

论紧急状态中的权利扩展

谢 晖

(广州大学 人权研究院, 广东 广州 510006)

[摘 要]学界非常关注紧急状态中公民权利克减现象的研究,但对同样存在于紧急状态中的与之相反的现象——公民和其他社会主体权利扩展的问题及其价值未曾关注。紧急状态中的权利扩展,是公权主体无以包办应急活动的前提下,社会主体能动地参与应急活动的必然要求。如果在纯粹抽象意义上把紧急状态三分为公权主体的外力救济、私权主体的自力救济和公权、私权主体的混合救济的话,那么,后两种救济,都需要权利扩展。紧急状态中权利扩展的基本场域是公权失灵(无政府)、不当(不利益)或无力(没条件);权利扩展的基本内容是紧急自救权、紧急避难权、紧急救助权和紧急抗辩权;权利扩展的基本方式则是依法扩展、推定扩展和责任扩展。三者分别来自于法律授权、法律默许和道义迫使。

[关键词]紧急状态;权利扩展;紧急救助;扩展场域;扩展内容;扩展方式

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2022.05.008

紧急限权(利)或者“权利克减”,是紧急状态中人们思考公民或其他社会主体权利变动的一个基本思路,也是应对紧急状态中政府扩权的理由之一。因之,它也是国内外学术界在相关领域探究较多的话题之一。^[1]然而,不得不检讨的是,由于一方面,紧急状态类型是多样的,并不是在所有类型的紧急状态中,都适宜于对社会主体的权利克减。在有些类型的紧急状态中,权利克减的结果,不但不能确保公民和其他社会主体受保障的权利,反而还会极大地损害这些权利;另一方面,权利克减要以权力应急到位,甚至为此合理扩展为前提,并在此基础上维护公民和其他社会主体必须受到保障的权利,否则,权利克

减的结果,就是在紧急状态中公民和其他主体的束手待毙;再一方面,如前所述,权利克减的目的不是权力对社会的控制,而是权力对社会主体及其权利的服务。如果权利克减不但无以导向这一目的,反而有损这一目的,则通过权利扩展以保障紧急状态中的权利,不失为一种可行之策。那么,何谓紧急状态中的权利扩展?一言以蔽之,它是指在紧急状态中,当公权力应急无力、不当或未及时应对时,社会主体为了进行自救、他救或相互救助而自主扩展的应然权利、事实权利和习惯权利。藉此,本文将从紧急状态之类型出发,分别探究紧急状态中权利扩展的场域、内容和方式。

作者简介:谢晖,广州大学人权研究院教授、博士生导师。

一、紧急状态之类型与权利之克减和扩展

紧急状态,是日常状态之例外。一旦紧急状态发生,即意味着日常状态下的有些法律失去其效用,需要异于日常状态的紧急状态法来取代。因之,社会主体的权利,自然亦不同于日常状态下的权利。对社会主体而言,为了更好地保障其在紧急状态中最迫切的权利,根据紧急状态法或应急事实的要求,或予以权利克减,或予以权利扩展。顾名思义,前者是对社会主体的法定或推定权利予以限制;后者是在法定权利或应急事实基础上,推定其为应急所采取的法外措施,是正当权利。权利克减或扩展的基本事实根据,是应急的不同类型。

紧急状态的分类,或可采行不同的标准。本文拟以紧急状态中主体的权利救济(应急)模式,将其三分为外力救济的紧急状态、自力救济的紧急状态和混合救济的紧急状态。当然,这三种类型的划分,只是一种纯粹的逻辑抽象,实践中殊难存在。

(一)外力救济的紧急状态及权利克减

所谓外力救济的紧急状态,是指当一种紧急状态发生后,其救济实施者,只能是经过专业训练、拥有专门资源、秉有法律授权,且有能力和组织在紧急状态中的权利受损者接受其管理,听从其指挥,并予以救助的主体(尤其是国家机关)。如此次肆虐全球的新冠肺炎紧急状态,显然,仅靠任何个人自助的救济无济于事——即使一个人在一段时间内完全把自己封闭起来,以为“救济”,但最终结果仍是“躲得了初一,躲不过十五”。因此,这一类的紧急状态,显然需要具有专业知识,拥有相关独特资源,能运用特殊的救济方式,且有组织能力和水平的主体出面应急,以救助更广泛、更迫切的主体权利。尽管在这其中,被救助的其他主体并非完全被动的,但其有限的主动,也主要是配合相关管理主体的管理要求,而不是自己直接主动出击,以克服紧急状态所带来的风险和危险。

相应地,面对这种紧急状态,不具专业知识、没有应对资源、无力独自应对,也缺乏组织管理能力的个人或组织,只能眼看病毒肆虐,却对之束手无策、无可奈何。甚至对绝大多数人而言,在疫情之初,并不具备必须佩戴口罩、保持社交距离、进行必要隔离、大规模核酸检测、强化疫苗注射等防疫或抗疫知识。这些只有在相关专家和技术人员根据科学知识提出建议后,由拥有决策权的行政主体来组织落实和行动。显然,在这种情形下,对紧急状态危机的基本救济力量,不是来自一个个具体的、活生生的自我,而是来自“外部”力量,来自他人根据法定的或授权的公权力出面所展开的帮助和救济。这里的他人,既可能是掌握相关专业知识的、接受了法律或公权主体授权的,从而行使一定公权力的个人或社会组织,^[2]也可能是不仅拥有专业信息,而且拥有公共管理职能和组织能力的组织,特别是国家公权组织。当然,这并不意味着在公民和其他社会主体能够组织自救的紧急状态中,就不存在社会或国家组织出面的救济。但这在逻辑上已然紧急状态的另一种救济样式——混合救济了,对此,笔者将在后文专门论述。

外力救济特别是政府出面应急的紧急状态,在本质上是扩张政府权力(政府权力的扩张,必须是依法扩张,因为权力不能推定)^[3]、克减其他社会主体权利的过程,若不如此,就难以发挥公共组织或权力主体的整合功能。在某些国家,种种克减公民权利的命令,如“口罩令”“居家令”“社交距离令”“租客保障令”“封城令”“紧急状态令”等层出不穷,不一而足,但其控制效果还是不尽如人意,其原因之一,或许在于面对这种紧急状态,权力仍不够强大。但在另一些国家,平时权力主体就主导着社会运作,弥散于社会运作的各个层面、方面和细节中,从而具有极大的组织力和动员力。一旦紧急状态出现,需要权力更有作为时,权力扩张便顺理成章,公民和其他社会主体也容易接受此种权力扩张,从而紧急状态似乎也得到有效控制。但必须明确

的是,无论在什么国家,政府的外力救济及其权力扩张和权利克减,从应然性上,都需遵循一个国家紧急状态法的一般规定,因之,它是法治范围内的权力扩张和权利克减,而非相反。

(二)自力救济的紧急状态及权利扩展

认真说来,任何一种紧急状态,都需要外力救济,因为毕竟紧急状态本身就是对个体、群体,甚至全人类所秉有的天赋力量的超越。所以,面对紧急状态,而抛弃外力——无论这外力是被法律授权,行使一定公权的他人、社会组织还是专门的公权组织——政府的救济,既不现实,更不必要。但是,在外力救济无力、不当或不及时,每个主体或主体之间,自己或通过协商救济危机,克服或减轻紧急状态已经或可能带来的巨大风险,就是作为主体或消极规避风险,或积极抗击风险,最终减损止损的本能选择和应有姿态。在法理学上,一个人作为假设的个案经常被人们提及,论者论及之也能常论常新,这就是被誉为“史上最伟大的法律虚构案”的“洞穴奇案”^[4]。尽管这个案件所言的内容和背景,说不上是一般意义上的紧急状态,但对困于洞穴之中,没有外援,没有食物和水,几乎到了坐以待毙的探险者而言,他们的处境,形同紧急状态,乃至甚于紧急状态。这提示我们,当人们困于紧急状态,而无法获得外力救济时,主体的自力救济,不但在事实上是唯一选择,而且在价值上具有正当性。

自力救济的条件和场域是什么?这在本文第二部分笔者将会作较为系统的探讨。这里只想简略地论及,紧急状态中,一方面,在外力救济不能时,自力救济就是必要和必须的,即便如传染病这种往往只能通过外力救济才更加靠谱的紧急状态,当没有可资救济的“外力”时,人们总得去想方设法,寻求自力救济,总得寻求通过自我的努力而解决所面临的困境,哪怕这一过程一定会面临诸多挫折,甚至面临无数生命的罹难和无常;另一方面,在外力救济不当或不及时,自力救济在生命健康和财产保全上更为必要和重要。^[5]

