

國家賠償法對於 大陸地區人民之適用

——以國家賠償法第 15 條對等互惠 原則為中心

張志偉 **

要 目

- | | |
|--------------------------------|----------------------------|
| 壹、問題提出與討論步驟 | 三、以德國國家責任法制為借鏡 |
| 貳、憲法秩序下的國民概念 | 四、重新檢視我國國家賠償法制中的對等互惠原則 |
| 一、分裂國家之國籍法與憲法 | 五、對等互惠原則適用於大陸地區人民或港澳居民之可能性 |
| 二、行政院函釋一反過往見解 | |
| 參、國家賠償法對等互惠條款之合憲性疑慮 | 肆、結論 |
| 一、國家賠償法第 15 條之適用 | 參考文獻 |
| 二、關注有限的憲法第 24 條與國家賠償法第 15 條合憲性 | |

關鍵字：大陸地區人民、國家賠償法、對等互惠條款

投稿日期：114 年 2 月 4 日；接受刊登日期：114 年 11 月 17 日

* 高雄大學政治法律學系副教授，德國慕尼黑大學法學博士。

「此亦人子也，可善遇之」¹
»Wir sind alle Ausländer – fast überall«²

壹、問題提出與討論步驟

按我國國家賠償法第 15 條規定：「本法於外國人為被害人時，以依條約或其本國法令或慣例，中華民國人得在該國與該國人享受同等權利者為限，適用之。」係就外國人為國家賠償事件之被害人時，在國家賠償請求權之要件上以附加之積極要件的方式規範之：亦即，若外國人為國家賠償事件之被害人時，採對等互惠（相互保證）之立法例，除國家賠償法第 2 條及第 3 條之請求權基礎外，尚須進一步審查該外國人之本國法，俾使得以判斷有無適用我國國家賠償法。如該外國人之本國法就其國家賠償法之法令或慣例，排除對中華民國人民之適用，或根本不承認國家賠償責任之存在，即屬欠缺此項相互之保證，則該外國人在中華民國，縱使已具備我國國家賠償法第 2 條及第 3 條之國家賠償要件，亦因欠缺附加之積極要件而不得請求損害賠償³。然而此條看

¹ 南史 隱逸 陶潛傳《昭明文選·陶淵明傳》：「不以家累自隨，送一力給其子，書曰：『汝旦夕之費，自給為難，今遣此力，助汝薪水之勞。此亦人子也，可善遇之。』」

² Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl., 2005 – Titelblatt.

³ 國家賠償法第 15 條之規定，所謂對於外國人有無「適用」一詞，立法文字上似有易使人誤解之處：蓋此處有其適用，係指依該法第 15 條所定要件判斷下，並未排除外國人為我國國家賠償法之請求權主體之謂；反之，若謂國家賠償法不適用於外國人，則係指

似清楚、對等的立法例，不僅在行政實務上衍生如何確認各國不同法秩序與法體系下，外國人是否及如何主張國家賠償之權利基礎，蓋行政部門遇有外國人請求國家賠償時，必須先與之協議（國家賠償法第 10 條第 2 項），就必須確定各該外國人之本國法，遂生行政機關職權調查之困難⁴。先前雖已有論著就國家賠償法第 15 條進行初步檢視⁵，惟該文中並未處理有關大陸地區人民在臺灣遇有國家賠償案件時，究應如何因應。適逢臺灣高雄地方法院於 2021 年 7 月作成 109 年度重國字第 3 號民事判決（下稱系爭判決），判定大陸地區人民亦得請求國家賠償，案經上訴，臺灣高等法院高雄分院 110 年度重上國字第 5 號民事判決駁回上訴，案件遂告確定。

系爭案件原因事實係 2018 年 8 月 12 日，時年 38 歲的陸籍錢姓男子抵台展開騎自行車環島行程。8 月 16 日正值高雄市大雨，約晚間 6 時錢男騎經路竹區大功路段，停靠在「新達 043 號」路燈旁，遭遇電擊。路過的陳姓父女給予救援。警消到場時，錢男

-
- 欠缺相互保證之要件（但國家賠償法第 15 條仍有適用，蓋此條為適用於外國人為請求權主體時的附加積極要件），排除外國人之國賠請求權，故而本條規定實屬國賠請求權之排除事由，但無論如何若被害人為外國人時，都有國家賠償法第 15 條之適用。
- 4 就此可參法務部，國家賠償法令解釋彙編，2010 年 12 月，頁 461 以下（關於國家賠償法第 15 條）所附多件法務部函釋。
- 5 張志偉，國家賠償法制中的對等互惠？，台北市法務局，<https://www-ws.gov.taipei/Download.ashx?u=LzAwMS9VcGxvYWQvMzc1L3JlbGZpbGUvNDU3NzkvODIzNjgwNy9mOWYxYmJmZC0xMWUzLTQyMzQtYThkYi1jNTFhMGFiZDU4MWMuGRm&n=MS7lnIvlrrbos6DlhJ%2Fms5XliLbkuK3nmoTlsI3nrYnkupLmg6DvvJ8o5by15b%2BX5YGJKS5wZGY%3D&icon=..pdf>（最後瀏覽日：2023/06/16）。

已身亡。相關檢驗結論，錢男為「電擊性休克死亡」。日後審理發現，事發地在案發前半年曾有漏電意外，未維修。發現錢男的陳姓女子亦供稱被路燈電到⁶。

由於系爭判決於理由中引述法務部函釋，認定「大陸地區人民亦為中華民國人民」，亦函詢大陸委員會關於大陸地區人民適用國家賠償法之爭議，大陸委員會函覆稱，國家賠償法對於中國大陸（按：判決書中誤植為「人陸」）地區人民是否適用，並無明文規定，但基於人權保障及人道理念，應適用國家賠償法（判決書頁 7），遂未將受害人之大陸地區人民進一步依國家賠償法第 15 條再予審查，而逕依國家賠償法第 3 條作為請求權基礎。遽料此舉引發國內輿論對於大陸地區人民是否為中華民國人民，以及是否適用國家賠償法第 15 條之爭議，如學者宋承恩即表示，「『中國人適用國賠法』的荒謬判決，顯示司法體系完全失去糾錯與更新的能力」⁷；而永社、台灣制憲基金會、台灣教授協會亦召開記者

⁶ 陸男國賠案（更新至 2023 年 6 月 8 日），維基百科，<https://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E9%99%86%E7%94%B7%E5%9B%BD%E8%B5%94%E6%A1%88>（最後瀏覽日：2023/06/16）。

⁷ 宋承恩，「中國人適用國賠法」的荒謬判決，顯示司法體系完全失去糾錯與更新的能力，關鍵評論，2023 年 3 月 3 日，<https://www.thenewslens.com/article/181813/fullpage>（最後瀏覽日：2023/06/16）；宋承恩，中國人是我國國民？問題比你想的嚴重，思想坦克，2023 年 2 月 24 日，<https://voicettank.org/%E4%B8%AD%E5%9C%8B%E4%BA%BA%E6%98%AF%E6%88%91%E5%9C%8B%E5%9C%8B%E6%B0%91%E5%95%8F%E9%A1%8C%E6%AF%94%E4%BD%A0%E6%83%B3%E7%9A%84%E5%9A%B4%E9%87%8D/>（最後瀏覽日：2023/06/16）。

會嚴詞批評⁸。爭議延燒之下，行政院通令各部會，「中國大陸人民不具中華民國國籍、非屬中華民國國民，不享有或負擔中華民國國民的權利義務，『大陸地區人民亦為中華民國人民』等相關函釋，即日起應停止適用或不再援用⁹。」學者胡博硯亦為文支持此一函釋¹⁰。

在此等爭議背後，或因夾纏兩岸糾葛多年的國家認同，亦涉及廣義入出國及移民法上大陸地區人民之法律地位，同時亦有國家賠償法制中對等互惠條款的合憲性與正當性疑義，有待進一步釐清。以下擬先就憲法秩序下的國民概念略作討論（貳部分），並就國家賠償法第 15 條所涉及的對等互惠條款再予檢視（參部分），最後則是提出對此爭議事件的整體觀察，以為結論。考量到本文所涉議題係國家賠償，本文所為論證自應限於國賠脈絡，而不及於例如（原）大陸地區人民是否擔任公職等爭議，自不待言。

⁸ 蕭夙眉，陸男被認「中華民國國民」判國賠 法官遭酸：14 億中國人也可領 6 千元，太報，2023 年 2 月 24 日，<https://today.line.me/tw/v2/article/gzNQlVm>（最後瀏覽日：2023/06/16）。

⁹ 院臺法長字第 1121023848 號函釋。賴于榛，政院：大陸地區人民為中華民國人民等函釋停止適用，中央通訊社，2023 年 5 月 25 日，<https://www.cna.com.tw/news/aipl/202305250404.aspx>（最後瀏覽日：2023/06/16）。

¹⁰ 胡博硯，國人之爭，一錘定音，思想坦克，2023 年 5 月 29 日，<https://voicettank.org/%E5%9C%8B%E4%BA%BA%E4%B9%8B%E7%88%AD%E4%B8%80%E9%8C%98%E5%AE%9A%E9%9F%B3/>（最後瀏覽日：2023/06/16）。

貳、憲法秩序下的國民概念

一、分裂國家之國籍法與憲法

作為界定國家成員的國民（die Staatsangehörigen）概念，由於兩岸複雜且糾纏的分裂國家（geteilte Nationen）¹¹現實（司法院釋字第 242 號解釋文：「於國家遭重大變故」；司法院釋字第 710 號解釋理由書：「兩岸分治之現況」即可為證），在我國現行憲法秩序下顯得格外敏感且難解。我國憲法第 3 條規定，具有中華民國國籍者，為中華民國國民，並未如德國基本法一般，於憲法明定其國民資格¹²。從而將界定國民身分的任務，交由制憲時業已

¹¹ 所謂「分裂國家」係國家學、政治學上的概念，指涉由統一而分裂為數個獨立法律、政治秩序者，即屬之。例如西德先前亦將居留於東德領域範圍內具有東德國籍者稱為「德國國籍者」(deutsche Staatsangehörige)以為處理，蓋東西德間具有特殊之法律關係，就此參見 Kriele, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl., 2003, S. 72. 另關於國家學中所討論社會學意義中之人民、種族共同體、文化共同體、命運共同體、民族共同歸屬感，以及具有國籍身分之國民 (die Staatsangehörigen)，可參見 Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 14. Aufl., 2003, S. 81 ff.；就一般國家學所界定的國籍得喪以及基本法下的國籍認定，可參見 Schöbener/Knauff, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 2013, S. 94 ff.

