

在例外與法治之間： 緊急狀態理論思辨與新模式的建構*

薛熙平**

<摘要>

在這場 Covid-19 的世紀之疫中，臺灣雖然未如許多國家一般正式宣告緊急狀態，但實際上採取的許多防疫措施仍然相當程度上偏離了常態的法治運作。學界對於這樣的現象雖然已有豐富的討論，但從緊急狀態的理論觀點所進行的深入反思仍較為欠缺。本文因此試圖探討當代主要的幾種緊急狀態

* 感謝三位匿名審查人所提供的寶貴意見，讓本文可以針對一些重要問題進行釐清、補充與修正。本文的早期構想曾在中研院法律所午餐會、政大法哲學與社會哲學論壇，以及中研院法律所「說疫講法」工作坊進行報告，感謝江玉林教授、李建良所長的邀請並給予建議，邱文聰研究員的與談，以及吳全峰、陳陽升、吳嘉樺、陳冠廷的提問討論。本文完稿後曾發表於臺北醫學大學「防疫、風險與法律」跨領域法學交錯研討會，感謝梁志鳴副教授的邀請及與談，賈文宇副教授的與談，以及陳柏良助理教授的會後回饋。爾後復於東吳大學法學院「憲法研究會」發表，感謝張嘉尹教授的邀請及意見回饋，邵允鍾助研究員的與談，范文清副教授的回應和與會者的提問，以及林淑芬教授的會後討論。這些寶貴的意見讓本文有機會進一步修正原本較為粗糙的論述與觀點。此外也要感謝陳弘儒助研究員在2017年所主持的讀書會，讓筆者有機會初次閱讀和討論David Dyzenhaus的The Constitution of Law (2006)這本與本文密切相關的重要著作。最後，本文寫作過程感謝國科會人文及社會科學博士後研究人員的延攬補助 (MOST 108-2811-H-001-528、MOST 109-2811-H-031-500、MOST 110-2811-H-031-501)，以及王鵬翔研究員、張嘉尹教授的計畫主持與指導。

** 東吳大學法學院博士後研究員。

E-mail: schive0201@gmail.com

- 投稿日：08/13/2022；接受刊登日：06/12/2023。
- 責任校對：李樂怡、王怡萱、黃品樺。
- DOI:10.6199/NTULJ.202312_52(4).0001

理論模式，並嘗試綜整建構出一個新的理論架構，期能作為後續防疫以及其他緊急法制修訂的理論參考。

本文首先回顧二戰前後以 Carl Schmitt 的獨裁—主權理論和 Clinton Rossiter 的「憲政獨裁」為代表的緊急狀態理論。接著梳理九一一之後英美憲政理論回應反恐緊急狀態的三種主要取徑，分別以 Bruce Ackerman 的「緊急憲法」、Oren Gross 的「法外措施模式」以及 David Dyzenhaus 的「法治模式」為代表。而在對於這三種理論進行進一步的批判性分析和比較後，本文嘗試提出一種新的「競合模式」。該模式以實質動態的合憲性判斷、緊急法制的分段接合、權力分立的創新調控、以及常態／緊急狀態的明確區分作為基本原則，嘗試在現行憲法的緊急命令之側勾勒出另一種更符合憲政精神的緊急法制藍圖。這個新模式將逐一回應以下關鍵問題：緊急措施是否皆須合憲、合憲性標準可否調降、調降是否須設界限、可否立法概括授權、總統緊急命令以外的制度選擇、國會與法院的監督機能、例外狀態常態化的挑戰等等。

關鍵詞：新冠肺炎、防疫、反恐、緊急狀態、例外狀態、緊急權力、緊急憲法、憲政獨裁、主權、法治

◆目次◆

- 壹、前言：例外已成常態？
- 貳、緊急狀態的挑戰：主權決斷與憲政獨裁
 - 一、Carl Schmitt 的例外狀態理論：從獨裁到主權
 - 二、Clinton Rossiter 的憲政獨裁理論
- 參、反恐緊急狀態的憲法論戰：三種模式的競逐
 - 一、Bruce Ackerman 的緊急憲法
 - 二、Oren Gross 的法外措施模式
 - 三、David Dyzenhaus 的法治模式
- 肆、三種模式的比較、批判與回應
 - 一、初步比較
 - 二、批判與回應
- 伍、三種模式的競合：新模式的建構
 - 一、理論預設：實質動態的合憲性判斷
 - 二、緊急法制的建構：立法模式的選擇
 - 三、權力分立的強化：創新與制衡
 - 四、緊急狀態常態化的挑戰
- 陸、結論

壹、前言：例外已成常態？

受壓迫者的傳統教導我們，我們所生存其中的「例外狀態」其實乃是常規。我們必須達到一個與此認識相符的歷史概念。

——班雅明，〈論歷史的概念〉

當一個國家欠缺某種類似獨裁的運作模式時，就只剩下兩種選擇：固守體制而亡，或是打破體制而得以倖存。

——馬基維利，《論李維羅馬史》

自 2020 年初中國武漢爆發新冠肺炎疫情以來，全球性的大流行已歷經三年，造成 5.7 億人感染、640 萬人死亡的巨大災難¹。作為第一波受傳染的國家，臺灣的防疫表現有目共睹，甚至有所謂「臺灣模式」的提出。儘管目前每天仍有上萬人確診，但隨著病毒趨向流感化的變異和疫苗施打的普及化，人類與 Covid-19 的漫長戰疫似乎終將接近尾聲。如同戰爭，防疫也是一種總動員與「例外狀態」，在各個層面改變了人們的日常生活。儘管蔡總統並未發布緊急命令，但政府公權力的行使仍在諸多層面採取了異於常態法治的管制方式：從出入境管制到隔離檢疫，從電子圍籬到簡訊實聯制，從口罩徵用配給到學校、公共和營業場所的關閉或人數管制。「例外」不再只是個案，而在疫情期間成為了一種「新常態」。儘管漫長，但我們確實仍可期待著疫情總有一天將會平息，我們可以重新回歸「正常生活」。然而我們無法確定的是，我們的法律體制是否也將能夠同樣回復到「正常」的法治水準，還是某些疫情中的例外處置與權宜措施將會成為新的常態治理手段。亦即，是否如同 Clinton Rossiter 在二戰結束時回顧西方民主國家的危機治理時所言，每一次的緊急狀態都將留下其印記，將民主憲政體制變得更加專制些²？抑或這並非一個不可逆的趨勢，而我們的憲政體制就如同我們的免疫系統，可以在感染之後學會如何與病毒共存，從而變得更加強韌？

儘管國內已有不少文獻從緊急或例外狀態的角度探討新冠疫情的法治衝擊³，但更深層的理论省思似乎仍有待開發。如同邱文聰所言，Covid-19 的

¹ 截至 2022 年 7 月 31 日的統計資料。資料來源：國家高速網路與計算中心網站，https://covid-19.nchc.org.tw/dt_owl.php?dt_name=3（最後瀏覽日：08/02/2022）。

² CLINTON ROSSITER, CONSTITUTIONAL DICTATORSHIP: CRISIS GOVERNMENT IN THE MODERN DEMOCRACIES 306 (2002).

³ 如劉幸義（2020），〈由武漢肺炎條例：論緊急狀態立法〉，《台灣法學雜誌》，390 期，頁 51-60；賈文字（2020），〈防疫還要談憲政主義嗎？〉，《法律與生命

防疫治理帶來的是一場威權與民主國家間的壓力測試競賽，亦即兩種政治體制間的生存競爭⁴。進一步而言，兩者間的賭注除了治理效能之外，恐怕將取決於緊急權力運作的憲政界限；或如 Carl Schmitt 所指出的，「憲政獨裁」與「無產階級專政」的區別⁵。質言之，相對於威權專制，憲政民主國家的緊急狀態體制將面臨三重挑戰：除了同樣必須克服危機、維繫國家的存在與人民的生存外，後者還必須確保其憲政體制的延續，以免在危機過後倖存下來的已非自由民主國家。尤有甚者，即便能在危機過後回復既有的憲政運作，在緊急狀態中是否仍然存在著某些必須堅持、從而絕不容許「例外」的憲法原則，使得即便在緊急狀態中，民主政體仍未完全變身為威權國家？這三個面向共同構成了本文所謂的「緊急狀態的挑戰」，也就是任何自由民主國家之緊急狀態體制的檢驗標準。

在我國的憲政發展中，緊急狀態的制度模式大致經歷了戒嚴、緊急命令和特別立法三個階段。以 1999 年九二一大地震後李登輝總統所發布的緊急命令為分水嶺，之前我國長期處於以軍事—政治為主的戒嚴體制中，其間總

科學》，9卷1期，頁39-65；姚孟昌（2020），〈政府因應新冠肺炎所採措施之法律爭議：以限制人民出境自由為例〉，《台灣法學雜誌》，391期，頁15-24；黃源浩（2020），〈嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例與授權明確：與法國法的比較〉，《月旦法學雜誌》，303期，頁27-44；黃源浩（2021），〈公共衛生緊急狀態與行政法上的例外法制〉，《月旦醫事法報告》，54期，頁49-59；邱文聰（2021），〈在例外與常態間失落的法治原則：論臺灣模式防疫的法制問題〉，《法官協會雜誌》，22期，頁128-145；許育典（2021），〈不同於憲法緊急狀態的法治國防疫措施：以法治國的國家保護義務為核心〉，《月旦法學雜誌》，314期，頁182-190；林昕璇、左宜恩（2022），〈例外與常態的悖論：美國與我國因應COVID-19緊急法制之比較研究〉，《臺灣民主季刊》，19卷2期，頁79-134；梁志鳴（2022），〈論法院作為法治例外狀態的守門人：以Covid-19防疫措施下的司法審查為中心〉，《中原財經法學》，49期，頁235-306；葉俊榮（2022），〈論公民憲政主義下的臺灣防疫模式〉，《臺大法學論叢》，51卷4期，頁1543-1596。

⁴ 邱文聰，前揭註3，頁128。

⁵ CARL SCHMITT, *DICTATORSHIP: FROM THE ORIGIN OF THE MODERN CONCEPT OF SOVEREIGNTY TO THE PROLETARIAN CLASS STRUGGLE 175-79* (Michael Hoelzl & Graham Ward trans., 2014).

統曾依據動員戡亂時期臨時條款第 1 條發布過四次緊急處分⁶。而九二一之後的幾次重大災害與經濟危機則皆不再透過緊急命令，而是藉由一般性的法律（如在九二一之後制定的災害防救法），輔以立法院臨時制定的特別條例加以因應⁷。在此一歷史脈絡下，關於本次疫情的法制論辯也就呈現為「緊急命令或特別立法」的選擇題。然而儘管傳染病防治法與「嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例」（以下簡稱「特別條例」）關於防疫措施的相关規範十分寬鬆，尤其是特別條例第 7 條幾乎形同空白授權⁸，論者們多半仍然未能正視其實為「緊急法制」的本質，而仍將之視為常態法治的一環。因此在這樣的認知框架下，若非要求相關立法仍應符合常態法治的憲政標準，便是要求其應回歸緊急命令的憲政體制⁹。然而在這樣的二分思維下，

⁶ 分別針對金融危機（1948年）、八七水災（1959年）、中美斷交（1978年）和蔣經國總統逝世（1988年）。

⁷ 包括2003年SARS期間的「嚴重急性呼吸道症候群防治及紓困暫行條例」、2008年金融風暴的「振興經濟消費券發放特別條例」、2009年莫拉克風災的「莫拉克颱風災後重建特別條例」、以及針對這次疫情的「嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例」，參見賈文宇，前揭註3，頁53。關於緊急命令／處分與特別立法的整體回顧探討可參考陳淳文（2022），〈例外狀態、特殊性立法與憲法解釋〉，蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會（編），《法學的想像（第二卷）：部門憲法》，蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集，頁485-493，元照；張文貞（2007），《緊急狀態法制之探討》（委託研究報告），行政院研究發展考核委員會，頁79-120；林昕璇、左宜恩，前揭註3，頁92-96。

⁸ 特別條例第7條規定：「中央流行疫情指揮中心指揮官為防治控制疫情需要，得實施必要之應變處置或措施。」

⁹ 前者如賈文宇，前揭註3，頁53；許育典，前揭註3，頁184；葉俊榮，前揭註3，頁1558-1566（但亦指出緊急憲法與常態憲法的「相對化」）。後者如邱文聰，前揭註3，頁143-145；劉幸義，前揭註3，頁54-56、58（但進而強調應事先制定緊急命令法和緊急狀態相關法規）；林昕璇、左宜恩，前揭註3，頁120-125（亦持類似見解）。相對於此，姚孟昌與黃源浩則較為明確地肯認特別條例實為緊急法制，但前者對於第7條是否合乎法律明確性仍抱持疑慮，進而呼籲立法院應修法補強（姚孟昌，前揭註3，頁21-23）；後者則並不認為授權明確性是憲法的必然要求，但強調其例外須僅限於緊急狀態（黃源浩（2020），前揭註3，頁41-44）。此外，雖未直接從緊急狀態法制的角度切入，陳仲麟基於疫情威脅的嚴重性與防疫作為的專業性與時效性等因素，進一步從功能最適理論推導出授權明確性原則應適度放寬，因此特別條例第7條並未違憲的結論。參見陳仲麟（2020），〈從防疫出國禁令爭

似乎也就錯失了從現行的防疫體制中，提煉出一套超越緊急命令之緊急憲政體制的可能性。

呼應邱文聰的論文標題「在例外與常態間失落的法治原則」，本文正致力於探討在完全訴諸主權者決斷的例外狀態與常態法治之間，如何打造出一種盡可能符合法治要求的緊急憲政體制¹⁰。本文的標題「在例外與法治之間：緊急狀態理論思辨與新模式的建構」，因此意味著對於不同類型的緊急狀態理論進行分析探討——從訴諸例外措施的「法外模式」到恪守常態憲政的「法治模式」——並嘗試在其之間建構出一套融貫地各取所長的「競合模式」¹¹。進一步而言，本文試圖走出緊急命令的制度限制及其背後所預設的理論模式，正視包含我國在內的、以國會立法取代總統緊急權的國際趨勢，進而嘗試建構一套與此相應的新理論模式¹²。因此在理論資源上，超越二戰前後「憲

議再訪法律保留的疆界》，《法律與生命科學》，9卷1期，頁20-35。類似見解亦可參考林三欽（2020），〈我國防疫措施法制之合憲性爭議：以限制高中以下師生出國禁令為例〉，《月旦法學教室》，212期，頁45-50；林明昕（2021），〈再論嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第7條之合憲性爭議〉，《台灣法學雜誌》，407期，頁61-67。而梁志鳴則進一步指出在例外狀態常態化的趨勢下，提升法院對於政府緊急權力行使之監督能力的可能方式（前揭註3，頁286-298）。

¹⁰ 相對於此，邱文聰對於是否能夠透過法治因應緊急狀態則持較為保留的態度，僅強調應透過總統緊急命令的儀式性宣告，明確地將緊急措施限定在例外狀態中，以避免「例外狀態常態化」與「常態法秩序緊急化」（前揭註3，頁143-145）。此外，張文貞2007年所主持的研究報告（前揭註7）已經相當完整地透過比較法與Bruce Ackerman的「緊急憲法」理論提出了對於我國緊急狀態法制建構的整合性探討與建議，相當具有參考價值。

¹¹ 在概念用語上，本文基本上將一律使用「緊急狀態」這個較為通用的語彙，僅在討論Schmitt的理論時才使用「例外狀態」（Ausnahmezustand）這個德國公法學的術語，雖然後者在Schmitt與Giorgio Agamben的理論發展下亦成為當前流行的用語。本文另一個使用「例外狀態」的脈絡則是在語意上將其對比於「常態」，亦即探討「例外狀態常態化」的問題。因此在本文中基本上並未區分「緊急狀態」與「例外狀態」在概念內涵上的差異。關於Schmitt與Agamben的例外狀態理論分析與對話可參考薛熙平（2020），〈主權—例外狀態的吊詭：從阿岡本重返施密特〉，《政治與社會哲學評論》，72期，頁199-271。

¹² 這呼應了Ferejohn與Pasquino所提出的，相對於傳統憲法緊急權的晚近「立法模式」的優位性。而他們區分常態／緊急憲政體制的二元模式與本文的理論觀點亦多所呼應。See John Ferejohn & Pasquale Pasquino, *The Law of the Exception: A Typology*

政獨裁」(constitutional dictatorship)的理論水平，本文將以本世紀初九一一之後英美憲法學界關於「反恐緊急狀態」豐沛的理論思辯為主要參照對象¹³。然而必須事先聲明的是，儘管本文的寫作動機是出自對於國內防疫法制實踐的現實關懷，但基於主題、時間與範圍的限制，本文一方面將無法針對仍在發展中的歐美防疫緊急狀態理論進行探討，一方面亦無法針對我國具體的防疫法制實踐進行深入的評析。**換言之，本文的目標將限定在以發展較為成熟的反恐緊急狀態理論作為主要的討論對象，並嘗試以此建構一套新的一般性緊急狀態理論模式。**至於這個新模式是否真的具有一般性，以及在何種程度上可以適用於防疫緊急狀態，本文將只能夠提出初步的構想，以供後續研究批判檢證。

本文的討論架構如下：第貳章將先回顧當代緊急狀態理論的前身，也就是二戰前後的憲政獨裁與主權理論。本章將先概述 Carl Schmitt 從獨裁到主權的理論發展，接著簡析 Clinton Rossiter 關於「憲政獨裁」的理論建構。第參章則進入後九一一的反恐緊急狀態理論的梳理。本章將參照學者的分類將其概分為「緊急憲政模式」、「法外模式」與「法治模式」，並各選擇一位最具代表性學者的理論進行研析，分別為 Bruce Ackerman 的「緊急憲法」、Oren Gross 的「法外措施模式」、以及 David Dyzenhaus 的「法治模式」。第肆章將進一步針對這三者進行綜合性的比較與批判性的反思。第伍章則在上述基礎上嘗試提出一種新的「競合模式」，作為本文所主張的最佳理論版本。這個新模式以實質動態的合憲性判斷、緊急法制的分段接合、權力分立的創新調控、以及常態／緊急狀態的明確區分作為基本原則，嘗試在憲法的

of Emergency Powers, 2 I. CON. 210, 215-20, 223-26 (2004).

¹³ 國內關於前者的討論可參考黃俊杰(2001)，《法治國家之國家緊急權》，元照。關於後者，以Bruce Ackerman的理論為主的討論可參考張文貞，前揭註7，頁5-11、121-127。更完整的討論可參考Ming-Sung Kuo, *From Institutional Sovereignty to Constitutional Mindset: Rethinking the Domestication of the State of Exception in the Age of Normalization*, in CONSTITUTIONALISM UNDER EXTREME CONDITIONS: LAW, EMERGENCY, EXCEPTION 21, 21-39 (Richard Albert & Yaniv Roznai eds., 2020)。該文對於後九一一的緊急狀態理論進行了豐富精彩的論述，並對於「緊急狀態常態化」的趨勢提出了深入的分析診斷與因應之道，極具參考價值。

緊急命令之側勾勒出另一種更加符合憲政精神的緊急法制藍圖，並逐一回應下列問題：緊急措施是否皆須合憲、合憲性標準可否調降、調降是否須有界限、可否立法概括授權、總統緊急權之外的制度選項、國會與法院的監督機能、例外狀態常態化的挑戰等等。最後則是結論。

以下便展開這條背景險惡的理論之道。

貳、緊急狀態的挑戰：主權決斷與憲政獨裁

針對前言中所提出的緊急狀態對於民主憲政體制的三重挑戰，本章將透過「獨裁」與「主權」這兩個概念與緊急狀態之間的關連性分析，試圖建立回應此一挑戰的基本理論架構。與現行的一般認知有段落差，「獨裁者」（dictator）一詞原本並非用來指涉專制政體的統治者，而是源自於羅馬共和面對緊急狀態時的特殊官職。因此直到二戰結束時，儘管已帶有污名，美國政治史學者 Clinton Rossiter 尚能以《憲政獨裁》（Constitutional Dictatorship, 1948）作為其分析西方民主政體危機治理體制之專書的主標題。而在 Carl Schmitt 出版其主權理論之經典名著《政治神學》（Politische Theologie, 1922）的前一年，則是先推出了關於例外狀態的思想—制度史研究《獨裁》（Die Diktatur, 1921），其後並以〈帝國總統依據威瑪憲法第 48 條的獨裁〉為題在德國國家法學會大會上發表演說¹⁴。簡言之，本文認為二十世紀前半的緊急狀態理論可以「獨裁」和「主權」這兩個核心概念的界定與區分加以理解，進而作為當代討論的基礎。因此本章將先簡要論述 Schmitt 的獨裁與主權理論，以及 Rossiter 的憲政獨裁理論。

¹⁴ Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung (1924). 本文後來收錄在1928年出版的《獨裁》第二版中。

一、Carl Schmitt 的例外狀態理論：從獨裁到主權¹⁵

Schmitt 著名的主權定義——「主權者即決斷例外狀態者」¹⁶——深具洞見地將主權的概念與例外狀態關連起來，並由此證成主權者不受法律拘束的絕對權力。然而較不為人知的是，他的主權理論其實乃奠基於他先前的獨裁研究，且後者並未完全為前者所吸收。在《政治神學》出版之後，他仍在 1924 年的論文中將依據憲法有權決定例外狀態的總統定位為受憲法拘束的「受委任的獨裁者」（kommissarische Diktatur），而非可以代表人民行使制憲權的「主權性的獨裁者」（souveräne Diktatur），更非「主權者」¹⁷。換言之，主權與獨裁的區分依然貫穿 Schmitt 在威瑪時期的例外狀態理論建構。

《獨裁》一書重新梳理了西方從羅馬共和到俄國革命的獨裁（例外狀態）的歷史發展，並且極富原創性地提出了「委任獨裁」與「主權獨裁」的概念區分。前者的典範乃是布丹（Jean Bodin）筆下絕對王權國家中的「特任官」或特使（commissaire）；後者則是法國大革命的制憲國民議會。布丹在其憲政理論中區分了常任官（officier）與特任官，前者是法定官職，具有法定的職權與任期，後者則是由君王（主權者）透過命令所臨時創設的官職，交付特定的任務（如擊退敵軍），完成即須解任。特任官因此沒有固定任期，其權力則取決於任務所需¹⁸。以此為藍圖，同時結合馬基維利等現代初期的政治思想家對於羅馬獨裁的重新詮釋，Schmitt 提出了「委任獨裁」的概念。我們可以將其特徵表述如下：獨裁官是受主權者臨時委任的特殊官職；為了完成主權者所交付的任務，他可以採取一切必要手段而不受一般法律的限

¹⁵ 更詳細的討論可參考薛熙平，前揭註 11，頁 206-241。楊尚儒（2012），〈獨裁或專政？由漢譯名探討施米特的 Diktatur 概念〉，《政治科學論叢》，54 期，頁 1-36。張旺山（2005），〈國家的靈魂：論史密特的主權概念〉，《政治與社會哲學評論》，12 期，頁 95-140。

¹⁶ CARL SCHMITT, POLITICAL THEOLOGY: FOUR CHAPTERS ON THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY 5 (George Schwab trans., 2005).

