

## 政府在应对自然灾害中的预见可能性

——日本国家责任的视角

杜仪方

**内容提要:**现代社会中,政府基于其危险防止型行政的角色定位,需要在特定情形下对自然灾害所造成的损害承担赔偿责任。就危险防止型行政中的行政不作为是否违法,主要存在预见可能性、结果避免可能性、期待可能性和受损法益的重大性这四项判断要件。其中,能否预见到自然灾害的发生至关重要。为此,需要从国家责任的视角出发,对政府在应对自然灾害中预见可能性的概念、判断标准、判断要素等进行分析,阐述政府对自然灾害具有预见可能性的条件,并进而应为其不履行职责的行为承担法律责任。具体而言,在国家法律责任层面上,政府在应对自然灾害中的预见可能性应以通常状态或者一般注意义务为前提,以盖然性为标准,并因个案不同存有差异。借由对日本预见可能性概念进行的梳理,可以在我国国家赔偿制度中引入预见可能性理念及危险防止型行政责任体系,进而对我国国家责任体系进行反思。

**关键词:**自然灾害 危险防止型行政 预见可能性 国家责任

杜仪方,复旦大学法学院副教授。

### 一 引言

我国是自然灾害频发的国家,自然灾害的种类多、分布广、危害大。以国家统计局2015年公布的数据为例,仅2014年一年,我国由于各类自然灾害所造成直接经济损失就达到3373亿元,死亡1800余人。<sup>[1]</sup>对于政府而言,深化可持续发展战略,切实保护环境资源,在最大范围内减少自然灾害的发生当属必要。当自然灾害的发生不可避免之际,切

[1] 国家统计局网站, <http://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=C01&zb=A0C0D&sj=2014>, 最后访问时间: [2016-06-20]。

实履行政府的行政职责,减少由“天灾”所导致的“人祸”更是至关重要。

我国现有与自然灾害相关的法律有《中华人民共和国防洪法》、《中华人民共和国防震减灾法》、《中华人民共和国气象法》等,上述法律基本都对相关监测、管理部门的工作职责作出了明确规定。以《中华人民共和国防洪法》为例,该法第13条第1款规定:“山洪可能诱发山体滑坡、崩塌和泥石流的地区以及其他山洪多发地区的县级以上地方人民政府,应当组织负责地质矿产管理工作的部门、水行政主管部门和其他有关部门对山体滑坡、崩塌和泥石流隐患进行全面调查,划定重点防治区,采取防治措施。”由此可见,政府对自然现象可能导致的自然灾害应当采取防治措施已经被法律明确规定。但是与此同时,上述规定也会引发诸多公法上的思考。如果相关行政主体未采取防治措施而后发生损害,行政主体是否需要承担法律责任?如果需要,应承担何种法律责任?对于行政主体承担法律责任来说,自然灾害与不可抗力的界分在哪里?如是种种,都是下文将要展开讨论的问题。在此基础上,本文将聚焦于国家责任层面上的预见可能性,重点阐述政府在应对自然灾害中预见可能性的概念、判断标准、判断要素等内容。

本文试以邻国日本作为论述的参照对象,之所以如此选择主要是基于以下考虑。第一,国情的可参照性。作为自然灾害频发的国家,日本对于灾害的相关研究一直处于世界领先地位。而日本的行政权在经历了战后的高度收缩阶段后,随着经济的发展开始逐渐恢复,民众对于政府的作为要求与日俱增,这与我国现阶段国情有一定的相似性。第二,经验的可鉴用性。日本在战后进行了大规模的基础设施建设,与此同时,由于暴雨、泥石流等自然现象诱发公路塌方、大坝倒塌、桥梁损坏等损害层出不穷,导致一系列损害赔偿诉讼。在此过程中,日本理论和实务界对国家责任的判断进行了深入的学理讨论和判决实践。

## 二 作为前提的说明:危险防止型行政中的国家责任

### (一) 危险防止型行政

现代社会是一个充满风险的社会,“绝对安全”余存象征意义。<sup>[2]</sup>随着现代化进程的加剧,风险的概念已经不仅仅停留于私人之间的侵权,更与现代化带来的危险密切相关。与此同时,现代社会的人们越来越希望借助公共治理体系(国家、社会等)来应对工业化带来的各种风险,而不是以家庭、个人的力量去应对这类风险。政府及相关行政主体负有法定职责预防和制止因其他主体行为所造成的一定危险,这就是通常所说的危险防止型行政。<sup>[3]</sup>

在危险防止型行政中,直接造成损害的既有无从追责的天灾,也有难以承受损害赔偿责任的个人。一方面,危险防止型行政中的受害者往往人数众多,且损失巨大。在

[2] [日]長谷川公一:「リスク社会という時代認識」、『思想』、岩波書店2004年7月号。

[3] 王贵松:《行政裁量权收缩之要件分析——以危险防止型行政为中心》,《法学评论》2009年第3期,第111-118页。

此背景下,将拥有巨大财富的国家卷入事件之中,至少能确保赔偿金确实支付,切实满足被害者一方的欲求。<sup>[4]</sup>另一方面,危险防止型行政背后也隐含着对于行政主体作为的期待。对未能履行作为义务的行政主体课予责任,对于督促行政主体积极履行职权、依法行政具有积极意义。