¹² 德國基本法第 116 條規定：「一、除法律另有規定外，本基本法所稱德國人，係指具有德國國籍之人，或於 1937 年 12 月 31 日以後，以難民或被放逐者而具有德國血統之資格，或以其配偶或後裔之資格准許進入前德國（Reich）領土之人。二、前德國國民 1933 年 1 月 30 日至 1945 年 5 月 8 日期間，因政治、種族或宗教理由，被剝奪國籍者及其後裔，得申請恢復其國籍。此等人如 1945 年 5 月 8 日以後在德國設有住所並未表示相反意思者，視為未喪失其國籍。」

施行近 20 年的國籍法（1929 年 2 月 5 日公布）規範¹³。國籍法第 1 條規定：「中華民國國籍之取得、喪失、回復與撤銷，依本法之規定。」同法第 2 條第 1 項規定：「有下列各款情形之一者，屬中華民國國籍：一、出生時父或母為中華民國國民。二、出生於父或母死亡後，其父或母死亡時為中華民國國民。三、出生於中華民國領域內，父母均無可考，或均無國籍者。四、歸化者。」此一血緣原則之立法例係自 1929 年國籍法立法之初，即採取此一立場。而 2000 年全文修正時，僅係配合男女平等，將原本父系血緣之生來取得國籍，改採父母雙系之血緣原則，並移動條文，將 1929 年之第 1 條改列為第 2 條，並作「中國人改中華民國國民」之文字修正。依此規範，判斷是否具有中華民國國籍身分，原則上即取決於血緣關係，自國籍法立法之初即為如此。蓋國民身分由於事涉國家組成最重要的因素，不可能聽任立法機關任意改變，故中華民國憲法第 3 條所稱之「國籍」，合理的解釋應係制憲者在制憲當時已經把國籍法¹⁴所確立之原則，當成憲法規範的重要前提

13 陳新民，憲法學釋論，增訂 10 版，頁 57，2022 年。

14 我國國籍法係於 1929 年時制定公布，早於 1946 年制定之憲法存在。而 2000 年 2 月 9 日修正公布之國籍法，把第 1 條的中國人改為中華民國人，中國地改為中華民國領域，此可參當年立法理由六、其餘文字修正：「左列各人」修正為「有下列各款情形之一者」，「中國人」修正為「中華民國國民」，「中國地」修正為「中華民國領域內」可知，並無其他立法文義或歷史解釋可得出的不同解釋，僅係表示「文字修正」，似難採取限定於臺灣地區人民之解釋。依此，其父親是否為中華民國國民，仍然要依據舊國籍法下的祖父是否為「中國人」而定。並未改變以血統主義作為認定國籍之標準，只是改變了父系主義，改採了父母雙系主義。同樣的，憲法第 4 條所謂的「固有疆域」也只可能是 1929 年的「中國」疆域，

基礎，是以國籍法在形式上屬於法律位階，實際上其應有居於憲法位階的「實質憲法」地位，故憲法第 3 條所謂的「國籍」，應以制憲時國籍法所確立的「血統主義」為原則¹⁵。在兩岸尚未分治之前擁有中華民國國籍者，理不因兩岸分治而當然喪失中華民國籍，這些屬中華民國但設籍居住在大陸地區的人民所衍生的後代，依國籍法第 2 條之血統主義原則，也取得中華民國國籍而屬中華民國國民¹⁶。

惟有學者認為，一國國民應以「國籍」作為識別標準，大陸地區人民既不具中華民國國籍，「縱令其與臺灣人民具有血緣及親屬關係，仍不能因此而取得中華民國國民的身分」，自法的觀點而言，大陸地區人民是不折不扣的外國人，而且是「次級的外國人」¹⁷。但本文認為上述見解似有矛盾之處，蓋學者一方面指出，

見蘇永欽，從憲法的角度看兩岸政策，歷史月刊，166 期，頁 65，2001 年。

¹⁵ 蘇永欽，部門憲法——憲法釋義學的新路徑？，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論（上）翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁 755，2002 年。但筆者對於國籍法界定為憲法位階的認定，並不支持。蓋法位階之認定係取決於形式意義之憲法法或法律，而非實質意義。

¹⁶ 陳靜慧，從平等權的觀點論大陸配偶在台灣地區之法律地位及其基本權利之保障，憲政時代，28 卷 2 期，頁 63，2002 年。早期之憲法學者並未直接對此一問題作出說明，如林紀東僅謂：「即不問出生地為何，凡具有其國之血統，即為具有固有國籍之人，如其父若母為中國人，即具有中華民國國籍。依其規定，華僑雖生長異域，仍具有中華民國之國籍。」並未明白表示大陸地區人民之法律地位。見林紀東，中華民國憲法逐條釋義（一），8 版，頁 37 以下，1998 年。

¹⁷ 李建良，外國人權利保障的理念與實務，台灣本土法學雜誌，48 期，頁 97-98，2003 年；另李震山老師認為大陸地區人民，事實

一國國民應以「國籍」為識別標準¹⁸，但略顯武斷直接推出大陸地區人民不具備中華民國國籍，並未就國籍法相關規定做詮釋，似乎有刻意疏漏之嫌。國籍法第 2 條明確表示以血統主義為原則、以出生地主義為輔¹⁹，如何導出「縱令其與臺灣人民具有血緣及親屬關係，仍不能因此而取得中華民國國民的身分」，似乎有違法釋義學上法律解釋之方法²⁰。就此對於國籍法之規定不能視而不見，徒依立場而各說各話。在國籍法血統原則的合憲性被推翻之前或是另定新法表示將民國幾年後設籍於大陸地區者排除於國民身分以前，我們無法迴避，也不能迴避國籍法對此的原則性規範。是故，本文認為若欲排除大陸地區人民之中華民國國籍，

上既不具有中華民國國籍，又已取得中華人民共和國國籍，且在臺灣未設有戶籍，故大陸地區人民應可歸屬於有別於一般外國人之特別或特殊身分之外國人，因此無需強從國籍法之「血統主義」或主權和治權分離的例外情形，推出大陸人士屬本國人之結論。見李震山，論移民制度與外國人基本人權，台灣本土法學雜誌，48 期，頁 55，2003 年。但本文認為，有無戶籍並不能作為判斷國籍之理由，具有中華人民共和國國籍亦不代表不能具有我國國籍（因為新國籍的取得，往往未必以舊國籍之喪失為條件，也往往並不發生喪失舊國籍的效果，因此會產生雙重國籍，見李震山，註 17，頁 54，況且該文於同頁亦指出，如何取得中華民國國籍，則以國籍法及國籍法施行法之規定為依據，如何推出「無需強從國籍法之血統主義推出大陸人士屬本國人之結論」？

¹⁸ 見李建良，註 17，頁 92、96。

¹⁹ 李惠宗，憲法要義，7 版，頁 9，2015 年；另參照蕭文生，人民、國民與主權，月旦法學教室，13 期，頁 61，2003 年。

²⁰ 吳庚，憲法的解釋與適用，頁 507 以下，2003 年；以及 Karl Larenz（陳愛娥譯），法學方法論，頁 157、217 以下，2001 年。

不能不顧憲法增修條文及國籍法之明文²¹，換言之，至少必須先修正國籍法之相關規定，始有可能²²。

為因應兩岸特殊之政治現實，憲法秩序下即有必要另為規範：憲法增修條文前言明揭：「為因應國家統一前之需要，依照憲法第二十七條第一項第三款及第一百七十四條第一款之規定，增修本憲法條文如左：」增修條文第 11 條亦明定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」依此憲法委託，臺灣地區與大陸地區人民關係條例即為規範國家統一前，臺灣地區與大陸地區間人民權利義務及其他事務所制定之特別立法（司法院釋字第 712 號參照）。因此在兩岸分治之現況下，國籍法並未對此有所規範，而係交由臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 2 條規定相關概念定位：「一、臺灣地區：指臺灣、澎湖、金門、馬祖及政府統治權所及之其他地區。二、大陸地區：指臺灣地區以外之中華民國領土。三、臺灣地區人民：指在臺灣地區設有戶籍之人民。四、大陸地區人民：指在大陸地區設有戶籍之人民。」依此，「戶籍」在人民與國家之間的關係上，即為辨識「臺灣地區人民」與「大陸地區人民」身分的

²¹ 陳春生老師似乎亦採取這樣的見解，見「移民制度與外國人人權問題」議題討論，台灣本土法學雜誌，48 期，頁 84，2003 年。

²² 但此時有無信賴保護和法律溯及之問題，仍然必須慎重檢驗。可否以主權限縮之說法，要排除原本具有國籍之大陸地區人民，實體法上可否通過相關學理上及釋憲實務上之要求，有待進一步之發展與討論。

一種機制²³。因此，大陸地區人民的身分並非以是否「具備中華民國國籍」為判別標準，而是取決於有無設戶籍於臺灣地區為準²⁴。此觀戶籍法第1條即揭示，「中華民國人民戶籍之登記，依本法之規定。」大陸地區人民來臺取得完整身分須經戶籍登記，足證亦屬中華民國人民。兩岸人民（包括港澳居民）之身分變動亦不以外國人之歸化為之，而是以設立戶籍後之「定居」概念作為區別身分之標準；且有別於我國國籍法並不完全禁止雙重國籍²⁵，兩岸人民間的身分係依戶籍之有無而採取嚴格二分「有你即無我」之立法，此觀臺灣地區與大陸地區人民關係條例第9條

23 李建良，人民與國家身分連結的法制詮要與法理探索：兼論台灣人國籍的起承斷續問題，臺大法學論叢，36卷4期，頁19，2007年。

24 其具體認定係依臺灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則第5條規定：「本條例第二條第四款所定大陸地區人民，包括下列人民：一、在臺灣地區或大陸地區出生，其父母均為大陸地區人民者。二、在大陸地區出生，其父母一方為臺灣地區人民，一方為大陸地區人民，在大陸地區設有戶籍、領用大陸地區護照或未依前條第一項第四款規定在臺灣地區設有戶籍者。三、在臺灣地區設有戶籍，中華民國九十年二月十九日以前轉換身分為大陸地區人民，未依第六條規定回復臺灣地區人民身分者。四、依本條例第九條之一第二項規定在大陸地區設有戶籍或領用大陸地區護照，而喪失臺灣地區人民身分者。」

惟此處臺灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則第5條第1項第2款連結臺灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則第4條第1項第4款規定「四、在大陸地區出生，其父母一方為臺灣地區人民，一方為大陸地區人民，未在大陸地區設有戶籍或領用大陸地區護照，並於出生後一年內在臺灣地區設有戶籍者。」因而要求必須在出生後一年內在臺灣地區設有戶籍，始屬臺灣地區人民，不僅導致出生於大陸地區人民之陸配子女於出生後一年內身分陷於未定，且將一年後未設籍於大陸地區，卻逕自定性為大陸地區人民。實有逾越母法之嫌。

25 國籍法第9條第4項參照。

之 1 第 1 項規定：「臺灣地區人民不得在大陸地區設有戶籍或領用大陸地區護照。」即以戶籍作為區分身分之標準；但於大陸地區設有戶籍並不代表喪失中華民國國籍身分，此觀同條第 2 項規定：「違反前項規定在大陸地區設有戶籍或領用大陸地區護照者，除經有關機關認有特殊考量必要外，喪失臺灣地區人民身分及其在臺灣地區選舉、罷免、創制、複決、擔任軍職、公職及其他以在臺灣地區設有戶籍所衍生相關權利，並由戶政機關註銷其臺灣地區之戶籍登記；但其因臺灣地區人民身分所負之責任及義務，不因而喪失或免除。」僅喪失臺灣地區人民身分、政治性權利及其設有戶籍所衍生相關權利，但並非喪失國籍身分成為外國人，蓋其但書即表示，因臺灣地區人民身分所負之責任及義務，並未隨著其身分因設籍大陸地區而改變為大陸地區人民而有別，若大陸地區人民即為外國人，此一規定即甚難理解。至於嗣後再註銷大陸地區戶籍，而欲回復臺灣地區人民身分，亦非以國籍法中之歸化規定為之，而係於臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 9 條之 2 第 1 項規定：「依前條規定喪失臺灣地區人民身分者，嗣後註銷大陸地區戶籍或放棄持用大陸地區護照，得向內政部申請許可回復臺灣地區人民身分，並返回臺灣地區定居。」亦以定居制度作為規範依據。

由此以觀，中華民國憲法增修條文及臺灣地區與大陸地區人民關係條例之相關規範即係以分裂國家之立法模式以為規範，中華民國憲法增修條文及臺灣地區與大陸地區人民關係條例承認臺灣海峽兩岸目前是未統一且已經是分裂的狀態，而承認國家分裂或採取分裂國家理論，在憲法上最重要效果之一就是會造成憲法

地域效力範圍以及憲法施行地域的改變²⁶。大陸地區人民的入境、停留、長期居留及定居等地位變遷即非取決於國籍有無，原則上繫於戶籍之設定，以最終設定戶籍作為取得相對完整的國民身分（仍有若干限制²⁷），就此衡酌兩岸現實，亦難過度批判。此一法制上的界定，雖然未有正面處理，但大法官相關解釋亦立基於此，此觀我國司法院大法官在憲法增修條文及臺灣地區與大陸地區人民關係條例架構下，亦曾強調兩岸協議並非「國際書面協定」（司法院釋字第 329 號）；就領土主權問題，司法院釋字第 481 號亦明確區分「事實上」能實施自治（治權所能及）與不能實施自治（治權所不及）的省，認定福建省為轄區不完整的省；司法院釋字第 454 號針對無戶籍國民、大陸地區人民及港澳居民未於臺灣地區設有戶籍者認定人民之遷徙自由受有限制，亦是立基於此等人民「享有」遷徙自由為前提；司法院釋字第 497 號亦針對臺灣地區與大陸地區人民關係條例限制大陸地區人民入境規定的

