

应急行政决策中公众参与机制的构建

——以突发公共卫生事件应对为例

夏金莱*

摘要: 应急行政决策是应急状态而非紧急状态下的决策,与常规行政决策并非截然对立。公众参与并不必然导致决策低效,应急行政决策中公众参与的意义不仅在于促进决策民主化,更在于提升决策科学性,推动决策顺利执行以及有效监督决策权。有效的参与方式应利于实现促进决策科学化和法治化的目的,并实现公众参与和决策效率的平衡。可以区分专家、社会组织和普通公民,确定不同的参与环节、参与权限和参与方式。应提升专家和专业机构参与决策的主动性和权限,社会组织作为执行者参与决策,普通公民则以积极和消极两种方式参与决策。

关键词: 应急状态 行政决策 公众参与 突发公共卫生事件

虽然公众参与是重大行政决策的法定程序之一,但是从《重大行政决策程序暂行条例》到各地方立法,绝大多数行政决策程序规定都区分了常规行政决策与应急行政决策,并将公众参与、专家咨询、风险评估、合法性审查和集体决定作为前者的法定程序,而将后者排除在该程序规范的适用范围之外。当突发公共事件发生时,政府需要及时作出应急行政决策以应对危机,应急行政决策关系千万民众的生命财产安全,影响重大。突发公共事件种类繁多,其中既有非人为因素引起的公共卫生事件、地震、洪水、火灾等,也有人为因素引起的环境污染、社会动乱等。从应急行政的角度看,公共卫生事件在各类突发公共事件中最具典型性和代表性。^① 首先,公共卫生事件涉及公众的生命健康权等核心权利,在信息不公开、不对称的情况下常常导致谣言四起,并导致社会性恐慌、物资抢购和医疗资源挤兑。其次,传染病疫情公共卫生事件具有很强的扩散性,一旦处理不当,其危害将呈几何级数扩大。再次,公共卫生事件具有很强的专业性,人类对不明原因疾病或者新型疾病的认知必然经历一个过程,这使公众具有很强的知情和参与愿望。最后,

* 广东财经大学法学院副研究员

基金项目:广东省哲学社会科学规划项目(GD17XFX14)

^① 根据《突发公共卫生事件应急条例》第2条的规定,突发公共卫生事件,是指突然发生、造成或者可能造成社会公众健康严重损害的重大传染病疫情、群体性不明原因疾病、重大食物和职业中毒以及其他严重影响公众健康的事件。

公共卫生事件的应急决策方案涉及政府各个职能部门,并且需要社会公众的容忍、协助与配合。鉴此,本文选择以突发公共卫生事件应对为例来研究应急行政决策公众参与机制的构建。目前,我国没有专门的应急行政决策程序规定,《中华人民共和国突发事件应对法》(以下简称《突发事件应对法》)和各类单行法中也无关于应急决策的直接规定,仅在《国家突发公共卫生事件应急预案》中有关于应急决策主体的规定。可以说,对于应急行政决策是否需要公众参与这一问题,立法几近空白。但在应急行政决策中,每个人都是直接利害关系人,公众的参与意愿广泛而强烈,是否需要公众参与值得探讨。

一、对应急行政决策无须公众参与之反思

我国有权威学者认为:“应急处理需要以特别有效的方式来迅速控制事态,行政效率显得尤为重要,这决定了紧急行政过程必然主要只能采用一种简易程序,而一种被压缩过的行政过程就不可避免地严重降低行政过程的开放性,就不可能充分满足公众普遍参与的要求。”^①但此种观点值得商榷。

(一)应急行政决策并非紧急状态下的决策

由于“紧急状态无法律”这一观点影响深远,因此有人认为应急行政决策不宜由法律加以规范。其理由是:在紧急状态下,社会关系具有高度的复杂性和变动性,需要行政机关具有高度的机动性、灵活性、权变性,紧急行政权具有高度的政治性和政策性,故在紧急状态下应摒弃合法性原则而适用应急性原则。^②这里混淆了非常状态与紧急状态。在我国的法律体系下,社会非常状态包括战争状态、紧急状态和应急状态。^③应急行政决策发生在应急状态下,而非紧急状态下。

我国至今尚未制定紧急状态法,但是自2004年“紧急状态”入宪以后,它就成为一个特定的法律概念,指的是一种宪法意义上的非常状态,并非一切情势紧急的客观状态都属于紧急状态。《突发事件应对法》确定了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,并明确了突发事件与紧急状态的关系,只有当发生特别重大突发事件,对人民生命财产安全、国家安全、公共安全、环境安全或者社会秩序构成重大威胁,采取现行法律规定的所有应急处置措施均无法有效应对,并经有权机关决定和宣布方可进入紧急状态。紧急状态期间采取的非常措施可超出《突发事件应对法》第3条和第69条规定的特别措施。我国法律意义上的紧急状态是与战争状态相提并论的非常状态,一旦特定国家机关宣布进入紧急状态,国家行政应急管理体制就自动让位于国家紧急状态体制。因此,为了应对紧急状态而做的决策应该称为国家决策而非行政决策。自2004年修宪以来,紧急状态在我国从未出现。

在应急状态下,虽然突发事件导致一定程度的社会失序,但整个社会尚处于行政权即可控制的范围。依法行政或者行政法治是常态下行政权行使的基本原则,虽然在应急状态下行政机关采用常态下不宜采用的手段,限缩公民权利是必然的,但也应遵循行政应急性原则。除非“战争

^① 应松年:《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2006年版,第96页。

^② 参见江必新:《紧急状态与行政法治》,《法学研究》2004年第2期。

^③ 参见孟涛:《中国非常法律的形成、现状与未来》,《中国社会科学》2011年第2期。

时期法学沉默了”,^①行政应急原则就是要在非常态的情况下也建立一种法治秩序,行政机关可能采用非常态手段应急,但是这种非常态手段的运用却仍然是在法治框架内的“允许动作”。行政应急性原则要解决的问题和达到的理想状态就是通过恰当的制度来安排和合理配置应急性权力与公民权利。^②因此,以“应急”为借口摒弃决策法治化这一根本要求,进而将公众参与排斥在行政决策程序之外欠缺理论支撑。

