

【法治建设】

论法治国家的安全观

王贵松

【摘要】安全是一种重要而又不确定的价值。在法治国家之下,安全要作为法律概念,就应以客观安全为标准,以实践理性下的相对安全为目标,以个体性安全为依归。安全首先作为国家目的为国家的成立提供正当性,在国家成立之后指引着国家履行其保护安全的义务。在私人受到具体危险时,行政机关可以采取防御措施介入,这时安全与自由处于一体两面的关系。但随着国家任务的扩张、风险社会的出现,安全问题日益突出,国家要充分保障个人安全,就需要实施有计划的预防。由此,私人的自由受到更多的限制,安全与自由的关系日益紧张。在现代社会保障安全,国家固然要突破原有警察法上的界限,但仍不可放弃法治国家的基本要求,应当强调个人的主体性和个体自由的价值,并将空泛的安全或自由转换为具体的权利来逐一论证为了保障安全而限制自由的具体措施的正当性。

【关键词】国家目的;国家保护义务;预防国家;法治国家;自由

【作者简介】王贵松,中国人民大学法学院教授,法学博士。

【原文出处】《清华法学》(京),2021.2.21~37

安全是亘古通今的诉求,但却是在现代社会成为更加突出的现实问题。安全的威胁不仅来自物理性暴力的危险,更来自现代科技应用的风险;不仅有当地、当时、确定的威胁,甚至有全球化、跨世代、不确定的威胁;不仅来自同为私主体的其他个人和组织,还来自拥有公权力的国家和公共团体。吊诡的是,人们对安全的诉求越高,国家对安全的保障越充分,随之而来的却是自由空间的日益萎缩。安全与自由之间处于紧张关系,这是这个时代必须认真思考的问题。我们究竟应当追求什么样的安全、什么水平的安全?个人是否对国家享有一般性的安全保护请求权?国家如何保障安全才能减少对自由的威胁?为了正确解决安全与自由的冲突问题,本文试图设定法治国家的背景,思考安全在公法上的适当定位。

一、法治国家中的安全界定

安全,是一个宽松有余、人言人殊的不确定概念,是否适合作为法律概念使用成为首要的疑问。

这里大致分为三个层面来分析:其一,安全是客观的还是主观的;其二,安全是绝对的还是相对的;其三,安全是个体的还是公共的。这也分别涉及在法治国家之下安全的判断标准和实现机制、安全保障的程度和目标、安全保障的对象和目的问题。

(一)客观安全与主观安全

首先,安全究竟是一种客观状态还是个人的主观感受?在理论上存在客观安全与主观安全之说。所谓客观安全,是指通过一定手段排除危险而形成的客观状态;所谓主观安全,是指在客观安全保障的前提下人们在主观上感受到的安全。前者可以依据违法犯罪统计数据等进行验证,是一种安全状态;后者则是人的感受,是一种安全感(如果用日本的常用语来表达,两者可分别替换为“安全”与“安心”)。客观安全与主观安全的区分在安全法制上具有重要意义。想象的危险或不安不能成为限制他人自由的根据,不能成为请求国家保护的理据。传统的警察任务在于排除危险(与客观安全相对),而不在于消除不

安(与主观安全相对)。

现实中,国家也很难不顾及主观安全的变化,主观安全十分重要,关乎民意走向,有时也会成为重要的政治问题。德国学者古斯(Ch.Gusy)指出:“很难找到‘安全的主观化’的根据。‘免于恐惧的自由’是人格权的核心部分,但在民主国家中这种情感并不是同质的,忽视或过小评价这种‘情感’在政治上也是致命的。至少主观安全与客观安全不是有量的,而是有质的不同。‘安全感’作为不成文的规则提示着民主国家生存的前提性课题,是超出治安机关任务的政治任务。”^①主观安全应当定位于政治或政策范畴。

客观安全是法律问题,而主观安全虽然难以对国家权力直接提出权利性要求,但国家也会采取一定政治措施回应安心的需要,安全感也能在一定程度上对安全法制产生影响。但政治系统和法律系统具有各自的概念体系和目标实现机制,不可简单互用。首先,主观安全在风险分析系统中具有重要地位。社会对于某种危险或风险的认知,体现着社会的可接受程度,也可能成为风险规制的前提。在风险管理中,风险交流本身也是一项重要的政府职能。风险交流有助于获取更多的信息,有助于消除社会不必要的紧张,进而实现安心的状态。在此之外,主观安全本身不应直接决定国家权力的启动与否及行使方式。其次,主观安全要求政府的信息公开透明,反过来说,透明政府有助于人民的安心。政府信息公开,并辅之以必要的风险沟通,成熟公民自可趋利避害,安全安心。^②能通过提供信息等稳健的手段实现安心的,国家就不必动用权力性手段去实现。再次,在主观安全的影响下可能出现象征性立法的现象。所谓“象征性立法”,是指出现的某种社会现象对社会心理产生严重影响,国家为了安抚民心而制定法律,作为国家重视解决问题的象征。大约自20世纪70年代以降,在德语圈的法社会学和批判性刑法学领域开始讨论象征性立法的现象,在1980年末引起了整个德国刑法学界的关注,“象征性立法”一词也多作贬义使用。^③我国在不同程度上也存在象征性立法问题,也是率先引起刑法学界的警惕。^④将安全感作为法律保护的法益,违反法益概念

的明确性、特定性、定型化要求,破坏法的安定性和可预期性。^⑤实际上,在治安领域、科技应用的风险领域,这种象征性立法也是存在的,应当引起公法学界足够的警惕。举例而言,因食品安全事故频发已引起众怒,2015年《食品安全法》修改时引入重罚机制,大幅提高处罚的起点和倍数,具有较为明显的象征性。但这种做法未必能收到治理效果,反而会破坏法制的协调性、违反过罚相当原则、影响行政处罚的效率、降低法律的可执行性。^⑥

如果将“安全”定义为某种程度客观上能把握的“无危险的状态”,那么,按照领域将威胁“安全”的“危险”予以特定化大致是不难的。在我国有十多部以“安全”命名的法律,诸如《道路交通安全法》《海上交通安全法》《食品安全法》《农产品质量安全法》《特种设备安全法》《核安全法》等,食品是否受到非法添加物的污染、特种设备定期校验是否有问题、核电站是否有核泄漏的危险等等,都是可以理解、可以把握的特定问题。而“安心”、亦即“不感到不安的状态”却受各个人的感觉所左右,“不安”有时是复合性因素而形成的,所以,难以将其对象特定化。例如,针对失业的不安和食品受农药污染的不安一起构成针对将来的不安。根据不安的这种特征,至少在治安领域的讨论中,最好是坚持以“安全”——在不存在能客观把握的具体“危险”意义上——为中心而构成的传统构想,抑制“安全感”“安心”“不安”这种概念的使用。也就是说,“安全感”“安心”应当理解为作为确保客观“安全”的附随效果而带给或可能带给各个人的感受。^⑦

(二)绝对安全与相对安全

多安全才算安全?在理论上存在绝对安全与相对安全之说。绝对安全或者说零风险,虽然是梦想实现的,但在理论和实践中却是不可能的。没有绝对的安全,只有相对的安全。

在德国,一开始的争议来自1977年有关核电站设施破裂防护的两个完全对立的判决。弗莱堡行政法院认为,只有另加一层破裂防护设施,才能允许维尔核电厂。第一,在理论上无法排除反应器、压力容器破裂的危险,应依照科学水准采取破裂防护措施,

