

2014 訴願暨
國家賠償
專論選輯

序 言

「訴願新制專論系列」叢書自 88 年 6 月初版發行問世以來，深受各界歡迎，索閱者衆多，係訴願相關行政救濟業務年度重要文獻，而本府訴願審議委員會與法規委員會爲配合臺北市政府精簡組織，並有效整合法律業務，已於 101 年 9 月 18 日合併成立爲臺北市政府法務局，因考量業務整併，爰進一步將本專論系列研析範圍，擴及國家賠償，以加強社會各界及本府同仁對於訴願及國家賠償業務之瞭解。另爲促進學術與實務深度交流，解決實務難題與爭議，本局除賡續針對訴願法、國家賠償法及行政法等相關法律領域之重要議題舉辦或協辦相關學術研討會、座談會及演講會，以厚植本府同仁法制實力外，並就重大實務爭議案件，委託專家學者或民間公正機構研究提出法律或其他專業領域鑑定意見書，以增進本府訴願審議品質及公信力。因此，本書將研討會中學者專家所提出之精闢見解及鑑定意見書彙集成冊，期能拋磚引玉，激發各界提出更多對於訴願及國家賠償事項之研究與精進。

爲因應訴願法及行政訴訟法近年來的變遷及制度調整，本府早於 88 年初即成立「行政救濟新制因應小組」，積極舉辦與行政救濟法制有關之各項學術演講會、座談會及研討會，不僅促進實務界與學術界之交流，並對行政法制若干課題形成共識。自 92 年起，更以訴願新制施行後之實務經驗爲基礎，舉辦一系列的訴願實務問題研討會，就

本府所屬各級機關所涉及之行政救濟實務問題，分門別類作深入探討。另國家賠償法自 70 年施行後，本府即函頒實施「臺北市府國家賠償事件處理要點」，建構府級的「臺北市府國家賠償事件處理委員會」，由本府秘書長擔任召集人，並延聘府外之學者、專家擔任委員，以期秉持客觀、公正與專業超然之立場，審議人民提出之國家賠償請求事件，及督促各機關對所屬公務員行使求償權，並檢討事故發生之原因，以期即時改善行政作為及加強公有公共設施設置管理，維護人民之權益，更有助於減少本府國家賠償事件之發生。

本次所發行之專論，除蒐集本府與新北市政府共同舉辦「103 年度北二都訴願實務研討會」之「訴願法上利害關係人之界定－以建築法上鄰人爭訟為例」、「訴願前置主義之再檢討」2 篇研討內容外，並蒐錄 101 年至 103 年度本府所舉辦國家賠償研討會之「從人權保障之發展趨勢談國家賠償法」、「國家賠償事件中『顯無賠償責任』認定之理論與實務」、「消防標準作業流程與國家賠償案例之研究」3 篇研討內容。同時將本局 103 年度委託學者專家撰寫之 3 篇法律鑑定意見書，分別為「53 年公共設施保留地課徵地價稅之公平性研究」、「訴願決定前訴願人死亡，訴願決定之效力及承受訴願相關問題之鑑定意見」及「違章建築檢舉人是否為建築法保護對象之探討－以保護規範理論為中心」，完整蒐錄，以饗讀者。

本局此次將相關研討會論文及法律鑑定意見書內容完

整呈現，期以本書之編印發行，能有助於發揮減少法律爭議問題之效果，俾使實務運作更為順遂，並利讀者能在短時間內有系統地瞭解訴願及國家賠償之理論與實務的最新動向。在此，本人對學術界及實務界法學先進長期以來對本局業務與研討會之指導及支持，表達由衷的感佩，對本局同仁所作之諸多努力與辛勤付出，亦深表嘉許。

本書編輯工作雖力求周全，校勘力求精確，惟因時間倉卒，疏漏諒難避免，尚祈先進賢達不吝指正。

臺北市政府法務局

局長 蔡立文 謹識

中華民國103年12月

目 錄

序言

第壹編 訴願

第一章 訴願法上利害關係人之界定－以建築法 上鄰人爭訟為例.....	13
壹、前言.....	13
貳、利害關係人之界定.....	18
參、權利及法律上之利益之界定－保護規範理論.....	25
肆、結論.....	53
第二章 訴願前置主義之再檢討.....	56
前言.....	57
壹、訴願前置主義與訴願制度之溯源.....	61
貳、整體行政救濟程序中之訴願前置主義.....	81
結論.....	87

第貳編 國家賠償

第一章 從人權保障之發展趨勢談國家賠償法..... 97

壹、前言..... 99

貳、人權保障之發展趨勢與依法行政..... 99

參、「違法」行使公權力之認定..... 131

肆、怠於執行職務之認定..... 139

伍、國家賠償法再建構之展望..... 142

陸、結語..... 145

第二章 國家賠償事件中「顯無賠償責任」認定 之理論與實務..... 147

一、前言..... 147

二、臺北市府98年度至101年度國家賠償
「顯無賠償責任」之案件分析..... 149

三、顯無賠償責任之理論建構？---代結論..... 178

第三章 消防標準作業流程與國家賠償案例之研究	180
壹、緒論.....	181
貳、法規範下之消防與國家賠償責任.....	190
參、國家賠償法第2條第2項之分析.....	208
肆、消防國家賠償案例分析與探討.....	226
伍、結論與建議.....	236

第參編 鑑定案

第一案 「53 年公共設施保留地課徵地價稅之公平性研究」鑑定意見書	241
一、問題的提出.....	242
二、現行法上有關公共設施保留地之規定與實務態度.....	244
三、「開闢說」的論點.....	255
四、土地供公用作為減免地價稅之正當化理由.....	258
五、自辦都市計畫細部計畫作為不得減免地價稅之理由？.....	265
六、法規變更對本案之影響.....	267
七、結論.....	277

第二案	訴願決定前訴願人死亡，訴願決定之效力及承受訴願相關問題之鑑定意見	279
壹、	委託鑑定之內容	279
貳、	鑑定意見之內容	280
 第三案	 違章建築檢舉人是否為建築法保護對象之探討－以保護規範理論為中心	 291
壹、	前言	291
貳、	保護規範理論及行政爭訟	293
參、	違章建築檢舉人得否爭訟之司法實務見解	298
肆、	保護規範理論與違章建築檢舉人	302
伍、	結語	309



第壹編

訴願

第一章 訴願法上利害關係人之界定 —以建築法上鄰人爭訟為例

陳淑芳*

壹、前言

訴願法第1條前段規定：「人民對於……行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得提起訴願。」第18條規定：「……受行政處分之相對人或利害關係人得提起訴願。」¹行政訴訟法第4條第1項規定：「人民因……違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」第3項規定：「訴願人以外之利害關係人，認為第一項訴願決定，損害其權利或法律上之利益者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」據此，得提起撤銷訴願與撤銷訴訟者，不限於處分相對人或訴願人，亦包括

*德國波昂大學法律與國家學學院法學博士、世新大學法律學系教授

¹ 訴願法第18條前段：「自然人、法人、非法人之團體……得提起訴願。」係規定當事人能力；後段：「……受行政處分之相對人或利害關係人得提起訴願。」係規定適格當事人。本條將二種不同提起訴願之要件規定在同一個條文，且未段句，容易讓人誤解整條皆是在規定當事人能力（只要是處分相對人，即使非自然人、法人、非法人之團體，例如已死亡，亦得提起訴願），似有不妥。

利害關係人。其中處分相對人及訴願人較容易認定，只要在形式上，為行政處分規制之對象，或提起訴願，為訴願決定規制之對象，即為處分相對人及訴願人。相對地，利害關係人較難確定，而其認定，最後係指向是權利或法律上之利益（以下或簡稱權益）受侵害者。另訴願法第2條規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起訴願。」行政訴訟法第5條第1項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」第二項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」從而，於人民向行政機關提出申請，行政機關拒絕申請或怠為回復，而人民認為侵害其權益時，其得提起課予義務訴願（於怠為回復時；若拒絕申請，應提起訴願法第1條之撤銷訴願）或課予義務訴訟。總之，人民得否提起以行政處分為前提之訴願、撤銷訴訟與課予義務訴訟，是否為利害關係人，其判斷點即在於，其是否為權益受侵害之人。

人民欲提起訴願、撤銷訴訟與課予義務訴訟，依訴願法第1條、第2條、行政訴訟法第4條、第5條規定，除

須主張行政處分違法，或行政機關就其申請案件應作為而不作為違法（客觀上）外，尚須主張其權益因該違法之行政行為而受到侵害（主觀上）。且於行政處分違法，或行政機關就其申請案件應作為而不作為違法（客觀上），並且侵害其權益（主觀上）時，訴願人及原告方可獲得訴願或訴訟有理由之有利決定或勝訴判決。從而在具體個案中，人民之權益是否受到侵害，是否擁有得向行政機關請求作為或不作為之權益，即是否有權益之存在，其判斷不僅具有實體法上之重要性（誰擁有權益，權益的內容為何），在爭訟（程序）法上，亦有其重要性。而在爭訟（程序）法上之重要性，除在判斷訴願或訴訟是否合法時，亦在判斷訴願或訴訟有無理由時，皆須借助於權益之概念及其認定。從而權益之概念遂成為公法上一個極為重要的核心概念，同時具有實體法上及程序法上之重要性，也為公法學者不斷持續討論的重要議題之一。

權利乃法規明文規定為權利，並賦予個人者（例如：法規明定：「人民有……之自由。」「人民有……之權（利）。」「人民得申請……。」），故其是否成立較容易判斷。但法律上之利益是法規未明文規定，並賦予個人者，故法規是否有保護個人利益之目的，或在具體情況下，個人是否有值得保護之利益，則借助於保護規範理論（Schutznormtheorie/Schutznormlehre），與端賴對於法規之解釋。既是對於法規之解釋，則可能因為解釋者之不同，時代觀念的演變，而會得出不同的解釋結果，而使得法律

上之利益的判斷與保護規範理論，一直存在不穩定性，也一直遭到學說的批評與質疑²。惟最後具有拘束效力之判斷，仍是最終有權解釋機關—大法官、行政法院—之判斷，故本文在討論如何判斷是否存在法律上之利益，在建築法規上那些屬於保護規範時，仍不能忽略大法官及行政法院之見解。此外，我國學說及實務有關保護規範理論之討論與運用，主要是受到德國法之影響。因此在討論此一理論在我國之運用時，不免需參考德國之法制與文獻。

本文之標題雖為「訴願法上利害關係人之界定」，但討論的重點將不限於訴願法上，亦包括行政訴訟上利害關係人之界定問題，故本文實涉及行政爭訟法上之利害關係人的界定問題。而行政爭訟法上利害關係人之界定，如前所述，實涉及實體法上權益之概念與認定，故本文亦涉及實體法上權益之認定與是否存在之問題。另法律上之利益是否存在之判斷，又須借助於保護規範理論，而使本文亦涉及保護規範理論一般性的論理說明，及其在建築法規上之運用。本文除討論行政爭訟法上，利害關係人一般性之認定外，亦將以建築法規為例，討論建築法規上利害關係人—即鄰人—的認定與爭訟問題。

建築法第 35 條規定：「直轄市、縣（市）（局）主管建築機關，對於申請建造執照或雜項執照案件，認為不合

² 在德國，甚至有學者主張應捨棄保護規範理論者，參 H. Baurer, *Altes und Neues zur Schutznorm- theorie*, AöR Bd. 113, 1988, S. 582 ff.

本法規定或基於本法所發布之命令或妨礙當地都市計畫或區域計畫有關規定者，應將其不合條款之處，詳為列舉，依第三十三條所規定之期限，一次通知起造人，令其改正。」第 36 條規定：「起造人應於接獲第一次通知改正之日起六個月內，依照通知改正事項改正完竣送請復審；屆期未送請復審或復審仍不合規定者，主管建築機關得將該申請案件予以駁回。」據此規定，申請建造執照案件，須符合建築法、基於建築法所發布之命令、都市計畫或區域計畫有關之規定時，主管機關方可核發建築執照於起造人。從而鄰人若認為主管機關核發予起造人之建造執照侵害其法律上之利益，而提起訴願或撤銷訴訟時，其可主張具有保護鄰人性質，而原處分所違反之法規（保護規範），即包括都市計畫法、區域計畫法等土地管理法規，與建築法、基於建築法所發布之命令等建築管理法規。而學說與實務上，有人將土地管理法規與建築管理法規，統稱為營建法規³或建築法規⁴；或廣義之建築法規包括土地管理法規與建築管理法規，狹義之建築法規僅指建築管理法規。而本文所稱之建築法規係指廣義之建築法規，即包括土地管理法規與建築管理法規，並就此等法規檢討其是否具有保護鄰人之作用與目的。

³ 參陳泓文，營建法規，2005 年 3 月 5 日初版，頁 1 以下。

⁴ 參黃宗源，土地開發與建築法規應用，2012 年 5 月四版，頁 50 以下。

貳、利害關係人之界定

一、處分相對人或訴願人以外之人

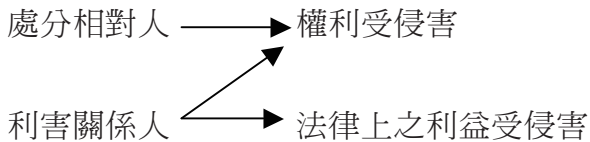
關於訴願法及行政訴訟法上利害關係人所涉及之利害關係，行政法院向來認為係指法律上之利害關係，而不包括經濟上、情感上或其他事實上之利害關係。此得以改制前行政法院 75 年判字第 362 號判例：「因不服中央或地方機關之行政處分而循訴願或行政訴訟程序謀求救濟之人，依現有之解釋判例，固包括利害關係人而非專以受處分人爲限，所謂利害關係乃指法律上之利害關係而言，不包括事實上之利害關係在內。」及最高行政法院 101 年 12 月 28 日 101 年度判字第 1141 號判決：「訴願法第 18 條規定所稱之『利害關係人』，乃指法律上之利害關係人而言，亦即其權利或法律上利益因行政處分而直接受有損害者，若僅具經濟上、情感上或其他事實上之利害關係者，並不屬之。」見解爲例⁵。其所指者，係處分相對人或訴願人以外，其權利或法律上之利益因行政處分而受侵害之人。在訴願法上，係處分相對人以外之人；在行政訴訟法上，係訴願人以外之人，而有可能是處分相對人。例如：主管機關核發建造執照予起造人，鄰人（訴願人）不服依訴願法第 1 條提起訴願，請求撤銷該執照，則此時訴願法第 18 條

⁵ 其他例如：最高行政法院 99 年 5 月 20 日 99 年度判字第 504 號、102 年 9 月 30 日 102 年度判字第 613 號判決。

所稱之利害關係人爲非處分相對人之鄰人（處分相對人以外之人）。經受理訴願機關審理後，認爲該執照之核發違法且侵害鄰人之權益，而將原處分撤銷。起造人不服，對於訴願決定依行政訴訟法第4條第1項提起撤銷訴訟，請求撤銷訴願決定，則此時同條第3項所稱之利害關係人爲處分相對人，即起造人（訴願人以外之人）。

若原處分爲限制人民基本權利之非授益處分（包括負擔處分及附許可保留之禁止下之不予許可），例如：課稅處分、罰鍰、命停工、否准建造執照之申請，而原處分違法時，此時所侵害者，爲處分相對人受憲法所保障之基本權利，例如：憲法第15條之財產權、營業自由。此時處分相對人提起訴願、撤銷訴訟或課予義務訴訟，係主張違法之原處分侵害其權利。惟若人民係請求作成授益處分而被拒絕，或行政機關怠爲處分時，此時處分相對人提起訴願或課予義務訴訟有可能主張其權利（法規明定人民有申請權能）或法律上之利益（法規未明定人民有申請權能，依保護規範理論解釋之結果，認特定人有請求行政機關作爲之權能）受到侵害。從而處分相對人之提起訴願、撤銷訴訟或課予義務訴訟，大多是主張違法之原處分或機關之不作爲侵害其權利，僅在少數之情況下，會主張侵害其法律上之利益。至於利害關係人之提起訴願、撤銷訴訟或課予義務訴訟，有可能主張其權利或法律上之利益受到侵害，就此將在下一節作進一步的分析。處分相對人或利害關係人提起訴願、撤銷訴訟或課予義務訴訟，有關其權益之主

張，可圖示如下。



(圖所示為通常之情況，在少數的情況下，處分相對人亦可能係主張其法律上之利益受到侵害)

二、與處分相對人或訴願人利益相同或相反之人

(一) 與處分相對人或訴願人利益相同之人

依訴願法及行政訴訟法得提起訴願、撤銷訴訟或課予義務訴訟之利害關係人，並不限於與處分相對人或訴願人利益相反之人，亦包括與處分相對人或訴願人利益相同之人。與處分相對人或訴願人利益相同之人，例如：行政機關針對訴願或訴訟標的對於數人必須合一確定之事項，只針對其中一人作成行政處分，則其他人雖非處分相對人，惟亦得以利害關係人之身分，針對原處分，提起訴願或行政訴訟。或行政機關針對訴訟標的對於數人必須合一確定之事項，對全體當事人作成行政處分，部分當事人提起訴願，部分當事人未提起訴願，則未提起訴願之當事人，針對訴願決定亦得以利害關係人之身分提起行政訴訟。試舉

一例：主管機關以甲乙合夥經營的工廠違反環保法規為由，以甲為處分相對人，命工廠停工。此時乙雖非處分相對人，惟亦得以利害關係人之身分，針對原處分提起訴願及撤銷訴訟，主張該處分違法，且侵害其權利（營業自由、財產權）。或主管機關係對甲乙作成命停工之行政處分，甲提起訴願，而乙未提起。則於訴願駁回時，乙仍得針對原處分及訴願決定，以利害關係人之身分，提起撤銷訴訟，主張該處分違法，且侵害其權利（營業自由、財產權）。

關於與訴願人利益相同之人，亦可能為利害關係人；且當訴訟標的對於數人必須合一確定，其中一人提起訴願，其他人雖未提起訴願，但對訴願決定不服，得直接提起撤銷訴訟，而無須再經訴願前置程序，亦為行政訴訟法第4條第3項所稱之利害關係人，最高行政法院曾作成93年9月份庭長法官聯席會議決議謂：「行政訴訟法第四條第三項規定：『訴願人以外之利害關係人，認為第一項訴願決定，損害其權利或法律上之利益者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。』參照司法院院字第六四一號解釋意旨，不服受理訴願機關之決定者，雖非原訴願人亦得提起撤銷訴訟，但以該訴願決定撤銷或變更原處分，致損害其權利或利益者為限。故利害關係相同之人，自不得依前述規定起訴，應自行提起訴願以資救濟，其未提起訴願，基於訴願前置主義，原則上不得逕行提起行政訴訟。惟於例外情形，如訴訟標的對於原訴願人及其他有相同利害關係之人必須合一確定者，則既經原訴願人踐行訴願程序，可認為原提

起訴願之當事人，有為所有必須合一確定之人提起訴願之意，應解為與原訴願人利害關係相同之人得逕行依同法第四條第一項起訴。」

而與處分相對人或訴願人利益相同之人提起訴願、撤銷訴訟或課予義務訴訟時，其所主張者，同處分相對人或訴願人，大多是權利受到侵害，僅在少數之情況下，會主張法律上之利益受到侵害。

（二）與處分相對人或訴願人利益相反之人

利害關係人有一部分是與處分相對人或訴願人利益相反之人，即於原處分或訴願決定對處分相對人或訴願人有利，卻對利害關係人不利時。此時利害關係人亦得提起訴願、撤銷訴訟或課予義務訴訟，以資救濟。而此種對於處分相對人以外之第三人亦發生效力（有利不利之效果）之行政處分，一般稱之為第三人效力之行政處分。

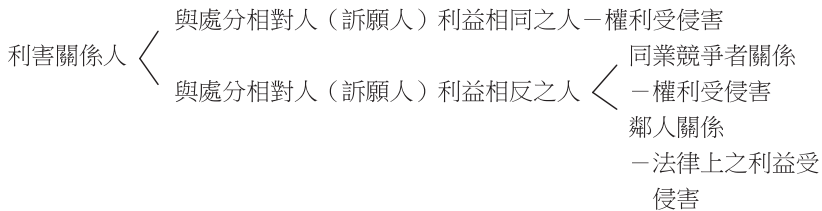
與處分相對人或訴願人利益相反之利害關係人又可分成二類：一為同業競爭者關係；一為鄰人關係之利害關係人。前者例如：公務人員之遷調、入學許可之核發、公車經營權之核發、公共工程之招標、BOT 案最優申請人之決定、獎補助款之核發，在名額有限且具有排他性的情況下，對於獲選者所作成之行政處分本身，已含有否准未獲選者之意思表示在內。未獲選者雖非處分相對人，亦得以利害關係人之身分，提起訴願及行政訴訟，請求撤銷原處分，

並作成選擇其之行政處分。後者例如：建造執照之核發、核電廠設立之許可，侵害鄰人及周邊居民之權益時，該鄰人及周邊居民得以利害關係人之身分，提起訴願及撤銷訴訟，請求撤銷原處分。

在同業競爭者關係中，利害關係人與處分相對人擁有相同經法規賦予之請求權利（受益權），故其未經獲選時，實已侵害其經法規賦予之請求權利；其於提起訴願、撤銷訴訟或課予義務訴訟時，係主張其權利受到侵害。而此之權利除法規賦予之受益權外，在國家選擇他人，而不選擇其時，亦侵害其參與分配的權利，與憲法第 7 條所保障之平等權。在某些情況下，也侵害利害關係人受憲法保障之其他基本權利。例如於公務人員遷調之情況，未獲遷調者，亦可主張其受憲法第 18 條保障之服公職權利受到侵害。惟在理論上並不排除，存在法規未明文賦予利害關係人權利，而依保護規範理論，經由解釋之結果，認為其有法律上之利益，而得請求行政機關為特定行為之情況。此時其提起訴願或行政訴訟，所主張者，為其法律上之利益受到侵害。在鄰人關係中，因通常法規並未賦予鄰人得請求行政機關為特定行為之權利，故鄰人以利害關係人之身分提起訴願或行政訴訟時，其得主張者，為其法律上之利益受到侵害。惟在法規明文賦予鄰人得向行政機關請求為特定行為時，於行政機關違法不為該行政行為時，鄰人亦可主張其權利受到侵害，而提起訴願或行政訴訟。只是我國之建築法規，並未有賦予鄰人得向行政機關請求為特定行為之公權利規

定，故鄰人依建築法規提起行政爭訟，只能主張其法律上之利益，而非權利，受到侵害。因此在建築法規之領域，鄰人得否針對行政機關之行政行為，提起訴願、撤銷訴訟或課予義務訴訟，將端賴對於法規之解釋與保護規範理論之運用，而存在許多的不確定性與不穩定性。

總結前述，利害關係人提起訴願、撤銷訴訟或課予義務訴訟，有關其權益之主張，可圖示如下。



（圖所示為通常之情況，在少數的情況下，利益相同之人或同業競爭者亦可能係主張其法律上之利益受到侵害；鄰人係主張其權利受到侵害）

由上述之分析可知，利害關係人是處分相對人或訴願人以外，因行政機關違法之行政行為，權利或法律上之利益受侵害之人。從而利害關係人之界定，須借助於權利或法律上之利益之界定及保護規範理論。下章將就權利或法律上之利益之界定及保護規範理論作進一步的闡述。

參、權利及法律上之利益之界定－保護規範理論

一、公法與私法權利義務規範之不同

法規在規定二人之間的法律關係時，通常不會重覆規定於一方對於他方擁有（負有）何種權利（義務）時，他方即對於另一方負有（取得）怎樣的義務（權利），而係僅規定一方之權利或義務。例如：法律只會規定，「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」而不會重覆規定為，「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任，他方有損害賠償請求權。」私法法規因為是規範私人間之法律關係，為保護私益而設，故在私法領域，當法規規定私人一方之權利時，皆可相應地得出他方負有怎樣的義務；規定私人一方之義務時，皆可相應地得出他方取得怎樣的權利。在彼此間權利義務的界定上與規範對象上，十分明確。而公法法規係在追求公益，並非每一個公法法規皆有保障個人利益之目的，故當公法法規規定人民之公權利時，故可相應地得出國家負有何種作為或不作為之義務。惟當公法法規規定國家之義務時，其未必會相對應地賦予人民請求之權利（僅係在追求公益時），而無法由公法法規有關國家義務之規定，反推出人民之公權利。從而當公法法規規定國家之義務時，總是要問，此時是否亦相對應地賦予人民權利？而衍生認定上的

困難。而為解決此一認定上之問題，德國學說發展出保護規範理論。無論是在德國或我國實務，目前亦借助於保護規範理論來作認定。

私法及公法有關權利義務之規範可圖示如下。



二、保護規範理論

(一) 公權利成立之要件

德國於 1789 年法國大革命後，雖已在各邦憲法確立依法行政（法律保留與法律優越）原則，惟尚未有人民擁有公權利之概念。當時認為人民只是國家統治之對象，僅有公義務（納稅、服兵役義務），而無可以向國家主張之公權利。十九世紀初，德國各邦雖已紛紛設立行政法院，審查行政行為之合法性，惟認為行政法院與行政訴訟程序設立的目的，僅是在糾正行政不法之行為，而非為保障個人權利。直到十九世紀末二十世紀初，方有公權利概念與體

系的提出⁶。至今仍影響德國深遠者，有 G. Jellinek 之提出公權利的體系⁷，其依人民在國家所處的地位，將公權利區分為：處於消極地位 (status negativus) 之防禦權、處於積極地位 (status positivus) 之受益權與處於主動地位 (status activus) 之參政權⁸。及 O. Bühler 之提出公權利之要素，其認為若法規強制要求行政為一定之行爲，且此法規除涉及公益外，亦涉及特定人民之利益，並同時賦予該特定人民可請求法院加以實現之法律上之力時，則此時人民存有公權利⁹。而 O. Bühler 的學說也發展出今日保護規範的構想，並在德國學說確立了公權利成立的三個要件：1. 公法法規課予行政機關為特定行為之義務（行政機關之法律義務）；2. 該規範須有同時保護個人利益之目的，而非專為實現公共利益而制定（個人利益之保護）；3. 該規範有賦予個人為保護其利益，得請求行政機關為特定行為之法律上之力（可實現性）¹⁰。

⁶ 參 H. H. Rupp, Unsicherheiten zum Thema des subjektiven öffentlichen Rechts, Festschrift für Badura, 2004, S. 995 ff. (998 ff.).

⁷ G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919.

⁸ 參 G. Jellinek, a.a.O (Fn. 6), S. 87, 94 ff. 轉引自 B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 17. Aufl., S. 16 ff.

⁹ 參 O. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 21. 轉引自 U. Ramsauer, Die Rolle der Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte, AöR Bd. 111, 1986, S. 501 ff. (504).

¹⁰ 參 U. Ramsauer, a.a.O. (Fn. 9), S. 501 ff. (504); A. Scherzberg, Das subjektiven öffentlichen Recht - Grundfragen und Fälle, Jura 2006, 839 ff. (841).

而公權利在公法上之承認實具有三個作用：1. 因公權利之承認，使得個人於其受法規保障之權利受到國家違法侵害時，得以透過法院及國家公權力排除侵害或實現權利內涵。所謂「有權利，必有救濟」，最後並確立「凡是權利受到國家公權力之侵害，一定須有救濟管道」之法治國家原則的要求（主觀權利之保障）。2. 公權利之承認，讓人民在發現行政行為違法時，有發動與提交法院審查的機會，讓行政隨時受到司法的監督。並迫使行政確實遵守法律與依法行政，實現與貫徹法律的誠命與指示（客觀法規範之維護）。3. 公權利之承認後，若將「權利受到侵害」設計為撤銷訴訟與課予義務訴訟之實體判決要件，判斷是否具有訴訟權能之要素，如在德國（行政法院法第 42 條第 2 項）及我國（訴願法第 1 條、第 2 條、行政訴訟法第 4 條、第 5 條）行政爭訟法制，則可避免公眾訴訟（Popularklage）之提起。就此而言，公權利之承認，具有過濾行政爭訟案件，減輕受理救濟機關過重負擔之作用（每一項行政皆涉及公益與公共事務之處理，若無公權利的概念與權利受侵害之限制，則任何人皆得提起行政爭訟）。

法規之明文賦予人民公權利，與法規有關公權利之規定，首先是憲法有關人民基本權利的規定。惟更多公權利之賦予，是規定在法律、命令及自治規章。此外，是否賦予人民公權利，具體化憲法規定，受憲法委託進一步規範人民生活之立法者具有形成的自由。因此，立法者為維護公益，在不涉及個人利益的情況下，亦可賦予個人公權利。

例如：無須涉及或為維護個人權益，亦可請求政府機關提供政府資訊（政府資訊公開法第9條；政府資訊公開法制最主要的目的是實現民主公開透明制度，而非法治國家原則下之權利保護制度，賦予個人請求公開之權利具有公益的目的）；為維護公益，在例外的情況下，亦允許人民或公益團體提起公衆訴訟（行政訴訟法第9條），賦予其訴訟權能與訴訟實施權。從而公權利的承認或其內涵，未必都是為了保障個人利益。同樣地，立法者為維護公益，亦可明文規定，不賦予那些人民公權利，例如：因犯罪而被判刑者之褫奪公權。

（二）新舊保護規範理論

若法規未明文賦予人民公權利，而僅規定國家之作為或不作為義務，此時得否反推出人民有得請求國家履行其義務之公權利，目前在學說上即借助於保護規範理論。而保護規範理論又可分成較早被提出之舊保護規範理論，與修正舊保護規範理論，稍後被提出之新保護規範理論。惟舊保護規範理論並非被新保護規範理論所取代，而是二者同時並存，先後或交互運用，據以判斷在具體個案中，法規是否有保障個人利益之目的。

舊保護規範理論的見解係認為，應就法規本身的規定去探究，其是否除保護公益外，亦具有保護特定個人利益之目的。即得否由法規規定本身看出，有可得確定的一群

人，也是法規所要保護與規範的對象。以建築法規為例，若法規的強制規定本身，就是為保護鄰人的利益（財產權、生命權與健康權）而設，就是為調和起造人及鄰人間的衝突，並經權衡二者間的利益衝突後所作之規範，則該法規本身，即具有保護鄰人利益之目的。此時，該被保護之個人（鄰人），於行政機關違法不履行其義務時，即取得請求行政機關履行其義務之權利，而可提起行政爭訟，訴請行政機關履行其義務。換言之，當上述公權利成立之第一個（行政機關之法律義務）及第二個（個人利益之保護）要件具備時，雖然法規未明文賦予個人實現其利益之法律上之力，即仍欠缺第三個要件，仍認為該個人有請求行政機關履行其義務的公權利。

依舊保護規範理論，須法規本身有保護特定個人利益之目的時，方可反推論出，該個人於行政機關違法侵害其受法規所保護之利益時，有請求行政機關履行其義務之權利。若法規本身無保護特定個人利益之目的，而專為保護公益而設，即僅具備公權利成立之第一個要件（行政機關之法律義務）時，則即使在具體的情況下，個人之利益有可能因為行政機關之不履行義務而受到嚴重的侵害，也不認為該個人有請求行政機關履行其義務之權利。惟此種理論在進入社會國家，認為國家存在之目的，除維護公共安全、社會秩序之外，亦有照顧人民生活、保護人民權利之任務後；及認為由憲法有關基本權利之個人權利防禦的規定（防禦國家的侵害），亦可得出基本權利之保護屬於憲

法基本價值秩序之客觀法規範，與國家具有保護與實現人民基本權利之義務（國家之保護義務）後，顯然在對於個人利益之保護上，是有所不足的。例如：警察法第 2 條規定：「警察任務為依法維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利。」課予警察保護社會安全、促進人民福利之義務。惟此條規定本身，並無保護特定個人利益之目的，由此規定本身，並無法得出其所欲保護、可得確定的一群人。因此，若某甲懷疑有人跟蹤他，惟並無具體事證，於其請求警察保護，而警察不派員保護時，甲並無請求警察保護之公權利。惟若甲正被歹徒追殺，甲向迎面而來的警察求救，請求警察之保護，此時若仍認為警察無保護甲個人利益之義務，甲無請求警察保護之權利，則顯然無法符合法治國家及社會國家之憲法要求與期待。又例如：都市計畫法臺灣省施行細則第 16 條規定：「大型商場（店）及飲食店符合下列條件，並經縣（市）政府審查無礙居住安寧、公共安全與衛生者，不受前條第一項第十三款使用面積及第二項使用樓層之限制：……。」此條有關「無礙居住安寧、公共安全與衛生」之要求，雖無保護特定個人利益之目的，在一般情況下，並無法得出鄰人有請求行政機關遵守之權利。惟若在具體情況下，行政機關所核准某家飲食店對於住宅區土地之使用，已嚴重妨礙周邊居民居住的安寧，要求周邊居民加以容忍已不具有期待可能性，此時若仍認為，鄰人沒有請求行政機關保護的權利，不得提起訴願及撤銷訴訟，訴請撤銷建築許可，則

對於鄰人而言，顯然過苛。基於上述之理由，而有新保護規範理論之提出。此說認為，法規本身雖無保護個人利益之目的，惟在具體情況下，個人有值得保護之利益，且個人利益之確保完全仰賴國家之作爲時，則此時個人亦有得請求國家作爲之公權利，此時法規亦有保護個人利益之作用。而此種依新舊保護規範理論所解釋出之受法規保護之利益，即稱之爲「法律上之利益」（字面解釋：受法律所保護之利益）。

德國行政法院法第 42 條第 2 項係規定，「除法律別有規定外，原告須主張行政處分或拒絕申請或怠爲處分侵害其權利，訴訟（按：指該條第 1 項之撤銷訴訟或課予義務訴訟）方合法。」就侵害權利的部分，未再細分爲權利或法律上之利益受到侵害。惟在德國學說與實務上，皆認為該條項所稱之「權利」，除法規明文賦予人民之權利外，亦包括法律上之利益。因此法律上之利益受到侵害時，亦得提起撤銷訴訟或課予義務訴訟。而我國訴願法第 1 條、第 2 條、行政訴訟法第 4 條、第 5 條，將主張「權利」或「法律上之利益」受侵害，設爲提起訴願或撤銷訴訟、課予義務訴訟之合法性要件，已清楚區分二者。且由此等規定亦可知，我國法制也承認與運用保護規範理論，認為由法規有關行政義務之規定，在某些情況下，亦可導出人民之請求權利。且訴願法在民國 19 年 3 月 14 日制定公布時，於其第 1 條即已區分「權利」及「利益」二者，可謂相當進步的立法。行政訴訟法係於 87 年 10 月 28 日修正公布、

89年7月1日施行的版本，方增訂區分「權利」及「法律上之利益」之規定。行政訴訟法第4條修正的立法理由亦載明：「二、按訴訟利益範圍之廣狹，攸關當事人權益綦巨。現代法治國家之立法趨勢，多將行政訴訟權利保護要件之訴訟利益予以擴張，使當事人權益之保護，益為周密。現行條文第一項規定得提起行政訴訟之對象，僅以損害人民權利之行政處分為限，其範圍失之狹隘，爰修正為『損害其權利或法律上之利益』，明示除權利外，法律保護之利益亦得提起行政訴訟，俾符合法治國家之要求。……六、訴願人以外之利害關係人，如認第一項訴願決定損害其權利或法律上之利益者，有向……行政法院起訴之權」，爰將之規定為本條第3項¹¹。

此外，司法院大法官釋字第469號解釋之作成，亦可證新舊保護規範理論在我國已為司法實務所肯認，該號解釋謂：「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，……。」（解釋文）「……法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如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，

¹¹ 參院會紀錄，立法院公報，87卷36期，頁152以下。

其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。」（解釋理由書）且當人民權利或法律上之利益受到國家違法侵害時，人民既可主張第一次權利保護，請求排除侵害，提起訴願、撤銷訴訟及課予義務訴訟，亦可主張第二次權利保護，請求損害賠償，提起國家賠償之訴（若依行政訴訟法第7條規定，與撤銷訴訟或課予義務訴訟合併提起，為同法第8條之一般給付訴訟）。

關於保護規範理論之運用，在德國最早運用的領域，即是建築法規的領域，主要用於探討那些建築法規具有保護鄰人（Nachbarschutz）之目的與作用。也依新舊保護規範理論，分為法規本身即有保護鄰人目的之規範（舊保護規範理論），與法規本身雖無保護鄰人之目的，但在具體的事件中，鄰人有值得保護之利益（新保護規範理論）。前者又稱之為絕對保護，於行政機關違反保護規範時，鄰人即可訴請行政機關履行義務，無須有實際上的損害存在；後者又稱之為相對保護，在通常的情況，鄰人並無訴權，但因行政機關違反義務，而已對鄰人造成實際上之損害，並已逾越財產權所負社會義務應容忍之範圍時，鄰人得訴

請行政機關履行義務¹²。德國聯邦行政法院並針對課予行政機關作為義務，法規本身僅有保護公益，而無保護個人利益目的之規範（例如：建築法法典〔Baugesetzbuch〕第34條、第35條，有關在都市計畫範圍內未經規劃〔unbeplanter Innenbereich〕，或在都市計畫範圍外〔Außenbereich〕之土地上的建造，須與環境相融，或不違背公共利益時，始予許可之規定），發展出「注意要求（Rücksichtnahmegebot）」的概念。此一概念，德國聯邦行政法院（以下稱法院）在1967年12月6日的一則判決¹³中即已提出，但當時法院認為，法規注意要求之規定，專為公共利益而設，並無保護鄰人之目的，非保護鄰人之規範，鄰人無法據此對行政機關有所請求。之後F. Weyreuther對此一概念作深入的探討，並認為此一要求源自於憲法，即基本法第14條第1項保障財產權的規定¹⁴。惟法院認為此為一般法規（一般法規係指憲法以外之法規範，包括法律、命令及自治規章）之規定，僅具有一般法規之位階，由憲法的規定，並不會得出此一要求。最後法院在1977年2月25日之一則判決¹⁵中，受新保護規範理論之影響，認為建

¹² 參 F. Schoch, Nachbarschutz im öffentlichen Baurecht, Jura 2004, S. 317 ff. (317 f.).

¹³ 參 BVerwGE 28, 268 (274).

¹⁴ 參 F. Weyreuther, Das bebauungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarschutz, Baurecht 1975, S. 9. 轉引自 O. Schlichter, Baurechtlicher Nachbarschutz, NVwZ 1983, S. 641 ff. (643).

¹⁵ 參 BVerwGE 52, 122. 關於此一判決，可參林麗真譯，建築許可與鄰人（第三人）之權利保護—德國聯邦行政法院一九七七年二月二十五日判決，植根雜誌，9卷3期，1993年3月，頁22以下。

築法規注意要求之規定，在具體的個案中，亦有可能具有保護鄰人之作用，而鄰人可據此訴請行政機關為特定行為，而首次承認注意要求具有保護第三人之效力¹⁶。

若法規僅具有保護公益之目的，而無保護個人利益之目的，個人若因行政機關遵守或實現法規的要求而獲有利益時，則僅是反射利益（Reflexinteresse）與事實上之利益，而非受法律所保護之利益。在此情況下，個人並無訴請行政機關履行義務之權利。

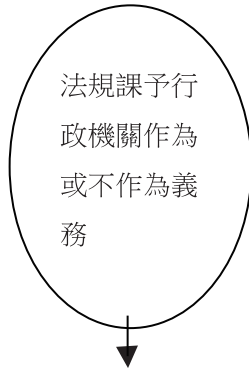
而保護規範理論可適用在人民與行政機關之雙邊關係上，亦可適用在處分相對人（起造人）與行政機關，及第三人（鄰人）與行政機關之三邊或多邊關係上。在後者的情況下，若認為法規有保護第三人（鄰人）之目的與作用，則該第三人（鄰人）即得以利害關係人之身分，訴請行政機關撤銷其對處分相對人（起造人）所作成之行政處分（建築許可），或訴請行政機關對他人（起造人）作成干預性質之行政處分（例如：命停工、自行拆除違建）¹⁷。

¹⁶ 關於德國行政法院見解之改變，參 O. Schlichter, a.a.O. (Fn. 14), S. 641 ff. (643ff.); S. König, Drittschutz, Der Rechtsschutz Drittbetroffener gegen Bau- und Anlagengenehmigungen im öffentlichen Baurecht, Immissionsschutzrecht und Atomrecht, 1993, S. 36 ff. 關於注意要求，參 O. Schlichter, Das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme (II), DVBl. 1984, S. 875 ff.

¹⁷ 關於在行政法上與建築法上之雙邊與多邊關係，參 R. Wahl, Der Nachbarschutz im Baurecht, JS 1984, S. 577 ff. (577 ff.); M. Schmidt-Preuß, Multipolarität und subjektives öffentliches Recht, Festschrift für Isensee, 2007, 597 ff.

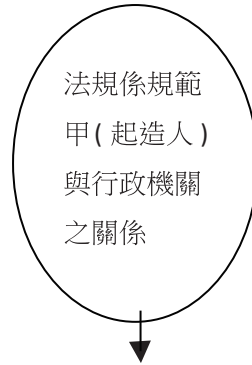
關於保護規範理論之運用，可圖示如下。

雙邊關係



須問：1. 法規是否有保護個人利益之目的？
2. 在具體情況下，個人是否有值得保護之利益？
或僅是反射利益？

多（三）邊關係



須問：1. 法規是否有保護第三人（鄰人）利益之目的？
2. 在具體情況下，第三人（鄰人）是否有值得保護之利益？
或僅是反射利益？

（三）保護規範存在之形式

另一個值得討論之問題，為是否須有一般法規保護個人利益目的之規定，或亦可直接適用憲法之規定（包括基本權利、法治國家、社會國家、整體憲法價值秩序之規定），得出保護規範。即保護規範存在之形式，係僅存在於一般法規，或也存在於憲法規範。例如：我國若無警察法第 2 條、或類似都市計畫法臺灣省施行細則第 16 條之規定，則被追殺的人民，或鄰人得否直接援引憲法第 15 條

有關生命權、財產權保障之規定，請求警察及建築主管機關保護其生命及財產權，或防禦行政對其生命及財產之侵害？

關於此一問題，德國在 1949 年制定基本法，特別強調人權之保障後，學說已普遍承認憲法規範（尤其是基本權利的規定）亦得作為保護規範¹⁸，惟學者間之見解，仍有限縮解釋或擴張解釋寬嚴不一的問題。而較可採的見解應是，原則上仍須看一般法規是否有保護規範的設計，若有，應優先適用一般法規之規定。主因立法者對於基本權利，本來即得加以限制，只要不違反憲法對於限制基本權利所設下的基本原則（法律保留原則、出於公益的動機及符合比例原則）；且具體化人民生活之規範，調和私人與私人間之利益衝突，本來就是立法者的任務。立法者得決定是否賦予個人公權利，是否保護個人利益，如何調和私益間的衝突，因此應先尊重立法者的決定。而僅有當一般法規沒有保護規範，在具體個案中，對於個人權益的侵害極為嚴重，要求人民容忍已不具有期待可能性時，或一般法規之規定，已違背憲法之付託時，方得直接援引憲法之規定，作為保護規範。而當一般法規有保護規範規定，或注意要求規定，則在具體個案，解釋此等規定時，自得納入憲法的觀點與精神，作合憲性之解釋，並以此種方式，將憲法

¹⁸ 參 H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, § 8 Rdnr. 10; J. Pietzcker, Die Schutz- normlehre, Festschrift für Isensee, 2007, 577 ff. (579 f.); U. Ramsauer, a.a.O. (Fn. 9), S. 501 ff. (506 f.).

之規定融入一般法規之保護規範與注意要求¹⁹。而在建築法規的領域，依憲法第15條之規定，財產權負有社會義務，法律對於財產權在合理範圍內為公益所作的限制，本來即是財產權所有人應該容忍的。且財產權的內容為何、得行使的權能範圍為何，本來即是由立法者加以形成。再加上不動產所有權人對其土地、建築物之利用，難免會影響到其鄰人對於其土地、建築物之利用，與氣響之可能侵入鄰地，而使得此一領域特別需要立法者的權衡與調和私權間的衝突。因此在此一領域，應尊重立法者的決定，優先適用一般法規所設計之鄰人保護規範。只有當立法者未有保護鄰人利益的目的規定，或其規定在保護鄰人的利益上，有所不足時，方可直接援引憲法第15條有關保障生命權、財產權，憲法第22條有關保障健康權的規定，作為保護規範。而在解釋一般法規之鄰人保護規範或注意要求時，自應納入憲法第15條與第22條之觀點，作合憲性的解釋。

德國聯邦行政法院在1969年6月13日的一則判決中，曾認為得由基本法第14條有關財產權的保障規定，直接得出對於鄰人之保護規範，即當所核准之建造計畫的實施，就鄰人對於其土地的利用已造成嚴重且無法容忍的侵害，而建築主管機關之核准顯然違誤（Mißgriff）時²⁰。惟法院後來改變此一見解，認為僅是由基本法第14條並無法得出鄰

¹⁹ 參 H. Maurer, a.a.O. (Fn. 18), § 8 Rdnr. 10 ff.; A. Scherzberg, a.a.O. (Fn. 10), 839 ff. (842).

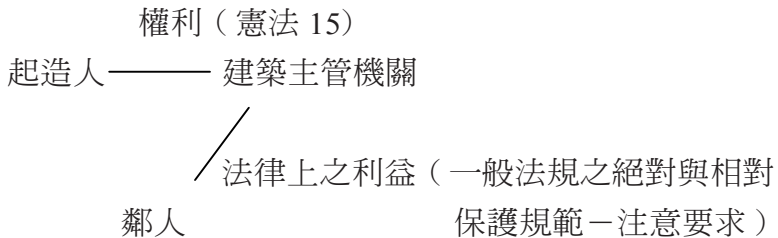
²⁰ 參 BVerwGE 32, 173.

人之公權利，而是須透過立法者所作財產權之內容規定方可取得。故應優先適用一般法規之規定，尊重立法者之決定，而只有當一般法規未設有鄰人之保護規範（尤其是注意要求之規定）時，方可直接適用基本法有關基本權利之規定。並認為一般法規對於鄰人之保護規定已經完備，而無再直接適用憲法規範的餘地²¹。

在鄰人之法律關係中，存在一方為起造人與建築主管機關，另一方為鄰人與建築主管機關之三邊關係。若比較起造人與建築主管機關，及鄰人與建築主管機關之關係，則起造人之權利保護直接源自於憲法第 15 條有關財產權保障之規定。主管機關之拒絕核發建築許可，直接侵害起造人受憲法第 15 條所保障之基本權利，起造人得以其財產權受侵害之理由，提起訴願及課予義務訴訟，在此無須借助於保護規範理論。相反地，鄰人之權利保護首先且主要存在於一般法規之鄰人保護規範（包括注意要求之規定），須借助保護規範理論，透過對於法規之解釋而得出，尚無法直接由憲法第 15 條之規定，得出鄰人之保護規範²²。

²¹ 參 BVerwGE 101, 364. 另參 H. Dürr, Die Entwicklung des öffentlichen Baunachbареchts, DÖV 2001, S. 625 ff. (627).

²² 參 H. Baurer, a.a.O. (Fn. 2), S. 582 ff. (623 f.).



依新舊保護規範理論，須法規有保護規範的設計，方會得出個人或第三人得向行政機關請求之公權利。然法規本身是否有保護特定個人（第三人、鄰人）利益之目的，或法規規定注意要求，在具體情況下，個人（第三人、鄰人）是否有值得保護之利益，皆須靠對於法規的解釋而得出。但在此對於法規之解釋，又常因解釋者之不同，會得出不同的解釋結果。在實務上此一理論極難操作，最後往往淪為法官個人主觀的見解，無任何標準可循。因此在德國有學者主張應捨棄此一理論，無論法規是否有保護規範，直接視在具體事件中，是否已對個人（第三人、鄰人）造成事實上的影響（*faktische Betroffenheit*）。若是，即應承認該個人（第三人、鄰人）對於行政機關有請求為一定行為之公權利，無須再借助於對於法規之解釋。此說之理論基礎係認為，由憲法基本權利之概括條款（我國憲法第 22 條、德國基本法第 2 條第 1 項），可以得出人民有排除國家一切（任何）侵害之權利。因此只要在具體事件中，事實上已對個人造成影響，個人即有權訴請排除侵害。且以事實上的影響作為是否具有訴訟權能的判斷標準，似乎也是歐

洲法院近年來發展的趨勢²³。惟如前所述，是否賦予個人權利，如何調和私益間的衝突，立法者有形成的自由，且為立法者的任務，因此仍應先尊重立法者的決定。若完全無視於法規之規定，則將跳過立法者，完全由法官就具體個案去作決定，此恐有違權力分立原則對於國家權力之分配，且容易造成漫無邊際的公眾訴訟。

總之，關於（鄰人）保護規範存在之形式，在學說上不外乎四種看法：1. 一般法規（*einfaches Gesetzrecht*）：須一般法規有保護特定個人（第三人、鄰人）利益之目的規定，方存在保護規範；2. 憲法（*Verfassungsrecht*）：得由憲法規範，尤其是憲法基本權利的規定，導出保護規範；3. 注意要求（*Rücksichtnahmegebot*）：由法規注意要求之規定，在具體情況下，亦可得出法規之保護個人（第三人、鄰人）之效力；4. 事實上之影響（*faktische Betroffenheit*）：在具體事件中，若已對個人（第三人、鄰人）造成事實上的影響，即應承認該個人（第三人、鄰人）對於行政機關有請求為一定行為之公權利²⁴。

（四）解釋之方法

關於法規除保護公益外，是否有保護個人利益之目的，

²³ 首先提出者，為 W. Henke。參 S. König, a.a.O. (Fn. 16), S. 148 ff.; J. Pietzcker, a.a.O. (Fn. 18), S. 577 ff. (578 f.).

²⁴ 在德國學說，各說之詳細內容與主張之學者，參 S. König, a.a.O. (Fn. 16), S. 144 ff.

在解釋方法上，與一般法規規定的解釋相同，須運用文義解釋法、體系解釋法、目的解釋法、歷史解釋法及合憲性解釋法等各種解釋方法。若法規有明文賦予個人排除侵害或請求之權利（法規明定：「人民有……之自由。」「人民有……之權（利）。」「人民得申請……。」），則由法規之文義即可知，法規有賦予個人公權利之意（文義解釋法）。若法規未明文賦予個人權利，則應就法規規範之意義與目的（目的解釋法）、整體的規範體系（體系解釋法），去探知法規是否有保護個人利益之目的。在作目的與體系解釋時，並得輔以或參考立法者立法當時之意思（歷史解釋法）。而在多種解釋都可以時，應作最符合憲法精神、不違背憲法意旨之解釋（合憲性解釋法）²⁵。

在鄰人保護規範的解釋上，也是先從法規之文義去看，法規是否有賦予鄰人，於建築主管機關違法核發建築許可，或起造人違法建造時，得請求主管機關為特定行為之權利。只是我國建築法規，尚無此種明文賦予鄰人權利之規定，因此主要還是借助於目的解釋法及其他之解釋方法，去解釋法規是否具有保護鄰人之目的與作用，在性質上是否屬於鄰人保護規範。若由法規規範的內容、目的與效果可以看出，其就是為保護鄰人之利益（由法規可以看出，有特定一群人之利益係法規所欲保護者），調和起造人與鄰人間之利益衝突，避免建造對於鄰地造成危害或損害（在建

²⁵ 參 A. Simon/J. Busse, Bayerische Bauordnung, 114. EL 2013, Art. 66 Rdnr. 240.

築管理法規上)而設,則應認為此等法規本身已有保護鄰人利益之目的²⁶。例如:法規明文提起,建照須顧及對於鄰地之影響、不得妨害鄰地所有人對其土地之利用,諸如建築技術規則建築設計施工編第23條第2項、第24條第2項:住宅區「興建之建築物在冬至日所造成之日照陰影,應使鄰近基地有一小時以上之有效日照。」之規定。此外,建築法規若有建照須不違背公共利益,注意對於周邊之影響,不妨礙居住安寧、公共安全與衛生,諸如前所引都市計畫法臺灣省施行細則第16條之規定,則應認為此為注意要求之規定。此種規定在一般情況下,雖不認為其為保護鄰人之規範;但於具體情況下,若建築主管機關所核發之建築許可,起造人之建造,已嚴重影響鄰人對其土地之利用,或有危害鄰人生命及身體之虞,已超出財產權所負社會義務之範圍,要求鄰人容忍,已不具有期待可能性時,此時該規定亦具有保護鄰人之效力。總之,從建築法規是否具有保護鄰人效力之觀點,在解釋上,可以將我國之建築法規分成三類:1.絕對鄰人保護規範;2.相對鄰人保護規範—注意要求;3.無保護鄰人效力之規範。

在鄰人範圍之界定上,因建築法規所欲保障者,係鄰人對於其不動產(土地及建築物)之財產權,所涉及是與「物」,而非「人」相關之權利,因此受保障者,應限於鄰地不動產之所有權人,而不包括承租人、在附近上班之

²⁶ 參 A. Simon/J. Busse, a.a.O. (Fn. 25), Art. 66 Rdnr. 240 ff.

人員。建築法規有關與鄰地間距、停車場之規定，可以得知其所保護者，僅限於相鄰之鄰地所有權人，因此只有緊鄰之鄰人，方為法規所保障之對象。而住宅區、工業區、商業區此種土地使用方式之規定，所欲保障者，應是所有在該地區之不動產所有權人；因此雖非緊鄰將起造之建築物的土地所有權人，亦應為法規所保障之對象。至於保障鄰地不被氣響侵入之規定，日照權之規定，則以氣響所及或日照所及之鄰地所有權人，作為保護之對象²⁷。

在解釋鄰人之保護規範時，亦須顧及起造人之利益，不宜過嚴或過寬（土地管理法規較傾向於同時保障起造人及鄰人，而建築管理法規較傾向於保障鄰人）。若對於鄰人保護規範作太寬鬆之解釋時，將使取得建築許可之起造人，可能因為鄰人之提起行政爭訟，而須面臨等待許可確定的期間，且也容易造成公眾訴訟之提起，與漫無邊際的鄰人爭訟。故在解釋時，應同時顧及起造人及鄰人之利益，作法益之權衡。

在德國關於那些建築法規之規定，屬於絕對鄰人保護規範、相對鄰人保護規範（注意要求），大致皆已將其類型化。例如：土地管理法規（Bauplanungsrecht）上有關土地使用分區使用方式（Art der baulichen Nutzung）之規定，屬於絕對鄰人保護規範。主因違背使用分區之規定，例如

²⁷ 參 O. Schlichter, a.a.O. (Fn. 14), S. 641 ff. (645 ff.); H. Dürr, a.a.O. (Fn. 21) 625 ff. (626 ff.).

