

第二章 法的形式：例外

在進入本文的主題—例外狀態—之前，我們必須先對其所處的一個更大的脈絡有所理解，亦即阿岡本從語言出發所試圖思考的生命政治問題。因此，在本章的第一節我們將先對阿岡本《神聖之人》(*Homo Sacer*) 系列的知識計畫進行初步的理解。接下來則正式進入其法律理論。從史密特的例外狀態理論開始，我們試圖思考阿岡本如何將例外當作法的根本形式，亦即法規能夠適用於現實的基礎。在本章的最後，我們則試圖進一步理解其法律思想的根源：語言與法律之間的親近關係。

第一節 生命、政治、法律

當前的考察正關乎於此一法律—制度與生命政治之權力模型的隱密交會點。在這個工作的可能結論中已須記下的正是這兩個分析不能被分離，而在政治領域中對赤裸生命的包含構築起了原初的—若是被遮掩的—主權力量的核心。

— 阿岡本 (HS: 6)

1998 年翻譯為英文的 *Homo Sacer* 系列首部曲《*Homo Sacer: 主權力量與赤裸生命*》無疑正式奠定了阿岡本於英美法政思想界的地位。然而他早期專攻的乃是美學，後來也一直在義大利 Verona 大學擔任美學教授。其求學階段曾於 1966 與 1968 年在 Le Thor 參與海德格 (Martin Heidegger) 所開的研討課¹，而 1982 年起則擔任班雅明全集義大利版的編輯 (LD: about the author)，後者尤其成爲了其思想的主要支柱。以 1980 年一個研討課爲內容所出版的《語言與死亡》(*Language and Death: The Place of Negativity*) 爲代表，對於語言的思考可說是貫穿阿岡本所有著作的核心思維。其英文版論文集《潛在性》(*Potentiality*) 的編譯者 Daniel Heller-Roazen 在導讀中曾經寫道，Agamben 的哲學思想可謂致力於探究班雅明所論的「史學方法是 (歷史) 語言學 (philological) 方法，一個以生命之書 (book of life) 為根基的方法。『讀出未曾寫過的』，Hofmannsthal 如是稱呼。這裡所指的讀者乃是真正的史學家。」(P: 1) 如是，語言與生命、歷史與哲學構成了阿岡本從美學到政治的研究主軸。

阿岡本的政治轉向約未發生在 90 年代前半，以一本小書《將來的共通體》(*The Coming Community*; 原著 1990 年出版) 與一本評論集《沒有目的的手段：政治筆記》(*Means without End: Notes on Politics*; 收錄其 1990-95 的政治評論) 爲代表。在這兩本書中，Agamben 試圖將其先前以美學爲主要研究對象的哲學思維轉向政治。前者是其對

¹ 此外他也修過一個法律學位 (Thurschwell, 2003: 4)。

於重新被法國後現代哲學界所探討「共同/通體」思想的參與²，後者則是對於義大利政治現實的批評。在這段過渡期之後，便是前述代表性的 *Homo Sacer* 系列：《*Homo Sacer*：主權力量與赤裸生命》、《例外狀態》與《奧許維茨的殘餘：證人與檔案》。綜觀這三本書的關連性，第一部可謂提出了一個以主權與生命政治為主軸的綜合性哲學—歷史考察；第二部則針對法律與例外（生命）的關係進行了更細緻的研究；第三部以對奧許維茨集中營的證言為素材，試圖探討從其殘餘中誕生的「倫理」問題。³ 在此期間，其亦針對由人與動物的區分所形構的人類學哲學—政治問題出版《開放：人與動物》（*The Open: Man and Animal*；原著 2002 年出版），與聖保羅（St. Paul）的彌賽亞思想對歷史—法律—政治哲學的啟發《殘存的時間：給羅馬人的信之評論》（*The Time that Remains: A Commentary on the Letter to the Romans*；原著 2000 年出版）。本文取材的重點仍集中於其 *Homo Sacer* 已出的三部曲，而於相關處援引其他作品予以深化。

如前所述，阿岡本 *Homo Sacer* 系列的研究主要座落於四位當代思想家的基礎之上：班雅明、史密特、傅柯與鄂蘭。回溯性地重構，阿岡本的研究主軸可說是在一個歷史—哲學的維度上探討傅柯曾做出的一組區分—主權法律的權力模型與生命政治的權力模型—間的相互關係（HS：6）。在 1976 年法蘭西學院（Collège de France）講課〈必須保衛社會〉（*Society Must Be Defended*）的最後一講，傅柯首次提出了生命政治（biopolitics）的概念，之後在《性特質史》（*The History of Sexuality*，原著 1976 年出版）第一卷的最後一章亦再度提及。相對於傳統主權的生殺大權（right of life and death），傅柯指出，自 18 世紀起出現了新的對生命的權力（power over life）。沿著兩個不同層次的軸線—對個人身體的規訓與對集體人口的調節—生命權力掌握了人類生命的整個生物學歷程。現在權力不再是「使人死」或「讓人活」的生殺大權，而是「使人活」或「讓人死」的生命權力。而傅柯所定義的狹義的生命權力或生命政治便指的是前述第二層次的軸線：透過計算出生率、死亡率、生育率…的人口統計學、預防傳染病的公共衛生學、照顧無維生能力者（如老人、殘障者）的社會救助與保險，以及改良整體生存環境的都市計畫等新興知識與技術，人類作為物種進入了政治權力的場域之中（福柯，2003：239-248）。

如果說傅柯將研究的焦點放在生命進入政治技術與策略的過程，鄂蘭則似乎從另一個相反的方向進行著對現代政治的考察。在《極權主義的起源》（*The Origins of Totalitarianism*）中，鄂蘭試圖考察傳統政治場域所面臨的巨大衰退與危機，其在自身之中將人的政治存在轉化為單純的人類物種。在〈民族國家的衰落與人權的終結〉（*The Decline of the Nation-State and the End of the Rights of Man*）一章中，鄂蘭指出民族國家原則無法解決因戰爭或革命而被迫離鄉背井的難民潮，甚至透過撤銷國籍或歸化的手段主動產生難民。而當難民失去國家的保護時，其也將同時失去人權的保障，即使作為單

² Jean-Luc Nancy, *La communauté désœuvrée*（無為的共通體）（1982）與 Maurice Blanchot, *La communauté inavouable*（無可承認的共通體）（1983）。

³ 根據其訪談，*Homo Sacer* 系列共有四部曲，尚未出版的第四部將致力於探討其「生活形式」（form-of-life）的概念與生活風格（life style）的問題（Agamben, 2004b）。

純/赤裸的「人類本身」乃是人權最初的預設。更激進的統治方式則誕生於極權主義與集中營之中。前者試圖透過一步步剝奪人的法律人格、道德人格、乃至個體性本身，試圖達到對於人的完全支配。後者則是進行這種支配的實驗室。在這一連串的政治發展過程中，鄂蘭警告，人類文明正從其自身中創造出野蠻人：失去公民資格、人權和其他一切身份，僅僅屬於人類物種的動物（Arendt, 1968: 299-302, 447-457）。

阿岡本指出，傅柯與鄂蘭在生命政治領域上的擦身而過突顯出了這個研究的困難性。傅柯並未進一步將視角延伸至極權主義與集中營等當代重大政治現象，而鄂蘭的分析卻忽略了生命政治的向度（HS：3-4）。在現代的生命政治境況當中，生命本身同時成爲了政治的治理對象與最高價值，權力的客體與主體。在這個新的水平上，如何理解生命與政治的關係，統治的形式與解放的可能，成爲了阿岡本探究的核心。

除了透過鄂蘭關於極權主義政治技術之研究，對傅柯的生命政治進行當代增補之外，阿岡本的另一思路則指向重新界定傅柯主權與生命政治的區分。如前所述，傅柯認爲傳統的主權與法律乃是以死亡權利爲其核心，無法理解新興的生命權力。然而，主權與法律的力量並未隨著生命權力的發展而減弱；相反地，其從生命政治那裡獲得了新的活力（Foucault, 1991: 101-103）。究竟兩者間如何相互作用？阿岡本從對史密特「例外狀態」的研究獲得了關鍵的啓發。在 2004 年的一個訪談中，阿岡本指出法律模型中一直包含著一塊「無法」（absence of law）地帶。因此，兩種治理形式—透過法律與透過管理（management）—對應的正是法與無法的相互作用。阿岡本認爲任何區分—包括法律制度與生命政治—都是一種相互建構的緊張關係，因此在當代我們似乎目睹著法制與生命政治同時朝向極端的發展。而其關注的焦點並不在區分兩邊的起伏，而在於其相互交會的「無區分地帶」（zone of indistinction）。例外狀態就是一個法治與生命政治相互過渡的地帶（Agamben, 2004b）。根據史密特的看法，因爲例外狀態意謂著透過懸置法律而統治，在其中「主權者就是決斷例外狀態之人」（Schmitt, 1985: 5）。透過人格化的主權者不受法律限制的統治，「在例外中真實生命的力量（the power of real life）打破了因爲重複而遲鈍的機械論硬殼」（同前：15）。

最後也是最初，阿岡本從班雅明那裡獲得了關於生命的神聖與赤裸之關連性的啓發。在班雅明討論法與暴力之關係的名著《暴力的批判》（*Critique of Violence*）末尾，他強調人絕不能被認爲疊合（coincide）於其中的赤裸生命（the mere life in him），也不能重合於人的其他條件或性質。不僅如此，現代所宣稱的人的神聖性（man's sacredness）亟需反省，因爲根據古代的神話思想，其所標示的正是罪的承載者（the marked bearer of guilt）：生命本身（Benjamin, 1979: 153）。這條線索可謂貫穿了神聖之人系列的研究主題。追溯至這個羅馬法中的特殊形象—*homo sacer*（神聖之人）—阿岡本以其「可以被殺，但不得犧牲/獻祭（sacrifice）」的特徵建構起了其與法秩序的原初例外關係。在這裡，*homo sacer* 的神聖性正在於其被排除而棄置於法秩序「之外」，成爲赤裸裸的生命本身。相對於他，每一個人都彷彿是擁有生殺大權的主權者。

