

论应急行政行为的法律规制

代正群

(湖南文理学院 法学院, 湖南常德, 415000)

摘要: 效率与正义是应急行政行为在实施过程中不可偏废的两个方面, 虽然应对突发事件的客观需要决定了个体的权利保障要服从于代表公益的效率要求, 但效率优先是相对的, 权利保障是必须的。基于权利保障的要求和法治的追求, 必须对应急行政行为进行规制。规制的法律途径主要有三种: 规则控制、程序控制、诉讼控制。为实现三种控制方式综合作用的最佳效果, 应进一步加强我国应急法制体系建设, 尽快出台行政程序法, 明确应急行政行为司法审查制度。

关键词: 应急行政行为; 规则控制; 程序控制; 诉讼控制; 法治

中图分类号: DF3

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2009)04-0518-05

一、问题及意义

2007年11月1日施行的《中华人民共和国突发事件应对法》规定,“为了预防和减少突发事件的发生, 控制、减轻和消除突发事件引起的严重社会危害, 规范突发事件应对活动, 保护人民生命财产安全, 维护国家安全、公共安全、环境安全和社会秩序, 制定本法。”舆论普遍认为此条文表明该法的立法目的是实现行政效率和控制行政权、保护相对人权益两个方面。不可否认,《突发事件应对法》的出台完善了我国的应急立法, 为应急行政行为的实施提供了制度保障; 但是应急行政行为同样存在滥用的可能, 即使立法预先从正面对其提出了合法性要求, 也不能打消这种顾虑。在常态社会下, 强大的公权力尤其是行政权力侵犯公民权利的情形时有发生, 在非常态的突发事件应对中更易剑走偏锋, 伤及无辜。任何行政权力都应在宪法、法律设置的轨道内运行, 即使在应对突发事件时行政机关的权力有所增强、弹性幅度加大, 但行政权力的行使仍离不开行政法治原则的切实运用。因此, 除了突发事件本身造成的危害之外, 行政机关滥用应急权力可能造成的危害同样值得关注, 有必要加强对应急行政行为法律规制的研究, 以符合设立应急法律制度的初衷。

二、应急行政行为规制途径比较

基于行政法治的追求和宪政分权的要求, 对应急行政行为加以控制约束的基本途径有如下三种。

(一) 法律制定阶段的规则控制——事先的目标性控制

规则控制是一种以实体规则为主的控制, 它反映了立法权对行政权的控制。对应急行政行为的规则控制是指通过建立应急法制体系, 制定应急法律事先详细、明确地列举、规定行政应急职权, 限定其范围和边界, 规定其行使的条件和目的。权力主体在行使权力时严格遵守规则, 越权则无效。与常态下的行政权力一样, 行政应急权力同样应当出自法律的授权, 受到立法机关的政治监督和法律监督, 应急权力的设计和使用应当受到有效性和正当性两方面的制约。从制度安排的角度而言, 应急法制体系的建立既有助于控制和消除危机, 又可把突发事件的应对纳入法治化轨道, 确保公民权利获得有效的法律保护, 行政权力有效地依法行使。

在现代法治原则支配下, 各国都注重用规则控制手段调整突发事件下政府内部的权力分配及政府权力与公民权利之间的关系。我国现行宪法并未涉及突发事件, 仅对由特别重大的突发事件引发的紧急状态作

了简单规定。新近施行的《突发事件应对法》是我国应对突发事件的统一法律，但它不可能覆盖所有的未来危机，也不可能穷尽性地规定所有行政应急措施，因此，针对突发事件的不同类型制定专门的单行应急法律、法规同样很有必要。在单行应急法律的制定方面，以中华人民共和国中央人民政府门户网站所载“应急管理”的“法律法规”为例，我国现有自然灾害类法律7部，事故灾难类法律14部，公共卫生事件类法律7部，社会安全事件类法律22部。

我国应急法制体系的建设表明“紧急情况下无需法律”的社会已不再复返，单纯凭借政治号召、行政动员或临时政策、命令的方式应急的人治时代也渐渐远去，法制已成为突发事件应对的最优选择，政府要以理性的方式有效应对突发事件。虽然我国的应急立法取得了重要成绩，但相对于我国正常状态下的立法而言，仍落后不少，相对于世界法治发达国家的立法而言，更是存在着差距。

