

“危急事态”和基本权利限制

郑旭文

(福州大学 法学院,福建 福州 350108)

[摘要]国家在处于危急情势或存亡威胁时,可以通过限制基本权利来消除危机。但是,为了防止国家滥用危急事态权能,进而侵害人民基本权利,各国设计了各项程序性机制来控制危急事态可能的失范。具言之,国家采取的各项危急措施必须遵循基本权利保护的最低标准,以确保在任何时候人的尊严和价值都能得以维系和实现。此外,国家危急事态措施还须遵循正当程序,接受基本权利本质内容不受侵害等原则、比例原则和法律明确性原则的检验。

[关键词]危急事态;基本权利限制;最低标准;比例原则

[中图分类号]D911

[文献标识码]A

[文章编号]1674-117X(2016)01-0050-07

Emergency Situation and Restriction of Fundamental Rights

ZHENG Xuwen

(School of Law, Fuzhou University, Fuzhou, 350108, China)

Abstract: Confronting great crises or other emergency situations, the state can restrict fundamental rights to eliminate the crises. However, in order to avoid the abuse of emergency powers and protect fundamental rights, the exercise of emergency power must be restricted within the framework of law. Specifically, the exercise of emergency power must meet the minimum standard that value of human dignity at any time should be maintained and achieved. Moreover, the exercise of emergency power must follow the due procedure, the principle of protection of core of fundamental rights, the principle of proportionality and the principle of legal certainty.

Key words: emergency situation; restriction of fundamental rights; the minimum standard; the principle of proportionality

现代社会将危急事态纳入宪法加以规范是一种普遍现象,一方面现代宪法大都承认行政部门在危机时期有权暂停政府的一般规则,包括公民的权利和自由。另一方面,“危急事态”是一种“根本的危险”,它可能导致民主架构沦为专制政府的纯粹附属品,^[1]进而形成“宪法上的自由被完全蔑视而传统的制衡机制完全失效”的情形。^{[2]1011}危机经常会导致政府权力的扩张,同时伴随着个人权利和自由的收缩;而且实践经验表明,当国家危机出现时,民主国家都会有试图超过个人自由和权利保护底

线的倾向。^{[2]1029}在危机时期,任何一种宪政体制都有脱离宪法轨道运转的可能。^[3]因此,国家危急权力的行使必须被严格限定在法律框架之内,防止其恣意和专横可能造成对人民基本权利的侵害。

一 危急事态失范的程序控制

应对危急事态的机制最早可以追溯至罗马共和国时期,罗马宪法授权元老院在战时为了战争胜利,可以委任一名“独裁官”,他有权暂停法律过程和罗马公民的权利以应对外敌入侵和国内起义,并

收稿日期:2015-09-12

基金项目:福建省中青年教育科研项目“地震灾害中国国家紧急法制运作模式的构建”(JA12050S)

作者简介:郑旭文(1977-),女,福建福州人,福州大学副教授,美国南伊利诺伊大学(Southern Illinois University in Carbondale)法学院访问学者,研究方向为法学基础理论和外国法律史。

可豁免一切责任。^[4]尽管宪法对于独裁官的权力设置了一定限制,但由于限制效果很有限,独裁官制度所潜藏的威胁最终让罗马共和国制度倾覆了。最近的例子则是魏玛宪法,该宪法在第48条所设定的危急事态条款一方面赋予了政府广泛的权力来应对国内社会经济危机,另一方面却对如何规范危急事态语焉不详。卡尔·施密特在阐述危急事态条款时认为,在危急事态或其他特殊事态下,法治不能制约国家行动。在施密特看来,法律秩序存在于实在法的一般性规范和公共权力机构的特别决定之中,一般性规范无法就国家在危急事态下所面临的各种事实假设以及它们处理危急事态所需的必要措施作出预测,因此,统治者在运用危急事态权力作出决定时不受宪法规范的约束。^[5]施密特的这一观点对于危急事态条款的解释实践产生了相当大的影响,为统治者滥用危急事态权力,僭越宪法之上提供了理论支持。制约措施的缺失最终导致了魏玛共和国的倒台,纳粹政权取而代之。在危急事态下,国家被赋予特殊的权能,如果此等权能不受有效的控制,就必然会造成对基本权利的限制,让基本权利名存实亡。因此,现代立宪主义要求对限制基本权利的权力进行控制,其中包括授权控制和程序控制两个方面。授权控制是指宪法和法律不能因为处理危机情况而授予国家无边无际的权力,宪法和法律的授权条款必须明确、具体,以避免因条款模糊而给予国家无限扩张自己权力可乘之机。当然,在具体的法律实践中,为了利于国家权力能够因应不断变化的危急情势需要,必须容许其拥有一定的自由裁量权,实体规范不能给予过度的限制。“尽管某些危机可能十分严重以至要暂时中止个人自由才能克服,然政府特权仍然要接受程序性制约因素和权利法案的限制。”^[6]现代立宪主义强调程序控制比实体规范的限制来得更为有效,用程序来控制国家权力取代实体规范控制权力,用正当程序来弥补实体规范的不足,已经成为现代立宪主义的普遍共识。世界各国的宪法和法律往往设定了各种程序性机制,来限制危急事态权力的可能失范。

