

风险规制丛书·沈岍主编



Risk Regulation and
Administrative Law

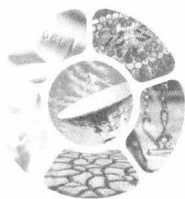
风险规制与 行政法

金自宁 编译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

风险规制丛书·沈岍主编



Risk Regulation and
Administrative Law

风险规制与行政法

金自宁 编译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

风险规制与行政法 / 金自宁编译. —北京:法律出版社, 2012. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3905 - 3

I. ①风… II. ①金… III. ①行政法—研究 IV. ①D912. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 197806 号

风险规制与行政法

金自宁 编译

责任编辑 易明群 董 飞
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 12.25 字数 348 千

印次 2012 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 吕亚莉

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3905-3

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

现代社会是一个“风险社会”(risk society^[1])。在高度发达的现代化和工业化进程之中,来自人类自身行为和自制技术的风险,基因改良生物、药品、环境灾害、有害食品、电磁辐射与核辐射、网络病毒与信息技术破坏、经济与金融危机、恐怖袭击等等,威胁着人的生命、健康、安全以及社会秩序。

面对日益增加且复杂性不断加剧的“风险网络体”,西方学术界广泛兴起关于风险和风险应对的研究,几乎波及自然科学、社会科学和人文学科的各个领域。尤其是,1986年4月,前苏联的切尔诺贝利核电站发生爆炸,释放出相当于广岛原子弹400倍以上的辐射剂量,造成迄今为止都不能断定其确切后果的巨大灾害,引起西方学者深刻反思源于西方启蒙运动的现代科学及技术之负面影响。

吊诡的是,现代技术风险的产生,相当程度上是控制风险或使风险最小化的行为的结果。例如,技术发展(医药、杀虫剂、化肥、核能等)以及相应地采用技术的决策或行动,降低了瘟疫、饥荒、化

[1] 参见[德]贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2003年版。该书德文版于1986年出版,英文版于1992年出版。

石资源耗竭等风险的威胁,但在这些技术发展以及决策、行动背后,潜伏着其他不确定的、威胁人体健康与生存环境的风险。伴随技术增长的,是它们的后果的不可计算性。这就是“人为的不确定性”(manufactured uncertainty)的风险。

技术风险阴影无所不在,且转化为巨大灾难的随机性、突发性很强。人类历史和经验已经证明,国家、国际组织、跨国组织、非政府组织、企业、家庭、个人等都不可能独立地去应对技术风险。一个主体多元、合作互补、复合的全球化风险治理(risk governance)体系,成为势所必然的发展选择。^[2]但是,相对于个体行动而言,有组织的集体行动往往是更加需要的,也往往显示更强、更具支配作用的风险治理能力。

有组织的集体行动又通常在一种超越“国家行政”的、更具多样性和复杂性的“公共行政网络”之中发生。在民族国家内部,属于政府系列的行政机关接受立法指令,责无旁贷地成为风险规制的主要力量,而一些非政府组织也依照立法或者组织契约担负风险规制功能;越过国家边界,国际组织、跨国组织同样越来越多地在其管辖领域施行风险规制;并且,这些不同的公共行政组织形式之间有着错综复杂的互动关系。

在风险时代,人类生活必将日益受到这样的公共行政网络的影响。在理想目标上,必须让公共行政网络真正有效地、负责地承担风险规制任务:既不能纵容其过分规制,而侵害自由、阻遏技术和经济的发展,甚至侵犯人权;又不能纵容其规制不作为,而让技术和经济一路“高歌猛进”,最终促成风险变为真正不可逆转之巨大危害。传统行政法既建构公共行政又限制公共行政的基本立场,自然会延伸到实施风险规制的公共行政网络之中。

[2] 参见杨雪冬:“全球化、风险社会与复合治理”,载《马克思主义与现实》2004年第4期,第61~77页。

然而,此番延伸不是简单地从传统行政法水库挖一条引渠,将已有的知识之水灌溉进新的风险规制田地即可。风险规制给传统行政法带来一系列挑战,其中,最为主要的有三个方面。

1. “不确定性”的挑战

传统行政法所欲规范的行政决策基本定位于“面向确定性的决策”。也正因为此,无论是针对普遍事项的行政决策(如规则制定),还是就具体问题作出的行政决策(如处罚、许可、强制),都被要求:有明确的事实认定、得到较为确凿的证据支撑、有较为确定的规则依据、在裁量范围内不作出通常有理智的人绝不可能作出的行动、为秩序的安定性提供信赖保护或合理期待、甚至在手段和目的之间应该进行比较精确的成本—效益计算以达到合比例要求,等等。

