裁判字號：臺灣高等法院 97 年度上國字第 17 號 民事判決
裁判日期：民國 98 年 04 月 14 日
案由摘要：國家損害賠償

臺灣高等法院民事判決　　97 年度上國字第 17 號

上訴人即附
帶被上訴人　國防部陸軍司令部
法定代理人　楊〇嘯
訴訟代理人　毛仁全　律師
被上訴人即
附帶上訴人　賴〇彰
訴訟代理人　廖克明　律師

上列當事人間請求國家損害賠償事件，上訴人對中華民國 97 年 4 月 2 日臺灣桃園地方法院 96 年度國字第 23 號第一審判決提起上訴，被上訴人並為附帶上訴及擴張訴之聲明，本院於 98 年 3 月 31 日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、原判決關於駁回被上訴人下列第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，並該訴訟費用之裁判均廢棄。

二、上訴人應再給付被上訴人新台幣伍拾壹萬柒仟貳佰玖拾玖元，及自民國九十五年十一月二十三日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

三、上訴人應另給付被上訴人新台幣陸拾參萬貳仟肆佰零捌元及自民國九十八年四月一日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

四、被上訴人其餘附帶上訴及擴張之訴均駁回。

五、上訴人之上訴駁回。

六、本判決第二、三項所命給付，於被上訴人以新台幣參拾捌萬元為上訴人供擔保後，得假執行。但上訴人如以新台幣壹佰壹拾肆萬玖仟柒佰零柒元為被上訴人供擔保，得免為假執行。

七、第一、二審（含附帶上訴及擴張之訴部分）訴訟費用，由上訴人負擔百分之九十三，餘由被上訴人負擔。

事實及理由

一、程序方面：

㈠經查本件上訴人即附帶被上訴人國防部陸軍司令部（下稱上訴人）之法定代理人原為趙〇璋，嗣變更為楊〇嘯，有聲明承受訴訟狀在卷可稽（見本院卷第 106 頁）。其聲明承受訴訟，核無不合，合先敘明。

㈡按於第二審為訴之變更或追加，非經他造同意不得為之；但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第 446 條第 1 項、第 255 條第 1 項第 3 款分別定有明文。經查本件被上訴人即附帶上訴人賴〇彰（下稱被上訴人）於原審起訴請求上訴人應給付被上訴人新台幣（下同）355 萬 2,032 元本息。經原審判命上訴人應給付被上訴人 273 萬 4,733 元本息，而駁回被上訴人其餘之請求。上訴人對其敗訴部分聲明不服，提起本件上訴，被上訴人則於民國 97 年 11 月 17 日就敗訴部分於 81 萬 7,299 元本息提起附帶上訴，並擴張上訴聲明追加請求上訴人應另給付被上訴人 63 萬 2,408 元本息，有書狀及言詞辯論筆錄可按（見本院卷第 39 至 45、115 頁正反面）。則依上說明，被上訴人上開擴張上訴聲明，應屬合法。

㈢次按當事人不得提出新攻擊或防禦方法；但對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，或如不許其提出顯失公平者，則不在此限，民事訴訟法第 447 條第 1 項第 3、6 款分別定有明文。本件上訴人雖於本院始主張訴外人李〇宏並非上訴人所屬公務員等語，惟上訴人於原審就此即已有所爭執，有民事辯論意旨狀在卷可稽（見原法院卷第 136 頁），核係對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，且如不許其提出，有顯失公平情形，應予准許。另上訴人雖於本院始主張被上訴人依軍人撫卹條例受領撫卹之利益，應與本件國家賠償請求相抵銷等語；然上訴人本得為其自己有利情形，決定是否適時行使抵銷權，因此若不許上訴人提出上開抵銷之抗辯，將顯失公平，故依上開規定，自應准許。

