

【法治建设】

论预防型法治

黄文艺

【摘要】随着预防性法律制度和实践在全球范围蓬勃发展,预防已逐渐从新兴法律原则演变为新型法治形态。基于这一变化,可将法治形态分为预防型法治与应对型法治。应对型法治以法益损害的事后应对为根本考量,而预防型法治以法益损害的事前预防为根本宗旨。预防型法治与应对型法治不是相互取代、相互排斥的关系,而是长期共存、相互交融、相互促进的关系。在当代中国,预防型法治植根于本土源远流长的预防性治理传统,是本土传统和风险社会、科技革命交互作用的产物。预防型法治大规模扩展了法律权力圈、法律义务圈、法律责任圈、违法犯罪圈,重构重塑了法律规制的版图,推动了法律功能定位、法益保护方式、法律规范类型的历史性变革。为防范滥用预防、过度预防等风险,应加强对预防性规制的规制、对预防性权力的制约、对预防性义务的公平合理设置,构建起预防型法治的反省、评估、监控机制。

【关键词】预防型法治;应对型法治;预防原则;预防性治理;风险社会

【作者简介】黄文艺,中国人民大学法学院教授。

【原文出处】《法学研究》(京),2024.2.20~38

一、问题的提出

长期以来,预防一直被当作与现代科技和风险社会相关联的法律和伦理原则来讨论。^①20世纪60年代末,瑞典、德国在环境法和环境政策领域率先提出预防原则;^②到了20世纪80、90年代,预防原则开始在国际和国内环境法领域普遍流行;21世纪以来,预防原则得到环境法以外各领域法的共同承认,成为具有强大穿透力和支配力的法律原则,并被当作各种各样的政府管制和法律干预的正当理由。在法学研究中,学者们针对预防原则所涉及的为何预防、谁来预防、预防什么、怎么预防等问题展开了激烈争论,提出了版本众多甚至互不相容的理论学说。

随着法律体系中预防性法律制度的大规模涌现,法治实践中预防性执法、司法的大幅度增长,预防已从一项法律指导性原则转变为一种法治运行新形态。特别是在当代中国,随着预防性治理成为国家治理现代化的基础性理念,预防性立法、执法、司法等现象呈爆发式增长之势。据初步统计,在中国现行有效的300部法律中,120余部法律设置有包含

“预防”或“防范”语词的专门章节或条款,同时还有大量以预防为目标导向的法律条款或规定,构成了蔚为大观的预防性法律制度群。在法律实施层面,从传统的犯罪预防、腐败预防、纠纷预防等实践的纵深推进,到新兴的预防性行政、预防性执法、预防性监管、预防性监督、预防性保护、预防性警务等实践的蓬勃发展,以预防为主题的法治变革运动已成为一股席卷法治各领域和全过程的时代潮流。面对这场声势浩大的变革运动,一些部门法学者率先打破了将预防当作法律原则对待的思维定式,提出了预防性刑法、^③预防性司法、^④预防性诉讼等概念。^⑤不过,这种分学科分领域的考察,只是对这场宏大法治变革的局部性、碎片化描述,而非全景性、系统性、融贯性的透视,要对这场法治变革作出整体性的考察,必须从法治类型学维度提出一种新的法治形态分类。

基于上述考量,本文根据法益保护方式将法治区分为事后应对型法治和事前预防型法治(分别简称为“应对型法治”和“预防型法治”)。应对型法治

侧重在法益损害发生后,通过提供一整套事后处置的制度和程序,引导法律专业机构依法公正处理,对权利人予以救济或对加害人予以制裁,最终让受到损害的法益得到补救。预防型法治侧重在法益损害发生前,通过提供一整套事前预防的制度和程序,引导法律主体积极采取措施防范法益受到侵害,或者阻止法律主体实施侵害法益的行为,最终让法益免受非法侵害。本文试图运用这一法治分类来解释当今世界法治变革趋势。

传统的法律制度设计和实践以事后应对法益损害为重点任务,属于应对型法治范畴。以刑法领域为例,“尽管传统的刑法学以及犯罪学也提倡预防犯罪,但从现行刑事司法制度的发展历史来看,事先预防犯罪制度并不是十分完善,相反地,事后惩罚犯罪制度却非常完善。如现代的刑事司法制度,几乎都是为了在事后惩罚已经犯罪的人而设立的”。^⑥进入21世纪以来,在全球范围内,以事前预防法益损害为目标的预防型法治的版图大规模扩张,已成为快速生长的法治新大陆。在古典治理传统和现代社会变革的双重加持下,中国的预防型法治实践已走在世界各国前列,预防性治理理念已穿透到以宪法为核心的中国法律体系各部门各领域,贯彻到中国立法、执法、司法、守法、法律服务各环节全过程,正在引发法治领域的一场整体性、系统性、结构性的深刻革命。中国的预防型法治实践为研究预防型法治新形态提供了难得的样本,本文对预防型法治的考察,主要是基于中国的实践及其经验。

二、预防型法治的背景分析

风险社会、科技革命是中外学术界讨论预防问题时普遍诉诸的两大叙事,也是预防型法治在21世纪快速发展的驱动力。如果说风险社会为预防型法治提供了生存土壤和强劲需求,那么科技革命则为预防型法治提供了运作网络和支撑系统。同时,在当代中国高歌猛进的预防型法治,还深深植根于源远流长的本土预防性治理传统,是本土传统和风险社会、科技革命交互作用的结果。正是历久弥新的预防性治理传统,使中国的预防型法治呈现出与西方类似实践不同的气质。例如,中国不仅重视对生态环境、卫生健康、经济金融等领域的新型风险的强力防范,还持续

关注对矛盾纠纷、违法犯罪等传统风险的能动预防。

(一)预防性治理传统

预防性治理是中国古典治理传统的精髓之所在。古代先贤把治病于未病、治乱于未乱当作治理的最高境界和最优策略。《黄帝内经》言:“是故圣人治已病治未病,不治已乱治未乱,此之谓也。夫病已成而后药之,乱已成而后治之,譬犹渴而穿井,斗而铸锥,不亦晚乎!”^⑦《道德经》曰:“为之于未有,治之于未乱。”^⑧在犯罪预防上,古代先贤提出了先富后教的路线图和施工图。例如,富民是犯罪预防之根本。管子提出:“凡治国之道,必先富民。……民富则安乡重家,安乡重家则敬上畏罪,敬上畏罪则易治也。民贫则危乡轻家,危乡轻家则敢凌上犯禁,凌上犯禁则难治也。”^⑨再如,教化是犯罪预防之堤坝。董仲舒提出:“夫万民之从利也,如水之走下,不以教化堤防之,不能止也。是故教化立而奸邪皆止者,其堤防完也;教化废而奸邪并出,刑法不能胜者,其堤防坏也。”^⑩又如,刑罚是不得已而用之的最后手段。明儒丘濬认为:“刑者,所以辅政弼教。圣人不得已而用之,用之以辅政之所不行,弼教之所不及耳,非专恃此以为治也。”^⑪

中国共产党在长期的革命、建设和改革实践中,创造性地传承了古典预防性治理传统,逐步创立了全方位、立体化的预防性治理体系。进入新时代,中国共产党把防范化解各类重大风险摆到突出位置,系统提出了总体国家安全观,确立了预防为先的安全理念,加快推进国家安全体系和能力现代化。习近平强调:“法治建设既要抓末端、治已病,更要抓前端、治未病”,“我国国情决定了我们不能成为‘诉讼大国’”,“要推动更多法治力量向引导和疏导端用力,完善预防性法律制度,坚持和发展新时代‘枫桥经验’,完善社会矛盾纠纷多元预防调处化解综合机制”。^⑫新时代“枫桥经验”的实践精髓,就是预防在前、调解优先、运用法治、就地解决。^⑬

在习近平法治思想和总体国家安全观的指引下,当代中国政法实践已构建起由多个子体系所构成的预防性治理体系。一是以预防违法犯罪为目标的社会治安防控体系。早在2001年,中共中央、国务院《关于进一步加强社会治安综合治理的意见》就明

