



法治天下

学问古今

JINJI ZHUANGTAI XIADE RENQUAN KEJIAN YANJIU

紧急状态下的 人权克减研究

李卫海 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE





紧急状态下的
人权克减研究

紧急状态下的 人权克减研究

李卫海 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

紧急状态下的人权克减研究/李卫海著. —北京:中国法制出版社, 2007. 4

ISBN 978 - 7 - 80226 - 878 - 4

I. 紧… II. 李… III. 人权 - 研究 IV. D082

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 039073 号

紧急状态下的人权克减研究

JINJIZHUANGTAIXIA DE RENQUANKEJIAN YANJIU

著者/李卫海

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/13.75 字数/287 千

版次/2007 年 7 月第 1 版

2007 年 7 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 878 - 4

定价:28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66034242

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

中英文缩略语对照表

英文简称	英文全称	中文全称
ACHR	the Arab Charter on Human rights	《阿拉伯人权宪章》
AEDPA	The Anti - Terrorism and Effective Death Penalty Act	《反恐及有效死刑法 案》
AT	Alien Terrorists	外国恐怖分子
ATCSA	Anti - Terrorism, Crime and Security Act 2001	《反恐、犯罪和安全法 案》
AUMF	Authorization for Use of Military Force	《赋予使用武力的联合 决议》
DCAF	Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces	对武装力量实施民主控 制的日内瓦研究中心
ECHR	the European Convention for the Protec- tion of Human Rights and Fundamental Freedoms	《保护人权和基本自由 的欧洲盟约》
EPA	the Northern Ireland (Emergency Provi- sions) Act, 1973	《北爱尔兰法案(紧急 条款) 》(1973)
ESC	the European Social Charter	《欧洲社会宪章》
FISA	The Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978	《外国情报监听法案》
FTO	Foreign Terrorist Organizations	外国恐怖团体
IACHR	the Inter American Convention on Human Rights	《美洲人权盟约》
ICCPR	the United Nations Convent on Civil and Political Rights	《联合国公民权利和政 治权利国际公约》

IEEPA	International Emergency Economic Powers Act	《国际经济紧急权力法案》
INA	Immigration and Nationality Act	《移民与国籍法案》
IPU	Inter - Parliamentary Union	各国议会联盟
IRA	Ireland Republic Army	爱尔兰共和军
MC	Military Commission	军事审判委员会
NEA	National Emergencies Act	《国家紧急法》
PATRIOT	Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001	《爱国法》
PTA	Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act	《预防恐怖主义法案 (临时条款)》
RUC	the Royal Ulster Constabulary	北爱皇家骑警部队
SIAC	Special Immigration Appeals Commission	移民申诉特别委员会
TWEA	Trading With the Enemy Act	《与敌人贸易法案》

序 言

作序乃一乐事，尤其是为自己所喜欢的书作序。在我的阅读范围内，《紧急状态下的人权克减研究》是当代中国唯一研究这一课题的著作，我祝贺她的出版！

人权是一个典型的现代话题，从 1990 年代后期开始，人权成为法学的热门话题，这是良可庆贺的。按道理说，说话的都是人，讲人的权利还会有人反对？反对人权不是不可思议？可事实就是如此吊诡，人权在中国并不如想象的那样一帆风顺。实行共和制以后，我们是亚洲第一个共和国，是亚洲追求人权的先锋，马克思主义传入中国本身更是中国人权

事业的一大成就，因为马克思主义是谋求人的自由与解放的学问。但是不知从什么时候开始，人权成为一个贬义词。1989年在内部的一个小型会议上，郭道晖先生率先倡导研究人权，后来由于种种功利的原因，人权才逐步取得正当性。但是，不知什么原因，人权在今天仍然是一个“敏感”的词。因此，在中国研究人权具有特别重要的意义。但是据拙见，并不是所有以人权为名的书都在提倡人权，有许多“正规”的人权大作事实上在反对人权。因为他们提倡“阶级的人权”，反对普适性的人权。而如果“阶级的人权”能够成立，那么奴隶制也讲人权——它们最讲奴隶主阶级的“人权”。不！那不是人权！那是特权！是压迫！人权的主体是 human being，是所有的人，有血有肉的人（甚至最近有日本学者认为在若干年后，机器人也有人权），它的起点就在于人所共有的人的尊严，在于人格的平等。在法律上将人划分阶级，并以此标准来分配权利，就是反对人权。凡是主张一个集团有高于社会其他成员的必然性的理论都与人权格格不入。因此，就目前而言，中国真正研究人权的著作并不多。本书的出版为人权理论家庭中增添了新的一员。

