

论应急预案的性质和效力

——以国家和省级预案为考察对象

林鸿潮

摘要 应急预案在本质上是各种应急法律规范的具体执行方案,但分析发现,目前的国家和省级预案却创制、补充了大量的法律规范用于弥补立法缺陷,事实上已使预案本身异化为应急法律体系的一部分。对于预案中暂时替代法律发挥作用的这些内容,为了保证其合法性,有必要在形式上将一定级别的预案上升为行政法规和规章,从而需要对预案的编制程序和内在结构进行必要的调整。

关键词 应急预案 性质 法规范

作者林鸿潮,法学博士,中国政法大学法治政府研究院博士后工作人员。

在2003年的SARS危机之前,“应急预案”^①一词对绝大多数人来说显得十分陌生。但随着近几年来公共应急管理体系的迅速发展,特别是在2008年各种重特大突发事件密集发生之后,诸如“启动应急预案”一类的语句频频见诸各种媒体,逐渐成为人们熟知的政府应急管理手段。

应急预案到底是什么?在管理学上不难直截了当地给出定义:“应急预案是针对可能的重大事故(件)或灾害,为保证迅速、有序、有效地开展应急与救援行动、降低事故损失而预先制定的有关计划或方案。”^②其目的是解决“突发事件事前、事发、事中、事后,谁来做、怎样做、做什么、何时做、用什么资源做”的问题。^③既然应急预案旨在为突发事件应对中一切可以预设的问题提供指南,那么,它在法律上是不是一种行政法律规范呢?如

果是,它在我国的法律规范体系中又应居于何种位置?应急预案又是否可以成为政府采取应急管理措施的直接依据?这些问题都未曾获得解答。特别是自2004年以来,国务院将“一案三制”——应急预案、应急体制、应急机制、应急法制——概括为应急管理体系的核心内容,在形式上将预案与法制并立起来,这更给人以预案不是“法”的直观判断。

汶川地震之后,以国家总体应急预案的修订为开端,现有的预案体系建设已经开始了以完备化、可操作化和无缝衔接为主要特征的战略转移。^④从而,判明应急预案的法律性质、规范效力及其在现有应急规范体系中的位置,对于把握预案建设的未来发展方向,无疑有着基础性的意义。

一、应急预案到底是什么——从两个事例说起

事例之一:我国现有应急预案体系的形成,始于2003年12月国务院办公厅应急预案工作小组的

^① 广义的应急预案包括各种企事业单位、社会团体和组织、甚至家庭和个人的应急方案,本文限于主题,只讨论行政机关制定的应急预案,即狭义的应急预案。

^② 詹承豫、顾林生:《转危为安:应急预案的作用逻辑》,载《中国行政管理》2007年第5期。

^③ 闪淳昌:《构建社会主义和谐社会中的中国应急管理》,2007年中国科协年会专题论坛论文。

^④ 闪淳昌、周玲:《从SARS到大雪灾:中国应急管理体系建设的发展脉络及经验反思》,载《甘肃社会科学》2008年第5期。

成立。按照“横向到边、纵向到底”的原则，各级政府及其部门编制的总体预案、专项预案和部门预案陆续就緒，在2005年初基本完成。^⑤

按照行政法学上的权威理论，政府颁布的文件可以区分为法规命令和行政规则。前者属于法规规范，对内对外均有拘束力；后者则属行政机关内部规则，对私人无拘束力。^⑥如按照形式上的标准，我国的行政文件中只有行政法规和行政规章属于法规命令（行政文件中具有法规规范属性的部分）。^⑦按照这一标准，则现有的各级、各类预案无一符合条件，都只能归入不具备外部效果的行政规则中。

纵观我国的应急预案，除制定主体与行政法规、规章有所重合之外，在制定程序、颁布形式、文件名称等方面，确实都不具备行政法律规范的形式外观。这一点从各级、各类应急预案制定时使用的名称便可窥见一斑。国家总体应急预案的文号为“国发”而非“国务院令”；国家各专项应急预案的文号“国办函”更是直接将其归入内部公文一类；各省级政府制定的总体应急预案一般使用“×政”、“×府”、“×政文”、“×政发”而非“省长令（市长令、主席令）”。但其中出人意料的是，天津市政府在2006年制定总体应急预案时，一方面以决定的形式出台（津政发〔2006〕36号），另一方面却又严格地遵循了规章备案程序，将其作为规章向国务院报备（津政备〔2006〕3号）。这个小小的“失误”似乎透露出，某些地方政府已经隐约意识到，一定级别的应急预案在某些方面具有和规章类似的属性，在事实上发挥着类似于——有时候甚至高于规章的规范作用，因此，在某些环节上便不自觉地“参照”了规章的制定程序。

