的意思表示所獨有，而是同樣適用於公法上的意思表示的觀念。又把條件細別起來，尙有停止條件解除條件之別，這種觀念亦是適

用於公法的。自然民法上關於此等附款的規定，並不能完全適用於公法上的意思表示，但這種觀念的一般原理，卻是公法和私法所共通的。

(戊)代理 此觀念之爲公法私法所共通，較前述諸項更爲顯著，這恐怕是誰亦不能否認的。代理有法定代理和授權代理之別，這是公法上的代理和私法上的代理所共通的。又複代理和無權代理的觀念，在兩者亦是同樣。但這可不是說關於代理的規律無論公法上的代理或私法上的代理都同樣適用；當然民法所適用的代理規律是不能毫無更改地同時適用於公法上的代理的，不過關於代理的基本原則卻爲公法私法所共通。

除上所述外，關於法律行爲之無效或取消的問題，無因管理的問題等，在法律原因上還有不少爲公法私法雙方所共通的問題，現在暫從省略。要之，法律原因在公法和私法之間，並沒有根本的差異。那以公法爲權力服從的關係，以爲在公法僅有命令及強制的見解，實在未敢贊同。

#### 四 關於人物及事業的共通性

一切法律關係，通常都第一，須有爲該關係之當事者的法主體——即「人」；第二須有構成

該關係之目的利益；第三須有爲該利益之對象的法客體——即「物」；又第四那關係往往是關於一種繼續的事業的。對此四種要素作各別之觀察，視其是否爲「國家的」而定公私之別，這是很合理的。根據這種理由，對第一的法主體，將法人區別爲公法人（凡私法人幾個人都是具有獨立的生存的，世間沒有由國家賦以生存的個人）；將第二爲法目的的利益區別爲公益和私益；將第三爲法客體之物區別爲公物和私物；將第四受法的規律的事業區別爲公企業和私企業，這當然都是極正當的區別。

可是這種公私的區別，不盡與公法和私法的區別一致。歷來的學說動輒將這種公私的區別視爲公法和私法的區別，以爲公法人的法、公益的法、公物的法和公企業的法都是公法，此等公法都不受私法的規律。那明白是錯誤的。其實那種區別，祇是大體上的分割，決不能祇將之局限於公法。公法人、公益、公物和公企業等固然是屬於公法的，但同時亦受私法的規律。從他面說來，私法人、私益、私物和私企業等屬於私法的亦同時受公法的規律。所以這些是一切公法和私法所共通的。其中公益和私益的區別決不與公法和私法的區域一致，有不少的公法以私益爲主要目的；亦有

不少的私法主要是爲着公益而設的。關於此點，在前面業已述及，故在此僅從其他三點加以說明。

(一)公法人和私法人的區別，是法人的存立目的之爲「國家的」或爲「私的」的區別，而非專就其爲公法或私法所規律的區別。卽如國家與人民間的關係，當國家站於準私人的地位時，那關係亦得受私法的規律，何況是在國家之下的公共團體？這種公共團體，和私法人同樣以經濟的活動爲主要目的的場合，較之其從事權力的活動的場合爲多，因而其受私法規律的場合亦較國家爲更多。尤其是公共合作社和公的營造物法人，在這點最與私法人相近，此已見於前述。

從他面看來，私法人在其對國家或公共團體的關係上，亦可成爲公法關係的法主體。這點在私人亦是同樣。

歷來大審院的判例，當判斷某團體向社員徵收社費或科社員以懲金處分之爲屬於公法或私法時，常以該團體之屬公法人抑私法人爲先決問題。若爲公法人，就主張必然應屬於公法而不由法院審理，這種觀點是錯誤的。實則即使是公法人，亦不能單根據這種理由就斷定其當然屬於公法，同時亦要根據各場合的法律規定去判斷纔對。假如法律沒有特別規定，那末，那種社費和懲

金就和私的社團向社員徵收的經費或對社員所科的違約償金同其性質，應視為同屬於私法（參照公法判例大系上卷第一三頁以下，下卷第七〇五頁以下及九年度公法判例評釋第一頁以下）。

（二）公物和私物的區別，是直接供給國家的目的之用與否的區別，而不一定是遵守公法或私法的規律的區別。

不用說，公物是供作國家的目的之用的，所以在某程度內排除私法的適用而受公法的規律，這點是公物和私物不同的特質。但是公物同時又是具有經濟的價值的有體物，既為經濟的價值物，在某程度內即當遵依私法的規律。所謂公物排除私法的適用而受公法的規律者，不過當其為普國家的目的之必要限度內為然，在必要的範圍之外是不妨適用私法的。例如因公物之設置或保存發生缺點致使他人受損害時，負擔公物的經費的主體，當依民法第七一七條負擔賠償損害的義務。又屬於公物的土地，若其所有權之得失變更不依民法第一七七條履行登記，便不得與第三者對抗（參照公法判例大系下卷第三七五頁及三一三頁以下）。

(三) 公企業和私企業的區別亦是同樣，那是該事業是否為國家的事業之區別，而非屬於公法的領域抑屬於私法的領域之區別。固然，所謂公企業，不問其為國家經營的事業或公共團體經營的事業，都同是為着公的目的而經營的，所以在某程度內具有和私的事業不同的性質。但那不是權力的活動，主要地都不外是經濟的事業，所以頗有人主張公企業除由法律特別規定者外，都應與私的事業同樣服從私法的規律。至於那主張公企業應專屬於公法的領域，全然不受民法的適用之說，實為大謬。

歷來的學說，往往把國家或市鎮村所經營的事業區分為「公的營造物」(öffentliche Anstalt) 和私經濟的性質的事業(Gewerbebetrieb)，以為公的營造物完全不適用民法而專由公法規律，反之，私經濟的性質的事業則與民營事業同樣受私法的規律。日本大審院的判例，亦把國家或市鎮村等所經營的事業區別為專為公益而經營的事業和營利性質的事業，且有判決市營電車事業為營利事業應適用私法之例(大六、二、三、大民)。但是依事業的種類而區分為專受公法規律的事業和專受私法規律的事業之說，到底難於贊同。國家或市鎮村所經營的事業，除專賣



是專以收入爲目的者外，都無非是爲着公益而經營的；卽如市營電車，亦決不能謂其以營利爲目的。又如日本市制鎮村制等所用的「營造物」的用語，亦決不能解作僅由公法規律的事業之意。比方市鎮村立小學校，那是公的營造物，又很明顯不是營利事業；但若因其校舍器具等設備上的缺點而損害及於他人時，依民法第七一七條，市鎮村應負賠償損害之責。這是大審院的判例所承認的（參照公法判例大系下卷第三一三頁以下）。要之，國家或公共團體所經營的事業，無論任何種類，都在某程度內受公法的支配，同時，在某種關係上亦受私法的適用。無論何種事業，都不是專屬於公法或私法之單方的。

（備考）佛靈納（Fleiner, Institutionen S. 263 f.）說：『關於國及市鎮村所經營的事業應否視爲營業的問題，不能依一般的公式和外部的標準作答，而應就各場合觀察該具體的事業是否有爲營業之特徵的營利目的顯現出來。若該事業之設立或承受是圖以經營該事業而獲得財源爲目的，那是營業。反之，若行政機關設立該事業是當作一種公的行政任務，藉該事業圖以同一的廉價條件將其役務平等提供於一切人民的，那就不能視爲營業。』據前

述理由，對佛氏之說實難贊同。一切國家或市鎮村所經營的公企業，並不以營利爲主要目的，都是爲着公的行政而經營的，無論如何不能以之爲「應屬於公法或私法」的區別標準。

## 第二節 公法與私法的特殊性

經如前節所述，公法和私法在法律上有若干共通性。但自他面看來，公法關係和私法關係在某程度內，無疑是各異其原理及不同其所適用的規律的。否則兩者便毫無區別之必要，而結果非趨於所謂法一元說不可。我們在第一章已論定公法和私法有區別的必要，不用說，那是以公法和私法各有其某種特殊性爲必然的前提的。

關於公法私法的特殊性，歷來的通說，或以公法關係爲權力服從的關係，爲國家站於權力者的地位去對付服從者的關係，而主張公法關係在這點和對等者相互間的私法關係不同性質；或以公法關係爲以公益爲主要目的的關係，而主張其在此點與以私益爲主要目的的私法關係目的各異，學者們都在此諸點尋求兩者的特殊性。自然，那些主張亦含有相當的真理，未可盡加排斥。

不過若以之爲兩者的區別標準，卻有未當，此點業如前述。

那末，對於公法關係與私法關係究竟應從何點而尋求其特殊性？

在論及本題之前，我們要注意在同樣的公法關係中，國際法上的關係是對等的國家相互間的關係，祇於國家爲法主體之點與國內法上的公法關係共通，其他各點都是和國內法關係的性質有顯著的差異的。又同時要注意，即在國內法上的公法關係中，對等的公共團體相互間的關係和國家或公共團體與人民間的關係，兩者的性質亦有顯著的差異。以後當敘述公法的特殊性時，擬暫把國際法關係除掉，而專從國內法上的公法關係——尤其是國家或公共團體與人民間的法律關係着眼，因爲要這樣纔能把公法關係與私法關係不同之法律上的特色究明。至關於公共團體的關係，祇附帶論及。

在這種意義上的公法關係的特殊性，我以爲可從下列五點求得：（一）權利義務的相對性；

（二）國家行爲的公定力；（三）國家的公權之強制力；（四）個人的公權之法律上的保護；（五）目的和效果的差別。

## 一 公法的權利義務之相對性

前經述及，公法關係亦是當事者雙方互享權利互負義務的關係，在這點，公法關係和私法關係共通。但公法關係的權利義務，有一點和私法關係的權利義務有重要的性質上之差異，這是不能否認的。

因爲公法是團體法，所謂公法關係不外是團體與其構成分子間的關係，所以雙方的利益是共通的。即當某一方享有某種權利而對方負有與之相對應的義務時，那所謂權利亦不是祇爲着權利者的利益而存在，而是同時又爲着保護對方的利益而存在的。因此，若以爲權利的觀念含有「以其主體之利益爲目的而成立的」的要素；反之，義務的觀念以「因對方之利益而受的意思拘束」爲要素的話，那末，公法關係的權利義務，在某程度內是帶有「相對的」的意義的，即權利中含有義務性；而義務中含有權利性。這就是公法關係的權利義務和私法關係的權利義務不同之處。

但屬於私法關係的公司法、其他私法人法、親屬法和家族法等，於前述之點反具有與公法關

係相近似的性質，故不能以之爲公法和私法的絕對差別。不過在典型的私法關係——對等的私人相互關係中，權利者和義務者是有互相反對的利害關係的，因而其權利義務爲完全相反的觀念，權利者被視爲具有專爲自己的利益而加義務者的意思以拘束的權力者。

對於上述私法關係的權利義務，團體法的公法上的權利義務是很好的對照。團體與其構成分子，沒有像私法關係上相對立的個人那種反對的利害關係，反而是具有共通的利害關係的。國家的利益，畢竟亦是國民的利益；同時，使各國民個人享有正當的利益，亦因其與國家的利益相適合之故。因此，在公法關係上，國家的權利就不單爲國家的利益而存在，同時亦爲着人民的利益而存在；又人民的權利，亦不單爲着權利者本身的個人利益而存在，而是同時完成國家的利益的。

現在先從人民享有權利的方面觀察，那最明顯的例子是參政權。人民可以構成國家的機關去參加國家的公務這回事，在爲國家一份子的各人民個人看來，當然是自己的名譽，是自己的利益；因而就是人民的權利。但那決不是單爲個人的利益，而是同時從國家的利益出發，認人民參加公務爲適當纔使之成立的，所以參政的權利，同時又必然帶有參政的義務的性質。法律亦曾言明

參政權爲一種義務。例如官吏公吏之職務上的義務、當陪審員的義務、市鎮村公民擔任市鎮村的名譽職的義務、兵役義務等，都明白是把「參政」規定爲義務的。但這些義務同時亦被認爲權利。又如以權利爲主要性質的選舉權和議員的權利，當然亦同時帶有義務的性質。

又公共團體的自治行政權、領有公企業之特許者對該項企業的經營權利等，亦具有同樣的性質，很明瞭地一面爲權利而同時又爲義務。

至人民之其他公權所帶的義務性，即不如前舉各項之明顯。如人民向國家作特定的行政行爲或司法行爲之要求的權利、學生受學校教育的權利及得有占用道路之許可者占用道路的權利等，驟然看來，都好像是單爲着權利者個人的利益的。其實細加觀察，即可明瞭此等權利亦無一不爲適合公益而設。國家將權利賦與個人，國家的利益或社會公共的利益無不因之而得保護。例如關於行政行爲或司法行爲的要求權利，是國家根據個人的要求而從事該項行爲的，所以當然是爲着要求者的個人利益的。但國家執行這種行政行爲或司法行爲的本身，卻是爲着公益上有執行這種行爲的必要——最少是認爲適當，纔用這種行爲去滿足公益的要求的。因此，法律之所

以承認個人得從事此種要求，亦無非是認爲須有個人的要求然後執行這種行爲，在公益上纔是適當的緣故。例如爲着使人民具備充任高等官的資格要件，國家對報名應試者舉行高等考試，那是以官吏法上的必要爲主的，那制度的設立，很明顯是以國家本身的利益爲主要目的的，但這種考試之所以以個人的要求爲要件者，卻因爲取得高等官的資格爲個人的利益之故。同時，須有這種利益，纔不致發生缺乏應試者的困難，所以雖然說報名者有應試的權利，但那權利實在不是單爲報名者個人的利益而設，而是同時爲着國家的利益而設立的。此外，關於請求登記或註冊的權利，請求許可的權利和請求裁判的權利等，亦可以得到同樣的結論。這些權利無疑是爲着個人的利益而設的，但同時社會公共的利益亦因之而得到完滿。又官吏有領受薪俸和退官者有領受恩給的權利，當然是以官吏及退官者個人的利益爲主要目的的。但使彼等能維持與其地位相稱的生活，亦爲國家威信上所希求，所以那權利是同時爲着國家的利益設想的。學生受學校教育的權利和奉准占用道路者占用道路的權利等，和前舉各例一樣，亦是同時爲着滿足公益的要求的。

再從國家對人民享有權利的方面看，國家的一切事務，結局都無非是爲着一般人民的利益

而行。凡屬國家的權利，無論是刑罰權、警察權、財政權或軍政權，都不能說是單爲着國家本身的利益的。這種權利都帶有須爲着社會公共的利益而合法地正當地去行使的拘束，所以同時是含有義務性的。

公法關係的權利義務，既在右述意義上含有相對性，結果，一般地說來，公法上的權利便有兩點和私法上的權利不同。其法律上的原則：一是公法上的權利，法律上以不能捨棄爲原則；另一是法律規定公法上的權利不能移轉於他人，或對其移轉加以限制。

（甲）捨棄之不可能 私法上的權利，原則上是單以權利者本身的利益爲目的；即使該權利消滅，亦無害於公益或他人的利益，所以除法律有特別規定者外，以權利者得任意捨棄爲原則。

反之，公法上的權利，無論是國家對人民所享有的權利，或爲人民對國家所享有的權利，都不是單爲着權利者本身的利益，而是同時爲着社會公共的利益的；所以若法律無特別規定，原則上不能捨棄。即經表示捨棄的意思，亦屬無效，該權利並不因之而消滅。



就中，從國家對人民所享有的權利方面說來，那權利都經規定為國家及社會所必要的權利。所以當執行法律之任的機關——不問其為行政機關或司法機關，都負有忠實執行的義務。除法律設有特別規定者外，絕對不能捨棄。即如租稅、負擔費等公法上的金錢債權，亦祇在法律有明白規定時纔能免除義務者的義務，否則不能使用行政權去任意捨棄。至於刑罰權、警察權及軍政權等，亦祇有根據法律的規定纔能捨棄，原則上不用說是不許捨棄的。

至於人民對國家享有權利時，對為該權利之效果的各個權能，雖然沒有非將之行使不可的義務，但除如議院法第一九條第二項有「議長副議長及議員，得不領受出席費」之特別規定者外，對於權利，法律上都是不能捨棄的。有時，因不行使權利的結果，權利便因時效而消滅；例如恩給權，若在恩給事由發生後七年間不請求批准，即因時效而消滅；又如為薪俸權之效果的按月薪俸請求權，若五年間不加以行使，亦因時效而消滅。但這都是事實上對權利不行使的結果，並非因捨棄的意思表示而致權利消滅的。無論對恩給權或薪俸權，捨棄的意思表示都屬無效。他如捨棄選舉權或公民權，更屬不可能。其訴願權及提起行政訴訟或民事訴訟的權利，雖然訴之撤消屬於當事

人的自由，但除得依民事訴訟法第三六〇條捨棄控訴權和刑事訴訟法第三八二條捨棄上訴權的特別規定之場合外，若豫先將權利捨棄，便不爲法律所許（昭九六、二九、大刑，判定對於毀謗名譽的告訴權不得捨棄。九年度公法判例評釋第七五頁。）

（乙）移轉之不可能及限制 私法上的權利，一般都以經濟的價值之給付爲內容，而這種經濟的價值之給付，無論對何人行之，通常並不影響及義務者的利害，所以私法上的權利，除親屬法和繼承法上的權利外，普通都以可以移轉爲原則。反之，公法上的權利多置重於其主體，法律是以「某特定主體享有該項權利爲適合公益」而承認該權利的，所以原則上不能與其主體分離，即對該項權利不能加以移轉。公法上的權利之發生有移轉性與否的問題者，主要是以經濟的價值爲內容的權利。但這種經濟的內容的權利既爲公法上的權利，則原則上亦應視之爲無移轉性。例如租稅徵收權、公共合作社經費徵收權、官吏的薪俸權和退官者的恩給權等，都是不能移轉的。因此，除法律有特別規定者外，債權人對這種權利不能加以扣押。

但下舉各項卻是例外：（一）市鎮村或水利合作社廢置分合時；耕地整理合作社合併或解

散時，又健康保險合作社解散時，其所有的權利義務都概括地移轉於其他公共團體或國家；（二）繼承或公司合併時，即使是公法上的權利義務，但若是帶有經濟的內容的，則除性質上不能移轉者外，都概括地由繼承人或合併後繼續存在的公司繼承；（三）附存於某事業的權利義務，得因事業之讓與而移轉於受讓人；（四）他如河川占用權、其他公物的使用權、地方鐵道及其他公企業的经营權等，在取得行政官廳認可的條件之下，法律亦承認其讓與（參照第三章第四節之一）。

## 二 公法的國家行爲之公定力

在個人相互間的法上，當事者雙方是以法律上對等的意思力而對立的；反之，在國家（或公共團體）與人民間的法上，意思力有強弱之差，而係國家以優越的意思力去對付對方的。這就是國家與人民間的法和個人相互間的法，在法律性質上最相懸異之點。

結果，在私法關係，當事者雙方的意思具有彼此對等的效力；當兩造的意思不能一致時，任何一方的意思都沒有不顧對方的意思而決定何者爲合法的力量。反之，在公法上的關係，國家的意

思具有優越的效力，可以不顧對方的意思去單獨決定何者爲合法；而對方不得否認其效力。例如在私法的租地契約的關係上，地主與租地人間發生爭執，地主說那契約業已滿期，要求租地人還地；但租地人卻主張契約尙未滿期，而指地主的還地要求爲違法時，在這種場合，租地人可以不管地主的的要求；可以拒絕交回而繼續占有其地。地主除提起民事訴訟請求法院判斷外，別無強制租地人還地之途。且至法院判決爲止，地主和租地人的主張之誰是誰非，尙在法律上未決狀態中，任何方面都不能受「正當」的推定。反之，例如東京市許可某人占用公園內某地域爲建築電影院之用，事後若認占用權者爲違反許可條件而要求其還地時，占用權者對之雖可主張自己未嘗違反許可條件，但東京市的還地要求是當然受「合法行爲」的推定的，所以東京市得強制其交回。在這種場合，占用權者除提起訴訟或行政訴訟外，別無抗爭之途。這就是說：在私法關係，權利者爲着實現其權利，除自己請求法院保護外，對義務者的異議別無抑制的手段；權利者的主張，不能受「正當的」的推定。反之，在公法關係，國家或公共團體的權利主張是常被推定爲合法的，若義務者欲對之加以否定，便非提起訴訟或行政訴訟不可。至當不許提起訴訟或行政訴訟的場合，就完

全沒有抗爭的方法；義務者縱以其主張爲違法，亦須受「非服從不可」的拘束。又例如在私法關係，甲對乙享有若干元的債權而請求乙償還，但若乙否認該項債務，便可以將甲的要求置之不理，債權人除提起民事訴訟外，對此別無辦法。反之，若市鎮村長把徵稅通知書送達於某人時，即使義務者否認該項納稅義務之存在，那徵稅通知書卻受「合法的」的推定，若義務者不履行繳納，市鎮村得對其財產加以扣押或公賣的處分。對於公法關係上國家或公共團體所具有的這種優越力，我以爲可稱爲國家的行爲之公定力。

所謂國家行爲的公定力，就是說：在公法關係上，國家的意思行爲有決定該關係的權力；而這種行爲，至被有正當權限的機關取消或確認其無效時爲止，是受「合法的」的推定的，對方的人民不得否認其效力。這種權力不單屬於國家，在公法關係上亦爲公共團體所有。當然，國家或公共團體對於人民，並非可以行使無限制的權力的；祇能根據法律的規定而作某項要求。不過那行爲果屬合法與否，行爲者的國家或公共團體本身操有認定的權力，那認定在法律上具有拘束對方的人民的力量。人民祇在法律許可其申稟異議，訴願或提起行政訴訟的場合，纔能用此等手段去

抗爭；若此等行政上的爭訟手段不爲法律所許可，則無論人民怎樣以國家爲違法，捨服從外亦別無辦法。

例如法律規定某項嚴重的一定要件，在具備該項要件時，得禁止或停止營業；得解散集會或結社；得禁止發賣或頒布出版物；得制止講談演說；得禁止出演劇本；得命令除去廣告物招牌等；又對人得加以檢束；對物得加以假扣留。但若在缺乏該項要件時實行此等行爲，卽不爲法律所容許，在法律上人民對之亦無服從的義務。可是究竟該項要件之具備與否，執行官廳有以公定力逕行決定之權，所以卽令事實上缺乏要件，人民對之亦非服從不可；而且祇在法律承認行政上的爭訟手段時，纔能採取那種爭訟手段去抗爭。

這種意義的公定力，不獨在國家單獨行爲時有之，卽根據其與對方之同意而行的行爲，亦具有這種公定力。在這點，公法上的契約和私法上的契約，有相去甚遠的法律上的特色。例如官吏的依願免官和議員的辭職許可，是以辭職的意思表示爲前提要件的，是依同意而發生效力的行爲；但一旦經免官或許可後，那行爲便帶有公定力，卽使辭職的意思有法律上的瑕疵，亦不能再行請

求取消。又鑛業許可亦以請求者的請求爲要件，是以雙方的同意爲要件的行爲；但一經許可後，那許可便具有公定力，即使請求人是未經法定代理人之同意而逕行請求的未成年者，那鑛業權亦完全成立而有效。

如上述意義的公定力，當然祇存於國家或公共團體與民間的關係上，而不適用於對等的公共團體相互間的關係。在公共團體的相互間，任何一方的意思都不能以公定力拘束對方；若雙方之間發生爭執，亦祇有依法律的規定去請求行政裁判所或具有權限的官廳裁決。

國家和人民間的關係，若果是私法的關係——即國家站在準私人的地位時，國家的行爲亦當然不能具有右述意義的公定力，而祇有與私人的行爲同樣的效力。例如郵政儲金事業，當誤付非正當權利者以儲金時，欲追還是項不當得利，除提起民事訴訟外別無辦法。又如向欠納鐵道運費者索取欠款時，亦不能以公定力命令其繳納該項欠額。

### 三 公法的國家公權之強制力

國家（或公共團體）和人民間的公法關係，不外兩種：一是國家對人民享有某種權利而人

民負有與之相應的義務的關係；另一是人民對國家享有權利而國家負有與之相應的義務的關係。就中，關於人民對國家享有權利時與私法關係有何等不同之特色的問題，且讓次節討論，在此先就國家對人民享有權利時的特色加以說明。

