

大學用書

國家責任法

— 兼論大陸地區行政補償與行政賠償 —

董保城、湛中樂 著



元照出版

國家責任法

——兼論大陸地區行政補償與行政賠償

董保城・湛中樂

合 著

元照出版公司

國家責任法

——兼論大陸地區行政補償與行政賠償

5C051PB

2008 年 9 月 二版第 1 刷

作 者 董保城、湛中樂
出 版 者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 420 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-5272-8

自序

本書於二〇〇二年首版以來，無論是公權力違法或合法行使造成人民損害或犧牲，司法院大法官、法院與學者於短短幾年已累積豐富的解釋、判決與論述，漸漸建構出國家責任發展軌跡與雛型，諸如：國家賠償責任展現出實施初期、緊縮期及鬆綁期。在損失補償責任由傳統古典徵收、擴大徵收、特別犧牲補償到社會國衡平補償制度等，呈現出本書有再版必要作整體通盤修訂。

人民權利遭受公權力侵害，固可向法院請求救濟，以排除侵害。然而，基於法治國全方位與權利救濟有效性的憲法保障原則，遭受公權力損害或犧牲之人民，尚享有向國家請求補償或賠償之權，因而國家責任是法治國家最後手段（*Ultima Ratio*）。法治國原則不應僅是消極地賦予人民向國家請求賠償或補償之權，透過國家責任明確建構，更能積極地確保公務員依法行政、提升行政效能、落實基本權利與社會主義之保障。

近年來由於臺灣與大陸地區人民因通商、探親、觀光等往來日益頻繁，雙方人民在住居他地期間接受彼此公權力規範之下，瞭解中國大陸的國家責任制度與運作，將有助於兩岸人民與政府相互間互動、互信與安全。作者特邀請北京大學法律系教授湛中樂先生就中國大陸行政補償與行政賠償為文論述。本書作者各對其所撰寫文稿負責。未來時機成熟將有系統撰寫兩岸法規範與實務之比較。

本書能大幅度修訂、再版，資料蒐集整理是由政治大學法律

研究所博士生朱敏賢先生、再版校對工作是由政治大學法律研究所碩士生陳彥琪同學協助，特別致謝。

董保城

於台北政大

二〇〇五年五月二十二日

目 錄

自 序

第一編 臺灣法制

第一章 國家責任之意義與類型	1
第一節 國家私法行政行為所生之責任	1
第二節 國家公法行政行為所生之責任	6
第一項 損失補償——「古典公用徵收」 到「擴張徵收」	7
第二項 從「徵收補償」到「特別犧牲補償」	11
第三項 德國特別犧牲補償之演變	15
第四項 特別犧牲補償在我國法制之建立	23
第五項 信賴利益保護之補償	27
第六項 衡平補償責任與社會補償責任	29
第七項 損害賠償責任（國家賠償責任）	30
第八項 公法上回復原狀請求權	31
第二章 國家賠償責任理論之演進	37
第一節 否定階段（國家無責任論）	37
第二節 相對肯定階段（國家國庫責任論）	39
第三節 肯定階段	41

第一項 國家代位責任論	41
第二項 國家自己責任論	43
第四節 國家賠償責任類型	45
第三章 國家賠償觀念之萌芽與發展	47
第一節 封建時代	47
第二節 法家時代	47
第三節 憲政時代	48
第四章 國家賠償法實施前國家賠償制度之概況	50
第一節 憲 法	50
第二節 行政訴訟法	51
第三節 行政法	51
第四節 民 法	52
第五節 國家賠償法之重要內容暨概況	53
第五章 基於行使公權力之責任	57
第一節 公務員執行職務行使公權力	57
第一項 公務員之定義	57
第二項 委託私人或私法團體行使公權力	62
第三項 執行職務行為	81
第四項 行使公權力	84
第五項 檢查公式	92
第六項 行政自動化與行使公權力	94
第二節 職務行為具違法性（不法）	96
第一項 違背職務義務之行為	96
第二項 違背對於第三人應執行職務之行為	101

第三項	怠於執行職務之行爲	106
第四項	保護規範理論存在價值之必要性	116
第五項	違背職務義務行爲與違法性之差異	131
第三節	人民之自由或權利受到侵害	132
第四節	違反之職務行爲與損害之間有相當因果關係	138
第五節	行爲人須有故意或過失（有責性）	141
第一項	侵權公務員之有責性	141
第二項	行政機關之有責性	145
第六節	立法權、司法權行使之國家賠償	147
第一項	立法權行使之國家賠償	147
第二項	司法權行使之國家賠償	149
第六章	基於公有公共設施之責任	152
第一節	德、日立法例	152
第一項	德國違反交通安全義務之責任	152
第二項	日本營造物之責任	155
第二節	公有公共設施賠償責任之構成要件	157
第一項	公共設施之定義	157
第二項	公有之意義	163
第三項	設置或管理之欠缺（或瑕疵）	172
第四項	生命、身體或財產之損害	180
第五項	因果關係	181
第七章	國家賠償請求權之行使	182
第一節	國家賠償請求權之性質與定位	182
第一項	第一次權利保護與第二次權利保護	182

