

National Emergency Powers And Human Rights In Crisis

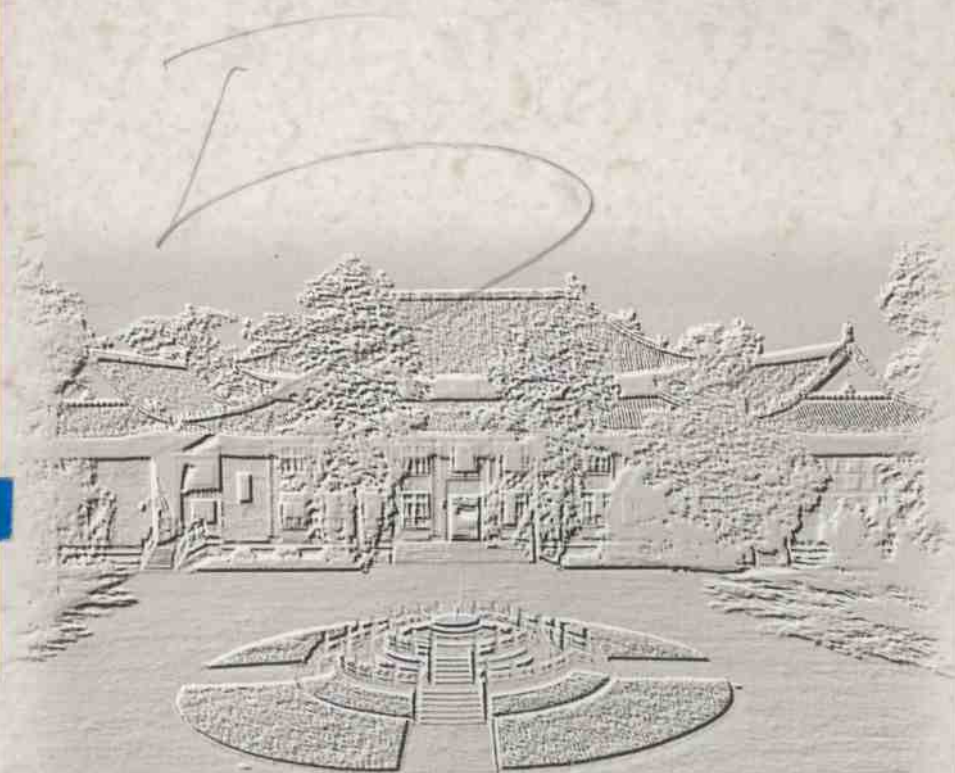
华南理工大学法学文库

DF204 / 112

危机中的国家紧急权与人权

—— 紧急状态法制研究

滕宏庆 著



群众出版社

危机中的国家紧急权与人权

National Emergency Powers And Human Rights In Crisis

——紧急状态法制研究

——Research On The Emergency Legal System

滕宏庆 著

群众出版社

2008 年 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

危机中的国家紧急权与人权:紧急状态法制研究/滕宏庆著. —北京:群众出版社, 2007. 8

ISBN 978-7-5014-3905-8

I. 危… II. 滕… III. 紧急事件-法制-研究 IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 092708 号

危机中的国家紧急权与人权

著 者:滕宏庆

责任编辑:亢健 李敏

封面设计:王 子

出版发行:群众出版社 电话:(010)52173000 转

地 址:北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

邮 编:100078

网 址:www.qzchs.com

信 箱:qzs@qzchs.com

印 刷:北京亚通印刷有限责任公司

经 销:新华书店

开 本:890×1240 毫米 32 开本

字 数:279 千字

印 张:11

版 次:2008 年 5 月第 1 版 2008 年 5 月第 1 次印刷

书 号:ISBN 978-7-5014-3905-8 / D·1976

定 价:23.00 元

群众版图书, 版权所有, 侵权必究

群众版图书, 印装错误随时退换

华南理工大学法学文库

编审委员会

主 任	张富强			
副主任	徐松林	张洪林		
委 员	(以姓氏笔画为序)			
	刘剑文	许章润	关永宏	李明德
	张洪林	张富强	於兴中	陈年冰
	杨 凯	胡学相	徐松林	曾友祥
	彭世忠			

