

第二章 兩岸國家賠償制度概述

第一節 台灣地區國家賠償制度之建置與沿革

清末民權思想勃興，知識份子紛紛上書要求改革，如梁啟超即為文：「法者，天下之公器也；變者，天下之公理也。大地既通，萬國蒸蒸，日趨於上。大勢相迫，非可闕制。變亦變，不變亦變。變而變者，變之權操諸己，可以保國，可以保種，可以保教。不變而變者，變之權讓諸人，束縛之，馳驟之，嗚呼，則非吾之所敢言矣！」⁶，清廷難抵大勢所趨遂有立憲之議，於光緒 34 年制頒憲法大綱，復於宣統 3 年頒佈 19 信條，前揭憲法及信條雖對人民權利義務有若干象徵性規定，然並無國家賠償之概念。

俟民國肇建，國家根本大法歷經中華民國臨時約法（1912 年 3 月 11 日）、中華民國約法（1914 年 5 月 1 日）、中華民國憲法⁷（1923 年 10 月 10 日，張知本稱為「北京憲法」⁸，亦有認其為「偽憲」⁹）、中華民國訓政時期約法（1931 年 6 月 1 日）之更迭，雖皆粗具現代憲法之規模，惟仍對國家賠償責任之規定付之闕如。1933 年 8 月 18 日張知本先生所提憲法草案初稿仍無國家賠償之規定，1934 年 3 月立法院將該憲草初稿刊布於報紙，引發各界關注與批評，立法院並因此召開九次審查會，遂於 1934 年 9 月 7 日披露之憲法草案初稿審查修正案，增列第 26 條規定「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律懲戒外，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」¹⁰，其後經三度易稿，對於該條文字未稍變更，迨 1936 年 5 月 5 日，經國民政府正

⁶ 趙書剛，從近代化視角看梁啟超的民權思想，中華文史網，<http://jds.cass.cn/Article/20071214185216.asp>，最後點閱日：2009 年 1 月 23 日。

⁷ 本憲法係於 1922 年黎元洪復任大總統後召集舊國會復會，以 1912 年「天壇憲草」為本，經三讀程序而制定，惟因曹錕賄選事件發生，未及實施。詳見李惠宗，憲法要義，2004 年 10 月二版，元照出版，P.35。

⁸ 張知本，憲法論，2004 年 7 月（原出版時間為 1933 年），中國方正出版社，P.93~94。

⁹ 論者以本憲法係曹錕賄選之副產品，否定其地位，詳見法治斌、董保城，憲法新論，2005 年 10 月三版，元照出版，P.110。

¹⁰ 憲法史相關文獻或起草者之著述雖未記載增定該條文之原因，惟因憲法草案初稿公布之時間點，正值律師界推動冤獄賠償運動之時，故憲法草案之後續修改不無受該運動影響之可能。詳見，郭怡利，台灣國家賠償制度的生成與實踐：一個以國家賠償法為中心的法律史考察，台大碩士論文，2008 年 8 月，P.25、26。

式明令宣布其為中華民國憲法草案（即「五五憲草」），為我國國賠償制度奠立始基，亦為我國憲法上保障人權之濫觴，惜因中日戰爭爆發而告停頓。

抗戰勝利後，「五五憲草」復經三次修正，於 1947 年 1 月 1 日經國民政府公布，同年 12 月 25 日施行，是為現行憲法，其第 24 條仍本「五五憲草」第 26 條精神，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。」，正式承認國家賠償制度，1947 年 11 月全國司法行政檢討會議召開於南京，與會人士一致認為國家賠償法亟須制定，以符即將公布施行之中華民國憲法第 24 條之規定，惟其後因國共內戰，未及制定國家賠償法¹¹。國民政府播遷來台後，立法院於 1953 年 10 月召開民刑商法委員會及法制委員會聯席會議，議決國家賠償之範圍包括行政賠償（以違法侵害身體自由者為限）、司法賠償（冤獄賠償）及軍事審判賠償三部分，但嗣後又被減縮至僅剩司法冤獄賠償；1957 年 12 月 23 日的民刑商法、法制、國防三委員會第 20 會期第四次初步審查會議，先以「本法初創，其範圍不宜過廣。現在反共抗俄期間，國家因軍費浩繁，恐負擔不易」為由，將行政不法賠償排除在外；1959 年，已進入立法院院會討論階段之冤獄賠償法案，於第 23 會期又以國家情勢動盪，為維持軍令軍紀，不宜將軍事審判賠償納入為由，復將軍事審判程序刪除，僅以司法範圍之刑事案件為限，制定冤獄賠償法¹²，至此我國仍無統一之國家賠償法典。

第一項 台灣地區國家賠償法制定前國家賠償制度之內容與問題點

台灣地區在解除戒嚴之後，社會經濟發展迅速、政府職能日益擴張，行政思維亦從「最好的政府，最少的管理」轉型為「大有為政府」，現代行政權作用之內涵非僅限於行政組織、警察、司法行政及財政等部門，諸如交通、教育、勞工等其他社會行政亦逐步囊括於行政作用之中。另一方面，或由於行政組織呆滯、怠忽訂定相關法令，或由於人謀不臧、因循舊規，或由於人民欠缺法令常識，致人民之權益動輒遭受損害。亦即，現代國家行政權力的強化及其作用的量與質增

¹¹ 曹競輝，國家賠償法實用，1984 年 12 月修訂版，自版，P.69。

¹² 郭怡利，台灣國家賠償制度的生成與實踐：一個以國家賠償法為中心的法律史考察，台大碩士論文，2008 年 8 月，P.29、30。

繁多涉，其行為處處具有危險性，而使人民首當其衝遭受損害¹³。

台灣地區伴隨政府職能之高度發展，公務員違反職務侵害人民權利之頻率大為提高，然如前所述，台灣地區卻屢因各種因素未能制定統一之國家賠償法。於國家賠償法制定公佈施行前，公務員違背職務，致侵害他人權益時，所發生損害賠償責任可分為二類：其一、由公務員自負其責（學說上稱為「公務員侵權責任」¹⁴）；其二、由國家負賠償責任。其中，公務員侵權責任規定於民法第 186 條，依所從事職務之性質區分，若其違背私法上之職務，依民法第 28 或 188 條規定負責；若其違背公法上之職務，依憲法第 24 條規定，被害人民就其所受損害，得依法律向國家請求賠償，關於此項法律，當時僅有行政訴訟法第 24 條、土地法第 68 條、警械使用條例第 10 條及冤獄賠償法可資適用，以下擬先論述公務員侵權責任，復就國家賠償責任進行分析¹⁵。

一、憲法

現代法治國家首重基本人權，故我國憲法對人民之自由權利設有詳密之保護規定¹⁶，惟事前保護制度雖然重要，公務員於執行職務之際仍不免違法侵害人民權利，縱令公務員個人依民法第 186 條規定負賠償責任，因其規定限制過嚴，亦未盡妥善¹⁷。因此憲法第 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」。通說認本條「具有原則規範之性質，所以表明我國憲法承認：國家對於公務員違法執行職務，以致人民權利受損害之行為，應負損害賠償責任」¹⁸；另有認為本條承認國家賠償責任，係採取近代立法上屬於行政侵權之進步理論，其原因有二：其一，公務員乃為維持公共利益而執行職務，若其造成人民之

¹³ 城仲模，「行政法上國家責任之理論與立法之研究」，收錄於，行政法之基礎理論，1994 年 10 月增訂再版，三民出版，P.649~651。

¹⁴ 有稱為「公務員個人責任」，詳見劉宗德，公務員侵權行為與學校事故責任之研究，政大碩士論文，1979 年 1 月，P.121。

¹⁵ 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.91。

¹⁶ 憲法第 6~22 條及第 23 條。

¹⁷ 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.107 以下。

¹⁸ 城仲模，「行政法上國家責任之理論與立法之研究」，收錄於，行政法之基礎理論，1994 年 10 月增訂再版，三民出版，P.735。

權利受損，自不應由人民自行負擔而宜由國家負責賠償，方為允當；其次，我國實行民主政治時間尚短，公務員對人民之權利有欠尊重之處，若於公務員違法執行職務而有侵權行為之時，僅許人民提起訴願或訴訟（舊行政訴訟法僅規定撤銷訴訟之訴訟類型），未必得到有效救濟，且公務員個人財力有限，人民之權利無法獲得充分保障¹⁹。

依據本條規定，公務員之違法行為發生二種責任，即公務員個人責任與國家責任：前者係關於公務員違法行為時，應負之刑事、民事及懲戒責任，後者為國家之賠償責任。然憲法該條所謂「依法律向國家請求損害賠償」，僅為憲法委託之性質，係憲法委託立法者立法，立法者負有積極的立法義務，否則即屬「立法怠惰」而有違憲之虞²⁰。本條既屬委任立法之「宣示規定」，人民自不得逕依本條規定請求賠償²¹，惟實務上則有不同見解，最高法院 50 年台上 454 號判決「……本件被上訴人依民法第一八四條第一項、第二一六條請求被上訴人賠償損害新台幣二萬三千八百一十三元六角九分等情，如果所稱被上訴人之處長及其承辦職員因執行職務違法侵害上訴人之權利屬實，則依上開憲法第二十四條之規定，其向代表國家之被上訴人機關請求賠償，自非無據……」，蓋本條之規範性質究為「方針規定」或「憲法委託」，雖有不同看法²²，然無論何者皆須透過立法之方式使其落實，本判決直接適用憲法第 24 條作為請求之依據，雖擴大人民權利保障範圍，然就法律體系而言，實有商榷餘地。

二、民法第 186 條

民法第 186 條規定「公務員因故意違背對於第三人應執行之職務，致第三人受損害者，負賠償責任。其因過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，負其責任。前項情形，如被害人得依法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失不為之者，公務員不負賠償責任」。本條係國家賠償法制定前公務員個人

¹⁹ 曹競輝，國家賠償法實用，1984 年 12 月修訂版，自版，P.72。

²⁰ 董保城、湛中樂合著，國家責任法—兼論大陸地區行政補償與行政賠償，2005 年 8 月初版，元照出版，P. 50。

²¹ 劉宗德，公務員侵權行為與學校事故責任之研究，政大碩士論文，1979 年 1 月，P.179。

²² 李惠宗，憲法要義，2004 年 10 月二版，元照出版，P.341 以下。

責任之基本規定，通說認為本條即屬憲法第 24 條所謂「應負民事責任」²³。又，本條係建立於「國家無責論」之基礎上，按 18 世紀盛行之見解，認公務員與國家之關係為私法上委任關係，若公務員違背國家依法所付託之職務，不得認其為國家自身之行爲，公務員應居於私人之地位負賠償責任；19 世紀，公務員與國家之關係則轉變為公法上任用關係，然公務員違背職務侵害他人權利，應依民法侵權行爲規定之基本思想則未改變²⁴。

公務員違法執行職務而侵害他人權益，固應負賠償責任，然公務員之身分地位有別於一般私人，爲避免其因恐懼負擔過重責任以致不肯盡心盡力，致妨礙國家事務之執行，民法第 186 條設有二項減輕公務員個人責任之規定。其一，因過失時之限制（第 1 項後段）：以被害人不能依其他方法不能依他項方法受賠償時爲限，公務員始負責任²⁵；所謂「依他項方法」，如法人依民法第 28 條、第 188 條所負賠償責任，即屬「他項賠償方法」，公務員於此不再負賠償責任；又如土地法第 68 條規定，因登記錯誤、遺漏或虛偽致受損害者，得向該地政機關請求賠償，此亦屬「他項賠償方法」。其二，因被害人怠於謀求救濟時之限制（第 2 項）：被害人有法律上救濟方法除去損害，因故意或過失不爲之者，本可適用民法第 217 條「過失相抵」以減輕或免除公務員個人責任，然爲加強保護公務員利益，即逕免公務員個人責任，意即被害人與有過失者，不適用過失相抵之規定，全盤否定公務員之個人責任；所謂法律上救濟方法，包括一切直接針對公務員違背職務行爲所提出，以排除、減少或防止損害爲目的之措施在內²⁶。

學者史尚寬認爲本條關於公務員侵權責任之規定，除上述限制公務員責任外，亦有擴大公務員責任之處，其謂「民法就公務員因故意或過失，違背對於第三人應執行之職務，致第三人之權利受有損害，特爲規定，其範圍較之一般侵權行爲，一部分擴張，一部分受有限制。其擴張爲不須爲權利之直接侵害，亦無須

²³ 劉宗德，公務員侵權行爲與學校事故責任之研究，政大碩士論文，1979 年 1 月，P.133。

²⁴ 有謂此係基於國家主權觀念及個人平等原則之故，詳見，王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.92。

²⁵ 學說上稱爲「公務員補充責任條款」，應由原告主張並負舉證責任。詳參劉宗德，公務員侵權行爲與學校事故責任之研究，政大碩士論文，1979 年 1 月，P.135。

²⁶ 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.103。劉宗德，公務員侵權行爲與學校事故責任之研究，政大碩士論文，1979 年 1 月，P.136 以下。

為保護法律規定之違反，亦無須為違背良俗之加害，只以職務之侵害為構成侵權行為之點，為責任之擴張」。惟我國對侵權行為之構成，係採三階層構造理論（民法第 184 條參照），即：（一）被侵害之客體係權利，則加害人有故意過失時，即應負損害賠償責任；（二）被侵害之客體係法律所特別保護之利益，亦以加害人之故意過失為構成要件，但加害人之過失由法律推定；（三）被侵害之客體係一般利益，僅以被害人之故意為構成要件。本條規定公務員違反職務侵害他人「權利」時始負賠償責任，則公務員侵害之客體若係權利以外之法益即可不負賠償責任，因此本條與一般侵權責任相較，其範圍似無擴張可言。德國民法第 839 條第 1 項規定「公務原因故意或過失，違背其對於第三人負擔之職務，致侵害第三人者，應負賠償責任。」，其侵害客體除權利外，尚包括其他法益，因此德國學者該條使公務員侵權責任範圍有所擴張，惟我國民法規定有所不同，不宜為相同之解釋²⁷。

又，民法第 186 條所謂「違背職務之行為」，究係指公法行為抑或兼指私法行為，學說上甚有爭論。有認為限於公法上行為（如稅務人員之課稅、土地人員之登記等²⁸），如為私法上行為（如買賣、承攬、借貸等）致侵害他人，則須視情況分別適用民法第 28 條或第 188 條及第 184 條之規定負責；有認為公務員所執行之職務究係基於統治權之行使，抑或本於私法上地位，在所不問²⁹。實則，本條所謂「違背職務之行為」，除公法上行為外，尚應包括私法上行為，其理由如下：（一）就保護公務員而言：民法第 186 條設有二項限制公務員個人責任之規定，實寓有保護公務員之深意，因此凡公務員依法所從事之植物行為皆應包括在內，至於該項職務表現於外部之型態究為公法上行為或私法上行為，應非所問，否則將因執行職務屬性之不同而使公務員之賠償責任有所差異，此種差別待遇似無依據；（二）就保護被害人而言：若公務員所違背之職務係私法上行為，被害人原得依民法第 28 條或第 188 條規定，向立於私法人地位之國家請求賠償，對其保護並無不週可言；（三）就比較法觀點而言：我國民法第 186 條係仿效德國

²⁷ 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.92、93。

²⁸ 城仲模，「行政法上國家責任之理論與立法之研究」，收錄於，行政法之基礎理論，1994 年 10 月增訂再版，三民出版，P.743。

²⁹ 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.94。

民法第 839 條立法例，依該國判例學說之一致見解，該條規定於公務員所從事之私法行為亦得適用³⁰。

本條之規定不盡完美，除前述對公務員個人責任之限制外，亦缺乏國家負連帶賠償責任之規定，按民法第 28 條、第 188 條之規定，法人、法定代理人及僱用人均須負連帶賠償責任，然本條關於公務員不法行為卻未有類似規定令國家負連帶責任，考其理由乃因官尊民卑觀念，尤存舊日絕對國家思想之遺風³¹。綜上所述，本條雖為避免公務員因動輒得咎而影響其積極任事之心理，降低行政效率之故，而予公務員較周全之保障，然此似大幅約束被害人損害賠償成立之可能性，對於貫徹憲法精神，不無缺漏³²。因此，本條在解釋上雖亦適用公務員私法上行為，然依私法上平等原則，公務員違背私法上職務行為，應與一般私人立於相同地位，依民法規定負其責任；故本條應予刪除，若欲保留亦應將該條「之權利」三字刪除，以使被害人多獲賠償機會³³。

三、民法第 28 條、第 188 條

民法第 28 條規定「法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任」，本條係法人侵權能力之規定。法人侵權行為須具備二項特別要件：其一、加害行為者係法人之代表機關，其二、損害係因執行職務所加於他人。

國家或其他公法人對其機關之職務行為，是否同受本條規範，法無明文。德國民法第 89 條規定得於國庫及其他公法人適用之。我國通說則認為應分三種情形以定法規之適用：（一）職務行為純出於公權作用，如刑罰權、裁判權、警察權等，縱違法對人民加以損害，被害人除法律（即憲法第 24 條所稱之法律）另有規定外，不得對國家或其他公法人請求賠償。（二）非公權作用之經濟活動（營利事業、公益事業行為），如鐵路開設、道路修築、礦物開採等，致違法加損害

³⁰ 劉宗德，公務員侵權行為與學校事故責任之研究，政大碩士論文，1979 年 1 月，P.177、178。

³¹ 劉宗德，公務員侵權行為與學校事故責任之研究，政大碩士論文，1979 年 1 月，P.281、282。

³² 城仲模，「行政法上國家責任之理論與立法之研究」，收錄於，行政法之基礎理論，1994 年 10 月增訂再版，三民出版，P.743。

³³ 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.140。

於他人，國家或其他公法人除因公益而於法律另設規定外，應依民法規定負賠償責任。(三) 國家或其他公法人因土地上工作物之設置或保管有欠缺，如校舍倒塌、彈藥庫爆炸等，對於他人所加之損害，應依民法第 191 條規定負責³⁴。