二、被上訴人起訴主張：

㈠被上訴人於 93 年 2 月 3 日入伍，分發至陸軍步兵第 195 旅混砲營砲 2 連服役，94 年 5 月 5 日服勤時奉命移動火砲時，所屬單

位軍士官未依砲兵單砲教練第 3 章單砲教練第 3 節人力挽曳之準則規定，由軍士官擔任砲長依準則站定位置下達口令並監督，卻任由士兵即訴外人李〇宏下達口令進行挽曳火砲運動，在場軍官即訴外人砲二連副連長李〇強及營部連副連長張〇雋亦未制止。當時被上訴人擔任大架手，尚未將尾架設施抬高至定位，站立於護板前之李〇宏即下達「起」口令進行拉砲，致被上訴人左腿遭火砲鋤板夾傷，現仍存有左側下肢足踝關節機能障礙，符合勞工保險殘廢給付標準表下肢機能障害第 143 項規定，左下肢足踝機能之喪失勞動能力程度約為第 10 等級，勞動能力減損比例為 46.14%，則計算至 65 歲強制退休時止，共受有勞動能力減損之損害 203 萬 4,733 元。另被上訴人原本身體強壯，行動自如，今因公成殘致身心痛苦萬分，故請求賠償精神上損害 151 萬 7,299 元。被上訴人業於 95 年 11 月 13 日以書面請求上訴人賠償遭拒，爰依國家賠償法第 2 條第 2 項前段及民法第 193 條、第 195 條規定，求為命上訴人應給付被上訴人 355 萬 2,032 元本息之判決。

㈡惟原審僅判命上訴人應給付被上訴人 273 萬 4,733 元本息（包括至 60 歲退休前減少勞動能力損害 203 萬 4,733 元，以及非財產上損害 70 萬元），並駁回其餘請求。上訴人就其敗訴部分聲明不服而上訴，被上訴人對其敗訴部分提起附帶上訴，並就 61 歲起至 65 歲強制退休止減少勞動能力損害部分，擴張請求 63 萬 2,408 元本息。爰答辯聲明：上訴駁回。並附帶上訴及擴張聲明：㈠原判決不利於被上訴人部分廢棄。㈡上開廢棄部分，上訴人應再給付上訴人 81 萬 7,299 元及自 95 年 10 月 23 日起至清償日止，按年息 5%計算之利息。㈢上訴人另應給付上訴人 63 萬 2,408 元及自 95 年 10 月 23 日起至清償日止，按年息 5%計算之利息。㈣願供擔保請准宣告假執行。

三、上訴人則以：依國家賠償法第 2 條第 2 項前段規定，須於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之自由或權利者，國家始負損害賠償責任。本件被上訴人於事發時為軍人，與國家之間有特別權利關係，非上開條文所謂之人民，自無國家賠償法之適用。又上訴人所屬公務員即訴外人李〇強中尉係囿於火砲場地地形無法直接由車輛拖載移

動，遂依砲兵單砲教練第 3 章第 3 節人力挽曳之規定，召集被上訴人等 12 名士官兵執行火砲運動，並於帶隊前往執行拉砲途中即已下達安全規定。而推砲前應先將砲從砲堡中拉出，將砲移至適合拉砲位置，現場指揮官李〇強尚未下達指令拉砲之際，火砲即被推到外面，李〇強下令制止無效，更未命令士兵即訴外人李〇宏下達拉砲指令，卻因李〇宏下達指令開始拉砲，始致被上訴人滑倒遭砲栓壓到腳受傷。故被上訴人係因其本身過失而受傷，上訴人所屬公務員就被上訴人傷殘並無故意或過失，而李〇強係因未能順利達成任務而受行政處分，且其執行疏失與被上訴人受傷並無因果關係。另被上訴人既未遵守現場指揮官李〇強之指揮在先，更盲從無指揮權之士兵李〇宏之指揮在後，未服從李〇強所為不得未經其指揮擅自搬動火砲命令，且於事故發生之際又顯然未能及時採取防止發生之反應作為，是被上訴人為與有過失，且其程度若論以比例應有超過二分之一以上。又原審酌定慰撫金 70 萬元顯然過高等語，資為抗辯。並上訴聲明：㈠原判決不利於上訴人部分廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。答辯聲明：㈠附帶上訴及追加之訴均駁回。㈡如受不利益判決，願供擔保，請准宣告免予假執行。

四、兩造不爭執之事實：

㈠被上訴人於 93 年 2 月 3 日入伍，分發至陸軍步兵第 195 旅混砲營砲二連服役。94 年 5 月 5 日 14 時許，被上訴人在營區奉命移動火砲時，因左腳被火砲夾傷，致受有左側脛、腓骨開放性骨折併軟組織受損之傷害。被上訴人於 95 年 11 月 13 日向上訴人提出國家賠償之請求，經上訴人於 96 年 7 月 19 日以拒絕賠償理由書予以拒絕，並有國家賠償請求書影本、國防部陸軍司令部拒絕賠償理由書影本、國防醫學院三〇總醫院診斷證明書影本等附卷可稽（見原法院卷第 3 至 10 頁）。