华南理工大学法学文库

序

出版一套法学文库，是华南理工大学法律人酝酿已久的一个计划，今天终于得以实施了。今后，华南理工大学法律人将通过本文库这个法学学术平台，向国内外同行展示法学研究的成果，表达对法治理想的追求，践行现代法治社会所赋予的历史使命。

众所周知，华南理工大学是以工科为主的高等学府，是著名的“工程师、企业家的摇篮”，为祖国的现代化建设培养了大批科学技术人员和企业家。但很少有人知道，华南理工大学这片土地也同样有着培育法律人才的悠久历史。广东现代法学教育始于1905年成立的广东法政学堂。1912年广东法政学堂改称广东公立法政专门学校，1923年改称广东公立法科大学。1924年孙中山将国立高等师范、广东法科大学等合并为国立广东大学，择定风景秀丽的广州市东郊石牌（五山）为合校后的新校址。1926年南京国民政府为纪念孙中山将国立广东大学易名国立中山大学。1932年邹鲁再任中山大学校长，在原择定的合校校址上筹建中

山大学石碑永久新校园。1934年9月石碑新校园一期工程竣工，法学院从市内法政路迁入坐落在石碑校园西边山头的法学楼，这是一座规模宏伟、富有民族特色的宫殿式建筑（现为华南理工大学的12号楼），历经七十多个春秋的风霜仍保持着当年的雄姿和概貌，正门门匾由当年名家题写的“法学院”三个苍劲有力的大字明晰可见，象征华南理工大学校园所拥有的悠久的法律文化传统。1952年国务院实行全国高等学校院系调整，中山大学撤销法学院，将文理学院迁至原岭南大学校址，留工学院系在石碑校园（五山），与中南5省12所院校有关院系合并而成华南工学院；1988年更名为华南理工大学。不久，华南理工大学在这片曾经谱写过法律人光荣的土地上开始了法学教学的新篇章：1993年复办法学专业；1995年复招法学专业本科学生；1999年起招收双专双学位学生；2001年设立法学系；2002年起招收硕士研究生；2004年7月16日复建法学院；同年11月17日创办知识产权学院，与法学院合署办公。2005年9月经批准设立法学一级学科硕士学位授权点，目前招收法理学、经济法学、刑法学、民法学、法史学和诉讼法学六个专业的硕士研究生。

华南理工大学法学院的复建，正值“经济全球化”对世界各国社会经济产生日益强烈影响、我国法制建设取得显著进展、现代法学教育和法学研究获得蓬勃发展之时，为了早日实现“国内著名、省内前列”的建院目标，我院决定编辑并出版“华南理工大学法学文库”，以此来激励全体华南理工大学法律人进行法学研究和学术创新的热情，提升法学科科研能力和教学质量，为中国法学研究和法学教

育的长足发展作出应有的贡献。

“华南理工大学法学文库”是一套系列丛书，目前仅限于出版华南理工大学法学院教师的两类著作：（1）个人专著，包括博士论文、博士后研究报告和独著（后者指能体现本人在本专业或专业方向学术成就的作品，一般不重复资助）；（2）属于国家、省部级（含广州市）社科基金和自然科学基金项目的研究成果（主持人必须是本院在职在岗教师）。根据“华南理工大学法学文库”编辑出版办法的规定，本文库收入的著作需具备三个条件：（1）有较高的学术水平，能引领学术研究的前沿；（2）符合学术规范；（3）符合出版要求。为了保证文库的质量，我院设立了文库编审委员会，负责文库的审核及出版工作，主要职责包括：（1）接受著作者的申请；（2）审查文稿的质量并提出修改意见；（3）根据需要，匿名送审稿件；（4）讨论并安排出版。

“华南理工大学法学文库”是我们华南理工大学一项长期、连续的学术建设项目，是我们华南理工大学法律人奉献给国家法治建设事业的一项智力成果。它不会以编辑出版固定的册数为目标，而是会伴随着华南理工大学法学院的繁荣发展一直延续下去。

