

## 论自然灾害管理不作为的国家侵权责任

杜 群, 黄智宇

摘 要: 以 *Budayeva & others v. Russia* 案为例讨论国家自然灾害管理不作为的国家侵权责任问题, 认为自然灾害管理不作为的国家侵权责任首先要接受不可抗力和国家豁免责任的挑战, 继而需要结合自然灾害的特性谨慎分析国家侵权责任的构成要件——自然灾害管理不作为的违法性、损害事实、因果关系, 国家据此应承担适当的赔偿责任, 以维护公权行使与私权保障之间的利益平衡。

关键词: 自然灾害管理; 行政不作为; 国家侵权责任

中图分类号: F299.24 文献标识码: A 文章编号: 1671-0169(2015)06-0037-09

DOI:10.16493/j.cnki.42-1627/c.2015.86.005

### 一、问题的提出: 以 *Budayeva & others v. Russia* 案<sup>①</sup>为引

2008 年 *Budayeva* 等人在欧洲人权法院起诉俄罗斯政府并胜诉一案, 引发人们对国家自然灾害管理侵权法律问题的关注。早在 2000 年住在俄罗斯卡巴尔达—巴尔卡尔自治共和国的俄罗斯国民 *Budayeva* 等人便在俄罗斯国内法院提起了民事诉讼, 要求政府赔偿他们在一次泥石流灾害中所受的损失。2001 年 10 月一审法院巴克萨地方法院 (*Baksan District Court*) 判决原告败诉; 同年 11 月, 二审最高法院维持一审判决。最后, 原告在穷尽本国国内救济后向欧洲人权法院提起诉讼<sup>②</sup>。

案情是这样的。2000 年 7 月 18 日晚上 *Tyrnauz* 小镇的部分区域发生了严重的自然灾害——山区泥石流, 原告 *Budayeva* 等人是这次灾害中的受害者。该镇处在易受泥石流侵袭的区域, 为了保护这个天然暴露在滑坡和泥石流威胁下的小镇, 国家已经建造了一个挡泥大坝, 但是大坝并没有得到充足的、定期的维修。在灾害发生前的半年, 一个科研机构告知当地政府机构大坝已经出现严重破损, 唯一有效避免伤亡和缓解危害的方式是建立一个可预报泥石流发生的观测点。当时, 这个科研机构还请求当局授权他们进行观测点建设工作且提供资金。在灾害发生前的一个星期, 该科研机构再次提醒当地政府机构可能爆发泥石流, 并再次要求建立 24 小时的观测点。但是这些申请都未

基金项目: 2011 计划司法文明协同创新中心成果; 国家社会科学基金重点项目“构建生态保护与自然灾害减防法律体系”(11AFX008)

作者简介: 杜群, 法学博士, 武汉大学环境法研究所教授、博士生导师 (湖北 武汉 430072); 黄智宇, 武汉大学环境法研究所博士研究生

① *Budayeva & others v. Russia* 案 (Application Nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02) 来源: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85436>, 2015 年 8 月 7 日最后访问。

② 欧洲人权法院只受理欧委会成员国提出的案件, 涉案国家必须是欧洲人权公约签署国, 且已申明完全接受该公约的约束, 或就某一案件表明接受法院的审理。但受案前提是原告必须穷尽本国国内救济。俄罗斯属于欧洲人权公约签署国, 且已作出声明。因此, 原告能够在欧洲人权法院提出诉讼。

被采纳和实施。当泥石流到来时，大坝崩塌了，同时大坝的碎片乱石增加了泥石流冲击该镇的强度。原告和许多其他老百姓一样，被泥石流困住。2000年7月19号的早晨，泥水平下降，一些居民（包括原告及其家人）返回家中，下午13:00点发生了第二次泥石流，造成了人员伤亡和进一步的损失。第一原告的丈夫在灾害中丧生，所有原告都失去了居所和财产。2000年8月3日，检察机关决定不对第一原告丈夫在灾害中的死亡问题开展刑事调查；同月，政府给他们提供了替代性住房和一些经济救助。

最终原告对被告提起了民事诉讼，原告认为正是由于被告一系列的不作为才导致了灾害发生及其后果的扩大。理由是：首先，当地政府灾前未实施有效的抵御灾害措施。此前当地政府修建的挡泥大坝在1999年的一次泥石流灾害中被严重损坏，挡泥采集器在那次泥石流中被堵塞，两者都未被有效地维护和清理，失去了防灾功能。其次，当地政府未及时发布灾害预报和避灾命令，尤其在灾前未采纳科学家们建立一个24小时灾害监测点的建议；未在灾前通知居民灾害的发生以及未对第一次灾后居民返回家发布撤退命令。总之，原告的主要诉由是国家未履行或履行不充分其灾害管理（包括预防、应急、救助等）的义务，由此加重了自然灾害对原告的损害后果。

