

SOOCHOW LAW REVIEW

2006年春季卷 总第12卷

东吴法学

◆主编/周永坤 ◆副主编/张成敏

倪征燠题



纪念倪征燠先生诞辰一百周年（系列文章）/李肇星等

法律的进化——从偶然性到选择性（博士论文首发）/倪征燠

重读李浩培教授合同准据法论著/刘慧珊

李浩培国际公法论著及其他/凌岩

论国家紧急权力的基本属性/刘小冰



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

SOOCHOW LAW REVIEW

2006年春季卷 总第12卷

東吳法學

倪徵暎題



图书在版编目(CIP)数据

东吴法学. 2006年春季卷/周永坤主编. —北京:法律出版社, 2006. 10

ISBN 7-5036-6663-3

I. 东... II. 周... III. 法学—文集 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 109846 号

© 法律出版社·中国

东吴法学 2006 年春季卷(总第 12 卷)

周永坤 主编

责任编辑 董彦斌

装帧设计 李 瞻

开本 787×1092 毫米 1/16

版本 2006 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 19.75 字数 421 千

印次 2006 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6663-3/D·6380

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

东吴法学
Soochow Law Review
2006 年春季卷
总第 12 卷



主编 周永坤
副主编 张成敏
学科编辑
法理学:庞凌
法律史学:方潇
宪法学:上官丕亮
行政法学:章志远
民法学:方新军
刑法学:李立众
诉讼法学:胡亚球
经济法学:朱谦
国际法学:董炳和
编务及英文编辑:
孙国平

编辑部地址
215006
苏州市十梓街 1 号
苏州大学王健法学院
《东吴法学》编辑部
联系电话
0512-65227483
编辑部电子信箱
dwfx1922@163.net

苏州大学王健法学院主办
Charles B. Wang
Foundation 资助

东吴前沿——宪政研究

- 论国家紧急权力的基本属性 刘小冰(1)
美国宪法正当程序条款与平等保护条款之区别
..... 汪进元 符健敏(14)

纪念倪征燠先生诞辰一百周年

- 时空大度,江河东流 李肇星(26)
协助倪老工作的日子 刘振民(28)
倪征燠大法官
——中国人的骄傲 王民培(34)
祖国的荣誉,东吴的骄傲
——一代宗师倪征燠 (40)
怀念已故恩师倪征燠大法官 高文彬(46)
深深的怀念
——纪念倪征燠老师诞辰 100 周年 张龙海(48)
倪征燠老师的崇高品德 黄毓麟(51)
永记恩师教诲 沈关生(56)
怀念倪征燠先生 顾念祖(58)
缅怀倪征燠老师 熊先觉(60)
高山仰止,大家风范
——深切怀念学者、学长倪征燠 虞铁根(63)
倪征燠老师的昆曲情怀 浦增元(66)
追念大法官二三事
——倪征燠在外交部 厉声教(68)
倪征燠老学长与澄衷中学 陈继清(76)
李浩培、倪征燠裁判管辖合意思想研究
——兼论我国民事诉讼法的修改 张利民(88)

纪念李浩培先生诞辰 100 周年专辑

- 重读李浩培教授合同准据法论著
——纪念李浩培教授诞辰 100 周年 刘慧珊(100)
李浩培国际公法论著及其他 凌 岩(122)
李浩培先生国际私法论著述评 曾 涛(139)
浩气存天地之间 博学蜚国际法坛
——纪念著名国际法学家李浩培教授百年诞辰
..... 陈立虎 易 波(163)

深切缅怀李浩培老师 潘维煌(178)

各科专论

民法草案《人格权法》逐条评析 钟瑞栋(183)

关于“为第三人利益订立的合同”的研究

——兼评合同法第 64 条 李中原(205)

行政私法行为法律适用原理初探 王克稳 邹焕聪(217)

论 IMF 与 WTO 的关系

——基于人民币汇率义务的衡量依据而进行的探讨 韩 龙(226)

东吴经典

法律的进化:从偶然性到选择性 倪征燠

翻译:孙国平 顾 娟 明瑶华 杨恩乾

审校:施觉怀 邱晓磊(239)

SOOCHOW LAW REVIEW

Volume 12

Spring 2006

No. 1

CONTENTS

On the Essential Attributes of State Emergency Power	Liu Xiaobing (1)
Differences between the Due Process Clause and the Equal Protection Clause in the American Constitution	Wang Jinyuan FuJianmin (14)
Reminiscences of Late Venerable Ni	Li Zhaoxing etc. (26)
Recalling Several Events of the Late Judge Ni ——Ni Zhengyu Working in Foreign Ministry	Li Shengjiao (68)
The Late Former Revered Alumnus Ni Zhengyu and Cheng Zhong High School	Chen Jiqing (76)
Ni Zhengyu's and Li Haopei's Thoughts on Contractual Jurisdiction	Zhang Limin (82)
The Review of Prof. Li Haopei's Works on Lex Causae of Contract ——Commemoration of the 100th Anniversary of Late Prof. Li Haopei	Liu Huishan(100)
Li Haopei's Works on Public Int'l Law and His Other Facets	Ling Yan (122)
The Review of Mr. Li Haopei's Works on Private Int'l Law	Zeng Tao (139)
Everlasting Noble Spirit in the Universe Renowned Erudition in Int'l Law Circles	Chen Lihu Yi Bo (163)
Dearly Cherishing the Memory of Mr. Li Haopei	Pan Weihuang (178)
Analyzing the Law of Right of Personality in the Civil Law Draft Article by Article	Zhong Ruidong (183)
On the Contracts in Favor of Third Parties	Li Zhongyuan (205)
On the Principles of Application of Law in Administrative Private Law Act	Wang Kewen Zou Huancong(217)
On IMF and WTO Relations	Han Long(226)
The Progress of Law from Chance to Choice	Author: Ni Zhengyu Translator: Sun Guoping etc. Reviser: Shi Juehuai Qiu Xiaolei (239)