這種特色，在違反義務時的制裁上，和在不履行義務時強制履行的手段上表現出來。

(甲)對於違反義務的制裁 對於一切法律上的義務，爲使該義務能得着確實的效果，所以當義務者違反義務時，有處之以某種制裁的必要。自然，制裁並不是法之構成的絕對要件，無制裁亦未必能害及其爲法的性質。但是沒有制裁的法，其確實性不免薄弱。尤其是在人民負有義務之點，通常對於違反義務都規定有某種制裁。而這種制裁，因公法上的違反義務和私法上的違反義務而有顯著的差異。

對於公法上的違反義務，權利者的國家或公共團體得以自己的強制力去強制制裁；反之，在私法上的違反義務，權利者就沒有那種強制力，祇有依請求國家保護的手段纔能科違反義務者以強制制裁。這就是公法和私法在違反義務上的差異。



對於私法關係的違反義務之制裁，最普通的是損害賠償，此外又有違約價金的規定；至合作社或團體則有除名的制裁，又依情形有使之表示歉意、解除契約及制止其某種行為等制裁。這許多制裁，從內容上說來不一定為私法所獨有，即對於公法上的違反義務之制裁，亦有損害賠償（例：依會計法出納官吏的賠償責任；又依市制鎮村制施行令第三三條市鎮村吏員的賠償責任），依公法合作社的章程亦有和違約價金相當的懲金；至與除名相當的有議員的除名、官吏的懲戒及免官等。其所異者，不過是私法關係的制裁無強制力，權利者雖然可以對義務者發送制裁的通告，但若義務者不履行時，權利者除依民事訴訟去請求制裁外，自己沒有強制的權力。這強制祇有國家的權力纔能執行，若單靠權利者本身的力量，除對方自動承認外，便沒有科之以制裁的方法。

對於公法關係上的違反義務之制裁，卻與前者相反；最普通的是刑罰，對不適刑罰的違反義務則規定有罰鍰的制裁。此外各種制裁的內容不一，但都是由權利者的國家或公共團體依本身的權力去強制執行的，即其特色在於其為帶有強制力的制裁。就中，法律對某行為設有刑罰的制裁之規定，就是把「勿犯該項行為」視為對國家所負的公法上的義務之明證。茲舉一例，如特許

權的本身是私權，他人對於特許權的侵害，是對於私權的侵害，得構成民事上的侵權行爲，但特許法第一二九條，卻規定對侵害特許權者得處以懲役或罰金之刑，這就是表示不得侵害他人的特許權，不單是對特許權者所負的私法上的義務，同時又是對國家所負的公法上的義務。又例如槍礮火藥類取締法第六條，規定非具有一定要件者不得有讓與或讓受軍用槍礮火藥類的行爲；在同法第一九條，又規定對此等違犯者的罰則；這就是表示「不得爲該項讓與或讓受的行爲」爲對國家所負的公法上的義務，而非規定該項讓與或讓受在私法上爲無效。從這點，就可以曉得這和民法第六二五條「雇用人非經受雇人之同意，不得將該權利讓與第三者」的規定，是完全不同意義的。雖然同是「不得讓與」的規定，但前者是禁止讓與，其違犯卽爲違反對國家的公法上的義務；後者是法律上讓與之不可能，而其違反爲阻障私法上的效力，該讓與在法律上爲無效；但不是對國家的違反義務，所以不受國家的制裁。

刑罰可不必說，他如對官吏或議員的懲戒、對軍人或律師的懲罰、停止選舉權被選舉權或公民權、公法上的損害賠償、停止違反業務上之義務者的業務等一切公法上的制裁，無不備有

強制力。這本身備有強制力的制裁，是公法上的制裁，而被附以此種制裁的義務，即表示其爲公法上的義務。

在公法上的制裁中，其性質最與私法上的制裁相類者，是公共合作社章程所規定的，合作社對違反章程的社員所科的懲金；這在性質上和依私法人的章程或私的合作社的規約，對股東或社員所科的違約償金毫無異處。不過在法律認其爲有強制力時，當視之爲公法上的制裁，而對於付有制裁的義務，亦非視之爲公法上的義務不可。反之，法律不賦之以強制力時，就是法律將之劃歸於私法的領域的表示；在這種場合，受制裁者沒有用訴訟手段去抗爭的必要，反而是權利者欲違反義務者的意思而使其制裁實現時，除提起民事訴訟作該項請求外別無辦法。依日本現行國法，對於商工會議所（商工會議所法第三七、三八條）、農會（農會法第三〇條）和水產會（水產會法第二六條），規定當其會員欠繳懲金時，得委託市鎮村強制徵收，所以對這種懲金應認爲具有公法的性質；反之，如醫師會、齒科醫師會、獸醫師會、藥劑師會、重要物產同業會、蠶絲業合作社和領港人合作社等，法律對其所科的懲金，未賦予該項強制力，因而非認其爲屬於私法的領域不

可。

(乙)對於不履行義務者的強制執行 公法關係的國家公權的強制力，第二是表現於當義務者不履行義務時所用的強制手段上。

在私法關係，當義務者不履行義務時，權利者不能用自己的實力去使那義務實現，所謂「自力救濟」，尚不為現代國法所容許。當義務者不履行義務時，權利者欲使義務實現而所可採取的唯一手段，就祇有依民事訴訟請求國家強制執行；權利者本身沒有強制力，強制力祇專屬於國家，權利者祇能依賴國家保護，祇能請求國家發動強制力。即當國家為權利者時，若那權利是屬於私法的性質的，亦當遵依同樣的原則，那強制執行權專屬於司法權，行政機關並不得自行行使強制力。

但在公法關係卻與前者相反。當義務者不履行義務時，依通例，權利者的國家或公共團體可用強制力去使義務實現。自然，公法上的義務亦有性質上不能以強制力使之實現的，強制力並非一切公法上的義務所必具的要素。例如市鎮村公民當選為市鎮村的名譽職時，負有無正當理由不

得推辭的義務；做陪審員的負有應從良心而公平誠實地去執行職務的義務；學齡兒童的保護人有使兒童就學的義務；又訴訟手續上的證人、鑑定人、納稅義務的申報者、國勢調查時的各家長等，都負有忠實申報的義務；但這些義務是以精神的作用爲內容的，性質上不宜於強制，所以即當其不履行義務時，亦沒有強制其履行的手段，對此等違反者，祇能科以某種制裁，這實在是無可奈何的。但除此等性質上不適於強制者外，一般地說來，若是人民不履行公法上的義務的場合，在原則上，權利者的國家或公共團體都得以自己的權力去強制該義務實現。這點是公法關係的一個明顯的特徵。

就中，若該義務爲行政上的義務，換言之，即當義務之管理爲屬於行政機關的職務時，行政機關對於不履行該義務者，得不假手司法權而以本身權力去強制執行。這可稱爲「行政上的強制執行」。就日本現行國法看來，行政執行法第五條和國稅徵收法（本是祇關於國稅的法，但因其準用於其他各種公法上的收入之故，實際等於對公法上的金錢給付義務之強制執行的一般法），對這點都有一般的規定；至其他各種特別法，亦有不少規定着特別的手段。

有時，如水利合作社、耕地整理合作社、商工會、農會、水產會等，本身雖然沒有強制執行的權力，但法律規定其得委託市鎮村由市鎮村代為強制執行。委託市鎮村當然與提起民事訴訟不同，市鎮村沒有法院那種審查該權利之存否及其效力的權利，一經委託，就有當然應諾代委託者強制執行的義務，所以市鎮村與委託者間有委託代理的關係存在，結果即無異於此等合作社本身具有強制執行的權力。

即如私法上的債權，若持有公證人作成的具有執行力的證書者，依該項證書，便可以假手法院而直接囑託執達吏強制執行（民事訴訟法第五九條三號）。執達吏亦沒有審查該權利的權利，所以這點和公共合作社委託市鎮村強制執行相類似。不過這是豫先經國家機關的公證人審查該權利為正確而給予證明，然後纔發生執行力的，在這種關係上看來，和根據法院的判決而取得執行力者無異。

除行政上的強制執行外，關於公法上的義務的強制執行，亦有屬於司法機關的權限的。就中如依非訟事件手續法第二〇六條至第二〇八條或依民刑兩訴訟法，那根據法院的決定而宣告

的罰鍰裁判，是由檢察長的命令去執行，而執行手續是依民事訴訟法第六編的，所以在這點和私法上的債權相同。這是因為那義務依法院之判決而決定，而其管理又自始即屬於司法機關的緣故。

#### 四 對於公法上的人民權利之保護

在國家和人民間的公法關係上，若是國家對人民所享有的權利，那權利背後帶有國家的強制力，此業如前述。但若是人民對國家所享有的權利，那就當然不能具有那種強制力，人民祇在法律容許由國家予以保護的限度內，纔能對國家享有權利。

人民的權利，祇有依國家的保護纔具有確實的效果，這無論公權或私權都是如此。不過所謂私權，祇是存於私人相互間的權利，國家對之處於第三者的關係，反之，若為公權，國家或公共團體本身居於當事者或義務者的地位，因此，國家對人民權利的保護方法因公權或私權而有顯著的差異。公法和私法的特殊性即存於此點。

關於私權，不問任何事件，人民都可以提起民事訴訟去請求國家的保護。法院組織法第二條

規定：『通常法院裁判民事及刑事，但經法律規定屬於特別法院管轄者不在此限』，經如前述，此處所謂『民事』，即「關於私法的事件」之意。又憲法第二四條規定：『日本臣民受法定法官裁判之權，不受侵奪』，這無異是表示說：關於民事，不問其爲何種事件，人民都可以向法院起訴去請求裁判。

又即使是公權，法律有時亦將之視爲準私權，規定其應向通常法院起訴。當法律爲某事件特設有「得向通常法院起訴」的明文時，可分作兩種意義解：其一是該事件立於公法和私法相接近的区域而不明其所屬時，法律明白規定其屬於私法的領域的；其二是本寓於公法的領域，而法律特視之爲準私權而劃歸通常法院管轄的。公法上的損失補償請求權即爲後者的顯例。日本行政裁判法第一六條規定：『行政裁判所不受理要求損害賠償之訴訟』，據此，即屬公法上的補償亦不得向行政裁判所起訴，所以在許多場合，法律於形式上將之當作民事處理，而准其向通常法院起訴。隨便舉幾個例：如土地徵收法第八二條、道路法第五九條、河川法第六二條、堤防法第四五條、公有水面填築法第四四條、郵政法第三九條、瓦斯事業法第一七條、電氣事業法第二九條、中央



（曼卸市場法第七條等皆是。但從他面看來，一切公法上的損失補償並不是一般都可以提起民事訴訟的，在法律沒有特別規定其得向通常法院起訴時，其本來的性質，是無疑地屬於公法的（參閱前章第六〇頁），所以應作不能提起民事訴訟解。例如同樣是國家或公共團體收買特許企業時的補償價格，在收買瓦斯事業或電氣事業時，規定得向通常法院起訴；反之，在收買自來水、地方鐵道、軌道或運河時，卻不許向通常法院起訴，依煙草專賣法政府向種煙草人收納煙葉的償價、和依屠場法對於奉令廢止的私設屠場主的補償金等亦是同樣。又即使在規定得向通常法院起訴的場合，亦因其為本來屬於公法之故，和私法上的損害賠償的場合有異，那就是在公法，關於補償金額，第一次是由行政機關決定的，祇當不服該決定時，纔於一定的起訴期間內向通常法院起訴。那第一次由行政機關決定金額之點，就是公法的特色之表徵。至公法上的損失補償之被規定為特殊處理者，是根據刑事補償法而生的補償，自然那亦是屬於公法的，不過因其有特殊的性質，所以規定其金額由刑事法院根據補償請求者的請求去決定。而請求者對之不得聲明不服。除公法上的損失補償外，關於登記稅的課稅標準的價格之決定，亦屬法院管轄（登記稅法第一九條之

除右述特例外，人民的公權，一般都不能根據民事訴訟去請求保護。關於私法關係之爭，無論其爲何種事件，都可構成民事訴訟的目的；反之，關於公法關係，除法律特別規定其得向通常法院起訴者外，都不能成爲民事訴訟的目的，若貿然提起民事訴訟，就會被認爲不合法而駁回。這點是公法和私法法最重要的實際上的差別。

公法上的人民的權利，從其所受的國家保護的種類上看來，在日本的國法上，可分爲三類：（甲）得提起行政訴訟而請求裁判上的保護的權利；（乙）得提起訴願而請求行政上的保護的權利；（丙）不得請求行政上或裁判上之任何保護的權利。

（甲）日本憲法第六一條規定：『凡主張因行政官廳之違法處分而侵及其權利之訴訟，其經法律特別規定應由行政裁判所裁判者，不在法院受理之列』，這是表示將行政裁判所和法院分離，法院管轄民事，而使行政裁判所當保護公法上的人民權利之任。可是日本現行國法，對於因行政官廳之違法處分而受權利上的損害的一切事件，並未概行許可其得向行政裁判所起訴，祇

在法律或勅令有特別規定，許其得向行政裁判所起訴時，那起訴纔算合法；但這種有特別規定的事件，卻屬少數。不過就那被許可起訴的事件看來，因為行政裁判所和法院同樣都是站在對政府獨立的地位的，所以公權的保護和私權的保護極爲近似；又爲公法關係之當事者的行政機關站在行政訴訟的被告地位，這恰與私法關係上，國家等於私人而站在民事訴訟的被告地位同樣；再行政裁判所對於行政機關及其對方之爭，公平獨立地站在第三者的地位去決斷和宣判何者爲合法，這亦和法院站在公平的第三者的地位去裁判當事人兩造之爭，而宣判某造爲合法的情形毫無不同，其異點祇在於行政裁判所和法院的組織之不同，而在保護權利的形態上，兩者是極其類似的。所以此類事件的公權保護，比較起來是最確實的保護。

(乙)對於不得提起行政訴訟的事件，有時卻許其提起訴願。就日本現行國法看來，即使是得提起行政訴訟的事件，有的須先行訴願以爲達到行政訴訟的梯階，而當不服訴願的裁決時，纔可以提起行政訴訟；有的把向行政裁判所起訴和向主管大臣訴願的兩種方法任當事人自由選擇。在前者，訴願是行政訴訟的前審；在後者則當事人不選擇訴願時，仍不失其提起行政訴訟的權

利。但除此等外，專就不許提起行政訴訟而僅許訴願的事件說來，那末，當審理訴願之任的行政機關，就沒有像行政裁判所那種獨立的地位，那些審理機關不但是主管大臣本身，或是任主管大臣的監督之下的，而且通常都是處分機關的直接上級機關，都是和處分機關本身有最密切的關係的，殊難望其如行政裁判所那樣站在獨立公平的第三者之地位。所以若將之與行政訴訟的保護比較，就不能不承認這種保護的確實性稍為薄弱。不過，既已准許訴願，就不是處分機關的一回處分所能逕行決定，還可以用訴願的手段去請求審查，所以人民的這種權利，在程度上雖不如私法的權利之強固，但到底亦還受着相當的尊重和保護。

（丙）反之，既不許提起行政訴訟又不許訴願的事件，人民對於行政機關的處分就完全沒有抗爭的餘地。那處分行爲具有完全的公定力，無論對方怎樣以其爲違法而侵及自己的權利，亦沒有提出這種主張的機會，除服從外無他途。這種行政機關，可說操有生殺予奪之權。自然，在這種場合亦不是完全沒有法律上的保護的，因爲當執行法律之任的行政機關，同時亦有保護那權利的責任，所謂無保護的權利，是和權利的觀念不兩立的。不過那保護者的行政機關，同時是居於那

權利的對方——即義務者的地位的，若義務者的行政機關自以爲未嘗違法構成侵害權利的處分，其此種不違法的意見便經公的確定，權利者的人民對之，在法律上毫無可以主張其違法的手段。例如日本人民有言論著作出版集會結社的自由，這是有憲法上的保障的，人民在此等自由上，有不受違法的拘束之權利。可是當保護這種權利之任者，主要是內務省和在其監督下的地方行政機關，而此等行政機關既一面站在應尊重這種權利的義務者的地位，而同時又有認定那義務的限度之權限，因此，若此等行政機關自以爲不違反其義務而禁止發售出版物；解散集會或制止演說等，則無論人民怎樣以之爲違法，亦無何等抗爭的手段，捨絕對服從外無他途。總而言之，關於這種權利，祇有由行政機關本身的自制和守法心予以保護。

如上所述，私法的權利之保護和公法的人民權利之保護有非常的差異。在私法，一切權利都有法院的保護；反之在公法，祇當法律上特別規定時纔能請求法院保護。他如得請求行政裁判所保護的場合，亦還可以受到略與私權相等的保護。至此外，公法上的人民權利雖仍稱爲權利，但若與私法上的權利比較，其效果不免較不確實。而不確實的原因，不外是前述公法上國家行爲之公

定力的結果。

至於對等的公共團體之相互關係，祇要那關係是公法關係，即可準用右述諸點；當其關係發生爭執時，決不能依提起民事訴訟的手段去解決，除法律規定其得提起行政訴訟者外，兩者所共同的監督官廳之裁定即具有公定力，當事者的公共團體，除服從該裁定外別無辦法。

##### 五 制定法規上公法規定與私法規定的差異

以上，我們已將公法和私法的特殊性說明。最後，對於法律勅令及其他各種制定法規應以何物爲標準而區別其爲公法規定抑私法規定的問題，和制定法規因其爲公法規定或私法規定而有何種效果的差別的問題，便非加以闡明不可。

(一) 公法和私法的目的之差異 法律勅令和其他各種規定的本身究屬公法規定抑私法規定，有時極不明瞭。這是因爲私法雖然是個人相互間的關係的法，但個人相互間的關係是社會生活上的關係，而對於社會生活上的關係，國家負有維持社會的安寧秩序和增進其福利的任務，國家爲求達到此等治安的目的或福利的目的，對於個人相互間的生活關係便亦屢屢命令其

應爲或勿爲某事的緣故。例如國家命學齡兒童之父或其他保護人應使兒童就學於小學校，那是關於學齡兒童與其保護人的關係之規定，那規定的對象是個人相互間的生活關係，可是那法所規定的權利義務並不存於兒童與保護人間，而存於保護人與國家間；保護人所負的不是對於兒童的義務，而是對國家負有使兒童就學的義務。又例如賽馬法規定賽馬彩票的發賣，其票面價額以在五元以上二十元以下爲限；每賽馬一次以一人一張爲限；又不得售與學生未成年者及賽馬會的職員；又賽馬彩票不得讓與。那都是關於買賣契約的事項，都是關於個人相互間的關係的；可是賽馬法所規定的不是買賣當事者相互間的法，而是國家命令買賣當事者應遵守那些限制，完全是規定買賣當事者對於國家的義務的。

像這種關於個人相互間的生活行動的制定法規，有的固然是規定個人相互間的權利義務的私法，但有的卻和公法一樣是規定個人和國家間的權利義務的。這麼一來，對於這種制定法規，就發生究應根據何種標準纔能區別其爲公法規定抑爲私法規定的疑問。

關於此點，單根據包含該規定的法律全體之爲公法或私法，不一定能判斷其所屬。不錯，這在

某程度內亦可以用爲判斷的資料，可是，即使形式上單一地規定着的法律，那法律亦不一定是不可分地非全體專屬於公法或私法之某一領域不可的。以私法的規定爲主的法律中，往往含有公法規定；而以公法的規定爲主的法律，亦並非絕對不包含私法規定的。例如民法和商法，無疑是以私法的規定爲主要目的的法典，但民法——尤其是商法，其中卻含有不少的公法規定。隨便舉個例：如依民法第四條以下法人的登記義務；依第五一條製備財產目錄及社員名簿的義務；依第六七條及第八二條受主管官廳或法院監督及檢查的義務等，都無疑是公法上的義務。反之，例如當舖取締法，單就其名稱看來，就可知那是以警察上的取締爲主要目的的，無疑是屬於公法；但同法第九條限制典當契約的利息，是規定契約的效力的，卻又明明屬於私法。第一〇條至第一二條亦同。

譯者註：當舖取締法第一〇條至第十二條的原文如次：

第十條 在滿期前任何時間，典當人得清償本利以贖取質物。

第十一條 滿期後無論何時，當舖得將質物處分。



第十二條 不問何人，若持有當票，當鋪即當以該項質物交贖。

又公法規定和私法規定的判斷，亦不能以條文的字面爲根據。例如同爲某物不得讓與的規定，有的是含着國家禁止其讓與的意義的公法規定；但有的卻是規定該讓與在當事者間不發生效力的私法規定。例如前舉賽馬法賽馬彩票不得讓與的規定，無疑是公法規定；而民法第六二條對於雇傭契約關係，規定雇主非經受雇人同意不得將該權利讓與第三者，則無疑是私法規定。當某制定法規的規定發生這種究屬公法或私法的疑問時，決定其所屬之實質的標準究在何許？對於這問題的解決，可以說完全在於究明那立法目的的工作上。

因爲私法是關於個人相互間的關係的法，所以觀察個人相互間享有某特定權利與負有義務之是否適合法律的秩序，就是私法規定的立法着眼點。私法所保護之法律的秩序，主要是該關係當事者之個人的利益；例如前舉雇傭契約，那非經受雇人同意雇主不得將其權利讓與第三者的規定，很明顯是從保護受雇人個人的私益着想的，因此，這立法目的就可以做斷定那規定爲私法規定的資料。不過，私法規定不一定都是以保護個人的私益爲目的的，爲着保護「公共秩序善

良風俗」而設的亦屬不少，這只舉民法第九〇條（見第三三頁十一行）一例便可明瞭。但縱使私法規定是以維持公共秩序爲目的的場合，亦常常是從個人相互間的權利義務上着眼的；對於個人相互間享有某內容的權利和負有義務的關係，或以之爲妨害公共秩序而規定其無效；或以之爲適合公共秩序，認其爲有效而加以保護，那都是專從權利義務的效果上着眼的，事實上的社會狀態並不成爲法所保護的目的。

反之，公法是關於國家與人民間之關係的法，所以即使是關於個人相互間的生活行動的規定，其立法着眼點亦不在於個人相互間所存的某權利義務是否適合法律的秩序上，而非在於個人相互間的那種生活行動，事實上是否適合國家的或社會的秩序之點不可。茲仍就前舉賽馬彩票之例以事說明。那彩票的權利，無論屬甲或屬乙都不致影響公共秩序，所以那權利之所屬，很明白是不成爲法律的着眼點的，不過事實上若許可彩票讓與，有使其價格暴騰及促成包買等弊，因而不能不加禁止，所以立法的着眼點，不在於個人相互間的權利義務關係，而在於事實上彩票讓與有害社會的秩序之上。做私法規定的對象的，是個人相互間的權利義務，而其立法之目的即在

於維持個人相互間的公平。至於公法規定的對象，是國家和人民間的權利義務。就中，關於個人相互間之生活行動的公法規定，因為是使人民對國家負作為或不作為該項生活行動的義務的，所以為其規定之內容的生活行動，不是為法律效果之發生原因的法律行為，而係事實上的生活行動；其立法的目的，是希圖藉作為或不作為該事實上的行動以維持國家的或社會的秩序。在私法，專以個人相互間的權利義務之效力為問題；反之，在公法則以事實上之社會的生活行動為問題；在私法以維持個人相互間之法律的秩序為目的；反之，在公法則以使國家生活或社會生活的秩序在事實上不受妨害為目的。

根據上述的見地，可知關於個人相互間之生活行動的制定法規究屬公法或私法的問題，祇有先考察其立法目的在於何者；而藉為判斷之資，然後纔能決定。

除上述實質的標準外，尚有一二點可求得形式的標準。以為幫助判斷的材料：（甲）法令對於違反該規定有刑罰或罰鍰的罰則時，即可充分證明該規定為公法的規定。因為若是私法的規定，對規定的違反祇是民事上的侵權行為，而非違反對國家所負的義務，所以國家對之，沒有

