



學員專區

論第一次權利保護優先原則的實質內涵

第57期學習司法官 陳盈睿

◆ 目次 ◆

壹、前言	(一) 行政處分構成要件效力？
貳、德國法上的第一次權利保護優先原則	(二) 行政爭訟法定救濟期間的維護？
一、實定法依據	(三) 防止裁判歧異？
二、理論基礎	(四) 審判權劃分？
參、我國法上的第一次權利保護優先原則	(五) 與有過失？
一、實定法依據	(六) 小結
(一) 民法第186條第2項？	三、我國採行第一次權利保護優先原則的可行性評估
(二) 行政訴訟法第12條？	(一) 合憲性檢視
(三) 小結	(二) 小結
二、理論基礎	肆、結論

壹、前言

根據基本權主觀功能面向中的防禦功能（Abwehrfunktion），人民面對國家公權力的違法侵害，應有請求權利保護的途徑。在多元的權利救濟體系中，不同的權利保護途徑有著不同的功能、扮演著不同的角色。在學理上，人民的權利保護途徑可區分為「第一次權利保護（primärer Rechtsschutz）」與「第二次權利保護（sekundärer Rechtsschutz）」¹。從權利保護途徑的實質內涵而觀，第一次權利保護的功能為「權利侵害的排除」，而第二次權利保護的功能則為「既成損害的填補」¹，二者所扮演

¹ 林三欽，行政法上權利救濟管道的選擇——「第一次權利保護」與「第二次權利保護」之區別，《臺灣本土法學雜誌》，2001年9月，26期，118頁。

的角色並不相同。行政爭訟中的撤銷訴訟與結果除去請求權，均屬典型的第一次權利保護，而國家賠償訴訟中的國家賠償請求權，則屬典型的第二次權利保護，二者不僅實體請求權基礎不同，所應適用的訴訟程序亦屬有別。關於第一次權利保護與第二次權利保護之間的關係，理論上有許多議題值得吾人思索探究²，但一般國內文獻上最常提及的議題，莫過於所謂「第一次權利保護優先原則（Der Vorrang des primären Rechtsschutzes）」³。多數有關行政爭訟的議題，皆在探討如何給予人民適時有效的第一次權利保護，但是第一次權利保護優先原則，則是涉及人民本身未能適時行使第一次權利保護時，將產生如何的法律效果。本文將以第一次權利保護優先原則為探討核心，並一併釐清若干相關的問題。

第一次權利保護優先原則是一個源自德國法的概念，在國內早期的文獻討論中，前司法院院長翁岳生教授首先對此提出詳細介紹³。不過在我國法上，第一次權利保護優先原則是一個有重大爭論的議題，包含實定法依據為何？理論基礎為何？適用範圍為何？要件及效果為何？學者間均未達成共識。有鑑於此，本文認為在寫作順序上，必須先從第一次權利保護優先原則的發源地—德國的相關理論開始談起，方能清楚認識此一原則的原始樣貌，並在此基礎上進一步釐清我國法上的相關爭議。否則，如果跳過德國法而直接從我國法開始談起，恐將陷入學說爭論的漩渦，而容易失焦。

貳、德國法上的第一次權利保護優先原則

一、實定法依據

德國基本法第34條規定：「任何受委託行使公務職務者，違背對第三人應執行之職務時，原則上由其所屬之國家或公共團體代為負責。」德國民法第839條第1項規定：「公務員因故意或過失，違背對第三人所負之職務上義務時，應賠償其對第三人所造成之損害。」在德國的國家責任法制中，職務責任的請求權基礎為德國基本法第34條連結德國民法第839條第1項的規定⁴。由此可知，此一國家賠償責任在性質上屬於一種國家代位責任，因此國家賠償責任的成立是以公務員賠償責任成立為前提。又德國民法第839條第3項復規定：「被害人因故意或過失，未曾行使法律上之救濟途徑以

2 林明昕，國家賠償法制之若干疑點—以「第一次權利保護」與「第二次權利保護」之關係為中心，收錄於《法治的開拓與傳承—翁岳生教授的公法世界》，元照，2009年1月，368-369頁。

3 翁岳生，西德1981年國家賠償法之研究，《臺大法學論叢》，1981年6月，10卷2期，1-38頁。

4 程明修，第一次權利保護優先原則，《法學叢刊》，2007年10月，52卷4期，34頁。



避免其損害者，公務員不負賠償責任。」此為公務員侵權責任的免責條款，其原義乃是藉由廣義的與有過失法理，以限制公務員本身的賠償責任。而既然德國民法第839條第3項將公務員的賠償責任予以免除，則此「公務員免責條款」，即轉化成為「國家免責條款」⁵。此即第一次權利保護優先原則在德國的實定法依據。從而，第一次權利保護優先原則的具體意涵即為：被害人因故意或過失，遲誤第一次權利保護的法定救濟期間時，即不得再行請求第二次權利保護⁶。

二、理論基礎

第一次權利保護優先原則是否有其憲法上的依據？有德國學者嘗試從德國基本法第19條第4項所揭示的實效性權利保護（Effectivität des Rechtsschutzes），推導出第一次權利保護優先原則：德國基本法第19條第4項所保障的內涵包含最低限度的有效權利保護以及最適當的個人權利保護兩個面向，不過，本條卻亦同時可以推導出個人的訴訟責任，即人民對於合法狀態的回復負有協力義務（Mitwirkungspflicht），而此主要表現在個人提起撤銷訴訟的義務，以及違反此一義務所生的國家賠償請求權失權效果之上⁷。對此見解，有學者正確地指出，國家賠償請求權本質上亦是人民權利遭受侵害時的一種權利保護途徑，亦屬德國基本法第19條第4項實效性權利保護的保障範圍，因此當國家賠償請求權遭到排除時，邏輯上此種作法反而構成一種基本權限制（Grundrechtsschranken），而須受到實效性權利保護的合憲性檢視⁸。是以，吾人實難由憲法基本權的保障推導出第一次權利保護優先原則。

