

法理學經典導讀

阿岡本 《例外狀態》

G. AGAMBEN, *STATO DI ECCEZIONE*

薛熙平（中研院法律所博士後研究） 5.18.2017

阿岡本的思想背景

- 法學學位與哲學之路：從最遠處折返。

Quare siletis juristae in munere vestro?

- 「你們法律人為何對那與你們切身之事保持沈默？」
- 要真正了解法律，或至少是實證法的存在與運作方式，似乎需要一個「法外」的視角。如此我們才能完整地看見，法律從何而來，又是如何**適用**於現實的。這個法外的視角所關注的，因此是法與法外的**交會點**或轉換點。而「例外」正是一個極端的交會點。

報告大綱

- 例外狀態的法律結構
- 關於例外狀態的鬥爭
- 法律與生命的「例外」連結

例外狀態的法律結構

何謂例外？何謂例外狀態？

- 例外產生於法律對於現實的適用之中。
- 法律適用的三個元素：一般性的法規範、具體的情境與事態、主體的決定。
- **例外**意味著，適用法律的主體在面對一個特定事態時，認為既存的法規範**無法適用**，而必須在法規範之外進行決定處理。
- 而**例外狀態**則指的是：並非單一個案與少數法條，而是出現了整體法規範體系都無法適用的「緊急狀態」，例如戰爭、叛亂、天災、經濟危機等等。

- 相關概念：戒嚴、緊急狀態、緊急命令、緊急權力等等。
- 相關實例：德國納粹時期、台灣戒嚴時期、九二一地震、反恐行動。

例外與法律的關係

- 如果例外意味著法律的不適用，那麼做出例外的決定仍然可以說是一種法律決定嗎？如果例外的決定抵觸了法律，它還具有法律效力嗎？
- 至少，無論是個案中的法官或執法者，或是宣告例外狀態的「主權者」，都宣稱其決定是合法的，並且具有「法律效力」。

懸置與授權

- 宣告例外（狀態）的權力包含了兩種特殊的「法律」權力：**「懸置」法律效力的權力**和**「授與」法律效力的權力**。
- 正因為法律的效力（拘束力）在例外的個案或狀態中被暫時懸置了，所以例外的決定與措施即使抵觸了法律，也不違法。

「法律效力」 (force of law)

- 在例外狀態中所顯示出來的，是法律效力與法律本身的分離可能性。
- 一方面，在例外狀態中，法律被懸置，其存在但暫時喪失效力。另一方面，不是法律的行政命令卻獲得了「法律效力」，取代了法律。
- 例外狀態因此是這樣的一種法律機制：法律的「效力」可以被**懸置**，然後移轉、**授與**給不是法律的行政命令與措施，讓其以法律的名義進行治理。
- 這樣的「法律效力」其實是「法律」與其「效力」之間的**斷裂**：一邊是存在但暫時失效的法律，另一邊是不受法律拘束卻具有「法律效力」的單純命令。

- 透過這樣的一種明文或潛在的「例外狀態」，國家統治的運作核心從國會立法轉向了行政管制。
- 一個基本問題是：**法律能夠授與一種自我懸置的權力嗎？**這也就是「空白授權條款」的問題。而這也牽涉到宣告例外狀態的權力是否應該在憲法中明文規定的爭論。
- 然而問題真正的癥結恐怕在於，即使憲法沒有明文規定，或是例外權力的運作違反了憲法的規定，其存在是否是每個憲政體制的現實存在所必需的？

「必要性」作為例外狀態的正當性 基礎

- *Necessitas legem non habet* (necessity has no law)
 1. 真正必要時，可以不顧法律。
 2. 必要性本身便是法，或創造自身的法律。
- 對於什麼來說是**必要**的呢？必要性是來自於外在的客觀情勢，還是必須牽涉到主觀的價值判斷？
- 必要性最終所涉及到的可能是個體或集體（國家）之自我保存的必要性。但即使是在這裡，戰或降、統一或獨立，似乎仍然是一種存在方式的選擇。
- 或者，守護憲法的政治力量與革命制憲的政治力量同樣都可能訴諸其必要性而宣告「例外狀態」。

- 對於「必要性」的決定因此既非單純的事實判斷，亦非單純的法律判斷，而最終必然涉及到一個超越法律的政治判斷，一個**主權性**的判斷。

憲政獨裁

(constitutional dictatorship)

