

# 《日本国家赔偿法》的几个问题

莫纪宏\*

《日本国家赔偿法》内容简明，学术界和司法实务界就《日本国家赔偿法》提出的问题主要集中在第1条和第2条。<sup>①</sup>

《日本国家赔偿法》第1条共2款，就第1条第1款<sup>②</sup>所规定的法律含义的争执主要集中在公权力的范围、违法性的确定、过失界定以及不行使规定权限应承担的赔偿责任等概念和问题的理解上。

## （一）公权力的范围

就国家赔偿法第1条第1款“公权力的行使”的含义，学说上分为狭义说、广义说、最广义说。判例中一般采用广义说。

狭义说的主张者以参加国家赔偿法起草的东京大学教授田中二郎博士为代表。狭义说认为公共权力仅限于源自国家主权的崇高地位所实施的职能。根据这种观点，公共权力行为只包括明治宪法所指的“统治职能”，《国家赔偿法》允许对公共权力行为请求赔偿的范围只是原来拒绝赔偿的行为，而非统治行为已经根据民法典可以请求赔偿，因此，《国家赔偿法》只适合于统治行为。正如田中二郎博士指出的那样：“基于立法权、刑罚权、警察权、财政权、统制权等国家统治权之优越意思的发动及作用为行使公权力。”著名的小沢文雄法官也采取相同的立场。

广义说认为公共权力包括公务员以公职身份所实施的所有行为，它既包括统治职能，又包括非统治职能；既包括事实上的行使公务权力，也包括形式上的行使公务权力。关于非统治职能，如东京高等法院1981年1月13日判决（判时1028号45页），正是依照广义说作了含义解释。其后，最高法院就国立学校教育活动中产生的事故，维持适用国家赔偿法第1条的下级审判决（最高法院1983年2月18日判决〈民集37卷1号101页〉），确认公立学校的教育活动，包括在《国家赔偿法》第1条第1款所规定的“公权力的行使”范围中（最高法院1987年2月6日判决〈判时1232号100页〉），尤其是在下级审判决，对非权力的行政作用性

\* 本文作者系中国社会科学院法学研究所副研究员。

① 《日本国家赔偿法》于1947年公布，共6条，至今尚未修改。第1条规定因行使公权力而造成损害的赔偿责任、求偿权；第2条规定因公的营造物设置或管理上的瑕疵而造成损害的赔偿责任、求偿权。其余4条是关于赔偿责任者、民法的适用、其他法律的适用和相互保证主义。本文所取资料均引自于实用法律杂志《法学家》第993期，《国家赔偿法判例展望》特集，特别引注者除外。

② 《日本国家赔偿法》第1条第1款规定，“行使国家或公共团体公权力之公务员，就其执行职务，因故意或过失违法施加损害于他人时，国家或公共团体对此应负赔偿责任。”

质的行政指导，承认其公权力的行使性。就形式上的行使公务权力，在1956年的一个案例中，一个穿制服的警察完全为了个人的原因杀死了一名已经被逮捕的人犯，在本案中，最高法院采用了广义说，认为，因为所有警察行为都有执行正常的警察义务的外在特征，就足以使国家承担赔偿责任。即使证明警察主观上是为了他自己的利益，也要由国家承担责任。

最广义说则认为对公务员行使职权的行为加以区分意义不大，因此，应对公务员行使职权的行为一律适用《国家赔偿法》，但由于该学说把传统属于民法典调整的行为也视为国赔法诉案，故遭到了狭义说和广义说的坚决反对。

### （二）如何确定违法性

《日本国家赔偿法》第1条第1款规定，只有公务员违法给他人造成损害时，国家或公共团体才承担赔偿责任，因此，第1条第1款以公务行为是否具有违法性作为国赔责任是否能成立的前提。

如何确定违法性，学说上存在结果违法说、行为违法说和职务行为基准说。判例似乎更倾向于根据不同情况采取不同的认定方式。

结果违法说强调违法性应是客观的，结果由行为而来，违法结果必然由违法行为而来。东京地方家庭法院八王子分院法官村重庆一认为，从国家赔偿与刑事补偿的关系出发，采取结果违法说比较妥当。如对真正的罪犯是他人的“白色无罪”推定有违法性是可以的，而对有疑问点证明不充分的“灰色无罪”则给予刑事补偿比较合适。在判例中，登记、印鉴证明、学校的人身事故大多采用结果违法说。

