

JURISPRUDENCE STUDY

江苏

2008

法学研究

2008年
第一辑

江苏省法学会 江苏法制报社 编

杨海坤 吕 成 | 迈向宪政背景下的应急法治

王腊生 | 地方立法协作若干重大问题探讨

李玉生 等 | 江苏省征地房屋拆迁立法建构

董新凯 等 | 城市机动车停车场问题的经济法规制

李 浩 等 | 诉讼调解的基本原则及运行机制

杨春福 等 | 江苏新农村建设中农民权利的法理学研究

邢鸿飞 等 | 江苏法律援助机制与工作研究

南京师范大学出版社

江苏法学研究

JIANGSU JURISPRUDENCE STUDY

2008 年 第一辑

江苏省法学会
江苏法制报社
编

新华报业·图书编辑出版中心

策 划



南京师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

江苏法学研究/江苏省法学会,江苏法制报社编.-南京:

南京师范大学出版社,2008.9

ISBN 978-7-81101-792-2/D·93

I. 江… II. ①江…②江… III. 法学-文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 142497 号

-
- | | |
|----------|---|
| 书 名 | 江苏法学研究(全四册) |
| 编 者 | 江苏省法学会 江苏法制报社 |
| 责任编辑 | 高朝俊 |
| 特邀编辑 | 戎东贵 杨 涌 |
| 出版发行 | 南京师范大学出版社 |
| 地 址 | 江苏省南京市宁海路 122 号(邮编:210097) |
| 电 话 | (025)83598077(传真) 83598412(营销部) 83598297(邮购) |
| 网 址 | http://press.njnu.edu.cn |
| E - mail | nspzbb@njnu.edu.cn |
| 照 排 | 江苏金盾彩色图文制作中心 |
| 印 刷 | 江苏海信印务有限公司 |
| 开 本 | 787×960 1/16 |
| 印 张 | 70 |
| 字 数 | 1200 千 |
| 版 次 | 2008 年 9 月第 1 版 2008 年 9 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-81101-792-2/D·93 |
| 定 价 | 160.00 元(全四册) |
-

南京师大版图书若有印装问题请与销售商调换

版权所有 侵犯必究

《江苏法学研究》编辑委员会

主 任：孙安华

委 员：王荣生 缪蒂生 李福全 刘克希
周晖国 吴汝信 邵建东 柳玉祥
严 明 张耀东 万 力 龚廷泰
李友根 艾永明 蒋秋明 高建军
王慧骐 李 燕 吴锦铭

序 言

孙安华

思想交流需要平台,观点交锋需要擂台,成果展示需要舞台。

由江苏省法学会、江苏法制报社联合编辑出版的《江苏法学研究》丛书,经过一年多的酝酿筹备,终于和读者见面了。编辑出版这套丛书,目的在于弥补我省法学会没有学术刊物的缺憾,为全省法学工作者、法律工作者展示、交流法学研究成果构建新的服务载体。

法学会是党领导的人民团体、群众团体和学术团体,是政法战线的重要组成部分,也是广大法学工作者法律工作者之家。法学会的根本任务是繁荣法学研究,推进依法治国。为广大法学工作者、法律工作者开展法学研究提供各项服务也是法学会的重要职责。近年来,随着法治建设的深入推进,我省法学研究队伍不断壮大,法学研究成果数量不断增多,质量也不断提高。为了充分发挥法学研究队伍的积极作用,我省法学会积极“搭台”,通过招标组织法学研究课题组、举办研讨会、开设论坛、举行报告会等形式多样的活动,为广大法学研究者、法律工作者搭建学术研讨和交流的平台,为法学、法律人才的快速成长营造良好环境,为法学研究成果的有效转化创造有利条件。编辑出版《江苏法学研究》丛书,择优选刊我省会员撰写的法学理论研究与法律实务调研报告,是我省法学会为更好地服务广大会员、繁荣我省法学研究而采取的一项新举措,旨在为广大会员搭建思想交流平台,摆设观点交锋擂台,构筑成果展示舞台,更有效地促进我省的法治建设。我省在全国率先提出建设法治江苏,希望全省广大法学工作者、法律工作者

