

## 緊急狀態下法治如何仍是可能的 ——基於權利與權力相融合的視角\*

干建華

**摘要：**權利限制權力的“權利中心論”或權力高於權利的“權力中心論”都無法融貫地解釋在緊急狀態下法治是否可能的問題。“權利與權力相融合”的視角可以證成政府權力的擴大並不必然地減損公民權利，但任何政府權力確實預設了保障權利的規範性目的。國家為應對緊急狀態所採取的合法行動可能導致權利或自由的實質性內容的壓縮，但這不能被簡單地等同於權利本身的克減。即使國家授予了行政機關以巨大的緊急權，但這一緊急權是為了以富有效率的方式應對緊急狀態時所突顯的目的並受到這一目的之限制。對緊急權的限制，一是來自於歷史經驗中已經被證明為有效的同類決策，二是來自於緊急決策者事後取得人民及其代表的最終批准。前者指向作為歷史維度的法律體系與當下實踐的統一性，後者則指向作為一個整體的人民基於獨立信念之共識的法理權威，任何權威的緊急決策都不可能是在法律的真空中做出。

**關鍵詞：**緊急狀態 緊急權 權利與權力相融合 法理權威

### How the Rule of Law is Still Possible in a State of Emergency: From the Perspective of the Integration of Right and Power

GAN Jianhua

(Koguan School of Law, Shanghai Jiao Tong University)

**Abstract:** Neither the “right center theory” that right limits power nor the “power center theory” that power is superior to right can coherently explain whether rule of law is possible in a state of emergency. The perspective of “integration of rights and powers” can prove that the expansion of government power does not necessarily reduce the rights of citizens, but any government power does presuppose the normative purpose of protecting rights. Legitimate actions taken by the State in response to a state of emergency may lead to a reduction in the substantive content of rights or freedoms, but this cannot simply be equated with a derogation of the rights themselves. Even if the State has granted the executive authority enormous emergency powers, this emergency power is for and is limited by the purpose highlighted in the state of emergency in an efficient manner. Restrictions on the right of emergency come from similar decisions that have proved effective in historical experience, and from the fact that the emergency decision maker obtains the final approval of the people and their representatives after the fact. The former points to the unity of the legal system as a historical dimension and the current practice, while the latter points to the legal-rational authority of the consensus of the people as a whole based on the independent belief. No authoritative emergency decision can be made in a legal vacuum.

**Keywords:** state of emergency, right of emergency, integration of right and power, legal-rational authority

\* 本文係教育部人文社科重大項目“協商民主與國家治理現代研究”（項目號：16JJD820003）的階段性成果。

收稿日期：2023年2月20日

作者簡介：干建華，上海交通大學凱原法學院博士研究生

## 一、引言：學者的爭論與他們的問題

自2020年以來，一場席捲全球的新冠疫情激起了全球思想界關於緊急狀態的討論。在這場討論中，我國法學界大量引用“人權克減”、“權利克減”或“權利限制權力”理論<sup>1</sup>，嘗試回答在緊急狀態下權力與權利之關係的問題。<sup>2</sup> 主流法學界所採取的上述立場可簡單歸結為“權利中心論”，認為所有權力都必須納入到權利的範疇之下，因而當政府權力系統性地介入它在正常狀態下所不能隨意介入的“社會自治”的領域時，勢必伴隨着大規模的權利限縮、克減甚或侵犯。隨着我國在政治、經濟、科技等各方面的發展，特別是在經歷了諸如“非典”、汶川大地震以及在全球範圍內持續的新冠疫情等緊急事件之後，法學界對這個問題積累了更多、也更成熟的思考。我國取得了至少是階段性的抗疫的成功，相較於西方國家的“容忍”或放棄政策以及超大量死亡數字的鮮明對比，這樣的直觀經驗勢必產生對原來佔據絕對主導地位的“權利中心論”進行反思的要求。

在這股反思中，賓凱旗幟鮮明地提出了另一種完全不同的理論進路。他認為只要事關共同體福祉的任何事項，只要足夠緊急和重大，那麼平時默許法律系統按照“功能分化”之原則進行常規運作的政治系統，將直接進場成為壓倒一切的決斷性力量。我將這一理論進路歸結為“權力中心論”。賓凱前後發表了兩篇緊密相關的文章闡述這一問題。在第一篇文章中，賓凱全面反駁了國內主流理論界建立在“自由主義法學觀”上的“人權不可克減”原則、利益衡量原則以及與之相關的諸種理論。<sup>3</sup> 在第二篇文章中，賓凱以他的“系統論法學”中“去功能化”視角建構出“例行化空間”與“決斷空間”以分別應對日常法治和緊急狀態：在常態的或功能分化的社會中，國家（政治系統）為社會（其他子系統內部的和相互間的）信任積累資本，而這種累積起來的資本足以為國家在緊急狀態下的決斷提供支撐。由於“例外”本身就意味着無法以事先的法律加以規定，因而法律系統將無法承擔例外情形或緊急狀態下的決策功能，進而政治系統取代法律系統成為支配性的決斷力量。<sup>4</sup>

面對這樣顯然不符合“主流價值觀”的學術進攻，主流學術界未見有直接的回應。在我的閱讀範圍內，謝暉和鄭玉雙（或許是無意地）進行了一定範圍的回應。謝暉首先指出了客觀事件之所以可能會形成緊急狀態的認識論前提：“法治的緊急狀態，無論其事實判定，還是應對舉措，都具有主觀建構的特性。”<sup>5</sup> 換言之，並非客觀事件本身而是人對客觀事件的認識及其反應才可能形成緊急狀態；並非我們稱之為“新冠病毒”的那個微生物本身造成緊急狀態，而是因為在我們的認識中它

<sup>1</sup> 例如：陳聰：《緊急狀態的事實判定與法律規定》，《理論探索》2015年第1期；趙宏：《疫情防控下個人的權利限縮與邊界》，《比較法研究》2020年第2期；孟濤：《公共衛生緊急狀態法治的原理與建構——基於新冠肺炎疫情事件的研究》，《法學評論》2020年第2期；張帆：《突發事件應對法應否以及如何限權？》，《政治與法律》2020年第1期；趙鵬：《疫情防控中的權力與法律——〈傳染病防治法〉適用與檢討的角度》，《法學》2020年第3期；謝暉：《論緊急狀態中的國家治理》，《法律科學》2020年第5期。

<sup>2</sup> 這個問題其實在早年就選擇權利或權力作為“法學核心範疇”的問題中已有大量討論。參見張文顯：《法學基本範疇研究》，北京：中國政法大學出版社，2001年，第12章；王麗君、孫國華：《論權力與權利的一般關係》，《法學家》2003年第5期；孫國華、孟強：《權力與權利辨析》，《法學雜誌》2016年第7期；童之偉：《論法學的核心範疇和基本範疇》，《法學》1999年第6期；陳金釗：《論法學的核心範疇》，《法學評論》2000年第2期。

<sup>3</sup> 參見賓凱：《重大突發事件的系統治理與法治》，《國家檢察官學院學報》2020年第6期。

<sup>4</sup> 參見賓凱：《系統論觀察下的緊急權：例行化與決斷》，《法學家》2021年第4期。

<sup>5</sup> 謝暉：《論緊急狀態中的國家治理》，第35頁。

對人體形成了重大危害，進而造成公眾的恐慌情緒和嚴重破壞性的社會秩序才形成了緊急狀態。謝暉的這一論述足以駁斥賓凱在其第一篇論文中援引王紹光提出的決策對象的下列分類的第三類：“已知之已知”、“已知之未知”與“未知之未知”。<sup>6</sup> 從哲學方法上來說，“未知之未知”固然可以作為一個形而上學的假定，但決不可能成為“決策”的對象，因為既然是決策，必先認識到為何決策。既然是一種“未知的未知”，那麼對決策者來說便是絕對的未知，我們憑藉何種理由認定這種絕對的未知可以成為決策的對象？或者說，這種絕對的未知又是如何使我們處於緊急狀態的？即便以王紹光所舉的隕石來襲或宇宙大爆炸的例子，也不可能是“未知的未知”：“根據定義，我們甚至不能提供一個單一的例子。”<sup>7</sup> 事實上，如果人類真的面臨隕石來襲或宇宙大爆炸那樣的災難，就我們現有的知識和能夠做出的反應而言，政府的決策反而變得簡單了，而且這也是政府的一項義務：把人力無法克服的這一末世消息通告全體公民，讓他們至少留有一定的時間與親友告別並選擇他們自認為最有尊嚴的方式離開這個世界。