张富强

2006年10月

序

学生能够著书立说，老师应是最欣喜的。滕宏庆是2003年我在浙江大学任教时招录的博士生，2005年又跟随我来到武汉大学继续攻读，因此，师生情谊弥足深厚。在我的学生中间，他是一位年轻人，这主要是指年龄而非智识。他从法学本科开始就一直勤勉向学、敏而好思，尤其在读博士阶段，他更是虚心请教师友、上下探索学问、仔细梳理文献、积极讨论问题，的确做好了学生，也正如是，他在博士毕业论文答辩中以全优的成绩顺利通过。而本书正是他博士学位论文基础上的完善之作。

本书选题来自作者考博那年遭逢的“非典”危机，基于法律人的素养和思维，作者在后来学习期间便逐渐形成了这一问题意识，即如何规范非常态中国家权力的行使和公民权利的保护。居安思危、未雨绸缪，作者选择研究与常态状况截然相反的非常态状况之下权力和权利的法律问题，其视角的确殊异。加之2004年我国“修宪”时，将紧急状态条款载入宪法文本，同时我国加入相关的国际人权公约中也牵涉到紧急状态和人权克减等诸多新式课题，所以这一选题具有很强的实践特色和弥补该领域基础理论研究单薄的学术意义。

本书展现了一名青年学者在公法学场域内进行规范研究的路径，也凝结了他对危机中国家紧急权和人权议题的创新观点和思想。毫无疑问，紧急状态法制是和谐社会的必要之法，而危机中国家采取紧急权力的最终目的还是以人为本，因此，国家紧急权的行使与危机中人权的保护是该问题的肯綮之处。本书首先从法学方法论的立场开篇，剖析了危机和紧急状态的概念、类型和原则，来建立一个关于紧急状态的学术体系。随后于第二章通过挖掘和整理紧急状态法制的理论和实践，提出了三种制度模式。作者还借鉴部门宪法的观点，提出了紧急宪法与平时宪法的新式学理分类。进而分别在第三章、第四章紧紧围绕紧急宪法中的两个主轴——法治与国家紧急权、人权克减及其保障，进行了深入细致周全的探析，这其中既有比较方法，又有社会实证，还有规范分析。最后的第五章里面，作者在充分认识和理解中国紧急状态法制的现状与不足之后，提出了创建我国紧急状态法制的理论思路和立法建议，并系统全面慎重的进行了制度层面的设计。综合来看，作者思路清晰、观点明确、论证充实、逻辑完整，该书的内容更是既有理论创新，又有实践价值。

当然，在著述出新意的地方往往要进行广泛地讨论。诸如，紧急状态的学术体系具有何种意义，怎样识别。作为新类型的紧急宪法，围绕它的理论基础和现实价值的探讨是否还可以进一步深化。公共利益是典型的不确定法律概念，那么统一或多数赞同的危机中人权最低保障标准又如何可能达成。而作者所设想的中国紧急状态法制模式也仅是我国该领域立法过程中可供参考的一种选择。这些问题正好可以通过本书的出版引起学界同仁的批评，来促进作者学识的提高和进步。

人是法律之本，人的尊严和价值始终处于法律活动的中心，保障人权是法治国家一项基本要求。作者秉承了这一法律观，并将人权和法治作为自己今后努力的研究方向，我是非常高兴的。本书出版之时，宏庆刚从美国留学回来，也由衷希望作者能够潜心钻研学

术，认真思考问题，把握时代主题，取得更大成绩。
是为序。

李龙

2008年5月1日于珞珈山

引 言

提及紧急状态或危机，我们并不陌生，可以说自人成为人以来，它们就如影随形一般常伴我们，人类自始就不断在战天斗地或“与人斗”，人类社会可谓一直处于危机之中。一般认为，危机即是当人与自然的和谐出现紧张关系，以及人类社会自身之间的冲突关系，达到某种临界最终所形成的一种具有不确定性、突发性、严重危害性，它能够大规模威胁和极大破坏国家和平、社会稳定、法律实施，并且难以迅速恢复平时常态的客观情势。无可否认，危机状态与平常状态差别迥异，因而无论国家权力的行使抑或是对公民权利的保护，都将发生重大变更，所以专注于研究危机中的国家紧急权和人权问题具有特殊的价值意义。

