

釋字第 469 號解釋不同意見書

孫森焱大法官 提出

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，國家應負損害賠償責任。」準此，國家應負損害賠償責任，須公務員為執行職務，行使公權力之行為，因故意或過失逾越權限、濫用職權或違背對於第三人應執行之職務，致侵害人民自由或權利為要件。所謂執行職務之行為，包括作為及不作為。公務員於執行職務行使公權力時，以作為侵害人民之自由或權利而符合上開規定之要件者，國家固應負損害賠償責任，若以不作為侵害人民之自由或權利，則須公務員依法有作為之義務為要件。按國家行使統治權，依法律之規定有課公務員作為之義務，以增進公共利益者，亦有以保護第三人之權益為目的者。公務員之作為義務如係專為增進公共利益之目的，則其執行職務，行使公權力之行為，雖可使一般人民享有反射利益，亦不能因公務員不執行該作為，即認為人民之權利因而遭受直接之損害，自不得請求國家負損害賠償責任。又公務員之作為義務除為增進公共利益外，兼有保護第三人之權益為目的者，尚須視有無賦予公務員就作為或不作為，為裁量之權限，以定國家之損害賠償責任。關於裁量權之行使問題，除法律對主管機關應執行職務、行使公權力之事項，定有明確規定外，並應斟酌人民自由或權利，因行政不作為所受侵害之危險程度、因行政作為得防止侵害權益之可能性、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等因素，於公務員就作為或不作為已無裁量餘地時，因其故意或過失而不作為，不法侵害人民之自由或權利致生損害，則國家即應依上開規定負賠償責任。類此情形，與公務員以作為加害人民之權益者，應由國家負賠償責任，並無二致。至於國家賠償法第二條第二項後段規定：「公務員怠於執行職

務，致人民自由或權利遭受損害者，亦同。」其立法意旨係指依法律明確規定，第三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，致該請求權因不能實現或因遲延執行，自由或權利遭受損害之情形而言。關此公法上請求權之行使，自行政訴訟法修正實施後，權利人得依同法第五條及第八條規定請求國家機關給付，是與公務員對於規制權限之不作為，具有裁量餘地者，性質有異；與國家賠償法第二條第二項前段規定，人民之自由或權利因公務員積極作為或消極不作為之侵權行為而發生之損害，由國家負賠償責任者，亦屬不同。最高法院七十二年台上字第七〇四號判例謂：「國家賠償法第二條第二項後段所謂公務員怠於執行職務，係指公務員對於被害人應執行之職務而怠於執行者而言。換言之，被害人對於公務員為特定職務行為，有公法上請求權存在，經請求其執行而怠於執行，致自由或權利遭受損害者，始得依上開規定，請求國家負損害賠償責任。若公務員對於職務之執行，雖可使一般人民享有反射利益，人民對於公務員仍不得請求為該職務之行為者，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。」係專就國家賠償法第二條第二項後段之規定而為闡釋，並未增加法律所無之限制，與憲法第二十四條規定並無違背。

本件多數意見通過之解釋文初則謂公務員依法律規定對可得特定之人所負之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二條第二項後段向國家請求賠償；繼則謂最高法院七十二年台上字第七〇四號判例意旨與首開意旨不符部分係對人民請求國家賠償增列法律所無之限制云云，認有違憲法保障人民權利之意旨。惟查公務員依法有作為義務者，既云須因「故意或過失」怠於執行職務，致人民之自由或權利遭受損害，國家始應負損害賠償責任。其立論基礎亦係以

國家賠償法第二條第二項前段規定之要件為衡酌之依據。蓋若適用同條項後段規定，則公務員有怠於執行職務，致人民之自由或權利遭受損害之情形，被害人即得請求國家賠償。如果國家抗辯公務員所以怠於執行職務係因不可歸責之事由所致，則應由其負舉證責任。可見適用同條項前段或後段之規定，其構成要件及法律上效果，仍屬有別。本件解釋以前段規定之要件適用於後段規定之公務員侵權行為，混淆二者之構成要件。

