

「與有過失」與國家責任*

—— 法律用語、概念、原則的融貫思維與體系建構

李建良**

摘要

本文問題意識發端於民事裁判與學說有關「固有意義之過失」與「非固有意義之過失」的概念區分，並同時有「與有責任」一詞的使用，由此促發與公法領域「國家責任」連袂設題、分析研究的構想，期能藉此研究所得，開展以請求權基礎為內涵的國家責任規範體系，並續造人民的國家責任請求權基礎。首先辨析「與有過失」的用語問題，本文認為「與有過失」非指與「故意」相對稱的「過失」，而是「與有責任」（包含故意與過失）之意。其次，探討「與有責任」的意涵與適用，包括規範構造、規範體系、規範意涵，以及其與誠信原則關係等。繼之，闡述「與有責任」與國家責任請求權體系，為本文的核心旨趣。在此基礎下，延伸探索「與有責任」在公私法秩序中的規範定位。最後就新修正國家賠償法第3條進行體系釋義，期有助於臺灣法學精緻思維的開展與縝密法律體系的建構。

關鍵詞：與有過失、與有責任、國家責任、誠信原則、公法上請求權、基本權利。

* 本文曾收於：董保城教授七秩誕辰祝壽論文集編輯委員會編，教育、掄才與法治——董保城教授七秩誕辰祝壽論文集，頁273-304（2022年）。
〔責任校對：蕭惟文〕

** 中央研究院法律學研究所特聘研究員兼所長。

穩定網址：<https://publication.iias.sinica.edu.tw/62417032.pdf>。



目次

壹、題旨與問題述要	一、民法於公法的可適用性
一、固有與非固有意義之過失？	二、公法上侵權行為請求權
二、「國家責任」的請求權體系	三、公法上損失補償請求權
貳、「與有過失」的用語與正名	四、公法上結果除去請求權
參、「與有責任」的意涵與適用	五、公法上不當得利請求權
一、「與有責任」的規範構造	伍、「與有責任」與公私法秩序新論
二、「與有責任」的規範體系	一、法律原則的法律定性
三、「與有責任」的規範意涵	二、基本權利的規範效力
四、「與有責任」與誠信原則	陸、餘論：國家賠償法第3條體系釋義
肆、「與有責任」與國家責任請求權體系	

過，失也。人情莫不有過，過而改之，是不過也。

——東漢，《大戴禮記 盛德》

壹、題旨與問題述要

一、固有與非固有意義之過失？

民法上之過失，有二種意義，一為固有意義之過失，以違反法律義務為前提，例如不得侵害他人之一般義務、基於契約關係而生之特別義務；另一為非固有意義之過失，不以違反法律義務為前提，係行為人對自己利益之維護照顧有所疏懈，又稱「對自己之過失」，民法第217條所稱之過

失即屬此種意義，蓋被害人在法律上並未負有不損害自己權益之義務，其既因自己之疏懈釀成損害，與有責任，依誠實信用及公平原則，應依其程度忍受減免賠償額之不利利益。

上述引文出自智慧財產法院106年度民專上字第40號民事判決¹，其將民法上的過失分為「固有意義」與「非固有意義」二種。不同於上，最高法院70年度台上字第375號民事判決謂：「民法第二百十七條所謂損害之發生或擴大，被害人與有過失云者，係指被害人苟能盡善良管理人之注意，即得避免其損害之發生或擴大，乃竟不注意，致有損害發生或擴大之情形而言，是與固有意義之過失，以違反法律上注意義務為要件者，尚屬有間。」未出現「非固有意義之過失」用語，而是強調與固有意義之過失「尚屬有間」²。

稍加搜尋，上揭表述非實務所獨有，亦見於學說見解，例如王澤鑑教授早年於〈債之關係的結構分析〉一文中論及最高法院70年度台上字第375號民事判決時，謂：「被害人在法律上雖未負有不損害自己權益之義務，但既因自己之疏懈造成損害之發生或擴大，與有責任，依公平原則，自應依其程度忍受減免賠償額之不利益也。」³（粗體為筆者所強調）近期於《損害賠償》一書則直接使用「非固有意義的過失」一詞，指稱被害人應受減免損害賠償的不利益，乃基於自己的與有過失⁴。

1 類此論述，亦見於如臺灣屏東地方法院89年度簡上字第12號、臺灣高雄地方法院93年度雄簡字第2446號、臺灣高等法院106年度上更（一）字第58號及臺灣高等法院107年度上國更（一）字第1號民事判決等。

2 相同論述尚可見於最高法院85年度台上字第2621號、99年度台上字第652號、105年度台上字第1250號民事判決等。

3 參見王澤鑑，債之關係的結構分析，收於：民法學說與判例研究（四），頁99（1982年）。

4 參見王澤鑑，損害賠償，頁354（2017年）。

從分類的方法論角度出發，凡概念的區分有「共同的部分」與「特別的部分」，上揭所謂「固有」與「非固有」之過失，共同處若為「過失」，則差異之處為何？「非固有意義之過失」一詞所欲表達的是此「根本不是」過失，抑或是「一種」過失？如果說「過失」是「故意」的對應用語及概念，則「民法第217條所稱之過失」，是否不包含故意？何以上揭裁判與學說見解不約而同出現「與有責任」用語？凡此種種，耐人思量，值得探究。

二、「國家責任」的請求權體系

本文題旨的發想，出於筆者長期對「責任」用語與內涵的研究興趣⁵與困思⁶。除了對裁判理由所稱「非固有意義之過失」直覺認為有所不妥外，繼之讀到上揭裁判與學說見解不約而同出現「與有

5 筆者自2000年起陸續對行政法上「責任」問題進行系統性研究，首發：行政法上義務繼受問題初探——兼評高雄高等行政法院九十二年度訴字第八〇六號判決暨最高行政法院九十四年度判字第六二二號判決，收於：湯德宗、劉淑範編，2005行政管制與行政爭訟，頁75-122（2006年），初步探討行政法上「責任」的類型，據以建立行政法上義務繼受的基本體系；繼而將之運用於土壤「污染行為人」的詮釋與認定，著有：釋義《土壤及地下水污染整治法》之污染行為人——闡析台鹼安順廠污染事件之整治責任及行政法院相關判決，收於：湯德宗、李建良編，2006行政管制與行政爭訟，頁101-158（2007年）；再循本探索「責任」的概念，發表：論行政法上「責任」概念及責任人的選擇問題——兼評最高行政法院93年度判字第628號、95年度判字第1421號判決及其相關判決，收於：黃舒芃編，2007行政管制與行政爭訟，頁29-104（2008年）。奠基於此，進一步分析判解見解與實務問題，例如：污染行為、整治義務與責任繼受的法律關聯與憲法思辨——釋字第714號解釋，台灣法學雜誌，238期，頁59-82（2013年）、「狀態責任」概念的辯證與運用：《台中大里區段徵收土地掩埋物清理案之一》——最高行政法院102年度判字第370號判決、台中高等行政法院99年度訴字第268號判決重點評析，台灣法學雜誌，246期，頁39-56（2014年）等。近期之作，則有：行政法上之狀態責任與法律不溯及既往原則（上）——以公寓大廈管理條例第8條為中心，月旦法學教室，223期，頁32-48（2021年）。

6 「責任」作為法律概念問題之所由生，在於此一用語的多義性，與之相對應的外文概念，特別是德語概念，即有Schuld、Haftung、Verantwortlichkeit等，意涵各不相同。關此翻譯問題，參見Chien-Liang Lee, Rechtsrezeption und chinesische Sprache, in: Hain (Hrsg.), Wanderungen und Wandlungen des Rechts, 2017, S. 35-65.

責任」用語時，很難不與公法領域常見的「國家責任」產生聯想，促發二者之間或許「與有關聯」的想法，爰生將其連袂設題、進行分析的研究構思。

「國家責任」一詞，普遍存於法學文獻⁷，卻不是法律用語⁸，而是文義不精確、內容未恆定的法概念。狹義以解，指國家損害賠償責任⁹，專指公權力行為的不法性，為公法上侵權行為請求權之別稱；廣義以言，涵蓋國家應擔負的職責及其應履行的任務¹⁰，屬描述性、囊括性的集合語彙，概念的規範意涵較低。前者過窄，儘管一般多將損失補償納入其中，規範內涵仍有不足；後者偏寬，利於建構制度模型與政策架構，若要用以進行法適用的法學思維操作，則稍嫌困難。

有社會，就有法！社會秩序有賴規範，乃法之所由生也。法之適用為法之為法的不二要素之一，法律思維的核心主要亦不脫法之適用。民法的責任體系暨法律規範以請求權基礎為構成要素¹¹，由此開展出請求權基礎理論體系，建立穩定而可驗證的法律科學。公法作為一門規範科學，理當亦然。是故，建立以請求權基礎為內涵的國家責任規範體系，詮釋並續造人民的國家責任請求權基礎，允為公法學者的使命與任務，本文題設「國家責任」，此之謂也。

7 以「國家責任」為書名者，例如董保城、湛中樂，*國家責任法——兼論大陸地區行政補償與行政賠償*，2版（2008年）；法學文章中使用「國家責任」概念者，為數甚多，於此不贅。

8 以「國家責任」一詞為關鍵字進行檢索，僅民用航空保安管理辦法（依民用航空法第47條之5規定訂定）第4條第3項第2款：「前二項航空保安計畫應包括下列事項：……二、國家責任及義務。」

9 國家賠償法第2條第2項前段：「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。」

10 筆者早期著作〈永續發展與國家責任〉一文，即採此種界說，在研究取向上較偏重制度模型的分析與觀念的提出。參見李建良，*永續發展與國家責任*，臺北大學法學論叢，46期，頁83（2000年）。