一、研究背景

社会科学的任务是要关注社会现象、解决社会问题，基于对人类历史上大量出现的危机情势和当下民族国家之间或其内部频发重大危机事件的深刻反思，社会科学或遵循了俄国巴甫洛夫（И. П. Павлов）提供的生物学上意义的“条件反射”学说，或跟从了英国汤因比（A. J. Toynbee）“挑战——应战”的历史观理论，总之，社会科学的各个学科无不对危机问题展开研究，用以各国趋利避

害，一时间危机的凸现也同时伴随着研究的繁荣，其中对危机的法制研究是重中之重。

因为面向危机事实的出现，世界各国都尽可能的采取各种应对措施，虽然法律不能直接作用于消解危机，但由于法律规范了有别于平时的危机时刻中的国家权力运行与人权的限制和保障等内容，则为迅速回复国家常态提供了合法性、制度性保障，因此，法律在危机中发挥了更为独特和关键的作用。本书便是从法学——具体说是从公法学——的视角来归纳分析危机问题及其因应法制，即是对紧急状态法制进行的公法学研究。

客观来看，现代社会也是风险社会，世界各国乃至世界范围的大规模紧急情势，如战争、疫情、自然灾害、社会冲突、经济危机等正不断出现和升级，那么面对危机，如何从法学，特别是公法学进行思考和探索，这的确是个事实前提。另一方面，通过比较分析各国在不同历史时期制定适用的紧急状态法制，以及国际、区际相关公约条约，从共性通识到个性捕捉，会发觉其中法规范设计主要在国家紧急权力与人权限制保障两方面游走，所以，本书依托这样的规范依据在研究中也侧重于这两方面。总体来说，虽然危机在各国的立法中称谓并不统一，常见的法律定义除了危机以外，有些国家立法上称为“紧急状态”“特别状态”“非常状态”“紧急情况”“防御状态”“紧急事件”等，其内涵还略有不同，但无论就各个现代国家而言，还是就国际组织、区域组织而言，乃至一些国际纯学术团体、非政府组织（NGO）等而言，都正在积极地从各自立场出发，对此进行详细解释和全面规范，目的就是通过法制化方式来应对危机，这就是既有历史性又有当代性的研究大背景。

二、问题意识

法学研究脱离不了对事实和规范的观察与分析，本书即是基于过往历史和当下现实显现出的深刻危机事实，结合法规范和法律制度对客观情势的回应，从公法的层面，阐释论证紧急状态法制的概

念与功能,探究危机中的国家紧急权和人权克减及保障的理论与实践,最后尝试构建中国紧急状态法制的法理与制度。概言之,本书即是对紧急状态法制进行的公法学研究,所要关注的中心命题就是危机中的国家紧急权与人权。

形成本书的问题意识有以下几个原因:

首先,在现代国家日益需要重视解决难以预测的大量危机事实的情况下,西方发达国家对于危机理论、危机管理的研究比较积极,它们已经通过国内立法、国际公约对紧急状态进行了必要规范,并且在基础理论方面也具有了较为充分的研究。总的来看,西方的危机研究走在了前面,其既可以为本国的安全战略服务,也可以洞察其他国家地区的现象形势,为本国趋利避害,所以迄今来讲,西方有一套比较完善的危机管理的理论和架构。比较而言,我国危机领域的理论研究比较匮乏,具体在紧急状态法制研究方面更是极为薄弱,如果不加强这一方向的深入探讨,势必影响我国未来及时和有效的危机处置。

