

【增訂二版】

法與國家權力

許宗力 / 著



國立台灣大學法學叢書編輯委員會 / 編輯
月旦出版社股份有限公司 / 出版

國立台灣大學法學叢書71

國立台灣大學法學叢書(71)

法與國家權力

許宗力著

國立台灣大學法學叢書編輯委員會 / 編輯
月旦出版公司 / 出版

法與國家權力 / 許宗力著. -- 增訂二版. -- 臺
北市 : 月旦出版 : 知道總經銷, 1993[民82]
面 ; 公分. -- (國立臺灣大學法學叢書
; 71)
ISBN 957-696-035-5(平裝)

1. 政治 - 論文, 講詞等 2. 法律 - 論文, 講
詞等

570.7

82001916

法與國家權力

作 者：許宗力
編 者：國立台灣大學法學叢書編輯委員會編輯
發 行 人：洪美華
出 版 者：月旦出版社股份有限公司
台北市羅斯福路三段 171 號 10 樓之 1
電話：3690258

登 記 證：局版臺業字第 5298 號
印 刷：成陽印刷股份有限公司
初 版：1992 年 4 月
增 訂 二 版：1993 年 4 月
二 版 一 刷：1994 年 10 月

郵 撥 帳 號：17239354 月旦出版社股份有限公司
定 價：新台幣 480 元

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換。
ISBN 957-696-148-3

總 經 銷：學英文化事業有限公司
台北縣新店市民權路 130 巷 2 號 3F
電話：(02)2187307

二版序

本書早於一版售罄後就有再版計畫，卻因課務繁忙、雜務纏身而遲遲未能付諸行動。幸同門師妹月旦出版社洪美華君不計利害得失，應允協助處理，終有本書二版的問世。對洪君及其社內同仁，作者於此特別表示感謝之意。本書二版除訂正一版文字的疏漏外，另增列吾師史塔克教授原著，作者譯「基本權利的解釋與影響作用」一文，希望本文深淺適中的論述，可以幫助讀者對基本權利獲致有體系的基礎認識。

許宗力

民國八十二年三月
於台北，台大法學院

自序

本書是作者若干公法專業文章的集子。自一九八六年從德國返國近六年以來，凡屬憲法與行政法研究的主要學術著作，未曾另外付梓且不算太過時者，幾乎都蒐集在這個論文集裡。總計篇數十，多半是對現制與時局有感而發之作，所以主題顯得有點零散。但零散中仍非不能理出一些秩序來。作者乃嘗試集結主題相近的數篇文章冠以共通篇名，方便讀者進入情況。最後計得基本權利、立法／行政關係、一般法制及憲政改革四篇，每篇各轄兩或三篇文章不等。

所蒐集十篇文章中，特別是涉及憲政改革的兩篇，具有強烈的時代性格，所以隨著政治改革步伐的邁開，現在看來是顯得有些過時。但作者最後還是決定把它擺了進來，目的除了誌作者個人在這「憲法時刻」的若干參與外，更重要的是因為文章中仍不乏涉及可長可久之憲政原理原則者，不因時間的經過而喪失參考價值。另外須自承的是，本書若干文章中的意見，作者後來已有改變，例如五權憲法究竟是否屬我國憲法基本原則並可否為修改對象的問題，個人在其他場合已作了重估。但為了存真，也為了記錄個人研究過程的「變遷」，還是決定以本來面目重印。

本書得以問世，首應感謝諸位師長多年的教導、鞭策與鼓勵。特別是翁師岳生教授，予我言教、身教，其寬厚待人、提攜後進的長者之風，尤令人感佩。還有馬師漢寶教授，若非其與翁師岳生教授鼎力相助，作者恐難排除有形無形障礙，重返母校展開學術生涯。最後是博士論文指導老師，德國哥廷根大學史塔克教授(Professor Dr. Christian Starck)，從他的治學態度與行事作風，作者才得以深刻見識、體驗到德語Gründlichkeit(徹底性)所代表的意涵，而徹底性正是作者個人，或甚至更多的國人所應勉力學習的。

