

行政訴訟制度相關論文彙編

第 6 輯



司 法 院 印 行

中 華 民 國 98 年 12 月

行政訴訟制度相關論文彙編

第 6 輯

司法院行政訴訟及懲戒廳 編輯

中 華 民 國 98 年 12 月

國家圖書館出版品預行編目資料

行政訴訟制度相關論文彙編. 第6輯／司法院行政訴訟及懲戒廳編輯. --第一版. --臺北市：司法院，民98.12

面； 公分

ISBN 978-986-02-1498-7（精裝）

1. 行政訴訟法 2. 文集

588.1607

98023428

行政訴訟制度相關論文彙編第6輯

編輯者：司法院行政訴訟及懲戒廳

出版機關：司法院

地址：台北市重慶南路一段124號

電話：(02) 23618577

網址：<http://www.judicial.gov.tw>

出版：中華民國98年12月

版次：第一版

定價：新臺幣580元整

印刷者：承印實業股份有限公司

地址：台北縣板橋市中山路2段465巷81號

電話：(02) 29635630

政府出版品展售門市：

(一)國家書店松江門市（臺北市松江路209號1樓）

(二)五南文化廣場臺中總店（臺中市北屯區軍福七路600號）

版權所有・翻印必究

GPN：1009803991

ISBN：978-986-02-1498-7（精裝）

例 言

我國行政訴訟制度自民國 89 年 7 月 1 日施行二級二審制以來，學界對於是否增設地方行政法院之討論方興未艾，特別是，現行由地方法院受理之國家賠償事件及交通聲明異議事件，因具公法性質，諸多學者主張改依行政訴訟程序審理。本院於 97 年 5 月間就我國是否增設地方行政法院或於地方法院設置行政訴訟庭及其管轄事件範圍，展開評估作業。

為評估國家賠償事件及交通聲明異議事件改依行政訴訟程序審理之可行性，特邀請張文郁教授、程明修教授、林家賢法官及錢建榮法官就其審判權之歸屬及改依行政訴訟審理之審級規劃等議題，撰文研究；他山之石，可以攻錯，為了解美國立法例，亦邀請正在美國進修之蔡志宏法官介紹芝加哥市之交通裁罰事件救濟制度。此部分之論文共計 5 篇。

有關我國獨立機關行政處分之行政救濟爭議，為行政訴訟實務近年來之重要課題，為了解訴願前置程序存在之必要性及其在獨立機關行政處分行政救濟程序中之定位，特邀請學者蔡志方教授、賴宇松教授及吳綺雲博士撰寫相關論文，共計 3 篇。

本院自 89 年起每年均舉辦為期 1 週之「各級行政法院法官在職研修」，主要是針對行政訴訟審判實務上遭遇之問題，設計專題課程，邀請專家學者擔任講座。96 年起，為增進實務界與學術界雙向溝通之機會，開設「專題研討」課程，分別由學者、法官擔任報告人、與談人，本書特納入 3 年來由學者詹鎮榮教授、林三欽教授、柯格鐘教授、黃士洲教授撰寫之 7 篇報告。

本書之出版，除了希望在現階段地方法院行政訴訟庭之規劃過程中，有更周全縝密之思維之外，也期望為將來行政救濟法制之發展，提供具前瞻性之思考方向，並祈各界不吝指正。

司法院行政訴訟及懲戒廳 謹誌

行政訴訟制度相關論文彙編第 6 輯

總 目

論國家賠償案件之審判權劃分	張文郁	1
壹、舊行政訴訟法時代關於國家賠償案件之審判權劃分 (p.2)		
貳、行政訴訟法修正後關於國家賠償案件審判權劃分之問題 (p.3-p.8)		
參、德國國家賠償規定簡介 (p.8-p.10)		
肆、關於國家賠償案件審判權劃分之淺見——行政法院對於國家賠償 案件應享有完全之審判權 (p.10-p.18)		
伍、結語 (p.18)		
國家賠償訴訟回歸行政訴訟程序之分析	程明修	19
壹、前言 (p.20)		
貳、國家賠償之民事訴訟程序 (p.20-p.25)		
參、國家賠償訴訟與行政訴訟雙軌制 (p.26-p.31)		
肆、國家賠償訴訟回歸行政訴訟程序之若干爭議 (p.32-p.34)		
伍、結語 (p.34-p.36)		
交通聲明異議事件回歸公法審判之評估意見	林家賢	37
壹、前言 (p.38)		
貳、交通聲明異議事件回歸公法審判之爭議 (p.38-p.63)		
參、此類事件回歸公法審判後之法官人力配置評估——以各地方法院設 立行政法庭為前提 (p.64-p.72)		
肆、此類事件回歸公法審判後之審級規劃評估——以各地方法院設立行 政法庭為前提 (p.72-p.88)		
伍、結論與建議 (p.88-p.90)		