事例之二：2007年底，在《突发事件应对法》

颁布实施后不久，出于奥运安保的需要，北京市启动了地方实施性立法工作，准备出台《北京市实施〈中华人民共和国突发事件应对法〉办法》。^⑧在立法过程中，起草者曾就实施办法的形式——以地方性法规还是地方政府规章的形式出台——有所争论。之所以最终选择制定为地方性法规，一个重要的原因在于：此前，由北京市政府制定的总体应急预案（2004年制定，2005年修订）已经对全市的应急组织、职责、机制、保障等做出了比较详尽的规定，而实施办法中的相当部分内容又直接脱胎于总体预案，如以规章形式出台，二者将有重复之嫌。^⑨

这一选择实际上“默认”了北京市的总体预案具有类似于地方政府规章的地位，否则，实施办法作为对外生效的立法文本，总体预案作为内部的工作方案，即使内容有所交叉，也绝无担心其重复的必要。更有说服力的事实是：北京市总体预案自制定以来，一方面从未在突发事件发生后作为工作方案被启动和使用过，另一方面，北京市应急管理的组织机构、职责配置和运行机制却紧紧依据总体预案的规定而展开。可以说，在实施办法出台之前，北京市的应急总体预案已经“替代”其扮演着突发事件应对地方性规范的角色。而全国其他省份总体预案的角色，也大抵如此。

应急预案的本来面目如何？通过分析其在管理学上的定义，并对照其他国家的做法便不难得出结论。^⑩至少在以下三个方面，应急预案与法规范存在本质差别：（1）应急预案在内容上并不创设新的权利义务，而是根据特定区域、部门、行业的需要，对各种法律、法规、规章中业已创设的权利义务进行抽取、梳理、组合、解释的结果，一句话，

⑤ 华建敏：《关于突发公共事件应急预案编制工作和安全生产情况的报告》，2005年2月25日，第十届全国人大常委会第十四次会议。

⑥ [日]盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版，第67页。

⑦ 参见朱芒：《论行政规定的性质——从行政规范体系角度的定位》，载《中国法学》2003年第1期。需要说明的是，对照我国现实，将政府文件做“法规命令—行政规则”的二元划分，只是学者们一厢情愿的理论界分。大量行政法规、规章以外的政府文件发挥着实质上的外部规范效力，所谓“其他规范性文件”的通用概念便揭示了这一事实。对此类文件在法律上的定位，学界存在极大争论。

⑧ 该实施办法于2008年5月23日由北京市第十三届人大常委会第四次会议通过，自2008年7月1日起施行。

⑨ 有关北京市突发事件应对地方实施性立法的基本构想和思路，可以参考林鸿潮：《论公共应急领域的地方“二次立法”》，载《北京行政学院学报》2008年第3期；马怀德、李程伟等：《突发事件应对法的地方立法创新：对北京范本的解读》，载《国家行政学院学报》2008年第4期。

⑩ 例如，美国的《联邦反应计划》（FRP）最早就是作为《罗伯特·斯坦福减灾和紧急救助法》的具体执行方案而编制的，FRP在序言中即声明其目的并非创设新的职权和机构，而是在各机构、组织现有职权的基础上促进其协作以形成合力。日本的防灾基本规划则是其《灾害对策基本法》的实施方案。

它只是各种应急法律规范在特定范围内的具体执行方案;^⑩ (2) 政府编制应急预案的目的,并非创制一种具有确定约束力的制度安排,而是在既有的制度安排下尽量提高应急反应的速度,应急预案作为一种建立在假设、预测、推理基础之上的较佳备选方案,只不过是“没办法的办法”,不排除在危机真正来临时被更佳方案取代的可能;(3) 应急预案的外部功能也并不在于谋求一般人对它的遵守与服从,而主要是通过预案的启动对公众产生感召、动员、宣示等作用。

但是,应急预案的上述功能和特征在我国已经发生了重大变异。应急预案——尤其是国家和省两级的总体预案——几乎不具备最起码的可操作性,也绝不可能在突发事件来临时作为工作方案真正发挥作用。相反,这些应急预案以大量篇幅对应急管理各环节中的权力、职责、权利、义务进行了分配和设定——有的时候,这些工作甚至是创制性的。