行为违法说认为公务行为的违法性系指不法行为。因此，只要不是出于公务员个人的明显故意或过失，不能轻易地断定公务行为的违法性。因此，行为违法说又被解释为极限限定违法说。最高法院在1982年3月12日判决（民集36卷3号329页），对与确定判决相关的请求国家赔偿的案件，指出“为了肯定法官在审理争讼案中有国赔法第1条第1款规定的违法行为而产生的国家赔偿责任，在上面提到的判决中，仅存在根据上诉中的诉讼法上的救济方法应予更正的瑕疵是不够的，该法官必须有违法或持有不正当目的作出裁决，并且要明确地违背了其行使权限的宗旨才能成立”。为此，就法官的审判行为，除了确实是持有故意或加害目的极其例外的情况外，不存在国家赔偿责任。

职务行为基准说并不是结果违法说，而是强调了违反职务义务。它是基于检察官的行为关系而产生的。对于有罪判决确定后再审确定无罪的检察官，最初最高法院适用行为违法说，而在1990年7月20日判决中，否定了行为违法说，采用职务行为基准说加以判断。但职务行为基准说是否已被判例就立法、司法领域的问题审判时所采用，这一点，在学者中间尚存不同看法。

### （三）如何界定过失

《日本国家赔偿法》第1条第1款对公务行为的国赔责任不仅确立了违法性这一客观责任条件，而且还强调了公务行为的故意或过失这一主观责任要件的重要性。对于行为的过失如何判定呢？在国赔法判例中也没有明确固定的答案。大致上在受理国赔案件时，如果审查公务行为没有违法性，就不需再作其余判断；如果没有过失，也不需作其余判断，即予驳回。

但是，在公务行为存在违法性时，如何来判定公务员主观上的过失呢？判例上一般推定公务过失的存在，除非有相反证明表明公务行为的违法性系出于危险责任或公负担平等原则，否则，不得推翻过失的存在。近年来，如最高法院1991年4月19日的小樽种痘损害赔偿请求案件中，对公务过失的存在，采用了客观化的标准，即判定过失是否存在，主要是要查明公务员在行使职权时是否履行了严格的注意义务，若履行了严格的注意义务，就可以排除过失的存在。基于此，有的学者甚至主张应用国赔法第2条的规定来代替对过失的寻找，如神户大学的阿部泰隆认为：“能否尽可能地将第1条朝着第2条的方向解释呢？”

#### （四）规定权限不行使的国家赔偿责任

以规定权限不行使作为提出国家赔偿的理由始于70年代初。此后，这类诉讼日益增多。并且出现了两个比较有影响的学说。一是裁量权收缩论，二是裁量权消极滥用论。

裁量权收缩论最早见于原田尚彦教授1974年发表的一篇论文——“行政介入义务和行政诉讼——与合理性原则相关”。1978年东京高等法院在一案件中基于裁量权收缩论对规定权限不行使能否构成违法，作了下列解释：

“如果有损害国民生命、身体和健康发生危险的结果存在，如果存在行政厅可以防止这种结果发生的可能性，行政厅不行使规定权限就不能防止这种结果，并且行政厅知道这种结果迫在眉睫，被害者以结果发生为前提，请求行政厅行使规定权限，行政厅不行使就是违法”。

裁量权消极滥用论起于1978年3月10日的福冈地方法院小仓分院判决，该判决裁定消极滥用亦构成违法，应承担国家赔偿责任。其具体含义是：

“损害国民生命的危险迫在眉睫，行政机关知道此危险或很容易知道此危险，预测若不行使规定权限，不能防止危险结果的发生，作为被害者的国民期待着行政机关行使权限时，虽在条理上，行政机关已经超越了自由裁量的界限，基于和国民的关系，应担负行使规定权限法律上的义务，并且行使这种权限无阻害因素，若不行使，就应视为违反了其作为义务的违法行为”。

对上述解释，最高法院1988年11月2日判决也给予了支持。该判决认为，在该具体事情下，参照行政机关被授予监督处分权限的趣旨和目的，在不行使该权限显著不合理的场合下，所定权限不行使构成国赔法上的违法的余地很大。“没有定立要件，在具体的事实关系下，权限不行使的裁量显然缺乏合理性的场合，肯定其违法性”。

对裁量权收缩论和裁量权消极滥用论，许多学者提出了不同看法。他们认为，裁量权收缩论和裁量权消极滥用论本质上没有什么区别，因为都是规定权限不行使，都构成国家赔偿法上的违法，如果适用具体案件的话，结论是相同的。因此，判明规定权限不行使是否违法，主要是肯定行使权限是否存在“行使限权义务化理由”。这些理由大致上包括被害人法律权益的重要性、危险的紧迫性、对危险回避的可能性以及个人对回避的期待等。不过，有些学者主张象野狗事件或新岛爆炸事件与其确认行政机关有行使职权防止危险的义务，不如从国赔法第2条来解释将其视为公的营造物设置或管理上存在着瑕疵更容易被人接受。