## (二) 危险防止型行政中国家责任的判断要件

尽管危险防止型国家责任的制度意义已勿容赘言,但是却一直难以建构具体的追责路径。难点在于,为确保行政主体在其职权范围内顺利有效行使职权,法律往往赋予行政主体在作出行为时具有一定的裁量权,而裁量权的存在却会成为行政主体不行使职权的正当理由。对此,学界对于行政裁量以及裁量收缩等理论进行了一定深度的研究,认为裁量权的行使只能限定在一定范围及程度之内。<sup>[5]</sup>在此基础上,基于行政裁量的不当行使从而导致行政行为违法并诱发国家责任这一论证也大致是可以成立的。<sup>[6]</sup>因此,虽然行政主体享有裁量权,但是如果符合行政裁量收缩的条件,行政主体就只能作出某种选择,其未能适当履行该行政行为的结果就可能产生危险防止责任的产生。

当然,上述推演仅证成了一种理论上的可能性,而要使得国家承担危险防止行为的法律责任,关键在于明确危险防止型行政中国家责任的构成要件。对于危险防止国家责任的认定,日本学界的代表性观点是阿部泰隆教授所提出的危险管理责任三要件说,即预见可能性、结果避免可能性和对行政主体的期待可能性。<sup>[7]</sup>远藤博也教授主张从裁量收缩的角度认定国家责任,他认为:“当满足下面四项标准时,该行政不作为能够被判定为违法:(1)已明显存在危险,或者行政主体知道或者应当知道会存在危险;(2)可能会对生命、身体产生危害,或者产生重大财产性损害;(3)行政主体应当作出的行为内容明确;(4)如果不作出该行为,就会对生命、身体产生危害,或者产生重大财产性损害。”<sup>[8]</sup>而宇贺克也教授则重视行政主体根据法律原则所产生的义务,认为通常情况下当满足下列条件时行政主体应被判定存在作为义务:被侵害法益的重要性、认识到危险的迫切性、结果避免可能性和期待可能性。<sup>[9]</sup>

综上,无论是危险管理责任论、裁量收缩论还是法理原则论,尽管各项理论所依据的学术背景各不相同,所提出的判断要件在数量和用语上也所区别,但是各项理论至少在一定范围内就危险防止国家责任的判断要件达成了共识。归纳而言,就危险防止型行政中

[4] [日]原田尚彦:『行政責任と国民の権利』、弘文堂1979年版、第2頁。

[5] 参见余凌云:《对行政自由裁量概念的再思考》,《法制与社会发展》2002年第4期,第56-62页;杨建顺:《论行政裁量与司法审查——兼及行政自我拘束原则的理论根据》,《法商研究》2003年第1期,第63-72页;周佑勇:《行政裁量的均衡原则》,《法学研究》2004年第4期,第123-133页;杨建顺:《行政裁量的运作及其监督》,《法学研究》2004年第1期,第3-17页。

[6] 王贵松:《行政裁量收缩论的形成与展开——以危险防止型行政为中心》,《法学家》2008年第4期,第33-42页;王贵松:《危险防止型行政不作为的赔偿责任承担》,《学习与探索》,2009年第6期,第109-113页;林卉:《怠于履行公共职能的国家赔偿责任》,《法学研究》2010年第3期,第163-174页。

[7] [日]阿部泰隆:『行政の危険防止責任(下)——カネミ全國統一訴訟判決を契機として』、『判例時報』886号、第125頁。

[8] [日]遠藤博也:『行政法Ⅱ各論』、青林書院新社1987年版、第147-148頁。

[9] [日]宇賀克也:『国家補償法』、有斐閣1997年版、第174-175頁。

的行政不作为是否违法,主要存在预见可能性、结果避免可能性、期待可能性和受损害法的重大性这四项要件。当行政主体符合上述要件却没有适当履行行为时,就应当对相关损害承担赔偿责任。<sup>[10]</sup>

### (三) 应对自然灾害中国家责任的判断要件

在自然灾害领域,暴雨、地震、台风等自然现象往往会引发塌方、滑坡、泥石流等自然灾害,虽然现阶段科技水平难以避免灾害的发生,但是行政主体却有在一定范围内采取措施尽可能避免或降低损失。换言之,在地震引发房屋倒塌、山洪引发决堤导致车辆落水、暴雨引发道路湿滑导致车辆坠崖等发生人身和财产损害的情况下,行政主体应在其职责范围内尽到危险防止的义务,如果未履行适当行为则应就相关损害承担责任。

既然行政主体对于自然灾害的预防行为隶属于危险防止型行政的一部分,那么就应同样适用上文中危险防止型行政违法的判断要件,并进而就国家是否应承担责任进行判断。在此过程中,相对于期待可能性、结果避免可能性等判断要件而言,考虑到自然灾害的特殊性,如何确定行政主体知道或者应当知道存在危险,也即有关政府是否对于自然灾害存在预见可能性的判断将成为关键所在。

### (四) 小结

根据上文对于危险防止型国家责任构成要件的分析可知,无论采取何种学说,学者在认定危险防止型国家责任时都将行政主体具有预见可能性作为一项重要前提。而在发生自然灾害的场合下,在判断国家是否应对自然灾害承担责任时,有关预见可能性有无的判断将对国家责任存在与否及具体分配产生决定性影响。

## 三 基于学说的梳理:自然灾害中预见可能性的概念范畴

危险防止型行政中的预见可能性一般是指,行政主体对于损害的发生能够预见或者很可能预见。作为行政主体采取危险防止措施的前提,能够或很可能预见损害的发生是成立行政不作为违法的必要条件。然而,究竟何谓预见可能性概念中的“能够或可能预见”,仅作字面上的阐述显然是不够的,有必要对其范畴作进一步梳理。