沿着這一條認識論思路，謝暉提出了將緊急事件納入到“常態法治”之中的論斷：“人類生活的基本面貌脫離不開日常狀態與緊急狀態，這必然意味着無論人類規範日常狀態的法律也罷，還是規範緊急狀態的法律也罷，都屬於常態法律，由這種法律所導致的法治狀態，自然屬於常態法治。”<sup>8</sup> 但他在得出這一結論的過程中又將緊急狀態下的公權力主體和私權主體之關係定性為一種“利益博弈”關係，從而陷入了權利與權力幾乎是零和博弈的實質法治觀：“權力和權利的關係在資源總量既定的前提下呈反比例關係，即權力越大，則權利越小；反之，權利越大，則權力越小。”<sup>9</sup> 在規範意義上，權利遭到無端克減或限縮，必然是某種權力的不當介入，那麼這裏的“無端”和“不當”的最終決定者是誰？如果是在社會關係中的博弈，那麼最終必定是由統治社會的作為一個整體的政府（立法者、司法者和執法者）來做決定；如果這種博弈在個人與政府之間展開，那麼如果我們不想陷入無政府主義，個人究竟能有何種力量可以與政府權力進行博弈？恰恰在這一點上，謝暉陷入了賓凱提前佈置好的火力範圍：限制緊急權本身就需要某種其他權力，以其他個人或機關的權力限制緊急權，“只是隱藏或轉移了緊急決斷的主體，而並沒有消滅緊急決斷問題。”<sup>10</sup>

鄭玉雙提出了緊急狀態下的法治與社會正義的問題。他認為：“緊急狀態與常態實踐存在着時空上的裂縫，二者在時間上是連貫的，但在空間上卻是斷裂的。……權力行使的正義環境發生改變，社會互動關係由追求共同善的合作模式轉向回應具體緊急事態的自利模式。”<sup>11</sup> 因而，鄭玉雙在規範性的權利制約權力的問題上贊同謝暉，同時在具體事態的處置方式上（即兩個“空間”的劃分上）贊同賓凱。但鄭玉雙必定面臨雙重質疑：若是任由社會中的“自利”模式發揮功能，誰來捍衛權利？或者，若是人人都追求“自利”而不保持在社會常態中所積累的“政治信任”，那麼這個

<sup>6</sup> 王紹光：《深度不確定條件下的決策——以新冠肺炎疫情為例》，《東方學刊》2020年第2期。王紹光所援引的是西方學者以哲學方法分析“無知”（ignorance）這一現象的知識結構的著作。DeNicola, D. R., *Understanding Ignorance: The Surprising Impact of What We Don't Know*, Cambridge, MA: MIT Press, 2017.

<sup>7</sup> DeNicola, D. R., *Understanding Ignorance: The Surprising Impact of What We Don't Know*, p.39.

<sup>8</sup> 謝暉：《論緊急狀態中的國家治理》，第45頁。

<sup>9</sup> 謝暉：《論緊急狀態中的國家治理》，第39頁。

<sup>10</sup> 賓凱：《重大突發事件的系統治理與法治》，第39頁。

<sup>11</sup> 鄭玉雙：《緊急狀態下的法治與社會正義》，《中國法學》2021年第2期，第118頁。

社會事實上便是一盤散沙，又如何有效應對緊急狀態？<sup>12</sup>

面對上述理論爭議，本文旨在提出一種“權利與權力相融合”的理論進路：在權利作為目的而權力作為手段的意義上，權利是根本性的；在權利必然要求權力的支撐的意義上，權力是不可或缺的。權利和權力都是一套完整的社會秩序的兩個側面，將其割裂或對立的做法勢必陷入悖論，而只有將這兩個側面統一起來才能形成一個較為完整的法治圖景。本文的行進做如下安排：通過一個尋常的例子表明權利與權力是如何能夠統一的，即權力的擴大並不必然減損任何人的權利，並順勢界定本文所涉及的相關概念的含義；接着，本文將表明在常態法治下的這一結論如何能夠擴展至現有法律並不給出預先規制性舉措的緊急狀態，並反駁賓凱的“兩個空間”的無謂劃分；最後我將指出法治能夠同時在常態和緊急狀態下能夠得到維持的條件，並指出任何權力必然預設了權利。

## 二、在何種意義上政府權力的擴大無損於權利

我將引用一個非常平常的例子來界定本文之展開過程中反復提及的幾個關鍵術語。如下的例子來自於加拿大哲學家查理斯·泰勒的一篇文章。他說：“如果地方當局在我家附近的十字路口安裝了一個新的紅綠燈，我的自由就受到了限制；這樣以前我可以隨心所欲地過馬路，……現在我只能等綠燈了。在哲學論證中，我們可以稱之為對自由的限制，……這不僅僅是一個我們做出權衡的問題，並且認為一點小小的自由損失抵得上更少的交通事故，或更少的對兒童的危險；我們不願在這裏談論自由的喪失；我們覺得我們正在權衡的是相對於安全的便利。”<sup>13</sup> 我們可以在此情形中再進一步假定：泰勒購買此處居所，除了房子本身之外，還看中了這所房子邊上的這條寬闊馬路，這塊馬路人跡罕至（因而並沒有安裝紅綠燈），在購買這處房子之後的居住可以帶來城市生活所缺乏的寧靜。我們將泰勒對這所房子的產權稱為一項權利<sup>14</sup>，這項權利為泰勒所排他性地行使，並受到法律的保護；泰勒之所以購買此處房產，除了房產本身之外，最主要地是因為此處的寧靜，我們稱這是泰勒的實質性目的（購買前所預期的）或實質性利益（購買後所實際享有的）。泰勒在此情形中的自由有部分：對此處房產的權利與對周邊馬路之寧靜所享有的實質性目的或利益。而我經過考察

<sup>12</sup> 這可能是鄭玉雙的一個技術性錯誤，即“時空上的縫隙”怎麼可能又“在時間上是連貫的”？在哲學上，時間和空間都是人的認識之所以可能的先驗範疇，且這兩個範疇在人的認識上實際上是密不可分的同一件事。任何事物只要能被認識，必定具有時空的要素，只不過某些涉及社會關係的價值事物（例如平等、自由等價值理念）在“非個人的（impersonal）”意義上是超越個人的時空的。另外，時空的斷裂必須納入到人的認識中才有意義。例如，我們可以認為新中國的成立以及社會主義制度的確立在制度性價值方面在同一個民族的時間上有着明顯的斷裂，我們也可以認為社會主義的價值觀在吸收了部分傳統價值（比如“人命關天”）的意義上，那些傳統價值就超越了時間；我們甚至可以認為同一個國家由於特殊的歷史原因而在這個國家的不同“空間”（即地區）的法秩序上存在斷裂；但我們不能在同一個國家同一個時期面臨新冠疫情那樣的緊急事件而進入不同的法秩序時“時間上連貫而空間上斷裂”的，這樣說法不僅令人費解，而且遠不如賓凱的日常法治的例行性空間和緊急狀態下的決斷空間在概念上的劃分來得清楚，儘管賓凱的“空間”概念也必然同時預設了時間概念。

<sup>13</sup> Taylor, C., “What’s Wrong with Negative Liberty?”, in *Philosophy and the Human Sciences Philosophical Papers (Vol. II)*, Cambridge: Cambridge University Press, 1985, p. 218.

<sup>14</sup> 此一語境中的“權利”事實上即為“法權”。在《布萊克法律詞典》中關於“legal right”的定義如下：“1. A right created or recognized by law.” 見Garner, B. A. (ed.), *Black’s Law Dictionary (9<sup>th</sup> Edition)*, Detroit: West Publishing Co., 2004, p. 1437；在《元照英美法詞典》中，“legal right”被譯為“法定權利”，是指“經國家同意並受國家支持的而屬於某人的對他人行為進行控制的能力。”參見薛波主編：《元照英美法詞典》，北京：法律出版社，2003年，第1200頁。

後看到了此處房產的大幅升值空間，並且與泰勒協商購買這套房子。顯然，我的實質性目的在於房產的升值並從中追求經濟利益。我與泰勒之間的此項合同的履行可能發生各種各樣的爭議，我與他可以友好協商解決，可以找到我們的共同朋友居中調解，當然作為最後的法律手段，我們可以訴請法院解決。訴訟之外的解決方式稱為社會自治，以訴訟來解決爭議稱為公權力（法院）的介入。終審法院判決我或泰勒敗訴之後，我或泰勒履行判決的行為稱為公民服從，而在我或泰勒認為法院給出了錯誤的判決之後拒絕履行法院生效判決的行為稱為公民不服從——我們中的某個人可能會面臨國家公權力的刑事懲罰。在規範性上，一切權——管這些權利的範圍涉及哪些——都將得到有效保障的政府，便是法治；我或泰勒能夠自由地為自身判斷和尋求最佳利益（無論是居所的安寧還是經濟上的升值），只要這些個人行動不違反法律的禁止性規定，那麼我們便享有這一語境中的個人自由。享有最低限度的個人自由的法治，即在一切社會關係中政府享有最大範圍的干預權但同時確保公民享有法律之下的權利的法治，稱為“最低限度的法治”<sup>15</sup>，政府享有最低限度的干預範圍並盡可能通過社會自治的方式確保個人自由最大化的法治，我們稱為自由至上的法治。

