發文字號：法務部 93.08.16 法律字第 0930700390 號函

發文日期：民國 93 年 08 月 16 日

要　　旨：關於漁港法第 8 條、第 9 條及促進民間參與公共建設法第 8 條第 1 項與國家賠償法第 3 條第 1 項之適用

主　　旨：關於漁港法第八條、第九條及促進民間參與公共建設法第八條第一項與國家賠償法第三條第一項之適用，本部意見如說明二。請　查照參考。

說　　明：一、復　貴會九十三年四月二十三日農授漁字第〇九三一三一〇〇九五號函。

二、按國家賠償法第三條第一項所稱「公有公共設施」，綜參目前實務與理論之見解，似可解為：由國家、地方自治團體或其他公法人管理，以供公共或公務目的使用之有體物或其他物之設備。至於依促進民間參與公共建設法第八條第一項規定興辦、營運之各類型公共設施，及貴會漁業署將建設完成之漁港公共設施撥交當地漁會無償使用，係政府與民間合作之新興方式，因而引發此類交由民間管理之公共設施有無國家賠償法第三條第一項適用之疑義。本部為慎重起見，於本（九十三）年六月二十四日邀請公法學者專家開會研商，經熱烈討論，未獲一致見解，故目前尚難一概而論，允宜視個案具體事實及相關法規，並斟酌國家賠償法第三條第一項之立法意旨，審認判斷之。

三、檢送本部九十三年六月二十四日「諮商國家賠償法第三條規定『公有公共設施』之適用範圍」會議紀錄一份供參。

正　　本：行政院農業委員會

附　　件：法務部「諮商國家賠償法第三條規定『公有公共設施』之適用範圍」會議紀錄

壹、時間：九十三年六月二十四日（星期四）下午二時三十分

貳、地點：本部三樓會議室

參、主席：林次長錫堯

肆、出、列席人員：（略，詳如後附簽到簿）

伍、討論事項：

以下情形是否屬於本法第三條第一項所稱之「公有公共設施」？判別標準何在？

一、促進民間參與公共建設法第八條第一項之情形：

類型一：由民間機構投資新建完成後，政府無償取得所有權，並

委託該民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。

類型二：由民間機構投資新建完成後，政府一次或分期給付建設經費以取得所有權，並委託該民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。

類型三：由政府委託民間機構，或由民間機構向政府租賃現有設施，予以擴建、整建後並為營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。

類型四：由政府投資新建完成後，委託民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。

二、目前各級政府機關就公共設施委託民間團體經營之情形：

類型五：委託經營紀念館：例如台北市政府文化局委託財團法人台灣和平基金會經營台北市二二八紀念館。

類型六：公立醫院公辦民營：例如台北市政府將市立萬芳醫院委託財團法人私立台北醫學院經營。

類型七：委託經營高速公路休息站：例如交通部國道公路局將其所有，設置於高速公路上之餐廳及零售店（休息站），委託私人經營管理。

類型八：委託操作管理垃圾焚化廠：例如台中市政府委託私人環保服務公司負責台中市垃圾焚化廠之操作管理事宜。

類型九：委託認養地下道及人行道：例如台北市政府為鼓勵法人或團體參與人行地下道之管理維護工作，並予以認養，訂有「台北市人行地下道認養須知」。

類型十：街道家具委託經營：例如依「台北市促進民間參與街道家具設置營運管理辦法」規定，將北市路段之街道家具（例如人行道上之垃圾桶）委託民間經營管理。

類型十一：「部分公營、部分民營」：政府提供建物設備，由政府與民間共同經營提供服務之型態，例如公務人力發展中心，該中心提供新建大樓之硬體設備，本身配置若干人力於上班時間利用該大樓完善設施負責執行公務人員訓練業務，另週休二日或例假日則委託民間業者辦理住宿、餐飲及場地的管理維護經營。