㈡被上訴人因前開傷勢現遺存障礙情形為：左側下肢脛骨下段前仍舊存留伸趾（大小腳趾）缺失、疤痕攣縮、足部下垂、無法主動背屈足踝與足趾、活動受限，跛行，經多次住院手術修補後，仍存有左側下肢足踝關節機能障礙，符合勞工保

險殘廢給付標準表下肢機能障害第 143 項之規定，左下肢足踝機能之喪失勞動能力程度約為第 10 等級，有國防醫學院三〇總醫院 96 年 11 月 23 日函在卷可按（見原法院卷第 70 頁）。

五、兩造爭執要點為：㈠國家賠償法第 2 條第 2 項前段所謂「人民」，是否包括服役士兵？㈡訴外人李〇宏是否為上訴人所屬公務員？㈢訴外人李〇宏、李〇強、張〇雋是否於執行職務行使公權力時，因過失不法侵害被上訴人之權利？並因而致被上訴人受有損害？㈣被上訴人得請求損害賠償之金額為若干？㈤被上訴人是否與有過失？㈥被上訴人依軍人撫卹條例受領撫卹之利益，是否應於本件國家賠償中扣除？茲就兩造爭點及本院得心證理由分述如下：

㈠按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，國家賠償法第 2 條第 2 項前段定有明文。從而該項國家賠償責任之成立，應具備下列構成要件始為該當：㈠行為人須為公務員、㈡須為執行職務行使公權力之行為、㈢須係不法之行為、㈣須行為人有故意過失、㈤須侵害人民之自由或權利、㈥須不法行為與損害之發生有相當因果關係，合先敘明。

㈡國家賠償法第 2 條第 2 項前段所謂「人民」，是否包括服役士兵？

按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，國家賠償法第 2 條第 2 項前段定有明文。而國家賠償法為使被害人之權利能獲得充分之保障，對於所謂「公務員」之定義，乃採取最廣義解釋，凡依據法令從事於公務者均屬之（同法第 2 條第 1 項規定參照）；因此基於保護被害人之立法意旨，自不應對該條規定所謂「人民」之資格加以限制。從而服役軍人固為廣義之公務員，與國家間具有公法上之職務關係，而為有服從特別權力關係義務之人；但其本身亦屬人民，故於其執行公務時，受其他執行公務而行使公權力之公務員故意或過失不法之侵害，當亦得依國家賠償法之規定請求國家賠償（最高法院 97 年度台上字第 449 號、95 年度台上字第 2540 號、93 年度台上字第 920 號判決意旨參照）。從而被上訴人雖於事發

當時為服役士兵，但以人民身分，主張上訴人所屬公務員於執行職務行使公權力時有疏失致受損害，而依上開規定請求國家賠償，即屬合法。至於最高法院 90 年度台上字第 371 號判決意旨雖謂：居於特別權力關係（特別服從關係）之人，並非國家賠償法第 2 條第 2 項前段所謂之人民云云；惟最高法院嗣後已改變該項見解，有上開 93 年度台上字第 920 號等判決意旨可參，於本件自無參酌之餘地。故上訴人辯稱被上訴人不得依上開規定請求國家賠償云云，並不足採。

㈢訴外人李〇宏是否為上訴人所屬公務員？

按國家賠償法所稱公務員者，謂依據法令從事於公務之人員，國家賠償法第 2 條第 1 項定有明文。是國家賠償法對於所謂「公務員」，乃採取最廣義的定義，即不問其係由於選舉、派用、任用、聘用或僱用；政務官或事務官；文職或武職；有給職或無給職；亦不問其是否為編制內之人員，凡依據法令從事於公務者，即為該法所稱之公務員。且軍人為廣義之公務員，與國家間具有公法上之職務關係，亦經司法院釋字第 430 號解釋闡示在案。從而訴外人李〇宏於本件事發當時，雖為上訴人所屬現役士兵，惟依上說明，仍為國家賠償法第 2 條第 1 項規定所謂之公務員。至於最高法院 95 年度台上字第 3498 號判決意旨，係針對何謂「刑法上之公務員」有所闡示，於本件國家賠償事件並無適用之餘地。是上訴人辯稱李〇宏並非上訴人所屬公務員云云，應屬無據。