現在來審視泰勒的觀點並探討政府權力的擴大在何種意義上無損於權利的問題。泰勒認為，他原先所享有的“隨心所欲地過馬路”的自由由於引入按照法律設立的紅綠燈而受到限制；並且這樣的法律措施是安全和便利這兩個價值之間的某種利益權衡。然而，這似乎是所有從實質性目的或利益的視角看待權利的通病：將他擁有的某種碰巧享有的某種實質性好處或便利（如“隨心所欲地過馬路”）視為他本應擁有的某種“自由”或“權利”，而引入法律舉措規制那種“隨心所欲的”自由或權利似乎就剝奪了他的這一原本擁有的自由或權利。但顯而易見的是，在他享有排他性的或法律承認只有他才能行使的權利範圍（那所房子）之外的馬路本身就是公共土地，任何偶然到此的人都可以“隨心所欲”地過馬路，而他本就不享有——從與其他人的乃至社會的互動關係來看——任何排他性的權利。

當這條原本空蕩蕩的馬路逐漸變得車水馬龍時，如果那些路過此處的人都能找到一種方法保持有條不紊的通行秩序，因而在這個情形中社會自治的功能完全得到了展現，那麼安裝紅綠燈所標示的政府權力就沒有必要介入。但事實上的情形更加可能是——尤其是在諸如帶有重大傷害性的汽車那樣的交通工具的引入——不對道路資源進行適當分配的交通指令系統可能導致重大傷害事件。前一種情形所談及的社會自治的“方法”還是後一種情形中對道路資源的“適當分配”，都指向了法律，只不過前一種情形的法律可被視為在社會自治的自發規則中“發現”的，後一種情形的法律規則是在交通部門按照法律程序結合當地的交通實際狀況“制定”出來的。前一種情形無損於任何人的自由：他們原本就在社會自治的意義上“自發地”形成了一種秩序，只不過這種秩序以法律的形式被確定下來；後一種情形在表面上看確實減少了像泰勒那樣原本享有“隨心所欲地過馬路”的那些人的自由，但並沒有絲毫減損他們的權利，因為他們原本就不享有這一權利。另外，在這個問題上，法治的最低限度論者與法治的與自由至上論者給出的答案是一樣的，因為在前者看來，在公共馬路上並未頒佈任何法律的自由都不能稱為權利，政府保有在此項事務上按照它所設想的需要隨時保持干預的權力；在後者看來，這條馬路上引入法律的規制並對個人自由形成某種程度的干預是一

<sup>15</sup> 參見王人博：《一個最低限度的法治概念——對中國法家思想的現代闡釋》，《法學論壇》2003年第1期。

種社會自發的需要，至少在此情形中並無其他某個特定人士以“專斷的意志”引入法律。<sup>16</sup> 這兩者的差別在於，前者主張將一切可能引發公共事務之糾紛的問題以一種“父愛主義”的方式預先做了規定，即使沒有做出具體規定，政府也保有在最終意義上進行決策的權力；而後者則主張政府只有在社會自治引發無序狀態之後才有資格進入這一領域，政府的提前干預勢必損害社會的“自生自發的秩序”。

那麼，在這個情形中的權利與權力的關係如何呢？因為當法律進入這一公共馬路之後，任何路過此地的人就有了一項法律義務：必須按照紅綠燈的指示行事。因而政府的權力毫無疑問地擴大了：對那些不按照這項規則行事的人政府將有權進行處罰。那麼，包括泰勒在內的普通公民的權利狀況呢？他確實喪失了原先的“隨心所欲過馬路”的實質性的利益或自由，但同時也獲得了法律為其作為最終保障的權利：任何妨礙他按照紅綠燈指示的規則行事的人，他就擁有一項要求法院予以救濟的權利。因而，政府權力的擴大可以與公民的個人權利的增加保持相容，只要進入這一公共場所的任何人——除非法律本身的限制——至少在形式上能夠一致性地行使這項權利。申言之，國家制定的法律在規範性上指向的是全體公民的公共利益，因而就無需指向任何私人的實質性目的或利益。只不過新引入的法律確實改變了包括泰勒在內的所有人從中設定和追求他們各自的實質性目的的合法性環境：他們路過此地時必須遵守紅綠燈所指示的規則，無論他們各自的實質性目的是甚麼。

很多人必定會認為這個例子過於輕飄飄地描述了權利與權力的一般關係，那麼不妨考察一下盧曼提供的這個沉甸甸的例子：“如果在一棟大樓裏，恐怖分子埋下了一顆威力巨大的定時炸彈，在炸彈爆炸之前，警察已經抓獲了該恐怖分子，那麼警察是否可以違背‘禁止酷刑’的不可克減人權原則，以刑訊的方式取得該恐怖分子的口供？”<sup>17</sup> 盧曼將此兩難選擇定性為“悲劇性抉擇”，認為“此時警察並不是在正確的選項和錯誤的選項二者當中作出選擇，而是在兩個同樣錯誤的選項之間進行選擇，並且每種選擇的嚴重後果都難以為社會所承受。”<sup>18</sup>

在我看來，這是一種以實質性結果來評價引發此項結果之行動方式的錯誤做法。首先，這種做法暗中預設了兩種註定會成為“悲劇”的實質性結果：要麼侵犯人權，要麼眼睜睜看着無數人喪命。無論作為執法者的警察怎麼做，不可能同時避免這兩個結果，但評價警察之執法行動的正確與否所依賴的並非其行動之結果，而是其據以採取行動的法律上的理由。我們不會將一個執行死刑判決的公職人員認定為“侵犯”了死刑犯的生命權，是因為這樣的行動來自於法律的命令，或者執行死刑判決之人擁有充分的法律理由。其次，如果要討論警察行動的合法性，勢必要先討論規制警察之執法行動的法律：如果這個國家的法律規則已經明確地做出了規定，那麼警察就有義務按照法律的規定行事，無論是保護恐怖分子的人權還是保護無數無辜者的生命；如果這個國家的法律並未做出明確規定，那麼警察可以（通過解釋的方式）按照歷史上同類情形（如暴力分子、反社會人士乃

<sup>16</sup> 哈耶克指出：“一個人不受制於另一人或另一些人因專斷意志而產生的強制的狀態，亦常被稱為‘個體的’自由或‘個人的’自由的狀態。”參見〔英〕哈耶克：《自由秩序原理》（上），鄧正來譯，北京：三聯書店，1997年，第4頁。

<sup>17</sup> 賓凱：《系統論觀察下的緊急權：例行化與決斷》，第11頁。

<sup>18</sup> 賓凱：《系統論觀察下的緊急權：例行化與決斷》，第12頁。

至敵對國家以該共同體難以承受的後果相威脅的經驗)的通常做法展開行動；如果這個國家歷史上從未出現過類似的事件，那麼警察選擇任何一項行動都是跟法律無關的，因為對包括緊急事件在內的任何事件的定性、知覺或理解，“總是一種詮釋，將來自感覺經驗的對象歸入一種或幾種不同的類別之中。一種從未發生過的全新事件，在第一次進入大腦之際，將完全無法被知覺。”<sup>19</sup>最後，一項合法的行動為甚麼會發生“難以為社會所承受”的問題，已經不是一個法律問題——因為法律已經給出了答案——但那些在艱難抉擇過程中的合法行動的後果所造成的負面情緒，或許可以在社會心理學方面求得答案。<sup>20</sup>

換言之，對警察所代表的政府的集體行動之合法性評價起決定性作用的不是政府行動之實質性結果，而是政府據以選擇何種行動的理由。包括公職人員在內的全體公民原則上只能依據法律所指示的禁止、允許或要求行事，而不管法律的規定與他們的實質性偏好有着怎樣的一致或者不一致；法律也從每個人恰好一致或不一致的外在的實質性目的中抽身，轉而向內尋求富勒式的“普遍性、清晰性、公開性、穩定性、不溯及既往、無矛盾、法律不強人所難、官方行動與所公佈之規則的一致性”<sup>21</sup>的內在道德。富勒將符合他所意指的內在道德性的法律稱為“程序自然法”<sup>22</sup>，此處的“程序”是指法律規則所形塑的體系所建構和實施的方式或方法，而與法律體系所可能達致的實質性目的並無必然關係；而這裏的“自然”，就是指以此方式所構建的法律在本性上或自然地(naturally)所固有的——也就是內在於法律的——道德品質；而這裏的“道德”僅指法律的制定所指向的僅僅是公共利益，而公共利益不能還原為任何私人利益及其簡單加總；任何公職人員在制定(和實施)法律之際都不應指向私人目的，而僅僅指向“法律獲得普遍的服從”或“使規則得到服從”這一法律所固有的目的。<sup>23</sup>

總之，政府權力的擴大並必然不意味着公民權利的克減或減損，但確實會降低個人自行決定其最佳利益這一自利原則的適用範圍，但這樣的範圍伸縮若是由於政治社會所處的內外環境以及對這些環境的認識能力所導致的，那麼無論是最低限度的法治還是自由至上的法治，都不妨礙它們作為一種法治形態的聲譽。

### 三、緊急狀態下權利與權力的融合進路是否依然成立？

#### (一)三種緊急授權的理論模式

權利與權力相融合的理論進路能否在緊急狀態下得到維持，需要先行探究歷史經驗中的緊急授權的理論模式。有學者根據西方各國的緊急授權的歷史經驗總結出最主要的三種模式，分別是“調適模式”(models of accommodation)、“一如既往模式”(business as usual model)和“超合法性

<sup>19</sup> Hayek, F. A., *The Sensory Order: An Inquiry into the Foundations of Theoretical Psychology*, Chicago: The University of Chicago Press, 1952, p. 142.

