

第三章 兩岸國家賠償法構成要件之比較

本章旨在說明兩岸國家賠償制度之現行規範、適用爭議，並探討學說上相關爭議看法之異同。須說明者為，大陸地區國家賠償法未如台灣地區一般規範「公有公共設施設置或管理」之賠償責任，因此本章僅以「公務員」國家賠償責任之規定為比較對象，合先敘明。

台灣地區國家賠償法¹⁹³第 2 條規定「本法所稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。(第 1 項)公務員於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。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同。(第 2 項)」，因此可見公務員違法有責行為所生之國家賠償責任，構成要件可分為「行為人須係公務員」、「須為執行職務之行為」、「須為行使公權力之行為」、「須為不法之行為」、「須為具有故意或過失之行為」、「須使人民之自由或權利受到損害」。

大陸地區國家賠償法第 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。」學者對於構成要件之內容眾說紛紜，有三要件說、四要件說、五要件說、六要件說¹⁹⁴；實則，國家賠償責任之一般構成要件包括：主體要件、行為要件、損害後果要件以及因果關係要件，「無論學者們側重於什麼方面，或者用什麼樣的新視角和新辭彙，其實質內容亦僅限於此；應當討論者非為一般構成要件內容應有多少，而係作為構成要件的這些因素究竟存在什麼問題¹⁹⁵」。

本章主要在比較兩岸國家賠償法構成要件之異同，不擬涉入大陸地區構成要件之論爭；因此論述上係以台灣地區之構成要件為核心架構，於逐次探討每一構成要件後，再將相對應之大陸地區規定加以說明、比較與分析。

¹⁹³ 為行文之便，台灣地區國家賠償法簡稱「國賠法(台)」；大陸地區國家賠償法簡稱「國賠法(陸)」。

¹⁹⁴ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006年2月，P.85~87。

¹⁹⁵ 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.242。

第一節 行為人須係公務員

對於為國家執行職務之人究應如何稱呼，憲法及其他法規之用語並不一致，有稱「公務員」、「公務人員」、「官員」、「官吏」、「文官」或「公職人員」等，不一而足。其中較易引起混淆者為「公務員」與「公務人員」，自憲法第 24 條、第 77 條、第 85 條及第 86 條以觀，公務員似指任何為國家執行職務而有違法行為，須負法律責任之人，其範圍涵蓋經考選合格方可任用之「公務人員」在內，故而公務員係司法權行使之對象，公務人員則係考試權行使之對象，二者概念不盡相同，於討論公務員意義前應先釐清。

第一項 公務員之意義¹⁹⁶

台灣地區因無統一法典之規定，公務員之意義係採個別法主義¹⁹⁷，故現行各項法律中，對於公務員之界定大不相同，憲法中更有公務員、公務人員、公職人員等不同用語¹⁹⁸。因規範對象不同，公務員所指涉之範圍不盡相同，從而有各種不同之分類¹⁹⁹，其中分為四類似為多數學者所採之分類，故本文從之²⁰⁰：（一）最狹義之公務員：即公務人員任用法所謂之公務員，專指文職而官等為簡任、薦任或委任之事務官；（二）狹義之公務員：即公務員懲戒法所謂之公務員，係指官等為特任、簡任、薦任或委任之文職人員，除事務官以外，尚且包含政務官在內；（三）廣義之公務員：即公務員服務法所謂之公務員，指凡受有俸給之文武職人員，不論其為選舉或任用，亦不問其為政務官或事務官，公營事業機關之服務人員亦包括在內；（四）最廣義之公務員：即依法令從事公務之人員，不問其為文職或武職，亦不問其為編制內或編制外，臨時派用或由於聘僱，有給或無給，專任或兼任，凡依據法令從事公務者皆屬之。

¹⁹⁶ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.93。

¹⁹⁷ 吳義雄、施茂林、林崑城、劉清景編著，國家賠償法實用，宏律出版社，1981 年 7 月，P.44。

¹⁹⁸ 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.3。

¹⁹⁹ 即便以公務員範圍之廣狹為標準，公務員仍有不同分類，有主張分為六類，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.3；有主張分為三類，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，P.20。

²⁰⁰ 廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.24；吳義雄、施茂林、林崑城、劉清景編著，P.43 以下；曹競輝，國家賠償立法與案例研究，自版，1991 年 3 月三版，P.56、57。

如上所述，公務員之概念有廣狹不同之界定，為杜絕適用之爭議，並使人民於受公務員侵害時盡量獲得賠償，國賠法（台）特於第 2 條第 1 項就公務員意義加以立法解釋，規定「本法所稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。」，可見本法對「公務員」係採最廣義之定義，以擴大國家賠償法適用範圍，充分保障人民權利²⁰¹。從而，國賠法（台）所謂公務員，係指其職務地位得以行使公權力之人員，不論其係由於選舉、派用、任用、聘用或僱用，有無任用資格，是否經過任命或銓敘，均非所問；亦不以行政機關之人員為限，凡行使國家公權力之人員皆屬之，故總統、副總統、五院院長、副院長、各部會首長及從屬人員及依法實施逮捕現行犯之人民²⁰²、乃至民意代表²⁰³等皆屬之；公司行號承辦會計或出納之人員，依所得稅法第 88 條以下規定，對納稅義務人之薪津或其他所得扣繳所得稅時，就其所從事之扣繳行為而言，亦屬依法令從事於公務之人員²⁰⁴；另外，本法第 14 條規定「本法於其他公法人準用之。」，因而除在國家從事公務之人員外，亦包括在其他公法人（如地方自治團體）從事公務之人員²⁰⁵。蓋國家權力之劃分，係國家內部機關之權力分配問題，故不問公務員所屬機關，係行使行政權、司法權、考試權抑或監察權，凡其職務地位可以行使國家公權力之人員，即屬國家賠償法所稱之公務員²⁰⁶。

此外，所稱公務員之意義，尚須注意以下各項：（一）公務員僅限於本國公務員，外國公務員不包括在內，但本國公務員之國籍為何？並非所問；（二）被害人只須舉證其人為公務員為已足，不須指出該公務員之真實姓名。按國家賠償責任性質以自己責任說較為可採，從而無特定公務員之必要；（三）以合議制機關對外為行為時，該合議制機關視為國家賠償法之公務員，不再探究構成員之各個判斷，亦即構成員無特定之必要；（四）公務員經任命或僱用後，縱事後渠等法律關係被認為無效，該公務員身份喪失前之侵權行為，國家仍應負責；（五）

²⁰¹ 廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.25。

²⁰² 城仲模，「論公務員與國家賠償法」收錄於，行政法之基礎理論，1994 年 10 月增訂再版，三民出版，P.807 以下。

²⁰³ 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.57。

²⁰⁴ 劉春堂，國家賠償法，2007 年 6 月修訂二版，三民出版，P.19。

²⁰⁵ 陳淑芳，「公務員行為之國家賠償責任」，月旦法學教室第 56 期，2007 年 6 月，P.18。

²⁰⁶ 廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.26。

國賠法(台)第2條第2項所稱公務員與同條第3項求償權規定所稱之公務於未必一致，前者重在組織體，後者重在特定個人之公務員²⁰⁷。

第二項 委託行使公權力

現代國家功能日益龐雜、行政職能漸趨多元，國家為執行既定政策及處理層出不窮之行政事務，雖可利用本身行政組織指揮所屬分工執行，然因政府機關人手、設備不足，亦經常藉由民間團體或私人之力量執行職務²⁰⁸，依其是否轉移公權力，可分為委託行使公權力及行政助手二種²⁰⁹。國賠法(台)第4條第1項規定「受委託行使公權力之團體，其執行職務之人於行使公權力時，視同委託機關之公務員。受委託行使公權力之個人，於執行職務行使公權力時亦同。」，因本條之規定，不具備公務員身份之第三人，於受國家委託行使公權力時，即成為國家賠償法上之公務員。

一、委託行使公權力

所謂「委託行使公權力」，係指「一自然人或法人²¹⁰，其經由一授權行為而就被授權之領域有以自己名義據以執行之權力²¹¹。」，委託行使公權力又稱「公權力委託」，為傳統行政法學理解下狹義之行政委託，行政程序法第16條第1項即以此為規定客體²¹²。例如：違章建築委由營造公司拆除、港口貨櫃站公司協助海關檢查貨櫃²¹³、糧食局委託各地農會代收田賦實物、公路局監理處委託汽車修護

²⁰⁷ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.96~98。

²⁰⁸ 惟行政機關得於何種條件下使得委託私人行使公權力，現有法律設有規定者並不多見，詳見，吳庚，行政法之理論與實用，2005年10月增訂九版，自版，P.186。

²⁰⁹ 董保城，「行政助手與委外辦理國家賠償案例之研究」，收錄於，法治與權利救濟，2006年4月，元照出版，P.99。

²¹⁰ 惟有學者認為非法人團體雖無權利能力，然行政訴訟法第22條認其有當事人能力，自宜肯定其得為受託人為妥，詳見，葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.99~100。相同見解：吳庚，行政法之理論與實用，2005年10月增訂九版，自版，P.185。

²¹¹ 黃錦堂，「行政組織法之基本問題」，收錄於，翁岳生編，行政法(上)，2006年3版，元照出版，P.246。

²¹² 詹鎮榮，「論民營化類型中之『公私協力』」，收錄於，民營化與管制革新，2005年9月，元照出版，P.10。

²¹³ 董保城，「國家賠償法在台灣實施現況與檢討」，收錄於，法治與權利救濟，2006年4月，元照出版，P.291。

廠代為檢驗車輛²¹⁴、海基會辦理「遣送大陸偷渡客」或「大陸文書驗證」事宜²¹⁵、私人船長依海員法第59條所為之緊急處分²¹⁶等，皆屬「委託行使公權力」²¹⁷；反之，若受國家機關委託或授權，處理或執行本應由國家機關完成之任務，但如處理或執行該任務時並非行使公權力，而係本於其自己之權利從事活動，且縱令該活動需受國家機關之檢查或認證，該等私人或團體亦不能認定係受託行使公權力，如醫生受法院選認為鑑定人從事鑑定工作、私人電子公司受市政府之委託於十字路口裝置交通號誌²¹⁸等。

行政程序法第16條第1項規定「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。」，因此國家機關委託私人行使公權力者，通常須有法之依據²¹⁹始足當之，且須有一明確之授權或委託行為。惟有學者主張，依法設立之團體或特定個人，直接以法律規定為依據而行使公權力者，非必須經過授與公權力之行政行為或公告周知，司法院大法官釋字第382號解釋即認為「私立學校係依私立學校法經主管教育行政機關許可設立並製發印信授權使用，在實施教育之範圍內，有錄取學生、確定學籍、獎懲學生、核發畢業或學位證書等權限，係屬由法律在特定範圍內授與行使公權力之教育機構，於處理上述事項時亦具有與機關相當之地位²²⁰」，此種行政主體之享有公權力係直接依據法律規定，與直接依據行政機關之委託行為者，應有區別²²¹。須注意者為，委託事項因瑣碎細微以致法律未予規定，因而亦無明確之授權或委託行為，國家機關卻信賴私人執行其職務行使公權力者，若該私人因故意或過失不法侵害他人，此時國家不得主張其授權之行為無效，仍應負賠償責任²²²。

²¹⁴ 廖義男，國家賠償法，1993年7月增訂版，自版，P.26。

²¹⁵ 劉宗德，「行政法講座（上）—行政法學方法論」，收錄於，日新第三期，2004年8月，P.104。

²¹⁶ 吳庚，行政法之理論與實用，2005年10月增訂九版，自版，P.187。

²¹⁷ 依據司法院大法官解釋 269 號解釋，私法團體如經政府機關就特定事項依法授與公權力者，以行使該公權力為行政處分之特定事件為限，有行政訴訟之被告當事人能力。

²¹⁸ 廖義男，國家賠償法，1993年7月增訂版，自版，P.27、28。

²¹⁹ 委託行使公權力究竟須否法律依據，學說上仍有不同見解，詳見，葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.100、101。

²²⁰ 吳庚，行政法之理論與實用，2005年10月增訂九版，自版，P.187。

²²¹ 林錫堯，行政法要義，2006年9月三版，元照出版，P.88。

²²² 廖義男，國家賠償法，1993年7月增訂版，自版，P.29。

二、行政助手

另一易與「委託行使公權力」混淆之概念為「行政助手」，又稱「行政輔助人」，係指在行政主體指示下，協助該行政主體處理行政事務完成一定行政任務之人，性質上為機關之輔助人力，僅具補充功能，故僅可認其為行政機關執行職務之工具²²³，並非獨立之官署或具有自主之地位²²⁴。行政助手之概念源於德國，其所援引之案例多為學校行政之範疇，如：學校教師上體育課時請學生協助使用跳箱²²⁵、放學時由學校指定帶隊學生或學生糾察隊²²⁶、義警協助執行勤務、民間業者在警察監督指揮下執行違規車輛之拖吊²²⁷等；有學者認為，交通警察機關委託交通義警指揮交通係屬委託行使公權力²²⁸，實則，交通義警係於警察機關之指示下完成工作，其無自行決定之自由，因而仍應屬行政助手²²⁹。

綜合上述，委託行使公權力與行政助手之差別在於得否以自己名義對外獨立²³⁰行使公權力。其區別實益在於，受託行使公權力之人發生侵權行為者，因其係以自己名義獨立對外行使個別特定之公權力，依行政程序法第2條第3項規定「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關。」，逕依國賠法（台）第4條規定辦理²³¹；而行政助手發生侵權行為者，因國賠法（台）第2條第2項將其視為國賠法意義之公務員，故其效果直接歸屬國家而由國家負賠償責任。茲有疑義者為，若行政機關未審慎選任行政助手，或為錯誤之指令，因而造成人民權利受損，得否成立國家賠償責任，國內尚有不同見解；有認為行政助手之協助不良致生損害時，須視國家對其指揮監督有無過失，有無盡其應盡之注意義務

²²³ 林錫堯，行政法要義，2006年9月三版，元照出版，P.90。

²²⁴ 吳庚，行政法之理論與實用，2005年10月增訂九版，自版，P.187

²²⁵ 董保城，「行政助手與委外辦理國家賠償案例之研究」，收錄於，法治與權利救濟，2006年4月，元照出版，P.295。

²²⁶ 陳敏，行政法總論，2007年10月五版，自版，P.997。

²²⁷ 李震山，行政法導論，2007年10月修訂七版，三民出版，P.81。

²²⁸ 廖義男，國家賠償法，1993年7月增訂版，自版，P.26。

²²⁹ 陳敏，行政法總論，2007年10月五版，自版，P.997。

²³⁰ 委託行使公權力之「獨立性」，包括行為名義之獨立性、業務執行之獨立性。詳見，劉宗德主持，「政府業務委託民間辦理類型及程序之研究」期末報告，2000年4月，行政院經濟建設委員會亞太營運協調服務中心委託，P.115。

²³¹ 董保城，「國家賠償法在台灣實施現況與檢討」，收錄於，法治與權利救濟，2006年4月，元照出版，P.294。

為斷，決定國家應否負賠償責任²³²；亦有認為行政助手即為行政機關自己行為之延伸，國家本應負賠償責任，似無必要藉行政助手之選任判定國賠責任²³³。實則，行政助手之選任是否適當，協助指令是否正確，均不影響行政助手係為公務員工具之本質；且為避免行政機關藉由盡量不給行政助手工作指令之方式，不符工具論之要件以逃避國賠責任「避難到私法」²³⁴，行政機關自應就其所為行為概括接受，亦即應由國家負損害賠償責任。

三、其他相關概念

(一)、行政之替代履行者

行政之替代履行者係指國家放棄採取高權權限，並將公共任務之履行轉由私人「獨立」的活動取代，且係以私法的法律形式行為；亦即，國家放棄「執行」權限，但未將權限轉移給私人，因而在國家與私人之間未見權限之消長與流動。其可分為二種情形，一為行政機關放棄本已由其執行或應由其執行之任務，並轉由私人履行，此種情形多發生於行政任務之民營化類型中；一為行政機關與替代履行者皆可執行行政任務，然其僅係作為國家之替代履行者而活動，並無免除國家本應承擔之任務，如：行政機關之監督活動委由專業人員為之²³⁵。行政之替代履行者本係作為上位概念，用以說明所有未經高權權限移轉，而透過私人獨立自主完成公共任務之類型，與委託行使公權力自始即有不同²³⁶。

(二)、對私人人員或物資的納用

對私人人員或物資的納用發生於私人透過公共任務之執行而履行自己在法律上所負擔之行為義務之際，此時被納用人並未行使高權行為。私人履行之義務係透過法律強制規定，且不需要具體化之行政處分，因此屬於法定之私人納用制

²³² 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.102。

²³³ 董保城，「國家賠償法在台灣實施現況與檢討」，收錄於，法治與權利救濟，2006年4月，元照出版，P.295。

²³⁴ 董保城，「行政助手與委外辦理國家賠償案例之研究」，收錄於，法治與權利救濟，2006年4月，元照出版，P.103。

²³⁵ 程明修，「私人履行行政任務時之法律地位」，收錄於，行政法之行為與法律關係理論，2005年10月二版，新學林出版，P.428。

²³⁶ 程明修，「私人履行行政任務時之法律地位」，收錄於，行政法之行為與法律關係理論，2005年10月二版，新學林出版，P.433。

度；因私人依法承擔特定行為或給付義務，並將之視為一種「市民義務」，故亦有稱為「行政義務之制度」，如德國若干地方自治法規中即有緊鄰街道之居民負有清掃街道義務之規定²³⁷。私人人員或物資的納用係由法律直接規定，同時亦無高權權限之移轉，故意有別於委託行使公權力²³⁸。

