

# 紧急状态与行政法治

江必新\*

---

**内容提要:**紧急行政权是应对紧急状态的必须的权力;不同宪政体制下紧急行政权的内容不尽相同,但有着自己的逻辑结构;紧急行政权的设置与行使应当而且必须受到法律的规制;规制紧急行政权需要采取各种措施,同时要注意各种价值的平衡。

**关键词:**紧急状态 行政权 行政法治

---

美国政治家、思想家汉密尔顿曾经说过:“意外事件有时会在一切社会里产生,无论这些社会是怎样组成的”,“不幸是同国家分不开的弊病,就象肿瘤和斑疹是同人体分不开的疾病一样”。〔1〕汉密尔顿生动地说明了人类紧急状态的不可避免性。而历史经验告诉我们,紧急状态来临之时,往往是法治原则受到挑战之时,也是公民基本权利受到严重威胁的时候。法治对紧急状态是否必须“高抬贵手”?紧急状态是否可以游离于法治之外?在紧急状态下是否可以允许政府为所欲为?对这些问题,在专制时代,几乎大都作了肯定回答,或者至少是承认或默认无法无天的事实;但在现代民主宪政国家,大都作了否定回答。如何在控制局面和依法办事之间作到两全其美,在最快最有效地消除紧急状态与最大可能或最大限度地保护公民基本权利之间保持适度的平衡,既是衡量一个国家是否真正兑现法治的试金石,也是衡量一个政府是否具有高超的治理水平的检测器。

## 一、紧急状态与紧急行政权的必要性

在任何时代、任何国家,紧急状态都是难于避免的。这不仅仅是由人类对自然界的认识的局限性和有限性所决定的,也是人类自身的不完善性所决定的。

对紧急状态有不同的称谓,诸如“紧急事件”、“紧急情况”、“非常状态”、“特别状态”、“非常情况”、“非常局势”、“危险事态”、“危险情况”、“防御状态”等。紧急状态的具体表现形式有战争(内战或外敌入侵)、叛乱、政治骚乱、经济危机、严重自然灾害(地震、台风、洪水、泥石流、火灾等)、重大事故灾害(瓦斯爆炸、核泄露等)、严重传染病流行、大规模的动植物病虫害袭击、重大刑事犯罪等情况。各国对紧急状态的界定并不完全相同。大体说来有广义和狭义之分:广义的紧急状态是指具有一定危险程度的非正常的社会状态,包括战争、叛乱、政治骚乱、经济危机、严重自然灾害、重大事故灾害、严重传染病流行以及重大刑事犯罪等所有社会正常生活受到威胁或法律实施受到严重阻碍的状况;狭义的紧急状况通常指通过国家行政权即可加以控制的危险事态,某些国家专指某些特定的情形。本文在

---

\* 最高人民法院副院长。

〔1〕 转引自杨海坤:《非典,让我们正视行政紧急权力》,《法制日报》2003年5月8日。

广义上使用这一概念。

紧急状态可以从不同角度进行分类。从紧急状态所影响的范围和幅度看,紧急状态可分为内部与外部的紧急状态,个别紧急状态与公共紧急状态,中央紧急状态与地方紧急状态,局部紧急状态、全国紧急状态与国际紧急状态。从紧急状态所产生的原因看,紧急状态可分为国内原因紧急状态、国际原因紧急状态与复合原因紧急状态,人为原因紧急状态、自然原因紧急状态与复合原因紧急状态,违法犯罪引起的紧急状态与因意外事件引起的紧急状态。从紧急状态的危害后果看,紧急状态可分为危害生命健康安全的紧急状态、危害财产安全的紧急状态与复合紧急状态,损害个人利益的紧急状态、损害国家或公共利益的紧急状态。从紧急状态的危险程度看,紧急状态可分为一般危险紧急状态、特殊紧急状态与战争状态。

紧急状态的发生,使人类的生命健康和财产面临严重威胁,使正常的社会秩序受到破坏,使国家的法律和公共政策不能有效地贯彻实施,甚至使国家的政权具有被颠覆的危险。如果政府面对紧急状态视而不见、充耳不闻或泰然处之,或者面对紧急状态仍然恪守平时的法律规则,采取太平时期的措施和手段应对,则人民的生命健康和财产将受到极大的损害,国家、社会或公共利益将遭受难于弥补的损失,甚至“国将不国”。因此,任何国家的政府都不能等闲视之,否则就是对人民的犯罪。

在紧急状态下,全社会的主要任务是如何采取有效的措施来控制 and 消除紧急状态,恢复正常的生产、生活和法律秩序。政府在紧急状态中当然应当发挥主导作用。然而,由于紧急状态的危险性、威胁性以及紧迫性,仅仅采取一般的手段或措施难于应对紧急状态、恢复社会秩序从而对社会实施有效管理。因而有必要赋予政府以特殊的、比平常更大的行政权力——紧急行政权力,从而使政府能及时地组织、运用各种资源,采取强有力的措施,有效地应对紧急状态,消除危险度过危机,维持或恢复正常的宪法和法律秩序,确保人民的生命健康和财产安全,将紧急状态可能造成的损失减少到最低程度。而要做到这样,就可能改变正常的法律秩序,违背既定的或常态下的法治原则,限制或停止公民的某些权利。在这种情况下,紧急行政权力及其行使与既定的法治原则就会发生冲突。

有人用国家的存在优于个人的基本权利的观点来论证紧急行政权力的合理性和必要性,笔者不敢苟同。紧急行政权力的合理性可以从以下几个方面加以认识:首先,这是国家的基本职能所决定的。国家存在的基本或最大的理由是保护全体人民的生命健康和财产安全,当全体人民的生命健康和财产安全受到威胁的时候,国家有义务采取可能采取的手段给予救助。其次,这是利益权衡的必然选择。当紧急状态出现的时候,采取异常的应对措施所带来的利益远远大于遵守正常的法治秩序所带来的利益。为了人民的长远的、根本的、整体的利益,可以而且有必要牺牲短暂的、眼前的、局部的利益。再次,这是法律的性质和目的所决定的。法律本身不是目的,而是为达到社会公共利益所运用的手段。最后,这是公共利益优先原则所决定的。在紧急状态下,用紧急行政权限制个人某些权利,是维护公共利益所必须的手段,就如同遇难的船舶为了防止船舶下沉而抛弃船舶上的货物一样。

## 二、紧急行政权的基本内容

紧急行政权是应对紧急状态的一种特别权力。没有强有力的行政权,要动员组织人民战胜灾害、消除危机是不可想象的。从宪政体制上看,它包括国家元首的部分权力(除立法权以外)和最高行政机关(内阁、部长会议、国务院等)以及其他行政机关在紧急状态过程中所拥有的特权。不同的国家应对紧急状态的紧急行政权的范围和大小不尽相同,而且应对不同程度的紧急状态也有不同种类的紧急行政权。归纳起来,紧急行政权包括以下几个方面的内容:

### (一)同意、宣布、公告、延长紧急状态权

一是宣布紧急状态。塞浦路斯宪法第183条规定:“如果遇到战争或其他威胁本共和国或其任何地区生存的公开危险,部长会议有权就此通过决议,宣布紧急状态。”

二是对宣布紧急状态的同意权。阿拉伯也门宪法第 90 条规定：“共和国委员会主席在征得共和国委员会、内阁和协商会议同意后，得宣布国家进入战争或紧急状态，接受停战或媾和。”阿拉伯联合酋长国临时宪法第 146 条规定：“如有必要，按法律规定，根据联邦总统建议，经联邦部长会议和最高委员会同意，由联邦总统下令实行军法管制。”

三是对紧急状态的公告权。塞浦路斯宪法第 183 条第 3 款规定：“共和国总统和副总统，除业已单独或共同行使本条第一款规定的否决权外，应立即将宣布紧急状态的公告在共和国公报上予以公布。”

