

## 我國國家賠償法的修法及檢討

### 【圓桌論壇】

### 會議實錄

時間：2019年11月22日

地點：中央研究院人文社會館3樓第一會議室

#### 司儀

會議開始，現在我們請前司法院大法官——廖義男大法官為我們主持這場圓桌論壇，有請廖義男大法官。

#### 廖義男（前司法院大法官）

所長、各位女士先生，大家今天辛苦了！從早上九點撐到現在，這場大會在最後時段安排了圓桌論壇，但我們坐的不是圓桌，應該改成方桌論壇！這場圓桌論壇要談我國國家賠償法的修法及檢討。這個議題要我來當主持人，也許是因為我年紀比較大，且十幾年前也曾參與過法務部關於國家賠償法的修正，以及參與司法院行懲廳修正行政訴訟法引進三級二審的制度，當時要設置地方法院行政訴訟庭時，曾經在草案裡有考慮是否讓行政訴訟庭管轄國家賠償的案件，因此，這些議題事實上我也參與很深。

今天大會安排了七位學者專家，議程表是按照姓氏筆畫排序，但我基於比較實務的考量來安排與談順序。首先，因為國家賠償法修法的主管部門是法務部法律事務司，所以我想先由鍾瑞蘭司長開

始，她現在是法務部法律事務司的司長，可以說是專門在負責推動國家賠償法的修法。

第二位我想請簡慧娟廳長，她現在是司法院行政訴訟及懲戒廳廳長。關於國家賠償事件管轄權的問題，雖然我們行政訴訟法也允許合併請求損害賠償，但目前來講，國家賠償訴訟主要是由普通法院審理。從修法上來看，可能也跟她們的職掌有關係，所以我想第二位就請簡廳長來擔任。

基於倫理起見，第三位我想請董保城副校長。

董保城副校長的博士論文就是寫這個領域的專家，而且他有跟北京大學的湛中樂教授合著國家賠償法，所以他對此議題著墨甚深。董保城副校長也是修法小組的成員之一，所以過程他也很清楚。

第四位我想請辛年豐教授，第五位請范文清教授。

辛年豐教授在逢甲大學土地管理學系服務，范文清教授在東吳大學法律學系服務。

最後請李建良所長，因為他是本場地的主人，所以他應該殿後，這樣的話比較均衡一點，雖然他也是資深教授，但因為是主人，所以排在最後，咱好酒沉甕底！

現在我稍微提出我對國家賠償法修法的看法。在十幾年前，我參與了法務部國家賠償法的修法小組，並擔任召集人，除了我以外還有法務部前後多位的政務次長也是共同召集人。當時國家賠償法修法有很多的議題討論。這個草案完成以後送到行政院，行政院請政務委員（高思博）審查，他跟我當時都在世新大學服務，他跟我說就國家政策來講，修法草案當然有些責任構成要件比較具體且進步，但是從國家政治的立法及修法之需求來講，它不是那麼急迫，所以在優先順序的排列上，他沒有把它排入送到立法院審議的議案。其實，我們修法的內容除了具體化大法官的相關解釋以及最高法院的判決見解以外，還有把一些施行細則之重要規定提升到母法層次。

當時法務部為甚麼會修法？據我了解是因為監察院提出一個糾舉案，關於國家賠償法裡對公務員有故意或重大過失造成國家賠償事件者，國家對該有故意或重大過失的公務員有求償權的規定，但這個規定在國家賠償法施行二、三十年來不見成效，因此監察院希望法務部檢討。法務部也因此檢討，並利用這個機會來修法。

對於修法小組所研擬的草案，其實我個人還是不滿意。我認為國家賠償法施行經過近三、四十年，應該要做一個澈底的改革。亦即：第一，關於第2條公務員有故意、過失這個要件。故意、過失的概念是從民法侵權行為責任之規定過來的，但國家賠償法是公法，重視依法行政原則，故應強調公權力行為有沒有違法，因此是合法與違法的問題，所以重點是國家政府機關行使公權力有沒有違法問題的判斷。公務員有無故意、過失不是重點，不應該放入國家賠償的構成要件裡。

第二，國家賠償法當時在制定之初，為什麼將國家賠償事件交給普通法院來審理？這是因為當時民事訴訟有三級三審，有審級利益，且為了方便被害人提起訴訟——地方法院的設置普遍，而當時行政法院只有中央一個，且只有一級一審。但該法施行迄今已近四十年，其間行政訴訟法已經改成三級二審，地方法院都設有行政訴訟庭得審理公法爭議事件，因此，以前把國家賠償訴訟交給普通法院審理的理由已經不存在了。

第三，國家賠償本身就是公法上的爭議，因此判斷國家的公共設施設置管理有沒有欠缺——也就是我們今天大會的議題，國家有沒有盡到保護義務——以及公權力的行使有沒有違法等。這些判斷都是要從依法行政原則、比例原則、國家保護義務等論述，都是公法的概念，因而其爭議應該交由行政法院來審理比較正確，這是當時修法時一直強調的。

以上三點是我個人針對國家賠償法修法的看法，如果國家賠償法要修法，至少這三個問題要先把它解決、要有共識，這樣推動才有意義。

以下就請鍾司長提出您的與談。謝謝！

**鍾瑞蘭**（法務部法律事務司司長）

謝謝！主持人廖大法官、董副校長、范老師、辛老師、簡廳長、李所長，各位在座的貴賓大家午安，我是法務部法律事務司的司長鍾瑞蘭。

本來圓桌論壇的題目是國家賠償法的修法與檢討，各位可以看到我的題目，檢討的部分我沒有列，因為我相信在座與會的貴賓跟學者專家都可以給我們很多的意見，因此我就只報告修正的部分，以及一些大家關注的議題，我也會在八分鐘內跟各位報告完畢。

第一部分我要跟大家報告的就是目前的修法過程，我分兩部分跟各位報告。第一是剛剛廖大法官提到的，就是全案修正的部分。另外一部分最近各位可能在新聞媒體或報章雜誌中有看到，就是行政院蘇院長開放山林的政策，這個草案優先於全案修正。全案修正也是在行政院，不過因為在行政院審查當中，因推動開放山林的政策，因此我們先抽出4個條文，主要是第3條的部分，待會會跟各位介紹。

這個部分進度會比較快是因為配合政策的關係，所以目前在立法院審議中。各位也可以看我們全案修正的部分，從民國94年我們就非常感謝廖大法官當召集人、主持人，這個會議開了將近四年共62次的會議草案才誕生。草案離現在其實有段時間，各位也可以看我的簡報上提到有四次呈報行政院，當中有很多的原因，有一些是屆期不續審，所以要重新退回再檢討，共有四次。當然其中也有一些因應，比如說刑事補償法的修正，或者是行政訴訟法一些行政訴訟制度去做一些檢討與調整，所以最近一次報行政院是105年10月，今年其實也密集的開會，目前在行政院審查中。全案修正大部分的條文其實酌修通過了，剩下的大概就是司法官的國家賠償責任這個部分，這部分涉及的條文也不少，還需要再進一步討論和研議。

配合開放山林的部分，我們8月將草案送到行政院，行政院在10月送到立法院，立法院目前已經司法及法制委員會審查完竣，朝野黨團協商也已經通過了，接下去如果程序快的話，也許在這個會期就會通過，如果這個會期沒有通過，也許又會遇到屆期不續審的問題。這是這兩個草案目前的進度。

現在來跟各位稍微說明一下我們全案修正的部分。各位可以從我們的對照表看到，現行條文有17條、沒有分章，條文非常的少。到了修正草案有43條、分了四章，所以各位可以看到它的量其實是比一倍還要多，它的內容是非常豐富的，那是全案的檢討，我們花了四年的時間在研修小組的會議。

配合開放山林的部分原則上修第3條，其他的或是配合施行日期、或有一些求償權的項次、條次需要做調整，所以這個部分就比較少，也不會動到章節的部分。配合開放山林政策的修正，各位可以看到我畫這個圖，圖裡頭我們其實針對第3條的部分，本來就是無過失責任，那開放山林到底要規定什麼？各位可以看到綠色、黃色的部分，綠色的部分就是公共設施裡面有自然公物，因為自然公物的範圍很大，它可能是一個國家公園或森林，那裡面如果還有人工設施的話，我們簡稱設施，就是自然公物裡面的設施。這個時候如果是自然公物的話是不負賠償責任的，如果是公物內的設施是得減免責任，這部分相關法條主要就是第3條。