㈣訴外人李〇宏、李〇強、張〇雋是否於執行職務行使公權力時，因過失不法侵害被上訴人之權利？並因而致被上訴人受有損害？

1.按國家賠償法第 2 條第 2 項前段規定所謂行使公權力之行為，係指公務員居於國家機關之地位，行使統治權作用之行為而言，包括運用命令及強制等手段干預人民自由及權利之行為，以及提供給付、服務、救濟照顧等方法增進公共社會成員之利益，以達成國家任務之行為。而所謂執行職務之行為，則指公務員行使其職務上之權力或履行其職務上義務等，而與其所執掌之公務有關之行為而言，亦即行為與職務間在外觀上、時間上或處所上有相關連，且行為之目的與職務之作

用間，內部上存有密切之關連。至於所謂不法行為，係指公務員行使公權力而侵害人民自由或權力之行為，無法律或法規命令之依據、或為違背職務之行為。又所謂過失，係以忠於職守之一般公務員在該具體情況應該能注意並可期待其注意之程度而言。而公務員應忠心努力，依法律命令所定執行其職務（公務員服務法第 1 條規定參照），故如有違背其職務義務之行為，即推定其具有故意或過失。被害人只需舉證證明公務員有違背其職務義務之行為而使其受害，不須更證明行為人有故意或過失。如國家機關欲免責，必須提出其所屬公務員違背職務義務之行為有不可歸責事由之證明（參見廖〇男教授著，國家賠償法，第 29 至 31、46、48、60、61 頁，85 年 4 月 5 刷）。

2.經查陸軍步兵第 195 旅混砲營營長即訴外人陳慶同於 94 年 5 月 5 日指示該營砲 2 連副連長李〇強，將砲 2 連第 5 砲陣地 105 榴砲移動至第 3 砲陣地，並指派訴外人即營部訓練官曾啟榮與營部連副連長張〇雋前往指導。嗣於當日 14 時許，李〇強召集該連士兵等人前往該陣地，李〇強並與張〇雋在場監視，由砲堡中將火砲推出陣地，並將火砲牽引環向右旋轉 90 度，同時由砲輪推手等人員推向架設木板車道，有國防部陸軍司令部 97 年 2 月 19 日國陸督法字第 0970000171 號函附陸軍步兵 195 旅重大違紀犯法及傷亡事件調查處理經過報告表影本在卷可按（見原審卷第 100 頁）。從而李〇強與張〇雋既係奉營長陳慶同之指示，召集砲二連士兵等人將砲 2 連第 5 砲陣地 105 榴砲移動至第 3 砲陣地，顯然均為基於軍事勤務上之目的，而行使統治權作用之公權力行為，並非私經濟作用，故渠等應為依法令從事於公務之公務員，並於 94 年 5 月 5 日執行職務行使公權力而移動系爭榴砲。

3.次按依國防部頒訂砲兵單砲教練第 3 章單砲教練第 3 節人力拖曳規定所示，進行火炮運動時，應由砲長負責下達口令與監督，而砲長應由軍士官擔任；且砲手及瞄準手將零件箱抬放大架上後，應跑至護板前方，聞砲長下達「走」之口令，與其他砲手齊力將火炮向後推動，有該標準作業流程影本節本在卷可稽（見原審卷第 53 至 60 頁）。惟訴外人李〇強代理主

官執行任務，未依準則教範先行完成行動準據及任務編組，並下達安全規定，亦即並未貫徹上級關於「下達命令同時先下達安全規定」之指示，復因該木板車道呈 45 度斜坡，且速度過快，至牽引環處抬砲手即被上訴人反應不及跌倒，遭鋤廚板壓及左小腿，造成開放性骨折等傷害，有上開國防部陸軍司令部調查處理經過報告表影本在卷可按（見原審卷第 100 頁）。經查：

