

辽宁大学法学学术文库

国家“211工程”三期立项重点课题资助

行政应急权研究

侯晓蕾/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

辽宁大学法学学术文库

国家“211工程”三期立项重点课题资助

行政应急权研究

侯晓蕾/著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政应急权研究 / 侯晓蕾著. —北京:法律出版社, 2012

(辽宁大学法学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2806 - 4

I. ①行… II. ①侯… III. ①行政权力—研究 IV. ①D035

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 237217 号

辽宁大学
法学学术文库

行政应急权研究

侯晓蕾 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 6.75 字数 166 千

版本 2012 年 1 月第 1 版

印次 2012 年 1 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2806-4

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《辽宁大学法学学术文库》编委会

编委会主任：杨 松 佟连发

编委会成员：(按姓氏笔划排序)

于 虹	任 际	张锐智
郑 莹	郝建设	赵丙贵
郭 洁	路 军	

辽宁大学法学学术文库总序

新中国成立以来,社会主义法制与法学经历了 60 年的发展,特别是改革开放新时期的变革创新,中国特色社会主义法学理论体系趋向成熟、社会主义法治理念得以确立、中国特色社会主义法律体系基本形成。这些深刻变化和辉煌成绩,充分印证了中国法学对法治文明和社会进步的贡献。如今,法治已经成为我国社会最主要的话题之一,法治的理念开始深入人心,法学已经在向中国的“自主性”及法学的中国范式与中国体系发展。

进入 21 世纪,当我们置身于全球化的背景中,深入思考法治及法学问题时,我们发现越来越多的影响因子是上个世纪所没有直面的、至少是没有成为影响法治基本内涵与构建的主要因素,比如环境问题、科技发展、公共卫生、金融危机、外汇储备、裁军与反恐,等等,而今已成为决定法治进程的重要因素。适应鲜活的社会现实、回应大千世界的变化,法律在行动,法律在前进,于是出现了全球治理结构与法治文明演进、国际规范与价值的重塑、非政府组织对法律规制的介入、基于国际义务的国内法修复,等等。在中国社会进程中长期形成的法治理念、法律制度、法制实践路径均遇到来自新世纪社会问题的挑战。它使法学研究始终面临变革和机遇。它使我们这些法学研究者不能总是停留在对传统法律体系的传承上,不能总是纠结在对眼前法律运行的零星观察与思

考中,不能总是沉湎在对西方法律学说和制度的引进与评价上,我们需要突破、需要创新,需要自主,需要在 21 世纪的今天、在中国社会科学贡献于中国乃至世界发展的成果中,体现法学的话语体系,树立法学的不可替代的地位。所以,探索从来就不是终结的,它始终是在新的起点上。那么,我们的使命是什么?什么是我们的贡献?

21 世纪的今天,从事法学研究是幸运的,这不仅仅在于中国的社会主义市场经济和民主政治的制度与实践愈益完善,为我们提供了深厚的实践源泉和进步的社会思潮;同时也在于我们今天所处的世界与历史上的世界、甚至十年前的世界是那么不同,多元化、趋同化、分层化的发展,特别是金融危机的蔓延与深化,使中国及其他新兴经济体成为世界秩序重构的重要力量,提升了我们在国际经济秩序、政治秩序和法律秩序中的发言权和决策权,从而也为我们的法学研究提供了广阔的平台和开放的视野。法治实践的深化呼唤法学研究的繁荣,它赋予我们当代法学家与时俱进的时代使命和不断创新的学术责任。这已经成为法学学术共同体的共识。从日益雄厚的学术积累和不断更新的学术成果就可以看出法学人的不懈努力和追求。辽宁大学法学院教学研究人员的系列成果就是其中的一份。