在法学理论研究和法治实践中,牢固树立政治意识、大局意识、责任意识、创新意识、实践意识,为繁荣我省法学研究,推进平安江苏、法治江苏建设,率先全面建成更高水平的小康社会,努力把江苏的明天建设得更加美好作出自己应有的贡献。

树立政治意识,增强法学研究的导向性。增强政治意识,就是要求法学工作者、法律工作者在错综复杂的形势下,保持清醒的政治头脑,坚持社会主义法治理念、坚定正确的政治方向。胡锦涛总书记在全国政法工作会议上强调:“要牢牢把握法治领域意识形态斗争的主动权,坚持用中国特色社会主义理论体系指导政法工作和法学理论建设,加强马克思主义法学队伍建设,坚决抵制敌对势力对我国社会主义司法制度的攻击,坚决抵制西方错误政治观点、法学观点的影响。”我们的法治,是保证亿万人民当家作主的社会主义法治。我们的法学,是服务于中国特色社会主义事业的社会主义法学。社会主义法治理念,是中国特色社会主义理论体系的重要组成部分,是我们党在法治建设领域的重要战略思考和重大理论创新,是科学的先进的法治理念。要把以依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导为主要内容的社会主义法治理念,融会到法学研究的全过程,落实在法学会工作的各个环节。

树立大局意识,增强法学研究的实效性。大局就是全局,就是发展趋势。增强大局意识就是要认识大局、把握大局、服从和服务大局。党的十七大号召全党深入贯彻落实科学发展观,为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗。省委提出又好又快推进“全面达小康、建设新江苏”,率先全面建成更高水平的小康社会,努力把江苏的明天建设得更加美好。繁荣法学研究,必须立足国情、省情,把握社会发展趋势,自觉服从和服务于党和政府的工作大局。法学研究者只有切实增强大局意识,才能找准自己的位置,找准自己的研究课题,才能大有可为、大有作为,才能发挥更大的作用。

树立责任意识,增强法学研究的自觉性。责任意识,就是角色意识,就是要知道自己这个岗位、这个环节在国家政治生活中,在整个链条中所处的位置和作用,自觉做好职权范围内的事。法学研究者的责任是为国家、社会的发展提供所需要的法学智力成果,推进法治建设。全面落实依法治国基本方略,加快建设社会主义法治国家,是中国特色社会主义理论和实践的重要组成部分,是党的十七大提出的重大任务。法学工作者应当以高度的社会责任感肩负

起这一历史使命,努力寻求法学的真谛,探求学术的真知,最终为法制建设提供理论支持。作为法学研究者,应当了解社会发展的总规律,注意观察法治建设的动态过程,敏锐地发现法治建设中出现的新情况与新问题,及时深入地加以研究,提出相应的解决方案。

树立创新意识,增强法学研究的前瞻性。创新就是说别人没说过、做别人没做过的事,走别人没走过的路。理论是行动的先导,要不断赋予法学研究鲜明的时代特色,大力推进理论创新。我们身处信息爆炸的社会,知识更新速度日新月异。法学家要不断追求、不断挑战自我,在这样一个永无止境的过程中不断超越自我、实现自我价值,学问才能不断升华。只有创新的思维,才能有独创的成果。只有创新理论才能引领法治实践的创新,才能开创法治建设的新局面。

树立实践意识,增强法学研究的贴近性。实践出真知,实践验真理。法学研究不是书斋中的游戏,也不是课堂上的实验。法学是一门实践性很强的社会科学,它以法律作为研究对象,而法律又是国家和社会管理的一种非常重要的工具,所以法学家不可能闭门造车,需要理论结合实践,需要对实践有清晰准确的了解与把握。法学研究者和法律工作者需要紧密结合改革发展的实践,深入国家民主法制建设的实践,在实践中发现问题,在实践中寻求答案,在实践中破解难题。

