



EMERGENCY

刘小冰·著

国家紧急权力 制度研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

感谢
中华人民共和国司法部
江苏省哲学社会科学规划办公室
对本课题的资助

国家紧急权力 制度研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国家紧急权力制度研究 / 刘小冰著. —北京:法律出版社, 2008. 11

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8863 - 8

I. 国… II. 刘… III. 国家理论—权力—研究 IV. D034.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 154466 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/齐梓伊

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 1/16

印张/25.75 字数/364 千

版本/2008 年 11 月第 1 版

印次/2008 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8863-8

定价:56.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 一

文以载道,道以载文

国家紧急权力制度在国家政治、经济、社会生活中具有重要地位和重要作用。但是,长期以来,我国法学理论界缺乏对它系统而深入的研究,这实际上是非常危险的。因此,当刘小冰要我为他的专著《国家紧急权力制度研究》作序时,我非常高兴。

我以为,透过其独特的叙事风格,该书展示了这么几个特点:

第一,该书有自己独创的体系。对国家紧急权力的研究和论述是一个庞大的工程,作者从国家紧急权力的伦理基础、适用前提、法治形式、法律效力四个方面进行了论述,从而勾勒了国家紧急权力制度研究的基本框架。应该说,这一体系是新颖的,顺应了国家紧急权力的逻辑要求。

第二,该书有许多独到的理论观点。例如,该书强调应建立非常法治与非常法学;首次从本质属性、结构属性、法律属性三个不同的向度论述了国家紧急权力的基本属性;首次提出国家紧急权力的运行形态可以分为轻度形态、中度形态和重度形态;首次将国家紧急权力界定为国家在突发公共事件下依法迅速改变权力与权利逻辑结构的法律制度,并对其中最为关键的紧急失权制度进行了深入研究,主张以下权利是不得克减的权利:生命权,平等权,人格尊严权,良心自由、思想自由、信仰自由,公正审判权;下列权利则可以依法全部或部分克减、限制或中止:选举权和被选举权,私有财产权,

言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由,人身自由,住宅不受侵犯权,通信自由和通信秘密权,罢工、罢教、罢课、罢市权等。应该说,这些观点都是作者深入进行理性思考的结果。

第三,该书的前期成果丰厚。该书是作者长期以来的研究心得,反映了作者对国家紧急权力这一重大的理论与实践问题一以贯之的关注和积累,表明社会对其学术观点的某种认可。

我一直主张,作为一个学者,一定要“文以载道”,也就是文章要表达出个道道来。但仅仅这样还不够,还必须“道以载文”,也就是世界上的道道要通过合适的方式表达出来。以此为观照,我认为该书是值得向读者推荐的。

刘小冰是我指导过的博士。因此,我尤其为他的学术进步感到高兴。
寥寥数语,权为之序。

李 龙

2008年7月27日于武汉大学

序 二

将国家紧急权力牢牢奠定在宪政的轨道上

改革开放 30 年来,中国的法学事业取得了长足的发展,提出依法治国、尊重和保障人权、依法执政等战略部署是其中的主要标志。但是,迄今为止,国家紧急权力等概念远不是中国法学的主流,未受到应有的重视。因此,当刘小冰教授邀请我为其专著《国家紧急权力制度研究》写几句话时,我非常高兴。

我对本书提出的以下观点印象深刻:

一是主张建立紧急失权制度。本书接受了我的观点,将人权的存在形态分为应有人权、法定人权和实有人权,并对国家紧急权力与人权保障的相互关系进行了深入研究:当国家行使紧急状态等紧急权力时,私有财产权,选举权和被选举权,言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由,人身自由,住宅不受侵犯权,通信自由和通信秘密权,罢工、罢教、罢课、罢市权等权利将受到克减、限制或中止,生命权、平等权、人格尊严权、良心自由、思想自由、信仰自由、公正审判权等是不得克减的权利,这就是紧急失权制度。我认为,这种分析是非常有价值的。

二是主张加强国家紧急权力法治建设。在这方面,作者提出了两个具有重要现实意义的观点:我国宪法对国家紧急权力的规定应由间接保障主义发展为直接保障主义。在此基础上,根据宪法的规定,制定和完善国家紧