确提出了“打防结合,预防为主”的治理方针。近年来,公安机关确立了“主动警务”“预防警务”理念,强调通过主动排查监测预警,及时发现潜在的违法犯罪,把预防做到打击前,把打击做到升级前,最大限度减少群众的伤害和损失。^⑪二是以预防矛盾纠纷为目标的矛盾纠纷多元化解体系。2015年中央全面深化改革领导小组第17次会议强调,完善矛盾纠纷多元化解机制,“要坚持源头治理、预防为主的原则,将预防矛盾纠纷贯穿于重大决策、行政执法、司法诉讼等全过程”。^⑫为应对社会矛盾凸显期、诉讼案件剧增期、信访问题高发期,政法机关提出了诉源治理、警源治理、访源治理等概念,不断提升预防化解矛盾纠纷的能力。三是以预防公共安全风险为目标的公共安全治理体系。党的二十大报告提出:“坚持安全第一、预防为主,建立大安全大应急框架,完善公共安全体系,推动公共安全治理模式向事前预防转型。”^⑬近年来,从传统的生产安全、交通运输安全、食品药品安全、危化物品安全等领域,到新型的公共卫生安全、生物安全、网络安全等领域,公共安全治理模式正在加速从事后处置向事前预防转变。

(二) 风险社会

中外学者多从风险社会的叙事出发讨论预防原则,并习惯于将该原则称作风险预防原则。在法学领域,不少学者将风险行政法与预防行政法、风险刑法与预防刑法当作等值概念或近似概念对待。^⑭从当代法治实践看,风险社会从多维度强化了预防的正当性和紧迫性,是预防型法治的催化剂和加速器。“从法律作为国家认可的现代社会治理规则体系的功能来看,随着风险社会的来临,必然意味着现实社会的法是预防性的法。”^⑮

其一,风险社会涌现出的超大规模风险,如生态风险、基因工程风险、疫情风险、金融风险等,推动将预防型法治挺在前面。这些新型风险与传统社会中那种影响面窄、实害结果小的风险不同,是具有区域性、全国性乃至全球性影响,能够带来难以承受、难以估量的严重损害的灾难性风险。因而,针对这类风险,已不能再像应对传统风险那样等到损害发生后再施以救济,而必须采取事前预防措施以有效防范或拦截。甚至可以说,在超大规模风险面前,预防

型法治不只是优先选项,更是唯一选项。

其二,风险社会产生出更多的不确定性,推动安全成为政法场域的紧迫议题。正如博登海默所言,在既有正义体系中,安全远不如自由、平等重要,只具有从属性和派生性。^⑯但是,当重大风险高悬于头上、巨大灾难随时可能降临时,人们的忧虑感、慌乱感、恐惧感会前所未有的增强,对安全的渴望和对确定性的需求也就前所未有的提升。在民主政治环境下,这种集体性情感 and 态度必然会通过公共舆论、投票选举、民主协商、政治游说等渠道,驱动政法场域的理论认知、公共决策、资源配置向安全议题发力用力。中国共产党提出的总体国家安全观,就是对风险社会所作出的系统性的政法理论认知和政策应对。安全与预防是一对孪生兄弟,更高水平的安全必然呼唤更高层次的预防。从法理内涵看,安全通常是指各类基本法益不受威胁、不受侵犯的状态。这一定义内在地要求对基本法益提供预防性保护,而不是在基本法益受到侵犯后进行补救性修复。

其三,风险社会滋生的大量不可归责于个人的新型风险,推动风险预防成为公众所期盼的新型国家职能。传统风险通常由个人活动引发,是可归责于个人、可由个人进行防控的风险。新型的科学技术风险是不可归责于个人且无法由个人力量加以防控的整体性风险。^⑰在此情形下,作为公共力量代表的国家,必须挺身而出承担起新职能,采取有组织的集体行动防控风险。风险社会下国家角色定位发生历史性变化,即从“自由秩序国家”转型为“预防性国家”。^⑱预防性国家与预防型法治乃是风险社会政法体制的一体两面。

其四,风险社会日益增多的法益损害风险,推动免受不合理的风险侵害的权利成为法律保护的新型权利范畴。对于风险社会所诱致的权利变迁,桑斯坦指出:“个人权利不仅包括传统的自由权和财产权,还包括不受歧视的权利、享有洁净空气和洁净水的权利、拥有‘社会保障网络’的权利,以及免遭工作场所风险、消费者产品风险和其他不合理风险的权利。”^⑲如果传统的自由权、财产权之要义是免受政府侵犯,那么这类免受不合理的风险侵害的新型权利之要义,就是获得政府帮助。

(三) 科技革命

21世纪以来,以大数据、云计算、区块链、人工智能为代表的新一轮科技革命汹涌来袭,推动人类社会进入万物皆可连接、皆可计算、皆可智能的数字时代,人的预测预知预防能力实现了历史性飞跃。人类依靠数字科技,可以从已知了解未知、从过来预知未来,迈向预见未来、治理未来、引领未来的新法治时代。这种新法治就是预防型法治。

在纠纷预防上,现代科技的应用大幅度增强了纠纷原因探查与纠纷解决能力,提高了纠纷预防的精准性、实效性,推进了纠纷预防的数字化、智能化。“将大数据与纠纷预防结合起来可能会产生超乎意料的效果。大数据具有搜索和交叉比对各种类型数据的能力,可以根据不同设定分析不同人群产生争议的主要原因。”^②对诉讼与非诉讼纠纷的大数据分析,可以帮助确定纠纷的易发原因、多发环节、高发人群等信息,从而有针对性地采取预防纠纷措施。

在犯罪预防上,大数据挖掘和监测技术可以帮助执法司法机关更好地抓取、捕捉到人脑分析难以发现的犯罪活动的规律性特征,增强提前干预和系统防控犯罪的能力,“在犯罪问题出现以前第一时间、第一现场预防和干预犯罪,在‘解决问题’前更为准确地‘发现问题’,从而实现从反应到预防的转型”。^③执法机关利用大数据挖掘技术对网络上海量的语音、视频、图片、文字等看似毫无关系、杂乱无章的信息进行关联比对分析,可以追踪到犯罪分子预谋预备犯罪活动的蛛丝马迹,从而及时采取干预行动将犯罪阻止于预备阶段。更为重要的是,政府可以根据对各类犯罪活动的大数据分析,系统性地挖掘出犯罪活动的群体、对象、行为、时间、空间、情境等规律性特征,制定出整体性、综合性的防控方案,从源头上阻截犯罪。

在风险防控上,大数据技术在法律领域的应用,有助于精准锁定风险或损害的关联性因素,从立法和执法上有的放矢地提出预防措施,形成法律化、制度化的预防性治理机制。例如,借助各类工业生产事故的大数据分析,能够摆脱个案考量模式下对偶然事故中的个人性因素和个性化特征的过度纠缠,摆脱浅表问责体制下对那些本身就是高风险工业体

系受害者的失误操作工人的简单责罚,从而深入到对现代工业体系背后潜藏的体制性、制度性、管理性风险因素的系统反思和检讨,提出更具合理性、治本性、实效性的预防措施。

三、预防型法治的实践形态

从预防节点和效果来看,预防型法治的实践形态大体上可分为三类:一是初始性预防,即通过采取事前干预或规制措施,从源头上防范法益损害的发生;二是继发性预防,即通过事中干预或规制措施,防止既发法益损害进一步扩大;三是复发性预防,即通过事后干预或规制措施,防止再次发生法益损害。在应对型法治模式下,复发性预防实践即已存在,如对罪犯的教育矫正。本文重点讨论初始性预防和继发性预防两类形态。正是这两类预防性机制的大规模兴起和扩张,推动形成了新型的预防型法治模式。在当代中国,通过诸多事前或事中的预防性机制、方法、手段的综合运用,更为密集化、制度化、结构化的预防型法治体系得以形成。

(一) 风险监测、评估和预警机制的泛在化

对各类影响法益的风险进行精准监测、精细评估、精确预警,使之可感知、可计量、可预测,是对各类风险进行法律规制和驯服的基础性工程,也是对各种法益进行预防性保护的前提性条件。在当代中国,风险监测、评估和预警机制的泛在化,不仅体现为这类机制在经济、政治、社会、科技、生态等各个重点风险领域的全覆盖,还体现为这类机制对政府主体、市场主体、第三部门等各类涉风险主体的全覆盖。根据实施主体,风险监测、评估和预警机制大体可分为四类。