科以處罰的制裁之理由。據此，其爲公法規定之點雖屬明瞭，但不能根據這種理由即絕對否認其同時爲私法規定。因爲有不少單一的條文，是把公法和私法聯結規定在一起的。不過那祇限於勞働法和其他罕有的場合，一般地說來，若既明顯爲公法規定，就可以推知其爲非私法規定；（乙）與前者相反，例如利息限制法和當舖取締法第九條，對於超過法定限制的利息契約，明定其超過限制的部份爲無效。又「關於身分保證之法律」亦規定違反本法之規定的特約爲無效。這都是關於個人間的法律行爲之效力的規定，所以明白是私法規定；（丙）根據憲法，私法規定只能由法律規定，所以除代替法律的勅令（緊急命令）和由於法律之委任的命令（委任命令）外，其由命令所定的規定，都可推定爲公法規定。

（二）公法和私法的效果之差異 某制定法規的規定，因其爲公法規定或私法規定而在效果上發生何種差別的問題，亦完全是由關於個人相互間的社會生活關係之規定所發生的。若果某法規的規定是直接關於國家和人民間的行動的，是使人民對國家負作爲或不作爲某事的場合，那末，很明顯那是公法的規定。這種公法的規定究竟和私法有何種不同的特殊性的問題，已

於前述各項中加以說明。但個人相互間的生活上的關係，有時爲公法規定的目的，有時亦爲私法規定的目的，所以發生某規定究屬公法或私法的問題；又其爲公法或私法在效果上究竟有何種差別亦就成爲問題。

關於這問題，特別是右舉諸點有注意的必要。

(甲)爲公法對象的私的行動與爲私法對象的私的行動之差異 國家當爲着維持社會的公共秩序，爲着增進公共福利而干與個人的社會生活上的行動時，是把那個人的行動看作社會的事實，對於那種事實上的行動之實現，或認爲有害及社會之虞而加以禁止；或認爲社會所必要而命令作爲，因此，爲公法上的命令或禁止之對象的私人相互間的行爲，常爲事實上的生活行動，而不是做法律效果之發生原因的法律行爲。反之，當國家站於私法秩序之保護監督者的地位而從事私法規定時，是使私人相互間享有公正的權利和負擔義務的，所以私法規定所涉及的私人相互間的行爲，常爲法律效果之發生原因的法律行爲，而不是事實上的生活行動。

例如同是不得將某物件讓與的規定，若屬公法規定，就是把那讓與行爲當作事實觀察，而禁

止那種事實的行動的；但若屬私法規定，卻是把讓與行爲視爲移轉所有權的行爲，而該規定的目的在於禁止移轉所有權；即否定那所有權的移轉效果。

（備考）茲舉二例以說明其差異：（一）槍礮火藥類取締法第六條規定：『軍用槍礮火藥之讓與或受讓，除法令有特別規定者外，如非經營該項製造業販賣業或經行政官廳特別許可者，不得爲之；』同法第十二條規定：『行政官廳認爲維持安寧秩序所必要時，得禁止或限制槍礮火藥類之授受搬運及攜帶。』某甲無持有火藥類之資格，但他違法藏有爆烈品和雷管（導火器譯者），且將之讓與他人。於是，甲的行爲是否違反該法第六條的讓與禁止便成爲問題。被告甲方面主張：甲既無持有火藥類之資格，便當然不是正當的所有權者，無讓與所有權之資格，故其行爲非第六條的「讓與行爲」，而爲第十二條的「授受」行爲；但授受行爲須有行政官廳的命令然後纔被禁止，今官廳既未發布命令，即當然不能構成犯罪。大審院否定甲的主張，謂：『縱屬無火藥類之所有權，但若事實上領有火藥類者，以在對方同意之下使對方取得該火藥類爲目的之處分行爲，即爲槍礮火藥類取締法第六條之讓與行爲，』判定有罪。這判決當

然是正當的。讓與禁止是警察禁止，不是禁止移轉所有權。而係禁止因移轉所有權的意思而行之事實上的行動，所以即使不是民法上的正當所有權者，若以「所有」的意思去領有該物，且以移轉其所有於他人的意思而事實上將物移交於他人時，則不問其所有權之移轉在民法上發生效力與否，在警察法令的意義上，卻不能不認其為讓與行為（大一五、七、三一、大刑。）

（二）賽馬法第五條第二項，規定賽馬會的職員不得購買賽馬彩票。某賽馬俱樂部職員甲不正當地購買某號馬的彩票四十張，當其購買時，曾託另一職員乙代為領取，乙固明知其情而應甲的託附，代向售票部主任領受該項彩票而轉交於甲。對此案，乙不服原審處斷其有幫助不正購買之罪，以為買賣契約是依同意而成立的，所以當售票部主任收領票價而允許發賣時，那買賣便已完成，乙從售票部主任處代領彩票而轉交於甲，是買賣成立後的事，不能構成幫助罪。但大審院不承認乙的主張，判定說：買賣契約雖依同意而成立，惟「彩票之不正購買行為，以領受所購彩票而完成」，因而代為領取彩票者當然犯幫助罪。從民法上說來，買賣契約是依同意而成立的；但賽馬法所禁止的是事實上的購買行為，所以對於事實上領取彩票的行為，當然

應視為購買行爲的一部份（昭五、七、一、大刑。）

（乙）違反公法上的命令或禁止之法律的行爲在私法上的效力 國家干與私人相互間之社會的行動，使其負作爲或不作爲某事的義務這回事，是把那私人的生活行動當作事實觀察，而命令或禁止其在事實上做那種行爲的；所以違反那命令或禁止，是違反對國家的義務，國家得依罰則科之以公法上的制裁。至那行爲在私人間發生何種法律效果的問題，卻與公法法規無涉，所以縱屬違反命令或禁止的行爲，若從民法的見地看來無傷於公共秩序及善良風俗，則仍不失爲有效的私法上的法律行爲。

例如公法規定不得將某物讓與，那是禁止事實上的讓與行爲，而不是否定所有權的移轉效果，所以即使是違反那規定的讓與，在民法上仍爲完全有效的買賣契約，所有權的效力並不稍受挫損。代繕人規則、引導人規則、汽車取締規則等，對於營業者的報酬，都加以公法上的限制，禁止索取超過定額的代償，若違反此等規則而領受託咐者的逾額酬金，就構成受罰的原因；但那契約的私法上的效力，並不因此而稍受挫損。



（備考）茲從大審院判例中舉三數實例爲證：（一）在儲蓄會營業法制定之前，各府縣多用銀會取締規則等名目，以警察命令規定組織和舉行銀會須得府縣知事或警察署長許可。但若違犯取締規則，未經許可而組織或舉行銀會時，那銀會契約在民法上究屬有效與否，屢成爲裁判上的問題，而大審院都解釋爲有效。例如大八七三、大民判定：『法律行爲之內容，若無傷公共秩序及善良風俗，即發生法律上之效力，決不爲行政上之取締規則所左右。大阪府制定銀會取締規則之目的，乃係藉行政上的取締以防遏不正行爲，故若未經該管警察署准許即行設立並舉行銀會，則會主固難免受該規則之制裁。但該銀會之私法上的權利關係，並不因之而失卻其法律上的效果，該銀會仍屬有效。』這判決當然是正當的。

（二）儲蓄會營業法制定後，銀會契約即當遵守該法的規律。該法第六條規定儲蓄會經營者應將其營業區域規定在某道府縣內而列入章程，並禁止其在區域外營業。於是，關於營業區域規定在山形縣的儲蓄會經營者在新潟縣所締結之銀會契約是否有效的問題，便發生爭訟。大審院判定：『在營業區域外營業，應受罰鍰之制裁，惟該銀會契約不因之而無效』（昭四、

一二三、大民。根據前項理由，這判決當然亦是正當的。

(三) 關於須經許可的營業，若未經許可而逕行經營，那當然是違法，經營者難免受罰，但其已成立之營業貿易的法律行為並非無效。大八、九、二五、大民，對未經許可的待合茶屋（聘妓宴樂的館子，譯者）的交易，曾明言這種旨趣：「待合茶屋之交易為法所公認，該行為之性質無傷於公共秩序或善良風俗。第以若任人民自由經營，則無由施以充分之監督，動有害及風紀之虞，故有加以行政上的取締之必要，而其經營之必須取得該管警察署許可者，即繇是故。至未經許可而逕行營業之行為，卻非當然為反公益之變性行為，故從事無許可行為者，其違犯公法上的取締法規，固應受相當之制裁，但其行為本身仍可發生私法上之效力。」

(四) 蠶絲業法第十九條，規定地方長官對於蠶種或繭之買賣，得發施必要的取締命令。根據這規定，山形縣曾以縣令禁止繭買賣者作「結繭前之預約買賣」，並對違犯者規定罰金或罰鍰的制裁。甲曾向繭買賣業者購入飼育中的雛蠶，那當然是違犯縣令的規定的，而該買賣契約在民法上是否有效亦就成為問題。在原審會判定為有效，但大審院卻反對地判定：「違反行

政上的禁止規定之行爲，其效力應從該規定之旨趣而判定。大正十二年山形縣令第三十九號所以禁止繭買賣業者作結繭前之預約買賣，蓋恐許可此種買賣，有使繭之品質趨於惡劣之虞，故違反該規定之契約爲無效。』（昭二、一二、一〇、大民。）

這判決的旨趣，與前舉諸例相反，我以爲不當。蠶絲業法第一九條和根據該法而生的山形縣令的規定，與前數例同爲警察規定，同是禁止事實上的買賣行爲的，至對於所有權之移轉及使代價請求權發生效果的行爲，並不認之爲擾害公共秩序。所以雖然違反規定，那契約仍不失爲有效。

（五）地方鐵道法，規定地方鐵道公司若取得在某區域間敷設鐵道的許可後，即負有於指定期間完成該項敷設工事而從事運輸營業的義務，若違反該義務，主管大臣得取消該許可之全部或一部。某地方鐵道公司曾取得敷設鐵道的許可，後因不景氣，公司於籌措建設資本上陷入窮境，公司總理便祇將許可敷設的工事完成一部，而對未完成部分決定停止敷設，並將完成部分開始運輸營業。但公司章程有至目的事業全部開業時爲止，對股東概發年利五釐的規

定，而當時即當作目的事業全部開業，以後對股東停止發給利息。大審院認此爲違法，謂地方鐵道公司負有在許可區間敷設鐵道並從事營業運輸的義務，總理不得以資金關係等其他經濟上的理由，任意停止許可區間的敷設。判決總理以單獨意見決定停止許可區間的敷設之行爲，在法律上爲無效（昭一〇、四、二六、大民。）

我以爲那判決蔑視公法和私法的區別，不能加以贊成。地方鐵道業者雖確負有完成許可區間的鐵道敷設的義務，但那是公法上的義務，是祇在對國家的關係上所負擔的義務。若違反那義務，固然可以取消該許可的全部或一部，但不能用這種理由去判決那違反義務決定停止建設的行爲在私法上爲無效。決定公司的事業計劃是總理的權限，從公司和股東的關係上看來，股東並無要求公司完成許可區間的全部工程的權利，所以總理行使其權限而決定停止敷設，在其對股東的關係上，應視爲完全有效。

要之，違犯公法上的命令或禁止的結果，須受公法上的制裁。但私法上的效果，並不與之直接發生關係，私法的效果如何，是應當從私法上的見地去觀察的。不過從私法上的見地看來以違反

公共秩序及善良風俗爲內容的法律行爲亦屬無效。而負擔足以犯罪的義務或享有驅人於罪的權利，那當然是違反公共秩序的；因此，以公法所禁止的事項爲目的的債權和債務就當然不能成立。在這限度內，公法上的命令或禁止纔間接影響於私法上的效果。

(丙)公法上的請求權者與私法上的權利者之差異 當私人所有的物件在公法上爲國家所保管或假扣留時，那請求發還的權利，通常是以該物之所有權爲根據的權利，所以原則上所有權和請求發還權是一致的。但當公法上對發還請求權者有一定的規定，而又不問其是否爲所有權者的場合，關於同一的物件，公法上的發還請求權者便往往不與私法上的權利者一致。

(備考) 新聞紙法第一二條，規定新聞紙發行人有繳納保證金(得以有價證券充之)

的義務，第一三條規定：『當發行人變更時，保證金之權利及義務，由後任發行人繼承之。』明示在停止發行時，請求發還權專屬於發行人。某新聞紙發行人曾繳納國債證券作保證金，停刊時即領還該項國債證券而將之賣去。但那國債證券非發行人所有，因此，大審院以：『新聞紙發行人對於供作保證金之國庫債券雖有請求發還之權利，但不能因此即謂發行人於該項國庫債

券單獨享有所有權』的理由，判斷發行人有冒領罪（大一三、二、四大刑。）因為所謂發行人對保證金有發還請求權，祇是警察法上的規定；在受警察上的取締時，發行人居於代表新聞社的地位，所以發行人在警察法上有請求發還保證金之權。至私法上誰為權利者當屬另一問題。若該保證金本為他人所有，則在私法上對該項保證金有發還請求權者為所有人，發行人不過因警察上的關係，代理所有人請求發還而已。據此，可知發行人在新聞紙法上雖享有請求發還保證金之權，但若領還保證金而消費之，仍不免構成冒領罪，其理由固彰彰明甚。

（丁）公法上的支付義務者與私上的債務者之差異 根據前項的同樣理由，當從公法上的見地規定某特定者為支付義務者的場合，不能即斷決該支付義務者即為私法上的債務人。私法上的債務人為誰，非另從私法上的見地斷定不可。

（備考） 衆議院議員選舉法第一〇一條：『除準備推薦候補所必要之費用外，如非選舉事務長，不得支付選舉運動之費用。』規定選舉運動的一切費用，以選舉事務長為支付義務者。但那是取締選舉運動所必要的警察規定，是指定選舉事務長為事實上的金錢支付人，而非

規定選舉事務長爲私法上的債務人。

但昭五、一一、二〇大民不承認此種旨趣，判定：「選舉事務長購入爲選舉運動所必需之物品時，卽選舉終了後，亦當負支給該項代價之責。」這是某年衆議院議員總選舉時，議員補候選人甲委乙爲選舉事務長而從事選舉運動。乙曾向某印刷公司定印運動所需之印刷品若干，貨經清交，而選舉終後猶未支給代價，印刷公司因以甲爲被告而提起請求代價之訴。在原審，印刷公司勝訴，但甲不服，以支償代價之債務人爲選舉事務長乙而非自己的理由上訴。大審院竟承認甲之主張，以乙爲債務人而將原判撤銷。

但我對於大審院判決的旨趣未敢贊同。選舉運動的主體是候補人本身，選舉事務長不過代候補人擔任事務，所以關於該運動之印刷品的定購契約，那真正的當事人是候補人本身，選舉事務長祇爲警察法上的候補人之代理人。因此，債權人以候補人本身爲被告而請求履行債務是正當的，而大審院判斷選舉事務長爲私法上的債務人卻屬不當。

### 第三章 公法與私法的關聯

歷來主張公法和私法在性質上有劃然的區別，以公法爲權力服從關係的法，私法爲對等者相互關係的法的學說，把公法和私法劃爲截然不同的兩個系統，以爲公法的法律關係，在內容上全部都是公法的，不但沒有私法的要素夾雜其間，即其發生變更和消滅的原因亦都是公法的；同樣，對於私法的法律關係，亦以爲是整個法系存於私法的分野，毫無公法的要素夾雜其間的。例如梅耶（拙譯德國行政法第一卷第二四二頁）說：『公法上的法系，有與民法上的法系完全不同的基礎，所占領的全是不同種類的法域。其決定法系之秩序的公權力具有法律上的優勝意思，通其全法系至於極微之點，莫不可應用其以單獨的意思而決定其他主體之關係的標準，較之以權利主體的平等關係爲全部基礎之私法上的法系，這是很明顯的區別。』他又否定混合的法律關係之存在說：『今日之法系非具有單一的性質不可，不是私法就是公法，別無混合的法系存在。因



爲一個權利主體，決不能一面握有最高的權力而同時又站在尋常的私人地位而發動」（同書第二五七頁）。

可是像梅耶那樣，把公法和私法置於懸然隔絕的關係上，實未得其當。第一，自法律關係的內容看來，雖然一個是國家以優越的權力者之資格而命令人民的關係；一個是國家站在私人同等的地位而與私人對立的關係，但在這兩關係的中區間域內，國家有時並不行使命令強制的權力，同時亦不站於完全與私人同地位，而係某程度內和私人遵守同樣的規律，同時因公益上的理由，又在某程度內服從國家特別的規律的。此種形態已毫不足異，視之爲公法和私法混合的法律關係，非但不與區別兩者的思想不相容，即自個人所有的權利上言，一個可以對抗其他私人的權利，同時亦不妨對抗國家，故對於同時兼有私權和公權兩者的性質的法律關係之存在，無可加否認的理由。第二，關於法律原因，已如前章所述（第一〇八頁以下）私法的法律關係有時因公法的行爲而發生，而公法的法律關係卻有時因私法的行爲而發生。其中公法的效果之因私法的行爲而發生者，其例甚稀，除經前敘者外，已無可再述。但關於私法的效果因公法的原因而發生者，尙

欲有所說明。尤其是第三，當公法的行爲加入爲私法上的法律行爲之要素時，那公法的要素對私法的效果有若何影響的問題，有特加考察的必要。第四，內容上具有財產的價值的公法關係，在其爲財產關係之點，與私法關係有類似的性質，所以某程度內適用私法的規律。第五，那種具有財產價值的公法關係，若再加以某種法律原因，即轉化爲私法關係。第六，有時私法和公法結合，如所謂「私法的公法化」，表現出私法而同時又爲公法的現象。

本章以討論此等關係上之公法和私法的關聯爲目的。以下擬分爲：（一）混合的法律關係與混合的權利；（二）以公法的行爲爲基礎的私法關係之形成；（三）爲私法的法律行爲之要素的公法的行爲；（四）私法規律對於公法關係之適用；（五）公法與私法的轉換；（六）私法的公法化等六節，一一加以論述。

## 第一節 混合的法律關係與混合的權利

### 一 混合的法律關係之可能性

把國家（或公共團體）和人民間的單一的法律關係，解作含有公法和私法之混合性質的法律關係，這在法律上是否可能，尙成爲問題。而近時的學者，對之都加以否定，以爲在一個法律關係上，國家若非站於優越的意思主體的地位，即應站於準私人的地位，絕不能同時跨踏兩方。

在德意志法中，其因混合的法律關係之可能性而發生爭論者，以官吏關係爲最甚。一般地說來，官吏關係無疑是公法關係，獨在德國，關於官吏的薪俸請求權得向法院起訴，因而舊時有不少的學者都以薪俸契約爲私法上的契約，以爲在那限度內，官吏關係中是混雜着私法上的法律關係的。這種解說，明明犯着錯誤。因爲關於薪俸權，國家決非站於準私人的地位，而薪俸權之所以構成民事訴訟的目的，不過是法律特許公法上的權利事件得提起民事訴訟而已，卻不能以此種理由斷定薪俸權爲私權。故近時的學者都否定官吏關係爲有混合的性質，而認爲全是公法的關係，這當然是正當的。至於日本，對薪俸權完全不許提起民事訴訟，所以其官吏關係全體之爲公法關係，毫無存疑之餘地。

對於官吏關係，國家不單爲經濟生活的主體，且以統治主體的資格對付官吏，在那整個法律

關係上，國家亦不站於準私人的地位，所以很明顯官吏關係不是混合的法律關係。但國家往往一面爲經濟生活的主體而從事經濟的活動，在原則上服從私法的規律；同時又爲公益的保護者，不完全站在和私人同樣的地位，而在某程度內遵守與私人相互關係不同的公法的規律。

那就是國家或公共團體爲公企業的主體的場合。經營企業，這在本質上已非權力的行動，自其性質言，私人亦得從事經營。因此，當經營企業而將役務提供於人民時，受該役務之利益的利用者與爲企業主體的國家或公共團體間所生之法律關係（營造物利用關係）性質上便和私企業者與其對方間的法律關係相類，而具有適用私法的「適格性」。可是，一切公企業都是爲着公共利益而經營的，所以縱令其法律關係之全體以服從私法的規律爲原則，但在爲着公共利益的必要限度內，就不能全部和私人相互間的關係共守同一的規律，應其必要而規定與私人相互間的關係不同之規律，亦不違反其爲公企業的性質。那種特別的規律，有的是一種特別私法而應屬於私法的領域的；但有的卻是具有公法的規律的性質的。在後一場合，單一的營造物利用關係，其一部分屬於私法而一部分屬於公法，混合的法律關係即因是而生。

國家和人民間的法律關係之屬於公法或私法，一面是根據法律關係的性質的區別；他面又是根據法律的規定的區別（見前第五〇頁以下）。第一，從法律關係的性質上看來，對於某單一的法律關係，並沒有理由可以限定國家若非站於優越的意思主體的地位對付對方，即為站於私人對等的意思主體的地位而對付對方。因為國家本來是優越的意思力之主體，所以縱使在以站於私人對等的地位對付對方為原則的場合，若有公益上的理由，亦不妨於某點發動其優越的意思力。所謂單一的法律關係，並非謂貫徹其全體俱為公法的或私法的之意。在其為對等的意思主體而對付對方的限度內是私法的，但在其發動優越的意思力的限度內卻是公法的，單一的法律關係之併含此兩種要素，在法律上為可能。第二，法律規定其某一部分為私法的而另一部分為公法的的場合，便較第一更為明瞭。所謂國家和人民間的法律關係屬於私法，不外是把國家和人民間的法律關係視為與私人相互間的法律關係相等而已，法律並沒有理由把那法律關係的全部都與私人相互間的法律關係作同等處理，所以由法律規定其一部分屬於公法，使之遵守與私人相互間的關係不同的規律，當然無足為怪。

## 二 混合的法律關係之實例

在本項，擬舉四五實例以說明上述的理論。最先是根據法律的規定，其一部分爲公法而一部分爲私法的法律關係之例：（甲）可舉電話用戶與代表國家的電話官署間的關係來說明。兩者間的法律關係，不用說是雙務契約的關係，用戶有根據電話規則而利用電話的權利，電話官署則有徵收電話費的權利。但這種雙務契約，不純粹是私法上的契約，而是帶有公法和私法混合的性質的契約，其所生的義務權利之效果，是一部分屬於公法而一部分屬於私法的。電話用戶利用電話的權利，完全是「經濟的內容」的權利，依電話規則，用戶得隨意將其裝用名義變更爲他人，那移轉性是法律所公認的，即可以說法律已表明視其爲私權的意思。大審院多年的判例，亦認之爲「以利用電話爲目的之私法上的債權。」但電話官署向用戶徵收電話費的權利，卻正相反，依電信法第二一條，規定：「電報費或電話費之欠繳金額，電報官署或電話官署得依國稅欠納處分之例徵收之。」又第一八條規定：「已繳之電報費及電話費，或其已繳之逾額部分，除命令規定者外，概不發還。」都是明示那徵收權爲公法上的權利的。即在單一的電話利用之法律關係中，將用戶

的權利規定爲屬於私法，而將國家的權利規定爲屬於公法。至關於掛號裝用電話者請求電話官署裝設電話之權，若以電話裝用爲純粹私法上的契約，則裝用的請求亦就不外是私法上的契約之請求，而請求人所有的權利亦當然是私權。舊電話規則，曾規定除繼承外該項權利不得移轉於他人，故當時大審院判例（大七、九、二七、大民）將其解釋爲公權。但現行電話規則，對於裝用請求者的權利和用戶的權利，都同樣承認其融通性，所以大概可解釋爲私權。

（乙）在書信之遞送上郵件寄發人與郵政官署間所生的法律關係，自本質言，是運送契約的關係，性質上似應屬於私法。但法律上在許多點都有特別的規定而排除民法商法之適用，把那法律關係全體視爲公法關係。不但對欠納郵費規定得用行政手段強制執行，即關於郵件之遞送，亦完全根據公法的規律，寄發人沒有用民事訴訟請求遞送的權利；又寄發郵件須遵守法令的規定，特別是將禁止郵送之郵件付寄時，不免受刑罰的制裁。從此各點看來，郵件寄發人和國家的關係，應爲公法關係。可是，郵件寄發人和國家的關係，至少有一點是應服從私法的規律的。這一點，就是當郵件因郵政官署之責任而遺失或損壞，致寄發人蒙損失時郵政官署對寄發人所應負的賠

