

疫情监控：一个比较法 社会学的分析

季卫东*

摘要 从风险社会、监视社会以及衰退社会这三种视角考察和比较新冠病毒传染病防控的不同模式，可以聚焦疫情防控社会结构、个人权利保障、风险沟通以及问责机制等关键性问题。以这次疫情为契机，数字化信息技术得以更广泛运用，智慧网络平台进一步扩展，这将使经济关系与法律秩序的存在方式发生某种质变，从边沁—福柯的“一览式监视塔”到由各个智能机构构成的“视线陷阱”。可以说，围绕隐私和自由，政府与社会之间正在展开一场相互透明化的博弈。国家的治理将不仅基于个人的行动方式，而且在相当程度上深入到体征计量，提前到动机预测，并对日常活动进行跟踪式流程管理。这种无所不在的社会监控，对以隐私和个体自由为基本特征的现代权利体系构成严峻挑战。无论进行何种价值判断，这都意味着法治的范式正在悄然发生深刻的转变甚至革命。为此，法学研究和思考的重心也将从规范移动到事实、从逻辑演绎移动到经验归纳，促使法社会学进入一个新阶段。

关键词 疫情监控 风险沟通 治理的三难困境 监视文化 法学范式创新

导言

2020年1月下旬暴发的新冠疫情，给中国乃至全球带来巨大冲击，这是把金融市场恐怖指数推到空前高度的一场巨大灾祸，这是与隐形敌人进行肉搏的一场战争，这是人类历史的一个重要转折点，这也是各国治理方式的同台竞赛，是数字化时代制度创新的对比实验。疫情防控并不限于法律框架内的一系列公共卫生危机应对措施，而是涉及到法律与社会的互动，因而

* 上海交通大学文科资深教授、中国法与社会研究院院长。本文系上海交通大学双一流建设项目“中美新型大国关系与日本因素”以及凯原法学院高峰计划“法与风险社会”的阶段研究成果。

对它的评价标准绝不限于传染病防治法或者突发事件应对法的讨论。透过新冠疫情的防控走向,可以观察到医疗、经济、政治、外交、舆情的连锁反应和各种要素的不同组合方式,还可以发现社会结构的问题和政策失误。

在这里,我的问题意识很直接:新冠病毒从盖然性风险转变为现实存在的惨烈危害,进而可能导致经济深度衰退,在这个过程中,社会监控机制究竟是如何运作的?与之相关的还有:各职能部门对各自注意义务的履行以及来自外部的问责机制是否落实?因为根据《中华人民共和国宪法》第21条,发展医疗和公共卫生事业、保护人民健康是国家的一项基本职责,为此制定了《基本医疗卫生与健康促进法》《公共卫生法》《国境卫生检疫法》《传染病防治法》《突发事件应对法》《药品管理法》《突发公共卫生事件应急条例》等等。所以,需要对规范及其执行情况进行比较分析,需要考察和论述法制与社会之间的互动关系。本文将从比较法社会学的视角来审视疫情监控这个最基本的问题,从中发现和解读制度变迁的深层奥秘。

一、疫情背景下国家治理的风险敞口

一般而言,风险是指按某种概率发生的、可以计算的危害。在这里,人们往往把小概率事件比喻为黑天鹅,大概率事件比喻为灰犀牛,要求根据可预见性的程度履行相应的注意义务。作为风险的危害与偶然发生的纯粹自然灾害不同,或多或少存在这样或者那样人为因素的作用。为了进行区别,德国社会理论家尼克拉斯·卢曼把起源于环境的盖然损失称为“危险”,把受人因素影响的盖然损失称为“风险”。〔1〕 传染病疫情的发生当然算是一种风险,但同时又包含一些特殊因素。例如病毒起源于环境,也属于一种自然现象。但病毒侵入人类肌体需要借助中间宿主的媒介作用,可能与人为因素发生交叉和互动。另外,新冠病毒似乎非常狡猾、非常顽固——潜伏期非常长、没有症状也可以传染、治愈后还再次感染。这些因素都是出乎专家以及公众事先意料之外的,给风险认知和防疫带来了很大困难。新冠病毒潜伏时间很长,有可能造成集体感染的突然暴发,病状出现后也会急转直下地恶化甚至导致突然死亡,因而很容易造成社会恐慌,还可能形成各种各样、深远莫测的相互作用的连锁反应,例如抢购手纸、囤积粮食、紧急出国潮、产业链断裂、股市暴跌以及高度政治化的国际侵权诉讼和索赔风波。这些现象有的是完全不确定的、瞬息万变,不可能进行概率论上的计算,令人防不胜防。总之,危险、风险、“预料外”以及“完全不确定性”,这是四种完全不同却密切相关的概念。〔2〕

在传统社会,小国寡民的状态使病毒产生影响的范围很有限,即便演化成疫情也被当作地

〔1〕 ニクラス・ルーマン(尼克拉斯·卢曼):《リスクの社会学》,小松丈晃訳,新泉社2014年版,第38页。关于卢曼理论在危险、风险以及危机管理方面的应用,还可以参见土方透=アルミン・ナセヒ:《リスク——制御のパラドックス》,新泉社2002年版;另参见季卫东、程金华主编:《风险法学的探索——聚焦问责的互动关系》,上海三联书店2018年版。

〔2〕 竹村和久:《行動意思決定論——経済行動の心理学》,日本评论社2009年版。参照;マックス・バーザマン,ドン・ムーア:《行動意思決定論——偏見の落とし穴》,長瀬勝彦訳,白桃書房2011年版,参照;植村修一:《リスク、不確実性および想定外》,日本经济新闻出版社2012年版,参照。

方性风土病,或者在传染达到一定规模后自然消失或者产生“群体免疫力”(herd immunity)。但是,现代产业、科技以及交通的发达,使得人类对自然的征服能力和干预程度日益加强,也为病毒侵入和传染创造了各种各样的人为条件。特别是全球化打破了地区和国家的樊篱,导致病毒疫情非常容易达到世界大流行病(world pandemic)的规模。^{〔3〕}在这个意义上,新冠疫情归根结底还是属于风险的范畴。按照前述的概念界定,风险导致的实际损失存在某种人为的因果关系,或多或少包含人祸的成分。有的是没有充分履行注意义务,预防措施不够。有的是没有及时预警、补救以及控制,应对措施不当。有的是有意或无意放纵不良后果蔓延,导致危害变得更加严重。这就势必涉及决策对错以及相应的问责。^{〔4〕}不言而喻,没有切实的问责机制,大规模传染病的风险防范就是一句空话。换言之,从风险社会的视角考察疫情监控,问责是一个关键。

审视这三个多月来的各种相关现象,可以发现新冠疫情其实包含了四个不同的层面,即危险、风险、预料外及完全不确定性。但其中最重要、最根本的还是风险以及风险与预料外、完全不确定性等因素之间的张力。正是风险与所谓“预料外”“完全不确定性”的交错和互动,增大了疫情监控中的决策风险,同时也使问责变得非常复杂。何况风险是以某种概率转变为现实危害的,有可能发生,也可能不发生,这就给风险防范带来难度。在社会、特别是一些官员“报喜不报忧”的心理偏好影响下,风险提示反而很容易引起“乌鸦嘴”之讥,甚至被当作“负能量”受到指责和压制。而且,就算发出风险预警,但如果危害却并没有发生,引起所谓“风评被害”甚至社会恐慌、混乱,就会招致抱怨,导致报警者的信任度下降,甚至可能因此受到惩戒。这些都会抑制风险意识,妨碍预警机制发挥应有的功能。显然,没有充分的风险意识,就很难预防或者减少现实生活中的灾难。

但风险意识也会因为视角和立场而产生差异。因为,可能发生的危害对不同人群的影响是不同的。对政府而言,为预防传染病暴发而采取应对举措的费用具有确定性,但因此能带来什么收益却是不确定的,此种利益计算很容易抑制采取预防措施的积极性。尤其是,新冠疫情

〔3〕 美国在1988年就制定了应对公共卫生紧急状态的斯塔佛德法(The Stafford Disaster Relief and Emergency Assitant Act of 1988, 42 U.S.C. § 5121 (amended the Disaster Relief Act of 1974))。从2000年开始,以公共卫生威胁和紧急状态法(The Public Health Threats and Emergencies Act of 2000, Pub.L.No.106-505)的颁布为标志,美国针对世界大流行病的应对立法开始加速。例如2002年制定了公共卫生安全以及生物恐怖活动预防对策法(The Public Health Security and Bioterrorism Preparedness and Response Act of 2002, Pub.L.No.107-188)、2004年制定了旨在支援生物防护装备和医药品厂商的生物防护项目法(The Project Bio Shield Act of 2004, Pub.L.No.108-276)、2006年制定了世界大流行病以及所有危害预防法(The Pandemic and All-Hazards Preparedness Act of 2006, Pub.L.No.109-417)——该法把公共卫生的监控信息以及疫苗信息进行全国联网,大幅度提高了应急响应的效率。

〔4〕 See Anthony Giddens, “Risk and Responsibility”, *Modern Law Review*, Vol. 62, No.1, 1999, pp. 1-10.