依德國通說見解，德國民法第839條第3項與同法第254條均屬「與有過失（Mitverschulden）」的規定⁹，而前者為後者的特別規定。二者不同之處在於，第254條所規定的法律效果為賠償數額的減輕，而第839條第3項所規定的法律效果則為全部賠償責任的免除。由此以觀，德國通說認為，第一次權利保護優先原則的理論基礎即為損害賠償法上與有過失的概念，即當被害人因故意或過失，遲誤行政爭訟的法定救濟期間，以致受有損害時，其本身因屬與有過失，故不得請求損害賠償。

5 程明修，同前註，頁34。

6 陳敏，《行政法總論》，新學林，2013年9月，8版，1180頁；李建良，留滯路邊的破舊車——「第一次權利保護」與「第二次權利保護」，《月旦法學雜誌》，1995年8月，4期，54頁。

7 程明修，註4文，39頁。

8 程明修，註4文，40頁。

9 林明昕，註2文，366頁；程明修，註4文，43頁。

參、我國法上的第一次權利保護優先原則

一、實定法依據

(一) 民法第186條第2項？

1. 學說概況

民法第186條第1項規定：「公務員因故意違背對於第三人應執行之職務，致第三人受損害者，負賠償責任。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。」同條第2項規定：「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。」觀諸民法第186條第2項的文字，其應相當於德國民法第839條第3項的規定。是以，國內學說上即有援引民法第186條第2項作為第一次權利保護優先原則在我國法上的實定法依據¹⁰。

2. 本文評析

惟本文認為，援引民法第186條作為國家賠償責任的法律規定，必須是以公務員責任採行國家代位責任為前提。在德國的國家責任法制中，公務員責任的請求權基礎為德國基本法第34條連結德國民法第839條的規定，因此該國的公務員責任性質固屬國家代位責任，已如前述。但在我國的國家責任法制中，在國家賠償法制定實施之後，公務員責任的請求權基礎已非民法第28條或第188條，而是國家賠償法第2條第2項。國家賠償法第2條第2項既為一完整的請求權基礎，則能否比照德國而採取國家代位責任的觀點，不無疑問¹¹。此外，國家賠償法第2條第3項雖設有國家對公務員行使求償權的規定，但其功能在於防止公務員濫權並維護行政品質，尚不得據此而逕行認定我國採取國家代位責任¹²。是以，本文認為，我國公務員責任的性質，實非國家代位責任，而為國家自己責任。而既然在國家賠償責任領域中已無民法第186條的適用，則民法第186條第2項，即無法作為第一次權利保護優先原則在我國的實定法依據¹³。

(二) 行政訴訟法第12條？

1. 學說概況

行政訴訟法第12條第1項規定：「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之。」同條第2項規定：「前項行政爭訟程序已經

10 翁岳生，註3文，17頁；陳敏，註6書，1179頁。

11 姚葦嵐，論第一次權利保護優先原則—以撤銷訴訟與國家賠償訴訟為中心，《軍法專刊》，2013年2月，59卷1期，90頁。

12 董保城、湛中樂，《國家責任法—兼論大陸地區行政補償與行政賠償》，元照，2005年8月，186頁。

13 同此見解：林明昕，註2文，366頁，註58。



開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序。」我國採取公私法二元化的司法體制，原則上公法事件的審判權歸屬於行政法院，而私法事件的審判權則歸屬於普通法院。惟普通法院審理民事事件時，亦可能面臨以公法法律關係為先決問題（Vorfrage）的訴訟標的，此時在訴訟程序上，可有三種解決模式¹⁴：第一，若該公法法律關係業經行政法院判決確定，普通法院只須以此確定判決為準據即可。第二，若該公法法律關係已繫屬於行政法院，由普通法院裁定停止訴訟程序，嗣該公法法律關係由行政法院判決確定後，再以此確定判決為準據而續行審理。第三，由普通法院以該公法法律關係為本案訴訟的爭點，自行審查。行政訴訟法第12條，即是針對以行政處分是否無效或違法為先決問題的民事事件而設，其立法目的在於防止不同法院裁判結果相互抵觸的情形發生¹⁵。雖然本條並未指明其適用範圍是否及於國家賠償事件，但一般國內學說上在探討本條時，多認為普通法院在審理國家賠償事件時，亦有其適用，因此本條即可能與第一次權利保護優先原則產生關聯性，而本文以下的討論便是專門針對本條於國家賠償事件的適用而言。

由行政訴訟法第12條當初的立法過程以觀，本條為一極有爭議的條文¹⁶，因此在解釋適用上難免引發疑義。就法條文義而言，行政訴訟法第12條第1項的文字似與同條第2項的文字存有內部衝突，因此理論上有兩種解釋可能：第一，若嚴格遵守第1項的文義，則當國家賠償事件繫屬於普通法院時，無論行政爭訟程序是否業已開啟，普通法院皆應裁定停止訴訟程序，由當事人依循行政爭訟程序以確定系爭行政處分的合法性。第二，若依第2項的文義，則唯有當行政爭訟事件與國家賠償事件先後分別繫屬於行政法院與普通法院時，普通法院始應裁定停止訴訟程序，反之，若行政爭訟程序尚未開啟，則普通法院得自行審查系爭行政處分的合法性。以上兩種解釋，國內學說上有採取第一種解釋者¹⁷，亦有採取第二種解釋者¹⁸，而實務上較新的最高法院判決則是採取第二種解釋¹⁹。此外，若採第一種解釋，則會引發另一問題：以行政處分為審查標的的行政爭訟，多有法定救濟期間的限制，則當法定救濟期間經過後，如何貫徹「應

14 黃國益，從「行政處分對民事法院的拘束效力」思考先決問題在訴訟審理程序之解決模式，《中正法學集刊》，2004年4月，15期，239頁。

15 翁岳生編（劉宗德執筆），《行政訴訟法逐條釋義》，五南，2002年11月，149頁。

16 翁岳生編（劉宗德執筆），同前註，150-155頁。

17 陳新民，《行政法學總論》，元照，2005年9月，8版，472頁；陳清秀，《行政訴訟法》，元照，2013年9月，6版，201-202頁；翁岳生編（劉宗德執筆），註15書，164頁。