二、应急预案的内在结构和规范效力

在此,笔者选择位阶较高的国家总体应急预案、已经公布的18个国家专项应急预案、^⑪ 31个省份的总体应急预案,共50部预案作为考察对象。尽管某些预案的全本因保密原因而未能被笔者全部掌握,但从已经公布的简本中,仍可清晰地归纳出其基本结构。纵观这50份预案,除了必不可少的总则类规定(编制目的、编制依据、适用对象、工作原则等)和附则类规定(术语解释、预案管理、下级预案目录等)之外,其核心内容可以梳理为以下八个方面:(1) 分级标准;(2) 组织体制;(3) 预测、预警、预控等事前管理措施;(4) 报告、响

之所以如此,根本原因在于现有的应急法律体系虽于近年有所发展却仍不完善,行政机关编制预案时缺乏足够的法律资源,便不得不“立法滞后、预案先行”。换言之,在一定条件下由应急预案来扮演“法”的角色,用于调整一定范围内应急管理活动中的社会关系,正是现实所必须的。^⑫ 由此,我们正可合理地解释当前预案编制中深受诟病的两种“错误倾向”:一是预案内容粗疏笼统,所谓“上下预案一般粗”,“原则的话很多”,^⑬ 而这正是应急预案由具体操作方案异化成了法规范的必然结果;二是预案“一编了之”、缺乏演练,实际上,已经异化为法规范的预案恰恰是无法被“演练”的。

那么,应急预案到底通过哪些内容、以何种方式、对应急管理活动的哪些方面加以调整,从而在事实上具备了法规范的属性,成为了应急法律体系的一部分呢?对此,只有通过详细分析各类预案的内在结构和作用方式,才能获得全面的认识。

应、处置、救援等事中管理措施;(5) 恢复、重建、善后等事后管理措施;(6) 应急保障;(7) 信息发布与公开;(8) 责任与奖惩。

笔者在甄别这些内容是否具备法规范属性时,鉴于上文已经提到的形式标准不可能奏效(除了制定主体这一点),将主要考虑实质上的判断标准。标准之一,自然是看这些内容对其所指向的人是否具有拘束力,这是判断法律规范最核心的基准。“说一个规范有效力就是说我们假定它的存在,或者说就是说,我们假定它对那些其行为由它所调整的

^⑩ 行政法学界对应急预案的性质有所争论:于安教授认为预案只是对现有法律授权的具体实施办法(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);莫纪宏教授则认为预案是应急管理法制的重要部分(参见莫纪宏:《中国紧急状态法的立法状况及特征》,载《法学论坛》2003年第4期)。笔者赞同前者。

^⑪ 例如,在《突发事件应对法》出台前,编制国家总体应急预案的首席专家闪淳昌教授在论及国家总体预案与该法的关系时,一方面称总体预案是“政府和群众管理公共危机,应对突发公共事件的行动准则”,另一方面又认为《突发事件应对法》出台后将成为各级政府编制预案的法律依据。实际上,这承认了在《突发事件应对法》出台之前,国家总体预案的法律依据并不充足,反而“代理”前者在事实上扮演了国家应急总规范的角色。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150—151页。该书第五章《国家突发公共事件总体应急预案》为闪淳昌所撰。

^⑫ 闪淳昌:《切实加强应急预案体系的建设》,载蒋树声主编:《建立和完善保障公共安全的应急体系》,群言出版社2007年版,第6页。

^⑬ 国家专项应急预案共26个,已经制定但尚未公布的是《国家粮食应急预案》、《国家金融突发事件应急预案》、《国家涉外突发事件应急预案》、《国家处置大规模群体性事件应急预案》、《国家处置大规模恐怖袭击事件应急预案》、《国家处置劫机事件应急预案》、《突发公共事件新闻发布应急预案》和《国家石油供应中断应急预案》。

人具有约束力。法律规则如果有效力的话,便是规范。”^⑤ 标准之二,笔者认为还应考虑它们与上位规则的关系。只有当预案的内容已经不再满足于解释和执行上位规则,而是自行创设或补充某种规则时,它们本身才成为了法规范。因为,任何具有独立法律效果的规范在内容上都应当包含对某种权利义务的创设或补充。为了执行上位规则而做出的解释性规定不能被认为具有新的、独立的法律效果,

其规范效力只能归结于它所解释、执行的上位规则。^⑥ 在这里,这种解释性规定只能被归入作用于行政机关内部的行政规则——尽管行政规则有时也会产生事实上的外部效果,但学理上并不承认其具有法规范属性。^⑦ 至于,预案中的某些内容仅仅是对上位规则的整理、归纳甚至重复,就更应该被排除在法规范之外了。

