

风险规制丛书·沈岍主编



Risk Regulation:
Theory and Practice in Germany

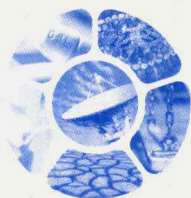
风险规制： 德国的理论与实践

刘刚 编译



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

风险规制丛书·沈岍主编



Risk Regulation:
Theory and Practice in Germany

风险规制： 德国的理论与实践

刘刚 编译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

风险规制:德国的理论与实践 / 刘刚编译. —北京:
法律出版社, 2012. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3904 - 6

I. ①风… II. ①刘… III. ①行政法—德国—
文集 IV. ①D951.621 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 197805 号

风险规制:德国的理论与
实践

刘 刚 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 11.625 字数 328 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3904 - 6

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

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)

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 岿

北京大学法学院

2012 年 9 月

编译说明

本文集以“风险规制:德国的理论与实践”为主题,共收入八篇文章,分为四部分。

风险规制在德国公法学界是热门话题,相关文献不胜枚举。仅以环境法这个具体领域为例,截至2011年,Duncker & Humblot出版社于上世纪80年代中期开始围绕该主题出版的(主要是)博士论文已经累计171部;Erich Schmidt出版社于相同时期开始围绕同主题出版的系列也已经累计116部。若全部统计各个学科关于风险规制的研究文献,定有更加惊人的数量。风险本身并不是法学遇到的新问题。当前讨论的风险,其结构性根源可追溯到启蒙运动。有德国学者指出:“法律——依循启蒙理念,即把人们从蒙昧的牢笼中解放出来——首先为技术发展准备了社会条件。”^[1]自此以后,在自然科学的推动下,技术获得飞速发展,人们为自身生活构造出日益复杂的技术系统。风险研究的兴起,肇因于技术系统暴露出的严重问题。其中的标志性事件是1986年切尔诺贝利核电站泄漏。这次事件促发了德国学界对现代技术作彻底反思,

[1] Klopfer, Michael (Hg.): Technikumsteuerung als Rechtsproblem, Duncker & Humblot, Berlin 2002, S. 9.

开始大规模展开对风险问题的研究。在2004年一场题为“风险—法律—责任”的研讨会中,风险研究的领域几乎涵盖了现代生活的主要方面:医药、基因、食品、医疗器械、洪水防治、环境污染、化学制剂、学校设施、移动通信等。德国法学界基本是在科技与法律的相互关系这个主题下研究风险问题。从法学角度来看,由于技术风险的暴露,法律的应对立场也变为两个面向。其一仍是传统面向,即继承启蒙以来的思路,通过法律为技术创新营造有利的环境;另一个是新增加的面向,即通过法律为技术发展设置必要的界限,力求把风险限制在可控范围之内。

德国学术注重系统性。学界围绕实定法素材构造出精致缜密的教义学体系。这个体系具有很强的吸纳整合能力。这就决定了德国学界在面对新问题时,首先会努力把该问题整合到原有体系中。这在风险问题的研究中尤为明显。研究路径展现出的突出特点是,一方面剖析风险问题的新颖之处,另一方面反思原有体系的吸纳能力。本文集收录的文章展示了这种研究风格。四部分的文章收录及顺序编排遵循由一般到具体的思路。这种编排一方面意在展示风险规制问题所涉及的宽广维度,另一方面则力图描绘该问题在公法,尤其是行政法领域,所展现的具体形貌。

第一部分“风险的一般概念”收录两篇文章。

《风险研究的缘由和目标》(第1篇)一文,选自同名作者编辑的一部风险研究论文集。该文集题为“学科内与跨学科的风险研究:破除安全幻觉,直面不安全现实”。收入当前文集的译文从多学科视角展示了风险问题的各个维度,并提出各种对策,以应对人们生活于其中的不安全的现实。

《风险法的风险》(第2篇)一文开始深入到法学领域。如何协调自由与安全之间的关系,是法学面临的核心议题。法治国与社会国是两种应时而生的结构性方案。随着现代科技的发展与工业化的推进,自然环境受人为改造的程度日益加深。风险社会很大

程度上因环境问题而生。环境国是应对风险问题的结构性方案。如果法治国的调控媒介是法律,社会国的调控媒介是金钱,那么,环境国主要依靠的是知识。如何协调法律、金钱和知识之间的关系,形塑出新的调控结构,是文章作者集中讨论的问题。

