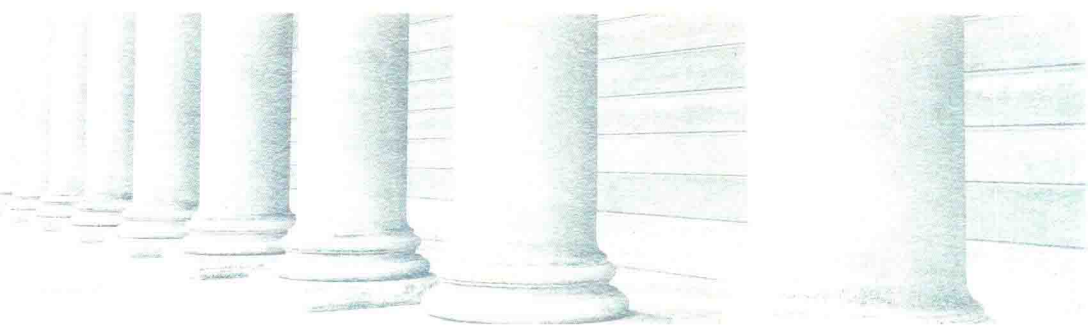




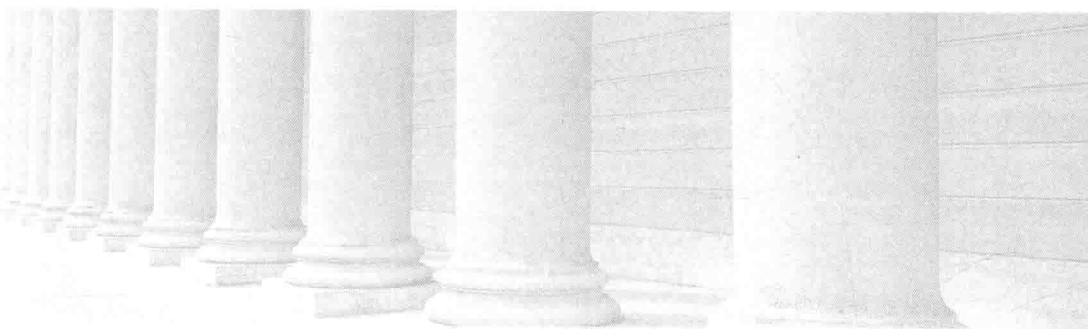
紧急宪法： 自由与安全的紧急正义

The Emergency Constitution: Emergency Justice in Liberty and Security

滕宏庆 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



紧急宪法： 自由与安全的紧急正义

The Emergency Constitution: Emergency Justice in Liberty and Security

滕宏庆 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

紧急宪法：自由与安全的紧急正义 / 滕宏庆著. --
北京：法律出版社，2018
ISBN 978 - 7 - 5197 - 2190 - 9

I. ①紧… II. ①滕… III. ①宪法—研究 IV.
①D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 073932 号

紧急宪法：自由与安全的紧急正义
JINJI XIANFA: ZIYOU YU ANQUAN DE JINJI ZHENGYI

滕宏庆 著

策划编辑 王 扬
责任编辑 王 扬
装帧设计 汪奇峰

出版 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 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 郭艳萍
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 15.75
字数 200 千
版本 2018 年 5 月第 1 版
印次 2018 年 5 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2190 - 9

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

2004年,华南理工大学法学院正式成立。回溯源头,自1993年学校创办法学专业算起,“尔来二十有一年矣”。法学专业从无到有、从小到大、从弱到强,21年筚路蓝缕的办学历程凝结了全体华南理工法律人的汗水、艰辛、欢笑与荣誉。所幸功不唐捐,在国家、社会、学校和同仁们的大力支持下,华南理工大学法学专业的学科实力跃升至全国前列。