¹⁷ SCHMITT, *supra* note 5, at 202-07.

¹⁸ *Id.* at 26-27.

制；但在任務完成後就必須立刻解職¹⁹。獨裁因此與主權有別：主權乃是「共和國絕對和永恆的權力」；獨裁則僅具有暫時性，且其權力來自於主權，而主權者亦可隨時收回其授權²⁰。

相對於此，「主權獨裁」則是法國大革命所開創的一種新的獨裁形式：革命政府與制憲議會為了推翻王權、建立共和所進行的獨裁統治。相較於委任獨裁必須獲得既存憲政體制中之最高權威的具體授權，革命的主權獨裁所訴諸的則是外於憲法的人民制憲權。由於現實中的人民乃是雜多的群眾，並無法具體有效地表達其意志，因此主權獨裁實際上可說是「自我授權」。不僅如此，它不但可以破棄既存的憲法，甚至可以制定新的憲法。「主權獨裁」因此相當程度上模糊了主權與獨裁的區分（顧名思義）；不過其仍然保留了一個獨裁的關鍵元素：由任務性而來的暫時性。就此而言，制憲議會乃是由人民投票選出並授予制憲權的臨時任務型機關。因此一旦制憲完成、憲法生效，主權獨裁就必須結束，進入行憲階段的常態憲政秩序²¹——從而主權獨裁與主權終究有別。至於俄國革命後被付諸實踐的「無產階級專政」（the dictatorship of the proletariat）的概念，Schmitt 則將之視為主權獨裁的最新形式：宣稱以建立無階級社會為終極目的的過渡體制²²。

因此，正是奠基於《獨裁》中的歷史考察與理論洞見，Schmitt 在《政治神學》中才得以建構出他聞名遐邇的主權理論——亦即，進一步探討獨裁的權力來源。在「主權者即決斷例外狀態者」的經典定義中，主權被界定為一種可以打破法律的至高法權。換言之，一種法秩序所無法規範卻又必須「預設」的弔詭權力。對他而言，「法治國」致力於取消主權的努力終將失敗，因為例外狀態的可能性始終存在，而其具體樣態又無法事先預見，因此其因應之道便無法事先透過法律加以明定。憲法因此頂多只能規定「誰」有權決定例外狀態²³。關於例外狀態的決斷內容因此勢必超乎法規範的限制，但此

¹⁹ *Id.* at xlii-xliii.

²⁰ *Id.* at 20-21.

²¹ *Id.* at 119-27.

²² *Id.* at xxxix-xlii, 179.

²³ SCHMITT, *supra* note 16, at 6-7.

一決斷的有效性卻又成為法秩序存在的前提：因為法律的適用預設了某種正常的情境與事態——沒有任何規範可以適用於失序的混亂狀態中（例如在疫情初期的口罩荒中，自由交易的買賣法將難以有效運作）。主權因此實為任何法秩序所必須預設的終極權力。透過做出能夠有效排除例外狀態的具體決定，主權者回復或創造了法律得以運作的前提條件，也就是正常狀態的形塑²⁴。

然而在完成主權理論的建構之後，Schmitt 並未直接將威瑪共和的總統視為「主權者」。在詳論威瑪總統獨裁權的論文中，儘管極力駁斥通說所認定的憲法第 48 條第 2 項後段所列舉之基本權利構成獨裁權的負面限制（亦即除此之外的其他憲法條文皆不得違反）²⁵，他仍然提出了總統獨裁的三項憲法要求：（1）獨裁所要回復的「公共安全與秩序」只能是符合憲法規範的憲政秩序，亦即不得修憲或制憲；（2）不得違反第 48 條本身所規範之「組織上的最低構成」，也就是總統獨裁權、內閣副署權與國會撤銷權的相關組織一程序規定。換言之，總統仍須受國會監督²⁶。（3）獨裁的本質是採取「必要措施」的權力，亦即為達成特定目的、依據當下情勢具體判斷何者為有效手段的行政權，因此原則上並不包含事先制定一般規範的立法權，或是事後實現個案正義的司法權²⁷。我們因此可以說，Schmitt 對於總統獨裁的界定仍然屬於一種受憲法拘束的委任獨裁，而既非主權獨裁，亦非主權本身。

²⁴ *Id.* at 13.

²⁵ 威瑪憲法第 48 條第 2 項規定：「於德意志帝國之公共安全與秩序受到阻礙或危害時，帝國總統得採取必要措施以重新恢復公共安全及秩序，必要時得以武力介入。為達此目的，帝國總統得暫時使規定於第 114、115、117、118、123、124 及 153 條中之基本權一部或全部喪失效力。」以上條文中譯引自 Carl Schmitt（著），李君韜、蘇慧婕（譯）（2005），《憲法的守護者》，頁 308，左岸。

²⁶ 威瑪憲法第 48 條第 4 項規定：「帝國總統應將依據本條第 1 項、第 2 項而採取之措施即時知會帝國眾議院（Reichstag）。該措施因帝國眾議院之要求而喪失效力。」以上條文中譯出處同前揭註。由此亦可見我國憲法的緊急命令受威瑪憲法之影響。

²⁷ SCHMITT, *supra* note 5, at 208-18.

總結而言，本文認為 Schmitt 的例外狀態理論包含了主權與獨裁的概念區分：其中主權的概念固然是最根本的理論基礎，具有優先於憲法的地位，但這並不妨礙制憲者（主權者）可以在憲法中規範並授予特定機關決定例外狀態的權力，亦即所謂的「憲政獨裁」。但此一受憲法拘束的獨裁權力並無法如法治國論者所期望的從此取消主權的存在。這點可見於 Schmitt 在論文中亦將總統的獨裁權區別於所謂的「國家緊急權」（Staatsnotrecht）：當國家面臨不可預見的極端緊急危難時，任何政府機關都可以打破憲法救亡圖存。Schmitt 指出，這是一種與威瑪憲法第 48 條並存、自動生效的權利，甚至可以用來對抗不願宣告例外狀態的總統²⁸。我們因此可以說，Schmitt 透過獨裁與主權的概念區分，確立了「法內」的緊急權力和「法外」的緊急權力之間的關連與差異。

二、Clinton Rossiter 的憲政獨裁理論

相對於 Schmitt 對於例外狀態的整體觀照，Rossiter 則更致力於闡明「法內」（或「合憲」）之緊急權力的具體實踐和規範性判準。在二戰後出版的《憲政獨裁：現代民主國家的危機治理》（1948）一書中，他總結了德、法、英、美四個西方主要民主國家的歷史經驗，為這個概念做出了經典的闡釋。在本書前言他便開宗明義地指出，民主與獨裁並非對立概念——「當國家面臨存亡之秋，沒有任何政府形式能夠免於獨裁而存續」²⁹。而在現代國家的歷史回顧中，無論是前已論及的德國的例外狀態（Ausnahmezustand），還是英國的戒嚴法（martial law）、法國的戒嚴（圍城）狀態（état de siège）、美國的緊急權力（emergency power），都是民主憲政的危機治理手段，而非專制王權的統治工具。他因此提出憲政獨裁所立基的三項基本事實：

- (1) 民主憲政國家複雜的政府體制，基本上是處於正常和平狀態下的運作設計，而多半無法因應重大國家危機的迫切情勢。
- (2) 因此，在危機

²⁸ *Id.* at 201.

²⁹ ROSSITER, *supra* note 2, at xix.

時期，為了克服危難並回復正常狀態，民主憲政的政府就必須進行一切必要程度上的暫時轉型。這個轉型將無可避免地涉及一個性格上更強而有力的政府，亦即，政府將會擁有較多的權力，而人民較少的權利。

(3) 這個在某些情況下可能變得完全獨裁的強大政府，其目的卻只能夠是為了國家獨立性的保存、現行憲政秩序的維持、以及人民之政治與社會自由的捍衛³⁰。

基於這三項事實，暫時性的獨裁因此是任何憲政民主國家欲克服重大危機所不得不採取的統治形式。他進而歸結出獨裁的三大特徵：**集中 (concentration)**、**擴張 (expansion)** 與 **鬆綁 (liberation)**。權力的「集中」意指在政府組織上強化統治權的集中與貫徹，弱化既有的分權機制，包括權力分立與聯邦體制。權力的「擴張」則意味著個人自由領域的縮減。權力的「鬆綁」則是包含憲法在內的法規範的限制可以被暫時懸置³¹。若進一步反思，這三個特徵其實正體現出了「獨裁」乃是「憲政主義」的對立面：對於**權力分立、基本權利與法治**這三個憲政基本原則的**限縮或懸置**。「**憲政獨裁**」在這個意義上實為一個自我悖反的概念。然而 Rossiter 試圖論證，獨裁的政府仍為憲政的存續所必需，而獨裁的正當性亦僅來自於憲政秩序的保存。他因此嘗試化解這個悖論而提出多達 11 項關於獨裁的「合憲性判準」。這些判準可以依據獨裁的啟動、延續與終止概分為三大類³²：

1. 憲政獨裁的啟動：

- (1) 必須是為了保存國家及憲政秩序所不可或缺的手段。
- (2) 決定啟動憲政獨裁者不得同時擔任獨裁者。
- (3) 啟動時必須同時明定終止條件。
- (4) 所有緊急權力都應具備最低限度的憲法或法律授權。

³⁰ *Id.* at 5, 7 (原文照引)。

³¹ *Id.* at 288-90.

³² *Id.* at 298-306.

2. 憲政獨裁的延續：

- (5) 任何緊急權力的行使皆應以解除危機之絕對必要者為限。
- (6) 憲政獨裁所採取的措施應僅具有暫時性。
- (7) 獨裁者應由能夠代表所有願意捍衛現行憲政秩序之公民的人擔任。

3. 憲政獨裁的終止：

- (8) 憲政獨裁下的一切行為最終仍須接受究責。
- (9) 終止憲政獨裁的決定權同樣也不應由獨裁者掌有。
- (10) 在危機解除後獨裁就必須終止。
- (11) 危機解除後應盡可能完全回復獨裁前的政治狀態。

若將上述這 11 個憲政獨裁的要件／判準與 Schmitt 的理論進行對照，我們可以說 Rossiter 仍然大致延續了前者的構想，並將一些要件更加具體化。其中要件 1、4、5、6、10、11 相當於重申了依據憲法之委任獨裁的基本精神：它是立基於現行憲法的授權，為捍衛其存續而不得不採取的暫時必要手段。一旦危機解除，獨裁便須終止，回復常態的憲政運作。**要件 2 與 9 則體現出某種源自古羅馬的分權／委任機制，亦即有權宣告緊急狀態者不得同時自我任命為獨裁者**³³。然而 Rossiter 也不得不承認，這個羅馬的重要遺產在當代幾乎已被遺忘，特別是在總統制的國家中³⁴。但另一方面，透過國會臨時制定「授權法」(Enabling Act) 的方式來賦予行政部門所需的緊急權力，從一戰時起亦開始成為普遍的實踐。藉此不僅行政部門的緊急權力仍須得到國會授權，國會亦可在授權法中明定緊急狀態的終止條件與期限(要件 3、4)³⁵。此外，要件 7 的「民主代表性」無論是在總統制或內閣制的國家

³³ 羅馬共和之獨裁官的任命必須先由元老院向執政官提出實施獨裁的建議，再由執政官從非現任官員的一般公民中選任 (*Id.* at 20)。本文之後將進一步發展這個獨裁「原型」的制度啟發。

³⁴ *Id.* at 299.

³⁵ *Id.* at 292-93, 300.

中亦普遍獲得體現³⁶。最後值得一提的是 Schmitt 較為忽視的要件 8，也就是獨裁者的「可究責性」。對此 Rossiter 一方面認為在緊急狀態期間對於行政官員的追訴往往不具可行性、甚至弊大於利。但另一方面，他仍然強調任何的緊急措施皆不得免除緊急狀態結束後的司法追訴及審判³⁷。但整體而言，憲政獨裁的監督機制仍然主要在於國會而非法院，亦即主要透過政治上的監督而非合法性的審查。

最後，如果「憲政獨裁」乃是一個自我悖反的概念，那麼 Rossiter 的 11 項「獨裁的合憲性判準」真的解除了這個弔詭嗎？本文認為這個問題可以分成兩個層次來思考。首先，**憲政—獨裁的表面張力確實可以透過目的／手段以及常態／例外的區分加以緩解：憲政的保存與回歸乃是最終目的，而獨裁只是暫時手段；憲政統治才是常態，而獨裁措施僅是例外。**Rossiter 的憲政獨裁判準大部分也就在於具體化這個辯證邏輯³⁸。然而憲政獨裁的弔詭還有第二個層次：**縱使獨裁只是守護憲政的例外手段，這個手段本身是否仍有某些不得懸置的憲法要求？**對此 Rossiter 則並未超越 Schmitt 太多：他既未主張某些絕對不得侵犯的基本權底線，法院的追訴也必須等到緊急狀態結束後才能有效展開。我們甚至可以說，在他的理論中只要擁有憲法或法律的形式授權，得到國會支持的民選政府基本上可以侵犯任何的個人自由，只要其認定為解除危機所必要。這本書的結語因此或許可以作為「憲政獨裁」之弔詭的最佳註腳：**「為了民主，我們不惜犧牲一切，遑論民主本身的暫時犧牲」**³⁹。

³⁶ *Id.* at 304.

³⁷ *Id.* at 305.

³⁸ Schmitt將此稱為「獨裁的內在辯證」，SCHMITT, *supra* note 5, at xlii。進一步的探討可參考薛熙平，前揭註11，頁207-210。

³⁹ *Id.* at 314.

參、反恐緊急狀態的憲法論戰：三種模式的競逐

二戰結束後，全球漸次形成「冷戰」的新局面。西方主要民主國家在很長一段時間不再於其境內發生嚴重的武力衝突，經濟亦穩定復甦。關於緊急狀態的討論因此便相對沉寂下來⁴⁰。另一方面，在冷戰前線的「非西方」國家中，國內的政治衝突加上美蘇兩大集團的介入扶持，使得透過持續性地宣告戒嚴／緊急狀態而進行獨裁統治的「非常體制」成為常態⁴¹。「獨裁」一詞因此脫離了其作為守護憲法之暫時體制的固有意義，甚至也不再是為了革命制憲所實施的臨時統治，而變形成為一種在形式上的行憲中無限期懸置憲法之實質適用的弔詭統治技術⁴²。

九〇年代的蘇聯解體和第三波民主化曾一度使人相信獨裁政體將被永遠葬入歷史的墓園。然而邁入新世紀的第二年便發生了直擊世界帝國中心的九一一事件，徹底粉碎了這個永久和平的美夢。緊急狀態與相應的治理技術以新型態的「反恐戰爭」之名，一一在西方民主國家重新復甦。儘管以「安全機制」和「緊急權力」取代了「獨裁」，緊急狀態與憲政法治之間的內在衝突其實從未改變。甚至相對於傳統戰爭，因應恐怖攻擊所採取的反恐行動更難以設立明確的對象與時空界限，從而使得緊急狀態常態化的威脅與日俱增。

這個以英美為首的全球反恐行動因此重新點燃了憲法學界關於緊急狀態的論辯，而 Schmitt 的理論亦再度受到關注。參照學者所提出的分類方式，

⁴⁰ 然而並非毫無例外：英國在北愛爾蘭、法國在阿爾及利亞的軍事行動即創造出某種持續性的「例外空間」。See OREN GROSS & FIONNUALA NÍ AOLÁIN, *LAW IN TIMES OF CRISIS: EMERGENCY POWERS IN THEORY AND PRACTICE* 181-202 (2006).

⁴¹ 除了台灣之外，關於亞洲國家的緊急狀態制度實踐可參考 *EMERGENCY POWERS IN ASIA: EXPLORING THE LIMITS OF LEGALITY* (Victor V. Ramraj & Arun K. Thiruvengadam eds., 2010).

⁴² 受到 Agamben 的例外狀態理論啟發，對於台灣作為「例外國家」（"state" of exception）的討論可參考薛熙平、林淑芬（2010），〈導讀〉，Giorgio Agamben（著），薛熙平（譯），《例外狀態》，頁33-39，麥田。

本文將各種緊急狀態理論概分為「緊急憲政模式」、「法外模式」與「法治模式」⁴³，且為求深入討論，將僅各以一位代表性學者的理論作為主要的研究對象。首先，「緊急憲政模式」最重要的代表為 Bruce Ackerman 所提出的「緊急憲法」(emergency constitution)⁴⁴。在本文的界定下，所謂的緊急憲政模式基本上延續了憲政獨裁的理念，亦即一方面主張緊急權力應有憲法或法律的規範授權，另一方面則主張常態憲法與緊急憲法的二元區分。這個二元論一方面試圖確保緊急措施不會入侵常態法制，另一方面則主張前者應適用有別於後者的寬鬆合憲標準。相應於此，該模式所設定的主要監督機制因此為國會的政治監督，而非法院的法治監督。其次，「法外模式」則以 Oren Gross 所提出的「法外措施模式」(extra-legal measures model)為代表⁴⁵。延續 Schmitt 的主權理論，法外模式允許政府在必要時可以打破法律（包含憲法）的限制，採取法律所未授權或違反法律的緊急措施。但相對於 Schmitt，Gross 主張該措施本身仍具違法性，因此除非得到「人民」或其代表的事後追認，否則行政官員仍須接受司法究責。Gross 的理論因此仍以保存民主憲政體制為目標，力求避免緊急權力的濫用和保存常態法制的完整性，同時促進民主的責任政治。最後，「法治模式」(legality model)則以

⁴³ 這個三分法大致對應於 Gross 所提出的調適模式 (models of accommodation)、法外措施模式 (the extra-legal measures model) 和如常模式 (the business as usual model) 的區分，以及 Karin Loevy 所提出的新羅馬獨裁模式 (the neo-Roman model of dictatorship)、洛克法外特權模式 (the extralegal Lockean model of prerogative) 與合法性法治模式 (the rule-of-law model of legality) 的區分。See Oren Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?* 112 YALE L. J. 1011, 1021-25 (2003); KARIN LOEVY, EMERGENCIES IN PUBLIC LAW: THE LEGAL POLITICS OF CONTAINMENT 24-39 (2016).

⁴⁴ Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, 113 YALE L.J. 1029, 1029-92 (2004). 其他可歸類於此一模式的學者理論如：Ferejohn & Pasquino, *supra* note 12; Andrew Arato, *The Bush Tribunals and the Specter of Dictatorship*, 9 CONSTELLATIONS 457-76 (2002).

⁴⁵ Gross, *supra* note 43. 其他可歸類於此一模式者如 Mark Tushnet, *Emergencies and the Idea of Constitutionalism*, in THE CONSTITUTIONAL IN WARTIME: BEYOND ALARMISM AND COMPLACENCY 39, 39-54 (Mark Tushnet ed., 2005).

David Dyzenhaus 的理論為代表⁴⁶。法治模式的基本主張與 Schmitt 正好相反：其認為政府可以且應該透過符合常態法治原則的方式回應緊急狀態。法治模式因此一方面試圖駁斥法外行動的正當性與必要性，另一方面也反對制定過於寬鬆、因此實質上乃是合法化恣意決斷的緊急憲政體制。這三種理論模式的提出與交鋒深刻地拓展了我們關於緊急狀態的思考向度。以下將先分別概述 Ackerman、Gross 與 Dyzenhaus 的理論菁華，下一章再進行較為深入的比較與評析。

一、Bruce Ackerman 的緊急憲法

首先讓我們從「憲政獨裁」的當代同義詞「憲法緊急權」談起，也就是本文所謂的「緊急憲政模式」。這個陣營中最具代表性的論著首推美國憲法大家 Bruce Ackerman 於 2004 年在《耶魯法學期刊》所發表的〈緊急憲法〉（*The Emergency Constitution*）一文⁴⁷。Ackerman 首先主張恐怖攻擊帶來了有別於傳統戰爭／犯罪二分法的新型態安全威脅：一方面，恐怖份子不會佔領美國領土，也不會推翻美國政府，因此並不涉及國家政體的存亡威脅；另一方面，恐怖攻擊又確實挑戰了國家主權對於領土安全的保障，動搖了一般人民對政府的信任，因此其影響又勝過可用一般刑事手段處理的組織犯罪。他認為恐怖攻擊最大的威脅並不在於實際的傷亡人數，而在於透過間歇性的攻擊所產生的政府權力擴張的惡性循環，最終將導致憲政秩序的自我毀滅。因此必須創造出第三種因應模式，也就是「緊急狀態」。但由於美國憲法的相關規定十分簡陋，國會的臨時立法又容易反應過度，而法院過往的判例亦十分寬鬆，因此在修憲困難的情況下，實有必要透過國會立法的方式「事前」

⁴⁶ David Dyzenhaus, *The State of Emergency in Legal Theory*, in *GLOBAL ANTI-TERRORISM LAW AND POLICY* 65, 74, 83 (Victor V. Ramraj et al. eds., 2005). 其他可歸類於此一模式者如：David Cole, *The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot*, 113 *YALE L.J.* 1753, 1753-1800 (2004); Laurence H. Tribe & Patrick O. Gudridge, *The Anti-Emergency Constitution*, 113 *YALE L.J.* 1801, 1801-70 (2004).