18 吳庚，《行政爭訟法論》，元照，2012年2月，6版，10頁；陳敏，註6書，1534頁；姚華嵐，註11文，95頁。

19 最高法院96年度台上字第1595號判決參照。

依行政爭訟程序確定之」？對此，有學者認為，為貫徹行政訴訟法第12條第1項由行政法院對行政處分享有優先審查權限的立法意旨，在法定救濟期間經過後，應放寬行政訴訟法第6條第1項後段有關違法確認訴訟的限制，故即便行政處分尚未消滅，亦應允許當事人提起違法確認訴訟，以確定該行政處分的合法性，再據以向普通法院請求國家賠償²⁰。

最後，無論對行政訴訟法第12條採取何種解釋，國內學說上多將本條視為第一次權利保護優先原則在我國的實定法依據²¹，並認為若採第一種解釋，則本條即是「全面」採納第一次權利保護優先原則；若採第二種解釋，則是「部分」採納第一次權利保護優先原則。不過值得注意的是，亦有學者對此多數見解持保留態度，認為本條意旨僅在確保行政處分效力問題歸由行政法院判斷而已²²。

2. 本文評析

本文以下將就「行政訴訟法第12條應採何種解釋」以及「行政訴訟法第12條是否為第一次權利保護優先原則在我國的實定法依據」此二個爭議，分別加以探討。

A. 行政訴訟法第12條應採何種解釋

第一個爭議，所涉的核心問題在於，在法定救濟期間經過後，普通法院得否自行審查行政處分的合法性？本文認為，此一問題必須從行政訴訟法第12條防止裁判歧異的立法目的切入，方能得出合理的解答：在法定救濟期間經過前，若行政爭訟事件與國家賠償事件分別繫屬於行政法院與普通法院，此時可能產生裁判歧異而有害人民對於司法的信賴，為防止此種情形發生，普通法院固應優先尊重行政法院的審查判斷，裁定停止訴訟程序，嗣行政法院判決確定後，再以此為據而續行審理；反之，在法定救濟期間經過後，因行政爭訟事件自始未繫屬於行政法院，不生裁判歧異的可能，故自亦無防止裁判歧異的需要，此時普通法院即得自行審查系爭行政處分的合法性。

對此，或有認為由普通法院自行審查行政處分的合法性，似有侵犯行政法院審判權的疑慮²³。但本文基於以下三點理由，認為由普通法院自行審查行政處分合法性，並未侵犯行政法院的審判權：首先，行政處分的合法性在國家賠償訴訟中屬於先決問題（Vorfrage）而非訴訟標的（Prozeßgegenstand），在普通法院判決確定後，此一先決

20 翁岳生編（劉宗德執筆），註15書，164頁。

21 吳志光，以行政處分違法或無效為先決問題之國家賠償訴訟，《臺灣本土法學雜誌》，2006年10月，87期，161-162頁；程明修，註4文，30頁；姚葦嵐，註11文，97頁。

22 林明昕，論第一次權利保護優先性，收錄於《第九屆行政法實務與理論學術研討會會議論文集》，2009年12月，318頁。

23 此為當初行政訴訟法第12條修法時，部分修法委員所提出的見解，參閱翁岳生編（劉宗德執筆），註15書，150頁，註375所列的發言紀錄。



問題並不發生既判力（materielle Rechtskraft），因此自無侵犯行政法院的審判權，此即如同在刑事訴訟中，刑事法院在審理通姦罪案件時，是以被告與其配偶在民法上的婚姻關係是否有效為先決問題，而得自行審查此一先決問題般²⁴。其次，在國家賠償事件中，造成人民損害的來源可能是行政處分，亦可能是行政事實行為，若普通法院有權自行審查行政事實行為的合法性，則何以普通法院無權審查行政處分的合法性？²⁵最後，立法者當初既然將行政爭訟事件與國家賠償事件的審判權分別交由行政法院與普通法院職掌，則立法者實已含有允許普通法院審查行政行為合法性之意，而若認為在行政爭訟制度已粲然大備的今日，有關行政行為與國家賠償的一切爭訟均應交由行政法院審理以符專業需求，則立法論上應將國家賠償事件的審判權全部交還給行政法院，方為釜底抽薪之計²⁶。

職是之故，本文認為行政訴訟法第12條應採第二種解釋較為合理，即唯有在法定救濟期間經過前，行政爭訟事件與國家賠償事件分別繫屬於行政法院與普通法院時，普通法院始應裁定停止訴訟程序，以防止裁判歧異；反之，若行政爭訟事件自始未繫屬，則普通法院得自行審查系爭行政處分的合法性。

B. 行政訴訟法第12條是否為第一次權利保護優先原則在我國的實定法依據

只要第一個爭議獲得解答，第二個爭議即可一併解決。如前所述，行政訴訟法第12條的立法目的在防止裁判歧異，故本條只有在法定救濟期間經過「前」始有適用。而依照德國學理上對於第一次權利保護優先原則的理解，第一次權利保護優先原則的具體意涵為，被害人因故意或過失，遲誤行政爭訟的法定救濟期間時，即不得再行請求國家賠償，故此原則只有在法定救濟期間經過「後」始有適用。由此以觀，我國行政訴訟法第12條與德國法上的第一次權利保護優先原則，在適用範圍上有著根本性的不同。詳言之，行政訴訟法第12條的立法意旨只是在防止裁判歧異而已，而非承認德國法上的第一次權利保護優先原則。是以，行政訴訟法第12條是否為第一次權利保護優先原則在我國法上的實定法依據，本文持否定立場²⁷。

