

评论 大陆 深度

当“大白”遭遇《宪法》——上海疫情中的法治假面

有了这次被民众引用法律反驳的经验，当局会肯定通过修改法律或者颁布“解释”扩大警察权力的必要。



2022年5月4日，上海，疫情期间，一名身穿防护衣的人在住宅区的屏障后。摄：Aly Song/Reuters/达志影像

2022-05-16

上海疫情 时清也 评论

新冠疫情之下，上海经济与民生停摆至今，已是民怨沸腾。作为中国最发达的城市，上海拥有领先全国文

化程度和法律意识的市民。于是，上海市的严苛封禁措施便不可避免地引发了对中国严厉防控措施合法性的质疑。

“紧急状态”之问

由于普通的防疫人员并不具备强制执行能力，与防疫人员一样身著“大白”防护服的公安警察便成为执行防控政策主要的暴力力量。

与疫情在上海爆发初期政府无需动用太多强制力、居民相对配合甚至打趣搞怪的现象形成对比，当快速解封已然无望，而当局又坚持清零、居民失去耐性时，防控措施就变得更为严苛和不近人情——从撬门入室“消杀”，到一人阳性全楼转移，这些明显违背科学常识和常理的作法激起了大范围的反抗，当局必须越来越依赖暴力来执行其防控政策。而在这个过程中，由于普通的防疫人员并不具备强制执行能力，与防疫人员一样身著“大白”防护服的公安警察便成为执行防控政策主要的暴力力量。

执法人员经常引用中国《治安管理处罚法》以及《传染病防治法》。《治安管理处罚法》第五十条第一款的规定，该规定授权公安机关对“拒不执行人民政府在紧急状态情况下依法发布的决定、命令的”行为进行罚款和拘留的处罚；《传染病防治法》第三十九条规定“拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的，可以由公安机关协助医疗机构采取强制隔离治疗措施”。

针对这种情况，一篇据传是华东政法大学童之伟教授所作的文章指出，《传染病防治法》第三十九条授权公安机关进行的强制措施仅局限于对病人、病原携带者和疑似病人进行“隔离治疗”，并不包括对密切接触者进行“医学观察”和“其他必要的预防措施”。而《治安管理处罚法》第五十条第一款基于“人民政府在紧急状态情况下依法发布的决定、命令”的规定看似更宽泛、对于执法机关更便利，但根据中国《宪法》第六十七条第二十一款和第八十九条第十六款的规定，宣布进入紧急状态的权限属于全国人大常委会和国务院，而非上海市地方政府。因为全国人大常委会和国务院并未宣布紧急状态，上海市并未依法进入紧急状态，因此公安机关并没有在执行任何“紧急状态情况下依法发布的决定、命令”，也因此无权进行《治安管理处罚法》的执法行动。

此文传开后，又传出童之伟教授本人声称此文是在并不成熟的情况下流传出来的，而站在政府一方的人士也提出了不同的观点。一种观点引述一些地方法规和下级法院的意见认为，《治安管理处罚法》所指的“紧急状态情况”只是一种描述性概念，只要紧急事件发生且达到了危急的程度，“人民政府为确保人民群众利益和社会利益，就可以以决定、命令、通告等形式发布对辖区内公民既有约束力的文件，违反相关决定、命令、通告的，公安机关就可以依据《治安管理处罚法》第50条第1款第1项予以治安管理处罚。”

然而这种说法缺乏法学常识。法律用语应当严肃严谨，何况是《宪法》所使用的法律语言。如果任何地方政府都可以认定“紧急状态情况”而发布紧急状态下的法令，那么《宪法》下仅有全国人大常委会和国务院可以宣布紧急状态的规定，便成为一纸空文，宪法的严肃性荡然无存。此外，因为中国缺乏司法审查机制、地方性立法质量参差不齐，哪怕地方法规违反国家宪法和法律，也无法通过司法审查宣告无效及时得到纠正，因此该文引用地方法规和有限的低级法院判决，并无法证明中国法律的一般正确理解。

如果任何地方政府都可以认定“紧急状态情况”而发布紧急状态下的法令，那么《宪法》下仅有全国人大常委会和国务院可以宣布紧急状态的规定，便成为一纸空文。

更为专业的不同意见来自于中国政法大学的两位学者林鸿潮、杨佩琳。他们承认，因为“紧急状态”的高门槛，在没有全国人大、国务院宣布进入紧急状态的前提下，援引《治安管理处罚法》第五十条第一款确实在形式上法律依据不足。但他们同时指出，中国法律下的“紧急状态”的概念来自于之前宪法中的“戒严”。2004年的宪法修正案将“戒严”制度修改为“紧急状态”制度，所以2005通过的《治安管理处罚法》，也包含了第五十条第一款对“拒不执行人民政府在紧急状态情况下依法发布的决定、命令”行为给予治安处罚的条款。

