

公共服务视野下的 公共危机法治

Rule of Law on Public Crisis
under the View of Public Service

李燕凌 贺林波◎著

 人民出版社

公共服务视野下的 公共危机法治

Rule of Law on Public Crisis
under The View of Public Service

李燕凌 贺林波◎著

● 人 民 出 版 社

责任编辑:洪 琼

图书在版编目(CIP)数据

公共服务视野下的公共危机法治/李燕凌 贺林波 著.

—北京:人民出版社,2013.11

ISBN 978-7-01-012848-1

I. ①公… II. ①李…②贺… III. ①突发事件-公共管理-行政法-研究-中国 IV. ①D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 278689 号



公共服务视野下的公共危机法治

GONGGONG FUWU SHIYE XIA DE GONGGONG WEIJI FAZHI

李燕凌 贺林波 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京瑞古冠中印刷厂印刷 新华书店经销

2013 年 11 月第 1 版 2013 年 11 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:19.25

字数:310 千字 印数:0,001-2,000 册

ISBN 978-7-01-012848-1 定价:54.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

本著作得到国家社科基金重大项目（11&ZD171）课题组支持，同时受到湖南省“十二五”重点学科公共管理学科、湖南省第三批高校科技创新团队资助，特别致谢！

序 一

当国家面临各种政治危机和重大自然灾害的特殊情况,为保证政府充分调动一切社会资源应对危机,同时最大限度地保护公民权益,需要有统一的紧急状态法或相关法规来规范危机防治行为。现代意义上的紧急状态法律源于第一次世界大战前后的德国和奥地利,两者均在宪法中明确规定紧急状态应对制度,此后,英、美、法和俄罗斯陆续制定相关法律。我国于1996年通过并实施《戒严法》,2007年制定并通过《突发事件应对法》,还先后出台了《防洪法》、《地震法》、《消防法》和《传染病防治法》等单行法,但尚无一部统一的紧急状态法。

李燕凌、贺林波两位作者所著《公共服务视野下的公共危机法治》从理论与实践的结合中,周纳条释,深入展开,在国内为数不多的公共危机法治论著中,是一部很有亮点的力作。

作者从法治观的透析,引入公共危机治理对法治的挑战。其中通过对公共危机法治理念的形式逻辑演绎和对公共危机法治制度的严密批判,完成了对形式意义的法治和实质意义法治的统一性的严密论证。可以称得上匠心独运。

加强对权力运行的制约和监督,是社会主义法治建设的根本要求,本书论说了法治原则适用于特定社会条件下的相关限制,全面阐释了公共危机法治的原则、条件。作者从公共危机法治的指挥体系、预防体系、信息体系、应对体系、善后体系和责任体系六个方面,论说了公共危机法治制度的基本原理,并分析总结了我国公共危机法治制度存在的现实不足,提出了完善公共危机法治制度的改进建议。

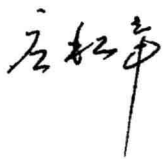
作者还设专章论说了公共危机法治中的人民的地位和权利,这是解题之笔,也是社会主义公共危机法治的本质问题,无疑是建设法治政府的题中应有

2 公共服务视野下的公共危机法治

之义。有权利,必有救济,全书最后阐释了公共危机法治中的纠纷解决:诉讼、赔偿与补偿。显示了作者的周密思考,塑就了本书的全面周详的突出特点。

本书对公共服务视野下公共危机法治的研究遵循了理念、制度与治理的基本思路,论证了公共危机法治应当遵循的基本原则,解析了中国特定社会历史条件下公共危机法治存在的种种现实问题,并有针对性地提出了相关建议,无论是从理论还是实践上,都具有可贵的现实价值。

巧合的是,十年前,国家行政学院承担国家社会科学基金重点项目“中国公共管理的重大理论问题与政府管理创新的对策研究”,我当时所写《突发公共事件应急处理法律制度研究》是该课题的一部分。今天,李燕凌教授承担国家社会科学基金重大招标项目,再次将公共危机法治作为其中最重要的内容加以研究,足见突发性公共事件应急处理法律制度研究的学术地位弥足重要。本书也可以说是对我的《突发公共事件应急处理法律制度研究》的积极回应。李燕凌、贺林波两位中青年学者近年致力于公共管理与法学的交叉研究,精诚治学,颇有建树,他们在研究过程中,有感于与我所写上文的一些共鸣,千里迢迢到北京来嘱我为这本书作序。喜感作者的盛情,庆祝新人的佳作,欣然命笔,絮语以贺,是为序!