我院现有法学与知识产权两个本科专业;拥有法学一级学科博士学位授予权以及法学一级学科硕士学位授予权;成为全国80所法律硕士专业学位研究生培养试点单位之一,同时是全国8所法律硕士专业学位知识产权方向培养试点单位之一;入选教育部首批卓越法律人才教育培养基地;2012年法学学科被评为广东省优势重点学科。

学院不仅在办学层次上经历了跨越式的发展,同时也在研究平台建设、研究成果产出方面取得了不菲的成绩。隶属于学院的华南理工大学广东地方法制研究中心是广东省人文社会科学重点研究基地;与广东省人大合作共建的“广东省人大立法评估与咨询服务基地”已受托起草多部地方法规并出版多项重大课题的研究报告;国家知识产权培训基地也已承担多期国家高端知识产权人才的培训任务。以研究平台为依托,学院在法律方法与法律思维、地方法制建设、知识产权战略、财税法、刑法学、房地产法学等多个专业领域都具有独特的研究特色和重要地位,学术科研硕果累累,并产生较强的学

术影响力。

值此建院十周年之际,为集中展示我院教师学术研究实力,推动我院学术研究的继续深入发展,学院决定与法律出版社合作推出“华南理工大学法学文库”系列丛书。本系列丛书秉持精雕细琢、宁缺毋滥的理念,成熟一本出版一本,所收录著作均为我院教师多年呕心沥血、潜心钻研的学术力作,研究领域覆盖法理学、法律史学、宪法与行政法学、刑法学、民商法学、经济法学、知识产权法学、诉讼法学等多个学科,较全面地反映了“法治中国”建设过程中重要的理论与实践问题。

年轻的华南理工大学法学院自创立至今一直承蒙社会各界幸惠,在此我们致以深深的谢意。“华南理工大学法学文库”的出版是我们漫漫征途的里程碑,也是继续前进的出发点,我们会用精品佳作回馈各界同仁一如既往的关注与支持!

华南理工大学法学院

2014年7月

自序：紧急正义的紧急宪法

康德(Kant)的永久和平只是愿景,就21世纪而言,人类现在遭遇到的危难无论类型还是烈度都前所未有,更加不幸的是未来竟不可期,国家和人民陷入深深忧虑之中。法律作为主权公器和人权卫士于国家社会稳固常态之时的价值和功能毋庸置疑,但从险象环生中浴火的法律至上却不断浮沉甚至幻灭,迄今来说至少有三种政治判断。

一种是西塞罗(Cicero)谓称的“刀剑之下,法律沉默”。民族生亡之际,首要自存的国家理性自然而然无义务因循普通法律规则行事,否则,国不在、民不存,法律何来用武之地。一种是美国1861年马利曼案(*Ex parte Merryman*)确立的宪法和法律不变说。无论和平与战争,权力结构一如宪法法律所安排,绝不允许僭越普遍同意的契约,否则专制独裁犯上作乱。一种是较为通行的相对主义的紧急宪法。无论一元还是二元紧急宪法,宪法当然不能自杀了断,但要事前设立、事中因应、事后重建,总之,要安全也要自由。

作为原理的紧急宪法终于借力着共和主义和自由主义的犀利双刃莅临大同世界,从某种意识流进入了相互印证、相互支撑的法价值、法规范和法制度,特别是国际国内均把黄昏的“戒严”更替为朝阳的“紧急状态”,“9·11”之后的应急法也正成为显学热门。一方面是各国修宪释宪、专门立法、授权立法和地方法制、行政应急权规制、消极司法裁判裁量,为紧急状态法制悉心构造符合现代法治精神的内在和外在。另一方面是国际人权法粉墨登场,倡行国家保护责任原则(Responsibility to Protect, R2P)和基本人权保障原则,框

定国家紧急权之启动、期限、续展等程序要件和职权、责任、义务等实体要件,更扬声非歧视、国民待遇、最低人权标准等重量正确话语。一时之间,无序中有序,错乱中无错,善莫大焉。