（三）、基於私法契約所雇請之人

國家得將行政事務以契約授權與私企業之方式完成，如：私人電子公司受託裝設紅綠燈、私人營造廠受託修築馬路等均屬之，此等受委託之私人雖係獨力完成任務，然其執行之事務與公權力無涉，因而非受委託行使公權力之人可比²³⁹；惟依據勞動契約雇用之清潔人員，若其有執行公法上職務之情事發生，則屬國賠法所稱公務員²⁴⁰。

（四）、出於自願之主動的私人

出於自願之主動的私人係指基於自身之意願而執行屬於公益或原本應由行政負擔事務之個人或私法上團體而言，如興辦醫院、興辦幼稚園或其他福利團體等，此種行為雖可能受到法令之限制或國家監督，但因其對外不涉及高權行政作用，與委託行使公權力仍然有間。

以上係針對公務員之定義及各項法律所稱公務員之範圍稍加整理，然本文以為，國賠法（台）第 4 條「受委託行使公權力之團體，其執行職務之人於行使公權力時，視同委託機關之公務員。受委託行使公權力之個人，於執行職務行使公權力時亦同。」之規定，已使同法第 2 條第 1 項有關公務員之定義形同具文，因個人或民間團體亦可透過行政程序法第 16 條之規定受託行使公權力，或於公務員之指揮監督下執行公任務而成為公務員延伸之手腳，因此公務員之定義規定並不重要，其重點應在公權力之行使，若非行使公權力，則無論公務員私人負責或

²³⁷ 程明修，「私人履行行政任務時之法律地位」，收錄於，行政法之行為與法律關係理論，2005 年 10 月二版，新學林出版，P.429、430。

²³⁸ 程明修，「私人履行行政任務時之法律地位」，收錄於，行政法之行為與法律關係理論，2005 年 10 月二版，新學林出版，P.433。

²³⁹ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.102。

²⁴⁰ 陳清秀，國家賠償實務之研討（上），月旦法學雜誌第 141 期，2007 年 2 月，元照出版，P.173。

國家負責，皆已有法律可資適用，並無適用國家賠償法之必要。因此行使公權力方為國家賠償法之重點，德國則以「任何行使公權力之人」取代「公務員」²⁴¹，本文認為如國賠法（台）如能比照辦理，則可避免陷於受託行使公權力抑或行政助手判斷之泥沼，亦無庸於判定其屬性後分別適用國家賠償法或行政程序法，從而得以簡化法律關係，甚值參考。

第三項 大陸地區之規定

一、公務員法之規定

大陸地區是中國共產黨執政，各民主黨參政之社會主義國家，公務員之概念、範圍與一般西方國家有所不同，如多黨制國家「政務類公務員」與「業務類公務員」之分類，即未見於大陸地區²⁴²。自中共政權成立以來至 1987 年，大陸地區之幹部人事制度中，並無現代意義上之「公務員」此一概念。1993 年國務院制定並頒布大陸地區第一部公務員法規—國家公務員暫行條例，該條例第 3 條明定大陸地區公務員之概念與範圍：「公務員是指在各級國家行政機關中除工勤人員以外的工作人員。」因此，公務員必須是在行政機關中任職之人員，依憲法（陸）所劃分之國家機關類型，各級人民代表大會之代表及人民代表大會常設機構中之工作人員、在各級法院工作之法官、各級人民檢察院工作之檢察官、在軍隊中任職之各級軍官皆非公務員；此外，在群眾團體、民主黨派及國有企業中工作之工作人員亦非公務員。國家公務員暫行條例界定之公務員概念未包括在公共管理機構任職之人員，為其不足之處²⁴³。

上述國家公務員暫行條例為 2005 年公布之「公務員法」所取代，該法第 2 條規定「本法所稱公務員，是指依法履行公職、納入國家行政編制、由國家財政負擔工資福利的工作人員。」因此大陸地區公務員之概念可從三方面理解：

第一，大陸地區公務員係指依法履行公職之人員。所謂「公職」，係指提供

²⁴¹ 翁岳生，「行政法與國家賠償法」，收錄於，法治國家之行政法與司法，2008 年 12 月二版，元照出版，P.176。

²⁴² 姜明安主編，行政法與行政訴訟法學，2007 年 1 月第三版，法律出版社，P.149、150。

²⁴³ 應松年主編，行政法與行政訴訟法學，2005 年 3 月，法律出版社，P.92~94。

公共管理、公共服務以實現公共利益之職務，這種職務是通過法定方式設立，如：憲法、組織法、公務員法及其他相關法律規定之方式；並須通過法定程式取得，如憲法、選舉法、公務員法及其他有關公務員任用之法律、法規規定之程序。

第二，大陸地區公務員係指納入國家行政編制、由國家財政負擔工資福利之人員。因此公務員並不包括國有企業及一般事業單位之職工，惟公務員法第 106 條規定「法律、法規授權的具有公共事務管理職能的事業單位中除工勤人員以外的工作人員，經批准參照本法進行管理。」是為例外。

第三，大陸地區公務員包括執政黨、參政黨機關以及公共社會團體中履行公職、納入國家行政編制、由國家財政負擔工資福利之人員。這一點是由大陸地區社會主義國家性質所決定，前述國家公務員暫行條例雖未將這一部分人員納入公務員範圍，但在實踐中亦是將他們作為公務員對待，並參照適用國家公務員暫行條例之相關規定。

二、公務員之分類

根據公務員法之規定，大陸地區公務員分為一般職公務員、特別職公務員二種²⁴⁴：一般職公務員係指特別職公務員以外之所有公務員；特別職公務員則指公務員中的領導成員以及法官、檢察官等。

公務員中之領導成員主要指各級人民政府組成人員及縣級以上人民政府工作部門之正副職負責人；各級人民政府組成人員根據憲法及組織法由各級國家權力機關選舉或決定產生，其任期與相應政府每屆之任期相同；政府換屆後，上一屆政府組成人員可在下一屆政府中留任，如其不留任下屆政府組成人員，可轉任一般職公務員（如由部委負責人改任直屬機構、辦公機構之負責人）。一般職公務員則根據公務員法通過考任、調任、聘任²⁴⁵、委任等方式產生，其任職不受政府換屆之影響；一般職公務員通過法定程序者，也可轉任政府組成人員。就大陸

²⁴⁴ 其區別實益在於，公務員法第 3 條規定「法律對公務員的領導成員的產生、任免、監督以及法官、檢察官等的義務、權利和管理另有規定的，從其規定。」亦即，特別職公務員除適用公務員法外，還要適用特別法規定，而且特別法的適用優於普通公務員法之適用。

²⁴⁵ 有關考任、選任及聘任之說明，詳見姜明安主編，行政法與行政訴訟法學，2007 年 1 月第三版，法律出版社，P.154 以下。

地區體制而言，此二類公務員之區分，似未有西方國家政務類公務員與業務類公務員之嚴格界限。

此外，根據公務員職位之性質、特點及管理需要，公務員法另將公務員劃分為「綜合管理類」、「專業技術類」和「行政執法類」三個類別。綜合管理類公務員中領導職務層次分為國家級正職、國家級副職、省部級正職、省部級副職、廳局級正職、廳局級副職、縣處級正職、縣處級副職、鄉科級正職、鄉科級副職；綜合管理類公務員中非領導職務層次在廳局級以下設置，分為巡視員、副巡視員、調研員、副調研員、主任科員、副主任科員、科員、辦事員。

公務員法未對專業技術類及行政執法類公務員之職務系列予以明定，而係規定根據該法由國家另行規定。除此之外，對於綜合管理類、專業技術類及行政執法類以外具有特殊性之職位而須單獨管理者，公務員法授權國務院可增設其他職位類別²⁴⁶。

三、國家賠償法總則之規定

大陸地區國家賠償法有關行政賠償之構成要件規定於第 2~4 條及第 7 條第 3、4 款²⁴⁷，其中第 2 條規定於總則，故其規定內容應適用於國家賠償法分則部分；同法第 3 條、第 4 條及第 7 條第 3、4 款規定於分則，為行政賠償構成要件之特殊規定²⁴⁸。

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。」因此國家責任之侵權主體為「國家機關」和「國家機關工作人員」二種²⁴⁹，其同時

²⁴⁶ 公務員法（陸）第 14~17 條參照。

²⁴⁷ 國賠法第 7 條本為「賠償義務機關」之規定，然大陸地區學者討論侵權主體時多一併列入討論，以擴大保障範圍，本文亦從之；惟侵權主體與賠償義務機關究竟可否一分為二似有疑義，仍有深入探討之必要。

²⁴⁸ 有關國賠法（陸）第 2 條與第 3、4 條規定應如何理解，詳見第二章、第四節、第二項之「行政賠償」部分。

²⁴⁹ 學者馬懷德認為，就語意學而言「和」表示並列關係，因此受害人原應同時證明國家機關與國家機關人員行為侵權始得請求賠償，然此與保障、便利受害人之法理相違背，因而其主張在國家賠償責任主體要件上，對於立法而言是「和」的並列關係，對受害人則為「或」的選擇關係；其並提出以國家機關工作人員是否存在故意或重大過失為確定侵權主體之基本標準，亦即因行政機關工作人員之故意或重大過失所造成的損害以行政機關工作人員為侵權主體，若行政

將機關與公務員並列，與多數歐美國家及台灣地區國家賠償法第 2 條僅以公務員為侵構主體之立法例有所不同。此或因舊日東歐以蘇聯為首之社會主義國家於此均一併納入行政機關之先例有關；亦有謂此一規定即係採國家自己責任，而非代位責任之例證²⁵⁰。

「國家機關」係指國家依法設立之公權力機構，根據大陸地區之現行國家體制，國家機關包括國家權力機關、國家行政機關、國家司法機關及國家軍事機關。憲法（陸）第 41 條規定「由於國家機關或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。」民法通則第 121 條規定「國家機關或國家機關工作人員在執行職務中，侵犯公民、法人的合法權益造成損害的，應當承擔民事責任。」因此，根據憲法和民法，各種國家機關本皆得為國家侵權行為之主體，但根據國賠法第二章、第三章之相關規定，國家賠償之侵權行為主體則限於行政機關及司法機關：「行政機關」是指行使執行、組織、管理、監督等行政權之機關，是國家權力機關之執行機關；行政機關是國家機關中數量最多，分佈最廣、活動最頻繁之國家機關，包括從中央到地方之各級人民政府及其各級人民政府所設置之各行政管理部門，如工商管理機關、稅務機關、交通管理機關、土地管理機關、公安機關等。「司法機關」是指行使司法權之各種國家機關，包括行使審判權之人民法院、行使檢察權之人民檢察院、行使刑事拘留權及預審權之公安機關及安全機關、行使執行刑罰權之監獄管理機關等。須注意者為，「公安機關」具有行政機關及司法機關雙重地位，在行使治安管理權時是行政機關，在行使刑事追訴權時則為司法機關²⁵¹。由於本文論述係以國家行政賠償責任為中心，因此以下僅對行政賠償之相關部分加以說明。

「國家機關工作人員」有別於「國家工作人員」與「公務員」之概念，依據國務院與最高人民檢察院歷來對國家機關工作人員之「工資標準」、「獎懲」、「貪污賄賂行政處分」、以及「玩忽職守罪之認定與處理」等有關規定，「國家工作人

機關工作 人員的行為沒有違法和過錯，則須證明損害是由行政機關功能運作有所欠缺而致。詳見，馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006 年 2 月，P.91、92。惟本文認為，此種立論似乎悖離法律解釋方法，且形同於單一違法歸責原則之架構上，在主體要件上增加法律本無規定之主觀過失要件，似待商榷，因此應以修法途徑解決方為妥適。

²⁵⁰ 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.147。

²⁵¹ 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.94。

員」採最廣義之定義，係指透過選舉、任命、招聘方式，於國家機關、國有企業、國家事業單位擔負一定職務，依據法定權限或職責從事公務之人，其除國家機關工作人員外，尚包括於國有企業、工會、共青團、婦聯、以及經費靠財政預算撥款之學校、醫院、科研機構等單位工作之人員；「國家機關工作人員」此一概念則較前者為小，僅指於國家機關編制內，有一定級別、職稱之在冊人員²⁵²；而「公務員」一般指國家行政機關工作人員，與台灣地區行政機關內，包括政務官與事務官二類公務員之範圍相當²⁵³。因此，國家機關工作人員既不同於國家工作人員，亦不同於公務員，其範圍小於國家工作人員，而大於公務員；認定國家機關工作人員，應當從二方面入手：一是在國家機關中擔任職務。不在國家機關中工作之人員，不能成為國家機關工作人員，如在黨機關、企業事業單位或其他社會團體中工作之人非為國家機關工作人員；二是依法從事公務。雖然在國家機關中工作，若無擔任國家職務，不能依法從事公務之人員，也不能成為國家機關工作人員，如國家機關中的炊事員、電話員等工勤人員²⁵⁴。

四、國家賠償法分則之規定

行政賠償責任作為國家賠償責任之一部分，其責任構成要件自與國家賠償責任之構成要件相一致。但因行政賠償責任自身之特殊性，其構成要件具有特定內涵，故有別於國賠法第 2 條之規定，第 3、4 條規定「行政機關及其工作人員在行使行政職權時……」，第 7 條第 3 款規定「法律、法規授權的組織在行使授予的行政權力時侵犯公民、法人和其他組織的合法權益造成損害的，被授權的組織為賠償義務機關。」，同條第 4 款規定「受行政機關委託的組織或者個人在行使受委託的行政權力時侵犯公民、法人和其他組織的合法權益造成損害的，委託的行政機關為賠償義務機關」，行政賠償責任之侵權行為主體分為以下數類：

（一）行政機關

行政機關是國家機關之一種，是由國家依法設立並代表國家依法行使國家

²⁵² 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.460。

²⁵³ 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.148；惟有不同意見，詳後述。

²⁵⁴ 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.95。

行政權力之機關，主要是指各級人民政府及其設立之機關，包括：(一)國務院及其組成部門；(二)國務院直屬機構、辦事機構，由國務院自行設立，列入國務院編制序列；(三)部委直屬機構歸口之國家局；(四)地方各級人民政府；(五)地方各級人民政府之職能部門及二級機構；(六)派出機關及派出機構；(七)非常設機構，包括為管理之需要而臨時成立之機構以及為協調管理而成立之各種辦公室、領導小組，此外還包括綜合執法機構、聯合執法組織等。原則上只要是行政機關，無論是常設機構還是非常設機構，無論是依法設置還是違法設置，皆可成為行政侵權行為主體。

國家行政機關作為行政侵權行為主體尚有數個問題須注意：第一，行政機關內部機構侵權者，視為所屬行政機關侵權，因為任何行政機關都負有監督其內部機構之職責，內部機構侵權當然視為該行政機關侵權；第二，各級地方人民政府及其職能部門在沒有法律依據之下自行設立之行政機構侵權者，視為設立該機構之政府或機關侵權；第三，兩個以上行政機關共同行使職權造成損害者，共同致害之行政機關構成共同侵權之行為主體²⁵⁵。

(二) 行政機關工作人員

有學者認為行政機關工作人員是指任職於國家行政機關，行使國家行政權，執行國家公務之人員，亦稱為國家公務員²⁵⁶。本文認為，將行政賠償責任之主體界定為公務員似值商榷。依據公務員法（陸）第2條規定，公務員是指「依法履行公職、納入國家行政編制、由國家財政負擔工資福利的工作人員。」可見，大陸地區採取廣義公務員之概念，而非以行政機關工作人員為主之固有意義公務員概念。在此情況下，若以公務員作為標準，則司法賠償等制度都將被行政賠償所涵蓋，共產黨與民主黨派之職務行為亦將承擔國家賠償責任，行政賠償將超過既有國家賠償之範圍，顯有不妥²⁵⁷。

因此，行政機關工作人員一般係指依法律規定，經由選舉或任命方式選拔至國家機關擔任行政管理之工作人員。詳言之，應包括兩類人員：(一)國家權力

²⁵⁵ 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.121、122。

²⁵⁶ 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.146。

²⁵⁷ 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.165。

機關通過選舉產生，例如總理，或係依法由具有任免權之機關經提名任免程序，予以任免之人員，例如副總理、各部部長、審計長等。(二) 通過考試或由有關人事部門調任進入行政機關，執行國家公務之人員，如司長、處長、科長、科員、辦事員等。此外，臨時聘用之人員由於所從事工作之性質無殊於正式編制內之人員，故亦有主張應涵蓋在內。至於非屬行政機關內之人員，如工會、青年團、婦聯等社會團體，或於企業、專業單位，或政黨工作之人員，均非屬行政機關工作人員之範疇；又縱屬行政機關之組成份子如非從事與行政管理相關之職務，而係一般之技術人員，如司機、話務員、炊事人員等亦按排除在外²⁵⁸。