做最有效的安全防护。第二,基于安全性,必须排除被容许的剩余风险。而符兹堡行政法院则认为,此举并无必要。在技术设施方面,并非在所有可设想的情况下都能立即排除损害效果,实现绝对的安全。布罗伊尔(Breuer)认为,发生损害的盖然性固然可以降到任意小的数字,但绝不会降低至零。发生特定损害结果的盖然性所带来的危险,不论其发生可能性是大是小,都可能不是以理性为基础。这一情况犹如一般条款的危险概念,须由法适用者加以具体化,而无法在法律上事先设定容许发生的盖然性极限值。在意外事故中针对所有被承认的原因,必须采取有效的预防措施。但如果基于相关预防措施与自然科学者的知识水准及技术,无法事先预想到特定损害结果的发生,则不再需要考虑损害的发生。^⑧

安全程度问题属于实践理性领域的问题。在1978年卡爾卡判决中,德国联邦宪法法院采用了相对安全观和实践理性标准:^⑨

要求立法者就其所负之保护义务的范围,制定得以绝对排除由于许可科技性设施及其营运所可能形成的基本权危害的规定,可说是对人类知识能力的界限有错误的认知,而且也将可能因此排除每一种国家对于利用科技的许可可能性。在此等情况下,欲形成社会秩序,只须满足依据实践理性作成的评估即可。

德国联邦宪法法院在1980年的施塔德(Stade)判决中还指出,每一个人从出生开始就无法避免这种风险,而且在很多方面,这种自然的放射线负担比文化或生命上的风险还小。依照实践理性标准,不需要再考虑这一风险。^⑩同样,在日本的伊方核电行政诉讼中,日本最高法院也曾就法律规定的“在防止灾害上不存在障碍”的内涵指出:“鉴于有可能发生严重灾害,给周边居民等的生命、身体产生重大危害,给周边环境造成放射线污染等,为了防止万一发生灾害”,“就要对核反应堆设施的位置、结构和设备的安全性从科学性、专门技术性角度进行充分审查”。^⑪说到“万一”,其设想的就不是绝对的安全性,而是一种相对安全性。^⑫重要的是要使风险处于社会观念

可容忍的水准之下。

(三)个体性安全与概括性安全

在英文中,法律文件中的“安全”一般有两个不同的词来表述,即safety与security。日本学者森英树研究指出:“可以将safety推认为‘与客观的现实危险相对的具体安全’,将security推认为有组织地提供安全‘以备将来不安的安心体系’。引用权利论的话来说,暂且可以将两者作这样的类型化,即将safety视为作为人的具体权利的‘安全’,将security视为作为政府的制度化任务的‘安全’。”^⑬前者可称为个体性安全,后者可称作概括性安全。当然,两者是有紧密联系的,如果脱离群体的环境,或者没有制度化的保障,仅仅谈论个体的安全是没有意义的。或许正因为如此,德语也只有Sicherheit来表达安全,中文和日文都是用“安全”一词来表达。

即便是从个体的角度来理解安全,其内涵也是丰富的。个体的安全概括起来有三种内涵,其一是法的安全,由法和法官保障,特别表现为要求法律地位安定性的权利。其二是物理性安全,这意味着保障身体免遭攻击和自然灾害,通过行政机关、特别是在犯罪问题上通过警察、司法来保障人身和财产。其三是社会经济安全,这表现为经营社会生活、尽可能和谐成长、拓展人格的权利,成为个人对国家的请求权。为此,社会经济政策成为必要。在传统公法理论中讨论时,多是在第二种物理性安全意义上来使用个体的安全。^⑭

个体性安全需要法律和制度的保障,但法律和制度对安全的保障往往又不指向具体的个体,具有概括性、公共性,公共安全和国家安全就是这种典型。对于公共安全,因为历史较为久远,不乏共识之处。我国《刑法》设专章(分则第二章危害公共安全罪)、《治安管理处罚法》设专节(第三章第二节妨害公共安全的行为和处罚)对公共安全作出规定,但均未作出界定。在刑法学上,对于公共安全有较多探讨,主要集中在什么构成公共(多数人说、不特定人说、不特定多数人说、不特定人或多数人说)、什么的安全(人身说、人身和财产说、公共安宁说等)上。^⑮综合法条的规定来看,公共安全是指多数人或不特定人

的人身和财产不受威胁的状态。如此界定,个体性安全有可能成为公共安全包含的不特定对象,但维护公共安全本身并不是在保护特定个体的安全。

相较而言,国家安全更难界定。虽然国家安全是一个与国家相伴而来的问题,但作为综合的专门概念,“国家安全”一词却是在20世纪40年代才出现。在法律上对国家安全的界定,应该与以领土安全或国防安全观念来理解,或者从政治学、国际关系理论角度来解释国家安全区别开来,以维护国家安全法制的严肃性和统一性。^⑩1993年,我国曾制定专门的《国家安全法》,该法并没有界定国家安全,但对危害国家安全的行为作出了明确(第4条第2款),大致相当于间谍行为。2014年,基于新的国家安全观要求,全国人大常委会修改并废止了《国家安全法》,通过了《反间谍法》。2015年,全国人大常委会制定了新《国家安全法》,并对国家安全作出界定,即“国家安全是指国家政权、主权、统一和领土完整、人民福祉、经济社会可持续发展和国家其他重大利益相对处于没有危险和不受内外威胁的状态,以及保障持续安全状态的能力”(第2条)。该法也明确指出,“国家安全工作应当坚持总体国家安全观,以人民安全为宗旨,以政治安全为根本,以经济安全为基础,以军事、文化、社会安全为保障,以促进国际安全为依托,维护各领域国家安全,构建国家安全体系,走中国特色国家安全道路”(第3条)。这一总体国家安全观采取极为概括性的安全概念,涵盖了七个方面的内容。其中“人民安全”的人民是一个集体概念,与个体安全是不同的。换句话说,国家安全虽然可能有助于保护个体安全,但并不涵盖个体安全。

概括性安全概念的意义在于,能从维持信赖的高度鸟瞰全体,重视在安全上形成综合性政策的必要性。但采用概括性安全概念,也会出现对国民生活规制的概括性问题。为了实现安全,相互协作是重要的,但因各种规制都有各自的构造,而要挪作他用,就会有马虎应对的危险。为了实施综合性政策,各种机关和各种政策需要相互协作,但也因各种政策的实施方法都有各自固有的逻辑,因为综合而发生混同,进而产生过剩规制或过少保护的问题。^⑪所

以,需要处理好概括性安全与个体性安全之间的关系。两者有不同的适用场合,概括性安全是因保障个体性安全而出现的。

(四)法律上安全的界定

对于安全(Safety),国际标准化组织和国际电工委员会曾发布指南进行界定。所谓安全是指没有不能容许的风险。相反,可容许的风险(Tolerable Risk),与可接受的风险(Acceptable Risk)同义,是指根据现在的社会价值观,在给定的状况下可接受的风险水平。该指南还特别指出,“‘安全’及‘安全的’用词在并不能传递特别有益的信息时,最好能避免作为形容词使用”。“‘安全’及‘安全的’用词容易被误解为没有风险的保证,因而,最好替换为尽可能显示目的的用词”。(ISO/IEC Guide 51:2014,3.14/3.15/4.2)