分析我国已有的应急立法，可以看到，我国应急法制的法体模式是统一应急法律与单行应急法律以及相关法规和规章的结合；在单行立法的制度模式选择上，我国主要是一事一法的立法模式。事实上，应急立法并不等同于有关应急的立法，还应当包括“居安思危”的预备法制，这种预备法制可以避免“头痛医头，脚痛医脚”“临时抱佛脚”的突击立法，从而克服草率立法、质量低下、适应性差甚至贻误时机等弊端；那种由于平时不注重预备立法的“人为”原因导致的“临阵磨枪”式的立法之风，则是与现代法治的要求格格不入的。后一种情况正是我国应急法制中存在的问题。以我国的传染病防治为例，据粗略统计，截止2003年5月1日，与传染病防治有关的法律文件共有43个，其中只有2个是“旧的”，即《传染病防治法》和《传染病防治法实施办法》，其他41个则是2003年4月4日至5月1日之间颁发的。在表面上，这虽然说明我们重视用法制手段防治“非典”疫情，但实质上，它更说明了原来仅有的2个传染病防治“法律文件”在许多内容上立法的不完善、不周延。更何况，这些应急立法在法律依据、主体权限等诸多方面存在着有悖于法治原则之处。

因此，对我国而言，最关键的是在平常就扎实地做好相应的应急立法工作，完善非常法制，从而避免以往应急立法中的问题。另外，为完善我国的应急法制，有必要在制定专门的应急法律时，以行政应急权为核心，合理规范应急主体尤其是政府在突发事件预防与准备、突发事件预警、突发事件应对及突发事件后重建过程中的权利(权力)、义务(职责)和责任。具体

而言，可在传统的一事一法模式外，尝试一阶段一法的立法模式。前者是针对各种不同类型的突发事件制定单行法，后者是针对突发事件的不同处理阶段的特点来分别立法，如针对预防阶段制定《灾害预防法》，针对应急处理阶段制定《应急处置法》，针对突发事态停止后的恢复阶段制定《灾害救济法》等。当然，这两种模式并非截然对立，它们存在某种程度上的交叉，是有机联系、二位一体的，从完善我国应急法制的角度来讲是缺一不可的。此外，还应渐次完善各层次、各领域的应急法律规范，逐步完善与突发事件应对机制密切相关的配套法律制度，如行政程序法制、行政强制法制、政府信息公开法制、行政征用与征收法制、行政指导法制、纠纷解决法制、国家赔偿(补偿)法制等^[1]。总之，我国的应急法制必须是一个以宪法所规定的国家应急权力制度为根本，以法律为骨干，以法规、规章及各种法律文件为基础的完整而统一的开放式法制体系。

规则控制模式是建立在立法者具有超人的预见能力和社会生活的绝对静止的认识论基础之上的，在这一认识论的前提下，自由裁量成为多余。现代国家职能的多元化以及突发事件应对的多样化均导致自由裁量机会的大大增加，而有时在实体上判断行政机关是否滥用自由裁量权是相当困难的，对权力的制约又是不可改变的法治原则，为了监督行政机关行政裁量权的行使，程序制约模式常被采用，通过程序控制权力主体的自由裁量活动使权力运行保持在“正当性”的范围内的做法，在现代社会里也日益显现出它的优越性。

(二) 行为实施阶段的程序控制——事中的过程性控制

程序控制指规定应急行政行为行使的程序，确保应急行政权力的适度行使既有效维护社会秩序，又切实尊重和保护公民权利。

正当法律程序约束权力、尊重人权的价值已为人们所共识，诚如威廉·道格拉斯所言，“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实决不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意人治之间的区别”^[2]。程序具有限制恣意、理性选择、“作茧自缚”效应、“反思性整合”等显著优点，程序控制方式注重对应急行政行为为过程的控制，能够弥补规则控制的不足。同时，程序控制把注意力放在权力行为的时间与空间方式以及相对人的参与上，所以能够解决应急权力行使过程中的失控问题^[3]。