第二項	國家賠償法採自己責任或代位責任	184
第三項	國家賠償訴訟在國家賠償法與行政訴訟法 間之選擇	188
第二節	賠償主體與賠償義務機關	194
第三節	國家賠償請求程序	197
第一項	先行協議程序	197
第二項	損害賠償之範圍與方法	201
第三項	行政機關協議賠償基準芻議	211
第四項	保險公司代位請求為國家賠償請求權人	221
第四節	國家對公務員及其他就損害原因 應負責之人求償權	229
第五節	國家賠償施行實況分析	233

第二編 中國大陸法制

第一章	中國大陸行政補償制度	237
第一節	概 述	237
第一項	行政補償的涵義與特徵	238
第二項	行政補償的種類	241
第二節	中國大陸行政補償制度的歷史、現狀及 其主要問題	245
第一項	中國大陸行政補償的歷史與現狀	245
第二項	中國大陸行政補償立法存在的突出問題	248
第三節	行政補償的理論基礎	250
第一項	關於行政補償理論基礎的幾種觀點	250

第二項 中國大陸地區行政補償的理論基礎探討	252
第四節 行政補償的範圍與方式	255
第一項 關於行政補償的範圍	255
第二項 關於行政補償的方式	258
第五節 行政補償的標準與程式	259
第一項 關於行政補償的標準	259
第二項 關於行政補償的程式	261
第六節 健全與完善中國大陸的行政補償立法	265
第二章 中國大陸行政賠償制度	270
第一節 行政賠償與國家賠償	270
第一項 關於行政賠償的概念和特徵	270
第二項 行政賠償與相關概念的區別	272
第三項 中國大陸地區國家賠償制度的歷史發展	278
第二節 國家賠償責任的性質	285
第一項 國家賠償責任是歸屬於民事責任 還是國家責任	286
第二項 國家賠償責任是歸屬於自己責任 還是代位責任	287
第三節 國家賠償責任的理論基礎	289
第一項 關於國家賠償責任理論基礎的不同學說	289
第二項 中國大陸地區建立國家賠償責任制度的 理論依據	294
第四節 國家賠償的歸責原則	298
第五節 國家賠償責任的構成要件	302
第一項 侵權行為主體	304

第二項 執行職務的行為違法	305
第三項 損害事實	306
第四項 因果關係	307
第六節 行政賠償的範圍	310
第一項 對侵犯人身權的行政賠償	310
第二項 對侵犯財產權的行政賠償	313
第三項 國家不予賠償的情形	315
第七節 行政賠償請求人和賠償義務機關	317
第一項 行政賠償請求人	317
第二項 行政賠償義務機關	319
第八節 行政賠償的方式和計算標準	322
第一項 賠償方式	322
第二項 賠償計算標準	323
第九節 行政賠償程式	326
第一項 行政賠償請求的提出	326
第二項 行政賠償義務機關的受案與處理	331
第三項 行政賠償訴訟	333
第四項 行政追償程式	341
第三章 中國大陸刑事賠償制度	347
第一節 刑事賠償的範圍	347
第一項 對侵犯人身權的刑事賠償	347
第二項 對侵犯財產權的刑事賠償	352
第三項 國家不予賠償的情形	354
第二節 刑事賠償請求人與賠償義務機關	357

第一項	刑事賠償請求人	357
第二項	刑事賠償義務機關	358
第三節	刑事賠償程式	363
第一項	刑事賠償請求的提出	363
第二項	刑事賠償義務機關的受案與處理	365
第三項	刑事賠償案件的復議程式	372
第四項	人民法院賠償委員會的最終決定程式	374
第五項	刑事追償	379
附錄一	國家賠償法	381
附錄二	國家賠償法施行細則	384
附錄三	中國大陸國家賠償法	394
附錄四	臺北市政府國家賠償事件賠償計算基準	402
附 表	兩岸通用法律用語或學術用語對照表	406