(二)应急行政决策模式与常规行政决策模式并非截然对立

常规行政决策格外重视决策作出前的论证和评估,故在常规行政决策模式下决策程序以决策前的公众参与和专家论证为核心。^③应急行政决策则具有主观性和非程序性,要求决策权高度集中于决策者,决策者因势确定决策程序,并凭借个人的洞察力、智慧和胆识,迅速做出相对理性的决策方案。^④因此,人们都将常规行政决策模式贴上程序化、民主化的标签,而将应急行政决策贴上权力集中、灵活权变的标签。笔者通过“北大法宝”数据库检索梳理了《重大行政决策程序暂行条例》和 38 部关于行政决策程序的地方政府规章中关于适用范围的规定,其中有 27 部明确将应急行政决策排除在适用范围之外,即应急行政决策不适用常规行政决策程序。^⑤可见,立法不约而同地确认了应急行政决策模式与常规行政决策模式的分野。究其原因,主要在于效率这一价值在应急行政决策和常规行政决策中的位阶存在较大的差别。理论界和实务界皆认可效率是应急行政决策的首要价值目标,而常规行政决策对科学性、合法性和民主性的追求则远高于效率。提高效率最直接的方法就是将决策权尽量集中于行政主体,减少甚至排除其他主体的参与。这种强调应急行政决策的偶发性和非程序性,并且将其与常规行政决策完全对立的观点,在很大程度上是受紧急权力的自由模式理论影响之结果。然而,这种自由模式自 20 世纪初期开始衰微,学者们在反思中提出了超越自由模式。^⑥超越自由模式是对传统自由模式的扬弃和发展,根据该理论,公众参与紧急行政决策不仅是对行政权滥用的监督,而且公众的直接参与能够协助政府有效应对危机,在主观上有助于培养公民的主人翁精神和责任意识。^⑦

事实上,尽管常规行政决策模式不适应风险治理的应急状态,但这并不意味着风险治理的应急决策完全仰仗行政官员。^⑧行政绝对主导的决策模式易导致决策科学性不足。即便应急行政决策可以在一定程度上放松对形式合法性的要求,但对决策效率的强调并不意味着对决策科学性的忽视。更何况,衡量行政决策是否具有合法性的标准已经发生变化,在很多方面,科学理性标准

① [英]W·Ivor,詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,生活·读书·新知三联书店 1997 年版,第 4 页。

② 参见刘莘:《行政应急性原则的基础理念》,《法学杂志》2012 年第 9 期。

③ 参见沈岩:《风险治理决策程序的应急模式——对防控甲型 H1N1 流感隔离决策的考察》,《华东政法大学学报》2009 年第 5 期。

④ 参见莫起升:《行政法治视野下构建我国突发事件决策机制研究》,《社会科学论坛》2010 年第 12 期。

⑤ 明确将应急行政决策(不包括制定和审议应急预案,仅指应急决策和突发事件的应对)排除在适用范围之外的除了国务院《重大行政决策程序暂行条例》,还包括《浙江省重大行政决策程序规定》《广州市重大行政决策程序规定》《徐州市人民政府重大行政决策程序规定》等 27 部地方政府规章。

⑥ 参见戚建刚:《紧急权力的自由模式之演进》,《中国法学》2005 年第 4 期。

⑦ 参见宋筱婷:《应急决策法制化研究》,知识产权出版社 2014 年版,第 15 页。

⑧ 参见沈岩:《风险治理决策程序的应急模式——对防控甲型 H1N1 流感隔离决策的考察》,《华东政法大学学报》2009 年第 5 期。

已经取代合法性标准成为支撑行政机关相关决策正当性的关键依据。^① 由于应对突发事件的需要,每一个决策都会被更加快速地执行,并且在应急状态下情势往往变更频繁,因此一旦作出错误的决策,其不利后果将会被加倍地放大。由此可见,以牺牲科学性来提升决策的效率是得不偿失。在应急行政决策中,公众尤其是专家参与的重要意义在于弥补行政决策知识不足的缺陷。因此,将应急行政决策模式与常规行政决策模式截然对立,并将是否接纳公众参与作为两种模式的重要区别,无法满足应急行政决策的现实需要。“相反,决策前必要的专家论证,决策相关信息的公开,风险及其防控信息的跟进收集分析与公开,决策后和决策执行中的公众参与,以及决策或措施的适时纠正或调整,是风险治理决策程序应急模式的构成要素。”^②

(三) 公众参与并不必然导致决策低效

有些学者认为,应急行政决策应当在确保决策正义的基础上尽可能简化决策程序,以便决策尽快输出和实现,而对应急决策程序的参与性、民主性通常不作很高的要求,^③甚至不允许采用时间成本较高的公众参与程序作出最终决策。^④ 可见,应急行政决策不应保留公众参与这一结论隐含的前提就是公众参与必然会导致决策效率降低。然而,这个前提建立在对公众参与的功能及参与方式的狭隘理解之上,本身并不成立。关于公众参与的功能,鉴于《重大行政决策程序暂行条例》及大量地方立法都将公众参与界定为听取公众意见,人们往往将公众参与与民主决策画上等号。民主总是直接影响效率,进而推导出公众参与必然降低决策效率的结论。从行政决策权的特性上说,哪些决策适宜采用公众参与,取决于决策对质量和可接受性的要求。^⑤ 因此,“政府已经掌握了充分的信息,能够作出一个高质量的决策,公众参与的适宜度就越小;决策将带来普惠的结果,公众对接受决策的分歧越小,决策适用公众参与的空间也就越小”。^⑥ 然而,应急行政决策并不具备这两个特征。相反,面对突发公共事件,政府信息匮乏和认知不足是决策初期的必然状态,任何决策方案都存在较大的风险,而应急处置措施也必将缩限公众的权利和自由。从功能看,无论是公众向决策者输入信息以提高决策科学性进而减少决策调整频次,还是通过参与提升公众对决策方案的认同度进而促进决策顺利执行,最终都是对应急行政决策综合效率的提升。显然,应急行政决策应当为公众参与预留足够的空间。在参与方式上,有学者局限于常规行政决策程序法中列举的“座谈会、听证会、实地走访、书面征求意见、向社会公开征求意见、问卷调查、民意调查”等方式,认为“民众参与的程序成本,往往相当高昂,程序愈正式,愈繁复,程序成本就愈高得吓人”。^⑦ 其中最主要的成本是时间成本,而这也是应急行政决策排斥公众参与的主要理由。但是,从立法技术的角度看待法律规定的参与方式,列举并不意味着排斥其他。正确的

^① See Jerry L Mashaw, *Small Things Like Reasons Are Put in a Jar: Reasons and Legitimacy in the Administrative State*, 70 *Fordham Law Review*, 20(2001).