應特別注意者，公務員之侵權行為而應負刑事責任者究竟可否請求國家連帶賠償，實務上意見相異。最高法院 48 年台上字第 1501 號判例認為「法人之董事及職員，因個人之犯罪行為而害及他人之權利者，即與該條（民法第 28 條）規定之責任要件（執行職務所加於他人之損害）不符，該他人殊無據以（向法人）請求連帶賠償之餘地」。又，最高法院 49 年台上字第 1018 號判例認為「被上訴人（台北市自來水廠）苟係依法律規定而成立之法人，則其職員因故取水費而向上訴人浮取巨款，不能謂非因執行職務所加於上訴人之損害，而免其連帶賠償責任」，本判例之結論不但易於前案，且並未明示究應適用本條或民法第 188 條使其負連帶責任。前後判例觀念之分歧，令人詫異³⁵。

民法第 188 條規定「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。(第 1 項) 如被害人依前項但書之規定，不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人為全部或一部之損害賠償。(第 2 項) 僱用人賠償損害時，對於為侵權行為之受僱人，有求償權。(第 3 項)」，本條係規定僱用人之侵權責任，其性質屬過失推定責任及衡平責任³⁶。

本條規定能否類推適用於國家與公務員之關係？若認得以類推適用，則公務員為國家之受僱人，故其侵權行為由僱用人（國家）連帶負責。惟此種將國家與公務員之關係類比為僱用人與受僱人之情形，係源自英美之國家賠償制度，在以大陸法系理論為基礎之我國法上，公法關係與私法關係仍有區別，故而能否類推適用頗有疑義³⁷。最高法院 18 年台上字第 875 號判例認為，「郵政局員所為開拆

³⁴ 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.104。

³⁵ 城仲模，「行政法上國家責任之理論與立法之研究」，收錄於，行政法之基礎理論，1994 年 10 月增訂再版，三民出版，P.742 以下。

³⁶ 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.105。

³⁷ 劉宗德，公務員侵權行為與學校事故責任之研究，政大碩士論文，1979 年 1 月，P.168。

信件，抽換內容之侵權行為，郵局應否負賠償責任，應為郵政條例及郵局章程所未規定之事項，當然依普通法則，應負賠償之責」，按郵局為國家基於非權力所為之公益事業，除法律別有規定者外，局員（受僱人）因執行職務而有不法之侵權行為，郵局（僱用人）當有民法第 188 條第 1 項前段適用之可能；最高法院 45 年台上字第 1599 號判例認為，「……原審雖謂被上訴人魏有吉為被上訴人中連公司之大貨車司機助手，並無代理司機駕駛貨車之職責，其竟擅自駕駛貨車以致發生本件事故，不能解為因其執行職務而發生，依民法第一百八十八條規定，不能令被上訴人中連公司與被上訴人魏有吉連帶負損害賠償責任云云。但查被上訴人魏有吉在原法院刑庭陳述，伊在中連公司充司機，提出職業字第四九二三九二號執照，並謂在該公司之一五一四一二二號大貨車為臨時助手等語，有原法院四十四年度上字第六九五號刑事卷宗所附審判筆錄足據，此項顯著之事實及證據，當為法院所已知，自應予以斟酌。又民法第一百八十八條所稱之受僱人，係以事實上之僱用關係為標準，僱用人與受僱人間已否成立正式契約在所不問，原審概未予以注意及此，遽認中連公司無賠償責任，殊難認為合法……」（底線為筆者所加），最高法院 57 年台上字第 1662 號判例亦認為「凡客觀上被他人使用為之服勞務而受其監督者，均係受僱人」，此二判例皆遵循民事法客觀化之趨向，於形式上擴張受僱人範圍，實際上加重僱用人之責任，被害人之權利亦可因此受到更周全之保護；又最高法院 57 年台上字第 2276 號判決認為「公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法懲戒外，應負民、刑事責任，被害人就其所受損害，得依法向國家請求賠償，憲法第二四條有明文，所謂法律，包括民法在內，被上訴人以其子為警員取締不良少年時不慎擊斃，據以請求警局連帶損害賠償，揆諸民法第一八八條之規定，難為無據」。揆諸上述判例，我國實務似認民法第 188 條得適用於國家與公務員之關係，此種以民法規定請求國家賠償之方法雖有不妥，惟於國家賠償法尚未制定前，不失為一權宜之計³⁸。

民法第 188 條得適用於國家與公務員之關係，已如前述。國家及其他公法人對其機關以外受僱人之職務行為，是否亦應依本條規定負賠償責任，民法未設規定，解釋上應依民法第 28 條原則處理，認職務行為非出於公權作用者，國家或

³⁸ 劉宗德，公務員侵權行為與學校事故責任之研究，政大碩士論文，1979 年 1 月，P.169。

其他公法人對被害人應依本條規定負責³⁹。

綜上所述，民法第 28 條與第 188 條固同為，就他人之侵權行為視同本身之行為，而使負連帶責任之規定，惟前者僅限於法人，後者僱用人之資格則無限制，故法人僅就其董事或職員之侵權行為而連帶負責，後者則為除去上述之人以外之其他人⁴⁰。申言之，前者係規定法人之侵權能力，機關之行為在其職務範圍內，視為法人自身之行為，故法人就其機關因執行職務造成他人之損害仍應負責，不得主張其對於機關之選任監督無過失而免責；基此性質之差異，應認民法第 28 條排除民法第 188 條之適用，亦即國家或其他公法人之機關違背職務侵害他人者，應適用民法第 28 條係規定，機關以外之受僱人違背職務侵害他人者，則適用民法第 188 條規定⁴¹。

四、最高法院民刑庭總會決議

為擴大保障範圍，最高法院民刑庭總會曾於 1961 年 3 月 14 日作成決議：「國家行政處分因違法侵害私人權利，除執行人之故意過失有依侵權行為之規定，負賠償責任外，即國家亦有民法第 28 條或第 188 條之賠償責任，又此項賠償責任，被害人可依民事訴訟法獨立起訴請求。」，依此決議，國家之侵權行為除公務員有合於民法第 186 條之要件而從其規定外，肯定國家本身亦有同法第 28 條或第 188 條賠償責任之適用（實體規定），且被害人可依民事訴訟法獨立起訴請求賠償（程序規定）⁴²。此決議鑑於當時國家賠償法制不完備，為使人民權益受到保護，解釋憲法第 24 條所稱法律，包括民法在內，使人民可於權益受公權力不法侵害時，依據民法規定向國家請求賠償，用心雖值認同，惟就法學觀點論之，實有商榷餘地。

如城仲模氏即提出本決議不周延處有三：（一）用辭未為審慎—未區分「國家行政處分」與「國家之行政處分」之概念，按「國家行政處分」者，凡國家機

³⁹ 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.105。

⁴⁰ 城仲模，「行政法上國家責任之理論與立法之研究」，收錄於，行政法之基礎理論，1994 年 10 月增訂再版，三民出版，P.744。

⁴¹ 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.105。

⁴² 城仲模，「行政法上國家責任之理論與立法之研究」，收錄於，行政法之基礎理論，1994 年 10 月增訂再版，三民出版，P.746。

關有關行政上之處分似均包括之，故除行政院、考試院之處分外，總統府、監察院或立法院有關行政事項之處分，俱係所指；他如「違法侵害私人權利」之用詞、稱「執行人」而不謂為「公務員」等，亦多有疑義。(二) 適用頗為困難—國家行政處分違法，國家有依民法之賠償責任及民事訴訟法之程序獨立被起訴之可能，實則本決議係以違法為前提、而後有責任、再論及賠償，然公法作用之違法，普通法院並無實質審查權，以我國行政爭訟法制而言，須先經訴願程序，若於訴願程序中被認為毫無違法或僅屬不當，根本無法依民訴法「獨立起訴」；且訴訟事件之劃分標準在我國亦嘗不一致，該決議似難以普遍被適用。(三) 破壞禁止濫訴原則—違法處分致損害權利者，依行政訴訟法僅得附帶請求賠償，請求標的不包括民法第 216 條所失利益，其繫屬法院為一級一審之行政法院，惟按本決議卻得從地方法院開始訴訟程序（民訴法第 15 條第 1 項），當然包括上述「所失利益」，亦即，因程序不同而影響其實體上請求權之範圍，禁止訴權濫用之法則或將盪然難存⁴³。

廖義男氏亦認為最高法院之見解，係鑑於當時國家賠償法律之缺失，為使人民權益受到保護，解釋憲法第 24 條所稱法律包括民法在內，以實踐該憲法條文之規範旨趣，雖用心良苦，然就法體系結構及立法背景而言，似有未妥。申言之，其主張民法第 28 條規定僅限於國家立於準私法人地位，即國家與私人立於相同之法律地位，同受私法支配之時，公務員執行職務侵害他人權利，始有適用，因執行其他職務引起之侵權行為，殊難適用該條規定⁴⁴。

另外，王澤鑑氏則提出二點理由抨擊本項決議：其一、就民法體系而言，民法第 28 條或第 188 條應僅於國家或公共團體立於私法人地位時始有適用；其次、認民法第 28 條或第 188 條即屬憲法第 24 條所稱法律，並成為我國國家賠償損害之基本規定，此非但顯非制憲者及民法立法者之本意，適用之際更有困難，除責任構成要件欠缺明確性外，國家與公務員間內部關係亦無法解決⁴⁵。

⁴³ 城仲模，「行政法上國家責任之理論與立法之研究」，收錄於，行政法之基礎理論，1994 年 10 月增訂再版，三民出版，P.746~748。

⁴⁴ 廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.3 以下。

⁴⁵ 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.119 以下。

董保城氏則認為，將國家與公務員視同私法上僱用人與受僱人之關係，將憲法第 24 條所稱法律透過最高法院決議或判決擴張及於「民法」，使受害人民在遭受公權力侵害時，得依民法規定請求國家賠償。法院藉此擴張適用，以增加人民權利救濟機會，固值肯定，然而公務員因行使國家公權力違法侵害他人時，若適用民法之規定，依民法第 28 條或第 188 條第 1 項，向國家要求賠償，就整個公法與私法體系之法律結構而言，難免發生牴觸我國訴訟二元體系之疑義⁴⁶。

由於受到學者強烈批判，最高法院遂改變其見解，於 1973 年 10 月 30 日第三次民庭庭推總會議作成決議，將 1961 年 3 月 14 日之決議列為不再參考，該會議議決「民法上所謂法人，指依民法第二十五條⁴⁷規定成立之法人而言，國家非依該條規定所成立，情節顯然。故原決議文（指同院 1961 年 3 月 14 日第二次民刑庭會議之決議）所謂『國家亦有民法第二十八條之賠償責任』云云，於法顯屬不合。」，此次決議不採用前次決議之見解，其結論雖屬正確，然以國家非民法所謂之法人一節論述，觀點上難謂的論⁴⁸。雖然本決議之論證容有疑義，惟最高法院終放棄有待商榷之見解，而於 67 年台上字第 1196 號判決指出「…惟公務員係其任用機關依法任用，所執行之職務，乃為公法上之行爲，與其任用機關間，並無私法上一方為他方服勞務，他方給付報酬之僱傭關係存在，自無民法第一百八十八條第一項『受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任』規定之適用，而國家機關並非私法人，其所任用之公務員顯與法人之董事或職員有別，民法第二十八條規定『法人對於其董事或職員，因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償責任』，亦無從遽予援用⁴⁹…」，雖然最高法院之裁判已從善如流，不再認民法相關規定為憲法第 24 條所稱法律，惟此亦使人民之權利受公權力侵害時無從請求賠償，因而制定統一之國家賠償法乃為迫切之需。

⁴⁶ 董保城、湛中樂合著，國家責任法一兼論大陸地區行政補償與行政賠償，2005 年 8 月初版，元照出版，P. 54。

⁴⁷ 民法第 25 條規定：「法人非依本法或其他法律之規定，不得成立」。

⁴⁸ 曹競輝，國家賠償法實用，1984 年 12 月修訂版，自版，P.81。

⁴⁹ 廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.4 以下。

五、行政訴訟法

1932 年公布之行政訴訟法第 2 條規定：「提起行政訴訟，在訴訟程序終結前，得附帶請求損害賠償。前項損害賠償，除適用行政訴訟之程序外，準用民法之規定，但民法第二百十六條規定之 所失利益不在此限。」，本條即被學者認為係屬憲法第 24 條「得依法律」向國家請求賠償所指之法律⁵⁰。

本條可否視為係行政上損害賠償之一般原則規定，容有爭論。就法條文義解釋而言，其不限於某一項行政處分，凡因中央或地方官署之違法處分而致權利受害者，均得提起行政訴訟，從而亦有附帶提起損害賠償之可能，似採肯定說；惟就實務而言，行政法院 22 年判字第 9 號：「損害賠償，係指行政官署因違法處分致損害人民之權利，依法應負賠償責任者而言」，行政法院 23 年判字第 32 號：「如根本為司法事件而原縣政府誤用行政處分，與實際之行政處分迥然有別，無論當事人之權利是否受有損害，要無於行政訴訟主張賠償之餘地」，行政法院 27 年判字第 36 號：「如所提之行政訴訟不能成立，即屬無從附帶」，行政法院 41 年判字第 15 號：「得附帶請求損害賠償，應以因處分所生之損害為限」，行政法院 47 年裁字第 38 號：「附帶請求損害賠償，須於行政訴訟終結前為之，若行政訴訟已經判決，則損害賠償之請求，即無附帶之可言。附合於法律上特別規定，得向普通法院提起民事訴訟外，不容向本院為獨立損害賠償之請求」，行政法院 48 年裁字第 5 號：「損害賠償之請求，根本不屬訴願範圍，亦不能單就損害賠償提起行政訴訟」，由上述裁判可知，行政法院一再強調凡因中央或地方行政機關之違法處分致權利受侵害者，得提起行政訴訟附帶請求損害賠償⁵¹。惟依行政訴訟法第 1 條第 1 項規定，提起行政訴訟須以「違法行政處分」為要件，因此提起行政訴訟之條件，也屬於請求損害賠償之條件，不能提起行政訴訟之案件，縱使因行政處分而導致權利受損害，也不能附帶請求損害賠償⁵²；另依同法第 19 條規定，附帶請求損害賠償須在行政訴訟程序終結前為之，惟我國法制採訴願前置主義，致行政訴訟不易提起，附帶請求損害賠償亦無從附麗，且行政法院得以爭執標的須

⁵⁰ 曹競輝，國家賠償法實用，1984 年 12 月修訂版，自版，P.98。

⁵¹ 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.110。

⁵² 董保城、湛中樂合著，國家責任法—兼論大陸地區行政補償與行政賠償，2005 年 8 月初版，元照出版，P.51。

經民訴程序拒絕裁判，故而未經訴願程序、一般司法事件、或行政處分之不當引起之損害等，皆無法經由行政訴訟獲得國家賠償，人民請求國家賠償的機會大受限制⁵³。

是以，舊行政訴訟法第 2 條之規定，不能說是請求行政上損害賠償之一般法律依據。行政法院成立 40 多年來，縱使經行政法院勉予受理，經其撤銷或變更之違法行政處分雖亦不少而維持最低的百分比，但卻未曾准許此項附帶訴訟，亦即無一案件依據行政訴訟法第 2 條得到平反，請求國家損害賠償，此一法條形同虛設。因此，當時即有主張實務上應從寬審理人民附帶請求損害賠償之訴，使人民權利獲得確切保障，更有主張本法第 2 條第 2 項但書有關民法第 216 條所失利益不得請求賠償之規定過於嚴格，因其須於提起行政訴訟之際附帶為之，而提起訴訟機會本就不多且受種種限制，故應予刪除⁵⁴。

1998 年 10 月修正公布之行政訴訟法第 7 條規定：「提起行政訴訟，得於同一程序中，合併請求損害賠償或其他財產上給付。」已將舊制僅為「附帶」改為「合併」請求賠償。除此之外，更刪除民法第 216 條規定所失利益，在公法上損害賠償範圍，完全準用民法⁵⁵。

六、土地法

不動產登記關係人民權利甚鉅，土地法及土地登記規則雖對土地權利登記設有詳細規定，但土地登記事項繁雜，不免疏忽而有錯誤遺漏，則所生損害應如何救濟，實為重要。1930 年公布之土地法，其第 68 條規定「因登記錯誤、遺漏或虛偽致受損害者，由該地政機關負損害賠償責任。但該地政機關證明其原因應歸責於受害人時，不在此限。（第 1 項）前項損害賠償，不得超過受損害時之價值。（第 2 項）」，所謂登記錯誤，即登記事項與事實不符；所謂遺漏，即應登記事項漏未登記；所謂虛偽，即明知聲請人為不實之事實，而竟構成其事實，或登記人

⁵³ 城仲模，「行政法上國家責任之理論與立法之研究」，收錄於，行政法之基礎理論，1994 年 10 月增訂再版，三民出版，P.741。

⁵⁴ 曹競輝，國家賠償法實用，1984 年 12 月修訂版，自版，P.98。

⁵⁵ 董保城、湛中樂合著，國家責任法—兼論大陸地區行政補償與行政賠償，2005 年 8 月初版，元照出版，P.51。

員自己為不實之事實而為登記⁵⁶。

至於損害賠償金之來源，規定於第 70 條「地政機關所收登記費，應提存百分之十作為登記儲金，專備第六十八條所定賠償之用。（第 1 項）地政機關所負之損害賠償，如因登記人員之重大過失所致者，由該人員償還，撥歸登記儲金。（第 2 項）」，故本法係以國家與公務員共負私法上責任，惟實務上有不同見解，對債務人勾串地政機關為虛偽之抵押登記，致損害債權人之權利，判令地政機關所屬之縣政府負賠償責任⁵⁷。若損害賠償之請求遭地政機關拒絕，第 71 條規定「損害賠償之請求，如經該地政機關拒絕，受損害人得向司法機關起訴。」，然損害賠償之規定終屬消極補救方法，積極之救濟方法仍為更正⁵⁸，故第 69 條規定「登記人員或利害關係人，於登記完畢後，發見登記錯誤或遺漏時，非以書面聲請該管上級機關查明核准後，不得更正。但登記錯誤或遺漏，純屬登記人員記載時之疏忽，並有原始登記原因證明文件可稽者，由登記機關逕行更正之。」，如認更正登記有損其權益者，仍得於接到通知之日起一個月內，依土地法第 68 條、第 71 條之規定，請求損害賠償⁵⁹。