在住宅區蓋工廠，將減損房屋之價值，帶來噪音與空氣污染，影響當地交通。在此，於同一地區居住的人，實已形成命運共同體，處於交互影響的關係，故應認為此種規範具有保護鄰人利益之目的。至於有關建築規模 (*Maß der baulichen Nutzung*) 之規定，例如：建蔽率、樓層高度，因尚不影響鄰人之權益，而認為其非保護鄰人之規範。又建築法典第 34 條、第 35 條，有關在都市計畫範圍內未經規劃，或在都市計畫範圍外之土地上的建造，須與環境相融，或不違背公共利益之規定，屬於相對鄰人保護規範（注意要求）。而建築管理法規 (*Bauordnungsrecht*) 有關保護鄰人生命、財產安全之規定，例如：防火、防火牆之規定，亦為絕對鄰人保護規範²⁸。

我國關於那些建築法規屬於鄰人保護規範，因行政救濟實務所累積之案件不多，而並無有系統的類型化，最高行政法院也僅針對零星的案件表示過其見解。據其見解：

1. 不動產所有權人並無請求主管機關就都市計畫作通盤檢討之權利（最高行政法院 99 年度裁字第 2778 號裁定、103 年度判字第 288 號判決）；
2. 都市計畫變更範圍以外之第三人，並無對該變更提起撤銷訴訟之權能（最高行政法院 93 年度裁字第 1502 號裁定、103 年度判字第 1114 號判決）；
3. 第三人無請求行政機關命起造人申請雜項執照之權利

²⁸ 關於每種建築法規規定，是否為鄰人保護規範，詳細與完整之分類，參 S. König, a.a.O. (Fn. 16), S. 53 ff.; H. Dürr, a.a.O. (Fn. 21) 625 ff. (629 ff.).

（最高行政法院 100 年度判字第 2124 號判決）；4. 建築技術規則建築設計施工編有關住宅區「日照」之規定，有保障「鄰近住宅基地」所有人之意旨，惟並不保障鄰近住宅基地所有人之眺望權（最高行政法院 99 年度判字第 504 號、101 年度判字第 83 號、102 年度判字第 613 號判決²⁹）；5. 建築法規關於建蔽率、容積率、建築線、建築高度限制等諸多規定，其目的除為維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻外，更兼有保護鄰人居住權之目的（包括合理、健康之居住空間，以及通風、出入、景觀等生活機能）（最高行政法院 101 年度判字第 83 號判決）；6. 建築法第 77 條第 1 項：「建築物所有權人、使用人應維護建

²⁹ 該號判決是少見詳細論述鄰人保護規範之最高行政法院判決，其謂：「建築法係為『實施建築管理，以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻』而設，固屬公益性法規。惟依前揭建築法及建築設計施工編規定『住宅區興建之建築物在冬至日所造成之日照陰影，應使鄰近基地有一小時以上之有效日照』（建築設計施工編第 23 條第 2 項、第 24 條第 2 項）、『住宅至少應有一居室之窗可直接獲得日照』（同上施工編第 40 條）之整體結構、適用對象、所欲產生的規範效果、土地有效利用及社會發展因素等綜合判斷，可以得知建築設計施工編有關住宅區『日照』之規定，亦有保障『鄰近住宅基地』所有人之意旨。故鄰近住宅基地之所有權人認為（主張）鄰近基地興建之建築物影響其基地住宅之『日照』，對主管建築機關核發與鄰近基地建造執照之處分不服循序提起行政訴訟，應屬前述行政訴訟法第 4 條規定之利害關係人，而有實施訴訟之權能（當事人適格），行政法院應就其主張有無理由，從實體上予以調查審究。至住宅基地所有人雖得依據民法第 851 條規定，與鄰地所有人設定以景觀『眺望』為內容之私法上『不動產役權』（須經登記始生效力），惟尚難憑此推認建築法規就該『眺望權』同有保障鄰近住宅基地所有人權益之意旨，而以鄰近基地所有人之地位，請求撤銷主管建築機關所核發與鄰近基地起造人建造執照之處分。」

築物合法使用與其構造及設備安全。」之規定，並非為保障特定人而設之規定（最高行政法院 102 年度裁字第 558 號裁定）；7. 非靈骨塔土地相鄰土地所有人、住家，無請求撤銷該靈骨塔建照之訴訟權能（最高行政法院 95 年度裁字第 2266 號裁定）；8. 建築法第 58 條第 3 款有關施工中損鄰預防措施之規定，兼有保護可得特定範圍內之建築鄰人生命、身體及財產法益之目的（最高行政法院 94 年度判字第 1099 號判決）³⁰；9. 占用防火巷、排水溝之違章建築，鄰人得訴請主管機關作成拆除之行政處分，主管機關拒絕鄰人所請之回函為行政處分，主管機關所為是否為違建之確認為確認處分（最高行政法院 93 年度裁字第 725 號裁定³¹）；10. 設置加油站之限制規定，並無保護特定人之目

³⁰ 該號判決謂：「建築法第 58 條第 3 款規定：『建築物在施工中，直轄市縣（市）（局）主管建築機關認有必要時，得隨時加以勘驗，發現左列情事之一者，應以書面通知承造人或起造人或監造人，勒令停工或修改；必要時，得強制拆除：……三、危害公共安全者。……』係規範行政機關行為之權限，惟其規範意旨，兼有保護可得特定範圍內之建築鄰人生命、身體及財產法益之目的。依上述說明，該特定之鄰人得據以提起行政訴訟法第 5 條規定之課以義務訴訟。縱使鄰人之生命、身體及財產法益受損害或有受損害之虞，有私法上之救濟手段可以行使，仍無礙其公法上權利之行使。」

³¹ 該號裁定謂：「本件相對人九十年十二月二十五日府工二字第九〇一八六五六九〇〇號函所稱：『……二、案依本府違建查報作業原則第二十八之一條規定：「原有壹樓老舊房屋拆除，僅保留與鄰房共同壁，得以非永久性材料（鋼筋混凝土構造除外），依原規模修復或復建。」本案將原有老舊房屋拆除而保留右側與一四八號鄰房共同壁，左側與一五二號鄰房壁體係依原規模縮小復建，且建建為磚造非使用永久性材料尚符該原則之精神，惟該建建屋頂高度已逾修繕規定，本府工務局建築管理處已查報其超高部分並依規定續處。另本案建建之處理尚不構成建築法第九十五條移送法辦之要

的（最高行政法院 94 年度裁字第 349 號裁定³²）。由上述所舉最高行政法院裁判之見解，亦可見行政法院也已將保護規範理論運用在判斷建築法規是否為鄰人保護規範上，且其見解大致與前述之保護規範理論相符。

件，……。』已就具體事件，實質認定本案情形不構成違章建築，且經通知抗告人後，似已對外發生確認非違章建築之效力，能否謂非屬行政處分，自有進一步深究之餘地。次按依行政訴訟法第四條第一項規定，人民對於機關之行政處分不服，提起撤銷訴訟，須其權利或法律上利益受有損害。而認定行政處分有無損害個人之權利或法律上利益，參照司法院釋字第四六九號解釋，係採保護規範說為其理論基礎，查建築法規實施建築管理，以維護公共安全、公共衛生，故亦有保護近鄰居民之居住環境之作用，其因而所享之利益，自應受法律之保護。抗告人自始即主張：其為本案違章建築之鄰人，該違建佔用抗告人所有之土地，並佔用法定空地所預留之防火巷及排水溝，嚴重影響抗告人之居家安全等語，抗告人主張因本案違建而權利受損害，相對人就抗告人請求拆除本案違章建築，所為答覆實質上為否准之處分，抗告人因該函所生之效力其利益是否受損害，得否認為利害關係人，及可否對之提起行政救濟，均非無再加研求之必要。原裁定未能深究本案與一般無利害關係之檢舉違建案件不同之處，遽以上開函僅係就抗告人陳情檢舉事項所為事實敘述及理由之說明，認定該函非屬行政處分，尚嫌遽斷。」

³² 該號裁定謂：「查加油站設置管理規則第 1 項第 2 款、第 4 款規定：『申請於都市計畫地區及非都市土地甲、乙、丙種建築用地、遊憩用地及特定目的事業用地（加油站）設置加油站者，其申請基地應符合下列規定：二可供使用之整塊土地總面積三百平方公尺以上。四與所面臨道路之上鐵路平交道、隧道口、同側高速公路交流道匝道漸變端點、小學、中學及當地直轄市、縣（市）政府認定需保持交通安全之公共設施等應有一百公尺以上之距離。』係鑑於進出加油站之車輛眾多且車流頻繁，乃規定設置加油站之基地可供使用之土地，應達一定之面積，俾利車輛之進出；並限制其與一般交通流量大之公共設施間之距離，以維交通安全，核其規範目的均在於保護公共利益，尚無保護私人利益之意圖，即難認第三人之權利或法律上利益，因行政處分違反上開規定而受有損害甚明。」

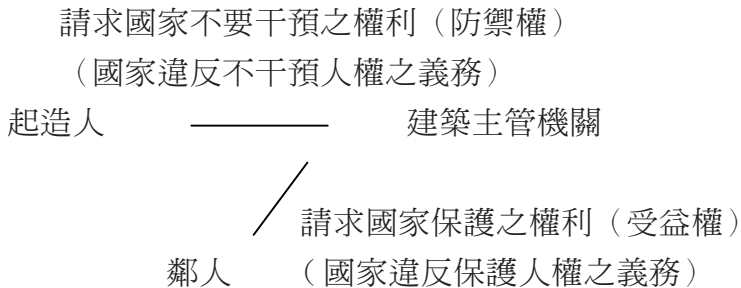
(五) 人民之防禦權與國家之保護義務

在法規規定人民擁有權利之情況，於行政機關侵害人民權利時，人民此時擁有防禦權，得請求行政機關排除侵害，或履行義務，實現權利內容。例如：於行政機關違法不核發建築許可時，實已侵害起造人受憲法第 15 條所保障之財產權，此時起造人得提起訴願及課予義務訴訟，請求排除不核發建築許可之違法行為，行使防禦權，並請求核發建築許可，以實現其財產權之權能。而在行政機關違反保護規範，違法侵害個人或第三人（鄰人）法律上之利益之情況，例如：警察之不救助被追殺之個人，或行政機關之核發建築許可於起造人，較難認為此時行政機關有何侵害個人或第三人（鄰人）基本權利之處，很難認為行政機關此時侵害個人或第三人（鄰人）之生命權或財產權。而行政機關此時所違反的，應是其保護個人或第三人（鄰人）基本權利的義務。即行政機關在核發建照時，依鄰人保護規範，其負有保護鄰人財產權之義務，若其違法核發，即違反其保護鄰人財產權之義務。或行政機關負有保護人民生命權之義務，於警察不救助被追殺之個人時，警察已違反其保護人民生命權之義務³³。而國家對於人民是否負有保護基本權利實現，或免於受到第三人侵害之義務，在各國憲法體系下，與隨著時代的不同，會有不同的理解。例

³³ 相同見解，參 S. König, a.a.O. (Fn. 16), S. 196 ff.

如：傳統基本權利理論，認為基本權利僅具有防禦國家侵害之權能，而不具有請求國家保護之權能；由憲法有關基本權利之規定，無法得出國家負有保護人民實現基本權利，與保護其免於受到第三人侵害之義務。但隨著時代之轉變，憲政思潮的改變，今天無論是在德國或我國之憲法理論，皆已普遍承認，由憲法有關基本權利保障之規定，可以得出國家負有保護人民實現基本權利，或免於受到第三人侵害之義務。而此點正足以說明，為何過去認為鄰人在大部分的情況下，都不能爭訟，訴請撤銷行政機關核發予起造人之建築許可，而今天卻愈來愈多的情況，會認為鄰人在某種情況下，有訴請撤銷起造人所取得之建築許可的權能；為何在判斷一般法規是否具有保護個人或第三人（鄰人）利益之目的時，會有寬嚴不一，每一個人、每一位法官在判斷上會有所不同之問題。

個人或第三人（鄰人）在其法律上之利益受行政行為違法侵害時，其所行使排除侵害之權利，實為性質較類似受益權之請求國家保護之權利，而非性質屬防禦權之請求國家不要干預之權利。而權利（包括法律上之利益）受侵害之權利（例如：財產權、生命權），與訴請行政機關為一定行為之權利（防禦權、受益權），是兩個（性質）不同的權利。就起造人之權利或鄰人之法律上之利益受行政行為違法侵害後，起造人與鄰人所取得之排除侵害權利之性質可圖示如下。



鄰人因建築主管機關違法所核發之建築許可，而法律上之利益受到侵害時，其得以利害關係人之身分，提起撤銷訴願及撤銷訴訟，請求撤銷該建築許可。若起造人已取得合法之建築許可，惟卻違法建造，或未取得合法之建築許可，而違法建造時，此時鄰人得請求建築主管機關對於起造人採取干預措施，例如：命停工或自行拆除違建；於建築主管機關拒絕請求或怠為處分時，鄰人得提起訴願（包括撤銷及課予義務訴願）及課予義務訴訟，請求建築主管機關作成行政處分或作成特定內容之行政處分（例如：命停工或自行拆除違建之行政處分）。若情況急迫，起造人之實施建築許可或繼續建造，將對鄰人造成無法回復之損害時，針對建築許可，鄰人得向受理救濟機關申（聲）請停止執行；針對違法建照之行爲，得向行政法院聲請假處分等暫時權利保護措施。在請求建築主管機關對於起造人採取干預措施，而建築主管機關就是否採取與採取何種干預措施具有裁量權限時，此時鄰人只能請求建築主管機關作成無裁量瑕疵之行政處分，而不能請求作成特定內容之

行政處分；只有在具體情況下，裁量已限縮至零時，方得請求建築主管機關作成特定內容之行政處分。

肆、結論

訴願法上之利害關係人，係指處分相對人以外，利益與處分相對人相同或相反之人；行政訴訟法上之利害關係人，係指訴願人以外，利益與訴願人相同或相反之人。而利益與處分相對人或訴願人相反之人，又可分成同業競爭者關係下與鄰人關係下之利害關係人。在提起行政救濟為權利違法受侵害之主張時，處分相對人、與處分相對人利益相同、或同業競爭關係下之利害關係人，原則上係主張其權利受到侵害；而鄰人關係下之利害關係人，原則上是主張其法律上之利益受到侵害。總之，利害關係人為處分相對人或訴願人以外，因行政機關之違法行政行為，權利或法律上之利益受侵害之人。從而，是否為行政爭訟法上之利害關係人，判斷點即為其是否依法規規定擁有權利或法律上之利益，而行政機關之違法行政行為，已侵害其權利或法律上之利益。

權利是法規明文賦予個人者，故在認定上較無疑義。而個人是否擁有法律上之利益，是經由對於法規之解釋而得出者，目前在學說上係借助於保護規範理論，而該理論又有新舊之分。依舊保護規範理論，須法規本身有保護個人利益之目的，該個人方得於行政機關違反法律義務時，

訴請其履行義務；而新保護規範理論認為，法規雖無保護個人利益之目的，但於具體情況下，個人有值得保護之利益，且個人利益之確保完全仰賴行政機關之作爲時，該個人亦得於行政機關違反法律義務時，訴請其履行義務。

新舊保護規範理論在建築法規領域運用之結果，就建築法規是否爲鄰人保護規範，亦得將建築法規區分爲三種：一、絕對鄰人保護規範：法規本身有保護鄰人利益之目的，於建築主管機關違法核發建照，或對於違法建造不採取干預措施時，鄰人即得訴請撤銷建照或採取干預措施，無須鄰人在實際上已受有損害（舊保護規範理論）；二、相對鄰人保護規範—注意要求：法規本身雖無保護鄰人利益之目的，但在具體情況下，鄰人之權益在實際上已受有損害，且已逾越其應容忍之範圍時，亦得訴請撤銷建照或採取干預措施（新保護規範理論）；三、無保護鄰人效力之規範：法規單純爲維護公共利益而設，並無保護鄰人之目的與作用；建築主管機關之不核發建照予起造人，或對於違法之建造採取干預措施，對於鄰人而言，僅具有反射利益，鄰人並未取得請求建築主管機關爲特定行爲之權能。

因我國建築法規並無明文賦予鄰人得請求建築主管機關爲特定行爲之權利規定，因此鄰人是否存有得請求建築主管機關爲特定行爲之法律上利益，將完全借助於保護規範理論，及對於法規之解釋。而有最終解釋權限者，爲行政法院，而使此一領域，形成有如法官法之領域。因行政法院所受理之鄰人爭訟案件並不太多，所以尙無法完整地

勾勒出行政法院對於鄰人保護規範之看法，而屬於尙待形成的法律領域與法律見解。惟可以肯定的是，行政法院亦是借助保護規範理論，去判斷在具體的個案中，鄰人提起行政爭訟所據以適用之法規是否為鄰人保護規範，及其是否具有訴訟權能。而對於法規之解釋，總是存有因解釋者不同而解釋不一，或因時代、觀念之演變，而有不同解釋結果之問題。對於保護規範理論之運用，與鄰人保護規範之解釋，亦存在同樣之問題。從而對於個人（鄰人）是否存有法律上之利益，而得以利害關係人之身分，對於行政機關有所請求，即一直存在不確定性與不穩定性，而令人無法預測與概觀。對於此一問題，可能只有借助於更多理論之提出與釐清，方得加以解決。

第二章 訴願前置主義之再檢討

張惠東*

大 綱

前言

壹、訴願前置主義與訴願制度之溯源

一、訴願前置制度之性質：任意性

二、訴願制度性質之確定：非裁判性之行政內部
監督機制

貳、整體行政救濟程序中之訴願前置主義

一、訴願前置主義存在理由之重新審視

二、訴願前置主義與行政訴訟制度之體系考量

結論

* 臺北大學法律學院助理教授，法國巴黎第一大學法學博士，日本東京大學法學政治學研究科研究

前言

我國行政訴訟法規定，提起撤銷訴訟或課予義務訴訟，原則上須先提起訴願始得提起行政訴訟，此乃所謂之「訴願前置主義」¹。但此一訴願前置主義存在之理由，有學者指出，雖有立法先例（如大清行政裁判院官制草案第10條、日本明治23年行政裁判所法第17條、日本昭和23年行政訴訟特例法第2條、日本昭和37年行政事件訴訟法第8條、德國行政法院法第68條以下、奧國聯邦憲法第131條第1項第1款、瑞士之間接訴訟），且基於歷史因素、對於行政權之尊重、確保行政之作法與看法之統一、減輕法院之負擔、協助人民澄清疑點、加速救濟程序與擴大救濟之機會與層面等理由，但其妥當性仍不無斟酌之餘地²。

從比較法上之角度觀察，本文擬參考自清末以來，影響我國法制頗巨之日本法，以及行政法母國之法國法之法制。與我國相較，日本法與法國法各有相同與不同之處。我國及日本，均以法律位階之規範，以建立訴願制度，而法國則並無規範訴願制度之法律，而是以行政內部之規則規範之。此外，我國之行政爭訟制度中，原則上採取「訴

¹ 參見行政訴訟法第4條、第5條之規定。但，亦有法律規定某些情形得免經訴願程序即可提起行政訴訟者，如交通裁決事件（行政訴訟法第237條之3），或針對已經聽證程序所為之行政處分提起撤銷訴訟者（行政程序法第109條）。參照李震山，行政法導論，修訂九版，三民書局，2011年，頁586以下；陳清秀，行政訴訟法，五版，元照出版，2012年，頁33以下。

² 蔡志方，行政救濟法新論，元照出版，2007年11月三版，頁24。

願前置主義」，但自日本及法國之現行法以觀，行政訴訟之提起與訴願之關係，原則上是否提起訴願，係選擇性、任意性，而非強制性、義務性。法國法上，作為行政監督之一環的訴願³，行政相對人得自由選擇：先提起訴願後再提起行政訴訟，或不提起訴願直接提起行政訴訟。雖在某些領域的法律中規定，行政相對人必須先提起訴願，始得提起行政訴訟；但此種規定，毋寧可說是法國法上的例外⁴。日本法制與法國法制在訴願是否應採強制前置的這個問題點上，與我國法制完全相反，其原因何在？

日本行政不服審查制度之改革方針之中，考量公正性以及基於簡易迅速程序之下，柔軟且具有實效性之權利救濟，除了確保行政的妥當運作之外，也考慮針對訴願前置進行全面性的改革，使人民可以進一步自由地選擇其權利救濟之程序⁵。同時，於日本行政訴訟法制定時，即已確認

³ 依據法國現行實定法，行政機關之行爲的行政合法性審查（*contrôle de la légalité administrative*），可大分爲兩個類別：一為行政監督，一為裁判監督。此二種監督方式，各有各的性質，且並不相互排斥。所謂裁判監督，係指人民提起訴訟（*recours contentieux*），而由行政法院法官於行政裁判中所爲之控制；而所謂行政監督，則指行政訴願（*recours administratif*）。行政相對人在訴願程序中，可於符合一定之法定條件下，針對行政機關之原處分以及針對使其權利救濟未獲滿足之訴願決定，同時提起行政訴訟。參見 DE LAUBADERE (A.), GAUDEMET (A.), *Traité de droit administratif*, t.1, 16^e éd., LGDJ, 2001, p. 576.

⁴ 張惠東，「司法裁判、行政裁判抑或是純粹行政？—法國行政法學的基礎課題」，臺北大學法學論叢，100年3月，頁4。

⁵ 佐伯道子，「行政不服審查制度改革の動向」，立法と調査，2012.1，No.324，頁19。

三個強制訴願前置之基準：大量處分、專門技術性、第三者機關之參與；自 2002 年起至 2004 年，作為司法制度改革之一環，日本政府於行政訴訟檢討會中，就「行政訴訟檢討會中主要檢討事項」之「不服審查前置之制約之緩和」開始進行全面性的檢討，調查目前日本各種特別法中所施行之訴願前置的實際狀況，以較為嚴格的角度，召開公聽會以及對於各機關進行問卷調查，重新審視現狀⁶。而於民主黨政權下，2011 年 8 月至 9 月，日本「內閣府行政救濟制度檢討團隊」針對目前日本的特別法中定有訴願前置之規範者逐一檢視，經統計共有 99 個法律，而經過檢討之後，將廢除其中 71 個法律⁷。例如，勞工職業災害補償保險法（勞働者災害補償保險法）第 40 條中，要求勞工對於勞工保險審查官提出審查請求，以及對於勞工保險審查會提出再審查請求，所謂之「二重前置」之法制度，檢討結論認為，對於「二重前置」予以「一重化」，也不強制採取一定要提起訴願。日本政府逐一檢討特別法中的訴願前置規範後，其結論如何，實值我國參酌。

而法國法上之訴願，考諸法國行政法制史，訴願制度與行政裁判制度之間，存在著緊密的關係。質言之，自大

⁶ 橋本博之，「個別法による不服申立前置について」，慶應法学，第 27 號，2013 年 10 月，pp.119-138；佐伯道子，「行政不服審查制度改革の動向」，立法と調査，2012.1，No.324，頁 20。

⁷ 可參照日本總務省之資料，「不服申立前置の見直しについて」，http://www.soumu.go.jp/main_content/000281290.pdf。（2014 年 5 月 20 日訪問）。

臣裁判制度⁸（*théorie du ministre-juge*）廢止以後，法國的訴願制度與行政訴訟中的越權訴訟（*recours pour excès de pouvoir*），才分道揚鑣而各自再進一步發展；從性質上而言，前者屬於行政權內部的「活動行政」（*administration active*），後者則屬行政裁判的範疇。法國之訴願制度，其性質從司法權至行政裁判權，再從行政裁判權至行政權，目前定位於行政權內部的訴願制度，在法國的軌跡如何？若吾人可徹底理解此一制度之緣由，當可有助於理解訴願制度應否採取強制訴願前置之制度⁹。

⁸ 詳後述「大臣裁判制的建立」。

⁹ 關於法國行政裁判制度史相關之法文文獻專書，請參照：BIGOT (G.), *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002; BURDEAU (F.), *Histoire du droit administratif*, PUF, Thémis, 1995; CHEVALLIER (J.), *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970 ; IMBERT (L.), *L'évolution du recours en excès de pouvoir (1872-1900)*, thèse, Paris, 1952; LAMPUE (P.), *Le développement historique du recours en excès de pouvoir depuis les origines jusqu'au début du XXe siècle*, *Rev. int. sc. adm.*, 1954, n° 2.359; LANDON (P.), *Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue*, Sirey, 1942; LANDON (P.), *Histoire abrégée du recours en excès de pouvoir des origines à 1954*, LGDJ, 1962. 關於日文文獻，請參照：神谷昭，*フランス行政法の研究*，（有斐閣，1965 年）；阿部泰隆，*フランス行政訴訟論—越權訴訟の形成と行政行為の統制*，（有斐閣，1971 年）；伊藤洋一，*フランス行政訴訟の研究——取消判決の対世効*，（東京大学出版会，1993 年）；村上順，*近代行政裁判制度の研究——フランス行政法の形成時代一七八九—一八四九*，（成文堂，1985 年）；兼子仁、磯部力、村上順著，*フランス行政法学史*，（岩波書店，1990 年 10 月）。

壹、訴願前置主義與訴願制度之溯源

大革命時期，法國的訴願制度從司法權到行政裁判的領域，大臣裁判制終結後，又從行政裁判權回歸到純粹行政的範疇。這也可以了解一個疑問：為何法國的訴願制度不會再往「司法」或「準司法」的方向發展？因為法國訴願制度曾經走過了一段變遷的歷史。法國之訴願，係完全屬於行政內部，因此審理訴願之組織，亦當然均由原行政機關或原處分之上級機關內部之公務員為之，而未如我國法需先組成訴願審議委員會，而後再由訴願委員會審議；更無規定委員半數以上需由外部專業人士擔任之規定。此乃適用「活動行政與行政裁判嚴格分離」之原則下，當然的結果。也因為，純粹行政與裁判行政應予截然劃分。因此，法國的訴願制度不會再往司法化或準司法化的方向偏移。

一、訴願前置制度之性質：任意性

遍查所有的在法國的現行法中，並沒有專門的法律位階的規範用以形塑訴願制度，規範訴願制度者，僅有法國總理於一九九五年對各部會首長發布，「關於處理對行政機關所提起之請求」之行政規則¹⁰。其中規定，「訴願」

¹⁰ Circulaire du 9 février 1995 relative au traitement des réclamations adressées à l'administration (1995年2月9日關於處理向行政機關提起之請求之行政規則)。

（recours administratifs）分爲兩種：一種是向原處分機關提出，請求變更或撤銷原處分者，稱爲「裁量訴願¹¹」（recours gracieux）；另一種是向原處分機關之上級機關提起，請求上級機關審查原處分者，稱爲「階層監督訴願¹²」（recours hiérarchiques）。

藉由中央行政法院的判例，儘管沒有任何法律明文規定，但在法國，行政相對人必定有權提起裁量訴願。亦即，面對行政機關之決定，行政相對人可選擇直接提起行政訴訟，或不直接提行政訴訟而先提起訴願；若其選擇先提起訴願，則行政訴訟起訴之時效停止進行¹³，不論是裁量訴

JORF n° 39 du 15 février 1995, p. 2522.

¹¹ 條文原文爲：« Les recours gracieux sont les réclamations portées devant l'autorité même qui a pris la décision dont le requérant veut obtenir la réformation ou l'annulation. Ils sont ouverts de plein droit, même en l'absence de texte. »

¹² 條文原文爲：« Les recours hiérarchiques sont les réclamations portées devant une autorité supérieure à celle qui a pris l'acte incriminé. Ils sont également ouverts de plein droit à condition que l'autorité saisie dispose bien d'un pouvoir hiérarchique sur l'auteur de l'acte et qu'aucune disposition n'ait expressément écarté cette possibilité. L'autorité saisie d'un recours hiérarchique dispose des mêmes pouvoirs que celle qui a pris l'acte contesté. Elle peut donc fonder sa décision sur des motifs aussi bien de droit que d'équité. Elle peut aussi, par exemple, confirmer l'acte contesté en substituant aux motifs non pertinents retenus par son auteur initial des motifs nouveaux et pertinents. »

¹³ 參照 CE Sect. 10 juillet 1964, Centre medico-pédagogique de Beaulieu, cité par CHAPUS (R.), Droit du contentieux administratif, 13^e éd., Montchrestien, 2008, p.195.

願¹⁴或是階層監督訴願¹⁵均如是。

(一) 任意性與強制性之拉鋸

法國中央行政法院（Conseil d'État）之行政判例，建立了「行政訴願前置之非強制性原則」（le principe jurisprudentiel du caractère facultatif des recours administratifs préalables），意謂提起行政訴訟前，當事人是否提起訴願，原則上為任意性的（facultatif），而非強制性的（obligatoire）。亦即，當事人可自由選擇要提起或不提起訴願，對於行政訴訟之起訴均無影響¹⁶。

依據法國中央行政法院於 2008 年 9 月所發表的報告書中所表示之見解，某個特別的救濟程序是否為強制必須提起之前置程序，必須依據個別法律之立法意旨而定¹⁷，未可一概而論；且其對於將「強制性的前置行政訴願程序」（recours administratif préalable obligatoire, RAPO）予以普

¹⁴ CE 13 avril 1881, Bansais, D 1882, 3, 49, concl. Le Vavas seur de Précourt, S. 1882.3.29. cité par CHAPUS (R.), Droit du contentieux administratif, 13^e éd., Montchrestien, 2008, p.652.

¹⁵ CE 12 janvier 1917, Marchelli, p. 12, cité par CHAPUS (R.), Droit du contentieux administratif, 13^e éd., Montchrestien, 2008, p.652.

¹⁶ CE sect. 15 février 1935, Bladanet, Rec., p. 201; sect., 3 mars 1944, Sté pour la fabrication d'aliments composés pour le bétail, Rec., p. 75 ; ass., 16 juin 1944, Debroise, Rec., p. 172.

¹⁷ Braibant, concl. sur CE sect. 13 juin 1958, Esnault, Rec., p. 343 ; Latournerie, concl. sur CE sect. 5 décembre 1980, Serrat, Rec., p. 463.

遍化或作大幅的擴展的看法，法國中央行政法院也表示消極的態度¹⁸，亦即，中央行政法院認為，法國法制並無將訴願前置原則予以一般化之必要；中央行政法院亦曾表示，只有在「法律條文中創設一個特別的行政程序之規定，而該規定又排除了其他行政訴願或行政訴訟時¹⁹」，或「特別的程序之存在，排除了其他行政爭訟之形成可能性時²⁰」，才表示這個特別的救濟程序是強制性的，而非選擇性的。

儘管強制性訴願前置的規定是「例外」，但在法國，訴訟前置程序於某些領域發揮了極佳的紛爭解決之效率。法國中央行政法院於前述 2008 年之報告書中表示，依據統計，從 1928 年以來，平均每年於稅法領域產生的爭議事件，大約有 300 萬件，其中 95% 可以透過訴訟前之機構得到立即的解決，而剩下的 15 萬件繼續由非訴訟之方式處理，最終僅有 1 萬 5 千件進入地方行政法院；除了稅務案件之外，

¹⁸ « [...] le Conseil d'État, qui n'a pas trouvé, à l'occasion de la présente étude, de proposition précise à formuler en ce domaine, apporte donc une réponse négative à la question d'une généralisation ou d'une extension importante d'un recours préalable obligatoire ». V. CONSEIL D'ÉTAT, Étude sur la prévention du contentieux administratif, EDCE, n° 32, 1980-1981, p. 299 et s., spéc. p. 301

¹⁹ 判決原文為：「Ces textes instituent une procédure administrative particulière dont l'existence exclut tout autre recours administratif ou contentieux », v. CE 3 avril 1968, Min. Intérieur c/ Dame Vve Beaufils, Rec., p. 242.

²⁰ 原文為「L'existence de cette procédure particulière exclut la possibilité de former tout autre recours administratif ou contentieux », v. CE 29 mai 1963, Min. Santé publique et population et Maurel, Rec., p. 334; sect. 23 février 1964, Daligault, AJDA, 1964, p.640, note B. Paulin ; 20 janvier 1971, Pigot, Rec., p. 60.

包括農地重劃（remembrement rural）事件以及簽證拒絕事件，亦是如此²¹。因此近年來，以個別法規定強制訴願前置之情形，在法國卻有漸漸增加的趨勢。例如，關於政府採購契約之招標書中的條款所導致的訴訟、國家賠償訴訟、公共工程領域等，均有作此規定。

但基於「訴願為任意性」的大原則，法律規定中關於強制性（caractère obligatoire）訴願程序之適用，應作嚴格解釋（interprétation stricte），不可對類似之事件或概念做類推適用。且基於法之安定性，這種訴願強制之義務應該僅限於以法律明文列舉（expressément énumérées）者為限²²。例如，法規僅規定，對於會計師公會就登陸會計師名簿決定不服之事件，應向委員會先提起訴願²³；但這項規定不能直接類推至其他之事件，因此，其他的事件則可以直接向行政法院提起訴訟²⁴。又如，中央行政法院認為，依國有財產法典第 R. 161 條之規定²⁵，在請求裁判時，需要先向該管主任（directeur départemental compétent）提起前置

²¹ MORAND-DEVILLER (J.), Cours droit administratif, 11^e éd., Montchrestien, 2009, p. 62.

²² CHAPUS (R.), Droit du contentieux administratif, 13^e éd., Montchrestien, 2008, p.403.

²³ Ordonnance no 45-2138 du 19 septembre 1945, article 42, JORF 21 septembre rect. JORF 30 septembre et 31 décembre.

²⁴ CE sect. 25 avril 1975, Bierge, Rec., p. 266.

²⁵ 原文為：« Il ne peut être exercé aucune action contre le service des domaines, en sa dite qualité, par qui que ce soit, sans qu'au préalable on ne se soit pourvu par simple mémoire, déposé entre les mains du directeur départemental compétent. »

救濟程序；反之，提起行政訴訟時，因為並無明文規定亦需如此，因此便無進行此一前置救濟程序之必要²⁶。

（二）強制性訴願前置程序之常見領域

我國法於訴願法中針對訴願程序以及相關規定，係於訴願法中，以一個單一法律進行總則性的規定，至於其他特別法則由其他特別法另為處理。法國則並非如此。法國並不存在一個關於訴願事項之總則性的法律，用以規範某種性質之行政事件必須提起訴願，或無須提起訴願，以及審理訴願之組織及程序規定等。雖然沒有類似我國訴願法之規定，但若我們分析法國個別的法律規定，仍然可以歸納某一些原則。

這些常見強制訴願前置的規定，多屬經濟性、社會性行政領域（*administration économique et sociale*）的決定，或對於職業團體（*organisation professionnelle*）的決定提起訴訟時的範疇。在這幾類範疇中，強制訴願前置的條款常被規定。法國中央行政法院之報告書中也曾指出，有四個領域可以有限地以及適切地發展強制訴願前置之制度，包括駕照扣點爭訟事件（於法國每年超過一萬件）、公務員爭訟事件、監獄受刑人爭訟事件、外國人之人權爭訟事件²⁷。

²⁶ CE 11 avril 1986, Min. Budget c/ Sté Le Domaine des Embiez, Rec., p. 86.

²⁷ MORAND-DEVILLER (J.), Cours droit administratif, 11^e éd., Montchrestien, 2009, p. 62.

個別法中規定強制訴願前置程序者，例如對於直接稅的確定或徵收決定，依據法國租稅程序法典（*Livre des procédures fiscales*）第 R190-1 條之規定，若對於稅捐機關之決定不服，應先向地方各局處提出訴願。又，依據 1978 年關於改善行政與公眾關係法（*Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal*）第 20 條之規定，關於拒絕行政文書揭露之決定，若要提起訴訟，應先向行政書類閱覽委員會（*Commission d'accès aux documents administratifs, CADA*）提起前置之救濟程序，再由行政書類閱覽委員會決定，是否同意行政機關揭露行政文書以供閱覽之後，始可提起訴訟。又如 1987 年 12 月 31 日關於行政訴訟改革法（*Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif*）第 13 條規定²⁸，關於國家、地方公共團體或公共設施法人之契約責任或契約外責任所導致之紛爭，在訴訟前應先經過前置之行政訴願或調解（*conciliation*）程序。亦即，就行政契約以及行政賠償責任之訴訟程序，廣泛地規定了訴願程序或調解程序前置，似乎也可以看出立法者對於行政訴訟案件過

²⁸ « Des décrets en Conseil d'Etat déterminent dans quelles conditions les litiges contractuels concernant l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu leur responsabilité extracontractuelle sont soumis, avant toute instance arbitrale ou contentieuse, à une procédure préalable soit de recours administratif, soit de conciliation. »

多，想要藉由此一制度設置「過濾器」（*filtre*）以使訴願前置或調解前置程序一般化的意圖²⁹。

近年來法國的行政訴訟改革中，有一部分是討論關於行政上紛爭解決之和解（*transaction*）、調解（*conciliation*）或仲裁（*arbitrage*）之制度，試圖以非裁判之方法解決紛爭³⁰。在制度的結構上，它們都是在進入法院裁判之前的前置救濟程序，也因此常被拿來與訴願一同討論。這些非裁判性的紛爭解決途徑常被用作上述的訴訟過濾器（*filtre du contentieux*），以減輕行政法院之負擔。

在法制上，將這些非裁判性之紛爭解決制度，作為訴訟提起前之強制性前置程序，以減少法院之負擔，這樣的作法，是否符合原先以救濟權利被侵害之人民權益之目的，當然是見仁見智，還有待討論；但目前確實是有這方面的議論。而且在法國，關於行政契約之領域，此種強制性前

²⁹ CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, 2008, p. 400. 於本書中，Chapus 教授對於法國法上前置之調解程序（*préliminaire de conciliation*）之相關規範著墨不少，包括法律規定以及豐富之判決。另，日本文獻方面的介紹，可參照橋本博之，*行政訴訟改革*，頁三四以下，（弘文堂，2001 年）。

³⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, La Documentation française, 1993 ; JOUGUELET (J.-P.), *Conciliation, transaction et arbitrage*, JCA fasc. 1005. 法國著名行政法學雜誌 *Actualité juridique du droit administratif* (AJDA)，於 1997 年的 1 月號，亦出版以「紛爭解決之替代模式」（*Les modes alternatifs de règlement des litiges*）為題的本月企劃，值得參考。日本文獻的介紹，參照橋本博之，*行政訴訟改革*，頁五六至五九，（弘文堂，2001 年）。

置程序之提起之法規範，已經有越來越多的趨勢³¹。

反之，也有法國學者持贊成的立場，認為這些制度的提起，對於行政相對人而言，即使未能得到行政機關給予有利的決定，仍有獲益之處。蓋行政相對人可以先整理自己的論點，也可以了解行政方面的見解，以便在正式的訴訟場合中能有更充分的準備。同時也可以增加行政與行政相對人之間的對話，促進行政的民主³²（*démocratie administrative*）。

二、訴願制度性質之確定：非裁判性之行政內部監督機制

法國法上之訴願制度，從時間上而言，可說是開世界各國之先河。自「大臣裁判制」廢止以後，法國的訴願制度與行政訴訟中的越權訴訟開始分化各自發展；從性質上而言，訴願屬於行政權，越權訴訟則屬行政裁判。要徹底探尋訴願制度的性質，應從法國行政法學史中找尋訴願制度之源頭。

³¹ LICHÈRE (F.), MARTOR (B.), PEDINI (G.), THOUVENOT (S.), *Pratique des partenariats public-privé*, Litec, 2007, p. 163.

此外，1995年2月6日由首相所發布之行政規則中，亦規定國家機關利用調解程序之相關規定。Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, JORF n° 39 du 15 février 1995, p. 2518.

³² Truchet (D.), *Recours administratifs*, Encyclopédie Dalloz, contentieux administratif, II, 2000, n° 50-52.

（一）司法與行政之爭戰：行政裁判之確立

法國的行政裁判的歷史，最遠可以追溯至法國大革命前的舊法時代³³（l'Ancien Régime）。中世紀時的法國國王，由國王御前會議（Curia Regis）總覽國政。至路易十三時，法國朝廷主要之朝政機關包括國王顧問會議（Conseil du Roi）、審計院（Chambre des comptes）以及另一個司法機關—高等法院³⁴（Parlements），與行政有關的爭議事件均交由國王顧問會議審理。從宰相黎希留（Richelieu）的時代開始，高等法院便已屢屢與行政權爭奪權限，介入政治

³³ 所謂舊法時代，係指法國大革命以前，Valois 王朝以及 Bourbon 王朝的時代。舊法時代法制之相關文獻請參閱：DE TOCQUEVILLE (A.), *L'ancien régime et la Révolution*, Gallimard, 1952; MESTRE (J.-L.), *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, Paris, LGDJ, 1976; MESTRE (J.-L.), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985 ; CASTALDO (A.), *Introduction historique au droit*, Dalloz, 3^e éd., 2006.

³⁴ 高等法院的法袍貴族（noblesse de robe），以國王之名掌理司法權（當時並未區分司法裁判以及行政裁判）；時而假借法規性判決（arrêt de règlement），時而以其法令登錄權（prerogative d'enregistrement），拒絕國王立法權之行使。蓋當時法國國王行使立法權所發布之王令，必須登錄於高等法院之登錄簿，始可於該高等法院之管轄區域內適用。參照 CASTALDO (A.), *Introduction historique au droit*, Dalloz, 3^e éd., 2006, p. 330 et 369 et s. 法國舊法時代之高等法院，原先多由朝廷之高官所組成，針對重要的政治問題進行裁判；而後漸漸由法律專家組成。至 13 世紀法國國王路易九世（Louis IX, 1226-1270 在位）時，命名為 Parlement。原先僅設置於巴黎一地，後來於路易 11 世（Louis XI, 1461-1483 年在位）治下，在 1467 年賦予這些司法官終身的身份保障（inamovibilité），其後更漸次發展為具獨立性的裁判機關。參照山口俊夫，概説 フランス法（上），頁 34，（東京大學出版會，1998 年）。

活動³⁵。而在黎希留的主導下，儘管國王於1641年2月21日發布聖傑曼敕令（Édit de Saint-Germain），又於1661年發布禁止高等法院干涉國家事務的命令³⁶，但是直至十八世紀，高等法院干涉行政權的行動均未曾稍歇³⁷。

時至法國大革命，1789年的制憲會議（Assemblée Constituante）中，人民對於高等法院感到極大的不信任，因此主張應該禁制法院的政治性權限。除於1789年11月3日命高等法院無限期休會外，更於1790年8月16日及24日法第十三條中規定：「司法作用與行政作用迥異，因此應恆予區別之。法官，不論用何種方法，均不得妨礙行政團體之活動，且不得以其職務為由，傳喚行政官。違反本規定者，屬瀆職罪。」1791年9月3日憲法之第三篇第五章第三條規定，「關於立法權之行使，法院不得停止法律之執行，亦不得侵害行政作用，不得以其職務為由傳喚行政官員。」共和曆3年實月（Fructidor）16日法又規定，法院不得審理各種行政的行為，違者，依法處罰之。至此，大革命時期的相關立法，已形塑了行

³⁵ 參照 LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd. t. 1, 1896, p. 154 et s.

³⁶ ISAMBERT (F.-A.), *Anciennes lois françaises*, t. XVI, p. 529 ; cité par LAFERRIERE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd. t.1, p. 158.

³⁷ FRIER (P.-L.), PETIT (J.), *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Montchrestien, 2006, p. 15.

政機關與司法機關分離原則³⁸（principe de séparation des autorités administratives et judiciaires）。在此一時期之後，不但確立了行政裁判制度，且亦確立了法國的行政裁判歸屬於廣義行政權之中³⁹。共和曆8年（l'An VIII, 西元1799年）霜月（Frimaire）22日憲法五二條之規定創設了中央行政法院⁴⁰（Conseil d'État），其一方面具有裁判的職權（attributions juridictionnelles），另一方面又具有諮詢的職權（attributions consultatives），也使行政權內部形成了活

³⁸ DE LAUBADERE (A.), GAUDEMET (A.), *Traité de droit administratif*, t.1, 16^e éd., LGDJ, 2001, p. 328; Voir aussi FRIER (P.-L.), PETIT (J.), *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Montchrestien, 2006, p. 16.

³⁹ 參照張惠東，「司法裁判、行政裁判抑或是純粹行政？—法國行政法學的基礎課題」，臺北大學法學論叢，100年3月，頁9以下。

⁴⁰ 從字義上而言，Conseil 為法文「會議」之意，État 則意指「國家」。就法制史之演變而言，Conseil d'État 之前身，為 13 世紀末時所建立之「國王顧問會議」（Conseil du Roi），其功能為提供國王意見，幫助國王行使關於國務行政爭訟之裁判權。依據共和曆 8 年霜月 22 日憲法第五二條之規定所創設之 Conseil d'État，負有行政諮詢與爭訟之雙重使命。就其法定職權而言，於 1945 年以後，法國所有的法律草案在立法之前，都必須先送交 Conseil d'État 諮詢。1958 年第五共和國憲法第三十七條、第三十八條及第三十九條更規定，所有的法律草案、條例草案以及行政立法草案，都均必須先送交 Conseil d'État 諮詢。因此，法國的 Conseil d'État 可分為諮詢部門以及訴訟部門，其訴訟部門相當於我國的最高行政法院。為求易於理解，儘量與我國法學文獻之譯名統一，本文採「中央行政法院」之譯法。但應注意的是，法國之 Conseil d'État 不僅為法國最高層級之行政「法院」而已。

動行政與行政裁判分離的初步架構⁴¹。爾後依據1806年6月11日令，於中央行政法院內增設爭訟委員會（*commission du contentieux*），在行政權內部逐步發展出專業化的訴訟職能。

（二）訴願制度之蒿矢：大臣裁判制

1. 大臣裁判制的建立

所謂大臣裁判制度⁴²（*théorie du ministre-juge*），係指關於行政事件之爭訟，行政相對人欲向中央行政法院提起訴訟之前，必須先向各該具有權限之大臣請求其審理該爭訟，等待該大臣作出決定（*décision ministérielle*）之後，若行政相對人對於該大臣之決定有所不服，始得向中央行政法院提起訴訟。亦即，大臣成為擁有行政事件之一般管轄權限之法官（*juge de droit commun en matière administrative*）。換言之，於法律就某行政訴訟事件未特別規定管轄規範時，大臣乃成為審理該事件第一審之法官。

⁴¹ 活動行政與行政裁判的徹底分離，需至卡實判決以後才達成，請參閱本文關於「大臣裁判制的衰退」之部分。

⁴² 「大臣裁判」（*ministre-juge*）制，亦有譯為「部長法官理論」者，此二者實乃一事。惟，大臣裁判制之發端及確立，主要係於法蘭西第一帝國時代，當時之政治制度為專制王權體制，故此處將法文之「*ministre*」譯為「大臣」，而不譯為「部長」一辭。而「*juge*」一辭，雖為「法官」之義，但究其制度內涵，係使大臣就系爭事件之行政裁判掌有管轄權之意，故本文譯為「裁判」而不譯為「法官」。

至於向中央行政法院提起之訴訟，則定位為大臣下決定之後，針對大臣決定所提起的上訴審。大臣裁判制度，為訴願制度以及行政訴訟中越權訴訟（recours pour excès de pouvoir）之濫觴；自大臣裁判制度廢止後，二者才開始區分而各自更進一步發展⁴³。

依據共和曆 12 年熱月（Thermidor，西元 1804 年 7 月 20 日至 8 月 19 日）16 日法之規定，有權作出執行命令之行政官，亦為真正的法官（véritables juges）。在 1813 年的榭農岱判決（l'arrêt Chenantais）以及 1814 年的 Rey 判決（l'arrêt Rey）這兩個重要的判決⁴⁴之後，更確立了大臣決定屬於第一審裁判的性質。而中央行政法院在當時也默認大臣擁有一般權限，而具有作為第一審的法官的資格。當時的法國學說也贊同。此後，與行政職務之行使有關之爭訟，便由大臣如同法官一般認事用法先行審理⁴⁵。就在此種中央行政法院默認、學界亦承認之背景下，大臣裁判制更形確立。

復以，於國家債務人理論⁴⁶（théorie de l'État-débiteur）

⁴³ DE LAUBADERE (A.), GAUDEMET (A.), Traité de droit administratif, t.1, 16^e éd., Paris, LGDJ, 2001, p. 576.

⁴⁴ L'arrêt Chenantais, CE 22 mai 1813 ; L'arrêt Rey, CE 26 mars 1814. 參見 PREVEDOUROU (E.), Les recours administratifs obligatoires - Etudes comparées des droits allemand et français, LGDJ, 1996, p. 45.

⁴⁵ PREVEDOUROU (E.), Les recours administratifs obligatoires - Etudes comparées des droits allemand et français, LGDJ, 1996, p. 45.

⁴⁶ 大革命時，對於前朝所遺留而未決之國家債務，均認為應屬於行政權掌理，而非由司法權管轄。如 1790 年 7 月 17 日至 8 月 8 日法（loi des 17 juillet -

之下，法國大革命前一切由國家所欠下的債務，其性質均被認為屬於「行政性」而非司法性，故應由行政權來處理；而另一方面，基於行政科層性的原則，以及爾後基於一些現實上的考慮，大臣裁判制度更被正當化：理由在於：大臣的介入更為快速，而且免費；以及在當時大臣基於此一科層體制上的地位來進行紛爭解決的結果，使人民得到公平的保障。共和曆 8 年雪月（Nivôse）5 日之行政命令，更明文規範中央行政法院的職權為：「掌理大臣既決之訴訟事件」，此時已形同將大臣與中央行政法院間之關係，劃分為行政訴訟第一審及上訴審之關係⁴⁷。

直至 1889 年，中央行政法院作出卡竇判決⁴⁸（l'arrêt Cadot）之後，始正式終結大臣裁判制。在卡竇判決之前，儘管已有 1872 年 5 月 24 日法，以及中央行政法院的兩個判決（布嘎赫判決及坎城市判決，詳後述）都試圖廢除大臣裁判制，且中央行政法院亦明白指陳：即使沒有法律明

8 août 1790），以及 1793 年 9 月 26 日令（décret du 26 septembre 1793）。此一規範，亦成為大革命期權力分立之原則，中央行政法院亦予遵行。此一國家債務人理論，一直到 1873 年 2 月 8 日，由權限衝突法院（Tribunal des conflits）作成著名的法國行政判例布瓏蔻（Blanco）判決，建立國家賠償責任之後，始告式微。請參照 CHAPUS (R.), *Droit administratif général* t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2008, p. 829.

⁴⁷ 原文為，«... il faut entendre la décision définitive, car les ministres rendent des décisions en premier ressort sur les affaires de leur compétence et sauf recours au Conseil d'État ». Cité par PREVEDOUROU (E.), *Les recours administratifs obligatoires - Etudes comparée des droits allemand et français*, LGDJ, 1996, p. 45.

⁴⁸ L'arrêt Cadot, CE 13 déc. 1889, Rec., p. 1148.

文的規定，行政相對人仍可以直接向中央行政法院提起行政訴訟。但實際上仍並未能真正終結大臣裁判制；真正使大臣裁判制度打上休止符的，乃是卡竇判決。

2. 大臣裁判制的衰退

大臣的決定，過去被視為裁判的一部分。但大臣裁判制存在不少弊病⁴⁹。最主要的問題是「球員兼裁判」的缺點。大臣同時是行政官，又是捍衛行政決定之法官。因此中央行政法院後來便連番以數個判決，試圖結束此一制度。在歷經 1881 年的布嘎赫判決（l'arrêt Bougard）以及 1882 年的坎城市判決（l'arrêt Ville de Cannes）這兩個重大判決之後，卡竇判決的出現，才使大臣裁判制度正式走入歷史。

a. 布嘎赫判決⁵⁰（L'Arrêt Bougard）

布嘎赫（Bougard）氏為某市之雇員，因年金支付精算請求（demandes en liquidation）之事件，對縣長之決定不服，直接向中央行政法院提起訴訟。縣長略以：「…於向中央行政法院起訴之前，縣長之決定尚未交由部長⁵¹審理；

⁴⁹ 關於大臣裁判制的弊病，請參見 PREVEDOUROU (E.), *Les recours administratifs obligatoires - Etudes comparée des droits allemand et français*, LGDJ, 1996, p. 49-50.

⁵⁰ CE 24 juin 1881, Sirey, 1882. III. 48. 關於日文文獻之介紹，請參見神谷昭，フランス行政法の研究，頁七〇以下，（有斐閣，1965 年）。

⁵¹ 當時為法蘭西第三共和，故將「ministre」譯為部長，而不譯為大臣。坎城市判決以及卡竇判決亦同。

依據行政之科層體制，及歸屬於作為（有權審理）訴訟法官之部長權限原則，系爭縣長決定之效力如何，於向中央行政法院起訴之前，應先由部長決定之…」為由，提出答辯，並請求中央行政法院以不受理駁回。

對此，審理本案之論告官⁵²（Commissaire du gouvernement）Gomel 表示，本案中縣長所為決定之根據，目前為止，關於以國家的首長或內政部長之決定為必要的縣市（層級）之所有事件，依據 1852 年 3 月 5 日令第一條之規定，「該條文係授與能力（自由性）（*faculté*）予當事人之規範，關於此一事項，允許當事人向部長起訴。然則，為使裁判進行，不應使行政科層之方法成為一種排他性的義務。」而中央行政法院之判決則認為：「…縣長之上開決定，係依據授與縣長權力以判定各鄉鎮市之雇員或職員所提出之年金支付請求之 1872 年 3 月 25 日令所為，依據該令第六條之規定，系爭決定得向內政部長起訴；但

⁵² 日本學者亦有將 *commissaire du gouvernement* 譯為「政府委員」者，如滝沢正教授。參照滝沢正，フランス法，頁二二九，（三省堂，2001 年 9 月）。法國中央行政法院之論告官並非代表政府之意見，而係以中立之立場，針對個別案件提出論告書（*conclusions*）。其論告書於法國的行政裁判實務中非常重要，於判例彙編中常與判決書一同刊載。參照 CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2008, p. 813.

