

第五章 兩岸國家賠償法修正草案之比較

第一節 概說

台灣地區國家賠償法自 1980 年 7 月 2 日制定公布、1981 年 7 月 1 日施行迄今，已經歷將近 30 年時間，其間行政法制發生重大變革，如 2000 年 7 月 1 日施行新訴願法、新行政訴訟法⁵⁰²、2001 年 1 月 1 日施行行政程序法及新行政執行法等；於此同時，台灣地區因社會經濟環境之巨大變遷及學說實務理論之發展，諸多規定已不合時宜，多有亟待修法解決之問題。另一方面，現行國賠法本身亦有諸多規定之文義於適用上產生疑義，例如第 2 條第 2 項後段「怠於執行職務」、第 3 條第 1 項「公有公共設施」等，部分雖經司法院大法官解釋（釋字第 469 號、最高法院判例（94 年台上字第 2327 號）之闡明而釐清，惟仍有部分條文規定未明而存在爭議，如：本法第 3 條第 1 項規定「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。」，則由國家或地方自治團體設置之公共設施，委託私人經營管理後，因管理欠缺致人民受有損害，國家或該地方自治團體是否仍須負賠償責任？另外，公共設施因設置或管理有欠缺致人民受有損害，其得請求賠償之法益應否比照同法第 2 條第 2 項規定之「自由或權利」？又，本法第 6 條規定「國家損害賠償，本法及民法以外其他法律有特別規定者，適用其他法律。」，惟如國家賠償特別法之警械使用條例第 11 條第 2 項中規定列舉賠償項目，則如受害人於列舉賠償項目之外尚有損害，是否不得再依國家賠償法求償？此外，國家賠償訴訟是否應改由行政法院審判？賠償協議書應依行政執行法或強制執行法執行？

有鑑於此，法務部遂成立「國家賠償法研究修正小組」著手進行國家賠償法修正事宜，該小組自 2005 年 10 月 17 日起至 2008 年 6 月 30 日止共舉行 55 次會議，針對實務上疑義及學理上爭議，參酌司法院解釋、法院裁判見解及學說上趨勢，完成「國家賠償法修正草案初稿」，並於 2008 年 6 月 30 日公布以廣徵各界意見。本草案分為總則、請求賠償及審議程序、求償程序、附則等 4 章，共計

⁵⁰² 本次行政訴訟法主要變革在於改採二級二審並擴大訴訟類型。

42 條，較諸原本 17 條之條文，篇幅似有大幅增修；惟觀其內容，除將部分本法施行細則之規定明定於草案以外⁵⁰³，似無太大變動。如前所述，本次修正草案之目的，擬藉由立法方式釐清、解決本法施行至今所生實務與理論之問題，其修正內容必將影響將來實務運作與發展，實有加以檢討分析之必要。

大陸地區國家賠償法於 1994 年 5 月 12 日通過，1995 年 1 月 1 日起實施迄今亦有 10 餘年，該法之制定與實施，對於保障大陸地區人民、法人及其他組織依法取得國家賠償之權利，促進國家機關及其工作人員依法行使職權，化解矛盾糾紛，維護社會和諧穩定，具有重要意義。自國家賠償法實施以來，行政機關、司法機關依法處理若干國家賠償案件，當事人依法獲得國家賠償，因而大陸地區國家賠償制度之建立與實施，在國家法制化進程中發揮實已積極作用。

與此同時，國家賠償法在實施中也存在一些問題，主要有：（一）賠償程序之規定比較原則，對賠償義務機關約束不足，部分機關對應予賠償之案件拖延不予賠償，當事人之合法權益難以得到保障；（二）部分地方賠償經費保障不到位，賠償金支付機制不盡合理；賠償項目之規定難以適應社會變化；（四）刑事賠償範圍之規定不夠明確，實施中存在分歧；這些問題不同程度地阻礙賠償請求人及時有效地獲得國家賠償。近年來，各有關方面提出對國家賠償法需要進行必要之修改，截至目前為止，全國人大代表計有 2053 人次共提出 61 件修改國家賠償法議案和 14 件建議，另有部分部門、地方和專家學者也從不同角度提出對國家賠償法之修改意見和建議。

綜理國家賠償法之實施情況和各方面意見，第 10 屆全國人大常委會將修改國家賠償法列入「五年立法規劃」。根據立法規劃要求，法制工作委員會從 2005 年底開始著手國家賠償法之修改工作，向最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、財政部、司法部、國務院法制辦等中央有關部門及部分地方發函徵求修改意見，並先後召開領銜提出修改國家賠償法議案和建議之全國人大代表座談會、中央有關部門座談會、法學專家座談會以及國際研討會，還分別到 10 個省市進行調查研究，並對國外國家賠償法律制度進行比較研究。2008 年以來，按照常委

⁵⁰³ 本施行細則§3-1、§7 I、§8、§12、§14、§15 I、§16、§17、§18、§19、§21 I、§21III、§23、§26I、§27、§36、§41 III、§41IV 等條文之內容，均直接移置或修正後移置於草案相關條文中。

會立法工作計畫，法制工作委員會加速修改研究工作，在深入調查研究並認真研究各方面意見之基礎上，經與最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、財政部、司法部、國務院法制辦等部門協商溝通，起草國家賠償法修正案（草案）。

大陸地區此次國家賠償法之修改，係以鄧小平理論和「三個代表」等重要思想為指導思想，落實科學發展觀，堅持實事求是和「有法必依、有錯必糾」原則，體現憲法所規定尊重和保障人權之精神，體現「以人為本、執政為民」的執政理念。因此修改工作要注意從大陸地區現階段經濟社會發展現狀，分清體制機制問題和工作執行問題，既要保障公民、法人和其他組織依法獲得國家賠償之權利，也要保障國家機關及其工作人員依法行使職權。

國家賠償法涉及公權力之行使與公民切身利益，社會影響較大。同時，這部法律涉及民法、刑法、刑事訴訟法、民事訴訟法、行政訴訟法等多部法律，涉及人民法院、人民檢察院、公安機關和監獄等司法機關以及行政機關行使職權，法律關係比較複雜。概括而言，大陸地區國家賠償法之修改既要注意改革發展穩定之大局，亦要為構建和諧社會提供有力之法制保障。在修改思路，其特色為把握突出重點、積極穩妥之工作方針，針對法律實施中最突出、最亟需修改之爭點進行修改完善，同時注意穩步推進，對重大問題瞻前顧後，照顧左鄰右舍，不求一步到位。據此，修正草案以完善賠償程序、暢通賠償管道、保障賠償支付為重點，兼顧其他問題，對於目前難以達成共識之問題，草案暫未列入，這些問題需要根據實際情況進一步研究論證後，再作修改完善⁵⁰⁴。

⁵⁰⁴ 關於《中華人民共和國國家賠償法修正案(草案)》的說明，<http://www.giprs.org/ch/node/220>，最後點閱日期：2009年6月21日。

第二節 台灣地區國家賠償法修正草案之簡介

第一項 賠償要件

一、公務員行為之責任

(一) 一般公務員

公務員行為之責任自現行法第 2 條移列至修正草案第 3 條，該條第 1 項規定「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，國家或地方自治團體應負損害賠償責任。公務員因故意或過失怠於執行職務，致人民自由或權利受損害者，亦同」，此一公務員執行職務行使公權力行為所致國家賠償責任，僅修正部分文字，原則並無太大變動，除增列「地方自治團體」為賠償主體外，因怠於執行職務所生國家賠償責任，仍以公務員有故意或過失為必要，故於第一項後段予以明定，以資明確⁵⁰⁵。

所謂「行使公權力」，實務上大抵皆以最高法院 80 年度台上字第 525 號判決（焚燒廢棄公文案件）之論述為據，認為公權力係指「公務員居於國家機關之地位，行使統治權作用之行為而言，包括運用命令及強制等手段干預人民自由及權利之行為，以及提供給付、服務、救濟、照顧等方法，增進公共及社會成員之利益，已達成國家任務之行為。」，不論行使公權力之行為其性質屬干預行政或給付行政，表現之態樣為事實行為、行政處分、行政契約⁵⁰⁶甚或法規制定，均屬行使公權力之範疇⁵⁰⁷；法規之制定行為所生國家賠償，實務多以此類行為屬「抽象性規範之準立法行為，不涉及特定對象、特定事項之行政行為，即與國家賠償法第二條第二項之公務員執行職務行使公權力之要件不合」⁵⁰⁸為由，拒絕人民之國家賠償請求。因此，草案本條立法說明將所謂「行使公權力」，包括「行政契約」

⁵⁰⁵ 修法草案第 3 條，說明一。

⁵⁰⁶ 關於行政契約行為所生國家賠償問題，實務多集中於公立學校教師之聘任、聘期、停聘、解聘等案件，如最高法院 92 年台上字第 2688 號判決、台灣高等法院台中分院 95 年上國易字第 8 號判決。

⁵⁰⁷ 修法草案第 3 條，說明二。

⁵⁰⁸ 最高法院 87 年度台上字第 1450 號判決參照。

與「法規制定」行為者，似有意修正或改變國家賠償實務理論⁵⁰⁹。此外，究竟是否於條文中明定「行使公權力」之定義，亦於修法會議時引起討論，雖大多數委員認為行使公權力之概念難以正確定義，應留待實務慢慢發展，惟法院向來較學界為保守，且實務之間意見相左之情形所在多有，此一作法是否有利於人民權益保障，有待後續觀察。

所謂「怠於執行職務」，參照司法院釋字第 469 號解釋意旨，係採「保護規範」理論作為判斷是否構成「怠於執行職務」之標準，自該解釋公布以降，司法實務判決（如 89 年台再字第 27 號判決、92 年台上字第 69 號裁定、92 年台上字第 2336 號判決），多以之判斷公務員是否構成「怠於執行職務」，爰依上開解釋意旨，於第 3 項增訂「怠於執行職務」之定義為「公務員就保護特定或可得確定人民權利之法規所定職務，該法規已明確規定應執行且無不作為之裁量餘地而不執行」，所謂「應執行而不執行」，包括「依法規規定應執行職務而無裁量權或雖有裁量權但裁量縮收到零、遲延執行、部分執行情形。又公務員怠於執行職務，不以人民已提出請求者為限」⁵¹⁰。

草案規定公務員侵權行為所生國家賠償責任之性質，仍維持「代位責任」之設計，因此國家賠償責任要件仍以公務員有故意或過失為必要，公務員怠於執行職務亦同，且一般而言係由請求權人負擔舉證責任⁵¹¹。然關於過失之判斷，學說及多數實務認為，「公務員應忠誠努力，依法律命令所定執行職務，故如有不法執行職務行使公權力或怠於執行職務者，即推定其具有故意或過失。請求損害賠償之人民，只須舉證證明公務員有違背其職務義務之行為而使其受有損害，不須更證明公務員有故意或過失」⁵¹²，爰配合增訂第 4 項「公務員不法執行職務行使公權力或怠於執行職務者，推定為有過失」，亦即國家賠償請求權之成立採過失責任主義。

⁵⁰⁹ 賴恆盈，「法務部國家賠償法修正草案之評析」，收錄於，賴恆盈的學術教學網，P.4，<http://blog.roodo.com/louislainukgl/bf462fa4.pdf>，最後點閱日期：2009 年 6 月 18 日。

⁵¹⁰ 修法草案第 3 條，說明五。

⁵¹¹ 林三欽，「國家賠償法第二條理論與實務之檢討」，收錄於，當事人協力義務／行政調查／國家賠償，P.360，台灣行政法學會主編，元照出版，2006 年 11 月。

⁵¹² 修法草案第 3 條，說明六。

最後，有關公務員之定義僅修正文字如草案第 3 條第 2 項，並未配合刑法公務員概念之修正進行調整⁵¹³，查其原因在於刑法規定之公務員，乃涉及犯罪之成立及科刑，而本法規定之公務員，在於使被害人民權利獲得救濟，二者立法目的並不相同⁵¹⁴。