不难发现,在紧急状态中,当公民等社会主

体实施自力救济时,无论是组织、有谋划的自力救济,还是临时起意、随机应变的自力救济,都意味着对其行为的权利化肯定。尽管在法律中,这些行为或许并不是权利的范畴,甚至还是义务的范畴,例如停车收费,一杆一车,在平时理当然是车主等被管理方的义务,但在遇到洪水正往车库下涌,可能严重危害车库里排队等待过杆的车主们的人身财产安全时,车主冲撞栏杆,让出通道,避免更大危险和实际危害,就理应被推定为其权利。或以为,此种情形,已经通过法定的紧急避险原则予以解决。但众所周知,紧急避险在我国法律上,目前还主要是一个刑法上的概念,表明在现实的危急情形下,人们以牺牲他人较小的利益而保障集体、公众、他人或自己更大的利益,这种行为可以免受刑事追究,从而使公民或其他社会主体获得了一定的“紧急避险权”。在民事法律上,虽然我国《民法典》第245条也规定了“紧急避险”的内容,但其所规定的事实上是公权主体的“权力扩张”,^[6]而不是私权主体的“权利扩展”。可见,在类似“紧急状态法”之类的应急法中,明确规定在公权救济无力、不当、不及时,私权主体展开的自力救济,哪怕其行为违反日常或紧急状态法律,违反公权主体制定的紧急状态举措,但只要被救助的法益大于所占用或损耗的法益,就应当将其扩展为权利。

(三)混合救济的紧急状态及权力权利平衡

顾名思义,混合救济的紧急状态,乃是外力救济和自力救济结合以应急的紧急状态。如前所述,外力救济的紧急状态和自力救济的紧急状态之分类,仅是本文为了分析权利扩展这一话题的方便而故意所作的“类型拟制”。在紧急状态的现实世界,这种分类恐怕并不存在——尽管可以肯定地说,在紧急状态发生之初,由于政府预知、预见能力所限,对可能发生的危害或没有准备,或准备不充分,因此,仓促之间应对不及、手忙脚乱、左支右绌,反倒使社会陷于某种有政府的失序状态。而在战争等紧急状态中,政府往往自顾不暇,更遑论对公民和其他社会主体的保护

和救济了。在这种无政府状态下,既然公权主体的救济无望,就只能留待公民等社会主体自救了。对此,人们不难发现在当今国际或国内战乱中不断发生的难民事件以及难民自救的相关报道。又尽管可以肯定地说,有些紧急状态,特别是那些普通民众根本不知道如何救济,从而需要专业知识出面救济的紧急状态,基本可以排除公民和其他主体的自力救济。但即使如此,在上述两种情形下,也不排除政府或其他接受授权的社会主体之他力救济与公民或其他社会主体自力救济兼而有之的努力和可能。在此意义上,紧急状态中的混合救济是普遍的。

但笔者在此要讲的混合救济的紧急状态,更倾向于一种紧急状态发生后,他力救济和自力救济相对而言处于均衡状态的那种。此种紧急状态,无论对公主体还是私主体而言,都有条件、有能力、也有可能出面予以救济。因此他力救济并不能否定自力救济,自力救济也不能排斥他力救济。特别在地震、水患、泥石流、风沙这类紧急状态两种主体都可能出面,在不同环境、条件或场合予以施救的紧急状态中,混合救济的特点尤为明显。之所以在此拟制性地专门列出混合救济的紧急状态,是在面对紧急状态时,为了能尽最大可能发挥公主体救济和私主体救济这两个积极性。毕竟纯粹靠公主体的他力救济,在智慧、财政、及时性、适地性等方面都会受到掣肘。而纯粹依靠私主体的自力救济,则无论在智慧、经费、经验、统筹等方面也会存在明显局限。因此,如何在可能展开混合救济的紧急状态中,协调和统筹两个积极性——公主体的他力救济和私主体的自力救济,就是应对紧急状态不可或缺的一体两面。事实上,这种情形在救济紧急状态的策略中人们常常可见。其中政府或社会团体(特别是专业救援队)的救助和受灾地区公民紧急展开的“群众抗灾自救”,就是典型。

需进而论述的是,在此种混合救济的紧急状态中,如何看待公主体权力和私主体权利之间的关系?两类主体的权力和权利能否同时扩展?

这又涉及一个重要的法理学问题。常以为,在权利的总资源是一个衡量的前提下,权力和权利两者是一种反比例关系。^[7]就一般情形而言,这一说法并非没有道理,但在事实上,权力和权利之间的消长,并非总是此种反比关系。大体说来,在紧急状态中,它们之间存在如下诸种组合关系:其一是互助关系,即权力在宏观层面展开对紧急状态的他力救济,而权利则在微观层面展开对紧急状态自力或社会救济。它意味着权力和权利之间在量上不但不构成反比,反而是正比例的。^[8]在不少情形下,权力本来是为增进和促进权利而生产的。权力不能促进权利,则其存在的合法性就颇值质疑。其二是分离关系,即权力的他力救济和权利自力救济各行其是,只要不相互排斥、减损对方的救济即可。两种救济之间不存在直接的关联,也不存在互助的效果。权力的存在并不能明显地增进并保障权利,同样,权利的实施也没有明显地影响或消耗权力。其三是反对关系。这就是前述所谓的反比例关系。在资源恒定的前提下,权力之扩展,必然意味着权利之限缩;反之亦然。紧急状态从总体上看,是人类资源的集约性消耗,因此,它一般不像人们交往的新型领域那样,能够生长出有利于人类的新资源,反之,紧急状态令资源在整体上被明显限缩。从而在此种情形下,强化他力救济的后果,必然是对自力救济的限缩。^[9]

可见,混合救济的紧急状态,需要根据权力和权利实际着附的客观社会事实予以调节。其中最佳的方式,当然是权力和权利之间的平衡。哪怕权力扩张、权利限缩,其客观目的不是权力单向度的永恒管制,而是经由权力的统筹、安排,最终退一步、进两步地创造人们自力救济的空间。所以,在权利克减、权力扩张的任务完成后,“还权于民”,是“后紧急状态”的必要和必须之举。这些问题,因非本文之主旨,故不再展开。下文笔者将集中围绕紧急状态中权利扩展的三个较为具体的问题——场域、内容和方式而展开论述。

二、紧急状态中权利扩展的场域

紧急状态中针对权利的一般情形是权利克减,因之,紧急状态中的权利扩展,乃是紧急状态中有关权利的一种例外性安排。如果说紧急状态是日常状态之例外,那么,紧急状态中的权利扩展则是紧急状态之例外。这看似是很绕口的一种说法,但不如此表达,就很难说清楚紧急状态中权利扩展的“身份”和定位。之所以如此,是因为权利扩展在紧急状态中,有其独特的适用场域。这些适用场域,笔者总结为如下三个方面:

(一)因紧急状态中的政府失灵——救济不能

紧急状态,常常会带来强有力的政府控制,但揆诸事实,并非每每如此。特别在紧急状态初期,无论普通民众,还是政府机构对此预料不足;特别是当预案也不明朗时,它的乍然来临,不但会令普通民众惊慌失措,也会令政府左右失据、无所适从,甚至处于政府失灵——无政府状态。此种状态,并非指不存在管理者,不存在政府,而是指“有政府的无政府状态”,是政府在应对紧急状态时丧失或者部分丧失应急能力的状态。其又表现为两种具体类型:

第一,主观因素的无政府现象。它是指由于政府应急能力欠缺导致的无政府状态。这是在习惯了按部就班的工作环境下,面对突然的紧急事务时,政府很容易犯的错误。只要天下承平日久,管理者就容易出现麻痹大意心理,以为日常状态代表了管理工作的全部,对紧急状态既没有心理准备,更没有工作盘算,因此,就不存在所谓应急能力,或者面对紧急事件就手忙脚乱、自乱阵脚。这显然是管理者缺乏对紧急状态就是管理的典型状态的认知。此种情形,在此次国内外应对新冠肺炎疫情的过程中屡有发生。

第二,客观因素的无政府现象。它是指遭遇紧急事项的毁灭性打击,而导致的无政府状态。例如,一场洪水淹没了政府工作人员、政府机构以及相关设施;再如一场战争,直接摧毁了政府的应急指挥系统等。显然,这种无政府状态的出