其次,我国2003年春夏之交的“非典”危机所暴露出来的管理滞后、法制不足、保障不利等问题,也引起了学界和实务界对于处置“非典”所采取的应对措施之合法性、正当性、合理性的大讨论^①。这场大讨论是社会各界积极参与政府管理和努力实现法治的体现,围绕“非典”中政府及相关部门所采行的强制措施,如强制隔离、强制检查、强制登记、强制治疗等,以及对于“非典”的医学定义和法律定位等问题都展开了激烈的论辩,笔者正是直接

^① 关于“非典”的法律问题大讨论,较为有代表性的文章包括:沈岍:《SARS拷打之下的“各自为政”》,载《宪政手稿》,2003(1);肖金明:《SARS危机对人类的挑战》,载《宪政手稿》,2003(1);钟会兵:《个人权利与公共利益的平衡——抗SARS中限制人身自由措施的正当性与合法性分析》,载《法律适用》,2003(7);杨海坤:《非典,让我们正视行政紧急权力》,载《法制日报》,2003-5-8;朱芒:《SARS与人身自由——游动在合法性和正当性之间的抗SARS措施》,载《法学》,2003(5);等等。

从此中间获得了一定问题意识，即危机与法治的关系如何。

再次，我国 2004 年修宪中将“戒严”修改为“紧急状态”^①，此作为一个重要而崭新的制度被载入了宪法，由此围绕紧急状态的研究具有了宪法上的规范依据，同时我国正在制定紧急状态基本法及《突发事件应对法》，并将配合对相关的部门法律法规予以清理、修订。因而，目前有关紧急状态法制理论与实践的学术研究就成为了热点。

最后，我国宪法学者们一直普遍关注的是平时宪法的研究，即宪法在国家社会处于常态中的理论与实践成果丰富，但却长期忽视对紧急情势中宪法的地位、功能、价值、效力等，和国家权力的行使以及人权限制保障等相关问题的基础理论和实践程序的探讨，相形之下，这方面急需补强。

综上，我国当前的危机理论、危机管理的研究与发达国家和国际社会的研究现状整体相比较为落后，尤其是法律在处置危机中的作用没有得到重视，而比较国际立法中的紧急状态制度，我国更是起步晚、起点低。与此同时，紧急状态根本上乃是属于宪法层面的

① 2004 年我国《宪法（修正案）》的 14 条中有 3 条涉及“紧急状态”：

第二十六条 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”。

第二十七条 宪法第八十条“中华人民共和国主席根据全国人民代表大会的决定和全国人民代表大会常务委员会的决定，公布法律，任免国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长，授予国家的勋章和荣誉称号，发布特赦令，发布戒严令，宣布战争状态，发布动员令。”修改为：“中华人民共和国主席根据全国人民代表大会的决定和全国人民代表大会常务委员会的决定，公布法律，任免国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长，授予国家的勋章和荣誉称号，发布特赦令，宣布进入紧急状态，宣布战争状态，发布动员令。”

第二十九条 宪法第八十九条国务院职权第十六项“（十六）决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区的戒严”修改为“（十六）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”。

制度，但却又是与平时宪法根本不同的情势下所实施的制度。由此，笔者形成的问题就是，应当如何规范危机与宪法的关系，危机中的国家紧急权如何行使和人权如何保障，通过借鉴发达国家紧急状态法制经验以及遵循国际相关条约的危机立法，又将如何构建我国的紧急状态法制体系。

三、内容摘要

本书通过考察历史和当下显现出的深刻危机事实，比较世界各国和国际人权公约中法规范和法律制度对紧急情势的回应，从公法学的层面，阐释论证紧急状态法制的法理与功能，探究危机中的国家紧急权和人权克减及保障的理论与实践，最终尝试构建中国紧急状态法制的原理与制度。因为紧急状态法制是构建和谐社会的必要条件，同时，判断现代法治国家的标准不是仅仅存在常态社会之中，而更应当是在危机到来之时，即不但要求这个国家拥有完备的应急法制，而且能够遵从法治原则行使国家紧急权，依照人权保障原则克减人权。