<sup>20</sup> 參見王俊秀、應小萍：《認知、情緒與行動：疫情應急響應下的社會心態》，《探索與爭鳴》2020年第4期。

<sup>21</sup> Fuller, L. L., *The Morality of Law*, New Haven and London: Yale University Press, 1964, pp. 33-94.

<sup>22</sup> Fuller, L. L., *The Morality of Law*, pp. 96-97.

<sup>23</sup> 就“法律與道德”之關係的議題與富勒展開長期論戰的哈特，也在“程序自然法”的意義上也贊同富勒。See Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 207.

模式” (models of extra-legality)。<sup>24</sup> 這三種模式的前兩種各有其歷史經驗的原型，但第三種則更多地是來自於思想家們的理論闡發。首先，調適模式以羅馬獨裁官制度為原型，它區分緊急狀態和正常狀態。當面臨緊急狀態時，調適模式將常態法治下的（某種程度的）權力分立融合成獨裁官大權在握的緊急體制。當然這種緊急體制是臨時性的，在授予緊急權的同時也規定了授權的職責範圍和時間限度。其次，一如既往模式則並不特別地區分緊急狀態和常態。對奉行一如既往模式的國家來說，日常的法律體系已經為應對緊急狀態提供了充分的答案而無需主權機關另行宣佈額外的緊急權。調適模式和一如既往模式的相同之處在於，這兩種模式都將緊急狀態視為規制人的社會生活的法律體系的一部分，或者說，應對緊急狀態的所有舉措最終都是可以在作為一個整體的法律體系的內部展開的。最後，超合法性模式在這一點上與前兩者有着根本的不同：該模式不僅認為緊急狀態與常態在法秩序上存在顯著的不同或斷裂，而且緊急狀態下負責採取具體行動的官員在他們認為必要時可以超出法律的一切限制而務求達成其所設想的結果。

當然，這些理論化的模式不是單一存在的，世界各國應對緊急狀態的法律實踐都採用了其中的一種或者數種模式的結合。就主要法治國家的憲制實踐來看，一如既往模式的最典型者是英國憲制。例如，在英國憲法學家戴雪看來，在日常法治下一般人民的權利以及這些權利所依據的法律規則均來自司法判決，而在面對入侵、暴亂等緊急狀態時，以武力擊退武力的普通法權利對於任何英國國民及其政府顯然都是至關重要的，並且“英格蘭法律肯定會以最充分的方式承認這一權利。”<sup>25</sup> 換句話說，作為一種自我捍衛的權利的緊急權原本就是內在於政府權力之中的。當然，戴雪也承認，“在現代生活的複雜條件下，沒有任何政府能夠在混亂或戰爭時期保持國內的和平或針對外國政權履行其職責，而不偶爾地使用恣意的權力。”<sup>26</sup> 只不過這種恣意的權力儘管是自由裁量的，也可能缺乏歷史上通常遵守的某些規範性基礎，但它們決不是不受限制的，而最終的限制來自於議會的裁定或“議會的援助”。<sup>27</sup> 通過議會的“援助”——通常以特赦法案的形式——將原本在事實上明顯不合法的政府為應對緊急狀態的措施合法化了，而議會通過制定這樣一個特赦法案“合法化了非法”而斷言了它的主權和至高無上。<sup>28</sup> 易言之，政府在應對緊急狀態時基於公共目的確實可能壓縮乃至克減了公民的權利，但這種壓縮和克減乃是出於環境的必然性，公職人員在此種必然性之下需要本着超常的責任心（或戴雪所稱的“合法性精神”<sup>29</sup>）行事，在事後接受議會的裁定或“援助”時，他們也是本着對於負責審理此類看似非法的措施的裁決者——最終是人民以及他們在議會中的代表——將以同樣的責任心進行裁決的期望。這樣一來，緊急狀態下的所有政府行為無非是兩類：一類是按照明確的法律規則的行為，另一類則是行政機關自信能夠得到議會事後批准的行為。前一類行為的合法性確鑿無疑；而後一類行為在其做出之際在事實上違背了預先制定的法律規則，但它

<sup>24</sup> Gross, O. & NiAolain, F. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, chaps.1,2,3.

<sup>25</sup> Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, IN: Liberty Classics, 1982, pp. 398-409.

<sup>26</sup> Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 271.

<sup>27</sup> Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 272.

<sup>28</sup> Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, pp. 10-11, 142; Bradley, A. W., and Ewing, K. D., *Constitutional and Administrative Law*, New York: Longman, 2003, p. 56.

<sup>29</sup> Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 273.



的合法性將以議會的特赦法案的通過為最後的和最高的依據。正是在這個意義上，議會的特赦法案是一種構成性的憲法權力，它可以將在事實上的違法性轉化成規範上的合法性。也正是在這個意義上，戴雪將議會的此種特赦權力稱為“本身就是一部法律……它無疑是獨斷之主權的行使；但是，如果法律主權是議會，即使是國家行為也會採取常規立法的形式。”<sup>30</sup>

事實上，我們從戴雪的論述中看到前兩種模式的結合：儘管可以認為常規立法的形式（一如既往的模式）規制了所有的政府行動，但並非所有的政府行動都是可以“事先”加以規制的，而是需要事後的議會法案加以調適的。緊急狀態事實上的存在以及相應的可能的違法措施，與規範上的緊急權之間存在着權威機關的一種審議機制，這種審議機制主要地以國家的立法權和行政權的融合而非分立為前提。<sup>31</sup> 它一方面並不宣傳“權利限制權力”的抽象學說，更不主張脫離公共利益來談論“以（個人的）權利限制（政府的）權力”，因為在他們的語境中，“政府權力”本就是一種維護公共利益的權力，佔據公共權力之人竟然會以私人利益凌駕於公共利益之上而不遭遇人民的反抗，這本就是荒謬的。一般人民服從他們的議會以及受制於議會的政府，而“議會……從未通過任何會招致人口中絕大部分人強烈反對的法律”<sup>32</sup>，即使某一項法律所引發的結果遭到許多人的厭惡和反對，他們也必須保持耐心在下一屆議會中尋求援助。<sup>33</sup> 這種具有高度緊密的權威—服從的政治關係，可謂是一個國家齊心協力共同應對緊急狀態的必要條件。

## （二）超合法性模式的謬誤

超合法性模式的根本謬誤，就在於其宣傳者一方面在現有的法律體系之外設想一個政治行動者不受任何限制的法律真空，另一方面在出現按照現有的法律規則無法直接規制的例外情形時又歸罪於法律的無能。

就這一模式的思想資源來看，我們其實很難斷然地將某些思想家歸類於這一模式。但就權力和權利之關係在形式上的定性來看，這種模式的宣傳者基於對政府的外在的懷疑主義立場，將政府權力定性為“必要的惡”，將法律定性為多數人偏好的匯總，將緊急狀態下法律對於個人自由的實質性內容的規制定性為權利本身的克減。比如，在洛克看來，當人們認定統治者利用特權不是為了促進公共利益，而是服務於統治者自身的好處和目的，那麼他們的唯一補救措施就是在現有法律體系的外部“上告上天”，或者，當大多數人感到“他們的”權利受到政府的不公平對待的時候，就有資格起而反抗壓迫他們的統治者。<sup>34</sup> 他們一般也相信尋常的法律體系能夠有效地應對緊急狀態，但是對於那些特別嚴重的暴亂甚至全面戰爭狀態，那些臨時性的、一事一議的常規立法調適模式根本起不了甚麼作用，因而主張設立一種事先、一般性的緊急憲法機制，這種機制使得國家在面臨恐怖襲擊那樣的緊急狀態時，可以隨着緊急狀態之嚴重程度的變化而引發阿克曼式的“不斷升級的超級多數”之意志而採取不同的行動，且在必要時政府可以援引那樣的緊急憲法機制而“使政府能夠在

<sup>30</sup> Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 145.