急权力各个主要阶段的立法,如在轻度的国家紧急权力阶段,制定《突发事件应对法》等法律;在中度的国家紧急权力阶段,制定《紧急状态法》、《戒严法》等法律;在重度的国家紧急权力阶段,制定《国防动员法》、《战争状态法》等法律。只有这样,才能形成较为严密完整、系统的国家紧急权力法律体系。

三是主张建立非常法学。作者指出,长期以来,我国法学研究的一个基本倾向是,对非常法治和非常法学没有予以足够的重视。例如,作为法学基础学科的法理学仅仅是对正常状态下的法的一般描述,这样的法理学是残缺不全的。据此,作者提出,应构建非常法学。非常法学是研究非常法治和国家紧急权力的设定、使用和监督及由此而形成的社会关系的一门综合性、系统性的法学学科。或者说,非常法律就是利用紧急权力、实行紧急失权、处置突发事件的法律;奠定在民主基础上,并最终人权保障为核心的各种非常法律的总和就是非常法治;以非常法律和非常法治为研究对象的社会科学就是非常法学。

中国的法律发展最终是建立在这一基础之上的:即使在面临突发公共事件时,行使国家紧急权力也能遵守法律、尊重民主、保障人权。中国法学的发展也最终依赖于这样的事实:新老法学工作者共同为以民主、法治、人权为主要内容的宪政建设而努力奋斗。因此,我衷心希望刘小冰教授在这一领域继续钻研,为非常法律、非常法治和非常法学做出更大的贡献!

是为序。

李步云

2008年11月3日

引言

所有的英文作品都是 26 个字母的不同组合。这既是戏言,也是隐喻:虽然我们充分信任人类自身的创造能力,并且这种能力将始终伴随我们度着悠悠的岁月,但在大多数的时空条件下,我们只能在已有的成就中创造成就,并为以后的持续发展打下微薄的基础。因此,在本书的开头,笔者必须界定国家紧急权力的概念内涵,对其已有的研究成果满怀敬意地进行粗浅的扫描,并在此基础上交代本书的基本研究框架。

一、国家紧急权力的概念内涵

所谓国家紧急权力,又称国家紧急权或紧急权,是指有权的国家机关为维护国家利益、公共利益和人民的根本利益,在面临战争、内乱、经济危机、政治骚乱、事故灾难、严重自然灾害及严重传染病流行等突发公共事件时,根据宪法和法律的特别规定,暂时克减(derogation)、限制或中止某些正常权利,迅速采取法定紧急措施的权力。简单地说,国家紧急权力就是国家在突发公共事件下依法迅速改变权力与权利逻辑结构的法律制度。一般而言,国家紧急权力(State Emergency Power)或紧急权(Emergency Power)与危机政府(Crisis or Emergency Government)、宪政独裁(Constitutional Dictatorship)等概念在性质上并没有重大区别,仅仅反映了不同研究者的使用偏好。当然,就语感而言,“国家紧急权力”比较中性,也更为规范。

(一) 国家紧急权力的主要特征

国家紧急权力有以下主要特征:

1. 国家紧急权力的主体只能是有权的国家机关

广义的权力主要包括国家权力和社会权力两种,狭义的权力仅仅指国家权力。本书所指向的主要是狭义的权力。

在现代国家生活中,权力就是控制力和影响力。根据不同的标准,可以对权力进行不同的分类。例如,周永坤认为,可以按权力行使的范围、权力作用的领域、权力行使的稳定性、权力存在的形态、权力的来源、权力关系的领域、权力的结果、权力的形式等不同角度进行分类。^{〔1〕}

秦前红等将来源于人民权力让渡、形成于宪法具体授权并直接受制于宪法的国家权力称为宪法权力,这种“宪法下的国家权力”可以依据不同的标准划分为不同的类型,如立法权、行政权与司法权,创始性宪法权力、组织性宪法权力和否定性宪法权力,实体性宪法权力和程序性宪法权力,成文性宪法权力与不成文性宪法权力。“否定性宪法权力是限制和否定其他宪法权力行使的一种权力,如紧急状态处置权”。^{〔2〕}

笔者认为,严格来说,“创始性宪法权力、组织性宪法权力和否定性宪法权力”的分类值得商榷。一是因为这种分类的标准不合逻辑,所谓“否定性宪法权力”相对应的只能是“肯定性宪法权力”。二是将“紧急状态处置权”称为“否定性宪法权力”不甚贴切,因为这种权力不仅是对破坏宪法秩序行为的一种否定,也是对被破坏的宪法秩序的一种肯定。三是将“紧急状态处置权”界定为“限制和否定其他宪法权力行使的一种权力”也不准确,因为两者之间并不是简单的“限制和否定”的关系,至少是不完全的、并非全部的“限制和否定”。

