

论国家在宪法上的风险预防义务

王 旭*

摘要:人类已经步入风险社会,预防重大风险是当代中国治国理政“底线思维”的要求。宪法是各种社会子系统的统一规范平台与链接,必然要求国家肩负起风险预防的义务。风险概念在宪法教义学上可以通过区别“危险”概念加以建构,中国宪法文本中蕴含七种不同领域的基本风险形态。宪法上的预防义务是国家保护义务的拓展,其在中国宪法上则有人权保障和国家现代化建设的双重需要。中国宪法上的风险预防义务规范体系包括“监测—评估—控制”“反思—协调—学习”“处置—转移—分散”和“完善—发展—容忍”四种规范形态。风险预防活动必须接受合宪性审查,以防止国家滥用剩余风险的分配权或借助预防侵犯公民基本权利。

关键词:风险预防 国家义务 法教义学 合宪性审查 比例原则

中国正在步入风险社会。2003年的“非典”事件促使政府和社会意识到突发性公共安全事件对传统安全观念和治理手段提出了挑战,并由此催生公共安全应急保障体系的制度设计与实践。^①十几年来,中国始终处在各种风险的包围之中,“风险预防”也日益成为公共安全立法的关键词。^②除了立法机关已经意识到立法必须从“事后危险消除”模式走向“事前风险预防”模式,最高行政机关也意识到,国家自身也会成为一种风险源,从而尝试提出“风险评估”作为约束自身决策的制度努力。2019年3月,国务院常务会议审议通过的《重大行政决策程序暂行条例》第23条规定:“重大行政决策的实施可能对生态环境、社会稳定等方面造成不利影响的,决策承办单位或者决策机关指定的有关单位应当组织对决策草案的可靠性和风险可控性进行评估”。

从对外部环境的风险预防到对自身进行规制以避免产生风险,意味着中国国家治理中全新的“风险世界观”的建立,意味着国家的风险预防义务在实定法层面开始明确。尽管行政法学、刑法学等部门法学对于国家如何在具体法律领域预防风险已经做了大量探讨,^③但一种国家义务的理论抽象和说明归根结底需要在作为法秩序基础的宪法层面进行建构,以避免风险理论的法学研究处在部门法碎片之中。如果我们不能在宪法学层面提炼出国家的风险预防义务,那么就无法对具体部门法的制度设计给出妥当的合宪性指引与评价,风险预防的法体系也将缺乏宪法支点。

国家在宪法上的风险预防义务归根结底需要回答两个问题:第一,如何建立国家风险预防义务的宪法

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师

基金项目:国家社会科学基金项目(18BFX037)

① 2003年5月,在抗击“非典”期间,国务院就迅速通过了《突发公共卫生事件应急条例》,从“预防与应急准备”“报告与信息发布”“应急处理”“法律责任”等方面全面启动中国应对公共卫生事件的顶层设计。

② 例如,《中华人民共和国食品安全法》第3条、《中华人民共和国网络安全法》第5条、《中华人民共和国土地污染防治法》第3条、《中华人民共和国水污染防治法》第3条都明确规定了风险预防原则。

③ 行政法学界的代表性作品如王锡锌、章永乐:《专家、大众与知识的运用——行政规则制定过程的一个分析框架》,《中国社会科学》2003年第3期;沈岷主编:《风险规制与行政法新发展》,法律出版社2013年版;刑法学界的代表性作品如劳东燕:《风险社会中的刑法理论》,北京大学出版社2015年版。

教义学框架,明确“风险”与“预防”的宪法含义及内容体系;第二,如何明确国家风险预防义务的宪法界限,国家在履行该义务过程中采取的手段如何接受合宪性审查,以确保宪法教义学的更新不会背离立宪主义的根本立场。本文试图对这两个问题进行分析与回应,尝试初步建立风险预防的宪法学理论框架。

一、国家风险预防义务的社会理论基础

宪法上风险预防义务的背后是人类社会的危险世界观(现代性)向风险世界观(第二现代性)转变的历史过程。在社会理论看来,风险意识的形成是人类世界观重大转变的表现,是人与环境、人与自身关系重大调整的产物,归根结底是人对工业社会现代性进行反思的结果。^①在此,我们可以通过考察卢曼和贝克两位重要社会学家的观点来揭示“风险世界观”的基本成因和特征。

(一)卢曼的风险社会学

卢曼认为,在最一般意义上,危险或风险都意味着某种损失,而这种损失是各种系统认识和判断的结果。^②系统认识有两种基本类型:一种是自我观察(即所谓“二阶观察”——对“观察”的观察),一种是观察环境。从而,对损失的观察也有两种类型:一种是潜在损失,它与系统对自我决定的观察和判断有关,这种损失就是“风险”,由系统本身的决定和决策造成;另一种是由外部因素带来的损失,由外部环境造成并被系统观察到,这种损失就是“危险”。^③换言之,风险是系统主观判断与自我认识评价的结果,是一种潜在的、非现实的损失,故特别强调对其进行评估与预防;危险则是由客观环境带来的、被系统捕捉与发现的现实存在,因而是一种已然损害,需要予以消除和克服。

卢曼观点的深刻之处在于引入了系统自身的认识与反思这个维度来理解风险概念,从而打破了自笛卡尔、康德主体哲学以来的机械世界观。这种世界观建立在牛顿经典力学所证明的确定性秩序和康德的普遍形式伦理学基础上,^④“危险消除”模式假设必然存在一个确定的、原初的秩序。人类理性自然法和法典化运动背后的哲学预设都是存在一个有着确定秩序的世界。一个损害出现后只要往前回溯找到产生的原因,并努力将这个原因消除,世界就能恢复正常的秩序。然而,卢曼强调风险本质上是系统在执行特定功能过程中自我认识与决策的结果,它每一步基于之前的认识所做出的决定都会“同步”影响另一个系统对此的反应,但由于系统都只按照自己内部的自我指涉系统来操作(如法律系统只按照合法/非法的二元代码来处理信息),从而导致不同的系统对风险是否存在及其大小的感受不同,由此采取的行动也就不同,这反过来又产生和加剧了新的不确定性。这就是卢曼所说的风险是一种“关于未来的现在描述形式”。^⑤“未来”包括无限的不确定与可能。因此,对风险的理解需要打破线性时间观和机械因果律,这是风险社会与功能尚未分化的古代社会的最大不同。

(二)贝克的风险社会学

卢曼对风险的认识坚持价值无涉的描述社会学方法,贝克对风险社会的理解则建立在特定的社会批判理论基础之上。他认为“风险社会”是相对于“阶级社会”而言的概念。贝克认为,“阶级社会”的社会矛盾集中体现在由于财富短缺而造成的分配不均这个问题上;“风险社会”的来临则将财富分配与风险分配的问题紧密结合在一起。“由于科技发展所产生的风险的生产、界定和分配所引起的问题和冲突”与财富分配紧密相关,^⑥因此风险成为一种结构性的、普遍性的全球社会现象。贝克在此基础上深刻阐述了风险与危险的区别:第一,来源不同。与卢曼的认识一样,贝克也认为风险来自人类社会自身,是工业文明不断征服自然、形成“人化的自然”所带来的后果。例如,中国食品安全风险的重要体现就是技术污染,为了减

① 参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会:新的现代性之路》,张文杰、何博文译,译林出版社2018年版,第189页。

② See N. Luhmann, Risk: A Sociological Theory, Translated by Rhodes Barrett, Walter de Gruyter, 1993, p.24.