又本書付印時，承台大法律學研究所盧柏岑同學協助校對，併此誌謝。

許宗力

民國八十一年三月
於台北，台大法學院

目 錄

二 版 序

自 序

基本權利篇

- 一、基本權利對國庫行爲之限制／ 1
- 二、試論民主法治國家的「市民不服從」／ 73

立法／行政關係篇

- 三、論法律保留原則／ 117
- 四、行政命令授權明確性問題之研究／ 215
- 五、論國會對行政命令之監督／ 269

一般法制篇

- 六、國會議事規則與國會議事自治／ 301
- 七、論國家對地方的自治監督／ 353
- 八、民主法治國家的情報活動——重建情報法制的若干建議／ 383

憲政改革篇

- 九、動員戡亂時期臨時條款之法律問題／ 401
- 十、憲政改革芻議／ 431

附錄

- 十一、基本權利的解釋與影響作用(譯)／ 477

基本權利對國庫行為之限制

目次

壹 前言	二、基本權利對國庫行為之拘束力
貳 國庫行為之態樣	1. 憲法目的解釋之要求
一、行政輔助行為	2. 國家不能主張私法自治
二、行政營利行為	3. 基本權利之限制不影響國庫行政之功能
三、私法形式之給付行政	4. 基本權利之限制與「基本權利對第三人效力」無關
參 傳統之國庫理論	5. 私法規定提供之保護不足
肆 基本權利對國庫效力之理論	6. 行政私法理論之缺失
一、折衷說	7. 個案區分理論之缺失
1. 行政私法理論	8. 公法取向理論之缺失
2. 個案區分理論	三、基本權利是人民得起訴請求保護之「主觀」權利
二、肯定說	四、法院在必要時得直接適用基本權利
三、否定說	柒 基本權利對國營公司之限制
伍 公法取向理論	捌 結語
一、雙階說	
二、公法契約說 ¹	
陸 本文見解	
一、基本權利對行政之拘束力	

壹、前 言

自自治國家思想興起後，國家¹行使統治權作用之公法行為應受公法一般原理原則，尤其是基本權利之限制，已成為公法學界之通說。但國家並非僅能行使公法行為，實際上有許多情形，國家亦得從事私法行為，如國家與私人訂立私法之買賣契約，購買

1. 指廣義之國家，包括狹義之國家、省縣市等地方自治團體以及其他公法上之團體。

2 法與國家權力

辦公器材，與私人訂立私法之承攬契約，營繕公共工程或訂立私法之借貸契約，貸放資金予有受輔助需要之私人企業均其適例。當國家「脫下制服，換上便服²」，不再以高權統治者之姿態向人民行使下命權與強制權，而是以「私人地位」充當私法行為之當事人，與私人成立私法關係，此時從事私法行為之國家——國庫是否即因此可以完全免除基本權利之限制？

固然，依照傳統理論，憲法之所以有保障基本權利之規定，目的僅是為了防止國家公權力對私人造成不當之侵害³，所以適用基本權利必須具備兩項要件：第一，必須是國家之行為，其次，必須是國家基於公法上統治關係而行使之高權行為。若有一要件不備，即無基本權利之適用可言，因此，私人與私人間之私法行為以及國家與私人間之私法行為向來均被視為與基本權利無涉之所謂「基本權利外之行為」(grundrechtsfreies Handeln)或「基本權利中立之行為」(grundrechtsneutrales Handeln)。

然而實際上，私人與私人間之私法行為也有可能造成基本權利之侵害，因此戰後學說上即有所謂「基本權利對第三人效力」(Drittwirkung der Grundrechte)理論⁴之產生，以充當因應對策。同

2. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3.Aufl., 1931, S.25.