中国政法大学终身教授
2013 年年初秋于北京世纪城

序 二

2013年是惊心动魄的“非典”事件十周年纪念。在过去的十年里,中国的应急管理体系建设取得了巨大的进展,实现了历史性的跨越。在回顾中国应急管理体系演变的过程中,我提出国家应急管理体系是一个由政府和其他各类社会组织及相应的制度安排所构成的整合网络,其中也包括法律法规、体制机制(包括公共和私人的部门)、机制与规则、能力与技术、环境与文化。李燕凌、贺林波两位中青年学者所著《公共服务视野下的公共危机法治》,把握了公共危机的治理主体多元化、治理依据多重化、治理方式多样化等典型特征,遵循公共危机法治理念、论证了公共危机法治应当遵循的基本原则,对中国公共危机法律制度进行了认真的条释,解析了中国特定社会历史条件下公共危机法治存在的种种现实问题,并针对政府问责、社会信任、公民地位、权利与救济等深层次问题,提出了治理之策,具有可贵的现实价值。

《公共服务视野下的公共危机法治》阐释了“只有立法才能保障公共危机治理体制的合法性”这一基本理念,论证了公共危机事件中社会应急管理立法的必要性。作者认为,公共危机事件可能带来巨大危险,这种危险常常被视为一种会传染的社会“疾病”。政府有责任隔离这种“社会传染”,以阻止传染病的肆虐流行。因此,在公共危机事件状态下,建立隔离制度是开展公共危机治理中的有效手段。同时,为了能够让政府采取有力措施制止公共危机的进一步演化,有些危机治理法律制度甚至涉及人权克减。但本书作者认为,现代法治的核心理念是控制政府权力的行使,应当将权力关进“制度的笼子”,即使在危机状态下,这个理念也不能有所改变。事实上,相当多的国家在紧急状态立法中对紧急权力的行使设置了种种法定限制,以抵抗非法紧急权对公民权利的侵害。本著在论证公共危机法治的必要与可能时,特别强调在公共危机治理过程中,如果没有严格的法治作为保障,就会产生另外一些严重的问题,即公权机构可能会滥用治理权力,甚至利用治理权力进行寻租,或随意打

4 公共服务视野下的公共危机法治

着公共利益的幌子行公权私用之实。作者在这里所关注的,恰恰是公共危机法治的重点,如何能够保证治理者得到充分的赋权去应对公共危机,同时也能给治理者以最基本的约束,避免滥用公共权力。

公共危机管理法治方面的另外一个问题就是如何协调针对不同事件的专项性的法律法规与总体性的统一法规。我国先后制定了应对社会动乱的《戒严法》,对付重大疫情和自然灾害的《动物防疫法》、《防震减灾法》、《防洪法》、《消防法》及一系列行政法规和部门规章。不过这些法律法规和部门规章本身具有很强的独立性,部门管理的色彩很浓,在突发性危机事件的应对上还存在协调困难等多方面问题。2007年开始颁布实施的《突发事件应对法》在提供统一的应急管理法律框架方面迈进了重要的一步。李燕凌、贺林波两位中青年学者所著《公共服务视野下的公共危机法治》对中国如何建立统一的紧急状态法治框架有着清醒的认识并给出了他们的分析和建议,难能可贵。

10年前的2003年,我和同事们曾出版《危机管理:转型期中国面临的挑战》的著作,努力反映了美国“9·11”事件发生后全球危机形态的变迁,并通过理论研究和案例分析,探讨了转型期中国公共危机形态的根源及其特征,从不同的角度勾勒了现代危机管理体系的基本框架,提供了非常规决策治理的整体战略设计和制度安排,为促进公共治理结构的顺利转型和社会的协调发展提出了可资借鉴的模式。在著作的最后部分我们特别提出加强中国公共危机法治建设的紧迫性。现在,李燕凌教授在其承担的危机管理国家社科基金重大招标项目的研究中,高度重视公共危机法治研究,可以说是对我们提出的建议的正面回应。李燕凌与贺林波两位中青年学者一直积极努力于公共管理与法学的交叉研究,长期坚持公共危机法治教育与研究工作,并取得了可喜的成绩。希望他们新作的出版,能够激发更多的学者关注公共危机法治建设,为完善国家应急管理体系提供知识的贡献。

