

## 國庫論

林田, 和博  
九州帝国大学法文学部助教授

<https://doi.org/10.15017/14444>

---

出版情報 : 法政研究. 9 (1), pp.57-98, 1938-11. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 國庫論

林田和博

一 はしがき

一 國庫の意義

一 國庫の損害賠償的機能

一 國庫と裁判管轄權の問題

一 國庫の法人的性格

一 國庫各論

(1) 公物に於ける國庫

(2) 強制執行に於ける國庫

(3) 國家責任に於ける國庫

(4) 公法上の損害賠償に於ける國庫

一 はしがき

二 行政法の發展は、獨乙に於いて、順次(一)領主國家時代(二)警察國家時代(三)法治國家時代(四)

ナチス國家時代に區劃して考察せられ得る。O・マイヤに依れば「行政法に革命なし」と謂はれる。これは、革命は、行政法に於いては、憲法に於けるが如き機構と運用との全部的且急激的なる變革を齎らさず、行政の具體的執行的性格はその部分的且漸次的なる變革を齎らすといふ事を意味する。革命に依る國家原理の變革は行政法の分野の變革を除外する事はない。否、例へばナチス革命に於いては行政法の變革は憲法のそれに並行し或は之に先行する事が見られ得る。

法治國家は自由主義の國家である。從來の自由主義の行政法に於いては法實證主義、技術的法形式の過度の尊重が支配し、例へばウイーン學派に於ける如く、ここでは公行政の精神そのものが重要視されずして、その主たる意義を個人に國權に對する最大限の保護を保證する事に置く法的構造への到徹が見られた。斯くて法治國家に於いては主觀的公權、依法行政、行政裁判は行政法的思惟に於いて最も重要な地位を占むる事となる。<sup>\*</sup> 然る

<sup>\*</sup> 法治國家に於いては、警察、自治、經濟行政及びその他の行政の全分野に於いて自由主義が支配的であり、自由の實現はそれ自身價值として、最高の目標が置かれてゐた。此の點に關して Darmstadter, Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates, 1930, Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, 1914, Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1929, S. S. 155—163 は詳細である。

に、ナチス國家は非自由主義の國家である。新しい非自由主義の行政法に於いては法實證主義、技術的法形式の過度の尊重が排斥せられ、そこでは公行政の精神が重要視せられ、その主たる意義を個人をして共同社會的規

律内に於いて共同社會の一員として役立たしむる事に置く法内容への到徹が見られる。斯くてナチス國家に於いては主觀的公權、依法行政、行政裁判は行政法的思惟に於いて必ずしも重要なる地位を占むるに至らない。

主觀的公權(Die subjektiven öffentlichen Rechte)とは國民が法律行爲に基づき或は法規の根據に基づき國家から何かを要求し又は國家に對し何かをなし得るやいふが如き、國家に對する臣民の法律上の地位を謂ふものである。斯くて、主觀的公權は個人の自由なる人格の表現である。自由主義國家に於いては行政權と相並んで又はその上に立つてこれを制約する個人の主觀的公權が要求せられる。然るに、ナチス國家に於いては個人の人格は全體の一部としてのみ認識され且これを共同社會の共同生活に役立たしめんと努めるものである。ナチス國家に於いては、亦、個々の行政領域に於いて、それに依つて共同社會的規律が害せられざる限度に於いてのみ、主觀的公權が與へられる。

依法行政(Gesetzmässigkeit der Verwaltung)は自由主義國家の行政の基本的要請である。自由主義國家に於いては、一般に、行政官廳は義務に従ふ的自由裁量に依つて、その機關的地位から生ずる職務を果たす事を要し、一定の法律規定にその積極的限界を見出し、従つて亦、法違反は斯かる一定の法律規定への違反に於いてのみ存するものとせられてゐる。然るに、ナチス國家に於いては、公行政の行爲はそれが國民社會主義的法形態に矛盾する事の證明がなざる限り違法となる。換言すれば、ナチス國家の公行政は法律(Gesetz)といふ形式で表現せらるゝ議會の意思の單なる執行ではなくして、指導者の意思、即ちそれは法律といふ形式を採らざる場合にも

拘束力を持つもの、の執行であると解せられる。従つて、法治國家に於ける依法行政の自由主義的擴充、即ち國民又は國民團體の權利及び自由に對する行政官廳の干涉はすべて法律の授權を必要となすといふこと、はナチス國家に於いては貫徹されない。茲では行政法上所謂、法の優位、法律の留保、は修正を受ける。

斯くて、ナチス國家に於いては、行政裁判所に依る行政行為の再審査、殊に自由裁量の領域上に於けるそれ、の制限が生じて來る事となる。自由主義國家に於いては可及的廣範圍の行政救済の確保、即ち、行政裁判所の權限に關する概括的規定主義が要求せられ得た。ナチス國家に於いても裁判官の獨立を侵害するを欲せず（この點にナチス國家の法治國家的性格の證明が認められ得るとなす者があるが）、従つて亦ナチス立法はその内容と及び限界とが正しく決定せらるゝ限り行政裁判を排除せざるものとされてゐる。<sup>\*</sup> 然れ共、行政救済の過度の擴充、

\* 行政裁判の觀念とナチス國家の觀念とが融和し得る事に就いては、プロイセン一九三三年十二月十五日法律 Gesetz über die Anpassung der Landesverwaltung an die Grundsätze des nationalsozialistischen Staates 第二十二條は地方行政裁判所及び最高行政裁判所を維持し、前者を Bezirks-Kreis- und Stadterwaltungsrecht と稱する旨を規定した (Deutsche Juristen Zeitung, Heft 10, Jg. 39, S. 630)

即ち行政裁判所の權限に關する概括的規定主義は排除せらる可きものとされてゐる。<sup>1)</sup>

二、國庫は從來の行政法に於いて一つの重要な役割を演じた。國庫は、實質的には、行政に對して個人を保護するといふ目的を課せられた法上の擬制的概念と解せられ得る。然し乍ら、それは從來の行政法に於いて、

(イ) 裁判管轄權の問題、即ち一つの事件が行政裁判所、民事裁判所の何れに屬するか(ロ)それに適用される可き法規範の問題、即ち公法私法の何れか、に就いて國家が國庫と關係せしめらるゝ事に依つて民事裁判所及び私法に有利を與へたといふ方法に於いて實現せられたものである。

(イ) 國庫の理論は實質的行政法の上に民事裁判所の權限を擴充する事に支持を與へた。行政法と私法との區別を拂拭する國庫の理論は理論的には自由主義國家に依つて排斥され乍ら、然かも實際には警察國家以來此の理論に依つて基礎づけられた實質的行政法の上に於ける民事裁判所の權限を縮少して行政裁判所の權限に移す事となし得なかつたものである。之は政治的理由を持つた。即ち、民事裁判所の權限を實質的行政法の上に迄擴充する司法國家(Justizstaat)の要求は自由主義者の政治的要求であつた。獨乙に於いては、既にしてフリードリッヒ大王の下に於いて國家は警察國家であると共に司法國家であつた。<sup>\*</sup> 次いで司法國家の要求は一八四八年三月二日た(O. Mayer, D. Verw. R. 1895. S. 47 ff.)。

十八日フランクフルト憲法草案一八二條の中で要求せられ、同法は『行政裁判ハ止ム、凡ベテノ權利侵害ニ就イテ通常裁判所ガ裁判スル、如何ナル刑事裁判權モ警察ノ權限ニ屬セス』と規定してゐた。<sup>(3)</sup> 其の後プロイセンの新時代に於いて民事裁判所は訴訟の擴充(Erweiterungen des Rechtswegs)を確保し、行政裁判所は自由主義者の同情を享受し得なかつたものである。

ナチス國家に於いては、行政に對する權利救済は行政機構の中で確保せられ、從つて訴願及び職務上の監督を第一位とし、行政裁判所に依る權利救済は第二位に置かれる事、更らに亦、ナチス國家に於ける行政裁判の本質的機能の一は從來の司法國家への要求に對しダムを作る事にありとされる事、が注目される。斯くて、行政裁判所に依る直接的なる權利救済の外に亦行政行為から生ずる財産權的請求に關する民事裁判所に依る間接的なる權利救済の存在は止む可く、從つて、ナチス國家に於いては國庫の理論は實際上克服さる可しとせられてゐる。<sup>(4)</sup>