1. 突发事件分级标准

表1 预案中的突发事件分级标准

分类	预案名称 ^⑧	数量
完整规定分级标准	大面积停电事件、民航飞行事故、重特大森林火灾、地震、防汛抗旱、核应急、通信保障、突发地质灾害、医疗卫生救援、突发环境事件、自然灾害救助;北京、福建、海南、江苏、山东、西藏、云南	18
部分规定分级标准	国家总体预案;安全生产事故、城市地铁事故、铁路行车事故、公共卫生事件;上海	6
没有规定分级标准	海上搜救、重大动物疫情、重大食品安全事故;安徽、甘肃、广东、广西、贵州、河北、河南、黑龙江、湖北、湖南、吉林、江西、辽宁、内蒙古、宁夏、青海、山西、陕西、四川、天津、新疆、浙江、重庆	26

在 50 部预案中,有 11 部国家专项预案和 7 部省级总体预案对分级标准做出了完整的规定,有的甚至修改了法律、法规中既有的分级标准,如《国家突发地质灾害应急预案》便对《地质灾害防治条例》中的分级标准有所改动。国家总体预案(在其全本的附录中规定特别重大与重大突发事件的分级标准)、4 部国家专项预案规定了部分分级标准,1 部省级总体预案(上海)补充了个别分级标准。3 部国家专项预案、23 部省级总体预案没有规定分级标准,其中,省级总体预案的情况又分两种:一是完全适用国家标准,二是授权其专项预案、部门预案划定全部或部分标准。

突发事件的分类、分级和分期是整个公共应急管理体系建立的根基,也是应急法律制度的核心。^⑨ 应急管理中大量权利义务关系的设定,都必须以事件级别的划定为前提。对此,《突发事件应对法》除了一般性地规定突发事件分为四级之外,将具体划定分级标准的权力全部授予了国务院及其部门,而后者落实这一“立法委托”义务的方式,就是编制相关预案。因此,国家级预案中有关突发事件分级标准的划定,属于典型的补充性立法。至于在《突发事件应对法》实施前,某些省级预案中曾经划定、补充或修正的分级标准,现在自然应归于无效。

2. 组织体制

表2 预案中的应急组织体制

分类	预案名称	数量
创制机构和职权	国家总体预案;城市地铁事故、大面积停电事件、民航飞行事故、铁路行车事故、海上搜救、通信保障、医疗卫生救援、突发环境事件、重大食品安全事故;31 部省级总体预案	41
补充既有机构的职权	安全生产事故、重特大森林火灾、地震、防汛抗旱、核应急、突发地质灾害、公共卫生事件、重大动物疫情、自然灾害救助	9

①. [奥] 凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 32 页。

⑤ 叶必丰、周佑勇:《行政规范研究》,法律出版社 2002 年版,第 97 页。

⑦ [德] 哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社 2000 年版,第 599 页;[日] 盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社 1999 年版,第 73—78 页。

⑧ 为行文简便起见,表格中对应急预案名称的表述均较简略。《国家突发公共事件总体应急预案》简称国家总体预案,国家专项应急预案只称事件名称,省级总体应急预案则只称省名。

⑨ 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。

50部预案无一例外地规定了各类应急管理机构的设立及其职责。其中,国家总体预案、9部国家专项预案、31部省级总体预案直接规定了相关应急指挥机构及其办事机构、应急管理日常机构、专家咨询机构、应急救援队伍的设置和职权;另有9部国家专项预案对既有的应急管理机构,在其职责、分工和相互关系等方面做出了进一步规定。

应急管理的组织体制,决定了由谁代表国家对外行使紧急权力,行使哪些紧急权力,以及在应急

管理过程中有关行政机关的相互关系如何。这些问题的答案,显然应当由法律或者正式的行政立法来提供。但在上述50部预案中,除了9部是在既有的体制框架下做出的执行性规定之外,其余41部预案在长达两年的时间里实际扮演了应急组织法的角色,其创立的体制框架直到《突发事件应对法》出台才获得“追认”。即使是现在,上述预案的内容仍是对有关法律的重要补充。

3. 事前管理措施

表3 预案中的事前管理措施

分类	预案名称	数量
规定预警分级标准	通信保障;北京、海南、甘肃	4
授权下位预案规定预警分级标准	安徽、贵州、河南、湖北、湖南	5
未规定预警分级标准	其余38部预案	38
未规定事前管理措施	大面积停电、飞行事故、医疗卫生救援	3