七、警械使用條例

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（警察法第 1 條參照）。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、保護人民權利，警械使用條例對警械之使用設有詳細規定。依警械使用條例第 1 條第 1 項規定「警察人員執行職務時，所用警械為棍、刀、槍及其他經核定之器械。」，第 4 條規定「警察人員執行職務時，非遇有下列各款情形之一者，不得使用警刀或槍械：（一）為避免非常事故，非使用警刀或槍械，不足以維持社會治安者。（二）騷動行為足以擾亂社會治安，非使用警刀或槍械，不足以制止時。（三）依法應逮捕、拘禁之人拒捕或脫逃，非使用警刀或槍械，不足以制止時。（四）警察人員所防衛之土地、屋宇、車船、航空器或他人之生命、身體、自由、財產遭受危害或脅迫，非使用警刀或槍械，不足以

⁵⁶ 曹競輝，國家賠償法實用，1984 年 12 月修訂版，自版，P.106。

⁵⁷ 詳見，52 年台上字第 698 號判決。

⁵⁸ 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.110。

⁵⁹ 曹競輝，國家賠償法實用，1984 年 12 月修訂版，自版，P.107。

保護時。(五)警察人員之生命、身體遭受危害或脅迫，非使用警刀或槍械，不足以抵抗或自衛時」。若警察人員違法使用警械，依第 10 條第 1 項規定「警察人員非遇第四條各款情形之一而使用警刀、槍械或其他經核定之器械者，由該管長官懲戒之。其因而傷人或致死者，除加害之警察人員依刑法處罰外，被害人由各該級政府先給予醫藥費或撫卹費，但出於故意之行爲，各級政府得向行爲人求償。」，若係合法使用警械者，則依第 10 條第 2 項規定「警察人員依本條例使用警械因而傷人或致死者，其醫藥費或埋葬費，由各該級政府負擔。」，第 10 條第 3 項則規定「前二項醫藥費、撫恤費或埋葬費之標準，由省(市)政府訂定後報內政部核定」。

警察人員未依第 4 條規定使用警械致侵害人民權益，被害人得依據警械條例第 10 條第 1 項請求醫療費或撫卹費，已如前述；茲有疑義者，被害人是否尚可依民法規定請求賠償？最高法院 57 年台上第 720 號民事判決認為，「本件同案被告古業儒原係被上訴人所屬松山派出所警員，民國五十二年六月十二日，因在松山區撫遠街私娼館取締不良少年，制止奔逃無效，鳴槍將上訴人之子夏止生擊斃，爲不爭執之事實。上訴人以被害人之父母身份，訴求被上訴人與古業儒連帶賠償所受損害，原審予以駁回，無非以公私法中並無得由上訴人向被上訴人請求賠償之依據，爲其裁判之基礎。第查我民法對於法人係採法人實在說，認法人有侵權行爲之能力，亦即得爲損害賠償之債之義務人，此觀民法第二十八條『法人對於其董事或職員因執行職務所加於他人之損害，與該行爲人連帶負賠償責任』之規定自明。本件被上訴人既係依法成立之法人，古業儒警員身份與法人無異，而槍殺上訴人之子又係當其執行職務之際，依上開法條規定，被上訴人對於上訴人所受損害，能否謂無連帶賠償責任，尙屬不無疑義，原審未及詳研，遽將上訴人此部份之訴駁回，於法自有未合，上訴論旨，指摘原判決不當，聲明廢棄，非無理由。」，即採肯定見解。因警械使用條例第 10 條第 3 項所規定之醫療費或撫卹費尙未訂定，最高法院此一判決適用民法一般規定，對被害人保護固然周到，然警械使用條例屬特別法，其規定事項應優先民法適用，故就法律體系而言似有未妥。因此王澤鑑氏認爲，警械使用條例公佈施行幾達半世紀之久，省市政府對醫藥費或撫卹費之標準尙未制定，主管機關亦未加監督，對人民保護顯有不週，

有違憲法第 24 條之基本精神；其並認省市自訂標準恐將造成「同一人命，賠償金額不同」之不公情形，主張應由內政部制定統一標準始稱允當⁶⁰。

警械使用條例於 2002 年 6 月修正，並將第 10 條移列於第 11 條，現行法第 11 條規定「警察人員依本條例規定使用警械，因而致第三人受傷、死亡或財產損失者，應由各該級政府支付醫療費、慰撫金、補償金或喪葬費。(第 1 項)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；其出於故意之行爲，各該級政府得向其求償。(第 2 項)前二項醫療費、慰撫金、補償金或喪葬費之標準，由內政部定之。(第 3 項)」，該次修法除增列「財產損失」亦得請求賠償外，支付項目亦從「醫療份或撫卹費」調整爲「醫療費、慰撫金、補償金或喪葬費」，賠償標準亦改由內政部訂立「警察人員使用警械致人傷亡財產損失醫療費慰撫金補償金喪葬費支給標準」，本條修正不但擴大保障範圍、增加支付項目，更設立統一賠償標準，殊值肯定。

八、冤獄賠償法

國家爲維持社會秩序，對反社會行爲須加以處罰，然爲保障人權，除採罪刑法定主義以外，並設刑事訴訟制度，規定犯罪追訴之方法及程度，凡此種種皆欲保障僅次於生命法益之自由權⁶¹；惟無論法律如何完備、司法人員如何慎重，仍難避免冤獄之發生⁶²，爲期事後合理救濟，台灣地區於 1959 年制定冤獄賠償法制定冤獄賠償法⁶³，共計 26 條，可謂法治國家保障人權之具體表現。有別於台灣制定獨立之法典，大陸地區之司法賠償規定於國家賠償法（第 3 章及第 5 章第 31 條），其理由略爲行政職權與司法職權之行使侵犯人民權利之可能性最大，若國家賠償法將前述二種權力之任一種予以省略，其賠償範圍即太過狹隘，大陸地區自期係社會主義之人民國家，願意人民廣泛地監督其權力行爲，因而國家賠償法

⁶⁰ 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.112、113。

⁶¹ 曹競輝，國家賠償法實用，1984 年 12 月修訂版，自版，P.111。

⁶² 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.113。

⁶³ 有關冤獄賠償法之制定經過，可參照，劉清波，冤獄賠償法，1973 年 3 月修訂三版，台灣商務印書館出版，P.56~59。

將司法賠償與行政賠償全部列入⁶⁴。以下僅就歸責原則、賠償範圍、請求限制略作比較。

（一）歸責原則

台灣地區冤獄賠償法之歸責原則，採用過失賠償主義，兼採無過失賠償主義⁶⁵（須附條件）。冤獄賠償法第 1 條第 2 項規定「不依前項法令之羈押，受害人亦得依本法請求國家賠償。」，既屬違背或違反法令，當然是有過失之行為，因此大前提是公務員有過失；惟冤獄賠償制度之目的側重人民是否冤屈，與公務員執行逮捕羈押是否違法無關，本項規定對人民權益保障顯然不夠徹底，故本條第 1 項規定「依刑事訴訟法令受理之案件，具有左列情形之一者，受害人得依本法請求國家賠償。」，所謂依「刑事法令」，自為合法行為，惟本項之適用尚附條件，即本條項第 1、2 款之規定：其一、不起訴處分或無罪之判決確定前曾受羈押者；其二、依再審或非常上訴程序判決無罪確定前，曾受羈押或刑之執行者⁶⁶。

大陸地區於國家賠償法實施以前，司法賠償之歸責原則有過錯責任原則及無過錯責任原則二種對立觀點；國家賠償法實施後，該法第 2 條規定「國家機關和國家機關工作人員違法行使職權侵犯公民、法人和其他組織的合法權益造成損害的，受害人有依照本法取得國家賠償的權利。」對於如何理解其歸責原則，仍在學界產生分歧，有認係採違法歸責原則、有認係採違法兼結果責任之二元歸責原則，更有認係採三元歸責原則⁶⁷。有學者主張，大陸地區的刑事賠償甚至整個司法賠償的歸責原則是違法原則，其理由有二：（一）若非如此，則形同司法人員之行為是否合法不具意義；（二）司法賠償範圍會不適當擴大⁶⁸。

（二）賠償範圍

冤獄賠償法第 1 條規定「依刑事訴訟法令受理之案件，具有左列情形之一

⁶⁴ 肖峴，中華人民共和國國家賠償法的理論與實用指南，中國民主法制出版社，1994 年 7 月，P.122、123。

⁶⁵ 唯有認為屬無過失主義者，詳見，曹競輝，國家賠償法實用，1984 年 12 月修訂版，自版，P.119。

⁶⁶ 劉清波，冤獄賠償法，1973 年 3 月修訂三版，台灣商務印書館出版，P.125～128。

⁶⁷ 張紅，司法賠償研究，2007 年 4 月，北京大學出版社，P.85 以下。

⁶⁸ 肖峴，中華人民共和國國家賠償法的理論與實用指南，中國民主法制出版社，1994 年 7 月，P.160、161。

者，受害人得依本法請求國家賠償：一、不起訴處分或無罪之判決確定前曾受羈押者；二、依再審或非常上訴程序判決無罪確定前，曾受羈押或刑之執行者。（第 1 項）不依前項法令之羈押，受害人亦得依本法請求國家賠償。（第 2 項）」。

大陸地區國家賠償法第 15 條規定「行使偵查、檢察、審判、監獄管理職權的機關及其工作人員在行使職權時有下列侵犯人身權情形之一的，受害人有取得賠償的權利：（一）對沒有犯罪事實或者沒有事實證明有犯罪重大嫌疑的人錯誤拘留的；（二）對沒有犯罪事實的人錯誤逮捕的；（三）依照審判監督程式再審改判無罪，原判刑罰已經執行的；（四）刑訊逼供或者以毆打等暴力行為或者唆使他人以毆打等暴力行為造成公民身體傷害或者死亡的；（五）違法使用武器、警械造成公民身體傷害或者死亡的。」，另有別於台灣地區，第 16 條復規定「行使偵查、檢察、審判、監獄管理職權的機關及其工作人員在行使職權時有下列侵犯財產權情形之一的，受害人有取得賠償的權利：（一）違法對財產採取查封、扣押、凍結、追繳等措施的；（二）依照審判監督程式再審改判無罪，原判罰金、沒收財產已經執行的」。

由上述規定可見，台灣地區之冤獄賠償法，其請求範圍僅限於被害人之羈押，亦即自由權受侵害始得請求；大陸地區則除人身權受侵害可請求賠償外，財產權受侵害亦得請求賠償，範圍似較台灣地區冤獄賠償法為大。

（三）請求限制

冤獄賠償法第 2 條規定，受不起訴處分或無罪之宣告曾受羈押，有以下情形之一者，不得請求賠償：（一）因刑法第 18 條第 1 項、第 19 條第 1 項規定之事由者，即指因未滿 14 歲之人或心神喪失之人之行為不罰為事由者；（二）行為違反公共秩序或善良風俗，或應施以保安處分者；（三）因受害人故意或重大過失之行為，致受羈押或刑之執行者。（四）因判決合併處罰之一部受無罪之宣告而其他一部份受有罪之宣告者。（五）依刑事訴訟法第 252 條第 1 款至第 5 款、第 7 款、第 9 款、及第 253 條之規定為不起訴處分者；（六）依刑事訴訟法第 252 條第 6 款之規定，受不起訴處分時，如有證據足認為無該事由即應起訴者：即依指被告在起訴前已死亡者，如有證據足認為無死亡之事由應即起訴者，亦不得請

求賠償。

大陸地區國家賠償法第 17 條規定，屬於下列情形之一的，國家不承擔賠償責任：（一）因公民自己故意作虛偽供述，或者偽造其他有罪證據被羈押或者被判處刑罰的；（二）依照刑法第十四條、第十五條規定不負刑事責任的人被羈押的；（三）依照刑事訴訟法第十一條規定不追究刑事責任的人被羈押的；（四）行使國家偵查、檢察、審判、監獄管理職權的機關的工作人員與行使職權無關的個人行為；（五）因公民自傷、自殘等故意行為致使損害發生的；（六）法律規定的其他情形。由上述規定可知，大陸地區司法賠償責任之免責事由可分為：因公民自己行為所導致、不負刑事責任之人被羈押、不追究刑事責任之人被羈押、司法機關工作人員之個人行為和第三人行為⁶⁹。

依據冤獄賠償法第 1 條之規定，所謂「依刑事訴訟法令受理」者，係指普通法院受理之案件，未包括軍法審判對象之軍人⁷⁰，然此並未表示軍事方面沒有冤獄⁷¹。本法之適用未包括軍人，此外亦無軍人冤獄賠償法之制定，似有歧視軍人之嫌，形成權利保障之漏洞，因此為提高軍法人員執行審判職務之警覺、確保軍人人身自由，軍事審判之冤獄賠償亟待另立專法，以資補救⁷²。此外，關於賠償金額方面，亦有主張冤獄賠償案件之數量不多，未如預期將造成國庫沈重之負擔，因而主張應提高賠償金額，以確實保障人民受損之權益⁷³。

誠如上述，我國憲法雖採用制定當時之最新思潮，而於第 24 條明文承認國家賠償責任，然卻未能及時制訂統一之國家賠償法。政府基於情勢所需，僅能因時因地制頒各種特別法規以應事實上需求，然各該法規制訂時間不同、適用對象不一、體系有欠周延，導致施行效果不彰，茲分述如下。

⁶⁹ 張紅，司法賠償研究，2007 年 4 月，北京大學出版社，P.154 以下。

⁷⁰ 劉清波，冤獄賠償法，1973 年 3 月修訂三版，台灣商務印書館出版，P.147、148。

⁷¹ 國防部曾於 1954 年 4 月 1 日以律彼字第 149 號函致立法院民刑商、法制、國防三委員會，其中第 9 點即請求將軍人之冤獄列入冤獄賠償法範疇。三委員會之審查草案本將司法、軍法並列，然卻於院會二讀時刪除軍人冤獄賠償部分。詳見，劉清波，冤獄賠償法，1973 年 3 月修訂三版，台灣商務印書館出版，P.181、182。

⁷² 曹競輝，國家賠償法實用，1984 年 12 月修訂版，自版，P.119~121。劉清波，冤獄賠償法，1973 年 3 月修訂三版，台灣商務印書館出版，P.182。

⁷³ 王澤鑑主持，公務員之法律責任，行政院研究發展考核委員會編印，1976 年 8 月，P.114。劉清波，冤獄賠償法，1973 年 3 月修訂三版，台灣商務印書館出版，P.193 以下。

第二項 台灣地區國家賠償法之制定過程⁷⁴及主要內容

第二次世界大戰後，由於民主法治思想興起，絕對主權理論式微，結果責任崛起，社會保險理論發達，國家賠償責任殆已受肯定，立法院遂於 1980 年 2 月通過國家賠償法，並同時於第 17 條規定「自中華民國七十年七月一日施行」，給予 1 年施行前之準備，如各機關研置新法及編列國家賠償年度預算工作等⁷⁵。

我國憲法於 1947 年 12 月 25 日施行後，因逢國家政治局勢變遷，以致未能立即制定統一的國家賠償法。惟自 1961 年間起，即有學者著文鼓吹，但因為當時的時代背景，其後並無人再提及⁷⁶；嗣 1971 年以後，全國輿論不斷呼籲、專家學者多次集合熱烈討論「國家賠償責任及其立法問題」，為國家賠償法之制定催生，甚或立法院於 1975 年第 1 次會期第 2 次會議中，復有立法委員提出建議促請從速制定國家賠償法。

當此之時，司法院、前司法行政部以及行政院研考會等機關分從各種角度，進行國家賠償法之立法工作，並分別研擬出「國家賠償法草案」計 3 種。其中行政院研考會所研擬之草案，原係委託學者翁岳生等人主持，經部分修正後報經行政院核准，送前司法行政部參考。該部於接獲該國家賠償法草案後，綜合該部第 1 次所擬之國家賠償法草案以及其他機關所擬之草案加以整理，終於 1979 年秋完成國家賠償法草案，報請行政院審查。行政院又經多次研究，於翌年（1980 年）3 月 27 日由院令修政通過，全文共計 17 條，於同年（1980 年）4 月 14 日函送立法院審議。立法院司法、法制二委員會於民國 1980 年 4 月 28 日召開聯席會議審查，於同年 6 月 20 日三讀通過，咨請總統於 7 月 2 日公布，並於 1981 年 7 月 1 日施行，開創保障人權之新紀元。

台灣地區國家賠償法計 17 條，第 1 條規定國家賠償法之憲法依據；第 2~4 條，主要規定國家賠償之構成要件；第 5、6 條及第 12 條，主要規定國家賠償適

⁷⁴ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年，元照，P.6。

⁷⁵ 亦可參考廖義男，同前揭註 44，自版，P.7。

⁷⁶ 史尚寬先生及范馨香女士即曾發表論文，要求依憲法第 24 條精神制定國家賠償法。參城仲模，收錄於，國家賠償法實施十週年、二十週年業務座談會會議資料彙編，法務部，2003 年 12 月，P.99。