(ロ) 國庫の理論は實質的行政法の上に私法規定を適用する傾向に支持を與へた。實に、獨乙中世に於いては公法私法の區別がなく近世初期ローマ法の繼受到依つて始めて從來私法的一見られた行政法の領域に公法と私法との區別が試みらるゝ事となつた。所謂混合的政法關係はその史的意義を茲に持つ。<sup>(5)</sup> 即ち例へば官吏の任命、公物の所有、國家責任及びその他の行政法に於て從來私法關係と見られたものが之に依つて一部公法一部私法の支配する混合的法律關係として認識さるゝに至つた。此の場合、私法の支配は國庫の理論に依つて基礎づけられ、國家は國庫として私人と同等の地位に於いて私法規範の適用を受け、斯くて、O・マイヤーに依れば國庫としての國家に就いて云ひ得る事は唯その私法規範の適用を受く可き傾向を持つ事に過ぎずとされてゐる。<sup>(7)</sup>

ナチス國家に於いては法生活の根本的變革が、殊に公法私法の關係に於いて、顯著に見られる。即ち、自由主義國家に於いて見られた公法と私法との相互的縫合 (Durchdringung) の新場面、例ば經濟法及び勞働法のそれの外に、ナチス國家に於いては經濟生活及び從來の私法生活の大部分が公法生活の一部をなすとせらるゝに至り、

ローマ法的公法私法の區別は廢棄せられつゝある。斯くて、私法は個人の私的關係の上に區劃された特別の法として行政の上に適用さるゝ事を拒否せられる。即ち、茲では最早や私人の間に妥當する法が出來得る限り國家の上にも適用せらるゝ事を欲せず、國家は唯法の特別の規定ある場合に限り私法規範に服す可く、従つて、ナチス國家に於いて茲でも亦國庫の理論は現實的に克服さる可しとせられてゐる。<sup>(8)</sup>

三 公法私法の問題、行政行為の本體の問題、裁判所の管轄權の問題、國家法人の問題等の如き法治國家殊に獨乙の行政法の基本問題に於いて、國庫の觀念並びに理論は究明を必要とする前提問題である。此の論稿に依つて問題の所在を明確にし度。

- (1) Koellreuter, Das Verwaltungsrecht im nationalsozialistischen Staat (D. J. Z., 39 Jg. Heft 10.)  
Kötting, Deutsche Verwaltung, 1936. S. 170 ff.  
Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, 1937. S. 51 ff.  
Huber, Justiz und Verwaltung in Deutsches Recht, 1935.
- (2) Darmstaedter, a. a. O. S. 232. Hatzek, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrecht, S. 804.
- (3) Sievers, Das Verwaltungsrecht und der Fiskus im Dritten Reich. (Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht. Bd. 73 Heft 1/2 S. 6.
- (4) Sievers, a. a. O. S. 8—13.
- (5) Radbruch, a. a. O. S. 71.
- (6) Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906. S. 10
- (7) O. Mayer, D. Verw. Recht. 1895 S. 142.
- (8) Radbruch, a. a. O. S. 72. Sievers, a. a. O. S. 8.



一 國庫の意義

國庫はローマ法に於いてはカイゼルと相並んで立つ法人、國家的目的に役立つ財産權の把握者として民法及び訴訟法の中で特別の收益と及び特權とを承認されたるもの、を意味したものであつた。獨乙に於いては國庫はその中に罰金、沒收財、拾得物が流れ込む金庫 (Kasse) を呼んでゐた。此の國庫を持つ權利は始め唯カイゼルにのみ與へられたが、後には諸領主も亦これを持つ事を得る事となり、最後には諸領主がこれを獨占した。斯くて亦、諸領主の國庫はその中に臣民又は外人から徵收する地代 (Geld) が流れ込む金庫、その爲めに高權が存在してゐる金庫を呼んだ。<sup>1)</sup>

警察國家は二元的高權の代りに唯一無制限の國權を確立したが、此の警察國家は國庫を一つの法的制度として及び一つの法的補助概念として發展せしめた。その際注意すべき事は、當時に於いては民法から獨立なる公行政を支配する特殊の法が尙殆んど發達せず、今日峻別せらるゝが如き公法と及び私法とが多様に混合されてゐたといふ事實であり、更に亦、大審院は十七世紀以來無力となり領主權を有效に制限するが如き活動をなし得なかつたといふ事である。<sup>2)</sup> 此の如き事情の下に於いて、警察國家に於いては、人は國家目的に供せらるゝ財産權の主體たる法人を國庫となし、行政權の主體たる國家と並立せしめて以つて國家が關與する凡らゆる財産法的關係に於いて國庫をして國家を代表せしむるの思想を採るに至つた。即ち、唯一全同の國家は法律上二個の法主體、一は

公權的社團・公法人・本來の國家として、他は財産的社團・私法人・國庫として、區別して考察し得る。而して、此の二個の法主體はその代表者及び任務を異にするが、殊に法律上の性質を異にし、前者は高權的命令權を有し民法に従はず民事裁判權に服せざるに對し、後者は唯財産權を有し民法に従ひ民事裁判權に服するとされた。實に、警察國家に於いては一方國權が命令し他方これから生ずる財産權の關係は國庫の理論に依つて説明せられ、即ちこれに依つて國權の行爲とこれから生ずる財産權とは直接には連繫せずと解せられたものである。例へば、國家は高權に依つて租税の過誤納を命するが、之と共に國庫が不當利得返還の原則に依つてその返還の義務を負ひ、國家は高權に依つて個人に不當の犠牲を命するが、之と共に國庫が民事裁判所に於いて訴追せられると解せられた。<sup>3)</sup>斯くて、警察國家に於いては、國家の行政處分に對して攻撃をなす事が許されなかつたとしても、人は自己の既得權 (ein "wohlerworbenes" Recht) が行政處分に依つて侵害せられた場合、民法に服従する國庫の形式に於て間接的に國家の行政處分を牽制する事が出来たものであつた。

然し乍ら、此の如き法狀態には(イ)公法と私法との區別が正確妥當なるを得なかつた事、(ロ)唯一全同の國家が法律上二個の法主體、公法人 (Imperium) としての國家及び私法人 (Dominium) としての國家の二元性を以つて考察せられた事、別言すれば國庫が臣民として國家の外に立つた事、"Der Staat befehlt dem Fiskus, legt ihm Lasten auf, zwingt ihm zur Zahlung gleich anderen Untertanen"<sup>4)</sup> に矛盾を含み次の發展はこれを克服するものであらねばならなかつた。

警察國家の國庫の觀念は今日採られない。それは警察國家から法治國家への、國家の性質に關する觀念の變化に負ふものである。今日國庫の意義に就いては次ぎの三つが區別せられ得るとしても、國庫は國家そのものが唯特定の側から考察せられたものであり、國家と國庫との二元的對立は採る能はざるものであるとする點に於いては一致してゐる。斯くて、今日國庫の意義に就いて見れば、

第一は、國庫とは財産關係に立つ國家の事を云ひ、それが公法上の關係たるを私法上の關係たるを問はずとするものである\*。O・マイヤーに依れば、國庫とは國家財産の所有者としての國家、財産所有及び財産取得に關して働く國家である。但し、斯くの如き經濟上の方面に於ける國家は必ずしも私經濟的、換言すれば臣民と同一の地位にある事を要せず、國家が沒收をなし租税を徵收し官吏の俸給支辨の義務を負擔する等の公法上の働作をなす場合に於いても國家は尙國庫であるとせられる。

之は現今最も普通に採られる所である。蓋し、獨乙に於いては國家が公法上の關係に立つ場合も尙國庫の文字を用ひ、例へば租税國庫、警察國庫、郵便國庫、鐵道國庫といふが如きである。斯くの如き法文を解する爲めには例へば國庫は國家の私法的片面なりと解するのみを以つては不充分であるが故である。

\* O. Mayer, D. Verw. Recht. S. 142. G. Yellinek, subj. off. R. S. 55 ff. Wach, C. Pr. R. 1. S. 92.

然れ共、斯くの如き意味の國庫は何等積極的な内容を持つものでなく、O・マイヤーに従つて「斯くて、國庫に就いて云ひ得る事は、唯その私法に服する傾向を持つといふ事のみ」<sup>(5)</sup>である。

第二は、國庫は私權の主體としての國家、私法上の關係に於ける國家となすものである。<sup>\*</sup> Laband に依れば、法文が國家から離れて國庫なる文字を用ひる以上はその働作は必然的に國家の統治權と異なる可きものである。従つて國庫を以つて私權の主體としての國家、私法上の關係に於ける國家と解するのが正當であるとせられる。<sup>(16)</sup>

<sup>\*</sup> Laband, St. R. II. S. 837 ff.; Zorn, St. R. II. S. 220

然れ共、國庫を以つて斯くの如きものと解する場合に於ては、國家が財産法上に於いて然かも公法的に個人に對する場合は全然國庫の觀念の外にある事となる。従つて、若しも或國に於いて國庫の文字を國家が公權力を行使する場合に於いても尙用ひるとすればこれが定義としては狭きに失する事となる。

第三は、その根本思想に於いて第二と同一、即ち國庫は私權の主體としての國家、私法上の關係に於ける國家となし乍ら、然かもその結果に於いて之と異なるものである。<sup>\*</sup> Harschek に依れば、元來國家が民法の適用を受

<sup>\*</sup> Harschek, Lehrbuch d. deutsch. u. preuss. Verw. R. S. 43 O. Mayer, a. a. O. S. 143 ff.