11 王澤鑑，*法律思維與案例研習——請求權基礎理論體系*，增訂新版，頁277-278（2019年）。

貳、「與有過失」的用語與正名

前引智慧財產法院106年度民專上字第40號民事判決謂「民法第217條所稱之過失」，指該條所稱之「與有過失」，條文全文為：「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人不預促其注意或怠於避免或減少損害者，為與有過失。前二項之規定，於被害人之代理人或使用人與有過失者，準用之。」

該條於1929年11月22日制定公布，立法理由明載：「謹按損害之發生或擴大，受害人有過失者（共同過失），若使加害人全負損害賠償之責任，似失諸酷，應由法院斟酌情形，減輕或免除其賠償金額。即受害人有怠於適當之注意，或怠於避免損害及減少損害應盡之方法，而有過失者，亦同。此本條所由設也。」

70年之後，該條於1999年4月21日修正公布，理由謂：「按學者通說及實務上之見解（最高法院6821民庭會議決議參考），均認為民法第二百二十四條於過失相抵之情形，被害人應有其類推適用。即第一項及第二項關於被害人之代理人或使用人之過失，應視同被害人之過失，方得其平，爰增訂第三項。」

在此之外，民法債編施行法第14條另有規定：「民法第二百十七條第一項、第二項及第二百十八條之規定，於民法債編施行前，負損害賠償義務者，亦適用之。修正之民法第二百十七條第三項之規定，於民法債編修正施行前被害人之代理人或使用人與有過失者，亦適用之。」

觀諸上揭條文與立法及修正理由多次出現「受害人有過失者（共同過失）」、「過失相抵」、「視同被害人之過失」、「代理人或使用人與有過失」等詞，單以此觀之，或許可以將民法第217條所稱

「被害人¹²與有過失」理解為「過失之一種」。惟查民法第224條規定：「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。但當事人另有訂定者，不在此限。」再對照同法第220條第1項：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任。」可知所稱「過失相抵」、「被害人有過失」或「代理人或使用人與有過失」等詞的意涵，實則包含「故意」在內。若「故意」乃「過失」之相對概念¹³，則民法第217條所稱「與有過失」者，應非是「一種」過失，而是「非屬一種」過失，其意涵應另作解釋，非可與「過失」混而同之。

民法第217條制定公布於1929年¹⁴，非起草者所自創，追尋所本，相似規定見諸1896年8月18日簽署、同年8月24日公布¹⁵、1900年1月1日生效之德國民法¹⁶第254條，標題為Mitverschulden（與有責任），內容試譯如下¹⁷：

-
- 12 除「被害人」外，民法另有「受害人」之規定（例如民法第91條、第979條第1項），用語並不一致。以下除引用條文外，概以「被害人」一詞行文。
- 13 民法第222條規定：「故意或重大過失之責任，不得預先免除」或其他有關「故意或過失」的規定，顯示「過失」不同於「故意」。另可併同比較者，乃民法學說上著名的*culpa in contrahendo*，一般譯為「締約上過失」，或係受到日譯「契約締結上の過失」的影響。實則，*culpa*者，亦是指包含故意或過失在內的「責任」，相對應的外文有*Verschulden bei Vertragsschluss*或*fault in conclusion of a contract*等。此可從現行民法第245條之1第1項規定：「契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：一、就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。二、知悉或持有他方之秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者。三、其他顯然違反誠實及信用方法者。」獲得印證，其中第1款為「故意」、第2款為「故意或重大過失」之賠償責任。
- 14 現行民法非一次制定公布，而是分次完成，債編全文604條於1929年11月22日由國民政府公布。
- 15 *Deutsches Reichsgesetzblatt* Band 1896, Nr. 21, S. 237-341.
- 16 法典前言：「朕等威廉、神授之德皇、普魯士王，經邦聯參議會與帝國眾議會通過，以帝國為名，頒行以下規定：（Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen etc. verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:）」。
- 17 原文如下：Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten

「損害之發生，被害人與有責任（ein Verschulden des Beschädigten）者，損害賠償之義務課予及應給付之賠償，視具體情況而定，尤其視該損害主要係由一方或他方引起之程度而定。

被害人之責任僅急於預促債務人注意其所不知或不及知之異常重大損害，或急於避免或減輕該損害者，亦為與有責任。第278條規定，準用之。¹⁸」

上揭規定自1896年公布後，未曾修正，適用至今，內容與民法第217條近乎相同。我國民法於1999年4月21日修正新增的第3項：「前二項之規定，於被害人之代理人或使用人與有過失者，準用之」，於當時（1896年）即已存在（「第278條規定，準用之」）。按德國民法第278條相當於我國民法第224條，故所稱「代理人或使用人與有過失」，指代理人或使用人有故意或過失者。我國民法的起草者何以將Mitverschulden一詞譯為「與有過失」，暫無可考¹⁹，姑且不問，顯而易見的是，「與有過失」非指與故意相對稱的「過失」²⁰，而是「與有責任」之意，允應正名，方得以正確形塑其內

mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Theile verursacht worden ist. Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.

18 比較國立臺灣大學法律學院、財團法人台灣大學法學基金會、德國民法編譯委員會編譯，德國民法（上冊）——總則編、債編、物權編，修訂版，頁269（2016年）之譯文：「I 損害之發生被害人與有過失者，賠償義務及賠償之範圍，應按具體情事而定，即如斟酌損害在何種程度係主要由一方或他方所引起者。II 被害人之過失縱僅為急於預促債務人注意其所不知或不可得而知之非通常高度損害之危險，或急於避免或減輕損害者，亦同。第二百七十八條規定，準用之。」

19 此一問題可以單獨成為民法制定史的一項研究課題。

20 與故意相對稱的「過失」，於德國民法稱為Fahrlässigkeit，參見德國民法第276條第1項（相當於我國民法第220條）。

因其所涉損害填補與分擔的情形相同（詳見後述），仍得類推適用之²²。

民法第213條第1項規定：「負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀。」揭示損害賠償的基本原則。在規範體系上，民法第217條為上開規定所稱「法律另有規定」之例外情形，其適用範圍應與民法第213條同框，得適用於所有的損害賠償請求權。除民法明定的損害賠償請求權外，亦及於依其他法律所生之損害賠償請求權，原因包括基於契約（締約前）之請求權、侵權行為請求權、危險責任之請求權、信賴保護所生之請求權，例如民法第91條前段規定：「依第八十八條及第八十九條之規定撤銷意思表示時，表意人對於信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人，應負賠償責任。」至於不當得利返還請求權是否適用「與有責任」規定，涉及法律解釋問題²³。除了債之關係所生之損害賠償請求權外，基於物權法所生之請求權，例如民法第793條之氣響禁止進入請求權，亦得類推適用之²⁴。

解析民法第217條的條文構造，法律效果為「法院得減輕賠償金額，或免除之」，構成要件有二：

第1項：被害人對於損害之發生「與有責任」。

第2項：被害人不預促債務人（加害人）注意，或被害人怠於避免或減少損害。

22 參考德國學說及實務見解，Arndt Teichmann, in: Stürner (Hrsg.), Jauernig BGB Kommentar, 18. Aufl., 2021, § 254 Rn. 1-4; BGH 50, 114.

23 德國實務採否定說，主要即是從文義解釋之角度。參見BGHZ 14, 7 (10) = NJW 1954, S. 1194.

24 參考BGH, Urteil vom 18.04.1997, NJW 1997, S. 1235, mit Anmerkung von Elke Herrmann, JR 1998, S. 242; 不同見解BGH, Urteil vom 18.04.1997, mit Anmerkung von Herbert Roth, JZ 1998, S. 94.

第2項基本上屬被害人因「不作為」所生之責任；第1項是否限於「作為」（與有），解釋上不無爭議。由於「被害人怠於避免或減少損害」與第1項之構成要件甚難區分，本文認為得綜合適用之。至第2項前段所稱「被害人不預促債務人（加害人）注意」，表面上涉及被害人的「警告義務」，實則亦屬「怠於避免或減少損害」的一種型態。

二、「與有責任」的規範體系

由「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之」的規範結構與意旨可推演出：「與有責任」乃減輕或免除損害賠償請求權的事由，故思維的起點是損害賠償法及其基本原則。至於契約履行之請求權，則不在民法第217條的規範射程範圍。損害原因多端，損害的填補與分配是「與有責任」的法理基礎之所在。

加害人對被害人的損害賠償義務，原則上不因第三人共同造成損害的發生而受影響。就加害人與受害人之間的外部關係而言，加害人負全部的賠償責任；至於共同加害人之間的求償關係，則屬內部關係。不同於此，被害人對於損害的發生亦有責任者，該損害即須被分擔，損害賠償或減輕或免除，端視具體情況而定²⁵。要言之，損害以填補為原則，減輕或免除為例外。損害是否填補或分擔，乃至於免除（不予填補），從法規範秩序與權力分立的角度切入，首要思考者，乃由誰決定？立法者，抑或司法者？

債之關係所生的損害賠償請求權，基於契約約定者有之，依法律明定者亦有之，請求權基礎不一，請求權人因「與有責任」而權

25 不同於羅馬法時期發展的 *Culpa compensation*、*compensatio culpa*、*Culpakompensation* 制度。主要文獻，參見 *Victor von Leyden, Die sogenannte Culpa-Compensation im Bürgerlichen Gesetzbuch, 1902.*

利受有減縮，係基於法律特別規定，屬法律賦予法院減輕免除權限之強行法；損害賠償的分配或免除，若係經由事先約定者，即無「與有責任」規定的適用²⁶。損害賠償請求權的範疇與分配決諸立法決定，在憲法財產權保障意旨的範圍內，立法者享有一定的形成自由。是以，「與有責任」的思維方法與分析步驟，首先檢視有無特別規定或部門規範，而後再訴諸一般性之概括規定。

於部門規範中，散見基於「危險責任」的最高賠償限額規定，應優先適用。例如公路法第64條：「汽車或電車運輸業遇有行車事故，致人、客傷害、死亡或財、物損毀、喪失時，應負損害賠償責任。但經證明其事故發生係因不可抗力或因託運人或受貨人之過失所致者，不負損害賠償責任。前項貨物損毀、滅失之損害賠償，除貨物之性質、價值於裝載前經託運人聲明，並註明於運送契約外，其賠償金額，以每件不超過新台幣三千元為限。人、客傷害、死亡之損害賠償辦法，由交通部另定之。²⁷」特別法規定，例如保險法第29條第2項：「保險人對於由要保人或被保險人之過失所致之損害，負賠償責任。但出於要保人或被保險人之故意者，不在此限。²⁸」

於民法的規範體系中，民法第217條屬「與有責任」的概括規定，於此之外，另有「與有責任」特別規定，應優先適用。例如民法第91條：「依第八十八條及第八十九條之規定撤銷意思表示時，表意人對於信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人，應負

26 *Gottfried Schiemann*, in: Kaiser (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2, 2017, Rn. 64.