突发事件的应对与应急行政行为的实施客观上总是与效率联系在一起的，出于效率的考虑，如若政府

在突发事件应对中采取的一系列应急措施全盘遵循常态下的行政程序,也许会贻误危机应对的最佳时机;而假若将常态下的程序完全弃之不用,行政权力又有恣意和滥用的特殊条件和可能。考虑到应急行政行为满足突发事件应对的紧迫需求以及行政相对人的合法权益不受行政权力伤害的行政法治目标,兼具效率与正当性的特别行政程序成为一种有效的应急行政行为约束机制。所谓特别行政程序是指因突发事件导致公共紧急情况特别是公共危机状态后,按常规状态执行一般程序或简易程序不适应公共应急管理的需要时,为维护社会基本秩序和社会公共利益,维护公民、法人或者其他组织的根本利益,实现公共应急管理目标,根据行政应急原则执行的紧急行政程序^[4]。

特别行政程序本身蕴含着应急所需要的效率因素,这为紧急权力接受程序的规范提供了可能和理由。事实上,紧急程序的存在很大程度上还是应急效率的保证,主要体现在:第一,应急计划或预案中规定的预警信息报告、通报及公布程序有助于实现突发事件的“早发现、早报告、早处置”,从而避免突发事件的发生或危害损失的扩大;第二,紧急程序中规定的紧急权力启动或行使的条件、主体权限、责任分工及免责条款等有利于消除行政机关在危机中相互推诿、扯皮或犹豫拖延,同时避免忙中出错或乱了手脚,以致贻误时机;第三,合理的应急程序设置还有利于节约资源和成本。任何应急措施都是要付出成本甚至损失的,如被隔离人员的食宿、医疗费及其他成本或损失,而超时限或不必要的强制隔离或观察所引发的费用无论由谁来承担,都是对资源的浪费。因此,科学合理的程序规定如隔离条件、时限等就能节约资源、提高行政效率,资源的节约与效率的提高之间是存在着正比关系的。总之,即便是从单纯的应急效率考虑,也是需要紧急程序来保障的。

在内容上,特别行政程序要求行政机关作出应急行政行为时,可以根据公共应急管理的需要,灵活确定行为的步骤、方式、形式、顺序和时间,变通或者部分省略有关行政程序。同时,作为约束和限制,行政机关和行政公务人员实施应急管理时,不得超越职权、滥用职权、以权谋私,应履行表明身份、告知事由、说明理由、告知救济渠道等最低限度的程序义务。最后,在紧急情况或者危机状态消除后,对于需要且能够补充的行政程序手续应当予以完善,对于按特别程序实施应急行为对部分公民、法人或者其他组织的合法权益造成特别损害的,应及时予以适当补救。

灵活、合理的程序并不会降低行政机关实施应急行政行为的效率,相反,它能够巧妙地协调公共利益

与公民权利之间的紧张关系而提高应急行政行为的效率。对此,韦德的一番论述很有说服力:“自然正义原则促进效率而不是阻碍效率。……正义与效率并行不悖,只要法律不要过分苛刻。”^[5]

《突发事件应对法》和我国单行的应急立法均着重从实体上规制应急行政行为,在赋予行政机关充分的应急权力的同时,大都未规定必要且灵活的紧急程序,尤其是对公民权益影响很大的紧急强制程序。因此,针对突发事件的特殊法治需要,我国正在制定中的行政程序法应当有所回应,建议在行政程序法试拟稿中增设一节,设立若干特别程序条款,专门规定应急行政程序,规范应急行政行为。为此,要注意如下几个问题。① 制定权力行使的基准。为了使行政机关合理行使自由裁量权,法律有必要规定行政机关在进行处分时,得遵循一定的处分基准。所谓处分基准是指行政机关所做处分时所依据的基本标准。要求行政机关制定一定的处分基准是许多国家行政程序法的要求。② 说明理由。行政机关在作出行政决定时,必须说明理由,防止滥用权力或行政专横。这是因为,说明理由可以使行政相对人明白被处罚、被拒绝的原因,并据此了解行政机关的行为目的,如果其真的侵害了自己的权利,也好就此提出诉讼理由。③ 建立完备的行政记录制度。除少数由法律明文规定可以由官方认知的事实外,行政机关必须以记录在案的证据为依据,不能在案卷以外,以当事人所未知悉和为论证的事实作为依据,这个原则称为案卷排他性原则。该原则有力的规范了行政裁量行为的行使,使得当事人的陈述意见权利、批驳不利事实权利得到了保障,也使得行政听证、行政说明理由等制度具有可操作性。