③ See N. Luhmann, Risk: A Sociological Theory, Translated by Rhodes Barrett, Walter de Gruyter, 1993, p.22.

④ 参见[德]普洛伊斯:《安全预防作为国家任务——安全的认知前提》,刘刚译,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论和实践》,法律出版社2012年版,第140页。

⑤ See N. Luhmann, Risk: A Sociological Theory, Translated by Rhodes Barrett, Walter de Gruyter, 1993, p.34.

⑥ 参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会:新的现代性之路》,张文杰、何博文译,译林出版社2018年版,第3~5页。

少病虫害过度使用农药化肥(中国化肥施用量约占全球总量的40%),结果带来新的污染。由此,风险具有自然和人为的双重来源。^①一言以蔽之,风险是技术过剩的产物。而传统的危险则是技术匮乏的产物,是环境与自然对人的压迫所带来的不利后果。^②第二,因果关系的可证明程度不同。贝克指出:“经由风险而建立的因果关联,亦即实际或潜在的损害作用与工业化生产之间的联系,揭开了近乎无穷无尽的个别解释……很多联系是不能被证实的。即便是那些被证实的联系,也要经受长期的系统化质疑。”^③由此,行为与结果之间不能确证因果关系的情况是“风险”,而行为与结果之间存在确定因果关系、只需判断这种因果关系的现实概率的情况则是“危险”。第三,规模不同。贝克认为风险社会是一种大规模的“世界风险社会”。工业革命早期的航海、探索新大陆等冒险活动都是个体性的,是不具有传播性、不会产生大规模无序性的“危险”。而工业文明后期的“风险”则是借助全球化效应在各个国家、各个阶层弥散传播,由此产生了一种与财富分配的阶层不平等现象完全不同的“回旋镖效应”:现代风险是民主、平等分配的,与个体所处的阶层乃至国家没有关系,风险迟早会冲击所有的风险制造者或受益者。^④第四,损失的可感知性不同。风险的损害后果只在科学的思维中存在,如环境污染对人身体的影响,不安全食品对人健康的损害,往往不能直接、立刻被经验感知。危险则可以通过化学公式、生物技术和医学诊断直接感知与判断。由此,对传统社会中的“危险”的排除主要依赖科学理性,而对现代社会中的“风险”的预防则必须由科学理性和社会理性“联姻”来共同面对。风险预防是社会价值判断与技术运用共同作用的结果。^⑤

总之,虽然卢曼与贝克的风险社会学在理论关怀与论证细节上不尽相同,但是二者都从不同方面揭示出现代风险社会是古代阶级社会根本结构性转变的结果。法律是社会的产物,法教义学体系的更新必然要受到社会结构调整的重大影响。这种结构性转变具体表现为:第一,从秩序世界观到风险世界观的结构转变。以经典物理学决定论为基础的秩序观在法教义学层面重在提炼“危险”的判断规则和责任承担规则,以恢复被破坏的秩序。^⑥风险世界观则要求我们抓住人类及各个子系统自身的行动来建构“风险”概念的法教义学,包括“客观”和“主观”两个维度。在中国宪法文本上,此种“风险”的宪法根据不仅具有客观政策维度,如《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第26条规定“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害”,还包括对国家机构及工作人员行为所要求的理性、审慎等主观要求维度,其旨在防止国家活动自身成为风险源,如《宪法》第27条规定“一切国家机关和国家工作人员必须依靠人民的支持,经常保持同人民的密切联系,倾听人民的意见和建议,接受人民的监督,努力为人民服务”,就蕴含此种风险预防的深意。第二,从“财富一分配”逻辑到“风险一分配”逻辑的结构转变。风险社会的第二个结构转变就是贝克所揭示的从“财富一分配”逻辑到“风险一分配”逻辑的重大变化,人类社会的愿景从“需求型团结”到“焦虑促动型团结”转变,社会“平等的价值体系”被“安全的价值体系”所取代。由此,宪法上的平等权规范需要在国家对不同群体进行风险分配的过程中发挥合宪性审查的功能,并在这个过程中实现对基本权利的动态保护。

二、风险的宪法教义学建构

宪法教义学必须从风险社会理论出发,提炼出“风险”的含义,并对其进行有效的法律建构。我们首先要在法律上区分“风险”与“危险”;其次必须从中国宪法文本出发,建构有关风险的不同规范领域和类型,进而提炼出相应的规范体系。

① See C. Fabiansson, S. Fabiansson, *Food and the Risk Society*, Routledge, 2016, p.48; WANG Xu, *Governance Logic and Basic Systems of the New "Food Safety Law of the People's Republic of China"*: Focus on Social Co-governance, 9 *Journal of Resources and Ecology*, 92-105(2018).

② 参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会:新的现代性之路》,张文杰、何博闻译,译林出版社2018年版,第7、230页。

③ [德]乌尔里希·贝克:《风险社会:新的现代性之路》,张文杰、何博闻译,译林出版社2018年版,第20页。

④ 参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会:新的现代性之路》,张文杰、何博闻译,译林出版社2018年版,第7~9页。

⑤ 参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会:新的现代性之路》,张文杰、何博闻译,译林出版社2018年版,第7、18页。

⑥ 参见[德]普洛伊斯:《安全预防作为国家任务——安全的认知前提》,刘刚译,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论和实践》,法律出版社2012年版,第133页。

(一) 风险概念的法律建构

卢曼和贝克的风险社会理论给我们的最大启发是,风险具有客观和主观的双重面向。它既是一种受客观条件与认知能力限制的不确定性;又是一种依赖于国家进行价值判断和反思调控的主观感受,这种主观感受有时需要基于价值权衡进行决断,因而“风险”的大小又不完全是客观认识的结果,对风险预防的程度也取决于价值决断的结果。现代宪法的功能就是在统一规范平台上对各种系统存在的“风险”进行评价和预防,从而形成一种整体风险观。这种整体风险观进一步要求我们将社会理论上“风险”与“危险”的差异转化为法学上的不同制度建构,进而对国家提出不同的宪法义务。

从比较法的视角看,将风险作为一个法律概念使用的典型是1971年德国的一项环境保护政策。德国联邦政府1990—1992年的环境政策报告第一次将“危险阻止”“风险预防”和“未来预警”作为预防原则的三要素。^①此后,风险的法律概念被广泛运用到环境保护之外的领域。德国联邦宪法法院则在1978年的“第一卡尔卡案”^②中从宪法审查层面第一次区分了“风险”与“危险”。该案讨论的焦点是联邦议会制定的《能源法》第7条规定的给原子能制造、处理、提炼的设施设置许可的内容是否符合宪法。

德国联邦宪法法院首先认为:“在联邦德国境内对于核能和平用途之依法容许与否的规范性原则决定,不但基于其对人民,尤其是人民的自由和平等领域、一般性生活关系,具有极其深远的影响,且由于该决定所必然链接之规定的种类和强度的原因,属于在法律保留意义下的基本的、重要的决定。仅仅立法者有权做成这个决定。”^③进而,立法者是否通过立法尽到了保护人民基本权利的职责,尤其是《基本法》第2条规定的生命健康权保障义务,德国联邦宪法法院对此提出了国家义务判断的三阶模式:(1)危险制止,(2)风险预防,(3)可忍受之剩余风险。据此,“第一,国会首先要判断规制领域是否有破坏《基本法》第2条第2项第1句保护的相关当事人生命和身体的完整性的现实发生,如有则必须立法予以制止;第二,要进一步判断依照当时的科学及技术水平,相关措施是否能够有效阻止损害后果发生;第三,在此种实践理性之界限以外所存在的不确定性,其原因在于人类认知能力的界限;此种不确定性是无可避免的,因而在此范围内,应由全体国民承担相应不确定后果”。^④