⁴⁷ Ackerman, *supra* note 44. 關於本文的討論亦可參考張文貞，前揭註7，頁5-11、121-127。

制定一部針對恐怖攻擊的框架性法律（framework statute），也就是所謂的「緊急憲法」。這部緊急狀態基本法的核心宗旨就在於盡可能限定緊急狀態的有效期間：一方面在這段期間內充分授權政府採取有效阻止二波攻擊的必要措施，迅速恢復人民對於國家主權的信心（reassurance），另一方面則極力避免對於公民自由長期的過度限制⁴⁸。

在上述的風險診斷與對治目標的設定下，Ackerman 以「預防性拘留」（preventive detention）作為其制度處方的代表範例。他同意在恐怖攻擊發生後，國安單位可以採取大規模的預防性拘留，將其認為具有危險性的「疑似恐怖份子」暫時拘禁，以阻止其參與發動第二波的恐怖攻擊。但這也意味著必須降低憲法對於人身自由的保障標準。他因此同意國安單位可以採取低於一般刑事程序之「相當事由」（probable cause）的逮捕判準，而只要有「合理懷疑」（reasonable suspicion）即可。具體而言，他指出情治單位可依其平時所建立的「觀察名單」一網打盡，而無須證明被拘留者與特定攻擊事件或計畫的具體關連。另一方面，緊急憲法將明定預防性拘留的期限（如 45 天），之後檢方就必須按照一般標準起訴或釋放，而一旦緊急狀態終止亦同。此外，緊急憲法雖仍賦予法院即時審查的權力，但其重點將不在於犯罪嫌疑的嚴格證明，而是拘留期間的妥善對待（decency）：刑求必須絕對禁止，接見律師的權利也必須加以確保。最後，政府對於事後證明無辜者必須給予補償，並由國安單位本身的預算支付，藉此產生抑制濫捕的誘因⁴⁹。

因此延續憲政獨裁的傳統，相對於法院的實質審查，Ackerman 同樣將監督的主力寄望於國會。他的緊急憲法最富創意之處就在於針對緊急狀態的

⁴⁸ BRUCE ACKERMAN, BEFORE THE NEXT ATTACK: PRESERVING CIVIL LIBERTIES IN AN AGE OF TERRORISM 2-4, 19-22, 39-45 (2006). 本書乃 2004 年〈緊急憲法〉的擴充修訂版。為簡化討論，以下將以本書為主。此外，雖然 Ackerman 強調其「緊急憲法」所針對的是恐怖攻擊而非傳統戰爭／內戰，但其思考架構仍具有適用於其他嚴重程度相似但不同類型之國家重大危機的潛力。事實上在本書中 Ackerman 就曾以嚴重傳染病的隔離檢疫措施為例，論證針對疑似恐怖份子之預防性拘留的正當性，並且提到臺灣在 SARS 期間對於受隔離者的補償亦可考慮適用於反恐下無辜的被拘留者。See *Id.* at 51-53.

⁴⁹ *Id.* at 45-47, 51-56, 108-14.

期限設計出「超級多數手扶梯」(the supermajoritarian escalator)的國會同意機制：雖然總統一開始可以單獨宣告緊急狀態，但接著就必須在一至兩週內獲得國會過半數的同意，否則立即失效。接著每二或三個月總統都必須重新獲得國會的延長同意，並開始逐步提升通過的門檻。第一次延長必須得到 60% 的議員支持，第二次提升到 70%，第三次之後則都必須達到 80%。透過這樣的制度設計，Ackerman 認為除非恐怖攻擊持續發生，否則以反恐為目的的緊急狀態將難以持續太久⁵⁰。

這個超級多數遞升之同意機制的主要目的無非在於避免當執政黨同時掌握國會多數時，可以輕易地無限延長緊急狀態。不僅如此，Ackerman 更進一步提出應在國會設置特別監督委員會，進一步強化在野黨的監督能力。這個委員會的成員必須過半數為在野黨議員，且主席亦須由在野黨議員擔任。委員會有權取得與緊急狀態相關的一切資訊（包含機密資訊），必要時可採取閉門會議的方式進行質詢，再由其判斷向大會和一般民眾公開的範圍。這樣的制度設計將有助於國會能夠事先取得充分的資訊以決定是否繼續延長緊急狀態。而在緊急狀態結束後，同樣的委員會將進行完整的調查並公開其報告⁵¹。

儘管同樣以國會監督為主，相較於 Rossiter 的憲政獨裁，Ackerman 的緊急憲法仍相當程度提升了法院的監督機能。他將之區分為鉅觀管理（macromanagement）與微觀裁判（microadjudication）⁵²。首先，在鉅觀層次法院同樣應該扮演「緊急憲法的守護者」。基於緊急憲法對於國會少數影響力的加權設計，無論是總統還是國會多數都十分可能試圖公然違反或繞道迴避這樣的規定。例如，當二度延長後同意門檻來到 80%，而這次「只有」75% 的國會議員贊成繼續延長，此時總統便很有可能以多數民意為後盾要求國安單位繼續延長拘留。Ackerman 認為這時法院就應該堅守法治，下令檢方依一般刑事程序起訴或釋放。另一方面，國會多數則可能為了迴避超級多

⁵⁰ *Id.* at 80-81.

⁵¹ *Id.* at 83-87.

⁵² *Id.* at 101.

數的要求而以普通多數另行立法授予行政機關所要求的緊急權力。這時 Ackerman 同樣主張法院應該宣告其抵觸緊急憲法而不予適用。但在「情勢是否符合宣告緊急狀態的要件」和「緊急措施是否有助於達成其目的」等實質問題的判斷上，他則認為法院原則上應該避免事後審查，而將即時監督的責任交給國會。亦即，法院的審查重心應置於程序面，例如行政機關是否確實提供國會監督委員會所有的相關資訊⁵³。

至於在微觀層次上，法院同樣具有不同於常態司法但依然重要的角色。如前所述，Ackerman 的緊急憲法雖然容許低於一般刑事程序的拘留標準，但法院仍應即時受理被拘留者的聽證申請：**其主要作用並不在於證據的審查，而在於留下相關記錄以確保後續的妥適處遇、損失補償和濫權追訴。**至於作為拘捕根據的「黑名單」，他則主張應給予公開的聽證程序讓當事人可以反駁並「除名」，但現實上恐怕只能留待緊急狀態結束後才能展開。因此整體而言，法院在緊急狀態中所提供的個案救濟主要仍僅限於避免不當對待與謹守拘留期限⁵⁴。

綜上所述，Ackerman 的緊急憲法可說是憲政獨裁的升級版。**首先是「法制化」以及更進一步的「類型化」：**針對恐怖攻擊的特性制定一部具有實質憲法性質的框架性法律。**其次則是正常／緊急狀態的明確區分：**明定緊急狀態的期限，並透過「超級多數手扶梯」的機制逐步提升延長的難度。另一方面，緊急憲法容許降低常態憲法對於個人權利的保障標準，例如將拘留判準從「相當事由」降到「合理懷疑」。因此在緊急權力的監督制衡上，國會仍是第一線的主力監督者，法院則退居第二線的程序監督。**總結而言，政治上的超級多數、經濟上的損失補償和司法上的妥善對待，共同構成了緊急憲法的三大原則。**「它們共同將『緊急狀態』的圖像呈現為一個受到謹慎限制的體制。其唯有基於令人痛心的必要性才能夠被允許，並且總是已然處於邁向終點的路上」⁵⁵。

⁵³ *Id.* at 101-05.

⁵⁴ *Id.* at 105-19.

⁵⁵ *Id.* at 119.

二、Oren Gross 的法外措施模式

在《耶魯法學期刊》刊登 Ackerman 的〈緊急憲法〉的前一卷，Oren Gross 發表了他的代表作〈混亂與規則：對於暴力危機的回應總是必須合憲嗎？〉⁵⁶，開啟了反恐緊急狀態論戰的嶄新向度。在這篇奠基於其博士論文的研究中，Gross 對於主流的緊急狀態理論模式和其背後的基本預設進行了深入的批判性分析，進而建構出新的理論模式。由其標題可知，傳統的緊急狀態理論多半預設了**緊急權力的合憲性**，而他進一步將之區分為「如常模式」（the business as usual model）與「調適模式」（the accommodation model）。如常模式主張同一憲法應該一體適用於常態與緊急狀態，而調適模式則主張區分常態憲法和緊急憲法，容許後者在緊急狀態中放寬常態憲法的要求。他指出這兩種模式都存在重大的缺陷：如常模式往往並未正視政府實際運作的違憲爭議，因此若非過於天真就是偽善；調適模式雖然賦予政府彈性的行動空間，卻可能造成侵蝕常態法治的危險。這就進一步涉及到傳統緊急狀態理論的第二項預設，也就是**正常狀態與緊急狀態的可分性**。Gross 的一大貢獻就在於細緻地論證這個可分性的日趨模糊、鬆動乃至於瓦解，亦即「非常狀態的常態化」。若然，則調適模式關於常態憲法與緊急憲法的明確區分將難以維繫，從而勢必產生侵蝕常態人權標準的滑坡效應。在上述診斷下，Gross 提出了第三種緊急狀態的理論模式，他稱之為「法外措施模式」（extra-legal measures model）⁵⁷。

相對於 Schmitt 的主權理論，Gross 的理論可說是民主憲政版的「法外模式」。因此他雖然有受到 Schmitt 一定程度的啟發，但其最主要的理論泉源乃是洛克的君王特權，以及 Thomas Jefferson 和 Albert V. Dicey 的後續發展⁵⁸。「法外措施模式」的理論目標因此不僅在於賦予行政機關面對緊急狀

⁵⁶ Gross, *supra* note 43.

⁵⁷ *Id.* at 1021-23, 1069-95. 梁志鳴並進一步將Gross的三分法對應於三種不同的法院審查態度，具體分析疫情期間以色列、紐西蘭和我國法院的裁判方式。詳見前揭註3，頁244-250。

⁵⁸ GROSS & NÍ AOLÁIN, *supra* note 40, at 119-32, 162-68. 基於和上節同樣的考量，以

態時必要的行動空間，同時也在於盡可能地保全憲法的完整性，避免長期的權利侵蝕，並強調民主的責任政治。在具體的制度設計上，Gross 首先將其理論模式的適用範圍限定在由暴力威脅所引發的緊急狀態，如戰爭、叛亂及恐怖攻擊等⁵⁹。接著，在制度運作上大致可分為三個階段：（1）當國家面臨重大武力威脅時，行政官員在極端情境下可以採取法律未授權或違反法律的必要措施；（2）該措施本身仍具違法性，因此在危機解除後，相關官員仍須接受依據常態法律的司法追訴；（3）然而，對於違法官員的責任與制裁，人民或其代表可以決定是否透過事後的追認（*ex post ratification*）予以免除⁶⁰。在這樣的架構下，我們可以說法外措施模式區分了「法律責任」與「政治責任」：在法治的要求下，政府官員固然負有依法行政的法律義務，然而當面對國家的存續本身遭受嚴重威脅時，執政者必須負起決定是否採取偏離法律之必要行動的政治責任。而這個政治決定的對錯與責任，最終則應由全體公民共同判斷與承擔。相對於此，法院的職責則在於守護法治，維持常態法制的完整性並追訴違法行為的法律責任。透過這樣的「分權」設計，法外措施模式一方面保持了常態法制的一體適用，另一方面也仍然保留了行政官員採取法外行動的空間⁶¹。

進一步而言，基於政治上責任倫理的要求，**法外措施模式要求行政官員在採取法外行動時應公開坦承其違法性並說明理由，而事後的追認則應透過民主的公共審議為之**⁶²。Gross 舉出後者的可能途徑包含：檢察官的不起訴處分、陪審團拒絕（*jury nullification*）⁶³、總統的赦免、國會事後通過的「除

下的引註亦以Gross與Fionnuala Ní Aoláin合著的這本專書為主。其中關於法外措施模式的論述明顯源自於Gross在2003年出版的論文。

⁵⁹ 儘管如此，他也表示暴力威脅和由經濟危機或自然災害所引發的緊急狀態可能有重合之處，因此並不排除其模式的某些部分也可適用於其他類型的緊急狀態。

Id. at 4-5.

⁶⁰ *Id.* at 111-12.

⁶¹ *Id.* at 170.

⁶² *Id.* at 132-34, 140-41.

⁶³ 「陪審團拒絕」係指「陪審團故意拒絕接受證據或拒絕適用法律，因為陪審團欲對某些超出案件本身的社會問題傳達某一信息，或者因為根據法律規定所得出的

罪法」(act of indemnity)⁶⁴、或是由國庫代為支付損害賠償的決議⁶⁵。然而這些追認管道是否皆符合其模式的理論要求，亦即「不變更常態法制」和「由人民或其代表為之」，則似乎仍有進一步檢視的必要。首先就前者而言，這些追認方式確實都不會成為常態法律的一部份：其中「陪審團拒絕」並不會成為判例，而除罪法僅是針對特定事件的個案性立法。但接著是否皆符合後者則較有爭議：顯然檢察官的不起訴處分與總統的特赦本身未必確實反映民意，除非其明確將此列為政見並獲得勝選。至於陪審團的裁決與國會的立法或決議則似乎比較具有民主的代表性。

因此雖然有違直覺，Gross 主張法外措施模式或許才是最能夠維護法治的緊急狀態模式⁶⁶。在例外狀態常態化的趨勢下，如常模式勢必日益顯露出與現實的脫節，而調適模式則將持續放寬緊急法制的標準，並且難以避免侵蝕常態法制的滲透。相對於此，法外措施模式一方面避免將法外行動「合法化」，從而保存了常態法制的完整性；另一方面，藉由保持法外行動的「違法性」，該模式亦盡可能地嚇阻行政官員不敢貿然嘗試。在無法如同調適模式可以獲得法律事前授權的情況下，官員將被迫承認其必須採取逾越法律的行動，並解釋其別無選擇的理由，更須面對將來是否能夠得到人民追認的不確定性。進一步而言，當官員所採取的法外措施對於人民權利的侵害越大時，無法得到追認的風險也就越高。並且，由於追認的時間點是在緊急狀態結束之後，因此無論是法院、或是代表人民的國會都將更有能力冷靜地全面檢視官員的行為，從而避免在緊急狀態中對於行政機關的高度順從⁶⁷。因此，法

結果有違陪審團的正義感、道德感或公正感。」引自薛波（主編）（2003），《元照英美法辭典》，頁758-759，元照。

⁶⁴ 亦有譯為「赦免法」，參見薛波，前揭註63，頁681。考量Gross與之後將會提到的Dyzenhaus對此概念的使用皆援引Albert V. Dicey在其經典名著INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION中的界定，認為該法可於事後「合法化違法性」(legalize illegality)，因此似乎比只是免除刑罰的「赦免」效力更強，故譯為「除罪法」。

⁶⁵ GROSS & NÍ AOLÁIN, *supra* note 40, at 137-39.

⁶⁶ *Id.*, at 161-62.

⁶⁷ *Id.*, at 147-55.

外措施模式雖然必須面對無法堅守某些憲政底線的批評（如 Ackerman 的緊急憲法仍然絕對禁止刑求），但從另一個角度而言，它或許是更為坦誠地面對緊急狀態所迫使人們必須做出的「悲劇性抉擇」：**為了捍衛民主憲政的存續本身，我們願意付出何種違反民主憲政的代價？**相對於事先透過緊急憲法劃定界限，或是事後透過憲法法院做出裁決，法外措施模式則主張交由實際面對緊急狀態的官員做出第一時間的決斷，再由人民及其代表在危機過後做出最終的決定⁶⁸。**透過這個兩階段的「分權」機制，相對於 Schmitt 的法外主權模式，我們或許可以說在 Gross 的法外措施模式中，並非宣告緊急狀態和採取緊急措施的國家元首和行政官員，而是事後決定追認與否的全體公民，才是最終決定例外狀態的「主權者」⁶⁹。**

三、David Dyzenhaus 的法治模式

相較於 Ackerman 的緊急憲法與 Gross 的法外措施，David Dyzenhaus 的主張——法治原則足以因應緊急狀態——無疑為法律人注入了一劑強心針。他不僅駁斥 Schmitt 與 Gross 所共享的法律無法規範緊急狀態的觀點，也反對 Rossiter 與 Ackerman 所提出的緊急憲政體制，認為其無異於創造出某種「法律黑洞」，亦即透過法律的形式賦予行政機關實際上不受拘束的權力⁷⁰。Dyzenhaus 認為歸根究底我們必須要能夠回應 Schmitt 的挑戰，也就是法治無法適用於緊急狀態的預設。**他因此主張法治原則應該且能夠一體適用於緊急狀態，也就是不存在任何「例外狀態」。**他因此將自身的理論立場稱之為「法治模式」（Legality model）⁷¹。

⁶⁸ *Id.* at 3-4, 156-59.

⁶⁹ *Id.* at 170.

⁷⁰ DAVID DYZENHAUS, THE CONSTITUTION OF LAW: LEGALITY IN A TIME OF EMERGENCY 34-42, 50-53 (2006). Dyzenhaus 最早在其 2005 年批判 Gross 的文章中提出法治模式的基本主張，*See Dyzenhaus, supra* note 46。基於前述的同樣理由，本節以下將以這本 2006 年的專書作為主要的討論對象。

⁷¹ Dyzenhaus, *supra* note 46 **錯誤！尚未定義書籤。**，at 83; DYZENHAUS, *supra* note 70, at 53, 58-59. Dyzenhaus 基本上將 legality 和 rule of law 當作同義詞使用，且強調其實質而非形式意涵（詳後述）。

儘管全書以法治為主題，Dyzenhaus 卻一開始就明言他不會對這個概念進行詳盡的定義。基本上他所主張的是一種普通法的法治觀，大致包含以下內涵：國會的立法必須可被解釋為其執行能夠符合正當程序的要求，亦即行政官員在執法時必須遵守公平、合理以及平等對待的原則，並且由獨立的法院審查其是否確實符合這些要求。此外，在晚近國際人權法的發展下，正當程序更逐漸融入了必須將適用法律的對象視為擁有人權的主體，而不僅限於本國公民的權利保障⁷²。Dyzenhaus 將這樣的法治觀稱為實質性的法治觀（a substantive conception of the rule of law），以區別於形式性的法治觀或是他所謂的「憲法實證主義」（constitutional positivism），也就是凡是合乎國會立法授權的行為就是合法行為⁷³。此外，融入國際人權的法治概念也使得國內法與國際法逐漸形成一個統一的整體，進而使得在反恐戰爭中特別受到差別對待的非公民也能夠主張法治的保障。最後，我們從上述的法治定義中也可以看到，Dyzenhaus 對於國會、政府與法院在法治的實現中都賦予了一定的角色。他所提出的因此是一個需要三權分工合作才能共同實現的「法治計畫」，一種期望性（aspirational）的法治觀⁷⁴。

從這樣的實質法治概念出發，相較於其他的緊急狀態理論模式，Dyzenhaus 反而認為 Schmitt 的主權理論危害較淺，因為他明確地將主權者的行動界定為外於法律的政治決斷，從而保存了法治的固有意義⁷⁵（而我們可以說 Gross 的理論亦然）。相對於此，他認為 Rossiter 與 Ackerman 的理論則是透過法律來懸置法律，因此創造出了一個行政機關可以合法地不受法律限制的「法律黑洞」。即便如此，他指出至少 Ackerman 仍明白承認緊急憲法並不符合常態的法治標準，因此尚保存了法治的實質內涵⁷⁶。對他而言，最不可取的是形式性的法治概念，也就是無論常態還是緊急狀態，只要具備了國會的立法授權和某些救濟管道，就被視為完全合乎法治——即便實際上

⁷² DYZENHAUS, *supra* note 70, at 12-13.

⁷³ *Id.* at 2, 19, 68.

⁷⁴ *Id.* at 5, 8, 13-14.

⁷⁵ *Id.* at 39, 49.

⁷⁶ *Id.* at 37-38, 41-42.

並不具有可供實質審查的規範內容，從而讓行政機關事實上可以為所欲為。他認為這種形式法治的理論模式所創造出的「法律灰洞」對於實質法治的傷害最深⁷⁷。

為了駁斥上述這些模式，Dyzenhaus 所提出的「法治模式」主要奠基於他對 Albert V. Dicey 的憲政思想和緊急狀態理論的重新詮釋。在 Dicey 的憲法學經典《英憲精義》中，以下這段話濃縮了他對於緊急狀態的觀點：

在某些暴亂或敵人入侵的時刻，為了合法性 (legality) 本身，法律的規則必須被打破……相關部會必須打破法律，並相信可以得到除罪法的保護。像這樣的法律乃是……議會主權最終和至高的展現。**它合法化了違法性 (It legalizes illegality)**；它對於……以下難題提供了可行的解決之道：如何結合法律的維持與議會的權威，以及每個文明國家的行政部門在關鍵時刻都必須掌握的、以某種形式自由行使的裁量權或特權⁷⁸。

Dicey 的憲政理論建立在試圖調和英國憲法的兩大原則之上：**議會主權與法的支配**（即「法治」，the rule or supremacy of law）⁷⁹。這個核心關懷也反映在上述引文的最後一句話：「如何結合法律的維持與議會的權威」，同時又能夠賦予行政部門必要的裁量權力。Dyzenhaus 因此試圖從中建構出他所謂的三權協力的法治計畫，而這主要分成三個層次的緊急法制：**戒嚴法 (martial law)**、**懸置人身保護令法 (Habeas Corpus Suspension Act)**，以下簡稱「**懸置法**」），以及**除罪法 (Act of Indemnity)**。

首先，普通法傳統中的「戒嚴法」並非特定的立法，而是一個一般法律原則：當出現「緊急重大的危難，導致王國的和平無法透過一般手段加以維

⁷⁷ 他舉 Cass Sunstein 的「司法極簡主義」(judicial minimalism) 下的緊急狀態理論為其代表。Id. at 42-50. 詳見 Cass R. Sunstein, *Minimalism at War*, 2004 SUP. CT. REV., 47, 47-109 (2004).

⁷⁸ DICEY, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION 272 (1982). (粗體為筆者所加)

⁷⁹ Id. at 107.

