

兩公約人權教育訓練教材

公務員行為之國家賠償責任作為人民權利第二次權利救濟

國立中興大學法律專業學院 教授兼院長 李惠宗

目次

壹、國家權力的法源	2. 行為不法說
一、專制時代的國家權力來源	3. 本文見解
二、現代民主法治時代的國家權力	(五) 公務員有故意或過失
貳、公務員與國家的關係	(六) 造成人民自由、權利之損害
一、恩寵侍從體制	(七) 相當因果關係
二、特別權力關係	1. 一般相當因果關係的判斷
三、公法上職務關係	2. 因果關係歷程的阻斷
參、公務員執行職務的地位	二、公務員不作為之國家賠償責任
一、代理關係論	(一) 公務員怠於執行職務之結構
二、代表關係論	(二) 司法院大法官解釋的意旨
肆、國家責任論	(三) 公務員怠於執行職務的要件
一、代位責任論	1. 公務員
二、自己責任論	2. 故意或過失
三、我國憲法之決定	3. 怠於執行職務
伍、公務員行為之國家賠償責任	4. 怠於執行職務的類型
一、公務員作為之國家賠償責任	5. 怠於執行職務的不法性
(一) 公務員	6. 造成人民自由權利損害
(二) 執行職務	7. 相當因果關係
1. 主觀說	
2. 客觀說	
(三) 行使公權力	
(四) 行為不法	
1. 結果不法說	陸、結論

壹、國家權力的法源

人民權利的保障與國家統治權的行使，在人類發展歷史上，一直處於一種緊張關係。然而現在公民與政治權利國際公約第 2 條第 3 項已明文規定：

三、本公約締約國承允：

(一) 確保任何人所享本公約確認之權利或自由如遭受侵害，均獲有效之救濟，公務員執行職務所犯之侵權行為，亦不例外；

(二) 確保上項救濟聲請人之救濟權利，由主管司法、行政或立法當局裁定，或由該國法律制度規定之其他主管當局裁定，並推廣司法救濟之機會。

此為司法救濟的權利保障。在現代民主法治國家已被視為「法治國家應具備之制度」。

其中國家賠償制度也是一項重要制度，其屬於在行政爭訟制度已無實益後的權利補救機制。此一制度的形成涉及國家學、憲法及國家賠償法規定如何具體化的問題。

限於篇幅關係，本文除基本理論外，在此介紹國家賠償法中有關「公務員的行為」如何構成國家賠償責任的若干案例。

一、專制時代的國家權力來源

專制時代的國家權力來源，被假設來自於「天」或「上帝」。故代表國家的皇帝，西方國家用「君權神授」來包裝。中土的各個國家的統治政權，自秦、漢帝國皆稱皇帝為「天子」，也如出一轍。此一時期，國家的主權與統治權合一，皇帝的統治權的正當性，來自於以事實行為的武力奪取的政權。取得統治權，即取得國家主權，可以為所欲為地制頒法令，限制或剝奪被統治者人民的權利及財產，予取予奪，概不必有法令依據；縱使需有法令依據，只要皇帝允諾，沒有制定不出來的法令，法令是統治權行使的工具。至於法令之禁止或要求，其內容如何，在專制時代皆假設具有「絕對的正當性」。

二、現代民主法治時代的國家權力

但現代民主法治國家之建構，植基於「國民主權理論」。國民主權論認

為國家的統治權的「合法性」來自於人民的付託。而人民的付託乃是一種政治意志的決定，制度上是透過選舉制度，經由定期投票的制度，不斷地更新統治權的合法性。此為民主國家在組織法上的本質。由此產生，民主國家下，國民與國家間的法律關係，究屬何種關係的定性問題。

早期人民處於游牧部族，國家組織尚未成形之際，「國家」這個具有「嚴謹組織」及「強大權力」的組織體，被認為是一種「巨靈」，人民對之無可奈何，只能以「天地」視之。古語云：「天、地、君、親、師」，代表著人民與「君」的關係，類似與天地的關係。而與天地的關係，就是一種與自然的關係。自然界所發生的各種災難，瞬間可以奪取人民全部的身家性命，人民對於自然亦只能徒呼負負。同理對於國家這個巨靈所造成的損害，亦無法作任何的抵拒。

但從 18 世紀民主國家開始建制以來，國民與國家間的關係已不再是一種與自然關係可以同視的狀態。民主國家下，國民是主人，國家組織只是臣服於國民總體意志下的一個服務機構，不應該是單純「統治機關」。透過法律的建制，國民與國家乃屬一種「法律關係」。

專制時代的統治，因國家權力缺乏「分權及制衡」的機制，故缺乏追究統治者責任的機制。相對地，民主國家機制，因為憲政主義的要求，國家組織採取「權力分立互相制衡」，使統治者及其公務員的錯誤/違法行為，可以被追究責任，包括政治責任及法律責任。國家賠償責任，就是其中法律責任追究的形式。

貳、公務員與國家的關係

公務員與國家關係，在人類的發展歷史來看，相當富有變化，此種關係的遞嬗，也相當程度反映出國家權力體制的關係。

一、恩寵侍從體制

在專制統治的「恩寵侍從體制」下，所有的官員與皇帝的關係，係一種權力的絕對從屬，因為「普天之下，莫非王土；率土之濱，莫非王臣」，此種體制下，天下是君王的「家天下」，進而「君要臣死，臣不得不死」一語，

足以道破此種關係的緊密性。所有的官吏，都是皇帝的家臣，講得更徹底一些，都是「臨時工」。

二、特別權力關係

專制政權在 18 世紀民主主義的浪潮下，一一倒台。此時歐洲的民族國家開始興起。強大的國家需要有良好的理論作為支撐。此時「特別權力關係」理論提供給民族國家一個好的依據。此一理論認為，人民既然願意擔任公務員，即表示願意拋棄一些自由，以獲得國家的任用及照顧，與一般人民與國家處於「一般權力關係」相較，公務員即與國家成立「特別權力關係」，故國家對公務員的基本權利有所特別限制，不必另有法律依據；干預其基本權利，也不必使其有救濟途徑，此為權力關係「特別」之處。此一理論，後來由梅耶（Otto Mayer, 1846-1924）更加發揚光大。公務員效忠的對象是君主，不是全體國民。

三、公法上職務關係

公務員與國家之關係，乃基於人民與國家間主動關係而產生，也就是基於憲法所保障「服公職權利」而與國家發生的「公法的關係」，而不再是像「特別權力關係」處於「力的關係」。公務員雖具有人民之身分，但非國家統治權行使之客體，而是公權力的承擔者（Träger），公務員不是效忠代表國家的統治者或其長官，而應效忠經由法律所建構的「法秩序整體」，具體的說，是整個「國家」，其服務的對象，係全體國民，公務員執行職務時，仍屬具有權利主體之地位。

公務員具有一定之「職務」，在「公法上職務關係」下，公務員與國家的關係，有兩個面向：「職的關係」與「務的關係」，有關公務人員之權利、義務及責任內容的爭議，皆可透過公法上職務關係的內涵，加以解決。

其中「職的關係」係指「職位」所衍生的身分關係，屬於「組織法的法律關係」，此乃基於組織法上抽象的編制規定，所產生的關係。每位公務員皆有「職稱」、「官等」、「職等」等的名稱。從職的關係，可以導出公務人員具有官等、職等保護及受領基本薪俸等權利。

「務的關係」則係指公務人員執行具體任務的關係，乃「作用法的法律

關係」，例如科長有何種工作內容、編審應做那些事、局長的職務範圍、部長的職權範圍。從「務的關係」，可以導出公務機關可要求公務員應準時上下班、忠誠執行具體職務。上、下班的時間係屬「務的關係」。各機關的分層負責表，即屬務的關係的明確化。