的有效防控途径是扩大社交距离,^{〔5〕}因此限制可能感染者活动范围的检疫(quarantine)、把感染者禁闭在一定空间的隔绝(isolation)^{〔6〕}以及城市封锁(lockdown)一般被认为是有效的措施,但这些措施对经济运行势必产生非常大的限制和打击。决策者在顾忌经济负面效应的情况下,很容易对宣布防疫紧急状态产生犹豫。不言而喻,在这里决策者应该奉行最大风险的最小化原则,即防止出现最糟糕的结局。值得注意的是,在风险认识和评估方面,领导和专家也许看到的只是比率和数字,但普通民众看到的却是可怕的现象,是血淋淋的伤口,是人世间的生离死别。这次新冠疫情发生后有一句流行语,说“时代的一粒灰,落在个人头上就是一座山”,^{〔7〕}形象地揭示了人们风险意识的差异——至少在决策者与受决策影响者之间,存在不同的风险认知。如果公众传媒或者自媒体对风险发生概率或实际危险的认知具有不均等性、不对称性,就很容易造成对特定现象的“主观危险先行”和“感情歇斯底里”,^{〔8〕}也很容易出现舆情的“群体分极化”现象、撕裂社会共识。这种状况说明在巨大的、令人恐怖的灾害发生后充分进行风险沟通的必要性,也说明就风险意识达成共识的困难。

另外,风险本身还可以分为不同的级别,相应地,监控举措也应该有所区别。如果对较小的风险采取非常严重的防范手段,可能会导致治理成本增大;反之,如果对较大的风险采取轻描淡写的应对措施,又可能小病酿成大灾,使本可以避免的损失成为事实。在这样的背景下,我们应该把风险意识、风险评估、以及与危害程度成比例的预防措施内嵌到决策过程之中,但如何把握适当的平衡度却始终是国家治理的一大难题。在这里可以说决策有风险,执政需谨慎。换个角度来看,错误决策带来的危害会降临到那些受决策影响的人们头上,而他们是无辜的受害者。用网络流行语来说,就是躺着中枪。既然普通民众会因为错误决策无辜受害,他们当然会感到不满甚至愤慨。为了平息民众的不满,为了让决策者更慎重,就必须加强对相关决策者和政府职能部门的问责机制。

实际上,随着新冠疫情在全世界大流行,各国政府都面临国家治理上的“三难困境”(trilemma),即:①身置“预料外”“完全不确定性”与“风险”等不同因素相交织的情境里,对疫情的监控不得不临机应变,不得不更多地依赖决断,但当局者却又往往很难做出决断;②为了确保对不确定性进行有序控制,不得不进一步加强责任制,但复杂的因果关系以及官僚机构常见的推卸责任行为却经常造成无从问责,甚至无人负责的结局;③通过独任制等方式集中权力、明

〔5〕 这是日本政府新冠病毒疫情防控专家会议副主席尾身茂教授首先提出的主张。厚生劳动省下设的集体感染对策组在2020年4月9日明确这个数值是宣布紧急状态试图达成的具体目标。另外,关于接触的定义是人与人之间保持一米左右的距离持续15分钟。据NHK“新型冠状病毒特设网站”的实时报道。

〔6〕 关于隔离和隔绝的概念区别,参见Miquel Porta (ed.), *A Dictionary of Epidemiology* (6th ed.), New York: Oxford University Press, 2014的相关词条说明。

〔7〕 方方:“这只是我的个人表达”,《扬子江评论》2014年第3期,第22—25页。

〔8〕 参见孙斯坦在《恐怖的规律》中关于对概率忽视的论证。キャス・サンスティーン:《恐怖の法則——予防原則を超えて》,角松生史、内野美穂監訳,劲草书房2015年版,第51—53页,参照。

确责任的尝试却又很容易导致风险的聚合、增幅,诱发在专业性判断方面的重大失误,甚至可能诱发政权或者体制的危机。^[9]特别是新冠疫情的防控导致很多国家宣布紧急状态,自由权与生存权之间的冲突以及强制措施的正当性问题更容易凸显出来,加剧了上述三难困境,甚至有可能在政治和法律领域也形成所谓无解的三元悖论(the impossible trinity)。

在大多数场合,现代国家对风险的处理方式是将其从政治系统引渡到法律系统,转换成可以用合法与违法的二元化编码进行简化处理并追究责任的技术操作事项,进而以法律系统为媒介引渡到经济系统,转换成税费、补贴、损害赔偿以及保险金等财产关系的不同组合。^[10]在新冠疫情期间,美国、英国、德国、法国、日本都是这么做的,在前一阶段这些国家的领导人都讨论宣告紧急事态的程序以及行政首长的权限,后来又纷纷推出大规模紧急对策预算、宣布支付企业和公民的抗疫补贴,就是例证。毫无疑问,法律系统的风险防控也会深刻影响政治系统和经济系统的动态。例如保险制度导致过失责任原则的衰退,确立无过失责任、分摊损失以及用税金填补金融机构等解决问题的方式,进而影响民间企业和地方政府提供服务的种类和项目,影响承诺的现实履行程度,甚至引起普通公民的诉讼以及抗议。^[11]因此,关于政治系统的风险转换、应对风险的组织系统的结构和功能、风险与社会运动等课题也值得法社会学进一步探讨。

如果说大多数发达国家的风险管理方式是把政治系统的风险引渡到法律系统,进而以法律系统为媒介再引渡到经济系统,那么中国的实际情况却大异其趣,甚至反其道而行之。这种特殊做法也许是因为缺乏能够进行这种风险转换的制度条件,例如疾控中心只是纯粹的调查、研究、监测、评价、咨询机构,没有任何实质性的权力,连发布疫情信息的权限也没有,这很容易贻误防控时机,加剧在公共卫生和疾病防控方面决策的非专业性以及政治化色彩。另外,也许是因为缺乏适当处理决策风险的思想 and 经验。例如武汉市疫情防控早期显现了地方官僚机构在风险管理方面的经验不足,并且可以发现一种隐含的政治化风险引渡:从医用口罩和防护服的分配、捐赠物品的处理、到抗疫津贴的发放,再到相关部门负责人推卸责任,其间跳过了法律系统的处理过程,直接进入庆功、表彰、炫耀乃至对伤痕文学的批判,各种互动隐含了法律问题的政治化处理色彩,这样就在不经意间使各种社会风险汇集到政治场域。在全球化的状态下,这种政治化博弈可能不仅仅限于国内,还可能涉及或者刺激国际政治博弈,^[12]大幅度增加后

[9] 参见季卫东:“决策风险、问责以及法律沟通”,《政法论丛》2016年第6期,第3页。

[10] 卢曼,见前注[1],第191页。参见韩长印、许多奇主编:《公司经营风险的商法回应》,上海三联书店2018年版。

[11] 参见(英)珍妮·斯蒂尔:《风险与法律理论》,韩永强译,中国政法大学出版社2012年版,第1-245页。

[12] 参见徐冬根、薛桂芳主编:《国际法律秩序的不确定性与风险》,上海三联书店2018年版;步荣根(Stephen J. Brogan):《新冠疫情引发的诉讼风险观察》,载微信公众号“法治与发展研究院”,2020年4月25日上传。

续决策和应对的风险。

总之,以新冠病毒疫情的监控为背景,充分注意决策的风险性,充分认识到决策者的风险意识与普通民众的风险意识的差异性,加强风险沟通以消除视觉上的盲点并增进相互理解,非常必要。必须针对决策的风险性而加强对决策者的问责,但同时也应该注重把政治系统的风险引渡到法律系统以及经济系统,及时化解社会矛盾、避免出现国家秩序正当性危机。我认为,这就是站在法社会学的立场提出的关于国家治理风险敞口的认识以及对决策者未尽充分注意义务职责进行问责的基本分析框架。

二、从风险社会的角度考察新冠病毒监控的三种模式

一般而言,新冠疫情监控的基本难点有两个:一是这种病毒非常诡异,时隐时现,反复发作,还会造成难以发现起源的传染集群。因此疫情很可能在传染悄然扩大到某个临界点突然导致患者的暴发式增长,造成医疗系统短期内不堪重负而崩溃,增强重症化程度和死亡率。另一个就是控制新冠疫情的有效方式是隔离、隔绝以及封锁,在这种状况下很难兼顾疫情监控与生产、生活之间的适当平衡。如何维护经济和社会生活的正常运转,避免自我围城的举措造成一些不可逆的后果,或者避免防疫成本太高、过分消耗国力,就成为疫情期间国家治理的关键。各国的社会实情和医疗基础设施不同,采取的应对举措势必产生差异,但也可以发现一些足以进行类型化的共性。从各国对新冠疫情监控的实践可以发现,主要存在三种反应模式。

第一种是中国模式,侧重事中事后的总体动员或危机管理中的政治动员。虽然相关的法律制度是强调预防、应急准备、监测以及预警机制的,然而“重医疗、轻预防”是中国公共卫生领域长期存在的一种倾向。^[13]在一定意义上,虽然我国存在比较成体系的公共卫生法律规则体系,但这些法律规则的落实存在不少短板,限制了对传染病和其他突发公共卫生事件进行有效的事前监控和预警的能力。在这种状况下,对疫情风险的监控主要采用“内部视角”,通过内部的信息报告和交流,但官僚体系层级制的结构特征,容易导致信息传递中的信息失真、被截留、甚至被扭曲等情形,因此难免出现这样或那样的信息和认识上的盲点。

不言而喻,为了有效进行疫情监控,社会及时获得各种相关疫情信息是最基本的前提条件。即便信息披露可能引发社会恐慌心理,也应该及时通过发布官方和专家的准确信息进行引导,而不能截断关于病例的各种信息渠道、使社会预警机制失效。实际上,无论体制和文化传统有什么样的不同,越是难以防范的风险,越是诡异的病毒,越是烈性的传染病,就越需要民众履行注意义务,也越应该及时公布相关信息和必要的防控知识。但是,中国传统的制度设计思路特别强调秩序和稳定,对秩序和稳定的过度偏好在不经意间把非常状态变成了日常状态,

[13] 参见王绍光:“中国公共卫生的危机与转机”,《比较》第七辑,中信出版社2003年版,第52—88页,特别是关于“‘重医疗、轻预防’;卫生防疫系统不堪一击”的分析。

使决策者、管理者享有很大的裁量权和强制权。这样做的好处是便于在不确定的形势下临机应变,但与此同时也就难以分散决策的风险。因为过于集中的权力意味着相应的巨大责任,增大了决策的风险,一旦决策发生错误也难以及时纠偏。在这种状况下,无论是谁,无论是有意识还是无意识,都会要求决策必须确保正确,只有在这样的前提下才能充分发挥高度集权的体制优势,这就势必导致决定论的思维方式。风险是概率论的,如果应对举措是决定论的,两者之间的张力将极大。以此为背景,决策者必须高度重视专家的意见、充分考虑各种选项,必须最大限度重视信息的反馈,否则可有可无的风险就很容易变成不折不扣的实际危害。

的确,重要的风险和灾难都有可能在社会中引起不安、产生谣言、导致跟风行动。这种不安的言行通过网络舆论放大后容易造成集体性恐慌,这是多元化的高风险社会特别需要防止的。^[14]但是,如果因此而对不同的信息竞争进行抑制,就会导致信息渠道的堵塞,也会抑制基于专业知识的风险沟通。若基于专业知识的风险沟通受到抑制,等于把疫情监控的决策变成了单纯的行政和政治判断,这将大大提高决策的风险度和监控失误的概率。何况,要防止谣言流布、避免恐慌蔓延,最有效的方式是及时发布正确的信息、提供精准的知识,政府及时发布安民告示、宣传相应的对策和注意事项,只有这样才能稳定人心,形成群策群力监控疫情的局面。

