

# 应急行政行为的司法认定难题及其化解

林鸿潮

**【摘要】**在涉及行政紧急权力的诉讼中,法院首先需要甄别被诉行为是否真正具备紧急性,以防止行政机关滥用职权。以最高人民法院裁判文书为样本的分析发现,当前我国司法实践主要从事实证据、职权、程序等常规性形式审查标准入手认定应急行政行为,效果不佳。对此,应当认识到应急法中控权性规范密度比较低、以紧急性规范为主的特点,从法定化的应急体制、机制中挖掘可资利用的观察点,将案件系争的应急行政过程尽可能真实地还原出来,建立起符合应急行政活动本质特征的司法认定标准。

**【关键词】**应急行政行为;行政紧急权力;司法认定;审查标准

**【作者简介】**林鸿潮,中国政法大学钱端升讲座教授、应急管理法律与政策研究基地主任、法学博士。

**【原文出处】**《政治与法律》(沪),2021.8.126~136

**【基金项目】**北京市社会科学基金重点项目“深化北京市应急管理执法改革研究”(项目编号:19JDFXA002)的阶段性成果。

应急行政行为,如果从广义上看,可以按照我国《突发事件应对法》确立的框架,将其理解为行政机关为了应对突发事件、在应急管理全过程中实施的各种行政行为。<sup>①</sup>然而,考虑到突发事件的事前管理(日常风险防控、应急准备)和事后管理(恢复和重建)仍属于常态期,相关行政行为和其他领域比起来并无特殊之处,真正具有紧迫性、权力优先性等特征的应急行政行为应做狭义理解,即限定于从预警发布或者突发事件发生到其危害消除或者明显减轻期间所作出的行政行为,也就是特指在行政应急法律状态下做出的行政行为。<sup>②</sup>

应急行政行为的作出必须以突发事件实际发生或者存在发生的较大可能性为前提,属于例外情形,其数量自然有限,引起的行政争议案件则更少,所以不甚引人关注。然而,近年来,关于某一行政行为是否属于应急行政行为的争议却开始在各级

法院频频出现。例如,地方政府以相对人的房屋受到洪水、泥石流、山体滑坡等自然灾害的紧迫威胁,需要以紧急避险为理由,将其强行拆除,而相对人认为这种紧迫威胁并不存在,政府的真正目的在于假借应急救灾之名规避房屋征收补偿程序,因此提起行政诉讼。<sup>③</sup>又如,地方政府以某公用事业特许经营企业出现运营困难而无法持续服务,可能造成公众不满引发社会安全事件为由,将企业强制接管。企业却认为不存在这样的危急情形,政府的真正目的是干预企业经营自主权甚至侵夺企业财产,因而提起行政诉讼。这些案件的争议焦点都在于,行政机关在案件中是否真正具备了行使紧急权力的条件?其作出的行为是否果如其主张的那样构成应急行政行为,从而可以在公私双方权利义务的处理上获得某些特殊对待?为了找到审理和裁判这些案件的可行路径,就需要为应急行政行为的司

法认定提供一套标准。

对这类案件的审理和裁判还关系到一个更加重要的问题,那就是司法机关应如何监督行政紧急权力。法院如何通过司法审查监督行政权力关系到司法审查的强度,最终需要探究的是司法权和行政权之间的界限。<sup>④</sup>人们在思考这个问题时,都以常态下的行政权力作为情景假设。通常认为,面对特殊的行政紧急权力,司法审查的强度更低、范围更小。<sup>⑤</sup>那么,司法机关对待行政紧急权力和一般行政权力的不同立场应如何恰当地体现出来呢?这也是笔者于本文中试图探索的问题。

### 一、对当前我国司法实践的考察

考虑到裁判的权威性和对全国各级法院的指导意义,笔者选取最高人民法院涉及应急行政行为认定的案件作为分析对象。以“突发事件”为关键词在中国裁判文书网进行全文检索(检索时间截至2021年3月10日),得到生效的行政裁判文书30份;以“应急”为关键词检索,得到122份;以“紧急”为关键词检索,得到461份。对上述共计613份裁判文书进行阅读,剔除与主题无关的文书,以及因超过起诉期限、被告不适格、重复起诉等原因没有进入

实质审理的案件,共得到39个案件。其中,还有多个原告就同一事实分别起诉形成的多个案件,由于法院对这些案件的裁判内容并无差别,可以归为一组,作为一个样本分析,由此得到的案例分析样本一共有18个。从时间上看,考虑到中国裁判文书网公布的裁判文书始于2014年,则自当年至今,按照最高人民法院立案的年份为标准,18个案例分析样本分布如图1所示。

考虑到最高人民法院2020年立案的很多案件截至笔者写作本文时尚未裁判,该年份的案件数量实际不止此数。可以认为,尽管样本数量不多,但涉及应急行政行为认定的案件在近三年仍呈明显增多趋势。在这些案件中,除了宁夏易巨能实业有限公司、彭阳县巨能热力有限公司诉彭阳县人民政府案,两公司在诉讼理由中以否定被诉行政行为的应急性作为核心主张,最高人民法院的裁判却回避这一点之外,在其他案件中,最高人民法院都就应急行政行为的认定做出了判断并阐述了理由。通过分析这些理由可以发现,在有些案件中裁判者只使用了单一判断标准,有的案件中则同时使用多个。无论某一审查标准被单独使用还是并用,