價損害的義務。關於這種賠償義務，法律對其賠償之原因，金額及時效，雖然都有特別的規定，而不依民法和商法的普通原則，但對該項規定應視爲特別私法，該賠償義務之爲私法上的義務，並不因而稍易，寄發人仍得以民事訴訟請求賠償。

至收件人與郵政官署的關係，卻非契約上的關係，那關係是直接由法律規定的，應視之爲純粹的公法上的關係。如收件人不得拒絕收領已完納郵費之郵件的義務；又當領取未納郵費或郵費不足之郵件時繳納兩倍欠額之郵費的義務等，都是公法上的義務。

（丙）關於鐵道或軌道（日本法律所稱之軌道，係指敷設鐵軌於公共道路上以供一般運輸之用的交通機關而言，如街市電車是。譯者，）乘客與經營鐵道或軌道的國家或公共團體間所生的法律關係，在營造物利用關係中，可說是最典型的私法關係。可是，鐵道營業法（第二九條以下）亦規定乘客所應負的公法上的義務，對於違反義務不但規定有公法上的制裁，依情形，鐵道職員且得命乘客退出車外。在這限度內，乘客和鐵道間的關係就加有公法的要素，從這種意義看來，可說是混合的法律關係。



(丁) 依健康保險法，爲保險人的健康保險合作社或國家與被保險人之間所生的保險關係，不是根據契約發生的關係，而係不受當事者的意思拘束，由法律之力而生的關係。所以那全體是公法關係，而不能謂爲混合的法律關係。不過當欠納保險人所徵收的保險費時，雖然規定保險人得依強制手段強制執行；又關於這種強制執行的爭執，雖亦規定應提起訴願或行政訴訟，但對於被保險人所有的保險金額請求權，卻規定得向法院起訴。自然，單根據這種理由，不能斷定那保險金額請求權爲含有私法上的債權之意義，而祇可視爲特許提起民事訴訟的公法權利，但從裁判管轄上看來，卻可認爲行政事件和民事相混合的關係。

(戊) 官立大學及教育部直轄學校對學生的關係，最少，在教育學藝的限度內是公法的關係，決不能成爲民事訴訟的目的。對於府縣和市鎮村的使用費手續費或其他收入，法律雖廣泛地承認其得以行政手段強制執行，但對於國的收入，既無此種一般的規定，而於學費又無特別規定，因此，官立大學或教育部直轄學校之學費若屬於公法，則除開除學籍外，竟致別無徵收其欠繳金額的手段。但金錢請求權若毫無法律上的保護，即與國法的意趣不符，所以那大概是可以依民事

訴訟請求的。即此等學校與學生間的法律關係，在具有倫理的內容之限度內是公法的，在純粹經濟的內容之限度內則為私法的，而對其全體應視為兩者混合的關係，然後纔與事理相符。

### 三 混合的權利

某單一的權利亦不是非專屬於公法或私法之一方不可的，專屬於公法或私法之一方，並非權利之必然的性質。單一的權利亦可以有兩重的性質——一面為私權而同時又為公權。

公權是存於國家或公共團體（處於準私人的地位者除外）和個人之間的權利，而私權則為存於私人相互間的權利，這是公權和私權的區別。但就私人所有的權利方面看來，單一的權利已可一面對抗其他一般私人，同時又可對抗國家；當其為對其他一般私人的權利時，具有私權的性質；而當其為對國家的權利時，卻具有公權的性質。又在他面從國家所有的權利看來，為權利主體的國家，在某限度內居於優越的意思主體的地位，而在某一限度內卻又可以站在準私人的地位。混合的權利之發生，即由於此。

以下擬舉二三實例以為論證。

(甲) 在私人的權利中，最顯著的混合權利是漁業權。漁業權是可以廣汎地對抗一般私人的權利，漁業法第七條明示着：『漁業權等於物權，準用關於土地之規定，』使其適用民法和其他關於土地物權的規定。據此，漁業權無疑是一種和土地物權相等的私權。屬於私權的漁業權，得爲買賣，借貸及抵押權設定等之目的物，若侵害那權利，便構成民事上的侵權行爲，又那權利可爲扣押及強制拍賣的目標。至對此各點發生爭執，亦祇能依民事訴訟請求決定。

但從他面看來，漁業權是國家所賦與的權利，不但其淵源爲發自國家，且爲存於公共用的公有水面之上的權利，故在此點，漁業權又明明具有國家的公權之性質。供公共用的公有水面，是在國家之公法的支配權之下的，所以漁業權不外是分衍自本屬於國家的支配權而由國家賦與的權利。又漁業權是等於土地物權的，但在漁業權，其與土地該目的相當者是公共用的水面，而公共用水面是本來屬於國家公權的，所以存於公共用水面上的權利亦當然非具有公權的性質不可。至於漁業許可，是賦與該項國家公權的行爲，所以漁業權的設定，決不同特許權或著作權之登記，國家祇站在私法秩序的監督者的地位去參與私法關係之形成，而係國家將自己的權利賦與漁

業請求者的行爲。所以雖經許可後，國家仍保留着取消，停止或限制那許可的權利。就中如關於漁場的區域，漁業權的範圍，或漁業的方法等發生爭執時，關係人應請求行政官廳裁決，不服裁決者應向行政裁判所起訴（漁業法第五六條）的規定，就是漁業權具有公權的性質之最明顯的表徵。因爲漁業權若爲純粹私權，則關於其權利範圍的爭執，當然非屬於民事的性質不可。今法律既將其置於法院的管轄之外，而規定其祇能用行政爭訟的手段請求保護，就不能不說那是着重其公權性質的明白表示。

要之，漁業權一面爲私權，而在他面又帶有公權的性質。其屬於私權的部分歸法院裁判，而屬於公權的部分卻由行政裁判所裁判。所以在裁判的管轄上亦具有兩屬的性質。

入漁權（加入他人專有的漁業權之全部或一部而從事漁業的權利。譯者）不是像漁業權那樣直接由國家賦與的，除習慣相沿者外，大都根據入漁人與漁業權人兩者間之設定行爲而設定。可是入漁權和漁業權同樣，亦是寄存於公共水面之上的物權，所以和漁業權同樣含有公權的性質。因爲入漁權雖然不是直接由國家賦與的權利，但漁業權本身爲公權，所以漁業權人所設

定的入漁權亦含有公權的要素，這是毫不足怪的。入漁權既爲公權，因而法律對其權利範圍的爭執，亦規定與漁業權同樣，應由行政上的爭訟去決定。

(乙) 鑛業權亦是一面爲私權而同時兼有公權的性質的，不過不如漁業權之明顯。其公權性質和漁業權同樣由「國家賦與」之點表現出來。鑛業法第三條規定：「未經採掘之礦物，概屬國有，」即明言未經採掘的礦物，概屬於國家的支配權。但法律在此雖然寫着「概屬國有」的字樣，亦不能將其解爲民法上的所有權之意，而應解爲公法上的支配權。鑛業許可就是這種國家公權的賦與行爲。在本權利發源於國家及由國家賦與之點看來，和漁業權同樣是含有公權的要素的。所以鑛業權人在鑛業的進行上應受國家的特別監督，負有遵依施業方案去推行事業的義務。又鑛業權人若不於某期間內着工或擅自休業，主管大臣得取消其權利（鑛業法第四〇條）不過，漁業權寄存於公共用水面之上，反之，鑛業權卻存於私有地上，其公法的性質，不如漁業權之顯著，所以法律祇將其關於鑛業許可及取消的事項（鑛業法第八九條至第九二條）規定爲行政上的爭訟事項，而關於鑛業權之範圍的爭執，則仍歸法院管轄。

(丙) 依公有水面填築法而取得許可者的權利；依北海道國有荒地處分法或樺大國有荒地特別處分令而承買或承租土地者的權利；部分林造林者依國有林野法及國有林野部分林規則所有的權利等在某程度內都應視之爲兼有公私兩要素的混合權利。

其中如取得公有水面填築許可者的權利，那不只是寄存於公有水面的權利，而且至取得填築工程的竣工認可時爲止，國家得以單方的意思取消許可，或限制其效力及變更其條件；又對於此等處分，祇能依行政上的爭訟手段去抗爭，所以在這許多點都帶有顯著的公權的性質。但若受許可人取得竣工認可，自取得認可之日起，即享有填築地的所有權（填築法第二四條）；所以可說是受許可人以填築竣工認可爲條件，在此附帶條件之下已取得該土地之所有權，而從其爲附有條件的所有權之點看來，又不能不承認其爲具有私權的性質。大審院亦曾判決說：『所謂公有水面官准填築權，係以填築公有水面使之成爲民有地爲目的而經官准之權利。官准填築權者，以填築爲條件而取得所有權，故其權利應屬於私權之疇範』（大六、八、二一、大民）這判決對於那權利的性質有未窺全豹之憾，但若視其爲舉示一面的性質，卻屬正當。

至於依北海道國有荒地處分法及樺大國有荒地特別處分令，而承買或承租土地之承買人或承租人的權利，其中所帶的私法性質較爲顯著，所以在基本上應視之爲私權，特別是承買的場合，承買人已取得該土地的所有權。但那種所有權未具有像完整的所有權那種不可侵性，在法定期間尙負有遵依法令完成墾植事業的公法上之義務，若違反義務，國家得取消該權利，所以那權利祇是「被保留公法上的取消權」的權利。至於承租人的權利，其公法上的限制更爲明顯。據此，可知此等權利尙非具有完全意義的私權，在其內容上還受着「非遵守國家的規定而行使不可」的拘束，而在這種意義上，那權利是兼有公權的性質的。

對於國有林野部分林之造林者的權利，在基本上無疑地應視之爲私權。不過那是存於所謂公的營林財產之國有林野上的權利，那權利不單是爲着造林者的私益而設，而係同時爲着公的行政上經營森林之目的而設的，因而在該權利之行使附帶有公法上的義務之點；在無行政官廳許可不得擅行處分該權利之點；又在造林者違反義務時，得不依民法的規定，而由農林大臣單方的意思去解除部分林的設定契約之點，都是該權利之公權性質的表現。

(丁)除右述者外，即一般無疑爲屬於私權的權利，若具有「對世的絕對權」的性質，亦必然地包含着公權的要素。

就中如所有權，憲法第二七條明白規定：「日本臣民之所有權，不受侵奪，」這是表明所有權又爲得與國家對抗的權利。所有權者不但可以要求其他一般私人對之勿加侵害，即對於國家權力，亦有要求其不得違法侵害的權利。而法律許其對國家作此項要求，就是明顯地承認其爲公權。但所謂公權方面的所有權，並不是在私權的所有權之外另有一權利，不過是單一的所有權併含有私權和公權的要素，一面得對抗一般私人，同時又得對抗國家而已。

又憲法第二五條規定：「日本臣民之住所，除有法律規定時外，非經許可，不得侵入及搜索，」這是人民豫防國家官憲侵入其住宅的保障。但住宅不受侵入，不單是可以向國家主張的權利，而且是得對其他任何人主張的權利，我們對於一切人等，都有禁止其擅行侵入住宅之權。這就是所謂家宅權 (Hausrecht)。國家官憲不得違法侵入住宅，不外是其中的一端。換言之，即家宅權是可以對抗一切人等的對世的權利，其爲對一般人的權利時是私權；而爲對國家的權利時則屬公權。



但這亦不是兩個各別的權利，而係單一的權利同時兼有私權和公權的要素。

此外，憲法對於所謂自由權亦設有種種的規定，如遷徙之自由、身體之自由、信教之自由、及言論刊行著作集會結社等自由皆是。此等所謂自由權，都被認為人民的重要公權。但我們對於此等自由，不但有不受國家權力侵害的權利，同時又有不受其他一般私人侵害的權利，這種權利不外是所謂人格權。而憲法上所保障的，亦不外是表現於對抗國家權力那方面的人格權而已。私法學者所謂人格權，和公法學者所謂自由權，並不是兩個各別的權利，那不過是單一的權利在對一般人時和對國家時所表現的差異，即不外同一的權利兼備有私權和公權的兩方面，而普通慣稱其公權方面為自由權而已。

(戊) 以上所述，都是私人的權利兼有公私兩面的性質的。至於國家（或公共團體）的權利之具有此種性質者，可舉存於為公物的國有財產之上的國家支配權為例。普通，國家對此等土地物件，一面具有私法上的所有權，同時又兼有公法上的公物管理權，所以這種所有權和公物管理權往往被視為兩個各別的權利，但那是未認識一個權利可以同時屬於公法和私法的兩個領

或的結果。其實，所謂所有權，所謂公物管理權，都不外是國家對物上所有的支配權，應視爲單一的權利。國有財產之中，無訖是在雜種財產上所有的國家權利，或在公共用財產上，在公用財產上及在營林財產上所有的權利，在其爲存於物上的包括的排他的支配權之點，性質上都是一樣的；前者是單一的權利，後者亦是單一的權利。不過前者是純粹的私權，祇有私法上的效果；而後者則有公法的和私法的兩種效果，是兼有公權和私權的兩方面的權利。

## 第二節 以公法的行爲爲依據的私法關係之形成

私法上的法律關係，就其發生原因看來，亦以「私法的」爲原則，普通都是由私人相互間的法律行爲去形成的。但這種所謂「私法上的自治」並不是絕對的原則，亦有不少的私法關係爲國家的公法行爲所形成。這種關係之形成，可分爲兩類：一是爲着「私法的秩序」本身的目的；另一是爲着行政上的目的。前者以由司法權執行爲原則，後者則專屬於行政權作用。在後者，因其發生原因爲行政行爲，而效果卻屬「私法的」，所以在裁判管轄上屢屢發生疑問。

## 一 以司法行爲爲依據的私法關係之形成

與「私法上的自治」的原則相反，依國家行爲而形成私法關係的第一場合，是國家站在私法的秩序監督者的地位，對那私法關係之形成，認爲不能任諸關係當事者間之同意，而逕行爲關係當事者形成其間之法律關係的。在此種場合，形成那關係的目的，仍存於「私法的秩序」本身，此卽爲其特色；換言之，卽係國家以正義的維持者自居，以替私人相互間制定「正法」爲目的，當其認爲若放任私人自治便不能制成正法時，卽自行參與，爲私人相互間形成其所認爲公正的法之行爲。假如把以私法的秩序爲目的的國家作用稱爲法政（Rechtspflege），那末，這種形成行爲就是法政權行爲。法政權在原則上是屬於司法權的範圍的，所以這種形成行爲以屬於法院的權限爲原則，有時根據民事訴訟的形成判決而形成；有時則依非訟事件的形成行爲而形成。

這種國家行爲，主要地規定於民法、商法、破產法等被一般認爲私法的法律中，其由民法規定者，例如禁治產或準禁治產之宣告及取消（七、一〇、一三等條）；不在者財產的管理人之選任或改任（二五、二六條）；失蹤之宣告及其取消（三〇、三二條）；設立人死亡後的財團法人的名稱，

事務所及理事任免方法之決定（四〇條）；法人的理事出缺後，對於臨時理事之選任（五六條）；法人的破產宣告（七〇條）；解散後的法人無清算人時，對於清算人之選任（七五條）；共有物之裁判上的分割（二五八條）；在分割共有物時，裁判上對於證書保存者之指定（二六二條）；地上權存續期間之裁判上的決定（二六八條）；當留置權者曾對留置物投出費用時，裁判上對於所有者之償還義務的期限之許與（二九九條）；土地及其地上建築物同屬於一人而僅以土地或僅以建築物爲抵押者，當抵押物拍賣時，裁判上對於租金之決定（三八八條）；租賃之裁判上的解除（三九五條）；債務人不履行債務時，裁判上的強制履行（四一四條）；損害賠償之裁判上的決定（四一六條以下）；供託所之指定及供託物保管人之選任（四九五條）；隱居之裁判上的取消（七五八、七五九條）；婚姻之裁判上的取消（七八〇條至七八七條）；裁判上的離婚（八一三條至八一九條）；當否認嫡出之訴，對於子的代理人之選任（八二三條）；養子收養之裁判上的取消（八五三條至八五九條）；養子收養關係之裁判上的解除（八六六條至八七四條）；第三者以財產無償贈與遵服親權之子，並表示該財產不受親權人管理時，對於財產管理

人之選任（八九二條）；親權喪失及親權人的管理權喪失之宣告及取消（八九六條至八九八條）；親屬會員之選任（九四五條、九五〇條）；代替親屬會的議決之決定（九五二條）；扶養方法之裁判上的決定及其變更或取消（九六一、九六二條）；法定的推定家長繼承人之廢除及其取消（九九八條至一〇〇〇條）；承認或拋棄繼承的期限之延展（一〇一七條）；繼承財產管理人之選任（一〇二二條、一〇四三條、一〇五二條）；遺囑執行人之選任、解任及其報酬之決定（一一一二條、一一二〇條、一一二二條）等是。凡此種種行爲，因其效果屬於私法關係，所以都由民法規定。至於行爲本身，當然都是公法的行爲，那是依公法的行爲而直接形成的私法關係。除民法規定者外，商法及其他法令亦有不少這種國家行爲的規定。尤其是「出租土地及出租房屋臨時處理法」對於土地房屋的租賃，認定法院有權變更其條件。

這種形成行爲，並不像後述的認可行爲那樣，祇對當事者的行爲加以同意而完成其效力。這是不依當事者的行爲，而專依國家行爲去直接使私人間的權利義務發生變更或消滅的。又這種形成行爲亦不像確認行爲那樣，祇認定當事者間現存的法律關係之存在而確定其效力，這是由

國家行爲對現存法律關係加以新的變更，是具有創設的效果的。再這種形成行爲不是命令私人作爲或勿作爲某事，而是使私人相互間的法律發生變更的。

至於裁判上的和解、調停及強制和議等，恰與前舉各例相反，不應視爲以國家行爲爲依據的形成行爲。和解、調停或和議之成立，都必須關係當事者間的同意或決議，備有當事者的此等行爲，然後纔能發生效力，國家不過從旁幫助及勸告其成立而已。

## 二 以行政行爲爲依據的私法關係之形成

因爲以私法的秩序本身爲目的的作用都屬於法院的權限，所以由行政行爲所形成的私法關係，都可以說是爲着行政上的目的。

但這亦有例外。當私法的秩序和行政的利益有關聯時，行政官廳亦未嘗不爲着私法的秩序本身的目的而從事完成那私法關係的行爲。

特別是關於特許權和其他工業所有權，這些都是純粹的私權，但因其與工商業行政有密切的關係，故特以工商部爲其主管官廳。又關於其他私權，亦有許多應屬於法院之權限的行爲，被特

別劃入特許局的權限之內。這些行爲，有的是確認行爲或公證行爲，有的是形成行爲。後者例如：特許法上對於特許發明實施權之許與（四一條、四九條）；特許之取消（四一條）；特許發明實施權之取消（四二條）；特許權存續期間之延長（四三條）；特許權之改訂或分割（五三條）等。但從性質上說來，這些都是屬於民事的行爲，所以其爭訟不屬於行政裁判所的權限；法律爲着裁判此等爭訟，特設有審判和抗告審判的制度，不服抗告審判之審決者，並得上訴於大審院。

鑛業權和漁業權亦同樣是由行政官廳主管的。但如前所述，鑛業權和漁業權是同時兼有公權和私權的兩種性質的，所以若以之爲私權，則形成此等權利的國家行爲，性質上似乎亦屬於民事的作用。可是，國家參與其形成，是着重於其公權的性質的，性質上並不應視之爲民事的作用。所以，關於此等權利之讓與暨其他法律行爲的爭執，及侵害此等權利的損害賠償等雖由法院管轄，但對於鑛業許可、鑛區的分合增減之訂正或改正、掘進增區之設定、鑛業權之取消、漁業許可、漁業權之限制、漁業權存續期間之再開始、漁業權之取消等一切形成此等權利的國家行爲，法律都規定其不由法院管轄，而劃歸行政裁判所裁判。即法律不承認此等行爲爲民事作用，故可以說法律

明示其認此等權利爲公權。

除上述外，行政行爲之不爲私法的秩序本身的目的，而爲行政上的目的而形成私法關係者，以基於公企業、財政或軍政之目的場合爲最多。如公用限制（特別是對於土地所有權的公法上之限制）、公用徵收（特別是土地徵收）因整理耕地及整理土地區劃而生的換地處分、特許企業之收買、專賣貨物之收納、欠繳租稅的處分、根據警察權對於物的扣押及沒收等，都是顯例。關於此等例證，在此無詳述之必要。但這都是因行政上之需求而對私法關係——尤其是私法上的財產權——加以變更的行爲，這些行爲，或對財產權加以限制；或竟使之消滅；或從新設定財產權；或以甲權利代乙權利，都是依公法的行爲而發生私法的效果的。

茲舉土地徵收爲例。當徵收裁決確定後，該裁決確定即具有起業者以支付補償費爲條件而取得爲其徵收目的之財產權，而被收用者則喪失與此相當的財產權的效果，這點完全和民事訴訟的形成判決相似。雖然民事判決是專爲着私法的秩序的判決，而徵收裁決是爲着公益事業的利益的裁決，兩者在目的上有所不同；但在效果上，這和共有物分割的判決及租賃關係變更的判



決同樣，都是對私法上的財產關係加以變更的，都是發生私法上的效果的。至此外，無一一說明之必要。

### 三 形成私法關係的行政行為之裁判管轄

當以行政行為形成私法關係的場合，其在效果上雖屬於私法關係，但因其發生原因為行政行為，所以對於其爭訟，時常發生是否具有民事的性質的疑問。關於這問題，可分為三類觀察：

(一) 主張行政行為為違法而請求取消或變更之訴 例如受土地徵收裁決者主張裁決為違法；或受欠納租稅處分者主張扣押財產或公賣處分為違法，而請求將之取消或變更之訴，除徵收裁決中補償金額的部份，由法律特定其歸法院審理外，都完全是公法的事件，不得為民事訴訟的目的。從效果說來，那雖然是私法的，但因為是依行政行為而發生的，所以關於其效果之爭，即不外是關於行政行為的合法性之爭。而審理行政行為之合法與否，是專屬於行政裁判所或其他行政機關的權限，法院對之並無審理權，因而不能成為民事訴訟的目的。故例如被徵收地的所有者主張該徵收裁決為違法，而用確認所有權之訴的名義提起民事訴訟之件，雖然在名義上是民

事訴訟，但實質上等於『因行政官廳之違法處分而受權利損害之訴』，非法院所得受理。

(二) 主張行政行為無效之訴。對於主張行政行為違法之訴，與主張行政行為自始即缺乏法律上的有效要件而絕對無效之訴，有明白地加以區別的必要。主張行政行為違法之訴，是以該行為至被有正當權限的官廳取消為止具有效力為前提，而以要求取消該行為為目的；對此種行政行為有取消權能者，除處分官廳及其監督官廳外，祇有行政裁判所，法院對之無審理權，不能擅行受理。至於主張絕對無效之訴，從效力關係上言，等於未嘗發生該項行政行為，所以那是主張因該行政行為而生之私法的效果自始即不存在之訴。而關於私法的效果發生與否的問題，當然非由審理私法關係者的法院審理不可，因此，當有人以行政行為絕對無效為理由而提起確認私權之訴時，法院便不能不認其為合法訴訟而加以審理。

例如關於土地徵收的裁決，被徵收者若不單主張該裁決為違法，且以其欠缺手續上的要件為理由，主張其自始即為完全無效，而以起業者為被告而提起確認所有權交還土地之訴時，此訴在性質上既屬於民事，故當然應歸法院管轄。自然，關於行政行為在何種場合纔絕對無效，是一個