专家的专业知识与职业伦理相结合,可以形成非常稀缺的信任资源,这种信任产生权威,使决策过程能够嵌入反思理性或者反馈机制,所以围绕决策进行风险沟通的负担可以大幅度减轻。正如安东尼·吉登斯所指出的那样,为了通过信任减轻风险沟通的负担,人们要求专家系统提供双重保证:既有特定的专业人士在品行方面的可靠性,又有非专业人士所无法知晓的知识和技能的准确性。^[15]他还指出,关于安全的体验通常建立在信任与可以接受的风险之间的平衡之上。^[16]如果不借助专家系统,或者专家系统缺乏社会的信任以及必要的权威性,这种微妙的平衡就会被打破,风险的可接受度就会降低,来自受决策影响的那些民众的抗议也就会增多。当然,抗议运动也是一种沟通方式,是公然向他人追究过错和责任的过激化风险沟通。^[17]如果想要避免风险沟通的过激化,避免层出不穷的抗议运动,那就必须充分发挥专家以及法律制度的作用,并且加强决策的民主参与程序。

尽管地方政府在疫情出现的初期存在失误,未能有效监控和控制新冠疫情暴发,但当中央政府介入后断然采取的一系列措施,比如果断发布武汉封城命令,调动全国各地的资源来集中抗击疫情,进行广泛的政府和社会动员等应对举措和社会民众的行动,可歌可泣、可圈可点。中国在应急响应方面展示的那种令人震撼的强大动员力、高效执行力、医疗团队的献身精神以及民众的团结互助和服从性都值得给予高度评价。当然,也还存在高成本和可持续性之类的

[14] 参见沈伟、侯利阳主编:《多元化社会的风险治理——交叉视角研究》,上海三联书店2018年版。

[15] (英)安东尼·吉登斯:《现代性的后果》,田禾译,译林出版社2011年版,第74页。

[16] 同上注,第31页。

[17] 卢曼,见前注[1],第148—152页。

问题有待进一步的检验和推敲。中国在疫情遏制方面有力而高效的表现,势必影响国内外对危机管理的认识,从而在抗灾模式、组织学乃至制度设计思路等方面引起一些微妙的变化,对后疫情时代的国家治理体系也将产生深远的影响。

第二种是美国模式。按照自由主义理念以及医疗保险制度,美国政府在传染病的预防举措方面着力并不太多,主要侧重事后减少受害,并且特别强调借助科学研究和设备的优势加快检测技术和疫苗的开发。英国、德国、法国、西班牙、意大利等欧洲大多数国家也基本上采取这个模式,尽管还是各有不同特色。在这些欧美国家,信息公开原则和民主投票程序,使公民们在享有一定的选择自由的同时,也必须对选择的后果自负其责。如果公民想要政府提供更多福利,就必须缴纳更多的税金;如果想获得更好的医疗护理待遇,就必须支付更多的保险费。选择自由,责任自负,所以决策的风险相对是可以分散、可以转移的。即使政府政策和举措有失误,会引起严厉的批评,会导致选票流失,但不太容易引起体制危机。因此,在决策失误造成损害的情况下,有些政客首先倾向于转移或推卸个人责任,然后再通过减少损害的方式重新争取信任和支持。

实际上,欧美各国一直按照大流感应对方式来处理这场席卷全球的传染病,这既有专业认知上的路径依赖,也有有限政府固有的运行惯性,还有维持经济和社会常态的政策指向。但这种做法很难遏制这次传染力极强的疫情,会贻误防控的时机,在生命和财产等方面造成严重的损失。正因为公民在很大程度上必须自负其责,所以如果政府要改变他们的自由行为方式,需要确保相关信息透明化,让公民知道风险发生的可能性和后果的严重性。英国首相鲍里斯·约翰逊正是通过让民众准备承担巨大风险的方式达到了类似发布封锁命令的效果,尽管他那种无为而治的“群体免疫”主张饱受指责和嘲弄。但是,当疫情发展到暴发阶段时,个人和地区各自为政的方式就会暴露很大的局限性,需要国家出面采取强有力的统一举措,把社会从日常状态转变为非常状态。然而代议民主制下的政府、特别是联邦政府在采取应急举措上往往受到诸多限制,也很难使用霹雳手段迅即改变公民的行为,除非行政首长获得议会在宣布紧急状态方面的授权。一旦出现非常严重的情势,美国的做法是立即从平时体制转入战时体制、允许战时总统享有非常强大的集中的权限。特朗普在2020年3月13日宣布进入国家紧急状态,自称“战时总统”,封锁城市、颁布居家令、拨款500亿美元支持各州防御、发放100万支试剂盒、推出2.2万亿美元的联邦社会救助计划,等等。^[18]到4月11日,特朗普宣布批准怀俄明州进入重大灾难状态,至此美国50个州全部同时进入重大灾难状态,史无前例。^[19]这种军事色彩很浓的、雷厉风行的权力会得到民众的喝彩,可能将收到挽狂澜于既倒的成效,但也有

[18] See Elizabeth Goitein and Andrew Boyle: “Trump Has Emergency Powers We Aren’t Allowed to Know About”, *The New York Times*, 10 April 2020.

[19] 参见《史无前例! 美国50个州和海外领地全部进入“重大灾难状态”》,载凤凰网, <https://mil.ifeng.com/c/7vdDuD4inAG>,最后访问日期:2020年5月18日。

可能被总统及其行政团队滥用、被选票需求绑架,甚至冲击现有的国际关系格局。

第三种是日本模式,下文详述并展开分析。

三、围绕疫情监控的法与社会互动——以日本经验为例

与中国模式、美国模式不同,日本模式侧重事先预防为主疫情防控。韩国、新加坡以及我国的台湾和香港也都采取类似做法。首先,基本上也是按照流感应对方法,维持正常的经济运行状态和社会秩序,但与此同时更重视研究制定各种预案并进行相应的精细准备。其次,是采取查明和遏制传染集群、安排疑似者居家隔离、对患者进行分级诊疗等相对低成本的方法,侧重防止在医院内部助长交叉感染的情形,竭力避免患者拥堵造成的医疗资源挤兑和系统崩溃。再次,通过限制或取消大型群聚活动及其他有针对性的举措改变市民的行为方式,尽量抑制传染的速度和规模。最后,在不得已的状况下宣布紧急状态,解决医疗系统的困境,但不采取封城、闭户、全行业休克的强制性措施。韩国虽然因为新天地教会在大邱造成的大规模集体传染一度告急,但也没有进行大规模封城,而是通过大规模而高效的检测、排查、分类诊治等措施控制住了疫情蔓延。

日本等国尽量坚持流感应对法,其防疫学理论以及诊疗实践的理论根据如下:①虽然新冠病毒传染力极强,但根据 WHO 公布的 2020 年 2 月 20 日中国统计数据,其中轻症患者占 80.9% 的绝大多数,重症患者占 13.8%,病危患者占 6.1%;重症患者的康复率在 46.4%,治愈出院者占 26.4%,因此平均致死率为 3—4% 左右,武汉之外的其他地区的平均致死率只有 0.7%,并不比流感的威力大多少,远低于 SARS 的 9.6% 致死率。②无症状病毒携带者占一半以上、患者潜伏期较长的特殊情形会给隔离防疫带来困难,也给排查带来困难,从而使大张旗鼓的防疫措施效果很有限,也就是说新冠疫情的特殊性是防不胜防。③现有的 RT-PCR 检测手段准确度不太高,因此检测不应该针对所有健康人,这样成本太高昂也无法做到,因此只能聚焦重点人群的监控和治疗。④在相对开放的环境里,无症状者、占感染者绝大多数的轻症者以及大约半数的重症者在治愈后当会获得抗体免疫力。^[20] 但是,这次新冠病毒感染力极强、不断发生突变、具有许多未知属性的事实逐渐明朗化之后,有些专家后来也改变了单纯视之为大流感的意见。

在疫情发生初期,为了确保奥运、维护经济,日本政府采取的是拒病毒于国门之外的

[20] 参见日本政府新冠病毒传染病对策专家会议在 2020 年 2 月 24 日、3 月 2 日、3 月 9 日先后提出的一系列对策意见书。参见报道:《感染力強いが 8 割軽症》,朝日新聞週刊:《AERA》2020 年 3 月 9 日号,第 10—12 页;特集:“見えない敵との闘い——‘コロナ’大恐慌”,《週刊新潮》2020 年 3 月 19 日号,第 20—26 页;岡部信彦:“新型コロナウイルス肺炎を必要以上に怖れない——新興感染症への備えを強化せよ”,《中央公論》2020 年 4 月号,第 46—53 页。关于自然免疫论,参见顺天堂大学免疫学特聘教授奥村康的主张,特集:“アベショックの謎”,《週刊新潮》2020 年 4 月 2 日号,第 22 页。

边境控制政策。正是在这样的背景下,日本处理钻石公主号豪华游轮疫情的方式曾经在国内外受到不少指责,甚至有些美国乘客试图向日本政府提出损害赔偿诉讼。^[21]众所周知,这艘游轮的船籍是英国,所有者是美国公司,本来日本并没有必须承担的法律责任。但英美两国不作为,加上这艘游轮是从横滨出港,2666名乘客中一半是日本人,所以日本在2月3日同意该游轮停靠横滨港。为了防止疫情蔓延到国内,日本政府要求来自56个国家和地区的乘客以及1045名船上工作人员合计3711人全体不得上岸,接受14天隔离检疫期^[22]的筛查,必要物资有专人递送。由于船上诊疗条件和检测能力的限制、乘客和乘员人数过多、巨大成本的负担主体不清晰等因素,诊断的速度很慢,造成病毒在船内不断扩散,引起乘客和舆论界的抗议。^[23]从政治和法律上看,日本政府的应对举措是可以理解的。正因为日本借助法律逻辑大幅度减轻了决策的风险压力、获得了裁量的自由,所以舆论批评和诉讼意愿最终消于无形。但是,这里也的确存在着显著的伦理困境。2月18日神户大学医学院岩田健太郎教授在网络公开发表视频批评意见,认为游轮上对传染的防范很不专业,导致对日本政府的人道主义压力骤然升高。当然,行政机关在善后处理方面也的确存在疏忽之处,直接放那些没有检测出阳性的乘客下船自由离去,从2月21日起增加了国内社会的恐慌感。

按照专家的意见,即使排除这些疏忽,由于新冠病毒感染者没有明显症状,在不被注意的情况下发生传染,所以试图绝对防止传染的想法是不现实的。防控措施若想真正收到实效,有待疫苗和药物的开发,为此需要实验和研究的积累。但这种病毒不传染动物,无法进行动物实验,只能观察和分析人类的传染情况。正是基于这样的认识,日本专家在第一时间赶到武汉进行调查,也在有意无意之间实际上让钻石公主号游轮成为一个变相的、封闭的疫情临床实验室。被隔离的钻石公主号游轮起初只有一个人感染了新冠病毒,然后在完全可控的条件下疫情向其他3711名健康的乘客和乘员渐次传染。可以说,这是对新冠病毒的属性、弱点以及传染力进行实验性研究的最佳环境。与此相比较,武汉的病例观察混杂了太多不可控因素的影响,不利于从疫学和医学角度进行精准的观察和判断。截至4月7日,从这个游轮得出的实验结果是:被判断阳性的有712人,感染率为19%,其中一半以上没有症状;出院者619人,痊愈率为86.9%;重症者9人,占1.