(三) 法律、法規授權之組織

除行政機關依法享有行政職權外，根據行政管理之需要，行政機關以外之組織亦可能因法律、法規授權而享有部分行政權力，因而法律、法規授權之組織亦得成為行政侵權行為主體，國家對其在行使行政職權時之侵權行為亦應承擔賠償責任。法律、法規授權之組織是指依具體法律、法規²⁵⁹之授權，以自己名義行使特定行政職權之非國家機關組織，具有數項特徵：(一) 其為非國家機關之組織，僅於法律、法規授權時，方享有國家權力並承擔法律責任。(二) 其行使者為特定行政職權而非一般行政職權；所謂「特定職權」，即限於相應法律、法規明確規定之某項具體職權或具體事項，範圍通常非常狹隘。(三) 其職權為具體之法律、法規所授予，而非由行政組織法所授予，且一般而言，該授權具有期限；通常限於辦理某具體行政事務，一旦該行政事務完成，相應授權即結束，被授權組織即成為一般之民事主體。

法律、法規授權之組織其範圍十分廣泛，且常變動不定。主要有以下四類：(一) 社會組織、社會團體，如律師協會、醫師協會等各種行業協會。(二) 企事業組織；目前，大陸地區一些專業性公司，有許多是由行政機關改制而成，在一定時期內仍具有一定的公權力色彩，法律、法規往往授權其行使一些行政職能，主管機關亦往往會委託其處理某些行政事務，如煙草公司、鹽業公司等。(三)

²⁵⁸ 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.147、148。

²⁵⁹ 另有主張規章授權者應一併納入侵權行為主體，詳見，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.244。

基層群眾性自治組織；主要是指城市及農村按居民居住地區設立之居民委員會及村民委員會。居民委員會、村民委員會除根據相應組織法之授權，協助基層人民政府工作外，還經常根據其他法律、法規之授權，行使某些協助職能並辦理某些行政事務，如代收某些稅費等。（四）各種技術性機構；在行政管理活動中，行政機關由於受到人力、物力之侷限，對一些專門性之技術問題，法律、法規往往授權有關技術性機構行使部分行政職能²⁶⁰。

（四）行政機關委託之組織

行政機關委託之組織係指依法律、法規之規定而於符合法定條件下²⁶¹，受行政機關委託行使一定行政職權之非國家機關組織。在行政委託中，行政機關將自己行使之部分行政職權委託給另一機關或組織以代替自己行使，因而受行政機關委託之組織亦可成爲侵權行爲主體。其與被授權組織不同者爲，被授權組織能以自己名義行使行政職權，引起之法律責任亦由自己承擔；而受委託組織係因行政機關之委託方行使特定行政職權，並且須以委託機關之名義行使職權，行爲後果亦由委託機關承擔。

須注意者爲，對於受託機關超出委託範圍所爲之侵權行爲，國家應否對此負責，一般認爲應視具體情況而定。若受委託人所爲與委託事項有關聯之致害行爲，國家應負賠償責任，例如，「掃黃打非」期間，公安機關委託某治安聯防隊員對某地娛樂場所進行監督檢查，該治安聯防隊員利用委託權，對某酒店老闆強行索要財物，對此索要行爲國家應負賠償責任；若受委託人所爲與委託事項全然無關，則國家不負賠償責任，例如，上例中治安聯防隊員在酒店吃飯時，醉酒行兇、致人傷亡，則國家對該致害行爲不負賠償責任，在這種情況下，超越委託範圍之受委託人不構成侵權行爲主體²⁶²。

（五）委託從事公務

與台灣地區一般，大陸地區伴隨現代社會的發展，國家機關之職權範圍日益

²⁶⁰ 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.122。

²⁶¹ 惟有學者認爲沒有法律規定亦得委託行使職權，此種論據似有未妥。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.146。

²⁶² 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.123。

擴大，而國家機關之設置及編制有限，難以處理日益增多之國家事務，亦無能力親自完成涉及專門技術技能之國家事務；因而產生國家機關將部分職能授予其他組織或委託其他組織及人員行使之情形，即授權或委託從事公務²⁶³。依國賠法（陸）第3、4條及第7條之解釋可知，大陸地區委託從事公務之情形除前述「法律法規授權組織」、「行政機關委託之組織」以外，尚包括「法律法規授權之人員」、「行政受委託人」²⁶⁴，另外亦有學者引進「行政助手」²⁶⁵之概念，其定義、爭點及相關探討皆與台灣地區無所差別。

須注意者，大陸地區學者對「自願協助公務執行之人」可否成為侵權主體，亦即未受委託或請求之人於執行公務過程中導致他人受到侵害，國家應否負擔賠償責任，有兩種不同意見。有學者認為行為人雖係自願協助公務，若為執行公務範圍內之行為，國家自應對其侵權行為負責²⁶⁶；有學者認為應構成公法上無因管理，不宜納入國家賠償範圍²⁶⁷。事實上，自願協助公務執行之人，既非授權問題亦不屬委託問題，因此不能按照授權或委託之規定處理；然非國家機關工作人員自願協助公務者，畢竟屬於執行公務之範圍，因此造成他人損害者國家亦應當負責，如此方有利於鼓勵人們見義勇為等助人行為²⁶⁸。

第四項 比較分析

一、公務員之範圍

台灣地區國賠法第2條第1項規定「本法所稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。」係採最廣義之解釋，不僅包括國家機關之公務員，而且亦包括從事公務之非公務員，其所包含範圍相當廣泛，以利擴大人民救濟範圍。大陸地區公務員法第2條則規定「本法所稱公務員，是指依法履行公職、納入國家行政編制、由國家財政負擔工資福利的工作人員。」增加「納入國家行政編制」、「由國家財

²⁶³ 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.96。

²⁶⁴ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006年2月，P.93、94。

²⁶⁵ 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.71。

²⁶⁶ 應松年主編，國家賠償法研究，法律出版社，1995年8月，P.69。

²⁶⁷ 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.72。

²⁶⁸ 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.96。

政負擔工資福利」兩項要件，就條文以觀其範圍似較台灣地區為窄；惟大陸地區因具社會主義國家性質，公務員尚包括執政黨、參政黨機關以及公共社會團體中履行公職、納入國家行政編制、由國家財政負擔工資福利之人員，此點則與台灣相異。

就兩岸國賠法公務員概念相比較，大陸地區雖於 2005 年公布「公務員法」，然國賠法並未同時修正，因此有關行政賠償之侵權主體仍維持第 3、4 條「行政機關及行政機關人員」及第 7 條第 3 款「法律、法規授權的組織」、同條第 4 款「受行政機關委託的組織或者個人」，似與台灣地區之規定相一致。然其問題在於非但可能造成國賠法「侵權主體」與公務員法「公務員」相衝突之情形；另外，尚有前述國賠法分則規定如何與總則規定調和之問題。

有關委託行使公權力致害責任之賠償，台灣地區國賠法第 4 條第 1 項規定「受委託行使公權力之團體，其執行職務之人於行使公權力時，視同委託機關之公務員。受委託行使公權力之個人，於執行職務行使公權力時亦同。」依據行政程序法第 16 條之規定，須有「法規」之依據，然因委託事項瑣碎細微以致法律未予規定，亦無明確之授權或委託行為，國家機關卻信賴私人執行其職務行使公權力者，若該私人因故意或過失不法侵害他人，此時國家仍應負賠償責任，已如前述。大陸地區國賠法第 7 條第 3 款規定，組織經法律法規授權者得以執行公務者，然並未規定未獲法律法規授權之組織執行公務之致害行為國家應否負擔賠償責任；同條第 4 款規定受行政機關委託之組織或個人得以執行公務，惟對於委託是否須有法律法規依據及委託相關程序，則無說明綜合而言，大陸地區針對委託行使公權力致害賠償責任之規定看似較為明確，實則漏洞較多，尚有改善空間。

二、侵權主體設定

在有國家賠償制度的國家，法律對侵權主體之設定儘管在外在形式方面有相類似之處，但在概念之內涵上則不相一致，可分為如下數類：（一）以公務員為侵權主體；（二）以政府雇員為侵權主體；（三）以國家機關為侵權主體；（四）以國家機關及公務人員為侵權主體；（五）以執行公務之任何人為侵權主體；（六）以國家或其他公共實體及其主管官員、執行官員或代理人為侵權主體；儘管各國

法律對侵權主體之設定不相一致，但不外乎可分為一元、二元及多元模式²⁶⁹。有別於台灣地區單以「公務員」為侵權主體之一元結構，大陸地區係採用「行政機關及行政機關人員」為侵權主體，亦即二元結構。有學者認為在這種結構中，因現階段國家權力運用之實際需要，對結構之概念作出廣義解釋，將某些運用國家權力之非國家機關及其工作人員亦納入侵權主體範圍之中，因而主張國家責任之侵權主體除第 2 條明定之「國家機關」和「國家機關工作人員」以外，尚包括「法律、法規授權之組織」、「受國家機關委託之組織或個人」。此種解釋方法之缺點有二：其一，超出文義解釋之範圍；其二，使侵權主體規定更加紊亂，因第 2 條係屬總則規定，如此擴大解釋不但使第 7 條第 3、4 款形同具文，更將使司法賠償之侵權主體擴大至「法律、法規授權之組織」、「受國家機關委託之組織或個人」，然大陸地區法律從未將司法職權授予司法機關以外之組織，也不允許司法機關將司法職權委託給其他組織及人員行使²⁷⁰。

有學者認為，機關及人員雖在邏輯上可以切割，但是機關及人員在法律主體上不可能一分為二。所謂機關行為，無一非由機關工作人員所為，若其行為屬公務行為者，自為機關行為。立法長期以來使用機關及人員兩個主體概念，無非是表明行為主體之具體形式有時會不一致。惟若該工作人員之行為與公務無關，則必非職權行為而係個人行為，賠償責任亦就是個人民事賠償責任，而非國家賠償責任。因此，工作人員之行為在法律上都歸屬於機關，法律後果亦歸屬於機關，職權行為之主體在法律上就是國家機關²⁷¹。一般而言，只要能確認侵權行為是行政機關工作人員之公務行為，就能確定國家賠償責任之主體要件；然問題在於，許多場合吾人僅能得知某行政機關或被授權組織之行政行為對相對人之合法權益造成侵害，而無法確定造成損害之行政行為是由何人所為。由於行政賠償責任中之侵權主體必須特定，若受害人不能確定侵權主體，將難以獲得行政賠償。因此，就有效救濟受害人以觀，將行政機關及法律法規授權組織作為行政侵權主體實為必要；主張國家賠償侵權行為之人，無須舉證侵權公務員之個人姓名、描述

²⁶⁹ 有關侵權主體設定之詳細介紹，請參照，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.41、42。

²⁷⁰ 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.96。

²⁷¹ 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.243。

其執行職位時之心態，只要逕直指出所造成損害是行政機關功能運作有所欠缺而致即可²⁷²。

本文以為，國家賠償制度較為發達之國家，國家賠償之範圍較為寬泛，相應對侵權主體之限制較少，因而主體要件被其他要件所吸收，即所謂「主體要件隱退」，此意味國家賠償歸責行為之主體是以侵權當時所從事行為是否具公權力性質而定，而非以行為人之身分為依據²⁷³；現行德國基本法將「官吏」修改為「任何行使公權力之人」，即以行使公權力為國家賠償責任之認定標準，而不論其主體之法律身分²⁷⁴。惟台灣地區國賠法修法草案第 3 條仍保留「公務員」之規定，為保障受害人之救濟，大陸地區有關侵權主體「機關與人員並列」之二元結構，似值台灣地區參考。



²⁷² 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006年2月，P.89、90。

²⁷³ 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.61。

²⁷⁴ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006年2月，P.88。

第二節 須為執行職務之行為

公務員實際上具有雙重身分，其非但為從事公務之人員，亦為一般民眾。因此，國家對公務員之行為須負賠償責任者，必以該公務員之行為係因執行職務而引起，若公務員之行為與執行職務無涉而係一般私人行為，即使發生侵權損害事實，亦為個人民事責任而無國家賠償責任之適用，因此何謂執行職務之行為，須先予以界定。

第一項 執行職務行為之意義

所謂執行職務之行為，係指公務員在行使其職務上之權力或履行其職務上之義務等，所從事與其所職掌公務有關之行為²⁷⁵，若係公務員以私人角色所從事之行為，則無國家賠償責任之適用。又所稱「公務」，僅指「公法上職務」而言²⁷⁶，亦即僅公法上職務行為始發生國家賠償責任之問題，若屬私法上之職務者，則無國家賠償法之適用²⁷⁷。關於國家行為公法、私法上之區別，有學者認為國家行政行為依法律形式可分為：（一）高權統治行為；（二）單純統治行為；（三）行政私法行為；（四）國庫行政；前二者屬於公法職務行為，後二者則屬於私法職務行為²⁷⁸。

第二項 執行職務行為之判斷基準

由於國賠法第 2 條第 2 項之「執行職務」用語，與民法第 188 條所使用之「執行職務」用語相同，因此台灣地區行政法學者於探討國賠法執行職務行為之判斷標準時，大多借用民法學者對民法第 188 條「僱用人責任」中所規定「執行職務」行為之判斷標準，以為說明²⁷⁹。依據學者之見解，如何認定「執行職務」，可分

²⁷⁵ 廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.29。

²⁷⁶ 亦有學者認為，就國賠法第 2 條第 2 項「執行職務行使公權力」之用語以觀，本條所稱「職務」應限於「公法上職務行為」。詳見，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.81。

²⁷⁷ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.113。

²⁷⁸ 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.82。

²⁷⁹ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.113。

為「主觀說」、「客觀說」二說：「主觀說」認為行為是否係屬執行職務，不能僅以行為與職務間在外觀、時間、處所有相關聯即為已足，必須行為之目的與職務之作用間，內部存有密切關聯，亦即須以公務員執行職務之目的為何²⁸⁰作為判斷基準；「客觀說」則係以行為外觀為斷，凡外觀上具有執行職務之形式者，舉凡客觀上、外形上可認為屬於社會觀念上職務之範圍均屬之，而不問行為者之主觀意願為何，凡是職務行為本身或與職務行為有牽連不可分者之行為者，即屬執行職務，故如警員出示警員證件並宣稱查緝援助交際，脅迫人民接受烙印私刑，雖該警員並未擔任查緝援助交際之勤務，私刑烙印亦發生於勤餘時間，然因一般人之理解，其出示證件之外部行為，客觀上已足認係執行職務之行為²⁸¹。

對於執行職務行為之判斷究竟應採主觀說或客觀說？採主觀說之學者認為，判斷公務員之行為是否在執行職務，應注意執行職務行為與職務予以機會之行為應予區別，更應注意行為目的與職務作用間之內部上有密切關聯為必要，亦即須以「行為目的」與「行為外觀」作為判斷之標準，方不失偏移²⁸²；最高法院42年台上字第1224號判例謂「民法第一百八十八條第一項所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，不僅指受僱人因執行其受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為，而不法侵害他人之權利者而言，即受僱人之行為，在客觀上足認為與其執行職務有關，而不法侵害他人之權利者，就令其為自己利益所為亦應包括在內。」，可見實務上顯然係採客觀說²⁸³；本文認為，公務員內心之主觀意思不僅難以判斷、且舉證不易，故主觀說之限制較嚴格而不利於人民，目前多數學者²⁸⁴認為基於法律關係明確且為充分保障人民權利，主張應採客觀說為宜而為通說²⁸⁵。

²⁸⁰ 陳敏，行政法總論，2007年10月五版，自版，P.1138。

²⁸¹ 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.83。

²⁸² 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.114。

²⁸³ 劉春堂，國家賠償法，2007年6月修訂二版，三民出版，P.22。

²⁸⁴ 陳敏，行政法總論，2007年10月五版，自版，P.1138。林三欽，「國家賠償法第二條理論與實務之檢討」，收錄於，台灣行政法學會主編，當事人協力義務／行政調查／國家賠償，2006年11月，元照出版，P.353。劉春堂，國家賠償法，2007年6月修訂二版，三民出版，P.22。

²⁸⁵ 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.83。

此外須注意者為，執行職務之行爲應專指「職務本身行爲」抑或包括「與職務本身行爲有相牽連關係行爲」在內，學說上有狹義說與廣義說兩種不同見解：狹義說認為執行職務之行爲，必須與公務員職掌之公務始終表裡一致，始克相當，如警察在街道上逮捕嫌犯、衛生機關之食品檢驗人員抽檢食品等²⁸⁶；易言之，僅限於職務本身之行爲方為執行職務之行爲，雖與職務相關連之行爲，亦非執行職務行爲。廣義說則認為執行職務本身之行爲固係執行職務之行爲，「為執行職務所採取之手段行爲」及「與執行職務密切關連之行爲」，亦屬之，因此違法監聽²⁸⁷、稅務員查帳時以脅迫手段使納稅義務人承認有漏稅行爲²⁸⁸、警察逮捕犯人後予以刑求逼供、在警察局與新聞記者閒談所為之發言等，均屬與職務本身行爲有密切關連之行爲，亦係執行行爲²⁸⁹。

有學者認為，憲兵於搜索扣押之際另為搶奪財物之行爲，或警察參與遺產爭執之民眾案件對他人施暴，因「搶奪行爲」、「施暴行爲」之行爲目的均係出於私欲而非執行職務，故不得認其係執行與職務內容有密切關連之行爲；反之，前述刑求逼供、違法監聽等行爲，則係基於執行職務之目的而為，二者實有區別而應為不同之認定²⁹⁰。本文認為此種分類主張看似細緻，其實於理似有未合，蓋執行職務行爲既採廣義說而認包括「為執行職務所採取之手段行爲」及「與執行職務密切關連之行爲」，多數學者又以「客觀說」認定公務員行爲是否屬執行職務之行爲，則不論「為執行職務所採取之手段行爲」及「與執行職務密切關連之行爲」自應採相同標準以為判斷，上述分類似傾向主觀說，將使客觀說保障人民權益之立意落空，因一般民眾不但無法輕易認定何為「為執行職務所採取之手段行爲」、何為「與執行職務密切關連之行爲」，更無從判斷公務員之行爲係出於私欲或執行職務之目的。