^② 沈岩:《风险治理决策程序的应急模式——对防控甲型 H1N1 流感隔离决策的考察》,《华东政法大学学报》2009年第5期。

^③ 参见马怀德:《完善北京城市应急决策指挥机制》,《法学杂志》2012年第9期。

^④ 参见熊樟林:《重大行政决策概念证伪及其补正》,《中国法学》2015年第3期。

^⑤ 参见[美]约翰·克莱顿·托马斯:《公共决策中的公民参与》,孙柏瑛等译,中国人民大学出版社2010年版,第25页。

^⑥ 骆梅英、赵高旭:《公众参与在行政决策生成中的角色重考》,《行政法学研究》2016年第1期。

^⑦ 翁岳生:《行政法》(上),中国法制出版社2009年版,第573页。

逻辑是基于公众参与应急行政决策的目的和功能选择合适的参与方式,而非局限于常规行政决策公众参与的方式,更不能以常规行政决策参与方式无法满足应急行政决策效率性的需要而否定公众参与的必要性。并且,现代的公众参与完全可以借助先进的信息和大数据摆脱传统参与方式的桎梏。此外,效率除了体现在决策作出前,还体现在决策执行阶段,若决策方案不能顺利执行,则前期的高效将大打折扣,甚至失去意义。由于应急行政决策措施往往会造成个体权利的克减,因此决策能否顺利执行更加依赖公众的配合程度,若无公众参与,则决策执行的阻力必将增大。例如,在新冠肺炎疫情的应急行政决策中,健康码、通信大数据行程卡、人脸识别、交通数据等工具帮助政府以极高的效率和较低的成本获得了覆盖面极广且准确性较高的公众信息,对政府正确作出决策、顺利执行决策和及时调整决策起到重要的作用。

二、公众参与应急行政决策的必要性论证

就常规行政决策而言,公众参与机制的设计初衷是保障决策的民主性。正因如此,人们往往简单地将公众参与等同于决策民主,进而以应急行政决策无须强调民主性为由排斥公众参与。事实上,公众参与在应急行政决策中的作用和价值绝非仅仅为了满足决策民主性的需要。应急行政决策包括决策启动、决策作出、决策执行和决策调整4个环节,在每个环节中,公众提供的信息和公众的行为都是实现应急行政决策科学性和可执行性的必要条件。同时,在决策者拥有宽泛裁量权的情况下,公众参与也是一种有效的监督机制。

(一)提升决策的科学性

掌握充分的信息是进行应急决策和指挥的前提和基础。应急信息管理制度通常包括两个方面的内容:一是向决策者准确传达信息的机制,二是向社会公众及时、全面、准确地公开相关信息的机制。^①这两个目标的实现都离不开公众参与。

1. 提供信息来源

应急行政决策的科学性必然建立在决策机关及时、准确获取信息的基础上。然而,信息迟滞和信息失真是应急行政决策中极为常见的问题。决策机关获取信息迟滞和失真,将导致决策启动不及时甚至决策失误。在应急状态下,决策机关难有充足的时间进行深入调研,提高决策信息获取时效性和完整性的有效方式就是扩大信息搜集的渠道。此时,每个人既是受到突发事件影响的客体,也是影响事件发展的主体,每个人的想法和行为都可能是影响决策方案的因素。此外,引发应急状态的突发事件常常具有很强的专业性,科学决策必须建立在对相关事实正确认知的基础上,而能够有效提供专业信息的是相关领域的专家。按照欧盟对公众参与的定义,专家属于公众的范围。^②专家与其他公众向决策者提供信息的行为在性质上并无本质的区别,只是信息内容有所不同,故专家就决策事项进行论证或者提供专业意见的行为同样属于公众参与。让公众参与到应急行政决策程序中,对决策机关而言意味着扩大获取信息的途径和来源,是降低决策不确定性、提升决策科学性的必要手段。

^① 参见马怀德:《完善北京城市应急决策指挥机制》,《法学杂志》2012年第9期。

^② 参见王雪梅:《中欧环评公众参与机制的比较与立法启示》,《中国地质大学学报》(社会科学版)2014年第4期。

2. 倒逼政府信息公开

政府信息公开之于公众参与的重要意义已无须赘言,没有政府信息公开,就没有真正的公众参与。同样,如果没有公众参与,那么决策机关未必会及时将有关信息公开。例如,在新冠肺炎疫情初期,武汉市的政府信息公开曾受到过一些质疑。《突发公共卫生事件应急条例》关于传染病疫情信息确立了两种制度,一种是应急报告制度,另一种是信息披露制度。报告对象是地方人民政府或者卫生行政主管部门,而信息披露的对象是社会公众。2019年12月27日下午,湖北省中西医结合医院呼吸与重症医学科主任张继先就把不明原因肺炎患者的情况上报医院,医院随即上报江汉区疾控中心。29日再次上报新增病例,区里、市里、省里一层层上报。^①由此可见,政府相关部门在履行疫情报告义务方面并未出现明显的迟延,迟延的是信息披露。武汉市政府在面对社会关于其迟延发布信息的质疑时,抛出“未经授权不得披露”的理由。然而,原卫生部已在2006年即对各省级卫生行政部门统一进行了发布传染病疫情信息的授权,湖北省卫健委拥有发布疫情信息的合法权力。^②相关部门已知晓疫情发生,却没有向公众披露信息,其中一个重要原因就在于信息公布内容决策的单方性,没有以社会公众的需求为导向。^③

在实践中,政府在应对危机时经常采用所谓“内紧外松”的策略,让公众在无知中照常生活,政府凭借一己之力迅速摆平突发状况。这种习惯思维反映了全能型政府下决策者的家长式心态,他们没有把公众视为社会治理的主体,而只将其作为治理的对象。以《武汉市突发事件总体应急预案》为例,从其第5.7条关于信息发布的规定可以看出,层层审批环节和对新闻发布主体的限制可能会对信息的时效性、真实性和完整性造成一定的影响。事实证明,让公众参与决策,可以形成倒逼机制,督促决策者及时、真实、全面地公布信息。