參、公務員執行職務的地位

然公務人員係以何種關係「執行公權力」，則有二種關係需加以考慮並定性。

一、代理關係論

所謂「代理關係」係指，公務人員之執行職務，係「代理」著國家此一法人，在代理關係論下，國家與公務人員乃屬各別之主體，故有兩個主體的存在，一為國家這個法人，另一為公務員本身。公務員的行為，必須經由規範代理關係的法規規定權限授與，其效力才歸屬於國家。故如果公務員的行為，非屬於其職掌內（即非授權範圍內）的行為，其效力即不應歸屬於國家。

二、代表關係論

所謂「代表關係」係指，公務人員之執行職務直接視同是國家的行為，因為國家作為一種法人，實屬「擬制」的存在，國家不能自為行為，必恃公務人員為各種公權力作用，國家的功能才能被落實。在代表關係下，公務人員與國家並不分別存在，沒有二個主體，只有一個，是二合一的存在。在代表關係論下，除非是公務人員與職務毫無關連的個人行為，例如假日出遊，親人聚會等，若與職務有關聯性，皆應「視同」國家之行為，因為公務員係代表著國家執行職務，如公司董事長的職務行為，代表著公司；校長的職務行為，代表著學校；市長的職務行為，代表著全市。

公務員執行其法定職務，與國家關係應屬「代表關係」，因為公務員執行職務，應以憲法及法律所形成的客觀法秩序作為奉行之圭臬。公務員在「務的關係」中，個別職務行為的處理上，固然應服從長官之指示，但其奉行的是整體法規所形成的「客觀法秩序」，故部屬認為長官的職務指示若有不合法之虞，可以依據公務人員保障法第 17 條規定，提出異議；如認為有違法

之虞，甚至可以請求長官下書面指示。

就國家任務之執行而言，乃由全體公務員「代表」國家執行任務，基於「管轄法定原則」，這些任務乃是法規全部所規定出來的「工作內容」。公務員執行法定的工作內容，應視為國家的行為，其效力直接歸屬於國家。

肆、國家責任論

在專制時代，國王為一主權領域之最高權威者，斯時有「國王不會做錯」(King can do no wrong.)之觀念，此為主權豁免原則(rule of Sovereign Immunity)的表現，既然國王作為國家法域的最高層，就不須對其作為或不作為承擔法律責任，更不必在他自己的法院裡被訴。

從 19 世紀末葉開始，國家無責任的論點，漸被摒棄。所以專制時代，人民沒有利用司法請求救濟的機會。

但進入民主法治國家時代，經由公民與政治權利國際公約第 2 條規定：

一、本公約締約國承允尊重並確保所有境內受其管轄之人，無分種族、膚色、性別、語言、宗教、政見或其他主張民族本源或社會階級、財產、出生或其他身分等等，一律享受本公約所確認之權利。

二、本公約締約國承允遇現行立法或其他措施尚無規定時，各依本國憲法程序，並遵照本公約規定，採取必要步驟，制定必要之立法或其他措施，以實現本公約所確認之權利。

三、本公約締約國承允：

(一) 確保任何人所享本公約確認之權利或自由如遭受侵害，均獲有效之救濟，公務員執行職務所犯之侵權行為，亦不例外；

(二) 確保上項救濟聲請人之救濟權利，由主管司法、行政或立法當局裁定，或由該國法律制度規定之其他主管當局裁定，並推廣司法救濟之機會；

(三) 確保上項救濟一經核准，主管當局概予執行。

透過此公約的規定，人民利用司法請求救濟的權利已被宣示為基本權。作為基本權，此一權利可以要求國家應制定相對應的制度，使人民可以透過司法救濟體制，當其權利受有侵害時，可以獲得適當救濟，此為民主法治國家人民「無漏洞權利救濟制度」的本質要求。相對於行政訴訟係屬第一次的

權利救濟，國家賠償制度就是第二次權利救濟。

專制時代盛行的「國家無責任論」的理論，在進入民主時代，已被摒棄。現代民主國家應就其不法行為負責之理論，已經完全取代國家無責任論，此稱為「國家有責任論」。而國家有責任的內涵，其本質為何？有所爭議。就此學理上有兩種學說：一是代位責任論；一是自己責任論。分述如下：

一、 代位責任論

所謂「代位責任論」係指國家賠償責任之成立，以公務員負民法上侵權行為責任已經成立為前提。因為公務員個人的資力，通常不足以支應此種責任，故由國家「代替」該公務員負起損害賠償責任。換言之，必須先判斷公務員成立民法的侵權行為責任以後，國家才代替該公務員負賠償責任。此時國家之負損害賠償責任，以個別公務員有故意過失為前提。故採代位責任論之國家賠償，在責任類型上，必同時採「過失責任」。國家代替公務員賠償之後，在一定條件下，可對該公務員行使求償權。本說以公務員與國家係處於「代理關係」作為出發點。

二、 自己責任論

本說以公務員與國家係處於「代表關係」作為出發點。

「自己責任論」認為，公務員應視同國家之手足，既然公務員的法定職權範圍內的行為，應視為代表國家，故其執行職務，因違法所造成之民事賠償責任，即不以個別公務員之侵權行為責任成立為前提，國家亦應負賠償責任。換言之，國家賠償責任係國家自己本來的責任，而非國家代替公務員負責之關係。

採自己責任論之國家賠償責任，通常亦採「無過失責任」或「危險責任」。無過失責任在現代危險源越來越多的情況下，有被作為平衡損益工具的趨勢。此種無過失責任的功能之一，係透過加重危險源製造者的責任，以平衡其製造危險源所可能獲得的利益，避免受害人尚須就故意過失及因果關係等問題負舉證責任。例如在消費者保護法的立法例上，對商品製造人課予無過失責任，即是基於此種損益平衡的法理，透過舉證責任轉換，使商品消費的受害者較易獲得救濟。但國家賠償責任採自己責任論，未必皆須令國家負無

過失責任。蓋國家賠償責任屬特殊之侵權行為，其責任之成立，以過失為要件，亦屬通常。是以，採自己責任論，並不排除過失責任。

三、我國憲法之決定

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。

司法院釋字第 469 號解釋理由書認為：

憲法第 24 條規定公務員違法侵害人民之自由或權利，人民得依法律向國家請求賠償，係對國家損害賠償義務所作原則性之揭示，立法機關應本此意旨對國家責任制定適當之法律。

但此之所謂「原則性之揭示」，究屬方針規定或屬憲法委託，意不甚明瞭，然本號解釋其進一步宣示：

……且在法律規範之前提下，行政機關並得因職能擴大，為因應伴隨高度工業化或過度開發而產生對環境或衛生等之危害，以及科技設施所引發之危險，而採取危險防止或危險管理之措施，以增進國民生活之安全保障。

釋字第 487 號解釋則較為明確地宣示，立法機關依據該規定：

有「制定」有關國家賠償「法律」之「義務」，而此等法律對人民請求各類國家賠償要件之規定，並應符合憲法上之比例原則。

綜合此二號解釋，吾人可進一步推衍，憲法第 24 條之規定，係一「憲法委託」，而不只是單純「方針規定」，且此種立法義務，不但要求形成國家機關對人民第一次的保護義務，亦要求形成第二次的保護義務。所謂第一次保護義務即「行政機關並得因職能擴大，為因應伴隨高度工業化或過度開發而產生對環境或衛生等之危害，以及科技設施所引發之危險，而採取危險防止或危險管理之措施」，而此些職務的不執行，人民得對之提起行政訴訟，亦即，國家職能之擴大，意味著國家法律義務的增加。第二次保護義務即指，違反此些義務的責任規定，因義務的擴大，同時也意味國家責任的擴大。但原則上，如尚有第一次的保護機制時，就不要直接用到第二次的保護機制，此稱為「第一次權利保護優先原則」。

伍、 公務員行為之國家賠償責任

公務員行為之國家賠償責任，於國家賠償法第 2 條規定之二種類型的國家賠償責任。一為公務員作為的國家賠償，另一為公務員不作為的國家賠償責任，分別說明如下。

一、 公務員作為之國家賠償責任

國家賠償法第 2 條第 2 項前段規定：「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，國家應負損害賠償責任。」此為積極作為之國賠責任規定，即公務員「做錯事」或稱「做了不該做的事情」。而公務員是否「做錯事」，在「公法上職務關係」及「管轄法定主義」的要求下，即應以客觀的法律規範為依據。公務員的作為必須具備以下七個要件，才會構成國家賠償責任：