用其他法律之特別規定；第 7、8 條，主要規定賠償方式及請求權時效；第 9 條，主要規定賠償義務機關；第 10、11 條，主要規定賠償程序；第 13 條主要規定司法賠償；第 14 條主要規定其他公法人之準用；第 15 條則規定外國人之適用。



第二節 大陸地區國家賠償制度之沿革

第一項 國家賠償法憲法依據之更迭

中共取得大陸地區政權後，於 1949 年 9 月召開中國人民政治協商會議第一屆會議，會中制頒「中國人民政治協商會議共同綱領」，該綱領第 19 條規定「人民和人民團體有權向人民監察機關和人民司法機關控告任何國家機關和任何公務人員的違法失職行為」。該規定確認了國家機關和國家公務人員應當對違法失職行為負責並承擔法律責任之原則，為國家賠償制度之產生和發展提供有效之法律依據⁷⁷。1953 年第二屆全國司法工作會議決議中規定「冤獄平反以後，應當向當事人或家屬認錯。對於遭受重大損害的當事人或家屬，除認錯外，應對於生活困難者，酌情予以必要的補助」⁷⁸。

1954 年 9 月 20 日中共通過第一部憲法，第 97 條規定：「中華人民共和國公民對於任何違法失職的國家機關工作人員，有向各級國家機關提出書面控告或口頭控告的權利。由於國家機關工作人員侵犯公民權利而受到損失的人，有取得賠償的權利」。此一規定提供行政復議、行政訴訟及國家賠償三者立法建制之根據，對國家賠償作出原則性規定⁷⁹，然由於錯誤決策，致使未能走上法治國家之路⁸⁰。1975 年憲法制定之時恰逢文化大革命期間，民主憲政遭受嚴重破壞，上述公民控告及索賠二權之保障條文遭致刪除。1978 年憲法雖將第 3 章「公民的基本權利和義務」規定由 4 條增至 16 條，對公民之控告權與申訴權亦有專門規定，然仍未恢復 1954 年憲法中有關「國家賠償請求權」之相關規定。

1982 年中共現行憲法公布實施，國家賠償制度才又重新回到法制建設之進程；1986 年實施之民法通則，其第 121 條即依據憲法精神對賠償問題作出原則性規定；1989 年行政訴訟法頒佈，第一次專章規定國家行政機關之侵權賠償責

⁷⁷ 張正鈞主編，國家賠償制度研究，中國人民大學出版社，1996 年 7 月，P.25。

⁷⁸ 皮純協、何壽生編著，比較國家賠償法，中國法制出版社，1998 年 9 月，P.34。

⁷⁹ 黃金橋，「熨平權力侵害權利的褶皺—我國國家賠償法制的建立及完善」，收錄於，湖北省社會主義學院學報，2004 年 4 月，P.74。

⁸⁰ 吳東鎬，中韓國家賠償制度比較研究—從借鑒的視角，法律出版社，2008 年 10 月，P.10。

任⁸¹。至此，大陸地區國家賠償制度雖展開嶄新之局面，但仍欠缺統一之國家賠償法典。

第二項 國家賠償法制定前國家賠償制度之內容

雖然中共號稱於取得政權以前已有國家賠償之雛形，例如抗日戰爭時「山東省人權保障條例」、「三大紀律、八項注意」⁸²等，惟時值所謂「新民主主義革命」時期，兵禍連結，因此前述規定多半流於政策宣示⁸³。即使如此，大陸地區在國家賠償法制定以前，仍零星制定國家賠償之相關法規，以下分別說明。

一、憲法

中共於 1954 年通過之憲法，雖提供行政復議、行政訴訟及國家賠償三者立法建制之根據，對國家賠償作出原則性規定，然因此時期中共不斷強調「以階級鬥爭為綱」之指導思想，此一「民可告官」之精神未能落實⁸⁴。且其中存在許多疑義，如賠償之主體、標的不明，未指出是否需要制定法律以使內容與程序具體化，落實本條規定⁸⁵。

中共於 1982 年制定通過現行憲法，此為取得政權以來之第四部憲法，非僅擴大公民對國家機關與國家工作人員有批評權與建議權，對彼等違法失職行為有申訴權、控告權及檢舉權，更恢復 1954 年憲法有關國家賠償責任之規定，其第 41 條第 3 項規定：「由於國家機關和國家機關工作人員侵犯公民權利而受到損失的人，有依照法律規定取得賠償的權利」，本條規定較諸 1954 年憲法之規定更為進步：其一，承認「機關侵權」之可能性及其賠償責任；其二，明訂獲取國家賠償須依據具體之法律規定，公民不能直接依據憲法索賠⁸⁶。

二、民法

民法通則第 121 條規定：「國家機關或者國家機關工作人員在執行職務中，

⁸¹ 胡錦光、余凌云主編，國家賠償法，中國人民大學出版社，2008 年 7 月，P.12。

⁸² 高家偉，國家賠償法，商務印書館，2004 年 5 月，P.50。

⁸³ 法治斌，「大陸地區之國家賠償及損失補償」，政大法學評論第 52 期，1994 年 12 月，P.145。

⁸⁴ 劉宗德，「大陸國家賠償法之研究」，收錄於，行政法基本原理，學林出版，1998 年 8 月，P.449。

⁸⁵ 法治斌，「大陸地區之國家賠償及損失補償」，政大法學評論第 52 期，1994 年 12 月，P.145。

⁸⁶ 劉宗德，「大陸國家賠償法之研究」，收錄於，行政法基本原理，學林出版，1998 年 8 月，P.450。

侵犯公民、法人的合法權益造成損害的，應當承擔民事責任」。本條規定具有以下歷史意義：（一）民法通則之規定使 1982 年憲法第 41 條第 3 項之規定從理論走向司法實務，由於大陸地區在司法實踐上一般不引用憲法判決，法院可以根據本條審判有關國家賠償案件；（二）最高人民法院曾於 1988 年作成司法解釋，認為侵權賠償責任係由國家單獨負責⁸⁷，使憲法和民法通則侵權行為賠償責任之承擔更臻明確。因此 1986 年民法通則之公布可謂係大陸地區建立國家賠償責任制度之標誌⁸⁸。

如上所述，本條規定國家依照民法應承擔之責任，係國家賠償法（陸）正式施行前受害人取得國家賠償之重要依據，就立法當時而言，亦屬實施憲法原則之唯一重要方式⁸⁹。惟本條所規範者為「職務侵權」，屬於一種特殊侵權行為⁹⁰，其缺陷在於，將國家之「權力行為」與「民事行為」均納入民事法律關係加以調整，然把國家的權力行為侵權賠償納入民法調整範圍殆不可能⁹¹。

隨著「行政訴訟法」等規定國家賠償責任之法律陸續頒佈，民法通則第 121 條在整個國家賠償制度中之地位雖有所調整，然不管是行政訴訟法或其他法律，其所規範之國家侵權行為仍然有限，須以民法通則作為補充、輔助性措施（依據）解決剩餘之侵權賠償問題⁹²，因而國家賠償法（陸）制定後，本條規定仍調整著不受國家賠償法規範之其他國家活動⁹³；其次、國家賠償之原則、概念、標準乃至手段（方式）仍須借重民法侵權責任之理論；第三、作為國家立法賠償之參考系，民法侵權責任仍然有其獨特價值⁹⁴。

⁸⁷ 「關於貫徹執行中華人民共和國民法通則若干問題的意見」第 152 條規定：「國家機關工作人員在執行職務中，給公民、法人的合法權益造成損害的，國家應當承擔賠償責任。」

⁸⁸ 肖峴，中華人民共和國國家賠償法的理論與實用指南，中國民主法制出版社，1994 年 7 月，P.80、81。

⁸⁹ 皮純協、何壽生編著，比較國家賠償法，中國法制出版社，1998 年 9 月，P.63。

⁹⁰ 湛中樂，「論行政侵權賠償責任」，收錄於，羅豪才、應松年主編，國家賠償法研究，中國政法大學出版社，1991 年 6 月，P.136。

⁹¹ 劉宗德，「大陸國家賠償法之研究」，收錄於，行政法基本原理，學林出版，1998 年 8 月，P.451。

⁹² 馬懷德，國家賠償法的理論與實務，中國法制出版社，1994 年 10 月，P.70。

⁹³ 馬懷德主編，完善國家賠償立法基本問題研究，北京大學出版社，2008 年 1 月，P.64。台灣學者劉宗德氏亦持相同見解，「大陸國家賠償法之研究」，收錄於，行政法基本原理，學林出版，1998 年 8 月，P.451。

⁹⁴ 馬懷德、劉莘、肖峴、應松年著，國家賠償法研究，法律出版社，1995 年 8 月，P.22。

三、行政法規

於國家賠償法（陸）制定前，大陸地區已有不少行政性法律明文確立國家行政機關之行政賠償責任，茲分述如下。

1954 年海港管理暫行條例第 20 條規定：「港務局如無任何法令根據，擅自下令禁止船舶離港，船舶得向港務局要求賠償由於禁止離港所受之直接損失，並得保留對港務局之起訴權。」，本條可謂大陸地區有關國家賠償之最早具體規定⁹⁵，其確立三項法則：（一）頒發禁令須有法律依據，否則須承擔賠償責任；（二）賠償以直接損失為限；（三）當事人有提出賠償訴訟之請求權。本暫行條例雖具體規定國家賠償之內容，然因缺乏配套法律，因此實際效果未達立法者之預期目的⁹⁶。

1959 年交通部根據憲法規定之基本精神發佈「交通部關於海損賠償的幾項規定」，該規定第 1 條規定「海損的賠償，……，由於船長、船員、引水員或者船舶所有人任用在船上服務的人員職務上的過失所造成的海損，船舶所有人應當負責賠償。」，此處所指「船舶所有人」主要即為國家⁹⁷。

1986 年治安管理處罰條例第 42 條規定：「公安機關對公民給予的治安管理處罰錯誤的，應當向受處罰人承認錯誤，退回罰款及沒收的財物；對受處罰人的合法權益造成損害的，應當賠償損失」；1987 年海關法第 54 條規定：「海關在查驗進出境貨物、物品時，損壞被查驗的貨物、物品的，應當賠償損失⁹⁸」。另外，「火車與其他車輛碰撞和鐵路路外人員傷亡事故處理暫行規定」、「稅收徵收管理暫行條例」⁹⁹、「民用航空器適航管理條例」¹⁰⁰及 1996 年 10 月實施之「行政處罰

⁹⁵ 法治斌，「大陸地區之國家賠償及損失補償」，政大法學評論第 52 期，1994 年 12 月，P.145。

⁹⁶ 胡建淼主編，國家賠償法教程，浙江人民出版社，1994 年 10 月，P.44。

⁹⁷ 張正釗主編，國家賠償制度研究，中國人民大學出版社，1996 年 7 月，P.26。

⁹⁸ 此二法律分別在治安、海關領域中規定行政賠償制度，惟渠等行政賠償皆可為「民法通則」第 121 條所包括，亦即受害人得依據本條與民事訴訟法（試行）第 3 條第 2 款之規定提起訴訟請求國家賠償。見胡建淼，同前揭註 96，P.46。

⁹⁹ 張正釗主編，國家賠償制度研究，中國人民大學出版社，1996 年 7 月，P.27。

¹⁰⁰ 黃杰、江必新、蔡小雪、胡仕浩著，國家賠償法釋義與講座，中國人民公安大學出版社，1994 年 9 月，P.93。

法」¹⁰¹等法規，亦皆作出關於國家賠償責任之具體規定。

四、行政訴訟法

1989年公布之行政訴訟法，於第9章對「行政侵權賠償責任」作出概括性規定，不但規範公民、法人和其他組織獲取行政賠償權利，行政主體對其行政侵權行為承擔行政賠償責任義務，又確立追究行政賠償責任之法律程序¹⁰²；第67條規定：「公民、法人或者其他組織的合法權益受到行政機關或者行政機關工作人員作出的具體行政行為侵犯造成損害的，有權請求賠償。公民、法人或者其他組織單獨就損害賠償提出請求，應當先由行政機關解決。對行政機關的處理不服，可以向人民法院提起訴訟。賠償訴訟可以適用調解」；並於第68條規定「由行政機關負責賠償」及「求償權」；第69條則係規定「賠償費用從各級財政列支」¹⁰³。

前揭規定確立行政賠償基本原則，亦即：（一）使人民法院享有司法監督權；（二）使賠償費用有所依據；（三）使國家得以行使追償權；（四）法院可對賠償訴訟進行調解。行政訴訟法規定行政侵權賠償責任之目的係與行政訴訟配套，解決行政訴訟引起賠償問題，其雖對行政賠償作出上述原則之規定，使大陸行政賠償制度更為進步，然從行政賠償之需要而言，仍不完善：其一，行政訴訟法僅規定可受理具體行政行為之侵權賠償責任，若係行政訴訟法未規定可受理之行為，對於這些行政侵權之賠償責任，行政訴訟法即無能為力，如毆打民眾、虐待羈押人犯等事實行為，受害人即無法依據行政訴訟法起訴和請求國家賠償；其二，有關賠償方式、賠償金計算及程序上特殊問題漏未規定¹⁰⁴。

¹⁰¹ 行政處罰法第7章為「法律責任」，然相關第59條、第60條之條文皆規定「依法賠償」，因此實施本法時仍須以國家賠償法為根據。參劉宗德，「大陸國家賠償法之研究」，收錄於，行政法基本原理，學林出版，1998年8月，P.453。

¹⁰² 胡建森主編，國家賠償法教程，浙江人民出版社，1994年10月，P.47。

¹⁰³ 劉宗德，「大陸國家賠償法之研究」，收錄於，行政法基本原理，學林出版，1998年8月，P.452。

¹⁰⁴ 肖峴，中華人民共和國國家賠償法的理論與實用指南，中國民主法制出版社，1994年7月，P.82。

第三節 大陸地區國家賠償法之制定過程及基本內容¹⁰⁵

第一項 制定過程

大陸地區國家賠償制度之雛型形成於中共取得政權初期，即於 1954 年憲法中確立國家賠償之基本原則，並有部分行政法規、規章對此曾為具體解釋，其中大部分係有關錯判所造成冤獄之救濟。如國務院曾於 1956 年 7 月 17 日批示：「各級人民法院因錯判致使當事人的家屬生活困難時，可由民政部門予以救濟，如果因錯判致使當事人遭受重大損失的，根據憲法第 97 條規定的精神，需要賠償損失時，仍應由司法業務費開支」。

文化大革命結束後，中共為平反冤假錯案，陸續發出許多文件，此類文件大多以最高法院、最高檢察院、公安部、民政部等名義作成，對劃分冤假錯案之界限、賠償或補償之標準及辦法、特殊損害之處理等有較為詳細之規定。然整體看來，既有使用行政命令形式，又有以通知、報告等內規處理，可謂係判例、行政先例、以及零散個別規範之匯集。

伴隨 1982 年新憲法之公布實施，亦興起國家賠償統一立法之熱潮，其間，通過諸多一般行政性法律，作為特別領域國家賠償、補償責任之法律根據。民法通則第 121 條雖亦原則性規定國家對侵權行為須負賠償責任，然公權力行為能否適用民法、賠償主體是否為國家、公共設施致生損害如何賠償以及冤獄賠償是否明確立法等問題，僅憑憲法及民法通則之原則性規定並未能獲致解決。直至 1989 年公布之行政訴訟法雖第一次較為具體地規定國家行政機關之侵權賠償責任，解決了行政賠償責任實體和程序法律問題，然究僅寥寥 3 條，且缺少刑事賠償此一國家賠償之重要組成部分¹⁰⁶，自然不能全面解決廣泛而複雜之國家賠償問題，隨著大陸標榜社會主義之民主與法治需求，制定統一之國家賠償法已勢在必行¹⁰⁷，

¹⁰⁵ 劉宗德，「大陸國家賠償法之研究」，收錄於，行政法基本原理，學林出版，1998 年 8 月，P.447 以下。

¹⁰⁶ 胡建森主編，國家賠償法教程，浙江人民出版社，1994 年 10 月，P.47。

¹⁰⁷ 劉宗德，「大陸國家賠償法之研究」，收錄於，行政法基本原理，學林出版，1998 年 8 月，P.452。

乃有 1994 年國家賠償法（陸）之制定¹⁰⁸與實施。

第二項 基本內容

大陸國家賠償法計 6 章 35 條，第 1 章為「總則」，共 2 條，規定國家賠償法之立法與歸責原則；第 2 章為「行政賠償」，共 12 條，主要規定行政賠償之範圍、賠償請求人與賠償義務機關以及賠償程序；第 3 章為「刑事賠償」，共 10 條，主要規定刑事賠償之範圍、賠償請求人與賠償義務機關以及賠償程序；第 4 章為「賠償方式與計算標準」，共 5 條，主要規定國家賠償之各種方式與各種損害之計算標準；第 5 章為「其他規定」，共 4 條，主要規定侵權行為造成名譽權、榮譽權損害之補救措施、民事訴訟與行政訴訟中法院之違法行為或不當執行行為所致損害賠償程序、賠償請求權之時效以及涉外效力等內容；第 6 章為「附則」，共 2 條，規定賠償程序之不得收費以及該法之生效時間。

一、行政賠償

行政賠償係指因行政機關及其工作人員違法行使職權，造成公民、法人或其他組織人身或財產上之損害，而對受害人依法承擔經濟上補救之制度¹⁰⁹。行政賠償為國家賠償之重要部分¹¹⁰，國家賠償法（陸）第 2 章規定了賠償範圍、賠償請求人與賠償義務機關及賠償程序。