从本书的研究旨趣出发,根据权力行使的状态,我们可以将国家权力分为正常权力和非常权力即国家紧急权力,所谓“紧急状态处置权”属于国家紧急权力的一种。

正常权力和非常权力这两种权力是相互平行的,其区别仅仅在于:前者是常态的,无论在何种情况下,这种权力都是存在的;后者是非常态的,它只在国家具有特别的紧急需求时才能得到使用,或者说,启动国家紧急权力的实体条件只能是出现较为严重的达到法定危害程度的突发公共事件。

〔1〕 参见周永坤:《规范权力——权力的法理研究》,法律出版社2006年版,第133~143页。

〔2〕 秦前红、陈道英、汪自成等:《比较宪法学》,武汉大学出版社2007年版,第185~192页。

使用国家紧急权力处置突发公共事件是国家的责任,也只有国家而不能是任何别的个人或政治集团才能使用国家紧急权力。排除一切个人和政治集团对国家紧急权力的使用,这是这一制度的现代特性。

黑格尔指出:“一群人要形成个国家,为此必不可少的是他们能形成共同防御和国家权力。”^{〔1〕}因此,只要有国家,就会有国家紧急权力。我们甚至可以夸张一点说,是紧急权力催生了国家,并使之区别于其他的社会组织。例如,“在中国国家形成与早期国家组织形态的演变过程中,军事事务与军事权不仅对于国家的形成起着根本的‘催生’与主导作用,而且,军事权在相当程度上就是现代的各种执行性公共权力的原始样板”^{〔2〕}

同时,只有有权的国家机关才能使用国家紧急权力。国家紧急权力是一个完整的过程,应该包括:哪些国家机关有权决定国家紧急权力(决定权),哪些国家机关有权以及如何公布国家紧急权力的决定(公布权),哪些国家机关有权执行国家紧急权力(执行权),哪些国家机关有权监督国家紧急权力(监督权)。法律必须对这些权限有清晰的规定,才不致出现权力的紊乱。

国家紧急权力与公民抵抗权共同构成特殊的也是最后的宪法保障(紧急情况下的宪法保障)。Karin Jacob 指出“立法者建立紧急状态立法之目的是,提供国家有足够之工具得使用,帮助其在严重紧急状态之负担时,亦能维护其运作能力。因此,紧急状态宪法,可作为自由及法治之宪法架构的防卫与保护要素。”^{〔3〕}国家紧急权力通过瞬间扩大国家自身的特定权力来保障宪法秩序,^{〔4〕}公民抵抗权则通过瞬间扩大公民自身的特定权力来保障宪法秩序。它们有时候是相互对立和冲突的,因为在绝大多数情况下,国家紧急权力针对的往往是公民抵抗权,反之亦然。但有时候又是相辅相成的,因为公民抵抗权也可以借用国家紧急权力实现自己的目的。在较为特殊的

〔1〕 [德]黑格尔:《黑格尔政治著作选》,商务印书馆1981年版,第29~30页。

〔2〕 曾志平:“中国国家形成与早期国家中的军事权研究”,载田龙海主编:《军事法论丛》(2006年第四辑),海潮出版社2006年版,第61页。

〔3〕 转引自黄俊杰:《法治国家之国家紧急权》,元照出版有限公司2001年版,第117页。

〔4〕 所谓秩序就是“在自然界与社会进程运转中存在着某种程度的一致性、连续性和确定性”。参见[美]埃德加·博登海默:《法理学——法律哲学和方法》,张智仁译,上海人民出版社1992年版,第199页。

情况下,国家紧急权力与公民抵抗权的一致性是导致某种新的国家秩序产生的主要动因。在这种时候,与其说是保障,毋宁说是更新宪法秩序。

2. 存在达到法定危害程度的突发公共事件

应该看到,一方面,中国的改革开放取得了巨大的成绩,虽然它们往往是以牺牲一定的权利(尤其是农民的权利)和环境(尤其是农村的环境)为代价的。但是,没有改革开放,便没有今天中国的一切。改革开放对于中国的作用和影响将随着时间的推移而日益显现,在很大程度上,它对于中国和中国人进行的是一种为宪政和市场经济的持续发展积累力量的结构性改变。而选择宪政,选择市场经济,这是历经五百多年的世界性苦难后人们所发现的真理。^[1]