但林、杨二位认为，立法机关的初衷是将《治安管理处罚法》第五十条第一款的“紧急状态”与当时起草中的《紧急状态法（草案）》相衔接，而后者对“紧急状态”的定义是比较宽泛的。只是，《紧急状态法（草案）》未能按原样成为法律，而是被修改为《突发事件应对法》得以通过。在立法过程中，《突发事件应对法》将原本《紧急状态法（草案）》中的“紧急状态”重新表述为各种程度的“突发事件”，而同时将“紧急状态”局限于门槛更高的、更为接近《宪法》下紧急状态的概念范围。所以，林、杨二位认为，应这一变化，《治安管理处罚法》的“拒不执行人民政府在紧急状态情况下依法发布的决定、命令的”表述原本应当被修改为“拒不执行人民政府在处置重大、特别重大突发事件时依法发布的决定、命令”，但因为各种原因未进行修订，造成了法律上的错位。





2022年5月9日，上海，一名身穿防护服的医护人员替居民进行核酸检测。摄：Aly Song/Reuters/达志影像

司法审查的缺失

没有抽象审查，就意味著立法和行政机关就可以随意地解释宪法和法律来达到自己眼下的目的、肆意扩张自己的权限。

无论在这场论争当中持何种观点，不难看出，比起法治国家，在这种涉及政治权力的法律问题上，中国并没有足够多、足够权威的司法实践可供研究讨论。在法治国家，宪法和行政诉讼有著高度发达的实践和学理。这得益于法律制度允许甚至在某种意义上鼓励受到违宪违法行为伤害的公民对政府提起诉讼，通过司法审查宣告立法、行政法规或行政行为无效。

而反观中国，由于《行政诉讼法》只允许对个案中的具体行政行为进行审查（即“具体审查”），也就是说司法机关只能审查政府的具体执行是否违反了法律和行政规章，而不能对法律和行政规章本身的合宪性、合法性和合理性进行审查（即“抽象审查”），司法机关的审查权限非常有限。对《治安管理处罚法》第五十条的问题正是如此，因为涉及公安机关的执法权力，司法机关并没有多少进行深入的辨析和解释的实例。道理很简单：若是深入探讨《治安管理处罚法》第五十条的“紧急状态”与宪法的关系，则不可避免涉及对《治安管理处罚法》和“人民政府在紧急状态情况下依法发布的决定、命令”的抽象审查，也不可避免触及政府和公安机关的权力问题这条高压线，而这正是中国法院不能做也不愿意做的。在这种情况下，学者也只能依靠自己的逻辑推理空谈。

诚然，司法审查是否必要，在西方法治国家也不是毫无争议的问题。司法审查，特别是以法官终身制为基础的美式司法审查，常常面临所谓的“反多数难题”，即，非民选的司法机关是否有权威推翻多数选民选出的立法与行政机关所做出的决定。当然，中国的立法与行政机关原本就不是自由公正的选举产生（由中共

的立法与行政机关所做出的决定。当然，中国的立法与行政机关本身就不是自由公正的起草者（下文被称为另一种“民主”模式），因此远未到讨论这个问题的地步。但这一点先姑且不论，宪政与法治本来就意味著法律需要对政治权力（包括民主权力）形成制约，确保一时一事的政治决定不会超越对政府的授权、侵犯人民的基本权利。而指望作出政治决定的立法和行政机关自己制约自己，显然效果是有限的。平时并不参与政治过程与政治决策且讲求稳定性（stability）与一致性（consistency）的法院，在法治国家能够是一股独立的力量，便成了“制约日常政治”这一工作的自然之选。因此，即便是司法审查传统没有那么深厚的大陆法系国家，法院对立法和行政法规的抽象审查也早已是宪政常识的一部分。

另一方面，在法治国家，由于司法系统可以进行抽象审查、判决法律法规无效，立法机关和政府早在制定法律法规的阶段就会更加注重合宪、合法，毕竟耗费政治资本和能量通过的法律，如果被法院认定违宪违法而无效，立法机关和政府也将颜面扫地。所以，即便不是所有的法律都通过法院审查，司法审查的存在本身就是对立法的制约。立法机关和政府制定法律和行政规章的时候就必须能够明确回答诸如“比例原则”等法律原则下一些至关重要的原则性问题——比如，法律必须有“正当目的”，法律所采取的措施必须与正当目的之间有合理联系和必要性，且采取的目标和达成的措施必须成比例。在这些标准下，即便防疫是一个“正当目的”，诸如大规模消杀、扑灭宠物、全楼转移等举措，是否缺乏科学根据且远远超出必要范围，是政府在立法制定这些政策规定之前就必须明确回答的问题。

而没有抽象审查，就意味著立法和行政机关就可以随意地解释宪法和法律来达到自己眼下的目的、肆意扩张自己的权限。中国各地政府和公安机关援引《治安管理处罚法》，以执行紧急状态下的决定、命令的名义强力推行防疫政策，正是这种情况。仅仅基于所谓“实质”上的合理性就忽略法律的明文规定，是无法与法治的基本原则相容的，但是因为没有抽象审查，地方政府可以随意宣布自己的命令和规章是“紧急状态”下的举措，适用《治安管理处罚法》来用警察暴力机关威逼民众就范。