（一） 公務員

此之公務員係指「依法令從事於公務」，有二個要素：

1. 依法令：若執行之任務，係直接依據「契約」，例如一般民間違規車輛的拖吊業者，其拖吊違規之停車係市政府警察局與業者的「承攬契約」，則該拖吊業者，並非「依法令」，而係「依契約」執行職務，則非此之公務員。若因拖吊過程造成車輛之損害，固有國家賠償的問題，但其賠償債務人，仍為警察局。其結果與受託行使公權力結果相同。

2. 從事於「公務」：所謂公務，須有行政機關基於法令之依據，所採取之公共事務之總稱，包括規制性及給付性的行政措施，例如處罰事務、社會救助、教育行政等。有關公務員退撫基金之操作，亦屬依法令從事於公務。但問題是，此些人員縱有「操盤不當」，對個別即將退休的公務員，可能造成潛在不利益，但應未構成對個別退休公務員「權利」的損害，另屬一事。

公務員包括受委託行使公權力之個人或團體。因為受委託行使公權力之團體，其執行職務之人於行使公權力時，視同委託機關之公務員。故國賠法上的公務員，係指「作用法上的公務員」，只要有執行法定職務之即屬公務員，其不必具有組織法上的「職稱」或「職等」。

國家賠償法第 4 條規定：

受委託行使公權力之團體，其執行職務之人於行使公權力時，視同委託機關之公務員。受委託行使公權力之個人，於執行職務行使公權力時亦同。

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。

故受委託行使公權力之個人或團體，所造成的事故，也有國家賠償責任的問題，例如財團法人海峽交流基金會（海基會）受行政院大陸委會委託行使兩岸文書之認證；民間修車廠受各地監理站委託行使汽車定期安全檢查職務等。然委託他機關執行任務，其責任並不因而脫免，而是責任的擴大。最高法院認為，此種受託之警察局保管贓證物不周的情形，委託之檢察機關仍有一般行政機關的責任，此非屬國賠法第 13 條實施追訴權之事務。

惟應注意的是，受委託行使公權力與行政助手應加以區分。受委託行使公權力之團體或個人，可以獨立執行職務，但行政助手，如義警指揮交通、義消協助消防工作，各機關的志工協助處理行政庶務，不可獨立為之，須有組織法上公務員在現場執行職務，行政助手才有介入之餘地，因為行政助手沒有取得獨立執行職務的地位。行政助手的協助行為發生違法情事，直接由義工所屬機關負責。至於如何求償，乃屬機關與各志工「協助契約」的問題。

（二）執行職務

國家賠償責任成立之第二要件為「執行職務」。執行職務之意義，有主觀說與客觀說之爭議：

1. 主觀說

此說認為國家賠償法所稱之「執行職務」，須該公務員具有該項法定職務，且該公務員有以之為「執行職務之主觀意思」，若行為人僅有「假藉職務機會」之意思，所為之行為，並非執行職務。換言之，主觀上該公務員係「假藉職務機會」而公報私仇，即不符「執行職務」之概念。此之職務係指「法定職務」，特別是在怠於執行的案型上，必須該職務係在管轄法定主義的範圍內，但如果該職務與其他機關具有「職務鄰接關係」，基於行政一體原則，該機關必須與其他鄰接機關相互合作，共同排除可能造成損害的因素，否則個鄰接機關即有可能成立「不真正連帶債務關係」。

2. 客觀說

客觀說又稱為「職務外觀說」，本說認為只要該項造成侵害的行為，由第三人觀之，在「時間」上、「空間」上及「行為外觀」及「行為樣態」上，綜合觀察，外觀上與公務員「法定職務」有「密切的關聯性」，即該當於國賠法上之執行職務，縱使該行為逾越其職務範圍，或根本非行為人之職務，亦同。蓋一般人民對公務機關的法定職務並未能清楚分辨，更何況行政機關內部的分工，無法強人所難能夠一一分辨清楚。

本文認為，以客觀說較為可採。如採客觀說，則一般公報私仇、假公濟私之濫權損害人民權利之行為，被害人即可請求國家賠償，而賠償義務機關賠償後，自可對應負責之人，行使求償權（國賠§2 III）。

最高法院 106 年度台上字第 2853 號民事判決【江國慶冤死案】即明白採取「職務外觀說」：

是所謂執行職務之公務員，應依一般社會觀念，外觀上係執行公權力之職務者即足當之，與該公務員依機關內部規則所劃分之權限執掌範圍無關；縱令該公務員逾越其法定執掌，仍應認其行為屬於執行職務之範疇。乙○○、甲○○於系爭命案發生時，分別擔任反情報隊中校參謀官、松指部上尉保防官，對江國慶執行訊問之職務，雖已逾越法定權限，然所執行訊問之職務外觀，核屬修正前軍事審判法第 64 條規定軍法警察執行偵查犯罪之範疇，其 2 人亦應認屬依刑事補償法第 1 條所列法律執行職務之公務員。

在職務的概念採客觀說的前提下，職務的範圍會包括法定職務行為、職務附屬行為，包括出差、出發及職務執行完畢回程之行為。例如警察巡邏完畢，回到警局的過程中撞傷人，亦屬於執行職務。

（三）行使公權力

此之「行使公權力」屬廣義之公法行為，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，並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，以達成國家任務之行為（最高法院 80 年度台上字第 525 號民事判決參照）。最高法院 88 年度台上字第 2214 號民事判決【垃圾車撞人案】亦採相同見解。

公權力之行為，須為司法權所得審查之行為，故如統治行為、外交行為、

政策決定的差池（例如曾於 2000 年 10 月間發生的停建核四案）或戰爭行為，縱可能造成人民權利之損害，例如「大陸變色，政府退守於台灣」，造成千萬個家庭流離失所，仍非國家賠償責任之問題。公權力行為包括：

1. 干預行政：

指公權力的內涵對人民具有干預性而言，除具有法律效力的下命處分外，也包括「事實行為」，例如人身自由之拘束、強制搜索、強制臨檢等。

2. 給付行政：

例如學校的教育活動，如實驗室的實驗，體育課的操練，入伍訓練，係屬行使公權力（事實行為）、供給營養午餐的行為、社會救助給付、教育訓練等。垃圾車司機於收集垃圾過程中，誤傷民眾，最高法院 93 年度台上字第 255 號民事判決【垃圾車誤傷民眾案】認為：

所謂行使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，並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，以達成國家任務之行為。垃圾車司機定時駕駛垃圾車至各指定地點收集垃圾，而民眾亦須依規定於定時定點放置垃圾，不得任意棄置，此為國家福利行政（給付行政）範圍，為公務員行使公權力之行為。

（四）行為不法

公務員本應依法行政，違反法規應遵守之義務即為「不法」，簡言之，此種類型為「做了不該做的事」。「不法」與「違法」，本質上並無差異。

公務員「行為不法」的本質，須以總體的行政機制來看，不限於個別公務員的行為具有不法性，亦不必個別公務員有刑事法上的不法性。

公務員的行為不法性之判斷，亦可以監察院的彈劾或糾正案或糾舉案作為依據，蓋監察院亦屬憲法機關，其執行職務亦有法定依據及程序，其追究公務員個人之責任或糾正公務機關的違法失職，雖非刑事責任，但仍具有高度的正當性，亦有一定的公信力。故國家賠償責任事件引用監察院的調查報告或糾正案的結果，亦屬正辦。【蘇花公路落石案】最高法院 104 年度台上字第 1515 號民事判決，即引用監察院糾正案作為認定道路養護機關違法性的依據。