在后来的“维尔案”^⑤中,德国最高行政法院在上述概念框架基础上进一步揭示了三者 in 法教义学上的差异,指出危险与风险之间的区别并非简单的概率大小,风险与剩余风险之间的本质区别则是价值判断的差异。具体来说,危险可以分为“预测性”与“诊断性”两种类型。前者是行为与损害后果之间能够明确因果关系,从而对这种因果关系现实性的判断和评价;后者又称“危险嫌疑”,是对某种事实与另一个事实之间是否存在因果关联的不确定性推定。传统“危险”的法教义学就是要在确定危险属于何种类型的前提下,通过证据规则和证明程序从法律上判断某一个后果出现的概率,从而决定法律强制干预或消除的程度;^⑥“风险”则是“危险嫌疑”概念的进一步发展,它与“危险”的区别并非仅客观概率上的差异,风险意味着某个行为的后果向遥远的未来延伸,是系统与环境之间复杂互动的结果,很难用单一、线性的因果关系来解释,因此更多是主观判断与综合分析的结果;^⑦“剩余风险”则是国家的一种价值判断,是最高价值人性尊严的相对化表现,是为了社会发展“全民应该承担的社会合理负担”。^⑧具体而言,剩余风险有3种法律上的类型:(1)风险超出了人类的认知,(2)可根据常识排除某种风险,(3)风险潜在的危害或实现的概率

① See D. Hanschel, Recent Trends in German and European Constitutional Law, Springer, 2006, pp.181—182.

② Vgl. BVerfGE49, 89—147—Kalkar 1.

③ BVerfGE49, 89, at 139.

④ BVerfGE49, 89, at 141.

⑤ 参见[德]普洛伊斯:《安全预防作为国家任务——安全的认知前提》,刘刚译,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论和实践》,法律出版社2012年版,第141页。

⑥ 参见[德]普洛伊斯:《安全预防作为国家任务——安全的认知前提》,刘刚译,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论和实践》,法律出版社2012年版,第141~142页。

⑦ 参见[德]普洛伊斯:《安全预防作为国家任务——安全的认知前提》,刘刚译,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论和实践》,法律出版社2012年版,第142页。

⑧ 参见翁岳生主编:《德国联邦宪法法院裁判选集》(八),台湾天松印刷文具有限公司2000年版,第527页。

存在不确定性。但即便存在这三种情况,风险的潜在收益也值得立法者追求,而当未来解决了相应认知与技术问题后,人们能够接受当初的承受与付出。^①可见,风险与剩余风险的界限并非认知与概率的问题,而是规范与评价的问题,是立法者经过价值判断与权衡后,决定放弃对一部分法益的保护而享受风险所带来的未来收益的结果。

综上,从宪法教义学的角度看,“危险”是指侵害行为的现实发生,立法者的相应义务在于“制止”;“风险”是指有证据表明某种损害后果可能发生且立法者有能力预防,立法者的相应义务在于“排除”;如果立法者经过价值权衡后,为享受特定利益而不得不由全体国民承担某项潜在损害,那么就构成一种“剩余风险”,此时立法者的态度是“公平分配和容忍”。^②在现实中,三者处于一种渐变的光谱之中,立法者的判断需要更加精细和准确,并妥善运用价值判断进行立法裁量和归类。由此,我们可以将区分危险、风险与剩余风险的法律构成要件归纳为客观和主观两个方面。客观要件有两个:一是行为与损害后果之间因果关系的确定性;二是损害发生的概率。主观要件则是行为带来的损害与收益之间的价值权衡。

(二)中国宪法上的风险领域

在规范形态上,中国宪法上的风险概念表现为“风险领域”同“预防手段”相结合的形式。前述两个构成要件在不同的风险领域的表现程度是不同的,从而产生不同的预防手段。在某些风险领域,宪法重在“协调”;在另一些风险领域,宪法则侧重“保护与改善”。从规范语句出发,我们可以从中国宪法文本中提炼出7个风险领域:(1)对于国家面临的整体性风险,宪法的主要规范手段是“协调”。通过协调防止国家各个具体领域的预防活动域顾此失彼。《宪法》序言指出“我国将长期处于社会主义初级阶段”,而初级阶段的宪法规范意义就是国家在社会政治经济各个领域发展的不充分、落后与不平衡。^③这构成国家整体意义上的风险预防义务最重要的规范基础。由此,2018年宪法修改特别强调我国还需要长期坚持“物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明协调发展”。(2)对于政治领域的风险,宪法的主要规范手段是“禁止”。例如,《宪法》第4条规定:“禁止对任何民族的歧视和压迫,禁止破坏民族团结和制造民族分裂的行为”;《宪法》第1条第2款规定:“禁止任何组织或个人破坏社会主义制度”。(3)对于法律领域的风险,宪法的主要规范手段是“追究”“尊重和保障”。例如,《宪法》第5条第4款规定:“一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究”;《宪法》第33条第4款规定:“国家尊重和保障人权”。这些条款充分说明,制宪者意识到法律被违反以及法律所保护的个人、社会和国家利益被侵犯,是该领域最大的风险。(4)对于经济领域的风险,宪法的主要规范手段是“保障”和“监管”。例如,《宪法》第7条规定:“国家保障国有经济的巩固和发展”;《宪法》第11条规定:“国家……对非公有制经济依法实行监督和管理。”(5)对于社会领域的风险,宪法的主要规范手段是“保持”和“维护”。例如,《宪法》第21条规定:“国家保护人民健康,增强人民体质”;《宪法》第25条规定:“国家推行计划生育,使人口的增长同经济和社会发展相适应。”(6)对于科技领域的风险,宪法的主要规范手段是“保护”“改善”和“发展”。例如,《宪法》第26条规定:“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害”;《宪法》第20条规定:“国家发展自然科学和社会科学事业。”(7)对于文化领域的风险,宪法的主要规范手段是“提倡”与“反对”。例如,《宪法》第24条规定:“国家倡导社会主义核心价值观……反对资本主义的、封建主义的和其他的腐朽思想”。

中国宪法文本蕴含的“整体风险观”揭示出两点重要结论:第一,我们要超越应对科技和环境风险的狭隘视角。“风险”是一种世界观,是我们观察现代社会的视角,要防止把“风险”概念及由此产生的预防义务仅仅局限在自然科学和技术领域。由于科技的影响,法教义学最初对“危险”与“风险”的区分的确集中在能源、环境、食品、基因技术等领域,但风险的本质是社会子系统认识和行动的双重不确定性,而每个系统都处在不停地认识与行动之中,因此社会各个系统既是风险的制造者、受益者,也是风险的承担者、受损

① See D. Hanschel, Recent Trends in German and European Constitutional Law, Springer, 2006, pp.195-196.

② Vgl. BVerfGE49, 89, at 143.

