

## 第二十四章 國家賠償

### 目次

第一節 國家賠償責任之本質 665	第二項 普通國家賠償法
第一項 國家無責任說	一、公務員之國家賠償責任
第二項 代位責任說	公務員作為之國家賠償責任
第三項 自己責任說	公務員不作為之國家賠償
第四項 代位責任說與自己責任說	責任
第五項 憲法就國家賠償責任本質	審檢人員之國家賠償責任
之決定	立法人員的國家賠償責任
一、憲法就國家賠償規定的性質	二、公共設施之國家賠償責任
二、國家賠償責任究為「代位責任」	公有公共設施
或「自己責任」	須設置或管理有欠缺
第二節 我國國家賠償責任之類型 672	須人民生命、身體或財產受
第一項 特別國家賠償法	損害
一、冤獄賠償法——轉換為刑事補	相當因果關係
償法	第三節 國家賠償責任之競合 695
二、羈押法	第四節 國家賠償之方法與範圍 696
三、土地法	第五節 請求國家賠償之程序 697
四、警械使用條例	第一項 協議先行原則
五、核子損害賠償法	第二項 消滅時效

### 第一節 國家賠償責任之本質

#### 第一項 國家無責任說

2401 專制時代，國王是主權領域之最高權威者，斯時國家與人民之關係，猶如父母與子女之倫理關係，基於與「天下無不是父母」相同的觀念，也有「國王不會做錯」（King can do no wrong）之觀念，斯時並無國家責任之意識。進至18世紀，公務員與國家之關係，被認為係「處理事務之授權關係」。受任之公務員本不得違反授權者之授權旨意，違法加害人民，若有之，自亦應由公務員個人負責，故此時仍處於「國家無責任說」之時代。

2403 自19世紀末葉，此種國家無責任說的論點，漸被摒棄，而以國家亦應就其不法行為負責之理論取代，是為國家責任說。

2405 德國的國家賠償法發展較早，於1909年即有「官吏國家責任法」(Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten)，1919年的威瑪憲法(Art. 131)已有「國家及公共團體公務員過失責任」規定，此一規定為1949年的波昂基本法第34條所繼受。英國遲至1947年的王權訴訟手續法(The Crown Proceeding Act)制頒，在美國亦直至1946年頒布「聯邦侵權行為法」(Federal Tort Claim Act)，日本亦在戰後新憲法規定，據此其眾議院於1947年制

定出國家賠償法<sup>1</sup>。

2409 國家雖應就代表其執行職務之公務員之行為負責，國家責任的本質為何？有兩種學說：一是代位責任說，一是自己責任說。

## 第二項 代位責任說

2413 所謂「代位責任說」，係指國家賠償責任之成立，乃以公務員受國家的「委任」，「代理」國家事務，國家委任的要求下當然不會令公務員故意或過失去侵害人民。故而，公務員因故意或過失不法侵害人民權利，自應由其本身負民法上侵權行為責任。但由於公務員資力通常不足，乃由國家代替該公務員負賠償責任。故國家之負損害賠償責任，係以個別公務員具有不法性之故意或過失之歸責條件為前提。

採代位責任說之國家賠償，在責任類型上，必同時採過失責任。過失責任，係以行為人之故意或過失為成立要件。國家代替公務員賠償之後，符合一定要件下，仍可對公務員行使求償權。

## 第三項 自己責任說

2416 「自己責任說」認為，公務員本質上為國家之手足，其執行職務本身，即是「代表」著國家在執行職務，而不只是代理國家而已。故其因違法所造成之民事賠償責任，不以個別公務員之侵權行為責任成立為前提，國家亦應負賠償責任。換言之，公務員執行職務因故意或過失，不法造成人民權利損害，即應視同國家的侵權行為，故國家賠償責任，係國家自己本來的責任，而非國家代替公務員負責之關係。

2418 採自己責任說之國家賠償責任，可能兼採「無過失責任」或「危險責任」。無過失責任，在現代工業社會危險源愈來愈多的情況下，有被作為平衡損益工具的趨勢。此種無過失責任的功能之一，係基於「損益兼歸」的法理，透過加重危險源製造者的責任，以平衡其製造危險所獲得的利益。由於無過失責任已免除受害人之舉證責任，故藉此可避免受害人尚須就故意過失及因果關係等，涉及專業性問題負舉證責任。例如法例上，對商品製造人課予無過失責任（消保§7-§8；民§191-1-§191-3），即是基於此種損益平衡的法理，透過舉證責任轉換，使商品消費的受害者較易獲得救濟。

2420 無過失責任的另一項功能是促使行為人對危險源積極加以控制，以避免危險事故的發生，公害事故之採用此種責任，道理在此。國家賠償責任採用無過失責任的理由，除摒棄了「國家不會做錯」的概念外，在功能上，已超越了損益平衡的觀點，目的在促使公權力不要造成人民權利侵害之結果，以擴大人民第二次的權利保護。因為公權力存在之目的，旨在造福人民，不是侵害人民。

2422 但國家賠償採自己責任說，未必皆須令國家負無過失責任。蓋國家賠償責任屬特殊之侵權行為，其責任之成立，以過失為要件，亦屬通常。是以，採自己責任說，並不排除過失責任。

## 第四項 代位責任說與自己責任說之區別

2425 確認國家賠償究為「代位責任」或「自己責任」之實益在於，判斷國家賠償責任是否成立，究以公務員個人行為與責任條件為判斷標的，或以國家總體行為（或行政一體行為）為判斷標的。

---

1 參謝瑞智，憲法新論，文笙，1999，頁310。

2427 若採國家自己責任說，國家責任之成立，不以直接行使公權力之個別公務員是否具有故意過失，為判斷唯一標準，尚須考慮對其有影響或具有拘束力之上級機關之行為。換言之，對人民造成侵害之最終端之公務員行為，僅應視為整體行政作用的一種呈現，國家賠償責任之判斷標的，不以之為限。個別執行行政處分之公務員，形式上可能是依法行政，並無過失可言，但此並不表示對人民權利所造成之侵害，概無成立國家賠償責任之可能。吾人尚須審究，該行為所根據之法令或行政解釋是否具有實質的正當性。若該行政處分係根據違法或錯誤之法律解釋而為，作成行政處分之公務員雖無過失，但整體之行政行為（行政釋示加上行政處分）尚不能調為合法<sup>2</sup>。採自己責任說的結果，將會發生「可歸責性的客觀化」（Objektivierung des Verschuldens）的結果。

2429 所謂「可歸責性的客觀化」係指，如果損害係由公務員在職務執行的組織上，違反公務機關之「照顧義務」（Sorgfaltspflicht），或未監督該職務之執行，則該組織的可歸責性（Organisationsverschulden），應被視為行政的總體行為（Gesamtverhalten der Verwaltung），而具有可歸責性<sup>3</sup>。故國家賠償責任的可歸責性，即不再僅限於個別具體的公務員個人的過咎，而是指「行政機制上有瑕疵的功能」（fehlerhaften Funktionieren des Verwaltungsapparates）。故論斷公務員之有可歸責行為，不必將公務員個別化或予以具體指明<sup>4</sup>，仍可成立國家賠償責任。由於一般人民根本無法從外知悉個別機關工作及功能方式有何區別，故只要有任何一位公務員可歸責地違反對第三人所課予義務之職務義務時，即與行政機關總體行為違反交易上必要的照顧義務等價，而屬違背職務義務<sup>5</sup>。此種「可歸責性的客觀化」的結果是，可歸責性的推定（Verschuldensvermutung）及舉證責任轉換（Beweislastumkehrung）由公務員負擔<sup>6</sup>。亦即，就某一事件是否成立國家賠償責任，不以對人民作成行政處分之公務員之責任條件與行為之違法性，作為唯一之判斷標準，尚須審究造成該損害之整體行政機制，是否有違法性與故意過失而定。

2431 若採代位責任說，則國家賠償責任之成立，專以個別最後執行職務之公務員之「行為」及「責任條件」為其判斷標的。例如上級機關就某法律問題曾作成行政釋示（行程§159 II 二），下級機關據此作成處分。如果該解釋經司法機關確認係違法錯誤之解釋，則作成終局具體行政處分之公務員依上級機關之行政釋示所為，仍不應認為係有過失。故採「代位責任說」，國家賠償責任於此種情形，即無成立之可能，蓋該執行職務之公務員並無過失之可言。相反的，如果採國家自己責任說，其判斷標的既不以終局之公務員個人行為及責任條件為判斷標的，而須以國家「總體行為」作為判斷標的，則此種情形，應將上級之依職權所為的行政釋示，與個別作成決定之公務員行為合併觀察。若該行政釋示所持之見解，已非單純法律見解之選擇而已，而屬違法錯誤之解釋（參釋287），自應認為整體國家行為有過失並具有違法性。該公務員之行政處分不過為該國家違法行為之一環而已。是以此種情形，仍有成立國家賠償責任之可能。但因個別執行職務之公務員並無過失可言，故不得被求償。

2433 此種區別實益，尤見諸於公務員怠於執行職務之場合。臺灣之地方政府行政能力，往往受制於財源之短缺或未經專業訓練而能力不足，而無法以合乎法定目的的方式完滿執行職務。但某些職務若其目的在保護或促進可得特定人民之利益為目的，則公務員怠於該職

2 前行政法院74判1905判決即稱：「被告機關雖於請示上級後奉令行事，但不得以奉令行事據為其行政處分並無違法不當之理由。」

3 Vgl. Dagtoglou, in: BK, Art. 34, Rn. 592.

4 Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., S. 61; Dagtoglou, in: BK, Art. 34, Rn. 191; Sögel-Vinke, §839, Rn. 201.