27 交通部訂有「汽車運輸業行車事故損害賠償金額及醫藥補助費發給辦法」。

28 比較法的觀察，德國保險契約法（*Versicherungsvertragsgesetz, VVG*）第81條第2項規定：「被保險人因重大過失引起保險事故者，保險人得減少與該被保險人責任程度相應之保險給付。」（*Führt der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall grob fahrlässig herbei, ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem der Schwere des Verschuldens des Versicherungsnehmers entsprechenden Verhältnis zu kürzen.*）

賠償責任。但其撤銷之原因，受害人明知或可得而知者，不在此限。」

在此之外，立法者亦得運用「準用」條款，連結民法第217條規定。例如信託法第42條規定：「受託人就信託財產或處理信託事務所受損害之補償，準用前三條之規定。前項情形，受託人有過失時，準用民法第二百十七條規定。」

觀諸民法第217條規範意旨，加害人是否免責須視個案情節，就（加害人）引起損害的成分與（被害人）與有責任的成分，兩相權衡的結果，以定加害人損害賠償義務的範疇（包括減縮至零）。加害人賠償義務「減縮至零」僅限於極少數之例外情形。

三、「與有責任」的規範意涵

依民法第217條第1項規定，損害賠償請求權的縮減，以被害人與有「責任」為前提。何謂「責任」（有過）？

民法第217條之「與有責任」，在觀念及概念上，首應與民法第220條所稱之「責任」相區別，後者規定：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任。過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」其中雖亦有「責任」一語，實與民法第217條規範旨趣有所差異。蓋民法第217條所稱「被害人」係損害賠償請求權之「債權人」；反之，民法第220條係規定「債務人」之責任。前者為損害賠償請求權的「縮減」，被害人不負（損害賠償）之責任；後者則為因違反義務所生之（損害賠償）責任，故民法第217條「被害人」（債權人）非得被視為民法第220條所稱之「債務人」而有該條規定之適用。

承上理路可知，「與有責任」的規範意涵不在「成立賠償責任」，而是「縮減賠償請求權」。是以，民法第217條所謂之「責任」，並非嚴格意義之法律上義務違反。蓋現行法制上，被害人並

未負有「不得自傷」的法律上義務。換言之，被害人對於加害人亦不負有避免損害或盡可能降低損害的法律上義務。法律上不存在自傷禁止義務，惟對於未能善盡防免損害所必要之注意義務者，應接受其請求權受到減損，甚至免除。於此關聯脈絡下，「與有責任」於德國學說及實務上被稱之為*Obliegenheit*²⁹（中譯：不真正義務）³⁰。而所謂「對己義務」的違反，指從事有損於合於情理之自己利益的之行為³¹。因此，民法第217條的適用並非取決於被害人違反某一法律上之（對他）義務，毋寧是一種身為理性人³²的「對己責任」。法律上課予債權人應善盡維護自己權益的要求，究實以言，非屬一種可資訴訟（請求）之義務，毋寧是被害人（債權人）應承擔漠視此等責任所生之不利益，尤其是喪失請求填補所受損害之權利。類似規定見諸民法，例如民法第262條：「有解除權人，因可歸責於自己之事由，致其所受領之給付物有毀損、滅失或其他情形不能返還者，解除權消滅；因加工或改造，將所受領之給付物變其種類者亦同。」

何謂「對己義務」或「可歸責於自己之事由」，學說或實務上常以「注意義務」稱之。惟其內涵為何？射程範圍多大？以法有明文者為限，抑或可透過法解釋而得，始終存有爭議。實務上典型而具爭議性之案例是，行車未戴安全帽發生車禍，頭部受創，於請求損害賠償時，法院得否援引民法第217條第1項規定，以被害人「與有責任」為由，減輕賠償金額？

按現行道路交通管理處罰條例規定，機車駕駛人及電動自行車駕駛人負有依規定戴安全帽的義務，違反者，科處罰鍰³³，故機車

29 BGH, NJW 2014, S. 2493 (2494); 基本觀念，參見 *Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten*, 1953, *passim*.

30 參考王澤鑑（註3），頁98。

31 BGHZ 57, 145提及 *eigenes wohlverstandenes Interesse* 的概念。

32 此之謂「理性人」，與經濟學上「理性人假設」非可等同視之。

33 道路交通管理處罰條例第31條第6項、第73條第4項、第92條第7項第6款。

駕駛人或電動自行車駕駛人未依規定戴安全帽發生車禍，其損害賠償金額得依民法第217條第1項酌減之，較無疑問³⁴。惟若是一般自行車駕駛人未戴安全帽發生交通事故，加害人是否亦得依民法第217條第1項減少其得請求賠償的金額，不無疑問³⁵。問題的爭點在於：駕駛人「與有責任」的成立是否繫於法律明文（對己或注意）義務之課予，例如戴安全帽義務、（乘客）繫安全帶義務等，抑或得透過法律解釋或訴諸法外之社會規範？

四、「與有責任」與誠信原則

民法第217條具有概括條款的特性，與更為概括之民法第148條第2項：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。³⁶」（誠信原則）之間的關係如何，涉及法律解釋與規範體系關聯，儘管一般認為，「與有責任」係誠實信用原則的體現與具體化³⁷，於解釋適用「與有責任」規定時，應納入誠信原則的考量。惟有待釐清的問

34 參見王澤鑑（註4），頁359-360。

35 德國BGH於2014年的一則判決中指出：自行車駕駛人未戴安全帽不構成德國民法第254條之「與有責任」。參見BGH, NJW 2014, S. 2493 mit Anmerkung von Dietmar Kettler. 相關文獻，參見Nils Schaks/Stefanie Szymanski, Helmpflicht für Radfahrer? Zur Einführung einer allgemeinen Helmpflicht für Fahrradfahrer aus verfassungs- und staatshaftungsrechtlicher Perspektive, NVwZ 2015, S. 1108; Wolfgang Wellner, Anspruchsbeschränkungen und Anspruchsblockaden beim verkehrsrechtlichen Haftpflichtschaden, NJW 2016, S. 1681; Felix Koehl, Haftungsverteilung, Radwegunfall und Ladesäule – neue Rechtsprechung, SVR 2018, S. 338.

36 法律其他規定，如民法第245條之1第1項第3款：「契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：……三、其他顯然違反誠實及信用方法者。」第264條第2項：「他方當事人已為部分之給付時，依其情形，如拒絕自己之給付有違背誠實及信用方法者，不得拒絕自己之給付。」第571條：「居間人違反其對於委託人之義務，而為利於委託人之相對人之行為，或違反誠實及信用方法，由相對人收受利益者，不得向委託人請求報酬及償還費用。」行政程序法第8條：「行政行為，應以誠實信用之方法為之，並應保護人民正當合理之信賴。」

37 德國實務通說，參見BGHZ 56, 163 (169) = NJW 1971, S. 1883; BGHZ 76, 216 = NJW 1980, S. 1518; BGHZ 143, 189 (194) = NJW 2000, S. 800.

題是：被害人違反誠信原則，是否即同時構成「與有責任」規定的適用？抑或「與有責任」規定的解釋、適用有其特定的內涵，亦即被害人存有「特殊的」違反誠信原則的行為？

有謂：於審究被害人是否「與有責任」時，並不考慮被害人損害賠償的請求本身是否構成「違反誠信」。從法律解釋方法而言，唯有當個別規定存有規範漏洞時，方有訴諸「概括條款」的必要。加害人固然仍得主張被害人違反誠信原則，構成權利的濫用。不過，其法律效果並非損害賠償請求權內容的縮減，該損害賠償請求仍然存在，但不得行使之³⁸。

上述爭議的探討，應分別「構成要件」與「法律效果」兩種層面。在「構成要件」方面，*venire contra factum proprium*原則與「與有責任」規定的適用關係，經常被提出討論。此拉丁法諺的字面意思是：與自己的前行為相互抵觸，引申為禁反言（*Estoppel*）原則，屬於誠信原則的子原則之一。

問題在於，究竟是被害人對於損害之發生與有責任，卻又要請求全額的賠償，構成一種「行為矛盾」？抑或被害人為某種前後不一致的行為，構成某種「與有責任」，從而不得請求全額的賠償？若為前者，則不外是民法第217條規定的重述，並未注入「新」的構成要件要素。比較需要探討的是，「禁反言」原則能否成為民法第217條規定的構成要件？「禁反言」原則的內涵多端，暫此不論，從民法第217條的規範構造而言，應先設定的兩道思維命題：

- （一）行為前後不一致，是否為法秩序所不許？
- （二）系爭損害之發生或擴大，是否來自「被害人」行為的不一致？

³⁸ Hartmut Oetker, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Aufl., 2019, § 254 Rn. 4.