对此，被告政府反驳称，政府已经采取了一系列的减灾和救助措施，包括平时的气象监测、泥石流发生前的预警、灾中的救助撤离工作、灾后的安置等，不存在不作为的情况。最终灾害发生并对原告造成损失的原因是此次泥石流灾害“特别严重”；而且此种情况无法被预测或预防，属于不可抗力因素，并不是被告的过错。

这个案件引发笔者的思考是，国家在自然灾害管理中存不存在不作为，要不要为不作为而导致的公民合法的人身和财产的损害承担侵权责任。这个论题可进一步分解为三个意义连贯的子题：（1）作为自然灾害管理主体的国家，是否具有防灾减灾的责任与义务？（2）自然灾害管理不作为的国家侵权责任的确立面临哪些挑战？（3）判定自然灾害管理不作为的国家侵权责任成立有哪些构成要件？本文结合 *Budayeva & others v. Russia* 案逐一讨论之。

## 二、国家自然灾害管理中权责关系的对等

*Budayeva & others v. Russia* 案提出的第一个问题是，作为自然灾害管理主体的国家，是否负有防灾减灾的义务与责任？对此，和笔者的主张一致，俄罗斯国内法院与欧洲人权法院都认为国家具有防灾减灾的义务和责任。尤其是欧洲人权法院，再三申明国家防灾减灾责任是一种积极的责任，要求政府积极采取合理的措施保障公民的生命财产安全。笔者认为，目前国家自然灾害管理的职权一直呈加强态势，而国家防灾减灾的义务与责任则有待进一步扩展，以实现权责关系的对等。

### （一）不断加强的国家自然灾害管理职权

自古以来，自然灾害与人类的生存、发展息息相关。不过，人类对自然灾害的管理并不是一开始就由国家来承担。18世纪以前的人类自然观主要受基督教神创论的影响，认为是上帝创造了世界，上帝是自然的推手，自然灾害的发生是上帝对于人类原罪的审判和惩罚。民众大多采取灾后忏悔或祈祷方式实现个人内心救赎，国家统治者往往利用这一观念加强自身统治，却无采取更多实际的减灾救灾行动<sup>[1](P59-66)</sup>。

1755年里斯本地震被称为“第一次现代灾害”<sup>[2](P1)</sup>，因为这次灾害改变了人们对命运的模糊认识，在灾害应对和恢复阶段，民众开始要求政府做出更多的作为。随着人类对自然灾害“是自然与社会相互作用的结果”且“灾害的社会属性超越自然属性”<sup>[3](P132-146)</sup>的认识，公民也不断要求国家通过管理人类自身行为以减少灾害的损失和影响。再加上人为引发气候变化的趋势逐渐显现，导致自然灾害尤其是气象、水文灾害日益频繁，生态系统日益脆弱，人为风险因素不断增加。因此，传

统单一的灾后救助已无法全面有效地保障人类的生存与发展, 国家只有不断地拓展灾害管理职能的范围——从最初的灾后救助为主到现在的灾前规划、预防预警、灾中应急以及灾后救助重建的全过程的综合管理<sup>①</sup>, 才能更大程度地增进公民福利<sup>[4](P61-63)</sup>。这一发展也是现代行政法发展的体现——已超越了单一的防御功能阶段, 而更多地要求国家在受益功能、保护功能等方面有所作为。换言之, 公民对国家管理自然灾害的要求也随着国家行政管理权的进步而提高: 由夜警国家转为福利行政, 由消极退出转为积极介入, 由传统不作为转为现代作为<sup>[5](P39-49)</sup>。