(二) 推动决策顺利执行

有学者指出,应急决策的尽快输出和实现具有更大的价值。^④这一价值能否实现在很大程度上取决于决策执行单位的执行能力以及公众的配合程度,公众参与有助于这两者的提升。

1. 提高政府危机治理水平

“如果说代议制度是18世纪的伟大社会发明,而官僚政治是19世纪的伟大发明,那么,可以说,那个有组织的私人自愿性活动也即大量的公民社会组织代表了20世纪最伟大的社会创新。”^⑤在我国“大政府、小社会”的基本治理格局下,公民社会组织的发展尚不成熟。在经济发展水平低下,信息闭塞的时代,政府主导一切的治理方式可以解决绝大多数社会问题,然而在中国

^① 参见周甲禄、余国庆、杨志刚等:《警报是这样拉响的——对话“疫情上报第一人”张继先》,《瞭望》2020年第16期。

^② 2006年《卫生部关于印发〈卫生部法定传染病疫情和突发公共卫生事件信息发布方案〉的通知》第1条规定:“各省、自治区、直辖市卫生行政部门应按照《传染病防治法》第38条第2款的规定,定期发布本行政区域的传染病疫情信息。按照《传染病防治法》第38条第3款和《突发公共卫生事件应急条例》第25条第2款的规定,从本方案公布之日起,卫生部授权各省、自治区、直辖市卫生行政部门在本行政区域内发生传染病暴发、流行以及发生其他突发公共卫生事件时,及时、准确地发布辖区内的法定传染病疫情和突发公共卫生事件信息。”

^③ 参见刘超:《风险交流视阈下传染病疫情信息公开制度省思——从新型冠状病毒肺炎疫情防控切入》,《法学评论》2020年第2期。

^④ 参见马怀德:《完善北京城市应急决策指挥机制》,《法学杂志》2012年第9期。

^⑤ [美]莱斯特·萨拉蒙、[美]赫尔穆特·安海姆:《公民社会部门》,周红云译,载何增科主编:《公民社会与第三部门》,社会科学文献出版社2000年版,第257页。

已经成为世界第二大经济体、互联网已经深度融入大众生活的时代,权力的集中并不必然导致国家能力的提升,国家能力的高低还取决于决策执行和社会动员的程度。^①一旦面临突发事件引发的危机,家长式政府思维常常会遭遇民众的质疑和反感。

在应急行政决策中,为了及时有效应对和处理突发事件,政府和社会对人力及特定物资的需求激增。以常态下的人力和物力资源去应付应急状态下的需求注定是杯水车薪,尤其是在遭遇突发公共卫生事件、重大自然灾害时,人们对防疫物资、救灾物资的需求会呈指数级增长,行政应急工作量也会以超越极限的态势增长。但是,政府仍应当时刻保持足够的人力和物资以备应对危机所需,这样常态下的配置无疑是对资源的极大浪费。更何况,我国财政供养人员数量已然巨大。^②因此,真正考验政府危机管理和应急决策水平的是如何在常态配置的基础上迅速整合、调动大量资源,保证有效应对突发事件。民间力量在应对危机以及迫使政府转变思维和调整决策方面发挥的作用促使我们清醒地认识到,公众不应当只是社会治理的对象,而应当成为社会治理的主体。公众参与应急行政决策并非仅仅为了保障公众的权利,更重要的是能够发挥公民和社会组织的能力、优势,弥补政府的短板和资源不足,形成合力共同应对危机。

2. 提升公众应对危机的责任感

当一项行政决策与公众的利益密切相关,尤其是关系到生命权、健康权这类核心利益时,公众对待决策的态度将直接决定决策执行的效果。未经充分的公众参与而作出的行政决策,在公布后因遭遇公众强烈反对而宣告失败的例子并不鲜见,“厦门PX项目”即是典型案例。^③例如,在应对重大公共卫生事件时,“封城”“禁足”“停产停业”都是政府经常采用的应急措施,这些措施的落实必须依靠每个公民的主动配合。由于每个人都是利害关系人,每个人的行为都会对决策的执行产生影响,因此在应急状态下公众对决策者的配合程度对决策执行效果的影响要远远大于常规时期。公民配合的前提是信任决策者,而信任的前提是知情和参与。“通过公民社会的直接参与能够强化一般公众对国家和社会的道德和法律上的责任感,培养普通民众的主人翁精神,从而在极端危机情况下,动员全社会力量共同解决危机。”^④与权利相伴的是责任,当公众成为应急行政决策的参与者,在某种意义上自然也就成为决策的责任主体。尽管公众不必对决策结果承担政治责任和法律责任,但道德责任也会在相当程度上有助于促使公众与政府形成情感上的责任共同体,进而提升公众对决策机关的配合度,减少决策执行的阻力。

(三)有效监督决策权

“无论在普通法国度,还是在大陆法国度,贯穿于行政法的中心主题完全是相同的。这个主题就是对政府权力的法律控制。”^⑤对常规行政决策的监督和制约在很大程度上依靠的是复杂的决策机制;而应急行政决策机制被大幅简化,合法性审查被省略,集体审议决定往往被负责人决断所替代。一方面,决策机关在应急状态下合法地拥有更大的裁量权;另一方面,法律对应急行政决策的程序性约束明显削弱。为了避免应急行政决策权被滥用,《突发事件应对法》第16条规

^① 参见胡萧力、王锡锌:《基础性权力与国家“纵向治理结构”的优化》,《政治与法律》2016年第3期。

^② 截至2015年底,全国共有公务员716.7万人,财政供养人员约5000万人。参见王红茹:《中国公务员总数首披露:“官多兵少”约716.7万人》,《中国经济周刊》2016年第24期。

^③ 参见朱红军:《百亿化工项目引发剧毒传闻 厦门果断叫停应对公共危机》,《南方周末》2007年12月18日。

^④ 戚建刚:《紧急权力的自由模式之演进》,《中国法学》2005年第4期。

^⑤ [印]M.P.赛夫:《德国行政法——普通法的分析》,周伟译,台湾五南图书出版公司1991年版,第4页。

定了备案和事后专项报告制度,要求县级以上人民政府在作出应急决定、命令时,报本级人大常委会备案;并且,在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。这种显然是法律确定的对应急行政决策的监督机制,监督主体是同级人大常委会。但是,立法关于备案的规定过于原则和抽象,缺乏可操作性,并且没有规定人大常委会是否有审查的义务,因此在实践中可能流于形式。事后报告作为一种监督方式,至多能够辅助实现问责,对于及时纠正应急行政决策过程中的错误则于事无补。尽管人大常委会对行政权的监督具有很高的权威性和正当性,但也存在专业性、及时性不足的短板。