论国家紧急权力的基本属性^{*}

刘小冰^{**}

内容摘要:国家紧急权力的基本属性可以从国家紧急权力的本质属性、结构属性、法律属性三个不同的向度加以确定。国家紧急权力专属于国家、专属于中央,但中国国家紧急权力的统一性又必须嵌入地方因素,离不开地方的支撑。根据不同的场合,国家紧急权力可区分为广义的国家紧急权力与狭义的国家紧急权力。通常情况下,中国国家紧急权力更多地表现为广义的国家紧急权力,即指国家在各种紧急危机中所使用的各种紧急权力。国家紧急权力在法律上是合宪性权力,遵守宪法、尊重不得克减的权利是国家紧急权力的最后边界。同时,合宪性权力观也具有更多的实践支撑。

关键词:国家紧急权力 属性 法治

国家紧急权力的基本属性可以从三个不同的向度加以确定:国家紧急权力的本质属性,这就需要确定这种权力在本质上是中央的专有权力还是中央与地方的共有权力;国家紧急权力的结构属性,这就需要确定这种权力从内在结构上说是广义权力还是狭义权力;国家紧急权力的法律属性,这就需要确定这种权力在法律上是合宪性权力还是超宪性权力。

一、国家紧急权力的本质属性:专有权力还是共有权力

国家是人们为了趋利避害而结合在一起的共同体。因此,人民在为国家设立正常权力的同时也为国家设立了非常权力或者说紧急权力,国家紧急权力是国家的天然属性和基本要素。从这种意义上说,国家紧急权力本质上是国家的专有权力,就其整体而言不可能属于国家的各个组成部分。

(一)专有权力观的表现及其原因

只要国家存在,紧急权力就存在并专属于国家、专属于中央,这是统一的国家的突

^{*} 本文为2004年度司法部部级科研项目《紧急状态的法理研究》(项目编号04SFB2003)、江苏省哲学社会科学研究十五规划基金项目《国家紧急权力制度研究》(批准号为04FXB003)的中间成果。

^{**} 南京工业大学法学院教授。

出特征和典型标志。

第一,从产生来看,国家紧急权力由宪法和法律进行统一的制度布局。

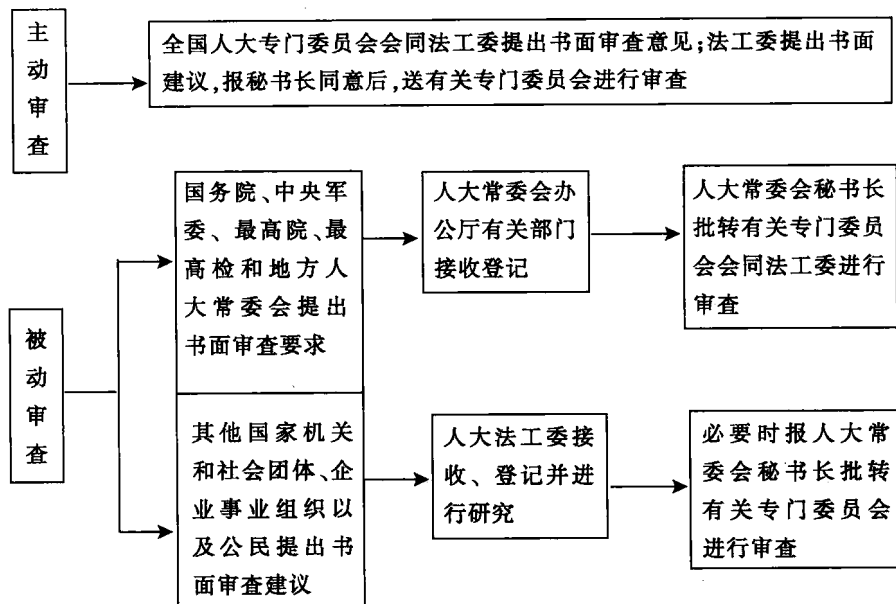
我国现行宪法规定了国家紧急权力的主要制度。例如,第 62 条规定全国人民代表大会决定战争与和平问题。第 67 条规定全国人民代表大会常务委员会决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除;在全国人民代表大会闭会期间,如果遇到国家遭受武装侵犯或者必须履行国际间共同防止侵略的条约的情况,决定战争状态的宣布;决定全国总动员或者局部动员;决定全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态。第 89 条规定国务院依照法律规定决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态。除此之外,戒严法、防洪法、国防法等法律还规定了戒严、防洪、国防等紧急情况下国家紧急权力的行使。