5 Vgl. Papier, in: München-Komm-BGB, §839, Rn. 288; Vinke, in: Sögel-Komm-BGB, § 839, Rn. 201.

6 參李惠宗，論行政不作為之國家賠償責任，台灣法學雜誌，第11期，2000/6，頁35/57。

務之執行所造成之損害，即有成立國家賠償責任之可能。但若因地方政府預算不足，事實上無人力執行該些重要任務時，以「代位責任說」而言，殊難認為「個別怠於執行職務之公務員」有何過失與違法可言，故此種情形無成立國家賠償責任之可能。但若以「自己責任說」來看，該職務之怠忽，係整個行政體的怠忽（預算不足加上執行不力），非最前線的執行職務之公務員有何怠職可言，故此種情形，國家是否負起賠償責任，應視行政整體之怠於執行職務是否符合國家賠償之要件而定。臺灣之政府部門行政效能不彰，卻未能有效負起責任，癥結問題多在於此種情形。

以下將代位責任說與自己責任說之區別表述如下：

表24-1 代位責任說與自己責任說區別表

	代位責任說	自己責任說
責任類型	以公務員之過失責任為前提，故國家賠償責任必為「過失責任」。	公務員之行為即視為國家行為，故國家賠償責任得具體化為「過失責任」或「無過失責任」。
判斷標的	個案判斷： 以個別執行職務之公務員行為及責任條件為判斷標的。	總體判斷： 以國家行為為判斷標的，不置重個別公務員之行為違法性與責任條件，故個別公務員縱無故意、過失，只要該國家總體行為具有違法性，仍可成立國家賠償責任。

## 第五項 憲法就國家賠償責任本質之決定

2436 我國憲法第24條規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償。」此一條文有兩個值得研究之處：

- 2438 一、本條法律性質究僅屬「方針條款」、「憲法委託」<sup>7</sup>或已屬「直接有效之規範」？  
2440 二、本條究將國家賠償定位為「代位責任」或「自己責任」？

### 一、憲法就國家賠償規定的性質

2442 首先可以肯定的是，憲法第24條僅規定，人民得「依法律」向國家請求賠償，此規定本身欠缺構成要件與法律效果，並非完全法條，故非屬「直接有效的規範」，無法直接作為具體國家賠償責任之依據，而須賴立法者就國家賠償責任之各種要件及法律效果，加以形成。

2445 其次，該規定是否僅屬方針條款？大法官釋字第469號解釋理由書認為：「憲法第24條規定公務員違法侵害人民之自由或權利，人民得依法律向國家請求賠償，係對國家損害賠償義務所作『原則性之揭示』，立法機關應本此意旨對國家責任制定適當之法律。」本號解釋認為，憲法第24條係「原則性之揭示」，似僅認為該條規定僅有「方針條款」之意，但國家賠償係實現基本權保障的「第二次權利保護」之機制，故基於基本權規範的「國家保護」功能，國家應有就國家賠償的事項予以立法之義務，故大法官另於釋字第487號解釋進一步明確地宣示，立法機關依據該規定，「有『制定』有關國家賠償『法律』之『義務』，而此等法律對人民請求各類國家賠償要件之規定，並應符合憲法上之比例原則。」大法官此種宣示意味著，憲法第24條規定應屬「憲法委託」，而非單純只是「方針條款」。故釋字第469

7 有關憲法委託之理論，請參陳新民，論「憲法委託」之理論，收於氏著，憲法基本權利之基本理論（上），第3版，1992/1，頁37以下。

號解釋進一步依據基本權「行為授權」的功能而導出：「且在法律規範之前提下，行政機關並得因職能擴大，為因應伴隨高度工業化或過度開發，而產生對環境或衛生等之危害，以及科技設施所引發之危險，而採取危險防止或危險管理之措施，以增進國民生活之安全保障。倘國家責任成立之要件，從法律規定中已堪認定，則適用法律時不應限縮解釋，以免人民依法應享有之權利無從實現。」亦即，國家立法機關，不但應隨著時代環境的變遷，而有擴大保護人民權利的「立法義務」，行政機關與司法機關在適用與解釋國家賠償法時，亦有「不得限縮解釋的義務」。

## 二、國家賠償責任究為「代位責任」或「自己責任」

2447 有認為憲法第24條規定，雖未明示以公務員成立民事責任為國家賠償責任之要件，但仍屬採「代位責任說」之規定<sup>8</sup>，故國家賠償責任仍以過失責任為基本類型。

2449 此一問題雖屬憲法立法論上的「立法例」，如果憲法有明文規定，無論採「代位責任」或「自己責任」並無問題。但問題在，如果憲法本身沒有規定，就必須考慮「憲法解釋的當代化」，亦即制憲時隱晦不明的政策採擇，可以透過憲法解釋賦予新的意涵。本書認為，「代位責任說」具有專制政權以不負責任為原則的傾向。民主法治國家，國家職權係來自人民之付託，此為國家公權力行使之正當性基礎，國家權力之運作，若非為實現人民個人之利益，至少亦應有公共利益的理由。故公務員行使職權，偏離了國家權力的理性，違反義務而具有不法性，及因故意過失而具有可歸責性，即屬國家自己應負責之事由。再者，憲法既然未明文規定以公務員有故意或過失為「人民向國家請求損害賠償」之要件，則本條不必非解釋為「代位責任說」不可。條文中雖有「公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律應負民事責任」之規定，然此係因應當時已生效之民法規定而設，公務員因違法侵害人民之權利，同時會有公務員個人之侵權行為責任與國家賠償責任競合之問題。此時應由被害人民就較有利於己之法律關係，請求公務員或國家賠償。此規定自不足據以認為，憲法第24條之規定乃採代位責任說。毋寧應認為，此為國家自己責任說之規定<sup>9</sup>，因為採國家自己責任說並不排除國家賠償責任仍然有過失責任之類型；若採「代位責任說」，國家賠償法若有「無過失責任」的規定，反而會發生是否違憲地過度課予國家責任之問題。

## 第二節 我國國家賠償責任之類型

2455 憲法第24條規定，公務員違法侵害人民之自由或權利者，被害人民就其所受損害，得「依法律」向國家請求賠償。然立法院遲至1980年才審議通過「國家賠償法」，並定於1981年7月1日施行。憲法施行於1947年，落實此一憲法委託之國家賠償法，已屬立法懈怠三十餘年矣。

2457 國家賠償法在國家責任的類型上，基本上區分為「公務員國家賠償責任」（國賠§2 II）及「公有公共設施之國家賠償責任」（國賠§3 I）兩大類型。其中公務員之國賠責任，又可區分為公務員之作為與不作為所引起之國家賠償責任，前者採「過失責任」，後者則採「無過失責任」（公務員不作為在國家賠償法上是否採無過失責任，有爭議，詳下述），而就公有公共設施之責任則採「無過失責任」。但國家賠償法係普通法，在適用國家賠償

8 以林紀東為代表，參氏著，憲法釋義，頁372。

9 參城仲模，行政法上國家責任之理論與立法之研究，收於氏著，行政法之基礎理論，增訂初版，三民，1991，頁645/753、766；黃異，國家賠償法第2條第2項的國家賠償責任是代位責任嗎？，法叢129期，1988/1，頁70以下；葉百修，國家賠償法，收於翁岳生，行政法（下），2006/10，頁566。