### (一) 自然灾害与不可抗力

在解释自然灾害中预见可能性的概念时,不可抗力是无法回避的概念。在发生自然灾害后,针对预见可能性最好的抗辩理由就是不可抗力,实践中凡是和自然灾害相关的损害赔偿诉讼,被告方多会以灾害的发生是不可抗力为由主张免责。因此,在进行预见可能性的概念解释前有必要先就不可抗力的概念进行释明。

不可抗力是指,当各方已经尽到完全注意义务但是仍然难以避免事故的发生,这些超越人类能力界限所发生的事故就可以被认为是由“客观外力”所导致的,也即“不可抗力”。<sup>[11]</sup>

[10] 胡建森、杜仪方:《依职权行政不作为赔偿的违法要件——基于日本案例的钩沉》,《中国法学》2010年第1期,第39-49页。

[11] [日]古崎慶長:『国家賠償法』,有斐閣1971年版,第222頁。

从法律上看,自然现象和自然灾害并不是同一概念,自然现象当然属于不可抗力的范畴,而自然现象却并不必然导致灾害的发生。值得注意的是,自然现象与不可抗力的判断及预见可能性有着密切联系。植木哲教授曾就自然灾害与不可抗力的关系进行过类型化整理,他认为,灾害按照其成因可以划分为由自然现象引起的灾害和由社会现象引起的灾害。在自然现象导致的灾害不存在预见可能性以及社会现象导致的灾害不存在损害避免可能性的场合下,二者均可以被认为属于不可抗力;在自然现象导致的灾害存在预见可能性以及社会现象导致的灾害存在损害避免可能性的场合下,则公有公共设施的管理者或者其他行政主体都应具有履行相应职权的义务,此时不可抗力就不能成为违法阻却事由。<sup>[12]</sup>

简言之,自然灾害不能理所当然被认为属于不可抗力。<sup>[13]</sup> 公有公共设施欠缺安全性也并不当然属于不可抗力。以高温导致道路裂开致使交通意外为例,判断是否属于不可抗力必须先判断损害的发生是否由设置或管理的不当所引发,只有符合行政主体“在人力或物力上确实无法监测到”等情形时才可能成立不可抗力,进而免责。<sup>[14]</sup>

## (二)一般意义上预见可能性的概念

在明确自然灾害并不必然成立不可抗力这一前提的基础上,以下就预见可能性的概念进行阐述。日本学界对此存在各种学说,大致可以被概括为客观说、义务违反说和瑕疵说三类。

客观说被认为是日本学界通说,以古崎庆长教授的观点为代表。该说认为,预见可能性应以行政主体存在过失为必要要件,如果行政主体不存在过失,也就可以认为其不存在预见可能性。而对于是否存在过失,该说认为应以客观情况作为参照标准。如果行政主体作出了通常情况下应作出的行为但损害依然发生的话,该事件就可被认为是一种“难以被预见的危险”。<sup>[15]</sup>

义务违反说以植木哲教授为代表。植木教授将预见可能发生的危险归为管理者的义务,若没有作出预见就应当被认定为违法。关于预见可能性的内容,该说认为“不应基于纯粹自然科学的观点,而是更应从预防损害发生的角度,对于事故发生的几率做出认定”。也就是说,法律层面上的预见可能性应指“行政主体从预防事故发生的角度对于避免损害所应存在的认识和行为”。<sup>[16]</sup>

瑕疵说则着眼于公有公共设施这一危险防止型行政的高发领域,认为应从安全性的角度对设施状况进行综合考察后才能判断是否存在预见可能性。“不仅要考察公有公共设施自身是否存在缺陷,更要对周围的状况进行综合考察,以确定其是否具备通常情况下的安全状态。”该说认为预见可能性不存在独立的判断标准,实质就是对于“通常性”的判

[12] [日]植木哲:『災害と法:営造物責任の研究』、一粒社1982年版、第256頁。

[13] [日]古崎慶長:『国家賠償法の理論』、有斐閣1980年版、第208頁。

[14] [日]古崎慶長:『国家賠償法の理論』、有斐閣1980年版、第165頁、176頁。

[15] [日]古崎慶長:『国家賠償法研究』、日本評論社1985年版、第171頁。

[16] [日]植木哲:『災害と法:営造物責任の研究』、一粒社1982年版、第237頁。

断。<sup>[17]</sup> 反之,如果认为行政机关对于损害不存在预见可能性,则也意味着该公有公共设施欠缺通常所应有的安全性。<sup>[18]</sup>

### (三) 自然灾害中政府的预见可能性

在厘清预见可能性的一般概念后,再进一步明确政府在自然灾害中的预见可能性。结合一般意义上预见可能性的三种学说,就政府在应对自然灾害中的预见可能性的判断也可能存在不同理解。根据客观说,在自然灾害发生前及发生当时,行政主体尤其是公有公共设施的管理主体应对通常状态下可能发生的危险作出预见并采取相应行动,如果行政主体存在一般意义上设置、管理或行为上的过失,那么就不能以无法预见作为其免责事由。<sup>[19]</sup> 根据义务违反说,应基于一般意义上灾害的发生概率等因素评估行政机关的义务及相应的预见能力。根据公有公共设施瑕疵说,如果公有公共设施在通常状况下不存在欠缺安全性的问题,那么就可以认为设置或管理主体不具备预见可能性从而无须承担责任。

由此可见,尽管不同学说对于预见可能性的表述和关注点各不相同,但对于行政主体在自然灾害中的预见可能性而言,三种学说无疑都是以通常状态或者一般注意义务作为判断的出发点。就此可以认为,在实际运用中三种学说本质上并没有太大区别。于是,问题就转化为,究竟在何种场合下,行政主体可以被认为是尽到了一般注意义务呢?