有学者曾提出以社会权力制约国家权力的观点,认为社会权力是社会主体以其所拥有的社会资源对国家和社会的影响力和支配力,这种监督制约具有巨大的能量。^① 公众参与就是一种社会权力监督行政权力的重要途径,公众参与的效果取决于公众参与的意愿和能力。然而,公众并非对各类行政决策都有强烈的参与意愿。公众对参与决策和监督的态度有其文化根源,千百年来中国传统文化并没有为参与精神提供土壤。有学者用“差序格局”精辟地概括了中国的乡土文化,老百姓在公共参与上较为冷漠,往往仅愿意参与跟自身有血缘、地缘关系的事务。^② 事实证明,在百姓安居乐业的正常状态下,许多行政决策事项并不会对公民的日常生活产生直接、明显的影响,而参与决策往往需要付出时间、精力等成本,这使很多公众会倾向于放弃行使权利。但是,突发公共事件与每个人的利益休戚相关,在关系到自身生命健康或者财产安全的情境下,公众会内生出强大的力量,促进其参与决策并监督行政权的行使。

三、公众参与应急行政决策的类型化构建

1991年联合国在《跨界环境影响评价公约》中对“公众”的界定是:“一个或一个以上的自然人或法人。”^③ 简言之,公众可以分为自然人与组织两种类型。以是否具备与决策事项相关的专业知识为标准,自然人可以分为专家与普通公民。在我国,参与决策的组织则是指非行政机关的社会组织或者企业等。在常规行政决策中,公众参与决策的主要功能在于向决策机关提供信息或者向决策机关表达利益诉求进而聚合公共利益,因而公众参与决策的方式并不取决于主体的类型。有效的应急行政决策公众参与,既要实现公众参与对促进决策科学化和法治化的价值,又要实现公众参与与决策效率的平衡。因此,可以区分不同类型的主体,确定不同的参与环节、参与权限和参与方式。

(一)专家的主动性参与

在常规行政决策中,对于专业性、技术性较强的决策事项,专家论证是独立于公众参与的一个法定环节。在应急行政决策中,基于简化程序、提高效率的考虑,不必将专家论证设置为独立环节,而是直接将专家作为特殊公众。常规行政决策中的专家论证由决策承办单位组织实施,具有较强的被动性,具体表现为是否需要进行专家论证以及何时进行专家论证由决策承办单位决

^① 参见郭道晖:《社会权力与公民社会》,译林出版社2009年版,第5~228页。

^② 参见周进萍:《社会治理中公众参与的意愿、能力与路径探析》,《中共南京市委党校学报》2014年第5期。

^③ United Nations, Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Espoo, 1991, p.2.

定,参与论证的专家以及论证方式由决策承办单位选择,而专家进行论证所依据的信息亦由决策承办单位提供。这一特点可能导致专家被政府“雇用”,提供“定制的专家意见”,或者把专家和决策精英的作用推到一个核心的地位,从而形成官僚精英和知识精英联手组成的“知识—权力”垄断体制。^① 面对突发公共事件,政府往往需要“决策于未知”之中,因此更加依赖科学技术理性,“科学因而扮演重要的角色,其不仅作为政策决策程序的设计核心,也成为决策的正当性来源”。^② 在过去的诸多应急行政决策过程中,尽管决策机关并未有意识地组织专家论证并将其作为决策的法定程序,但是专家事实上已经参与了政府的应急决策。例如,在突发公共卫生事件应急行政决策中,按照《传染病防治法》的规定,仅有国家和省级疾控系统机构才有权进行传染病病原学鉴定,但最初完成基因测序并得出病原体是一种类非典型性肺炎冠状病毒结论的,是几家民营基因测序公司及其科研人员,这些检测结果陆续反馈医院并上报给卫健委和疾控系统,后来武汉市卫健委通报将“不明原因的病毒性肺炎”更名为“新型冠状病毒感染的肺炎”。^③ 这种参与并未遵循常规行政决策专家参与的程序,是专业人士主动自发的行为,却在客观上对应急行政决策产生了一定的影响。要真正发挥专家的作用,首先要将专家参与作为应急行政决策的强制性要求,并且要通过打破限制、赋予权限和适当约束,使专家变被动参与为主动参与。

1. 扩大专家的范围

在常规行政决策中,参与论证的专家只能由决策承办单位从政府建立的专家库中选择。鉴于行政决策事项具有广泛性和复杂性,政府的决策咨询论证专家库需要涵盖与重大行政决策事项相关的各个领域,但在现实中往往难以满足全覆盖的要求,并且专家库的准入和更新标准亦各不相同。当重大事件突发时,认知不足是决策所面临的最大风险。为了降低风险,正确的做法应是扩大专家的范围,以更开阔的视野和更多元的视角进行科学论证。因此,参与应急行政决策的专家应不受是否入库的限制,也不应受所在单位性质等身份类限制。事实上,专业机构“去行政化”更能保证学术自由和结论客观。能否成为参与应急行政决策的专家,主要判断标准为是否在相关领域具有深厚的专业造诣以及是否对相关信息具有深入的了解。例如,一线医生、高校或者科研机构的研究人员、相关企业或者民间机构的研发人员和技术人员等,只要符合上述标准,皆可作为专家参与论证。专家的来源越广泛,就越能克服意见的局限性;专家的身份越多元,就越能降低被“雇用”的可能性。

2. 赋予特定专业机构启动应急决策的建议权

常规行政决策的启动是一个漫长的过程,政府通常会拟将决策事项提前列入年度决策目录,在做好充分的准备工作之后再正式启动决策程序。应急行政决策无法事先规划,但启动的时机直接影响决策实施的效果甚至成败。非常规行政权的行使总会给常规法治秩序造成一定的冲击,故政府应慎重对待。但是,决策迟延也是决策失误的一种,尤其是在面对突发事件时,迟延决策的代价更加沉重。例如,在应对突发公共卫生事件时,是否启动应急行政决策在很大程度上取