我与辽宁大学相识已久,交往甚深。他们的经济学、管理学、文学、哲学一直是国内公认的优势学科,他们的法学学科则是经过跨越式发展而后来居上、脱颖而出,已经在法学界拥有显赫之地。特别是 2005 年成功获得经济法学博士学位授权点,突破了发展的“瓶颈”,跃上了新的台阶。辽宁大学法学院是改革开放后国内最早创立的全日制法学本科教育基地之一,在老一辈法学专家的奠基与创建后,经过多年的建设和发展,已经成为我国法学研究和法律人才培养的重镇之一。辽宁大学法学院汇集了一批优秀的中青年骨干教师。他们不慕虚名、敬业尚学、勤奋笃实,辛勤耕耘出一片学术沃土,为国家和地方的民主法制建设和现代化事业提供了理论成果和智力支撑。去年他们的实验室被批准为教育部国家级法学实验教学示范中心,再一次反映出辽宁大学法学学科在学

科建设和人才培养等方面的不懈探索。

此次设立的“辽宁大学法学学术文库”，是辽宁大学法学院在学术研究上又一可喜尝试。辽宁大学作为国家重点建设的“211”学校，在其三期建设规划中，把法学学科作为独立立项建设单位，以“和谐社会的法律规制与创新”为主题，整合学术团队进行学术研究，先后在法治理念、经济法制、国际化问题、司法保障等领域取得了一系列成果。本文库是为了集中展示辽宁大学法学研究成果和整体水平，重点资助在“211”工程三期建设中立项的专著类成果而设立的。在即将出版的成果中，多数是在作者主持完成的国家社科基金课题、司法部部级重点课题、教育部人文社科基金课题的结项成果以及部分教师的博士学位论文的基础上，经过修改、完善而成的。首批出版的几部专著，内容涉及法理学、经济法学、诉讼法学、刑法学、行政法学等。本文库以后还会有第二批、第三批专著陆续出版，这些研究成果不但反映了作者们对国家法治问题的深切关注，而且也显示了他们对国家法治发展的理论贡献。这些凝聚着心血的成果让我们看到了辽宁大学青年学者在法学研究上的探索和努力。

我们相信，也期待着辽宁大学法学院的教师会不断贡献新的研究成果，更加成为中国法治建设行列中的重要力量！正是有这样一批又一批年轻后生，中国的法治建设与法学事业才真正富有希望！