当前,法学研究事业正处于一个崭新的历史起点。繁荣法学研究,是发展社会主义民主政治、发展中国特色社会主义的必然要求,也是全面落实依法治国基本方略、加快建设社会主义法治国家的必然要求。愿我省广大法学研究者和法律工作者,认真贯彻党的十七大对法治建设的战略部署,努力把繁荣法学研究提高到新水平,多出成果、多出优秀成果、多出在全国有影响的成果,为促进法治江苏建设作出新的贡献!

(作者系江苏省法学会会长)

江苏法学研究

JIANGSU

JURISPRUDENCE

STUDY

2008 年第一辑

目 录

CONTENTS

□权威论坛

- 1 迈向宪政背景下的应急法治
——《突发事件应对法》通过后的思考 /杨海坤 吕成

□立法研究

- 10 地方立法协作若干重大问题探讨 /王腊生
- 21 江苏省征地房屋拆迁立法建构 /李玉生 陈高峰 赵雪雁
- 42 城市机动车停车场问题的经济法规制 /董新凯

□热点透视

- 52 绿色贸易壁垒的理性思考与评析 /高凜
- 61 我国发展循环经济的十大法律问题 /高庆年 陈松林

□立项课题研究

- 68 诉讼调解的基本原则及运行机制 /李浩 刘敏 史长青 方乐
- 91 江苏新农村建设中农民权利的法理学研究 /杨春福 胡欣诣
- 106 江苏法律援助机制与工作研究 /邢鸿飞 翟洁君 王建文 李晓秋
- 130 构建和谐社会目标下行政审判的职能定位与作用发挥
/何方 耿辉 朱千里

□民商法学研究

- 153 浅析缔约过失责任 /冯建宁 孟维
- 164 商品房权属迟延交付的责任承担 /张瑞强 周荣强

172 对公司章程发展若干制度选择之构想 /邢光虎

□经济法学研究

179 试论我国经济法的价值体系与构建和谐社会的契合 /张旭

185 论金融调控权的软性 /王炳

196 经济法的现代性与后现代性问题探析
——兼谈和谐社会中的经济法理念 /许石慧

□刑法学研究

203 刑事审判认证若干问题的探讨 /徐立新 任志中

214 未成年人犯罪刑事司法制度的展开 /张书琴 刘伟

□法理探析

223 现代和谐社会的法律解读 /张洪涛

228 论发展循环经济的法哲学基础 /周爱春

□法律实务

234 试论刑事政策视野中的经济犯罪侦查
——以侦查程序视角解读“宽严相济” /王巧全

242 刑事案件未成年被告人社会调查制度的法理考察与司法实践
/沈利 陈亚鸣

252 民事证据交换中的具体问题解析 /柳建安 华震

□比较与借鉴

257 关于太湖流域管理立法的思考
——借鉴美国《田纳西流域管理局法》的经验 /曾祥华

□法苑随笔

263 从重庆“钉子户”事件看公民为权利而斗争的价值 /蔡宝刚

迈向宪政背景下的应急法治

——《突发事件应对法》通过后的思考

杨海坤 吕成*

【摘要】 建立宪政背景下的应急法治机制——包括一般突发事件发生时的应急行政的法治化和紧急状态下国家权力的法治化——是建设社会主义法治国家的必然要求。《突发事件应对法》的颁布施行使我国的应急法治迈出了坚实的一步,但还不能说我们已经建立了比较完善的应急法治机制,除了必须认真实施《突发事件应对法》以外,还需要制定《紧急状态法》、提高其他行政法律法规制定过程中的“应急”意识以及确立和完善应急权力的司法审查制度等。