道路交通管理處罰性質及救濟程序之檢討

一以舉發程序及酒駕處罰案例為中心 錢建榮 99

壹、前言 (p.100-p.101)

貳、道路交通管理處罰之性質—兼論「準用刑事訴訟法」
的合憲性 (p.101-p.109)

參、處罰程序概說—舉發程序及裁決程序 (p.110-p.116)

肆、舉發程序及爭議案例 (p.117-p.148)

伍、酒駕處罰案例爭議 (p.149-p.184)

陸、結論 (p.184-p.185)

交通處罰事件救濟制度於美國法之比較

一以伊利諾州芝加哥市為比較中心 蔡志宏 187

壹、前言 (p.188-p.189)

貳、比較基礎說明 (p.189-p.191)

參、行政聽證程序 (p.191-p.196.)

肆、司法程序 (p.196-p.201)

伍、司法實務運作 (p.201-p.204)

陸、比較法對修法方向之啟示 (代結論) (p.204-p.207)

論通傳會處分之救濟程序與訴願前置

蔡志方 209

壹、問題緣由與問題之癥結所在 (p.211-p.215)

貳、通傳會屬於何種獨立行政委員會之分析 (p.215-p.218)

參、通傳會所為行政處分之屬性探析 (p.219-p.220)

肆、對於通傳會所為行政處分能否提起訴願之分析 (p.220-p.232)

伍、對於通傳會所為行政處分提起行政訴訟與訴願前置 (p.233-p.240)

陸、通傳會所為行政處分之訴願管轄 (p.241-p.249)

柒、結論 (p.249-p.251)

論訴願任意主義與行政訴訟審查範圍之關係

一以日本法為中心

賴宇松 253

壹、訴願任意主義 (p.254-p.270)

貳、訴願任意主義下之行政訴訟審理 (p.270-p.277)

德國更廢訴願先行程序之趨勢

吳綺雲 279

壹、前言 (p.280-p.282)

貳、訴願程序之作為訴訟外權利保護程序

(行政法院法第六十八條以下) (p.282-p.287)

參、司法與立法削弱訴願機制之發展軌跡 (p.287-p.292)

肆、各邦更廢訴願程序規定情況 (p.293-p.300)

伍、對全面廢除訴願程序的不同意見 (p.300-p.309)

陸、替代廢除的建議 (p.310-p.313)

附錄一 訴願程序之必要性,行政法院法第六十八條之修正發展 (p.314)

附錄二 移審效力,行政法院法第七十三條之修正發展 (p.315)

附錄三 延宕效力,行政法院法第八十條第一項

及第二項之修正發展 (p.317)

裁罰性與非裁罰性不利處分之區分必要與標準

詹鎮榮 319

壹、問題之提出 (p.320-p.321)

貳、裁罰性與非裁罰性不利處分之區分實益 (p.321-p.323)

參、裁罰性與非裁罰性不利處分之區分標準 (p.324-p.334)

肆、思考路徑細膩化之嘗試 (p.335-p.343)

伍、結論 (p.343-p.344)

作成「預防性行政處分」之時間上限制 **林三欽** 345

壹、序說 (p.346-p.347)

貳、「預防性行政處分」之類型定位 (p.347-p.358)

參、「預防性行政處分」之作成期限問題 (p.359-p.366)

肆、結語 (p.367-p.369)

附件：98 年度高等行政法院法律座談會提案

及研討結果法律問題 14：不良廠商公告之期限 (p.370-p.371)

政府資訊公開法之執行、保障與救濟制度

一以臺灣與德國法制之比較為中心 **林三欽** 373

壹、序言 (p.376)

貳、政府資訊公開法制之執行 (p.376-p.384)