《日本国家赔偿法》第1条第2款规定，在存在第1款的情形下，公务员有故意或重大过失时，国家或公共团体对该公务员有求偿权。关于此款规定，学术界存在着两种不同意见。

一种意见认为,该款规定所确定的日本国家赔偿责任的性质是代位赔偿责任,另一种意见则认定为直接赔偿责任。

代位赔偿责任的倡导者是东京大学教授田中二郎。该种意见认为,违法行为的主要赔偿责任由侵权的公务员个人承担,国家只承担代位赔偿责任。从此角度来看,国家的代位赔偿责任基本上和民法典第715条所规定的雇主的代位赔偿责任一样。该种意见还认为,《国家赔偿法》第1条第2款规定,如果公务员的行为出于故意或过失,国家有权向该公务员追偿赔偿费,这就证明了国家代位赔偿责任理论的正确性,因为若不是代位赔偿责任,国家就必须直接承担赔偿责任,而无权向公务员个人追偿。

直接赔偿责任的倡导者是今村成和,他认为《国家赔偿法》第1条所确立的国家赔偿责任与民法典第715条所规定的雇主赔偿责任是根本不同的。今村成和认为,《国家赔偿法》立法宗旨在于取消国家的豁免,强调国家或公共团体为其公务员的违法行为承担绝对的赔偿责任。从此角度讲,国家或公共团体并不是为公务员的违法行为承担代位赔偿责任,而是承担直接赔偿责任。直接赔偿责任理论主张者还认为,当公务员执行传统的被称为统治职能的公共义务时,国家直接赔偿责任的特征最为显著。因为这些统治职能与公务员个人责任没有联系,它们直接表达的是国家意志,当国家行使这些职能并使他人处于危险之中时,自然要由国家为这些职能所造成的损害负责。

尽管对《国家赔偿法》第1条第2款的规定的含义存在着不同认识,但是在实践中,国赔法诉讼是以国家或公共团体作为被告的,受害人依照国赔法只能追究国家或公共团体的责任,公务员个人则不成为国赔责任的主体。当然,目前从1986年8月6日东京高等法院判决起,对职务之外的行为确立追究个人责任的制度。并且近来也出现了以国家和有过错的公务员个人同时作为被告的国赔诉讼,因此,关于公务员个人是否承担赔偿责任的问题越来越引起人们的重视。因为在以往的国赔诉讼中,即使国家或公共团体承担赔偿责任,公务员个人也很少承担赔偿责任,除非公务员的违法行为纯粹出于公务员的主观故意或重大过失。

## 二

《日本国家赔偿法》第2条共2款,其核心内容集中在第1款。<sup>③</sup>该款规定,“因道路、河流或其他公的营造物的设置或管理上存在瑕疵,给他人造成损害时,国家或公共团体应承担赔偿责任。”学说上和判例关于第1款的争论主要集中在公的营造物的范围、瑕疵的认定标准、事业损失的赔偿责任、自然灾害竞合责任等概念和问题上。

### (一) 公的营造物的范围

何谓公的营造物,学说上和判例上存有二说,即狭义说和广义说。

狭义说认为,公的营造物仅限于人工工程,也就是说,只有人造工程才存在设置或管理上的瑕疵。这种学说以河流为例,认为只有河流上的大堤和水坝等人造工程,才产生国家赔

<sup>③</sup>第2款是关于求偿权的规定。

偿责任问题；而因为改造技术上的原因或财政上的原因，国家未改造河流，使其保持自然状态，则不产生国家赔偿责任。这一观点是由著名的民法侵权法学者加藤一郎在一篇非常有影响的文章中提出来的，并认为国家不对未经改造的河流承担责任。

广义说以行政法学者小川一郎为代表，认为国家如果没有采取治水措施，而这种措施在社会公众的一般判断看来是必需的，国家就必须在这种情况下承担由此所造成的损失的赔偿责任。因为水灾损失可以视为公共工程设置或管理上的瑕疵的不当所致。

### （二）瑕疵的认定标准

关于瑕疵的认定标准，司法实践中认识并不完全统一，一般认为，瑕疵就是指公的营造物缺乏必要的安全性，而这种安全性应是大多数人认为必需的。

就河流管理的瑕疵，有大东水害最高法院判决（1972年1月26日〈民集38卷2号53页〉）和多摩川水害最高法院判决（1980年12月13日〈民集44卷9号1186页〉），这两个判决，确立了就管理瑕疵相关的一般基准，可以用以理解河流管理的特殊性，