繫」時，便產生了一種「為了維繫和平的目的而得以採取一切嚴格必要（strictly necessary）之武力的權力。其有時被稱之為君王特權（the prerogative of the Crown）」⁸⁰。但相對於洛克，Dicey 並不認為這是國王才有的特權，而是每個忠誠的公民當王國的和平遭受威脅時都擁有的抵抗權力、權利與義務⁸⁰。因此在 Dyzenhaus 的詮釋下，所謂的戒嚴法其實就相當於一種特殊的**必要性抗辯**（defense of necessity），也就是對於表面上違法的暴力行為在事後接受法院審判時，可以基於保衛國家的目的以及手段合乎「嚴格必要性」而阻卻違法。值得注意的是，單純主觀上的善意並不足以成立必要性抗辯，還必須通過手段上合乎比例原則的客觀檢驗。一旦抗辯成立，Dyzenhaus 認為其實就沒有「合法化違法性」的問題，因為該行為本來就基於必要性而為普通法秩序所允許⁸¹。

相對於戒嚴法並不涉及國會立法，另外兩種緊急法制則分別需要國會進行事前或事後的特別立法。首先是「懸置法」：Dicey 指出，在政局動盪時期，國會可以立法暫時懸置那些被控或懷疑涉嫌嚴重叛亂罪（high treason）者的人身保護令，使其無法即時請求法院提審或釋放。然而他同時也指出所謂的「懸置人身保護令法」其實並非一般性地懸置人身保護令，而是只有針對特定的犯罪。更重要的是，「懸置法」所懸置的並非人身自由的權利本身，而只是請求法院提審的權利；因此一旦懸置法的效期屆滿，被拘禁者仍然有權針對拘禁的合法性向法院提起訴訟。也正因如此，國會往往必須在懸置法的效力終止前通過另一項性質截然不同的法律——除罪法⁸²。

儘管除罪法看似某種「合法化違法性」的主權行為，但 Dicey 指出它仍然具有某些重要的限制。首先是國會是否會通過除罪法的不確定性；其次則是其涵蓋範圍的不確定性：「輕率的殘酷」（reckless cruelty）或是恣意的懲罰與處決很可能仍然必須接受法律的制裁。最後，除罪法仍是一部必須經由

⁸⁰ *Id.* at 398.

⁸¹ DYZENHAUS, *supra* note 70, at 198; David Dyzenhaus, *The Compulsion of Legality, in EMERGENCIES AND THE LIMITS OF LEGALITY* 33, 46 (Victor V. Ramraj ed., 2008).

⁸² DICEY, *supra* note 78, at 139-43.

國會制定的法律，因此截然不同於行政機關可以單方面決定懸置法律的戒嚴狀態（state of siege），也因此仍然保持了「法的優位」（the supremacy of law）⁸³。Dyzenhaus 因此認為即使國會先是通過了懸置法，之後又通過了除罪法，這仍然不同於憲政獨裁所創造出的法律黑洞。**真正的法律黑洞是直接將兩者結合，也就是事前就立法排除法治原則的適用。**相對於此，懸置法與除罪法並未變更既有法律的適用：前者只是暫時懸置受處分者的司法救濟，而後者只有免除行政官員的違法責任。Dyzenhaus 因此認為在 Dicey 的理論中，行政裁量的恣意性仍然相當程度受到法治拘束⁸⁴。

儘管如此，Dyzenhaus 也充分意識到在國會主權原則下，倘若國會真的制定了概括性的授權法或除罪法，則其確實可以「合法地懸置法治原則」，賦予行政機關實質上不受限制的裁量權。而相對於可依據成文憲法宣告法律違憲失效的憲政體制，普通法系的不成文憲法與法院對此似乎便無能為力。但他認為其實並非如此：即便普通法制度下的法院無權宣告國會立法無效，但卻仍然可以且應該在判決中明白論證系爭法律違反了普通法的法治原則，因此具有違憲的疑慮。在具體制度上，英國的人權法（Human Rights Act）所賦予法院針對違反人權的立法做出「不相容宣告」（declaration of incompatibility）的權力，正就體現出了這樣的要求。因此法院仍可扮演「法治風暴預報員」的角色，向全體公民發出政府與國會正試圖規避法治原則的警告，進而促使執政者加速修法，或迫使其提出更堅強的立法理由⁸⁵。相較之下，成文憲法國家一旦在憲法中納入了緊急權條款，其司法違憲審查未必就更加能夠在緊急狀態中維護法治與人權。

最後，Dyzenhaus 的「法治計畫」並不只停留在 Dicey 理論的重新詮釋，而更試圖進行制度創新，建立足以因應緊急狀態的新型「法治裝備」。他指出這將有賴於打破嚴格的權力分立理論，使得三權間能夠更加靈活地協力運

⁸³ *Id.* at 144-45.

⁸⁴ DYZENHAUS, *supra* note 70, at 202-03.

⁸⁵ *Id.* at 217, 231.

作⁸⁶。他舉英國於 1997 年為了回應歐洲人權法院的要求而創設的「特殊移民申訴委員會」(Special Immigration Appeals Commission, 下稱 SIAC) 為例。該機構由一位高階法官、一位移民法庭(Immigration Appeals Tribunal) 審判長或成員、和一位國安事務官員共同組成。SIAC 負責審理涉及國家安全的移民訴訟案件, 可以檢視所有的機密資料並審查所有的事實與法律問題, 並得自為裁決。而針對安全情報的保密需求和當事人訴訟權間的長久衝突, SIAC 創設了特別代理人制度, 由政府審核通過的特別訴訟代理人來代表當事人參與涉及機密資訊的秘密審理程序。SIAC 因此打破了既有的權力分立體制, 嘗試克服國安案件由於專業性與機密性而一向低度審查的司法實務, 朝向更實質的法治監督邁進, 同時也賦予非公民更加完整的人權保障⁸⁷。

總結而言, 透過 Dicey 的啟發, Dyzenhaus 認為普通法的憲政秩序有能力以合乎法治的方式回應緊急狀態的挑戰。亦即, 否證 Schmitt 「例外狀態無法治」的理論預設。而他認為無論是 Rossiter 或 Ackerman 的緊急憲政體制, 還是 Gross 的法外措施, 其實都陷入了 Schmitt 的陷阱, 賦予行政機關實質上不受法律拘束的緊急權力。另一方面, 形式性的法治概念或是「憲法實證主義」則危害更深, 因為這樣的理論讓實質上不受限制的行政權力仍然得以宣稱完全合乎法治。他因此主張我們必須採取實質性的法治概念, 一方面透過國會制定合乎實質法治原則的緊急法制, 另一方面提升法院或其他獨立機關進行實質審查的能力。而法院在緊急狀態中依舊必須肩負「法治守護者」的重任: 即便無權宣告法律無效, 也當勇於做出「不相容宣告」向全體社會發出警告。最終而言, 真正的「政治決斷」並非 Schmitt 所說的主權者在例外狀態中的敵/友區分, 而是全體人民在緊急狀態中堅守/棄守法治原則的決斷⁸⁸。

⁸⁶ *Id.* at 172, 230.

⁸⁷ *Id.* at 163.

⁸⁸ *Id.* at 34, 218, 233.

肆、三種模式的比較、批判與回應

在前兩章中，我們已經初步闡釋了一些最具代表性的緊急狀態理論：從二戰前 Schmitt 的獨裁與主權理論，到戰後 Rossiter 的憲政獨裁，再到九一一之後 Ackerman 的緊急憲法、Gross 的法外措施和 Dyzenhaus 的法治計畫。在理論分類上，我們也參照學者們所提出的區分，將其概分為法制一元論的法治模式（Dyzenhaus）、二元論的緊急憲政模式（Schmitt, Rossiter, Ackerman）、和避免法制化的法外模式（Schmitt, Gross）⁸⁹。儘管在理論的抽象層次上這樣的區分看似清晰，但在進一步探究其實質內容時，三者間對於緊急體制的具體構想卻有許多交集或互補之處。本章因此希望可以透過仔細比對其異同，進行三種模式間的交互詰問。但為求聚焦，以下將限縮於三種模式之新版本的比較，而不及於 Schmitt 與 Rossiter。這個可比較性的基礎在於，除了三者所回應的乃是相同的緊急狀態類型外（皆為恐怖攻擊），更重要的是三者同樣都是自由民主憲政的擁護者，因此其最終目標並無二致，都在尋求最能夠兼顧危機治理與人權保障的制度設計。也正因如此，其比較結果將得以作為下一章建構具有整合性之新模式的理論基礎。

一、初步比較

基於上一章所梳理的三種模式的核心內涵，以下將分為四個面向進行比較，分別是：緊急措施的合憲性、緊急法制的立法模式、三權的角色分工，以及緊急狀態與常態之間的可分性。

⁸⁹ Schmitt的委任／憲政獨裁理論屬於緊急憲政模式，而主權理論則為法外模式。

（一）緊急措施的合憲性

三種模式的首要區分就在於是否要求政府在緊急狀態中所採取的一切措施都必須合乎憲法的要求，也就是 Gross 所謂的「合憲性預設」⁹⁰。對此緊急憲政模式和法治模式都認為必須，而法外模式則主張未必。

進一步而言，緊急憲政模式和法治模式的主要差別在於：前者主張某種「二元憲法」，亦即緊急憲法與常態憲法的區分，並且在緊急憲法中可以允許某些常態憲法原則的暫時懸置，或是合憲性標準的調降。相對於此，法治模式則主張常態憲法的一以貫之。另一方面，法外模式同樣也主張維持適用單一的常態憲法。

最後則是關於是否存在某些絕對不可侵犯之憲法核心或人權底線的問題。對此 Ackerman 的緊急憲法仍然保留了某些憲政底線（如絕對禁止刑求），而法治模式亦維持某些基本的法治要求（如除罪法應排除「輕率殘酷」的行為）。只有 Gross 的法外模式並未預設特定的底線，而是交由人民做出最終的決定。

（二）緊急法制的立法模式

在立法模式的選擇上，首先是關於是否有必要「事前」制定緊急狀態相關法律的問題。這無疑是 Ackerman 緊急憲法的首要主張，他並認為應該針對不同的緊急狀態類型進行更具體的規範。Dyzenhaus 同樣也會支持事前的特別立法（如立法設置 SIAC），只是強調必須符合實質法治的要求。只有 Gross 的法外模式基本上反對任何特別立法；他唯一承認的只有除罪法，因為它可以作為人民事後追認的途徑之一，而作為一次性的個案立法亦不至於改變既有的常態法制。就此而言，Dyzenhaus 同樣也接受除罪法作為溯及既往的「事後」立法，而 Ackerman 則並未考慮這種可能性。至於「事中」的緊急立法，Dyzenhaus 應該會同意（基於肯認 Dicey 的「懸置法」），而 Ackerman 只有提到不得以普通多數的立法方式規避緊急憲法的相關規範。

⁹⁰ Gross, *supra* note 43, at 1022-23.

相對於此，事中的緊急立法正是 Gross 的強力批判所在，因其必將大幅放寬既有的法治標準。

（三）三權的角色分工

毫無爭議的是，緊急權力的「行使」屬於行政權的職責。儘管如此，對於行政部門應該如何行使緊急權力的具體設計，Ackerman、Gross 與 Dyzenhaus 卻都著墨不多，而比較是原則性的探討。Ackerman 試圖賦予行政部門為了阻止後續攻擊、安定民心所需要的彈性空間；Gross 則要求官員公開採取必要的法外行動，負起承擔違法風險的政治責任；最後，Dyzenhaus 嘗試從「行政理性」的角度重新建構行政裁量的合理空間⁹¹。相較之下，三位理論家無疑都更重視「監督」的面向，但卻各自賦予國會與法院不同的比重。首先，Ackerman 延續憲政獨裁的傳統而將重心放在國會的監督，但也賦予了法院在鉅觀和微觀層次上以程序審查為主的權力。Gross 則在主張法院應該照常審判的前提下，將重心放在國會或其他人民代表機關的事後追認。最後，Dyzenhaus 延續普通法的傳統而將重心放在法院的審查。他關於國會的討論除了 Dicey 的脈絡外，主要關注的仍然是國會立法的憲政界限⁹²。

（四）緊急狀態與常態的區分

首先，Gross 要求人們正視緊急狀態與常態間界線日益模糊的趨勢，進而重新反省傳統緊急狀態理論中的「可分性預設」。然而 Gross 也不得不承認他自己的理論同樣必須仰賴這個預設，才能將法外措施限定在極端的例外狀態中。法外措施模式的優點因此在於透過要求官員公開坦承其行動的違法性來嚇阻官員不敢貿然嘗試，唯有在極端必要的情況下方得為之⁹³。而這個部分或許是 Dyzenhaus 唯一正面肯定 Gross 之處，並進而指出：唯有在緊急

⁹¹ DYZENHAUS, *supra* note 70, at 121-29.

⁹² *Id.* at 89-120.

⁹³ Gross, *supra* note 43, at 1133.

狀態中依然堅守法治，才能夠避免行政國家藉由緊急狀態而更加常態性地迴避實質法治的要求⁹⁴。最後，Ackerman 的緊急憲法則明確建立在緊急狀態與常態的可分性上。而他也明白指出，沒有任何緊急憲政體制能夠承受過於頻繁的恐怖攻擊⁹⁵。

我們最後可以一張表來簡要呈現上述的比較結果：

【表一】三種緊急狀態理論模式之比較

	緊急憲政模式	法外模式	法治模式
合憲性預設	O	X	O
調降合憲性標準	O	X	X
憲法底線預設	O	X	O
事前立法	O	X	O
事中立法	-- ⁹⁶	X	O
事後立法	--	O ⁹⁷	O
政府角色	重	重	重
國會角色	重	重	中
法院角色	中	中 ⁹⁸	重
正常／緊急狀態的可分性 ⁹⁹	高	低	低

※ 資料來源：作者自製

⁹⁴ Dyzenhaus, *supra* note 81, at 55-56.

⁹⁵ ACKERMAN, *supra* note 48, at 57. 關於三種模式與可分性預設的關係探討亦可參考 Kuo, *supra* note 13, at 23-26.

⁹⁶ 未提及。

⁹⁷ 僅接受一次性的除罪法。

⁹⁸ 若將陪審團的事後追認機能也算入的話。

⁹⁹ 此處所比較的是三種模式所宣稱對於正常／緊急狀態可分性的依賴程度。

二、批判與回應

如前所述，面對恐怖攻擊的憲政挑戰，Ackerman、Gross 與 Dyzenhaus 其實具有共同目標：如何一方面賦予政府必要的緊急權力，一方面守護既有的民主法治。他們因此都主張自己的理論是實現這個目標的最佳模式，也都或明或暗地指出其他模式的缺陷，同時回應其的批評。以下我們就針對這三種模式所可能存在的問題與解方進行分析探討，以為後續的新模式建構打好根基。

（一）緊急憲政模式

在 Ackerman 於 2004 年 3 月發表〈緊急憲法〉後，《耶魯法學雜誌》緊接著在 6 月便刊登了兩篇重量級的評論文章——David Cole 的〈道德的優先性〉和 Laurence Tribe 與 Patrick Gudridge 合著的〈反緊急憲法〉——以及 Ackerman 的回應〈這不是一場戰爭〉¹⁰⁰。這兩篇論文站在可被歸類為「法治模式」的立場，對於 Ackerman 的緊急憲法進行了深入的檢視與批判，也促使他在回應文和後續著作中採取了更加嚴格明確的預防性拘留標準，但其基本立場則並未動搖。相較之下，Gross 與 Dyzenhaus 對於 Ackerman 的批判則較為簡略。以下將以批判最為犀利的 Cole 的文章為主軸，輔以其他論著進行討論。

Cole 在文中分析指出，Ackerman 的緊急憲法雖然強調緊急狀態的嚴格期限與國會監督，但實質上卻放棄了憲法對於個人權利的基本保障。以預防性拘留為例，他認為 Ackerman 實際上取消了「危險嫌疑的客觀證明」和「即時有效的司法審查」這兩項憲法人身自由保障的重要支柱，而這正導因於 Ackerman 所設定的正當性極為可疑的制度目標：主觀性的「安定民心」（reassurance）。從歷史經驗來看，以國家安全為由的大規模逮捕拘禁已被證明並無實效。而在監督機制的選擇上，國會基於多數民意的政治考量恐怕

¹⁰⁰ Cole, *supra* note 46; Tribe & Gudridge, *supra* note 46; Bruce Ackerman, *This Is Not a War*, 113 YALE L.J. 1871-1907 (2004).

將比法院更加無法保障人權。相較之下，法院長期而言其實有能力透過憲法的彈性解釋建構出人權與安全在緊急狀態中的適當平衡。此外，許多反恐措施（如資訊監控）必須常態性地實施，從而勢必超出緊急憲法的期限，而只能回歸常態憲法與一般司法程序加以處理¹⁰¹。Tribe 與 Gudridge 基本上也認為既有的憲政體制與司法審查擁有足夠的複雜度來因應恐怖攻擊的挑戰，而緊急憲法只是創造出迴避憲法審查的「法律黑洞」¹⁰²。Dyzenhaus 亦持相同觀點，並進一步批評 Ackerman 對於法院的態度自相矛盾：既質疑其過往判例過於順從行政機關，卻又委以守護緊急憲法的重任¹⁰³。Gross 則主要質疑「超級多數手扶梯」的制度設計能否實際上限制總統擴權，以及避免緊急措施的常態化¹⁰⁴。

針對以上批評，Ackerman 因此在後續的回應中明確地將他的預防性拘留標準設定為「合理懷疑」（reasonable suspicion）：雖低於一般刑事程序的「相當事由」（probable cause），但至少高於他原本曾經提出的「單純懷疑」（mere suspicion）。至於「合理懷疑」的具體操作，他則舉國安單位平時依據情資所建立的「觀察名單」為例：因此被逮捕者依然可向法院請求提審，而檢方也仍須提出一定程度的說明。他因此一方面反駁其「安定民心」的主觀目標可以無須客觀依據，一方面也不認為 Cole 所回顧的歷史案例足以排除此一手段的有效可能¹⁰⁵。就此而言，本文認為 Ackerman 的緊急憲法並非論者所詮釋的「法律黑洞」，而比較像是光明與黑暗之間的灰色地帶——而這正是「緊急憲法」的特質。正如 Cole 和 Tribe/Gudridge 也都承認在某些情況下降低預防性拘留標準的合憲可能性¹⁰⁶，那麼真正的爭議實在於針對恐

¹⁰¹ Cole, *supra* note 46. 以上為綜整摘要故不再一一標註頁數。

¹⁰² Tribe & Gudridge, *supra* note 46, at 1865-70.

¹⁰³ DYZENHAUS, *supra* note 70, at 41-42.

¹⁰⁴ Oren Gross, *Extra-legality and the Ethic of Political Responsibility, in EMERGENCIES AND THE LIMITS OF LEGALITY* 60, 86-90 (Victor V. Ramraj ed., 2008). 由於此一質疑主要涉及實效的評估，因此暫不予討論。

¹⁰⁵ Ackerman, *supra* note 44, at 1037, 1058; Ackerman, *supra* note 100, at 1880-83; ACKERMAN, *supra* note 48 at 46-47.

¹⁰⁶ Cole, *supra* note 46, at 1786; Tribe & Gudridge, *supra* note 46, at 1827.

怖攻擊的緊急狀態究竟應該採取何種標準的實質問題。對此我們在下一章將進行更深入的討論；至少在此緊急憲法並非完全放棄舉證要求的恣意拘捕應可得到初步的肯認。

至於監督機制的選擇，Ackerman 表示「超級多數手扶梯」的設計其實正意味著對於國會一般多數的不信任。另一方面，法院過去的表現的確呈現出某種週期性的循環：在緊急狀態期間對於行政機關高度尊重，只有等到危機過後才逐漸回復比較嚴格的實質審查。但緊急憲法所針對的則正是緊急狀態期間的有效監督，因此法院漫長的上訴制度可能緩不濟急¹⁰⁷。另一方面，這似乎也可以回應超出緊急狀態期間之常態反恐措施的問題：在緊急狀態終止後，當然就必須回歸常態憲法的一般程序及審查標準。至於 Dyzenhaus 所質疑的對於法院的矛盾態度，Ackerman 或許可以如此回應：法院也許不願或無能針對政府的緊急狀態宣告及措施進行實質審查，但卻絕對有能力和責任對其宣告及延長是否得到國會同意，或是否符合法定程序進程序審查。最後，針對法外模式「例外遁入常態」的批評，在 Ackerman 的最小固定期限和超級多數手扶梯的制度設計下，這個風險應該已經得到相當的控制。

因此，整體而言，本文認為「緊急憲法」的基本思維與架構可以回應相關批評而具有重要的參考價值。至於如何思考預防性拘留的合理標準，並賦予法院更積極的監督角色，則將留待新模式的建構中進一步加以補強。

（二）法外模式

儘管三種模式中的任何一個都必須面對來自另外二者的批判，但 Gross 的法外措施模式無疑乃是承受最猛烈砲轟者。不難理解，在自由憲政主義的大旗下，如何能夠縱容「法外模式」的復辟，倘若 Schmitt 的理論仍被視為納粹顛覆威瑪的「破城槌」¹⁰⁸。作為法外模式的最新代表，Gross 因此同時得到 Ackerman 與 Dyzenhaus 的點名批判，特別是與後者之間兩回合的交鋒

¹⁰⁷ Ackerman, *supra* note 100, at 1891, 1896-97.

¹⁰⁸ ACKERMAN, *supra* note 48, at 89.

¹⁰⁹。以下我們就以 Dyzenhaus 的深入批判為核心，仔細檢視其理論可能存在的問題及可能的克服之道。

Dyzenhaus 對於 Gross 的批判理論與實務兼具。首先就理論層面大致可以分為以下四點：（1）Gross 的法外措施模式與 Schmitt 的主權理論一樣都使得例外狀態成為一個無法空間，讓行政權在其中可以為所欲為。（2）但另一方面，Gross 又主張常態下的法治模式，此外他也主張 Dicey 的「除罪法」，這將使得他的理論最終仍然必須合乎法治的要求。（3）他的理論因此呈現出在法外主權與法治之間搖擺不定的狀態。而這個不確定性將隨著他所強調的緊急狀態的常態化而更加嚴重。（4）Gross 曾經指出他的理論並無意排除透過合憲手段來因應緊急狀態。亦即，法外措施模式只是試圖保留政府官員在極端情境下採取必要之法外行動的可能性¹¹⁰。但 Dyzenhaus 認為如此一來，他的理論所能夠適用的情境將非常有限，也就是將只剩下那些「無法合法化」（unlegalizable）的極端手段（例如刑求），因此根本無法構成一種緊急狀態的一般模式¹¹¹。

至於現實可行性方面，Dyzenhaus 指出在民主法治國家中，很難想像政府官員會公開承認將採取違法手段，而非盡其所能地包裝成為合法措施。進一步而言，當緊急狀態成為常態時，立法規範的要求勢不可免，而任何立法皆須通過合憲性的檢驗。最後，在緊急狀態的集體恐慌下，政府將可輕易操縱民意而獲取事後的合法性追認¹¹²。

面對如此全面的轟炸，本文認為 Gross 基本上成功擋下了大部分的火力，儘管並非沒有留下某些致命傷。首先，面對複製 Schmitt 「法外主權」

¹⁰⁹ 關於Dyzenhaus-Gross的論戰，新加坡國立大學的Victor V. Ramraj是重要推手。第一回合發生在2004年的研討會，收錄於2005年劍橋出版的GLOBAL ANTI-TERRORISM LAW AND POLICY，由Victor V. Ramraj、Michael Hor及Ken Roach共同主編。第二回合則是在Ramraj的鼓吹下，由他主編而以兩人的論辯為軸心的論文集EMERGENCIES AND THE LIMITS OF LEGALITY (Cambridge, 2008)。

¹¹⁰ Gross, *supra* note 43, at 1134.