[21] 据2020年3月7日外国媒体报道,载有3500名乘客和乘员的至尊公主号发生了更严重的疫情,停靠旧金山港口,美国政府的做法与之前日本政府的其实也相差无几。参见《又一邮轮被新冠肺炎疫情笼罩!乘客:像在“豪华监狱”》,载中国新闻网, <http://www.chinanews.com/gj/2020/03-10/9119543.shtml>,最后访问日期:2020年5月18日。随后美国乘客的诉讼之议也就自然消失。

[22] Cf. Paul S. Sehdev, “The Origin of Quarantine”, *Clinical Infectious Diseases*, Vol.35, No.9, 2002, pp.1071-1072.

[23] 広野真嗣:《豪華客船‘船内隔離’14日間の真実》,文藝春秋4月号2020年版,第138-149页;麻生幾:《最前線の医師が見た‘失敗の本質’》,文藝春秋4月号2020年版,第150-155页。

2%；死者 11 人，致死率为 1.5%，如果不是游轮这样的密集度并且得到及时治疗，也许致死率还可以更低；并且这 11 位死者都是 70 岁以上的高龄者。也就是说，在游轮这样容易传染的条件下，70 岁以上老人的致死率是中国武汉统计数值的将近六分之一。^[24]可以说，正是钻石公主号游轮的这种存在人道问题的实验，决定了日本政府以及欧美一些国家的后续监控决策。

在国内防疫当中，日本始终严格按照《传染病法》《检疫法》以及《新型流感对策特别措施法》等制度和专家意见进行部署，最大限度维持正常的经济运行状态和社会秩序，尽量降低成本和国力消耗，同时还重视对患者的隐私权以及隔离的公正程序的保障。^[25]有关当局试图在冷静分析病毒的特征和弱点、周密计算利弊得失的基础上采取更加合理而精细的举措。为了防止或减少社会恐慌，让公民做好自我防护，关于疫情的信息和知识都是充分公开的，随时滚动发布疫情进展消息，各级行政首长直接面对民众讲话，充分发挥专家在风险沟通中的作用。从整体上看，日本的分阶段、有重点举措很理性、有条不紊，虽然有时也显得有些慢半拍，但还是比较成功地解决了预警和应急的难度问题。但在早期日本专家认为大型公众活动没有必要限制，有些过于大意。从 2 月 26 日起政府就改口要求各地限制音乐会、运动会等大规模公众活动或者采取无观众比赛方式，试图加强斩断传染集群连锁的对策。

日本政府专家会议提出的防范传染重点场景的判断标准非常简单明了，就是当局反复强调应该防止的“三密”条件。即避免①通风不好的密闭空间、②大量人员密集、③近距离的密接会话或发声的情况（参见图 1）。^[26]这三个条件重叠之处感染的风险性最大，所以成为疫情监控的重点。另外，对诊治重点对象的判断标准也非常简单明了，只有两条：即一般人发烧 37.5 度持续四天的，以及老年和有基础疾患的人发烧 37.5 度持续两天的。^[27]因此，根据疫情监控的重点三条件，日本要求停止大型聚会活动，并且把扑灭传染集群作为首要任务。凡是发现感染的集群，立即寻找传染源、追踪浓密接触者、隔离所有相关人员。根据医疗资源投放的重点两标准，只有通过电话咨询确认符合上述标准的患者才进医院诊治，疑似患者以及轻症患者都

[24] 参见ジェレミー・ファウスト（ハーバード大学医科大学院保健政策・公衆衛生部門講師）：《豪華客船が教える致死率の真実》，Newsweek 日本版 3 月 17 日号，2020 年版，第 26—27 页。但本文根据后续报道的数据对计算结果进行了修正。

[25] 有关要求和理由参见大林啓吾：《憲法とリスク——行政国家における憲法秩序》，弘文堂 2015 年版，とりわけ第 6 章“公共衛生とリスク——感染症対策を素材として”。

[26] 参见日本政府新冠病毒传染病对策专家会议在 2020 年 3 月 9 日提出的《关于新冠病毒传染病的集群（集团）发生风险高的日常生活场景的见解》，载日本厚生劳动省官网，https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000121431_00093.html，最后访问日期：2020 年 5 月 18 日。

[27] 参见日本政府新冠病毒传染病对策专家会议在 2020 年 2 月 24 日提出的《关于新冠病毒传染病对策基本方针的具体化的意见书》第 4 部分，载日本厚生劳动省官网，https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/newpage_00006.html，最后访问日期：2020 年 5 月 18 日。

尽量居家隔离和疗养。这样既可以避免人们出于怀疑而急切要求检测和诊治而在医院形成传染群集,也可以避免医疗系统崩溃造成重症患者得不到及时医治而死亡的事态。武汉、纽约以及意大利等西欧发达国家的致死率非常高,主要是因为突然出现大量患者不分轻重涌向医院、造成医疗系统崩溃,结果重症患者得不到及时医治而死亡。由此可见,日本防疫对策的关键是,按照每个感染者有效传染数尽量低于一个人的标准来切实抑制患者增加的速度、精准监控诊治临界点,从而避免医疗系统崩溃。政府专家会议设立了一个三十多人(后来根据需要又增加到五十多人规模)的作业团队负责实时监控日本每天发生的所有感染病例、疫情动向以及诊治效果。



图1 日本新冠病毒疫情监控重点:避免传染的“三密”条件
(出处:日本政府专家会议2020年3月9日关于传染集群风险的见解)

3月19日,日本政府专家会议举行第八次研讨会,根据各地风险度的差异提出了不同的应对方式。对于传染扩大的高风险地区要求继续停办大型活动和停止学校授课,必要时通过政府劝告乃至紧急事态宣言的方式促使公民的行为方式变化,以抑制传染的速度和规模。对于传染还不严重或者趋向平稳的地区慎重举办大型活动,让重症化风险高的人群尽早就诊,轻症者居家疗养,痊愈出院的也要继续居家静养。对于还没有出现传染现象的低风险地区也要根据重点场景三条件进行预防。关于日本的新冠病毒疫情防控对策的基本原理和实施机制,可参见图2的示意框架。同时专家会议也指出,尽管日本一直致力于扑灭传染集群的举措卓有成效,并得到世界卫生组织等各方面的高度评价(参见图3),但由于有些病例还是找不出感染源,不排除隐蔽传染集群的产生并且在某个时点引起“爆发式增长”(overshoot),人口过密的东京、大阪等大城市出现这种激增的风险最大。如果不采取有效的预防措施,一旦出现爆发式增长,最糟糕的情况下可能导致79.9%的人口感染,医疗资源的供给会出现危机。为此,专家建议政府采取有力对策并迅速配置专业人才到地方、各地应成立协调机构、加强信息交流、改进医疗条件以及划拨必要的预算经费。

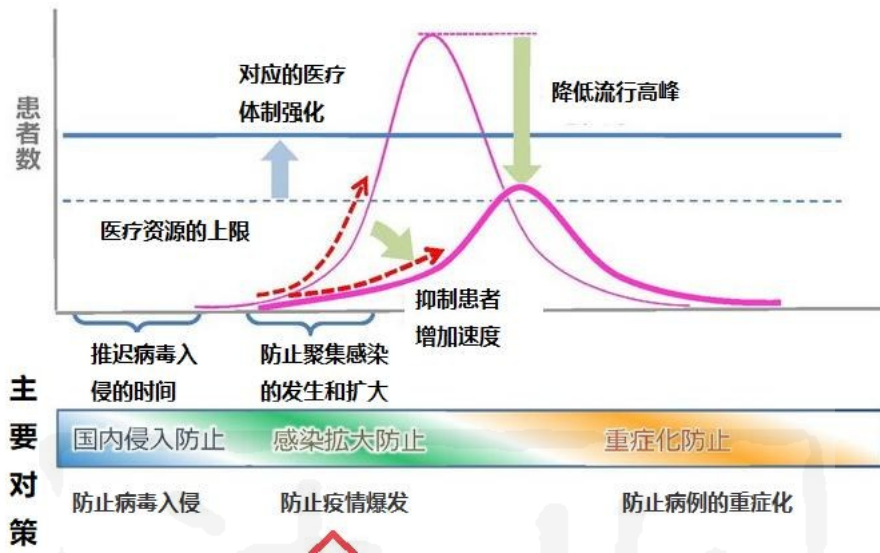


图 2 日本的新冠病毒疫情对策的原理示意图

(资料来源:日本厚生劳动省。图片出处:微信公众号《知识分子》2020年4月9日,略有修改)

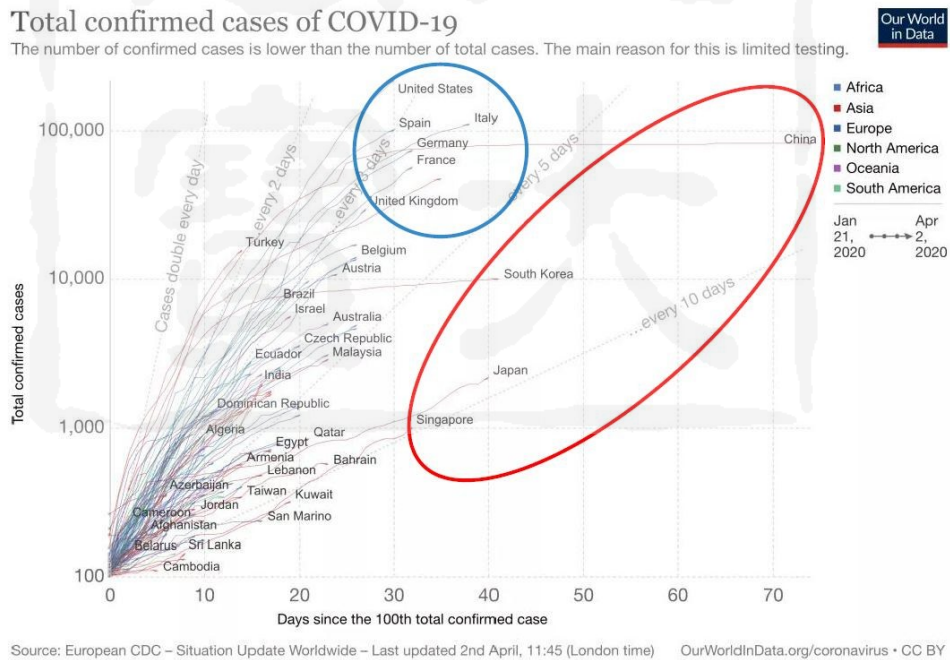


图 3 日本与各国新冠病毒疫情监控成效的比较

(出处:“The Coronavirus Outbreak”, The New York Times, 2 April 2020. 引用者追加了红色椭圆圈显示当时东亚各国疫情的位相,蓝色圆圈以显示当时欧美主要国家疫情的位相)