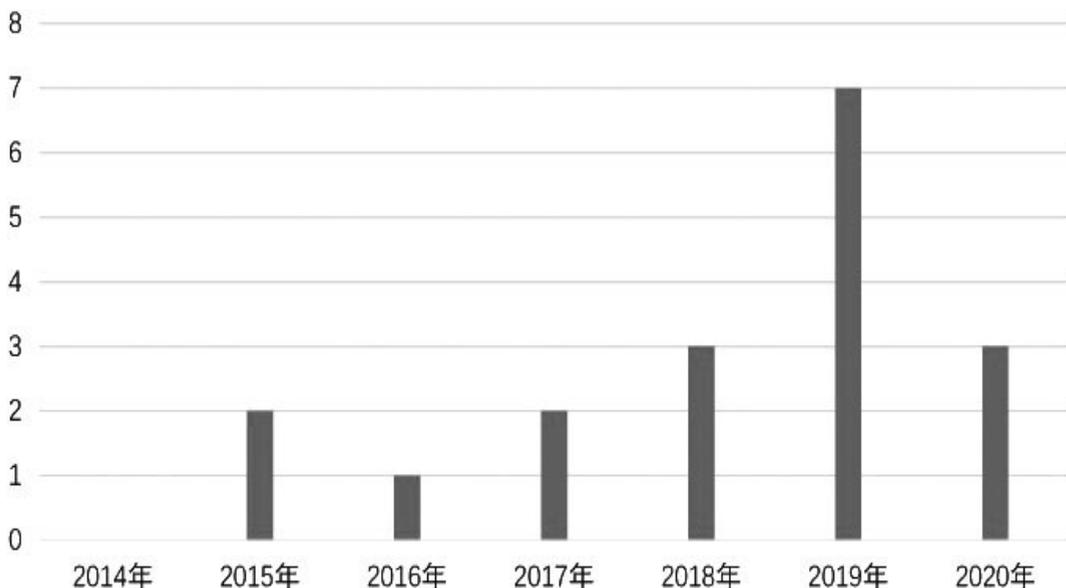


图1 最高人民法院关于应急行政行为认定案例的年份分布

笔者都将其计算为一次,各种标准的适用次数分布如图2所示。

第一,基于事实的认定标准。通过分析可以发现,在绝大部分案件中,法院首先都对“是否存在紧急情况”做出事实认定,并以此作为判断行政机关能否动用紧急权力的重要依据,其中有五个案件法院以此为唯一判断标准。法院有时较为细致地区分了两个步骤,先认定是否发生了突发事件或者存在迫切危险,再认定该事件或危险是否对当事人或者他人的生命财产造成严重威胁;有时则比较笼统地进行概括性描述。法院在案件中所认定的紧急情况,包括山体滑坡、坝体断裂、强降雨、水位超警戒、水库泄洪、发现废旧炮弹、重大火灾隐患、高等级危房、口蹄疫、水体严重污染等。法院认定事实的依据主要有两类:一是行政机关做出的各种决定、通告、通知中对事实的记载,以及作为支撑性材料的勘验报告、鉴定意见、专家建议等;二是一些公开信息,如天气预报、官媒报道、应急响应启动公告等。在一部分案例中,法院还援引我国《突发事件应对法》第3条中“突发事件”的定义和案件事实进行对照,如陈照兰、四川省诉宜宾市翠屏区人民政府房屋拆迁案,<sup>⑥</sup>徐州北区热力有限公司诉徐州市鼓楼区人民政府强制停止经营案,<sup>⑦</sup>章爱妹、李志明诉龙游县人民政府强制

拆除案<sup>⑧</sup>,苏艳诉大连金州新区管理委员会强制维修房屋案。<sup>⑨</sup>其中,徐州北区热力有限公司诉徐州市鼓楼区人民政府强制停止经营案中法院还援引了地方性法规《江苏省实施〈中华人民共和国突发事件应对法〉办法》。在其他案件中,法院则没有援引法律定义相对照,而是按照对突发事件、紧急情况的通常理解进行认定。

第二,基于职权和程序的认定标准。除了对“是否存在紧急情况”进行事实认定,“被告是否具有法定的紧急权力”和“是否适用了应急行政的相关法定程序”是运用较多的另外两个判断标准,分别被适用了六次和五次。通常情况下,职权和程序是判断被诉行政行为合法性的标准,而不是认定其是否某种行为的标准。不过,基于危机信息处理、应急资源统筹、部门职能整合等因素,以及增强应急措施权威性、科学性等考虑,法律对应急行政行为的实施主体和实施程序设定了一些特殊要求。<sup>⑩</sup>比如要求以县级以上人民政府或能够代表该政府的应急指挥机构名义实施,要求对突发事件进行分析、研判之后再做出决策等。因此,判断被诉行政行为在职权、程序方面是否具备这样的特征,既可以用于对该行为的合法性评价,也可以作为识别应急行政行为的标志之一。在个别案件中,法院还适

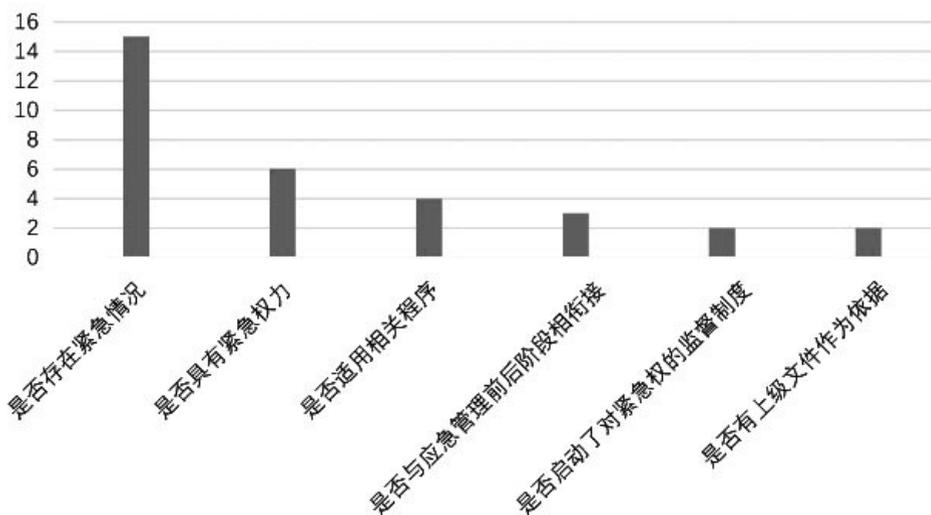


图2 最高人民法院对应急行政行为的认定标准分布

用了有关应急预案中的程序对被诉行为进行认定,如江苏省姜堰市新惠奶牛养殖专业合作社诉姜堰区人民政府扑杀奶牛案中,法院就援引《江苏省口蹄疫防控应急预案》中关于对疑似疫情进行临床诊断的程序性规定进行判断。<sup>①</sup>尽管应急预案是否具有法律效力本身值得质疑,<sup>②</sup>但法院的做法和援引法定程序对应急行政行为进行认定的思路却是如出一辙的。