24 林鈺雄，刑事訴訟法(下冊)，元照，2010年9月，6版，231頁。

25 程明修，行政法上侵權損害賠償訴訟的多元結構及體系矛盾—臺北高等行政法院八十九年度訴字第一〇三號裁定與最高行政法院九〇年度裁字第七〇五號裁定評釋，《臺灣本土法學雜誌》，2002年7月，36期，38頁。

26 關於此一議題，其實國內學者在2013年4月19日於東吳大學所舉辦的《國家賠償訴訟變革研討會》中，已有相當詳細的討論，而未來修法動向如何，值得吾人繼續觀察。

27 同此結論：徐瑞冕，國家賠償訴訟與行政訴訟之關係，收錄於《當事人協力義務/行政調查/國家賠償》，臺灣行政法學會主編，2006年11月，475頁；林明昕，註22文，318頁。

(三) 小結

綜上所述，民法第186條第2項及行政訴訟法第12條，均無法作為第一次權利保護優先原則在我國法上的實定法依據，因此吾人尚不得謂第一次權利保護優先原則在我國已獲立法者的明文承認。但是，欠缺立法明文並不表示第一次權利保護優先原則在我國毫無理論上的討論實益，若第一次權利保護優先原則能有堅實的理論基礎，則透過學理與實務的方式加以承認，尚無不可。因此，本文接著即會整理歸納國內學說上對於第一次權利保護優先原則所提出各種可能的理論基礎，並逐一評論分析，最後再提出本文所採取的立場。

二、理論基礎²⁸

(一) 行政處分構成要件效力？

1. 學說概況

學說上有嘗試以行政處分的構成要件效力作為第一次權利保護優先原則的理論基礎。所謂行政處分的構成要件效力（*Tatbestandswirkung*），是指有效行政處分所形成的法律關係，構成其他國家機關做成決定的事實基礎²⁹。就行政處分對法院的構成要件效力而言，若系爭行政處分正是法院所要審查的標的，則其對該法院並無構成要件效力，例如行政法院審理撤銷訴訟即屬適例；反之，若系爭行政處分並非法院的審查標的，則其對該法院即有構成要件效力，例如普通法院審理涉及自耕能力證明的民事訴訟即屬適例。在普通法院審理國家賠償事件時，倘若嚴格解釋行政處分的構成要件效力，則普通法院即不得審查系爭行政處分的合法性，如此似可導出第一次權利保護優先原則³⁰。國內確有學者傾向支持此種見解者³¹，而早期實務上，最高法院52年台上字第694號判例亦曾提出同此意旨的見解。惟德國通說則認為，在普通法院審理民事事件時，若是以行政處分的有效性（*Wirksamkeit*）為先決問題，則普通法院即應受有效的行政處分所拘束而不得審查其合法性；但若是以行政處分的合法性（*Rechtmäßigkeit*）為先決問題，則普通法院即得審查其合法性，例如公務員責任訴訟、國家賠償訴訟、類似徵收侵害損失補償訴訟等均是³²。依此見解，普通法院審理國家賠償訴訟時，不受行政處分所拘束，而得自行審查其合法性³³。國內亦有論者支持此一見解³⁴。

28 早期文獻中，廖義男教授即有列出各種關於第一次權利保護優先原則的正反論點，參閱廖義男，《國家賠償法》，三民，1993年7月，增訂版，98-101頁。

29 李建良，行政處分的構成要件效力與行政爭訟，《月旦法學雜誌》，2002年7月，86期，25頁。

30 徐瑞晃，註27文，477頁。

31 翁岳生，註3文，17頁是使用「公定力」此一用語，此應是受到日本理論所影響。

32 葉百修，《國家賠償法之理論與實務》，元照，2012年9月，4版，274-276頁。

33 程明修，註4文，45-46頁。

34 姚葦嵐，註11文，92頁。



2. 本文評析

本文認為，行政處分的構成要件效力能否導出第一次權利保護優先原則，必須從承認行政處分構成要件效力的法理基礎加以思考。學理上所以承認行政處分具有構成要件效力而得拘束其他國家機關，乃是本於權力分立原則此一憲政原理而來³⁵。詳言之，本於功能最適機關結構理論（*funktionsgerechte Organstruktur*），立法者既然將特定事物的判斷權限交給行政機關以行政處分的方式加以行使，則其他機關即應予以尊重而受其拘束，否則恐有侵犯行政核心領域之虞。但值得注意的是，行政法院在審理撤銷訴訟以及普通法院在審理國家賠償訴訟時，此等類型的訴訟均屬人民的權利保護途徑，其目的無非均在審查行政行為的合法性並給予人民有效的權利救濟，雖然二者在功能分工上有所不同，但就其控制行政並保護人民的終局目的而言，則無二致。在此範圍內，既然立法者已將行政行為的審查權限交給司法權行使，則自無要求法院應受行政處分拘束之理。基此，本文結論上同德國通說而認為，在普通法院審理國家賠償訴訟時，其並不受行政處分的構成要件效力所拘束。是以，本文認為，行政處分的構成要件效力無法作為第一次權利保護優先原則的理論基礎。

(二) 行政爭訟法定救濟期間的維護？

1. 學說概況

有論者認為，若人民在行政爭訟的法定救濟期間經過後，尚得請求國家賠償，無異允許人民規避行政爭訟的法定救濟期間，而該法定救濟期間即形同虛設³⁶。由此以觀，此一論點是以行政爭訟法定救濟期間的維護作為第一次權利保護優先原則的理論基礎。

2. 本文評析

本文認為，上述說法看似有理，實則必須予以深入思考。在行政爭訟法定救濟期間經過後，允許人民請求國家賠償，是否會導致該法定救濟期間形同虛設，關鍵在於行政爭訟法定救濟期間的立法目的為何，以及國家賠償請求權的內容為何。如果國家賠償請求權的行使會侵蝕行政爭訟法定救濟期間的立法目的，則應被禁止，反之則否。

以撤銷訴訟為例，撤銷訴訟設有法定救濟期間的立法目的，不外乎在維護法秩序的安定性。倘若某一行政處分毫無法定救濟期間，而永遠處於隨時可得訴請撤銷的狀態，將嚴重危害法安定性。是以，在法定救濟期間經過後，行政處分即會產生形式存