第3條各位可以看到在第1項跟第2項，就是全案修正的條文，那加的就是第3項跟第4項。第3項跟第4項各位可以看到我在簡報裡面有用藍色字，或者是紫色字跟紅色的字，就是這兩項，第3項跟第4項的不同。第3項它規範的是在開放的山域、水域裡面有一些自然公物，比如說野溪、或者剛剛我說到的國家公園。如果這時候經過管理機關或受委託管理的民間團體或個人，就這個公物已經做適當的警告或標示時，民眾還是從事冒險或危險性的活動，這時國家是不負責任的，這是第一個。

第二個是關於在自然公物裡面的人工設施，既然是有關機關的公共設施，原則上它不會完全不負責任，會看具體個案情形是減輕或免除，所以目前開放山林的主要條文是這個條文。這個條文如同我剛剛跟各位報告，目前在立法院審議當中，這個是抽出來，看起來比較簡單，但不能說簡單，其實它內容還有些複雜，因為大家對這個條文還是有一些意見。

再來是全案修正的部分，各位可以看到我們有43條、分了四個章節。從這個量上面看，在第一章跟第二章就分別占了18條，兩章各18條，總共36條，所以各位可以知道我們這次針對賠償程序裡面的內容以及總則性的規範做了非常豐富的規定，大家上網站應該可以查到修正草案，但因為今天時間的關係，我後續會跟大家介紹的是我認為比較重要的部分。

我今天來的時候就在想要如何去呈現重要性？剛剛廖大法官也有提到，因為這個草案進行了、屆期不續審、然後又再送，推動修法時間上比較長，現在我就修正草案的內容列了四個明確性。

第一個我認為這次修正使體系非常的明確，體系明確化。我們把賠償跟求償的要件跟程序分開——剛剛的第二章跟第三章，一個就是賠償程序章，一個是求償程序章——在第一章總則我們也打破了現行條文第2條跟第3條把賠償要件跟求償放在一起，我們把賠償的條文一起規範、求償的要件一起規範，然後程序也分別規範，所以基本上體系上會非常明確。然後，我們也規定了本法跟其他法律的適用關係，基本上因為以前沒有規定的話，特別法會優先、再來是國賠，再來是民法。但是，基本上國賠是一個公法上的請求權，所以我們後來的條文，各位也可以從簡報上看到，當然有特別法的特別規定要優先適用、再來適用國賠法，那國賠法沒有規定的就會回到行政程序法——因為本質的關係——那行政程序法沒規定的時候才會準用到民法，所以目前的適用順序也會變得非常清楚。

再來是第二個明確化，責任的要件明確化。這個又分成兩個，一個就是我們的分類是非常明確的，在我們的條文裡面，各位可以

看到，我們在公務員受託行使公權力、司法官、相關的國賠要件、責任的要件，一條一條的列出來非常的清楚、集中，然後公共設施跟公共設施委託管理的部分也放在一起，都非常的清楚，在分類上非常明確。第二個是要件非常明確，像怠於執行職務，因為大法官釋字第469號解釋有針對怠於執行職務的內容做一些說明和解釋，所以我們把要旨明文的寫在條文裡面，落實釋字第469號解釋的意旨。至於公共設施的內涵也更清楚了，我們把實務的見解也放進來，不限於公有，而且要直接供公共或公用目的使用，諸如此類的，把要件更清楚，讓民眾清楚、讓適用國家賠償法的公務員也清楚。

第三個是時效的明確化。以前我們只規定時效多久，但是針對時效的起算點「知有原因時起」到底是怎麼樣，寫在施行細則第3條之1不是那麼清楚。而且基於法律保留原則，我們希望把它放在母法規定會更清楚，所以起算點的部分我們也規定了。至於中斷事由，請求權的中斷事由跟視為不中斷，我們也都一併做了規範，可以在條文裡面很清楚的知道國賠請求權的時效中斷跟視為不中斷。

第四個是相關機關問題明確化。第一個就是剛剛提到了立法院預算中心或監察院審計部說求償權為什麼行使這麼不好？賠出去的金額跟求償回來的金額怎麼差那麼多？所以我們也把求償權行使的相關程序做了規範，上級機關可以代位行使。再來是賠償義務機關的認定，賠償義務機關的認定在公共設施的部分是最有爭議的，這部分是所有機關最關心的，我們也予以明文。還有賠償預算的編列，因為目前中央機關的賠償預算都編列在本部，以後希望可以回到各個機關。

關於外界關注的問題，這個其實廖大法官的一些文章也有提到，一個就是有關於我們本來在98年草案裡面有一個第2條第2項，針對有特別法規定的項目不足的部分還可以用本法請求之。不過因為歷次的修正，這部分已經被拿掉了，那未來有沒有可能再放回去，今天也可以聽聽大家的意見。

另外一個在這個簡報右邊的部分，就是有關於剛剛廖大法官有提到故意、過失不應該是國賠的要件，就公務員的故意、過失，這個部分當時在討論的時候其實有加一個比較緩衝——至少可以緩衝一下——就是公務員如果不法執行職務、行使公權力，或怠於執行職務時，都推定為有過失，這部分也在歷次修正時刪除，所以今天也希望大家可以給我們一些意見。

再來就是關於一些新興權利跟請求權人的部分，廖大法官的文章裡面也有提到像個資外洩、或者一些資訊系統，那資訊系統的外洩如果這個資訊系統是供大家使用的，不是機關內部使用的，它到底可不可以當作是公共設施？還有一些新興權利，比如說待會辛教授可能會提到原住民部落的傳統智慧的創作，這些權利到底誰可以來主張？請求權人是誰？這個我覺得未來的確可能是我們要深入研究的一些議題。

接下來是司法官的賠償責任，這個向來爭議很大。這個部分我們目前當然還會有一些看法，那相信待會范老師有更精彩的演說，也聽聽大家的意見。

以上是我針對目前國家賠償法兩個部分的修正做一些報告，敬請大家指教，謝謝！

**廖義男**（前司法院大法官）

好，現在我們再繼續請簡廳長。

**簡慧娟**（司法院行政訴訟及懲戒廳廳長）

主持人、廖大法官、鍾司長、董副校長、辛副教授、范副教授、李所長，及各位與會的嘉賓大家好！今天我們圓桌論壇的題目是我國國家賠償法的修法與檢討，其實這個部分從實體法、還有當時行政訴訟法的修法過程，廖大法官都參與其中，所以前面廖大法官跟鍾司長講完後，幾乎已點出問題所在，本人謹回顧過往，並聽取大家意見，作為以後業務參考。



國家賠償法於民國69年7月2日制定、70年7月1日施行以來，已經超過三十年。隨著時代演變，國家的任務更加多樣、多元，跟人民之間的互動關係更加緊密。相對之下國家的責任跟保護也會相對受到更多關注。其中國家賠償法的全盤檢視，當然受到同樣檢視。這三十幾年間，修正國家賠償法的聲音沒有間斷過，包括實體內容的規定及救濟程序。有關實體規定部分，鍾司長已報告來龍去脈，我也看了行政院最近在108年10月24日送請立法院審議的國家賠償法部分條文修正草案。鍾司長提到這一次的修正草案主要是配合行政院開放山林的政策，提出開放、透明、服務、教育，及責任的五大主軸，所以她提出本次重點的4個條文，內容其實主要涉及自然山林的公物、這些公物裡面的設施，及如其中一些公共設施是委託民間團體、或個人管理所生的話，也要負損害賠償責任，此外還有酌修一些請求權、行使求償權期間等問題。草案一出來，一如預期，受到各界關切，多位立法委員或是黨團的提案都相繼提出，幾乎要求全案修正，包括現行法跟其他法令的適用關係、賠償要件、求償要件、時效期間、賠償跟求償的程序等等的規定。當然其中曾經司法院大法官釋字第228號解釋過的國家賠償法第13條關於司法官責任的議題，多位立委也都提案，可見這些議題相當矚目。從法務部提出立法院的書面報告可知，這次的重點是要提出藉由責任分明來提升民眾的自主管理意識，避免恣意浪費社會資源、達到山林水域全面開放的政策目標，所以這次是為配合政策目標所作的修正；至於各界殷切的全面檢討修正，則另有進度，送請行政院在審查當中。

今天的主題是我國國家賠償責任的修法跟檢討，個人認為有關國家賠償的問題不會只有本次送到立法院的這幾個條文為限，如同廖大法官一開場提示的一樣。廖大法官調整今天與談人順序，由鍾司長第一個與談，我心理就有準備，知道有關實體面部分由鍾司長起頭，至於訴訟程序、救濟程序就讓目前在司法院行政訴訟及懲戒廳服務的我接力。廖大法官之前就是帶領法務部與司法院行懲廳討