四是延长紧急状态的请求权。塞浦路斯宪法第 183 条规定：“宣布紧急状态应自众议院构成确认之日起 2 个月满后失效，但应部长会议的请求众议院得通过决议延长紧急状态的期限……”

#### (二) 制定、颁布或附署适用于紧急状态期间和区域的法律、法规、命令权

一是发布法规、命令权。<sup>[2]</sup>塞浦路斯宪法第 183 条规定：“在实施紧急状态期间，部长会议如认为需要立即采取行动时，得不受本宪法规定的限制而发布纯粹同紧急状态有关并具有法律效力的命令。”约旦王国宪法第 94 条规定：“在国民议会闭会期间，经国王同意后，内阁有权就刻不容缓需要采取紧急措施的事项或为批准不容迟延的紧急开支而公布暂行法，上述暂行法不在违背本宪法规定的情况下具有法律效力。”

二是就地方国家机关的权力及其行使方式发布指示或作出规定。如巴基斯坦宪法第 232 条第 2 款规定：“在宣布紧急状态期间，联邦行政权应包括就各省行政权的行使方式向各该省发布指示”，“联邦政府得以命令宣布由联邦政府直接行使或指示省督代表联邦政府行使该省省政府的的全部或者任一职权，以及除省议会以外，该省的任何机构或当局所拥有或行使的全部或任一权力，并且制定联邦政府认为对实施公告的规定所必要的或需要的附带后续规定，包括全部或部分暂停施行宪法有关该省任何机构或当局任何规定的规定”。

三是公布或附署紧急命令权。如泰国宪法第 157 条第 4 款规定：“不论紧急敕令是否获得追认，均应由总理在政府公报上公布。如未获追认，则该项敕令自政府公报上公布之日的第二天失效。”有的国家法律规定，得由政府总理附署签发紧急状态法令。如希腊宪法第 48 条第 1 款规定：“共和国总统，在严重扰乱或明显威胁公共秩序和国家安全的情况下，得发布由总理副署的命令，宣布在希腊全境或局部地区实行戒严并成立特别法庭。”

#### (三) 依法采取或被授权或被委托采取宏观应对措施权

一是实行戒严。<sup>[3]</sup>戒严系“于战争或非常事变时，由政府以兵备在全国或一定区域内，加以警

[2] 紧急状态下的立法权大多由国家元首行使，但这种权力属于立法权还是行政权值得研究。如：马来西亚宪法第 150 条第 4 款规定：“在紧急状态的宣布生效期间，联邦行政权得不受本宪法任何规定的限制而包括对属于州立法权限的任何事项的管辖以及对州政府或其官员及所属机关发出命令。”科威特王国宪法第 71 条规定：“在国民议会闭会期间或被解散的时候，如有必要采取紧急措施，埃米尔得颁布具有法律效力的命令，但这些命令不能和宪法相抵触或者违反预算法所包括的拨款规定。”马尔代夫宪法第 37 条规定：“在国家面临紧急情况时，共和国总统有发布命令临机应变之权。但这种应变命令不得违反宪法。”马来西亚宪法第 150 条第 2 款(2)规定：“在紧急状态生效后，除议会两院同时处于会议期间外，最高元首得随时根据形势的需要在他认为有必要立即采取行动时颁布施行他认为必要的法令。”巴基斯坦宪法第 234 条第 1 款规定：“如总统认为出现了使某省省政府无法正常行使宪法规定职能的局势，总统可以发布公告宣布：1. 总统本人或指示该省省督代表总统行使省政府全部或任何职能，并且行使除该省省议会以外的该省任何机构或当局拥有或行使的全部或任何权力；2. 宣布该省省议会的权力由议会代行，或须经议会批准方可行使；3. 制定对实施公告的规定所必要或需要的附带后续规定，包括全部或部分暂停施行宪法有关该省任何机构或当局的任何规定的规定”。

[3] 戒严一词在英文中为 Martial Law，德文为 Bela Hgerungszustand，法语是 Etat de siege。在欧洲古代和中世纪，并没有专门的戒严法律，只有一些零星的关于实行戒严的法律规定。最早的戒严法是法国于 1789 年 10 月 21 日制定的禁止聚众的戒严法。后来，依据法兰西第二共和国宪法第 106 条的规定，于 1849 年 8 月 9 日又制定了戒严状态法。

戒,而对人民自由权加以限制或停止者”。〔4〕在20世纪以前,通常是在宪法中原则授权;20世纪以来,用专门立法的形式来规定戒严事项成为一种趋势。大体有以下几种类型:(1)通过宪法对戒严作原则规定,如:前苏联1977年宪法第121条第15项规定,最高苏维埃主席团“为了保卫苏联,宣布个别地区或全国戒严”;1952年波兰宪法第28条第2项规定:“国务委员会依国防或国家安全利益的需要,得宣布波兰共和国局部或全部的戒严。”(2)制定专门的戒严法,如南朝鲜在1981年4月17日公布了戒严法,该法共14条,对戒严种类、条件、期限和戒严司令官的权限作了较为详尽的规定。(3)既未在宪法中规定戒严,也无专门的戒严法,但政府可以依紧急行政权或惯例宣布戒严,如美国的联邦政府和各州的政府都有权宣布戒严。〔5〕

二是实行军事管制。军事管制,又称为军法管制,是对付严重危险的紧急状态的一种应对措施。〔6〕军事管制具有以下几个基本特点:正常国家权力移转给军事机关;〔7〕军事管制法可以作为例外在本国内部实施;除被占领土的普通法院经同意继续存在和执行法律外,审判权由军事法庭或军事裁判庭根据占领军的军事当局所确立的规则行使;成立专门的军事法庭,审判违犯军事管制法之罪;〔8〕军事管制期间,中止公民基本权利的行使,个别情况依法律规定的例外。〔9〕在不同的国家,军事管制同戒严之间的关系不尽相同。〔10〕在军事管制与戒严同时并存的国家,军事管制与戒严的差异主要表现在以下几个方面:一是目的和任务不同。军事管制的突出特征是“接管”,即凡实行军事管制的地域和单位,军事当局行使各种地方国家行政权、司法权和其它权力,〔11〕社会生活军事化。而戒严最大的特征就是“维护治安”,即由军队出面维持社会秩序,〔12〕戒严期间正常的行政权和司法权仍可有效运转,军事当局不能接管这些国家权力,只能应特定国家机关的请求调遣部队,协同地方治安

〔4〕 参见商务印书馆刊印的由郑镜毅主编的《法律大辞典》“戒严”条。另外,1934年上海大东书局印行的由王翰章主编的《法律大辞典》认为,戒严系指“国家值战争,或其他非常事变之际,为谋国境治安计,于全国或一地方,施以兵力或备之一行政作用,或司法作用之谓也。”

〔5〕 美国在1935年就有32个州调集国民警卫队实行戒严。20世纪60年代初,在美国的马里兰州剑桥,国防军曾进驻并占领学校,实行戒严达一年之久。印度尼西亚于1957-1966年实行戒严。巴基斯坦曾多次宣布戒严,最长的一次是1977年7月至1985年12月;约旦于1948年实施戒严;中非共和国曾在1982年2月至4月戒严两个月,后又在同年8月至9月实行过一次戒严;阿根廷于1989年5月29日宣布全国戒严30天。

〔6〕 在英国,军事管制法(Martial Law)指由高级警官和纹章院院长法庭所实施的法律,并从这个法庭产生了今天的军事管制法。它现在是根据英国皇家特权令适用于暂时由英王军队占领的外国领土的法律。

