

國立臺灣大學法學叢書(二十)

民商法問題研究(三)

鄭玉波著

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店



D922. 290. 4
Z455

國立臺灣大學法學叢書(二十)

民商法問題研究(三)

鄭玉波著

司 法 院 大 法 官
兼國立臺灣大學法律學系教授

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會編輯

自序

本書（民商法問題研究（三））輯文二十八篇，有關民商法者十六，有關其他法律者（以稅法為主，因稅法與商有關故也）十二；或為近作，或為舊譯，皆公餘之撰著也，雖曾單篇發表，廣求教益於前，仍願專書問世，以免散佚於後，敝帚自珍，人情之常歟？惟筆者研究來深，所輯各篇，疏漏難免，倘蒙宏達不吝賜正，則不勝企禱！

本書付梓，多蒙三民書局編輯部諸位女士先生協助編校，熱心從事，備極辛勞，當茲出版之際，謹此誌謝。

鄭玉波 序於司法院

中華民國七十一年五月二十日

民商法問題研究(三) 目次

自序	1
一、論國家賠償責任與公務員賠償責任之關係	1
二、論讓與請求權與賠償代位	11
三、論債之效力及一般擔保	23
四、論債務人支付能力之擔保	35
五、論提前還本與提前到期	47
六、論債務清償人動的安全之保護	57
七、論所有物返還請求權	67
八、論遺失物之拾得	91
九、論有價證券質權	105
十、論債權質權之實行	115
十一、論債權質權與混同之關係	129
十二、論匯票之略式承兌	143
十三、匯票承兌與民法上債務承擔之比較	157
十四、論遠期支票、空白支票與空頭支票	167
十五、票據法之修正問題	189
十六、安樂死與墮胎可以合法化嗎?	195
十七、談司法革新	197

2 民商法問題研究(三)

十八、簡介日本消費者保護基本法	201
十九、論租稅法律主義	207
二十、租稅判例與租稅法規	217
二十一、論租稅通告之任務與機能	229
二十二、租稅法上行政罰與刑事罰	245
二十三、日本國稅之法律體系及法令、告示之機能	255
二十四、論地方稅之法律體系	267
二十五、論商法、證券交易法、其他有關法規及企業會計原則與稅法之關係	279
二十六、累進稅率制之效果及其影響	293
二十七、租稅稽征之時效問題	305
二十八、「等」字與例示規定	345

論國家賠償責任與公務員賠償責任之關係

目 次

- 一、前言
- 二、國家賠償責任與公務員賠償責任之概述
- 三、國家賠償責任與公務員賠償責任之關係
- 四、結語

一、前 言

國家賠償法，將於本（七十）年七月一日施行，屆時我民主法治又邁進一大步，展開我法制上輝煌燦爛的新頁，真是一大喜事。惟國家之賠償責任，係以公務員之賠償責任為主要基礎，而國家賠償法之施行，尚屬首創，一般人難免陌生。至公務員之賠償責任，雖於民法中早有規定，但迄今尚未見諸判例，足徵一般人對之亦不熟稔，則國家賠償責任與公務員賠償責任之關係，實有究明之必要。筆者不揣簡陋，草此淺文，用供參考，倘蒙方家指正，不勝感幸。

二、國家賠償責任與公務員賠償責任之概述

憲法第二四條規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償。」本條分上下兩段，上段規定公務員之責任，

2 民商法問題研究(三)

有懲戒責任，刑事責任及民事責任三者。民事責任即民法第一八六條所規定之公務員侵權行為責任是也。下段規定國家之賠償責任，此一責任，即以上段公務員之民事責任為基礎，可見其關係之密切。茲將此兩者分別概述如下：

(一)國家賠償責任 國家賠償法所規定之國家賠償責任，其成立原因有二：一、基於公務員之民事責任；二、基於公有公共設施之加害所造成之賠償責任。後者與本文無關，茲僅就前者述之。依國家賠償法第二條第二項規定：「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。」此之所謂公務員，指依法令從事於公務之人員（同法同條第一項），係採取最廣義之概念^①，與刑法第一〇條第二項對公務員所採取之概念，範圍相同。可見人民得請求賠償之機會較多，符合憲法前言中所昭示「保障民權」之意旨，顯示人權至上之精神，值得稱讚。不過國家賠償責任之成立，須公務員於執行職務行使公權力時（例如法官從事審判，財稅人員從事賦稅徵收；警察人員從事指揮交通或其他勤務），因故意或過失不法侵害人民之自由或權利，或怠於執行職務，致人民之自由或權利遭受損害者始可。若公務員非由於執行職務行使公權力，而害及人民；或雖係執行職務行使公權力，但非因故意或過失，而害及人民時，國家均不負擔賠償責