信守承諾、言行一致，為人之美德；因人地時事物之不同而應變決斷，則是人之常情，亦為憲法自由權的保障內涵，故法秩序原則上禁止前後矛盾的行為。因此，在債之關係的框架下，系爭當事人原則上得變更其法律看法，甚至可以撤銷其所為之意思表示。例如民法第88條第1項前段規定：「意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。」不過，憲法自由權之行使並非毫無限制，因不當行使權利所生之損害，亦非得由他人承擔，故民法第88條第1項但書規定：「但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。」同法第91條前段規定：「依第八十八條及第八十九條之規定撤銷意思表示時，表意人對於信其意思表示為有效而受損害之相對人或第三人，應負賠償責任。」據此規定，表意人如因其行為而對他方造成一定程度的信賴時，或者該出爾反爾的行為，依具體情況可被視為「違反誠信」行為者，先行為即不得任意變更之，否則屬不法之權利行使，構成權利之濫用。例如契約當事人之一方，因信賴他方之行為而為財產上之處分時，則該信賴應受保護。至於他方之行為是否出於故意或過失或是否可受歸責，均非所問。然則，「行為前後不一致」的表意人並非「被害人」，而是「加害人」，從而無法套入民法第217條的規定構造，反倒是民法第91條但書規定：「但其撤銷之原因，受害人明知或可得而知者，不在此限。」為「與有責任」明文，為民法第217條的特別規定，應優先適用。

於此脈絡下，可併予探討者，乃權利人長期不行使其權利，致義務人有理由相信權利人不欲行使權利者，該權利人即不得再行使該權利，一般謂之「權利失效」。嚴格而言，亦屬一種「前後矛盾」的情形，不同者，乃前行為是「不作為」。系爭「損害」之發生或擴大，因非出於權利人長期不行使其權利所致，故非屬「與有責任」規定的適用範疇，而須從誠信原則推導出權利失效原則並建構及其構成要件。

較為棘手的特殊案型是所謂自陷風險（自甘冒險）行為³⁹或「自傷行為」，例如明知車輛駕駛人不具駕駛能力（如酒醉）仍共乘之而車禍受傷，或自願參加可能受傷的競賽（例如賽車、拳擊等）而遭競爭對手傷害。於此案例中，被害人的賠償請求權是否縮減或免除，素有爭議⁴⁰，理據不一，約有三說：

- （一）默示免責說⁴¹。
- （二）與有責任說⁴²。
- （三）違反禁反言說⁴³。

第一說為拉丁法諺*volenti non fit iniuria*（同意不生不法）原則的運用，然「同意」（默示）乃是一種具法律效果之意思表示，「自甘冒險」的行為是否該當於意思表示的要件，不無疑問；尤其「責任的事前免除」，核其旨趣，屬於損害承擔或分配的一種約定，與「與有責任」規定係由法院減輕或免除賠償金額，迥不相同。

第二說將「自甘冒險」視為「與有責任」的適用類型之一，然「自甘冒險」的被害人並非損害之發生或擴大的「直接原因」；復「自甘冒險」的被害人係「置身」於可能受損害的情境，嚴格而言，亦難謂構成「怠於避免或減少損害」。

39 相對應外文有：*Handeln auf eigene Gefahr*、*Assumption of risk*等。奧地利民法學者Joseph Unger於德國民法公布前即著有*Joseph Unger, Handeln auf eigene Gefahr: zugleich ein Beitrag zur Kritik des deutschen Entwurfs, 1891*一書；德國民法學者Hans-Rudolf Stoll於1961年出版的*Hans-Rudolf Stoll, Das Handeln auf eigene Gefahr: eine rechtsvergleichende Untersuchung, 1961*一書，為此項課題的經典之作。英文文獻，參見John L. Diamond, *Assumption of Risk After Comparative Negligence: Integrating Contract Theory into Tort Doctrine, 52 OHIO ST. L.J. 717 (1991)*。

40 參見王澤鑑（註4），頁366-367。

41 相對應的德文：*stillschweigender Haftungsausschluss*、*Einwilligung in die Schädigung*，RGZ 65, 313 (314 f.); BGHZ 2, 159 (161 f.) = NJW 1951, S. 916。

42 德國BGH，1961年3月14日指標性判決，NJW 1961, S. 655。

43 德國實務上稱之為*Verbot des treuwidrigen Selbstwiderspruchs*（自我矛盾禁止原則），參見OLG Karlsruhe, NJW 2012, S. 3447 (3448)。

第三說以被害人自願進入危險情境，事後又對於自陷危險所生之損害請求賠償，論斷其行為前後不一致。然此之行為矛盾並非損害發生或擴大的原因，故僅能論以違反誠信原則，而不能適用「與有責任」的規定。

以上三說就是否該當於「與有責任」規定的「構成要件」而言，固難有圓滿說法。問題的關鍵實則尚須將「法律效果」納入考量，始能窺其全豹。蓋「與有責任」旨在減輕或免除賠償金額，而非全盤否定損害賠償請求權之行使；反之，牴觸誠信原則者，係全部排除賠償請求權⁴⁴。著眼於此，於考量「自甘冒險」或「自傷行為」的情境，被害人固難免於受到「自作自受」的苛責，然加害人（酒醉駕車者、犯規競賽者）的賠償責任仍應存在，且未必可以全免，始符事理之平。準此以言，縱使「自甘冒險」之情境未能盡符「與有責任」規定之構成要件，仍宜類推適用之，而非訴諸誠實信用原則規定。

肆、「與有責任」與國家責任請求權體系

一、民法於公法的可適用性

民法「與有責任」規定是否適用或準用於公法領域，特別是行政法事件，一方面涉及行政法的法源課題，另一方面則關乎民法規範的射程範疇，二者再又與法律解釋與法原則的續造之法律思維與法學方法互有牽連。

法律適用的方法與步驟，首先檢視法律有無明文。觀諸現行規定，與本文題旨相關者，約有國家賠償法第5條（「國家損害賠償，

44 BGH, NJW 1963, S. 655 (657); BGH, NJW 1986, S. 1865 (1866); NJW-RR 1995, S. 857 (858); NJW-RR 2006, S. 672 (674); NJW-RR 2006, S. 813.

除依本法規定外，適用民法規定。」)、個人資料保護法第31條(「損害賠償，除依本法規定外，公務機關適用國家賠償法之規定，非公務機關適用民法之規定。」)、行政程序法第141條第1項(「行政契約準用民法規定之結果為無效者，無效。」)、同法第149條(「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。」)等。基於立法者的指示，民法規定得適用或準用於國家賠償、行政契約等事件，至於如何適用⁴⁵及準用，視事件性質是否相近或與不相牴觸者而定，容後詳述。相對於上，在法無明文的領域，如何適用、準用或類推適用民法規定，同樣亦取決於事件性質的相近性或與相悖性，於此尤須探究民法規定或原則是否屬具一般性質之法律原則。

二、公法上侵權行為請求權

依國家賠償法規定，國家賠償的請求權基礎有二：(一)公務員不法公權力(第2條第2項)；(二)公有公共設施的設置或管理有欠缺(第3條第1項)⁴⁶，前者為行為責任所生之賠償義務；後者類如工作物所有人之賠償責任⁴⁷。綜言之，屬公法上之侵權行為責任，觀念上亦應有「與有責任」規定及原則之適用⁴⁸。

45 國家賠償事件屬公法性質，嚴格而言，應「準用」民法規定，而非「適用」之。

46 2019年12月18日修正公布之國家賠償法，於第3條新增第3項、第4項之國家不負賠償責任與減輕或免除國家賠償責任條款。新法規定與既有規範體系，多有扞格，容後獨立探討。參見本文「陸」。

47 比較民法第191條第1項：「土地上之建築物或其他工作物所致他人權利之損害，由工作物之所有人負賠償責任。但其對於設置或保管並無欠缺，或損害非因設置或保管有欠缺，或於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。」

48 參照2009年2月16日法務部法律字第0980700090號函訂定下達全文3點之國家賠償事件賠償項目及賠償金額參考基準第2點、四：「……(二)與有過失：依民法第217條第1項規定：『損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之。』而司法實務上亦肯認國家賠償事件中，賠償義務機關得主張被害人與有過失(臺灣高等法院高雄分院95年度上國字第8號民事判決參照)，是賠償義務機關自得斟酌雙方過失之輕重比例，以定賠償金額。」

就法律適用與解釋方法以論，應先檢視法律有無特別規定。民法第186條第2項規定：「前項情形，如被害人得依法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失不為之者，公務員不負賠償責任。」其中「被害人得依法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失不為之者」，為被害人「與有責任」的一種態樣，屬公務員賠償責任亦適用「與有責任」的明文規定。所稱「被害人得依法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失不為之者」，究何所指，暫且不問，於法律適用上，須先解決兩大結構性問題：

其一，何謂「公務員違背對於第三人應執行之職務」？

其二，公務員不負賠償責任，國家是否亦不負賠償責任？

此二問題牽涉民法與國家賠償法之關係，其解答須賴體系解釋、目的解釋及歷史解釋。簡析如下，所謂「第三人」者，係相對於公務員與國家之間所生公法上勤務關係的用語，人民（第三人）與公務員之間並無直接之法律關係。蓋人民與國家的關係，係存在人民與公務員所屬機關之間，而非公務員個人。所稱「應執行之職務」，解釋上包含公法性質之職務（行使公權力）與私法性質之職務（國家之私經濟活動）二種。由於國家賠償法第2條第2項所定國家應負賠償責任，係以「公務員於執行職務行使公權力時」為構成要件，故以下先論公務員違背對於第三人應執行之公法職務與國家賠償的關聯問題，違背對於第三人應執行之私法職務部分，容後再論。

公務員因故意或過失違背對於第三人應執行之公法職務，致第三人受損害，同時構成民法第186條之公務員賠償責任與國家賠償法第2條第2項之國家賠償責任。此二侵權行為賠償請求權之間的關係如何，頗多爭議。設若國家賠償法於1980年制定公布之後，公務員即免除侵權行為責任，則民法第186條第2項「公務員不負賠償責任」之特權條款即無適用餘地，自亦無討論「公務員不負賠償責