在传染路径不明的病例大量增加的背景下,3月23日日本政府终于同意奥运会延期,两天后国际奥委会正式决定延期到2021年7月23日举行。3月26日日本设立关于新冠疫情的政府对策本部,进一步加强传染情况的监控、管理以及协调,并在两天后举行的对策本部会议上通过了“基本应对方针”。4月1日的政府专家会议对医疗体制承受的限度表达危机感,要求重点区域采取根本性改善措施,呼吁尽早宣布紧急状态。4月7日,日本政府根据修改后的新型流感对策特别措施法,正式宣布东京、大阪等七个都府县以一个月为期进入紧急状态,但不采取封锁城市这样的霹雳手段,不制定罚则,尽量维持正常的经济和社会运作。这种柔性紧急状态的应对举措及其成效当然是以日本公众的风险意识、自律精神以及良好卫生习惯为前提条件的,很难在其他国家复制。但是,在人口密度非常高、主要依赖公共交通系统上下班的东京和大阪,这种不伴随暂停键和强制令的紧急状态实施的成效尚待实践检验,特别是5月初“黄金周”构成一个关键的测试节点。实际上到4月12日,东京、大阪等地的新增感染者人数还在迅速增加,北海道因为疫情重新抬头而再次宣布紧急状态。与此同时,日本还推出了高达108万亿日元空前规模(相当于GDP20%)的紧急经济对策预算,除对中小企业、个体户以及困难户提供现金补贴外,还对所有企业都提供雇佣调整资助和产业链多元化资助,并暂缓各种税金以及社会保险金的缴纳义务。^[28]4月16日,安倍首相宣布把紧急状态的范围从七个都府县扩大到全国,期间仍然是限定到5月6日为止,并且向所有公民一律提供10万日元的补助。时至5月4日,日本应对模式的成效已经很清晰地呈现出来:新增感染人数连日不断下降;感染者的死亡率为1.6%,远低于美国的8%死亡率和世界平均值7%。虽然指定了十三个都道府县为“特别警戒区域”,在这里紧急状态将持续到5月31日,但其他地方可以进入“新生活模式”,实现域内自由化。甚至属于特别警戒区域之内的大阪府也拟在5月15日宣布解除紧急状态。

四、疫情进入紧急状态下的监控与法律条件

在传染病疫情引发的紧急状态下,行政权力势必大幅度增强,公民自由和基本权利受到以公益为名的严格限制。因此,这是一种极端的监控手段,其运用必须非常慎重,除了充分满足法律规定的要件外,还受到民主程序的制约。

早在2020年1月底,日本就未雨绸缪,开始考虑疫情进入紧急状态的法律根据问题。自民党出身的原众议院议长伊吹文明提出设想,建议把根据新冠病毒疫情防控的需要限制个人权利的紧急状态宣布作为修改宪法的实验。自民党原干事长石破茂、自民党宪法改正推进本部长辅佐官中谷元等也支持通过修宪创设紧急状态条款的建议。^[29]有人还把疫情紧急状态

[28] 日本政府在2020年2月13日、3月10日、4月7日先后三次推出新冠疫情防控的紧急对策。4月7日决定的紧急经济对策除正文所介绍的那些内容外,还包括200万人份传染病治疗药物“法匹拉韦”、人工心肺装置(ECMO)增产配置、1400多亿日元的医疗体制改善支援等在内。

[29] 百地章:《宪法改正も視野に緊急事態に備えよ》,正論4月号,2020年版,第54—63页。

人宪与国家安全保障密切联系起来。^[30]显然这些政治家企图借助疫情紧急状态这根杠杆来撬动改宪的僵局,完成安倍政权的夙愿。但是,这种尝试遭到在野党的坚决抵制。据2月5日《每日新闻》报道,立宪民主党代表枝野幸男对乘机改宪的主张明确表示异议,认为现行法即可采取遏制传染的任何措施,与宪法修改无关。

2月28日,北海道铃木直道知事鉴于疫情蔓延的趋势宣布该地方自治体进入紧急状态,尽管并无法律依据,还是得到民众的好评。以这种试行举措和舆情为背景,2月29日安倍首相举行罕见的周六紧急记者会见,说明两天前突然决断和宣布中小学停课的意图和疫情防控对策。可想而知,安倍晋三本人也在对宣布紧急状态和首相的临机应变权力的可行性和社会反应进行测试。紧接着,3月2日安倍首相宣布研究修订法律为宣布紧急状态做准备,3月3日适用《国民生活安定紧急措施法》第22条第1款对口罩开始进行统购统销,3月13日美股再次熔断、日股也出现30年一遇的大动荡,就在这一天日本通过了《新型流感对策特别措施法》修改案,为新冠疫情防控进入紧急状态提供了法律依据。随后日本政府开始按部就班、逐一满足法定的各种程序要件,并不断通过风险沟通引导社会舆论,凝聚民众共识。

包括新冠疫情对策在内的《特别措施法》从3月14日开始施行。根据该法规定,首相有权宣布全国进入紧急状态,都道府县行政首长的权限也随之强化。在紧急状态下,行政机关有权要求公民自我限制出行;有权要求或指示学校、电影院、体育馆等公共设施限制活动或停止使用;有权经过所有者同意或采取强制措施征用土地和建筑用作临时医疗设施;有权对医药品和食品等进行统购统销或者征用。显而易见,紧急状态的本质是加强国家权力对社会的监视和控制。为此,这项特别措施法修改案的附带决议规定,除非万不得已,首相宣布紧急状态要事先向国会报告,并经专家咨询委员会进行评估和判断,旨在从民主和科学这两个方面对紧急状态宣布权进行制约。在野党议员和法律专家也特别强调在宣布紧急状态之际,政府必须慎重运用强制力、出示判断的根据、充分考虑地区之间的经济差异。^[31]实际上,从3月16日起欧美各国纷纷宣布进入紧急状态,到4月上旬处于疫情紧急状态的国家已经达到九十多个。与这些国家的实践相比较,日本4月7日宣布的紧急状态限制措施还是非常柔性的,以诱导为主。

与各国相映成趣,中国尽管为了阻止新冠病毒传染而采取了封城、强制隔离等手段,但却并没有宣布紧急状态。在中国,制定紧急状态法的提案最后是以《中华人民共和国突发事件应对法》的名称在2007年8月30日通过的。该法第7条第2款规定“突发事件发生后,发生地县级人民政府应当立即采取措施控制事态发展,组织开展应急救援和处置工作,并立即向上一级人民政府报告,必要时可以越级上报”。第8条第1款规定“国务院在总理领导下研究、决定和部署特别重大突发事件的应对工作;根据实际需要,设立国家突发事件应急指挥机构,负责突发事件应对工作;必要时,国务院可以派出工作组指导有关工作”。关于应急处置,该法罗列

[30] 一色正春:《感染症対策は安全保障問題だ》,正論4月号,2020年版,第64—71页。

[31] 例如《读卖新闻》2020年3月14日晨刊第1版、第2版、第4版、第13版分别登载的系列报道和专家意见。

了人民政府可以采取和并用的十项具体措施(第49条)以及包括隔离、区域控制、封锁、设置警戒线等五项强制性措施(第50条)。第11条还规定了强制性措施的适当比例原则,并尽量选择能最大限度保护公民、法人和其他组织权益的措施。

另外,《中华人民共和国传染病防治法》第43条规定,在甲类和乙类传染病暴发时,县级以上人民政府报经上一级地方人民政府决定,可以宣布本行政区部分或全部为疫区,从而可以采取第42条规定的紧急措施,跨省(包括直辖市、自治区)的疫区决定由国务院决定并宣布。至于在甲类传染病疫区实施封锁,只能由省级人民政府决定,但是封锁大、中城市的疫区或者封锁省级疫区以及封锁疫区导致中断干线交通或封锁国境的,必须由国务院来决定。在传染病监控方面,中国体制的特色是:对疫区宣告和紧急措施决定缺乏人民代表大会的审议和监控,强调的是行政独断性。这种行政独断性所受到的法律程序限制也相当有限,例如不正式宣布疫区以及对疫区的封锁,只在实际上相机行事,俨然要坚守先秦以来传承的所谓“议事以制、不为刑辟”的治理思路。毋庸讳言,突发事件应对法也具有同样临机应变的属性,行政权很强大而缺乏必要的外部监督以及制约机制。

这次新冠疫情发生后,除了事实上的疫区武汉封城之外,实际上在其他非疫区的地方,有关行政机关和医疗防控机构也突然采取了封闭性管理和隔离的做法。需要指出,这些都是临时措施和应急措施,理应不能适用《行政强制法》。但根据《行政强制法》第3条第2款,这些政策性措施的执行也应该依照其他相关的法律和行政法规的规定执行。鉴于中国各地之间差异太大,疫情以及其他灾害发生的条件、表现方式、进展阶段都不一样,如果全国一刀切、采取统一的举措未必符合实际,可能会使危机治理更加僵化。因此,每个地方根据当地的情况采取适当的措施,有利于疫情防控与经济和社会生活的兼顾,也有利于防止决策失误。当然,各地政府之间以及地方与中央之间的信息反馈和协商应该加强,以免出现各行其是的混乱。为了确保各地自主采取应急措施的科学性、合理性,应该向地方派遣专家并为地方培训专业人才。为此,一种简便易行的做法是赋予疾控中心以实质性权力,允许疾控中心发布疫情信息以及享有一定的行政性权力,并让各级疾控部门在地方决策中发挥重要作用。

按照《传染病防治法》的规定,疫情信息公开制度由国家建立,国务院卫生行政部门定期公布全国传染病疫情信息,省级人民政府卫生行政部门则定期公布本行政区域的传染病疫情信息。在传染病暴发、流行时,国务院卫生行政部门负责向社会公布疫情信息,也可以授权省级人民政府卫生行政部门公布疫情信息。国务院颁布的《突发公共卫生事件应急条例》规定的传染病疫情信息公开制度也基本类同,原则上由国务院卫生行政部门出面发布,也可以授权省级卫生行政部门发布。在这里,省级的疫情信息公开需要等待全国卫生行政部门的授权,省级以下的市县无权发布信息,容易贻误时机。与此不同,突发事件应对法规定对于可以预警的重大自然灾害、事故以及公共卫生事件,县级及以上级别的人民政府有权及时发布相应级别的警报,同时上报或越级上报,另外也有权定时发布信息。但这里的问题是需要根据国务院规定的预警级别来适用属地原则。新冠疫情的特征是起初很长一段时间传染不显著,然后在某个时点突然暴发式增长,颇难判断是否符合级别标准。