⑴依該營輔導長少校胡〇偉報告書記載：「……因副連長未先行下達安全規定，而弟兄因天候（有下雨可能）導致弟兄未注意擔任抬砲尾環的 1 兵賴〇彰是否準備好，忽然下方的弟兄用力向上而發生此次左腳受傷事件。」並依李〇強報告書記載：「……主要檢討原因為幹部當時雖然在場，但是並無下達安全規定，及一個口令一個動作口令誘導的方式指揮，僅以口頭上提醒推砲輪時速度要放慢，小心不要被砲輪壓到腳，同時要注意到手，千萬不要被上護板夾傷等等……因為個人的疏忽大意，推砲之前未下達安全規定，以及口令誘導方式指揮，導致推砲速度過快，發生鋤廚板夾傷事件……」，有該等報告書影本可稽（見原審卷第 114、117 頁）。

⑵且證人李〇宏亦於原審到庭結證稱：「當時大家一起在推砲，有二名軍官李〇強、張〇雋在場，沒有士官在喊口令，我們士兵自己喊就自己推，我們一起推，原告（即被上訴人）當時負責在炮架的尾端圓形處，以肩膀抬住該牽引環，我們是正向往前推，原告力量支撐不住跌倒，被尾架壓傷……（當時副連長李〇強、張〇雋人在何處？）他們兩位不在火炮旁邊，是在炮陣地……我先喊『起架』，之後才大家一起喊『一、二、三、推』。（在場拉炮的士兵是你最資深嗎？）是的。（你當時下達拉炮向後指令後，有無跑到右砲輪的後方與牽引環六步距離處，監督各砲手就位準備妥當後，再下達『走』的口令？）沒有。因為我們沒有受過訓，也不知道準則怎麼寫……當天因為推砲經過坡度較陡，所有在連上十幾名弟兄都一起出來推砲，但沒有士官監督下達口令……軍官就在旁邊沒有講什麼。如果我們推炮有違反準則，軍官應該出言糾正，但是他們當場沒有糾正」等語，有言詞辯論筆

錄在卷可稽（見原審卷第 81 至 83 頁）。核與被上訴人指述情節相符，是據此足證上開國防部陸軍司令部調查報告所載，應屬實在。上訴人雖辯稱李〇宏之證言規避自身責任云云，惟李〇宏逾越其權限而擅自指揮移動榴砲，其行為仍屬不法（詳如後述），不因其證稱在場軍官未為指揮而有不同，足見李〇宏之證言應屬可信。因此上訴人復辯稱：上開國防部調查處理經過報告表及報告書所載內容與事實並不完全相符，或為達行政懲處暨使被上訴人得以接受撫恤給付云云，亦均不可採。

⑶至於證人李〇強雖亦於原審到庭結證稱：當天執行戰備任務伊是帶隊官，帶弟兄去推砲，邊走邊下達安全規定直到砲場，下令大家一起開始推砲，推砲時要注意安全，推砲時，弟兄氣氛是滿興奮，趕快把事情做完可以休息，那時大家一股腦拉砲，移動火砲時，要先把火砲移到適合推砲的地方，因為被上訴人身高較高體型較大，所以自己一個人跑到牽引環抬炮，伊先下達命令是先把火砲從砲堡推到外面，當火砲推到外面後，大家有停一下，伊有要弟兄不要急，但是弟兄自己把砲推到推砲的適當地點，伊尚未下拉砲指令，大家就直接拉砲，被上訴人就滑倒被砲栓壓到腳受傷，伊並未指定李〇宏下達推砲指令等語，有言詞辯論筆錄在卷可稽（見原審卷第 86 至 88 頁）。惟李〇強雖證稱係邊走邊下達安全規定云云，核與李〇強本人於事發當時製作之報告書內容矛盾，亦與證人李〇宏之證言不符，是其該部分證言，並不足信。

⑷本件事發當時，在場軍官即訴外人李〇強、張〇雋雖於其職務範圍內，受命指揮監督移動系爭榴砲任務，但並未下達安全規定，於士兵自行將火砲拉出陣地之過程，亦未立即糾正，更未親自逐一下達拉炮口令，反係任由資深士兵即訴外人李〇宏下達拉炮口令；而李〇宏疏未注意全體士兵各自動作，逕自下達拉炮指令，均未依砲兵單砲教練第 3 章單砲教練第 3 節人力拖曳所規定之標準作業流程，進行火炮移動任務。李〇強、張〇雋顯然違反準則教範及上級指示，而怠於執行其職務，即屬不法。至於李〇宏受李〇強之命令，而履行職務上之義務即移動系爭榴砲時，擅自指揮系爭榴砲搬運，