（一）賠償範圍

國家賠償法（陸）第 3～5 條為行政賠償範圍之規定，其中第 3、4 條規定侵犯人身權或財產權之違法行政行為須負國家賠償責任，第 5 條則規定不承擔行政賠償責任之情形。侵犯人身權之違法行政行為，包括（一）違法拘留或限制公民人身自由之行政強制措施（如強制治療、強制戒毒是）；（二）非法拘禁或以其他方式剝奪公民人身自由之行為；（三）以毆打等暴力行為或唆使他人以毆打等暴

¹⁰⁸ 有關大陸地區國家賠償法制定之詳細過程，可參照張正釗主編，國家賠償制度研究，中國人民大學出版社，1996 年 7 月，P.28。

¹⁰⁹ 胡建森主編，國家賠償法教程，浙江人民出版社，1994 年 10 月，P.190。

¹¹⁰ 作為完整意義上之國家賠償制度，係以行政賠償為先驅，儘管各國之國家賠償範圍不盡相同，但在行政賠償之定位上非常明確，其他賠償制度則係逐步建立。詳見，劉嗣元、石佑啓編著，國家賠償法要論，北京大學出版社，2005 年 6 月，P.65。

力行為造成公民身體傷害或死亡者；(四) 違法使用武器、警械造成公民身體傷害或死亡者；(五) 其他造成公民身體傷害或死亡之違法行為。侵犯財產權之違法行政行為，包括(一) 違法實施罰款、吊銷許可證和執照、責令停產停業、沒收財物等行政處罰者；(二) 違法對財產採取查封、扣押、凍結等行政強制措施者；(三) 違反國家規定徵收財物、攤派費用者；(四) 其他造成財產損害之違法行為。另外，國家不承擔行政賠償責任之情形，包括(一) 行政機關工作人員與行使職權無關之個人行為；(二) 因公民、法人和其他組織自己之行為致使損害發生者；(三) 其他法律規定之情形。

(二) 賠償請求人與賠償義務機關

國家賠償法(陸)第6條為賠償請求人之規定，其第1項規定「受害的公民、法人或者其他組織有權要求賠償。」，同條第2項規定「受害的公民死亡，其繼承人和其他有扶養關係的親屬有權要求賠償。」，同條第3項規定「受害的法人或者其他組織終止，承受其權利的法人或者其他組織有權要求賠償。」故此，合法權益遭受侵害之公民、法人和其他組織具有請求賠償之資格；被害人已死亡者，其繼承人和與被害人有扶養關係之親屬有權請求行政賠償；被害法人或其他組織已終止，承繼其權利之法人或其他組織亦有請求行政賠償之資格。

第7、8條為行政賠償義務機關之規定，其種類包括(一) 實施侵害之行政機關。又可分為二種型態：其一、直接由行政機關所為之行政侵權行為，如行政機關集體所為之行政決定、或其法定代表人行使職權所為之決定，侵害公民、法人或者其他組織之合法權益並造成損害者¹¹¹；其二、由行政機關工作人員所為之行政侵權行為，係指行政機關工作人員行使職權時自行決定之行為，而非執行行政機關之明確命令或決定¹¹²；(二) 依法律、法規被授予行政權之組織。法律、法規授權之組織，於其行使授予之行政權力時侵犯公民、法人和其他組織之合法權益造成損害者，被授權之組織為賠償義務機關；(三) 將公務委託給其他組織之行政機關。受行政機關委託之組織或個人，於其行使受委託之行政權力時侵犯公民、法人和其他組織之合法權益造成損害者，委託行政機關為賠償義務機關；

¹¹¹ 胡建森主編，國家賠償法教程，浙江人民出版社，1994年10月，P.174。

¹¹² 劉嗣元、石佑啓編著，國家賠償法要論，北京大學出版社，2005年6月，P.185。

(四) 行政復議機關(第 8 條)。行政復議係指公民、法人或其他組織認為具體行政行為侵犯其合法權益，依法向特定行政機關提出申請，由受理該申請之行政機關對原具體行政行為依法進行審查，並作出行政復議決定之活動¹¹³。僅限於被復議機關復議之行爲侵犯公民、法人和其他組織之合法權益造成損害，並由復議機關做出之復議決定加重損害者，復議機關始可成爲賠償義務機關；(五) 前揭賠償義務機關遭撤銷後之賠償義務機關(第 7 條第 5 款)。賠償義務機關遭撤銷後，繼續行使其職權者爲賠償義務機關，無承繼者則以撤銷賠償義務機關之行政機關爲賠償義務機關。

(三) 賠償程序

國家賠償法(陸)第 9 條規定「賠償義務機關對依法確認有本法第三條、第四條規定的情形之一的，應當給予賠償。(第 1 款)賠償請求人要求賠償應當先向賠償義務機關提出，也可以在申請行政復議和提起行政訴訟時一併提出。(第 2 款)」，此即所謂「行政先行處理原則」，亦即行政賠償案件必須先經行政機關處理未果之後，始得提請司法機關解決。依據同法第 13 條規定，賠償義務機關應自收到申請之日起 2 個月內，依第 4 章規定給予賠償；逾期不予賠償或賠償請求人對賠償數額有異議者，賠償請求人得自期間屆滿之日起 3 個月內向法院提起訴訟。

二、刑事賠償

刑事賠償亦稱冤獄賠償，係指行使國家偵查、檢察、審判、監獄管理職權之機關及其工作人員於刑事訴訟過程中違法行使職權，對公民、法人或其他組織之人身權或財產權造成損害而生之國家賠償責任¹¹⁴。

(一) 賠償範圍

國家賠償法(陸)第 15~17 條爲刑事賠償範圍之規定，其中第 15、16 條規定侵犯人身權或財產權之違法刑事行爲須負國家賠償責任，第 17 條則規定不承

¹¹³ 曹康泰主編，中華人民共和國行政復議法釋義，中國法制出版社，1999 年 5 月，P.1。

¹¹⁴ 中華人民共和國國家賠償註解與配套，國務院法制辦公室編，中國法制出版社，2008 年 9 月，P.22。

擔刑事賠償責任之情形。侵犯人身權之違法刑事行爲，包括（一）對無犯罪事實或無事實證明有犯罪重大嫌疑者錯誤拘留；（二）對無犯罪事實者錯誤逮捕；（三）無罪錯判而原判刑罰已執行者；（四）刑訊逼供或者以毆打等暴力行爲或者唆使他人以毆打等暴力行爲造成公民身體傷害或者死亡的；（五）違法使用武器、警械造成公民身體傷害或者死亡。侵犯財產權之違法刑事行爲，包括（一）違法對財產採取查封、扣押、凍結、追繳等措施；（二）無罪錯判而原判罰金、沒收財產已執行者。另外，國家不承擔刑事賠償責任之情形，包括（一）因公民自己故意作虛偽供述，或偽造其他有罪證據被羈押或被判處刑罰；（二）依刑法第 14、15 條（現已修改爲第 17、18 條¹¹⁵）規定不負刑事責任之人被羈押者；（三）依刑事訴訟法第 11 條（現已修改爲第 15 條¹¹⁶）規定不追究刑事責任之人被羈押者；（四）行使國家偵查、檢察、審判、監獄管理職權之國家機關之工作人員所爲與行使職權無關之個人行爲；（五）因公民自傷、自殘等故意行爲致使損害發生；（六）其他法律規定情形。

（二）賠償請求人與賠償義務機關

國家賠償法（陸）第 18 條規定「賠償請求人的確定依照本法第六條的規定。」，故刑事賠償請求人資格之判定，比照同法第 6 條行政賠償請求人之確定規則。

同法第 19 條第 1 款規定「行使國家偵查、檢察、審判、監獄管理職權的機關及其工作人員在行使職權時侵犯公民、法人和其他組織的合法權益造成損害的，該機關爲賠償義務機關。」，依本條規定，刑事賠償義務機關計有公安機關、國家安全機關、軍隊保衛部門¹¹⁷、檢察機關、審判機關及監獄管理部門¹¹⁸。除前

¹¹⁵ 依據大陸地區刑法第 17、18 條規定，因無刑事責任能力而不負刑事責任者，包括：（1）未滿 14 歲者；（2）已滿 14 歲未滿 16 歲，犯故意殺人、故意傷害致人重傷或死亡、強姦、搶劫、販賣毒品、放火、爆炸、投毒罪以外之其他罪行者；（3）精神病人於不能辨認或不能控制自己行爲之時犯罪者。

¹¹⁶ 依據大陸地區刑事訴訟法第 15 條規定，不追究刑事責任之情形包括：（1）情節顯著輕微、危害不大，不認爲是犯罪者；（2）犯罪已過追訴時效期限；（3）經特赦令免除刑罰者；（4）告訴乃論罪，無告訴或撤回告訴者；（5）犯罪嫌疑人、被告人死亡；（6）其他法律規定免予追究刑事責任。

¹¹⁷ 大陸地區刑事訴訟法第 225 條第 1 款規定「軍隊保衛部門對軍隊內部發生的刑事案件行使偵查權」。

¹¹⁸ 大陸地區刑事訴訟法第 225 條第 2 款規定「對罪犯在監獄內犯罪的案件由監獄進行偵查」。

揭概要規定外，同條第 2 至 4 款尚規定確定賠償義務機關之原則，包括（一）作出錯誤拘留決定之機關為賠償義務機關；（二）作出錯誤逮捕決定之機關為賠償義務機關；（三）再審改判無罪者，作出原生效判決之法院為賠償義務機關；二審改判無罪者，作出一審判決之法院和作出逮捕決定之機關為共同賠償義務機關。

（三）賠償程序

刑事賠償程序係指國家對於司法機關及其工作人員在刑事訴訟過程中違法侵犯公民、法人或其他組織之合法權益而向受到損害之當事人予以賠償之程序¹¹⁹。國家賠償法（陸）第 20 條第 3 款規定「賠償請求人要求賠償，應當先向賠償義務機關提出」，因此刑事賠償亦如行政賠償一般，須由賠償義務機關先行處理；同條第 1 款規定「賠償義務機關對依法確認有本法第十五條、第十六條規定的情形之一的，應當給予賠償。」，因而必須司法機關發生錯羈、錯判或違法行使職權者，始可提起刑事損害賠償；賠償程序則依同條第 4 款規定，適用第 10 至 12 條之規定。

國家賠償法（陸）第 21、22 條係刑事賠償復議之規定。同法第 21 條第 1 款規定「賠償義務機關應當自收到申請之日起兩個月內依照本法第四章的規定給予賠償；逾期不予賠償或者賠償請求人對賠償數額有異議的，賠償請求人可以自期間屆滿之日起三十日內向其上一級機關申請復議。」，須注意者為，賠償義務機關若係法院則無復議程序之適用，同條第 2 款規定「賠償義務機關是人民法院的，賠償請求人可以依照前款規定向其上一級人民法院賠償委員會申請作出賠償決定」。第 22 條則為最終賠償程序，該條第 2 款規定「賠償請求人不服復議決定的，可以在收到復議決定之日起三十日內向復議機關所在地的同級人民法院賠償委員會申請作出賠償決定；復議機關逾期不作決定的，賠償請求人可以自期間屆滿之日起三十日內向復議機關所在地的同級人民法院賠償委員會申請作出賠償決定」。

然，司法賠償復議程序之目的原係給予賠償申請人更多救濟途徑，然此程序

¹¹⁹ 胡錦光、余凌云主編，國家賠償法，中國人民大學出版社，2008 年 7 月，P.120。

意味多一道障礙，使司法賠償之程序更加複雜，反不利於受害人權益之保護。因而有學者認為應廢除司法賠償復議程序，其主張理由如後。其一，先行處理程序之性質否定司法賠償復議程序之必要性：先行處理程序係為使司法賠償義務機關和受害人之間透過協商解決賠償問題，因此，具有行政復議性質之司法賠償復議程序就顯得不合適；再者，司法賠償復議程序不利於受害人之救濟：因復議機關係司法賠償義務機關之上級機關，其復議結果難免受到部門利益之影響，從而不利於受害人權益的保障；最後，司法賠償復議程序不適合解決司法賠償問題：司法賠償復議程序屬於行政復議程序，不適於解決司法賠償問題，因司法賠償問題當以訴訟程序解決為妥¹²⁰。

最後，依據國家賠償法（陸）第 24 條之規定，公務員執行職務中因故意或過失造成損害者，賠償義務機關於賠償損失後，應向該公務員追償部分或全部賠償費用，惟其範圍限於以下二種：一為造成被害人身體傷害之刑訊逼供、毆打或其他暴力行為或使用武器、警械之行為；一為處理案件時所生貪污受賄、徇私舞弊、枉法裁判之行為。

三、賠償方式與計算標準

國家賠償之方式直接影響國家及受害人之權益，因此至關重要，許多國家皆明文規定賠償方式。依目前各國國家賠償法之規定而言，賠償方式有金錢賠償、恢復原狀二種，然各國之具體規定則有所不同，主要有三種立法例：（一）採取任意選擇方式，由被害人選擇賠償方式，如德國、俄羅斯；（二）以金錢賠償為原則，恢復原狀為例外，如法國、台灣等，此種方式為大多數國家所採；（三）僅採取金錢賠償方式，如奧地利。

國家賠償法（陸）於立法過程中亦存在不同意見，有主張以金錢賠償為原則，亦有主張應以恢復原狀為原則，然基於國家財力負擔、便於計算及使受害人所受損失得以獲得適當填補等考量¹²¹，該法第 25 條規定「國家賠償以支付賠償金為主要方式。（第 1 款）能夠返還財產或者恢復原狀的，予以返還財產或者恢復原

¹²⁰ 周友軍、麻錦亮著，國家賠償法教程，中國人民大學出版社，2008 年 3 月，P.293。

¹²¹ 房紹坤、畢可志編著，國家賠償法學，北京大學出版社，2004 年 7 月，P.288、289。

狀。(第 2 款)」，亦即以金錢賠償為主，其他賠償方式（恢復原狀、返還財產）為輔之賠償方式。採取恢復原狀之賠償方式須具備「受害人請求」、「未造成違法結果」二項前提；採取返還財產之賠償方式亦須具備「原物存在」、「較金錢賠償便捷」、「未影響公務」等前提¹²²。如上所述，國家賠償法關於賠償方式之立法原則，既要使受害者所受損失能得到適當填補，亦要顧及國家財力負擔，因此賠償標準係採撫慰原則，即賠償金額僅限於實際所受損失範圍內，而非完全填補，茲分述如下。

第一、侵犯人身自由權。依國家賠償法（陸）第 26 條規定，侵犯公民人身自由者，每日之賠償金按照國家上年度職工日平均工資計算。

第二、侵犯生命健康權。此又可分為二種情形：其一，因侵權行為致人身體損害者：依同法第 27 條第 1 項規定，應支付醫療費、賠償因誤工減少之收入（每日賠償金額按照國家上年度職工日平均工資計算，最高額為國家上年度職工年平均工資之 5 倍）；同條第 2 項規定，造成部分或全部勞動能力喪失者，應支付醫療費、殘疾賠償金（視喪失勞動能力之程度而定，部分喪失勞動能力之最高額為國家上年度職工年平均工資之 10 倍，全部喪失勞動能力者為國家上年度職工年平均工資之 20 倍），造成全部喪失勞動能力者且須對其扶養之無勞動能力之人，支付生活費。其二，因侵權行為致人死亡者：依同條第 3 項規定，除支付死亡賠償金、喪葬費（總額為國家上年度職工年平均工資之 20 倍）外，對死者生前扶養之無勞動能力之人，尚須支付生活費。

第三、侵犯財產權。亦分為二種情形：其一，財產被損壞、滅失或拍賣者：依國家賠償法（陸）第 28 條第 2~4 項規定，應返還之財產被損壞無法恢復原狀者，應按損害程度給付相應之賠償金；應返還之財產滅失者，給付相應之賠償金；查封、扣押、凍結財產者，除解除對財產之查封、扣押、凍結以外，造成財產損壞或滅失者尚應賠償相應之金錢；財產已拍賣者，給付拍賣所得金錢。其二，違法吊銷許可證和執照、責令停產停業造成損失者：依同條第 6 項規定，須賠償停

¹²² 吳東鎬，中韓國家賠償制度比較研究—從借鑒的視角，法律出版社，2008 年 10 月，P.24。

產停業期間必要的經常性費用開支。須注意者為，依同條第 7 項規定，侵犯財產權之賠償範圍限於直接損失，未包括間接損失。

四、名譽權、榮譽權損害救濟

國家賠償法（陸）第 30 條規定「賠償義務機關對依法確認有本法第三條第（一）、（二）項、第十五條第（一）、（二）、（三）項情形之一，並造成受害人名譽權、榮譽權損害的，應當在侵權行為影響的範圍內，為受害人消除影響，恢復名譽，賠禮道歉。」，此即違法進行拘留、拘禁、逮捕及其他限制、剝奪人身自由之措施之際，造成公民精神損害時之救濟方式。本條規定之原因在於，上述措施本身便意味對被執行人人格之否定，且渠等措施皆係公開進行，除侵犯人身權以外，更將對被執行人之名聲、榮譽造成心理負擔和精神痛苦，影響其工作、交友及家庭生活¹²³。

本條對造成受害人名譽權、榮譽權損害者，採取之救濟方式為消除影響，亦即恢復名譽、賠禮道歉，非如對財產權或人身權造成損害以賠償金或其他財產方式予以賠償，其理由有三：（一）對名譽權、榮譽權之損害難以精確測定，亦難以將損害程度換算為賠償金額；（二）基於國家財政負擔能力有限，不宜在國家賠償制度確立初期將賠償範圍規定過寬；（三）對名譽權、榮譽權之損害係屬可復原性損害，亦即透過公開撤銷原決定、承認錯誤、為被害人平反等方式，可在一定程度內為受害人恢復名譽、消除負面影響，實現對名譽權、榮譽權損害之補救¹²⁴。