③ 参见蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2004年版,第179页。

者。英国社会学家吉登斯将这种现象概括为“所有他者成为自我的小白鼠”。^①因而,每个社会子系统都会通过法教义学操作发展出适应各自风险预防需要的知识体系。但是,只有宪法才能在一种整体视角下建构风险的一般法教义学类型,从而为各个子系统之中的风险预防提供根本法律依据,并协调各个子系统的行为,防止产生新的风险。第二,由于产生风险的各个社会子系统之间存在重大差异,中国宪法上规定的风险领域是不同的,因此宪法对其采取的预防手段也有所不同,这就需要我们进一步对预防义务的宪法教义学进行概念解释与体系建构。

三、预防义务在宪法教义学上的确立及展开

“预防”的现代含义是指“对某种社会趋势的抗拒和防备”。^②德国行政法学者福斯多夫将这个含义引入公法学,提出“国家生存照顾作为一种国家预防活动”,^③从而使之成为经济宪法上的重要课题。

(一)预防义务的宪法根据

风险预防义务的出现归根结底是国家保护义务扩大的结果。传统国家保护义务要求立法者通过民法和刑法的规制,防止第三人对基本权利的侵犯,正如德国联邦宪法法院在“第一卡尔卡案”中的阐述:“根据《基本法》第1条第1项第2句,所有国家权力都有保障人性尊严的义务,因而国家负有尽一切努力及早认出风险并以合宪的必要手段来克服此种风险的义务”。^④然而,与传统“危险消除”模式不同的是,面对风险预防,国家对潜在损害的识别、评估成为更重要的要求。

需要注意的是,传统德国法上国家保护义务的理论根基在于自由主义和个体主义。从系统论的非个体主义视角看,要全面理解预防的宪法规范根据,还必须兼顾预防的客观功能和整体效益面向。因此,我们可以将我国宪法上预防义务的依据归结为主观和客观两个方面。

1.主观权利依据:国家尊重和保障人权条款

预防义务在我国宪法上的首要根据就是《宪法》第33条第4款规定的“国家尊重和保障人权”。“尊重”侧重国家对人权的不予侵犯,是基本权利防御功能的体现;保障则更侧重基本权利的受益请求功能,其中就包含请求国家通过立法和其他公权力行为保护基本权利主体免于陷入第三人制造的风险的含义。这是预防义务的主观权利规范基础。我国宪法基本权利清单中列举的内容都可能遭受第三人的侵害。例如,大规模食品工业给公民人身权带来的健康风险;网络服务提供者和运营者给通信自由与秘密以及人格尊严带来的不可逆的信息传播风险;人工智能日益成为通用技术后,公民充分就业的劳动权所面对的地位、技能被替代风险;等等,都需要立法者予以充分评估与管控。

2.客观法秩序依据:国家根本任务条款

预防义务的客观依据在于《宪法》序言第7自然段规定的国家根本任务条款:“国家的根本任务是,沿着中国特色社会主义道路,集中力量进行社会主义现代化建设。中国各族人民将继续在中国共产党领导下……不断完善社会主义的各项制度,发展社会主义市场经济,发展社会主义民主,健全社会主义法治,贯彻新发展理念,自力更生,艰苦奋斗,逐步实现工业、农业、国防和科学技术的现代化,推动物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明协调发展……”

该条款第1句话说明了国家的任务方向是“集中力量进行社会主义现代化建设”。但这个过程本身是多个系统交互影响、形成合力的过程。在这个过程中,国家需要“不断完善社会主义的各项制度”,需要“发展社会主义的经济、民主和法治”。“完善”与“发展”从文义解释看,都暗含“不足”和“缺陷”之意,其中潜藏的各种风险甚至可能给国家带来颠覆性后果。从目的解释看,“我们面临的重大风险,既包括国内的经济、

① A. Giddens, *Modernity and Self-identity*, Polity Press, 1991, p.97.

② [德]卡尔·雅斯贝尔斯:《时代的精神状况》,王德峰译,上海译文出版社1997年版,第218页。

③ [德]普洛伊斯:《安全预防作为国家任务——安全的认知前提》,刘刚译,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论和实践》,法律出版社2012年版,第141页。

④ BVerfGE49, 89, at 152.

政治、意识形态、社会风险以及来自自然界的风险,也包括国际经济、政治、军事风险等。如果发生重大风险又扛不住,国家安全就可能面临重大威胁,全面建成小康社会进程就可能被迫中断。我们必须把预防风险摆在突出位置,“图之于未萌,虑之于未有”,力争不出现重大风险或在出现重大风险时扛得住、过得去”。^①由此,预防作为一项国家义务,还有国家根本任务条款作为客观法秩序的根据。这也是集中力量谋发展、进行社会主义现代化建设、实现中华民族伟大复兴的必然要求。

(二)预防的具体化与反思学习义务

宪法上的预防义务必须通过立法予以具体化,由此需要在法教义学上讨论第二个问题:立法者对于预防手段的规定享有形成自由,但在某一个具体的风险领域使用不确定法律概念时,是否要建立一定的操作标准以便行政机关和司法机关等国家机关适用?例如,《德国能源法》要求行政机关与司法机关“对经由设置与运营该设施所形成的损害之判断”建立在“可信赖性与不可或缺的知识”基础之上。但“可信赖与不可或缺”的判断标准是什么?这实际上就是传统宪法学对立法明确性的合宪性要求。德国联邦宪法法院在“第一卡尔卡案”中扼要阐述了风险预防义务明确性的3个标准:1968年的《德国技术生产工具法》提出“普遍肯认的技术”标准,要求预防的程度必须符合学术界的技术通说,但科技通说变动很快,“使得行政机关和司法机关始终必须在不断冲击的科技发展之后苦苦追赶”;1976年的《德国废弃防护法》将标准修改为“查明科技现状”,要求行政机关不必追赶科技前沿,只需了解目前的发展水平;《德国原子能法》提出了更为严格的“学术与科技发展”标准,要求行政许可的实施机关依据最新学术观点来判断申请人防备设置的充分性,即便目前科技发展尚没有完全接受此种观点,从最大限度的风险预防目的出发,也可不予许可。至于在个案中如何裁量,法院认为这是一个开放的领域,得依风险的具体情况来判断。^②

上述标准说明了风险预防义务的两个重要特征:第一,由于风险在主观认知和客观行动中的高度偶然性和不确定性,因此对特定领域风险的预防不具有精密厘定的特性,而只能确立一种相对客观和具体的标准,这就需要行政机关和司法机关运用裁量权加以处理,立法者只能提出相对合理的裁量基准。例如,《宪法》第25条规定:“国家推行计划生育,使人口的增长同经济和社会发展计划相适应”,但什么是“相适应”需要尊重立法者的“形成余地”;《宪法》第26条规定:“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害”,至于什么是“保护”以及“改善”到何种程度,同样属于立法者面向未来的“形成空间”。第二,风险预防义务要求法律系统不断地向其他社会系统学习并与之沟通。不同的风险领域具有各自不同的技术标准和专业知识,法律系统不可能完全通晓这些技术和知识,由此预防本质上是一个向社会学习的过程,必须不断保持信息沟通的开放。政策和法律的制定应当从国家中心主义转向社会学习模式,即政府要尊重社会、向社会学习,充分吸收社会本身的诉求和信息,并将之转化为国家的政策和法律。^③例如,《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)第63条规定:“国家建立食品召回制度。食品生产者发现其生产的食品不符合食品安全标准或者有证据证明可能危害人体健康的,应当立即停止生产,召回已经上市销售的食品。其中,什么是“有证据证明可能危害”取决于食品工业的技术判断,行政机关执法时应当注意反思和吸收。

(三)预防义务的裁量基准

尽管预防义务的规定难以避免不确定法律概念,但宪法仍然要求立法者提出必要的裁量基准,行政机关和司法机关在法律适用过程中必须在理性的裁量架构中展开。结合学理和我国宪法文本,这些裁量基准应包括五项要素:(1)风险领域的特征。这是首先需要考虑的方面,在德国法上又叫“可能形成之风险的种类”。不同风险领域中存在的风险源和风险点是不同的。例如,在宪法规定的社会安全领域,食品安全

^① 习近平:《以新的发展理念引领发展,夺取全面建成小康社会决胜阶段的伟大胜利》(2015年10月29日),载中共中央文献研究室编:《十八大以来重要文献选编》(中),中央文献出版社2016年版,第833页。

^② Vgl. BVerfGE49, 89, at 159.