（二）委託行使公權力

由於近年來政府業務日趨龐雜，為增進行政效率、減低人事成本，委託私人行使公權力之情形所在多有⁵¹⁵。受委託行使公權力之團體或個人，其執行職務之人行使公權力或怠於執行職務，如不法侵害人民之自由或權利，國家或地方自治團體亦應負損害賠償責任，然現行條文第 4 條第 1 項僅規定受委託行使公權力之團體或個人，其執行職務之人於行使公權力時視同委託機關之公務員，使之直接連結本法第 2 條第 2 項規定，判斷其國家賠償責任，然修正草案認為此種設計有欠周延⁵¹⁶，因此將第 4 條第 1 項修正為「受委託行使公權力之團體或個人，於行使公權力時，因故意或過失，不法侵害人民自由或權利或怠於執行職務致人民自由或權利受損害者，國家或地方自治團體應負損害賠償責任」。

草案認為，受委託行使公權力之個人或團體僅於受委託之範圍內行使公權力，有別於公務員係於機關法定權限範圍內行使公權力⁵¹⁷。因此，有關公務員故意過失之認定，依草案本條第 2 項規定準用第 3 條第 4 項關於推定過失之規定，似以「受委託之團體或個人」不法執行職務行使公權力或怠於執行職務，推定為有過失。至於實際執行職務之人之故意過失，則依民法第 224 條規定，作為「受委託之團體或個人之故意或過失」，用以配合將來賠償義務機關之求償權（草案第 8 條第 1、2 項）設計。

另須注意者為，所謂「受委託行使公權力之團體或個人」，係指行政程序法第 16 條第 1 項行政機關依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理之

⁵¹³ 刑法第 10 條第 2 所規定之公務員定義，於 2005 年 2 月 2 日修正時有所限縮。

⁵¹⁴ 修法草案第 3 條，說明四。

⁵¹⁵ 詹鎮榮，論民營化類型中之「公私協力」，收錄於「民營化法與管制革新」，P.3，元照出版，2005 年。

⁵¹⁶ 修法草案第 4 條，說明一；惟其並未說明此種規定如何不周延，殊為可惜。

⁵¹⁷ 修法草案第 4 條，說明四。

情形，並不包括法律直接賦予特定團體或個人就特定事項行使公權力者，例如私立學校依教育法規對學生所為退學或類此處分之行為⁵¹⁸，此時應直接由該特定團體或個人負損害賠償責任，而不適用國家賠償法之規定；此將使私立學校依相關教師或教育法規之規定，對教師、學生所為各種公權力行為有關損害賠償案件，不再適用國家賠償；然私立學校與公立學校之差別僅在於設置者為私人或國家，對學校學生之保障不應因此有所差異，此一修正雖使私立學校之賠償案件權責相符，然私人財力畢竟有限，此規定是否影響私立學校學生之賠償請求得到落實，有無違反平等原則，是否需要其他配套措施，修正草案似未論及於此。

（三）法官、檢察官

鑑於有審判追訴職務公務員其職務之特性，本法對其有關國家賠償責任設有特別限制⁵¹⁹，此一差別處理雖係基於職務特性而設，並未逾越立法裁量之程度⁵²⁰，然終究限制人民國家賠償請求權，其適用範圍應予限縮。有關審判、追訴人員之規定，自現行法第 13 條移列至修正草案第 5 條，該條第 1 項規定「法官、檢察官因審判或追訴職務，侵害人民自由或權利，就其參與審判或追訴案件犯職務上之罪，經判決有罪確定者，國家應負損害賠償責任。」，如前所述，本條規定係基於審判及追訴職務之特性所為之特別規定，非因身分而設，屬職務保障而非身分保障，適用範圍宜予限縮，故法官或檢察官執行職務若屬司法行政範疇，如檢察官應遵守偵查不公開原則、法官訂定庭期等、破產事件⁵²¹、扣押物之保管⁵²²等，因非從事追訴或審判職務，故無本條適用⁵²³。須注意者為，本條所稱法官尚包括公務員懲戒委員會委員⁵²⁴、司法院大法官⁵²⁵及軍事審判官⁵²⁶，本條所稱檢察官則包括軍事檢察官。

⁵¹⁸ 修法草案第 4 條，說明二。

⁵¹⁹ 國家賠償法第 13 條參照。

⁵²⁰ 司法院大法官釋字第 228 號解釋參照。

⁵²¹ 台灣高等法院 94 年上國字第 9 號判決參照，轉引自賴恆盈，「法務部國家賠償法修正草案之評析」，收錄於，賴恆盈的學術教學網，P.7，<http://blog.roodo.com/louislainukgl/bf462fa4.pdf>，最後點閱日期：2009 年 6 月 18 日。

⁵²² 最高法院 92 年度台上字第 1642 號判決參照。

⁵²³ 修法草案第 5 條，說明二。

⁵²⁴ 大法官釋字第 162 號解釋。

⁵²⁵ 大法官釋字第 601 號解釋。

⁵²⁶ 修法草案第 5 條，說明五。

本條第 2 項規定「前項所稱審判職務，係指審理民事、刑事、行政訴訟、公務員懲戒及其他法律所定訴訟案件。」，「審判職務」應限於法官從事民事、刑事、行政訴訟、公務員懲戒及其他法律所定訴訟案件之審判職務時，始適用本條規定，如法官係依強制執行法規定辦理民事強制執行事務，則無本條之適用⁵²⁷。

本條第 3 項規定「第一項所稱追訴職務，係指實施偵查、提起公訴、上訴、非常上訴、實行公訴、協助自訴、擔當自訴及其他依法令參與審判程序之行爲。」，參酌法院組織法及刑事訴訟法之規定，「追訴職務」應限於實施偵查、提起公訴、上訴、非常上訴、實行公訴、協助自訴、擔當自訴及其他依法令參與審判程序之行爲，方屬之；指揮刑事裁判之執行因非屬追訴職務之行爲，應不包括在內⁵²⁸。

二、物之責任

有別於公務員侵權行爲之代位責任設計，對於公共設施所致國家賠償責任，本法改變其性質爲自己責任，係採無過失主義，草案則延續此一立法設計，由現行法第 3 條移列至修正草案第 6 條，該條規定「由國家或地方自治團體設置或管理，直接供公共或公務目的使用之公共設施，因設置或管理有欠缺，致人民生命、身體、人身自由或財產受損害者，國家或地方自治團體應負損害賠償責任」。

依我國現行實務而言，「公有公共設施」並非專指國家或地方自治團體所有之公共設施，亦即非以「公有」爲必要，凡公共設施係由國家或地方自治團體設置且管理，或雖非其設置但事實上由其管理者，以供公務或公共目的使用之有體物或其他物之設備，即有本法之適用；現行條文第 3 條第 1 項限於「公有」之公共設施，方有本法之適用，限縮成立國家賠償責任之範圍，與現行實務不符，因而修正草案將「公有」二字刪除⁵²⁹。所謂「設置或管理」，包括由國家或地方自治團體設置且管理，及雖非其設置但由其管理之情形，如存有公有地役關係之私有既成道路或行政機關向民間租借使用之辦公大樓。須注意者，公共設施由國家或地方自治團體設置且管理，自應分就設置或管理之欠缺負其責任，如僅設置或

⁵²⁷ 修法草案第 5 條，說明二。

⁵²⁸ 修法草案第 5 條，說明四。

⁵²⁹ 修法草案第 6 條，說明二。

管理，仍應分就設置或管理之欠缺負其責任⁵³⁰，亦即公共設施之設置或管理機關不同者，均得作為賠償義務機關⁵³¹。又，考量公共設施設置或管理之欠缺亦可能使人民之身體自由受到損害，修正草案遂將保護客體擴及「人身自由」⁵³²，因此如民眾前往行政機關洽公而受困於電梯，雖非財產、生命之損害，亦可請求國家賠償。

此外，由於民營化、管制鬆綁結果，公共設施委託民間興建、經營之情形，所在多有。國家或地方自治團體如將公共設施委託民間團體或個人，因涉及權限之移轉，並非由國家或地方自治團體直接支配或管理，其是否成立國家賠償責任，學說與實務向有爭議⁵³³，修法草案參酌德國理論，以該公共設施之性質、人民依賴程度及替代可能性等因素，以立法方式解決此一爭議，亦即修法草案認為宜適度限縮損害賠償責任之範圍，由該民間團體或個人就設施因管理欠缺所生損害負賠償責任為宜。惟委託管理之公共設施若屬國家或地方自治團體設置或管理之道路、橋梁或其他供公眾往來之交通基礎設施，因其具有獨占性，且人民對之亦有高度依賴性⁵³⁴，故縱使委託管理，亦可不問其委託關係與利用關係之性質，應由國家或地方自治團體負損害賠償責任。本文認為此項規定問題有二：其一，具有高度依賴性或獨占性而委外之公共設施所在多有，何以僅限於交通基礎設施方得請求國家賠償，不宜疑問；其二，目前交通基礎設施委由民間經營者似乎不多，此規定是否真能確實保障人民全意義或僅為具文，亦值得觀察。

第二項 求償要件

修法草案與本法相同，認為國家或地方自治團體於賠償受害人後，如有最終可歸責之行為人，國家或地方自治團體對實際應負責任之人有求償權。觀修正草案之設計，係修正本法規定之文字、改正疏漏之處，主要修正內容為明確規定賠償機關之求償義務，以及依國家賠償之不同類型，有不同之求償設計。

⁵³⁰ 修法草案第 6 條，說明三。

⁵³¹ 修法草案第 14 條第 1 項參照。

⁵³² 修法草案第 6 條，說明四。

⁵³³ 林三欽，「公有公共設施瑕疵國家賠償責任之探討」，收錄於《國家賠償理論與實務》，台北市政府法規委員出版，2004 年 12 月，P.371~389。

⁵³⁴ 修法草案第 6 條，說明五。

一、對公務員求償

（一）一般公務員

現行條文第 2 條第 3 項規定公務員就其不法侵害行為有故意或重大過失時，賠償義務機關對之有求償權，惟公共設施因設置或管理有欠缺所生國家賠償事件而可歸責於公務員時，是否限於公務員有故意或重大過失方得對之求償，現行條文並未規定；修正草案第 7 條則持肯定見解，該條第 1 項前段規定「公務員對於第三條第一項或第六條第一項所定損害之發生，有故意或重大過失時，賠償義務機關應對其行使求償權」。

求償權之行使，其目的在於督促公務員依法行政，善盡職守，避免違法濫權或怠於執行職務。為落實求償權之行使，上級機關對於所屬賠償義務機關是否依法行使求償權，應有行政監督之責，因此增訂同條第 2 項「賠償義務機關怠於行使求償權時，其上級機關應命其於一定期限內為之，逾期仍不行使者，同一行政主體之上級機關得以自己之名義，代為行使求償權」⁵³⁵。

除上述原因之外，求償權之行使未能落實之另一原因為現行規定過於簡略，缺乏彈性，以致無法達成預期目的。修正草案遂增訂應審酌之情狀及應注意之事項⁵³⁶，而於第 3 項規定「賠償義務機關或其上級機關依第一項規定行使求償權時，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，決定一部或全部求償：一、就損害之發生，被求償公務員、法官或檢察官可歸責之程度。二、被求償公務員、法官或檢察官職務之性質。三、對被害人所支付賠償金額之高低。四、有無影響被求償公務員、法官或檢察官之生計或法定扶養義務之履行」。又，為避免被求償人為多數人時，該等公務員間是否成立連帶債務關係或應分別負責茲生疑義，增訂第 5 項「應負責任之公務員、法官或檢察官為多數人時，應依前項規定分別定其求償之金額」，以明責任之分攤⁵³⁷。

⁵³⁵ 修法草案第 7 條，說明三。

⁵³⁶ 修法草案第 7 條，說明四。

⁵³⁷ 修法草案第 7 條，說明五。

（二）委託行使公權力

現行法第 4 條第 2 項規定「前項執行職務之人有故意或重大過失時，賠償義務機關對受委託之團體或個人有求償權。」，亦即現行法中對受委託行使公權力之團體或個人求償時之歸責要件與對公務員之要求無異，皆為故意或重大過失，然民間團體或個人受委託行使公權力時，原應本其委託關係善盡其受委託之職務，如違背受委託之職務而使委託機關須對被害人民負賠償責任時，委託機關對其行使求償權，應無減免其責任之必要⁵³⁸，因此修正草案第 8 條第 1 項修正為「損害之發生，係因受委託行使公權力之團體或個人之故意或過失所致者，賠償義務機關應對其行使求償權。」亦即受委託之團體或個人有故意或一般過失時，委託機關即可對其行使求償權。