## (二) 业已形成的国家自然灾害管理责任

伴随着国家自然灾害管理职权的加强, 国际社会和各主权国家也在不断拓展国家在自然灾害管理领域内的义务和责任。国家防灾减灾的义务来源于国家保护责任 (the responsibility to protect)。在国际法层面, 国家保护责任条款可溯源于人权和环境领域的国际公约和多边协定、联合国国际法院判决以及国际习惯法中。在国际法上, 传统主权观念认为国家享有绝对主权, 可以自主决定本国国内事务和对外政策, 不受它国干预。第二次世界大战之后, 主权观念发生了变化<sup>[6](P179-185)[7](P33-49)</sup>。国际法认为现代主权的核心是“主权在民”<sup>[8](P589-593)</sup>, 即国家主权的前提是建立在国家履行对本国公民保护责任的基础上<sup>[9](P663-707)</sup>。国家保护责任原则的法律约束力形成于联合国国际法院在 1949 年的科孚海峡案 (Corfu Channel Case) 的审判<sup>②</sup>。在国际人权法中, 国家保护责任意味着“当主权国家不能履行其保护国民免于‘种族灭绝、战争罪、种族清洗以及反人类罪’的主要责任”<sup>③</sup>时, 国际社会应该承担该保护责任。在国际环境法中, 国家保护责任表示着“各国有一义务使其管辖范围内或控制下的活动不对其他国家的环境和任何国家管辖范围以外的地区造成损害”<sup>④</sup>。越来越多的学者<sup>[10](P227-276)[11](P219-265)</sup>将这一保护责任拓展至自然灾害管理 (包括预防、应急、救助与恢复重建) 领域, 要求所有国家、受灾国和其他国际组织在自然灾害发生时都有责任履行如下义务: (1) 提醒公民和该国受灾害影响的潜在可能; (2) 无条件地为受灾国提供救助, 受灾国在需要时应该接受; (3) 保障受灾地区的可持续重建和恢复<sup>[9](P663-707)</sup>。国际社会普遍认为在自然灾害发生时, “国家在其领土范围内具有保护公民人身和财产的主要责任”<sup>⑤</sup>。在国内法层面, 很多国家在宪法或其他法律中明确了国家对公民的“保护义务” (a duty to protect)。如美国宪法序言中明示的“保障国内的安宁, 建立共同的国防, 增进全民福利”<sup>⑥</sup>; 日本《灾害对策基本法》第 1 条规定了国家、地方公共团体及其他公共机关的防灾责任, 以“保护国土及国民的生命、

① 灾前规划, 如我国《防震减灾法》、《防洪法》都有规定防灾规划, 其主要内容包括提前布局各类监测、应急救援、技术、信息、资金、物资等保障措施; 预防预警包括对潜在灾害风险的评估、预报监测设施的布局、防灾标准的设定、人员训练以及防灾意识的培养等; 应急救援则包括应急预案的制定、启动以及采取相应的紧急措施; 灾后救助与恢复重建则包括灾后可对灾害损失进行评估调查、安置受灾群众、恢复灾民生产生活等措施。

② Corfu Channel, (U. K. v. Alb.), 1949 I. C.J. 4, 4 (April 9). 在该案中, 两艘英国巡洋舰和两艘驱逐舰行驶在北科孚岛海峡 (North Corfu Strait), 该海峡为阿尔巴尼亚水域。其中一艘驱逐舰 (Saumarez) 撞到了水雷, 另一艘驱逐舰 (Volage) 前来救援, 在试图拉它的时候撞到了另一个水雷。这一事故最后导致了两艘驱逐舰的损坏、45 名英国官员和船员的死亡以及 32 名人员的受伤。最后联合国国际法院认为阿尔吉尼亚应该对此负责, 因为其没有提醒其所在区域内水雷的存在。

③ 2005 World Summit Outcome, G. A. Res. 60/1, 1, U. N. Doc. A/RES/60/1 (Sept. 16, 2005)。

④ United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, Braz., June 3-14, 1992, *Rio Declaration on Environment and Development*, at 10, U. N. Doc. A/CONE 151/26/Rev. I (Vol. I), Annex I (Aug. 12, 1992)。

⑤ ISDR, *Hyogo Declaration, World Conference on Disaster Reduction*, (18-22 January 2005, Kobe, Hyogo, Japan), <http://www.unisdr.org/2005/wcdr/intergover/official-doc/L-docs/Hyogo-declaration-english.pdf>, 最后访问时间 2015 年 8 月 8 日。

⑥ U. S. Constitution, pmbl, [http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html), 最后访问时间 2015 年 8 月 9 日。

人身、财产免遭灾害的破坏”<sup>①</sup>。这些国际与国内法律规定为国家防灾减灾的义务提供了基础。

### (三) 有待增强的防灾减灾国家义务和责任——以我国为考察

在我国,国家的自然灾害管理职能不断强化,却还没有形成对应程度的国家义务责任体系,有学者将这种权责关系的不平衡性称之为错位<sup>[12](P404)</sup>。对于我国自然灾害管理权责关系而言,其错位性主要体现在灾害管理权力的扩张与责任的狭隘化错位。我国《宪法》规定的“国家保障自然资源的合理利用,禁止任何组织或个人用任何手段侵占或破坏自然资源”(第9条)、“一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地”(第10条)、“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害;国家组织和鼓励植树造林、保护林木”(第26条)等,都可以从减灾国家责任的角度加以理解<sup>[13](P403)</sup>。这一角度是通过自然资源保护和生态环境保护实现国家减灾责任。《宪法》“公民的基本权利义务”一章所规定的:“国家尊重和保障人权”(第33条)、“公民年老、疾病或丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利;国家和社会会帮助安排……有残疾公民的劳动、生活和教育”(第四十五条),从另一方面反映了国家防灾减灾、保障国家和公民安全和福祉的职能。更为具体的规定出现在一些我国专门的灾害立法,如《防洪法》(1998)、《防震减灾法》(2008)等。这些法律明确了国家防灾减灾的职能,包括减灾规划、灾害监测预报、灾害预防、应急救援、灾后过渡安置和恢复重建过程中国家及国家机关的职能。目前,我国已形成了“部际协调下分灾种、分部门”的自然灾害管理体制,2005年成立的中国国家减灾委员会是中国应对自然灾害的最高机构,其职能是协调中央各部门自然灾害管理问题<sup>②</sup>。为了加强对一些影响较大的自然灾害的行政管理,国务院还特别设立了一些自然灾害管理的领导小组,如国务院抗震领导小组、国务院防汛抗旱领导小组等。国家灾害管理职能从过去的救灾为主拓展为“减灾规划”、“监测预报”、“灾害预防”、“应急救援”以及“过渡性安置和恢复重建”等全过程、全方位的灾害管理。