中国幅员辽阔,完全由中央职能部门来进行判断和发布信息很容易误事,但完全按照属地

原则来应对又可能造成地方的过度反应,甚至造成各地任意采取隔离和强制措施以自保的事态。因此,我认为应该把信息公布与应对举措的决定权区别对待,在信息发布上可以充分发挥地方的能动性,但在相应举措的公布和实施上还是要严格限定在法律授权的范围内,严格按照程序规则进行。考虑到政府发布信息的严肃性和影响力,为了确保反应的敏捷度,应该适当扩大新闻报道的自由度,让记者及时发现和报道各种动向,确保信息渠道畅通。还应该鼓励专家在媒体公开发表意见和建议,加强风险沟通,避免社会因信息不对称产生不安甚至恐慌。这样的信息发布分层化处理有利于确保信息反馈的及时性,同时也可以避免行政权限行使和决策程序上的仓促行事。

隔离、隔绝以及封锁等为疫情防控而采取的强制措施,势必极大地限制人们的行为自由,剥夺人们的某些日常生活权利,因此会形成某种特殊的权力关系,程序正义容易被忽视。在这里很容易出现的问题是:①预防措施和强制措施超出抑制危险的合理合法性和最小限度成本,违反警察比例原则;②没有充分考虑抑制危险举措本身的危险性,没有履行预先衡量义务。如果上述问题没有得到适当而有效的解决,就势必造成过度的社会监视和压制,侵害个人的自由、隐私以及财产。在新冠疫情防控期间,通过媒体报道可以发现有些基层公务人员以及辅警频繁进行过度监控,甚至滥用强制力。究其原因,除了人们的权利意识和法治意识比较薄弱之外,也有制度设计以及法律实施上的漏洞。

一般而言,只要宣布疫区、只要采取紧急措施都意味着增大行政裁量权——把谁作为隔离对象、在什么地方进行隔绝、村庄或小区以及城市将封锁多长时间,都不得不委诸行政裁量。因此,在法治政府的条件下,为了防止行政裁量权被滥用,需要逐步制定比较完备的操作细则,^[32]更重要的是应该进行充分的正当性论证并受人民代表大会常委会的民主监控,还必须为行政措施的对象人提供申诉、请求复议以及司法救济的机会,也要容许充分的舆论监督。但是这方面的法律条件还不很成熟。事实上,传染性非常强的新冠病毒还容易导致人群之间的偏见和歧视,这也是一个需要高度重视的人权保障问题。另外,面对巨大风险,还有一个如何公平分配风险的问题。从法治精神的角度来看,对于疫情防控而言,最重要的不是财富分配的正义,而是风险分配的正义。

五、疫情下的社会监控与数字化执法手段

新型冠状病毒疫情期间,封城、闭户、消毒、检测、诊治、抢救等一系列应对举措,使得割裂突然成为社会日常生活的特征。在这种背景下,互联网和数字化信息沟通系统进一步发挥汇集和分配信息、资源以及物资的功能。移动支付、网购、外卖、自媒体、慕课、远程教学、视频会议、在线办公等等方式,把自我隔离和被隔离的人们重新联系在一起,形成柔性组织和虚拟社区,通过人工智能技术和区块链协议建构基层治理和上门服务的平台。例如从2020年1月

^[32] 例如国务院应对新型冠状病毒感染肺炎疫情联防联控机制在2020年4月6日印发的《新冠病毒无症状感染者管理规范》,国办发[2020]13号。

21日起,丁香园微信公众号就开始发布各地区感染人数的实时信息,从24日起又提供远距离诊疗处方服务,29日起还追加了辟谣、防护对策、疾病知识等栏目。腾讯、阿里巴巴、华为、百度、京东等大型信息技术企业和网络平台也几乎同时参与抗疫工作,与政府合作向社会提供必要的公共服务。城市的网格化联防联控、对疫区旅行者和疑似患者的排查、体征信息的采集统计和分析、大群快速筛查、未戴口罩及疑似患者警告、进出记录管控、异常人员聚集的防范、入境旅客的闭环式检测通道、隔离人员活动范围的监控、救治病例的分析、对疫情的追踪调查和预测等等,都需要借助摄像头、无人机、大数据、人工智能、遥感装置、5G移动通信等科技手段,从而也就促使数字化社会提前部署。相应地,政府的运行也就越来越智慧网络化。在一定意义上也可以说,这次大疫情促进了大转型,面向电子政府和网络政府的国家治理方式创新正在全面提速。

据报道,上海市静安区临汾街道根据电子政府方案,在2020年1月启动了基于区块链协议的社区治理平台,推动十五分钟生活圈内的自治,试图在数字真实可信的基础上实现行政活动全程留痕和监控以及多方协同。在新冠疫情防控中,这个平台又嵌入了预约登记和购买口罩等功能,显示了区块链技术在分散化、平面化社区治理方面的优势,体现了“一网通办”的制度设计思路。蚂蚁金服与浙江省卫生健康委员会合作建立了抗疫救援物资供给和分配的区块链技术平台。又例如北京市博云视觉科技有限公司开发的“智慧社区疫情防控网格化管理平台”,用于对春节返工后的风险甄别、精细治理以及可视化服务。煤气、电力、自来水等公共事业公司也开始采取遥感查表计费的技术来应对闭户隔离的事态。腾讯科技公司利用大数据和信息通信技术从2020年2月9日起在深圳市率先推出“防疫健康码”身份认证系统,11日起杭州以及其他城市也陆续施行大同小异的健康码。

防疫健康码这种具有特定目的和时效性的数字化身份证以及对个人进行评分、区别的系统,很快在其他两百多个城市普及、覆盖大约九亿人口,已经逐步实现邻省互认、全国联网,并且用在边境控制政策的实施上。这样就形成了一个基于智能手机、3D人脸识别技术、身份信息、诊疗档案、大数据分析以及多场合群体管理的特殊认证分类的系统。这意味着出现了一套无所不在的监控装置,可以实现已嵌入极强防伪功能的一人一码、可以基本不消耗制度成本就瞬间变换防范和评价的标准、可以自由切换和兼容各种应用场景。防疫健康码是阶段性应用的数字技术,但随着疫情防控的常态化和智慧城市治理的需要,这种数字实名认证将拓展应用场景。例如广州从3月24日起在地铁、公共巴士等交通工具上采纳健康码通行方法。更多的地方已经把健康码作为进出小区和到近邻城市出游的通行证,甚至还转化为基于通信大数据的动态跟踪行程卡。与此同时,监控已经深入到身体的内部,体温、血压、心跳以及咽拭子检测、体液化验单、内脏透视片等数据都可以纳入评价分类的个人档案,进而影响到出行、就业、晋升、入保等等。为了防疫、健康、安全,人们几乎没有异议就接受了这样的数字化精准监控,但其可能产生的影响将在很多方面不断显现出来。

另外,中国、日本及其他国家还在不断推进智慧医院的实验和部署,借助数字化的信息沟通系统改革诊治和医院管理方式,通过低功耗无线通信电波、智能手机、便携式电脑、腕带式终端、手环ID标签等监控患者的病情变化以及医护绩效,进行自动报警,搭建医疗流程管理平

台,制作电子健康档案,应用临床决策支持系统。在新冠疫情期间,远程探视、远程会诊以及区域性公共卫生电子系统显示出重要意义。有些地方和企业还开发了专门用于新冠传染病诊断的智能化临床决策辅助系统,例如平安智慧医疗公司研发的线上智能阅片系统,可以达到15秒从影像中识别新冠肺炎,准确率达到97%,部署到湖北省疫情最严重的五个城市,覆盖了全国1500家医疗机构并出口到国外。他们的智慧医疗系统已经与地方政府合作,把在线问诊和医疗的数据建模后用于预测疫情发展的趋势及其对经济的影响,方便地方政府做出决策和采取应对举措,同时也协助卫健委、疾控中心等职能部门对疫情进行网格化监控。^[33]

这种现象及其发展趋势,让我们不禁联想起莱昂法社会学。加拿大女王大学法学院的大卫·莱昂教授从1980年代开始对“电子眼”进行研究,出版了《监视社会》《监视文化》等一系列具有国际影响的专著,被认为是监控理论的先驱者。他从边沁和福柯关于“一览式监视塔”的隐喻出发,考察了监控方式从国家、企业主导到民众参与的演变过程,两年前又提出了基于大数据的“监视文化”概念。^[34]莱昂教授特别强调数字化信息技术与为了安全、健康以及方便的监控之间的关联性,认为从个人对健康状态的自我追踪式监测(例如计步器、血压心率手环、手机体检软件)到企业对顾客行为履历的监控,再到政府对犯罪的预测性监控,实际上存在监视者与被监视者之间的共谋。在这个意义上,在关照与控制的交织状况里,一种柔性监控社会应运而生。美国在十余年前曾经出现关于21世纪的“公共卫生监视”的讨论。^[35]公共卫生监视并不是指单纯的健康调查,还包括与传染病的预防和应对相关的个人卫生状态的检查、各种生理和病理信息收集、对风险和损害以及传染动向的监视。^[36]显而易见,新冠疫情进一步助长了这种监视文化的蔓延和进化,扩大了所谓“生物政治学”(biopolitics)的范围,加强了关于人畜无害的行为表现以及公共卫生礼仪,改变了口罩在欧美日常生活中的象征性意义,出现了所谓“肥皂警察”现象。^[37]对疫情的恐怖感大幅度加强了人们的风险意识以及对各种监控举措的包容和支持,甚至使监控在由表及里的同时带上了某种美感以及民主参与的色彩。可以推而论之,在后疫情时代,监控势必从“例外”转化成“日常”,监视相互化的网络结构以及网格化治理方式将成为法与社会的基本特征。在监控强化、泛化以及数字化的趋势下,现代法治

[33] 参见潘婷:《专访平安智慧城市联席总经理高孟轩:智慧医疗能扮演很多角色,行业渐入大规模应用期》,载每日经济新闻网, <http://www.nbd.com.cn/articles/2020-04-08/1423845.html>, 最后访问日期:2020年5月18日。

[34] Cf. David Lyon, *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*, Minneapolis, MN: University of Minnesota Press, 1994; David Lyon, *Surveillance Society: Monitoring Everyday Life*, Berkshire: Open University Press, 2001; David Lyon, *The Culture of Surveillance: Watching as a Way of Life*, Cambridge: Polity Press Ltd., 2018.