第三,基于应急管理阶段衔接的认定标准。应急管理贯穿突发事件事前、临事、事中、事后,以适应公共危机发展演变的循环周期。<sup>③</sup>因此,面对紧急情况作出的处置行为不是孤立的,必然存在或前或后的其他一些应急管理活动与之衔接。在个别案例中,最高人民法院将被诉行为是否存在这种前后衔接的其他应急管理活动作为识别标准之一。例如,在柏尝、柏顺心、王亚军、郭全分别诉东莞市人民政府紧急排险处置这一组的四个案件中,法院就认为,被告在集中转移生猪后,临时委托具有养猪资质的企业集中收存了全部生猪,后按高出同时期生猪市场价格约50%的价格集中出售了案涉生猪,该措施有利于减少养猪从业人员的经济损失。由于政府在紧急排险之后采取了应急补偿,可以佐证之前的行为属于应急行政行为。<sup>④</sup>在黄晓泉、袁作权分别诉郴州市北湖区人民政府房屋拆迁这一组的两个案件中,法院则以被告事前未曾发布暴雨警报、进入预警期为由,认为其以应对暴雨灾害为由拆除案涉房屋的行为不是应急管理行为。<sup>⑤</sup>相反,在黄仲贵等人分别诉百色市人民政府紧急泄洪这一组的十四个案件中,法院以被告泄洪前曾发布过预警为由,肯定被诉行为属于应急行政行为。<sup>⑥</sup>

第四,基于紧急权力监督机制的认定标准。鉴于行政紧急权力滥用的较高风险,法律对应急行政活动还规定了一些特殊监督制度,特别是来自立法机关的监督。<sup>⑦</sup>在个别案件中,法院以这种监督制度是否被启动作为认定被诉行为性质的标准之一。例如,在前述黄晓泉、袁作权分别诉郴州市北

湖区人民政府房屋拆迁这一组案件中,法院否定被诉行为应急性的另一个理由就是,被告作出应对暴雨灾害拆除房屋的决定后未曾报本级人大常委会备案。在前述的徐州北区热力有限公司诉徐州市鼓楼区人民政府强制停止经营案中,法院也提到了这一理由。

第五,基于上级文件的认定标准。在两个案例中,法院还使用另外一个标准作为判断依据,就是被诉行为是否有上级文件作为依据。例如,在宋远华、刘学略分别诉湖北省巴东县人民政府强制拆除房屋这一组的两个案件中,财政部、国家发改委、国土资源部联合下发的《关于湖北省巴东县黄土坡滑坡处理问题的函》(财企函[2008]34号)就是法院肯定被诉行为应急性的一个重要依据。<sup>⑧</sup>在陈燕平、孙双菊诉洪山区人民政府强制拆除房屋案中,法院肯定被诉行为的主要依据是武汉市防汛抗旱指挥部作出的武汛[2016]51号文件。<sup>⑨</sup>这两个案件的共同点在于,被诉行为的做出都不是被告自主决策的结果,而是在执行上级的决定。既然上级机关的文件要求的就是被告处置某个突发事件或者消除某个紧迫的重大隐患,法院也就直接将其认定为应急行政行为了。

## 二、常规性形式审查遭遇的困境

### (一)对行政紧急权力的司法审查强度

从法律的角度来看,突发事件应对活动的特殊性集中体现为公权力的适度扩张和对私权利的相应克减。<sup>⑩</sup>这里的公权力主要指的就是行政紧急权力,因为“行政机关不仅在收集和处理事关紧急议题的信息上更具有优势,在紧急状态下也更可能做出迅速的决断”。<sup>⑪</sup>应急活动对效率的要求几乎天然地决定了国家机构中只有其行政分支最适合承担这样的任务,而立法分支和司法分支主要扮演监督者的角色。<sup>⑫</sup>行政权在紧急情况下的适度扩张,则隐含着对行政紧急权力的监督需要适度放松或者变通,其中也包括司法权对行政权应给予比平时更高层次的尊重之意。<sup>⑬</sup>从各主要国家的做法来看,对行政紧急权

力的司法审查强度基本上可以分为三个层次:对于宣告进入紧急状态的決定,基于其政治性而排除司法审查;对于进入紧急状态之后采取的各种应急行政措施,允许司法审查,但在审查范围和强度上多所限制;对于未曾宣告紧急状态的、常规性的应急行政活动则没有特殊对待。<sup>③</sup>

在我国,有关紧急权力的司法审查,只针对宣告紧急状态的行为有法律的明确规定,即我国《行政诉讼法》第13条第1项将“国家行为”排除在受案范围之外,而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(法释[2018]1号)第2条则将上述“国家行为”解释为包括“经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态等行为”在内,此外再无其他规定。由于我国未曾宣告过紧急状态,对于宣告紧急状态后采取的行政应急措施,其司法实践无从考察。较为接近的是2003年“非典”疫情后最高人民法院的态度,因为“非典”疫情当时普遍被认为事实上已达到应当宣告紧急状态的程度,从“非典”疫情翌年宪法修正案将原来的“戒严”修改扩大为“进入紧急状态”以及全国人大常委会当时随即启动我国《紧急状态法》的起草工作来看,也可以印证这一点。<sup>④</sup>在2003年6月11日,最高人民法院发布的《关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好人民法院相关审判、执行工作的通知》(法[2003]72号)规定“对政府及有关部门为防治‘非典’而采取的各类具体行为提起的行政诉讼,人民法院应当书面告知暂不予受理。”这个通知发布之时,“非典”疫情已近结束,阻碍诉讼活动正常进行的因素基本消除,所谓“暂不予受理”实际上近乎“不予受理”,说明司法机关对于此类案件采取了回避态度。不过,能够触发紧急状态或者实际上达到紧急状态程度的突发事件毕竟是极少数,绝大多数应急行政活动仍是常规性的,即一般性的救灾、抢险、防疫等。<sup>⑤</sup>虽有一些案例表明,当事人对应急行政行为的诉权在某些情况下受到了不当限制,<sup>⑥</sup>但从以上分析来看,很多法院目前并不回避对此类行为的司法审查,不过采取的是常规性的形式