(一)立法最终决定权

按照权力分立原则,立法机关在涉及战争、戒严等重大危急情况和基本权利限制事项时,立法机关应具有最终的决定权。“一部宪法都应该明确规定宣布危急事态的程序,当行政机关宣布进入危急事态时,这一官方声明必须在尽可能短的时间内得到立法机关的批准。”^[7]

根据议会民主主义精神,立法机关为最主要的

民意体现者和人民基本权利的保护者,因此,“由立法机关依多数决程序会议决定国家危急权力之行使,而不至于如执行时刻系由个人自行决策容易造成恣意滥用,且立法机关依据宪法所作成行使国家危急权力之决议时,执行机关应依即依立法机关之决议而执行国家紧急措施,此亦符合法治国家权力分立原则与依法行政原则之宪法要求。而比执行时刻不受管制之特性,似较能遵守宪法之旨意,且可防止专断独裁之情形发生。”^[8]而且,危急事态属于国家之重大事项,必须谨慎处理和因应,立法机关复杂的议事程序可以确保决策的科学性和合理性,将对民主宪政和法治等造成的危险控制在危急情况实施前,防止执行机构的权力恣意。立法机关最终决定权原则是在总结宪政发展史上的经验与教训基础上发展起来的。例如美国宪法第1条第9款对于政府宣布危急事态给予了模糊性的授权,但从其意涵来看,政府在危机时刻所享有的特权属于国会而非行政部门。在1861年美国内战期间,针对林肯总统是否有权动用战时条款,中止人身保护法令的适用问题,美国联邦最高法院裁决,如果说宪法第1条模糊地将危机发生时中止人身保护法令的权力赋予了哪一个部门的话,从条文所处的位置来看,那也只能属于国会的权力。^[9]在1950年代,杜鲁门总统试图以战时供应军需为由,将一家钢铁厂征收为国有,联邦法院裁决总统征收命令无效,认为总统命令必须来自于宪法或国会法案的授权,即使是临时性的或国家危机时期的措施,总统都无权没收私人财产,无论如何,这都属于国家立法者的权限,而非军事权责机构。^[10]宪法的重要功能就在于不是由行政机关来确定危险是否达到了需要动用人身保护状的程度,只有议会或立法机关在适当的时候才能授权统治者在短时间内暂缓实施人身保护状。^[11]德国魏玛宪法时期,国家危急事态权力的行使被授予给总统个人,总统有权决定和执行危急权力,导致了深重的人权灾难。战后,德国鉴于纳粹暴政的教训,实行了立法机关最终决定权原则,在基本法中明确规定,在国家遭受外敌攻击或此种攻击迫切威胁时,得由联邦议会经联邦参议院同意后作出进入危急事态的决定;即使联邦议会无法开会时,亦不得由政府决定。

(二)危急事态执行权的平衡

立法机关对于危急事态具有最终决定权,有利于避免行政专横。但毕竟立法机关程序缓慢,效率不高,往往会耽搁执行机构采取紧急措施来应对危机,从而造成重大公共利益的损失。因此,为了便于行政机关根据危急情况的需要随时实施危急情