論國家賠償法實體法跟程序法要如何整合救濟制度的召集人。因此，我從行懲廳找出十幾年前廖大法官帶領行懲廳修法研究時的資料。翻閱這些文獻資料，深切感受廖大法官對這個議題的投入與遠見，超出這次108年10月送到立法院的議題，相信本次討論期待的是針對法制面做全面檢討。

個人在司法院服務，除具公務員身分外，也是國賠法第13條適用的對象，但另外一方面我卸下公務員執行職務的角色以後，我也是一般人民，同樣國家對我要負起保護與應盡的責任。有關國家賠償法的議題與我目前任職司法院的業務有關的部分，就是國家賠償案件的司法救濟審判權、審級救濟制度要怎麼樣應對、回應。當時廖大法官擔任廳內召集人已經討論這方面議題，有認為應該保留在民事庭、民事訴訟的體系，也有認為因為國家賠償與公權力的行使有很大的關係，應該要放在行政訴訟裡面，至於條文要怎麼設計，還是圍繞在國家賠償法與其他規定之整合及如何具體化條文？還有，行政訴訟現在雖然是三級二審，但是普通法院是三級三審，二者審級制度的設計不一樣。要如何在人民已經習慣國賠有三級三審的救濟程序，轉化到行政訴訟之三級二審？審級救濟是要設計成從地方行政法院到高等行政法院二個審級？或者是要由地方行政法院、高等行政法院及最高行三個審級？還是要由高等行政法院當第一審，最高行政法院當第二審？這些涉及人民權益、接受度及訴訟資源如何分配，均待審慎因應。其實范老師也有參與行懲廳的研究計畫，在十幾年後的今天由大法官主持、范老師報告，回顧與展望，別具意義。身為司法院的幕僚廳，我期待藉這個圓桌的論壇，聽取各位的高見，帶回寶貴的意見作為以後政策決定的重要參考，謝謝各位！

**廖義男**（前司法院大法官）

謝謝簡廳長的發言，現在我們就請董保城副校長。

**董保城**（東吳大學副校長）

廖大法官、簡廳長、鍾司長、各位學者專家，謝謝主辦單位邀請我參加國家賠償法修法的圓桌論壇。

我很高興，看到國賠法修正案已經送到立法院了，目前正在立法院審議中。非常謝謝剛剛鍾司長有關配合開放山林的政策修國賠法的報告，國賠法第3條增加了自然公物。公物的概念它有三大類，一個是財政財產、一個叫做公用物（又稱行政用公物）——一個叫共用物——共用物等於開放民眾一般使用的物（又稱民眾用公物）——換句話說，傳統公物的區分是針對它的使用、開放的對象是誰來區分。財政財產是給機關內部的使用，就是為了完成機關公共任務的內部的需求如辦公室、職工住宿、交通車等，供他們的使用適用民法。行政法上公物只包括行政用公物和民眾用公物，沒有自然公物這個概念。

這次修法增加了自然公物，我覺得將來在適用上會產生很大的問題，因為行政法上公物的概念是指物到底是給行政機關用的，還是給一般民眾用的。一般民眾用的有分為特殊目的或一般目的的使用，比如說集會遊行使用的道路，那個時候會影響交通是高強度使用的公物，至於一般目的的使用如行人行走道路上班、逛街或回家等，是依照道路供流動性質之使用。那這一次增加的自然公物，我覺得在未來適用上我不知道法官他們會怎麼樣認知，特別是關於使用自然公物，它不只是一個物的責任，因為我們知道我們的國家賠償法就是兩個責任，一個是人的責任、公權力的責任，一個是物的責任。公權力責任的部分非常清楚，就是執行職務、行使公權力因故意或過失、違法性等等。但是這個第3條物的責任，不是只有單單物的責任，例如設置管理公權力行為，比如說颱風、土石流等，政府發布新聞或管制上山或採取各種加強山林設施等安全措施等等。因為自然公物不會有侵害性，它也沒有公有公共設施設置管理的問題——自然公物哪有什麼設置管理的問題，它就是自然嘛！——因此我覺得未來在適用上來講，這種不是只有單單物的責任，如臺

灣7月或8月常常發生風災、水災，這個時候政府發布的資訊、還有政府甚至要求要遷村，或是要離開現場這部分，這都是屬於人的責任，不是物的責任。而且，說實在爬山登山的人畢竟是少數，一個國賠條文這麼強大的放進去，我是覺得這個真的是臺灣經驗啊！外國人一看就說你們為甚麼自然公物那麼多，好像到處都是自然公物！所以我覺得這個條文即使不寫也可以透過法官從個案去得到一些處理。所以我對這個條文的看法是，它跟我們一般行政法所說的公物是不一樣的，行政法的公物是針對對外使用的對象和強度來規範，而不是用它到底是不是自然或不自然。另外，我認為這個第3條自然公物也不是只有物的責任，它也包括人的管理監督，還有整個督促的責任等等，所以這一點我是覺得這個部分未來在適用上可能會產生一些很大的問題，基本上我反而覺得治絲益棼，這是第一點。

另外第二點，剛剛廖大法官講到違法性的部分，其實違法性的認知，特別是對於怠於執行職務的違法性認知。我們說國家賠償有有責性、違法性，有責性就是故意、過失，剛剛廖大法官說有責性這一部分國家賠償的一個構成要件。那違法性這一塊關於怠於執行職務跟保護規範理論有關，在整個國賠我覺得我們試著把釋字第469號解釋寫進去，可是我覺得寫得不夠完整，因為釋字第469號解釋寫得更清楚。所以我覺得這一點，違法性認識這部分應該要針對怠於執行職務這一塊要寫，但如果寫得不清楚的話應該就回到釋字第469號解釋。

另外剛剛也提到有關於對公務員求償的部分，求償權是國家跟公務員之間的內部關係，不能夠因為求償而讓公務員本身生活的基本支出、基本所得都沒有而陷於生活困頓。在德國國賠沒有求償權，求償權是放在公務員法相關規定，公務員跟國家之間的內部關係，公務人員基準法或是公務員責任法那一塊，而不是放在國家賠償，因為國家賠償是針對國家對人民。為甚麼放在國賠法對公務員壓力會很大呢？因為它沒有照顧公務員生活基本需求條款！今天即

使公務員有故意或重大過失被求償，可是公務員被求償之後生活的基本需求還是要有，所以這一點還是要予以保障，那放在公務員法那一塊就沒問題，還可以保障公務員繼續能夠生存的能力，還有支付基本的薪水。所以我國應考慮將內部求償權規定移到公務員法較為妥適。

最後就是司法官的責任，我記得廖大法官在主持專案小組的時候，因為司法官的審判追訴皆是行使公權力。國賠法第13條規定法官和檢察官免責條件非常寬，司法官免責為確保審判獨立有其正當性、必要性，但是檢察官只追訴不是審判本來就應該排除，在基於檢察上下一體體制下檢察官在行使公權力、追訴、偵訊等等的時候，那種濫用的情況是存在的。所以，記得我們在修國賠法開會的時候，就有曾建議國賠法第13條只限於審判不包括追訴。但是很難！為甚麼呢？因為這個法案的主管機關是督導全國檢察官的法務部，太為難他們了，除非到立法院把它拿掉。到立法院立法委員再去討論，可是我們知道立法委員也怕得罪檢察官，也不太敢刪除檢察官免責條款。雖然釋字第228號解釋有說審判與追訴都具有獨立性，但我覺得二者的獨立性是不一樣的，裁判的獨立跟追訴的獨立不同，憲法第80條其保障審判獨立，沒有保障「追訴獨立」。所以我覺得司法官這一塊，我建議還是在未來修法過程中，在立法院能夠把檢察官排除，只留審判。謝謝！

**廖義男**（前司法院大法官）

好！董副校長已經把精要都全部點出來了，現在我們再請辛年豐教授來與談。

**辛年豐**（逢甲大學土地管理學系副教授）

國家賠償法運作迄今已有近四十年的歷史，有許多傳統的難題，諸如司法人員的國家賠償、公私協力運作下的國家賠償責任等等問題，還沒有獲得一致性的共識，雖然過往在研擬國家賠償法修正草案時，傳統會討論到的問題都有經過充分的討論，也有一定的