法之前，如有其他特殊的國家賠償事件，依「特別法優於普通法的原則」，應先適用其他特別法。

## 第一項 特別國家賠償法

### 一、冤獄賠償法——轉換為刑事補償法

2460 原冤獄賠償法第1條的規定係針對國家對人民誤用刑事處罰權的責任追究，採無過失責任（釋670），只要是國家誤用公權力而使人民之人民身體自由、生命或財產權遭受損害之結果，皆應由國家予以填補損害，不應區分該損害係由何種機關造成者，故釋字第624號解釋即宣示：

「冤獄賠償法第1條規定，就國家對犯罪案件實施刑事程序致人民身體自由、生命或財產權遭受損害而得請求國家賠償者，依立法者明示之適用範圍及立法計畫，僅限於司法機關依刑事訴訟法令受理案件所致上開自由、權利受損害之人民，未包括軍事機關依軍事審判法令受理案件所致該等自由、權利受同等損害之人民，係對上開自由、權利遭受同等損害，應享有冤獄賠償請求權之人民，未具正當理由而為差別待遇，若仍令依軍事審判法令受理案件遭受上開冤獄之受害人，不能依冤獄賠償法行使賠償請求權，足以延續該等人民在法律上之不平等，自與憲法第7條之本旨有所抵觸。」

但如果國家機關之誤用公權力，係可歸責於該人民（與有過失），則國家權力之行使固非可完全究責，但如果無分受冤獄之人民與有過失情節之輕重，一概排除冤獄賠償，亦有過度放縱國家權力行使，而有違冤獄賠償係屬「刑事補償」本質之虞，因為此種補償係基於「分配正義」所產生的「衡平責任」，以冤獄結果事實作為補償的基礎。故釋字第670號解釋認為：

「受無罪判決確定之受害人，因有故意或重大過失行為致依刑事訴訟法第101條第1項或軍事審判法第102條第1項受羈押者，依冤獄賠償法第2條第3款規定，不得請求賠償，並未斟酌受害人致受羈押之行為，係涉嫌實現犯罪構成要件或係妨礙、誤導偵查審判，亦無論受害人致受羈押行為可歸責程度之輕重及因羈押所受損失之大小，皆一律排除全部之補償請求，並非避免補償失當或浮濫等情事所必要，不符冤獄賠償法對個別人民身體之自由，因實現國家刑罰權之公共利益，受有超越一般應容忍程度之特別犧牲時，給予所規範之補償，以符合憲法保障人民身體自由及平等權之立法意旨，而與憲法第23條之比例原則有違，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿2年時失其效力。」

由於原冤獄賠償屢被宣告違憲，現已修正為刑事補償法（詳前章）。

### 二、羈押法

2462 羈押法（2006.12.27）第30條規定：「新入所者之財物，應檢查之，並記載其品名、數目，為之保管。前項保管之財物，除災變及不可抗力外，如有損失，應負賠償之責。」

### 三、土地法

2464 土地法第68條規定：

「土地因登記錯誤、遺漏或虛偽至受損害者，由該地政機關負賠償責任，但該地政機關證明其原因應歸責於受害人時，不在此限。

前項損害賠償不得超過受損害時之價值。」

此種規定略具有「社會保險」之性質。此之國家賠償請求權消滅時效，土地法未規定，應適用國家賠償法第8條之規定<sup>10</sup>。

10 參詹森林，國家賠償請求權之消滅時效，台灣法學雜誌，第37期，2002/8，頁1/10。

#### 四、警械使用條例

2466 警察負有依法維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利之任務（警察§2）。為達成此項任務，警察人員執行職務時有使用警械之必要，然為避免濫用，警械使用條例對於警械之使用，設有詳細規定。該條例第11條第2項規定：「警察人員執行職務違反本條例使用警械規定，因而致人受傷、死亡或財產損失者，由各該級政府支付醫療費、慰撫金、補償金或喪葬費；其出於故意之行為，各該級政府得向其求償。」

以上規定，可能為國家賠償責任，可能僅為「準徵收之侵害」之補償責任，須依具體個案是否具有違法性斷之。

#### 五、核子損害賠償法

2468 原子能法（1971.12.24）第29條：「由於核子事故之發生，致人民之財產權益遭受損失，或身體健康遭受損害，應予適當賠償；賠償法另定之。」準此而訂定之核子損害賠償法（1997.5.14）第11條規定：「核子事故發生後，其經營者對於所造成之核子損害，應負賠償責任。」第18條並採無過失責任。

### 第二項 普通國家賠償法

#### 一、公務員之國家賠償責任

2470 國家賠償法就公務員之行為所產生之國家賠償責任，分為兩種類型，即公務員「作為」與「不作為」之國家賠償責任，因其構成要件不同，分述如下：

##### 公務員作為之國家賠償責任

2472 國家賠償法第2條第2項前段規定：「公務員執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。」其構成要件有七：

##### 公務員

2474 公務員於法律上之意義有四：

最狹義之公務員：此種意義之公務員指依公務人員任用法第5條所任命之依法考試取得公務員身分之人員，包括簡任、薦任及委任官等之公務員。

狹義之公務員：指公務員懲戒法上之公務人員，此時不只包括事務官，即連政務官亦包括之。但政務官與民選之行政首長在懲戒上與一般公務員不同，別屬另一問題。

廣義之公務員：指公務員服務法所稱之公務人員，包括受有俸給之文武職及其他公營事業機關服務之人員。

最廣義公務員：指依法令從事於公務之人，新修正之刑法第10條較舊規定有略為限縮的立法定義：「稱公務員者，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」故某人縱無公務員資格，只要係依法令從事於公務，皆得適用刑法規定，包括受委託行使公權力之個人或團體。

2475 國賠法第2條第1項就公務員有立法定義：「本法所稱之公務員，謂依法令從事於公務之人員」，此採最廣義公務員，對保障人民權利之立法意旨，自屬正確。故受行政機關委託之合作社之職員在代收稅款時，或汽車修護廠就汽車作定期檢查，皆不失為國賠法上之公務員（國賠§4）。

2477 唯所謂「依法令」執行職務有別於「依契約」或「依道義」之執行職務，係指該職務

之執行，有法令上之依據，且該執行職務之人員，以公權力主體之名義行使者，始可謂為「公務員」。若其行使職務，雖受公權力主體之委託，非以自己名義行之，而須以委託者之名義為之者，僅為「行政助手」而已，非屬此之依法令執行職務，例如，民間汽車拖吊公司受警察局委託，係「依（承攬）契約」執行職務，實施違規汽車的拖吊，該拖吊公司人員<sup>11</sup>，尚非國家賠償法上所稱之公務員；又如「義警」指揮交通，亦僅以「行政助手」身分從事，須在交通警察指揮監督下始得為之，亦非受委託行使公權力之個人。

2479 但中、小學生上下學，由「愛心媽媽」所組成之「道路糾察隊」，於執行交通指揮與管制的事務內，屬受「警察機關」委託行使公權力之個人<sup>12</sup>，此為基於「行政慣例」所被承認的受委託行使公權力。

2481 值得一提者，此之公務員概念並非僅指個別具體執行職務的公務人員，而是指「整體公務機制」而言。故判斷某一事件是否應成立國家賠償責任，不因其中有守法的公務員，而可主張國家賠償法上之免責。

### 執行職務

2483 國家賠償責任之成立之第二要件為「執行職務」。執行職務之意義，有主觀說與客觀說之爭議。

2485 主觀說認為，國家賠償法所稱之「執行職務」，須機關依組織法及個別行政法規具有該項法定職務（行程§11），且該公務員有以之為職務執行之意圖，若行為人僅有假藉職務機會之意思，公報私仇所為之行為<sup>13</sup>，並非執行職務。

2487 客觀說又稱為職務外觀說<sup>14</sup>，此說認為只要該項職務，在外觀上從客觀的第三者（通常為法院）看起來足以被認為係在執行職務即該當於國賠法上之執行職務。但冒充公務員執行職務（僭行職務），例如竊賊偷竊警裝，喬裝警察以取締交通違規行為並收取罰款之情事，則非執行職務。此之執行該職務，縱使不符「管轄法定原則」（行程§11），亦非其地域管轄之範圍，其執行亦該當於此之「職務」，且不以勤務時間為限<sup>15</sup>。