困難而須特別研究的問題。而行政行為本身又具有公定力的，不能單以違法二字而宣告其失效，所以行政行為絕對無效這回事，較為罕觀。不過這是另外的問題，若果有人主張行政行為為絕對無效時，則該行政行為已無拘束法院的公定力，法院即可運用其獨立權能對之加以審查。審查後若認定該行政行為為無效，即可置該裁決於不顧，仍然確認被徵收者為正當的土地所有人。而判定徵收者有將土地交還正當所有人的義務。

當向行政裁判所請求取消行政行為時，那起訴期間是有法定的限制的，一經逾期，行政行為即屬確定，當事者不得再行抗爭。但若果行政行為是自始即不發生效力的，那末，無效的行為決不能因時間的經過而有效，因而對於此種行為之起訴，亦就沒有期間的限制，當事者得隨時以民事訴訟請求救濟，至該權利因時效而消滅時為止。

(三) 請求確認行政行為失效之訴 當由行政行為形成私法關係的場合，主張該行政行為為因某種法律原因而失卻效力，為其目標的私法關係終未形成而請求確認其失效之訴，在性質上是私法的事件，所以祇能以民事訴訟去主張。但若是主張行政行為為無效之訴，既謂為無效，則在

形式上便當然是存在着的，因而在行政訴訟的起訴期間，當然可以行政訴訟的手段提起請求取消之訴，而行政裁判所對之非加以受理不可。至於請求確認失效之訴，是主張那行政行為在形式上亦不存在的，所以絕對不能成爲行政訴訟。

其最明顯而恰當之例，爲土地徵收的裁決因起業者不支付補償費而失其效力的場合。起業者至徵收裁決所指定的徵收期間爲止，若不將補償金額支給被徵收者或不將之供託，該裁決即因而失效。裁決既告失效，則土地所有權當然仍屬於被徵收者。被徵收者對於請求確認失效之訴既具有正當的利害關係，因而被徵收者以該項目的而提起訴訟之事，便頻頻發生。至於這訴訟究爲公法事件抑爲私法事件，因爲這是關於行政行為的爭訟，所以往往有人誤解爲公法的事件而向行政裁判所起訴，但那是誤解事件的性質的。主張行政行為違法存在而請求取消的，那纔是合法的行政訴訟；可是這事件並非主張行政行為違法，而係主張行政行為業已失效而消滅的，所以若以之爲行政訴訟，那簡直是自殺的主張。這事件是當然不能構成合法的行政訴訟的。這事件祇能成爲請求確認所有權的民事訴訟。

### 第三節 爲私法的法律行爲要素之公法的行爲

除由國家行爲直接形成私法關係的場合外，國家參與私法關係之形成的行爲，其例尙多。前節所述，爲由國家行爲直接形成私法關係之例，至本節所擬述的私法關係，卻是由當事者的法律行爲自行形成的，不過須加上國家的公的意思行爲之要素，那私法關係纔能發生效果，此等事項頗屬不少，我以爲可分爲：（一）受理、（二）認可、（三）代理、（四）公證、（五）確認的五種。

#### 一 受理行爲

所謂受理，是指國家機關接受私人對國家所提出的稟報、稟願及訴的行爲而言。其中對於稟願及訴的受理，祇能使私人與國家間發生公法上的法律關係，至其本身，不能直接發生私法的效果。但關於稟報，國家機關若加以受理，是可以直接發生私法的效果的。當法律對私法上的效果之發生，不以私人的行爲爲已足，而規定私人須將該項行爲稟報國家，且須經國家機關受理稟報後纔能發生效果時，即發生此種稟報事項。

法律對於私法上的法律行爲，規定其必須稟報者，可分爲三項：第一，稟報爲其本身的意思表示之項；第二，稟報事實俾其發生私法上的效果，即稟報爲私法效果的發生原因之項；第三，稟報祇爲公法上的義務，與私法關係無關之項。

(一) 意思表示的稟報 當私法上的單獨行爲不以某特定人爲對方，而以社會一般的人爲對方時，法律往往把稟報當作有效的意思表示方式，規定那單獨行爲須向國家稟報然後纔能發生效力。

關於這類的實例，特別在親屬法和戶籍法的關係事項上可以找到。如創家、分家、廢家、絕家再興、入籍、離籍、隱居、私生子認領等，都是榮榮大者。民法上「家」的觀念，不能與戶籍分離，凡「家」都須經戶籍上登記爲一家後纔能成立。所以創家、廢家，或加入某家、脫離某家，都須遵照戶籍法稟報並經國家機關受理，然後纔能發生效力。故稟報爲創家、分家、廢家、絕家再興、入籍、離籍等發生效力的要件。這種稟報，不是已成事實的通行爲，而係一種意思表示的方式。隱居的稟報和認領私生子的稟報亦同此性質。此等行爲不單對某特定人，且非對抗社會一般的人不可，因而其意思表示

示有採用能使社會周知的一定方式之必要，而法律即規定向國家稟報爲其意思表示的方式。

一切以稟報爲意思表示的方式的事項，當其未稟報時，即等於未將意思表示，所以在稟報前，無論何種關係，都絕對不生效力。

(二) 通知行爲的稟報 有時，稟報雖仍爲私法行爲發生效力的要件，但那稟報本身並非意思表示，而祇爲關於某種行爲或事實的通知行爲。這種通知行爲的稟報，和在法律上作明白的意思表示的稟報有區別的必要。在稟報爲意思表示的方式時，因須經稟報始能表示其意思，所以那意思表示當然要經過稟報纔發生效力。但當稟報祇爲通知行爲時，這種稟報所通知的事實或行爲，在稟報前即已存在，即使法律規定該事實或行爲須經稟報後纔能發生效力，但對該事實或行爲，於稟報前業已存在的事實，卻不得否認，所以在某種關係上看來，即未經稟報，法律上亦非承認該行爲或事實之存在不可。

要是從戶籍法上找實例，如誕生稟報、死亡稟報，那不用說祇是事實的通知，而非效力發生的要件；即他如監護之開始或終了、家長繼承、家長繼承人之指定、推定家長繼承人之廢除等，亦顯然

不是必須經過稟報纔發生效力的。此等稟報，都不過是將現有效力的事實或行爲通知國家而經其登記而已。

成爲問題的倒是關於婚姻、協議離婚、養子收養、和協議脫離收養關係等的稟報。就中如婚姻、民法有『婚姻依稟報戶籍吏而發生效力』（七七五條）的規定，這規定並準用於養子收養和協議離婚或協議脫離收養關係等事件。依規定的字面解說，似爲婚姻須經稟報纔能成立，在稟報以前，全不發生效力。民法學者一般地都把未經稟報之事實上的夫妻關係稱爲『內緣關係』，謂無論在何種關係上，法律都不能認內緣之妻爲『妻』。但將事實上的婚姻視爲在法律上毫無效力，實際上殊有未當，所以大審院判例亦祇好將事實上的婚姻解爲『婚姻之豫約』，聊以避免其『不當』的結果，那是人所共知的。

但我對那種見解，抱着極大的懷疑。我懷疑那是未充分認識通知行爲的稟報與意思表示的稟報之區別而生的誤解。在本質上說來，婚姻是根據夫妻間的同意而結成的行爲，並不含有須對國家作意思表示的成分。縱使法律規定婚姻因稟報而發生效力，但不能因此種規定即行否定婚



姻以夫妻間之同意而結成的本質。婚姻的稟報，在性質上是通知行爲，而通知行爲係以其所通知之事實，在通知前即已成立爲前提的。婚姻既爲依夫妻間之同意而結成的行爲，則一經兩方同意，婚姻即當然成立，而婚姻成立之後，纔將事實稟報。我想對於這種根本的原理，即根據民法的規定，亦是不能動其分毫的。

婚姻究爲何種行爲？對此，須根據社會的「法的確認」而決定。所以若男女彼此同意且舉行，足使社會通認其爲結婚之儀式，那婚姻即告成立。而婚姻一經成立爲事實，法律上對之亦不能妄加蔑視。大審院判例把事實上的婚姻認爲「婚姻之豫約」，不免有違反真實及違反當事者的意思之嫌。所謂稟報，並非婚姻行爲，而舉行儀式互約爲夫婦纔是婚姻行爲，但那種婚姻行爲可不是豫約將來結婚的行爲。

自然，民法既規定婚姻依稟報而發生效力，則至戶籍吏受理稟報時爲止，民法所規定的婚姻效力便當然不能發生。但若根據這種理由，即以爲無論在何種關係上，對於未經稟報的婚姻都不得承認其法律上的婚姻效力，卻未免失當。我以爲若是事實上可以證明其爲已成立的婚姻，則在

法律上亦不能不承認該婚姻之存在。對於未經稟報的婚姻，即使不承認其民法上的效力，但在刑法上或行政法上卻不妨承認其為法律上有效的婚姻。其實，即在民法上，對於其夫妻相互間的關係那部分，我相信亦非承認該婚姻的效力不可。（甲）從夫妻相互間的關係上說來，對於未經稟報的婚姻，即使未能承認其夫妻關係具有對抗社會一般的公效力，但其結為夫妻之同意既已有效而成立，則在其夫妻相互間的關係上，即無否定其效力之理由。此已因事實上的結婚而成為法律上有效的夫妻，稟報與否，實無礙該婚姻的效力。在婚姻成立後，無論任何一方，若無正當理由而毀約，便當然對他方負賠償的責任。但那不是違反如大審院判例中之所謂「婚姻之豫約」而係破毀婚姻的本身。（乙）刑事上的通姦罪和重婚罪的成立，亦不應以婚姻稟報為構成要件。事實上婚姻既已成立，在刑法的意義上即為有效的夫妻，民法的規定對之不發生直接的關係；故對於所謂內緣之妻，亦應解作得適用刑法第一八三條通姦罪的規定。反之，若以其在民法上為非有效婚姻，因而在刑法上亦不認其夫妻，則刑法第一八四條的重婚罪即絕對不能成立，即成為毫無意義的規定。這是因為民法第七六六條的重婚，在民法的意義上不能有效地成立的緣故。（丙）關

於行政法上的關係，我以為亦不應把戶籍的稟報視爲婚姻的有效要件。特別是當官吏、公吏、軍人、職工等死亡，而其妻有領受遺族扶助費的權利時，那所謂妻，不應解作限於戶籍上的妻，我以為凡能證明其爲經正式結婚者，都當然享有妻的權利。

以上所述的理論，當然亦可適用於協議離婚、養子收養和協議脫離收養關係等事件。故若能證明其協議離婚在事實上業已成立，則縱使未經稟報，在刑法及行政法的意義上，亦不復爲夫妻，因而通姦罪不能成立，同時亦不能享受以妻的名義領受遺族扶助費的權利。我以為這樣解釋纔是正當。

(三)爲公法上之義務的稟報 除民法以稟報爲私法的效果之發生要件外，警察法令和其他法規對於私法上的法律行爲，亦有規定其應向行政官廳稟報的義務的。這些規定都是爲着行政上的監督目的的；即官廳對於有加以行政上的監督之必要的行爲，爲求便於知悉而命當事者負稟報的義務。但當此種應行稟報的事項屬於私法的法律行爲時，稟報之有無對於法律行爲的效果將發生何種影響？關於此點，不無疑問。譬如當某項營業者將其營業讓與他人，而法律規定

其應將讓與稟報行政官廳的事項，即爲一例。營業的讓與當然是私法上的法律行爲，而其稟報，則爲將該法律行爲之實行通知官廳的行爲。關於這種爲公法上之義務的稟報，祇當違反義務而不履行稟報時受罰則之適用，那稟報並非私法上的法律行爲——讓與發生效力的要件。讓與行爲本身的效力是專依當事者間的同意而完全有效地成立的，與稟報無關。所以縱使不履行稟報，亦無傷其讓與的效力。

（備考）牛乳營業者甲，將營業讓與乙而未行稟報，仍以甲之名義繼續營業。但乙違犯牛乳營業取締規則，販賣不足法定脂肪量的牛乳，於是，即發生應處罰實際上的營業主乙抑應處罰名義人甲之爭。大審院將名義人甲視爲牛乳營業取締規則上的牛乳營業者，判定其應受處罰（大八五、一二、大刑。）但我以爲那判決是不當的。因爲不問稟報與否，營業的讓與亦已有効地成立，讓與成立後，讓與人即不復爲營業者，那真正的營業者當然是受讓人。故若營業上發生違犯規則的行爲，亦當然應由真正的營業者負其責任。至於欲使稟報爲讓與效力的發生要件，則非將之特別規定爲民法不可，但民法的規定是私法規定而非公法規定，故應由法律規定

而非命令所能規定。

## 二 認可行爲

所謂認可，是指當事者的法律行爲非經國家同意不能成效地成立時，國家對之予以同意而完成其效力的公的意思表示而言。法律行爲的當事者，是獨自存在着的，不過單依當事者的意思，不能使那行爲發生完全的效力，必須經國家認可纔能完成。即所謂認可，不外是國家之補充的意思表示，但此種補充的意思表示，卻是當事者的法律行爲之效力要件。須經認可的行爲，有的如市鎮村條件是公法上的行爲，但此非現在所欲討論。在此，專就對於私法上的法律行爲之認可加以論述。

這種對於私法上的法律行爲之認可，法律用語往往稱之爲「許可」，但這許可非與解除禁止的許可明加區別不可。所謂解除禁止的許可，是法令規定從事某項行爲須經許可的，若未受許可而擅自行動即爲違反義務，但該法律行爲的效力並不因之動搖。反之於所謂認可，法令並非規定其爲一種應受認可的義務，而係以未經認可而擅自行動的行爲爲根本不能發生法律上的效

力的當法令混用許可、認可及其他類似語時，若欲辨明其究竟具有何種性質，則第一，應根據其爲法律的規定抑爲命令的規定而決定。因法律行爲的效力，祇有法律纔能規定，所以若是由命令規定的，即爲祇以監督爲目的的義務規定，同時又可以推定即使違反那義務，亦不致影響法律行爲的效力。第二，其由法律規定時，須究明那法律的目的之所在。若法律的旨趣並非認該法律行爲的效果——權利義務之發生爲妨害公益，而係恐該行爲所發生的事實狀態有危害公益之虞，因而規定其有請求許可之必要者，則對此種許可應解爲義務規定，是不能影響法律行爲的效力。反之，若是法律的旨趣着重於法律行爲的效果——權利義務之發生，對於該權利義務之發生，認爲不宜放任於當事者的意思，因而規定其有請求許可或認可的必要者，即可不問法律稱之爲許可抑認可，而概視之爲法律行爲的效力發生之要件。

爲法律行爲的效力發生之要件的認可，有的是出諸法院的行爲，有的是屬於行政官廳的行爲。前者如隱居之許可（民法七五三條）、廢家之許可（同七六二條）、對於家長繼承人選定順序的變更之許可（同九八三條）、調停認可（小佃調停法三八條、租地賃屋調停法二六條等）

強制和議之認可（破產法三〇八條）等是；後者除公益法人的設立許可（民法三四條）法人變更章程之認可（同三八條）對於外國人爲養子或贅夫之許可（明三一法律二一）更改姓名之許可（明五大政官布告二三五）等外，對於公法人、廟宇、特許企業者、保護企業者等由國家特別監督者，法律爲着行政上的目的，亦常常規定認可爲其法律行爲的效力發生之要件。如市制鎮村制對於市鎮村處分基本財產、特別基本財產及林野的行爲暨發行市債鎮村債的行爲，都規定須呈請核准（市制一六七條、鎮村制一四七條）是爲著例。又屬於私人的公權或含有公權的要素的權利之讓與或其他處分，亦有不少由法律規定其非經許可不能發生效力的。例如河川法第三條規定：「依本規程所許可之權利義務，非經地方行政官廳許可，不得移讓於他人；」地方鐵道法第一八條規定：「地方鐵道業者非經監督官廳許可，不得將特許所賦與之權利義務讓與他人；」運河法第一〇條規定：「運河及其附屬物非經內務大臣許可不得讓與，並不得供作擔保之用」等皆是。

下舉諸點，都是應經認可的行爲在法律上成爲問題的，故須特別注意。

(一) 法律行爲本體的瑕疵。已受認可的法律行爲，其行爲本身有法律上的瑕疵時，縱屬已經認可，該認可亦因法律行爲本身的瑕疵而無效，或得加以取消。這種行爲，和無須認可的行爲同樣，不能因取得認可而補正其瑕疵。因爲認可祇是一種同意，無代替當事者的意思之效力。

(備考) (一) 取得公有水面官准填築人甲，將其得諸官准的權利讓與第三者，此種讓與且經行政官廳認可。但甲的債權人乙，以該讓與爲詐害行爲，提起民事訴訟請求取消。甲則否認該讓與爲詐害行爲，並主張縱屬詐害行爲，但已得官廳認可，便非無效。大審院對甲的主張加以排斥，判定：「公有水面填築權，與普通財產權同，具有融通性，可供作債權人之共同擔保，並得爲強制執行之目標，非必專屬於權利者之一人。故若填築權者以貽害債權人之意思而處分該共同擔保時，則此種處分卽爲詐害行爲，得將之取消，決不能以係屬官准爲理由而否定該處分爲詐害行爲之性質。官廳之准許讓與公有水面填築權，既係對於權利讓與之認可，而非將新權利賦予受讓人，故讓與行爲若被認爲詐害行爲而取消而失效，則以前認可之行政處分，乃係以該讓與之有效爲前提者，至此亦缺乏根據而當然無效，爲讓與目的之權利，亦復歸於讓與



人」(大六、八、三、大民。)這判決是正當的。因為認可不是獨立的行政行為，僅為補充的意思表示，所以若法律行為本體的效力發生爭執時，即使已取得行政官廳的認可，法院亦不受其拘束，得審查該法律行為之效力。

(二)某重要物產同業會因違犯合作社法被處以罰金。但該會以其未經合法地稟請設立，因而該會之設立為無效，該會即等於不存在為理由，提出抗告。原審判定同業會既經認可，則其稟請手續即屬違法，亦無礙該會之成立。但大審院卻判定：「重要物產同業會之設立，以經法定同意者集開創立總會，議決章程，并經農商大臣之認可為要件，若缺乏此項要件，則雖經農商大臣認可，該同業會亦不為成立。」把原審的決定廢棄(大六、二、七、大民。)這明白是把認可當作補充的意思表示，所以判旨是正當的。

(二)認可前之法律行為的附有條件效力。有認可之必要的法律行為，在被認可前，並非完全不發生效力的。若當事者間的同意既已成立，這種同意，即處於他日經官廳認可而完全發生效果的状态中，即該同意自成立時起，就以官廳認可為條件而有附有停止條件的效力。

(備考) 國有林野部分林規則第三條規定：「造林者非得大林區署長(現稱營林局長)之許可，不得處分其權利。」造林者甲曾於明治三十年締結將其權利讓與乙的契約，而於明治四十三年取得大林區署長之許可。甲的債權人丙認該讓與為詐害行為，提起民事訴訟請求取消。在明治三十年簽訂讓與契約時，甲尙富有資產，當然不成為詐害行為；但至四十三年，甲已一無長物，即當然非構成詐害行為不可，所以究應以何年為該行為之成立時期，就成為爭論之的。大審院主張大林區署長的許可為效力發生之要件，至取得許可為止，權利移轉的效果不能發生；不過買賣契約一經締結，處分行為即告成立，而該許可恰如停止條件之成就，判定為非詐害行為(大四、四、二二、大民)。我相信這判旨亦是正當的。

(三)非經認可不得處分之權利的扣押與拍賣 被規定非經官廳認可不得處分的權利，亦不外是把官廳的認可做處分行為的效力完成之要件的，所以債權人扣押或強制拍賣該項權利，不必於事前請求官廳認可，不過為着使那強制拍賣的結果——即權利移轉發生效果，纔有請求認可的必要。

(備考) (一) 漁業法第一〇條第二項規定：『水面專用之漁業權，非經官廳認可不得加以處分。』債權人甲請求將乙所有的水面專用權付諸強制拍賣，法院且已決定開始拍賣手續。乙卻以右錄漁業法的規定爲理由，提出異議。但大審院以該異議爲無理，判決：『漁業法第十條第二項之旨趣，並非完全禁絕未經權利主管行政官廳認可之處分行爲，使之不能成立，其法意不外欲使未經行政官廳認可之處分不發生效力而已。故對於該項漁業權，雖未經行政官廳認可亦不妨將之強制拍賣。惟拍賣後猶不請求行政官廳認可，則競投結果之所有權移轉，不能發生效果。』(昭六、一二、二二、大民。) 這判旨無疑是正當的。

(二) 國有林野部分林造林者甲的債權人乙，將甲分收該部分林之收益的權利加以扣押，營林局長對此，以第三債務人——國的代表資格提出抗告，主張未經營林局長許可的扣押爲無效。但大審院排斥該主張，以爲民收權並不是完全沒有融通性的，故一經許可，即得加以處分，而扣押本身，且非處分行爲，故判定：『對於部分林民收權，得不經營林局長之許可而逕行扣押。』(昭七、三、一一、大民。)

(四)認可的取消 私法上的法律行爲，若一旦經官廳認可，當事者間的法律行爲之效力便因而完成，所以認可不是以獨立的行政行爲而存在的，因而取消認可即無異於使法律行爲失效。但行政官廳對於私法上的法律行爲，普通沒有取消的權能，所以除法律有特別規定者（例如民法七一一條法人設立許可的取消）外，可以說行政官廳是不能取消已經批准的認可的。認可的取消是法律行爲的取消，所以祇有有取消法律行爲之權能的機關（法院）纔能執行。

(備考) 當法律特別規定得取消認可時，爲該認可之目標的法律行爲，即當然因取消而失效。但大審院主張：『隱居許可雖經取消，但隱居不因之而當然失效』（大一四、一二、八大）即認爲隱居許可雖經取消，隱居依然有效。這主張我極不贊成。大審院所根據的理由，是民法第七五八條的規定。該條規定非經法院許可不得隱居者若未經許可而逕行隱居，該隱居雖非當然無效，但親屬或檢察官得請求法院取消之。大審以此種根據，即謂：『法院之許可經取消後，結果即與未經法院許可者同，故右之隱居與自始即未經法院許可之隱居無異，』主張隱居的許可雖經取消，但至取消決定爲止，隱居仍屬有效。我以爲對於自始即未經許可而隱居的事

件和經許可而隱居後復被取消許可的事件，決不能混爲一談。自始即未經許可的隱居，法院對之尚未表示意思；即是說，縱使已向法院稟報，但法院許可與否，尚在不可知之數，故法律不以其爲當然無效，其效力須至被取消時纔告消滅。反之，若法院取消其以前所准的許可，那就是法院不予許可之確定的意思表示。置不許可之確定的意思表示於不顧，仍以該隱居爲有效，可謂毫無理由。承認隱居本身的效力而祇請求取消其許可，則取消許可尙有何意義可言？必須認定取消隱居許可的裁判爲具有取消隱居的裁判之效力，然後纔能理解其意義。

### 三 公法上的代理

對於私法的法律行爲，有時由國家代替當事者作意思表示，而國家這種代表表示，和當事者自行表示同樣，效力歸於當事者。法律對於國家這種代表意思表示的行爲，雖未稱之爲「代理」，但國家在法律上有爲當事者本身的目的而代其作意思表示的權能，而且那意思表示是直接對本人發生效力的，所以無疑是具有代理的性質的。但代理權若依公法的原因而發生，與本人的意思無干，同時亦不是爲着當事者本人的利益的，那就含有公法上的代理的性質，和私法上的代理有所

不同。

公法上的代理，亦有以私法的秩序爲目的的，應屬於司法機關的權限；但有的是以國家或社會的利益爲目的的，應屬於行政機關的權限。前者之例，如依民事訴訟法的強制拍賣和強制管理；依破產法對於破產財團的管理；依鐵道抵押法及其類似法規的強制管理等是。後者之例，如依國稅徵收法的公賣處分；依地方鐵道法第三七條當地方鐵道業者計算中，政府對其營業之管理等是。