况,以提高应付国家和社会危机的效能,可以在短时间内迅速采取措施,以保障公共利益,确保人民生命和财产之安全。然而,危急事态经常会形成一种要求强化行政权力的政治压力,而行政权力的强化是以立法和司法机构的弱化为代价,从而使得法律秩序陷入危险的境地。^[12]在危急事态下,司法机关为了表示对于行政部门的尊重,也会不自觉地减少司法审查的密度,使得行政权力可以规避一般的法律制约。^[13]危急事态会打破原来的权力平衡,行政权力会高度扩张,立法权和司法权则会受到压抑,为了防止行政权变成一种专横的权力,行政权的整个过程必须受到立法权的监督和制约。德国《魏玛宪法》在设置危急事态条款时,因为缺乏对危急权力有效的约束机制,因使得总统的危急事态权力成为一种绝对的权力。依照魏玛宪法第48条的规定,总统在国内公共安全与秩序受到扰乱或危害时,可以采取一切必要措施,必要时可以使用军队,来恢复安全和秩序,可以将宪法所规定的基本权利之全部或部分暂停适用。由于宪法并未对总统在危机时期解散国会、组织政府以及使用军队等权力没有作出任何制约性规定,使得危机时期的总统权力在事实上变成一种毫无限制的权力。在魏玛共和国时期,即使在所谓危机时期,国会也经常被解散,立法权的监督无从谈起。司法权也谨慎地行使权力,最高法院以避免介入政治问题判断为由拒绝总统明显与现行法律相背离的危急法令进行合宪性审查。^[14]由于缺乏必要的制衡和监督,导致行政权力急剧膨胀,在希特勒上台后,立法权和司法权更是被完全吞噬,希特勒作为国家元首集中了一切权力,成为名副其实的独裁者,从而导致了人权的灾难。有鉴于此,战后德国《基本法》第十章之一“防卫事件”部分明确规定决定权和执行权相分离的精神,决定权属于立法机关,而行政机关负责执行;在防卫情况存续期间,联邦议会不得解散,联邦议会因不可克服的困难而无法适时集会或表决,则由联席委员会代行其权力,行政机关不得代为执行;联邦宪法法院及其法官的宪法地位和宪法职权之行使不得受到侵害,联邦宪法法院可以采取必要的措施保障其职权能力;除非联邦宪法法院同意,认为保障其职权能力有必要时,有关联邦宪法法院的法律不得被修改。这样,通过立法权和司法权在危机时期保持正常运作,从而能够确保了对行政特权行使的有效监督。从危急措施的性质来看,行政机关根据形势需要所采取的措施仅具有临时法律效果,最终决定权仍然属于立法机关的权能,因此,行政机关本质上仅仅是一种执行权,其采取的应急

措施自始至终都应受到立法机关的监督。而司法权可以通过对应急措施进行审查,从而确保人民基本权利和自由不受侵害。

(三)危急事态的期限性

危急事态的期限性是指国家为了应付国家重大突发事件或民主秩序之存续受到威胁所采取的措施具有一定的期限,无期限或长时期的危急事态措施形同破坏宪法。换言之,危急事态法制仅具有暂时性或临时性条款的性质,如果危急事态一旦消失,该措施所引起的限制效果即告解除。危急事态的期限性目的乃在于防止执行权的专横和保护基本人权,危急事态的持久施行,必然造成对宪政体制和基本人权的损害。危急事态措施的解除,意味着基本人权的限制解除,而危急事态期限的延长,则意味着基本人权限制期限的延长。因此,设定危急事态的期限,并对延长危急事态期限实行严格控制有其必要性。正如麦金托什所言,“英格兰法律允许军事法存在的唯一原则就是必要性,必要性是军事法获得正当性的唯一理由,军事法要持续存在也一样明确要求必要性作为其正当性基础。如果必要性消失,军事法单独存在哪怕一分钟,它都会立即变成一种纯粹的非法暴力”。^[15]欧洲国家在危急事态的政制方面有着长期而不幸的历史经验,详言之,就是这些政制都有着赋予行政部门太多的无约束的权力,使他们有权宣告危急事态并将其持续相当长的时间。^[16]^[1047]持续的危急事态,必然造成人民的基本权利和自由受到极大的限制和侵害,为了保障基本权利和限制行政专横,必须将危急事态限制在一定的期限内。国际法官协会的一个备忘录也强调,一个国家的宪法应该明确规定“任何危急事态超过固定期间都不具有法律效力,且这一固定期间不应超过六个月”,宪法还应明确规定在宣告危急事态的同时必须规定危急事态持续的时间。^[17]法国学者尼科尔·奎斯蒂奥克斯对各国宪法中危急事态期限方面的规定作出了四种分类:一是宪法文本并没有规定危急事态的时间限制,但规定了其宣告中必须设定危急事态的期限;二是宪法文本明确规定了危急事态的固定期限,且不允许延长;三是宪法文本规定危急事态期限可以延长,但适用比危急事态的宣告更加严格的条件和要求,如批准程序更为严格等;四是宪法文本规定危急事态的期限可以有限度的延长,这是对前两种情况的折中,既规定了时间限制,又允许根据一些事件的发生可以进行适度的延长。^[18]美国学者布鲁斯·阿克曼提出了一项“超级多数的阶梯(supermajority escalator)”的理论来解决危急事态期限的问题。阿