其次，受委託之團體或個人如未受報償，或雖受報償而其所受報償顯不相當時，宜適度減輕其被求償責任，然現行法卻漏未規定。因此修正草案第 8 條第 2 項修正為「前項被求償人未受報償，或雖受有報償，而其報償顯不相當者，以其未盡與處理自己事務為同一之注意為限，賠償義務機關應對其行使求償權」。惟須注意者，本條所稱「報償」，乃受委託之團體或個人因行使公權力所獲取之報酬或對待給付，並不以行政程序法第 16 條第 3 項所稱之「費用」為限⁵³⁹。

（三）法官、檢察官

請求權人依第 5 條第 1 項請求國家賠償時，亦即對法官、檢察官因審判或訴追之侵權行為請求國家賠償者，因該等犯罪行為均以行為人主觀上具有故意為必要，故對之行使求償權，自以「故意」為必要，為求明確並揭示賠償義務機關之求償義務，同條項後段規定「法官或檢察官對於第五條第一項所定損害之發生，有故意時，亦同」⁵⁴⁰。

⁵³⁸ 修法草案第 8 條，說明二。

⁵³⁹ 修法草案第 8 條，說明三。

⁵⁴⁰ 修法草案第 7 條，說明二。

二、對物之設置管理有欠缺應負責任之人求償

(一) 對公務員求償

依據修法草案第 7 條第 1 項前段之規定，對公共設施設置管理有欠缺應負責任之人若為公務員，以其有「故意或重大過失」為限，應對其行使求償權。

(二) 對公務員以外之人求償

公共設施因設置或管理有欠缺所生損害，如係可歸責於公務員以外其他應負責任之人時，賠償義務機關得否對其行使求償權，本法並無規定，因此修正草案第 8 條第 3 項增訂「公共設施因設置或管理有欠缺，致人民生命、身體、人身自由或財產受損害，而其損害原因係因公務員以外其他應負責任之人所致者，賠償義務機關應對其行使求償權。」，本項所稱「公共設施」，除第 6 條第 1 項由國家或地方自治團體設置或管理之公共設施外，尚包括同條第 2 項之交通基礎設施。依本項規定行使求償權時，因該機關與「公務員以外其他應負責任之人」間，或有契約關係，或屬無償志工或僅為單純侵權行為人，對於該應負責任之人主觀上應具備之可歸責要件，應視個案情形依其原應負責之基礎法律關係判斷⁵⁴¹。

然考量行政效率之維護，並避免公務員之心理負擔，修正草案明定限於公務員有故意或重大過失時，方得對其行使求償權；對於民間團體或個人受委託行使公權力時，則認其應本於委託關係善盡其受委託之職務，如違背受委託之職務而使委託機關須對被害人民負賠償責任時，委託機關對其行使求償權，應無減免其責任之必要⁵⁴²。實則，公務員本應忠心努力執行其職務，公務員服務法第 1 條即有明定，豈有考量公務員擔心賠償問題造成行政效率低落或心理負擔，因而減免其責任之謬論；若謂民間團體或個人受委託行使公權力受有報酬，故應承擔較高責任，則公務員與國家何止為委託關係，其享有薪資及其他福利制度難道非為報酬，何以二者區別以待，立法理由之說明似未足以令人信服。

⁵⁴¹ 修法草案第 8 條，說明四。

⁵⁴² 修法草案第 8 條，說明四。

第三項 請求程序及管轄

一、請求程序

修法草案關於國家賠償請求程序，主要仍延續本法及施行細則之規定，採書面請求、協議先行及雙軌訴訟之設計。其修正大致可分為：納入並修正施行細則之規定，配合正當法律程序要求，於協議程序新增若干程序規定，對協議程序與雙軌訴訟衍生之制度銜接與整合問題，增加配套規定，茲分述如下。

(一) 書面請求

現行法第 10 條第 1 項為書面請求賠償之規定，修正草案則移列至第 17 條，條文內容並未修正。惟將本法施行細則第 17 條第 1 項規定請求損害賠償應記載之事項修正移列至本法，修正草案第 21 條第 1 項規定「第十七條所定書面之請求，應載明下列各款事項，由請求權人或代理人簽名或蓋章，提出於賠償義務機關：一、請求權人之姓名、住居所、身分證明文件字號。如為法人或其他設有管理人或代表人之團體，其名稱、事務所或營業所，及管理人或代表人之姓名、住居所、身分證明文件字號。二、有代理人者，其姓名、住居所、身分證明文件字號。三、請求賠償之事實及理由。四、請求賠償之金額或回復原狀之內容。五、賠償義務機關」。請求權人主張之事實，如有證據，宜併於請求損害賠償時提出，因此第 2 項規定「前項應載明之事項有證據者，宜併提出之」。

為期損害賠償程序之順利進行，修正草案第 21 條第 3 項規定「請求賠償不合第一項所定程式，而其情形可補正者，賠償義務機關應定相當期間通知請求權人或代理人補正。」，違反之效果則明定於第 4 項「前項所定期間經過後，逾三十日仍不補正或其情形不能補正致無從進行協議者，視為未請求協議。」，本項「視為未請求協議」對請求權人之權益影響至鉅，因此第 5 項規定「第三項之通知，應載明應補正之事項及逾期未補正之法律效果」。

(二) 委任代理協議

請求權人如無暇或因其他原因，未能親自與賠償義務機關協議時，應許其得委由他人代理協議，修正草案第 18 條至第 21 條即為相關規定，茲分述如下：

修正草案第 18 條第 1 項規定「請求權人得委任代理人與賠償義務機關進行協議。」，請求權人既經委任代理人代理協議，則該代理人原則上就其所受委任之事件，有為一切協議行為之權，惟拋棄損害賠償請求權、撤回損害賠償之請求等，關係請求權人之利益較鉅，因此第 2 項規定「代理人就其受委任之事件，有為一切協議行為之權。但拋棄損害賠償請求權、撤回損害賠償之請求、領取損害賠償金、受領原狀之回復或選任代理人，非受特別委任，不得為之。」，另為杜絕代理權之限制可能發生之紛爭，復於第 3 項規定「對於代理權加以限制者，應於委任書內表明」。

有關代理權欠缺而可補正及代理權授與之撤回等規定，係分別自本法施行細則第 18 條及第 12 條修正移列本法，前者規定於修正草案第 19 條「賠償義務機關如認為代理權有欠缺而可以補正者，應定七日以上之期間，通知其補正，但得許其暫為協議行為；逾期不補正者，其協議行為不生效力。」，後者規定於修正草案第 20 條「代理權授與之撤回，經通知賠償義務機關後，始對賠償義務機關發生效力」。

（三）機關參加協議

數機關均應負損害賠償責任時，請求權人應如何行使其權利，宜於本法明定，因此修正草案將本法施行細則第 18 條規定修正移列於本法⁵⁴³第 22 條第 1 項規定：「數機關均負損害賠償責任時，請求權人得對賠償義務機關中之一機關或數機關或其全體，同時或先後請求全部或一部之賠償」，惟為防止請求權人重複請求或超額請求，及為使損害賠償之協議早日成立，俾損害賠償之權利義務關係易於確定⁵⁴⁴，復於第 2 項規定「前項情形，請求權人如同時或先後向數賠償義務機關請求全部或一部之賠償時，應載明其已向其他賠償義務機關請求賠償之金額或回復原狀之內容」。

同一賠償事件，數機關均負損害賠償責任時，如何協議賠償，與各該賠償義務機關均有密切之關係，應使未被請求之賠償義務機關有機會參加協議，因此修

⁵⁴³ 修法草案第 22 條，說明二。

⁵⁴⁴ 修法草案第 22 條，說明三。

正草案第 25 條第 1 項規定「同一賠償事件，數機關均負損害賠償責任時，被請求之賠償義務機關應以書面通知未被請求之賠償義務機關參加協議。」，若受通知之機關認其並非賠償義務機關，因其屬賠償義務機關之爭議，應依同條第 2 項規定「……適用第十五條之規定」。又，為使請求權人所受損害能儘速獲得填補，被請求之賠償義務機關自得就其認應負賠償責任及其範圍，與請求權人達成協議，俾使請求權人能獲致部分賠償，以保障其權利⁵⁴⁵，因此同條第 3 項規定「第一項受通知之機關應參加而未參加協議者，被請求之賠償義務機關得就其認應負賠償責任及其範圍，與請求權人達成協議，並將協議之結果通知未參加協議之機關」。

（四）拒絕協議

賠償義務機關收受賠償請求書後，必須儘速處理，判斷具體事實是否符合賠償要件，俾決定是否拒絕賠償或通知請求權人開始協議。惟其調查事實及證據均需要相當處理期間，因此修正草案將本法施行細則第 19 條規定修正移列本法，規定「被請求賠償之機關，認無賠償義務者，得不經協議，於收到請求權人之請求起六十日內，以書面敘明理由拒絕之；如其知有其他被請求賠償之機關者，並應通知之」。

（五）先決問題

以行政處分之無效或違法，或於法定期間內應為而不為行政處分致生損害而請求損害賠償者，請求權人如已循行政爭訟程序救濟，復依本法規定請求賠償時，為避免認事用法與行政爭訟程序確定之結果矛盾，賠償義務機關本得停止協議，惟若賠償義務機關認為原行政處分確實無效或違法，並考量繼續進行協議對請求權人較為有利，且可減少訟源者，應許其繼續進行協議⁵⁴⁶，因此修正草案第 24 條規定「國家賠償事件以行政處分是否無效或違法，或於法定期間內應為而不為行政處分為據者，請求權人已提起行政爭訟程序，於其程序確定前，賠償義務機關得停止協議，並通知請求權人。對於行政處分不服，而依法律規定應依訴

⁵⁴⁵ 修法草案第 25 條，說明四。

⁵⁴⁶ 修法草案第 24 條，說明二。

願及行政訴訟以外之程序請求救濟者，於其程序確定前，亦同」。

須注意者，所謂「於法定期間內應為而不為行政處分」，包括訴願法第 2 條第 1 項及行政訴訟法第 5 條第 1 項規定人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益而提起訴願，及經依訴願程序後，向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容行政處分之訴訟等情形。又法律特別規定對於行政機關怠為執行職務之行為，經踐行書面告知後仍未依法執行時，無須先經訴願程序而得直接提起行政訴訟之情形亦屬之⁵⁴⁷。

（六）利害關係人之陳述意見

損害之發生及歸責事由等，應屬為侵害行為或應負責任之人知之最詳，其陳述對於釐清賠償責任有相當之助益；其次，因機關得於符合要件之情形下行使求償權，損害賠償責任之成立與否與其有密切之利害關係，應有通知其於協議期日到場陳述之必要。因此修正草案增訂第 26 條規定「賠償義務機關應以書面通知為侵害行為之所屬公務員，或受委託行使公權力之團體、個人，或公共設施因設置或管理有欠缺致生損害，就損害原因有應負責任之人，於協議期日到場陳述意見。損害之發生係因賠償義務機關以外其他機關公務員行為所致者，亦同」。

二、賠償義務機關

修法草案延續本法有關賠償義務機關之設計，以賠償義務機關為實際負國家賠償責任之人，此外並依國家賠償之類型，明定賠償義務機關及賠償義務機關之認定問題。茲分述如下：

（一）賠償義務機關之判斷標準

修正草案第 13 條第 1 項由現行法第 9 條第 1 項移列，然其僅規定「…請求損害賠償者，以該公務員所屬機關為賠償義務機關。」，為配合修正草案第 5 條法官、檢察官因審判或追訴職務，侵害人民自由或權利之修正，並參酌現行條文第 9 條第 1 項規定意旨以其所屬機關為賠償義務機關，遂修正規定為「依第三條