第一編 臺灣法制

第一章 國家責任之意義與類型

國家責任最廣義概念為國家就其行使公權力或非公權力行為（私法行為），致人民生命、身體與財產等法益遭受損害之結果，所負起損害賠償或補償之責任。廣義國家責任係針對國家違法與合法行使公權力行為，致人民遭受損害或損失，國家應負損害或損失補償責任而言。至於狹義之國家責任則單就公務員違法行使公權力侵害人民自由或權利者，即憲法第二十四條所確立之國家賠償責任。本書既以國家責任為題，當以最廣義國家責任概念為內容。我國司法制度採雙軌制，關於行政訴訟與民事訴訟之審判，依現行法律規定，係採二元訴訟制度，分由不同性質之法院審理，關於因公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，則由普通法院管轄。由此可知，國家機關行政行為有具公法性質者，亦有具私法性質者，不同性質行政行為造成人民損害，請求權依據、法理與管轄法院等皆不相同。惟須注意的，國家賠償法係針對公法性質行政行為所設的賠償制度，然依國家賠償法之規定，卻劃給普通法院管轄，是為例外。

第一節 國家私法行政行為所生之責任

行政機關行政行為依其所根據法律之性質與形式分為公法與私法，國內學者亦分別以「公權力行政」與「私經濟行政」相稱，而私經濟行政亦有稱「國庫行政」。國庫行政乃指國家不是居於公權

2 國家責任法——兼論大陸地區行政補償與行政賠償

力主體地位行使統治權，而係處於財產權主體，類似私法人般，並受私法支配所為之各種行為。私經濟行政包括了行政機關之「行政輔助」與「參與經濟交易活動之行為」，以及「行政私法」之行為。行政輔助行為乃係政府為達成任務依據私法而取得所需物力與人力；如購置行政業務所需之物品或處理行政業務相關之物品、公共工程之定作，財物之採購、訂製、承租及勞務之委任或聘僱、臨時工作人員之僱聘，以及行政機關代表國家出售或出租公有財產之行為，由於上述行為係國家機關立於私法主體地位，從事一般行政之輔助行為，自與公權力行使有間，不生國家賠償法適用問題。

國家或地方自治團體為前述「參與經濟交易活動之行為」時，其從事民間經濟活動所採之方式，有以法規特設機構為之，或以公司法組織型態為之。前者如公營當舖、監理處標售吉祥車牌，或以特別機構，如中央信託局集中採購、進口大宗物資。後者如由政府獨資或與民間合資成立之公司，中國鋼鐵股份有限公司，臺灣電力公司即屬之。

無論政府以何種方式參與，類似民間之私經濟交易活動均受市場經濟操作法則支配，如盈餘與降低成本之追求，並應遵守民法、公平交易法等相關規範，如發生侵權行為，僅能依民法辦理，不適用國家賠償法。縱使如此，政府參與經濟交易活動基本動機與私人重在營利滿足個人私益究有不同，政府畢竟負有調節市場、平穩物價、開拓特定重大事業、提升人民生活、追求公益之任務，故雖學者¹將此類活動稱以「營利性質之企業活動」或「行政營利」，惟此處所稱營利與一般民間之營利仍有不同。

較有爭議的是「行政私法」行為是否亦屬於私法性質之行政行為。所謂行政私法之行為，即行政機關以私法之方法或手段，直接

¹ 廖義男，國家賠償法，增訂二版，1998年，頁33。

完成給付行政之行爲²。給付行政類型很多，其中給付方式法律若已明定以公法方式完成者，例如改善人民居住依據國民住宅條例，立法者已預先以公法（如國民住宅條例）方式規範，行政機關就沒有組織形式選擇自由。法律對某一給付行政若無事先預爲公法之規定，行政機關則可自由選擇採取公法之法律形式或私法之法律形式，而提供給付，這種選擇的自由，包括兩個方面：一種爲機構組織形式之選擇自由；二爲給付或利用關係之選擇自由。依學者³通說，認爲基於法的明確性及安定性的觀點，行政私法係採私法之形式，因而應認定爲私法。亦有學者認爲不應採法律形式作爲判斷之標準，而應以行政機關任務之性質爲認定私法或公法之標準。然而，判斷「任務」本身標準不一，反而更容易導致判斷公法、私法之困難。反之，法律形式之判斷標準較清楚明確。若政府將其任務透過法規命令、行政處分、行政規則、簽訂行政契約或者以其他公法行爲來完成，應認定屬於公法行爲⁴。私法形式在人事、財務之運作上較公法具彈性，有助於提升給付行政之效率及品質，因而吾人同意行政機關享有組織法律形式的選擇自由，即須接受將行政私法認定爲行政機關之私法上行爲，而有民法侵權行爲之適用。

行政機關爲上述「行政輔助」、「參與經濟交易活動」與「行政私法」之私經濟行政行爲時，在法律上與私人或私法人地位無異，

² 行政私法與前述「行政輔助」、「參與經濟交易活動」於受私法支配之程度上仍有不同。後二者，國家完全類似私人，受私法全盤拘束；反觀行政私法則僅外觀上受私法支配，其內容由於多涉及政府對人民水、電、交通、醫療等生活照顧，為實現行政上目的，在某種程度上仍應受公法法規之限制，不完全適用私法自治。釋字第四五七號解釋指出：「……基於照顧榮民及其遺眷之生活……配耕國有農場土地……使用借貸契約，仍應遵守憲法男女平等原則。」可資參照。

³ Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998. S. 27.