另一方面,也应该看到,在现在和未来很长一段时间内,我国都将处于突发公共事件的高发时期,将面临突发公共事件所带来的严峻考验。这首先是因为我国是一个地域辽阔、人口众多、民族情况并非特别稳定的国家。这种复杂的自然社会环境将长期存在,并时刻使我们处于高度紧张之中。其次,我国是世界上受自然灾害影响最为严重的国家之一,受灾害影响的人口大体在2亿左右,占全国人口的1/7以上;灾害种类多、灾害发生频度高、灾害损失严重,每年因突发公共事件造成的损失惊人。为了应对因种种原因而引起的突发公共事件,需要频繁使用国家紧急权力。存在达到法定危害程度的突发公共事件,这是国家紧急权力适用的基本前提。

3. 必须具有合法合理的目的

世界各国宪法大多肯定紧急状态、戒严等国家紧急权力制度,这就显见这一制度对各国的巨大作用和对民主制度的最后保障作用。

但是,这一制度的目的到底是什么呢?迄今为止,主要有以下几种观点:

一是迫切需要说。在国家处于非常时期、其他方法都不能挽救危难的局面时,国家只能依赖国家紧急权力以应付这种“迫切需要”,这是国家的特权。英国思想家洛克(1632~1704)曾经把紧急权力和非常权力等称为“特权”。他认为,在某种场合,法律应该让位于执行权。因为世间常能发生许多偶然的事情,遇到这些场合,严格地、呆板地执行法律反会有害。

[1] 参见刘小冰:《宪政制度的文化分析》,黑龙江人民出版社2003年版,第189页。

“有许多事情非法律所能规定,这些事情必须交由握有执行权的人自由裁量,由他根据公众福利和利益的要求来处理”。“这种并无法律规定、有时甚至违反法律而自由裁处来为公众谋福利的行动的权力,就被称为特权。”“特权就只能是人民之许可他们的统治者们,在法律没有规定的场合,按照他们的自由抉择来办理一些事情,甚至有时与法律的明文相抵触,来为公众谋福利。”^{〔1〕}在洛克看来,只要是国家迫切需要的,就可以行使紧急权力。哈耶克(1899~1992)则认为,在“明显而急迫的危险”状态中,某些自由“不得不被剥夺”。^{〔2〕}

二是例外说。为了挽救脆弱的魏玛共和国,并为快速做出对付紧急局势的决定寻找理论依据,德国法学家卡尔·施密特(1888~1985)对自由主义学说进行了理论上和逻辑上的深刻批判,其中的核心就是例外思想。施密特认为,例外的概念应被视为一种对政治知识来说是极为重要的普适性的概念。根据他的说法,最好将例外看做一种极端的危险之事,一种对国家存在构成的危险状态。施密特主张,不能限制例外于某一范围内,使其符合某种事先已存在的法律规范。在某种紧急状况下,我们不可能推测一个紧急事件的详细情况,特别在某个确实是非常的紧急状态下,人们不可能预测会发生什么,也不可能知道如何去排除掉它。在这种情况下,主权者就是在例外情形下有权做出决策的某个权威者,包括宣布谁为国内的敌人。主权者可以按其意愿确定什么情况为例外,甚至决定何为常态,何为非常态。他具有不受限制的权威,有权将宪法搁置起来,当然不是废除它。这种理论主张在客观上符合纳粹统治的基本需要。

三是政治便宜说。英国法学家戴雪(1835~1922)等信奉政治便宜说的学者主张,在外敌入侵时,一个军官、一个市长或任何忠贞国民,都可以做出任何事情,甚至犯了民事上的侵权行为或刑事上的罪名,如能证明其行为系出于精诚卫国,即可以免除责任。例如,国家为维护宪政于不坠而实行紧急状态,其目的即属于政治上的便宜行事。^{〔3〕}

四是紧急自卫说。这种观点认为,每个人都认为自己应有生存权,每个

〔1〕 [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳等译,商务印书馆1997年版,第99~101页。