〔7〕 如南朝鲜戒严法规定,从宣布“非常戒严”(相当于军事管制)时起,戒严司令官掌管戒严区内的一切行政和司法事务。在“非常戒严”地区,戒严司令官认为军事上需要时,有权对逮捕、拘押、没收、搜查、居住、迁徙、言论、出版、集会、结社、团体行动等事项进行特别处理,并将内容提前公布。

〔8〕 例如,爱尔兰宪法第38条第4款规定:“在实行军法管制及对付战争状态或武装叛乱时,为审判被指控的违犯军法之罪,得成立军事法庭。”

〔9〕 如阿拉伯联合酋长国临时宪法第145条规定:“除宣布实行军法管制以及由此而规定的法律限制外,不得中止执行本宪法任何条款。”“但在实行军法管制时期,不得中止联邦议会会议,也不得侵犯议会议员的豁免权。”

〔10〕 戒严与军事管制的关系大体有以下几种类型:一是军事管制与戒严重合或同义,二者没有严格区分。军事管制和戒严发生的条件、方式和作用机制基本相同。如英语里Martial Law这个词组既可以翻译为军事管制法,又可以指戒严法。二是戒严从属于军事管制,即把戒严作为军事管制的一项特殊的应对措施来看待,也就是说,在实行军事管制期间,可以实行戒严,也可以不实行戒严。如《苏联军事百科全书》就把戒严解释为“一种特殊的军事管制”。三是军事管制从属于戒严,即把军事管制作为戒严的一项特殊应对措施,即是说,在实行戒严期间,既可以实行军事管制,也可以不实行军事管制。例如,南朝鲜戒严法将戒严分为“非常戒严”和“警备戒严”,在“非常戒严”情况下,戒严司令官有权掌握戒严区内的一切行政和司法事务,这实际上是军事管制的内容。四是军事管制和戒严属于两种独立的紧急应对措施,互不从属,两者具有不同的适用条件、方式和内容。如孟加拉宪法就将戒严和军管分开。该宪法第150条第3款第8项规定:“一八九七年《一般条例法》关于议会法令及其废除的规定同样适用于上述公告以及军法管制条例和军法管制命令,也适用于上述公告的废除以及戒严令的取消和上述军法管制条例和军法管制命令的取消,就象上述公告和关于废除上述公告的公告以及关于取消戒严令、军法管制条例和军法管制命令的公告都是议会法令一样。”

〔11〕 由于军事当局全部或部分地接管了国家行政机关、司法机关以及各种企事业单位,使得军事当局在其接管的权限内,可以具体地决定和管理社会生活中的各项事务,包括生产、商业、交通、电讯、新闻、文教、司法等各方面的社会活动。

〔12〕 军队的调遣必须受正常宪法和法律规定的约束,其军事执行力不能完全否定地方国家权力的法律效力。

力量维护社会秩序,保护人民生命财产不受侵犯。二是适用范围不同。军事管制主要用于一国政权刚刚建立、新的宪法和法律尚未制定期间,还适用于防止国内外敌人的颠覆和破坏活动,军管期间可以在局部地区实行戒严,戒严可以作为军事管制期间一种特殊手段加以采用。但戒严并不仅仅适用于军事管制期间,在出现大规模暴力行动,正常的宪法和法律手段无法维持秩序时,特定的机关或个人也可请求军队协助进行戒严,戒严时军事当局的主要任务是维护社会治安,并不直接领导和指挥国家机构和社会管理,一旦大规模暴力行动消失,军事当局的使命即告完成。三是应对措施的强度不同。军事管制以军事当局有效接管国家政权为目的,只要用非军事应对措施能解决问题,就可以不采用军事手段。戒严则必须采用军事对抗手段来对付紧急危险局势,直至紧急危险事态消除。

三是实行宵禁。宵禁是为了恢复正常的社会秩序,禁止居民在夜晚某一段时间外出活动,或在夜晚采取特别许可证通行制度。宵禁一般在危险局势发生之后采取,有时与戒严并用,有时则单独使用。各国对宵禁时间的规定不尽相同,但一般是从头一天深夜至次日凌晨6点之间,如玻利维亚的宵禁时间为午夜到凌晨6时;阿尔及利亚的宵禁时间为首都从24点至凌晨6点、远离首都的城市从22点至凌晨5点。宵禁期间通常采取下列措施:禁止居民在公共场所活动;断绝交通;实行通行证制度,出门须持有军事当局颁发的通行证;违反规定不听劝阻者,军警有权予以拘留直至开枪。宵禁任务一般由军队承担,地方社会治安力量也可以适当协同承担或协助宵禁工作。

四是实行总动员。动员是一种积极的紧急对抗措施,其目的在于发动全体国民共同奋斗,对付紧急危险局势,尽力减少因紧急危险事态给国家和国民所造成的损失。从涉及的地域范围看,动员可分为全国总动员和局部地区动员。从动员的目的看,动员可分为战争动员、战备动员和救灾动员等。动员以动员令的形式发布,往往在紧急状态令颁布后发布,但有时为了抗灾抢险,也可在不发布紧急状态令的情况下发布动员令。

五是限制或停止公民权利。保障基本人权不受侵犯是民主宪政的基本原则之一,同时也是衡量一个国家法治水平的标志。但是,由于紧急状态的特殊危险性,为了更好地、更长久地保护公民的基本权利和自由,相当一些国家都对宪法中所确立的基本人权作出一定的限制。不同的国家限制或停止公民权利的范围不尽相同。有的国家法律规定,限制的范围应包括公民的各项基本权利。如孟加拉国宪法第141条(丙)规定,在紧急状态公告令实施期间,总统可发布命令宣布,在紧急状态公告令生效期间或命令中指出的较短时期内,中止公民基本权利。也有的国家法律只对公民的部分基本权利作出限制。如马来西亚宪法第149条规定,在实施紧急状态期间,公民的人身自由、禁止驱逐出境和迁徙自由、言论结社集会自由、财产权利等应受到限制。归纳起来,受到限制或停止的权利主要有:人身自由;不得从事强迫劳动;刑事诉讼中的一些诉讼权;居住和迁徙自由;住宅不受侵犯;通信自由;结社集会自由;国家赔偿;言论自由;从事职业、经营权;罢工权等。<sup>[13]</sup>

#### (四)依法或依职权采取具体应对措施权

在某种具体的紧急状态中,或者在实施某种宏观措施中,都不能不涉及具体行政手段或具体行政措施的运用。这些具体措施可能涉及所有具体行政行为的运用,但主要有以下几类:

一是有针对性地建立机构和相应的制度。如建立全国或地方应急处理机构和相应的专业机构;建立相应的责任制度;制定全国或地方应急预案;建立监测和预警机制;建立有关报告和公布制度;建立有关措施实施程序制度;建立财政支持制度等。<sup>[14]</sup>

二是征调与征用。征调是指政府强制有关公民提供一定劳务或者财物的措施,如调用民工。征用是指政府有权使用公民或组织的动产或不动产,如征用房屋和交通工具。紧急状态下的征调和征用,具有较强的强制性和即时性。

[13] 参见徐高、莫纪宏:《外国紧急状态法律制度》,法律出版社1994年版,第90页以下。

[14] 中国政府在抗击非典型肺炎疫情灾害中,根据《突发公共卫生事件应急条例》,采取了上述措施。

三是实行强制隔离、强制检疫、强制医疗、强制驱散等强制措施。如对疫区实行封锁、对被污染水源实施封闭、对疑似病人进行强行隔离、在一定的期间内强制停课停业停工停产等。

四是给付措施。包括实施必需品供应、提供设施设备技术、实施补助奖励抚恤等措施。如我国《突发公共卫生事件应急条例》规定,县级以上各级人民政府及其卫生行政部门应当对参加突发公共卫生事件应急处理的医疗卫生人员给予适当补助和保健津贴,对作出贡献的给予表彰和奖励,对致病致残死亡人员按规定给予补助和抚恤;县级以上各级人民政府应当提供必要资金,保障因突发公共卫生事件致病、致残的人员得到及时、有效的救治;国家对边远贫困地区突发公共卫生事件应急工作提供财政支持。