审查思路,并表现出较强的谦抑性,对行政紧急权力的监督制约作用有限。

## (二)常规性的形式审查效果不佳

对行政行为进行司法审查的常规思路,就是在事实证据、法律依据、职权、程序等方面判断其合法性。从笔者于本文中的分析可以发现,法院在认定应急行政行为时所采用的主要是上述标准中的三种,即事实、职权和程序。然而,公共秩序问题恰恰是法院的审查能力被认为受限的典型领域。<sup>⑦</sup>由于突发事件应对活动所固有的紧迫性、灵活性和专业性,法院在司法审查中不得不给予高度尊重,从上述层面进行判断很难进入实质层面,而仅在形式层面满足上述几个标准对于行政机关来说并非难事。因此,在绝大多数案件中,法院对于被告围绕上述方面提出的主张只能“照单全收”。

正如笔者所指出的那样,法院在绝大多数情况下会首先从事实层面判断是否存在允许被告行使紧急权力的情形。然而,即使还原到应急管理过程中,这样的判断也是十分复杂且充满风险的。行政机关必须对与突发事件有关的信息进行严密监测和报告,在信息提示可能发生异常情况时,还要反复核实、汇总分析、综合研判才能做出决策,并随着信息的变化及时调整。即使如此,由于突发事件的不确定性,决策失误的概率仍然相当高。<sup>⑧</sup>对于这样的问题,司法机关无论是在信息占有还是在专业能力上抑或其他方面,和行政机关都没有可比性。对于被告就此类事实问题提出的主张,在其能够提供基本证据的情况下,法院根本就没有甄别能力。即使在某些情况下,被告的应急行动已经被证实为错误,但如果这样的错误并非重大明显,法院基于事后视角去否定行政机关的判断,也会被认为责之过苛。因此,在这些案件中,法院对于上述事实问题,基本上只能根据被告提供的证据进行简单论证以说明紧急情况的存在,不可能给予深入审查。在最高人民法院的相关案例中,法院只在两个案件中以不存在紧急情况为由否定被诉行为的应急性,因为这两个

案件的事实十分清楚,根据常识即可判断。一个是徐州北区热力有限公司诉徐州市鼓楼区人民政府强制停止经营案,被告自己提供的证据自相矛盾。<sup>③</sup>另一个是郑州市恒升教育软件科技有限公司诉金水区人民政府停水停电案,因为被告主张其采取的是突发事件预警期的应急措施,但其主张的事实却是原告的场所存在日常性安全隐患,明显不对应。<sup>④</sup>在最高人民法院的案例中,还有两个是直接根据上级文件认定应急行政行为的。这实质上也是一种根据事实判断的思路,只不过因为存在上级机关的文件,法院将文件中的描述当作事实直接加以认定而已。此时,法院的审查就更谈不上有实质意义了。

至于法院运用较多的另外两个判断标准,即职权和程序,则更加缺乏意义。就职权而言,具有判断价值的一点在于被诉行为是否以政府(而不是其部门)的名义做出,因为法律上规定的很多应急管理职权都要求由政府而非部门行使。然而,一方面,很多应急行政行为本来就是以政府名义做出的;另一方面,即使实际上的做出主体是某个部门,但由于县级以上政府普遍设立众多应急指挥机构,这些机构的日常运行(标志是设立办公室)又依托某个实体部门,该部门如果以应急指挥机构办公室的名义做出有关决定、命令,也可以解释为代表本级政府。<sup>⑤</sup>因此,这一识别标准的价值聊胜于无,在最高人民法院运用职权标准审查的六个案例中,法院无一例外地肯定了被诉行为的应急性。就程序而言,法律对应急行政设定的程序大多是内部程序,目的是促使行政机关谨慎决策,对外部程序的要求与一般行政相比反而较少,目的是保持灵活性。然而,将是否遵循内部行政程序作为行政行为的司法审查标准本来就较难把握尺度。<sup>⑥</sup>法院如果需要肯定被诉行为的应急性,在阐述理由时表明其符合应急行政的某些程序性特征,可能有所帮助;而如果是反过来否定这种属性,以该行为不具备这样的程序性特征作为理由,则很难站得住脚。笔者注意到,在最高人民法院运用程序标准审查的四个案例中,无一例外地肯定了被诉

行为的应急性。

总之,遵循常规性的形式审查思路甄别应急行政行为的“真伪”效果甚微,除了个别事实特别清楚的案件,很难防止行政机关假借“应急”之名滥用紧急权力达到其他目的。

### 三、基于应急法本质的解决思路

既然形式审查的思路无法解决问题,那么,能否转而寻求司法机关在认定应急行政行为时的实质判断呢?这并不现实。司法机关没有能力去复盘某个事件的应急决策过程以评判行政机关的决策是否正确;即使这样做了,也未必能得到比行政机关更高明的结论;即使能据此否定行政机关的判断,也会被认为苛责过甚,使应急决策的灵活性被不当压缩,扭曲应急管理的激励和约束机制。<sup>⑦</sup>笔者认为,司法机关借助形式要件识别应急行政行为的基本方向没有问题,实际上也只能这样做,关键在于不能依靠常规性的事实、职权、程序等审查标准,而必须另辟蹊径,从应急法的本质属性出发寻找答案。

