

雾霾应急的中国实践与环境法理

陈海嵩*

内容提要：我国已经基本形成雾霾应急的规范体系与制度体系，但实践中仍然存在对健康权保护不足和对财产权、自由权侵害过度的问题。由于雾霾形成机理与传统权利侵害在结构上存在差异，基于传统公法学体系的行政紧急权力理论无法对政府重污染天气应急行为进行有效监督和制约。以国家环保义务理论为基础，可以从效果裁量的两个方面入手，对雾霾应急进行更具针对性的分析。针对目前部分城市的空气重污染应急预案不符合国家环保义务的内在要求的情况，可以根据2014年修订的行政诉讼法，对应急预案中的应急响应条件和应急响应措施进行不同程度的司法审查，通过司法途径监督、纠正当前各地重污染天气应急预案中的不当规定。

关键词：雾霾应急 行政紧急权力 国家环境保护义务

一、雾霾应急措施之争议及其法律问题

近年来，频发的雾霾（重污染天气）现象引起全社会高度关注。从长远来看，有效减少、直至消除雾霾需要从经济转型升级、能源结构调整、环境法治完善、监管体制机制改革、社会文化变迁等多个方面入手，绝非一时一地所能实现。从现实角度考虑，对雾霾天气进行及时有效的应对与处理，尽可能降低其负面影响，则又是当前中国社会所急需解决的重大问题；^{〔1〕}而尽快降低重污染天气的持续时间及危害程度，也是当前公众对环境质量改善的重点诉求。与此相关，2013年国务院《大气污染防治行动计划》要求“建立应对重污染天气的监测、预警和应急体系”，将重污染天气应急纳入突发事件应对管理体系之中。环保部同年制定和印发《城市大气重污染应急预案编制指南》、《关于加强重污染天气应急管理工作的指导意见》等规范性文件，对全国各地城市制定空气重污染应急预案提出要求并进行指导。到2014年底，全国已有20个省（区、市）、近2/3的地级市，编制了重污染

* 中南大学法学院教授。

本文是国家社科基金青年项目“环境质量改善的国家义务及其法律制度体系研究”（16CFX052）的阶段性成果。

〔1〕 参见熊晓青、张忠民：《突发雾霾事件应急预案的合法性危机与治理》，《中国人口·资源与环境》2015年第9期，第160页。

天气应急预案。^[2] 2015年修订的大气污染防治法也新增“重污染天气应对”专门章节。应当说,目前各地已基本建立起以大气污染防治法(2015年)、突发事件应对法(2007年)、《大气污染防治行动计划》(2013年)等法律法规为基础,以本行政区域应急预案为核心的雾霾应急管理体系,对实现重污染天气“削峰降频”起到了较大的作用。

然而,从当前重污染天气应急的实践来看,应急预案的启动及其响应级别正在面临社会公众越来越大的质疑。例如,2015年11月底至12月初,北京爆发持续性极端雾霾天气,多个监测站数据“爆表”,但北京市并未启动最高等级应急响应(红色预警),引起社会舆论广泛质疑;直到12月7日,在环保部督促下,北京市才首次启动雾霾红色预警。^[3] 在西安、德州等多个地方,也暴露出重污染天气应急不力的问题,被环保部门通报或者专门约谈。从建设法治国家的角度看,上述争议提醒我们必须超越单纯行政管理层面的讨论,深入考察目前雾霾应急的理论依据及其法治化路径。具体而言,实践中暴露出来的如下问题值得思考。

(一) 最高等级应急响应(I级红色预警)启动条件的合法性

综观目前各地的空气重污染应急预案,应急响应条件主要包含两个要素:“空气污染严重程度”^[4]和“持续时间”。就红色预警而言,各地情况参见下表所示:

各主要城市重污染天气最高等级应急响应(I级)的条件

城市	空气污染严重程度	持续时间(预测时间) ^[5]	模式 ^[6]
北京	AQI 大于 200	3 天 (3 天)	“轻污染 + 长时间”
上海	AQI 大于 450	1 天 (1 天)	“重污染 + 短时间”
广州	AQI 大于 300	2 天 (2 天)	“轻污染 + 长时间”
深圳	AQI 大于 300	1 天 (1 天)	“轻污染 + 短时间”
天津	AQI 大于 500	1 天 (1 天)	“重污染 + 短时间”
重庆	AQI 大于 300	3 天 (3 天)	“轻污染 + 长时间”
哈尔滨	AQI 大于 300	3 天 (3 天)	“轻污染 + 长时间”
武汉	AQI 大于 300	3 天 (2 天)	“轻污染 + 长时间”
杭州	AQI 大于 450	1 天 (1 天)	“重污染 + 短时间”
西安	AQI 大于 500	1 天 (1 天)	“重污染 + 短时间”
长沙	AQI 大于 500	2 天 (1 天)	“重污染 + 长时间”
郑州	AQI 大于 500	2 天 (0 天)	“重污染 + 长时间”

[2] 见环保部办公厅:《加强重污染天气应急预案管理,提高重污染天气应对能力》,《中国环境报》2014年12月1日第2版。

[3] 见孔令钰:《史上最大雾霾警示》,《财新周刊》2015年第47期,第33页。

[4] 根据环保部《环境空气质量指数(AQI)技术规定(试行)》的规定,空气质量“重度污染”的标准是AQI大于200,空气质量“严重污染”的标准是AQI大于300。

[5] 本栏列出“预测时间”,意在区分重污染天气“已经持续的时间”和“预测将会发生的时间”。例如,武汉市规定,红色预警(一级)的条件是:武汉区域空气质量AQI指数连续24小时大于300,经预测,未来48小时AQI指数仍将大于300。这是“现在时”和“将来时”的结合,与其他地方单纯依据预测的“将来时”来决定预警等级具有一定区别。

[6] 为方便比较,本栏中的“轻污染”指AQI指数300及以下,“重污染”指AQI指数300以上;“短时间”指1天;“长时间”指两天以上。

按照应急响应条件的宽严程度,可以将上述模式分为三种情况:(1)宽松型,即“重污染+长时间”模式,代表城市是长沙、郑州等;(2)严格型,即“轻污染+短时间”,代表城市是深圳;(3)折衷型,即“重污染+短时间”或“轻污染+长时间”,这是目前大多数城市所使用的方式。对照环保部公布的2015年全国城市空气质量排名,^[7]“宽松型”的城市空气质量排名靠后,而“严格型”的城市空气质量排名靠前。这就形成了“空气质量越差的城市应急响应条件越宽松”的现象,无疑对公民的环境与健康权益造成了较大的损害。此时,城市重污染天气应急预案的规定是否合理?针对政府应急响应条件过于“宽松”或者不及时启动相应级别应急措施的行为,公民能否通过司法诉讼得到救济?这是需要加以厘清的重要问题。

(二) 引发最高等级应急响应的污染程度指标的合法性

上表中,引发I级红色预警的空气污染严重程度以AQI指数为标准,可分为AQI指数300及以下(如北京、广州、深圳等)和AQI指数300以上两种情况。根据环保部公布的《环境空气质量指数(AQI)技术规定》(HJ633—2012),空气质量指数(AQI)一共分为六个级别,五级为“重度污染”(AQI值在201到300之间),最高的六级为“严重污染”(AQI值大于300)。按照该制度逻辑,AQI指数达到300,就已经达到了现行技术规范所规定的最为严重的空气污染程度,应当启动最高等级的红色预警。这一点也为环保部《城市大气重污染应急预案编制指南》(2013年)所明确规定。^[8]

然而,反观各地公布的空气重污染应急预案,可以发现,有相当一部分城市启动红色预警的条件超过了AQI指数300的限定,如自行规定为AQI值450(杭州、上海等)甚至500(天津、长沙、郑州、西安等),即所谓“极重污染”天气。显然,这是对环保部所规定红色预警标准的“放宽”。那么,在违反《环境空气质量指数(AQI)技术规定》(2012年)的情况下,各地应急预案中“因地制宜”所规定的红色预警标准是否具有正当性?这同样是一个关涉到公民环境与健康权益的重要问题。