因此，当上海民众根据法律来质疑政府作出各种强制措施的“权限”时，在政府眼里甚至连“纸老虎”“挡箭牌”都算不上——即便法院严格依照法律判案，也不能回答政府的“权限”这样一个抽象的问题，政府对自己“权限”的主张即便违反了宪法和法律，也是无法被法院阻止的。民众基于宪法和法律主张，不会得到任何的回应，只会是上海寂静的夜空中随风即逝的呼喊。





2022年5月1日，上海，一名快递员将货物放在住宅区的消毒室内。图：China Daily via Reuters/达志影像

不受法律制约的政治，必将重演悲剧

疫情下的法治之问所反映出的最根本的问题还是，在中国，法律无法对政治权力整体进行制约。用更直白的话来说，党的政治权力，仍然是凌驾于宪法和法律之上的。

然而，如果修订了《宪法》和《行政诉讼法》、赋予法院进行抽象审查的权力，问题真的就解决了吗？答案显然是悲观的。即便现有法律授权法院对政府具体行政行为进行“具体审查”，法院在涉及政府执法权力等方面仍旧小心翼翼。当政府及获其授权的“志愿者”超越了写在纸面上的防控措施时，显然构成了应当受到法院审查的、违反法律和规章的具体行政行为。然而因为过度防控而无法就医、失去亲人和爱猫爱犬、家中财物被毁的人，能指望从法院那里获得禁制令阻止这些行为、或者哪怕只是事后得到补偿吗？

了解当下中国政治现实的人，恐怕不会对这个问题抱有任何乐观。所以，在涉及政府权力的案件里，如果法院甚至无法在低层次的具体审查中有所作为，即便法院在理论上有权进行更高层次的抽象审查，也无法在现实中指望中国的法院对防控执法实进行更有力的规范。

而如果有朝一日中国人大真的按照林、杨二位学者的提议，将《治安管理处罚法》第五十条第一款中的“紧急状态”改为“重大、特别重大突发事件”，解决了法律技术上的用词错位问题，在下次遇到疫情或是其他重大事件时，政府现在的所作所为就都会变成“合法”的，民众连议论政府、警察是否违反《治安管理处罚法》的机会都没有了。

所以，疫情下的法治之问所反映出的最根本的问题还是，在中国，法律无法对政治权力整体进行制约。用

更直白的话来说，党的政治权力，仍然是凌驾于宪法和法律之上的。笔者在《党旗下的天秤——中国“法治”的政治逻辑》一文中详细论述过，中共企图通过论证“法是党的主张和人民意愿的统一体现，党领导人民制定宪法法律，党领导人民实施宪法法律”，来避免回答“党大还是法大”的问题，但无论是说党与法治是统一的、还是说中国“法治”是党领导下的法治，其内核依然是在讲“党就是法律”、是在论证党（实质上是中共中央）对于宪法和法律有绝对的支配地位，所以即使具体党员和下级组织要遵守党中央领导下制定的法律，代表党的意志的党中央高层政治决断仍然不受任何来自宪法和法律的约束——党比法大，是不争的事实。

将“动态清零”上升到“党的性质和宗旨”的政治路线方针，讨论抗疫策略就很可能成为对党的“性质和宗旨”的质疑，变更策略就成了损害党的威信的事情。这样就扼杀了根据需要灵活调整政策的空间，无异于自绝后路。

5月5日，当世界各国已经逐步走向开放而上海经济民生停摆陷入巨大争议时，中共却在常委会上高调宣布“实践证明，我们的防控方针是由党的性质和宗旨决定的，我们的防控政策是经得起历史检验的，我们的防控措施是科学有效的”，严厉要求“毫不动摇坚‘动态清零’总方针，坚决同一切歪曲、怀疑、否定我国防疫方针政策的言行作斗争”。将“动态清零”上升到“党的性质和宗旨”的政治路线方针，讨论抗疫策略就很可能成为对党的“性质和宗旨”的质疑，变更策略就成了损害党的威信的事情。这样就扼杀了根据需要灵活调整政策的空间，无异于自绝后路。可见，中国的防疫政策早已不是关于防疫，而成为一个对于党而言是“大是大非”的政治问题。指望平时都无法制约政治权力的宪法、法律、司法机关在这种重大政治问题上能做任何事情，无异于痴人说梦。

疫情也许终究有一日会过去，但当举国上下沉浸在“伟大胜利”的欢庆中之时，显然当局不会反思其对权力的运用是否需要制约。甚至几乎可以肯定，恰恰相反，有了这次被民众引用法律有理有据反驳的经验，当局会更加感受到通过修改法律或者颁布“解释”扩大警察权力的必要，让民众无法再引用法律来反抗政府措施。毕竟，拿著锤子的人不但看什么都像钉子，而且在尝到权力甜头之后，只会想要块头更大、锤头更硬、砸起来更爽的锤子。下次疫情来临之时，上海的悲剧，一定会再重演。只是到那时，也许不会还有空间让民众拿著法律对公安警察的行为说三道四。





2022年5月10日，上海， 疫情期间，一名居民和儿童在封闭的住宅区栅栏内。摄：Aly Song/Reuters/达志影像