參、政府資訊公開程序中對於第三人之保障 (p.384-p.387)

肆、政府資訊公開事件之救濟程序 (p.388-p.396)

附錄一：德國「聯邦資訊自由法」中文摘譯 (p.397-p.399)

附錄二：德國「聯邦資訊自由法」原文全文 (p.400-p.406)

參考文獻 (p.407-p.409)

借牌營業、轉承包與分包工程之營業稅法律問題 **柯格鐘** 411

壹、前言：問題之提出 (p.413-p.414)

貳、借牌營業、轉承包與分包工程之私法性質 (p.414-p.425)

參、加值型營業稅之課徵 (p.425-p.431)

肆、借牌營業所涉及之營業稅問題 (p.431-p.447)

伍、轉承包與分包工程所涉及之營業稅問題 (p.448-p.452)

陸、結論 (p.452-p.456)

論被繼承人生前贈與財產的課稅

一 大法官釋字第六二二號解釋評析

兼論我國遺產及贈與稅法的根本問題 柯格鐘 457

壹、前言：問題之緣起 (p.460-p.462)

貳、大法官釋字第六二二號解釋 (p.462-p.465)

參、繼承人代為清償被繼承人生前未償稅捐債務之法理 (p.466-p.481)

肆、遺產及贈與稅法第十五條及第十一條第二項規定之問題 (p.481-p.486)

伍、我國遺產及贈與稅法制的根本問題 (p.487-p.491)

陸、重新建構之我國遺產及贈與稅制度 (p.492-p.503)

柒、結論 (p.503-p.505)

論進項稅額扣抵的形式要件與規範實質

一 最高行政法院 96 年度判字第 1403 號判例評析 黃士洲 507

壹、緒論 (p.508-p.510)

貳、96 年判例、司法院釋字第 660 號及相關司法見解 (p.510-p.517)

參、稽徵機關、各階段營業人與消費者間的程序與實體規範關係 (p.518-p.531)

肆、進項稅額扣抵權的成立與行使上限制 (p.531-p.541)

伍、代結論：從納稅義務人程序主體權，看待進項稅額扣抵 (p.542)

法人應以何人作為限制出境對象

一 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 2675 號

及 3352 號判決簡析 黃士洲 543

壹、爭議問題及前提之保留 (p.545-p.549)

貳、「依法令」，誰該被限制出境？ (p.549-p.544)

參、限制出境上應否承接私法負責人的概念與法律關係？ (p.544-p.566)

肆、刑事程序對於限制出境處分有沒有拘束力？ (p.566-p.570)

伍、代結論：限制出境要件之職權調查與舉證責任有賴行政法院

審查始可落實 (p.570-p.571)

論國家賠償案件之審判權劃分

張文郁*

目 次

- 壹、舊行政訴訟法時代關於國家賠償案件之審判權劃分
- 貳、行政訴訟法修正後關於國家賠償案件審判權劃分之問題
 - 一、行政訴訟法第二條之規定
 - 二、關於國家賠償案件審判權劃分以及協議先行程序之實務見解
 - 三、小結
- 參、德國國家賠償規定簡介
- 肆、關於國家賠償案件審判權劃分之淺見——行政法院對於國家賠償案件應享有完全之審判權
 - 一、國家賠償法並未排除行政法院對於國家賠償案件之審判權
 - 二、雙軌制和有效之權利保護及平等權之要求
 - 三、訴訟程序迅速性之考量
 - 四、專業法官(法院)之要求
 - 五、國家賠償法以及民法須同時修正
 - 六、裁判費之問題
 - 七、訴訟程序之分類
- 伍、結語