(三) 强制性应急措施限制基本权利的合宪性

根据大气污染防治法(2015年)第96条的规定,地方人民政府启动应急预案后,可以采取责令企业停产或者限产、限制机动车行驶等多种应急措施。就具体的应急措施而言,根据《城市大气重污染应急预案编制指南》(2013年),其包括三类:健康防护措施、建议性污染减排措施、强制性污染减排措施。其中,“强制性污染减排措施”又包括机动车减排措施、工业减排措施、防止扬尘措施和其他措施(禁止秸秆焚烧、露天烧烤等)。显然,强制性应急措施涉及对公民基本权利的限制,包括对财产权的限制(机动车限行)和自由权的限制(企业停产或限产、停止工地施工、禁止秸秆焚烧等)。根据法治国家的一般原理,为避免公权力对基本权利造成过度侵害,应通过合宪性审查判断该限制是否具有宪法正当性。一般认为,基本权利限制合宪事由的判断主要从形式和实质两个层面进行,前者主要通过法

[7] 《环境保护部发布2015年全国城市空气质量状况》, http://www.mep.gov.cn/gkml/hbb/qt/201602/t20160204_329886.htm, 2016年2月5日访问。

[8] 2013年5月6日,环保部印发《关于印发〈城市大气重污染应急预案编制指南〉的函》(环办函〔2013〕504号)。该文件的5.3.2.2“预警分级”中明确提出:针对重度污染和严重污染,建议分为II级预警和I级预警,预警颜色对应为橙色和红色。

律保留原则予以审查,后者则为比例原则。〔9〕

从法律保留原则角度看,大气污染防治法(2015年)第96条对启动大气重污染应急预警后政府所采取的措施进行了规定,是一个明确、正式的法律依据,前述强制性应急措施对基本权利的限制符合法律保留原则,形式合宪性应无疑义。但是,在实质合宪性层面上,强制性应急措施对基本权利的限制是否合乎比例原则的要求,尚需要进一步厘清。有研究对机动车“单双号限行”的合宪性进行了分析,认为“常态化”的限行措施不能通过比例原则的审查;而在应对重污染天气时所采取的紧急措施,是对公民健康的保护,当然具有正当性和必要性。〔10〕这一观点自有其道理,但失之于宽泛。从理论上分析,行政紧急权力应当而且必须受到法律的规制,应急过程中的行政自由裁量权需要加以规范以防止滥用。〔11〕而从中国应急法制的发展实践看,政府起到了绝对的主导作用,是一种典型的“执行主导”方式。〔12〕此时,如果简单凭借“紧急状态无法律”〔13〕之传统法谚,单向度地强调行政紧急权力超越并改变常态法律秩序的特点,就明显地对当前应急实践中的行政权力采取了放纵的态度,不利于法治政府、法治国家的建设。概言之,不能笼统地赋予强制性应急措施限制基本权利之合宪性,还需要根据雾霾应急的实践进行更为细致的分析。

综上,在强大的社会压力与政治压力之下,尽管我国已经基本形成了雾霾应急的规范体系与制度体系,但实践中仍然暴露出诸多法律难题,具体可归纳为两个方面:在应对重污染天气的过程中,如何避免对公民环境与健康权益的“保护不足”(前述第1、2个问题),又如何避免强制性应急措施对基本权利造成“过度侵害”(前述第3个问题)。这些问题有待于在理论上加以合理解释并予以解决。

二、雾霾应急的行政法理及其反思

根据大气污染防治法(2015年)第94条的规定,各地政府应将重污染天气应对纳入突发事件应急管理体系。就具体性质而言,环保部在2014年11月所发的《关于加强重污染天气应急预案编修工作的函》中已明确说明,重污染天气不同于突发环境事件,应急预案是应对大范围空气重污染提前预警和响应的政府专项预案。可见,目前各地的空气重污染应急预案,是和同级自然灾害救助应急预案、防汛抗旱应急预案、突发环境事件应急预案等相“平行”的专项应急预案,统摄在当地政府所公布的“突发公共事件总体应急预案”之中,归属于地方政府应急管理体系。由此,现行以空气重污染应急预案为核心的雾霾应急体系属于行政紧急权力的行使,是各地方政府为应对大范围空气重污染而采取的紧急性、强制性、临时性措施。概言之,从行政法角度看,雾霾应急的理论依据是政府在重污染天气应急状态下所享有的行政紧急权力。

〔9〕 参见张翔:《基本权利限制问题的思考框架》,《法学家》2008年第1期,第134页以下。

〔10〕 相关文献,参见张翔:《机动车限行、财产权限制与比例原则》,《法学》2015年第2期;杜群、杜寅:《大气污染防治法修订草案第四十五条正当性审视》,《中国环境管理》2015年第2期。

〔11〕 参见江必新:《紧急状态与行政法治》,《法学研究》2004年第2期,第15页。

〔12〕 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,第138页以下。

〔13〕 [德]康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第47页。

在理论上,紧急权力法律制度有调适、例外法、政治动员等多种理论模式。^[14]对照这一理论模型,在大气污染防治法(2015年)纳入“重污染天气应对”的专章规定之后,我国的雾霾应急体系已经从“例外法模式”逐步转为“调适模式”,即从单纯依赖“例外规范”(应急预案)和缺乏法律依据的“例外措施”来应对雾霾天气,转为通过正式立法赋予应对雾霾的行政紧急权力。对雾霾应急主体、程序、措施、后续处理等多方面内容加以规定,明确了通过紧急权力灵活应对非常状态(重污染天气)的合法性,同时将雾霾应急纳入行政应急的现行体制之中,使其能够合法有效地加以运行。但是,也必须看到,“调适模式”在我国的发展并不完善,还缺乏对紧急权力的监督制约机制和相应法律规范。^[15]从这个角度看,解决目前我国雾霾应急中的公众疑虑及相关法律问题,关键在于根据大气污染防治的实践,如何对行政紧急权力构成有效的制约。

就行政紧急权力的制约而言,学界已提出了多种主张。总体上看,具有共识性和普遍性的观点是“以公民权利制约行政紧急权力”和“以国家权力制约行政紧急权力”。^[16]前述主张都来自于传统公法学“国家权力制约与公民权利保障”的基本要旨,但能否从根本上解决当前大气重污染应急实践中暴露出的问题,值得加以专门研讨。

(一)“以权利制约权力”思路的可行性

以公民权利制约行政紧急权力,来源于人权保障的基本法律价值,其重点在于加强对公民权利的保护,行政紧急权力的行使不得过度侵害公民权利。这在常态法律秩序中具有积极的效果,但正如学者所指出的,将其用于应急状态下行政紧急权力的制约,则往往“捉襟见肘”甚至无能为力。^[17]在重污染天气应对中,这一问题尤为明显,该思路不足以应对现实中雾霾应急的复杂情形。

我国当前重污染天气应对同时面临着“保护不足”和“侵害过度”两个方面的问题。在“保护不足”面向上,其涉及公民环境与健康权益的保护;在“侵害过度”面向上,其涉及公民财产权、自由权的保护。为了解决“保护不足”的问题,需要赋予政府更大的应急权力,督促其不断提高重污染天气的应急响应标准,同时采取更具强制力的应急措施。但是,从另一角度看,更为严格的应急响应标准与应急措施显然会对公民的财产权与自由权造成更大的侵害可能性。反之,如果强调“侵害过度”问题的解决,则需要对政府应急行为的标准及强制力度进行严格的审查和控制,这又同应对“保护不足”问题所需的权力扩张构成冲突。可见,重污染天气应对中的“保护不足”和“侵害过度”问题分别对应着不同的价值判断(扩权和限权),现实中的雾霾应急同时面临着“在扩权与限权之间往返顾盼”的难题,绝不是简单依靠“保护公民权利”的口号就能解决,而是需要在公民健康权与公民财产权、自由权之间进行价值权衡和利益衡量。