应急预案关于事前管理的规定集中在临事管理,即监测、预警和预控部分,较少涉及无事管理,即危机预防和应急准备部分。除3部国家专项预案因其所应对的突发事件性质特殊,不可能实行临事管理之外,其余47部预案对此均有所规定。具体包括三种情形:(1)这些规定中的大多数内容,都是行政机关的内部工作规则,是行政机关为落实上位法确定的应急职责而做出的解释性规定,不对外产生拘束力;(2)有部分内容涉及到单位或个人对突发事件信息的监测与报告,但仍是对上位法做出的解释性规定,没有设定新的权利义务;(3)《国家通信保障应急预案》和8个省份的总体预案规定(或授权规定)了危机预警级别的划分标准。在《突发事件应对法》中,预警级别的划分标准和事件级别的划分标准一样,都被授予了国务院及其部门。因此,《国家通信保障应急预案》对预警级别的划分,应当视为受法律委托而做出的补充性规定。而8部省级总体预案自行做出的规定或授权其下位预案做出的规定,显然因越权而无效。

4. 事中管理措施

事中管理,即应急响应、处置和救援,是应急预案编制的核心环节。对此,除1部省级总体预案(内蒙古)完全沿袭法律和国家预案,没有实质内

容之外,其余49部预案都做出了较为详细的规定。其内容可以被清晰地分成三个部分:(1)明确各级政府及其部门在应急响应中的职责、分工和相互关系;(2)根据上位法的规定细化各种处置措施;(3)规定应急响应的基本步骤和程序。

由于法律对行政机关授予的紧急处置权极其宽泛,其中不乏没有任何实质性限制的概括性授权条款,^②加上程序性规范在应急法中的严重缺失,因此,非经一定层级的预案加以补充、阐释,行政机关绝不可能形成可以付诸执行的应急处置方案。但是,这些经过预案补充的方案能否被实施,在法律上却不无疑问。原因在于,《突发事件应对法》第48条做出了这样的规定:“……人民政府……,依照本章的规定和有关法律、法规、规章的规定采取应急处置措施。”但是,有关“采取应急处置措施”的方案在“法律、法规、规章”中并不是现成的,只有在应急预案中才可能找到。在实践中,行政机关当然不可能对预案中的规定弃之不顾——否则预案的编制就失去了最重要的意义——那么,就只能选择对法律上的限制视而不见了。

5. 事后管理措施

50部预案均对恢复、重建等事后管理措施做

② 如《突发事件应对法》第49条第(十)项所规定之“防止发生次生、衍生事件的必要措施”,便是将极广泛的自由裁量空间概括性地赋予了行政机关。

出了规定,其内容主要包括两个方面:(1)建立应急处置结束的制度,除1部省级总体预案(甘肃)之外,其余49部预案都以不同方式规定了结束应急处置的条件、主体和程序。应急处置的结束意味着非常态管理向常态管理的转变,标志着两种行政法律秩序的切换,自然是必须由法律来回答的问题。^①由于法律上对此完全未作规定,预案中的规定实际上具有创制意义。(2)为落实上位法所规定

的各种恢复重建措施而做出的解释性规定。

笔者同时注意到,在甘肃省的总体预案中,竟然存在“授权”当地立法机关制定灾害保险相关法规、规章的条款,显然是把预案当成了后者的上位规范。这也从一个侧面反映出预案的编制者在把握其性质时的困惑。^②

6. 应急保障

表4 预案中的应急保障措施

分类	预案名称	数量
创制某种制度	安全生产事故、铁路行车事故、通信保障、医疗卫生救援、突发环境事件;北京	6
越权授权立法	北京、海南、河北、湖南、重庆	5
仅有内部规则	其余30部预案	30

50部预案中有关应急保障的内容,大多数是为了执行上位法而制定的行政机关内部规则,但同时也创设了一系列新的制度,包括:(1)有4部国家专项预案(安全生产事故、铁路行车事故、通信保障、医疗卫生救援)规定了应急救援开支的负担规则;^③(2)国家突发环境事件应急预案规定了政府应急能力评价机制;(3)北京市总体预案授权行政机关在紧急状态下做出负担性行政行为时,可以省略某些法定行政程序。

此外,有5部省级总体预案在保障措施中做出了荒诞的“授权立法”规定:(1)这5部预案均以

“法制保障”之名,要求地方立法机关抓紧制定、修改应急管理的相关法规、规章;(2)北京市总体预案更突破宪法保留,进一步“授予”其市政府在紧急状态下的紧急立法权和紧急命令权。

