附件二

最高法院國家賠償案件法律意見書

文大法學院謝榮堂教授

案情概要：

原告李信毅（繼承人）之母李游菊（被害人），於民國 108 年 7 月 9 日早上，在系爭虎頭蜂窩所在電線桿旁菜園種菜，遭虎頭蜂螫致死。 而早在同年 6 月 29 日(週六)，宜蘭縣政府即接獲民眾通報，在同一地點遭系爭虎頭蜂螫傷，宜蘭縣政府當天派委外捕蜂人員到場勘查，即發現是攻擊性強烈之黑腹虎頭蜂，現場判斷因蜂窩位於高壓電桿上，需通知台電斷電後，才能摘除蜂窩，當下無須（無法）為任何處置。 原告主張主管機關於現場未設立任何警告標示，被告機關宜蘭縣政府並遲至同年 7 月 2 日(週二)才通知台電，到 7 月 9 日(事故發生當天)晚上，才派人摘除系爭蜂窩，故原告認為宜蘭縣政府有公務員怠於執行職務，致人民受有損害，應負國家賠償責任。 原告於一、二審皆敗訴，本案目前繫屬於最高法院。

最高法院囑咐原告提出學者專家法律意見之問題如下：

第一題 「國家賠償法第 2 條第 2 項，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。」本條所稱怠於執行職務，是否限於法規範已明示之法定職務，應否包括「行政指導」因而發生之職務義務，應作如何解釋？其性質為何？行政指導之效用？為避免人民受到立即可能之危害，縱然法無明文，相關行政主管機關有無採取因應手段之義務？

一、國家賠償責任依據國家賠償法2條第2項得分為因執行職務致損害與怠於執行職務等二大類型。因執行職務致損害非屬本案類型，就此不贅述。所謂怠於執行職務(德國法 Vernachlässigung von Aufgaben, od. Pflichten)。本案補蜂事項原屬宜蘭縣政府法定職權之行政業務，但因客觀專業與技術因素，由民間團體具有承辦能力者，以契約責任方式委託或外包該團體辦理。依據德國行政法分類，以受委託人之身份地位為區別，行政業務委託民間（私人）得分為：

(一)私人得獨立以自己名義為行政行為；(二)行政助手（Verwaltungshelfer），僅作為委託機關之執行工具，不得獨立對外為意思表示；（三）基於私法契約得獨立從事公務之人，因其所從事者非屬高權行為，與前二者之行政助手及經授權行使國家高權之行為皆有所不同。依據上述報告見解，本案之外包型態與效力屬於對外提供服務業務之委託。據此，該外包廠商屬於非以自己名義，並在行政機關指示或指揮下，執行業務之私人，為從屬之行政輔助者（Unselbständiger Verwaltungshelfer），政府有關業務委託私人辦理，於法規無明文規定委託之範圍與內容時，原則得由該委託機關自由決定其欲委託私人辦理之服務與內容。必須強調的是，政府對於該業務之實施，仍負有最終責任（黃茂榮，政府業務委託民間辦理類型及程序之研究，頁121-122），故僅得就其業務為部分委託，而不得為全部委託（行政程序法16Ⅰ）。

所謂業務委託，主要指將行政業務委託他人或其他組織體辦理者而言。其中，委託公權力主體以外之私人行使者，一般稱為「行政委託」(林明鏘,論行政委託私人-其基本概念、法律關係及限制監督憲政時代第二卷第19期,1993年, 第4頁以下)。有學者認為因行政委託之概念易與權限委託相混淆，而主張採用「公權力授與」與「公權力受託人」之概念者，陳敏

TPSS

(行政法總論,自刊,1998年5月,第808頁)。行政委託之受託人,雖係私法上主體,然因受託行為而得以自己名義,就該受託業務,不受委託機關之指揮監督,獨立對外行使公權力,故其具有「行為名義之獨立性」與「業務執行之獨立性」二種特性(林子儀、蔡茂寅,行政檢查業務委託民間辦理法制之研究,行政院研究發展考核委員會委託研究報告,民國86年6月,第13-60頁)。基此見解,則行政委託與行政助手或行政輔助人概念有所不同。因此,所謂政府業務委託,並不限於上述學理之行政委託情形,如具備「行為名義獨立性」與「業務執行獨立性」將國家業務委由私人行使者,均屬之。

有關政府業務委託民間辦理之法律關係,就該委託業務而言,至少可能發生下述三面關係[40]:(一)委託機關與受託者之委託關係;(二)受託者與第三者之人民間就委託業務所生關係;(三)第三者之人民與委託機關間就委託業務所生之關係。所謂法律關係,通常係指因該具體業務所生之權利義務關係,依其性質並考量與行政程序及後續爭訟救濟之問題,尚得分為公法關係與私法關係。受託人民與第三人間之關係 依其受委託業務之性質如何以及該受託私人是否以自己名義與第三人發生法律關係,而有不同。亦即,如受託私人係以自己名義獨立與第三人成立法律關係,且該業務屬郵電、交通、瓦斯、醫療之提供或私經濟行政者,因該業務通常以私法方式提供予第三人,故受託者與第三人間原則成立私法上法律關係。