35 黃國益，註14文，247頁；葉百修，註32書，274頁，註44。

36 吳志光，行政訴訟法案例系列〈十六〉：確認行政處分違法訴訟之性質與第一次權利保護優先原則，《法學講座》，2003年12月，24期，36頁。

續力（formelle Bestandskraft），而不得再行訴請撤銷。即便原處分機關欲依職權撤銷之，亦須符合行政程序法第117條以下的規定始可。而國家賠償請求權，依國家賠償法第7條觀之，其請求權的內容是以金錢賠償為原則，即便另設有回復原狀，學說上亦明確指出，國家賠償法第7條所規定的回復原狀與行政訴訟法第196條結果除去請求權（Folgenbeseitigungsanspruch）所規定的回復原狀，尚屬有間³⁷。由此以觀，國家賠償請求權的請求權內容僅涉及既成損害的填補，其根本無法動搖行政處分的形式存續力及其他各種效力³⁸，亦無法達成結果除去請求權所能達成的目的³⁹，自無害於法安定性的維護。換言之，人民在行政爭訟法定救濟期間經過後請求國家賠償，並未侵蝕該法定救濟期間的立法目的。是以，本文認為，行政爭訟法定救濟期間的維護無法作為第一次權利保護優先原則的理論基礎。

（三）防止裁判歧異？

1. 學說概況

國內文獻上在論及第一次權利保護優先原則時，經常提及的支持理由為「防止裁判歧異」⁴⁰。具體言之，此一見解認為，為避免行政法院與普通法院就同一事實認定相異，應承認第一次權利保護優先原則，使人民有義務先循第一次權利保護以排除侵害，否則即不得行使第二次權利保護。

2. 本文評析

避免行政法院與普通法院發生裁判歧異，得否作為第一次權利保護優先原則的理論基礎？本文認為，關鍵在於吾人如何理解第一次權利保護優先原則的具體內涵。如前所述，在德國法上，所謂第一次權利保護優先原則，是指當被害人因故意或過失，遲誤第一次權利保護的法定救濟期間時，即不得再行請求第二次權利保護。是以，第一次權利保護優先原則所強調者為，在行政爭訟法定救濟期間經過「後」，人民提起國家賠償訴訟所可能面臨的失權效果。此時，人民自始未向行政法院提起行政爭訟，而是逕向普通法院提起國家賠償訴訟，並無先後繫屬於兩個不同的法院的問題，因此自無發生裁判歧異的可能，則如何以防止裁判歧異作為行政爭訟法定救濟期間經過後產生國家賠償請求權失權效果的理由，即大有疑問。由此以觀，第一次權利保護優先原則實與防止裁判歧異無關。

37 林三欽，註1文，120-121頁。

38 葉百修，註32書，276頁，註48。

39 林三欽，註1文，121頁。

40 翁岳生，註3文，17頁；董保城、湛中樂，註12書，182頁；吳志光，註21文，161-162頁；姚華嵐，註11文，97頁。



至於行政爭訟法定救濟期間經過「前」，行政爭訟與國家賠償訴訟確有發生裁判歧異的可能，此時解決方式有兩種：第一，若人民先提起行政爭訟，則可嗣行行政法院就行政處分的合法性審理完畢並判決確定後，再據以向普通法院提起國家賠償訴訟。第二，若人民先後分別向行政法院與普通法院提起行政爭訟與國家賠償訴訟，則適用行政訴訟法第12條第2項，由普通法院裁定停止訴訟程序，嗣行行政法院判決確定後，再以此為據而續行審理。但無論如何，以上兩種程序上的處理方式，均只是訴訟法上防止裁判歧異的機制而已，與第一次權利保護優先原則無關，二者不得混為一談。

(四) 審判權劃分？

1. 學說概況

國內亦有論者認為，普通法院審理國家賠償訴訟時，若得自行審查行政處分的合法性，將有侵犯行政法院審判權之虞。有學者具體指出：就體制而言，我國法律體系向來分成公法與私法，行政法院與普通法院的審判權有所不同，因此若將公法爭議交由普通法院審理，顯與體制不符；就能力而言，普通法院法官是接受私法訓練，若將公法爭議交由其審理，除非設有專業法庭，否則能力上恐無法勝任⁴¹。依此見解，普通法院既然無權審查行政處分的合法性，如此似可導出第一次權利優先原則。

2. 本文評析

本文基於先前所述的三點理由，認為由普通法院自行審查行政處分合法性，並未侵犯行政法院的審判權⁴²。是以，在現制下，審判權劃分無法作為第一次權利保護優先原則的理論基礎。

(五) 與有過失？

1. 學說概況

以上所列的四種見解，無論是行政處分構成要件效力、行政爭訟法定救濟期間的維護、防止裁判歧異或審判權劃分，基本上均是從「訴訟法」的角度來論證第一次權利保護優先原則的理論基礎。不過值得注意的是，國內學說上亦有提出迥異於此的觀點，而嘗試從「實體法」的角度來論證第一次權利保護優先原則的理論基礎。

如前所述，依德國通說見解，德國民法第839條第3項與同法第254條均屬損害賠償法（Schadensersatzrecht）上所謂「與有過失（Mitverschulden）」的規定，而前者是專門針對國家賠償請求權所設的特別規定。由此以觀，被害人因故意或過失遲誤行政爭訟法定救濟期間後，其國家賠償請求權所以發生失權效果，乃是因為其所遭受的損

41 翁岳生編（劉宗德執筆），註15書，150頁，註375(6)前大法官城仲模發言紀錄。

42 參照本文前揭參、一、(二)、2、A.部分的相關說明。

害正是出於其本身的與有過失。基此比較法上的觀察，國內學者即有指出，在我國法上，當被害人因故意或過失遲誤行政爭訟法定救濟期間後，向普通法院請求國家賠償時，普通法院得適用國家賠償法第5條適用民法第217條，減輕或免除賠償數額⁴³。

