

# 在瘟疫中思索自由

李建良\*

It is as reasonable to represent one kind of imprisonment by another as it is to represent anything that really exists by that which exists not.

— Daniel Defoe, *Robinson Crusoe*

What seemed to be love for liberty turns out to be mere hatred of a despot.

— Alexis de Tocqueville, *The Old Regime and the Revolution*

## 一、疫情社會的自由公民

2020 年 1 月 9 日，WHO（世界衛生組織）通告：中國發生疑似流感，武漢已有群聚肺炎感染案例；同年 2 月 11 日，中國武漢爆發的新型冠狀病毒疾病，被 WHO 正式命名為 COVID-19；同年 3 月 11 日，WHO 宣布此次疫情已然是 Pandemic（全球大流行）。

疫情爆發以來，防疫措施接連實施，法律爭議問題不斷，諸如邊境出入管制、醫療人員禁止出國、營業場所暫停營業、公共場所強令戴口罩等等。防疫急如戰役，緊急仍應有法，*necessitas habet legem*，即令例外之法，亦須觀照現行法秩序，依循一般法原則，務實辯難。

在西方民主憲政的歷史進程中，*civil society* 經常被視為民主制度的社會條件之一，至今猶然。往昔公民社會是威權國家的相對概念，用來表徵對舊時代束縛的擺脫，「舊制度」往往是「大革命」的成因與動力，有史為鑑。在衝撞權力過程中形成的「公民」圖像，具有除魅、啟蒙、解放的社會作用，進而造就出以自由平等為核心價值的法治社會，儘管程度有別。

托克維爾在《舊制度與大革命》一書中提醒：人們眷戀自由，源於自由本身的魅力，與自由帶來的好處無關；愛好無拘無束地說話、行動、呼吸的愉悅；想在自由中尋找自由以外東西的人，就只配被奴役。

---

\* 中央研究院法律學研究所特聘研究員兼所長、科技部人文司法律學門召集人

當威權體制崩解後，公民社會的問題是：在自由的社會中思考自由的課題？熱愛自由本身，與因為痛恨被主宰而爭取自由，是不一樣的。如果自由的意義不會只在撞擊權力體制，與國家處於敵對的狀態，更在於不假外求、本乎諸己的自由自在，那麼「自由公民」的意義是否必須重新被定義、被詮釋？自由社會的前提條件與代價又是什麼？

當「大流行」成就「新正常」，是否同時以新的政治秩序取代了「舊法秩序」？人們自願或被動地進入「封鎖」狀態，真正存在的「閉鎖空間」或面對的「困局」是什麼？在哪裡？

## 二、免於被保護的自由

我們經常宣稱人生而自由，擁有不受拘束的自由，但自由的前提是人必須能夠自己行使、運用自由，卻不是自明之理。當瘟疫在公民社會蔓延時，面對種種的防疫措施，「自由公民」要如何面對、自處？是否享有「免於被保護的自由」？又如何行動？

人是否生而自由平等，有待驗證；民主法治非天賦人權，需要奮鬥。人類歷史從專制而民主，專制君主獨攬的統治權轉移到了人民手上，接續的是另一專制政體，還是脫胎換骨的自由社會？徵之臺灣，起自一九九〇年代寧靜革命帶動的憲政改革，人民是否視自由為一種極為珍貴、無可取代的幸福？還是依舊懷念、寄望被民主轉型的國家體制？

公民社會的觀念提出與具體形成，除了擺脫來自國家的掌控，帶有反威權、反教條、反特權的精神意向外，更寓含滌除由上而下的父權思想。所謂的「父權」，其實是將人民理所當然地視為弱者、被動需要被保護。於是乎，國家可以假「保護」之名粉飾公權力的無理，用集體思維合理化不該存在的不平等，或者掩蓋公權力的無能或失靈。

自由的民主法治國，需要由自由的人民自發建制。人民既要國家確保自由的條件，又不宜讓國家過度超載、介入過甚。國家提供人民的給付或保護，在於填補「自助」與「他助」之間可能存在的空隙。相對來說，如果人民動輒召喚公權力，仰賴國家的保護，不是自己把自由交付出去，就是任由國家拿走手上的自由，生怕稍有反抗就得不到保護或好處，結果等於是放棄了自由，不單民主法治國的自由圖像很難打造，連帶可能為專制政權的復返鋪橋造路。