安全一词本身具有多义性和可变性,使用时应当慎重。在法律上,适合作为法律概念的是客观安全,如此方可通过客观的标准加以评判;法律要追求的目标是相对安全,如此方可在保障安全的同时保障权利和自由。主观安全在很大程度上只能归诸政治,而绝对安全只能存于梦想。在法律上,对“安全”适合作如下界定:安全是指个人生命、健康、财产等基本权利不受威胁的状态。是否达到安全的要求,可以通过一定的客观标准作出判断。这种安全的界定可以契合法治国家的基本要求,为国家权力的行使指明了方向,同时也能为其设定一定的界限。

二、法治国家中的安全定位

安全在公法学上并非始终都被作为重要问题来对待,在前国家时期纯粹只是人的基本需要,在产生国家时构成国家目的,进而成为国家任务,但却因为转化为警察行政法问题而失去了法学上的独立意义,直到国家任务扩张、特别是风险社会的迫近才再次登场。安全在公法上大致有以下三种定位。

(一)作为国家目的的安全

按照美国心理学家马斯洛的研究,人的需要可分为五个层次,它们依次是:生理需要、安全需要、社交需要、尊重需要和自我实现的需要。安全是在满足保全自我的生理需要之后最基本的需要。^⑫这一需要在国家产生之前就存在,也推动了国家的产生。

安全,最初是作为国家目的而存在的。国家的目的就在于保障人的安全。英国经典作家霍布斯将国家产生之前的状态设想为自然状态,为了摆脱万人对万人战争的自然状态,人们缔结社会契约,形成国家。他认为,人类最好的政府就是保障安全的政府,建立国家的目的就在于全体人民的和平与安全。在他的理论中,根据国家中每一个人的授权,利维坦就能运用受托的权力与力量,通过其威慑组织大家的意志,对内谋求和平,对外互相帮助抗御外敌,由此就可以获得和平与安全的保障。^⑩“国家乃是使用武力的‘权利’的唯一来源。”^⑪国家垄断了暴力,原则上禁止私力救济,进而确保和平与安全。国家由此也就承担起安全的保障任务。这里的“安全”重点在于免受其他人侵害的安全。

之后,英国启蒙思想家洛克认为:“虽然人们在参加社会时放弃他们在自然状态中所享有的平等、自由和执行权,而把它们交给社会,由立法机关按社会的利益所要求的程度加以处理,但是这只是出于各人为了更好地保护自己、他的自由和财产的动机(因为不能设想,任何理性的动物会抱着每况愈下的目的来改变他的现状),社会或由他们组成的立法机关的权力绝不容许扩张到超出公众福利的需要之外,而是必须保障每一个人的财产,以防止上述三种使自然状态很不安全、很不方便的缺点。所以,谁握有国家的立法权或最高权力,谁就应该以既定的、向全国人民公布周知的、经常有效的法律,而不是以临时的命令来实行统治;应该由公正无私的法官根据这些法律来裁判纠纷;并且只是对内为了执行这些法律,对外为了防止或索偿外国所造成的损害,以及为了保障社会不受入侵和侵略,才得使用社会的力量。而这一切都没有别的目的,只是为了人民的和平、安全和公众福利。”^⑫洛克不仅确认了安全对于国家的意义,更是将其重点置于防止国家权力滥用侵害自由上。也就是说,成立国家的目的在于保障个人的安全,而国家自身也会侵害个人的自由。故而,需要通过权力分立等来控制国家权力。这里的“安全”重点在于远离国家的安全或免受国家侵害的安全。

安全作为国家的一种目的,是国家具有正当性

的重要基础。这在早期的宪法或宪法性文件中得到记载。作为其典型的代表,1776年7月4日美国《独立宣言》就有如下著名宣示:

我们认为下述真理是不言而喻的:人人生而平等,造物主赋予他们若干不可让与的权利,其中包括生存权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利,人们才在他们中间建立政府,而政府的正当权利,则是经被统治者同意授予的。任何形式的政府一旦对这些目标的实现起破坏作用时,人民便有权予以更换或废除,以建立一个新的政府。新政府所依据的原则和组织其权利的方式,务使人民认为唯有这样才最有可能使他们获得安全和幸福(their safety and happiness)。

德国学者伊森泽(Josef Isensee)认为,立宪国家按照其发展阶段有三种目的论维度。第一阶段是近代国家的登场,国家承担起保护公民免受他人侵害的任务,通过垄断暴力在制度上克服了内战、复仇和私人行使武力。第二阶段是民主法治国家时期,国家的目的在于保护公民免受国家权力的侵害,国家权力受宪法拘束、行政的合法律性、权力分立、人权、特别是其防御功能,便是在服务于这一目的。第三阶段是社会国家时期,保护社会安全是19世纪以降课予国家的任务,国家要保障、提升人类生存尊严的各种现实条件。相应地,保护义务、防御权、社会权在历史上相继在三种国家目的和宪法构造的层面得到定位。^⑬安全国家便是这样一种三层构造。前两个层面主要是宪法和行政法领域的问题,第三个层面主要属于社会保障法领域的问题。

(二)作为国家保护义务的安全

安全作为国家目的,还是一种国家法学的基础思考。在国家成立之后,安全就转化为国家的任务,国家有义务保护个人的安全。这也给安全带来另一种定位,即作为国家保护义务的对象。

在启蒙思想之下,安全保障被视作君主的义务、臣民的权利。但进入19世纪后,在自由主义的倾向中,安全的国家目的逐渐丧失了国家义务、市民权利的法的意义。其法的意义仅限于将侵害自由予以正

当化,国家可以为了保障安全而干预或限制他人的自由。在将侵害正当化之外,安全便与法无关。这种状况一直持续到20世纪。安全任务丧失了法的性质,也影响了警察任务的设定。警察任务在于保护公共安全和秩序,即使个人法益的危险防御成为问题时,它也不是在与个人的关系上履行保护义务,而是为了一般利益,是警察义务的反射。^③在近代法治国家中,安全曾因法实证主义的影响而从宪法学上消失了一段时间,仅在警察行政法上得到现实的体现。在自由主义法治国家中,国家的目的不在于推进社会福祉,而是消除危害。只有个人的自由和权利受到具体的危险时,行政权才能为了保障权利的安全而行使,而且因为要对第三人的行为加以限制,行政权还要受到侵害保留的法律保留原理、比例原则等法治国家要求的限制。

20世纪60年代之后,随着社会国家原理的深化和基本权利作为参与权的提倡,国家目的论研究再次兴起。这时的国家目的成为国家或国家权力行动的法的评价标准,不仅通过宪法限制国家和国家权力,也课予国家和国家权力积极活动的义务,成为国家完成将来任务的有拘束力的指针。国家目的不再是先验性给定的,而应通过公共的过程不断重新确定。现代国家目的论重点不在于探求已然存在的国家目的的实体,而在于确定并实现国家目的的过程和程序。^④针对安全的国家保护义务便成为实现国家目的的重要任务。

安全之所以能在现代复兴,其背景在于,自由主义的法治国家向社会民主的法治国家发展,人们开始直面自由主义法治国家未曾经历的危险和风险,期待国家成为安全的保证人。与此相应,开始在宪法层面重新认识在自由主义法治国家消失了的安全任务,将其作为基本权利保护义务的对象,甚至提出了安全的基本权利概念。而在法律层面,也通过在传统介入阈值之前采取行动(风险预防)、国家因给付能力的局限而与私人合作,进而克服危险。^⑤