1. 国家安全风险监测与预警机制

许多风险具有很强的突发性、扩散性,必须建立集中统一、高效权威的国家风险监测与预警机制,对风险进行及时预警和快速反应。我国涉国家安全风险的立法大多在制定或修改时统一规定了风险监测与预警机制。例如,国家安全法第4章第3节规定了国家安全风险预防、评估和预警制度,环境保护法第17条规定了国家环境监测制度,网络安全法第5章规定了国家网络安全监测预警与应急处置制度,食品安全法第2章规定了国家食品安全风险监测和评

估制度,突发事件应对法第3章规定了突发事件监测与预警制度,对外贸易法第48条规定了对外贸易预警应急机制,基本医疗卫生与健康促进法第20条规定了传染病监测预警制度。

2. 政府的风险自我规制机制

政府既是风险的防控者,也是风险的制造者。政府在规划、决策、监管、执法过程中的错误或纰漏,是引发群体性事件的重要风险源。长期以来,我国征地拆迁、资源开发、工程建设、环境保护、集资借贷等领域群体性矛盾纠纷易发多发,这与政府的规划不科学、决策不合理、监管不到位有直接关系。近年来,针对规划、决策、监管、执法等环节的风险点,我国立法通过加强对相关行为的制度性约束,有效降低了政府自身活动的风险。以规划环节为例,环境保护法第19条规定,编制有关开发利用规划,应当依法进行环境影响评价;未依法进行环境影响评价的开发利用规划,不得组织实施。规划编制工作实践表明,规划环境影响评价制度的有效实施,预防或减少了政府规划实施所可能造成的不良环境影响。

3. 市场主体的风险自评自查机制

市场主体在生产经营过程中向社会释放、扩散的各种风险,是现代风险的重要源头。对于风险性较高的市场领域,现代法往往要求市场主体建立风险自评自查机制,加强对自身风险的监测和防控。例如,食品安全法第47条规定,食品生产经营者应当建立食品安全自查制度,定期对食品安全状况进行检查评价。数据安全法第29条、第30条规定,数据处理者应当加强风险监测,定期开展风险评估。

4. 第三方风险监测和评估机制

第三方评估具有独立性、专业性、权威性,能够避免评估者既当运动员又当裁判员的问题。^⑤当前,生态环境、安全生产、金融投资、公共决策等领域已普遍推行第三方风险监测和评估机制。例如,《重大行政决策程序暂行条例》第23条规定,开展风险评估,可以委托专业机构、社会组织等第三方进行。安全生产法第72条规定,承担安全评价、认证、检测、检验职责的机构应当具备国家规定的资质条件,并对其作出的安全评价、认证、检测、检验结果的合法性、真实性负责。

(二)预防性监管职权的扩张化

在奉行“国家最小干预”原则的应对型法治模式下,为了防止政府随意干预个人自由,国家立法主要授权政府实施事后监管,而严格限制政府采取事前防范措施。然而,随着各种不可归责于个人也无法由个人防控的规模性、系统性风险的出现,拥有庞大行政体系和巨量行政资源的政府必须担当起对这些风险进行预防性监管的重责。当今国家治理变革的一个重要趋势是施政府行政模式从消极应对行政扩展到积极预防行政,诞生了所谓“预防性政府”新模式。^⑥由此而引发的法治领域的跟进性态势是,各国立法加快对政府预防性监管职权的大批量授权,为预防性政府出场铺好法律轨道。

1. 授权制定各类技术标准

各类产品、服务和运营质量的技术标准,是对各个领域风险进行监测和评判的基准性标尺,也是政府实施预防性监管的基础性指引。我国法律通常授权最高层级的行政机关制定各类技术性标准,以统一风险监测和防控的标准。例如,食品安全法第27条规定,国务院卫生行政部门会同国务院食品安全监督管理部门制定食品安全国家标准。网络安全法第15条规定,国务院标准化行政主管部门和国务院其他有关部门根据各自的职责,组织制定并适时修订有关网络安全管理以及网络产品、服务和运行安全的国家标准、行业标准。

2. 在相关风险领域增设行政许可

行政许可具有很强的风险防控功能。许可是防患于未然,即“对于那些具有一定风险的行为实行准入制度,排除那些不符合条件的人的介入”。^⑦法律通过设立各类前置性行政许可制度,强化政府的风险监控职能,做到从入口上发现和拦截各种可能的风险。近年来,我国制定的安全类法律法规增设了许多新的许可制度,以防范化解各种安全风险。例如,生物安全法第20条确立了生物安全审查制度,明确规定由国务院有关部门对影响或者可能影响国家安全的生物领域重大事项和活动进行生物安全审查,以有效防范和化解生物安全风险。

3. 强化行政监督检查

对行政相对人遵守法律法规的情况进行监督检

查,是行政机关发现和防范社会风险的重要渠道。行政机关对行政相对人的生产经营活动开展现场监督检查,可以发现其生产经营过程中存在的风险隐患,并督促其采取措施消除风险隐患。在安全风险较高的行业领域,我国法律法规都标配性地规定了行政监督检查制度,授权行政机关对行政相对人进行各种形式的监督检查,并采取防控风险的强制性措施。例如,食品安全法第110条规定,县级以上人民政府食品安全监督管理部门在监督检查时,有权查封、扣押有证据证明不符合食品安全标准或者有证据证明存在安全隐患以及用于违法生产经营的食品、食品添加剂、食品相关产品。

4. 扩张行政强制措施

防范和减少法益损害风险,是设立行政强制措施的重要目的。行政强制法第2条关于行政强制措施的定义清晰揭示了这一点:“行政强制措施,是指行政机关在行政管理过程中,为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形,依法对公民的人身自由实施暂时性限制,或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为。”面对日益增长的各类法益损害风险,我国有越来越多的法律法规授权行政机关采取各种应急性或临时性的行政强制措施。例如,传染病防治法第55条授权监管部门在发现被传染病病原体污染的公共饮用水源、食品和相关物品时,可采取封闭公共饮用水源、封存食品和相关物品或者暂停销售的临时控制措施,以及检验、消毒、销毁被污染的食品等强制措施。

(三)预防性治理义务的法律化

在大范围赋予政府以预防性监管职权的同时,当代法还大规模增设了社会主体的预防性治理义务。社会治理的核心要义是共建共治共享,即“建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体”。^⑧传统上,社会主体参与社会治理的义务属于职业伦理、公共道德范畴,而非法律义务范畴。然而,当代法出于广泛动员社会力量防控各种风险或危险之考量,越来越多地将预防性治理义务法律化,形成了一种新的法律义务类型。这类法律义务的主体覆盖了自然人、家庭、组织等各类社会主体。

自然人是最初始、最广泛的社会主体,在预防性治理中发挥着基础性作用。在各种风险场域下,为了防范本人或他人的法益损害,当代法为自然人预设了各种必为性、禁为性义务。例如,道路交通安全法针对驾驶人、乘坐人员、行人都作了义务性规定。不过,自然人的预防性义务的迅猛增长,更集中地体现在各类职业人员在相应行业领域风险防控的法定义务上。例如,我国医师法、基本医疗卫生与健康促进法、精神卫生法、传染病防治法等法律,规定了医务人员开展健康教育和指导、增进公民心理健康、预防精神障碍、预防传染病等方面的诸多义务。与普通人相比,职业人员不仅拥有专业知识、专业能力和专业设备,而且肩负着防风化险、排忧解难的专门职责,因而负担的预防性义务数量更多、标准更高、责任更重。

家庭是社会细胞和国家苗圃,在预防性治理上扮演着重要角色。“家庭和睦则社会安定,家庭幸福则社会祥和,家庭文明则社会文明。”^⑨首先,家庭作为身份关系、情感关系、利益关系交织交错的结构体,本身就是民事纠纷和违法犯罪多发的场域,也是社会治理的重点场域。当代法通过强化家庭在家教家德家风建设上的义务,扩展家庭成员(亲属)之间互帮互助互谅的义务,以实现家庭内部问题的预防性治理。^⑩其次,家庭作为每个自然人与生俱来的人伦情感共同体,在开展思想道德教育、引导向上向善、防范越轨行为等方面所发挥的作用尤为重要。当代法越来越注重强化家庭及其成员(亲属)的预防性义务,如爱国主义教育、毒品犯罪防范、罪犯教育改造、精神障碍预防等义务,^⑪目的就在于推动家庭更好地配合政府和各类组织实施社会治理。