^③ See P. Hall, Policy Paradigms, Social Learning, and the States: The Case of Economic Policymaking in Britain, 25 Comparative Political, 275-296(1993).

就具有自身的特点。《食品安全法》第 42 条要求相关主体按照“环节与流程”来明确风险点。从生产环境中的重金属超标、工业化学品污染到生产过程的农药残留、添加剂与抗生素使用,从销售过程的假冒产品到仓储保管储运服务环节的食品变质或损坏,食品污染风险弥散在各个环节中,因此必须运用多种技术手段建立“全程可追溯”的预防制度。^① (2) 风险与基本权利的接近程度。《宪法》第 51 条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”由此,风险与某种基本权利接近程度越紧密,则立法者和执法者对风险的控制就应当越严格,所动用的干预手段也可以越强烈。(3) 风险范围大小。在法律上,对风险范围大小的考虑因素一般包括:潜在影响的群体规模、有无重点人群、扩散性大小、发生概率、是否会发生次生损害,等等。《食品安全法》第 109 条就根据这个原则规定了风险的分级管理制度,要求县级以上人民政府食品药品监督管理、质量监督部门根据食品安全风险监测、风险评估结果和食品安全状况等,确定监督管理的重点、方式和频次。(4) 宪法保护的法益位阶。风险损害的法益位阶越高,法益越容易受到风险侵害,^② 法律就应该予以更严格的预防。例如,在涉及人民生命健康权的食品领域,对于宪法重点保护的特定基本权利主体——儿童和老人,法律就提供了更加严格的预防,如《食品安全法》第 109 条规定,食品安全年度监督管理计划应当将“专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品”作为监督管理的重点。(5) 现存的法律规定。现存的法律如果对特定风险点做了预防的明确和具体规定,那么执法者必须适用这些特别规定,以便更充分地进行风险控制。

(四) 预防义务与基本权利

1. 预防对基本权利的动态保护

预防义务来源于国家保护义务,所以公民可以要求立法者具体化这项义务并产生法律上的请求权。然而,与危险消除模式的义务观不同,预防义务对基本权利的保障是一种动态保护,随着客观条件与主观认知的变化,其保护程度和方式也随之发生变化。在“第一卡尔卡案”中,德国联邦宪法法院深刻地指出了此种保护的内涵:“《德国原子能法》第 7 条第 2 款第 3 项中所定的对未来持开放态度的规定内容,是为了追求动态性的基本权利保护。该规定内容有助于《德国原子能法》第 1 条第 2 款所定的保护目的在各种情况下都能获得最佳的实现。反之,就算能设法做到法律中列出呆板的规则,而将特定的安全标准固定下来,对科技的持续发展及相适应的基本权利保障而言,也毋宁是束缚而不是助益。若认为立法者有义务如此的话,是完全误解了明确性要求。虽然明确性的要求是保障法的安定性,但不是所有的规范客体都是以相同的程度来实现此要求。一定程度的不确定性——至少比立法者被迫制定不切实际的规定或根本不予规定这两种有损基本权利保障的方式要更好——是必须加以容忍的”。^③

通过分析我国宪法文本,可以将这种“动态性”因素在法教义学上归结为四个方面:(1) 判断风险的标准本身的变化。例如,《宪法》第 41 条规定:“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得赔偿的权利”。这里“损失”的标准即是随着社会发展与立法者的认知而变化的。例如,1995 年制定的《中华人民共和国国家赔偿法》(以下简称《国家赔偿法》)仅仅将“损失”理解为“直接损失”,并排除了精神赔偿,但 2010 年修订的《国家赔偿法》第 35、36 条则将损失标准扩大到“部分间接损失”和“财产权之外的精神性利益”。(2) 风险预防所需社会经济成本的变化。例如,《宪法》第 45 条规定:“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利”。由此,在社会保障领域,立法者对公民的物质帮助权予以具体化时,必须斟酌当前的社会经济发展状况,以合理确定养老、就医等方面的给付水平。(3) 社会经济技术条件的变化。例如,《宪法》第 40 条后半段规定:“任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密”。对“通信”的传统理解主要局限在纸质媒体,但在大数据、云计算的通讯技术革命时代,“通信自由与秘密”被侵犯的风险与互联网等虚

^① See WANG Xu, Governance Logic and Basic Systems of the New “Food Safety Law of the People’s Republic of China”: Focus on Social Co-governance, 9 Journal of Resources and Ecology, 92–105(2018).

^② See D. Hanschel, Recent Trends in German and European Constitutional Law, Springer, 2006, p.188.

^③ BVerfGE49, 89, 173, 174.

拟媒体紧密联系,从而使立法者负有制定大数据管理和利用法律的义务,以妥善保护公民的通信基本权利。(4)基本权利冲突产生的规范限制。《宪法》第51条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”由此,当两项基本权利发生冲突时,国家可以通过法益衡量来决定对其中某一个基本权利进行限制,从而对该基本权利的保护程度进行动态调整。

2. 预防对基本权利的干预

确立预防义务并非仅仅保障基本权利,也包括对客观法秩序的维护,同时,公民个人的认知和行动在现代社会也是风险的重要来源,因此国家的预防义务同样会对基本权利发生干预,以实现客观法秩序并保障其他主体的基本权利。针对基本权利的干预,德国宪法上一般分为“以强制力为基础的预防”和“以非强制力为基础的预防”^①两种教义学类型。此外,还可以在宪法教义学上进一步区分“无须规定专门限制条件的预防”和“必须规定专门限制条件的预防”:(1)“以强制力为基础的预防”和“以非强制力为基础的预防”。前者如预防公共传播疾病的强制接种和预防公共交通风险的强制交通保险,后者如预防市场风险过程中经常使用的企业信用信息记录。二者在法教义学上的区分主要在于对预防行为进行实质合宪性审查的方法,尤其是运用比例原则进行判断时有很大不同。对此后文将重点论证。(2)“无须规定专门限制条件的预防”和“必须规定专门限制条件的预防”。基本权利限制理论区分内部限制与外部限制。前者认为基本权利在本质上暗含特定限制,这种限制不需要立法者从外部专门规定;后者则认为基本权利形成后的保障范围本身并不是对保障客体的限制,只有宪法保留或立法保留专门对其附加行使条件时才构成限制。^②一般来说,如果一项基本权利的直接行使较易产生公共影响甚至危害其他法益,那么国家对其立法进行预防的行为不需要特别条件。例如,对于《宪法》第35条规定的言论自由,第42条规定的劳动权(包括经营自由),第47条规定的科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由,这些基本权利都需要在一定社会关系中行使,会对外部环境产生影响,因此可以认为“预防”是内含在它们概念之中的限制。对此,德国联邦宪法法院认为,尽管《基本法》并没有对第5条第3款“探索自由”进行外部限制,但现代科学探索和技术转化的社会行为早已融为一体,社会自身已经变成诸多大型技术的真实演练室,社会也直接置身于不完备和不确定知识所产生的风险之中,^③由此预防必须理解为科研探索自由内含的一种限制;而宪法规定的人格尊严、住宅权、宗教信仰自由、通信自由与通信秘密等基本权利则不会产生明显的外部性,国家以预防为名对其进行法律限制需要按照宪法规定的条件或遵循法律保留来明确适用条件,否则就会构成对基本权利的侵犯。