類型十二：委託經營停車場：例如台北縣石門鄉公所將石門洞停

車場委託私人公司管理。

類型十三：依漁港法第八條規定，由主管機關將建設完成之公共設施（例如魚市場、給水站、曳船道、曬網場），撥交當地漁會無償使用。

陸、發言要旨：

主席：

感謝各位於百忙中蒞臨與會，本人在此代表法務部對各位表達謝意。本次會議主要係討論新興公共設施是否屬於國家賠償法第三條所稱之「公有公共設施」，標準何在？請各位發表高見。以下先請法律事務局作背景說明。

林科長建宏：

主席、各位老師及與會同仁，大家好，法律事務司針對本次會議提出以下之補充說明：

一、會議資料第三頁類型五應屬台北市政府文化局委託財團法人台灣區域發展研究院經營台北市二二八紀念館，會議資料誤繕為財團法人台灣和平基金會。

二、有關國家賠償法第三條第一項所稱「公有公共設施」，以往教科書的論述或實務上成立之國家賠償事件，多屬傳統上我們所認知的橋樑、道路、堤防等等，惟目前實務上由於「公辦民營」、「公、民合營」的情形相當普遍，尤其民國八十九年促進民間參與公共建設法（以下簡稱促參法）通過後，該法第八條第一項各款所列之類型是否屬於國家賠償法上所稱之「公有公共設施」，確實產生不少爭議。日前農委會即就漁港法第八條規定，由主管機關將建設完成之公共設施（例如魚市場、曬網場），撥交當地漁會無償使用之情形，是否屬國家賠償法第三條第一項所稱之公有公共設施，函請本部表示意見。此外，就目前行政機關常常租借舉辦大型研討會的公務人力發展中心，如受訓之學員或一般人民（據瞭解該中心之餐廳亦辦理結婚喜宴）因該中心設施之設置或管理不當，受有損害，是否有國家賠償法的適用，其前提即在於該等設施是否屬於國家賠償法第三條所稱之公有公共設施。由於就本部主管中央機關國家賠償事件撥款情形來看，目前尚無因此類新興設施而成立國家賠償請求撥款者，而實務上見解如何，亦有待後續觀察。惟就國家賠償法主管機關之立場，本部認為對於

此類設施是否有國家賠償法之適用，確有研究探討之必要，爰請各位老師發表高見。

三、就本次會議資料所列之討論事項，主要係參考經建會委託劉宗德教授之研究報告及人事行政局編印的政府業務委託民間辦理實例暨契約參考手冊及台大法學院與人事行政局合辦之研討會論文集及促參法相關規定，區分為二，第一部分為依據促參法第八條第一項第一款至第七款中（請參考會議資料第五頁），排除明確不屬於公有公共設施之類型（即第一款、第六款）及第七款之補充規定，剩下有爭議之四種類型，列為本次討論事項之類型一至四，就類型一之四綜合觀察，可發現就所有權之部分，均屬政府所有，只不過類型一係由政府無償取得、類型二係由政府有償取得（一次或分期給付建設經費）、而類型三及類型四屬政府原始取得，而就營運權部分，類型一至四均屬政府將營運權委託民間機構。上開四種類型是否屬於國家賠償法第三條第一項所稱之「公有公共設施」？有無明確的判斷標準？這是第一部分須加以探討的。

四、再者，就政府業務委託民間之型態來看，應可區分為（一）公權力之委託行使；（二）政府相關設施之委託，在第一種情形，如純粹只有公權力行使之委託，透過國家賠償法第二條及第四條之規定，應可處理。所以在討論事項第二部分，係就目前實務上已有之政府相關設施委託民間經營之類型及參考林三欽老師大作「公共設施與政府業務委託民間經營之國家賠償責任」文章所提的類型，臚列如討論事項類型五至十三，惟在此必須強調的是，類型一至四係參考促參法第八條規定所列，而類型五至十三係目前實務具體委託情形的例示，故類型五至十三有可能與類型一至四的情形重疊，且類型五至十三應屬各級政府機關委託民間團體經營「相關設施」之情形，該等設施在委託之後，是否屬國家賠償法第三條第一項所稱之「公有公共設施」，即屬本次會議應予討論之事項。