くる所以のものは『同様のものは同様に規律せらるべし』といふ思想に淵源するものである。従つて國家が財産權の主體として個人と同様の働作をなす場合には個人に對して適用せらるゝ他の規律も亦同様に國家に對して適用せらるるを要する。即ち、公法、行政法の法系が時として國家に對しても適用される。(イ)それは國家が裁判所に公訴し又は公訴される場合である。<sup>\*</sup> 即ち國家は裁判權への服從に依て公の權利義務關係の中に入り、民

<sup>\*</sup> 例へば、獨乙民事訴訟法執行法第四條(後述)の如きである。更ふ O. Tr. I. Mai. 1877 (Str. 97 S. 204) 判決の中

では警察國庫の名を認め、これを以つて民事裁判所に於いて警察處分を辯護するを要する場合の國家の意味に解してゐる (O. Mayer, a. a. O. S. 144)。

事争議たると行政争議たるを問はず、少く共訴訟手續に於いてはその相手方と同等の地位に立ち、私人と同様に、裁判所の權限の下に服するものである。(ロ)それは國家が凡べての他の私人と同様に一般警察法、例へば建築警察、營業警察等に服する場合である\*。即ち國家はその國庫の建物 (fiskalischen Bauten) の建築に際しては建築許可を受ける。更らに亦、國家はその營業的企業の爲めには營業警察規定に従ひ、國のガス及び電氣工場、國の磁器工場等の工場經營は營業警察規則、殊に日曜日休業及び労働者保護に關する規則に服するものである。

\* 斯かる場合國家は高權人 (Hoheitsperson) として現はれず、國庫として現はれるとせられるが、その具體的説明及び事例に就つては O. Mayer, a. a. O. S. 254, Hatschek, Lehrbuch, S. 50.

(ハ) 國家は土地收用法に依つて收用せられる\*。(ニ) 國家は公の負擔又は課税に服する\*。斯くて、國家は公

\* Eger, Kommentar zum Enteignungsgesetz, S. 13 Hatschek, Lehrbuch, S. 51 O. Mayer, a. a. O. S. 254

\* \* 例へば 'Gesetz über die gegenseitigen Besteuerungsrechte der Reichs, der Länder und den Gemeinden vom 10. VIII. 1925 (RGBl. 252) に依れば Reich は Länder 及び Gemeinden 之の Länder 及び Gemeinden は Reich に對し、その官廳事務に關して手数料 (Gebühren) の支拂を要求し得る (Hatschek, Lehrbuch, S. 51 ff.)。又 O. V. G. 24. März 1877, 14 Juni 1879, 18 Mai 1881, 21 Juni 1882, 22 Juni 1885, 23 April 1887 等は「國庫は各市町村住民と等しく市町村の負擔に任するの義務を負ふ」旨を判決してゐる (O. Mayer, a. a. O. S. 143)。

法、行政法の法系に服従する。斯くの如き場合に於いて、國家は私權の主體といふ事を得ないが、然かも亦、國家は國庫と呼ばれてゐる。之を以つて見れば、國庫とは國家が、私人と同様に生活關係の中に入り來るが故に、私人に對して適用せらるる諸々の法に自らも亦服するが如き凡べての場合の爲めの概括的名稱をいふとせられ得る。斯くの如き國庫は警察國家の國庫の如く通常の私人でなく、畢竟、これは『國家は善き秩序の爲めには事情の下では臣民法 (Untertanenrecht) を自らの上に適用せんと欲した』といふ事の反射と解されるものである。

斯くの如く國家がその公法の規定を自らの上に適用する最も簡單な場合は所謂國庫行政に於いて見られるが、公行政に於いても亦苟くもそれが私人と同様なる働作をなす場合には、之が適用を受く可き者が適用さる可き公法規定と同等又はそれ以上の公益を代表せざる限り、亦之が適用を受ける。然して、一般にその同等又はそれ以上の公益を代表する場合には國庫と稱する事なくして警察官廳、高權人 (Hoheitsperson)、又は國家と稱せられるものとす。<sup>(6)</sup>

國家が國庫として現はれる場合は、一般に國家財産 (Staatsvermögen) の種類に依つて條件づけられ得るときである。即ち、國家財産には (イ) 國家の利益收得の目的に役立つもの、例へば現金、有價證券、田畑、工場等の如き所謂財政財産 (Finanzvermögen) (ロ) 國家の利益收得の目的に役立つに非ざる、例へば學校、病院、圖書館、兵舎等の如き所謂行政財産 (Verwaltungsvermögen) 及び (ハ) 共同使用 (Gemeingebrauch) に役立つもの、例へば公道、橋梁、公共水道栓、公共用梯子、ベンチ、時計等の如き所謂公物 (öffentlichen Sachen) に分つ事

を以つて普通とされるが、國家が國庫たる場合は次の三つの場合

- (一) 財政財産及び行政財産の獲得、維持、及び讓渡に役立つ私法關係に於いて、
- (二) 財政財産の土地所有者として、

- (三) 不動産行政財産、公物、及び公營造物に供せられたる行政手段 (Verwaltungsmittel) の所有者として、
- 以上であることされる。

斯くの如き國庫の概念は高權人 (Hoheitsperson) としての國家と私法の法人 (jur. person d. Privatrechts) としての國家の對立を是認するものであつて、警察國家の國家と國庫の二元説の殘影が多分に見られてゐる。唯々斯くの如き國庫の概念は從來の獨乙行政法の、殊に所謂混合的法律關係及び裁判管轄權の諸問題に於いて國家の私人と同等の地位を最も分明ならしむるものとして採られてゐる。

以上、今日國庫の意義に關する三つの説を見るが、實際的には獨乙行政法の各分野に於いて、國庫の意義はその何れを意味するとは判明し難く、寧ろ之等の綜合として觀念せらる可き場合が多い。

翻つて、我が國に於ても憲法第六二條第三項、第六六條、民法第二三九條、第一〇五九條等に於て國庫の名稱が用ひられてゐるが、此等の場合の國庫は財産權の主體としての國家として或は私法の法人たる國家として解し得られる。然し乍ら、一般に、その意義は常に必ずしも明瞭でなく、更らに亦、明治三十四年一月一日民事訴訟法第十四條に於ては「國ノ普通裁判籍ハ訴訟ニツキ國ヲ代表スル官廳ノ所在地ニ依リテ定マル」と規定して國庫

の名稱を用ひてゐるものである。

- (1) Stier-Somlo, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. S. 449 ff. O. Mayer, a. a. O. S. 48
- (2) 拙稿、Reichskammergericht 論（法政研究 第五卷 第二號）
- (3) 拙稿、行政法の類型（九大法文學部十周年記念法學論文集）第八頁
- (4) O. Mayer, a. a. O. S. 49.
- (5) Stier-Somlo, Handwörterbuch, S. 452.
- (6) O. Mayer, a. a. O. S. 144.
- (7) Hatschek, Lehrbuch, S. 45

## 一 國庫の損害賠償的機能

前述の如く國庫の損害賠償的機能は警察國家に於いて顯著なる發達を見たが、これは法治國家に入つて一八九六年八月十八日獨乙民法第八十九條第一項及第三十一條の中で確認されてゐる。即ち第八十九條第一項は「第三十一條ノ規定ハ國家並ニ公法上ノ社團、財團及ビ營造物ニ之ヲ準用ス」而して第三十一條は「社團ハ理事團、理事團ノ一員又ハ定款ソノ他ノ規定ニ依リ選任セラレタル、他ノ代理人ガソノ權限ニ屬スル事務ヲ行フニ付キ損害賠償ノ義務ヲ負フベキ行爲ニ因リ第三者ニ加ヘタル損害ニ付キノ責ニ任ズ」る旨を規定してゐる。

國庫の損害賠償的機能に就いては次の諸點が注意される。



(一) 先づ此の場合國家は國庫として法的關係の中に現はれてゐる事が必要である。國家が國庫として法的關係の中に現はれる場合は *Hatschek* に従つて (a) 財政財産及び行政財産の獲得、維持、及び讓渡に役立つ私法關係の中に於いて、(b) 財政財産の土地所有者として、(c) 不動産行政財産、公物、及び公營造物に供せられたる行政手段の所有者として、以上の三つの場合とせられ得るが、最も問題となるは (c) である。<sup>(1)</sup>