(二)“以权力制约权力”思路的可行性

以国家权力制约行政紧急权力,来源于常态法律秩序下国家权力的相互分工与监督体

[14] 对此问题的详细论述,参见孟涛:《紧急权力法及其理论演变》,《法学研究》2012年第1期,第116页以下。

[15] 同上文,第124页。

[16] 相关文献,参见戚建刚:《融贯论下的行政紧急权力制约理论之新发展》,《政治与法律》2010年第10期;黄学贤、周春华:《略论行政紧急权力法治化的缘由与路径》,《北方法学》2008年第1期。

[17] 参见上引戚建刚文,第107页。

制，其核心是通过立法、行政、司法等多个方面对行政紧急权力进行全方位的控制。这无疑防止行政恣意最为经典的机制，然而，雾霾应急的复杂性同样对该思路提出挑战。

就立法权的制约而言，其要旨在于依据传统的“传送带”理论，通过依法行政原则（法律优位和法律保留）证成行政行为的合法性，但在应急行政中，由于存在深度的不确定性，立法不可能事先对相关事项进行详尽的规定，合法性控制已表现出“力不从心”的困境。^[18]此时，为保证行政机关能及时有效应对应急事件，立法授予行政机关应对紧急状态的宽泛授权和自由裁量权是世界各国立法的通例。^[19]大气污染防治法（2015年）第94条规定，各级人民政府应当制定重污染天气应急预案，向上一级人民政府环保部门备案；第96条规定，人民政府应当依据预警等级及时启动重污染天气应急预案。根据上述规定，大气污染防治法明确赋予地方政府制定应急预案、应对重污染天气的法定职责，但没有对应急预案的具体内容提出任何要求，显然是将具体制定应急预案的裁量权授予地方政府，是现代“行政国家”给付行政中的典型样式，即立法者赋予行政机关广泛的根据当地情况形成具有规范性文件的裁量权。^[20]从这个角度上看，各地政府根据自身情况制定重污染天气应急预案具有合法性，不适宜通过事先制定详尽立法的方式加以控制，无法解决各地应急预案中的“保护不足”和“侵害过度”问题。

就行政权的制约而言，其强调对行政紧急权力的运作过程进行制约，典型途径是运用公法领域的“帝王原则”——比例原则——加以控制。在常态法律秩序中，比例原则在控制行政裁量权中发挥着重要作用，但是必须注意到，比例原则的适用依赖于相对充分的信息和相对确定的事实，信息的不确定性往往造成比例原则难以适用。^[21]只有具备了危险程度、行政决策的成本与效益、行政决策效果等方面的充分信息，才能够较为准确地判断行政行为是否具有妥当性、必要性和均衡性。在重污染天气应急中，有效适用比例原则的前提在于两个方面的“完全信息假设”：一是能够较为准确地预测本区域内空气质量并进行预警；二是能够确认某种强制措施能够提升空气质量的具体比例。针对前者，我国目前除个别大城市外，广大地级市的空气质量预报的水平与重污染天气预警预测能力还存在较大不足，这是造成一些地方应急响应不及时的原因之一。^[22]针对后者，则需要详尽的大气中PM_{2.5}等主要污染物源解析数据的支撑，而目前我国仅仅在少数重点城市完成了相应的污染物源解析工作，^[23]更为广泛的源解析工作尚待深入开展。总体上看，目前我国地方政府应对重污染天气的信息预报与科技支撑能力还存在较大缺陷，比例原则的适用自然也就成为“无本之木、无源之水”。

即使不考虑信息约束与技术限制，即假设能够准确预测空气质量并确认各主要污染物的具体比例，比例原则的适用能否解决当前我国重污染天气应急过程中“保护不足”和

[18] 参见陈无风：《应急行政的合法性难题及其缓解》，《浙江学刊》2014年第3期，第132页以下。

[19] 参见戚建刚、易君：《灾难性风险行政法规制的基本原理》，法律出版社2015年版，第204页以下。

[20] 参见郑春燕：《现代行政中的裁量及其规制》，法律出版社2015年版，第16页。

[21] 参见前引〔19〕，戚建刚等书，第211页。

[22] 见谭畅：《雾霾预报生意中的“环境派”和“气象派”》，《南方周末》2016年1月14日第D21版。

[23] 截至2015年底，环保部已经完成22个重点城市大气颗粒物污染源解析工作，在14个城市开展源排放清单试点。见陈吉宁：《以改善环境质量为核心 全力打好补齐环保短板攻坚战——在2016年全国环境保护工作会议上的讲话》，http://www.zhb.gov.cn/gkml/hbb/qt/201601/t20160114_326153.htm，2016年1月20日访问。

“侵害过度”两个方面的问题,也存在疑问。从比例原则自身的发展看,目的正当性原则已经被广泛纳入各国司法审查的实践,其构成比例原则的第一阶段,是适用传统“三阶”原则(适当性原则、必要性原则和狭义比例原则)的前提,这正是现代社会实质法治的必然要求。^[24]简言之,在对行政权力运作展开“合比例性”分析前,应当首先进行“目的正当性”分析。遵循这一思路,在重污染天气应急过程中有效适用比例原则的关键,并非技术性地审查“目的与手段之间是否合乎比例”,而是首先对政府应急行为所欲实现目的本身进行审查。此时,就暴露出比例原则在雾霾应急领域中的局限。重污染天气应对中的“保护不足”和“侵害过度”问题分别对应着不同的价值判断,也就形塑了两个不同方向的“目的正当性”。为解决“保护不足”问题,具有正当性的行为目的是保护公民健康权益,应赋予政府更大的应急权力,采取更具强制力和普遍性的应急措施。为解决“侵害过度”问题,具有正当性的行为目的是保护公民的财产权与自由权,应严格限制政府的应急权力,采取较为差异化和“宽松”的应急措施。显然,上述目的之间存在一定冲突,凸显出比例原则单向度“目的正当性”审查的局限性,无法在复杂的雾霾应急领域加以适用。

就司法权的制约而言,其核心在于通过司法审查来平衡、协调行政应急状态下的国家与公民关系,维护公民的基本权利不受行政恣意侵害。由于司法权的消极性、稳定性特征不适宜于应对紧急状态,司法权力应充分尊重行政应急权力而保持谦抑,^[25]但不能因此完全否定、排除司法权的制约。从宪法的角度看,行政紧急权力并不具有“超宪性”,需要受到宪法规制与监督,司法审查则是最终性的制约机制。^[26]然而,就雾霾应急而言,关键问题不在于司法审查的必要性,而是司法审查的有效性,即能否通过针对政府重污染天气应急行为的司法审查,解决前述“保护不足”和“侵害过度”两个方面的问题。显然,司法机关在基于“保护公民基本权利”的宗旨而对政府重污染天气应急行为进行审查时,同样面临着前述“以公民权利制约行政紧急权力”思路的价值冲突困境,即究竟是侧重保护公民健康权,还是侧重保护公民财产权、自由权。这无法基于“保护公民基本权利”的逻辑前提推理得出“唯一正解”,而是需要依据其他方面的论证理由进行价值权衡。另外,考虑到空气质量预报水平与预警预测能力的不足,司法机关也难以借助比例原则等传统法律技术进行充分的说理。可见,基于中国雾霾应急的复杂现实,传统司法审查在理念和技术上都不足以有效制约行政紧急权力的行使。

(三) 雾霾应急特殊性之解析

无论“以公民权利制约行政紧急权力”还是“以国家权力制约行政紧急权力”,这两种传统思路均不足以对雾霾应急中的行政紧急权力构成有效而全面的制约,无法解决当前大气重污染应急中暴露出的问题。这表明,行政紧急权力固然为政府应对重污染天气提供了规范依据,但由于环境保护领域的特殊性,行政紧急权力在应对重污染天气时,尚存在一定的正当性缺失。其主要原因,在于雾霾形成机理与传统权利侵害的差异,以及环境污染与环境保护自身的特殊性。在结构上,传统意义上的权利侵害意味着“一方对另一方的某项权利造成侵害”,有着固定的“加害人”和“被害人”二元结构,两者相互分离,法律制