26 許宗力，兩岸關係的法律定位——現狀與未來發展，收於：憲法與法治國行政，頁 467-470，1999 年。惟採取分裂國家之定位是否必然得出特殊兩國論，則有不同見解，就此亦可參見蘇永欽，分裂國家的主權和公投問題，法令月刊，55 卷 1 期，頁 4 以下，2004 年。

27 臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 21 條規定，「大陸地區人民經許可進入臺灣地區者，除法律另有規定外，非在臺灣地區設有戶籍滿十年，不得登記為公職候選人、擔任公教或公營事業機關（構）人員及組織政黨；非在臺灣地區設有戶籍滿二十年，不得擔任情報機關（構）人員，或國防機關（構）之下列人員：一、志願役軍官、士官及士兵。二、義務役軍官及士官。三、文職、教職及國軍聘雇人員。大陸地區人民經許可進入臺灣地區設有戶籍者，得依法令規定擔任大學教職、學術研究機構研究人員或社會教育機構專業人員，不受前項在臺灣地區設有戶籍滿十年之限制。前項人員，不得擔任涉及國家安全或機密科技研究之職務。」

合憲性，亦以其享有遷徙自由為前提予以審查，憲法位階之遷徙自由的入境自由向來僅為國民始得享有，初次入境之外國人並無憲法位階請求權之遷徙自由可言，此亦為國際法與憲法學及實務普遍見解²⁸。就此亦與臺灣地區與大陸地區人民關係條例及國籍法之界定相同，大陸地區、港澳居民亦屬中華民國國民，只是在分裂國家的現實情況下，有必須另為規定，這自然也是立基於分裂國家的國家定位²⁹，也正是基於此等現實情況，對於大陸地區人民給予較劣於外國人或是港澳居民較優於外國人的入境、居留乃至於定居或歸化的要件，自然也是基於分裂國家中不同的政治決斷與考量。

二、行政院函釋一反過往見解

惟為因應前述臺灣高雄地方法院民事判決所衍生大陸地區人民之定位爭議，行政院於 2023 年 5 月 24 日以函釋（即前揭：行政院秘書長民國 112 年 05 月 24 日院臺法長字第 1121023848 號函）表明：「二、……惟臺灣歷經民主轉型與憲法變遷，實踐自由民主憲政有年，政治情勢及兩岸關係之發展，相較於兩岸條例制定當時多所轉變，相關解釋函令是否妥適，容有檢討必要。三、……

28 司法院釋字第 708 號解釋理由書即稱「外國人並無自由進入我國國境之權利」就此界定，若指涉初次入境之外國人，定位上較無疑義；惟若指涉已有若干憲法上權利之基礎者，如婚姻家庭關聯或已紮根之私生活連結，完全排除此等外國人之入境權利，恐有疑慮。就外國人入境關聯性較高的毋寧是基於婚姻家庭保障下的入境權利，就此在憲法學及移民法學的討論，可見張志偉，兩岸間的家庭團聚權——疫情下的法學思考，國立中正大學法學集刊，78 期，頁 149-195，2023 年。

29 蘇永欽，註 26，頁 6 以下附有更多論據。

有關國籍之取得或國民身分之認定，因兩岸條例未予規範，自應適用我國其他有關法律論斷，而不宜逕以函釋代之。四、……⁸⁹年『國籍法』修法已將定義國籍之用詞由『中國人』修正為『中華民國國民』。次查『入出國及移民法』第3條第1款規定，中華民國國民係具有中華民國國籍之居住臺灣地區設有戶籍國民或臺灣地區無戶籍國民，已明確界定中華民國國民之範圍。故依我國現有相關法律規定，舉凡應考試服公職及參政、納稅、服兵役、受國民教育、加入全民健康保險等，中國大陸人民不具中華民國國籍、非屬中華民國國民，自不享有或負擔中華民國國民之權利義務。……」

但上開函釋未進一步表明的是，究竟有何憲法變遷之處，若認憲法增修條文或臺灣地區與大陸地區人民關係條例有所不妥之處，何以未進一步修正？憲法及法律（國籍法與臺灣地區與大陸地區人民關係條例）明文未有變更之時，如何能有託詞憲法變遷而改變見解，況且以行政函釋為之，其法律位階自不得牴觸法律，如何能以函釋變更法律上之定位。其次，於2000年國籍法之修法，充其量僅係配合男女平等，將原本父系血緣之生來取得國籍，改採父母雙系之血緣原則，已如前述；至於將1929年制定之「中國人」用語更改為「中華民國國民」，僅為「文字修正」，以符合憲法之明確意涵，並無重新界定兩岸人民間的國籍身分之意，此觀國籍法之修正理由即可得知³⁰。再者，或有以不同法律規範作

³⁰ 國籍法，法律沿革，立法院法律系統，

為切入點，如以入出國及移民法第 3 條第 1 款「國民」規定為由，「指具有中華民國（以下簡稱我國）國籍之居住臺灣地區設有戶籍國民或臺灣地區無戶籍國民。」以此推論，大陸地區人民不具我國國籍，非屬國民身分³¹。

惟此一推論容或有斟酌之處。基於政治與歷史上的原因，我國就國境管制之入境規範係因當事人身分之不同而享有不同的人境權利，廣義之入出國及移民法規相關規定分別散落於臺灣地區與大陸地區人民關係條例、香港澳門關係條例、入出國及移民法等法規範，對之掌握多少有其困難。其身分類別大抵可分為：（一）居住臺灣地區設有戶籍國民；（二）臺灣地區無戶籍之國民；（三）大陸地區人民；（四）港澳居民；（五）外國人，以及（六）無國籍人。因此基於體系解釋，狹義之入出國及移民法本在處理除大陸地區人民及港澳居民以外之其他臺灣地區人民、外國人及無國籍者之入出國，因此所著眼的是臺灣地區有無戶籍之國民或外國人，至於大陸地區人民及港澳居民之入出境、停留、居留、長期居留或定居，自有臺灣地區與大陸地區人民關係條例與香港澳門關係條例為據。前述行政院函釋多少陷入一般人直觀的「國民/外國人」的二分法，但卻完全適切無法解釋我國特殊境況下的移民法制³²。例如，依入出國及移民法第 3 條第 3 款即限定臺灣地

31 如前述行政院祕書長函釋三。

32 我國現行法制中，包括司法院解釋，以及法院實務見解，都明確將「外國人」與「大陸地區人民」區別處理，且為互斥概念。國籍法、入出國及移民法適用於外國人，而臺灣地區與大陸地區人民關係條例則適用於大陸地區人民，而港澳居民則又是另一概念與規範體系，適用香港澳門關係條例。故而大陸地區人民與港澳

區為「臺灣地區：指臺灣、澎湖、金門、馬祖及政府統治權所及之其他地區。」而第 4 款即規定，「居住臺灣地區設有戶籍國民：指在臺灣地區設有戶籍，現在或原在臺灣地區居住之國民，且未依臺灣地區與大陸地區人民關係條例喪失臺灣地區人民身分。」此即連結臺灣地區與大陸地區人民關係條例中以戶籍作為區分大陸地區人民與臺灣地區人民，甚至是臺灣地區無戶籍國民之標準，就此自非如行政院函釋所言，係就國民身分有所界定。況且函釋中既表示「國籍之取得或國民身分之認定……不宜逕以函釋代之」，則基於法律保留原則之要求，關於國民身分及權利義務之內容亦不應以函釋為之，行政院函釋就此而言，亦屬此一違誤。法律解釋之方法要求係為確保法律解釋起碼的客觀性，而非係依解釋者主觀傾向而為決定，切莫將解釋者自己想的逕自解為法規範之意旨，此一方法論要求自然適用於此，入出國及移民法與臺灣地區與大陸地區人民關係條例或香港澳門關係條例就此亦無不同。倘認相關法律有所未妥，自然可以開啟修憲或修法程序，而不應以行政函釋之方式「改造」(umdeuten)法律之內容。質言之，若欲排除大陸地區人民或港澳居民為中華民國國民之身分，卻不修正國籍法，方法上是難以想像的。

居民於我國臺灣地區必須設戶籍取得定居地位，始轉換身分，而不適用國籍法之歸化規定。大陸地區人民之驅逐出境或收容程序，亦不適用入出國及移民法，釋字第 708 號及第 710 號解釋亦分別處理外國人與大陸地區人民之收容爭議。此外，包括公職人員選舉罷免法、戶籍法等法規範，均係將兩種人民並列。

參、國家賠償法對等互惠條款之合憲性疑慮

一、國家賠償法第 15 條之適用

究其實，大陸地區人民是否為中華民國國民之爭議，實涉及國家賠償法之國家賠償請求中是否除國家賠償法第 2 條及第 3 條之國家賠償要件外，尚須進一步審查國家賠償法第 15 條之對等互惠條款。蓋若大陸地區人民為中華民國國民，自無須再行審查國家賠償法第 15 條之要件；但若受害之大陸地區人民屬外國人之定位，則須進一步審查國家賠償法第 15 條之附加之積極要件。因此，退萬步言，縱認大陸地區人民非中華民國國民，而應適用國家賠償法第 15 條審查有無對等互惠條款之適用，恐怕亦非如前述批評系爭判決之見解，可排除大陸地區人民之國家賠償請求。

國家賠償法第 15 條之適用，在我國司法實務上普遍少有案例，就本案法院見解而言，恐亦有未妥之處：蓋據報載，於二審後，臺灣高等法院高雄分院民一庭長甯馨接受中央社電訪表示，「若外國人民在台因公有公共設施設置管理缺失導致損失，依國家賠償法第 15 條『本法於外國人為被害人時，以依條約或其本國法令或慣例，中華民國人得在該國與該國人享受同等權利者為限，適用之』規定（即學理所稱『互惠原則』），因此需視被害人國家法律是否與臺灣有互惠原則，決定是否適用國家賠償法。由於兩岸法律並無互惠原則，此案癥結點為中國人民是否為中華民國人民。法官經函詢國家賠償法主管機關法務部以及陸委會，獲函覆中國人民也是中華民國人民，適用國家賠償法，所以據此依

法賠償」³³（畫線部分為本文所加）。就此實屬誤解，蓋國家賠償法第 15 條所示之對等互惠，並不在於兩國有無互惠原則之約定，而是檢視該外國人之本國法，究竟有無中華民國國民得於該國享有同等權利之依據或實務見解。其證據調查方法除雙方當事人之主張外，實務上亦包括函詢駐外使館、代表處，或是由法務部以行政函釋予以釐清。先前有論著指出，此一程序要求帶給實務上不少困擾，自不待言³⁴。因此，若認大陸地區人民為受害人應適用國家賠償法第 15 條之規定，即應調查對岸國家賠償法有無賠償我國國民之情事³⁵。

就此而言，中華人民共和國國家賠償法第 1 條規定：「為保障公民、法人和其他組織享有依法取得國家賠償的權利，促進國家機關依法行使職權，根據憲法，制定本法。」同法第 3 條規定：「行政機關及其工作人員在行使行政職權時有下列侵犯人身權利情形之一的，受害人有取得賠償的權利：…（五）造成公民身體傷害或者死亡的其他違法行為。」同法第 40 條規定：「外國人、外國企業和組織在中華人民共和國領域內要求中華人民共和國國家賠償的，適用本法。外國人、外國企業和組織的所屬國對中華人民

33 洪學廣、蔡孟妤，中國男子遭路燈電死判國賠 463 萬 法院：中國人民也是中華民國人民，中央通訊社，2023 年 2 月 17 日，<https://www.cna.com.tw/news/asoc/202302170194.aspx>（最後瀏覽日：2023/06/16）。