【关键词】 应急法治 《突发事件应对法》 《紧急状态法》

近几年来,我国紧急法制工作没有停步,特别是在2004年的重大修宪过程中,紧急状态条款进入宪法,标志着我国有关紧急状态问题已经作为宪法问题予以高度重视。在这一背景下,2007年8月30日,第十届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过了《中华人民共和国突发事件应对法》(以下简称《应对法》),这又是一项重要立法成果。从这些立法轨迹,我们清晰地看出党和政府寻求应急法治化的努力和决心。我们有理由相信,随着尊重和保障人权理念在宪政建设中的确立,随着紧急状态相关法律法规的出台和完善,我国以宪政为背景的紧急行政法治已为期不远。

一、对《应对法》颁布实施前突发事件处理的反思

2002年年末,“非典”首先在广东省出现,由于对其性质和后果的错误判

* 杨海坤 苏州大学法学院教授、博士生导师;吕成 苏州大学法学院2007届博士生。

断,“非典”在随后的几个月内迅速向我国其他地区蔓延,部分疫情严重的地区还出现了严重的社会问题。经过数月的努力,尤其是《突发公共卫生事件应急条例》实施以后,“非典”得以有效控制。但随后的一系列大大小小的突发事件似乎在有意地考验我们的党和政府,尽管我们经过努力,有些事件总算是应对过去了,但从全局来看,应对过程明显地折射出我国紧急行政的诸多薄弱环节。

(一)相关立法不完善,应急行政法律依据不足

《应对法》出台以前我国关于行政应急管理的规定有两类:单项应急立法和行政应急预案。单项应急立法在宪法中有关于紧急状态的原则性规定,除此之外还有《防洪法》、《防震减灾法》、《核电厂核设施应急救援条例》、《传染病防治法》、《公共卫生事件应急条例》等法律、行政法规。全国突发公共事件应急预案体系包括突发公共事件总体应急预案、突发公共事件专项应急预案、突发公共事件部门应急预案、突发公共事件地方应急预案、企事业单位根据有关法律法规制定的应急预案、举办大型会展和文化体育等重大活动,主办单位应当制定应急预案等。宪法关于紧急状态的规定有严格的适用条例,在实践中很少出现。其他单项立法对应急行政的规范最突出问题是缺乏统一性和协调性,面对一些较大型综合突发事件往往很难适用。应急预案属于行政工作计划,不能创设新的权利义务,不能为紧急行政权力提供法律依据。不论是单项应急立法还是应急预案都不能有效应对日益频繁和复杂的突发事件,为了更有效地应对突发事件,需要给应急行政提供一个统一的法律依据。这一点也成为《应对法》出台的一个主要动因。

(二)应急行政权的运行不够规范

这一点早在“非典”防治时期就有明显的体现。“非典”首先在广东省出现时,有关部门表现出了不应有的沉默,当疫情进一步扩散至北京、山西、内蒙古时,有关部门仍表现出不应有的沉默,甚至出现对事实严重的隐瞒和封锁。真正的抗击“非典”应是从中央免去卫生部部长和北京市市长开始,但随即采取的各种应对措施却又带来合法性的困惑。应急行政权在多次应急事件处理中都暴露出了“限权与授权都不足”的特点。在这些突发事件应对的循环怪圈中,值得我们深思的有三个问题:一是为什么事件从产生到恶化到被揭发,有关政府部门不能采取有效措施积极阻止事态的发展?二是采取的应对措施是否必要的、合适的、合法的?三是行政问责制究竟能否起到应有的效果?