## 四 出于类型的厘定:自然灾害中预见可能性的判断标准

不同学说对预见可能性概念的解析实质并无太大区别,问题在于每种学说对于预见可能性概念的解释均过于抽象。在此背景下,相对具体的判断标准能够帮助明确预见可能性的概念定位。

### (一) 一般意义上预见可能性的判断标准

一般而言,根据预见可能性的不同程度,存在以下几类判断标准。

#### 1. 已经预见

它特指危害已经发生且正在发生。该标准认为只有在此场合下行政主体才有义务针对危害采取相应措施以避免损害进一步扩大。

#### 2. 明确且具体的预见可能性

它是指,就危险发生的时间、场所、规模、受害者以及损害事实等能够作出明确且具体的预见。在通常情况下,行政主体仅被要求对于明确且具体的危险具有预见能力。也就是说,行政主体对于损害是否具有预见可能性,必须根据事件当时的事实以及行政主体的认识程度等具体情况来进行判断。在大阪悬崖坍塌事件中,法官对于行政主体的预见可能性作出如下表述:“被告兵库县政府于塌方发生前一年就收到了原告关于该悬崖已经

[17] [日]西莖章:『国家賠償法』、青林書院 1997 年版、第 315 頁。

[18] [日]西莖章:『国家賠償責任と違法性』、一粒社 1987 年版、第 234 頁。

[19] [日]古崎慶長:『国家賠償法の理論』、有斐閣 1980 年版、第 198 頁。

出现多处龟裂且随时可能坍塌的书面报告。原告在报告中明确指出,如果有关部门不采取措施的话,该悬崖很可能将马上发生坍塌。然而,被告却没有采取任何防护措施直至塌方发生。法院基于该报告认定县政府对于危险的发生具有预见可能性,由此其没有依据《宅造法》的规定对龟裂作出修补的行为应被认定为违法。”<sup>[20]</sup>如果行政主体已具备上述明确且具体的预见可能,那么该行政主体就应对其没有行使作为义务的行为承担责任。

### 3. 盖然的预见可能性

它是指,根据当时社会的通念或者常识,能够认定存在一般意义上的危险可能。根据该标准,当出现通常意义下的预见可能时,就要求行政主体作出预见,如果行政主体由于没有预见而没有采取措施时,法院可以认定其行为违法。相对于明确且具体的预见而言,盖然的预见可能性无需明确预测灾害发生的时间、地点等因素,只要存在笼统的受害群体甚至只是模糊的损害结果就认定行政主体存在预见可能性,因此适用该标准意味着赋予了行政主体更重的责任。此类预见可能性多存在于食品、药品、环境等公害行政领域。毕竟,公害一旦产生就会对人类健康或社会环境造成不可逆转的巨大损害,因此对于公害的预防机制也相应被要求更为严格。具体而言,当药品食品等与公害相关的产品可能造成一般意义上的危害时,尽管还没有产生具体的危害结果甚至倾向,行政主体就应在其职权范围内作出行政行为以防止损害发生。佐藤英善教授总结认为:“行政主体基于其行政权限或者能力对于食品药品等公害的把握力相较于其它主体明显处于优势地位,因此当其运用其权限或者能力仍然无法确定产品是否安全时,就应当推定该食品药品存在危险。可以认为,食品药品等公害赔偿诉讼中的预见可能性是对抽象性危险的预见能力。这是专属于公害行政领域的思考方式,其明显有别于一般情况下的行政不作为(例如警察不行使其规定权限的场合)。在这一积极行政领域,行政主体必须承担高度的注意义务和安全确保义务。”<sup>[21]</sup>

### 4. 危惧感

它强调主观上的怀疑,并不以客观上存在危险作为考量因素。该类型的预见可能性一般多存在于民事侵权责任领域。就公法领域是否能够适用该标准,远藤博也教授作出了如下论述。“国家虽然是以国库财产作为其资金来源,但赔偿金最终是由全体国民共同分担,因此国家责任制度在对个别受害人进行赔偿的同时也要关注全体公民的权益并受到国家财力的限制。在此背景下,如果仅仅凭危惧感就判断行政主体具有预见可能性并要求其承担赔偿责任,不仅会影响到行政效率,也可能会导致社会整体不公。因此畏惧感这一判断标准不应适用于公法责任领域。”<sup>[22]</sup>

综上所述,就危险防止型行政中行政主体的预见可能性而言,学界在平衡政府责任和公民权益保障的基础上,一般认为在通常领域中应适用明确且具体的预见可能性判断标准,而在食品、药品等相关公害领域则应适用对行政机关要求较高的盖然性判断

[20] [日]大阪地判昭和49.4.19、『判例時報』740号、第3頁。

[21] [日]佐藤英善:『食品?薬品公害をめぐる国の責任』、『法律時報』51卷10号、第114頁。

[22] [日]遠藤博也:『国家補償法(中巻)』、青林書院1984年版、第506頁。

标准。

## (二)政府在应对自然灾害中预见可能性的判断标准

那么,自然灾害中政府的预见可能性又应采取上文所列的何种判断标准呢?