34 詳參張志偉，註 5，頁 3 以下。

35 同此理解，廖元豪，【廖元豪觀點】行政院空轉一大圈，大陸人民依然適用國賠，風傳媒，2023 年 5 月 31 日，<https://www.lepenseur.com.tw/article/1429>（最後瀏覽日：2023/06/16）。氏指出，中共一向都是把臺灣同胞都當成中國公民，所以也並沒有排除適用大陸的國家賠償。

共和國公民、法人和其他組織要求該國國家賠償的權利不予保護或者限制的，中華人民共和國與該外國人、外國企業和組織的所屬國實行對等原則。」³⁶筆者雖未尋得對岸進一步的實務見解，但由此等條文規定觀之，似難否認我國國民於中國大陸境內遇有此類情事時，亦可依此請求國家賠償，蓋由中國立法例視角出發，既未將臺灣地區人民視為外國人（關鍵字：台胞證），法條文義亦清楚可及，自無須適用中華人民共和國國家賠償法第 40 條對等原則之必要。從而，即使是將大陸地區人民納為我國國家賠償法第 15 條對等互惠之適用範圍，也會因為有中華人民共和國國家賠償法之請求權基礎，符合對等互惠原則下，大陸地區人民於我國自由地區遇有國家賠償事宜時，亦應檢視是否符合國家賠償法第 2 條及第 3 條之請求權基礎。

二、關注有限的憲法第 24 條與國家賠償法第 15 條合憲性

除了程序面向上必須調查、確認中華人民共和國相關法律適用情況外，筆者認為更應檢視的是，國家賠償法第 15 條本身的違憲疑慮：除了若干解釋論上的爭議，實務上尤為爭執之處在於國家賠償法第 15 條與公民與政治權利國際公約之規範衝突³⁷，以及此一對等互惠之立法是否有牴觸憲法之疑慮，特別是涉及不同國家間之外國人（依該本國法是否符合對等互惠之要求而有別），以

³⁶ 中華人民共和國國家賠償法（更新至 2013 年 1 月 1 日），國家統計局，https://www.stats.gov.cn/gk/tjfg/xgfgxfg/202503/t20250306_1958899.html（最後瀏覽日：2023/06/16）。

³⁷ 就此部分，可參見張志偉，註 5，頁 14 以下。

及涉及到被害人若屬外國人與未涉及外國人而衍生是否成立國家賠償責任而有別，因而衍生是否公務員必須自我負責，由此衍生出兩組對照組的平等原則爭議；就主體面向而言，針對若干與我國已有深刻連結之外國人，如外籍配偶或已獲永久居留之外國人，是否有必須給予與本國人相同之法律地位，亦受國家賠償法之保障；另國際多邊公約，如我國已將兩公約內國法化之「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」，是否可作為排除或限制對等互惠原則之依據，亦有待進一步討論。因此，以下則集中於實體面向，由此即先從國家賠償法之憲法基礎與我國學理的基本立場出發，進而再以德國法制的比較對照為借鏡，最後回到國家賠償法第 15 條之合憲性再予檢視。由於筆者先前已處理過此一議題，相關論述容有引述必要之處，合先敘明。

依我國憲法第 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。被害人就其所受損害，並得依法律向國家請求賠償。」司法院釋字第 487 號進而闡示：「立法機關據此有制定有關國家賠償法律之義務，而此等法律對人民請求各類國家賠償要件之規定，並應符合憲法上之比例原則。」已揭示憲法第 24 條之規定為憲法委託（Verfassungsauftrag）或形成保留（Ausgestaltungsvorbehalt）³⁸，立法者負有制定相關國家賠償法律之義務，且其賠償要件亦應符合比例原則之要求。

³⁸ 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，增訂 7 版，頁 94，2021 年。

然而憲法委託下之國家賠償法第 15 條對於外國人之適用，採取相互保證之立法例，就此是否牴觸憲法第 24 條之要求，不無疑慮。惟檢視我國文獻，國家賠償法第 15 條之合憲性則少為學者所關注，僅指引互惠原則（Gegenseitigkeitsverbürgung）作為規範外國人請求國家賠償之立法模式，並未深入探究³⁹。討論較多者，當屬葉百修大法官，其提及，相互保證主義係表現於憲法前言以及憲法第 141 條外交之基本原則，且「從現今國際情勢言之，苟對我國人之受害，不能以該外國為相對人請求賠償者，我國似無對該外國之人民在我國為被害人時，給予賠償之必要；矧我國憲法第 24 條規定所稱之人民，是否應限制解釋以中華民國人民為限，學者間見解雖有出入，然大體言之，基於主權完整，及國家安全理由，宜認為以我國人較為妥適。因而吾人以為國家賠償法第 15 條之規定並不違憲。⁴⁰」

³⁹ 如陳敏，行政法總論，9 版，頁 1176，2016 年；林錫堯，行政法要義，4 版，頁 667，2016 年；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，2 版，頁 133，2008 年；吳信華，憲法釋論，增訂 4 版，頁 514 以下，2021 年；李惠宗，註 19，頁 437。而李震山，論外國人之憲法權利，憲政時代，25 卷 1 期，頁 108，1999 年，則指出，「在國際關係的實務中，經由國與國之協定，對外國人之待遇可分為：1. 互惠待遇或對等待遇（Gegenseitigkeit），此乃根據平等互惠原則規定外國人之權利與義務，外國如何對待本國人民，本國亦如何對待該國家之人民，亦稱為『相互保證原則』，並以國家賠償法第 15 條為例。」似未特別提及其合憲性。

⁴⁰ 葉百修，國家賠償法，頁 83，2017 年。並舉我國現行法規亦有不少採用相互保證之規定；日本法制上亦認為合憲為由，作為補充之理據。

惟此一論據細究之下，或有可資斟酌之處：（一）憲法第 141 條⁴¹雖揭示我國外交之基本方向與目的，惟其屬基本國策之條文規範，該條效力多認為屬「方針條款」之性質⁴²，且如何從外交之基本方針導出國家賠償法適用於外國人時，必須採取相互保證之立法⁴³，其論證不無遺漏。（二）國家賠償法第 15 條之立法理由雖有提及憲法第 141 條⁴⁴，但同樣缺乏說理：國家賠償法之性質為國家侵權責任，與外交事項顯然有別，如何能如立法理由所示「自宜從同」。（三）從「主權完整或國家安全」等理由，實難理解何以必須排除欠缺相互保證（或難以證明）之外國人的國家賠償請求權。（四）縱使其他法規範亦有以相互保證為立法模式，但仍必須逐一檢視，不同的立法制度，其立法目的各自有別，無

41 其規定：「中華民國之外交，應本獨立自主之精神，平等互惠之原則，敦睦邦交，尊重條約及聯合國憲章，以保護僑民權益，促進國際合作，提倡國際正義，確保世界和平。」

42 陳新民，憲法學釋論，修正 8 版，頁 1015，2015 年。

43 然而李惠宗，註 19，頁 731 却提及「所謂平等，即我國與他國立於平等的地位，所謂互惠，即我國與他國交涉，簽訂條約，應雙方互受利益，不得有所偏倚，不損及任何一方的權益。此在國家賠償法第 15 條有具體化之規定。」（粗體為本文所加）。此一立場顯然將外國人於我國能否請求國家賠償，視同於外交事務之對等。

44 按國家賠償法第 15 條（1980 年 7 月 2 日）立法理由：「一、本條規定國家對外國人之賠償責任，採相互保證主義。二、按現代文明國家，關於國家賠償責任，對外國人多採相互保證之互惠主義（參考日本國家賠償法第六條，韓國國家賠償法第七條），我國憲法第一百四十一條所定關於外交方面之基本國策，亦揭載『平等互惠之原則』，本法自宜從同。三、本條對於外國人，雖規定以依條約或其本國法令或慣例，中華民國人得在該國與該國人享受同等權利者為限，始有其適用，惟並不以有外交關係為必要。如某國有關國家賠償法之法令或慣例，排除對中華民國人民之適用，或根本不承認國家賠償責任之存在，即屬欠缺此項相互之保證，該國人在中華民國，即不得依本法規定，請求損害賠償。」

法以此論證國家賠償法之相互保證立法模式的正當性⁴⁵。(五)再者，相互保證之國家賠償法立法模式無可迴避憲法上關於平等原則之檢視。國內討論顯然未以平等原則審視國家賠償法第 15 條之合憲性。(六)請求主體上，憲法第 24 條文義上並未加以限制，何以限定於相互保證之外國人始有適用國家賠償法，不無疑問。事實上，法務部函釋亦指出，國家賠償法第 15 條所規範之外國人係指「被害人」，如非被害人而係依其他法律有關損害賠償之規定得行使請求權之人，自不在國家賠償法適用之範圍⁴⁶。亦即依國家賠償法第 15 條所排除之外國人限於「直接被害人」，其他為被害人支出殯葬費之人，以及被害人對之負有法定扶養義務之人，或是被害人之父、母、子、女及配偶，得請求慰撫金者，並不排除其中有屬外國人，可得為請求權人而請求國家賠償。(七)若屬

45 例如政府資訊公開法第 9 條亦採相互保證，立法目的在於「促使他國承認我國國民在該國可以享有政府資訊公開請求權（外交目的）」，但學理上多有正確批評，認為此一目的與政府資訊公請法第 1 條立法目的（資訊流通、透明、監督）並無關聯，從而非為正確之立法。參見湯德宗，政府資訊公開法比較評析，臺大法學論叢，35 卷 6 期，頁 61 以下，2006 年；謝碩駿，政府資訊公開法中的政府資訊被動公開，台灣法學雜誌，129 期，頁 4 以下，2009 年。民事訴訟法第 108 條關於外國人請求訴訟救助，亦採相互保證之立法。惟此涉及訴訟救助，與國家責任亦屬有別。土地法第 18 條則為外國人取得或設定土地權利一事，就此係屬有限資源，亦與國家責任有別。

46 法務部 82 年 12 月 24 日（80）法律字第 27190 號函參照：「本件被害人為我國國民，業已死亡，依民法規定應由支出殯葬費之人、法定扶養權利人或其父母、配偶、子女等為請求權人，提出損害賠償之請求（國家賠償法第 5 條、民法第 192 條、第 194 條規定參照），請求賠償之人縱無我國國籍，其為請求權人之資格應無不合，惟應無國家賠償法第 15 條規定之適用。」

無國籍之人，無從探求其本國法，學理上傾向於「從保護被害人及衡平立場，似有給予與本國人相同救濟之必要，矧依國際私法上住所地或居所地法理，似應認有國家賠償法之適用」⁴⁷。如是，則何以排除欠缺相互保證之外國人，則有待進一步論證。

基此，國家賠償制度既屬國家責任法制之一環，尤其是因公務員違法有責行為或公共設施所生責任，其性質即屬國家代位或自己之侵權責任，如何能以此侵權行為責任之排除事由，達到「促使他國承認我國國民享有國家賠償請求權」之外交目的。如是，則豈非是因該外國人之本國立法、行政或司法等疏漏，強使遭受我國公權力侵害之外國人接受無從向我國求償之損害⁴⁸。因此，國家賠償法第 15 條之對等互惠原則立法，限制外國人作為請求權主體，是否合憲，仍有待進一步認定。固然從國家賠償法第 15 條之立法理由，無從觀察我國是直接繼受德國法，但是我國民事法與公法多有繼受德國法，無論是我國民法或國家賠償法之立法例多與德國法相似，國家賠償制度屬國家責任法制之一環，德國法制對此正好有修正之處，適可收借鏡參酌之效，也可以反思何以德國法制有所修正的理據，故德國國家責任法制仍值得探究與借鏡。

三、以德國國家責任法制為借鏡

德國法上國家責任制度係作為法治國與基本權利所要求，憲法基礎在於：(一) 德國基本法第 20 條第 3 項所有國家機關受憲

⁴⁷ 葉百修，註 40，頁 81。

⁴⁸ 類似見解，參見許義寶，*入出國法制與人權保障*，3 版，頁 359 以下，2019 年。

法與法律之拘束；（二）基本法第 19 條第 4 項對抗違法之國家行為所生之權利保護，以及（三）基本法第 34 條填補因違法國家行為所生損害。進而衍生出排除請求權（*Beseitigungsanspruch*）、結果除去請求權（*Folgenbeseitigungsanspruch*），以及損害賠償與損失補償請求權（*Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch*）三層次的請求權基礎⁴⁹。其中現行德國公務員職務責任法（*Amtshaftungsrecht*）是以德國民法第 839 條（條文內容約略相當於我國民法第 186 條）結合德國基本法第 34 條作為一個完整法律基礎的國家賠償責任制度⁵⁰。依此，公務員職務責任的成立，先依德國民法第 839 條成立公務員個人侵權行為責任，再由國家或其他公權力主體代位（*anstelle*）該已成立之公務員個人責任，而直接對被害人民負賠償之責⁵¹。然而此一國家代位承擔責任係原則，在某些情況下亦有例外，在這些例外之法定排除事由下，即由公務員依德國民法第 839 條承擔個人責任。惟隨著時代發展，這些例外規則幾乎已不具作用，其中針對外國人之賠償責任限制，即屬適例：

⁴⁹ Maurer/Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20. Aufl., 2020, § 25 Rn. 6.