按依國家賠償法第五條規定：「國家損害賠償，除依本法規定外，適用民法規定。」故公務員為執行職務、行使公權力而以積極之作為，故意或過失不法侵害人民之自由或權利者，例如公務員對人民施暴之情形，被害人得依民法第一百九十五條第一項規定請求給付慰撫金，以賠償非財產上損害。對照以觀，公務員若出於消極之不作為，以侵害人民之自由或權利，例如執勤之警察目睹加害人施暴力於被害人，竟袖手旁觀而未加制止（社會秩序維護法第四十二條、第八十七條規定參照），苟具備故意或過失之要件，且按其情節警察已無不作為之裁量餘地，被害人就其所受身體上損害，亦非不得請求國家給付慰撫金。是公務員於執行職務、行使公權力時，不論其行為係作為或不作為，苟因故意或過失不法侵害人民之自由或權利，國家應負損害賠償責任之內容並無二致。由此觀之，公務員之侵權行為類型，以上兩者應屬相同。

次就國家賠償法第二條第二項後段規定以言，最高法院七十二年台上字第七〇四號判例闡述其立法意旨，係指依法律明確規定，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之情形而言。顧人民之此項請求權有基於財產權，亦有本於人格權性質者，縱因公務員怠於執行職務，致受侵害，按其情節，被害人尚無請求賠償非財產上損害之餘地。例如請求地政機關辦理不動產物權之登記事項，經公務員違法駁回登記

之申請者，被害人不得請求給付慰撫金，以賠償非財產上之損害（依民法第十八條第二項規定，人格權受侵害時，以法律有特別規定者，始得請求給付慰撫金；如因登記錯誤、遺漏或虛偽致受損害者，依土地法第六十八條規定，地政機關應負損害賠償責任）。又如人民請求戶政機關辦理戶籍登記而遭拒絕者，就公務員因遲延執行職務所受財產上損害，固得請求國家賠償，至於被害人因此所受精神上痛苦，法律並無特別規定得請求賠償。再就主觀的責任原因言，國家如抗辯公務員之怠於執行職務係因不可歸責於公務員之事由所致，即應就此負舉證責任，已如前述。與適用同條項前段時，被害人對於公務員之行為（作為或不作為）係因故意或過失所致者，應負舉證責任，尚屬有間。此外，公務員若因可歸責於己之事由，致遲延執行職務，則依民法第二百三十一條第二項前段規定，國家對於被害人因不可抗力而生之損害，仍應負責。是與適用同條項前段規定時，國家應就公務員所為故意或過失之行為（作為或不作為）負責者，又有不同。

綜上以觀，國家賠償法第二條第二項前段與後段所定國家損害賠償責任之規範內容各有所指，公務員侵害人民自由或權利之違法行為，各該規定適用之類型迥不相同。最高法院上開判例係專就後段規定之情形而為闡釋，與前段之規定無涉。本件多數意見通過之解釋，徒依條文表面之文義而為解釋，認「被害人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」，執以指摘最高法院上開判例所述，限縮後段規定適用之範圍，有違憲法保障人民權利之意旨云云，立論未免率斷，難昭折服。

按最高法院職掌民、刑事訴訟案件之終審裁判，其受理具體訴訟事件，係以第二審判決確定之事實為判決基礎。裁判上適用法律乃經由訴訟程序，使抽象的法律規定具體化、明確化、正確化。從而法律規定有不明確者，以解釋方式闡明其含義；在法律規定有欠缺時，以補充方式填補其闕漏，使法律的適用完備無缺。判決之見解具有創新

意義者，則採為判例，賦予拘束法院之效力。因此，關於判例所採法律見解，除有明顯違背憲法保護人民權利意旨之情形外，不應因對條文為相異之解釋，執判例文義之一端，指為牴觸憲法之規定，置判例所欲闡述之精義於不顧。斯為尊重最高審判機關適用法律職權所當為，本件多數意見捨此而不由，爰提出不同意見書如上。