现,导致政府全盘瘫痪,无人接盘。所有应急事务,也就无从展开。因此,它需要重新建立政府,组织政府机构和人员。但这一过程,又不是一蹴而就的,往往要经过一个较长的过渡期。对于紧急状态的应对而言,过渡期无论长短,都是令所有置身其中的人深感焦灼的事。因为无政府状态,也必然意味着无秩序。对于人们的日常交往和生活而言,毫无疑问,“有秩序胜于不自由”。因为没有秩序,意味着任何自由都是奢侈,无从谈起。^[10]但是,即便处于无政府状态,人作为能动的主体,面对极度困厄和威胁,不但不能坐以待毙,而且必须奋力自救。

上述两点意味着当紧急状态导致政府失灵,人们无法依赖政府出面救济时,必须自己出面迎战威胁,克服困厄,走出困境。在法律上,当公民和其他社会主体面临困顿,政府又因处于无政府状态而难以施救时,赋予人们政府不能、失灵时的社会自救权,不但必要,而且必须。即便现行法律上未规定相关权利,也应当承认这种权利作为“推定权利”的法律效力。所谓“推定权利”,就是“权利推定”(有关“权利推定”,请详见本文第四部分中对“推定扩展”的论述)的法律后果。

所以,认识权利推定,可以进一步领会当紧急状态遭遇无政府情形时,所有其他社会中主体——无论是以自然人身份存在的社会主体,还是以经济与社会组织身份存在的社会主体,既有单独地、也有合作地予以行动,走出困厄、克服时艰的权利。这种权利推定,不一定等到起诉至法院,经过法官严谨地在法定权利和实有权利之间严丝合缝、合乎逻辑地裁决出具体的推定权利,才能认定。即便不经过这样的逻辑推定,仅仅靠人们日常交往和生活的常识,就可以对此作出权利的考量,从而对人们的相关行为予以权利之定性和包容。可见,在紧急状态遭遇无政府情形时,主体起而自救,乃是一种天经地义的权利。即便法律上对此没有明文规定,在实践中必须以权利对待之。这也预示着,相关权利既具有应有权利、自然权利的特征,也具有现实权利、习惯权

利的意味。

当然,这些权利,针对既有的法定权利,它毫无疑问是法定权利的扩展,从而也说明,紧急状态一旦遭遇无政府情形,事实上便为权利扩展创造了场域;无政府状态中的主体自救,也必然为主体行使现实的自救权提供场域。这些权利一旦进入实在法考量的视域,特别是进入司法视域,理应经由权利推定,转化为推定权利。

(二)因紧急状态中的权力失当——救济不当

毫无疑问,一旦紧急状态出现,不论是什么原因引起的,政府都肩负着带领人民共克时艰的重大责任。这是因为政府拥有其他任何主体都不具备的集约性权力。即便一个国家基于市场决定的原则在制度设置上倾向于“小政府、大社会”的原则,但力量聚集性的政府与任何力量分散的社会主体相较,其在面对紧急状态时,都有无可比拟的优势。它能够借助权力的集约力量和权威效力,动员、组织各分散的社会主体,为克服紧急状态,减少相关损失,保障社会秩序,维护公民生命财产的健康和安全而发挥其他任何社会主体都无权替代、也无法替代的功能。但如同智者千虑,必有一失一样,政府作为由人所控制的主体,既不可能完全克服人所固有的认知能力和认知条件——即使制度规定在逻辑上毫无纰漏,也无法避免决策者顾此失彼的决策错误,也不能保证决策者没有主观偏好和偏见。

尤其值得一提的是,一个国家的权力,在横向上是分工的,在纵向上是分层的。面对此种分工和分层,虽然人们基于某种理想,强调要分工(层)协作一盘棋。但在现实中,一方面,不论分层主体,还是分工主体,都不可避免地会存在分层或分工范围内的本位意识,因此,对溢出其范围的事物关注不够或无暇关注,这使得本应是上下(分层)左右(分工)有机关联、有效合作的权力关系,会变成权力主体间各扫门前雪,互不相扰,或者权力主体间过度作为,相互越权的关系。无论哪种情形,都是权力行使的混乱,都导致决策的失误——权力本来为社会有序而设置,但在

紧急状态遭遇权力决策失误、失当时,不但无以救济因紧急状态导致的主体权益受损,而且因之进而放大秩序混乱,扩大权利受损。

那么,面对权力在紧急状态中的决策失当,其他主体是逆来顺受呢,还是有权对权力决策的失当说不?换言之,以扩展的权利来对抗失当的权力,从而规避来自决策的风险呢?还是甘愿承受决策失当带来的更大损失?自然,在此种情形下,公民和其他主体对权力决策拥有不合作和不服从的权利。^[11]在一定意义上,这也是一种对决策失当的避险权。面对公权力应急决策之失当,公民和其他主体选择对之抗辩、对抗、不服从、不接受,应被良心和道德确认为紧急状态中的权利扩展。这也表明,当紧急状态遭遇权力应对紧急状态的决策失当时,其实提供了其他主体不服从,甚至抗辩、反对决策,扩展权利,以克服困难的必要场域。

(三)因紧急状态中的权力不及——救助无力

尽管在紧急状态中,公权主体出面对全社会负责,进行公力救济,既是其使命所在,也是其能力所及,但这并不意味着面对所有的紧急状态,公权主体都能够做到毫无死角地救济。事实上,面对或者突发的,或者影响巨大的紧急状态,有时公权主体积极作为,但智者千虑,必有一失,既有预案不可能不存在疏漏;有时虽有预案,但预案难以覆盖紧急状态造成的全方位影响,对有些紧急状态,甚至实在难以做出预案。在种种情形下,都会出现紧急状态中公权力的救助不力现象。^[12]即使各地的公权力主体为防治疫情,殚精竭虑,预案充分,也仍会百密一疏,顾此失彼,从而导致种种令人遗憾的悲剧,甚至灾难发生。

面对此种情形下,社会主体是不是只能死守预案的规定,不能越雷池一步?对此,可以预设两个不同的选项:假设被纳入疫情防控工作统一管理私立医院,或者严守预案规定,否则必须受罚;或者按照基本医道,对到医院寻求救治的其他危重病人,循例接收,不受疫情防控工作所限。显然,前者的选择尽管符合一些地方公权力

的预案,从而和日常医院应肩负的使命和应拥有的权利相比较,是紧急状态及其预案的大局,也限缩或克减了医院公道地、无差别地救死扶伤、治病救人的责任及相关权利。但按照后种选择,则医院冲破了紧急状态及其预案的藩篱,抛开预案,自我扩展权利,同时也履行了社会责任,体现出在面对更加现实的危难(紧急中的紧急)时,通过权利扩展,实现医疗救助。

我们知道,在日常状态下,为了保障社会秩序,助力人权实现,公权力不像紧急状态中那么无所不在地发挥其威力,总会留给社会足够的自治空间,从而人们的日常生活世界,主要是靠社会自主、自治和互助的力量维系的。没有这种维系力量,则即便公权力再强大,也不可能事无巨细地管好、管住人们的日常交往。但在紧急状态中,如果公权力所拥有的强制力及其背后的财力不予直接救助,社会往往会因此成为一盘散沙,人们的权利也因此而更受伤害。所以,紧急事态必须紧急处理,紧急状态是公权治理的典型状态。

但这是否意味着在公权力力所不逮之处、疏忽大意之处,就不能允许扩大私权利,由私权主体出面进行私力救济?回答是否定的,因为这无论在事实上,还是价值上,都是难以成立的。只要公权力不能全方位地、无所遗漏地覆盖社会治理的各个领域、各个方面、各种事项时,就必须允诺被紧急状态制约的私权利的扩展。这无论在古代还是现代,都可谓是不言自明之理;同时,无论私权利以个人名义出面扩展,还是以社会组织名义出面扩展,都应被纳入权利扩展的范畴。

在我国古代的灾害救济中,一方面,官方有时会同制定一套行之有效的办法,让民众直接参与其中,以实现自救。尽管这仍然是在官方预案中的民众参与,但其主旨是调动民众自救的积极性,扩展民众自救的权利和通道。例如范仲淹任职江南时,面对江南严重旱情,推出著名的以工代赈等举措。^[13]另一方面,社会主体,特别是那些乡绅商贾,或响应官府号召,或自觉自愿、想方设法予以救济。例如在近代中国影响巨大的“丁

戊荒灾”中,尽管不乏人情冷漠,社会关系中的男/女、长/幼、生/熟、富/穷、官/民和人/物之间关系畸变之情形,^[14]但也存在除了官赈之外的商赈、教赈现象。^[15]很多乡绅、富人、教职人员和教会,纷纷伸出援手,予以接济,颇为感人。这表明,古代社会在面对紧急状态时,也明显存在与社会主体自救需要相适应的权利扩展。