应对突发事件的法律,在功能上具有两重面向:一是授予行政机关必要的紧急权力但同时予以规范和约束,相应地克减私人权益但仍给予必要保障,即在紧急情况下重新设定公私权之间的边界;二是将实践中经过检验证明为行之有效的应急管理体制、机制以法律的形式固定下来,借助法律背后的国家强制力,使这些体制、机制能够在将来新的危机应对中被落实下去。相应地,应急法的性质也可以从两个方面来理解,它既是紧急情况下公私权之间的平衡器,也是重要应急体制、机制的法律化表现形式。<sup>⑧</sup>前者体现了法律的普遍价值,后者体现了其在应急管理领域的特殊价值。在应急行政行为的认定中,常规化的形式审查思路抓住的是应急法前一方面的性质。因为,在常态情况下,行政法对公私权之间的平衡就是通过设定行政权力行使的事实条件、职权边界和必经程序等要素来实现的,对行政行为的司法审查也相应地从这些标准入手。<sup>⑨</sup>然而,这样的审查路径已经被证明收效甚微。那么,就必须从应急

法的另一面入手,挖掘可资司法机关利用的资源。

应急机制是“在突发事件事前、事发、事中、事后全过程中,采取的各种制度化、程序化的应急管理方法与措施”。<sup>⑤</sup>这些方法和措施的核心部分被法律所吸收,成为应急法的重要内容,比如很多法律上规定的风险防控机制、应急准备机制、监测预警机制、处置救援机制、恢复重建机制、危机学习机制等,指的都是这样的应急方法和措施。应急体制“是指政府为完成法定的应对公共危机的任务而建立起来的具有确定功能的应急管理组织结构和行政职能”,<sup>⑥</sup>包括突发事件应对中各种主体的角色设定、权责分工及其相互关系,具体体现在国家和社会、市场之间,公共部门各分支之间,纵向、横向、斜向的府际关系等各层次,这些内容的主体部分也被纳入法律。既然最重要的应急管理体制、机制已经被法律化,并在应急领域的法律规范体系中占据主体地位,那么,一个合理的应急行动依法就会运用这些机制、遵循这些体制。这样的话,法院在甄别应急行政行为时,被告所声称的应急行政活动中是不是包含了这样的过程,就可以成为一个观察视角。行政机关在应急管理活动中之所以必须遵循这些应急体制、机制的基本要求,不仅是应急管理的内在机理使然,而且是法律的明确要求,法院以此作为审查标准自然仍属于“司法”范畴,并未逾越自身权力边界。

在最高人民法院的案例中,人们可以看到上述视角的个别运用,这一视角明显有别于该院在其他案件中的“主流”裁判思路。笔者注意到,最高人民法院在三个案件中运用了被诉行为“是否与应急管理的前后阶段相衔接”这一标准,有两个案件法院运用“是否启动了有关紧急权的监督制度”这一标准。其中,对于黄晓泉、袁作权分别诉郴州市北湖区人民政府房屋拆迁这一组两个案件,法院同时运用上述两点否定了被诉行为的应急性。<sup>⑦</sup>在另一个运用“是否启动了有关紧急权的监督制度”标准的徐州北区热力有限公司诉徐州市鼓楼区人民政府停止经营案中,法院也做出了相同裁定。<sup>⑧</sup>实际上,在宁夏易巨

能实业有限公司、彭阳县巨能热力有限公司诉彭阳县人民政府强制接管案中,原告提出的诉讼理由也反映了上述思路。原告提出,一审、二审判决认可政府将停暖定性为突发事件的主要理由,是将2017年2月14日发生的强制接管视为2016年10月26日彭阳县集中供热应急指挥部下发彭供热指发(2016)2号《彭阳县集中供热应急指挥部关于彭阳县县城集中供热项目应急预案三级响应方案》并派驻工作组进驻公司的升级,但这一认定不符合我国《突发事件应对法》的规定,也不符合案件实际情况。原因在于,2016年10月县集中供热应急指挥部启动所谓三级应急响应和派驻工作组,是为了协调加快供热厂的建设进度确保在当年冬季如期供暖,2017年2月的强制接管则是供热厂因与政府供暖费纠纷引起短暂停暖而采取,两件事情看似前后衔接,实则起因不同。根据这一点,法院不难对接管行为是否属于应急处置做出评判。遗憾的是,最高人民法院在裁定书中回避了这一问题,以二审已经基于被诉行为为法律适用错误而确认其违法,且被诉行为已经没有撤销的必要为由,驳回了相对人的再审申请。<sup>⑨</sup>

在上述案件中,法院所运用或者当事人所主张的被诉行为不存在与之相衔接的其他应急管理环节,或者相关监督制度没有被启动这样的认定标准,本质上就属于将案件事实和法定的应急管理体制、机制相对照来甄别应急行政行为的方法。一方面,应急管理是贯穿于突发事件生命周期的全过程管理,需要前后多个环节、多种机制的配合,不可能只存在一个孤立的行使紧急权力的阶段。<sup>⑩</sup>如果行政机关意图滥用紧急权力,以“应急”之名达到其他目的且不被识破,就需要“把戏做全套”,启动危机应对的多个事前、事后机制,并全部实施完毕。然而,要做到这一点,行政机关需要动用很多资源,有时还要凭空捏造事实,难度很大。那么,如果行政机关声称被诉行为的实施是出于应对突发事件的需要,但这个行为在整个应急管理过程中又是孤立、断裂的,很可能就不足采信。另一方面,突发事件应对过程具

有系统性,一旦实施就会牵动公共部门中的多个主体,这些主体所扮演的角色可能是支持、援助,或者协调、联动,也可能是监督、核实。<sup>④</sup>如果在被诉行为的实施过程中,只有被告一个行政机关采取了行动,而其他与之存在上述法定关系的主体都是沉默的,那么,这个行为的应急性就十分可疑。循着上述思路,通过把握应急体制、机制的内核性要求,挖掘其中各种行为和角色的内在联系,并突出重点,继而和常规性的形式审查标准相结合,就有可能得到准确认定应急行政行为的标准。