清华大学公共管理学院院长



2013年11月15日于清华园

目 录

序 一	应松年 1
序 二	薛 澜 3

第一部分 理 念

第一章 法治:原则与条件	3
第一节 法治观解析	3
第二节 法治的形式原则	15
第三节 法治的家庭相似性	26
第四节 法治的社会历史条件	36
第二章 公共危机治理:挑战与冲突	49
第一节 公共危机及治理的特殊性	49
第二节 公共危机治理对法治的挑战	56
第三节 公共危机治理与法治的冲突	66
第三章 公共危机法治:能治与善治	80
第一节 公共危机法治:必要与可能	80
第二节 公共危机法治:规范与事实	92
第三节 公共危机法治:原则与条件	108

第二部分 制 度

第四章 公共危机法治的指挥体系:管理体制	121
----------------------------	-----

2 公共服务视野下的公共危机法治

第一节	公共危机管理体制的内涵、特征与原则	121
第二节	设置公共危机管理组织机构的原理	125
第三节	我国公共危机管理体制:现状、问题与完善	131
第五章	公共危机法治的预防体系:预防与应急准备制度	139
第一节	公共危机预防与应急准备制度的基本原理	139
第二节	我国公共危机预防与应急准备制度及存在的问题	145
第三节	完善我国公共危机预防与应急准备制度的建议	155
第六章	公共危机法治的信息体系:监测与预警制度	159
第一节	公共危机监测与预警制度的基本原理	159
第二节	我国公共危机监测与预警制度及存在的问题	162
第三节	完善我国公共危机监测与预警制度的建议	167
第七章	公共危机法治的应对体系:处置与救援制度	171
第一节	公共危机处置与救援制度的基本原理	171
第二节	我国公共危机处置与救援制度及存在的问题	176
第三节	完善我国公共危机处置与救援制度的建议	184
第八章	公共危机法治的善后体系:事后恢复与重建制度	190
第一节	公共危机事后恢复与重建制度的基本原理	190
第二节	我国公共危机事后恢复重建制度及存在的问题	193
第三节	完善我国公共危机事后恢复与重建制度的建议	201
第九章	公共危机法治的责任体系:法律责任制度	208
第一节	公共危机法律责任制度的基本原理	208
第二节	我国公共危机法律责任制度及存在的问题	211
第三节	完善我国公共危机法律责任制度的建议	216

第三部分 治 理

第十章	公共危机法治中的政府:角色与责任	223
第一节	公共危机法治中政府的地位与角色	223
第二节	政府对公共危机事件的确认	227
第三节	政府对公共危机事件的规制	236

第十一章 公共危机法治中的人民:地位与权利	248
第一节 公共危机法治与市民社会	248
第二节 公共危机法治与社会权力	254
第三节 公共危机法治与公民权利	264
第十二章 公共危机法治中的纠纷解决:诉讼、赔偿与补偿	272
第一节 公共危机法治中的行政诉讼	272
第二节 公共危机法治中的行政赔偿与补偿	279
主要参考文献	291
后 记	296

第一部分

理 念

现代法治观一般认为,要使人们的行为有服从法律治理的可能性,法律必须满足一些基本的形式要求;要使法律的治理保持足够的稳定性,法律必须满足一些基本的实质要求;要使法律的治理保持良好的实效性,法律还必须符合一个国家的国情。公共危机治理的特殊性对传统的法治秩序形成了挑战,并与传统的法治观念相冲突。即使如此,公共危机实施法治还是必要的,从规范与事实的角度来分析,公共危机实施法治也是可能的,只是需要在不同的原则和条件下实施。

第一章 法治:原则与条件

法治理念可以追溯至古希腊。亚里士多德在比较了法治与人治之后提出,“法律应当统治。”亚里士多德还给出了法治的定义,即“已经制定的法律获得了人们的普遍服从,人们所服从的法律又应当是善良的法律”。在历史上,法治理念与罗马法的另一个理念“政权凌驾于法律之上”形成了鲜明对比。现代法治理念起源于英国,由英国学者戴西首先阐述为一种理论体系,并在英美法系国家首先得以实现,并随后推向世界。一般认为,法治至少包含了两个层面的意思:一种是狭义上的,本身不包含任何“公正”与否的价值判断,而为人们寻求一种形式上公正的法律框架和程序,依据法律治理事务;另一种是广义上的,扩展了狭义法治的概念,提出了保障人权及各种自由等基于法治的实质性权利。本章的主要内容是阐述法治观念两个层面的不同意义,将法治观念区分为共通性和特殊性两个部分,解释法治的共通性原则,指出法治特殊性观念实现的具体条件。