① 按公務員之意義，在現行法上頗不一致，有最廣義者，如刑法第一〇條所定者是；有廣義者，為公務員服務法上之公務員是；有狹義者，為公務員懲戒法上之公務員是；有最狹義者，如公務員任用法上之公務員是。在民法第一八六條所稱之公務員，向來學說上多採廣義（詳請參照拙著：民法債編總論一七〇頁及「公務員侵權行為與國家之賠償責任」一文，載於拙著：民商法問題研究(二)四五頁）茲國家賠償法既採取最廣義，則民法上亦應同此解釋，以期一致。

任●。

其次國家應負賠償責任時，被害人得以該公務員所屬機關為賠償義務機關（國家賠償法第九條第一項），而請求損害賠償。請求時將須先以書面向賠償義務機關為之，其結果可能與賠償義務機關達成協議，而獲得賠償；亦可能協議不成，而未獲賠償。未獲賠償時，被害人得依民事訴訟法之規定向地方法院提起損害賠償之訴；但已依行政訴訟法之規定，附帶請求損害賠償者，就同一原因事實，不得更行起訴（國家賠償法第一〇、一一、一二條），以期貫徹訴訟法上「一事不再理」（*Non bis in idem*）之原則。至國家賠償方法係以金錢賠償為原則，以回復原狀為例外（國家賠償法第七條第一項），與民法以回復原狀為原則，以金錢賠償為例外者（民法第二一三條——第二一五條），恰好相反。蓋國家賠償以支出金錢，在會計上較為便利故也。不過民法上就侵權行為部分之損害賠償亦多特別規定以金錢為之，例如殯葬費、扶養費、定期金、慰撫金及價額之類（民法第一九二——一九六條）均是。因此雖謂民法上侵權行為部分之賠償以金錢賠償為原則，而國家賠償法與民法採取相同方法，亦不為過。

（二）公務員賠償責任 公務員之賠償責任乃國家賠償責任之所由生，其責任如何？依民法第一八六條規定：「公務員因故意違背對於第三人應執行之職務，致第三人之權利受損害者，負損害賠償責任，其因過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，負其責任。前項情形，如被害人得依法律上之救濟方法，除去其損害，而因故意或過失不為之者，公務員不負賠償責任」。此之所謂公務員之賠償責任，係指其因執

● 主張公務員縱無過失，國家仍應負損害賠償者有之，如行政院研考會之「國家賠償法」草案第三條是。（請參照該會出版之「國家賠償法之研究」二三頁，該草案筆者曾參與起草）。

4 民商法問題研究(三)

行公法上之職務有所違背，而致第三人受損害時，所應負之賠償責任而言，因之雖為公務員，但非執行職務；或雖執行職務，但非執行公法之職務，例如公營公司之職員，雖亦具有公務員身分，但其所擔之職務，或為買賣，或為運送，純屬私法上之問題，如執行此等職務，而加損害於他人時，自與一般人之侵權行為無所差異，仍應依民法第一八四條之規定負責，無適用民法第一八六條之必要。而國家對此亦應依民法第二八條或公司法第二三條，或民法第一八八條之規定負連帶賠償責任，亦無適用國家賠償法之必要。其次公務員之賠償責任，尚因其加害係出於故意或過失而不相同，其出於故意者，被害人得逕向其請求損害賠償，至有無他項受賠償之方法在所不問；然若出於過失者，則以被害人不能依他項方法受賠償時為限，公務員始負其責任。可見在此情形，公務員所負之責任為第二次序之責任，與保證人之責任或票據背書人之責任相類似。所以如此者，乃因公務員職務之執行，係推動國家之政務，以促進人民之福利，事繁且重，難免有所疏失，若不論故意或過失，一律使之賠償，則極易釀成「多作多錯，少作少錯，不作不錯，得過且過」之心理，影響所及，國家之政務殆矣，遑論人民之利益乎？有鑒於此，法律上乃將公務員之過失責任，列為第二次序，使其執行職務，不必瞻前顧後，只要不故意，則賠償之機會不多。國家賠償法施行後，國家之賠償即係上述之他項賠償方法，因而斯時，被害人自應先向國家請求損害賠償，而不得先向有過失之公務員請求賠償。不惟如此，公務員所為之公法行為，如有違失，法律上多設有救濟方法，例如對法官所為裁判不服之上訴、抗告，對行政處分不服之訴願、再訴願、行政訴訟，更正、複查等均足。既有此等方法，則被害人自應循之以謀取救濟，而除其損害。倘因故意或過失（如忘記上訴期間，致未能上訴，而判決確定），而不為之者，則公務員之加害行為，無論出於故意或過失，均不負責任。