作为日本危险防止型国家赔偿的经典案例,飞弹川公车坠落事件(暴雨导致泥石流,公车被冲入河中并造成一百多人死亡)判决开创性地在自然灾害领域采用了盖然性标准来判断危险防止型行政的预见可能性,并由此认定了国家赔偿责任。判决指出:“尽管根据当时的科技水平及调查研究成果,试图对灾害发生的时间、场所、规模等作出明确且具体的预见确实较为困难。但是,只要行政机关能判明危险的发生具有盖然性,那么就应该可以认为该危险是能够被预见的。而在本案中,当降雨量已达到如此规模时,通常应该可以预见到极有可能会导致泥石流。”<sup>[23]</sup>盖然性的预见可能性标准也由此成为自然灾害领域类似判决的标杆。

同样,多摩川洪灾事件(山洪致河堤决堤,造成人身和财产损害)也采取了类似进路。该案控诉审判判决指出:“政府很难就自然灾害发生的时间、场所、规模等作出确切的预见,尤其试图对山洪暴发做出精确预测更是极度困难。但是,即使无法就自然灾害作出科学层面上的预见,也并不代表河堤的管理者不必采取任何适当的防灾措施。在应对自然灾害时,政府对灾害发生的确切时间、几率等并不需要非常明确的预见。本案中,政府可以根据历史受灾情况、河堤改造状况等已有知识,以及本次灾害发生当时的物理知识和防灾技术,预见到本次灾害发生的可能。”<sup>[24]</sup>据此,法院在判决中认可了原告的一部分损害赔偿请求。

在名古屋县道山体滑坡导致驾驶员死亡的事件中,判决明确指出了自然灾害领域中明确且具体这一预见可能性标准的不适用性。法院基于对防护工事斜面的地形、地质、土表等状况以及土壤中砖石、浮石等的有无进行调查,认为本案中山体滑坡的危险应该可以被预见到,进而认定了道路管理者的责任。同时,判决还就预见可能性的判断标准作出了如下专门表述:“本案中山体极易滑坡这一性质虽然基本能够被确定,但是根据现阶段地质学、土壤工学等科技水平,对在何种程度的诱因之下会发生何种程度的山体滑坡等进行明确预见仍属困难。因此,如果采用明确且具体的预见可能性标准,那么意味着在几乎所有场合政府都将不具有预见可能性,而这显然是不妥当的。”<sup>[25]</sup>

基于以上判决可以看出,就政府应对自然灾害的预见可能性,判决或直接采取了盖然性预见的判断标准,或指出了明确且具体这一判断标准的不适用性,这可以说代表了日本判决实践的普遍思维方式。

值得注意的是,对预见可能性采用盖然性的判断标准并不意味着仅具有危惧感即可。如同远藤博也教授所指出的,如果仅仅以“危惧感”来进行判断,这意味着政府的预见既无须针对具体的场所,也不必具有相对明确的时间段,这会使得预见可能性的标准过于宽

[23] [日]名古屋高裁昭和49.11.20、『判例時報』761号、第18頁。

[24] [日]東京高裁平成4.12.17、『判例時報』1453号、第35頁。

[25] [日]名古屋高裁平成7.10.27、『判例タイムズ』914号、第136頁。



松。<sup>[26]</sup> 并且,即使就预见可能性采用盖然性标准,判决也要在就所有事实进行综合考察后,基于具体情况对灾害发生的可能性进行个别认定。如同法院在长野山体滑坡导致房屋损坏事件的判决中所表述的:“尽管盖然的预见已经足够,但是对具体的因果经过所进行的判断也是必要的。”<sup>[27]</sup> 也就是说,在判断政府应对自然灾害的预见可能性的过程中,必须要就导致灾害发生的各项事物进行综合判断,而并不能单凭危惧感就要求政府承担责任。

### (三) 小结

政府在自然灾害中的预见可能性与气象学、地质学、土木工程等科技水平及专业知识有着深刻关联,并且不同灾害的判断标准还会根据其具体样态和状况有所区别。但与此同时,法律层面的预见可能性又不能完全用科学手段进行解释,毕竟就预见可能性所作出的判断会与后续政府责任的追究和损害分担密切相关。换言之,理论上对于预见可能性的程度要求越高,要求行政主体能够预见的可能性就越小,国家就损害进行免责的机率也就越大。综上可以认为,对于政府在自然灾害领域预见可能性的判断已经超越了单纯的科学或法解释学范畴,而应具备更深层次的政治和社会学考量。盖然性预见可能性判断标准的提出也许正是多方因素博弈平衡的结果。

## 五 源于个案的归纳:自然灾害中预见可能性的判断要素

由于不同行政领域之间存在巨大差异,基于政府责任视角对预见可能性所作出的判断往往很难形成统一的标准。鉴于此,需要以政府在应对自然灾害中的危险防止责任为对象,通过对相关案例的解读,对政府在应对自然灾害中的预见可能性判断要素做简要的归纳。判决实践往往通过自然灾害的类型、发生情况、历史经验事实等因素来判断政府是否存在预见可能性,并进而判断国家责任的成立与否。在对判决进行初步整理和归纳后可以发现,法院在自然灾害国家赔偿诉讼中判断预见可能性最常见的要素主要为以下几项。

### (一) 历史观测记录

在由自然灾害引发的国家赔偿诉讼中,针对政府对于自然灾害的预见可能性,绝大多数判决均认为首先要对该区域的历史观测记录进行检查,以灾害是否超过或者逼近历史观测记录作为预见可能性的判断要素。行政主体也往往以暴风、暴雨、地震、海浪等自然现象极度异常为由而认为自然现象导致的灾害应属于不可抗力,并由此主张免责。