但法律永远迟滞变化,重大突发事件往往分分钟击垮看似美丽的条文,所以,验证法治成色的时机在于紧急状态而非平时状态。自然灾害、事故灾害、社会安全事件、流行病疫、经济危机、恐怖袭击、网络战争、战乱频仍,传统与非传统威胁一并暴发,局部的、区域的和国际的不分彼此,见微知著和泰山崩塌同样振聋发聩,地方的突发也是中央的突发而反之亦然,往返规范与事实之间的变与不变似乎在此玩笑般打了一个死结并且无解。

就已知已有的危险不变而言,需要先在法律概念上从实存(to be)进入当为(ought to be),后在紧急宪法架构下审慎安置反宪法的国家紧急权和人权克减及其监督机制,联通国内法与国际法,让世界各国的紧急宪法条款达致必要的共识。就未知未觉的危险变化而言,充分的法律与制度准备绝非可有可无,诸如应急预算、国家安全委员会、军队应急职能等,知史明鉴把过去当成未来,也更要挖掘科技大数据辅佑政府的突发决策,尽管个中法律问题已然剪不断、理还乱。

如此一来,作为部门宪法的紧急宪法悄然上位。宪法可以新式标准分为紧急宪法与平时宪法。两者相对,但一元之下统合于同一宪法之中,二元之下切换于非真实但事实上的两部宪法之间。然而,紧急宪法与平时宪法相互旋转的临界点是宪法时刻,一方面,宪法时刻本身就是个典型的不确定性法律概念,国家安全、公共秩序、普遍道德、公众健康、社会稳定、科技中立、民族文明等非法定内涵的大词们都会充斥其中、彼此纠结;另一方面,基本人权、公民自由、个体正义、司法救济、行政保护、国际标准、世界公约等危机中需要直面的法律概念又是如此清晰明确。所以,紧急宪法必须是一种调适过的宪法,也是一种观念(conception)上非概念(concept)上的宪法。

这也可以从学者研究上得到印证。如果说阿克曼(Ackerman)主张的新统治秩序的“紧急宪法”(Emergency Constitution)与波斯纳(Posner)主张的并非自杀契约的“紧急时期宪法”(Constitution in a Time of National

Emergency) 是彗星撞地球,那么,施米特(Schmitt)主张的不受宪法限制的“紧急状态宪法”(Notstandsverfassung)就是反紧急宪法了。所以,作为部门宪法的紧急宪法远还没有那么成熟稳定、完整而毫无争议。

由此需要从根本上来思考紧急宪法依存的元问题,即无论应急权作为“必要的恶”(necessary evil),还是人权克减的制度性保障,都要建基于紧急正义的新范式之内。正义固然会如普罗透斯(Proteus)的脸变幻,但正义恒定的价值有消除不确定的抵抗力,即便在民族、国家、社会、集体危难之际,正义都从不缺席,紧急正义应该能够规范、阐释、建构和分析危机中的宪法,紧急正义的逻辑就在于重大情势变更阻却常态化正义形象,暂时性调整正义分配与矫正样式,但自由与安全的正义内核实质绝无动摇。

中国自古讲求居安思危、未雨绸缪,但现代法治人权落地不久,人们对宪法的全面实施更是充满期待,如今时不我待要装置具有紧急正义特征的紧急宪法的难度可想而知。然而,危中有机,要化危为机,建立以权利为中心的中国应急法治思维与方式完全正逢其时。遍览当今世界风云际会,各色政治思潮起伏涌动,唯激进保守和反智民粹越加波澜壮阔席卷全球,让本来忧郁的紧急宪法愈多忧郁。所以,人类再度沉思。但本书坚信,“人是万物的尺度”,紧急正义是紧急宪法的刻度,我们的法治智慧、人权立场和行动勇气将会保证未来危机中我们既要享有安全,又能享有自由。是为序。