2489 主觀說會造成被害人民舉證上的困難，客觀說則有擴張保護人民之效果，較符合國家賠償法之立法意旨，應以客觀說較為可採<sup>16</sup>。如採客觀說則一般公報私仇、假公濟私之濫權損害人民權利之行為，被害人即可請求國家賠償。而賠償義務機關賠償後，自可對應負責之人，行使求償權（國賠§2Ⅲ），而不至使該負責之人脫免責任。本書認為，應以客觀說較為可採<sup>17</sup>。

### 行使公權力

2492 此之「行使公權力」屬廣義之公法行為，係指行政機關之公務人員或受委託行使公權力之個人或團體，居於國家機關之地位，行使統治權作用之行為而言，包括運用命令及強制等手段，干預人民自由及權利之行政處分或行政事實行為，以及提供給付、服務、救濟、照顧等方法，增進公共及社會成員之利益，以達成國家任務之行為（最高法院80臺上525

11 參廖義男，國家賠償法，第2刷，1998/9，頁27-28。

12 參廖義男，同上註，頁30，註27。值得注意者，愛心媽媽之指揮交通，係代替警察機關為之，而非代學校為之，因為依據管轄法定原則，學校並無交通指揮的公權力。

13 參廖義男，國家賠償法，第2刷，1998/9，頁18。

14 參劉宗德，行政不作為之國家賠償責任，政大法學評論，第35期，1987/6，頁95/96。

15 參葉百修，國家賠償法，收於翁岳生，行政法（下），2006/10，頁583-584。

16 參張孝昭，國家賠償法逐條論述，1983，頁32以下。

17 相同見解，參吳庚，行政法之理論與實用，增訂10版，2008/2，頁762；陳敏，行政法總論，第6版，2009/9，頁1144；董保城，湛中樂，國家責任法——兼論大陸地區行政補償與行政賠償，元照，2005/8，頁83；吳志光，行政法，2006/10，頁443。

判決)<sup>18</sup>。

2494 「執行職務」與「行使公權力」往往合一，但職務之概念較公權力要廣，故事實上非無區別判斷之可能。換言之，行使公權力必為執行職務，但執行職務未必皆為行使公權力。例如，公務員上下班之行為或出差途中，係屬執行職務，但並非行使公權力，故公務員假借職務之便，利用職務上配用之座車及司機兼接送其子女上下學，於途中肇事，雖屬執行職務，但卻非行使公權力。

2496 須加以說明者，國家賠償責任係法律責任，此之行使公權力之行為，須為司法權所得審查之行為，始足以透過法院判決決定具體的責任範圍，故如統治行為、外交行為、政策之決定或戰爭行為或政權選舉失利，縱可能造成人民權利之損害，仍無成立國家賠償責任之可能<sup>19</sup>，例如1949年，「大陸神州變色」，千萬個家庭家破人亡，妻離子散，亦無法請求國家賠償。

### 行為不法

2499 國家賠償責任成立之第四個要件為「行為不法」，如果整體公務員機制皆屬合法，仍造成權利侵害之結果，則屬「補償」，而非「賠償」之問題。所謂「行為不法」，有「結果不法說」與「行為不法說」之爭議。

24101 「結果不法說」認為，一有損害之產生，即可「推定」該行為之不法性，結果不法說具有舉證責任轉換的效果，故此時，公務員應負舉證責任證明該行為具有阻卻違法事由，或非屬故意或過失，或並未使人民之自由權利受到侵害。

24103 「行為不法說」則指該行為須違反一定之「法律義務」而言。「不法」與「違法」在文義解釋上，不宜與一般人民之通常理解相左，故本書認為二者屬相同之概念<sup>20</sup>。法律上之違法性來自於「義務的違反」，若無義務，即無違法性<sup>21</sup>，自無從論及責任。然則，「行為不法」所違反法律義務之情形，指廣義之欠缺正當性與合法性之行為而言，包括違反具體之法律規定及違反一般之行政法原則，如比例原則、平等原則、誠信原則、公序良俗、人性尊嚴的尊重等之行為<sup>22</sup>。但此種「法律義務違反性」，因屬國家賠償責任之構成要件，應由被害人民舉證。

24105 本書認為，行為不法說較為可採。蓋公務員之執行職務通常可受合法性之推定，故如被害人民主張該執行職務之行為有不法性，應負舉證之責。但如果公務員違反「特定的行政職務義務」，仍可受到違法性的推定，例如若警察未經查明即行拘押，或故意夜間訊問，或故將犯罪嫌疑人資料透露給新聞記者發布消息，即屬違反「特定的行政職務義務」，仍受違法性的推定。

24107 但如果公務員只是違反一般組織法上的義務，例如未按時簽到或上班時間透過行政機關電腦上網買賣股票，雖屬行政紀律上的違法，但仍不受國家賠償法上違法性之推定。

### 公務員有故意或過失

24110 國家賠償責任須以整體行政機制是否有故意或過失為其要件，但如何判斷整體行政機制是否有故意或過失，仍須探究個別公務人員是否有故意或過失之行為而定，此並不違反國家自己責任說之本質。

24112 何謂故意、過失，民事法本身並無定義性規定，必須參照刑法之規定。刑法第13條就

18 法務部85年5月10日 法律決字第11355號函。

19 參翁岳生，行政法與國家賠償法，收於氏著，法治國家之行政與司法，月旦，1994/6，頁155/203以下。

20 學理上之爭辯，參葉百修，國家賠償法，收於翁岳生，行政法（下），2006/10，頁591。

21 參劉春堂，國家賠償法，三民，1994/1，頁26。

22 參翁岳生，行政法與國家賠償法，收於氏著，法治國家之行政與司法，月旦，1994/6，頁155/198以下。

故意定義為：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背其本意者，以故意論。」第14條就過失定義為：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論。」是以，故意有「直接故意」與「間接故意」之別；過失有「有認識過失」與「無認識過失」的區分。

24114 民事法之故意、過失之基本意義與刑法同，在是否成立國家賠償責任的判斷上，二者價值並無不同。將刑法上故意、過失意義適用於國家賠償法上之結果，故意係指「公務員對造成人民自由或權利損害之事實，明知並有意使其發生者或預見其發生而其發生並不違背其本意」。是以故意包括對不法損害結果的「知」（知情）與「欲」（任其發生）兩個要素。

24116 過失意指「公務員對造成人民自由或權利損害之事實，按其情節應注意，並能注意，而不注意，致其發生或雖預見其能發生而確信其不發生者」。過失有三個要素：「注意義務」、「注意可能性」與「不注意」。民事法上之過失，在類型上，並區分為「重大過失」與「輕過失」。其中輕過失，又區分為「具體輕過失」與「抽象輕過失」，由注意義務與注意可能性交互形成。（詳參本書第十七章第五節第四項三）

24118 國家賠償責任係屬「抽象輕過失責任」，亦即，公務員應以善良管理人之注意義務處理各種職務，蓋公務員受有俸給，依據法令執行職務，理論上受有專業訓練而應具有專業能力，故只要個別執行職務之公務員，具有抽象輕過失，皆足以成立國家賠償責任。但賠償義務機關賠償後，向公務員求償者，以各該公務員有故意或有重大過失為限（國賠§2 III）。

24120 判斷何種事故具有過失，須就行為違法性、侵害事實之發生之具體個案情狀判斷。基於「自己責任說」，其判斷應以整體公權力機制為判斷標的，不以個別公務員之故意或過失為判斷標的。例如下級機關對法令之認識缺乏把握，乃請示上級機關予以解釋。上級機關違反一般法律解釋方法，枉為解釋，下級機關亦照樣執行，致造成人民損害，則上、下級機關之人員皆不免於故意或過失<sup>23</sup>；屬官雖非明知長官之「口諭」具有違法性，但因過失而不知，仍依該指令而行政，所造成人民權利之損害情事，亦同。

### 造成人民自由權利之損害

24123 人民之意義，不限於與公權力主體相對之人民，亦無年齡、身分或國籍之區別。故縱使是公務員本身，其與損害事故之關係，係處於「公權力執行之關係」，亦屬此之人民，故公務員亦有請求國家賠償之餘地，例如警察因受訓練不當致死<sup>24</sup>，除有公務人員撫卹法「因公死亡」之撫卹外，亦發生「國家賠償責任」問題，此種為請求權競合情形，而僅能擇一行使，若已受有撫卹金，並另請求國家賠償者，應予扣除<sup>25</sup>。