3. Nachweise bei Theodor Maunz/Reinhold Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 26.Aufl., 1985, S. 139 ff.; Albert Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S.1ff., 113ff., 137ff., Hans Herbert v. Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 32ff.

4. 基本權利對第三人效力亦即基本權利在私人相互間之效力，國內相關著作有蔡欽源，憲法上基本權利之規定在私人關係中之效力，台大碩士論文，民國七十二年；法治斌，私人關係與憲法保障，收錄於氏著憲法專論(一)，民國七十四年，頁1～64；陳新民，憲法基本權利及「對第三者效力」之理論，政大法學評論，第卅一期，頁67～111，可資參考。

樣地，國家之私法行爲也有可能，甚至比私人之私法行爲更有可能對私人造成基本權利之侵害，例如國家營繕工程，可能因某私人廠商出身權貴，而排斥其他競爭廠商，優先予以訂約機會；鐵路局在出租報章飲食販賣攤位時，可能約定承租人不得販賣代表某一政治立場或宗教信仰之雜誌，否則得隨時解約或不予續約；公營公車處因營運虧損，可能決定僅向公立學校學生，而不對私立學校學生出售優待票；國營事業可能基於政治、宗教等因素對特定私人或私人企業斷絕供給或拒絕購買；公立學校可能基於政治、宗教或性別等理由而拒聘或解聘教員。凡此情形，由於國家相對於私人，恒居優勢地位，若堅持私法行爲應單獨適用私法自治或契約自由原則之傳統理論，排除基本權利之適用，則居於弱者地位之私人勢將毫無保障地受國家「恣意」支配，顯會造成很大流弊，並與法治國原則保護人民基本權利之精神背道而馳。職是，戰後德國公法學界乃開始反省，紛紛對於國家之私法行爲是否應受基本權利限制之問題展開討論，提出了許多極具參考價值之學說。由於國內對此問題之探討並不多見⁵，故本文特從衆多德意志理論之引介著手，再加以分析評述，並提出管蠡之見，盼收拋磚引玉之效。

貳、國庫行爲之態樣

進入主題之前，理當先對國家所可能從事之私法行爲之態樣略做闡明。國家以私人地位所從事之私法行爲，一般稱之爲「國庫行爲」（fiskalische Betätigung）或「國庫行政」（fiskalische

5. 國內少數相關論著，如廖義男著，國家賠償法，民國七十年七月，頁36，註36；林錫堯著，論人民聲請解釋憲法之制度，民國七十三年，頁121，122參照。

4 法與國家權力

Verwaltung)，依其行為之目的，國庫行為可分成三種不同之行為類型，即「行政輔助行為」(Hilfspgeschäfte der Verwaltung)、
「行政營利行為」(erwerbswirtschaftliche Betätigung der Verwaltung)與「私法形式之給付行政」(privatrechtsformige Leistungsverwaltung)三者⁶

一、行政輔助行為

行政輔助行為在學說上又稱為「需求滿足行為⁷」(Bedarfsdeckungsgeschäfte)，指行政機關為滿足日常行政事務所不可或缺之物質或人事上之需要，而與私人訂立私法契約之行為⁸。例如警

6. 此乃學界對國庫行為所為最普遍之分類法。參照 Ingo v. Münch, Verwaltung und Verwaltungsrecht, in H.U. Erichsen/W. Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 III 2; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rdnr. 6~ 11; Franz Mayer/Ferdinand Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 IV 2; Hans Peter Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rdnr. 381ff.; Dieter Schmalz, Allgemeines Verwaltungsrecht, Teil 1, S.238.