與其職務間在外觀上、時間上與處所上有相關連，且該指揮搬運行為之目的與職務之作用間，內部上存有密切之關連，因此仍為執行職務，行使公權力之行為，並非其個人之行為。又李〇宏雖無指揮權、亦未奉命受委託行使指揮官職權，然卻擅自指揮系爭榴砲搬運，其執行職務顯然逾越其權限，亦屬不法。是上訴人辯稱李〇強、張〇雋並無不法行為、李〇宏並無執行職務行使公權力之行為云云，並不足採。

4.則訴外人李〇宏、李〇強、張〇雋於執行職務行使公權力時，未依砲兵單砲教練第 3 章單砲教練第 3 節人力拖曳所規定之標準作業流程，進行火炮移動任務，致被上訴人於奉命移動火砲時，因左腳被火砲夾傷而受有左側脛、腓骨開放性骨折併軟組織受損之傷害，有國防醫學院三〇總醫院診斷證明書影本附卷可稽（見原法院卷第 10 頁）。而依客觀觀察，若上訴人所屬上開公務員依準則教範及上級指示而下達安全規定，通常即不生此種損害，若未下達安全規定，通常即足生此種損害，故據此足證上訴人所屬上開公務員之不法行為，與被上訴人所受損害間，具有相當因果關係。則依上說明，即應推定李〇宏、李〇強、張〇雋就系爭事故之發生具有過失；且上訴人並未舉證證明李〇宏、李〇強、張〇雋違背職務義務之行為有何不可歸責之事由，故被上訴人主張上訴人應負國家賠償責任，即屬有據。上訴人雖辯稱：是否下達安全規定與被上訴人受傷間並無相當因果關係云云，即不足採。

㈤被上訴人得請求損害賠償之金額為若干？

1.按不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能力或增加生活上之需要時，應負損害賠償責任，民法第 193 條第 1 項定有明文。經查：

⑴被上訴人因上訴人所屬公務員之過失侵權行為，因此受有左側脛、腓骨開放性骨折併軟組織受損之傷害，現仍遺存障礙情形為：左側下肢脛骨下段前仍舊存留伸趾（大小腳趾）缺失、疤痕攣縮、足部下垂、無法主動背屈足踝與足趾、活動受限，跛行，經多次住院手術修補後，仍存有左側下肢足踝關節機能障礙，符合勞工保險殘廢給付標準表下肢機能障害第 143 項之規定，左下肢足踝機能之喪失勞動能力程度約為

第 10 等級，有國防醫學院三〇總醫院診斷證明書、國防醫學院三〇總醫院 96 年 11 月 23 日函、身心障礙手冊影本在卷可按（見原法院卷第 10、70 頁、本院卷第 110 頁）。

⑵又被上訴人主張其原任職於訴外人新〇流事業股份有限公司，且依被上訴人之「92 年度綜合所得稅各類所得資料清單」所示，被上訴人於該公司平均月薪為 2 萬 1,896 元（262,752÷12=21,896），有該資料清單影本可證（見本院卷第 47 頁）。是據此足證被上訴人依其能力在通常情形下，可能取得之收入確實高於行政院勞工委員會所公告之勞工基本工資，則以被上訴人於該公司任職時之平均月薪 2 萬 1,896 元作為計算減少勞動能力所受損害金額之基準，應屬適當公允。上訴人雖辯稱被上訴人自陳並無固定工作云云，惟被上訴人於 92 年 2 月 3 日入伍時身體狀況極佳，體位為甲等，有新進人員基本資料影本可按（見原審卷第 103 頁），嗣因本件事故受傷成殘而提前退伍後，始無固定工作，是據此足證被上訴人確實因本件事故而減少勞動能力。至於被上訴人於入伍時，雖填寫基本資料自陳任職於清潔公司一年半等語，是否即為任至於新〇流事業股份有限公司，雖屬不明，惟被上訴人既然確實自該公司受領薪資給付，即足以證明其勞動能力，有如前述，故據此尚不足以為有利於上訴人之判斷。是上訴人所辯，並不足採。