茲に、損害賠償の見地から國家の純粹に高權的行爲と及び國家が國庫として民法第八十九條第一項に従つて有責的なる行政行爲との區別に就いて、大審院の判例を見るに、國家はその農林官廳が私人の山林に所有權制限を命ずる場合國庫として現はれるが、然し乍ら、國家はその警察が山林所有者に對し山林警察の爲めに警察制限を課する場合國庫として現はれず。<sup>(2)</sup> 市の道路警察が不當に建築許可を拒否し之に依り個人に損害を惹起せしめたる場合、市は公法人たると共に私法の法人として見られる。<sup>(3)</sup> 然し乍ら、國家は警察が廢屋 (*Rinnen*) をダイナマイトで爆破しその際地主に損害を與へたる場合唯高權の主體としてのみ現はれ、國庫として現はれず、従つて第八十九條第一項に依る責任を負はない。<sup>(4)</sup> 國家は自ら豫金局 (*Depositkassen*) を設けて以つて豫金を管理する場合國庫として現はれ、<sup>(5)</sup> 亦その裁判所書記が訴訟手續の進行中に於いて證據調べの爲めに地圖 (*Gutskarte*) を受取り後之を喪失したる場合、<sup>(6)</sup> 及びその税關吏が課税の對象たる物品を課税手續の爲めに受取り之を中途で焼失したる場合同様國庫として現はれる。<sup>(7)</sup> 更らに、國家は個人の營業特權 (*Regalberechtigkeit*) の行使を拒否しこれに依つて個人に損害を惹起せしめたる場合は國庫として現はれ、<sup>(8)</sup> 最後に、國家が郵便爲替事務、郵便遞送事務を經營

する場合、國家が鐵道利用者にその乗車券を發賣する場合、等に於いて國家は國庫として現はれるとされる。<sup>(9)</sup>

(二) 次ぎに損害は國庫の代理人の行爲に依つて惹起される事が必要である。法的取引に於いて、國庫の代理人は彼が國家的の財産的活動 (staatliche Vermögensstätigkeit) を行ふ限り國家の凡ての官吏に止まらない。官吏に非ざる者 (Nichtbeamte) 雇員 (Diener) 手傳人 (Handlanger) 等も亦國庫の法人に代つて獨立して取引をなす權限を有すと見らるゝ限り國庫の代理人とせられる。<sup>(10)</sup> 茲に於いては法的取引上の通念とせられる所に従つて彼が國庫の有權の代理人と見られ得るか否かといふ事が規準的とせられる。學說並びに大審院の判決に就いて見る場合これは常に必ずしも一貫してゐるとは云ひ得ないものであるが、然し乍ら、例へば裁判所に於ける供託契約は唯その任にある供託裁判官 (Depositrichter) に依つてのみ締結せらるゝを得るが故に、その補助官 (Hilfsbeamten) に供託せられたる金錢に就いては國家に對する損害賠償の請求成り立たずとして訴を棄却したのは一般に正當であると解されてゐる。<sup>(11)</sup>

更に亦以上と關聯して、獨逸に於いては國庫の代理人に依つてなされたる國家の行政財産一般の讓渡は、假令それが國家の豫算、職務命令及びその他に反してなされたる場合と雖も、それが第三者の善意 (bona fides) に於いて行はれたる場合は有効に成立するものとせられてゐる。<sup>(12)</sup>

(三) 更に、代理人の行爲は代理人を賠償責任に迄義務付けるが如き行爲である事が必要である。即ち

(a) 國庫の代理人は「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ生命、身體、健康、自由、所有權其他ノ權利ヲ不法ニ侵害

シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル義務ヲ負フ」(民法第八二三條第一項)の規定に該當する事を要す。茲に、共同使用(Gemeingebrauch)の如く單に公法上の反射權に過ぎざるものは民法第八二三條第一項の保護に入らず、従つて、例へば公道又は公水の隣接地の地主は公道又は公水に就いてなされた變更(Veränderungen)に對して損害賠償請求權を持つか否かの問題に就いては、これに依つて同時に私權例へば相隣權(Nachbarrecht)の如きものが侵害せられる様な事の起らざる限り、消極に解すべきものとせられてゐる。然し乍ら、鐵道の敷設に依り異常の方法に於て隣接地所の上に危害が與へらるる如き場合は鐵道國庫が責任を負ひ、亦國庫としての國家は河川修理工事に供せらるゝ自己の汽船が他の汽船に衝突し之を沈没せしめたる場合責任を負ひ、更に亦瑕疵ある建築に依つて國の病院が崩壞し且人を負傷せしめたるが如き場合に於いては國庫としての國家が賠償責任を負ふとされる。<sup>(15)</sup>

尙、國庫の代理人の行爲は違法として指示され得る事を要する。水上警察、道路警察、鐵道警察等に於いて警察が國庫の代理人として現はれる限り、警察の緊急行爲(Notstandhandlung)は國家を民法的に有責的たらしむるものとされる(民法第九〇四條參照)<sup>(16)</sup>。更らに、此の緊急狀態の發生に付き警察自身が有責なる場合は國家が國庫として賠償責任を負ふが、それは民法第二二八條に由るものである。別に、此の緊急狀態の發生に付き警察自身が有責的でなく、唯々國家は自己の所有物に迫る危険を防止する爲めにのみ他人の物を毀損又は破壊したる場合に於いては國家は賠償責任を負はざるものである(民法第二二八條但書參照)。

唯然し乍ら、右の如き場合に付き、國家が法律を以つて之を國家の適法又は違法行爲に依る公法上の損害賠償又は國家責任として規律する場合は、民法の適用が排除さるゝ事は勿論である。

(b) 國庫の代理人の行爲は、若しそれが他人の保護を目的とした法律の規定に牴觸する場合は、國庫をして賠償責任に迄義務づけるものである(民法第八二三條第二項参照)。

最も普通なるは、國庫又はその代理人が警察規定に牴觸するといふ場合である。例へば國家は、企業者として警察から要求された安全設備を怠る場合、國庫として賠償責任を負ふ。更らに、此の場合國家が警察規定を遵守したとしても、その安全設備が隣人の保護の爲めに不充分なる事を豫見し得るが如き場合に於いては、國家は亦國庫として賠償責任を負ふものである(民法第八二三條第一項参照)。<sup>d7</sup>

(1) Hatschek, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. (Fleischmann), S. 805, Lehbuch, S. 46 O. Mayer. a. a. O. S. 137 ff.

(2) R. G. Z. 8, 226.

(3) R. G. Z. 26, 265, 6, 204, 35, 123.

(4) R. G. Z. 37, 317.

(5) R. G. Z. 34, 294.

(6) R. G. Z. 21, 220.

(7) R. G. Z. 67, 340.

(8) R. G. Z. 15, 138.

- (9) Harschek, Wörterbuch, S. 805.
- (10) R. G. Z. 19, 351, 30, 241, S. 38, 87.
- (11) Harschek, Wörterbuch, S. 805.
- (12) Harschek, Wörterbuch, S. 805.
- (13) Harschek, Wörterbuch, S. 805.
- (14) R. G. Z. 34, 38.
- (15) R. G. Z. 31, 246.
- (16) Harschek, Wörterbuch, S. 807.
- (17) Harschek, Wörterbuch, S. 807.

### 一 國庫と裁制管轄權の問題

獨乙に於いては行政事件に對する民事裁判所の權限が國庫理論を補助的手段として確保されてゐる事が注目されるが、その際、これには裁判所構成法第十三條及び民事訴訟法施行法第四條が作用する。

裁判所構成法第十三條は「凡ベテノ民事上ノ法律争議 (die bürgerlichen Rechtsstreigkeiten) 及び刑事々件ハ、行政官廳又ハ行政裁判所ノ權限ガ成立シ若クハ帝國ノ法律ヲ以テ特別ノ裁判所ニ屬セシメラレ又ハ之ニ許サレタルモノノ外ハ、凡ベテ通常裁判所ニ屬スル」旨を規定し、尙別に同第十七條第一項は「裁判所ハ訴訟ガ許サ

ル可キヤ否ヤニ就イテ自ラ決定スル權限アル」旨を規定してゐる。

茲に問題となるは民事上の法律争議の意味である。裁判所構成法第十三條に關し、帝國立法者は當時民事上の法律争議は問題となる請求の目的物及び種類に於いて決定せらるるものであり、自明であるとなし、又民事上の法律争議は一般に民法關係より生ずる請求に關する争議を謂ふものとなした。<sup>(1)</sup> 然れ共、困難なるは何が民法關係で何が公法關係かに關しその區別の問題である。これに就いて例へば權限説法律關係說支配關係說利益關係說等の區別の標準が採られたとしても、これが實際的決定は甚だ困難な状態に置かれてゐる。斯くて實際上民事裁判所は多く舊法又は慣習に於いて定まれる權限の範圍を固執し、學説上は最早や從來の如く民法關係と見做す事を得ず行政法關係と見做す可きとせらるるものも、これを民事裁判所に屬せしめて民事訴訟事件として取扱ふ場合が見られてゐるものである。<sup>(2)</sup>