(此乃基於過失相抵之法理，參照民法第二一七條)。可見公務員之賠償責任，較一般人之責任為輕。公僕難為歟？不難為歟？於此可以思過半矣。又上述之救濟方法，均係針對公務員之公法行為而設，至公務員之私法行為，雖係執行職務，亦不適用此之規定。蓋不僅訴願，再訴願、行政訴訟、更正、複查方法乃對行政處分所特設，即上訴、抗告等方法，雖一般訴訟上亦有之，但一般情形，總不能因被害人之故意或過失而未與訟，遂遽免除加害人之責任。由此亦可證明民法第一八六條所規定公務員之責任，係專以執行公法上職務所生者為限。此點與國家賠償法第二條所規定公務員須執行職務行使公權力，國家始負賠償責任者，尚無二致。學說上有主張民法第一八六條公務員之責任，包括執行私法上之職務在內者，似宜再加斟酌。

三、國家賠償責任與公務員賠償責任之關係

國家之賠償責任與公務員之賠償責任，其關係可分對外關係與對內關係兩者。所謂對外關係，係指對被害人之關係而言；所謂對內關係，係指國家與公務員之關係而言。茲分述之：

(一)對外關係 國家賠償責任與公務員之賠償責任就對外關係而言，可分下列四點：

(1)不真正連帶債務關係 公務員違背對於與三人應執行之職務，致第三人之權利受損害者，如係出於「故意」時，公務員應負賠償責任（民法第一八六條），國家依國家賠償法第二條第二項之規定亦應負賠償責任。此時國家之責任與公務員之責任，屬於併存。被害人得先向公務員請求賠償，亦得先向國家請求賠償，更得向公務員及國家同時請求損害賠償。但無論公務員或國家之一方已為全部賠償時，他方對於被害人

之賠償責任亦同歸消滅。此點頗與民法上之連帶債務（民法第二七二條以下）相類似。不過連帶債務之成立，以出於當事人之明示或法律之特別規定為限。而國家之賠償責任，係依據國家賠償法，公務員之賠償責任係依據民法，不但法之公私有別，且二法均未規定其係連帶債務，祇是解釋上與連帶債務相類似而已。在學說上應稱之為不真正連帶債務（*Unechte Solidarität*）。關於不真正連帶債務之詳細及與連帶債務之區別，請參照拙著：民法債編總論四五六頁，於茲不贅。

(2)先後次序關係 公務員違背對第三人應執行之職務，致第三人之權利受損害者，如係出於「過失」時，公務員與國家固亦均應負損害賠償責任，但此種情形依民法第一八六條規定，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，公務員始負其責任。茲既有國家依國家賠償法第二條第二項規定負賠償責任，則被害人自應先向國家請求賠償，而不得先向公務員請求賠償，於是在出於「過失」之情形，國家賠償責任與公務員賠償責任，即形成先後次序關係，國家為第一次序，公務員為第二次序，與上述不真正連帶債務關係，有所不同。此時公務員之賠償責任與保證人之責任（未拋棄先訴抗辯權者）或背書人之責任恰相類似。②