2. 本文評析

本文認為，與有過失得否作為第一次權利保護優先原則的理論基礎，必須從第一次權利保護與第二次權利保護之間的關係切入觀察。當國家行使公權力違法侵害人民權利時，其違法行為可能只是一種可得排除的侵害狀態，但亦可能隨著時間的經過，而演變成為一種無法回復的既成損害。就此，憲法分別提供了人民兩種權利保護途徑：行政爭訟與國家賠償。當國家的違法行為處於尚可排除的侵害狀態，而人民卻因故意或過失遲誤行政爭訟的法定救濟期間，以致該侵害狀態因此演變成為無法回復的既成損害時，因人民本身即有過咎（*Verschulden*），故由其依其過咎程度而負擔某種失權效果，尚屬合理的風險分擔，且亦可避免國家財政資源的浪費。就此而言，本文結論上同德國通說而認為，與有過失應可作為第一次權利保護優先原則的理論基礎。由此可知，既然吾人是以與有過失的概念來理解第一次權利保護優先原則，則此一原則應僅於行政爭訟法定救濟期間經過後始有適用，並且，其他和與有過失無關的諸多訴訟法概念，雖然國內學說上經常與第一次權利保護優先原則加以連結，但本文認為此等概念均不在第一次權利保護優先原則的討論範圍⁴⁴。

此外，本文在此欲針對與有過失的觀點提出三點更具體的補充說明：首先，就與有過失的「適用範圍」而言，本文所欲強調者為，唯有人民所受損害與其本身對於行政爭訟法定救濟期間的遲誤中間有因果關係（*Kausalität*）時，方有國家賠償法第5條適用民法第217條的適用。換言之，若系爭損害無論如何均會發生，而非因人民遲誤行政爭訟法定救濟期間始行發生或擴大，則自無與有過失可言，人民對此損害仍可全額求償。由此可知，並非只要人民一旦遲誤法定救濟期間，其所受的損害均生失權效果，而是只有在與遲誤間有因果關係的範圍內，始足當之⁴⁵。舉例而言，甲所經營的餐廳被臺北市政府消防局違法勒令停業，侵害甲的營業權，並已造成營業損失⁴⁶，本例中，就已造成的營業損失部分，無論甲是否對該處分提起撤銷訴訟，均無法加以避

43 林明昕，註22文，316頁；姚葦嵐，註11文，97頁。

44 林明昕，連建拆除與國家賠償責任，《臺灣本土法學雜誌》，2007年8月，97期，138頁即指出：「所謂的第一次權利保護之優先性，縱使在德國，其實也非毫無爭議；甚者，依據實務的經驗，許多涉及行政爭訟與國家賠償間之關係的法律問題，更與這項原則並無必然的關聯性。」

45 同此見解：姚葦嵐，註11文，85頁。

46 本例引自林三欽，註1文，117頁。



免，則在此範圍內的損失，即便甲因故意或過失未能適時提起撤銷訴訟，亦無與有過失可言，故甲得全額求償。其次，就「法律效果」而言，必須注意的是我國法的規定與德國法並不相同。依德國民法第839條第3項，因故意或過失遲誤行政爭訟法定救濟期間所生的法律效果為國家賠償請求權的全部失權。但我國國家賠償法第5條適用民法第217條的結果，只是讓普通法院得在個案中審酌被害人的過咎程度，減輕或免除賠償數額而已⁴⁷，由此亦可得知，我國的第一次權利保護優先原則並非純粹德國式的第一次權利保護優先原則。最後，就第一次權利保護優先原則的「法律性質」而言，國內學說上多將其內涵理解為，人民在提起國家賠償訴訟前，有「義務」先循行政爭訟程序確定系爭行政處分的合法性，即第一次權利保護優先性本質上是一種人民的義務。對此，本文認為，在民事法學上所謂義務（*Verpflichtung*），應與所謂不真正義務（*Obliegenheit*）加以區隔：違反前者將會招致額外溢出的不利益，但違反後者只會發生既有權利的喪失或減損而已⁴⁸。理論上，提起行政爭訟為憲法保障人民的權利，而非課予人民的義務。當人民因故意或過失遲誤行政爭訟的法定救濟期間時，基於與有過失法理而產生國家賠償請求權賠償數額的減免，充其量亦只能表示，適時提起行政爭訟是一種類似於民事法學上的不真正義務而已，而非如同國內學說上所稱的義務。

(六) 小結

綜上所述，國內學說上嘗試提出行政處分構成要件效力、行政爭訟法定救濟期間的維護、防止裁判歧異、審判權劃分以及與有過失等五種觀點，來論證第一次權利保護優先原則的理論基礎，其中前四者是立於訴訟法的角度，而最末者則是立於實體法的角度。本文經分析後發現，前四者均有論理上難以克服的缺陷，因此認為第五種觀點—與有過失，方為第一次權利保護優先原則的理論基礎。在此基礎上，本文更進一步提出三點補充：其適用範圍限於與遲誤間有因果關係的損害部分、其法律效果僅是賠償數額的減免、其法律性質並非所謂義務。

三、我國採行第一次權利保護優先原則的可行性評估

(一) 合憲性檢視

如前所述，在我國法上，第一次權利保護優先原則的概念應屬國家賠償法第5條適用民法第217條的範疇，與純粹德國式的第一次權利保護優先原則不同。一般文獻上多認為，是否採行第一次權利保護優先原則應屬立法政策的問題⁴⁹，不過在此必須注意的

47 同此見解：姚葦嵐，註11文，97頁。

48 王澤鑑，《債法原理》，自版，2009年9月，51—52頁。

49 姚葦嵐，註11文，97頁。

是，在一個憲政國家中，任何涉及基本權限制的立法，均須受到合憲性檢視。如果我國立法者將來將純粹德國式的第一次權利保護優先原則透過立法正式引進我國法制，明文規定：「被害人對其損害怠於依循正式之法律救濟，包含提起訴訟或其他通常之法定救濟程序，以審查公權力之合法性者，不得請求金錢賠償。但非因過失致未使用法律救濟或其他方法者，不在此限⁵⁰」，因其涉及人民「國家賠償請求權」的失權效果，故即有接受合憲性檢視的必要。