而して、此の法的状態は裁判所構成法第十三條に依つて帝國法律の保護の下に置かれ、即ち、凡べての民事訴訟事件は通常裁判所の權限に屬し、帝國內の各邦の立法は明文を以て行政官廳か又は行政裁判所か何れかの權限に屬せしめざる限り、これを民事裁判所の權限より除く事は許されないものである。而かもこれは民事訴訟法施行法第四條「目的物又ハ請求ノ種類ニ從ツテ訴訟ノ許サルベキ民事上ノ法律争議ハ當事者ノ一方ガ國庫又ハ市町村又ハソノ他ノ公共團體タルノ故ヲ以ツテ各邦ノ立法ヲ以ツテ訴訟ヲ禁ズルコトヲ得ズ」の規定に依つて更らに制限される。即ち、國庫又は地方團體の民事訴訟は、之と同様なる私人間の訴訟が民事裁判所に屬する場合には、

國庫又は地方團體が當事者たる事を理由として民事裁判所の權限より除く事は許さずとされるものである。

實に、民事訴訟法施行法第四條の規定は直接にはエルザス・ロートリンゲンに適用さるる事を目的としたものであつた。エルザス・ロートリンゲンに於いては、獨乙の他邦とは異り、既に早くより警察國家の民法の羈絆を脱し、且民事裁判所の權限を定むるにも警察國家の形體を残さなかつた。即ち多くの財産法上の請求が公法的のものに見做され、従つて、獨乙の他邦に於いては民事裁判所の權限に屬するものが、ここでは行政裁判所の權限に屬せしめられ、エルザス・ロートリンゲン法は之を民事訴訟事件とは見做さなかつたものであつた。斯くて、民事訴訟法施行法第四條の提案者 Puttkamer はその提案の理由に就いて『エルザス・ロートリンゲンに於いては行政訴訟の制度が甚だ錯雜せるが故に、裁判所の權限より訴訟事件を削除するには慎重を要し、獨乙全國に於いて或る程度迄普通法的 (gemeinrechtlich) を見らるる所に従つてこれに抵觸せざる事を要す』と説明したものである。<sup>43)</sup> その結果として、エルザス・ロートリンゲン法は從來の態度を更に變更して、財産法上の請求は假令それが公法の種類に屬するものと雖も民事裁判所に屬すべきものとなすに至つたものである。

獨乙法に於いて國庫が持つ裁判管轄の區劃的權限をば佛蘭西法に於いて國庫は缺いてゐる。佛蘭西法に於いて國庫の觀念に對應するものは公共役務 (service public) の觀念である。實に兩者は、例へば裁判所に於ける公益辯護委員の如く、<sup>44)</sup> 法技術と法安定の上から要求され且これに役立つ一つの法上の擬制的概念である事に於いて一致するが、然し乍ら、兩者の持つ機能は正しく反對である。即ち、獨乙法に於ては行政裁判所の權限に關して

列學的規定主義を取り、唯極めて少數の場合に就いてのみ行政救済を認むるに過ぎず、斯くて一つの法律關係はそれが國庫の觀念と關係せしめらるる事に依つて直ちに民事裁判所に依る權利救済が確保さるるものである。然るに、佛蘭西法に於ては國家はその財産關係の中では唯々明文の規定ある少數の場合に於てのみ民事裁判所の裁判權に服従し、行政裁判所の權限に關して概括的規定主義を取り、斯くて一つの法律關係は公共服務の觀念に關係せしめらるる事に依つて直ちに行政裁判所に依る權利救済が確保せらるるものである。<sup>(5)</sup>

- (1) O. Mayer, a. a. O. S. 213 Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. 1830. S. 287 Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung 1912. S. 19 ff. Sievers, a. a. O. S. 16 ff. Sievers, Die Verwaltung im Gerichtsverfassungsgesetz. (Fischers Zeitschrift für Verwaltung Bd. 74. Heft 112.) S. 30 ff.
- (2) O. Mayer, a. a. O. S. 213 Fleiner, Umbildung, S. 7.
- (3) O. Mayer, a. a. O. S. 215.
- (4) Harschek, Wörterbuch, S. 804.
- (5) 拙稿、前掲論文、二三頁、二七頁、一八頁

## 一 國庫の法人的性格

國庫は獨乙法、殊に民法典（第八九條第一項）の中では、それが私法に服する場合に於いて、單に個々の私權の主體（Privatrechtssubjekt von Fall zu Fall）たるに止まらず、更らに亦私法の法人（juristische Person des



Zivilrechts) であり且斯かるものとして常に作用してゐるものである。<sup>(1)</sup>

實に、國家が私法的關係の中に入り來るには二つの態様が區別せられ得るものである。一は國家は原則としてその國家財産の所有者といふ事實を通して明文の規定に依り個々の場合に於いて私法に服する場合にのみ私法規範に依つて自らの行爲を價值判斷せられるといふ場合であり、他は國家はそれが明文の規定を以つて排除せられざる限り私人に對して妥當する公法又は私法の規範に依つて價值判斷せられるといふ場合である。<sup>(2)</sup> 前者は佛蘭西法の立場である。これは官廳の私法的活動に對する能力をその權限の中に規定し、然らざる限り、官廳の行爲に對する私法の適用を排除するものである。茲では國家は彼が私法に服する限りに於いて私權の主體であり、私法の法人としての國庫は存在せずして、國庫的行政活動が一定の官廳の權限の中に分轄して規定せられる。然るに後者は獨乙法の立場である。これは、國家は私法的活動に對する能力をその權限の中に規定し、又時として、その私法的活動に對する能力及び官廳の行爲に對する民法の適用を制限する事も出来るが、然し乍ら、この事が明文の規定を以つてなされず、然かも國家が國庫たる限りに於いて、常に必ず私法の法人として存在するものとせらるゝものである。斯かる場合に於いて、國家は自己の意思に反して私法關係の中に入らしめられ、且斯くて民法に依つて價值判斷せられる事となる。

例へば獨乙民法第一九六條以下に依れば、國庫は遺産の歸屬權 (Herbfallsrecht) を行使する場合、法律上の相續人として現はれる。その場合國庫に對しては、それが法律の明文を以つて排除せられざる限り、法律上の

相續人に對して適用せられる民法の規定が妥當するものである。然るに、此の點に關し佛蘭西法は歸屬權者としての國家の地位を全然異つて觀念し、即ち歸屬權の行使は排他的に公行政の行爲であり *successeur irrégulier* としての國家は技術的意味の相續人ではなくして當該遺產の公的管理の擔當者であることされる。<sup>(3)</sup> 獨乙法に於ては、大審院判決 (R. G. Z. Bd 19. Nr. 20) に依つて郵便配達人が承知の上でなされたる手形受取 (*Wechselakzept*) の擬造を理由とする郵便國庫の責任が認められた。然るに、佛蘭西法に於ては、先づ一八五九年特別法に依つて郵便國庫の責任が規定せられねばならなかつたものである。<sup>(4)</sup> 更らに亦一八九八年商法典補則に依る商法改正に於いて最も特色あるものが見られた。即ち、商法第三六條に依れば、國、聯邦、又は地方團體の國庫的企業が、商業登記簿への登記をなすや否や、それを以つて法律上當然 (*ipso iure*) 通常の商人に適用される商法の凡べての規定が之に適用さるゝ事となり、その使用人に就いては商法第六四條 (毎月の給料支拂) 第六七條 (解約申入權) 第七三條 (雇傭證明書) に關する諸規定が適用せられ、國、聯邦、又は地方團體はその使用人から之等の權限を奪つて、以つて特別の官吏法の規定に服せしむる事を得なくなると解せられる。斯くて、國庫が商法の規定の適用外におかれる場合は例へば商法第四五二條「郵便國庫は商法の意味に於ける商人と見做さず」の規定の如く法律の明文を必要とすることされてゐる。<sup>(5)</sup> 然るに、佛蘭西法に於ては公共役務に従事する職員は凡べて公職員たるものとされ、斯くて、例へば國家の特許事業たる鐵道事業、煙草專賣、郵便事業に従事する職員に對しても官吏が國家に對して負ふと同様なる公法上の職務義務が課せられるものとされてゐる。<sup>(6)</sup>