⁵⁰ 德國基本法第 34 條第 1 句規定：「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。

⁵¹ Maurer/Waldhoff (Fn. 49), § 26 Rn. 1, 7 ff.

（一）1993年以前之公務員職務責任法

在1993年以前，依「帝國為其公務員承擔賠償責任法」(Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten, RBHG a.F., 下稱公務員職務責任法之舊法)第7條，只有在「相互保證」(die Gegenseitigkeit verbürgt)，亦即德國國民在該外國人本國享有同等損害賠償請求權的情況下，才存在對該外國人的賠償責任⁵²。亦即，與我國國家賠償法第15條相同之立法例，採取對等互惠之外國人限制要件。

（二）1993年後之公務員職務責任法

在諸多法律爭議與文獻質疑（從法政策與憲法面向）後⁵³，於1993年7月28日通過公務員職務責任法之新法修正，修正後之第7條第1項第1句⁵⁴規定，只要該外國人在德國有住所並且為持續之居留，其於國家責任法上的地位即與德國人相同；聯邦政府僅得「為建立對等性」(zur Herstellung der Gegenseitigkeit)，依據互惠原則制定法規命令，針對未於德國設定住所或持續居留

⁵² Maurer/Waldhoff (Fn. 49), § 26 Rn. 40.

⁵³ Vgl. Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 99 f.; Maurer/Waldhoff (Fn. 49), § 26 Rn. 41.

⁵⁴ § 7 I S. 1 RBHG n.F.: „(1) Die Bundesregierung kann zur Herstellung der Gegenseitigkeit durch Rechtsverordnung bestimmen, daß einem ausländischen Staat und seinen Angehörigen, die im Geltungsbereich dieses Gesetzes keinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt haben, Ansprüche aus diesem Gesetz nicht zustehen, wenn der Bundesrepublik Deutschland oder Deutschen nach dem ausländischen Recht bei vergleichbaren Schädigungen kein gleichwertiger Schadensausgleich von dem ausländischen Staat geleistet wird.“

之外國人，排除德國之國賠責任，惟目前尚無此一行政立法的規定⁵⁵。至此，其原則與例外關係即有所顛倒，1993 年後原則上每一個國家及其國民即具有由德國聯邦公務員所為之職務責任侵害行為（依基本法第 34 條第 1 句）所生之請求權⁵⁶。在聯邦層級，目前並無對於外國人之責任限制，從德國公務員職務責任法的觀點而言，外國人已與內國人之地位相同，充其量只是聯邦政府保有對於未設定住所或持續居留之外國人，得引進互惠原則之立法可能性；在各邦層級，先前對於外國人所為賠償責任限制之邦法，也被廢除或是採取如同德國公務員職務責任法相同之立法模式⁵⁷。

其次，在歐盟法影響下，依德國公務員職務責任法第 7 條第 2 項規定⁵⁸，對於歐盟成員國及其人民之報復性（互惠）規定，則是一律排除，蓋此牴觸歐盟條約中歧視禁止之規定⁵⁹。從其立法

55 Stein/Itzel/Schwall, *Praxishandbuch des Amts- und Staatshaftungsrechts*, 2. Aufl., 2012, Rn. 228.

56 Papier, in: Maunz-Dürig (Hrsg.), *Komm. z. GG*, Januar 2009, Lfg. 54, Art. 34 Rn. 283.

57 Maurer/Waldhoff (Fn. 49), § 26 Rn. 40.; Grzeszick, *Staatshaftungsrecht*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl., 2010, § 44 Rn. 14.; Bull/Mehde, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, 9. Aufl., 2015, § 26 Rn. 1149.

58 § 7 RHBG n.F.: „(2) Absatz 1 gilt nicht für Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften und ihre Angehörigen und für die sonstigen Fälle, in denen kraft des Rechts der Europäischen Gemeinschaften eine Gleichbehandlung mit Deutschen erfolgen muß.“

59 Papier (Fn. 56), Art. 34 Rn. 283, 288. 更有甚者，在民事領域，德國亦透過一般平等待遇法，禁止因「種族」或「血統來源」之禁止，種族歧視包括與人種有關之膚色、眼形、髮性等相關生理特

史觀之，德國公務員職務責任法第 7 條第 1 項係逐字地繼受 1981 年（已失效之）國家責任法第 35 條第 1 項之立法，當時即已認定，在益發緊密的國際生活關係之連結以及在德國為數眾多的外籍移工之下，對於同受國家高權不法侵害之德國人與外國人所採的差別待遇，法政策上已無法再維持⁶⁰。依通說見解，對此國家承擔賠償責任之限制或排除要件，必須符合下列要求，始為合憲：

（一）必須有實質理由且合於比例原則；（二）必須以形式意義法律為之，因此並不容許以地方自治章程為減輕或排除國家責任事由⁶¹。就此，如同德國學者 Maurer/Waldhoff 所言，對於外國人所為之排除國家責任事由，不僅違反法治國原則、平等原則以及對於公務員之照顧義務（詳下述）⁶²。在此背景下，德國公務員職務責任法第 7 條已失其實際適用可能性，蓋 1993 年之修法雖未完全排除可引進互惠原則，但基於本文所引述的諸多批評與質疑，聯邦政府與各邦政府對此均未有引進此一互惠原則，實有其背後的法理依據。至於歐盟國家之國民，則依同條第 2 項，全然排除互惠原則之可能性。因此現行德國立法之結論即為：於國家責任

徵以及語言、文化等族群辨識因素所產生的差別待遇。此一歧視表徵欲防止的是對於某一種族以及該種族特性之先入為主的預斷。但由於國籍並非一般平等待遇法明列的歧視表徵，故單純依國籍所為之差別待遇，未必當然屬於因「種族」或「血統」之歧視。Vgl. Göbel-Zimmermann/Marquardt, Diskriminierung aus Gründen der „Rasse“ und wegen der ethnischen Herkunft im Spiegel der Rechtsprechung zum AGG, ZAR 2012, 369-380 (375 f.)

⁶⁰ Papier(Fn. 56), Art. 34 Rn. 283.

⁶¹ Maurer/Waldhoff (Fn. 49), § 26 Rn. 42. 氏並指出，例如某地方團體以自治章程規定，並不承擔所屬公務員之輕過失所為之職務上侵權行為，該章程即屬違法。

⁶² Maurer/Waldhoff (Fn. 49), § 26 Rn. 41.

面向上並不採取互惠原則之立法例。⁶³。惟近年來，對於此條之請求權基礎於德國國防軍派駐於外國（阿富汗）時所生之情況下，聯邦最高法院認定並無適用，蓋此為違反國際法行為所生損害賠償請求權，引起若干討論⁶⁴。

四、重新檢視我國國家賠償法制中的對等互惠原則

（一）以國籍作為差別待遇特徵之審查標準

德國學者 Josef Isensee 曾經很精準地指出，外國人憲法問題的複雜性可追溯到一項基本問題：平等之憲法問題，亦即在憲法上多大程度地要求、容許或排除外國人與德國人的平等地位⁶⁵。1993 年前帝國責任法所採取的對等互惠立法，於外國未有對等互惠之立法或實務時，即排除國家責任，就此即引起實務上的諸多爭議。但聯邦最高法院及聯邦憲法法院裁判則一致地認定與憲法（無論是德國基本法第 34 條第 1 項或是第 3 條第 1 項平等原則）並無違反⁶⁶，其論據在於國際法上之對等原則（*völkerrechtliches*

⁶³ 筆者推測，之所以保留互惠原則引進的可能性，基本上係為保留一定彈性，以便因應可能的外交情勢變化。但由於學理上諸多質疑，尤其是對於公務員是否即應自負責任，以及所衍生平等原則與國家照顧義務之違反，現行立法上即未有認為應保留互惠原則之見解，並不純然是因為歐盟法制的影響而已（否則只須有第 7 條第 2 項之立法即可）。

⁶⁴ BGH, Urt. v. 6.10.2016 – III ZR 140/15, NJW 2016, 3656 – Kundus = JuS 2017, 572 (Waldhoff).

⁶⁵ Isensee, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32, 1973, 49 (54 f.)

⁶⁶ BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschlüsse vom 17.01.1991 - 2 BvR 595/87, NVwZ 1991, 661: „Amtlicher Leitsatz: Es verstößt nicht gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, die Entschädigung nach Amtshaftungsgrundsätzen bei Ausländern davon abhängig zu

Gegenseitigkeitsprinzip），認為藉此可促使其他國家保障德國人於該國相應之權利⁶⁷。惟此等裁判見解卻引起學理上諸多質疑見解，其中之一即為平等原則之疑慮。

進一步分析，我國國家賠償法第 15 條所涉及之差別待遇係以「國籍」作為分類標準，進而可分為兩類不同的適用對照組：一是國家賠償請求權主體為本國人和外國人即有不同，前者直接審查是否構成國家賠償法第 2 條及第 3 條之要件，若為外國人，則需進一步審查是否有對等互惠之本國法而有別；另一組則是有對等互惠與無對等互惠的外國人間。前者係以國籍作為差別待遇的分類標準，後者則是以其本國法有無對等互惠之立法作為分類標準。因此，以下即就國籍作為差別待遇特徵之審查標準略作檢視⁶⁸，接著再進入國家責任體系的討論。

machen, daß im Verhältnis zu ihrem Heimatstaat die Gegenseitigkeit verbürgt ist.“ 較為詳細的理由：https://www.mpil.de/de/pub/publikationen/archiv/rechtsprechung-voelkerrecht/r00.cfm?fuseaction_r_spr=act&act=r8693_117 (最後瀏覽日：2025/12/28)。

67 Vgl. Papier (Fn. 56), Art. 34 Rn. 285 Fn. 10.; Ossenbühl/Cornils (Fn. 52), S. 100 Fn. 612. 附有裁判字號。進一步實務見解的檢討，參見 Pietzcker, Rechtsprechungsbericht zur Staatshaftung, AÖR 2007, 469 f.