- 從二戰前到戰後學者所提出的一種合乎憲法、以守護憲法為目的的獨裁。其具體的法律實踐包括授與行政部門廣泛的管制權力與命令立法權，而國會僅限於事先授權或事後追認。
- 憲政獨裁的根本困境：
 1. 以法律授權與規範法律的懸置？
 2. 如何以懸置/違反憲法的方式守護憲法？
- 手段與目的之間的悖反，或是分離的可能性？
- 採取懸置/違反憲法的手段以確保憲法能夠繼續存在，使得將來回復常態時能夠繼續施行。暫時懸置其適用以確保/創造未來適用的可能性。例如，強制徵兵？
- → 能否透過比例原則進行審查？

- 或者，這個弔詭所指向的是國家的存在與法規範的分離，而前者是法規範能夠存在的前提條件與能夠現實適用的實現機制。所謂的「憲政獨裁」所直接守護的其實是國家與政府本身。而這個弔詭所呈現的是，法規範本身與其實現機制之間的分離。

獨立於法規範的法實現機制

- 法的二元結構：法規範與確保其實現的權力機制（法律人）
- 法不自行，因此需要審判與執行
- 實體法與程序法（法實現規範）
- **法律權威所宣告的「例外狀態」其實是在確保法實現機制的存在本身，也就是國家機器或政府的存在。**

制憲的獨裁（主權獨裁）

- 創造憲法的例外狀態，其權力的來源不再是憲法，而是制憲權：每部實定憲法所必然預設的超越憲法的權力。
- 制憲權在制憲之後是否就必須消失，抑或其仍然持續**潛在**？而如果其持續潛在，這也就意味著一種超越憲法所規定的例外狀態的可能性將持續存在。在這裡，制憲權與主權可以相互指涉。

關於例外狀態的鬥爭

三個鬥爭層次

- 1. 護憲之例外狀態的鬥爭：戒嚴 v. 抵抗權
- 2. 護憲的例外狀態 v. 制憲的例外狀態
- 3. 擬制的例外狀態 v. 真實的例外狀態

懸法（ iustitium ）與獨裁的差異

- 沒有一個新的機關被創設出來，沒有新的權力被授予，而僅僅是法的懸置。
- 不是法·權的原初完滿狀態，而是法的空缺狀態。
- → 只有懸置、沒有授權。

什麼是在這個法的空缺中的行動性質？

- 既非立法、亦非執法，既非合法、亦非非法；
而是**不適用法**，因此無法以法律評價。
- → 轉型正義的法律審判：溯及既往的法律擬制？

擬制的例外狀態 v. 真實的例外狀態

- 施密特 v. 班雅明
- 究竟是透過像是「法律效力」這樣的法律擬制技術將例外狀態納入法秩序之中，還是透過揭露這些擬制將例外狀態保留在法秩序之外？如何設想一種外於法律的行動方式，以及這個行動領域與法律領域的恰當關係？（而這也將同時重新思考公/私領域的區分）
- 兩種「法外」行動的鬥爭：主權 v. 純粹暴力（**reine Gewalt**）。後者既非立法、亦非護法，而是解除（**Entsetzung**）法律。不是透過懸置法律的效力而回復一種完滿的法權，而是使其徹底喪失效力，成為無拘束力的單純指引。

持續性的例外狀態

- 例外與規則、正常狀態與例外狀態不再能夠清楚區分。
- 例外狀態之「法律擬制」的暴露：一部無法適用的憲法，和宣稱來自於憲法授權、卻不受憲法拘束的統治權力。
- → 在例外狀態中的統治權力其實同樣是一種法外或無法的「暴力」。
- → 德國納粹時期與台灣戒嚴時期

作為「純粹手段」的暴力/行動

- 一種不是以制定或適用某個法律為目的而作為手段的行動，而是這個行動本身就實踐了某種「法」、某種生活方式。例如，相對於「民主」作為一個政治行動的目的（因此可能透過不民主的手段推翻不民主的政權來追求民主的實現），民主其實是一種政治行動的方式本身，一種共同生活的方式本身。

法律與生命的「例外」連結

法律與生命

- 「法沒有為其自身的存在，而是，就某種觀點而言，其本質在於人的生活本身」（薩維尼）
- 人的生命的存在本身（個體的或集體的），其自我保存的「必要性」構成了「例外狀態」的最終基礎。
- → 生命的存在本身，還是與其不可分割的「生活方式」？