本书由引言和正文构成，正文共有五章。

第一章“紧急状态的实存与当为”，本章首先明确了法学方法论上的取向，随后对危机进行实证性阐释，这是因为研究紧急状态法制的前提在于一个事实基础，即紧急情势或言危机，所以应将人类历史以来各种表征的危机进行类型化分析。但毫无疑问，并非所有危机都将由法律规制和调整，作为实然概念的危机必先转化为应然概念紧急状态，因而将围绕紧急状态这个法律术语和法学概念对其历史发展、内涵外延进行辨析，探讨其类型序列、法律原则，最后构成一个紧急状态的学术性体系。

第二章“紧急状态的因应法制”，危机中不仅需要宪法有效，而且需要系统全面的紧急状态法制发挥功能，本章首先考察和归纳了紧急状态法制的理论内容，包括意义追问、历史演进、适用对象、性质要件。尤其是从古罗马时代“紧急状态时，法律失其效

力”(necessitas non habet legem)到现代国家认识到紧急状态中法制不该“沉默”，这种观念转变背后的理论依据和现实背景。笔者归纳了紧急状态法制三种模式：宪法模式、基本法模式和专门法模式。比较了在理论支持和现实需要的客观要求下，现代国家在选择紧急状态法制模式过程中如何进行法规构造，这不但是各国主权内部行使立法权的问题，也是需结合国际法、国际公约条约和国际人权法的制度设计，甚至可以说，更是个国际问题。

紧急状态法制的现实必要性是显而易见的，因此，紧急状态法制可谓是和諧社会的必要之法。紧急状态法制研究中最為重大的命題是危机与宪法的关系，本书从宪法的学理分类着手，提出了平时宪法与紧急宪法的分类，说明危机中的宪法不得遭受破弃，相反依然理性有效和具有最高权威，即紧急状态法制是处在以紧急宪法为原点，以法治下的国家紧急权和人权克减与保障为两个坐标轴的坐标系之中，所以，紧急宪法是紧急状态法制化的起点和依据。笔者亦认为部门宪法是对传统宪法释义学的跨越，而紧急宪法也正是部门宪法之一。最后将谈及紧急状态法制化的趋势与其基本命题。

第三章“法治与国家紧急权”，紧急状态法制中公权力集中为国家紧急权，那么何谓国家紧急权是首要需释义的内容，诸如核心、本质、存在基础、合宪性控制。而后围绕国家紧急权运行中的基本问题，即发动、行使、期限、终止，来展开详细论证。虽然国家紧急权具有现实必要性，但其在紧急状态法制的轨道当中，依然必须坚持法治原则和宪法至上，因此在立法权、执行权和司法权三个权力方面进行框定和监督国家紧急权，即寻找国家紧急权的法治界限是紧急状态法制的重点内容。

第四章“紧急状态中的人权保障”，从宪法基础理论来看，基本权利的限制和保障是个重大命题，而且关于基本权利的核心理论必将会有助于保障紧急状态中最低人权的实现。进而通过国内法和国际人权法两个视角，发现国家紧急权出于公益的目的在某种程度上势必会克减人权，即紧急状态将对人权构成巨大威胁和产生强烈

影响。但另一方面，紧急状态法制的核心内容恰是要保障危机中的最低人权，结合历史经验、各国立法和国际条约的具体内容，以下三个人权保障层面至关重要，其一是最低的人权保障标准，其二是人权保障的基本原则，即法律保留原则和比例原则，其三是危机中人权保障的国际法义务。

第五章“我国紧急状态法制的构建与完善”，中国紧急状态法制虽自古有之，但我国紧急状态法制的建设却刚刚开始，因此应当首先认识当下我国相关法制现状和不足。构建我国紧急状态法制的任务包括两个方面，一个是创建适合我国国家社会发展的紧急状态法制理论，用以指导我国今后应对危机的法制建设和规制危机中国家紧急权的实施，并最终能够消解危机的同时保障基本人权的周全；另一个是制度层面的紧急状态法制的构建，包括宪法中紧急条款的充实、我国紧急状态基本法的模式选择和制度设计以及相关专门法的修改完善。