[24] 参见刘权:《目的正当性与比例原则的重构》,《中国法学》2014年第4期,第133页以下。

[25] 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页以下。

[26] 参见郭殊:《论行政紧急权力的宪政基础及其规制》,《现代法学》2006年第4期,第42页。

度则围绕着保护“受害人”权利、约束“加害人”行为而展开。但是，在环境保护领域中，前述二元结构不复存在，每一个人在日常生活、生产过程中都不可避免地产生、排放程度不一的污染物质（如生活污水、生活垃圾等），同时也遭受到环境污染对自身权益的侵害。从排放污染的角度看，公民是应当加以约束的对象，其权利（财产权、自由权）应当受到限制；而从遭受污染损害的角度看，公民又是法律救济的对象，其权利（健康权）应当受到保护。正如有学者所言，在环境保护的“舞台”上，只有“加害者”和“受害者”两个角色表演的单纯剧情是比较少见的。^[27]就大气污染而言，从雾霾的来源分析，除企业生产活动排放废气外，居民日常生活中产生的废气（如烧煤取暖、汽车尾气）也是一个重要因素。因此，在雾霾应急中，“加害人”和“受害人”是相互交叉而难以分离的，传统上权利侵害的“加害者/受害者”二元结构变为了“加害者与受害者一体”的复合结构。在公法学语境中，该复合结构对传统理论造成的冲击可从两个角度分析。

从法律关系的角度看，借助耶利内克的经典“地位理论”分析，环境污染的特殊机理意味着雾霾应急过程中同时存在两方面的“公民—国家”法律关系，需要同时应对两方面的公法问题：一是公民基于消极地位（自由地位）而享有的防御国家权力侵害、对抗国家干预个人自由之法律关系，表现为前文所述的“侵害过度”问题；二是公民基于积极地位（市民地位）而享有的要求国家积极履行保护义务、享受健康权益之法律关系，表现为前文所述的“保护不足”问题。在这一复数的“问题域”中，国家既负有保障公民财产权、自由权免于过度侵犯的不作为义务，又负有积极采取各种措施减少大气污染物排放的作为义务。不作为义务和作为义务在同一领域的并存，是对传统公法学理论的挑战。^[28]雾霾应急措施须同时符合“防御国家侵害”和“要求国家积极作为”对国家权力的双重要求、能够同时体现公民相对于国家的“消极地位”和“积极地位”，显然是对传统单向度“公民—国家”关系提出的新挑战。

从基本权利的角度看，在雾霾应急领域中，并非不同主体（加害人与被害人）之间的基本权利产生冲突，而是同一主体所享有的基本权利之间（财产权、自由权与健康权）在特定条件下产生了矛盾与对立，这就超出了目前公法学界在基本权利冲突问题上的论域范围。^[29]有研究业已指出，主流观点在“同一主体的基本权利冲突”问题上处于失语状态，^[30]尚缺乏足够的理论依据来判定两者之间的“优先次序”。换言之，由于环境污染形成机理的特殊性，基于传统权利侵害二元结构的单向度“侵害—救济”法律制度安排已无从适应，无法为公民健康权和公民财产、自由权之间的价值权衡提供充分的理论依据。

[27] 参见 [日] 鸟越皓之：《环境社会学》，宋金文译，中国环境科学出版社 2009 年版，第 97 页。

[28] 在耶利内克“地位理论”体系中，公民的“消极地位”和“积极地位”是相互对立的范畴；“个人的市民地位与纯粹的消极地位截然分离，后者囊括了对国家而言不涉法行为的广阔领域”。参见 [德] 耶利内克：《主观公法权利体系》，曾韬、赵天书译，中国政法大学出版社 2012 年版，第 104 页。

[29] 一般意义上的基本权利冲突，是指数个主体（复数主体）的基本权利相互对立，即一个主体在行使基本权利时会侵害另一个主体的基本权利。参见张翔：《基本权利冲突的规范结构与解决模式》，《法商研究》2006 年第 4 期，第 94 页；[韩] 权宁星：《基本权利的竞合与冲突》，韩大元译，《外国法译评》1996 年第 4 期，第 78 页。

[30] 有学者对西双版纳地区独特的佛寺教育与义务教育之间的矛盾进行研究后指出，“同一主体的两项基本权利（宗教信仰自由与受教育权）冲突”问题被主流公法学研究所忽视。参见郑毅、熊文钊：《基本权利冲突的特殊模式及其解决》，《民族教育研究》2013 年第 1 期，第 21 页以下。

因此,基于传统公法学体系的行政紧急权力理论在为政府重污染天气应急提供行政法依据的同时,在如何对其进行有效监督和制约上仍然有值得反思之处,尚无法为当前中国的雾霾应急提供完整、充足的理论依据,还需要根据环境保护与大气污染的特殊机理予以补充和完善。此时,或许需要跳出传统单向度的“侵害—救济”思路,寻求一个能适应环境保护“加害者与受害者一体”复合结构,同时容纳公民在不同向度上所提诉求的理论学说,进而在同一理论框架中能同时应对雾霾应急中的“复合问题域”,为当前中国雾霾应急中暴露出的现实问题给出法治化的解决路径。

三、国家环保义务:雾霾应急的深层环境法理

从环境法角度看,根据环境保护法(2014年)第6条第2款的规定,地方政府对本行政区域内的环境质量负责。该条款明确规定了地方政府改善环境质量的法定职责,大气污染(雾霾)治理即为政府履行该职责的一个重要方面。大气污染防治法(2015年)第3条“地方政府对本区域的大气环境质量负责”的规定,进一步明确了地方政府治理大气污染的职责。在法学语境中,政府环境保护职责的规范表述与理论根源,是环境保护领域的国家目标及其任务,即“国家的环境保护义务”。

概括而言,国家环保义务是指在一国的合宪秩序下,国家负有的保护与改善生态环境、防治污染并保障公众健康的强制性义务。国家环保义务的规范依据是各国宪法中所普遍规定的“环境基本国策”,对包括立法、司法、行政在内的所有国家公权力构成约束。在内涵上,基于不同类别的生态环境保护任务,国家环保义务可分为三个主要部分:现状保持义务、危险防御义务、风险预防义务。我国现行宪法第26条和第9条第2款共同构成了环境基本国策,是国家环保义务的规范依据。^[31]从宪法的内在价值和历史背景分析,我国现行宪法不同于传统西方国家宪法偏重于公民基本权利的防御权功能,而是强调国家通过积极作为责任的承担,创造并维持有利于基本权利实现的条件。^[32]这在宏观层面上,为我国的国家环保义务提供了更为充分的正当性论证。

从行政权行使的微观角度分析,在大气污染防治法(2015年)第六章明确赋予地方政府应对重污染天气的法定职责后,政府在该授权规范如何产生法律效果上具有行政裁量权,即所谓效果裁量。各地所制定的大气重污染应急预案,则是基于突发事件应对“一案三制”的特定要求,通过规范性文件的形式将裁量权行使的条件与后果予以具体化。一般而言,效果裁量包括两个部分:是否作为(决定裁量)和如何作为(选择裁量)。^[33]基于国家环保义务的理论视野,此时问题就转化为:政府在雾霾应急中应如何行使效果裁量权,才能使其符合国家环保义务的要求,才能使其避免“保护不足”和“侵害过度”的法律争议。下文分析将证明,国家环保义务理论对国家权力提出的不同层次要求(现状保持、危险防御、风险预防),避免了僵硬地从单一维度看待国家权力行使,能够适应雾霾应急领域“加

[31] 对此问题的详细论述,参见陈海嵩:《国家环境保护义务的溯源与展开》,《法学研究》2014年第3期,第77页以下。

[32] 参见郑春燕:《基本权利的功能体系与行政法治的进阶》,《法学研究》2015年第5期,第32页以下。

[33] 参见王贵松:《行政裁量收缩论的形成与展开》,《法学家》2008年第4期,第33页。

害者与受害者一体”复合结构，能够在同一理论框架内对“保护不足”和“侵害过度”给出合适的解释，能够对雾霾应急中政府行政裁量权的行使形成有效的约束，可以作为应对重污染天气的基础性理论依据。