¹¹¹ Dyzenhaus, *supra* note 46, at 78; DYZENHAUS, *supra* note 70, at 50-52; Dyzenhaus, *supra* note 81, at 44, 51-55.

¹¹² Dyzenhaus, *supra* note 46, at 72-73, 80.

的指控，Gross 做出了明確的區辨：一方面，行政官員並無法「懸置」法律：法律仍然照常適用，法外行動仍須接受司法追訴。另一方面，行政官員本身亦無法自我赦免，而只有人民的事後追認才能夠免除其違法責任。我們因此可以說，只有全體公民才是最終的「主權者」，而能否全身而退的高度不確定性將迫使官員不敢輕舉妄動。並且，由於追認的時間點是在緊急狀態結束後，因此在恢復平靜與資訊充分的情況下，法院、國會和公共輿論的審議將會更趨嚴格¹¹³。其次，關於援引 Dicey 的除罪法將導致法外行動「合法化」的問題，一方面 Gross 的追認機制並不僅限於除罪法；另一方面，Gross 所反對的嚴格而言並非「合法化」而是「法制化」，而除罪法作為一次性的個案立法並不會改變常態法律。最後，儘管一方面指出例外與常態日益混淆，一方面承認法外模式亦無法擺脫「可分性預設」，Gross 仍然頗具說服力地指出法外模式要比憲政模式更能夠降低對於可分性的依賴：一方面官員必須承擔更高的違法風險，因此更能避免其鋌而走險；另一方面，「法外」的定性也極大可能地避免緊急措施被合法化為常態治理的手段¹¹⁴。

然而，本文認為 Gross 比較難以回應的批評是：他的理論僅適用於極端例外的緊急情境，從而難以構成緊急狀態的一般模式。特別是當特定緊急狀態的頻率或期間拉長時，立法規範便既有可能、亦為法治國的應然要求。在此情況下，行政官員仍然宣稱必須採取法外措施的正當性將大幅降低。因此 Gross 原本採取的是一個比較折衷的主張：法外措施模式並未排除傳統的憲政模式，而只是針對真正的非常狀況，並且贊同 Dicey 的事前立法授權與事後立法免責的雙元緊急立法模式¹¹⁵。然而，本文認為這個立場上的讓步將導致他原本的理論優勢產生動搖，也就是「常態法治」與「例外法外」的明確二分，從而避免一元論的常態法律體系受到緊急措施的侵蝕。一旦容許制定緊急法制，則法外模式與緊急憲政模式之間的區分要如何維繫？何種行為應

¹¹³ Oren Gross, *Stability and Flexibility: A Dicey Business*, in GLOBAL ANTI-TERRORISM LAW AND POLICY 90, 102 (Victor V. Ramraj et al. eds., 2005); GROSS & NÍ AOLÁIN, *supra* note 40, at 170.

¹¹⁴ Gross, *supra* note 43, at 1130-33.

¹¹⁵ Gross, *supra* note 43, at 1134; Gross, *supra* note 113, at 92-93.

該立法允許，何者又該保持法外？又要如何避免緊急法制遁入常態法制？或許正是因為意識到這個難題，Gross 在 2006 年的合著專書和 2008 年的論文中便未再提及這個妥協。然而，在緊急狀態常態化所產生的法制化要求下，法外模式的存在空間勢必逐漸萎縮，儘管我們同樣必須承認完全事先立法規範的不可能性¹¹⁶。

儘管 Dyzenhaus 的批判已經十分全面，但本文認為 Gross 的理論盲點與困境尚不僅於此。首先是「官員若要採取法外行動必須公開承認並說明理由」此一核心要求的實踐難度：不僅如前所述，在依法行政的要求下政府官員更可能選擇採取寬鬆甚至扭曲的合法性解釋；另一方面，相關單位也可能以法律並無授權為由，採取消極不作為的保守態度。換言之，相對於事先立法授權所可能產生的「抑制不足」的問題，法外模式則可能產生「抑制過度」的問題，亦即使得政府官員迴避其應作為的政治責任¹¹⁷。**更大的難題是，政府官員即便勇於公開採取法外措施，在法治原則下，人民並無服從的法律義務。**進一步衍生的問題便是：當某些民眾不服而提起訴訟時，法院在依法審判的要求下，恐怕將只能夠判決行政機關敗訴。而這或許正是在 Gross 的論述中，法院似乎只有在緊急狀態結束後才開始審判的真正原因。**Gross 的法外措施模式因此包含了一個隱藏要件：懸置人身保護令。**令人費解的是，這並非什麼不能說的秘密——普通法和美國憲法都允許這樣的國會緊急立法，但 Gross 卻隻字未提。即便如此，在法治的要求下，完全排除法院的即時救濟似乎已經無法再被接受。因此本文認為法外措施模式無論在理論或實踐上都將面臨極大的挑戰。儘管 Gross 強調該模式最能夠保存法治的完整性，但一個在人民權利遭受最大威脅的時刻卻無法即時提供保障的法治，其「完整性」將只不過是被冰封凍結的標本罷了。

¹¹⁶ 相對於 Dyzenhaus 的深入批判，Ackerman 則只是簡短指出：法外模式可能帶來的擴散效應，將導致政府訴諸法外行動的可能性逾越反恐緊急狀態的短暫期間，而對憲政體制產生長遠的傷害。See ACKERMAN, *supra* note 48, at 89.

¹¹⁷ Gross 儘管意識到這樣的批評，卻並未真正加以回應。See Gross, *supra* note 104, at 74.

(三) 法治模式

相對於 Ackerman 和 Gross, Dyzenhaus 幾乎沒有受到來自前兩者的直接批判，儘管他們分別對於以法院為中心的普通法模式和「如常模式」提出質疑。甚至在 Gross 與 Dyzenhaus 的論戰中，前者可謂採取了只守不攻的謙讓態度。即便如此，這並不意味著 Dyzenhaus 的法治模式就當然勝出。我們仍然可以從另外兩種模式的角度提出質疑：一方面，**法治模式真的沒有在緊急狀態中調降常態的合憲性標準嗎？**另一方面，**法治模式真的可以完全排除採取法外措施的一切可能嗎？**

或許 Dyzenhaus 並未受到前兩者的正面批判的原因正在於，一方面，他的法治模式其實並非「如常模式」，而同樣要求國會積極制定緊急法制。他所主張的因此是一種能夠堅守法治的調適模式，亦即進行符合法治原則的制度創新。另一方面，他雖然主張逆轉 Schmitt 的假說，亦即法治「能夠」適用於例外狀態，但他也承認這只是一種規範性的理念：在某些緊急情況下，政府官員仍將依據其自身的判斷，採取違反法律或是法律所未授權的必要行動，而在事後接受法律與政治的審判。特別是當其所採取的乃是某些「無法合法化」的手段時，Dyzenhaus 並未完全排除政治赦免的可能性。就此而言，他的理論似乎又同樣保有某些法外行動的空間¹¹⁸。因此他的「法治模式」其實同時吸納了緊急憲法與法外措施的若干元素，一方面極具參考價值，一方面亦有待仔細檢視。

首先，從緊急憲政模式的角度進行觀察，問題將不再是法治模式是否同樣創設了某種緊急法制，而是其「調適」是否仍然「合乎法治」，並且是 Dyzenhaus 本身所主張的實質法治概念：**授予行政權力的法律必須符合公平、合理、平等對待等正當程序的要求，受到獨立的法院監督，並且納入國際人權的規範。**以下我們就以此檢驗他所闡釋的幾項緊急狀態的法治裝置。

首先，在沒有國會立法的情況下，普通法中的「戒嚴法」提供了第一道緊急法治的應變裝置。如前所述，Dyzenhaus 進一步將 Dicey 的戒嚴法發展

¹¹⁸ Dyzenhaus, *supra* note 46, at 83-84; Dyzenhaus, *supra* note 81, at 54-55.

成為事後可在法庭上主張的「必要性抗辯」。此一抗辯的成立要件除了善意之外（以回復國家和平目的），手段亦須具備嚴格必要性。但只要合乎此一要件（相當於嚴格的比例原則），Dyzenhaus 認為行政官員表面上的違法行為其實自始就是普通法所允許的合法行為，從而法院的判決不過只是事後的確認罷了¹¹⁹。本文認為這個類似於「緊急避難」的合法化機制固然十分重要且根本，但它其實也相當於開啟了一個「合法的例外空間」。重點在於一方面法律的明文規範可以被違反，另一方面官員的行為可以不需要法律的明文授權。而當 Dyzenhaus 在此將行政官員與一般人民等同視之，從而將「必要性」本身視為一種法律授權時，他似乎忽略了阻卻實質違法性和獲得法律明確授權乃是兩項不同的要求¹²⁰：作為私人可以做的行為並不等於公權力機關「有權」做的行為；後者在依法行政的要求下仍然需要國會立法授權，或至少像是「除罪法」般的事後追認。因此本文認為 Dyzenhaus 對於戒嚴法／必要性抗辯的詮釋似乎仍有違反法治原則的疑慮。

進一步來看，只要時間允許，Dyzenhaus 認為 Dicey 仍會主張國會立法的優先性，並且該法律的授權仍然必須符合「法治的精神」。然而在這裡他所援引的「懸置人身保護令法」真的能夠符合法治的要求嗎？即便該法只是暫時懸置被控叛亂的受拘捕者向法院請求提審的權利，而非終局地合法化違法的逮捕行為，但它仍然暫時排除了「受法院審查」的法治要件，將其延後到緊急狀態解除之後。然而人身保護令的本質正在於其「即時性」，也就是有別於一般司法救濟之針對人身自由的特殊保障。尤其是對於合法的抗爭或是正當的抵抗而言，排除法院的即時審查無異於授權政府可以獨斷鎮壓反抗運動。因此本文認為剝奪法院即時審查的懸置法已然逾越了法治的基本要求，而應該被視為違憲的法律。即便是 Ackerman 的緊急憲法亦未直接納入美國憲法懸置人身保護令的條文¹²¹，而仍然主張法院的即時審查。

¹¹⁹ DYZENHAUS, *supra* note 70, at 202-03; Dyzenhaus, *supra* note 81, at 46.

¹²⁰ Dyzenhaus, *supra* note 81, at 46.

¹²¹ “The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it.” (U.S. Constitution, art. I, § 9, cl. 2)

最後，即使 Dyzenhaus 強調 Dicey 的除罪法無意合法化所有的違法行為，其「事後法」的本質仍然抵觸了「不得溯及既往」的基本法治原則。而當 Dyzenhaus 強調法律必須具有「指引行為」的最低限度功能，並以此批評空白授權的法律連「以法治理」（rule by law）都稱不上時¹²²，事後制定的除罪法也絕無此功能。換言之，如果透過法律的內容來指引行為是法治的基本要素，那麼除罪法並不符合。然而指出這點並不意味著本文認為除罪法必然違憲；相反地，**本文認為面對緊急狀態的不可預見性，嚴格要求事前明確授權的法律保留原則必須容許例外，而事後通過的除罪法可以作為這個例外的條件之一。**對此 Dyzenhaus 後來亦主張為了法秩序的存續本身，不得溯及既往的法治原則可以被妥協，但「比例原則」仍應加以堅持而作為除罪法的界限¹²³。

另外值得一提的是「法治模式」中所存在的「雙重標準」問題：訴諸必要性抗辯必須符合「嚴格必要性」的「正確」判斷，但國會的除罪法則只求合乎比例原則的「合理」判斷，亦即容許官員一定程度的「誤判」。值得注意的是，Dyzenhaus 進一步主張這個對於官員在法律授權範圍內之合理判斷的尊重，其實是法院審查行政行為的一般原則，不分緊急狀態或常態。他因此得以主張常態法治標準的「一以貫之」，而將除罪法視為某種回溯性的事後立法授權¹²⁴。然而他卻並未進一步說明這兩種標準的區分理由，以及從前者到後者是否仍然存在過度調降的問題。儘管我們或許可以推測其背後所反映的正是前述刑事不法與行政不法的不同判準，但本文認為真正的關鍵並不在於刑法與行政法的區分，而在於緊急措施的合憲性標準究竟應該如何設定的問題，也就是「調降」的合理範圍。對此本文主張無論是必要性抗辯或是除罪法，凡是對於人民基本權利的重大侵害（如預防性拘留），在比例原則的審查上皆應具備嚴格必要性，並且在判斷上同樣要求客觀正確。但基於緊急事件的急迫性與未知性，在回應當下的證明程度則允許合理的調降。而

¹²² DYZENHAUS, *supra* note 70, at 202, 204.

¹²³ Dyzenhaus, *supra* note 81, at 47-48.

¹²⁴ *Id.* at 46-47.

倘若事後證明該措施並無預期效果、或有其他更佳選項、甚至損益失衡，在法院或國會的事後審查上仍然應該認定為違反比例原則而實質違法。但在官員的責任追究上，則應該基於行為時的合理期待，依據避難過當或是「免責法」（而非「除罪法」）進行責任的減免。換言之，本文並不認為在必要性抗辯與除罪法之間應該存在「雙重標準」；真正需要調降的只是客觀上的證明程度和主觀上可以合理期待的判斷能力與注意義務。

最後，法治模式尚須面對來自法外模式的質疑，亦即其是否真的能夠完全排除基於迫切之必要性而打破法律的緊急措施？首先，無論是必要性抗辯或除罪法其實都正是在處理這樣的「法外行動」，亦即作為某種「事後合法化」機制。因此 Gross 也同樣將除罪法納入其事後追認機制的一環。只是在法治模式的理解中，符合必要性抗辯或除罪法的「法外行動」事實上乃是合法行為，只是欠缺了事前立法的明確授權。因此對於法治模式而言，真正的挑戰僅在於所謂的「不可合法者」（the unlegalizable），亦即基於國際人權規範或是一個社會最基本的人道要求，無論是事前或事後都不能夠立法允許的行為（例如刑求）。然而他也承認我們仍須面對諸如「定時炸彈」的情境：倘若警方決定刑求逼供炸彈客以拯救無辜的民眾，法律該如何面對？在排除立法授權或追認的可能性之後，Dyzenhaus 先是訴諸法庭上的必要性抗辯，後則論及赦免的可能性¹²⁵。然而由於前者仍相當於得到普通法的肯認而合法，因此唯一的選項只剩下後者，也就是在違法有責的情況下，政治性地考量是否免除刑罰的執行。然而一旦法治模式仍然保有這種「法外」處遇的可能性，它其實就並未完全排除「法外模式」的存在價值——即便 Dyzenhaus 一方面強調他個人並不認為刑求可被赦免，另一方面強調 Gross 的法外措施只能個案判斷而無法構成一般性的理論模式。但本文認為即便只適用於「不可合法化」的極端情境，法外模式仍有其重要的參考價值。而 Dyzenhaus 自己也進一步主張赦免的法制化¹²⁶，亦即「模式」的建立。

¹²⁵ DYZENHAUS, *supra* note 70, at 213-14; Dyzenhaus, *supra* note 81, at 52-54.

¹²⁶ Dyzenhaus, *supra* note 81, at 54-55.

總結而言，本文認為 Dyzenhaus 的法治模式雖然仍有若干無法堅守實質法治原則之處，並且對於另外兩種模式的批判有時失之公允，但這並不妨礙其本身的開創性與說服力。因此在上述的批判性分析之後，本文認為法治模式可以嘗試進行某些修正以回應另外兩種模式的質疑，而這樣的調整正可作為接下來新模式建構的起點。

伍、三種模式的競合：新模式的建構

在綜合比較三種緊急狀態理論模式，並分別進行深入的批判分析之後，我們現在將嘗試進行某種整合。以下將透過某些基本原則的融貫論證，盡可能地結合三者的優點，嘗試鍛造出一個新的「競合模式」。這個新模式的**基本定位將是一個更加法治化的「緊急憲政模式」**，但在某些面向上亦納入**法外模式的實質考量**。必須先說明的是，儘管 Ackerman、Gross 和 Dyzenhaus 的上述理論皆是面對反恐緊急狀態而生，並且 Ackerman 更明確將其區別於傳統的戰爭與內戰，而 Gross 亦將之限定於武裝暴力威脅所產生的緊急狀態，但本文仍將嘗試汲取其精髓進行一般性的緊急狀態理論建構¹²⁷。這個理論嘗試是否成功，自然有賴於個別具體緊急狀態的檢驗，而本文以下也將以這次疫情的法制實踐作為思考的範例。以下便按照上一章所提出的分析架構，從緊急權力的合憲性預設、立法模式、三權的角色分工、緊急／正常狀態的可分性這四個面向，依序提出關於新模式的基本構想與論證。

一、理論預設：實質動態的合憲性判斷

首先，這個新模式將同樣採取緊急憲政模式與法治模式所共享的「**合憲性預設**」。本節將先論述其具體內涵，接著進一步考量（表面上）區辨這兩

¹²⁷ 事實上 Ackerman 與 Gross 皆不排除其理論具有適用到其他緊急狀態類型的可能性。相關討論請見前揭註 48 與 59。

種模式的合憲性標準的「調降」問題，最後則探討將二者（表面上）區別於法外模式的「底線」問題，亦即如何面對「不可合法者」的難題。

（一）合憲性預設的內涵

如前所述，在基本的理論預設上，亦即「政府的緊急措施是否必須合乎法治」的「合憲性預設」問題上，新模式採取**肯定**的立場。然而，這其實並不意味著新模式將完全排除「法外行動」的可能性，或者更精確地說，排除其「事後合法化」的可能性。如前所述，Dyzenhaus 的法治模式亦承認必要性抗辯與除罪法作為事後合法化的重要機制，因此在這裡「必要時可否採取法外行動」的問題可以被重新表述為：**合憲性預設是否必然禁止政府採取沒有法律明文授權或違反法律明文規定的行為？**對此本文則採取否定的觀點。理由在於本文認為 Schmitt 的理論預設依然成立：我們無法事先預見緊急狀態的全貌，從而也無法事先立法規範所有的應變措施。因此，面對這個雙重的不可預見性，嚴格的法律保留與授權明確性原則勢必要被打破，從而在此嚴格意義下的「依法行政」也必須容許例外。然而這並不意味著我們放棄了「實質」的合憲性要求，也就是比例原則的審查。換言之，本文首先同意法外模式的預設：當政府官員基於危機的急迫性而認為必須採取「法外」行動時，他們就應該這麼做。但他們同時也必須說明理由：包含現行法並未提供依據或是造成阻礙，而其行動乃是因應緊急危難不可或缺的必要手段，並且在公共福祉與個人權利的衡量下前者具有明顯的優位性——換言之，該行動乃是符合比例原則的「必要處置或措施」。但接下來與法外模式不同的是，這個行政官員的決定必須立刻接受國會的監督，而受影響的個人亦可即時向法院提起救濟。換言之，即使在緊急狀態「中」，也絕不容許任何像是國會休會或是懸置人身保護令般的法治空窗期。因此在新模式中，緊隨著政府之「法外措施」的乃是國會與法院的「事後合法化」機制，或者更精確地說，實質合憲性（比例原則）的即時審查與監督。在此國會溯及既往的立法授權（事後追認）無疑將扮演首要角色，但其仍須接受法院的合憲性審查。而只要能通過國會與法院的雙重事後實質審查，本文認為並不需要如法外模式般

將「法外措施」保留於法外，而是應該納入緊急立法之中，並在緊急狀態結束後進行更嚴格周全的修法審議與違憲審查。如同 Dyzenhaus 對 Gross 的批評，本文同樣認為法外模式「常態法治／緊急法外」的二分法已無法面對緊急狀態日益頻繁與持續的趨勢，因此我們亟需建構符合法治精神的緊急法制。而針對 Gross 所擔憂的緊急措施的合法化將會造成常態法制的侵蝕，本文則認為 Ackerman 的「緊急憲法」已經提供了充分的防火牆設計，而新模式亦將部分採納之（詳後述）。

進一步而言，關於合憲性預設的問題我們尚須考量緊急憲政模式所遭受的「法律黑洞」批判。亦即，一旦事前的立法授權過於寬鬆，甚至允許採取概括條款的立法方式，那麼確實絕大部分的緊急措施都將具備初步的合法性；唯一的例外恐將只剩下事前立法明文禁止的「不可合法者」。儘管如此，本文其實並不排除概括條款的合憲可能性。具體的立法技術容後再述，在此僅先指出，**我國憲法中的緊急命令其實正是典型的緊急權力概括條款**。關鍵因此仍然在於：即便憲法或法律授權行政機關可以在緊急狀態中採取一切其認為必要的措施，**這個事前的概括授權並不排除事後的審查監督，或者更精確地說，後者實為前者合憲的必要條件**。一如我國總統的緊急命令仍須得到國會的即時追認且亦受大法官的違憲審查，因此本文認為只要能夠強化國會與法院的實質監督，緊急狀態下的概括授權條款並非當然違憲的法律黑洞，而仍然可以作為緊急法制的補充條款。

簡言之，本文所主張的新模式雖然採取合憲性預設，但將其理解為一個在權力分立的架構下持續進行的動態實質判斷過程。面對緊急狀態的不可預見性，本文主張嚴格的法律保留與授權明確性可以讓步，但權力分立與比例原則仍須堅持。在這樣的前提下，無論是否有法律授權，行政機關都可以採取其認為必要的緊急措施，甚至可以違反法律的明文規定。另一方面，立法制定概括授權的緊急權條款亦非必然違憲。