⁵⁴⁷ 修法草案第 24 條，說明三。

第一項或第五條第一項請求損害賠償者，以該公務員、法官或檢察官所屬機關為賠償義務機關。」，所謂「法官所屬機關」，係指司法行政機關，與審判權之行使無涉⁵⁴⁸。

行政機關之權限如有委任、委託或委辦之情形時，因已涉及公權力權限之移轉，為使權責相符，修正草案增訂第 13 條第 2 項「依法規有權限之委任、委託或委辦情形時，以受任、受託或受委辦之機關為賠償義務機關」。須注意者，本項所稱「委託」，除行政程序法第 15 條第 2 項所定情形外，尚包括下級機關委託上級機關，地方自治團體或其機關委託中央或上級政府機關辦理及其他依法規規定委託之情形⁵⁴⁹。

有別於行政機關間之權限移轉，若行政機關將公權力之權限委託團體或個人行使，由於該團體或個人並非機關，其執行職務之人行使公權力或怠於執行職務，如有侵害人民之自由或權利之情事者，該團體或個人無法作為賠償義務機關，因而增訂第 13 條第 3 項「受委託行使公權力之團體或個人，其執行職務之人行使公權力或怠於執行職務，致侵害人民之自由或權利者，以委託機關為賠償義務機關」。

（二）賠償義務機關之認定

有關公共設施之設置或管理有欠缺所生損害，由現行法第 9 條第 2 項移列至修正草案第 14 條第 1 項，文字部分僅調整法條序號；惟為使請求權人明瞭應向何機關請求賠償，增訂第 2 項管理機關之決定順序，該項規定「前項所稱管理機關，應依下列順序決定之：一、法規所定之管理機關；其依法辦理委任、委託或委辦時，為該受任、受託或受委辦之機關。二、無法規所定之管理機關時，為事實上之管理機關。三、事實上之管理機關不明時，為該公共設施原設置機關。四、原設置機關不明時，依土地登記簿上所登載之該公共設施座落土地之管理機關」。

損害之發生，雖因公共設施之瑕疵所致，但如無法確定賠償義務機關，例

⁵⁴⁸ 修法草案第 13 條，說明二。

⁵⁴⁹ 修法草案第 13 條，說明四。

如因年代久遠，無從確認公共設施係由何機關設置，而損害係因設置有欠缺所致，為免使人民權利保障出現漏洞，增訂第 3 項「不能依前二項決定賠償義務機關時，以該公共設施所在地之直轄市政府或縣（市）政府為賠償義務機關。」，以資補充。此外，國家或地方自治團體設置或管理供公眾往來之交通基礎設施，委託民間團體或個人管理者，如有因管理欠缺而生損害，依本法第 6 條第 2 項規定，由國家或地方自治團體負損害賠償責任，因此增訂第 4 項「依第六條第二項請求損害賠償者，以委託機關為賠償義務機關」。

賠償義務機關經裁撤或調整後，應以何機關為賠償義務機關，其規定自現行法第 9 條第 3 項及第 4 項移列至修正草案第 15 條第 1 項及第 2 項，第 1 項僅作文字修正，內容並無太大調整。惟如無法依前述規定確認賠償義務機關或數機關間有爭議，現行法原規定「……得請求其上級機關確定之。其上級機關自被請求之日起逾二十日不為確定者，得逕以該上級機關為賠償義務機關。」，修正草案則於第 2 項修正為「賠償義務機關之認定有爭議時，得請求其共同上級機關確定之，無共同上級機關時，由各該上級機關協議定之」。

另外，對於賠償義務機關有爭議，目前實務上均由行政監督之上級機關確定之，修正草案參酌現行實務作法，於第 3 項規定「中央機關與地方自治團體之機關，或不同地方自治團體之機關間對於賠償義務機關之認定有爭議時，由行政院或其指定之中央目的事業主管機關或其他機關確定之⁵⁵⁰。同一縣內之鄉（鎮、市）公所間，對於賠償義務機關有爭議時，由縣政府確定之⁵⁵¹」。賠償義務機關之確定，事涉請求權人明瞭請求賠償之對象，影響請求權人權益甚大，不得長時間延宕不決，因此修正草案第 4 項規定「依前二項規定應為協議或確定之機關自被請求確定之日起逾二個月不為確定者，得逕以該應為協議或確定之機關為賠償義務機關」。

（三）賠償義務機關錯誤之處理

請求權人向賠償義務機關請求賠償後，如被請求賠償之機關認其非賠償義務

⁵⁵⁰ 行政院得基於業務職掌與專業分工之考量，亦得依個案情形之不同，指定中央目的事業主管機關或其他機關確定之，參照修法草案第 15 條，說明四。

⁵⁵¹ 地方制度法第 77 條第 2 項規定參照。

機關，目前現行法並未規定應如何處理，因此修正草案增訂第 16 條第 1 項規定「被請求賠償之機關，認其非賠償義務機關者，得不經協議，於收到請求權人之請求起三十日內，以書面敘明理由，將請求權人之請求移送應負賠償義務之機關，並通知請求權人。」，為避免因機關間之移送致影響請求權人之權益，復於第 1 項規定「前項受移送之機關亦認其非賠償義務機關者，應於受移送之日起三十日內，依前條規定辦理」。

若請求權人在國家賠償請求權時效期間內提出賠償請求，卻因機關間對於賠償義務機關認定有異，發生案件移送而有罹於時效之虞，自不得讓此不利益歸於請求權人，因此修正草案參酌行政程序法第 17 條第 2 項，增訂本條第 3 項「請求權人於法定期間內請求賠償，依第一項規定移送賠償義務機關者，視同已在法定期間內向應負賠償義務之機關提出請求」。

第四項 機關審議程序

一、開始協議

賠償義務機關訂定協議期日，宜予請求權人有相當之準備期間，因此修正草案將本法施行細則第 21 條第 1 項規定移列本法，增訂第 27 條第 1 項規定「賠償義務機關為第一次協議之通知，至遲應於協議期日五日前，送達於請求權人。」，又為避免雙方對「開始協議之日」認知不同引起爭議，復於同條第 2 項規定「前項通知所載第一次之協議期日為開始協議之日」。

二、協議紀錄與協議書

協議進行時，雙方當事人及其他相關人員之聲明、陳述與協議結論等，均應有所記載，以便查考而明其責任，因此修正草案將本法施行細則第 23 條規定修正移列本法，增訂第 28 條第 1 項「協議應作成紀錄，記載下列各款事項：一、協議事件之案號、案由。二、協議之處所及年、月、日。三、到場之請求權人或代理人、賠償義務機關之代表人或其指定代理人、第二十五條及第二十六條所定之人員、證人及鑑定人。四、請求權人請求賠償之金額或回復原狀之內容。五、第三款人員陳述之要旨。六、協議結論」。又到場之請求權人或代理人、賠償義務機

關之代表人或其指定代理人、第25條及第26條所定之人員、證人及鑑定人等，於協議時，就事實、證據及法律上之意見均有所陳述，為求協議之真實，以免日後產生爭議，復於同條第2項規定「前項第三款人員應於協議紀錄簽名或蓋章」。

請求權人提出賠償請求後，賠償義務機關如認無賠償義務者，應依第 23 條規定以書面敘明理由拒絕賠償，無須與請求權人協議，爰刪除現行條文第 10 條第 2 項前段規定。又本法所定損害賠償請求權係屬公法上之請求權，賠償協議之性質，自屬雙方就國家賠償之方法、範圍、金額等事項相互讓步所達成之行政契約⁵⁵²，至於其究屬民法上「和解契約」或行政程序法上「和解契約」，則有疑問。實務有認為「……考量其立法之目的在於使賠償機關能迅速解決與請求權人間之損害賠償糾紛，除具有擔保國家依法行政之功能外，並能迅速保護人民之權利。該協議之性質上係國家與人民間針對損害賠償糾紛所為之協商，與民事上和解契約之締結在本質上並無二致。至於行政程序法第 135 條所規定之行政契約，類型上亦有可能成立和解契約，然其前提須為公法上法律關係，與國家賠償之協議尚屬不同⁵⁵³」；然國家賠償法及其施行細則之相關規定已就賠償機關與請求權人間之協議程序、協議紀錄內容、協議書之作成詳為規定，核屬要式規定，顯已排除民法上和解契約為不要式契約之原則，此乃考量國家賠償之預算編列涉及公益問題，與民法上和解契約之締結係單純私益問題有所不同，國家賠償協議之法定要式程序及格式，除因正式而明確之記載能兼顧人民權利之保護⁵⁵⁴以外，並能避免賠償義務機關任意與請求權人私相授受之弊病。要言之，國家賠償法既已明文規定協議應符合一定之要式程序及書面格式，是協議書之作成即相當於和解契約之締結，協議不成立即屬國家與人民間對於和解契約之意思表示不一致，自無另外成立民法上和解契約之餘地⁵⁵⁵。

賠償義務機關如於協議成立後怠於履行賠償責任，請求權人必須透過行政訴訟取得執行名義，有違協議制度在於使人民之損害能迅速獲得填補之本旨，爰修

⁵⁵² 修法草案第 30 條說明三誤植為「公法契約」，似應修正為行政契約較為精確。

⁵⁵³ 宜蘭地方法院 89 年國字第 4 號判決參照。

⁵⁵⁴ 依照國家賠償法第 10 條第 2 項規定，協議書得為執行名義。

⁵⁵⁵ 賴恆盈，「法務部國家賠償法修正草案之評析」，收錄於，賴恆盈的學術教學網，P.16，<http://blog.roodo.com/louislainukgl/bf462fa4.pdf>，最後點閱日期：2009 年 6 月 18 日。

正現行條文第 10 條第 2 項後段規定，並移列至第 30 條第 1 項規定「協議成立時，應作成協議書，該項協議書得為強制執行法之執行名義」。由於協議書得為強制執行法之執行名義，其應記載事項宜予明定，復於第 2 項規定「協議書應記載下列各款事項，由到場之請求權人或代理人及賠償義務機關之代表人或其指定代理人簽名蓋章：一、協議事件之案由及案號。二、請求權人之姓名、住居所、身分證明文件字號。如為法人或其他設有管理人或代表人之團體，其名稱、事務所或營業所，及管理人或代表人之姓名、住居所、身分證明文件字號。三、有代理人者，其姓名、住居所、身分證明文件字號。四、賠償義務機關之名稱及所在地。五、損害賠償之金額或回復原狀之內容。六、請求權人對於同一原因事實所發生之其他損害，願拋棄其損害賠償請求權者，其拋棄之意旨。七、年、月、日。」，並於第 3 項規定「……於協議成立後十日內送達於請求權人」。

三、協議不成立證明書

本法係採協議先行主義，其立法目的在於使請求權人受損權利能儘速獲得填補，為避免因協議時間冗長致影響請求權人之權利，俾利請求權人行使訴訟權，修正草案將本法施行細則第 26 條第 1 項規定修正移列本法，增訂第 29 條第 1 項「自開始協議之日起逾六十日仍未達成協議者，賠償義務機關應發給協議不成立證明書。但請求權人請求繼續協議者，不在此限。」，相反而言，若協議顯無達成之可能或自開始協議之日起雖未逾 60 日但已確定無法達成協議時，第 2 項亦規定「……賠償義務機關亦應發給協議不成立證明書」。

四、國家賠償之訴之提起

賠償義務機關收受請求權人之賠償請求書後，自應儘速處理決定賠償與否，惟賠償義務機關調查事實及證據均須相當之處理期間，現行法 30 日之處理期間稍嫌不足⁵⁵⁶，因此第 31 條修正為「賠償義務機關拒絕賠償，或自提出請求之日起逾六十日不開始協議，或協議不成立時，請求權人得提起國家賠償訴訟。但已依行政訴訟法規定，請求損害賠償者，就同一原因事實，不得更行起訴。」，是草案仍循本法現行規定採雙軌訴訟制度：其採國家賠償訴訟者，須經協議先行程序；