結論，但立法草案也沒有進一步的進展，在此同時，卻也隨著時代的進展衍生出更多未來必須面對的困難。其中固然有部分問題與近代法學的發展有密切關聯，不僅僅在國家賠償法會出現，其他法制也同樣會出現同樣的問題；但也有部分議題是國家賠償法所特有的而有待解決的問題。以下本文點出幾點近期的觀察，以供作為後續討論的基礎。

第一個是國家面對多重風險的問題。人類社會隨著科技的進步，越來越有能力發現造成損害的真正原因，以往認為不需要負責的災害，都或多或少有機會找到原因，如此一來，也擴大來國家責任的範圍。這種有機會透過科學技術找出答案的情形相對單純，近年來，我們也可以發現有許多造成損害的原因無法確定發生損害的機率，而只能說「有可能」、「有高度可能」、「極高度可能性」是某些人為因素，甚至是國家造成的情形。這樣的案例在以往的藥害案件也可能見到，對法學而言也發展相應的因果關係理論來面對此一難題，最為典型的就是以疫學的因果關係來認定行為與損害間的因果關係。然而，一來此一因果關係的運作不見得為所有的法院所接受，後續的發展有待觀察，此種情形在許多公害案件也同樣會發生，當國家沒有做好管制發生公害的風險時，是否會衍生出國家賠償責任，也就相當值得推敲了；如日本著名的水俣病，就曾衍生出國家是否要對沒有管制企業排放含水銀的廢水進入海灣造成人民健康受損負責任的問題，雖然最終人民並沒有辦法獲得國家賠償，但在案件的發展過程中也不乏有論及國家責任的問題。

另一方面，造成損害的因素也不見得只是單一因素，也不能排除有參雜其他人為或不可抗力因素而共同釀成損害的情形，這種情形要如何認定國家是否要負責任，恐怕也是必須面對的一大難題。是否一旦與天災扯上關係，或無法確認國家為造成損害的行為人就不能請求國家賠償責任，也是有待進一步思考的問題。近十幾年來在行政法領域不乏討論到風險行政的問題，也同樣一再面對傳統因果關係理論局限性的難題，在此同時，如何證成國家有進行風險管

制的責任來避免損害的發生，乃至於當未履行此等責任時會衍生出國家賠償責任，這對國家賠償責任此一制度所要承擔的責任範圍恐怕也是一大挑戰，對國家的公權力行政而言也會帶來相當大的壓力。特別在國家所要承擔的職能縮小，國家當前各個管制部門所面對的風險形態越顯多樣且彼此相互牽連之際，更為明智的方式，恐怕是必須善用包括保險、基金等其他管制手段來分散風險。一方面必須灌輸民眾不應過度依賴國家，需有更強的風險意識來面對不確定風險；另一方面，國家也必須建立制度與程序引導民眾分散或降低風險，以確保遭受危害時可以第一時間得到照顧。

第二個國家賠償制度面對的難題是要未來要思考超越侵權行為法的國家賠償運作。傳統國家賠償法制主要建立在傳統民法侵權行為法的基礎上，在民法的規範體系下，權利的持有者主要為個人，所要保護的權利種類也相對容易確定。然而，國家賠償法無論是公務員責任或公有公共設施責任，都與國家公權力的執行掛上關係，國家公權力的運作也與諸多行政法規範連動，而行政法規範也與諸多新興管制領域產生連結關係。此一發展也讓國家賠償法的運作比民法的侵權行為法複雜許多。對此，大概可以展現在賠償對象及權利發展多樣化兩個面向上。

首先，以往賠償對象限於個人，但這樣的法律結構在特定領域可能受到挑戰。在既有的法規範的發展中，除了傳統以個人為權利持有者的情形外，近年受到原住民族權利保障思潮的影響，也漸漸有了以「集體」作為權利持有者的發展；如原住民族文化權、原住民族土地權都是相當熟悉的詞彙，也是許多法院判決的對象，只是目前都還是以個人為原告提出訴訟，一旦原告獲得勝訴，法院也是逐一針對每個當事人做判決，未以部落為賠償對象來做判決。然而，當國家法規範及社會越來越重視原住民族的權利保障，則當國家公權力的運作未顧及（或侵害）部落集體所擁有的權利時，部落是否可以作為國家賠償的請求權人？如果可以的話，也必須進一步思考部落所要行使的權利類型及範圍究竟有那些？以及必須經過甚

麼樣的程序才能行使這樣的請求權？這些問題有待未來進一步釐清及確定的。既有部落運作知情同意權的經驗或許可以成為未來此一議題進一步發展的基礎。

其次，現階段也出現權利多樣化發展的現象。在人類的社會生活中，權利的發展過程是動態的，往往隨著社會生活及人們觀念的改變，法律設定所要保護的利益也隨之改變。這樣的發展不但在憲法基本權保障的發展歷程中看得到端倪，在法律層級的規範中也可以見到同樣的發展。權利的保障從自由權、社會權，乃至於進展到集體權的保障，正是彰顯出權利保障範圍的擴大；這樣的擴大對權利的保障而言或許是一樁美事，但相對應的，國家所要承擔的責任範圍也可能隨之擴大。

權利的保障範疇如果可以確定，國家所要負擔的責任範圍也就有機會確定；然而，在權利發展多樣化的情形下，許多規範所設定的權利，其所保障的範圍並不見得容易確定，例如，在2019年6月5日通過的文化基本法中，於第28條規定「人民文化權利遭受侵害，得依法律尋求救濟」。這樣的條文雖然規定要用法律的落實文化權利，在法律未有進一步規定，此一規範本身並不具有實際的意義；但也讓我們必須思考「文化權利」的內涵為何？是否是一個如同社會權一樣有待立法權進一步形塑及確定的權利？這樣的權利是否正是第三代人權的明文化？如是，就會涉及到上述所提及賠償對象是否限於個人的問題。

第三個可能面對的則是有待從規範細緻化加重國家責任到回應國家責任的細緻化。在許多具體的案件中，涉及越來越多的法規範，當規範的對象為國家時，代表國家所要承擔的責任隨之加重。這也意味著國家責任不會僅僅只是國家賠償法或損失補償的法規範，而有更多特別法會針對不同的議題設定國家所要負責的範圍與程度，但無論如何，法規密度的提升也同時對國家的要求也隨之提升，甚至不乏有以往屬於損失補償範圍的事物，在法規對主觀責任條件或客觀因果關係認定的調整下，成為國家賠償制度所要處理



的範圍，彰顯出損失補償制度與國家賠償制度間的流動關係。然而，此等現象在立法將壓力施加在行政部門的同時，國家是否真的有能量承擔這麼多的責任，恐怕也是值得懷疑的，此一質疑在國家朝小政府的方向邁進時格外具有意義。對於以上法規隨時代進展的因素，除了傳統被害人與加害人的結構，而循國家賠償法制來強化人民權利保護的要求外，在立法政策上也不一定非得肥大化國家賠償法的制度能量，而可以思考導入如保險或基金等不同的管制工具來及時填補受有損害之人的權利。此一多元管制工具的導入，也是國家責任法制細緻化不可忽視的面向。

另一方面，規範的內容可能涉及實體事項及程序事項，在未履行法規所設定應履行的事項時，國家應該承擔何等的責任？傳統程序的違反並不會得出造成當事人實際上損害的結果，因此，在侵權行為法的架構下多只有行政責任的追究，並沒有機會循其他管道請求潛在或後續可能衍生的損害。然而，在當今的社會中，正當法律程序的要求是確保實體正義不可或缺的工具，因此可以思考此等正當程序的違反是否可以成為「加害行為」的一種態樣，而在符合其他國家賠償構成要件時要求國家必須負國家賠償責任。

以上是我個人最近對國家賠償法的觀察與一些反思的心得，提供大家參考，也請各位不吝指教。謝謝大家。

#### **廖義男**（前司法院大法官）

謝謝辛教授給我們提示一些權利會隨著時代的變化擴大，但是同時也讓國家的保護義務責任擴大，那這樣是不是傳統的國家賠償法可以承擔的？這個都是我們可以思考的方向。好！以下我們再請范文清教授。

#### **范文清**（東吳大學法學院暨法律學系副教授）

國家賠償法第13條規定：「有審判或追訴職務之公務員，因執行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，適用本法規定。」這個條文是國家賠償法

17個條文裡唯一一個經過大法官解釋的條文。大法官釋字第228號肯定其合憲性。以致於，在2014年8月7日行政院審議通過國家賠償法修正草案第5條第1項裡，這個條文基本上沒有改變：「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。」