（二）合憲性標準的調降？

經過先前的仔細分析，我們已經指出 Dyzenhaus 的法治模式其實並非沒有「調降」常態的法治標準，並且其調降亦非完全合乎他自己對於實質法治的要求。因此真正的問題就不在於緊急法制是否可以採取低於常態法制的合憲性標準，而在於這個「調降」是否仍在憲法可允許的範圍之內。**亦即，緊急法制適切的合憲性標準為何？**

我們在此仍舊可以反恐預防性拘留為例，並進一步與「防疫預防性拘留」進行對照。如前所述，Ackerman 主張在反恐緊急狀態中可將拘留標準從一般刑事程序的「相當事由」降低為「合理懷疑」，但在 45 天後就必須回復常態標準加以起訴或釋放。至於這個合理懷疑的判斷標準他則以國安單位平時建立的「觀察名單」為例。在此我們當然無法進一步探究這個觀察名單的建立標準（Ackerman 亦未提供），但可先行指出：**這個調降所涉及到的首先乃是「證明程度」的問題，而這正是緊急措施在時間有限又資訊不足的情況下所必然遭遇的難題。**也就是說，只要可以合理認定該措施具有必要性，則舉證責任的要求在緊急狀態初期勢必需要容許放寬¹²⁸。進一步而言，「觀察名單」顯然是一個更加寬鬆的「實質」標準，也就是許多原本不構成犯罪的行為都仍將可能構成拘留的理由¹²⁹。**但假如這個實質標準的放寬是可允許的，則其背後的原因或許在於其本質上根本不是一種刑事手段，而是一種行政措施。**亦即，針對疑似恐怖份子進行預防性拘留的目的根本不在於「對於實際參與恐怖攻擊的犯罪嫌疑人進行追訴與制裁」，而是「對於可能發起下一波恐怖攻擊的危險份子進行預防性監控」。**因此精確而言並非標準的調降，而是不同事物的不同標準。**更進一步來說，反恐預防性拘留的效果其實根本無法實證：人們永遠無法證明倘若沒有將 A 拘禁的話，他就將會進行恐怖攻擊（除非已經掌握到明確的攻擊計畫，因此已經構成預備犯）。但反過來

¹²⁸ Covid-19疫苗和藥物的緊急授權程序即為適例。

¹²⁹ 例如可能只是在網路上發表支持恐怖主義的言論。

說，我們也無法排除它可能真的阻止了某些恐怖攻擊的實現。反恐預防性拘留的高度爭議性因此正在於其拘留標準與效果的雙重不確定性。

相較於此，「防疫預防性拘留」（即隔離檢疫）之標準的明確性和可驗證性則提高許多。即便在疫情初期對於隔離標準的設定勢必欠缺足夠的實證資料，但至少對於隔離的效果可以進行較為客觀的檢驗，再以之進行修正。因此相較之下，防疫預防性拘留無疑具有較高的合憲可能性。同時我們也必須允許或要求證明程度隨著疫情的變化，包含病毒的變異、傳播的速度、症狀的嚴重程度、疫苗的覆蓋率、醫療量能等因素而動態地進行調整。另一方面，雖然同樣是對於人身自由的限制而受憲法第 8 條的保障，但犯罪追訴的刑事程序和疫情防治的行政程序仍有本質上的差別，而應容許在實質標準與監督救濟程序上的合理差別對待（詳後述）¹³⁰。

綜上所述，本文認為基於緊急狀態與常態、事後追訴與事前預防的重大差異，以緊急狀態中的「預防性拘留」為例，其合憲性標準在舉證責任、實質內涵與正當程序上都可以容許合理的差別對待。然而這並不意味著比例原則的實質審查與法院的即時救濟可以棄守，而只是對於審查時點與重心的適當調整。

（三）憲政底線的堅持？

即便容許合憲性標準的調降，所有的緊急狀態理論都仍然必須面對一個終極難題：調降是否有底線？底線何在？例如 Ackerman 與 Dyzenhaus 都主張刑求的絕對禁止，或者用後者的話來說，刑求乃是「不可合法者」。相對於此，Gross 則主張無須預設絕對不可侵犯的人權條款。關於這個難題本文目前的看法是，即便在緊急法制中明文規定「不得刑求」，現實中是否無論任何情境都絕不容許例外，恐怕仍然必須由事件當下的行動者進行價值衡量與決斷。由於本文基本上肯認政府官員必要時可以打破法律而訴諸事後的合法化機制，因此本文並不主張應該事先制定某些「絕對條款」，而是在沒有預設絕對條款的情況下——也就是承認「禁止刑求」的規定仍然可能存在例

¹³⁰ 此即司法院釋字第 690 號解釋的重要論點之一。

外——要求政府官員一進行完整的手段和價值衡量，而其決定也得以進入完整的事後合法（憲）性審查機制¹³¹。因此，更準確地說，**本文並非主張沒有底線，而是這條底線不應被事先鎖定。它可以、甚至應該被事先畫出，但最終仍有待實際經歷緊急狀態的行動者們，包括官員、議員、法官，乃至於每一個公民，在權力分立和主權在民的憲政架構下，獨立／共同做出決定。**

進一步而言，我們尚可參考 Dyzenhaus 所提出的兩種不可合法者的差異：違反基本道德底線的行為（如刑求），和違反基本法治要求的行為。相對於前者的不可合法性在於人性尊嚴的嚴重侵害，後者則主要在於違反了正當程序的最低要求——例如在無限期拘留中，基於保護國安機密的考量而剝奪被拘留者進行實質抗辯的權利（如限制其閱卷權）¹³²，或是如「懸置法」般完全剝奪被拘留者的提審權。**受到 Dyzenhaus 此一區分的啟發，本文認為相較於「人權底線」的事先鎖定，緊急憲法所應預設的毋寧是「法治底線」，亦即對於一個三權分立制衡之動態合憲性判斷機制的憲法保障。**或者說，相對於實質性的人權底線，新模式更加側重的毋寧是程序性的人權底線。而後者所能允許的「例外」將僅限於事實不能的情形（例如在交戰地區無法安全地進行審判），也因此勢必將僅具有暫時性。

¹³¹ 我們可以設想如果在緊急法制中明定禁止刑求，對於在定時炸彈即將引爆造成大量傷亡，而好不容易逮捕嫌犯之探員而言，將存在幾種選擇：（1）單純「守法」而排除刑求的可能性，設法採取其他成功機率較低的營救手段；（2）暗中刑求；（3）彈性解釋「刑求」的定義，主張其所採取的逼供手段不構成刑求（調適模式）；（4）公然違法刑求，說明理由並期望事後的政治性赦免（法外模式）；（5）衡量此一具體情境是否應構成「禁止刑求」之法規範的例外，主張若是為了更重要的法益保護可以採取必要的刑求手段，並訴諸後續的實質合法性（憲）性審查（競合模式）。相較之下，本文因此並非主張不應明文禁止刑求，而是這道「底線」不應被事先「鎖定」，亦即預先完全排除行動者在具體情境中思考是否存在例外的可能性。而一旦這個例外可以在道德上被正當化，似乎也就具有實質合法（憲）的可能性。

¹³² Dyzenhaus, *supra* note 81, at 44, 52-53.

二、緊急法制的建構：立法模式的選擇

在初步闡釋新模式的基本原則後，接下來的問題便是：應該透過何種方式形塑相應的緊急法制？相較於英美傳統以判例為中心的普通法模式，或是完全訴諸憲法規範的總統緊急權，當代的趨勢則是盡可能地透過國會立法加以規範¹³³。以下便分別從規範位階、類型化、與常態法制的關係、立法時點與概括條款等五個面向依序探討緊急法制的建構模式。

（一）規範位階：首先，我國憲法本身就包含了戒嚴與緊急命令兩種緊急狀態制度，前者並另有法律規範，後者則在修憲後取消了制定「緊急命令法」的要求¹³⁴。亦即，仿造威瑪憲法，我國擁有明文規定但內容十分簡要的「緊急憲法」。然而在當前 Covid-19 防疫治理模式的啟發下，本文所試圖構想的新模式並非憲法緊急命令，而是經由國會立法所建構的像是中央流行疫情指揮中心的運作模式。如同 Ackerman 對於制定「緊急憲法」的現實認知，本文亦認為在修憲困難的情況下，可由立法院制定「緊急狀態法」作為具有實質憲法意涵的緊急狀態基本法。而此一「緊急狀態法」並非憲法原本所要求制定的「緊急命令法」，而是在合乎憲法緊急命令條款所設定的合憲性標準之下，以行政院層級的「指揮中心」為核心的另一種緊急狀態體制。雖然其形式上的規範位階只是法律，但本文主張其實質上具有準憲法的基本法地位，並且不僅合乎憲法對於戒嚴與緊急命令的程序和實體要求，甚至具備更嚴格完整的權力分立制衡和權利保障機制（詳後述）。

（二）類型化：其次，亦如 Ackerman 的緊急憲法乃是特別針對恐怖攻擊的緊急狀態法，本文亦主張在制定「緊急狀態法」作為基本法後，應該繼續針對不同類型的緊急狀態制定專屬的緊急法制，例如傳染病、地震、風災水災、核能事故、金融危機等等。就此而言，現行的「災害防救法」其實就是一部因應天然或人為災害所引發之緊急狀態的基本法，而「傳染病防治法」

¹³³ Ferejohn & Pasquino, *supra* note 12, at 215-21. 該文並細緻地分析比較透過國會緊急立法相較於直接動用憲法緊急權條款的優越性，其論點與本文有許多相互呼應之處。

¹³⁴ 憲法第39、43條，憲法增修條文第2條第3項及戒嚴法參照。

(以下簡稱「傳防法」)則是針對其中「生物病原災害」類型之更具體的「防疫緊急狀態法」¹³⁵。進一步的問題因此將是如何在法制的建構上進行層次分明的體系化而避免疊床架屋。另一方面,如同理論建構上所時常遭遇的一般／特殊問題,本文所主張制定的「緊急狀態法」能否一體適用於不同類型的緊急狀態也將面對同樣的挑戰。就此而言,是否應該仿造加拿大的 *Emergencies Act*, 在基本法中就區分不同類型的緊急狀態進行分殊化的規範¹³⁶; 甚至不制定基本法, 而是依據本文所提出的立法原則在個別緊急法制中進行具體化, 本文目前皆保持開放。重點在於具體檢證本文所提出的新模式在多大程度上可以適用於不同類型的緊急狀態, 又或者需要針對特定類型進行何種修正與調整。而同樣的問題其實就已經出現在現行的災害防救法與傳防法的區分／整合上¹³⁷。

(三) 緊急法制與常態法制的整合：一旦肯認緊急法制類型化的需要, 特定的緊急法制就必然將與該事物領域的常態法制產生整合的問題。就此而言, 緊急權力的立法模式向有修法納入常態法律和單獨制定特別法兩種選項¹³⁸。以防疫為例, 現行的立法模式原則上係採取前者, 也就是在作為常態法的傳防法中納入了許多緊急應變措施的授權規範, 以及設置中央流行疫情指揮中心的組織規範。而在疫情期間制定的「特別條例」則只是補充性質的限時法, 在緊急狀態結束後就將失效。針對此一防疫緊急狀態類型, 本文目前認為可以維持現有的立法模式, **但基於明確區分常態與緊急狀態的要求(詳後述)**, 本文主張應該修訂目前傳防法的章節架構和條文編排方式, 明定「防

¹³⁵ 災害防救法第2條第1項第1款參照。

¹³⁶ 該法總共區分了公共福祉、公共秩序、國際和戰爭等四種類型的緊急狀態, 並分別規定了不同的期限和措施。Emergencies Act, R.S.C., 1985, c. 22 (4th Supp.). Justice Laws Website, Canada, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/e-4.5/page-1.html> (last visited Sep. 28, 2023)

¹³⁷ 感謝審查人指出關於本文所主張的理論模式和「基本法」的建構能否一體適用於不同類型之緊急狀態的重要問題。此外, 張文貞在其研究報告中已經提出制定一部整合性的「緊急應變法」, 並參參加拿大的立法進行類型化的建議(前揭註7, 頁131-134)。

¹³⁸ Gross, *supra* note 43, at 1065-66.

疫緊急狀態」專章，將發生嚴重疫情時的相關緊急權力和組織規範統整納入，並明定啟動與終止緊急狀態的程序，以將其適用明確區隔於常態性的疫情防治。也就是說，在立法模式上，本文主張在制定一般性的緊急狀態基本法之後，針對不同類型的緊急狀態可以納入該事物領域的常態法律中加以規範，但必須以專章的方式明確區別於常態性的治理手段。如此一方面將可因應風險社會中常態監控和預防的必然需求，另一方面仍力圖避免緊急措施的常態實施¹³⁹。

(四) 立法時點：以上所提皆為法制整備的「事前」立法。然而基於緊急狀態的不可預見性，「事中」的緊急立法勢不可免。就此本文基本上認同 Dyzenhaus 的主張：首先仍應盡可能地透過緊急立法程序在緊急狀態中制定特別法進行事前的規範授權；而在立法不及的情況下，則應依據除罪法的精神，儘速進行回溯性的事後立法追認。換言之，相對於透過總統緊急命令進行替代立法，新模式則主張國會本身的緊急立法。但另一方面，如同緊急命令，本文主張所有於緊急狀態期間所為之緊急立法皆應明定為「限時法」，一旦緊急狀態終止則立即失效。若要延長適用，或是納入成為常態法制的一部份（包含常態法中的緊急狀態專章），皆應重新透過一般立法程序為之，以免倉促立法的長期後患。「限時法」的要求因此將是另一道防止緊急法制侵蝕常態法制的重要機制。

(五) 概括條款：最後，如前所述，本文並未完全排除像是「特別條例」第 7 條這種概括條款的合憲可能性。對照憲法緊急命令的規範要件——包含目的的重要性（「避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上之重大變故」）、手段的必要性（「必要之處置」，即須合乎比例原則），以及即

¹³⁹ 針對風險社會與緊急狀態的關係，我們或許可以在概念上區分常態性的、已知的、損害相對較輕的「風險」，和非常態的、未知的、損害極為嚴重的「危機」或「災難」。前者例如每年都會發生的季節性流感，後者則如 SARS 或 Covid-19。前者可以透過施打疫苗預防減害，後者則只能在發生後進行緊急應變和危機處理。在這樣的區分下，前者屬於傳防法中的常態治理，後者才需要啟動「防疫緊急狀態」的相關機制。感謝審查人指出風險社會與緊急狀態的概念差異。另一方面，對於風險社會下例外狀態常態化的討論可參考梁志鳴，前揭註 3，頁 263-271。

時的監督機制（「總統……得經行政院會議之決議發布緊急命令……但須於發布命令後十日內提交立法院追認」）¹⁴⁰——本文主張只要能夠符合上述的憲法原則，並非只有「總統」才能夠適用概括條款的授權進行緊急必要之「處置」。首先，本文肯認在解釋上可以認為只有總統才能夠發布「緊急命令」，亦即法律位階的緊急替代立法。然而這並不排除立法院可以在一般性的緊急狀態法、類型化的緊急狀態專章、或是緊急狀態中的特別立法中制定「補充性」的概括授權條款，事前賦予指揮中心的指揮官在法律明定的緊急權力之外，採取其認為必要的「措施」或「處置」的權力。而該「措施」則可以包含行政命令與一般處分等具有一般對外拘束力的法規範。亦即，儘管在規範位階上其並非「法律」，然而在實際效果上則相當於透過立法賦予行政機關進行緊急替代立法的權力。而其合憲性的關鍵同樣在於事後的即時監督機制，亦即必須比照緊急命令，凡是指揮官透過此一概括條款所發布的緊急措施皆須於 10 日內得到立法院的追認，否則立即失效¹⁴¹。本文因此主張這樣的緊急概括授權條款可以符合我國憲法所設定的合憲性標準，甚至比緊急命令更加合乎憲政基本原則。首先，在形式上其將更加尊重權力分立下的國會立法權：該條款必須經由國會明文立法、僅具補充性質、其所授權發布的措施僅具行政命令位階、並且仍須獲得國會的即時追認。其次，在實質上透過該條款所發布的緊急措施同樣必須符合比例原則的要求，並可直接由一般法院在訴訟中進行實質審查（因其位階只是行政命令），而無待上訴至憲法法庭。因此，雖然概括條款勢必違反授權明確性的法治要求，但這或許是在不

¹⁴⁰ 憲法增修條文第2條第3項及司法院釋字第543號解釋參照。本號解釋的重點在於將緊急命令的性質界定為一種緊急與暫時性的替代立法，並以足夠詳盡而能直接執行為原則。若需再授權行政機關以命令補充，則須有明確授權並於立法院追認後始得為之，並應依行政命令之審查程序送立法院審查。大法官並進一步強調緊急命令雖然可以突破法律保留原則的限制，但仍須遵守比例原則，並於立法院制定相關法律後即應失效。

¹⁴¹ 對照司法院釋字第543號解釋關於行政機關依據緊急命令發布之補充規定應依行政命令審查程序送交立法院審查的要求，此處更強化其審查的即時性與實質性。

可預見性與急迫性的雙重限制下，仍然試圖透過立法因應緊急狀態的必要妥協¹⁴²。

另一個關鍵爭議在於，此一僅具行政命令甚至一般處分位階的緊急措施能否如同緊急命令一般，得以暫時「取代」（＝違反）相關的法律規定？對此本文認為在緊急狀態中，基於「迫切必要性」（necessity）而打破常態法律，採取立即有效的應變行動，實為緊急權力的本質。而這也是法諺「迫切／必要無法律」（necessitas non habet legem）的本旨。因此如果緊急命令可以依據特別法優於普通法的法理而暫時取代後者，那麼國會制定的緊急概括授權條款似乎也可以做同樣的解釋，從而其所授權發布並獲得追認的緊急措施同樣可以打破常態法律的限制。另外值得一提的是，相較於法外模式，概括條款除了同樣賦予行政機關必要的行動空間外，更課予行政官員法律上的作為義務，避免其以無法律依據為由逃避積極採取行動的政治責任。最後仍須再次強調的是，**概括條款唯一的存在理由只有「不及立法」**，因此凡是應以法律規範的人民重大權益事項，仍應盡可能地透過事前或事後的緊急立法為之。行政機關在不得已的情況下適用概括條款所發布的緊急措施，並不得免除國會應儘速修法補強的職責¹⁴³，更不應如這次疫情一般，成為立法怠惰的藉口。

三、權力分立的強化：創新與制衡

在基本理論的確立與立法模式的分析之後，更進一步的模式建構就涉及到更具體的制度設計，也就是常態憲政的權力分立架構應該如何在緊急狀態中進行調整，使其一方面能夠及時採取行動，一方面仍能盡量維持法治的要

¹⁴² 類似見解亦可參考陳仲嶙，前揭註9，頁34-35（在肯認適度放鬆法律保留／授權明確性之要求下，轉向司法實體審查、立法事後監督、行政透明性、修法具體授權等途徑進行補強）。

¹⁴³ 就此而言，可進一步參考義大利法律命令（decreto-legge）的轉化程序（義大利憲法第77條），針對基於重要性理論應由法律規定或明確授權的攸關人民重要權利義務的事項，若未於一定期限內（如1個月）由立法院制定為法律或立法明確授權，行政機關依據概括條款所發布的緊急措施就仍將失效（即便已在10日內得到立法院的追認）。

求與權力的制衡。而若行政權的擴張乃是因應緊急狀態不可避免的需求，那麼國會與法院的即時監督便必須同步提升。以下便依序論述新模式關於行政、立法與司法三權如何在緊急狀態中協調運作的具體構想。

（一）行政權：「指揮官制」的創生

首先，在任何緊急狀態模式中，行政權無疑都是緊急權力的行使者。這實出自於緊急狀態的本質，也就是及時採取必要之應變措施的需求。緊急權的本質因此是「措施權」，也就是可立即執行的具體命令、部署與行動，而非一般規範的立法權，或是個案正義的司法權¹⁴⁴。相應於此，在時間向度上緊急權力要求「當下」的及時行動，而非「事前」的立法規劃，或是「事後」的審判究責。因此固然某種無須立法授權亦不受司法監督的「君王／行政特權」理論已非主流，但緊急權力以行政命令、措施與處置為核心仍為不爭的事實。儘管如此，在 Ackerman、Gross 和 Dyzenhaus 的理論中，對於緊急狀態中之行政權的具體運作機制卻都著墨不多。相對於此，本文所主張的新模式則希望可以汲取古典「憲政獨裁」的某些重要元素，而將防疫期間的「指揮官制」重新打造成為更符合憲政精神的緊急權力典範。

首先，在常態／緊急狀態可分性的理論預設下（詳後述），於時間允許的範圍內，本文主張緊急權力的行使仍應以緊急狀態的宣告為前提。而這就使得針對緊急權力的行使設定額外的特殊授權機制成為可能。在 Schmitt 與 Rossiter 仍深受啟發的羅馬共和獨裁制度中，「獨裁官」並非常設官職，而是一個具有固定任期的臨時職位。獨裁官的任命必須先由元老院在羅馬遭逢重大危機時向執政官提出建議，再由執政官從未擔任官職的一般公民中進行選任（通常為已卸任而功勳卓著的前官員）。獨裁官的任期固定為六個月且不得延長，而一旦任務完成更須提前解職¹⁴⁵。如前所述，依據這個原型，Schmitt 的「委任獨裁」必須得到主權者的特殊任命並受其監督，而 Rossiter

¹⁴⁴ SCHMITT, *supra* note 5, at 213-18. 亦參見司法院釋字第543號解釋文：「緊急命令……其內容應力求周延，以不得再授權為補充規定即可逕予執行為原則」。

¹⁴⁵ ROSSITER, *supra* note 2, at 19-21.