〔2〕 [英]哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店1997年版,第275页。

〔3〕 参见[英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第570页。

政府也应该有生存权。在特定的语境(如正当防卫、紧急避险等)下,个人也有其紧急权。例如,当一个人遭受暴徒袭击、危急万分时,他可以毁弃一切法律,而实施正当防卫,这是个人的正当防卫权。同样,政府因战争、叛乱等非常情况而面临被颠覆的危险时,也可忽视宪法,实行自卫。在美国南北战争期间,林肯(1809~1865)总统为其行为作辩护时曾将这一主张称为“伟大的生存自卫权”:“难道为了使一项法律不受侵犯,就应当让该项法律以外的所有法律均受到破坏,从而使政府土崩瓦解吗?”^{〔1〕}因此,“国家的这一紧急状态的宪法权利与刑法中个人的自卫权利相类似”。^{〔2〕}

五是消极除碍说。其主要观点是,当宪政秩序、人民生活遭受严重危害时,为维持民主宪政,保障人和公民的基本权利,常采用以力制力的方法,排除危害与障碍,以维持原状。故当外患内乱之际,政府得实施紧急状态、戒严,以抵抗叛徒或敌寇,这就像个人为了防卫自身而排除妨碍一样。紧急状态等国家紧急权力制度既然为除碍作用,所以仅能用以消极除害,不能积极兴利。

上述观点在当时的历史条件下各有其正确的一面。例如,都强调了实施国家紧急权力的紧迫性,都强调了国家紧急权力下使用国家强制力量的正当性。但是,这些观点都无一例外地忽视了国家紧急权力下的权利保护,忽视了处于实证法之上的人们的内心信仰与价值追求在评价国家紧急权力时所具有的根本性作用。

为什么需要国家紧急权力?这是一个亘古而又常新的问题。人们可以从不同的角度去评价国家紧急权力,但综合起来看,评价的标准实际上只有两个:法与理。人们可以以法的标准来评价国家紧急权力是否维护了实证法律所规定的、为统治者或人民群众所追求的各项利益。然而,法的标准只是评价国家紧急权力的较低层次的形式标准,因为历史和现实都一再证明,正当权益的实现并不一定只能依赖实证法律,实证法律所保护的只是正当权益中的一小部分。同时,非正当权益也有可能通过法律形式得到实现。在一个不民主的国家里,实证法律并不总是反映民意,甚至极有可能“强

〔1〕 [美]卡尔·桑德堡:《林肯传》,云京译,东方出版社1987年版,第189~190页。

〔2〕 [奥]曼弗雷德·诺瓦克:《民权公约评注》,毕小青等译,三联书店2003年版,第75页。

奸”民意。不能反映民意的法律是“恶法”，现代社会要求将“恶法非法”的基本原则写在我们的旗帜上。

从这种意义上说，评价国家紧急权力还需要一个根本的标准：那些为人的精神独立和自由所需要的观念形态。因此，合理性标准是根本性标准，是检验合法性标准的依据和准绳。违反合理性标准的国家紧急权力措施是无效的，人们完全可以免除遵守这些措施的道德义务和法律义务。这就要求国家紧急权力法律必须事先在给政府的特别授权与对上述公民的内心信仰与价值追求及其救济之间划出明确且准确的界限，现代法治不允许法律授予政府漫无边际的、漫无限制的紧急权力。不应该为了个别统治者的私利而采取国家紧急权力措施，也不应该为达到统治者主观上所希望的某种特定目的而以牺牲国家、社会和人民的根本利益作为国家紧急权力的代价。众所周知，历史上有多次这样臭名昭著的例证。例如，1972年9月21日，因感到其地位受到了反对党领袖阿基诺的挑战，为达到长期维持其专制统治的目的，时任菲律宾总统的马科斯签署“军事戒严令”，宣布全国实行军管。期间，马科斯取消新闻和集会自由，解散众多社会团体，大肆敛财，大搞政治清洗，逮捕政敌。直到1981年，迫于国内、外的压力，马科斯才宣布取消军管。但为确保权力不被削减，同年4月又通过公民投票再次修改宪法，把政体改为法国式总统制。新宪法规定总统在非常时期拥有绝对权力，总统任期改为6年，不受连任一次的限制。1986年2月15日，菲律宾议会宣布马科斯在竞选中获胜。消息传出，国内、外舆论大哗，并引发了史称“第一次人民力量”的运动，数十万群众走上街头抗议示威，马科斯终于被推翻。