是为序。

教育部人文社会科学重点研究基地·吉林大学理论法学研究中心主任

吉林大学资深教授

中国法学会副会长

教育部社会科学委员会法学学部召集人

教育部法学学科教学指导委员会主任委员

张文显

目 录

导论 /1

一、问题的引出 /1

二、行政应急权的研究现状 /3

三、研究目的、思路及方法 /5

第一章 行政应急权的一般理论分析 /7

第一节 行政应急权内涵的演变 /9

一、紧急状态下的紧急权力的发展过程 /10

二、处理突发事件的行政应急权 /18

第二节 行政应急权内涵的语义分析 /20

一、行政性 /21

二、应急性 /25

三、权力性 /26

第三节 行政应急权的种类及特征 /27

一、突发事件的种类 /27

二、行政应急权的种类 /28

三、行政应急权的特征 /30

第四节 行政应急权与相关概念的异同 /37

一、突发事件与危机 /37

二、危机管理与行政应急权 /38

三、危机处理权与行政应急权 /38

第二章 国外行政应急权体制借鉴 /40

第一节 国外应急理论演进 /40

一、古典共和主义的影响 /40

二、自由主义的影响 /42

三、共和主义和自由主义关于紧急状态在近代的论争 /44

四、公共服务、公共行政理论的影响 /47

第二节 美国行政应急权模式 /55

一、美国当下的应急理论 /55

二、美国对突发事件应急的主要立法 /58

三、美国对突发事件应急主体的权力配置 /59

四、美国突发事件权力配置的特色 /64

第三节 英国行政应急权模式 /66

一、英国对突发事件应急的主要立法 /66

二、英国对突发事件应急主体的权力配置 /67

三、英国突发事件应急权力配置的特色 /70

第四节 德国行政应急权模式 /72

一、德国对突发事件应急的主要立法 /72

二、德国对突发事件应急主体的权力配置 /74

三、德国行政应急权力配置的特点 /76

第五节 日本行政应急权模式 /77

一、日本对突发事件应急的主要立法 /77

二、日本对突发事件应急主体的权力配置 /78

三、日本行政应急权力配置的特点 /81

第六节 对我国行政应急权体制设立的启示 /83

第三章 我国行政应急权力体制的构建 /89

第一节 不同视阈下的行政应急权力结构 /89

一、西方国家应急权建构之路径 /89

二、我国行政应急权建构之路径 /93

第二节 网络式权力结构与我国行政应急权力模式 /96

第三节 我国行政应急权体制的现状 /103

一、我国相关行政应急权的立法现状 /103

二、我国行政应急权体制的现状 /106

第四节 我国行政应急权体制的不足 /109

一、行政应急权的立法不足 /109

二、行政应急权主体划分的缺陷 /111

三、行政应急权主体的权力配置的不足 /112

四、行政应急权运行程序的立法空白 /116

五、行政应急权法律责任的欠缺 /117

六、行政应急权监督机制不明确 /117

第五节 我国行政应急权体制的重构 /118

一、行政应急权的自然法价值——行政应急权的基本原则 /118

二、合作与牵制——行政应急权的主体及其权力配置的构建 /131

三、行政应急权的内容——以行政行为为角度的研究 /139

四、行政应急权的程序制度 /158

第四章 行政应急权的监督机制 /165

第一节 行政应急权的内部控制 /167

一、何为行政应急权的内部控制 /167

二、行政应急权内部控制的优越性 /168

三、行政应急权内部控制实现的途径 /170

第二节 行政应急权的外部监督机制 /174

一、国家权力机关的监督 /175

二、对行政应急权的司法监督 /178

第三节 对具体行政应急行为进行司法监督 /181

一、对具体行政应急行为的司法监督的特点 /181

二、对具体行政应急行为司法监督的实现 /182

三、司法监督的实现途径：补偿与赔偿制度 /182

结语 /186

参考文献 /188

后记 /205

导 论

一、问题的引出

孙中山先生曾考察古今各国政治,究其得失,认为:“政治里面有两个潮流,一个是自由底潮流,一个是秩序底潮流。政治中有这两个力量,正如物理之有离心力与归心力。离心力之趋势,则专务开放向外;归心力之趋势,则专务收合向内。如离心力大,则物质必飞散无归;如归心力大,则物质必愈缩愈少。两力平均,方能适当。此犹自由太过,则成为无政府;秩序太过,则成为专制。数千年底政治变更,不外夫这两个力量的冲动。”^①

自 20 世纪 90 年代以来,我国在自然灾害、公共安全、社会冲突等方面频繁发生过程度不同的突发事件,如 1998 年我国长江流域出现百年不遇的洪水,湘、鄂、赣三省最大受淹面积约为 1586 万亩,受

^① 孙中山:“五权宪法”(1921 年 3 月 20 日的演讲),夏新华等整理:《近代中国宪政历程:史料荟粹》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 585 页。

灾人数超过 230 万人;2003 年的“非典”、2005 年北方的暴雪、2008 年的汶川地震;1999 年,四川省发生阻断交通、围堵冲击党政机关、打砸抢及暴力抗法类群体性事件 443 起。1993 年至 2003 年间,中国“群体性事件”已由 1 万起增加到 6 万起,参与人数也由 73 万增加到约 307 万。^① 这些突发事件具有覆盖面广、危害严重、发生频率高、种类复杂、国际化趋势加强等特点,^②对国家治理提出了巨大的挑战。就当下而言,中国正处于百年社会结构转型与制度变迁的中后期阶段,处于社会秩序“从乱到治”的关键时期。社会结构转型与制度变迁的终极意义,都体现在能否根本实现中国社会“从乱到治”的转折,能否为中国提供一种长久繁荣的、和谐的社会秩序。^③

因而,如何保护国家的正常秩序与利益和公民的合法权益是突发状态的核心问题。此时,公民利益与公共利益、集体利益、国家利益的优先性与常态时相比,产生了变化。国家会不会成为保护国家利益而侵害公民利益的“利维坦”,是学者与民众极为关心的问题。但是无论怎样担心,突发状态下,应对突发事件是政府的首要任务,在现代法治国家中,如何在法律规范中体现政府应急行为的合法性与正当性,以及如何保护民众的合法权益呢?