本條之設，事實上是使有審判職務之公務員（=法官）或追訴職務之公務員（=檢察官），就其參與審判或追訴之案件（=執行職務行使公權力），適用國家賠償法之規定，由其所屬法院或檢察署負擔國家賠償責任。但相較於國家賠償法第2條第2項之規定而言，法官或檢察官這些公務員之職務上行為所致生國家賠償責任，設下一個極為嚴格的前提：必待就其參與審判或追訴之案件犯職務上之罪（例如枉法裁判或濫權追訴），並判決有罪確定者，其所屬的法院或檢察署才有國家賠償責任可言。學說上稱之為「審判法官特權（Spruchrichterprivileg）」。

然而，我國自1981年7月1日施行國家賠償法以來，依據國家賠償法第13條之規定而負國家賠償責任者，可說絕無僅有。依筆者自行查詢的結果，自1981年國家賠償法生效，以迄2013年為止，以國家賠償法第13條為請求權基礎所提出之國家賠償事件共有315件，其中對法官者有194件，對檢察官提起者有121件。在這些訴訟事件之中，與法官有關而原告獲勝判決者只有3件，人民的勝訴率只有0.95%而已。這個極低的比率毋寧意味著，國家賠償法第13條的構成要件，已經嚴格到使人民的國家賠償請求權幾乎無從行使的程度。一個權利救濟管道成功率如此之低，是否仍能符合有實效的權利救濟的訴訟權本旨，實屬有疑。

如此嚴格的限制，其道理何在？在行政院提出於立法院的草案裡，明白指出國家賠償法第13條的立法理由在於維護審判獨立：「按推事、檢察官或其他有追訴職務之公務員，實施審判或追訴，亦屬執行職務行使公權力之範圍，惟審判及追訴，關於法律之適用

及證據之取捨，難免有不同之見解，不能因其見解之不同，而令其負賠償責任。為維護審判獨立，外國立法例多以明文否定或限制審判官之侵權行為性（如英國一九四七年王權訴訟法第二條第五項，德國民法第八百三十九條第二項等）。就我國法制而言，有審判或追訴職務之公務員，應如何審判或追訴，民刑訴訟法已有明確規定，並有審級制度、再審、非常上訴及冤獄賠償程序，可資救濟，故規定惟於有審判或追訴職務之公務員，因執行職務，侵害人民之自由或權利，就其參與審判或追訴之案件犯職務上之罪，經判決有罪確定者，始適用本法之規定。」釋字第228號解釋的解釋理由書同此意旨：「為維護審判獨立及追訴不受外界干擾，以實現公平正義，上述難於避免之差誤，在合理範圍內，應予容忍。不宜任由當事人逕行指為不法侵害人民之自由或權利，而請求國家賠償。唯其如此，執行審判或追訴職務之公務員方能無須瞻顧，保持超然立場，使審判及追訴之結果，臻於客觀公正，人民之合法權益，亦賴以確保。至若執行此等職務之公務員，因參與審判或追訴案件犯職務上之罪，經判決有罪確定時，則其不法侵害人民自由或權利之事實，已甚明確，非僅心證或見解上之差誤而已，於此情形，國家自當予以賠償，方符首開憲法規定之本旨。」

德國聯邦最高法院在1968年作成一個頗具代表性的裁判，亦持相同立場：「法官的獨立性意味法官應該不偏坦地，對當事人一視同仁地，並且不管局外人以及輿論的觀點及意見而獨立執行其被委託之職務，並以『矇著的眼睛』對待其法官職務。法官的獨立性也意指法官在其內在的自由性與公正性的利益上，毋須擔心其行為可能被其他的法官認定為瑕疵行為，並以『其之所謂的瑕疵行為作為損害賠償請求的基礎，並且在此透過其他的法官再被審查』的方式對他加以非難與歸罪。要非如是，則每個判決都可能以這個方式被其他法官重新審查，其結果則是不能與『以此方式，法官判決其為了法安定性及法和平性的』確定力相互一致。民法第八三九條第二項所謂的法官特權即是因這個內在的法確信而來。這特權並非為了

法官個人，而是為了使其免於損害賠償的要求——為什麼法官相對於一般的公務員在個人因素上有所不同？——毋寧是以法官職務的尊重為基礎去保障真正的獨立性，並且給予法官裁判適當而正確的價值上的評價。」

總結來看，此說大致認為，法官若在裁判後尚須擔心他會因為該裁判所成立之國家賠償責任而被國家求償者，則其於裁判之時，即不能公正地、不受外界干涉地獨立行使其職權——其可能以對自己有利的方式為裁判——，其獨立性即不能確保。

然而，上開意見有很大的問題。首先，法官的獨立性應該是指，其於審判時只受法律之拘束，不受到法律以外，包括長官指示、關說、社會公共輿論等等之拘束。法官的獨立性保障法官免於受到法律以外的影響，也不能影響法官的法律地位。但是，當法官在其職務的執行中，透過法院被追究關於其違法行為的刑事、懲戒、民事的責任，那是對其侵害做事後的求償，該責任既不與法官的人身的，也不與其職務的獨立性相矛盾。而且，訴訟法上本來就存在由另一個法官對原法官的裁判加以審查的制度：上訴、抗告、再審或非常上訴程序。由此可見，法官之獨立性之保證並不排除另一個法院對審判法官之合法性作判斷。這並未違反法官獨立性。

其次，如果以法官獨立性為正當性理由，那必定會及於法官的所有職務，甚至包括非訟法官在內。因為，一位具有法官資格之人雖未從事審判職務，卻從事強制執行、非訟事務之職務，但是他仍然是法官！我國憲法上有關職務獨立性與人身獨立性的規定，仍然適用於他。國家賠償法第13條規定，「有審判或追訴職務之公務員，因執行（審判或追訴）職務侵害人民權利」，也就是說，只有在從事「判決」時才有審判法官特權可言。這樣的規定顯然不能從保障法官獨立說得到正當化。

第三，如果以法官的獨立性作為正當化的理由，有違背平等原則之嫌。例如考試委員（憲法第88條）、監察委員（憲法增修文第7條第5項）、國家通訊傳播委員會委員（國家通訊傳播委員會組織法

第8條)等等,皆為秩序上要求獨立行使職權之適例。何以國家賠償法弱水三千只取一瓢飲,單獨偏好法官的獨立性?

第四,以排除人民對法院請求國家賠償的請求權來保障審判獨立性之方法,將有違背比例原則之嫌。蓋國家賠償請求權可以大別為二個階段,前階段是公務員成立國家賠償責任,而國家機關出面代位該公務員賠償。後階段則是國家機關向公務員求償的問題。如果審判法官特權若以此為立法理由者,其所欲達成之目的乃在於「防止法官因擔憂其事後的被求償,因而傷害其獨立性」,卻採取「限制(其實,幾乎已經是禁止了)人民的國家賠償請求權之成立」,這並不能符合最小侵害性,從而違背了必要性原則。

總結來看,法官的獨立性不足以作為審判法官特權的正當化事由。真正的合事理的規範目的在於保障裁判的確定力。誠如翁岳生教授精要的指出,本項立法之意旨,並非為樹立法官之特權,而在於維護法之安定性,尊重裁判之確定力,間接有助於審判之獨立。按裁判的實體確定力的本質乃在求法的安定性與法的和平性的利益,透過這個制度,使得一個已經法院審理的法律爭議就此確定。因此,將法官的職務行為作為訴訟標的而在國家責任法院加以審查者,所審查者乃是該職務行為——事實上即是裁判——的違法性。所以,審查法官的職務行為的違法性者,就是在審查法官的調查證據、認定事實與解釋適用法律的適法與違法。而若欲審查法官的調查證據、認定事實與解釋適用法律的適法與否,即必須由前訴訟之卷證資料之中,如同前訴訟法官所應為——而被人民爭執為不合法——的對前訴訟的調查證據、認定事實與解釋適用法律的一切過程加以審查,以探討前訴訟法官的認定是否違法。易言之,即是把在前訴訟中已經判決確定的事實或訴訟標的再加以審查。這必定會——至少是間接的——違反裁判的確定力的本旨。

然而,如果原因訴訟的裁判確定力因為再審而不復存在,對原因訴訟的法官提起國家賠償即無阻礙可言。準此可以確認,如果要對法官的可罰行為請求國家賠償,只有在該裁判處於可指摘的狀態