的憲政獨裁亦要求宣告緊急狀態者和行使緊急權力者應由不同的機關擔任，終止亦然。然而他們也都承認在總統制下這個要求已難以實現¹⁴⁶。

同樣地，在我國參照威瑪憲法的緊急命令制度中，緊急狀態的宣告（亦即是否存在「緊急危難」的決定）與緊急權力的行使（「發布緊急命令為必要之處置」）亦皆集於總統一人之手，僅受國會的「事後」監督。相對於此，新模式所採取的「指揮官制」則不然。**首先，指揮官制使得在常設官職外，針對行使緊急權力者的特殊、臨時任命成為可能。**以現行的防疫體制為例，緊急權力的行使者是中央流行疫情指揮中心的指揮官，而其任命則是由中央主管機關（衛生福利部）「報請行政院同意成立中央流行疫情指揮中心，並指定人員擔任指揮官」¹⁴⁷。而在新模式中，基於指揮官的龐大權力與重要地位（在一級開設下相當於行政院的層級），**本文主張應改由行政院長提名、總統任命，並須經立法院同意。**另一方面，行政院長亦可隨時報請總統將其解任。這個新的制度設計將具有以下優點：（1）基於緊急狀態即時應變的需求（亦即緊急措施的立即可執行性），由具備該事物領域之專業能力的人擔任指揮官直接行使緊急權力，應較通才型的政治家（行政院長或總統）更為合適；（2）強化指揮官的任務性、事務性與中立性，減少決策時的政治考量；（3）相較於由總統直接掌握緊急權力，指揮官將受到行政院長與總統的行政內部監督；（4）由於總統不得「自我任命」為指揮官¹⁴⁸，而指揮官又被賦予龐大的權力足以威脅總統的政治地位，因此總統將具有相當的政治動機盡可能將指揮官的任期限定在最短的必要範圍內，從而避免緊急狀態的過度延長；（5）相對於總統，行政院層級的指揮官必須直接受到立法院的質詢監督；（6）透過總統任命與國會同意，指揮官仍將具有相當的民意基礎¹⁴⁹。

¹⁴⁶ SCHMITT, *supra* note 5, at 20, 175-76; ROSSITER, *supra* note 2, at 299.

¹⁴⁷ 傳防法第17條第1項。

¹⁴⁸ 本文目前尚不排除由適任的行政院長(如陳建仁)自我提名擔任指揮官的可能性。

¹⁴⁹ 因此相較於緊急命令的支持者所強調的總統的民主代表性，新模式中指揮官的民主正當性亦不至相去太遠，甚至透過國會的同意與監督更須持續接受最新多元民意的檢驗。而獨裁機關的民主代表性亦為Rossiter憲政獨裁的判準之一，ROSSITER,

此外，本文進一步主張中央指揮中心的成立和指揮官的任命須以緊急狀態的宣告為前提，以明確區隔於常態體制。因此緊急狀態的宣告和終止權便成為首要問題。相應於上述的任命權，本文主張緊急狀態的宣告亦應由總統為之，並且同樣必須得到立法院的同意。至於終止則有所不同，除總統外，立法院亦可主動議決終止緊急狀態。此處的考量在於，全國性的緊急狀態宣告對於人民的生活將產生全面性的重大影響，因此應由國家的領導者做出此一決斷並承擔最終責任。同時在權力分立的架構下，任何重大政治決定皆應獲得國會的同意。另一方面，為避免緊急狀態的過度延長，尚應賦予國會主動終止的權力，以免其開闔完全掌握在行政權手中¹⁵⁰。綜上所述，相較於憲法的緊急命令讓總統可以獨自宣告緊急狀態並行使緊急權力，新模式的指揮官制無疑內建了更加符合分權制衡之憲政精神的監督機制。

最後，儘管新模式強調權力分立的重要性，但不可諱言「集權」仍然是緊急權力的基本特徵¹⁵¹。為統整全國之力快速作出決策並有效執行，以總統或指揮官為核心的權力集中似乎無可避免。在本文所構思的指揮官制中，集權化大致可分為四個面向：（1）行政權內部的水平集中／整合：指揮中心將設置跨部會委員會，由指揮官擔任主席。行政院長與總統將退居幕後擔任協調者與監督者，僅在某些關鍵時刻之重大決策時出面凝聚共識、強化團結。（2）權力分立的集中／吸收：儘管新模式已盡可能地強化國會的緊急立法機能，但無可諱言行政權仍將透過概括條款或其他形式的寬鬆授權進行實質上的緊急替代立法。對此新模式則要求比照緊急命令的國會即時追認。另一方面，相對於戰爭緊急狀態（即戒嚴）下軍事法庭的設置，防疫緊急狀態中的司法權基本上仍可維持完整獨立¹⁵²。（3）權力的垂直集中（中央集權）：

supra note 2, at 304.

¹⁵⁰ *Id.* at 305-06.

¹⁵¹ *Id.* at 288-89.

¹⁵² 但值得注意的是，以防疫為目的的人身自由限制與個人資訊取得似乎已經逸脫了刑事程序中的法官保留與令狀主義，而可由行政機關單方決定。亦即，法院在此退回單純的救濟機能，且除提審外原則上為上訴審（訴願前置）。這些是否為防疫緊急狀態中的必要「調適」，抑或有補強之必要值得進一步進行探討。

全國性緊急狀態下由中央政府統籌資源分配和統一發布命令似乎理所當然。但由於執行單位多半仍是地方政府，因此如何確實回應地方的需求差異和執行困境仍有賴中央與地方間善意、即時與持續的溝通協調。**（4）軍政與民政的結合：**在戰爭緊急狀態中，儘管仍以總統為三軍統帥，但依據戰區情勢的差異，軍方或將取得不同程度的實質統治權。但在其他類型的緊急狀態中（如防疫或救災），軍方雖仍將扮演重要角色，但基本上仍須服從以民政為主的中央指揮中心的調度。

以上便是本文關於重新建構「指揮官制」的初步構想。本文認為，在這次疫情中具體實踐的指揮中心制度若能按照上述構想進一步改造與提升，或許能夠成為比緊急命令更加合乎憲政精神的緊急權體制，並且具有類推適用於其他緊急狀態類型的潛力¹⁵³。換言之，當前「指揮官制」的創生，或許正是一個重新復興被遺忘已久之古典「憲政獨裁」的契機。

（二）立法權：「緊急國會」的職責

接下來是緊急狀態中的國會職權建構。在此本文延續緊急憲政模式的傳統，將國會的即時監督視為制衡行政緊急權力的首要機制。而這大致可分為立法、同意和監督三個面向。前已有敘及，以下僅再做統整補充。

（1）立法權：首先，立法仍是國會責無旁貸的核心職權，即便面對緊急狀態亦然。參照前述「立法模式」的探討，在時間點上可分為緊急狀態前、中、後三個階段，以及一般法／限時法和事前法／事後法的區分。首先在緊急狀態發生前，國會即應居安思危，制定通則性的緊急狀態基本法和特定類型的緊急狀態法，盡可能參照過往與他國經驗，降低緊急立法的需求。其次，

¹⁵³ 論者或謂「指揮官」乃是在這次疫情中才開始運作的新制度，未必能夠適用於其他類型的緊急狀態。然而「指揮官」其實本是軍事用語，而在災害防救法中也已有相關規定：「中央災害防救業務主管機關首長應視災害之規模、性質、災情、影響層面及緊急應變措施等狀況，決定中央災害應變中心開設時機及其分級，應於成立後，立即報告中央災害防救會報召集人，並由召集人指定指揮官。」（第 13 條第 1 項）因此「指揮官制」應有適用於其他類型之緊急狀態的潛力，惟須就具體類型需要進行調整自不待言。感謝審查人的提問讓本文有機會進一步加以說明。

在緊急狀態中，針對既有緊急狀態法未能預見的情況，國會仍應盡可能地進行「事前」的緊急立法授權；若來不及，也應儘速進行「事後」的立法規範，並得溯及既往生效。而在事先存在概括條款的情況下，行政機關多半將會直接援引概括條款發布緊急措施；對此國會則應比照緊急命令於 10 日內進行追認。即便如此，緊急措施的追認仍不應取代儘速修法的職責，以後見之明進行更充分的審議與規範，並特別注意信賴保護、犧牲補償與罪刑法定的要求¹⁵⁴。而所有緊急狀態中所制定的法律，其效力應僅限於緊急狀態期間。最後，在緊急狀態結束後，國會則應依照一般立法程序對於緊急狀態中的立法進行盤點，去蕪存菁地修訂既有的緊急狀態法。每一次緊急狀態後詳實的法制盤點與修正，將決定下一次緊急狀態來臨時「法律超前部署」的成效。

(2) **同意權**：其次，在同意權的設計上，可分為緊急狀態宣告／延長／終止的同意權，與指揮官任命的同意權。如前所述，在新模式中緊急狀態的宣告與終止雖為總統職權，但仍須經國會同意。**這使得「緊急狀態的宣告」和「緊急權力的行使」不僅分屬於總統和指揮官（行政內部分權），更進一步讓緊急狀態的宣告本身尚須得到立法院同意，且後者亦有主動終止的權力（外部分權）。**進一步而言，新模式也要求緊急狀態的宣告必須明定期限，若要延長同樣必須得到國會的多數同意。在期限的設定上，針對緊急狀態的不同類型應採取可預期的最短期限，使得國會可以盡早審議是否應當終止。但在同意門檻的設定上，本文並不擬仿效 Ackerman 所提出的「超級多數手扶梯」，而仍傾向於採取普通多數決。理由在於：首先，筆者基本上反對任何超級多數的設計，因為這違反了多數決定的民主基本原則，造成現在的多數人必須服從少數人的結果。其次，在最短化期限、多元政黨鬥爭和緊急狀態的不可預期性之下，超級多數很可能讓緊急狀態因為少數的反對而無法合理地延長。**因此本文認為，在極短化期限設定、宣告及延長須經國會正面同意、國會得主動終止、緊急狀態期間不得解散國會¹⁵⁵、以及由反對黨主導的**

¹⁵⁴ 針對這次疫情的特別條例主要即在補充各種津貼、補助與補償的法源依據，並在回溯性生效的規定中特別排除罰則的部分（第19條第1項）。

¹⁵⁵ 憲法增修條文第2條第5項。

特別監督委員會（詳後述）等制度設計下，新模式已經賦予國會對於緊急狀態的開啟與終結充分的共同決定權¹⁵⁶。

其次，在指揮官的任命同意權上，雖然我國現行憲政體制並未賦予立法院對於行政院長與部會首長的任命同意權，但基於指揮官所擁有的緊急權力甚至大於常態憲政體制中的行政首長，因此本文認為在新模式中實有必要特別賦予國會對其任命的同意權，以確保此一現代「獨裁官」能夠得到代表多元民意的國會信任。此外，或許我們尚可進一步思考制定特殊的不信任投票制度，使得指揮官的適任性可以得到國會持續的檢視與認可。

（3）監督權：最後，在監督權方面，由於新模式的指揮官仍然屬於行政院層級，因此立法院原本就擁有的預算權、質詢權與調查權等都仍然一體適用。其中由於緊急狀態的「總力戰」往往需要增列龐大的特別預算，因此預算權的「確實」行使實為國會授權—監督的一大利器。此外，新模式亦採納 Ackerman 關於緊急狀態監督委員會的構想，主張在國會中設置由反對黨主導的特別委員會，更密切地監督指揮中心的運作。這個特別委員會將有權調閱一切機密資訊並進行閉門質詢，進而定期向大會報告並妥善選取應向社會大眾公開的資訊。

¹⁵⁶ 一位審查人指出，Ackerman 採取「超級多數手扶梯」之延長同意機制的理由在於，當緊急狀態可能涉及到國內的多元族群衝突，進而產生對少數族群的壓迫時，有助於該群體透過國會少數的力量加以制衡。亦即作為一種類似 consociational democracy 的制度設計。然而，本文仍然認為 Ackerman 的「超級多數手扶梯」基本上是針對反恐緊急狀態的特性而設，也就是基於恐怖攻擊的偶發性，只要相關措施能夠有效遏止第二波攻擊，就應該促使緊急狀態盡早結束。但在其他較為長期的緊急狀態類型中（如戰爭、金融危機或疫情），超級多數手扶梯反而可能讓緊急狀態因為國會少數的反對而不合理地提前終止，因此本文並不認為在緊急狀態的一般性制度設計上應該納入超級多數手扶梯。然而本文也不排除針對反恐緊急狀態，或是審查人所提示的與國內族群衝突高度相關的緊急狀態類型可以考慮採用，但更具體的設計仍有待思考。感謝審查人的提問擴展了本文的視角。相對於此，張文貞在其研究報告中則主張可以採納 Ackerman 的超級多數手扶梯，參見前揭註 7，頁 122-123、129。

透過上述關於「緊急國會」的初步構想，其於緊急狀態中進行立法監督的權力與責任將遠勝於現行憲法的緊急命令與當前的防疫體制，應可得到初步的肯認。

（三）司法權：「緊急憲法」的守護者

最後則是新模式中的法院角色。相對於緊急憲政模式和法治模式對於國會和法院各有所偏，本文所主張的競合模式則同等重視。質言之，在授予行政機關廣泛地、乃至於超越法律明定之緊急權力的同時，國會與法院的雙重即時監督實為新模式下「緊急憲法」的核心要素。**因此儘管 Ackerman 和 Dyzenhaus 在其各自的法律脈絡中都必须承認「懸置人身保護令」的合憲性，在我國憲政脈絡下的新模式則無此可能。**向法院即時請求提審的權利乃是「任何」拘禁措施最低限度的合憲性要求；或者更一般來說，「任何」限制人民基本權利的行政措施都必须提供即時有效的救濟管道——緊急措施亦無例外。

進一步而言，參照 Ackerman 的區分，法院的監督可以分為鉅觀層次與微觀層次：前者針對的是緊急憲法憲政架構的運作爭議，後者則是緊急措施權利侵害的個案爭議。在新模式的脈絡中，前者包含了緊急狀態的宣告／延長／終止、指揮官的任免、國會同意權與監督權的行使等等。此外，由於我國設有直接針對法規範的抽象違憲審查制度，特別是可由國會少數提起的「法律位階法規範」的違憲審查¹⁵⁷，本文認為亦可納入鉅觀法院審查的範疇之中。**依此國會的少數在野黨將可與憲法法庭共同監督同時掌握國會多數之執政黨的緊急立法，避免「緊急國會」成為指揮官的橡皮圖章。**簡言之，法院「鉅觀審查」的主要功能就在於成為國會第一線政治監督的堅強後盾，確保其能夠有效行使緊急憲法所賦予的職權。

至於法院的「微觀審查」功能、也就是個案層次的司法救濟，以下將以「防疫預防性拘留」為例，初步探討其可能的合憲性審查標準。

¹⁵⁷ 憲法訴訟法第49條。

首先，我國憲法第 8 條第 2 項前段規定了人民「因犯罪嫌疑」被逮捕拘禁時的法院即時審查，後段則是關於提審的規定¹⁵⁸。因此在解釋上便產生若是「非因犯罪嫌疑」而被逮捕拘禁時，是否同樣適用上述規定的疑問。參照針對 SARS 期間和平醫院封院爭議的司法院釋字第 690 號解釋，**本文亦初步認為基於防疫目的的強制隔離無須經由法院核准，但得請求法院提審**¹⁵⁹。關於前者的主要理由在於：相較於因犯罪嫌疑的逮捕拘禁，法院針對防疫隔離並沒有相關的專業能力判斷隔離的必要性；隔離要件通常較為明確客觀；以及大規模隔離時必然超越法院量能。另一方面，本文認為仍應保留提審的權利，主要理由在於：在隔離標準明確合理的情況下，提審的案件量應該仍在法院可承載的範圍內，以及如同 Ackerman 所言，**法院的審查重點將不在於隔離本身的必要性（涉及專業判斷），而在於隔離的條件是否符合人道對待（decency）**¹⁶⁰。此外，除了開始隔離時的提審外，當確診者的「隔離治療」成為「無限期拘留」時，仍應允許被隔離者定期向法院請求審查繼續隔離的必要性，特別是與被隔離者長期累積的身心社會壓力進行衡量。進一步而言，疫情初期的隔離標準應容許較低的證明程度，亦即在資訊不足的情況下放寬對於「科學證據」的要求。但隨著時間經過，則應依據最新的實證研究成果進行最小侵害的修正。整體而言，如同 Dyzenhaus 所提出的「合理性」審查標準，本文同樣主張只要行政機關能夠提出合理的判斷依據，法院原則上應予以尊重。然而這並不完全等同於形式審查：當法院認為被隔離者的主張有理由時，仍應允許針對隔離標準的決定在法庭上進行實質辯論，特別是透過公民團體與專家證人的方式。但原則上本文仍然必須承認，對於隔離標

¹⁵⁸ 憲法第 8 條第 2 項：「人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審。」

¹⁵⁹ 司法院釋字第 690 號解釋參照。惟該號解釋僅將受隔離者的及時法院救濟列為立法建議事項，而在理由書中則認為適用一般行政爭訟程序救濟即為已足，實保障過低。李震山與林子儀大法官之部分不同意見書則主張仍應維持法官保留（核准或提審），與本文見解相同。

¹⁶⁰ 例如隔離場所的感染風險、醫療照護與生活機能（包含對外聯繫）、特殊個案需求（如外出奔喪）等等。

準的實質審查並非法院的主要職能，而應優先透過國會的公聽會與質詢進行監督，甚至在指揮中心的專家委員會中納入人社相關領域的專家，以及病人和照顧者代表的多元意見。

簡而言之，緊急狀態並非「司法假期」。法院仍然應該積極擔當人權與法治的守護者。在鉅觀層面，大法官應該致力於確保「緊急憲法」在權力分立的運作上被確實遵行，特別是國會監督權的行使。在微觀層面，法院則應致力於保障權利受限制者的人道對待及犧牲補償。而無論是前者還是後者，對於各種緊急立法與措施之「必要性」的實質審查，亦即依據比例原則的合憲性審查，縱使困難，依舊是法院責無旁貸的義務。**就此而言，緊急狀態絕非「例外狀態」**¹⁶¹。

四、緊急狀態常態化的挑戰

最後讓我們回到整個緊急法制的的基本預設，也就是緊急狀態與常態之間的可分性。如前所述，這一方面是 Ackerman 緊急憲法的理論基礎，另一方面即便 Gross 有力地指出此一區分的日益模糊，他的法外模式同樣無法立足於常態性的緊急狀態中。相對於此，Dyzenhaus 的法治模式似乎最能夠因應緊急狀態的常態化，因為他強調緊急狀態仍須恪守法治。然而透過本文的仔細檢視，他的理論實際上仍然容許若干常態法治標準的調整。**因此在分析比較後，本文所提出的新模式仍然採取緊急憲政模式的可分性預設，同時肯認法治模式在緊急狀態中盡可能堅守法治的理論期望。**

由此出發，我們或許可以進一步釐清所謂的「可分性預設」的具體內涵。首先，我們應該區分「緊急狀態的常態化」與「緊急措施的常態化」：前者指的是緊急狀態本身的不斷延長；後者則是某些緊急措施在緊急狀態結束後並未隨之終止，而是轉化成為常態治理的手段。關於前者，臺灣長達 38 年的戒嚴就是最鮮明切身的例證。然而這卻是一個清楚的反例：假若我們可以

¹⁶¹ 類似觀點可參考梁志鳴，前揭註3，頁56-61。該文分別從形式合法性與實質合法性兩方面提出法院可以採取的審查方式，並指出「明顯違反專業共識」和「一般人也能明顯發現的錯誤」這兩種具體的審查標準，十分具有參考價值。

認為 1958 年的八二三砲戰在 10 月 26 日進入「單打雙不打」的模式後¹⁶²，兩岸間已不存在立即的戰爭威脅，那麼往後將近三十年的本島戒嚴就是緊急狀態的不當延長與緊急權力的濫用。此外，即便九一一的恐怖攻擊與其後的反恐行動一度被視為「沒有終點的戰爭」，但事後也證明無論是恐怖攻擊的規模或頻率皆相當有限。因此，除了某些持續處於武裝衝突的區域外（如以巴、烏東、敘利亞等），長期的「真實緊急狀態」其實並不多見。換言之，許多的「緊急狀態常態化」其實都屬於緊急狀態的不當延長，因此並不會真正挑戰緊急狀態與常態間的可分性預設。

相較於此，在民主相對鞏固的憲政國家中，真正令人擔憂的是「緊急措施的常態化」。可以想見，在本次疫情中所首度發明或大量採用的某些緊急措施——例如健保卡晶片的廣泛應用、手機定位和實聯制等監控措施、以及效力曖昧的防疫指引等——很可能在疫情結束之後，將以不同的變體轉用於其他目的的常態治理。然而對此本文模式目前所能夠做的，一如 Ackerman 的緊急憲法，**只有透過明確的期限設定區隔緊急狀態與常態，要求所有的緊急立法與措施必須隨著緊急狀態的結束而終止。若要進一步轉變成為常態性的管制手段，就必須通過新的常態立法程序，以及常態標準下的合憲性審查。**必須承認的是，不僅防疫，任何緊急狀態的有效因應都必須仰賴常態時的「超前部署」，亦即各種風險的監控、危險的預防、資訊的蒐集分析、資源的整備與應變的演練等等。換言之，某些預防監控措施的常態化實無可避免。而如何在安全的需求與人權的保障上進行平衡，原本就是民主政治與司法違憲審查的常態本職，而其答案最終將取決於全體人民的價值選擇。**長期而言，真正決定「合憲性標準」之設定的，或許並非任何一種緊急狀態模式的採行，而是人心在自由與安全間之所向。**儘管如此，不同緊急狀態模式下的制度實踐，勢必仍將深刻地影響身歷其中的一整個世代的憲政意識與核心價值的形塑¹⁶³。

¹⁶² 李福鐘（03/09/2011），〈八二三砲戰〉，《臺灣大百科全書》，<https://nrch.culture.tw/twpedia.aspx?id=3902>（最後瀏覽日：08/07/2023）。

¹⁶³ 關於緊急狀態常態化的問題，郭銘松雖然同樣提到例外狀態的常態化與將緊急權

最後，我們或許可以再用一張表來呈現新模式的特徵，以及與三種既有模式的比較。

【表二】新模式與既有三種理論模式的比較

	競合模式	緊急憲政模式	法外模式	法治模式
合憲性預設	O	O	X	O
合憲性標準的調降	O	O	X	X
人權底線的預先鎖定	X	O	X	O
事前立法	O	O	X	O
事中立法	O	--	X	O
事後立法	O	--	O	O
政府角色	重	重	重	重
國會角色	重	重	重	中
法院角色	重	中	中	重
緊急／正常狀態可分性的依賴程度	高	高	低	低

力寫入常態法律間的差異，但他仍將後者視為「事實上未宣告的緊急狀態」，從而認為傳統二分緊急權力／常態法治的「控制典範」(control paradigm)已不再適用，轉而訴求法院透過判決的「宣告」讓社會大眾可以「看清」後者實為緊急狀態，藉此催化公眾對於偽裝成常態管制之緊急權力行使者的判斷與究責。See Kuo, *supra* note 13, at 30-36. 相對於此，本文基本上仍然接受可分性預設以及緊急憲政模式的有效性。但在最終透過公共審議進行憲政價值的衡量與判斷的立場上，則與其最終寄望於社群集體的「憲政心態」(constitutional mindset)異曲同工。此外，從「公民憲政主義」和「對話憲政主義」的角度，對於台灣公民社會如何積極參與防疫治理並有效監督政府緊急權力的描述分析，可參考葉俊榮，前揭註3，頁1566-1573、1577-1582；Wen-Chen Chang & Chun-Yuan Lin, *Taiwan's Effective Pandemic Control with Dialogic Constitutionalism*, in ROUTLEDGE HANDBOOK OF LAW AND THE COVID-19 PANDEMIC 316-23 (Joelle Grogan & Alice Donald eds., 2022).