德国大哲学家雅斯贝尔斯曾指出,哲学有三种主要根源:惊异、怀疑和震撼。相应地对应着哲学的三个基本领域:本体论、认识论和存在论。^④ 本书研究的对象是突发状态下,行政主体的行政应急权。在对其研究之前,有三个核心的问题需要解决。

① 陈利华:“中国‘群体性事件’10 年增 6 倍”,载 <http://news.xinhuanet.com>, 2005 年 7 月 31 日访问。

② 薛澜等:“防范与重构:‘从 SARS 事件看转型中国的危机管理’”,载《改革》2003 年第 3 期。

③ 蒋立山:“迈向‘和谐社会’的秩序路线图——从库兹涅茨曲线看中国转型时期社会秩序的可能演变”,载《法学家》2006 年第 2 期。

④ [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社 2002 年版,第 14 页。

第一,行政应急权的法治的正当性。行政应急权的法治的正当性强调的是作为整体的行政应急权行使过程中所维护和形成的社会秩序类型的“法治”的正当性^①(此处法治的正当性也包含法律的正当性)。哈耶克在《自由秩序原理》中提及的社会秩序的形成以及社会秩序的规则的形是建立在二元论与“知识的知与无知”的基础之上的。而当下,我国法治的路径也是在进化论理性主义与建构论唯理主义的框架中左冲右突、不断尝试的。转型中的中国,特别是在突发状态下,社会秩序的形成已由原来的“国家与市民社会”二元对抗模式,发展成为多元化、互助互制的社会秩序,这为行政应急权的法治正当性提供了突破口,但是无论如何,行政应急权的法治的正当性还是在进化的理性选择与建构的目的选择中走着钢丝。

第二,行政应急权力配置的科学化、合理化。行政应急权力存在的目的性与自身的价值性体现即是其权力配置的科学化、合理化。权力是一种社会资源,在行政法学中,对于权力如何有效运用,无论从控权论发展至平衡论,再由平衡论发展到公共行政理论,都需要权力结构体系的科学建构,特别是在突发状态下,科学、合理的权力配置不仅可以使突发事件应急达到效率目的,而且还可以防止权力的滥用。

第三,公民的基本权利保护与行政自由裁量权。除紧急状态外,^②公民的基本权利的克减与行政自由裁量权的行使是正常法治国家的例外,这种例外的行政应急行为是关涉暂时性的、应急性的、公益性的。突发状态下,行政应急权的核心即是行政应急权的合理配置以及如何规范行政应急自由裁量权。

二、行政应急权的研究现状

国内对于行政应急权的研究是随着客观情况的转变而逐步开展的。

^① 刘杨:《法律正当性观念的转变——以近代西方两大学派为中心的研究》,北京大学出版社2008年版,第63页。

^② 紧急状态下的公民基本权利的克减与行政应急裁量权是两种极端情况,我们关注更多的是紧急状态外的情况。

行政应急权是在公共管理学、社会学、伦理学等学科对突发事件应急的研究中逐步受到关注的。对这种特殊权力,我国学者最初是以紧急状态与国家紧急权为研究对象的。我国较早研究这种特殊权力的是莫纪宏、徐高两位学者,二人合著了《紧急状态法学》(中国人民公安大学出版社1992年版)。其研究的背景是1989年北京发生政治风波,政府派出军警实施戒严。之后,对于行政应急权的研究是缘于“非典”,“非典”后对行政应急权的研究主要呈现以下特点:

1. 学术专著较多,研究类型倾向于危机管理、对策型。主要专著有:(1)莫纪宏的《“非典”时期的非常法治——中国灾害法与紧急状态法一瞥》(法律出版社2003年版)。书中汇集了莫纪宏先生十几年研究防治灾害法和紧急状态法的研究心得,尤其是列举了“非典”时期不同部门法中所遭遇的问题和解决方案,具有很强的实用性。(2)马怀德的《应急反应的法学思考“非典”法律问题研究》(中国政法大学出版社2004年版)。书中探讨了紧急状态下的行政权力运行机制,以及与行政法的关系。(3)应松年教授主编的《突发公共事件应急处理法律制度研究》(国家行政学院出版社2004年版)。书中探讨了突发公共事件的基本特征、主要类型、社会危害、政府责任等理论问题,并介绍了美国、法国和欧盟应对突发公共事件的法律机制。(4)韩大元、莫于川教授主编的《应急法制论——突发事件机制的法律问题研究》(法律出版社2005年版),是目前资料最为丰富全面的研究危机管理和应急法制问题的巨著。(5)郭春明的《紧急状态法律制度研究》(中国检察出版社2004年版)。(6)戚建刚的《法治国家架构下的行政紧急权力》(北京大学出版社2008年版),是目前国内从宪政角度详尽论证行政紧急权的专著。