TPS

反之，如以自己名義獨立以公法方式為受託業務之提供，則該受託私人立於受委託行使公權力之私人地位，而與第三人成立公法上法律關係，且其有關侵權行為之損害賠償責任，成立國家賠償關係[41]。

申言之，如受託者非以自己名義獨立實施受託業務者，其通常屬單純提供技術性或輔助性業務之事實行為，而屬於行政助手或行政輔助人之地位，原則上與第三人並不發生任何關係，有關受託業務之實施，僅於委託機關與第三人間發生，本案屬之，如有侵權行為損害賠償責任，則成立國家賠償關係[41]。

再觀第三者之人民與委託機關間，就委託業務所生關係,因受託者地位之不同而有異。亦即，如受託者係立於受委託行使公權力之地位者，則第三人與受託者間之關係，視同其與委託機關間之關係。如受託者僅屬行政助手或行政輔助人者，由於就該委託業務係以委託機關之名義作成，故第三者之人民與委託機關間之法律關係，則應視該業務內容以及實施業務行為之性質如何，以判斷其成立公法關係或私法關係。依據國家賠償法第2條第2項請求國家賠償，無論受託人係立於受委託行使公權力之私人地位（同法第4條），或單純之行政助手或行政輔助人，該委託機關均負國家賠償責任。至於委託機關與受託者間之內部關係應如何解決，則視其委託關係而定例如成立契約之債務不履行責任或國家賠償之內部求償責任，而該內部關係不影響主管機關之職務義務及其所生之損害賠償責任歸屬。

TPSS

二、法定職務 Gesetzliche Pflichten

原德國國家賠償法（Staatshaftungsgesetz）因為部分條文遭德國聯邦憲法法院判決違憲，為保障人民權益與處理國家侵權行為，而依據德國民法§ 839 BGB 連結德國基本法第 34 條(Art. 34 GG)，推導出德國國家賠償之請求權基礎 Anspruchsgrundlage der Staatshaftung，並明定屬於公法性質。綜合德國學說與實務見解，關於國家重要法定義務，除法治國原則之依法行政與合法行政行為外（rechtmäßiger Verhalten, 德國基本法第 20 條第 3 項），所謂法定義務包括依據組織法與行為法（實體法）授權外，據此明確衍生之國家責任與義務如下：

1. 具有管轄權與符合程序之行政作為
2. 依職權謹慎調查事實（德國行政程序法24, § 24 VwVfG）
3. 正確提供案件相關之資訊與建議(Erteilung korrekter Auskünfte, korrekten Beratung, 德國行政程序法§ 25 VwVfG)
4. 遵守合理與適當之處理期限
5. 未經授權行為之不作為義務，並尊重對於未參與程序第三人之絕對權利保護。
6. 不作成違法之法律行為
7. 無瑕疵之行政裁量與符合比例原則
8. 前後一致且不矛盾之行政行為

依據上述原則檢證及確認國家責任與義務，自保障人民觀權利觀之，行政機關否准人民申請保護案件，類型應屬怠於執行職務型，因主管機關應給予許可卻未許可或瞭解應允後卻未及時執行，則屬於消極怠於不作為。至於否准類型為消極不作為或明確拒絕，則在非所問。關於主管機關拒絕人民申請原因多元，可能申請人要件不符、國家經費有限等原因，拒絕人民申請案。對人民而言，許可決定為行政機關之職務義務，其否准即屬未履行

職務義務。其他如主管機關雖有所作為，然未達應有保障程度，則屬於**作為不足，亦屬**怠於執行職務，蓋由結果論，主管機關並未達成其應盡之職務義務。

檢證主管機關依法令卻怠於執行職務前提，為行政機關依法令負有應執行職務義務，此法令包括指法律、法規命令，亦指行政規則、自治條例、自治規則等行政法源，且該職務義務不以法令明確賦予某一公務員或某機關為限，即使法令對於該職務義務之機關或人員規範明確，並不影響該職務義務之有無。蓋行政機關內部權責劃分，不應作為行政機關卸責事由，更不應阻礙人民國家賠償請求權成立（林三欽，月旦法學教室第 55 期，2007 年 5 月，第 31頁）。依據學說見解，有關怠於執行職務國家賠償責任之構成要件如下：