⑶按勞動基準法業於 97 年 5 月 14 日修正第 54 條第 1 項第 1 款規定：「勞工非有下列情形之一，雇主不得強制其退休：一、年滿六十五歲者。」而被上訴人生於 73 年 4 月 6 日，於 94 年 7 月 23 日退伍，有戶籍謄本、國軍常備兵軍職基本資料暨專長授予證明影本可稽（見原審卷第 13、19 頁）。則自 94 年 5 月 5 日系爭事故發生時起，計算至 98 年 3 月 31 日本件言詞辯論終結時止共 3 年 11 月，自 98 年 4 月 1 日起至 138 年 4 月 5 日被上訴人年滿 65 歲強制退休時止，尚有 41 年，則分別算被上訴人已減少勞動能力之損害為 47 萬 4,832 元（21,896×（12×3＋11）×46.14%＝474,832）；而將來減少勞動能力之損害，於扣除期前利息後則為 274 萬 5,050 元（21,896×12×46.14%×（霍夫曼係數）22.64261512＝2,745,050，元以下四捨五入），

合計為 321 萬 9,882 元。惟被上訴人附帶上訴僅請求增加給付 114 萬 9,707 元（817,299＋632,408－300,000＝1,149,707），故加計原判決命上訴人給付金額 203 萬 4,733 元後，被上訴人請求上訴人給付 318 萬 4,440 元（2,034,733＋1,149,707＝3,184,440），應屬有據。

2.另不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額；其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分，民法第 195 條第 1 項前段定有明文。經查被上訴人係於 00 年 0 月 0 日生，為高職畢業，具有資訊類科之專業技能，有畢業證書影本可證（見本院卷第 91 頁），名下並無任何財產，有 95 年度綜合所得稅各類所得資料清單明細表、稅務電子閘門財產所得調件明細表可證（見原法院訴訟救助卷）；因本件事故成殘而受有左側脛、腓骨開放性骨折併軟組織受損之傷害，精神上自受有相當痛苦。故被上訴人請求上訴人賠償非財產上損害，即屬有據。爰審酌被上訴人之身分、地位、經濟狀況、受傷情形，以及上訴人所屬公務員於行使公權力時肇事等一切情狀，認被上訴人請求上訴人賠償非財產上損害 70 萬元，核屬適當。被上訴人請求增加給付，應屬無據。上訴人辯稱軍人於外島地區服役本即有諸多意外風險存在，被上訴人應有犧牲奉獻之心理準備，其精神痛苦程度與一般情形不同云云，並不可採。

㈥被上訴人是否與有過失？

1.按損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之；重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人不預促其注意或怠於避免或減少損害者，為與有過失，民法第 217 條第 1 項、第 2 項定有明文。所謂與有過失，係指被害人苟能盡善良管理人之注意，即得避免其損害之發生或擴大，乃竟不注意，致有損害發生或擴大之情形而言。但就被害人之消極不作為而言，則以民法第 217 條第 2 項規定者為限，始有上開規定之適用。

2.經查關於陸軍進行火炮移動任務時，應依國防部頒訂砲兵單砲教練第 3 章單砲教練第 3 節人力拖曳所規定之標準作業流程

實施，且該大架守之位置應有二位人員擔任，應為上訴人所屬公務員即訴外人副連長李〇強中尉、張〇雋中尉所知悉。從而被上訴人即無必要預促上訴人注意依照準則操作並增加一名士兵協助，因此不能認為被上訴人與有過失。又被上訴人為士兵，不能期待其就拉砲準則較諸在場軍官清楚，且在場軍官李〇強、張〇雋並未逐一下達拉砲口令，反係任由士兵自行執行，顯然默示士兵自行完成任務。則被上訴人因執行拉砲任務，自行站定在火炮牽引環位置，聽從士兵李〇宏口令及同袍共同出聲發力執行拉砲，不能認為係盲從命令而有過失。此外被上訴人係與同袍等欲將火砲推上呈 45 度斜坡之木板車道，因速度過快致使被上訴人反應不及跌倒，雖斯時被上訴人入伍已逾一年，就擔任砲兵於拉砲時應有之行為動作及注意程度，應有相當程度之認知，惟徵之本件事故事發突然，難期被上訴人臨時應變，立時反應閃避以避免損害之發生。故上訴人辯稱被上訴人與有過失云云，並不足採。