本书的人权关怀与通常不同的是，它论述的是一个特殊时期的人权：紧急状态时期的人权。这涉及这几年才进入法学研究者视野的一个新名词：紧急状态。以前与紧急状态相类似的用语是戒严、军事管制。这些是与法治几乎不相干的用语。我国在解放初期就实行过军事管制，文革中也一度实行过军事管制，后来也在部分地区实行过戒严，那都与人权不相干，如果相干，那是在负面意义上的，或者在那样的状态下，人权不能进入人们的视野。

与戒严、军管等不同，紧急状态是与法治相关的一个宪法用

语。“紧急状态”一语进入法律本身是中国社会走向法治努力的一部分。2004年,我国宪法进行了较大幅度的修改,其中第二十六条规定:宪法第六十七条全国人民代表大会常务委员会职权第二十项“(二十)决定全国或者个别省、自治区、直辖市的戒严”修改为“(二十)决定全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态”,宪法修正案也表明国家为应对各类危机或突发性事件将要构建统一的《紧急状态法》。这是一个时代的进步,表明我国将非正常状态纳入法治范畴的努力。自上世纪80年代末以来,世界上先后有100多个国家实施过紧急状态,危机治理日益成为各国政府面临的难题。如何构建或改进国内外机制以更好地规范紧急状态下的人权保护问题便再次引起了国际社会的高度关注,这也是我国未来《紧急状态法》中一个不可回避的基本问题。本书正是对这一时代性极强的人权课题进行了深入的研究,可以说是开辟了人权研究的新领域。作者基于普遍主义与特色理论相结合的学术立场,旨在探讨与紧急状态下的人权保障相关的一系列重大理论问题:紧急状态下的人权克减是否具有正当性;若具有,则要满足什么条件;若不具有,其原因为何等等。俗话说,知是行的开端,作者对这一特殊领域人权理论的研究,相信会对我国的人权事业产生积极的影响。

作者首先运用历史考查的方法,理清“紧急状态”这一制度事实在西方的发展演进脉络,通过规范实证分析和比较的方法,归纳出紧急状态这一基本概念的规范性内涵。而后对紧急状态下人权克减问题进行了系统的研究。

第一部分作者围绕着“紧急状态下怎样才构成一项有效的人权克减”展开论述,主要阐明紧急状态的规范内涵和外延,以对

紧急状态这一“原初概念”进行重构；阐述紧急状态下人权克减的四个实体性构成要素，即克减的主体、克减的情境、克减的形式和克减的对象等；阐述紧急状态下克减人权的相关程序性构成要素，即宣告、通报和克减的期间等。

第二部分研究紧急状态下人权克减的价值层面（道德或伦理层面）的问题，作者运用道德哲学或伦理学的知识，对“紧急状态下克减人权的正当性与否”作出判断，并进而指明此种正当性如何可能，也即论证“在紧急状态下，只有符合必要性原则且在尊重人道的基本标准时才可以克减人权”这一核心命题。

第三部分围绕紧急状态下人权克减的审查与监督展开。为防止紧急状态下人权被无端克减或限制，作者提倡从国内法和国际法两方面建构审查监督与救济机制。在国内法方面，主要是对实施紧急状态的决定和所采取的紧急措施进行审查监督，重点是对后者的监督。作者认为虽然对克减人权的审查监督，各国还没有形成成熟的操作程序，但是不少国家尤其是美、德两国在基本权利限制问题上已形成了十分完善的审查理论。因此可以通过综合分析获得对紧急状态下权利限制的一种理想审查程序，进而作为审查监督克减人权措施的程序。在国际法层面，文章介绍三大国际人权公约的监督与救济运行机制，进而阐述在涉及紧急状态及人权克减时它们所秉持的原则，并对它们的运行机制提出了一些合理化建议。

第四部分主要对紧急状态下人权克减的个案进行了分析。作者瞄准了在这方面走在世界前列的美国和欧洲这两个范例。对于美国，作者首先从历史角度阐述美国前期以总统紧急行政措施为重点的单一紧急权体制与当代形成的二元紧急权体制，并对“9·