(=再審成功)，國家損害賠償請求權方為可能。正是因為審判法官特權的正當性基礎乃在於確保裁判的確定力，1981年國家責任法第5條第1項始改弦易轍而規定：「違反職務義務係因司法權力於訴訟程序上具有拘束力之違法終局裁判所生者，或因裁判上藉以獲得裁判基礎之法院處分所生者，僅於該違反職務義務構成犯罪行為，而且該裁判被廢棄確定時，始依本法之規定負責。不受該裁判拘束之第三人因該違反職務義務遭受損害者，不適用第一句之規定。有關司法權力之其他行為，依本法所負責任不受影響。」

如果審判法官特權的正當性基礎乃在於確保裁判的確定力，那麼，其適用範圍只限於法官，當無疑義。蓋審判權歸屬於法官。既然只有法官才能做成具有確定力的裁判，那麼，當然也只有法官才能適用審判法官特權，乃是邏輯上的必然。

至於審判法官特權的適用範圍不應及於檢察官，也應該是清楚的。按檢察官必須主動偵查犯罪，本無中立之可言；其基於檢察一體之職務移轉權、職務收取權，其獨立性終究與法官立於非當事人的中立第三人地位可以比擬；同時，檢察官為起訴或不起訴之處分時，並沒有各種程序以保障其正確性；抑且，無論是起訴或是不起訴處分，皆不應具有最後決定權，其適當與否，應該接受法院之審查始為妥當。總結來看，檢察官之職權並非審判，其所為之決定不會發生既判力，自無審判法官特權的適用。

立基於既判力保障，審判法官特權的適用範圍及於法官的判決，應該是理所當然之事。

其次，審判法官特權的適用範圍應包括「代替判決之裁判」在內。也就是指得終局的結束案件在法院的繫屬，並且會產生確定力的裁定。例如訴訟費用裁定、禁治產裁定等等。

第三，由於實體判決基礎的獲得及判決本身，構成不可分離的整體。因此，審判法官特權應當包括一切獲得裁判基礎的措施。包括當法官對當事人之遲延不做適當地處置；法官違背其闡明義務；

有爭議之證據聲請，卻被視為無爭議且無必要而被忽視；透過不合法之證據調查程序侵害當事人之人格權等等。

筆者深知，適當的立法，並衡平人民權利保障，絕非簡單易行的任務。上文一方面探究國家賠償法第13條的立法意旨，另一方面卻也同時希望呈現出，德國學界與實務界通力合作，修正原本錯誤立法的努力。這二件事在我國的實現，是作者小小的，卻是長久以來的期盼。

**廖義男**（前司法院大法官）

謝謝范教授，針對國賠法第13條司法官免責的問題深入討論，同時也介紹德國法制。最後我們請李建良所長。

**李建良**（中央研究院法律學研究所特聘研究員兼所長）

廖老師、廖大法官、在座的先進，時間關係我就不一一的唱名，非常謝謝主持人讓我最後有此榮幸來發言。廖大法官是我們法律所的學術諮詢委員，如果我是校長兼工友的話，那廖老師就是教育部長！今天聆聽了包括廖老師等六位先進的高見，我就充當與談的角色。因為時間關係，我分四點說明，就是：觀念、法理、體系、制度。

首先是觀念，剛剛范老師提到，現在很多國家都有國家賠償法，但不一定都有我們國賠法第13條的規定。這句話其實我們可以更進一步問，是不是每個國家都有國家賠償法？也就是說，可能也有些國家沒有國家賠償法。至少就我的了解，美國可能就沒有，這點可以等一下在提問的時候確認一下。如果國家賠償不是一個每個國家都有的制度，那這個背後代表意涵是什麼？我們可以先思考一個問題，就是國家賠償到底是「誰賠誰」？如果我們朝這個方向想的話，會不會有可能是「左手賠右手」？剛剛已經提到，國家賠償的預算過去是編在法務部的下面，現在如果是編在各所屬機關的話，表示各機關自己要負責國家賠償。可是錢是否最後還是歸到所有納稅義務人的身上？由此要延伸思考的觀念問題是，國家賠償說

到底是否就是「大家共同承擔」？還是說應該要「有人」負責？如果有某個公務員特別可惡、違法侵權，我們真的要放掉他嗎？還是說這些損害由大家來共同承擔？姑且不談求償權是內部還是外部關係，只說造成國家賠償的「責任者」是不是會因為國家賠償（大家一起出錢）——不管是國家代位或是自己責任——就可以免除賠償責任？我們是不是要讓真正的責任者消失掉？是否的理由是什麼？剛剛范老師提到的法官違法裁判的國家賠償責任問題，事實上不是法官承擔責任，而是法官背後的法院或者是國家來承擔賠償責任，但法官自己是否就不需要負責，為什麼？這是我想談的第一個觀念問題。

第二是所謂的法理，這與觀念相關，也就是國家賠償到底有沒有所謂的法理？還是說這是屬於立法形成自由的問題？我們可以怎麼樣來形成國家賠償制度，有哪些可能性？這個問題會牽涉到整個國家賠償法中故意、過失等構成要素問題，立法者可以把這些要素拿掉嗎？還是說這「有責」的部分會跟的賠償範圍相互連動，也就是說有責的賠償範圍比較大，無責的部分、不法性的部分賠償範圍就可能稍微小一點？如果用民法的分類來說，就是「所受損害」與「所失利益」的賠償會不會與責任要件有連動關係，還是說這完全是立法的形成自由，覺得我們不要這個要件，就可以把它整個拿掉，不需要考量整個法制度與法秩序的體系關聯？這其實也是另一個觀念問題。

第三，接著我們進入到體系。剛剛聆聽了很多高見，我就分成「大體系」與「小體系」兩個部分來談。大體系就是剛剛提到未來的修法會把法律的適用關係明確化，也就是特別規定、國家賠償法、行政程序法、民法之間的適用關係。我們知道現行國家賠償法就已經明定：先適用特別法、再來是國家賠償法，國家賠償法沒有規定的話，現行條文規定可以「適用」民法，這些本來就都有。現在如果多了一個行政程序法，就會產生一個疑問：到底國家賠償法與行政程序法之間有適用關係嗎？我想提出來的問題是，國家賠償



法沒有規定的部分，如果要適用行政程序法，那是適用行政程序法的哪些規定？我想也要進一步去理解，因為它是程序規定、或實體規定——什麼叫行政處分、行政命令、有無管轄的規定等等——這些部分跟國家賠償法是平行關係呢？還是前後的適用關係？我不知道在修法的時候有沒有討論到這些問題？

再來是「小體系」的部分，就是所謂基於開放山林政策而修正的規定——第3條——剛剛主要特別集中在第3項跟第4項，但是如果我們稍微注意一下就會發現，第3條的第1項現在規定是「公有公共設施」，如果把「公有」兩個字拿掉，以後就只有「公共設施」。不管怎麼樣，我們原本條文的重點其實就是「公共設施」，那現在增加的自然公物，再來是自然公物內之設施，與公共設施的關係為何？如果從這三項條文來看的話，我們做同一條（第3條）的內部體系解釋，我們知道「設施」不等於「公物」，否則就不會說「公物內的設施」。如果設施本身不等於公物的話，那第1項本來就不包含自然公物在內，自然公物本來就沒有第1項的適用，反而現在增加第3項之後，第1項包含了公物而有其適用，雖然說在一定的條件下國家不負賠償責任。所以在我看來，第3項其實是增加了本來要賠償的某些情境，然後再回過頭來設定一些國家免責要件。這個部分是看這個規定的時候，從小體系的角度來看，剛剛董老師的看法當然也是覺得這個規定有些問題，但我是從體系的角度來看這個問題。

另外一個體系問題，是所謂的仍從事冒險或具危險的活動，這部分剛好跟我今天的報告有關。我講的「與有責任」、「與有過失」，自甘冒險是其中一種相類似的情形，學說上有不少的討論，現在立法把這個類型直接放進國家賠償法的條文。我們民法裡頭其實就有與有過失的規定，如果自甘冒險可以免除國家賠償責任的話，從體系上來講其實本身就已經可以適用了，這是從體系角度的一點簡單的看法。