理论上而言,任何国家都负有自然灾害管理以保障人们生存与发展的职能,但这种职能能否转化成法律责任而为司法体系所支持还需要立法加以明确。我国立法对国家法律责任的规定较为狭隘。我国刑法、行政法<sup>③</sup>对国家灾害管理的有关法律责任做了规定。刑法中规定的渎职罪(滥用职权罪、玩忽职守罪、传染病防治失职罪等)、挪用公款罪中的从重情形(挪用用于救灾、抢险、防汛、救济款物等归个人使用的)等反映了国家对公职机关和个人在行使灾害管理职权时的限制。行政法律规范中关于国家灾害管理法律责任的规定则更多了,主要体现在灾害专门法律规范中。这些法律规范中对法律责任的规定大多侧重于对应当履行职权却未履行的有关部门或机构的“责令改正”以及对直接负责的主管人员和其他直接责任人员的行政处分或刑事责任。上述立法中对国家自然灾害管理过程中的法律责任呈现出重个人化轻部门化、重内部化轻外部化的特点。关于国家对管理相对人的灾害管理的义务和责任的规定并不多,从数量和分量上都远比不上对自身职权的规定。对于国家自然灾害管理的侵权法律责任,已明确的立法规定主要有:(1)《民法通则》。如其第121条规定:“国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中,侵犯公民、法人的合法权益造成损害的,应当承担民事责任”,为国家承担民事责任提供了法律依据。但与此同时《民法通则》第107条还规定,“因不可抗力……造成他人损害的,不承担民事责任”,其中“不可抗力是指不能预见、不能

<sup>①</sup> 莫纪宏、林青译:《日本灾害对策基本法》,http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=26075,最后访问时间2015年8月9日。

<sup>②</sup> 例如中国气象局负责气象灾害的管理,中国地震局负责地震灾害的管理,国土资源部负责滑坡、泥石流灾害的管理,水利部负责水旱灾害的管理,海洋灾害的风险管理由国家海洋局负责,森林火灾由国家林业局负责,农业病虫害及草原火灾则由农业部负责等。

<sup>③</sup> 行政法以强化国家的行政管理为常见,或者把减灾职责赋予某一机构,或者具体规定某机构的权限;或者明文规定相应的行政责任,等。

避免并不能克服的客观情况”。不可抗力是对抗国家自然灾害管理不作为最重要的法律事由。(2)《国家赔偿法》(2012年修正)。该法对国家赔偿的范围做出了界定,即国家机关及其工作人员、法律法规授权进行一定的行政管理的组织、个人或国家机关委托进行行政管理的组织、个人在行使国家职能过程中违法侵犯公民、法人或其他组织合法权益的行为<sup>[14](P9-12)</sup>,并规定了相应的责任形式。不过,已明确规定的责任形式尚不包括减灾防灾不作为的侵权行为<sup>①</sup>。那么,在我国自然灾害管理不作为违法的侵权责任追究是不是就没有法律依据呢?那也不是。从现有法律规定来看,笔者仍可以找到相应的法律依据,如《国家赔偿法》中以概括方式——造成公民身体伤害或者死亡的、造成财产损害的“其他违法行为”以及《行政诉讼法》第11条列举的三类明显的行政不作为违法案件(即行政许可案件、人身权财产权保护案件和抚恤金案件)中“申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责,行政机关拒绝履行或者不予答复的”都可作为自然灾害管理不作为侵权责任认定的法律依据。但是这些规定尚待明确,否则在司法适用时将存在较大困难。

### 三、自然灾害管理不作为国家侵权责任的挑战

Budayeva & others v. Russia 案中,法院在确立被告方政府的国家自然灾害管理不作为侵权责任问题上,有一个重要的法律适用裁量问题,即是否构成国家侵权责任的免责条件——不可抗力和国家责任豁免。

#### (一) 不可抗力事由

Budayeva & others v. Russia 案,被告政府方面就认为自己已经尽到灾害管理的义务和责任,原告的损害是由于“特别严重”的泥石流爆发而引起。这一抗辩适用的就是不可抗力规则。