克曼认为,危急事态如果获得多数批准可以延长其期限二至三个月,但这仅仅是开始,如果因为必要性而须再延长,那么每一次延长都要求“阶梯式大多数”的批准:第一次延长须得到百分之六十的多数批准;第二次则须得到百分之七十的多数批准;第三次则须得到百分之八十的多数批准,依次类推。^{[16]1047}在阿克曼看来,危急事态对于个人生活可能会造成难以估量的影响,因此延长危急事态的期限需要相当的共识,除非恐怖分子反复攻击并造成了灾难性后果,多元化的现代社会是如此碎片化以至于很难达到百分之八十的支持而让危急事态持续下去。在危急时刻,所有的爱国者都会聚集在政府周围,个人权益可能会被这种爱国主义的狂热所淹没,而“阶梯式的超级多数同意”会让越来越小的少数群体对于政治操纵拥有否决的权力,而少数群体的支持是作为一种例外体制的危急事态是不可缺少的。^{[16]1048}

二 危急事态下基本权利的最低标准

当国家面临重大突发事件或生死存亡之危机时,国家可以根据危急事态的需要对人民基本权利和自由予以某些限制,但此种限制不得侵犯到基本权利的本质内容或基本权利的,必须确保维持人的尊严所不可或缺的那些权利,这些基本的、不可或缺的权利即是危急事态下国家限制人民基本权利的最低标准,在宪法上称为“绝对的权利规范”,在国际法上则称为不可克减的权利。确立危急事态下基本权利保护最低标准,乃在于防止国家权力以紧急情势之需为名而行践踏人民基本权利之实,确保人的尊严或作为人的价值在任何时候都能够得到维护或实现。

纳粹暴政的教训表明,即使在国家处于战争等重大危机时刻,人作为社会主体的存在必须保持基本的尊严和权利,而不能成为实现其他目标的手段或工具。战后国际人权规约和各国宪法规定了危急事态下国家限制基本权利的最低标准。国家在危急事态期间必须严格遵守绝对的人权规范,不得侵犯基本权利体系的核心领域,否则国家采取的任何措施都将失去正当性。在国际人权规范上,1950年的《欧洲人权公约》第15条规定,战时或者国家遇到生存威胁的公共危急事态,缔约国可以在危急事态所严格要求的范围内采取可能违反公约的各种措施,但不得因此削弱公约所规定的生命权、不受酷刑或非人道或侮辱性待遇或惩罚的权利、不受奴役或强制劳动的权利、不受刑法追朔的权利。这四项权利因此也被界定为绝对性人权,属于国家权

力在任何事态下都不得侵犯的基本权利的核心领域。1966年的《公民权利和政治权利国际公约》在此基础上,又增加了法律人格权、思想和良心自由和不因民事违约而受监禁的权利等几项,作为国家行使危急事态权力的界限。1984年国际法协会在总结了《欧洲人权公约》《公民权利和政治权利国际公约》和《美洲人权公约》等国际人权规范的具体实践基础上,通过了《危急事态期间人权规范的巴黎最低标准》,提出了各国在进行危急事态立法时应恪守的基本原则,确保基本人权得到最低限度的保护。该倡议列举了若干项危急事态下不可克减的基本权利,包括法律人格权、免于奴役或奴隶的自由、不受歧视的自由、生命权、人身自由权、免于酷刑的自由、公平审判权、思想良心和信仰自由、少数人的权利、家庭权、姓名权、儿童的权利、国籍权、参与政府的权利和司法救济权等。