傅柯曾說：「千年以來，人仍然是亞里斯多德所理解的：一個活的動物加上政治存在的能力；現代人則是一個這樣的動物：其政治讓其作為活的存有（living being）的存在本身成為問題」（Foucault, 1990: 143）。阿岡本進一步指出在古希臘的脈絡中，並沒有一個單一的詞彙表達現代所稱的「生命」（life）。古希臘人擁有兩個不同的字：*zoē* 是共通於所有活的存有（living being）的活著的事實（包括動物、人或神）；*bios* 則是一個個人或群體特有的生活方式（HS：1）。亞里斯多德的名言：「為了生命（*to zēn*; life）而生（born），但本質上為了善的生活（*to eu zēn*; good life）而存在」（轉引自 HS：2）⁴ 乃是政治哲學的古老課題。然而相對於僅探求「善的生活」所應具備的條件與規範，阿岡本認為更值得探究的是「生命」與「善的生活」之間的區分與關係。在古希臘政治中，家（*oikos*）被排除於城邦（*polis*）之外，但同時構成城邦的基礎。而家正是生命的出生、維持與繁衍所在。在這個意義上，家與城邦的區分正對應於生命與善的生活的區分，而後者（政治場域）正是透過將前者（生命）以排除的方式包含進來所構成。這個包含地排除（inclusive exclusion）的關係正是阿岡本所定義的例外關係（*exceptio*）（同前：7）。

在這個意義上，政治自始就是「生命政治」。傅柯所定義的生命政治之現代性門檻—人類的生命本身成為其政治策略的標的一因而需要更精確地界定。如果自古以來生命就是以排除的方式被納入政治，那麼現代生命政治的特徵便不僅僅是單純的包含，而是這個包含/排除機制的更新。隨著例外狀態漸漸成為常態，排除與包含也逐漸變得難以區分。當例外與正常的界限日趨模糊，原本被棄置於政治之外的裸命便逐漸進入政治的中心，於是形成現代生命政治的特殊弔詭：當國家權力日益將生命當作其計算與控制的客體時，另一股動力伴隨著現代民主的發展試圖將生命本身當作政治的主體。無論是人權或是人民主權，現代政治皆力圖直接以生命的出生本身作為權利的起源與載體。於是，無論是法律制度模型或是生命政治模型，無論是作為政治技術客體的人口還是作為政治共同體主體的民族，似乎都在同一個生命政治體（biopolitical body）上匯流：赤裸的生命（HS：9）。

從這個角度看來，現代政治彷彿立足於對亞里斯多德格言的基進化。不再是「為了生命而生，但本質上為了善的生活而存在」，現代生命政治欲望將生命直接轉化為善的生活，企求在 *zoē* 中直接尋獲其 *bios*。然而這個努力始終陷入前述的困徑之中：「其欲望展演人的自由與幸福之處—『赤裸的生命』—正標示出了其臣屬」（HS: 9-10）。現代民主尚未找到出路，得以避免持續地過渡為極權主義。而「新的政治」的入口無疑只有當其困徑被闔上之後才能打開。亞里斯多德在另一段文本曾說到：「如果關於生活方式（*kata ton bios*; way of life）並沒有重大的艱困，顯而易見地大部分的人都會忍受許多苦難而緊抓住生命（*zoē*; life），彷彿這是一種晴朗（*serenity*）（*euēmeria*; beautiful day; 美麗的日子）與自然的甜美」（轉引自 HS：2）。如何解開纏繞著「重大的艱困」的 *bios* 與「美麗的日子」的 *zoē* 之間亙古的糾結，無疑是阿岡本從亞里斯多德那裡看到的西方生命政治

⁴ 然而此處生命與善的生活的希臘字都是 *zēn*，而沒有 *bios*。對此阿岡本並沒有明確地多做解釋。

的長久課題。阿岡本問道：「如何可能『政治化』*zoē*之『自然的甜美』？甚至首先，*zoē*真的需要被政治化嗎，還是政治不已然包涵在 *zoē* 之中作為其最珍貴的核心？」(HS：11) 無論如何，只要生命政治仍然建立在裸命的例外上，不斷地從 *bios* 中分離出 *zoē*，再不斷地將 *zoē* 轉化為 *bios* 的辯證運動就不會停止，而由民主邁向極權的困徑也不會終止。唯有找到一不再例外化裸命的政治，不再從諸多生活形式中分離出單一的生命（如指紋），新的生命政治才能降臨，*bios* 之「重大的艱困」才能通達 *zoē* 之「美麗的日子」。

綜上所述，*zoē* 與 *bios*、生命與政治間的糾結來自於一種極端之法權形式—例外狀態—的媒合。對阿岡本來說，困徑與出路似乎都由此而生。從另一個角度而言，對於什麼才是真正的政治行動的問題，似乎也只能從將生命包含地排除於法秩序的例外狀態中回答 (SE：2)。因此，接下來我們就從史密特的例外狀態理論正式開始。

第二節 例外狀態

它[例外]不僅確認了規則，亦確認了其存在，其[規則]僅自例外而生。

— Schmitt (1985: 15)

1. 例外狀態

張旺山指出，史密特的決斷論首先發展自其對法律與判決之關係的研究（張旺山，2003：19）。從這個角度而言，我們也可以先從判決與例外的關係開始談起。所謂的判決是將法律規範經由詮釋而適用於個案事實的過程。而例外的產生便在於出現了無法直接將既有的法規範適用於個案事實的情況。基於事實隨著時間而不斷變化的多樣性與複雜性，總是可能出現既有法規範未規範的情形。這時候，裁判者就必須宣告出現了「例外」，而在現存的法規範之外尋求處理例外的判決。

從這裡史密特引入了其基進的決斷論思維。他認為例外便意謂著出現了既有法規範所無法適用的情況，因此，無論是對於是否出現這種狀況的判斷（是否出現了例外），還是如何處理這種狀況的判斷（如何處理例外），其所依循的標準都不再來自既存的法規範。從既存法規範的角度而言，對於例外的決斷是一個「無中生有」的純粹決斷（Schmitt, 1985: 31-2）。然而，對史密特來說，這個決斷並非外在於法秩序，反而是與法規範同為構成法秩序的兩個要素之一（同前：12）。史密特甚至認為，是決斷、而非規範，奠定了法秩序的基礎（同前：10）。

這樣的論斷來自於史密特對於「例外狀態」的理解。例外狀態是國家面對戰爭與天災等危機狀態所採取的行動。不同於司法判決中的例外僅是涉及一個法律個案，例外狀態涉及的是整體正常的法秩序。亦即，面對著危機狀態，不僅是一二個特定的條文，而是整體法規範都產生了適用上的困難。因此，在此所宣告的是整體法規範的例外（狀態）。然而，對史密特而言，「例外不同於無政府與混亂」（同前：12）；相反地，例外狀態的決斷涉及的是如何在危機之中透過不受限的權力來建立或回復正常的法秩序。因此，在例外狀態中「法律消退了，而國家仍然存在」⁵，「法學意義的秩序仍然存在，即便已非日常的樣態」（同前）。

在此史密特引入了正常/日常法秩序與例外法秩序的區分，並認為是例外奠定了正常。因為「所有的一般規範都需要一個正常、日常的生活框架使其可以事實上地適用（*factually applied*）並將其納入管制」（同前：13），而這樣一個「正常狀態」的建立正來自於「例外狀態」的排除。無論是國家誕生前的革命與戰爭或是國家存續中的一切重大危機，都必須透過宣布與實施例外狀態將其排除，才可能創造或回復「正常、日常的

⁵ 此處的法律（*law*）應指的是狹義的法律（即法規範），而非廣義的法/法秩序（*juridical order*; *nomos*）。

生活框架」，使得法規範得以適用的正常法秩序能夠被確立。

透過對於例外（狀態）的概念建構，史密特重構了主權的概念：「主權者就是決斷例外狀態之人」（Schmitt, 1985: 5）。相對於布丹（Jean Bodin）所說的「主權是共和國絕對與永恆的權力」（同前：8），史密特將主權界定為決斷（例外狀態）的壟斷權（同前：13），而擁有這個權力的人便是主權者。透過決斷例外狀態，「主權者創造並保障了[正常]境況的整體性。他具有這個最終決定的壟斷權。…例外透露了國家權威的本質。決斷在此離開了法規範，而（弔詭地表示）權威證明了要創造法律其並不需要立基於法律」（同前，粗體為筆者所強調）。

這一個弔詭（paradox）構成了阿岡本切入史密特例外狀態理論的角度。「主權的弔詭在於，主權者同時外在與內在法秩序的這個事實。」（HS: 15）「如果主權者真的是那個法秩序賦予宣告例外狀態權力的人，也因此得以懸置法秩序自身的效力（validity），那麼『主權者站在正常有效的法體系之外，卻仍屬於它，因為正是他必須要決斷是否憲法要被整個（*in toto*）懸置』。」（同前，引號內為史密特的引文，Schmitt, 1985: 7）因此，如果主權者透過法秩序的授權可以合法地懸置法秩序本身，這毋寧正暴露出主權者既在法律之內（透過法秩序的授權），又在法秩序之外（懸置了整體法秩序）的弔詭本質。換句話說，這意謂著「法律在其自身之外」，或是，「我，主權者，在法律之外，宣布沒有任何事物在法律之外」（HS: 15）。如此一來，主權者與法律的關係究竟為何？主權者究竟在法律之內，還是之外？

對於前述史密特的引文（Schmitt, 1985: 7），我們可以透過回顧其之前所說的、在例外狀態中「法學意義的秩序仍然存在，即便已非日常的樣態」（同前：12）來理解。對史密特而言，主權者是站在「正常有效的法秩序」之外，但這並不意味著其站在「法秩序」之外，因為他所身處的例外狀態正是這一個「非日常樣態的法秩序」。進一步而言，當史密特認為正常/日常法秩序就是法規範得以適用的情境，「非常」法秩序便是法規範所無法適用的情境，也就是例外狀態。因此，阿岡本所詮釋的「我，主權者，在法律之外，宣布沒有任何事物在法律之外」，在史密特的理論中，便必須如此解釋：第一個「法律」指的是實證法規範，第二個「法律」指的是整體法秩序。⁶ 亦即，前者為正常有效的法秩序，後者為包含著正常與例外/非常的整體法秩序。另外我們也可以說，「法律在其自身之外」中「法律」指的是整體法秩序，而「自身」指的是實證法規範。⁷ 總而言之，此處所涉及的都是實證法規範如何透過主權的概念形構出一個外於自身卻內含