*德國慕尼黑大學法學博士，現為臺北大學法律學系副教授。

壹、舊行政訴訟法時代關於國家賠償案件之審判權劃分

我國之國家賠償法自民國 69 年制訂後，至今已經三十餘年，但並未經任何修正，依國家賠償法第二條和第三條之規定，國家賠償事件之類型，可分為因公務員職務行為之國家賠償和因公有公共設施之**國家賠償兩類，無論何者，皆與行政機關為增進公共利益及人民權益，行使公權力以達成行政任務之職務行為相關，是以通說認為國家賠償事件屬於行政法之性質應無疑義**¹。然而，國家賠償法第五條規定：「國家損害賠償，除依本法規定外，**適用民法規定。**」；第十一條第一項規定：「賠償義務機關拒絕賠償，或自提出請求之日起逾三十日不開始協議，或自開始協議之日起逾六十日協議不成立時，請求權人得提起**損害賠償之訴**。但已依行政訴訟法規定，附帶請求損害賠償者，就同一原事實，不得更行起訴。」；第十二條規定：「**損害賠償之訴，除依本法規定外，適用民事訴訟法之規定。**」。依據此等規定，國家賠償案件適用之實體法為民法，適用之訴訟法為民事訴訟法，審判法院依第十一條第一項，特別是從但書規定(依行政訴訟法規定，附帶請求損害賠償)和本文(損害賠償之訴)對照，可知本文之損害賠償訴訟應向普通法院提起。若由國家賠償法第五條、第十一條以及第十二條之規定觀察，立法者似乎將國家賠償事件定位為民事事件²。國家賠償法之前後規定性質並非一貫，其理由何在，實有必要深入探討。

依大法官釋字四一八號解釋之意旨，雖「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。至於訴訟救濟，究應循普通訴訟程序抑依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。」。文獻上一般認為，由於國家賠償法制訂之時(民國 69 年)，全國僅有行政法院一所，功能上難以承受案件量眾多之國家

1 參照吳庚，行政爭訟法論，97 年修訂第 4 版，第 41 頁；廖義男，國家賠償法，民國 85 年版，第 91 頁；葉百修，國家賠償法之理論與實務，2008 年版，第 38 頁。

2 因而文獻上有認為國家賠償事件兼具有私法性質者，例如劉春堂，國家賠償法，2007 年修訂 2 版，第 11 頁以下。

賠償案件，為使人民便於起訴，迅速獲得救濟，且實務、通說認為，國家賠償法原則上係採行政主體代位賠償制度³，在行政機關賠償受害人之後，於法定要件下，得對於應負責之人(公務員)行使求償權，請求償還已付之賠償，而公務員原始應負之賠償義務係規定於民法第一八六條，此外，學者並認為，公有公共設施之國家賠償類似於民法工作物所有人之賠償義務，被害人依該條之規定請求賠償時，本應由民事法院審判，且民事訴訟須徵收裁判費，可防止濫訴，故立法者乃於國家賠償法第十二條明文規定，關於國家賠償事件之「損害賠償之訴，除依本法規定外，適用民事訴訟法之規定。」。職是之故，我國實務、通說皆認為，國家賠償案件原則上應由普通法院受理審判⁴。

然而，舊行政訴訟法第二條第一項亦規定於撤銷訴訟得附帶提起損害賠償訴訟，且國家賠償法第十一條第一項但書又規定，「...但已依行政訴訟法規定，附帶請求損害賠償者，就同一原因事實，不得更行起訴。」，因此，行政審判實務上亦允許被害人得於行政訴訟程序合併請求國家賠償。學者乃稱之為雙軌制⁵。

貳、行政訴訟法修正後關於國家賠償案件審判權劃分之問題

國家賠償案件之審判權是否因行政訴訟法之修正而有改變之必要，亦有探討之餘地，由於國家賠償法自制訂後並未修正，是以在此僅針對現行行政訴訟法之相關規定進行闡釋。

一、行政訴訟法第二條之規定

依行政訴訟法第二條之規定，公法上之爭議，除法律別有規定外，得提起行政訴訟。國家賠償法是否屬於行政訴訟法第二條所謂「法律別有規定」之特別規定，而應排除或部分排除行政法院之審判權，不無疑義。換言之，在現行法之規

3 參照廖義男，註一前揭書，第13頁；葉百修，註一前揭書，第38頁。但關於國家賠償法第三條之公有公共設施瑕疵所生之國家賠償，有學者認為係採國家自己責任理論，例如陳敏，行政法總論，民國96年10月版，第1133頁。