滕宏庆

2017年5月 广州

目 录

自序:紧急正义的紧急宪法.....	(1)
第一章 紧急宪法:紧急状态法制的高级法.....	(1)
第一节 宪法的新类型:紧急宪法与平时宪法.....	(2)
(一)实质意义上的宪法分类	(2)
(二)传统分类:平时宪法与战时宪法	(4)
(三)新式分类:紧急宪法与平时宪法	(6)
第二节 作为部门宪法的紧急宪法	(10)
(一)何为部门宪法	(10)
(二)紧急宪法:一种部门宪法	(13)
(三)紧急状态法制化趋势与基本命题	(17)
第二章 论行政应急权的合宪性控制	(20)
第一节 反宪法的行政应急权	(20)
(一)行政应急权的核心	(21)
(二)行政应急权的本质	(22)
第二节 行政应急权的正当基础	(23)
(一)巩固主权说	(24)
(二)统制干涉说	(24)
(三)排除阻碍说	(25)
(四)紧急自卫说	(25)

2 紧急宪法:自由与安全的紧急正义

(五) 国家理性说	(27)
(六) 小结	(27)
第三节 行政应急权与宪法效力的冲突	(28)
(一) 宪法不变原理	(29)
(二) 不受宪法限制原理	(29)
(三) 宪法相对性原理	(30)
第四节 宪法控制下的行政应急权	(31)
第三章 安全抑或自由:危机中的美国宪法	(35)
第一节 问题的提出	(35)
第二节 紧急时期的美国宪法效力	(37)
第三节 自由抑或安全的美国宪法	(42)
第四节 美国联邦最高法院大法官的紧急法制观	(48)
第五节 结语	(52)
第四章 世界宪法紧急条款的文本比较	(54)
第一节 各国宪法紧急条款的概念比较	(54)
第二节 各国宪法紧急条款的宪法效力	(60)
第三节 各国宪法紧急条款的紧急权要件	(62)
(一) 实体要件	(62)
(二) 程序要件一:紧急状态的确认	(63)
(三) 程序要件二:紧急状态的宣布	(67)
(四) 程序要件三:紧急状态的期限	(69)
(五) 程序要件四:紧急状态的终止	(70)
第四节 各国宪法紧急条款的人权克减	(71)
(一) 全部性限制	(71)
(二) 部分性限制	(72)
(三) 人权最低标准	(73)
第五章 紧急状态中的人权保障	(76)
第一节 紧急状态中基本权利的限制和保障——国内法的视角	(76)

(一) 紧急抵抗权	(77)
(二) 危机中的人权保障原则	(79)
第二节 人权克减及其监督机制——国际人权法的视角	(85)
(一) 人权克减的含义	(86)
(二) 人权克减的条件	(89)
(三) 人权克减的监督机制	(97)
第六章 我国突发事件应对法制的史与实	(101)
第一节 中国突发事件应对法制历程	(101)
(一) 中国历史上的突发事件应对法制	(101)
(二) 中华民国时期的突发事件应对法制	(102)
(三) 新中国成立以来突发事件应对法制	(105)
第二节 我国现行突发事件的应对法制	(110)
(一) 战争状态法制	(110)
(二) 突发事件应对法制(狭义)	(112)
(三) 一般应急法制	(114)
第三节 我国突发事件应对法制实评	(126)
(一) 体系与结构方面	(127)
(二) 法律规范性方面	(129)
(三) 人权保障内容方面	(131)
(四) 法律原则问题方面	(134)
第七章 立宪主义视阈下的我国应急预算立法	(135)
第一节 新《预算法》中预备费的法治化重构	(135)
第二节 行政应急管理特别预算的法治化安排	(142)
第三节 中央与地方应急预算编制的法治化调整	(146)
第八章 大数据时代政府应急管理的法律规制	(150)
第一节 政府大数据应急管理法制的类型分析	(150)
(一) 事前预防	(152)
(二) 事前准备	(152)