⁶ 義大利文中的「法」有兩個字，*diritto* 指的是抽象的法、或是法的整體，*legge* 指的則是國家或社群認為具有拘束力的特定規則。類似的區分在法文中是 *droit* 與 *loi*、德文中是 *Recht* 與 *Gesetz*（SE：27）。其中 *droit* 與 *Recht* 尚有權利的意思。相對於此，中文及英文便沒有這樣的區分。因此在以下的行文中，一般並不作區分。若要特別強調兩者的差別時，則以「法」或「法秩序」和「實證法」區分開來。

⁷ 因此在史密特那裡，透過兩種「法」（實證法與法秩序）的區分，化解了這個弔詭。然而，阿岡本的理論則並非如此；其所質疑乃是作為法秩序的根本大法，因此其所欲揭露的乃是這個「法」的弔詭本身。

一切的整體法秩序。如果從另一種角度來看，我們也可以說主權就是（整體）法秩序的界限，是法秩序和混沌/無政府的交會處。因此，史密特說「主權是一個界限概念（borderline concept）」（同前：5）。通過決斷例外狀態，主權者「明確地決定了什麼構成公共秩序與安全，何時它們被擾亂了…。」（同前：9）

針對這個實證法規範與整體法秩序的區分，在此有必要釐清的是：主權者決斷例外狀態的權力是否僅限於來自實證法規範的授權（例如威瑪憲法第 48 條⁸）？換言之，假設憲法中沒有關於例外狀態的規定，是否也就沒有主權者？這個問題也可以用下述的爭議來呈現：例外狀態是否應該要規定在憲法或法律之中（SE：10）？由於例外狀態就其本質而言正是來自於規範無法預測所有可能的事態而事先規定其處理方式，因此是否能夠事先將其納入法規範之中便成爲一個弔詭的難題。相對於德國給予其憲法位階的規範（威瑪憲法第 48 條），法國則是以法律規範之，而義大利並沒有明文的規定。然而，阿岡本指出，無論有無法律明文規定，例外狀態的制度事實上普遍存在於所有國家之中。而自一次大戰以來，其發展也逐漸獨立於由憲法或法律所明訂的型態（同前）。這似乎印證了例外狀態正來自於法規範的懸置，而處於法秩序與混沌的界限之上。

阿岡本認爲，史密特是站在例外狀態「應該」要規範在（憲）法之中的（同前）。然而若我們進一步細讀《政治神學》，史密特的態度似乎更爲複雜。首先史密特正是從「因為一個一般規範，如一個日常法律規定所代表的，無法包含所有的例外，所以對於存在一個真實的例外的決斷便無法完全從這個規範中導出」（Schmitt, 1985: 6）出發來論證例外與決斷的關係。因此史密特對於是否應該要在法律中明文規定例外狀態的見解也十分模糊。他一方面主張主權涉及的是「誰具有關於那些沒有明文規定之事的權威，例如投降？」（同前：10）一方面也承認「憲法最多能夠提供的指引是指出誰可以在這種情況中作為」（同前：7）。對此我們產生的問題是：即便我們承認例外狀態的「內容」必然無法由規範事先預定，然而「由誰」決斷例外狀態則是否仍然必須由規範所明訂，否則我們何以知道誰可以決斷例外狀態？（進一步而言，法秩序總是賦予特定個人或群體決斷例外的權力，也因此主權者總是特定的人。如果每一個人都可以決斷例外，毋寧意謂著每個人都是主權者，而法秩序將成爲混沌或是「自然狀態」。）面對這個問題史密特似乎認爲，所謂的法律只是那些一般性地規定人們應如何行爲的規範，而非規定由誰來詮釋、決斷法律的適用的規範。「法理念無法獨立轉化這件事可由其並未說明應該由誰來適用的這個事實得到明證。…對於哪一個個人或團體可以具有這個權威無法僅從行爲準則的法律性質中導出。」（同前：31）換言之，史密特的理論似乎刻意將「由誰決斷」的規範排除於法規範之外。

但是如果不是來自於憲法的規定（或是君主世襲規範），如何決定「誰」可以決斷

⁸ 威瑪憲法第 48 條第二項規定：「聯邦大總統於德意志聯邦內之公共安寧及秩序，視爲有被擾亂或危害時，爲回復公共安寧及秩序起見，得取必要之處置，必要時更得使用兵力，以求達此目的。聯邦大總統得臨時將本法 114, 115, 117, 118, 123, 124 及 153 各條所規定之基本權利之全部或一部停止之。」參考自史密特《憲法學說》中譯本附錄（施密特，2004：530）。

例外呢？顯然無論是絕對王權或是威瑪共和，都具有明文規定誰擁有例外的權力以及這個「誰」如何產生的規範，而這也是史密特在《政治神學》中試圖賦予威瑪總統類似君主之地位時所必須承認的前提。然而在其前一部著作《論獨裁》（*Die Diktatur*, 1921）之中，史密特卻已經指出了另一種例外狀態的可能性：革命勢力爲了制訂新憲所宣告的例外狀態。此種例外狀態勢必不需要舊憲法的任何授權，也因此「誰來決斷」與「誰是主權者」的決定也脫出了舊憲法的規定之外。要對於主權與例外狀態之間的關係有進一步的理解，就必須回溯其關於獨裁的論述。

2. 獨裁

必須事先說明的是，由於《論獨裁》這部著作尚未有英文或中文的譯本，因此以下的討論必須藉助於二手文獻的整理來進行。在《論獨裁》中，史密特區分了任務獨裁（*commissarial dictatorship*）與主權獨裁（*sovereign dictatorship*）兩種不同的獨裁型態（SE: 32）。而相應於此的則是兩種不同的例外狀態類型：前者對應的是爲了保衛國家，也就是保衛既存法秩序所宣告的例外狀態；後者對應的是爲了建立新國家，也就是建立新的法秩序所宣告的例外狀態（SE: 33）。

根據《政治神學》英譯本的譯者，也是《例外的挑戰：卡爾·史密特 1921 至 1936 年政治思想介紹》（*The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*）的作者 George Schwab 的介紹，在《論獨裁》一開始史密特便引用布丹對於主權與獨裁的區分：主權是共和國絕對而永恆的權力，拉丁文稱之爲 *maiestatem*，由人民或是君王行使；相對於此，獨裁者既非君主、亦非擁有主權的官員（*sovereign magistrate*），而是受主權者委託執行某項任務的人（例如發動戰爭、重建國家等等），因此獨裁者的權力既非絕對亦非永久的（Schwab, 1989: 30）。

史密特從這個古羅馬的獨裁制度所建立了「任務獨裁」的概念，其具有三個重點：（1）其時機發生於國家的存在受到嚴重的威脅；（2）獨裁者由主權者——一個憲制權力（*pouvoir constitué*）⁹——所任命以完成某一特殊任務，而其任命也在任務完成時結束；（3）爲了完成該任務，獨裁者可以暫時懸置或違反憲法或一般立法，但不可將其廢除。因爲任務型獨裁者懸置法律乃是爲了解除危機，使其能夠在危機解除後恢復適用（同前：32）。

相對於這個源自古羅馬的任務獨裁的傳統，法國大革命揭開了另一種新的獨裁形式：主權獨裁。根據史密特的看法，這兩種獨裁的最大差別在於前者所受的是憲制權力的委託，而後者則是受制憲權力（*pouvoir constituant*）、也就是民主革命中的「人民」的委託（同前：33）。這個差異導致了主權獨裁具有不同於任務獨裁的特性：（1）其目

⁹ 由於這裡的權力似乎都在一個既存的憲政體制之中，因此都被歸類於 *pouvoir constitué*：由憲法所制訂、構成的權力。

的不再是保護舊的國家或政體，而是建立新的國家或政體；(2) 獨裁者的委託來自於制憲權力，也就是在民主制下能夠創建新國家與新憲法的人民。由於無定型 (amorphous) 之人民的意志是模糊的，因此便需要代表。主權式的獨裁者因此受人民之委託，作為人民的代表而制訂新的憲法。其任務也因此隨著新憲的完成而終止 (同前：34-5)。(3) 由於所要完成的是建國與制憲的工作，主權獨裁者便不只是懸置既有的法律，而是將之整個廢除，以創造能夠使新的憲法成為可能的條件 (同前：35)。

在 Schwab 的整理中，無論是任務獨裁或是主權獨裁，獨裁者都仍然必須與主權者區別開來。任務式的獨裁者作為一種憲制權力，由既存法秩序中的主權者所任命，自然也得隨時由其取消。至於主權式的獨裁者同樣必須來自新建立之法秩序的主權者—擁有制憲權力的人民—所委託。因此，基本上無論是任務獨裁還是主權獨裁，其權力基本上都來自主權的委託，因此必須受到主權的任免、任務的目的與期限的限制。相對於此，主權則是一種自主獨立的權力，而仍如布丹所言是絕對與永恆的 (Schwab, 1989: 36)。

以上是關於兩種獨裁的系統性比較，但是如另一論者 John P. McCormick 在《獨裁的兩難：卡爾·史密特與憲政緊急權力》(*The Dilemmas of Dictatorship: Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers*) 中所指出，史密特的這部論著有其特定的政治目的，也就是威瑪德國初期所面對的俄國以及國內共產主義者的威脅，也因此有意理論化德國總統之任務獨裁來對抗蘇維埃之主權獨裁。McCormick 指出在本書前言史密特提到其論著目的在於確認共產主義者對於主權與獨裁的不正使用，以及提供另一種更正當、合憲與任務式的獨裁型式 (McCormick, 1998: 228)。也因此，相對於古羅馬共和的任務獨裁是立基於一個既存的憲政秩序、由一個憲政機關指派另一個憲政機關進行獨裁、在一定的期限內、解除危機回復既存的法秩序；以法國大革命為先驅的主權獨裁則具有以下的特徵：其目的在廢除既存的法秩序，但其所依據的卻是一個尚未存在的將來法秩序、其宣稱受「人民」的委託，但人民的意志是模糊的，甚至往往僅透過獨裁者的承認而存在、也因此往往沒有期限的限制 (同前：220-223)。因此，如其字面上的意涵，主權獨裁乃是一種趨近主權性質的獨裁。