在国内法上,各国宪法大都确立了危急事态下国家限制基本权利的最低标准。例如美国宪法修正案第1条规定:“国会不得制定以下事项的法律,设立国家或禁止信教自由;剥夺言论自由或出版自由以及剥夺人民和平集会和向政府请愿伸冤的权利。”一些美国学者认为,上述自由和权利作为“绝对性的权利”,从解释上根本排除了国会借由叛乱或外敌入侵时公共利益的需要之名义限制这些权利和自由的可能性。作为不成文宪法国家的英国,2004年颁布了《民事应急法》,取代了以前的民防和危急权力立法,该法第23条规定:“应急条例不得强制要求某人服兵役,或者禁止某人参加与罢工或其他劳工行动相关的活动;条例不得设定可受三个月以上监禁处罚或超过5级标准比例罚款的罪行,亦不得改变与刑事程序有关的程序;条例不得对1998年人权法案作出任何修改。”德国鉴于二战时期纳粹暴政对于人权的极端摧残,为了防止野蛮的历史悲剧重演,于1949年在《基本法》第1条宣示:“人性尊严不受侵犯,尊重和保障此项尊严是所有国家机关的义务。”德国联邦宪法法院认为这一条款表达了基本法的最高价值,体现了整个宪法的内在实质和精神,其作为基本法的最高价值,具有不可限制性,并且根据基本法第七十九条规定而不得以修宪程序加以变更,从而获得绝对保障。人性尊严条款还与基本法第二条中所规定的生命权、人格形成自由权等具有紧密联系,彼此提供价值支撑并相互强化。联邦法院在1970年代的第一次堕胎案判决中也明确表示生命权属于最高法益,应该给予高度尊重。另外,根据德国基本法第19条规定,“基本权利以依基本法规定得以法律限制者,

……基本权利之实质内容绝不能受侵害。”为了应对2003年“法兰克福劫机事件”后的反恐形势,2004年,德国国会通过了“航空安全法案”,根据该法案第14条规定,为防止特别严重的灾难事件发生,军队可以对飞行期间的航空器进行紧逼,强制迫降,威胁使用武器或进行警告射击;当航空器被利用来威胁人的生命,而使用武器是防范这种威胁唯一手段,可以直接动用武器将其击落。该法案引起了极大争议,最后诉诸于宪法诉愿,德国联邦宪法法院于2006年裁决该法案第14条违宪。联邦宪法法院认为,航空安全法案第14条的规定与基本法第1条的“人性尊严条款”的实质精神相抵触,同时也不可避免地侵犯到了基本法第2条第2款所规定的生命权的保护范围,虽然生命权可由法律加以限制,但这一限制必须同样基于保护生命权和维护与之紧密联系的人性尊严的理由才具有宪法上的正当性。^[19]详言之,只要航空器上有无辜的民众,无论以任何理由(如国家存亡威胁等)动用武器击落都会产生违宪问题;只有针对无人航空器或航空器上都是劫机者并企图利用航空器作为夺取地面民众生命的武器时,国家才能根据法案第14条直接动用武器将其击落。

从以上国际人权规范、国内宪法规范和实践来看,基本权利保障的最低标准通常是指那些在基本人权体系中居于核心地位的最重要、最基础的权利,是作为人的尊严所不可或缺的权利,换言之,这类权利对于人类的自我实现具有特殊的意义以至于在任何时候都不得受到影响。同时此类基本人权较之其他权利而言更容易受到国家权力的侵害,因此应该给予特别的保障。总之,基本权利保障最低标准的旨趣乃在于保障人的尊严和价值,国家基于重大公共利益的需要而限制或克减基本权利时,必须确保基本人权的本质核心不受侵犯,从而确保人的尊严和价值得以维护或实现。

三 危急事态下基本权利限制的原则

在危急事态下,为了确保国家生存和民主秩序的存续,政府对基本权利进行某种程度的限制具有一定的正当性。在危机事态下,尽管政府采取的限制基本权利的措施可以某种程度上超越宪法和法律的具体规定,但是仍然必须接受宪法价值秩序的约束,而基本权利作为宪法价值秩序的核心和政府存在之目的构成了政府在危急事态下行动的界限。在特殊的“紧急情况”下,人们可能接受补充性的行政权限,但不得以实际情况需要为由废除法律原则,否则,人们的基本权利就将失去防御。换言之,