⁵⁵⁶ 修法草案第 31 條，說明二。

其依行政訴訟法第七條規定請求損害賠償者，應否經協議程序為必要，實務曾有爭議，目前實務則認無須經國家賠償法之協議程序⁵⁵⁷。另外，本條所稱「協議不成立」，包括已開始協議逾60日仍未達成協議、協議顯無達成之可能，及自開始協議之日起雖未逾60日，惟協議之雙方就賠償之方法、範圍、金額等事項已確定無法達成協議等情形⁵⁵⁸。

五、暫時權利保護制度

有關假處分聲請之規定，由現行條文第 11 條第 2 項移列至第 32 條第 1 項，文字未作調整。惟須注意者，本項所稱「依本法請求損害賠償」，係指請求權人依第 17 條規定請求損害賠償；又本項所定向法院聲請為假處分，包括依第 31 條規定向普通法院請求賠償及依同條但書向行政法院提起行政訴訟請求損害賠償之兩種情形⁵⁵⁹，因此，請求權人得於起訴前或起訴後，向普通法院或行政法院請求暫時權利保護。

其次，並將本法施行細則第36條有關醫療費或喪葬費之扣除及返還規定移列本法32條第2項及第3項，第2項規定「前項暫先支付之醫療費或喪葬費，應於給付賠償金額時扣除之」，第3項則規定「賠償義務機關依第一項暫先支付之醫療費或喪葬費，有下列情形之一者，得請求返還；如有爭議，依民事訴訟程序解決之：一、未成立協議，而請求權人未依法提起訴訟請求賠償，且其請求權已經時效消滅。二、請求權人受敗訴判決確定。三、其金額超過協議、訴訟上和解或確定判決所定賠償金額之部分」。

六、職權調查主義

為便利人民行使訴訟權，保障其審級利益，國家賠償訴訟仍維持由民事法院審理，因此修正草案第 33 條第 1 項規定「國家賠償訴訟，除依本法規定外，適用民事訴訟法之規定。」，惟考量其公法性質，關於事實真偽之判斷與證據之提出，法院宜為適度監督，不應放任依辯論主義處理，爰參酌民事訴訟法第 575

⁵⁵⁷ 最高行政法院 93 年判字第 494 號判例參照。

⁵⁵⁸ 修法草案第 31 條，說明四。

⁵⁵⁹ 修法草案第 32 條，說明二。

條之 1 第 1 項，於第 2 項增訂職權調查證據之規定，以符合國家賠償之屬性，並與賠償義務機關協議階段之處理原則相配合。惟須注意者，此與人民就違法行政處分提起撤銷訴訟並請求損害賠償，行政法院適用行政訴訟法審理時，採行職權調查證據原則，二者仍略有差異⁵⁶⁰。

七、因先決問題爭訟之程序停止

以行政處分之違法或無效，或於法定期間內應為而不為行政處分致生損害而請求損害賠償者，請求權人如已循行政爭訟程序救濟，復依本法規定請求賠償，為避免裁判兩歧，修正草案新增第 34 條規定「國家賠償事件以行政處分是否無效或違法，或於法定期間內應為而不為行政處分為據者，請求權人已提起行政爭訟程序，於其程序確定前，民事法院應停止其審判程序。對於行政處分不服，而依法律規定應依訴願及行政訴訟以外之程序請求救濟者，於其程序確定前，亦同」。

第五項 求償程序

有關求償權之行使，係由本法施行細則第 41 條第 3 項及第 4 項規定修正移列本法，修正草案第 35 條第 1 項規定「賠償義務機關依第七條或第八條行使求償權時，應先與被求償人協議，並得酌情許其提供擔保分期給付。協議不成立時，應依訴訟程序行使求償權」。損害之發生如係賠償義務機關以外之他機關公務員行為所致，第 2 項則明定「……賠償義務機關應先與該公務員所屬機關協議；協議不成立時，應依訴訟程序為之。但賠償義務機關與該公務員所屬機關隸屬於同一公法人者，協議不成立時，由共同上級機關決定之」。須注意者，本條第 1、2 項應先行協議之規定，係指依本法第 7 條或第 8 條行使求償權之情形，如係依其他法律關係行使求償權時，則無本條協議先行規定之適用⁵⁶¹。

賠償義務機關行使求償權，其本質雖屬公法請求權，惟為與國家賠償請求權一致⁵⁶²，爰參酌第 33 條規定，於本條第 3 項規定「求償訴訟適用民事訴訟法之

⁵⁶⁰ 修法草案第 2 條，說明五。

⁵⁶¹ 修法草案第 35 條，說明四。

⁵⁶² 修法草案第 35 條，說明五。

規定。」及第 4 項「前項訴訟程序中，法院得斟酌當事人所未提出之事實，並應依職權調查證據。」，明定求償訴訟之管轄權及審理原則。

損害之發生係因賠償義務機關以外之他機關公務員行為所致，被求償之機關應向就損害原因負最終責任之公務員行使求償權，爰增訂第 36 條「被求償之機關依前條第二項之規定給付後，準用第七條、第十二條及前條之規定，對其所屬之公務員行使求償權」。

第六項 其他部分修正

一、法源及適用順序

現行條文第 5 條及第 6 條均在於確認國家損害賠償制度之法源，且規定本法與特別法及民法之適用關係，修正草案第 2 條第 1 項遂合併規定「國家損害賠償，除法律有特別規定者外，適用本法；本法未規定者，適用行政程序法；行政程序法亦未規定者，準用民法之規定。」，除將國家賠償法定位為普通法外，並將國家賠償請求權定位為公法上之請求權，故本法未規定者，應優先「適用」公法相關條文（行政程序法）與法理以為補充，如行政程序法亦未規定時，再「準用」性質相近之民法規定⁵⁶³。所謂「適用行政程序法」，係指行政程序法關於職權調查、送達及請求權時效完成之效果等規定；所謂「公法相關法理」，如損害賠償請求權人及損害賠償之範圍（包括所受損害、所失利益），並不因公法或私法上之損害賠償而有不同，對於此等公私法共通之事項無待準用民法規定，即得作為公法上法理予以適用；所謂「準用民法規定」，係考量國家賠償之公法性質，爰參酌行政程序法第 127 條第 2 項及第 149 條明定準用之。又損害賠償之範圍，除法律另有規定外，應包括所受損害及所失利益，並不因公法或私法上之損害賠償而所有不同，因此本法雖係準用民法規定，但有關損害賠償之請求權人及賠償範圍，均與民法規定一致⁵⁶⁴。

修法草案延續本法之規定，仍將本法定位為「普通法」，因此其他法律有特

⁵⁶³ 修法草案第 2 條，說明四。

⁵⁶⁴ 修法草案第 2 條，說明五。

別規定者，如土地法、警械使用條例等，自應優先適用特別法規定。然特別法未規定之事項，如時效、賠償請求程序，或該特別規定非為限制國家賠償請求權之行使者，如警械使用條例第 11 條、公務人員保障法第 21 條等，人民因而未能依該特別法請求賠償之部分，仍得依草案規定請求賠償。修法以前，國家賠償之特別法對於賠償項目或賠償金額設有限制者，其未規定之賠償項目或超過該等賠償金額之部分，於符合本法所定之賠償要件時，可否依本法請求賠償，學說及實務見解容有爭議，為保障請求權人之權益，修正草案新增同條第 2 項規定「前項特別規定之法律設有賠償項目或賠償金額之限制者，請求權人就其依該限制未能請求賠償之部分，仍得依本法請求之。但該特別規定就同一賠償事件設有最高賠償總額之限制者，不在此限」，亦即特別法中關於賠償項目或賠償金額設有限制者，於符合草案所定賠償要件時，為保障請求權人之權益，除該特別法就同一事件設有最高賠償總額之限制者外⁵⁶⁵，請求權人對於特別法未予賠償之部分，仍得於符合草案所定之賠償要件時，請求依草案所定程序及時效等規定，請求賠償義務機關賠償，故而本法兼具有補充國家賠償特別法律規定不足之作用，於優先適用該特別法律之特別規定時，原則仍得適用國家賠償法之規定以為補充。

二、預算編列

修正草案第 9 條係賠償方法與預算編列之規定，其中賠償方法仍維持現行規定，亦即以金錢賠償為原則，回復原狀為例外。中央政府預算編列部分則有異動，按國家賠償所需經費，原應由各機關自行編列，惟考量本法立法之初國家賠償預算編列難以精確預估，故明定由各級政府自行編列，中央政府之國家賠償預算則係統一編列於法務部。然國家賠償事件是否成立及後續求償權之行使，均涉及賠償義務機關之職掌及專業判斷，為使權責相符、督促公務員審慎行使公權力並落實求償權之行使，因此修正草案第 9 條第 2 項規定「前項賠償所需經費，在中央由一、二級機關分別編列預算並支應之；在直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）由直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所分別編列預算並支應之。」，因

⁵⁶⁵ 此外，基於事件之性質構成國家賠償法之特別法者，例如冤獄賠償法、戒嚴時期人民受損權利回復條例、戒嚴時期不當叛亂暨匪諜審判案件補償條例、二二八事件處理及賠償條例等，亦屬之；詳見，賴恆盈，「法務部國家賠償法修正草案之評析」，收錄於，賴恆盈的學術教學網，P.2，<http://blog.roodo.com/louislainukgl/bf462fa4.pdf>，最後點閱日期：2009 年 6 月 18 日。

此，中央之國家賠償預算編列方式，由一、二級機關分別編列並支應之；各級地方自治團體部分則維持現行規定，由各級地方政府編列⁵⁶⁶。

三、時效期間

(一) 請求權時效

請求權時效之規定移列於修正草案第 10 條，仍維持現行規定，亦即自請求權人知有損害時起 2 年內，或自損害發生時起逾 5 年不行使而消滅；同時為使「知有損害」之定義更臻明確，遂將施行細則第 3 條之 1 增訂為本條第 2 項「前項所稱知有損害，須知有損害事實及國家賠償責任之原因事實。」，因此，關於因違法行政處分所生國家賠償請求，其請求權消滅時效，應以「請求權人實際知悉及其損害係由於違法之行政處所致時起算，非以知悉該行政處分經依行政爭訟程序確定其為違法時為準⁵⁶⁷」。

其次，「知有損害時起」及「自損害發生時起」之始日，依民法第 120 條第 2 項及行政程序法第 48 條第 2 項規定，應自翌日起算⁵⁶⁸。其次，依第 5 條請求賠償者，其請求權時效現行法並無規定，由於依該條請求賠償，必須以法官、檢察官因審判或追訴職務，侵害人民自由或權利，就其參與審判或追訴案件犯職務上之罪，經判決有罪確定者為限⁵⁶⁹，因此修正草案增訂第 3 項規定為「依第五條第一項請求損害賠償者，自請求權人知悉該法官或檢察官就其參與審判或追訴案件犯職務上之罪，經判決有罪確定後二年間不行使而消滅；自判決確定後逾五年者，亦同」。「經判決有罪確定後」及「自判決確定後」之起算，參酌最高法院 94 年度第 7 次民事庭會議決議之意旨，始日亦不算入。

目前本法並無賠償請求權消滅時效中斷之規定，且因國家賠償請求採協議前置設計，若請求權人向賠償義務機關提出賠償請求後，未於 6 個月內提起訴訟，依第 2 條準用民法第 130 條，時效視為不中斷；且因採司法二元化設計，國家賠償訴訟與行政訴訟分由普通法院與行政法院審理，對於違法之行政處分或其他公