11”前后应对恐怖主义的法律及主要紧急措施进行重点评述。随后，阐述当前对恐怖分子权利克减的普通司法救济状况，并对美国对于非美国公民“敌方战斗员”实施特别军事审判，从而克减其普通审判权利的合法性和正当性阐明自己的观点。对于欧洲，作者首先以施米特的理论和德国的实践为透镜，观至二战结束前在紧急状态及人权克减问题上欧洲理念的风云变迁。二战后，欧洲人以极大的勇气和智慧构建了以国际公约规制紧急状态及人权克减的模式。通过评析 Lawless 案，较全面地阐明了这一模式的价值所在。

第五部分作者的视野回到国内，研究我国紧急状态下的人权克减问题。作者首先从制度史的角度梳理我国现代以来紧急状态和戒严的发展演化脉络，并对相关实践作出简短评价，尤其是总结出我国当前紧急状态制度的特点和存在问题。然后，针对我国正在制订统一的《紧急状态法》，研究了在未来的立法中如何规范人权克减，这种克减如何与《公民权利与政治权利国际公约》相契合等无法回避的基本问题。

本书有两大亮点，第一个亮点是立足于规范性的“普遍性与特殊性相关照”的视角。人权研究一个重要立场是规范性立场，人权本身是一个规范性的概念。如果过于立足于事实而不是规范，则人权研究势必陷入为非人权的现状辩护的境地。在规范性的立场之上，才能建立普遍性的视角，因为人权本身是一个普遍性的观念与制度。这一普遍性建立在三个基本事实之上：一是人权的主体是人，人具有起码的共同性；二是人权的主体——人的共生性，人生活在同一个地球上；三是人权是一个交往性的概念，交往中的人的权利必然产生共同的趋向与要求。但是人权的普遍性

并不排斥在不同的地区人权的标准有所不同，这主要是受经济发展水平所限。本书的第二个亮点是丰富的资料。紧急状态这一概念本身只是近几年才进入中国，而紧急状态下的人权克减问题的研究在中国可谓处于起步阶段，可资利用的大陆上的资料真是少之又少。作者凭借扎实的英文功底和高超的资料搜集能力，蒐集并整理利用了大量的第一手资料，相信附录中的相关文献对于中国研究人员是很有用处的。

周永坤谨识

2007 年元旦

内 容 提 要

自上世纪 80 年代末以来,先后有 100 多个国家实施过紧急状态,危机治理日益成为各国政府面临的难题。我国 2004 年宪法修正案已表明国家为应对各类危机或突发性事件将要构建统一的《紧急状态法》。当前,人权保护已蔚然成风,因此,如何构建或改进国内外机制以更好地规范紧急状态下的人权克减问题便再次引起了国际社会的高度关注,这也是我国《紧急状态法》中一个不可避免的基本问题。本书基于普遍主义与特色理论相结论的学术立场,旨在探讨与此相关的一系列重大理论问题:紧急状态下的人权克减是否具有正当性;若具有,则

要满足什么条件；若不具有，其原因为何等等，这些问题的答案便构成了本书的核心命题。

首先，运用历史考查的方法，理清“紧急状态”这一制度事实在西方的发展演进脉络，通过规范实证分析和比较的方法，归纳出紧急状态这一基本概念规范性内涵。进而在规范的层面上，探讨何谓“一项紧急状态下的人权克减”，即人权克减的构成问题。其构成有实体性要素和程序性要素，其中前者主要包括克减的主体、情境、形式、对象和客体；后者包括克减的宣告、通报和期间等。其次，运用价值分析的方法，通过考察目的论者和形式论者的思想，总结出他们承认紧急状态下人权克减具有一定正当性（或是善的）的思想。然而，紧急状态下克减人权不是绝对有效的，还必须以“人权克减是必要的且尊重人道的基本标准”为前提条件，尤其是后者，它是框定人权克减正当性的最终边界。再次，为限制人权克减的滥用，必须对人权克减进行有效的审查监督。在国内法上，审查监督分为对实施紧急状态决定的审查监督和对紧急措施的审查监督，重点是对后者的审查监督。在国际法上，三个人权公约对紧急措施的审查监督机制不尽相同，但是审查中基本遵守着不歧视、不滥用、重要权利不可克减和不抵触四项原则。另外，本书介绍了美国紧急权体制的发展过程，阐述了当前对恐怖分子权利克减的普通司法救济状况，并对美国对于非美国公民“敌方战斗员”实施特别军事审判的合法性和正当性进行了评价。文章还以施米特的理论和德国实践为透镜，审视了至二战结束前在紧急状态问题上欧洲理念的变迁；描述了二战后欧洲人构建的以国际公约规制紧急状态的模式，评价了其价值，指出它遭受的挑战，提出了改善的建议。最后，文章从制度史的