至于在当代紧急状态的社会救助中,社会主体(个体志愿者、集体的社会公益组织和其他组织等)的积极参与、实际扩权就更为常见。以我国为例,在2008年的汶川大地震中,志愿者、^[16]社会组织(特别是社会公益组织)冲破重重阻力予以救济的情形,^[17]至今还让人记忆犹新。在武汉,新冠肺炎疫情防控期间,一位无家可归的大连青年,主动参与医院救灾的情形,也感人至深。^[18]

以上事实皆说明,当紧急状态中公权力救济不及时,通过权利扩展,激励私力救济,是补救权力救济不及时的必要的、不可或缺的方式。从权利扩展的主体看,它可二分为公民个人(特别是志愿者)的权利扩展和集体(公益组织、企事业单位等)的权利扩展。无论哪种权利扩展,都表明,紧急状态中,不仅存在权利克减,而且存在权利扩展。事实上,分布在我国山川中的形形色色的村寨,在应对新冠危机时所采取的种种措施,不仅是执行公权力的指令,而且每每独创性地通过扩展权利的方式,护卫着各自的村寨。^[19]

三、紧急状态中权利扩展的内容

紧急状态中权利扩展之内容,只有较为普遍地落实到具体公民和其他社会主体的实际行动及享有上时,才真正配称权利。即便在实在法上,它并未见诸明确规定,也成为事实权利和习惯权利,^[20]也具有民间规范、社会道德和人类良知的支持。当然,这是另外的话题。这里要论述的是,在紧急状态中,公民和社会权利扩展的几个主要方向或者几类主要权利。

(一) 紧急自救权——积极自救与消极自救

所谓紧急自救权,是指社会主体在面对紧急

状态时,在公权救济不能、不当、不力时,以其自力方式,展开自我救助的扩展权利,例如乞讨权、流浪权等。^[21]应首先强调的是,在紧急状态中,无论公权主体应对的能力强弱,情形好坏,都离不开公民和其他社会主体的参与。在此意义上,紧急状态的克服过程,也一定是社会主体的自救过程。例如面对即将实施的封控管理措施,公民事先准备好封控期间必要的食品和其他消费品,法人事先准备好应对危机、克服时艰的具体措施等。所以,没有离开社会主体自救的纯粹权力救助。故自救权始终参与紧急状态的应对这一判断,并不难理解。

但本文所谓与权利扩展相关的紧急自救权,显然不是紧急状态中这种具有“日常状态”的自救行为,而是按照日常交往行为的一般要求,人们对必须遵守的义务,在紧急状态中放弃遵守,或者对理应承担的义务,在紧急状态中放弃履行,并被视为理所当然的权利。例如,某人有遵守保护他人财物的义务,但当紧急状态发生,物质极度匮乏,因之威胁其生命权和健康权时,设法取得他人的财物以自救,不但应当被法律所宽容,而且应当认可其是一种权利扩展。再如按照合同约定,某人对他人负有一项义务。但紧急状态发生后,即使该义务人有能力、有条件履行这一义务,但履行它又可能,甚至必然面对极大的风险时,义务人可以通过暂不履行来自救自保。

如上预设的例证首先说明:紧急自救权所应对的,不是或主要不是社会主体对公共权力及其规定的抗拒,而是在紧急状态对社会主体的基本生存和健康造成明显的、必然的威胁时,社会主体对法定的私人权利神圣性的一时打破。面对此种行为,权利受损的主体,应当予以包容,公权主体也不应断定其是非法。等危机过去,行为人有赔偿或补偿条件时,再对受损人作一定补偿。但无论如何,在性质上,其不应被界定为非法行为,而是紧急状态中社会主体应当拥有的紧急自救的权利扩展行为。

其次,在类型上,紧急自救权可以一分为二,

即积极的紧急自救权和消极的紧急自救权。

前者指行为人本来负有一项禁止性的不作为义务,但因为紧急状态的发生,其突破禁止性义务的规定,把它扩展为积极作为的自救权利。对此,不能因为行为人肩负有禁止性义务而施加法律制裁。例如在疫情期间依法依规居家隔离的人,隔离期满前不得擅自离开其住宅。但在其身体突发严重不适,未得到任何其他救助时,居家隔离的公民走出隔离场所,到医院寻求紧急救治,即使未征得防疫指挥部门同意,也是情有可原的,应视为一次积极的权利扩展行为。这类情有可原的情形,即积极的紧急自救权。

后者则指行为人本来负有法定的或约定的义务,但因为紧急状态的发生,其或未履行法定义务,或爽约而未履行约定义务,从而以消极的不作为方式,对待本应积极的作为义务,并把其扩展为消极的自救权利。例如教师有给学生授课的义务,但因紧急状态,学校存在足以影响教师生命和健康的风险时,即使教师有能力讲课,而学校没明令学生停课,教师也可以选择不开课。这也是情有可原的行为,应被视为是教师在行使消极的自救权。

紧急自救权的享有和行使者,不仅有公民,也有法人和其他社会组织,即当法人等社会组织因为紧急状态可能严重影响其经营和利益时,采取违背禁止性规定的积极行为或违反必为性法定义务或约定义务的消极行为,以避免其经营和利益遭受更大损失。

显然,紧急自救权是在公权力对紧急状态没有预案、预案不力、无力救济等情形下,社会主体参与应对紧急状态的基本保障机制。尽管按照日常的法律,甚至按照紧急状态法,紧急自救行为都具有违法性。但当人们面对“紧急的紧急”“例外的例外”这种情形时,这是社会主体得以自保的基本机制和方式,也是在紧急状态中,最常见的权利扩展内容。

(二)紧急避难权——个体避难与集体避难

所谓紧急避难权,是指当紧急状态发生后,

公权主体不能救济或救济不当、不力,而社会主体面对严重的财产、人身,甚至生命危险时,在尽量征得他人同意,或虽无条件征得他人同意,但在尽量保障他人财产安全,且事后能尽量给予补救的前提下,社会主体以自力方式,寻求通过运用他人的财产(包括住宅、场地、食物、防护设施等),避免或减轻灾难实际发生的事实和习惯权利。尽管这种权利在法律上也是无据可循的,但在实践中却是情有可原,应被人们同情理解和包容的。因为在紧急状态中,当公权主体救济不能、不当或不力时,任何人都可能面对此种危及财产、健康乃至生命的风险,因之,任何人都可能存在行使避难的内需求。

值得一提的是,紧急避难现象在现代风险社会中越来越常见,特别在战争类紧急状态发生时,更是时有所闻、不绝于耳。如最近发生的俄乌战事,已经产生数百万难民,他们纷纷逃离家园,在欧洲或其他地区寻求避难。而持续十多年的伊拉克战事和叙利亚战事,更是因为难民寻求避难,在欧洲形成了影响十分深远的“难民危机”事件。^[22]我们知道,一般情形下,没有合法手续,一国民是不能跨越其他国家国界的,但在战事吃紧,财产、健康和生命在其国内根本无法保障时,选择突破国、边界的日常限制而在国外寻求避难,不但可以理解,而且应是社会主体在紧急状态中——无论战争紧急状态、事故紧急状态(如核事故),还是自然灾害紧急状态(如地震、海啸、水患、旱灾)——可以扩展的一类权利。^[23]

当然,紧急避难不仅是指紧急状态发生后,人们通过跨越国、边界,在他国寻求避难这种情形。即使在同一国家,当其一个地方发生紧急状态,而在本地没有更好的救济手段时,人们寻求逃离家园,在其他地方进行避难,都十分常见。甚至在邻居之间,一家因为紧急状态而发生诸多灾难,也可以寻求到受灾较轻或没有受灾的邻家和其他地方避难,即使其避难行为没经过邻家或其他场地主人的同意。当然,对于有些紧急状态而言,这种积极的、流动性的紧急避难,不应被认

可为是一项权利。例如为防止严重传染病的蔓延,即使一地发生了疫情紧急状态,也不能认可人们积极主动的避难行为。因此,封国令、封城令,封控区、管控区、防范区等,就成为合理的、必须被人们接受并遵守的应急举措和边界。因之,明知要封国、封城,或封控、管控,却借机逃离封锁区域的行为,就必然是应受制裁的行为。^[24]

在主体视角,紧急避难权可二分为个体避难和集体避难。个体避难纯粹是公民个人的私人行为,集体避难则既可能是被拟制为个体的企事业单位所组织的避难,也可能是众多的个人被组织起来所进行的避难。有时候,在国际难民署对难民的合法救济不足时,国际非政府组织也会就难民避难的权益保护问题行动或发声,特别是国际红十字会组织^[25]——这可以视为一种特殊的集体避难行为。无论个体避难还是集体避难,只要是社会主体所进行或从事的,目的是消除紧急状态对人们财产、健康和生命的现实威胁,且这种避难行为的法律根据不充分,那么,其都可以被推定为紧急状态中权利扩展的一种内容——紧急避难权。