为了确保国家生存和民主秩序之存续,政府可以对基本权利采取某些限制措施,但同时为了防止行政滥权和确保基本权利不受任意性侵害,基本权利限制本身又必须受到各种制约。根据各国宪政的理论和实践,在危急事态下,限制基本权利的措施必须遵循一定的原则。

(一)基本权利的本质内容不受侵害原则

基本权利的本质内容不受侵犯原则乃在于避免个人享有的基本权利被政府以危急情势之需要为由通过各种措施予以空洞化。具言之,基本权利的本质内容不受侵犯强调在任何情况(包括危急事态)下,国家都不得触碰到个人基本权利的本质内容或核心范围,从而确保个人基本权利中涉及人性尊严的那部分内容不被彻底剥夺。基本权利的本质内容不受侵犯源于德国基本法第十九条:“在任何情况下,均不得对一项基本权利侵犯其本质内容。”基本权利的本质内容是一个高度抽象的不确定法律概念,迄今没有法律将其具体化,无论是宪法理论还是宪法法院的判决也从来没有对其意义予以清楚地阐释。^[20]这一含义不甚清晰的条文却为西班牙、葡萄牙、土耳其、韩国、智利等许多国家所效仿,奥地利和瑞士宪法虽然没有关于本质内容的规定,但其宪法法院的判决中仍经常引用。本质内容理论的形成原因可追溯于德国魏玛宪法的时代,当时在理论和实务上皆认为基本权利完全由立法者形成和界定,立法者可基于公共利益之需要对基本权利进行任意限制,由此造成了基本权利“贬值”和“被掏空”的极端现象。鉴于魏玛时期的深刻教训,战后德国基本法确立了基本权利本质内容不受侵犯的原则,意在确认任何一项基本权利都有一个固定的核心领域,作为防止国家任意干预的绝对屏障。在危急事态下,基本权利本质内容不受侵犯原则可以作为抵御行政专横的重要手段,要求立法者的限制或立法者授权的行政措施基于国家重大利益之需要对个人的基本权利和自由进行限制时,必须留有该项权利和自由的最低内容保障,否则就可能对个人享有的基本权利“连根拔除”,从而使宪法上的基本权利和自由有名无实。概言之,在战后各国宪政实践中,特别是在危急事态下,本质内容之禁止作为审查立法或立法授权行为有无违反基本权利的准则被反复引用,成为捍卫宪政秩序和保障人民基本权利的重要工具。

(二)比例原则

比例原则可以说是危急事态下保障基本权利最重要的防卫性机制之一,它是指“任何限制措施的范围都应该与需要或者此项限制措施所要保护

的更高利益形成一定的比例。”^[21] 比例原则蕴含了这样的理论逻辑：在民主社会中，基本权利实现是一般原则，而基本权利限制则是这一原则的例外，为了追求社会普遍的福祉对于基本权利进行一定程度的限制是被许可的；然而，任何限制措施都必须接受比例原则的检验，确保追求普遍福祉之目的与限制措施之间应保持一定的比例；最后，“在危急事态下，行政部门为了应对危急情势所采取的措施具有唯一性和合理性。”^[22] 比例原则肇始于十九世纪普鲁士行政法中，旨在强化警察权行使的必要性和合理性，以比例原则来限制警察滥用裁量权。比例原则可作如下解读：如果你追求一个目的，你必须采取一种有助益的、必要的和适当的手段。如果一种手段无助于目的达成，那么这一手段就不是一个真正的手段，而采用了这一手段即违反比例原则。如果所采取的手段超过了“必要”的度，也违反比例原则。申言之，即使这一手段是必要的，但由于采取这一手段所带来的损害大于达成目的所获取的价值或者成本大于收益，那么这一手段就是不适当的，也违反比例原则。假设这样一个场景：一个瘸腿的人，坐在走廊下，却看见一个小孩爬到他的果树上，一个接一个地摘他的果子，他无奈地叫喊，没有任何的效果，反而遭到了小孩的嘲笑，这时他要把小孩赶下果树的唯一手段就是使用他身边够得着的一支枪向小孩射击；用枪射击对于他捍卫自己财产是有助益的，甚至是必要的，但是我们可以很轻易地作出结论，用枪射击是不适当的或失衡的，因为小孩的生命远比这些果子的价值重要得多。二战后，德国宪法法院将比例原则确立为宪法原则，并将其运用到所有基本权利限制的案件中。德国宪法法院将比例原则分解为“适当性”“必要性”和“平衡性”三个子原则，适当性原则是指限制基本权利的措施应适合于公共目标之达成；必要性原则是指限制基本权利的措施不应该超越实现公共目标的必要性；平衡性原则是指任何限制或干涉基本权利的措施所造成的损害应轻于达成公共目标所获得的利益；只有满足了这三项原则的基本权利限制措施才具有合法性。^[23] 其后，比例原则产生了“溢出”效应，在欧陆国家和一些英美法系国家宪政实践中得到广泛地运用，甚至对美国联邦最高法院的判决也产生了一定的影响。在1985年“田纳西诉加纳案”中，涉及到为了防止罪犯逃逸之国家利益和保护个人生活之个人利益之间的平衡问题。联邦最高法院为了找到两者之间的适当平衡，采取了具有比例原则明显特征的“目的—手段”分析方法。法院认为，警察使用武器，作为抓捕逃犯的一