企事业单位、基层组织、群团组织、行业协会等各类组织,在各自领域拥有较强的组织力、动员力,是预防性治理不可或缺的重要主体。其中,村委会、居委会在基层社会治理中居于枢纽性地位,因而在所有社会治理类法律法规中都要出场,被赋予各种预防性治理权责。工会、共青团、妇联等群团组织,肩负着联络、团结各种社会阶层和群体的重要职责,是相关社会治理所不可缺席的治理主体。例如,我国法律规定了妇联在妇女权益保护、未成年人保护、

反家庭暴力、就业促进、禁毒宣传教育、劳动者权利保护等诸多领域的预防性治理义务。行业协会作为行业自治性自律性组织,通过制定行业行为规范、订立产品和服务标准、创设纠纷处理机制、约束行业成员行为等方式,扮演着行业“无形公地”看护人和集体风险防范者的角色。因此,每部社会治理类立法都会给相应行业协会设定权责,以充分发挥其预防性治理功能。例如,网络安全法第11条规定,网络相关行业组织按照章程,加强行业自律,制定网络安全行为规范,指导会员加强网络安全保护,提高网络安全保护水平,促进行业健康发展。

(四)个体法益保护的前置化

传统的个体法益保护遵循“无损害则无救济”的原则,属于事后救济的法益保护模式。随着社会成员对个体法益保护标准的期待提高,法律对个体法益保护的时间节点开始从事后阶段向事前阶段、事中阶段前移,即在法益损害发生前或发生时就进行干预,以防止实际损害的发生或扩大。新的个体法益保护模式遵循“有危险即有救济”的原则,已逐步推广到法治运行各环节。

1. 行政保护的前置化

行政保护的前置化,是指行政机关及公职人员在个体法益损害发生或扩大前采取措施防范违法犯罪行为的发生或持续。我国法律越来越强化公安机关等各类行政机关在防控违法犯罪或法益损害上的职责任务。例如,反电信网络诈骗法、反有组织犯罪法等法律,规定了公安机关等行政机关从源头上预防和治理电信网络诈骗、有组织犯罪等各类违法犯罪的职责;民法典、人民警察法、消防法等法律,规定了人民警察等负有法定救助义务的人员对受到侵犯或者处于其他危难情形的个体法益及时施救的义务。这不只是行政机关应对违法犯罪的模式的历史性转变,更是行政机关保护个体法益的模式的历史性转变。

2. 司法救济的前置化

司法救济的前置化,是指司法机关在个体法益损害发生或扩大前对当事人提供司法救济,也被称作“预防性司法”。当代中国法越来越多地允许司法机关针对人身、财产等重要法益采取预防性救济措

施。例如,反家庭暴力法明确规定,当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险,可向人民法院申请人身安全保护令。民事诉讼法第103条、第104条规定,当事人在法益面临损害危险的情形下,可申请人民法院采取保全措施。生态环境保护领域是预防性司法得到广泛应用的领域。^⑧最高人民法院《关于生态环境侵权案件适用禁止令保全措施的若干规定》(法释[2021]22号)指出,申请人可以以被申请人正在实施或者即将实施污染环境、破坏生态行为,不及时制止将使申请人合法权益或者生态环境受到难以弥补的损害为由,向人民法院申请禁止令,责令被申请人立即停止污染环境、破坏生态的行为。

3. 私力救济的前置化

私力救济,是指社会成员在本人或他人法益面临威胁或侵害时自行采取的防卫性或保护性措施。相对于公力救济而言,私力救济是一种在损害发生前或发生时更能及时出场的救济形式,在时序上是先于公力救济的前置性救济机制。正是考虑到私力救济的前置性地位、预防性功能,我国立法、执法、司法等各环节,都更加注重激励社会成员进行私力救济。民法典确立了正当防卫、紧急避险、见义勇为、自助等私力救济制度,构建起了个体法益私力救济的激励体系。民法典第1177条规定:“合法权益受到侵害,情况紧迫且不能及时获得国家机关保护,不立即采取措施将使其合法权益受到难以弥补的损害的,受害人可以在保护自己合法权益的必要范围内采取扣留侵权人的财物等合理措施;但是,应当立即请求有关国家机关处理。”这就是对私力救济前置置于公力救济的合法性确认和制度性规制。在执法司法上,政法机关等部门改变了以往对正当防卫、见义勇为苛刻的认定标准,以消解长期困扰社会的“扶不扶”“救不救”“管不管”等法律和道德风险,激励社会成员依靠个人力量及时有效保护本人或他人法益。

(五)集体法益保护的早期化

与个体法益损害相比,公共安全、社会秩序、经济秩序等集体法益一旦受到实际侵害,往往会产生更大规模、更难补救的严重损害。^⑨因此,法律更不能等待实害结果发生后再施以惩罚,而必须在实害结果发生前出手干预。近年来,在刑法、行政法乃至

民法领域,集体法益保护早期化已成为一股愈来愈强劲的趋势。

在刑法领域,集体法益保护的早期化趋势已在多个维度呈现出来。(1)危险行为犯罪化,即对具有发生法益侵害结果的可能性的危险行为进行犯罪化处置。为从源头上防范侵害结果的发生,有效保障社会公众的安全,世界各国的刑法都越来越多地推动危险行为犯罪化,不断增设新的危险犯,此亦中国刑法修改的趋势性动向。(2)预备行为实行化。为了加强对危害性极大的犯罪的严厉管控,刑法将原本属于犯罪预备阶段的行为作为独立犯罪类型加以惩罚,切实防止实行行为和实害结果的发生。例如,刑法修正案(九)为落实“防范为主、惩防结合和先发制敌、保持主动”的反恐理念,大幅扩张刑法打击恐怖主义犯罪的时空边界,增加规定了准备实施恐怖活动罪,宣扬恐怖主义、极端主义、煽动实施恐怖活动罪,非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪,拒不提供恐怖、极端主义犯罪证据的犯罪,强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪等罪名。^③(3)帮助行为正犯化。刑法将资助、介绍、提供便利等事前帮助行为作为独立犯罪类型加以惩戒,帮助恐怖活动罪、帮助信息网络犯罪活动罪就是典型的例子。帮助行为正犯化导致刑事惩罚的时间节点提前一个行为时段,因而具有超前规制和预防的功效。^⑤

在行政法领域,集体法益保护的早期化主要体现为,许多原本属于失德范畴甚至习惯范畴的行为,因存在侵害集体法益的危险而被纳入行政干预的违法行为清单。例如,放孔明灯是不少地方过元宵节、中秋节等节日的一种风俗习惯,但在城镇、森林、铁路等区域放孔明灯,容易引发火灾等公共安全事故。为此,2023年8月提请十四届全国人大常委会第五次会议审议的治安管理处罚法(修订草案),将升放携带明火的孔明灯的行为纳入法律规制范围,并针对这种行为明确规定了行政处罚。

为加强对集体法益的提早保护,多个部门法对某些危险行为联手干预、协同制裁已成为重要趋势。例如,高空抛物、诋毁英雄烈士等行为在以往仅被认为是不文明、不道德的行为,但近年来,随着这类公共事件的多发频发,上述行为逐渐被纳入民法、

行政法、刑法等多个领域法的共同规制范围,形成了集体预防的严密法网。

(六)预防性法律责任的扩张化

从目标考量和履责方式上看,法律责任可以分为预防性责任与补救性责任。预防性责任以防范未然损害为目标,补救性责任以补救已然损害为目标。在各个法律领域中,预防性责任不仅在规模上呈增长之势,在位序上也被置于更重要位置。

在民事责任体系中,停止侵害、排除妨碍、消除危险等责任形式属于预防性责任。“传统侵权法主要是对受害人遭受损害后提供救济,而现代侵权法越来越强调对损害的预防。”^⑥民法典侵权责任编将预防性责任的位置提前,强化了侵权法的预防性功能。例如,民法典第1167条规定:“侵权行为危及他人人身、财产安全的,被侵权人有权请求侵权人承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等侵权责任。”在行政责任体系中,限制开展生产经营活动、责令停产停业、责令关闭、限制从业等责任形式,具有预防新的法益损害发生的功能。例如,环境保护法所规定的责令停止排污、责令限制生产、责令停产整治、责令停业和关闭、责令停止建设等行政处罚的重要作用,就在于防范行政相对人实施新的侵犯环境法益的行为。在刑事责任体系中,保安处分措施是世界上不少国家预防未然之罪的重要机制。我国刑法、刑事诉讼法等法律虽然没有使用保安处分概念,但规定了不少以限制或剥夺人身自由、财产权益或者其他重大权益为内容的刑事处理措施,^⑦如刑法所规定的强制医疗、从业禁止、刑事禁止令措施,反恐怖主义法规定的安置教育措施。^⑧对当事人适用这些措施的主要目的,就是防范新的法益损害发生。