任，國家是否亦不負賠償責任」的必要。然本文認為，此一問題應持否定見解，理由有二：（一）民法第186條於1999年修正一次，刪除第1項「之權利」等字⁴⁹。當時國家賠償法以制定公布多年，若國家賠償法公布施行後，公務員即免除侵權行為責任，自無修正之必要。（二）參諸國家賠償法第2條第3項規定：「前項情形，公務員有故意或重大過失時，賠償義務機關對之有求償權。」可知公務員因故意或重大過失違背公法職務所生之侵權行為責任並未因國家賠償法的制定公布而免除，否則賠償義務機關何以對之有求償之權利。是以，從歷史解釋與體系解釋的角度以論，公務員因故意或重大過失所生之賠償責任與國家賠償責任立於競合的關係，受害人民得擇一或合併請求之⁵⁰。

承上，由於國家賠償法第2條第2項係以公務員負賠償責任為要件，則公務員依民法第186條第2項規定不負賠償責任時，國家亦應同時免除賠償責任。於此須進一步探究，「被害人得依法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失不為之者」，其中所稱「法律上之救濟方法」所指為何？就此問題，不乏認為係指「得依法提起國家賠償訴訟」者。惟從歷史解釋方法以觀，允非確論。按民法第186條係制定公布於1929年，當時憲法（第24條）尚未制定，遑論國家賠償法。是故，「國家賠償之救濟方法」應非立法立此免責條款時設想之救濟方法。再查立法理由：「又同律（按：民律草案）第九百四十九條理由，被害人本可以法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失，怠於為之者，毋庸保護，例如不依上訴聲明不服等是也。此時被害人咎由自取，故使公務員不負損害賠償之責任。此第二項所由設也。」可知不以法律上之救濟方法除去其

49 立法理由：「原條文第一項規定以第三人之『權利』受損害者，公務員始負賠償責任。範圍太過狹窄，無法周延保障第三人利益。為擴大保障範圍，且為配合第一百八十四條第二項之修正，刪除『之權利』等字，使保護客體及於『利益』。」

50 實務上，人民向公務員及其所屬機關合併請求損害賠償者，不乏其例。

損害，指類如「不依上訴聲明不服」之例。觀諸現今法制，應指對公務員所為之公權力行為提起行政救濟（含訴願及行政訴訟）。循此脈絡以推，被害人如因故意或過失怠於提起行政救濟程序，以除去其損害者，國家即不負賠償責任。

學說上常有「第一次權利保護」與「第二次權利保護」之分，以前者指稱行政救濟，後者指稱國家賠償訴訟，並有所謂「第一次權利保護優先第二次權利保護」原則之提出，殆合於上述的規範推論。不過，須指出者，在法律思維邏輯上，並非先立有所謂的「優先原則」，再據以得出未提起第一次權利保護喪失第二次權利保護權利的結論。實則，應是先有「與有責任」的理據，而後推導出公法上侵權行為請求權受有減免的論斷，再將之稱為「第一次權利保護優先第二次權利保護」原則（無此稱語亦無妨）。也因此，被害人民是否因怠於提起行政救濟程序而喪失國家賠償請求權，須依具體個案而加以認定。於實務上具爭議而有探討價值者，主要是涉及以「行政處分」為侵權行為形式的賠償訴訟。

三、公法上損失補償請求權

公法上侵權行為所生之損害賠償請求權（國家賠償請求權），係以不法性與有責性為主要構成要件要素，旨在填補被害人所受損害及所失利益（民法第216條）。在此之外，存有眾多而複雜的損害或損失填補的請求權，不以故意或過失為要件者有之，不以不法性為必要者有之，僅以填補所受損害為限者亦有之，礙於篇幅，於此無法詳述，先概稱之為公法上損失補償請求權⁵¹。此一請求權體系亦應有「與有責任」規定的適用，此觀諸行政執行法第41條第1項自明，其規定：「人民因執行機關依法實施即時強制，致其生命、身體或財產遭受特別損失時，得請求補償。但因可歸責於該人民之

⁵¹ 學說上常見「準徵收侵害」或「具徵收效力之侵害」等損失補償請求權的用語，為德國損失補償法制演進傳承下的產物，我國無此背景，宜儘量避免使用。

事由者，不在此限。⁵²」其中但書所稱「可歸責於該人民之事由」，解釋上有兩重意涵：其一，該人民為執行機關依法實施即時強制之原因；其二，該人民對於損失之發生或擴大「與有責任」。前者為違反「對他人」之義務，例如某人民對他人為暴行，執行機關予以留置、管束，致生損失；後者為違反「對己」之責任，例如某人民於家中意圖自殺，執行機關獲報強行進入其住宅予以救護，致生損失。此二種情形，前者不構成「特別損失」，屬補償請求要件是否該當問題；後者構成「特別損失」，但對於損失之發生或擴大「與有責任」，導致權利不得行使。

除上規定外，法規中過去亦散見有「與有責任」規定，例如（舊）犯罪被害人保護法施行細則第7條：「本法第十條第一款所定可歸責之事由，得依下列情形審酌之：……。三、被害人對其被害之發生與有過失者。」（筆者註：民國112年6月30日新修正之犯罪被害人權益保障法施行細則，將舊法第7條改列第30條，並修正部分文字：「本法第五十九條第一款所定故意或重大過失之事由，得依下列情形審酌之：……。三、犯罪被害人對其被害之發生有重大過失者。」）

於此須特別討論者，乃以「行政處分」為中介的「信賴保護」與「與有過失」的關聯，設例闡述之：A依法申請建造執照獲准，並投入資金、施工起造。施工中，主管機關以該建造執照與建築法規定不符為由撤銷之。A依行政程序法第120條第1項請求主管機關給予合理之補償。主管機關主張A於申請建造執照時，對重要事項提供不正確資料，致使其依該資料作成該行政處分。於此情形，非直接進入A是否「與有責任」的討論，而是檢視A有無信賴不值得保護的事由（行政程序法第119條第2款）。若A有信賴不值得保護

52 相同規定，見諸警察職權行使法第31條第1項：「警察依法行使職權，因人民特別犧牲，致其生命、身體或財產遭受損失時，人民得請求補償。但人民有可歸責之事由時，法院得減免其金額。」

之情形，即不成立損失補償請求權，自無討論「與有責任」的必要。唯有當A無行政程序法第119條所列信賴不值得保護之情形，始有進一步審酌A有無（其他）「與有責任」之行為而得以減輕或免除損失補償之請求。

四、公法上結果除去請求權

不同於國家賠償請求權，公法上結果除去請求權，係建立在公權力行為的不法性及其所生之不法結果。至行使公權力之公務員有無故意或過失，則非所問。此項公法上請求權法無明文，卻是基於基本權防禦功能之所應然。實務上，過去不承認此項請求權的存在⁵³，於最高行政法院99年度3月第1次庭長法官聯席會議決議文中出現「人民之財產權應予保障，憲法第15條定有明文。憲法所保障之人民基本權利，具有防禦權功能，人民於其基本權利受到國家侵害時，得請求國家排除侵害行為」（粗體為筆者所強調）等語後，開啟公法上結果除去請求權形塑與運用的契機。

民法第217條規定「與有責任」，從規范文義上，係建立在「加害人」與「被害人」雙方皆有責任的前提上；反之，公法上結果除去請求，不以公務員有責為必要。然則，「與有責任」所蘊含的基本法理思想，亦可類推適用於不以歸責為要件的損害賠償責任⁵⁴。例如：民法第423條規定，租賃物在租賃關係存續中，受有妨害，致無法使用收益，不問其妨害係因可歸責於出租人事由或由第三人

⁵³ 主要理由是：我國已有國家賠償法，無另創公法上結果除去請求權的必要。實則，公法上結果除去請求權之所由存在，旨在濟國家賠償制度之窮。

⁵⁴ 與本文見解相同之德國學說及實務見解，參見BVerwG, DVBl. 1971, S. 858 (860) = NJW 1972, S. 269; NJW 1989, S. 2484 (2485); Udo W. Henke, Mitverursachung und Mitverschulden – Wer den Schaden herausfordert, muss den Schädiger schonen, JuS 1988, S. 753 (753 ff.); Winfried Brugger, Gestalt und Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs, JuS 1999, S. 625; Fritz Ossenbühl/Matthias Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 389 f. 不同見解，參見Wolf-Rüdiger Schenke, Folgenbeseitigungsanspruch und mitwirkendes Verschulden – BVerwG, NJW 1989, 2489, JuS 1990, S. 370 (370 ff.).

行為而生，出租人均負有除去義務。倘出租人怠於履行此項義務，致承租人受有損害，自應負債務不履行之損害賠償責任⁵⁵。設例：A公司向B公司承租室外吊機，並雇用未受訓練的司機操作，因吊機有瑕疵致貨物掉落，造成損害。A公司得向B公司請求損害賠償；B公司得主張A公司與有責任⁵⁶。同理，亦可適用於行政法領域。

較須探討的問題是，不法結果除去請求權的建構，旨在除去不法行為所生之結果，故主要以「回復原狀」為權利主張。若回復原狀所費過鉅或不可分者，行政法院應如何處理？例如主管機關於修築道路鋪設柏油時，因施工不善，損及緊鄰道路之A所有民宅圍牆之一角。A依行政訴訟法第8條第1項提起一般給付訴訟⁵⁷，請求回復原狀，拆除重建⁵⁸。德國行政法院早期認為，此屬於被害人與有責任之情形，結果除去請求權因此而喪失⁵⁹。嗣後修正見解，改而認為得請求損失補償⁶⁰。

五、公法上不當得利請求權

公法上不當得利請求權，指於公法上之法律關係中，對無法律上之原因而受有利益者，請求其利益之權利，又稱公法上返還請求權⁶¹。從規範體系以觀，民法第217條於民法第179條既有其適用，則公法上不當得利之請求，亦受「與有責任」原則的拘束。就適用的案型而言，主要有二類：（一）請求返還過多的給付；（二）基於

55 參見臺灣高等法院臺中分院104年度上易字第439號民事判決。

56 參考BGHZ 68, 281 (288)= NJW 1977, S. 1236的案例事實。

57 類似事件的審判權爭議，司法院釋字第758號解釋認：「土地所有權人依民法第767條第1項請求事件，性質上屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。」是項見解，值得商榷。

58 參考BVerwG, NJW 1989, S. 2484的案例事實。

59 參見BVerwG, DÖV 1971, S. 857 (859).