68 我國憲法第 7 條所規定「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」之規範對象，許宗力大法官即主張依其明確之文義，並無解釋為包括外國人之可能；並質疑學理上有主張可解為「中華民國境內之人民」係無視於文字之侷限，而超越其可能文義範圍，故而否認外國人得主張平等權。就此爭議，參見許宗力，基本權利：第三講 基本權主體，月旦法學教室，4 期，頁 80 以下，2003 年；李念祖，論我國憲法上外國人基本權之平等保障適格，憲政時代，27 卷 1 期，頁 89，2001 年。惟此一條文解釋上，「中華民國人民」是否必然須解為「中華民國國民」，似不無疑問。而吳信華，註 39，頁 290 處則指出，「平等權

關於以國籍作為區別標準一點，特別是其平等原則之審查乃至於憲法要求寬嚴程度，在我國法似少有直接論及⁶⁹。有別於針對歐盟公民（Unionsbürger）必須依歐盟法而禁止以國籍作為差別待遇之標準，德國基本法原則上並不禁止以國籍作為差別處理之分類標準。德國憲法學理上向來區分一般平等權與特殊平等權，正當化其差別待遇的憲法要求則明顯有別，其中特殊平等權大抵可分為兩類：其差別處理係依循特殊可議的標準（如德國基本法第3條第2項及第3項、第6條第5項所示特徵）以及其差別處理涉及維繫民主體制之政治性權利者⁷⁰。若循此一處理脈絡，以國籍作為差別處理之分類標準一點，由德國聯邦憲法法院裁判以觀，其並不屬於德國基本法第3條第3項第1句所列嚴格禁止的類型，而是依第3條第1項之一般平等權予以審查⁷¹。但由於德

既在保障相同事項之公平對待，則依事物之本質應無特別區分國籍之理而將外國人排除在外；同時若將平等權擴張為共通事項均適用之『平等原則』，則當係以『事件』受差別待遇與否為判斷，而不再以主體為主，從而任何人均可享有平等權。」

- ⁶⁹ 司法院釋字第696號：「法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定。」可謂一般性地論述平等原則之操作模式。
- ⁷⁰ 參見陳愛娥，對憲法平等權規定的檢討——由檢視司法院大法官相關解釋出發，收於：湯德宗、廖福特編，憲法解釋之理論與實務第五輯，頁228，2007年；Pieroth/Schlink, *Staatsrecht II - Grundrechte*, 28. Aufl., 2012, Rn. 480 ff., 496 ff.
- ⁷¹ Staat vieler Uerpman-Wittzack, *Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. Bd. V, 2013, § 128, Rn. 58.; Milej, *Verfassungsmäßigkeit der Unterscheidung nach dem Merkmal der Staatsangehörigkeit im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit*, NVwZ 2013, 687-692.

國聯邦憲法法院就平等權審查已開展出所謂「新公式」(neue Formel)⁷²，在此影響下，國籍被界定為當事人無法或甚難以更改的特質，與德國基本法第3條第3項所列要素均屬於難以藉由個人影響之要素。因此以國籍要素作為區別標準被認為應嚴格審查，應「接近」(nahekommen)德國基本法第3條第3項所列從嚴審查之憲法要求⁷³。此可觀諸德國聯邦憲法法院在2004年關於兒童津貼(Kindergeld)一案中首次認定基於國籍所為差別待遇，依德國基本法第3條第1項(並考量基本法第6條第1項家庭保障與第20條第1項社會國原則之基本價值決定，重點在第6條保護面向，因此於適當性階段即否定之)必須有「較嚴格的要求」⁷⁴；其後於2012年關於巴伐利亞邦教育費(Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz)一案中，更進一步引述學者見解而認定於特定情況下，以國籍作為標準「近似」德國基本法第3條第

⁷² Näher Sachs, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sogenannte neue Formel, JuS 1997, 124-130.; Jarass, Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3I GG, NJW 1997, 2545-2550.; Huster, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JZ 1994, 541-549.; Albers, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JuS 2008, 945-949.

⁷³ 就此可參見Uerpmann-Wittzack(Fn. 71), § 128, Rn. 58; Heintzen, Ausländer als Grundrechtsträger, in: Merten/Papier(Hrsg.), HGR, Bd. II, 2006, § 50 Rn. 61.; Milej(Fn. 71), S. 687-692.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl., 2022, Art. 3 Rn. 144.; auch Chang, Migration und Integration: Der Integrationsprozess der Migranten unter dem Blickwinkel des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland und der Verfassung der Republik China auf Taiwan, 2016, S. 80 ff. 惟此一問題涉及甚廣，容待日後另文再予完整開展。

⁷⁴ BVerfGE 111, 161(169).

3 項第 1 句應嚴格禁止所列要素：以國籍作為區分標準係以「與人相關之特徵」作為分類基礎，因此採取較為嚴格的比例原則審查⁷⁵。因此，以國籍作為分類要素，係界於兩端要求間的緊張關係。學者並有論及，若同時涉及自由權時，則審查標準趨於嚴格⁷⁶；前後一貫地，若涉及德國人基本權時，則較不採嚴格標準⁷⁷。依此，涉及以國籍作為排除國家責任之區分標準，即應採取較嚴格的審查標準。是故，若適用此處平等原則審查之「新公式」檢視我國國家賠償法第 15 條之合憲性，則必須進一步審查立法目的（對等互惠）以及手段所造成之影響（立法體系正義、公務員自己責任），尤其是我國入出國及移民法第 62 條第 1 項已揭示：「任何人不得以國籍、種族、膚色、階級、出生地等因素，對居住於臺灣地區之人民為歧視之行為。」在此背景下，實應從平等原則出發再就對等互惠原則予以檢視。

（二）對等互惠原則之再檢視

如前所述，學理上不無以我國憲法第 141 條即認定我國對於涉外事務可一般性地採取對等互惠原則作為其憲法依據。惟從憲法釋義學的角度觀之，其實可以在任何一項憲法基本權利中尋找到外國人關聯：例如外國人可否參與政治性集會或是欠缺本國語

⁷⁵ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 07. Februar 2012 - 1 BvL 14/07 -, Rn. (1-62) = BVerfGE 130, 240, insb. S. 247 f.; Gundel, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, 3. Aufl., 2011, § 198, Rn. 86.; Osterloh, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 297.，參見 BVerfGE 130, 240 (255) - Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz.

⁷⁶ Osterloh (Fn. 75), Rn. 257.（涉及自由權或權利救濟平等）

⁷⁷ Milej (Fn. 71), 691.

言能力時，在訴訟程序中提供通譯或其他訴訟上照料措施⁷⁸。若持我國憲法第 141 條所稱「平等互惠之原則」為由，即謂我國國家賠償法第 15 條為合憲，那其他基本權利涉及外國人關聯者，均可以此為由，命該外國人欲主張各項基本權利時，必須先證明其本國法亦保證我國國民。如此解釋，豈是善待外國人之道，其中不合理之處，顯而易見，且非正常對外關係下的憲法解釋。再者，我國憲法所保障之基本權利，如受所涉外國人之本國法的人權標準影響，形同因該外國法之立法政策而左右於我國有無請求權基礎，其不當之處，甚為明顯。蓋外國政府或立法有無落實國家責任之立法，與我國國家責任法制並無必然關聯。

於此，德國學者 Josef Isensee 對於對等互惠原則（即「對等保留」）有著較為完整的開展：其首先指出，基於一般平等原則並未全然地禁止對等互惠，蓋對等保留係用於促使改善內國國民在外國之法律地位，本身並不可直接即認定為違反事物本質之手段目的連結。充其量，對等保留僅屬較不具實效的施壓手段。此外，對等保留亦不必然牴觸人性尊嚴，而是必須藉由比例原則審查其合憲性；因此，憲法已為報復原則（Reziprozitäts-Prinzip）適用可能性的界限：立法者不得將已依憲法無條件保障之權利取決於對等原則的條件下，例如憲法上之司法保障請求權（如將訴訟救助設定對等保留之限制）。國家責任法亦為此處之適例，蓋國家責任係法治國原則之一環，並不依國籍而有別。若排除國家代位責任，則必須由該公務員負起自己責任。如此一來，不但造成同為

⁷⁸ Chang (Fn. 73), 81.

違反職務義務之公務員間（依侵害對象是否為外國人而有所差異），卻有著違反平等的不同負擔，同時對於該被害人亦常無法提供有效的填補損害⁷⁹。類此見解，如德國學者 J. Gundel 在外國人基本權地位的脈絡中提及，在關於外國人財產利益事項，由立法者所為之對等保留是否牴觸平等原則，例如外國籍之犯罪被害人所主張之犧牲補償請求權、或是外國藝術家所主張其作品之著作權法上的保障，可否取決於對等保留一事，德國聯邦憲法法院早期見解曾認定為促使該外國人之母國能夠改善本國人之保障程度，故此處之對等保留與平等原則相符⁸⁰。然此一論點係完全無法接受，蓋此時該外國人被當作工具之用，並且苛求其接受該不利益，但如何能夠影響到其本國之法政策，實不得而知。且縱使該本國若事後屈從於此間接壓力，但該外國人已無法獲致救濟。更遑論，在國際框架下尚有更多壓迫手段可以利用。在歐盟法及歐洲人權公約影響下，對等保留已於實務上逐漸失其重要性，蓋從歐盟法觀點下，禁止各成員國基於國籍所生之歧視。在歐盟法院裁判中，並不接受「透過歧視以刺激他成員國改善其保障」之論點。故而，在德國立法實務上，更將此一歐盟法的影響擴及第三國籍者之法律地位⁸¹。德國聯邦憲法法院正是在此理解下，認定在法院程序中，都必須適用於所有參與者之程序原則，無論其

⁷⁹ Isensee (Fn. 65), 78 f.

⁸⁰ BVerfGE 30, 409 (414); 81, 208; BVerfG, in: NVwZ 1991, S. 661.

⁸¹ Gundel, *Der grundrechtliche Status der Ausländer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, 3 Aufl., Bd. IX, 2011, § 198, Rn. 87 f.在歸化脈絡中批評互惠原則，可參見 Gärditz, *Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration*, VVDStRL 72, 2013, 139 Fn. 231, 300. 於此即不多作論述。

為本國人或外國（法）人，蓋只有在原則上武器平等的基礎上，始符合法治國家之法院程序⁸²。質言之，在程序基本權部分並無對等互惠原則存在之空間。

總結而言，正是基於上述關於對等互惠（對等保留）之質疑，此實屬助長國家保護思想與狹隘地域觀念，不宜作為一般性適用於與外國人有所連結之各領域的共通原則，充其量或可適用於外交等涉外事務之上。國家若基於政治上考量，卻是以犧牲該外國人之權利，如國家賠償責任脈絡中該外國人遭受國家公權力不法侵害，卻可能求償無門，實與國家賠償制度之基本目的相違背。況且在行政及司法實務上，對等互惠原則亦有其窒礙難行之處，尤其某些國家因語文上的障礙，難以確認是否有國家賠償法制或是對等互惠具體保障之範圍與強度，亦難探求（在未全面公開裁判下）有無具體個案時，行政機關及法院之職權調查實有其難度，反而增加訴訟以及法的不安定性。事實上，前述德國法上的優點正在於，針對若干與本國已有深刻連結之外國人，如外籍配偶或已獲居留之外國人，即給予與本國人相同之法律地位，亦受國家賠償法之保障⁸³，若有外交事務上的特殊考量，亦可由行政部門以法規命令彈性規範之，就此實有深刻之參考價值。實則，在兩岸關係仍緊張之時，本案中就算退步言，仍適用對等互惠原則，在對岸法制亦有國家賠償法之下，亦無法藉由對等互惠原則即排

⁸² BVerfGE 6, 45 (49); 12, 6 (8); 13, 132 (139 f.); 18, 441 (447); 21, 362 (373); 61, 82 (104); 64, 1 (11 m.w.N.); auch Brüning, in: Stern/Becker (Hrsg.), *Grundrechte-Kommentar*, 2. Aufl., 2016, Art. 19 Rn. 64.

⁸³ Ossenbühl/Cornils (Fn. 53), 98 f.