然而,风险规制决策面向的是更多的不确定性。风险是否存在、风险有多大、风险应该和可以控制在什么程度等涉及风险规制决策合法性的重要问题,都可能会面临不那么确定的信息和信息评价。即便是专业的科学家,也不见得众口一致。虽然此种不确定性还不至于完全颠覆传统行政法为保证公共行政有效负责而提出的上述一系列基本要求,但是,在风险规制领域,这些基本框架的意义显然需要得到新的诠释。

2. “主观性”的挑战

风险的主观性与不确定性密切关联。科学共同体对某个问题越难达成共识或主流认识,知识的不确定性越高,社会上不同群体的立场就更具价值主观性。但是,主观性又有其独特的意义。现代性风险并不完全是物质存在,相当程度上是由社会定义和建构的。在统计学上,风险是某个事件造成破坏或伤害的可能性或概率;而在人类学、文化学上,风险则是一个群体对危险的认知,它的

作用就是辨别群体所处环境的危险性。^{〔3〕}例如,同样是垃圾焚烧厂或高压线路,距离远近不同的群体会有不同的风险建构。同样是甲型 H1N1 流感,刚刚经历 2003 年非典型性肺炎流行的中国,在第一时间采取了与其他国家不同的非常严格的防控措施。^{〔4〕}更何况,在风险研究领域,科学的客观性无法得到保障。“为了处理文明风险的问题,科学总是要放弃它们的实验逻辑的根基,而与商业、政治与伦理建立一夫多妻制的联系——或者更确切地说,结成一种‘没有证书的永久婚姻’。”^{〔5〕}

传统行政法在授予公共行政大量裁量权同时提出的合理性原则,实际内含“理性之人”(a reasonable man)和“通常理智”(common sense)的假设。进言之,传统行政法对行政裁量的要求,有追求客观化的倾向。而且,这也是传统行政法所属法律体系的整体特点之一。^{〔6〕}风险的主观性,将动摇以上假设,从而使风险规制决策面临更大的合理性压力,行政法上所强调的对裁量决策的合理性评价也会由此成为棘手难题。

3. “全球化网络”的挑战

当下的时代背景,已经推动传统行政法在国际化、全球化的维度上发展。例如,2001 年,我国加入世界贸易组织(WTO)之后不

〔3〕 参见杨雪冬:前注 2 引文。

〔4〕 参见沈岗:“风险治理决策程序的应急模式——对防控甲流隔离决策的考察”,载《华东政法大学学报》2009 年第 5 期。

〔5〕 [德]贝克:前注 1 引书,第 29 页。

〔6〕 依德国法学家齐佩利乌斯之见,在需要一个评价性判断或需要衡量不同利益的时候,法官或行政官员应以“社会中具支配力的法伦理”、“通行的正义观”,而不是个人主观的感受或主张,作为评价的标准。这是追求客观规范秩序的要求。参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 7 页。

久,最高人民法院随即出台三个涉外行政诉讼的司法解释文件。^{〔7〕}其中,《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》第9条规定:“人民法院审理国际贸易行政案件所适用的法律、行政法规的具体条文存在两种以上的合理解释,其中有一种解释与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的有关规定相一致的,应当选择与国际条约的有关规定相一致的解釋,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”但是,传统行政法毕竟主要聚焦民族国家内部的公共行政,较少关注跨国的、国际的公共行政及其对国内行政的影响。在我国,从学科分野的角度,似乎将此类研究划至国际公法、国际经济法的疆域之中。

由于风险规制所涉及的许多问题——食品安全、空气污染、环境恶化、能源枯竭、恐怖袭击等——具有全球效应,因此,如上所述,风险规制的“公共行政网络”是全球化的。美国食品药品监督管理局(Food and Drug Administration)在我国北京、上海、广州设立办事处的做法,就是令人瞩目的典型事例。显然,风险规制领域的行政法,应当正视国际化公共行政网络的现实,关注民族国家内部风险规制与跨国、国际风险规制之间的复杂关系,关注不同文化(包括法律文化)情境的行政法治主义对此复杂关系的影响。这些都意味着传统行政法需要迎接新的任务与考验。