紧急避难权的内容,只能是人身健康、生命安全吗?它能否涉及财产的紧急避难?笔者的回答是肯定的。故在内容上,紧急避难权又可二分为人身避难和财产避难。前者更多地体现为公民个人的避难行为,对公民个人而言,最重要的,莫过于身体健康和生命安全。但与此同时,对与公民身体健康和生命安全息息相关的公民财产安全,自然可在避难权之列。后者则更多地体现为集体避难的行为,特别对法人而言,其在本质上是一个财产共同体(所谓“财团法人”),当紧急状态威胁到其财产安全时,事实上就是对其“生命”的威胁。因此,在没有征得其他主体的同意下,企业借用其空闲场地转移财产、储存设备等,都属于紧急避难权的范畴。当然,这不是说集体避难就不涉及人身健康、生命安全。前述组织化的集体避难就是。即使是企业的避难,在财产避难之外,总是不可或缺地存在着人身避

难——毕竟劳动者是企业生产的第一要素。就此而言,紧急避难权在内容上一定是以人身避难为主,财产避难为辅的。

(三) 紧急救助权——紧急助他与紧急互助

前文已经述及,在紧急状态中,最有资格和能力对社会进行救助的是公权主体,这除了是其职责所在之外,还因为其是社会信息的最大、最权威的拥有者,也是集约性财产和能力的拥有者,更有法律赋予的权力之加持。可以说,只要存在政府,那么,任何时候,公权主体的作用理应是最强大的,任何私权在紧急救助能力上都不能、也难以和公权相比肩。

但公权主体不是,也不可能成为真正的无所不能、无所不在的“利维坦”,即使皇权控制空前强大的古代中国,也存在明显的社会空间,即除了“皇权不下县”这种事实上的基层—社会空间外,^[26]还有行会组织、村社组织、宗族组织、宗教组织等。这些组织虽然在其内部规则规范下,在社会日常生活和交往中就已经发挥着重大作用,^[27]但如前所述,在遇到紧急状态时,其所发挥的作用更大。^[28]

因此,在紧急状态中,作为社会主体的社会救助组织,其他组织以及公民个人,并不能、也不是全然被动的。在公权主体敷衍塞责、疏忽大意或力所不逮时,社会主体或者公民个人的救助,就是应急行为的重要力量。进而,这理应是人们的法定权利。然而,并不是所有国家、任何时候的法律,都会赋予公民和社会主体这样的权利;反之,在不少国家、不少时期,法律还抑制或至少不鼓励公民以及社会组织对这种事实权利的拥有与发挥。不过即使如此,这也不能阻止在紧急状态发生时,公民和社会组织实际上所展开的自主的紧急救助。对这种紧急救助行为,于情于理,只能视为有助于紧急法益的积极行为,而不能相反——视为有悖于紧急法益的消极行为。

总之,鉴于公共权力不可能、也不应当全过程、全方位、无死角地作用于社会生活的方方面面,因此,现代社会更是在制度上或出自补救公

共权力之不足,或出自制约公共权力可能的恶,预设了公共权力之外的社会空间,这就是社会自治空间。在这个空间范围内,社会主体特别是那些社会公益组织,可以自主地选择和践履其所认可的价值观。特别在紧急状态发生时,遵循应急的需要,实施紧急救助,是其重要的可扩展的紧急权利。需要稍加说明的是,紧急救助权在很大程度上,是一种社会救助,尽管其不否定私人救助。如一些企业家、慈善家所实施的救助,但即便是这样的救助,在现代社会,也每每是企业家、慈善家以其企业的名义作出的。这应当是紧急救助权的一个重要特征。

在类型上,紧急救助权可二分为紧急助他和紧急互助。顾名思义,所谓紧急助他,就是在紧急状态中,当权力救济不能、救济不当或救济不力时,有能力的社会主体对财产、健康和生命面临危险的他人所施加的救助行为。^[29]孟子云:“恻隐之心,人皆有之”。^[30]人类各种的教化和规范,不论是宗教性的,还是世俗性的,都毫无例外地教人向善。其中向善的一个重要标准是在他人面临危难时,能否伸出援手。尤其在紧急状态中,当某人面临财产、健康和生命的严重威胁时,出手予以帮助和救济,更能彰显一个人、一个组织的恻隐之心。对此,即便在法律以及紧急状态的一些公共政策上不受支持,也不能拒绝、更不能否定。特别是在现代社会的紧急状态中,对来自社会组织的慈善之行,助他之举,尤应重视——因为这种社会力量的作用,既利于紧急救助,又利于公共团结,还利于激励社会主体的普遍人文—人权关怀。

而所谓互助,则指在紧急状态中,当权力救济不能、救济不当或救济不力时,社会主体相互之间互帮互助、抱团取暖、取长补短的救助行为。我们知道,闻道有先后,术业有专攻,这是分工社会的基本特征。在平时,人们用以克服分工缺陷的手段是商品交易,但在紧急状态中,交易原则往往并不适合于应急行为,反之,把交易行为转换为相互无偿的互助行为,于克服紧急状态,着

眼当下救急更为有利。因为它能避免交易中高昂的时间费用和谈判成本,直入事情本身,解决燃眉之急。这正是在紧急救助权中除了应肯定利他原则的紧急助他之外,还应肯定互利原则的紧急互助之缘由所在。

无论紧急助他,还是紧急互助,都是在紧急状态中社会主体在公权力救助不能、不当或不力时,社会主体扩展其社会救助的权利方式。它不但是公权力救助的拾遗补阙,更具有在社会良知基础上人们交往信任、扶危济困、相互扶助的道德理由。

(四) 紧急抗辩权——紧急请求与紧急拒绝

前文已经提到抵抗权理论。在紧急状态中,面对公权应急行为的不当,私权主体对应急举措提出异议以抗辩,或者直接以实际行动来抵抗,都属于紧急抗辩权的范畴。我们知道,在紧急状态中,服从公权力的合理安排,是公民的紧急义务。但并不是公权力的所有举措都是合理的,从而都是社会主体应无条件服从的。对此,社会主体究竟应采取宽容态度,勉强接受,还是采取抗辩态度,紧急请求,甚至抗拒?笔者更赞同后者。因为这是社会主体在紧急状态中应当承担的社会责任,也是其可以扩展的权利范畴。这样界定,既可以保障社会主体在公权举措不当时予以自救,也可以及时纠正或阻止公权主体行为的不当,更好地改进和改善公权主体的应急救助行为。

毫无疑问,按照公权主体(有时甚至是一些具体单位和组织)有关应对紧急状态的一般规定与措施,上述行为是不被允许的,但尽管如此,当其举措严重不当,既不能发挥公权主体的救助,也妨碍社会主体的自救时,私权主体自然可以冲破这些规定和措施,并实施、享有、扩展相关权利。

紧急抗辩权照例可以两分为请求和抗拒两种情形。紧急请求是一种温柔的抗拒,是社会主体认为公权主体的应急举措不当时,以言词拒绝的方式对抗公权举措。紧急拒绝,则是当公权主体的应急行为严重不当,并对人们的生产生活带

来比紧急状态本身更大的威胁时,社会主体所采取的以行动抗拒不当的行为。广义说来,前述紧急请求也属于抗拒的范畴,因为言辞本身是行动,是“由言取效”,^[31]也是“以言行事”,从而说话和做事难以二分。^[32]这对于克服公权力在应急举措中所存在的盲目颞预现象,自是一种有力度、有担当的救济方式,是社会主体监督权力运行的必要举措,因此,即使在紧急状态中,也应被允许,应被作为扩展权利而对待。

四、紧急状态中权利扩展的方式

在紧急状态中,如何实现权利扩展,使一种在日常法律甚至在紧急状态法律看来都有悖之的行为,成为人们可以理解并接受的扩展的权利、事实的权利、习惯的权利?这涉及紧急状态中权利扩展的方式。所谓权利扩展的方式,就是提供权利扩展的理由说明,或者阐明权利扩展的“合法性”——它不仅指向合法律性的理由,更指向价值合法性的理由。这些理由或权利扩展方式主要有如下三种:

(一) 依法扩展——法律授权

紧急状态中的权利扩展总是和日常状态,乃至紧急状态中一般法律规定有所冲突的情形,但这并不意味着其都是现行法律的反叛者,有时,权利扩展也能在日常、乃至紧急状态的法律中找到根据。其中最典型的是法律对紧急避险、正当防卫以及不可抗力的豁免性规定,它们都为权利扩展提供了实在法上的合法性基础。

紧急状态中权利的依法扩展,首先是基于法律的明确授权。这些授权本身是法律针对常态事实的一种例外规定。在本质上,法律主张对这种“违法行为”作合法化处理;在权利上,它赋予了私权主体在特殊情形下,或者行使一部分公权行为(如对正在犯罪的行为实施正当防卫),或者把理应肩负的义务确认为权利(包括把消极的不作为义务转换为积极的作为权利——紧急避险;把积极的作为义务转换为消极的不作为权利——不可抗力下的义务免除);在价值上,它肯

定了在特殊情形下人们自救的社会正当性、价值合法性与道义合理性。如果不对其以权利扩展,则意味着把行为人置于进退维谷的危机之地,反例或者助长并肯定了非法,甚至犯罪行为,或者以物的价值埋没了人的价值,或者强人所难,让人做难以作为之事。显然,凡此种种,都是对法律调整目的的背反,是对人类价值的漠视。

法律的这种事实考量和价值规定,是在紧急状态中人们扩展权利的基本根据,是借助法律明确授权的权利扩展。在此意义上,前述紧急状态中的紧急自救权,特别是其中消极自救权,在一定程度上都是有法律根据的,这就是一般法律规定对不可抗力背景下的义务免除。既然是义务免除,就意味着在不可抗力来临时,法定的或者约定的义务,就转换为选择不履行的消极权利。紧急状态,无论是人为的战争、事故,还是自然的天灾、疫灾等,对受其严重影响的主体而言,毫无疑问都属于不可抗力。面对这种不可抗力,法律上采取义务免除,更有利于解除紧急状态对人们的可能危害,也更有利于保障社会主体的权利免受灾难侵害。

而前述紧急避难权——无论个体避难还是集体避难,更属于法律上紧急避险的范畴,只是紧急避难的范围更大。众所周知,很多时候它是个涉及跨国界的概念,因此,不仅有国内法调整之,还有国际法对此予以特别的关注和调整。^[33]但无论国内法的调整,还是国际法的调整,在相关行为的使用上,都符合紧急避险的法律规定和一般法理,即以牺牲一个属于他人的小法益,来维护、保全一个自我的大法益。在国际法上,紧急避难是以牺牲部分国、边境的管理法益,来保障正在遭受危难的难民之生命和其他重要权利。这是一种基本人道的要求,因此,和部分国、边境的管理法益相较,是更大的法益。而在国内法上,有关紧急状态中的所有避难行为,事实上就是紧急避险行为。只是紧急避险每每是个体化的,而紧急避难作为紧急避险在紧急状态中的一种表现,既有个体的避难,也有集体的避难。紧

急状态中的实际情况,往往是集体避难比个体避难更常见。这是因为集体避难更有胜算,更容易实现人多力量大、抱团取暖的集约效果。但无论哪种避难,都以牺牲小法益而保全大法益这种紧急避险的基本原理为根据,并且都是在法律上有明确授权和根据的行为,从而属于依法扩展权利。

权利的依法扩展,理应是一种合法状态。但一方面,紧急状态中公权主体所采取的强控措施,每每把这种合法的权利扩展视为克减的内容,强行阻止社会主体的自我救护以及紧急避难行为,这种情形,凸显了在此强调依法扩展权利的意义。另一方面,依法扩展权利时,特别是在前述紧急避难时,虽然是以牺牲较小法益来保全较大法益,但毕竟因此牺牲了较小法益。对此,要不要事后对行为人追究责任?要不要紧急避难的受益人对受损人在事后进行民事赔偿?这都可能在实践中产生纠纷。强调其作为权利扩展,显然为相关纠纷的解决提供了考量依据。这也凸显了在此论述依法扩展权利的意义。

(二) 推定扩展——法律默许

依法进行的权利扩展,毕竟从根本上来讲,仍是一种法定权利,故相对而言,容易理解。但前述紧急状态中的有些权利扩展内容,却并非法定权利。例如紧急状态中的乞讨权、流浪权,以及紧急自助、他助和互助权等。对此,法律上往往并没有明确规定,那么,又如何在实践中观察和看待其是权利的扩展呢?这里有必要引入权利推定理论及由这一理论所决定的权利的推定扩展。

我们知道,凡法律未禁止者,皆可推定为权利,这既是民治社会人们推崇权利的一种观念表达,也是法律无力明列、也不需要事无巨细地明列人们交往行为中所有权利时的一种理论上的、理想型的应对措施。日常生活中,在法律未加禁止的权利和义务的“灰色地带”,尽管可能在道德上有高标准的禁止性要求,但在日常行为中,人们还是努力使其呈现为一种权利,并作权利推定。

但究竟什么是权利推定?我们知道,一旦法律根据不足时,人们总需要一种理性推论的方式

予以补足。事实上,“法律事实”从来都不是简单的事实,如果坚持吉尔兹将法律视为“想象真实的独特方式”所塑造的事实,^[34]那么任何符合社会正当性、价值合法性与道义合理性的“法律语言”都会创造自己的“法律现实”,这种“法律现实”,自然包含推定的权利;这种“包含”,在法的本体论和方法论上也具有普遍性,即所谓“有法者以法行,无法者以类举”。^[35]

然而,对于何谓权利推定,在我国学术界和法律实务界,都是言者虽众,但论者不多。揆诸我国法学界,只有为数不多的学者在其相关论著中对此作过较为深入的阐述。^[36]当然,在国外,也有论者论及权利推定,如将自我防卫推定为道德权利,^[37]或将权利推定视为“关于法律(about the law)的推论”而非“法律的(according to law)推理”,进而遭受“过于包容”的批评。^[38]

笔者在思考权利推定问题时,曾得出过权利推定的如下概念:“所谓权利推定,是国家或社会对于国家法定权利之外的权利事实(非正式制度事实),通过法定的正当程序或一般的社会经验、常理予以确认的活动。据此,权利推定可分为两个方面,其一是权利的社会推定;其二是权利的国家推定。权利的社会推定一般生成习惯权利,但也会生成新型权利;权利的国家推定则生成新型权利乃至法定权利。两种权利推定在本质上都是新型权利生成过程中人们对权利的习惯救济方式。”^[39]

权利推定中的社会推定和国家推定之二分,既指向权利推定的主体,又指向权利推定的根据。其中在涉及权利推定的根据时,实在法的规定也往往是其根据之一。这种根据的权利推定,不论是社会推定,还是国家推定,在适用于紧急状态中的权利扩展时,与前述依法扩展没什么两样,因为其推论的大前提都是国家实在法。所以,这里所讲的权利推定,无论是社会推定,还是国家推定,其根据都在法律之外。

如上对权利推定的稍加展开,目的是为进一步说明在紧急状态中,对人们不得已而采取的种

种行为,当被视为权利扩展,且无法法律依据时,其理论的重要根据之一,就是权利推定,并由此路径,产生了紧急状态中权利的推定扩展。推定扩展,首先表现为权利的社会推定,它表明,即使在法律上未规定相关权利,但因其权利扩展行为被社会主体所普遍接受和理解,并且所有的人遇到紧急状态时,都会或者可能会(即有资格)作出相关的权利扩展行为,因此,具有普遍示范意义。紧急状态中的这种扩展权利,就是经由社会推定的习惯权利和事实权利。同时,由于面对此情此境,人们相关的行为选择具有普遍性,所以也明显地是主体的应然权利——尽管法律上并未明列。

权利的推定扩展,和前述权利的依法扩展一样,无疑可能会妨害既有的公权管理秩序,也可能影响其他社会主体权利的正当行使,因而产生相关的冲突就难以避免,问题是如何对待或解决这种冲突。对此,可能的走向是:有时候当事人间会选择协商解决,有时候也会选择诉讼解决。无论哪种选择,在处理中应秉持的基本理念是以权利推定的原理,对紧急状态中寻求自助、他助和互助的行为,视为权利扩展,进行权利推定。其中由司法机关或其他公权主体出面的权利推定,就是国家推定,具有正式法上的效力。而社会主体间相互认可,或者相互默认为的权利推定,则是社会推定,具有社会实践的事实效力。在功能上,无论哪种权利推定扩展,都经由权利推定而实现,故权利推定既为紧急状态中的权利扩展提供着技术性的合法性保障,也为其提供着价值性的合理性保障。换言之,权利推定既是紧急状态中权利扩展的形式要求,也是其理念保障。