(三)事中响应	(153)
(四)事后恢复与重建	(154)
第二节 政府大数据应急管理中的法律冲突	(154)
(一)大数据应急与个人隐私的法律冲突	(154)
(二)大数据应急与商业秘密的法律冲突	(156)
(三)大数据应急与网络自由的法律冲突	(157)
第三节 政府大数据应急管理的法治构建	(158)
(一)大数据应急管理的央地立法续造	(158)
(二)政府大数据应急管理的依法保障	(159)
(三)大数据应急法律人才的专门培育	(160)
第九章 双重风险下的我国海外公民权益保护	(162)
第一节 海外公民从身份到契约的国际法治初始化困境	(162)
第二节 中国海外公民在推拉法则下的危与机	(168)
第三节 我国海外公民基本权克减的实证分析	(171)
第四节 海外公民权益保障的母国法路径	(176)
第五节 海外公民权益保障的外国人法路径	(182)
第六节 海外公民权益保障的国际人权法路径	(186)
第七节 我国海外公民权益保障法治的治理现代化	(191)
第八节 结语	(198)
第十章 以权利为中心的中国应急法治思维与方式	(199)
第一节 突发事件的概念辨析	(200)
(一)突发事件的概念	(200)
(二)相关概念的辨析	(202)
第二节 突发事件应对中的公民权利分析	(204)
(一)公民权利的概念	(204)
(二)常态下的公民权利	(205)
(三)突发事件应对中的公民权利	(206)
(四)突发事件应对中的公民权利克减	(208)

第三节 政府应急权与公民权利	(208)
(一) 政府应急权——必要存在的“恶”	(208)
(二) 突发事件中政府应急权与公民权利的关系	(210)
(三) 我国政府应急权力的现状反思	(213)
(四) 我国政府应急权力的规制创新	(215)
第四节 突发事件应对中公民权利的限制与保障	(219)
(一) 公民权利的保障前提——对政府应急权力的限制	(219)
(二) 国际视野下公民权利的保障规范	(220)
(三) 突发事件应对中公民权利的保障原则	(222)
第五节 我国应急法治的法理与模式	(224)
(一) 我国应急法治的法理基础	(224)
(二) 我国应急法治的立法模式	(227)
第六节 我国突发事件应对中公民权利保障的困题与对策	(229)
(一) 存在的问题	(229)
(二) 解决的方案	(230)
后记	(234)

第一章 紧急宪法：紧急状态法制的高级法

紧急状态法制既是和谐社会,又是法治国家的必要之法,因此近代以来,世界各国纷纷不断努力完备和完善这一非常时期的非常法制。由于在此过程中它们当然会考虑到各自殊异的法律传统、理论基础、历史国情、现实需要等因素,所以,今天看来,各国的紧急状态法制之间如同各国之间的平时法制一样,也是在规则、制度、体制、机制等方面各有千秋的。然而,在不同之外所表现出的共同特点也是非常鲜明的,即现代国家均将紧急状态法制统合在至上的宪法之下,这也正是符合了法治主义和宪法权威的原则与理念。可是整合此种紧急状态法制的宪法却是与平时宪法无论在原则抑或规则设计上,显然又是大不一样的。另外,就所有现行的紧急状态法制模式而言,有**宪法模式、基本法模式和专门法模式**三种界分。其中宪法模式是在国家宪法中开辟专章专节或确立紧急授权条款,并辅以其他相关基本法和专门法;基本法模式虽然是在该国成文宪法中没有规定紧急状态法制内容,但却拥有国家最高立法机关制定的紧急状态基本法,其可称为非常时期的“宪法”;专门法模式则是针对特定紧急情势由有权机关所进行的专门性立法,因此其亦是属于国家宪法性法律,也可称为特定领域特定时期的“小宪法”。因此,无论何种紧急状态法制模式都显现出了该法制地位的特殊性和独立性,尤其是都具有某种“宪法”意义,正基于此,我认为宪法要进行学理上的新分类,即紧急宪法与平时宪法,而紧急宪法作为紧急状态法制中的最高法和根本法,因而也就是紧急状态下法治国家的**高级法**(higher law)。