四、风险预防义务规范的体系化

(一) 风险预防义务规范的一般结构与功能

风险预防作为一项国家在宪法上的义务,其规范逻辑结构由“风险领域”和“预防手段”两部分构成。很多国家的宪法中都有预防义务的条款,其要么直接使用“预防”的概念,要么在条款中隐含规制特定风险领域及其预防手段的内容。直接使用预防概念的典型是《德国基本法》第20(1)条的“环境保护国策”。在德国法上,该条款的规范目的既包括对当下风险的预防,也兼及对代际正义的维护,其规范功能包括四个方面:(1)构成立法、行政和司法具体化的宪法依据。虽然该条款不直接产生基本权利主体的请求权,但是立法者必须尊重该条蕴含的最低限度的环境保护要求,并在具体领域享有形成余地。(2)正当化功能。该条款指引行政机关在解释制定法中的一般法律原则和不确定法律概念时必须作“符合宪法的解释”,从而

^① 参见[德]迪特里·格林:《宪法视野下的预防问题》,刘刚译,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论和实践》,法律出版社2012年版,第126页。

^② See R. Alexy, *The Theory of Constitutional Right*, Oxford University Press, 2002, pp.18-19.

^③ 参见[德]普洛伊斯:《安全预防作为国家任务》,刘刚译,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论和实践》,法律出版社2012年版,第159~160页。

正当化行政机关的裁量和政策决定。(3)最大化实现功能。由于行政机关负责在宪法要求的基本水平之上采取环境保护的手段,因此它有义务最大化地实现宪法的规范意图。由于该条款并不直接创设立法任务,因此即便在立法者没有制度具体立法的领域,行政机关也可根据该条款有所作为。(4)检验功能。该条款可以作为行政机关进行行政解释、行政裁量和政策制定时应当遵守的正当程序依据。例如,行政机关制定相关政策时必须遵守公开的程序要求,就是因为只有公开结果和说明理由,才有可能通过公共监督来检验这些理由和结果是否符合宪法要求。^①

(二)中国宪法上的教义学建构

1. 风险预防义务的“监测—评估—控制”规范体系

尽管《宪法》第26条也具有类似《德国基本法》第20条的规范结构和功能,但中国宪法还包括更为丰富的预防手段,如在政治系统和法律系统中,针对阶级风险、国家分裂风险、国际交往风险等,制宪者明确使用了“禁止”“制裁”“反对”等规范语词,说明制宪者对于此类风险的现实性判断较为清楚,进而在规范上表现出强烈的控制特征。

然而,“风险预防”与“危险消除”在控制手段上最大的差异就是前者的控制是一种“风险点分析与控制”体系,强调的是过程控制而非简单的后果消弭,体现的是过程中的风险监测、评估与控制,因此立法者对上述规范词的落实不是简单规定处罚与责任,而是要建立起“监测—评估—控制”的全过程风险预防体系。我们可以借用《欧盟食品卫生通则》对“危害分析与关键控制点体系”制度的规定来说明控制性规范体系的一般特征。所谓“危害分析与关键控制点体系”,是企业鉴别、评价和控制食品安全危害的一种体系。在这种体系下,企业被要求要识别、分解食品生产、加工、销售、储运过程中每一个可能发生风险的环节,并采取适当的控制措施防止危害发生。^② 对此《食品安全法》第48条规定:“国家鼓励食品生产经营企业符合良好生产规范要求,实施危害分析与关键控制点体系,并对符合该体系的企业予以认证。”

这种体系要求我们要学会分解处在风险中的事物,对事物可能出现风险的阶段和环节进行识别,从而根据不同阶段的特点制定相应控制性标准。具体来说,这样的标准分为三种类型:第一,以技术为基础的控制。它要求被控制对象明确做出特定技术动作或举措,如法律规定对有证据表明可能存在危害的食品,生产者经营者必须做出及时召回或下架的行动。第二,以绩效为基础的控制。要求被控制对象必须努力达到某个目标或避免某种结果,如法律要求企业事业单位遵守重点污染物排放总量控制指标。第三,以管理为基础的控制。要求被控制对象通过制定内部规则和流程来进行自我约束。^③

2. 风险预防义务的“反思—协调—学习”规范体系

中国宪法对很多领域的风险预防,往往强调该领域通过自我反思来协调与其他领域的关系,并积极吸收其他领域的知识信息来调整自身行为。此类风险预防偏重通过主观评价与分析,运用系统思维来促进不同领域的协同发展。对此,可在法教义学上提炼出三种类型的规范体系:

(1)通过协调降低复杂性。例如,《宪法》序言对于我国社会整体系统避免风险明确提出“推动物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明协调发展”的要求。这是因为社会主义初级阶段“是经济文化落后的中国建设社会主义不可逾越的历史阶段,这是很长的时期,需要上百年的时间”。^④ 由此,立法者必须建立整体安全观,平衡与协调发展五大文明,防止顾此失彼,单边突进。又如,我国现阶段存在多种经济所有制与分配制,这就要求我们既要坚持公有制的主体地位和保持国有经济的主导性,又必须清醒地认识到非公有制经济对中国经济发展的重要贡献。《宪法》第7条规定“国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理”,正是要求我们统筹兼顾不同所有制经济,这也是降低现阶

^① See D. Hanschel, *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Springer, 2006, pp.187-188.

^② 参见王旭:《我国新食品安全法中的企业自我规制》,《中共浙江省委党校学报》2016年第1期。

^③ See Cary Coglianese and David Lazer, *Management-based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals*, 37 *Law and Society Review*, 691-730(2003).

^④ 蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第142页。

段经济下行压力与预防风险的重要顶层设计,任何走极端、孤注一掷的做法都会出现颠覆性错误。

(2)通过交流增强开放性。不同社会系统在信息上必须保持开放,通过信息公开和交流与其他系统保持互相理解与合作,从而才能降低由于信息封闭带来的决策失误风险。为此,宪法尤其强调国家机关在各种活动中保持向社会和人民开放的重要性。例如,《宪法》第27条规定:“一切国家机关和国家工作人员必须依靠人民的支持,经常保持同人民的密切联系,倾听人民的意见和建议,接受人民的监督,努力为人民服务”。既然风险大小与系统的主观判断有关,那么避免误判的重要途径就是信息公开与风险交流,无论是国家机关之间还是国家与社会之间,只有充分做到信息、数据共享,风险监测与评估的结论共享,才能避免对客观情势的误判,最大限度增强立法、决策的适应性和可接受性。例如,根据这一宪法规范,《食品安全法》在2015年修改中增加了大量风险交流的制度设计,该法第22条的规定就是典型。

(3)通过学习保持反思性。社会系统反思自身的决策和认知是在现代性条件下降低风险的关键。中国宪法亦承认国家官僚机器理性的不足,只有不断学习,调适自己的视角、立场和判断,才能不断提高治理绩效,避免治理风险。