不可抗力事由源于《法国民法典》,后在德国、英美等国家得到发展。各国将不可抗力当作解除合同或者免责的法定事由<sup>[15](P36-44)</sup>,在侵权法中,一般通过影响过错和因果关系要件来决定侵权责任是否成立<sup>[16](P129-135)</sup>。不可抗力的范畴涵盖了各种自然现象和社会现象。在防灾减灾中,一般以自然灾害是“上帝的行为”属于不可抗力为由主张无责或免责,它是指一种“不可预测的重大的自然灾害或其他异常的、不可避免的、不可阻挡的自然现象,人类在合理注意或意识中无法预防或避免其后果”<sup>②</sup>。该定义包涵了多个要素共同组成<sup>[17](P669-690)</sup>:(1)“自然”原因;(2)不可预见;(3)“自然”须是唯一的或单独的原因;(4)被告在合理的、一般注意或预见下无法预防灾害后果。

在本案中,被告认为2000年7月18日至25日间的泥石流灾害是“上帝的行为”,它发生的时间和范围无法预测、无法预防,政府不对灾民的人身伤亡和财产损失承担法律责任。这一诉求得到了俄罗斯国内法院的支持,法院认为灾民受到的损害是因为自然因素引发的泥石流灾害,政府做了一切可能的减灾措施,不需要对自然灾害造成的后果负责。除了本文的案例之外,实践中还有大量类似案例,被告大多以“上帝的行为”这一不可抗力规则为辩理由。因此,不可抗力规则是认

① 《国家赔偿法》第三条,行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯人身权情形之一的,受害人有取得赔偿的权利:(1)违法拘留或者违法采取限制公民人身自由的行政强制措施;(2)非法拘禁或者以其他方法剥夺公民人身自由的;(3)以殴打、虐待等行为或者唆使、放纵他人以殴打、虐待等行为造成公民身体伤害或者死亡的;(4)违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的;(5)造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为。第四条,行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯财产权情形之一的,受害人有取得赔偿的权利:(1)违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚的;(2)违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的;(3)违反国家规定征收财物、摊派费用的;(4)造成财产损害的其他违法行为。明确侵权行为的都是作为违法,而无不作为违法情形。

② Oil Pollution Act, 33 U. S. C. § 2701(1) (2006); Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act, 42 U. S. C. § 9601(1) (2006)。

定国家自然灾害管理侵权（包括不作为侵权）责任的一大挑战。

## （二）国家责任豁免原则

国家责任并不是从来就有的，而是长期以来在主权理论上派生出来的豁免原则。这一原则有两个层面的意义：一是在国际法语境下，国与国之间的管辖豁免权；二是在国内法中，国家主权行使者对本国公民的责任豁免权<sup>[18](P110-113)</sup>。本文论述的侧重点是国内法层面上的豁免。国家责任豁免原则被不断地修正，并向平等和平权方向发展：平等（Equality）要求国家责任必须通过某种方式融入普通的民事法律制度当中去；而平权（Parity）则要求国家及其官员都要服从民事责任中的普通原则<sup>[19](P17)</sup>。因此，国家豁免原则从绝对豁免逐渐地转变为相对豁免。相对豁免的范畴包括国家行使其天然具有的功能——如立法、税收等功能，这些功能是立国之本；以及针对具体事务的裁量行为或决定，一般涉及的是政策选择事务、公共利益的平衡等问题。后者的事务裁量则是依据一定标准在不同方案中做出是否采取行为、实施何种行为、何时实施行为以及怎样实施相应行为所作的选择<sup>[20](P333-363)</sup>，在绝大多数情况下法律会给行政机关留有选择、自由裁量的广泛空间<sup>[21](P53-56)</sup>。

因此，要确立自然灾害管理国家侵权责任，国家责任豁免原则仍是一个需要逾越的关口。首先，仍然有许多灾害管理行为是属于国家责任豁免范畴之内的，如灾害立法，而这些行为往往具有统筹规划性；若其不合理，则造成的负面影响更广更长远。其次，绝大多数时候，行政机关实施的自然灾害管理行为属于行政裁量权范围内的行为，因此享有相应的豁免权。

本文案例中，欧洲法院认为自然灾害是超出人类控制范围内的，不能将国家减防自然灾害的义务与减防人为灾害的义务同比，后者更为严格。减防人为灾害要求国家采取一切权力范围内的措施保护公民权益；而减防自然灾害并不要求政府同等程度上的干预。因此，法院认为政府在气象灾害领域享有更广泛的选择，可以决定采取哪些措施保护个体权益，而不是必须采取哪些措施。因此，法院一一审查了当地政府能够选择的减灾措施（包括大坝维修、监测点建立、提前预警和安排紧急撤退等），最后认定政府在灾害发生前并没有采取任何措施应对灾害。虽然本案例中，被告和欧洲法院并没有直接使用国家豁免原则。但是从法院的审理中，笔者看到政府在自然灾害管理中有着极大的自由裁量权以及法院对责任认定的相对宽松。实际上，除了 Budayeva 案，实践中国家责任豁免规则经常被国家用来作为辩护理由。例如，2005 年美国卡特里娜飓风发生后，灾民们在灾后努力寻求司法援助，出现最多的便是针对美国政府未能合理地对防洪和航行做好预案而提出的民事侵权诉讼<sup>[22](P173-208)</sup>。这些诉讼中的被告美国政府就以国家责任豁免为由要求免责，而且相当一部分法院支持了被告的意见<sup>①</sup>。