²⁸⁶ 劉春堂，國家賠償法，2007年6月修訂二版，三民出版，P.22。

²⁸⁷ 林三欽，「國家賠償法第二條理論與實務之檢討」，收錄於，台灣行政法學會主編，當事人協力義務／行政調查／國家賠償，2006年11月，元照出版，P.353、354。

²⁸⁸ 劉春堂，國家賠償法，2007年6月修訂二版，三民出版，P.23。

²⁸⁹ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.115。

²⁹⁰ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.116。

第三項 其他有爭議之行為

除上揭行為之外，另有些行為外觀上無法立即判斷是否屬於職務行為，有學者基於保障人民權益之考量，認為只要該行為本質上為職務行為，即應認定為係職務行為²⁹¹。為求慎重起見，對於數項具爭議之行為，本文仍分別論述如下。

一、是否須為辦公時間之行為

公務員服務法第 7 條規定「公務員執行職務，應力求切實，不得畏艱難規避，互相推諉或無故拖延」、同法第 11 條規定「公務員辦公，應依法定時間，不得遲到早退，其有特別職務經長官許可者，不在此限」，因而公務員依上述規定，負有執行職務之行為義務，然公務員之行為是否須為辦公時間內之行為始屬執行職務之行為，學理上有不同意見。公務員於辦公時間內之執行職務行為致人民權益受損，國家應負賠償責任，固不待言，惟公務員於辦公時間外所為之執行職務行為，致人民權益受損者，國家應否對此負損害賠償責任，則有疑義。按辦公時間純係國家與公務員之內部規範，公務員之一般權限未被剝奪，因此即使非為辦公時間之行為，若其外觀上屬於職務行為之範圍，國家仍應負賠償責任²⁹²，因此公務員辦公時間以外之行為，並非當然得認非屬執行職務之行為，如警察保管飼養警犬於家中²⁹³、警察於休假期間逮捕人犯之行為，亦屬執行職務之行為²⁹⁴。

二、是否須為轄區內之行為

公務員之行為應否受所屬機關土地管轄之限制，不無疑問。土地管轄係依地域限制而定機關權限，因而公務員執行職務原則上以在轄區內執行為常態；惟公務員縱未具備土地管轄之要件，因其具有一般執行職務之權限，外形上仍屬職務行為。本文認為，土地管轄亦為公務員與國家之內部規範，以警察執行勤務而言，若台北市政府警察局之員警越區而於桃園縣逮捕罪犯，因一般人民無法從外觀上判別該員警究竟隸屬哪一機關，因此該逮捕行為應認係屬執行職務之行為²⁹⁵，方

²⁹¹ 林三欽，「國家賠償法第二條理論與實務之檢討」，收錄於，台灣行政法學會主編，當事人協力義務／行政調查／國家賠償，2006 年 11 月，元照出版，P.353。

²⁹² 劉春堂，國家賠償法，2007 年 6 月修訂二版，三民出版，P.22、23。

²⁹³ 廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.30。

²⁹⁴ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.117。

²⁹⁵ 劉春堂，國家賠償法，2007 年 6 月修訂二版，三民出版，P.23。

為事理。

三、逾越權限

公務員執行職務之行爲，應以該公務員所執行之職務係於規定範圍內爲必要，亦即加害公務員須有爲該行爲之一般職務權限。所謂逾越權限，係指行爲超越法令授權及容許之範圍而言，一般職務權限是否存在應依社會常識及觀念決定，無涉乎公務員依機關內部規則所劃分之權限職掌範圍，從而公務員之行爲若依社會通念屬於其職務範圍，縱超越法令權限，亦應解爲其有爲該行爲之一般職務權限²⁹⁶，因此逾越權限之行爲不但屬執行職務之一種現象，且爲侵害人民權益之典型行爲，如違反比例原則而罰鍰過高、法律僅規定處以罰鍰卻處以停止營業之處分等²⁹⁷。

四、僭稱職務行爲

僭稱職務行爲係指公務員或行爲人並非居於該職位，亦未具一定職務權限，竟冒充該職位行使職權之謂，僭稱職務行爲因未具事物管轄權，自非屬執行職務行爲²⁹⁸，例如消防隊員冒充刑警調查犯罪，強取財物；機場管理人員僭稱關務人員，對旅客行李課與關稅處分等²⁹⁹。其與逾越權限行爲之不同在於，逾越權限行爲仍屬行爲者所居職務地位一般所掌管之事項，惟於具體事件處理上超越法令範圍，亦即公務員仍具有事物管轄權；而僭稱職務行爲則根本不屬於公務員所居職務地位所能掌管之事項，亦即加害公務員並無該管事物之權限³⁰⁰。然本文認爲，僭稱職務行爲雖以非屬執行職務者居多，然一般人民究難以洞悉機關內部之分工，若該行爲客觀上、外形上依社會通念認係執行職務者，似應肯認爲宜³⁰¹。

²⁹⁶ 劉春堂，國家賠償法，2007年6月修訂二版，三民出版，P.23。

²⁹⁷ 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.83。

²⁹⁸ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.117、118。

²⁹⁹ 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.84。

³⁰⁰ 廖義男，國家賠償法，1993年7月增訂版，自版，P.31。

³⁰¹ 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.84。

五、回程行為

軍隊演習結束、消防隊消防完畢以及交通警察處理交通事故結束等，於其歸途中再發生事故之行為，是否屬執行職務之行為，學說上亦有不同意見。否定說以職務已執行完畢為由，認非屬職務行為；肯定說則認回程行為與前揭職務行為具有密切關連，因此應屬職務行為。以上二說以肯定說為宜，台灣地區學者亦多採之³⁰²。

六、利用職務之便

欠缺職務關聯，僅利用職務上機會作成之行為，如員警利用服勤配槍之機會開槍射殺其情敵、軍人私自借用車輛擅自駕車離營肇事³⁰³等，多數學者認為其非屬執行職務之行為³⁰⁴。劉春堂氏似採折衷說，其認為應將「濫用職務之行為」及「與其執行職務之時間或處所有密切關連之行為」二種行為分別而論，後者如稅務員於辦公室內查帳時吸煙失火而燒毀納稅義務人帳簿之行為，難認其與職務全無關係³⁰⁵；實則，若公務員於執行職務時，享有一般人所無之機會得以從事違法行為，如員警利用執行搜索之便帶走被搜索人之手錶，似得歸咎於國家機器運作時所發生之損害，理應由國家承擔責任³⁰⁶。

³⁰² 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.118。林三欽，「國家賠償法第二條理論與實務之檢討」，收錄於，台灣行政法學會主編，當事人協力義務／行政調查／國家賠償，2006年11月，元照出版，P.354。

³⁰³ 最高法院92年台上字1084號判決參照。

³⁰⁴ 陳敏，行政法總論，2007年10月五版，自版，P.1138。葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.113。廖義男，國家賠償法，1993年7月增訂版，自版，P.30。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.85。

³⁰⁵ 劉春堂，國家賠償法，2007年6月修訂二版，三民出版，P.26。

³⁰⁶ 林三欽，「國家賠償法第二條理論與實務之檢討」，收錄於，台灣行政法學會主編，當事人協力義務／行政調查／國家賠償，2006年11月，元照出版，P.354。

第四項 大陸地區之規定

雖有台灣地區學者提出國家賠償法第 2 條、第 3 條及第 4 條等一再重申「行使職權」之要件，僅於機關及其工作人員行使職權有特定侵權情形時，始有可能構成賠償責任，而質疑「行使職權」之概念意涵是否等同「執行職務」³⁰⁷；惟大陸地區學者於討論此一要件時似未刻意區辨，本文亦從之。學者認為執行職務係一內涵豐富之概念，包括行使權力之行為及非權力行為，法律行為及事實行為，作為行為及不作為；其並指出，具體而言國家賠償法意義上之「執行職務」概念分為最廣義、廣義及狹義三種³⁰⁸。前段對執行職務多元化之理解堪稱全面而完善，惟後段將執行職務概念解釋為三種範圍之區分，似有混淆「執行職務」與「公權力行為」之虞³⁰⁹。

在執行職務之認定上，大陸地區亦有主觀說與客觀說之爭，多數學者則支持客觀說³¹⁰。其理由為：第一，客觀說擴大國家賠償責任之範圍，更有效保護受害人之利益；依據客觀說之認定，即使公務人員並非具有執行職務之目的而為侵權行為（如為報復受害人），受害人亦可能獲得救濟，此即擴大國家賠償之範圍。第二，客觀說有利於保護受害人之合理信賴；公務人員具有執行職務之外觀，將使相對人產生合理信賴，如此種情形不予保護，則不僅不利於受害人之保護，而且不利於公務活動之進行。第三，客觀說具有較強之可操作性；主觀說要求探明公務人員之目的，認定其主觀目的往往比較困難，還使得公權力主體得以尋找藉口逃避責任之承擔，客觀說以客觀情況為標準，使得執行職務之認定具有很強之可操作性³¹¹。除此之外，依照國家賠償法有關條文之規定，所謂職務上行為須是「行使職權」（第 2 條）、「在行使行政職權時」（第 3 條）及「行使職權時」（第 15 條）之行為，從這些規定表述及國家賠償之實踐來看，行政賠償行為要件中

³⁰⁷ 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.150。

³⁰⁸ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006 年 2 月，P.97、98。

³⁰⁹ 依照其對執行職務概念分類之說明以觀，與台灣地區討論「公權力意義」之分類方式若合符節，似將「執行職務」等同於「行使公權力」，此種理解實有待商榷。

³¹⁰ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006 年 2 月，P.99；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.147；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.98。

³¹¹ 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.73、74。

之職務上行爲，是職務行爲及與執行職務有關之事實行爲³¹²。

依據客觀說認定執行職務之行爲時，下列行爲屬於執行職務之行爲：(一) 執行職務本身之行爲。這類行爲特點是，行爲本身就屬於執行職務行爲，如工商行政管理機關違法吊銷執照、公安機關違法拘留等；(二) 與執行職務有關且不可分之行爲。這類行爲特點是，行爲本身不是職務行爲，但卻與職務內容有關而不可分，超越職權行爲、濫用職權行爲都屬於這類行爲，如稅務人員對納稅人之拘留行爲、員警之刑訊逼供行爲、違法使用警械行爲等；(三) 怠於行使職權之行爲。另有學者具體歸納應負國家賠償責任之執行職務行爲包括：具體行政行爲、作爲與不作爲、法律行爲與事實行爲、行政自動化³¹³。

第五項 比較分析

大陸地區對「執行職務」之理解及認定，大體與台灣地區學者之意見相一致，主張以客觀說認定執行職務之理由亦大同小異。惟有別於台灣，大陸地區學者多認爲判斷某一具體行爲是否爲執行職務之行爲，還須借助於具體判斷規則加以認定：如馬懷德教授提出職權標準、時空標準、名義標準及目的標準³¹⁴；周友軍提出職權範圍、行爲名義空間範圍、時間範圍及著裝標誌³¹⁵。其他如時間、職責許可權、名義、實質意義，或以時間、地點、目的、行爲方式，再或以執行職務之時間、地點、實施行爲時之名義及與行政職權之內在聯繫等因素；雖然各種區分標準不盡相同，但都傾向於採用多元標準而非單一標準，因爲執行職務之行爲與非執行職務之行爲常涉及諸多因素，須綜合分析方能定性³¹⁶。

實則，行爲之時間、地點不是認定執行職務之條件，即使不是在執行職務之特定時間及空間所發生之行爲，同樣亦有可能構成執行職務之行爲。本文以爲，判斷是否屬於執行職務之行爲，應當考慮以下兩個因素：第一，行爲人是否具有

³¹² 應松年主編，行政法與行政訴訟法學，法律出版社，2005年3月，P.530、531；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.247以下。

³¹³ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006年2月，P.101。

³¹⁴ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006年2月，P.99、100。

³¹⁵ 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.74、75。

³¹⁶ 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.148。

公務身分。國家機關及國家機關工作人員執行職務之行爲與其特定之公務身分相聯繫，而與其法人身分和公民身分相分離；所以，國家機關及國家機關工作人員在實施某種行爲時，如果是以國家機關名義進行者，如公務員著裝、佩帶標誌、出示證件等，則具有公務身分，該行爲應視爲執行職務之行爲；反之，如果國家機關及國家機關工作人員是以法人或公民個人身分進行，如到商店買商品、去飯店吃飯等，則不具有公務身分，該行爲並非執行職務之行爲。第二，行爲人實施之行爲是否與其職責有關。行爲人實施之行爲必須與其職責有關，方能構成執行職務之行爲；如果行爲人之行爲與其職責無關，則僅係行爲人之個人行爲，不構成執行職務之行爲。例如，工商管理人員管理市場行爲、稅務人員徵稅行爲、公安人員之治安處罰行爲等，即使超越職權，亦屬執行職務之行爲。但是，檢察人員管理市場之行爲，審判人員之治安處罰行爲等，都是與其職責無關之行爲，不能構成執行職務之行爲³¹⁷。

另外，有學者認爲「執行職務本身之行爲」、「與職務相關連之行爲」及「怠於行使職權之行爲」皆屬執行職務；其並進一步指出，怠於行使職權之行爲之特點是，行爲人應執行職務而未執行職務，前兩種執行職務之行爲都屬於積極作爲，而怠於執行職務屬於消極不作爲，怠於執行職務是執行職務之一種特殊表現形式；如大陸地區行政訴訟法第 11 條規定：「公民、法人和其他組織認爲符合法定條件申請行政機關頒發許可證和執照，行政機關不予答復的；申請行政機關履行保護人身權、財產權的法定職責，行政機關不予答復的，當事人均可對怠於履行職責的行政機關提起行政訴訟。」如果這種不作爲行爲侵犯公民、法人及其他組織之合法權益並造成損害者，國家應承擔賠償責任³¹⁸。此種看法似有待商榷，其理由如下：（一）執行職務是否可理解爲作爲之行爲與不作爲之行爲，已屬可議；（二）大陸地區行政訴訟法第 11 條雖允許以行政機關之不作爲爲標的提出行政訴訟，然可否逕予認定國家即應負擔賠償責任，亦有疑問。本文以爲，大陸地區未如台灣地區國家賠償法第 2 條第 2 項後段另設關於「怠於執行職務」之明文規定，此係立法體例之安排上有所不同；其國家賠償法所列舉之各種情形中雖未

³¹⁷ 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.99。

³¹⁸ 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.149。

包括任何不作為之例，但透過第 3 條第 5 款「造成公民身體傷害或者死亡的其他違法行為」、第 4 條第 4 款「造成財產損害的其他違法行為」兩個概括條款之規定，足以涵蓋一切造成財產、身體之傷害或死亡之違法行政行為，則是否當然即應限縮至積極行使職權之範例，未始無進一步討論之餘地³¹⁹。



³¹⁹ 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.149。

第三節 須為行使公權力之行為

第一項 公權力之定義

公權力一詞乃援用日本國家賠償法第 1 條之用語，然究竟何謂公權力，立法理由並未明示，實務上亦混淆不清，揆諸學說更形分歧而莫衷一是³²⁰，可謂學習行政法之人難以界定之概念³²¹。公權力有別於公權利，公權利係指基於公法法規之規定，人民得為自己利益請求國家為一定之行為、不行為之法律上權利；公權力係一種執行國家意旨、實現國家目的之力量，基於憲法上政權與治權分開行使之原則，公權力僅國家等行政主體始有之，一般人民除委託行使公權力外，並無此公權力³²²。

台灣地區學者對公權力之意義所持見解並非一致，大致可分為狹義說、廣義說兩種：狹義說係早期國家威權統治時代之見解，此說認為公權力之行為，乃公務員立於國家機關之地位，行使國家統治權之高權行為；易言之，狹義說特別針對「不利益」之部分，行政機關以命令、強制之手段，造成人民自由、權利受到限制，或被課加義務、負擔³²³。廣義說則認為除公務員居於私法主體所為之私經濟作用、或營造物私法利用關係外，其他所為一切非平等之權力行為，及以公法方式完成非具統治權性質給付行政行為，亦應納入公權力之範圍，此說係福利國家觀念發達後之擴張解釋³²⁴，其重點在於行政機關以單方、片面之決定造成相對人權利義務之變動，其可能為法律行為之決定，如許可、執照，亦可能為事實行為之措施，如強制驅離。按國家賠償法之目的在於保護被害人，使因公務員執行公權力之職務行為所生之損害，能對國家請求賠償；現代國家之任務日趨廣泛而使行政權漸行擴大，因此須對「公權力」之文義從寬解釋，使被害人多獲救濟機會，故似以廣義說較為可採³²⁵；因此公權力行為與公法行為雖然本應有所區別，

³²⁰ 羅明通，國家賠償法上公權力概念之比較研究，1995 年 12 月，自版，P.1、2。

³²¹ 劉宗德，「行政法學方法論」，收錄於，制度設計型行政法學，2009 年 5 月，元照出版，P.8。

³²² 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.119。

³²³ 劉宗德，「行政法學方法論」，收錄於，制度設計型行政法學，2009 年 5 月，元照出版，P.8。

³²⁴ 高權行為係指具有法之拘束力而能支配人民之國家權能。詳見，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.84、85。