^① 参见王锡锌:《公众参与和行政过程——一个理念和制度分析的框架》,中国民主法制出版社2007年版,第296页。

^② 刘超:《风险交流视阈下传染病疫情信息公开制度省思——从新型冠状病毒肺炎疫情防控切入》,《法学评论》2020年第2期。

^③ 参见高昱、彭岩峰、杨睿等:《新冠病毒基因测序溯源:警报是何时拉响的》, <https://new.qq.com/omn/TWF20200/TWF2020022701654200.html>, 2021-09-16。

决于对疫情发展趋势的预判,这显然超出决策机关的判断能力,具备相应专业能力且能够在传染病传播初期了解相关信息的专业机构是各级疾控机构。2001年全国卫生监督体制和疾病预防控制体制改革后,疾病预防控制机构被定位为“政府举办的实施疾病预防控制与公共卫生技术管理和服务的公益事业单位”,并不享有行政管理职权。^①根据2013年修订的《传染病防治法》第18条的规定,各级疾病预防控制机构承担传染病监测、预测、流行病学调查、疫情报告以及其他预防、控制工作。作为传染病监控和防治的专门机构,疾控中心有条件也有能力在疫情初期即发现和掌握传染病传播的信息,并对其发展趋势做出大致预判。但是,在我国现行的体制下,疾控中心仅仅是专业技术机构,没有行政决策权。新冠肺炎疫情促使人们反思疾控机构的地位和作用。有人认为在疫情早期预警体系中,处理专业知识和行政体系的关系时应当将前者置于中心位置。^②以中华预防医学会专家组为代表的公共卫生学者则主张将疾控机构纳入卫生行政部门,令其将专业能力与政府权威集于一身。^③尽管专家意见在突发公共卫生事件的应对中占据非常重要的地位,但是行政决策具有综合性和复杂性,需要多方面的协同与整合,而这些均超出了专业知识的范畴。故笔者赞同将疾控机构定位为独立的公共组织,在决策形成领域可以构成行政机关的“参谋”或“臂膀”,在专业技术领域则应恪守自己的专业性、技术性和相对独立性。^④然而,根据《传染病防治法》第33条的规定,疾控部门发现疫情后,应当向当地卫生行政部门报告,再由卫生行政部门报告当地人民政府。由此可见,疾控机构无权直接向决策机关报告情况和提出建议。这一疫情防控常态机制势必降低专家在应急决策中的作用,也不利于应急决策的及时启动。因此,应急行政决策应当采取更加多元的启动方式,赋予疾控机构等专业机构直接向决策机关提出启动应急决策的建议权。在常规行政决策中,公民、法人或者其他组织都有权提出书面决策事项建议,但是这种建议权更多地体现为民主体权利,决策机关并无回应的义务。^⑤在应急行政决策中,为了防止专业机构的决策启动建议被架空,保障专家能够实质性地参与应急行政决策,行政决策程序立法应当明确规定决策机关对专业机构的建议有及时回应的义务,若不予采纳,则必须说明理由。同时,相关单行法律可以明确规定特定专业机构负有及时提出启动应急行政决策建议的法定职责,以及怠于履行该职责的法律责任。

3. 赋予特定专业机构信息公开主体资格

突发公共事件是对政府信息公开能力的拷问,从南京、杭州、兰州、茂名等地发生的多个突发公共事件的应对看,政府信息披露不及时、不对应甚至不真实的问题比较突出,政府信息公开的现状与公众的要求还有一定的距离。^⑥其原因可从两个方面分析:一方面,政府客观上较难做到

^① 参见2001年《卫生部关于印发〈关于卫生监督体制改革实施的若干意见〉和〈关于疾病预防控制体制改革的指导意见〉的通知》附件2第1条。

^② 参见顾昕:《知识的力量与社会治理的引入——突发性疫情早期预警系统的完善》,《治理研究》2020年第2期。

^③ 参见中华预防医学会新型冠状病毒肺炎防控专家组:《关于疾病预防控制体系现代化建设的思考与建议》,《中华流行病学杂志》2020年第4期。

^④ 参见宋华琳:《疾病预防控制机构法律地位的反思与重构》,《探索与争鸣》2020年第4期。

^⑤ 参见《重大行政决策程序暂行条例》第10条。

^⑥ 参见刘啸萱:《突发性公共事件拷问政府信息公开能力》, http://www.gov.cn/xinwen/2014-05/15/content_2680002.htm, 2021-09-16。

及时公开全面准确的信息。政府无法生产信息,其信息必须通过各种渠道从社会获取,但政府不可能获取全部信息。在互联网时代,单一的发布主体制度无法实现突发事件信息的有效供给。^①另一方面,政府在主观上不愿意及时全面公开其掌握的信息。政府对于决策权的垄断,通常是靠对公共信息的垄断来支撑的。^②因此,在实践中很多地方政府在面对突发公共事件时更倾向于自行调查,而不向公众公开信息。^③例如,在2020年新冠疫情初期,有学者曾撰文指出:“传染病防治、重大疫情防控所依赖的,应该是一个充分开放、流动畅通的、更多专业判断但不排斥其他适当信息源、信息流的‘信息空间’,而不是封闭、零碎、割裂的‘信息黑箱’以及狭窄、阻滞、扭曲的‘信息通道’”。^④要做到这一点,需要在法律制度层面打破政府对信息的垄断。政府信息垄断会造成信息源流减少、信息竞争机制丧失和社会监督机制弱化,进而影响国家的治理能力,因此有必要通过“竞争性信息公开”破除信息垄断。^⑤

理想的“竞争性信息公开”应当确认任何个人或者组织均有权公开发布与突发事件相关的信息,但是任何主体公开发布信息都必须恪守“不得散布虚假信息”这一行为边界,而对“虚假信息”的判断和认定是一项比较复杂的工作,尤其是对专业性较强的信息,并非任何人都有能力准确辨别,信息发布主体的广泛性和信息发布的真实性之间存在一定的紧张关系。因此,合理的“竞争性信息公开”机制需要在二者之间寻求平衡,这个平衡点就是赋予特定的专业机构信息公开主体资格。具体而言,须从公开的主体、公开的内容、公开的方式和公开的法律 responsibility 等几个方面进行构建:(1)公开的主体应为专业机构,但并非所有的专业机构都有权公开发布应急信息,可以通过法定方式和程序赋予特定专业机构信息公开主体资格,但资格限制不宜过严。依法拥有信息公开主体资格的专业机构发布信息前无须经过政府主管部门审批或者审查,有权直接以自己的名义发布相关信息。(2)公开的内容应当区分事实信息与决策性信息,专业机构有权披露的仅限于事实信息。^⑥专业机构发布信息的目的是让社会公众知晓突发公共事件的相关事实,起到预警和预防的作用。即便专业机构已经知晓政府应急决策的相关信息,也无权擅自对外发布。(3)在公开的方式上,专业机构既可以自行发布信息,也可以通过专业媒体机构发布。(4)明确违法发布信息的法律责任,建立信息发布机构诚信档案,对发布虚假信息的专业机构不仅可以限制或者剥夺其发布信息的资格,而且还可以根据情况予以相应的失信联合惩戒,但同时应当限制行政权尤其是警察权对专业机构公布信息行为的不当干预。