第一节 法治观解析

一、世界主要国家的法治观

(一)英国的法治观

英国是近现代法治的起源地,是经验的和渐进的自由主义法治样本,也可以说是规范主义法治观的代表国家,美国法治观的形成很大程度上是对英国法治理念继承与革新的结果。

英国法治源自于13—18世纪对王权的限制,本质上是限制国家权力与保障贵族自由之间的斗争。由于这种斗争,“在英国终未建立起一人统治的君

主,因而从未有过凌驾于自己法律之上的绝对的国家权力”^①。在其中,法治充当着调和权力与自由紧张关系的角色。斗争的直接结果是,在英国贵族与国王之间签订了一份奠定英国法治基础的重要文件,1215年的《大宪章》。《大宪章》规定了国王与贵族在自由、收益、土地和继承等方面相互的权利与义务关系,使国王的权力受到了自愿达成的契约的限制,尽管《大宪章》所保护的对象仅限于贵族,但是,“不了解贵族而只惧怕国王的后代人却把它看成是对人民自由的保障”。^②近代英国的许多法治原则均源自于此,《大宪章》第39条和40条可以看做是当代法治原则一罪刑法定和不自证其罪的雏形。第39条规定:凡是自由民除经同等身份者依法裁决或遵照国内法律规定外,不得加以拘留、监禁、没收财产、剥夺法律保护权,或加以放逐、伤害、搜查或逮捕;第40条规定:朕不得对任何人滥用、拒绝、延迟权利或奖赏。对《大宪章》进行理论阐述最著名的学者是布莱克顿,在其撰写的著作《论英格兰的法律和习惯》中,他提出了以下著名的论断,即“国王不应在任何人之下,但应当在上帝和法律之下”,^③以及“所谓绝对的奴役,就是一个人根本无从确定所要做的事情,在这种境况中,今晚绝不知道明天早晨要做何事,亦即一个人须受制于一切对他下达的命令”。^④在这种理念的指导下,英国发展出了一系列具有英国特色的法律制度,比如三权分立、普通法与衡平法对立结构、判例制度和律师学院等,尤其是三权分立的制度以及由律师学院所导致的法律职业共同体的形成,对英国法治的形成与发展起到了非常重要的作用。

英国法治发展的第二个阶段是17世纪开始的将保障个人自由视为法治的本质特征。此阶段的个人自由是哈耶克所言的“免于强制的”消极自由,而非现代意义上“自我实现”的积极自由。保障个人的消极自由,实际上就是要求限制政府的任意权力,要求政府不对公民的自由意志和行动进行不必要的干预。这种理念的形成源自于政治上的斗争,即由国王查理一世控制的“星

① Neil MacCortnick, *Der Rechtsstaat and die rule of law*, utistzeitung, 1984.p65.