五、由本部初步研究意見之標準，似可認為由政府機關所有且由政府機關管理者，當然為公有公共建施，如非屬政府機關所有，但係由政府機關管理者，亦屬國家賠償法第三條第一項之公有公共設施（如既成道路），而綜合本次會議資料所列十三種類型，可以

得知該等設施之所有權均屬政府機關所有，而其經營權或管理權均委託民間團體，且第二部分的具體類型中，由委託契約來看，可知政府機關對於該等設施仍有一程序之監督權，是以，問題之重點似乎在於可否認為政府將設施之經營權委託民間團體管理後，如該等設施原屬國家賠償法第三條第一項之公有公共設施，是否會因委託民間經營後，該設施之屬性有所改變？再者，如契約明定由受託人負責，是否可排除委託人依法律應負之責任？

林次長錫堯：

一、在判斷某一設施是否屬於國家賠償法第三條第一項之「公有公共設施」，似應先回歸「公有公共設施」之定義，依以往行政院與本院之解釋，係著重在政府機關對設施之管理權，且限於該設施係直接供公共或公務目的使用（不包括間接），本部初步研究意見認為係指：「由國家、地方自治團體或其他行政主體管理，直接供公共或公務目的使用之有體物或其他物之設備而言。」（詳會議資料第一頁）上開定義是否妥適？可否作為判斷本次會議討論事項所列類型之標準，有無扞格之處？

二、討論事項第一部分係以促進民間參與公共建設法第八條第一項所列七款規定，列出較有爭議之四款作為類型一至類型四，而第二部分係以目前實務上政府機關業務委託民間經營之相關現況臚列如類型五至十三，故上開第一部分及第二部分之類型係有可能重疊。各位教授可不依類型之順序自由發言。再者，類型一至四之共通特性，在於該等公共建設均係由政府將營運權委託民間辦理。至於「公共建設」之定義，可詳參該法第三條規定。

三、本次所列討論類型均屬「公有他管」，所謂「他管」，係指將營運權委託給民間，惟委託營運之構成內容可能包括委託行使公權力，換言之，除了將政府所有之相關設施委託民間管理外，亦可能將公權力之行使一併委託。

陳教授愛娥：

一、個人認為在判斷討論事項所列類型前，應先確認何謂「公共設施」，方能進一步探討「公有公共設施」之「公有」，係指除政府機關所有者外，尚包括機關事實上有管理權或監督權之情形。

二、在判斷何謂「公共設施」時，以「供公共或公務目的使用」作為判斷標準，應有相當之意義。對於學理上已有共識，即典型公物

（如類型九及類型十）及供公務目的使用（如政府機關之辦公大樓）之情形，無論有無交付管理，基於該設施係供公務目的使用，則國家（或政府機關）無論如何均應負國家賠償責任。

三、在此比較難以判斷的是，為遂行典型給付行政所設置之設施，是否屬「供公務或供公共目的使用」？個人傾向認為：基於行政行為選擇方式之自由，如行政機關選擇以公法型態為之，無論該設施係供公務或供公共目的使用，均屬國家賠償法第三條所稱之公有公共設施。惟如行政機關選擇以私法方式為之，除涉及「行政私法」的問題外，政府機關與利用人之關係應屬私法關係，就此部分，應不認為該等設施屬國家賠償法之公有公共設施；因此，即便委託私人營運，私人亦不可能與利用人產生公法關係，此時應依私法範疇之侵權行為加以處理，而不宜以政府機關是否有所有權或其取得所有權之方式，作為該設施是否為公共設施之判斷標準。

四、又公營造物的利用關係與公有公共設施之判斷無涉，惟公營造物（如被認定係「公有公共設施」）因設置或管理有欠缺所產生之賠償責任仍可能與公營造物之利用關係所生之責任競合。德國法上對於上開情形認係二個請求權之競合。