五、民事訴訟與行政訴訟中法院之違法行為或不當執行行為所致損害賠償程序

國家賠償法（陸）第 31 條規定「人民法院在民事訴訟、行政訴訟過程中，違法採取對妨害訴訟的強制措施、保全措施或者對判決、裁定及其他生效法律文書執行錯誤，造成損害的，賠償請求人要求賠償的程序，適用本法刑事賠償程序的規定。」，本條規定之特點在於賠償義務機關限於法院、賠償範圍僅限於法院及其工作人員在民事、行政訴訟中因採取特定行為造成受害人合法權益受到損害

¹²³ 皮純協、馮軍主編，國家賠償法釋論，中國法制出版社，1994 年 8 月，P.284。

¹²⁴ 皮純協、馮軍主編，國家賠償法釋論，中國法制出版社，1994 年 8 月，P.285、286。

之情形¹²⁵；亦即，司法賠償之範圍雖以刑事賠償為主，對於民事、行政訴訟之司法行為所致損害，仍於特定範圍內承擔賠償責任。



¹²⁵ 中華人民共和國國家賠償註解與配套，國務院法制辦公室編，中國法制出版社，2008年9月，P.46。

第四節 大陸地區國家賠償法之基本特徵與存在問題

第一項 基本特徵

大陸地區之國家賠償法制定較晚，因此得以廣泛參考其他國家之國家賠償制度；更由於政治體制、社會環境之不同，大陸國家賠償法於借鏡先進國家立法例時，仍參酌國內現狀因而保留社會主義法制之特色¹²⁶，茲分述如下。

第一、明確樹立違法責任原則：國家機關及其工作人員執行職務之違法行為侵犯公民、法人和其他組織之合法權益造成損害，國家應承擔賠償責任。此可謂有別於確立違法過失責任原則之韓國、澳大利亞、日本等國國家賠償法之一大特徵，其優點在於可避免主觀過錯和客觀違法雙重責任標準，利於人民請求賠償；違法責任原則標準客觀、易於判別，可避免法院恣意審理、妄為判決之弊端；可避免國家賠償及損失補償理論上之混淆，有助於克服法院審判時責任標準不一之缺點。

第二、審慎劃定國家賠償範圍：此係基於立法政策考量，立法者於大膽將司法賠償納入國家賠償範圍之時，亦審慎將立法行為排除在外；且對於公有公共設施之設置管理、懲戒公務員之內部行為、國防軍事行為及精神損害等有爭議之侵權行為所生損害，均未加以規定，留待日後司法解釋或以特別法形式，逐步納入國家賠償範圍。

第三、配合適用現有法律系統：國家賠償法（陸）極為注重與現有法律（特別是行政訴訟法）之配套協調，如違法責任原則、賠償請求人、賠償義務機關、賠償費用來源等皆沿襲行政訴訟法之規定；惟強求二者規定之統一，反造成國家賠償法（陸）獨立性格之不足，亦使總則部分過於薄弱。

第四、融合規定實體程序二者：於立法結構上，國家賠償法（陸）集實體法、程序法於一身，程序部分尚包括非訟程序與訴訟程序；此有利於保障實體法之實施，且能正確及時解決國家賠償案件，亦便於形成人民與執法者皆可依循之法律

¹²⁶ 吳東鎬，中韓國家賠償制度比較研究—從借鑒的視角，法律出版社，2008年10月，P.26。

原則¹²⁷。

第五、兼採概括列舉排除表述：國家賠償法（陸）採用概括式和列舉式表述方法，同時結合排除式方法；如第 2 條以概括式方法勾勒本法核心內容（國家賠償法適用範圍及賠償責任原則），第 3、4 條則列舉出行政賠償之範圍，第 5 條則對國家不承擔責任之類型作出排除規定。惟此種兼採概括式與列舉式之表述方法，實務上似使行政賠償範圍限於第 3、4 條之列舉事項，而有架空第 2 條規定之嫌¹²⁸。

第二項 存在問題

大陸地區於 1989 年第 7 屆全國人大二次會議制定行政訴訟法後，為落實該法所定行政賠償之實施，全國人大常委會法制工作委員匯集組成起草小組，擬儘速制定國家賠償法與之配套，立法小組且提出 11 個重要基本理論問題，構成日後立法之內容與界限¹²⁹。自 1995 年 1 月施行至今，實施狀況雖較當初改觀，且已累積相當經驗，惟經過長時間之司法實踐，無論實務運作、學理討論或執行過程中，亦暴露不少法律問題，可見國家賠償法本身在立法上存在缺陷與不足¹³⁰。誠然，國家賠償法運作上之缺失亦涉及體制、文化觀念等因素，但立法規定不完善使國家賠償難以落實到位，嚴重影響其效能之發揮¹³¹。以下僅探究大陸國家賠償法中有別於台灣而獨有之問題點，如：行政賠償之範圍限制、公有公共設施致害賠償規定之欠缺等，其餘問題則簡單介紹並另於相關章節與台灣國家賠償法予以分析、比較。

一、國家賠償之範圍

賠償範圍涉及國家賠償法之結構與基本框架，因而於立法過程中爭議最大，制定之初即在廣義（包括行政、司法及立法之賠償）或狹義（僅包括行政賠償）

¹²⁷ 劉宗德，「大陸國家賠償法之研究」，收錄於，行政法基本原理，學林出版，1998 年 8 月，P.491、492。

¹²⁸ 詳本節、第二項存在問題、一、國家賠償範圍、（一）行政賠償部分。

¹²⁹ 劉宗德，「大陸國家賠償法之研究」，收錄於，行政法基本原理，學林出版，1998 年 8 月，P.453。

¹³⁰ 賴梁盟，「試析國家賠償的幾個問題」，收錄於，法學雜誌 2007 年第 2 期，P.82。

¹³¹ 楊解君、藺耀昌，「國家賠償的制度欠缺及其完善」，收錄於，中國法學 2005 年第 1 期，P.12。

國家賠償法之間引起論爭，然因最終納入司法賠償，故本法應屬廣義國家賠償法無疑¹³²。以下便針對行政、司法、立法及軍事賠償納入本法與否之原因及相關意見歸納整理。

(一) 行政賠償

國家賠償法（陸）第 2 章第 1 節雖標明「賠償範圍」，然其內容應係指依法針對何種行使職權之行爲，得以請求行政賠償者而言，應屬賠償責任或對象¹³³，而非一般概念中所謂賠償範圍之內容，係指直接或間接之損害、財產或非財產之損害等有所不同，合先敘明¹³⁴。

本法第 2~4 條係行政賠償之構成要件之法律依據，第 2 條規定「國家機關和國家機關工作人員違法行使職權侵犯公民、法人和其他組織的合法權益造成損害的，受害人有依照本法取得國家賠償的權利。」，其處於總則地位，故本條規定應適用於分則部分。本條規定國家賠償要件構成要件包括：（一）侵權行爲主體係國家機關及其工作人員；（二）職權行爲違法；（三）造成公民、法人和其他組織合法權益之損害；（四）職權行爲違法與損害之間具有因果關係；（五）法律要件：受害人須符合國家賠償法規定，亦即「依照本法取得國家賠償之權利」始可獲得賠償。本條係原則性規定，主要在於重申憲法第 41 條第 3 款國家賠償請求之規定，並作為國家賠償責任構成要件之指導性規定，僅從本條規定而言，似得將國家承擔賠償責任之範圍解釋為所有的國家職權行爲¹³⁵。

然本法卻分別於第 2 章第 1 節、第 3 章第 1 節及第 30 條詳細列舉國家承擔賠償責任之行政職權行爲、刑事行爲及非刑事司法行爲；亦即國家賠償法（陸）雖於總則劃定廣泛賠償範圍，卻於分則中透過列舉方式將承擔賠償責任之職權行

¹³² 劉宗德，「大陸國家賠償法之研究」，收錄於，行政法基本原理，學林出版，1998 年 8 月，P.453。

¹³³ 法治斌，「大陸地區之國家賠償及損失補償」，政大法學評論第 52 期，1994 年 12 月，P.163。

¹³⁴ 有學者將國家賠償範圍區分為三方面：（一）致害行爲之範圍：包括行政行爲（包括公有公共設施之設立、管理及維護）、立法行爲、司法行爲及軍事行爲；（二）致害之客體之範圍：包括財產權、人身權益等；（三）損害之範圍：包括直接物質損失、間接物質損失及精神損失。詳見，楊解君、藺耀昌，「國家賠償的制度欠缺及其完善」，收錄於，中國法學 2005 年第 1 期，P.12。惟若依此種分類，第 2 章第 1 節之規定似為致害行爲範圍之規範（大陸多數學者亦以此名之），而一般概念之賠償範圍則應屬致害客體之範圍，此種分類與台灣之「賠償範圍」概念差異甚大，殊值注意。

¹³⁵ 吳東鎬，中韓國家賠償制度比較研究—從借鑒的視角，法律出版社，2008 年 10 月，P.61。

為限於一定範圍。依同法第 3 條、第 4 條之規定，行政賠償之構成要件為：(一) 侵權行為主體係行政機關及其工作人員；(二) 侵權行為發生於行使行政職權時；(三) 行使行政職權之時侵犯人身權、財產權並對其造成損害；(四) 因果關係存在。因此，國家賠償法(陸)總則之構成要件與行政賠償之構成要件略有差異：(一) 國家賠償要件之職權行為，採用「違法行使職權」，而行政賠償則強調「行使行政職權時」；(二) 國家賠償要件包括所有合法權益之損害，而行政賠償則限定人身權、財產權之損害，人身權損害更僅限於人身自由、身體傷害、死亡等；(三) 國家賠償要件尚包括「法律要件」，而行政賠償則未再強調。

西方國家立法例中，對國家賠償範圍通常僅用概括性條文予以規定，並不詳細列舉¹³⁶。大陸地區如此特殊規定之原因有三：(一) 列舉可使賠償範圍明確、便於實際操作以減少紛爭；(二) 考慮國家賠償制度屬於初創階段，尚無條件擴大賠償範圍¹³⁷。然因此特殊規定，關於賠償範圍之確認究應適用總則規定抑或分則規定，頗有疑義；有謂應依總則之規定，從而除否定列舉之行為以外，所有行為皆應納入國家承擔賠償責任之範圍內¹³⁸。然多數學者及司法實務仍主張應依分則之列舉規定以確認範圍，如學者馬懷德即認為就文義解釋而言，第 2 條「依照本法」即包括授權本法其他內容對國家賠償構成要件作具體明確化之規定，只要本法關於某一領域之賠償要件有特別規定，即應適用該特別規定不再適用第 2 條規定¹³⁹。

因而，如何理解國家賠償之構成要件與行政賠償之構成要件，其關鍵在於釐清同法第 2 條「依照本法」究何所指，目前理論上存在二種解釋：其一，受害人欲獲得國家賠償，必須依照行政賠償、刑事賠償之具體規定，若不符合行政賠償、刑事賠償之具體規定，縱符合第 2 條之其他規定，亦不能獲得國家賠償；其二，受害人欲獲得國家賠償，除須依照第 2 條之規定，亦須符合行政賠償、刑事賠償之具體規定和本法其他規定。亦即除「法律要件」外，行政賠償之構成要件須與國家賠償之構成要件一致，第 3 條、第 4 條僅為例示規定，其目的在於方便執法

¹³⁶ 皮純協、馮軍主編，國家賠償法釋論，中國法制出版社，1994 年 8 月，P.110。

¹³⁷ 皮純協、馮軍主編，國家賠償法釋論，中國法制出版社，1994 年 8 月，P.111。

¹³⁸ 楊小君，國家賠償法律問題研究，北京大學出版社，2005 年 6 月，P.15。

¹³⁹ 馬懷德主編，完善國家賠償立法基本問題研究，北京大學出版社，2008 年 1 月，P.105。

者理解，而非限制賠償範圍，因此超出舉例範圍，若其符合一般國家賠償之構成要件，亦屬國家賠償責任範圍。二種解釋當以後者對被害人之保護較為周到，惟實務上則往往採取前者之解釋方法¹⁴⁰。

如前所述，以具體列舉之方式限定賠償範圍雖有便於操作、易於辨認之優點，然如何理解總則與分則規定之間之關係，是否遺漏應納入賠償範圍之行為，即為論者所詬病。

（二）司法賠償

國家賠償法（陸）之司法賠償制度，係以刑事賠償為主，兼及民事訴訟、行政訴訟中強制措施、保全措施或判決執行錯誤所致損害賠償，未將民事審判、行政審判中錯誤判決列入賠償範圍，其理由在於「經法院改判後，按改變後之判決，由當事人一方向對造履行義務，受損害之一方已可得到救濟」。反對意見則主張，對於審判人員有嚴重過錯或構成犯罪造成民事審判之錯判，亦應適用國家賠償。

依據國家賠償法（陸）第3、4條規定，其賠償範圍僅限於人身權和財產權，而將侵犯其他合法權益的行為皆排除在國家賠償範圍之外，此有悖於現代法治國家尊重和保障人權之價值追求。因為，公民合法權益之範圍極其廣泛，對於公民來說很多非常重要的權利往往很難歸入人身權或財產權範疇，如果對因類似公安機關不予辦理戶口登記等行為造成的種種損害不能尋求國家賠償的話，那將是嚴重的不公正；同樣地，對人身自由權和生命健康權之外的其他人身權如名譽權、榮譽權、婚姻自主權等造成侵害的，如果不能請求國家給予賠償，就無疑是一種對人權的蔑視。

再者，國家賠償制度既係因國家職權行為造成公民等之損害而由國家負責之制度，而依憲法（陸）之規定¹⁴¹，國家職權可分為立法、行政、司法及軍事，則國賠法（陸）理應包含立法行為及軍事行為，然其卻僅規定行政賠償、刑事賠償

¹⁴⁰ 馬懷德主編，完善國家賠償立法基本問題研究，北京大學出版社，2008年1月，P.105。

¹⁴¹ 大陸地區憲法第3章規定「國家機構」，依序分為全國人民代表大會、中華人民共和國主席、國務院、中央軍事委員會、地方各級人民代表大會和地方各級人民政府、民族自治地方的自治機關、人民法院和人民檢察院等七節，其中涉及中央權限者為全國人民代表大會、國務院、中央軍事委員會、人民法院和人民檢察院四節，因此大陸地區之國家職權有別於三權分立之國家，而係行政、立法、司法之外，尚包括獨立之軍事部分。

以及特定的民事、行政司法賠償，而無規定立法賠償、軍事賠償，而且行政賠償中不包括公有公共設施致害賠償。對於立法行為，不論是權力機關的立法行為，還是行政機關的立法行為，大陸均採取國家主權豁免原則，國家一律不承擔責任；即使是行政機關制定的具有普遍拘束力的行政規範性文件，也不存在國家賠償的問題。對於公共設施的設立、維護和管理行為，英美法系國家，把公有公共設施致人損害的賠償責任，規定在統一的民事賠償責任中；大陸法系國家一般都把公有公共設施致人損害的賠償責任作為國家賠償責任的範圍，在國家賠償法中規定，而大陸卻將其納入到了民事侵權賠償範圍，然隨著政府公共服務職能的加強，公有公共設施致人損害的情形無疑會增加，法律上應當予以規定，將其納入國家賠償責任的範圍¹⁴²。

（三）立法賠償

國家賠償法（陸）制定之時，以「立法機關係權力機關，司法機關僅係國家權力機關制訂之法律執行機關，無權審查立法機關之立法行為，亦無權判令立法機關之立法賠償責任」為由，排除立法賠償責任¹⁴³，可見國家體制係阻礙立法賠償之主要因素；而行政訴訟法對司法審查之範圍限於「具體行政行為」、未包括「抽象行政行為」，亦客觀上限制立法賠償之確立¹⁴⁴。

對此，持反對意見者則謂法治社會要求國家機關享有權利亦須負擔義務，行使國家主權之行為不犯賠償責任之理論已遭淘汰，立法機關當不能自外於國家機關而不負賠償責任；且立法行為亦可能造成少數公民、法人或其他組織合法權益之損害，依公平負擔原則亦應由國家予以賠償¹⁴⁵；亦有謂立法機關之不作為雖未直接造成損害，然卻具有普遍性、間接性，如：應修改法規而未修改、應行使監督權而未監督等，此等因立法職能行為造成公民合法權益之損害，係立法機關無法迴避之現實問題¹⁴⁶。

¹⁴² 應松年、楊小君，「國家賠償若干理論與實踐問題」，收錄於，中國法學，2005年第1期，P.4。

¹⁴³ 皮純協、馮軍主編，國家賠償法釋論，中國法制出版社，1994年8月，P.65。

¹⁴⁴ 吳東鎬，中韓國家賠償制度比較研究—從借鑒的視角，法律出版社，2008年10月，P.55。

¹⁴⁵ 吳東鎬，中韓國家賠償制度比較研究—從借鑒的視角，法律出版社，2008年10月，P.28。

¹⁴⁶ 劉嗣元、石佑啓編著，國家賠償法要論，北京大學出版社，2005年6月，P.73、74。

(四) 軍事賠償

與排除立法賠償責任問題之原因相同，國家賠償法亦受限於行政訴訟法中對國防行為之排除規定，因而未將軍事賠償責任問題列入賠償範圍；除此之外，立法之時軍委法制局官員主張，軍隊在演習、訓練過程中使公民受到損失者，須採取適當方式予以補償，然此究非違法行為造成之損害，不宜列入國家賠償範圍¹⁴⁷；可見，認為軍事行為不違法、行政訴訟排除國防行為係國家賠償法未確立軍事賠償之主因。