4 參照廖義男，註一前揭書，第91頁以下；陳敏，前揭書，第1166頁。

5 參照吳庚，註一前揭書，第41頁；葉百修，註二前揭書，第263頁。

定下，民事法院對於國家賠償案件是否具有排他之完全審判權，仍有深入探討之必要。由於行政訴訟法於民國 87 年大幅修正，增加訴訟種類，特別是增設一般給付訴訟類型，理論上已可充分提供國家賠償案件訴訟救濟之途徑。而行政法院之審級組織亦有變更，除最高行政法院之外，另於全國分設高等行政法院三所，受理各種行政爭訟案件。此外，行政訴訟法於民國 96 年修正，改採有償主義，第九十八條第二項規定：「起訴，按件徵收裁判費新臺幣四千元。適用簡易訴訟程序之事件，徵收裁判費新臺幣二千元。」。依據此等規定，特別是若增設高等行政法院或地方行政法院，立法者之前將國家賠償案件交由民事法院審判之理由似乎已經不存在。然而，國家賠償案件審判權劃分問題之主要癥結本質上仍未解決，蓋實務、通說雖皆認為國家賠償案件屬於行政法之性質，然而**若民法第一八六條不廢除，使國家賠償仍有代位之性質，且國家賠償法第五條、第十一條第一項以及第十二條之規定不修正，國家賠償案件之民事法性質仍然存在**，國家賠償案件之理論矛盾仍未排除，是否能直接依行政訴訟法第二條之規定，將國家賠償案件認為是公法爭議，實有疑問。**若不能將國家賠償案件之民事性質排除，縱使認為行政訴訟法第七條設有原告得於行政訴訟合併提起損害賠償訴訟之規定，亦不能將不屬於公法爭議之國家賠償案件包含在內。**蓋依現行規定，行政法院審判國家賠償案件時，不論係單獨受理抑或於客觀訴之合併中受理，除非法有特別規定，皆應依民法(實體)以及民事訴訟法(程序)審判，否則即有判決適用法規錯誤之違法情形存在。

二、關於國家賠償案件審判權劃分以及協議先行程序之實務見解

新修正之行政訴訟法實施後，關於國家賠償案件之審判權究應由行政法院或民事法院受理，仍有爭議。對此問題，高雄高等行政法院認為：「因公法上所生之損害賠償請求權，於依國家賠償法特別規定提起救濟，應向普通法院提起民事訴訟，此觀國家賠償法第十二條甚明。是欲於行政訴訟中請求，應按行政訴訟法第七條規定，合併其他行政訴訟始可提起，乃係因國家賠償法相對於行政訴訟法第八條係特別法與普通法關係，應優先適用之，故國家損害賠償請求權欲於行政

訴訟中救濟請求，應按行政訴訟法第七條規定，合併其他行政訴訟始可提起；…。故就公法上損害賠償之請求，未依行政訴訟法第七條規定與其他訴訟合併提起，而向行政法院單獨提起損害賠償之訴，其起訴即不備其他要件，行政法院應以裁定駁回之」⁶；而最高行政法院則認為：「按請求國家賠償應先以書面向賠償義務機關請求之，如遭賠償義務機關拒絕者，得提起損害賠償之訴，適用民事訴訟法規定，向普通法院民事庭起訴。觀國家賠償法第十條第一項、第十一條第一項、第十二條規定甚明。此種事件雖屬公法上之爭議，然因國家賠償法特別規定應向民事法院起訴，即為行政訴訟法第二條所指之法律別有規定者，自不得提起行政訴訟，行政法院並無審判權」⁷。

此外，91 年度各級行政法院行政訴訟法律座談會亦針對本問題進行討論。法律問題十：行政訴訟法第七條規定所謂之「得合併請求損害賠償」是否包括請求國家賠償？如包括請求國家賠償，是否應先踐行國家賠償法第十條之協議程序？討論意見：

甲說：肯定說。行政訴訟法第七條既規定：「得合併請求損害賠償」，解釋上應包括國家賠償在內，且提起行政訴訟合併請求損害賠償者，大多與國家賠償有關，如因當事人未使用「國家賠償」字眼或未引用國家賠償法之條文，即認可合併提起，而引用國家賠償法條文者，即認不得合併提起，顯有失公平，學者通說亦均認國家賠償採雙軌制，除可循民事訴訟途徑求償外，亦可於提起行政訴訟時合併請求國家賠償，以符訴訟經濟原則。（參閱吳庚著「行政爭訟法論」第 41 頁，陳計男著「行政訴訟法釋論」第 153 頁，陳清秀著「行政訴訟法」第 132 頁）。又行政訴訟法第七條為國家賠償法之特別規定，因此合併請求國家賠償時，無庸先踐行「協議程序」。