五是对交通、通讯、食物、水源等采取的管制性措施。如我国《突发公共卫生事件应急条例》规定,突发公共卫生事件应急处理指挥部根据突发公共卫生应急处理的需要,可以对食物和水源采取控制措施。

六是对相关事项的行政指导权。例如中国政府和相关部门在抗击非典型肺炎的斗争中,行政指导得到了比较充分的运用。国家卫生部先后发布了《公共预防传染性非典型肺炎指导原则》、《传染性非典型肺炎推荐治疗方案》、《公共场所预防传染性非典型肺炎消毒指导原则》等指导性规范文件,取得了较好的效果。

七是对违反紧急状态时期所颁布的法令及其他相关违法行为的制裁权。如我国《突发公共卫生事件应急条例》在罚则中对卫生行政部门、疾病预防控制机构和医疗机构及其工作人员不依法履行职责作出了严格的行政处罚、行政处分甚至追究刑事责任的规定。

### 三、紧急行政权受法律规制的可能性

紧急行政权在相当长的历史时期内都不受法律的规制,而且这种现象被视为理所当然。如英国思想家洛克把行政紧急权力和行政非常权力称为“行政特权”,并认为:“在某种场合,法律应当让位于执行权。因为世间常能发生许多偶然的事情,遇到这种场合,严格地呆板地执行法律反会有害(例如,邻居失火,不把一家无辜的人的房屋拆掉来阻止火势蔓延)。”<sup>[15]</sup> 这种观点之所以长期占居支配地位,主要原因在于以下几个方面:紧急行政权被认为是国家行政机关(包括国家元首)的天然特权或习惯权力,行政机关在紧急状态下的行为被认为是国家行为、统治行为或主权行为,不能由法律加以规定;<sup>[16]</sup> 紧急行政权被认为具有高度的政治性、政策性,不宜由法律加以规范;在紧急状态中,社会关系具有高度的复杂性、频繁的变动性,需要行政机关具有高度的机动性、灵活性、权变性,难于由法律加以规范。<sup>[17]</sup>

但是,各国的宪政制度和民主法治发展的轨迹表明,紧急行政权及其运用正在不断地被纳入法治的轨道。其原因在于:其一,行政权的强化是一把双刃剑。同其他行政权一样,紧急行政权同样有被滥用的可能性。紧急行政权是一种必要的权力,但又是一种最为危险的权力。如果认为情况特殊,政府就可以为所欲为,各部门、各地区可以各行其是,权力就会无序行使,社会就会出现新的混乱。而且,紧急行政权是一种影响力和支配力极大的权力,稍有不当地就可能影响国家的命运和人民的根本利益。紧急行政权在一些国家的运用实践表明,它是一种最容易被滥用的权力:不少国家或地区在紧急状态中造成了大量的人道主义灾难,有的肆意践踏或随意剥夺国民的基本权利,有的借机实行非法的

[15] 转引自杨海坤:《非典,让我们正视行政紧急权力》,《法制日报》2003年5月8日。

[16] 如英国早在都铎王朝时代,王室就享有在非常时期、在国家危险或其他例外情况下可以援用非常时期权力的惯例,如伊丽莎白女王对西班牙舰队所构成的威胁所采取的措施。

[17] 这种观点在我国延续得更为长久,直到上个世纪90年代,我国还有不少行政法学教材将“应急性原则”作为独立于合法性原则以外的行政法基本原则。

政权更迭,有的甚至对国民或外国侨民采取灭绝人性、惨无人道的手段。其二,紧急行政权如果没有合法的权力来源,就不会具有普遍的、持久的感召力;紧急行政权如果没有必要的规范和约束,就难于取得法律强制力的支撑;紧急行政权如果没有必要的自律和他律,就得不到国民的普遍认同和支持。其三,紧急事件的重复出现以及各国之间的相互学习,使人类逐步认识到了处理紧急事件的一些基本规律,从而为紧急状态的法治化创造了条件,也打破了紧急行政权不能或难于规范的神话。基于上述理由或原因,人们普遍认为,应当将紧急行政权纳入法治轨道。<sup>[18]</sup>绝大多数国家都建立了相应的应急法治。一个有较高治理水平的法治政府,不仅能在正常社会状态下运用法律维护好社会秩序和国民权益,而且能在非常时期作到依法(包括一般法和特别法)办事。

紧急行政权的法治化过程经历了一个相当长的历史阶段。即使从1628年英国通过权利请愿书对戒严加以规定开始计算,也经历了375年的时间。综合世界各国的经验,紧急行政权的法治化主要是通过以下几种途径实现的:

一是通过宪法对行政机关给予概括的授权,从而将紧急行政权纳入法律规制的范围,并通过对立法机关、国家元首、司法机关紧急权的授予,设定重大紧急行政权的行使程序以制约紧急行政权的行使,绝大多数国家的宪法都有相关内容的规定,所不同的是有的规定得比较详尽(用专章加以规定),有的规定得比较简略(用专门条款加以规定)。我国现行宪法对紧急状态(戒严)的宣告有原则性规定,但缺乏制约机制明确的程序性规定,更没有有关公民在紧急状态下基本权利最低保护限度的规定,有必要在修改宪法时加以完善。

二是制定紧急状态基本法,对紧急行政权做系统、详尽的规范,如英国1814年-1915年的王国保护防卫法、1920年和1964年的紧急状态权力防御法,美国1975年的全国紧急状态法,法国1955年4月3日颁布的紧急状态法,前苏联1990年4月3日最高苏维埃通过的紧急状态法律制度法等。所有紧急状态具有一定的共性,为了调整紧急状态下出现的有别于平时但相对各种具体的紧急状态又具有一定共性的特定关系,事先制定一般紧急状态法是必要的。一旦紧急状态出现,政府和有关机构就可以进入特别程序,行使特别权力。在这种状态下,政府和有关机构行使紧急行政权就有了明确的法律依据。我国目前尚未制定紧急状态基本法,在各种特别紧急状态法尚不完备的时候,一旦遇到尚未制定特别紧急状态法的领域发生紧急状态,就会出现无法可依的局面。

三是制定有关具体紧急状态的单行法(即特别紧急状态法)对特定的紧急状态应对措施或特定的紧急状态进行具体规范,如美国1871年4月20日的三K党法案、1973年的战争权力法、1975年的国际经济紧急权力法,法国1849年8月9日颁布1878年修改的戒严法,我国全国人大制定的戒严法、传染病防治法、防洪法、防震减灾法以及2003年5月国务院制定颁布的《突发公共卫生事件应急条例》等。此外,相当一些国家都颁布有传染病或疫病防治法、防灾减灾法等法律。特别紧急状态法对具体规范紧急行政权的具体运作,更具有针对性和可操作性。我国目前在特别紧急状态法的立法方面,虽然取得了一定的成就,但尚有诸多领域还没有特别紧急状态法加以规范,而且有的是“急来抱佛脚”,缺乏全面和理性的思考,因而有必要制定系统的特别紧急立法规划,不断完善我国特别紧急状态立法体系。

四是在其他单行法律、法规中规定有关应对紧急状态的内容,如日本的自卫队法和警察法、许多国家的集会游行示威法等法律。目前,我国的某些单行法律、法规如警察法、集会、游行、示威法等法律中涉及到紧急行政权行使的有关内容,但是还不全面,有些法律应当规定而没有规定,需要在修改有关法律时加以完善。尤其是正在酝酿起草的行政程序法应当辟专章或专节加以规定有关紧急行政