#### 四、立足于应急行政内核的认定标准

在大部分行政案件中,法院主要借助形式合法性审查之所以能够对行政权进行有效监督,是因为行政法主要就是控权性规范,就是通过设定事实、依据、权限、程序等要件来规范和约束行政权,合法行政行为的作出就是在这些规范约束之下展开的过程。因此,通过一一审查被诉行为是否符合这些控权性要件,就可以将行政过程的大致面貌还原出来。换言之,这样的形式审查在很大程度上是可以抵达实质层面的。然而,在应急法领域,为了保持应急行政活动的及时性和灵活性,控权性规范的密度比较低,大多比较笼统、原则。<sup>⑤</sup>按照传统的形式审查思路,很难将应急行政活动的面貌呈现出来。而要真正呈现其面貌,就必须借助法律中体现“应急”内核的那些规则,也就是通过法定化的应急体制、机制与案件系争的应急行政过程相对照,才能有所依托。这样的审查仍然是形式上的,因为法院只是根据法律去判断案件中的行政过程是否存在某些事实,以此认定被诉行为的性质,并没有越俎代庖凌驾于行政机关之上去判断其到底应不应该动用行政紧急权力,从而避免了司法对行政的替代或者重复。<sup>⑥</sup>不过,这种意义上的形式审查方式因为契合了应急行政的内核性要求,可以帮助司法机关更加接近真相。

筛选这些作为司法认定标准的应急管理制度,应当遵循如下标准。第一,已经法定化。如果法院

援引的是尚未上升为法律、只存在于低位阶规范中的应急管理制度,则既缺乏说服力,也与“司法”的职能不符。第二,在实践中被普遍遵循。这说明该制度切合实践需要,具有可操作性,将其作为司法认定标准具有实质正当性。有的应急管理规则虽然已经被法定化,但脱离实际或者严重滞后于实践,并没有得到普遍遵守,如以此为标准则强人所难、失之迂阔。第三,区别度较高。这些法定化的应急体制、机制应当明显有别于常态下的行政管理体制、机制,能够将应急行政活动和常规行政活动区别开来。第四,比较容易运用。对这些标准的运用,不应要求司法机关进行比较复杂、深入的调查,法院通过了解基本事实并和该标准对照,就可以得出结论。

基于上述思路,对应急行政行为的司法认定可以采取“两步走”策略。首先,仍然运用常规的形式审查标准,将一些显而易见的非应急行政活动排除出去。尽管这个层面的工作只能在少数情况下奏效,但仍必不可少。其次,借助应急体制、机制中的法定要求进行深入甄别。第一步的操作笔者于上文中已述及,在此不赘。第二步的操作,从应急管理的实践出发,如下几个方面将是较佳的切入点。

第一,被诉行为实施后是否继之以相关损失的补偿或者救助。在最高人民法院运用被诉行为“是否与应急管理的前后阶段相衔接”这一标准裁判的三个案例中,有两个着眼于事前,看被诉行为实施之前是否发布过预警;有一个着眼于事后,看行政机关对事件造成的损失是否给予了补偿。相对而言,通过是否存在事前机制来判断被诉行为的性质,并不可靠。一方面,事前的风险防控和应急准备是一种日常工作,并非与特定突发事件相联系,自然不能作为标准。另一方面,预警发布虽然指向特定事件,并与应急处置相衔接,但预警的发布并非绝对。突发事件预警是指根据预测信息和风险评估结果,依据事件可能造成的危害程度、紧急程度和发展态势,确定相应预警级别,标示预警颜色,并向社会发布相

关信息的制度。<sup>⑥</sup>我国《突发事件应对法》第43条规定：“可以预警的自然灾害、事故灾难或者公共卫生事件即将发生或者发生的可能性增大时，县级以上地方各级人民政府应当根据有关法律、行政法规和国务院规定的权限和程序，发布相应级别的警报，决定并宣布有关地区进入预警期，同时向上一级人民政府报告，必要时可以越级上报，并向当地驻军和可能受到危害的毗邻或者相关地区的人民政府通报。”这一规定本身就意味着，社会安全事件和一部分自然灾害、事故灾难或者公共卫生事件因为技术条件的限制，目前还难以预警。即使是可能预警甚至是预警技术比较成熟的突发事件，成功预警也只是一种可能性而已，法院如果以被诉行为实施前未经预警而否认其应急性，缺乏说服力。反过来，事后管理措施和应急处置行为的结合更加紧密，是一个更好的判断标准。突发事件具有破坏性，会造成生命财产的较大损失；行政应急措施能够减少这些损失，但也不可能附带造成一些新的损失，不过因“两害相权取其轻”而具有正当性。对于事件本身带来的损失，政府依法负有为受害人提供救助的义务，<sup>⑦</sup>比如因防汛、防震、防治地质灾害等所需而紧急拆除房屋的，应当为相对人提供过渡性安置、临时救助、危房重建用地安排和补助等；对于应急处置本身带来的损失，应该给予补偿，比如因紧急避险拆除房屋、因动物疫情扑杀禽畜等。<sup>⑧</sup>如果行政机关假借应急之名达到其他目的，采取这些后续措施无疑加重了自身义务，将得不偿失或者获益有限；如果实施被诉的所谓应急行为之后再无其他后续举措，则其性质便大可质疑。

第二，相关应急行动结束之后是否进行相关评估、统计和调查总结。全过程的应急管理包括危机学习机制，要求政府在突发事件处置完毕之后评估损失并将其纳入相关经济社会数据的统计，还要对事件的原因、经过进行调查并形成总结报告、提出改进措施，<sup>⑨</sup>这早已为我国《突发事件应对法》和多部单行性应急法律、法规所明确要求。和前一个观察点