現在，就其中舉出所謂租稅欠納處分的公賣處分一例以資說明。公賣處分之性質屬於民法上的買賣契約，故其效力之發生，完全在於國家與投得人兩者間的同意，而不由於國家的權力。國家代權利者——欠稅人作出賣的意思表示，依其與投得人間的同意而成立買賣契約，而這買賣契約是直接對欠稅人發生效力的。即此種公賣處分爲一種法定代理，不過那代理權是基於國家的權力而單方地構成的，所以和私法上的代理有異。據此，可知公賣處分是具有一面爲公法的而一面爲私法的的兩重性質的行爲。從其爲基於公法上的代理權之行爲這點看來，對於欠稅人是

公法的行爲；但從其與投得人間成立買賣契約這點看來，對於投得人或第三者卻是私法的行爲。關於公法的行爲方面，應以稟願及行政訴訟去抗爭，而關於私法的行爲的性質方面，卻專由法院管轄。

（備考） 甲因欠納府稅受房屋公賣處分。乙投得該房屋，並轉賣與丙後，方知該房屋非甲所有，府知事因將該項公賣處分取消。乙丙則認此項取消處分爲違法而向行政裁判所起訴，府知事又以乙丙所起訴爲不合法的行政訴訟而提出妨訴抗辯（*Plea in abatement* 譯者）結果，行政裁判所以「對府縣稅之欠納處分或該項取消處分有所不服，縱使非受處分人，依府縣制第一百十六條第七項之規定，亦得提起行政訴訟」爲理由，認乙丙所起訴爲合法的行政訴訟而加以受理（昭六、二、二七、行。）

我以爲行政裁判所的判決明顯是錯誤的。府縣制第一一六條祇規定不服欠稅處分者得提起行政訴訟，可不是關於不服取消欠稅處分者的規定。關於公賣處分，自其對受欠稅處分者的關係上說來，是基於公法上的代理權的行爲，是帶有公法的性質的，所以對之不服者得依行

政訴訟而抗爭；但從其對投得人的關係上看來，祇是單純的買賣契約，毫無公法的性質，所以那取消不外是買賣契約的取消。關於買賣契約的爭執，祇能提起民事訴訟，卻不能成爲行政訴訟的目標。

#### 四 公證行爲

所謂公證，是對特定的法律事實之存在加以公的證明的國家行爲，其中如各種登記及註冊，便是最著的例子。公證和私法上的法律行爲發生關聯，是當法律行爲由司法權或行政權加以公的證明的場合。而在這種場合，公的證明對於法律行爲的效力將發生若何影響？即爲在此擬加討論的問題。

(一) 公證行爲之公的證據力 登記、註冊和其他一切對特定的法律行爲或法律事實之存在加以公的證明的行爲之效果，若法律無特別規定，在原則上就祇是對其所證明的法律行爲或法律事實予以公的證據力，而與法律行爲的效力發生無直接關係。當公的證據力未爲反證所推翻，則無論何人，對其所證明的事實或行爲都有承認其爲真正的義務；若欲主張該事實或行爲



爲錯誤，主張者非將其錯誤之點加以證明不可。這就是公的證據力的意義。但是，那公的證據力並不是絕對不能抗爭的，除法律特別規定其爲不可爭者外，都可以舉出反證去推翻其證據力。

(備考) (一) 漁業權者甲因向乙借入漁業資金，名義上將漁業權讓與乙以作擔保，

且經註冊。乙再將該權利讓與丙，而丙卽成爲原冊上的漁業權者。其後，漁業將近滿期，丙稟請更新特許期間，同時，甲亦提出同樣的請求。結果，樺大廳長官予以許可，而將甲的稟請加以駁斥。

但甲以爲自己在名義上將權利讓與乙，祇是虛僞的意思表示 (Simulation 譯者)，那讓與爲無效，自己仍不失爲真正的權利者，故將更新期間的許可予丙爲違法，向行政裁判所起訴，主張應予更新許可准給自己。但行政裁判所以甲無充分證明爲理由，認爲「若無反證，不能否認漁業原冊上之註冊名義人爲漁業權者」，排斥甲的主張 (大八、一〇、四行)。主張原冊的記載爲虛僞，當然應提出足以推翻那註冊的反證，若不能提出充分的證據，便不得不排斥其主張。在這意義上，那判旨是正當的。

(二) 漁業權者甲將漁業權讓與乙，且經註冊，在原冊上乙已成爲漁業權者。但甲主張該

讓與爲假裝買賣，爲無效，權利仍屬自己，而以乙爲被告，提起民事訴訟請求賠償因乙妨害其行使權利而生的損害。原審雖確認該讓與爲虛僞的意思表示，惟主張漁業原冊既載明爲乙的權利，甲便不得再行使漁業權，因以不得請求賠償損害，不准甲的請求。但大審院將原判廢棄，主張「漁業權者與他人間之漁業權買賣契約，若果爲虛僞的意思表示，則在私法關係上，漁業權亦未爲移轉於他人。即令在公法關係上，漁業權所有人因未能具備特定之條件而被否認爲漁業權者，惟自私法關係上言，其爲真實的漁業權者之權利，固不因此而稍礙其行使，」將之發還原審（大四、一二、二五、大民。）這判決把漁業權之公法的效果和私法的效果區別，以爲公法的效果應專從原冊的記載決定，卽有反證亦不能推翻，這論調，我不甚贊成。但關於私法的效果，判決認爲可用反證去推翻漁業原冊的證據力，這點卻是正當的。

（三）關於戶籍的登記，大審院亦主張：「戶籍簿之記載，對於爲該記載內容之身分關係，或有相當之證據效力，惟當非訟事件法院裁判事件，根據其他證據，悉戶籍簿所記載之內容與真正之事實不符時，則在該裁判之必要限度內，得認定與戶籍簿之記載不同之真正身分關

係」(大一一、一六、大民。)這亦是正當的。

(二)爲法律行爲之效力要件之公證行爲。法律不但把登記或註冊視爲發生公的證據力的原因，有時亦把登記或註冊做法律行爲的效力得對抗第三者的要件；又有時規定法律行爲須經過登記或註冊纔能發生效力。

以登記或註冊爲法律行爲得對抗第三者的要件者，如不動產登記、商業註冊、法人登記、船舶登記等是。此外如關於漁業權，法律亦規定：『以官准漁業原冊之記載代替登記』(漁業法第二六條)；認那註冊有與不動產登記同樣的效力。又關於著作權的繼承、讓與和抵押(著作權法第一五條)；關於特許權因移轉、拋棄而消滅及其處分限制；或以特許權爲目標之質權的設定、移轉、變更、消滅及其處分限制(特許法第四五條)等，法律都規定非經註冊不得與第三者對抗。關於此類登記或註冊的效力，已有民法學者的詳細研究，故在此概從省略。

祇有鑛業權與前舉各項相反。法律對於鑛業權的讓與及抵押權之設定，規定：『非經註冊，不生效力』(鑛業法第二〇條)。這不單是把註冊視爲法律行爲的效力得對抗第三者之要件，並

且限定私法上的法律行爲須經註冊纔能發生效力。

在這種場合，對於未經註冊的鑛業權讓與契約究竟具有何種效力，就不免發生疑問。若拘泥着法律的字面，則解釋爲「該契約在未經註冊前不發生任何效力」亦未嘗不可。但讓與契約，在本質上是依當事者間的同意而成立的行爲，而註冊又祇是對其加以公的證明的行爲，所以即在未經註冊的期間內亦不能謂爲不發生何等效力。我以爲那未經註冊的鑛業權讓與契約，是處在「以將來取得註冊爲條件而完全發生效力」的狀態中的，恰與須經認可的法律行爲尙未取得認可時同樣，在註冊前已有附有停止條件的效力。

（備考）大審院判例，以爲註冊前的鑛業權讓與契約，具有發生應稟請讓與註冊的債務關係之債權契約的效力（這種判例頗多，如大八、一一、四、大一一、一二、二、大一一、四、九、二八、大民）。但是把鑛業權契約視爲債權契約，未免違背契約的本旨。因爲鑛業權契約是移轉鑛業權的意思表示，而不單是互約爲移轉註冊的意思表示。即非債權契約而爲物權契約，不過其效力尙未完成，處在須經註冊方能完成的狀態中，所以至註冊爲止，祇有附有條件的效力，這是鑛業權讓

與契約與普通的讓與契約不同之處。

大審院把鑛業權讓與契約解作債權契約，結果，有時竟陷於重大的錯誤。例如甲乙二人共有鑛業權，甲經乙的允諾而將其股份讓與丙。但當移轉註冊前，甲因受破產宣告而退出，名義上鑛業權遂爲乙所有。於是，丙以甲乙爲被告，提起請求作移轉註冊之訴。大審院主張讓與契約雖已成立，但當未經移轉註冊前，祇在當事者間發生應作移轉註冊的債權關係，至鑛業權仍屬於讓與人，所以甲在註冊前退出合股，卽已失卻其可資移轉的股份，而成爲不能履行債務者，作移轉註冊的義務亦就當然消滅，將丙的請求註冊之訴駁回（大八一、一四、大民。）對這判決，我認爲不當。共同鑛業權者之一人，取得另一人的允諾而將其股份移轉於他人時，讓與契約業已成立，權利的移轉亦已發生附有條件的效力，卽其後有一人受破產宣告而退股，但受讓人已在附有條件的情形之下成爲共同鑛業權者，所以另一人——卽名義上爲單獨權利者的鑛業權者，便當然負有完成那條件而請求註冊的義務。

## 五 確認行爲

所謂確認行爲，是當某法律行爲之存在與否發生爭執或疑問時，國家以公的權威去認定其存否而予以某程度之確定力的行爲。確定行爲和私法上的法律行爲的關聯，發生於法律行爲的效力有爭執或疑問，而國家對之加以公的確認的場合。不過，確認私法上的法律行爲之效力，是專屬於法院的權限，而法院的確認判決一經確定後，除提起再審之訴外，即發生無論何人都不得否認的確定力。關於此點，已無爭論之餘地，所以對於確認行爲，在此無特別研究的必要。

（備考） 公證行爲祇具有公的證據力，若有反證，得將之推翻。反之，確認行爲所確認的事項具有公的確定力，該確定行爲在未經正當權限的行爲廢棄之前，任何人都不能用證明其爲不真實的手段去推翻那確定力。確定行爲與公證行爲不同之處即在於是。

關於私法上的法律行爲之效力的確認行爲，在行政行爲中找不着例子。至關於私法上之權利的行政上的確認行爲，其例如下：（一）關於國有林野的境界勘定處分，行政裁判所主張：「國有林野之境界勘定處分，乃所以勘明國有林野與毗連民有地間之境界，而確定彼此之所有權之範圍者，故即使爲判定境界之資料之文件檢核及實地觀察有誤，亦不得以之爲取消確

定之理由。此種見解，至屬穩當』（大三、二、一四、行）（二）關於船舶噸數測度的效力，大審院曾主張：『凡船舶經港務官廳測定爲二十噸以上，並註冊發給船舶國籍證書後；或經地方官廳測定爲二十噸以下，並發給船艇牌照後，則該項測度雖屬錯誤，若非取消註冊並繳回船舶國籍證書而另領取牌照；或繳回牌照而另行註冊並領取船舶國籍證書，即不得主張與前項測度相反之事實』（大五、七、二八、大民。）

#### 第四節 私法規律對於公法關係之適用

適用於一種法律關係的法的規律，原則上因該關係之爲公法關係抑爲私法關係而當然不同，公法和私法的特殊性，主要即存於此點。在私法關係，債務人不履行債務時，債權人得請求賠償損害；但在公法關係，當私人不履行義務時，祇能加以公法上的制裁，而無請求賠償損害之權，至當國家不履行義務時，卻祇能根據情形去請求法律上的保護。在私法關係，權利因第三者的故意或過失而受損害時，有請求賠償損害之權；但在公法關係，卻不能適用這種請求權。在私法關係，無論

權利或義務，原則上都有融通性，都可以任意移轉；但在公法關係，原則上卻沒有這種融通性。私法上的義務得由第三者代位清償；但公法上的義務卻以不適用代位清償為原則。私法上的義務可以與對方同種的義務抵銷；但公法上的義務卻不能抵銷。對於私法上的權利，權利者可以拋棄；但公法上的權利以不能拋棄為原則。諸如此類，公法關係和私法關係所適用的規律，原則上都是不同的。

但這些原則決不是絕對的。如前章所述，公法和私法在某程度內各有特殊性，同時在某程度內有共通性。而在其具有共通性的限度內，可以說兩者是當然適用共同的規律的。就中如：（一）公法關係當以財產的價值為內容時，性質上最與私法關係類似。名稱上雖然是公法性質的關係，但在其為財產法關係之點，卻和私法關係有共通的性質。而同樣性質的法律關係應遵依同樣的規律，纔適合公正的要求，所以以財產的價值為內容的公法關係，除因公法關係的特別性質而不能適用私法原則者外，在若干關係上都可以適用私法的規律。（二）除財產上的關係外，其他一般公法關係和私法關係的共通性當然較少，但在其法律原因上，亦還有許多共通之處。可是，關於



公法關係，現在還沒有像民法那樣的總則規定，因而本來以專求適用於私法關係爲目的而規定的民法總則，便在許多地方非解釋爲類推適用於公法關係不可。

### 一 私法規律對於公法上的財產關係之適用

以財產的價值爲內容的公法關係，在其爲財產關係之點，與私法關係最爲近似，因此，常常可以適用私法的規律。例如國家的租稅徵收權，不用說是公法上的權利，在其具有公定力和強制力；不得讓與、扣押或拋棄；義務者不得將自己的金錢債權與之抵銷等許多點，都表現出公法的特色。但那無論如何亦不外是金錢債權，和私法上的債權有同樣的內容，所以得適用代位清償；其義務得移轉於繼承家屬及其他繼承人；得適用時效消滅；得適用債權擔保的原則；確定爲逾額繳納或誤納時得適用不當得利的原則；義務者破產時得爲財團債權之一。在這許多點，都適用和私法上的債權同樣的原則。

自然，公法上的財產關係並不是任何點都適用私法規律的。至於如何之點纔適用私法規律，亦因權利種類之不同而有若干差異。在這點，特別是對於國家的權利和私人的權利不能一概而

論，但一般地說來，適用私法規條或適用與其同樣的原則之公法上的財產關係，可以左舉諸點爲要例：

(一) 公法上的財產關係之權利義務的移轉性 公法上的財產權中，其屬於國家的權利，因該權利須由國家保有纔適合公益上的必要，所以普通都不得加之以處分，不得將之移轉於他人。租稅及其他公課的徵收權，固然沒有移轉性，即關於其他動產不動產的所有權，亦由國有財產法第四條，言明除雜種財產外不得讓與。至於雜種財產是被視爲私物而專由私法規條的，所以這種雜種財產的權利雖說是屬於國家的，其實亦不外是一種私權。北海道國有荒地固與雜種財產有別，但法律之所以規定得將其出賣或出租，亦不外是因其性質近似雜種財產之故。他如公共團體的公法上的財產權，亦適用同樣的原則。

反之，屬於私人的公法上的財產權，除特別着重權利主體之身分的權利——如官吏之薪俸請求權、退官者或其遺族之恩給請求權外，法律或無條件地、或在一定的限制之下，都承認其移轉性，都可以做私法上的法律行爲之目的物。有時，法律且明白表示此種旨趣。例如河川法第三條，規

定：「依根據本章規程所發給之許可而生之權利，非經地方行政官廳許可，不得移讓於他人。」軌道法第一五條規定：「軌道經營者須經主管大臣許可，始得將其得自特許之權利義務讓與他人。」公有水面填築法第一六條規定：「官准填築者非經地方長官許可，不得將其填築權利讓與他人。」這些都是在官廳認可的條件之下，准將該項權利讓與他人的。又鑛業法第二二條規定：「鑛業請求人得爲名義之變更，但試掘者非經稟報鑛山監督局長，採掘者非經稟報商工大臣，則不能發生效力。」這亦是表明鑛業請求人得將其得諸鑛業許可的權利任意讓與的，不過以稟報（通知行爲）爲其完成效力的條件。至無此種特別規定時，除有理由可以推定法律特別着重權利者的身分，以該權利爲其一身的專屬物的場合外，對於其他以財產的價值爲內容的所謂公權的私人權利，都可視爲與私權同樣得移轉於他人的權利。但我這種主張，絕對不是把公權的私人權利當作私權。大審院往往以融通性之有無爲公權和私權的區別標準，頗有以可讓與者爲私權，以不得讓與者爲公權的傾向，但這種傾向是不正當的。在許多場合，屬於私人而有財產權的性質的公權，無論其歸諸誰何，公益上普通都不發生影響，所以得承認其融通性。

就嚴格地說來，那沒有權利性質的公法上的利益，若含有金錢的價值，有時亦同樣有移轉性。特別是在警察許可中，除醫師執照和藥劑師執照那種着重於人之經驗技能者外，若許可的效果無須專屬於領受許可者之一身者，都可認其爲有移轉性。故如浴室營業執照、待合茶屋營業執照和漁業許可等，其許可數因地域而有限制者，都往往成爲買賣契約的目標。

如上舉各場合，公法關係成爲私法上的買賣或其他法律行爲的目標，那種法律行爲，祇在須經認可或稟報之點和公法有所關聯，此外即專從私法的規律。當那行爲的效力發生爭執時，亦由法院審理。但從別方面看來，在那法律須經認可的場合，若把認可分解出來單獨觀察，那認可就不外是國家的公的意思表示，不外是行政官廳的處分，所以當認可行爲本身爲違法時，得爲行政訴訟的目的。但若認可被取消，那法律行爲亦歸於無效，所以關於同一的法律行爲的效力之爭，因其所根據的理由之不同，有的須依民事訴訟，有的卻用行政訴訟的手段。

又縱使是不得以買賣或其他法律行爲任意移轉的公法上的財產權，有時亦因其他法律原因而在某限度內具有移轉性。這可分爲兩種：一是包括地承繼權利義務的場合；另一是附隨於事

業而移轉的場合。

(甲) 包括的繼承 普通不被認為有移轉性的權利義務，若不是嚴格地專屬於本人一身的，則當繼承、公司合併等包括地繼承權利義務時，亦得移轉於繼承人。例如官吏的薪俸權，本是專屬於本人而不能讓與的權利，但當官吏在職中死亡時，對於其生前所應得的薪俸之請求權，便因本人死亡而當然移轉於繼承人。又公法上的義務中，如納稅義務、官吏公吏之公法上的賠償義務等金錢上的義務，除嚴格地專屬於本人的——如刑罰的罰金外，都可以移轉於繼承人。又屬於公共團體的公法上的權利義務，當市鎮村及水利合作社等廢置分合、耕地整理合作社合併或解散、又健康保險合作社解散時，都由繼承者包括地繼承。

(乙) 附隨於事業的移轉 某種事業的經營者，常因經營該事業而特別享有某項公法上的權利或負擔義務。這種權利義務和事業本身是有不可分離的關係的，是不能離開那事業而單獨移轉於他人的。但當事業出讓時，那權利義務亦隨之而移轉。有時法律且表明這種旨趣。例如公有水面填築法第一六條第二項規定：「依前項規定而讓受填築權利者，對於讓與人根據填築令

而得之權利，及因以填築令爲根據之處分或條件而生之權利，概繼承之。」土地徵收法第三條規定：「起業者之權利義務，由本法或由根據本法而頒發之命令所規定者，與事業同時移轉於繼承人」等是。至無此種明文規定時，則應認爲事理所當然。

(二) 公法上的財產權之扣押 一切具有國家的公權性質之財產上的權利，無論是國家的權利或公共團體的權利，都是經法律認爲爲國家之公的目的上所必要的權利，所以不得因債權人的財產上的利益而將之扣押。

(備考) 某耕地整理合作社的債權人甲，爲行使其債權，將合作社對某某社員所有的社費徵收權扣押，取得轉付命令後，遂以該社員等爲被告，提起請求社費的民事訴訟。大審院主張：「耕地整理合作社爲公法人，關於其社員應納諸社方之社費徵收事件，不得向法院起訴」，認之爲不合法的訴訟而駁回(昭七、七七、大民)。但這論點有誤。關於社費本身的徵收，固然不得向法院起訴，但本件並非徵收社費之訴，而係扣押債權人主張其因轉付命而取得的權利之訴，那權利不外是請求金額與社費相等的私法上的債權(參閱後第五節之二)「因扣押而生

之公法私法的轉換」項，）所以若認轉付命令爲有效，就當然祇能以民事訴訟主張，該訴毫無不合法之處。不過，耕地整理合作社的社費徵收權是國家的公權，債權人不得妄加扣押，卽該轉付命令爲無效，故扣押債權人不得主張該項權利。我以爲對本案須先審理該轉付命令爲是否有效，然後再以轉付命令無效爲理由而判決駁回，這纔是正當。

反之，屬於私人之公法上的財產權，凡法律許可得對之作任意的處分行爲者，即使該處分行爲須經官廳認可，但債權人對之，卻是當然得加以扣押的（見前一六〇頁以下。）至於不許任意作處分行爲的公法上的財產權，若法律明定債權人不得將之扣押（恩給法第一一條，）或規定祇得扣押其一部（民事訴訟法第六一八條，）那都不成問題，問題卻在於法律別無明文規定的部分。對於此等無明文規定的權利，若其性質上爲因經營某特定事業而取得，與事業有不可分離的關係的，那就不能把權利從事業分割而移轉於他人，所以應解釋爲不得扣押（昭一〇、一一、一四、大民主張石油試掘業者依石油試掘獎勵金支付規則領受獎勵金的權利，不得扣押。反之，昭一〇、五、二〇、大民卻主張，地方鐵道業者依地方鐵道補助法領受補助金的權利，可以扣押。這種區別的

理由何在，殊費索解。我以爲應把兩者都解作不能扣押纔是正當。反之，若是專爲權利者之財產上的利益而設定的權利，就當然應解釋爲可以扣押。例如議員的出席費，是全額都可以扣押的。總之，法律無特別規定的權利，或則全部都可以扣押，或則全部都不能扣押，決不能祇扣押其一部分。

(三)連帶債務、保證債務、保證金、選擇債務等對於公法之適用 加於私人財產上的公法的義務，亦往往適用含着民法的意義的連帶債務、保證債務、保證金、選擇債務等觀念。

所謂公法上的連帶債務，如國稅徵收法第四條之四規定：「凡國稅、督促手續費、積欠償金及欠納處分金之課自共有物、共同事業或因共同事業而生之物件者，納稅人連帶負擔該項義務；」鑛業法第八七條規定：「共同鑛業權者之納稅義務爲連帶負擔；」公有水面填築法第一六條第二項但書規定當讓與填築權時，填築權人所應支付於關係者的公法上的損失補償，由「讓與人與受讓人連帶負擔；」這些都是好例。即當法律別無明文規定時，例如納稅義務的連帶負擔者多人，共同以不正手段匿漏租稅，則對於此種匿漏罪的罰金，當然應視爲共同匿漏者的連帶義務。(大審院刑事部的判例，未承認此項原則。但對於關稅法第七五條和第八三條無法沒收匿漏貨



物時的追徵金，卻認爲共同匿漏者連帶責任。）這各種場合的連帶，是對於公法上的義務之連帶，並不是當然應適用民法的。不過，法律對於此種公法上的連帶完全未規定其效力，而凡屬金錢債務的連帶，無論其爲公法上的連帶抑爲私法上的連帶，性質都完全相同，所以法律對於公法上的連帶效力，可說是預想着當然類推地適用民法的規定的。因而對此等公法上的連帶債務，除性質上不能準用者外，都可解釋爲得準用民法第四三二條乃至第四四五條的規定。

關於公法上的保證債務，亦有不少的實例。如釀酒稅法第一四條、遺產稅法第一七條及同法施行規則第一六條等，都採用納稅保證人的制度。又市制鎮村制施行令第三六條，亦規定市鎮村得令市鎮村吏員具陳身分保證。自然，這些保證人的義務，與該項主幹債務之爲公法上的義務同樣，那義務本身亦當然是公法上的義務。那義務和私法上的保證債務不同，是可以依行政手段去強制執行的。不過從其性質上看來，卻與私法上的保證相等，所以和連帶同樣，關於其效力得準用民法第四四六條以下的規定（但「關於身分保證之法律」是專以私法上的身分保證爲對象的，所以大概不能適用於公法上的身分保證。）