五、個人以為公有公共設施之屬性一旦確定，則國家賠償之責任應可成立，不因政府機關嗣後將該設施委託民間管理而解免其責任；蓋政府機關對於私人管理該設施仍有一定程序之監督權，因此，人民請求國家賠償時，亦可主張國家賠償法第三條之「管理」，應包括政府機關（公部門）對於民間之監督（私部門），其監督之欠缺即屬管理之欠缺。但應留意，並遂行典型給付行政所設置之設施，即使由行政機關自行管理尚可選擇私法型態，使該設施非屬國家賠償法上的「公共設施」，委託私人管理時，除非例外，應無使私人採取公法方式經營之情形，於此，原則上應認定其非屬國家賠償法上的「公共設施」。

蔡教授茂寅：

一、今天要探討的課題是何謂「公有公共設施」，會議資料第一頁有關「公有公共設施」之定義似乎先混淆了一些問題，討論上應該可以分為「公有」、「公共設施」、「設置有欠缺」、「管理有欠缺」，就算先不談何謂「公有公共設施」，也必須視瑕疵存在

何處，是設置上的瑕疵？或管理上的瑕疵？如將「公有」解釋成限定在公的管理權，那「設置」的部分就無存在的可能，因為它牽涉由瑕疵存在的地方來導出賠償義務機關為何，如為設置上的欠缺，設置機關即為賠償義務機關，如為管理上的瑕疵，管理機關即為賠償義務機關。

二、剛才劉教授所做的分類，應該是把「公有」解釋為公的管理權，換言之，這個「公有」不限於公的所有權，而可擴張到公的管理權，也就是說不限於只有管理權，而是除了所有權外，也應及於公的管理權。

三、剛才的分類，如公有他管之類，可能大家在公物法上的用語不盡相同，個人的習慣是將「他有」和「自有」做一個配合的概念，比如說所有權是中央的，也是中央在管理，那這是「公有」，是對公物或公共設施自有的意思，但如果是「他有」或「他管」，這個「他」未必是公、私的區分，中央設置交由地方管理時，地方仍是「公」的概念，但也是「他」的概念，也就是說公、私是對立的，自、他也是對立的。我們在區分公物的時候，有自有公物、他有公物、公有公物、私有公物（如既成道路），如果公有公共設施可以擴張到管理權的部分，而非限定在所有權，主要就是指私有公物的類型，它是「私有」的，但是屬於「公共設施」。

四、個人也贊成前面陳愛娥教授提到的，問題存在於「公共設施」，這是一個就用途而來的概念，會議資料上指「供公共或公務目的使用」，一般提到公物時也是如此，方才提到的租用辦公廳舍，顯然是私有，至供公用，這時是否成立國家賠償責任，會與「設置是否有欠缺」的問題相關，也就是說，如果是設置上的問題，租用機關並非設置機關，但如純為管理上的問題，租用機關就可能是管理機關，恐怕就有國家賠償責任。如果說設置機關或管理機關，其中有一個是私部門，比如說是私部門所設置，而有設置上的欠缺，或者是私部門所管理，而有管理上的欠缺，這時沒有國家賠償的問題，因為沒有賠償義務機關，簡言之，設置上的欠缺與管理上的欠缺，在概念上是可分的，但實務上可能會為了讓國家賠償，就忽略了上述的區分，且把設置或管理的欠缺，與公有、公共設施混為一談。

五、個人同意會議資料將公有公共設施定義為「直接供公共或公務目的使用」，但該定義所述「有體物或其他物之設備」，其中「物之設備」不知有無特別意義？比方說政府有很多資訊在網路上供人瀏覽，此是否為有體物？資訊網路供人使用時通常也會涉及設置和管理的問題，如資料外漏、管理不善致侵犯隱私權，這可能是一種比較難界定的新型態。如果前面的部分大家獲得共識，討論事項中的類型應該就可以這樣來判斷，不知道大家高見如何，謝謝。