60 參見BVerwG, NJW 1989, S. 2484.

61 此用語係öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch一詞的直譯。

契約無效請求返還受領的給付。不當得利返還請求權人對於過多給付或契約無效與有責任者⁶²。

伍、「與有責任」與公私法秩序新論

一、法律原則的法律定性

一國之法秩序有公法與私法之分，並非本質之應然，而是法制歷史演進與事物性質差異所使然。公法與私法的區分除了涉及審判權劃分的技術性問題外，需要審思明辨的法律爭議與法學課題，毋寧是法制框架背後錯綜的權義實體問題。

「與有責任」從民法條文用語，到民事法律概念，進及一般法律原則，得適用於公法領域⁶³，已如前述。尤其民法第186條有關公務員侵權行為規定，本身即屬公法性質⁶⁴，得適用民法第217條⁶⁵，更無疑義。準此以論，「與有責任」為一般之法律原則，得一體適用於公法與私法領域，至於被害人對損害的發生是否與有責任，應就具體個案情形及所涉法律規範而定，而非出於公法或私法區別之所必然，此於公法與私法交錯之案型尤然。

試舉一例說明之⁶⁶：A為B邦某警局之交通警察，一次騎乘公務機車於某公路上巡邏。行經某路旁停靠多輛大型遊覽車的路段時，突有行人C自遊覽車間隙穿出，欲橫越馬路，A為避免撞及C，向左

62 德國學說與實務則不援引「與有責任」規定或原則，而是直接訴諸誠實信用原則。參見Ossenbühl/Cornils (Fn. 54), S. 546; BVerwG, NVwZ 2003, S. 993 (994 f.).

63 相同見解，BGHZ 56, 57 (64) = NJW 1971, S. 1694.

64 關於民法規定具公法性質的相關問題，參見李建良，民法典作為一種法學思維，澳門法學，38期，頁44-67（2018年）。

65 相同見解，BGHZ 149, 50 = NJW 2002, S. 432.

66 參考BGH, NJW 2010, S. 927 (929)的案例事實。

急駛，致倒地受傷。事後，C接受酒測，酒精濃度超標。A病假6個月後，所屬警局將其調任內勤，並依公務員法相關規定，支付A病假期間全額薪資、醫療費用及因公受傷撫卹金。嗣B邦行使代位權，向C請求賠償上述支出之費用，並提起民事訴訟。

本例中，A受領之薪資、醫療費用及因公受傷撫卹金，係基於公務員法之公法上給付（公法關係）；B邦代位A向C訴請賠償支出之費用，則是私法上侵權行為損害賠償請求權。於訴訟中，C一方面主張：A應注意而未注意路旁走出之行人而倒地受傷，與有責任；另一方面主張：B邦警局於A病假6個月後始將其調任內勤，以致支出半年的外勤薪資，怠於減少損害，亦與有責任，請求法院減輕賠償金額。

二、基本權利的規範效力

若將公法的視界分為憲法與行政法二元維度，則思考行政法層次的國家賠償或損失補償責任等法律適用問題時，更可層遞而上到憲法面向，特別是基本權利的規範效力，在證成被害人「與有責任」時，衡酌涉及被害人與加害人的基本權，乃至於基本權衝突的問題，探討憲法基本權規定的可適用性，試申論之。

於國家賠償的案型，所涉法律關係原本即屬公法性質（國家與人民的關係），憲法基本權規定得長驅而進入，直接適用。設例：某公立學校教師遭學校違法解聘，提起行政訴訟，並請求國家賠償，法院如認為該訴有理由，於決定賠償金額時，不得扣除該名教師於解聘期間原本得另謀教職的薪資，否則侵害該名教師受憲法保障的職業選擇自由⁶⁷。此一問題意識與審查方法可援用於公法上之國家責任請求權體系。

67 案例靈感來自德國聯邦憲法法院一則裁判憲法訴訟的裁定BVerfG, NJW 2003, S. 125. 該案由第一庭預審庭（Kammer）審理，並作成原告勝訴的裁定。另參Stephan Lorenz, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 57. Ed., Stand: 01.02.2021, § 254 Rn. 8.

就私人間的損害賠償請求法律關係以言，所謂被害人在法律上未負有不損害自己權益的義務，從憲法基本權的觀點來說，意指除法律明文禁止者外，人民享有憲法保障的自由權。因此，法官於解釋、適用民法第217條時，一方面須注意到系爭當事人（加害人、被害人）均屬基本權主體，受憲法基本權之保障；另一方面，本於基本權的直接規範力與放射效力，私人權利的行使亦應有所節制。換言之，民法第217條與有責任規定賦予法院減輕或免除損害金額的權限，實為對法院的一項「憲法委託」，俾得在私人基本權衝突之間，調和鼎鼐，與有praktische Konkordanz⁶⁸，善共均衡。

陸、餘論：國家賠償法第3條體系釋義

國家賠償法於1980年7月2日制定公布，1981年7月1日正式施行。緣1979年臺美斷交，政經局勢陡然鉅變，促使政府銳意革新、推動法治建設，通過多項重要法案，堪稱「臺灣法治時刻」⁶⁹，國家賠償法的制定為其中之一。國家賠償法之實施，構成無漏洞權利保護體系之一環，法治意義重大。然因部分內容未盡完備，解釋疑義頻仍，遲未修正。2019年12月3日，立法院三讀通過國家賠償法修正草案第3、8、9、17條⁷⁰，並於同年月18日公布，為國家賠償法施行以來的第一次修法，格外引人注目，值得評述。新法之關鍵規定為第3條，抄錄內容如下：

68 概念緣起，參見 *Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., 1999, Rn 72.* 近期文獻，參見 *Gertrude Lübke-Wolff, Das Prinzip der praktischen Konkordanz, in: Herrmann/Krämer (Hrsg.), Festschrift für Christian Kirchberg zum 70. Geburtstag, 2017, S. 143 (143 ff.).*

69 參見翁岳生口述，李建良主筆，憶往述懷：我的司法人生，頁302-303（2021年）。

70 立法院公報，108卷98期，第4741號，頁187-188。

「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，國家應負損害賠償責任。

前項設施委託民間團體或個人管理時，因管理欠缺致人民生命、身體、人身自由或財產受損害者，國家應負損害賠償責任。

前二項情形，於開放之山域、水域等自然公物，經管理機關、受委託管理之民間團體或個人已就使用該公物為適當之警告或標示，而人民仍從事冒險或具危險性活動，國家不負損害賠償責任。

第一項及第二項情形，於開放之山域、水域等自然公物內之設施，經管理機關、受委託管理之民間團體或個人已就使用該設施為適當之警告或標示，而人民仍從事冒險或具危險性活動，得減輕或免除國家應負之損害賠償責任。

第一項、第二項及前項情形，就損害原因有應負責任之人時，賠償義務機關對之有求償權。」

舊法第3條僅有兩項：「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。前項情形，就損害原因有應負責任之人時，賠償義務機關對之有求償權。」兩相比對，新法多出的三項中，核心規定為第3項⁷¹：「前二項情形，於開放之山域、水域等自然公物，經管理機關、受委託管

71 第1項刪除「公有」二字，增列「人身自由」文字，一則因所謂「公有公共設施」，依現行實務，包括「由國家設置且管理，或雖非其設置，但事實上由其管理」，且「直接供公共或公務目的使用」者，即有本法之適用；另則考量公共設施設置或管理之欠缺亦可能使人民之人身自由受到損害，於修法前，均得透過解釋處理之。又，新增第2項，旨在明定國家將公共設施委託民間團體或個人管理，如因管理欠缺致人民生命、身體、人身自由或財產受損害者，國家仍應負損害賠償責任，以杜爭議。此項規範漏洞亦可透過同法第4條（受委託行使公權力之團體或個人的國家賠償責任）之類推適用而填補。至新法第3條第2項使用「民間團體」，與同法第4條「團體」用語有別，則是立法品質問題，其涵義應無不同。

理之民間團體或個人已就使用該公物為適當之警告或標示，而人民仍從事冒險或具危險性活動，國家不負損害賠償責任。」究其立法目的，旨在建構「國家不負損害賠償責任」之法定要件；同此旨趣，第4項建構「減輕或免除國家應負之損害賠償責任」之法定要件，二項僅「自然公物」與「自然公物之設施」之別，餘者要件則無二致。以下以第3項為論述重心，兼及第4項。歸納以觀，國家不負損害賠償責任之構成要件要素有三：

一、開放之山域、水域等自然公物。

二、管理機關、受委託管理之民間團體或個人已就使用該公物為適當之警告或標示。

三、人民仍從事冒險或具危險性活動。

據立法理由所載⁷²，本項之所由設，乃「利用大自然山域、水域等從事野外活動，本質上即具有多樣及相當程度危險性，人民親近大自然，本應知悉從事該等活動之危險性，且無法苛求全無風險、萬無一失。是以，就人民利用山域、水域等自行從事之危險活動，在國家賠償責任上應有不同之考量與限制。就山域、水域等自然公物，各主管機關之管理目的多係以維持原有生態、地形與地貌為管理原則，故無法全面性地設置安全輔助設施，亦不宜或難以人為創造或改正除去風險，此與一般人工設置之公共設施（例如：公園、道路、學校、建物等），係由國家等設計、施作或管理，以供人民為該特定目的使用者，性質上仍有差異。因此，對此二類公共設施之課責程度亦應有所不同。」