⁵⁶⁶ 修法草案第 33 條，說明三。

⁵⁶⁷ 最高法院 94 年台上字第 1350 號判決參照。

⁵⁶⁸ 修法草案第 10 條，說明四。

⁵⁶⁹ 修法草案第 10 條，說明三。

權力行為所生損害，請求權人雖得依法提起行政爭訟救濟，因我國現行實務並未完全採行第一次權利保護優先原則，故不發生中斷國家賠償請求權時效之效果。為避免請求權人提出賠償請求後，因賠償義務機關處理期間之延滯；或提起行政爭訟確定後，繼而請求國家賠償時，已逾國家賠償請求權時效等致生不利效果之情形，修正草案增訂第 11 條第 1 項「請求權時效，因請求權人向賠償義務機關提出賠償請求，或對侵害其自由或權利之行政處分或其他公權力行為提起行政爭訟而中斷」。須注意者，所謂「提起行政爭訟」，除行政法院審理之行政訴訟事件外，尚包括訴願及相當於訴願程序與提起訴願前之先行程序等事件；又，因立法裁量而依行政訴訟法第 2 條規定移送其他法院審理之公法案件，如交通違規裁決事件之受處分人，不服主管機關之處罰，依道路交通管理處罰條例第 87 條規定，向管轄法院提出聲明異議者，目前雖由普通法院刑事庭受理，亦屬本項所稱提起行政爭訟。另「行政爭訟程序確定」，係指行政爭訟程序之終局確定，包括確定之終局判決，或依法提起訴願，對於訴願決定未於法定期間提起訴訟而訴願決定確定、提起訴願之先行程序後，撤回或未依法提起訴願而確定等情形。

若請求權人於賠償義務機關拒絕賠償理由書、協議不成立證明書送達，或行政爭訟之決定或裁判確定後，未進一步行使其權利提起國家賠償訴訟；或行政訴訟之裁判於裁判書送達前已確定，而於裁判書送達後 6 個月內未起訴者，當可推知其無行使權利之決心，因此修正草案增訂第 11 條第 1 項規定「時效依前項規定中斷者，自賠償義務機關拒絕賠償理由書、協議不成立證明書送達，或行政爭訟之決定或裁判確定後，六個月內不起訴者，視為不中斷。但行政訴訟之裁判於裁判書送達前已確定者，自裁判書送達後六個月內不起訴，視為不中斷」。須注意者，若請求權人同時向賠償義務機關請求賠償並提起行政爭訟，致生拒絕賠償理由書或協議不成立證明書之送達與行政爭訟之決定或裁判確定之時點有先後時，為保障請求權人之權益，同條第 3 項規定「前項視為不中斷之時點有先後時，以後時點為準」。

（二）求償權時效

求償權之規定由現行法第 8 條第 2 項移列修正草案第 12 條，僅酌予文字修

正而為「第七條及第八條之求償權，自支付賠償金或回復原狀後，因二年間不行使而消滅」。

四、適用範圍

依法律直接賦予特定團體或個人就特定事項行使公權力，例如私立學校依教育法規對學生所為退學或類此處分之行為，與第 4 條係屬行政程序法第 16 條第 1 項所定行政委託之情形有別，因此修正草案於第 37 條規定「法律直接賦予特定團體或個人就特定事項行使公權力所造成人民之損害，不適用本法之規定」。有關其他公法人、外國人準用、適用本法之規定，則分別自現行法第 14、15 條移列至第 38、39 條，文字未予修正。

本法所定損害賠償，係以損害賠償責任之原因事實、損害事實為構成要件事實，若損害賠償責任之原因事實與損害事實發生時點不同者，應如何適用本法，增訂於第 40 條「不法行為、公共設施之設置或管理有欠缺及所生損害均發生於本法修正前者，適用修正前之規定；所生損害發生於本法修正後者，適用修正後之規定」，惟須注意者，損害事實與損害賠償責任之原因事實均發生於本法修正前，惟請求權人於修正後始提出賠償請求者，因請求所涉程序事項，基於「程序從新」原則，仍應適用修正後之規定⁵⁷⁰。

⁵⁷⁰ 修法草案第 40 條，說明三。

第三節 大陸地區國家賠償法修正草案之簡介

大陸地區國家賠償法修正案草案於 2008 年 10 月 23 日公布並提請第 11 屆全國人大常委會第 5 次會議審議，該修正草案條文共計 42 條，惟觀其內容多為行政賠償及刑事賠償之程序相關規定，國家賠償構成要件及賠償範圍等重要部分則未見修改。

第一項 行政賠償程序

一、賠償之提出

賠償義務之確定僅作文字修正，將第 9 條第 1 款「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。」修正為「賠償義務機關有本法第三條、第四條規定情形之一的，……」，不但解決「依法確認」所依者究為何法之爭議，且明定有法定情形發生時，賠償義務機關即應給予賠償。

二、求償申請書

國家侵權行為致被害人死亡者，而依法由其他有請求權人提出者，為使賠償義務機關得以確認請求權人有無請求權及其他事宜，於第 12 條新增第 3 款規定「賠償請求人不是受害人本人的，應當說明與受害人的關係」。

其次，新增第 4 款規定「賠償請求人當面遞交申請書的，賠償義務機關應當當場出具加蓋本行政機關印章並註明收訖日期的書面憑證。申請材料不齊全的，賠償義務機關應當當場或者在五日內告知賠償請求人需要補正的全部內容。」，此規定取消申請賠償之「確認關」，目的在於使受害人於請求國家賠償時，無須先經賠償義務機關確認自己行為是否違法，不但減少賠償義務機關延宕程序進行之可能性，亦使國家賠償請求立案之可能性大為提高；惟此款規定就文義而言似僅限於當面遞交申請書始有適用，其他非以當面遞交方式申請賠償者，如以郵寄方式提出申請者，是否仍須要求賠償義務機關開具收執聯，又或應以何種其他方式保障其權益，似漏未規定。

三、賠償義務機關受理後之履行

為解決賠償義務機關拖延賠償程序之弊端，第 13 條修正為「賠償義務機關應當自收到申請之日起兩個月內，作出是否賠償的決定。（第 1 款）賠償義務機關作出賠償決定，應當充分聽取賠償請求人的意見，並可以與賠償請求人就賠償方式、賠償專案和賠償數額依照本法第四章的規定進行協商。（第 2 款）」，為使賠償義務機關作出不予賠償決定後，受害人有可循其他救濟途徑之證明，增加第 3 款規定「賠償義務機關作出不予賠償決定的，應當書面通知賠償請求人，並說明不予賠償的理由」。

新增第 14 條⁵⁷¹「賠償義務機關逾期不予賠償，或者賠償請求人對不予賠償的決定或者賠償數額有異議的，賠償請求人可以自前條規定的期限屆滿之日起三個月內，向人民法院提起訴訟」，此規定明確賦予行政賠償請求人於賠償義務機關逾期不予賠償時，有逕向人民法院提起訴訟之權利。

四、舉證責任

新增第 15 條⁵⁷²「人民法院審理行政賠償案件，賠償請求人和賠償義務機關對自己提出的主張，應當提供證據。受害人被羈押期間死亡的，被請求機關對自己的行為與損害結果之間不存在因果關係的主張，應當提供證據。」，現行國家賠償法對人民法院審理行政賠償案件、人民法院賠償委員會處理刑事賠償案件應如何舉證並未作出規定；在一些賠償案件中，賠償請求人和賠償義務機關對於導致損害發生原因各執一詞，若無關於舉證之規定，法院難以認定，特別是受害人被羈押期間死亡者，因賠償請求人無法舉證，這種情況下應當明確由監管機關提供證據；然草案僅規定「死亡」非為已足，因於羈押期間發生身體傷害時，受害人仍面臨舉證上的困難，故應增補「身體傷害」之情形。

⁵⁷¹ 原第 14 條移列於第 16 條。

⁵⁷² 原第 15 條移列於第 17 條。

第二項 刑事賠償程序

一、刑事賠償義務機關

第 19 條移列於第 21 條，並將第 4 款修改為「二審改判無罪，以及二審發回重審後作無罪處理的，作出一審判決的人民法院為賠償義務機關」。

二、賠償之提出

第 20 條移列於第 22 條，第 1 款修正為「賠償義務機關有本法第十七條、第十八條規定情形之一的，應當給予賠償。」，第 3 款修正為「賠償請求人提出賠償請求，適用本法第十一條、第十二條的規定」。

三、賠償義務機關受理後之履行

將原第 21 條移列於第 23 條，修改為「賠償義務機關應當自收到申請之日起兩個月內，作出是否賠償的決定。賠償義務機關作出賠償決定，應當充分聽取賠償請求人的意見，並可以與賠償請求人就賠償方式、賠償專案和賠償數額依照本法第四章的規定進行協商。賠償義務機關作出不予賠償決定的，應當書面通知賠償請求人，並說明不予賠償的理由。」，第 24 條第 1 款修改為「賠償義務機關逾期不予賠償，或者賠償請求人對不予賠償的決定或者賠償數額有異議的，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。」

實際運作上，有的賠償義務機關以各種理由不確認或對確認申請拖延不辦，申請人向上一級機關申訴又往往行不通，依法律規定確認不了違法侵權，便無法跨越賠償門檻。為此一些人大代表、地方和部門提出建議，明確規定對於賠償義務機關不予賠償者，賠償請求人有權向人民法院賠償委員會申請，利用權力制約權力之方式，強化外部監督約束。另外，大陸地區之國家賠償委員會係設於法院，而法院自己也是賠償義務機關，而且是賠償大戶，法院不僅要對自己錯誤的刑事判決進行賠償，而且要對民事行政訴訟中的違法查封、違法執行等進行賠償。特別是近年來，個別地方法院亂查封、亂執行情況時有發生，對當事人利益損害極大，比如有些執行人員與評估人員、拍賣人員相互勾結，低價賤賣被執行人財產，對於這些行爲，法律明確規定要賠償，若法院拒絕賠償，依法可請求上一級人民

法院賠償委員會申請作出賠償決定；此規定雖亦屬一種監督制衡，然其僅為內部監督，難免出現自己人管自己人的問題，若無強有力的外部監督制約，對賠償請求人極為不利。

四、舉證責任

如同行政賠償之舉證責任規定，受害人於被羈押期間處於絕對弱勢，難以要求其負舉證責任，因此加重賠償義務機關之舉證責任，新增第 26 條⁵⁷³「賠償委員會處理賠償請求，賠償請求人和賠償義務機關對自己提出的主張，應當提供證據。受害人被羈押期間死亡的，被請求機關對自己的行為與損害結果之間不存在因果關係的主張，應當提供證據。」，因此，如賠償請求人於被羈押期間發生死亡者，被請求機關對自己不存在致害行為之主張，應當提供證據，亦即被請求機關如無法說明自己不存在致害行為者，將要承擔致害之後果；然草案僅規定「死亡」非為已足，因於羈押期間發生身體傷害時，受害人仍面臨舉證上的困難，故應增補「身體傷害」之情形。

五、賠償委員會之職權

新增第 27 條⁵⁷⁴「賠償委員會處理賠償請求，採取書面審查的辦法。必要時，可以向有關單位和人員調查情況、收集證據。賠償請求人與賠償義務機關對損害事實及因果關係有爭議的，賠償委員會可以聽取賠償請求人和賠償義務機關的陳述和申辯。」，此規定不但明定賠償委員會處理賠償申請之程序、權限，並規定賠償委員會得聽取賠償請求人和賠償義務機關之陳述和申辯，使當事人有陳述之機會。

六、賠償決定期限之延長

新增第 28 條⁵⁷⁵「人民法院賠償委員會應當自收到賠償申請之日起三個月內作出決定。對於疑難、複雜、重大案件，經本院院長批准，可以延長一個月。」，此規定使賠償委員會須於受理賠償申請後一定時間內作出決定，有利於法律關係

⁵⁷³ 原第 26 條移列於第 32 條。

⁵⁷⁴ 原第 27 條移列於第 33 條。

⁵⁷⁵ 原第 28 條移列於第 34 條。

之明確，惟對於疑難、複雜、重大等案件期限之延長僅係於院長一人，似有不妥，應仍由賠償委員會合意決定較為妥當。

第三項 賠償方式和計算標準

一、侵犯生命健康權賠償金之計算

原第 27 條移列於第 33 條，第 1 款第 1 項修正為「造成身體傷害的，應當支付醫療費、護理費，以及賠償因誤工減少的收入。減少的收入每日的賠償金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的五倍」，造成身體傷患者，除直接相關之醫療費用外，尚應包括護理費用，故新增護理費之請求規定，然護理費用範圍為何，何以未包括復健費用，則未說明。