同时,为了提高政府保障公共安全和处置突发公共事件的能力,最大程度地预防和减少突发公共事件及其造成的损害,保障公众的生命财产安全,维护国家安全和社会稳定,促进经济社会全面、协调、可持续发展,国务院编制了《国家突发公共事件总体应急预案》,其中明确规定“统一领导、分级负责”是处置突发公共事件的基本工作原则,要求“建立健全分类管理、分级负责、条块结合、属地管理为主的应急管理体制”。各地所制定的应急预案也都强调权力来源于国家的整体权力。例如,吉林省人民政府应急管理办公室制定的《吉林省突发公共事件总体应急预案》(2006 年 1 月)明确指出:“依据宪法、有关法律、行政法规及《国家突发公共事件总体应急预案》,制定本预案。”

在中国,地方只能在这种整体布局下结合自身的实践制定一些实施性的措施,无法游离于中央决策之外另行其是,中央拥有许多宪法和法律上的制度特权来监督地方。例如,宪法第 67 条规定:全国人民代表大会常务委员会有权“撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议”。第 89 条规定:国务院“统一领导全国地方各级国家行政机关的工作,规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分”,“改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令”。毫无疑问,加强中央对地方的法律监督是中国法治发展的基本趋势。为此,第十届全国人大常委会第四十次委员长会议于 2005 年 12 月 16 日完成了对《行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规备案审查工作程序》的修订,以维护国家法制统一(如下图)。

当然,这并不是典型意义上的违宪审查制度。简单地说,这一规定存在以下主要问题:首先,这是一个“工作程序”,并不是法律文本,其制定机关是“委员长会议”。其次,这种审查的对象仅限于“行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规”,审查对象并不周全。再次,由作为全国人大常委会工作机构的法制工作委员会等承担,由秘书长批准法规备案审查工作是否妥当,值得研究。加之对受理的程序等没有作出法律规定,因而这种审查的权威性值得怀疑。最后,这种审查并不产生司法后果,对审查后的其他效力等也未做规定,因而这种审查的有效性也值得怀疑。

但是,上述法规备案审查工作程序仍有助于建立中国的宪法监督实施制度,也有助于依法处理中央与地方关系。这就意味着,地方不得自行产生紧急权力,它所拥有的紧



同宪法或法律相抵触的法规提请审查程序

急权力是由中央通过宪法和法律授予的;地方自行授予自己紧急权力的行为都是违法乃至叛乱行为。

第二,从执行来看,国家紧急权力最主要的国家执行力量由中央统一调度。

国家紧急权力的执行需要国家、社会和公民个人的共同努力。其中,军队是任何一个国家最高和最后的执法力量。当一个国家面临非常事件、民事司法力量无法恢复正常秩序时,军队就成为国家行使紧急权力,实现由非常状态转化为正常状态的最主要的国家执行力量。根据现行宪法和法律的规定,我国的武装力量是统一的;必要时依法履行执行国家紧急权力的义务。例如,宪法第93条规定:“中华人民共和国中央军事委员会领导全国武装力量。”^[1]戒严法第8条规定:“戒严任务由人民警察、人民武装警察执行;必要时,国务院可以向中央军事委员会提出,由中央军事委员会决定派出人民解放军协助执行戒严任务。”防震减灾法第8条规定:“中国人民解放军、中国人民武装警察部队和民兵应当执行国家赋予的防震减灾任务。”《国家突发公共事件总体应急预案》明确规定:“中国人民解放军和中国人民武装警察部队是处置突发公共事件的骨干和突击力量,按照有关规定参加应急处置工作。”在中国,地方拥有国家紧急权力的执行力量,但这种力量是有限的:一是在任何情况下,中央都无条件地拥有调度这些力量的紧急权力;二是地方不拥有正规军事力量。

[1] 从法律解释学来看,中国现行宪法和法律关于全国武装力量到底由谁来领导的规定是不严谨的。宪法规定:“中华人民共和国中央军事委员会领导全国武装力量。”(第93条)《中华人民共和国国防法》又规定:“中央军事委员会领导全国武装力量。”(第13条)“中华人民共和国的武装力量受中国共产党的领导。”(第19条)

第三,从效力来看,国家紧急权力依法具有统一的法律效力。

从广义上讲,国家紧急权力的法律效力是指对人的效力、时间效力、空间效力、紧急权力对行政权和司法权的影响等。在某种意义上,法律效力是国家紧急权力的生命,因为历史上存在许许多多某些统治集团盲目行使紧急权力、得不到人民的认同因而缺乏法律效力并加速灭亡的先例。最为典型的有两次:一次是1989年12月20日,齐奥塞斯库下令在罗马尼亚蒂米什全县实行紧急状态。22日中午,齐奥塞斯库宣布全国进入紧急状态,但军队拒绝执行命令,首都群众占领了党中央和政府大厦,包围了总统府。齐奥塞斯库于中午12点乘直升飞机离开总统府,下午3点在途中被军队抓获。25日,特别军事法庭对齐奥塞斯库夫妇进行秘密审判后,予以处决。另一次是1991年8月19日,苏联副总统亚纳耶夫等八人组成“国家紧急状态委员会”发动“八·一九”事件,不到三天,就归于失败。12月25日,苏联正式解体。