(二) 社会组织的执行性参与

行政决策主要分为决策草案形成、决策作出以及决策执行和调整3个阶段。应急行政决策基本也分为这3个阶段,但是与常规行政决策相比,存在一个显著的区别。即常规行政决策的3

^① 参见施志源:《互联网时代突发环境事件信息公开的主体制度创新——以环保NGO的参与为突破口》,《法学评论》2017年第3期。

^② 参见吴敬琏:《建设一个公开、透明、可问责的服务型政府》,《财经》2003年第12期。

^③ “新华社记者记者在调查放射源铀-192丢失事件时了解到,一开始当地政府甚至并未打算向公众公布这一信息,只是通过卫生部门悄悄调查有关情况。”参见刘啸萱:《突发性公共事件拷问政府信息公开能力》, http://www.gov.cn/xinwen/2014-05/15/content_2680002.htm, 2021-09-16。

^④ 沈崧:《传染病防控信息发布的法律检讨》,2020年2月12日微信公众号“博雅公法”。

^⑤ 参见王锡锌:《引入信息竞争机制 推动疫情信息充分及时公开》,《民主与法制周刊》2020年第9期。

^⑥ 参见王锡锌:《传染病疫情信息公开的障碍及克服》,《法学》2020年第3期。

个阶段之间具有比较清晰的界线,各阶段决策主体按照固定的流程逐步进行。从实践情况看,由于前期已经进行足够充分的论证和准备,决策一旦作出,决策执行便是重大行政决策的最后环节,鲜有在决策执行中对决策方案进行调整的情形。然而,突发事件的特点决定了应急行政决策的3个阶段之间难以划分清晰的界限,尤为不同的是决策执行过程中往往要根据事态的发展和执行效果不断调整决策方案。3个阶段呈现彼此交叉、循环往复的状态,在应急行政决策中,决策执行阶段对决策其他阶段的影响程度远远高于常规行政决策。在常规行政决策中,3个阶段的决策主体分别是决策承办单位、决策机关和决策执行单位。决策机关通常是县级以上地方人民政府,决策承办单位和决策执行单位由决策机关确定,通常都是某个特定的政府职能部门。例如,在突发公共卫生事件导致应急状态时,根据《国家突发公共卫生事件应急预案》关于应急组织体系及职责的规定,应急决策机关是全国或地方突发公共卫生事件应急指挥部。^① 决策执行单位,即指挥部成员单位根据突发公共卫生事件的性质和应急处理的需要确定。事实上,仅依靠政府职能部门无法满足决策执行的需要。从隔离措施的实施到捐赠物资的接收和分配,从患者的救治到医护人员的后勤保障,方方面面都有体制外力量的参与。他们的参与不同于决策草案起草过程中和决策后评估中的征求公众意见,更多的时候是作为行为主体直接参与应急处置措施的执行。这些社会组织的参与不仅保障了各项应急处置措施的顺利执行,而且在一定程度上推动了决策方案的调整。各类社会组织事实上已经参与应急行政决策的执行,但由于缺乏具体的法律保障和实施机制,导致社会组织的参与常常处于无序状态,并且难以与决策机关形成有效的沟通。

突发事件的应对系统,应当由以公共权力为核心的政府系统和以合作网络为特征的社会系统两部分共同构成。^② 解决上述问题,亟须对执行环节中的公众参与予以确认和规范。具体而言:(1)应建立社会组织参与应急行政决策执行的常态化机制。以立法形式确认社会组织在应急行政决策执行阶段作为执行主体参与的合法地位,鼓励社会组织积极参与。基于此,决策机关可直接确定特定社会组织作为决策执行单位之一,决策方案中包含由该组织负责执行的应急处置措施。(2)明确作为参与者的社会组织应具备的资格条件。处置突发事件需要综合利用各种手段,其中包括信息工具的使用、财力的支持、物资的调拨以及人的创造性发挥。^③ 鼓励社会组织参与应急决策执行的主要目的是为了弥补政府在危机处理中治理能力、治理手段以及各种资源的不足。因此,对于参与主体的范围不宜做严格限制,只要是依法成立的具有相应责任能力的社会组织,如民间慈善团体、行业协会、校友会以及商会等非政府组织,都可以参与应急行政决策的执行。(3)创造实体性参与方式。经济合作与发展组织提出的“开放和包容决策”认为,公众参与分为“告知”、“咨询”和“积极参与”3个位阶。^④ 社会组织参与应急行政决策执行体现的既是“一项程序性权利”,^⑤也是实体性地参与。因此,社会组织的参与方式不限于提供信息、表达意见,

^① 《国家突发公共卫生事件应急预案》的性质属于国务院制定的其他规范性文件。应急决策机关是最终行使应急行政决策权的机构,其地位和权力应由法律予以确认。但是,目前法律对此并没有作出规定。

^② 参见林鸿潮、詹承豫:《非常规突发事件应对与应急法的重构》,《中国行政管理》2009年第7期。

^③ 参见莫起升:《行政法治视野下构建我国突发事件决策机制研究》,《社会科学论坛》2010年第12期。

^④ See OECD, *Citizens as Partners: Information, Consultation and Public Participation in Policy - Making*, OECD Publishing, Oct. 11 2001, pp. 8-21.