角度梳理了我国现代以来紧急状态和戒严的发展与演化过程，并对相关实践作出了评价，尤其是总结了当前紧急状态制度的特点和存在的问题。鉴于我国正在制订统一的《紧急状态法》，针对“人权克减应如何规范”，“如何与《公民权利与政治权利国际公约》相契合”等无法回避的基本问题，本书提出了七项结论性意见，以期对未来的紧急状态立法有所裨益。

关键词：紧急状态 人权 克减

Derogating Human Rights in the States of Emergency

Abstract: From the late 1980' s, there are more than one hundred states that have implemented the states of emergency early or late, then crises administration is becoming a knottier problem confronted by each states. It is embodied in the constitutional amendment (2004) that our state will construct a unified emergency law dealing with all sorts of crises or sudden events. At the present time, the respect for the human dignity and the observance of human rights and fundamental freedoms is becoming the order of the day, the international community hence pays high attention to the problem again of how to construct and improve the home and abroad institutions to prescribe more effective the derogation of human rights in the states of emergency, that is a basic problem in our emergency law that should not withdraw from it. Then this dissertation is written on the basis of the academic standpoint of combination of universalism and characteristic theory, and discusses a related series of theoretical questions as follows. Whether the derogation of human rights in the states of emergency is legitimate or not. If yes, then what conditions must be accorded to. If no, then why not. Therefore, the answers for them form the dissertation' s core proposition.

Firstly, by the means of historical examination, the dissertation

clears off the developing and evolving venation of state of emergency, one of institutional facts, then by through the methods of normative demonstration analysis and compare, it concludes the normative connotation of the basic concept of the state of emergency. Successively, on the normative lay, it discusses what is a derogation of human rights in the state of emergency, namely, the composition of a derogation of human rights. In a general way, the composition is divided into the substantive part and the procedural part. The former includes the derogation' subjects, contexts, forms and objects; the later includes the derogation' s proclamation, notify, and duration.

Secondly, making use of the method of value analysis, through examination to teleology theory and formalism theory, it concludes that all of the two schools' scholars accept the idea that the derogation of human rights in the states of emergency is legitimate or good. Otherwise, the derogation of human rights in the states of emergency is not absolutely effective, and must be accorded to the conditions, that the derogation of human rights is necessary and in accord with respect for the fundamental standards of humanity, especially the later is the ultimate boundary of judging the legitimate of the derogation.

Thirdly, in order to limit the abuse of derogation, it should accept the effective review and examination. From the point of the national law, the review and examination has two aspects, the one aims at the decision to implement the state of emergency; the other, the emergent measures, and the later is the emphasis of review. From the point of international law, the three human rights conventions have constructed different review and supervision institution, but the organs of the con-

ventions almost abide by the four principles such as no discrimination, no abuse, no derogation of very important human rights, no collision to the other international obligations, and so on.

Fourthly, the dissertation introduces the evolving process of emergent power systems of the USA, describes the present status of common judicial relief to the derogating human rights from the terrorists, and offers my opinion on the legitimate and validity of the derogation of the due judge rights in virtue of making special military trial to non – American enemy combats.

Fifthly, through Carl Sthmitt' s theory and Germanic practice, the dissertation describes the ideas' evolvement of the states of emergency by the end of the Second World War, introduces that the European constructed a model of prescribing the states of emergency through the international law in the aftermath of war, comments its value, points at its challenges and discusses the improvement advice.

Finally, from the point of systemic history, the dissertation clears off the evolvement of the state of emergency and martial law from the modern times of our country, makes a brief comment on the related practice, especially sums up the characteristics and problems of present emergency system. On account of our state' s making a unified emergency law and confronting with the questions such as how to prescribe the derogation of human rights, how to be in accord with the United Nations Convent of civil rights and political rights, and so on, I offer several conclusive opinions and hope that they will benefit to the future emergency law.

Key words: the States of Emergency Human Rights Derogation