[35] E.g., Michael A. Stoto, “Public Health Surveillance in the Twenty-First Century: Achieving Population Health Goals While Protecting Individuals’ Privacy and Confidentiality”, *Georgetown Law Journal*, Vol.96, No.2, 2008, p.703 ff.

[36] Lawrence O. Gostin, *Public Health Law: Power, Duty, Restraint* (2nd ed.), Berkeley: University of California Press, 2008, p.290.

[37] See Yuval Noah Harari, “The World after Coronavirus”, *Financial Times*, 20 March 2020.

秩序的基本范式也势必发生改变。

概括地说,中国传统的法家主义式法治的制度设计思路是“治国作壹”(语出《商君书·赏刑》),不允许刑名学者以及民间讼师对法律的解释和判断“操两可之说,设无穷之词”(语出《列子·力命》)。因此,自先秦开始,政府就设置专门负责解答法律问题、宣示细则内容的官员,以确保规范适用的统一性。这种“以吏为师、以法为教”的做法及其具体内容,通过湖北云梦县1975年底出土的睡虎地秦简获得证实。到清末为止的整个帝制时代,为当事人服务的律师始终都被官府严禁。在这样的条件设定之下,为了落实法律,必须设置专门的权力机构加强对执法和司法的监视和督查,防止倦勤和舞弊。从秦代的御史大夫、汉代的十三州刺史到唐代的御史台、宋代的监司,职责都是监控百官以守法。另一方面,为了防止监督官的势力趁机坐大,制度设置者除了使之与行政系统区隔而不授予实权之外,往往还会按照不同职责而分立岗位加以限制,造成权责交错、叠床架屋的格局。可想而知,根据这样的模式,越强调法治,就会越加强监控的权力,进而不断增加国家的监督成本。在监察权不得不日益膨胀的既定条件之下,以法律制度来限制权力的理念也势必与国家机器运作的实践渐行渐远。

与此不同,西欧的自由主义式现代法治的设计思路是尽量发挥私人在实施规范中的作用。不言而喻,权益受到侵犯的当事人最具有运用法律的动机,也最能避免倦勤、枉法以及互相包庇的官场流弊。在某种意义上可以说,当事人对违法行为的监督是无所不在的,却无须国家来承担这种监督的成本。只要制度设置者能为当事人提供利用法律制度的充分诱因和便利,只要律师能为当事人提供专业化服务,只要法官能保持中立、公正的立场并且具有权威性,当事人维护自己合法权益的动机以及诉讼活动本身就可以成为落实规范、伸张正义的可靠保障。法律的效力不需要另设强大的专职监察机构来保障,主要有赖于公民的权利意识和公正的审判机制。在这里,不是效忠上级的监察官,而是效忠客户的律师发挥着保障法治的功能。也就是说,帮助当事人维护权利的律师是现代法治的真正担纲者——没有律师帮助当事人进行合法性的监督,规范效力就会被扭曲和削减。20世纪初叶开始,中国的国家治理体系现代化着力于引进律师、发展法务市场、推动司法制度改革,基本宗旨就是法治范式的转换:从公权指向到私权指向、从监察权到辩护权。

但是,新冠疫情防控举措以及数字化治理方式却似乎正在逆转、或者更准确地说是修正上述现代化进程,形成了一个否定之否定的螺旋。一方面,传统的监控制度设计以及边沁—福柯的“一览式监视塔”似乎再次复兴,在紧急状态和紧急措施的背景下又成为秩序形成和维持的基本装置,私权和辩护权的保障似乎又被弱化了。另一方面,数字化信息沟通系统也使得自我监视、相互监视的平面化互动关系也不断增殖,发挥越来越积极的作用,仿佛分散在各处的无数个手机、测量器都转变成了规范实施状况的监督终端,与私人通过维权诉讼推动法律实施的思路颇有异曲同工之妙。职权主义与当事人主义、强制与合意在疫情防控的场域突然短路,融合成非常奇特的混合式管理方式,形成国家治理体系现代化的一个相反相成的悖论。在这里,监控俨然为双面神雅努斯那样的存在,把法律制度的过去与未来密切联系起来。对隐私和自由等个体权利而言,这也是人类社会因疫情而加速建构成成的一个“视线的陷阱”。随着物联网、大数据、区块链、人工智能以及5G移动通信等数字技术在法律系统的广泛应用,这种纵横交

错、无所不在的监控网络很可能将成为社会秩序的新常态,进而引起法治的范式革命。

六、疫情下的经济危机监控与国际法律秩序巨变

毫无疑问,新冠疫情大流行势必改变世界秩序。严重的疫情可能使既有的对抗趋于平静、加强国际合作,但也很可能引发新的剧烈动荡。疫情在不同区域轮番暴发以及引起的连锁反应,造成社会全面停摆和需求大幅度萎缩,制造业指数不断下滑,已经导致世界经济深度衰退,如果持续更长时间(例如在一、两年内疫情反复发作)就很难排除大萧条的结局。从2020年2月底开始世界金融市场持续暴跌,^[38]加上沙特阿拉伯与俄罗斯之间石油价格战的影响,在3月上旬到中旬的一周内美国股票交易四次熔断,这次新冠疫情对经济影响的程度远超2008年全球金融危机。4月22日凌晨,美国原油期货WTI价格又突然跌至每桶-37.62美元,出现史无前例的油价负数现象。虽然还有诸多不确定性和变数,但根据国际货币基金组织在4月中旬的分析和预测,2020年经济增长为负数的国家将达到90%,世界平均增长率为-6.3%(2019年数值是2.9%);其中美国-7.9%(2019年数值是2.3%),日本-5.9%(2019年数值是0.7%);欧元圈各国形势最糟糕,平均为-8.8%。^[39]疫情也给中国的经济社会发展带来前所未有的冲击,第一季度的GDP与去年同期相比下降了6.8个百分点,外贸企业订单仍在呈断崖式跌落态势,企业和地方政府的债务危机以及失业率都有可能构成严峻挑战。如果第二季度能够实现反弹,中国在2020年的增长率有可能达到1.1%~1.5%(2019年的数值是6.1%),但也可能是负数。^[40]而且多数专家对未来的预判变得越来越悲观,恐慌情绪正在席卷全球市场。

这次深度衰退倒不是因为金融以及经济机制本身出现重大问题,而是因为隔离和封锁造成行业活动休止,因此比较乐观的预测是只要疫情不越年,下半年以及明年的经济就会反弹、迅速地恢复正常和增长。但是,不得不指出,这次衰退的传导机制却有可能使问题变得更加深刻。首先是中小企业和服务业受到严重打击,然后是产业链障碍影响到跨国公司以及能源和原材料市场,这些实体经济的困难再传导到金融市场,受信用成本上升、与投资相关的损失扩大、外汇融资不确定性增高、金融业收益恶化等因素的影响而转化为金融危机,反过来金融危机又再次打击实体经济,导致企业资金链断裂、业绩恶化、厂商倒闭以及失业率上升。一旦实体经济与金融市场之间形成恶性循环,事态就会变得极其糟糕。在这样的状况下,美国联邦储备系统通过零利息等最大限度的货币宽松政策、日本通过央行购买国债和ETF(上场投资信托基金)等资产的方式来缓和危局,但很可能在击鼓传花游戏停止的那个瞬间暴发真正的大危

[38] 参见特集:“新型肺炎ショック:株の底値”,《週刊エコノミスト》2020年2月18日号;特集:“中国発世界不況:新型コロナショック”,《週刊エコノミスト》2020年3月10日号。

[39] 根据日本瑞穗银行综合研究所2020年4月17日市场专题报告。

[40] 根据中国首席经济学家论坛在3月下旬以网络视频方式举行的内部研讨会“疫情下的全球与中国经济走向:挑战与应对”提供的经济数据预测。

机。尤其是发展中国家和新兴国家可能遭受极其严重的经济灾难,而中国与美国在经济上脱钩、产业链转移和多元化的战略再布局、机会主义的收购和兼并也开始具有更加现实的意义。何况在2020年4月下旬这个时点,疫情对经济的影响尚未全面显现出来,因此在疫情此伏彼起的情况下,局势也可能变得越来越恶化。

有目共睹的是,近些年来已经出现了逆转全球化的趋势,而疫情造成的封锁和隔离使“去全球化”以及经济脱钩的进程大幅度加快。疫情造成的困境,使各国意识到摆脱对特定国家的依赖,尽可能让本国产业链完整化的重要性,但由于经济比较优势和全球分工体系的存在,绝对的国家主权经济体制恐怕还是无法重新树立起来的。根据价值取向建立另一种全球化体制虽有可能,但需要几十年的时间和反复博弈才能完成,成本也将非常昂贵。在这样的状况下,除了全球化与小国寡民状态之外,区块化将成为最有现实可行性的选项。对于中国而言,中日韩FTA、东北亚与东南亚的经济整合、RCEP以及CPTPP等区域性框架将成为区块化过程中掌握主动权的关键,特别是中日韩三国命运共同体具有决定性意义。但是,中日韩合作存在意识形态、政治体制、国际同盟关系以及历史情结等方面的障碍,^[41]克服这些障碍除了共同利益之外,还需要更大的文化包容以及政治智慧。在这里可以持谨慎乐观态度的根据是,由于东亚国家的疫情防控措施有力有效、民间储蓄率高、经济整体表现还不错、供应端的维护或恢复势头也比较好,很有可能率先走出低谷,成为2021年世界经济恢复和发展的引擎,至少成为最有比较优势的区域性合作伙伴。2020年4月14日以视频方式举行的东盟与中日韩抗击新冠肺炎疫情领导人特别会议达成的合作共识,就是在“去全球化”背景下代之以“区块化”的一个令人鼓舞的征兆。另一方面,中国与日本、韩国都是全球化经济体制的受益者,如何维护这个既有的国际法律框架、防止单边主义和贸易保护主义破坏亚洲以及世界的繁荣稳定其实也是东亚三国的最大公约数以及共同使命。

在深度衰退乃至大萧条的阴影下,对疫情的监控延伸到对经济社会的监控,这几乎顺理成章。无论抗疫还是疫后重建都不得不采取战争动员体制,强化政府甚至军队的权限和组织功能,财政政策将在克服衰退方面发挥主要作用。在某种意义上甚至可以说,疫情下的经济其实就是战时的规制经济,需要在经济和法律上采取非常时期的紧急应对举措。^[42]九十年前从美国股市暴跌那个“黑色星期四”开始的世界大萧条,持续了大约四年,直到1933年罗斯福总统