- (1) O. Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts. 1886. S. 373 Anm. 2.
- (2) Hatschek, Lehrbuch, S. 43.
- (3) Hatschek, Lehrbuch, S. 44.
- (4) Hatschek, Lehrbuch, S. 44.
- (5) Hatschek, Lehrbuch, S. 44.
- (6) 拙稿、前掲論文、第二四頁

## 一 國 庫 各 論

### (1) 公物に於ける國庫

公物、例へば道路、空地、橋梁、河川の如き、の性質及び法的關係が私法上のものか公法上のものに就いては對照的解釋が見られ得る。<sup>(1)</sup>

佛蘭西法に於ては一般に純然たる公法關係説かとられる。即ち、これに依れば公物は凡べての方面に於いて公法の下に立ち、例へば公物の所有權の性質及びこれに關する損害の争ひは勿論、公物の使用に關する争ひ、若くは公物の管理上の瑕疵に基づく損害賠償の争ひ、等は凡べて行政廳又は行政裁判所に於いて之を決定する事を要し、従つて亦公物に就いては凡べての方面に於いて公法の特別規範が樹立せられ統一的公法原則の支配を受くべきものとせられてゐる。所謂公所有權 (öffentliches Eigentum) 又は公産 (domain public) の理論<sup>(2)</sup>である。

然るに獨乙法に於ては公物の所有權の性質及び之に關する損害の争ひに就いては私法上の所有權説が有方である。之は國庫説に負ふ。即ち、茲では或は(イ)公物の上に於ける所有權は純然たる私法上の所有權であり、唯此の私法上の所有權はこれを利用する目的及び手段に於いて公法上の制限を受くるに過ぎずとされる。<sup>(3)</sup>之は、警察國家に於ける公物の所有權の觀念が、國庫の觀念に關する警察國家から法治國家への變遷は別として、そのまゝ受け繼がれたものである。然れ共、獨逸法に於て最も普通にとられるものは(ロ)所謂混合的法律關係説(gemischte Rechtsverhältnisse)である。<sup>(4)</sup>

これは公物に於ける所有權が純然たる私法上の所有權であるとなす事に於いて(イ)と同様であるが、唯(イ)と異なる所は、(イ)は公物の利用の制限は純然たる公法作用となすに對し、これは公物の利用の制限を以つて國權の作用(Imperium)と及び所有權の作用(Dominium)とが同時に現はれるものとなす點に存する。即ち、これに依れば、國家が公物の上に行ふ處分には公法上の行爲として現はるゝものもその内容に於ては全く所有權の作用と認む可きものが多く、例へば公道の上に軌道の敷設を特許する場合の公道の所有者の地面に對する關係、或は河川の砂利採取を許す場合の河川の所有者の河床に對する關係及びその他は國家の私所有權の作用と見る可きであると考えられる。

公物に對する私法の適用は物の公の利用の始まる所に終る。公物は私法上の行爲に依つてその公の目的(offentlichrechtliche Zweckbestimmung)を除去する事を得ないものであつて、公物の上に於ける第三者の爲めの物

權の設定、供用行爲 (Widmung) 前に設定された物權の維持等の如きは公の目的を妨ぐる範圍で排除され、更らに亦公物の收用、公物の擔保入質、強制執行等の如きは全然禁止さるべきものとされる。

然るに他方亦公物に對する私法の適用範圍も少なくなく、公の目的外に存する凡べての利用行爲に對しては私法の規定が適用せられ、公物の所有權に關する損害の争ひ、若くは公物の管理上の瑕疵に基づく損害賠償の争ひ、の如きは共に民事裁判所に於いて之を決定する事を要し、從つて亦公物に就いては隣地權に關する民法第九〇六條、物の瑕疵ある維持に對する所有權者の責任に關する民法第八三六條<sup>2</sup>、不法行爲に基づく損害賠償に關する民法第八二三條、等の諸規定が法律上當然 (ipso jure) に適用せられ、斯くて國民は國家又は地方團體に對し、公益に關係なき限度に於いて私人に對すると同様の請求をなし得るものとせられるものである。

斯くの如き、「公物そのもの」(öffentliche Sache als solche) に對する「國家そのもの」(Staat als solcher) の公法的支配に圍繞される、土地地面河床等に對する「國庫」の私的所有權、としての公物に關する二元的なる構成が亦國庫說に負ふ事は前述の如くであるが、更らに此の構成は一八九六年帝國土地登記法第九十條「聯邦ノ規則ヲ以ツテ國庫若クハ或ル法人ニ屬スル土地、道路、水面及ビ公ノ交通ニ供セラル、鐵道用地ハ申請アル場合ニ限り登記セラル可シ」に依つて間接的に支持されてゐるものである。<sup>3)</sup>

然れ共、斯くの如き混合的法律關係説は必ずしも獨乙の學説及び實際に於いて貫ぬかれてゐない。先づ此の混合的法律關係の構成は民事訴訟法施行法第四條の保護の下に立つものでない事が指摘せられねばならぬ。邦法及

が邦の行政裁判所は此の二元的構成を放棄し且公物に對する行政の支配を純粹に公法的に構成する事を妨げられないものである。蓋し、茲では實質的行政法が問題とせらるゝものであつて、その中では種類及び對象に従つて國家の代りに一人も立ち得るが如き關係（民事訴訟法施行法第四條前掲參照）が問題とせらるゝものではないが故である。亦、茲では公道河川等の所有者に、道路支配權及びその他の國權の作用と、地面流水の河床等に於ける私所有權の作用とを併有せしめ、それを以つて國庫を關與せしむるが如き事なしに、公道の使用、砂利の採取等の私權を設定する事が可能である。更らに亦、一八九六年帝國土地登記法第九十條は公物に於いて國家の私所有權を要求し又は之を強制するものではないと解せられ得る。斯くて、獨乙に於いて從來エルザス・ロートリゲン、ザクセンに於いて、<sup>(5)</sup>又新らしくナチス國家の行政法に於いて、公益は私益に先立つの立場から混合的法律關係、従つて國庫の理論が、排除されてゐる。<sup>(7)</sup>

- (1) 美濃部博士「公有物の性質に關する學說」（國家學會雜誌第二十一卷第七號）佐々木博士「公物ヲ論ズ」（同雜誌第二十三卷第九號）Maunz, Hauptprobleme öffentlichen Sachenrechts, 1933.
- (2) O. Mayer, D. Verw. R. Bd. 2. S. 85 ff. Layer, Prinzipien des Enteignungsrechtes, 1902. S. 623 ff. Hauriou, Précis de Droit Droit administratif, p. 636 Berthélemy, Droit administratif, p. 474
- (3) Yellinek, Kritik von O. Mayers deuts. verw. R. in Verw-archiv V. S. 311
- (4) Fleiner, Umbildung, S. 11. Harschek, Lehrbuch, S. 472 ff. Die rechtliche Stellung des Fiskus im Bürgerlichen Gesetzbuche (Verw-archiv 7) S. 442 ff.
- (5) Sievers, a. a. O. S. 32

(9) Fleiner, Institutionen, S. 357

(5) Sievers, a. a. O. S. 33.

(2) 強制執行に於ける國庫

司法國家的要請に従へば、國家に對する強制執行の問題に於て、國家（國庫）は民事訴訟法上の強制執行への服従を要求されるものである。佛蘭西法のドグマに従へば、國家（國有財産）對する司法機關の強制執行は三權分立の原則から不可とされる。蓋し、國有財産は公物、行政財産、財政財産の區別なしに凡べて直接間接公共役務に獻げらるゝものであり、従つて占取に依つて此の目的を妨げらるゝ事を得ず、若し之を許すとせば之に依つて行政が解體に迄導びかれる危険が存し得るが故であるとされてゐる。<sup>(1)</sup>

獨乙に於いては、第十八世紀プロイセン司法國家は理論的には國家（國庫）に對する強制執行の權限を司法機關に承認し乍ら實際に於ては佛蘭西法の法的狀態が支配した。即ち帝國立法は前述の如く一八七七年民事訴訟法施行法第四條に「目的物又ハ請求ノ種類ニ從ツテ訴訟ノ許サルベキ民事上ノ法律爭議ハ當事者ノ一方ガ國庫又ハ市町村又ハソノ他ノ公共團體タルノ故ヲ以テ各邦ノ立法ヲ以ツテ訴訟ヲ禁ズルコトヲ得ズ」と規定すると共に、亦その第十五條第三號に「物權ガ訴追セラレザル限りニ於テ、國庫、公共團體、公營造物、又ハ公ノ官廳ノ行政ノ下ニ立ツ團體、若クハ營造物ニ對スル債權ノ爲メノ強制執行ニ關スル諸邦ノ規定ハ其ノマ、トス」と規定した。これに依つて邦、地方團體若くは公營造物に對する強制執行は各邦の立法權に屬せしめらるゝ事となり、國家と