第二部分“风险规制的宪法背景”收录两篇文章。

《宪法视野下的预防问题》(第3篇)一文指出,事前预防是应对风险的机制。但是,宪法赋予国家调控社会秩序的传统手段是事后惩戒。由此,国家对预防机制的使用,对宪法结构构成内在挑战。在文章中,作者首先勾勒了传统自由秩序型国家所依托的宪法结构。随着国家任务的扩张,自由秩序型国家的调控手段不足以应对新生的问题,这里主要指风险问题。因此,有必要引入新的调控手段,亦即事前预防。如何协调事先预防与自由秩序型宪法结构之间的关系,是作者在本文讨论的主题。

在《风险预防作为国家任务——安全的认知前提》(第4篇)一文中,作者指出,国家的主旨之一是为共同体秩序提供安全保障。欲完成此任务,需对国家保障安全手段所假定的认知前提有清醒的认识。当安全需求在风险社会向国家提出进行风险预防的要求时,从理论上厘清此种安全与传统安全在认知前提上的差异,乃是实践上采取恰当举措的必要条件。如作者所言,“作为国家任务的风险预防,已经非常不同于传统理解的国家通过危险消除来保障安全”。传统的安全观坚持“同质的,导源于经典物理学的可逆并因此无历史的时间观,建立在重复行为所产生的秩序稳定性的常态之上”。然而,今日所处的风险社会“是历史性的,而且拥有不同于现在的将来;将来不能再被当做尚未解决的当前问题的寄存处,因为将来表现为任何时候都可能出现的意外,它已经是现在的一部分”。

第三部分“行政法一般理论中的风险规制”包括两篇文章。

《通过行政法的风险调控:对革新的促进还是限制》(第5篇)

一文是作者在德国国家法教师学会 2003 年年会上的主题发言。把风险调控作为年会主题之一，足见德国公法学界对该问题的重视。作者在文章中从归责问题入手，指出风险问题对于法律构成挑战的根源在于风险责任难以归到个体。因此，以个体责任为基础的法律调控机制在面对风险问题时就会遭遇困难。改革的出路在于，根据风险问题的特殊情况，重构责任体系，确立个人责任原则在该领域的适用空间。

在《行政法中的预防措施原则以及举证责任分配》（第 6 篇）一文中，作者指出，采取预防措施已经成为行政法应对风险社会新型问题不可避免的做法。在法律机制的配置中，举证责任的分配有待进行相应调整。作者认为，在落实预防措施原则时，有必要进行“举证责任的倒置”。为此，需要在立法层面，以及行政和司法层面对举证责任倒置的类型和范围作出清楚界定。

第四部分“特别行政法中的风险规制”包括两篇文章。

《环境法中风险预防原则的条件和范围》（第 7 篇）一文探讨风险预防作为环境法一项法律原则的应用条件和范围。环境法是最突出展现风险规制问题的法律领域。作者从法律原则在法律体系中的地位入手，归纳了风险预防原则的法律类型，并尝试界定该原则在适用中应遵守的内部和外部界限。如作者所言，“环境法中的风险预防原则就如同必要的指南针一样，尤其是在错综复杂的、层次繁多的法律现象中发挥着重要作用，帮助人们在整个法律体系中理解环境法这一部门法以及在运用法律的过程中遵守不同法律规则的效力等级”。

《设备法中的国家风险管理——来自德国的报告》（第 8 篇）的题目即表明，国家应对风险问题的侧重点不再是评价和避免风险，而是据此调整行为模式，提出可行的风险管理方案。为此，国家需充分认识到“行为判断基础的不确定性及其对于国家决定的组织形式、程序、行为方式和标准”等方面的影响。在文章中，作者结合

设备法这一具体领域,深入探讨了前述问题。

启蒙运动唤醒了人类理性,否定了超验力量加之于自然的目的,相信人类可通过自身力量揭示自然界的规律,并依此对自然加以改造。人类由此获得了自由,也因此进入到不确定的世界。虽然人类在理论上有可能认识世界的全貌,但是,在实践中却步履维艰。人类认知的进步往往以事后诸葛的方式才得以推进。我们生活在一个理论上可操控,实际上却不确定的世界当中。法律是人类构建生活秩序的主要媒介。随着生活情境的变迁,法律作为应对方案亦需相应调整。风险法是未来的法学必须面对的严肃课题。风险规制问题既是对法学者智慧的挑战,也是对人类智慧的考验。

刘 刚
2012 年 9 月

目 录

总 序 / 沈岍

编译说明 / 刘刚

I 风险的一般概念

风险研究的缘由和目标 / 3

风险法的风险 / 78

II 风险规制的宪法背景

宪法视野下的预防问题 / 111

风险预防作为国家任务——安全的认知前提 / 133

III 行政法一般理论中的风险规制

通过行政法的风险调控:对革新的
促进还是限制? / 177

行政法中的预防措施原则以及举证责任分配 / 226