(三)作为基本权利的安全

与国家目的或国家任务相对,公法上还有将安全作为基本权利来定位的做法。例如,法国的人权

宣言(1789年8月26日)第2条就规定:“任何政治结合的目的都在于保存人的自然的和不可动摇的权利。这些权利就是自由、财产、安全和反抗压迫。”1793年法国宪法第122条规定,“宪法保障平等、自由、安全、财产”等权利。1795年法国宪法规定,“在社会中,人的权利是自由、平等、安全和财产”(第1条),“安全源自所有人为保障各自权利而进行的合作”(第4条)。^⑥“这里的‘安全’是sûreté,也就是区别于sécurité(security)的safety。因此,可以看出,这里更为直接地将‘安全’(sûreté, safety)作为‘人的权利’,保障它成为统治和政府的目的”。^⑦“但是,在法国的人权解释中,所谓个人安全完全是不受司法当局压迫的自由,是在人身保护令意义上来说的概念。将安全的权利作为立宪主义的基础,这种修辞已然意义过剩。”^⑧

在国际公约中也有将安全作为权利的用法,它常与人身自由这一具体权利相关联。例如,《公民权利和政治权利国际公约》(1976年)第9条第1款规定:“人人有权享有人身自由和安全(Liberty and Security of Person)。任何人不得加以任意逮捕或拘禁。除非依照法律所确定的根据和程序,任何人不得被剥夺自由。”《欧洲人权公约》(1953年生效)第5条规定,“每个人都享有人身自由及安全的权利”。这里的安全意味着不受恣意逮捕、拘禁,此为消极地位意义上对自由的保障,而公民免受他人攻击的安全,又要求国家履行其保护义务,安全又有了积极地位意义上的另一个要素。自由与安全处于一体两面的关系之中。^⑨

对于安全的权利主张,既有总体上概括宽泛的安全权,理论上称之为“安全权”“安全的权利”或“安全的基本权利”,也有结合具体领域的安全权。每一个权利都有得到保护而免受侵害的需要,而国家对于基本权利的安全负有保护的义务。理论上的一种尝试是,不以各个基本权利保护义务的形式,而是将要求保障安全状态的权利作为一个独立的权利,即安全权或安全的基本权利。这种主张出现在20世纪80年代的德国宪法学上,其代表者伊森泽于1983年著有《要求安全的基本权利》一书。保护基本权利的

义务是“法治国家对公民放弃自力救济、遵守和平义务的补偿”。^③安全权便是与国家保护义务相对应的概念。

在我国,两种倾向的安全权都不乏主张者。有学者认为,宽泛的安全权是一项覆盖基本人权保障的安全保护和供给的权利,不仅包括及时和适当的安全保护,而且也包括决定安全权的基本因素的供给。狭义的安全权则围绕着具体人权中的安全权。宽泛的安全权可以弥补具体安全权的权利保护漏洞。^④在具体的安全权上,近期较热的概念是消费者安全权、^⑤食品安全权。例如,有学者认为,“食品安全权是当代基本人权的重要内容”,“是一种获得安全的请求权”,“食品安全权首先意味着我们有权请求国家和社会有义务建立一个全程监管的框架,建立严格的食物追溯体制,避免监管手段与环节的冲突,最大程度保证在全环节,各个链条都消除食品污染的隐患”。^⑥有学者认为,“食品安全权中的安全权是指公民对自己的生命安全、身体组织器官完整以及身体的生理机能和心理状态的健康所享有的权利”,具体包含生命安全和健康安全权。^⑦

但学术上对于安全权或安全的基本权利应当持慎重态度,一个重要理由是,安全属于公共财产,而非个人独享,将其作为权利会与权利的通常理解相悖。安全的国家目的要求国家对公民的生命健康等基本权利负有保护义务,但还不能从安全的国家目的直接推导出安全的基本权利。在德国,主导的见解是对安全基本权利持消极态度。理由在于,第一,因为国家机关在安全上存在裁量,国家的客观法义务与个人的权利并不对应。第二,作为国家任务的安全在性质上并不适合权利化。个人权利的保护(权利目的)与公益的客观保障(安全目的)之间存在根本差异。一般并不承认要求保障公益的请求权,所以,这一根本差异并不能消除。安全的基本权利在超出基本权利保护义务之外时,大体上只有呼吁的作用。^⑧受德国法影响较深的日本公法学界也几乎没有将安全作为基本权利的做法。^⑨

(四)安全的适当定位

前述国家目的、国家目标和国家任务是三个容

易混淆的概念。国家目的是基础理论上(通常是不成文的)国家的存在目的,它接续着国家的正当化根据,是在回答国家为了什么的问题。国家目标并不是国家目的的具体化,而是较为具体的目标,宪法明确创设规定的目标被称作国家目标规定,在法上可以拘束国家权力。而国家任务则是在国家行为各领域更为具体的任务,也包含手段在内。国家目的使法秩序得到正当化,而国家目标和国家任务则是从法秩序中导出的。^⑩例如,我国现行宪法在序言第七自然段规定了国家的根本任务(“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”),实现的手段包括坚持四项基本原则、实行民主法治等,也明确了国家目标,即“富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国”“中华民族伟大复兴”。“安全”一词在宪法上共有四处提及,分别是中国人民和中国人民解放军“维护了国家的独立和安全”(序言第六自然段),国家镇压“危害国家安全的犯罪”(第28条)、可因“国家安全”的需要检查通信(第40条)、“公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务,不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为”(第54条)。在历经百年的曲折历程之后,国家对安全的需求是现实而迫切的。“安全”在宪法上以概括性安全的形式出现,更多地体现为国家任务及其实现的手段,国家在制度的层面上为个人安全提供保障。

保障安全作为国家的存在目的,在理论上是容易证成并获得共识的。在理论上,将国家目的作为最高指导,将安全作为国家保护义务的对象,这一定位是较为合适的。而将安全作为一种独立的权利,却是难以成立的,或者说,不宜承认总体上的安全权。将安全定位于个人权利,必定会要求国家彻底加强对安全的保障,这既是迫使国家为不可能之事,而且最终也会破坏近代法治国家中的权利构造。安全是具体基本权利的某种面相,诸如人身自由需要有人身安全的保障。脱离了具体的权利基础,安全就过于空泛而缺乏内容。而且,安全未必与某种具体权利发生关联,所以,不能说是国家基本权利保护义务的对象。故而,准确地说,可将安全定位于相对一般性的国家保护义务对象。既然是国家保护义

务,首先就需要立法者制定法律将安全保护义务予以具体化;在面临具体的危险或风险时,行政机关可以根据具体情形采取适当的保护措施,行政机关对此享有裁量权,但国家“保护义务指导决定裁量和选择裁量的行使”,“在警察介入之前的利益衡量中提高基本权利保护法益的比重”;^⑧同时国家保护义务也可以显示出行政不作为有害性的界限,进而带来裁量权向零收缩的效果。如此,就可以经由这些国家权力的作用,实现对安全的保护。

三、法治国家中安全与自由的冲突

在安全被纳入宪法范畴之后,至少可以产生国家保护义务。国家要保障人民的安全,就必须建立起安全保障的制度,从具体手段上积极采取种种保障措施,预防危险或风险的发生、减少其损害影响。但是,国家在保障安全的同时,也在限制着私人的自由。安全与自由是公法上的一对基本矛盾。如何确保面对安全保障者的安全,如何解决安全与自由的矛盾,是法治国家的一项重要任务。