从已有的突发事件应对过程可以看出,应急行政除了法律依据不足之外,最突出的问题是如何确定和把握应急行政的启动和结束时间。行政应急

措施会影响或者严重影响公民的法律权利乃至基本权利,因此应急行政必须有准确的开始和结束界限。相对于常态管理而言,应急行政是一种特例,是常态管理过程中临时出现的一种情况,应急行政最终还要归于常态。应急行政过早启动可能会不当侵犯公民合法权益,过迟启动,可能会贻误时机,导致事件恶化。准确界定启动和结束时间是以对事态发展的准确把握为前提的。值得提出的是,从以往的事件来看,之所以会出现一次次突发事件的产生、恶化,预警不及时,往往不是因为相关部门不能把握事态的发展,而是因为急于把握。除了态度上的倦怠致使不能准确启动和结束应急行政之外,应急管理机制存在问题也是一个很重要的原因。有些地方的突发事件应对表现出“临渴掘井”、“急来抱佛脚”的特点,缺乏专门性、常设性管理机构和制度。这种仓促上阵的态度在突发事件面前只会使应对忙中出错,或早或迟、或过激或不足。尤其要看到,现有的绩效评估制度也在一定程度上延滞了应急行政的运行:下级政府的工作努力不在于其工作是否符合科学发展的规律,而在于是否能引起上级的注意和重视:有些部门不求有功,但求无过。在这样错位的评估制度中,下级政府的理性做法是千方百计地为自己的所谓“政绩”文过饰非、粉饰太平。即使出了什么乱子,也是想法设法封杀掩盖。直至真相大白、无法掩盖时又手忙脚乱地应对,甚至会采取一些过激性措施,整个应急行政过程不能规范、理性地运行。

(三) 尊重和保障人权的意识淡薄

紧急状态下的人权限制是必要的,但问题的关键是哪些权利可以限制、哪些权利不可以限制,或者是这些权利在什么情况下、以什么方式可以被限制。国际公约和有些国家宪法对人权限制范围的规定各不相同,差异较大。有人在研究紧急状态下如何限制人权时提出了一些人权限制的基本原则。周佑勇教授提出了法律保留原则、比例原则和权利救济原则。有学者认为保障公民基本权利应坚持依法限制原则、比例原则、利益衡量原则和多重基准原则。提出紧急状态下人权限制与保障的基本原则是因为很难精确规定出人权限制的具体范围,只能借助某些原则,然而对这些原则的概括也各不相同。尽管如此,不同原则和不同具体规定中相通的是尊重和保障人权的精神。2004年我国宪法修正案明确规定:“国家尊重和保障人权。”可见这一宝贵精神,应当在国家紧急状态和应急行政中充分体现。

应急行政权是国家紧急权力的一个重要组成部分,但应急行政权决不是为所欲为的“特权”,它不应该具备“超宪性”。正如在1952年的美国“钢铁公司占领案”中,联邦最高法院大法官道格拉斯指出的:“紧急状态并不创造权力;它仅标志着何时应该行使权力的场合。立法对应急行政权的授予不是

笼统的一次性给予,而应对其行使的条件做出有效控制,尤其是通过最低人权保障加以限制。

二、《应对法》:应急行政法治的一个里程碑

如果说《公共卫生事件应急条例》是应急法制化的一次成功的努力的话,那么《应对法》可以称作应急行政法治的一个里程碑。应急行政的法治化,是中国乃至世界各国共同面临的问题。在应急行政中,政府权力既要受到宪法和法律的规范,又需要有广泛、机动的自由裁量权,而两者之间需要保持一定的张力。理想的模式是:立法者能够通过适当的宪法和行政法上的制度安排,将行政紧急权力从宣布到实施的各个具体环节以缜密周详的实体规则和程序规则加以规范,用以调整紧急状况下国家权力之间、国家权力与公民权利之间、公民权利与公民权利之间的各种社会关系,以有效控制和消除危机,及早恢复正常的社会秩序。《应对法》对两者之间的张力关系有较好的处理。

(一)《应对法》之灵魂在于最大限度地保障公民权益

在这次《应对法》草案的审议中,有一个非常有意义的讨论,就是关于新闻自由的管制问题。草案第57条规定:新闻媒体违反规定,擅自发布有关突发事件处置的情况和事态发展的信息,或者报道虚假情况,情节严重或造成严重后果的,由(突发事件)所在地履行统一领导职责的人民政府处5万元以上10万元以下的罚款。该条款公开以后在社会上引起了强烈的反响,多数人认为该条规定反而不利于突发事件的有效应对,甚至是违宪的。《应对法》最终删除了这一条款,这正是人权保障理念在立法中的生动体现,正是出于最大限度地保障公民权益的考虑。