在世界范围内,西方国家行政法学者早已注意到以上挑战,并结合风险、风险规制以及行政法三个领域的理论,进行新的学术探索。相关的研究成果已经汗牛充栋,且在继续积累之中。我国行政法学对此的关注,仅仅是近些年的事情。因此,在相当长的一段时间内,译介和介绍域外的知识、理论以及经验,对于国内的主题

〔7〕《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》(法释[2002]27号)、《最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》(法释[2002]35号)、《最高人民法院关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》(法释[2002]36号)。

研究与制度建构都是大有裨益的。

于是,在教育部人文社会科学重点研究基地“风险管制与行政法新发展研究”课题(项目批准号:08JJD820182)支持之下,我们策划了两本专著与两本论文集的翻译。其中,美国最高法院大法官、著名行政法学家布雷耶的《打破恶性循环:政府如何有效规制风险》一书,已由南开大学法学院副教授宋华琳博士翻译,并于2009年在法律出版社出版。这是国内第一本触及风险规制与行政法领域的译著。

此次集中出版的三本书,分别是:英国牛津大学伊丽莎白·费雪教授所著的《风险规制与行政宪政主义》;北京大学深圳研究生院副教授金自宁博士编译的主要源自美国(也有英国)的论文集,名为《风险规制与行政法》;德国洪堡大学博士候选人刘刚编译的源自德国的论文集,取名《风险规制:德国的理论和实践》。

《风险规制与行政宪政主义》的英文版问世于2007年,第二年即获英国法学会“皮特·比尔克杰出法学成果奖”一等奖,已经在学界产生极大的影响力。该书的目标是颠覆以科学/民主二分法来对待风险规制决策合法性的路径,其最大亮点在于提出作为一种法律文化的“行政宪政主义”在不同法律辖区内对风险规制公共行政之建构所产生的不同影响。透过该书,可以观察到英国、美国、澳大利亚、世界贸易组织和欧盟各具特色的风险规制景观。

为了让国内读者对“风险规制与行政法”主题有更为广阔的视野,尽可能避免井蛙之见,我们在专著翻译之外,又决定译介更多的论文,汇集成册。论文主要选自两个国家:美国和德国。前者是世界上科学技术最为发达的国家之一,且对科技发展和应用倾向于(但不尽然)放任自由的基本立场,法律文化上属于英美普通法系传统;后者是风险社会理论提出者乌尔里希·贝克的祖国,是风险防范原则的最早源起国,更是欧盟的核心成员国之一,对科技发展和应用持较为谨慎之立场,法律文化上属于大陆法系。比较来

自这两个国家的观点,相信会使国内读者获得更多收益。

最后,借此机会,感谢中央财经大学法学院教授高秦伟博士、中南财经政法大学法学院教授戚建刚博士、北京大学深圳研究生院副教授金自宁博士、中国人民大学法学院副教授王贵松博士、南开大学法学院副教授宋华琳博士、北京航空航天大学法学院讲师毕洪海博士、中央财经大学法学院讲师苏苗罕博士、首都经贸大学法学院讲师赵鹏博士、北京市人民政府法制办公室副主任李富莹博士、国家食品药品监督管理局罗杰博士、德国洪堡大学博士候选人刘刚。由于他们的不吝支持,本课题研究得有些许成果,更得有此次三本译著的出版。

沈 岗

北京大学法学院

2012 年 9 月

编译说明

本文集以“风险规制与行政法”为主题,共收入七篇文章。分为三部分。

第一部分“风险规制:基础与原理”,意在介绍风险规制的基本概念和基本原理,也希望借此提供一个机会,去超越不同专业的研究视角、思维方式、表达习惯甚至注释格式等等差异、尝试发现不同学科对风险作为真实世界中的现实问题的共同关注。只是,正如 V. Covello 和 M. Abernathy 所言,自从风险分析作为一门“有自己协会、年会、期刊和实务工作者”的学科和专业在 20 世纪 80 年代出现以来,仅仅不到十年期间,“风险分析文献就从屈指可数的少量文章著作增长为一个令人生畏的文献库了”(第 1 篇)。编译者只能在管中窥豹的情况下进行选择。