总之，国家紧急权力“既要维护实证法律所规定的各项利益，又不能摧毁人们对正义、公平、民主、人权、法治的内心信仰”。^{〔1〕}专制政权之所以专制，就在于它们不合理地广泛使用了国家紧急权力。将国家紧急权力真正奠定于民主法治的基础之上，使之成为各种民主观念、制度和实践的最终保障，这是我们必须严肃对待的问题。

4. 符合宪法和法律的特别规定

哪里有政治社会，哪里就有或应当有法律。哪里有国家紧急权力，哪里就有或应当有法律。这是界分专制社会与民主社会、人治社会与法治社会

〔1〕 刘小冰：“紧急状态的基本要素及其制度选择”，载《南京社会科学》2004年第5期。

的主要标志之一。“在现代法治国家,为防止重大突发公共事件的巨大冲击力导致整个国家生活与社会秩序的全面失控,需要运用行政紧急权力和实施系统配套的应急法律规范,来调整公共紧急情况下的各种社会关系,有效控制 and 消除紧急情况,恢复正常的生产和生活秩序以及法律秩序,维护社会公共利益和公民合法权益。”^{〔1〕}

在奴隶社会和封建社会,国家紧急权力的运作主要依靠人治。这既与整个社会的人治环境有关,也与人们对国家紧急权力性质的误解有关。某种意义上,马基雅维利(1469~1527)专制主义学说的精髓集中代表了这种误解:“在作出有关国家安危的决策之时,决不应该去管它是正义还是邪恶,仁慈还是残忍,或者说是可敬还是可憎。相反,所有其他的考虑都应抛在一边,惟一的选择就是全力保卫国家的生存和维护国家的自由。”^{〔2〕}这种学说是直白的,也是邪恶的。虽然令人沮丧的是,世界上还有不少它的信徒,但是,至少就当下这个民主与法治的时代来说,我们不能认同这种学说。

人类被压迫的历史就是国家紧急权力恣意妄为的历史,因此,人类权利保护意识的启蒙和觉醒也在很大程度上与依法规制国家紧急权力息息相关。例如,人权发展史上最早的几部重要法典都对国家紧急权力不加限制的使用或者是不正当的使用进行了批判。1628年英国《权利请愿书》指出:不得因戒严而随意逮捕公民。1679年英国《人身保护法》规定:只有在非常时期才可中止颁发人身保护状。^{〔3〕}“资产阶级启蒙运动时期,学者们最感兴趣的是如何限制王权,反对封建专制,他们自然没法容忍封建主阶级借‘紧急需要’为名压制民权,更多地将目光投向行政权的制约上了。”^{〔4〕}从这一角度说,依照自然法的要求规制国家紧急权力成为资产阶级革命的一个充分而恰当的理由。

但是,无论革命者如何慷慨激昂地向民众做出昂贵的承诺(这种种的

〔1〕 莫于川:“我国的公共应急法制建设”,载《中国人民大学学报》2003年第4期。

〔2〕 [英] 昆廷·斯金纳:《现代政治思想的基础》,段胜武译,求实出版社1989年版,第193页。

〔3〕 人身保护状在国家紧急权力的发展史上是如此重要,以致从此以后,中止人身保护状在许多国家往往是戒严、紧急状态的代名词。例如,《菲律宾宪法》第18条规定:在遇到侵略或叛乱时,总统得因公共安全的需要而在不超过60天的时期内停止施行人身保护令特权。

〔4〕 张敏:“小议紧急状态制度——以宪法典文本为视角”,载《人大研究》2003年第8期。

承诺是如此的美丽以致我们总是一次又一次地深陷于其中并往往成为革命者的现成祭品),当激烈的革命热情渐次减弱、渐次消退,崇高的理想渐行渐远,追求财富、秩序和文明的诉求占据主导地位后,维护国家政权和国家生活的稳定也就成为必然。因此,资产阶级取得政权后,国家紧急权力开始了法治化的进程。