李教授建良：

一、從問題取向上來思考，今天討論的問題似乎是限定在國家賠償法第三條上，然後要用界定「公有公共設施」概念的方式來解決。其實國家賠償的問題，大概可區分成幾個層面：第一，由國家負責或由私人負責；第二，如果係由國家負責，應負公法上的責任或私法上的責任；第三，該責任是侵權行為責任或契約責任。個人以為，國家賠償法所要處理的是國家的侵權行為責任，而且是公法的責任，問題在於因為我國國家賠償法有第二條和第三條的責任區分，一個是人的責任，一個是物的責任，主席剛才也強調第三條是物的責任。但是，何謂物的責任，物本身應該沒有責任的問題，最後還是要歸結到人的身上，所以第三條只是以物做為中介，最後還是歸結到人的設置或管理行為，所以第二條和第三條應該沒有本質上的差異，有差異的是第三條因為和物有結連關係，所以在責任認定上可能比較從寬，也就是一般認為該條是無過失責任，但事實上也不完全是無過失責任，因為設置或管理有無「欠缺」的判斷上就有責任的意味，所以，第三條仍有責任認定的問題，只不過與第二條規定過失責任之認定，不太相同。

二、以上述為前提，個人認為第三條要處理的是與物有關的國家公法行為，所以可能有一些屬於國家私法性質的公共設施，如廖義男老師認為私法組織之國營事業所設置的公共設施沒有第三條的適用，係因國營事業的屬性是國家的私經濟行為，在國家的私經濟行為下所帶出來的「物」，雖然也是公有公共設施，但本質上屬於國家的私經濟行為，在這種情況下，國家可能要負責，但負的是私法上責任。基本上個人比較贊成在判斷上還是要回歸到行為的屬性，也就是國家如果用公物經營這些公共設施，在經營管理

上，它的公法性質會比較強。引申之，即使委託給私人，國家可能還是要負公法上責任，如人行道或地下道的認養，不能因為有私人認養，國家的責任就變成私法上責任。我認為就國家來講，它一直是公法上責任。但反觀公務人員發展中心的例子，如果不委託福華飯店經營而由政府部門來做，只是提供場地辦活動，這個屬性可能本來就可以歸類為私經濟行為，乃至交由福華飯店經營，國家可能還是要負責，但它終究是私經濟行為。

三、簡言之，問題的核心還是要回歸到公物管理或設置本身的法律屬性，至於中介的委託行為，如果是屬於中性行為時（在有行為選擇自由時），或許可將之認定為私法行為，但如果可以清楚的認定這個行為由國家來做時是公法的屬性，則應認定屬於國家賠償責任。

四、在此特別強調侵權行為責任或契約責任，是因為有些類型不一定是侵權行為責任，有可能是契約責任，例如類型七，因此，仍必須依個案之不同，分別判斷。

蔡教授茂寅：

李教授的意見可否理解為：先定性公共設施利用關係的法律上屬性，如利用關係被定性成私法關係，這個公共設施就要從第三條中剔除？也就是把公有公共設施的概念界定在利用關係是公法關係者。

李教授建良：

一、個人目前持較為保留的態度，比如說，一般可能將動物園利用關係認定為私法關係，如果動物園設施不完善，讓獅子跑出來咬傷人，必須先確認它是侵權行為責任或契約責任，對於遊客而言，可能發生請求權競合的問題。但是，如果受傷的不是買票的遊客而是路人，這完全是國家公共設施管理的問題，未涉及利用關係，還是有第三條適用的可能性。

二、另外民法上第一百八十四條是人的責任，第一百九十一條是物的責任，其中第一百九十一條與國家賠償法第三條頗為類似。因此，國家賠償法第三條可以做較為嚴格的解釋，因為雖然不成立第三條的國家賠償責任，但還有民法第一百九十一條的責任，不表示國家就不賠了。