以远高于历史观测记录为由判决政府不承担责任的代表性判例是福冈的集中暴雨导致堤防决坏事件。“发生灾害时的降雨量在过去基本没有达到过,发生本次灾害的概率为2000年一回。从异常的降雨量来看,河川管理不存在瑕疵。”<sup>[28]</sup> 同样的思路还出现在

[26] [日] 遠藤博也:『国家補償法中巻』、青林書院新社1983年版、第660頁。

[27] [日] 長野地裁平成9.6.27、『判例時報』1621号、第3頁。

[28] [日] 福岡地裁昭和57.11.19、『判例時報』1063号、第161頁。

广岛暴雨导致堤防决坏的判决中。“从1950年以来暴雨的指标来看,本案中的降水量已经超过历史最高值。”<sup>[29]</sup>可见,该判决逻辑也是以过去的一段时间作为观测记录的基准,并以发生率作为根据,进而否定行政主体对于损害具有预见可能性。除上述事件外,实践中法官对由暴雨、泥石流等灾害所导致的决堤事件也多以历史观测记录为要素判断预见可能性,并进而以“超过过去灾害的程度或规模”作为行政主体的免责事由。<sup>[30]</sup>

## (二) 前兆

前兆是指事情发生前的征兆。在灾害发生之前该区域附近是否存在前兆,会对灾害的预见可能性产生重大影响。以泥石流灾害为例,虽然最终导致损害的是集中爆发的泥石流,但是如果行政主体在获知不正常落石的情况之下依然没有采取相关有效的预防措施,那么其就很有可能会被要求承担相应的国家责任。在高知落石事故判决中,法官虽然没有对预见可能性作出特别说明,但是却以“在本案道路被泥石流冲毁之前,道路一侧的山上已多次发生落石和滑坡,可以说明发生泥石流的概率极大,事故的发生只是时间问题”为由,驳回了国家不可抗力的抗辩。<sup>[31]</sup>

实践中对前兆的观察时段并不特定,会随个案情况不同而存在时间长短上的差异。在岗山国道塌方事件中,法院认为“虽然本件事故发生之前的较短时期内没有大规模的落石,但是在一定时期前却一直有小石头”,可以看出法官对于前兆的判断并不存在特定的时间段。<sup>[32]</sup> 福冈国道塌方事件中,法院认定了该案事故大约两年内发生的公路路肩崩塌导致土沙堆积在道路上的事件作为前兆。<sup>[33]</sup> 而天津国道塌方事件中,法院明确将前兆的观察时段确定为5个月,而自事故发生之前的5个月至事故发生,现场附近共发生了三次落石,就此判定行政主体存在预见可能性。<sup>[34]</sup>

判决实践还认为只要在事故发生前存在前兆,即便时间非常紧迫,行政机关也应存在预见的可能,并应在职权范围内作出应对举措。在札幌地面湿滑导致公交车坠海事件中,虽然直至事故前日,“能考虑到的可能发生地面湿滑的前兆完全未出现,而根据当时交通领域的科学技术水平也基本无法预见到地面会湿滑”,但是自事故当日早上8点左右到事故发生的2小时40分钟之间,落石、滑坡、路肩崩落、地面裂缝等异常现象频发,因此,“预见到灾害的发生并不是完全不可能”,法院就此认定未采取灾害防治措施的道路管理者的行为存在瑕疵。“在具有预见可能性的前提下,没有在短时间内采取禁止通行等规制措施就是问题所在。”<sup>[35]</sup> 同样,大阪国道泥石流导致车辆坠落事件也是由于在事故发生之前的极短时间内存有前兆,并由此被法院认定行政机关具有预见可能性。这一判决中,

[29] [日]広島地裁平成5.2.24、『判例タイムズ』822号、第25頁。

[30] [日]大阪地裁昭和47.9.26、『判例時報』707号、第78頁；[日]津地裁判昭和52.3.25、『判例時報』853号、第13頁；[日]天津地裁判昭和52.5.31、『判例時報』880号、第65頁；[日]静岡地裁判昭和55.4.25、『判例時報』986号、第96頁；[日]岐阜地裁判昭和57.12.10、『判例時報』1063号、第30頁；[日]大阪地裁判平成1.1.20、『判例時報』1304号、第25頁。

[31] [日]最高裁昭和45.8.20、『民事判例集民集』24卷9号、第1268頁。

[32] [日]岡山地裁昭和46.3.30、『交通民集』4卷2号、第537頁。

[33] [日]福岡地裁昭和45.8.28、『判例時報』626号、第74頁。

[34] [日]天津地裁昭和54.10.1、『判例時報』943号、第28頁。

[35] [日]札幌高裁昭和47.2.28、『判例時報』659号、第22頁。

虽然“现场及附近从没有发生过泥石流或落石的先例”，但是在距离本案泥石流发生的一小时之前，道路辅修课长收到了当日降雨状况以及现场附近发生滑坡的通报。法院由此认定“在事发区域存在发生类似滑坡甚至泥石流等灾害的可能性，或者说行政主体至少应预见到该可能性”，并由此认定未作出禁止通行等规制措施的道路管理者对损害承担责任。<sup>[36]</sup>

### （三）过去的类似灾害

过去的类似灾害是指，发生灾害区域内如果曾经发生过类似的灾害，那么行政主体对本次灾害的预见可能性就应增大；而如果过去发生过同样自然现象所导致的灾害，并且在此之后进行过防灾工程的加固或修护，那么行政主体的预见可能性更会大大提高。