對此 McCormick 進一步指出，史密特從《論獨裁》到《政治神學》一年間產生了巨大的轉向。他認為，史密特從前者中對主權 (獨裁) 的疑懼轉向後者中對主權的擁戴 (同前：225)。這一方面可能受到韋伯所提出的魅力 (charisma) 得成為官僚政治趨於機械化的出路；一方面來自重新考量足以對抗蘇維埃之主權獨裁的也許不是古典的任務獨裁，而是另一種將君王主權於民主總統身上重新復活的主權獨裁 (同前：225-230)。因此，到了《政治神學》，獨裁與主權似乎進一步被混合起來了。「他[主權者]決斷是否出現了極端的緊急狀態，並且決斷應該如何將其消除」(Schmitt, 1985: 7) 意謂著主權者不但有權宣告例外狀態，並且自行擔任獨裁者決定例外狀態中應採取的具體措施。這個獨裁被吸收進主權所形成的新主權概念，伴隨的是不再區分宣告例外狀態與採取例外措施的新例外狀態概念。史密特試圖將威瑪憲法第 48 條中總統的獨裁權力推向君王的主權：

「但只有規定發動例外權力之前提要件的安排符合自由憲政的趨勢，而不是第 48 條的內容。第 48 條授與了無限的權力。如果不受監督地實施，其就會像使得君主成為主權者的 1815 年[法國]憲章第 14 條一樣地授與了例外的權力。」(同前：11) 然而，史密特仍然必須承認本條中的總統畢竟不再是君主，因為同條第 4 項明文規定如經國會要求，總統之例外處置應即失效(同前；施密特，2004：530)。這一個限制史密特直到 1931 年所著的《憲法的守護者》(*Der Hüter der Verfassung*) 都仍然承認。¹⁰

在這個自由主義代議政治的限制之下，史密特試圖強化威瑪總統的例外權力。在 1921 年的《政治神學》中，史密特心目中主權的典範仍然是君主制下的君王主權，而對民主制的人民主權抱持著悲觀的看法。¹¹ 但是 McCornick 指出，到了 1924 年的論文〈威瑪憲法第 48 條下民國總統的獨裁〉(*Die Diktatur der Reichspräsident nach Art. 48 der Weimarer Verfassung*；收錄於 1928 年第二版的《論獨裁》)，史密特似乎想要扭轉在《論獨裁》第一版中的看法，而將任務獨裁與主權獨裁予以混淆。他雖然認為威瑪總統是一種任務獨裁，但是又談到基於其所具有的廣泛權力，威瑪總統不只是一個法律機關，而像是國民議會(National Assembly)¹²之主權獨裁的遺留物(McCornick, 1998: 231)。到了 1928 年的《憲法學說》(*Verfassungslehre*)，史密特明確地提出了威瑪憲法的基礎乃是人民的制憲權(施密特，2004: 32-33)，並且指出人民基於制憲權而在憲法之前與之上的地位並未因憲法的誕生而完全消失，在所有由憲法所規範的政治權利之外，其仍以「民意」的方式立於憲法之側(同前：324)。¹³ 因此，到了 1931 年的《憲法的守護者》，史密特便更為明確地論述了威瑪總統守護憲法的例外權力乃來自於其特殊的民主基礎：由德國人民選舉產生，必要時得解散眾議院及提起公民複決(施密特，2005：283)。至此，由憲制權力所賦予的任務獨裁可說已被建構此一秩序的主權獨裁所穿透，或者說，主權獨裁作為制憲權力的建制，於任務獨裁中持續存活著。因此，任務獨裁得以過渡為主權獨裁，而再過渡為主權。

透過這一段理論的耙梳，我們可以較清楚地看到史密特從獨裁到主權的概念轉化，主要奠基於任務獨裁與主權獨裁(及其分別對應的例外狀態)間從嚴格區分到區分之混淆的轉變。我們也可以在此回答我們之前所提出的問題：主權者決斷例外狀態的權力是否僅限於來自法規範的授權？我們現在知道，不僅主權獨裁所涉及的就是一個來自實證法規範所授權的例外權力，甚至是任務獨裁也可能基於「民意」而轉變為具有制憲權

¹⁰ 「帝國總統非常權限之真正界限，以及對抗其權力濫用之真正保障機制，是存在於帝國眾議院之審查權限中，而不是存在於任何一種抽象規範狀態或者司法型式的干涉機制中。」(施密特，2005：240-1)

¹¹ 史密特在《政治神學》的第三講〈政治神學〉中談到，啟蒙時代的思想家雖然深受自然科學的影響，但是仍然保有主權者作為單一人格與創造者的想法，笛卡兒與霍布斯即為代表。然而到了法國大革命之後，這樣的想法喪失了。盧梭的一般意志(*general will*)意謂著人民成為主權者，而這意謂著主權概念原本具有的決斷性與人格性喪失了。絕對君權(*absolute monarchy*)下的君王作為主權者是一個能夠做決斷的具體個人，而由人民所代表的整體則只是一個有機體，不具有決斷的能力(Schmitt, 1985: 49)。

¹² 即威瑪共和之制憲議會。

¹³ 類似看法請見 McCornick (1998: 234)。

意涵的主權獨裁，因此不必然受到既存實證法規範的限制。¹⁴ 然而，此一獨裁權縱然不在實證法規範之內，卻仍然在整體法秩序之中。這也正是阿岡本所認為的，史密特從《論獨裁》到《政治神學》的論述無不都是在確保一個例外狀態與法秩序之間的關係，或者說將例外狀態包含進法秩序的關係建構（SE：33）。阿岡本認為，正是在《論獨裁》中史密特建立了關於例外狀態的一般理論，在《政治神學》中他才能從例外狀態中導出主權的定義（同前：32）。因此，如何利用不同的概念區分建立起例外狀態與法秩序的關係，便是阿岡本進一步閱讀史密特時所關心的焦點。

在《論獨裁》中，關於「任務獨裁」史密特所使用的概念區分是法規範（norms of law）與法實現的規範（norms of the realization of law）。在任務獨裁的例外狀態中，法規範被懸置，而任務獨裁透過法實現的規範在具體的情境中排除危機，重塑法規範得以實現的環境。因此，法實現的規範作為例外狀態的形式仍然屬於法秩序的一環（同前）。到了「主權獨裁」，起作用的則是制憲權力與憲制權力的概念區分。在此例外狀態中，既存的憲法權力被制憲權力所廢除，但後者卻並非「一個單純的力量問題」，而是「一種權力，儘管其並非透過一部憲法而建構，卻仍然作為奠基的力量而與每個既存的憲法相連結」（同前：34）。因此，制憲權力代表著「最低限度的憲法」而建構起主權獨裁之例外狀態與法秩序之間的關係。

到了《政治神學》，扮演著同樣角色的是規範與決斷，而後者乃作為連結例外與法秩序的首要元素。根據史密特的說法，在例外狀態中，「決斷擺脫了所有規範性的束縛而成為真正意義的絕對。…不像在正常情境中，決斷的自主時刻減至最低，規範在例外中被破壞了。然而例外仍舊為法學所及，因為規範與決斷兩個元素都仍然在法學的框架之中。」（Schmitt, 1985: 12-13）基於對例外狀態的決斷創造並確保了法規範能夠事實上適用的正常情境，決斷與規範乃都是法秩序的要素，因此「例外不同於無政府與混亂，法學意義的秩序仍然存在，即便已非日常的樣態」（同前：12）。也正是在例外狀態與法秩序如此的弔詭關係中，史密特才從中汲取出主權的概念：「主權者就是決斷例外狀態之人」。透過例外狀態作為一種既不在法內、又不在法外的「界限情況」，決斷例外的主權者才成為一個界限的存在，「雖然他[主權者]站在正常有效的法體系之外，他仍屬於它，因為正是他必須要決斷是否憲法要被整個懸置。」（同前：5、7）因此，阿岡本論道，史密特主權概念的弔詭性質來自於其例外狀態的概念，而非反之（SE: 35）。

3. *Iustitium* I（中止一般執法活動）

¹⁴ 也因此史密特雖然始終承認威瑪總統的例外權力受到國會的監督，但是他卻不對後者抱持期望。「對於一個具有形成多數之能力與行動能力的帝國議會，現行帝國憲法賦予它一個議會所需要的所有權利與可能性…倘若議會成了多元主義體系之展現場所，而喪失了前述之能力，那麼它也無權要求所有其他負有責任的職位也要同樣地不具行動能力。」（施密特，2005: 241）後者所指的便是帝國總統。

爲了釐清主權概念的核心在於例外狀態，阿岡本與史密特一樣上溯至古羅馬尋求資源，而提出了其認爲可說是現代例外狀態之原型的羅馬法制度：*iustitium*（中止一般執法活動）¹⁵（SE：41）。根據阿岡本的說法，當認知到國家出現危機時，共和國之元老院（Senate）便會發佈 *senatus consultum ultimum*（final decree of the Senate；元老院的終極命令），要求執政官（consul），以及在某些情況中，裁判官（praetor）與護民官（the tribunes of the people），以及在極端的情況中，甚至是所有的公民，採取能夠保衛國家的任何必要行動。這個終極指令的基礎是一個宣告 *tumultus*（動亂）的指令，也就是宣告出現了由對外戰爭、叛亂或是內戰所導致的緊急情況。隨著 *tumultus* 的發佈，通常便會進一步地宣布 *iustitium*（同前）。

在字源學上，*iustitium* 非常類似 *solstitium*（solstice；至點，如冬至/夏至），也因此文法學者指出，如同（太陽）在至點時一樣，*iustitium* 意謂著法律的停滯（standstill）（同前）。*Iustitium* 因此成爲了一個弔詭的法律制度：其實施即在於懸置法律。

阿岡本透過 Adolph Nissen 的著作 *Das Iustitium* 指出，Nissen 是第一位清楚地將 *iustitium* 與傳統的「法院假期」（*Gerichtsferien*; court holiday）的解釋以及後來的「國喪」（public mourning）意涵區別開來的學者。在一個作爲 *iustitium* 的典型例子中，面對 Marcus Antonius 率軍進逼羅馬的威脅，西塞羅（Cicero）向元老院提出了以下的建議：「我確信現在有必要宣告 *tumultus* 狀態，發佈 *iustitium*，披上斗篷[準備戰鬥]。」（SE：45）Nissen 指出，在此例中將 *iustitium* 解釋爲法院假期是沒有意義的；*iustitium* 所指的應該是「法律的停擺與懸置」，因此卸除了規範官員（magistrate）行爲的一切法律限制（特別是 *Lex Sempronia* 中沒有人民的命令不得將羅馬公民處死的規定），從而使得其可以採取一切必要的手段來捍衛公共福祉（同前：45-46）。因此，Nissen 指出了這個法律制度的系統性關連：元老院的最終命令預設了 *tumultus*，而 *tumultus* 是 *iustitium* 的唯一原因。*Iustitium* 因此關乎的是「從公法的角度而言的一個休止符（caesura），透過它例外的措施得以實施」（SE：46）。