（一）雾霾应急中的环境现状保持义务：决定裁量的收缩

现状保持义务是国家环保义务体系中基础性、前提性的内容，其意味着国家应保证生态环境质量与环境保护水平不发生倒退，不得使自然生存基础受到比目前更为严重的危害。^[34]从功能角度分析，一方面，现状保持义务通过消极禁止的方式划定某区域内生态环境保护的“红线”、“底线”，将环境破坏控制在当前保障公众健康与实现可持续发展所需的最低限度之内；另一方面，现状保持义务要求国家积极采取一切可能和必要的方法来促进环境公共福祉，实现环境质量改善的“拐点”，履行国家在环保事项上对人民的基本政治承诺。在环境立法中，现状保持义务表现为“不得恶化原则”或“倒退禁止原则”，该原则是对“达标合法原则”的修正，避免在“达标排放”的旗帜下放纵降低环境质量的行为。^[35]

就环境质量“红线”的具体法律判断而言，需要借助不同环境要素的相关环境质量标准，并根据生态环境保护的现实需要将相应的标准值确认为环境质量“红线”，从而成立相应的国家环境现状保持义务。例如，在水污染防治领域，《地表水环境质量标准》（GB3838—2002）规定了我国地表水水质的五类水域功能（从高到低分别为Ⅰ类、Ⅱ类、Ⅲ类、Ⅳ类、Ⅴ类），将其作为评价地表水水质的标准。其中，Ⅲ类水质是水生态系统及相应人类自然环境赖以形成与维持所必需的基础性条件，由此构成政府的强制性法定义务，即根据“倒退禁止原则”，本行政区域内出境水质都应至少达到Ⅲ类水标准。^[36]在大气污染防治领域，《环境空气质量标准》（GB3095—2012）和《环境空气质量指数（AQI）技术规定》（HJ633—2012）同样对空气质量进行了级别划分，为雾霾应急中国家环保义务的确立提供了科学基础与技术支撑。

具体而言，明确雾霾应急中的环境质量“红线”及国家的环境现状保持义务，主要应从如下两个方面入手：（1）明确雾霾的灾害属性，将其与一般性的大气污染相互区别。在气象学上，“霾”是指空气中悬浮的细颗粒物，按照直径大小分为PM10和PM2.5；在影响人体健康与社会安全角度上，构成“霾”的细颗粒物主要来源于向大气直接排放及二次转化所形成的污染物质。简言之，所谓雾霾，是指因污染而产生的“霾”。此时，需要将“雾霾”和一般性的大气污染进行必要的区分：雾霾是在特定气象条件下形成的灾害性天气，其本质是由于大气污染物过量超出环境容量而形成大量细颗粒物，是一种典型的由人类活动引起的自然灾害，^[37]从而对全社会造成大范围、普遍性、多方面的严重危害。而一般性的大气污染仅指某项大气污染物超过环境标准，并不必然产生普遍性的危害，不构成法律意义上的“灾害”。大气污染防治法（2015年）第六章和国务院《大气污染防治行动计划》（2013年）第9条均单独列出“重污染天气应对”，亦从侧面证明应当区分雾霾应急和一般

[34] 参见陈海嵩：《国家环境保护义务论》，北京大学出版社2015年版，第94页以下。

[35] 参见王灿发：《论生态文明建设法律保障体系的构建》，《中国法学》2014年第3期，第45页。

[36] 参见杜群等：《论流域生态补偿“共同但有区别的责任”》，《中国地质大学学报（社会科学版）》2014年第1期，第13页。

[37] 参见王建平：《减轻自然灾害的法律问题研究》，法律出版社2008年版，第6页以下。

性的大气污染防治。(2) 基于前述区分, 现状保持的国家环保义务在大气污染防治领域和雾霾应急领域有着不同的规范目的与具体意涵: 在一般性的大气污染防治中, 根据《环境空气质量指数(AQI)技术规定》(HJ633—2012), 当空气质量指数(AQI)在100以下时, 属于优良天气(一级和二级), 空气质量可被接受, 各类人群基本上可以正常活动; 当空气质量指数(AQI)在100以上时, 就已经属于污染天气(三级至六级), 对易感人群和健康人群都开始产生不利影响, 户外活动受到不同程度的限制。此时, 应将AQI指数100作为确立大气环境质量现状保持义务的标准, 这正是判断地方政府是否有效履行环境保护法(2014年)第6条“对环境质量负责”职责的一个重要依据(具体表现为环境空气质量的优良率)。而在雾霾应急领域, 相应标准应根据“自然人为灾害”的属性定位而相应调整。分析《环境空气质量指数(AQI)技术规定》(HJ633—2012)的规定, 当AQI值达到200以上时(五级和六级), 健康人群就会普遍出现症状, 易感人群则应完全停止户外活动。此时, 基于雾霾机理的特性, 应将AQI指数200作为确立环境现状保持义务的标准。这意味着, 当AQI指数达到200以上时(五级以上重度空气污染), 就已经构成了普遍性的大气污染灾害, 即规范意义上的“雾霾”, 已经出现了使“行政机关除了采取某种措施外别无选择”的特殊事实关系,^[38] 政府负有减低污染程度、保障公众健康的强制性作为义务, 决定裁量(是否作为)的空间收缩至零。环保部《城市大气重污染应急预案编制指南》(2013年)和各地发布的应急预案, 均将AQI指数200作为启动大气重污染应急响应、发布预警并采取相应措施的依据, 其理论依据即在于雾霾应急领域中的国家环境现状保持义务。

综合上述分析, 在雾霾应急领域中, AQI指数200(五级重度污染)是确立国家环境现状保持义务的标准。当某地空气质量达到“重度污染”时, 由于形成了普遍性的大气污染灾害, 政府针对大气污染物是否采取行动的裁量权发生收缩, 必须发布预警并采取相应应急措施, 即通过行政主体决定裁量(是否作为)的收缩以保护公众健康。

(二) 雾霾应急中的环境危险防御义务: 选择裁量的收缩

环境危险防御义务是国家环保义务体系中的核心内容, 意味着针对有很可能造成环境与健康法益损害的危险因素, 国家应采取措施加以干预和排除。^[39] 就雾霾应急而言, 在明确了将AQI指数200作为决定裁量收缩、政府必须采取行动的标准之后, 下一个问题就是如何确立选择裁量的标准, 明确政府应针对何种程度的“危险因素”采取相应措施, 以满足“只有一种决定没有裁量瑕疵、其他决定均可能有裁量瑕疵”的行政裁量收缩要求。^[40] 应当看到, 危险防御(消除危险)是现代行政的基本职能之一, 其要求严格追究行政权怠慢行使的责任, 是行政裁量权收缩的正当性依据所在,^[41] 但国家的危险防御责任有可能发展为不论是否有法律依据, 都认定国家必须采取危险防御措施, 这与传统的法治国原理相互对立, 反而造成“过度的权利保护”。^[42] 这凸显了通过裁量收缩构成要件对行政裁量进行约束的重要性。

[38] 吴庚:《行政法之理论与实用》, 中国人民大学出版社2005年版, 第79页。

[39] 参见前引[34], 陈海嵩书, 第99页。

[40] [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132页。

[41] 参见王贵松:《行政裁量权收缩的法理基础——职权职责义务化的转换依据》,《北大法律评论》第10卷第2辑, 第373页以下。

[42] 王天华:《裁量收缩理论的构造与边界》,《中国法学》2014年第1期, 第129页以下。

一般而言,裁量收缩包括四个方面的要件:被侵害法益的重要性、危险的可预见性、损害后果的可回避性、行政保护的可期待性。^[43]也有研究归纳了五个方面的要件:被侵害法益的重大性、危险的迫切性、危险发生的预见可能性、损害结果的回避可能性、规制权限发动的期待可能性。^[44]综合上述观点,启动裁量收缩的核心理由在于:存在某种重要的法益,而该法益正面临着一个迫切、具体危险因素的侵害,需要行政机关采取相应措施防止该危险的发生。据此,可以对雾霾应急中政府启动应急预案后的选择裁量行为进行分析。根据《环境空气质量指数(AQI)技术规定》,最高等级的空气质量指数是六级“严重污染”(AQI大于300),此时健康人群出现明显强烈症状,应避免所有的户外活动。对比次一级的空气质量指数(五级,AQI在201—300之间),六级污染的基本特征是对健康人群的强烈、深度、广泛的影响,致使所有的户外活动都会对健康造成极大影响而处于医学上禁止的状态(五级“重度污染”时健康人群普遍出现症状,一般人应减少户外运动,但尚未达到完全禁止户外活动的状态)。可见,AQI达到300以上,意味着空气污染情况已经对所有人的生命健康构成了直接、迫切、严重的威胁,而这种危险不可能通过个人行为予以避免和消除,必须经由行政机关采取相应措施。这与前述裁量收缩的要件相互契合。因此,在雾霾应急中,AQI指数300(六级严重污染)是确立国家环境危险防御义务的标准;当某地空气质量达到“严重污染”时,就已经构成“具体、迫切的危险”,^[45]符合裁量收缩的构成要件和现实基础,行政机关在重污染天气应对上的选择裁量权“收缩至零”。这意味着政府必须选择最能保护公民环境与健康权益的方式以及时、有效消除环境危险因素,即采取最高等级的应急响应措施(I级红色预警)加以应对。简言之,在AQI指数达到300时,应通过行政主体选择裁量(如何作为)的收缩来保护公众健康。