監察院 100 年 4 月 12 日審議糾正案文，案由欄明示：交通部針對「公路養護手冊」規定巡查範圍僅限於用地或路權範圍內，至於用地或路權範圍外，屬上下邊坡不可分割者，卻未實施相關巡查，均有未當，爰依法提案糾正。顯示路權所及上下邊坡屬交通部及道路主管機關有不可分割之治理範圍。而公路總局四工處又就邊坡落石危險之防護，依其落石危險頻率及程度，訂有四種防護措施：（一）零星小落石：設置落石標誌、標線；（二）零星小落石或風化嚴重坡面：設置落石防護網；（三）易落石而危及行車安全者：設置防石柵欄、H 型鋼軌；（四）落石不停、嚴重危及行車安全者：設置明隧道。關於邊坡落石之防範，似為公路局應為管理者，裨供公眾通行使用之公路，通暢無阻，無往來之危險。……

所謂「行為不法」，有「結果不法說」與「行為不法說」之爭議：

1. 結果不法說

本說認為，一有損害之產生，即可「推定」該行為之不法性，因為法定職務的行為，不可能規定「已侵害人民的自由權利」為其內容，故有造成侵害的結果，即可推定有不法性。因此，公務員應負舉證責任證明該行為，不但有法律的依據，而且也具有實質的正當性。例如 2020 年 3 月發生全球大流行的武漢肺炎，衛生福利部作為主管機關，宣布從特定國家入境的國人，必須居家自主隔離 14 天，違反此一規定，並有罰則。此種造成人民自由權利的限制，必須由衛福部證明其措施有法律依據，並有正當性。

2. 行為不法說

「行為不法說」指該行為違反職務上之「法律義務」而言，此種違反法律義務之情形，指廣義之欠缺「正當性」與「合法性」之行為而言，包括違反具體之法律規定及違反一般之行政法原則，如比例原則或平等原則之行為。

此種「法律義務違反性」應由被害人民舉證。

3. 本文見解

本文認為，原則上「行為不法說」較為可採，蓋公務員之執行職務通常可受合法性之推定，故如被害人民主張該執行職務之行為有不法性，應負舉證之責；但此不代表結果不法說並不可採，在特別情事，採結果不法說，亦有其合理性。

故縱使屬官依據長官的命令有所作為，該屬官就公務人員保障法第 17 條（屬官已經負報告之責）及行政罰法第 11 條來看，都可以免責，亦不能免於「行為不法性」的指摘，因為基於國家「自己責任論」，全體公務員都是國

家的手足，個別公務員沒有成立賠償責任，不代表行政機關的機制即不具有不法性，故不應以屬官的故意或過失作為判斷行政行為不法性的基準，而應視「總體行政機制」是否符合法規規範的目的而定。因為全體的公務員集體行為的呈現，若屬於法定職務的範圍內，都「代表」著國家的行為，部分公務員雖無違法之虞或不成立責任，但總體行政機制還是出錯了，仍然屬於國家機關具有違法性。

（五）公務員有故意或過失

公務員作為之國家賠償責任須以個別公務員有故意或過失為其要件，此並不違反國家自己責任論之本質。何謂故意、何謂過失，民事法本身並無定義性規定，必須參照刑法之規定。換言之，在國家賠償法上之故意，係指「公務員對造成人民自由或權利損害之事實，明知並有意使其發生者或預見其發生而其發生並不違背其本意者」。

是以故意包括「知」（知情）與「欲」（任其發生）兩個要素。

過失則係指「公務員對造成人民自由或權利損害之事實，按其情節應注意，並能注意，而不注意，致其發生或雖預見其能發生而確信其不發生者」。

過失有三個要素，包括：「注意義務」、「注意可能性」與「不注意」。民事法上之過失，在類型上區分為「重大過失」與「輕過失」。其中輕過失，又區分為「具體輕過失」與「抽象輕過失」，由注意義務與注意可能性交互形成。

國賠法上的故意（包括直接故意與間接故意），與刑法定義同。但過失種類概念，必須依據民法的過失種類。民法上的過失，依其嚴重程度分為三等，即「重大過失」、「具體輕過失」與「抽象輕過失」。

判斷何事故具有過失，須就具體個案事實判斷，基於「自己責任論」，其判斷應以整體公權力行為為判斷標的。例如下級機關對法令之認識缺乏把握，乃請示上級機關予以解釋。上級機關違反一般法律解釋方法，枉為解釋，下級機關亦照樣執行，致造成人民損害，則上、下級機關之人員皆不免於故意或過失之責任。若採「代位責任論」，則以個別公務員的故意、過失為斷。

國家賠償責任之成立，應以善良管理人之注意義務為準，蓋公務員一般受有俸給，依據法令執行職務，通常並受有專業訓練，故只要個別執行職務之公務員未具有「善良管理人」之注意而具有抽象輕過失，皆足以成立國家賠償責任。但公務員得被求償者，國家賠償法明文規定，以個別公務員有故意或有重大過失為限（國賠§2 III）。換言之，個別國賠事件，有可能發生，行政機關應對特定民眾負國家賠償責任，但不能對個別公務員求償（例如公務員僅有具體輕過失或抽象輕過失）的問題。

個別案件發生，判斷公務員是否有故意、過失，以公務員「行為時」為準，因公務員作為之國家賠償責任，係屬行為責任，個別公務員是否有故意、過失，以行為當時對「事實」的認知而定。其所依據的法律規定，縱使事後被司法院宣告違憲，亦不代表該公務員有故意、過失。臺灣臺北地方法院 108 年度國字第 32 號民事判決【要求至警大受訓案】亦認為：

國家賠償法第 2 條第 2 項所規定之公務員執行職務行使公權力之故意或過失，應取決於公務員行為時之主觀認識（本文強調），而與行政處分之違法並無必然關係，縱使行政處分嗣後經行政法院判決認定於法不合，亦不能因此即推論公務員即有故意或過失，蓋因行政處分之作成常涉及對事證之證據價值判斷及相關法令之解釋，均具主觀性，若無何違常之顯然錯誤或其他不法行為存在，雖嗣後因受處分人循行政爭訟程序聲明不服，經上級機關或行政法院為相異認定而推翻，亦不能因此逕認為行政處分之公務員有故意或過失之不法行為，而應負國家賠償責任（最高法院 92 年度台上字第 556 號判決參照）。

（六）造成人民自由、權利之損害

公務員作為及不作為侵害的標的，國賠法第 2 條第 2 項規定為「人民」之「自由或權利」，標的相當廣泛，與第 3 條規定公共設施缺失所侵害的標的，限於「生命、身體、人身自由、財產」不同。

國賠法上的「人民」，其範圍除一般行政機關的相對人外，也包括該機關本身的「公務員」，若公務員不以機關公務員身分而受有損害者，仍屬此之人民，例如公務機關停車場設備有欠缺，造成機關內部人員之損害。

所謂自由或權利，包羅甚廣，包括各種公法或私法上之權利，例如人身自由、生命權、財產權、隱私或名譽權等。但國家賠償以金錢賠償為原則，以回復原狀為例外。如果公法上不具有經濟交易價值之權利，特別是基本權，受到侵害，既無法以金錢算定賠償金額，復無法回復原狀者，例如對有選舉

權之居民漏列，致其無法行使投票權；對合法之集會遊行予以阻絕，又如何賠償，頗有問題。但此為賠償範圍如何算定的問題，對此類事件，象徵性的賠償與訴訟必要之支出，立法例上應考慮列為賠償範圍。

何種法律地位可以構成權利，有一公式：「誰」可以依據「什麼規定」，向「誰」主張「什麼」。本公式中的四個疑問詞，如能具體化及特定化的狀態，即可稱為「權利」。

其中依據「什麼規定」，乃權利最重要的因素，即「於法有據性」，此之「法」乃指「保護規範」而言。有關自由、權利的範圍，包括民事法上足以成為侵權行為客體之自由、權利，諸如身體、健康、信用、名譽權等權利；其他人格權、營業秘密、專利權、著作權、隱私權、秘密通訊之自由等皆屬之。各種基本權，皆具有防禦權的功能，故基本權被侵害，均可請求賠償，並無異議。只是如何計算賠償數額，乃屬另一問題。