《界定风险》(第 1 篇),是运用科学方法推进对风险问题之认识的优秀范例。这篇文章并没有提到,虽然人类的风险分析与风险管理实践历史悠久,但“风险”这个词却是相当晚近才出现

的。在当代,“风险”这个词的含义的确如本文作者们所言,“一直充满了混乱与争议”。这篇文章并非从词典编撰而是从政策分析的角度看待界定风险问题,因此,作者们并不满足于指出,有关风险的定义之争并非语词之争,而是对政策争议结果、资源分配和政治权力分布之争;是在清醒地意识到这一事实的前提下,尝试提出一种“适用于许多问题及价值体系的”风险定义方法。这种“高度灵活的”方法,努力反映而不是掩盖风险定义之争背后的政治之争,目的恰恰在于使对风险的界定不至于被政治之争所淹没和扭曲。在我看来,这是一种可敬佩的努力,因为它的确能够帮助我们在面对复杂现实时思考得更加清楚。

《风险分析与风险管理:一个历史的视角》(第2篇),是对风险分析和风险管理历史的回顾。无须专深的研究,生活在风险社会中的每一个现代人,都能感知到:比起前现代人,我们整体而言的确可以说更健康更长寿了,但我们的安全感并没有同步增长——恰恰相反,“现代科技所创造的这个盖然论的不确定世界,对于很多人而言是风险不断增加并且令人不安的地方”。这篇文章有助于我们了解这一切是怎么发生的。——虽然这篇文章主要目的并不在于给出诊断或开出药方,而在于概括地描述我们的风险分析与风险管理是怎么从公元前3200年走到今天的。

《风险预防原则的行为经济学辩护》(第3篇),从行为经济学角度对实证法上的风险预防原则提出了辩护。在美国,将风险预防原则与风险认知中的偏见联系起来讨论,存在两种针锋相对的观点:风险预防原则“反映、融合并且依赖于认知偏见”和风险预防原则“可以被理解为对认知偏见——即偏向于避免确定、即时损失而不是不确定、非即时损失——的一种矫正”。芝加哥大学法学院Cass Sunstein教授是前一种观点的代表人物,而西北大学法学院教授David Dana则是后一种观点的代表人物。应该承认,我特别偏爱David Dana教授的这篇文章,原因是遇见这篇文章纯属偶然,是

“不确定性”作用的结果。——换句话说,这篇文章的“好”,是我自己读出来的,很愿意与人分享这种发现的喜悦。

Dana 教授文中的议论主要因对 Sunstein 教授的异议而起,我原本也想将 Sunstein 教授那篇引用率极高的文章《超越风险预防原则》(beyond the precautionary principle)也一并译出,只是由于版权问题而不得不遗憾地放弃了。因此,很高兴看到中文译著《恐惧的规则》(law of fear)已于 2011 年出版,这本专著不仅将《超越风险预防原则》一文的主要内容纳入其中,而且还对包括 Dana 教授在内的一些批评者做出了回应。

第二部分“科学专家与公众参与”,收入两篇文章,分别以风险管理中应用科学的限度和风险规制中的公众参与为议题。

《流沙:科学在风险标准制定中的局限》(第 4 篇),开始于美国联邦环保署制定《清洁大气法》所规定的国家空气质量标准(NAAQS)时发出的响亮宣言:“听科学的。”通过仔细分析环保署实际做法中的种种不一致而具体地揭示了“躲在科学外衣之下的环保署如何误解了风险管理决策的规范性性质”;在此基础上,讨论了几种可能带来一致性的风险管理原则,主张在行政法上明确科学能为行政决定提供合理性的限度,承认风险管理领域需要价值判断,——对于像多少不利的健康影响或多少规制成本能被社会承受这类涉及价值判断的决定来说,“通过政策分析和规范论证为之辩护既是可能的也是可欲的”。

《风险规制中的公众参与》(第 5 篇)。风险规制中的公众参与议题与对以科学家为代表的专家角色的认识无法分离,因为“对公众参与风险规制的需求源自对专家的不信任,以及相应地对规制决策者的不信任”。但本文的焦点并不在于讨论风险规制领域中公众何以不信任专家以及规制机构。本文的实质内容开始于如下前提:“某种形式的公共参与已经成为行政决定做出活动的公认规