24125 大陸地區之人民，亦有請求國家賠償之可能。在台灣地區與大陸地區所建構的法制

23 請參臺東地方法院81國1民事判決。緣本件判決並未公開發行，茲將其訴訟事實及該判決理由摘述如下。事實為臺東某小學教師，因前後兩次相距四年之賭博事件，被臺東縣政府免職。唯依教育部民國61年7月21日令頒之「公立學校教職員成績考核辦法」第11條規定，限於同一學年度內被記大過兩次，始得免職。但臺東縣政府明知有此規定，仍請臺灣省政府教育廳作解釋，教育廳卻作成「記兩大過予以免職之規定，不以同一考績年度（學年度）為限」，臺東縣政府遂依該教育廳解釋，仍將該教員免職。該員後來請求國家賠償，臺東地院就公務員之故意、過失要件的判斷上，以「臺灣省政府教育廳居於上屬單位，未能就其職掌相關法規作綜合研判，供作下級單位參考，遽以該行政命令……擴張解釋，自屬重大過失」之理由認為，臺灣省政府教育廳有三分之二之過失，臺東縣政府有三分之一的過失。此一見解，花蓮高分院（82上國1民事判決）予以維持。

24 參中國時報，2000.7.18，第8版，「減肥釀悲，市警局：未硬性規定」新聞。

25 參葉百修，國家賠償法，收於翁岳生，行政法（下），2000/3，頁1340。

下，中華人民共和國，屬「特別之外國」，其國民應適用國家賠償法第15條之規定：「本法於外國人為被害人時，以依條約或其本國法令或慣例，中華民國人民得在該國與該國人享受同等權利者為限，適用之」。

24127 所謂自由或權利，包羅甚廣。包括各種公法或私法上之權利，例如人身自由、生命權、財產權或名譽權等。但國家賠償以金錢賠償為原則，以回復原狀為例外（國賠§7），如果公法上不具有經濟交易價值之權利，特別是基本權，受到侵害，既無法以金錢算定賠償金額，復無法回復原狀者，例如對有選舉權之居民漏列，致其無法行使投票權；對合法之集會遊行予以阻絕，又如何賠償，頗有問題。本書認為，對此類事件，象徵性的賠償應屬必要。

### 直接因果關係

24129 通說皆以公務員之執行職務行為與被害權利間有「相當因果關係」即為已足。然本書認為，國家賠償法第2條第2項前、後段各規範不同類型之國家賠償責任，其用語復有所差異，故此二類型之損害因果關係亦應有所差異。

24131 按國家賠償法第2條第2項前段係就公務員之作為所產生之國家賠償責任之規定，其用語為：「因故意過失不法侵害人民自由權利」，此種侵害當指直接侵害，亦即行為與損害間須有「直接因果關係」，而非「相當因果關係」即為已足。但同項後段之規定模式則為：「怠於執行職務，『致』權利遭受損害者」，此種因果關係則為相當因果關係。

24133 直接因果關係之形態包括直接造成損害之「單獨侵害行為」及與他人競合加工始形成之「共同侵害行為」，例如警察包庇私娼館，對行動受到控制而被迫賣淫的受害女子，亦屬有直接因果關係。但相反的，警察包庇賭場，對輸得傾家蕩產的賭徒而言，尚不構成直接因果關係，因該賭徒仍須為自己不法行為負責，蓋「不法者不得主張權利」。

### 公務員不作為之國家賠償責任——怠於執行職務

24137 國家賠償法第2條第2項後段規定：「公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者，亦同。」其中雖無「故意、過失」的要件，釋字第469號解釋<sup>26</sup>仍認為應屬過失責任。

24139 公務員不作為之國家賠償責任，其構成要件與積極作為同，僅有「怠於執行職務」有不同，茲以通說見解闡釋如下。

### 怠於執行職務之內涵

24141 所謂「怠於執行職務」之「職務」，應指以保護或促進人民之利益為目的之法定職務<sup>27</sup>。就此一要件，最高法院曾著有一錯誤之判例，即72年度臺上字第704號判例（不再援用），該判例稱：

「國家賠償法第2條第2項後段，所謂公務員怠於執行職務，係指公務員對於被害人有應執行之職務而怠於執行者而言。換言之，被害人對於公務員為特定職務行為，有公法上請求權存在，經請求其執行而怠於執行，致自由或權利遭受損害者，始得依上開規定，請求國家負損害賠償責任。若公務員對於職務之執行，雖可使一般人民享有反射利益，人民對於公務員仍不得請求為該職務之執行者，縱公務員怠於執行該職務，人民尚無公法請求權可資行使，以保護其利益，自不得依上開規定請求國家賠償損害。」

26 有關釋469解釋評釋，請參蔡宗珍，公務員怠於執行職務之國家賠償責任理論結構之探討，台灣法學創刊號，1999/4，頁51-64；董保城，釋字469號解釋之省思，萬國法律106期，1999/8，頁2-7；梁永興，釋字第469號解釋以後對公務員可能造成之衝擊，萬國法律106期，1999/8，頁8-22；蔡秀卿，行政規制權限不行之國家賠償責任，月旦法學45期，1999/2，頁122-128；李惠宗，論行政不作為之國家賠償責任，台灣法學11期，2000/6，頁35以下。

27 參廖義男，國家賠償法，頁54。

此號判例錯誤且屬不當地限制國家賠償責任成立的要件。非但不符合國家賠償法本身之精神，且與憲法之國家賠償規定大相刺謬。公務員怠於執行職務之國家賠償責任，無論在憲法上，或在國家賠償法上，均未規定以人民對該公務員有公法上請求權為要件。國家賠償法毋寧也只是規定怠於執行職務。若與相類似的德國法規定（德民§839）相較，所謂職務應是指「對人民負有執行之職務義務」（*Amtspflicht gegenüber Dritten*）而言。某種職務被定位為對人民負有執行義務者，乃因該職務係以保護可得特定之人民免於受到損害或積極促進其利益為目的。此種保護第三者之目的不必是該職務唯一的目的，只要該職務目的之一，係以保護第三人即為已足。此種職務之存在，使人民得對公務員請求發動一定之職權，此在日本稱之為「行政介入請求權」，在德國則稱之為「無瑕疵裁量請求權」。但此為行政訴訟法上的概念，與國家賠償責任是否成立，係屬實體法的問題不同。最高法院72年度臺上字第704號判例誤將「公法上請求權」之訴權概念，錯置於國家賠償法上<sup>28</sup>。換言之，國家賠償責任之成立，不必以人民行使行政介入請求權未果為要件。公務員若怠於執行以保護第三人為目的之法定職務，即屬國家賠償法第2條第2項後段所規範的「怠於執行職務」<sup>29</sup>。此之怠於執行之職務成為國家賠償責任之構成要件者，並不在於「職務對第三人的特定性」，更不是指「經第三人請求執行而不執行之職務」，而是指「以保護第三人為目的之法定職務」。亦即，一種法定職務若以保護可得確定之人民為目的者，即屬國賠法上所規定之被怠於執行之「職務」。

就此，釋字第469號解釋理由書即指出：

「行政機關並得因職能擴大，為因應伴隨高度工業化或過度開發而產生對環境或衛生等之危害，以及科技設施所引發之危險，而採取危險防止或危險管理之措施，以增進國民生活之安全保障。倘國家責任成立之要件，從法律規定中已堪認定，則適用法律時不應限縮解釋，以免人民依法應享有之權利無從實現。

國家賠償法第2條第2項規定『……公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者，亦同』，凡公務員職務上之行為符合：行使公權力、有故意或過失、行為違法、特定人自由或權利所受損害與違法行為間具相當因果關係之要件，而非純屬天然災害或其他不可抗力所致者，被害人即得分就積極作為或消極不作為，依上開法條前段或後段請求國家賠償，該條規定之意旨甚為明顯，並不以被害人對於公務員怠於執行之職務行為有公法上請求權存在，經請求其執行而怠於執行為必要。惟法律之種類繁多，其規範之目的亦各有不同，有僅屬賦予主管機關推行公共事務之權限者，亦有賦予主管機關作為或不作為之裁量權限者，對於上述各類法律之規定，該管機關之公務員縱有怠於執行職務之行為，或尚難認為人民之權利因而遭受直接之損害，或性質上仍屬適當與否之行政裁量問題，既未達違法之程度，亦無在個別事件中因各種情況之考量，例如：斟酌人民權益所受侵害之危險迫切程度、公務員對於損害之發生是否可得預見、侵害之防止是否須仰賴公權力之行使始可達成目的而非個人之努力可能避免等因素，已致無可裁量之情事者，自無成立國家賠償之餘地。倘法律規範之目的係為保障人民生命、身體及財產等法益，且對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人負有作為義務已無不作為之裁量空間，猶因故意或過失怠於執行職務或拒不為職務上應為之行為，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人自得向國家請求損害賠償。」