还须论及的是,如果说依法扩展意味着在法律上有授权的话,那么,推定扩展则意味着法律对相关行为的一种默许。它意味着法律虽然没有就紧急状态中的权利扩展明确授权,但也未对其明确反对,从而保持了一种两可的、宽容的和默许的态度。

(三) 责任扩展——道义迫使

无论上述依法扩展还是推定扩展,都不能说

明在紧急状态中紧急抗辩权的行使。依前文所述,紧急抗辩权总是针对公权主体(包括被授权,行使公权的社会主体)的管理行为。无论按照社会契约论还是君权神授论,服从公权力的安排和管理,总是人们应尽的义务。然而,这并不意味着社会主体对公权力的服从,是纯然接受意义上的。在很大程度上,它更是参与意义上的。

我们知道,在近代以来的社会契约论看来,公共权力乃是人民权利让渡的结果,因此,权力的行使本身应受监督。除了国家机关内部以权力制约权力外,作为管理对象的社会主体对权力的监督并非多此一举,反而是社会契约论的题中应有之义。一部《社会契约论》,其主旨就是阐述公民和政府、权利和权力在契约内的相互制约关系。因之,权力合法地、适当地、有益地行使,乃是公民服从权力的前提。反之,权力非法地、不当地,或者不益地行使,社会主体自然有权监督之、反对之——这是社会契约理论所确立的社会主体的一种道义责任,它也是紧急状态下权利扩展的理论来源。

即使在君权神授或其他形形色色的专权体制下,权力的行使也并非不受制约。以我国古代为例,除了权力及其意识形态内部的一套制约机制,如上天惩罚论、祖宗之法论、朝堂议事制、宰相制约制、御史监督制、史官忠记制之类的事实上的制约理论和方式之外,我国自古以来就有“君者,舟也;庶人者,水也。水则载舟,水则覆舟”的著名论述。^[40]这足以表明君主对支撑权力的社会力量之重视。在另一些记载中,君王们甚至有求谏若渴,并被后世尊为政典型的故事。^[41]这说明,民间或社会对权力行使的监督,并非社会契约论下民治体制的独有特征。

而在现代社会契约论下,则更是如此。它意味着监督权力的行使,是公民及其他社会主体应有的社会责任和政治道德义务。即便权力的行使从实在法上看在合法范围内,也应对其在实际运行中是否恰当、合理,是否有利于特定事实的处置和特殊权利的保障及安排等进行监督。紧

急状态中社会主体对权力行使的紧急抗辩权,其理论基础就是社会主体负有监督国家权力,维护并实现自己和社会其他主体正当权利要求的伦理责任。所以,相关的权利扩展可以命名为责任扩展。可见,所谓权利的责任扩展,就是在紧急状态中,公民或其他社会主体根据肩负的监督权力运行的公共责任和政治道义,对权力应急行为进行抗辩和抗拒的权利扩展方式。

这样,也就不难明白,责任扩展既是紧急状态下社会主体扩展权利的根据和方式,也是其所肩负的政治道义责任。这一责任虽然不具有强制性,但它具有良心和道德压制性。它表明,当公权力在紧急状态中行使不当和无益的举措时,人们对之听之任之、逆来顺受,是要遭受道德和良心谴责的。

从法律上讲,由于紧急状态中权利扩展的责任根据,每每抗辩或者对抗的是公权力及其行为,有时甚至对抗的还是法律的规定,因此,法律对这种态度的态度也是抗拒的。但之所以人们还要站在责任立场上,或者通过责任扩展权利,缘由就在于这种行为是道义默许的。

如上笔者的论述说明,在紧急状态中,不仅存在权利克减问题,还存在权利扩展问题。关注紧急状态中对公民和其他社会主体的权利克减,固然不错且非常必要,因为这是古今中外紧急状态中所呈现的一种重要的社会事实,^[42]但仅仅关注权利克减,而不关注照例存在于紧急状态中的权利扩展,则是远远不够的,因为它忽略、甚至无视古今中外紧急状态中所呈现的另一种重要的社会事实。

注释:

[1]在国外,从福柯、本雅明、施密特、罗斯托到阿甘本,都对紧急状态中权力扩张的典型性和权利的克减问题予以研究。参见叶仁杰:《例外状态的神学起源——从福柯到阿甘本的主权—治理问题辨析》,《马克思主义与现实》2021年第2期。在我国,研究相关问题的学者,也对权利克减多有涉略。参见李卫海:《紧急状态下的人权克减研究》,北京:中国法制出版社,2007年;刘小兵:《国家紧急权力制度研究》,北京:法律出版社,2008

年;滕宏庆:《危机中的国家紧急权与人权:紧急状态法制研究》,北京:群众出版社,2008年;王祯军:《国家紧急权的理论与实践》,北京:法律出版社,2015年;陈璇:《紧急权:体系建构与基本原理》,北京:北京大学出版社,2021年等。

[2]未被公权主体授权的个人或社会组织所做的救助,不是这里讲的“外部救济”,但它属于后文将论及的“助他”和“互助”范畴,不过在这里,已经衍生出权利可能扩展的因素和事实。

[3]参见谢晖:《价值重建与规范选择:中国法制现代化沉思》,北京:法律出版社,2019年,第139页以下。

[4]“洞穴奇案”并非一例真实的案例,而是由美国法学家富勒所设想出来的疑难案件。参见[美]彼得·萨伯:《洞穴奇案》,陈福勇等译,北京:生活·读书·新知三联书店,2009年。但毫无疑问,它可作为人们面对紧急状态时自救的“个案”——尽管以牺牲个别生命来保全更多生命的救济方式绝非笔者所能接受。这里引证之,仅为说明紧急且无其他救济时,人们自力救济的必要和可能。

[5]《郑州“7·20”特大暴雨灾害调查报告公布:对8名涉案人员立案侦查并依法逮捕 严肃问责89名公职人员》,https://m.thepaper.cn/baijiaohao_16396039。

[6]《中华人民共和国民法典》第245条规定:因抢险救灾、疫情防控等紧急需要,依照法律规定的权限和程序可以征用组织、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后,应当返还被征用人。组织、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的,应当给予补偿。

[7]参见徐显明:《论人权的界限》,《文史哲》1992年第6期。

[8]例如网络社会的出现,在产生了无数网民、网络公共主体的权利的同时,也产生了网络管理的公共权力。这是权利和权力成长中一种典型的正比例关系。

[9]实践中并不尽然是这种反比情形。例如,在疫情紧急状态中,由于公权救济及其需要,催生抗疫知识和物资的研究与生产,并在相关主体间形成权利和权力的正比关系。

[10]对此,笔者赞同张恒山的如下观点:“……在自由与秩序两种基本价值中,法律追求的首要目标不是自由,而是秩序”;“秩序之所以是人类社会的首要价值,是因为这种生活状态满足着社会成员的基本需要,从而对社会成员有益”。张恒山:《义务先定论》,济南:山东人民出版社,1999年,第20页。

[11]所谓不合作、不服从的权利,按照罗尔斯的观点,是“一种公开的、非暴力的、既是按照良心的、又是政治性的违反法律的行为,其目的通常是为了使政府的法律或政策发生一种改变。通过这种方式的行动,一个人诉诸共同体多数人的正义感,宣称按照他们经过深思熟虑的观点,自由和平等的人们之间的社会合作原则此刻没有受到尊重”。[美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,北京:中国社会科学出版社,1988年,第353页。

[12]《心梗患者因延误救治去世,西安涉事医院致歉》,https://baijiaohao.baidu.com/s? id = 1721844186214627097&wfr = spider&for = pc;《东方医院回应网传有护士哮喘发作去世》,ht-

tps://baijiaohao.baidu.com/s? id = 1728233822548006195&wfr = spider&for = pc。

[13]“皇祐二年,吴中大饥,殍殍枕路。是时范文正领浙西,发粟及募民存饩,为术甚备。吴人喜竞渡,好为佛事。希文乃纵民竞渡,太守日出宴于湖上,自春至夏,居民空巷出游。又召诸佛寺主首谕之曰:‘饥岁工价至贱,可以大兴土木之役。’于是诸寺工作鼎兴。又新教仓吏舍,日役千夫。监司奏劾杭州不恤荒政,嬉游不节,及公私兴造,伤耗民力。文正乃自条叙所以宴游及兴造,皆欲以发有馀之财以惠贫者。贸易、饮食、工技、服力之人,仰食于公私者,日无虑数万人,荒政之施,莫此为大。是岁,两浙唯杭州晏然,民不流徙,皆公之惠也。岁饥,发司农之粟,募民兴利,近岁遂著为令。既已恤饥,因之以成就民利,此先王之美泽也。”[北宋]沈括:《梦溪笔谈·官政一》,张富祥译注,北京:中华书局,2009年,第138-139页。