最後就是制度面，制度就是國家賠償到底是要歸行政法院呢？還是普通法院？這個是一個長期爭論的問題。如果從國家賠償是一

個公法訴訟的角度來看，那應該把它全部都歸攏到行政法院去，這個當然是從制度面、從形式面，還有名義上面來講是比較清楚的。不過，如果如此調整之後可能的第一個問題是，剛剛簡廳長特別提到的，從三級三審變成是三級二審，會少一個審級。這個部分當然又回到說，大法官歷來一直提到審級不是訴訟權的核心要素，所以這個部分未必會有合憲的問題，但是會不會有縮減權利救濟保障的問題，這是一個面向。我想談的是另一個面向，就是行政法院跟普通法院，我們當然知道一個是民事法院、另一個是行政法院，但是法院其實不是這個制度名稱而已，制度內其實就是法官。也就是說，民事法院的法官與行政法院的法官。如果我們說國家賠償是一個公法訴訟的話，那麼我們必須或者可能必須要期待法官比較擅於行政法或公法。我們不可以說民事法院的法官比較懂民法，然後行政法院的法官比較懂行政法。但是我們知道我們司法的整個培訓體系過程，比較年輕的法官是先到民事法院，要相當久的時間之後才會到行政法院去。如果這個制度沒有調整，只是形式上都把它歸攏到行政法院去的話，那就會讓比如說剛從學校畢業的、或者是對行政法比較有研究的法官，在經過相當時間的民事、刑事審判歷練之後，才到行政法院擔任法官，若要承辦國家賠償訴訟，可能就會相對陌生。因此這個部分如果不做一定程度的制度相應調整，例如在司法官培訓時，除民刑審判實務外，同時強化公法課程，並且在結訓後直接讓部分法官進入行政訴訟庭從事審判工作，那麼把國家賠償的審判權移到行政法院，才不會只是形式上的制度歸整。

以上淺見提供大家參考，謝謝！

**廖義男**（前司法院大法官）

好！謝謝李所長的發言。按照大會安排的時間這一場是到六點，但現在已經六點啦，可是大會安排有二十二分鐘的討論時間提供給各位來發問及回答，因我們這場是晚了五分才開始，所以我現在在行使主持人權力，但不是濫權啊！就是我們是不是延到六點十

分，這樣的話至少讓大家有一個討論並交換心得意見的機會。現在開放三個問題。

### 與會來賓提問（1）

這個國家賠償責任最重要的就是審理的時候——審判的品質是不是很好——你審判完以後老百姓覺得你這個審判很好就不會有國家賠償責任，審判不好的時候損害了他，他才會請求損害賠償。那你審判的品質事後是不是有檢驗？怎麼樣去檢驗它是好是壞？這是很重要的事情！憲法第80條裡面講法官在審判時不受任何的干涉，但是它的品質不好，那法官判出來的東西老百姓不信服，這個國家賠償當然是需要賠償的，這個是基礎問題。我們的大法官解釋提到訴訟審判時遇有憲法疑義，應向大法官提出大法官解釋。但是我們可以上網去看司法院首頁，有一個幾乎每一天都會出現的就是大法官不受理名單。老百姓他們基本權利受到侵害了，依據憲法聲請大法官解釋，結果你不受理，這個法令明定出來竟然都不通行，那老百姓怎麼會信服呢？謝謝！

### 廖義男（前司法院大法官）

好，不過這個問題我現在就先回答，因為有些是基本觀念的問題要作說明。訴訟程序之進行均須訴訟條件要具備，還有權利保護的必要，另外還有一些條件，例如訴訟標的之性質及法院審判權的範圍等都要考慮及審查。並不是說大法官不受理就違反了憲法保障人民訴訟權，因為聲請釋憲的條件裡面有很多的限制，必須符合聲請釋憲的條件大法官才會受理。我們再請下一位。

### 與會來賓提問（2）

謝謝主席，我的問題是想要了解，鍾司長可以告訴我們現在國賠的預算集中在中央編列，請問它如何編列？因為我們看到法務部是說各單位報來的賠多少錢，那前端有可能要去看那個什麼業務的地方，那個預算是每年加的、還是預算會平平的，還是預算是每年

減的？因為這個對民眾來講，我們國家裡面的公務員做錯事會高一點、或者做錯事會賠得更多，或者怎樣？這個是我們很好奇的。

簡廳長這裡可以讓我們知道一下嗎，比如說行政法院它現在有很多申請公開資訊的問題，其實國賠我不知道各位老師國賠跟轉型正義是比較沒關係，但是有一大部分也有關係，我們現在新的政治檔案條例第11條裡面有講，當然它定義為政治檔案，它說要公開所有的公務員、資料，容我很快唸完——政治檔案中所載公務員、證人、檢舉人及消息來源之姓名、化名、代號及職稱，應提供閱覽、抄錄或複製——只到這裡，那就會延伸到廳長剛剛有講說它有適用行政程序法嗎？如果有一種個案他來申請說我要閱覽政治檔案裡面的法官或檢察官的名字，然後因為行政機關或者法院有沒有符合請求權人的，請問有沒有可能後續延伸？這個是我們很怕的，因為目前看到的政治檔案條例第11條立法理由也完全不清楚，不知道以後要怎麼走，以上是我的兩個問題，謝謝！

**廖義男**（前司法院大法官）

好，那邊再來一位，後面再來一位，再兩個問題，謝謝！

### 與會來賓提問（3）

各位老師、各位與會的朋友大家好，我來自大陸西北政法大學經政法學院。剛才董老師還有李老師說不是每個國家都有國家賠償法，我是贊同的，但是有一點就是在大多數民主法治國家，它一定存在著國家賠償制度，這種國家賠償制度可能體現為國家賠償法典、可能體現為一系列有關國家賠償的一些判例，當然也可能體現為對民事法律規範的適用，從而形成的一系列作法。國家賠償法兩岸都有，這一學期我也在旁聽范文清老師的國家賠償法，也確實感覺到兩岸在國家賠償法制度上的一些落差，當然這個比較法的研究肯定不是簡單的爬梳、總結，一定是要對本土的國家賠償制度的完善起到一定的啟示、一種推進。大陸的國家賠償法它在1994年頒布以後實際上產生了很多問題，以至於老百姓把國家賠償法叫做國家

不賠法，就是國家能不賠就不賠，能少賠就少賠。到了2010年國家賠償法進行了大規模的修改，許多問題解決了，還有一些問題沒有解決，比如說臺灣學者所提出的怠於履行職務，大陸可能更多的時候叫做行政不作為，而這個行政不作為行政機關的法定職責到底從何而來，大陸學者有很多爭議。有的學者認為就是一些書面的法律規則它會產生行政機關的一種職責，還有一些人認為行政機關的職責除了法定的規則以外，還應該包括一些抽象的法律原則，比如說公益原則、比如說生存照顧、比如說對人性尊嚴的一種保護。那我想這種情況下它會不會產生國家負擔過多的問題，這是第一個。

第二個問題就是行政不作為和損害後果之間的因果關係，那麼既然行政機關沒有做，但是最終也有損害性的結果，那麼一定是在這個損害性結果發生的過程當中它介入了一些其他的因素，這些因素可能是自然災害、可能是受害人自己的原因，還可能是第三人。那我想求教的一個問題是怎麼具體的判斷不作為呢？在損害後果發生了以後，行政機關所應該承擔的比例、分額，我們的司法實踐當中有沒有更為精細化的，或者比較細膩的一些手法，謝謝！

**廖義男**（前司法院大法官）

最後一位，請！

#### **與會來賓提問（4）**

我是律師，我很贊同剛剛董副校長的意見，目前這次山海的修法它創設額外的自然公物概念，看起來是治絲益棼。更何況原因案件的類型其實是救難義務的違反，跟使用山林好像不是直接的關係，如果我們要另外再去擴張公物的概念，這樣的話我們另外一種很奇特的類型公營造物是不是也要放進國家責任法的體系裡面？另外一個問題跟前面那位先進提出的問題蠻類似的，其實我們目前國家賠償法在國家賠償訴訟裡面最大的一個爭點，請求權人要主張到底國家哪個地方違法，也就是那個違法的法條在什麼地方，特別是不作為的時候。可是，並不是我們所有的法令、所有的法領域規範

密度都足夠，比如說我們承辦案件裡面有一類型就非常欠缺，就是特別權力關係下內部的關係。我們在一般契約關係裡面有安全保護義務、有民法第227條，我們可以很包山包海的去主張某一個附隨義務、人身保護的義務存在。可是學校、公務員，除了公務員還有一個公務人員保障法，有一個類似像勞安衛的規定之外，學校、監獄、軍隊幾乎欠缺一般性的安全保護義務規定，這個時候如果發生比如說救助上的、醫療上的、保健上的問題，往往你找不到一個法令說到底國家有什麼地方要作為，那這樣的情況是不是應該開展出更多的作為義務，而不應該僅限於釋字第469號解釋，特別是我們今天的標題就是國家責任與保護義務。其實我們很多國家賠償訴訟都面臨這樣的問題，就這一點想要就教各位先進。