(3)同時免責關係 公務員違背對於第三人應執行之職，致第三人之權利受損害者，無論出於「故意」或「過失」，如被害人得依法律上之

② 德國民法第八三九條第一項規定：「公務員因故意或過失，違背其對第三人所應盡之職務者，對於該第三人因此所生之損害，負賠償義務。公務員僅有過失責任者，祇於被害人不能依他項方法而受賠償時，始得對之為賠償之請求。」（臺大法研究所譯德國民法五一二頁），大致與我民法第一八六條之規定相同。但西德國家賠償法草案（一九七三年）第一條第三項規定：「為公權力主體執行公務致侵害人民之權利者，該執行公務者，對於受害人不負賠償之責。」（行政院研考會：國家賠償法之研究一五三頁）則已明定公務員免負責任矣。

救濟方法，除去其損害，而因故意或過失（注意：此乃被害人之故意或過失）不爲之者，公務員不負責任（民法第一八六條第二項），亦即免責。此時國家要否負責？法無明文。但解釋上國家之賠償責任係以公務員賠償責任之存在爲前提，茲公務員既已免責矣，則國家自亦當免責也。於是在此情形，國家賠償責任與公務員賠償責任，構成同時免責關係。

(4)先後免責關係 國家賠償責任與公務員賠償責任有時可構成先後免責關係，此點可於消滅時效上見之。按國家賠償責任之時效期間，依國家賠償法第八條第一項規定：「賠償請求權，自請求權人知有損害時起，因二年間不行使而消滅；自損害發生時起，逾五年者亦同。」有「二年」與「五年」兩種；而公務員賠償責任之時效期間，依民法第一九七條第一項規定：「因侵權行爲所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅，自有侵權行爲時起，逾十年者亦同。」則有「二年」與「十年」兩種，其「二年」期間，彼此相同，可能同時時效完成，無多大問題，若有時效中斷，亦有問題，至「五年」與「十年」兩者，彼此相差五年，則國家賠償責任之時效可能完成在先，而公務員賠償責任之時效可能完成在後，於是形成國家先免責，而公務員後免責之關係。被害人於國家賠償責任時效完成後，在公務員賠償責任時效未完成前，仍得向公務員請求損害賠償。惟應注意者：①上述之先後免責關係，在國家賠償責任與公務員賠償責任（因故意者）處於不真正連帶債務關係時，固可如此，若國家賠償責任與公務員賠償責任（因過失者）處於先後次序關係時，是否亦應如此？解釋上被害人如未先向國家請求賠償，致時效完成而國家免責者，公務員自亦同時免責。蓋被害人能依他項方法受賠償時，公務員本不負責，而此則被害人能向國家請求賠償，乃怠於爲之，致時效完成，雖未受賠償，公

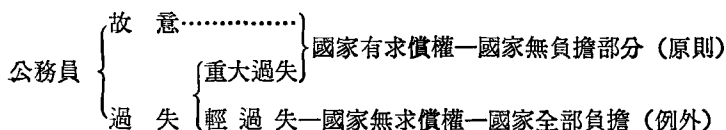
務員自亦應免責^①，而不必待自己之消滅時效（十年）之完成也。^②依民法第二七六條第二項準用第一項規定之結果，如連帶債務人中之一人消滅時效已完成者，除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍不免其責任。亦即在該債務人應分擔之部分，他債務人始同免責任。此項規定，在國家與公務員之賠償責任上，是否準用，應作否定之解釋：第一、在國家與公務員之賠償責任，構成不真正連帶關係時，因國家無分擔部分，故國家賠償責任之時效（五年）如先完成，而公務員賠償責任之時效（十年）縱尚未完成，亦不能準用上述基於分擔部分而設之規定。退一步言，即使認為得準用上述之規定，但國家既無分擔部分，公務員仍無藉以免除該部分之責任，結果相同。第二、在國家與公務員之賠償責任構成先後次序（即在公務有過失之情形），則已不具不真正連帶債務之性質，更無從準用該條對連帶債務所設之規定也。

(二)對內關係 對內關係即國家與公務員間，因損害賠償而生之關係。依國家賠償法第二條第三項規定：「前項情形，公務員有故意或重大過失時，賠償義務機關對之有求償權」，可知國家與公務員間之關係為求償權關係，即國家對被害人賠償後對公務員有求償權（Rückgriffrecht）。此求償權之範圍，應屬全部求償，與民法第一八八條所定僱用人之求償權相同，蓋原則上國家無分擔部分，因而公務員若先行賠償時，則不得對國家求償，其自己應為最後之負擔者故也。國家雖為全部求償，但並非於任何情形下均得行使求償權。然則何種情形下得求償？何種情形下不得求償？此問題與前述對外關係之如何，有所關聯，茲亦分四點述之：