此外，依據法國二〇〇九年一月七日 2009-14 號關於行政裁判公共論告官（*rapporteur public*）之命令（*Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions*）第一條第一款之規定，*Commissaire du gouvernement* 改為 *rapporteur public*（公共論告官）。

即便如此，系爭決定之性質上，其訴訟方式仍可直接向中央行政法院起訴。…」此一判決明示了大臣之裁判成為選擇性的制度，而非排他性、義務性之制度。

b. 坎城市判決⁵³（L'Arrêt Ville de Cannes）

中央行政法院在 1882 年之坎城市判決，再次否定了大臣裁判的強制性。事件經過為，坎城市與初等教育宗教評議會（Congregation religieuse relativement à l' instruction primaire）之間締結契約請求履行之事件，先向司法法院起訴，而為決定該契約是否業經有效之認可，司法法院（普通法院）將本案移送至行政機關，於行政機關作成決定之前，其裁判予以暫停審理。坎城市認為，對該契約之認可非屬該縣長官（secrétaire générale）之權限範圍，故此種作法違法，因而直接向中央行政法院起訴。中央行政法院認為，關於此一請求，並無必要在縣長或部長作成決定後始移送至中央行政法院審理。中央行政法院變更以往之判例⁵⁴，否定了大臣裁判制。

c. 卡竇判決⁵⁵（L'Arrêt Cadot）

⁵³ CE 28 avril 1882, Sirey, 1884. III. 27. 關於日文文獻之介紹，參見神谷昭，フランス行政法の研究，頁七一以下，（有斐閣，1965 年）。

⁵⁴ CE 1877. 1.26. Compass ; CE 1877. 2. 2. Soubry, Sirey, 1977. II. 309. 參見神谷昭，フランス行政法の研究，頁七五，（有斐閣，1965 年）。

⁵⁵ 參閱 LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.) et GENEVOIS (B.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16^e éd., Dalloz, 2007, p.

卡竇（Cadot）氏原為馬賽市之道路及水道之技師長，由於馬賽市廢止此項工作職務，因此向民事法院提起訴訟，請求馬賽市賠償其因職務被廢止所致之損害。民事法院認為，馬賽市與卡竇氏之間所締結之契約，並非民事上之僱傭契約，因此裁定無管轄權。卡竇氏遂改向縣參事會起訴，卻被縣參事會以本案並非關於廢止公共事業執行之契約為由，亦被駁回。其後，卡竇氏又向內政部長請求救濟。然內政部長卻僅簡單回復：「馬賽市不應賠償」之意旨；卡竇氏不服，遂向中央行政法院起訴。中央行政法院在這個判決中，就「部長對於系爭案件是否具有裁判權限」一事作出重要的判斷。中央行政法院論告官 Jagerschmidt 認為：

以市長對於市政府的職員為不正免職為理由，所提出之損害賠償請求，其審理權限並不屬於部長；同時補充說明「原告得直接向中央行政法院起訴」之意旨。以市長對於職員所為之行政行為為起訴理由，對市政府提起之損害賠償請求時，不論是部長、縣參事會、抑或是司法法院（*tribunaux judiciaires*），均不具審理之資格，亦無法觀察出此一爭訟不能直接繫屬於中央行政法院之理由⁵⁶。[...]目前的狀況下，司法法院

37. 以及神谷昭，フランス行政法の研究，頁七二以下，（有斐閣，1965年）

⁵⁶ 原文為 «... lorsqu'un maire s'est prononcé sur une demande en indemnité formée contre une commune à raison d'actes administratifs émanés de ses agents, nous ne voyons pas pourquoi cette décision ne serait pas déférée directement au Conseil d'Etat, puisque ni le ministre, ni le conseil de préfecture, ni les tribunaux judiciaires n'ont qualité pour en connaître. »

不應審理市長的行政行為，私人對於市政府若欲提起國家賠償訴訟，僅需使市政府合法代表者作成決定即為已足⁵⁷，而應再將此一市政府之代表者的決定，提請中央行政法院審理。

中央行政法院之判決內容，採納了論告官 Jagerschmidt 的觀點。判決認為，委任裁判制的當然結果，就是應該廢止大臣裁判制。關於市長的免職處分，得直接向中央行政法院起訴。在此判決之後，打破了向來居支配地位的大臣裁判制度。大臣（部長）的決定，性質上屬於行政官的行為、屬於行政的判斷，而非訴訟的判斷、並非法官的裁判。亦即，藉由行政與裁判的嚴格區分，區隔了行政的程序與訴訟的程序、行政行為與法官的行為。實質地徹底達成了行政權內部活動行政（*administration active*）與行政裁判（*juridiction administrative*）分離的架構。

法國大革命期間，禁止司法權干涉行政權，確立行政裁判屬於行政權的大原則以後，行政權內部又必須對於行政裁判（*juridiction administrative*）與活動行政（*administration active*）進行區分；前者是訴訟性，而後者則是純粹的行政性。法國訴願制度也跟隨著行政裁判，歷經了「從司法到行政」的這個過程；直至大臣裁判制終結，

⁵⁷ 此乃「決定前置原則」（*la règle de la décision préalable*）。亦即，提起行政訴訟之前，應有行政機關之決定，而為攻擊此一行政決定始得提起行政訴訟。參見 請參照 CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2008, p. 797.

訴願制度又從行政裁判的範疇中，回歸到純粹行政的領域裡。

貳、整體行政救濟程序中之訴願前置主義

初始我國法制採行訴願前置之制度，可能來自繼受法的緣故，但日本自 1962 年之後業已改弦易轍許久⁵⁸；行政法的母國法國法制，於訴願制度建立後，則是從未有一般性的強制訴願前置之規定。因此針對訴願前置主義之存在理由，實應重新檢視。此外，行政救濟程序中，訴願程序與行政訴訟有密切之關連，在考量是否要採行強制訴願前置程序時，除了訴願程序本身，亦應將行政訴訟程序納入，一併考量為宜。

一、訴願前置主義存在理由之重新審視

一般認為，訴願前置之功能，不外乎包括：一、維護人民權益，免於受公權力之侵害；二、確保行政之合法行使；三、行政妥當性之確保；四、統一行政步調、作法或措施；五、減輕行政法院之負擔，六、司法權尊重行政權⁵⁹。因而

⁵⁸ 塩野宏，行政法Ⅱ行政救濟法，第二版，有斐閣，頁 58。

⁵⁹ 蔡志方，行政救濟法新論，元照出版，2007 年 11 月三版，頁 27；陳清秀，行政訴訟法，五版，元照出版，2012 年，頁 47 以下；吳庚，行政爭訟法論，第五版，2011，頁 365 以下；李震山，行政法導論，修訂九版，三民書局，2011 年，頁 586 以下；2008 年；平田和一，「行政不服審査法の『目的』」，行政不服審査制度の改革，福家俊朗、本多滝夫編，日本評論社，頁 52 以下。

於行政訴訟程序關於提起撤銷訴訟以及課予義務訴訟時，要求強制性之訴願前置程序。觀諸比較法，日本戰前行政裁判法第十七條，以及舊行政訴訟特例法第二條規定，關於處分之撤銷訴訟，「對該處分依法令規定，可提出訴願、審查請求、提起異議或對其他行政機關不服之情況，非經裁決、決定等其他處分後，不得提起之。」乃日本法上所謂之「訴願前置主義」（或稱之裁決前置主義）。但自國民的權利救濟的角度而言，當時對於訴願前置主義之存廢即有檢討之聲浪，並不是毫無反對地就直接接受⁶⁰。在日本的現行法中，業已將強制訴願前置之規定從行政訴訟法中廢除，改採訴願與行政訴訟兩者自由選擇主義⁶¹。法國法上，如本文壹部分之介紹，訴願之提起與否，早已採取自由選擇原則。除非有法律明文列舉，且作嚴格解釋，否則訴願提起與否，均應由當事人自由選擇。本屬憲法上所保障之「權利」的訴願權，若採「強制訴願」，則其性質是否有反而轉變成為「義務」的可能？

於日本法制度上的設計，不採一般普遍性強制訴願前置之規定，但個別法中則可作此規定。昭和 37（1962）年立法者制定行政訴訟法時認為，基於三個理由，制度上可有強制訴願前置之設計，一、大量作成之行政處分，為求其訴願決定統一之必要；二、具有專門技術性質之處分；三、

⁶⁰ 小早川光郎，行政法講義，下（II），弘文堂，2005，頁 163。

⁶¹ 三神正昭，「不服申立前置を巡る従来の議論の整理とその存置の意義等に関する若干の考察」，政策科学，21-4，March 2014，p. 133。

訴願決定係由第三者機關所為者。當時日本實定法上大約有 50 個特別法存在訴願前置之設計。其後個別法中設有強制訴願前置制度者越來越多，但是否均有必要？日本政府曾經非常務實地作了地毯式的檢討。

於平成 23（2011）年，民主黨政權下，2011 年 8 月至 9 月，日本「內閣府行政救濟制度檢討團隊」針對目前日本的特別法中定有訴願前置之規範者逐一檢視，經統計共有 99 個法律，而經過檢討之後，將廢除其中 71 個法律。當時日本法制作業上針對訴願制度之改革主要有三個重點：一、提昇公正性，包括為原處分者不得再處理同案之訴願、組成較具中立性之第三者機關處理訴願；二、提昇制度之使用容易度，包括提起訴願之期間由 60 日延長至 3 個月、將訴願制度程序簡化為一元（將「異議」制度予以統合）、改革訴願前置（擴大直接向法院起訴之選擇）；三、國民救濟手段之充實、擴大，包括因行政處分而受有不利益者，除可提起訴願之外，於行政程序法中設計，當人民發現違反法令之事實時，得要求行政機關進行改正，促使其進行正當權限行使之程序；以及於不符合法律規定之要件下受有行政指導者，可要求行政機關中止以及重新考量之法律上程序。但由於 2012 年 12 月之後，政黨輪替，民主黨政權所進行之法制化作業全數告終⁶²。儘管如此，吾人可注意

⁶² 橋本博之，「個別法による不服申立前置について」，慶應法学，第 27 號，2013 年 10 月，頁 122。

到當時日本法制之考量點，包括出於使人民得向法院直接起訴之選擇之目的，進一步改革訴願前置之相關規定。立法之後，日本政府仍會定時檢視該法施行之效果如何，逐一檢視，除學者專家以及民衆之外，並會請政府機關配合表示意見，以作為下一階段修法之參考。

二、訴願前置主義與行政訴訟制度之體系考量

作為廣義行政程序的一環，訴願程序與行政程序有緊密連結；同樣地，在行政救濟程序中，考量訴願程序時，也必須一併考量行政訴訟程序，因為這兩者亦有密接之關係。目前我國的法制設計，為了達到訴願制度之目的，是採取強制訴願前置原則，然後再強化訴願制度；或是將本屬行政程序性質一環之訴願程序，透過程序或組織之改造，加強其「準司法」之性質；正本清源而言，其實都不如直接擴充法院審查個行政領域之專庭，進一步於下級審設置個行政領域之專業法院⁶³。反之，若在訴願程序中由較具獨立性之機關主導訴願程序之進行，且訴願程序又採準司法程序時，則是否應於後續的行政訴訟程序中，適度地減少訴訟之審級，或禁止於訴訟階段提出新證據等，亦應一併考量為宜⁶⁴。於檢討日本實定法中定有訴願前置制度之個

⁶³ 山本隆司，（劉宗德譯），「試論日本行政不服審查法之修正」，法學新論，第25期，元照出版，頁19以下。

⁶⁴ 山本隆司，「行政審判と實質的証拠法則」，平成18年度特許庁産業財産權制度問題調査研究報告書，審判制度に関する今後の諸課題の調査研究報告

別法之後，日本內閣府行政救濟制度檢討團隊整理出 13 個法律，認為這些個別法中的訴願程序具有替代行政訴訟一審之功能，因此倘於訴訟前人民經過訴願程序，即可略過行政訴訟第一審之程序，直接向二審起訴（參見附錄二）。

此外，一般認為訴願與行政訴訟之差異點，還在於訴願審議機關可針對原處分之妥當性、合目的性進行審理，而行政法院則僅能就合法與否進行審查。但依據日本以及德國之實證調查以及學者之研究，實際上訴願審議機關的合目的性審查並沒有發揮功能⁶⁵。我國亦有學者指出，「涉及政府重大政策決定之訴願案件以及中央主管機關已有解釋函令之訴願案件，行政機關自我監督反省之可能性相對較小，受理訴願機關也常受該政策決定及函釋之約束，而無法給予人民有效救濟。因此，此類行政救濟案件，如採取強制的訴願前置主義，只是遲延人民請求權利救濟時間而已。」⁶⁶

此外，訴願制度與行政訴訟制度之間，也會產生互動的關係，例如，訴願人提起撤銷訴訟時，原處分與訴願決

書，2007 年，頁 186 以下；轉引自山本隆司，（劉宗德譯），「試論日本行政不服審查法之修正」，法學新論，第 25 期，元照出版，頁 20。

⁶⁵ 久保茂樹，「行政不服審查」，磯部力、小早川光郎、芝池義一編，行政法新構想 III 行政救濟法，有斐閣，2008 年，頁 161 以下；以及 Sydow/Stephan Neidhardt, *Verwaltungsinterner Rechtsschutz: Möglichkeit und Grenzen in rechtsvergleichender Perspektive*, 2007, S. 15 f., S. 154. 轉引自山本隆司，（劉宗德譯），「試論日本行政不服審查法之修正」，法學新論，第 25 期，元照出版，頁 7。

⁶⁶ 陳清秀，行政訴訟法，五版，元照出版，2012 年，頁 49。

定之關係⁶⁷；又如，請求撤銷原處分與訴願決定之撤銷訴訟中，當事人倘若提出訴願審理時所未審理過之新證據或新主張，若判決以訴願不合法撤銷訴願決定時，後續應如何處理⁶⁸等問題，均與單純直接向行政法院提起行政訴訟救濟之情形更為複雜。因此，在法制度上設計時，倘若以強制訴願前置為原則，那麼將會導致多數的行政爭訟中，法律關係有可能較為複雜的後果。又如，日本法中也有對於事實行為或行政指導之行為形式，透過訴願前置之規定，賦與其處分性之規定，此時訴願前置成為標識行政行為性質之工具，同時也可向後連結行政訴訟，使訴訟類型明確化⁶⁹。

⁶⁷ 張文郁，「行政訴訟中撤銷訴訟之訴訟標的之研究」，權利與救濟（二）實體與程序之關聯，元照出版，2009年，頁179以下。

⁶⁸ 興津征雄，違法是正と判決効——行政訴訟の機能と構造，弘文堂，頁234以下。

⁶⁹ 橋本博之，「個別法による不服申立前置について」，慶應法学，第27號，2013年10月，頁127。

結論

許多公法上之制度，我們可以在法國的法制上找到最原始的樣貌，許多行政法上的爭議，我們也都常常可以在法國法制中發現值得參考的資訊。法國法上之訴願與行政裁判制度之間存在著緊密的關係。這兩者，自大臣裁判制度廢止以後，才各自再進一步發展。法國行政法學史上啓發是，我們觀察訴願制度中的問題點，應將範圍擴大到行政訴訟的視野中一併考量爲宜。且，法國的法制也提供給我們一個思考上的對照關係：爲什麼訴願制度原則上應該是選擇性的？爲什麼訴願制度應該是行政的屬性？爲什麼法國的訴願制度沒有走向準司法化？

而日本法實事求是，對於現有法制定期進行檢討，集合學者專家、民衆與政府機關之力，共同協力腳踏實地完成對現有制度的檢討報告，並且切實面對既有制度之缺失，提出修正案，對於我國長久以來，對於一些法制施行之後的實際狀況如何，無法全盤掌握狀況的問題點，日本的法制亦值得我國參酌。

對於訴願前置制度，本文試圖從法國與日本兩個國家的比較法出發，以及分別從歷史上的本質，與實際層面的檢證兩方面，討論此一制度之存在是否合理。此一問題的探討，本文僅是拋出一個思考點，未來仍有待方家學者等先進持續研究。

附錄一：檢討訴願前置制度時認為應廢止訴願前置之個別法律⁷⁰

1. 所管府省等として不服申立前置の廃止を是とする法律

(以下の法律に規定される不服申立前置については、「不服申立前置の全面的見直しに関する調査票」において各所管府省等が廃止すると回答したもの)

所管府省等名	法律数	法律名
公正取引委員会	1	私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(注1)
総務省	2	恩給法 恩給法の一部を改正する法律
法務省	1	戸籍法
財務省	2	外国為替及び外国貿易法(※共管・経済産業省) 接收貴金属等の処理に関する法律
文部科学省	3	核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律(※共管・経済産業省、国土交通省) 放射性同位元素等による放射線障害の防止に関する法律 公立高等学校に係る授業料の不徴収及び高等学校等就学支援金の支給に関する法律
厚生労働省	2	戦傷病者戦没者遺族等援護法 障害者の雇用の促進等に関する法律
農林水産省	1	水産業協同組合法(注1)
経済産業省	8	中小企業等協同組合法(注1) 鉱業法 採石法 砂利採取法 金属鉱業等監督対策特別措置法 輸出入取引法 産業活力の再生及び産業活動の革新に関する特別措置法(注2) 特定放射性廃棄物の最終処分に関する法律
国土交通省	8	船舶安全法 建築基準法 公共用飛行場周辺における航空機騒音による障害の防止等に関する法律 土砂等を運搬する大型自動車による交通事故の防止等に関する特別措置法 都市計画法 海洋汚染等及び海上災害の防止に関する法律 国土利用計画法 国際航海船舶及び国際港湾施設の保安の確保等に関する法律
防衛省	4	日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約に基づき日本国にあるアメリカ合衆国の軍隊の水面の使用に伴う漁船の操業制限等に関する法律 日本国に駐留するアメリカ合衆国軍隊等の行為による特別損失の補償に関する法律 自衛隊法(105条①) 防衛施設周辺の生活環境の整備等に関する法律
計	32	

(注1)これらの法律について、不服申立前置の根拠規定を廃止する「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律案」が第179回国会で継続審議中(2011年12月1日現在)。

(注2)本法は、「特許法の一部を改正する法律」(平成23年法律第63号)の公布の日(平成23年6月8日)から1年以内に廃止される。

⁷⁰ 内閣府行政救済制度検討チーム、「個別法の不服申立前置の見直し結果」, http://www.cao.go.jp/sasshin/shokuin/gyosei-kyusai/pdf/fin/fin_docu_02.pdf (2014年5月25日瀏覽)。

附録二：検討訴願前置制度時認為訴願具有替代一審功能之個別法律

2. 不服申立てに一審代替機能を付与している法律

(以下の法律に規定される不服申立前置については、一審代替機能を有しており、存置するもの)

所管府省等名	法律数	法律名
総務省	5	地方自治法(74条の2⑧⑨(同法内に左記条項を準用する他の条項あり。)、251条の5①、252条①) 公職選挙法(地方自治法において公職選挙法を準用する条項あり。)
		電波法
		放送法
		日本国憲法の改正手続に関する法律
公害等調整委員会	1	鉱業等に係る土地利用の調整手続等に関する法律
法務省	1	弁護士法
農林水産省	2	漁業法(94条、99条⑤)
		農業委員会等に関する法律
経済産業省	4	特許法(178条⑥)
		実用新案法(47条②)
		意匠法(59条②)
		商標法(63条②)
計	13	

(注)一審代替機能には、控訴できず最高裁に上告のみできるものを含む。

參考文獻

一、中文部分

吳庚，行政爭訟法論，第五版，2011 年。

李震山，行政法導論，修訂九版，三民書局，2011 年。

陳清秀，行政訴訟法，五版，元照出版，2012 年。

蔡志方，行政救濟法新論，元照出版，2007 年。

張文郁，「行政訴訟中撤銷訴訟之訴訟標的之研究」，權利與救濟（二）實體與程序之關聯，元照出版，2009 年。

張惠東，「司法裁判、行政裁判抑或是純粹行政？—法國行政法學的基礎課題」，臺北大學法學論叢，2011 年 3 月。

二、日文部分

阿部泰隆 フランス行政訴訟論—越権訴訟の形成と行政行為の統制，（有斐閣，1971 年）

伊藤洋一，フランス行政訴訟の研究—取消判決の対世効，（東京大学出版会，1993 年）

興津征雄，違法是正と判決効—行政訴訟の機能と構造，弘文堂。

神谷昭，フランス行政法の研究，（有斐閣，1965 年）

兼子仁、磯部力、村上順著，フランス行政法学史，（岩波書店，1990 年 10 月）。

久保茂樹，「行政不服審査」，磯部力、小早川光郎、芝

池義一編，行政法新構想Ⅲ行政救済法，有斐閣，2008年。
小早川光郎，行政法講義，下（Ⅱ），（弘文堂，2005年）。
塩野宏，行政法Ⅱ行政救済法，第二版，（有斐閣）。
橋本博之，行政訴訟改革，頁三四以下，（弘文堂，2001年）。

平田和一，「行政不服審査法の『目的』」，行政不服審査制度の改革，福家俊朗、本多滝夫編，日本評論社。

村上順，近代行政裁判制度の研究—フランス行政法の形成時代一七八九—一八四九，（成文堂，1985年）

山口俊夫，概説 フランス法（上），頁34，（東京大學出版会，1998年）。

山本隆司，（劉宗德譯），「試論日本行政不服審査法之修正」，法學新論，第25期，元照出版。

山本隆司，「行政審判と実質的証拠法則」，平成18年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書，審判制度に関する今後の諸課題の調査研究報告書，2007年。

佐伯道子，「行政不服審査制度改革の動向」，立法と調，2012.1，No.324

橋本博之，「個別法による不服申立前置について」，慶應法学，第27號，2013年10月

三神正昭，「不服申立前置を巡る従来の議論の整理とその存置の意義等に関する若干の考察」，政策科学，21-4，March 2014.

總務省，「不服申立前置の見直しについて」，<http://>

www.soumu.go.jp/main_content/000281290.pdf。(2014 年 5 月 20 日訪問)。

內閣府行政救済制度検討チーム，「個別法の不服申立前置の見直し結果」，http://www.cao.go.jp/sasshin/shokuin/gyosei-kyusai/pdf/fin/fin_docu_02.pdf (2014 年 5 月 25 日瀏覽)

三、法文部分

BIGOT (G.), Introduction historique au droit administratif depuis 1789, PUF, 2002.

BURDEAU (F.), Histoire du droit administratif, PUF, Thémis, 1995.

CASTALDO (A.), Introduction historique au droit, Dalloz, 3e éd., 2006.

CHAPUS (R.), Droit du contentieux administratif, 13e éd., Montchrestien, 2008,

CHAPUS (R.), Droit administratif général t. 1, 15e éd., Montchrestien, 2008.

CHEVALLIER (J.), L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, LGDJ, 1970.

CONSEIL D'ÉTAT, Étude sur la prévention du contentieux administratif, EDCE, no 32, 1980-1981.

CONSEIL D'ÉTAT, Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, La Documentation française, 1993.

DE LAUBADERE (A.), GAUDEMET (A.), Traité de droit administratif, t.1, 16e éd., LGDJ, 2001.

DE TOCQUEVILLE (A.), L'ancien régime et la Révolution, Gallimard, 1952.

FRIER (P.-L.), PETIT (J.), Précis de droit administratif, 4e éd., Montchrestien, 2006.

DE LAUBADERE (A.), GAUDEMET (A.), Traité de droit administratif, t.1, 16e éd., LGDJ, 2001.

IMBERT (L.), L'évolution du recours en excès de pouvoir (1872-1900), thèse, Paris, 1952.

ISAMBERT (F.-A.), Anciennes lois françaises, t. XVI.

JOUGUELET (J.-P.), Conciliation, transaction et arbitrage, JCA fasc. 1005.

LAFERRIERE (E.), Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2e éd. t. 1, 1896.

LAMPUE (P.), Le développement historique du recours en excès de pouvoir depuis les origines jusqu'au début du XXe siècle, Rev. int. sc. adm., 1954, no 2.359.

LANDON (P.), Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue, Sirey, 1942.

LANDON (P.), Histoire abrégée du recours en excès de

pouvoir des origines à 1954, LGDJ, 1962.

LICHERE (F.), MARTOR (B.), PEDINI (G.), THOUVENOT (S.), Pratique des partenariats public-privé, Litec, 2007.

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.) et GENEVOIS (B.), Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16e éd., Dalloz, 2007.

MESTRE (J.-L.), Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence, Paris, LGDJ, 1976.

MESTRE (J.-L.), Introduction historique au droit administratif français, Paris, PUF, 1985.

PREVEDOUROU (E.), Les recours administratifs obligatoires - Etudes comparées des droits allemand et français, LGDJ, 1996.

Truchet (D.), Recours administratifs, Encyclopédie Dalloz, contentieux administratif, II, 2000.

四、德文部分

Sydow/Stephan Neidhardt, Verwaltungsinterner Rechtsschutz : Möglichkeit und Grenzen in rechtsvergleichender Perspektive, 2007.



第貳編

國家賠償

第一章 從人權保障之發展趨勢談 國家賠償法

廖義男*

目次

壹、前言

貳、人權保障之發展趨勢與依法行政

一、法律保留原則

（一）絕對之法律保留

（二）相對之法律保留

（三）授權明確性原則與概括授權

（四）法規命令不得變更或增加法律之適用
範圍或主體，或增加法律所無之限制
或條件

（五）行政機關依其職權為執行法律而訂定
之「職權命令」不得直接限制人民自
由權利

（六）應符合法律明確性原則

二、比例原則

三、平等原則

四、正當法律程序

*司法院前大法官、世新大學法律學系教授

參、「違法」行使公權力之認定

一、忽略「聽證程序」之必要性致其決定違法

二、人身自由之拘禁未由法官保留決定又未予即時之司法救濟

三、法官濫行核發通訊監察書及未監督執行致人民受不必要監聽侵害之責任

肆、怠於執行職務之認定

伍、國家賠償法再建構之展望

陸、結語

壹、前言

國家賠償責任之重點，固然係就人民因公務員違法行使公權力之侵害¹或因公共設施瑕疵所致之損害²，而課予國家應負賠償責任之規定，但其實質之意涵及作用，係在責成國家機關行使公權力時應遵守依法行政原則，避免違法，以及對於其設置或管理之公共設施應確保其安全，防免造成人民之損害。而依法行政原則之內涵，晚近隨著人權保障之發展趨勢，有新的解釋及條件，將連帶對國家賠償責任之構成有所影響，值得予以注意，因此本文即從人權保障之發展趨勢談國家賠償法。

貳、人權保障之發展趨勢與依法行政

憲法揭示人民基本之自由權利應予保障，人權保障之方法，除國家機關應權力分立外，並樹立「法律保留原則」、「比例原則」、「平等原則」，晚近更強調應踐行「正當法律程序」，對於重要人權之嚴重限制者更要求應有「法官保留」。此種發展趨勢，分述如下：

¹ 國家賠償責任構成要件之第一種類型為公務員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；或怠於執行職務致人民自由或權利遭受損害而構成之國家賠償責任（國家賠償法第2條）。

² 國家賠償責任構成要件之第二種類型為因公有公共設施設置或管理有欠缺，致人民生命、身體或財產受損害而構成之國家賠償責任（國家賠償法第3條）。

一、法律保留原則

基於民主原則，限制人民自由權利之事項，應由人民所選舉出之代表所組成之國會，以嚴謹之立法程序制定法律加以規定，然後交由行政機關據以執行。換言之，得否及如何限制人民自由權利，應保留給國會以制定法律之形式來決定³，此即法律保留原則之原來意義。而其延伸之意義，即是行政機關行使公權力限制人民之自由權利，應有法律為依據。但立法者鑒於社會事實多端且變化無窮，難以有限之法律條文鉅細靡遺予以規範，在立法技術上，遂有僅將重要事項及重要規範原則保留在法律本身加以規定，至於細節性、技術性或程序性之事項則授權主管機關訂定命令補充之。惟為此授權時，其授權之目的、內容及範圍應明確，即應遵守「授權明確性原則」⁴。故法律保留，

³ 憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」即是在揭示此法律保留原則，表明人民自由權利之限制，必須以法律為之。

⁴ 司法院釋字第 443 號解釋理由書即指出：「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障；關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制。而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異。諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機

遂有「絕對之法律保留」及「相對的法律保留」之分。

（一）絕對之法律保留

絕對之法律保留，指規範之事項必須由法律本身加以規定，不能授權行政機關訂定命令規範之。例如，關於稅捐主體、稅目、稅率、納稅方法、納稅期間、稅捐減免等租稅構成要件、處罰及限制（釋字第 217、607 號解釋）⁵、關於人民平等「接近使用傳播媒體」權利之保障（釋字第 364 號解釋）⁶、涉及限制財產權行使之請求權消滅時效（釋字第 474 號解釋）⁷、侵害服公職之權之免職標準（釋字第 491 號解釋）⁸、涉及人身自由之處罰及限制（釋字第

關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則。」並揭示所謂「層級式之保留體系」。

⁵ 釋字第 217 號解釋：「憲法第十九條規定人民有依法律納稅之義務，係指人民僅依法律所定之納稅主體、稅目、稅率、納稅方法及納稅期間等項而負納稅之義務。」

釋字第 607 號解釋：「憲法第十九條規定，人民有依法律納稅之義務，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、稅基、稅率等租稅構成要件，以法律明定之。」

⁶ 釋字第 364 號解釋：「以廣播及電視方式表達意見，屬於憲法第十一條所保障言論自由之範圍。為保障此項自由，國家應對電波頻率之使用為公平合理之分配，對於人民平等『接近使用傳播媒體』之權利，亦應在兼顧傳播媒體編輯自由原則下，予以尊重，並均應以法律定之。」

⁷ 釋字第 474 號解釋：「公務人員參加公務人員保險，於保險事故發生時，有依法請求保險金之權利，該請求權之消滅時效，應以法律定之，屬於憲法上法律保留事項。」

⁸ 釋字第 491 號解釋：「中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定對

567號解釋)⁹、公務人員退休年資及其採計上限之規定(釋字第658號解釋)¹⁰等。絕對之法律保留事項，乃關係人民權利義務之重要事項，性質上為規範該事項或制度之基本原則及核心內容，依中央法規標準法第5條第4款，應在法律本身規定之，樹立了所謂「重要性原則」為判斷應為絕對之法律保留或得為相對之法律保留之區分標準。

(二) 相對之法律保留

相對之法律保留，指規範事項之重要原則應在法律本身規定外，其細節性、技術性或程序性之規範得授權主管

公務人員所為免職之懲處處分，為限制人民服公職之權利，實質上屬於懲戒處分，其構成要件應由法律定之，方符憲法第二十三條之意旨。公務人員考績法第十二條第一項第二款規定各機關辦理公務人員之專案考績，一次記二大過者免職。同條第二項復規定一次記二大過之標準由銓敘部定之，與上開解釋意旨不符。」

⁹ 釋字第567號解釋：「人民身體之自由應予保障，非由法院依法定程序，不得審問、處罰，憲法第八條設有明文。戒嚴時期在戒嚴地域內，最高司令官固得於必要範圍內以命令限制人民部分之自由，惟關於限制人身自由之處罰，仍應以法律規定，且其內容須實質正當，並經審判程序，始得為之。」

¹⁰ 釋字第658號解釋：「公務人員退休法施行細則第十三條第二項有關已領退休(職、伍)給與或資遣給與者再任公務人員，其退休金基數或百分比連同以前退休(職、伍)金基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過公務人員退休法第六條及第十六條之一第一項所定最高標準為限之規定，欠缺法律具體明確授權；且其規定內容，並非僅係執行公務人員退休法之細節性、技術性事項，而係就再任公務人員退休年資採計及其採計上限等屬法律保留之事項為規定，進而對再任公務人員之退休金請求權增加法律所無之限制，與憲法第二十三條法律保留原則有違，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿二年時失其效力。」

機關訂定命令補充之。換言之，行政機關在法律明確授權下，於不逾越法律授權之目的、內容及範圍內，得以法規命令限制人民之自由權利。行政機關訂定之法規命令，形式上雖非國會制定之法律，但其內容係基於法律之授權而就法律規範人民權利義務事項之細節、技術或程序予以更具體之規範，故實質上為法律之補充，因而其內容亦得與限制人民自由權利之事項相關。相對的法律保留事項，例如，關於裁罰性處分構成要件及法律效果之規定（釋字第 313、394、402 號解釋）¹¹、空氣污染防治費等與稅捐有別而屬於特別公課之類別及收費（釋字第 426 號解釋）¹²、專

¹¹ 釋字第 313 號解釋表示「對人民違反行政法上義務之行爲科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令爲補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨。」在本號解釋中表明裁罰之法律效果（即罰鍰數額）應由法律定之，屬於「絕對的法律保留」事項，至於裁罰之構成要件，則屬於「相對的法律保留」事項，法律得以具體明確之授權以命令爲補充規定。然嗣後在釋字第 394、402 號解釋卻又表示「對人民違反行政法上義務之行爲予以裁罰性之行政處分，涉及人民權利之限制，其處分之構成要件與法律效果，應由法律定之，法律雖得授權以命令爲補充規定，惟授權之目的、範圍及內容必須具體明確，然後據以發布命令，方符憲法第二十三條之意旨。」值得注意的是，此兩號解釋就得授權以命令補充規範之事項，已不分是「構成要件」或「法律效果」，實際上已對釋字第 313 號解釋之見解加以變更。

¹² 釋字第 426 號解釋：「空氣污染防治費收費辦法係主管機關根據空氣污染防制法第十條授權訂定，依此徵收之空氣污染防治費，性質上屬於特別公課，與稅捐有別。惟特別公課亦係對義務人課予繳納金錢之負擔，其徵收目的、對象、用途自應以法律定之，如由法律授權以命令訂定者，其授權符合具體明確之標準，亦爲憲法之所許。」

門職業應考資格及考試科目、方法之規定（釋字第 547 號解釋）¹³、家庭暴力防治法規定保護令之人身處置之執行方法（釋字第 559 號解釋）¹⁴ 等。

（三）授權明確性原則與概括授權

立法者就限制人民自由權利之事項授權主管機關訂定法規命令為補充規範者，其授權應符合授權明確性原則。而所謂授權須具體明確，依大法官向來之解釋，認為「應該授權法律整體所表現之關聯意義為判斷，而非拘泥於特定法條之文字」¹⁵。

¹³ 釋字第 547 號解釋：「醫師應如何考試，涉及醫學上之專門知識，醫師法已就應考資格等重要事項予以規定，其屬細節性與技術性事項，自得授權考試機關及業務主管機關發布命令為之補充。關於中醫師考試，醫師法對其應考資格已定有明文，至於中醫師檢覈之科目、方法、程序等事項，則授權考試院會同行政院依其專業考量及斟酌中醫之傳統醫學特性，訂定中醫師檢覈辦法以資規範，符合醫師法與專門職業及技術人員考試法之意旨，與授權明確性原則無違。」

¹⁴ 釋字第 559 號解釋：「基於法治國家之基本原則，凡涉及人身自由之限制事項，應以法律定之；涉及財產權者，則得依其限制之程度，以法律或法律明確授權之命令予以規範。惟法律本身若已就人身之處置為明文之規定者，應非不得以法律具體明確之授權委由主管機關執行之。至主管機關依法律概括授權所發布之命令若僅屬細節性、技術性之次要事項者，並非法所不許。」

¹⁵ 參照釋字第 394、426 號解釋理由書。釋字第 426 號解釋理由書表示：「特別公課之性質雖與稅捐有異，惟特別公課既係對義務人課予繳納金錢之負擔，故其徵收目的、對象、用途應由法律予以規定，其由法律授權命令訂定者，如授權符合具體明確之標準，亦為憲法之所許。所謂授權須具體明確應就該授權法律整體所表現之關聯意義為判斷，而非拘泥於特定法條之文字（參照本院釋字第三九四號解釋理由書）。空氣污染防治法第十條第一項：『各級

就涉及人民財產權及工作權管理依據之法規命令，大法官審查其授權之法律有無符合授權明確性原則時，多採取相當寬鬆之標準，例如，釋字第 394 號解釋認為：「建築法第十五條第二項規定：『營造業之管理規則，由內政部定之』，概括授權訂定營造業管理規則。此項授權條款雖未就授權之內容與範圍為明確之規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就營造業登記之要件、營造業及其從業人員之行爲準則、主管機關之考核管理等事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範。」依據此號解釋之見解，雖然法律本身未就其管理之內容、範圍、項目及管理原則有所規定，而僅概括授權訂定營造業管理規則，卻仍認為有充分之合法授權依據。嗣後在釋字第 538 號解釋認為：「營造業管理規則第七條、第八條與第九條，對於申請登記之營造業，依資本額之大小、專業工程人員之員額，以及工程實績多寡等條件，核發甲、乙、丙三等級之登記證書，並按登記等級分別限制其得承攬工程之限額（同規則第十六條參照），係對人民營業自由所設之規範，目的在提高營造業技術水準，確保營繕工程施工品質，以維護人民生命、身體及財產安全，為增進公共利益所必要。…… 尚未違反建築法第十五條第二

主管機關應依污染源排放空氣污染物之種類及排放量，徵收空氣污染防制費用』，第二項：『前項污染源之類別及收費辦法，由中央主管機關會商有關機關定之』，依此條文之規定，再參酌上開法律全部內容，其徵收目的、對象、場所及用途等項，尚難謂有欠具體明確。」

項之意旨，於憲法第七條、第二十三條及有關人民權利保障之規定，亦無違背。惟營造業之分級條件及其得承攬工程之限額等相關事項，涉及人民營業自由之重大限制，為促進營造業之健全發展並貫徹憲法關於人民權利之保障，仍應由法律或依法律明確授權之法規命令規定為妥。」仍認為「營造業管理規則」之授權法律即建築法，並未違背授權明確性原則，但其同時又指出其規定「涉及人民營業自由之重大限制」，則基於重要性原則，該事項應屬「絕對之法律保留事項」，實應在法律本身予以規範，如未在法律中予以規定者，應與營業自由之保障不符，而應宣告其違憲才是正確。然大法官僅作出「仍應由法律或依法律明確授權之法規命令規定為妥」之警告性解釋而已¹⁶。

¹⁶ 同樣之態度亦見諸於釋字第 600 號解釋，認為「內政部發布之土地登記規則與地籍測量實施規則分別係依土地法第三十七條第二項及第四十七條之授權所訂定。該登記規則第七十五條第一款乃係規定區分所有建築物共用部分之登記方法。上開實施規則第二百七十九條第一項之規定，旨在確定區分所有建築物之各區分所有權客體及其共用部分之權利範圍及位置，與建築物區分所有權移轉後之歸屬，以作為地政機關實施區分所有建築物第一次測量及登記之依據。是上開土地登記規則及地籍測量實施規則之規定，並未逾越土地法授權範圍，亦符合登記制度之首開意旨，為辦理區分所有建築物第一次測量、所有權登記程序所必要，且與民法第七百九十九條、第八百十七條第二項關於共用部分及其應有部分推定規定，各有不同之規範功能及意旨，難謂已增加法律所無之限制，與憲法第十五條財產權保障及第二十三條規定之法律保留原則及比例原則，尚無牴觸。」但同時又指出「建築物（包含區分所有建築物）與土地同為法律上重要不動產之一種，關於其所有權之登記程序及其相關測量程序，涉及人民權利義務之重要事項者，諸如區分所有建築物區分所有人對於共用部分之認定、權屬之分配及應有部分之比例、就登記權利於當事人未能協議或發生爭議時之解決機制等，於土地法或其他相關法律

就涉及裁罰性處分之規定，大法官審查其授權之法律有無符合授權明確性原則時，則採取較為嚴格之標準。例如，釋字第 402 號解釋，認為「對人民違反行政法上義務之行爲予以裁罰性之行政處分，涉及人民權利之限制，其處分之構成要件與法律效果，應由法律定之，法律雖得授權以命令爲補充規定，惟授權之目的、範圍及內容必須具體明確，然後據以發布命令，方符憲法第二十三條之意旨。保險法第一百七十七條規定：『代理人、經紀人、公證人及保險業務員管理規則，由財政部另訂之』，主管機關固得依此訂定法規命令，對該等從業人員之行爲爲必要之規範，惟保險法並未就上述人員違反義務應予處罰之構成要件與法律效果爲具體明確之授權，則其依據上開法條訂定發布之保險代理人經紀人公證人管理規則第四十八條第一項第十一款，對於保險代理人、經紀人及公證人等從業人員違反義務之行爲，訂定得予裁罰性之行政處分¹⁷，顯與首

未設明文，本諸憲法保障人民財產權之意旨，尚有未周，應檢討改進，以法律明確規定爲宜。」

按有關建築物所有權之登記程序及其相關測量程序之規定，本號解釋既表示「涉及人民權利義務之重要事項」，並且也認為「於土地法或其他相關法律未設明文」，則本於重要性原則，其未在法律本身規定者應認為違反法律保留原則而應宣告違憲才是，然亦僅作出「應檢討改進，以法律明確規定爲宜」之警告性解釋而已，令人遺憾，沒有貫徹法律保留原則保障人權。

¹⁷ 該保險代理人經紀人公證人管理規則第 48 條第 1 項第 11 款規定：代理人、經紀人或公證人違反財政部命令或核定之保險業務規章者，除法令另有規定外，財政部得按其情節輕重，予以警告、一個月以上三年以下之停止執行業務或撤銷其執業證書之處分。

開憲法保障人民權利之意旨不符，應自本解釋公布日起，至遲於屆滿一年時，失其效力。」

而涉及人身自由之刑罰處罰規定，基於罪刑法定主義，大法官向來都採取最嚴格態度審查。例如，釋字第 522 號解釋表示，對證券負責人及業務人員違反其業務上禁止、停止或限制命令之行爲科處刑罰，涉及人民權利之限制，其刑罰之構成要件，應由法律定之；若法律就其構成要件，授權以命令爲補充規定者，其授權之目的、內容及範圍應具體明確，應自授權之法律規定中得預見其行爲之可罰，方符刑罰明確性原則。證券交易法第 177 條第 3 款規定：違反主管機關其他依本法所爲禁止、停止或限制命令者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金。衡諸前開說明，其所爲授權有科罰行爲內容不能預見，須從行政機關所訂定之行政命令中，始能確知之情形，與上述憲法保障人民權利之意旨不符，自本解釋公布日起，應停止適用。又在釋字第 680 號解釋認爲，懲治走私條例第 2 條第 1 項規定：「私運管制物品進口、出口逾公告數額者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」第三項規定：「第一項所稱管制物品及其數額，由行政院公告之」其所爲授權之目的、內容及範圍尙欠明確，有違授權明確性及刑罰明確性原則，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。換言之，涉及刑罰之規定，不應有概括之授權。

(四) 法規命令不得變更或增加法律之適用範圍或主體，或增加法律所無之限制或條件

行政機關依據法律授權，雖然得訂定法規命令，但不能因此變更或增加法律之適用範圍或主體，或增加法律所無之限制或條件，此乃逾越授權範圍並牴觸其所由授權之母法法律。

變更法律之適用範圍者，例如，釋字第 210 號解釋認為，獎勵投資條例關於限額免納所得稅之利息，係規定「除郵政存簿儲金及短期票券以外之各種利息」，並未排除私人間無投資性之借款利息，而獎勵投資條例施行細則認該款「所稱各種利息，包括公債、公司債、金融債券、金融機構之存款及工商企業借入款之利息」，與法條「各種利息」之規定不合。

變更法律之適用主體者，例如，釋字第 367 號解釋指出，營業稅法規定，銷售貨物或勞務之營業人、進口貨物之收貨人或持有人為營業稅之納稅義務人，負申報繳納之義務。施行細則卻規定關於海關、法院及其他機關拍賣沒收、沒入或抵押之貨物時，由拍定人申報繳納營業稅，乃違反上開法律，變更申報繳納之主體。

增加法律之適用主體者，例如，釋字第 619 號解釋指出，土地稅法第 54 條第 1 項第 1 款所稱「減免地價稅」之意義，與「適用特別稅率」有別。但土地稅法施行細則第 15 條規定：「適用特別稅率之原因、事實消滅時，土地所

有權人應於三十日內向主管稽徵機關申報，未於期限內申報者，依本法第五十四條第一項第一款之規定辦理」，將未依三十日期限內申報適用特別稅率之原因、事實消滅者，亦得依土地稅法第 54 條第 1 項第 1 款之規定，處以短匿稅額三倍之罰鍰，顯以法規命令增加裁罰性法律所未規定之處罰對象，復無法律明確之授權，核與法律保留原則之意旨不符，牴觸憲法第 23 條規定。

增加法律所無之限制或條件者，例如，釋字第 456 號解釋指出，勞工保險條例規定參加勞工保險為被保險人之員工或勞動者，並未限定於專任員工始得為之。而勞工保險條例施行細則卻規定「加保者，以專任員工為限」，乃就條例所未限制之被保險人資格，逾越法律授權訂定施行細則之必要範圍，限制其適用主體。¹⁸

¹⁸ 法規命令，尤其法律之施行細則增加法律所無之限制者，尚有很多案例，例如：釋字第 268 號解釋：中華民國五十一年八月廿九日修正公布之考試法第七條規定：「公務人員考試與專門職業及技術人員考試，其應考資格及應試科目相同者，其及格人員同時取得兩種考試之及格資格」，如認此項規定有欠週全，應先修正法律，而在法律未修正前，考試院於中華民國七十一年六月十五日修正發布之考試法施行細則第九條第二項則規定：「公務人員考試及格人員，同時取得專門職業及技術人員考試及格資格者，其考試總成績，須達到專門職業及技術人員考試之錄取標準」，增設法律所無之限制，顯與前述法律使及格人員同時取得兩種資格之規定不符，並有違憲法保障人民權利之意旨，依憲法第一百七十二條之規定，應不予適用。

釋字第 380 號解釋：大學法施行細則第二十二條第三項規定：「各大學共同必修科目，由教育部邀集各大學相關人員共同研訂之。」惟大學法並未授權教育部邀集各大學共同研訂共同必修科目，大學法施行細則所定內容即不得增加大學法所未規定之限制。又同條第一項後段「各大學共同必修科目不及

(五) 行政機關依其職權為執行法律而訂定之「職權命令」 不得直接限制人民自由權利

行政機關依其職權執行法律為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，得訂頒「行政規則」為解釋性規定及裁量基準（行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款參照）。此行政規則之對象為下級機關或屬官，乃在規範機關內部秩序及運作，並不能用來直接限制或規

格者不得畢業」之規定，涉及對畢業條件之限制，致使各大學共同必修科目之訂定實質上發生限制畢業之效果，而依大學法第二十三條、第二十五條及學位授予法第二條、第三條規定，畢業之條件係屬大學自治權範疇。是大學法施行細則第二十二條第一項後段逾越大學法規定，同條第三項未經大學法授權，均與上開憲法意旨不符。

釋字第 415 號解釋：納稅義務人與受扶養人是否為家長家屬，應取決於其有無共同生活之客觀事實，而不應以是否登記同一戶籍為唯一認定標準。所得稅法施行細則第二十一條之二規定：「本法第十七條第一項第一款第四目關於減除扶養親屬免稅額之規定，其為納稅義務人之其他親屬或家屬者，應以與納稅義務人或其配偶同一戶籍，且確係受納稅義務人扶養者為限」，其應以與納稅義務人或其配偶「同一戶籍」為要件，限縮母法之適用，有違憲法第十九條租稅法律主義。

釋字第 566 號解釋：中華民國七十二年八月一日修正公布之農業發展條例第三十一條前段規定，家庭農場之農業用地，其由能自耕之繼承人繼承或承受，而繼續經營農業生產者，免徵遺產稅或贈與稅。七十三年九月七日修正發布之同條例施行細則第二十一條後段關於「家庭農場之農業用地，不包括於繼承或贈與時已依法編定為非農業使用者在內」之規定，……使依法編為非農業使用之土地，於其所定之使用期限前，仍繼續為從來之農業使用者，不能適用七十五年一月六日修正公布之農業發展條例第三十一條免徵遺產稅或贈與稅之規定，均係增加法律所無之限制，違反憲法第十九條租稅法律主義，亦與憲法保障人民財產權之意旨暨法律保留原則有違，應不再適用。

範人民之權利義務，因此其性質為「非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定」¹⁹（行政程序法第 159 條第 1 項定義性規定參照）。然而實務上，卻常有行政機關並未有法律授權而依其職權，為執行法律而訂定「職權命令」直接限制或規範人民自由權利者。此種「職權命令」並未有法律授權卻直接限制或規範人民自由權利，乃違反法律保留原則，即被大法官宣告為違憲者，例如，釋字第 570 號解釋，認為主管機關基於職權所發布之命令，固有其實際需要，惟禁止製造、運輸、販賣、攜帶或公然陳列類似真槍之玩具槍枝，並對違反者予以處罰，涉及人民自由權利之限制，應由法律或經法律明確授權之命令規定。上開職權命令未經法律授權，限制人民之自由權利，其影響又非屬輕微，與憲法第 23 條規定之法律保留原則不符。²⁰

又行政機關訂頒「行政規則」為解釋性規定時，亦有逾越法律規定之範圍或增加法律所無限制，而違反法律保

¹⁹ 相對於法規命令之定義，法規命令係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定（行政程序法第 150 條第 1 項）。所謂對人民作「對外發生法律效果之規定」，即是其內容可以直接規範人民之權利義務。而所以有此性能，乃是其係基於「法律授權」，在不逾越法律授權之範圍及立法精神下，得就法律規範人民權利義務之規定為技術性或細節性之補充規定。

²⁰ 屬於此情形者，亦見於釋字第 273 號解釋：內政部於中華民國六十八年五月四日修正發布之都市計畫樁測定及管理辦法第八條後段「經上級政府再行複測決定者，不得再提異議」之規定，足使人民依訴願法及行政訴訟法提起行政救濟之權利受其限制，就此部分而言，與憲法第十六條之意旨不符，應不予適用。

留原則者。例如，釋字第 586 號解釋，認為財政部證券管理委員會（後更名為財政部證券暨期貨管理委員會），訂頒之「證券交易法第四十三條之一第一項取得股份申報事項要點」，係屬當時之證券交易主管機關基於職權，為有效執行證券交易法第 43 條之 1 第 1 項規定之必要而為之解釋性行政規則，該要點第 3 條第 2 款：「本人及其配偶、未成年子女及二親等以內親屬持有表決權股份合計超過三分之一之公司或擔任過半數董事、監察人或董事長、總經理之公司取得股份者」亦認定為共同取得人之規定及第 4 條相關部分，則逾越母法關於「共同取得」之文義可能範圍，增加母法所未規範之申報義務，涉及憲法所保障之資訊自主權與財產權之限制，違反憲法第 23 條之法律保留原則。又如，釋字第 609 號解釋，認為勞工保險條例第 19 條第 1 項規定：「被保險人或其受益人，於保險效力開始後，停止前發生保險事故者，得依本條例規定，請領保險給付。」依同條例第 62 條至第 64 條之規定，死亡給付之保險事故，除法律有特別排除規定外（同條例第 23 條、第 26 條參照），係指被保險人或其父母、配偶、子女死亡而言，至其死亡之原因何時發生，應非所問。但行政院勞工委員會所為函令解釋，就依法加保之勞工因罹患癌症等特定病症或其他傷病，於保險有效期間死亡者，以各該傷病須在保險有效期間發生為條件，其受益人始得請領死亡給付。認為此乃對於受益人請領死亡保險給付之權利，增加勞工保險條例所無之限制，與憲法第 23 條所定法律保留原

則有違，於此範圍內，應不再適用。

行政機關依其職權所定之「職權命令」或行政規則，如其內容非限制人民之自由權利，而是承認「公務人員資格」或「公務人員年資」者，大法官認為尙難謂與憲法第 23 條規定之法律保留原則有違，而僅併為指明「仍應以法律或法律明確授權之命令定之為宜」作成警告性解釋²¹。按公務人員資格之取得及公務人員年資之承認，涉及公務人員任用制度及公務人員退休制度之核心領域，並有公務人員任用法及公務人員退休法等法律予以規範，而行政機關對於依上揭法律規定本來不應具有公務人員資格或公務人員年資者，竟依其職權所定之「職權命令」或行政規則逕行予以承認，縱令其內容非限制人民之自由權利，但仍

²¹ 關於「公務人員資格之承認」者，例如釋字第 575 號解釋，對於內政部為因應動員戡亂時期之終止，依職權發布「戶警分立實施方案」，使不具一般公務人員資格之原辦戶政業務之警察人員可於五年內留任原職或回任警職；或可不受考試資格限制而換敘轉任為一般公務人員。對此實施方案之相關規定，大法官認為涉及人民權利而未以法律定之，固有未洽，然因其內容非限制人民之自由權利，尚難謂與憲法第 23 條規定之法律保留原則有違。而僅併予指明過渡條款若有排除或限制法律適用之效力者，仍應以法律定之，方符法治國家權力分立原則。

關於「公務人員年資」之承認者，例如釋字第 614 號解釋，表示公務人員曾任公營事業人員者，其服務於公營事業之期間，得否併入公務人員年資，以為退休金計算之基礎，憲法雖未規定，立法機關仍非不得本諸憲法照顧公務人員生活之意旨，以法律定之。在此類法律制定施行前，主管機關依法律授權訂定之法規命令，或逕行訂定相關規定為合理之規範以供遵循者，因其內容非限制人民之自由權利，尚難謂與憲法第 23 條規定之法律保留原則有違。惟曾任公營事業人員轉任公務人員時，其退休相關權益乃涉及公共利益之重大事項，仍應以法律或法律明確授權之命令定之為宜，併此指明。

是以低位階之命令變更高位階法律之適用，應屬命令牴觸法律，而違反憲法第 172 條所揭示「法律優越原則」，應宣告該命令牴觸法律而無效，才是正確。

(六) 應符合法律明確性原則

以法律限制人民自由權利之規定，雖然符合法律保留原則，但此法律之規定，必須符合法律明確性原則，使受規範者得以理解其意涵，並得預見其效果，而可遵行之。而所謂法律明確性之要求，釋字第 432 號解釋即表示，並非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與法律明確性原則相違。會計師法第 39 條規定：「其他違反本法規定」以違反會計師法為構成會計師之懲戒事由，其範圍應屬可得確定。同法第 17 條規定：「會計師不得對於指定或委託事件，有不正當行為或違反或廢弛其業務上應盡之義務」，係在確立會計師之行為標準及注意義務所為之規定，要非會計師作為專門職業人員所不能預見，亦係維護會計師專業素質，增進公共利益所必要，與法律明確性原則及憲法第 15 條保障人民工作權之意旨尚無違背。²²

²² 關於法律明確性原則之相關解釋，尚有釋字第 545 號解釋，認為醫師法第 25

而在釋字第 636 號解釋，則認為檢肅流氓條例第 2 條第 3 款關於霸佔地盤、白吃白喝與要挾滋事行為之規定，雖非受規範者難以理解，惟其適用範圍，仍有未盡明確之處，相關機關應斟酌社會生活型態之變遷等因素檢討修正之。第 2 條第 3 款關於欺壓善良之規定，以及第 5 款關於品行惡劣、遊蕩無賴之規定，與法律明確性原則不符。