7. 信息发布与公开

除1部省级总体预案(内蒙古)之外,其余49部预案均对应急管理中的信息公开制度有所规定,但其内容或者是简单重复、援引上位法,或者只是执行上位法的具体措施。

8. 责任与奖惩

表5 预案中的奖惩机制

分类	预案名称	数量
创设法律责任	安全生产事故、城市地铁事故、民航飞行事故、海上搜救、突发环境事件;福建、海南、湖北、湖南、江苏	10
创设问责机制	重庆	1
准用性规则	其余32部预案	32
没有相关规定	大面积停电事件、核应急、通信保障、公共卫生事件、重大动物疫情、重大食品安全事故;甘肃	7

除6部国家专项预案和1部省级总体预案外,其余43部预案均对应急管理中的奖惩和法律责任做出了规定,其中:(1)有关奖励制度的内容均属解释性规定;(2)有关法律责任的内容多属准用性

规则,没有实质意义;(3)5部国家专项预案和5部省级总体预案直接设定了若干违法情形的法律责任,而这些规定在此后颁布的《突发事件应对法》和其他法律、法规中并未全部获得“追认”; (4)

^① 于安:《突发事件应对法着意提高政府应急法律能力》,载《中国人大》2006年第14期。

^② 这种在预案中要求上级机关立法的规定,可谓由来有自。早在北京市2003年颁布的“防治传染性非典型肺炎应急预案”中,就曾要求制定《北京市实施〈突发公共卫生事件应急条例〉办法》(地方性法规)。参见李程伟:《北京防治非典型肺炎应急预案的行政学评析》,载《北京行政学院学报》2004年第1期。

^③ 此前,对个别类型事故在救援经费上的负担,法律、法规曾有零星规定,这几部预案是首次做出统一的规定。

重庆市总体预案规定了应急管理中的行政问责机制。

从上述分析可以发现,笔者所选择的这50部位阶较高的应急预案,其内容除了努力将各种应急法律规范转化为可供操作的具体实施方案外,^②事实上还创制了一系列重要的应急管理制度,或对某些法律上没有完整设定的权利义务做出了重要补充——如对突发事件分级标准和危机预警分级标准的

确定——离开了这些补充性规定,大量的法律规范将无从实施。而从这些规定的目的来看,对内对外都具有显而易见的约束力,其作为法规范的属性已经毫无疑问。但是,这些预案在事实上的规范效力与其作为低位阶文件——甚至是内部文件的外在形式之间却存在着明显的张力。某些预案中频频出现的越权规定,更凸显出这种内在的紧张关系。

三、对应急预案合法性的重构

应急预案在本质上是政府实施非常态管理时的执行方案。预案的实施关系到一系列法律秩序的剧烈变动,集中表现为公权的扩张和私权的克减。因此,预案的实施必须获得合法性上的保护,即预案中的每项内容都必须有确切的法律依据。但显而易见的是,我国现有的应急法律规范体系无法完整地提供这种保护。在法律的完善不可能一蹴而就而预案的编制又迫在眉睫的情况下,预案就不得不既充当既有法律的实施方案,又在后者缺位时及时补位,使其自身也成为应急法律规范体系的一部分。“在应急预案编制中,出现了现有法律不完善或没有法律的问题,一些预案暂时代替了法律的空白。”^③笔者注意到,北京市的《突发公共事件应急预案管理暂行办法》在定义各类预案时,交替使用“计划”和“规范”两词加以描述,这正生动地揭示了当前应急预案同时作为工作计划和法规范的双重属性。^④那么,具有法规范内容的应急预案,应当如何实现其内在属性与外在形式间的匹配,以摆脱效力上的不确定状态,^⑤其各部分内容又如何与新的规范形式相协调,就成了必须解决的问题。

第一,预案的规范形式和法律位阶。

正如上文所述,由于形式标准和实质标准的不同,在我国,行政文件的外在形式并不是决定其是否具有规范效力的恰当标准,在行政法规、规章

之外广泛存在着具有法规范(法规命令)意义的行政文件,^⑥——它们经常被称作一般规范性文件。上文对各类应急预案的剖析已经印证了这一点。一般规范性文件的效力无论是在行政系统内部还是在司法审查中,都获得了承认。

不过,形式上的差别虽不足以决定规范效力的有无,却足以决定规范效力的大小和层级。那么,对于那些应急预案中已经规定且必须规定的内容,现有的规范形式能否保证其具有足够的合法性,就是一个无法回避的问题。

例如,各级政府设立各类应急指挥机构和日常应急管理机构,虽有组织法和《突发事件应对法》上的依据,但其职权中的绝大多数却仅仅来源于应急预案的规定。作为一般规范性文件的预案是否足以成为这些机构对外行使职权的依据,十分值得怀疑。与此同时,预案为政府各部门所确定的应急管理职权,也常常超越法律上的范围。譬如,在“综合协调”原则的指引下,预案往往确定某一部门作为应对某类突发事件的主责部门,并赋予其协调其他部门的权限,而这种权限一般为法律上所无。又如,应急救援类预案所确立的救援费用负担规则,本质上是一种民事责任制度,显然更不应由一般规范性文件来调整。更为关键的是,作为预案核心的应急处置实施方案,由于其载体并非法律、