7. 亦有學者將行政輔助行為稱為“Vergabe öffentlicher Aufträge”，該詞得譯為公共任務之委任或委任之授與，顯係借用民法委任契約 (Aufträge)之概念，然因民法之委任以無償為原則，與行政輔助行為之有償性質不符合，因此學者 Manfred Zuleeg主張“Vergabe öffentlicher Aufträge”一詞應避免使用 (Siehe dazu M. Zuleeg, Rechtsschutz und Grundrechtsbindung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, WiVerw. 1984. S.113). Dirk Ehlers 亦認為 Vergabe öffentlicher Aufträge 一詞僅涉及物品之購置，不包括人員之聘僱，因此內容包含較廣之行政輔助行為或需求滿足行為毋寧是較妥當之用語 (Vgl. dazu D. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S.202)。

8. 行政輔助行為之概念與實例，參照 v. Münch, aaO., § 2 III 2; Ehlers, aaO., S.202; Dieter Wilke/Jens Schachel, Probleme fiskalischer Betätigung der öffentlichen Hand, in WiVerw. 1978, S.97; Ulrich Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1985, Rdnr. 33; Mayer/Kopp, aaO. § 3 IV 2 C.

察局需要巡邏車、軍隊需要軍服軍鞋、公立醫院需要醫療器材，一般行政機關需要辦公文具，而與私人訂立買賣或製作物供給契約；或從事公共工程建設，而與私人訂立承攬契約；或需要民房充當行政機關辦公場所，而與私人訂立租賃或使用借貸契約，凡此即屬滿足日常物質需要之行政輔助行爲。至於公立學校聘請教師或一般行政機關雇用雇員，而與不具公務人員任用法所規定公務員任用資格之私人訂立僱傭或委任契約等⁹，則屬滿足日常人事需要之行政輔助行爲。

除此之外，亦有學者將行政機關之「財產利用行爲」(Vermögensverwertungsgeschäfte)劃入行政輔助行爲之列¹⁰。所謂財產利用行爲指將閒置的，或其他不必要的、多餘的公家財產出售、出租或出借予私人之行爲¹¹，如出售老舊之公務車或多餘之國有土地、林木於私人，國營事業爲移轉民營而讓售全部或部分股份於私人，市公車處出租車廂內、外部廣告看板於私人，國道局在高速公路休息站或鐵路局在車站出租場地供私人販賣飲食報章雜誌等之行爲，均其適例。

二、行政營利行爲

行政營利行爲指國家以增加國庫收入爲主要目的或爲同時推

9. 依我國實務界見解，公立學校聘教員係屬私法契約關係，並非公法契約或須相對人參與之行政處分，參照行政院五七年判一二七號；六十二年裁二三三號。正確之批評見吳庚著，行政契約之基本問題，台大法學論叢第七卷第二期，頁140

10. So z. B. Hans J. Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, § 23 IIa.

11. 有關財產利用行爲之概念與實例，參照 Ehlers, aaO., S.205f.; Wilke/Schachel, aaO., S.97f.

行特定經濟或社會政策，而以企業家姿態所從事營利性質之企業活動¹²。國家從事企業活動，有直接與間接兩種情形：前者指國家（或行政主體）直接經由其內部不具獨立法律主體資格之機關或單位所從事之企業營利行爲，如臺灣省政府經營菸酒公賣，發售愛國獎券，監理所出售或標售車牌等，即其適例。後者指國家依特別法或公司法之規定，投資設立具有獨立法律主體資格之公司而從事之企業營利行爲，如投資設立公營銀行從事一般金融業，或投資設立國營鋼鐵公司、石油公司、造船公司、糖業公司、肥料公司等而從事各項企業活動以及公營廣播電視公司出售節目時段即是¹³！