四、预防型法治的变革效应

预防型法治大幅扩展了法律权力圈、法律义务圈、法律责任圈、违法犯罪圈,从而重新定义了法律规制的版图。与应对型法治相比较,预防型法治引发了法律功能定位、法益保护方式、法律规范类型等方面的历史性变革。

(一)从治已病到治未病

在传统治理模式下,法律的功能定位是治已病。治未病不属于法律的功能,而是礼仪、道德、宗

教等其他规范的功能。儒家之所以将礼置于法之前,就在于礼禁于将然之前,而法禁于已然之后。汉儒贾谊说得透彻:“夫礼者禁于将然之前,而法者禁于已然之后”,“然而曰礼云礼云者,贵绝恶于未萌,而起教于微眇,使民日迁善远罪而不自知也”。^⑨究其原因,传统法律制度属于应对型法,侧重在违法犯罪发生后进行妥善处遇。尽管法律的事后处遇也具有预防功能,但这种预防功能不过是事后处遇的衍生品。以刑法为例,刑法传统的预防功能分为特殊预防和一般预防。前者是通过罪犯进行刑事惩罚和教育改造防止其重新犯罪,后者是通过发挥刑事惩罚的威慑和警示作用防止其他人犯罪,二者都是刑事事后处遇所产生的附随效果。在预防型法治形态下,治未病已成为法律独立的、主体性的功能。从治已病到治未病,不只是法律功能定位的历史性重构,更是法律运行模式的系统性变革。

从法律干预节点看,预防型法治着眼于防于未然、治于未萌,推动法律干预时间节点从末端治理环节转移到前端治理环节,充分发挥法律在前瞻治理、前期防控上的积极功能。这一转变是现代社会治理体系深刻变革的必然产物。随着社会价值观念和行为模式的多元多变,宗教、道德、礼俗等柔性治理机制在预防矛盾纠纷和违法犯罪上的功能减弱。这就要求法律等刚性治理机制从末端治理环节前移到前端治理环节,以硬性律令督促各方主体采取有效措施防范矛盾纠纷和违法犯罪的发生。不过,法律并不是要取代宗教、道德、礼俗等机制的前端治理功能,而是要同这些机制在前端治理上紧密配合、相辅相成,实现刚柔相济、身心并治。^⑩

从法律调控方式看,预防型法治着眼于法益损害预防,侧重通过事先设计出一整套预防性义务和责任,引导各方主体采取预防性行为和措施。应对型法治着眼于法益损害救济,试图通过事先设计出一整套权利及其救济制度,引导法律机构对侵害行为的法律后果作出公正裁断。有学者在讨论数智化社会法律调控模式的转变时,阐明了从应对型法治到预防型法治的深刻变化:“法律调控应从‘裁断行为后果’转向‘塑造行为逻辑’,赋权与救济模式应转向责任与义务的加载与规制模式,也就是转向事前

对行为的规训与塑造,以及事前对不法与违法行为的阻却。”^⑪

(二)从消极保护到积极保护

从消极保护到积极保护,是预防型法治兴起给法益保护方式带来的历史性变化。法益的积极保护是指防止法益遭受侵害的事先保护,代表了法益保护的高阶状态。法益的消极保护是指法益遭受侵害后的事后救济,乃是积极保护缺失或失灵后的不得已选择,代表了法益保护的低阶状态。俗语云:“我们要在悬崖顶上设置防护栏,而不是在悬崖底下停放救护车。”这句话生动阐明了积极保护优于消极保护的法理。预防型法治的重大贡献,就是推动法益保护方式从消极保护向积极保护转变,法益保护水平从低阶保护向高阶保护发展。积极保护优于消极保护之处,不仅在于能够满足当今时代民众对权利保护的更高期待,更重要的是能够破解消极保护面临的诸多难题困境。

其一,积极保护打破了消极保护中先侵害后救济的运行逻辑。尽管消极保护制度的设计者主观上并不希望法益受到侵害,但消极保护制度的运行逻辑在客观上呈现为先侵害后救济。对于法益主体而言,消极保护过程可能是一个制造双重伤害的过程。第一重伤害是法益侵害行为给受害者带来的物质性、精神性、肉体性伤害。第二重伤害是法律救济过程给受害者带来的财力支出、精力消耗、关系破损等伤害。越是便捷性低、公正性低、效率性低的法律救济体系,就越会加剧第二重伤害。传统社会中,厌讼、抑讼现象的重要成因就在于,诉讼可能带来第二重伤害。

其二,积极保护破解了消极保护中某些法益损害无法修复的难题。“对个体来说,预防措施能使其免受侵害,而通过事后制裁最多能够提供补偿,却无论如何无法恢复如初。”^⑫不少领域的法益损害,如人的死亡、文物损毁、物种灭绝等,属于不可逆转、不可修复的损害,无论通过何种责任形式都难以恢复原状。正如民法学者所言,生命丧失在法律上具有不可救济性。“生命的不可挽回性及终局意义上的不可救济性正是生命高贵的表现之一,也是其高居法律价值金字塔之巅的原因之一。”^⑬对于这些难以修复的法益损害,消极保护无法起到保护受害人的作用,

其实际功能仅在于惩戒加害人和抚慰公众。比如,对杀人犯判以死刑,表面上看似实现了以命偿命,但实际上被害人的生命并未得到补偿,因而这种惩罚的真正意义在于以恶制恶式的报应主义。有学者从消极保护的角度来理解生命权,断言生命权实际上已成为一种“空权利”,^④即无法通过事后救济获得保护的權利。如果将生命权作为积极保护的對象,生命权就不再是“空权利”,而是由许多预防性法律义务和措施加以密集保护的“实权利”,是现代法律动用大量人力物力资源加以重点保护的“强权利”。

其三,积极保护摆脱了消极保护中受害者必须出场的困境。以司法救济为代表的消极保护机制,通常实行谁的法益受到侵害谁提请保护的原则,即要求受害人出场主张法律救济。当某些法益,如未来世代利益、生态环境利益、动植物利益等受到侵害,^⑤受害者无法出场提请保护时,往往难以实现有效的法律救济。尽管世界各国法律都授权检察机关、社会组织等主体在生态环境等法益受到侵害后提起公益诉讼,但这种他人代理型的救济方式会受到代理者的意愿、资源、能力等条件的限制。然而,在积极保护模式下,法益主体是积极保护的受益人,其无需出场为自己发声或辩护。

其四,积极保护消解了消极保护中法益损害赔偿定价难的问题。经济赔偿是修复法益损害的主要形式。在民法、刑法、环境法等领域,法益损害的认定范围、赔偿标准、计算方法,一直是法律界和社会上争论不休的热点问题,相关争论的根源正是消极保护中法益损害赔偿的定价难题。正如俗语所言,生命无价、尊严无价、健康无价、自由无价,对人的生命、人格、健康、自由等法益的侵害,往往难以通过市场机制或司法机制予以定价补偿。^⑥然而,积极保护则不需要面对和处理上述难题。

(三)从裁判性规范到治理性规范

预防型法治的兴起带来了法律规范类型的历史性变化。在应对型法治模式下,与法律争端事后处理的规范需求相适应,裁判性规范是占主导地位的法律规范类型。这类规范的主要功能是为执法司法机构或其他争端解决机构公正处理各种争端提供权威性的裁判标准。当然,裁判性规范在为裁判者提

供裁判标准时,也对当事人如何行为提供了指引,因而兼具行为规范功能。在预防型法治模式中,与法律争端事前预防的规范需求相适应,治理性规范是占主导地位的法律规范类型。这类规范的主要功能是为负有预防职责和义务的各种主体有效防范各种风险确立具有可操作性的行为规范。