自由、權利是否受損，須先以損益相抵後之損失為準，若主張財產權受到損害，必須先行確認「損益相抵」的結果，財產總金額經「比較後」確定受有客觀損害，始可請求國家賠償。最高法院 86 年度台上字第 3615 號民事判決【土地漏未被徵收案】認為：

同一事實，一方使債權人受有損害，一方又使債權人受有利益者，應於所受之損害內扣抵所受之利益，必其損益相抵之結果尚有損害，始應由債務人負賠償責任。系爭土地於 77 年辦理僑平國小用地徵收之時，因被上訴人嘉義市政府承辦公務員之疏失而未辦理徵收，固係實情，惟因土地所有權仍屬上訴人所有，上訴人又未能證明另有可得之預期利益，則上訴人所受之損害，僅係 77 年辦理徵收時應得補償金額之法定遲延利息之損失而已，……況被上訴人嘉義市政府已於 83 年……函向上訴人表示依法定程序辦理徵收系爭土地發放補償費（按：現行法已改採「市價徵收」）等語，益徵上訴人並無損害可言。至占用土地所造成之損害，依通常觀念，僅止於土地所有人不能使用土地之損失，而非地價之損失，且上訴人既始終未曾主張其因被上訴人嘉義市政府占用系爭土地使其受有相當於租金之損害事實及為相當於租金之損害賠償請求，依民事訴訟採不干涉主義，法院自不得加以斟酌，並資為判決之基礎。

亦即，先確認有「損害」，才有國賠責任。本案從後來的結果來看，以嗣後的價格進行徵收補償，經濟計算上不至於較未徵收來得更不利，即無損害可言。

損害也包括傷後症候群，因為在醫學上，從相當因果關係的角度來看，

「傷後症候群」已屬於醫學有據之「併發症」，屬於通常會發生的傷害，應可列入國家賠償的範圍。但此種關係，常具有個案性，需個案判斷，因是否會產生「傷後症候群」與個人身心靈的狀態有密切關係，例如小學生被老師辱罵後自殺，辱罵與自殺間的相當因果關係如何？需另外判斷。

但一般法益侵害後的沮喪、失落、不滿、怨悶、哀怨、憂愁、擔心等負面情緒反應，則非屬自由權利之損害。

許多狀態的和諧，諸如家庭、婚姻亦屬法律所保障，如家人團聚權、婚姻和諧權，例如實務上可能發生，某人被違法羈押甚久，無罪釋放之後，婚姻已破碎。就婚姻關係被解消而言，亦應屬於權利的侵害，民法第 195 條第 1 項規定：

不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。

本條規定，亦適當標示出「不法侵害其他人格法益」的本身，亦屬權利的類型，婚姻屬人格發展重要的機制，本文認為，婚姻關係具有法律的基礎，故婚姻關係的穩定，亦屬人格法益的一環；但一般人際關係的良好發展，因無法律為依據，難以作為「權利」的依據。

（七）相當因果關係

公務員違法作為與自由權利的損害，須具有相當因果關係。

1. 一般相當因果關係的判斷

個別損害案件因果關係的判斷，有二個階段。

第一階段：條件關係。要先確認，事件的發生該因素是否為「不可欠缺的條件」，例如特定公務員違法作為是本損害案件的不可或缺的條件。

第二階段：相當關係。其次要判斷「事件通常發展歷程上」，從經驗法則來看，是否增加了損害發生之危險，而該損害就在通常可預見的範圍內，即具有相當因果關係。若有獨立發生的事由，足以中斷通常因果歷程，則不具相當因果關係。但此階段的判斷，只要判斷，經驗法則上，有此違法作為，是否會發生「損害」即可，不必是與該個案損害型態上一模一樣的損害。

最高法院 86 年度台上字第 224 號民事判決認為：

「無此行為，雖必不發生此損害；有此行為，通常即足發生此種損害，是為有因果關係。有此行為，通常亦不生此種（本文強調）損害者，即無因果關係。」

本判例的論述「有此行為，通常即足發生此種損害」的「此種」，應屬過於狹隘。本文認為，相當因果關係的判斷，只要「相當」就夠了，不需到「必然」的程度。是以，相當因果關係應是「有此行為，通常即足發生類此損害」，即為有因果關係。

例如【被冤枉的小學生自殺案】：某公立小學老師，班上有一名憂鬱症男學童，平時家長有備用抗憂鬱藥物供其使用。但剛好碰到家長有另外的操心事，忘記給該學童服用抗憂鬱藥。某日有女生遺失寶貴的橡皮擦，老師懷疑是該有憂鬱症的學童偷取，而於班上課堂上直接質疑該男童：「是不是你偷的？」此一質問造成該學童情緒激動。二天後，女生來報告老師，橡皮擦是其他同學暫借而未告知。疑雲雖然解決了，該男童的創傷卻一直持續加深。老師也不以為意，並未以相同方式（全班課堂），當眾澄清或也未道歉。該學童心裡一直悶著，最後留下遺書跳樓自殺。遺書內容說：「他被老師冤枉，以死明志……」。此種情節下，學童家長是否可請求國賠？

此一案件，教師的行為，違反「揚善公堂，規過私室」的教育原則，老師縱使懷疑特定學生，也應私下詢問，不應在全班課堂上公開直接質疑特定學童。此舉會對該學童的名譽、人格造成嚴重傷害。但從相當因果關係的「相當性」來判斷，冤枉小學生，是否通常會導致「類此自殺」的結果？從經驗法則來看，「應不至於」。特別是本案係因該學童有憂鬱症，又在停藥期間，其自殺可能較多源於憂鬱症，並非老師單純的「質疑」就會導致學童自殺。是以此種案型，在因果關係的判斷上，不易成立。

2. 因果關係歷程的阻斷

實務上，法院認為必須加上其他人的行為才會構成侵害者，會認為欠缺相當因果關係。例如最高法院 93 年度台上字第 1467 號民事判決【持誤貼照片身分證冒貸案】認為：

屏東縣高樹鄉戶政事務所承辦人員縱疏未注意審核申請人提出之文件或資料而補發「陳○源」身分證，並核發印鑑證明予自稱「陳○源」之「台生」，然該項過失行為並不必然發生被上訴人中國人壽保險股份有限公司受詐欺之結

果，似尚須結合被上訴人中國人壽保險股份有限公司疏未辨識身分及調查債信等行為，鐘○娟等三人持「陳○源」之系爭不動產所有權狀暨被上訴人中國人壽保險股份有限公司與之共同申請設定抵押權登記之行為，始有發生被上訴人中國人壽保險股份有限公司被詐害結果之可能。準此而言，被上訴人中國人壽保險股份有限公司之損害結果與上訴人屏東縣高樹鄉戶政事務所承辦人員之過失行為二者間，能否謂有相當因果關係，尚非無研求之餘地。

此一見解，本文持保留見解，畢竟該錯誤之身分證係由戶政事務所發出，且一般冒貸案，使用偽造的證件，毋寧為經驗上可以想見的事項。

二、 公務員不作為之國家賠償責任

(一) 公務員怠於執行職務之結構

公務員不作為是否有「故意或過失」的要件，首先須探討，公務員不作為的國賠責任，是否為「無過失責任」？此係立法論的問題或法解釋論的問題？

國賠法第 2 條第 2 項後段規定：「公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者，亦同。」此條文之「亦同」，係同「構成要件」？或同「法律效果」？

從立法結構上來看，本條項後段，在立法技術上係「完全法條」。換言之，本條項後段的規定是構成要件與法律效果都同時完整具備的法條。本段最後二字「亦同」，所指稱者乃「國家亦同負賠償責任」。其構成要件是：「公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害」，法律效果是：「國家（亦）應負損害賠償責任」。因此，本段不是承接前段的規定，因其中並無公務員應有「故意或過失」的要件。故解釋上，公務員之不作為國家賠償責任，從「法解釋論」來看，可以解釋為不以故意、過失為要件的「無過失責任」。因為國家賠償責任若採自己責任論，會包括無過失責任；若採代位責任論，則由國家代替具有侵權行為責任的公務員負責，必限於以公務員的過失責任為前提。