林教授三欽：

一、依據國家賠償法第三條規定之請求賠償要件以觀，包括「設置有

欠缺」及「管理有欠缺」二種情形都可能產生國賠責任，可獨立觀察。至於政府設置某一設施後，交給民間營運，但因設計或營建有瑕疵，致生瑕疵損害時，仍須追究營建的責任，如係管理有欠缺，則須追究管理責任。

二、會議資料所整理的案例類型中，類型一是由民間投資興建，故設置部分是由民間完成，雖然是政府取得所有權，但馬上交給民間營運，故管理權也在民間，因此類型一既非由政府設置亦非由政府管理，故其非屬公有公共設施。類型九有關認養地下道、人行道的案例，由於現行認養相關法令規定，僅賦予認養人去巡邏、做簡單的維護清潔工作的義務，如有破損要通知工務局來修繕。由此可見，認養關係的重點並非在於交給人民管理，人民僅是參與協助管理，此類型乃政府設置，且政府仍承擔絕大多數管理責任，若人民有何損傷，政府難辭其咎。類型十是民間設置民間管理，政府未有參與，政府既未設置也無管理，即無國家賠償責任。至於民間參與經營管理的「街道傢具」則應和民間參與經營管理的「停車場」、「醫院」做不同的評價。其不同點在於前者散佈於人民生活環境中，其設施之瑕疵將增加人民生活的風險；後者則不具有此一特性，且後者設施的利用與否，人民通常有選擇的空間。於思考此二類設施瑕疵是否構成國家賠償責任時，上述差異性必須列入參考依據。

三、關於委託民間經營的公共設施是否為國賠法第三條之「公有公共設施」，而得追究其瑕疵之國家賠償責任，個人認為應由以下三點來思考。第一點，判斷設施是否與人民關係密切，人民有無選擇餘地。若為前者則傾向認定為「公有公共設施」，至於後者則傾向於不認為是「公有公共設施」。但如停車場這邊不能停，還有其他地方可以停，也就是具有替代性；反之，一般行人無法迴避不使用或經過街道家具所在的區域。第二點，判斷政府與受託人間約定委託關係之內容，究屬全盤委託或與部分委託。若為前者則傾向認定為「公有公共設施」，至於後者則傾向於不認為是「公有公共設施」。第三點，人民對設施使用的必要性，可分為「基礎設施類」或「娛樂設施類」，例如台北市青少年娛樂中心，基本上是娛樂設施，進去是溜冰、攀岩、到網咖上網，進去目的是享受，與基礎建設不一樣。如果是娛樂設施，本人傾向於否

認是「公有公共設施」，亦即本人認應排除國家賠償責任。

四、至於方才與會學者提到契約責任及侵權責任之區隔，本人聯想到一個案例。如果某公園（政府設置公物），市民原本可免費進去使用；其後政府改為須繳費後方得進入。在免費階段是公有公共設施並無疑義，因而公園有坑洞，遊客跌倒滑跤，有國家賠償法第三條可適用，保障還算周延；但如果該公園改以收費始得進入，依據前面與會學者所言，應僅成立契約責任，只能回歸契約關係請求賠償。然而，契約責任係採過失責任，而國家賠償法第三條係採無過失責任。換言之依據前述說法，當人民所利用的公有公共設施有收費時，使用者所享有的法律保障，反較使用免費設施不如。如此結論似有不妥，因此，本人初步認為不應僅以存在契約關係或使用收費關係，就排除這項設施作為公有公共設施的可能。