<sup>31</sup> 參見〔英〕白芝浩：《英國憲法》，夏彥才譯，北京：商務印書館，2005年，第62頁。

<sup>32</sup> 〔英〕詹寧斯：《法與憲法》，龔祥瑞等譯，北京：三聯書店，1997年，第101頁。

<sup>33</sup> 當特定的議會不能有效履職時，“它並不損害作為一個種類的議會的權威，但它損害了個別議會的權力。它使得一個在議會之外的特定之人能夠說，‘你們這些議會成員沒有執行你們的職責……我將從一號議會向二號議會上訴。’” Bagehot, W., *The English Constitution*, London: C.A. Watts, 1964, p. 222.

<sup>34</sup> Locke, J., *Two Treatises of Government*, edited by M. Goldie, London: Tuttle, 1994, para. 168.

不承擔任何責任的情況下履行再保證職能（reassurance function）而不對個人權利造成長期損害。”<sup>35</sup> 與戴雪的事後的議會裁定相比，這種理論事先就豁免了政府及其公職人員的任何政治的和法律的責任。

如果說洛克的特權理論和阿克曼的“緊急憲法”理論仍然着眼於他們所界定的“個人權利”，那麼施米特的例外理論則給出了十分鮮明的脫離任何形式的法治談論主權的結論。他所界定的主權者，“就是決定例外的人”<sup>36</sup>，而作為無關於一般性的和常規性的法律的例外，則是政治的單純表達和反映：“政治行動和動機能被還原成的特定政治區分，是敵友之間的區分。”<sup>37</sup> 換句話說，政治的意義就在於區分敵友，而非通過公共辯論的方式化敵為友。由於人類集體行動的每一個領域都有可能上升到政治層面，因而如果某種例外情形“足夠強大，能夠根據朋友和敵人有效地將人類分組”<sup>38</sup>，那麼這一例外情形就必然滲透到人類生活的各個方面。這樣一來，為了應對緊急狀態，能夠有效區分敵友的主權者必定懸置現有的整個法律秩序：主權者視域中的法律規範不僅失去任何效力，而且還變成是區分敵友之政治的工具：此種語境下的法律規則“證明不了任何東西，例外證明了一切；它不僅證實了規則，而且也證實了它的存在，它只從例外中產生。”<sup>39</sup> 因而順理成章的是，面臨“區分敵友”這一緊急狀態的決策者就必定享有不受任何限制的權力：“例外的特徵原則上是不受限制的權威，這意味着對整個現有秩序的懸置。”<sup>40</sup> 在施米特看來，任何法律規則不過是某種尋常秩序的表現，只要存在某項規則所不可預見的、無法直接規制的事實，那麼此一法律規則就失去了有效性。不僅是例外確認了規則，而且規則本身的存在“僅源於例外”，或者說，例外本身變成了無例外的一般性規則：“規則/例外”的無例外的區分，或者按照一如既往模式或調適模式所設定的作為偶然例外的緊急狀態反過來變成了法治的常態。也正是在這裏，我們看到了賓凱幾乎同樣地以不區分觀察性與規範性的事實的方式對日常法治做出如下描述：“當全社會處於正常狀態時，……立法機關可以迴避或拖延立法，……但司法機關必須處理已受理的案件，給當事雙方一個說法。”<sup>41</sup> 作為一項觀察到的事實，這樣的描述或許是對的，並且也在那些法治不彰的國度中找到證據。但在規範性上，立法機關的主要職責當然就在於立法，這一點與司法、執法機關沒有任何差異。差異在於立法過程可能是緩慢的、冗長的甚至其最終結果就是不予立法。但是，恰當遵守了立法程序的立法結果，即使沒有制定任何新法，其結果無非是維持法體系上的現狀，即作為一個整體的立法機關的決定是：拒絕以新的法律手段規制某項事務，或者將某項事務置於法律直接規制的範圍之外以留待社會自治。執法和司法則與之有着重大差異：一旦某項糾紛或事實進入執法者或司法者的管轄權內，他們就必須按照法律的規定開展相應的法律適用行動，否則便是有違他們的法律

<sup>35</sup> Ackerman, B., “The Emergency Constitution,” *The Yale Law Journal*, vol. 113, no. 5, 2004, pp. 1029-1091.

<sup>36</sup> Schmitt, C., *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, translated by G. Schwab, Cambridge, MA: MIT Press, 1985, p. 5.

<sup>37</sup> Schmitt, C., *The Concept of the Political*, translated by G. Schwab, New Brunswick, NJ: Rutgers University Press, 1976, p. 26.

<sup>38</sup> Schmitt, C., *The Concept of the Political*, pp. 37, 38.

<sup>39</sup> Schmitt, C., *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, p. 15.

<sup>40</sup> Schmitt, C., *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, p. 12.

<sup>41</sup> 賓凱：《系統論觀察下的緊急權：例行化與決斷》，第8頁。

職責。顯而易見的是，執法者和司法者的法律適用活動必須給出法律上的理由，而不僅僅是“一個說法”。因為正是這種法律上的理由，而不是他們的特定執法行動之結果或判決結論，才是執法者和司法者能夠借此將其自身區分於其他社會角色的根本所在。<sup>42</sup> 從另外一個角度來說，即使日常法治以司法為中心，但執行法律判決的行政機關——按照盧曼的劃分，行政機關當屬所謂的“運行部門”的兩個分——全也可能迴避、拖延甚至拒絕執法，那麼以司法為中心的日常法治何以維護法律權威？又或者說，如果一個主權國家的法律系統已經墮落至此，為甚麼它仍然還是日常法治而不是一種真正的緊急狀態？

問題還不止這些。在盧曼的政治系統—法律系統的區分中，以合理的司法程序見長的法院確實可能失去了在緊急狀態下的決策功能。但既然將法律系統定性為司法系統，那麼為了保持術語的同一性，這樣的推理只能得出在緊急狀態下政治正義高於司法正義的結論，而不能籠統地說政治高於法律。因為在“法律”的通常意義上，立法機關、執法機關和司法機關都是當仁不讓的法律機關，儘管像美國聯邦最高法院<sup>43</sup>和英國議會<sup>44</sup>那樣看起來是純粹的司法機關和主權機關同時又可以是政治機關和司法機關。事實上，在主權機關高於司法機關的憲制經驗中，英國和中國都屬於這種體制。因而至少在中英兩國面臨緊急狀態時，由主權機關而非司法機關做出最終的政治決策本身就是一項正常的憲制秩序，或者說，就司法機關本來就沒有做出重大緊急決策的管轄權而言，無論甚麼樣的決策及其法律上表現出甚麼樣的形式（憲法、法律、法規等），它的法律上的有效性最終都取決於主權機關的承認。<sup>45</sup> 因而，提出“政治高於法律”的籠統理由來證成“例行化空間”和“決斷空間”的概念性區分，無異於將本來即為一體的憲制空間硬生生分開，並拼湊成一幅關於兩個空間之功能主義聯繫的奇怪圖景：在這兩個空間中，政治系統一方面可以在正常狀態中極為安分地受制於法律系統，而在緊急狀態下卻一躍成為有資格將整個法律系統懸置起來的主權者，至於緊急狀態甚麼時候來臨，則在最終意義上又是政治系統有資格單方面宣佈的。

## 四、緊急狀態下的權利與權力

### （一）緊急狀態下的權利

要厘清緊急狀態下的法治是否可能的問題，必先厘清緊急狀態下的權利克減的問題。典型地，例如在新冠疫情的緊急狀態下，相關機關（立法或行政機關）按照法律程序發佈緊急命令，要求所有人在與他人近距離互動時佩戴必要的口罩，而在這之前他們不需要那樣做，那麼他們的權利是否遭到了克減？就“我任意時間外出活動不需要佩戴口罩”這一權利的實質性內容來看，當我在外出

<sup>42</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, pp.114-116.

<sup>43</sup> “將美國最高法院視為一個法律機構，是低估它在美國政治體系中的重要性。因為它也是一個政治機構，一個就有爭議的國家政策問題作出裁決的機構。” Dahl, R. A., “Decision Making in a Democracy: The Role of the Supreme Court as a National Policy Maker,” *Journal of Public Law*, vol. VI, 1958, p. 279. 另可參見Casper, J. D., “The Supreme Court and National Policy Making,” *American Political Science Review*, vol. 70, iss. 1, 1976, pp. 50-63.