(三) 权利救济阶段的诉讼控制——事后的补救性控制

诉讼控制是由法院通过行使审判权对行政权进行控制,这既是权力分工与制约的政治体制的反映,也是法治精神的体现。对应急行政行为的诉讼控制是指法院以事实为依据,以法律为准绳,对应急行政行为进行司法审查,依法院的观点作出撤销或维持的判决,或者作出变更或重做的判决,或者作出要求行政机关履行法定职责的判决。

相对于立法规制而言,对应急行政行为的诉讼控制主要是具体的、个案的、事后的、补救性的监督;从公民个体权利保障的角度来看,立法与司法虽然都发挥着控制行政权的作用,但司法审查对公民权利的保护更有效。这是因为:首先,司法审查可以弥补立法监督措施不够具体的缺陷;其次,司法审查的能动性可使个案达到公正解决;第三,基于历史传统,公

众对司法自由裁量的信任程度明显高于对行政自由裁量的信任程度，裁量结果易于被公众接受；最后，司法不如立法与行政的关系那么密切，司法在历史上一直对行政持戒备之心，司法对行政的监督更具说服力^[6]。的确，“没有司法审查，那么行政法治等于一句空话，个人自由和权利就缺乏保障。司法审查不仅在其实际应用时可以保障个人的权益，而且由于司法审查的存在对行政人员产生一种心理压力，可以促使他们谨慎行使权力”。^[7]由于应急行政行为的行使直接影响到了公民的基本权利，作为人权保障的最后一道屏障，司法机关所提供的司法救济对于最大限度地消除应急行政行为所造成的负面影响是不可或缺的。

在法治理念深入人心之前，司法权对紧急时期的行政权曾经给予了宽容和承认，世界进入行政国时代后，行政权不断膨胀、扩张，不断侵犯着公民的自由民主权利，对行政权的控制被提上了重要的议事日程，司法权通过司法审查完成对行政权的制衡与约束，司法权规制常态与非常态下的行政权成为可能。

当代西方国家大都采取了普遍的法治主义原则，将包括应急行政行为在内的大量行政行为纳入到司法审查范围中。在美国，除联邦行政程序法第701条规定的“法律规定不予司法审查的行政行为”与“法律授权行政机关自由裁量的行政行为”两种排除情况外，凡是因行政机关的行政行为而使公民或组织的法定权利受到不法侵害、不利影响的，均可纳入司法审查的范围。在澳大利亚，公民的权利受到不当应急行政行为的侵害时，可以向有关机关寻求赔偿，在赔偿请求难以得到满足时，可以向法院、裁判所提起诉讼，寻求司法救济。总之，在建立了实质性的司法审查制度的国家中，司法机关对于行政机关在紧急状态下的权力行使仍然享有审查权^[8]。

在我国，对应急行政行为是否可以提起诉讼、进行司法审查，在理论上还未达成普遍共识。有学者认为，不能对应急行政行为进行司法审查，认为“应急行政行为作为国家行为的一种不适合于司法审查”。^[9]更多的学者倾向于应急行政行为可以进行司法审查，主张“发挥司法审查的护宪功能，确保行政紧急权的正当合法行使”^[10]，认为“对行政紧急措施的司法审查应该成为对公民权利的最后救济和保障”^[11]。

应急行政行为是否真如某些学者所言是国家行为从而可以排除司法审查？根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第2条的规定：《行政诉讼法》第十二条第一项规定的国家行为，是指国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权，以国家的名义实施的

有关国防和外交事务的行为，以及经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员等行为。这一解释表明对紧急状态的宣布因属于国家行为、政治问题而不接受司法审查，但显然不能由此作出以下扩大解释：在宣布紧急状态以及进入突发事件应对阶段后，政府所实施的应急行政行为同样属于国家行为进而可以排除司法审查。