第一节 宪法的新类型:紧急宪法与平时宪法

(一) 实质意义上的宪法分类

宪法分类是个理论研究上不被忽视但又不够重视的领域,因为一般理解认为宪法分类,就是从总体上对作为根本法规范的宪法进行归类分析、提炼特点的认识方法。通过分类,可以清楚认识同一类别宪法所具有的共同特点,也可以准确把握不同类别宪法的区别、联系和优劣利弊,为宪法立法和宪法实施提供理论和对策基础。^{〔1〕}而且当前宪法分类也具有了某些通说,^{〔2〕}似乎其已经没有什么可能进一步发展的空间。但笔者认为宪法分类应当是宪法学者研究的一把关键之匙,因为它将极大有益于我们对于宪法概念的理解。

研习宪法者必然先问宪法是什么,或什么是宪法,所以,宪法概念是宪法学研究的基础性和起始性问题之一。宪法虽然是宪法学的基本范畴(概

〔1〕 参见董和平、韩大元、李树忠:《宪法学》,法律出版社2000年版,第39页。

〔2〕 参见〔日〕芦部信喜:《宪法》,李鸿禧译,月旦出版有限公司1995年版,第33~35页;许志雄、陈铭祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍:《现代宪法论》,元照出版有限公司2002年第3版,第24~28页;龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社2003年第2版,第37页以下。

念),^[1]但又是极难达成共识的。可以说近代以来,对于宪法的理解就没有统一过,更没有一个统一的宪法概念。不仅国外学者的认识不尽相同,我国学术界也意见纷呈。多年以来,在我们的宪法学教材中一般都有对“宪法”一词的界定,但不具有完整的说服力,传统的宪法概念屡屡被突破,新的不同见解纷纷产生,对宪法概念的探讨从没有停止过。这当然丝毫不会动摇宪法的权威性,但在今天建设法治国家,树立宪法至上的时代中,宪法概念的不明确毕竟会影响到法治建设的基础性工作,同时很大程度上影响到宪法学科的体系建设和研究方法。而定义宪法概念的艰巨性原因在于宪法是一种由明确概念范畴形成的思想体系,根本不可能“一言以蔽之”。因此,完全可以从另外一个角度来探微宪法的真谛,那就是以“类型”的方式。因为“类型”相对“概念”的呆板、固定而言,更为具体、灵活,也更能使人们理解。重要的是,正如阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann)强调的,“事物的本质的思考是一种类

[1] 我国学术界有关宪法学基本范畴的研究经历坎坷,近来取得一些成果,但仍是一个需要深入探讨的领域。在20世纪50年代,中国宪法学界对于宪法概念的认识主要集中在宪法是国家根本法的认识上,并从基本范畴上将宪法与普通法律区别开来。而对宪法本质的认识主要集中在对宪法的阶级本质的讨论,并且引进了不少苏联关于宪法概念和本质的理论。最典型的例子如自20世纪50年代以来,我国宪法学基本上沿用苏联的阶级分析方法,并将宪法定义为统治阶级意志的集中体现。这种阶级分析方法进入宪法领域必然导致了诸如“无产阶级专政下继续革命理论”在宪法中的出现。而后法学研究长时间中断,但是,在20世纪80年代我国宪法学进行反思时,一些宪法学者又主张应当彻底摒弃“维辛斯基情结”,放弃阶级分析的方法,尤其是宪法作为统治阶级意志体现的观点,而这种学术批判手段又是轻率的。中国宪法学研究经历20世纪80年代的恢复和发展之后,进入20世纪90年代开始反思。20世纪90年代是中国市场经济体制在思想上得到正式认同并逐步走向形成阶段,与此相适应的是宪法学界开始对计划经济模式下的宪法观念、范畴乃至体系提出挑战。新的经济和社会条件要求宪法学者改变过去忽视公民基本权利研究的弊端和偏见,为新时期的法制建设和宪制发展提供新的思路和观念。此时中国宪法学的发展不仅受到国内社会主义市场经济及社会发展的推动与影响,而且同时受到俄罗斯、东欧国家宪法变革和亚洲邻国立宪主义发展的冲击和启发。虽然同其他法律学科相比较,宪法学的发展变化和新的研究成果明显不足,但毕竟已开始步入认真反思和重构宪法学理论和体系的阶段。(参见莫纪宏:《现代宪法的逻辑基础》,法律出版社2001年版;周叶中、胡弘弘:《中国宪法学世纪回眸》,载《法学评论》2001年第6期。)