由於 *iustitium* 所涉及的是「法律的停擺與懸置」，因此在極端的狀況下，不僅是官員，甚至所有的公民都不再受到法律的拘束。因此 Nissen 說，*iustitium* 「懸置了法律，經由這個方式，所有的法律規定都停止運作。沒有一個羅馬公民，無論是官員還是私人公民（private citizen），具有法律上的權力或義務」（同前：45）。在另一個 *iustitium* 的例子中，一個叫做 Scipio Nasica 的私人公民在面對執政官不願意對抗 Tiberius Gracchus 的情況下，基於元老院的終極命令而宣稱：「凡是希望國家得到安全的人，跟我來吧！」

¹⁵ Giuseppe Grosso 在其《羅馬法史》（*Storia Del Diritto Romano*）中將 *iustitium* 譯爲「中止一般執法活動」，「即一般地中止其他執法官（magistratus）的正常活動，首先（但不僅限於）針對的是行使司法權的活動。這是一種只在重大情況下才採用的非常措施，比如：出現軍事危險，節日，服喪等；這種措施的適用需要由在羅馬的並擁有治權（imperium）的最高執法官發佈告示，並事先聽取元老院的意見。但是，它也可能由護民官（tribunato）依據其權力宣布，提比留·格拉古就曾經這樣做過。」（格羅索，1998：152）

並殺了 Tiberius Gracchus(同前:44)。西塞羅因此寫道,作為一個私人公民的 Scipio Nasica 的行動「彷彿他是一位執政官」(同前:49)。基此,我們可以看到在 *iustitium* 之中行動力的不確定性與流動性。

基於 *iustitium* 的上述特徵,阿岡本進而強調其作為例外狀態之原型與獨裁乃是不同的典範(paradigm)。古羅馬的獨裁乃是另一種特定的憲政制度。獨裁官(dictator)是一種特殊的官員,由執政官選任,並根據 *lex curiata* 被授與非常廣泛的 *imperium*(大權)。相對於此,在 *iustitium* 之中(即便是由獨裁官所宣告的情況),並沒有一個新的官署被創設出來。由既存的官員在 *iustitium* 當中所事實上享有的無限制的權力並非來自被賦予了獨裁性的 *imperium*,而是來自法律的懸置移除了所有限制其行動的規定(同前:47)。因此,阿岡本認為,將例外狀態以獨裁的典範加以詮釋是一種誤導,其使得我們無法真正釐清例外狀態的根本性質。就這點而言,無論是如某些學者將古羅馬的 *iustitium* 詮釋為「準獨裁」(quasi-dictatorship),或是如史密特一般以獨裁來理解當代的例外狀態,都使得其研究受到了相同的侷限。獨裁制意謂著具有完滿權力的法之狀態;相對地,例外狀態意謂著法律被懸置的無法狀態(同前:47-48)。

正因為例外狀態基本上涉及的是一個由法律的懸置所產生的無法狀態,因此阿岡本認為所有那些試圖將例外狀態直接與法秩序釅連起來的學說都是錯的(同前:50)。無論是將例外狀態視為完滿的法權、國家的自保權,還是史密特所說的法實現的規範、制憲權、絕對的決斷,都是一種謬誤(同前:50-51)。然而錯或謬誤並非沒有意義,相反的,正是透過這些「虛構」(fiction),法秩序才始終得以將例外狀態包含進來,或者至少與其維持住某種關係。透過對於這些例外狀態理論的考察我們可以初步發現,這一個恰恰導因於法之懸置的無法・非常狀態(anomie),反而成為了法秩序無論如何都必須確保與其關連之物。阿岡本因此說道:「一方面,在例外狀態中所涉及的法的空缺(juridical void)似乎是法所完全無法思考的;另一方面,這個無法思考之物卻仍然對法秩序而言具有決定性的策略關連性(strategic relevance),以致於必須不惜一切代價避免其逃離」(同前:51)。基此,阿岡本進一步指出其例外狀態理論的基本任務:「不只是釐清其[例外狀態]是否具有法律的性質,而是去定義其與法律之關係的意義、位置與模式」(同前)。

第三節 法的界限

主權者就是決斷例外狀態之人。只有這個定義能夠公正地評斷一個界限概念（borderline concept）。

— Schmitt (1985: 5)

1. 內與外

所有試圖給予例外狀態在法秩序中定位的理論都會立刻面臨一個弔詭：它同時既在法內又在法外，而位於一個內與外無法區分的界限地帶。關於這個內外之分的问题，依據阿岡本的分類，法學者有相對立的兩類看法：(1) 認為其在法律之內。這又可分為兩類論述：一認為例外狀態中所涉及的「必然性」因素（事理之必然）乃是一種獨立的法源，因此在例外狀態中所採取的種種「必要措施」也具有法律的性質（如 Santi Romano、Haurious 及 Mortati 的主張）；一認為例外狀態乃是國家的主觀性權利—自保權—的一環，因此亦具有法律的性格（如 Hoerni、Ranelletti 與 Rossiter 的主張）。在這種看法之下，只要「客觀上」符合必要性原則，或是「主觀上」是出自保衛國家的正當意圖，便是合法的行為。(2) 認為例外狀態在法律之外。這類看法基本上仍將其視為一種法外的、事實性的行為，因此至少在理論上其仍可能與法律抵觸而違法（採取這種觀點的如 Biscaretti、Balladore-Palliere 及 Carré de Malberg）（SE：23）。

阿岡本指出，這兩種見解各自內部的矛盾可以從以下的通說中反映出來。多數學者都同意，例外狀態中所採取的措施應該要事後經由國會立法追認，而若被國會否決，則失去效力。另一方面，這個追認可以使得例外措施的效力溯及既往地生效。由此，通說所帶來的矛盾在於：如果例外狀態在法律之內，而例外措施也已經是法律，則為何它還需要再由立法機關立法追認，並且若未批准還將失效？反過來說，如果例外狀態在法律之外，因此例外措施只是事實行為，那麼立法批准的生效時點應該是在立法通過之時；它如何能夠溯及既往，而將立法之前的事實行為也變成法律？（同前：29）

這個矛盾的產生來自於例外狀態的弔詭特性：例外狀態是法律的懸置。例外狀態中的必要措施運行於一個由法的懸置所構成的「無法地帶」：它不是法律，因為法律已被懸置（也因此它可以抵觸法律的規定）；它也不是（與法律無關的）事實，因為它所得以運作的範圍完全來自於法的懸置所產生出的範圍。¹⁶ 正因為這一個透過「懸置」所產生之「空缺」的特徵，例外狀態作為法的懸置與空缺構成了既不在法內、又不在法外的無區分（indistinction）的門檻（threshold）。換句話說，例外狀態位在法內與法外的界限（limit）上。由於針對例外狀態的決斷與措施既非法律亦非事實，因此其作為一種界限行為才能將正常狀態中的法律行為與反常狀態（混亂狀態、自然狀態）中的事實行為區分開來。例外狀態標示著（法）秩序與失序的界限。也正出自於同一個原因，法秩序面

¹⁶ 例如三個月內（期限）巴黎市郊（區域）某些人權條款將暫停適用（法律範圍）的緊急命令。

對失序的危機所採取的最後手段便是宣告例外狀態。阿岡本因此如此呈現法秩序對於例外狀態的曖昧態度：「如果例外狀態的特殊屬性在於（全部或部分地）法秩序的懸置，這樣的懸置如何仍能被包含在法秩序之中？失序（*anomie*）如何能夠被刻入法秩序之中？而如果例外狀態只是事實性的情境，因此與法律無關或是與其相對，這個秩序如何可能在關乎決定性的情境之處包含著一塊空白（*lacuna*）？而這個空隙又具有什麼樣的意義？」（同前：23）

因此，既非法內亦非法外，法律與例外狀態的弔詭關係在於在後者之中，內與外、法律與事實進入了一個相互混淆的無區分地帶，而這個地帶構成了法與自然、秩序與混沌的界限，也是從後者到前者、或是由前者到後者所需越渡的門檻。如果說，史密特認為法秩序的基礎在於主權者的決斷，那麼正是因為其所決斷的是例外狀態。主權者的決斷因此包含了例外狀態的宣告與解除，以及例外狀態中的一切必要措施。這些決斷因此都是在為法秩序畫出界限的行為。在這個意義上，我們可以理解唯有當（法）秩序能夠與失序區別開來時，法律才能在前者中適用與運作。「沒有一個規範能夠適用於混亂。法秩序要有意義，一個正常處境必須要存在，而能夠明確地決斷這個正常秩序是否現實存在的人就是主權者。」（Schmitt, 1985: 13）例外狀態的宣告與例外措施的實行，使得正常狀態能夠被重建、打破、再重建、再打破……。

在這樣的看法下，作為規範而適用的法律有效的前提便立基於事實上存在的秩序。法律原本是用來規範現實的，在例外狀態中卻似乎反而被現實所打破，而必須仰賴實存的意志決斷才能規整現實，重新創造出法規能夠一般性地適用的正常處境。這裡所產生的便是上述關於法內與法外、規範與事實之間難以區分、進而相互過渡的拓樸關係（*topological relation*）。在我們看來，法律與事實的區分因此不但是正常狀態中法律適用的基礎（將「法律」適用於「事實」），更是法律適用的可能性條件（必須先存在一個事實上的秩序，法律才可能適用）。因此，在接下來的討論中，我們將進一步探究這個最根本的法內（規範）與法外（事實）的區分運作模式，俾以揭開法秩序與例外狀態間更隱密的關係。