(三) 对重污染天气应急行政行为的审视

在上述分析的基础上,可基于国家环保义务理论,对当前雾霾应急中出现的“保护不足”和“侵害过度”问题进行分析。

1. 关于“保护不足”

公众对当前雾霾应急中“保护不足”的争议和疑惑,主要来源于各地应急预案中最高等级应急响应条件的不同规定。如果简单依据环境保护法(2014年)第6条“地方政府对本区域的环境质量负责”和大气污染防治法(2015年)第六章对地方政府应对重污染天气的立法授权,似能得出“各地可根据自身情况制定空气重污染应急预案”的推论。然而,从有效实现国家环保义务的角度看,各地政府固然有“因地制宜”制定应急预案的职权,却不能“随心所欲”,必须符合“改善环境质量、保障公众健康”国家环境保护目标与任务的要求,否则就有行政恣意之嫌。

总结前文分析,国家环保义务在雾霾应急中具体体现为:当空气质量指数(AQI)达到200以上时,成立国家环境现状保持义务,政府负有启动大气重污染应急响应的强制性义务;当空气质量指数(AQI)达到300以上时,成立国家环境危险防御义务,政府应采取最高等级的应急响应措施保护公众健康。基于这一标准审视目前各地的空气重污染应急预案,

[43] 前引[42],王天华文,第126页。

[44] 参见王贵松:《行政裁量权收缩之要件分析》,《法学评论》2009年第3期,第112页以下。

[45] 前引[33],王贵松文,第33页。

不难发现,就现状保持义务的履行而言,各地应急预案均将AQI值200作为应急响应和启动预案的条件,不存在争议。但是,在危险防御义务的履行上,多个地方的应急预案将AQI值500或者450作为启动最高等级红色预警的条件,显然已经超出了环境保护国家目标与任务所允许的限度,对公民环境与健康权益造成危害,具有明确的裁量瑕疵。换言之,一些地方应急预案中自行定义的所谓“极重污染”天气(AQI大于500或450),违反了《环境空气质量指数(AQI)技术规定》(2012年)所限定的保护公众健康之限值要求,没有履行国家环境危险防御义务对公权力机关提出的法律义务,不具有正当性。从来源上分析,将AQI值500作为最高等级应急响应启动条件,也缺乏科学基础。^[46]

除了污染程度之外,另外一个应考虑的因素是启动最高等级应急响应的重污染天气持续时间。参照前文图表,目前各地应急预案规定的重污染持续时间有1天、2天、3天等多种情况。根据《环境空气质量指数(AQI)技术规定》(2012年),对人体健康造成危害的主要因素是空气质量指数的高低,持续时间并未做具体限定。因此,持续时间之规定是否合理并不直接影响对政府雾霾应急行为的法律评价,但也有区别对待的必要。具体情况分析如下:(1)当最高等级应急响应的AQI值在300及以下时,应视为国家环境危险防御义务的主要要求已实现;此时,考虑到目前各地的空气质量预报水平与预警预测能力,不宜对持续时间做过于僵硬的限定。因此,前文表中的“轻污染+长时间”和“轻污染+短时间”均具有合理性。(2)当最高等级应急响应的AQI值被确定为300以上时,由于违反了国家环境危险防御义务,应急预案的相关规定自始不具备正当性,但违法程度的轻重需要根据应急预案所规定持续时间之长短予以区别对待:如果持续时间仅为1天(“重污染+短时间”),应急预案对最高等级应急响应条件的规定的违法程度较轻;如果持续为2天及以上(“重污染+长时间”),意味着延长人体暴露在重污染天气中的时间,必然造成更为严重的健康损害后果,具有明显的违法性。

2. 关于“过度侵害”

雾霾应急措施对公民财产权、自由权是否构成“过度侵害”的问题,涉及履行国家环境危险防御义务过程中行政机关应如何作为(效果裁量)。从国家环保义务的实现角度看,判断雾霾应急的强制性措施对公民财产权、自由权的影响是否构成“过度侵害”,关键在于该措施是否符合行政裁量权收缩之要件,使其成为“唯一没有裁量瑕疵”之行政决定。就行政裁量权收缩要件而言,其并非僵硬的一并适用,而是需要根据法益重要性、危险迫切性的不同程度进行类型化的区分。^[47]由此,可在前述国家环境现状保持义务(AQI值200)和国家环境危险防御义务(AQI值300)的基础上,对雾霾应急中的强制性措施进行类别化的处理。

以机动车限行为例。当AQI值大于200时,政府应启动空气重污染应急预案并采取相关措施,机动车限行自然应包括在内。但是,“限行”并不意味着简单的“一禁了之”,而

[46] 在《环境空气质量指数(AQI)技术规定》中,AQI值300以上均为最为严重的六级污染(严重污染),并无AQI值500的限定。目前各地应急预案中出现的“AQI值500”,很可能是借鉴了该标准中“空气质量分指数(IAQI)”污染物浓度限值的规定,即将各单项污染物“空气质量分指数”的最大浓度限值定为500。显然,IAQI值500只是根据单项大气污染物环境监测的技术需要所作的限定,单一指标与公众健康并无直接的对应关系,不能将其作为标示大气环境总体质量的指标。

[47] 参见前引[44],王贵松文,第112页以下。

是具有多种可能的途径,^[48]需要具体分析。总体而言,有三类因素需要考虑:(1)根据机动车的污染物排放水平,区分“高排放车辆”(黄标车、柴油车等)和“低排放车辆”(绿标车);(2)根据城市道路的总体布局及城市发展的总体规划,对机动车限行的区域进行区分(例如以绕城高速、三环内、特定风景区为界);(3)限行的具体方式,包括尾号限行、高峰期限行、单双号限行、禁止行驶等多种。上述三类因素在实践中并不是单独适用,而是往往组合在一起加以运用。^[49]可见,机动车限行并非只有简单的“单双号限行”一种方式,而是应当将机动车排放水平、限行区域、限行方式加以综合考虑。有观点指出,单一的机动车单双号限行措施带有明显的局限性,只能解决大气环境治理的一小部分问题,也不符合现代环境法治发展的趋势。^[50]从裁量权行使角度看,机动车限行所包含的多种因素和多种方式应与雾霾所影响法益重要性和健康危险迫切性的不同程度相互对应,在最低等级应急响应和最高等级应急响应之间,形成从“轻”到“重”的机动车限行措施之“连续性集合”,即从限制高排放车辆扩展到限制低排放车辆,从特定城市区域的限制扩张到全市范围内的限制,从影响最小的“尾号限行”逐步扩大到“单双号限行”,构成一个逐步深化的“连续统”。