《应对法》的立法目的,就是使宪法民主制度和公民的基本权利和自由,在非正常情况下得以保持和维系。因此,在整个立法过程和法律条文中,贯穿始终的正是这样一个基本理念:在有效应对危机的同时最大限度地保障公民权益。在《应对法》中,至少有如下地方较为突出地体现了对公民权益保障的重视。

第一,确立“分类”、“分级”、“分期”原则,注重常态管理与应急管理的转化。根据《应对法》第2条和第3条规定,突发事件包括自然灾害、事故灾难、公共卫生事件和社会安全事件四类,按照社会危害程度、影响范围等因素,自然灾害、事故灾难、公共卫生事件分为特别重大、重大、较大和一般四级,应对突发事件主要分预防与应急准备、监测与预警、应急处置与救援、事后

恢复与重建四个阶段。对突发事件“分类”、“分级”、“分期”的管理为常态行政和应急行政的转换提供了非常实用而重要的标准。常态行政和应急行政的转换涉及两个方面：一是突发事件发生时依照什么标准从常态行政转换为应急行政；二是突发事件结束后行政机关如何从应急管理转换为常态管理。转换标准问题是常态行政与应急行政的分界线，关系到应急措施的合法性、有效性，关系到公民基本权利的保障。没有第一个转变就不能合法、有效、及时地控制危机；没有第二个转变就可能造成应急权力的滥用，容易造成不当侵犯公民权利的后果。

第二，引入比例原则，选择最有利于保障公民权利的应急措施。比例原则调整两类关系：国家活动中目的和实现目的的手段之间的关系；公民的自由权利与公共利益需要的关系。比例原则要求上述两类关系成比例，不能用大炮打小鸟，杀鸡也无须用牛刀。比例原则是一个逻辑性、操作性都很强的行政法原则，广义的比例原则包括妥当性、必要性和均衡性三个子原则。正因为此，比例原则以其独特的优势在世界范围内得到广泛的认可和适用。《应对法》引入比例原则主要体现在第11条的规定上。《应对法》第11条规定，有关人民政府及其部门采取的应对突发事件的措施，应当与突发事件可能造成的社会危害的性质、程度和范围相适应；有多种措施可供选择的，应当选择有利于最大程度地保护公民、法人和其他组织权益的措施。该条在总则里原则性地规定了应对措施与事件危害之间的关系，与公民、法人和其他组织权益之间的关系。相信这一原则性的规定会给应急行政中大量的措施选择问题带来便利。

第三，尊重公民财产权，被征用财产征用后应当及时返还或补偿。《应对法》第12条规定，有关人民政府及其部门为应对突发事件，可以征用单位和个人的财产。被征用的财产在使用完毕或者突发事件应急处置工作结束后，应当及时返还。财产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。2004年，宪法修正案规定国家为了公共利益的需要，可以对私有财产和土地依法实行征收和征用并给予补偿。《应对法》第12条是宪法修正案精神的具体体现和落实。应急行政是为了控制、减轻或消除突发事件引起的社会危害，一方面要求政府有必要的处置权力，另一方面要求公民、法人和其他组织履行适当的参与配合义务。为应急需要可以征用单位或个人的财产，单位或个人也应积极予以配合支持。但不能据此认为单位或个人有义务无偿“奉献”出自己的财产，公有财产和私有财产应受平等保护，为应急所需而被征用的财产理应予以返还或补偿。