3. 风险预防义务的“处置—转移—分散”规范体系

预防义务还意味着国家必须在评估、交流的基础上有效管理风险。风险管理包括“风险降低”“风险转移”和“风险分散”三个有机组成部分。^①“风险降低”是一种风险处置措施,指在明确识别风险后必须采取措施加以抑制。《宪法》第5条依法治国原则规定的“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究”,就是立法者和执法者对违反风险规制立法的主体进行处置的总根据。在经济系统和社会系统的领域,还可以发现风险转移和风险分散的宪法依据。所谓“风险转移”就是通过法律上规定归责原则,让风险的潜在危害在不同主体之间转移。例如,《宪法》第41条规定,由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得赔偿的权利。该条实际上设定了“违法归责”原则,让违法行使职权的国家机关成为赔偿义务主体从而将风险从受损失的公民转移到国家机关,并通过国家赔偿法追偿制度的设计,进一步将相应风险转移给在侵权行为中存在违法或过错的国家公职人员。“风险分散”主要是利用市场和社会机制来分散潜在风险。《宪法》第14条规定“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”,正是风险分散规则的根本根据。据此,国家有义务建立社会保障基金来分担公民面临的各类风险,当特定公民遭受损害时通过社会保障的给付功能予以救济。

4. 风险预防义务的“完善—发展—容忍”规范体系

宪法上“剩余风险”的存在,意味着国家必须在理性和认知能力有限的时候,坚持在平等分配的前提下容忍相应的风险。我国宪法中同样包含此类规范体系。例如,《宪法》第15条规定“国家加强经济立法,完善宏观调控”;第20条规定“国家发展自然科学和社会科学事业,普及科学和技术知识,奖励科学研究成果和技术发明创造。”这对于提升经济系统和科技系统的风险预防能力具有重要意义。“最好的防守是进攻”,同样,“最好的预防是完善与发展”。从文义解释看,“完善”是针对现状而言的,旨在不断发现系统运转的认知和判断盲点;“发展”是针对未来而言的,旨在通过引领与创新来更好地发现风险源、找准风险点,从而最大限度地预防风险。剩余风险的克服最终必须靠系统自身的完善和发展来实现。“容忍”则是指在特定时空里,由于人类的技术或认知能力都在预防风险方面存在一定局限,因此需要立法者通过价值判断决定暂时容忍某类风险,并加以动态调整。科技与环境污染、公害的风险预防领域就是典型。例如,现阶段科技结论并不能查明转基因食品在破坏生物多样性的情况下对人体是否构成实质伤害,但考虑到其对确保食品供应量具有重要积极意义,立法者必须通过权衡容忍一定的剩余风险。对此,《食品安全法》第69条规定“生产经营转基因食品应当按照规定显著标识”,就是通过充分保障消费者的知情权和选择权,

^① See W. Heun, Risk Management by the Government and the Constitution, in the Law in the Information and Risk Society, Edited by G. Duttge, S. W. Lee, University Gottingen Press, 2011, pp.19-20.

在一定程度上化解与容忍转基因风险的不确定性。^①

五、风险预防义务的合宪性审查

宪法上的风险预防义务是对国家机关提出的基本要求,但宪法同时也要防止国家以预防为名实施公权力行为侵犯公民基本权利,因此,在国家预防领域必须进行严格的合宪性审查。

(一) 剩余风险分配的合宪性审查

剩余风险分配的基本规则是国民“收益共享、风险共担”。《宪法》第5条规定的“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”和第33条规定的“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务”,正是此种风险分配规则的根本依据。由此,平等原则是审查立法、执法和司法过程中剩余风险分配是否合宪的关键。由特定阶层或主体承担过重义务或享有过多收益都不符合平等原则的要求。例如,《食品安全法》在修改过程中,第131条关于网络食品交易第三方平台责任的认定就存在较大争议。^② 网上购买食品存在较大风险,主要是因为网络经济是一种撮合式的平台经济,它提供的仅仅是食品的信息而不是食品本身,消费者无法眼见为实,从而存在交易风险。但此种风险又在一定程度上降低了交易成本,蕴含着平台经济的巨大效益,因而立法者也不得不容忍该风险一定程度的存在。法律在赋予平台法律地位与资格的同时规定了大量法律义务,如《食品安全法》第62条为平台设定了实名登记、审查商家许可证、及时违法行为制止、报告违法行为、停止提供网络交易平台服务五项义务,将很多传统上由政府负担的监管义务转嫁给平台,并为其设置了严苛罚则。从剩余风险的平等承担看,这一做法值得从宪法上做进一步的思考:法律为交易平台设定如此繁重的义务,却没有相应规定其享有的权利,让平台承担大量传统政府应该承担的监管职能,将虚拟经济存在的剩余风险由交易平台来一力承担,有违反平等原则之嫌疑。

(二) 预防作为干预手段的合宪性审查

预防作为干预手段是否符合比例原则,是合宪性审查的重点。对此,可以按照实质合宪性审查三阶层分析框架来具体展开:^③按照基本权利教义学的传统理解,“干预”不能包含预防行为。“因为根据干预这个概念,只有当国家行为刻意针对相对人,并使用命令和强制,且对其产生直接的不利法律后果时,才构成干预。这种理解乃是以自由主义的秩序型国家为蓝本。”^④然而,风险社会的世界观已经刷新这种危险消除的秩序模式,要求国家更加广泛、深入地介入社会生活。由此,预防在立法上呈现出两种类型:一种是产生侵犯效果的“强制—命令”型手段,另一种是产生支配效果的“激励—诱导”型手段。后者导入了调控、引导、激励、信息搜集等模式,目的是增进国家风险监测、评估、交流和管理的能力。

1. 产生侵犯效果的“强制—命令”型预防手段

这种预防手段属于典型的干预,因为它直接对基本权利主体进行限制。例如,《食品安全法》第63条规定:“国家建立食品召回制度。食品生产者发现其生产的食品不符合食品安全标准或者有证据证明可能危害人体健康的,应当立即停止生产,召回已经上市销售的食品,通知相关生产经营者和消费者,并记录召回和通知情况”。该条中基于预防目的而规定的停产和召回手段,其直接强制干预效果显而易见。

2. 产生支配效果的“激励—诱导”型预防手段

此种手段基于信息社会与风险社会的双重属性而被现代法律广泛采用,并可以在教义学上进一步分类为:(1)基于风险监测与评估目的。例如,《食品安全法》第22条规定的风险警示行为并没有直接产生行政法上的处分效果,但通过这种指导性的手段可以很好地提示相关市场主体进行风险监测与评估。(2)基

① 参见全国人大常委会法制工作委员会行政法室编著:《中华人民共和国食品安全法解读》,中国法制出版社2015年版,第173页。

② 参见赵鹏:《私人审查的界限:论网络交易平台对用户内容的行政责任》,《清华法学》2016年第6期。

③ 参见张翔:《宪法释义学——原理·技术·实践》,法律出版社2013年版,第13页。

④ [德]迪特里·格林:《宪法视野下的预防问题》,刘刚译,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论和实践》,法律出版社2012年版,第126页。

于风险交流的目的。例如,《食品安全法》第113条的规范意图正是鼓励监管部门与社会通过信息交流,释放市场对从业主体的不同评价信号,影响其市场地位和行为,增加其市场交易成本,从而达到抑制风险的目的。(3)基于风险管理的目的。典型如《食品安全法》第43、114、115条规定的鼓励保险制度、约谈制度和公益举报制度等。这类预防本质上是通过信息、数据利用与披露等手段改变相关市场主体的偏好或选择,为消费制造障碍或助力,从而达到预防的目的。