³²⁵ 劉春堂，國家賠償法，2007 年 6 月修訂二版，三民出版，P.17。

惟於國家賠償法中，通常將公權力行為解釋為公法行為³²⁶。

第二項 行政行為之形式

一、法律行為

按國家機關之行政行為，依其行為之法律形式，可分為高權統治行為、單純高權行政行為³²⁷、行政私法行為及狹義國庫行政行為四種類型：（一）高權統治行為：亦稱「統治管理之行政行為」或「公權力行政」³²⁸，係指單方運用具有拘束力之命令、強制之手段干預人民之自由或權利之行為，例如警察行政、稅務行政及兵役行政等。（二）單純高權行政行為：亦稱「單純統治之行政行為」³²⁹，係指政府放棄優越強制支配地位而與人民處於平等地位，不運用命令、強制之手段，提供服務、救濟、照顧及教養等方法完成給付行政、達成國家任務，例如：營造物之設置、實施社會保險及公共設施之興建等。（三）行政私法之行為：行政私法之概念始於 1960 年代，係指除以私法上形式所為之行政輔助性活動及營利性活動之外，就公行政利用私法上之形式以直接追求行政上目的所加以公法上限制或拘束之法律關係總稱³³⁰。例如：經營電力公司以提供電力滿足人民生活所需、實施「耕者有其田」而將公有耕地放領給佃農³³¹、國有地無償出借之使用借貸契約、為獎勵而貸放財政資金之消費借貸契約³³²等。（四）國庫行政之行為：係指國家機關立於私法主體之地位，從事一般交易之行為。其可分為：第一、行政之輔助行為：即購置行政業務所需物品，以充足人力、物質之活動；第二、營

³²⁶ 翁岳生，「西德一九八一年國家賠償法之研究—中德國家賠償制度之比較與檢討」，收錄於，法治國家之行政法與司法，2008 年 12 月二版，元照出版，P.111。

³²⁷ 學者吳庚認為單純高權行政雖與公權力行政之本質相近，然其僅產生類似個人相互間私法關係之效果，甚或完全不發生任何外部法律效果；且此種分類不但在德國並非普遍採用，譯成中文後容易產生誤解，因而不主張採用。詳見氏著，行政法之理論與實用，2005 年 10 月增訂九版，自版，P.11。

³²⁸ 吳庚，行政法之理論與實用，2005 年 10 月增訂九版，自版，P.10。

³²⁹ 廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.31。

³³⁰ 劉宗德，「行政私法」，收錄於，台灣行政法學會主編，行政法爭議問題研究（上），2000 年 12 月，五南出版，P.231。

³³¹ 釋字第 89 號與第 115 號解釋對公有耕地放領之法律性質認定有異，詳見，廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.32。

³³² 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.91。

利性質之企業活動：即為增加國庫收入而從事具收益性質之經濟活動，如投資設立中國鋼鐵公司、中國造船公司以從事鋼鐵之生產或船舶之建造等³³³。

以上四種行為類型，一般認為「高權統治行為」及「單純高權行政行為」乃行使公權力之行為，應適用國家賠償法；「國庫行政之行為」則非行使公權力之行為，不適用國家賠償法，如有損害應依民法規定請求賠償³³⁴；而行政私法之行為究竟可否認係行使公權力之行為而有國家賠償責任之適用，則有不同看法：

肯定說認為，國家利用私法之手段直接完成公共任務或行政目的，作用上仍為一種行政，因此國家不能「遁入私法」，假借私法之外衣擺脫憲法保障人民基本權利之拘束；換言之，國家賠償責任應注重其行為係為達成公共任務而使第三人受害，該行為係公法方式或私法方式並非關鍵，因此不能以達成公共任務之手段為私法方式，而認國家可不負公法上之國家賠償責任。

雙階說³³⁵認為，行政私法領域中，尤其「經濟輔助」之場合，國家機關在決定是否給予人民輔助，如低利貸款、補貼等行為，係屬行使公權力；而在決定以後，國家機關為履行其輔助行為與人民所產生之法律關係，則為私法關係。此說將一種輔助行為分為二個階段，決定是否輔助之階段為公法關係；決定之後履行輔助行為之階段則為私法關係。第一階段決定是否給予輔助之行為，因係公權力之行使，故在決定時如有違反平等原則、比例原則或其他公法上一般原則，而使人民受害者，自會產生國家賠償責任之問題。

否定說³³⁶認為，國家對於公務員因執行職務而加害於他人者，究應負國家賠償責任抑或依私法之規定負損害賠償責任（即國庫責任），應視其行為手段與方法而定；行政私法之行為雖直接達成行政目的及公共任務，惟其採取之手段與方

³³³ 廖義男，國家賠償法，1993年7月增訂版，自版，P.33。

³³⁴ 學者陳敏認為，對公務員在國庫行政中所為非行使公權力之行為，受損害之人民僅能依民法第186條之規定請求賠償；至於因公務員以外受任為國家服勤務之人員侵害人民時，則應依民法一般侵權行為規定處理。詳見氏著，行政法總論，2007年10月五版，自版，P.1138、1139。

³³⁵ 有關雙階說之詳細介紹，請參閱劉宗德，「行政私法」，收錄於，台灣行政法學會主編，行政法爭議問題研究（上），2000年12月，五南出版，P.240~242。

³³⁶ 否定說在德國為通說，詳參董保城、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.91。

法實為私法形式，並非公權力之行使，故僅生國庫責任而不生國家賠償責任之問題。大法官解釋釋字第 448 號解釋指出：「……行政機關代表國庫出售或出租公有財產，並非行使公權力對外發生法律上效果之單方行政行為，即非行政處分，而屬私法上契約行為，當事人若對之爭執，自應循民事訴訟程序解決。」，似亦採否定說。

有學者認為，若行政私法行為得區分為「公權力行為」與「私法行為」階段時，應依「雙階理論」之法理處理；若行政私法行為無法區別為二階段而須就其整體來定性時，則應將其歸屬於私法行為³³⁷。然雙階理論之判斷已屬不易，此種區分方式似易將本已複雜之行政私法行為之本質，切割更為零散；且於行政私法領域中，憲法所保障之基本權利對於居私法主體地位之國庫仍有拘束作用，僅其拘束作用之強度應與居於統治權之國家有程度上差別，且其差別應非如雙階理論所主張將行政私法之行為區分二個階段而為不同處理；其程度上之差別應表現於基本權利之拘束作用是直接抑或間接，亦即基本權利對於居於統治權作用之國家具有直接拘束作用，而對於居私法主體地位之國庫僅具有間接拘束作用。行政私法領域中，國家係透過私法主體之地位與人民產生法律關係以達成公共任務，其行為方式並非行使統治權力，因此僅受基本權利之間接拘束作用，若其行為不法侵害人民，應不生國家賠償責任之問題，僅有國庫責任之問題，故似宜採否定說為宜³³⁸。

此外，行政行為亦有分為「干預行政」及「給付行政」兩大類者³³⁹：所謂「干預行政」，係指國家居於統治權力主體之地位，運用禁制或命令之方法對人民之自由或權利加以限制或課與負擔之行為，與「統治管理之行政行為」大致相當，乃行使公權力之行為而有國家賠償責任之適用；所謂「給付行政」，即國家或行政主體對於社會大眾或具特定條件之人，提供金錢、保證或物質等給付之方法，以增進公共利益或達成特定政策目的之行為。給付行政之行為方式，有採公法形

³³⁷ 林三欽，「國家賠償請求權基礎之一——『執行職務型』之國賠請求權」，收錄於，月旦第 53 期，2007 年 2 月，元照出版，P.37。

³³⁸ 廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.37。

³³⁹ 本組行政行為類型之區分標準在於作為之性質或任務，詳見，吳庚，行政法之理論與實用，2005 年 10 月增訂九版，自版，P.10 以下。

式者（即「單純統治行為」），亦有採私法形式者（即「行政私法」），因而給付行政究竟有無國家賠償法之適用，其關鍵在於給付行為究為公法抑或私法之判斷³⁴⁰，然此便回歸長久以來公法、私法區別理論之爭，即意思說、利益說、主體說及新主體說等³⁴¹。惟隨著行政活動、行為形式之多樣複雜化，國家與人民之對立逐漸消失，將行政活動截然區分為公法與私法二大部分，已屬困難³⁴²；再者，臺灣地區現行裁判管轄制度係採二元主義，公法與私法之區別為劃分裁判管轄標準之一，然多數學者認為此區別並非先驗的、絕對的、本質的區別，亦即國家所從事之行為，其本質並非天生恆定為公法行為或私法行為，僅係經由歷史演變而為後天的、制度上、技術上之一種區別方法³⁴³；因此欲釐清「給付行政」究竟有無公法性質，應依經驗並就個案事件相關聯事項，綜合前述各項學說而為判斷³⁴⁴。

二、自動化行政行為

伴隨時代及科技進步，人類不斷發明創造各種工具器械以便利及改善生活，為因應 20 世紀快速變化的社會、減輕公務員體力負擔及提升行政效率，行政自動化乃成為現代化政府不斷改革之目標。行政機關大量引進機械設備，如以電子郵件代替郵差送達、以電腦打字代替人工書寫，若因此等設備之機械物理裝置失誤造成人民損害，固僅涉及國賠法第 3 條公有公共設施責任之問題；惟若以自動化設備替代公務員工作乃至作成決定，亦即替代公務員之「精神意志」而成為行政機關「思考性工具」³⁴⁵，例如稽徵機關以電腦語音答覆民眾查詢、稽徵機關以電腦開立稅單及交通主管機關以交通號誌³⁴⁶指揮交通等，若該自動化設備功能性失誤或異常，如語音答覆、開立稅單發生錯誤、誤算或十字路口四方向同時顯示

³⁴⁰ 廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.40 以下。

³⁴¹ 此非本論文之研究重點，可參照，廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.41~45 以下。

³⁴² 劉宗德，「公法與私法之區別」，收錄於，台灣行政法學會主編，行政法爭議問題研究（上），2000 年 12 月，五南出版，P.192。

³⁴³ 劉宗德，「台灣地區行政法律關係之適用法」，收錄於，行政法基本原理，2000 年 12 月，學林出版，P.102。

³⁴⁴ 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.92。

³⁴⁵ 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.94。

³⁴⁶ 有關交通號誌之相關問題，另可詳參，陳敏，「交通標誌之法律問題」，收錄於，當代公法新論（中），2002 年 7 月，元照出版，P.181~205。

綠燈等，該自動化行政行為之法律性質為何、是否適用國家賠償責任等，皆存在許多有待釐清之爭議。

事實上，稽徵機關以電腦語音答覆民眾查詢，因不具法效意思及規制效力，性質上應屬稽徵機關提供資訊；稽徵機關以電腦開立稅單及交通主管機關以交通號誌指揮交通，因具法效意思及規制效力，性質上則為行政處分³⁴⁷，其中交通燈號且為「對人之一般處分」³⁴⁸。以德國國家賠償法為例，自動化設施失誤而得成立國家賠償責任者，僅限於該設施具有替代公務員獨立行使公權力之作用，排除僅具減輕公務員體力作用而欠缺對外意思表示機械性設施；所謂獨立行使公權力，係指行政機關最終結果之事前準備全部或一部屬於自動化設施之功能，且該結果亦由自動化設施自行直接呈現，不再經公務員介入。

學者陳敏認為，交通燈號正常運作時固然可視為交通警察之指揮，亦即所謂「機械作成之行政處分」，然在其顯然喪失正常功能時，無論出於設置或管理之欠缺，皆應視為無意義之機械作用或行政處分不存在；因此，交通燈號異常而致人車損害時，應視為公有公共設施之國家賠償責任，適用國賠法第 3 條第 1 項，但亦不排除因公務員違背設置或管理之職務行為所生同法第 2 條第 2 項之國家賠償責任，受害人得擇一請求³⁴⁹。

本文以為，行政處分之作成，公務員個人之精神狀態並非重要因素，故精神狀態不健全之公務員所為之行為，如內容合法及適當即不生有無瑕疵之問題而視為當然有效³⁵⁰，自動化行政行為似宜採相同解釋。因而印製稅單發生錯誤或交通號誌顯示錯亂等功能性瑕疵，因非屬機械性之明顯重大瑕疵，似可將其解為公務員精神狀態不健全之下所為之行政決定，其仍應屬行政處分或一般處分而有國賠法第 2 條之適用。

³⁴⁷ 陳敏，行政法總論，2007 年 10 月五版，自版，P.1138。葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.691。

³⁴⁸ 李惠宗，「超速的陷阱」，收錄於，行政罰法之理論與案例，2005 年 8 月，自版，P.181。

³⁴⁹ 陳敏，行政法總論，2007 年 10 月五版，自版，P.1138。葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.1156。

³⁵⁰ 吳庚，行政法之理論與實用，2005 年 10 月增訂九版，自版，P.308。

三、事實行為

若行政機關之活動非法律行為而係事實行為，則應探究公務員行為之目的，是否屬於公權力任務之範圍，以及事實侵害行為與行為目的之間，是否有內在與外在之關聯，以判斷該事實行為究為公法性質或私法性質之行為。如台北市政府清潔隊司機駕垃圾車至家各戶蒐集垃圾，屬福利行政而為行使公權力之行為³⁵¹；在公墓內放火焚燒清除雜草之行為，亦屬行使公權力之行為³⁵²；凡事實行為以「任務性質」判定具公法性質者，自有國家賠償責任之適用。

行政機關發布消息，如觀光局發布「旅遊警告」、農委會發布漁訊等，屬行政指導公法事實行為而為行使公權力，學者董保城認為此等行政指導因無法律上拘束力，發布內容錯誤與人民損害間有無因果關係，應視個案論定³⁵³。惟最近之學說、判決均對公權力採廣義認定而將「行使公權力」解為「除私經濟作用外之一切行政活動」，故因違法行政指導而受有損害者，自得適用國家賠償法請求損害賠償；須注意者為，須被指導者受有「事實上之強制」而不得不服從者，方得解為該當於「公權力行使」之行為，若被指導者已認識將受損害而基於「自由判斷」任意服從時，依「同意阻卻侵權行為之成立」之法理，不應予以賠償³⁵⁴。

第三項 大陸地區之規定

大陸地區國賠法僅有「行使職權」之規定，並無「行使公權力」之用語，然學者於探討行使職權要件時多將其視為「執行職務」之概念已如前述；然大陸地區有關執行職務行為之認定，由於係同時考量行政之性質是否屬國家公權力之行使，並未刻意將二者有所區分³⁵⁵，因此單獨論述公權力之說明極為少見。

如肖峴提到「美國的《聯邦侵權賠償法》規定聯邦賠償責任的產生是因為聯邦政府的工作人員在執行“職務”中侵權，法國規定為執行“公務”中侵權。美

³⁵¹ 最高法院 93 年度台上字第 255 號判決。

³⁵² 最高法院 95 年度台上字第 1445 號判決。

³⁵³ 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.94。

³⁵⁴ 劉宗德，「試論日本之行政指導」，收錄於，行政法基本原理，2000 年 12 月，學林出版，P.196。

³⁵⁵ 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.150。

國的“職務”概念、法國的“公務”概念都大於“公權力”的概念。但無疑都包括“公權力”概念。國家的“職務”、“公務”的核心內容是行使國家的公權力。如果不是這樣，國家的“職務”、“公務”就喪失了自己的基本特徵³⁵⁶。」，然其並未進一步對公權力加以定義。

馬懷德認為「我國的“行使職權的行爲”、法國的“公務行爲”、德國的“公權力行爲”和“私經濟行爲”、瑞士的“執行公務行爲”等概念都是“執行職務”的具體表現形式和內容³⁵⁷。」，似乎將「行使職權」、「執行職務」與「行使公權力」三者等同視之。

姜明安則指出「公權力是人類共同體（國家、社團、國際組織等）為生產、分配和提供“公共物品”（安全、秩序、公交、通訊等）而對共同體成員進行組織、指揮、管理，對共同體事務進行決策、立法和執行、實施決策、立法的權力。公權力包括國家公權力、社會公權力以及國際公權力。……公權力雖然包括立法權、司法權等其他重要權利，但行政權是其中最主要的部分³⁵⁸。」，其不但說明公權力之定義，並提出公權力尚包括社會公權力以及國際公權力。

大陸地區國賠法相關論著作者中，僅周友軍對公權力著墨最深，其不但將「公權力之行使」單獨列為構成要件予以討論，並就公權力之範圍（高權統治行爲、單純統治行爲、行政私法行爲、國庫行政行爲）與分類（法律行爲及事實行爲、作為及不作為）詳加整理論述³⁵⁹；惟觀其架構及相關爭點之整理可發現，其有關公權力之理解大多參考台灣地區學者之著作與論述，與台灣地區對於公權力之認知應相去不遠。因此似可推論大陸地區對「行使公權力」概念之理解，應與台灣一致，故本節不再比較分析台灣與大陸之法理架構。

³⁵⁶ 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.27。

³⁵⁷ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006年2月，P.97。

³⁵⁸ 姜明安主編，行政法與行政訴訟法學，2007年1月第三版，法律出版社，P.4。

³⁵⁹ 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.63~66。

第四節 須為具有故意或過失之行為

台灣地區國家賠償法對於國家責任係採代位責任說，因此除具備上述要件外，尚須具備主觀歸責要件，亦即公務員對違法行為之發生具有故意或過失者，國家始負擔賠償責任。所謂故意或過失，專指公務員之故意過失，非謂國家對公務員之選任監督過失之意³⁶⁰。