除大陸地區人民之國賠請求權。再者，若無法以國籍作為國賠事項差別待遇之事由，相同事理，自亦無從以戶籍為由，作為排除大陸地區人民適用國家賠償法之基礎。

（三）立法體系正義的考量——國家責任法中的外國人地位

1、合法之損失補償不排除外國人得請求之但違法之國家賠償卻排除之

國家賠償責任之確立，係為保障人民權利不受到公權力侵害，同時要求公務員於執行公務，或公共設施之設置或管理，必須在合法範圍內，不致於有違法侵害人民之情形，惟若外國人為被害人，則尚須具備對等互惠之要求，始得請求。但同屬於國家責任體系之損失補償法制或社會補償法，即未全然採取此一對等互惠之要求：

如我國刑事補償法第 36 條規定：「本法於外國人準用之。但以依國際條約或該外國人之本國法律，中華民國人民得享同一權利者為限。」⁸⁴立法理由中雖表明該條係根據國際條約互惠原則

⁸⁴ 此一條文已於 112 年 12 月 5 日刪除。其立法理由二略以：「二、原規定係基於平等互惠原則，以我國人民依國際條約或外國人之本國法律得享同一權利者為限，始予該外國人請求補償之權利，然在人權已受國際各國普遍尊重及保障之今日，允宜與時俱進，以確保在我國主權所及領域範圍內之任何人（包含外國人及無國籍人）均受合理及平等之對待。況倘外國人身體之「自由」確受我國公權力之合法限制（諸如羈押、收容或留置等），而受有超越人民一般情況下所應容忍之程度，構成其個人之特別犧牲時，基於人權立國理念、實踐人道主義，並落實公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約及消除一切形式種族歧視國際公

所設，但實務上卻也常見未審查外國人之本國法，即已予以補償，如先前土耳其人王姓男子於我國因案在偵查中曾經被羈押 8 天，所以在獲得無罪判決確定後，即依據刑事補償法第 1 條向臺灣高等法院聲請補償，後臺灣高等法院決定補償王男新臺幣 2 萬元。在臺灣高等法院的補償決定書中，並沒有處理王男是外國人能不能適用我國法律請求補償的問題，而直接適用我國刑事補償法規定補償王男；然而原因同一之案件，於國賠案件請求時，臺灣臺北地方法院即以我國國家賠償法第 15 條為由駁回之。我國國家賠償法第 15 條和刑事補償法第 36 條同屬根據國際法上互惠原則所訂定，條文用字僅有些微差異（且刑事補償法第 36 條亦於其後立法中已刪除），但臺灣臺北地方法院和臺灣高等法院的見解幾乎可說是完全相反，如此歧異的判斷結果不免讓人無所適從⁸⁵。又如犯罪被害人保護制度中，若被害人為外國人，欲請求犯罪被害補償金時，犯罪被害人保護法之舊法第 33 條（於民國 112 年全文修正，並更名為「犯罪被害人權益保障法」）本有規定外國人請求時，亦有對等互惠之要求；惟修法時，則將此條予以刪除⁸⁶。至此，外國人欲請求犯罪被害補償金時，即無須審查各該本國法有無對

約，實應賦予該外國人依法請求合理補償之權利，爰刪除本條。」亦足見於國家責任法脈絡中實不應援引對等互惠原則。

85 參見臺灣高等法院 105 年度刑補字第 12 號刑事補償決定書；臺灣臺北地方法院 106 年度國字第 35 號民事判決。

86 修正理由二：「二、基於人權保障無國界，為確保在臺外國籍與無國籍被害者受到合理及平等之對待，使犯罪被害者人權保障更加周延，爰刪除本條。」

等互惠之依據⁸⁷。更有甚者，近來因疫情之故，諸多外國人遭隔離或檢疫之情況，政府亦以「鼓勵人民配合防疫，且在隔離或檢疫期間，不分本國人、外國人，人身自由受到同等限制」為由，防疫補償亦適用於外國人，無須審查其有無對等互惠之本國法⁸⁸。至此，足見我國國家責任體系中關於外國人之權利主體資格的規範，甚為混亂。

單就國家賠償法第 15 條而言，對照之下即形同「因合法之國家行為所受之特別犧牲，外國人得請求損失補償；但因違法之國家行為所生之損害賠償，外國人卻無從請求」的弔詭情況。依體系正義的基本立場，立法者於制定法律時，於不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性（翁岳生大法官司法院釋字第 455 號解釋協同意見書參照）。同屬國家責任體系中之請求主體資格，理應有一致認定，何以各別立法有不同認定，實難理解。可能想像的理由或許僅在於，各別立法時欠缺一體性的觀照與審查，遂形成各行其事、各立其法之弔詭情況。惟若從舉輕以明重之推論法則觀之，因合法國家行為所受之特別犧牲，外國人均可請求補償，

⁸⁷ 查犯罪被害人保護法於 100 年 11 月之修法刪除舊法第 33 條對等互惠之規定，其立法背景即屬兩公約施行法所要求的限期檢討全國法規過程中，被認為不符合兩公約而建議刪除。而同此立法的國家賠償法第 15 條僅係因立法期程較後而未及修正。

⁸⁸ 衛生福利部，受隔離、檢疫者和其照顧者防疫補償常見問題，<https://topics.mohw.gov.tw/COVID19/cp-4720-52926-205.html>（最後瀏覽日：2023/06/16）。

實乏實質理由，認為因違法之國家行為所生之損害，僅因其為外國人即予排除其請求之主體資格。此亦可觀諸司法院釋字第 708 號解釋，針對人身自由之保障，強調「人身自由係基本人權，為人類一切自由、權利之根本，任何人不分國籍均應受保障，此為現代法治國家共同之準則。故我國憲法第八條關於人身自由之保障亦應及於外國人，使與本國人同受保障。⁸⁹」如是，若因人身自由受有國家違法限制之侵害，自應體系一貫地肯認其請求國家賠償之權利，此亦始為憲法第 24 條明文保障國家賠償之精神所在。

2、限於「直接被害人」之目的性限縮

或許是考量到一概排除外國人請求有其不合理之處，行政與司法實務上遂認定，依我國國家賠償法第 15 條所排除之外國人限於「直接被害人」，亦即若外國人係為被害人支出殯葬費之人，以及被害人對之負有法定扶養義務之人，或是被害人之父、母、子、女及配偶，得請求慰撫金者，若屬外國人，亦得為國家賠償之請

⁸⁹ 前大法官李震山教授早在釋字第 670 號協同意見書認為，損失補償並不排除外國人；於釋字第 708 號解釋部分協同部分不同意見書進一步指出：「至於本件解釋並未以互惠原則之國際法觀點，或以國情、政治現實、文化價值差異等內國主權觀點，作為對外國人人身自由保障推辭或差別待遇的理由與前提，而稱：『我國憲法第八條關於人身自由之保障亦應及於外國人，使與本國人同受保障。』似已意識到人身自由是具跨國普世性人權性質，有意對外國人人身自由保障一律採國民待遇（national treatment），能有東晉陶淵明『此亦人子也，可善遇之』的寬容態度，符合憲政文明國家維護基本權利的價值理念，亦合於全球化下每個人皆有可能成為外國人的平權預設，應值得贊許。惟追求人權保障普世價值，應不是脫口而出的儀式性語言，而是一種需要以實踐去證明的原則！」

求權人⁹⁰。惟此一目的性限縮實難理解其間之區別依據何在，蓋若欲貫徹對等互惠原則，則負扶養義務之人，或一定親屬或配偶關係者，亦為間接被害人，解釋上未必限於直接被害人可言。由此亦可見排除外國人得請求國家賠償，與國家賠償法之立法目的不盡相符，故實務上限縮其適用範圍。

（四）公務員自己責任回歸所衍生的平等原則與照顧義務之違反

又國家責任與該公務員依我國民法第 186 條所負責任之關聯性，一般係理解為在採取國家代位責任之下，一方面用以確保受害人獲得賠償之可能性，同時在於減輕公務員之負擔。因此，無論公務員之行為出於故意或過失，受害人皆須先向國家依國家賠償法請求賠償，而不得逕向公務員依民法第 186 條請求賠償⁹¹。故依民法第 186 條規定⁹²，公務員違背對於第三人應執行的職務，致第三人權利受損害時，所應當負的責任，因故意或過失而有不同：如為故意，被害人可直接向公務員請求賠償；如為過失，則被害人必須於不能依其他方法受賠償時，才可以向公務員請求賠償。換句話說，因公務員過失而造成的侵權行為，如符合國家賠償要件時，被害人只能向國家請求賠償，而不能向公務員請求賠

90 法務部 82 年 12 月 24 日（80）法律字第 27190 號函。

91 陳敏，註 39，頁 1184。

92 民法第 186 條：「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。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。」

償；至於因公務員故意而造成的侵權行為，如符合國家賠償的要件，被害人可以選擇向國家或公務員請求賠償。

然而此一國家代位目的之設計，在外國人為國家賠償被害人時，即無法貫徹。蓋我國國家賠償法第 15 條所排除的是國家代位承擔之責任，惟對於依民法第 186 條所生該執行職務或怠於執行職務之公務員之個人責任則不受影響。遍查我國學界與實務見解，似乎對於依國家賠償法第 15 條排除國賠責任後，該公務員是否仍應依民法第 186 條負其責任，並未有所探討⁹³。惟筆者認為，依民法第 186 條之文義，「被害人不能依他項方法受賠償時」，公務員即應對其負自己責任（*Eigenhaftung*）。且德國學理上正是基於此，認定如此一來將衍生公務員自己責任有無之差別待遇，而此一差別待遇欠缺合憲事由，形成國家對於公務員照顧義務（*Fürsorgepflicht des Dienstherrn*）有別，因而違反平等原則⁹⁴，德國新法即從善如流而有所修正。蓋同為公務員所為之侵權行為，卻因被害人是否為外國人及其本國法是否具有對等互惠之規定，

93 若持國家賠償法之性質屬自己責任之見解者（如葉百修，註 40，頁 50；李惠宗，註 19，頁 432），雖未明言，惟似乎可得出該公務員即無民事責任之結論，惟此一結論更難融貫，蓋此時已構成不法侵權行為，卻無人對此負責。

94 Bryde, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band 2, 3. Aufl., 1995, Art. 34 Rn. 35. :「不僅對於負有自己責任之該公務員侵害其平等權，同時也侵害該受害之外國人，即使該外國人已長久居住於本國，計入本國長居人口之列」。同此見解，Maurer/Waldhoff(Fn. 49), § 26 Rn. 41.; Ossenbühl/Cornils (Fn. 53), S. 100 f. 和 Papier (Fn. 56), Rn. 286 f. 則提及，此一差別待遇無法透過為促使德國人於外國之法律地位的立法目的予以正當化，因此為排除此一不平等的情況，應可肯認該公務員有請求免責或補償之權。

而生國家是否代位其公務員職務責任之差別待遇，即非符合平等原則之理。若受害人為外國人，且其本國法又不具有對等互惠之規定或實務操作，則該管公務員即須自行負其侵權責任，該外國人即可對其提起民事求償；反之，若受侵害者為本國人，公務員即屬備位責任，絕大多數情況即由國家代位負其責任，此一差別處理實難有其正當化事由。

五、對等互惠原則適用於大陸地區人民或港澳居民之可能性

因此從法解釋論乃至於憲法審查面向上，本文認為國家賠償法第 15 條一般性地針對外國人以對等互惠為由而區別是否予國家賠償之給付，就國家賠償請求權及平等原則而論，實屬違憲。因此，倘法官遇有涉及外國人應適用國家賠償法第 15 條對等互惠原則而排除其於我國主張國家賠償請求權時，即可於合理確信，認有牴觸憲法時，依憲法訴訟法第 55 條聲請憲法法庭為宣告違憲之判決，就此而言法官倘遇有確信裁判上所適用之法律有違憲時，即應聲請釋憲，此不僅是聲請權限，毋寧更是聲請義務⁹⁵。無論大陸地區人民解釋上是否屬中華民國國民，本文皆認此條條文有違憲疑慮。

退步言，姑且不論此一條文的違憲疑慮，可否於立法論上，將大陸地區人民或港澳居民於國家賠償法之法律地位，更劣於外國人處理之可能性與必要性，似可再進一步檢視。蓋或有認為，