國喪（皇帝的喪禮）

- **lustitium**的字義轉變：從羅馬共和的「懸法」到帝制的「國喪」
- 各種例外權力常態化與集中化於單一個人（奧古斯都），因而成為一個「活的懸法」，法秩序中常在的例外。因此當其死亡時，這個法秩序中的例外核心的空缺就必須透過一場結合了例外狀態的喪禮（市民生活的休止與總動員）來加以控制，使得法秩序得以延續。
- → 不只是君主制的特徵，也是威權—獨裁政體的特徵。

「君王是活的法律」

(*basileus nomos empsychos*)

- 君王是法秩序中的例外者，不受法律拘束。
- 這個例外者本身乃是一種更高的法律，一種「活法」，其生命本身就是法律。
- 君王（主權者）的人身構成了法與無法、法秩序與例外狀態的接合點。
- → 「法是主權者的命令」、「領袖的話就是法律」

權威（ auctoritas ）與權力（ potestas ）

- 法律系統的雙層結構：直接行動的「權力」，與賦予此一行動完整法律效力的「權威」。例如羅馬家父對於兒子婚姻的同意，或是元老院對於人民大會決議的批准。
- 這個授權、建議或批准的「權威」，被視為源自於家父和元老的「人格」或身份本身，是一種一身專屬的特權。
- 人民與未成年人的類比 → 代議制、大法官與民粹主義。
- 權威乃是一種「二階法權」，它是授予或懸置一階法律權力（ potestas ）之法律效力的權力。

- 從共和到元首/帝制的轉型中，奧古斯都宣稱自己勝過其他同僚的正是其「權威」，而非一般官員的法律權力（*potestas*）。而正是因為權威被視為直接源自於其人身，因此在後來的皇帝喪禮中，必須另外進行一個蠟像喪禮。

現代威權主義與領袖民主

- 韋伯界定出一種獨立的權威來源：魅力（charisma）。政治領袖的權威被視為直接源自於其能夠吸引、號召群眾的人格特質。
- → 「偶像」與造神：個體生命
- → 民族主義與歷史法學？民族的生命共同體與共同生活形式
- 如何理解魅力型權威的湧現同步於對於「法治」的不信任，乃至於法的懸置（例外狀態）？

主權理論作為一種具體生命哲學

- 「在例外之中，真實生命的力量突破了因不斷重複而變得遲鈍的機制硬殼」（施密特）。
- 主權不只是一種緊急權力，也不只是一個超越實證法的至高法權。主權被視為那直接湧現自生命的力量，無論是個體的生命，或是國族的生命。正是以此為基礎，在法的懸置之中，也就是在例外狀態中，法被視為與生命合而為一。或者反過來說，主權者是「活法」。
- → 國民主權？民粹主義與憲政主義之間的張力。

小結

- 我們當前面對的局勢是：權威與權力，乃至於法律與生命逐漸合而為一，而這個結合正是透過例外狀態的常態化而進行。
- 這其中最大的危險是，一種結合了現代生命政治之統治技術的新的主權形態正在逐步發展。在法律上，透過「例外狀態」的法律技術，它可以一方面不受法律限制，一方面卻仍然宣稱具有法律效力。而在這個合法的無法空間中，這個權力試圖直接掌控人的生命本身：從古老標示著家父與君王的「生殺大權」，到現代直接介入個別個人與整體人口之全部生命歷程與生活領域的「生命權力」。

- 面對這種新的主權發展，阿岡本認為我們無法只是回歸法治國原則加以處理，因為如這本書所試圖闡示的，法治國本身就是建立在例外狀態的基礎之上，無論是護憲的例外狀態，還是制憲的例外狀態。
- 他所設想的政治行動是，同樣在例外狀態之中，一種並非朝向法權的建立，而是法權/法律效力的解消的行動。相對於制憲權力，他後來稱之為「解制的潛能」（**destituent potential**）。在這裡，法的懸置所指向的並非一種直接支配生命之主權的設立，而是個體的生存方式與集體的共同生活方式的直接展演。換言之，「民主」作為一種「純粹手段」，一種生活方式的自我共同建構本身，而非「將來的」目的。

- → 相對於守護憲法的抵抗權概念，阿岡本的思想似乎更接近所謂的「公民不服從」。