乙說：否定說。國家賠償法第十二條明文規定，國家賠償訴訟適用民事訴訟法之規定，且關於國家賠償之訴訟程序，國家賠償法於第十、十一條定有書面請求及協議程序之特別規定，又民事訴訟採收費制，行政訴訟則免收裁判費，兩者既應適用不同之訴訟程序，則行政訴訟法第七條所謂「得合併請求損害賠償」，應

6 高雄高等行政法院 90 年簡字第 3962 號判決參照。

7 最高行政法院 92 年度判字第 1807 號判決參照。

專指一般之損害賠償而言，而不包括國家賠償在內。

丙說：折衷說。行政訴訟法第七條之合併請求損害賠償雖包括國家賠償在內，但於行政訴訟中仍應踐行國家賠償法第十條之協議程序，以符國家賠償法規定之特別程序。

大會研討結果：**採丙說。**

惟最高行政法院九十三年判字第四九四號判例認為：「人民因國家之行政處分而受有損害，請求損害賠償時，現行法制，得依國家賠償法規定向民事法院訴請賠償外，亦得依行政訴訟法第七條規定，於提起其他行政訴訟時合併請求。二者為不同之救濟途徑，各有其程序規定。人民若選擇依國家賠償法請求損害賠償時，應依國家賠償法規定程序為之。若選擇依行政訴訟法第七條規定請求損害賠償時，自僅依行政訴訟法規定程序辦理即可。行政訴訟法既未規定依該法第七條規定合併請求損害賠償時，應準用國家賠償法規定，自無須踐行國家賠償法第十條規定以書面向賠償義務機關請求賠償及協議之程序。」⁸。

關於協議程序之規定，最高法院八十五年度台上字第二五五二號判決認為：「依國家賠償法請求損害賠償時，應先以書面向義務機關請求，並於起訴時提出該機關逾期不協議、協議不成立或拒絕賠償之證明文件，此為**訴權存在必備之要件**（國家賠償法第十條第一項及該法施行細則第三十七條），屬法院應依職權調查之事項。」；此外，最高法院九十五年度台上字第一六七三號判決認為：「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

8 最高行政法院 93 年判字第 576 號判決亦同意旨：人民因國家之行政處分而受有損害，請求損害賠償時，現行法制，得依國家賠償法規定向民事法院訴請外，亦得依行政訴訟法第七條規定，於提起其他行政訴訟時合併請求。二者為不同之救濟途徑，各有其程序規定。人民若選擇依國家賠償法請求損害賠償時，應依國家賠償法規定程序請求。若選擇依行政訴訟法第七條規定請求損害賠償時，自僅依行政訴訟法規定程序為之即可。行政訴訟法既未規定依該法第七條規定合併請求損害賠償時，應準用國家賠償法規定，自無須踐行國家賠償法第十條規定以書面向賠償義務機關請求賠償及協議之程序。況國家賠償法第十條規定須先以書面請求及協議，係予行政機關對其所為是否違法有自省機會，減少不必要之訴訟。如人民對行政機關之違法處分，已提起行政救濟（異議、復查、訴願等），行政機關認其處分並無違法而駁回其訴願等，受處分人不服該決定而提起行政訴訟，且合併請求損害賠償，若要求其亦應踐行國家賠償法之先議程序，行政機關既認其處分無違誤，協議結果，必係拒絕賠償，起訴前之先行協議顯無實益。是依行政訴訟法第七條合併提起損害賠償之訴，其請求內容縱屬國家賠償範圍，亦無準用國家賠償法踐行該法第十條規定程序之理。」

害賠償責任，國家賠償法第三條定有明文。因此就公有公共設施之欠缺而受有損害之被害人，即應依國家賠償法所定之程序請求賠償，不得依民法第一百八十四條、第一百九十一條規定訴請該公共設施之設置或管理機關賠償。又依國家賠償法請求損害賠償，應先以書面向賠償義務機關請求之。賠償義務機關對於前項請求，應即與請求權人協議。賠償義務機關自請求權人提出請求之日起，逾三十日不開始協議，或自開始協議之日起六十日協議不成立時，請求權人得提起損害賠償之訴，此觀國家賠償法第十條、第十一條之規定自明。是以「協議」乃為訴請國家賠償之先行程序，違反者，其訴自難認為合法。」。同樣適用國家賠償法，最高法院和最高行政法院之見解顯然相反。