2. 必然性

在西方長久以來自然法的傳統中，法與事實、*nomos* 與 *physis* 雖然有所區分，但卻並非對立的。從古典的、以亞里斯多德為代表的自然法思想來看，自然意謂著本質的，而在政治領域（人之共同生活的領域），則意謂著朝向共通目的（共善）發展。因此，好的法律就是符合「自然」的法律，壞的則是違反「自然」的法律（顏厥安，1998：242, 250）。反之，現代的自然法思想則以霍布斯為代表，試圖透過轉化現代自然科學的思想來證成政體的正當性。霍布斯從原子式個人對死亡的恐懼本性出發，論證個人的自保乃是最基本的「自然權利」，從而為了避免「自然狀態」中萬人戰爭的生存威脅，個人願

意訂定社會契約成立國家，服從於主權者的統治，以保障其生存的自然權利（同前：256-259）。透過上述古典與現代自然法的比較，我們可以發現前者的法律之事實（自然）基礎在於客觀存在的共善目的，而後者的法律之事實（自然）基礎則是個人主觀的求生本能與臣服的意志。因此，如果說在事實的世界中運作的是某種必然性的自然法則，則自然法思想所抱持的觀點毋寧便是人為的法律不能違逆存在於此事實世界的必然性。

古老的拉丁法諺：*necessitas legem non habet*（necessity has no law，必然性中沒有法律）便是此一自然法思潮的產物。這句話可以具有兩種詮釋：（1）必然性不承認任何法律；（2）必然性創造其自己的法律。阿岡本指出，在由必然性的概念解釋例外狀態的看法中，後者便被呈現為一種必然狀態（state of necessity）¹⁷，進而將例外狀態是否合法的應然問題轉移為必然狀態是否存在的實然問題。此外，前述兩種相對的解釋方式正好勾勒出了從中世紀到現代例外狀態應用上的轉變（SE：24、26）。

首先中世紀的湯瑪斯（Thomas）在 *Summa theologica* 中討論「是否臣服於法律的人可以違反法律的文字」時指出，如果遵守法律的文字不會產生立即的危險，則一般人無權解釋法律，只有主權者有權解釋是否遵守法律會對城市產生危害而必須予以豁免（dispensation）。但是如果出現了緊急的危險，以致於一般人無暇請示上級，則「必然性帶來了豁免，因為必然性並不臣屬於法律」（同前：25）。針對此一見解阿岡本認為，在此必然性所帶來的豁免（也就是例外）是將個案排除於法律的一般性適用之外，但嚴格而言此處作為指導原則的與其說是事實的必然性，不如說是所有人類行動的共通目的——人的共通福祉（common well-being of men）。因此湯瑪斯認為「所有的法律都是為了人的共通福祉而制訂，並僅因此而具有法的力量與理由；如果它不能達到這個目的，它也就失去了拘束的力量」（同前）。因此阿岡本指出，中世紀的 *necessitas legem non habet* 基本上是用以在特定個案中排除法之拘束力的概念，使得法律系統能夠在「必要」的時刻對事實開放，俾以事後承認在必然性中的（事實）行為並沒有逾越法律（同前：26）。在前述古典自然法的脈絡下，我們可以理解人為的法律基本上是和自然的理性法——人的共通福祉——一致的，只有在必然狀態的個案中，後者才取消了前者的適用。這也是法諺的第一種詮釋「必然性不承認任何法律」的意涵。¹⁸

然而進入現代之後，「必然性」概念的作用從將一個特殊個案「事後」豁免於法秩序之外，轉而成為法秩序「事前」內部自我創造的元素。這也就是霍布斯「自然狀態」

¹⁷ 對於法律而言，necessity 更為貼近的意涵或許是「必要性」與「必要狀態」。

¹⁸ 阿岡本所舉的另一個例子更加清楚地說明了上述的特徵。神學家 Gratian 曾指出教會可以決定不對一個違法的行為予以處罰，如果處罰反而會對教會產生負面影響的話：例如一個原本依法不能升任主教的人卻已經被任命為主教（SE：26）。與湯瑪斯所說的例子相同的是，在此所牽涉的都是一個已經發生的事實，而權威者必須事後決定是否要嚴格依照法律來追究。雖然湯瑪斯例中的事實行為是因國家的安全而豁免，Gratian 例中的事實行為是因權威的安定性而豁免（這兩者有時還會相互等同起來，例如政府高層弊案以及總統刑事追訴的豁免制度），但是兩者的共通之處在於「就地合法」的精神。這是將一個已經發生、而適用法律將會損及法秩序自身安定的個案事後排除法律適用之外的作法，將這個事實事後透過必然性的概念「擬制」為合法的。

作為法秩序之起源以及法秩序所必須不斷視其為隨時可能復返之威脅的現代自然法意涵。於是，作為自然狀態中個人自保權之代表的主權者，成為了國家建立後唯一保有此一自然權利的人。因此，由主權者所代表的國家的自保權成為了法秩序的最高準則，也就是國家對外獨立、對內最高的主權。在此，必然性因此成了國家自保的同義詞而成為法秩序的存在基礎，也因此在外例狀態中行政命令得以獲得像法律一般的效力。在這個意義上，*neccessitas legem non habet* 的現代解釋便是：「必然性創造其自身的法律」（同前）。

當代從必然性出發建構起一套法律理論的代表性法學家是在兩次大戰期間的歐洲深具影響力的 *Santi Romano*。他認為將法秩序化約為法律（成文法）是一種錯誤，因為對於法秩序而言還有一種更根本而有效的規則：必然性。法秩序的典範—國家—乃是從革命而生，而革命便是這樣地一種事實性的過程。如果革命必然不受限於既存的法律，「如果它[必然性]沒有法律，它就創造法律（if it has no law, it makes law）」（SE：27）。另外，這樣一種事實上的、未寫入法律中的規則即便是在國家的法制建立之後，仍舊可能以一種例外而較為弱化的方式重複作用（同前：27-28）。

在 *Romano* 的理論中我們可以清楚看到史密特的任務獨裁與主權獨裁的姊妹版。*Romano* 認為在義大利的法律中，戒嚴狀態（state of siege）一方面是違法的，一方面卻又合乎某種不成文的實證法（unwritten positive law），這正好說明了必然性的本質。雖然「法律現在已經成了法秩序最高與最普遍的展現，但是想望它能夠超出其自身的範疇統治卻仍屬誇大。有些規範不能或不應該被成文化；另一些則不能被決定，除非它們所適用的情勢產生了」（同前：28）。另一方面，在革命運動中，其必然性的本質必然要違反既存的國家法律，但是這並不代表「它不是一個由它自身的法律所規制的運動...革命是暴力的，但它是法律地組織性暴力（juridically organized violence）」（同前：28-29）。

在此我們可以看到類似史密特之任務獨裁與主權獨裁的辯證：在內戰狀態中，任務獨裁與主權獨裁、戒嚴與革命運動同時懸置了既存的法律規範而爭奪國家的主權，以回復既存的法秩序或是建立新的法秩序。必然性的概念在此同時為既存的國家權威與新興的革命勢力所挪用。此刻，所謂的必然性似乎轉而成為成王敗寇的客觀歷史—政治「法則」，這難道就是作為法秩序之起源與根本力量的「必然性」的真諦？然而，一如 *Balladore-Pallieri* 所指出，正因為必然性的概念可以為不同的政治力所挪用，因此其本質便不是一般所以為的客觀的事實發展，而是主觀的決斷產物。「在兩種狀況中...訴諸必然性都需要一個道德或是政治的（或是在任何狀況下，法律以外的）評價，以決定法秩序甚至在其可能被違法的情況下，是否值得被保存或是強化。」（SE: 30）因此，如史密特所說的「主權者決斷例外狀態」一樣，什麼是必然狀態與必要手段也只有透過主權者的宣告才能決定。

然而阿岡本卻更進一步指出，關於必然性的決斷基本上涉及的乃是一種無可決斷：

對於什麼是法律、什麼是事實的無可決斷。因為如果說必然性作為一種事實性的力量可以創造法律，因此在其中發生的是一種從事實到法律的轉化，那麼相反的運動也同時成立：法律的懸置與廢止使得法律（法定公權力）轉化為事實（事實性的組織暴力）。於是，在必然狀態（例外狀態）中所開啓的是一道法律與事實相互轉化的門檻、一個法律與事實無法區分的地帶（SE：29）。在正常狀態中，法律的作用在於規範現實；在例外狀態中，法律卻似乎反而被現實所打破，而讓位於所謂的「必然性」的事實發展。然而我們已經了解到，所謂的必然狀態乃是一個政治的場所，其中法與事實無法區分，而各種政治力以必然性之名爭奪法秩序的主權。相應於此，我們接下來所要探索的是，法與事實如何進一步發生關係的法適用問題。

第四節 懸置與適用

規則在不適用中、在自其抽離中適用於例外。

— 阿岡本 (HS : 18)

我們在前面已經說過，對史密特而言，例外之所以優先於常態與規範，乃是因為法規範的適用需要一個正常的生活框架（常態）；而如何創造與維持這個正常秩序，就必須靠主權者對於例外狀態的決斷。因為當威脅著正常秩序的混亂或是緊急事件發生時，基於此危機的異常性（abnormal），勢必要採取現存規範之外的例外手段才能處理與解決，而主權者就是擔負決定是否出現例外狀態，以及如何加以排除的人。在這個意義上，例外狀態乃是法秩序用以面對失序的機制；透過例外狀態，法秩序首先才能夠在混沌中建立起法規能夠一般地適用的正常狀態。

然而阿岡本反問的是：為什麼法秩序在面對異常事件時，其所能做的就是自我懸置、宣告例外狀態？（HS : 17）尤其是，當我們認識到例外狀態並非一種客觀必然性的產物，而始終來自於主權者的主觀決斷，那麼我們甚至可以說法秩序本身便內含著例外狀態、內含著法規的懸置，而在自身之中蘊藏著一個與混沌無法區分的無法地帶。¹⁹ 對阿岡本而言，正是這一個法與事實無法區分的例外狀態，構成了法秩序的原型。接下來我們便要試圖說明這個原型的意義：法的生成來自於法的懸置（不適用），而構成了法適用的前提。也就是阿岡本所說的：「例外並非是將自己從規則中扣除；而是，規則，懸置了自身，產生了例外，並透過維持自身與例外之間的關係，才首度將自己建立為一個規則。」（HS : 18）