主張公務員不作為的國賠責任係屬「無過失責任」的解釋方法，乃是落實「自己責任論」的理念。本文較傾向採「無過失責任」的解釋。蓋採此說可以擴張國賠成立的範圍，對人民較有保障。

換言之，如果「立法論」上，不以個別公務員具有故意、過失作為公務員怠於執行職務國家賠償的要件，也符合國家賠償法擴大人民權利保護之要旨。

（二）司法院大法官解釋的意旨

釋字第 469 號解釋認為「不作為之國家賠償責任」，仍屬過失責任，該號解釋理由書稱：

法律規定之內容非僅屬授予國家機關推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，且法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地，猶因故意或過失怠於執行職務，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人得依國家賠償法第 2 條第 2 項後段，向國家請求損害賠償。

解釋理由明白揭示：「……猶因故意或過失怠於執行職務」，亦即公務員怠於執行職務國家賠償的類型，仍以公務員有故意過失為其要件。此種解釋，維持著公務員行為皆須有故意過失的要件，亦屬體系一貫的解釋。此為通說之見解。

（三）公務員怠於執行職務的要件

公務員不作為之國家賠償責任，其構成要件有：

1. 公務員

此之公務員，意義同前。

2. 故意或過失

公務員不作為之故意或過失，是否為國家賠償責任應具備的要件之探討，已如前述。

3. 怠於執行職務

從道德層次的觀點來看，古語云：「力能為善而不為，即為惡；勢能為惡而不為，即為善。」又云：「為善如春風蘊草，不見其長而日有所長；為惡如刀磨礪，不見其損而日有所損。」公務員怠於執行職務之不法性來自於「力能為善而不為」的要求，但此之「為善」，須以法規範有明文規定或法理上有所依據為限，以免過度抽象而欠缺法明確性。

在法規範的層面，公務員怠於執行職務之不法性，則求諸於保護規範理

論。此之「職務」，應指以保護或促進人民之利益為目的之法定職務。就此一要件，最高法院曾著有一錯誤之判例，即 72 年台上字第 704 號判例，該判例原稱：

國家賠償法第 2 條第 2 項後段，所謂公務員怠於執行職務，係指公務員對於被害人有應執行之職務而怠於執行者而言。換言之，被害人對於公務員為特定職務行為，有公法上請求權存在，經請求其執行而怠於執行，致自由或權利遭受損害者，始得依上開規定，請求國家負損害賠償責任。若公務員對於職務之執行，雖可使一般人民享有反射利益，人民對於公務員仍不得請求為該職務之執行者，縱公務員怠於執行該職務，人民尚無公法請求權可資行使，以保護其利益，自不得依上開規定請求國家賠償損害。

此號判例錯誤且屬不當地限制國家賠償責任成立之要件，非但不符合國家賠償法本身之精神，且與憲法之國家賠償規定大相刺謬。

公務員怠於執行職務之國家賠償責任，無論在憲法上，或在國家賠償法上，均未規定以人民對該公務員有公法上請求權為要件。國家賠償法毋寧也只是規定怠於執行職務。若與相類似的德國法規定（德國民法§389）相較，所謂職務應是指「對人民負有執行之職務義務」（*Amtspflicht gegenüber Dritten*）而言。某種職務被定位為對人民負有執行義務者，乃因該職務係以保護可得特定之人民免於受到損害或積極促進其利益為目的。此種保護第三者之目的不必是該職務唯一的目的，而是只要為該職務目的之一即為已足。此種職務之存在，使人民得對公務員請求發動一定之職權，此在日本稱之為「行政介入請求權」；在德國則稱之為「無瑕疵裁量請求權」。但此為行政訴訟法上的概念，與國家賠償責任是否成立，係屬實體法的問題不同。最高法院 72 年台上字第 704 號判例誤將「公法上請求權」之訴訟權能概念，錯置於國家賠償法之實體權利上。實者，國家賠償責任之成立，並不以人民行使行政介入請求權未果為要件。公務員若怠於執行以保護第三人為目的之法定職務，即屬國家賠償法第 2 條第 2 項後段所規範的「怠於執行職務」。此之被怠於執行之職務成為國家賠償責任之構成要件者，並不在於「職務對第三人的特定性」，更不是指「經第三人請求執行而不執行之職務」，而是指「以保護第三人為目的之法定職務」。亦即，一種法定職務若以保護可得確定之人民為目的者，即屬國賠法上所規定之被怠於執行之「職務」，此稱為「保護規範理論」。

換言之，若公務員之職務旨在保護一般抽象的公共利益，例如一般警察之維護治安，稅務人員查稅旨在維護國家稅收，都市計畫旨在促進都市利用之機能，其怠於執行職務，發生凶案或致有逃漏稅事件，或都市計畫不當而常發生交通堵塞，或違規停車未予適時取締，致生車禍，均不生國家賠償之問題。

4. 怠於執行職務的類型

(1) 完全不作為

完全不作為的類型，乃處於完全不依法規規定啟動職權的執行，此種完全的不作為，可能由於不知有法規的存在，或人員、預算不足，對特定的職務行為完全未予執行而言。最高法院 100 年度台上字第 2141 號民事判決稱：

依當時之建築法第 56 條、第 58 條，地方主管建築機關於建築物施工時應勘驗建築物之規定，其目的係為保障人民生命、身體及財產等法益，且係對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定，該管機關公務員自負有勘驗之作為義務，而無不作為之裁量空間。若該管機關所屬公務員未就大樓建築工程中必須勘驗部分，於施工中予以勘驗，為怠於執行職務，與該建物不能承受九二一地震之地震力而倒塌，具有相當因果關係，人民自得依國家賠償法第 2 條第 2 項規定，向該管機關請求損害賠償。

(2) 不完全作為

不完全作為係指主管機關雖然發動了職權，但因為其他障礙，發生無法達成法規目的的結果，例如消防隊接到 119 火警通報，雖出動消防車，但到達現場卻遲到 30 分鐘，結果火場已燒成灰燼，救火已無實益。

實務上，【戴奧辛鴨蛋案】中，養鴨人家主張 92 年 7 月間經檢測得知台灣鋼聯公司之戴奧辛排放量，遠高於一般政府所訂戴奧辛排放標準，竟未啟動政府管制權力，強制台灣鋼聯公司停工接受檢查，僅形式上要求台灣鋼聯公司應立即改善，亦未以當時已在其他焚化爐防制戴奧辛過度排放使用之設備對台灣鋼聯公司提出要求，顯係故意侵害渠等權利，導致其鴨蛋受到戴奧辛污染，因而請求國賠。臺灣臺北地方法院 96 年度國字第 4 號民事判決及臺灣高等法院 97 年度上國字第 9 號民事判決均認為：

（環保署）於得知台灣鋼聯公司排放戴奧辛平均濃度過高後，依當時所得相關資訊，雖未立即要求台灣鋼聯公司停工，而採取上開相關改善措施，實乃屬被上訴人之行政裁量範疇，尚難執此即謂被上訴人怠於執行職務……。

換言之，實務上認為，此種管制「有害物質」的職務，仍屬可以「裁量」如何執行的職務。但如果以釋字第 469 號解釋，有關機關應該採取「危險防止或危險管理之措施」的角度來看，認為此種措施都還有裁量餘地，似乎有商榷的空間。

5. 怠於執行職務的不法性

要判斷公務員不作為的不法性，應先求諸於法規所要求的「執行義務」是否具有保護規範之性質。執行義務來自於規範的意旨及個別事件所處的情形，亦即不法性有二種型態：

- (1). 違法法律上的義務。
- (2). 從個案上觀之其裁量權已限縮至零。

行政不作為之不法性，以行政機關對人民有作為義務而怠於執行即已構成，而不以人民對之曾行使「行政介入請求權」為要件。蓋此之行政介入請求權，屬程序性之權利，屬第一次權利保護所可行使之訴權，此權利與屬第二次權利保護之國家賠償請求權不同，行政訴訟「訴權」的判斷與國家賠償責任不作為不法性的判斷，本屬二事。