反對意見則指出，憲法（陸）第 41 條第 3 款規定「由於國家機關和國家工作人員侵犯公民權利而受到損失的人，有依照法律規定取得賠償的權利。」，軍事機關及其工作人員亦屬之國家機關和國家工作人員，國家立法不應將其例外¹⁴⁸；有主張軍事機關亦存在違法可能，如違反軍事設施保護法、戒嚴法、交通法規或其他軍事法規造成公民、法人或其他組織之合法權益受到損害者，國家應負賠償責任¹⁴⁹；且軍事行為不等同國防行為，國家賠償之訴亦有別於行政訴訟，不屬行政訴訟受理範圍者，不必然不得進入國家賠償之訴¹⁵⁰。

實則，大陸地區憲法和法律所指「國家機關」包括國家權力機關、國家行政機關、國家司法機關和國家軍事機關，憲法（陸）第 93 條第 1 款規定「中華人民共和國中央軍事委員會領導全國武裝力量。」，因此，以中央軍事委員會為統帥之各級軍事機關，係與國家權力機關、行政機關、司法機關並列並自成系統之國家機關，於上述機關工作之人員自為國家機關人員，若其違法行使職權致生人民權益損害而無須賠償，豈非謂軍事機關及其工作人員為超越法律之特權機關；事實上，軍隊及其工作人員因故違法行使職權造成損害，不僅可能亦無法避免，若未堅持「違法必糾、損害必賠」之原則，則人民享有之國家賠償權利實非完整；毛澤東於紅軍創建初期即要求部隊對群眾說話和氣、買賣公平、損壞東西要賠，其後更發展為「三大紀律、八項注意」，於此過程中「損壞東西要賠」此一重要原則長期灌輸於全軍，可謂解放軍之優良傳統；在戰爭年代經濟條件極為困難之

¹⁴⁷ 皮純協、馮軍主編，國家賠償法釋論，中國法制出版社，1994 年 8 月，P.66。

¹⁴⁸ 莫毅強，「略論軍事賠償」，收錄於，政法論壇（中國政法大學學報）1996 年第 1 期，P.10。

¹⁴⁹ 吳東鎬，中韓國家賠償制度比較研究—從借鑒的視角，法律出版社，2008 年 10 月，P.29。

¹⁵⁰ 皮純協、馮軍主編，國家賠償法釋論，中國法制出版社，1994 年 8 月，P.66。

條件下，解放軍尚須遵守前揭原則，在國家賠償法已經頒佈實施之今日，更有必要盡快建立完善軍事賠償制度¹⁵¹。

（五）精神損害賠償

精神損害係指基於侵權行為致使他人產生生理或心理上之痛苦不安及精神狀況之異常，或使受害人之尊嚴、威信或社會評價降低¹⁵²。關於精神損害賠償之理解，則有廣義、狹義二種：廣義之精神損害賠償係指因違法侵害人格權造成非財產性權益損害而生之財產給付義務；狹義之精神損害賠償則陷於因精神狀態不正常而生之財產給付義務¹⁵³。大陸地區之憲法、民法通則雖然規定，國家機關或其工作人員於執行職務中，侵犯公民、法人之合法權益造成損害者，應承擔民事責任，然並未指明是否包含精神損害賠償責任；國家賠償法雖係處理國家賠償事務之專門法，該法亦無明確規定精神賠償損害是否屬於可賠償之損害，使得絕大多數請求精神損害賠償之案件無法獲得法院支持，因此精神損害賠償是否屬行政賠償中之可救濟損害，係行政賠償範圍中之重要課題¹⁵⁴。

觀諸其他國家，1804 年法國民法典區分人身權和財產權，係精神賠償之最早法源¹⁵⁵；1900 年德國民法典第 847 條提出非財產損害之撫慰金賠償，標示精神損害賠償制度之建立；日本國家賠償法第 6 條規定「對侵害他人身體造成傷害者，應賠償必要之療養費、休業賠償費及障害賠償費；對侵犯生命權者，應對被害人之繼承人賠償遺屬賠償費、殯葬費及慰撫金」，可見日本國家賠償法對人身侵害之精神賠償持肯定態度；法國國家賠償之賠償形式主要是金錢賠償，然亦包括精神賠償，對於確實能引起被害人巨大精神痛苦或個人尊嚴損害者，如對信仰、名譽之損害，亦得請求賠償，賠償金額係依損害之嚴重程度而定¹⁵⁶。

目前大陸地區國家賠償法之損害範圍尚無類似規定，僅於最高法院「關於確

¹⁵¹ 莫毅強，「略論軍事賠償」，收錄於，政法論壇（中國政法大學學報）1996 年第 1 期，P.11。

¹⁵² 郝明金，「精神損害與國家賠償責任」，收錄於，政法論壇（中國政法大學學報）第 20 卷第 6 期，2002 年 10 月，P.154。

¹⁵³ 高家偉，國家賠償法，商務印書館，2004 年 5 月，P.162。

¹⁵⁴ 周友軍、麻錦亮著，國家賠償法教程，中國人民大學出版社，2008 年 3 月，P.203。

¹⁵⁵ 高家偉，國家賠償法，商務印書館，2004 年 5 月，P.162。

¹⁵⁶ 胡錦光、余凌云主編，國家賠償法，中國人民大學出版社，2008 年 7 月，P.29、30。

定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋」中，確立民事賠償中之精神損害賠償制度，目前國家賠償法（陸）只承認直接物質損害之國家賠償，實不利於人格權之尊重。考其原因，應係精神損害賠償中長期存在「精神損害賠償法律明定原則」之故，該原則雖未成文卻影響深遠，原係防杜精神損害賠償流於氾濫，影響立法者本意，惟因國家賠償法（陸）無明文適用精神損害賠償之規定，因此部分學者認為精神損害賠償尚未於國家賠償法中得到承認¹⁵⁷。

實則，國家能否成為精神損害賠償之賠償義務人，其癥結在於觀念障礙，國家成為精神損害賠償之賠償義務人非為立法任務，僅係解釋問題或修法任務。單就法律解釋而論，將精神損害賠償排除於國家賠償之外，人為的造成國家賠償法與「關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋」之衝突、並規定本不存在之立法任務，此種解釋方式實為不妥；其次，精神賠償法律明定，僅限於可得賠償之範圍需法律明定，並非於任何情形下，只要法律無明確規定對該種情形可請求精神損害賠償，即無法適用精神損害賠償；又，「關於確定民事侵權精神損害賠償責任若干問題的解釋」已明定何種權利或法益得請求精神損害賠償，國家侵權行為若涉及上述權利或法益，且滿足精神損害賠償之其他構成要件，似無理由因賠償義務人為國家而有不同處遇¹⁵⁸。除前揭說明外，本文認為基於以下原因¹⁵⁹，實應肯定精神損害賠償。

第一、法律約束平等：精神損害賠償已於民法獲得承認，公權力之法律拘束性應高於私法，故公權力機關更應負擔精神損害賠償責任。

第二、權益保護平等：精神權益應得到與其他權益平等之保護，差異僅可存於賠償標準方面，而非存於是否給予方面。

第三、損害賠償平等：公權力機關侵害公民人格權造成之精神損害，有時較限制人身自由為甚，僅賠償小損害而不賠償大損害，於理似有未合。

然目前國家賠償法（陸）僅規定侵犯名譽權、榮譽權造成損害之情形，且僅限於消除影響、恢復名譽、賠禮道歉等非物質救濟方式，因此學術界正積極推動

¹⁵⁷ 周友軍、麻錦亮著，國家賠償法教程，中國人民大學出版社，2008年3月，P.203。

¹⁵⁸ 周友軍、麻錦亮著，國家賠償法教程，中國人民大學出版社，2008年3月，P.204。

¹⁵⁹ 高家偉，國家賠償法，商務印書館，2004年5月，P.166。

全面承認精神賠償及金錢賠償方式為內容之修法草案¹⁶⁰。

綜合上述，大陸地區國家賠償範圍未將公務員怠於執行職務之類型、間接損害或期待利益納入賠償範圍，即便係納入賠償之人身權，亦非含括完整人身權，而係限於人身自由權、生命權和身體健康權，對於公民人身權和財產權以外之權利，如名譽權、榮譽權等人格權，皆不在賠償範圍之內，因而大陸國家賠償之賠償範圍，似有再行檢討之必要。

二、行政機關內部懲戒行為所致損害賠償問題

二次世界大戰以後，德國、日本及法國在其立法中都不同程度對行政機關非法對公務員之懲戒行為准予提起國家賠償之訴，大陸地區亦有學者認為賠償糾紛最終解決之權力應屬司法機關¹⁶¹。

然而，另有主張國家賠償法（陸）排除行政機關內部懲戒行為所致損害之原因在於，對公務員之獎懲任免行為屬於內部行政行為，不在行政訴訟範圍之內，如允許此等行為提起賠償訴訟，無疑將擴大法院之司法審查權，導致與行政訴訟法規定有異，現行規定似採此種觀點¹⁶²。

台灣地區對公務員保障之突破，起始於大法官修正並打破特別權力關係運作之界限，大法官解釋釋字第187、201、243、266、298、312、323、338號解釋等皆容認公務員提起救濟，構成公務人員保障法之核心。上述解釋多圍繞在三大領域，第一、公法上金錢請求權之保障；第二、身分關係被改變時之保障；第三、對身分關係產生重大影響時之保障。上述解釋雖肯認公務員救濟之權利，並設立相關制度以為保障，如釋字第491號解釋要求欲作成公務員免職處分須履行一定程序¹⁶³，惟若違反該等程序而有違法侵權之虞時，公務員得否請求國家賠償，似未明定。

¹⁶⁰ 吳東鎬，中韓國家賠償制度比較研究—從借鑒的視角，法律出版社，2008年10月，P.30。

¹⁶¹ 皮純協、馮軍主編，國家賠償法釋論，中國法制出版社，1994年8月，P.66。

¹⁶² 劉宗德，「大陸國家賠償法之研究」，收錄於，行政法基本原理，學林出版，1998年8月，P.453。

¹⁶³ 劉宗德，「行政法學方法論—兼論行政程序法之行為與制度」，收錄於，法治國家與行政救濟，元照出版，2009年4月，P.10、11。

三、公有公共設施之設置或管理不當所致損害賠償問題

(一) 國家賠償法制定前之爭論

國家賠償法（陸）立法之時，並未將公有公共設施之設置或管理不當所致損害賠償列入賠償範圍，其草案說明如次：「橋梁、道路等公共營造物，因設置管理欠缺發生的賠償問題不屬於違法行使職權的問題，不納入國家賠償的範圍，受害人可以依照民法通則的有關規定，向負責管理的企業、事業單位¹⁶⁴請求賠償。」，可見未將公有公共設施致害賠償納入國家賠償法之原因，在於當時立法之目的著重解決「違法行使職權致害」、約束行政權利之行使¹⁶⁵，道路、橋樑等國有公共設施因設置、管理欠缺發生之賠償問題，顯非屬違法行使職權，因而難以根據違法原則確定其賠償責任。惟由此亦可得知，道路等公共設施之賠償應屬國家賠償責任範疇之認識，業已形成¹⁶⁶。

公有公共設施之致害賠償係指因其設置或管理之缺陷所生賠償責任，因此界定公有公共設施係探討賠償責任性質之前提條件。各國對公有公共設施之稱謂、指稱範圍各不相同，實則，公有公共設施之概念係由台灣地區國家賠償法首創，國家賠償法（台）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。」，然其並未對「公有公共設施」加以解釋，因而台灣學界對其各有不同解釋¹⁶⁷。國家賠償法（陸）制定前，大陸學界對於公有公共設施致害賠償究應適用民法通則規定之普通民事侵權制度，抑或藉由國家賠償法調整，產生較為激烈之爭論。

主張普通民事侵權制度者認為，公有公共設施致害本質上屬平等主體間之一般民事侵權行為，其與行政、司法等公權力侵權行為有別；且公有制為大陸地區社會主義經濟制度之基礎，舉凡鐵路、郵電、橋樑及堤壩等皆為國家所有，如將

¹⁶⁴ 事業單位係指「沒有生產收入、經費由國家開支、不實行經濟核算、提供非物質生產、和勞務服務的社會組織，主要包括科學、教育、文化、衛生和體育等部門和單位」，例如學校、醫院、研究機構及演藝團體等均屬之。詳見，李洪雷《其他承擔行政任務的主體》，應松年主編《當代中國行政法》第九章，中國方正出版社，2005年1月，P.419。

¹⁶⁵ 肖峴，中華人民共和國國家賠償法的理論與實用指南，中國民主法制出版社，1994年7月，P.133。

¹⁶⁶ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006年2月，P.137。

¹⁶⁷ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006年2月，P.131。

渠等設施之致害責任列入國家賠償範圍，無疑將使國家賠償責任擴及整個國營經濟領域，而使國家財政無法負擔¹⁶⁸；使用這些公共設施之國有事業單位已成為自主經營、自負盈虧之事業單位法人，為建立真正法人制度，當由渠等自己承擔責任；而管理公共設施之國家機關亦藉由此等設施創造營收，如賺錢歸己、賠錢歸國家，似有失公平；因公共設施致害者，國家賠償對生命健康權之損害訂有最高額限制，民法或特別法則無此限制，反對被害人有利；總之，公有公共設施致害並非不賠償，而係適用民法由該單位賠償¹⁶⁹。

主張藉由國家賠償法調整者則認為，公共設施之管理者與利用者之間關係非屬司法關係而為公法關係¹⁷⁰；公有公共設施亦有屬於國家行政機關管理之情形，由國家機關管理之公有公共設施，若國家機關或其工作人員違法行使職務使公民、法人或其他組織合法權益受到損害，自應由國家賠償法調整；國家出於公共目的設置和管理公共設施，為社會公眾謀利益，自須對受害人因此所受損害予以賠償，方為公共負擔平等；在大陸地區，公有財產及設施產權明確，管理權、經營權反模糊不清，因而常出現公有公共設施致害無人負責之現象，民法通則規定無法解決此類問題，仍應由國家賠償法一併規範處理¹⁷¹。

（二）現行公有公共設施致害賠償制度

國家賠償法（陸）制定前之爭論及其立法之時未包括公有公共設施致害賠償之原因已如前述。惟處於一個社會依賴性不斷擴大之時代，政府須廣泛承擔生存照顧之職責，如建設公路、橋樑等公共設施供公眾利用，此等建設雖提升民眾生活水準，卻也同時提高公共設施致害之風險¹⁷²，對於由政府設置並具體管理之公共設施致害所生賠償責任，實務上常作為民事侵權案件處理，茲分述如下。

民法通則第 126 條規定「建築物或者其他設施以及建築物上的擱置物、懸掛物發生倒塌、脫落、墜落造成他人損害的，它的所有人或者管理人應當承擔民事

¹⁶⁸ 馬懷德主編，完善國家賠償立法基本問題研究，北京大學出版社，2008 年 1 月，P.270。

¹⁶⁹ 肖峴，中華人民共和國國家賠償法的理論與實用指南，中國民主法制出版社，1994 年 7 月，P.134。

¹⁷⁰ 吳東鎬，中韓國家賠償制度比較研究—從借鑒的視角，法律出版社，2008 年 10 月，P.30。

¹⁷¹ 馬懷德主編，完善國家賠償立法基本問題研究，北京大學出版社，2008 年 1 月，P.271。

¹⁷² 馬懷德主編，完善國家賠償立法基本問題研究，北京大學出版社，2008 年 1 月，P.265。

責任，但能夠證明自己沒有過錯的除外。」，依據最高人民法院發佈之「最高人民法院關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋」第 16 條規定，除下列三種情形能證明自己無過錯而免承擔賠償責任者外，其餘皆適用民法通則第 126 條規定，由所有人或管理人承擔賠償責任：（一）道路、橋樑、隧道等人工建造之構築物因維護、管理瑕疵致人損害；（二）堆放物品滾落、滑落或堆放物倒塌致人損害；（三）樹木傾倒、折斷或果實墜落致人損害。其中第一項所致損害，若係設計、施工缺陷造成損害者，由所有人、管理人與設計、施工者承擔連帶責任。故此，本條主要係規定建築物責任，且適用「推定過錯原則」，對受害者較為有利¹⁷³。

有學者主張民法通則第 126 條規定包含公有公共設施之國家賠償責任，得直接適用民法通則，因而無須將其納入國家賠償法。姑不論本條規定之建築物或其他設施，其含義有別於公有公共設施。在立法上，本條旨在將建築物責任此一特殊侵權賠償責任作為民事賠償責任，而非國家賠償責任，此種區分已是定例：前者係侵權法之制度，由民法典規定；後者為行政損害賠償制度，由國家賠償法規定。故此，建築物責任之根據一為「報償理論」，即受利益者負擔建築物所生損害；二為「危險責任理論」，即建築物為危險之源，所有人應負危險責任。公有公共設施係為滿足公眾需求而設置，其管理者並不因此享有利益，享有利益者為公眾全體，故若因此損害某人利益，須由國家予以賠償，從而達到公共負擔人人平等，亦即風險由整個社會承擔。亦有主張，建築物責任之責任主體，為建築物及其他設施之所有人或管理人，非屬公共設施之國有建築物，如國家機關之辦公大樓因倒塌致他人受損害，該機關係立於民事主體地位承擔建築物所有人、管理人責任¹⁷⁴。

（三）現行規定之爭論與檢討

現行實定法之規定，並未完全消除公有公共設施致害賠償理論之爭議，反而在實務中暴露問題。尤其大陸地區公有公共設施多為國家所有，由國家行政機關有關部門負責設置或管理，其管理權限及責任由法律明文規定，性質上屬公法職

¹⁷³ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006 年 2 月，P.135、136。

¹⁷⁴ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006 年 2 月，P.136、137。

責，對於此種職責之違反所致損害卻適用民法賠償，理論上難以自圓其說。因此有學者從國家職能擴張、公有公共設施利用之法律關係出發，對公有公共設施致害賠償責任加以系統論證。