《美国宪法》从一开始就赋予国家以庞大的紧急权力,这同时也意味着宪法和法律对国家紧急权力的控制。^{〔1〕} 美国的国家紧急权力暗含于宪法对战争权和人身保护状的规定中,宪法规定:国家紧急权力由国会和总统共同行使。国会有权召集民团,以执行合众国的法律,镇压内乱,抵御外侮(第1条第8款);总统有权监督各项法律的忠实实施(第2条第3款)。1792年,国会宣布当州对联邦法的反对超出了一般的法律机关和法官所能控制的范围时,联邦政府可动用民兵进行镇压。由于总统是合众国陆海军及被征集为合众国服役的各州民团的总司令,所以,国会1792年对联邦政府的授权就得到了总统作为武装部队总司令所拥有的各项权力的有力支持。同时,根据《美国宪法》,在战时或内乱等国家危急时刻,宪法保障的一些权利可以受到限制甚至被中止,如人身保护令状所保护的特权为了保障公共治安必须停止时可以停止(第1条第9款);战时依照法律,可以在民房驻扎军队(第3修正案);在战时和社会动乱时期发生于服现役的民团的案件可以不经大陪审团提起公诉而进行审判(第5修正案)。此外,在应对一般的突发公共事件方面,美国也拥有较为完备的体系。例如,1803年,美国新罕布什尔州的一场罕见大火,促使美国国会通过了国会火灾法案,这是美国历史上第一部与危机管理有关的法律。在此后的150年里,针对相关自然灾害如何做出紧急反应,国会陆续通过了125项减灾法律。不过,还没有形成完整的体系。1950年,美国国会通过了第一部统一的联邦减灾法案,融合了过去的单项法,初步统一了危机管理工作。1988年,国会又通过罗伯特·斯塔福减灾和紧急援助法,这是迄今最全面的减灾法律,对联邦政府在减灾、预防、灾后重建等方面的危机管理工作都制定了指导原则。在面临

〔1〕 本书所引用的宪法文本主要来源于姜士林等主编:《世界宪法全书》,青岛出版社1997年版;姜士林等主编:《世界宪法大全》(上卷),中国广播电视出版社1989年版等。需要说明的是,本书所引用的个别宪法文本虽然有些已被修正或废止(有些国家的国名已经改变,个别国家已经解体),但作为研究资料,它们在法制史上仍有使用价值。

国家紧急状态或重大灾难时,美国危机管理机制之所以能够有机协调、高效运作,关键就在于它拥有全面的危机管理应对网络。联邦政府、民间社团、志愿者、国际力量通过危机通信体系有效的沟通协作,快速反应。〔1〕

英、俄、意、加、日等许多国家,也都相继建立起了以宪法和特别法为基础、以应急专门法律法规为主体的一整套应急法律制度;以这些制度为依据,制定了大量配套规定和应急预案(计划),并根据实际需要不断加以完善和更新。例如,俄罗斯以宪法和紧急状态法为基础,制定了一百余部配套联邦法律、法规和大量总统令、政府令;日本以宪法和内阁法等为基础,出台了五十余部配套的法律、法规和大量政令与应急计划(预案)。又如,日本《灾害对策基本法》自1961年出台以来,已经修改了24次,该法还规定各级政府、有关政府部门和公共机构必须每年对其防灾计划进行研究,及时加以修改完善。〔2〕

因此,国家紧急权力并不意味着“在某些特殊的紧急情况下,出于国家安全、社会秩序或公共利益的需要,执法机关可以采取没有法律依据的或与法律相抵触的措施。”〔3〕从法治的角度看,宪法和法律应当对可能导致国家紧急权力的危险和威胁及其程度做出规定,对于不能预见或者难以确定其危险性和危险程度的情况,也应当规定有关国家机关的认定职责和权限。正是在这一基础上,各国都以成文或不成文的形式依法管理国家紧急权力的运作,对国家紧急权力下各个不同的国家机关的管理权限、应对措施和程序、法律责任、公民权利的限制、国家紧急权力的监督、权利的特殊救济等方面做出了明确的法律界定,这为政府运用国家紧急权力、实施应急处置提供了法律依据。

5. 依法迅速改变权利与权力的逻辑结构

所谓法治,实际上就是民主国家中权力与权利的博弈过程以及所能实现的衡平结果。在正常情况下,权力和权利及其相互之间处于一种恒定状态:其内容及其数量从法律理论上说是相对固化的。国家只能在其权限范

〔1〕 参见任兆璋、贾肖明:“SARS向我国政府危机管理机制提出挑战”,载《改革与理论》2003年第7期。

〔2〕 参见汪永清:“紧急状态法律制度——十届全国人大常委会法制讲座第十三讲”,载中国人大网,2005年2月28日访问。

〔3〕 李龙主编:《法理学》,人民法院出版社、中国社会科学出版社2003年版,第386页。