此之不法性，釋字第 469 號解釋（理由書），指違反下述兩種職務義務：

第一，個人權益保護之職務：法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的即屬保護個人權益。行政機關依此種規範所為之行政處分，為羈束處分。

第二，行政裁量限縮至零之職務：如果行政機關本有一定之行政裁量權限，但有「裁量權限縮至零」的情況，行政機關不但沒有「決定裁量」之選擇不作為的裁量餘地，人民更有「無瑕疵裁量請求權」，可以要求行政機關作正確的「手段裁量」。故行政機關之「不作為」或「不為完全作為」即具有不法性。裁量權限縮至零之情況，依釋字第 469 號解釋意旨，包括三個要件：

- (1). 人民（重要）法益所受侵害之危險迫切；
- (2). 公務員對於損害之發生可得預見；
- (3). 侵害之防止仰賴公權力之行使，非個人之努力可能避免。

故怠於執行之職務，如果已屬「保護規範職務」範疇，公務機關的不執行，即可擬制為具有不法性。

此外，裁量權限縮至零的職務，主管機關若因故意、過失而不作為，或雖有作為但仍不合法規目的，亦屬具有不作為的不法性。由於裁量權分為決定裁量（是否）、選擇裁量（如何），是以不作為的裁量限縮至零，尚可分为「決定裁量限縮至零」及「選擇裁量限縮至零」，例如消防任務在有火災時，可視情形決定派出多少車輛救災或應派出何種救災車輛（撒水車、泡沫車、雲梯車等），但不可不出動人員或車輛救災。因為消防救災的任務，幾乎都是裁量限縮至零的任務。

在完全不作為之不法性的類型上，不作為之公務員是否具有不法意思，亦在所不論。如果依事實狀況，可直接認定的法律效果，公務員有所不為，即會構成完全不作為。【拒發建照案】其事實狀況為：如果私人土地依事實狀況已非既成巷道，其地目雖為道，但現況已非供公眾通行使用者，得由建管單位本於權責核發建造執照後，另檢附相關文件，逕向地政機關申辦地目變更手續，得免再申請核發廢道證明，但鄉公所未本於權責核發建照，即具有不法性。

一般民眾車輛失竊的報案，若警察「吃案」，匿而不報，因而未積極緝查；或民眾提供線索，但警察仍怠忽該線索而未緝查，致錯失破案機會。此種情形是否屬於完全不作為，值得研究。

重點在於，警方接受報案並留檔交辦續查，是否屬於「保護規範的職務」？若肯定之，則警察吃案，立刻構成「怠於執行保護規範之職務」。就此而言，「報案」通常係針對特定的犯罪請求偵辦，縱使警方努力執行職務，亦可能有「偵不破」的案件，蓋世界各國刑事案件均有「犯罪黑數」的問題，但特定人已針對特定犯罪案件表示應予追究，則警方即無裁量不予處理的餘地。雖然案件未必能破案，但吃案本身即會構成保護規範職務的違反。

【韓國水原殺人分屍案】南韓警方怠職，致報案女子被姦殺死亡並分屍案即屬此種案型，該女子家屬，在韓國有獲得國家賠償。

在不完全作為之不法性的判斷準則上，由於法規要求主管機關應依法規目的「敬業」地作出應有的措施，其目標在於能達成主管機關的「專業性」，但不是以是否成功達成任務為判斷標準。換言之，不以機關的作為是否合乎

請求權人的期望為標準，例如醫師受委任進行手術，手術儘管完美，但病人仍可能死亡，此時仍不可苛責醫師，因為「神仙難救無命客」。

在消防隊救火的過程中，也不是要求消防隊員必須對火場在多久期間內控制火場，因為各種火場有不同變化多端的態樣，主管機關必須「敬業」完成「專業」任務，避免不必要的犧牲。在山難救援過程中，此種也不是要求必須救難成功，才能免於責難，而是要符合法規所要求的專業層級的任務。

在「決定裁量限縮至零」的案型上，行政機關不可以選擇不作為，但如何作成最佳化的決定，仍有裁量空間。而所謂「選擇裁量限縮至零」，係指行政機關所選擇的手段，在專業的觀點下，必須符合該專業應有的水準及足以達成目標，亦即符合法規的目的。但所謂「足以達成目標」，並非以「成敗」論英雄，而係該手段已符合該專業領域的水準，足以達成目標。但因其他因素，縱有未能達成目標者，亦不至於構成怠於執行職務。所以「選擇裁量限縮至零」觀察的重點，不是結果是否成功，而是「是否可能成功」或「可避免失敗」。在行政機關「決定裁量」及「手段裁量」均具限縮至零的狀態，「不完全作為」與「完全不作為」等價，即具有不法性。

以「捕捉野犬職務」是否已屬裁量已限縮至零的狀況？實務上，臺灣臺南地方法院 92 年度國字第 14 號民事判決【野犬咬死婦人案】即稱：

依動物保護法……規定可知，沒入（捕捉）遭飼主棄養之動物，係縣（市）政府之法定職務。且縣（市）政府得沒入（捕捉）遭飼主棄養之動物之規定，其目的除係保護遭飼主棄養之動物外，亦是為避免一般人民遭飼主棄養之動物攻擊，即其目的亦係為保護人民生命、身體等法益，縣（市）政府主管捕捉遭飼主棄養之動物事務之公務員，對遭飼主棄養之動物，自負有捕捉之作為義務，並無不作為之裁量餘地，如該管公務員因故意或過失怠於執行職務，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人自得依國家賠償法第 2 條第 2 項後段之規定，向國家請求損害賠償。

此一判決即引用裁量權限縮至零的觀念而作成成立國家賠償責任之判決，值得贊同。但最高法院 95 年度台上字第 301 號民事判決【野犬咬死婦人案】持相反見解認為：

動物保護法第 1 條第 1 項所揭示之立法目的在於「尊重動物生命及保護動物」，因而於第 6 條乃明定：任何人不得惡意或無故騷擾、虐待或傷害動物。第 11 條第 1 項復規定：飼主對於受傷或罹病之動物，應給與必要之醫療。均係本於第 1 條第 1 項之立法目的所為之延伸規定。同法第 32 條第 1 款固規定，

主管機關對於違反第 5 條第 3 項規定棄養之動物，「得」逕行沒入。惟該條文係規定在該法第六章所定之「罰則」內，立法形成上是否僅係主管機關對於棄養動物之飼主所得為之行政處分？抑或併含有保護特定人民生命、身體或財產法益之目的考量，因而符合上開解釋意旨所謂「法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對『可得特定之人』所負作為義務已無不作為之裁量餘地」之情形？亦與得否依民法第 184 條第 2 項前段規定，為上訴人台南縣七股鄉公所所屬公務員怠於執行職務過失推定之認定，並使被上訴人因而得免除就此部分之舉證責任，所關頗切，非無詳為研求之餘地。則依上開動物保護法規定之結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素為綜合判斷，被上訴人之被繼承人黃陳○蓋，是否為動物保護法第 32 條第 1 款規定所保護之「特定人」或「可得特定之人」，而得以上開解釋為有利於被上訴人之認定，即非無疑。

又遭人棄養之野狗具有流動性，捕捉本有相當程度之不確定性，防止其突發性的侵害，當難全仰賴公權力之行使，個人之防護措施仍係防止野狗突發侵害之有效之道。況且，動物保護法第 32 條第 1 款，既僅規定主管機關對於違反本法第 5 條第 3 項規定棄養之動物，得（本文強調）逕行沒入，則主管機關對於遭人棄養之野狗，究竟沒入與否？當視能否掌握該野狗之動態及捕捉之可能性而定，足見主管機關對此仍有相當之裁量空間，而非已無裁量之餘地。