二、比例原則

憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」故限制人民之自由權利，除形式上須有法律或法律授權訂定之法規命令為依據外，其限制之實質內容尚須符合「必要」之條

條所謂「業務上之違法行為」係指醫師於醫療業務，依專業知識，客觀上得理解不為法令許可之行為，此既限於執行醫療業務相關之行為而違背法令之規定，並非泛指醫師之一切違法行為，其範圍應屬可得確定。所謂「業務上之不正當行為」則指醫療業務行為雖未達違法之程度，但有悖於醫學學理及醫學倫理上之要求而不具正當性應予避免之行為。法律就前揭違法或不正當行為無從鉅細靡遺悉加規定，因以不確定法律概念予以規範，惟其涵義於個案中並非不能經由適當組成之機構依其專業知識及社會通念加以認定及判斷，並可由司法審查予以確認，則與法律明確性原則尚無不合。

釋字第 617 號解釋，就刑法第 235 條規定所稱猥褻之資訊、物品，其中「猥褻」雖屬評價性之不確定法律概念，然所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限（釋字第 407 號解釋參照），其意義並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背。

件，亦即須符合比例原則。申言之，其限制所欲達成之目的須正當，且其限制之手段有助於達成該目的並且損害人民之自由權利最少而未造成不必要之損害，以及其限制所損害之利益小於其目的所欲維護或達成之利益，而可認為其手段為必要及限制妥當。²³

限制符合比例原則者，例如，釋字第 577 號解釋：菸害防制法第 8 條第 1 項規定：「菸品所含之尼古丁及焦油含量，應以中文標示於菸品容器上。」另同法第 21 條對違反者處以罰鍰，對於菸品業者就特定商品資訊不為表述之自由有所限制，係為提供消費者必要商品資訊與維護國民健康等重大公共利益，並未逾越必要之程度，與憲法第 11 條保障人民言論自由及第 23 條比例原則之規定均無違背。又於菸品容器上應為上述之一定標示，縱屬對於菸品業者財產權有所限制，但該項標示因攸關國民健康，乃菸品財產權所具有之社會義務，且所受限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，與憲法保障人民財產權之規定，並無違背。

限制不符合比例原則者，例如，釋字第 603 號解釋：指紋乃重要之個人資訊，個人對其指紋資訊之自主控制，

²³ 行政程序法第 7 條對「比例原則」所為規定為：「行政行為，應依下列原則為之：

- 一、採取之方法應有助於目的之達成。
- 二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。
- 三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」

受資訊隱私權之保障。戶籍法第8條第2項規定：依前項請領國民身分證，應捺指紋並錄存。但未滿十四歲請領者，不捺指紋，俟年滿十四歲時，應補捺指紋並錄存。第3項規定：請領國民身分證，不依前項規定捺指紋者，不予發給。對於未依規定捺指紋者，拒絕發給國民身分證，形同強制按捺並錄存指紋，以作為核發國民身分證之要件，其目的為何，戶籍法未設明文規定，於憲法保障人民資訊隱私權之意旨已有未合。縱用以達到國民身分證之防偽、防止冒領、冒用、辨識路倒病人、迷途失智者、無名屍體等目的而言，亦屬損益失衡、手段過當，不符比例原則之要求。戶籍法第8條第2項、第3項強制人民按捺指紋並予錄存，否則不予發給國民身分證之規定，與憲法第22條、第23條規定之意旨不符。又如，釋字第711號解釋，認為藥師法第11條規定：「藥師經登記領照執業者，其執業處所應以一處為限。」未就藥師於不違反該條立法目的之情形下，或於有重大公益或緊急情況之需要時，設必要合理之例外規定，已對藥師執行職業自由形成不必要之限制，有違憲法第23條比例原則，與憲法第15條保障工作權之意旨相牴觸。²⁴

²⁴ 限制不符合比例原則者，尚有最近作出之釋字第712號解釋：臺灣地區與大陸地區人民關係條例第65條第1款規定：「臺灣地區人民收養大陸地區人民為養子女，……有下列情形之一者，法院亦應不予認可：一、已有子女或養子女者。」其中有關臺灣地區人民收養其配偶之大陸地區子女，法院亦應不予認可部分，與憲法第22條保障收養自由之意旨及第23條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力。

值得特別注意者，晚近大法官對於稅法規定「罰鍰金額依應報、應扣稅款之固定比例或倍數處罰」，而未根據違反義務本身情節之輕重程度爲之，又無合理最高額之限制，都認爲逾越處罰之必要程度而違反憲法第 23 條之比例原則。例如，釋字第 616 號解釋：所得稅法第 108 條第 1 項及第 108 條之 1 第 1 項規定「應按核定應納稅額另徵百分之十滯報金」，乃對納稅義務人未於法定期限內履行申報義務之制裁，其違規情節有區分輕重程度之可能與必要者，自應根據違反義務本身情節之輕重程度爲之。上開規定在納稅義務人已繳納其應納稅款之情形下，行爲罰仍依應納稅額固定之比例加徵滯報金，又無合理最高額之限制，顯已逾越處罰之必要程度而違反憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違。²⁵

²⁵ 採取同樣見解者，尚有釋字第 673 號解釋，表示所得稅法第 114 條第 1 款後段，有關扣繳義務人不按實補報扣繳憑單者，應按應扣未扣或短扣之稅額處三倍之罰鍰部分，未賦予稅捐稽徵機關得參酌具體違章狀況，按情節輕重裁處罰鍰之數額，其處罰顯已逾越必要程度，就此範圍內，不符憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違，應自本解釋公布之日起停止適用。有關機關對未於限期內按實補報扣繳憑單，而處罰尚未確定之案件，應斟酌個案情節輕重，並參酌稅捐稽徵法第 48 條之 3 之規定，另爲符合比例原則之適當處置，併予指明。

又釋字第 685 號解釋，亦認爲稅捐稽徵法第 44 條關於營利事業依法規定應給與他人憑證而未給與，應自他人取得憑證而未取得者，應按其未給與憑證、未取得憑證，經查明認定之總額，處百分之五罰鍰之規定，其處罰金額未設合理最高額之限制，而造成個案顯然過苛之處罰部分，逾越處罰之必要程度而違反憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違，應不予適用。

三、平等原則

限制人民之自由權利除須符合法律保留原則及比例原則外，亦不能違背憲法第 7 條所揭示之平等原則。平等原則之真諦，係對相同之事物應作相同之處理，如對性質相同之事物為不同之處理者，則應有正當理由。而對性質不同之事物，為合理之差別待遇者，並不違反平等原則，但對性質不同之事物作相同之處理者，則違反平等原則。對性質不同之事物為不合理之差別待遇者，亦違反平等原則。

對性質不同之事物為合理之差別待遇，而不違反平等原則者，例如釋字第 647 號解釋，認為遺產及贈與稅法第 20 條第 1 項第 6 款規定，配偶相互贈與之財產不計入贈與總額，乃係對有法律上婚姻關係之配偶間相互贈與，免徵贈與稅之規定。至因欠缺婚姻之法定要件，而未成立法律上婚姻關係之異性伴侶未能享有相同之待遇，係因首揭規定為維護法律上婚姻關係之考量，目的正當，手段並有助於婚姻制度之維護，自難認與憲法第 7 條之平等原則有違。

對性質不同之事物作相同之處理而違反平等原則者，例如，釋字第 610 號解釋，認為公務員懲戒法第 34 條第 2 款規定，依同法第 33 條第 1 項第 4 款²⁶為原因，移請或聲請再審議者，應自相關之刑事裁判確定之日起三十日內為

²⁶ 公務員懲戒法第 33 條第 1 項第 4 款規定：「原議決後，其相關之刑事確定裁判所認定之事實，與原議決相異者」，依同法第 34 條第 2 款規定，得以其為原因，自相關之刑事裁判確定之日起三十日內，移請或聲請再審議。

之。該期間起算日之規定，於受懲戒處分人爲該刑事裁判之被告，而其對該裁判不得聲明不服，僅他造當事人得聲明不服；以及受懲戒處分人非該刑事裁判之被告，僅其與該裁判相關等情形；因現行刑事訴訟法制就檢察官或自訴人何時收受裁判之送達、其得聲明不服而未聲明不服以及該等裁判於何時確定等事項，並無法院、檢察官（署）或自訴人應通知被告及關係人等之規定，致該等受懲戒處分人未能知悉該類裁判確定之日，據以依首開規定聲請再審議。是上開期間起算日之規定，未區分受懲戒處分人於相關刑事確定裁判之不同訴訟地位，及其於該裁判確定時是否知悉此事實，一律以該裁判確定日爲再審議聲請期間之起算日，與憲法第 7 條及第 16 條人民訴訟權之平等保障意旨不符。

對性質相同之事物爲不同處理，並無正當理由而違反平等原則者，例如，釋字第 624 號解釋，認爲冤獄賠償法第 1 條規定，就國家對犯罪案件實施刑事程序致人民身體自由、生命或財產權遭受損害而得請求國家賠償者，依立法者明示之適用範圍及立法計畫，僅限於司法機關依刑事訴訟法令受理案件所致上開自由、權利受損害之人民，未包括軍事機關依軍事審判法令受理案件所致該等自由、權利受同等損害之人民，係對上開自由、權利遭受同等損害，應享有冤獄賠償請求權之人民，未具正當理由而爲差別待遇，若仍令依軍事審判法令受理案件遭受上開冤獄之受害人，不能依冤獄賠償法行使賠償請求權，足以延續該等人

民在法律上之不平等，自與憲法第 7 條之本旨有所牴觸。又如釋字第 687 號解釋，指出稅捐稽徵法第 41 條規定所處罰之對象，為以詐術或其他不正當方法逃漏稅捐之行爲，所設定之法定刑種類包括有期徒刑、拘役及罰金，係立法者對於故意不實申報稅捐導致稅捐短漏之行爲所爲刑事不法之評價。系爭規定既根據同一逃漏稅捐之構成要件行爲，處罰公司負責人，竟另限定僅適用有期徒刑之規定部分，係對同一逃漏稅捐之構成要件行爲，為差別之不法評價。故系爭規定「應處徒刑之規定」部分，係無正當理由以設定較為嚴厲之法定刑為差別待遇，有違憲法第 7 條之平等原則。

值得注意者，對性質不同之事物為不合理之差別待遇者，亦違反平等原則。例如釋字第 649 號解釋，認為身心障礙者保護法第 37 條第 1 項前段規定：「非本法所稱視覺障礙者，不得從事按摩業。」（後修正為身心障礙者權益保障法第 46 條第 1 項前段）與憲法第 7 條平等權、第 15 條工作權及第 23 條比例原則之規定不符。其理由書表示，系爭規定係以保障視覺障礙者（下稱視障者）工作權為目的所採職業保留之優惠性差別待遇，亦係對非視障者工作權中之選擇職業自由所為之職業禁止。對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業

之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得爲之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。按摩業並非僅得由視障者從事，有意從事按摩業者受相當之訓練並經檢定合格應即有就業之資格，將按摩業僅允准視障者從事，使有意投身專業按摩工作之非視障者須轉行或失業，未能形成多元競爭環境裨益消費者選擇，與所欲保障視障者工作權而生之就業利益相較，顯不相當。故系爭規定對於非視障者職業選擇自由之限制，實與憲法第 23 條比例原則不符，而牴觸憲法第 15 條工作權之保障。

四、正當法律程序

爲保障人民自由權利，就其限制除依憲法第 23 條及第 7 條規定要求其形式及實質條件應符合法律保留原則、比例原則及平等原則外，晚近發展之趨勢，更強調應踐行「正當法律程序」。所謂正當法律程序，即強調公權力機關在作成行爲及決定之過程中，應讓因該行爲及決定而其權利或利益受影響之人有參與該程序、表達意見之機會，使公權力機關能有較充分之資訊而較能作正確之判斷及決定，且其決定並應附理由，以使人民較能信服公權力機關之作

爲及決定。²⁷

在行政程序法尚未制定施行以前，關於「正當法律程序」，大法官首先從憲法第 8 條有關人身自由保障之規定²⁸，於 1995 年 7 月 28 日所作成釋字第 384 號解釋中，表示該條所稱「依法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第 23 條所定相關之條件。其解釋理由書並指出：「實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行

²⁷ 公權力之行使應踐行正當法律程序，並應制定法律「行政程序法」予以規範，學者早於 1969 年即開始爲文論述。就此首先引介、鼓吹及倡導最力者爲翁岳生教授，見氏著〈論西德一九六三年行政手續法草案——行政法典化之新趨勢〉，載於臺大法學院，社會科學論叢第十九輯（1969 年 7 月）。並收於：翁岳生著《行政法與現代法治國家》，頁 183-225（1976 年）；〈日本一九六四年行政手續法草案之研究〉，發表於法學叢刊，第 58 期至第 60 期（1970 年 4 月、7 月、10 月）。並收於：翁岳生著《行政法與現代法治國家》，頁 321-37（1976 年）；〈奧國行政手續法之研究〉，載於憲政思潮第 31 期（1975 年 7 月）。並收於：翁岳生著《行政法與現代法治國家》，頁 293-319（1976 年）；〈西德一九七三年行政手續法草案之研究〉，載於憲政思潮第 31 期（1975 年 7 月）。並收於：翁岳生著《行政法與現代法治國家》，頁 227-292（1976 年）；〈西德一九七六年行政手續法〉，載於臺大法學論叢第 7 卷第 2 期，頁 59-105（1978 年）。

²⁸ 憲法第 8 條第 1 項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」

爲不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開爲原則及對裁判不服提供審級救濟等爲其要者。」²⁹嗣後又從憲法第 16 條保障訴訟權之角度，在釋字第 396 號解釋論述公務員懲戒案件之審議，應本「正當法律程序」之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第 16 條保障人民訴訟權之本旨。³⁰

²⁹ 嗣後從人身自由保障論述「正當法律程序」者，尚有釋字第 567 號解釋（戒嚴時期在戒嚴地域內，最高司令官固得於必要範圍內以命令限制人民部分之自由，惟關於限制人身自由之處罰，仍應以法律規定，且其內容須實質正當，並經審判程序，始得爲之）、釋字第 588 號解釋（管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第 8 條第 1 項規定之「拘禁」，其於法定管收之前，自應踐行必要之程序、即由中立、公正第三者之法院審問，並使法定義務人到場爲程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障。行政執行法第 17 條第 2 項及第 19 條第 1 項規定，使行政執行處得合併爲拘提且管收之聲請，法院亦爲拘提管收之裁定時，該被裁定拘提管收之義務人既尚未拘提到場，自不可能踐行審問程序，乃法院竟得爲管收之裁定，有違正當法律程序之要求）。

³⁰ 嗣後從訴訟權保障論述「正當法律程序」者，尚有釋字第 418 號解釋（受處分人因交通違規事件，不服主管機關所爲之處罰，得向管轄地方法院聲明異議；不服地方法院對聲明異議所爲之裁定，得爲抗告，但不得再抗告。此項程序，既已給予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序）、釋字第 582 號解釋（憲法第 16 條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第 8 條第 1 項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利）。

值得注意者，在行政程序法於 1999 年 2 月 3 日制定公布後³¹，大法官並轉從憲法保障人民個別之基本自由權利著眼，於 1999 年 10 月 15 日作成釋字第 491 號解釋，即從憲法第 18 條「人民有服公職之權」出發，認為公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等，設立相關制度予以保障。」此號解釋有別於前述釋字第 384 號及第 396 號解釋就法院「司法審理程序」之闡明，而係就行政機關對其所屬公務人員為免職處分時之「行政程序」所應有之正當法律程序之內涵予以表述，並間接承認行政程序法有關確保行政應客觀、中立（第 32 條及第 33 條關於公務員迴避³²及第 47 條行政程序外接觸之禁止及

³¹ 行政程序法之立法過程，詳見廖義男，〈行政程序法之重要內容--適用範圍、行政處分、法規命令及行政規則--〉，收於：《行政法之基本建制》，頁 61-68（2003 年）。

³² 行政程序法第 32 條：「公務員在行政程序中，有下列各款情形之一者，應自行迴避：

- 一、本人或其配偶、前配偶、四親等內之血親或三親等內之姻親或曾有此關係者為事件之當事人時。
- 二、本人或其配偶、前配偶，就該事件與當事人有共同權利人或共同義務人之關係者。
- 三、現為或曾為該事件當事人之代理人、輔佐人者。
- 四、於該事件，曾為證人、鑑定人者。」

第 33 條：「公務員有下列各款情形之一者，當事人得申請迴避：

- 一、有前條所定之情形而不自行迴避者。

資訊公開之規定³³)、應給予受處分人有陳述意見之機會(第39條調查事實時通知到場陳述意見³⁴及第102條不利益處分相對人陳述意見之機會³⁵)、行政處分應附記理由及表明其救濟方法、期間及受理機關(第96條書面行政處分應記載事項³⁶)等規定之必要性及正當性。尤其重要者,乃

二、有具體事實,足認其執行職務有偏頗之虞者。

前項申請,應舉其原因及事實,向該公務員所屬機關為之,並應為適當之釋明;被申請迴避之公務員,對於該申請得提出意見書。

不服行政機關之駁回決定者,得於五日內提請上級機關覆決,受理機關除有正當理由外,應於十日內為適當之處置。

被申請迴避之公務員在其所屬機關就該申請事件為準許或駁回之決定前,應停止行政程序。但有急迫情形,仍應為必要處置。

公務員有前條所定情形不自行迴避,而未經當事人申請迴避者,應由該公務員所屬機關依職權命其迴避。」

³³ 行政程序法第47條:「公務員在行政程序中,除基於職務上之必要外,不得與當事人或代表其利益之人為行政程序外之接觸。

公務員與當事人或代表其利益之人為行政程序外之接觸時,應將所有往來之書面文件附卷,並對其他當事人公開。

前項接觸非以書面為之者,應作成書面紀錄,載明接觸對象、時間、地點及內容。」

³⁴ 行政程序法第39條:「行政機關基於調查事實及證據之必要,得以書面通知相關之人陳述意見。通知書中應記載詢問目的、時間、地點、得否委託他人到場及不到場所生之效果。」

³⁵ 行政程序法第102條:「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前,除已依第三十九條規定,通知處分相對人陳述意見,或決定舉行聽證者外,應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者,從其規定。」

³⁶ 行政程序法第96條第1項第2款及第6款:「行政處分以書面為之者,應記載下列事項:

二、主旨、事實、理由及其法令依據。

六、表明其為行政處分之意旨及不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關。」

指出應履行此等正當法律程序乃源出憲法所保障人民之別基本自由權利³⁷所應有之保障內涵。

嗣後在釋字第 636 號解釋又再次強調「關於流氓之認定，依據正當法律程序原則，於審查程序中，被提報人應享有到場陳述意見之權利」。於釋字第 663 號解釋並認為稅捐稽徵法第 19 條第 3 項規定關於稅捐稽徵機關對公司共有人所為核定稅捐之處分，以對公司共有人中之一人為送達，即對全體公司共有人發生送達效力之部分，不符憲法正當法律程序之要求，致侵害未受送達之公司共有之人訴願、訴訟權，與憲法第 16 條之意旨有違。釋字第 709 號解釋又指出都市更新條例第 10 條第 1 項有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，未設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，與憲法要求之正當行政程序不符。同條第 2 項有關申請核准都市更新事業概要時應具備之同意比率之規定，不符憲法要求之正當行政程序。都市更新條例第 19 條第 3 項前段規定，並未要求主管機關應將該計畫相關資訊，對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人分別為送達，且未規定由主管機關以公開方式

³⁷ 釋字第 631 號解釋亦從憲法第 12 條保障「人民有秘密通訊之自由」之觀點論述，認為通訊保障及監察法第 5 條第 2 項規定：「前項通訊監察書，偵查中由檢察官依司法警察機關聲請或依職權核發」，未要求通訊監察書原則上應由客觀、獨立行使職權之法官核發，而使職司犯罪偵查之檢察官與司法警察機關，同時負責通訊監察書之聲請與核發，難謂為合理、正當之程序規範，而與憲法第 12 條保障人民秘密通訊自由之意旨不符。

舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，連同已核定之都市更新事業計畫，分別送達更新單元內各土地及合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人，亦不符憲法要求之正當行政程序。上開規定均有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。

晚近在釋字第 708 號解釋指出行政機關為重大公益而拘禁人民人身自由時，應給予當事人有即時之司法救濟³⁸，

³⁸ 釋字第 690 號解釋表示，曾與傳染病人接觸或疑似被傳染者，由專業主管機關決定予以強制隔離，非由法院決定，固不影響其合憲性，但其於受強制隔離處置時，人身自由即遭受剝奪，因而指示應「建立受隔離者或其親屬不服得及時請求法院救濟，暨對前述受強制隔離者予以合理補償之機制」。其理由書中說明，人身自由為重要之基本人權，應受充分之保護，對人身自由之剝奪或限制尤應遵循正當法律程序之意旨，惟相關程序規範是否正當、合理，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定（本院釋字第 639 號解釋參照）。強制隔離既以保障人民生命與身體健康為目的，而與刑事處罰之本質不同，已如前述，故其所須踐行之正當法律程序，自毋須與刑事處罰之限制被告人身自由所須踐行之程序相類。強制隔離與其他防疫之決定，應由專業主管機關基於醫療與公共衛生之知識，通過嚴謹之組織程序，衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種情況，作成客觀之決定，以確保其正確性，與必須由中立、公正第三者之法院就是否拘禁加以審問作成決定之情形有別。--- 且疫情之防治貴在迅速採行正確之措施，方得以克竟其功。--- 是對傳染病相關防治措施，自以主管機關較為專業，由專業之主管機關衡酌傳染病疫情之嚴重性及其他各種情況，決定施行必要之強制隔離處置，自較由法院決定能收迅速防治之功。--- 是系爭規定之強制隔離處置雖非由法院決定，與憲法第八條正當法律程序保障人民身體自由之意旨尚無違背。系爭規定未就強制隔離

如剝奪人身自由逾越一定時間者，應有法官保留原則之適用，而須由法官決定之。因此認為入出國及移民法第 38 條第 1 項規定入出國及移民署對外國人因遣送所需合理作業期間之暫時收容部分，未賦予受暫時收容人即時之司法救濟；及逾越上開暫時收容期間之收容部分，非由法院審查決定，均有違憲法第 8 條第 1 項保障人民身體自由之意旨。³⁹

從上述有關正當法律程序之司法院解釋，正當法律程序原則之適用，並不限於人身自由或訴訟權之保障而已，凡公權力之行爲有侵害或影響人民自由權利者，即應遵守

之期間予以規範，及非由法院決定施行強制隔離處置，固不影響其合憲性，惟曾與傳染病人接觸或疑似被傳染者，於受強制隔離處置時，人身自由即遭受剝奪，為使其受隔離之期間能合理而不過長，仍宜明確規範強制隔離應有合理之最長期限，及決定施行強制隔離處置相關之組織、程序等辦法以資依循，並建立受隔離者或其親屬不服得及時請求法院救濟，暨對前述受強制隔離者予以合理補償之機制，相關機關宜儘速通盤檢討傳染病防治法制。

³⁹ 釋字第 710 號解釋亦指出臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 18 條第 1 項規定：「進入臺灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。……」除因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分之情形外，對於經許可合法入境之大陸地區人民，未予申辯之機會，即得逕行強制出境部分，有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第 10 條保障遷徙自由之意旨。同條第 2 項規定：「前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容……」，未能顯示應限於非暫予收容顯難強制出境者，始得暫予收容之意旨，亦未明定暫予收容之事由，有違法律明確性原則；於因執行遣送所需合理作業期間內之暫時收容部分，未予受暫時收容人即時之司法救濟；於逾越前開暫時收容期間之收容部分，未由法院審查決定，均有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第 8 條保障人身自由之意旨。又同條例關於暫予收容未設期間限制，有導致受收容人身體自由遭受過度剝奪之虞，有違憲法第 23 條比例原則，亦不符憲法第 8 條保障人身自由之意旨。

正當法律程序。正當法律程序應適用於所有與基本自由權利有關之公權力行為，並已成為保障人民自由權利應有之內涵，而與比例原則同為保障自由權利之基本原則及保障方法。正當法律程序之應有內容，包括為決定之機關應客觀、公正；應給予當事人有陳述意見及申辯或論辯之機會；應給予當事人充分之資訊；決定應附理由並表明其救濟方法、期間及受理機關；以及其決定應為合法之送達。而決定涉及人身自由之拘束者並應給予當事人有即時之司法救濟，如剝奪人身自由逾越一定時間者，並應有法官保留原則之適用，而須由法官決定之等。

參、「違法」行使公權力之認定

從上述大法官就人權保障之相關解釋以觀，凡國家公權力之行使違反法律保留原則、比例原則、平等原則，以及未符合正當法律程序者，皆屬違法，因而對違法行使公權力而構成國家賠償責任之認定應有很大之影響。從晚近人權保障之發展趨勢強調正當法律程序而論，以下三項尤其值得深思與注意：

一、忽略「聽證程序」之必要性致其決定違法

聽證程序與一般行政程序不同，在於聽證程序之當事人於聽證時，除得陳述意見、提出證據外，經主持人同意後並得對機關指定之人員、證人、鑑定人、其他當事人或

其代理人發問（行政程序法第 61 條）。亦即當事人有發問及論辯權，有較充分機會可以就事實及法律見解提出攻擊或防禦方法以維護自己權益。且聽證原則上應公開以言詞爲之（行政程序法第 59 條第 1 項），更能確保公正。聽證，並應作成聽證紀錄，載明到場人所爲陳述或發問之要旨及其提出之文書、證據，並記明當事人於聽證程序進行中聲明異議之事由及主持人對異議之處理（行政程序法第 64 條第 1 項、第 2 項）。經聽證而作成行政處分時，並應斟酌全部聽證之結果，如法規明定應依聽證紀錄作成處分者，行政機關僅能依據聽證紀錄所記載之陳述、所提出之文書及證據，作爲其行政處分決定之理由及證據（行政程序法第 108 條參照）。此外，不服經聽證作成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及其先行程序（行政程序法第 109 條），即可逕行提起行政訴訟。總言之，聽證程序較一般行政程序嚴謹，賦予程序當事人較多權利，且其程序原則上公開，並經由當事人之論辯，可使作成決定之機關充分審酌各方權益及爭點，而較能作成公正及正確之決定。

行政機關作成行政行爲，在何種情形，應經聽證程序，行政程序法規定「法規明文規定應舉行聽證者；或行政機關認爲有舉行聽證之必要者（行政程序法第 107 條）。法規有明文規定應舉行聽證者，例如，行政程序法第 164 條規定「行政計畫有關一定地區土地之特定利用或重大公共設施之設置，涉及多數不同利益之人及多數不同行政機關權限者，確定其計畫之裁決，應經公開及聽證程序，並得

有集中事權之效果。」在法規未有明文規定應舉行聽證者，則由行政機關認為有舉行聽證之必要時，才舉行聽證。換言之，由行政機關判斷其情事有無必要而決定之。「必要」為不確定之法律概念，其認識及判斷應斟酌之因素，行政程序法雖無進一步具體規定之，但由其第 164 條於計畫「涉及多數不同利益之人及多數不同行政機關權限者」，確定其計畫之裁決，應經公開及聽證程序之規定，應可推知或類推適用，凡情事涉及多數人，且多數人間彼此利益不同，利害不一致而有權利衝突時，就該情事之決定，應經聽證程序。此亦可從釋字第 709 號解釋，認為都市更新事業計畫涉及更新單元內各土地及合法建築物所有權人、他項權利人之權利及利益，因都市更新而發生之權利變動使其彼此間利害未必一致，甚至有所衝突。而都市更新條例未要求主管機關應將該都市更新事業概要及計畫相關資訊，對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物所有權人分別為送達，且未規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，連同已核定之都市更新事業計畫，分別送達更新單元內各土地及合法建築物所有權人、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人，而宣告其不符憲法要求之正當行政程序，亦可得到同一結論。從而行政機關依其情事涉及多數不同利益之人之利益變動，有必要應經聽證程序始為決定，卻忽略此正當法律程序之要求，致未舉辦聽證即作成

決定者，其決定即因違反正當法律程序，程序有瑕疵而構成違法。

二、人身自由之拘禁未由法官保留決定又未予即時之司法救濟

人民享有充分保障之人身自由，才能行使其他憲法所保障財產權、工作權、居住及遷徙自由等自由權利，因此剝奪人民人身自由之拘禁，無論人民為刑事被告或非刑事被告身分，除在實體法上，應嚴守「法律保留原則」，須有法律明文為依據，且該法律所規定之拘禁條件須符合「法律明確性原則」及「比例原則」外，在程序上，亦須符合憲法第 8 條所揭示「正當法律程序」之要求。刑事程序之被告須經法院詢問後始得裁定羈押（刑事訴訟法第 101、101 之 1、102 條），而非刑事被告之「管收」、「強制隔離」、「暫時收容」或「安置」，無論其名稱為何，都屬憲法第 8 條所稱「拘禁」，而因拘禁之目的、方式、時間久暫、所欲保護之法益、決定所需之專業、有無急迫性、有無替代程序及各項可能程序之成本各有不同，雖不完全都應由法院保留決定⁴⁰，但拘禁既是人身自由之剝奪，在非

⁴⁰ 非刑事被告人身自由之剝奪或拘禁未由法官保留決定者，例如，兒童及少年性交易防制法第 15 條規定之安置緊急收容中心；兒童及少年福利與權益保障法第 52、56、62 條規定之安置、緊急安置；精神衛生法第 20、37、41、42 條規定之緊急安置、強制住院；行政執行法第 37 條規定之對人之管束；入出國及移民法第 15、38 條規定之收容；臺灣地區與大陸地區人民關係條例第

由法院審問後決定之情形，至少亦應強化其正當法律程序之要求。從近年來大法官就相關議題所作成解釋（釋字第588、690、708、710號解釋等）之趨勢觀察，尤其晚近作成之釋字第708號解釋所表示之程序要求，應作為最起碼之標準，並參酌他號解釋可為如下歸納，即：

1. 為拘禁決定之機關應告知受拘禁人，其拘禁之原因、法律依據及不服拘禁之司法救濟途徑，並通知其指定之親友。
2. 受拘禁人或其親友對於拘禁措施表示不服，或要求由法院審查決定是否予以拘禁，為拘禁決定之機關應即於二十四小時內將受拘禁人移送法院迅速裁定是否予以拘禁。
3. 受移送法院應「專就該拘禁措施」是否合乎法定要件及有無拘禁之必要，予以審查。法院為此審查時，應使受拘禁人到場參與程序，並使其得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，此應為必要之司法審問程序。且此程序之進行，並不影響受拘禁人得另就拘禁之原因案件不服而提起行政爭訟或其他司法救濟程序。
4. 拘禁期間應有明確規定，逾越此拘禁期間而有延長之必要者，應適用法官保留原則，原拘禁決定之機關應於該項拘禁期間屆滿前聲請法院審查決定之。

18、32條規定之收容、留置；香港及澳門關係條例第14條規定之收容；傳染病防治法第44、45、48條規定之強制隔離、令遷入指定之處所；人口販運防制法第19條規定之收容；就業服務法第68條規定外國人之收容等。

5. 拘禁目的係維護公益為目的，而須使受拘禁人之人身自由受剝奪為犧牲者，對此特別犧牲所受損失，應明定給予及時與合理之補償及其補償之計算方法，並應教示受拘禁人得為此請求。⁴¹

故人身自由之拘禁未由法官保留決定又未予即時之司法救濟者，其拘禁將因違反正當法律程序而屬違法。

三、法官濫行核發通訊監察書及未監督執行致人民受不必要監聽侵害之責任

釋字第 631 號解釋認為（舊）通訊保障及監察法第 5 條第 2 項規定：「前項通訊監察書，偵查中由檢察官依司法警察機關聲請或依職權核發」，未要求通訊監察書原則上應由客觀、獨立行使職權之法官核發，而使職司犯罪偵查之檢察官與司法警察機關，同時負責通訊監察書之聲請與核發，難謂為合理、正當之程序規範，乃宣告該規定與憲法第 12 條保障人民秘密通訊自由之意旨不符。因而促使該條項之修法，改為偵查中由檢察官依司法警察機關聲請或依職權以書面記載案由及涉嫌觸犯之法條、監察對象，監察通訊種類及號碼、以及其受監察處所、監察期間及方法、執行機關、建置機關等事項，並敘明其必要之理由、

⁴¹ 參照廖義男著，非刑事被告人身自由保障之趨勢 -- 從其應踐行正當法律程序之相關司法院解釋觀察（夏蟲語冰錄六十四），載於法令月刊第 64 卷第 5 期，頁 104-109（2013 年 5 月）。

檢附相關文件，聲請該管法院核發。審判中由法官依職權核發。申言之，國家依據通訊保障及監察法限制人民秘密通訊自由者，除實體要件須有事實足認被告或犯罪嫌疑有該法第5條第1項各款所列舉之罪嫌之一，並危害國家安全或社會秩序情節重大，而有相當理由可信其通訊內容與本案有關，且不能或難以其他方法蒐集或調查證據者外，程序要件尚須有法院核發通訊監察書（通訊保障及監察法第5條）。亦即由法院審查該監聽有無具備法定之實體要件，且法院應監督執行監聽機關於執行監聽期間有無依法提出報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。而由法院依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書（通訊保障及監察法第5條第4項）。法院在此扮演之角色，並非審判工作，而係執行行政監督性質，因而如未具備得予監聽之實體要件而竟濫行核發監聽書，或於執行監聽期間未盡其監督之責，有不應繼續執行監聽之情狀，仍未撤銷原核發之通訊監察書，致使受監察人之秘密通訊自由遭受不必要之侵害者，則該法院即應負違法侵權之責任。

隱私權之加強保護為晚近人權保障所特別重視者，國家機關違法侵害人民隱私權致使人民遭受損害者，都有明文應負國家賠償責任。例如，通訊保障及監察法第19條第1項即規定「違反本法或其他法律之規定監察他人通訊或洩漏、提供、使用監察通訊所得之資料者，負損害賠償責

任。」第 22 條第 1 項並規定「公務員或受委託行使公權力之人，執行職務時違反本法或其他法律之規定監察他人通訊或洩漏、提供、使用監察通訊所得之資料者，國家應負損害賠償責任。」又個人資料保護法第 28 條亦規定「公務機關違反本法規定，致個人資料遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，負損害賠償責任。但損害因天災、事變或其他不可抗力所致者，不在此限。（第 1 項）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，並得請求為回復名譽之適當處分。（第 2 項）依前二項情形，如被害人不易或不能證明其實際損害額時，得請求法院依侵害情節，以每人每一事件新臺幣五百元以上二萬元以下計算。（第 3 項）對於同一原因事實造成多數當事人權利受侵害之事件，經當事人請求損害賠償者，其合計最高總額以新臺幣二億元為限。但因該原因事實所涉利益超過新臺幣二億元者，以該所涉利益為限。（第 4 項）同一原因事實造成之損害總額逾前項金額時，被害人所受賠償金額，不受第三項所定每人每一事件最低賠償金額新臺幣五百元之限制。（第 5 項）第二項請求權，不得讓與或繼承。但以金額賠償之請求權已依契約承諾或已起訴者，不在此限。（第 6 項）」

值得特別注意者，上述規定國家賠償責任之構成要件，皆以公務員之行爲或公務機關之行爲「違法」為核心重點，並不以公務員有故意或過失為其必要之構成要件。換言之，僅重視行爲之客觀違法致生損害，即足構成國家賠償責任。

肆、怠於執行職務之認定

構成國家賠償責任者，除違法行使公權力致生損害外，公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同（國家賠償法第2條第2項後段）。所謂「怠於執行職務」，最高法院72年台上字第704號判例表示：「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。」但此見解，大法官於釋字第469號解釋認為過於嚴苛，不應僅限於此種情形，而對人民請求國家賠償增列法律所無之限制。強調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，被害人即得依國家賠償法第2條第2項後段，向國家請求損害賠償。釋字第469號解釋放寬「怠於執行職務」之適用條件，採用「保護規範理論」，以規定公務員應執行特定職務之法規，具有保護可得特定人民生命、身體及財產等法益為目的，該特定職務之執行，具有保護可得特定人民權益之作用，即為該條項所稱應執行之職務，並不以該特定人民對於公務

員爲該特定職務行爲，有公法上請求權爲必要。而公務員因怠於執行該特定職務，致該可得特定人民之權益因而未獲得保護致遭受損害者，國家即因未盡其保護之責，對該損害即應負賠償責任。惟釋字第 469 號解釋對於是否「怠於執行」，表示須該管機關公務員依法律規定明確應執行之職務，對法規所欲保護對象之人民所負作爲義務已無不作爲之裁量餘地，即該職務已非執行不可，猶因故意或過失怠於執行職務，始足當之。其中，認爲怠於執行職務尚須公務員有「故意或過失」之主觀責任條件爲其要件，乃擅自增加法律所無之限制條件，並非妥適。如法律規定明確應執行之職務，尤其可得特定人民之生命、身體及財產等法益，僅能由國家機關公務員執行該職務行使公權力始能排除其侵害或防制其損害危險之發生而加以保護者，如該職務未執行或於相當期間未被依法執行之客觀事實狀態存在，致人民未受保護而生損害者，即應屬怠於執行職務。至於其未執行或於相當期間未依法執行，是否出於公務員有「故意或過失」，應可不問。換言之，怠於執行職務之認定，應重在應執行之職務有無未依法執行之客觀事實存在，至於未依法執行是否出於公務員故意或過失，並非重點所在，而不應將之列爲必要條件之一。

上述怠於執行職務之認定，應重在應執行之職務有無未依法執行之客觀事實存在之論點，於晚近環保法令就主管機關怠於執行職務之行爲而應負執行之責之規定，獲得支持。例如，空氣污染防制法第 81 條規定公私場所違

反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行爲，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、偵測鑑定費用或其他訴訟費用予對維護空氣品質有具體貢獻之原告。⁴² 上述規定，對於怠於執行職務之行爲，並不問其是否因故意或過失所致，所重視者為未依法執行職務之存在事實。

⁴² 類似規定，亦見於水污染防治法第 72 條：「事業、污水下水道系統違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行爲，直接向高等行政法院提起訴訟，請求判令其執行。高等行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、監測鑑定費用或其他訴訟費用予對維護水體品質有具體貢獻之原告。」以及土壤及地下水污染整治法第 54 條：「公私場所違反本法或依本法授權訂定之法規命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行爲，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。行政法院為前項判決時，得依職權判令被告機關支付適當律師費用、偵測鑑定費用或其他訴訟費用予對土壤及地下水污染整治有具體貢獻之原告。」

伍、國家賠償法再建構之展望

國家賠償法自 1980 年 7 月 2 日制定公布，1981 年 7 月 1 日施行以來，已逾三十年，其間重要行政法規有陸續新制定施行者，例如，行政程序法、行政罰法，或作重大修正者，例如，行政執行法、訴願法及行政訴訟法，而使國家賠償法之適用受到相當之影響。法務部爲使國家賠償法能與時俱進，曾集合學者、專家及相關機關代表組成研究修正小組，於 2009 年 7 月完成修正草案⁴³。惟該修正草案著重實務疑義之解決⁴⁴及強化求償權之行使⁴⁵，對於違法行使公權力而構成國家賠償責任之要件上，以及國家賠償訴訟審判權之歸屬上，並未隨時代思潮之演進及行政訴訟

⁴³ 關於法務部研擬「國家賠償法修正草案」之內容及條文，可參閱林建宏著「淺析國家賠償法修正草案」，台灣法學雜誌第 138 期，頁 91-128。（2009.10）

⁴⁴ 例如，法官或檢察官侵害人民自由或權利，國家應負損害賠償責任之規定，增訂法官及檢察官爲「審判職務」及「追訴職務」之範圍。另明定對法官、檢察官行使求償權之要件。（修正草案第 5 條、第 7 條第 1 項）；並增訂依法規有權限之委任、委託、委辦及受委託行使公權力致生損害之賠償義務機關，並修正賠償義務機關之認定及補充管轄規定。（修正草案第 13 條、第 14 條、第 17 條）。

⁴⁵ 例如，落實行政監督，增訂賠償義務機關怠於行使求償權時，其上級機關應命其於一定期限內行使；逾期仍不行使，上級機關得代爲行使求償權。（修正草案第 7 條第 2 項）、明定行使求償權時應審酌之情狀及應注意之事項，並修正賠償義務機關對受委託行使公權力之團體或個人行使求償權之要件。（修正草案第 7 條第 3 項、第 8 條）。又明定賠償義務機關及其上級機關行使求償權之程序，及增訂被求償之機關對其所屬之公務員行使求償權之規定。（修正草案第 36 條、第 37 條）。

制度之修正而作重大變革。

現行制度將國家賠償訴訟歸由普通法院依民事訴訟法審理，有其當時立法背景之考量，主要因素為當時僅中央有行政法院，如國家賠償訴訟由行政法院審理，將造成受害人民起訴之不方便。然近年來行政訴訟法已有重大變革，已由一級一審改為三級二審並增加訴訟種類，在地方法院亦設置行政訴訟庭，審理公法上爭議之事件⁴⁶。因此當時將公法爭議性質之國家賠償訴訟歸由普通法院依民事訴訟法審理之主要理由已不存在，而應回歸由行政法院審理，始符合國家賠償訴訟為行政訴訟之本質。再者，國家賠償法自1981年施行以來，實務之運作已自公務員客觀違法行為而推論其主觀有過失，甚至僅重視國家機關之行為有無違法，而論斷應否成立國家賠償責任，即問題之核心已不在「公務員之行為」，而在「機關之違法行為」。尤其行政處分之作成，並非公務員之行為，而是行政機關之行為。故學說上已有主張國家賠償責任構成要件中應刪除公務員須有故意或過失之主觀條件，並且因公務員為國家機關之構成員而應將公務員之行為視為國家機關自身之行為，因而公務員違法行使公權力之行為致人民受損害者，即是國家自己為違法侵害行為而應為此違法侵害行為自負賠償責任，即以「國家自己責任」取代「國家代位責任」⁴⁷，因

⁴⁶ 目前地方法院行政訴訟庭審理公法爭議之簡易事件（行政訴訟法第229條）及交通裁決事件（行政訴訟法第237條之1及之2）。

⁴⁷ 國家賠償制度採國家代位責任有其歷史之背景，係從公務員侵權行為責任演

而國家機關行使公權力之行爲是否違法而構成國家賠償責任，應爲國家賠償責任之核心問題⁴⁸。亦即應明定「國家、地方自治團體或其他公法人之機關執行其權限行使公權力違法侵害人民自由權利者，國家、地方自治團體或其他公法人應負損害賠償責任。」而行使公權力行爲是否違法之判斷，皆以憲法保障人權之理念及其衍生之原則及公法法理爲基礎。晚近人權保障之趨勢，已從傳統強調應符合法律保留原則、比例原則、平等原則，發展至應踐行正當法

化而來，因而仍保留公務員須有故意或過失之歸責條件。但國家賠償制度已施行三十多年，隨著行政法制之健全，依法行政原則已深植人心，公務員爲國家機關內部組織之構成員，由公務員代表國家或其所屬機關行使公權力之行爲，其行爲即是國家自身之行爲，如有違背依法行政原則而違法侵害人民自由權利者，即是國家自己爲違法行爲而應負其責任。申言之，國家自己責任所重視者係國家爲其自己之行爲是否違法造成人民權益之損害而負其責任，至於其所屬公務員之行爲有無故意或過失，是國家對該公務員能否求償之內部問題，與國家因其自己之對外行爲，即對人民爲違法行爲而對被害人負損害賠償責任，應無關係。亦即建立客觀違法責任之國家賠償制度，與私法侵權行爲責任思想脫鉤，形成公法上自有之國家責任體系，才是提昇法治及健全保障人權之道。

以「國家自己責任」取代「國家代位責任」，並不妨礙國家機關依其與所屬公務員之內部服勤關係，對於使機關爲違法行爲侵害人民自由權利而使機關應負損害賠償責任之公務員，於其有故意或重大過失時，有求償權。換言之，機關對有故意或重大過失使機關爲違法行爲之公務員仍有求償權，但其理論基礎並非基於「代替公務員賠償責任地位」而來，而是基於公務員違反其應依法忠實服勤義務致使機關違法而須對被害人負損害賠償責任所造成之損害，使履行國家賠償責任後而受損害之機關因而對造成此機關損害之公務員有求償權。

⁴⁸ 見廖義男著，國家賠償責任構成要件規定之修正與檢討，載於馬氏思上文教基金會印行之「第四屆馬漢寶講座論文彙編」，頁7-41，（2011年）。

律程序，不僅制定之法規內容違反上述原則及程序者為違憲違法，依據該違憲法規而為之公權力行為亦因無合法之依據而屬違法，如國家機關行使公權力之行為直接違反法律保留原則、比例原則、平等原則或未履行必要之正當法律程序者，更屬違法⁴⁹。從而依此人權保障之發展趨勢以觀，因違法行使公權力而生之國家賠償訴訟應歸屬以闡明公法法理為專長之行政法院審理⁵⁰，尤感正當及迫切需要，而國家賠償法朝此方向修正，才更顯得有其意義及必要。

陸、結語

國家賠償法之制定及施行，於 1981 年當時為劃時代之創舉，不僅具體實踐憲法第 24 條規範之要求及目的，而且警惕國家機關及全體公務員應遵守法治，依法行政，避免違法侵害人民權利而生國家賠償責任，充分表現落實憲法保障人權之決心。而人權保障之觀念及其保障之方法，三十多年來，經由大法官作成多號司法院解釋，已發展成有脈絡可循之體系，而對公權力行為是否合法或違法之判斷，給予更明確之基準。從而對於以公權力行為違法而構成國家賠償責任為核心架構之國家賠償法，為因應此人權

⁴⁹ 律保留原則、比例原則、平等原則及應遵守正當法律程序，皆為行政程序法明文所揭示之公法上一般法律原則（第 3、4、6、7 條），具有規範拘束力，違反之者，當然構成違法。

⁵⁰ 見廖義男著，行政法制之變革對國家賠償法適用之影響，載於馬氏思上文教基金會印行之「第四屆馬漢寶講座論文彙編」，頁 45-90，（2011 年）。

保障之發展趨勢，在國家賠償責任之構成要件及國家賠償訴訟審判權之歸屬上作適度之調整與變革，使其更能確保人權，並符合時代之新理念，而使國家賠償法進入新的里程碑，將是吾人所期待並應為共同努力者。

第二章 國家賠償事件中「顯無賠償責任」認定之理論與實務

吳秦雯*

一、前言

不論任何人，如無正當、合法原因，因自己之行爲致他人權利或利益減損，應對其所導致之損害負擔責任。換言之，損害賠償制度，係對於原本平衡之權利或利益造成破壞，嗣後予以填補之機制。此一基本概念，長久以來，當「加害人」爲公法人時，因爲對於公法人定義、角色與職能之界定顯與一般私人不同，故不論是否採取公私二元制之國家，皆制定有別於民事責任之相關規制¹。我國亦不例外。

首先，國家賠償制度係具有憲法位階之損害賠償制度。蓋我國憲法第 24 條明文規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，……被害人民就其所受損害並得依法律向國家請求賠償」，故制憲者透過憲法委託之方式，課與立

* 法國艾克斯馬賽大學博士，政治大學法學院助理教授

¹ 是否採行公私二元與有否特殊的國家賠償制度，並未有絕對必然之關係。只是一般採行公私二元制之國家，多於行政法之領域探討國家責任，因此予人國家責任與公法具備表裡關係之印象；但像是不採公私二元制之美國、英國與日本，均各自在其法制上，承認國家應負擔侵權行爲之責，只是每個國家之建制不盡相同。參葉百修（2009），國家賠償法之理論與實務，二版，元照，頁 13-14。

法者制定相關國家賠償法律之義務，並因此形成人民請求各類國家賠償要件之規定。此與民事賠償僅具民法位階之規範效力並不相同²。其次，民國 69 年公布之國家賠償法（以下簡稱「國賠法」），第 5 條即明文規定：「國家損害賠償，除依本法規定外，適用民法規定」，顯見立法者立法初衷已設定我國國家賠償制度只有在無特別規定之時，方適用民法。是以，就國家賠償責任之構成、認定與請求等要件，與民事賠償制度不盡相同。尤其國家賠償以向加害公務員所屬機關或公有公共設施管理或設置機關提出書面協議為其請求要件，賠償義務機關有義務並有權責先行認定賠償義務是否存在，再續行協議或拒絕賠償。而賠償義務機關之認定，必須依據國家賠償法所設定之法律要件進行判斷，與一般私人承認加損害於他人，係以民法侵權行為或其他契約法律關係為斷，殆不相同。由於以上之不同，對於國家賠償案件之研究，主要因此以國家所設定之法律要件為依據，又因為必須經過機關協議之程序，各機關如何認定案件成立與否，成為國家賠償事件研究之關鍵所在。

臺北市政府所屬各機關於審議國家賠償案件之實務運作過程中，將國家賠償案件主要區分為三大類型：「一般賠償案件」、「小額賠償案件」與「非義務機關及顯無

² 然而，由於憲法僅對國家賠償制度為框架式之界定，仍授權由立法者為進一步之制度規劃，立法者因而擁有相當之立法形成空間。

賠³；但賠償義務機關認定為「顯無賠償責任」之案件類型，所指涉之內容為何？實務之認定與運用情況為何？本研討會之主辦單位認為有進一步分析整理之必要，故本文以臺北市政府法規委員會（現已改制為法務局）提供之 98 年度至 101 年度相關資料，佐以國家賠償法現行法規規定，盡可能分析實務案例之適用情形，並嘗試提出初步之理論分析⁴。

二、臺北市府98年度至101年度國家賠償「顯無賠償責任」之案件分析

依據臺北市府法務局提供之資料，此三年半之內，共有 376 件被認定為「非義務機關及顯無賠償責任」之案件類型。本文逐一檢視案件，並依據國家賠償法之請求賠償要件，參考學界通說，將其區分為適用國賠法第二條之公務員國賠責任與第三條之公有公共設施國賠責任，而在公務員之國賠責任部分，又以行為與不行為區分為積極與消極之公務員國家賠償責任兩個子類型。

³ 臺北市政府國家賠償案件處理流程圖 <http://www.law.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=1023911&CtNode=26294&mp=120041>（2012 年 7 月 11 日瀏覽）

⁴ 此一實務操作問題，事實上最適宜由實際審閱賠償義務機關提供各種相關文件之國家賠償事務資深承辦人員進行分析，本研究透過間接資料進行研究，或許研究上容有疏漏或不足之處，先予說明。

（一）公務員積極行為之國家賠償責任

依據國賠法第二條第二項前段之規定「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。」，涵攝此一法律條文時，通常都會將此條文進行細部要件拆解，逐一檢視個案事實是否符合條文所涵蓋的所有要件⁵。亦即，必須判斷：行為人係公務人員、係執行職務之行為、行使公權力之行為、行為具備不法性、具有故意或過失、具有相當因果關係、侵害人民之自由或權利⁶。就學理上之判斷言，必須前述七項要件皆具備時，方該當國賠法第二條第二項前段之公務員積極行為之國家賠償責任；反之，若有一項要件不該當，即不構成國家賠償責任。以下藉臺北市已發生之案例進行說明並進行檢討：

1. 行為人係公務人員

在分析的所有案例當中，沒有任何一個案件，單純針對造成損害之行為者，是否該當公務員而進行論證，多半結合「執行職務行使公權力」之要件為論證。

如編號 098261 案件，請求人主張：「其於臺北市自來水事業處工作時受傷，因該處人員於其向承商請求職災賠

⁵ 葉百修（2006），國家賠償法，收於翁岳生編，行政法（下），三版，頁 573 以下；葉百修（2011），前揭註書，頁 97 以下。

⁶ 學者多區分為六項或七項要件，本文為求精細，故採七項要件進行審查。

償之訴訟中為不實陳述，致其無法獲得職災賠償之勝訴判決」，造成其權益受損而依據國賠法第二條第二項請求國家賠償，自來水事業處拒絕賠償之理由略為：「該處員工出庭作證，係履行其個人之法律上義務，與執行職務行使公權力行為無關。」賠償請求權人係以臺北市自來水事業處人員為公務員，因此其於訴訟中所為之陳述，該當公務員之行為，而認為符合國家賠償法之請求要件。此處需究明者，在於構成損害之行為人，縱依據最狹義意義之公務員標準認定具備公務人員身分，亦不等於該公務員於所有時間地點、所有活動，皆以「公務員」身分進行；尤其國家賠償法第二條第一項明文規定「依法令從事於公務之人員」，雖為最廣義意義之公務員定義，但仍受限於「從事於公務」之要件。故縱然被請求之行為人具備公務員身分資格，但當其所為之行為並非從事於公務時，仍非該當國家賠償法之請求要件。出庭作證之擔任證人義務，並非以具備公務員身分為前提，故賠償義務機關以「該處員工出庭作證，非依據公務員相關法令，從事公務員業務之行為」之理由而拒絕賠償，確有理由。案例 099121 請求權人主張遭光華新天地不明男子持刀攻擊，現場未有保全人員處理；市場處拒絕賠償之理由「光華新天地係由臺北市市場處委託正興電機工程股份有限公司管理物業，並未涉及公權力之授與而純屬私法上權利義務關係，正興電機工程股份有限公司聘用之管理人員並非國家賠償法上之公務員。」先從事件是否與公務有關進行判斷，若與公務無關，則相關

人員亦非「從事於公務」，此係正解。

從累積的實務案件與上述案例可知，賠償業務機關對於國家賠償法第二條第二項前段之判斷，通常不會單獨評價行為人行爲當時並非該當公務員，而據此拒絕賠償。

2. 執行職務之行爲

所謂執行職務之行爲，依據學者見解，係指「公務員之行爲是在行使其職務上之權力，或履行其職務上義務，而與其所職掌之公務有關者。」⁷，依據此一定義，執行職務之行爲，與單純利用職務之場所或職務之便而進行之行爲並不相同，必須與公務員職掌之業務具有緊密相關性，且限於「公務」，有學者因而解釋，僅於公法上之職務方該當此一要件；而所謂之緊密相關性，又有廣義狹義兩說，學者多主張我國採取廣義說⁸。實務界則以法務部 83 年 2 月 7 日法 83 律字第 2844 號函釋之見解爲主，即以公務員行爲之外觀決定是否爲執行職務之行爲，即同於多數學者所主張之客觀說或外觀說⁹。觀察臺北市政府國家賠償案例，與上述要件相同，均未有以非「執行職務之行爲」此單一要件，拒絕賠償之案件，多半結合下一項「行使公權