一、行政機關負有應執行之職務義務，且該職務義務具有「第三人關聯性」；

二、未執行該職務義務；

三、行政機關之作為已逾越行政裁量權合理行使範圍；

四、有故意或過失；

五、人民之自由或權利受損害；

六、「怠於執行職務」與「損害發生」間有相當因果關係。

成立「怠於執行職務之國家賠償責任」，不僅行政機關應依法令負有職務義務，而且該項職務應有「第三人關聯性」。所謂「第三人關聯性」（Drittbezogenheit）係指該項職務義務不僅為公共福祉而存在，而且亦兼具有保障可得特定人權益之立法目的。此項限制主要係因行政機關之職務義務繁多，其涵蓋範圍與層面極廣，若任一項行政機關不作為，皆得成立國家賠償責任，則國家將背負過於沈重之賠償責任。故為使國家責任限定於合理範圍內，將行政機關所怠於執行之業務，限定為具有「第三人關聯性」。

1. 限制標準－依據司法院釋字469所示「保護規範理論」推論

2 行政作為有無第三人關聯性，應以法令解釋據以探求立法目的，辨別其「保護對象」究係「社會全體公共福祉」，亦或「可得特定人之權益」。就此根據司法院釋字第469號解釋文：「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，而其目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，.....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（林三欽，月旦法學教室第55期，2007年5月，第32**頁**；李惠宗，論行政不作為之國家賠償責任－台中地方法院86年度重國字第三號（衛爾康事件）判決與大法官釋字第469號解釋評釋，台灣本土法學雜誌，11 期，2000年6月，50-51頁；董保城，公權與公務員怠於執行職務而生之國家賠償責任之探討－兼論最高法院72年台上字第 704 號判例，東吳法律學報，7卷1期，1991年2月，60-61頁。）

三、怠於執行職務應否包括行政指導，因而發生之職務義務？性質為何？行政指導效用？

依據行政程序法第 165 條規定：「本法所稱行政指導，謂行政機關在其職權或所掌事務範圍內，為實現一定之行政目的，以輔導、協助、勸告、建議或其他不具法律上強制力之方法，促請特定人為一定作為或不作為之行為。」本案委外之業者，係與宜蘭縣政府定有契約義務，且受理案件係由宜蘭縣政府之相關主管機關受理後，再要求該公司處理，並非該公司主動接案，再由主管機關加以輔導、協助、勸告、建議，主管機關之決定，基於雙方契約關係，對於該業者具法律上強制力，故本案就事實上而言，應與行政指導無涉。

四、為避免人民受到立即可能之危害，縱然法無明文，相關行政主管機關有無採取因應手段之義務？

以法規範目的探求保護對象之思考模式，即屬應用「保護規範理論」之結果。為闡明保護規範理論之應用方式，司法院釋字第469號解釋之解釋理由書進一步指出：「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，可得知亦有保障可得特定人之意旨時，則受損害之個人主張其權益，因公務員怠於執行職務而受損害，即應許其依法請求救濟，本案屬之。

至於應就具體個案而定係指，應於各該具體案件中，分析其所涉及職務義務法令規範，而後解讀其「規範目的」。該號解釋特別指出「**法律之整體結構**」、「**法律之適用對象**」、「**法律所欲產生規範效果**」及「**社會發展因素**」等四個面向，作為探討規範目的之要素。簡言之，探討法律規範目的時，不受立法者原意拘束，應就客觀、全盤情事檢視[13]。於探求相關法令是否為保護規範時，並應注意國家機關對於人民基本權利之保護義務（謝榮堂/周佳宥，論國家保護義務，軍法專刊第55卷低第3期，頁45-71）。換言之，探究國家保護義務是，應以憲法保障人民基本權利為源頭，審慎解釋相關法令，以免法令規章解釋背離憲法。公務員所怠於執行職務義務規定，如未明白於法令賦予可得特定人公法上請求權，司法院釋字469引用學者推論之保護規範理論，要求主管機關應探求各該職務之規範目的，而後據以判定有無國家賠償法第2條第2項後段之適用；最高法院72年台上字第704號判例，逕行認為國家賠償請求權不成立，已經上述解釋予以補充與停止適

TPS

用。若經由法令檢視得知，某項法令規定之規範目的不僅維護公益，亦含維護個人重要法益之目的，則人民對於公務員未執行此項規定，所生權利損害便得向國家請求賠償。

絕大多數行政法規有關行政機關職務義務之規範，在立法技術上與民法不同，民法於法規明列請求權基礎，行政法規則主要僅列出國家作為義務，而非如同民法明示請求權基礎，人民得據以請求。國家作為義務之對象為人民，人民視權益之本質而定，並非僅得間接受益或反射利益。借鏡德國基本法第1條第3項: 以下基本權利拘束立法、行政及司法而為直接有效之權利（Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.）。可知，人民公法上權利之法源為憲法，而憲法基本權利條文為直接有效之權利，我國憲法雖無類此規範條文，在解釋與適用亦得如是。