各個人との間に存在する區別を明瞭に意識して國家に對する民事訴訟法上の強制執行を不可とする從來の各邦の特別規定はそのまゝ效力を持續せしめらるゝ事となつたものである。<sup>(2)</sup>此の民事訴訟法施行法第十五條第三號の規定には一八九八年民事訴訟法補則に依つて更らに明瞭なる形式が與へられてゐるが、之を要するに、此の留保規定に依つて多數の邦に於いて國家に對する強制執行は行政機關が豫め之を承認し又は其の立合の下にのみ行はるゝ事が定められ、殊にそれはプロイセンに於いて實行された。<sup>(3)</sup>

然し乍ら、二三の獨乙邦、殊にザクセンに於ける發展は司法國家的方向を辿り、其の民事訴訟法施行法及びその他の法規の中では國家(國庫)に對する民事訴訟法上の強制執行が規定せられ、亦地方團體に對する民事訴訟法上の強制執行は地方團體の財政的破滅の危險に於いてすら實行されたものである。<sup>(4)</sup>

一八七一年獨乙帝國に於いては、帝國立法は帝國(國庫)自身に對する民事訴訟法上の強制執行に關する詳細なる規定を欠いたまゝに止まつた。次に、一九一九年獨乙共和國に於いても法的狀態は同様であつた。斯くて茲では、邦國庫に關する解釋が原則的には聯邦國庫に就いても採られると解されるものである。<sup>(5)</sup>

今日ナチス國家に於いては斯かる國法上の實證規定の空隙はナチス的一般法律原理、即ち、國家は國家として、國家と私人とは同一の地位に置く事を得ずといふ事、に依つて塞がる可きである、斯くて、將來の立法に於いて國家に對する強制執行は絶対に排除せらるべく、従つて、茲でも、國庫の理論觀念は消滅すべきものである、とせられてゐる。<sup>(6)</sup>



(1) 拙稿、前掲論文、十七頁、O. Mayer, *Theorie*, S. 404 ff.

Laffarrièrè, *Traité de la Jurisdiction administrative*, 2<sup>e</sup> éd., 1896. I. p. 347 Jéze, *Verw. R. d. franz. Republ.*, S. 298.

(2) Stein, a. a. O. S. 69 ff. Sievers, a. a. O. S. 34.

(3) Fleiner, *Institutionen*, S. 227.

(4) Fleischmann, *Zwangsvollstreckung gegen fremde Staaten*, S. 101.

(5) Sievers, a. a. O. S. 36.

(6) Sievers, a. a. O. S. 37.

(3) 國家責任に於ける國庫

國家責務法及び共和國憲法第一三一條第一項は國家の直接的責任を規定し、例へば、第一三一條は「官吏ガソノ職務ニ屬スル公權ヲ使用スルニ當リ第三者ニ對シテ負フ公法上ノ義務ニ違背セル場合ニハ、ソノ賠償ノ責任ハ原則トシテソノ官吏ヲ使用スル國家又ハ公共團體ニ屬ス、官吏ニ對スル求償權ハ之ヲ妨ゲズ、通常裁判所ハ排除セラル、コトナシ」としてゐる。第一三一條の規定は、公權は國家又は公共團體に存す、公權の行使は行政の事に屬す、その際現はれる權利侵害は行政に歸屬すべく行政を職務義務違反の責任に迄導びいた官吏は行政の *organ* として行動する。官吏に對する直接的賠償請求は排除する。但し官吏が職務義務の侵害を以つて全然個人的に行動した場合は官吏の個人的責任が基礎付けられるものであつて、斯かる場合も尙國家が敢えて責任を負ふ

事は法律の主旨とする所でない<sup>(1)</sup>と解されてゐる。法律は不在に到らざる官吏の瑕疵ある行爲を國家に歸屬せしめて瑕疵ある權限の執行の責任を擔保するものであつて、その際、國家が官吏に對して求償權を持つ事は國家と官吏との内的事項であり、第三者は最早や之に關知しない。以上が第一三二條の意味する所であつて、その際、國家は公法人として活動する事がその前提とされてゐるものである。<sup>(1)</sup>

國家責務法及び共和國憲法第一三二條に先立つて一八九六年獨乙民法第八三九條は「公務員が故意又ハ過失ニ因リテ第三者ニ對シ負擔セル職務ニ違背シタルトキハ之ニ因リテ生ジタル損害ヲ賠償スルコトヲ要ス……」と規定し、之に依つて公權の行使を理由とし關係ある官吏に對する被害者の私法的賠償請求權を與へてゐるものであつた。此の規定は第一三一條に依つて廢棄、無效となされてゐる譯であるが、<sup>(2)</sup>此の規定の民事的觀念は第一三一條に對し重大なる影響を及ぼしてゐる事が注目される。

民法第八三九條が官吏に對する被害者の賠償請求を以つて私法的として育成した場合に於ても、國家に對する賠償請求の實質的に公法的性質に關しては理論的には一致する所であつた。これは先づ國家責務法次ぎに共和國憲法第一三二條に依つて確認された。然かも尙此の賠償請求の民事裁判所への出訴を許す事は裁判の擴充 (*Erweiterungen des Rechtswegs*) を示したものである。前述の如く、此の事は當時の自由主義思想を背景としたる國庫の理論の技術的援助を以つて成就されたものである。即ち、國家責任に關する警察國家以來の國庫の理論は民法第八三九條に吸收せられ、之が亦第一三一條に影響を與へたものと見られ得る。<sup>(3)</sup> 既にして、第一三一條に於

いて國家は公權の行使の故を以つて、斯くて、高權の擔ひ手として有責的ならしめらるゝが故に、被告たる國家を國庫として示す事は私法的關係に於ける國家としての國庫といふ實質的觀念に非ずして、形式的觀念たる國庫裁判管轄權の決定に於ける國庫といふ意味に解せられる事を必要とされてゐる。<sup>(61)</sup>

第一三二條に於ける責任の意味に就いては民事觀念たる責任の意味が適用せらるゝものであつて、國家責務法以來、これは財産法的責任、損害賠償に對する義務付けを意味するものとせられる。従つて、これを以つて例へば政治的名譽回復を目的とする國家（國庫）に對する名譽回復の判決請求の訴の如きは排除される。民事裁判所が判決を下し得るは實際上唯一定金額の支拂命令に制限されるものであつて、蓋し、國家に對し一の狀態の修正或は金錢關係の中に存せざる給付迄を命ずる事は民事裁判官の力の及ぶ所にあらざるが故であるとされる。<sup>(62)</sup>

第一三二條に於ける職務義務の違反の意味に於いても民事觀念たる職務義務の違反の意味が適用されてゐる。

職務義務の違反は執行官吏の事實的行動、殊に直接強制の執行の中で見出され得るが、それは亦怠慢（*Unterassungen*）の中でも見出され得る。之を要するに、被害者に依つて行政行為及びその他的高權的行為に依る職務義務の違反が主張されるれば、民事裁判所に依る當該行為の中間審査（*Inzidentnachprüfung*）が行はるゝ譯であるが、民法第八三九條の規範は多少の例外を除いて殆んどそのまゝ民事裁判官に依つて適用されてゐる。<sup>(63)</sup>

國家責務法及び共和國憲法第一三一條に就いては行政上の「救助」（*Rechtsmittel*）——行政裁判所への出訴を含めて——の司法國家的蔑視が見られて得るが、これは亦民法第八三九條第三項の援用と見られる。第八三九條第

三項は賠償責任に關し「被害者が故意又ハ過失ニ依ツテ『救助』ヲ用ヒテ損害ヲ除去スル事ヲ怠リタルトキハ賠償義務ヲ生ゼズ」と規定してゐるが、實にこれは、その上級官廳又は行政裁判所に依る『救助』が拒否せられた場合と雖も、民事裁判所に依る當該行爲の再審査を可能ならしめてゐるものである。

最後に共和國憲法第一三一條と相並んで、更らに又私法的關係に於ける國家の責任が民法の中で規定されてゐる事が注目される。即ち、第一三一條の意味の公權の行使としては大審院の判決に依れば國家の凡らゆる役務的活動 (dienstliche Betätigung) 換言せば民法的欲求の保護 (Wahrnehmung bürgerrechtliche Belangen) として表はれない活動、を指すものとされてゐるが、官吏が民法的欲求として表はれる活動に於ける國家の代表者として行動する場合には第一三一條は適用せられずして、公務員の責任に關して民法第八三九條、及び國家の責任に關しては民法第三十一條、第八九條、第二七八條、第八三一條が現はれるものである。<sup>(8)</sup> 斯くて茲では國庫がその代理人に代つて責任を負ふ。更に亦大審院の判決に依れば、私人が自己の所有する土地の上に交通路を開く時、交通の安全の爲めに適當の考慮を拂ふ事を要求されると同様に、國家は橋梁、廣場を含めて、道路の交通の安全に對して責任を負ひ、<sup>(10)</sup> 同様に亦國家の管理に屬する海水路の交通の安全に對して責任を負ふものとされる。茲では民法第八三六條が援用される。<sup>(11)</sup>