⁷ 廖義男（1996），國家賠償法，頁 29。

⁸ 葉百修，前揭註書，頁 581。

⁹ 吳庚（2010），行政法之理論與實用，增訂 11 版，頁 752；陳敏（2011），行政法總論，七版，頁 1128；董保城、湛中樂（2005），國家責任法——兼論大陸地區行政補償與行政賠償，元照，頁 83。

力之行爲」要件綜合審查¹⁰。不過，若干案例容有討論是否該當「執行職務之行爲」之空間。

像是案例 099023 請求權人主張：「警察局萬華分局員警於 97 年 2 月 2 日至 5 日執行職務期間，以脅迫等方式不法侵害其自由及權利，造成權益受損，爲此依國家賠償法第 2 條第 2 項規定，請求國家賠償。」警察局拒絕賠償理由略爲：「本件請求權人（時任萬華分局行政組巡官）以本府警察局萬華分局警官（包括當時萬華分局分局長、副分局長、偵查隊長等三人）脅迫其於法院爲不實陳述，嗣後又以行政手段脅迫，意圖使其不能行使刑事訴訟法之告發義務，因而請求國家賠償案，拒絕賠償理由爲：依公務人員保障法第 17 條之規定，請求權人本對違反形式法律之命令無服從義務，而請求權人亦於檢察官傳喚時，本於自由意志據實陳述，嗣後亦無遭受脅迫…請求權人主張因此受有損害，難認有理…」。依據請求權人所主張內容，請求權人之上級主管所爲脅迫行爲，顯非屬公務員得行使之職務上權力行爲，縱然對於執行職務行爲之範圍採取廣義說，本文認爲其亦非基於執行職務之目的而爲之行爲，蓋警官之職務執行並不包括命下屬爲違反刑事訴訟法之行爲，故其本質上得被判斷爲非屬執行職務之行爲，而不該

¹⁰ 事實上，多數學者係將「執行職務行使公權力之行爲」結合爲單一要件進行判斷，因此臺北市政府賠償機關之判斷程序確實符合通說見解。如廖義男，前揭註書，頁 24 以下；吳庚，同前揭註；李震山（2007），行政法導論，七版，三民，頁 605。

當國家賠償法第二條第二項前段之要件。

3. 行使公權力之行爲

國家賠償法第二條之法定用語爲「公權力」行爲，然「公權力」行爲，是否等同於「公法」行爲，因而有討論空間。學者間之討論，有從外國立法與實務見解獲得相當啓發者¹¹，也有從國內實務論證獲得結論者¹²，然其內容泛指公務員基於國家機關之地位，所爲之公法上行爲。亦即，公權力幾乎與公法行爲相符合，凡不屬於私法上之行爲，均該當國家賠償法所謂之「公權力行爲」¹³。而所謂公法之認定，又涉及公私法區別理論之界定。綜合而言，公務員行使該等行爲時，地位優於相對人，而具有高權性，又因爲得強制相對人服從，故具有威權性，從而有別於私法行爲。關於公權力行爲此一要件之認定，在學說或實務產生認定上爭議者，主要係給付行政中之非權力行爲或是私經濟行政行爲。目前多數學者以法務部 85 年 5 月 10 日法 85 律決字第 11355 號函¹⁴，以及最高法院 80 年台上字第 525 號判決¹⁵爲主要參考依據，其內容爲：「按國家賠償法第二

¹¹ 葉百修，同前揭註，頁 584-588。

¹² 李惠宗（2010），行政法要義，元照，頁 643。

¹³ 翁岳生（1994），行政法與國家賠償法，收於氏著，法治國家之行政與司法，月旦，頁 23。

¹⁴ 法務部（2010），國家賠償解釋法令彙編，頁 24。

¹⁵ 其判決要旨爲：「依國家賠償法第二條第二項前段規定，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，國家固應負損害

條第二項前段所謂之『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爲而言。並包括運用命令及強制等手段干預人民自由及權利之行爲，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爲」。因此，所有依據公法而爲之高權行政行爲，不論係干預行政或給付行政，皆爲國家賠償法第二條第二項指涉之範圍。

分析案件當中，以未該當此一要件而拒絕賠償之案件不少，茲舉若干似有疑義之案件進行分析：案例 098018 請求權人主張：「因社會局無法律依據擅自派員訪查其有無居住本市事實，及違法註銷其中低收入老人生活津貼領取資格等，致其權益受有損害而請求國家賠償。」社會局拒絕賠償之理由首先針對派員訪查並無違法進行說明，之後並表示：「被暫停之獨居老人送餐服務，係財團法人臺灣省私立健順養護中心自行結合民間資源（新聯陽基金會）辦理之社區獨居老人送餐服務，然上開送餐服務並非社會局委託辦理事項，自與公務員行使公權力無涉。」案例摘要之請求權人請求賠償事實，不但看不出「送餐服務」被暫停之事實，也無法得知請求權人對於送餐服務被暫停而

賠償責任，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爲而言。並包括運用命令及強制等手段干預人民自由及權利之行爲，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爲。如國家機關立於私法主體之地位，從事一般行政之補助行爲，如購置行政業務所需之物品或處理行政業務相關之物品，自與公權力之行使有間，不生國家賠償法適用之問題。」

主張受有損害之請求，似有缺漏。而賠償義務機關拒絕賠償之原因，主要立基於該送餐服務並非社會局委託健順養護中心經營之事項，既非受委託行使之職權，純粹為健順養護中心自行發展之經營項目，亦即為私人所為之私法行為，自不殆言。但健順養護中心之所以停止送餐服務，是否與社會局註銷請求權人中低收入老人生活津貼領取資格相關，宜進一步釐清。因為倘確實以具備中低收入老人生活津貼領取資格為其判斷要件，而請求權人是否具備該項資格，顯為社會局單方面立於國家機關角色所為之高權性事實認定與法律判斷，該當於公權力行為之行使。故身為賠償義務機關之社會局，實應說明其間之法律關係，而非逕以送餐服務係私人行為而為拒絕賠償之認定。

案例 098159，請求權人主張：「民國 78 年，聯合多位地主與捷運局簽訂聯合開發合約且用印完成，至今聯發大樓尚未動工，致其權益受損。」捷運局拒絕賠償理由提及：「請求權人為與本府簽訂土地開發契約之當事人，本案非屬公務員行使公權力，不符國家賠償法要件。」此一論述似較簡略，應進一步說明土地開發契約之性質，倘土地開發契約為私法契約，則捷運局與土地開發契約相對人所為之締結契約行為，自非屬公權力行為，但若土地開發契約為行政契約，捷運局以請求權人為與本府簽訂土地開發契約之當事人，逕予認定非屬公務員行使公權力，即不允當。本案之土地開發契約，應為臺北都會區大眾捷運系統聯合開發所締結之契約，此等契約主要之法律關係為地

主同意參與聯合開發，以提供土地換取建物樓地板面積，故地主與主管機關簽訂土地聯合開發契約，以規範雙方權利義務；若地主不同意參與聯合開發，則主管機關得依大眾捷運法第七條第三項之規定進行徵收，故土地聯合開發契約係規定主管機關與地主進行協議價購之契約。

此一契約性質，法務部曾於 92 年 10 月 3 日召開之「行政程序法諮詢小組」第 34 次會議中討論協議價購行為之性質時，將聯合開發納入協議價購之例進行討論¹⁶，會議結論採取私法契約說，認為需用土地人申請徵收土地或土地改良物前，以協議價購或其他方式取得，為申請徵收之先行程序，應屬雙方意思合致之私法行為。若捷運局採取與法務部該會議相同之意見，宜先明確界定土地開發契約係私法契約，再論述其非公權力行為之行使，而不符國家賠償法之要件。

臺北市之賠償義務機關於具體案件中，以「非屬公權力行為」而拒絕國家賠償者，似乎習慣以「性質上並非干涉行政或給付行政行使公權力行為」（案例 098266 之勞資爭議之協調程序）或「因契約關係執行職務，非屬國家賠償法申請之對象」（案例 099281 之以工代賑工作損害賠償事宜），此等非明確闡明相關法律關係之負面認定方式為拒絕賠償之理由。若能正面說明請求權人與賠償義務機

¹⁶ <http://www.moj.gov.tw/fp.asp?xItem=26847&ctNode=28150&mp=001>（2012 年 7 月 13 日瀏覽）

關間的法律關係性質，對於請求權人之說明應更為清楚明確¹⁷，有助於避免請求權人繼續尋求救濟之訴訟資源耗損。

4. 行為具備不法性

國家賠償法使用「不法」，與憲法第 24 條用語之「違法」並不相同，但我國學者皆對於國家賠償法之「不法」採取廣義解釋，舉凡行為無法律依據（法律、行政命令、現行有效之解釋、判例）與違背職務（違反上級長官合法之職務命令、違背對第三人應執行之職務、逾越權限或濫用權力等），皆該當此處之「不法」¹⁸。分析之案例中，約有 18 則案例賠償義務機關以單純「並未不法侵害請求權人（人民）之權利」為主要拒絕賠償理由，其中有若干案例則是結合下一主觀要件，以「並無故意或過失不法侵害請求權人權利之處」合併審查。不過，實務案件審查過程中，賠償義務機關似乎偏重於相關法律依據形式意義之遵守，而未詳細探究法律依據之實質內涵與價值，尤其對於裁量是否不當或濫用，幾乎未進行論述。亦即，不法性之考量並非機械性認定符合法定要件與否，而應具體陳述涵攝各該要件。在分析案件當中，有賠償義務機關以「皆依法行政，並無瑕疵」之理由即拒絕賠償¹⁹，似過於簡略。以下再

¹⁷ 如案例 098069，衛生局拒絕賠償之理由為「本院附設護理之家與住民間所成立之照護關係，應係本院附設護理之家立於私法主體之從事之私經濟行為。」

¹⁸ 廖義男，前揭註書，頁 46 以下；李震山，前揭註書，頁 606-607。

¹⁹ 案例 099199。

舉若干有疑義之案例進行分析：

案例 098154 關於教師停聘案件，教育局所屬學校拒絕賠償之理由略為：「木柵國中教師評審委員會依據教師法、教師聘約及該校導師聘任實施要點等法令規定評議結果，認有教師法第 14 條第 1 項第 8 款『違反聘約情節重大』情形，做成停聘決議並依同法第 14 條之 1 規定陳報本局教育局審核，相關作業程序係依教師法之規定辦理，並無故意或過失不法侵害請求權人權利之處。」此理由僅針對停聘決議已經遵受相關法定程序要件進行論述，若能進一步強化裁量理由之正當論述，說明停聘決定之適當性，將更形完整明確，或許可能將降低當事人繼續興訟之機率²⁰。

案例 098175 與 098177 為相同案件，請求權人主張：「其父母離異多年，自幼與母共同生活，本府社會局未經其同意，將其個人財務資料告知第三人（其生父），致其隱私權嚴重受侵害、精神損失重大。」社會局拒絕賠償之理由主要為：「請求權人之父黃佑興不服社會局否准其低收入戶申請向本府提起訴願，社會局乃依訴願法第 58 條第 3 項及第 4 項規定，以…號函檢具答辯書等文件送本府訴願會審議，並依法抄送訴願人。因該訴願案須審酌黃佑興全戶人口之所得及財產狀況。故答辯書須一併載明請求權人 96 年度財產之概略資料，惟其所載內容僅為各項所得與

²⁰ 本案當事人事後繼續提出訴訟，即臺北地方法院 99 年度國字第 7 號判決，仍得敗訴之決定。

投資之總額，及依臺灣銀行提供之 96 年一年期定期存款之平均固定利率推算之本金總額，…。社會局答辯書中雖載明請求權人 96 年度財產之概略資料，並依法抄送訴願人使其知悉，然此行為既係依上開法令所為，自欠缺構成國家賠償責任之『不法性』要件。」，依照訴願法第 58 條第 3 項及第 4 項規定：「原行政處分機關不依訴願人之請求撤銷或變更原行政處分者，應儘速附具答辯書，並將必要之關係文件，送於訴願管轄機關。原行政處分機關檢卷答辯時，應將前項答辯書抄送訴願人。」又參酌社會救助法對於低收入戶之認定，係以「家庭」為單位進行認定，而「應計算人口範圍」始終包括「一親等之直系血親」²¹，因此，社會局受理請求權人之父親申請低收入戶資格時，必然將本案國家賠償之請求權人列入應計算人口範圍。

社會局使請求權人之父親明瞭其為何被否准低收入戶資格之申請，雖屬其法定職務，但說明內容是否必須將全戶人口所得及財產狀況完全揭露方該當完備說明義務，社會局僅以「此行為既係依上開法令（訴願法第 58 條）所為」，認定欠缺構成國家賠償責任之「不法性」要件，但訴願法第 58 條僅規定答辯書應抄送訴願人，答辯書內容是否一定要揭露全戶人口所得及財產狀況，單依訴願法第 58 條條文未能明確獲得解答。尤其該資料涉及請求權人之個人財產狀況，縱然請求權人與父親間係一親等之直系血親，

²¹ 社會救助法近年來歷經多次修正，但此一計算標準與範圍並未變更。

但請求權人已然成年，與父親係各自獨立之權利主體，就個人資料保護層面觀，其父親並不具備知悉請求權人財產資料之法律上權利。因此，社會局向請求權人之父親抄送答辯書時，或許應參酌當時有效之電腦處理個人資料保護法第7條規定；該條規定：「公務機關對個人資料之蒐集或電腦處理，非有特定目的，並符合左列情形之一者，不得為之：一、於法令規定職掌必要範圍內者。二、經當事人書面同意者。三、對當事人權益無侵害之虞者。」。於本案之狀況，社會局對請求權人之父揭露請求權人之所得與財產狀況，顯未獲得請求權人之同意，在請求權人自幼即因父母離異而長期未與父親接觸之情況下，請求權人之所得與財產狀況，應為請求權人不欲使父親知悉之隱私，故此一揭露行為非謂不對當事人之隱私權可能構成侵害，當然，倘此行為該當「於法令規定職掌必要範圍內」，則得排除不法性，但社會局雖主張僅於答辯書中顯示請求權人96年度財產之概略資料，但其中包含各項所得與投資之總額，及依臺灣銀行提供之96年一年期定期存款之平均固定利率推算之本金總額，以使得請求權人之生父，得以知悉請求權人擁有之財產數額，而可能向請求權人要求撫養或借貸，社會局在拒絕請求權人生父低收入戶申請資格之答辯書中，難道只有揭露請求權人財務狀況之唯一答辯方式？答辯之行政文書應有不難尋找更適妥之方式。故若依比例原則進行審查，社會局於答辯書中揭露請求權人財產狀況之行為，恐不符最小侵害原則，在個人資料保護法已

公布實施之今日，社會局相關作為或有更謹慎處理之可能。

案例 098188 請求權人主張其所經營之「東門町遊戲場」遭賠償義務機關違法裁罰而受有損害，都發局主張略為：裁處過程均依都市計畫法與臺北市土地使用分區管制規則之規定辦理，且雖本案經最高行政法院撤銷該局原處分，「但係因最高行政法院與臺北市政府、高等行政法院及內政部訴願會於法令適用之見解不同，並非本府於認事用法上有任何不法情事。故都發局對本案內電子遊戲場擴大營業之處分，均係依照當時有效之法令，而非認定事實錯誤，並無故意或過失不法損害人民自由或權利。」公務員以作成行政處分方式執行其職務，該行政處分必須合法適當，方無該當不法；本案之裁罰處分已被最高行政法院認定係違法而遭撤銷，作成違法處分之都發局，何以認事用法上無任何不法情事，未見論述，似有缺漏，既有缺漏，卻認定為「顯無國家賠償責任」，似有未妥。在論述上，都發局若以該裁處處分已遭撤銷，基於第一次權利保護優先原則，請求權人受損之權利已然填補，故無適用第二次權利保護之國家賠償之必要而予以拒絕賠償，論理上似較為完備。

5. 具有故意或過失

此一要件主要以公務員之不法行為必須出於故意或過失而得依據國家賠償法請求賠償，亦即國賠法採取過失賠償主義。但是否有故意或過失，究竟以作成行為之公務員

個人進行論斷²²，或應就行政整體為考量²³，學者間意見並不全然一致，但多數學者偏向以行政之整體行為進行觀察。因為行政一體原則乃是行政組織運作之基本，公務員並非以其個人之意志進行執行公務，加上長官若能善盡監督之責，當可防止個別公務員進行違背職務義務之行為；若依此推論，公務員違背義務加害他人之行為，均得認定為可歸責於行政機關整體組織與作業監督容有瑕疵²⁴。以行政整體組織之過咎認定故意過失之有無，固然得有效減輕賠償請求權人舉證認定個別公務員故意過失要件之困難，但倘請求權人得特定個別公務員之故意過失，是否一定將公務員個別故意過失行為連結於行政組織整體，本文初步採取否定說。蓋今日行政活動繁雜，長官是否均能有效管理監督下級公務員實不無疑義，且若已特定個別公務員之故意過失行為，課與個別公務員負擔賠償之責任，當然也不失為督促個別公務員盡忠職守之方式，並與現行國家賠償法求償權之規定相配合。故本文偏向採取折衷說，在人民無法特定個別公務員之故意過失時，且行政監督長官確實有效對整體下屬進行監督，以行政組織整體之行為是否違背職務義務進行判斷，但若得特定個別公務員時，可單獨

²² 吳庚似偏向以行為人（公務員及受委託行使公權力之人員）個人之主觀故意過失進行判斷，參見吳庚，前揭註書，頁753。

²³ 廖義男，前揭註書，頁61-62；陳敏，前揭註書，頁1137；葉百修，前揭註書，頁178。

²⁴ 廖義男，同前註。

認定個別公務員之故意過失，但行政監督長官若亦有故意或重大過失，亦不能免於責任。

實務案例中單純以未具有故意或過失為拒絕賠償理由者尚非罕見（共 8 案），但均連結不法性一併進行考量（亦即通常云「依法」²⁵ 或「並無不當」²⁶），且對於為何未具備故意或過失通常並未詳述²⁷；另在論證過程中，賠償義務機關有時單獨判斷個別公務員之故意過失，有時則以行政機關為判斷對象，未見一致。

如案例 098054 請求權人主張因士林地政事務所登記錯誤而請求國家賠償；賠償義務機關地政處拒絕理由為案件承辦人已經依據規定審查相關文件、申請書與權狀，「查證無誤，已盡其責，無疏失可言，故本案承辦人員並無故意或過失之情形。」係以個別公務員之主觀責任進行論斷，但此處是否該地政事務所，對於查證貸款之登記事務，無發現土地所有權人之身分證明文件係遭偽造之能力與可能，並非無疑。此處以地政事務所機關整體進行責任判斷似較為妥適。相對而言，案例 098099 請求權人不服市府交

²⁵ 如案例 098088 拒絕賠償理由為「故建築管理處依法執行查報、拆除尚無違誤，並無故意或過失不法侵害請求權人權利之情事。」

²⁶ 如案例 098124 拒絕賠償理由先論斷請求權人已該當責令搬遷之要件，再論交通局已多次提醒請求權人應依規定居住，又述及管理機關有權依據作業原則之規定審酌，最後得「本案交通局之處置並無不當，與國家賠償法第 2 條第 2 項之故意或過失不法侵害人民權利之國家賠償責任要件尚有未合」之結論。

²⁷ 仍有少數進行分析之案件，如案例 099068 為賠償義務機關之消防局指陳：「賠償義務機關救護執勤人員駕駛救護車依規定開啓警示燈及警鳴器已善盡注意義務，並無過失。」

通事件裁決所（以下簡稱「裁決所」）之裁處，裁決所拒絕賠償之理由係以「裁決所依據法院執行通知單及相關法律規定予以裁處，並無故意或過失不法侵害人民自由或權利之情事，與國家賠償法第2條第2項之構成要件尚有未合」。此案則以行政機關為判斷故意過失之主體，但並未詳細論證裁決所何以未具備故意過失要件。

案例 098238 請求權人主張駕車行經環河快速道路，因環保局未於夜間施工處設置人員指揮路況，亦未設置警示標示，致其車輛失控撞擊停放於快車道上的環保局施工大貨車，因而請求國家賠償，環保局拒絕賠償理由為「環保局已於現場指派人員指揮路況並設置各式警示設施，…且據本府警察局交通警察大隊道路交通事故初步分析研判表研判，請求權人涉嫌未注意車前狀況，環保局駕駛則無任何肇事原因，故環保局所屬公務員並無故意或過失不法侵害請求權人權利之行爲。」本案件拒賠主因在於賠償義務機關主張現場確實有指揮路況之人員與各式警示設施，並以警察大隊之分析研判表認定環保局施工大貨車駕駛並無任何肇事原因，故環保局所屬公務員之行爲均遵守相關施工與交通法令，則賠償義務機關事實上僅判斷「不法性」之要件，並未再進一步考量故意過失之主觀要件。

案例 100063 請求權人主張臺北市消防局對其進行救助時，並未進行救護工作，亦未為安全措施，造成請求權人腰椎受傷併神經根病變等傷害，因而請求國家賠償；消防局拒絕賠償理由為「消防局所屬救護人員均依『臺北

市政府消防局中級救護技術員到院前緊急醫療救護標準作業流程手冊』執行救護勤務，未有請求權人所稱致其摔落3次之情事。因此，本件公務員於執行職務行使公權力時，並無因故意或過失不法侵害人民自由或權利之情事。」本案件賠償義務機關認定故意過失係以消防局所屬救護人員是否依據內部之標準作業流程而行爲，涉及不法性之判斷，且係單獨認定個別公務員之故意過失。

6. 具有相當因果關係

更明確言，係公務員所爲之不法行爲與損害發生間須有相當因果關係。所謂之相當因果關係，指依經驗法則，綜合行爲當時所存在之一切事實，爲客觀之事後審查，在一般情形上，有此環境、有此行爲之同一條件，足以發生同一之結果者，該條件即爲發生結果之相當條件，其行爲與結果爲有相當之因果關係。反之，若在一般情形上，有此同一條件存在，依客觀之審查，不必然皆發生此結果，該條件與結果尚非相當，而僅屬偶發之事實，其行爲與結果間即難認爲有相當因果關係。學者一般認爲人民必須主張其損害與公務員之不法行爲有此等因果關係，即必須由人民證明係由於公務員違背其職務義務之行爲而導致損害²⁸。實務運作當中，以不具備因果關係拒絕賠償之案件甚多，但與公有公共設施相關者爲主，與公務員責任者相對

²⁸ 廖義男，前揭註書，頁69；李震山，前揭註書，頁608。

較為少見。

案例 099109 請求權人主張環保局清潔隊員長期於清晨期間用竹掃把掃地，聲音嚴重影響個人睡眠，長期精神虐待必須搬家而請求國家賠償；環保局以使用竹掃把執行清掃業務之音量是否為噪音，涉及個人認知及觀感不同，且「請求權人就其所受噪音之強度、所受損和及噪音與損害間之因果關係，均未舉證證明以實其說，實難認本件國家賠償責任已然成立」即為學者主張人民須證明具有因果關係之適例。有若干案例賠償義務機關並未使用「因果關係」一詞進行認定，但實際上考量之關鍵在於因果關係，如案例 099174 請求權人主張其所有之自小客車停放於免費停車格內，卻遭環保局拖吊而受損：環保局以請求權人之車輛已遭註銷牌照，「依道路交通管理處罰條例第 12 條第 1 項第 4 款規定，牌照經註銷，汽車不得行駛於道路，故請求權人無法使用車輛與環保局拖吊移置行為無關…」請求權人主張之因果關係在於「車輛遭貼上廢棄車貼紙後拖吊」（因），造成請求權人無法使用該車輛」（果），而環保局拒絕賠償之因果關係判斷，在於「請求權人所有之車輛已遭註銷牌照」（因），不得行駛於道路，等於「請求權人無法使用該車輛」（果）。請求權人與環保局認定之因果關係看似不同，但環保局不論是否已查明牌照已經註銷，依據行為時之占用道路廢棄車輛認定基準及查報處理辦法，都必須貼上廢棄車貼紙，故因果關係之認定實為相同。

7. 侵害人民之自由或權利

此處之「人民」，不以特別權力關係排除特定身份之人²⁹，並包括自然人、法人，與基於平等互惠原則而適用我國國賠法之外國人。人民之自由或權利，係指憲法所保障及法律所維護之人民一切自由及權利而言。所為侵害，諸如生命之剝奪、身體健康之傷害、自由之限制或妨害，以及造成財產上之損失，使現有財產減少或妨礙現存財產增加等均屬之。此一要件認定理論上並無太多爭議，實務案件主要以當事人所請求之損害不存在與當事人未舉證兩種類型為主。

案例 099073 請求權人主張臺北市政府警察局之員警對其為開立不實之違反交通事件通知單，造成其權益受損；警察局所屬分局拒絕賠償之理由以臺灣高等法院撤銷免罰之理由係認定取締應以科學儀器取得證據資料後再行舉發，並非認定員警舉發不實（即賠償義務機關認已並未具備不法性），「且請求權人聲明異議後經法院裁定免罰，並未因此受有損害。」此一論證符合學說之第一次權利保護優先理論，除非請求權人舉證說明尚有其他權益損害，否則賠償義務機關之拒賠並無違誤。

案例 098171 請求權人主張戶政事務所洩漏其個人受個人資料保護法及其他法所保護之秘密而權益受損，民政局拒賠理由為戶政事務所係依法律相關規定辦理，「請求權

²⁹ 吳庚，前揭註書，頁 754。

人並未提出任何事證足以證明一戶所核發戶籍謄本有何不法情事或侵害何種權益」。此一論證事實上已然結合因果關係認定之當事人舉證責任，並非單純認定人民之自由或權利受到侵害。

由上述七項要件之分析可能一初步結論，賠償義務機關實務上並未習慣拆解國賠法第 2 條第 2 項規定之要件，進行細部詳細之事實涵攝說明，多半採取多項要件之綜合論述，且說明仍有更詳盡之空間。

（二）消極行為之公務員國家賠償責任

公務員行為所應負擔之國賠責任，除前述之積極行為所引起之責任類型外，另一重要類型即為國賠法第 2 條第 2 項後段之「公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者」。此一類型以大法官釋字第 469 號解釋所建立之標準為其準則。其判定標準首先須探究人民所主張適用之法律規範性質為何，法律規範係為保障人民生命、身體及財產等法益，非僅屬賦予推行公共政策之權限者（亦即人民擁有的非僅為反射利益），此一要件之認定必須就法律之（1）整體結構、（2）適用對象、（3）所欲產生之規範效果、（4）社會發展因素等進行綜合判斷³⁰；其次，該法律對主管機關應執行職務之作為義務有明確規定，且並未賦予作為或不作為之裁量餘地（亦即裁量收縮至零），判斷裁

³⁰ 本文之四項要件係拆解自大法官解釋第 469 號之內容而來。

量收縮至零之標準為：(1) 人民權益所受侵害之危險迫切程度、(2) 公務員對於損害之發生是否可得預見、(3) 侵害之防止是否須仰賴公權力之行使始可達成，除此二要件外，與前述積極行為相同者，該機關公務員怠於執行職務行使公權力，須該當違法性、可歸責性及相當因果關係，且特定人之自由或權利因此遭受損害。

實務案例是否依據上述大法官解釋所提出之標準進行論斷，暫先依據案例資料，以消極行為之公務員國賠責任之特殊兩要件，分為以下兩類進行探討：

1. 保護規範理論之認定

保護規範理論之認定，主要在判斷「被害人對公務員執行職務之行為有公法上之請求權」³¹，目前實務得適用之案例並不多，故臺北市賠償義務機關，在顯無賠償責任之案例當中，幾乎未見保護規範理論之分析認定，但事實上賠償義務機關並非不得引用保護規範理論進行說明。

如案例 098113、098114、098118 為同一事實案件，請求權人主張「本府消防局怠忽職守，未能對老舊旅舍安全消防處置，並縱容業者未徹底改善消防設施，導致其父兄於白雪大旅社 98 年 3 月 2 日火災中死亡」而請求依國賠法第 2 條第 2 項規定請求國家賠償；消防局拒絕賠償理由為「一、白雪大旅社屬民國 55 年以前興建之舊有建物，其消

³¹ 吳庚，前揭註書，頁 756。

防設備標準應適用當時施行之『臺灣省火災防救辦法』，依該辦法之規定，白雪大旅社應設置之消防設備為滅火器。二、白雪大旅社於火災發生之前一年度（97年）下半年間，業已依法辦理定期檢修消防安全設備及申報，嗣經消防局派員複查認已符合規定，故消防局並無請求權人所稱『長期縱容業者，怠忽職責』之怠於執行職務致人民自由或權利遭受損害之情事。」此一案例容有討論空間。首先，固然對於旅社經營者而言，其為舊有建築，依據法律不溯及既往原則，無法要求旅社依據新建築法規改善所有設施，但考量「臺灣省火災防救辦法」係命令位階之法規，消防局至少於保護規範理論之探討部分，應考量消防法第1條第1項「為預防火災、搶救災害及緊急救護，以維護公共安全，確保人民生命財產，特制定本法。」之規定，肯定消防法規具有保護人民權利之意旨。其次，本件拒絕賠償之主因，應在火災之發生與主管機關檢查之消防設備配備是否完善有無因果關係，依據媒體報導，火災發生原因可能是人為縱火或電線管線老舊³²，縱消防設備配備完善，亦無法避免此二原因所造成之火災。消防局之拒絕賠償理由容有改善空間。

又如案例098103，請求權人主張騎車行經臺北市某路口等紅燈時遭對向撞傷，請求權人主張警察局所屬未積極

³² 「白雪大旅社火警釀8死負責人被訴」<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/aug/1/today-so14.htm>（2012/7/14 瀏覽）。

維持交通導致其機車受損，依國家賠償法第 2 條第 2 項規定，請求國家賠償。警察局拒絕賠償理由略為：「按遵守交通規則，維護行車安全，乃用路人共同之責任義務，此等義務非因有無交通警察執法，或有稍減…」此一部份的拒絕賠償理由，應可以人民並無積極請求交通警察指揮交通之權利進行論述。亦即，依據道路交通管理處罰條例第 1 條規定「為加強道路交通管理，維護交通秩序，確保交通安全，制定本條例。」，此條例之立法精神主要係維護公共秩序，並未寓有保護特定人民權利之意旨，故無法推導出人民有積極請求交通警察指揮交通之權利。

2. 賠償義務機關之裁量空間

當法規範具有保護人民自由權利之意旨時，並非表示行政機關即一定有積極作為之義務，必須賠償義務機關已無裁量空間時方該當，故此要件相當嚴格，仍給予行政機關相當大的行政自由空間。不過，實務案例中仍少見賠償義務機關積極適用此一要件進行法律適用與解釋，或使用容有檢討空間。

如案例 09919 請求權人主張受鄰人飼養犬隻之噪音騷擾，警察局文山第一分局未積極處理，造成其權益受損；警察局所屬分局拒賠理由為：「按釋字 469 號解釋理由書，法律有賦予主管機關作為或不作為之裁量權限者。該管機關之公務員縱有怠於執行職務之行爲，或尚難認為人民之權利因而遭受直接之侵害，或性質尚仍屬適當與否之行政

裁量問題，既未達違法之程度，自無成立國家賠償之餘地，高等法院 90 年上字國字第 20 號判決（噪音管制法係為維護國民健康及環境安寧提高國民生活品質而制定；社會秩序維護法亦係為維護公共秩序，確保社會安寧而制定。是上開法律亦非對可得特定之人負有作為義務而已無不作為之裁量空間。是縱被上訴人機關之公務員有怠於取締噪音之情，上訴人亦無從主張國家賠償）亦同此旨，準此，請求權人縱因鄰居犬吠噪音受有收入、醫療費、房價、精神及生育等損害，亦不得主張國家賠償。」此案件拒絕賠償之理由，主要係因社會秩序維護法與噪音管制法並非人民得以主張權利之保護規範依據，警察局事實上無需以賠償義務機關仍有裁量空間，作為其據以拒賠之理由。

實務案例當中適用國賠法第 2 條第 2 項後段而拒絕賠償之案例，多半先描述案例事實狀態，表明公務員已有相當作為，接著即以「公務員並無怠於執行職務」³³、「難謂有怠於執行職務」³⁴等詞拒絕賠償。倘若能更進一步論述保護規範之有無、是否仍有裁量空間，並如同公務員積極行

³³ 案例 099286 拒絕賠償理由略為：動物保護除平日除定時巡查和捕捉，並於接獲通報時迅派員進行捕捉。於請求權人報案後，本市動物保護處即將該區域列為重點巡捕區域，並持續派員加強巡查。本案公務員並無怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害之情形。

³⁴ 案例 100070 拒絕賠償理由略為：「雖附近有監視系統，然其畫面無法查出肇事車輛，惟此並非造成請求權人損害發生之原因，且員警事後亦積極通知環保局進行清理路面，並協同請求權人至派出所調閱監視錄影畫面，亦難謂員警有怠於執行職務，致人民自由或權利有遭受損害。」

爲之損害賠償責任論斷一般，進行個別要件之認定，論證上將更爲完整。

(三) 公有公共設施之國家賠償責任

目前臺北市政府受理之國賠案件，以公有公共設施之國賠案件類型爲多，其中有許多案件也被歸類於「顯無賠償責任」，其原因自應係未該當國賠法第3條第1項之規定：「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」。本文理當依據多數學者之見解，區分各細部要件，即公有公共設施、設置或管理有欠缺人民之生命、身體、財產受損害與需有相當因果關係四要件進行分析，但礙於篇幅時間，先以實務認定上較爲棘手之兩要件進行論述，另二要件之分析容後補充：

1. 公有公共設施

所謂「公共設施」，指供公共目的使用之有體物或設備，多數學者雖提出都市計畫法第42條之規定爲例，但多以爲並不限於該法所列舉之公共設施³⁵。而所謂「公有」，多數學者認爲只要是公法人所設置管理即該當此要件，不以擁有所有權爲限，但公營機構必須非爲私法組織方得適

³⁵ 吳庚，前揭註書，頁759；廖義男，前揭註書，頁71；陳敏，前揭註書，頁1140。

用國賠法³⁶，以便於人民請求權之行使，吾亦從之。另需注意者，尚未開始公用之各種建築物或其他工作物，並無國賠法第3條第1項之適用。有為數不少之案件皆因為私有設施，而被排除於國賠範圍之外。如案例098082，以地面高低不平之人孔蓋係臺灣國際網纜電信股份有限公司所有；案例099069之電桿係屬臺灣電力股份有限公司所有，均非屬公有公共設施而拒賠。此等賠償法律關係皆應適用民法之規定。亦有以設置之目的非供公用且為臨時設置而拒賠者³⁷。

2. 設置或管理有欠缺

設置或管理有欠缺之認定，為實務案件之最大宗，一般學理見解均主張，將設置與管理分別論斷，所謂設置之欠缺，係指該公共設施之物體本身，從一開始存在就有瑕疵；管理有欠缺，則指建造完成後，公共設施建造後未妥善保管，怠為修護致該物發生瑕疵而言；所謂瑕疵，指公共設施不具備通常應有之狀態、作用或功能，以致缺乏安全性³⁸。但如何判斷公共設施是否具備通常應有之狀態、作用或功能，實為事實案例當中認定最為棘手之問題。因

³⁶ 吳庚，同前註書；廖義男，前揭註書，頁73；葉百修，前揭註書，頁211

³⁷ 案例098081：「該水溝蓋板為施工臨時設置，援引法務部71年7月24日法71律字第9062號函釋見解（施工建造中，未完成者，即不稱其為「設施」，自無適用國家賠償法第3條第1項之餘地）」、案例099022「系爭設施（即鋼板樁）並非公有公共設施，係屬施工臨時架設支撐」

³⁸ 廖義男，前揭註書，頁73-74；陳敏，前揭註書，頁1143-1144。

爲公共設施設置之初即便符合當時之科技技術，但隨著科技進步、時代變遷，符合最初設置標準之公共設施未必符合現代生活之所需，此時究應如何認定，即有相當疑義。查北市府之相關案件，賠償義務機關最常援引之拒賠理由係該公有公共設施「符合施工標準」，如案例 098081 賠償義務機關公園處拒賠理由之一爲「該水溝蓋板…符合本府工務局工程施工規範補充作業要點之規定」；案例 098230 水利處拒賠理由略爲「本件事故處…該溝蓋板爲水泥材質之 S 型預鑄規格，符合本市下水道工程設施標準規範，係依據本局工程標準圖樣規劃設計」；案例 101009 新工處拒絕賠償理由爲：「案址人行道路緣石平均高度爲 5 至 8 公分，符合內政部營建署訂定之『市區道路及附屬工程設計標準』第 16 條第 5 項關於人行道緣石高度不得大於 0.15 公尺，如爲車流導引者，不得大於 0.2 公尺之規定」。此等拒賠理由有技術上依據，故應予尊重，但各該賠償義務機關所遵守之技術規範或標準作業流程是否依據時代而與時俱進，宜納入考量範圍。倘明顯不符合當代社會環境之需，則不宜繼續以已遵守施工當時之技術規範爲理由，而推卸其維護公有公共設施符合當代社會使用功能之管理責任。

另一認定上常遭困難者，即公共設施因突發事件受損，不及修復，其安全性之缺乏，是否該當於管理之欠缺？有

認為此時非出於管理之欠缺³⁹，有認為若注意防止損害，採取必要之措施，即無管理之欠缺⁴⁰。相關實務案件甚多，如案例 098239 請求權人因路面上有未清理之石塊而摔車，環保局以「已於事故當日下午確實清掃完畢系爭路段，且該局勤務中心於事故當日均未接獲清理石塊之通報，似難謂環保局於公共設施之設置或管理有欠缺情形」拒絕賠償；案例 098246 請求權人因路面上有油漬而摔車，環保局以「已於事故當日上午確實完成文山區木柵路 5 段清掃工作，且該局於當日下午 13 時接獲市民熱線通報後，隨即派員於 13 時 20 分到達現場，於 14 時 10 分處理完油漬，過程中並無延宕情事，似難謂公有公共設施之設置或管理有欠缺」；除上述二案件外，尚有案例 098249、099209、099279、099298、099302、100068、100078、100089、100109、100122、100135、100176 等 12 則均為請求權人因路面有石塊、油漬、鐵釘等物遭受損害而請求國家賠償之案件，各該案件當中，環保局皆以依據內部規定進行清掃，而於清掃後又在路面出現可能致人民遭受損害之物，究竟公法人有無 24 小時保持道路未有任何障礙物之義務與可能？國家或地方自治團體對於人民之所以成立賠償責任，在公有公共設施部分，係公法人並未維持公有公共設施使用之安全義務，致使人民遭受損害。然而，此一維持

³⁹ 陳敏，前揭註書，頁 1144。

⁴⁰ 董保城，前揭註書，頁 180 以下。

公有公共設施使用安全之義務，是否即等於課以公法人無所不在之保護義務？或達到善良管理人之義務即可？本文初步以爲，公法人並非實際存在之自然人，需依賴大量之自然人爲其完成任務，私人之間之履行職務尙以善良管理人爲要求，則對於公法人，應相同以達到善良管理人之義務即可。

三、顯無賠償責任之理論建構？---代結論

臺北市府法規會於審議賠償義務機關歸類於「顯無賠償責任」之國家賠償案件時，或許因爲事實認定與法律適用見解之不同，而在處理上產生疑義，故希望嘗試依據國家賠償理論，建立判斷顯無賠償責任之認定標準。由上述對於實務案件之初步分析探討，可得兩方面之結論：首先，目前學者對於國家賠償法第2條第2項與第3條第1項所提出之要件分析標準，事實上已足夠因應目前實務案例之需求。故若仍有認定困難或有疑義者，不在於現行判斷理論與要件之完整與否，而是個別賠償義務機關是否能於人民提出賠償請求時，仔細調查證據、認定事實，並詳細依據國家賠償法各條項該要件進行淺顯而明白之法令要件涵攝，而非僅描述事實與重複法令條文。其次，賠償義務機關認定爲「顯無賠償責任」之案件，若依序詳細適用國家賠償法各條次要件並進行涵攝，未必真正「顯然」不該當賠償要件。則受理賠償之行政機關，使用「顯無」賠償責任此等較爲武斷之字眼拒絕賠償，恐怕未必適當。基

於以上兩點結論，本文斗膽提出以下建議：第一，修正「顯無賠償責任」之認定用語為「不該當國家賠償法定要件之無賠償責任」；第二，身為第一線接觸民衆請求國家賠償之賠償義務機關，應當強化對於國家賠償法令各要件之具體涵攝能力，於每個個案中，更清楚仔細地說明法令條文與具體事實間之關係。若能採取較為中性的認定詞彙，並詳細進行法條涵攝，不但有助人民更清楚明白了解國家賠償法之要件，降低人民繼續興訟之資源耗費，可能也較能撫平人民不滿的情緒，如此，也能呼應憲法維護人民基本權利之精神，以及憲法對於國家任務之設定，對於國家社會整體發展應能發揮正向效益。

第三章 消防標準作業流程與國家賠償案例之研究

李燕青* 黃俊杰**

目 次	
壹、緒論	二、消防行政性質與國家賠償法第2條第2項之關連性
一、研究動機與目的	
二、文獻回顧	
貳、法規範下之消防與國家賠償責任	三、釋字第469號解釋之分析
一、消防救災標準作業流程與法律性質之探討	四、國家賠償法第3條修正草案之分析
二、消防不作為與國家賠償責任之探討	肆、消防國家賠償案例分析與探討
三、消極不作為與消防救災標準作業流程之關係	一、從監察院糾正案解析
四、省思	二、從法院判決解析
參、國家賠償法第2條第2項之分析	三、省思
一、國家責任與公務員責任	伍、結論與建議
	一、結論
	二、建議

*臺北市政府消防局隊員，中正大學會計暨法律碩士班法律組

**中正大學財經法律學系特聘教授

壹、緒論

一、研究動機與目的

(一) 研究動機

80年代的臺灣經濟起飛，人口的轉移從鄉村到都市聚集，建築樣貌改變及生活型態複雜化，卻是消防機關面臨最大挑戰的轉捩點。民國80年1月20日臺北市天龍三溫暖大火18人死亡7人受傷、民國82年1月19日臺北市論情西餐廳大火33人死亡20人受傷，直到民國84年2月15日臺中市衛爾康西餐廳大火造成64人死亡11人受傷，均為80年代引發社會輿論撻伐的重大案件，震驚社會的安全問題，促使原本附著警察體系的消防事務，終於在民國84年3月1日成立消防署，而擱置多時的消防法，也在民國83年5月28日因臺北市時代大飯店大火造成19人死亡47人受傷的重大事件之後，次年84年11月29日通過該法，明確律定消防執行之三大任務「預防火災、搶救災害、緊急救護」，至今20年歲月歷經921大地震，承接全國災害防救業務；八掌溪事件後承攬國家搜救任務，似乎與災害搶救劃上等號的消防工作，成了理所當然¹。

¹陳弘毅，「大格局」，頁256-282，臺北，鼎茂圖書出版股份有限公司，2008年12月。

然而，消防行政、設備、教育、法規還在啓蒙階段，其進度、專業、訓練不斷與時間賽跑，不停地追趕，變化多端的今日，恐稍有不慎，絕非用人民生命、財產的犧牲可以換得經驗，肩負與死神拔河的壓力，扛背著社會民衆的期待，秉持積極的作為，減少災害帶來的遺憾，是每一位消防同仁執行勤務的最高指導原則，毋庸置疑。雖說消防已經獨立，至今仍遇人員編制、經費侷限的窘境，加上社會環境多變、人與人之間關係複雜，往往無法紙上談兵去推演各種複雜的實際狀況，各縣市制定之救災救護標準作業流程進行搶救，卻可能在人命傷亡的結果難辭其咎，造成積極的「作為行為」變成「無法作為」，用結果論的回推模式去檢討，質疑標準作業流程之適法性，放大檢視每一個步驟，再加上因果關係舉證困難，作為與不作為界定模糊，而造成日後的可能面臨國家賠償的問題。

本文分析消防標準作業流程與國家賠償案例，並以標準作業流程為主軸，從個案中探討國家賠償法第2條第2項「怠於執行職務²」之標準？消防救災救護標準作業流程與作為、不作為間之認定，而衍生國家賠償責任問題，是否具有本質上的疑義，立法論與解釋論有無改善之可能。

² 立法院司法及法制委員會第7屆第8會期第7次會議審查行政訴訟法部分條文修正草案通過附帶決議，法務部再次檢視國家賠償法修正草案，其中增訂「怠於執行職務」之定義規範，明定因受委託行使公權力之團體或個人，不法侵害人民自由或權利，或怠於執行職務致生損害之請求賠償要件。

(二) 研究目的

民國 102 年 1 月 15 日新竹縣新埔鎮林姓屋主遭大火吞噬，監察院糾正案文³指出：「新竹縣政府消防局救災救護指揮中心初期搶救未能落實執勤官指揮功能，未善盡調度、聯繫之能事，錯估火勢之凶猛，未能掌握應變之時機與措施，而貽誤緊急救護之先機，且未備妥各項救災戰力之裝備及器材，均有疏失。」

姑且不談人力編制缺乏，裝備器材採購良窳，在標準作業流程中消防員作為行為，是否在面對一個縱火犯，使得火勢無法由常理來判斷，再加上現場巷弄狹窄，汽、機車違規停放，導致救災車輛無法進入，而用盡一切可以搶救的方法之後，卻在生命消失那刻終歸任務失敗，救災不力的指責與公務員怠於執行職務之間判斷標準？進而可能面臨的國家賠償責任。

消防機關不斷強調救災能力、強化專業性，在各式各樣複合性的災害相較勁，往往忽略在搶救過程可能涉及的法律層面，看似完整標準作業流程仍牽引出的意外事件，不論在程序面、法律面都是層層考驗，近幾年來人民意識

³ 監察院糾正案 102 內正字第 0021 號：趙委員昌平、程委員仁宏提案，新竹縣新埔鎮於 102 年 1 月 15 日發生住宅火警，新竹縣政府消防局救災救護指揮中心未善盡調度、聯繫之能事，貽誤緊急救護之先機，且該府辦理轄內狹小巷道清查不實，違章建築查報作業不力，對於公共使用通道被佔用之情況竟束手無策，影響建築物防火及火災救援行動；內政部消防署未能嚴格落實消防監督管理工作，亦未建立使用人自我管理之機制，且未能落實消防車輛通行之法治化，均有違失。

抬頭，對公部門的期許及要求更是以高標準來衡量，國家賠償案例數據不斷攀升，針對公務員怠於執行職務之國家賠償責任要件，不再以最高法院 72 年臺上字第 704 號判例作為國家賠償之限制。

因此，在判斷消防機關處置時，如果能夠在標準作業流程中斟酌公務員怠於執行職務行為之具體情況，讓災害發生時消防機關執行公務得預先評估相關問題，使各項搶救機制及流程能夠更貼近法律層面的關鍵性，真正達到減少民眾損失，進而提供執勤同仁適法性的參考。

其次，關於怠於執行職務，究竟在標準作業流程中如何判斷？影響消防機關行使消防法第 1 條三大任務之義務及適法性，尤其在司法院釋字第 469 號解釋以後，如何檢視「保護規範理論」套用在臺北市救災救護標準作業流程，有研究之必要性，讓消防員能夠瞭解怠於執行而有後續國家賠償責任之問題。

二、文獻回顧

參酌國內相關性研究，發現理論性質的研究探討相當完整，其中針對以特定對象不法行為之國家賠償責任研究，但是理論結合實例去檢視及討論的相關資料卻仍然有限，筆者試圖從消防救災救護之標準作業流程來分析消防實際案例，與國家賠償責任之間的因果關係，並藉由研究探討過程，期待今後當局制定相關標準作業流程同時，除強化救災救護效率及完成任務之迫切性外，能夠多審酌執勤同仁可能面臨的法律層面及處理國家賠償責任認定之參考，

茲就與本研究相關文獻加以整理臚列如下：

作者、 文獻名稱	內容摘要	與本文相關連性
<u>葉百修</u> 公務員不法行為所 生之國家賠償責任	人民因行政機關之違法處分或不當措施所受之損害，得循法律途徑獲得賠償，以確保人民權益，建立我國有關國家賠償之法制度，另就實施之國家賠償制度之概況予以介紹，並將各該國家有關國家賠償責任之缺失處，予以簡評，以供日後制定法律時之參考。	就我國現行法所規定國家賠償制度之情形，與實務上之態度及學者對現行法制缺失之處，所提出之意見與本文探討國家賠償責任關係具關連性。
<u>王寬弘</u> 論警察之國家賠償 責任	警察係依法令從事於公務（治安）之人員，屬國家賠償法上公務員之範圍，查人民請求國家賠償事件統計顯示，因警察執行職務而發生者，佔相當比例，此由警察工作性質具有急迫性、干預性中不難理	依實際處理之個案，予以分類整理，並逐件分析比較，或可由其中獲致若干結論，以供日後處理消防之國家賠償事件之改進參考，期能促成消防人員法治觀念與執法品質之全面普遍提昇，落實「實質法治主

作者、 文獻名稱	內容摘要	與本文相關連性
	解。故國家賠償制度與警察權行使息息相關。	義」「給付行政」之精神。
蔡春富 從國家賠償法論警察不作爲之違法性	國家賠償法第 2 條第 2 項後段構成要件違法部份作探討。警察不作爲之違法性，必先定義警察不作爲之概念爲何？論其不作爲之違法，則應以有作爲義務爲前提要件，必作爲義務之違反，該不作爲始受違法之評價。	探討其作爲義務之來源爲何？及在何種條件下，其作爲義務之違反，始爲違法之程度？再輔以案例評釋，以就具體事案爲說明，期作個案判斷之依憑。
陳文豐 論立法不作爲之國家賠償責任	當人民權利因立法機關的不作爲而無從獲得完善保護時，其所遭受之損害可否向國家請求損害賠償？國家就此情形有無義務爲一定之立法行爲？立論基礎何在？如何界定其成立要件？妥適可行的法律效果應如何設計方能達到國家賠償責任之制度功能？	現行國家賠償法第 2 條第 2 項後段及釋字第 469 號解釋，係有關公權力不行使之國家賠償責任實體規定，解釋上與憲法第 24 條及第 16 條之意旨尙能相符，若欲在結論上明確表達立法不作爲國家賠償責任之構成要件及國家賠償請求權。

作者、 文獻名稱	內容摘要	與本文相關連性
鄭秋洪 國家賠償 責任之實 證研究 - 以高雄市 政府國家 賠償案件 為例	本論文係從國家賠償責任之法理基礎去探究高雄市政府國家賠償業務之運作情形，由法制與實務兩個面向，從事經驗性之實證研究，印證理論與實務之相契合。	就各章之內容從法制與實務兩個面向加以總結，以建立一完整體系，俾每章均有其中心思想，期能環環相扣，達全文之一貫性及整體性。另提出建設性之意見，供政府及公務員處理國家賠償案件時之參考，並期盼今後公務員於執行職務時有正確之責任觀念。
蔡慶星 論消防行 政不作爲 之國家賠 償責任	從八掌溪事件、臺中筏子溪事件中，消防機關屢遭救援不力之指責，並請求國家賠償外，乃長久以來消防機關僅注重救災技術提升，而忽略救援過程中所可能面臨的法律問題，尤以民衆法意識的進步，對行政機關之違法行爲主張國家賠償的案例也逐漸增加；加以日本在消防	消防機關於救災面臨更多的期待甚至苛求，其結果國家賠償問題接踵而至，此乃消防機關不得不重視的課題；另一方面，由於我國消防法規規定簡陋，無法配合時代演進與時俱進，造成消防機關責任加重，卻未同時賦予更多達成消防任務之公權力，產生消防機關裹足不前之

作者、 文獻名稱	內容摘要	與本文相關連性
	法規方面，經過數十年的淬鍊，已漸成熟並符合時代需求，頗值得我國學習參考，尋求更多共鳴，俾以建立消防行政法學基礎。	心態，所以供我國最高消防機關研擬修訂消防法或是標準作業流程時參考，始能強化消防機關行使公權力之信心，俾以提升行政效率。
張祐齊 國家賠償事件中國家向公務員行使求償權之研究	論文以國家賠償事件之求償權為理論思考架構，來評析現行國家賠償法及其他法律有關求償權制度之不足。在求償權之本質上，本論文認為屬「具懲戒性質之獨立責任」，故而在立法論上，認為現行國家賠償法及國家賠償法草案內容在求償權之規範過於簡陋，對於公務員之權益保障有所不足。是否屬國家賠償事件，此種立法模式毋寧使公務員是否被求償取決於人民之救濟途徑與立法疏漏？	因社會輿論要求對於公務員違法及廢弛職務造成國家賠償事件，不得均由國家負擔，而應落實相關求償權之行使，因此，近年來已有若干案例得以參酌。然此種國家賠償事件求償權之行使是否具有本質上之疑義、立法論上之不妥性與解釋論上有無改善之可能，成為本論文討論之核心範圍。

作者、 文獻名稱	內容摘要	與本文相關連性
周瑞堂 建築執照 使用執照 核發與國 家賠償責 任 - 以保 護規範理 論解析最 高法院九 二一地震 相關判決	最高法院作下 72 年台上字第 704 號判決，認為：關於國賠法第 2 條第 2 項後段之公務員怠於執行職務，致人民之自由或權利遭受損害，此等應作為而未為義務之怠於執行，以人民有公法上請求權為限，並不及於反射利益，嗣該判決並被選為判例。回顧我國國內受人矚目重大意外傷亡事件，幾乎都是環繞在公務員怠於執行職務，致生人民之自由或權利受有損害，究竟人民因公務員怠於執行職務，該應執行而未執行之行為，所得據於請求的，是否僅有公法上請求權？人民在公務員怠於執行職務，受有自由與權利之損害，在尋求得請求國家賠償之過程。	該判例的事實是因為違章建築經人民請求拆除而政府未加以執行，經人民訴請該管公務員怠於執行職務，請求國家賠償。從最高法院這十數件判決出發，以「保護規範理論」來解析最高法院九二一地震相關判決，藉由德國保護規範理論，探討本論文在標準作業流程與國家賠償責任關係以理論基礎。