尽管在主客观方面还存在许多困难和障碍,但宪法学界正在解放思想,实事求是,努力为宪法学的繁荣开拓新的局面。由此涌现出一些关注宪法学基本范畴的研究成果,而最具有代表性的是李龙教授与周叶中教授在《中国法学》1996年第6期刊发的《宪法学基本范畴简论》一文,随后在李龙教授的著作《宪法学基础理论》(武汉大学出版社1999年版)中得到详细阐述。他提出宪法学应由五对基本范畴组成:宪法与宪政、主权与人权、国体与政体、基本权利与基本义务、国家权力与国家机构。2004年11月、2006年5月、2007年4月先后在浙江大学、山东大学、南京师范大学召开了三次“中国宪法学基本范畴与方法”研讨会。宪法学基本范畴(概念)已经成为宪法学研究的重要领域。

型学的思考”。^{〔1〕} 所以,宪法分类的目的就是帮助认识宪法,并对各类宪法的特点予以评判,丰富和完善宪法的规范与实施。

然而,**类型化**研究的优势虽在于厘清一个复杂概念的边界,但难点却是分门别类的**依据或标准**从何而来,如果标准不科学,类型也就没有什么意义,更不能对概念的解析有何助益。目前宪法的分类并无绝对的标准,如何分类应是依研究者的研究需要、兴趣甚至观点与立场的不同,以及作为分析说明的方便性,来加以决定。可是若为分类而分类,以至于无学术上之价值或分析说明上的便利,则对宪法的分类将失去意义。故此,关于接近宪法概念而进行的宪法分类,就应当关注实质意义和现实效果,即应当首要把握宪法的实质性和存在性,减少形式上和空想的分类。正如塞尔苏斯(Celsus)所言,“**认识法律不意味抠法律字眼,而是把握法律的意义和效果**”。^{〔2〕} 本着这样一种从实质意义上出发的分类依据,各个国家的宪法学家都进行了仁智互见的繁多分类,而笔者在一直关心紧急状态下宪法效力问题的过程中,同时也观察到了一组依据**宪法适用的时期**为标准的传统分类,即平时宪法与战时宪法,由此提出一组新式的分类,即平时宪法与紧急宪法,以下将分别作以说明。

(二)传统分类:平时宪法与战时宪法

在人类社会的发展进程中经常伴随着各种灾难的发生,其中无疑以战争为巨,根据一项科学统计,在过去的 50,000 年时间里,地球上发生了 15,000 场战争,超过 35 亿人死于战争。在人类的历史上,和平年份只有 292 年!英国前首相温斯顿·丘吉尔(Winston Churchill)就曾不无嘲讽地描述道:人类的历史就是一部战争史。而直到今天,世界上某些地区的枪炮声依然不绝于耳。所以可以说,人类大致一直处于两个时期的交互之中,即平时时期和战争时期。由于战争成败与国家存亡紧密相关,因此在人类古代战争期间往往

〔1〕 [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 347 页。

〔2〕 [德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社 2004 年版,扉页。