(一)现代安全保障对自由的威胁

安全是不受威胁,自由是不受限制,安全未必是自由的对立面。孟德斯鸠在《论法的精神》中也曾指出,“政治自由是通过三权的某种分野而建立的”,而“政治自由的关键在于人们有安全,或是人们认为自己享有安全”。^⑨安全可能成为自由的前提,或者是自由的某种侧面。如前所述,安全在传统社会很大程度上是警察行政法的任务,安全与自由处于一体两面的关系。但是,在现代社会,安全的环境发生巨大变迁,安全观念、安全的保障手段也随之发生变化,安全的现代保障已构成对自由的严重威胁。

1. 风险社会对传统行政法的挑战

传统政治理论设想的是小政府、大社会,崇尚有限政府、自由市场。“自由主义相信,可以尽可能地削减国家的职能,因为自由主义坚持的前提是,社会生活与自然界一样,都是受规律的支配,只要能保证规律顺畅生效,就会自动实现福祉和正义。”“国家的职能缩减为保障这套先定的、半自发的秩序,由于社会力量的自由博弈即可自动产生共同福祉,因此,国家无须为此操心。国家只要遏制了对自由的侵害,就

算履行了自己的任务,为此所用的也是传统的国家手段,即命令和强制。”^⑩近代行政法就是这种理念为指导,以警察法为基础发展起来。它以消极行政为对象,以确保行政权合法行使、维护私人自由为己任,发展出了依法律行政和行政救济的基本原理。

在传统警察行政法上,存在具体的危险,才允许警察介入。在危险与结果之间存在线性的因果关系,存在具体的危险,就能预见到结果的发生。这时,行政机关才可以采取防御措施介入。相应地,警察的权限在于有危险时采取防御措施,并服从警察消极原则、警察补充性原则、警察公共性原则、警察责任原则、警察比例原则等的限制。如此,就既保障了个体安全,又维护了私人自由。作为安全的反义词,危险为警察权的行使划定了界限,也成为近代法治国家中的重要概念之一。

但是,传统的自由主义模式并没有实现人们对它的期待。自由解放了生产力,促进了企业、个人的竞争,但也让社会主体的力量发生变化,贫富分化、社会不公、环境污染等社会现象逐渐出现。随着科技应用的日益广泛,科技引发的不确定性在增加,风险的泛在性在扩展。国家的职能也随之发生变化,行政正在由消极向积极转变,由防御向预防转变,从方方面面介入社会,尽可能掌控全局。在风险社会中,行政介入的条件被放宽。只要有发生损害的可能性,就有行政介入的必要性。就连传统的警察法领域也在发生变化,正在突破传统警察权界限原则的限制,着眼于潜在的受害者,积极收集信息,为顺利适当启动公权力而努力。^⑪为了预防损害的发生,行政积极收集各路情报信息,监控遍布街头巷尾和各大网络。在监控国家常态化之后,自由与安全出现了不对称的现象,行政权的行使出现了几种倾向。首先是去个人化。过去,行使预防性警察权不得侵害个人的权利和自由,而现在却出现了维持公共安全和秩序优先的倾向。其次是去相关关系化。过去,为了实现行政目的,应当使用合乎目的、合比例性的手段,但现在警察比例却有崩塌的危险,目的本身可能暧昧不清,手段是否合乎比例也难以确定。最后是去区别化。虽然有种种组织在各自的权

限范围内维护安全,但为了措施的有效性,在诸如反恐活动中却又不太区分,信息的集中化有利于判断的准确性。^⑩这时,安全就与过去的公共秩序有了很大差别,即使社会井然有序,却也可能处于岌岌可危的状态之下。这成为安全在风险社会与传统社会的重要差别。

2. 预防国家的任务扩张

凡事预则立,安全与预防之间具有天然的紧密联系。“‘预防’,作为一个具有政治-社会学含义的概念,以刻意塑造的组词‘生存预防’的面貌首次出现,是在卡尔·雅斯贝尔斯(Karl Jaspers)1931年的著作《时代的精神状况》中;福斯多夫在其1938年的著作中移用了这个概念,并在其战后作品中多次使用,这为他赢得了远超法理学范围的声誉。”^⑪生存照顾成为公法学上的重要概念。之后随着风险社会的日益显现、环境法的异军突起,“预防”还上升为一项法律原则。这时的预防成为与“危险防御”相对的一个概念,获得了相对独立的作用领域。在术语上,有时用“危险防御”与“风险预防”来区分。

危险防御与风险预防分别处理危险与风险的问题,其中的差别不仅仅是前述的风险不确定性,还有由此而引发的问题维度、防范手段等诸多差异。“以前的危险预防主要针对来自物的风险,目的是保护人,新的预防主要针对来自人的风险,目的是保护制度或系统。”^⑫危险防御指向过去,消除过去存在的危险因素,恢复现存秩序;而风险预防则指向未来,消除未来不安全的根源,有计划地设计未来秩序。因为风险的广泛联系性,仅仅保护某个人、某个设施是不足以实现安全的,确保整个制度、整个系统的有效运转,就成为必不可少的要求。“过去,安全是以事后的手段消除危险来保障的,是静态的安全。但在现代成为问题的不仅仅是现在的损害和事后的措施,还有事前预防避免将来的风险,其中危险与风险不同,风险始终存在,因而要求国家事前考虑,出现了‘安全的动态化’。”^⑬

国家任务在社会国家、福利国家扩大,相伴而生的是其重心从法的安定向作为社会正义的法益安全转移,德国学者特廷格(Peter J. Tettinger)将支撑这一

转移的事态称作“预防国家(法益安全国家)”。自由主义的法安定国家也带来法益的安全,但它并不亲自提供法益的现实基础,而是将利益的现实分配执行委诸社会。而预防国家的特征是社会国家的法益安全国家,法益的安全保障直接决定国家活动的方向,使法的安定性或法治国家的古典要素解体。预防在质和量上的变化包含着导致法治国家性丧失的危险。近代法治国家以理性个人构成的自律社会为前提,其宪法范式是从法国大革命以来的“自由、平等、博爱”,而预防国家的宪法范式却转向了“安全、多样、连带”。^⑭

预防国家的概念表达了国家新的任务和行为样式。与危险防御一起,国家还负有照顾责任。照顾的概念不仅在环境保护领域、在社会政策领域也是关键概念。在个别性防御措施之外,现在重要的是概括性构想,唯有如此,才能担起生存照顾的重任。但在照顾的任务中并没有设置内在的界限。防御危险在消除危险之后即告结束,而照顾活动却并未終了。^⑮“预防国家在性质上是苦心于事前照顾的国家,在这一意义上仅限于确认具有‘计划国家’的面相。”^⑯在预防成为指导的观念之后,国家计划或行政计划也正在加强,行政权力的集中、社会信息的大量收集、国家资源的统一调配也成为重要的现象,而依计划行政的民主赤字、集权化危险等问题也更为严重。预防国家的大幕已徐徐开启,而独立的个体也日渐渺小。

3. “安全中的自由”论的登场

在理论上,一种观点认为,安全与自由之间存在依存的关系,正是因为社会安全得到保障,才让享受自由成为可能。德国思想家威廉·洪堡曾指出:“如果安全没有保障,人将既不能够去对他的各种力量进行培养,也不能够去享受由这些力量所创造的果实,因为一旦丧失安全,那么,自由就无从谈起。”^⑰

“安全中的自由”是在警察行政法上晚近兴起的一个基础理论,为德国学者特廷格所倡导,在日本以成田赖明为代表的学者是其拥趸者。特廷格主张,在经历9·11事件之后,今后数年间政治的重要目标就是“安全中的自由”。自由与安全的权衡必须始终