首先，雖然國家賠償在我國憲法上是規定於憲法第24條，但一般學說上多認為此一條文性質上屬憲法委託而非基本權⁵¹。是以，國家賠償請求權是否屬於人民可得主張的基本權？即有探究的必要。如前所述，本於基本權主觀功能面向中的防禦功能，人民對於國家行使公權力所造成的違法權利侵害，有兩種防禦方式：第一次權利保護與第二次權利保護，由此以觀，人民的國家賠償請求權乃是源自基本權的防禦功能。是以，本文認為應以憲法上的各該基本權作為人民國家賠償請求權的憲法依據。從而，第一次權利保護優先原則既然在一定的條件下使人民的國家賠償請求權產生失權效果，則此一原則即屬一種基本權限制（Grundrechtsschranken）⁵²，而須符合憲法第23條的比例原則，始屬合憲。本文以下即欲藉由比例原則來檢視第一次權利保護優先原則的合憲性。

第一次權利保護優先原則乃是基於與有過失的考量，排除人民的國家賠償請求權，來促使人民盡可能優先選擇提起行政爭訟，避免人民浮濫請求賠償，以維護國家財政資源⁵³，其目的洵屬正當。而人民國家賠償請求權的排除，將使國家因而不必向人民支付任何賠償金額，此一手段確有助於目的的達成。因此，關鍵在於其能否通過必要性的檢視。在純粹德國式的第一次權利保護優先原則下，只要人民因故意或過失遲誤行政爭訟的法定救濟期間，其所生的法律效果一律為國家賠償請求權的全部排除。此種作法，恐有值得商榷之處：其並未區分人民遲誤行政爭訟的過咎程度究屬故意、重大過失或抽象輕過失，而異其失權程度。在認定人民遲誤行政爭訟的過咎程度時，吾人必須審酌的因素包含公權力侵害措施違法性的判斷難易度、訴訟費用風險的高低、爭訟流程是否過於冗長等⁵⁴。在某些個案中，人民提起行政爭訟的期待可能性

50 此段法文是參考德國在1981年所制定國家責任法第6條的文字。雖然該法於隔年即遭德國聯邦憲法法院以聯邦欠缺立法權限為由而宣告違憲失效，不過在學術研究上仍具參考價值。

51 董保城、湛中樂，註12書，50頁。

52 同此意旨：程明修，註4文，40頁。

53 姚葦嵐，註11文，94頁。

54 程明修，註4文，43頁。



(Zumutbarkeit) 可能甚低，例如人民可能因無從判斷系爭行政處分的違法性，考量敗訴風險過高，而未能適時提起行政爭訟，以致受有損害。倘若不分人民的過咎程度，而以劃一的方式一概排除其國家賠償請求權，造成一種全有全無 (Alles-oder-nichts-Prinzip) 的後果，恐已逾越必要程度。是以，本文認為，第一次權利保護優先原則要通過必要性的檢視，似有困難。

在我國釋憲實務上，有一件大法官解釋，應能佐證本文所提出的見解——釋字第670號解釋。本件解釋所處理的案件涉及一種與國家賠償請求權非常類似的國家責任型態，即損失補償請求權。本件解釋所審查的法律條文為舊冤獄賠償法第2條第3款，其規定：「前條之人，有下列情形之一者，不得請求賠償：…三、因故意或重大過失行為，致受羈押、收容、留置或執行。」對此，大法官在解釋理由書中首先指出：「…為避免補償失當或浮濫等情事，受害人對損失之發生或擴大，如有可歸責之事由，固得審酌不同情狀而排除或減少其補償請求權，惟仍須為達成該目的所必要，始無違憲法第二十三條之比例原則。」此即明白揭示，基於與有過失而排除或減少補償請求權，仍須符合比例原則中的必要性。接著又指出：「冤獄賠償法第二條第三款規定，因故意或重大過失行為致受羈押者，不得請求補償部分…，並未斟酌受害人致受羈押之行為，係涉嫌實現犯罪構成要件，或係妨礙、誤導偵查審判（例如逃亡、串供、湮滅證據或虛偽自白等），亦無論受害人致受羈押行為可歸責程度之輕重及其因羈押所受損失之大小，皆一律排除全部之補償請求，並非避免補償失當或浮濫等情事所必要，…與憲法第二十三條之比例原則有違。」此即具體指摘系爭規定不區分受羈押人的可歸責程度及所受損失大小，一律排除全部補償請求權，並非避免補償失當或浮濫等情事所必要，而有違比例原則。最後再表示：「系爭規定應由相關機關自本解釋公布之日起二年內，依本解釋之意旨，衡酌受害人致受羈押行為之情狀、可歸責程度及所受損失等事由，就是否限制其補償請求權，予以限制時係全面排除或部分減少等，配合冤獄賠償法相關規定通盤檢討，妥為規範。」由此可知，無論人民是請求國家賠償或損失補償，國家固得以與有過失為由加以限制，但僅得審酌人民個案中的過咎程度而依比例減輕或免除其賠償或補償數額，而非一概予以全部排除⁵⁵。

(二) 小結

綜上所述，本文認為，純粹德國式的第一次權利保護優先原則，不區分人民遲誤行政爭訟法定救濟期間的過咎程度，一概將其國家賠償請求權全部排除，倘若正式引

55 警察職權行使法第31條第1項規定：「警察依法行使職權，因人民特別犧牲，致其生命、身體或財產遭受損失時，人民得請求補償。但人民有可歸責之事由時，法院得減免其金額。」基本上亦同此意旨。

進我國法制，恐將面臨「抵觸憲法第23條比例原則」的違憲指摘，立法者不可不慎。毋寧，在現行法下，只要適用國家賠償法第5條適用民法第217條的與有過失規定，即可達成避免人民浮濫請求賠償、維護國家財政資源的目的。