第一、公有公共設施致害賠償責任適用民法之主張未跳脫國家賠償主權理論之窠臼。現代行政已由權力行政轉為給付行政，國家為促進人民福祉，有義務提供公共服務，而公民亦有權利利用公有公共設施及獲得政府之福利給付。如行政機關怠於履行此種義務，即構成不作為違法，因此而造成之損害，國家應承擔賠償責任。

第二、在公有公共設施之法律關係中，共有所有者、管理者及利用者三方當事人，前二者之間為行政特許或行政契約、行政委託關係，後二者則為利用關係。公有公共設施不因管理者之性質而改變其自身性質，由此所生之責任不應由管理者承擔，因管理者僅係由國家選任、後國家監督而實施行為之被委託者，故賠償責任應由所有者承擔。

第三、自法律關係角度而言，利用者與管理者之間為公有公共設施利用關係，並非平等之民事契約關係。即使管理者向利用者收取費用，該收費性質亦屬規費而非營利性質，價格上係以設置、管理成本為標準，其目的在於養護、修繕公有公共設施。因此，利用者與管理者之間並非以對價為基礎之民事契約關係，公有公共設施致害不應適用民法通則之「等價有償」、「過錯責任」等原則，亦不應承擔違約賠償責任¹⁷⁵。

（四）應否納入賠償範圍之分析

然而，究竟是否應將公有公共設施致害納入國家賠償範圍，其可行性又如何，在學者之間仍存在大量爭論，反對者主張：（一）民事賠償與國家賠償並無優劣之分，公有公共設施致害賠償並非在民事賠償就必然受到較多限制，納入國家賠償就能脫胎換骨；（二）對許多國家而言，民事責任係實現國家賠償之形式¹⁷⁶，雖然將公有公共設施致害賠償納入國家賠償為普遍作法，然此所謂「國家賠

¹⁷⁵ 馬懷德主編，完善國家賠償立法基本問題研究，北京大學出版社，2008年1月，P.273。

¹⁷⁶ 如美國之行政賠償無論在歸責原則、訴訟程序和賠償範圍等方面都與民事賠償基本相同。詳

償」應為廣義之概念，係指國家為自己侵權行為承擔賠償責任，因以「一般都納入國家賠償」之慣例否認民事賠償，似非妥切；(三)公共設施致害賠償之責任主體非常複雜，部分公共設施之設置者或管理者之資金來源完全脫離國家財政，國家沒有理由對其侵權行為承擔責任；(四)就公有公共設施實際運作情形而言，大部分公共設施之管理者皆以自己名義與第三人發生法律關係，因此用行政委託來解釋公有公共設施之所有者與管理者間之法律關係，並不恰當¹⁷⁷。

惟亦有學者指出，仍應將公有公共設施致害納入國家賠償法中較為妥適，其認為民法通則第 126 條之規定仍有不足之處：(一)賠償範圍有限：公有公共設施類型多元，如道路設施、醫藥衛生設施等，然民法通則第 126 條僅規定建築物等設施，難以涵蓋公有公共設施所有類型，使被害人受保護之範圍過於狹隘；(二)過失推定原則不利被害人：因國家機關處於強勢地位，因此受害者想要舉證國家機關存在過失，以保護自己權益，其難度甚高；(三)賠償責任主體難以確定：受害人常因建築物等設施之所有人、管理人其管理權、經營權不清而無法確認負責任之主體；尤其隨著市場經濟之發展，該等設施之所有人、管理人之法律地位不斷變化，許多已自主經營、獨立核算之法人，仍有依賴國家財政撥款或補助來進行管理者，此外公共設施民營化亦為大陸地區近年來之趨勢，凡此皆增加致害行為人之主體多樣性，此種多樣性若未能於立法上明確、理論上釐清，必造成承擔賠償責任之責任主體難以確認之結果，使受害人權益救濟存在障礙；(四)損害難以得到完全填補：有時公有公共設施致害之損失非常巨大，對於那些需要國家財政支持管理之設施所致損害，亦由管理者作為民事侵權責任主體獨力承擔責任，然因其財力有限，往往無法充分賠償受害者之損失。

其次，公有公共設施致害賠償之性質屬國家賠償責任，應將之納入國家賠償法。因國家賠償責任係指國家為補救其公權力措施給受害人造成之特別損害而承擔的公平財產性之給付責任¹⁷⁸。依國家賠償法(陸)之規定，國家賠償係指國家機關及其工作人員違法行使職權侵犯公民、法人或其他組織之合法權益造成損害

見，姜明安主編，行政法與行政訴訟法，北京大學出版社、高等教育出版社，2007年1月第三版，P.630、631。

¹⁷⁷ 馬懷德主編，完善國家賠償立法基本問題研究，北京大學出版社，2008年1月，P.274。

¹⁷⁸ 高家偉，國家賠償法，商務印書館，2004年5月，P.2。

者，國家對受害人所承擔之賠償責任¹⁷⁹。因此，國家承擔賠償責任之核心要素為公權力行為，故凡屬國家行使公權力之活動所引起之侵權賠償責任皆應屬國家賠償責任。公有公共設施之設置管理，乃國家基於公務目的為公眾提供之服務，屬國家運用公權力之公共事務活動，各行政機關或其他組織乃依法律規定或授權而為設置管理，此種權利義務關係應係行政法上之權利義務關係，而非民法上之權利義務關係。因此公有公共設施致害賠償應屬國家賠償責任，應規範於公法色彩濃厚之國家賠償法¹⁸⁰。

現代行政已由權力行政轉向服務行政、給付行政，國家之行政活動不僅包括行使權力之法律行為，亦包括提供服務之行為，設置、管理公有公共設施已成為給付行政時代國家之主要義務。伴隨國家任務型態改變，國家必須更積極提供公共服務以保障人民福祉，而人民亦越來越倚賴國家提供基本生存照顧，故國家因提供公共服務而造成損害之機會亦相對增加，因而愈發需要設立完善制度保護人民權益。於此前提之下，將公有公共設施致害賠償納入國家賠償將有助於提升設置及管理人員之責任心，促其妥為設置、管理，減少甚至避免設置或管理不當造成損害。國家賠償制度雖與民事侵權賠償制度擁有相同預防、懲罰和補救之功能，惟其更側重國家與人民之關係，強調依法行使職權，其一系列制度之設計街圍繞於「人權保障」，因此將公有公共設施致害賠償納入國家賠償，將較民法有更為妥善之保障。

就立法上而言，已將國家賠償作為獨立於民事責任以外之國家責任，行政訴訟法、國家賠償法之頒佈更標誌大陸地區已在法律上確認國家賠償之國家責任性質，在立法上由民事賠償責任過渡為國家賠償責任，國家賠償係一獨立法律制度，無論實體或程序皆與民事責任制度不同¹⁸¹。既然公有公共設施致害賠償責任屬國家賠償責任，自應從民事賠償責任獨立，納入國家賠償法之規範¹⁸²。

¹⁷⁹ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006年2月，P.143。

¹⁸⁰ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006年2月，P.144。

¹⁸¹ 姜明安主編，行政法與行政訴訟法，北京大學出版社、高等教育出版社，2007年1月第三版，P.645、646。

¹⁸² 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006年2月，P.145。

四、歸責原則

國家賠償之歸責原則，係指以何種根據確認和追究國家之賠償責任。其所解決者為國家侵權賠償之基礎問題，決定國家是否賠償和在什麼範圍內承擔賠償責任，反映國家賠償之價值取向和賠償政策，因而歸責原則實為國家賠償制度之根本性制度¹⁸³。國家賠償之歸責原則種類繁多，目前各國適用之國家賠償歸責原則主要有：過錯原則、違法原則、主觀過錯加違法原則、無過錯原則等。除少數國家採用單一的歸責原則之外，大多數國家往往以一種歸責原則為主，其他原則為輔¹⁸⁴，以便妥善解決各種不同情況下之國家賠償歸責問題。

國家賠償法(陸)第2條規定「國家機關和國家機關工作人員違法行使職權，侵犯公民、法人和其他組織合法權益造成損害的，受害人有依照本法取得賠償的權利」，該規定表明大陸地區目前乃採單一違法歸責原則。因此，國家機關之職權行為僅限於違法侵權者，始承擔賠償責任；如國家機關之職權行為並不違法，即使對第三人權益造成損害，仍不由國家負責賠償；亦即，只要國家機關及其工作人員客觀上有違法侵權之損害行為，不論其主觀上是否有過錯，國家都必須承擔賠償責任。單一違法原則在適用上衍生許多問題：

第一、規定不統一，自相矛盾：違法歸責原則係作為總則之原則而規定，意欲統帥整個國家賠償責任制度之歸責標準，另一方面卻又出現非屬違法歸責原則之其他歸責標準，使其規定不能適用於國家賠償制度之全部，從而使原則規定不能涵蓋具體制度、不具包容性。如，本法第14條規定：「賠償義務機關賠償損失後，應當責令有故意或重大過失的工作人員或者受委託的組織或個人承擔部分或者全部賠償費用。」，既然國家賠償之歸責原則是「違法」原則而不承認其他原則，何以求償時又以主觀過錯為歸責標準？第15條規定「依照審判監督程序再審改判無罪，原判刑罰已經執行的」和第16條規定「依照審判監督程序再審改判無罪，原判罰金、沒收財產已經執行的」，實際上又是結果歸責標準，而非違

¹⁸³ 楊小君，「國家賠償的歸責原則與歸責標準」，收錄於，法學研究 2003 年第 2 期，P.113。

¹⁸⁴ 如日本國家賠償法採故意或過失加上不法、美國採過失加上不法或不行為、韓國則採過失加上違反法令。詳見，肖峴，「論國家賠償立法的幾個基本觀點」，收錄於，中國法學 1994 年第 4 期，P.12。

法歸責原則¹⁸⁵。

第二、忽略事實行為之致害：有些事實行為法律可能有規定，因而衍生是否違法之歸責問題；但是，有更多事實行為，法律本身並無規定，或者是並無違反法律之規定，但卻是不適當、不應當採取，或者是有過錯。例如，在追捕人犯過程中開槍傷及群眾，開槍行為非為法律行為而係事實行為，無辜群眾被傷是損害結果；再例如，在執法過程中由於不注意，將當事人的貴重物品損壞。由上述這些事實可知，國家賠償的歸責原則更應當包括過錯原則，如此方能符合事實行為造成損害之實際情況。

第三、國家賠償法關於刑事強制措施（拘留、逮捕等）賠償適用標準之規定，有別於刑事訴訟法中適用刑事強制措施之標準：以拘留措施而言，依國家賠償法（陸）第 15 條規定「對沒有犯罪是直或者沒有事實證明有犯罪重大嫌疑的人錯誤拘留的」，應予受害人國家賠償，亦即限於錯誤拘留者方須賠償；依本條規定所謂錯誤與正確拘留之區別，在於有無犯罪事實或有無事實證明有犯罪重大嫌疑，從而國家是否賠償亦端賴有無犯罪事實或有無事實證明有犯罪重大嫌疑而定。然依刑事訴訟法第 61 條規定，公安機關對於現行犯或重大嫌疑分子，如有下列情形者得先行拘留：正在預備犯罪、實行犯罪或者在犯罪後即時被發覺的；被害人或者在場親眼看見的人指認他犯罪的；在身邊或者住處發現有犯罪證據的；犯罪後企圖自殺、逃跑或者在逃的；有毀滅、偽造證據或者串供可能的；不講真實姓名、住址，身份不明的；有流竄作案、多次作案、結夥作案重大嫌疑的。可見刑事訴訟法規定之拘留標準雖與國家賠償法規定之「犯罪事實」或「犯罪重大嫌疑」標準非常接近，然除對象須為「現行犯」或「重大嫌疑分子」外，尚須具備其他七種條件之一，因而造成國家賠償法與刑事訴訟法對正確與錯誤拘留標準之不一致。另檢視逮捕措施，國家賠償法規定之錯誤逮捕，係針對「無犯罪事實之人」進行逮捕；刑事訴訟法第 60 條則規定「對有證據證明有犯罪事實，可能判處徒刑以上刑罰的犯罪嫌疑人、被告人，採取取保候審、監視居住等方法，尚不足以防止發生社會危險性，而有逮捕必要的，應即依法逮捕。」，可見後者之標準較前者為嚴；考其原因，當係現行刑事訴訟法（陸）於 1997 年對「逮捕

¹⁸⁵ 應松年、楊小君，「國家賠償若干理論與實踐問題」，收錄於，中國法學，2005 年第 1 期，P.6。

條件」進行重大修改，新法標準較為寬鬆，國家賠償法於 1994 年制定時，其精神雖與刑事訴訟法相一致，卻未能於刑事訴訟法修正時一併調整。因而有認為拘留或逮捕之條件應由刑事訴訟法規定，國家賠償法僅能針對違法刑事訴訟法有關拘留和逮捕條件之錯誤拘留和錯誤逮捕行為，規定相應之賠償責任¹⁸⁶。

第四、條件過苛，受害人難以獲得救濟：違法歸責原則側重於對國家機關行為之法律評價，而非側重於對公民、法人是否受到損失以及這種損失是否應當由他承擔之考慮。按賠償制度之本質，係對損失之負擔或彌補，而非對造成損失行為或原因之評價，然因違法原則把歸責原則定位於對造成損失行為之評價上，其結果使部分無享受到損失之個人得不到應有之彌補或賠償，因而縮小國家賠償範圍，無端增加受害人獲得賠償之難度，使賠償責任變成評價責任和追究責任。其次，違法歸責原則之「違法」，常被狹義理解為行政訴訟法（陸）第 54 條¹⁸⁷所規定之違法形式¹⁸⁸，然該條規定之違法標準僅係司法審查標準，乃法院於判斷行政行為是否應維持、撤銷或變更時之標準，其範圍和程度皆服從於司法機關可監督、審查行政之範圍和程度，服從於司法機關處理被審查行為之法律效力此一最終目的，因而司法審查標準在範圍上小於實體法對行政行為之要求，程度上高於實體法對行政行為之要求。最後，違法歸責原則無法排除國家機關工作人員損害行為中之過錯。按對國家機關行為之合法要求，係最基本之要求；就各國行政法及其原則而言，國家機關行使職權之行為不僅須合法，尚須正當、合理，不得違背公平正義原則；然現代社會中，法律賦予國家機關較大之自由裁量權，故國家機關工作人員行使職權之行為，於合法範圍和形式下，完全可能存在故意或過失，此種過錯同樣為法之原則所不容而會對人民權益造成損害，然違法歸責原則並未涵蓋過錯之範圍，使相當一部分應賠償知識向被不合理排除在外¹⁸⁹。

第五、違法歸責原則無法反映和概括國家賠償事項之全部特徵和內容。由各

¹⁸⁶ 楊小君，「國家賠償的歸責原則與歸責標準」，收錄於，法學研究 2003 年第 2 期，P.115。

¹⁸⁷ 行政訴訟法第 54 條第 2 款規定之違法形式有：主要證據不足、適用法律法規錯誤、違反法定程序、超越法定職權、不履行或拖延履行法定職責、行政處罰顯失公正、濫用職權等。

¹⁸⁸ 此係由於國家賠償法（陸）側重於國家機關行為之評價，因此會以評價行為合法與違法之標準來理解違法歸責原則，目前大陸法制中僅於行政訴訟法規定此評價標準，因此在國家賠償之實踐中，往往以該標準註釋違法歸責原則。

¹⁸⁹ 楊小君，「國家賠償的歸責原則與歸責標準」，收錄於，法學研究 2003 年第 2 期，P.115、116。

國國家賠償制度之範圍以觀，國家賠償主要包括行政賠償、司法賠償、立法賠償、軍事賠償及公共設施致害賠償等；其中司法賠償之冤獄賠償多為結果歸責、公共設施致害賠償多為過錯及危險歸責標準，由此等行為引起之國家賠償，皆非單一歸責原則所能概括；因此，國家賠償範圍內之事項亦各有類別、特徵，僅用單一之違法歸責原則來概括全部賠償歸責原則，既不客觀也不全面¹⁹⁰。

細究大陸採行單一歸責原則之因，在於認為過錯係一種自然人之主觀心理狀態，國家機關並不存在此種主觀心理狀態¹⁹¹；而「雙重過錯原則」並不利於人民行使賠償請求權，因為不但要證明公務員行為違法，尚須證明公務員主觀上有過錯，因此基於有利於人民行使賠償請求權、與行政訴訟法之歸責原則一致等原因，大陸國家賠償法採行單一之歸責原則¹⁹²。

實則，證明公務員主觀上有過錯可以透過舉證責任之倒置或推定過失予以轉換，不致對人民請求賠償造成阻礙。反而是將致害行為只限於「違法」，從而使得賠償只有基於違法之前提才能發生，然違法歸責原則不能排除國家機關工作人員在損害行為中之過錯，國家機關行使職權之行為，不僅僅是要合法，而且還必須要正當、合理，不得違背公平正義原則。法律賦予國家機關較大之自由裁量權，國家機關工作人員行使職權之行為，於合法範圍內和形式下，完全可能出現懈怠、漫不經心、漠不關心、加重損害等情形；亦即，國家機關工作人員在合法形式下，是有可能存在故意或過失之情形。這種過錯，同樣為法律原則與精神所不容，同樣會給公民、法人權益造成損害，而違法歸責原則不可能概括過錯之範圍，使得相當一部分應當賠償之主要事項被不合理排除在外。此外，亦排除若干例外責任，包括危險責任、補償責任等，從而不利於國家賠償制度的發展與完善。

¹⁹⁰ 楊小君，「國家賠償的歸責原則與歸責標準」，收錄於，法學研究 2003 年第 2 期，P.116。

¹⁹¹ 周漢華，「論國家賠償的過錯責任原則」，收錄於，法學研究第 18 卷第 3 期，P.136。

¹⁹² 肖峴，「論國家賠償立法的幾個基本觀點」，收錄於，中國法學 1994 年第 4 期，P.11 以下。