进行最新的调整。如果不决心强化安全要素,自由秩序就无法维持。充满幻想地旁观,或者慌张地寻求警察国家协助都是不适当的。在现代的民主法治国家中,如何适应现在的要求适当强化安全,需要冷静的思考。像“信息自我决定权”这种重要的权利,也要看准现实、根据实践进行整合,限定期间,服从更强的控制。^⑤成田赖明指出,在现代社会中确保“免于恐怖和不安的自由”、守护社会安全是国家和地方公共团体的首要基本职责。即使限制了隐私、通信秘密、营业自由等部分基本人权,也是为了在现代社会中确保“免于恐怖和不安的自由”而不可避免的侵害,应当予以忍受。^⑥安全是自由的前提,可以为确保社会安全而限制个人自由,这就是“安全中的自由”。自由在这种观念中已退居二线。

(二)法治国家对自由的保障

以安全为由对他人自由的限制往往就是因保障自由而受到的宪法上限制。既然国家以宪法为根据对安全负有责任,国家就能对危害安全的私人行为加以规制。但是,这种对自由的限制应当遵守法治国家的原理,恪守公权力行使的界限。

1. 法治国家的分配原则

在法治国家,在私人领域一向奉行法不禁止即自由的原则。“个人的自由领域被预设作为一种先于国家存在的东西,而且个人自由原则上不受限制;相反,国家干预这个领域的权力原则上要受到限制。”这就是施米特所称的“分配原则”。^⑦在近代社会,国家要介入个人的自由领域,必须有法律的根据,必须证明具体危险的存在。而在风险社会中,虽然还只是不确定的风险,预防原则也要求国家采取风险规制措施。但只要采取了风险规制措施,就必然要限制私人的自由和权利。如果实行全面预防,就意味着要全面消除一切安全隐患,实际上也就意味着全面禁止私人的自由。预防国家的安全与自由国家的安全在原理上有很大差异,根据分配原则,国家应当论证各个预防措施的正当性。^⑧而预防国家的计划性和系统性却又让这种论证变得十分困难。

我国现行宪法已经植入环境等现代性元素,一方面应在法治国家原则之下对种种预防设想、预防

措施保持高度警惕,另一方面在整个体系之中努力探索调控科技风险之策。社会有了更为复杂的要求,国家任务也有多重的面相,相应的防护机制也应有多种设计。在新的环境中,法治国家的价值和机制必然受到冲击,预防国家给法治国家追加了新的要求。对于威胁自由的危险及其防御问题,近代法治国家原理仍应严格适用;对于新兴的风险及其预防问题,法治国家原理虽然面临严峻挑战,但仍有修正适用的可能,只是我们需要开拓新的防护机制。如果失去了法治国家的基本要求,也就失去了对自由的保障,失去了法的安定性和对未来的可预期性。

2. 自由作为安全保障的出发点

在个人权利受到第三人的侵害时,国家介入其中予以保护,很大程度上还是传统行政法的问题。在现代社会,国家往往以公共安全、国家安全等概括性安全为由限制私人的自由、侵害私人的权利,安全的威胁来自公共事务。在观念上,个体性安全与概括性安全之间具有紧密的关系,个人安全有可能成为公共安全问题,而国家安全、公共安全的保障也会有利于个人的安全。但两方面却未必是始终一致的。概括性安全并非个体性安全的总和,而个体性安全并不等同于国家或公共安全,个体性安全是独立存在的,并不是有了概括性安全就有个体性安全。将个体安全的保护吸收到维持公共安全和秩序的警察责任中来解读是奇怪的。不能将各个公民具体的“安全中的自由”仅仅作为反射性利益来对待,而应当要将保护个人安全自身当作警察的任务。^⑨国家不仅应采取措施保障公共安全,同时对个人安全负有保护义务,个人在自身的安全受到现实威胁时,有权请求国家予以保护。

概括性安全的保障固然重要,但其根本出发点应当在于保障个人的自由和权利。正如《共产党宣言》所指出的那样,“每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件”。^⑩“人民主体性、人民利益至上性在人权领域中的展开,突出表现为:将‘以人为本’具体化为对每个人尊严的保护,落实好宪法规定的基本权利。这是我们协调国家安全与人权保障的基本出发点。”^⑪如果背离这一初心,概括性安全就将发生

异化。国家的安全本应是对个人安全的保障,久而久之手段自身有了独自的价值,国家安全作为独立的问题得到强调和重视。毫无疑问,国家安全已成为不可回避的问题,现实中往往得到优先的保障,而且容易得到包含司法机关在内的国家机关的认可。为了多数人的安全而牺牲他人的自由,这也会为预防性国家权力提供正当化的基础,这是私人极难抵抗的。^⑤但是,防止多数人的暴政,保护少数人的自由和权利,原本就是宪法独有的立场。仅仅在观念上强调个人自由和权利相对于国家安全的价值是不够的,还需要在制度上确保在追求国家安全时不能肆意侵害个人的自由和权利。在制度设计时,应当恢复人的主体性,确立个人的自由原则,避免以概括性安全作为讨论的当然前提,而应将具体领域的安全问题作为一项重要利益来对待,与个人自由的限制、经营自由的限制、企业成本的增加、消费成本的增加等等利益作综合考虑和权衡。在德国,“航空安全法”允许军队在一定条件下击落被劫持的航空器,2006年联邦宪法法院认为,如果被劫持的飞机上含有乘客和乘务人员,为了保护国家安全、挽救其他人而允许击落飞机,就把乘客等作为救人的工具,因而,与基本法的“人性尊严”及“生命权”相冲突。而且案件中并不涉及国家生死存亡的问题,探讨个人为国家牺牲毫无意义。^⑥国家安全或公共安全是一项重要的公共利益,应当得到保障。但个人的自由和权利本身也是一种公共利益,更是概括性安全的原本目的所在,不应轻易让位于概括性安全。在采取措施维护国家或公共安全时,应当将个人的自由和权利作为思考的原点,而不应将国家或公共安全作为压倒一切的理由。

而且,在风险社会中,尊重私人的自由还成为风险治理的必需。风险存在不确定性和泛在性,国家即便使用各种手段确保安全,乃至实施系统性控制,也难以收到安全保障的效果,反而可能引发二次风险、甚至是系统失灵。这时,应更加依赖于各个自由而负责的主体。在整个系统中,私人主体自负其责,可以及时捕捉身边切近的风险信息,根据科学原则的指导采取适当的预防措施,并将积累的经验及时

反馈到系统中,提升国家的学习能力,促进整个系统的良性循环。国家唯有重视自由个体、由自由主体组成的团体、地方的作用,才能有效且广泛地收集风险信息,实施风险分析,实现风险治理。也就是说,自由和责任原理、辅助性原理在风险治理中同样发挥着重要作用。

3. 具体问题的权衡论证

对于安全与自由的关系,应当在具体的问题中探讨其具体内容和相互关系,避免用抽象的观念直接赋予某一方更高的地位。越是空泛地谈“安全”,自由就越容易受到威胁。近期美国对中国科技企业实施的严苛政策、印度禁用中国产的APP,都是“国家安全”泛化的典型例证。正如日本学者小山刚所指出的那样:“国家为了安全、或者履行保护基本权利的义务,可以使用有效的手段予以应对。但是,其中有法治国家划定的界限。重要的是,不是从漠然的‘安全’而是从危险或者风险、不是从漠然的‘自由’而是从具体的基本权利及其限制程度,来思考国家介入的根据和界限。”^⑦如果能回到危险或者风险的确定,那么,法治国家在人权保障上的基本要求仍有可能发挥其原本的拘束作用。