类似，如果行政机关实施的是虚假的应急行动，很难想象其会继续花费精力去编造各种材料将上述环节全部完成，这也给司法机关辨别真伪提供了一个切入点。

第三，被诉行为的相关决策过程是否体现应急特点。应急行政活动具有紧迫性，其中一个重要体现就是从获得相关信息到采取紧急行动之间的行政决策过程比较短暂。<sup>⑩</sup>尽管法律未必对决策过程中的每一个步骤都设定明确期限，但毫无例外地都提出了及时性的要求，因此整个应急行动不可能耗时太长。如果法院经审查发现被诉行为的决策步骤和常态下的行政决策无异，则不应认为该行为实施时可以动用紧急权力、适用紧急程序。即使该行为的目的确实是为了防控某种公共安全风险，也不应当认为其具有紧急性，而应当归入日常隐患治理的范畴。

第四，突发事件发生后被告是否向上级政府报告。在最高人民法院的案例中，有两次将被告没有将被诉行政决定向本级人大常委会备案作为否定其应急性的理由之一，这一标准并不可靠。我国《突发事件应对法》第16条规定：“县级以上人民政府作出应对突发事件的决定、命令，应当报本级人民代表大会常务委员会备案；突发事件应急处置工作结束后，应当向本级人民代表大会常务委员会作出专项工作报告。”然而，这一规定本身有欠合理，对于重大突发事件的应对，政府履行上述备案和报告义务理所当然，但按照突发事件的分级标准，有关突发事件大多属于一般或者较大的常规性突发事件，要求政府每一次都向人大常委会备案和作出专项报告并不现实，人大常委会也不可能履行如此繁重的备案审查和听取报告职责。实践中很少有地方这样做，或者说，这种“违法现象”十分普遍。如果司法机关据此即否定被诉行为的应急性，几乎“一抓一个准”，这个标准也就失去了真实性。然而，突发事件发生之后被告是否向上级政府报告，却是一个比较可靠的判断标准。法律之所以设定这一普遍的报告

义务,并不是因为突发事件的事态超出下级政府的应对能力——这只是部分情况下的原因之一,而是因为突发事件风险往往具有系统性和跨域性。<sup>⑤</sup>一个地方、领域的突发事件有可能在另外一个地方、领域引发次生、衍生事件,而这些风险可能超出了原生事件所在地政府的管辖范围,尽管在大多数时候上级政府并不需要直接介入原生事件的应对过程,但其必须及时掌握相关信息以便在必要时做出其他决策。因此,如果行政机关以应急之名实施行政行为,却并没有向上级政府报告这个事件,则既不合常理,又违反法律,可以成为否定其应急性的有力理由。

## 五、结论

对行政紧急权力的监督是一大法治难题,对应急行政行为的司法审查也是如此。不同于对一般行政行为可以从控权视角入手运用一般性、共通性司法审查标准,司法机关一旦认可被诉行为属于应急行政行为,由于应急法中控权性规范的密度比较低,就不易再运用常规的司法审查标准评价其合法性。即使经审查发现其存在形式合法性问题,出于对应急行政实质合法性的优先考虑,司法机关可能也不得不给予较多宽容。因此,对应急行政行为的司法审查重点应当前移,以识别被诉行为的应急性为重点。要做到这一点,就必须从应急法的本质属性出发,在那些法律化的应急体制、机制中寻找可资利用的切入点,构建起能够通过形式抵达实质的司法审查标准。有学者曾主张要从行政紧急权力的内部构成要素入手设计其制约机制,<sup>⑥</sup>和笔者在此提出的从内在运行规律入手来识别应急行政行为力的方法,本质上殊途同归,都立足于从行政紧急权力的本质属性入手解决问题。

## 注释:

①参见李岳德、张禹:《〈突发事件应对法〉立法的若干问题》,载《行政法学研究》2007年第4期。

②参见刘莘:《行政应急性原则的基础理念》,载《法学杂志》2012年第9期。

③地方政府以紧急避险为名实施强拆,在征收拆迁类案件中越来越具有典型意义。2018年,最高人民法院发布的第二批征收拆迁典型案例(共八个)中,就包括“王江超等3人诉吉林省长春市九台区住房和城乡建设局紧急避险决定案”。参见刘婧:《最高人民法院发布第二批征收拆迁典型案例》,http://www.chinacourt.org/article/detail/2018/05/id/3307496.shtml,2021年3月10日访问。

④See Michael Asimow, *The Scope of Judicial Review of Decision of California Administrative Agencies*, 42 *UCLA Law Review*, 1159 (1995).

⑤参见郭殊:《司法审查中的行政紧急权力——以美国“钢铁公司占领案”为例》,载《中国社会科学院研究生院学报》2006年第2期。

⑥参见最高人民法院(2020)最高法行申7566号行政裁定书。

⑦参见最高人民法院(2017)最高法行申8819号行政裁定书。

⑧参见最高人民法院(2018)最高法行申1838号行政裁定书。

⑨参见最高人民法院(2015)行监字第617号行政裁定书。

⑩参见陈福今、唐铁汉主编:《公共危机管理》,人民出版社、党建读物出版社2006年版,第60-62页。

⑪参见最高人民法院(2016)最高法行申1355号行政裁定书。

⑫参见林鸿潮:《论应急预案的性质和效力》,载《法学家》2009年第2期。

⑬参见薛澜、张强、钟开斌:《危机管理:转型期中国面临的挑战》,清华大学出版社2003年版,第55-56页。

⑭参见最高人民法院(2020)最高法行申4534、4536、4805、4807号行政裁定书。

⑮参见最高人民法院(2019)最高法行申818、820号行政裁定书。

⑯参见最高人民法院(2018)最高法行申5072、5073、5074、5076、5077、5078、5079、5080、5081、5082、5084、5085、5086、

5087号行政裁定书。

⑰参见戚建刚:《法治国家架构下的行政紧急权力》,北京大学出版社2008年版,第164页。

⑱参见最高人民法院(2020)最高法行申2301、4692号行政裁定书。

⑲参见最高人民法院(2019)最高法行11834号行政裁定书。

⑳参见于安:《制定〈突发事件应对法〉的理论框架》,载《法学杂志》2006年第4期。

㉑丁晓东:《法律能规制紧急状态吗?——美国行政权扩张与自由主义法学的病理》,载《华东政法大学学报》2014年第3期。

㉒参见莫于川:《行政应急法治理念分析与制度创新——以新冠肺炎疫情防控中的行政应急行为争议为例》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期。