貳、法規範下之消防與國家賠償責任

一、消防救災標準作業流程與法律性質之探討

(一) 消防救災標準作業流程概述

災害現場瞬息萬變，消防員如何在最短的時間內，完成搶救任務？「養兵千日，用在一時」可以說是對消防員執行勤務最佳寫照，由相關文獻分析可以得知影響消防搶救結果的因素，包含戰術策略、人力及裝備器材、訓練，而面對多變化的災害，若沒有紮實的訓練為基礎，加上實質的經驗及應變能力，任務即可能在一瞬間就宣告失敗，為能強化面對災害發生的處理熟悉及強度，消防救災標準作業流程似乎成為搶救災害的指導聖經，然而，是否能夠透過標準作業流程來檢視所有可能的災害？似乎是無法劃上等號，針對全國消防機關制定的災害搶救的標準作業流程，以下簡要說明：

1. 標準化的概念

標準化是以科學方法，研究訂定事物的標準，並力求實現，亦可以解釋為制定、貫徹、修定標準的過程，事實上標準化是需要不斷修改、能夠符合潮流深入去探求更適合的方式，目的是希望能夠減少人為失誤，達到高品質的管理。

2. 消防員與標準作業流程的關連

消防員 24 小時全天候不分晝夜的服務，「時間」成了災害搶救的關鍵因素，如何在最短的時間內順利完成任務，除了經驗傳承，大部分仍依標準作業流程來引導消防員在第一時間做出正確的判斷，即使掌握現場狀況，從火災發生到撲滅整個事件中，每一個步驟依其順序，各一環節都是前後呼應且具連貫性，標準作業流程與消防員的合作關係完成任務，有著密不可分的影響。

3. 消防災害搶救標準作業流程簡介

消防災害搶救標準作業流程			
項次	項目	內容簡介	備考
一	一般火災發生搶救標準作業程序	一、火災發生。 二、受理報案（受理報案、派遣處置、立即反應）。 三、出動（出動整備、熟悉路況、行駛安全、火勢判斷、申請支援）。 四、到達（到達、到達回報、停車靠邊、水帶佈線、出水）。 五、射水（射水、人命救助、防止延燒、佔據水源、中繼放水）。 六、佈局（佈局、延伸水帶、攻防火災、車輛調度）。 七、部署（部署、水源不斷、有效攻擊、射水防禦）。	直轄市、各縣（市）消防局標準作業程序

項次	項目	內容簡介	備考
		八、控制（控制、瞄子手接替、有效注水、佈線調整）。 九、殘火處理（殘火處理、支援人車離去、收拾多餘裝具）。 十、熄滅（熄滅、清點人員裝備器材、確定不會復燃）。 十一、歸隊（歸隊、水箱加滿水、清洗車輛及水帶、檢查車輛機件及器材）。 十二、準備（車輛器材整理完畢回復出動前狀態，人員在隊休息補充體力，以應下一次的救災勤務）。	
二	隧道火災搶救作業準則	一、事故發生與察覺（接獲民衆報案電話或其他單位通報）。 二、受理確認（確認事故位置等相關情形）。 三、通報派遣 四、救援單位初步應變（到達現場回報、共同組成現場聯合指揮中心）。 五、人員避難指導及交通疏導管制（確認災害狀況、支援滅火作業）。 六、受困者及傷患救助（出動救助車、救護車等進行救援）。	臺北市消防局標準作業程序

項次	項目	內容簡介	備考
		七、事故處置（進行滅火作業、協助檢傷分類、共同組成現場聯合指揮中心、確認事故獲得控制、通報 119 勤務指揮中心）。 八、善後復原（裝備清點離場結報）。	
三	高層建築物火災搶救標準作業程序	一、火災發生。 二、受理報案（受理報案、派遣處置、立即反應）。 三、出動（出動整備、熟悉路況、行駛安全、火勢判斷、申請支援）。 四、到達（到達、掌握現場資訊、狀況回報、停車靠邊、水帶佈線、出水）。 五、成立火場指揮中心（作業程序的組織架構與一般火災搶救指揮體系 ICS 組織及作業規定相同）。 六、搶救（射水、人員避難及消防搶救動線、人命救助、防止延燒、佔據水源、中繼送水）。 七、控制（控制、救災人員接替、有效射水、佈線調整）。 八、殘火處理（殘火處理、支援人車離去、收拾多餘裝具）。	臺北市消防局標準作業程序

項次	項目	內容簡介	備考
		九、熄滅（熄滅、清點人員裝備器材、逐層搜索確定不會復燃）。 十、歸隊（歸隊、返途中注意行車安全，遵守交通規則，此時已無交通優先權）。 十一、整備（水箱加滿水、清洗車輛及水帶、檢查車輛機件及器材）。	
四	車禍受困事故搶救標準作業程序	一、車禍受果事故發生。 二、受理報案（人、事、時、地、物）。 三、通報派遣（通報警察局進行治安維持及交通管制、派遣分析判斷）。 四、出動（出勤回報、途中回報）。 五、到達現場（到達回報、現場狀況評估、人員受困或受傷情形、是否需要人車支援、劃定警戒區）。 六、確認車輛動力來源及現場安全 七、受困人員頸椎保護。 八、評估生命徵象穩定與否。 九、進行急救。 十、進行脫困破壞作業。 十一、緊急救護及送醫 十二、任務完成返隊。	直轄市、各縣（市）消防局標準作業程序

項次	項目	內容簡介	備考
五	瓦斯自殺案件作業安全規範	一、受理報案（確認天燃氣或桶裝液化石油氣）。 二、人車派遣（通知警察、電力公司、衛生局相關單位）。 三、抵達決斷（依指揮官決斷流程圖判別）。 四、劃定警戒區（瓦斯濃度偵測、斷電）。 五、疏散人員。 六、部署防護。 七、配合規勸安撫。 八、研判可能處置作為。 九、破壞通風。 十、射水防護。 十一、協同警察、醫護人員強行帶離。 十二、交由警察人員處理。 十三、救護送醫。 十四、任務完成。	直轄市、各縣（市）消防局標準作業程序
六	水上緊急事故搶救作業規定	一、水上災害發生。 二、受理報案、派遣（受理報案、派遣、立即反應）。 三、出動（出動整備、熟悉碼頭路線、待救人員情況、災情判斷、申請支援）。	臺北市消防局標準作業程序

項次	項目	內容簡介	備考
		四、到達（到達、掌握現場資訊、狀況回報、船艇佈置、救溺、救溺注意事項）。 五、成立指揮中心（參考火災搶救指揮及幕僚作業規定）。 六、救援行動（下艇、人員搶救動線、人命救助、移送上岸、持續救援）。 七、上艇。 八、歸隊與整備（歸隊、清點器材、清洗船艇及配件、檢查機件及器材、待命）。 九、其他注意事項。	
七	震度3級以上之有感地震緊急應變處理流程	一、地震訊息查證。 二、啓動地震災害緊急應變小組（展開災情蒐報、災損評估、駐地安全勘察）。 三、機動巡邏勘災（消防車或機車巡邏查察災情）。 四、地震訊息傳遞（以簡訊通報初步訊息）。 五、災情續報（彙整初步災情統計資料及車巡回報資料）。 六、災情結報（彙整各項災情統計資料及重大現場搶救報告，並持續追蹤紀錄後續處理情形）。	臺北市消防局標準作業程序

項次	項目	內容簡介	備考
八	收容新型流行性感冒病患醫院及場所火災搶救標準作業程序	一、救指中心接獲民衆報案通知（登錄火災地點資料及起火層、擬定出勤單位、查閱甲乙種搶救圖及搶救應變指南、依一般火災派遣指揮程序外同步派遣轄內指定協助新型流行性感冒病患救護分隊）。 二、派遣轄區大、中、分隊出勤。 三、到達事故地點（回報、請院方提供平面圖、研判是否支援、救護人員著C級防護裝備、若火災地點附近有存放環氧乙烷或列管毒性化學物質，裝A級防護裝備、劃設管制區、成立管制站）。 四、傷病患、人員避難引導及人命救助。 五、火災搶救（進行滅火作業、請環保局設消毒站）。 六、善後復原（殘火處理、請環保局回收可能污染物、火災原因調查）。 七、收拾裝備歸隊（返隊前再次進行人車消毒、人員立即盥洗並記錄健康狀況及追蹤）。	臺北市消防局標準作業程序

項次	項目	內容簡介	備考
九	各項危害物質災害搶救標準作業程序	一、受理報案（詢問存放危害物質種類數量、洩漏或燃燒情形等相關情形）。 二、出動時及出動途中（透過毒性化學物質災害防救查詢系統、化學品全球調和制度（Global Harmonized System, GHS）危害物質資訊查詢系統、物質安全資料表、緊急應變指南、危害化學物質一致性資訊應用平臺等查詢致災危害物質搶救相關資料，並通報搶救人員，作為搶救參考）。 三、危害物質災害現場搶救標準作業程序 H.A.Z.M.A.T.	直轄市、各縣（市）消防局標準作業程序
十	社子島廠房火災搶救作為指導原則	一、依一般火災發生搶救標準作業程序。 二、熟悉社子島廠房建築物特性。 三、交通及空間佈署規劃。 四、救災需求整備（強化消防水源，包含抽水站、埕公圳水源、增加取水點、游泳池等）。 五、防汛道路增設消防栓等。 六、擴大民力運用。 七、道路淨寬。	臺北市消防局標準作業程序

(二) 消防標準作業流程法律依據

消防機關任務及目標不斷隨著時代變化而改變，從早期專責於火災預防及搶救，其後加入緊急救護任務，民國 89 年 7 月 19 日災害防救法通過後，消防機關任務範圍增加風災、震災的防救，我國災害防救工作正式進入法制化時代，同時也開啓災害防救工作另一個新的里程碑。

消防任務，早期狹義專注於火災防救範圍，逐漸朝廣義消防轉移，消防機關不僅只是一個救難機構，更逐漸提升為災害管理與危機處理專責機構，相對地任務也益形加重，功能包含性也隨之廣泛。從災害搶救的消防標準作業流程可以得知法律依據，根據消防法第 1 條：「預防火災、搶救災害及緊急救護，以維護公共安全，確保人民生命財產，特制定本法。」消防法，係指為達成消防行政目的而規範機關與相對人間一定作為或不作為之權利義務關係，以及其法律效果之公法法律規範⁴。

綜上，消防標準作業流程係以消防法為根本，保障人民生命、身體、財產為作業流程首要，而消防員與標準作

⁴ 就現行具體之消防法規與消防實務而言，消防法比較明確意義應係指，國家或地方自治團體本於維護公共安全，確保人民生命財產之目的，對於消防機關與人民就涉及有關火災預防、災害搶救及緊急救護等行政上作為或不作為之權利義務關係，予以明確規範；並對於違反消防法一定作為或不作為之當事人，賦予一定法律效果之公法法律規範體系。劉克正，「消防法論之一消防法之基本概念」<http://enews.nfa.gov.tw/issue/1010712/images/rule.htm>。

業流程間的互相配合，係為將災害降低到最小的狀況，確實達到消防三大任務之使命。

二、消防不作為與國家賠償責任之探討

國家賠償法之賠償可分為三種類型：第一種因公務員違法有責之作為而生之國家賠償責任，第二種因公務員怠於執行職務（不作為）而生之國家賠償責任，第三種因公有公共設施設置或管理有欠缺而生之國家賠償責任，從國家賠償法之賠償類型中，針對消防不作為與國家賠償責任之探討，茲分述於次。

（一）消防不作為之違法性判斷

行為，有作為與不作為之區分。消防不作為，指消防員應當履行某種法定作為義務，並且有其專業能力去履行而不去履行者。然而，並非所有消防員的不作為，都會構成違法要件，必須經過層層檢驗，由實際個案中去檢討所有搶救災害過程是否有不作為成立要件，才有可能會成立。法規範所期待的作為，是能夠迅速而確實，進而有效防止結果發生的行為，這種應當的防止結果行為，必須視具體情況而定，特別是要依據發生結果的危險方式與危險程度而定⁵。

⁵ 林山田，「刑法通論（下冊）」，第212頁，第10版，2007年10月。

根據研究指出，若基於「逾越能力即無義務」原則，係以有履行義務能力的人為前提，才會可能有違反作為義務，其行為也才可能具備行為不法。消防員必須有防止結果發生的事實可能性。換言之，必須是「不為」而非「不能為」，如有成立不作為的可能。消防員經過專業訓練，配有各式專業的裝備器材，對於災害的抗衡，應該有較高的作為能力。但是，如果逾越能力可以負擔的部份，例如人力吃緊、天候或地形上先天嚴重不良、裝備器材無法適用等等，是否會有逾越能力即無義務或過失之疑慮，且從「期待可能性」來論述，則消防救災時因環境、氣候等狀況險惡或同時多人待救之狀況，此時消防機關對未救援之受害人，似乎可主張無期待可能性而免責⁶。

然而，從臺灣高等法院臺中分院 101 年度國再字第 2 號判決提到：「所謂有相當因果關係，係指有此項行為，依客觀觀察，通常即會發生此損害；如無此項行為，通常即不生此損害者而言，而損害與違法怠於執行職務之行為間祇須具有相當因果關係則為已足，不以該違法怠於執行職務之行為係發生損害之唯一原因為必要，縱另有其他原因（如第三人之加害或被害人自身之非行等）併生損害，亦無礙於相當因果關係之成立。且公務員怠於執行職務，不必為損害發生之唯一原因，如與自然事實如地震、颱風、大雨、洪水等相結合而發生損害之結果者，亦具有相當因

⁶ 蔡慶星，「論消防行政不作為之國家賠償責任」，第 90-91 頁，2001 年。

果關係，應負國家損害賠償責任，不得以天災不可抗力主張免責。在臺中筏子溪案例中，似乎無法在「期待可能性」地位來論述，實務以損害與違法怠於執行職務行為間只須具有相當因果關係則為已足，即為公務員行為所生之國家賠償責任。由此可知，理論與實務雖然相當關連，卻常因為個案發生的變化不同或是法官認知與參考點不同，而有不同的見解與作法，無法統一解釋消防不作為違法性判斷，是消防員面臨最大挑戰的重要因素。

（二）消防公權力之行使

國家賠償責任須為「執行職務行使公權力之行爲」，所謂職務行使公權力之行爲，係指公務員行為在行使其職務上之權力或履行其職務上義務等，而與其所執掌公務有關之行爲。

參照最高法院 89 年度臺上字第 2528 號判決：「所謂行使公權力，固指公務員居於國家機關之地位，行使統治權作用之公法行為而言，惟此項公法行為除包括運用命令及強制等手段干預人民自由及權利之行為外，自可擴及於提供給付、服務、救濟、照顧等方法以達成國家任務之行為在內。」因此，行使公權力之行為，包括福利行政或給付行政⁷。

⁷ 國家賠償法實施概況與檢討，第 27-45 頁，法務部法律事務司。

例如，消防員駕駛護車，搭載轉診病患，闖越紅燈撞擊小客車，致該駕駛成為植物人，成立國家賠償責任（臺灣高等法院臺中分院 100 年度重上國字第 1 號民事判決；最高法院 101 年度台上字第 1018 號民事裁定）。

（三）消防人員執行職務認定標準

如何認定消防人員執行職務標準，學理有廣狹不同解釋：（1）就消防員每日勤務表所列的勤務（值班受理報案、救護、救災備勤等等），方屬執行勤務；（2）以消防員主觀意識係圖公共利益而為之消防勤務，方屬之；（3）以消防員行為之外觀為標準認定，即凡外觀上執行職務之形式，而不問機關目標或消防員個人意思為何，亦不問是否圖公共利益或私人利益，均為執行消防職務。以上三種說法，似乎以第三種外觀判斷方式較為合適，畢竟消防執行職務，一般大眾無法瞭解執行與待命間的分別，僅能從外觀上，例如身著制服的人員、身居消防機關的人員等等，即所謂「執行職務」，不以消防人員主觀上有執行職務之意思為必要，只要客觀上、形式上依社會通念認為係執行職務者，即已滿足，更無庸論其是否謀國家、社會之利益，抑或為個人目的或意圖⁸。

⁸ 黃士純，「淺談消防人員執行職務之國家賠償責任」，收錄於消防月刊（慶祝第四屆一一九消防節特刊二），第 32 頁，1999 年 2 月。

三、消極不作為與消防救災標準作業流程之關係

(一) 消極不作為因果關係

損害的發生，必須因公務員侵害人民之由或權利之行爲所致者，亦即侵害行爲與損害間須有因果關係，國家對受害人民始負賠償責任。關於因果關係之判斷標準，學說有條件說（凡發生結果之條件皆爲原因）、原因說（多數條件中，其中一件爲原因，其餘均爲條件）、相當因果關係說（又稱相當條件說）等。學者及實務通說採相當因果關係，認爲「無此行爲，雖必不生此種損害，有此行爲，通常即足生此種損害者，是爲有因果關係。無此行爲，必不生此種損害，有此行爲通常亦不生此種損害者，即無因果關係」⁹。當行政機關不履行其職務義務時，有可能會引發某種侵害人民權利之危險，且當行政機關履行此職務義務，該危險即不發生，如此，該管行政機關怠於履行該職務義務與人民權利損害間便有相當因果關係¹⁰。

(二) 依消防標準作業流程執行勤務與行政不作為之關係

國家或其他公法上權利主體，以其優越地位得對於人民之權利、自由有所限制，其目的皆係以公共利益而爲之，

⁹ 法務部82年11月17日法82律司字第279號、85年5月10日法85律決字第11355號函釋。

¹⁰ 林三欽，國家賠償法第二條理論與實務之檢討，第379-380頁，台灣行政法學會，2006年11月。

惟按權利受侵害之情形，除了積極作為所致，亦有可能係「不作為」而導致侵害權利，而違法行為造成人民權利、自由受到損害，公權力即應負起損害賠償之責任。依福利國之行政法，既已提供國民之生存給養及提供福祉為職責，則其要求國家照顧安全及其法律責任而非僅為政治責任或道義責任，福利國家時代在許多傳統行政法領域內認為係屬於反射利益之問題，將被提升為公法上權利¹¹，人民得以受到更完善之保障，以及公權力更應該積極地勇於任事，避免人民受損害亦免於遭受責任之追訴。

蓋公法上請求權如係得請求國家為一定作為義務者，若國家違反該作為義務時，即屬違法侵害人民自由權利。如公法上請求權係得請求國家為一定作為義務之權利者，則該請求被違法拒絕時，則是對該人民作為請求權之違法侵害，所以，當人民有公法上請求權時，無論其內容係請求國家不作為或作為，在國家違反其不作為或作為之義務時，皆屬對該人民自由或權利之一種不法侵害，此種情形應屬國家賠償法第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」之規範範圍。

然而，消防員依任務派遣到場現場，依據消防標準作業流程進行災害搶救，仍係判斷作為義務是否違法，隨著當事人主體之不同，會有不同程度之考量，行政不作為之區分類型：完全未作為、無價值之作為、未完成全部之作

¹¹ 王和雄，論行政不作為之權利保護，第11頁，三民書局，1994年5月。

爲、遲到之作爲等¹²。當消防機關於受理人民申請或依法應主動處理之事件發生後，雖在相關法令所定期限內有積極行爲，然該行爲卻不利申請人民或對於該事項而言係屬無價值者，即爲無價值行爲，但對此等無價值作爲，雖然在外觀形式，消防機關有爲一定作爲，甚至依據消防法制定標準作業流程來實施搶救工作，但在實質效果上，卻與不作爲結果相同，若將其態樣歸爲行政不作爲，似乎讓執勤消防員無所適從，欠缺法律保障基礎將無形中消滅消防員積極搶救之熱情。

（三）從國家賠償法不法行為探討消防執勤義務之概念

所謂「不法行爲」係指公務員對人民執行職務行使公權力之行爲，違反有效之法規範者。公務員執行職務，固然在履行其對國家之「內部職務義務」，惟國家對人民之「法律義務」，必須託付公務員辦理，亦成爲公務員應對人民履行之「外部職務義務」。國家賠償法第2條第2項，直接以「不法」侵害人民權利爲成立國家賠償之要件。因此，所謂不法，似應著重於有無違反「外部職務義務」。是故，消防機關爲防止延燒，結果造成無法預估的房屋過度破壞時，似應認爲不具違法性，蓋依據消防法第22條規定：「消防指揮人員，爲防止火災蔓延、擴大，認有截斷

¹² 蔡志方，論行政違法不作爲之國家賠償要件—國家賠償法第2條第2項後段之分析與檢討，第263頁，植根雜誌第11卷第7期，1995年7月。

電源、瓦斯必要時，得通知各該管事業機構執行之。」

因此，若消防指揮人員未依法令、搶救標準作業流程執行此「外部職務義務」，則無論其是否亦違反「內部職務義務」，如因而使協助搶救火災之人民因而遭受侵害，似即屬不法。

公務員違背執行職務義務，不限於積極之行爲，其對第三人有應作爲之義務而不作爲，或未依限爲之者，均屬之。而公務員怠於職行之職務，須在於保護第三人之利益，除達成公共利益外，至少亦爲第三人之利益而存在，至於第三人對該職務義務，是否具有法律上請求權，並非所問¹³。

四、省思

從實務學者不斷討論中不難發現政府已非採取消極不侵害人民自由權利爲主要目的，其更肩負起提供人民較完善的之社會，給予人民盡可能之照顧義務，而國家應該成爲積極且更有效率之團隊。所以，行政不作爲之違法性範圍擴大認定，其發展面向亦應趨向開放性，不論係人民生活之照顧、美好的社會環境等等，皆係公權力應努力供給與使命必達的目標，若有行政不作爲之事項導致人民自由權利受有損害，公權力便難辭其咎，因爲政府存在之目的，就是爲民服務。

¹³ 蔡慶星，「論消防行政不作爲之國家賠償責任」，第112頁，2001年。

於此探討消防機關行政行為是否有應為而不為，或是雖依搶救標準作業流程卻難保不為無價值之作爲，而認為行政不作爲違法之核心價值乃係公權力保障之自由權利，卻「不為」或「疏於」應盡之作爲義務¹⁴。所以，「保護規範理論」、「作爲義務」扮演關鍵角色，在釋字第 469 號解釋作成之前，實務學說對人民偏向狹窄主觀認定，認為必須有公法請求權；在釋字第 469 號解釋以後，對人民自由權利則給予較客觀且具公平性之衡量標準。

反觀消防員若違反人民期待結果所產生的問題，雖是積極遵循一套標準的作業流程，在任務不符合期待下檢討其標準作業流程之合理性，或放大檢視流程之適用性，消防員若無法舉證適用標準的結果，恐怕仍要面對國家賠償責任，故必須提醒當局制訂消防標準作業流程規定及依據，甚至隨時檢視是否符合時代潮流及多變社會。

參、國家賠償法第2條第2項之分析

一、國家責任與公務員責任

(一) 國家責任之立法

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

¹⁴ 廖義男，國家賠償責任構成要件規定之修正與檢討，第 4 頁，第 4 屆「馬漢寶法學講座」第一次演講會，2009 年 12 月。

害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償。」此國家責任之規範內容，仍有待立法者履行憲法之委託，而國家賠償法第1條規定：「本法依中華民國憲法第24條制定。」即表明國家賠償法之憲法依據。

國家賠償法之立法目的，學者指出¹⁵：（1）實施憲政法治：憲法第24條明文揭示被害人民向國家請求賠償，必須依據「法律」。國家賠償法的制定，係為具體實現憲法所宣示的國家賠償制度；（2）保障人民權益：使人民得依據本法請求國家賠償，讓人民的自由及權利，獲得實際的保護與救濟；（3）讓公務員積極任事：只要沒有故意或重大過失，就不必負被求償責任，而由國家負其責任。

（二）公務員責任之類型

依據行法制體系而言，公務員違法侵害人民之自由或權利時，所發生之損害賠償責任，可區分為兩種類型，第一種為依民法第186條規定之民事侵權責任，第二種為依國家賠償法第2條第2項規定國家賠償責任。而國家賠償責任與公務員賠償責任之關係，又可區分為公務員與國家對被害人之關係（對外關係），及國家對公務員之求償關係（對內關係），茲就被害人對國家與公務員之請求權發生競合時應如何解決，以及國家對公務員、受委託行使公

¹⁵ 廖義男，「國家賠償法：行政法論述之一」，第6頁，1993年。法務部，「國家賠償法問答手冊」，第1頁，臺北，法務部出版。

權力之團體或個人與其他就損害原因應負責任之人行使求償權，分別予以說明：

1. 請求權競合

學者指出，從國家賠償法第 2 條解釋係採「國家自己責任論」或「國家代位責任論」而有不同，說明如下¹⁶：

（1）國家自己責任論

此說認為國家依國家賠償法第 2 條負損害賠償責任，與公務員個人依民法第 186 條負損害賠償責任，係各自獨立發生之賠償責任，被害人之損害賠償請求權，原則上可自由選擇或同時或先後行使。但在公務員僅有過失之場合，被害人不能逕向公務員個人請求賠償，而須先向國家請求賠償。至於，公務員有故意之情形，則不受此限制，被害人可以同時或先後向賠償義務機關請求協議賠償及向公務員提起損害賠償之訴。

（2）國家代位責任論

此說認為國家依國家賠償法第 2 條負損害賠償責任，係在替代公務員個人依民法第 186 條應負之損害賠償責任，因此，無論公務員是故意或過失之場合，被害人皆不能逕向公務員個人請求賠償，而須先向國家請求賠償。如被害

¹⁶ 廖義男，「國家賠償法」，第112-114頁，第2版，1998年9月。

人同時或先後向賠償義務機關請求協議及向公務員提起損害賠償之訴，或同時或先後向賠償義務機關協議程序終結或損害賠償訴訟裁判確定前，法院應依民事訴訟法第 182 條裁定停止對公務員損害賠償訴訟程序之進行。目前，實務上亦採此見解¹⁷。

（3）國家行使求償權

公務員執行職務行使公權力時，如稍有疏忽即須負賠償責任，難免影響公務員之工作情緒，不敢勇於任事，而有礙行政效率。為兼顧國家機關有督促公務員善盡職守，避免違法濫權或廢弛職務而造成損害之作用。因此，減輕公務員之心理負擔，使其能安心工作，僅就公務員違背其職務義務之行爲有故意或重大過失時，國家始能對之行使求償權。¹⁸

¹⁷ 司法院發布「法院辦理國家賠事件應行注意事項」第8點：「公務員於執行職務行使公權力時，因故意不法侵害人民自由或權利者，有請求權人依民法第186條規定，向該公務員提起損害賠償之同時或先後，復依國家賠償法之規定，向賠償義務機關請求協議或提起損害賠償之訴者，法院在賠償義務機關協議程序終結或損害賠償訴訟裁判確定前，應以裁定停止對公務員損害賠償訴訟程序之進行。」第9點：「公務員於執行職務行使公權力時，因過失不法侵害人民自由或權利者，有請求權人僅依國家賠償法之規定，向賠償義務機關請求損害賠償，不得依民法第186條第1項規定，向該有過失之公務員請求損害賠償，如原告逕向該有過失之公務員提起損害賠償之訴，法院得依民事訴訟法第249條第2項規定，認其訴顯無理由，逕以判決駁回之。」

¹⁸ 廖義男，「國家賠償法」，第115頁，第2版，1998年9月。

二、消防行政與國家賠償法第2條第2項之關連性

(一) 國家賠償法第2條第2項構成要件

國家賠償法第2條：「本法所稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。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。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同。」從立法理由、實務態度、學者意見三個層面去分析國家賠償法第2條第2項規定所產生出的兩種不同型態：

1. 立法理由

原始的國家賠償法草案僅規定：「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。」在立法院第一讀會過程中，立法委員提出¹⁹：職務之行爲，包括「作爲」與「不作爲」兩種，積極地執行職務而失當或濫用職權，固然是職務侵權行爲，反之，消極地應執行職務而不執行，致生損害，國家同樣應負賠償責任，因此，原第2條「公務員於執行職務」之下，「行使公權力時」這幾個字究竟有無必要？如照原案，消極不作爲，該管公務員顯然正在「不」行使

¹⁹ 張淑貞委員意見，「立法院公報」，第44頁，第69卷第46期；徐漢蒙委員意見，「立法院公報」，第45頁，第69卷第46期；溫主席士源委員意見第5頁，第69卷第49期。

公權力「時」，因其「不」行使公權力而侵權，國家是否不負賠償責任？因將第 2 條修正為「公務員於應作為而不作為致使人民受損害時，國家亦應負賠償之責」，故立法院第二讀會完成之修正條文，即為現行條文。因此，依立法者之意思，顯然有意將國家賠償法分為積極作為、消防不作為兩個類型之國家賠償責任。

2. 實務態度

釋字第 469 號解釋理由書指出，國家賠償法第 2 條第 2 項規定：「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。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同」，凡公務員職務上之行爲符合：行使公權力、有故意或過失、行爲違法、特定人自由或權利所受損害與違法行爲間具有相當因果關係之要件，而非純屬天然災害或其他不可抗力所致者，被害人即得分就積極作為或消極不作為，依上開法條前段或後段請求國家賠償，該條規定之意旨甚為明顯，並不以被害人對於公務員怠於執行之職務行爲有公法上請求權存在，經請求其執行而怠於執行爲必要。

從理由書可知，實務將國家賠償法第 2 條第 2 項分成積極作為或消極不作為方式進行求償。

3. 學者意見

從國家賠償法第 2 條及第 3 條之規定，國家賠償責任

可區分為：因公務員不法有責行為而發生與因公有公共設施設置或管理有欠缺而發生。其中，因公務員不法有責行為而發生者，尚可區分因公務員不法有責之積極行為而發生，與因公務員怠於執行職務而發生²⁰，亦可見國家賠償法第2條第2項所規範之責任態樣可分為兩種型態。

4. 小結

本文從立法過程、實務態度、學者意見中，可得知國家賠償法第2條第2項分成前段與後段，而有作為、不作為類型之區別，亦明確分區成積極作為與消極不作為兩個類型之賠償責任，而釋字第469號解釋理由書似乎未明確區分兩大類型之構成要件，謹略將國家賠償法第2條第2項分成積極作為與消極不作為方式進行求償，其可能衍生的問題針對國家賠償法第2條第2項後段之適用可否仍依國家賠償法第2條第2項前段所定之故意或過失不法侵害人民之自由或權利之要件？適用上似仍有探討空間。

(二) 積極作為國家賠償責任之構成要件

針對國家賠償法第2條第2項區分作為與不作為，茲就積極作為國家賠償責任之構成要件，說明如下：

²⁰ 林錫堯，「國家賠償法之分析與檢討（上）」，第3-4頁，收錄於台灣本土法學雜誌，2005年11月。

1. 行為人爲公務員

(1) 最廣義之公務員：國家賠償法第2條第1項規定，本法所稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員，而刑法第10條第2項已限縮公務員之範圍，基於刑法與國家賠償法兩者分別刑事追訴與損害賠償之規定，其中兩者立法目的顯有不同，國家賠償法講求被害人損害之填補與心靈上之撫平與慰藉，故未配合刑法加以修正，未限縮公務員認定之範圍。

(2) 受委託行使公權力：受委託行使公權力之團體或個人，其執行職務之人行使公權力或怠於執行職務，如不法侵害人民之自由或權利，國家或地方自治團體亦應負損害賠償責任，而國家賠償法第4條第1項規定委託行使公權力之情形，僅規定受委託行使公權力之團體或個人，其執行職務之人於行使公權力時視同委託機關之公務員，有欠周延，故國家賠償修正草案中明定請求賠償之要件。

2. 執行職務之行為

公務員之行為，是否屬於職務行為，認定實屬不易，鑒於人民權益之保障，且國家賠償基於損害填補之考量，以寬容認定爲之，學說區分爲主觀說與客觀說²¹：主觀說係以公務員主觀意願爲判定標準，行為人如非爲執行職務

²¹ 董保城、湛中樂，「國家責任法-國家賠償責任理論之演進」，第37頁以下，元照出版公司，2008年9月。

目的而為侵害行為時，並非屬於職務行為；客觀說則以行為應以行為外觀為準，舉凡客觀上、外形上可認為屬於社會觀念上職務之範圍，均屬之。通說採客觀說，是否為職務行為實難以外觀判定公務員主觀上意願為何？故以行為外觀作為認定標準。

3. 行使公權力之行為

所謂公權力行為，有別於私法行為，舉凡國家行政、司法、考試、監察等權之行使行為，均是國家賠償法第2條之公權力行為²²，其中行政行為為最主要可能衍生國家賠償之公權力行為。

4. 行為係屬不法

國家賠償責任之成立，視其行為之所以違法，學者指出，可能形式上未依法律、法規命令、行政規則，或相關現行有效之解釋、判例或違反上級長官合法之職務命令。如果該行為實質上允許行政機關裁量之事項，如濫用裁量權限、或逾越裁量範圍、或對不確定法律概念之解釋與適用，顯然超出「判斷餘地」容許之限度之行為，均應認為係屬違法²³。

²² 翁岳生，「行政法與國家賠償法」，第180-182頁，收錄於法治國家之行政法與司法，月旦出版公司，1994年6月。

²³ 吳庚，「行政法之理論與實用」，第753頁，三民書局出版公司，2010年9月。

5. 行為有故意或過失

國家賠償責任之成立，依國家賠償法第5條規定：國家損害賠償，除依本法規定外，適用民法規定。國家賠償責任故意或過失之認定範圍，似接近於民事責任之認定範圍。

(三) 消極國家賠償責任之構成要件

針對國家賠償法第2條第2項區分作為與不作為，茲就消極作為國家賠償責任之構成要件，應以積極作為國家賠償責任之構成加以修正，故以積極作為國家賠償責任為基礎來說明，並用「怠於執行職務違法性」及「裁量收縮為零」來探討消極作為國家賠償責任之構成要件。

1. 怠於執行職務違法性²⁴

關於怠於執行職務違法性，學理稱為「行政不作為之違法性」，行政不作為之違法必其前提有行政法定之作為義務，應作為而不作為所生損害是此義務所由生為前開基本權利之保護義務。

²⁴ 周瑞堂，「建築執照使用執照核發與國家賠償責任 - 以保護規範理論解析最高法院九二一地震相關判決」，第44頁。

2. 裁量收縮爲零²⁵

從客觀要件來看釋字第 469 號解釋，突破最高法院 72 年台上字第 704 號判例，針對公務員怠於執行職務，透過「保護規範理論」解釋該等法規除保護公益外，兼保護私益，且公務員裁量收縮爲零，若無作爲，致生人民之自由或權利受有損害等過程之檢驗，即爲公務員怠於執行職務違法性之判斷；而從主觀要件來看，包含故意過失、違法性認識：（1）故意過失：與積極作爲國家賠償責任之構成要件相同；（2）違法性認識：與怠於執行職務違法性相同。

三、釋字第469號解釋之分析

（一）概說

1. 背景

民國 79 年 8 月 25 日，臺灣南投日月潭不幸發生翻船事件，罹難者計 58 人，家屬依國家賠償法第 2 條第 2 項、第 3 條第 1 項之規定請求國家賠償，嗣向臺中地方法院、臺中高分院提起訴訟均遭駁回，再向最高法院提起第三審上訴，經該院援引最高法院 72 年台上字第 704 號判例認本件被上訴人南投縣政府未於所屬日月潭風景區內設置醫療機構與設施，屬公共職務之執行問題，上訴人尙無請求

²⁵ 周瑞堂，「建築執照使用執照核發與國家賠償責任 - 以保護規範理論解析最高法院九二一地震相關判決」，第 45 頁。

被上訴人爲該特定職務執行之「公法上請求權」，被上訴人所屬有關單位及遊艇業公會所組成日月潭違規小船專案小組，雖有取締無照遊艇違規營業之義務，但該項義務專在增進或保護公共安全，雖遊客因該作爲亦獲有「反射利益」，惟人民對於公務員仍不得請求爲該職務行爲，而駁回上訴。

上訴人認該判決援引最高法院 72 年台上字第 704 號判例，牴觸憲法第 23 條規定「法律保留原則」而侵害上訴人受憲法第 16 條、第 24 條所保障之訴訟權及國家賠償請求權，向大法官聲請釋憲。大法官會議即針對此判例之合憲性進行審查，第 469 號解釋認爲最高法院於系爭判例中，認定人民若基於公務員怠於執行職務致遭受損害，一律須以具有公法上請求權，且經依法行使該請求權而未果爲前提，方允其得依據國家賠償法第 2 條第 2 項後段請求國家賠償的看法，係增列法律所無之限制，違反憲法保障人民權利之意旨，該部分應不予援用。²⁶

2. 解釋文

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，而其目的係爲保護人民生命、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爲義

²⁶ 蔡宗珍，「公務員怠於執行職務之國家賠償責任理論結構之探討」，收錄於臺灣本土法學雜誌，第1期，第51頁。

務已無不作爲之裁量餘地，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。最高法院72年台上字第704判例：「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，被害人對於公務員爲特定職務行爲，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爲該職務之行爲者，縱公務員怠於執行該職務，人民尙無公法上請求權可資行使，以資保護其利益，自不得依上開規定請求國家賠償損害。」對於符合一定要件，而有公法上請求權，經由法定程序請求公務員作爲而怠於執行職務者，自有其適用，惟與首開意旨不符部分，則係對人民請求國家賠償增列法律所無之限制，有違憲法保障人民權利之意旨，應不予援用。

3. 解釋理由書

憲法第24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，且在法律規範之前提下，行政機關並得因職能擴大，爲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。倘國家責任成立之要件，從法律規定中已堪認定，則適用法律時不應限縮解釋，以免人民依法應享有之權利無從實現。國家賠償法第2條第2項規定：「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。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同」，凡公務員職務上之行爲符合：行使公權力、有故意或過失、行爲違法、特定人自由或權利所受損害與違法行爲間具相當因果關係之要件，而非純屬天然災害或其他不可抗力所致者，被害人即得分就積極作爲或消極不作爲，依上開法條前段或後段請求國家賠償，該條規定之意旨甚爲明顯，並不以被害人對於公務員怠於執行之職務行爲有公法上請求權存在，經請求其執行而怠於執行爲必要。惟法律之種類繁多，其規範之目的亦各有不同，有僅屬賦予主管機關推行公共事務之權限者，亦有賦予主管機關作爲或不作爲之裁量權限者，對於上述各類法律之規定，該管機關之公務員縱有怠於執行職務之行爲，或尚難認爲人民之權利因而遭受直接之損害，或性質上仍屬適當與否之行政裁量問題，既未達違法之程度，亦無在個別事件中因各種情況之考量，例如：斟酌人民權益所受侵害之危險迫切程度、公務員對於損害之發生是否可得預見、侵害之防止是否須仰賴公權力之行使始可達成目的而非個人之努力可能避免等因素，已致無可裁量之情事者，

自無成立國家賠償之餘地。倘法律規範之目的係為保障人民生命、身體及財產等法益，且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負有作為義務已無不作為之裁量空間，猶因故意或過失怠於執行職務或拒不為職務上應為之行為，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人自得向國家請求損害賠償。至前開法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如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，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則個人主張其權益因公務員怠於執行職務而受損害者，即應許其依法請求救濟。

最高法院 72 台上字第 704 判例對於符合一定要件，而有公法上請求權，經由法定程序請求公務員作為而怠於執行職務者，自有其適用，惟與前開意旨不符部分，則係對人民請求國家賠償增列法律所無之限制，有違憲法保障人民權利之意旨，應不予援用。

依上述意旨應負賠償義務之機關，對故意或重大過失之公務員，自得依國家賠償法第 2 條第 3 項行使求償權，如就損害賠償有應負責任之人時，賠償義務機關對之亦有求償權。

(二) 保護規範理論之探討

以法規保護目的是否兼含對第三人利益的保護，來論斷人民有無得向國家主張權利地位的方法，學說稱為「保護規範理論」。²⁷

所謂保護規範理論，法規範保護對象並非只有公益，至少也保護私益，如果只保護私益例如著作權、專利權、商標權當然具保護規範。問題在於到底是保護公益還是保護私益？²⁸ 至於如何推引出法規範是具保護目的，依學者見解為：保護規範類型有明文賦與該等人民以一定之利益或請求權者、有則係明文制裁侵犯該等人民特定權益者、更有係規定國家應容許人民為一定行為，而不得加予干涉。保護規範是否存在，其方法包含從法律條文所明示之立法目的，立法過程相關文獻所揭示之立法目的、法規範之客觀功能與意旨，甚至存在價值中探索，而且應從全體秩序與憲法基本人權之規範取向為之²⁹。本此，可得司法院大法官釋字第 469 號解釋之正當性。

²⁷ 陳敏，「行政法總論」，第255頁，自版，2007年10月。

²⁸ 蔡志方，「行政法三十六講」，第73頁，自版，1995年3月。

²⁹ 蔡志方，「論公權力之委託與授權概念上之區別」，收錄於行政救濟與行政法學（三），第224-225頁，學林文化公司，1998年12月。

(三) 釋字469號解釋對國家賠償訴訟之影響

人民請求國家賠償之途徑，通說認為普通法院審判權與行政法院審判權雙軌制³⁰，從行政訴訟之類型：撤銷訴訟、課予義務訴訟、確認訴訟、給付之訴、公益訴訟等訴訟類型，亦均以人民因公行政行為致「…損害其權利或法律上之利益」觀之，從法規範內容加以探究，區分「有公法上請求權有國家賠償」、「法律上所保護之利益亦得請求國家賠償」，人民檢視該法規範其是否賦予人民公法上請求權，而法律所保護利益亦得請求國家賠償，在運用「保護規範理論」，肯定其法律利益亦得請求國家賠償。

針對釋字 469 號解釋對國家賠償訴訟之影響，有研究指出³¹：（1）寬容當事人適格認定標準：認定法規具有保護規範且該原告亦屬法規範效力所及，均屬適格之當事人；（2）訴訟標的有無理由複雜化：法規範是否具保護性質有不確定性，若不易確定是否具保護性質，能否課予作為之義務，亦難確定，故其訴訟標的有無理由更複雜化；（3）舉證責任難度降低：保護規範理論認定該管公務員怠於執行職務，而公務員無不作為之裁量空間，且其不作為與損害結果發生因果關係，似乎就能對該管機關公務員主張國家賠償責任，只要能跨過保護規範理論之檢驗，透過裁量

³⁰ 吳庚，「行政爭訟法論」，第41頁，三民書局公司，2006年9月。

³¹ 周瑞堂，「建築執照使用執照核發與國家賠償責任-以保護規範理論解析最高法院九二一地震相關判決」，第65-66頁。

萎縮至零與因果關係之證明，似乎都可以被推論得知，亦說明舉證責任難度降低。

四、國家賠償法第3條修正草案之分析

國家賠償法第3條修正草案：「公務員於執行職行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家或地方自治團體應負損害賠償責任。公務員因故意或過失怠於執行職務，致人民自由或權利受損害者，亦同。本法所稱公務員，指依法令從事於公務之人員。本法所稱怠於執行職務，指公務員就保護人民權利之法規所定職務，依該法規已明確規定應執行且無不作爲之裁量餘地而不執行。」

（一）職務義務違反明確

國家賠償法修正草案第3條所稱「怠於執行職務」，指公務員就保護特定或可得確定人民權利之法規所定職務，該法規已明確規定應執行且無不作爲之裁量餘地而不執行。

所謂「應執行而不執行」，包括依法規規定應執行職務而無裁量權或雖有裁量權但裁量收縮到零、遲延執行、部份執行等情形，又公務員怠於執行職務，不以人民已提出請求者爲限³²。

³² 立法院第8屆第1會期第5次會議議案關係文書，院總第1049號，委員提案第13091號。

前述國家賠償法修正草案，已明文置入裁量收縮論，以補足「保護規範理論」，並具平衡行政權與司法審查權之功能。

(二) 簡化舉證責任

公務員不法執行職務行使公權力或怠於執行職務者，推定為有過失。本條係採過失責任主義，依本條請求國家賠償者，必須以公務員有故意或過失為必要。惟依目前學說及多數實務見解，係認依公務員服務法第1條規定，公務員應忠心努力，依法律命令所定執行職務，故如有不法執行職務行使公權力怠於執行職務者，即推定其具有故意或過失。請求損害賠償之人民，只須舉證公務員有違背其職務義務行為而使其受有損害，不須證明公務員有故意或過失，爰配合上開學說及實務見解，增訂第4項³³。

肆、消防國家賠償案例分析與探討

一、從監察院糾正案解析

監察院可調查行政院及其所屬機關之施行與設施，認為有違法或失職之事，由相關委員會調查並得提出糾正案文，以作為行政院內閣或其部會改進施政之參考，被糾正

³³ 法務部法律事務司修正草案（陳報行政院發文）。

<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=342726&ctNode=28154&mp=001>

機關必須做出正確舉措，並呈報監察院糾正案復文。茲探討消防國家賠償案例分析如下：

(一) 臺中縣筏子溪溺斃案³⁴

臺中縣筏子溪溺斃案從監察院糾正案文：民國 90 年 7 月 30 日桃芝颱風來襲，臺中縣大雅鄉鄉民廖○○當日於返家，因筏子溪溪水暴漲，無法通行，乃緊抱水泥柱等待救援，附近民衆一再報案求援，歷經數小時未見臺中市消防隊員到場救援，致廖員被大水沖走溺斃事件。臺中市災害應變中心調度人力未臻靈活，狀況研判欠佳，錯失第一時間及從最近地點搶救受困者之契機，緊急救援機制亟待加強；且救災機具設備不足，各救災單位缺乏聯繫溝通與協調，救災資源未能統合運用，無法達成搶救任務，相關主管機關核有疏失，爰依法提案糾正。…依災害防救法相關規定，各級政府應依權責辦理災害防救設施、設備之檢查、補強、維護及都市災害防救機能之改善…，然並未通盤檢討所有「防救器材、設備」，並及時辦理「災害防救設施、設備之檢查、補強」，於桃芝颱風侵襲時，相關重要防救設備極其簡陋與匱乏，「水上摩托車」、「動力船」亦須由民間救難團體所支援，導致颱風豪雨之突然襲擊，杳無因應對策，臺中市消防局未能善盡職責建置完備之防救器材，有效遂行搶救任務，應予檢討改善。

³⁴ 監察院糾正案文91年1月16日091內正0001號，由謝委員慶輝、尹委員士豪提案糾正。

從「調度人力未臻靈活」、「錯失第一時間及從最近地點搶救受困者之契機」、「缺乏聯繫溝通與協調，救災資源未能統合運用，無法達成搶救任務」糾正內容中，似乎是給消防機關一個搶救過程中具殺傷力的結論，究竟在整個搶救過程中，因為颱風天災造成多數人民待救，是否有「逾越能力即無義務」原則，成立非「不作為」而是「不能為」的可能，但是否能夠以此理論而無國家賠償責任問題，仍有討論空間。

(二) 蘆洲市大囍市火警案³⁵

蘆洲市大囍市火警案從監察院糾正案文：臺北縣政府消防局對於蘆洲大囍市社區 92 年 8 月 31 凌晨之大火，未能於第一時間完全掌握、處置全般狀況，忽略該起火點可由三個方位部署消防救災車輛，亦未詢明「大囍市」即為八層樓之建築物，造成蘆洲及慈福分隊 32 公尺之雲梯車無法出動，核有指揮調度不當之失；內政部及臺北縣政府對於類如蘆洲大囍市社區未能實質督導公寓大廈之維護管理，致該社區住戶將門廳做為川堂供社區共用且大量停放機車，亦未妥善規劃巷道停放機車之問題，致夜間汽、機車恣意停放，影響救災動線及搶救速度，且未能落實消防安全設備之維護保養及檢修申報，均有違失。

³⁵ 監察院糾正案文 93 年 1 月 07 日 093 內正 0005 號，由李委員友吉、郭委員石吉提案糾正。

有關臺北縣蘆洲大囍社區鄰近區域違建狀況影響到本案消防搶救之情形，及平日規劃消防車輛對於轄區搶救動線之演練，…惟本案臺北縣蘆洲大囍社區係為 84 年構築之集合住宅，92 年 8 月 31 日凌晨發生大火，顯見臺北縣政府消防局未規劃消防車輛之行進動線，平時對於巷道過窄、路邊停滿車輛置之不理，坐視潛藏危險。

從「未能於第一時間完全掌握、處置全般狀況」、「未能落實消防安全設備之維護保養及檢修申報」糾正內容中，是否有質疑消防員未依據火災搶救標準作業流程落實搶救及其他平時預防性工作的表示？進而有可能衍生出國家賠償在消防機關怠於履行該職務義務與人民權利損害間之相當因果關係。

(三) 新竹縣新埔鎮火警案³⁶

新竹縣新埔鎮火警案從監察院糾正案文：新竹縣新埔鎮於 102 年 1 月 15 日發生住宅火警，新竹縣政府消防局救災救護指揮中心未善盡調度、聯繫之能事，貽誤緊急救護之先機，且該府辦理轄內狹小巷道清查不實，違章建築查報作業不力，對於公共使用通道被佔用之情況竟束手無策，影響建築物防火及火災救援行動；內政部消防署未能嚴格落實消防監督管理工作，亦未建立使用人自我管理之機制，且未能落實消防車輛通行之法治化，均有違失。新竹縣政

³⁶ 監察院糾正案文 102 年 5 月 09 日 102 內正 0021 號，由趙委員昌平、程委員仁宏提案糾正。

府消防局救災救護指揮中心初期搶救未能落實執勤官指揮功能，亦未善盡調度、聯繫之能事；復因現場指揮官錯估火勢之凶猛，未能掌握應變之時機與措施，而貽誤緊急救護之先機，且未備妥各項救災戰力之裝備及器材，均有疏失。

從「未善盡調度、聯繫之能事，貽誤緊急救護之先機」、「現場指揮官錯估火勢之凶猛，未能掌握應變之時機與措施」…糾正內容中，是否有消防機關怠於履行該職務義務與人民權利損害間之相當因果關係，亦質疑消防員未依據火災搶救標準作業流程落實搶救，延誤救災時機的認定，是否不需進而針對火災原因調查後，得到縱火結論而免除？

二、從法院判決解析

（一）臺中衛爾康餐廳火警案³⁷

消防安全檢查對象為供公眾使用建築物，衛爾康西餐廳於形式上係歸類為非供公眾使用建築物範圍，依消防法第2條第3項規定，尚非為消防安全設備定期檢查之對象，亦難認有何怠於行使職務之情形。關於不作為與損害之發生有無因果關係部分：因果關係，指行為與結果之間，具有必要的聯絡關係。依客觀相當因果關係說，認為並非造

³⁷ 臺灣高等法院臺中分院89年重上國字第3號民事判決。

成結果之所有條件，均為結果之原因，而是只有構成要件相當之條件，或結果相當之條件，始為具有刑法意義之原因，條件必須依據經驗法則作客觀判斷，而可認定在通常情況下，均足以造成該結果者，該條件即與結果相當，否則，如該條件在通常情形下，並不一定會造成該具體結果，則該條件與該結果即屬不相當，而不具因果關係，易言之，即在一般情形下，同一之條件均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，而可成立因果關係，反之，如在一般情形下，雖有此條件存在，但亦不一定均發生此一結果者，則該條件即與結果不相當，而不具因果關係。

所屬前揭公務員對於衛爾餐廳於火災發生時將造成人員重大傷亡之危險因素客觀上有所認識，於發現後，未採取有效措施予以防堵，則行為人之消極不作為對火災造成傷亡之結果難謂無過失。

廖義男教授於 84 年 5 月 13 日「公務員怠於執行職務與國家賠償」學術討論會之結論時表示「國家賠償責任，還是要重視相當因果關係。如果公務員職務之內容係在保護特定人之利益，因沒有做這樣給付而造成公共建築物的瑕疵，如應該有二個逃生門或消防設備，現在因為建築物的所有權人將建物堵塞，而無法逃生或公務員應檢查而沒有檢查，而讓這個瑕疵繼續存在，以致使用這個建築物的人因為逃生門被堵塞或沒有必要之逃生設備，而造成逃生困難，這個便是有相當因果關係。如快樂頌這個案子，雖

然直接發生的原因是縱火，但違章之建築物是因為建管人員讓瑕疵存在，或使其繼續存在，便是有相當因果關係」。

中興大學法律學研究所李明洲碩士論文「公共建築物火災死傷事故刑事責任之研究」第三章公共建築物火災事件管理監督人業務上過失致死傷罪之「因果關係」中，引用日本近年來多數學者所支持之看法，認為不作為並非「絕對的無為」，而是「未為法所期待之作為」，因此，在條件關係之基礎下，如具有「實施該期待之作為，結果即可能不發生」之關係者，即應認為具有因果關係。並在監督人之不作為與傷亡結果之間，介入一個他人之行爲（即被監督人過失行爲）而引起結果時，如何認定其因果關係時，亦認監督人未善盡「監督上之注意義務」，因而被監督人未能實施適切行爲致生構成要件結果，監督人此等過失行爲，本已包含有最初「危險實現」之內容，雖其係經由被監督人之過失行爲而實現，仍可認定其因果關係之存在，此見解與前揭廖義男教授之見解相同。

從消防不作為中學者討論最多者，即為此案請求國家賠償事件之因果關係認定，多數學者認為消防不作為之國家賠償責任，其因果關係不能以不為消防安全檢查與火災發生之因果關係之判斷時點，可以發現國家危險防止任務已由以往之補充地位，轉為重視國家之危險防止功能，故消防機關為防止危險，有何配套措施？消防機關無法背離時代潮流的想法，以法規未賦予相關權限而企圖脫責，消防法及依法令制定之標準作業流程，以達危險防止或危險

管理之行政職務義務，實為消防主管機關當務之急。

(二) 八掌溪事件³⁸

檢察官起訴內容：消防隊員在溪中救人情況不一，或以簡易救生圈及繩索為之，或需發射拋繩槍、拋繩筒，甚或出動橡皮艇、直昇機，此為消防員所必備之技術與常識，在前往救災之時自應做好完善之準備工作。出發前自應指示、檢查備齊隊內所有足供救難，應付各種狀況所需之救難裝備，惟二人均未盡其注意義務，只隨便取幾個救生圈、幾條繩索前往，已違反救難義務甚明；消防人員之救難義務，不因其隸屬單位而改變，亦不因中埔分隊是否為支援單位而異。故當帶往現場之裝備無法進行救援，自應盡一切可能，使用一切足以救難之裝備，本件意外發生後，拋繩槍、拋繩筒依其功能均可達成救溺及避免災難之目的。

實務上，係由申請救援單位提出需求支援裝備，由消防局救災救護指揮中心，調度相關單位攜帶必要裝備前往支援，或由需要支援單位，逕洽其他單位攜帶必要裝備前往支援。至轄區外支援單位，究應攜帶何裝備至災難現場，並無明文規定，僅就通報或報案內容，視狀況攜帶適當裝備前往處理，可知法令上並未有任何規範規定請求救援通知時，應攜帶「拋繩筒及拋繩槍」至救難現場之明文。尙難認有何疏失，而令負業務過失致人於死罪責。臺中衛衛