從嚴格的法律邏輯與體系思維以論，可先提出一系列有關法律用語、立法目的與規範體系的立法與適用問題：

⁷² 立法理由，引自行政院於2019年10月24日函請立法院審議之「國家賠償法部分條文修正草案」立法院議案關係文書，院總第1049號政府提案第16982號。

一、從第3項「國家不負損害賠償責任」規定反推，立法政策所欲排除之情形（人民利用山域、水域等自行從事之危險活動），在修法之前，國家應依國家賠償法第3條第1項規定負損害賠償責任。值得探討者，於實務上，有無人民利用山域、水域等自行從事之危險活動，而國家應依國家賠償法第3條第1項規定負損害賠償責任之案例？抑或係依同法第2條第2項後段規定？

二、從規範體系而言，第3項以「前二項情形」為前置詞，旨在排除同條第1項的適用，則第3項構成要件所涉情形，應屬第1項規定的下位案型。然單從法律用語以觀，立法者卻使用「公共設施」與「自然公物」兩種完全不同的用語，同一條規定之法律要件要素的用語何以如此歧異？如何文義解釋？已存疑義，同條第4項卻又出現「自然公物內之設施」法律用語，若按條文體系邏輯以解，「公共設施」、「自然公物」、「自然公物內之設施」三組概念理應是「包含關係」（見下圖2）。惟仔細分析，並證之以立法理由所舉之例，實則不然。蓋自然公物內之設施，例如吊橋，為公共設施之一種，而非「自然公物」的下位概念。

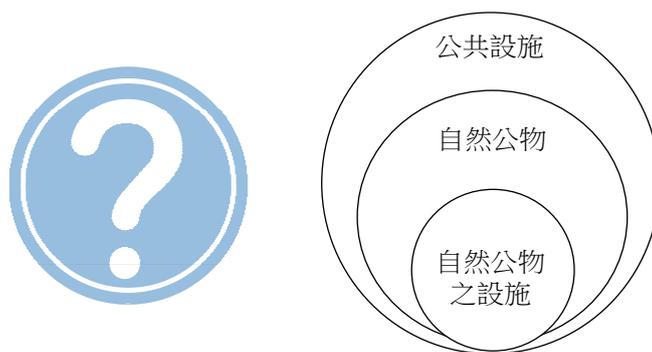


圖2 國家賠償法第3條「公共設施」、「自然公物」、「自然公物之設施」關係圖

資料來源：筆者製作。

三、承上概念與用語問題，本項之立法理由開宗名義：「由國家設置或管理，直接供公共或公務目的使用之公共設施，其範圍包括自然公物，例如：開放之山域或水域等」，其對「自然公物」的界定，係以舉例方式「例如：開放之山域或水域等」，而未就概念意涵有所定義，亦即「自然公物＝開放之山域或水域」，與法律文字「於開放之山域、水域等自然公物」，語意邏輯是否相同，暫且不論。值得細究的是，從上述理由的文字前後脈絡可知，屬公共設施之一的自然公物，係由國家「設置或管理」。然同條第3項卻僅有「管理機關」，而無「設置機關」，則所謂的自然公物，是否僅有「管理」，而無「設置」？抑或所謂「開放」山域或水域者，即「設置」自然公物也？設若如是，則「開放」之方式、法律性質及如何認定，是否另有一套管制法規，以資規範？

四、再承上，國家不負賠償責任特別規定之設，乃因國家原本應負賠償責任之故。第3項以「前二項情形」為前提，僅規定國家不負賠償責任之「消極要件」，而無構成國家賠償之「積極要件」。是以，本項之適用，以滿足同條第1項之要件為必要，尤其須「設置或管理上有欠缺」，始足當之，此可參諸舊法之立法理由⁷³：「一、本條第一項係規定國家就公有之公共設施之設置或管理有欠缺，致人民之生命、身體、財產受損害者，所負賠償責任之要件。

73 立法理由為：「一、本條第一項係規定國家就公有之公共設施之設置或管理有欠缺，致人民之生命、身體、財產受損害者，所負賠償責任之要件。即：（一）須公有之公共設施，如道路、河川之類；凡非政府所設置或管理者，不在其內。（二）須設置或管理上有欠缺，諸如設計錯誤、建築不良、怠於修護屬之。如純係因天災、地變等不可抗力之事由或第三人之行為所造成之損害，既非設置或管理上有欠缺，國家自不負損害賠償責任。（三）須因而致人民之生命、身體或財產受損害；即須人民之生命、身體或財產等損害之發生與公共設施之設置或管理有欠缺具有因果關係。二、本條第二項係明定對於公共設施之設置管理欠缺有應負責任之人者，例如橋樑設計欠缺之設計人，或施工不符規定之工程承攬人等，賠償義務機關於賠償受害人之損害後，對之有求償權。」見行政院函立法院審議「國家賠償法草案」，立法院公報，院會紀錄，69卷47期，頁19-20。

即：(一) 須公有之公共設施，如道路、河川之類；凡非政府所設置或管理者，不在其內。(二) 須設置或管理上有欠缺，諸如設計錯誤、建築不良、怠於修護屬之。如純係因天災、地變等不可抗力之事由或第三人之行為所造成之損害，既非設置或管理上有欠缺，國家自不負損害賠償責任。(三) 須因而致人民之生命、身體或財產受損害；即須人民之生命、身體或財產等損害之發生與公共設施之設置或管理有欠缺具有因果關係。」(粗體為筆者所強調) 以此衡之「自然公物」，如開放之水域或山域等，如何判定其設置或管理上有欠缺？以及人民之生命、身體、人身自由或財產等損害之發生與自然公物之設置或管理有欠缺之間具有因果關係？管理機關或受委託管理之民間團體或個人若已對自然公物為適當之警告或標示，則是否表示自然公物管理上已無欠缺？若是，則本不構成國家賠償要件，又何須增訂「人民自甘危險」的免責條款？若否，則何種情形方屬自然公物之管理有欠缺？

五、末則，從第4項反向思考其與第1項規定的體系正義問題。該項所謂「自然公物內之設施」，參諸立法理由「於開放之山域、水域等自然公物區域範圍內，亦有可能設置其他直接供公眾使用之人工設施，例如：人工棧道、階梯、護欄、吊橋、觀景台、涼亭、遊客中心、停車場等」，本身即「公共設施」之一種，何以需要特設「減輕或免除國家責任」條款，考其理由，乃「因該等設施坐落於開放之山域、水域內，使用該設施之風險未必皆能由管理機關等予以完全掌握控制，是以，如經管理機關等已就使用該人工設施為適當之警告或標示，而人民仍從事冒險或具危險性活動所致生之損害，不能完全歸責於國家」(粗體為筆者所強調)之故。此一理由是否足以作為「差別對待」之正當事由，值得商榷，更何況「經管理機關等已就使用該人工設施為適當之警告或標示，……不能完全歸責於國家」云者，如前所述，是否意謂系爭公共設施之管理上無欠缺，本即不該當於國家賠償構成要件？

以上嚴謹的法條體系分析，旨在呈現本條新增委實不是在縝密法學思維下完成的立法工程，毋寧是特定「不欲國家負賠償責任」之實際情境的成文法化，誠難經得起嚴密的法律分析。確切言之，本條的修正與第3項的新增，諒係先有特定的國家賠償爭議問題情境，於實務上屢生困擾，爰為此等問題情境量身定做解套法案。具體以言，如立法理由所稱「爰增訂第三項規定，就開放之山域、水域等自然公物（例如：國家公園、森林遊樂區、海岸、沙灘、野溪及天然湖泊等），業經管理機關、受委託管理之民間團體或個人為適當之警告或標示，而人民仍從事冒險或具危險性活動情事者，國家於此狀況下不負損害賠償責任。」僅是事實情狀的描述，而無實質的法律理由。

分析到此可知，就國家賠償法規範體系而言，第3條第3項及第4項相當程度是一種錯置之異質物（aliud）⁷⁴，也因此無法按通常之侵權行為責任構成要件循序審查：構成要件是否該當、有無阻卻不法事由、有無阻卻責任事由等。換言之，此二項之適用實則僅侷限在「管理機關是否已就使用該公物為適當之警告或標示」與「人民是否仍從事冒險或具危險性活動」兩項要件的認定；何謂「自然公物」的法律意涵，既不能望文生義，亦無從體系解釋，唯須參照立法理由所列類型：國家公園、森林遊樂區、海岸、沙灘、野溪及天然湖泊，始有可能。至「國家公園、森林遊樂區」等之設置涉及人為的法律行為是否屬行政法學上之「自然公物」，似乎已無關宏旨。

上述兩項關鍵構成要件要素，前者涉及「管理法規」適用與事實認定問題。由於「自然公物」概念空泛，與之相對應的行政管理法規自亦不明，適用時同樣亦需參諸立法理由：「至於管理機關、

⁷⁴ 在法學領域，aliud一詞常用於指稱特定法律關係或法秩序之異質物，在私法領域，例如指稱買賣法之「錯誤給付」，於公法領域，例如指稱主管機關對人民依法申請之案件，作成申請以外之行政處分。後者參見Elmar Krüger, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, VR 2014, S. 162 (162).