董教授保城：

一、實務上如果將「公有公共設施」其中「公有」概念過度擴張，會產生公私法交錯之現象，例如大部分政府機關都是在外租用辦公廳舍，如果全部都變成國家賠償責任，似有不妥。

二、都市計畫法第四十二條對於「公共設施」有明文規定，該條第一款規定之公共設施，包括道路、公園、綠地，係屬公物，第二款規定之公共設施，包括學校、社教機關等，係屬公營造物，易言之，「公共設施」在我國立法（都市計畫法）指二類，一是公物，一是公營造物，但在日本的國家賠償法，是指「公之營造物」，其概念是否等同於我國之「公營造物」？個人認為日本國家賠償法第二條的條文明示：「道路、橋樑或其他公之營造物」，所以基本上應包括公物及公營造物，此其一；再者，個人認為可從德國法上的「交通安全義務」加以觀察，所謂「交通」非指車輛，而是指人民往來密切、可供通行聯絡之硬體設施，例如道路、橋樑、水路等，依已失效的德國國家賠償法第十七條規定「公共交通所使用之道路、街道、廣場的義務，為公法上的義務」，但是其他如公營造物（如辦公大樓、學校、醫院）等類型，德國法則認為是私法上義務。在德國法上為何將道路、橋樑、水路認為係公法上的義務，其理由在於如果政府將道路封閉，則須找替代道路，水域封閉則須找替代水域，換句話說，人民基本生活依賴

的部分，設立者不能說停就停，說不讓人民通行就不讓人民通行，國家必須有義務維持人民生活的正常運作，要有替代的選擇，例如ＢＯＴ類型十一，公務人力發展中心，如果某星期不營運即可不營運，不須找一個取代的建物，換句話說，以德國法思考，如果人民經常依賴的事項，政府必須要提供，否則人民的生活、交通、經濟，就學等，均會受到影響，所以在德國法上認為政府負有維護來往通行使用安全均屬公法的義務，並不考慮是否屬管理或設置的欠缺。至於其他公營造物的情形，除非某個邦已將之列為公法義務，否則均為私法義務。由此角度觀之，在解讀日本法第三條時，應參酌德國已失效的國家賠償法第十七條，本人認為，如果是人民依賴緊密度非常高，則無論用任何一種方式，均應解釋為係公法義務，剛才與會學者之意見，似認如果對於第三條所定「管理或設置是否有欠缺」過度重視，將與第二條無法區別，其實第三條是物的安全問題，所以我覺得日本當初也講物的本質要保持與一般通常安全特性狀態，它是一個狀態的責任。

三、個人認為，「公共設施」不但包括公物、行政用物（辦公大樓），也包含民眾用公物（公共用物），對於國家賠償法所稱之「公有公共設施」，提供下述之判斷指標：第一，具有公開性：大家都可以使用，包括洽公。至於宿舍，因為不是每個人都可以來住的，記得台北市政府某件國家賠償案，有人被少年警察隊管束，由宿舍的水管爬出去，由於水管老舊墜樓死亡，本案可以認為缺乏公開性而無國家賠償之適用。第二，供用性：是由政府機關主動提供大家來使用。第三，有體物。第四，具有高度公益性。第五，政府對其營運管理有無預算編列性：例如二二八紀念館的基本運作是政府有編預算，只是藉助私人企業化的經營，但是物的責任不能免除。第六，是否具有來往交通緊密性：例如類型九、類型十，應屬於第三條的範疇。如果以上因素均已具備，應該是屬於公有公共設施。再者，對於公有公共設施之判斷，除透過上述指標外，在有些情形，亦可用負面表列方式判斷，例如萬芳醫院及類型六、類型七等，如果使用者係以支付對價方式得到服務，則損害賠償應屬營運風險成本，即不能認係公有公共設施，因此，類型十二，因有對價關係存在，即非屬第三條公有公共設施。

四、在採行公、私法二元化體系下，論及國家賠償責任時，必須考慮國家有完成公共任務的義務。在國家委託私人完成公共任務時，無論委託範圍係屬干預行政或給付行政，如果政府對整個營運的指導有相當大的主導和參與，祇是藉助私人企業經營理念，應由「工具論」的角度切入，換言之，若干ＢＯＴ例子只是藉由高度指導營運，類似國家完成公共任務工具之角色，利用人民企業化經營，並不能脫離國家賠償責任，如果從這個解度切入，或許可以是一個思考的方式。