范了。”这就意味着,虽然也论及公众参与的“好处”与“坏处”(如延续行政程序),但公众是否应当参与风险规制活动也并非此文的焦点。这篇文章集中讨论的问题是“公众是谁”、“何种参与”。正是对这两个问题的不同回答及其组合,构成了文中所描述的公众参与的“六种模式”。

第三部分“风险规制的司法审查”,包含两篇案例研究文章。如果说前面部分的关注在于行政过程,那么可以说,这一部分的关注已转向司法与行政的关系。在行政法学上,这当然并不是什么新问题,只是老问题在新的背景(针对与现代科技相伴的风险而实施的规制不可避免地不断扩展)下呼唤新的解答。值得特别指出的是,这两篇文章的写作角度和论证方式,可能与我国国内读者对案例研究文章的预期或说想象大为不同。希望在具体观点的启发之外,这两篇文章也能同时有助于拓展国内同行有关案例研究方法(甚至更一般的“实证”研究方法)的思路。

《风险评估司法审查多伯特化的前景》(第6篇),研究的是多伯特案对风险规制活动的制度性影响。比起《风险规制中的公众参与》这一引用率更高的文章来,我个人更喜欢同一作者在本文集里的这一篇文章。因为在这篇文章里,有着非常丰富的、来自真实世界的生动细节,其中许多来自千方百计反对规制的烟草行业原本未打算向公众公开的档案资料。而且,将这篇文章与《流沙》(第4篇)比照起来读是特别有意思的:《流沙》一文担心的是风险规制机关(环保署)用科学的糖衣包裹政治偏好,因此站在批判环保署的立场上;而这篇文章担心的则是受规制企业用“看上去很科学”的“细胞学方法”阻挠、迟延风险规制的实施,从而使公众得不到原本可以得到的保护,因此在有意无意中站到了为风险规制机关(还是环保署)说话的立场上。这样读来,虽然两篇文章内容并没有直接的重合,但在认真的读者头脑中,难免引发一场观点之间的

战争。

《科学知识的形象:运用和滥用科学的话语会聚》(第7篇),研究的是马萨诸塞州诉环保署一案,但其总结的九种话语却绝不仅仅出现在有关该案的争论之中。事实上,我们在整本文集中都在不断地碰到这些话语。有理由相信,它们普遍存在于几乎所有与风险规制相关的法律争论之中。因此,我认同这篇文章的基本判断:马萨诸塞州环保署案的意义超越了个案,围绕“不确定性是运用科学的常规特征还是应当等待并要求更多科学确定性的信号?”这一基本问题是无数有关在法律中运用和滥用科学的争论的会聚点,只要研究风险规制问题,就不可能不遭遇它。因为这篇文章研究的是各类“话语”,——换句话说,与其说它是“评论”,不如说它是“对评论的评论”;所以,不管是否能接受这篇文章的最终结论(即有关全球变暖的法律争论与“科学知识在我们文化中相互冲突的形象密切相关”),我们都可以经过这篇文章而到达大量作为各类型“话语代表”的其他文献。

事实上,考虑到包括编译者学力见识和文集篇幅容量等现实的局限,无论如何选择,本文集恐怕都难免遗珠之憾。不过,若本文集中包含的重要议题能够引发一些有心人深入此领域的兴趣,若真感兴趣者经由本文集收录的代表性文章顺藤摸瓜地触及更多相关文献,则编译者的目的就算达成了。

最后,研究风险规制,在我看来,就像风险规制本身一样,是将某种确定性带入不确定世界的努力。这种努力,和预测未来一样,是不可能获得彻底或全面成功的。然而,这种努力,也像预测未来一样令人向往、值得付出并且——如果真能有所推进的话——可以虽败犹荣的伟大事业。希望本文集亦能为此伟大事业做出些许贡献。

金自宁
2012年9月

目 录

总 序 / 沈岩

编译说明/金自宁

I 风险规制:基础与原理

界定风险 / 3

风险分析与风险管理:一个历史的视角 / 26

风险预防原则的行为经济学辩护 / 65

II 科学专家与公众参与

流沙:科学在风险标准制定中的局限 / 105

风险规制中的公众参与 / 225

III 风险规制的司法审查

风险评估司法审查多伯特化的前景 / 251

科学知识的形象:运用和滥用科学的话语会聚 / 348

编译者致谢 / 374



风险规制：基础与原理