从理论上分析，紧急状态的决定、宣布与紧急状态下政府采取的应急行政行为是两种性质不同的行为，前者是国家行为，“是以国家的名义，依据宪法的规定所作的行为，这种行为主要是产生政治的问题，而非法律问题，是基于国家的统治权，因此往往被称为统治行为，而非行政行为。这种国家行为只接受政治审查，追究政治责任，而非司法审查的法律责任”^[12]。因此，对紧急状态的决定、宣布不能提起行政诉讼。应急行政行为并不具有国家行为的特点，属于纯粹的法律行为，如果因应急行政行为的行使直接影响到了公民的基本权利，遵循无救济则无权利的箴言，对其的司法监督必不可少。

笔者认为，在我国，突发事件下政府的应急行政行为与常态下政府的行政行为一样具有可诉性，相对人可以寻求司法救济。在宪法和法律许可的范围内，法院可以对应急行政行为引起的行政争议，作出具有终局效力的判断，该判断对行政机关以及当事人都具有强制执行的效力。对应急行政行为的司法审查的存在意味着行政机关作出的应急行政行为并非具有最终的效力，无论该行为的对或错、合法或违法，只要它不是法律规定的由行政机关终局决断的行为，就存在当事人因对之不满而诉诸法院的可能性。这意味着应急行政行为并不当然具有法律的自足性，存在法院对其审查判断并最终作出司法结论的契机。当然，对应急行政行为的司法审查必须服务于应对突发事件的现实需要，司法机关不能通过行使司法审查权干扰行政紧急权的行使，否则无法实现恢复社会正常秩序的目的。在我国突发事件立法进一步完善的今天，对应急行政行为的司法审查制度的构建也应及时提到议事日程上来。

三、结论

仔细分析上述几种规制途径，我们发现规则控制强调事先的法律规定，程序控制强调事中的程序控制，诉讼控制强调事后的责任追究，究其实质是对同一问题不同侧面的强调。对应急行政行为的规制需要全程

监控,合力作用,惟其如此,正义与效率才得以并行不悖。

参考文献:

- [1] 莫于川. 我国的公共应急法制建设[J]. 中国人民大学学报, 2003, (40): 94-99.
- [2] 转引自季卫东. 法治秩序的建构[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 299.
- [3] 孙笑侠. 论法律对行政的综合化控制[J]. 比较法研究, 1999, (4): 49-63.
- [4] 莫于川. 建议在我国行政程序法典中设立紧急程序条款[J]. 政治与法律, 2003, (6): 8-11.
- [5] [英]威廉·韦德. 行政法[M]. 徐炳等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1997: 94.
- [6] 转引自李娟. 行政法控权理论研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2000: 76.
- [7] 王名扬. 美国行政法[M]. 北京: 中国法制出版社, 1995: 566.
- [8] 郭春明. 紧急状态法律制度研究[M]. 北京: 中国检察出版社, 2004: 114.
- [9] 熊文钊. 现代行政法原理[M]. 北京: 法律出版社, 2000: 445.
- [10] 刘善春, 赵婷. 行政紧急权若干问题探析[C]// 中国行政法的崛起——朱维究教授六秩华诞贺寿文集. 北京: 中国政法大学出版社, 2005: 24-42.
- [11] 赵颖. 紧急状态下的权利保护与救济[J]. 行政与法, 2004, (9): 39-41.
- [12] 陈新民. 中国行政法学原理[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 312.

On Legal Regulation of Emergency Responding Administrative Action

DAI Zhengqun

(School of Law, Hunan Arts and Science College, Changde 415000, China)

Abstract: Efficiency and justice are equally important and neither of them can be neglected in implementation of emergency responding administrative action. Though the objective need of coping with emergency decides that guarantee of personal rights should obey requirement of efficiency, which represents public welfare, efficiency is relative, and right guarantee is the principle which must be followed. Based on the requirement of both guarantee of rights and rule of law, approaches, namely emergency responding administrative action must be controlled. There are three legal regulation approach: rules control, procedural control, and litigation control. To realize the best effect of the three-approach comprehensive action, emergency responding legal and should strengthen construction further, administrative procedure law should be promulgated as soon as possible, the judicial review system of administrative action should be established.

Key words: emergency responding administrative action; rules control; procedural control; litigation control; rule of law

[编辑: 汪晓]