就改造过的河流而言，其工事实施计划必然受到国家财力或经济力或社会的制约，因为制造防止100年或200年一遇的洪水溢出的堤坊目标，从所有形态的侵害来看，堤防都不具有安全性。因为堤防本来是堤体或基础地盘的土质构造问题，故对所有形态的洪水的影响的预测是很困难的，尤其千年一遇的洪水，要想修改好，财政上的困难就不得不加以考虑。因此，就河流上人造工程的安全性而言，应以阶段性的安全有无作为判断要素。

由于确认公的营造物设置或管理上的瑕疵存在的举证责任在于受害者，所以，受害者就必须证明瑕疵是产生于国家或公共团体的设置或管理行为。如何证明这种瑕疵的存在呢？受害者首先必须证明瑕疵并不是因自己使用行为造成的，因为虽然公的营造物在设置或管理上不存在瑕疵，但对公的营造物的使用不当也会给他人造成损害。

### （三）事业损失的赔偿责任

《日本国家赔偿法》第2条第1款包括了事业损失的赔偿责任，如高速公路的噪音或机场的噪音。在大阪国际机场诉讼中，最高法院判决（1979年12月16日〈民集35卷10号1369页〉），因为以国赔法第2条第1款的规定确认了所谓供用关连瑕疵或机能瑕疵的形态，所以，事业损失在审判实务中就逐渐纳入第2条的范围进行解释。

关于公共事业对第三者权利造成侵害的基准，司法实践中发展出了为大家所接受的理论——受忍限度论。因为作为国家赔偿责任应以受害者举证责任为前提，因此，象机场等公用事业，飞机在起飞时形成的噪音，如果受害者能够证明飞机在一定高度内所产生的噪音对自己造成了损害或身体上的影响，那么，依照《国家赔偿法》第2条第1款的规定获得国家赔偿就是有可能的。

### （四）自然灾害竞合责任

《日本国家赔偿法》第2条第1款的规定从形式上看似乎确立了绝对的无过失责任。但这种责任从实质上来看还不是完全的严格赔偿责任，因为受害者除了要证明事实上存在损害以外，还必须证明这种损害的原因是设置或管理上存在瑕疵，这样，它就好比纯粹的结果责任或无过失责任多一些要求。尤其是对因自然灾害造成的损害，在判例中对“公的营造物”的安全性预测不可能，并且也没有回避损害的可能性的情形，是不能确认设置或管理上的瑕疵存

在的,国家或公共团体也不应对此承担赔偿责任,损害可以通过其他方式加以救济。但若存在自然灾害和设置或管理上有瑕疵竞合情形时,则应就损害进行按比例赔偿的办法进行赔偿。虽然因自然灾害造成损害提起的国赔诉讼很多,但胜诉的案件却寥寥无几。

### 三

《日本国家赔偿法》自颁布以来,其实施情况可以分为两个阶段。在前20年,即从1947年到1967年,只有1524件针对中央政府的诉讼,其中仅有909件有诉讼结果,其他的或者诉讼中止或者通过妥协方式解决。根据《国家赔偿法》第2条第1款提起的诉讼更少,只有107件,仅27件有诉讼结果。根据《国家赔偿法》对政府提起的诉讼,原告的遭遇极惨,78%的原告的诉讼请求完全被拒绝,12%的原告部分实现诉讼请求,只有10%的原告完全实现其诉讼请求。而同一时期,原告在86.2%的基层法院审理的民事诉讼中胜诉。

进入70年代,由于卫生、环境污染及自然灾害等问题的困扰,公民原先不愿诉政府的心态基本消失,动辄对政府提起赔偿诉讼成为一个现实问题,也出现了一些原先没有的诉政府案例,如要求对规定权限的不行使进行赔偿的案件逐年增多。另外,对由于危险责任和公负担人人平等而造成的损害要求获得政府救济的呼声也越来越高。司法实践中,判例也正日益将国赔法第1条朝着第2条方向解释,因医疗行为而提起的国赔诉讼也逐渐增多,但原告胜诉的情形仍占少数。如最新的一个最高法院判决(1995年6月23日)<sup>④</sup>就否决了因用肾脏病治疗药产生副作用而患视力障碍的受害者提出的上诉,否定了国家因药物管理而存在的赔偿责任。

展望《日本国家赔偿法》法律实践的发展方向,日本大多数法学家认为,应该采取立法手段来填补国家赔偿与国家补偿之间的空白地带,也就是说,对危险责任或无过失责任,主张用单独立法的方式来给予受害者以权利救济。

<sup>④</sup>参见《东京新闻》1995年6月23日E版。