在近代社会,具体危险成为维护自由、保障安全的关键概念;在现代社会,具体危险仍可发挥其重要的指引作用。德国联邦宪法法院认为,国家必须保护基本权利的价值,使其免受第三人的攻击,同时,国家也不得不成比例地侵害该第三人的自由权等基本权利。2004年的“大监听违宪判决”、2005年的“预防性远程通信监控违宪判决”、2006年的“航空安全法违宪判决”“信息检索搜查违宪判决”都体现着这样的逻辑。在预防性保护联邦和各州的安全,或者个人的身体、生命及自由的安全等法益时,重要的是要有侵害这些法益的“具体危险”存在。^⑧“正是具体危险,成为合比例性调整防御权与保护义务、自由与安全的合叶,如果说防御危险是‘法治国家的常态’,那么,不以具体危险为前提的介入当然就得不到正当化。特别是不能因为部分领域预防的常态化,就应认为当然承认警察对信息自我决定权的介入。危险防御即使不是宪法容许的侵害的唯一情形,也

是其原形。脱离危险防御、让侵害前移,就应负有责任将其正当化,“前移目的的性质和重要性必须能让前移正当化”^④。所以,在风险社会中,虽然不能继续要求“具体危险”的存在,但应当加重国家采取风险预防措施的论证负担,并根据基本权利动态保护的要求及时调整风险应对措施,寻求自由与安全的平衡。

我们不应先验地赋予自由或安全更高的地位,而是在具体的情境中确定各自的界限。为了避免在个案中的权衡流于恣意,有必要事前由民主代议制机关确定一般的规则。在某种情况下,是否允许以安全的需要为由限制个人的自由和权利,首先要交由合宪性的法律来确定。如果具有法律上的根据,就可以加以限制,私人就不能再仅仅诉诸观念上的自由加以防御。在符合法律保留之后,国家权力就具备了启动条件,但在合法行使要件上还应当遵守比例原则、正当程序原则等诸多限制。如果具体情况下所维护的安全利益尚不及个人自由的价值,那么,也不能说维护安全的措施具有合法性。那种不惜一切代价确保安全的说法,在法治国家之下是难以得到承认的。而利益衡量也必须基于具体的情境才能进行。课予国家机关在采取措施时说明理由的义务,展示其利益衡量的判断过程,对于私人自由和权利的保障、对于司法机关事后监督审查都是十分必要的。

四、结语:维护法治国家的基本原理

安全正在成为法学、特别是公法学的重要理论范畴。安全的价值容易获得认可,但适合作为法律概念的安全应当具有一定的客观性和确定性。法律上的安全应以客观安全为准,个人不可以主观安全为根据要求国家提供保护。国家可以政治上的考虑通过适当方式回应人民的主观安全需求,但不应背离法治国家诸多原理的要求。国家应当以实践理性下的相对安全作为追求的目标,而不应追求绝对安全。安全的需求客观存在,作为国家目的的安全为国家的成立提供正当性,同时也为国家履行安全保障义务指明方向。安全适合作为国家保护义务的对象而存在,而不宜承认个人对国家享有一般的安全

保护请求权,国家可以根据具体情形作出判断和裁量。在近代国家,安全与危险相对,在个人遭遇具体的危险时,国家才可以介入。保护个人安全成为国家介入的理由,具体危险的存在又成为国家介入的界限,没有具体危险,也就成为个人的自由。而在现代国家,安全的对立面不仅是危险,还包含新兴的风险。国家对安全的保护义务越发重大,安全从此与预防紧密联系在一起。为了确保安全,国家就要广泛收集私人信息,对社会作出种种安排和计划,采取种种预防风险的措施,强制或诱导私人采取回避风险的措施,私人的自由由此也受到更多的限制。为了保障安全而限制自由,或许是一种代价。但也要防止以安全之名行不法之事,不能将近代法治国家的基本原理破坏殆尽。法治国家与预防国家在安全保护上具有部分交集,但以防御权为中心的法治国家原理与旨在积极介入的预防国家要求却构成紧张关系,需要得到妥当的调适。在强调安全的同时,应当回归个体自由的原点,确立个人的主体性和个体自由的重要价值;应当避免抽象的比较或选择,而应在制定专门的法律时作出判断,在个案中在宪法和法律确立的原则指引下对于国家利益、公共利益与私人自由和权利作出具体的权衡。

注释:

①吉田尚正「ドイツにおける「安全と自由」論と日本の治安への含意」自治研究80卷11号(2004年)118頁。

②《政府信息公开条例》(2019年)第6条规定:“行政机关应当及时、准确地公开政府信息”;“行政机关发现影响或者可能影响社会稳定、扰乱社会和经济管理秩序的虚假或者不完整信息的,应当发布准确的政府信息予以澄清”。

③Thomas Richter(中空壽雅訳)「象徴的刑法とそれがもたらすもの——ドイツの議論状況」比較法学39卷3号(2006年)164頁参照。

④相关研究可参见刘艳红:《象征性立法对刑法功能的损害——二十年来中国刑事立法总评》,载《政治与法律》2017年第3期,第35-49页;程红:《象征性刑法及其规避》,载《法商研究》2017年第6期,第23-26页;魏昌东:《刑法立法“反向运动”中的象征主义倾向及其规避》,载《环球法律评论》2018年第6

期,第44-59页;相反的观点可参见贾健:《象征性刑法“污名化”现象检讨——兼论象征性刑法的相对合理性》,载《法商研究》2019年第1期,第67-79页。

⑤参见刘炯:《法益过度精神化的批判与反思——以安全感法益化为中心》,载《政治与法律》2015年第6期,第75-78页。

⑥参见王贵松:《食安法修改应摒弃重罚思维》,载《中国食品报》2015年4月22日,第3版。

⑦植松健一「安全感情の保護に対する公権力の役割——ドイツ公法学の議論を参考にした序説」島大法学49巻4号(2006年)365頁参照。

⑧参见陈春生:《核能利用与法之规制》,(台湾地区)月旦出版社1995年版,第373-375页。关于两则判决的情况,亦可参见伏创宇:《核能规制与行政法体系的变革》,北京大学出版社2017年版,第38-40页。

⑨快滋生反应堆核电厂案判决,《德国联邦宪法法院裁判选辑(八)人性尊严与人格自由发展》,蔡宗珍译,(台湾地区)“司法院”1999年版,第583页。

⑩同前注⑧,陈春生书,第375页。对实践理性标准的批评,参见该书第376-377页。

⑪日本最高裁判所1992年10月29日判决,最高裁判所民事判例集46巻7号1174頁。

⑫日本最高法院调查官在解说该判决时就提及了德国的卡尔卡判决。高橋利文「伊方・福島第二原発訴訟最高裁判決」ジュリスト1017号(1993年)54頁。

⑬[日]森英树:《宪法学上的“安全”与“安心”》,王贵松译,载王贵松主编:《宪政与行政法治评论》第5卷,中国人民大学出版社2011年版,第73页。小林武也同时指出:safety(法语是sûreté)可以理解为人有生俱来的自然权利,而security(法语是sécurité)意味着根据社会契约而组成的国家保障公民的安全。与维持治安、确保公共秩序的目的相结合,security要求放宽safety(作为免受权力恣意行使的自由)的要求。小林武「「安全」の概念とわが国「安全確保」法制——名古屋市生活安全条例にふれて」森英樹編『現代憲法における安全——比較憲法学的研究をふまえて』(日本評論社、2009年)710頁参照。