中国现行的法律一直都强调紧急权力具有统一的法律效力范围。例如,防震减灾法第8条规定:“任何单位和个人都有依法参加防震减灾活动的义务。”戒严法第6条规定:“戒严地区内的一切组织和个人,必须严格遵守戒严令和实施戒严令的规定,积极协助人民政府恢复正常社会秩序。”防洪法第43条规定:“在汛期,气象、水文、海洋等有关部门应当按照各自的职责,及时向有关防汛指挥机构提供天气、水文等实时信息和风暴潮预报;电信部门应当优先提供防汛抗洪通信的服务;运输、电力、物资材料供应等有关部门应当优先为防汛抗洪服务。”“中国人民解放军、中国人民武装警察部队和民兵应当执行国家赋予的抗洪抢险任务。”这些规定明确划定了国家紧急权力的效力范围。

从效力来看,国家紧急权力属于国家专有权力的一个特别证明是:特别行政区的战争状态决定权和紧急状态决定权由全国人大常委会统一行使。

为了解决历史遗留问题,中国在香港、澳门实行特别行政区制度。特别行政区实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。例如,《香港特别行政区基本法》第8条规定:“香港原有法律,即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法,除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外,予以保留。”第18条规定:“在香港特别行政区实行的法律为本法以及本法第八条规定的香港原有法律和香港特别行政区立法机关制定的法律。”但这两部特别行政区的“小宪法”(一个统一国家的宪法关系性法律)也同时规定:香港特别行政区、澳门特别行政区宣布战争状态和进入紧急状态的决定权在全国人民代表大会常务委员会。例如,《香港特别行政区基本法》第18条第4款明确规定:“全国人民代表大会常务委员会决定宣布战争状态或因香港特别行政区内发生香港特别行政区政府不能控制的危及国家统一或安全的动乱而决定香港特别行政区进入紧急状态,中央人民政府可发布命令将有关全国性法律在香港特别行政区实施。”《澳门特别行政区基本法》也做了类似的规定。

需要注意的是:基本法所规定的国家紧急权力的统一行使在特别行政区只限于两种形式即宣布战争状态和进入紧急状态。宣布战争状态不需要任何条件,其决定权绝对掌控于全国人大常委会。可以理解的理由是:战争状态关系中国的生死存亡,作为一个统一国家一部分的特别行政区自然不能在这个问题上自行其是。与宣布战争状态不

同,全国人大常委会宣布特别行政区进入紧急状态是有条件的:一是地域限制,这种紧急状态的效力只能局限在特别行政区内;二是条件限制,只有出现了特别行政区政府不能控制的危及国家统一或安全的动乱才能宣布紧急状态;三是程序限制,只能由中央人民政府以发布命令的形式将有关全国性法律在特别行政区实施。

中国是一个单一制国家,因而主张法制的统一性原则,这是国家紧急权力必须是国家统一权力的首要原因。其次,国家紧急权力一方面具有十分巨大的效能,可能将国家或某一地区带离苦海,但运用不当也可能使人民深陷苦海;另一方面,为了应对突发事件和紧急危机,也必须在一定时期一定领域内集中国家权力。因此,紧急权力的这一性质也要求这种权力必须统一行使。最后,从世界各国的规定和实践来看,无论是联邦制国家还是单一制国家,都十分重视国家紧急权力的统一性。许多联邦制国家的宪法还明文规定联邦组成单位的权力在紧急情况下可进行相互转移。例如,《德国宪法》规定:“为维持或恢复公共安全或秩序,在特别重要的情况下,如果没有这种协助警察就不能完成或相当困难才能完成任务时,各州可呼吁联邦边防军的部队和设施来协助其警察。为应付自然灾害或某种特别重大的事件,各州可要求其他各州警察或其他行政当局或联邦边防军或国防军的部队和设施的协助。”“为避免联邦或州的存在或自由民主的基本秩序遭受任何紧迫危险,各州可以要求其他州的警察,或者其他行政机关的力量^{〔1〕}和设施以及联邦边防军的协助。”“如果发生紧迫危险的州不愿意也不可能克服危险时,联邦政府可以将该州警察和其他各州的警察力量置于它自己的指挥之下,并命令联邦边防军的部队投入战斗。”即便在单一制国家,宪法和法律对紧急权力的统一性也有明确的规定。例如,《朝鲜民主主义人民共和国新义州特别行政区基本法》(2002年9月12日最高人民会议常任委员会政令第3303号决定)规定:“新义州特别行政区是朝鲜民主主义人民共和国行使主权的特殊行政单位。”“国家将中央直辖新义州特别行政区。”“国家授权新义州特别行政区行使立法权、行政管理权和司法权。”“国家维持新义州特别行政区的法律制度50年不变。”“国家在发生战争或武装叛乱等情况下,有权在新义州特别行政区宣布紧急状态。届时,在新义州特别行政区实施全国性法律。”^{〔2〕}因此,无论特别行政区权力有多大,都无权宣布紧急状态,都必须在紧急状态期间实施全国性的法律。

(二) 中国国家紧急权力的地方因素

中国国家紧急权力是统一的,但这种统一性又必须嵌入地方因素,或者说,国家紧急权力离不开地方的支撑。正如司法权是一种统一的国家权力但并不妨碍司法权在各地行使一样,紧急权力也是一种可在各地行使的国家权力。在中国,国家紧急权力中的地方因素呈现出原则性与灵活性相结合的特点:

国家紧急权力受中央的绝对支配,这是原则性问题,也是国家紧急权力之所以是统一权力的最主要的表现。这种统一不仅是实体上的,也是程序上的。例如,防震减灾法

〔1〕 即民防队、紧急土木工程队、消防队等。

〔2〕 这些立法内容无疑受到中国两个特别行政区基本法的深刻影响。

第 16 条明确规定:“国家对地震预报实行统一发布制度。”“地震短期预报和临震预报,由省、自治区、直辖市人民政府按照国务院规定的程序发布。”在紧急权力行使中,程序特别容易被忽视。因此,这种规定也是加强对地方执行国家紧急权力监督的重要表现。

在统一国家紧急权力的同时,非常法治对国家紧急权力的执行和特别行政区的紧急权力也做了某些灵活性的规定。一是非常法治在将国家紧急权力的决策权赋予中央的同时,将许多国家紧急权力的执行权(军事指挥权除外)交由中央与地方共同行使。二是非常法治根据紧急情况程度的不同、时间的不同、地点的不同、人口的不同而在统一的基础上赋予不同的国家机关以不同的权力,包括赋予地方(绝大部分是省、自治区、直辖市一级,个别是县级以上)以较大的执行权。例如,戒严法第 31 条规定:“在个别县、市的局部范围内突然发生严重骚乱,严重危及国家安全、社会公共安全和人民的生命财产安全,国家没有做出戒严决定时,当地省级人民政府报经国务院批准,可以决定并组织人民警察、人民武装警察实施交通管制和现场管制,限制人员进出管制区域,对进出管制区域人员的证件、车辆、物品进行检查,对参与骚乱的人可以强行予以驱散、强行带离现场、搜查,对组织者和拒不服从的人员可以立即予以拘留;在人民警察、人民武装警察力量还不足以维持社会秩序时,可以报请国务院向中央军事委员会提出,由中央军事委员会决定派出中国人民解放军协助当地人民政府恢复和维持正常社会秩序。”其他法律、法规也有类似规定。例如,防震减灾法第 26 条规定:“省、自治区和人口在一百万以上的城市的破坏性地震应急预案,还应当报国务院地震行政主管部门备案。”三是为了体现高度自治原则,两个特别行政区基本法规定,除了战争状态决定权和紧急状态决定权由全国人大常委会统一行使外,其他紧急权力应由特别行政区行使。

总之,国家紧急权力是中央保留权力,地方国家机关依法可以以地方性法规、地方政府规章等形式规定具体的紧急或救援措施;凡地方出现任何妨碍国家紧急权力行使的情形,中央有权依法排除;地方面临紧急危机确实需要资金、设备、人员等援助的,有权请求中央并在中央统一调度下请求各地进行支援和帮助。

二、国家紧急权力的结构属性:广义权力还是狭义权力

从内在结构上说,国家紧急权力有广义和狭义两种。广义的国家紧急权力是指国家在各种紧急危机(包括紧急状态)中所使用的各种紧急权力,这种权力在不同的状态下因不同的机关行使而有不同的名称。如从主体上分:有立法紧急权力,行政紧急权力等。如从原因上分:有政治危机下的紧急权力,自然灾害下的紧急权力,兼有政治危机和自然灾害下的紧急权力(主要体现为紧急状态)等。

狭义的国家紧急权力仅仅是指紧急状态下国家所行使的紧急权力,包括限制或中止公民权利(不得克减的权利除外)、扩大国家的立法权和行政权,也包括若干国家权力的冻结(如紧急状态期间不得修改宪法)和转移(如某些司法权依法移转给执行紧急状态的国家机关行使)等。

(一) 广义权力观的表现及其原因

通常情况下,中国国家紧急权力更多地表现为广义的国家紧急权力。

第一,从整体布局看,中国国家紧急权力应该是广义的国家紧急权力。

现代社会既是一个物质高度发达的社会,也是一个危机高度发达的社会。危机一般是指在社会生活中突然发生的、严重危及社会秩序、给社会造成重大损失的事件。在现代社会中,危机的发生已经成为社会生活中一种常见的现象。惟其如此,人们才更需要国家。在危机来临时,人们有正当的理由相信:通过国家紧急权力能消除危害,达至和平。因为人们设立国家的基本目的就是为了趋利避害,国家是迄今为止人类在政治领域所建立的最伟大的制度(但有时也是最危险的制度)。国家会随着社会和人类自身的发展而愈来愈重要,也愈来愈精致。

但是,危机在哪里呢?这是一个困难的问题。好在思想家们为我们提供了现成的工具系统,这使我们虽然无法完全预料危机何时何地会冒出来,但完全可以大致界分危机发作的领域,我们也可以据此给出国家紧急权力的作用范围。

从现有法律所规定的突发事件的性质来看,中国国家紧急权力呈现出三点式整体布局:一是自然灾害下的紧急权力。这种国家紧急权力是专门应对特定自然灾害所引起的各种危机的。二是兼有政治危机和自然灾害下的紧急权力。这种国家紧急权力是专门应对达到法定程度的特定的政治危机和自然灾害的,主要体现为紧急状态。三是政治危机下的紧急权力。这种国家紧急权力是专门应对特定的政治危机的,如战争状态等。