疫情社會無疑進入某種「禁閉」的氛圍，自由公民心目中真實存在的「自由空間」是什麼？物理或精神上的空間？或反抗、逃避或視而不見，或穿越時間和

空間的藩籬？面對疫情，歷史經驗告訴人們，瘟疫「不可能不再發生」，但至少可以在醫療技術、衛生設備等科學範疇，不斷進步，力求更好。反觀疫情幾番洗禮下的法律與政治制度，人民是越來越自由、越來越民主？或者剛好相反？

### 三、數位足跡的人格圖像

臺灣防疫有成，少不了數位技術的動員，傳染病的通報、預防、研判、合作、監控，無一不是透過對人民數位足跡的掌控。舉例來說：使用數位足跡進行疫調，並發送細胞簡訊；在鑽石公主號案、敦陸磐石艦案、清明連假 11 熱點的警示簡訊、1968 APP 人潮熱點報你知等等；還有為有效遏阻居家隔離及檢疫者在外趴趴走，透過電子圍籬防疫追蹤系統，以手機定位追蹤居家檢疫者或隔離者……。

如果沒有數位技術，很難想像防疫體系還能運作如此順遂！在疫情當口的同時，數位技術與用途不斷加碼升級，也就順理成章。只是有朝一日，疫情趨緩、相關防疫措施逐步鬆綁、解封之際，這些資料是否或已經被「目的外利用」？

我視謀猶，伊於胡底！透過各式手機與足跡「剖繪」而成的人格圖像和數位監控的元素，一至於斯？讓人想起 1969 年德國聯邦憲法法院在裁判中提出的警示（早於著名的「人口普查案」）：政府蒐集所得的資料，如果可以串聯政府部門的資料，人性尊嚴的不可侵犯性，勢將被動搖。特別是透過個人各種資料的串聯，如果足以使個人的人格形象被鉅細靡遺地數位化，讓人民的圖像可以透過數據資料而被精準捕捉，人性尊嚴無異將受到侵犯而構成違憲。

面對公權力對自由的限制，集體事不關己的冷漠，足以招致邪惡的蔓延，史跡昭彰，班班可考；疫情蔓延中，面對個資的侵犯，一己無關痛癢的無感，足以聚集串聯而成燎原之勢，史無前例，隱然欲發。人格的全數位化有無極限？底線何在？端視吾國吾民是否體認尊嚴不在、自由無以附焉的道理，進而構築起不可侵犯、無可退讓的尊嚴防線！

### 四、生命共同體的免疫系統

有人，就有社會；有社會，就有法，意味了人群之聚，發乎人性，生命之為共同體，亦出乎人性；然法存乎於社會之始，意味了「法律共同體」，自古而然，問題只在，何謂「法」？決諸一人，或眾人共決？在人類歷史的長河中，民

主理念的具體實踐，相對少數，及至當代，縱有選舉的民主形式表徵，國家是否由人民真正的自由作主，仍然是一個巨大的問號。儘管如此，民主仍是普遍的最大公約數、「沒有更好」的最壞制度！

民主的基礎是自由，自由的保障有賴法治，法治又是民主的實踐型態，但法治、民主、自由之間未必形成良性的互動關聯。制度來自人，自由的載體也是人，如果人是脆弱的、有其幽暗的一面，自由的民主法治如何成就？法的理性建立在客觀的事實基礎上，在瘟疫蔓延時，當事實基礎不在或未知，需靠人之「主觀理性」時，自由的民主法治所能依賴的只有真正熱愛自由的人民。

## 參考文獻

- 李建良 (2014)。〈我的公法探索與困思〉，《人文與社會科學簡訊》15 卷 3 期 (2014 年 6 月)，頁 100-103。
- 李建良 (2014)。〈法治、民主、責任——自由人的條件與代價〉，《知識饗宴》系列 10 (2014 年 11 月)，頁 199-220。
- 蔡宗珍 (2017)。〈消費者保護或父權宰制？——從台北高等行政法院 102 年度訴字第 745 號判決談起〉，李建良編譯，《人民與國家關係的變遷》，頁 199-247，臺北：元照出版。
- Alexis de Tocqueville, tr. by John Bonner. (1856). *How the French Sought Reforms Before Liberties, In The Old Regime and the Revolution*. New York: Harper & Brothers, Electronic reproduction. Alexandria, VA: Alexander Street Press, 2006.