³⁸ 最高法院94台上第5351號判決。

康西餐廳大火裁判書中引用李明洲碩士論文「公共建築物火災死傷事故刑事責任之研究」第三章公共建築物火災事件管理監督人業務上過失致死傷罪之「因果關係」中，日本近年來多數學者所支持之看法，認為不作爲並非「絕對的無爲」，而是「未爲法所期待之作爲」，因此，在條件關係之基礎下，如具有「實施該期待之作爲，結果即可能不發生」之關係者，即應認為具有因果關係。並在監督人之不作爲與傷亡結果之間，介入一個他人之行爲（即被監督人過失行爲）而引起結果時，如何認定其因果關係時，亦認監督人未善盡「監督上之注意義務」，因而被監督人未能實施適切行爲致生構成要件結果，監督人此等過失行爲，本已包含有最初「危險實現」之內容，雖其係經由被監督人之過失行爲而實現，仍可認定其因果關係之存在，是否未明文規定消防機關該如何的狀況，就勿需去執行？究竟是否要討論消防員作爲的程度到底符合那一種防止危險發生的類型，還是能夠從「沒有明文規定」、「非屬於管轄範圍」等說詞來解釋積極作爲卻違反期待性？在此案判決書，「…應攜帶拋繩筒及拋繩槍至救難現場之明文。尚難認有何疏失，而令負業務過失致人於死罪責。」其中差異認定，實有討論之爭議。

三、省思

（一）法律保護利益如何定位

人民權益所受侵害之危險迫切程度、公務員對於損害發生是否可得預見、侵害防止是否須仰賴公權力行使始可達成目的，而非個人努力可以避免，對法律所保護人民利益似乎未說明，公法上請求權與反射利益之間，仍為公法上請求權與法律保護利益之區別？法律利益的範圍比反射利益更狹窄³⁹，而法律保護利益與反射利益之界線實有待研議。

(二) 解釋法規範是否具保障目的

法律涵蓋賦予主管機關推行公共事務之權限，亦有賦予主管機關作為或不作為裁量權限，必其不作為義務之違反如具可非難性，若行政機關基於裁量權之行使，除非該裁量收縮為零，否則如屬賦予主管機關推行公共事務之權限或作為或不作為之裁量權限，該如何逕以認為該法律是具有保護人民利益之性質？

(三) 行政裁量、裁量收縮、因果關係之連結

針對釋字第 469 號解釋，其實尚待補充部分為怠於執行職務之不作為，與人民自由或權利受損害間之因果關係如何判斷？單一原因即可致自由或權利之損害發生，其

³⁹ 許宗力，「論規制私法的行政處分」，第378頁，收錄於憲法與法治國行政，元照出版公司，2007年1月。

因果關係容易認定，若造成損害為公務員累積應作為而不作為義務違反且介入其他事故，可否解釋行裁量已收縮至零？實有可能造成日後審判實務見解不同之原因。

伍、結論與建議

一、結論

法律規定內容並不是僅授予國家機關推行公共事務之權限，真正目的是希望國家機關作為能夠保護人民生命、身體及財產等法益，因此，法律對國家機關執行職務行使公權力之各種項目，應該更清楚明確，因為在釋字第 469 號解釋後，公務員必須依據規定對可得特定之人所負作為義務，已經沒有不作為之裁量餘地，然而，因為故意或過失怠於執行職務，導致特定人之自由或權利遭受損害，被害人仍得依國家賠償法第 2 條第 2 項向國家提起損害賠償。

另從臺灣高等法院臺中分院 101 年度國再字第 2 號判決臺中縣筏子溪溺斃案提到：「按公務員行為所生之國家賠償責任，須損害之發生與公務員違法怠於執行職務之行為間具有因果關係，所稱因果關係，係指相當因果關係而言。而所謂有相當因果關係，係指有此項行為，依客觀觀察，通常即會發生此損害；如無此項行為，通常即不生此損害者而言，而損害與違法怠於執行職務之行為間祇須具有相當因果關係則為已足，不以該違法怠於執行職務之行為為發生損害之唯一原因為必要，縱另有其他原因（如第

三人之加害或被害人自身之非行等）併生損害，亦無礙於相當因果關係之成立。且公務員怠於執行職務，不必為損害發生之唯一原因，如與自然事實如地震、颱風、大雨、洪水等相結合而發生損害之結果者，亦具有相當因果關係，應負國家損害賠償責任，不得以天災不可抗力主張免責。」由上述裁量權收縮、因果關係、公務員怠於執行職務到個案判決演變中可以看到，國家對人民應擔負責任是有增無減，人民依賴國家的程度也日益增加。

事實上，在公務員怠於職務之認定，是否能夠建立在「重大法益（生命、身體、健康）」與「損害發生預見可能性」⁴⁰。消防機關必須有損害發生之迴避可能性，即具有可歸責性，事實上，消防任務在早期狹義專注於火災的防救範圍，逐漸朝廣義的消防轉移，消防機關不僅只是一個救難機構，更逐漸提升為災害管理與危機處理的專責機構，職務種類舉凡安全檢查、各式防災宣導、救災搶救、緊急救護及為民服務，相當繁重，礙於人力、物力、財力、時間等等，無法在每一個環節都面面俱到，似不可純粹未執行職務而責令其賠償。

或許，怠於執行職務應負賠償之責任，似必須限於消防機關經各種方法得知有損害可能會發生，卻仍未採取最基本或最低限度防止重大法益損害之措施，此時才具可歸責性，才有怠於執行職務之認定。

⁴⁰ 董保城，「釋字第四六九號國賠之省思」，第5頁，收錄於萬國法律，1999年8月。

二、建議

今（103）年5月15日臺中大甲某地下道發生大雨淹水有車輛人員受困案件，執勤消防員依據「救災安全注意事項及現場狀況研判評估」進行搶救，在破窗後救出2名小孩，另其中受困婦人卻無法拉起救出，消防員無法第一時間將其脫困，最終由救援車將車體拖起才發現婦人腳被後座安全帶纏繞，送醫後不治死亡。

事後發生嚴重質疑消防員作業流程有問題，經查相關標準作業流程規定，似乎沒有完全符合地下道因淹水對車體搶救之規定，消防員僅能依經驗法則及其專業訓練判斷、救災安全注意事項及現場狀況研判評估來跟時間拔河，民衆卻因任務不符預期而要求國家賠償。

建議：消防機關能夠透過立法程序來強化消防標準作業流程之法律地位，針對全國各式不同災害搶救流程，定期檢視檢討，並且加入案例方式解釋說明。



第參編

鑑定案

第一案 「53 年公共設施保留地課徵地價稅之公平性研究」鑑定意見書

范文清*

目 次

- 一、問題的提出
- 二、現行法上有關公共設施保留地之規定與實務態度
 - (一)文義解釋的觀點
 - (二)從法條修正的過程觀察
 - (三)小結
- 三、「開闢說」的論點
- 四、土地供公用作為減免地價稅之正當化理由
- 五、自辦都市計畫細部計畫作為不得減免地價稅之理由？
- 六、法規變更對本案之影響
 - (一)法院判決見解
 - (二)法規變更？
 - (三)解釋函令變更對本案的影響
- 七、結論

關鍵字

公共設施保留地、公共設施用地、都市計畫、細部計畫、禁止溯及既往

* 德國哥廷根大學法學博士，東吳大學法律系專任助理教授

一、問題的提出

委託鑑定之事實略以：本案系爭當事人擁有信義區吳興段三小段 7-23 地號等 35 筆土地，位於挹翠山莊。查挹翠山莊屬私人依 53 年都市計畫法第 22 條規定申請自擬都市計畫開發山坡地住宅，為確保開發後公共設施與居住環境品質，爰以「開發許可制」附條件允許私人開發，62 年 8 月 23 日「擬定臺北市挹翠山莊細部計畫案」之都市計畫內容已載明「……應依照計畫先行完成道路系統、排水系統及水土保持設施，經勘驗安全無虞後，始得發照建築……」，開發業者嗣於 70 年 6 月 10 日自行開闢完竣系爭土地，並於 74 年切結挹翠山莊內都市計畫內公園、綠地等公共設施已自行開闢完成，挹翠山莊全區屬整體開發地區，區內公共設施用地應由開發業者自行開闢，政府無徵收義務。臺北市稅捐稽徵處（以下簡稱稅捐處）對於系爭自行開闢公園、綠地等公共設施，前依土地稅法第 19 條規定予以免徵地價稅。嗣稅捐處於 102 年經重新查核認定本件雖為 53 年都市計畫法所稱公共設施保留地，惟土地稅法係於 66 年頒布，都市計畫法則於 62 年修訂，依據內政部 87 年 6 月 30 日之函釋，本案土地於土地稅法公布實施時，已屬現行都市計畫法所稱公共設施用地，而非屬公設保留地，因此核認系爭土地除吳興段 3 小段 7-3、7-5、7-54、9-4、10-1、61-7、61-10 地號土地為公眾通行使用之道路用地，符合免徵地價稅規定外，其餘自 102 年恢復系爭當事人位於挹翠山莊土地為應稅土地，按一般用地稅率課徵地價稅。

以上述事實為基礎，委託鑑定之疑義有二：

1. 本案系爭土地於都市計畫法62年修正前，屬該法第40條所稱「公共設施保留地」，惟該法嗣於62年修正，將公園綠地等改稱為「公共設施用地」，稅捐處於102年發現其非公共設施保留地。不符合土地稅法第19條免徵地價稅要件，爰據以改課地價稅，是否公平妥適？
2. 本案得否依62年都市計畫法第50條規定：「公共設施保留地，在民國六十二年本法修正公布前尚未取得者，應自本法修正公布之日起十年內取得之。但有特殊情形，經上級政府之核准，得延長之；其延長期間至多五年。逾期不徵收，視為撤銷。本法修正公布後，依本法指定之公共設施保留地，其取得期限應依前項規定辦理，並自指定之日起算。公共設施保留地在未取得前，應視其使用情形，依法減免土地賦稅，土地所有權人並得申請為臨時建築使用；臨時建築使用辦法，由內政部定之。」意旨，對系爭當事人採取較有利之解釋。

針對上述問題，下文乃先行確認現行法上對公共設施保留地之法律規定如何，以及實務見解如何（二），以供作後續研究的基礎。其次，擬自學說實務上之不同意見著手，探討上述實務通說見解是否妥適（三）。再者，筆者擬自土地法上減免地價稅的立法理由著手，探討本案委託鑑定之系爭土地是否亦應有減免地價稅之餘地（四），是否有阻斷上述減免土地稅之正當事由（五）？最後探討法律變更對本案的影響（六）。

二、現行法上有關公共設施保留地之規定與實務態度

按本件爭議既以減免地價稅為爭議核心，自當回歸到土地稅法上有關減免地價稅之相關規範作為思考出發點。在現行土地稅法上與本案有關者，厥為土地稅法第 19 條：「都市計畫公共設施保留地，在保留期間仍為建築使用者，除自用住宅用地依第十七條之規定外，統按千分之六計徵地價稅；其未作任何使用並與使用中之土地隔離者，免徵地價稅。」質言之，系爭土地得減免地價稅的前提乃在於，它是都市計畫法上所規定之公共設施保留地。而所謂「都市計畫公共設施保留地」究所何指，正是本件最重要的爭議所在。

（一）文義解釋的觀點

現行都市計畫法之規範體系區分公共設施用地與公共設施保留地二種不同的概念。¹ 後者雖然在都市計畫法第 48 條、49 條、50 條、50 條之 1、50 條之 2、51 條，以及 83 條之 1 等處多次出現，但是在現行都市計畫法上卻沒有任何一個條文對之作出定義性的規定。至於前者，依據都市計畫法第 42 條第 1 項之規定，意指：「都市計畫地區範圍

¹ 除了有無土地稅法第 19 條之適用之外，倘若土地屬於公共設施保留地者，依據土地稅法第 39 條第 2 項之規定，於被徵收前之移轉亦得免徵土地增值稅；但公共設施用地則否。益可見此區別之實益。

內，應視實際情況，分別設置左列公共設施用地：一、道路、公園、綠地、廣場、兒童遊樂場、民用航空站、停車場所、河道及港埠用地。二、學校、社教機構、體育場所、市場、醫療衛生機構及機關用地。三、上下水道、郵政、電信、變電所及其他公用事業用地。四、本章規定之其他公共設施用地。」這個定義下的公共設施用地，依據同法第 15 條第 8 款與第 22 條第 6 款規之規定，是都市計畫的主要計畫與細部計畫之應記載事項。簡單的說，在現行法的文義解釋下，公共設施用地係指實際用供道路、公園、學校等公共設施所使用之土地。由此反面解釋，似乎可以認為，所謂（都市計畫）公共設施保留地即意味著，經都市計畫指定將來擬供闢建為公共設施使用之土地，於尚未闢建為公共設施前之謂。²

內政部營建署作為都市計畫之中央主管機關，基本上也接受這個看法。其曾以 87 年 6 月 30 日台內營字第 8772176 號函對此作成基礎性的認定：³

「二、查都市計畫法所稱之『公共設施保留地』，依都市計畫法第四十八條至第五十一條之立法意旨，

² 陳明燦，土地利用計畫法導論－法條釋義與實例研習，2012 年 3 月初版，第 261 頁；同作者，都市計畫公共設施保留地之劃分基準與地價稅減免－簡評最高行政法院 99 年度判字第 75 號判決，收於：氏著，土地法論－實例研習與裁判評析，2011 年 2 月初版，第 203 頁。

³ 內政部 82 年 5 月 17 日台內地字第 8277721 號函亦同此旨：「已徵收而未開闢之公共設施用地，既已完成徵收法定程序，應非屬公共設施保留地，無平均地權條例第 10 條計算地價規定之適用。」

係指依同法所定都市計畫擬定、變更程序及同法第四十二條規定劃設之公共設施用地中，留待將來各公用事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所取得者而言。已取得或非留供各事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所取得者，仍非屬公共設施保留地。

三、左列經都市計畫主管機關列冊或都市計畫書規定有案之土地，爲非留供各事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所取得之公共設施用地，應非屬都市計畫法所稱之『公共設施保留地』。

（一）經依都市計畫法第三十條規定所訂辦法核准由私人或團體投資興辦之公共設施用地。

（二）依都市計畫法第六十一條第二項規定，已由私人或團體於舉辦新市區建設範圍內，自行負擔經費興建之公共設施用地。

（三）配合私人或團體舉辦公共設施、新市區建設、舊市區更新等實質建設事業劃設，並指明由私人或團體取得興闢之公共設施用地。

四、經各公用事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所開闢使用，但尚未依法取得之公共設施用地，依前述都市計畫法之立法意旨，仍屬公共設施保留地。行政院 71 年 11 月 23 日台 71 內第 1891 號函有關經依都市計畫完成使用之都市計畫道路，參採行政院四十三年判字第八號判例意旨，具有公用地役關係之道路用地，應非屬都市計畫法第五十條所稱之『公共設施保留地』之核示，業經本部報奉行政院 87 年 5

月 11 日台 87 內字第 22387 號函同意，停止適用。」

歸納以言，此號函釋要旨，大致可以整理為以下數項：

1. 所謂都市計畫公共設施保留地意指，都市計畫公共設施用地中，留待將來各公用事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所取得者。質言之，是以「留待將來取得所有權」為其要件。
2. 因此，(1) 公用事業機構或行政機關業已取得者，或(2) 非留供各事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所取得者，即非屬公共設施保留地。
3. 準此，倘若事業機構或主管機關無取得該土地所有權之義務，該土地即非公共設施保留地。

內政部此號函釋見解成為後續實務見解之基礎。財政部 87 年 7 月 15 日台財稅字第 871954380 號函一字不漏的完全繼受此號函釋。除此之外，財政部 88 年 8 月 5 日台財稅字第 881933276 號函亦持相同見解：「二、查公共設施保留地因繼承而移轉者，免徵遺產稅，係都市計畫法第五十條之一所明定，該法條所稱『公共設施保留地』，依內政部 87 年 6 月 30 日台 87 內營字第 8772176 號函釋，『依都市計畫法第四十八條至第五十一條之立法意旨，係指依同法所定都市計畫擬定、變更程序及同法第四十二條規定劃設之公共設施用地中，留待將來各公用事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所取得者而言。……』準此，土地所有權人所有之公共設施用地，將來應由各政府、公用事業機構依都市計畫法第四十八條規定方式取得者，其

於繼承、贈與即有都市計畫法第五十條之一規定之適用。另公共設施用地同意先供政府開闢使用，但尚未依法取得者，是否屬『公共設施保留地』，上揭內政部函說明四亦有釋示，本件遺產稅核課疑義，請依上開釋函查明核處。」

總結來看，不論是都市計畫的主管機關的角度，或是地價稅的主管機關的態度而言，現行實務見解之一貫立場皆認定，所謂公共設施保留地乃意指「依同法所定都市計畫擬定、變更程序及同法第四十二條規定劃設之公共設施用地中，留待將來各公用事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所取得者。」陳明燦教授稱之為「取得說」。此等見解的立論基礎乃在於，是否屬於公共設施保留地乃取決於主管機關將來是否有義務（徵收）取得該用地之所有權。倘若已取得所有權者，縱然尚未開闢公共設施，該等土地仍非公共設施保留地。⁴反之，正如前引內政部函釋所明白指出者，「經各公用事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所開闢使用，但尚未依法取得之公共設施用地，依前述都市計畫法之立法意旨，仍屬公共設施保留地。」

執此標準來檢視旨揭系爭土地可以發現，本案系爭土地係私人依 53 年都市計畫法第 22 條規定申請「自擬都市計畫」開發山坡地住宅，主管機關為確保開發後公共設施與居住環境品質，爰以「開發許可制」附條件允許私人開發，62 年 8 月 23 日「擬定臺北市挹翠山莊細部計畫案」

⁴ 陳明燦，都市計畫公共設施保留地之劃分基準與地價稅減免，第 201 頁。

之都市計畫內容已載明「……應依照計畫先行完成道路系統、排水系統及水土保持設施，經勘驗安全無虞後，始得發照建築……」，開發業者嗣於 70 年 6 月 10 日自行開闢完竣系爭土地，並於 74 年切結挹翠山莊內都市計畫內公園、綠地等公共設施已自行開闢完成，挹翠山莊全區屬整體開發地區，區內公共設施用地應由開發業者自行開闢。質言之，主管機關並無興建公共設施之義務，更無徵收之義務，因此並非「留待將來取得所有權」之土地，故非屬都市計畫法所稱之公共設施保留地，自然也就沒有土地稅法第 19 條減免地價稅規定之適用。

(二) 從法條修正的過程觀察

其實，上述見解不僅為行政機關的一貫見解，亦為法院裁判實務所採。臺北高等行政法院 101 年度訴字第 305 號判決曾就本案系爭土地是否為公共設施保留地作出裁判。⁵ 在該案件中，所有權人主張系爭土地屬於公共設施保留地之性質，因而請求容積移轉。該案件之訴訟標的與當事人在本件委託鑑定案件中所請求者雖異，但皆以系爭土地是否屬於公共設施保留地為其先決問題則一。因此，法院在該裁判中所表示之見解，對本案當有重要的參考價值。在該案件中，法院認定：

⁵ 本判決並為最高行政法院 102 年度裁字第 1358 號裁定所維持。

「六、（一）按『都市計劃地區範圍內，應視實際情況分別設置左列公共設施保留地：一、道路、公園、綠地、廣場、兒童遊樂場、民用航空站、停車場所、河道及港埠用地。二、學校、社教機構、體育場、市場及機關用地。三、上下水道、郵政、電信、變電所及其他公用事業用地。四、本章規定之其他公共設施用地。』53年9月1日修正之都市計畫法第40條定有明文。62年9月6日修正之都市計畫法在第四章規定『公共設施用地』，其中第42條規定『都市計畫地區範圍內，應視實際情況，分別設置左列公共設施用地：一、道路、公園、綠地、廣場、兒童遊樂場、民用航空站、停車場所、河道及港埠用地。二、學校、社教機構、體育場所、市場、醫療衛生機構及機關用地。三、上下水道、郵政、電信、變電所及其他公用事業用地。四、本章規定之其他公共設施用地。前項各款公共設施用地應儘先利用適當之公有土地。』第48條規定『依本法指定之公共設施保留地供公用事業設施之用者，由各該事業機構依法予以徵收或購買；其餘由該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所依左列方式取得之：一、徵收。二、區段徵收。三、市地重劃。』對照53年都市計畫法第40條之條文與62年修訂都市計畫法第42條之條文，內容完全一致，是以，53年都市計畫法所稱『公共設施保留地』等同於62年修訂都市計畫法之『公共設施用地』，其較62年都

市計畫法及現行都市計畫法所稱『公共設施保留地』更爲廣義。

（二）次按內政部 87 年 6 月 30 日台內營字第 8772176 號就都市計畫法所稱『公共設施保留地』之認定疑義爲函釋時指出，都市計畫法所稱之『公共設施保留地』，依都市計畫法第 48 條至第 51 條之立法意旨，係指依同法所定都市計畫擬定、變更程序及同法第 42 條規定劃定之公共設施用地中，留待將來各公用事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所取得者而言，已取得或非留供各公用事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所取得者，仍非屬公共設施保留地。又依都市計畫法第 61 條第 2 項規定，已由私人或團體於舉辦新市區建設範圍內，自行負擔經費興建之公共設施用地，經都市計畫主管機關列冊或都市計畫書規定有案之土地，爲非留各公用事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所取得者之公共設施用地，應非屬都市計畫法所稱之『公共設施保留地』。

（三）……然 62 年都市計畫法所稱之公共設施保留地之意義與 53 年都市計畫法所稱之公共設施保留地之意義，已有不同。即 53 年都市計畫法所稱『公共設施保留地』等同於 62 年修訂都市計畫法之『公共設施用地』，62 年都市計畫法所稱之『公共設施保留地』係指依同法所定都市計畫擬定、變更程序及同法第 42 條規定劃定之公共設施用地中，留待將來各公用事業

機構、各該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所取得者而言。

原告主張系爭土地為留待政府徵收之公共設施保留地，並非屬公共設施用地，洵屬無據，自非可採。」

細繹此判決可以發現，法院一方面在判決理由六、（二）處接受了前開內政部函釋的見解，據此認定系爭土地並非公共設施保留地。另一方面，法院在判決理由（一）與（三）處，則自都市計畫法相關條文的演變過程著眼，去探討公共設施保留地的意義。針對這個論證理由，值得作進一步的探討。

按公共設施保留地這個概念並不是都市計畫法於 1939 年立法之初即存在於都市計畫法中。事實上，都市計畫法是從 1964 年 8 月 21 日第一次全文修正時方才始引入公共設施保留地的概念。按都市計畫法於 1964 年修正時增訂第 4 章「公共設施保留地」，並增訂第 40 條，規定：「都市計畫地區範圍內，應視實際情況分別設置左列『公共設施保留地』：一、道路、公園、綠地、廣場、兒童遊樂場、民用航空站、停車場所、河道及港埠用地。二、學校、社教機構、體育場、市場及機關用地。三、上下水道、郵政、電信、變電所及其他公用事業用地。四、本章規定之其他公共設施用地。」但是，都市計畫法在 1973 年 8 月 28 日再度全文修正時，將上開第 40 條條文移列於第 42 條：「都市計畫地區範圍內，應視實際情況，分別設置左列『公共設施用地』：一、道路、公園、綠地、廣場、兒童遊樂場、民用航空站、停車場所、河道及港埠用地。二、學校、社

教機構、體育場所、市場、醫療衛生機構及機關用地。三、上下水道、郵政、電信、變電所及其他公用事業用地。四、本章規定之其他公共設施用地。（第 1 項）前項各款公共設施用地應儘先利用適當之公有土地。（第 2 項）」這個版本的規定，歷經日後多次修正，仍然屹立於現行都市計畫法中。比較上述修法歷程可以發現，1964 年版第 40 條與 1973 年版第 42 條內容幾乎完全相同，不同之處僅在於：1. 增加了第 2 項，以及 2. 把原先之「公共設施保留地」的用語改稱為「公共設施用地」，但內容沒有改變。簡而言之，一塊土地依據 1964 年版都市計畫法第 40 條屬於「公共設施保留地」之性質者，其在 1973 年都市計畫法修法過後，依據都市計畫法第 42 條之規定，其性質即搖身一變改為「公共設施用地」，不復為「公共設施保留地」（本案系爭土地就是如此！）。

正是因為 1964 年版都市計畫法第 40 條之「公共設施保留地」與 1973 年版第 42 條「公共設施用地」所規定之內容完全相同，法院裁判見解顯然執此修法歷史而認定，系爭土地雖然依據 1964 年版都市計畫法第 40 條雖然屬於公共設施保留地，但依據現行都市計畫法第 42 條之規定，它是「公共設施用地」。至於在現行法下所規定的「公共設施保留地」，依其見解應係指依同法所定都市計畫擬定、變更程序及同法第 42 條規定劃定之公共設施用地中，留待將來各公用事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所取得者而言。因此，系爭土地依據現行法既然不復具有公

共設施保留地之性質，自無土地稅法第 19 條減免地價稅規定之適用。筆者其實也贊成這個觀點。蓋 1964 年都市計畫法第 40 條雖然將系爭土地稱之為公共設施保留地，但衡諸前開都市計畫保留地的說明，其事實上並非留待將來供徵收之土地，應屬於公共設施用地之性質。1973 年都市計畫法第 42 條將之「正名」，應該是適當的修正。

(三) 小結

總結來看，現行實務通說一方面依據文義解釋的觀點，認定主管機關對系爭土地沒有徵收之義務，因認系爭土地並不符合公共設施保留地應「留待將來各公用事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣轄市公所取得者」之要求，而非屬公共設施保留地。另一方面則從相關法條修正的演變過程來推論，都市計畫法修法的歷史其實是要將原先的都市計畫保留地「正名」為公共設施用地，因此系爭土地依據現行都市計畫法屬於公共設施用地，不復具有（依舊法規定）公共設施保留地之性質。總之，系爭土地並無適用土地稅法第 19 條之規定減免地價稅之餘地。筆者認為，上開二種推論方式皆為合理的解釋方式，其結論當有一定程度的說服力。

三、「開闢說」的論點

然而，就上開實務通說見解所採取的「取得說」的立場，並非沒有質疑見解。陳明燦教授即明白指出，我國都市計畫法第 48 條至第 51 條之立法意旨，所謂「公共設施保留地」係指依同法第 42 條規定所劃設之公共設施用地，且為留待將來各公用事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣、市公所取得者之謂，從而，依其反面解釋，若已『取得』或非留供各事業機構、各該管政府或鄉、鎮、縣、市公所取得者，似應非屬公共設施保留地而僅屬「公共設施用地」且無優惠稅賦之適用。但是，需用地機關尚未取得用地但已屬「開闢」者（如已闢建為公園者），是否即不屬「公共設施保留地」？於是，「公共設施保留地」與「公共設施用地」之劃分基準，亦即係採『開闢說』或『取得說』甚至他說，即有疑義。⁶ 陳教授採取「開闢說」的立場。依其見解，土地是否屬於公共設施保留地，應取決於該公共設施是否為政府部門應興辦而尚未開闢使用之用地。⁷ 蓋所謂公共設施保留地，應係側重其指向將來使用的本質，而被定義為：經都市計畫指定將來擬供闢建為公共設施做用之土地，其目前因故（例如人口尚未達一定規模）因而尚未開而予以保留之土地之謂。⁸ 質言之，只要該等土地被開

⁶ 陳明燦，土地利用計畫法導論，第 63 頁。

⁷ 陳明燦，都市計畫公共設施保留地之劃分基準與地價稅減免，第 201 頁。

⁸ 陳明燦，都市計畫公共設施保留地之劃分基準與地價稅減免，第 202-203 頁。

關為公共設施供公用，則其使用內容即與法定用途一致而不會發生限制使用等不利情事，從而對所有權人亦不會發生損失而應予以補償的狀況。但在尚未開闢之前，由於土地所有權人對其所有之土地之使用收益處分權因為公益而受到特別犧牲，土地稅法第 19 條乃給予租稅優惠予以補償。公共設施保留地所側重者乃為其「使用」上之保留而非「產權」上之保留，其產權變動應不具有關聯。⁹ 簡而言之，依陳教授之見，一塊土地被畫設為公共設施保留地之後，只要實際被開闢為公共設施，該土地即成為公共設施用地，不再屬於公共設施保留地。

早期實務見解似乎與此相類。內政部 74 年 9 月 6 日台內營字第 328739 號函精簡的指出：「查都市計畫公共設施用地之種類，都市計畫法第四十二條已有明定，除本部 71 年 12 月 23 日台內營字第一二七七〇六號函所規定者外，其未經開闢使用者，應屬公共設施保留地。總結上述見解應該足以認定，依據開闢說之見解，公共設施保留地乃意指，經都市計畫指定為公共設施用地，但主管機關尚未開發者之謂。據此反面解釋，若土地業已興建為公共設施，該土地即為公共設施用地，不復為公共設施保留地。」

然而，開闢說的見解是否妥適，筆者頗有疑慮。蓋公共設施原則上係由主管機關闢建，闢建之前必先徵收座落土地。徵收興建後公共設施所座落之土地因為公有且供公

⁹ 陳明燦，都市計畫公共設施保留地之劃分基準與地價稅減免，第 203 頁。

用，自然不復是公共設施保留地。此時，人民獲得徵收補償，系爭土地屬於公有公用之土地亦免徵地價稅，是二全其美的結果。但是，倘若貫徹開闢說的立場，也就是倘若系爭土地業已開闢為公共設施，縱使主管機關尚未取得所有權，仍然認為系爭土地因為已被開闢因而喪失公共設施保留地之地位，這樣的解釋將導致土地所有權人的雙重不利：一方面，系爭土地因已非公共設施保留地，不得再依據土地稅法第 19 條享有減免地價稅之租稅優惠；另一方面，系爭土地尚未被徵收，人民沒有獲得任何補償。土地所有權人二面落空，這豈是事理之平？

益有進者，內政部營建署 71 年 12 月 23 日台內營字第 127706 號函指出：經依都市計畫法第 30 條規定所訂辦法核准由私人或團體投資興辦之公共設施用地，或依同法第 61 條第 2 項規定已由私人或團體於舉辦新市區建設範圍內，自行負擔興建之公共設施用地，均非屬都市計畫法第 50 條所稱之公共設施保留地。準此函釋意旨，倘若系爭公共設施依法應由私人興辦者，即非屬公共設施保留地之性質。令筆者百思不解的是，若貫徹開闢說之見解，只要公共設施被開闢，其座落土地即不再屬於公共設施保留地。但是開闢說似乎並未限制公共設施究竟由主管機關或私人開闢，而只要求該公共設施被開闢之後，其座落土地即非屬公共設施保留地。內政部函釋憑空加上這個限制，究竟所本為何？依筆者之見，此號函釋恐有「增加法律所無之限制」之嫌，從而有違法之虞。

四、土地供公用作為減免地價稅之正當化理由

在上述開闢說之外，筆者對於上述實務通說結論是否妥適，亦有疑慮。依筆者之見，本案爭議既然涉及地價稅減免的問題，自應回到土地稅法上有關減免地價稅之規定及其立法目的開始說起。

在土地稅法上，與本文有關之條文，分別有：¹⁰

1. 都市計畫公共設施保留地，在保留期間未作任何使用並與使用中之土地隔離者，免徵地價稅（土地稅法第19條）。
2. 公有土地供公共使用者，免徵地價稅（土地稅法第20條）。

除此之外，土地稅法第6條規定，基於發展經濟，促進土地利用，增進社會福利等公益目的，得對一定土地給予適當的地價稅減免；其減免標準及程序，由行政院定之。本條是土地稅法上對地價稅減免的原則性規定。行政院即依其授權訂定「土地稅減免規則」，設有詳細之減免規定。在其中，與本文有關者之條文，大約有：

3. 在公有土地：供公共使用之土地，地價稅全免（土地稅減免規則第7條第1款）。
4. 在私有土地：經事業主管機關核准設立，對外絕對公開，並不以營利為目的之私立公園及體育館場，其用地

¹⁰ 土地稅法第39條第1項與第2項有關被徵收之土地與公共設施保留地免徵土地增值稅，雖與本案涉及地價稅不同，但利益狀態頗為類似。在此一併指明。

減徵百分之五十；其為財團法人組織者減徵百分之七十（土地稅減免規則第8條第3款）。

5. 無償供公眾通行之道路土地，經查明屬實者，在使用期間內，地價稅全免。但其屬建造房屋應保留之法定空地部分，不予免徵（土地稅減免規則第9條）。
6. 都市計畫公共設施保留地，在保留期間未作任何使用並與使用中之土地隔離者，地價稅全免（土地稅減免規則第11條）。
7. 已發布主要計畫尚未發布細部計畫之都市計畫地區，其主要計畫變更案於本規則中華民國九十六年十二月十九日修正施行前，業經內政部都市計畫委員會審議，因受限於防洪計畫致尚未能核定者，於該地區細部計畫發布實施前，其地價稅或田賦得在百分之三十範圍內，由當地主管稽徵機關報請直轄市、縣（市）主管機關酌予減徵（土地稅減免規則第11條之5）。

總結上開規定可以看出，現行土地稅法上明文規定減免地價稅的利益狀態，大致有以下二種。首先，公有土地供公用者免徵地價稅，是因為該土地供「公用」。而所謂「公用」，依據土地稅減免規則第4條的立法定義：「本規則所稱供公共使用之土地，係指供公眾使用，不限定特定人使用之土地。」最高行政法院99年判字第6號判決循此脈絡補充指出，土地稅減免規則第7條第1項第1款所稱「供公共使用之土地」，依同規則第4條規定，係指供公眾使用，且不限定特定人使用之土地，例如公用道路、

公園用地是，如須支付相當對價始能使用，即非任何人均得使用，自不符上開要件。由此可以看出，土地供公用（＝供不特定多數人使用），利益既為公體人民所共享（而非特定機關或特定私人所獨享），若對之課徵地價稅，則全體人民得享有之利益即因此有所減損，免徵其地價稅是合理的選擇。

其次，私有土地因為被劃定為公共設施保留地（或甚至被徵收）而得減免地價稅之理由為何？陳愛娥教授援引德國學理簡潔的指出，私有財產制度的核心內涵包括私使用性（質言之，不得要求權利人只能為公益目的，而不基於其自身利益的考量來行使其財產權利）、原則上有支配處分權（*Verfügungsbefugnis*）（特別有自由轉讓之權限：*Veräußerungsbefugnis*）、原則上有自由使用財產標的的權限，以及權利人對財產標的的權利應受保障。¹¹ 藉此，財產權作為基本權的作用方能彰顯：使個人不致淪為單純國家活動的客體，而能確保個人在財產領域內有一定的自由活動空間，因此有自主負責的形成其生活型態的可能。¹² 準此，私有土地被規定為公共設施保留地，使得土地所有權人為了公益而受到土地自由使用的特別限制，應足認為該土地之「私使用性」被限制，形成為公益的特別犧牲，而

¹¹ 陳愛娥，司法院大法官會議解釋中財產權概念的演變，收於憲法解釋之理論與實務第一輯，1996年6月，第402頁。

¹² 陳愛娥，司法院大法官會議解釋中財產權概念的演變，第402頁。

應給予補償。¹³

上述見解亦為大法官所接受。大法官早在釋字第 336 號解釋理由書中即指出：「若不為取得（不限於徵收一途），則土地所有權人既無法及時獲得對價，另謀其他發展，又限於都市計畫之整體性而不能撤銷使用之管制，致減損土地之利用價值。其所加於土地所有權人之不利益將隨時間之延長而遞增。雖同法第四十九條至第五十條之一等條文設有加成補償、許為臨時建築使用及免稅等補救規定，然非分就保留時間之久暫等情況，對權利受有個別損害，而形成特別犧牲（Sonderopfer）者，予以不同程度之補償。」其後，釋字第 400 號解釋詳細的指出：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。如因公用或其他公益目的之必要，國家機關雖得依法徵收人民之財產，但應給予相當之補償，方符憲法保障財產權之意旨。既成道路符合一定要件而成立公用地役關係者，其所有權人對土地既已無從自由使用收益，形成因公益而特別犧牲其財產上之利益，國家自應依法律之規定辦理徵收給予補償，各級政府如因經費困難，不能對上述道路全面徵收補償，有關機關亦應訂定期限籌措財

¹³ 陳愛娥，公共設施保留地的指定與財產權保障，台灣本土法學雜誌第 19 期，2000 年 5 月，第 109-112 頁；陳明燦，都市公共設施保留地地價稅課徵以及徵收補償，收於：氏著，土地利用計畫法導論，第 362 頁。

源逐年辦理或以他法補償。」在解釋理由書中，大法官更就補償方法有進一步的補充說明：「各級政府如因經費困難不能對前述道路全面徵收補償，亦應參酌行政院八十四年十月二十八日發布之台八十四內字第三八四九三號函及同年十月十一日內政部台八十四內營字第八四八〇四八一號函之意旨，訂定確實可行之期限籌措財源逐年辦理，或以其他方法彌補其損失，諸如發行分期補償之債券、採使用者收費制度、抵稅或以公有土地抵償等以代替金錢給付。」¹⁴最後，在釋字第 440 號解釋中，則就前述見解作了精簡扼要的說明：「人民之財產權應予保障，憲法第十五條設有明文。國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失，若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予合理補償。」準此意旨，私人所有之公共設施保留地若被徵收，則該土地係因為促進公益致使所有權完全喪失，原所有權人不復有任何利用可能。此時應給予徵收補償以彌補其損失。此等土地在被徵收前，由於依法不得為妨礙其指定目的之使用。但得繼續為原來之使用或改為妨礙目的較輕之使用，或申請為臨時建築使用（都市計畫法第 50 條與 51 條參照）。質言之，該土地的使用受到很大的限制（但仍然能保有部分的私使用性！），為給予土地所有權人以補償，乃降低地價稅稅率，以固定稅

¹⁴ 針對補償方法，林三欽教授有頗為詳細的討論。參見氏著，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，2008 年 2 月初版，第 23 頁以下。

率千分之六計徵地價稅（土地稅法第 19 條前段參照）。倘若該土地未作任何使用，則由於該土地之私使用性在事實上被完全剝奪，應免徵地價稅（土地稅法第 19 條後段參照）。¹⁵ 歸納以言，對公共設施保留地予以免徵地價稅之優惠，是合理的補償方法之一，應可是認。

總結來看，應該可以得到一個初步結論，對公共設施保留地減免地價稅所考量的利益，土地所有權屬於公有或私有似乎不是重點，重點毋寧在於該土地事實上供公共使用，由於其私使用性受到限制，即應減免其地價稅作為補償，應可是認。

執此標準來檢視旨揭委託鑑定事實可以發現，挹翠山莊是私人申請自擬都市計畫開發山坡地住宅，主管機關要求開發者先自行開闢完竣系爭土地，以及該都市計畫內公園、綠地等公共設施，方得發照建築。也就是說，系爭土地所有權仍為私人所有，但業已由私人開發業者於其上興建道路、公園、游泳池等公共設施，以供公用。因此，系爭土地在利益狀態上與前述待徵收之私人土地即無不同：他們都供公用！既然如此，衡諸釋字第 400 號與 440 號解釋之意旨，系爭土地也應該可以得到減免地價稅的租稅優

¹⁵ 依據廖義男大法官的整理，現行法上對公共設施保留地的補償措施，尚有：得與公有非公共設施保留地辦理交換，以及徵收補償費按毗鄰非公共設施保留地之公告現值為準，並得加成補償，而且免徵土地增值稅與所得稅等。參見氏著，都市發展中公共設施用地取得方法之規範，法學新論第 9 期，2010 年 7 月，第 9 頁。

惠。現行土地稅法第 19 條優惠範圍不及於此，恐有違憲疑慮。總結而論，系爭土地在都市計畫法上正確的被認定為公共設施用地而非保留地，就此並無問題。問題在於，土地法第 19 條給予租稅減免的範圍過狹，因此正本清源之道，似乎應該對土地法第 19 條進一步研議修正。

如此解釋方式，似乎也隱然呼應前開委託鑑定疑義 2 所引用的 1973 年都市計畫法第 50 條規定：「公共設施保留地在未取得前，應視其使用情形，依法減免土地賦稅，……」之意旨。要非如是，則將發生另外一個不可思議的結果。本案委託鑑定事實中提到，本案土地於土地稅法公布實施時，已屬現行都市計畫法所稱公共設施用地，而非屬公設保留地，因此核認系爭土地除吳興段 3 小段 7-3、7-5、7-54、9-4、10-1、61-7、61-10 地號土地為公眾通行使用之道路用地，符合免徵地價稅規定外，其餘自 102 年恢復系爭當事人位於挹翠山莊土地為應稅土地，按一般用地稅率課徵地價稅。準此，系爭土地中供道路使用者，雖然為私有，但仍得免徵地價稅；但系爭土地中供公園使用者，則不得免徵。質言之，同樣是私有土地，同樣是私人自費開闢為公共設施之土地，同樣都供公用，其中道路用地可以免徵地價稅，其他公共設施用地卻否。此間差異，筆者殊不能解。

五、自辦都市計畫細部計畫作為不得減免地價稅之理由？

有疑問者為，旨揭委託鑑定事實提及：「查挹翠山莊屬私人依 53 年都市計畫法第 22 條規定申請自擬都市計畫開發山坡地住宅，為確保開發後公共設施與居住環境品質，爰以『開發許可制』附條件允許私人開發，62 年 8 月 23 日「擬定臺北市挹翠山莊細部計畫案」之都市計畫內容已載明『……應依照計畫先行完成道路系統、排水系統及水土保持設施，經勘驗安全無虞後，始得發照建築……』，開發業者嗣於 70 年 6 月 10 日自行開闢完竣系爭土地，並於 74 年切結挹翠山莊內都市計畫內公園、綠地等公共設施已自行開闢完成，挹翠山莊全區屬整體開發地區，區內公共設施用地應由開發業者自行開闢，政府無徵收義務。」筆者對此的理解是，主管機關似乎認定，系爭土地依法應由私人開發業者自行購置，政府無徵收義務，嗣後自然也就沒有就系爭土地減免稅負之餘地。蓋既然是私人自辦細部都市計畫，則該私有土地之購置與後續的稅負皆應由私人自行負責處理，那是自辦都市計畫細部計畫的「代價」，不應要求國家藉由減免稅負來分擔不利益。

上述見解之法律基礎，諒係都市計畫法第 53 條：「獲准投資辦理都市計畫事業之私人或團體，其所需用之公共設施用地，屬於公有者，得申請該公地之管理機關租用；屬於私有而無法協議收購者，應備妥價款，申請該管直轄

市、縣（市）（局）政府代為收買之。」同法第 61 條第 2 項規定的更明白：「前項私人或團體舉辦之新市區建設範圍內之道路、兒童遊樂場、公園以及其他必要之公共設施等，應由舉辦事業人自行負擔經費。」大法官釋字第 363 號與第 449 號解釋亦皆指出，都市計畫法第 53 條並未以申請投資者應持有公共設施用地全部私有土地使用權為提出申請之條件。因此，相關行政函釋違背此意旨者即屬違憲而應不予適用。據此應該足以認定，都市計畫法第 53 條與第 61 條第 2 項，應僅在處理私人辦理都市計畫所需土地的來源的問題。但是，該等土地供公用之後稅負應如何負擔，似乎不屬於在上開法條規定的射程範圍。

倘若以上的推論成立，則系爭土地是否得減免地價稅稅負，仍應如同前文所述，回到土地稅法第 19 條的立法目的來處理。質言之，供公用之土地是否減免稅負，應該考慮的重點是該等土地是否事實上供公用，而與該土地所有權誰屬，以及其取得原因如何皆無關聯性。準此，系爭土地依法固然應由私人開發業者以自己費用購置並開闢，主管機關沒有徵收義務。但是主管機關有沒有徵收義務，不應該導出其後階段土地使用時稅負不應減免土價稅負之結論。主管機關執此作為拒絕減免地價稅之理由，恐有未當。本案系爭土地既然供公園、綠地等公共設施「公用」，依據土地稅法第 19 條之立法意旨，並衡諸前開大法官解釋意旨，應予以減免地價稅，方屬妥適。

六、法規變更對本案之影響

在前揭臺北高等行政法院 101 年度訴字第 305 號判決中，曾有二段論證過程，涉及法規變更以及信賴保護的問題。由於這二個問題有一定程度的相關性，爰一併論述於此。

（一）法院判決見解

首先，當事人主張系爭土地依據 1964 年都市計畫法是公共設施保留地；主管機關卻認定，都市計畫法嗣後已經修法。依據現行都市計畫法之規定，系爭土地並非公共設施保留地。就此，法院認為：

「五、（三）次查，容積移轉制度係於 91 年 12 月 11 日修正通過之都市計畫法第 83 條之 1 所增訂，該條文第 1 項規定『公共設施保留地之取得、具有紀念性或藝術價值之建築與歷史建築之保存維護及公共開放空間之提供，得以容積移轉方式辦理。』是以，該法條所稱之『公共設施保留地』自應依 91 年都市計畫法規定之『公共設施保留地』為認定標準，而非以 53 年都市計畫法所稱『公共設施保留地』（實質上為公共設施用地，詳述於後）為準。系爭土地依 91 年修訂之都市計畫法即非屬公共設施保留地之性質，不符合都市計畫法第 83 條之 1 第 1 項所定『公共設施保留地』及都市計畫容積移轉實施辦法第 6 條第 1 項第

3 款所定『私有都市計畫公共設施保留地』之要件，自不得作為容積移轉之送出基地。且系爭土地確實已於 70 年間即已開闢完成並實際使用，有臺北市政府工務局 70 使字第 0883 號使用執照、切結書可稽（見原處分卷第 78 頁、第 80 頁背面）核與臺北市都市計畫容積移轉審查許可條件第 4 點第 1 款所稱私有未徵收之公共設施保留地之規定，有所未合。從而，原告以系爭土地為公共設施保留地為由，請求被告應發函載明系爭土地具備辦理容積移轉送出基地之資格，洵屬無據。」

其次，當事人主張，主管機關前曾作有解釋函令，認定系爭土地得減免地價稅。其後卻擅自變更見解而對之課徵地價稅，因而主張信賴保護。法院就此指出：

「七、（三）……信賴保護原則係適用於『授益行政處分之撤銷或廢止』及『行政法規之廢止或變更』等情形。就本件而言，被告認系爭土地不具有辦理容積移轉送出基地之資格，並非對先前授益行政處分之撤銷或廢止，故本件顯無『授益行政處分之撤銷或廢止』之情形。再者，關於得以容積移轉方式辦理公共設施保留地之取得，係規定於 91 年 12 月 11 日修訂之都市計畫法第 83 條之 1，並無廢止或變更任何舊有之行政法規，亦未剝奪人民任何既得權利，從而，本件並非對既存授益狀態（包括法規及處分）之變更，自無信賴保護原則之適用。」

（四）至原告雖以不同時期之都市計畫法、都市計畫書、政府函文之內容主張信賴保護等語，經查，就『都市計畫法』之變動而言，都市計畫法修正條文係經立法院通過、總統公布之有效之法律，在未經司法院大法官宣告違憲及失效前，各級法院及行政機關均應依法審判、依法行政，原告尙難僅以其個人之法律見解而主張都市計畫法修正條文不予適用於本件情形。況都市計畫法關於公共設施保留地之規定，其係屬對於人民權利之拘束，其性質非屬授益性之法規，故其變動未涉及人民信賴利益而有保護必要之情形，實與信賴保護原則無涉。次就『都市計畫書』之變動而言，都市計畫書內容之變更，係依都市計畫法所定之變更程序所爲，故其係依法律規定所爲之變更，其相關變動係法律所明定、人民可預期之事項，與信賴保護原則係保護人民免於遭受不可預期之損失不同，亦無信賴保護原則之適用。另原告所主張得援引爲信賴基礎之政府函文，其係就 53 年都市計畫法所爲之相關解釋，被告則係依據 91 年 12 月 11 日公布之現行都市計畫法第 83 條之 1 第 1 項及都市計畫容積移轉實施辦法第 6 條第 1 項第 3 款等所爲之認定，二者不相衝突，故該函文並無信賴保護之問題。」

（二）法規變更？

按法治國原則要求對於人民權利的實質確保。在其

中，對立法權的要求是，立法權固然得制定、修正、廢止法律，但是必須保障人民對國家公權力行為之信賴，是為法安定性原則的要求。¹⁶就此，一方面表現為法律明確性原則，另一方面則是法律禁止溯及既往原則。正因為法律不溯既往原則的憲法根據在於法治國原則之下的信賴保護原則，因此，法律不溯既往原則一方面只適用於負擔性的法律，而不適用於授予人民利益的法律。另一方面，法律不溯既往原則只適用於「真正溯及既往（echte Rückwirkung）」的法律，而不適用於「不真正溯及既往（unechte Rückwirkung）」的法律。前者意指，事後將法律適用於業已了結、已屬於過往的案件事實上；後者則意指，對仍在繼續、尚未了結的當下事實與法律關係加以影響。除非人民可以信賴有關規定將繼續存在，而且此項信賴的重要性超過立即、一般性的變更法律規定的公益要求，才會對此等繼續中的事實或法律關係適用舊法。¹⁷

倘若採取實務通說見解，認定系爭土地依據 1964 年都市計畫法第 40 條屬於「公共設施保留地」之性質，但嗣後法律變更，依據現行第 42 條已變更為「公共設施用地」之性質，因此不復得減免地價稅者，即有發生法律不真正溯

¹⁶ Dirk Ehlers, in Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1998, § 4, Rn. 24.