② [英]詹宁斯著:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,三联书店1997年版,第33页。

③ 上海社会科学院法学研究所编译:《法学家与法学流派》,知识出版社1981年版,第300页。

④ [英]弗里德利希·冯·哈耶克著,《自由秩序原理》(上册),邓正来译,三联书店1997年版,第163页。

座法院”和“普通法院”之间的管辖权之争。随着国王权力的扩大,由国王控制的“星座法院”的权力也随之扩大,遭到了来自“普通法院”的抗拒,“普通法院”坚持“法律至上”的原则,要求国王也必须遵守法律,而“星座法院”则坚持国王权力至上,一切听命于国王的命令。其中,“普通法院”大法官科克起到了重要作用,他不仅提出了国王应当服从法律的“法律至上”的理念,在实践中也积极地组织反对派与国王进行抗争。抗争的结果是1628年《权利请愿书》的通过,以及随后1640年的《人身保护令》和1689年的《权利法案》的先后颁布实施。在这些法案中,确立的最重要的原则是司法独立,确保了普通法院对案件的审理不受国王和议会干预的权利。另外,还确立了不得任意逮捕公民、不得自证其罪和要求陪审团进行审判等多项权利或原则,为保障公民个人自由奠定了良好的制度基础。这一时期著名的理论家,如霍布斯、黑尔、哈林顿和洛克等,对法治的本质是否为保障公民的个人自由展开了激烈的争论,使人们对英国法治保障公民个人自由的本质特征有了更深刻的认识,尤其是洛克的《政府论》,明确将个人自由与限制政府权力紧密联系在一起。他认为,“法律的目的不是废除或限制自由,而是保护和扩大自由。这是因为在一切能够接受法律支配的人类的状态中,哪里没有法律,哪里就没有自由。”^①为了保障公民个人自由,洛克提出了以下法治观念,即政府应当根据法律来统治而非统治者的个人意愿来统治、立法权与行政权应当分立、未经人民同意不得征税以及立法权不得委托他人行使等。历史上,这些观念在英国的法治实践中得到了很好的贯彻。

19世纪末20世纪初,英国法治观念在戴雪的阐述下逐渐开始走向完善,并正式形成了独具英国特色的法治模式。根据戴雪的阐述,英国法治具有不同于欧陆国家治理的三个特征。首先,英国法治具有法律至上的特征。即正式制定的法律拥有绝对的权威和至上的地位,人们只服从正式制定的法律的治理,只因违法而受到惩罚,不受任意专制权力的制约,排除特权在法律中的适用,排斥政府任意专断的自由裁量权。其次,法律面前人人平等。此处所指的法律是由普通法院通过判例发展积累的法律,而非由国王制定的法律,后者可能包含任意专断的判断,给予某些人或群体以特权,而前者则坚持公正正义

① [英]洛克著:《政府论》(下篇),叶启芳、粗菊农译,商务印书馆1983年版,第36页。

的观念,对案件本身进行审理,对国王制定的法律进行审查,在某种意义上,普通法院所坚持的法律实际上是一种“自然法”,人们在其面前应当是平等的。最后,宪法是法院司法的结果。在戴雪的观念中,宪法应当是不成文的,应当通过法院的司法活动来发展,也就是说,宪法存在于法院的司法活动之中,为自然生长之物,而非人为建构之物。戴雪对英国法治观念的阐述存在着一个矛盾之处,即他坚持法律具有至上性,同时也坚持制定法律的议会也具有至上性,这就存在一个难以解决的问题,议会制定法律需不需要遵守法律?如何遵守,应当遵守何种法律?换句话说,立法权是不是一个不受任何限制的权力?在戴雪所处的时代,英国古典法治观念受到了来自功利主义和福利主义的冲击,个人自由的法治保障受到了前所未有的挑战,戴雪对法律至上和司法独立制度的强调,实际上是想恢复个人自由受法治保障的观念,这也奠定了英国法治近一百年来发展的主要路线,即在个人自由与社会福利主义之间的冲突与摇摆。

(二) 美国的法治观

一般认为,美国的法治观与英国的法治观存在着极其紧密的联系,两者是普通法系的主要国家,美国曾经是英国的殖民地,在美国独立之前接受的就是英国的普通法的传统。美国独立之后,在制定宪法的过程中,主要从英国继承的应当是个人自由的理念,美国宪法的设计完全围绕着这一理念而展开。宪法制定者受到了孟德斯鸠和洛克理论的影响,但是在具体宪法方案的设计上却体现了英国传统经验方法的影响。美国法治观念的发展经历了以下几个阶段。

美国法治观念发展的第一阶段是独立之后美国宪法的制定。在这个阶段,主要解决的问题是如何在政府中分配权力。经过长期的讨论,宪法制定者们最后奠定了美国宪法设计的两个重要原则:其一是权力分立;其二是权力制衡,前者又是后者的基础。这两条原则体现在美国宪法权力分配的任何一个环节之中,其终极目的是最好地保障个人自由,使个人免受任意专制权力的迫害。这种观念实际上是深受孟德斯鸠思想的影响。在《论法的精神》一书中,孟德斯鸠阐述了权力与自由的一般关系,并提出了“绝对的权力将导致绝对的腐败”、“只有以权力来制约权力才能保障自由”的著名论断。然而,孟德斯鸠并没有提供宪法设计的具体方案,他阐述所依据的经验来自英国法治的实