三、私法形式之給付行政

給付行政¹⁴，簡言之，即國家授予人民利益之行政行爲，如

-
12. 行政營利行爲之概念與實例，參照 Ehlers, aaO., S.206; Wilke/Schachel, aaO., S. 98ff.; v. Münch, aaO., § 2 III 2; Mayer/Kopp, aaO., § 3 IV 2 d; Volker Emerich, *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, 1969, passim, insbesondere S. 34ff., 49ff.; Gunter Püttner, *Die öffentlichen Unternehmen*, 1969, passim, insbesondere S. 42ff., 76ff.
13. 行政營利行爲涉及基本權利之問題有多端。第一，有些學者認爲行政營利行爲，尤其是國家透過國營事業機構所從事大規模之企業活動，侵犯到居於競爭者地位之私人企業之競爭自由與財產權，且其侵犯強度不遜於國家透過命令與強制手段所爲之侵犯，因此，國家可否從事營利性質之企業活動，以及該企業活動應如何受憲法之限制，乃成爲學者熱烈討論之對象。其次，國家從事營利性質之企業活動而與私人訂立各種私法契約時，也可能侵犯契約相對人之基本權利，如國營企業可能單純基於政治或宗教理由而對某私人企業斷絕供給或拒絕購買，或在契約中約定限制相對人基本權利之條款。本文僅就第二種情形探討基本權利對行政營利行爲之限制，至於第一種情形則係另一獨立之法律問題，非屬本文討論範圍。（相關之國內著作可參考林子儀著，國家從事公營事業之憲法基礎及界限，台大碩士論文，民國七十二年七月）。

國家為照顧並改善一般社會大眾之日常生活，而供給人民水、電、瓦斯或提供郵遞、電信、客貨運輸之服務；為普及教育、充實人民之文化生活，而設置學校、博物館、美術館或圖書館等供人民利用；為照顧人民健康而設置醫院、衛生所、療養院；為確保人民之最低生活條件，並保障社會安全、促進社會正義而提供社會救助、舉辦社會保險；甚至為追求特定經濟或社會政策，而提供私人企業各項經濟輔助等均其適例。

給付行政之興起乃係呼應福利國家(或稱社會國家)思想之要求¹⁵，因而可視為現代社會法治國重要特徵之一，與做為傳統自由市民法治國特徵之「干預行政」(Eingriffsverwaltung)恰成明顯對比¹⁶。在干預行政領域，國家為了防止公共秩序與安全遭受危害，不可避免必然運用高權之命令或強制手段干預人民自由及權利¹⁷，因此介於國家與人民之間的也必然是基於國家統治權作用而成立之公法關係。反之，在給付行政領域，由於國家行為之目的、手段與干預行政有顯著區別，因此介於國家與人民間之給付關係不必然是公法性質，換言之，有可能是公法，也有可能是私法性質。一般而言，給付行政原則上雖然不採強制手段¹⁸，然而迄今有一大部分之給付行政業已由公法規定加以規範¹⁹。若無相關之公法規定存在，則依德國學界之通說²⁰及當前實務界之做法，國家欲採用公法形式或私法形式來提供給付，有選擇之自由，且該選擇自由包括給付主體組織方式(Organisationsform des Leistungsträgers)之選擇自由以及給付或利用關係法律方式(Rechtsform des Leistungs- bzw. Benutzungsverhältnisses)之選擇自由兩者。

首先，國家應決定給付主體採私法之組織形式抑或公法上組織形式。若採私法組織形式，亦即由國家依私法規定投資設立法人(公司)，以履行給付行政之任務，如臺灣電力公司負責供電，