## 四、自然灾害管理不作为国家侵权责任的构成要件

Budayeva & others v. Russia 案中，原告认为国家在自然灾害管理中存在完全不作为（灾害之前和灾害之中均未提供监测预警）和作为不充分（大坝没有加固维修好），并分别提出诉讼请求。俄罗斯国内法院与欧洲法院对此观点不一致，俄罗斯国内法院认为政府已经采取了一切合理的措施减缓泥石流风险，并在灾后采取了相应的救助措施，国家已经积极履行了职责，并无过错。而欧洲

<sup>①</sup> 如 Freeman v. United States, 556 F. 3d 326 (5th Cir. 2009); St. Tammany Parish v. Federal Emergency Management Agency, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, No. 08-30070, January 22, 2009。转引自 L. F. Jessica, State's duty to prepare, warn, and mitigate natural disaster manages, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 37, 2014。

法院则认为俄罗斯政府方面并未尽到维护灾害防护设施和预警的义务, 存在明显的不作为。那么, 判定国家在自然灾害管理不作为的侵权行为有哪些要件呢?

本质上, 自然灾害管理不作为侵权责任与一般行政不作为侵权责任具有共通性, 故其构成要件可类比一般行政不作为侵权责任的构成要件<sup>[23]</sup>(P80-87), 即: (1) 行政不作为违法; (2) 损害事实及其相关问题; (3) 因果关系的判断。

#### (一) 自然灾害管理不作为违法的认定

行政不作为违法的认定一般遵从三段式: 存在作为义务——能够履行该义务——未履行该义务。其中, 作为义务的依据包括法律规定、先行行为、合同行为等; 能够履行是指行政主体具有履行义务的能力; 未履行是指主观上故意或过失没有履行<sup>[23]</sup>(P80-87)。如此, 自然灾害管理不作为违法的认定也应包括: 第一, 行政主体具有自然灾害管理(预防、应急、救助、恢复与重建)的义务; 第二, 能够实施灾害管理; 第三, 未实施灾害管理。能否履行灾害管理义务还取决于自然灾害中“风险的性质和风险减缓的可能”<sup>[24]</sup>(P123-132)。风险的性质是指自然与人为、突发与渐发、偶发与复发等因素之间的差别。风险减缓的可能则需要根据具体时空下的科技发展状况、灾害具体情况等综合因素加以判断。“未实施灾害管理”可以包括两种情况: 一种是完全不作为, 认定起来较为简单。在 *Budayeva* 案中法院便认为政府在灾前是完全不作为。还有一种更为复杂的情况是, 政府对相应的危险或损害做出了应对, 但是这些应对措施被证明是不充分的, 那么这种情况是否是不作为? 一般来说, 自然灾害管理属于行政机关自由裁量权范围, 行政机关具有选择权, 不可完全以后果论行政行为是否恰当。这种情况要认定其是否违法, 应该判断其是否履行了“合理注意义务”<sup>①</sup>。但是, 在出现行政收缩<sup>②</sup>的情形时, 行政作为的不充分则可能直接被认定为“不作为”。

本文案例中当地政府在自然灾害管理中便存在不作为违法, 体现在: 第一、政府具有防灾减灾的义务, 义务依据是俄罗斯国内相关法律规定<sup>③</sup>和欧盟区域性人权公约<sup>④</sup>等。第二, 政府能够履行防灾减灾义务。当地处在易受泥石流侵袭之地, 泥石流灾害在当地属于复发性、季节性灾害, 因此, 监测预警是可行的; 第三, 政府在此前也建造了挡泥大坝工程, 且从原告提供的证据资料中也看出当局已意识到大坝需要维护; 更何况此前有科研机构不断提醒当地管理机构风险的存在, 这说

① 判断是否履行“合理注意义务”的标准包括: 第一, 政府在过去是否实施了类似行为; 第二, 理性谨慎的行政人员在同等或类似状况下的表现。参见 A. Tarak, *The perfect storm, an imperfect response, and a sovereign shield: Can hurricane katrina victims bring negligence claims against the government?* *Pepperdine Law Review*, Vol. 35, 2008, (35), pp. 279-346。