由此可见,国家紧急权力作用于各种不同的紧急情况,并不为紧急状态所专有。只要国家存在一天,在面临某些法定危机时,它就会毫不犹豫地使用国家紧急权力。

第二,从保障人权看,中国国家紧急权力应该是广义的国家紧急权力。

保障人权就必须全面研究和规范国家紧急权力。就其整体而言,正常状态、正常法治下的人权保障是各国所宣称的法治的核心和目的。但是,各国所陈述的人权保障内容和理由是如此的丰富多彩,以至于即便是专业人士也被炫得眼花缭乱。大众从一大堆虚伪的说教中寻找出人权保障的真正制度也许是十分困难的,但总是有最终检验标准的:国家紧急权力下人权保障的状况就是这样一个标准。它使得真实与虚伪、实质与形式的人权保障非常真切地展现出来。如果一个国家在行使国家紧急权力时——无论这种紧急权力是否处于紧急状态下——仍能坚守人权保障的基本原则,而不是为了某种统治者主观愿望上的稳定,那么我们可以坚信:这个国家有一种可以称之为正义、人权的東西在起着支配作用,这个政权在道德上仍具有某种最后的合法性。

第三,从建构非常法治看,中国国家紧急权力应该是广义的国家紧急权力。

建构非常法治也必须全面研究和规范国家紧急权力。任何事物都有正反两面,法治也是如此,正常法治与非常法治共同构成法治的整体。长期以来,法治建设中非常法治内容往往被忽视了,非常法治建设存在零散、不统一、缺乏应有的权威等重大缺陷。这就造成整个社会公共危机意识淡漠,紧急权力法治观念不强,紧急情况下的政府治理和社会的危机处理机制准备不充分。因此,将国家紧急权力视为广义上的权力有助于从整体上推进法治建设。

(二)广义权力观与即时强制的联系和区别

广义权力观并不是包罗万象的。例如,行政法上的即时强制等权力也具有一定的

“紧急性”,但它不属于国家紧急权力也不属于非常法治。

国家紧急权力与行政法上的即时强制虽然有联系(例如,在紧急状态下即时强制可以作为行政机关执行紧急权力的一种辅助手段),但更多的是区别:第一,前者是宪政意义上的,在国家制度中具有根本地位;后者是行政法意义上的,是一种法定权力性的行政活动,是行政法领域中与行政强制执行紧密联系的一个概念。第二,前者所面临的是国家或某一区域政治或社会生活的整体性的、根本性的紊乱;后者所面临的是行政法上所约束的某一种具体的人或物,是个体性的、枝节性的紊乱。第三,前者所使用的手段广阔而深刻,在许多情况下这些手段的使用是综合的、激烈的,既包括行政手段也包括立法手段、司法手段、军事手段等;后者仅仅使用行政手段,而且一般情况下不能使用最激烈的行政手段。第四,由于前者所面临的情况大多是异常严峻的,因而抛弃国家紧急权力的使用或国家紧急权力的使用没有达到既定目的必然会造成非常严重的后果(仅仅从法律的形式上说);不使用即时强制或即时强制没有达到既定目的会产生某些不利的法律后果,但绝对不会造成毁灭性的后果。第五,前者虽然也设定了许多救济手段,但大多是柔性的,即使政府有所违法,立法机关一般也会通过“赦免法”以解除政府的责任;^[1]后者的救济手段是刚性的,政府须严格依法办事,否则就要承担相应的法律责任。

可见,行政法学界有时候将即时强制称之为紧急状态或紧急权力在词语上也许可以理解,但从学术上看并不科学:“行政法学研究中所理解的紧急状态并不是一种法律状态,而是一种事实状态,是对那些具有突发性、紧急性与危险性的紧急事件或行为的总称。在发生了这种紧急情况时,行政机关可以采取必要的应急措施,即即时强制。即时强制是行政上的紧急情况处理制度的一种”。“行政法学研究中所使用的紧急状态概念并不是一个准确的法律概念……为了避免引起混乱或误解,在行政法学研究中使用紧急情况一词更为恰当。”^[2]

因此,国家紧急权力是广义权力还是狭义权力,要根据不同的场合加以区分。只有这样,才能从整体上把握国家紧急权力的结构属性。简单地将之视为狭义权力既不一定科学也不一定有利。

三、国家紧急权力的法律属性:合宪权力还是超宪权力

国家紧急权力是一种合宪性权力而不应该是一种超宪性权力。

(一)从宪法的最高性来看合宪权力观

宪政主义主张宪法在任何情况下都应该具有最高性。美国宪法最早肯定了宪法最高性:“本宪法和依照宪法制定的联邦法律以及在联邦权力下所缔结的一切条约均为全国最高法律。”其他绝大多数国家的宪法对此也有明文规定。例如,加拿大宪法规定:“本法是加拿大的最高法律,一切法律与本宪法的规定相抵触的,其抵触部分将不发生

[1] 如英国。参见拙著:《戒严与戒严法》,中国人民公安大学出版社1995年版,第11页。

[2] 郭春明:《紧急状态法律制度研究》,中国检察出版社2004年版,第21页。

效力。”意大利宪法规定：“主权属于人民并在本宪法的形式和限度内行使之。”我国宪法也规定：“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果，规定了国家的根本制度和根本任务，是国家的根本法，具有最高的法律效力。”宪法最高性表现在：宪法处于一国法律规范体系的最上层，是其他规范的最终依据；其他规范不得与宪法相抵触，任何违宪的规范不得生效或者须经由特定国家机关宣告其无效；宪法是国家、社会和个人行为的根本准则，任何行为都不得违反宪法的规定。