^② 至于这些内容是否真正具备了可操作性,则另当别论。

^③ 钟开斌、张佳:《论应急预案的编制与管理》,载《甘肃社会科学》2006年第3期。

^④ 《北京市突发公共事件应急预案管理暂行办法》第2条:“应急预案是……计划、程序和规程”;第7条“总体应急预案是……整体计划和程序规范”,“专项应急预案是……行动计划和程序规范”,“应急保障预案是……行动计划和程序规范”,“部门应急预案是……行动计划和程序规范”。而在定义社会单元预案和大型活动预案时,却仅仅称之为“具体行动方案或措施”。

^⑤ 戚建刚、杨小敏:《“松花江水污染”事件凸显我国环境应急机制的六大弊端》,载《法学》2006年第1期。

^⑥ 同注⑦。

法规或规章,诚如上文分析,其效力恰恰被《突发事件应对法》所否定——这一问题的出现,固然与立法技术上的失误有关,但确实为应急预案的实施制造了合法性障碍。至于预案中所规定的应急处置的结束、紧急状态下行政程序的简化,以及为违法行为设定的法律责任,更是远远逾越了一般规范性文件

文件的权限范围。

由此,笔者认为,在应急规范的法规范属性必须得到承认但与其现有的效力等级又不相匹配的情况下,通过形式上的改造,来提高这些规范的层级就成了一种必然选择。具体来说,国家总体预案和专项预案应以行政法规的形式制定;国家部门预案应以部门规章的形式制定;省级总体预案和专项预案则应以地方政府规章的形式制定。^②至于由此以下的各级预案,其创设或补充某制度的空间应已收缩殆尽,在性质上只是纯粹的解释性规定,仍然以一般行政文件的形式存在即可。

第二, 预案全本的公布及其效力。

规范形式的改变,必然导致预案的编程序有所变化。从北京、广东、湖南等地颁布的应急预案管理(暂行)办法和实践的做法来看,应急预案的编程序介于一般行政规范性文件与行政立法之间,较之一般规范性文件更加严格,而比诸行政立法又略显宽松。预案的制定,在起草机构、初步审查、征求意见、审议批准等环节上与行政立法的程序已经颇为接近,只需在颁布形式、备案对象等方面略加调整便可达成一致。因此,启动行政立法程序用于编制应急预案,并不存在其他实质性的障碍。

唯一的问题在于公布环节。在已经制定的国家和省级预案中,有部分专项预案和部门预案并未公布,其他预案一般也只公布经过大量删节的简本。在这些没有公布的内容当中,实际上包含了若干重要的法规范,如多数预案中的突发事件分级标准和危机预警分级标准在简本中便被完全或部分删除。

依“不公开则无效力”的基本法理,按照这些规定所采取的应急管理措施,便不免有违法的嫌疑,乃至可能“损害公民的基本权利和国家应急制度的基本准则”。^③

对此,笔者认为可以区分为三种情况处理:

(1) 部分被删节的内容实无保密必要,应在预案的公开版本中予以保留,如有关分级标准、应急管理机构的具体组织方式、应急处置的具体措施及程序等规定。(2) 部分内容确需保密,且纯属内部工作规则,不产生外对效力,因此没有公开的必要,如有关临事、事中、事后管理的流程图,有关应急指挥机构的负责人、联系人及其通讯方式,有关应急资源的分布及其调配方式等预案的支持附件。(3) 某些内容在平时确实不宜公开,但当突发事件一旦发生而必须适用时,就必须由预案编制机关迅速公布,依行政立法程序中“公布即生效”的例外规定而获得效力,^④如有关应急动员方案、应急特别开支的筹集和使用、应急处置期间的新闻管制等方面的规定。

第三,法规范和法律实施方案在预案中的组合方式。

通过行政立法的形式编制应急预案,将带来一个新的问题,即预案中两部分不同性质的内容——法规范和法律实施方案——之间的兼容。法规范所设定的权利义务具有确定性、强制性,甚至唯一性。而预案中的实施方案则是一种建立在经验、预测、推理基础上的行政计划,具有弹性、动态性、可调整性,不能保证在突发事件来临时必然被选择。如果按照通常的立法套路将后者规定在应急预案中,其结果要么导致应急行动完全丧失灵活性,要么使法律化的预案权威扫地。有鉴于此,有必要在预案中将上述两部分内容适度分离开来。