受委託管理之民間團體或個人應以何種方式為警告或標示乙節，考量各開放之山域、水域等所在場域位置之天候、地理條件各有不同，人民可能從事之活動，亦有差異，故所為之警告或標示，並不以實體方式（例如：標示牌、遊園須知告示、門票、入園申請書、登山入口處等適當處所警告或標示）為限，宜進一步考量景觀維持、環境保護、警告或標示之有效性、後續警告或標示維護等因素，綜合決定採用一種或數種方式，或於管理機關之網站為警告或標示，亦無不可。」然此之事實性敘述，於個案爭議之訴訟程序中，對法官並無拘束力，所稱「適當之警告或標示」的規範準據，仍待司法實務建立，而此又與「公共設施之設置或管理有欠缺」的解釋認定，交互連動，已如前述。

至「人民是否仍從事冒險或具危險性活動」此一要件，究其規範旨趣，實為與有過失之「自甘冒險」或「自陷危險」類型的成文法化。關於此二類型與「與有過失」解釋適用問題，前已論及⁷⁵，於此不贅⁷⁶。所應指出者，乃立法理由特別強調：「又第三項及第四項規定不負或減免損害賠償責任規定，其適用範圍僅限於開放之山域、水域等自然公物，及該等自然公物內之人工設施。至於非屬上開範疇之公共設施，仍應依具體個案事實，適用第一項、第二項規定，認定國家是否符合損害賠償要件；至請求權人如有與有過失之情形，則依第五條適用民法第二百十七條規定辦理。」此項說明可資商榷者二：

75 參見本文「參、四」。

76 立法理由：「另關於第三項所定『從事冒險或具危險性活動』情形，鑑於人民進入之地區、場域，所從事之活動、時間、天候狀況、環境條件，個人從事活動所需具備之專業知識、基本體能、技術、攜帶之器材裝備等情事，皆有不同，因而其行為是否具冒險或危險性，宜就具體事實，依一般社會通念及生活經驗等綜合判斷之。」所稱「宜就具體事實，依一般社會通念及生活經驗等綜合判斷之」，乃一般性判斷準則，非特僅用於本項規定。

一、「至於非屬上開範疇之公共設施，仍應依具體個案事實，適用第一項、第二項規定，認定國家是否符合損害賠償要件」云者，若反向思考，是否表示屬上開範疇之公共設施（自然公物），可以不需依具體個案事實，適用第1項、第2項規定，認定國家是否符合損害賠償要件？果若如此，恰恰印證第3項及第4項乃「橫柴入灶」之異類條文。

二、「至請求權人如有與有過失之情形，則依第五條適用民法第二百十七條規定辦理」，肯認民法第217條「與有過失」規定於國家賠償事件的可適用性，殊具意義。然民法「與有過失」規定解釋上包含但不限於「自甘冒險」及「自陷危險」，如若第1項、第2項之情形實質上亦得透過民法第217條之解釋或類推適用，依第3項及第4項所設準據「依具體個案事實」（第3項及第4項之情形，亦同）判斷是否減輕或免除國家賠償責任，則特別排除適用第3項及第4項之意義何在？反之，民法「與有過失」規定既可適用於國家賠償事件，則於國家賠償法特別制定「與有過失」條款，除了武斷地規定「國家不負賠償責任」外（國家的侵權行為責任小於人民的侵權行為責任），其意義又何在？

行文至此，回視國家賠償法本次修法，立意明確，從解決特定問題的需求來說，無可厚非，就精緻法學的永續成長以言，則非正道。法學知識的累積與法文化的成就，需要智識與時間。本文以「與有過失」為題，剖析其用語與正名問題，闡述「與有責任」的意涵與適用，並嘗試建構國家責任的請求權基礎。唯願細緻的臺灣法學思維得以開展，縝密的法律體系得以建構，並祈臺灣法律人不再只有結論，沒有理由；或者先有答案，再找理由！

參考文獻

1. 中文部分

- 王澤鑑（1982），債之關係的結構分析，收於：民法學說與判例研究（四），頁83-127，臺北：自版。
- （2017），損害賠償，臺北：自版。
- （2019），法律思維與案例研習——請求權基礎理論體系，增訂新版，臺北：自版。
- 李建良（2000），永續發展與國家責任，臺北大學法學論叢，46期，頁79-112。
- （2006），行政法上義務繼受問題初探——兼評高雄高等行政法院九十二年度訴字第八〇六號判決暨最高行政法院九十四年度判字第622號判決，收於：湯德宗、劉淑範編，2005行政管制與行政爭訟，頁75-122，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- （2007），釋義《土壤及地下水污染整治法》之污染行為人——闡析台鹼安順廠污染事件之整治責任及行政法院相關判決，收於：湯德宗、李建良編，2006行政管制與行政爭訟，頁101-158，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- （2008），論行政法上「責任」概念及責任人的選擇問題——兼評最高行政法院93年度判字第628號、95年度判字第1421號判決及其相關判決，收於：黃舒芃編，2007行政管制與行政爭訟，頁29-104，臺北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- （2013），污染行為、整治義務與責任繼受的法律關聯與憲法思辨——釋字第714號解釋，台灣法學雜誌，238期，頁59-82。

- (2014), 「狀態責任」概念的辯證與運用：《台中大里區段徵收土地掩埋物清理案之一》——最高行政法院102年度判字第370號判決、台中高等行政法院99年度訴字第268號判決重點評析，*台灣法學雜誌*，246期，頁39-56。
- (2018)，*民法典作為一種法學思維*，*澳門法學*，38期，頁44-67。
- (2021)，*行政法上之狀態責任與法律不溯及既往原則（上）*——以公寓大廈管理條例第8條為中心，*月旦法學教室*，223期，頁32-48。
- 翁岳生口述，李建良主筆（2021），*憶往述懷：我的司法人生*，臺北：遠流。
- 國立臺灣大學法律學院、財團法人台大法學基金會、德國民法編譯委員會編譯（2016），*德國民法（上冊）*——總則編、債編、物權編，修訂版，臺北：元照。
- 董保城、湛中樂（2008），*國家責任法——兼論大陸地區行政補償與行政賠償*，2版，臺北：元照。

2. 外文部分

- Brugger, Winfried (1999), *Gestalt und Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs*, *JuS*, S. 625-632.
- Diamond, John L. 1991. *Assumption of Risk After Comparative Negligence: Integrating Contract Theory into Tort Doctrine*. *Ohio State Law Journal* 52:717-750.
- Henke, Udo W. (1988), *Mitverursachung und Mitverschulden – Wer den Schaden herausfordert, muss den Schädiger schonen*, *JuS*, S. 753-761.
- Hesse, Konrad (1999), *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1972), Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.

- Koehl, Felix (2018), Haftungsverteilung, Radwegunfall und Ladesäule – neue Rechtsprechung, SVR, S. 338-340.
- Krüger, Elmar (2014), Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, VR, S. 162.
- Lee, Chien-Liang (2017), Rechtsrezeption und chinesische Sprache, in: Hain (Hrsg.), Wanderungen und Wandlungen des Rechts, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 35-65.
- Von Leyden, Victor (1902), Die sogenannte Culpa-Compensation im Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin: Carl Heymanns Verlag.
- Lorenz, Stephan (2021), in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 57. Ed., Stand: 01.02.2021, München: C. H. Beck, § 254.
- Lübbe-Wolff, Gertrude (2017), Das Prinzip der praktischen Konkordanz, in: Herrmann/Krämer (Hrsg.), Festschrift für Christian Kirchberg zum 70. Geburtstag, Stuttgart: Boorberg Verlag, S. 143-154.
- Oetker, Hartmut (2019), in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Aufl., München: C. H. Beck, §§ 249-255.
- Ossenbühl, Fritz/Cornils, Matthias (2013), Staatshaftungsrecht (1976), 6. Aufl., München: C. H. Beck.
- Schaks, Nils/Szymanski, Stefanie (2015), Helmpflicht für Radfahrer? Zur Einführung einer allgemeinen Helmpflicht für Fahrradfahrer aus verfassungs- und staatshaftungsrechtlicher Perspektive, NVwZ, S. 1108-1111.
- Schenke, Wolf-Rüdiger (1990), Folgenbeseitigungsanspruch und mitwirkendes Verschulden – BVerwG, NJW 1989, 2489, JuS, S. 370-377.
- Schiemann, Gottfried (2017), in: Kaiser (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Berlin: de Gruyter.

- Schmidt, Reimer (1953), Die Obliegenheiten, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft.
- Stoll, Hans-Rudolf (1961), Das Handeln auf eigene Gefahr: eine rechtsvergleichende Untersuchung, Berlin: de Gruyter.
- Teichmann, Arndt (2021), in: Stürner (Hrsg.), Jauernig BGB Kommentar, 18. Aufl., München: C. H. Beck, § 254.
- Unger, Joseph (1891), Handeln auf eigene Gefahr: zugleich ein Beitrag zur Kritik des deutschen Entwurfs, Jena: Gustav Fischer.
- Wellner, Wolfgang (2016), Anspruchsbeschränkungen und Anspruchsblockaden beim verkehrsrechtlichen Haftpflichtschaden, NJW, S. 1681-1687.

“Contributory Negligence” and State Responsibility:

The Integrated Thinking of Legal Terminology, Concepts,
and Principles and The Construction of a System

*Chien-Liang Lee**

Abstract

The genesis of the problem addressed in this article lies in the conceptual distinction between the inherent meaning of “Negligence” and the non-inherent meaning of “Negligence” in civil litigation and doctrine, as well as the use of the term, “Contributory Liability” (Mitverschulden). This prompted the intention to analyze and research issues related to the concept of “State Responsibility” in the field of public law, with the hope that the findings of this research can further develop a normative framework for state responsibility based on the foundation of The Right to Claim (Anspruchsgrundlage). Further, that the findings will allow for the interpretation of, or build the basis for, the people’s right to claim state responsibility. First, the terminology issue of “Contributory Negligence” is dissected. This article posits that “Contributory Negligence” does not refer to “Negligence” symmetrically opposed to “Scienter,” but rather to “Contributory Liability” (including both scienter and negligence), and this should be acknowledged. Second, the meaning and application of “Contributory Liability” are explored, including a normative structure, a normative system, normative implications, and the relationship between “Contributory Liability” and the Principle of Good Faith. The core purpose of this article is to discuss “Contributory Liability” and the state responsibility claim system. On

* Distinguished Research Professor & Director, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.

this basis, an extended exploration of the normative position of “Contributory Liability” in the public and private law orders is conducted. Finally, a systematic interpretation of the newly revised Article 3 of the State Compensation Law is performed, with the aim of contributing to the development of refined legal thinking in Taiwan and the construction of a meticulous legal system.

KEYWORDS: contributory negligence, contributory liability (Mitverschulden), state responsibility, Principle of Good Faith, claim right of public law, fundamental rights.