宪法具有最高性，这已是政治生态学中的基本定理。但宪法是否在任何情况下都具有最高性呢？超宪性权力观主张，宪法的最高性仅仅体现在正常时期而不体现在非常时期：

“国家紧急权有两种类型：一是紧急命令、戒严等事先可以预见的非常事态下的紧急状态；二是宪法上完全无法预见的紧急状态，有些学者称之为‘超宪法的、宪法外的国家紧急权’。”^{〔1〕}“所谓国家紧急权力是指国家在宣布进入紧急状态之后所行使的一种不受民主宪政的分权原则和人权保障原则的一般限制的国家权力，其目的是通过权力集中与人权克减来达到消灭危机、恢复国家正常秩序的目的。”^{〔2〕}“宪法的最高性并不是绝对的，宪法本身就是政治活动的产物，它同样要服从政治活动的需要。当公共紧急情况如此严重，以至于必须突破宪法的先定约束来寻求解决方案时，那么宪法就必须服从现实需要。”“宪法的作用并不是万能的，宪法是政治活动的产物，同时也要服从政治活动的需要。当严峻的社会现实需要采取超越宪法的措施时，宪法必须让步。”^{〔3〕}

我们认为，从严格的规范主义法治观出发，宪法应当占领所有的时间和空间，其最高性应当存在于所有的状态和场合。如果认为在紧急情况下可以否定宪法的最高性，那无异于将人民置于独裁专制的统治之下，由宪法所架构和保障的民主宪政也将失去其应有的价值。“当一种既定的宪政民主秩序为政变所打破时，权力行使便不在宪法框架之中了。”^{〔4〕}

当然，宪法作用的发挥需要秩序的保障。但是，如果社会秩序出现混乱而影响到统治者的统治地位的话，是不是就只能寻求超越宪法限制的解决方案呢？显然不是。宪法和法律永远都不是僵死的教条，它们具有与时俱进、因地制宜的品格。因此，在现代民主宪政之下，宪法为自己设计了解决社会秩序混乱的方案，这就是国家紧急权力。宪法规定紧急权力的目的，就是为了明确在紧急情况下国家所享有的紧急权力，防止国家随意行使紧急权力，从而给宪法所确立的公民权利造成不必要的侵犯。所以，在宪法中建立紧急权力制度是一个国家依法办事、崇尚法治原则的表现。国家紧急权力的行使就是为了更好更快地恢复社会正常状态，以恢复正常的宪法秩序。^{〔5〕} 在现代社会，国家

〔1〕 韩大元：“保障和限制人权的合理界限”，载许崇德主编：《宪法与民主政治》，中国检察出版社1994年版，第237～238页。

〔2〕 郭春明：《紧急状态法律制度研究》，中国检察出版社2004年版，第97～98页。

〔3〕 郭春明：“论紧急状态下的宪法效力”，载《法学》2003年第8期。

〔4〕 [美]路易斯·亨金等编：《宪政与权利》，郑戈等译，生活·读书·新知三联书店1996年版，第235页。

〔5〕 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。

紧急权力是国家政权在其存续期间所能采取的最严厉的措施之一。国家紧急权力既是证明暂时限制或中止某些人权为正当的依据,又是使用严厉方法甚至军事力量将统治集团较为一致的政治解决强加于大多数人的依据。进入紧急状态实际上是对政治的最后努力,这项特别权力是不会轻易被那些常常使用它的人放弃的。但是,即使在这种情况下,使用刀剑仍应该是有宪法和法律才依据的,应该是宪法和法律没有彻底沉默或使宪法和法律不“沉默”的证明。^[1] 国家紧急权力本身是由宪法规定的,即宪法已经对在什么情况下可以“限制”而不是“超越”自身规定了实体条件、程序条件、效力范围、监督手段、法律责任等。因此,强调国家紧急权力的合宪性,并不是说在紧急情况下宪法是一成不变的。在宪法和法律中明文规定紧急情况下限制或中止宪法权利,这并不是对宪法的背叛。恰恰相反,这是宪法具有最高性的表现,因为宪法的这种融通仍然处在宪法的制度范围内。

(二)从国家紧急权力的最后边界来看合宪权力观

超宪性权力观既然认为国家紧急权力可以超越宪法,实际上也就是主张这种权力的扩张没有任何边界。他们认为:非常权力虽被严格地规定在宪法和法律上,但为了急切建立生命自由的保障,可以破坏何种限制。“刀剑之下,法律沉默。”因此,宪法的最高性并不意味着在任何情况下它都是最高的规范。“宪法作为法律的前提条件就在于特定的现实需要可以取代它的最高性,或者我们可以基于正当的理由而否定其权威。”^[2] 在紧急情况下才发生法律效力的紧急权力自可超越宪法而不应使宪法的手铐自缚己手。