种手段，其目的在于保护人民的安全，手段与目的之间应保持适当的平衡，因此只有逃犯对于人民构成了严重的物理威胁时，警察使用致命性武器才是必要的、适当的；否则，就属于过度地使用致命性武器，要对逃犯的受伤担负责任。^[24] 概言之，比例原则是危急事态下的核心原则，它要求危急事态下，行政部门对于人民基本权利的限制措施必须在手段与目的之间保持一定的比例，不能为了目的而不择手段，不能任意或过度地限制人民的基本权利，行政部门所采取的限制措施与人民基本权利保护之间必须保持一定的平衡。

（三）明确性原则

明确性原则是法治主义的基本要求，它是指法规范内容具有可预测性、连续性和确定性，这样人民才能够从法规范中预见社会生活中何种行为为法律所禁止以及其违反的效果为何，避免因不知法而违法而产生的法律责任，同时具体明确的规范也限制了执法者的主观恣意性。正如美国著名法官斯卡利亚所说，“即使在更简单的时代，不确定性都被视为与法治主义格格不入的，基本正义要求受法律规范的人必须知晓法律规定了什么。”^[25] 约瑟夫·拉兹也强调：“法律的明确性要求法律应该努力寻求确定性和可靠性，而尽量减少伸缩性；总之，一个明智的法律政策就是尽可能采用规则来规范人们的行为，因为规则比标准、原则之类更确定。”^[26] 在危急事态立法中，法律授权行政部门为各项措施，尤其应该具体明确，维持立法权和行政权的分界，避免法律对于行政部门概括性、模糊性授权，防止立法者放弃自身宪法职责，从而侵蚀权力分工的宪法原则。在德国魏玛共和国时期，为了应对经济大危机和周边的紧急事态，国会对于希特勒政府进行了广泛的笼统的授权，导致立法权被行政权完全吞噬，国会名存实亡，行政权失去了基本制衡力量，行政权恣意的结果就是带来了无穷的人权劫难。为了避免重蹈魏玛宪法失败的覆辙，战后德国《基本法》第80条第1项规定：“法律得授权联邦政府、联邦部长或各邦政府发布法规命令。为此，应在法律中规定授权之内容、目的及范围。命令并应定明其法律基础。如法律规定授权得再予委任，再授权发布者亦应以法规命令为之。”在危急事态下，法律明确性原则对于保障人民基本权利和自由具有特殊的意义，明确性要求危急事态立法能够为行政部门的危急措施和人们提供一个清晰的判断标准，预先告知人们何种行为是被处罚的行为，使得人们能够预测自身行为；更重要的是，法律的明确性可以限制行政部门滥用裁量权，防止行政权的主观恣意

性和歧视性决定。欧洲人权法院在一次判决中也强调了法律明确性对于人权保障具有的功能:“人们必须能够预见到一个特定行为可能要承担的后果;如果一项规则在制定没有精确到足以让人们能够规范自己的行为,那么就不能称之为法律;特别重要的是,规则的可预见性能够给个人提供足够的保护,避免其受政府的任意干涉。”^[27]