[41] 例如根据2月23日的新闻报道,日本政府计划履行瓦尔森协定的半导体技术出口管约定,即加入对中国芯片技术封锁。据3月2日媒体信息,日本在军备、可转用于军方的通用产品、核电、电力、石油、供水、天然气、铁路、航空航天、电讯、网络安全等12个行业加强对外国投资者准入的限制,但经过甄别并签订政府谅解备忘录的主权财富基金和公共养老金可豁免。

[42] 关于疫情之外自然灾害、公害以及金融危机等的应急问题,参见五百旗頭真:《大災害の時代——未来の国難に備えて》,毎日新聞2016年版;竹中平蔵:《バブル後25年の検証》,東京書籍株式会社2016年版;斎藤誠、野田博(編):《非常時対応の社会科学——法学と経済学の共同の試み》,有斐閣2016年版。

就职后推出一套“新政”。^{〔43〕}众所周知，罗斯福新政的特征是根据凯恩斯主义经济学以及实用主义政治学采取积极财政政策，实施救济(relief)、复兴(recovery)以及改革(reform)的一揽子计划，推进大规模基础设施建设和公共事业、振兴农村和地方经济以及设立联邦紧急救济署负责济贫，还制定了旨在区隔银行业务和证券业务的格拉斯—斯蒂格尔法(Glass—Steagall Act)，切实保护存款的紧急银行法以及与行政监控和干预市场相关的工业复兴法、农业调整法、社会保障法等一系列重要规范。由于新政的一些政策举措与美国的主流意识形态有所冲突并损害了部分既得利益，所以引起社会评价上的重大分歧，工业复兴法等三部法律后来被联邦最高法院裁定为违宪。这种对立直到今天仍然不能化解，可以说罗斯福新政构成盖棺而不能定论的一个罕见的例外现象。尽管如此，美国是因为新政的一系列监控、干预以及调节市场的法律政策和行政举措才摆脱了最险恶的状态，此乃毋庸置疑的事实。当然，真正让美国克服大萧条的还是备战以及参加第二次世界大战的军事行动。正是战争动员体制给美国的经济和政治提供了重新出发的机会。根据卡尔·施米特的学说，战争是政治上的非常事态，具有否定规范的决断力；但是，这种决断并非独裁主义的，而是一种超越于个人的具体秩序，可以构成政治权力的新常态。^{〔44〕}

在深度衰退乃至大萧条的社会，我认为有两种现象势必成为国家治理的中心议题。一个是破产，从企业破产到国家破产。另一个是贫困，从个人贫困到社区贫困。

不言而喻，在深度衰退阶段会频繁出现企业破产和职工失业的情况，当企业破产规模越来越大、失业者越来越多就会导致大萧条。为了避免这种事态，政府势必通过财政投融资进行救济，并通过央行供给信用，主要包括采取紧急经济对策、扶持金融机构以及增加社会保障费用等三个基本方面。政府在采取这些特殊举措时势必要对救济对象进行评估，对投融资的运行情况施加监视以及事后做出绩效考核的结论。如果缺乏严密的监控措施，很容易造成财政赤字以及不良债权激增的事态，最终导致国家破产。^{〔45〕}与企业破产、职工失业相伴随的是贫困的蔓延，甚至会出现饥荒。在世界著名经济学家阿玛蒂尔·森看来，贫困是所有物的交换权原(exchange entitlement，即各种财产性权利资格的组合)恶化所引起的，可以归结为社会结构以及法律制度的问题。在这里，交换权原不仅指通过市场形成的合约关系，还包括作为雇佣保障政策和社会保障政策的一环从国家获得的津贴以及福利享有资格。后者的权原构成取决于对贫困线的界定以及贫困者比率的调整，而这当然以某种集中化的监控机制为前提条件。然而森教授的理论更重视的问题是，对交换权原的相对剥夺加剧贫困和饥荒，为此社会应该构建必要的早期预警机制，对危机的前兆进行监视。而这种针对贫困问题的监视和预警机制，以新

〔43〕 参见(美)查里斯·金德尔伯格：《经济过热、经济恐慌及经济崩溃：金融危机史》，朱隽、叶翔译，北京大学出版社2000年版；(美)约翰·加尔布雷斯：《1929年大崩盘》，沈国华译，上海财经大学出版社2006年版。

〔44〕 (德)卡尔·洛维特：“施米特的政治决断论(1935年)”，冯克利译，载刘小枫(选编)：《施米特与政治法学》，上海三联书店2002年版，第27—76页，特别是第35、61页。

〔45〕 参见吉田繁治：《国家破产》，东京PHP研究所2011年版关于金融危机、债务危机以及财政破绽的机制分析。

闻和报道自由以及活跃的民主压力为前提。^[46]换言之,在预防破产和贫困造成社会危机方面,与对经济的集中化监控相比较,分散化的积极的舆论监督可以发挥更重要的作用,构成非常及时而巧妙的早期预警机制。因此,以舆论的监督为媒介,监视文化也就被赋予了一种全新的涵义。

显而易见,衰退或者萧条势必改变社会秩序的存在方式和人们行为的游戏规则。在这里,法社会学更关注的是造成或扩大灾害的社会结构问题,这与阿玛蒂尔·森的权原研究方法是灵犀相通的。在一定程度上也可以说,关于贫困与饥荒、权原与剥夺、集体选择与社会福利以及正义理念的经济学理论,其实提供了一个关于政策的法社会学研究范式。新冠疫情及其引起的各种灾难会带来恐慌、抢购以及冲突,但克服灾难需要社会合作,既包括个人与政府、市场与国家的合作,也包括针对跨国界灾难的国际合作。在这个意义上,法社会学的政策研究应该更多地倾向于共识模式而不是纠纷模式,应该更多地关注社会关系网络分析。另外,这次新冠疫情还凸显了社区传染以及以社区为单位进行防控的重要性,因而社区治理、城市的网格化精密管理以及机械团结与有机团结之间的组合方式也将成为法社会学的政策研究的一个重要课题。站在法社会学的立场上来考察疫情后的经济和社会重建,我们自然而然会更加关注监控、预警以及应急响应的机制和制度设计以及各种具体政策的研究。通过风险沟通,这些政策研究成果也比较容易进入公共话语空间。因此,法社会学者还不妨相应地重视涉法涉讼的舆情分析(这也是大数据和人工智能研究的一个重要环节),并在此基础上积极参与公共话题的讨论。

七、结 语

对新冠疫情引发的社会结构转型的现状及趋势,可以从法律与风险社会、监视社会以及衰退社会之间的关系这三个视角,或者从三种不同的国家治理类型来进行考察和把握。风险的预防、灾害的控制、衰退的遏阻,都需要对事态的演变进行监视和预警。来自“一览式监视塔”以及来自所有个人智能手机等不同角度、不同形式的监控,势必围绕隐私和自由等个人权利而建构一个纵横交错的视线陷阱,促进政府与社会之间展开相互透明化的博弈。与此同时,这也将形成和加强国家治理的网络结构,使规范的执行更加精准、细密。社会的有序化机制将不仅基于实际的行动方式,而且在相当程度上深入到体征计量,提前到动机预测,并对日常活动进行跟踪式流程管理,从而对包括隐私和自由在内的现代权利体系构成挑战。无论进行何种价值判断,这都意味着现代法治的范式正在发生深刻的转变甚至革命,对此,法律理论和制度需要进行相应的反思、批判、坚守以及创新。相应地,法学研究和思考的重心也将从规范移动到

[46] See Amartya K. Sen, *Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation*, Oxford: Clarendon Press, 1981, especiall Chap.1 and Chap.10. Cf. also Jean Dreze and Amartya Sen, *Hunger and Public Action*, Oxford: Clarendon Press, 1989. 阿玛蒂尔·森教授根据后一本合著的内容,在1990年8月2日的伦敦 Arturo Tancoj 纪念演讲“为消灭贫困而采取公共行动”中更集中而明确地强调了新闻报道和民主政治在监视饥荒前兆和及时作出预警方面的作用。

事实、从逻辑演绎移动到经验归纳,这些将使法社会学的发展拥抱一个崭新的阶段。

在后疫情时代,各国将重新审视全球市场的结构和产业链的布局,主权以及自力更生的意识会重新抬头。但是,既有的分工和相互依赖关系以及经济的比较优势,决定了人类社会很难退回小国寡民状态。这样的条件设定意味着广域的国际合作仍然势在必行,因而“区块化”或许将取代全球化。中国在区块化过程中必须借助守望相助的抗疫共同体以及疫后的中日韩自由贸易区,致力于推动东亚(包括东南亚)乃至亚洲太平洋区域的经济整合。但是,从人类应对各种灾害以及发展经济的需求来看,从节约交涉成本以及提高治理效率的视角看,我们还是应该最大限度维护全球化体制以及既有的国际法规则体系,因为这是更容易找到人类社会最大公约数、达成外交共识、维护和平与繁荣的现实基础。无论如何,在疫情后重新洗牌、制度变迁以及秩序重构之际,法律与经济社会、国内规范与国际规范之间的互动关系将具有更重要的意义。从法社会学角度来考察这个过程,危险、风险、预料外、完全不确定性等变数对日常化制度运作以及问责方式势必产生深刻的影响,值得进行深入的调查、研究以及实证分析。

Abstract: From the three perspectives of risk society, surveillance society and recession society, we can examine and compare different modes of prevention and control of the new coronavirus infectious diseases. We can focus on key issues such as the social structure of epidemic prevention and control, individual rights protection, risk communication and accountability mechanisms. Taking this epidemic as an opportunity, digital information technology can be more widely used, and the smart network platform will be further expanded. This will cause a qualitative change in the economic relations and legal order, from the Benthamite—Foucauldian Panopticon to the “sight trap” made up of various smartphones. It can be said that around privacy and freedom, the government and the society are developing a game of mutual transparency. Governance of the country will not only be based on individual actions, but to a certain extent, it will also go into the measurement of signs, advancing to the prediction of motivation, and continuous management of daily activities. This ubiquitous social monitoring poses a severe challenge to the modern rights system characterized by privacy and individual freedom. No matter what kind of value judgment is made, this means that the paradigm of the rule of law is quietly undergoing profound changes and even revolutions. For this reason, the focus of legal research and thinking will also move from norms to facts, from logical deduction to empirical induction, pushing legal sociology to a new stage.

Key Words: Epidemic Surveillance; Risk Communication; Trilemma of Governance; Surveillance Culture; Innovation of Legal Paradigm

(责任编辑:王锡铤)