第一項 故意過失之意義

所謂故意，係指行為人對於構成不法侵害行為之事實，明知並有意使其發生，或預見其發生而其發生並不違背其本意。所謂過失，係指行為人雖非故意，但按其情節應注意、能注意而不注意，或對於構成不法侵害行為之事實，雖預見其發生而確信其不發生；所謂應注意、能注意之標準，係以忠於職守之一般公務員在該具體情況下應能注意並可期待其注意之程度而言³⁶¹。

第二項 故意過失之認定方法

故意過失係針對公務員違背職務之行為而言，因此故意過失之成立非以公務員預見損害之發生為必要，亦無須知曉被害人為何人。又，公務員因工作量負荷過重，以致不能盡其應盡之注意義務，一般而言僅能作為減輕過失有責性之理由，除非遇有特殊狀況，如天災事變突發之際，公務員不眠不休地作緊急處理，以致過度疲勞而未盡通常可能之注意，此時違背義務之行為實無可非難，因而得以作為免責事由。除此之外，基於行政一體原則，若公務員所屬機關或長官善盡監督職責，足可防止公務員侵權行為之發生者，若公務員果有加害行為則可認係行政機關組織及作業監督作用有瑕疵，此種承認行政機關組織作用不健全之國家賠償責任，即所謂「行政機關組織之有責性³⁶²」，因而公務員個人行為有無非難

³⁶⁰ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.166。

³⁶¹ 廖義男，國家賠償法，1993年7月增訂版，自版，P.60。

³⁶² 有關「機關有責性」，可參考，林三欽，「國家賠償請求權基礎之一——『執行職務型』之國賠請求權」，收錄於，月旦第53期，2007年2月，元照出版，P.41。

性並不重要，被害人請求國家賠償時亦無須指出有故意過失之公務員姓名³⁶³。

由於一般人民難以窺知行政機關內部運作情形，責令被害人舉證證明該管公務員對於加害原因事實有故意過失，無疑將阻礙國家賠償請求權之實現，以致造成對被害人權益保障不周延，為解決此一問題，遂有學者主張將過失予以客觀化之傾向³⁶⁴，亦即「過失客觀化」。過失客觀化不以公務員個人之知識能力認定公務員行為有無故意過失，而係以公務員有無違反職務上標準注意義務，亦即以「忠於義務之一般公務員之理想典型」³⁶⁵為標準來加以判斷。另外，學說上有漸採用「過失推定」之傾向，此種法理認為被害人只要能證明因公務員違法行使公權力致受損害，便推定公務員具有過失，若國家不能為無過失之反證，即不能免除賠償責任，此即「舉證責任倒置」，使人民求償更加簡易³⁶⁶。目前日本已有裁判實務採此法理，如：警察違法使用警械、提起公訴之手續不備致被駁回確定等。台灣地區雖有學者主張在「怠於執行職務案件」尤應以「過失推定」及「過失客觀化」兩項原則以判定主管機關有無故意或過失³⁶⁷，惟裁判實務則尚未引用此種理念，如：海關人員就進口貨物（鍍鉻鐵皮）等級之認定及其完稅價格核定，經當事人聲明異議，上級機關認異議有理由並作有利於當事人之變更，實務並不認為海關人員具有故意過失³⁶⁸。以下就數種被認定為具有故意或過失之情形提出說明：

一、不知法律或誤解法律

公務員須具備執行該職位所需之能力及知識。按公務員服務法第 1 條規定公務員有依法令所定執行其職務之義務，因此公務員執行一定職務時，法規已有明確規定者，如其未盡注意義務而不知道該法令之存在即屬有過失。另外，學說與

³⁶³ 廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.61 以下。

³⁶⁴ 此種主張係參酌民法不法行為法上所採酌之「客觀化之抽象過失」，詳見，葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.167 以下。

³⁶⁵ 此種理想典型與「善良管理人」之概念相近，請參照，林三欽，「國家賠償請求權基礎之一——『執行職務型』之國賠請求權」，收錄於，月旦第 53 期，2007 年 2 月，元照出版，P.41。

³⁶⁶ 林三欽，「國家賠償請求權基礎之一——『執行職務型』之國賠請求權」，收錄於，月旦第 53 期，2007 年 2 月，元照出版，P.42。

³⁶⁷ 林三欽，「國家賠償請求權基礎之二——『怠於執行職務型』之國賠請求權」，收錄於，月旦第 55 期，2007 年 2 月，元照出版，P.37。

³⁶⁸ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.169。

裁判實務對某一法規之闡釋均甚為明確而無疑義，公務員卻於執行職務時採用與之相異之見解或作顯然錯誤之解釋，應認其有過失；惟如學說與實務對法規之解釋有歧異，或對法規之解釋雖不分歧但尚無定論，公務員依其知識判斷採其中一種解釋處理事務，應認無過失³⁶⁹。

二、忽視大法官解釋或判例

依大法官釋字第 185 號、第 188 號解釋意旨，大法官解釋具有與法規相同之拘束力，因此大法官若已對某法規作出解釋，國家機關與人民皆應受其拘束，如公務員執行職務適用該法規採用相反見解者，應認有過失。此外，學者間雖對判例是否具有一般法規拘束力尚無定論³⁷⁰，惟裁判實務均認判例不但有事實上拘束力且有法規範之拘束力，故而除法院應受拘束外，行政機關亦應同受拘束，釋字第 154 號解釋亦持同樣見解；因此，公務員執行職務時如其適用法規與判例見解有所牴觸者，亦屬有過失。

三、服從長官或上級機關之違法指示

公務員服務法第 2 條規定「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」，因此長官對屬官或上級機關對下級機關所為之指示如有違法，屬官或下級機關雖可陳述意見，惟如長官或上級機關堅持己見，屬官或下級機關仍有服從之義務。此時屬官或下級機關之公務員是否有故意過失，受害人民應如何主張國家賠償責任，學說上有不同意見。

否定說認為，屬官或下級機關既有服從長官或上級機關指示之義務，即使該指示係屬違法，亦難認屬官或下級機關之公務員違背職務義務，自亦不具備故意過失；此際為違法指示之長官或上級機關則係違背職務義務而具故意過失，受害人應向其請求國家賠償。

肯定說則認為，公務員執行職務應盡之職務義務，有內部與外部之分。內部

³⁶⁹ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.171。

³⁷⁰ 有關判例是否具有一般法規拘束力之論爭，詳見，廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.62~66。

職務義務之違背未必構成外部職務義務之違反；同理，內部職務義務之行爲，亦未必保障其不構成外部職務義務之違反。準此而論，由於公務員有依法所定執行職務之義務，即須使其行爲合法、正確與適當，從而服從內部之違法指示而對外爲違法之行爲，仍應認爲其本身未依法所定執行職務而具有可責性，應由該公務員所屬機關負國家賠償責任，並向爲違法指示之長官或上級機關所屬機關行使求償權。

以上二說，否定說之法理似較堅強，因公務員既有服從長官或上級機關指示之義務，則因服從指示所爲侵害人民權利之行爲，應無「有責性」可言；惟被害人難以知悉公務員是否基於違法指示而爲加害行爲，欲使其對下達違法指示之長官或上級機關請求賠償實有困難，因此否定說對受害人較爲不便。肯定說雖對被害人較爲便捷，然公務員既有服從長官或上級機關指示之義務，則其服從該違法指示而構成違法行爲時，因無故意過失之可責性可言，故要求該公務員所屬機關負賠償責任似於理未合。目前學者通說雖傾向於否定說³⁷¹，然本文認爲否定說係將舉證責任之不利益轉嫁予受害人，按國家賠償法係以賦予公權力行使之被害人救濟管道之制度，應以保障被害人之權利爲優先；再者，所謂「行政一體」應係將整個國家機器視爲一體，因此無論違法行爲出於哪一機關層級，該行爲係出於自主或受上級指示，皆爲機關間之內部職務關係，就外觀形式上而言仍係執行違法指令行爲之屬官或下級公務員所爲，無礙於「國家」賠償責任外部關係之成立；最後，屬官或下級公務員所屬機關關於賠償後，仍可經由求償權之行使請求長官或上級機關賠償³⁷²，縱事實上顯有顧忌或困難，然對其並無其他不利益之可言，因此似以肯定說爲宜。

四、其他行爲

除上述行爲外，他如未具備行政專業智識³⁷³、認定要件事實未盡調查義務、誤認事實、違反安全確認義務（如預防接種事件、公物災害事件等）等，公務員

³⁷¹ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.173。

³⁷² 廖義男，國家賠償法，1993年7月增訂版，自版，P.68。

³⁷³ 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.142。

若有違反行為發生，通常亦被認定有故意過失³⁷⁴。

五、合議制機關故意過失之認定

除公務員個人行為可能導致國家賠償責任以外，合議制機關亦可能為違法行為侵害人民權利，然應如何認定其故意過失，不無疑義。學說上有認為，此時不探究各個合議制機關構成員有無主觀上故意過失，僅探究合議制機關本身有無故意過失，而合議制機關自身究竟有無故意過失，則以違法決定過程（如議事程序、法理與事實之考量³⁷⁵）有無專斷或疏失，以資認定。

第三項 大陸地區之規定

一、歸責原則之種類

歸責係指賠償責任之歸屬，國家賠償歸責原則即係據以確定歸責係指賠償責任之歸屬，國家賠償歸責原則即係據以確定國家賠償責任由國家承擔之根據或準則，因此歸責原則可謂處於國家賠償之核心地位³⁷⁶。目前各國所採用之歸責原則約有下列數種：（一）違法原則：係以職務違法行為為歸責之根本標準，而不問其有無過錯，此種原則具有標準客觀、操作簡單等優點³⁷⁷。（二）主觀過錯原則：此原則起源於國家代位責任，認為公務員執行職務行為時須存在過錯，國家賠償責任始告確定；所謂「過錯」係指違法行為人對其違法行為及後果之一種心裡態度（故意或過失）。（三）公務過錯原則：法國行政法院自 *Pelletier* 案後通過判例形成此一獨特理論，公務過錯原則係以侵害行為是否達到中等公務水平作為賠償責任構成要件之歸責原則³⁷⁸。（四）無過錯責任原則：指法律特別規定之情況下，以已經發生之損害結果為著眼點，與該損害結果有因果關係之人，不問是否具有

³⁷⁴ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.173～178。

³⁷⁵ 林三欽，「國家賠償請求權基礎之一——『執行職務型』之國賠請求權」，收錄於，月旦第53期，2007年2月，元照出版，P.43。

³⁷⁶ 有關歸責原則之涵義與功能，可參考，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.142。

³⁷⁷ 違法歸責原則之「違法」究何所指，請參照本章第五節第四項之分析。

³⁷⁸ 有關公務過錯原則之詳細介紹，可參考：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.37～39；高家偉，國家賠償法，商務印書館，2004年5月，P.99～102。

過錯，皆須承擔賠償責任³⁷⁹。

二、國賠法採用之歸責原則

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。」即為歸責原則之規定，關於本條規定究為何種歸責原則，學者間有不同意見：

第一，單一違法歸責原則：此說認為國賠法採單一違法歸責原則，因此行使公權力之行為必須違法，方能進而確定國家是否應當承擔賠償責任；若行使公權力之行為適法，無論相對人合法權益是否受有損害，國家賠償責任並不成立³⁸⁰。

第二，違法歸責原則為主，無過錯責任原則為輔：此說認為在一般情況下，國賠法係採違法歸責原則；惟於刑事錯判而承擔國家賠償責任問題上，則採無過錯責任³⁸¹。

第三，無過錯責任原則：無過錯責任不以國家機關及其工作人員於行使職權時之過錯確定國家賠償責任，亦即國家機關及其工作人員違法行使職權造成公民、法人及其他組織合法權益損害，不論行為人是否存在過錯，國家均應承擔賠償責任³⁸²。

本文以為，雖然多數學者認為國家賠償法係單一之採違法歸責原則，然本法第 15 條第 1 款、第 2 款分別規定「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」、「對沒有犯罪事實的人錯誤逮捕的」，國家承擔賠償責任；第 16 條第 2 款亦規定「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」，國家承擔賠償責任；學者間對於第 15 條刑事錯拘、錯捕之國家賠償責任，雖有認為係違法歸責原則，亦有認係無過錯責任原則；惟對於第

³⁷⁹ 有關無過錯原則之詳細介紹，可參考：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.39~42。

³⁸⁰

³⁸¹ 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.97。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.298、299。

³⁸² 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.92。

16 條刑事錯判則一致認為係屬無過錯責任原則。因此若謂國家賠償之歸責原則為單一之違法歸責原則，此種說法並不全面³⁸³。須注意者為，第 2 條歸責原則係總則之規定，因而行政賠償與司法賠償皆應適用違法歸責原則，惟行政賠償未如司法賠償另有其他歸責原則之特別規定，故「以違法歸責原則為主，無過錯責任原則為輔」係就整部國家賠償法以觀，若僅針對行政賠償而言，似仍為單一之違法歸責原則。

三、採用違法歸責之原因

國家賠償之歸責原則選擇係一綜合因素相互作用之產物，影響國家賠償歸責原則理論之因素約有國家賠償責任之性質、國家賠償法之調整範圍、權利保障意識之高低、國家公共財政能力、民法領域侵權行為歸責原則之影響以及法制傳統與現實之影響³⁸⁴。大陸地區於國家賠償法制定之初，學者間便對歸責原則之採用產生爭論，有學者整理這些不同觀點總結為七種不同主張³⁸⁵，然國家賠償法終究採用違法歸責原則，其理由如下：

第一，與憲法、行政復議法、行政訴訟法之規定相協調，與法治原則、依法行政原則相一致。大陸地區憲法第 41 條³⁸⁶，行政復議法第 1 條、第 2 條³⁸⁷，行政訴訟法第 1 條、第 2 條、第 5 條³⁸⁸之規定，皆強調國家機關及國家機關工作人員違法侵犯公民合法權益之情形，並無國家機關及國家機關工作人員故意或過失

³⁸³ 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.97。

³⁸⁴ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006 年 2 月，P.55～58。

³⁸⁵ 江必新，國家賠償法原理，中國人民公安大學出版社，1994 年 9 月，P.115、116。

³⁸⁶ 該條規定「中華人民共和國公民對於任何國家機關和國家工作人員，有提出批評和建議的權利；對於任何國家機關和國家工作人員的違法失職行為，有向有關國家機關提出申訴、控告或者檢舉的權利，但是不得捏造或者歪曲事實進行誣告陷害。對於公民的申訴、控告或者檢舉，有關國家機關必須查清事實，負責處理。任何人不得壓制和打擊報復。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」。

³⁸⁷ 行政復議法第 1 條規定「為了防止和糾正違法的或者不當的具體行政行為，保護公民、法人和其他組織的合法權益，保障和監督行政機關依法行使職權，根據憲法，制定本法。」；同法第 2 條規定「公民、法人或者其他組織認為具體行政行為侵犯其合法權益，向行政機關提出行政復議申請，行政機關受理行政復議申請、作出行政復議決定，適用本法」。

³⁸⁸ 行政訴訟法第 1 條規定「為保證人民法院正確、及時審理行政案件，保護公民、法人和其他組織的合法權益，維護和監督行政機關依法行使行政職權，根據憲法制定本法。」；同法第 2 條規定「公民、法人或者其他組織認為行政機關和行政機關工作人員的具體行政行為侵犯其合法權益，有權依照本法向人民法院提起訴訟。」；同法第 5 條規定「人民法院審理行政案件，對具體行政行為是否合法進行審查」。

之規定。

第二，簡單明瞭便於操作，方便訴訟符合法院要求。國家賠償之根本目的在於保障相對人合法權益，因此國家賠償制度中各項內容、措施之選擇與設計皆須圍繞此一目的進行；違法歸責原則能夠避免過錯原則認定上之困難、方便法官操作，符合人民法院審判行政賠償案件「以事實為根據，以法律為準繩」之傳統，簡易可行³⁸⁹。

第三，利於保障人民合法權益。原告無須舉證證明國家機關及國家機關工作人員主觀上有無過錯，只須證明其行為違反法律並造成損害即可，利於人民行使訴權及對國家之賠償請求權。而在實行雙重過錯原則之國家，原告尚須證明被告有主觀上之故意過失，往往因舉證困難導致敗訴，不利於受害人民。

第四，明確區分國家賠償責任及國家補償責任。國家賠償法頒布以前，大陸地區一直不太注意賠償與補償之分際，國家賠償法則試圖對此予以界定，違法歸責原則以執行職務違法作為承擔責任之前提，排除對合法行為造成的損害給予賠償之可能性，有效區分國家賠償責任及國家補償責任。

第四項 比較分析

大陸地區以違法歸責原則作為國家賠償責任之基礎理論，因此不以加害主體之故意或過失為國家賠償責任成立要件。雖然亦有學者提出「職務過錯」概念³⁹⁰，然此實際上是對過失概念客觀化之一種表現，且其概念與台灣地區學者之論述並無二致。台灣地區國家賠償法則明確規定以故意過失歸責原則作為國家賠償責任之成立要件，亦即必須存在加害公務員之故意或過失，否則，國家將不負賠償責任。究竟應採何種歸責原則為妥，本文擬於修法草案乙章再作分析，在此不擬贅述。

³⁸⁹ 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.106。

³⁹⁰ 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.46~49。

第五節 須為違法（不法）之行為

第一項 違法與不法之區別

「不法」為民法使用之用語，公法法規通常使用「違法」，如憲法第 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。」即使用「違法」之用語，國家賠償法第 2 條使用「不法」，顯然是要與民法第 184 條之規定互相配合。