8 法與國家權力

14. 給付行政之概念與內容，Vgl. Ernst Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938; dens., *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, 1959; Peter Badura, *Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat*, 1966; Wolff/Bachof, *Verwaltungsrecht III*, 4. Aufl., 1978, § 137.
15. 給付行政與福利國家思想之關係，請參照 Tzong-li Hsu, *Verfassungsrechtliche Schranken der Leistungsgesetzgebung im Sozialstaat*, 1986, S.21 ~ 24。
16. 將國家行政行為二分為干預行政與給付行政兩者，乃係目前行政法學界之通說。然亦有少數學者主張放棄此種二分法，認為一切國家行政俱為給付行政，連以維護公共安全與秩序為目的，以命令與強制為手段之干預行政亦被劃入給付行政之列，蓋學者認為維護公共安全與秩序亦可視為一種國家對人民之「給付」。(Vgl. dazu Wilhelm Loschelder, *Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung*, DVBl. 1957, S.819ff.; Gerd Beinhardt, *Das Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in seinem Verhältnis zur Eingriffs- und Leistungsverwaltung*, DVBl. 1961, S.608ff.)此種見解不得謂為不當，因給付行政僅為學術上，而非實證法之用語，故學者得各依不同角度賦予給付行政不同之意義。然而由於給付行政與干預行政對於人民之基本權利的確造成不同之法律效果，以致兩者之區分對於法律保留原則之適用範圍以及立法者「形成自由」(Gestaltungsfreiheit)之範圍等問題之處理，仍具有重大意義。因此，擴充給付行政之概念，並進而將給付行政與干預行政彼此對立之二分法加以放棄之見解，為本文所不採。
17. Vgl. dazu grundlegend Roman Herzog, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, S.107ff.; Badura, aaO., S.5ff.; Reinhold Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, 1982, S.273ff.; v. Arnim, aaO., S.65ff.
18. 採強制手段之給付行政，例如強迫民衆預防注射，強迫學齡兒童入學，強迫絕食抗議之受刑人進食，強迫參加各種社會保險。
19. 如勞工保險條例、社會救濟法、獎勵投資條例、郵政法，實施耕者有其田條例第三章，老人福利法第十三至十九條，兒童福利法第十三至十六條等均是公法規定規範給付行政之適例。
20. So z.B. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts I*, 10. Aufl., 1973, S.410, 412; Püttner, aaO., S.136ff., 328; Wolfgang Rübner, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft*, 1967, S.353f.; Fritz Ossenbühl, *Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht*, DÖV 1971, S.513, 518 (FN. 62mwN.); Maurer, aaO., § 3 Rdnr. 9; Christoph Gusy, *Die Bindung privatrechtlichen Verwaltungshandelns an das öffentliche Recht*, DÖV 1984, S.872f. 但國家之選擇自由晚近已漸受批評。

臺灣省自來水公司負責供水，臺灣汽車客運公司職司旅客運送，則給付主體與人民間之給付、利用關係必然是私法性質²¹。若採公法組織形式，亦即國家經由其內部行政機關直接經營，以達成給付行政之目的，例如市公車處或省鐵路局負責旅客運輸，公立醫院、衛生所等提供醫療服務，電信局職司各項電信服務，市立美術館、博物館、圖書館、遊樂園、動物園、游泳池等提供文化、育樂方面之服務，則國家尚有第二種選擇自由，亦即以公法方式或私法方式規定給付或利用關係之自由。因此，究竟給付主體與人民間之給付、利用關係屬公法抑或私法性質，應以給付主體表現在其所公布使用規則 (Benutzungsordnung) 內之意思為判斷依據。若使用規則就利用關係之公法或私法性質已有明白指示，固毋庸多論；若無明白指示，則應間接從使用規則所使用之各項用語來判斷，換言之，若使用公法所特有之用語，例如以廢止 (Widerruf) 一詞規定利用關係之中斷，或使用對價以規費 (Gebühr) 一詞名之，或規定發生法律爭執應循訴願途徑為之，則吾人可推定整個利用關係是公法性質；反之，若使用規則含有租用、租金、締約、契約之終止或其他私法特有用詞，則整個利用關係可推定為私法性質²²。若連可資判斷之各項情況證據亦付諸闕如，則吾人應依據各項公私法區分理論綜合加以考量，決定其為公法，抑或屬於私法²³。

探討個別給付或利用關係屬公法或私法性質，並非本文之目的，本章節之主要目的僅在於指出國家在許多場合，亦得採用私

21. 在例外情形，私法組織亦可能受政府之委託行使公權力，而與人民產生公法關係，如電業法第七五條之規定是。

22. Vgl. Maurer, aaO., § 3 Rdnr. 26.

23. 有關公私法之區分理論及個案判斷之準則，參照廖義男著前揭書，頁 40～43。

法方式履行給付行政之任務，若採私法方式，則屬繼行政輔助行為與行政營利行為之後之第三類型國庫行為。雖多數學者稱之為「行政私法」(Verwaltungsprivatrecht)²⁴，然該用語顧名思義，實已涉及後述有關適用基本權利規定與否之評價問題，故本文不採，在此寧以較具中立性及敘述性之「私法形式之給付行政」一詞名之。