[18] 德国行政法学家哈特穆特·毛雷尔认为:在特殊的“紧急情况”下,人们可能接受例外的行政权力,但不得以实际情况为由废除法律原则,否则,人们的基本权利就将失去防御。英国的行政法学家威廉·韦德也认为:在法治社会里,不应存在任何不受限制的权利。

权的行使问题。

五是加入国际公约,将紧急状态纳入国际公约的调整范围。如《公民及政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》、《巴黎最低标准》、《国际劳动公约》等都涉及紧急状态的内容,都对紧急行政权作出了相应的规范。通过以上规范途径,规定了在紧急状态时期如何处理国家权力与国家权力、国家权力与公民权利、公民权利与公民权利之间的关系,从而形成了紧急状态法治化的宪法和法律基础。将紧急行政权纳入国际公约的调整范围,实际上是将紧急行政权纳入国际社会的监督范围,显然有利于紧急行政权的法治化。但是,在相关的国际组织被个别超级大国操纵的时候,或者在国际组织本身的法治化尚有疑问的时候,要防止有人借机干涉主权国家的内政。我国目前已经签署《公民及政治权利国际公约》,正式加入后将需要通过具体的法律、法规将有关内容转变成国内法,使国内法更好地与相关公约接轨。

#### 四、规制紧急行政权的基本思路

如何具体地将紧急行政权纳入法治的轨道,如何协调或缓冲紧急状态与法治状态的冲突,是我们需要进一步研究的问题。总结国外的已有的经验,结合我国的实际情况,笔者认为应当从以下几个方面入手:

##### (一)对紧急状态的宣告严加规范

某一国家或地区客观上出现了紧急状态而不予宣告,就可能贻误时机,使行政机关不能对社会实施有效的管理,从而造成公共利益和国民人身或财产的巨大损害;但政府如果随意宣告紧急状态,又会使国民的权利受到不应有的限制。因此严格规范紧急状态的宣告,具有重要意义。规范紧急状态的宣告,需要采取以下措施:

要严格界定紧急状态的定义。为了防止政府随意宣布紧急状态、随意启动紧急行政权,也为了防止政府在紧急情况下消极不作为,有必要通过法律确定紧急状态的定义。对紧急状态各国有不同的定义,如欧洲人权法院将“公共紧急状态”定义为“一种特别的、迫在眉睫的、影响全体人民并对整个社会的正常生活构成威胁的危机或危险局势”。<sup>[19]</sup>笔者认为,紧急状态的构成,至少需要同时具备以下几个条件:一是危险的异常性,即使国民的生命健康财产安全或国家财产、政权处于特别危险之中;二是时间的急迫性,即危险已成现实或迫在眉睫;三是影响的广泛性,即在相当范围内产生了负面影响或造成了社会恐慌;四是秩序的非正常性,即已严重影响人们正常的生产生活或国家机关不能正常地行使权力;五是特别应对措施的必要性,即采取正常的限制办法或措施已不足于维护公共安全和社会秩序或不足于保护国民生命健康和财产安全,维护政权的生存,必须采取特别的应对措施才能恢复秩序或保护国民生命健康和财产安全、维护政权的生存。

明确规定紧急状态的确认主体。紧急状态是否形成以及危险的程度,不同的人可能会有不同的感觉、认识和判断。为了统一认识,减少紧急状态确认的随意性,增加宣告的权威性和认同感,紧急状态的确认主体必须是法定的权威机关。根据国外的宪法规定,紧急状态的确认主体一般为立法机关<sup>[20]</sup>或国家元首。<sup>[21]</sup>行政机关通常不具有最终的确认权(需国家元首或立法机关的同意、确认或批准)。地方国家机关除联邦制外通常不享有确认权。军事机关只在战争时期拥有一定的确认权。许多国家规定紧急状态的确认权由两个或两个以上的机关共同行使,有的还规定由全民复决。根据

[19] 参见前引[13],徐高、莫纪宏书,第7页。

[20] 在实现一院制的国家中,通常由议会确认或批准紧急状态;议会闭会期间,由议会的常设机构代行议会的确认或批准权。在两院制国家中,紧急状态的确认或批准分三种情况:一是由一院批准;二是两院分别批准;三是两院联席会议共同确认或批准。

[21] 有的行使同意、批准权;有的行使直接确认权;有的行使否决权;有的行使议会闭会期间的替代确认权。

我国宪政体制,由战争和政治动乱、社会骚乱引起的紧急状态,原则上应由全国人大常委会宣布;由自然灾害和公共卫生引起的紧急状态,原则上可由政府宣布。

具体规定确认紧急状态的程序。紧急状态的确认事关国民的基本权利,必须进行程序控制,即紧急状态的确认必须符合法定程序或正当程序,违反法定程序的确认不具有法律效力。紧急状态的确认通常分为请求或提议(包括地方政权机关的请求和法定机关的提议)、批准或同意(包括有权机关及其批准、同意方式或者表决或通过程序)、宣布或公告(包括法定的内容和方式)、延长或终止(包括延长或终止紧急状态期限的条件和程序)、追认或复决(对紧急状态确认的事后审查)等环节。设定确认程序必须注意以下几个问题:确保对紧急事实和危险程度判断的准确性;建立制约机制,防止确认权的滥用;强调程序的快捷,以防贻误时机。

设定认可或追认程序以强化监督。紧急状态一旦发生,应及时由有权国家机关予以确认。但为了减少灾难或损失,可以事前作出预告。如果有权批准或确认紧急状态的国家机关或个人闭会或不在岗时,可由其他国家机关代为确认,但事后须得到有权机关的认可或追认。有权机关或个人可以变更、撤销或终止非法或不合理的确认,但一般不否定已经产生的法律效果。

### (二)明确规定政府及有关机构在紧急状态下的职责和义务,防止渎职或失职现象的发生

如有的国家的法律规定,政府在紧急状态出现后,应迅速制定应急预案,组织有关突发事件信息的收集、分析、报告和发布,对突发事件现场及时有效地予以控制,采取救助遇难、遇险、致病、致伤人员,积极采取防止危险扩大的措施,组织应急设施、设备、救治药品、医疗器械及其他物资、技术的调度和储备,等等。为了防止在关键时刻出现渎职或失职情况,法律必须明确规定有关机关和工作人员的具体的职责,为渎职和失职行为设定明确的法律后果,并建立有效的责任监督和追究机制。

### (三)严格规定不同类型的应对措施适用条件,以防止紧急行政权的滥用

为了防止紧急行政权的滥用,需要对各种应对措施的适用条件作出明确规定,尤其是戒严和军事管制等措施。

对于戒严的条件,有的国家规定比较原则,具体由有关当局自行判断,但通常设定程序加以限制。<sup>[22]</sup>大多数国家都要求只有在出现情况极其严重的紧急事态,用正常手段不足以维护宪法和法律秩序的时候,才可以实行戒严。<sup>[23]</sup>有的国家划分了戒严的种类,并对不同种类的戒严规定了不同的条件。<sup>[24]</sup>笔者认为,戒严必须同时具备以下三个条件:1. 紧急危险局势表现为暴力冲突(这种冲突既可以是由于一国内乱引起的,也可能是由于外部侵略所造成的);2. 紧急危险局势非常严峻,直接威胁到国家政权的巩固和人民生命财产的安全;3. 正常的行政和司法手段不足以维护宪法和法律秩序,不能有效地消除紧急危险事态。