㈦被上訴人依軍人撫卹條例受領撫卹之利益，是否應於本件國家賠償中扣除？

1.按軍人撫卹條例所為之給付，乃軍人對國家之特殊貢獻而由國家給予之特別恩惠，為一身專屬權，不得讓與或繼承，甚且在一定情形下，如喪失中華民國國籍或被褫奪公權，即喪失請領之權利，此觀該條例第 29 條、第 31 條及第 32 條規定自明。足徵依軍人撫卹條例所發給之撫卹金，與依國家賠償法所為之損害賠償，二者性質顯然不同。則被上訴人所領取之撫卹金，乃國家基於其因公受傷而給予之恩惠，與國家賠償其權利受損之性質不同，上訴人自不得主張以撫卹金扣抵上開賠償金額（最高法院 97 年度台上字第 449 號、95 年度台上字第 2540 號判決意旨參照）。

2.經查本件被上訴人固然依軍人撫卹條例受領撫卹之利益，撫恤期間為五年，一年之撫恤給付為 2 萬 4,713 元，總計撫恤金額為 13 萬 3,565 元，有國防部後備司令部發卹通知單影本在卷可證（見本院卷第 61 頁）。惟依上說明，國家對於軍人所為之撫恤，具有國家對因公受傷或死亡之軍人或其家屬，對之予以補償或恩給之性質，顯然不同於依國家賠償法所為之

損害賠償，自不得因此減免上訴人之賠償責任。是上訴人此部分所辯，並不足採。

㈧從而被上訴人得請求上訴人賠償之金額，為 94 年 5 月 5 日起至 138 年 4 月 5 日止減少勞動能力損害共 318 萬 4,440 元，及非財產上損害 70 萬元，共 388 萬 4,440 元（3,184,440＋700,000＝3,184,440）。而原判決僅命上訴人給付 273 萬 4,733 元本息，被上訴人復提起附帶上訴，請求增加給付至退休時止減少勞動能力損害與非財產上損害共 81 萬 7,299 元本息，於 51 萬 7,299 元範圍內為正當（817,299－300,000＝517,299）。被上訴人復擴張聲明請求上訴人給付自 61 歲起至 65 歲強制退休時止減少勞動能力損害 63 萬 2,408 元本息，固有理由；惟被上訴人係於 98 年 3 月 31 日言詞辯論時，始為上開擴張聲明，則依民法第 229 條第 2 項前段規定，上訴人應自翌日即 98 年 4 月 1 日起始負遲延責任。故被上訴人請求上訴人自 95 年 10 月 23 日起按法定利率給付遲延利息云云，於 98 年 4 月 1 日起算部分，始為有據。超過部分，尚非正當，應予駁回。

六、綜上所述，被上訴人依國家賠償法第 2 條第 2 項前段及民法第 193 條、第 195 條規定，請求上訴人給付 388 萬 4,440 元本息，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，不應准許。原審判命給付，原無不合，上訴人上訴意旨指摘原判決不當，聲明廢棄，不應准許，應駁回其上訴。惟上開應准許部分，原審僅判命上訴人給付 273 萬 4,733 元本息，尚有未足。被上訴人就原審敗訴部分提起附帶上訴請求增加給付，於 51 萬 7,299 元範圍內為正當，自應命上訴人增加給付，爰由本院予以廢棄改判如主文第二項所示；逾此金額為無理由，應駁回附帶上訴。又被上訴人擴張附帶上訴聲明請求給付 63 萬 2,408 元及自 98 年 4 月 1 日起至清償日止加計法定遲延利息，亦屬正當，併應准許，爰判決如主文第三項所示。兩造就被上訴人勝訴部分，均陳明願供擔保請准為假執行或免為假執行之宣告，經核均無不合，爰酌定相當擔保金額分別准許之。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊、防禦方法，核與判決結果不生影響，爰不逐一論列，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴人上訴為無理由。被上訴人附帶上訴為一部有理由，一部無理由，擴張之訴為一部有理由，一部無理由。依民事訴訟法第 450 條、第 449 條第 1 項、第 79 條、第 390 條第 2 項、第 392 條第 2 項，判決如主文。

中　華　民　國　98　年　4　月　14　日

民事第七庭

審判長法　官　鄭三源

法　官　王聖惠

法　官　邱　琦

正本係照原本作成。

上訴人如不服本判決，應於收受送達後 20 日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後 20 日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第 466 條之 1 第 1 項但書或第 2 項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。

中　華　民　國　98　年　4　月　14　日

書記官　廖艷莉

附註：

民事訴訟法第 466 條之 1（第 1 項、第 2 項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其他法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

資料來源：臺灣高等法院民事裁判書彙編（98 年版）第 259-274 頁