釋字第469號解釋，更進一步提出「危險防止與危險管理」職務之概念作為判斷行政

28 參董保城，公權與公務員怠於執行職務而生之國家賠償責任之探討——兼論最高法院72年臺上字704號判例，東吳大學法律學報，第7卷第1期，1991/2，頁43以下；東海法學研究，第9期，1995/9，頁403以下，「衛爾康事件法律責任研討會紀錄」。

29 參廖義男，公務員怠於執行職務與國家賠償責任，月旦法學雜誌，第1期，1995/5，頁40以下；蔡茂寅，行政機關不行使規制權限之國家賠償責任，月旦法學雜誌，第1期，1995/5，頁43以下；蔡志方，論行政違法不作為之國家賠償責任要件，植根雜誌，第11卷第7期，1996/7，頁16以下。

不作為違法性的基準，導正了最高法院原先錯誤的見解，屬更具有客觀性的判準，其用心值得贊同<sup>30</sup>。

24147 若公務員之職務旨在保護一般抽象的公共利益，非屬「危險防止與危險管理」職務，例如治安警察一般性的維護治安；交通警察之取締違規停車；稅務人員查稅旨在維護國家稅收；都市計畫旨在促進都市利用之機能，其怠於執行職務，發生凶案或致有逃漏稅事件，或都市計畫不當而常發生交通堵塞，尚不生國家賠償之問題。

24149 但如果具體個案，犯罪被害人正在被侵害而有報警，但警察機關未能妥適處理，致人民權利受歹徒的傷害，則亦有國家賠償之可能<sup>31</sup>。

### 怠於執行職務之不法性

24152 民事法上侵權行為違法性之判斷，特別是違反保護他人法律或未採取保護他人之措施之侵權行為，其違法性之判斷，稱為「違法關聯性」，又稱「保護目的關聯性」。「違法關聯性」之要求，係指規範之違反與侵害事實或損害間必須具有關聯性，即侵害事實或損害必須是因該被違反的規範所欲避免發生者，始具有違法性<sup>32</sup>。國家賠償法上之行政不作為違法性判斷的準據，亦同。判斷行政機關不作為之違法性，以行政機關是否違反具有「保護規範」性質之「職務義務」而定。國家賠償責任係對個別人民之填補損害責任，故此之「職務義務」須具有「第三者關聯性」（Drittbezogenheit von Amtspflicht），亦即該職務義務「須具有保護或增進特定或可得特定人民利益之目的與作用者」<sup>33</sup>，此為德國學界與法院共同採取的通說：「保護規範說」（Schutznormlehre）<sup>34</sup>，亦為我國學界所繼受<sup>35</sup>，司法院大法官釋字第469號解釋，亦採如是見解<sup>36</sup>。亦即，作為之違法性以行政機關有作為義務為前提，因行政機關違反特定法規之職務義務（Amtspflicht），不以人民對之曾行使「行政介入請求權」為要件。蓋此之行政介入請求權，係程序性之權利，屬第一次權利保障所可行使之訴權，此權利與屬第二次權利保障之國家賠償請求權不同，行政訴訟「訴權」的判斷與國家賠償責任不作為不法性的判斷，本屬二事。國家賠償責任之成立，不以行使第一次的權利救濟為前提<sup>37</sup>。行政訴訟法第1條所稱之權利，除指實體權利外，並包括程序

30 但本書認為，「危險防止與危險管理」之職務尚可區分為「具體危險防止與管理」與「抽象危險防止與管理」職務，二者在行政訴訟法與國家賠償法有不同的法律效果，參李惠宗，論行政不作為之國家賠償責任，台灣法學雜誌，第11期，2000/6，頁35/53。但董保城氏就此有相當不同的看法，參董保城、湛中樂，國家責任法——兼論大陸地區行政補償與行政賠償，元照，2005/8，頁118。

31 韓國曾發生「水原殺人分屍案」，事件發生於2012年4月1日晚上，大韓民國京畿道水原市一名28歲的女性被一名42歲男性姦殺並殘忍分屍的案件。受害人在遇害過程中曾報警求助，但由於警方接受報案的接線員的怠慢、疏忽職守導致最終不能避免慘劇。網路關鍵字：「水原殺人分屍案」。

32 參楊佳元，論違反保護他人法律之侵權責任，月旦法學雜誌，第58期，2000/3，頁116/119。

33 參廖義男，最高法院72年臺上字第704號判例之評述，收於氏著，國家賠償法，增訂2版2刷，1998/9，頁139/147。

34 Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., S. 46 ff.

35 參董保城，釋字469號國賠之省思，萬國法律，第106期，1998/8，頁1/3；葉百修，國家賠償法，收於翁岳生，行政法（下），2006/10，頁595；蔡志方，論行政違法不作為之國家賠償要件，收於氏著，行政救濟與行政法學，學林，1998/12，頁211/235，氏從傳統的「保護規範說」推演出「新保護規範說」。

36 但亦有學者反對以「保護規範論」作為違法性判斷之標準，參董保城，釋字469號國賠之省思，萬國法律，第106期，1998/8，頁1/4。

37 有不同見解，陳敏，行政法總論，第6版，2009/9，頁1179/1262認為：「行政爭訟應為首先採取之救濟手段，故為『第一次權利保護』，於損害既已發生之後，則為『第二次權利保護』。人民如得於『第一次權利保護』排除其損害而不為之，任由損害發生，而後再請求『第一次權利保護』，法律應不許可之。」董保城，湛中樂，國家責任法——兼論大陸地區行政補償與行政賠償，初版，元照，2005/8，頁183則認為：「第一次權利救濟優先原則並非法律所規定，人民根據憲法第16、24條分別提起救濟，各管轄法院當各本依其規定審理。惟職司國家賠償之法院若任損害發生或擴大，係因受害人怠於行使第一次權利救濟者，應基於『與有過失』、『過失相抵』之法理，審酌賠償範圍與額度，如受害人遲誤訴

上的權利；但國家賠償法第2條所稱之權利係指實體上之權利。最高法院72年度臺上字第704號判例認為，行政機關怠於執行職務須以人民先行使「行政介入請求權」為要件，乃混淆了行政訴訟法第4條與國家賠償法第2條第1項所稱「權利」係屬「實體法上之權利」（公法上權利）之意義。

24154 但如何判斷某種法定職務具有「保護規範」的性質，在德國基本上委諸法院就個案上所涉及的職務為判斷。釋字第469號解釋提出兩項標準：

24156 法律授予個人主觀公權利之規定：「法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益」。

24158 裁量權限縮至零之職務規定<sup>38</sup>：行政裁量依階段區分，可分為「決定裁量」（Entschlieβungsermessen），或「選擇裁量」（Auswahlermessen）。決定裁量是行政機關決定「是否」採取措施的選擇。選擇裁量又稱為「手段裁量」，乃是決定要採取措施以後，採取什麼具體措施。釋字第469號解釋所稱之已致行政機關「無可裁量之情事者」，包括三個要件：

人民權益所受侵害之危險迫切；

公務員對於損害之發生可得預見；

侵害之防止仰賴公權力之行使，非個人之努力可能避免<sup>39</sup>。

24159 故行政機關之「完全不作為」<sup>40</sup>或「不完全作為」<sup>41</sup>（未達到法定目的之作為）即具有不法性<sup>42</sup>。具體案型上，包括受職務協助之請求，無正當理由，而未馳援所造成之損害事件（此時如何考慮「過失相抵」，另屬一事），例如山難救援不力，亦可能有國陪的問題<sup>43</sup>。

24161 從而某地區野犬橫行，主管機關置若罔聞，致野犬咬傷或咬死路人，其主管機關的袖手，亦具有不作為的不法性<sup>44</sup>。

#### 「天災」與「人禍」的競合的相當因果關係

24163 如果因公務員怠忽職守，加上天然災變，才導致損害之結果，仍屬有相當因果關係<sup>50</sup>。就此釋字第469號解釋理由書稱：

---

願之提起，而無法提起行政訴訟致損害加重等。」

38 有關行政不作為裁量限縮的問題，另參劉宗德，行政不作為之國家賠償責任，收於氏著，行政法基本原理，學林，1998/8，頁269/309以下。

39 另學者間對「裁量權限縮至零」的學理所提出之構成要件，包括：具體危險的可預見性；行政介入使結果有迴避可能性；法規權限發動的可能性；被害法益具重要性；法規權限行使的補充性，即受害當事人無法自行排除此種危險，請參王和雄，論行政不作為之權利保護，頁280以下。