<sup>44</sup> 傳統上英國議會一直被視為“最高級法院”（“The Highest Court” or “the High Court of Parliament”）。〔英〕詹寧斯：《法與憲法》，第42頁；Goldsworthy, J., *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1999, p.12.

<sup>45</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, p.95.

參加社交活動時確實比以往多了一項法律上的義務：如果我不履行這樣的義務，我可能就要受到法律的制裁，因而看起來是“我的權利”減少了，而“我的義務”增多了。但是，正像本文所引的泰勒的那個例子一樣，如果要求佩戴口罩的命令是所有人（包括公職官員）在同樣的情形下一體遵守的規則，那麼我雖相較於以前“額外”地承擔了在參與社會活動時必須遵守的一項義務，但這一義務與其他所有人相同情形下必須遵守的義務是一致的。或者說，這樣的法令也賦予了我要求任何在一定範圍內接近我的所有其他人佩戴口罩的權利。因而儘管我參與社交活動時相較於以前多了一項實質性的義務，但從形式上看，我的權利既不增加也不減少。

更何況，若是全體公民都必須一致性地遵守這一法律，那麼對所有人的權利之實質方面的限縮並非來自“他人專斷的意志”，而是源於人類在至少是當前無法全然消除之病毒的自然環境中求得集體的生存所必需的手段，而要有效地消除或者盡可能地阻遏此種病毒的傳播，那麼以佩戴口罩的方式以最大程度地防止人成為病毒傳播之工具也是為了維護人的自由，即出於自由的目的而限制人的自由的任何法律手段，必定也是一種自由的手段，這種法律手段與任何人的個人偏好（如平常是否偏好佩戴口罩、他的體質之強是否足以遏制病毒）無關，而是對人參與社會生活時設定和追求他自身的實質性目的時所施加的一種強制性義務。進而，如果我們人類註定要與無法消除的新冠病毒為伍，或者類似的病毒不可消除地構成了我們的外部環境的一個自然因素，那麼佩戴口罩——如果佩戴口罩被權威機關認定為對抗病毒傳播的有效手段——對我們來說儘管存在諸多不便，但我們將自小就把佩戴口罩視為不需要法律以成文法的形式做出規定的一項基本常識、一個司空見慣的常規做法，甚至是一種最低限度的道德。

此外，在公共或集體性地享有某項權利的範疇，我是作為全體公民所構成的“人民”之一部分接受政府之相關決策的，或者說政府制定的決策在規範性的意義上是我作為其一員的人民的自我立法，那麼作為一個被推定為自由之人，我必須接受我自己做出的任何約束。因而這樣的自我約束在不受制於其他任何人的外在或專斷的約束的意義上便是自由的，我若違反我自己做出的立法，便是我對自身的自由的違背，那麼我遭遇政府的以某種強制方式“恢復”我的自由（通常以處罰的形式做出）便是出於自由的目的來限制自由本身。因而，這樣的強制便是在一個自由的法規範體系的內部得以證成的，或者像當代法哲學家所說的那樣，政府已經完成了它有責任承擔的證成這一權力以限制任何私人自由的義務。<sup>46</sup>

## （二）緊急權：行政權突顯的危機管理體制

為了理解緊急狀態下的緊急權的特徵，應先理解常態法治下的國家權力，即立法權、司法權和行政權的一般特徵。法治國家的一部分公民所組成的立法機關所制定的法律，在規範性上所指向的必定是公共的或普遍的目的，因而法律規則也必定是普遍性的規則，而“普遍性的規則，有別於具體命令的真正的法律，必須意在適用於不能預見其詳情的情況，因而它對某一個特定目標，某一特定個人的影響事前是無法知道的。”<sup>47</sup> 因而立法者基於公共目的制定法律規則時，當他們以私人身

<sup>46</sup> See Habermas, J., *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press, 1999, pp. 447-462; Rawls, J., *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001, p. 40; Dworkin, R., *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986, chap. 4.

<sup>47</sup> [英]哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅等譯，北京：中國社會科學出版社，1997年，第77頁。

份設定和追求各自的目的時當然也必須遵守這些規則。<sup>48</sup> 由於法律本身是普遍性的，它並不為所有私人公民在設定和追求自身的實質性目的時就其目的之達成提供完全確定的指引，對私人公民之間，或者公職人員憑藉公權力對私人權利形成某種干涉之際，就這種干涉是否合法的判斷，最終是司法機關或者主權者的某種司法角色所完成的。因而司法權預設了立法權，擔負司法職責的法官就其並不干涉私人的實質性目的而言是中立的、超然的，但就維護達成所有私人目的必須遵守的合法手段（或方式）而言他們是受制於法律的，無論他們對系爭案件中原被告雙方所欲達成的實質性目的持何種立場，他們必須像超然於自身利益的立法者那樣行事。因而司法機關並不能脫離立法機關而單方面地決定法律是甚麼，更不能單方面地決定公民應當追求何種目的。<sup>49</sup>

如果說立法權和司法權分別確定了法律的普遍規則和按照普遍規則的私人行動的合法性，那麼行政權就是以國家保證的方式切實地維護被司法機關（或主權者的司法角色）按照法律認定為合法的權利。法律之下的權利之所以是可強制執行的，是因為這裏的權利——無論是私人排他性行使的權利還是與其他人一起行使的權利——是法律授予私人單獨地或作為一個整體的人民共同地擁有的權利，而人民的意志是“將每個人置於義務之下的一個意志，因此只有一種集體的普遍的（共同的）和強大的意志，才能為每個人提供這種保證。”<sup>50</sup> 因而，但凡法律上的權利，都是可強制執行的權利，而這種可強制執行的權利在現實中的維護是通過行政機關實施具體行政行為而得到保證的。

然而，行政權重在現實地保障已有的合法權利，原則上它既無權以它的某個特定的行政行為來確立一項權利，也沒有資格取消人們已經合法擁有的權利。但是當嚴重危及人民權利的緊急狀態來臨時，就像個人在緊急情勢下的正當防衛權一樣，國家通過政府（主要是行政機關）的有效行動以消除緊急狀態的權力，即緊急權的正當性，也是不言自明的。緊急狀態下的國家和社會又必然不可能像常態下的法治圖景那般的有條不紊，它的直接目的就在於以富有效率的方式消除緊急狀態。而在緊急狀態來臨之際，包括行政機關在內的主權機關必定不得不在極為緊迫的時間和資源的約束條件下採取行動，此時的政府體制，我稱之為“行政權突顯的危機管理制度”，它有如下四個特徵：

第一，行政權突顯並非行政權獨斷。行政權原是立法權和司法權相並列（但不一定分離）的權力，原則上它只有維護權利的執行權而無判斷權利是否合法有效的司法權。但在緊急狀態下，行政權在得到法律的授權（通常以得到立法機關授權的形式）後，它的任務就是執行消除緊急狀態這一合法的決定，並且在此時還必須以超乎尋常的有效率的方式執行這一決定。另外，由於在消除緊急狀態的過程中，可能會存在事先預想不到的更多的緊急情況，因而緊急權必須融合某種判斷權，以它認為最合適的當然也最有效率的方式執行它的職責。

第二，行政權突顯的危機管理體制本身是在消除緊急狀態這一語境之下的。從根本上來說，緊急權仍然僅是一種行政權，它不可能也沒有資格全然越過立法權和司法權而對緊急狀態本身的存在

<sup>48</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, p. 81.

<sup>49</sup> 即使在權力分立最為顯著的美國，“憲法並不僅是法院所說的那樣。相反，它是合憲行動的人們通過其他分支最終允許法院說的。” Rawls, J., *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1996, pp. 237-238.

<sup>50</sup> Kant, I., *The Doctrine of Right*, Part I of the *Metaphysics of Morals in Practical Philosophy*, translated and edited by M. Gregor, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 256.