公法上的保證金，例如供作納稅擔保之用的保證金；市鎮村收款員和其他公吏的身分保證金；發行新聞紙的保證金等是。供託此等保證金的義務是公法上的義務，又國家或公共團體，因某特定目的在該保證金上享有先取特權，這點亦是屬於公法的。但供託保證金者所有的利息請求權和發還請求權，卻應視為私權，在這種關係上和私法上的保證金毫無異處。

關於公法上的選擇債務之例，頗不多見。但如法律規定市鎮村等所得課賦的夫役現品，就是具有那種性質的。

(四) 擔保物權對於公法之適用。對於納稅義務和其他公法上的金錢義務，得適用公法上的保證契約；同樣，國稅徵收法、關稅法、釀酒稅法、砂糖消費稅法、遺產稅法等都有公法上的先取特權、留置權、抵押權、質權的規定，資為納稅義務的擔保，此已見諸前述（見第八二頁以下）。這些公法上的擔保物權，都帶有以行政權為依據的強制力，所以和私法上的擔保物權不同，有明顯的公法的性質。可是，從權利的內容上看來，就和內容與之相當的私法上的擔保物權同樣；所以在不害及其性質的限度內，當然可以準用民法的規定。

(五)代位清償和時效對於公法之適用 公法上的金錢義務，在其消滅的原因上亦和一般公法上的義務不同，而在其適用代位清償及時效之點，遵依與私法相同的原則。

一般公法上的義務，是不能由第三者代位履行的。那種非義務者本人履行不可的義務，即由他人代為履行，那義務亦不因之而完了。但專以經濟的價值為內容的義務——尤其是公法上的金錢債務，卻沒有非義務者本人履行不可的理由。這種義務無論由何人履行，若其履行之內容相符，在經濟的價值上便毫無不同，所以平常都得因第三者的代位履行而消滅，得準用民法第四七四條的原則。

又公法上的金錢債權在因時效而消滅之點，亦和私法上的債權遵依同樣的原則。但這並非直接根據民法的規定，而係另由會計法第三二條規定的（關稅法第七條至第九條亦有特別的時效規定。）關於府縣市鎮村方面，亦由府縣制（第一一六條第三項）市制（第一三一條第五項、第一四〇條）鎮村制（第一一一條第五項、第一二〇條）加以規定。不過對於時效中斷、停止暨其他事項，都規定無其他法規可以適用時，得準用民法的規則。即公法上的金錢債權，除法律有

特別規定者外，以得適用民法上關於時效的規定爲原則。

(六) 因不履行債務而生之積欠利息。在一般原則上，不履行公法上的義務祇構成受公法上的制裁之原因，卻不能爲損害賠償的原因。但對於不履行公法上的金錢義務，國稅徵收法第九條及同法施行規則第一一條之二，都規定得徵收積欠償金，這規定且爲其他若干公法上的金錢義務所準用。這種積欠償金雖然是根據特別的公法規定的，但就其內容上看來，不外是公法上的金錢義務適用與私法上的金錢義務同樣的原則。

(七) 無因管理和不當得利的原則對於公法之適用。在民法的意義上，所謂無因管理是因「並無義務而開始爲人管理事務」而開始的。在公法上與此相當而可稱爲公法上的無因管理的事實，亦不乏其例。公法上的無因管理，有的是司法權作用，有的是行政權作用。屬於司法權的，如對於不在者的財產之管理；對於繼承人不明的財產之管理等是；屬於行政權的，如水難救護；對於旅中疾病或死亡者之處理等是。在此等場合，並不一定直接適用民法的規定，有許多是各有其特殊的規定的。不過性質上既屬一種無因管理，所以當法律無特別規定時，都應解釋爲得準用民

## 法的原則。

凡在形式上爲根據公法上的原因而已繳納的課賦，倘因繳納的原因被取消或絕對無效而成爲無法律根據的課賦時，那就當然非適用民法上不當得利的原則不可。例如被課賦租稅者，繳納後以該項課賦爲違法而提起請求取消的行政訴訟，若獲勝訴而經判決取消該項課賦，則國或公共團體向其所收領的金額，便成爲無法律原因的所得。而爲收領者的國或公共團體，即當然對納稅人負有發還該項金額的義務。若不發還，納稅人得視之爲不當得利而提起民事訴訟去請求發還。此外，課賦自始即絕對無效時，即爲缺乏法律上之原因的給付，繳納者亦當然可以提起民事訴訟去請求發還不當得利。

（備考） 甲之所有地於大正八年爲國收買作敷設國有鐵道之用，且已履行所有權的移轉登記。但至大正十三年度爲止，甲仍被認爲土地所有者，國向其徵收土地稅和所得稅，縣市亦課以附加稅，甲都一一完納。大正十二年甲歿，乙繼承爲家長，纔發見那是不法課稅。於是以前縣及市爲被告，向法院提起請求發還不當得利之訴。但大審院主張：「租稅之課賦徵收處分縱

屬違法，但若未經取消，則對其已徵收之金額，不得謂爲不當得利，「將原告的請求駁回（昭五、七八大民）」這判決將課諸登記簿上公證其爲非土地所有人的土地稅認爲有效的課稅，實屬不當。這種課稅是以法律上的不可能爲內容的，是絕對無效的。那課稅既屬無效，請求發還不當利得之訴便當然合法，所以對於那判旨未敢贊同。

（八）對於以物之占有爲內容的公權之侵害和民法上的侵權行爲 侵害公法上的權利，普通不能構成民法的意義之侵權行爲。但公法的權利中，亦有以占有土地物件爲內容的「財產的價值之權利」，當這種權利被第三者妨害占有或侵奪其占有時，若是屬於國家的權利，國家自然可用本身的強制力去排除妨害；但若是私人的權利，私人沒有國家那種強制力，所以即便該占有爲發自公權的占有，亦不得和民法上的占有同樣，非將之視爲民事上的侵權行爲而提起民事訴訟去請求排除妨害及賠償損害不可。即在此種場合，應解釋爲公權的侵害在內容上與私權的侵害無異，所以得構成民事上的侵權行爲，得適用民法的規定。

（備考） 甲經縣知事許可，取得占用木曾川的堤防和河基的權利。而乙無何等權原，亦

將同地占作石塊堆置場及屋基之用，這當然是侵害甲的權利。甲因以民事訴訟請求禁止乙此種侵害行為，并請飭令其將妨害物搬去。乙則以河川占用權爲公權，對於該項侵害之救濟不屬法院管轄爲理由，提起無訴權抗辯。但大審院對乙之理由未加採納，主張河基和堤防的占用權爲私法上的權，判定以民事訴訟請求排除侵害爲合法（大一、五、四、大民）。這判決把河川占用權視爲私權，當然是錯誤的。根據河川法第三條的規定，那明白是公權。但主張得以民事訴訟請求排除妨害之點，卻屬正當。

## 二 民法的規定對於一般公法關係之準用

不以財產的價值爲內容的一般公法關係，可以說都不直接適用私法的規律。但關於公法關係沒有像民法總則編那樣的成文法規，所以不能不以條理法或習慣法去補充。而對於條理法的認識，往往須以民法的規定爲判斷之材料，結果就產生不屬於財產法的一般公法關係亦準用民法的規定的狀態。正確地說來，那並不是私法的規律適用於公法關係，而係公法關係遵守與私法關係共通的規律。

至關於在何種限度內民法的規定纔準用於公法關係的問題，非把爲法的規律對象之事項的同一性來做標準不可。而構成這基準的基本原理，完全在於同樣的事物應遵依同樣的規律之一語。公法和私法有許多特殊性，在各有特殊性的限度內，其規律亦當然因之而不同。但如前章所述，公法和私法在許多地方又是具有共通性的，所以在特殊性無存在之理由的限度內，兩者遵依同一的規律，這亦是當然的道理。

關於公法關係在何種情形之下應遵依與私法關係共同的規律這問題，前章已略加論及，在此擬概括地摘述其要點。

(一) 法主體 得爲權利義務之主體的一切團體或人，沒有理由因公法私法之不同而有異，故法主體爲雙方所共通私法上是人（自然人）或法人的，在公法上仍然是人或法人；無論在公法或私法，都同樣做權利義務能力的主體。像所謂「國庫說」(Fiskaltheorie) 那種以爲國家祇在私法關係之場合爲法人的見解，不用說是不能成立的。

關於法主體的總則規定，民法分爲人和法人的兩章。現在先從人的規定說起。人的規定之最



成爲問題的是關於能力和住所的部分。而其中關於住所，在公法關係上，除有特別的反對理由之場合外，卽不能與私法關係異其標準。所以民法的規定，普通都可以準用於公法關係，此已見諸前述（第八九頁行政裁判所和大審院的判例亦常常採取這種見解，公法判例大系上卷第七〇頁以下。）至於成爲疑問的，主要地還是關於能力的規定。

私法對行爲能力加以限制，當然是認被限制者意思力爲不完全而然。但對於意思力不完全的人，在公法上亦應限制其權利能力或行爲能力，所以禁治產者準禁治產者，在選舉權、被選舉權、公民權暨其他公權及公義務上，都被規定爲無能力者。不過，民法上關於能力的規定是以保護其本人財產上的利益爲目的，而且是關於對等的私人間之行爲的規定，所以不但不適用於與財產上的利益無關的公法關係上，卽對於爲財產上的利益之公法關係，亦不能把對國家的意思表示與私人相互間的意思表示作同等觀。所以官廳若認某意思表示爲有效而受理，並加以根據正當權限的行爲之後，因爲那官廳的行爲具有公定力，無能力者不得援用民法的規定用取消權去對抗。

因此，當公法的規定使用着未成年者禁治產者準禁治產者或無能力者等名稱時，對於此等名稱的涵義，固然非解釋爲應從民法的規定不可，但除此之外，關於能力的民法規定，對於公法關係一般地都應作不能適用解。公法上的行爲能力，除訴訟能力在民事訴訟法上有特別規定外，普通都別無明文。在那種無特別規定的場合，爲完全無意思者的行爲固屬當然無效，但若爲有能力者的行爲，一經國家據之而加以國家行爲之後，則縱使無監護人或保佐人的同意，國家行爲亦不因之而無效，同時亦不成爲取消那國家行爲的原因。

（備考） 有一十六歲餘之未成年者，未經監護人同意而稟請開鑛，並領得執照。後行政裁判所對於主張該礦業執照爲無效之訴，判定：「稟請開鑛非私法上之行爲，而爲公法上之行爲。故不得以未成年者爲無稟請開鑛之能力。」將其駁回（大五、四、一三、行）。開鑛稟請所發生的效果：一方面是取得爲不動產業權之一種的礦業權；他方面爲負擔種種財產上之義務，所以大概應解釋爲準用民法第四條第一項，須經法定代理人同意纔是正當。對於這完全無須同意的主張，實難贊同。但一經領有鑛業執照，就不能用取消權去對抗，即不得再準用民法第四條第

## 二項的規定。

至關於法人的民法規定，(甲)法主體無論在公法或私法俱爲共通，所以民法商法上的法人，在公法關係上亦是法人；(乙)在公法關係上代表法人的權能，和私法關係的代表權無不同之理，所以關於法人代表權的民法規定，亦得適用於公法關係；(丙)關於法人之設立的民法規定，是專限於私法人的；公法人的設立各有其特別法。但公法人亦有時爲私法關係的主體，所以民法第三三條法人非依法律之規定不得成立的規定，亦適用於公法人；(丁)關於法人之住所的規定，沒有理由因公法人或私法人而不同，所以應解釋爲得適用於公法人；(戊)關於法人登記的規定，不適用於公法人；公法人之設立，無須登記即可與第三者對抗(大七、一〇、一、大民認定水產合作社及其聯合會無須登記)；(己)關於法人之機關及其解散的民法規定，不適用於公法人；(庚)關於法人之清算的規定，除法律有特別規定的場合外，應作得準用於社團法人解。

(二)物 關於物的規定，從物的支配權之內容及其管理或處分方法上看來，不用說公法和私法是大相徑庭的。但爲法客體的物之本身，無論在公法或私法都是共通的，所以民法總則編

第三章的規定，應視爲得準用於公法。

(三) 法律行爲 在前面已經說過(第九一頁以下)法律行爲、意思表示、代理、無效和撤銷、條件和期限等觀念，是公法和私法所共通的，在公法上亦非承認有與其相當的觀念存在不可。自然，意思力有優劣之差的國家與人民間的法律行爲，當然不能和對等的私人相互間之行爲同樣由同一的法則規律，所以關於法律行爲的民法規定，不能一一準用於公法上的法律行爲。不過，在那些規定沒有理由因公法或私法而不同的限度內，民法的規定應解釋爲得準用於公法。

具體的說來，何種規定纔得準用於公法上的法律行爲？關於此點，在此難一一縷述。不過如：(甲)對於異地者的意思表示，以通知送達對方時起發生效力的原則；(乙)代理人在其權限內，經表明爲本人而行的意思表示或對於他人的意思表示之接納，都直接對本人發生效力的原則；(丙)無效行爲不能因追認而發生效力的原則；(丁)關於停止條件和解除條件的原則；(戊)條件成否未定間之當事者的權利義務，得根據權利義務的一般規定而處分、繼承、保存或擔保的原則等，都沒有理由因意思有優劣之差抑爲對等而不同，所以除法律有特別規定或有特殊的反

對理由之場合外，都可解釋為得準用於公法。

公共團體相互間的行為，及基於土地徵收法的協議那種行之於對等者間的行為，那雖然是公法上的行為，但因爲是行於對等者之間的，所以準用民法規定的傾向極爲顯著。

(四) 期間和時效 此節已見前述(參閱第九〇頁以下)，茲從略。

### 第五節 公法與私法的轉換

公法關係中之以財產的價值爲內容者，從其內容上說來，等於私法關係。所以若在這種關係上再加上某項法律原因，則以前本由公法規律的關係，此後竟改變爲由私法規律的關係；即有時公法關係得改變其性質而轉換爲私法關係。關於這種轉換，我以為可分爲三類：(一) 因義務之履行或權利之實現而生的轉換；(二) 因扣押而生的轉換；(三) 因廢止公用而生的轉換。

#### 一 因義務之履行或權利之實現而生的公法私法的轉換

以財產的價值爲內容的公法關係，有時因權利者實行其權利或義務者履行其義務，其關係

發生變易而轉屬於私法的領域。

這可以再分爲兩類：一是關於公法上的債權，當義務者履行其義務的場合；一是關於可稱爲公法上的取得物權的權利，當權利者實行其權利的場合。

(一) 公法上的債務之履行 一種義務當然因義務者之履行而消滅。但和消滅同時，那義務履行的結果，有時竟把本來具有公法關係之效果的關係改變爲相當的私法關係。我想這可以更分爲三項：

(甲) 其一，以金錢或物品之給付爲內容的公法關係。這可舉租稅徵收權爲典型的實例。租稅徵收權當然是公權，但若納稅人履行其義務，則國家對該項繳納金，卻爲取得私法上的所有權。即公權因義務之履行而轉換爲私權。

此外，尚有情形與前項稍有不同，但亦是因公法上的金錢給付義務之履行而發生公法私法的轉換的，這就是納稅保證人或租稅之連帶義務人代納稅義務人履行納稅義務的場合。納稅保證人或連帶義務人對國家的義務，當然是公法上的義務。但履行那義務的結果，彼等即對納稅義

務人享有賠償請求權。而這種賠償請求權卻純屬私權，是專由民法規律的。

(乙)其二、以供託金錢或物品爲內容的公法關係。例如法律命新聞紙發行人或衆議院議員候補人作金錢或國債證券之供託的場合，那供託義務當然是公法上的義務，但因履行那義務而生的供託契約之關係，除在新聞紙的場合，國家因特定目的對供託金享有公法上的先取特權，和在議員候補人的場合，以候補人的得票數不達定額爲條件，國家對供託金享有公法上的沒收權（選舉法第六八條）之外，便都是私法關係。供託人請求發還的權利亦是私權（見前第四三頁）。即因公法上的供託義務之履行而形成私法關係。

(丙)其三、以締結私法上的契約爲內容的公法關係。例如依地方鐵道法第五條，主管大臣命地方鐵道業者與其他鐵道或軌道作連絡運輸或直接運輸時，因該命令而生的地方鐵道業者的義務，當然是公法上的義務。但若因履行那義務，關係企業者間成立連絡運輸或直接運輸的契約，則此種契約上的關係便屬於私法關係。

(二)公法上的取得物權之行使 此處所謂「公法上的取得物權」是指得於某種條件

之下取得某土地物件或其公賣得價之公法上的權利而言。依公法上的先取物權、留置權、抵押權、質權及依租稅欠納處分之財產扣押而得的權利，都是屬於此種公法上的取得物權的。又此外如依煙草專賣法、政府在耕種者所收穫的煙葉上所有的收納權；依地方鐵道法、軌道法、運河法、自來水條例等、國或公共團體因通告收買而生的收買權；又依土地徵收法，經內務大臣許可並經地方長官公告土地細目後，起業者對某特定土地所有的徵收權等，都同屬此類。

此等權利不用說都是公法上的權利。但因實行該權利而生之法律上的效果卻是私法的。權利者不過藉實行權利去取得私法上的所有權。即公法上的取得物權，從其最終的目的上看來是屬於私法的，不外是以取得私法上的權利爲目的的公法權利。取得權利的行爲本身是公法的，但實行該權利而取得其目標的結果卻是私法的。例如國家收買私設鐵道，那當然是公法上的行爲，但收買完成的結果，在鐵道及其附屬物件上所取得的所有權，卻是私法上的權利。又起業者根據土地徵收法的徵收權，那是公法上的權利，但起業者因其與土地所有人間之協議調協而取得的權利，卻是私法上的權利。這些都是公法上的權利因實行而轉換爲私法上的權利的。



## 二 因扣押財產而生的公法私法的轉換

關於一切以金錢之給付爲目標的權利——無論其爲公法上的債權抑爲私法上的債權，當權利者爲着強制履行義務而將義務者的財產扣押的場合，若是對於有體物的扣押，則存於該物上的所有權之效果受限制，即債權人在足以抵充其債權的限度內，有收領其拍賣所得金的權利。至對於金錢債權的扣押，那債權的效力就轉屬於扣押債權人，即扣押債權人取得代向第三債務人要求支付的權利。但這種扣押債權人所取得的權利，不一定與爲扣押目的之財產權同其性質。譬如當扣押私法上的財產權的場合，有時扣押債權人爲國或公共團體，而該債權若爲公法上的權利，則國或公共團體因扣押而得的權利亦卽爲公法上的權利。又如當扣押公法上的權利的場合，扣押債權人有時卻是私人，而該債權若爲私法上的權利，則債權人因扣押而得的權利卽爲私法上的權利。

就中，例如當國或公共團體因租稅欠納處分而扣押義務者的財產的場合，若扣押的財產爲有體物，那就很明瞭，國或公共團體因扣押而得的權利是公權。因爲從內容上看來，這種權利是國

或公共團體以強制力將財產公賣而以其得價抵充欠納額的權利，而帶有這種強制力的權利就祇有公權的緣故。可是，當扣押債權的場合，國稅徵收法第二三條之一第二項卻規定根據扣押，「政府在督促手續、積欠償金、欠納處分費及稅金額之限度內，爲債權人之代位，」而不承認其得對第三債務人行使強制執行方法。即國或公共團體，用扣押手段祇能取得代替債權人收領債務之支償的權利。因而若被扣押的權利爲私法上的債權，則對於國或公共團體因扣押而得的權利，亦似乎非視之爲私法上的債權不可。其實，這種見解是錯誤的。因爲無論是扣押債權或扣押有體物，都是以公的權力作用的方式去執行的，所以對於國或公共團體所取得的權利，在性質上當然非解釋爲屬於公法不可。法律不過因第三債務人的債務在本質上爲私法的債務，所以即當國或公共團體居於扣押債權人的地位而要求履行債務時，亦以行使強制力爲不適當，而使其採取和私法上的債權同樣的辦法而已，至對於國或公共團體因扣押所得的權利，並不得否認其爲公法上的權利之本質。

同樣，當私法上的債權人扣押債務人之公法上的金錢請求權——如官吏的薪俸、議員的出

席費、公吏的薪金等的場合，那被扣押的權利本來是公法上的權利，但扣押債權人因扣押命令及轉付命令之結果，向爲第三債務人的國或公共團體請求支付的權利，卻是私法上的權利。例如議員領受出席費的權利當然是公法上的權利，但債權人因扣押出席費而得的權利，已非領受出席費的權利，而爲收領國庫所支付的相當於出席費之金額的私法上的債權，是祇能依民事訴訟請求保護的權利。

（備考） 甲本是大阪市的有薪吏員，退職後遂取得向市領受退職金的權利。但甲的債權人乙將該權利扣押，且請得轉付命令，是後，爲第三債務人的市，即將甲之該項金額扣下而轉支給乙。甲認市之處理爲不當，主張市吏員的退職金爲不得扣押的權利，以市爲被告，提起請求支給退職金的民事訴訟。但大審院否定甲的主張，認吏員的退職金爲可以扣押的權利而駁回其訴（昭七、七、二二、大民）。在本訴訟，第一要注重的是本件能否成立爲合法的民事訴訟的問題。市制第一〇七條，對於退職金規定關係人有異議時，得依申稟異議、訴願和行政訴訟去抗爭，所以關於退職金的權利，祇能依行政爭訟的手續去主張，而不能成爲民事訴訟的目的。故原告

以大阪市爲被告而提起民事訴訟，手續已屬錯誤，即根本爲不合法的訴訟。但在第二點，本訴在實質上是以扣押命令及轉付命令爲無效之訴，而扣押命令和轉付命令是法院所發的，所以主張其爲無效之訴當然是民事訴訟。又本訴以市爲被告亦未免錯誤，應以扣押債權人乙爲被告纔對。債務人甲和乙的關係是私法關係，得爲民事訴訟的目的；但領受退職金的權利者甲與市的關係，卻純粹是公法上的關係，不能構成民事訴訟。因此，在本訴，原告以市爲被告而提起民事訴訟實未能合法，非以乙爲被告不可。

(二)某村吏員甲退職後，享有向村領受退職金的權利，而甲的債權人乙將之扣押，且領得轉付命令。惟是時，村長適發覺甲在職中有不正行爲，依村規，對甲不應支給退職金，因申明對該轉付命令不能接受。扣押債權人乙，根據鎮村制第八七條，始則向村長申稟異議而被駁回，再向參事會訴願又不蒙受理，最後便向行政裁判所起訴。行政裁判所以爲對退職金得申稟異議之所謂「關係人」係指對該退職金之支付有請求確定的權利者而言，而扣押權利者亦即爲法律上之關係人。因認本訴爲合法的行政訴訟而審理。但同時對本案又主張領受退職金的權

利是不能依轉付命令而轉付的，將乙的請求駁回（昭七、三一、五行。）

行政裁判所的判決，實欠平允。（甲）領受退職金的權利，在本質上固然是公法上的權利，但當債權人將之扣押時，扣押債權人向村請求支付的權利，便只有私法上的債權之效力，而全無公法的性質。至於吏員與村的關係，固然是公法的關係，但扣押債權人與村之間卻毫無公法關係存在。扣押債權人依扣押而得的權利，並不是領受退職金之支付的權利，而係領受與退職金金額相當之支付之私法上的債權。既然是私法上的債權，便祇能以民事訴訟去請求保護，所以將之認為合法的行政訴訟而受理，實為不當；（乙）本判決以法院所發的轉付命令為無效，行政裁判所竟審理法院的命令之效力，單就這點看來，已可決其為錯誤。

要之，在右舉兩判決，未能認識領受退職金的權利和扣押債權人因轉付而得的權利之性質轉換，因而不明前者為公法上的權利，為應依行政訴訟主張；而後者為私法上的權利，係應依民事訴訟去主張的。判決之所以錯誤，即由於此。