※ 資料來源：作者自製。

陸、結 論

在 2020 年初伴隨著新冠疫情的爆發而來的「緊急狀態」中，雖然蔡英文總統並未發布緊急命令，許多政府的應變措施無疑仍已偏離了法治的常軌。即使立法院緊急通過了補充既有傳染病防治法的「特別條例」，疫情中的法律規範與實務運作仍然存在許多爭議，特別是概括條款與行政指引的廣泛運用。本文雖然由於主題與篇幅的限制，無法直接針對相關問題進行深入討論，但已嘗試藉由當代緊急狀態理論的分析、比較與批判，整合建構出一種新的「競合模式」。此一研究成果將可作為回顧反思這場「世紀之役」的法律實踐的理論基礎，並作為後續法制修訂的參考。對此筆者也希望能夠繼續撰文探討。

在緊急狀態理論的回顧分析上，本文首先討論了二十世紀上半的主權與獨裁理論，而以 Carl Schmitt 和 Clinton Rossiter 作為代表。Schmitt 建構了（委任）獨裁與主權的概念區分：前者是由現行憲政體制所授權，並以其捍衛與回復為目的的緊急權力；後者則是超越憲政體制，因此能夠在面對危機的過程中重新塑造體制的緊急權力。故兩者雖然都能基於克服緊急危難的必要性而打破憲法，但前者仍須受到某些最低限度的憲法規範，並且只能暫時懸置；後者則無任何規範限制，但求國家的存續與常態秩序的建立。在 Schmitt 之後，Rossiter 則進一步提出了關於「憲政獨裁」的 11 項判準，也就是緊急狀態下之獨裁統治的合憲性判準：其中以「必要性」和「暫時性」為核心，輔以憲法授權、國會監督、民主代表性和法院事後審查等要件。整體而言，在 Schmitt 與 Rossiter 的理論中，我們已經可以看到「緊急憲政模式」（憲政獨裁）與「法外模式」（主權決斷）的基本架構，但「法治模式」所強調的緊急權力的法治化，以及相應的法院在緊急狀態中的監督機能則較未受重視。

進入二十一世紀後，九一一恐怖攻擊引發了新一波關於緊急狀態的憲政論辯。其中本文選取了 **Bruce Ackerman**、**Oren Gross** 與 **David Dyzenhaus** 分別作為緊急憲政模式、法外模式與法治模式的理論代表。首先，Ackerman 的「緊急憲法」可謂「憲政獨裁」的升級版：同樣以憲法授權與暫時性為根基，他極富創意地引入了「超級多數手扶梯」的同意延長機制，進一步強化效期的限制與國會的監督。而儘管主張法治標準的調降，他也提出了無辜補償與人道處遇作為法院監督的主要職責。其次，Gross 的「法外措施模式」同樣以具有原創性的方式改寫了 Schmitt 的主權理論：他一方面仍然肯認行政官員在極端狀態下採取法外行動的可能性，另一方面則並未「懸置法律」，而仍然維持法外行動的違法性。因此事後法院仍須依法審判，而官員的違法責任只有透過「人民」或其代表的事後追認才得以免除。其理論因此一方面賦予了政府必要的法外行動空間，另一方面也保存了常態法治的完整性。最後，Dyzenhaus 的「法治模式」則試圖根本挑戰 Schmitt 的理論預設，亦即緊急狀態乃是法律無法適用的「例外狀態」。他藉由重新詮釋 Dicey 的憲政理論，提出了一套符合實質法治要求的緊急立法與法院審查模式。在他稱之為「三權協力的法治計畫」中，透過打破嚴格權力分立的制度創新（例如英國的特殊移民申訴委員會），他試圖證明實質的法治概念仍然可以一體適用於緊急狀態下的權力運作。

在對於三者的理論進行深入的比較和批判反思後，本文進一步嘗試提出一種新的「競合模式」，作為融合既有模式之優點並加以提升的新版本。這個新模式的基本定位可說是「緊急憲政模式」的再升級，另一方面同時強化法治的要求與法院的監督，並將法外模式的「事後政治追認」改造為符合法治精神的「事後合法化」審查機制。在理論預設上，新模式一方面採取緊急行動必須合乎憲法的「合憲性預設」，一方面也仍然肯認緊急狀態與常態間的「可分性預設」。關於前者，新模式主張基於緊急狀態的不可預見性，嚴格的法律保留與授權明確性原則或可容許例外，但權力分立的監督制衡與比例原則的實質審查則必須同步提升。具體而言，新模式並不事先排除法外行動的可能性，或是概括條款的合憲性，而是要求當行政機關認為有必要訴諸

這些例外手段時，它必須充分說明理由，並接受國會與法院在一般規範與個案層次上依據比例原則的即時實質審查。換言之，新模式所主張的是一個在權力分立制衡下的動態合憲性判斷過程：隨著時間的經過，緊急狀態初期對於行政權在規範密度與證明程度上的放寬，必須透過後續立法與司法在資訊更加充分的情況下所進行的實質審查來決定是否予以追認、修正或廢止。並且，基於可分性預設，所有在緊急狀態中所為之緊急立法或措施，在緊急狀態終止後都必須立即失效。若要延續成為常態性的預防監控措施，則必須重新通過一般正常的立法程序與司法違憲審查。

進一步而言，在立法模式上本文同樣主張「常態立法」與「緊急立法」的區分。首先是在緊急狀態前事先制定具有「緊急憲法」性質的「緊急狀態基本法」，並針對不同類型的緊急狀態制定個別的法律規章。以「**防疫緊急狀態**」為例，基於疫情治理必須兼顧平時與「戰時」的整體規劃，或可容許將緊急防疫法制納入作為常態法的傳染病防治法中，但必須統一集中於「**防疫緊急狀態**」專章中，並明定適用要件以明確區隔於常態措施。其次，在緊急狀態中則允許事前或事後的緊急立法（如「特別條例」的制定），以彌補既有法制的不足，而事後的緊急立法即相當於針對法外行動的合法性追認。此外，新模式亦主張當行政機關訴諸概括條款發布緊急措施時，國會即應比照總統緊急命令進行即時的追認審議，而若未獲同意則立即失效。

在三權分立制衡的具體制度設計上，**首先，新模式不採取以總統為中心的緊急命令制度，而主張現行防疫的「指揮官制」具有發展成為更合乎憲政精神之緊急體制的潛力。**呼應 Schmitt 所提出的「委任獨裁」，以及 Rossiter 在其「憲政獨裁」中所強調的緊急狀態之宣告者與執行者的分離，本文主張若將指揮官的任命改由行政院長提名、總統任命、立法院同意，將更能夠強化行政權的內部制衡與國會的外部制衡。而行政院層級的指揮官也得以受到立法院更廣泛的監督。相應與此，全國性的緊急狀態同樣須由總統宣告、國會同意，後者並得主動議決終止。至於緊急權力的行使則由指揮官為之，並一方面以國會的緊急立法取代總統的緊急命令，一方面亦不排除概括條款的運用。此外，參照 Ackerman 的構想，新模式雖不採取超級多數遞升的國會

延長同意機制，但亦認為設定「合理最短期限之普通多數的國會延長同意權」實為監控緊急狀態延續的重要機制，並應設置由在野黨主導的特別監督委員會。最後，在法院方面同樣可分為鉅觀監督與微觀監督：前者主要指憲法法庭對於「緊急國會」之同意／監督權的確保，包括得由少數議員提起的緊急立法違憲審查；後者則是一般法院對於權利侵害案件的個案救濟。如 Dyzenhaus 所言，新模式同樣主張沒有法院不得審查的「法律黑洞」，唯其必須尊重行政機關的「合理判斷」，亦即，在緊急狀態下合理的論證負擔與證明程度。而 Ackerman 所強調的犧牲補償與人道對待亦應成為法院的審查重心。

最後，我們或許可以回到本文一開始所提出的「緊急狀態的三重挑戰」來檢視新模式的效力。首先，面對國家、政體或是人民本身的生存危機，新模式在容許初步的法外行動和概括條款的情況下，已經賦予行政機關充分的行動空間採取其認為「必要」的緊急行動。其次，面對「例外狀態的常態化」，或是緊急措施侵蝕常態法治的危險，新模式在嚴格規範緊急狀態的啟動條件、期限與延長機制，並明確區分緊急法制與常態法制的設定下，已盡可能地降低並管控此一風險。最後，面對緊急狀態的最終難題，也就是是否仍應預設某些絕對不可逾越的憲政底線，新模式則持較為保留的態度。這個 Dyzenhaus 稱之為「不可合法者」的、在極端情境下嚴重侵犯人權的殘酷手段（如刑求），無疑構成了任何法治—憲政模式的終極挑戰。

對此新模式的立場反而比較接近 Gross 的法外模式，亦即不預設任何絕對不得侵犯的基本人權。在本文所主張的「動態合憲性判斷」中，各種憲政價值間的衡量不應被事先鎖定，而必須保留給身處緊急狀態中的國家機關與人民親自決定。自由與安全之間或許永遠無法達到某種理想的「均衡點」，常態時的感知與思辨終究無法取代緊急狀態時的存在性決斷。但這並不意味著本文主張沒有任何憲政底線，國家與集體生命的存續必然優先。而是，「存在或不存在」、「人性尊嚴」、或是「不自由毋寧死」，正是最終極的憲政價值決斷。亦即，這道「底線」並非不存在，而是只能由三權與人民共同在緊急狀態中親自劃下，並承擔其現實後果與道德重量。正是在此，Dyzenhaus

的「不可合法者」揭露出了法治模式的極限，並與法外模式產生交會。面對諸如刑求炸彈客、擊落自殺式劫機、或是「和平」封院等極端措施，我們或許永遠不該將其合法化，但或許也同樣沒有資格審判與處罰那些「骯髒」、甚至血腥之手，一旦我們的「倖存」正來自其殘酷。法治的界限同時也就是憲政的極限，和原點。

這也構成了本文對於 Schmitt 的最終回應。獨裁與主權的區分，以及後者無法完全為前者所吸收的終極性，在此獲得了新的意義。在「憲政獨裁」、亦即三權分立制衡的動態合憲性判斷後，仍然無法解消的機關間的價值爭議，最終將並非由大法官，而是由作為「主權者」的人民做出最終的決斷¹⁶⁴。然而這並非是「懸置」憲法的決斷，亦非必然是「自我保存」的決斷，而是真正的憲政價值決斷。任何緊急狀態的憲政模式所能夠做的，只有事先畫出一條憲法的基準線；至於這條線在緊急狀態中將被遵行或逾越，終將取決於每一個國家機關與公民的價值判斷與行動。亦即，在緊急狀態的嚴酷試煉中，對於憲政價值的切身實踐與形塑。

¹⁶⁴ 其可能的形式包含Gross所提出的由國會事後通過「除罪法」，或是由總統進行赦免，或是陪審團的「拒絕」等（參見本文參、二），乃至於進一步搭配大選與公投等民主機制。重點在於透過這些途徑，整體公民社會對於此一重大憲政爭議的討論和決定可以產生制度上的效力。

參考文獻

一、中文部分

- Carl Schmitt (著), 李君韜、蘇慧婕 (譯) (2005), 《憲法的守護者》, 左岸。
- 李福鐘 (03/09/2011), 〈八二三炮戰〉, 《臺灣大百科全書》, 載於:
<https://nrch.culture.tw/twpedia.aspx?id=3902>。
- 林三欽 (2020), 〈我國防疫措施法制之合憲性爭議: 以限制高中以下師生出國禁令為例〉, 《月旦法學教室》, 212 期, 頁 44-51。
<http://dx.doi.org/10.3966/168473932020060212010>
- 林明昕 (2021), 〈再論嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 7 條之合憲性爭議〉, 《台灣法學雜誌》, 407 期, 頁 53-68。
- 林昕璇、左宜恩 (2022), 〈例外與常態的悖論: 美國與我國因應 COVID-19 緊急法制之比較研究〉, 《臺灣民主季刊》, 19 卷 2 期, 頁 79-134。
- 邱文聰 (2021), 〈在例外與常態間失落的法治原則: 論臺灣模式防疫的法制問題〉, 《法官協會雜誌》, 22 期, 頁 128-145。
- 姚孟昌 (2020), 〈政府因應新冠肺炎所採措施之法律爭議: 以限制人民出境自由為例〉, 《台灣法學雜誌》, 391 期, 頁 15-24。
- 許育典 (2021), 〈不同於憲法緊急狀態的法治國防疫措施: 以法治國的國家保護義務為核心〉, 《月旦法學雜誌》, 314 期, 頁 182-190。
<https://doi.org/10.3966/1025593131410>
- 陳仲麟 (2020), 〈從防疫出國禁令爭議再訪法律保留的疆界〉, 《法律與生命科學》, 9 卷 1 期, 頁 1-37。
- 陳淳文 (2022), 〈例外狀態、特殊性立法與憲法解釋〉, 蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會 (編), 《法學的想像 (第二卷): 部門憲法》, 蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集, 頁 471-504, 元照。

- 張旺山（2005），〈國家的靈魂：論史密特的主權概念〉，《政治與社會哲學評論》，12 期，頁 95-140。
<https://doi.org/10.6523/168451532005030012003>
- 張文貞（2007），《緊急狀態法制之探討》（委託研究報告），行政院研究發展考核委員會，載於：
https://ws.ndc.gov.tw/001/administrator/10/refile/5644/3137/0058843_1.pdf。
- 黃俊杰（2001），《法治國家之國家緊急權》，元照。
- 黃源浩（2020），〈嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例與授權明確：與法國法的比較〉，《月旦法學雜誌》，303 期，頁 27-44。
<https://doi.org/10.3966/102559312020080303002>
- （2021），〈公共衛生緊急狀態與行政法上的例外法制〉，《月旦醫事法報告》，54 期，頁 49-59。
<https://doi.org/10.3966/241553062021040054005>
- 梁志鳴（2022），〈論法院作為法治例外狀態的守門人：以 Covid-19 防疫措施下的司法審查為中心〉，《中原財經法學》，49 期，頁 235-306。
- 楊尚儒（2012），〈獨裁或專政？由漢譯名探討施米特的 Diktatur 概念〉，《政治科學論叢》，54 期，頁 1-36。[https://doi.org/10.6166/TJPS.54\(1-36\)](https://doi.org/10.6166/TJPS.54(1-36))
- 葉俊榮（2022），〈論公民憲政主義下的臺灣防疫模式〉，《臺大法學論叢》，51 卷 4 期，頁 1543-1596。
[https://doi.org/10.6199/NTULJ.202212_51\(4\).0004](https://doi.org/10.6199/NTULJ.202212_51(4).0004)
- 賈文宇（2020），〈防疫還要談憲政主義嗎？〉，《法律與生命科學》，9 卷 1 期，頁 39-65。
- 劉幸義（2020），〈由武漢肺炎條例：論緊急狀態立法〉，《台灣法學雜誌》，390 期，頁 51-60。
- 薛波（主編）（2003），《元照英美法辭典》，元照。

薛熙平、林淑芬（2010），〈導讀〉，收於：Giorgio Agamben（著），薛熙平（譯），《例外狀態》，頁 7-48，麥田。

薛熙平（2020），〈主權—例外狀態的弔詭：從阿岡本重返施密特〉，《政治與社會哲學評論》，72 期，頁 199-271。
[https://doi.org/10.6523/SOCIETAS.202006_\(72\).004](https://doi.org/10.6523/SOCIETAS.202006_(72).004)

二、英文部分

Ackerman, B. (2004). The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, 113(5), 1029-1092. <https://doi.org/10.2307/4135710>

----- (2004). This Is Not a War. *Yale Law Journal*, 113(8), 1871-1907. <https://doi.org/10.2307/4135784>

----- (2006). *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. Yale University Press.

Arato, A. (2002). The Bush Tribunals and the Specter of Dictatorship. *Constellations*, 9(4), 457-476. <https://doi.org/10.1111/1467-8675.00296>

Cole, D. (2004). The Priority of Morality: The Emergency Constitution's Blind Spot. *Yale Law Review*, 113(8), 1753-1800. <https://doi.org/10.2307/4135782>

Chang, W.-C., & Lin, C.-Y. (2022). Taiwan's Effective Pandemic Control with Dialogic Constitutionalism. In J. Grogan & A. Donald (Eds.), *Routledge Handbook of Law and the Covid-19 Pandemic* (pp. 311-323). Routledge.

Dicey, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of The Constitution* (8th ed.). LibertyClassics.

Dyzenhaus, D. (2005). The State of Emergency in Legal Theory. In V. V. Ramraj, M. Hor & K. Roach (Eds.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy* (pp. 65-89). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511493874.004>

----- (2006). *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511618246>

----- (2008). The Compulsion of Legality. In V. V. Ramraj (Ed.), *Emergencies and the Limits of Legality* (pp. 33-59). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511552021.003>

Ferejohn, J., & Pasquino, P. (2004). The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers, *International Journal of Constitutional Law*, 2(2), 210-239. <https://doi.org/10.1093/icon/2.2.210>

Gross, O. (2003). Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional? *Yale Law Journal*, 112(5), 1011-1134. <https://doi.org/10.2139/ssrn.370800>

----- (2005). Stability and Flexibility: A Dicey Business. In V. V. Ramraj, M. Hor & K. Roach (Eds.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy* (pp. 90-106). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511493874.005>

----- (2008). Extra-legality and the Ethic of Political Responsibility. In V. V. Ramraj (Ed.), *Emergencies and the Limits of Legality* (pp. 60-94). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511552021.004>

Gross, O., & Ní Aoláin, F. (2006) *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511493997>

Kuo, M.-S. (2020). From Institutional Sovereignty to Constitutional Mindset: Rethinking the Domestication of the State of Exception in the Age of Normalization. In R. Albert & Y. Roznai (Eds.), *Constitutionalism Under Extreme Conditions: Law, Emergency, Exception* (pp. 21-39). Springer.

Loevy, K. (2016). *Emergencies in Public Law: The legal Politics of Containment*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781316403556>

Ramraj, V. V., & Thiruvengadam, A. K. (Eds.) (2010). *Emergency Powers in Asia: Exploring the Limits of Legality*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511770630>

- Rossiter, C. (2002). *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. Transaction Publishers.
- Schmitt, C. (2005). *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. (S. George, Trans.). University of Chicago Press.
- (2014). *Dictatorship: From the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to the Proletarian Class Struggle*. (M. Hoelzl & G. Ward, Trans.). Polity Press.
- Sunstein, C. R. (2004). Minimalism at War. *The Supreme Court Review*, 2004, 47-109.
- Tribe, L. H., & Gudridge, P. O. (2004). The Anti-Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, 113(8), 1801-1870. <https://doi.org/10.2307/4135783>
- Tushnet, M. (2005). Emergencies and the Idea of Constitutionalism. In M. Tushnet (Ed.), *The Constitutional in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency* (pp. 39-54). Duke University Press. <https://doi.org/10.1515/9780822386902-003>

Between State of Exception and the Rule of Law: A Theoretical Exploration and the Development of a New Model

*Hsi-Ping Schive**

Abstract

Facing the outbreak of the Covid-19 pandemic in early 2020, our government took a distinct approach by abstaining from the direct utilization of presidential emergency decrees. Instead, it anchored its strategies for epidemic prevention and control within the framework of ordinary and special legislation, thereby sidestepping the formal proclamation of a state of emergency, a recourse employed by numerous other nations in recent years. While the constitutionality of these measures spurred vigorous debates among legal scholars, there exists a dearth of profound theoretical reflections. This article aims to fill this void.

Commencing with a concise retrospective analysis of theories of sovereignty and constitutional dictatorship around the World War II, notably elucidated by the contributions of Carl Schmitt and Clinton Rossiter, this article subsequently delves into three distinct theoretical paradigms concerning states of emergency within the context of the "war against terrorism" post-September 11. These paradigms encompass the emergency constitution model (as formulated by Bruce Ackerman), the extra-legal measures model (represented by Oren Gross), and the legality model (embodied by David Dyzenhaus). Through a meticulous examination of these models, this article endeavors to construct an innovative framework by synthesizing and comparing their core tenets.

The novel framework is underpinned by four fundamental principles: dynamic and substantive constitutional assessment, expeditious legislative action,

* Post-Doctoral Research Fellow, School of Law, Soochow University.
E-mail: schive0201@gmail.com

the delicate interplay of separations of power, and a clear demarcation between normalcy and emergency. Drawing from these principles, this article addresses pivotal questions pertinent to states of emergency: Is the constitutionality of emergency measures an absolute requirement? Can a more lenient standard of constitutional scrutiny be warranted during emergencies? If so, where should the boundary be drawn? Is an open-ended legislative mandate permissible? Does a presidential emergency decree stand as the exclusive constitutional response to a state of emergency within our legal system? How can parliamentary and judicial oversight be bolstered during emergencies? And how should the challenge posed by the potential normalization of the state of exception be confronted?

By offering comprehensive responses to these inquiries, the novel framework has the potential to provide valuable insights into prevailing epidemic control strategies and to lay the groundwork for reforming existing institutional arrangements.

Keywords: Covid-19, epidemic prevention and control, anti-terrorism, state of emergency, state of exception, emergency power, emergency constitution, constitutional dictatorship, sovereignty, rule of law