但是,预案中的法规范呈现明显的分散状态,与作为操作方案的其他内容高度融合,不可能脱离后者而单独分割出来。因此,笔者认为,有必要将

^② 有学者认为,应急预案必须以立法的形式出台是由其本质属性所决定的。笔者认为恰恰相反,应急预案本来不具有法规范属性,自然也无需立法。这里之所以提出立法的必要性,仅仅与我国当前的特殊现实条件有关,可以视为一种不得已的过渡措施。参见王世彤等:《地方政府及组织突发事件应急预案制定原则分析》,载《社会科学家》2006年第3期。

^③ 于安:《制定紧急状态法的基本问题》(下),载《法学杂志》2004年第5期。

^④ 《行政法规制定程序条例》第29条“行政法规应当自公布之日起30日后施行;但是,涉及国家安全、外汇汇率、货币政策的确定以及公布后不立即施行将有碍行政法规施行的,可以自公布之日起施行。”《规章制定程序条例》第32条“规章应当自公布之日起30日后施行;但是,涉及国家安全、外汇汇率、货币政策的确定以及公布后不立即施行将有碍规章施行的,可以自公布之日起施行。”

这里的操作方案进一步区分为基本实施方案和具体实施方案。基本实施方案与国家、省两级预案的现状大致相当,其目标是保证各类上位规范的完整落实。那么,国家、省两级的总体预案就以这种基本实施方案为主体,结合具有法规范属性的另一部分内容,两者组合后依照预案中的各要素顺次编制即告完成。而对于国家专项预案、部门预案及省级专项预案来说,还必须在此基础上以附件的形式补充临事、事中、事后三个环节的具体实施方案,才能确保其可操作性。^③具体实施方案与基本实施方案的不同在于增加了各项应对措施之间的逻辑顺序、每项措施的执行人及其职责、完成职责的各种科学辅助方法(如应急资源的配置和调度方法、人员疏散模型等),甚至还包括了每种方案的网络计划图。^④在未来,这种具体实施方案还可能借助计算机技术和网络技术以数字化的方式呈现,从而在结

合事态即时信息的基础上,迅速生成、调整针对每一次突发事件的行动方案。^⑤况且,按照应急决策的基本方法,应急预案应当为决策者提供多套具体实施方案供其评估、比较、选择,^⑥这种要求与预案中作为法规范和法律基本实施方案的内容完全不同——后面两者在预案中只能是唯一的,不具有可选择性。

应急预案的上述结构与其功能也是匹配的:法规范和基本实施方案组成了预案中具有确定性的部分,用于应对突发事件中必然遭遇的确定性问题,其核心是权责配置和资源分配,这正是总体预案,或专项预案、部门预案的正文部分需要解决的问题;具体实施方案则构成预案中具有灵活性的部分,用于应对突发事件中的不确定性问题,其核心是危机分析和危机决策,而这正是专项预案、部门预案在附件部分需要解决的。^⑦

四、结 语

通过应急预案来创设、补充若干必要的制度以弥补立法上的不足,是受制于现实条件的一种过渡性安排。随着应急法律体系的逐步完善,预案中的内容正不断被立法所吸收,《突发事件应对法》的颁布、《防震减灾法》的修订、《食品安全法》的出台等等,无不表明了立法机关的这种努力。尽管如此,“以案代法”的局面也很难在短时间内获得根

本改变,预案中具有法规范属性的内容还将长期存在下去。那么,从规范形式上将一定层级的应急预案上升为正式的行政立法——即“变案为法”——从而保证预案中的法规范内容具有合法性、有效性,就应该是法治国家原则的必然要求,而不仅仅是在形式上对“名实相副”的空洞追求。

(责任编辑:张翔)

^③ 造成这种差别的原因在于:对于总体预案而言,其层级越高则规范功能越强、操作功能越弱,反之亦然;而对于专项预案和部门预案而言,却并不因层级不同而使操作性上的要求有所变化,因为,不同层级专项预案和部门预案的差别仅仅是所应对的突发事件在级别上有所不同而已。

^④ 于瑛英、池宏:《基于网络计划的应急预案的可操作性研究》,载《公共管理学报》2007年第2期。

^⑤ 翟丹妮:《应急平台中数字化预案系统建设的研究》,载《中国公共安全》(学术版)2008年第3期。

^⑥ 参见申晓留等:《基于预案的应急决策方法研究》,全国第九届企业信息化与工业工程学术会议论文。

^⑦ 同注②。