② 行政裁量收缩论, 简称行政收缩, 是分析行政不作为乃至作为违法的重要理论, 它既承认行政裁量的价值, 又在一定情况下将行政裁量压缩甚至压缩至零。这种情况一般是个人的生命、健康和财产等重大法益遭受迫切而具体的危险, 而行政主体能够预见到危险, 又拥有职权和义务能采取措施回避危险的出现, 这是行政裁量必须收缩, 否则即构成违法。参见王贵松:《行政裁量权收缩之要件分析——以危险防止型行政为中心》, 载《法学评论》2009年第3期。

③ 俄罗斯国内相关法律规定: 1、应急救助领域的国家责任。联邦法律第六章(section 6 of the federal law of 21 december 1994 No. 68-FZ)在自然和工业领域紧急状况下保护民众和领地是联邦、区域和地方政府的责任, 要即时、精确的通过大型媒体和其他信息通道告知民众紧急情况、可采取的安全措施以及任何预测到的灾害和防护措施。该章中规定了官员未做到信息公开情况下的责任。2、该法第七章预防突发事件和最大限度地减缓伤亡、损失构成了紧急救援的基本原则之一; 要求提前采取一切预防措施。国家侵权责任: 1、俄罗斯联邦民法(Article 1064(1) of the Civil Code of the Russian Federation)规定: 造成他人伤亡或财产损失的必须全额赔偿。根据 1069 条, 国家机构或国家官员应该对因其违法行为或不作为而造成公民损害而负责。损害赔偿由联邦或区域财政负责。2、规定了精神损害赔偿(Articles 151 and 1099-1101 of the Civil Code)。

④ The European Convention on Human Rights, Rome 4 November 1950. And its Five Protocols, Paris 20 March 1952/ Strasbourg 6 May 1963/ Strasbourg 6 May 1963/ Strasbourg 16 September 1963/ Strasbourg 20 January 1966。

明灾害风险是可管理、可规避的，政府完全能够选择某些管理措施以减轻自然灾害后果。第四，当地政府一再对灾害风险置之不理，未采取任何防灾措施以致灾害造成重大人员伤亡和财产损失。

### （二）自然灾害管理不作为造成的损害事实

一般国家侵权损害事实是指国家机关及其工作人员、被授权人或被委托人在行使国家职能过程中实施的行为使行政相对人的人身或财产权益受到实际损害，包括人身损害、财产损害以及精神损害<sup>[14](P9-12)</sup>。本文案例中原告的赔偿请求范围涵盖上述各类损害，且基本得到欧洲法院的支持。

此外，对于自然灾害管理侵权损害事实的程度应如何认定呢？笔者认为，对此不应该遵循“全部赔偿”原则，而应该“适当赔偿”，即一般情况下赔偿灾民人身损害中的生命健康权损害、财产损失中的直接财产损失，而不包括间接财产损失以及精神损害等。此主张理由有三：第一、灾害管理是一把双刃剑——灾害管理不作为会导致大量人员伤亡和财产损失；过度实施灾害管理也可能对公民权利限制过多，同时产生巨大的经济成本，引发公权对私权的过多限制。第二、国家财政是有限的，如果对自然灾害损害范围认定过于宽泛，就会限制国家在其他公共职能上的履职。第三、国家赔偿的本质是全民赔偿，是利用纳税人的资金为政府失职行为买单。而且，在灾害管理中政府是否失职、失职的程度都与自然灾害的不可抗力属性有着必然的关联，这就使灾害管理侵权赔偿更有可能泛化为灾害管理无过失补偿而不是严格的侵权赔偿。

### （三）自然灾害管理不作为与灾害后果之间的因果关系

与一般国家侵权责任中的因果关系不同的是，灾害管理不作为侵权责任中的因果关系认定极为复杂，其掺杂着自然因素与人为因素的影响、直接原因与间接原因的作用以及作为与不作为后果的界定。裁判人必须考虑：哪些自然灾害本身无法通过人类行为预防、规避、减缓以及应对；哪些是国家不作为而加剧的损害；哪些损害是国家不作为直接导致的；如果国家有所作为，又能在多大程度上减轻后果；等等，这些因素综合起来加剧了因果关系认定的复杂性。比如 *Budayeva* 案中泥石流灾害具有季节性和复发性，如果相应机关能够采取适当地措施对防灾工程加以维护，并采取相应的应急响应机制，灾害后果是可以减轻，甚至规避的。换句话说，如果国家履行了足够的防范措施，公民在灾害中仍有损害，此等损害也属于适用国家侵权责任豁免原则的范畴。但是由于 2000 年的泥石流灾害“特别严重”，再加上政府的大量不作为，竞合导致了不必要、更大的人身伤亡和财产损失。笔者认为，基于这一因果关系的复杂性，认定因果关系和所导致的损害程度都应持谨慎态度，“公平”原则或者“补偿”原则应作为自然灾害管理侵权责任中损害负担的基本准则。