对军事管制的适用条件应当规定得更为严格。军事管制只有在战争或内乱引起的严重危机、用

[22] 如泰国宪法规定,如果是局部地区有宣布戒严令的紧急需要时,军事当局按照戒严法的规定宣布戒严。如科威特宪法规定,当出现紧急危险事态时,实行戒严。

[23] 如约旦宪法第125条第1款规定:“如果紧急情况极其严重,依照本宪法上款规定采取的行动尚不足以保卫王国时,国王得根据内阁的决议发布敕令,宣布全国或部分地区实施戒严令。”再如土耳其宪法第122条规定,如发生旨在破坏宪法规定的自由民主制度或基本权利和自由、有需要宣布紧急状态更严重的大规模暴力行动,或发生战争、战争危机、暴动、反对祖国和共和国的武装叛乱或以内部或外部威胁国家和民族完整的大规模暴力行动等情况时,内阁在总统的主持召集下,经征询国家安全委员会的意见后,得宣布在国家的一个或一个以上的地区或全国范围内实施不超过6个月的戒严。法国宪法和法律规定,只有在受到外部威胁、发生武装叛乱等极为严重危险事态时方能实行戒严,而在公共秩序遭到严重破坏、发生具有社会灾难性事件时只能宣布紧急状态。在法国,戒严令一经宣布,行政当局维持秩序和治安权全部移交军事当局,而紧急状态时期,维持秩序和治安权仍属行政当局。

[24] 如韩国1981年4月17日公布的戒严法,将戒严分为“非常戒严”和“警备戒严”两种。“非常戒严”,指发生战争和特殊事件等非常事态,国家处于交战状态或社会秩序极度混乱,行政及司法机关职能明显难以执行,为军事上的需要和维护公共秩序的安全,由总统宣布施行“非常戒严”。“警备戒严”,指发生战争和特殊事件等非常事态,社会秩序出现混乱,只靠一般行政机关不能确保治安,为维护公共秩序的安定,由总统宣布施行“警备戒严”。

戒严以下的手段不足以维护宪法和法律秩序时才能适用。适用军事管制必须同时具备以下几个条件:一是紧急状态达到非常严重程度;二是采用戒严以下的手段无法消除紧急状态,维持或恢复宪法和法律秩序。

#### (四)明确规定各种宏观应对措施所能够行使的权力和采用的手段

无论是动员还是宵禁,是戒严还是军事管制,均需要采取一系列的具体手段和行为,需要行使一定的权力。这些权力主要有:紧急立法权、紧急财政权(增加财政拨款或变更预算)、对公民人身的特别强制权、对公民组织的财产的征用征调权、紧急情况下的警察权、对现行危急犯罪的紧急处置权、无法预料的情况发生后的灵活或便宜行事权以及对有关事项的行政指导权等等。在法治的状态下应当尽可能地对各种宏观措施所能采用的具体手段、措施和行为作出明确的规定,而不应“不加限制地交给政府一张空白支票,让政府在紧急状态下自己去任意确定自己行使何种权力”。<sup>[25]</sup>以戒严为例,各国关于具体措施的规定大体具有以下几种类型:一是通过特定机关在戒严期间发布特别命令明确规定必须采取的措施和手段。如土耳其宪法第122条规定,在戒严期间,内阁在总统的主持召集下,得就内战状态的必要措施发布具有法律效力的命令。1988年8月10日,缅甸首都仰光军区司令发布的戒严令规定:(1)即日起在仰光地区实行宵禁(从上午8:00至下午4:00);(2)禁止5人以上(包括5人)在街上聚集、行走、禁止游行、演讲、呼口号、鼓动、制造动乱和违法行为。二是在戒严法中对可以采用的手段具体加以列举。法国戒严法规定,在戒严区内,当出现导致一场外来战争的危险时,军方有权逮捕罪犯,搜查、收缴武器弹药,管理出版物和集会等。再如南朝鲜戒严法规定,为执行戒严任务,成立戒严司令部,由戒严司令官总负责。从宣布“非常戒严”时起,戒严司令官掌管戒严区内的一切行政和司法事务。在“非常戒严”地区,戒严司令官认为军事上需要时,有权对逮捕、拘押、没收、搜查、居住、迁徙、言论、出版、集会、结社、团体行动等事项进行特别处理,并将内容提前公布。戒严司令官可依法动员或征用民夫,必要时可命令对军事所需物品进行调查、登记和禁止运出。不得已时,可在“非常戒严”地区破坏或烧毁国民财产,并在事后对造成的损失进行正当的赔偿。法国戒严法规定,戒严令宣布后,行政当局维持秩序和治安权力全部移交军事当局。在因武装暴力引起十分紧急情况、宣布戒严时,赋予军事法院特别管辖权。军事当局在戒严期间享有以下权力:(一)白天或夜间进入居民住宅搜查;(二)驱逐惯犯和在戒严地区无住宅的个人;(三)勒令交回武器和弹药,并可进行搜查以及强行收缴武器和弹药;(四)禁止被认为可能引起或维持骚乱的出版物和集会。

总之,这种授权应当尽可能的具体,应当尽量减少概括授权,更不允许开“空白支票”;应当确定紧急权力的边界及范围,不允许无限授权,即使是便宜行事也应要求其遵循一定的原则和要求。

#### (五)用立法机关、国家元首、司法机关的紧急权限制、制约紧急行政权

为了防止紧急行政权的滥用,有必要用立法机关、国家元首和司法机关的紧急权限制、制约紧急行政权。从其他国家的实践来看,主要有以下方式:

一是由立法机关或国家元首确认或宣布紧急状态。巴基斯坦宪法第232条第1款规定:“如果总统认为,由于战争或者外来侵略或者省政府无力控制的内部动乱,而出现威胁巴基斯坦或其任何部分安全的严重紧急情况,有权发表公告宣布紧急状态。”阿拉伯也门共和国宪法第90条规定:“共和国委员会主席在征得共和国委员会、内阁和协商会议同意后,得宣布国家进入战争或紧急状态,接受停战或媾和。”

二是由立法机关或国家元首宣布实行宏观应对措施。例如军事管制和戒严在相当多的国家应由最高国家权力机关宣布和确认,一般不单独授予行政机关宣布军事管制和戒严之权。如阿拉伯联合酋长国临时宪法第115条就规定:“在最高委员会闭会期间,最高委员会可以授权联邦总统及部长会议共同颁布上述命令作为紧急指示,但其批准权仍属最高委员会所有。但是,最高委员会不得授权总

[25] 参见姜明安:《突发事件下行政权力的规范》,《法制日报》2003年5月15日。

统及部长会议签订国际协定及条约,宣布实施或取消军法管制,宣布战争防御状态,任命联邦最高法院院长及法官。”前苏联宪法规定,戒严的宣布权属于苏联最高苏维埃主席团。匈牙利宪法规定,匈牙利人民共和国主席团有权宣布戒严。西班牙宪法规定,戒严状态的宣布,要由众议院批准,并由众议院宣布。<sup>[26]</sup>

三是由立法机关行使紧急状态的最终确定权。如委内瑞拉宪法第 242 条规定:“如果宣布处于紧急状态或者如果限制或停止保证,所适用的声明应当在部长会议上加以决定,并且在公布后的 10 天之内提请两个议院的联席会考虑。”

四是由立法机关或国家元首发布或与行政机关共同发布适用于紧急状态的有关法令。如 1987 年菲律宾宪法第 6 章第 26 条第 2 款规定:“任何法案,非在不同日期经过三读,并于通过前 3 日将最后定稿的印刷文本分送各该院全体议员,任一议院不得予以通过而成为法律。但经总统证明,为应付公共灾难或紧急情况,有必要立即通过的法案不在此限。”阿拉伯联合酋长国临时宪法第 113 条规定:“在最高委员会闭会期间,如因刻不容缓的紧急情况,必须立即颁布联邦法律,联邦总统和部长会议可以法令形式共同颁布具有法律效力的必要的法律。但其内容不得和本宪法的规定相抵触。”