第四，尊重公民知情权，强调信息公开。抗击“非典”给世人的一个重要

启示就是信息越是及早准确地公开,就越能有效及时地应对危机。事实证明,绝不会因为信息的公开而延误或阻碍危机的应对,相反,信息的发布和透明是处理突发事件的关键。为此,《应对法》第53条明确规定,履行统一领导职责或者组织处置突发事件的人民政府,应当按照有关规定统一、准确、及时发布有关突发事件事态发展和应急处置工作的信息。同时第63条规定,地方各级人民政府和县级以上各级人民政府有关部门违反本法规定,不履行法定职责的,由其上级行政机关或者监察机关责令改正;有下列情形之一的,根据情节对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分:(二)迟报、谎报、瞒报、漏报有关突发事件的信息,或者通报、报送、公布虚假信息,造成后果的。这两条规定明确将准确及时公开信息定位为政府法定义务,违者将受到一定的处理。政府有义务公开信息的理论基础源于人民主权的政治理念、公民知情权的满足和公共信息的自由流动。在《应对法》中作此明确规定既是应对突发事件实践经验的总结,也是信息公开理念深入人心和赢得政府认可支持的体现。此举为建设法治政府,实现应急法治奠定了坚实的基础,也为进一步推进信息公开立法做了必要的准备。

(二)《应对法》着眼点在于规范政府应急权力、提高政府应急能力

对于政府应急权力而言,有效性和合法性是最为重要的两点。有效性强调政府的应急能力,要求政府能迅速及时成功地应对突发事件;合法性强调应急行政的法治化,针对以往“紧急状态无法律”,实行“紧急状态亦有法律”,要求政府的应急措施有相应的法律依据,不违反法治社会的基本原则。《应对法》从诸多方面着力规范政府应急权力,提高政府应急能力。

第一,应急管理体制高效有序。《应对法》第4条规定,国家建立统一领导、综合协调、分类管理、分级负责、属地管理为主的应急管理体制。统一领导才能高效,综合协调才能有序。这是一种以“块”为主、以“条”为辅的管理模式,强调各级人民政府的统一领导作用,兼顾人民政府职能部门及各类临时机构的功能。这种管理体制能克服以“条”为主的应急管理模式之弊端,符合当今突发事件的复合性特点。

第二,赋予政府根据不同情况采取不同措施的应急权力。根据突发事件的发展规律,《应对法》将突发事件的应对分为预防与应急准备、检测与预警、应急处置与救援、事后恢复与重建四个主要阶段。明确在不同的应急管理阶段,政府可以采取不同的应急措施。除了根据应急管理的不同阶段采取不同的措施之外,《应对法》还根据突发事件的不同级别赋予政府采取不同措施的权力。应急行政中最为敏感的问题就是应急措施和公民权利之间的关系,根据“分类”、“分级”、“分期”原则赋予政府相应的应急措施适用权,既

是赋权性的,也是限权性的。赋权的目的是提高应急能力,赋权的同时也意味着限权,限权的目的则是保障公民权利。值得行政法学界关注的是《应对法》充分注意到了刚性行政行为与柔性行政行为的结合运用。早在防治“非典”时行政指导等方式就被有关部门加以有效运用,取得了积极效果。根据《应对法》第60条和第61条的规定,上一级人民政府应当根据受影响地区遭受的损失和实际情况,提供资金、物资支持和技术指导,组织其他地区提供资金、物资和人力支援。受突发事件影响地区的人民政府应当根据本地区遭受损失的情况,制定救助、补偿、抚慰、抚恤、安置等善后工作计划并组织实施。公民参加应急救援工作或者协助维护社会秩序期间,表现突出、成绩显著的,由县级以上人民政府给予表彰或者奖励。县级以上人民政府对在应急救援工作中伤亡的人员依法给予抚恤。第34、35、36条也有类似的规定。这些规定涉及许多柔性的、积极的、给付形式的行政行为方式,其在实际应急管理中的运用和效果值得持续关注。

第三,初步确立官员问责制。所谓官员问责制,是指对政府及其官员的一切行为和后果都必须而且能够追究责任的制度。其实质是通过各种形式的责任约束,限制和规范政府权力和官员行为,最终达到权为民所用的目的,是现代政府强化和明确责任,改善政府管理的一种有效的制度。实施官员问责制的目的在于增强官员的责任心,督促官员认真履行公职,全心全意为人民服务。官员问责制在《应对法》中主要体现在第63条,该条规定的问责方式是“由其上级行政机关或者监察机关责令改正”,有所列八种情形之一的,“根据情节对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分”。“违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