有學者認為，國家賠償法之立法精神在於保障人民之自由或權利，因此應將國家賠償法「不法侵害」作廣義解釋，認其與民法第 184 條之「不法侵害」意義相同³⁹¹。實則，私法上「不法」之意涵，係指在無阻卻違法原因而侵害人民之權利；公法上之「違法」意義有別於「不法」，因國家立於優越地位，行使公權力多有法律依據，因此不得擅將行使公權力侵害人民權利之行為，即認為違法³⁹²，而應視其是否違反法規範而定，如未違反法規範即應認為適法。故此，本文認為「不法」與「違法」實為二個不同之概念，本章節將以公法上「違法」之觀點，闡述本條項所稱「不法」之意義。

第二項 不法行為之概念

所謂「不法行為」，係指公務員對人民執行職務行使公權力之行為，違反有效之法規範而言³⁹³，此之「法規範」係指憲法、法律、法規命令、行政先例及行政規則、大法官解釋、判例及法律一般原則³⁹⁴等。國家對人民之「法律義務」必須託付公務員辦理，因此公務員執行職務固為履行其對國家之「內部職務義務」，然其履行內部職務義務之時亦同時對人民履行「外部職務義務」。因國家賠償法

³⁹¹ 劉春堂，國家賠償法，2007 年 6 月修訂二版，三民出版，P.26。

³⁹² 不法與違法之意義是否相同，有肯定與否定二種見解，請參照，葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.139、140。

³⁹³ 陳敏，行政法總論，2007 年 10 月五版，自版，P.1138。葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.1139。

³⁹⁴ 詳見，翁岳生，「行政法與國家賠償法」，收錄於，法治國家之行政法與司法，2008 年 12 月二版，元照出版，P.195~199。

(台)之規定，係直接以「不法」侵害人民權利為國家責任成立之要件，因此所謂「不法」應側重有無違反「外部職務義務」，公務員行為違反「外部職務義務」者，無論是否亦違反「內部職務義務」，皆屬不法³⁹⁵。

公權力行使是否違法，究應從公權力行為本身，或公權力行為所生結果據以判斷，學說上有「行為不法說」與「結果不法說」兩種不同意見。前者側重於公權力行為合法性之控制，以行政行為本身作為判斷基礎；後者側重於人民權利之保障，以公權力行為所生結果作為判斷基礎；以上二說因側重角度而有不同判斷基礎，然皆言之有理。按行政法上之「依法行政」原則係強調行政之合法性，國家賠償係行政救濟制度之一環，而行政救濟制度係以糾正違法行政行為為宗旨³⁹⁶，可見國家賠償責任並非單純損失填補機制，其目的亦在於制裁國家可非難之違法行為，故應以「行為不法說」為宜；至於「行為合法，結果不法」之案例，如警察合法用槍而流彈誤傷路人，因欠缺違法性而不成立國賠責任，此類案件之受害人可經由行政損失補償機制給予補償³⁹⁷。

公務員服從長官或上級機關違法指示作出侵害人民之行為，則該行為是否違法，本文認應採肯定見解。如前所述，台灣地區國賠法側重「行為不法」，因此若上級長官指示違法而仍遵照辦理，雖該公務員善盡其服從義務，亦未能改變該行為之違法性評價³⁹⁸。

行政機關為便民及提高行政效率，常自行頒定辦法或規程以規定作業期限，即所謂「行政規則」，行政規則雖為上級對下級機關之表意行為，但仍屬抽象及一般性規定性質，非為對個案所為具體指示，因此有別於「指令」³⁹⁹。行政規則因係行政體系規範內部事項之命令，通常僅拘束公務員而不直接對外發生效力，

³⁹⁵ 陳敏，行政法總論，2007年10月五版，自版，P.1138。葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.1139。

³⁹⁶ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.141。

³⁹⁷ 林三欽，「國家賠償請求權基礎之一——『執行職務型』之國賠請求權」，收錄於，月旦第53期，2007年2月，元照出版，P.39。

³⁹⁸ 有關上級長官下達違法指示時，下級公務員之服從義務及陳述意見之權利，可參照，翁岳生，「行政法與國家賠償法」，收錄於，法治國家之行政法與司法，2008年12月二版，元照出版，P.197、198。

³⁹⁹ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.146。

因此不對人民產生權利義務關係，亦即行政規則並非在創設或規定人民權利義務之法規範，人民原不得據此主張任何權利。惟依行政程序法第 159 條規定之內容，行政規則可分為業務處理及人事管理型、解釋及裁量基準二大類⁴⁰⁰，行政規則僅規範行政組織分工事項而不涉及權限者，公務員違反規定時固僅生是否懲戒之問題，與違法無關；然行政規則若係規範機關之行為準則、裁量政策指針或給付基準等事項，因足以引起人民信賴行政機關將繼續遵守此種行政規則之規定（產生法之確信），亦即行政機關基於平等原則，對同一性質之事件應作相同之處理（形成行政先例），而對人民負有一貫性作為之義務，若公務員無正當理由違反此種行政規則，應認其行為具有違法性。準此以解，原本僅對內發生效力之行政規則，透過平等及行政自我拘束原則、信賴保護原則之作用對外發生直接效力⁴⁰¹；須注意者為，此時行政規則雖發生法的效力，但非基於該規定為法之緣故，而係基於行政機關反覆實施而發生效力⁴⁰²。

另一須注意者為，國家賠償事件之「不法」，是否與行政訴訟法所稱違法行政處分之「違法」，同其意義？雖有學者認為國家賠償與行政訴訟之制度與目的均不同，二者之違法意義亦有不同而持「異議說」⁴⁰³。然本文以為，違法性乃法學基本觀念，倘無明顯之合理理由，其概念應盡量一致以免造成分歧，且能獲取人民之認同；且依台灣地區現制，一個行政行為是否合法之判斷，原則上只有單一標準，且在各法院間應力求判斷結果一致⁴⁰⁴；另外，學者廖義男指出，若某一行政行為被行政爭訟程序判定為違法確定，本案後續開展之國賠請求程序即不得為相反之認定⁴⁰⁵，似亦支持「違法性一元論」之觀點。

⁴⁰⁰ 劉宗德，「行政法學方法論」，收錄於，制度設計型行政法學，2009 年 5 月，元照出版，P.32。

⁴⁰¹ 廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.59。

⁴⁰² 翁岳生，「行政法與國家賠償法」，收錄於，法治國家之行政法與司法，2008 年 12 月二版，元照出版，P.196。

⁴⁰³ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.156。

⁴⁰⁴ 林三欽，「國家賠償請求權基礎之一——『執行職務型』之國賠請求權」，收錄於，月旦第 53 期，2007 年 2 月，元照出版，P.39。

⁴⁰⁵ 廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.92。

第三項 其他具爭議性之行為

一、裁量行為

立法機關授權行政機關於行使職權時得為自由選擇，只要在此一選擇範圍內，選任何一個皆為正確、合法，此種選擇即為「裁量行為」⁴⁰⁶。行政機關行使裁量權限仍須遵守法律優越原則，所作個別判斷亦應避免違背平等原則、比例原則等一般法規範；裁量如係基於法律條款之授權，尤不得違反授權之目的或超越授權範圍，否則即屬裁量瑕疵。一般而言，裁量瑕疵可分為「裁量逾越」、「裁量濫用」二種：（一）「裁量逾越」係指行政機關所作決定逾越法律授權範圍，亦包括行政機關行使裁量權時違背法律賦予裁量之精神與目的，惟並不包括裁量不行使。（二）「裁量濫用」則指行政機關作成之裁量與法律授權目的不符，或行使裁量權時未對公益或私益觀點作充分考慮⁴⁰⁷。

裁量與「不確定法律概念」之解釋與適用，有所不同。裁量之逾越或濫用，係指賦予行為之法律效果之決定或選擇上有瑕疵；「不確定法律概念」之解釋與適用，則係法律構成要件之認知，以及具體事實是否符合該構成要件之認定問題；具體事實是否符合法律構成要件，屬於解釋與認定而非選擇之問題，故與裁量無關。由於法律構成要件採用不確定法律概念，如「情節輕重」、「必要」、「危害公共安全」等，因而其解釋及具體事實是否合乎該構成要件之認定，即欠缺明確之統一性，從而行政機關適用「不確定法律概念」之條文時，難免產生「法律拘束之相對性而可能有不同結果；因適用「不確定法律概念」會有此種相對性，不大可能有單一正確之絕對結果，因此學者有主張行政機關適用「不確定法律概念」於具體事實時，應承認行政機關有所謂不受法院審查之「判斷餘地」。惟不確定法律概念之解釋與適用，亦是法律適用之問題，適用法律有無違誤、是否合法，法院自得加以審查，僅少數例外承認有「判斷餘地」之存在⁴⁰⁸；此種僅承認

⁴⁰⁶ 翁岳生，「行政法與國家賠償法」，收錄於，法治國家之行政法與司法，2008年12月二版，元照出版，P.200。

⁴⁰⁷ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.148。

⁴⁰⁸ 如考試事件及公務員能力之判斷事件，其用以判斷之能力具有高度屬人性、技術性，其價值判斷有不可代替性，因而法院之審查應受限制。廖義男，國家賠償法，1993年7月增訂版，自版，P.51、52。

行政機關有局部之「判斷餘地」，原則上認為法院有廣泛不受限制之審查權限之主張，即對行政機關之裁量是否逾越或濫用，以及其對「不確定法律概念」之解釋與適用，法院皆可加以審查，乃是現行之通說。

台灣地區行政訴訟法第 4 條第 2 項規定「逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論。」因此被害人對於行政機關之裁量逾越或裁量濫用得提起行政訴訟，請求法院救濟。然法院僅能就有無逾越裁量權或濫用裁量權加以審查，適當性則不得審查；亦即法院僅能就是否違法予以審查，適當與否則屬裁量之領域，係法律授權行政機關決定之事項，故而法院不得審查之。

二、統治行為

由於法治國家要求國家行為均應有法之基礎，並由法院審查國家行為之合法性，故此，司法權之作用伴隨法治國家之發展，由私法及刑法領域逐漸涉入行政法甚或憲法領域中。為避免司法權過度膨脹導致司法干預政治，若干司法發達國家依「司法自我設限」之法理，乃產生對若干國家行為之合法性不加以審查之理論，此即「統治行為」⁴⁰⁹。因此所謂「統治行為」，係指具高度政治性而有關法律之爭議，因其具有高度政治性，如受法院干涉將影響其超然地位⁴¹⁰，故不受法院審查，亦不受合憲性審查⁴¹¹，如：國會之決議、任免部長、國家固有疆域範圍之界定⁴¹²、行政院移送覆議之行為等；另外，若干統治行為雖常使人民權益受到極大影響，如：與他國建立或斷絕邦交、宣戰行為、行使統帥權或赦免權⁴¹³等，由於統治行為之合法性不受司法審查，被害人自亦無從據以請求國家賠償。

三、特別權力關係行為

特別權力關係是指國家與人民成立一種特別的權力義務關係，如公務員或公立學校之學生與國家發生特別之權利義務關係，依據傳統理論，此種人在特別權

⁴⁰⁹ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.164。

⁴¹⁰ 翁岳生，「行政法與國家賠償法」，收錄於，法治國家之行政法與司法，2008 年 12 月二版，元照出版，P.200。

⁴¹¹ 司法院大法官釋字第 419 號解釋參照。

⁴¹² 司法院大法官釋字第 328 號解釋參照。

⁴¹³ 翁岳生，「行政法與國家賠償法」，收錄於，法治國家之行政法與司法，2008 年 12 月二版，元照出版，P.201。

力關係內部行為不能提起訴願、行政訴訟，若連第一次權利保護不允許，則第二次權利保護之國家賠償似亦不被允許⁴¹⁴。再者，特別權力關係理論在二次大戰之後雖已有相當演變，而有認為一般原理原則應適用特別權力關係中之全部行為，同時相對人之權利受到公權力侵害時得訴請救濟者；然台灣地區裁判實務較為保守而仍維持傳統理論，除大法官釋字第 187 號、第 201 號、第 243 號、第 266 號、第 298 號、第 312 號、第 323 號、第 338 號及第 382 號等解釋意旨外，仍認特別權力主體基於特別權力關係所為之行為不得救濟，且在該目的範圍內擁有裁量權，除非其裁量權發生濫用之情事，否則法院無從審查該行為之違法性，且亦無從請求國家賠償⁴¹⁵。惟台灣地區國家賠償法係採「有權利必有救濟」之新理念，與行政救濟受傳統理論支配之情形顯有不同，故雖依傳統理論，公務員年資核定錯誤、被免職或學生被開除學籍等，雖不能提起訴願或行政訴訟；然國家賠償法既無特別限制，自不能因第一次與第二次權利保護之配合，而否定人民依法向國家請求賠償之權利⁴¹⁶。

第四項 大陸地區之規定

與台灣地區相同，大陸地區國家賠償法亦未明確規定何謂「違法」，大陸學者對於「違法」之意涵，持有多種不同觀點：(一)狹義說。此種觀點認為，國家機關及國家機關工作人員行使職權時之行為是否違法，最終認定標準應為法律、行政法規和地方性法規，而不包括規章；(二)廣義說。此種觀點認為，違法是指違反嚴格意義上的法律，如憲法、法律、行政法規、規章、其他規範性法律文件、本國承認或參加之國際公約、條約等。(三)最廣義說。此種觀點認為，違法既包括違反憲法、法律、法規、規章以及其他規範性法律文件，亦包括違反法律基本原則與精神，以及濫用、超越行使自由裁量權⁴¹⁷。基於兩個原因，學者多支持擴大解釋違法之定義，亦即採最廣義說：第一，大陸地區目前法制尚不健

⁴¹⁴ 翁岳生，「行政法與國家賠償法」，收錄於，法治國家之行政法與司法，2008 年 12 月二版，元照出版，P.202。

⁴¹⁵ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年 5 月，元照出版，P.165。

⁴¹⁶ 翁岳生，「行政法與國家賠償法」，收錄於，法治國家之行政法與司法，2008 年 12 月二版，元照出版，P.202。

⁴¹⁷ 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.100。

全，某些領域尚無法可依，若對違法理解過嚴，將使相當部分受害人得不到法律救濟。第二，大陸地區法律並不完備，相對於複雜多變之社會生活，法律總是具有不完備性，透過法律原則與精神之適用，得給予受害人充分救濟⁴¹⁸。大陸學界對「違法」意涵討論之熱烈已如上述，然其對於違法性之認定應採「結果不法」或「行為不法」似乎鮮有論及，僅有周友軍認為基於平衡雙方舉證負擔之故，認為應採行為不法說⁴¹⁹。

大陸地區國家賠償法未對「違法」明確規定，學者根據行政訴訟法第 54 條規定，認為有下列情形之一者即為違法：（一）主要證據不足；（二）適用法律法規有誤；（三）違反法定程序；（四）超越職權；（五）濫用職權⁴²⁰。亦有學者具體指出「違法」應包括以下數個方面：（一）國家侵權主體之行為違反法律、法規、規章及其他具有普遍約束力之規範性文件；（二）國家侵權主體之行為違反法與原則與精神；（三）國家侵權主體未履行對特定人之職責義務，或違反對特定人之職責與義務；（四）國家侵權主體在行使自由裁量權時濫用職權或沒有盡到合理注意⁴²¹。

上述違法含義非常廣泛，亦有利於受害人之權益保護，然此畢竟只是理論上解釋，並不具有法律效力；亦即上述關於違法行為之規定與分類，在大陸地區國家賠償之實踐並非皆有意義。對於國家賠償法中所規定之「違法」，實踐中往往僅認為是「國家侵權主體之行為違反法律、法規、規章及其他具有普遍約束力之規範性文件之明確規定」，此種狹義解釋把應屬於國家賠償之事項排除於國家賠償範圍外，嚴重影響對當事人權益之保護，比如違反誠實信用等法律原則之行為，即無法得到國家賠償。行政賠償中，實踐中亦僵化地理解國家賠償法第 3 條、第 4 條之規定，嚴格限定可救濟違法行為之類型，據此，行政訴訟法明確承認之違法類型如行政不作為、行政不當行為都被排除在國家賠償範圍之外，無庸論及學理上所討論之抽象行政行為違法等形態⁴²²。

⁴¹⁸ 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.58、59。

⁴¹⁹ 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.77。

⁴²⁰ 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.148。

⁴²¹ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006 年 2 月，P.73。

⁴²² 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.154。

廣義之違法歸責原則雖然在理論上具有合理性，但此種廣義解釋卻不能真正在實踐中運作。大陸地區係一成文法國家，法律原則、法律精神等非成文或非具有明確可操作性之內容在實踐中並未得到重視；執法人員於執法之際，習於運用具有強烈可操作性之規則、規定辦事，甚少直接運用法律原則、法律精神進行判斷某一職權行為之合法與否⁴²³；因此有學者認為，此種擴大對「違法」之解釋在當前法制還不健全之狀況下雖具一定意義，但卻將違法解釋得過於抽象，理論上具有可能性，但操作困難⁴²⁴。另外，有學者認為執法者在法律、法規規定之範圍內自由裁量、靈活機動地處置問題引起的只是當與不當、合理與不合理之爭執，沒有違法與否之問題，因此自由裁量權自然排除國家賠償責任⁴²⁵。然而大多數學者基於擴大救濟範圍此一精神，仍將「違反法律原則」之行為、「自由裁量權行使不當」之行為視為違法行為⁴²⁶。