^⑤ 参见王万华:《重大行政决策中的公众参与制度构建》,《中共浙江省委党校学报》2014年第5期。

还包括执行决策方案中确定的应急处置措施,向决策机关反馈执行过程中的问题,提出改进建议,参与决策方案调整的论证。

(三)普通公民的积极参与和消极参与

突发公共事件与每个人休戚相关,因此每个人都是应急行政决策的利害关系人,普通公民都具有参与决策的主体资格。对公民而言,参与常规行政决策纯粹是一种权利,但在应急行政决策中,普通公民的参与既体现为权利,也是一种义务。

1. 积极参与

美国行政学家赫伯特·A·西蒙提出决策过程应当包括4个阶段:搜集情报阶段、拟定计划阶段以及选定计划阶段和评价计划阶段。^①从决策机关的角度看,搜集情况阶段是最需要公众参与的决策环节,因为“公众参与行政决策的过程,也是政府履行决策职责制作或获取政府信息的过程”。^②以传染病应对为例,在传染病发生早期,政府可能也面临因信息匮乏而难以决策之困。^③因此,《传染病防治法》第31条规定:“任何单位和个人发现传染病病人或者疑似传染病病人时,应当及时向附近的疾病预防控制机构或者医疗机构报告”。传染病病源、感染人数、传播路径等信息均来源于民众,是否已经构成启动应急行政决策的条件,何时启动以及如何制定决策方案都取决于对这些信息的掌握程度。政府获取此类信息必须得到民众的配合,这既包括主动向相关机构报告,也包括及时、如实地提供个人信息,如健康状况、行动轨迹、家人情况等。在常规行政决策中,公民不向决策机关提供信息和表达意见一般只会对自己的权益产生影响,故可以视为对参与权的放弃。但是,在应急行政决策中,公民拒绝提供信息或者提供虚假信息会影响决策机关对基本事实的判断,进而影响社会公共利益,因此,公民向决策者准确传达信息不再仅仅是其权利,更应是其义务。《中华人民共和国个人信息保护法》第13条规定,处理个人信息应当取得个人同意,但是为应对突发公共卫生事件,或者在紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需的除外。这一规定也体现了公民的参与义务。如果公民拒绝向决策机关提供决策所需的个人信息或者故意提供虚假的个人信息,应当承担相应的法律责任。当然,责任形式可以包括决策机关强行调取公民个人信息、责令相关单位提供、对拒绝提供的公民给予行政处罚等。

应急行政决策中公众参与权的制度保障应当有别于常规行政决策中公众参与权的制度保障。首先,应急行政决策应当注重决策执行过程中的公众参与。常规行政决策公众参与主要集中于决策草案起草阶段,这符合常规行政决策的特征,经过充分征求意见和论证的决策方案一旦作出后往往不会发生变化和调整,也不会再引发公众的强烈反对。然而,应急行政决策的特点在于快速决策,而突发事件的发展也存在较大的不确定性,这就要求应急决策方案必须根据客观情况的发展变化及时进行调整。因此,应急行政决策公众参与应当集中于决策执行阶段,决策执行单位要打破传统参与方式的局限,通过开放式的参与平台让公众以更低的成本、更便捷地反馈决策的实施效果,进而不断调整完善决策方案。其次,充分发挥大数据技术的作用,简化信息反馈机制,提高信息分析处理效率,减少信息处理失真,实现对决策实施工作全流程的实时监控和动

^① See Herbert A. Simon, *Administrative Behavior: A Study of Decision Press—Making Process in Administrative Organizations*, The Free Press, 1997, p.5.

^② 刘小康:《政府信息公开的审视:基于行政决策公众参与的视角》,《中国行政管理》2015年第8期。

^③ 参见王锡铤:《传染病疫情信息公开的障碍及克服》,《法学》2020年第3期。

态评价,及时进行实施和调整来实现决策目标。大数据的应用可以借助社会力量,诸多平台企业本身就已经掌握与公民相关的各种数据和信息,政府可以通过适当的方式与其合作以弥补自身在数据搜集和技术处理方面的短板。

2. 消极参与

积极参与以作为的方式进行,消极参与则是以不作为的方式进行,在法律上即履行适当的容忍义务。无论任何国家和政府,在面对重大公共突发事件时,都不得不对一定区域内公民的自由进行限制。例如,在突发公共卫生事件应对决策中,“封城”“禁足”“停工停业”“停止聚集”等紧急措施都是对公民自由和权利的限制。按照《传染病防治法》第43条第1款的规定,只有依法被宣布为疫区的地区才可以采取上述措施。但是,在应对突发公共卫生事件时,各地方政府纷纷发布封城令,而依照《传染病防治法》第43条第2款的规定,封锁大、中城市的疫区以及封锁疫区导致中断干线交通的应当由国务院决定,地方政府决定封城于法无据。在政府与自由的话题上,危机意味着更多的管制而较少的自由。^①在突发事件中,秩序价值位阶上升,当自由、权利等与其发生冲突时,秩序价值应当被优先考虑。^②因此,在应急状态下,公民的人身自由权、财产权和经营自主权以及附着于其上的相关权利会因应急行政措施而受到限制。在应急状态解除之前,公民对此应当保持适当的容忍,若无公众的配合,则决策机关将难以实现应急行政的目的。

当然,公民的容忍义务应当有合理的限度。一方面,决策机关和执行机关对部分权利的限制并不能扩张至所有权利尤其是一些核心权利,包括受到生存照顾和医疗救治的权利、个人信息权、平等权与免于歧视的权利;^③另一方面,应急决策措施也应当符合比例原则。当应急行政决策突破合理限度时,公民可以不再履行消极参与的义务。

四、结 语

国家治理现代化的过程是决策从封闭走向开放的过程,最终形成参与式治理。^④应急状态下的治理模式需要尽快回应多元社会需求,善用社会资源完善应急治理体系,促进更多社会力量的参与。^⑤应急行政决策是政府危机治理能力的集中体现和危机治理方式的总集成,而公众参与是应急行政决策法治化和科学化的有效保障。

责任编辑 谭冰霖

① 参见宋功德:《行政法的均衡之约》,北京大学出版社2004年版,第120页。

② 参见刘莘:《行政应急性原则的基础理念》,《法学杂志》2012年第9期。

③ 参见赵宏:《疫情防控下个人的权利限缩与边界》,《比较法研究》2020年第2期。

④ 参见俞可平:《国家治理的中国特色和普遍趋势》,《公共管理评论》2019年第1期。

⑤ 参见姚莉:《公共卫生危机的科学治理》,《法制日报》2020年2月26日。