㉓参见戚建刚:《中国行政应急法律制度研究》,北京大学出版社2010年版,第120-121页。

㉔参见前注⑰,戚建刚书,第177-188页。

㉕后来,我国《紧急状态法》的立法思路几经调整,遂演变成我国《突发事件应对法》出台。参见编写组:《中国应急管理的全面开创与发展(2003-2007)(下册)》,国家行政学院出版社2017年版,第332-336页。

㉖参见前注⑳,于安文。

㉗参见高轩:《行政应急权对当事人行政诉讼权的威胁及其司法规制》,载《法学评论》2016年第2期。

㉘See Jeffrey Jowell, *Judicial Deference and Human Right: A Question of Competence*, in *Law and Administration in Europe: Essays in Honour of Carol Hawlow*, edited by Paul Craig and Richard Rawlings, Oxford University Press, 2003, 81.

㉙参见林鸿潮、栗燕杰:《论非常规条件下的应急决策及其制度保障》,载《中国应急管理》2010年第5期。

㉚在该案中,鼓楼区政府在被告行为中载明停止北区热力公司经营的理由是其存在内部管理混乱、股东纠纷严重、严重资不抵债等诸多问题,确无能力保障区域供热,将极大影响辖区企业事业单位和广大居民群众的生产生活秩序,给公共利益带来较大危害。然而,被告提供的该行为所依据的徐州市政府会议纪要却载明停止这些企业经营是为了以大的热电

公司替代原中小热电公司,以实现环境保护及保障市民供热等目标。参见最高人民法院(2017)最高法行申8819号行政裁定书。

㉛参见最高人民法院(2017)最高法行申8513号行政裁定书。

㉜参见王柳:《应急管理标准化与灵活性兼容体制的探索》,载《学术论坛》2012年第5期。

㉝参见何海波:《内部行政程序的法律规制(下)》,载《交大法学》2012年第2期。

㉞参见邓峰:《领导责任的法律分析——基于董事注意义务的视角》,载《中国社会科学》2006年第3期。

㉟参见林鸿潮:《中国公共应急体制改革研究》,中国法制出版社2015年版,第12页。

㊱参见王锡锌:《平衡:现代行政法的基本精神》,载罗豪才主编:《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年版,第56-66页。

㊲钟开斌:《应急管理“机制”辨析》,载《中国减灾》2008年第4期。

㊳高小平:《综合化:政府应急管理体制改革的方向》,载《行政论坛》2007年第2期。

㊴参见最高人民法院(2019)最高法行申818、820号行政裁定书。

㊵参见最高人民法院(2017)最高法行申8819号行政裁定书。

㊶参见最高人民法院(2019)最高法行申8872号行政裁定书。

㊷参见薛澜、钟开斌:《突发公共事件分类、分级与分期:应急体制的管理基础》,载《中国行政管理》2005年第2期。

㊸参见陈安、上官艳秋、倪慧芸:《现代应急管理体制设计研究》,载《中国行政管理》2008年第8期。

㊹参见马怀德:《修改〈突发事件应对法〉的几点意见》,载《理论视野》2009年第4期。

㊺参见杨伟东:《权力结构中的行政诉讼》,北京大学出版社2008年版,第176页。

㊻汪永清主编:《中华人民共和国突发事件应对法解读》,中国法制出版社2007年版,第104页。

④7国家对突发事件受害者的救助义务来源于公民的社会保障权,对于社会保障权的来源,有学者认为可直接以第23条宪法修正案——国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度——作为依据,因为社会保障制度内在地规定着社会保障权。参见钟会兵:《作为宪法权利的社会保障权——基于文本与判例分析》,载《学术论坛》2005年第10期。也有人认为需要根据第23条修正案对宪法第45条规定的获得物质帮助权做出扩充性解释。参见郭曰君、吴新平:《以宪法为依据,保障公民的社会保障权——从宪法修正案第二十三条谈起》,载《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》2004年第4期。

④8对于突发事件应对中的行政补偿,虽然法律上只明确

规定了征用补偿这一种情况,但实际上,由于应急行政措施造成财产权损失的,也属于合法公权力造成的私人利益特别牺牲,同样属于补偿范围。参见沈开举主编:《行政补偿法研究》,法律出版社2004年版,第146-147页。

④9参见马奔、程海漫:《危机学习的困境:基于特别重大事故调查报告的分析》,载《公共行政评论》2017年第2期。

⑤0参见前注⑬,薛澜、张强、钟开斌书,第166页。

⑤1参见郭雪松、朱正威:《跨域危机整体性治理中的组织协调问题研究——基于组织间网络视角》,载《公共管理学报》2011年第4期。

⑤2参见戚建刚:《“融贯论”下的行政紧急权力制约理论之新发展》,载《政治与法律》2010年第10期。

## Difficulties in Judicial Determination of Administrative Emergency Act and the Solutions

Lin Hongchao

**Abstract:** In a lawsuit involving administrative emergency power, the first thing that the court needs to do is to identify whether the sued administrative act is truly emergent in order to prevent the administrative organ from the abuse of power. By taking judgments made by the Supreme People's Court as the sample and making an analysis, it is found that in the current judicial practice in China, the administrative emergency acts were mainly determined according to regularly formal examination standards such as factual evidence, authority and procedure, which is not of good effect. Thus, it should be recognized that the emergency law is characterized by low density of power-controlling norms and the majority of emergency norms. By exploring available observation points from the legalized emergency systems and mechanisms, we restore the administrative emergency process in question as truly as possible, and establish the standard of judicial determination in compliance with the essential characteristics of administrative emergency activities.

**Key word:** Administrative Emergency Act; Administrative Emergency Power; Judicial Determination; Examination Standard