與否做出判斷。受命以專斷方式應對內外危機的行政官員，在其職責範圍上，“他可以做一切事，但就是不能制定法律”；在其任期限制上，“當緊急事件過去之後，獨裁制不是變成暴君制，就是徒有虛名。……獨裁官只許有時間來應付使他被選為獨裁官的那種緊急情況，但不許有時間來夢想其他的計畫。”<sup>51</sup>

第三，行政權突顯的危機管理體制的效率，其核心之處是一種管理體制而非統治機制。奧克肖特將現代政治歸結為“管理—統治”（management-government）的對立性緊張關係。<sup>52</sup> 所謂的管理，是指管理者以某一特定目的（例如企業就以利潤最大化為目的）為出發點，依據組織所設定的目標做出自認為正確的計畫，並組織動員包括人力資源在內的一切資源，開展針對性的管理行為，並對所有計劃的落實進行全方面的控制。管理者在實施管理行為的同時也在追求他自身的實質性目的；而統治在這一點上有着根本的不同，即統治者在制定、執行和適用法律時並不追求他自身的實質性目的，而是法律所體現的公共目的。在奧克肖特看來，無論是管理還是統治，都是國家—社會的一種關係。只不過管理着重於追求某個突顯的或孤立的目的，而統治本身就是使得各類社會組織的管理措施得以合法化的前提——一個法治國家的維持，或者所有社會主體在追求他們各自的私人目的時必須遵守的規則或條件。這些規則或條件之所以可以成為一套體系，乃是因為創設、變化和廢除其中某些規則或條件的權威機關所給出的理由是法律上的，換句話說，是在一個法治國家的法律體系的內部展開的。由於在常態法治下的統治機制並不直接調整公民的實質性目的，而只規定他們在設定和追求各自的實質性目的必須遵守的條件，因而公民各項權利的實質性範圍較為廣闊，而在緊急狀態下，原本是各自追求不同目的的公民被要求集中起來以應對緊急狀態而形成一種管理機制，因而他們原本享有寬泛的權利範圍就受到相當程度的限制或壓縮。

第四，從根本上來說，由於緊急狀態危及的是所有私人權利之前提的法律秩序，其所有付諸實施的舉措不可能不重大，控制手段不可能不嚴厲。因而脫離緊急狀態的語境來談論“限制緊急權”的意義至少是不切實際的。或者說，緊急權本身就是法律授權的產物，寬泛地談論限制緊急權至少要有得到充分授權的與緊急狀態之嚴重程度相一致的緊急權之存在為前提。而這裏的緊急權的邊界究竟在何處，負責行使緊急權的行動者才有最充分的依據。如果說緊急權的過度授權不僅無法消除原有的緊急狀態，反而引發更多的次生的緊急狀態，這在經驗上當然是可能的。但同樣可能的是，緊急權的不足也可能導致原本可以有效解決緊急狀態的機會白白錯失。因而，問題的關鍵不在於權力的授予和限制這對悖論性的問題，而在於權力如何得到正當的行使。至於如何具體地行使緊急權——主要地是採用甚麼樣的法律措施或不採取任何法律措施——則需要從一個國家的歷史經驗中去尋求（當然也可以借鑑其他國家的類似經驗）。沒有人能夠預測下一個引發緊急狀態的起因會是甚麼，只是就緊急狀態在觀念體系上的分類的相對確定性而言，一開始陷入恐慌情緒的人們只要初步了解緊急狀態的定性是甚麼，那麼採用歷史上已經得到證明為成功的相關舉措就被推定為正當的，因為正如前述，任何緊急狀態及相關的應急措施在觀念上不會完全是憑空產生的。更何況，人的能

<sup>51</sup> Rousseau, J.-J. *On the Social Contract*, edited by R. Masters, translated by J. Masters, New York: St. Martin's Press, 1978, bk. 4, chap. vi.

<sup>52</sup> 關於“管理”和“統治”在國家和社會事務中維持合法性的角色，See Oakeshott, M., *On Human Conduct*, Oxford: Oxford University Press, 1975, pp. 118-122.

動性本就有積累諸種“例外情形”之經驗以將其納入到常態化的應對舉措的能力。<sup>53</sup> 而正是因為歷史經驗（或歷史上制定的法律規則）可能不足以應對當下的緊急狀態，行政權在一方面融合判斷權另一方面又在實施行政行為的過程中盡可能提高效率而突破常規做法而形成一種管理體制。

## 五、克服緊急狀態的公民行動：信任、服從與權威

我將按照權利與權力相融合的理論進路中對“政治信任”這一本質上與現代法治理念相矛盾的術語進行批判性分析，並闡明本文的公民服從觀。

### （一）信任、服從與權威

信任本質上是在社會關係中共同追求實質性目的或利益的一種簡化機制。在廣大的社會自治領域中，任何個人在追求他自身利益時都在不同程度上需要利用他人的能力（power）並與之合作以追求各自的利益。用盧曼的話來說，“信任靠着超越可以得到的信息，概括出一種行為期待，以內心保證的安全感代替信息匱乏。”<sup>54</sup> 但是在緊急狀態中，將政府與普通公民的關係形容為一種社會學上的信任關係或“合作”關係都是非常錯誤的。我信任政府發佈的抗疫舉措，可以是因為政府的抗疫舉措有助於恢復我疫情之前的實質性自由，也可以是因為我所在的口罩廠將會因為抗疫舉措而銷量大增，在這兩種情況下，我的實質性利益不僅得到維持而且甚至可能會被擴大。我也可以不信任政府的相關命令，因為向來厭惡佩戴口罩的我十分在意必須在藥店排隊登記買口罩的不便經歷。在我對未來可能的社會行動及其結果是否符合我自身的利益的評價，就像我委託一個建築能手幫我造房子，委託一名知名律師幫我處理訴訟官司那樣，是以社會關係中的自利原則為基礎的。當然，在我不信任他們時，我將依據合同法和相關約定解除這種信任或合作關係，並為此承擔相應的法律後果。在此意義上，社會中的種種信任或合作關係是明示地或默示地歸於法律範圍之內的，因而也就必定以法律為前提。

法治國家中的政治權威決不能還原為政治信任，或者說，權威所要求的是服從，而與信任或不信任無關。在馬克斯·韋伯所闡發的現代國家的權威—服從的關聯式結構中，傳統（traditional）權威是政治權力不斷行使而產生的統治的權利（right to rule），它所要求的服從某個政治社會中牢固確立的政治慣例的個人忠誠（personal loyalty）。法理（legal-rational）權威來源於法律為其事先設立的職位以及這個職位背後的法律規則，它所要求的服從就是法律本身，即一種非個人的秩序（impersonal order）；超凡魅力（charismatic）權威源於政治領袖的個人特質，它所要求的是對領袖個人的信任（personal trust）。<sup>55</sup> 現代法治國家的政治權威可能會隨着內外情勢的演變而呈現出不同的主要特徵，並且每個國家的歷史傳統都存在這樣那樣的差異，但追求法理權威是包括我國在內的世界各國的共識，恰恰是因為這種權威不取決於任何個人的力量而是最大程度地凝聚起了全體公民

<sup>53</sup> 參見〔法〕達奇·里昂納德、安諾德·休伊特：《應對嚴重危機：應急準備與回應的更高要求》，宋雅琴譯，《中國應急管理》2007年第1期。

<sup>54</sup> Lumann, N., *Trust and Power*, New York: John Wiley & Sons Chichester, 1979, p.93.

<sup>55</sup> See Weber, M., *The Theory of Social and Economic Organisations*, translated by A. M. Henderson and T. Parsons, Glencoe, Illinois: The Free Press, 1947, p. 328.

的最大共識。<sup>56</sup> 因而特定政治行動者所擁有的權力必定以賦予其職權或身份的法理權威為前提，由於這種權威最大範圍內凝聚了整個共同體的共識，因而它的具體決策才不需要任何個人的信任。

即便將信任作為服從的一種特殊形式，也必定預設着一項獨立判斷的權利。按照賓凱的看法，“信任意味着主動參與到社會系統的溝通中，並以此推動系統可靠性的建設。”<sup>57</sup> 既然是一種“主動參與”，那就必然預設着對有待參與之事務的正確和錯誤的判斷。如果我對某項事務的參與沒有任何判斷其正確或錯誤的權利，那麼那種參與必定是一種虛假的服從而不可能是真正的服從：“當行動是出於個人判斷的獨立的信念時，當我們不受別人隨意多變的干預所支配，而是由於想到所要採取的行動本身必然效果時，那就是一種真正的服從。”<sup>58</sup> 只有每個人在原則上對他所處的政治共同體的公共事務有發表意見的權利——其範圍當然會由於各個國家發展階段的不同而有差異——的基礎上，依據政治權威做出決策的正當性，與個人以他自身的自利視角對此項決策的信任或不信任無關。

## (二) 普通公民：像一位真正的公民那樣行動

消除緊急狀態有賴於全體公民的共同努力，這是他們的共同責任。在現代法治國家，公民的第一責任便是服從法律。普通公民不是看客，不是自認為某些永久的實質性利益的擁有者；公民是經由法律制度而組織起來的人民的構成材料，緊急狀態是所有人的緊急狀態；當體現了普遍意志並以公共目的執行緊急狀態之法律的政府宣佈相關舉措後，公民的首要義務便是先行接受或服從政府宣佈進入緊急狀態。由於政府被推定為體現了普遍意志，因而任何私人權利在實質性的範圍或內容上的限縮或調整不僅是合法的，甚至是必然的，不管任何私人公民對於具體的政府舉措有着甚麼樣的不同意見。正如昆汀·斯金納所說，真正的公民都應將政治舞臺掌握在自己手中而不僅僅是消極地聽從組成政府的那部分公民的指令才能確保國家的自由，無論是對外還是對內：“除非我們把我們的義務置於我們的權利之前，否則我們必定會發現我們的權利本身將遭到破壞”。<sup>59</sup> 事實上，我們只有在先行遵守了緊急狀態下的法律以及依據法律所發佈的一切緊急措施之後——這是確保我們仍有資格談論“個人權利”這一事項的先決條件——我們才有作為人民之一部分的公民去談論權利之內容是否被不合理地或過度地限縮、乃至權利本身被克減的問題的資格。