在雾霾应急领域中,考虑到地区差异的存在,不同等级应急响应措施的组合选择,由各地政府根据实际情况在应急预案中加以明确是较为合适的做法。此时,只要形成了从轻到重的强制性减排措施之“连续统”,就应视为较好履行了行政机关如何作为(选择裁量)的义务,对公民自由权、财产权的限制也就具有了正当性。唯应注意的是,当AQI值大于300时,由于已经成立国家环境危险防御义务,此时行政机关的裁量权收缩至零,除了将AQI值300作为最高等级应急响应条件,相应的应急措施也必须是该应急预案中最为“严格”之规定,不需要也不应当再区分不同情况而加以区别对待。实践中,有些地方应急预案在规定了最高等级(I级)应急响应措施后,又将污染持续时间作为实行更加严格的强制性污染减排措施的条件,^[51]或者在I级应急响应中还在实施II级应急响应的强制性污染减排措施。^[52]这些做法显然违反了国家环境危险防御义务对行政裁量收缩的要求,构成裁量瑕疵而不具有正当性。只有在成立国家环境危险防御义务的情况下,雾霾应急的强制性措施才具有“当然的正当性和必要性”。

四、对雾霾应急措施的司法审查

从前文论述可知,目前各地雾霾应急的制度与实践存在一定的正当性缺失,有相当一

[48] 参见前引[10],张翔文,第16页。

[49] 例如,《成都市重污染天气应急预案》(2013年12月)规定,启动一级红色预警后,在绕城高速(含)以内实施黄标车全天禁行,三环路以内实施机动车尾号单双号限行。这是对“排放水平”、“限行区域”、“限行方式”三种因素的综合运用。又如,《深圳市大气污染应急预案》(2014年1月)规定,启动大气污染II级预警后,柴油车实行单双号限行,其他机动车尾号限行;启动大气污染I级预警后,柴油车实施禁行,对其他机动车(电动车除外)采取单双号限行。这是对“排放水平”和“限行方式”两种因素的综合运用。

[50] 参见竺效:《机动车单双号常态化限行的环境法治之辨》,《法学》2015年第2期,第7页以下。

[51] 例如,《郑州市空气重污染日预警应急工作方案》(2013年5月)规定,AQI大于500(极重污染)且持续48小时,启动一级响应;同时又规定,空气极重污染日持续3天以上时,实施更加严格的强制性污染减排措施。

[52] 例如,《南宁市市区重污染天气应急预案》(2014年4月)规定,AQI>300时,启动I级应急响应;但是当 $300 \leq \text{AQI} < 400$ 时,强制性污染减排措施与II级应急响应的相应措施相同。当全市AQI ≥ 400 时,才采取“更为严厉”的强制性措施。

部分城市的空气重污染应急预案不符合国家环保义务之内在要求,没有充分保障公民的环境与健康权益。这凸显了对当前政府行政紧急权力的行使进行有效控制的重要性。为解决该问题,一个办法是期待、督促行政主体自身对不当行为进行内部控制(自我规制),即基于“行政自制”理念,^[53]及时修改、完善空气重污染应急预案。大气污染防治法(2015年)第96条第2款也规定,“人民政府应当及时开展应急预案实施情况的评估,适时修改完善应急预案”。应当承认,行政自制(自我规制)是改进雾霾应急措施成本最小、效率最高的方式,但基于社会常识和法治国家基本理念,也不能忽视外部控制的重要性。雾霾成因的复杂性和环境保护的特殊性也决定了,如果单纯依赖行政主体的自我监督,各地所制定的雾霾应急措施极易受到“地方保护主义”和“保增长”等因素的不当影响而得不到及时纠正,无法满足公众日益增长的环境质量诉求。^[54]

关于雾霾应急领域的外部监督,由于大气污染防治法(2015年)已经明确授予地方政府应对重污染天气的职权,同时考虑到雾霾天气及其成因的区域性和复杂性,不可能、也不宜简单通过立法对重污染天气应急行为的构成要件和法律效果作出全面规范,外部控制方式中的立法机关监督难堪大用,主要应由司法机关发挥必要的法律监督作用,即由法院对雾霾应急中的行政应急行为进行司法审查。对此,需要重点讨论如下两个问题。

(一) 司法审查的可得性与具体方式

一般意义上看,在区分行政应急行为与紧急状态、戒严等国家行为的基础上,我国行政诉讼法及相关司法解释并未将行政应急行为排除在行政诉讼范围外,应急权的行使须接受司法审查。^[55]根据前文,雾霾应急领域行政应急措施的主要争议是“保护不足”和“侵害过度”现象,关键问题是政府基于裁量权行使所制定的重污染天气应急预案中,有关应急响应条件和应急响应措施规定的正当性。概言之,对雾霾应急措施予以有效外部监督的核心,在于法院能否对重污染天气应急预案进行有效的司法审查。

从法律属性分析,应急预案本质上是政府实施非常态管理时的执行方案,^[56]在法律位阶上属于政府制定的“其他规范性文件”。行政诉讼法(1989年)将行政规范性文件归入“抽象行政行为”的范畴而不属于行政诉讼的受案范围,但学界通说和司法实践一直主张将规章以下的规范性文件纳入司法审查范围,法院具有违法确认权。^[57]行政诉讼法(2014年)新增第53条规定,“对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查”,并特别注明“前款规定的规范性文件不包含规章”,正式将规章以下的行政规范性文

[53] 参见崔卓兰、刘福元:《行政自制——探索行政法理论视野之拓展》,《法制与社会发展》2008年第3期,第98页以下。

[54] 从实践中看,在大气污染防治法(2015年)实施后,一些城市主动对重污染天气应急预案进行了修订(包括武汉、天津、杭州、广州等)。但认真对比新旧应急预案可以发现,各地对最高等级应急响应标准的规定仍然不能满足国家环境保护义务的要求,一些地方是“维持原状”(天津、杭州),一些地方的新标准甚至还有所“放宽”(如《武汉市重污染天气应急预案》将启动最高等级应急响应的时间条件从原来的2天变为3天,《广州市环境空气重污染应急预案》将启动最高等级应急响应的时间条件从原来的1天变为2天),这充分说明现阶段不能对行政主体的“自我监督”、“自我纠正”抱有过高期望。

[55] 相关文献,参见彭华:《我国行政应急行为司法审查若干问题探讨》,《西南科技大学学报(哲学社会科学版)》2014年第1期;代正群:《我国行政应急行为的司法审查研究》,《中国政法大学学报》2009年第3期。

[56] 参见林鸿潮:《论应急预案的性质和效力》,《法学家》2009年第2期,第27页。

[57] 参见江必新:《〈行政诉讼法〉与抽象行政行为》,《行政法学研究》2009年第3期,第14页。

件纳入司法审查范围。由于这一立法进步，对雾霾应急措施进行司法审查在我国现行法秩序中具有可行性。相对人针对雾霾应急措施提起行政诉讼后，法院能够对政府制定的重污染天气应急预案予以合法性审查，并根据行政诉讼法（2014年）第64条的规定向制定机关提出规范性文件的处理建议。

在司法审查的具体方式上，行政诉讼法（2014年）第53条采取的是“附带审查”的方式，即只有当行政行为影响到公民、法人和其他组织的权利时，相关主体在提起行政诉讼的同时才能“一并请求”法院对该规范性文件予以审查。该规定沿袭了行政复议法（1999年）第7条和《行政复议法实施条例》（2007年）第26条对行政规定进行“附带审查”的做法。考虑到行政诉讼与行政复议的相互衔接，避免两者间发生冲突影响法律救济的权威性，行政诉讼法（2014年）第53条之规定应予以肯定，但不能完全排除法院对行政规范性文件进行直接审查的可能性。必须看到，在行政法治实践中，并不是只有行政行为才会侵害相对人权益；行政规范性文件虽然针对不特定对象，但一经发布后就可能对相对人权益造成直接影响。^[58]这一现象在雾霾应急中尤为突出。在重污染天气应急预案的规定违反国家环保义务要求时，例如将最高等级应急响应的条件规定为AQI值500，如果AQI值处于300至500之间，政府不会启动最高等级红色预警。在这一形式上完全符合应急预案规定但实质上属于“消极不作为”的情况下，“附带审查”自然无从提起。如果完全排除对规范性文件的“直接审查”，意味着生命健康受到严重侵害的公民无法通过法律救济（行政诉讼和行政复议）的方式提出诉愿，对政府公信力和司法权威性造成损害。