参考文献:

- [1] GUPTA J D. A Season of Caesars: Emergency Regimes and Development Politics in Asia [J]. Asian Survey, 1978, Vol. 18:315.
- [2] GROSS Oren. Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crisis Always Be Constitutional? [J]. Yale Law Journal, 2003, Vol. 112.
- [3] HUSSAIN Nasser. The Jurisprudence of Emergency: Colonialism and the Rule of Law [M]. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2003: 17.
- [4] AGAMBEN Giorgio. The State of Exception [M]. translated by ATTELL Kevin. Chicago: University of Chicago Press, 2005: 41.
- [5] SCHMITT Carl. Political Theory: Four Chapters on the Concept of Sovereignty [M]. translated by SCHWAB George. Chicago: University of Chicago Press, 2005: 11.
- [6] FRANKLIN D P. Extraordinary Measures: The Exercise of Prerogative Powers in the United States [M]. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1991: 42.
- [7] LILLICH R B. The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency [J]. American Journal of International Law, 1985, Vol. 79: 1072.
- [8] 黄俊杰. 法治国家之国家紧急权力 [M]. 台北: 元照出版公司, 2001: 123.
- [9] Ex Parte Merryman, 17 Fed. Cas. 144 (No. 9487) (C. C. D. Md. 1861). [EB/OL]. [2015 - 05 - 15]. <http://www.britannica.com/event/Ex-Parte-Merryman>.
- [10] Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U. S. 579 (1952). [EB/OL]. [2015 - 05 - 17]. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/579/case.html>.
- [11] 保罗·布莱斯特, 桑福·列文森, 杰克·巴尔金, 等. 宪法决策的过程: 案例与材料: 上 [M]. 4版. 张千帆, 范亚峰, 孙雯, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 215.
- [12] CRIDDLE E J, FOX - DECENT E. Human Rights, Emergencies, and the Rule of Law [J]. Human Rights Quarterly, 2012, Vol. 34: 46.
- [13] DYZENHAUS David. The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency [M]. New York: Cambridge University Press, 2006: 3.
- [14] CALDWELL Peter C. Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism [M]. Durham, N. C.: Duke University Press, 1997: 164.
- [15] MACKINTOSH James. The miscellaneous works of the Right Honourable Sir James Mackintosh [M]. London: Longman, Brown, Green and Longmans Press, 1854: 540.
- [16] ACKERMAN Bruce. The Emergency Constitution [J]. Yale Law Journal, 2004, Vol. 113.
- [17] The International Commission of Jurists. States of Emergency: Their Impact on Human Rights [R]. Geneva: The International Commission of Jurist Press, 1983: 459.
- [18] QUESTIAUX Nicole. Study of the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege Or Emergency [R]. Geneva: U. N. Doc. E, 1982: 80.
- [19] BVerfGE 115, 118, 118ff. [EB/OL]. [2015 - 05 - 17]. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv115118.html>.
- [20] SILKENAT J R, HICKEY J E, BARENBOIM P D. The legal doctrines of the rule of law and the legal state [M]. Cham, Switzerland: Springer press, 2014: 187.
- [21] DAES Erica - Irene. The Individual's Duties to the Community and Limitation on Human Rights and Freedom under Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights [M]. New York: United Nations press, 1983: 390.
- [22] BROWNLIN L. Basic Documents of Human Rights [M]. New York: Oxford University Press, 1981: 430.
- [23] GRABITZ Eberhardt. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgericht [J]. 98 ARCHIV DES ÖFFENTLICHEN RECHTS, 1973(1): 568.
- [24] Tennessee v. Garner, 471 U. S. 1, 27 (1985) [EB/OL]. [2015 - 05 - 20]. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/471/1/case.html>.
- [25] SCALIA Antonin. The Rule of Law as a Law of Rules [J]. University of Chicago Law Review, 1989, Vol. 56: 1177.
- [26] RAZ Joseph. Legal Principles and the Limits of Law [J]. Yale Law Journal, 1972, Vol. 81: 828.
- [27] Sunday Times v. the United Kingdom, ECHR, Judgment of 26 April 1979. Ser. A, No. 30, para. 49 [EB/OL]. [2015 - 05 - 18]. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584>.

责任编辑: 黄声波