1. 命名

讓我們從法規的基本結構開始思考：如果法規的基本結構是：「若...（法律事實，如殺人），則...（法律效果，如處死刑）」，那麼在正常狀態中，當法律所預設的事實的發生時，透過法律的適用，法官就必須科處法律所規定的效果（同前：21、26）。²⁰ 進一步，基於法規並不必然需要附有法律效果²¹，我們可以更簡化這個規範結構為：法律事實 + 法律指令（禁止、誡命、允許...）。亦即，法規的內容就是一個「事實」加上一個「應然」的命令。在這個簡化的分析中我們可以發現，規範的內容本身其實是一個事實（行為），規範所添加上去的，只是一個命令、一個應然的指示。於是，阿岡

¹⁹ 縱然從史密特的角度而言，例外狀態不同於混沌。

²⁰ 這裡指的是「禁止」形式的法規；相對地，「命令」形式的法規（若不...則...）則只有當發生其所要求的法律事實時，才不會科以法律效果。

²¹ 「不得亂丟垃圾」本身就可以是一個完整的法律規範，而不一定要附有「違者處新台幣...之罰鍰」。然而刑罰的存在仍顯示的逾越的問題，甚至，法律事實與法律效果（刑罰）的相互過渡（以牙還牙的應報刑）。

本所要問的是：規範如何獲得作為其內容的事實？

在這裡阿岡本指出了法律與語言的「本質親近性」：「如同語言預設了非語言（nonlinguistic）而必須與其保持著虛構關係（virtual relation）（透過語言（*langue*）的形式，或者更精確地說，透過文法遊戲（grammatical game）的形式，亦即一種其現實指稱（actual denotation）保持於無限懸置的話語（discourse）俾以能夠之後在現實言說（actual speech）中指稱它，法律預設了非法律（nonjuridical）（例如，在自然狀態之形式中的單純暴力（mere violence））而與之在例外狀態中保持著潛在關係（potential relation）。」（同前：20）在這裡，阿岡本表現出了其法律思想的基底：語言哲學。在其中，阿岡本所提出的關鍵是：事物（非語言）乃是語言的預設（presupposition）。語言要指稱事物，它就必須將自身與事物區分開來，而將後者預設為已經存在的東西，它才能夠進而加以指稱。另一方面，要指稱事物，語言也必須要預設自身已經存在，也就是，名字已經存在，它才能用這個已經存在的名字來指稱事物。因此，現實言說之發生、名字指稱事物，預設了名字與事物的事先存在，也就是語言本身與事物本身的事先分別存在。

進一步觀察，我們可以發現名字已經存在的這件事，意謂著名字已經具有內容（例如「花」這個字已經具有花的意思），才能夠在現實言說中指稱事物（現實的「花」）。然而，「花」如何具有「花的意思」呢？這便是命名的問題。語言之可能在於命名之可能，而何謂命名？如何可能？

命名意謂著用一個符號（名字）去代表另一個事物。在命名的時候，事物必須在場，名字才能和其進行連結。命名即意謂著事物與名字之關係性的建立，之後名字才能在事物不在場的時候代表它。

透過語言的哲學思考，我們可以從阿岡本那裡發現，語言之存在的關鍵在於命名：名與實之關係的建立。然而，其中語言之存在的關鍵既不是名、也不是實，而是名與實之關係。語言預設著這個關係：名與實的事先分離作為事後命名（連結）的可能性條件。語言之存在因此必須不斷維持與確保著這個分離—連結的關係，我們可以說，這乃是最根本意義的文法。

這個關係如何建立與維持？阿岡本指出，這便涉及了語言最核心的能力：不指稱作為指稱的前提（能力/潛力）。「正如在一個現實言說（actual speech）的發生中，一個字之所以能得到指稱（denote）一個現實片段（segment of reality）的能力，僅在於它也能在其自身的不指稱（not-denoting）中具有意義（這就是，如同語言（*langue*）相對於言說（*parole*），如同一個詞純粹的詞彙一貫性（lexical consistency），獨立於其在話語（discourse）中的具體使用），因此規則能夠指涉個案只因為其在主權的例外中，做為一個懸置所有現實指涉的純粹潛在性（pure potentiality）而有效（in force）。」（HS：20）

所謂的不指稱，就是指稱之懸置。藉由不指稱事物，名字將自身與事物分離開來，而成為單純的自我指涉。這意謂著，像「『花』就是『花』」這樣的自我指涉語句所構成的字詞的純粹一致性，形成了純粹的語言/名字，而與現實的花（事物）區分開來。這個純粹自我指涉的名字，乃是一個空的名字（empty name）。

基於指稱的懸置而產生的空的名字具有任何意義嗎？在其內容（字義）被懸置的意義上，沒有意義。然而，它卻因此產生了一種特殊的意義：形式——純粹的關係。空的名字所意謂的正是事物與名字之間分離而連結的這個關係。另一方面，空的名字可以表示文法規則（例如 S（主詞）+P（述語）），在其中 S 與 P 可以代入任何特定內容的名字。²² 因此，空的名字所意謂的正是關係本身，而語言不是別的，就是這個關係的預設。因此，狹義的文法，作為語言的規則，規範著名字與名字之間純粹的關係。而我們前面所稱的「根本的文法」，作為語言與非語言（事物）之間的純粹關係，預設了語言與事物的存在及其分離而連結的關係。因此，在這個意義上我們可以說：語言就是這個關係的預設。

2. *ban*（棄置）

因此阿岡本才如此強調懸置的優先性。語言透過懸置——不指稱——的能力（潛在性），設定了這個關係。在懸置（例外狀態）之中，透過撤回對於現實事物的指稱，語言進行著語言與事物的分離。或者說，語言將事物排除於語言之外，呈現為與語言無關的非語言。正是在這個意義上，阿岡本說例外狀態乃是追溯界限（trace borders）的所在：語言（法律）之內與之外、語言（法律）與事實的界限（HS：21）。然而，因為這個分離並不是一種「自然」的分離，而是語言的預設，產生自語言的懸置，因此這個分離永遠都已經是一種連結：不只是事後命名的連結，而更是這個「排除」本身。因為這個排除並不是將事物拋回自然狀態，而是將其放置在例外狀態之中；並不是讓事物與語言無關，而是透過這個分離的設定，將事物放在外面（taken outside）²³，給予其一個等待命名的位置（嚴格而言，一個非位置，既然這個位置被預設為不在語言之內），而相對於這個「外邊」的「裡邊」的位置（非位置），則是空的名字（空符徵），等待內容的名字。這就是阿岡本所稱的「例外關係」：「法所特有的『力量』（"force" of law）在於這個法能和

²² 當然在此 S 或 P 仍然有其作為主詞或述語的特定意義，也因此其所表示的是特定的文法規則。但是阿岡本所設想的或許是 L（語言）與-L（非語言）這個最根本的「文法規則」。在此，L 的確可以是「任何名字」。同時，我們也在此遇到了他所謂的命名的極限：語言包含了所有的名字，但是它沒有「自己的名字」。語言無法自我命名，所有的名字都只能是「別人的名字」（某個事物的名字），名字本身無法作為自己（名字）的名字。同樣的，正是在這一點上，名字不再命名，而暴露出了自身事物性的存在：唯一無法命名的「事物」就是名字本身。因此，在命名之中，除了標示出事物、名字及其連結之外，同時也暴露出了名字自身的不能命名——名字之所以能夠命名在於其自身的「無名」，而其只有處在自身的無名狀態中，一切命名才得以可能。

²³ 阿岡本指出，例外（exception）在其字源上確實具有「放在外面」（taken outside, *ex-capere*）的意思，而不僅僅是排除（HS：18）。

其外部 (exteriority) 保持關係的能力。我們應該稱這個極端的關係形式為**例外關係** (relation of exception)，藉此某物僅透過其排除而被包含進來。」(同前：18)

基此，例外乃是包含地排除 (inclusive exclusion)：透過排除的方式包含進來 (HS：21)。如前所述，這個包含不僅是事後命名，更在於排除本身，亦即，放在外面，放在例外狀態之中。因此，排除就在於建立關係，一種與非關係 (the nonrelational) 的關係。「要指涉某物，規則必須預設並仍然與關係之外者 (非關係) 建立關係。」(HS：19) 在這個意義上，排除作為一種關係的形式、作為將某物包含進關係之中的形式，阿岡本認為我們應該接受儂曦 (Jean-Luc Nancy) 的建議，將其稱之為 **ban** (棄置)：「來自於古老的日耳曼詞彙，其同時意指從社群中排除與主權者的命令與標幟」(HS：28)。因此，在例外狀態中，語言的懸置所產生的便是事物的棄置 (abandonment)。棄置並非全然地拋棄不顧，而是如拉丁語系 (Romance languages) 中所謂的：同時是「受擺佈」(at the mercy of) 與「依照自己的意志，自由地」(at one's own will, freely)、「被排除」與「對所有人任意地開放」(同前：29)。基此，阿岡本說道：「例外是一種排除。被排除於一般規則之外的是一個個案。但是…在其中被排除者並不是…完全與規則無關。相反的，在例外中被排除者以規則之懸置的形式保持著與規則的關係。**規則以不適用、撤離 (withdrawing) 的方式，適用於例外**」(同前：17-18；粗體為原文所強調)。因此，ban (例外) 就是透過不指涉 (不適用) 而指涉 (適用)、排除而包含、撤離而棄置所建立的語言 (法律) 與事物 (事實行為) 最原初的關係。在此，阿岡本提出了一種新的可能的思考方向：「ban 是一般性地指涉某物的純粹形式，這就是說，單純地對於非關係設定關係。在這個意義上，ban 就等同於關係的界限形式 (limit form)。對於 ban 的批判因此必然要針對關係的形式本身進行質疑，並探問是否沒有可能超越關係、因而不透過連結的形式，對政治事實進行思考。」(同前：29)

3. 文法

讓我們再回到我們之前所說的，關於語言透過其懸置而執行的預設：語言透過懸置指稱 (不指稱) 而「指稱」其所預設的非語言 (事物)，亦即，創造而穩固語言與非語言的關係，俾以進行命名與指稱。這個語言所預設的最根本的關係，我們曾稱之為最根本的文法 (語文的律法)。現在讓我們用這個「文法」認識來重新理解法律。一如我們之前所分析的，法規範之極簡形式為：法律事實 + 法律指令 (禁止、誡命、允許...)。就這個形式的兩個部分而言，首先我們可以觀察到：一方面，若是沒有法律指令這個部分，規範就不是規範，而只是事實、只是對於事實行為的描述。另一方面，若是沒有法律事實這個部分，規範就是一個空的規範、一個空的命令，而沒有內容。因此，一個法規範的誕生，必須要同時具備這兩個元素；現在讓我們先從第一個元素——法律事實——談起。