五是赋予总统停止有关公民基本权利和自由的宪法条款或法律的实施或改变其实施效力的权力。1919 年 8 月颁布的德意志共和国宪法(即魏玛宪法)第 48 条规定:“如果威胁或严重危害德国的公共安全与社会秩序,总统可以采取必要措施,直至用军队进行干涉。为此,总统可以暂时停止一部分或全部下述各条规定的基本权利。”<sup>[27]</sup>阿富汗宪法草案第 135 条第 4 款规定,在紧急状态期间,总统有权“中止或修改宪法第三章部分条款的法律效力”。菲律宾宪法第 7 章第 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,或在菲律宾全国或任一地区实施戒严令。在宣布戒严状态或停止施行人身保护令特权的 48 小时内,总统应亲自或书面报告国会。”孟加拉国宪法第 141 条(丙)规定:“1. 在紧急状态公告令实施期间,总统可发布命令宣布,在紧急状态公告令生效期间或命令中指出的较短时间内,中止要求任何法院实施命令中指出的本宪法第三章赋予的基本权利的权利和中止任何法院为实施上述基本权利而审理的一切未决诉讼。2. 根据本条规定发布的命令可发至整个孟加拉国或其任何地方。3. 根据本条规定发布的每项命令应尽快提交议会审议。”

六是赋予司法机关对某些措施的审查批准权。如意大利宪法规定:在法律明确规定且刻不容缓的情况下,警察机关得采取限制人身自由的临时预防措施,但该措施须于 48 小时内通知司法机关并申请其批准,如在 48 小时内未获其批准,则视为该措施已被取消。警察机关应解除对相对人人身自由的限制。

#### (六)具体规定紧急行政权行使的程序以保障紧急行政权正当行使

紧急行政权的行使需要快捷迅速,采用太平时期的某些行政程序(如过多的审批程序、旷日持久的征求意见程序、复杂的听证程序等)自然是过于迂阔,如果不进行适当的程序控制,则容易出现权力的滥用。不少国家或地区的宪法和法律对紧急行政权尤其是重大的紧急行政权的运用进行了程序控制。以宣布戒严为例,台湾地区戒严法规定:正常程式下宣布戒严的程序,须先经行政院会议之决

[26] 关于宣布戒严的权限,各国的规定不仅相同。前苏联宪法规定,戒严的宣布权属于苏联最高苏维埃主席团。匈牙利宪法规定,匈牙利人民共和国主席团有权宣布戒严。希腊宪法规定得比较详细:戒严由总统发布总统令宣布;为战争而宣布的戒严,其总统令要由内阁副署,为内乱而宣布戒严,其总统令要由总理副署。西班牙宪法规定,戒严状态的宣布,要由众议院批准,并由众议院宣布。波兰宪法规定,戒严由国务委员会或其主席宣布。法国规定,戒严由总统宣布,但总统必须先正式咨询总理、议会两院议长和宪法委员会。由此可见,各国宪法和法律关于戒严的决定与宣布,其权限的规定是不同的,有的赋予国家元首,有的授予立法机关,有的授权行政机关。

[27] 这些基本权利包括人身、住宅和财产的不可侵犯权、通讯秘密权和结社自由权,该条规定在魏玛时期(1919 - 1933 年)曾多次被采用。

议,立法院通过,最后由总统依法宣布;非正常程式下宣布戒严的程序在形势紧急时,经行政院的呈请,总统可直接依法宣布戒严,但须于宣布后一个月内提交立法院追认。如果立法院正处于休会期间,应于复会时即提交追认。此外,为了准确掌握戒严形势,统一实行戒严,该法还规定了戒严呈报制度,即宣布戒严时,该地最高司令官应将戒严之情况及一切处置,随时迅速按级呈报总统。

在进行程序控制的时候,必须注意以下几个问题:一是程序控制可以是事中控制,也可以是事前和事后控制,为了提高紧急行政权的有效性,可以弱化事中控制,强化事前和事后控制;二是为提高紧急行政权的运用效能,应当更多地应用简易程序和特别程序;三是应当根据紧急行政权的不同性质和重要程度,分类进行程序设计和安排。

#### (七)确定人权保护的最低标准以确定紧急行政权的行使边界

任何紧急应对措施都会直接或间接地增加国民的义务、限制或停止国民一定的权利。有的国家的宪法还明确规定总统或国王有停止或部分停止宪法有关公民基本权利的条款的执行的权力。<sup>[28]</sup>但是,如果不对限制、中止公民权利的范围、时间和条件严加限制,必然造成对公民权利的不应有的侵害。紧急行政权的违法或过度行使,也必然挤压国民的基本权利。然而,政府活动的底线就是尊重和保护基本人权。即使是在紧急状态情况下,也不得随意克减基本人权,更不能随意侵犯基本人权,有一些最基本的人权应该予以保留,否则,就很容易放纵国家权力机关滥用紧急权,从而危害人民生命财产的安全。为了保护国民的基本权利、防止紧急行政权的滥用,一方面必须明确规定限制、中止的范围、时间和条件,另一方面必须确定人权保护的最低标准。具体可采用以下做法:

一是明确限定中止宪法有关公民权利条款实施的范围。如塞浦路斯宪法第183条第2款规定:上述宣布紧急状态的公告都应明确规定紧急状态期间须予中止执行的条款。但是,任何宣布紧急状态的公告只能中止下列宪法条款的执行:即第7条(生命和人身安全的权利)、第10条第2款(不得强迫劳动或强制劳动)、第11条(人身自由与安全的权利)、第13条(迁徙和自由居住的权利)、第16条(住宅不可侵犯)、第17条(通信保密的权利)、第19条(思想、信仰、言论、出版的权利)、第21条(和平集会的权利)、第23条第8款第4项(国家征用动产和不动产时立即补偿)、第25条(从事职业、贸易、经营的权利)和第27条(罢工权)。许多国际性条约也对紧急状态下人权的最低标准加以保护,反对政府和其他国家机关无限制地滥用紧急权。

二是明确规定某些权利的不可剥夺性或不可中止性。委内瑞拉宪法第241条第1款规定:遇到紧急事件,可以扰乱共和国和平的混乱,或者影响经济或社会生活的严重情况的时候,共和国总统可以限制或停止宪法的保证或某些保证,但公布在第58条、第60条(3)和(7)项下的那些保证例外。<sup>[29]</sup>1976年1月3日生效的联合国《公民及政治权利国际公约》,1953年9月3日生效的《欧洲人权公约》,以及1969年11月22日在哥斯达黎加圣约瑟城制订的《美洲人权公约》,都规定在紧急状态下也不得剥夺公民的某些基本权利。这些基本权利包括:生命权,人道待遇(指任何人不得被施以酷刑,或遭受非人道或侮辱的待遇),不受奴役的自由,不受有追溯力法律的约束,法律人格的权利,思想、信念和宗教的自由。《美洲人权公约》还规定不得中止保障公民家庭的权利、姓名的权利、儿童的权利、国

[28] 如阿富汗宪法草案第135条就规定,在紧急状态期间,总统有权“中止或修改宪法第三章部分条款的法律效力”(第3章为公民的公民权、基本权利、自由和义务)。尼泊尔王国宪法第81条规定:如果国王认为出现了严重的紧急形势,“国王可以发布文告宣布中止执行除本条款以外的本宪法一切条款或任一条文或某些条款中的某些规定”。阿富汗宪法草案第53条规定:“禁止强迫义务劳动。战争、自然灾害和其他危及公共生活与秩序的情况除外。”阿拉伯联合酋长国临时宪法第145条第1款规定:“除宣布实行军法管制以及由此而规定的法律限制外,不得中止执行本宪法的任何条款。”阿拉伯也门共和国永久宪法第168条规定:“除非依照本宪法规定宣布国家处于紧急状态或战争状态,不得中止执行本宪法的任何条款。”巴基斯坦宪法第233条规定:在紧急状态宣布生效期间,不得限制国家制定或采取按第八条明确规定国家无权制定或无权采取的法律或行政措施。