同條款第 2 項修正為「造成部分或者全部喪失勞動能力的，應當支付醫療費、護理費、輔助器具費、康復費等因殘疾而增加的必要支出和繼續治療所必需的費用，以及殘疾賠償金，殘疾賠償金根據喪失勞動能力的程度，按照國家規定的傷殘等級確定，最高不超過國家上年度職工年平均工資的二十倍。造成全部喪失勞動能力的，對其扶養的無勞動能力的人，還應當支付生活費。」，對於造成身體傷害或者喪失勞動能力者，增加護理費、輔助器具費、康復費等因殘疾而增加之必要支出和繼續治療所必需之費用；對於部分喪失勞動能力受害者其最高賠償額度，從原來國家上年度職工年平均工資的 10 倍增加為 20 倍。

第 2 款修正為「前款第二項、第三項規定的生活費的發放標準，參照當地最低生活保障標準執行。被扶養的人是未成年人的，生活費給付至十八周歲止；其他無勞動能力的人，生活費給付至死亡時止」。

二、精神損害之救濟

原第 30 條移列於第 34 條，修改為「有本法第三條或者第十七條規定情形之一，致人精神損害的，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；造成嚴重後果的，應當支付相應的精神損害撫慰金。」，此條即為精神損害賠償之規定，亦為大陸地區首次將精神損害金錢賠償納入國家賠償

範圍，然其稱為「撫慰金」，因此其性質就為「賠償金」或「補償金」，似有模糊未明之處。

大陸地區之民事侵權賠償中，受害人得請求賠償財產損失，亦得請求精神損害賠償，但現行國家賠償法並無明定精神損害賠償；然國家機關及其工作人員違法侵犯公民之人身自由及生命健康權，同樣會對受害人造成精神損害，實務中不少賠償請求人曾要求支付精神損害賠償金，但皆無法獲得賠償⁵⁷⁶。因而修正草案將精神損失賠償納入國家賠償中，象徵性意義十分重大，它將反映出國家與法律對人的精神層面的關注，對社會文明進步的宣導與帶動作用不可輕視。精神損害程度如何認定？賠償標準如何掌握？會否出現漫天要價之情況？因現實中情況非常複雜，法律難以對精神損害之賠償標準作出統一規定，則有待最高人民法院根據審判實務中出現之具體問題，作出具體應用之解釋。

三、侵犯財產權賠償金之計算

原第 28 條移列於第 35 條，並將第 5 項修改為「財產已經拍賣或者變賣的，給付拍賣或者變賣所得的價款；變賣的價款明顯低於財產價值的，應當支付相應的賠償金；」，新增第 7 項⁵⁷⁷「返還執行的罰款或者罰金、追繳或者沒收的金錢，解除凍結的存款或者匯款的，應當支付銀行同期的定期存款利息」。

四、賠償金支付期限

新增第 37 條「賠償請求人憑生效的判決書、復議決定書、賠償決定書或者調解書，向賠償義務機關申請支付賠償金。賠償義務機關應當自收到支付賠償金申請之日起七日內，依照預算管理許可權向有關的財政部門提出支付申請。財政部門應當自收到支付申請之日起十五日內支付賠償金。」，賠償費用支付之現行作法是，於賠償責任確定後，由賠償義務機關先向賠償請求人墊付賠償金，然後

⁵⁷⁶ 如「處女嫖娼案」中，陝西省涇陽縣公安局以「嫖娼」為由對 19 歲少女麻旦旦拘留 15 天，受害人麻旦旦要求賠償精神損害費 500 萬元，但僅獲賠 74.66 元，精神損害賠償請求未獲支持。又如「鐘祥投毒案」，湖北省鐘祥市原賀集第二中學在早餐時發生嚴重中毒事件，警方認定是人為投毒，4 名老師作為犯罪嫌疑人被逮捕；2004 年 8 月，該案因「證據不足」被撤案，4 名老師提出國家賠償請求；2005 年 1 月 19 日，鐘祥市有關部門決定向 4 名老師每人支付國家賠償金 3 萬餘元，對於 4 人提出的 20 萬元精神及名譽損害金的賠償請求則不予支持。

⁵⁷⁷ 原第 7 項條移列於第 8 項。

再向同級財政部門申請核銷賠償費用，但是這一做法在實施中存在以下問題：

其一，目前大陸地區財政體制實行「分級分灶」制，上級機關之賠償經費預算不能撥付下級使用，然實際上基層機關卻辦理大部分案件，賠償案件因此主要集中在基層，但相當部分的基層財政並沒有作出專門的賠償經費預算，而是要求賠償義務機關先行墊付，這是造成基層賠償決定執行難的主要原因⁵⁷⁸。其二，部分縣、市由於財政困難，多年來一直沒有設置國家賠償費用預算；且近年來大陸地區推行財政預算體制改革和細化部門預算，不允許各機關有「自留資金」⁵⁷⁹，一些地方的國家機關已經沒有先行墊付的資金，失去先行墊付的條件，二者皆使用於國家賠償之費用難以保障；其三，不少人認為賠償案件就是「錯案」，因此有的地方要求賠償義務機關必須先處理責任人並追償以後，才能向財政申請核撥，且財政部門僅核撥追償後之差額部分。

如上所述，賠償經費能否落實是全國人大修訂國家賠償法討論中公認的大問題，也是亟需解決的關鍵問題。修正草案規定財政部門須於 15 天內支付，容不得財政單位說有沒有預算、有錢沒錢，反正得在 15 天內把錢給申請人，因為你代表的是國家，此一修正體現了由單位賠償變成真正意義上的國家賠償。

第四項 其他修正—求償時效

原第 32 條移列於第 39 條，第 1 款修正為「賠償請求人請求國家賠償的時效為兩年，自其知道或者應當知道國家機關及其工作人員行使職權時的行為侵犯其人身權、財產權之日起計算，但被羈押期間不計算在內。」，被害人於國家賠償事由發生時可能不知其受有損害，或不知其得主張請求賠償，原規定「自國家機關及其工作人員行使職權時的行為被依法確認為違法之日起計算，……」，須確認國家機關及其工作人員行使職權之行為違法始得起算，對被害人之保障未臻完整，修正後僅須被害人知悉或應知悉國家機關及其工作人員行使職權之行為侵害

⁵⁷⁸ 故而有謂「中央財政喜氣洋洋，省市財政勉強勉強，縣鄉財政哭爹喊娘」，顯見基層機關根本沒有進行國家賠償之能力。

⁵⁷⁹ 「國家賠償法修訂直搗要害深意何在」，http://www.nhq.com/sz/HTML/sz_4224.html，最後點閱日期：2009 年 6 月 21 日。

其權利，求償權之時點便可起算，此規定使求償權始點更為明確，殊值肯定。



第四節 小結

第一項 台灣地區修法草案之評論

一、法源依據之規定

國家賠償法性質屬救濟法，其是否須明訂憲法依據，容有疑問；國家賠償法雖有憲法上依據，然同屬救濟法之行政訴訟法、訴願法皆未規定憲法依據，國家賠償法第 1 條規定於體例上似有不妥。

二、公務員要件

近代以前，公權力之行使專屬於政府原因在於，公權力係國家統治者權力之象徵、威信之所在，統治者自將公權力行使之權力集中於己身，不容私人分享，其行使公權力之工具即為公務員；然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，不得不藉由民間團體或私人之力量執行職務，因此公權力雖仍專為國家所有，然其行使之權力已不再專屬於公務員。

國家賠償法之主要目的在於，使受國家行使公權力時不法侵害之人民得以提出救濟，因此其重點在於「行使公權力」致人民受有損害，至於公權力係由公務員或由私人行使，並非所問；其次，草案第 4 條「委託行使公權力」之規定使第 3 條「公務員」之規定成為具文，因凡受委託行使公權力者皆有國家賠償適用之可能，而非僅限於公務員之身分方可適用國家賠償法；因此本文認為應刪除條文中有關公務員之用語，僅強調「行使公權力之人」即為已足。

三、第 3 條之修正

為避免誤解本法僅適用於中央政府之損害賠償，本條新增「或地方自治團體」以凸顯國家賠償之責任主體不限於中央政府，然現行法第 14 條仍規定「其他公法人準用之」，因此其他公法人之賠償責任得適用第 14 條規定，本條之修正僅係為使統治主體明確化，似無增加之必要。

四、「故意或過失」規定之合憲性

憲法保障人民之自由權利不受國家機關之違法侵害，國家機關違法侵害人民之自由權利者，國家即應負賠償責任，然國家係抽象之公法人，其行為須透過公務員始得完成，故憲法第 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。」，由該規定可知憲法所強調者，係「公務員違法侵害人民自由或權利」，重點在於行為違法，被害人民即可請求國家賠償，不問公務員有無故意過失。然國家賠償法以法律增加公務員故意或過失為國家賠償責任之要件，草案第 3 條復增加公務員怠於執行職務須有「故意或過失」始負賠償責任之規定，增加憲法所無之限制，是否符合憲法意旨，不無疑義。修正草案增訂違法行為推定有過失，減輕被害人民之舉證責任，雖有緩和違憲疑義之作用，但「推定」得以反證推翻，並未解決以公務員故意或過失為國家賠償責任之構成要件是否違憲之問題。

五、公共設施之範圍

21 世紀乃電子 E 化之社會，政府蒐集人民各種個人資料建立資料庫，並透過網路提供服務及處理人民申請、申報事項，以提高行政效能及便民，如台北市政府宣傳所說「多用網路，少走馬路」即是。此種資料庫及網路之使用無法避免，且影響範圍將日漸擴大，資料庫及網路可否認為係本條所稱「公共設施」，甚至是「交通基礎設施」，有待澄清；再者，建立、管理及利用此資料庫及網路時，人民之隱私權如受有不法侵害，應否受到保護修法草案皆未提及。故此，修法草案有關公共設施設置或管理之欠缺造成損害時，所保護之法益除生命、身體、健康及財產外，僅增加擴及至「人身自由」而未及於「權利」，實有待改進⁵⁸⁰。

⁵⁸⁰ 廖義男，「國家賠償法修法中所面臨之理論及實務問題」，收錄於，法令月刊，第 59 卷第 11 期，2008 年 11 月，P.59-1451。

第二項 大陸地區修法草案之評論

一、關於歸責原則

憲法(陸)第 41 條規定公民的國家賠償請求權，不曾以「違法」為要件，「違法」要件提高憲法所無之受害人取得賠償的門檻，似有違憲之虞；且如前所述，「違法」原則不但非民法通則第 121 條之賠償要件，亦與國家賠償法其他條款之規定不一致⁵⁸¹。有學者即認為，現今實施的國家賠償法，太關注於個人違法的追究和懲戒，對受害人的賠償卻關注不夠。同時，由於追償制度的存在，也導致了國家賠償法正在變成「責任追究法」⁵⁸²。

國賠法第 2 條之「違法」用語廣為專家所詬病，原因在於有些國家機關願意賠錢，但不願意戴「違法」的帽子；刑事賠償中之「錯拘」、「錯捕」雖理應賠償，但並不總是違法。因此實務運作上，因受錯案追究和績效評估等制度之阻礙，「違法」原則導致賠償義務機關為避「違法」或「錯案」之名而拒不賠償或脅迫「私了」，實質上剝奪受害人之國家賠償請求權。

故而，現代國家賠償法之歸責原則呈現多元化趨勢，如主觀過錯原則、客觀過錯原則、結果原則等，單一歸責原則之做法早已被各國立法揚棄，因此本文建議應修改目前違法歸責原則之單一歸責原則，加上其他歸責原則輔助判斷；若從保護賠償請求人之角度出發，既要保護其合法權益，又要保障私法機關依法行使職權，似以實行「結果歸罪原則」為宜，如此規定較為精細，而非以操作方便、判斷簡單為由，固守違法歸責原則。

二、關於賠償決定書應載事項

該款旨在方便受害人尋求救濟，避免賠償義務機關敷衍了事、以逃避應有之監督，因此建議於第 13 條增補一款：「賠償決定應當載明賠償義務機關、賠償請求人、賠償事由、賠償依據、賠償方式、賠償專案、賠償數額等內容」，以使應記載事項更臻完善。