第五項 比較分析

根據大陸地區國家賠償法第 2 條規定，國家機關及國家機關工作人員「違法」行使職權時，國家賠償責任方始成立；台灣地區國家賠償法第 2 條第 2 項規定，公務員「不法」侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任；亦即以加害主體職務行為之違法性作為國家賠償責任之成立要件，在此點上兩者是一致，但對於違法之含義及判斷標準，兩者仍有區別。

第一，對於法令之範圍兩岸學理界各有不同意見已如前述。就大陸地區而言，儘管學界針對「法的範圍」存在多種見解，但在實定法及司法實務上作法係根據行政訴訟法規定之形式標準來操作，原則上以違反法律、法規、法定程序為限，而不包括行政法之一般原則；而台灣地區學界對法令作出較為寬泛之解釋，擴大政府行為違法之可能性，有利於對被害人權益之救濟。相比之下，大陸地區對法的解釋過於狹窄，在司法實踐中很容易縮小政府行為違法之可能性，造成無

⁴²³ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006 年 2 月，P.74。

⁴²⁴ 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.39。

⁴²⁵ 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.98。

⁴²⁶ 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.101。

法救濟公民權益之結果，似宜借鑒台灣地區作法，對「法」作出擴大解釋。

第二，台灣地區之學說及判例似已確立違法行為之判斷標準。對於違法行為之判斷標準，台灣地區學界存在不同見解而以「行為違法說」為通說亦如前述；然大陸地區之學界卻未見相關討論，就司法實務而言似採「行為違法說」，即考慮到依法行政或國家賠償訴訟之約束行政功能，將公權力行使是否符合行為規範作為判斷違法行為之標準⁴²⁷。本文認為，大陸地區學界應積極開展「違法行為判斷標準」之討論，從而，在理論及實踐上明確違法行為之判斷標準。

最後，本文認為台灣地區國賠法第 2 條第 2 項應包含兩項獨立請求權基礎，而不僅係兩個案例類型。因為國賠法第 2 條第 2 項前段所規範之「執行職務型」國家賠償責任，與第 2 條第 2 項後段所規範之「怠於執行職務型」國家賠償責任，應係出於不同思考模式：前者係依據「侵害行為」之違法性，另加上「有責性」、「因果關係」等因素，來判斷國家賠償責任是否成立；而後者則須分析公務員所應執行而未執行之「職務義務」，由其內涵、類型等特徵來分析此類職務義務之不執行是否構成國家賠償責任。由於此兩種國家賠償責任之思考方式與構成要件有相當大之差異性，故本文認為應將其認定為二獨立之請求權基礎；而非如台灣地區通說所稱，應將國賠法第 2 條第 2 項前段與後段視為單一請求權基礎，且認為「怠於執行職務」係「違法」的態樣之一⁴²⁸。此外，大陸地區雖有學者認為其國賠法上應有「不作為」或「怠於執行職務」之侵權責任規定，然因此非大陸學界通說，且持該論點者對「不作為」或「怠於執行職務」之闡述亦與台灣學界差去不遠，本文不擬在此贅述，而另於「相關判決」時再作論述。

⁴²⁷ 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.150。

⁴²⁸ 林三欽，「國家賠償請求權基礎之一——『執行職務型』之國賠請求權」，收錄於，月旦第53期，2007年2月，元照出版，P.32。

第六節 須人民之自由或權利受到損害

人民之自由或權利者，係指憲法所保障及法律所維護之一切自由及權利。所謂自由，包括身體自由、居住及遷徙之自由，著作及出版自由、言論自由、集會及結社自由及職業自由等。所謂權利，兼指公法上權利與私法上權利，包括生存權、工作權、財產權、請願、訴願及訴訟之權，應考試服公職之權、受國民教育之權等，舉凡人民之生命、身體、健康、自由、名譽，及物權、準物權、無體財產權及債權等皆屬之，因此國賠法上受侵害之權利種類，遠比民事侵權案件來的多樣⁴²⁹。另須注意者，已設立並有經營活動之營業，對該營業加以利用本身，具有現實而具體之價值，此種價值尤其可在營業頂讓時之買賣價格或營業出租時之租金中反映表現，因此已設立之營業可以對外發揮其營業作用之價值，諸如面臨或通往公路，有一定之主顧範圍與廠商或顧客之業務連繫等，應屬於營業所附著財產之實質內涵，而為憲法所保障財產權之範圍⁴³⁰。

所謂人民，乃指應受公權力支配之一般人民，即指居於國家主權作用下一般統治關係者而言⁴³¹，包括自然人與法人、本國人與外國人⁴³²、立於財產權主體地位之行政機關等。特別權力關係之軍人、公務員及學生，其權利遭受違法侵害時亦得請求賠償；惟其僅限於國家對公務員所作決定或處置係涉及公務員個人身分上權利，亦即屬於基礎關係時，始得立於權利主體提起訴願、行政訴訟，就直接影響服公職權利之事項，如公務員身分變更、免職、命令退休、公法財產請求權等，始有國家賠償法之適用；至於基於勤務職務或管理關係之事項，此時公務員即為行政機關的一個肢體，本身即屬公權力，公務員即不得請求國家賠償。最後，國家或地方自治團體並非國家賠償法所稱「人民」，若侵權公法人所屬公務員所執行職務與受損害公法人，兩者處於彼此利益相對立之關係，如地方自治團體執行自治事項而受其他公法人侵害時，亦得請求國家賠償⁴³³。

⁴²⁹ 林三欽，「國家賠償請求權基礎之一——『執行職務型』之國賠請求權」，收錄於，月旦第 53 期，2007 年 2 月，元照出版，P.43。

⁴³⁰ 廖義男，國家賠償法，1993 年 7 月增訂版，自版，P.68、69。

⁴³¹ 劉春堂，國家賠償法，2007 年 6 月修訂二版，三民出版，P.34。

⁴³² 限於我國人民在該外國亦享有國家賠償請求權利者為限，國家賠償法（台）第 15 條參照。

⁴³³ 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，

第一項 大陸地區規定

從各國國家賠償法的立法及實務來看，行政法上損害與民法之損害並無差別，係指行為人對他人合法權益所造成之不利後果，包括財產損害與非財產損害、直接損害與間接損害、物質損害與精神損害⁴³⁴。大陸地區國家承擔賠償責任之損害範圍分為三個層面（一）僅賠償對人身權及財產權造成之損害，不賠償政治權利之損害；（二）僅賠償侵犯人身權、財產權引起之財產損害，不賠償精神損害；（三）僅賠償財產損失中之直接損害，不賠償間接損害。

大陸地區現行國家賠償法因考慮國家財政狀況，將國家賠償責任中之權利保障限於人身權⁴³⁵與財產權；限於直接損害而排除間接損害⁴³⁶，可能得到而未得到之機遇損失，亦屬間接損害，僅限於侵權行為是故意實施或不賠償間接損害就會違背社會共同生活原則之情況下，國家方賠償間接損害⁴³⁷。多數學者雖認為大陸地區並無精神損害賠償之規定，然有學者認為，國家賠償法第 30 條即為精神損害賠償之規定，該條規定「對於國家機關違法拘留或錯誤逮捕等侵犯公民人身權的行為，如果造成受害人名譽權、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。」因此只能說國家賠償法中沒有規定對精神損害之金錢性賠償⁴³⁸；然不論持何種論點，多數學者皆認應將精神損害賠償納入國家賠償責任中。

大陸地區有關損害範圍之規定，係採概括式、列舉式結合排除式之表述方法，已如前述；此種立法方式在確定行政賠償範圍時，既考慮到國家賠償制度處於初創階段，又考慮到今後發展，可謂較佳之立法選擇⁴³⁹。行政賠償之範圍決定國家應對何種行政行為造成之損害予以賠償，以及國家承擔賠償責任之範圍，因此至為重要。行政賠償之範圍，各國規定不一，此係因行政賠償不僅在於保護行

元照出版，P.132~137。

⁴³⁴ 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.55。

⁴³⁵ 依據國家賠償法第3條之規定，並非任何人身權被侵犯皆可請求國家賠償，而僅以「人身自由權」、「生命健康權」二者為限。參照，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.463。

⁴³⁶ 國家賠償法第28條第7項規定「對財產權造成其他損害的，按照直接損失給予賠償」。

⁴³⁷ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006年2月，P.106。

⁴³⁸ 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.57。

⁴³⁹ 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.130。

政行為相對人之合法權益，尚須考慮國家利益及社會安全，而社會經濟發展水準及立法時政治、經濟形勢亦必然會影響行政賠償範圍。因此，行政賠償範圍之確定，並非立法者主觀臆斷之選擇，往往受到一國政治體制、理論因素及國家財力之制約；大陸地區國家賠償法對行政賠償範圍之確定，主要是「在行政訴訟法規定之基礎上，針對目前實際存在之問題」，對行政賠償範圍之適當規定⁴⁴⁰。

根據大陸地區國家賠償法，行政賠償是國家對行政機關違法行使行政職權侵犯公民、法人或其他組織合法權益造成損害之賠償。行政賠償適用之侵權損害範圍是公民、法人或其他組織之人身權和財產權，一般不包括其他權利，如受教育權、休息權等；法人、組織之人身權內容亦與公民不完全相同，因法人、組織性質有別於自然人，其並無人身自由權、婚姻自主權、生命健康權、親屬權等權利，因此對法人及組織，國家僅賠償財產損失而不賠償人身權損失，如因名譽權之損失而涉及財產損失者，亦僅賠償財產損失部分⁴⁴¹。目前大陸地區行政賠償主要有兩類：一類是違法之具體行政行為，如行政處罰、行政許可、行政強制等；另一類是事實行為，如非法拘禁或者以其他方法非法剝奪公民人身自由、違法使用武器、警械造成公民身體傷害或者死亡等⁴⁴²。

第二項 比較分析

由上述說明可知，兩岸學界對於「損害」概念之認知非常一致，差別在於兩岸國家賠償法對於何種損害可列入國家賠償範圍之規定相去甚遠。依據大陸地區國家賠償法之規定，作為國家賠償責任構成要件之損害僅限於人身權與財產權之損害，其範圍小於台灣地區國家賠償法所規定之範圍。有學者認為，行政侵權賠償範圍小於民事侵權賠償範圍之法律設定，意味著在一定程度上對行政主體保留國家豁免權，對於保護公民之合法權益極為不利，亦有悖於法律之前人人平等此一基本準則；再者，由於國家行政侵權賠償範圍明顯小於民事侵權賠償範圍，在司

⁴⁴⁰ 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.65。

⁴⁴¹ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006年2月，P.105。

⁴⁴² 有學者綜合國家賠償法及相關法律、法規及規章分析，認為行政賠償範圍之規定係由兩項原則支配：限於保護人身權、財產權之原則；職務行為與職務相關之事實行為相結合之原則。詳見，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.132。

法實踐中就會促使人民規避國家賠償法而按民事法律途徑解決權益糾紛或私了，大陸地區國家行政侵權案數量上升較為遲緩，即可能受此影響⁴⁴³。

相較之下，台灣地區國家賠償法之損害範圍適用民法規定，學說對損害之範圍作出相當寬解釋，亦即損害是指因加害行為而產生之一切損害，包括積極損害、消極損害、財產上損害、生命、身體、精神上損害等各種損害。顯然，大陸地區現行國家賠償法中，有關精神損害賠償之規定不僅落後於其民法實踐，而且落後於其他國家。從充分救濟被害人之角度而言，大陸地區國家賠償法所規定之損害其範圍的確過於狹窄，直接影響國家賠償制度之價值實現。因此，在這一點上，大陸地區似宜借鑒台灣地區之學說及判例對損害作出擴大解釋或直接修法予以改善。



⁴⁴³ 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.151。

第七節 須有相當因果關係

國家賠償責任之成立亦須具備「因果關係」要件，亦即加害原因事實與人民權利損害間，須存在「相當因果關係」；相當因果關係是涉及因加害行為所生之直接、間接損害中，須以何種範圍作為損害填補對象之問題⁴⁴⁴。換言之，如果可以經由客觀觀察得出，不存在某一「加害原因事實」，則特定「損害結果」必不發生；若該「加害原因事實」存在，則通常會發生此一「損害結果」，在法學上此「加害原因事實」與「損害結果」間即存在「相當因果關係」。要審查公務員違背職務之不法行為與損害之間是否有相當因果關係存在，應先確定該公務員若未違背職務而依法執行職務，所應採取之程序如何，以及瞭解受害人之財務狀況，於公務員執行職務前後可能產生哪些變化⁴⁴⁵。此外，不僅公務員積極侵權作為與損害間產生相當因果關係，公務員消極不作為亦有相當因果關係之存在，因而若公務員果真依法履行應執行職務義務，將阻止損害之發生時，相當因果關係即成立；例如未告知某車輛事投保而應予停駛，未告知某案件具體事實調查之結果等。

惟若該職務義務之行為與該受害之自由或權利無關，亦即並非保護被害人之自由或權利為目的者，則不能認為有相當因果關係。例如同為化學工廠之甲乙兩廠，其排放空氣污染物皆超過最高容許量，但主管機關僅命甲廠應設置空氣污染防治設備或採取適當防制措施，而未對乙廠課負此種負擔，以致使甲廠產品成本較乙廠相對提高，而使甲廠無從對抗乙廠之營業競爭，甲廠此種營業競爭之不利與損失，不能對該主管機關請求國家賠償；蓋主管機關職務義務之行為，並不在保護甲廠之營業競爭利益，故違背職務義務之行為與營業競爭利益之損害間，不能認為有相當因果關係⁴⁴⁶。此外，若受害人或第三者以不尋常之方式或不適當之方法介入損害之發生，而引發新的肇因造成最終損害，相當因果關係亦不存在。公務員執行職務於程序上有瑕疵，尚難遽認有因果關係之存在，特別是即使無該程序上瑕疵，公務員仍會採取相同職務行為者，該程序上瑕疵與損害並無因果關係

⁴⁴⁴ 葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008年5月，元照出版，P.189。

⁴⁴⁵ 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.138。

⁴⁴⁶ 廖義男，國家賠償法，1993年7月增訂版，自版，P.69、70。

之存在。若行政機關於行使行政裁量權時，作成有裁量瑕疵之行政決定，該決定固然違法；但不得逕行認為該「裁量瑕疵行為」與損害間有因果關係，必須在具體個案中，經由種種情況可以推知，若公務員合義務行使其裁量權（即無瑕疵），將為其他之決定，此時該裁量瑕疵之行為始與損害間有因果關係。

第一項 大陸地區規定

大陸地區對因果關係之主張眾說紛紜，有主張相當因果關係⁴⁴⁷、有主張必然因果關係說⁴⁴⁸、有主張直接因果關係說，亦有主張應採取多元確認辦法⁴⁴⁹。然最具代表性之學說則為直接因果關係說⁴⁵⁰，所謂「直接因果關係說」是指行為與結果之間存在邏輯上之直接關係，其中行為並不要求是結果之必然或根本原因，而僅係導致結果發生之一個較近原因，至於其間關聯性緊密程度，則完全依靠法官根據具體案件情況來決定；最高人民法院「關於公安機關不履行法定行政職責是否承擔行政賠償責任問題的批復」（2001年7月17日）基本上也採取這種態度，因為行政不作為案件中，很難說公安機關之不作為就會必然地、內在地、邏輯地導致損害發生，只能說其與損害之發生具一定關係，或者沒有阻卻損害發生之原有邏輯發展進程⁴⁵¹。

行為與損害間之因果關係極為複雜多樣，既有一因一果、一因多果之現象，又有多因一果、多因多果之現象，因此必須正確認識複雜之因果關係現象，方能切實保護受害人之權益⁴⁵²。在一個損害結果是由包括行為人之行為在內之諸多原因引起情況下，行為人之行為對損害結果發生之原因力不同，因此在分析因果關

⁴⁴⁷ 馬懷德主編，國家賠償問題研究，法律出版社，2006年2月，P.108、109。

⁴⁴⁸ 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.118、119。

⁴⁴⁹ 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.308。

⁴⁵⁰ 惟有台灣學者認為大陸地區之實務係採相當因果關係說，並認該說已取得穩固地位，此種認知似有疑義。詳見，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.151、152。

⁴⁵¹ 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.59。

⁴⁵² 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.309。

係時，正確地分析行為人行爲對損害結果所發生之原因力⁴⁵³，對於確定行為人之責任具有重要意義；損害之原因力主要有以下兩類：一是主要原因及次要原因；二是直接原因及間接原因⁴⁵⁴。

第二項 比較分析

兩岸均將不法行爲與損害事實存在法律上因果關係作為國家賠償責任構成要件之一，但在因果關係之判斷標準上兩岸則存在差異：大陸地區係以直接因果關係為通說，台灣地區則以相當因果關係為通說。台灣地區實務界並提出若干原則以判斷有無其因果關係，如綜合考慮相關法令內容、加害行為狀況及被害情況等，可見實務界透過判例形成有深度之因果關係論。然大陸地區由於尚不存在判例制度，僅限於學術上討論，因此有關因果關係之司法實務上判斷標準並不明確。另外，大陸地區多數學者主張之「直接因果關係說」，與台灣地區通說—「相當因果關係說」相比較，解釋上更為嚴格，使國家賠償責任成立較為困難，對人民權益之保障亦較為不利⁴⁵⁵。

⁴⁵³ 惟有學者否定原因力之分析，詳見，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.82。

⁴⁵⁴ 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.105、106。

⁴⁵⁵ 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.153。