预防型法治的兴起和发展,催生了一系列以治理性规范为主体的治理法。在行政法、经济法、社会法、环境法等领域,治理法数量的大幅增加是21世纪以来中国立法的一道亮丽风景线。中国的治理法可从名称上加以识别和分类:一是防治类法律,如预防未成年人犯罪法、传染病防治法、职业病防治法、防震减灾法、水污染防治法等。二是保护类法律,如消费者权益保护法、未成年人保护法、妇女权益保障法、海洋环境保护法等。三是促进类法律,如基本医疗卫生与健康促进法、就业促进法、循环经济促进法、清洁生产促进法等。四是安全类法律,如国家安全法、安全生产法、食品安全法、核安全法、特种设备安全法等。五是“反”字头法律,如反食品浪费法、反家庭暴力法、反电信网络诈骗法、反恐怖主义法、反有组织犯罪法等。虽然上述治理法中亦不乏事后追责或制裁的规定,但其根本宗旨和主体内容聚焦于社会问题的预防治理和综合治理,在理念和风格上有别于传统的裁判法。例如,治理法贯彻社会共建共治共享理念,将企事业单位、基层组织、群团组织、行业协会、社会组织、家庭、自然人确立为预防性治理的主角,通过配置各种治理性权利和义务,推动各类治理走向民主化、社会化、大众化。

预防型法治的兴起和发展还推动了治理性规范和条款在传统的裁判法体系中滋生。民法在传统上被认为是裁判法,^⑦即以裁判性规范为主体,兼具行为法规范属性。近年来,随着民法的预防功能不断受到重视,民法中治理性规范和条款呈增长之势。在我国民法典中有多种治理性条款:(1)目的性条款。例如,民法典第1条作为目的性条款,确立了保护民事主体的合法权益、调整民事关系、维护社会和经济秩序、适应中国特色社会主义发展要求、弘扬社会主义核心价值观等治理目标。(2)价值性条款。例如,民法典第9条确立了节约资源、保护生态环境等

绿色治理价值,奠定了“绿色民法典”的基调。^⑧(3)伦理性条款。例如,民法典第1043条规定家庭应当树立优良家风、弘扬家庭美德、重视家庭文明建设;夫妻应当互相忠实、互相尊重、互相关爱;家庭成员应当敬老爱幼,互相帮助,维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。强调民法是裁判法的学者,通常不认同民法典的上述条款,甚至主张将这些条款从民法典中排除出去。^⑨从治理法的角度看,这几类条款虽然不具有刚性约束力,但对民法典发挥预防性治理功能具有重要的理念统领和价值指引功能。

五、预防型法治的风险预防

预防型法治作为一项现代风险治理工程,本身有可能制造新的风险,^⑩因而有必要设计出针对其自身的风险预防机制。风险预防的批判者们最为担心的是,以保护法益之名发展起来的各种预防性措施,最终将异化为不受控制的反噬各种法益的“法律利维坦”。因此,在推进预防型法治建设时,必须建构起对预防型法治的反省、评估和监控机制,以有效防止滥用预防和过度预防。

(一)对预防性规制的规制

大多数风险预防论者都承认,并非所有风险都需要进行预防,也并非所有风险预防都要达到零风险的标准。现代社会是风险弥漫的社会,“社会资源有限,我们不可能追求‘零风险’的世界”。^⑪更何况,风险是许多有创新价值的探索行动的附随物,绝对排除风险就是将“孩子”和“脏水”一同倒掉。^⑫如何适度地设置预防性规制措施,是预防型法治发展所面临的重大课题。总体上看,行政法所确立和发展的比例原则三原则,即妥当性、必要性、均衡性原则,为公正合理地设计预防性规制措施提供了基本思路。大体而言,妥当性原则是对应否进行预防性规制的框架性指引,必要性原则是对运用何类规制手段的框架性指引,均衡性原则是对设计什么样的规制措施的框架性指引。

依据妥当性原则,预防性规制只适用于那些应由政府和社会防控的具有较高确定性的法益损害风险,至少下列法益损害风险不宜于进行预防性法律规制:(1)发生概率极低、不确定性很强的风险。对这类风险进行规制,不仅规制成本高、预期收益低,而

且往往难以设计出有效的预防措施。(2)可以由市场或非市场机制有效防控的风险。保险、慈善、互助等市场或非市场机制具有很强的分担、分散风险功能,被证明是预防性法律规制的有效替代性机制。(3)可以由社会自治规范防控的风险。凡是能用公共道德、乡规民约、行业规章、职业准则等社会自治规范有效防控的风险,就没有必要启用预防性法律规制工具。(4)自甘风险。在投资、体育、竞赛、探险等领域,参与者应当理性预见风险并自担风险。民法典第1176条就规定:自愿参加具有一定风险的文体活动,因其他参加者的行为受到损害的,受害人不得请求其他参加者承担侵权责任。

依据必要性原则,预防性规制应选择损害最小的规制手段。在预防性规制的工具箱中,民法主要是通过激励民事主体在其可及的能力范围内履行预防性义务来实现法律规制目标,因而是公共成本低、负面影响小的手段。行政法需要通过引入政府的预防性监管来实现法律规制目标,不仅会推升公共成本,而且易滋生权力寻租风险,因而是必须审慎采用的手段。刑法需要动用国家强力部门,涉及对个体权利和自由的限制和剥夺,杀伤力大,错误成本高,因而是最后不得已才用的手段。特别是我国刑罚的株连效应强,不仅会影响到罪犯本人的一生,还会影响其子女、配偶等家庭成员的命运,如罪犯子女在升学、考公务员、职务晋升等方面可能受到限制。^⑬近年来,危险驾驶罪饱受争议,原因就在于其社会成本极为高昂。正如有学者所指出的,危险驾驶罪作为第一大罪,“每年将30万余人打上‘罪犯’的烙印,势必使数万家庭陷入窘境。长此以往,无论对于国家、社会还是危险驾驶者个人来说,都是特别巨大的损失,属于司法和个人的‘两败俱伤’”。^⑭因此,在预防性规制的制度设计上,应遵循民法优位原则,能用民法手段预防的风险,就不要用行政法、刑法措施;遵循刑法谦抑原则,只有民法、行政法手段失灵失效时,刑法手段才能出场。

依据均衡性原则,预防性规制措施应与法益损害风险相均衡。这里所说的“均衡”至少包括三重意义:(1)预防性规制措施的类型与法益损害的类型相均衡。例如,若法益损害属于民事性质的损害,则应

采取民事预防措施;若法益损害属于行政法益损害,则应采取行政预防措施。(2)预防性规制措施的强度与法益损害的轻重相适应。通常而言,预防生命和健康损害的规制措施应严于预防财产和其他经济损失的规制措施;预防死亡率高的风险的规制措施应严于预防死亡率低的风险的规制措施。(3)预防性规制措施的力度与法益损害发生的概率相均衡。法益损害发生的概率越高,就越应当采取有力的规制措施加以防范,“危害的到来越是确定,预防措施就应当越充分”。^⑤

(二)对预防性权力的制约

客观而论,预防型法治通过对国家机构直接和间接赋权,推动了公权力的大规模膨胀和扩张。预防型法治批判论者的矛头几乎都指向其所导致的公权力膨胀和失控的风险。刑法学者指出,刑法的预防机制所制造的诸多风险之中,最为人关注的便是,预防刑法本身蕴含着放松对国家刑罚权的约束,乃至弱化整个法治国保障的巨大风险。^⑥加强对预防性权力的监控和制约,是发展预防型法治的当务之急。在这方面,既需运用传统的权力制约机制,又要运用新型的权力制约机制。

其一,以制度制约权力。德国学者格林认为:“预防性国家行为比制裁性国家行为更加广泛地逃脱了对国家权力的传统控制机制。”^⑦其主要理由是,事后制裁的适用条件和制裁措施可以在规范层面进行精确界定,并要接受独立审查机构的合法性控制;而事前预防指向的是无法完全事前预知的未来的复杂行为,只能有限地规定在普遍和抽象的规范中,并且逃脱了审查机构的合法性控制。格林所说的预防性权力之法律逃逸问题可谓一针见血,但并非不可解决。立法者可从构建实体和程序制度两方面入手,将政府预防性监管权纳入权力控制机制。具体而言,在实体制度设计上,应由国家立法对预防性监管的适用条件、行为指向、责任后果作出明确规定,尽可能清晰地划定监管权的权力边界,防止作出简单化的抽象性、概括性授权。在程序制度设计上,应由国家立法对政府预防性监管措施的批准、实施、监督、救济等程序作出明确规定,让政府权力在各方监督制约下运行。