即使從現實的情境來看，決策者固然在緊急狀態下擁有強大的權力，至少在表面上“單方面地”給社會成員施加各種義務，但只要我們作為普通成員一致性地投入到應對緊急狀態的過程中，那種權力事實上也是部分地為普通公民所分享。因為在共同地應對緊急狀態的過程中，所有權力必須有效地融合起來才能達成效率性這一目標。換句話說，國家權力（或能力）最終仍是在一個政治共同體作為一個集體性力量的充分展現，才能切實地實現權力所欲達成的任何目的。從另外一個角度來說，只要普通公民認真地服從法律和命令，那麼就權力之有效率地運用的不利結果，無疑是在

<sup>56</sup> 參見哈特對於他自己的“慣例的共識”（consensus of convention）和德沃金的“獨立信念的共識”（consensus of independent conviction）的討論。Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, pp. 255-257, 266-267; Dworkin, R., *Law's Empire*, p. 136.

<sup>57</sup> 賓凱：《重大突發事件的系統治理與法治》，第43頁。

<sup>58</sup> [英] 威廉·葛德文：《政治正義論》（第一卷），何慕禮譯，北京：商務印書館，1980年，第153頁。

<sup>59</sup> Skinner, Q., *The Paradoxes of Political Liberty*, in S. McMurrin (ed.) *The Tanner Lectures on Human Value (Vol. VII)*, Salt Lake City: University of Utah Press, 1986.



掌握權力的決策者集體的內部產生緊張關係——這促使他們共同制定會吸引更多支持者或服從者的決策。進而，單向度的命令—服從的“管理”性結構就不太可能全然取代法治國家的“統治”性結構。反過來說，如果普通公民單純以懷疑主義的眼光看待政府的決策並採取變相抵制的方式應對緊急狀態——當某些決策過度地壓縮權利的實質性內容時，這尤其不可避免——以至於這樣的措施無法落地，那麼我們甚至無法知曉某項決策是否正確或錯誤，而這又反過來讓決策者誤認為對權利的實質性內容之壓縮存在不足，或者執法過程的鬆懈導致相關政策無法落地，這樣的雙重激化局面便真正地進入了“以緊急權創造緊急狀態”的惡劣法治圖景，而這是任何理性之人都不願意看到的。

### (三)公職人員:認真對待權利

所有制定和執行緊急法律和命令的公職人員，當他們以私人身份從事社會活動時必須同樣遵守相關法律和命令，這是任何法治國家無愧於法治這一稱號的先決條件；當他們在執行法律和命令時，必須本着維護所有法律在最終意義上仍然是維護權利這一根本性條件。因而當面臨緊急狀態時，他們也必須認真對待權利。例如，在新冠疫情的緊急狀態下，按照居家令、封城令限制普通公民的外出便利之際，這些法律措施所針對的目的是消除或者減緩新冠病毒的傳染，而不是像對待罪犯那樣限制或剝奪普通公民的人身自由。儘管此時的普通公民所能做的更多的是配合政府的行動，因而在某種程度上成為政府所“管理”的對象，但只要對方還是未被法律剝奪了人身自由的公民群體的一員，那麼他們理所當然地就是應對緊急狀態的主體之一。另外，由於任何法律措施必定在某種程度上是模糊的，它們需要從普通公民那裏回饋出相應的意見以便按照具體情形修正某些措施或它們的實施方式。允許普通公民在適當的範圍內對這些法律措施及其實施方式的意見、建議甚至批評都是一切法治國家的通行做法，而這些來自普通公民的回饋無疑會增加相關政策的可行性乃至合法性。

在緊急狀態下得到充分授權的決策者，無論是在已有的緊急法律的範圍內，還是在已有法律未明確規定行動方案的情況下，都必須始終牢記這種權力僅僅以消除緊急狀態為唯一目的。至少在集體決策者內部通常以層級溝通方式持續回饋意見的組織架構上，他們有義務確保在最終行動方案達成之前持不同意見的成員真誠表達異議的權利，因為某項行動方案之所以是決策的結果，必然預設至少兩種以上的行動方案及其所標示的兩種以上的不同意見。他們當然必須充分地尊重至少是決策者集體內部的多數意見，但他們必須獨立地做出決定並對他們做出的所有決定向人民和及其代表負起最終的政治和法律責任。另外，如果決策者經由集體審議所達成的決策成功地處置了緊急事件，那麼這一成功決策的方式勢必會成為未來的政治行動集體在面對相同或相似情形下引以為援的典範——它就在後續的可能的立法行動中被充實到不夠完善的法律體系之中；如果其中的一套行動方案失敗了，他們尚有與之不同的另一套不同的行動方案為之儲備；如果所有可選的決策方案都失敗了，這意味着最有權威最能有效地將共同體組織起來並共同應對緊急事件的可能性都喪失了，那麼全體公民只需勇敢地面對那種災難，至少在這樣的過程中沒有人以專斷和任性的方式將自身意志強加於整個共同體之上。

直接執行緊急法律的公職人員也是如此。他們是決策制定者和服從者之間最可靠的溝通橋樑，他們當然有義務執行緊急法律，但他們也有義務對某些過度的做法提出異議。他們不是執行法律和命令的機械工具，他們服從的對象法律以及法律賦予其權威的決策者，而不是某個脫離法理權威之

人發佈的命令，而國家以法律措施應對緊急狀態的最終目的仍然是維護權利。因而當某些法律措施呈現出明顯不合理的或者明顯過度的時候，他們必須秉持對人民高度負責的態度在決策制定者那裏據理力爭到最後一刻。無論是緊急行動的決策者還是執行者，在他們盡可能地以合法性精神所指示的意義採取行動的範圍內，法律將保護他們在失去權力之後的個人權利，因為法律不強人所難。

如果包括公職人員在內的全體公民都能圍繞權利來制定、執行和服從緊急法律及其相關舉措，那麼一個法治國家即使面臨緊急狀態也不對權利本身造成不可恢復的克減。在此前提之下，如果造成緊急狀態的起因得以成功消除，那麼公職人員所享有的緊急權在規範性上就失去合法性，一般人民便享有緊急狀態之前的常態法治下的自由和權利；如果造成緊急狀態的起因是人力所不可消除的，或者人類註定要與那種起因相共存，那就無異於在人類的生存環境中增加了法律所無法直接規制的自然因素，而這種自然因素給人類的行動所造成的諸多不便——就像常態法治之下的諸多不便一樣——將會成為“新常態”法治的一個制約因素，此時人們在新的法律環境中各自設定和追求自身的實質性目的的平等權利仍然在形式上保持着一致性。

## 六、結語

我國正推進社會主義法治國家建設。在正常狀態下，權利與權力是在法治的範圍內通過其合理的立法、行政和司法制度達成一種動態平衡，而在緊急狀態來臨之際，行政權力突顯，整個國家需要有效地動員和組織起來加以應對，哪怕是在正常狀態下社會自治原則一般佔據主導地位的領域。危機狀態下國家通過授予行政機關的部分地融合了立法權、司法權的更大權力，以應對潛在地或現實地對公民權利乃至作為公民權利之前提的法律體系所構成的威脅。緊急權是一種行政權突顯的危機管理體制，但行政權的突顯並非行政權的僭越，更非行政權直接取代立法權和司法權。被授予超常權力的行政權在根本上受限於富有效率地消除緊急狀態這一目的。從緊急狀態向常態的回歸也有兩種方式：一是緊急狀態的起因得以完全消除，緊急權的成功行使也就意味着它在規範性上的自我消滅；二是某種起因形成人力所無法消除的生存環境的一部分並因而對人的社會活動形成某種制約，那麼即使這種制約確實給人們帶去了諸多不便，但只要是非人為的，那麼緊急狀態下的某種做法就構成新常態法治下的一般做法，而在人人都受制於這種做法的形式條件下，人們仍然身處法治之下。不管緊急狀態的起因和後果是甚麼，能否成功應對緊急狀態在根本上仍然取決於全體公民的一致行動，儘管決策者、執行者和服從者的行動角色各有不同，但若想以法治的方式應對緊急狀態並期待回歸法治，那麼他們就必須以服從法律並認真對待法律之下的權利作為根本出發點。

〔編輯 何志輝〕