### 三 因公物廢止公用而生的公法私法的轉換

除公有海洋、河川法規定的河川、暨其他公有水面之不能成爲私法上的所有權之目的物者外，如道路及其他直接供公的目的之用的公物，雖然被認爲私法上的所有權之目的物，但國或公共團體，並不是在其上一面享有私法上的所有權，而同時又享有與該所有權不同之公法上的管理權的。國或公共團體對之所享有的權利，應認爲綜合兩者而成之單一的公法上的物權——即物的支配權，此點業如前述（第七七頁）。不過，那種公法上的權利，當國或公共團體廢止其公用時，即失卻其公法的性質而轉換爲普通的私法上的權利。

例如河川法第三條規定：『河川及其基地或流水，不得爲私權之目的。』根據這種法律明文，即可知存於河川基地或流水之上的國家的支配權，是祇有公權的效力的。但若河川的流域變遷，原河川基地被廢止公用時，那土地便成爲廢川基地，而存於該土地上的權利，在廢止公用前是遵依公法的規律，是具有公法上的權利之效力的，但一經廢止公用，便轉換爲私法上的權利。

當道路或其他公物被廢止公用時，亦可以發生同樣的事態。存於同一土地物件上的支配權，以前由公法規律，但因廢止公用，以後卻變爲純粹私法上的權利而受私法的規律。

又公有水面填築法第二〇條規定：『經第二十二條之竣工認可後，自該認可日起，官准填築者取得該填築地之所有權。』即依公有水面填築法，官准填築者將填築工事完成而經竣工認可後，便取得該土地的完全所有權。但所謂填築竣工認可，不是賦予土地所有權之創設的行為。這種認可，並非形成新的所有權；不過是從前存在着的官准填築權因竣工認可而轉換為土地所有權而已。即在認可前基本是屬於公法的權利，但在認可後卻轉換為純粹的私法上的權利。

### 第六節 私法的公法化

十九世紀西歐諸國的基本思潮，以為除親屬法繼承法外，私法就都是關於經濟生活的法，而關於經濟生活，須放任各人自由活動纔能使之盡量發展。這種思潮，簡直可說是構成當時私法的秩序之根基的基爾克（Gierke, Deutsches Privatrecht I. S. 26）所謂個人法（私法）以主體之不拘束（Unverbundenheit der Subjekte）為出發點，社會法（公法）以主體之拘束（Verbundenheit der Subjekte）為出發點的主張，亦是以這種思想為基礎的。

這種關於經濟生活的個人自由主義的思想，已成爲現代資本主義經濟組織的基本論調。可是在經濟生活上，個人自由主義極端化的弊害，亦跟着資本主義的發展而日益顯著；從社會的公共利益上着想，對這種個人自由主義，實有加以適當的限制之必要。即對於經濟生活，亦有不能再放任各個人自由活動，而在某程度內非由國家的權力加以調整不可的趨勢。

以國家權力爲依據的經濟生活之調整，在調整個人相互間之法律的秩序的範圍內，仍爲私法的規定，私法尙未公法化。例如利息限制法限制利率；租地法伸長租地權的存續期間等，無疑是從社會公益的見地去拘束契約的自由。但那拘束，不過規定個人相互間的法律關係在違反該限制的限度內爲無效，對該違反，並不用國家權力以公法的制裁，所以仍然是私法的拘束而非公法的拘束。

但依據國家權力而行的經濟生活之調整，不單爲調整個人相互間的法律關係之秩序，且直接使該項法律的關係成爲個人與國家間的關係的場合，換言之，即不單使違反限制之個人相互間的法律關係爲無效，且進一步以國家的權力科違反者以公法上的制裁，而依這種制裁的手段



去強制其遵守的場合，私法便發生公法化。

這種意義的私法公法化，今日尚未十分顯著。蓋猶在萌蘗之秋，勢將徐徐伸長於今後。不過，在今日，這種現象亦已無可掩飾地在種種關係上表現出來；關於這點，我想分四項觀察：（一）所有權之公法上的限制；（二）企業的公共化；（三）契約自由之公法上的限制；（四）公法與私法的結合。

### 一 所有權之公法上的限制

所謂所有權之公法上的限制，是對於所有權之享有或行使的限制。其中對於享有的限制，是禁止私人不得以某物爲自己之所有，即係以國家的權力強制剝奪其該項所有。至於行使的限制，是對所有權的效果——物之使用收益處分的自由加以拘束，若違反拘束，國家即科以公法上的制裁，或依國家權力加以強制執行。在所有權之行使自由的限制中，關於處分行爲的限制，同時即爲對於契約自由的限制，這點且容後述。

所有權之公法上的限制，並非稀有的現象。如沒收（刑罰的沒收或警察權的沒收）徵收（公

用徵收、徵發（船舶汽車及其他特定物的徵發）、強制收買（地方鐵道及其他公共企業的收買）、換地處分（耕地整理及土地區劃整理）、收納（煙草專賣法及其他專賣法之專賣貨物的收納）等，其爲對所有權的享有自由之限制，已屬人所共知。至關於所有權的行使自由，民法第二〇條，已表明所有權爲僅『於法令之限制內』得從事物之使用收益及處分的權利。所謂法令之限制，當然是包含着公法的限制的。即可以說民法對於所有權的行使自由應遵守公法的限制之點，已有先見。其中，如所有權的警察限制、公用限制、軍事限制及財政限制，即爲顯例。

此等所有權限制，都不外是爲私法上的權利之所有權遵守公法的規律，在此限度內，就可以說是私法的公法化。但對於這一切的限制，不能一律視爲對於經濟生活上的資本主義原理之修正，其中大部分卻是爲着維持社會安寧秩序的警察目的、或爲國家本身的軍事、財政及經營公企業等目的而設的。

現代的國法，在不妨害公共的安寧秩序的限度內，對於所有權的享有或行使，以一任自由爲原則。這已成爲經濟生活的原理。無論積有多大的財富，國法對之毫不禁止，所有者亦不負須爲社

會福利而行使所有權的義務。一九一九年德意志的維瑪憲法（Weimar Constitution 譯者）第一五三條第三項規定：『所有權包含義務，所有權之行使，須同時顧及公共福利；』第一五五條第三項規定：『開拓土地而利用之，爲土地所有人對公衆所負之義務。其不費勞力或資本而增加之土地價值，須爲公共目的而利用。』這和一七八九年法蘭西的『人權及公民權宣言』第一七條所謂：『所有權爲不可侵犯之神聖權利，』是一個恰好的對照。看了這對照，就可以明瞭其間的思想變遷。但在德國，對於所有權者應負何種義務，又若違反義務應受何種制裁等問題，都委諸法律規定，憲法的規定不過是空泛的主義的宣言，並無直接的法律效果。至於日本現行國法，不用說對於所有權一般地尚未認定其應負有該項義務，所有權者在原則上對其所有權有行使或不行使的自由。又憲法第二七條保障着：『爲公益所必要之處分』外，所有權爲不受國家權力侵害的權利。

但至今日，對此原則已有不少的例外。不但爲着警察目的或國家本身的軍事、財政等目的，即從經濟生活的秩序上着想，亦在某限度內對所有權加以公法上的限制。所有權的社會化，已向前

更進一步。

關於所有權的社會化，可分三方面觀察：第一是使所有人負擔為社會公共福利而利用所有權的義務；二是國或公共團體徵收所有權，而將之利用於社會公共福利的目的；第三是國家為着公共福利而限制所有權的行使自由。

(一) 所謂「應適當地行使所有權」之公法上的義務，一般尚不多觀。至於鑛業權和漁業權，是和普通私法上的財產權有所不同的。鑛業法第四〇條規定：「鑛業權者自註冊日起一年內，若無正當理由而不從事事業之開始；或休業至一年以上；又或不依照施業案從事採掘時，商工大臣得取消其鑛業權；」漁業法第二二條亦規定：「自領得漁業執照日起一年內不從事漁業；或繼續休業至二年以上時，行政官廳得取消其執照，」這是因為鑛業、漁業者享有權利，因而規定其負有行使那權利的義務。又關於特許權和商標權，特許法第四一條及商標法第一四條，亦規定特許權者或商標權者負有實施發明或使用商標的義務；若不於某期間內實施或使用，國家得取消其權利。但這些限制都是基於各該權利的特殊性質的，至對於一般動產或不動產的所有權，原則上

都不以不行使所有權爲原因而加之以沒收或其他公法上的制裁。

不過亦有若干例外：(甲)依森林法，森林所有人都負有經營森林的義務。除國有林由國家自行經營外，對其他公有林、寺有林或私有林，都規定當有荒蕪之虞時，得由行政官廳指定施業方法（森林法第一〇條）；(乙)如前所述（第一三二頁以下），依北海道國有荒地處分法或樺大國有荒地特別處分令，承買或承租土地者都負有開墾土地的義務；(丙)因開墾土地或物之生產、製造、購入等而領受國家的獎勵金、助成金或補助金者，依法令或保護條件，普通都負有適當行使那土地或物的所有權的義務；若違反義務，便構成取消其保護的原因。

(二)土地徵收中之直接以社會公共福利爲目的者，可舉都市計劃法和不良住宅區域改良法的徵收爲例。一般土地徵收的目的，都是爲着供作某項特定公益事業之用。至於社會公共福利，並非其直接的目的。但都市計劃事業和不良住宅區域改良事業的徵收，即與一般徵收大異其趣。不單事業本身是以社會公共福利爲目的的，即其所徵收的土地物件亦非全部供作事業本身之用；在事業本身所需用的土地之外，並得以直接供社會公共福利之用爲目的而徵收土地。這種

法律的特色，特別在下舉四點明白表現着：（甲）一般土地徵收，祇能在該特定事業的必要限度內徵收土地。但都市計劃事業或不良住宅區域改良事業的徵收，並得於供作事業自用者外，徵收超過其必要限度的土地。都市計劃法第一六條第一項，規定得徵收都市計劃事業所必需的土地；而第三項又規定：「凡與前項土地毗連而為都市計劃上造成建築地基所必需之土地，得依勅令徵收或使用之。」這規定雖屬簡單，可是，這簡單的規定卻建立了土地徵收上空前未見的新制度，是含有所有權社會化的重大意義的。因為那規定之所謂「建築地基」並非供作徵收者——國或公共團體本身建築之用的地基，而係以私的建築為目的的的地基；所以那一部分的徵收，是為着供私人建築之用的徵收。但前此所行之土地徵收，都是祇限於供作徵收者本身的事業之用的徵收；反之，此種場合的徵收，卻不是為着徵收者本身之用，而係為着社會的目的的徵收。該規定之所以含有重要意義，即為此故。又不良住宅區域改良法第一〇條亦規定：「為本法之改良事業施行上所必要時，事業施行者得徵收或使用區域內之土地、建築物及其他工作物。」即認定對於改良事業施行區域全部的徵收權。但在那區域中，供徵收者本身之公用的不過是其中的一部，其他都

是爲着社會而徵收的；（乙）結果，不論是依都市計劃法的場合，或是依不良住宅區域改良法的場合，當改良事業完成後，那被徵收的土地中之不爲徵收者本身所公用的部分，都盡行出賣（或出租）。這和在一般的土地徵收，被徵收者對被徵收地有買回權，徵收者完全不得將之出賣的場合，是一幅恰好的對照；（丙）在一般的土地徵收的場合，祇可以徵收土地；至建築物或其他工作物，以不得徵收爲原則。但當根據都市計劃法或不良住宅區域改良法的場合，因爲對舊建築物有加以拆毀整理的必要，所以得徵收建築物及其他工作物。這種徵收，亦不是爲着供應公用上的需求，而係爲着拆毀整理的目的，即同樣是爲着社會福利的目的；（丁）因上述之目的，又產生一種特異的結果。這就是根據都市計劃法徵收時，其徵收區域不同一般徵收之由徵收審查會裁決，而係由主管大臣決定的。至於依不良住宅區域改良法時，雖然由徵收審查會裁決，但對於主管大臣所指定的改良區內之土地，都得加以徵收，徵收審查會並無認定其爲事業需用上所必要與否的權利。

（三）行使所有權的自由因社會公共福利而受公法上之限制者，今亦不乏其例。所有權的

公用限制，有的像要塞地帶法的限制，那是專以軍事的目的爲目的；有的像公用使用權所生的限制，那是法律爲着特定事業之需要而設定土地物件的使用權利，所有權因而受限制的；其大部分都以社會公共之福利爲目的，這種公法上的所有權限制，且有日益加甚的趨勢。如森林法、道路法、河川法、堤防法、都市計劃法、史蹟名勝天然紀念物保存法、國寶保存法、國立公園法等，對於所有權都規定有這種限制。此外，對於領受國家補助而開墾的土地、領受補助而生產、製造或購入的物件，都同樣有限制所有權的規定。

## 二 企業經營的公共化

經濟生活上的個人自由主義的思想，對於一切經濟的事業之經營，主張概須放任個人自由，國家除使之勿妨害社會的安寧秩序外，應儘量避免干與。這是以營業自由爲原則，對於一切經濟的活動——不問其爲何種事業，都主張個人的私營業型態，堅持着自由經營的放任主義的。這種意義的經濟上的自由主義思想，在日本從未佔得強固的地位。自明治維新以來，日本產業界的進展，以得諸政府之保護獎勵者爲多；不過政府對於經濟生活的干與，亦祇限於保護獎勵，至產業本



身仍依私營業的型態而實現。但近時，國或公共團體往往自行經營各種經濟的、生產的事業；即對於放任私人經營的事業，亦有時將其視為國家的事業，須經國家准許然後纔能經營。又其經營由國家施以特別監督，並使經營者對國家負種種公法上的義務。這種企業經營公共化，有與日俱增的傾向。如郵政、電報、電話、無線電報、無線電話、鐵道、軌道、索道、汽車運輸事業、運河、自來水、溝渠、航路標識、健康保險、簡易生命保險、郵政儲金、郵政匯兌、郵政收賑、電力事業、瓦斯事業、米穀統制、屠場、中央躉卸市場、職業介紹、公益當舖等，都是屬於此類的事業，已多至難於枚舉的程度。

所謂企業經營的公共化，並不能即解釋為「關於該經營的一切法律關係都公法化」之意。在企業經營者為私的企業者時，可勿置論。即當國或公共團體自行經營時，因經營而生之買賣的法律關係，原則上亦是遵依私法的規律的。關於此點，前已略加論及（第四二頁以下）。例如米穀統制法的目的，明明是以國家的權力維持米價之公平的，但其以糴入或糶出為手段，卻是憑藉私法的手段。所以從這點看來，尚不能謂為私法的公法化。

可是，此等公共化的企業經營，雖然在交易上的法律關係是以私法關係為原則，但若將之與

純粹的私營業比較，即可明瞭其在許多點都含有公法的要素。這在本章第一節中已加論及。尤其是國或公共團體經營的事業，最少在其組織和會計上必然是公法的。至於私企業者所經營的許企業，在其須服從國家的特別監督、和對國家負種種特別義務等關係上看來，亦無疑是公法的；單在這限度內，將其與除遵守民事上及警察上的限制外，即與國家無特別關係，全部營業都專由私法規律的純粹私營業比較，而謂其為私法公法化的一個顯著表現，實不為過當。

### 三 契約自由之公法上的限制

對於契約自由之公法上的限制，在現行國法上已成爲私法公法化的最顯著的現象。目前固已有不少實例，且有日益增加的傾向。這種公法上的限制應與契約自由之私法上的限制區別，業如前述。私法上的限制，祇將違反限制的契約視爲無效；但公法上的限制，卻是科違反者以公法上的制裁，或以國家的強制力使之履行義務。

契約自由之公法上的限制，有的是爲着普通警察的目的，有的卻是爲着財政的目的。如禁止違法出版物之發賣；限制槍砲火藥類之讓與等，爲前者之例；而禁止煙草耕種人處分其所生產

的煙葉，則爲後者之例。但這都不是此處所擬論述的，在此，專就以統制經濟生活爲目的的契約自由之限制加以討論。

以統制經濟生活爲目的的契約自由之限制，在現行國法上亦現爲種種不同的形態，殊難一一縷述。至其較重要者，可舉（甲）強制合作、（乙）商品檢查、（丙）供託金之強制、（丁）契約約款之監督、（戊）出入輸之限制、（己）國外匯兌之管理、（庚）重要產業之統制等爲例。從這各種限制的目的上看來，有的是爲着調整市價；有的是爲着維持商品的聲價，防止粗製濫造；有的是爲着保護爲買賣對方之一般大衆的利益；有的是爲着防禦大資本的壓迫而保護中等工商業的利益；有的是爲着調和資本家與勞動者間的利害而保護勞動者的正當利益；有的是爲着應付國際經濟戰；有的是爲着維持貨幣制度，各自不同。但無論其目的如何，都是和自由放任主義相反的，對於國民的經濟生活，都不放任各人自由競爭，而以國家權力對契約自由加以限制，把私法上的契約關係加上公法的要素。在這限度內，都同樣是把私法化爲公法的。

若把這些限制一一詳述，將不勝煩瑣，且非必要。故在此祇舉出其中國的行政權干與私法上

的契約關係之一二著例以資說明。

關於契約自由之公法上的限制，當推鑛業主與鑛業勞働者或工業主與工業勞働者間的雇傭契約爲最顯著之一例。這些事業主和勞働者的關係，在法律的名義上雖然是對等的權利主體相互間的關係，但在事實的經濟力上卻是異常不平等的關係。實權完全操於事業主之手，勞働者完全處於懾服事業主單方的意思而絲毫不能動彈的狀態中。因此，法律對其契約的內容加以種種公法上的限制；禁止簽訂以法律禁止的事項爲內容的契約，並規定對違犯者加以刑罰的制裁。就中，如對於勞働者就業年齡之限制；勞働時間之限制；工資支發之限制；解雇之限制；因業務而負傷或死亡時之強制扶助等，那種勞働契約的限制，是許多國家都一般地規定着的。日本的國法，對此各點雖尙未達到世界的水準，但如工場法、工場法施行令、礦業法、礦工勞役扶助規則、勞働者罹災扶助法等，對上述諸點都已加以不少公法上的限制。

勞働法上還有一種特異的制度，那就是工場法（施行令第一九條和第二七條之四）規定工業主須訂立扶助規則、執業規則等稟報於地方長官，必要時，地方長官並得命其更改。又鑛業法

（第七五條、鑛工勞役扶助規則第一條和第三一條）亦規定礦業主應訂立雇傭勞役規則及扶助規則；前者須經鑛山監督局長批准，後者則須向鑛山監督局長稟報；局長於必要時亦得命其更改。這些規則，都是不經受雇人承諾而由事業主單方規定的，但有拘束事業主和受雇人雙方的效力，所以從表面上看來，似乎是法律承認事業主有以單獨的意思拘束受雇人的權力，可是，從法律的構成上說來，雇傭關係的本身已為契約關係，受雇人得依其自由意思去加入那關係，無論何時，又可以依自由意思退出那關係；因此，在規則訂定後而受雇的，可視為承認該規則而受雇；至規則訂立於受雇後的場合，則可視為承諾在該項規則之下繼續雇傭關係的。所以無論在那種場合，從法律上的見地看來，加於受雇人的拘束，都是有受雇人自行承諾的根據的。這和鐵道乘車規則之拘束乘客，學校規則之拘束學生同樣，都不應視為權力發動，所以事業主訂立那規則的行爲，不外是私法上的法律行爲，而不應解作國家將其立法權委任於事業主。不過，法律的構成雖屬如此，但事實上受雇人在經濟上尚不能享有退出的自由，尚不免違背自己的意思而忍受那規則的拘束，所以法律將之置於行政監督之下而加以公法的限制。

此外，關於契約上的爭執之解決，亦是法律承認行政權干與私法上的契約的一個顯例。私法上的契約之爭執，本以由民事訴訟解決為原則；即當依調停的方法解決時，普通那調停亦是由法院管轄的。至於特設的小佃官，表面上雖然像小佃調停的行政機關，其實，小佃官祇有調查事實而向法院陳述意見的職務，其本身並不當調停之任。但單是對於勞働爭議，行政機關不但當調停之任，法律且規定其即無當事人之請求，亦得根據其行政官廳之職權而設置調停委員會（勞働爭議調停法第一條。）自然，調停之成立並非依國家權力的強制，而係根據當事人雙方的同意的，不外是私法的爭議之解決而非公法的行為。不過，行政機關對之，不但得參加解決的協議和斡旋其進行，有時且得不問當事人的意思而強制開始調停手續；又在調停手續進行中，禁止第三者誘惑或煽動雇用人及勞働者，這都很明顯是加入了公法的要素的。

關於私法上的契約之爭的解決，還有一個法律承認行政機關予以干與之例，那就是農村負債整理合作社。惟該法祇規定行政機關得斡旋於當事人間使其協定成立，卻完全不許發動強制力。

#### 四 公法與私法的結合

私法之公法化的最後型態，是在於同一內容的法同時爲私法而又爲公法的場合；即係同一內容的義務，一面爲個人相互間的義務，同時又爲個人直接對國家所負的義務的場合。這種型態，可稱爲公法與私法的結合。

公法和私法的結合，決不是稀有的現象。在我們的日常生活上亦隨時可見。如不得傷害他人的生命身體；不得毀謗他人的名譽；不得盜竊或強奪他人的財產；不得侵入他人的住宅等，都是對人所負的私法上的義務，而同時又爲對國家所負的公法上的義務。若違反那義務，國家即科以刑罰的制裁。凡同一的行爲，一面構成犯罪而同時又構成民事上的侵權行爲的場合，都可以說是公法和私法的結合。因爲所謂犯罪，常常係指違反公法上的義務而言，而所謂侵權行爲，卻含有違反私法上的義務的意義之故。法律之准許在刑事訴訟的牽聯上提起民事上的附帶訴訟，即由於此。不過在經濟生活的交易關係上，個人相互間的法律關係，以與個人和國家間的法律關係分離爲原則。個人間的權利義務祇爲個人間的關係，國家對之，除有當事人的要求時依司法權加以

保護外，是以不直接干與爲主義的。在經濟生活上公法和私法分離的原則，即基此而生。

但在經濟生活上，因經濟生活的自由放任主義發生變化，公法的要素在種種型態上隨之而日益加強的結果，法律對於經濟上之買賣的個人相互間的法律關係，已不單視之爲個人間的關係，同時且爲個人與國家間的法；不單在請求保護時依司法權加以保護，同時還把那義務看作公法上的義務，更進而依行政權去監督那義務的履行；若違反那義務，往往被科以公法上的制裁。這種公法私法的結合，須與單純的契約自由之公法上的限制區別。當契約自由的限制祇爲公法的限制時，則違反限制祇爲公法上的違反義務，構成受公法上的制裁之原因；而違反限制的契約之私法上的效力，並不因違反限制之故而稍損；契約之是否有效，應另從民法的見地判斷（見前第一四一頁以下）。但公法和私法的結合卻與之不同，那是同一內容的法同時爲公法而又爲私法的，即違反那義務時，一面已構成受公法上的制裁的原因，他面那契約在私法上亦不能有效。又那權利雖然應以民事訴訟去請求，但同時又由行政權加以保護；行政機關對該義務之履行，更進而加以監督和強制。



這種公法和私法的結合，主要是出現於勞働法及少年法中。例如工業勞働者最低年齡法，規定不得雇用未滿十四歲之兒童使之從事工業，對違犯者得處以千元以下之罰金。這一面是規定工業主之公法上的義務，在他面，對於違反該限制的雇傭契約，亦不承認其在私法上成立爲有效。勞働者罹災扶助法，規定勞働者因業務而負傷、罹疾或死亡時，事業主負有遵依一定的準則，對本人或遺族予以扶助的義務，對違犯者又有罰則的規定，這亦是帶有兩重性質的，即一面爲事業主對勞働者或遺族的私法上的義務，而他面則爲對國家的公法上的義務。



A541 212 0002 8318B

中華民國三十年八月初版

(38876)

世界名著 公法與私法一冊

上海實價新法幣五元

版權所有  
翻印必究

原著者 美濃部達吉

譯述者 黃馮明

發行人 王雲五  
長沙南正路

印刷所 商務印書館

發行所 各埠商務印書館

(本書校對者馮寶武)



~~1651273~~