其二,以权利制约权力。预防型法治所导致的权力圈的大规模扩张,打破了应对型法治下私权利与公权力的平衡状态。构建二者之间新的平衡,不仅要求加固对私权利保护的制度堤坝,更要求强化私权利对公权力的制约监督。首先,在预防性法律制度的出台、技术标准的制定过程中,应强化公众的知情权、表达权,确保法律制度和技术标准反映民情、凝聚民意、集中民智。其次,在预防性法律制度、技术标准的实施过程中,应强化公众的参与权、监督权,防止预防性权力的私用、滥用。

其三,以权力制约权力。公权力之间地位更对等、信息更对称。以权力制约权力是自古至今被广泛采用的控权机制。但是,要将这一机制适用于预防性权力,应具备两个前提性条件:(1)合理分解和配置预防性权力。风险行政的组织法构造,应坚持风险评估和风险管理相分离的原则。^⑧只有将预防性权力适当分解分授给不同的机构,才能形成权力彼此制约监督的格局。(2)推行预防责任制。不同权力部门之间往往缺乏彼此制约的利益动机。只有明确界定并严格追究评估机构、监管机构、司法机构等各类预防性权力部门的预防责任,才能有效激励预防性权力部门之间互相制约监督。

其四,以科技制约权力。在新一轮科技革命下,科技既是给公权力赋能的新力量,也是对公权力进行监控的新手段。现代科技作为新型的权力制约机制,能够破解传统人工监督无法解决的诸多难题,开辟权力制约监督的新图景新空间。^⑨例如,数字科技的运用,可以推动权力运行数据跨部门、跨地域、跨层级汇聚,进而促进权力监督从原本的分散化、碎片化监督向集成化、系统化监督转变;可以推动实现权力运行全过程留痕留声留影,促进权力监督从原本的片段式、局部式监督向全覆盖、全链条监督转变;可以推动权力运行监控由具有海量信息处理能力的智能机器系统承担,促进权力监督从人盯人式监督向自动化、智能化监督转变;可以推动实现权力运行风险提前预知预警,促进权力监督从事后纠举问责向事前拦截预防转变。^⑩

(三)对私人预防性义务的公平配置

预防型法治给社会主体带来的最显著的冲击性

影响,就是新增了一大批预防性治理义务。这些义务不仅结构性地挤压了社会主体的权利和自由,还结构性地加重了社会主体的负担和成本。对于生产经营主体而言,预防性治理义务产生了额外的非生产性成本,包括运营成本的上升和预期利益的丧失。预防性治理义务的过度负担,不仅会危及单个生产经营者,甚至有可能摧毁整个行业。因此,预防性治理义务的制度设计,既需要认真考虑义务主体的确定(谁来承担义务)问题,又需要妥善权衡义务的适度负担(承担什么义务)问题。

由谁来承担预防义务,不应当是立法者的任意选择,而必须具有充足的法律理据。从预防性治理实践来看,确定义务主体的正当理据可概括为五项原则:(1)原因者负担原则。谁是风险的制造者,谁就负有预防义务。哪些主体的生产经营活动会产生外部性风险,哪些主体就负有防止风险外溢的义务。环境法领域的“谁污染、谁治理”原则就是原因者负担原则的具体体现。(2)管理者负担原则。风险要素包括人、地、物、事、网等。谁是这些风险要素的管理人或监护人,谁就负有预防的义务。例如,生产经营者是其经营场所的管理者,自然应对经营场所的安全风险承担预防义务。民法典第1198条、第1254条所规定的经营场所和公共场所经营管理者的安全保障义务、建筑物管理人的安全保障义务,就是基于这一原理。(3)媒介者负担原则。谁是风险发生和传递的媒介者,谁就负有预防义务。风险在谁的业务链中流淌,谁就有识别和拦截风险的义务。例如,电信诈骗的实施离不开电信、网络、金融等机构提供的通讯、网络、支付服务,防范电信诈骗就需要由这些服务商承担预防义务。反电信网络诈骗法第2章、第3章、第4章分别规定了电信业务提供者、银行业金融机构和非银行支付机构、互联网业务提供者等三类中介机构的预防性治理义务。(4)职业者负担原则。从事各种专业工作的职业人员,对其履职过程中发现的风险隐患负有预防或报告义务。例如,人民调解法第25条规定:人民调解员在调解纠纷过程中,发现纠纷有可能激化的,应当采取有针对性的预防措施;对有可能引起治安案件、刑事案件的纠纷,应当及时向当地公安机关或者其他有关部门报告。(5)承

接者负担原理。谁是风险防控的承接者,谁就负有预防义务。这是随着第三方治理兴起而出现的治理义务形态。以污染治理为例,排污者(原因者)通过依法规定缴纳或按合同约定支付费用,委托承接者(第三方)进行集约化治理,承接者应作为治理义务主体。^④环境保护部《关于推进环境污染第三方治理的实施意见》就规定:第三方治理单位按照有关法律法规和标准以及排污单位的委托要求,承担合同约定的污染治理责任。

在公平确定义务主体之后,随之而来的问题是怎样给义务主体配置适度的预防义务。如果预防义务过轻,则难以起到有效预防的作用;预防义务过重,又会导致义务主体难以承受。从预防性治理实践看,预防义务的配置至少应遵循以下原则:(1)标准可行原则。预防义务应当是常识常情常理所要求的合理预防义务。法律不能强制人人都遵从高线道德标准,也不能苛求凡事都达到“零风险”标准。(2)能力可及原则。预防义务应当是社会主体的认知、判断、行动能力可及范围内的作为或不作为义务。例如,法律不能强制不会游泳的人跳到河里救人,也不能强制非消防专业人员去火灾现场救火。(3)成本可担原则。预防义务的履行会给义务主体带来经济成本,因而预防义务不能超出义务主体的经济承受能力。例如,对市场主体预防义务的配置,不能显著加大其非生产性成本,以致其处于入不敷出的经营状况。

结语

前述分析容易使人误以为预防型法治和应对型法治是对立或替代的关系,因而有必要对这一分类作几点说明。

其一,预防型法治和应对型法治的分类只具有有限的解释力和规范力。迄今为止,学者们依据不同标准提出了诸多法治类型的划分,如形式法治和实质法治、自由主义法治和国家主义法治、国家建构型法治和社会演进型法治等分类。每种法治分类都有其解释力和规范力,各有其知识增量效果和实践变革功能,但亦各有其认知和实践盲区。预防型法治和应对型法治的分类也不例外,这种分类只是对纷繁复杂的法治现象的一种单向度分类,其理论

和实践意义不宜被过分夸大。

其二,预防型法治和应对型法治不是互相取代的关系,而是长期共存的关系。二者长期共存的客观原因在于,即使一个国家投入大量资源进行预防性治理,也只能成功地防范部分法益损害的发生,而不可能做到阻截所有法益损害。只要存在法益损害,就需要有事中救济机制。正如有学者指出的,“没有哪个全权国家能够把对不法行为的预防措施配置得如此精妙,以至于可以完全放弃事后惩戒”。^②因此,在可预见的将来,预防型法治和应对型法治将缺一不可、长期共存。不过,相对于更为成熟定型的应对型法治,预防型法治仍处于生长发育期。未来法治建设无疑要以预防型法治为重点。

其三,预防型法治和应对型法治并非互相拒斥,而是相互交融、相互促进。应对型法治包含有预防性元素。特别是,当代应对型法治在矛盾纠纷或违法犯罪的事后处置过程中,越来越注重对违法犯罪人员的矫治和对当事人关系的修复,其目的就在于防止发生新的矛盾纠纷或违法犯罪。例如,不少国家推行“恢复性司法”“治疗性司法”,^③要求司法机关不仅要被告人公正定罪量刑,更要运用各种方法消除被告人犯罪的原因,防止其重新犯罪。这就属于预防型法治模式中的复发性预防形态。预防型法治也离不开事后惩戒机制。只有对不履行预防性职责、义务的行为进行事后追责和惩戒,才能督促各类主体积极履职尽责,确保预防型法治有效运转。

注释:

①关于预防原则的法学和伦理学讨论,参见[美]凯斯·R.桑斯坦:《恐惧的规则——超越预防原则》,王爱民译,北京大学出版社2011年版;[法]伯纳德·雷伯:《预防原则、多元主义和商议:科学与伦理学》,赵亮等译,辽宁人民出版社2022年版。

②参见上引桑斯坦书,第14页。

③参见高铭喧、孙道萃:《预防性刑法观及其教义学思考》,《中国法学》2018年第1期,第166页以下;房慧颖:《预防性刑法的风险及应对策略》,《法学》2021年第9期,第104页以下。