另外，既然大家想的應該都是我們要另外開展單獨的國家責任法，而不受到國家賠償法第5條那個民法的限制，也是李所長之所以在提那個與有過失的出現所在，但我在想與有過失在民事上最大的問題是它期待所有人是一個理性、誠信的交易相對人，但這樣的假設框架在國家賠償人民面對國家公權力的行使好像是不一樣的，也就是如果在開展國家責任法中與有責任概念的時候，是不是它的可歸責與民事上一般侵權法上的可歸責要做不同的認定或判斷，謝謝！

**廖義男**（前司法院大法官）

這幾個問題，我想哪一位在座的回答？剛才被指名請教的有鍾司長、另外還有董副校長、李所長，但是不限於這幾位要回答，其他老師對他們所提的問題要回答的話也可以提出來，好，請。

**鍾瑞蘭**（法務部法律事務司司長）

好，那我先回答與會來賓提問（2）的問題。國家賠償的預算，地方的編在地方，中央機關都編在法務部，不管編在哪裡原則上都不會影響民眾。賠償預算的編列——要看國家的財政狀況，有可能越編越少。但是因為我們有第一預備金跟第二預備金，所以當

某年度須賠償的金額較高，超過我們預算的時候，我們就動支預備金，所以不會影響民眾的權利，絕對不會！我們之所以想要編列在機關是希望可以權責相符，當有賠償付款時，才會知道哪裡錯了，這個條文修正的原因之一在此。

另外，我也跟各位說明一下，剛剛很多老師還有律師有提到開放山林的部分，不瞞各位，我們一開始在行政院討論的是開放山林的會，並不是我們國家賠償法修法的會議，後來把這個條文弄在國家賠償法它的過程是這樣，我跟各位報告：一開始我們各部會在開開放山林的時候，為了要開放山林但是政策上又不希望變成——報章雜誌輿論說的媽寶國家——，而希望民眾在山林水域從事冒險活動應自行評估負責。在行政院會議時我們其實在會有做說明，表示現行條文應該可以解決（是否賠償的問題），可是因為在場的相關機關認為，很多法院的見解會認為這個時候他們也要負責，所以他們卻步不敢開放山林，所以就希望法務部是不是可以修法。當然大家也有很多建議，例如有些文字能不能調整、或怎麼樣定義等，當然大家都還是可以提供意見給我們，謝謝！

**廖義男**（前司法院大法官）

請董副校長。

**董保城**（東吳大學副校長）

第一個審判品質，法官的審判品質不好，因此就要行使求償，個人不贊同，因為審判品質好壞是見仁見智，問敗訴的當事人他一定認為審判品質不好，不然他就不會敗訴，所以這個難免會有個人情緒在內。我們國賠法第13條就是說他原來的裁判已經判決有罪確定了，所以那個程序要件頗為嚴謹的，我覺得那個不是見解問題、不是品質問題，而是說他枉法裁判，這個部分才是真正國賠對法官、檢察官請求。

另外，我覺得針對不作為，就是我們說國賠一個是有責性、一個是違法性，那有責性當然是故意、過失到底要不要去討論？可是

剛剛後面那一位律師針對不作為的違法性，通常我們會套用釋字第469號解釋所謂法律規定除了有保護公共利益之外，有沒有保護可得特定相對人的利益，這個部分是不是可以運用在特別權力關係？當然我們現在不能叫特別權力關係，而是說內部有依存關係的公務員、教師，就是公務員、軍人，還有學生這一塊。那這一塊我倒覺得也沒那麼悲觀，因為釋字第469號解釋的精神是受到德國法的影響，是德國民法第839條違背對第三人應執行之職務義務，所以也不限於一定是對外的。所以今天如果因為我們一個當公務員、當軍人、當學生也好，他跟國家之間的關係，國家對他也有內部的照顧義務。所以我覺得那個在解釋上來講應該也可以透過釋字第469號解釋的精神，然後做一些分析。

開放山林的部分我覺得新修訂國賠法條文除了創造一個自然公物的概念以外，亦可能產生適用上的矛盾，就是既然是「自然」的公物它絕對不會有設置欠缺、管理欠缺的問題，這個將來在適用上有待觀察，到森林山川內走動必然有挑戰和風險，但是國家不能害怕有賠償責任而擴大了自然公物免責之要件，如果是因為防止風災水災仍有人冒險上山，可以用與有過失的方式解決不能創立自然公物免責的條款，這是和國賠法立法意旨有所不符的。

**廖義男**（前司法院大法官）

好，請李教授李所長。

**李建良**（中央研究院法律學研究所特聘研究員兼所長）

謝謝，因為時間關係我很簡短回應兩點。第一點想談規範與事實之間的關係。每一個條文背後應該都有一個故事，這個故事之後被轉換成條文，所以有關山林的這個規定，也就是國家賠償法第3條第3項及第4項，背後一定有一些故事。這些故事我們現在把它變成條文，但是變成條文之後，條文跟故事可能就會脫節。剛剛特別提到救難義務的違反，我們都知道在媒體上都會看到一些案例、裁



判、爭議。現在問題是，我們面對這些問題把它轉換成規範的時候，有時候可能就會跟原來想要處理的問題產生距離。

剛剛其他與談人也提到，在討論開放山林政策的過程中，有一點可能大家要特別注意，就是相關單位怕進法院，那有了這個條文之後呢？是否就不用進法院？我相信反而會更多，因為法律條文已經把這種應該賠償的情形明文規定了，雖然用免除責任的規範方式。我剛剛提到，這個規定不是說完全不負責任，而是增加規定說這是一種國家應負賠償的責任，然後再退回來——規定在哪些情況才不負責任——所以它其實是增加一個自然公物的國家賠償責任，然後再設法把它排除。所以這個部分如果真的過了，行政機關進法院的機會不會比較少。

延伸的第二個問題是一個老掉牙的講法，就是徒法不足以自行！我們這些規定其實都可以修改、增加，像民法第217條或者是有沒有可能用民法第217條等等，這些部分其實是要靠人、要法官去詮釋，這背後涉及到我們對法律關係的掌握其實沒有那麼清楚。因為民法第227條基本上是契約關係或不完全給付，但是國家跟人民之間不一定有契約關係，所以這個部分可能要繞到民法第217條或者侵權行為責任，這一部分在國家賠償法中把它訂得清楚一點是可以。但是又會跟剛剛提到的問題——事實跟規範之間——轉換成規範之後會不會又與事實脫節？然後回到我剛剛提到，如果在很多問題上，行政法與民法沒有重大的差異——尤其是在侵權上面——假設我們今天騎腳踏車摔倒了、被車子撞了，是因為國家撞你、警察撞你，或者是私人撞你有什麼不一樣？有一些比較中性的部分，其實應該是可以讓民事法院的法官慢慢形成案例類型。以上簡單回應，謝謝！

**廖義男**（前司法院大法官）

好，我們已經超出預定時間二十分了，很多問題還可以繼續討論下去，但是還是有結束的時刻。相信今天大家提出的問題應該會

帶給鍾司長、簡廳長很多的思考，她們要怎麼樣做，回去將會研究。當然，我們都希望國家賠償制度更為完整、更為完善比較好。確實大家也提到現在為配合行政院開放山林政策之配套措施，而把自然公物的概念放進國家賠償制度來，其實已跟原來的第3條公共設施的概念以「人為設施」為前提是不一樣的。立法上，先增加了自己的責任標的及範圍，然後再設定條件規定什麼情形下不須賠償，並強調要做警告跟標示。但如此，對於所謂「公物」基本的概念可能就不清楚了。如果這個公共設施已經壞掉了並禁止其使用；或對自然山林明示禁止其通行或進入，應已廢止其作為供公用之公物性質！當然就不屬於「公物利用」之範圍，這樣就不涉及其設置或管理有欠缺之問題，而可以免責！但人民執意進去或利用，就不是在利用「公共設施」或「公物」的概念了，而是執意使自己身陷危險，若因此而生傷害或損害，即應自負其風險責任。又現在把它擴大到自然公物還有一個問題，因為不是只有天然山地，林地而已，天空、海岸都是自然公物喔！範圍很大喔！國家責任範圍須那麼擴大，負擔須那麼沉重？我很擔心！將來會帶給有關機關及鍾司長、簡廳長她們很多問題要去頭痛。好，時間已晚，我們感謝各位的與談！今天的圓桌論壇就到此結束，謝謝各位的參與，謝謝！