## 五、结 语

在 *Budayeva & others V. Russia* 案中，欧洲法院认为俄罗斯政府在实质上和程序上都违背了《欧洲人权公约》第 2 条“不得任意剥夺任何人的生命权”，认为国家在灾前未履行保障公民生命权的积极责任，在灾后缺乏适当的司法程序维护生命权免受侵犯。因此，法院最后判定俄罗斯政府应当承担侵权责任，并赔偿原告相应损失（包括精神损失）。本案给笔者最大的启示是，国家责任是一个国家民主与法制发展到一定阶段的产物。在法治国家里，国家对自然灾害管理的行为（包括作为和不作为）将逐渐纳入法治体系之中。目前人类对自然环境的干预范围和深度已经达到了前所未有的状态，自然灾害已不再是纯“自然”的，而是自然、社会与生态相互作用的产物。这种风险的人为化决定了国家可以在一定程度上缓解自然灾害带来的影响，赋予国家更多的防灾减灾的职权；而当国家未恰当地、积极地履行相应职权导致对公民权益的损害时，国家就应当承担相应的法律责任，对相对人受损权益进行合理的恢复和补救，实现公权行使与私权保障之间的利益平衡。

参考文献

- [1] Elaine, F. Acts of god; The confessionalization of disaster in reformation Europe[A]. In J. Andrea, J. S. Gerrit and M. Franz (eds. ). *Historical Disasters in Context: Science, Religion and Politics*[C]. New York: Routledge, 2012.
- [2] Farber, D. A. , J. Chen, R. R. M. Verchick, and L. G. Sun. *Disaster Law and Policy* (second edition)[M]. Valencia: Aspen Publishers, 2010.
- [3] 童星, 张海波. 基于中国问题的灾害管理分析框架[J]. 中国社会科学, 2010, (1)
- [4] 曹沛霖. 政府与市场[M]. 杭州: 浙江人民出版社, 1998.
- [5] 胡建淼, 杜仪方. 依职权行政不作为赔偿的违法判断标准[J]. 中国法学, 2010, (1).
- [6] Michael, J. S. The transformation of state sovereign rights and responsibilities under the Rome Statute for the international criminal court[J]. *Chapman Law Review*, 2005, 8.
- [7] Emeka, D. Permanent sovereignty and peoples' ownership of natural resources in international law[J]. *The George Washington International Law Review*, 2006, 38.
- [8] Mithi, M. Justice, war, and the imperium: India and Britain in Edmund Burke's prosecutorial speeches in the impeachment trial of warren hastings[J]. *Law & History Review*, 2005, 23.
- [9] Tyra, R. S. Natural disasters and the responsibility to protect: From chaos to clarity[J]. *Brooklyn Journal of International Law*, 2007, 32.
- [10] Stuart, F. Is the failure to respond appropriately to a natural disaster a crime against humanity? The responsibility to protect and individual criminal responsibility in the aftermath of cyclone Nargis[J]. *Denver Journal of International Law and Policy*, 2009, 38.
- [11] Jarrod W. Reconstructing the responsibility to protection the wake of cyclones and separatism[J]. *Tulane Law Review*, 2009, 84.
- [12] 关保英. 行政法的私权文化与潜能[M]. 青岛: 山东大学出版社, 2011.
- [13] 王建平. 减轻自然灾害的法律问题研究(修订版)[M]. 北京: 法律出版社, 2008.
- [14] 姜明安. 论国家侵权责任的构成[J]. 中外法学, 1991, (4).
- [15] 叶林. 论不可抗力制度[J]. 北方法学, 2007, (5).
- [16] 袁文全. 不可抗力作为侵权免责事由规定的理解与适用——兼释《中华人民共和国侵权责任法》第 29 条[J]. 法商研究, 2015, (1).
- [17] Jill, M. F. Re-examining acts of god[J]. *Pace Environmental Law Review*, 2010, (3).
- [18] 姬亚平. 论国家赔偿法的演变[J]. 求索, 2006, (6).
- [19] [英] 卡罗尔·哈洛. 国家责任: 以侵权法为中心展开[M]. 涂永前, 马佳昌, 译. 北京: 北京大学出版社, 2009.
- [20] Lerner, K. Governmental negligence liability exposure in disaster management[J]. *The Urban Lawyer*, 1991, (3).
- [21] 姜明安. 论行政裁量权及其法律规制[J]. 湖南社会科学, 2009, (5).
- [22] Jessica, L. F. State's duty to prepare, warn, and mitigate natural disaster damages[J]. *Boston College International & Comparative Law Review*, 2014, 37.
- [23] 朱新力. 行政不作为违法之国家赔偿责任[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2001, (2).
- [24] Mark, S. Human rights challenges and adequacy of state response to natural disaster[J]. *Environmental Law Review*, 2009, 11.

(责任编辑 周振新)