[29] 第58条为生存的权利和不设死刑;第60条(3)任何人不可在被监禁时不与外界联系、通讯,或使受加痛苦;(7)不能判处无期或不名誉刑罚,刑罚不得超过30年。

籍的权利和参加政府的权利。

三是确定紧急状态下人权保护的最低标准。1976年,国际法协会组织小组委员会专门研究在紧急状态下如何处理维护国家生存和保护公民权利的关系。经过6年研究,起草了《国际法协会紧急状态下人权准则巴黎最低构准》(International Law Association's Paris Minimum Standards of Human's Right Norms in a State of Emergency)。经该协会人权执行委员会两年的研究和修改后,国际法协会于1984年通过并公布了这一文件。《巴黎最低标准》为各国制定调整紧急状态的法律时提出了指导性的准则,通过规定实施紧急状态和行使紧急权力的基本条件和应遵循的基本原则以及各种监督措施,以防止政府滥用紧急权力,最低限度地保障公民的权利。总结世界各国紧急状态立法以及有关国际法的规定,一般来说,紧急状态下人权最低标准包括:人格、人身自由和尊严不受侵犯;不受非法驱逐出境和流放;公民资格不得取消;宗教信仰自由应得到尊重;语言使用权不受侵犯;个人生活和家庭生活得到尊重;允许思想自由;受教育的权利不受侵犯;契约自由不受侵犯;不得有罪推定和两次审判同一犯罪事实,等等。<sup>[30]</sup>

四是对某些权利给予绝对保护。如阿富汗宪法草案第42条规定:“阿富汗民主共和国不允许践踏人格尊严,进行刑讯。”“禁止以威胁或强迫手段获取被告或他人的供词、证词和其他材料。”“在任何情况下,对被告或他人用刑或命令用刑获取证词和供词者应受法律制裁。”

#### (八)规范紧急自由裁量权,以防止紧急自由裁量权的滥用

无论如何,法律不可能对所有紧急行政权的适用条件、程序作出细致周密的规定。在任何国家,法律都必须给行政机关留有一定的自由裁量空间,在紧急状态下更是如此。即使在紧急状态法治程度比较高、相关法制比较健全的情况下,也必须授予政府和有关机关一定的自由裁量权以备不测。但是,为了防止裁量权的滥用,必须对紧急状态下的行政自由裁量权加以规范。规范的具体方法主要有:

一是明确规定政府和行政机关行使紧急行政权的目的。只有确定特定紧急行政权的目的,才有可能要求政府和行政机关具体实施的行为的动机和手段与目的相一致。

二是在法律中对政府和行政机关的紧急裁量权的行使的条件作出概括要求。

三是设定紧急裁量权行使的基本规则,如平等规则、比例规则等。

四是对紧急裁量权的行使进行事后的合理性评价或审查。例如,英国在紧急状态下,民事法院不能干涉军事当局在其职权范围内所作的行为。但在紧急状态结束后,其所实施的行为只有出于善意,具有合理的正当理由,并且这些行为是因为紧急状态和必要情况所作的,才可被认为是合法的和正当的。

#### (九)赋予公民以抵抗权或请求救济权

17、18世纪资产阶级从天赋人权学说出发,将反抗压迫视为人的基本权利之一,是自然法上的自然权利。1776年的美国独立宣言和1789年法国人权宣言将抵抗权法律化和实证化。第二次世界大战后联邦德国的赫森宪法(1946年)、布雷门宪法(1947年)和柏林宪法(1950年)以及民主德国的德意志民主共和国宪法(1949年)将抵抗权纳入宪法条款。对于紧急状态中的行政行为,利害关系人能否请求救济,各国的规定不尽相同。有的禁止国民提出异议。<sup>[31]</sup>但相当多的国家特别是法治程度比

[30] 各国对紧急状态下人权最低标准范围的确认都有较大差异,甚至有相反的规定。如对宗教信仰自由,有的国家立法规定,在紧急状态下可以限制,如阿富汗宪法草案第41条第3款的规定;有的国家立法则明文规定,宗教信仰自由在紧急状态下也不得侵犯,如马来西亚宪法第150条第6款(甲)的规定。

[31] 如巴基斯坦宪法第269条第2款规定:“任何当局或任何个人,凡在1971年12月20日至1972年4月20日期间(含首尾两日)为行使根据总统令、军事管制条例、军事管制令、法令、通告、规则、命令或地方法规获得的权力,或者为执行当局行使或据称行使上述权力时发布的任何命令或通过的任何判决而发布的命令,提起的诉讼或采取的措施,不论任何法院有何裁决,均应视为并且永远是合法命令、合法诉讼或合法措施,不得以任何理由在任何法院提出异议。”

较高的国家,都建立了相应的救济机制,以保护国民受非法或不当侵害的权利得到恢复。

一是抽象地规定公民享有抵抗权。如1949年5月8日联邦德国议会会议通过的德意志联邦共和国基本法(宪法)第20条第4款规定:“所有德国人都有权在不可能采取其他办法的情况下,对企图废除宪法秩序的任何人或人们进行反抗。”

二是赋予公民进行请愿的权利。如1986年10月12日制宪委员会通过,1987年2月2日全国公民投票通过生效的菲律宾共和国宪法第7章第18条第3款规定,“最高法院在任何公民按适当程序提出请愿时,得审查宣布戒严状态或停施人身保护令或延长其期限是否充分的事实依据,并应在受理后的30天内作出裁决”。

三是赋予公民提出诉愿和诉讼的权利。如法国紧急状态法第7条规定,凡依法受到紧急处置措施羁束的人,可以要求撤销该项措施。他的申请应提交咨询委员会。另外,受紧急处置措施羁束者得有权向有管辖权的行政法庭提出诉愿,指控对其采取的紧急处置措施的决定越权。行政法庭应在提出诉愿当月内作出裁决。倘提起上诉,最高行政法院应在上诉三个月内作出裁决,如果上述法院没有在规定的期限内作出裁决,对诉愿者采取的紧急处置措施停止执行。

四是赋予国民以请求国家赔偿的权利。如韩国戒严法规定,从宣布“非常戒严”时起,戒严司令官掌管戒严区内的一切行政和司法事务。在“非常戒严”地区,戒严司令官在不得已时,可在“非常地区”破坏或烧毁国民财产,但必须在事后对造成的损失进行正当的赔偿。

五是赋予公民以复决权。如1953年6月5日丹麦王国宪法第42条第7款规定:在紧急情况下,紧急法案在议会通过后立即呈送国王批准,但上述规则仍需由公民复决定夺。

无救济即无权利。赋予行政相对人对紧急行政权一定程度的抵抗权和请求救济权,是一个世界性的趋势。在建立救济制度的时候,应当注意以下几个问题:一是在可能的情况下,应当充分尊重行政相对人的知情权,防止对公共信息的不当隔离侵犯行政相对人知情权,导致危机的加剧或扩大,尤其是在涉及自然灾害和有关突发公共卫生事件的时候,信息的发布应当及时、准确、全面。二是赋予行政相对人以抵抗权应当有条件的限制,应当确定抵抗权行使的范围。三是由于紧急状态的特殊情况,行政相对人的请求救济权一般以事后甚至是紧急状态结束后行使为宜。

---

**Abstract:** Emergent administrative power is a necessary one dealing with the emergent situations. The various emergent administrative powers under different constitutional systems differ from each other in their contents, yet they share the same logic structure. The establishment and the execution of the emergent administrative power shall and must go within the regulation of the law. The regulation of the emergent administrative power needs the various measures, meanwhile paying attention to keep the balance of the various values.

**Key Words:** emergent situations, the administrative power, the administrative legal system

---