从表面看,虽然上述三类手段都没有对基本权利主体产生直接强制的效果,但是如果现代国家通过信息、价格、数据等要素来广泛影响市场,那么就有可能通过改变特定市场主体的外部约束条件来间接改变其行为和心理状态,市场主体(包括消费者和经营者)的自由意志也就有被监管机构实质支配的可能。因此法教义学应该将其视为一种干预,甚至构成对基本权利的侵犯。

3. 干预是否正当:比例原则之检讨

宪法对于干预手段的合宪性审查主要基于比例原则,具体包括“目的正当”“手段的理性关联”“必要性”和“狭义比例原则/均衡性”四个审查步骤。^①

(1)目的正当审查。在这个环节,应重点审查干预行为是否基于正当目的。目的是否正当,在法教义学上包含两个要件:第一,是否基于保护公共利益或另一个基本权利的目的;第二,该法益通过限制基本权利而实现的急迫性程度如何。^②对于预防行为,第一个要件在法律上比较容易查明,但第二个要件中什么是预防的“急迫性程度”则难以从法律上直接进行判断和阐明。例如,《食品安全法》第63条规定的“有证据表明可能存在危害”的食品应该立即召回,这必须建立在相关风险领域的学术和技术标准之上,通过考察立法材料加以综合判断,并需要寻找可能存在危害人体健康的实质证据。^③对于此种事实证据审查到何种程度,审查机关拥有一定的裁量空间。另外,在非强制型的预防手段中如何体现“限制”,也是一个需要在法教义学上思考的问题。一个理论方案是,审查非强制手段的行使是否会导致另一个基本权利事实上的放弃或停止,若接纳某一个非强制的预防手段会实际上导致另一个基本权利不能有效行使,则该手段已经构成限制。

(2)手段的理性关联审查。该审查的核心目的是特定手段的选取是否能够推进法律深层次目的的实现。其在宪法教义学上包括四个构成要件:第一,客观要件:实现。通说认为“实现”是一个概率的问题,不是要求某个立法目的绝对完全地实现。^④在一个既定社会环境中,对于预防手段能否实现“安全”的立法目标,审查主体主要依靠逻辑、经验、价值和科学知识做出判断。合宪性审查机构尤其需要尊重立法者的相关裁量权。^⑤第二,主观要件:选取。根据通说,“选取”特定的手段可能是因为专横、不正当而不能完成立法目标,也可能是由于其他原因而不能实现立法目标。“手段能否合理地完成特定目标”中的“合理”属于工具理性范畴,应以能否完成目标而非目标本身的正当性作为标准来判断“选取”是否妥当。^⑥第三,主体要件:谁来证明手段与目的之间的关联性。一般应当由立法者和反对者同时举证,并由最终的审查者来进行综合判断。第四,客体要件:证明什么?对于预防手段来说,这里的关键在于“手段与目的具有关联性”应该在哪个时间点来判断,是以法律制定的时点还是以合宪性审查的时点为标准?预防手段能否有效往往取决于特定时期的认知和技术水平,所以会出现立法时与合宪性审查时预防手段效果不一致的情况,而传统学说认为应该以合宪性审查时的判断为依据,^⑦但这种学说适用于审查预防行为时显然又过于机械,违背预防行为内含的变动必要性与反思合理性。一个较为合理的解释方案应该是:若立法过程中手段

① See A. Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, 2012, p.131.

② See A. Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, 2012, p.245.

③ 参见全国人大常委会法制工作委员会行政法室编著:《中华人民共和国食品安全法解读》,中国法制出版社2015年版,第162页。

④ See A. Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, 2012, p.305.

⑤ See A. Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, 2012, p.307.

⑥ See D. Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 U. Toronto Law Journal, 383, 389 (2007).

⑦ See A. Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, 2012, p.303.

可以实现相应目标,但被审查时手段已经落后而不能再实现该目标时,则应该认为该手段不具有关联性,从而判定该规定无效,但其无效的法律后果不应该溯及制定之时。

(3)必要性审查。该审查也称“最小限制手段”审查,即立法者在所有可能促进目标之实现的手段中,应该选择对基本权利主体限制最小的手段。“必要性”包含两个部分:第一,以完成适当目的为前提;第二,最小限制而非较小限制。^①对于预防手段是否构成最小限制,有两个基本判断标准:^②第一,是否存在一个同样能够完成立法目的的手段。对于强制命令型的预防手段,该标准适用比较容易;对于非强制型的预防手段,则需要比较和分析此种手段的社会成本,如食品安全领域中的有奖举报和惩罚性赔偿是否会增加经济成本,催生职业打假人而增加社会治理成本,都需要考虑。第二,该手段是否对基本权利构成更小程度的限制。判断是否构成更小程度的限制可以从限制的范围、后果、持续性三个要素展开分析与比较。例如,《食品安全法》鼓励企业投保食品安全责任险,虽然法律规定的是一种鼓励,但是这种行为依据企业食品安全信用等级和保费经济杠杆的下浮、上浮,对企业食品生产经营成本和投资方向的潜在影响也非常大。由此,鼓励手段是否构成对基本权利主体最小的限制也需要进行综合分析。

(4)“均衡性”审查。所谓均衡性,是指“为了证成一个对基本权利的限制,实现立法的目的所获得的收益与被限制的基本权利的法益侵害之间必须建立起适当的关系和比例”。^③无论何种预防手段都需要全面进行价值衡量,尤其对于“激励—诱导”型的手段,由于其涉及对市场和社会选择的潜在调整与修改,更应该合理平衡调整前后的不同价值冲突。例如,建立在大数据分析基础上的信息披露固然是一种影响市场主体行为选择的重要手段,但信息披露也有可能导致相关主体隐私、名誉等人格权的损害,从而需要更加谨慎合理地进行利益衡量,确定一个信息披露范围与程度的最佳方案。

六、结语

在当今风险社会,风险世界观的建立已经成为现代性的宿命。宪法作为各种社会子系统的统一规范平台和链接,必然要求国家担负起风险预防的义务。而此种义务的概念类型、内容体系、合宪性审查必须在社会理论基础上进行法教义学的提炼与更新。回到中国语境,在推进国家治理体系与治理能力现代化的过程中,我们应当如何应对重大风险的挑战,以宪法为基础建立一个预防风险的法律框架,成为中国宪法学无法回避的课题。必须注意到,现行宪法既是一部高扬人权保障的宪法,也是一部有着既定国家目标与任务、充满实践智慧的宪法。尤其是在2018年宪法修改增加“实现中华民族伟大复兴”的命题后,宪法实施必然带有更加鲜明的目标导向。因此,只有在一种风险世界观的全新视角下重新审视宪法的规范体系,才能在追求国家治理体系和治理能力现代化的过程中不断通过宪法实施降低各种不确定性因素,为完成既定国家目标提供强有力的制度支撑和保障。同时,我们也要坚守人权保障的宪法立场,清醒地认识到国家风险预防义务的确立也可能诱发各种新型的基本权利侵害行为,因此必须坚持以比例原则为核心的宪法思维,妥善平衡“自由与安全”“人权保障与风险预防”等价值冲突,确保以人的尊严为核心的立宪主义始终作为宪法实施的根本方向。

责任编辑 谭冰霖

^① See A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012. p.317.

^② See J. Cianciardo, *The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights*, 3 *Journal of Civil Law Studies*, 177 (2010).

^③ A. Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, p.525.