三、小結

拙見認為，若實務一方面認為國家賠償法係行政訴訟法第二條之特別規定，是以民事法院得受理公法爭議之國家賠償訴訟，他方面卻認為「行政訴訟法既未規定依該法第七條規定合併請求損害賠償時，應準用國家賠償法規定，自無須踐行國家賠償法第十條規定以書面向賠償義務機關請求賠償及協議之程序。」⁹，理論似乎前後不一。而且並非所有合併提起國賠訴訟之行政爭議皆先經訴願等行政救濟先行程序，例如依行政程序法第一零九條逕行提起行政訴訟之案件，或與確認行政處分違法之確認訴訟合併提起之國賠訴訟，即屬之。足證最高行政法院之論據有商榷之處。此外，最高行政法院認為，人民若選擇依國家賠償法請求損害賠償時，應依國家賠償法規定程序為之。若選擇依行政訴訟法第七條規定請求損害賠償時，自僅依行政訴訟法規定程序辦理即可。依其論點，似乎行政法院受理國家賠償案件時，完全不須適用國家賠償法之規定。此論點似是而非，蓋國家賠償法係專為國家賠償事件制訂之法律，不論實體或程序規定，除非其他法律設有排除規定，否則，不論實體或程序，皆應依據國家賠償法之規定審判。若立法者於國家賠償法第十條明定協議程序作為國家賠償訴訟之先行程序，欲藉由協議程序避免立即進行訴訟，且該條並未規定僅適用於民事訴訟，則不論提起民事訴訟或行政訴訟，皆應受該規定拘束。協議程序並非訴訟程序，訴訟法原本即不會規

9 最高行政法院 93 年度裁字第 675 號判決甚至認為行政訴訟法第 7 條乃是國家賠償法之特別規定。

定，焉有以行政訴訟法未規定為由，而拒絕適用該條規定之理。

於此附帶一提，民事訴訟法和行政訴訟法皆為程序規定，其並非法院作出實體判決之法律(權利義務)依據，法院應將所適用之實體法和程序法明確區分，不應混為一談。釋字第四一八號解釋僅涉及審判法院之選擇，並不涉及實體法之適用問題。是以，國家賠償之協議究屬公法契約抑或民事契約，亦有探討之餘地。

最高行政法院九十三年度裁字第六七五號判決認為：「國家賠償法關於請求程序係採**雙軌制**，當事人得循民事訴訟或行政訴訟途徑請求，其依民事訴訟法請求者，固應先以書面向賠償義務機關請求，協議不成始得提起民事訴訟；惟如依行政訴訟法第七條規定，於行政訴訟之同一程序中，合併請求損害賠償或其他財產上給付者，因該規定屬國家賠償法之特別規定，而在行政訴訟法上並無協議先行之規定，自亦無協議先行原則之適用，原裁定以抗告人未先與賠償義務機關協議即逕行起訴為不合法，其見解自有可議。次查當事人於行政訴訟程序中附帶提起損害賠償之訴，其實體上之法律關係，仍以民法有關規定為依據，則民法上有關損害賠償之相關規定，亦應準用於公法上之損害賠償，而由行政法院於行政訴訟程序中加以審理裁判，原裁定以抗告人就精神慰藉金之請求部分，認屬於民事訴訟範圍，而不屬行政法院之審理權限，併予駁回，亦有未當。原裁定既有未妥，應由本院將原裁定廢棄，發回原法院與請求撤銷否准登記為沙鹿鎮農會總幹事候選人之行政處分部分一併審理。」。

本判決之見解突顯出國家賠償案件審判之重要癥結，縱使行政法院依行政訴訟程序審理國家賠償案件，仍須依民法之規定作為實體判決之法律依據。若此見解正確，不禁要質疑，何以行政法院僅適用國家賠償法第五條，而拒絕適用同法第十條至第十二條之規定。如此割裂適用國家賠償法，其正當性何在，最高行政法院並未詳細說明。

參、德國國家賠償規定簡介

我國國家賠償法以及國家賠償訴訟面臨之問題似應追溯至德國國家賠償之立法例。德國在十八世紀時，領主(Landesherr)和公務員(Staatsdiener)之間係屬