值得补充说明的是,官员问责制的实施效果不能仅仅取决于处罚的力度,最主要的是明确问责的对象和范围,实践中防止随便找个“替罪羊”的现象。官员问责制是柄双刃剑,用之不当反而会背离问责制的初衷。为此,要加强问责的程序化和法制化,从制度化的角度追究真正的责任官员。以往的突发事件应对中,总会有部分官员受到不同程度的处理,有的还被追究刑事责任。从问责制的角度出发,向责任官员问责是应当的,但谁真正应被问责、还有谁应被问责应是每一次突发事件成功应对后都应该值得深思的问题。《应对法》关于官员问责制的规定还稍显粗糙,程序化和法制化程度都不是很高,在以后突发事件应对中的实施还需要进一步细化。

第四,建立社会动员机制、开展与国际组织的合作与交流。成功应对突发事件不能仅靠政府,公民、法人和其他组织有义务参与突发事件应对工作。在突发事件的应对中尤其要注意社会公权力组织的作用,其不仅能在政

府应急中予以配合,在某些情况下还可以公共管理者的角色同政府一同应对。比如居民委员会、村民委员会可以调解处理可能引发社会安全事件的矛盾纠纷,还应开展有关突发事件应急知识的宣传普及活动和必要的应急演练。公立高等学校可把应急知识教育纳入教学内容,对学生进行应急知识教育,培养学生的安全意识和自救与互救能力。同国际组织的合作和交流是以往突发事件应对经验的总结,在《应对法》中也得到认可和体现。突发事件的发生有时不仅是中国的问题,多数情况下是全球的问题,是整个人类的问题。“非典”、禽流感、环境污染、飓风等突发事件都是跨国界、跨地区的,越来越体现出“全球化”的特点,因此,突发事件的应对需要各国际政府组织展开密切的合作和交流。

三、迈向宪政背景下的应急法治

“非典”激活了人们对应急法治化的思考,随后一次次突发事件的应对让人们更加充分地认识到应急法治化之重要。具有里程碑意义的《应对法》为应急法治提供了一个基本的框架,是应急管理的“基本法”。但是,《应对法》的出台并不意味着应急法治的高标准实现。抛开《应对法》的实施情况不谈,单就调整范围而言,《应对法》就不能涵盖整个应急领域。宪政背景下的应急法治化至少需要行政法层面上的应急行政法治化和宪法层面上的国家紧急状态权力法治化。由此看来,目前不仅需要一部宪法层面上的《紧急状态法》,而且在行政法层面还需要一些其他配套法律,这些法律要在符合建设法治政府的整体目标下体现应急行政法治的特点。

(一) 配套行政法律法规要有“应急”意识

当年龚祥瑞先生提出的行政法“应急性”原则曾一度引起争议。但笔者认为,龚先生的见解是有道理的,至少行政法律法规在立法过程及条文中应该具有“应急”意识,即不仅要注意到常态行政管理下的规范,更要体现应急管理的要求。应急行政会涉及信息公开问题、行政程序问题、行政强制问题、行政补偿问题等等,这些问题绝非一部《应对法》所能胜任,因此应急行政同时也应受到《信息公开法》、《行政程序法》、《行政强制法》、《行政补偿法》等的规范。一个明显的事实是——至少在“非典”事件以前甚至目前仍有诸多行政法律法规的制定通常是在“常态”定向思维下完成的,很少关注应急管理问题。笔者认为,没有应急法治的政府不能称之为法治政府,不具备“应急”意识或不能应对紧急情况的行政法不能算是完整意义的行政法,也不能算是完成了法治政府的建设。因此,在今后的行政法立法中,不能漏缺