40 2000年7月22日發生在嘉義八掌溪山洪爆發沖走四名工人之「八掌溪事件」，即屬此類「完全不作為」的型態。參當年7月24日後之各報新聞。

41 1995年西洋情人節發生於臺中衛爾康西餐廳之事件，屬於此類「不完全作為」。該案地方法院判決，請參台灣法學雜誌，第11期，2000/6，頁35以下。

42 參李惠宗，論行政不作為之國家賠償責任，台灣法學雜誌，第11期，2000/6，頁35/54以下。

43 參李惠宗，山難救援失敗，真的要國賠？月旦法學245期，2015/10，頁210-218。

44 臺灣臺南地方法院92國14民事判決稱：「沒入（捕捉）遭飼主棄養之動物，係縣（市）政府之法定職務。……被害人自得依國家賠償法第2條第2項後段之規定，向國家請求損害賠償。七股鄉轄區內之棄犬捕捉工作，既由被告七股鄉公所負責，而依上開說明，被告所屬公務員（清潔隊員）並無不捕捉野狗之裁量餘地。」本件判決經臺灣高等法院臺南分院93上國3民事判決予以維持，但最高法院95臺上301民事判決認為：「動物保護法第32條第1款，既僅規定主管機關對於違反同法第5條第3項規定棄養之動物，『得』逕行沒入，則主管機關對於遭人棄養之野狗，究竟沒入與否？當視能否掌握該野狗之動態及捕捉之可能性而定，足見主管機關對此仍有相當之裁量空間，而非已無裁量之餘地。則主管機關若未能捕捉沒入遭人棄養之野狗，是否即可認為人民之權利因而遭受直接損害，而得請求國家賠償？亦非無再詳為審酌之餘地。」而廢棄原判決。

50 參陳敏，行政法總論，第6版，2009/9，頁1163。

「凡公務員職務上之行為符合：行使公權力、有故意或過失、行為違法、特定人自由或權利所受損害與違法行為間具相當因果關係之要件，而非純屬天然災害或其他不可抗力所致者，被害人即得分就積極作為或消極不作為，依上開法條前段或後段請求國家賠償。」

本解釋意旨甚明，如果損害之發生「純屬」「天然災害」或「不可抗力」，人民固無從請求國家賠償，但如公務員怠忽「危險防止與危險管理」之職務（怠於執行職務），在時空上因天然災害的加入，而導致損害之事件或損害之擴大，亦屬具有相當因果關係。故怠忽取締濫採砂石，致危及橋墩，颱風過境，大雨將橋墩沖毀，致有人落橋身亡<sup>51</sup>，該怠忽取締之行政不作為與死亡事件應有相當因果關係。

### 審檢人員之國家賠償責任

24165 審檢人員之國家賠償責任屬特殊的公務員國家賠償責任。

國家賠償法第13條規定：「有審判或追訴職務之公務員，因執行職務侵害人民自由或權利，就其參與審判或追訴案件犯職務上之罪，經判決有罪確定者，適用本法規定。」此一規定大幅限制法官與檢察官所造成之國家賠償責任，是否合乎平等原則，非無討論之餘地。

釋字第228號解釋認為此種規定並不違憲。其解釋理由稱：

「各級有審判或追訴職務之公務員，就同一案件所形成之心證或見解，難免彼此有所不同，倘有心證或見解上之差誤，訴訟制度本身已有糾正機能。關於刑事案件，復有冤獄賠償制度，予以賠償。為維護審判獨立及追訴不受外界干擾，以實現公平正義。上述難於避免之差誤，在合理範圍內，應予容忍。……按憲法所定平等之原則，並不禁止法律因國家機關功能之差別，而對國家賠償責任為合理之不同規定。國家賠償法針對審判及追訴職務之上述特性，而為前開第13條之特別規定，為維護審判獨立及追訴不受外界干擾所必要，尚未逾越立法裁量範圍，與憲法第7條、第16條、第23條及第24條並無抵觸。」

但本書認為，此一解釋不無商榷之餘地。蓋「為維護審判獨立及追訴不受外界干擾」，與其限縮人民得請求國家賠償責任，不如限制賠償義務機關對審檢人員之求償權為愈也<sup>52</sup>。

## 二、公共設施之國家賠償責任

24170 國家賠償法第3條規定，公有公共設施因設置或管理有欠缺，致人民生命、身體或財產受損害者，國家應負損害賠償責任。前項情形，就損害原因有應負責任之人時，賠償義務機關對之有求償權。本條規定上，不以管理機關有過失為必要（85臺上2776），故屬無過失責任，其構成要件如下：

### 公有公共設施

24172 公共設施係指供一般人民公共使用或雖本質上不開放供公用，但發生事故時，人民無從辨識其為禁止公用之有體物或設施而言，包括自然公物，如河川、港灣以及人工構造物。人工構造物中又有動產，不動產之別，前者如警犬、動物園裡之動物，校園內之遊戲設施、機關之供公眾洽公用之設備，如電梯，後者如公園及其附屬設施、道路、橋樑、水利設施、停車場、行道樹等。

24174 所謂公有，不以由公權力主體所有為限，只要處於公權力主體之實力管領之下，且直接供公用之即足以當之。故行政機關租用之辦公廳舍，就民眾得以自由出入之部分而言，亦屬公有公共設施。私人所有之既成巷道，屬公權力主體管領，原所有權人已失其處分權

51 參全國各報，2000.8.28，有關高屏溪大橋塌陷之新聞。

52 參蔡志方，從立法裁量權之界限，論國家賠償法第13條之合憲性，收於氏著，行政救濟與行政法學，三民，1993，頁301以下；李惠宗，「體系正義」作為違憲審查基準之探討——以釋字第228號解釋為素材，憲政時代，第16卷第2期，1990/10，頁26以下。

能，亦屬公有公共設施（參釋400）。公共設施是否屬公有公共設施，以發生事故時，是否供公眾一般使用為準。例如平時對一般民眾關閉之建築物，如總統府，於開放供參觀時，參觀民眾因吊燈掉落而被擊中，此時總統府仍屬公有公共設施。所謂公眾，不以不特定之多數人為限，只要在利用上，該設施處於可供該領域範圍內之人群自由使用即為已足。例如中小學校一般禁止外人進入，校內之各種遊戲設施，對校內學生而言，仍屬公有公共設施。

24176 但建築中之公有公共設施，尚未完工開放公用之前，不屬公有公共設施。私人慈善團體修築之道路、橋樑，倘經供公用之一般處分程序或依一定事實狀態足以認為已供公眾一般使用者，則屬公有公共設施。

24178 發生於2010年4月25日國道三號七堵段之走山事件，罹難者家屬是否可以請求國家賠償，端視該事件是否符合國家賠償法第3條第1項之構成要件而定。該條規定：「公有公共設施設置管理有欠缺，致人民生命、身體或財產遭受損害，國家應負損害賠償責任。」此一事件關鍵在於，高速公路（及其他山區道路）的兩旁邊坡，是否為道路的一部分。從事物本質來看，在山區開闢的道路，都是依山勢而築，邊坡必然成為道路的一部分<sup>59</sup>，沒有邊坡，就不可能有山區道路。是以山區道路設置或管理之主管機關必須擔保邊坡之穩定，儘管邊坡土地所有權可能屬於私人所有，亦同。故若山區道路邊坡有落石或走山而造成損害，除非可以證明純屬不可抗力事件，否則應屬公有公共設施設置或管理有欠缺。其所造成的損害，在國家賠償法第3條採取「無過失責任」的規範下，應有國賠的問題。此一判斷係依法律程序及構成要件而為，非屬「政府德政」<sup>60</sup>。

24180 公營事業之設施，例如臺電的輸配電塔，是否為公共設施，學說上有爭議。主否定說者認為，此為民事問題<sup>61</sup>。但主肯定說者認為，為避免「國家責任遁入私法」，不宜採此見解<sup>62</sup>。本書認為，應以如該設施負有公共任務，非單純營利上之目的，應以肯定說較為可採<sup>63</sup>，故臺電的輸配電塔之倒塌致人傷亡，應有國家賠償問題<sup>64</sup>。