我们认为,任何权力都是有边界的。理想的法治状态是以宪法和法律的形式合理合法地设定权力与权利的边界,即便在紧急情况下,国家权力的某种扩张仍然基于法治的授权或规定。但这还不够。现代社会的统治仅仅具有形式的合法性是不够的,它还需要具有实质的合法性,即包含着价值的肯定。通过各种对合法性问题的分析,现代一般认为合法性是指政治权力在对社会进行政治统治或政治管理时何以得到社会和民众认可的问题。政治权力的合法性基础一般包括三个方面:意识形态基础(政治权力从人们的认知、价值观、信仰等理念方面获得支持)、制度基础(政治权力的获得和运作必须遵循宪政制度)和有效性基础(政治权力必须取得实际成就)。这是哈贝马斯理论的核心。基于这一理论,国家紧急权力不仅仅需要有合宪性,更需要有合理性:

“政府权力扩张不能任意和不受限制,如果政府权力不受限制地扩张,那么人民的自由和民主必将受到侵犯,而这将产生另一种危机——政治统治的合法性危机。”“在危机过程中,政府的权力扩张是很难避免的,但是这种扩张的合理、合法性在于人民的认同和支持。同时,这种权力的扩张也是有限的,即人民的认同是基于对自身利益和公共利益的维护。如果政府从控制危机出发,大肆地扩张权力,不顾人民是否接受,这往往会破坏人民主权,使得人民成为政府权力扩张中的无力的反抗者,而不是政府权力的最

[1] 参见拙著:《戒严与戒严法》,中国人民公安大学出版社1995年版,第41页。

[2] Sotirios Barber, On What the Constitution Means, Johns Hopkins University Press, 1984, p. 189.

终的受益者和主人。无疑,这种权力扩张难以得到人民的认同和支持,进而危及政府统治的基础,并将严重削弱政府危机管理的能力和有效性。政府的性质决定了政府一旦缺乏合法性就意味着政府行为对合理界限的突破。在危机管理中的政府更应该从人民的利益出发来行使政府权力。”^{〔1〕}

那么,国家紧急权力的最后边界在哪里呢?我们认为遵守宪法、尊重不得克减的权利是国家紧急权力的最后边界。首先,国家紧急权力的合法边界。这就是必须遵守宪法的形式要求。即使是对宪法的某种背离也必须先取得宪法的授权。换句话说,背离宪法本身必须是合法的。其次,国家紧急权力的合理边界。这就是在任何情况下,不得克减的权利(如生命权,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)不容侵犯。它们是法治最后的底线,也是法治最高的诉求。离开了这两条最后的边界,国家紧急权力就没有任何意义,就会失去法律基础和道德基础。

(三)从实践支撑来看合宪权力观

毫无疑问,“在任何一个宪政民主国家,政府权力受宪法和法律支配的假设与面对突如其来危机事件需要广泛运用自由裁量权之间始终存在着紧张关系”。^{〔2〕}问题在于如何处置?超宪性权力观力图从各国的法律实践中寻找依据:

“SARS 危机全面暴发,国家和社会面临空前严重的紧急状态,在‘全国人大及其常委会没有专门立法’可藉依凭时,中央政府主动启用最高行政权对社会进行全面监控,对人们的生活进行适当调整,是完全必要与恰当的,符合我国现行宪法的立宪目的和精神实质。也许在具体的操作层面上,将使公民私权利受到压抑,但相对整个社会而言,其实现的‘健康、安全、正义’的公共利益与价值是巨大的。”^{〔3〕}

同时,有些国家的宪法也确认了超宪性权力观。例如,1952 年约旦宪法规定:“宣布戒严令后,国王可以不受任何现行法律的限制,通过敕令发布保卫王国所必需的命令。”阿尔及利亚宪法规定:“在战争状态期间,宪法暂停实施,国家元首行使一切权力。”

实际上,合宪性权力观具有更多正反两方面的实践支撑。从反面来说,古今中外的无数事例反复证明:因剧烈的社会动荡等原因而使用的国家紧急权力往往并没有如人所愿带来祥和。其中一个重要的原因就是,国家紧急权力超越了宪法的正当要求。^{〔4〕}这些历史例证需要引起我们的高度警惕。从正面来说,将国家紧急权力纳入法治轨道也是大多数国家的普遍要求。亨利·范·马尔赛文等学者对世界上 157 个国家的宪法进行比较研究后认为,有 11 部宪法规定了在发生诸如战争、外国入侵等非常情况时可

〔1〕 郁建兴等:“论危机管理中政府行为的合法性”,载《毛泽东邓小平理论研究》2003 年第 4 期。

〔2〕 杨海坤:“公共危机与行政紧急权力法制化”,载《学习时报》2005 年 9 月 2 日。

〔3〕 黎映桃:“紧急状态与行政权的能动舒展”,载《理论与改革》2003 年第 5 期。

〔4〕 “在当今世界,虽然有一些国家也有着像模像样的成文宪法,但并没有实现宪政,甚至根本没有宪政秩序的少数专制国家表面上也可以高喊‘依法治国’的口号,或打着‘依法治国’的旗号践踏宪政”(杨海坤:“中国走向宪政之路”,载《安徽大学法律评论》2001 年第 1 卷,第 1~18 页)。在多数情况下,宪法是宪政的形式要件,宪政是宪法的真正目的。从宪政的角度来看,有宪政未必就有宪法,有宪法也未必就有宪政。因此,本文所使用的宪法概念严格来说是宪政的文本形式(参见拙著:《宪政制度的文化分析》,黑龙江人民出版社 2003 年版,第 14 页)。