④参见唐瑭:《风险社会下环境公益诉讼的价值阐释及实现路径——基于预防性司法救济的视角》,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2019年第6期,第29页以下;马腾、陈海嵩:《论生态环境司法的功能递进——由补救性司法向补救性与预防性司法转变》,《法学》2023年第3期,第207页以下。

⑤参见胡肖华:《论预防性行政诉讼》,《法学评论》1999年第6期,第91页以下;解志勇:《预防性行政诉讼》,《法学研究》2010年第4期,第172页以下。

⑥黎宏:《情境犯罪学与预防刑法观》,《法学评论》2018年第6期,第20页以下。

⑦《黄帝内经·素问·四气调神大论》。

⑧《道德经》。

⑨《管子·治国》。

⑩《汉书·董仲舒传》。

⑪《大学衍义补·慎刑宪·存钦恤之心》。

⑫习近平:《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,《求是》2021年第5期,第13页。

⑬参见陈文清:《坚持和发展新时代“枫桥经验”提升矛盾纠纷预防化解法治化水平》,《求是》2023年第24期,第8页以下。

⑭参见《全国公安管理工作座谈会召开》,《人民公安报》2023年4月13日第1版。

⑮习近平主持召开中央全面深化改革领导小组第十七次会议强调 鼓励基层改革创新大胆探索 推动改革落地生根造福群众,《人民日报》2015年10月14日第1版。

⑯习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》(2022年10月16日)。

⑰参见曾赞:《风险社会背景下行政法范式的流变:预防行政概念的提出》,《社会科学战线》2010年第7期,第178页以下;戚建刚:《风险规制的兴起与行政法的新发展》,《当代法学》2014年第6期,第3页以下;劳东燕:《风险社会与变动中的刑法理论》,《中外法学》2014年第1期,第70页以下;何荣功:《预防刑法的扩张及其限度》,《法学研究》2017年第4期,第138页以下。

⑱同上引何荣功文,第143页。

⑲参见[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第316页。

⑳参见[德]格哈德·班塞:《风险研究的缘由和目标》,陈霄、刘刚译,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37页。

㉑参见[德]迪特儿·格林:《宪法视野下的预防问题》,刘刚译,载上引刘刚编译书,第114页以下。

㉒[美]凯斯·R.桑斯坦:《权利革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,中国人民大学出版社2008年版,第255页以下。

㉓[美]伊森·凯什、[以色列]奥娜·拉比诺维奇·艾尼:《数字正义——当纠纷解决遇见互联网科技》,赵蕾等译,法律出版社2019年版,第75页。

㉔李国军:《论大数据驱动下的预测警务创新》,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2015年第6期,第6页。

㉕参见陈潭:《第三方治理:理论范式与实践逻辑》,《政治

学研究》2017年第1期,第96页。

②⑥参见[美]戴维·奥斯本、特德·盖布勒:《改革政府:企业精神如何改革着公营部门》,上海市政协编译组、东方编译所编译,上海译文出版社1996年版,第203页;赵新峰:《从反应型政府到预防型政府——公共危机应对的政府角色转换》,《财政研究》2008年第5期,第2页以下;侯书和:《“预防性政府”解析》,《社会科学战线》2013年第4期,第218页以下;前引①⑦,曾赞文,第178页以下。

②⑦陈端洪:《行政许可与个人自由》,《法学研究》2004年第5期,第32页。

②⑧同前引①⑥。

②⑨《习近平在会见第一届全国文明家庭代表时强调 动员社会各界广泛参与家庭文明建设 推动形成社会主义家庭文明新风尚》,《人民日报》2016年12月13日第1版。

③⑩参见黄文艺:《民法典与社会治理现代化》,《法制与社会发展》2020年第5期,第25页。

③⑪参见爱国主义教育法第17条、监狱法第68条、社区矫正法第12条、禁毒法第18条、精神卫生法第21条。

③⑫参见前引④,马腾等文,第207页以下。

③⑬参见姜涛:《认真对待预防性刑法的限度:以类型划分为中心的考察》,《社会科学》2023年第8期,第162页以下。

③⑭参见何荣功:《“预防性”反恐刑事立法思考》,《中国法学》2016年第3期,第145页以下。

③⑮参见王良顺:《预防刑法的合理性及限度》,《法商研究》2019年第6期,第54页。

③⑯王利明:《彰显时代性:中国民法典的鲜明特色》,《东方法学》2020年第4期,第13页以下。

③⑰参见时延安:《劳动教养制度的终止与保安处分的法治化》,《中国法学》2013年第1期,第176页。

③⑱参见于志强:《预防性监禁的模式比较与中国选择——以中、澳、德三国为中心的比较法考察》,《法律适用》2019年第17期,第100页以下。

③⑲《治安策》。

④⑩参见黄文艺:《政法范畴的本体论诠释》,《中国社会科学》2022年第2期,第79页以下。

④⑪齐延平:《数智化社会的法律调控》,《中国法学》2022年第1期,第77页以下。

④⑫前引②①,格林文,第112页。

④⑬姚辉、邱鹏:《论侵害生命权之损害赔偿》,《中国人民大学学报》2006年第4期,第117页。

④⑭参见冯恺:《生命损害赔偿请求权理论再思考》,《政法论丛》2004年第2期,第46页。

④⑮长期以来,受消极保护的权利观影响,一些学者否定未来世代权利、动植物权利等权利,其主要理由就在于,未来世代、动植物不能成为主张或捍卫自己权利的权利主体。参见

高景柱:《未来世代权利论:证成与反对》,《哲学研究》2020年第6期,第105页以下;张燕:《谁之权利?何以利用?——基于整体生态观的动物权利和动物利用》,《哲学研究》2015年第7期,第107页以下。

④⑯民法学者承认,人的生命、自由、健康等权利在法律上具有不可赔偿性(参见张新宝:《〈侵权责任法〉死亡赔偿制度解读》,《中国法学》2010年第3期,第27页以下),死亡赔偿金、自由赔偿金、人身伤害赔偿金都不是所谓生命价、自由价、身体价,而是基于供养亲属抚恤、工亡补助、误工损失、医疗费用等其他考量因素而确定的(参见前引④⑬,姚辉等文,第116页以下)。

④⑰参见翟新辉:《论民法的裁判法、权利法品格与我国民法典编纂的语言表达取向》,《财经法学》2017年第3期,第27页以下。

④⑱参见曹俊:《绿色民法典,绿色分量有多重?——浅析民法典绿色条款的时代精神和立法智慧》,《中国生态文明》2020年第3期,第44页以下。

④⑲参见李岩:《〈民法典〉中非规范性条款研究》,《东北大学学报(社会科学版)》2020年第4期,第82页以下。

④⑳参见[德]莱纳·沃尔夫:《风险法的风险》,陈霄译,载前引②①,刘刚编译书,第101页。

④㉑金自宁:《风险规制与行政法治》,《法制与社会发展》2012年第4期,第68页。

④㉒参见陈景辉:《捍卫预防原则:科技风险的法律姿态》,《华东政法大学学报》2018年第1期,第64页。

④㉓参见解志勇、雷雨薇:《基于“醉驾刑”的“行政罚”之正当性反思与重构》,《比较法研究》2020年第6期,第54页以下。

④㉔周光权:《论刑事一体化视角的危险驾驶罪》,《政治与法律》2022年第1期,第15页。

④㉕苏宇:《风险防范原则的结构化阐释》,《法学研究》2021年第1期,第44页。

④㉖参见劳东燕:《风险社会与功能主义的刑法立法观》,《法学评论》2017年第6期,第18页。

④㉗参见前引②①,格林文,第113页。

④㉘参见王贵松:《风险行政的组织法构造》,《法商研究》2016年第6期,第13页以下。

④㉙参见黄文艺:《权力监督哲学与执法司法制约监督体系建设》,《法律科学》2021年第2期,第41页。

④㉚参见曾智洪、王梓安:《数字监督:大数据时代权力监督体系的一种新形态》,《电子政务》2021年第12期,第59页以下。

④㉛参见王社坤:《第三方治理背景下污染治理义务分配模式的变革》,《吉林大学社会科学学报》2020年第2期,第56页以下。

④㉜前引②①,格林文,第111页。

④㉝参见尹琳:《美国“治疗性司法”理念的实践及其启示》,《政治与法律》2014年第12期,第136页以下。