但不得由於現在法規主要規範行政機關之立法技術差異，而錯誤認為人民對於請求保護並無請求權，甚至僅得間接受益或僅屬反射利益。就此，不論學說或實務，通常係經由上述方式加以詮釋，以究其為保護規範，而非一概否定，否則人民將無從主動請求國家（行政機關）保護，則主觀公權利將形同虛設。

最後，有關法規範有無第三人關聯性，可區分為人與事二要素。就**人要素**而言，係爭職務義務必須有保護可得特定第三人之意旨，且在具體個案中，賠償請求人應為該職務義務所保護之群體。再就**事要素**而論，於具體個案請求保護者受受侵害權益，應為係爭職務義務所保障之標的範圍中（德國學者Christoph Stein/Peter Itzel/Karin Schwall, Praxishandbuch des Amts-und Staatshaftungsrechts, Berlin u.a. 2005, S. 41 ff.）。

第二題 天然災害現場（本案例虎頭蜂所處位置）位於產業道路旁，如可預見其有攻擊往來人群，造成生命身體之傷害，又因築窩於高壓電塔上須待斷電始能摘除，則於摘除前，國家機關有無採取適當手段必要？如未有任何行政舉措，是否為怠於執行職務？

依據「消防機關協助執行捕蜂捉蛇為民服務處理原則」第5條第4項第8款之記載：「經消防人員現場評估當下無立即人命危害或不需處理（如蜂蛇位於戶外、野外）或無法處理（如蜂巢位於電塔、懸崖等高風險環境，作業困難）者，得不處理。」規定，主管機關對於摘除蜂巢，尚得審酌蜂巢所在位置是否屬高風險或有無作業困難等實際狀況，具有專業判斷餘地。行政法規有關不確定法律概念與行政裁量，常在應用上有所誤解，對於構成要件中之不確定法律概念，係立法者依據依法行政原則，賦予主管機關根據客觀事實、專業與執行技術等事務之判斷餘地，而裁量係適用於法律效果（裁罰）之衡量，消極不作為並非行政裁量，行政機關應依法行政，對於狀態與事實明確之情事，應採取適當之作為，而無裁量之可能。本案係由主管機關委外廠商處理，依其專業判斷，主要因蜂窩位於高壓電塔上，必先由台電斷電，始得進行拆除作業，再觀上述處理原則僅授權主管機關，就高風險環境作業困難者，得不處理，此係僅對於拆除蜂窩作業而言，並非對於已得預見之危險狀態得完全不作為，包括對於該區域往來人員之提醒或警示，以盡國家保護義務。

進一步言，本案虎頭蜂窩位於產業道路旁之高壓電塔上，未斷電則對於處理人員有生命危險，而無法立即處理，屬於客觀不能。但黑腹虎頭蜂屬可預見有攻擊往來人群之危險性，並有造成生命身體之傷害疑慮，高壓電塔未斷電前，固客觀無法摘除。然於摘除前，主管機關對於

該處蜂窩之可能危險，應對可得特定之人採取適當必要警示，包括可能行經之人、附近住家與作業人員等，本案被害人為可得特定之人，屬該處理原則之保護對象。至於主管機關如何警示與在何處警示，屬於客觀技術問題，不得因技術問題，而免除主管機關保護人民而應採取適當作為之作為義務。

如前所述，國家對於人民具有保護義務，包括已存在之危險應予以排除，可預見之危險亦應採取必要預防措施，如若不然，則有消極不作為（怠於作為）之虞。再就法規範第三人關聯性之人要素**而言**，該職務義務（拆除蜂窩或提醒告示）係具有保護可得特定第三人功能，且在具體個案中，被害人屬於該職務義務所保護之群體。上述處理原則僅為「得不處理」，其目的係授權主管機關，依據客觀情事為專業判斷該蜂窩如何處理，絕非據此恣意解釋為無須任何作為，而得免除主管機關一切處理義務或作為。就本案而論，主管機關與委外公司判斷得不處理，但卻發生虎頭蜂群攻擊致死事件，顯然其專業判斷之正確性不無疑問，否則該不幸事件或容有避免或結果減輕之可能。再就事之要素而論，本案蜂窩事先已由人民報請主管機關處理，主管機關亦判斷有處理必要，只是需要台電配合斷電，顯見該蜂窩確具有攻擊人類之危險性，請求保護者所受侵害權益，為係爭職務義務所保障之標的範圍。據此，即使當時無法立即處理，主管機關仍應對於可得特定之人與一般公眾有所警示，事實卻是毫無警示，致使人民無法事先對於該蜂窩之危險有所認知或防範，就此難謂主管機關之不作為全無疏失。故主管機關未有任何行政舉措，難謂非屬怠於執行職務。

謝榮堂

111/11/04