[14]参见郭俊红:《身体叙事视野中的“丁戌奇荒”——以山西省阳城县为考察中心》,《民俗研究》2016年第2期。

[15]参见谢忠强等:《“丁戌奇荒”中山西的灾荒与救济》,《西南交通大学学报(社会科学版)》2010年第2期;这场灾难波及大半个中国,对山西一带祸害尤烈,相关研究参见郝平:《丁戌奇荒:光绪初年山西灾荒与救济研究》,北京:北京大学出版社,2012年,第1页以下。

[16]张雪梅等:《志愿团队在行动:在汶川地震灾区的公益服务案例》,成都:四川人民出版社,2011年。

[17]参见任大林:《和众泽益:应对重大自然灾害对社会组织发展的促进作用——以5·12汶川地震及2008年以来重大自然灾害为例》,https://www.takefoto.cn/viewnews - 1492429.html。

[18]《大连小伙重回武汉! 疫情期间滞留44天当志愿者》,http://www.hbwmw.gov.cn/wmywtj/202009/t20200914_165637.shtml。

[19]如一群陕北农民、一位甘肃白银羊信,以当地人们喜闻乐见的说唱艺术,创作出了感人至深的《新冠变异》和《定叫那新冠病毒消散如烟》等抗疫曲艺或戏曲。《甘肃“羊信”创编新秦腔,一部“抗疫”MV火了朋友圈》,https://m.thepaper.cn/baijiaohao_17299609。

[20]习惯权利与事实权利虽有紧密联系,形成种属关系,即前者是后者的种,后者是前者的属,从而习惯权利是事实权利,但事实权利未必是习惯权利。有关习惯权利的论述,参见韦志明:《习惯权利论》,北京:中国政法大学出版社,2011年;谢晖:《民间规范与习惯权利》,《现代法学》2005年第2期。

[21]“乞讨权”曾经在我国法学界有较多讨论,为此,“知网”还专门编辑了相关专辑而推出(见《乞讨权》,载“知网空间”,https://wiki.cnki.com.cn/HotWord/1127809.htm)。对于“流浪权”,笔者曾作过较为系统的探讨。参见谢晖:《流浪权初探——几类不同文明视角下的比较》,《学术交流》2015年第7期;《流浪权再探——一份学理上的检讨》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2015年第3期;《流浪权三探——立足于流浪

权及其相关义务的探讨》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2016年第3期。虽然上述有关乞讨权、流浪权的论述，不止针对紧急状态，但在紧急状态中，这一类型的行为更常见，更应被推定为扩展权利。

[22] [法] Dominique Vidal:《难民危机对欧盟和成员国间关系的影响分析》，《欧洲移民蓝皮书：欧洲移民发展报告（2018）》，北京：社会科学文献出版社，2018年，第40页以下；王刚：《欧洲难民危机的成因及影响》，《思想理论教育导刊》2017年第5期等。

[23] 截至2020年底，全球已经有8000万难民。《“全球近8千万人流离失所，这是历史记录”，对话联合国难民署驻华代表》，<https://m2.allhistory.com/ah/article/5f33e25bd47fa2000162ba88>。应说明的是，难民在国际法上有一套完整保护体系，从而形成国际法的一个重要领域——“国际难民法”。参见梁淑英：《国际难民法》，北京：知识产权出版社，2009年；刘国福：《国际难民法》，北京：世界知识出版社，2014年等。但这仍然不能完全保护国际难民，因此，有学者提出对难民的“国际软法”保护。参见何志鹏、申天娇：《难民权利保护的“国际软法”之治》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2021年第3期。

[24] 《男子游泳离开防疫封控区被行拘5日》，光明网，<https://m.gmw.cn/baijia/2021-06/15/1302360081.html>。

[25] 参见黄慧娟：《论非政府组织在国际政治中的作用》，《亚太论坛》2002年第4期；《伊拉克战争中国际人道主义救援活动——以国际红十字会为中心》，<https://www.163.com/dy/article/F61B0H5L0543B0KQ.html>；丁泽丽：《抗战时期上海国际红十字会与难民收容所环境卫生治理》，《日本侵华南京大屠杀研究》2020年第1期；《非政府组织谴责黎虐待叙难民》，<http://www.aqzyz.com/system/2013/11/30/006431139.shtml>等。

[26] 对所谓“皇权不下县”，也有学者通过对清代地方治理的严谨研究，提出了质疑。参见胡恒：《皇权不下县？——清代县辖政区与基层社会治理》，北京：北京师范大学出版社，2015年。

[27] 参见李学兰：《中国商人团体习惯法研究》，北京：中国社会科学出版社，2010年；谈箫：《中国商会治理规则变迁研究》，北京：中国政法大学出版社，2011年；陈云：《中国古代社会救助事业中的民间力量》，《三峡大学学报（人文社会科学版）》2014年第6期等。

[28] 参见邓云特：《中国救荒史》，北京：商务印书馆，2011年。

[29] 应强调的是，紧急救助行为看上去属于前文有关“外力救济”的范畴，但如果以权力和权利为界划分“外部”和“内部”，显然，它属于权利主体内部“自力救济”的形式，因此，不可混同，更不可同等对待。除非这种救助的主体获得了法定的或者意定的（权力主体）公权性质的授权。

[30] 《孟子·告子章句上》，杨伯峻：《孟子译注》上册，北京：中华书局，1960年，第259页。

[31] Grünberg A., “Saying and Doing: Speech Actions, Speech

Acts and Related Events”, *European Journal of Philosophy*, Vol. 22, No. 2, 2014, pp. 173 – 199.

[32] 参见[英] J. L. 奥斯汀：《如何以言行事》，赵玉成等译，北京：商务印书馆，2017年，第90页以下。

[33] 例如在联合国，自从1946年联合国大会通过了《国际难民组织章程》之后，1951年，通过了《关于难民地位的公约》，1966年，又制定了《关于难民地位的议定书》；在非洲，1969年制定有《关于非洲难民问题某些特定方面的公约》；在拉丁美洲，1984年制定有《卡特赫纳难民宣言》；在欧洲，2004年制定有《欧盟难民保护指令》等。由此足见国际法对调整难民问题的高度重视。参见刘国福：《国际难民法》，北京：世界知识出版社，2014年。

[34] Geertz C., “Local Knowledge: Fact and law in a comparative perspective”, in *Local knowledge: Further essays in interpretive anthropology*, edited by C. Geertz, New York: Basic Books, 1983, p. 184.

[35] [40] 《荀子·王制》，王先谦：《荀子集解》（上），北京：中华书局，1988年，第151、152 – 153页。

[36] 参见郭春镇、张薇薇：《转型期权利的法律保障研究——以未列举权利及其推定为例》，厦门：厦门大学出版社，2013年，第88 – 89页；霍宏霞：《权利推定概念的解析》，《河北工业大学学报（社会科学版）》2009年第3期；霍宏霞：《权利推定——概念梳理与概念重塑》，《燕山大学学报（哲学社会科学版）》2011年第2期。

[37] Montague P., “Specification and Moral Rights”, *Law and Philosophy*, Vol. 34, No. 3, 2015, pp. 247 – 256.

[38] Shecaira F. P., “Gardner on Legal Reasoning”, *Law and Philosophy*, Vol. 33, No. 6, 2014, pp. 747 – 772.

[39] 谢晖：《民间法的视野》，北京：法律出版社，2016年，第306页。

[41] 最典型的记载是在邹忌的建议下，齐威王那则著名的“求谏令”：“群臣吏民，能面刺寡人之过者，受上赏；上书谏寡人者，受中赏；能谤议于市朝，闻寡人之耳者，受下赏。”参见[西汉]刘向：《战国策》，于元译评，长春：吉林文史出版社，2014年，第104页。

[42] 或许有读者会说，古代社会没有权利，何来权利克减或者权利扩展？笔者以为，说古代社会没有权利，不过是种人云亦云的陋见。古代社会广泛地存在的契书现象，以及不少判词中的财产分配裁判，足以表明古代权利存在的事实，即便这些权利并不是法律明确规定的，但也是法律所隐含的或默认的。而所谓“定纷止争”的前提，就是权利的内容和界限出现了纷争不明的情形；又所谓“分已定也”“分未定也”“各安其位”“各守其责”“各得其所”等等，都在一定意义上是有关权利的学理或实践表述。

[责任编辑：邹秋淑]