劉教授宗德：

一、在討論會議資料所列之類型之前，有一前提問題必須先加以釐清，即會議資料第一頁有關「公有公共設施」之定義有待商榷。因「公有公共設施」之定義，如僅限於「由國家、地方自治團體或其他行政主體管理」，則「公有他管」之設施，均非屬國家賠償法第三條所稱之「公有公共設施」，因此，會議資料第一頁有關「公有公共設施」之定義，似應屬法務部「以往認為」，而非「初步研析意見」。

二、對於國家賠償法第三條所稱「公有公共設施」之範圍，可以認為「公有公管」的設施屬之，「他有公管」亦屬之，但因會議資料所列之類型均屬「公有他管」，則與會議資料第一頁對於「公有公共設施」之定義不符，又本人建議應對「設置」之定義究係指由政府機關建造？或由政府機關取得所有權？先加以確定，再逐案討論，方屬明確。

三、「公有公共設施」由條文字面上看，似指「所有權」，惟因法條規定係「設置或管理有欠缺」，而「設置」應非指所有，而係指建造之時是否有瑕疵而言。所以對於某一設施是否屬於國家賠償法所稱「公有公共設施」，以日本法而言，即指公營造物，而非特別著重在所有權的概念。所以對於國家賠償法第三條第一項要件之判斷上，即包括（一）何謂公有及（二）何謂設置或管理有欠缺二個階段。

四、在德國法上，比較重視公法與私法二元化之區分，從本次會議與會之留德學者意見中，可明顯看出在判斷是否為國家賠償法之「公有公共設施」時，相當強調以「與物有關之公法行為說」之用語，注重國家行為之屬性及法律關係之型態。惟在日本法上，對

於「公有公共設施」之判斷，由於實務上並不採上述公、私法行為或以公法、私法義務作為區分之標準，因此，大多數之學說亦摒棄上述標準。今天討論之焦點主要在三個對立上，第一為公法與私法關係之對立；第二為「公有公共設施」之「公有」是否同等

同於「設置」，「公管」是否同等於「管理」；第三為契約責任與侵權責任之競合，是否優先採契約責任。對於第二個問題，個人見解與蔡教授相同，認為「設置或管理之欠缺」，此應屬第二層次之問題，換言之，只要是公有公共設施，即便是私人管理，仍屬公有公共設施，至於對第三個問題，例如在日本自衛隊之基地，如有發生隊員被車子壓死，自衛隊之基地為公有公共設施，自衛隊之管理亦可能為公權力之行使，但有部分地方法院認為採債務不履行之見解，係因消滅時效之期間較長，且只須舉證債務不履行之結果而無需證明管理之過失，對於被害人較為有利，因此，在日本實務運作上，係認為如可透過契約責任處理時，可不予處理國家賠償責任，具有以契約責任分擔部分國家賠償超載之功能。如不以上述三個標準判斷時，個人傾向認為，包括公有公管、私有公管及公有私管之設施，均屬國家賠償法第三條之公有公共設施。先確定某一設施屬國家賠償法第三條之公有公共設施後，再進一步判斷該設施之設置或管理有無欠缺。

五、由上述可知，在公有公共設施之判斷上，廣義的看法就是認為包括公有公管、私有公管及公有私管之設施，均屬國家賠償法第三條之公有公共設施；而狹義的看法是以公法或私法關係、設置或管理及契約或侵權責任等判斷；至於折衷的看法即是採董教授之判斷標準。至於日本法上所稱「公之目的」，並無特別意義，在日本所稱「公營造物」之範圍，係包括公共用物、行政用物及營造物用物。

六、綜上所述，因本次會議討論事項之類型均屬公有私管之情形，個人認為均屬國家賠償法第三條之公有公共設施。

主席：感謝各位提供寶貴的意見，如尚有任何建議，歡迎隨時以書面提供本部，本部將彙整各界意見並深入研析，作為日後修法及個案判斷之參考。

柒、散會：（下午四時二十分）。

主席：林錫堯

紀錄：林建宏、葉自強、曾瓊仙