⑭大石真「「安全」をめぐる憲法理論上の諸問題」公法研究69号(2007年)24-25頁参照。

⑮相关讨论可参见林亚刚、赵晓雯:《议危害公共安全罪的概念》,载《甘肃政法学院学报》2000年第2期,第47-49页;

胡东飞:《论刑法意义上的“公共安全”》,载《中国刑事法杂志》2007年第2期,第53-56页;曲新久:《论刑法中的“公共安全”》,载《人民检察》2010年第7期,第17-22页;劳东燕:《以危险方法危害公共安全罪的解释学研究》,载《政治与法律》2013年第3期,第25-28页;邹兵建:《论刑法公共安全的多元性》,载《中国刑事法杂志》2013年第12期,第9-17页;等等。

⑯参见吴庆荣:《法律上国家安全探析》,载《中国法学》2006年第4期,第64-65页。

⑰土井真一「憲法と安全——新たな行動計画の検討にあたって」警察学論集62巻11号(2009年)150-151頁参照。

⑱参见[美]马斯洛:《动机与人格》,许金声等译,华夏出版社1987年版,第44页。

⑲参见[英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1986年版,第138页。

⑳[德]马克斯·韦伯:《学术与政治》,钱永祥等译,广西师范大学出版社2004年版,第197页。

㉑[英]洛克:《政府论》(下),瞿菊农、叶启芳译,商务印书馆1964年版,第82页。

㉒Josef Isensee(ドイツ憲法判例研究会編訳)『保護義務としての基本権』(信山社、2003年)74-75頁参照。

㉓小山剛「憲法学上の概念としての「安全」」慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学公法I——慶應義塾創立150年記念法学部論文集』(慶應義塾大学出版会、2008年)332頁参照。

㉔栗城壽夫『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』(信山社、1997年)358-359頁参照。

㉕同前注㉓,小山剛文,332-333頁参照。

㉖《法兰西宪法典全译》,周威译,法律出版社2016年版,第59、63页。

㉗同前注㉓,森英树文,第73-74页。不过,晚近,法国《国内治安法》(2003年3月18日法律239号)第1条规定,“安全是基本权利,是个人和集团行使自由的条件”。“国家在共和国国土全境负有义务,保卫国家制度及各种利益、尊重法律、维持治安和公共秩序、考虑人及财产的保护,以确保安全。”这里的安全却是sécurité。虽然是sécurité,却被定位于基本权利,但该法同时也将其作为行使自由的条件。也就是说,这是应由国家提供保障的权利,而非免受国家干预的自由,仍然符合sécurité的特质。同前注㉓,小林武文,第711页。

㉘石川健治「隠蔽と顕示——高まる内圧と消えない疑念」法学教室337号(2008年)47頁。

②⑨Peter J.Tettinger(小山剛訳)「安全の中の自由」警察学論集55卷11号(2002年)156-157頁参照。

③⑩同前注②, Josef Isensee 书, 178-179 頁。

④⑪参见张洪波:《作为人权的安全权:比较、内涵及规律》,载《南京社会科学》2013年第5期,第93-94頁。

⑤⑫参见孙颖:《现代风险社会消费者安全权的扩张与保护》,载《西部法学评论》2013年第2期,第22頁以下。

⑥⑬韩大元:《食品安全权是健康中国的基石》,载《中国食品安全报》2015年11月17日,第A02版。

⑦⑭涂永前:《食品安全权及其法律构造》,载《科技与法律》2014年第1期,第67頁。

⑧⑮同前注③, 小山剛文, 336-339 頁参照。德国基本法在制定时曾在第2条第2款的草案中规定, 所有人拥有生命和身体不受侵犯的权利和要求安全的权利。但因其内容并不明确, 最终放弃。同前注②, Josef Isensee 书, 107 頁参照。

⑨⑯小山剛「自由・テロ・安全——警察の情報活動と情報自己決定権を例に」大沢秀介=小山剛編『市民生活の自由と安全—各国のテロ対策法制』(成文堂、2006年)306頁。

⑩⑰藤井康博「近世・近代ドイツ国法学における国家目的「自由」「安全」「生命」——環境国家論への予備的覚書」静岡大学法政研究16巻1・2・3・4号(2012年)112頁参照。

⑪⑱同前注②, Josef Isensee 书, 198 頁。

⑫⑲[法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册), 张雁深译, 商务印书馆1963年版, 第187頁。

⑬⑳[德]迪特儿·格林:《宪法视野下的预防问题》, 载刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》, 法律出版社2012年版, 第114-115頁。

⑭㉑櫻井敬子「行政警察に関する考察——予防的で直截的、即時的な行政警察活動の必要性及び有効性について」警察政策6巻1号(2004年)196-197頁参照。

⑮㉒白藤博行「自由と安全のアシンメトリー——「安全の中の自由」論が生み出す安全と危険」専修大学法学研究所報50巻(2015年)95-96頁参照。

⑯㉓[德]乌尔里希·K. 普罗伊斯:《风险预防作为国家任务——安全的认知前提》, 载同前注④, 刘刚编译书, 第152頁。

⑰㉔同前注④, 迪特儿·格林文, 第120頁。

⑱㉕大沢秀介「現代社会の自由と安全」公法研究69号(2007年)5頁。

⑲㉖西浦公「「安全」に関する憲法学的考察」樋口陽一ほか編『日独憲法学の創造力——栗城壽夫先生古稀記念下巻』(信山社、2003年)87-90頁参照。

⑳㉗E.Schmidt-Abmann(海老原明夫訳)「ドイツ行政法の最近の発展(上)」自治研究72巻9号(1996年)8頁参照。

㉑㉘同前注④, 大石真文, 34 頁。

㉒㉙[德]威廉·洪堡:《论国家的作用》, 窦凯滨译, 华中科技大学出版社2016年版, 第58頁。

㉓㉚同前注②, Peter J.Tettinger(小山剛訳), 158 頁参照。

㉔㉛成田頼明「安全の中の自由」自治実務セミナー42巻9号(2003年)35頁参照。另可参见成田頼明「社会の安全と法政策」警察政策1巻1号(1999年)12-13頁。

㉕㉜[德]卡尔·施米特:《宪法学说》, 刘锋译, 上海人民出版社2005年版, 第139頁。

㉖㉝对于预防措施的容许性和合法性论证内容, 可参见王贵松:《风险行政的预防原则》, 载《比较法研究》2021年第1期, 第54-58頁。

㉗㉞磯部力「「安全の中の自由」の法理と警察法理論」警察政策7巻(2005年)10頁参照。

㉘㉟《共产党宣言》, 载《马克思恩格斯文集》(第二卷), 人民出版社2009年版, 第53頁。

㉙㊱韩大元:《论中国宪法上的国家安全与人权的关系》, 载《人权》2019年第5期, 第10頁。

㊲㊲有学者将其形容为“为了‘安全’的专制”。岡本篤尚「「安全」の専制——際限なき「安全」への欲望の果ての「自由」の荒野」憲法問題12号(2001年)102頁参照。

㊳㊳参见李忠夏:《国家安全与人性尊严:伦理问题的法教义学解决路径》, 载同前注⑬, 王贵松主编书, 第100-102頁。

㊴㊴同前注③, 小山剛文, 358-359 頁。

㊵㊵白藤博行「「安全の中の自由」論と警察行政法」公法研究69号(2007年)54頁参照。

㊶㊶同前注③, 小山剛文, 350 頁。