佛蘭西法に於ては、獨乙法に於るとは異り、此の問題は凡べて行政裁判所の管轄に屬するものとされ、従つて、行政裁判所の判例の發展を通して、そこでは公法の特別の規範が樹立されてゐる。<sup>(12)</sup> 新らしきナチス國家の行

法に於ては、此の問題に關し、從來の民事裁判所の管轄權から將來の行政裁判所の管轄權への移管又はコンフリクト制度の採用等の試案と共に、公法の特別の規範の樹立が要求せられ、斯くて亦、國家責任に於いて國庫の理論は不可をなれてゐるものである。<sup>13)</sup>

- (1) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, S. 345.
- (2) 拙稿、前掲論文、三七頁。
- (3) O. Mayer, a. a. O. S. 226 ff.
- (4) Sievers, a. a. O. S. 46.
- (5) Anschütz, a. a. O. S. 346.
- (6) 拙稿、前掲論文、三六頁參照。
- (7) Sievers, a. a. O. S. 45.
- (8) R. G. Z. 121, 254 [256] 126, 23 (32)
- (9) Anschütz, a. a. O. S. 347
- (10) R. G. Z. 89, 136; 95, 154
- (11) R. G. Z. 89, 136, 95, 154.
- (12) 拙稿、前掲論文三四頁、三八頁。
- (13) Sievers, a. a. O. S. 50 ff.

公法上の損害賠償

公法上の損害賠償は分つて（a）適法なる警察處分を理由とする損害賠償と及び（b）公用徴收との二となす事を得る。（a）は例へば國家の郵便獨占の利益の爲めに私人の郵便施設の廢止、公營屠畜場強制的實施に依る私設屠畜場の廢止、橋梁敷設に依る渡船業者の被害、河川の改修に依る漁業權者の被害等の場合である。（b）公用徴收は亦斯くの如きものゝ一つの場合として考へられ得る。然れ共、（a）と（b）とは一般に區別を要するものとせられる。蓋し、憲法が規定する所有權に關する保障は一つの自然法的普遍法的意味を持ち、従つて公用徴收法に依つて特別の收用手續を規定してゐる場合に限らず、更らに一般に國家が、その命令權を以つて人民に屬する公法上（例へば俸給の請求權<sup>(1)</sup>、住民の使用權<sup>(2)</sup>）私法上の權利をその重要なる部分に於いて奪ふが如き方法に於いて、公行政の爲めに使用する場合には、常に此の原則の適用ある可きものである、斯くて亦適法なる國家の干渉にして個々の權利の移轉に至らざるものは徴收法の規定する場合の中に含まれず、此の場合には國家の補償義務に對する根據は他に之を求むべきが故であるとせられる。<sup>(3)</sup>

（a）適法なる警察處分を理由とする損害賠償、

プロイセンに於いて、始めこの請求は私法的として、従つて亦通常裁判所への訴訟が承認せられた。當時、此の請求は所有權が前面に出された事に依て私法的と見られたのみならず、否、當時、プロイセンの觀念に従へば警察事項（Polizeisachen）自體が國家高權事項（Hoheitsachen）ではなかつたし、警察處分自體が國家高權行爲ではなかつたものである。<sup>(4)</sup>

先づ、斯かる私人の權利への國家の干渉並びにこれに對する國家の賠償義務は、その一般的法的規律をプロイセン普通國法（一七九四年）序文の中で見出した。同法第七五條は斯かる國家の賠償義務を最も廣く認め、國家はその特別の權利及び利益を公益の爲めに犠牲に供する事を強要せられたるものに賠償をなす可き旨を定めた。<sup>(6)</sup>然れ共、尙、一八三一年十一月閣令はこれに制限を附し、國家の賠償義務を人民の所有に屬する權利を犠牲となしたる場合に限り、且補償義務の廣き例外（殊に、戰爭及び裁判に由る損害に對して）を留保したものであつた。亦、一八四二年五月十一日法律（Gesetz über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen）は此の請求の通常裁判所への出訴を承認したものである。<sup>(6)</sup>

今日、適法に行動する國家に對しては私法の不法行爲に依る損害賠償の規定は適用する事を得ずとする事に就いては一致してゐる。従つて、今日行政裁判制度が採用され乍ら、然かもこの請求をして通常裁判所に訴へしめてゐる事實は、これが公法的のものである事を否認するには非ざるものと解せられねばならぬ。

然るに、茲に、裁判所構成法第八三九條は、被害者たる私人が既に警察處分自體（損害賠償ではなく）の取消を行政法的に請求し、斯くて最後に最高行政裁判所が取消訴訟に於いて警察處分自體の正當性を確認したる場合に於ても亦民事裁判所に賠償請求の訴を提起する可能性を與へてゐる。従つて、茲では、同一の警察處分が國の二つの裁判所に依つて、一に於いては適法とされ他に於いては違法とされる可能性が存在する事となつてゐる。これは支持し得べからざる、然れ共明らかに存在する事實であるとされる。<sup>(7)</sup>

警察國家以來、適法なる警察處分を理由とする損害賠償の問題に就いて、國庫の理論は今日迄その作用を繼續してゐる。それはこれを私法的に見、且通常裁判所に出訴せしめる方向に於いてである。佛蘭西法に於いてはこれを公法的に見、且行政裁判所に出訴せしめる。ナチス國家の行政法に於いても亦新しい方向の解決が要求されてゐる。<sup>(5)</sup>

### (b) 公用徵收

ワイマール憲法第一五三條第一項は「所有權ハ憲法ニ依リ保障セラル、其ノ内容及限界ハ法律ニ依リ之ヲ定ム」第二項は「公用徵收ハ公共ノ福利ノ爲メニ且法律ノ根據ニ基イテノミ之ヲナスコトヲ得、公用徵收ハ國ノ法律ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外相當ノ補償ヲ以テスルコトヲ要ス、補償金額ニ付キ争アルトキハ國ノ法律ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外通常裁判所ニ出訴スルコトヲ得シムベシ……」と規定してゐる。實に、個人主義的觀念に依れば、公用徵收は國家のなす個人の所有權への異常の干渉として見られる。警察國家以來、此の種の觀念には、被收用者の賠償請求は私法的なものとして、従つて民事裁判所への出訴は自明として現はれる。その民事訴訟の許容はプロイセンに於いては既に一八〇八年十二月二十六日命令 (Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der provincial-polizei- und Finanzbehörden) 第三七條と結びついてプロイセン普通國法第七五條の中で確定されてゐた。<sup>(6)</sup>

然れ共、公用徵收手續及びその損失補償の公法的性質に就いては既にワイマール憲法以前から異論の存せざる



所とされてゐる。然かも、第一五三條は損失補償に於いて通常裁判所への出訴を保障し、斯くて本來の公用徴收手續と損失補償とが分離されたまゝに止まつてゐるが、實に斯かる分離は古く警察國家の國庫理論、即ちそれに依れば高權的干渉は國家に損害賠償は國庫に、斯くて亦公用徴收に於ける手續の分離が生ずるもの、に負ふものである。佛蘭西法に於ても及びナチス國家の行政法に於ける新しい解決に於ても國庫理論は廢棄されてゐる。<sup>(10)</sup>

- (1) 例へば Sievers, a. a. O. S. 61 ff.
- (2) 例へば Sievers, a. a. O. S. 56 ff.
- (3) Fleiner, Institutionen, S. 495. 更らに亦、大審院は常にその判決に依つて、警察的侵害はワイマール憲法一五三條の意味に於ける公用徴收ではなからずの見解を執つてゐる (RGZ 118, 25 129, 149)。
- (4) Sievers, a. a. O. S. 38.
- (5) Anschutz, Verwaltungsgeschichte, V, Vermögensbeschäd. durch rechtmäss. Handlung d. Staatsgew. S. 67 ff.
- (6) Stier-Somlo, Sammlung preussischer Gesetze, 1927, S. 69.
- (7) R. G. Z. 105, 42.
- (8) Sievers, a. a. O. S. 41 ff.
- (9) Stier-Somlo, a. a. O. S. 61.
- (10) 例へば Das Gesetz über die Landbeschaffung für Zwecke der Wehrmacht vom 29. März. 1935 (Vgl. Sievers, a. a. O. S. 55).