⁵⁸¹ 請參照第三章、第四節、第三項。

⁵⁸² 高家偉，<http://www.chinafalv.com/news/102/200811/30-18797.html>，最後點閱日期：2009 年 6 月 22 日。

三、關於受害人異議

實務運作中，受害人不僅對「賠償數額」有異議，也有可能對「賠償方式」有異議，為避免發生賠償義務機關作出賠償決定遲遲不予執行之情形，有必要確立受害人直接申請法院強制執行受害人接受的賠償決定之制度，因此應於第 14 條「賠償數額」前增補「賠償方式」，並增補一款「賠償義務機關應當自作出賠償決定之日起十日內履行完畢賠償決定所確定的賠償義務，逾期不能履行完畢的，賠償請求人可以自期限屆滿之日起三十日內申請賠償義務機關所在地的基層人民法院強制執行。」，具體細節可進一步研究。

四、關於刑事賠償之範圍

修正草案第 21 條規定「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，作出拘留決定的機關為賠償義務機關。對沒有犯罪事實的人錯誤逮捕的，作出逮捕決定的機關為賠償義務機關。」，依國家賠償法規定，只對徇私枉法、暴力傷害等故意行為造成刑事賠償者才對相關辦案人員進行經濟追償，非謂造成賠償者必存在責任追究問題。因大陸地區之刑事賠償多為羈押賠償，即對被拘留、逮捕之人作出無罪處理後進行之賠償，儘管國家賠償法明確規定只對沒有犯罪事實之人予以錯誤拘留、錯誤逮捕者才賠償，但實際上這種賠償已經演變為無罪結果賠償原則，即做出無罪處理後，除有國家免責之情形外，一般都予以賠償。對此種案件，不可一味強求追究辦案人員之責任，因為刑事訴訟是一個認識不斷深化的過程，拘留、逮捕與起訴、定罪之性質和證明標準並不相同，不能因拘留、逮捕後未達起訴、定罪之證明標準，即反推拘留、逮捕違法，進而一概追究有關人員之責任⁵⁸³。

本文以為，除上述原因外，「錯誤」且容易形成道義上譴責，因此應刪去「錯誤拘留」和「錯誤逮捕」的「錯誤」一詞，可以直接在賠償範圍中規定「對沒有犯罪事實或者沒有事實證明有犯罪重大嫌疑的人實施拘留或者實施逮捕」，亦即

⁵⁸³ 1994 年制訂之國賠法明定對錯誤逮捕進行賠償，此因其證明標準與當時的刑事訴訟法相同，只要做出不起訴、判無罪即可推定逮捕錯誤。然刑事訴訟法於 1996 年修正，將逮捕證明條件修改為「有證據證明有犯罪事實」，該條件與起訴、定罪所要求之「證據確實充分」有較大差距，因此逮捕是否錯誤須單獨審查，不能以不起訴、判無罪之決定直接認定逮捕是否錯誤。

「對做出無罪處理前被拘留、逮捕之賠償」，這樣既消除認識分歧、保障賠償請求人依法獲得賠償，亦有利於正確評價司法行爲。另外，第 17、18 條「依照審判監督程式再審改判無罪」後，建議增補「或減輕刑罰」，因「輕罪重罰」亦須予以賠償。

其次，第 17 條應增補第 6 項，規定「非法限制公民人身自由或者造成公民身體傷害或者死亡的其他行爲」，第 18 條則增補第 3 項，規定「造成財產損害的其他違法行爲。」，如此方可使刑事賠償之規定與行政賠償範圍之立法模式保持一致，作為「兜底條款」，以防掛一漏萬。

五、關於聽證程序

在損害事實和因果關係存在爭議之情況下，以言辭辯論原則爲基礎之聽證，應爲必要程序而非可選擇之的程序。因此第 27 條「賠償請求人與賠償義務機關對損害事實及因果關係有爭議的，賠償委員會可以聽取賠償請求人和賠償義務機關的陳述和申辯。」應改爲「賠償請求人與賠償義務機關對損害事實及因果關係有爭議的，賠償委員會應當舉行聽證，聽取賠償請求人和賠償義務機關的陳述和申辯並作出決定」。

六、關於賠償委員會之組成

在刑事賠償領域，人民法院賠償委員會之作用舉足輕重，按照大陸地區現行國家賠償法之規定，如果賠償義務機關決定不予賠償或者請求人對數額有異議者，應先向上一級機關申請復議，對復議決定不服者，向復議機關之同級人民法院賠償委員會⁵⁸⁴申請作出賠償決定；然自 1995 年國家賠償法頒佈迄今，實務運作中，委員會之權力卻由賠償委員會辦公室行使，其原因在於幾乎所有賠償委員會的委員，都是由法院幾個主要業務庭的庭長組成，由於這些庭長本身還要兼顧大量的審判業務和管理工作，因此真正辦理國家賠償業務者卻是賠償委員會辦公室的人。此外，賠償委員會之成員全部由法院審判人員組成，倘若當事人涉及到法院賠償問題，賠償委員會之公信力又該如何保證。

⁵⁸⁴ 人民法院賠償委員會設立於中級以上法院，採取書面審查方式審查賠償案件。

因而本文建議修改第 29 條「由人民法院三名至七名審判員組成」之組成方式，賠償委員會不應純粹由審判員構成，還應吸收專家學者或代表性社會力量參與，以確保其公正裁判。「台北市政府國家賠償事件處理要點」第 2 條第 1 項第 2 款即規定「國賠會置委員十三人：本府秘書長為當然委員，並為召集人。」，同條項第 2 款「國賠會其餘委員十二人，府外學者專家七人，本府人員五人，……」，亦即台北市政府國家賠償事件處理委員會 13 位組成委員中，有超過半數委員係府外之專家學者，其公信力自然大為提高。

七、關於侵犯公民人身自由之賠償標準

本文以為，侵犯公民人身自由不僅損害其自由權，也導致其喪失本應得之收入，因此若發生侵犯公民人身自由之行爲，一律按照職工日平均工資標準進行賠償極為不科學、不公正。再者，侵犯人身自由造成之損失是「人身自由損失 + 收入損失」，人身自由雖為無價，但卻必須有一定標準予以賠償，故只能以職工日平均工資計算；而收入損失則因人而異，應當按個別受害人之標準予以賠償，方為是理。

綜上所述，本文建議於第 32 條增補第 2 款「受害人有固定收入的，應依照其最近三年內日平均工資，賠償其被限制人身自由期間的收入損失；受害人無固定收入的，應依照其最近三年內日平均收入，賠償其被限制人身自由期間的收入損失」。

八、關於死亡賠償金

依目前關於傷殘和死亡賠償金之規定，將導致傷殘賠償金高於死亡賠償金之不合理情形，如此將導致侵權者加重侵害結果，甚至故意把本來僅為傷殘之人侵害致死，台灣地區即因損害賠償之不合理規定，使部分砂石車駕駛於發生車禍之際，故意撞死重傷之受害人⁵⁸⁵；本文以為，國家賠償法之修改應該體現國家賠償制度之進步，故死亡賠償金之標準提高亦為以人為本、尊重生命之體現，因此應將第 33 條死亡賠償金之標準適當提高。

⁵⁸⁵ 請參照 <http://www.hlc.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=26495&ctNode=96&mp=024>，最後點閱日期：2009 年 6 月 21 日。

九、關於停產停業及相關賠償

目前大陸地區仍經常將責令、停產、停業作為行業整頓措施，而國家賠償法主要應該針對作為行政處罰之責令、停產、停業；另外，除賠償停產、停業期間之經常性費用開支外，尚應適當賠償停產停業期間之營業收入損失，否則對企業而言有失公允。因此應將第 35 條第 6 項「把吊銷許可證、執照，責令停產停業」改為「處吊銷許可證、執照，責令停產停業的行政處罰的」。

第三項 比較分析

有關兩岸國家賠償制度之構成要件比較，如公務員、執行職務等，已詳如第三章所述。此處所擬論述者，係以兩岸之修法草案為本，針對修正部分進行分析、比較，不再涉及其他部分，合先敘明。

一、申請書記載事項

修法草案（台）新增第 21 條規定賠償請求申請書之應記載事項，該條除規定載明請求人之基本資料、請求事實及理由，皆與修正草案（陸）第 12 條之規定相去不遠，惟（陸）第 12 條新增第 3 款規定「賠償請求人不是受害人本人的，應當說明與受害人的關係。」，則為修法草案（台）所無，惟此項修正似畫蛇添足，因賠償義務機關受理申請案後本有基於職權調查請求人有無請求權之義務，無待乎申請書之載明；即便申請書已載明，賠償義務機關仍須調查其真實性，故本修正應無必要。

修法草案（台）第 21 條第 1 項第 5 款規定申請書須載明「賠償義務機關」，此為修正草案（陸）所無，然政府部門分工精細，尚有委託行使公權力之個人或團體，人民不一定得以知曉正確賠償義務機關為何，且修法草案（台）第 23 條已規定無賠償義務機關須主動通知賠償義務機關，故「賠償義務機關」之載明亦似無必要。

修法草案（台）第 21 條第 3 項規定賠償義務機關應定「相當期間」通知請求權人補正，第 4 項規定所定期間經過後逾 30 日仍不補正或不能補正者，視為

未請求協議。修正草案（陸）第 12 條第 4 款則規定「賠償請求人當面遞交申請書的，賠償義務機關應當當場出具加蓋本行政機關印章並注明收訖日期的書面憑證。申請材料不齊全的，賠償義務機關應當當場或者在五日内告知賠償請求人需要補正的全部內容。」，本款明訂賠償義務機關須於 5 日內通知請求權人補正，較為明確，惟 5 日期間似嫌略短；且本款未規定請求權人之補正期間，亦未規定未補正之法律效果，似有未妥。

二、被害人舉證責任

修正草案（陸）新增第 15 條規定「人民法院審理行政賠償案件，賠償請求人和賠償義務機關對自己提出的主張，應當提供證據。受害人被羈押期間死亡的，被請求機關對自己的行為與損害結果之間不存在因果關係的主張，應當提供證據。」，本規定似將請求權人及賠償義務機關之舉證責任等同視之，僅於受害人死亡例外由賠償義務機關負舉證責任，然人民對國家機關資訊之取得處於絕對不利之狀態，由人民負舉證責任無疑提高賠償請求之難度。修法草案（台）則無請求權人須負舉證責任之規定，且於第 33 條第 2 項規定「前項訴訟程序中，法院得斟酌當事人所未提出之事實，並應依職權調查證據。」，此項修正不但正視國家賠償訴訟公法性質之本質，且對人民保障亦較為周全。

三、預算編列

修法草案（台）第 9 條第 2 項規定「前項賠償所需經費，在中央由一、二級機關分別編列預算並支應之；在直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）由直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所分別編列預算並支應之。」，將國家賠償經費由「各級政府編列」修正改由中央一、二級機關編列預算，地方自治團體則由直轄市政府、縣（市）政府、鄉（鎮、市）公所分別編列預算；本項修正之處在於中央機關賠償經費之編列由法務部改為各一、二級機關，使權責相符、督促公務員審慎行使公權力並落實求償權之行使，值得贊同。

國賠法（陸）無經費編列之規定，國家賠償費用管理辦法第 6 條第 1 款規定「國家賠償費用，列入各級財政預算，由各級財政按照財政管理體制分級負擔。」，然實際上偏遠地區之基層地方政府財源不足，多數無法編列；得編列預

算者尚有可能因財政部門不予核銷，甚至拒絕核撥款項⁵⁸⁶而使受害人無法取得賠償金，導致「法律白條」產生。大陸地區自財政制度修改後，已無「自留資金」之制度，財政部門較願配合國家賠償經費之撥付，然修正草案（陸）無視學者大聲疾呼配合增設「國家賠償基金」，使大陸地區國家賠償經費得以制度化，對人民之保障始終未臻完善。



⁵⁸⁶ 因大陸地區財政制度修改前，各政府機關得保留所謂「自留資金」，故而多數財政部門習於將編列於財政部門之相關經費視為本部門所有，其他部門申請核銷國家賠償金自然不受歡迎而百般阻撓。