本件最高法院的見解，徒以動物保護法第 32 條之法條文字：「主管機關對於違反第 5 條第 3 項規定棄養之動物，『得』逕行沒入……」認為鄉公所對於流浪動物有裁量是否逕行沒入之權。此種誤解與一般庶民見解相近。蓋法條所謂「得」之規定，未必皆屬「裁量規定」，亦可能屬於「賦予權限」規定。有此權限之後，如何行使，則須視該權限行使的具體情結而定，非可一概而論。如果可以預見該執行之不行使，在特定的時、空，會造成人民生命、身體、財產的損害，則焉有裁量不行使之理。

本案的特定時空，是在七股鄉的海濱，不是在菜市場邊，所有的野狗幾乎都是「餓鬼」。該區居民也數度陳情鄉公所應捕捉野犬，亦屬徒勞。從臺南地院原審判決中可以得知，當地海濱，一週內可以捕捉將近 300 隻餓昏昏的野狗，可知當地域處於多麼可怕之境遇，最高法院本判決僅以「保護規範理論」及「裁量理論」作依據，認為地方政府對野狗仍有「置之不理」的裁量空間，只能說是法官缺乏對「人間」實態的理解，也缺乏對基層地方政府會如何怠於執行職務的理解，其所採見解令人遺憾，該判決失去教育行政機關的功能，徒使地方政府可以繼續怠於處理野狗的問題。

6. 造成人民自由權利損害：

公務員怠於執行職務侵害的自由、權利，其內涵與前述相同。

7. 相當因果關係

如何判斷公務員的怠於執行職務，會與人民權利受損有相當因果關係，須以職務的正當執行，在因果關係鏈上，客觀上具有「相當性」始足以構成。若公務員縱使已盡注意之能事，但因第三人違法之行為，導致事故發生，無法期待特定公務員應做何種法定職務範圍內之職務，亦即法定職務的執行與損害事故間不具「相當性」，則「怠於執行職務之行為」即與「人民權利損害」間不具有相當因果關係。

實務上，在【八仙塵爆國賠案】上，臺灣士林地方法院 107 年度重國字第 1 號民事判決認為：

本件交通部觀光局所屬上開公務員既有前述因過失怠於執行觀光遊樂業管理規則第 37 條第 1、4 項、發展觀光條例第 54 條第 1 項所定職務；新北市政府所屬上開公務員亦有前述因過失怠於執行都市計畫法第 79 條第 1 項、建築法第 25 條第 2 項、第 86 條第 2 款前段、第 37 條第 1 至 3 項所定職務之行為，自應審酌其等行為與附表二編號 1 至 10 所示被害人死亡間，有無相當因果關係。茲論述如下：

……雖交通部觀光局與新北市政府所屬公務員前述怠於執行職務之行為，不必係原告所受損害發生之唯一因素，然兩者間仍必須具有相當因果關係。而「快樂大堡礁」係屬水域遊樂設施，縱上開公務員怠於依前述規定，命八仙公司停止其營業之一部或全部、勒令拆除、勒令停止使用、限期改善，未經複檢合格前不得使用，依客觀之審查，在一般情形有此一環境、條件存在，通常係八仙公司違法對外開放「快樂大堡礁」供遊客使用，致遊客因使用該設施游泳、戲水所受損害，縱使該公務員未怠於執行上開職務，所能防止人民遭受受害者亦為上開損害。……惟瑞博公司係向八仙公司承租乾燥之「快樂大堡礁」作為舞臺及舞池，舉行系爭彩色派對，並非作為一般通常水域遊樂設施使用，其損害發生之環境及條件已全然不同，又因前揭人為疏失肇致系爭塵爆，此顯然為偶發之獨立事件，實非前述公務員所得預見，並事先加以預防，依前揭判決意旨，難認該公務員怠於執行上開職務與原告所受損害間，具有相當因果關係。

此一判決值得贊同，因為無法期待公務員對於業者的活動會採取何種方式以及對損害結果有任何認知，故應無因果關係。

此外，【民生社區輻射公害案】中，法院認為主管機關原子能委員會對

於房屋有輻射的狀況，已處於有保護義務的狀態。民生別墅輻射屋事件源起於 74 年啟元牙科診所安裝 X 光機時，意外發現牆壁有異常的輻射現象，原能會雖派員前往檢查，確定有輻射反應，但卻未告知同棟建築物的住戶，也未對其他住戶進行檢測。一直到 81 年媒體報導後，住戶才行得知，但住戶已受輻射曝露長達 7 年之久。本案臺灣高等法院 87 年度重上國字第 1 號民事判決亦肯認：

公務員應忠心努力，依法律命令所定執行其職務（參照公務員服務法第 1 條），故如有違背其職務義務之行為，即常被推定具故意過失。因此主張成立國家賠償責任之被害人，只須證明公務員有違背其職務義務之行為而使其受害，不須更證明行為人有故意或過失，如國家機關欲免責，必須舉證證明公務員有不可歸責之事由。又違反保護他人之法律者，推定其有過失，民法第 184 條第 2 項亦定有明文。本件上訴人機關所屬公務員違反職務義務之法令，其法規目的具有保護面臨具體游離輻射傷害之特定或可得特定之人，生命、身體、健康之利益，已如前述，即屬保護他人之法律，上訴人機關所屬公務員於 74 年 4 月得知民生別墅之建物中有遭強烈輻射污染之情形，並已追查得知受污染者係建物使用之鋼筋，竟違反前述之檢測、告知義務，致包括被上訴人在內之居民繼續居住、活動達 7 年之久，造成身體健康之危害，應推定其有過失，上訴人既不能舉證證明其所屬公務員並無可歸責事由，即成立怠於執行職務致人民權利受損害之國家賠償責任。

此一判決引用「保護規範理論」作為「推定公務員有過失」的論據，在採「自己責任論」的理論下，值得贊同。因為原子能委員會對於房屋有輻射的狀況，既然已處於有保護義務的狀態，且能夠採取法定職權予以早期發現，拆除繼續危害人體健康的建築，則其不採取相對應的措施，即與健康權損害間，具有相當因果關係。

陸、結論

從人類歷史發展來看，國家賠償制度是民主國家與專制國家的分水嶺，沒有國家賠償制度，人民永遠都是統治者的奴隸。人民權利救濟制度，第一次是透過行政爭訟，第二次就是透過國家賠償制度。

公民與政治權利國際公約第 2 條第 3 項規定了「人民有效的司法救濟權」，國家賠償制度就是此一機制的具體落實。

公務員之從事公務，是國家權力的承擔者，國家透過立法制度，把公務員「職業化」，並透過各種職務規定，包括保持憲法忠誠、禁止兼職的義務、

維持中立、禁止曠職等，並有「嚴格的考評制度」（公務人員考績法、公務員懲戒法），都源自於國家將公務員視為國家組織的一個成員來看待。

因此，公務員與國家係處於「公法上職務關係」的架構下，公務員執行職務已與國家成為一體，必須以「去個人化」的地位，執行法律秩序所要求的任務。公務員執行職務需要「專業能力」與「敬業精神」。有專業能力，才可能把公共事務處理好；有敬業精神，才可以讓民眾信賴，並贏得尊重。故透過分科考試的制度，加上訓練，使公務員具有執行職務的能力。法律要求公務員在具體案件上應進行衡量，其本質為「合義務性裁量」，應考量授權裁量法規的立法目的及一般法律原則。

由於公務員的行為應等同於國家行為，代表著國家；亦即公務員的各種措施，其效用就是使受到措施效力所及的人民，包括強制干預措施及給付行政措施，全部都應納入整個國家法律秩序中，古語謂：「足寒傷心，人怨傷國」，此一道理並不難懂。古時候有「苛政猛於虎」的現象，苛政不會自動執行，必然是透過官員執行的。是以國家透過公務員的各種作為及不作為，成為一個不斷整合的實體存在。人民有權利質疑由公務員所代表的國家行為是否符合國家的本質義務，若公務員有誤失的行為，國家沒有理由拒絕承認其屬國家行為，是以公務員若有過多的不合法行為，人民就很容易喪失對國家的信賴。故國家賠償責任應以國家「自己責任論」作為立論基礎。