为解决这一问题，应在特定条件下赋予公民直接针对规范性文件提起行政诉讼的诉权，强化司法机关审查的全面性、权威性，扩大公民权利救济的法律渠道。在理论上，行政裁量权的收缩，是相对人享有要求行政机关履行规制请求权，对规范性文件制定不作为提起诉讼的前提。^[59]因此，赋予公民提起“直接审查规范性文件”诉权的“特定条件”，可参照前述行政裁量权收缩要件进行，即主要从被侵害法益的重要性、危险的紧迫性和预见可能性、行政保护的可期待性等方面加以判断。在雾霾应急中，根据前文讨论，可推导出应赋予公民“直接审查规范性文件”诉权的两种情况：一是成立国家环境现状保持义务（AQI值大于200），此时行政机关的“决定裁量”收缩至零，公民可针对应急预案中所规定的应急响应启动条件提起课以义务诉讼；二是成立国家环境危险防御义务（AQI值大于300），此时行政机关的“选择裁量”收缩至零，公民可针对应急预案中的最高等级应急响应规定，提起课以义务诉讼。

（二）司法审查的强度与标准

对重污染天气应急预案进行司法审查，实质内容是对政府通过规范性文件所行使的行政裁量权给出司法判断。一般认为，行政裁量是立法留给行政的自主空间，因此应放宽司法审查的密度和强度。略显极端的观点提出，除裁量收尽之外，原则上行政裁量是不受法院审查的。^[60]放宽司法审查固然有尊重行政机关专业特长、确保行政任务完成等因素考量，但基于宪法体制与国家权力的相互平衡，显然不能放弃对行政裁量权的司法监督。在

[58] 参见张淑芳：《规范性文件行政复议制度》，《法学研究》2002年第4期，第23页。

[59] 参见郭庆珠：《论行政规范性文件制定不作为的法律救济》，《学术论坛》2010年第2期，第148页。

[60] 参见章剑生：《现代行政法总论》，法律出版社2014年版，第113页。

我国行政诉讼实践中，“高度尊重行政自由裁量权”成为法官规避行政裁量合理性审查的借口，造成司法实务中“裁量不审理”的盛行。^[61]因此，法院如何把握、拿捏针对行政裁量的司法审查限度，是一个至关重要的问题，需要基于不同情况进行更为精细的司法判断。

在理论上，行政裁量的司法审查强度可分为三种类型：最小司法审查、中等司法审查和严格司法审查。^[62]法院在对重污染天气应急预案进行司法审查的过程中，应区分两种主要情况。

1. 对应急响应条件的严格司法审查

应急响应条件涉及公民的环境与健康权益。为有效保护公民的重大法益（生命健康）免受危险因素侵害，在行政裁量权发生收缩时，法院应进行强度最大的严格司法审查，对行政活动与行政判断进行强有力的干预。^[63]法院在审查过程中，应主要考察行政裁量是否符合规范目的（行政目的）之要求，^[64]将被诉对象与立法本意相互对照。基于此标准，目前多地重污染天气应急预案中对最高等级应急响应的规定，如果将启动条件设定在AQI值300以上，由于不符合国家环保义务之要求，就违反了上位授权立法（大气污染防治法）明确规定的“保护公众健康”之规范目的，^[65]难以通过法院的实质审查而不具有合法性。

在具体裁判标准上，根据行政诉讼法（2014年）第72条确立的“课以义务判决”标准，法院应据此作出履行判决。由于行政裁量空间发生收缩，应认定为案件的所有相关事实与法律要件均已成熟，由法院直接裁判命令行政机关作出原告所要求的行政行为。^[66]此时，法院通过判决强制要求行政机关修改应急预案规定（特别是表中“重污染+长时间”的应急响应模式）以履行环境保护的法定职责，这是通过司法途径从根本上监督、纠正应急预案对公民环境与健康权益“保护不足”的问题。

2. 对应急响应措施的最小司法审查

应急响应措施主要涉及对公民财产权、自由权是否“过度侵害”的问题。为确保及时有效实现行政任务，法院应尊重行政机关在应急处置上的专业特长。只要对AQI值的规定符合国家环境现状保持和环境危险防御义务之要求，并在应急预案中形成了从轻到重的强制性减排措施之连续性集合，就应视为较好履行了行政机关如何作为（选择裁量）的义务，其对财产权、自由权的限制也就具有了正当性。然而，如果应急预案的相关规定违反了“从轻到重之连续集合”这一内在标准，造成诸如“最高等级应急响应之上还有更严格措施”等怪现象，就违反了相对人对污染物减排措施的一般性期待及普遍社会观念，“在社会

[61] 参见孙启福、张建平：《行政滥用职权司法审查的检讨与重构——以法官的规避倾向为视角》，《法律适用》2011年第3期，第73页。

[62] 参见王贵松：《论行政裁量的司法审查强度》，《法商研究》2012年第4期，第66页。

[63] 同上文，第73页以下。

[64] 在对行政裁量的司法审查中，规范目的是最为重要的考量因素：“法院要求立法目的之明确表述，以此作为当个人的基本自由遭遇危险时的一种限制行政机关选择范围的方式”。参见[美]斯图尔特：《美国行政法的重构》，沈岷译，商务印书馆2002年版，第18页。

[65] 大气污染防治法（2015年）第1条规定，本法的目的在于“防治大气污染，保护公众健康，推进生态文明建设，促进经济社会可持续发展”。

[66] 这是德国课以义务诉讼中“裁判时机成熟”理论的基本观点。参见[德]胡芬：《行政诉讼法》，莫光华译，法律出版社2003年版，第443页以下。

观念上明显缺乏妥当性”，构成裁量权滥用，法院应进行有限的实体性审查。^{〔67〕}概言之，针对应急预案中规定的应急响应措施，法院应基于较低强度的“最小司法审查”进行合理性审查，考查其是否违反社会的一般性观念而构成裁量权的滥用。

在具体裁判标准上，主要应考虑行政诉讼法（2014年）第70条所确立的“滥用职权”、“明显不当”等标准。针对“滥用职权”标准，有学者早已指出，由于“滥用职权”与主观过错的相互勾连，在实践中并未如主流学说设想的那样成为评价行政裁量的重要标准。^{〔68〕}因此，2014年行政诉讼法修订时新增的“明显不当”就成为重要的行政裁量审查标准。法官应主要围绕“裁量理由”和“明显不当”两个方面展开司法判断。就前者而言，是对行政机关形成该裁量行为所依凭的所有事实与法律依据的审查；就后者而言，主要应依据在先行为、行政惯例和社会一般观念进行。就裁判方式而言，在认定应急响应措施的裁量理由构成“明显不当”后，考虑到直接撤销应急预案规定可能对公共利益造成损害，法官可根据行政诉讼法（2014年）第74条的规定作出确认违法判决，督促行政机关及时修改、完善应急预案的规定，使其更加符合公民对政府不断改善环境质量、践行国家环保义务之期待。

Abstract: Today, heavy air pollution has become an issue of great public concern in China. Although China has already established standardized normative and institutional systems of haze emergency response, two big problems remain to be solved; one is the inadequate protection of the right to health, and the other is excessive infringements upon citizens' property rights and freedoms. Because of the structural difference between the mechanisms of haze formation and traditional right infringements, the administrative emergency power, which derives from the traditional public law system, is ineffective in supervising and restricting the government behavior in emergency response to heavy air pollution. Based on the theory of state environmental protection obligation, more targeted analysis of haze emergency response can be carried out from the two perspectives of effect and discretion. In view of the fact that currently the heavy air pollution emergency plans of some cities are not in line with the requirements of state environmental obligations, it is necessary to carry out judicial review on the conditions and measures in such emergency plans in accordance with the Administrative Procedure Law revised in 2014, so as to monitor and correct through judicial channels the improper provisions in these emergency response plans.

Key Words: haze emergency response, administrative emergency power, state environmental protection obligation

〔67〕 前引〔62〕，王贵松文，第68页。

〔68〕 参见沈岷：《行政诉讼确立“裁量明显不当”标准之议》，《法商研究》2004年第4期，第27页。