#### 須設置或管理有欠缺

24182 所謂「設置」有欠缺，須客觀上因設計或裝置建造上有欠缺，並造成損害事故者，始足以當之，例如設計不良，偷工減料，監工單位猶予以通過驗收，並供公用者。

24184 「管理」係指基於公有公共設施供公用之本質，所謂之管理包括「管領」與「處理」職權。公共設施「已不具備通常應有之狀態、作用功能致缺乏安全性，即該公共設施之管理顯有欠缺」（85臺上2776），此種狀態已屬職務之違反，使利用該設施之人，產生一定之風險，為管理機關可預見（預見可能性），並有能力加以排除者（迴避可能性）。管理有欠缺最易見者，例如學校或兒童遊戲場設施年久失修、道路修補未設警示裝置或設置不完全。此種責任為無過失責任，故管理該設施之機關不得以另有應負責之人，而主張免責。最高法院73年度臺上字第3938號判例即認為：

「上訴人（臺南市政府）管理之路段既留有坑洞未能及時修補，又未設置警告標

<sup>59</sup> 參鍾秉正，水土保持事務中機關責任界定之研究——以道路邊坡災害為例，玄奘法律學報，第13期，2010/6，頁95/128。

<sup>60</sup> 報載（參當時各報），本事件時總統指示，應協助罹難家屬請求國家賠償，此種措施係屬政治指示，固有政治考慮，然本案之應成立國賠責任，係依據國賠法第3條之構成要件而判斷，應非基於政治指示而成立。

<sup>61</sup> 參吳庚，行政法之理論與實用，增訂10版，2008/2，頁769。

<sup>62</sup> 參董保城，湛中樂，國家責任法，2005/8，頁166。

<sup>63</sup> 參李惠宗，公有公共設施設置管理與國家賠償，收於臺灣行政法學會主編，行政法爭議問題研究（下），五南，2000/12，頁1133-1158。

<sup>64</sup> 折衷說請參葉百修，國家賠償法，收於翁岳生主編，行政法（下），第3版，2006/10，頁610。

誌，足以影響行車之安全，已不具備通常應有之狀態及功能，即係公共設施管理之欠缺，被上訴人因此受有身體或財產之損害，自得依國家賠償法第3條第1項及第9條第2項規定請求上訴人負賠償責任，至損害之原因，縱係由於某公司挖掘路面所致，倘認該公司應負責任，依同法第3條第2項之規定，上訴人對之有求償權，並不因而可免除上訴人對被上訴人之賠償義務。」

須人民生命、身體或財產受損害

24186 因公有公共設施設置或管理欠缺，須肇致「生命」、「身體」或「財產」三種權利之損害始足以當之。本條所稱之生命、身體或財產究為「例示」或「列舉」之規定，非無討論之餘地。

24187 有主張本條規定應屬例示規定，故民眾洽公，因電梯年久失修而故障，被悶在電梯內十小時，脫困獲救，雖屬「自由」受侵害，仍得請求國家賠償<sup>65</sup>。

24189 但本書以「列舉說」較為可採。蓋以第2條與第3條之構成要件相較，可以明顯看出，此為列舉規定；再本條屬無過失責任，故責任之成立不宜過廣。故上例被困於電梯甚久，若未有其他財產或身體健康之損害，應不得請求國家賠償。

相當因果關係

已如前述。

### 第三節 國家賠償責任之競合

24193 公有公共設施設置或管理有欠缺，往往由於公務員不作為所致，故其所肇致之國家賠償責任，往往與公務員不作為之國家賠償責任競合。此時，受損害之人民得依對其較有利之規定，請求國家賠償。

24195 因人民之不法行為與公務員之怠於執行職務，共同促成損害事件的發生，亦將成立共同侵權行為（民§185），此時行政機關與該不法行為者乃處於「不真正的連帶責任關係」。

### 第四節 國家賠償之方法與範圍

24197 國家賠償法第7條規定：「國家負損害賠償責任者，應以金錢為之。但以回復原狀為適當者，得依請求，回復損害發生前原狀。」此與民法第213條與第215條所規定之損害賠償方法正屬相反，此種方法旨在取其便捷。

24199 國家賠償法第5條規定，國家損害賠償，除依本法規定外，適用民法規定。第6條規定，國家損害賠償，本法及民法以外其他法律有特別規定者，適用其他法律。換言之，國家賠償法就民法而言，屬特別法；就其他具有國家賠償責任實質之特別規定而言，又屬普通法。國家賠償法之特別規定者，例如土地法第68條第2項、警械使用條例第10條等之規定。

24210 有關賠償之範圍，國賠法本身並無特別規定，故依民法之規定定之。準此，依民法第216條規定，除上開特別規定外，國家賠償責任之範圍包括「所受損害」與「所失利益」。所謂損害，包括財產上與非財產上之損害。但非財產之損害以法律有明文規定者為限（民§18-§19、§194-§195）。如果因身體或健康受損害者，被害人尚得請求因此喪失或減少勞動能力或增加生活需要之損害賠償（民§193）。財產損害則包括使「財產存續」發生損害之積極損害，以及妨害現存「財產價值」增加之消極損害（民§216）。訴訟必要之支出（聘請律師之費用）即因該事件往返之交通費用及因而更有損失，例如因而損失全勤獎金等，

---

65 參廖義男，國家賠償法，頁81。

應屬所受損害。

- 24212 至於公法上的地位，例如公務員得享有之福利與機會（例如參加進修之機會）；喪失選舉機會，則無法回復原狀<sup>66</sup>。
- 24214 但被害人對損害的發生或擴大，與有過失者，賠償義務機關亦得主張依民法第217條之「過失相抵」，例如騎士未戴安全帽，行經道路之坑洞摔倒，頭部重創致成植物人，即屬損害之擴大，被害人與有過失。

## 第五節 請求國家賠償之程序

### 第一項 協議先行原則

- 24217 符合國家賠償法第2條第2項請求損害賠償者，以該公務員所屬機關為賠償義務機關。依第3條第1項請求損害賠償者，以該公共設施之設置或管理機關為賠償義務機關。前二項賠償義務機關經裁撤或改組者，以承受其業務之機關為賠償義務機關。無承受其業務之機關者，以其上級機關為賠償義務機關。不能依前三項確定賠償義務機關，或於賠償義務機關有爭議時，得請求其上級機關確定之。其上級機關自被請求之日起逾二十日不為確定者，得逕以該上級機關為賠償義務機關（國賠§9）。
- 24218 請求損害賠償時，應先以書面向賠償義務機關請求之。賠償義務機關對於前項請求，應即與請求權人協議。協議成立時，應作成協議書，該項協議書得為執行名義（§10）。此為協議先行原則。
- 24219 賠償義務機關拒絕賠償，或自提出請求之日起逾三十日不開始協議，或自開始協議之日起逾六十日協議不成立時，請求權人得提起損害賠償之訴。但已依行政訴訟法規定，附帶請求損害賠償者，就同一原因事實，不得更行起訴。請求損害賠償時，法院得依聲請為假處分，命賠償義務機關暫先支付醫療費或喪葬費（§11）。
- 24221 數機關均應負損害賠償責任時，請求權人得對賠償義務機關中之一機關或數機關，或其全體，同時或先後，請求全部或一部之損害賠償。前項情形，請求權人如同時或先後向賠償義務機關請求全部或一部之賠償時，應載明其已向其他賠償義務機關請求賠償之金額或申請回復原狀之內容。

### 第二項 消滅時效

請求國家賠償之權，自請求權人知有損害時起，因二年間不行使而消滅；自損害發生時起，逾五年者亦同。此之消滅時效之起算點，為知有損害時起算。所謂知有損害，係指：「須知有損害事實及國家賠償責任之原因事實」（國賠施則§3-1），此種知悉，不必知悉至何一機關為賠償義務機關，只要知有損害事實及原因事實即可起算。罹於消滅時效之賠償請求權，其請求權本體消滅，即嗣後不得再行請求<sup>67</sup>；求償權之時效，亦同。此與民法第144條一般民事債之請求權罹於消滅時效採「抗辯權發生主義」不同。

66 參翁岳生，行政法與國家賠償法，收於氏著，法治國家之行政與司法，1994/6，頁157/209。

67 參詹森林，國家賠償請求權之消滅時效，台灣法學雜誌，第37期，2002/8，頁1以下。