¹⁷ 對此文獻甚多，僅參見 Fritz Ossenbühl, in Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1998, § 8, Rn. 6; Hartmut Mauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 1999, S 523 f.; 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，第 83 頁以下。

及既往的問題。對此，誠如釋字第 525 號解釋理由書清楚的指明：「制定或發布法規之機關基於公益之考量，即社會整體利益優先於法規適用對象之個別利益時，自得依法定程序停止法規適用或修改其內容，若因此使人民出於信賴先前法規繼續施行，而有因信賴所生之實體法上利益受損害者，倘現有法規中無相關補救規定可資援用時（如稅捐稽徵法第四十八條之三等），基於信賴之保護，制定或發布法規之機關應採取合理之補救措施或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害。……，蓋任何法規皆非永久不能改變，法規未來可能修改或廢止，受規範之對象並非毫無預見，故必須有客觀上具體表現信賴之行爲，始足當之。」換句話說，當事人不可能期待法律永遠保持現有狀態不修正。只有有足夠重大的公益，法律修正甚至也可以使當事人既有的法律狀態被劣化。¹⁸ 本案系爭土地經主管機關以 62 年 8 月 23 日府工二字第 37042 號公告之「擬定臺北市挹翠山莊細部計畫案」內畫定爲道路與公園用地，當時都市計畫法尚未修正（直到數日後的 1973 年 8 月 28 日才修正爲現行規定），依據當時有效的都市計畫法第 40 條規定，屬於公共設施保留地。依 1973 年都市計畫法第 42 條之規定，不再是公共設施保留地，其法律地位已有劣化。人民對此當然有主張信賴保護之可能。就此，前開法院判決認爲：「況都市計畫法關於公共設施保留地之規定，其係屬對於

¹⁸ 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，第 32 頁。

人民權利之拘束，其性質非屬授益性之法規，故其變動未涉及人民信賴利益而有保護必要之情形，實與信賴保護原則無涉。次就『都市計畫書』之變動而言，都市計畫書內容之變更，係依都市計畫法所定之變更程序所為，故其係依法律規定所為之變更，其相關變動係法律所明定、人民可預期之事項，與信賴保護原則係保護人民免於遭受不可預期之損失不同，亦無信賴保護原則之適用。」實有誤解。

本案就法規變更的真正重點在於，土地稅法遲至 1977 年 7 月 1 日方始制定。因此，土地稅法第 19 條所稱之都市計畫公共設施保留地何指，自應求諸於當時有效的 1973 年版都市計畫法第 42 條規定。也就是說，於 1977 年制定土地稅法之時，系爭土地就已經是公共設施用地，而不復為公共設施保留地了。既然如此，依據實務通說見解，系爭土地在開徵地價稅之初，依法本來即無減免地價稅可言，而相關的都市計畫法第 42 條與土地稅法第 19 條在 1977 年後並無變更，本案自無法律變更之問題。從這個角度而論，上述法院判決結論並無違誤。

然而，筆者對於法院判決結論有不同意見。按系爭土地雖然依據 1964 年都市計畫法第 40 條被稱為「公共設施保留地」，依據 1973 年第 42 條卻被稱為「公共設施用地」，但如同前文所述，這二個條文內容幾乎完全相同，顯見立法者只是對條文所所示之公共設施座落土地之性質予以「正名」，正確的把此等土地稱為公共設施用地。更何況，如同前文所述，依筆者之見，系爭土地因為事實上供公用

之故，皆應得減免地價稅，因此法律雖有變更，但對系爭土地應該沒有影響。準此而論，系爭土地應該沒有法律變更的問題。上述判決見解未見及此，恐有斟酌餘地。

(三) 解釋函令變更對本案的影響

其次是當事人更進一步主張對免稅的行政處分的信賴問題。按本案係私人開發業者依 1964 年都市計畫法第 22 條規定申請自擬都市計畫開發山坡地住宅，為確保開發後公共設施與居住環境品質，主管機關乃以「開發許可制」附條件允許私人開發。62 年 8 月 23 日府工二字第 37042 號公告之「擬定臺北市挹翠山莊細部計畫案」之都市計畫內容並已載明：『……應依照計畫先行完成道路系統、排水系統及水土保持設施，經勘驗安全無虞後，始得發照建築……。』開發業者嗣於 1981 年 6 月 10 日自行開闢完竣系爭土地，並於 1985 年切結挹翠山莊內都市計畫內公園、綠地等公共設施已自行開闢完成，挹翠山莊全區屬整體開發地區，區內公共設施用地應由開發業者自行開闢，政府無徵收義務。臺北市稅捐稽徵處對於系爭自行開闢公園、綠地等公共設施，前依土地稅法第 19 條規定予以免徵地價稅。顯然，臺北市稅捐稽徵處先前乃認定，系爭土地屬於公共設施保留地之性質，方予以免徵地價稅。其後臺北市府都市發展局見解變更，臺北市稅捐稽徵處方於 2013 年重新查核認定系爭土地非屬公共設施保留地，而係公共設施用地之性質，除了其中若干土地為供公眾通行用之道路

用地之外，其餘土地皆應自 2013 年起依一般用地稅率課徵地價稅。因此問題在於，當事人得否主張其對先前函釋見解以及主管稅捐稽徵機關行之多年免徵地價稅的行為有所信賴，而拒絕納稅？

按臺北市政府都市發展局曾以 92 年 9 月 16 日北市都二字第 09232299400 號函說明：「旨揭土地經查係 62 年 8 月 23 日府工二字第 37042 號公告之『擬定臺北市挹翠山莊細部計畫案』內畫定為道路用地，又依 70 年 11 月 27 日府工二字 53081 號公告之『擬定臺北市挹翠山莊細部計畫（通盤檢討）案』都市計畫說明書事業及財務計畫規定（略以）：『本計畫地區係自擬細部計畫，其公共設施尚未開闢部分，由其自行開發，不另列事業及財務計畫。』故其取得方式於計畫書中未明文規定，亦非市地重劃自行開發之道路用地。惟依該計畫案當時適用之都市計畫法（53 年 9 月 1 日公布）第 40 條規定，該筆吳興段三小段 147 號地號土地應屬公共設施保留地。」此項意旨，並經臺北市政府 97 年 9 月 18 日府都規字第 09734293100 號函再次確認。但是，主管機關卻自 2010 年開始變更見解。其以 99 年 8 月 23 日北市都規字第 09935648600 號函，援引前開內政部營建署 87 年 6 月 30 日台內營字第 8772176 號函釋指出：「有關配合私人或團體舉辦公共設施、新市區建設、舊市區更新等實質建設事業劃設，並指明私人或團體取得興闢之公共設施用地，仍非屬公共設施保留地。又查前開都市計畫書業已載明『本計畫地區係自擬細部計畫，其公共設施尚未開闢

部分，由其自行開闢，不另列事業及財務計畫』。故本案信義區吳興段三小段 7-47、7-56、7-62 號等 3 筆土地非屬公共設施保留地。」此見解並經同機關以 103 年 1 月 21 日北市都規字第 10330169000 號函再次確認。上開函釋針對之土地雖然並不完全相同，土地所有權人亦不完全相同，但皆為挹翠山莊內私有卻供公用之土地。質言之，既然此等土地利益狀態相同，上開函釋見解自得引用於本案系爭土地。整理上開函釋可以發現，主管機關解釋函令中法律見解有所變更。

首先應確定者乃為，解釋函令變更後，應適用舊的或新的解釋函令的問題。就此釋字 287 號解釋早已指出，除非舊的解釋函令違法，否則依舊函令已終結之案件不再變更；尚未終結的案件則依新解釋函令處理。本案系爭土地既然涉及嗣後年度是否應課稅（而非回溯課稅），當然應該依照新的解釋函令來處理。

其次，當事人是否得因為其對舊函令有所信賴，因而依據信賴保護原則主張毋須納稅？就此，依一般見解，信賴保護的要件有三：1. 信賴基礎、2. 信賴表現；3. 信賴值得保護。¹⁹ 倘若合乎這些要件，最後再考慮人民之信賴利益

¹⁹ 就此文獻甚多，僅參見林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，第 9 頁以下；李惠宗，行政法要義，2010 年 9 月 5 版，第 112 頁以下；陳清秀，行政法的法源，收於：翁岳生編，行政法（上冊），2006 年 3 版，第 131 頁。釋字第 525 號解釋之解釋理由書更清楚的指明：「制定或發布法規之機關基於公益之考量，即社會整體利益優先於法規適用對象之個別利益時，自得依法定程序停止法規適用或修改其內容，若因此使人民出於信賴先前法規繼續

與公益間之衡量。²⁰ 在本案中，爭議較大的應是是否有信賴基礎，以及最後公私益衡量的問題。針對第一個問題，本案主管稅捐稽徵機關先前曾為免徵地價稅之核定－這是授益處分！當然足以作為信賴基礎。嗣後由於主管機關變更見解，認定系爭土地已變更為公共設施用地之性質，主管稅捐稽徵機關乃重新核定命當事人自 2013 年度起繳納地價稅，這當然是對原免稅授益處分之廢止。前引判決認定「信賴保護原則係適用於『授益行政處分之撤銷或廢止』及『行政法規之廢止或變更』等情形。就本件而言，被告認系爭土地不具有辦理容積移轉送出基地之資格，並非對先前授益行政處分之撤銷或廢止，故本件顯無『授益行政處分之撤銷或廢止』之情形。」之法律見解，恐有斟酌餘地。

最後是公私益衡量的問題。在本案中，人民因信賴舊函釋而主張拒不納稅之信賴利益，以及國家課稅之公益二者之間孰重孰輕，應如何衡量。按納稅主要是為了滿足

施行，而有因信賴所生之實體法上利益受損害者，倘現有法規中無相關補救規定可資援用時（如稅捐稽徵法第四十八條之三等），基於信賴之保護，制定或發布法規之機關應採取合理之補救措施或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害。至有下列情形之一時，則無信賴保護原則之適用：一、經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形者；二、相關法規（如各種解釋性、裁量性之函釋）係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布，其信賴顯有瑕疵不值得保護者；三、純屬法規適用對象主觀之願望或期待而未有表現已生信賴之事實者，蓋任何法規皆非永久不能改變，法規未來可能修改或廢止，受規範之對象並非毫無預見，故必須有客觀上具體表現信賴之行爲，始足當之。」

²⁰ 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，第 22 頁。

國家整體財政需求，而我國近年來每年中央政府歲出近二千億新臺幣，此國家整體財政需求之公益極為龐大。爲了滿足如此龐大公益而僅要求當事人繳納區區地價稅款，應該足以認定，納稅之公益顯然大於人民信賴利益，當事人主張繼續免徵地價稅，實無理由。更何況，主管稅捐稽徵機關亦未要求回溯五年核課期間納稅，而僅要求自 2013 年度起重新繳納地價稅。應該是已經兼顧了信賴保護的要求了。²¹

七、結論

筆者當然完全明白，依據稅捐法定原則，課徵租稅與減免租稅，都應該以法律明定之。現行土地稅法第 19 條，對於本案系爭土地這種由私人所有，事實上已開闢爲公共設施且已供公用之土地，未設減免地價稅規定，從稅捐法定原則的觀點觀之，並不適合被減免租稅。此外，依據都市計畫法之相關規定，不論從文義解釋的觀點，或是從法規演變的角度以言，系爭土地被實務通說見解認定爲非屬公共設施保留地的性質，並不是沒有論據的解釋方式。既然如此，本來就沒有土地稅法第 19 條之適用。從依法行政的角度來說，本案系爭土地所有權人請求減免系爭土地之地價稅，似無理由。

但是，倘若細究土地稅法第 19 條之所以減免地價稅之

²¹ 林三欽，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，第 22 頁。

立法意旨，並參酌大法官釋字第 336 號、400 號與 440 號解釋之意旨，系爭土地事實上供公用，不特定人皆得自由使用。土地所有權人對系爭土地之自由使用權限因而受到重大限制，但是一方面因行政機關不予徵收而不能得到徵收補償，另一方面卻連減免地價稅以圖獲得彌補亦不可得。現行土地稅法第 19 條之規定，衡諸前開意旨，恐怕過分狹礙，而有違憲疑慮。就此，應有尋求釋憲以釐清本規定合憲與否之必要，或透過修正法律以求解決。

第二案 訴願決定前訴願人死亡， 訴願決定之效力及承受訴願相關問 題之鑑定意見

吳志光*

壹、委託鑑定之內容

按本件委託鑑定案之標的如下：

一、案件背景：

本府訴願審議委員會審議訴願案件，實務上曾發生在不知訴願人業已死亡之情形下，對訴願人所提之訴願案件作成訴願決定，訴願決定書並由訴願人子女代為簽收送達。則該訴願決定之效力如何？不無疑義。另訴願人之繼承人（子女）以同一訴願標的向本府提起訴願，是否有訴願法第 87 條承受訴願之適用及承受訴願之相關問題，學術上似未有論著。

二、本案相關疑義：

（一）訴願人提起訴願後，本府在不知訴願人業已死亡之情

* 輔仁大學法律學系教授兼法律學院副院長、學士後法律學系主任

形下，對訴願人所提之訴願案件作成訴願決定並為送達，則該訴願決定之效力如何？

- (二) 訴願人之繼承人如知悉訴願人因系爭眷舍搬遷補助費事件向本府提起訴願，而於訴願人死亡後，仍向本府隱匿其死亡之事實，則訴願人之繼承人復就同一訴願標的重行向本府提起訴願，得否認定係依訴願法第87條第1項規定聲明承受訴願？
- (三) 有關眷舍搬遷補助費是否屬一身專屬權？如是，則訴願人之繼承人或其他依法得繼受原行政處分所涉權利或利益之人，得否依訴願法第87條第1項規定，承受訴願？
- (四) 承受訴願究應由訴願審議機關依職權通知訴願人之繼承人或其他依法得繼受原行政處分所涉權利或利益之人？或應由承受訴願權人主動提出？又訴願法第87條第3項規定之30日內，究屬訓示期間抑或不變期間？如承受訴願權人承受訴願已逾30日，則訴願審議機關應如何處理？

貳、鑑定意見之內容

- 一、訴願人提起訴願後，訴願審議機關在不知訴願人業已死亡之情形下，對訴願人所提之訴願案件作成訴願決定並為送達，則該訴願決定之效力如何？

按「自然人、法人、非法人之團體或其他受行政處分之相對人及利害關係人得提起訴願。」「能獨立以法律行為負義務者，有訴願能力。」「訴願人死亡者，由其繼承人或其他依法得繼受原行政處分所涉權利或利益之人，承受其訴願。」訴願法第18條、第19條、第87條第1項分別定有明文。所謂「訴願能力」，即訴願行為能力，換言之，乃指其行為在訴願程序上能發生法律效果之能力；依民法規定有行為能力者，自有訴願行為能力，而判定行為能力有無之前提，需以人格之存在為必要。是於訴願程序中訴願人死亡之情形，因訴願人已無人格，自無當事人能力，應由繼承人或其他依法得繼受原行政處分所涉權利或利益之人，承受訴願，並續行訴願程序始為適法。若訴願審議機關在不知訴願人業已死亡之情形下，對訴願人所提之訴願案件作成訴願決定並為送達時，關於此一問題，行政法院實務見解多認為此時訴願決定之作成，有程序上之瑕疵，係違法之訴願決定，行政法院應於程序上將訴願決定撤銷，由原決定機關依法由繼承人或其他依法得繼受原行政處分所涉權利或利益之人承受訴願後，另為適法之處置¹。故訴願審議機關在不知訴願人業已死亡之情形下，所

¹ 參見行政法院 83 年度判字第 862 號判決、92 年度各級行政法院行政訴訟法律座談會法律問題 11 研討結論、臺北高等行政法院 95 年度訴字第 4278 號判決、臺中高等行政法院 98 年度簡字第 78 號判決、臺北高等行政法院 100 年度簡字第 569 號判決及臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1080 號判決。惟亦有行政法院裁判認為在有繼承人或其他依法得繼受原行政處分所涉權利或利益之人承受訴願前，訴願審議機關不得作成訴願決定，縱作成訴願決定，亦不發生終結

爲之訴願決定爲違法而得撤銷之訴願決定。而實務上訴願審議機關在不知訴願人業已死亡之情形下，對訴願人作成訴願決定後，因行政法院將訴願決定撤銷，而依法由繼承人或其他依法得繼受原行政處分所涉權利或利益之人承受訴願後，另爲訴願決定之案例亦甚爲常見²。再者，若繼承人或其他依法得繼受原行政處分所涉權利或利益之人未針對前揭違法之訴願決定提起行政訴訟，致訴願決定產生確定力。此時訴願決定既無法透過行政訴訟程序予以撤銷，而訴願決定亦有未適用訴願法第87條規定之瑕疵，繼承人或其他依法得繼受原行政處分所涉權利或利益之人自得依訴願法第97條第1項第1款「適用法規顯有錯誤」之規定，提起再審³。

而關於訴願法第87條關於承受訴願之規定，相較於行政訴訟法上關於承受訴訟之規定，其規範並不完整，基於同一之法律上理由，故有類推適用之必要。其進一步之說明如下：

1. 於訴願程序，訴願人死亡者，得參照行政訴訟程序中當事人死亡時，訴訟程序當然停止之法律規定（參見行政訴訟法第179條至第182條及第186條準用

之效果（參見最高行政法院96年度判字第1336號判決），似認爲訴願決定根本不生效力，自無得撤銷之問題。

² 參見內政部第0960100145、0980140083號訴願決定、交通部交訴字0930047039號訴願決定、財政部第09304133、09404906、09701569號訴願決定及行政院農業委員會書農訴字第0990099008號訴願決定。

³ 參見內政部第1020180043號訴願決定。

之民事訴訟法相關規定)。惟訴願人委有訴願代理人，該代理權不因訴願人死亡而消滅，訴願程序雖得繼續進行（參見行政訴訟法第186條準用之民事訴訟法第173條之規定），惟僅及於程序事項之進行，最終之訴願決定，則仍應於合法承受訴願後始得為之⁴。惟值得注意的是，亦有實務見解認為訴願係採書面審理為原則，從而訴願人於訴願中死亡，代理人之代理權並不因訴願人本人死亡而消滅。準此，訴願審議機關依審理結果作成訴願決定，及對代理人為送達，並無不合，尚無因程序瑕疵應予撤銷之問題；僅訴願審議機關事後應命本人之繼承人承受訴願，予以補正而已⁵。

2. 準此，訴願程序當然停止後得為承受程序人聲明承受訴願程序，訴願審議機關認其聲明無理由者，應駁回之，如認聲明有理由者，應准許之。此項駁回承受訴願程序之行爲，既對外發生聲明承受程序人不得承受訴願程序之公法上法律效果，依訴願法第3條第1項規定，即為行政處分⁶。而繼承人或其他依法得繼受原行政處分所涉權利或利益之人不聲明承受訴願時，訴願審議機關亦得依職權，命其承受訴願（參見行政訴訟法第186條準用之民事訴訟法第

⁴ 參見最高行政法院 93 年度判字第 670 號判決。

⁵ 參見臺北高等行政法院 98 年度訴字第 2243 號判決。

⁶ 參見臺北高等行政法院 93 年度訴字第 3903 號判決。

178條），其未為答覆者，亦同⁷。惟在繼承人均拋棄繼承之情形，無從承受訴願，訴願自應不受理⁸。或訴願人死亡，無人可承受訴願者，亦應為訴願之不受理⁹。

二、訴願人之繼承人如知悉訴願人提起訴願，而於訴願人死亡後，仍向訴願審議機關隱匿其死亡之事實，則訴願人之繼承人復就同一訴願標的重行提起訴願，得否認定係依訴願法第87條第1項規定聲明承受訴願？

按依行政法院之實務見解，當事人死亡應聲明承受訴訟，係以訴訟繫屬中當事人死亡者為限，如於起訴時已死亡，則無當事人能力，其訴為不合法，自不生承受訴訟之問題¹⁰。按「當事人死亡者，訴訟程序在有繼承人、遺產管理人或其他依法令應續行訴訟之人承受其訴訟以前當然停止。」民事訴訟法第168條定有明文。前開規定依行政訴訟法第186條規定，於行政訴訟準用之。另「自然人、法人、中央及地方機關、非法人之團體，有當事人能力。」「起訴，應以訴狀表明左列各款事項，提出於行政法院為之：一、當事人。二、起訴之聲明。三、訴訟標的及其原因事實。」

⁷ 參見財政部第09701569號訴願決定。

⁸ 參見財政部第09403416號訴願決定。

⁹ 參見司法院34年院解字第3044號解釋。

¹⁰ 參見臺中高等行政法院99年度訴更二字第21號判決。

行政訴訟法第 22 條、第 105 條第 1 項分別定有明文。是已死亡之人，無當事人能力，且其事實上亦無能力依前述規定為起訴行為，則苟有他人以已死亡者之名義提起行政訴訟，自難認已發生起訴之效力，此與有當事人能力者起訴後死亡，於已具起訴效力之訴訟發生承受訴訟問題者，尚有不同。又前開訴訟當然停止、承受訴訟之規定，係就於訴訟程序中當事人死亡者而為，苟於起訴前，名義上之當事人業已死亡者，而未有起訴行為者，該已死亡者之繼承人自不得聲明承受訴訟，而續行訴訟行為¹¹。

綜上所述，訴願程序本於同一之法律上理由，亦應為同一之解釋。即當事人死亡應聲明承受訴願，係以訴願繫屬中當事人死亡者為限，如於提起訴願時已死亡，則無當事人能力，其提起訴願為不合法，自不生承受訴願之問題¹²。

三、眷舍搬遷補助費是否屬一身專屬權？如是，則訴願人之繼承人或其他依法得繼受原行政處分所涉權利或利益之人，得否依訴願法第 87 條第 1 項規定，承受訴願？

按行政法院實務上認為眷舍搬遷補助費之請求權一經行使，即成為財產上之權利，非具一身專屬性，而得為繼承之標的。縱令訴願人亡故，其繼承人或其他依法得繼受

¹¹ 參見最高行政法院 99 年度裁字第 1416 號裁定。

¹² 臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1080 號判決同意旨。

原行政處分所涉權利或利益之人即得概括承受其權利義務¹³。以行政院 92 年 12 月 10 日院授人住字第 0920310544 號函核定訂定發布，並自即日生效之「中央各機關學校國有眷舍房地處理要點」為例，第 7 點第 1 項規定：「各機關學校管理位於都市計畫商業區、住宅區之眷舍房地，於 92 年 12 月 31 日以前，依第 4 點、第 5 點規定報送執行機關申辦騰空標售案件，該眷舍之合法現住人，自行政院核定之日起 3 個月內自行遷出者，由執行機關按核定騰空標售時之公教人員輔購住宅貸款標準給予 1 次補助費。由各機關學校造具審查合格具領清冊……送執行機關請領。」所稱「合法現住人」，依同要點第 3 點第 1 項規定：「本要點所稱合法現住人，應合於下列各款規定：（一）於 72 年 5 月 1 日以前依法配（借）住眷舍。（二）為現職人員、退休人員、資遣人員或其遺眷。（三）有居住之事實。（四）未曾獲政府各類補助購置住宅。（五）非調職、轉任、辭職、解僱、解聘（含不續僱、不續聘）、撤職或免職人員。（六）有續住之資格。（七）所居住之眷舍仍屬配（借）住機關管有。」所稱「遺眷」，依同要點第 3 點第 2 項規定：「前項第 2 款所稱遺眷，指原配（借）住人之父母、未再婚之配偶或未婚之未成年子女。」故得申請眷舍搬遷補助費者通常係指現職人員、退休人員、資遣人員或其遺眷（指原配（借）住人之父母、未再婚之配偶或未婚之未成年子

¹³ 參見最高行政法院 100 年度判字第 89 號判決。

女），就此而言，眷舍搬遷補助費之請求權固係一身專屬權，惟訴願人一旦行使，即成為財產上之權利，非具一身專屬性，而得為繼承之標的。

申言之，當事人死亡時，當事人能力即行喪失，訴訟或訴願程序進行中當事人死亡，如其為訴訟或訴願標的之法律關係得繼承者，法律為便宜計，固認中斷之制度，使其繼承人承受訴訟或訴願，以免另行開始訴訟或訴願程序，而將已行之訴訟或訴願程序作廢，然其為訴訟或訴願標的之法律關係不得繼承者，除有使他人承受訴訟或訴願或使訴訟或訴願當然終結之特別規定外，自應認為訴訟或訴願要件之欠缺，而以其訴或訴願為不合法予以駁回或不受理¹⁴。

而關於一身專屬權的議題，罰鍰即為著例，實務上原先認為「行政罰鍰係國家為確保行政法秩序之維持，對於違規之行爲人所施之財產上制裁，而違規行爲之行政法上責任，性質上不得作為繼承之對象。如違規行爲人於罰鍰處分之行政訴訟程序中死亡者，其當事人能力即行喪失。尚未確定之罰鍰處分，對該違規行爲人也喪失繼續存在之意義而失效。又其繼承人復不得承受違規行爲人之訴訟程序，受理行政訴訟之高等行政法院應適用行政訴訟法第107條第1項第3款，以裁定駁回違規行爲人之起訴¹⁵」。惟嗣後大法官作成司法院業已作成釋字第621號解釋，其

¹⁴ 參見最高行政法院99年度判字第1120號判決。

¹⁵ 參見最高行政法院90年12月份第2次庭長法官聯席會議決議。

認為「罰鍰處分後，義務人未繳納前死亡者，其罰鍰繳納義務具有一身專屬性，至是否得對遺產執行，於法律有特別規定者，從其規定。蓋國家以公權力對於人民違反行政法規義務者科處罰鍰，其處罰事由必然與公共事務有關。而處罰事由之公共事務性，使罰鍰本質上不再僅限於報應或矯正違規人民個人之行爲，而同時兼具制裁違規行爲對國家機能、行政效益及社會大眾所造成不利益之結果，以建立法治秩序與促進公共利益。行爲人受行政罰鍰之處分後，於執行前死亡者，究應優先考量罰鍰報應或矯正違規人民個人行爲之本質，而認罰鍰之警惕作用已喪失，故不應執行；或應優先考量罰鍰制裁違規行爲外部結果之本質，而認罰鍰用以建立法治秩序與促進公共利益之作用，不因義務人死亡而喪失，故應繼續執行，立法者就以上二種考量，有其形成之空間」。並進一步指出「行政執行法第 15 條規定：『義務人死亡遺有財產者，行政執行處得逕對其遺產強制執行』，係就負有公法上金錢給付義務之人死亡後，行政執行處應如何強制執行，所爲之特別規定。罰鍰乃公法上金錢給付義務之一種，罰鍰之處分作成而具執行力後，義務人死亡並遺有財產者，依上開行政執行法第 15 條規定意旨，該基於罰鍰處分所發生之公法上金錢給付義務，得爲強制執行，其執行標的限於義務人之遺產。」故受罰鍰處分之人對罰鍰處分提起訴願，而於其罰鍰未爲繳納前死亡者，行政執行機關仍得對其遺產執行，其繼承人有承受訴願之實益，自得依訴願法第 87 條承受訴願；若其

於所處罰鍰繳納完畢後死亡，嗣前開罰鍰處分經依法撤銷或經確認為違法，已繳納之罰鍰得請求返還，是其繼承人亦有承受訴願之實益，而得依法承受訴願¹⁶。

四、承受訴願究應由訴願審議機關依職權通知訴願人之繼承人或其他依法得繼受原行政處分所涉權利或利益之人？或應由承受訴願權人主動提出？又訴願法第87條第3項規定之30日內，究屬訓示期間抑或不變期間？如承受訴願權人承受訴願已逾30日，則訴願審議機關應如何處理？

前已論及，訴願法第87條關於承受訴願之規定，相較於行政訴訟法上關於承受訴訟之規定，其規範並不完整，基於同一之法律上理由，故有類推適用之必要。按依行政訴訟法第181條第1項及第186條準用之民事訴訟法第176條之規定，訴訟程序當然停止後，依法律所定之承受訴訟之人，於得為承受時，應即為承受之聲明。而當事人不聲明承受訴訟時，法院亦得依職權，以裁定命其續行訴訟。故行政法院實務見解即經常出現以下之用語「…未為承受訴訟之聲明，爰依職權裁定命原告ooo之繼承人ooo承受訴訟並續行本件訴訟」¹⁷。準此，繼承人或其他依法得

¹⁶ 參見最高行政法院96年度判字第1336號判決。

¹⁷ 例如臺北高等行政法院100年度訴字第1179號裁定。

繼受原行政處分所涉權利或利益之人於訴願人死亡時，應即為承受之聲明，惟繼承人或其他依法得繼受原行政處分所涉權利或利益之人不聲明承受訴願時，訴願審議機關亦得依職權，命其續行訴願。

至於訴願法第 87 條第 3 項規定，承受訴願者，應於事實發生之日起 30 日內，向受理訴願審議機關檢送相關證明文件。此一期間實務上認為係注意規定，因訴願人有無當事人能力，應由訴願審議機關依職權查明，不因依法應承受訴願之人怠於陳報而受影響。訴願審議機關在未通知包括訴願人之繼承人承受其訴願，或承受訴願權人承受訴願已逾 30 日時，尚不得逕為不受理之決定¹⁸。

¹⁸ 參見最高行政法院 93 年度判字第 670 號判決。

第三案 違章建築檢舉人是否為建築法保護對象之探討－以保護規範理論為中心

郭介恒*

壹、前言

1998 年 11 月 20 日司法院釋字第 469 號解釋釋定：「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。最高法院 72 年台上字第 704 號判例謂：『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

* 美國杜蘭大學法學博士，中國文化大學法律學系專任副教授

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行爲者，縱公務員怠於執行該職務，人民尚無公法上請求權可資行使，以資保護其利益，自不得依上開規定請求國家賠償損害。』對於符合一定要件，而有公法上請求權，經由法定程序請求公務員作為而怠於執行職務者，自有其適用，惟與首開意旨不符部分，則係對人民請求國家賠償增列法律所無之限制，有違憲法保障人民權利之意旨，應不予援用。」開創公務員怠於執行職務之國家賠償請求權，不限於以人民具有公法上請求權者為限之新頁。

近年來，行政法院漸有以保護規範理論作為認定行政撤銷訴訟利害關係人之認定準據，以擴大當事人訴訟權能之範圍，以保障人民權益，維護公共利益，惟行政爭訟及國家賠償之請求權行使，究其本質仍有所不同，學理及實務上容或有不同之論見。本文以違章建築檢舉人為例，探討違章建築檢舉人應否為建築法規保護之對象，得否提起行政爭訟。其問題意識如下：

- 一、行政爭訟之訴訟權能得否適用保護規範理論予以認定？
- 二、保護規範理論之行政爭訟司法實務運作為何？
- 三、違章建築檢舉不成立之函復是否為行政處分？
- 四、違章建築檢舉人得否適用保護規範理論主張檢舉不成立之函復損害其權利或法律上利益？

貳、保護規範理論及行政爭訟

依前揭司法院釋字第 469 號解釋，法律未賦予人民公法上請求權，其具備下列要項：1. 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；2. 法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確；3. 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等，人民之權利或利益因公務員怠於執行職務，亦得請求國家賠償。於行政訴訟中，機關對檢舉人所為函復是否為行政處分，學者間有不同之論見，有以函復並未非對檢舉人不利之意思表示，並無法拘束力，從而非可認為行政處分¹；有以檢舉係為公益促使行政權發動，非行使法律上請求權，非行政處分，惟如規範目的兼具保護檢舉人利益，則可認函復為行政處分²；有認檢舉復函所據之法規範，除保護公益外，亦有保護檢舉人之私益者，拒絕檢舉人行使保護請求權，即為行政處分³；有認法規範兼具保護檢舉人權益之目的，不以賦予人民檢舉權或保護請求權為必要，

¹ 蘇永欽，檢舉人就公平會未為處分的函覆得否提起訴願，公平交易季刊，5 卷 4 期，1997 年 12 月，頁 6 以下。文中指出函復內容如涉對檢舉人發生法律效果者，則得視為行政處分，並以公平法之規範內容認檢舉人並無請求對第三人作成處分之權，故非行政處分。

² 陳敏，行政法總論，2007 年 4 版，頁 308-09。

³ 許宗力，行政處分，收於翁岳生主編，行政法，2000 年，頁 538。

如影響檢舉人之權益，其拒絕之函復均可認為行政處分⁴；有主張函復有拒絕之公法上效果，為行政處分，至權益是否受侵害，則屬爭訟要件之問題⁵；更有進一步主張檢舉人無公法上請求權予以拒絕，為確認其權利有無或公法上地位之決定，亦足認生規範之法律效果⁶；有學者認為檢舉不成立之函復，須視檢舉人有無公法上請求權或權益是否受侵害而定，並以檢舉人之獎金請求權受侵害即可認屬行政處分⁷；亦有以法律所產生之規範效果如係在保護特定人利益，作為判斷是否為保護規範，並不以人民是否有主觀公權利作為認定是否為行政處分之判準⁸。

綜上學者不同論見，多係以檢舉人之權利或法律上利益是否受侵害為其判準，司法實務上，最高行政法院 61 年裁字第 137 號判例則以：「查政府拆除違章建築，旨在

⁴ 廖義男，台灣行政法學會，行政法爭議問題研究（上），2000 年 12 月，頁 405-06。文中引述部分行政法院判決（例）予以闡明。

⁵ 林明鏞，檢舉函復之研究，月旦法學雜誌 26 期，1997 年 7 月，頁 72。

⁶ 程明修，行政機關函覆拒絕人民申請或舉發案件之法律性質——評最高行政法院九十一年度裁字第一四七五號裁定，月旦法學雜誌 99 期，2003 年 8 月，頁 226。

⁷ 張文郁，檢舉人不服受理檢舉之主管機關處理檢舉案件之結果，得否對之提起訴願、行政訴訟？，台灣法學雜誌第 173 期，2011 年 4 月，頁 101-06。文中係以廢棄物清理法第 67 條規定，檢舉成立者，設有發給檢舉獎金之制度為例，所為論述。

⁸ 胡博硯，人民是否有請求主管機關為金融監理措施之權（下）——評臺北高等行政法院九年度訴字第二二六九號判決，台灣法學雜誌第 164 期，2011 年 11 月，頁 219-25。文末主張將復函論述為行政處分，有助於個案之進入實體審查，由規範效果及立法者之意而言，仍具有保護特定人之意旨。

謀求公共利益，非為保護土地所有人之私權，故違章建築之所有人或使用人認為拆除違章建築之處分為違法或不當者，固得請求行政救濟，而土地所有人則不得因主管官署不為拆除處分，提起訴願或行政訴訟，良以土地所有人要求拆除地上他人之違章建築，其目的在於收回土地，純屬私權範圍，如有爭執，應循民事訴訟程序，以求解決，要無請求行政救濟之餘地。」以違章建築之拆除，除違章建築所有人或使用人得因權益受侵害提起行政爭訟外，土地所有人亦不得請求拆除；最高行政法院 99 年 6 月庭長法官聯席會議（四）決議以檢舉人依公平交易法所為檢舉，「公平會所為『檢舉不成立』之函文非屬行政處分，檢舉人如對之向行政法院提起撤銷訴訟者，行政法院得以不合法裁定駁回其訴。」其理由為檢舉不成立之復函，並未發生法律效果，尚非行政處分，另引據司法院釋字第 469 號解釋，說明「檢舉人」本非「可得特定之人」，而法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項，並未明確規定，難謂該管機關依此規定對人民負有特定作為義務而無不作為之裁量餘地⁹。準此，最高行政法院判例及 99 年 6 月庭長法官

⁹ 決議理由全文如下：「公平交易法第 26 條：「公平交易委員會對於違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理。」乃明定任何人對於違反該法規定，危害公共利益之情事，均得向公平會檢舉，公平會則有依檢舉而為調查處理行為之義務。至於對檢舉人依法檢舉事件，主管機關依該檢舉進行調查後，所為不予處分之復函，僅在通知檢舉人，主管機關就其檢舉事項所為調查之結果，其結果因個案檢舉事項不同而有不同，法律並未規定發生如何之法律效果。縱使主管機關所為不予處分之復函，可能影響檢舉人其他權利

聯席會議（四）決議，均認行政機關對檢舉人所為檢舉不成立之復函，非屬行政處分，檢舉人並無公法上請求權，且機關亦無對檢舉人所檢舉之第三人作成處分之義務，無保護規範理論之適用¹⁰。

由於司法院釋字第 469 號解釋係就公務員怠於執行職務之國家賠償責任所作之解釋，其須有公務員應作為而不作為之怠惰存在；行政訴訟之撤銷訴訟及課予義務訴訟係

之行使，乃事實作用，而非法律作用。系爭復函既未對外直接發生法律效果，自非行政處分。檢舉人如對該復函向行政法院提起撤銷訴訟，行政法院得以其並非行政處分，而以不合法裁定駁回其訴。」「另查「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」，則該「可得特定之人」得向該管機關請求為特定行為（「保護規範理論」），司法院釋字第 469 號解釋足資參照。查「檢舉人」本非「可得特定之人」；而行為時公平交易法第 19 條、第 22 條及第 24 條規定，縱有保護人民生命、身體及財產等法益之目的，惟各該法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項，並未明確規定，難謂該管機關依此規定對人民負有特定作為義務而無不作為之裁量餘地。是檢舉人以第三人違反公平交易法第 19 條、第 22 條及第 24 條規定，而依同法第 26 條規定向公平會檢舉者，本非主管機關應依檢舉、以檢舉人與被檢舉人為處分對象、作成有個案規制效力之行政處分以及作成如何內容之行政處分之規定，又縱依前開司法院釋字第 469 號解釋意旨（「保護規範理論」），亦難認定該檢舉人得請求主管機關為特定有利於自己而不利於第三人之行政處分。是檢舉人如依行政訴訟法第 5 條之規定，向高等行政法院提起請求主管機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟，其起訴亦不備訴訟之要件，應裁定駁回其訴，併予指明。」

¹⁰ 最高行政法院 61 年裁字第 137 號判例雖未論及保護規範理論，惟以土地所有人無公法上請求權，則與最高行政法院 99 年 6 月庭長法官聯席會議（四）之理由所述主管機關無作成規制效力行政處分之義務，其結果並無二致。

因人民權利或法律上利益遭受侵害所得尋求之救濟。前者著重在不作為所造成之損害填補，後者則係人民排除公權力侵害或請求行政機關為行政處分或為特定內容行政處分之救濟，於行政爭訟中，宜否以釋字第 469 號解釋所建構之要件，作為判斷人民是否具有訴訟權能，仍須考量下列數項行政爭訟之特性有異於國家賠償之點：

- 一、人民公法上請求權與權利或利益受侵害，並無必然之關聯。行政訴訟法第 4 條第 3 項，已明文規定利害關係人得為行政撤銷訴訟之原告，則因他人公法上請求權行使之結果，權利或法律上利益受侵害者，亦得提起撤銷訴訟。
- 二、人民依法申請之案件，行政機關逾期未作成准駁決定，人民得提起課予義務訴訟，並不以受理申請機關已無不作為之裁量為限。
- 三、行政爭訟人民係請求命機關作成行政處分或作成特定內容之行政處分，其公法上請求權之認定，初不以法律有規定者為限，法條所定人民「依法」申請之案件，宜採廣義解釋，包括法律、法規命令或行政規則等。惟保護規範理論所建構者，係保護個人權益消極的不受侵害，檢舉人縱有受保護之權益，仍須論斷人民有請求機關為一定行為之公法上請求權。
- 四、機關所為檢舉不成立之復函，形式已具備行政處分之外觀¹¹，與單純公務員消極不作為，尚屬有間。

¹¹ 學者有稱為形式行政處分（蕭文生，行政處分之變種與異形－擬制行政處分與形式行政處分，收於臺北大學法學論叢，第 73 期，2010 年 3，頁 31-82）。

五、檢舉人係請求行政機關對第三人為行政處分，與國賠請求對請求人為一定之作為不同。

參、違章建築檢舉人得否爭訟之司法實務見解

行政法院有關違章建築拆除之司法見解，最早為最高行政法院 61 年度裁字第 137 號判例略以：「查政府拆除違章建築，旨在謀求公共利益，非為保護土地所有人之私權，故違章建築之所有人或使用人認為拆除違章建築之處分為違法或不當者，固得請求行政救濟，而土地所有人則不得因主管官署不為拆除處分，提起訴願或行政訴訟，良以土地所有人要求拆除地上他人之違章建築，其目的在於收回土地，純屬私權範圍，如有爭執，應循民事訴訟程序，以求解決，要無請求行政救濟之餘地。」本判例之原因事實係土地所有人因收回前出租所有土地不遂，向臺北縣政府檢舉承租人所建房屋為違章建築，經臺北縣政府限期拆除後，承租人提起訴願，經訴願機關撤銷原處分，土地所有人提起再訴願，經遭駁回後，提起行政訴訟。改制前最高行政法院認為不受理決定，惟仍維持原再訴願決定。準此，改制前最高行政法院係認為違章建築之拆除管理，除違建所有人或使用人外，縱使土地所有人，並不因否准拆除，致權利或益受直接侵害。司法院釋字第 469 號解釋作成後，最高行政法院實務見解釋，多以之為非行政處分，並保保護規範理論之適用，其結果與最高行政法院 61 年度

裁字第 137 號判例，並無二致。以下爰就行政法院判決見解，分別臚述如下：

一、最高行政法院

最高行政法院 96 年度裁字第 01733 號裁定指出：「抗告意旨所引本院 54 年判字第 90 號及 56 年判字第 182 號判例，固有主管官署拒絕拆除違建之復函係屬行政處分之見解，惟本院 61 年裁字第 137 號判例則認為土地所有人不得因主管官署不為拆除之處分提起訴願或行政訴訟，足認本院早年判例對於檢舉違建之復函得否提起行政訴訟請求救濟，並無確定之見解，根據晚近實務之通說，則均採取否定之見解」，並以「司法院釋字第 469 號解釋，係指法律規定明確該管公務員對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地，本件依建築法之相關規定，並無可得特定之人，相對人亦未對該人負有作為義務，自無該解釋之適用。」另同院 96 年度判字第 01391 號判決則以「從建築法及其相關法令之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，係為公共利益而為規定；人民向主管機關檢舉違章建築，係告發之性質，僅使主管機關得以實施勘查、認定拆除與否之權限，並未賦予人民申請主管機關拆除他人違章建築法上權利，亦即人民並無向主管機關訴請拆除違章建築之法律上依據，主管機關未依人民之檢舉，拆除違章建築，人民僅係反射利益受有影

響而已，難謂權利或法律上利益受有損害。準此，原判決認定上訴人並無訴請被上訴人執行拆除系爭違建之請求權存在，逕依行政訴訟法第 8 條規定提起一般給付訴訟，為無理由；更且系爭函文並未對上訴人之權利或法律上利益發生任何具體之法律效果，並非行政處分，上訴人即不得對之提起行政爭訟，」最高行政法院 99 年 6 月庭長法官聯席會議（四）決議作成後，經查尚無上訴至最高行政法院之不服違章建築檢舉案件，準此，最高行政法院之見解係以依建築法或違章建築處理辦法並未課予主管機關對特定人作為之義務，無司法院釋字第 469 號解釋之適用，且主管機關函復違章建築檢舉人因檢舉不成僅係反射利益受有影響，並無權利或法律上利益受損，並非行政處分¹²。

二、高等行政法院

高等行政法院部分，於最高行政法院 99 年 6 月庭長法

¹² 最高行政法院 99 年度裁字第 2658 號裁定肯認臺北高等行政法院裁定見解略以：人民如無法律上之請求權，其聲請（申請）、陳情或檢舉僅生促請主管機關考量是否為該行為，而行政機關對該聲請（申請）、陳情或檢舉之答覆自非行政處分。本件乃上訴人向被上訴人陳情系爭建物有違住戶安寧，請求儘速依法處理，被上訴人都發局分別於 94 年 12 月 21 日以電子郵件及 94 年 12 月 29 日以北市都規字第 09435721800 號函復，被上訴人環保局以 95 年 3 月 17 日北市環一字第 09531553700 號函答，核其內容，純屬事實敘述及理由說明，不因該項敘述及說明而生法律效果，自非對上訴人所為之行政處分。上訴人所提起本件課予義務訴訟，既無公法上請求權，且被上訴人都發局及被上訴人環保局之上開函文，均非行政處分。

官聯席會議（四）決議作成後，臺北高等行政法院計有 3 案，高等行政法院計有 1 案。臺北高等行政法院 102 年度訴字第 53 號裁定引據最高行政法院 96 年度裁字第 1733 號裁定意旨認違章建築檢舉函復並非行政處分；100 年度訴字第 1017 號裁定參採最高行政法院 94 年度裁字第 1738 號裁定、94 年度裁字第 1925 號裁定及 94 年度裁字第 2247 號裁定意旨，認定「人民如向主管機關提出陳情或檢舉，僅係促使主管機關發動職權調查，至於調查處理結果無論為何，均不對陳情人或檢舉人直接發生任何法律效果。違建對第三人縱有實際上之損害，第三人僅得以檢舉之方法，促使主管機關依相關法令之規定處理，而不得逕行據以提起行政訴訟訴請拆除、斷水斷電或裁罰。」；99 年度訴字第 2536 號判決則援引改制前行政法院 68 年度判字第 806 號判決意旨認定被告函復意旨，無非係表明不拆除系爭建物而否准原告之請求，則依前揭判旨所示，被告之函復核係對於特定具體事件能發生公法上效果之單方行政行為，應屬行政處分，自得對之提起行政爭訟。惟本案係原告向被告陳情主張其住屋後圍牆為違章建築請求拆除，似屬鄰人訴訟之一種，惟判決中並未究明原告是否有權利或法律上利益受損，抑涉及土地占用爭議。高雄高等行政法院判決 98 年度訴字第 334 號判決參採最高行政法院 93 年度判字第 1585 號判決、99 年度裁字第 4 號裁定則以「建築法第 25 條、第 73 條第 1 項及違章建築處理辦法第 5 條及第 6 條等規定，係國家有關建築物建造之管理規定，人民向

主管機關檢舉違章建築，係告發性質，僅使主管機關得以實施勘查、認定拆除與否之權限，並未賦予人民得請求主管機關拆除他人違章建築之公法上權利，因此，縱或因他人違反建築法第 25 條之規定建築建築物，且其結果亦足以影響他人。然因人民對於建築法第 25 條規定之遵守結果，所造成他人利益之情形，究屬反射利益。而現行法中，又無法律規定人民於第三人違反建築法第 25 條規定時，得由可能利益受影響之第三人以主管機關為被告，請求主管機關對於違章之建築物予以拆除之權利。是依前開說明，於違章建築發生時，第三人僅得以檢舉之方法，促使主管機關依相關法令之規定處理，而不得逕行據以提起行政訴訟，訴請拆除」。

綜上，司法實務見解，司法院釋字第 469 號解釋及最高行政法院 99 年 6 月庭長法官聯席會議（四）決議作成後，僅有臺北高等行政法院單一個案援引改制前最高行政法院判決見解，肯認拒絕檢舉人之函復為行政處，並得提起行政爭訟¹³，其餘判決理由則係以函復非行政處分或檢舉人僅有反射利益，予以核駁。

肆、保護規範理論與違章建築檢舉人

學理上，檢舉復函得否適用保護規範理論作為檢舉人

¹³ 該案判決仍作成駁回之判決，因原告之實體主張並無理由，本於訴訟經濟原則，未撤銷訴願機關所為訴願不受理之決定。

得提起行政爭訟之論據，有不同之論見，司法實務上多以之為觀念通知，非行政處分，或以檢舉僅為促使行政權發動，檢舉不成立，亦未對檢舉人發生法律效果¹⁴，爰就檢舉復函是否為行政處分及有無損及檢舉人之權利或法律上利益，分別論列如下：

一、檢舉復函得否認為行政處分

（一）檢舉復函並未發生法效果

現行法制規定人民得提出檢舉之事項繁多，有以法律或法規命令規定¹⁵，亦有以行政規則規定¹⁶者，其中多有鼓

¹⁴ 最高行政法院 94 年度裁字第 01876 號裁定略以：「人民檢舉違法事件，僅為發動行政權之行使，與公共利益有關，並不涉及個人私益保障，是人民向行政機關檢舉請求處罰特定業者之行爲，核其性質純屬促請行政機關處罰權之行使而已，非謂人民對行政機關處罰權之發動即有公法上請求權之存在。準此，行政機關是否對特定業者發動處罰權做出行政處分，既非人民依法得申請之事項，則行政機關未對特定業者予以處罰，對人民自無權利或利益之損害可言」

¹⁵ 遺產及贈與稅法第 43 條、石油管理法第 54 條第 2 項、食品衛生管理法第 43 條、動植物檢疫法第 6 條之 1、動物用藥品管理法第 31 條、農藥管理法第 43 條、農產品生產及驗證管理法第 18 條、動物傳染病防治條例第 10 條之 1、空氣污染防治法第 42 條第 2 項、噪音管制法第 13 條、廢棄物清理法第 67 條、證券交易稅條例第 7 條、契稅條例第 32 條、菸酒管理法第 44 條、證券交易法第 178 條第 3 項、農業發展條例第 32 條、處理竊電規則第 10 條等均定有獎勵人民檢舉及檢舉獎金發給之授權規定；公平交易法第 26 條、多層次傳銷管理法第 27 條、道路交通管理處罰條例第 7 條之 1 等。

¹⁶ 警察機關處理民眾檢舉違反道路交通管理事件執行要點、獎勵民眾檢舉違章爆竹煙火業實施要點、臺北市檢舉市區道路挖掘違規案件獎勵要點、菸酒查

勵人民檢舉或發給獎金等相關規定。相對於違章建築處理之檢舉人固得檢舉第三人（被檢舉人）之建物為違章建築，惟依違章建築處理辦法第4條第2項係規規定主管機關因檢舉知有違章建築情事而在施工中者，應即勒令停工，同辦法第9條規定則規定檢舉人姓名應予保密，並非人民得依法申請之案件¹⁷，並未課予主管機關對檢舉人或違章建築所有人之特定人，有作成認定違章建築之義務。是於違章建築之檢舉事件，既無明文鼓勵人民檢舉違章建築，亦未設有發給獎金之規定，尙難以推論機關有對特定人應作為之義務，縱有拒絕之表示，亦難認對侵害檢舉人之權利或法律上利益，參照司法院釋字第423號解釋，上開復函對檢舉人並不生法律效果。

（二）檢舉復函得否認具確認效力

學者有以檢舉復函具有確認之法效果，自得以之為行政處分¹⁸，至有無權利或法律上利益受損，則屬行政爭訟之

緝及檢舉案件處理作業要點、國家通訊傳播委員會檢舉違法傳播內容獎勵要點、獎勵檢舉及查緝非法外勞獎勵金核發作業要點等。

¹⁷ 最高行政法院97年度裁字第695號裁定略以：所謂「依法申請之案件」，係指「人民依據法令之規定，有向機關請求就某一特定具體之事件，為一定處分之權利者而言。」

¹⁸ 程明修，前揭文，註6；臺北高等行政法院96年度訴字第296號判決亦曾論述：「按關於違反公平交易法案件之調查、處分事項，為公平交易委員會之職掌。公平交易法之規定目的，如於公共利益之外，兼為保護特定人民之法益者，則遇有違反此種規定之行爲時，受害人民即得請求公平交易委員會調查、處

訴訟權能問題。惟檢舉人縱係以確認建物為違章建築之意思表示，請求機關予以確認，惟檢舉人並無即受確認之法律上利益，不問機關之確認結果為何，仍難認為行政處分。或有主張檢舉成立則享有獎金請求權，惟獎金並非已實現之權利或法律上利益，且部分檢舉事件亦設有領取獎金之條件或順序，足見檢舉人之檢舉縱經檢舉違規事實成立，亦非必能享有獎金或其他獎勵¹⁹，從而檢舉人應僅能因檢舉而享有可能之期待利益，並非現存之權利或利益受損，人民並不因檢舉事件之成立，而受有即受確認之法律上利益。

二、檢舉不成立是否損及檢舉人之權利或法律上利益

違章建築處理辦法規定，並未如申請案件賦予人民公法上請求權已如前述，而依司法院釋字第 469 號解釋意旨，

分。公平交易委員會調查結果，認為無違反公平交易法情事而函復人民，即生主管機關確認「並無侵害人民權益」之法律上效果，為行政處分（最高行政法院 92 年度裁字第 1856 號裁定、93 年度裁字第 1001 號裁定、94 年度裁字第 1477 號裁定參照），人民即非不得就原處分就「檢舉不成立」部分，提起「撤銷原處分及請求作成檢舉成立」之課予義務之訴。」

¹⁹ 例如使用中汽車排放空氣污染物檢舉及獎勵辦法第 7 條第 2 項規定：「二人以上先後檢舉同一車號之案件，於主管機關未結案前，視為同一案件，並依受理先後依序評定，僅獎勵最先經評定達不透光率標準以上且通知檢驗之檢舉者。」；檢舉走私進口動植物及其產品獎勵辦法第 7 項規定：「檢舉人有數人時，獎金平均分配；其有先後者，獎金給與最先檢舉人。但其餘檢舉人檢舉資料，對於破案有直接重要幫助者，得酌情給獎。」

須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，爰分述如下：

（一）違章建築處理辦法之立法目的

按違章建築處理辦法係依建築法第 97 條之 2 授權訂定，復依建築法第 1 條規定：「為實施建築管理，以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻，特制定本法；本法未規定者，適用其他法律之規定。」而違章建築管理與環保事務涉及推動公共利益及保護人民個人權益之影響，尚屬有別，環保事務，個別作用法中均設有公益訴訟條款，將公共利益及被害人民同列為得提起行政訴訟之適格當事人²⁰，行政法院於肯認人民為保護規範理論受保護之利害關係人時，亦曾援引公益訴訟條款作為論述²¹。

²⁰ 例如空氣污染防治法第 81 條第 1 項規定：「公私場所違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，受害人民或公益團體得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。」設有相關規定之環保法律包括：土壤及地下水污染整治法第 54 條第 1 項、污染防治法第 72 條第 1 項、海洋污染防治法第 59 條第 1 項、廢棄物清理法第 72 條第 1 項、環境影響評估法第 23 條第 8 項。

²¹ 最高行政法院 102 年度判字第 782 號判決。

建築法並無公益訴訟條款，考諸違章建築處理辦法早於 1957 年訂定，至 1984 年始取得建築法之明文授權，與司法院釋字第 469 號解釋理由所敘：「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。」之意旨，尚屬有間，且就實務案例而言，一般違章建築檢舉人亦無如環保事件得以健康權或財產權受損為由，主張因違章建築之存續受有損害²²。

(二) 主管機關有無不作為之裁量

違章建築處理辦法第 4 條及第 9 條尚未能認主管機關對檢舉人或違建人所有人等特定人有作為義務已如前述，縱使司法院釋字第 469 號解釋所界定之裁量限縮至零之要件，解釋上不應適用於行政處分之撤銷或命為作為，惟主管機關如無對特定人有作成行政處分之義務者，自不生作為與否之裁量問題。復依司法院釋字第 469 號解釋理由書闡明：機關有無不作為之裁量，須「斟酌人民權益所受侵害之危險迫切程度公務員對於損害之發生是否可得預見侵害之防止是否須仰賴公權力之行使始可達成目的而非個人之努力可能避免等因素，已致無可裁量之情事

²² 違章建築鄰人或同一建物所有人因檢舉違章建築不成立，致受有財產上之可能損害，則可引鄰人訴訟之理論據以判定其是否具利害關係。

者，」違章建築經認定後，始有拆除之執行行為，檢舉不成立，僅係不認定檢舉人所檢舉之建物為違章建築，以即報即拆之違章建築而言，亦難認有急迫情事。至違章建築或合法建築物涉有傾塌風險等急迫情形，主管機關怠為作為，致生人民損害者，與是否認定為違章建築，並無必然之關聯，仍可依國家賠償法及司法院釋字第 469 號解釋請求國家賠償，宜屬公務員怠為作為之責任判斷，請求權人則為自由或權利受侵害之人，並不以曾提出檢舉之檢舉人為限。

綜上，行政法院於司法實務上，對於檢舉違章建築之復函，檢舉人提起行政爭訟多以非行政處分、無權利或法律上利益為主要之核駁理由，雖部分論述司法院釋字第 469 號解釋及保護規範理論，仍以主管機關並無對特定人作成行政處分義務為由，認無保護規範理論之適用。雖最高行政法院 99 年 6 月庭長法官聯席會議（四）決議作成檢舉人依公平交易法所為檢舉，並無保護規範理論之適用，惟其後行政法院判決，亦未援引作為裁定駁回之論據。

伍、結語

依司法院釋字第 469 號解釋及最高行政法院 99 年 6 月庭長法官聯席會議決議意旨，檢舉人是否得適用保護規範理論為規範保護之對象，須分別就檢舉函復（或機關未為函復）是否為行政處分及人民就個案之處置有無權利或利益受侵害，分別予以推斷。二者實為一體二面之關係，蓋檢舉人之權利或利益受侵害者，機關之函復即具有法效性，當可認為行政處分，此類拒絕之行政處分，依法得否提起課予義務訴訟，仍須視檢舉人有無請求機關對特定人作成行政處分之請求權；機關予以拒絕之函復，則須進一步論明檢舉人有無請求機關對特定人作成行政處分（課予義務訴訟）或為行政處分以外給付（一般給付訴訟）之請求權及權利或法律上利益有無受損害為斷。準此，違章建築檢舉人尚非得適用保護規範理論，認其權利或法律上利益受損，而得提起行政爭訟。至個案檢舉人如因違章建築導致其建物結構之可能損害等安全疑慮，則可以鄰人訴訟之例，認其為利害關係人，毋須以保護規範理論，作為唯一之論據²³。

²³ 有關鄰近居民是否有權利或法律上利益受損，除人民得享有保護規範理論下之公權利外，尚應表明自身法律權益受到侵害，以表彰其享有訴權，具體陳述在法律上被保護之權益及受侵害之可能性即可（傅玲靜，臺北的天空，誰的天際？都市更新計畫容積獎勵與保護規範／最高行 100 裁 1904，台灣法學雜誌，第 185 期，2011 年 10 月，頁 195-98）；個人以環評事件為例，亦認為利害關係之有無仍須依個案事實判斷其權利或法律上利益是否受損（拙著，保護規範理論與訴訟權能，月旦法學教室，2014 年 6 月，頁 9-11）。

國家圖書館出版品預行編目（CIP）資料

訴願暨國家賠償專論選輯. 2014 / 臺北市政府法務

局編. -- 臺北市：北市法務局，民 103. 12

面； 公分

ISBN 978-986-04-2973-2（平裝）

1. 訴願法 2. 國家賠償法

588.15

103023230

2014 訴願暨國家賠償專論選輯

出版者：臺北市政府法務局

編印者：臺北市政府法務局

發行者：局長 蔡立文

地址：臺北市信義區市府路1號8樓東北區

臺北市民當家熱線：1999，外縣市：（02）2720-8889

傳真：（02）2759-3266

網址：<http://www.legalaffairs.taipei.gov.tw/>

電子信箱：za25000@mail.taipei.gov.tw

印刷者：均亮設計印刷有限公司

地址：臺北市士林區中正路607號2樓

電話：（02）2812-8392

展／銷售處：1. 五南書店

臺北市和平東路2段339號4樓 02-2705-5066

<http://www.wunan.com.tw/>

2. 國家書店

臺北市松江路209號1樓 02-2518-0207

<http://www.govbook.com.tw/>

定價：新臺幣100元

ISBN：978-986-04-2973-2

GPN：1010302322

出版時間：103年12月