① 史尚寬先生：債法總論一七三頁：「……如被害人在起訴以前早為請求，應可得賠償而怠於為之者，是否可免除公務員之責任？可適用民法第二百零七條第二項「怠於避免損害之規定。」亦即認為應有過失相抵原則之適用，結果公務員可以不負責任。

①在對外為不真正連帶關係時 對外發生不真正連帶債務關係，係於公務員之出於故意時見之。此種情形，國家為先行賠償者，依前開國家賠償法第二條第三項之規定，對於公務員有求償權。其求償之方法，法無規定，或一次全部求償，或分期由該公務員（設仍在職）之薪津扣還，均無不可，人事及會計主管自得酌情處理之。惟此項求償權，依國家賠償法第八條規定，自支付賠償金或回復原狀之日起，因二年間不行使而消滅。亦應注意。

②在對外為先後次序關係時 對外發生先後次序關係，係於公務員出於過失之情形見之，已如前述，此時國家須先行賠償，賠償後對於公務員雖亦有求償權，但以公務員具有重大過失為限，否則不得求償，事實上乃由國家負擔，等於亦有負擔部分，故曰國家原則上無負擔部分，而非絕對無負擔部分也。以圖示之如下：



其次國家因公務員之重大過失而有求償權時，其求償之範圍及求償權之消滅時效期間，均與前述有故意之情形相同，請參照前述，於茲不贅。

③在對外為同時免責關係時 對外為同時免責關係，係於公務員因民法第一八六條第二項之規定免責，而國家亦免責之情形見之，已如前述。此時國家既未賠償，對於公務員自不發生求償之問題，勿待贅述。

④在對外為先後免責關係時 對外為先後免責關係係於國家賠償責任時效得先完成，公務員賠償責任得後完成時見之。此時關於求償問題可分兩種情形：(1)國家賠償責任時效完成後，公務員賠償責任時效尚未完成時，若公務員之責任係由故意者，被害人仍得向公務員請求賠償，

此時公務員賠償後，對國家無求償權。若公務員之責任係由過失者，則國家賠償責任時效完成後，公務員賠償責任之時效，縱尚未完成，亦可免責（請參照前述）。此時國家及公務員均未賠償，自不發生求償之問題。(2)國家賠償責任時效完成後，公務員賠償責任時效亦完成者，此時國家及公務員既亦均未賠償，自亦不發生求償之問題也。

四、結 語

綜據前述，可知將來國家賠償法施行後，公務員不但賠償機會減少，有時且由國家全部負擔，而公務員不必負擔。國家對於公務員可謂優遇有加矣，則身為公務員者自當深體斯旨，而發奮圖強，不生疏失，減少人民之損害，避免國家之賠償，俾國家賠償法措而不用，斯真最理想之境界也。

（原載於法學叢刊第二十六卷第一期，民國七十年三月）

論讓與請求權與賠償代位

目 次

- 一、緒言
- 二、讓與請求權
- 三、賠償代位
- 四、讓與請求權與賠償代位之比較
- 五、結語

一、緒 言

損害賠償之目的，在乎填補被害人所受之損害，不在乎使其更得利益，此不僅法定賠償（如民法上侵權行為之賠償、債務不履行之賠償）如是，即約定賠償（如保險契約上之賠償）亦復如是。因而賠償權利人如因賠償原因之同一事實於受有損害之外，同時受有利益者，則賠償時，法律上採取兩種手段，以謀當事人間之均衡：（一）、損益相抵：即先將賠償權利人所受之利益，由所受損害中扣除，然後由賠償義務人賠償其餘部分之損害是也。此種方法，乃損害賠償範圍之扣減，須透過精算之方法行之，不無困難，如物之價格之計算，極易惹起糾紛是。（二）、賠償代位：賠償代位乃使賠償權利人將所受之利益，歸由賠償義務人取得，同時由賠償義務人賠償所受損害之全部是也。此種方法是為賠償代位，可避免扣算上之糾紛，較為簡而易行，故法律上亦採之。惟賠償代位有廣義與狹義之分，狹義的賠償代位，乃法定的代位，無須當事人間有意