但是,专著方面的研究有两个问题:一是对于紧急状态与突发状态下的行政权,在研究初期,学者们更多的是研究紧急状态的政府权力,但随着《突发事件应对法》的实施,理论上关注更多的是突发状态下的行政权,就是针对行政应急权力的配置进行研究,而对于行政应急权的正当性以及紧急状态下政府的行政自由裁量权、公民基本权利的内容或功能

上是否克减关注较少;二是对突发事件应急,学者们侧重于应急法律制度等宏观层面研究,从行政法学角度剖析行政应急行为、行政应急权的研究空间还很广泛。

2. 研究论题广泛,论文数量空前增多,研究视角以突发事件应急为主。对行政应急权的研究能够提供理论支撑的不仅限于法学,事实上对公共危机管理模式或类型的研究推动了对行政应急权力的研究。在论文方面,涉及行政应急权的主体、内容、程序、公民基本权力、行政自由裁量权、具体行政应急行为等诸多方面,其中以学者戚建刚的系列文章见长。同时,对于行政应急权的研究偏重以权利制约权力这一角度,多是从保护公民基本权利的角度去制定、规制行政应急权。而且对行政应急权的内容方面的研究稍有欠缺,主要原因是未以行政行为为研究的切入点,研究行政救助、行政强制、行政指导、行政合同等具体行政行为在突发状态下如何行使。较具代表性的论文有杨海坤的《非典,让我们正视行政紧急权力》,他提出了行政紧急权力的四项基本原则,即必要性、合宪性、适当性和程序性。江必新的《紧急状态与行政法治》从行政法的角度论证了紧急状态与紧急行政权的必要性,探讨了紧急行政权的基本内容和受法律规制的可能性,进而提出了规范紧急权的基本思路。莫于川的《公共危机管理与行政指导措施》关注了非强制行政行为在突发事件应急中的作用。

三、研究目的、思路及方法

本书的研究目的之一即对行政应急权作更全面深入的讨论,在吸收前人成果的前提下,秉承学术传统,在传统中求创新。本书的研究目的主要有三个:第一,通过对行政应急权内涵的界定与特征的分析,以及与相关概念的比较,厘清行政应急权的基本内容。第二,通过借鉴国外先进的应急经验,比较我国行政应急权力体制的不足,构建行政应急权力体制,包括行政应急权的主体、行政应急行为、行政应急程序、原则等。特别是对于行政应急权主体权力配置的制度性研究,比较国内外行政应急权的立法背景、立法基础,寻求适合我国的行政应急权力体制。第三,

行政应急权的内涵中含有对公民基本权利造成侵害的威胁,因此行政应急权的监督机制也具有特殊性,根据我国国情、综合学者们提出的理论,主要包括内部控制和外部监督。

本书的研究思路是:行政应急权是行政权中极具特殊性的权力,其中行政应急自由裁量权与公民基本权利的张力极强,如何将行政应急权纳入法治范畴之内呢?其性质、背景又是什么呢?本书将行政应急权置于平衡论、公共行政视角下予以研究,通过对行政应急权的内涵界定、特征分析以及与相关概念的比较,界定本书研究行政应急权的侧重点是紧急状态之外的突发状态下的行政应急权。其次通过对行政应急权本体的认知,寻求行政应急权的法治正当性,即法律规范行政应急权的可能性与必要性;通过与国外先进经验的比较,找寻我国行政应急权力体制的不足,构建我国的行政应急权的法律体制。在行政权、行政自由裁量权的监督机制基础上,建立行政应急权力的监督机制。

在论述上,本书主要采用了历史分析方法、系统分析方法、比较分析方法,结合理论和实践对构建行政应急权体制进行了尝试。