⁹⁵ 就此參見張志偉，再訪釋字第六六六號解釋，收於：程明修、張惠東、高仁川編，如沐法之春風——陳春生教授榮退論文集，頁 81 以下，2020 年。

基於分裂國家之立場，無須將大陸地區人民或港澳居民與外國人等同看待，從而應適用我國國家賠償法第 15 條之對等互惠原則，亦即將國家賠償法第 15 條之適用對象包括外國人及分裂國家架構下之大陸地區人民或港澳居民，亦屬合理⁹⁶。然而，本文認為縱使於移民法制或居留法制上將大陸地區人民或港澳居民取向於外國人之地位而為規範，但平等原則之適用仍應先確認差別待遇之目的何在，於移民或居留法制作為類似安排之事理，未必能適用於國家賠償請求權。事實上，如前所述，德國修法最重要的目的即在於，處理對等互惠原則所造成的公務員是否自負侵害責任之差別待遇。質言之，國家賠償責任一事適用對等互惠原則即有違反平等原則之虞，即使修法將大陸地區人民或港澳居民準用外國人，而適用對等互惠原則，仍有違反平等原則之嫌。蓋即使立法上以國籍為差別對待原因，但仍難處理公務員必須自負民事責任所形成的不平等情況（依被害人國籍不同，而衍生公務員是否自負民事責任之差別），即使我國國家賠償法 15 條仍維持對等互惠原則，但公務員所負民法第 186 條之損害賠償責任仍難迴避。事實上這點才是最為核心的關鍵所在：既然公務員仍須負責，國家賠償責任上採取互惠原則之立法即無必要。就此而言，重點並不在於以國籍作為差別待遇標準之憲法審查標準為何的爭議。大陸地區人民或港澳居民之身分，於國家賠償之適用與否，本不應有別；先前司法院釋字第 710 號，對於大陸地區人民之人身自由、

⁹⁶ 近年來多有以憲法增修條文與臺灣地區與大陸地區人民關係條例為例，認為應對於大陸地區人民採取更為不利的法律地位，應可歸於此一立場。

遷徙自由亦肯認其憲法保障；對於國家不法之國家賠償請求權，更不應有別。根本的質疑在於，基於國家不法所生的國家賠償，何以必須區分國籍、戶籍而有別。

肆、結論

兩岸間因人民往來所衍生法律問題，向來在夾雜各界不同的國家認同與國族好惡之下，難以輕易地理性判斷。關於大陸地區人民之法律地位，尤其是居留地位與國籍戶籍身分，向來是格外敏感的政治與法律問題。我國憲法增修條文中臺灣地區與大陸地區人民關係條例之授權條款，不得解為「歧視授權」，而毋寧是「價值中立」之憲法委託，大陸地區人民之基本權利，一如臺灣地區人民，或是其他外國人一般，具有「可限制性」，就此並無差異⁹⁷，相關立法與行政措施自然也必須受到合憲性及合法性審查。大陸地區人民之國籍身分，斷無可能在未修正憲法及國籍法之前提下即做變更，入出國及移民法相關規定自然是針對其入境、居留等地位變動所為規範。就大陸地區人民在臺灣地區⁹⁸受有公權力侵害或因公物而生國家賠償事件時，亦應正面審查是否構成我國國家賠償法第 2 條或第 3 條之國家賠償責任，系爭判決即以此方式審查國家賠償之要件，就此而言實應肯定。此處所涉及的根本問題在於，基於公權力所致之侵害，國家應負之責任本不應就受害人之身分、資格而有所區別。民法侵權行為即屬如此，國家賠償

⁹⁷ 陳新民，司法院釋字第 710 號解釋部分不同意見書，頁 5 以下。

⁹⁸ 依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 2 條第 1 款規定，臺灣地區指臺灣、澎湖、金門、馬祖及政府統治權所及之其他地區。

責任亦不應有別，否則豈不是形同國家恣意立法脫免責任。至於就國家賠償法第 15 條之解釋與適用而言，既同為國家公權力不法侵害所致損害，就受害主體請求救濟與否，並無依其受害人國籍或戶籍而有任何差別待遇之正當性⁹⁹。

中原財經法學

⁹⁹ 就此，法務部，110 年 9 月 2 日行政院院會議國家賠償法修正草案總說明及條文對照表，新聞發布，<https://www.moj.gov.tw/media/20883/1100902%E8%A1%8C%E6%94%BF%E9%99%A2%E9%99%A2%E6%9C%83%E5%AF%A9%E8%AD%B0%E5%9C%8B%E5%AEB6%E8%B3%A0%E5%84%9F%E6%B3%95%E4%BF%AE%E6%AD%A3%E8%8D%89%E6%A1%88%E7%B8%BD%E8%AA%AA%E6%98%8E%E5%8F%8A%E6%A2%9D%E6%96%87%E5%B0%8D%E7%85%A7%E8%A1%A8.pdf?mediaDL=true>（最後瀏覽日：2023/06/16）。行政院院會於 110 年 9 月 2 日通過「國家賠償法修正草案」，其中已正確地刪除本條規定。

參考文獻

書籍

- Karl Larenz (陳愛娥譯) , 法學方法論 , 2001 年。
- 吳庚 , 憲法的解釋與適用 , 2003 年。
- 吳庚、陳淳文 , 憲法理論與政府體制 , 增訂 7 版 , 2021 年。
- 吳信華 , 憲法釋論 , 增訂 4 版 , 2021 年。
- 李惠宗 , 憲法要義 , 7 版 , 2015 年。
- 林紀東 , 中華民國憲法逐條釋義 (一) , 8 版 , 1998 年。
- 林錫堯 , 行政法要義 , 4 版 , 2016 年。
- 許義寶 , 入出國法制與人權保障 , 修訂 3 版 , 2019 年。
- 陳敏 , 行政法總論 , 9 版 , 2016 年。
- 陳新民 , 憲法學釋論 , 修正 8 版 , 2015 年。
- ——— , 憲法學釋論 , 增訂 10 版 , 2022 年。
- 葉百修 , 國家賠償法 , 2017 年。
- 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 , 2 版 , 2008 年。
- Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 9. Aufl., 2015.
- Chang, Migration und Integration: Der Integrationsprozess der Migranten unter dem Blickwinkel des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland und der Verfassung der Republik China auf Taiwan, 2016.
- Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl., 2022.
- Kriele, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl., 2003.
- Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl., 2020.
- Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013.
- Pieroth/Schlink, Staatsrecht II - Grundrechte, 28. Aufl., 2012.
- Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl., 2005.

- Schöbener/Knauff, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., 2013.
- Stein/Itzel/Schwall, *Praxishandbuch des Amts- und Staatshaftungsrechts*, 2. Aufl., 2012.
- Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, 14. Aufl., 2003.

期刊論文

- 李念祖, 論我國憲法上外國人基本人權之平等保障適格, *憲政時代*, 27 卷 1 期, 頁 80-100, 2001 年。
- 李建良, 人民與國家「身分連結」的法制詮要與法理探索: 兼論台灣人國籍的起承斷續問題, *臺大法學論叢*, 36 卷 4 期, 頁 1-60, 2007 年。
- ———, 外國人權利保障的理念與實務, *台灣本土法學雜誌*, 48 期, 頁 92-107, 2003 年。
- 李震山, 論外國人之憲法權利, *憲政時代*, 25 卷 1 期, 頁 104-132, 1999 年。
- ———, 論移民制度與外國人基本人權, *台灣本土法學雜誌*, 48 期, 頁 51-65, 2003 年。
- 張志偉, 兩岸間的家庭團聚權——疫情下的法學思考, *國立中正大學法學集刊*, 78 期, 頁 149-195, 2023 年。
- 許宗力, 基本權利: 第三講 基本權主體, *月旦法學教室*, 4 期, 頁 80-88, 2003 年。
- 陳春生, 發言紀錄, 「移民制度與外國人人權問題」會議紀錄, *台灣本土法學雜誌*, 48 期, 頁 66-91, 2003 年。
- 陳靜慧, 從平等權的觀點論大陸配偶在台灣地區之法律地位及其基本權利之保障, *憲政時代*, 28 卷 2 期, 頁 58-78, 2002 年。
- 湯德宗, 政府資訊公開法比較評析, *臺大法學論叢*, 35 卷 6 期, 頁 37-115, 2006 年。
- 蕭文生, 人民、國民與主權, *月旦法學教室*, 13 期, 頁 59-66, 2003 年。

- 謝碩駿，政府資訊公開法中的政府資訊被動公開，台灣法學雜誌，129 期，頁 1-38，2009 年。
- 蘇永欽，分裂國家的主權和公投問題，法令月刊，55 卷 1 期，頁 4-15，2004 年。
- ———，從憲法的角度看兩岸政策，歷史月刊，166 期，頁 60-67，2001 年。
- Albers, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JuS 2008, 945-949.
- Gärditz, Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration, VVDStRL 72 ,2013, 49-156.
- Göbel-Zimmermann/Marquardt, Diskriminierung aus Gründen der "Rasse" und wegen der ethnischen Herkunft im Spiegel der Rechtsprechung zum AGG, ZAR 2012, 369-380.
- Huster, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit, JZ 1994, 541-549.
- Isensee, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32 ,1973, 49-106.
- Jarass, Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3I GG, NJW 1997, 2545-2550.
- Milej, Verfassungsmäßigkeit der Unterscheidung nach dem Merkmal der Staatsangehörigkeit im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit, NVwZ 2013, 687-692.
- Pietzcker, Rechtsprechungsbericht zur Staatshaftung, AöR 2007, 393-472.
- Sachs, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sogenannte neue Formel, JuS 1997, 124-130.

專書論文

- 張志偉，再訪釋字第六六六號解釋，收於：程明修、張惠東、高仁川編，如沐法之春風——陳春生教授榮退論文集，頁 78-107，2020 年。

- 許宗力，兩岸關係的法律定位——現狀與未來發展，收於：憲法與法治國行政，頁 509-520，1999 年。
- 陳愛娥，對憲法平等權規定的檢討——由檢視司法院大法官相關解釋出發，收於：湯德宗、廖福特編，憲法解釋之理論與實務第五輯，頁 225-260，2007 年。
- 蘇永欽，部門憲法——憲法釋義學的新路徑？，收於：翁岳生教授祝壽論文集編輯委員會編，當代公法新論（上）翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁 739-772，2002 年。
- Brüning, in: Stern/Becker (Hrsg.), *Grundrechte-Kommentar*, 2. Aufl., 2016 Art. 19.
- Bryde, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band 2, 3. Aufl., 1995, Art. 34.
- Grzeszick, *Staatshaftungsrecht*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl., 2010, § 44.
- Gundel, *Der grundrechtliche Status der Ausländer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, 3. Aufl., 2011, § 198.
- Heintzen, *Ausländer als Grundrechtsträger*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *HGR*, Bd. II, 2006, § 50.
- Osterloh, in: Sachs, *GG*, 6. Aufl. 2011, Art. 3.
- Papier, in: Maunz-Dürig (Hrsg.), *Komm. z. GG*, Januar 2009, Lfg. 54, Art. 34.
- Uerpmann-Wittzack, *Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. Bd. V, 2013, § 128.

摘要

兩岸間因人民往來所衍生法律問題，在夾雜不同的國家認同與國族好惡之下，難以輕易地理性被判斷。就大陸地區人民之國家賠償而言，因國家公權力不法侵害所致損害，就受害主體而言，實無依其受害人國籍或戶籍而有任何差別待遇之正當性。大陸地區人民之國籍身分，斷無可能在未修正憲法及國籍法之前提下即做變更，入出國及移民法相關規定自然是針對其入境、居留等地位變動所為規範。就大陸地區人民在臺灣受有公權力侵害或因公物而生國家賠償事件時，亦應正面審查是否構成國家賠償法第 2 條或第 3 條之國賠責任。

中原財經法學

The Application of the State Compensation Law to the People of the Mainland Area —Focusing on the Principle of Reciprocity and Mutual Benefit under Article 15 of the State Compensation Law

Chih-Wie Chang *

Abstract

It's difficult for courts to decide easily and rationally on the various legal issues resulted from the interactions between people from the two sides of the Taiwan Strait under the influence of the national preference and ethic bias toward different nations. With regard to state compensation for the people of the mainland area, when the state has wrongfully damaged the rights of the people when exercising its power, there's no justification for treating these injured people differently because of their nationality or whether they have household registration.

Keywords: People of the Mainland Area, State Compensation Law, Reciprocity Clause

* Associate Professor, Department of Government and Law, National University of Kaohsiung; Dr. iur., Ludwig-Maximilians-University of Munich, Germany.