參、傳統之國庫理論

如前所述，國庫行為應否受基本權利限制之問題係遲至二次戰後始成為學界討論之對象。戰前學者之所以未能對此問題展開反省，最主要諒係受阻於傳統國庫理論(Fiskustheorie)之影響所致！

傳統國庫理論將國家割裂成兩個各自獨立之法律人格體：其一是具有公法人性質之國家，亦即固有意義之國家(der eigentliche Staat)、一般所瞭解之行使公權力之國家；另一則為具有私法人性質之國家，亦即充當私法關係當事人，可以取得、負擔財產法上權利、義務之法律主體之國家。對於後一意義之國家，人們不再視其為真正之國家，而另以「國庫」(Fiskus)一詞代之，以示其與行使公權力之固有意義國家明顯有別²⁵。根據此一理論，則從事

24. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, § 23 II b; v. Münch, aaO., § 3 II 2; Schmalz, aaO., S.241; Battis, aaO., Rdnr. 37; Wilke/Schachel, aaO., S.96.

25. Vgl. Karl Zeidler, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19(1961), S. 221; Joachim Burmeister, Begriff "Fiskus" in der Verwaltungsrechtsdogmatik, DÖV1975, S.699; Ehlers, aaO., S.75; Hans Ulrich Evers, Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs-und Verwaltungstätigkeit, NJW 1960, S.2075; v. Münch, aaO., § 2 III 1, jeweils mit Nachweisen.

私法行為之"國家"實際上並非國家，而是國庫——一個與普通私人無異、獨立於(固有意義)國家之外之私法人。既然一方面行為主體並非國家，而是私人(國庫)，他方面依據基本權利之傳統理論，僅國家之行為始受基本權利之限制，則國庫行為不受一般公法原理原則，尤其是基本權利之拘束，乃理所當然。

考國庫理論之起源，可上溯至羅馬時代，蓋彼時之國庫，即羅馬皇帝之國庫，係皇帝可任意支配之私人財產，與元老院(Senat)所支配管理之事務不同，並不受公法之限制²⁶，就此點而論，羅馬皇帝之國庫似已具備近世意義國庫之雛形。然而十九世紀國庫理論之產生卻有其緣由，蓋彼時之法制不承認人民有任何法律救濟途徑以對抗國家公權力之侵害²⁷，為了使人民至少能透過法院(僅對民事爭執有審判權)向國家請求賠償因公權力之不法侵犯所造成之損害，乃創出國庫理論，將國家人格割裂為二，擬制一個新的獨立的私法人——國庫，再由國庫來代替國家負(侵權行為之)損害賠償責任，換言之，國庫成為公權力主體之固有意義國家之替罪羔羊(Prügelknaben)，從而，人民對於國家公權力之侵害雖因欠缺法院救濟途徑而必須「忍受」(Dulden)，但經由國庫之「支付」(Liquidieren)，人民至少能稍微獲得補償²⁸。自此而後，以私法主體姿態出現之國家，通說稱之為國庫。

在十九世紀，由於公法規定不若私法完備，國家公權力之行使又不受法院審查，若不擬制一個充當替罪羔羊之新的、獨立的私法人，人民勢將投訴無門，因此發展國庫理論在當時或許有其

26. Vgl. Evers, NJW 1960, S.2075.

27. C. Bornhak, Preussisches Staatsrecht, 2. Bd., 2. Aufl., 1912, S.501.

28. Vgl. Evers, ebenda; Zeidler, aaO., S.221f., Burmeister, DÖV 1975, S.699.