神户暴雨导致国道决坏事件是采取该判断要素的典型事件。法院基于“1959年的类似降雨量就曾经导致过同路段的井堰倒灌并形成内涝，并且之后也进行了道路整治工程，因此本次暴雨导致的道路毁坏应该是完全能被预见的”，由此驳回了被告提出的不可抗力抗辩。<sup>[37]</sup> 其他类似判决还有鹿儿岛暴雨导致县道路崩塌事件，<sup>[38]</sup> 福冈台风导致建筑物损坏事件等。<sup>[39]</sup>

与之相对，如果过去没有发生过类似的自然灾害，同时也不存在其他能够预见灾害发生的要素，那么一般而言就可认为行政主体不存在预见可能性。在前桥集中暴雨事件（暴雨导致上流的流木沿河而下撞断桥梁，私车由此翻入河川）中，鉴于事故的特殊性（降雨量及车辆落水的机率等），尤其是该案所涉的河流上的所有桥梁都从未发生过由于流木而导致桥梁毁坏事故，可以认为行政主体对于损害的发生确实无法预见。<sup>[40]</sup>

### （四）事前的预测值

事前的预测值一般多适用于公有公共设施，行政管理机关通常会根据一定的预测，就道路、桥梁等公有公共设施的使用状况设定一定范围内的客观基准值，如果灾害的严重性超越了该预测值的范围，那么相应的管理者就无须承担责任。

例如就河堤的管理者而言，堤防安全是指“能够应对一般情况下的洪水并具有安全性”。<sup>[41]</sup> 堤防管理者应根据政府资金以及现阶段科学技术水平等，基于客观合理的标准预测通常情况下的洪峰流量。而这也成为判断行政机关预见可能性的重要因素。值得注意的是，由于诱发自然灾害的要素往往不是单一的，因此事前的预测值也不是一项单一要素，而是基于对各种要素进行考量和叠加之后作出的综合预测结果。以洪水导致的决堤为例，降雨量的规模、河流地形以及堤防等共有公共设施的质量等各种要素叠加，才最终导致灾害的发生。正如多摩川水灾中一审判决所指出的：“基于宿川原堰左岸附近的地形、地质等状况，当最大洪峰达到计划洪峰流量时，根据宿川原堰以及周边存在的各种

[36] [日]大阪地裁昭和52.3.25、『判例時報』853号、第31頁。

[37] [日]神戸地裁柏原支部判昭和50.3.19、『訴訟月報』21卷5号、第951頁。

[38] [日]鹿兒島地裁昭和51.3.31、『判例時報』828号、第74頁。

[39] [日]福岡地裁久米支部平成1.6.19、『判例時報』1339号、第121頁。

[40] [日]前橋地裁平成6.3.25、『判例時報』1521号、第115頁。

[41] [日]芝池義一：『行政救済法講義』、有斐閣1995年版、第264頁。

危险性要素的相互竞合及叠加,最终可以认定行政主体对灾害的发生具有预见可能性。”<sup>[42]</sup>

但与此同时,即使实际情况高出事前所预测的基准值,也并不必然被归为不可抗力。在东京涨潮导致建设中的堤防、国道以及建筑物损坏事件中,法院认为“尽管当日所观察到的最高洪峰的最高位确实已经超过了原先设计时所预测的条件,但是鉴于其并没有显著高于该预测,因此护岸被毁损的原因不能被简单归为不可抗力”,由此认定了国家赔偿责任。<sup>[43]</sup>

### (五) 小结

需要说明的是,上文所提出的这四项要素只是在有关判例进行研读的基础上,基于其出现的频率所作出的归纳。判例的研读无法穷尽,要素的列举更难以周全,因此这一归纳必然存在不周延性和开放性。因此,上述要素与其说是列举,不如说是提供了一个开放的思维平台,为政府在应对自然灾害中预见可能性的判断提供一些可以借鉴的要素。

## 六 结语:反思中国语境下的国家责任体系

### (一) 明确法律层面上的预见可能性概念

作为危险防止型行政责任的重要构成要件,有必要就预见可能性的概念在我国国家责任理论体系中加以明确。就预见可能性本身而言,尽管自然科学层面上的论证确属必要,然而在寻求国家赔偿责任时,公法意义上的预见可能性在精度和程度上都与自然科学上的概念存有偏差。并且,在探讨前提与行为以及行为与责任的关系时,作为权利保障的最终底线,国家责任层面上对预见可能性的定位更应从相对宽松的角度出发,在落实权利保障与确保权力行使之间寻求平衡。

与此同时,预见可能性在内容上所呈现出的纷繁复杂也并非自然灾害领域所特有。实践中,由于不同领域行政主体的作为义务及履行方式形态各异,就行政主体预见可能性的判断很难实现标准化意义上的统一。而即使作出了类型化或者条件化的划分,各种因素所形成的组合依然千变万化。因此,在具体事件中对预见可能性进行解释时,必须要在对个案作全面剖析及考量之后才能得出结论。

### (二) 创设精细化的危险防止型行政赔偿体制

在我国,就在国家赔偿立法中增设有关公有公共设施赔偿法律制度的提议不绝于耳。<sup>[44]</sup>然而,如果能够在我国现有国家赔偿法律体系框架内,通过法律解释将有关公有公共设施的国家赔偿融入其中,并作相对整体性和精细化的制度设计,其意义不言而喻。而危险防止型行政责任理念的引入正是此种尝试的体现。