⁴ Ossenbühl, a.a.O., S. 26.

適用私法。釋字第四四八號解釋指出：「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。」然而，若純屬公務員個人行為，例如假日舉家郊遊駕車撞傷路人、為私人購置車輛，則非屬此處所稱之私經濟行政行為，若有損害，公務員個人應依民法第一百八十四條規定負賠償責任。私法契約之一方為公務機關時，其履行契約之行為，就該機關及其所屬公務員，固屬執行職務，卻與行使公權力要件不符，屬於私法職務行為。若行政機關因契約債務不履行，而發生損害賠償責任時，國家作為契約主體之賠償責任，應依民法第二百二十七條規定，負契約不完全給付之損害賠償責任。

若行政機關以準私人之地位，故意或過失不法侵害他人權利者，則應有民法規定之適用。多數學者⁵認為我國民法第一百八十六條中所稱執行職務限於公法上之職務，若公務員執行私法上職務而為侵權行為時，該國家與該公務員應依民法第二十八條負連帶損害賠償之責⁶。學者黃立⁷認為民法第一百八十六條中所執行之職務，究係基於統治權之行使，抑本於私法上地位，在所不問，公務員依民法第一百八十六條規定負賠償責任，而行政機關依民法第二十八

⁵ 認為民法第一百八十六條中所稱「職務」僅限於公法上職務義務，不包括私法職務義務，既為公法上行為，其任用機關自無民法第一百八十八條第一項或第二十八條之適用，贊成此一見解學者多引用最高法院六十七年臺上字第一一九六號判例作為引證，如邱聰智，民法債編通則，修訂六版，1993年8月，頁114；孫森焱，民法債編總論（上），修訂版，2002年2月，頁283。

⁶ 耿雲卿，侵權行為之研究，1972年，頁49；最高法院四十九年臺上字第一〇一八號判例，自來水廠收費員偽造收據，浮收市民甲之水費，最高法院依民法第二十八條判決職員與該自來水廠負連帶責任。

⁷ 黃立，民法債編總論，二版，元照，1999年10月，頁288。

條或第一百八十八條規定，應分別而論⁸。民法第二十八條係就公務員而言，由法人與職員共同負連帶賠償責任；民法第一百八十八條係就僱用人與受僱人之關係，諸如職員、丁役。例如臺北市公共汽車管理處所屬之公車，司機駕駛違規，乘客甲受傷，此時甲應向誰根據何一規定要求賠償？按乘客與臺北市公車之使用關係為私法，司機之法律地位必須先加以確認。查司機係公車處基於勞動契約聘僱之人員，不具公務員身分，故非以機關地位所為之侵權行為，屬於行政私法行為，無適用民法第二十八條規定之餘地，僅能以協助完成任務者依民法第一百八十八條規定，由臺北市公共汽車管理處與司機連帶負責。

官署放租或放領公地，雖係基於法律為國家處理公務，然其所為放租或放領之行為，則係代表國庫管理或處分其財產，與民法上之租賃或買賣行為無異，人民倘因之發生爭執，自屬私權關係之爭執而與國家賠償法第二條第二項所稱公權力行使所致不同，應由普通民事法院審理裁判。國家賠償法未制定實施前，人民因行政機關所為違法行政處分，致私權遭受損害者，是否可以請求國家賠償，最高法院民刑庭總會五十年三月十四日決議，採取肯定說，曾一度認為國家應以法人或僱用人之地位，而依民法第二十八條或第一百八十八條規定負擔賠償責任，人民得據以提起民事訴訟。惟民法第二十八條所稱「法人」，係指私法人而言，不包括公法人（如國家或地方自治團體）；又民法第一百八十八條以私法契約僱傭為前提與公務員和國家係以公法任命關係有所不同，不能彼此援引。最高法院民刑庭總會五十年之決議，旨在彌補當時國家賠償法制之不足，立意甚佳，但與我國公法、私法二元理論建構不符，遂於民國六十二年十月三十日遭最高法院變更廢除。

⁸ 吳庚，行政法理論與實用，增訂八版，2004年11月，頁277。