首先一個法學慣用的區分在此呼應了我們之前的論述：單純事實與法律事實的區分。在法律適用的學理中，法適用的第一個步驟就是參照可能適用的法條，從個案單純的事實中抽繹出與該條文相關的法律事實。因此，如前所述，法律的一般適用已經預設了事先存在的單純事實與單純法律（法條），法律事實的抽取因而乃是兩者間相互詮釋的結果。然而，若我們再回到我們當初所提的問題，則更根本的一個問題是：在法規範的產生中，作為其元素之一的「法律事實」如何產生？如何從單純事實中產生？在此法律事實的產生顯然類似於「命名」。法規範如何獲取其內容？其首先必須預設單純的事實行為的存在。如同語言一樣，透過自我懸置，法規範首先呈現為一個「空的規範」（空的名字）而保持與單純事實之間的虛構/潛在關係。阿岡本指出，「法律原初具有一種 *lex talionis*²⁴ (*talio*, 也許是由 *talis* 而來，等同於「事物本身」(the thing itself)) 的形式，意謂著法秩序原本並非只是將自身呈現為制裁違法的事實，而是透過反覆同樣的行為卻不給予任何制裁，亦即，作為一個例外個案，才建構了自身。」(HS:26)²⁵在這裡，透過法之懸置所要試圖達到的正是命名/立法的可能性條件：預設此一法與事實的分離。經由在例外狀態中反覆孤立出同樣的事實，法規範才逐漸獲得了其具體內容——形構出「法律—事實」、空的規範與單純事實之間的對應關係。藉此，法規範的內容（法律事實）才得以形成。阿岡本因此說道：「法律的特殊結構之基礎在於這個人類語言的預設結構。其表示出了包含地排除 (inclusive exclusion) 的連結：一個事物因為在語言之中、因為被命名的事實而從屬於它。說話 [*dire*]，在這個意義上，總是「說法」(*speak the law*) [*ius dicere*]²⁶。」(同前：21)

在討論了法規範的第一個部分——法律事實——之後，現在讓我們來探討第二個部分：法律指令。這第二部分其實才是法律作為語言的一種特殊形式的關鍵所在；或是從另一個角度而言，其顯示出了一種法律性的語言存有模式。首先，讓我們從禁止與誡命這兩種最常見的指令形式來思考。禁止（不得為…）來自於對於現實行為的否定，而誡命（必須為…）則來自於對現實行為的肯定。然而，更進一步來看，無論是禁止或是誡命，其實都是對現實行為的否定。這是因為，在無限變異的人類行為之中，如何可能產生像是規範般的單一行為？這個可能性僅能來自於前述規範與事實分離的可能性，也就是在實然世界之上創造出應然世界。應然行為的存在正來自於其可以獨立於實然行為，不受其影響。阿岡本曾指出：「正如文法，在製造一個沒有指稱 (denotation) 的言說中，從話語中孤立出了某種像是語言的東西；而法律，在懸置個人具體的習俗與慣性中，得以孤立出某種像是規範的東西；因此在各個領域所進行的文明化之漫長工程便在於將人類實踐 (human praxis) 從其具體實行中分離開來，進而創造出由李維史陀 (Lévi-Strauss) 所首先指認出的意指作用 (signification) 相對於指稱作用的盈餘 (excess)。」(SE:37) 因此，我們可以說，「應然」所意謂的正是法律作為一種語言所具有的懸置指稱 (適用) 的能力。透過懸置所做出的與現實行為的區分，應然/規範世界中的行為可以維持自身

²⁴ 如現代英文的 *talion*：同態懲罰法或同態報復法，亦即以牙還牙、以眼還眼的法律。

²⁵ 亦即，法規範作為法事實（殺人）與法效果（償命）之關係（應報）。

²⁶ *ius dicere* 是「提起訴訟」的意思。（參照「羅馬法教研室」網站：<http://romanlaw.cn/sub6.htm>。）

的一致性而不受現實行為之變異性的影響。從這個角度而言，應然之創造乃是人類面對現實無常的「以不變應萬變」，使得身處多變的現實仍能保有相同的期待。然而，這同時意謂著，人類行為無法「如其所是」、「自行其是」，而總是必須面對著應然世界中單一的「應當如是」。在攜帶著懲罰之法律的歷史中，應然所意謂的總是一個「不是」的發落，而在其懸置的潛在狀態中，則是一個「不是」的可能性。面對著事實行為的無窮可能，應然透過一句話確認了其自身無限的存在：可能不是。

這便是阿岡本所指出的罪（guilt）的概念：「這個將生命捕捉進法律的密碼不是制裁（sanction）（其完全不是法律規則所獨有的特質），而是罪（不是在這個概念在刑法中所具有的技術意義，而是在其原初意義上所指的有所虧欠（being-in-debt）：*in culpa esse*），其意謂的，正是那透過排除而被包含的條件，那個與從中被排除的或是無法完全承擔（fully assume）的某物發生關係的條件。罪所指涉的並非違法（transgression），亦即，對於合法與非法的決定，而是純粹的法的力量，法之單純地指涉某物。」（HS：26-27）在這個意義上，罪所指的就是背負於每一個人類行為之上的純粹的應然指令。面對著每一個行為都「可能不是」同一個行為，面對著人類行為永遠存在的變異與偏差的可能性，應然所「虛構」的也正是每一個行為的「可能不是」：可能不是正確的行為。

27

現在讓我們為以上的討論做出暫時的結論。透過從語言到法律的觀察我們可以發現，在正常案件中，審判—法律的適用—預設了事先分別存在的規範與事實，而法的適用便是將兩者關連起來產生出判決。然而在一個更原初的層次，也就是命名/立法的層次，同樣發生的也是事實與規範的分離，只是在這裡的是自我懸置的空的規範，與因此被棄置的單純事實。這一個透過懸置排除出規範之外（事實），而與其保持著這個排除關係的，就是例外狀態。例外狀態因此是法規範能夠獲取內容（立法）、規制現實（適用）的首要條件。在這個意義上，的確如史密特所言：「規則純自例外而生」（Schmitt, 1985: 15）。

法之適用預設著事先分離而獨立存在的規範與事實，而這個「預設」的動作就是宣告例外：懸置法律，分離出不適用的單純規範（例如一部不適用的法典），與單純的事實（例如自然狀態中的單純暴力）。然而，在其作為法秩序之預設的意義上，真正事先存在的不是自然狀態，而是「預設」了自然狀態的法秩序。因此，作為法秩序的預設，

²⁷ 我們可以以此解讀刑法修正前（95年5月17日修正）第16條的規定：「不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節得減輕其刑。如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑。」前段即預設了罪的概念：行為人可以在其不知道違法的情況下被判違法，也就是說對行為人而言，每一個行為都「可能違法」。後段則指出就算行為人自信合法，仍然不代表其無罪。無論是前段還是後段的減免規定所定的都是「得」，也就是說，法官具有裁量權。因此，行為人自身並無法決定其是否有罪。阿岡本亦同樣指出：「這是法理的最終基礎，相異於所有的道德性，基此對於規則的無知並不能免罪。」（HS：27）

該條修正後規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」前後之差異值得進一步討論。

自然狀態總是已經出現在法秩序之中，而其出現的方式—其預設的方式—就是例外狀態。因此我們可以清楚看到，被預設為法秩序之外的自然狀態與單純暴力，其實乃是法秩序透過懸置自身而在其之內製造出的例外狀態與主權暴力。在這個意義上，例外狀態的確是預設出法內與法外、法治狀態與自然狀態、單純規範與單純事實的所在。然而這個「場所」本身卻既不在法內、亦不在法外，而其實是一個無法區分內外的「無所」，因為其出現純粹來自法的懸置，亦即，法的潛在狀態。

現在讓我們來進一步確認兩項結論：首先是關於違法的意義。正常狀態中的違法意謂著透過法律的適用，指認出其所禁止的事實、或是不同於其所誠命的事實。然而如我們之前所說的，規範能夠適用於事實的前提是在例外狀態中透過撤回適用而區分規範與事實，因此無論是規範所禁止或是誠命的事實，首先都在例外狀態中呈現為規範所不適用的事實，亦即不違法也不受制裁的事實。正是透過這個事實的反覆發生而不受制裁，透過不適用而建立自身的普遍效力，規範才能進一步建立起與事實的對應關係，對該事實與以命名與適用。在這個意義上，確實在正常狀態中造成規範之違反的事實，首先乃是在例外狀態中被排除不適用而容任其發生的事實。因此阿岡本說道：「作為一個**預設的例外**而銘刻在所有誠命或禁止某事的規則（例如禁止殺人的規則）中的是單純而不可制裁的犯罪行為（pure and unsanctionable figure of the offence），其在正常情況中導致了規則自身的違反（在同一個例子中，例外狀態中的殺人行為則不是自然暴力而是主權暴力）。」（HS：21；粗體為筆者所加）

其次是關於主權決斷的意義。史密特所標舉的主權者對於例外狀態的決斷，其實就是懸置法律的決斷。透過這個決斷，規範與事實在例外狀態中被分離開來，主權者才能夠一方面保持規範的一般效力不受個別事實的影響，一方面不受規範限制地處置個別事實。正是決斷例外與在例外中決斷、懸置規範與不受限制地採取事實上行動，主權者開啓了並確保了在正常狀態中規範與事實得以相互對應的空間——立法與裁判的空間。因此，只有在例外狀態之中，我們才能追溯進行法內與法外、規範與事實、法治與自然之區分主權決斷。然而，如阿岡本所指出的，例外狀態與主權決斷本身卻是一個無法區分的所在，而構成各種區分相互過渡的門檻。因此阿岡本認為：「主權的決斷追溯並一次次地更新這個外與內、排除與包含、*nomos* 與 *physis* 間無法區分的門檻，在其中生命被原初地除外於（excepted）法律之中。它的決斷之所在乃是一個無可決斷（its decision is the position of an undecidable）。」（HS：27）