[42] [日]东京高裁平成4.12.17、『判例時報』1453号、第35頁。

[43] [日]东京地裁昭和58.5.30、『判例時報』953号、第187頁。

[44] 马怀德、喻文光:《公有公共设施致害的国家赔偿》,《法学研究》2000年第2期,第14-19页;吕宁:《论公有公共设施致害的国家赔偿》,《政治与法律》2014年第7期,第77-86页。

根据危险防止型行政责任,行政主体应主动履行其职责范围内的相关行为,以实现防止危险的目标。相应地,行政主体也要就其应履行而不履行职责的行为承担行政赔偿法律责任。在公有公共设施致害事件中,尽管公主体就公有公共设施的设置和管理行为在法定职权、注意义务、作为形态等方面都与传统行政行为存在一定不同,但是从结果上而言,当符合一定条件时,公有公共设施的致害也可以被认为是由公主体未履行危险防止职责所致。在此背景下,危险防止型行政通过将公有公共设施的设置管理义务作为履行行为的前提,并以预见可能性、期待可能性、结果避免可能性等要素判断公主体的注意义务,以不履行职责为切入点,从而将国家赔偿制度类比适用于公有公共设施致害领域。以应对自然灾害为例,政府有义务通过修筑堤坝、加固桥梁、增设悬崖支架等手段切实履行与防灾相关的法定职责,从而在最大范围内防止损害的发生。

进一步地,危险防止型行政责任的意义显然不止如此。现代国家正面临风险社会的全面挑战,当工业化带来的环境污染、食品安全隐患、疫苗药害等多种风险对人类生活造成威胁之际,鉴于受害者数目众多、涉及金额巨大、因果关系证成困难等原因,在某些情况下个人将很难通过民事侵权赔偿途径获得救济。在此背景下,厘清危险防止型行政责任体系的界限和运作,不仅有助于实现国家在当前社会中的定位转型,同时也能够对遭受具体损害而又求救无门的当事人给予权利救济。<sup>[45]</sup>

### (三) 反思我国现行国家责任体系

对于我国现行国家责任的探讨首先应明确区分政治责任和法律责任。然而实践中二者的界限却相对模糊。例如当自然灾害发生后,多会以对官员的个人问责追究替代对政府赔偿法律责任的追查。诚然,2009 年的《党政干部问责暂行规定》及 2016 年的《中国共产党问责条例》所规定的问责制度确实对促进依法行政产生了一定的助推效力,并且,问责制度中的无过错归责原则甚至比国家赔偿制度中的违法或过错归责原则更为严苛;然而,仅在事后追究政府官员的个人责任显然不应是国家责任的全部。明确国家法律责任在以自然灾害为代表的危险防止领域中切实贯彻,并对国家的注意义务、法定职责来源、作为形态等作精细化建构,实现从问责到应责的转型才是法治政府理念下国家责任的应有之义。<sup>[46]</sup>

在法律责任的框架内又应厘清国家的赔偿责任与救助责任之间的界限。我国现行国家法律责任既包括在《宪法》第 41 条第 3 款的统率下、以《国家赔偿法》为主的赔偿责任,也包括由《宪法》2004 年修正案第 20 条和第 22 条建立的以征收补偿为代表的补偿责任。<sup>[47]</sup>同时,基于《宪法》第 42 条规定的社会保障权,立法上还往往规定了国家对公民因突发事件而陷入困顿时存在救助义务,以维持其相当水准的生活。<sup>[48]</sup>这被称为国家的救助责任。尽管国家赔偿责任和国家救助责任在一定层面上——尤其是在给付行政领

[45] 沈岷:《论怠于履行职责致害的国家赔偿》,《中外法学》2011 年第 1 期,第 81 - 95 页。

[46] 沈岷:《莫要作秀式问责 灾害面前更需应责》,财新网 <http://opinion.caixin.com/2016-07-26/100970939.html>,最后访问时间:[2016-10-20]。

[47] 王轶:《我国国家公法责任体系的构建》,《清华法学》2015 年第 3 期,第 18 - 34 页。

[48] 林鸿潮:《论公民的社会保障权与突发事件中的国家救助》,《行政法学研究》2008 年第 1 期,第 30 - 37 页。

域——存在重合的可能性,但是二者毕竟在义务来源及法律后果上都存在明显不同,因而并不能相互替代。例如在应对自然灾害时,政府不仅要进行灾后的抢险及慰问,更应当履行事前的防灾行为,二者分别对应不同的法律义务及责任。

[本文为2012年国家社会科学基金项目“风险行政中的国家责任研究”(12CFX031)和2016年上海市人民政府决策咨询研究政府法制专项课题“行政不作为的监管与救济研究”(2016-Z-B06)的研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] In modern society, the government, on account its administrative role of risk prevention, bears the responsibility of compensation for natural disasters under specific circumstances. Four elements are used to judge whether there is an administrative omission in risk prevention: foreseeability, the possibility of preventing the result, the possibility of expectation and the importance of the damaged legal interest. Among the four elements, foreseeability of natural disasters is the most important one. This article analyzes from the perspective of state responsibility the concept, the judgment standard and factors affecting the determination of foreseeability by the government in coping with natural disasters. It describes the conditions under which the government should be able to foresee natural disasters and thus incur legal responsibility when it fails to do so. More specifically, at the level of state legal responsibility, the determination of the foreseeability of natural disaster should take normal condition and general duty of care as preconditions and probability as the standard, and be made on a case by case basis. This article introduces the principle of foreseeability in Japan, puts forward the suggestion of introducing the idea of foreseeability and the system of administrative responsibility for risk prevention into the Chinese state compensation system, and reflects on the current state responsibility system in China.

---

---

(责任编辑:田 夫)