肆、結論

第一次權利保護優先原則是一個源自德國法的概念，因此先對德國理論進行研究，應有助於我國法上相關問題的釐清。在德國法上，第一次權利保護優先原則的實定法依據為德國民法第839條第3項，而依德國通說見解，其屬與有過失的特別規定。在此條文下，人民因故意或過失遲誤行政爭訟法定救濟期間時，即不得再行請求國家賠償。

在我國法上，第一次權利保護優先原則為一具有高度爭議性的概念，國內學者間尚未達成共識。關於第一次權利保護優先原則在我國的實定法依據，國內學說上有指出為民法第186條第2項，亦有指出為行政訴訟法第12條，但本文認為，民法第186條第2項在國家賠償法制定後已無適用餘地，而行政訴訟法第12條則只是在防止裁判歧異而已，因此二者均難作為第一次權利保護優先原則在我國的實定法依據，不過，此並不表示其在理論上毫無探討實益。關於第一次權利保護優先原則的理論基礎，國內學說上嘗試提出行政處分構成要件效力、行政爭訟法定救濟期間的維護、防止裁判歧異、審判權劃分、與有過失等五種觀點來加以詮釋，而本文認為，前四者均有論理上難以克服的缺陷，故應以與有過失的實體法觀點較為可採。是以，當人民因故意或過失遲誤行政爭訟法定救濟期間，導致其所受損害發生或擴大時，普通法院得在此範圍內，適用國家賠償法第5條適用民法第217條，依人民的過咎程度而減輕或免除賠償數額，而由此以觀，我國的第一次權利保護優先原則與純粹德國式的第一次權利保護優先原則在法律效果方面尚屬有間。此外，在與有過失的觀點下，和與有過失無關的諸多訴訟法概念，本文認為均不在第一次權利保護優先原則的討論範圍。

未來倘若立法者有意透過立法正式引進純粹德國式的第一次權利保護優先原則，本文認為，此一原則涉及人民國家賠償請求權的限制，因此必須接受憲法第23條比例原則的合憲性檢視。本文經分析後發現，第一次權利保護優先原則應可通過目的合憲性與手段適合性的審查，但在比要性層次，此一原則並未區分人民的過咎程度究屬故意、重大過失或抽象輕過失而異其失權程度，而以劃一方式一概排除全部國家賠償請求權，恐已逾越必要程度，是以立法者不可不慎。毋寧，現行法下國家賠償法第5條適用民法第217條，即足以提供必要的規範。



參考文獻

一、專書

- 王澤鑑，《債法原理》，自版，2009年9月，51-52頁
- 吳庚，《行政爭訟法論》，元照，2012年2月，6版，10頁
- 林鈺雄，《刑事訴訟法（下冊）》，元照，2010年9月，6版，231頁
- 翁岳生編（劉宗德執筆），《行政訴訟法逐條釋義》，五南，2002年11月，144-164頁
- 陳敏，《行政法總論》，新學林，2013年9月，8版，1179-1180頁
- 陳清秀，《行政訴訟法》，元照，2013年9月，6版，201-202頁
- 陳新民，《行政法學總論》，元照，2005年9月，8版，472頁
- 葉百修，《國家賠償法之理論與實務》，元照，2012年9月，4版，272-276頁
- 董保城、湛中樂，《國家責任法—兼論大陸地區行政補償與行政賠償》，元照，2005年8月，50頁；182—193頁
- 廖義男，《國家賠償法》，三民，1993年7月，增訂版，98-101頁

二、期刊

- 吳志光，以行政處分違法或無效為先決問題之國家賠償訴訟，《臺灣本土法學雜誌》，2006年10月，87期，161-162頁
- 吳志光，行政訴訟法案例系列〈十六〉：確認行政處分違法訴訟之性質與第一次權利保護優先原則，《法學講座》，2003年12月，24期，36頁
- 李建良，行政處分的構成要件效力與行政爭訟，《月旦法學雜誌》，2002年7月，86期，25頁
- 李建良，留滯路邊的破舊車—「第一次權利保護」與「第二次權利保護」，《月旦法學雜誌》，1995年8月，4期，54頁
- 林三欽，行政法上權利救濟管道的選擇—「第一次權利保護」與「第二次權利保護」之區別，《臺灣本土法學雜誌》，2001年9月，26期，117-121頁
- 林明昕，國家賠償法制之若干疑點—以「第一次權利保護」與「第二次權利保護」之關係為中心，收錄於《法治的開拓與傳承—翁岳生教授的公法世界》，元照，2009年1月，364-369頁
- 林明昕，違建拆除與國家賠償責任，《臺灣本土法學雜誌》，2007年8月，97期，138頁

- 林明昕，論第一次權利保護優先性，收錄於《第九屆行政法實務與理論學術研討會會議論文集》，2009年12月，316-318頁
- 姚葦嵐，論第一次權利保護優先原則—以撤銷訴訟與國家賠償訴訟為中心，《軍法專刊》，2013年2月，59卷1期，76-97頁
- 翁岳生，西德1981年國家賠償法之研究，《臺大法學論叢》，1981年6月，10卷2期，17頁
- 徐瑞晃，國家賠償訴訟與行政訴訟之關係，收錄於《當事人協力義務/行政調查/國家賠償》，臺灣行政法學會主編，2006年11月，475-477頁
- 程明修，行政法上侵權損害賠償訴訟的多元結構及體系矛盾—臺北高等行政法院八十九年度訴字第一〇三號裁定與最高行政法院九〇年度裁字第七〇五號裁定評釋，《臺灣本土法學雜誌》，2002年7月，36期，38頁
- 程明修，第一次權利保護優先原則，《法學叢刊》，2007年10月，52卷4期，28-46頁
- 黃國益，從「行政處分對民事法院的拘束效力」思考先決問題在訴訟審理程序之解決模式，《中正法學集刊》，2004年4月，15期，233-248頁