

风险规制丛书·沈岍主编



Administrative Law
in Risk

风险中的 行政法

金自宁 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

C14055649

风险规制丛书·沈岍主编



Administrative Law
in Risk

D912.104
113



风险中的行政法

金自宁 著



北航

C1741342



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D912.104

113

图书在版编目(CIP)数据

风险中的行政法 / 金自宁著. —北京:法律出版社, 2014. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6313 - 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(2014)第 073103 号

风险中的行政法

金自宁 著

责任编辑 易明群

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9 字数 251千

版本 2014 年 8 月第 1 版

印次 2014 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任印制 陶 松

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 - 6313 - 3

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

(第二次修订)

这是《风险规制丛书》的总序。每次,当该系列丛书有了新的成员时,我都会怀着喜悦的心情对总序略作修订。修订的主要考虑是介绍新成员,但也会基于新的认知或者信息,更正或增补有关内容。

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。

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

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”(对应于企业、家庭、个人的个体行动)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,一些非政府组织也依照立法或者组织契约担负风

〔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。

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。

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),还是就具体问题做出的行政决策(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〕}更何況,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

〔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,第 7 页。

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。其中,较为典型的是,在风险规制领域频频出现的邻避效应(not-in-my-backyard),即对在邻近地区建设有着一定风险的设施持激烈的、高度情绪化的集体反对甚至抗争立场,让决策者难以做出一个可以在“通常理智”上认为“合理”的决断。

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

[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)。

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。^{〔8〕} 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,移译和介绍域外的知识、理论以及经验,对于国内的主题研究与制度建构都是大有裨益的。同时,翻译毕竟只是起到介绍国外制度经验和研究成果的作用。在我国,“风险规制与行政法”主题研究也已兴起、展开,相关论文不断地涌现,研究旨趣已经不仅仅在于一般性地探讨风险规制对行政法带来的挑战和新的发展机遇,还分布到环境、食品、能源等具体的风险领域,风险评估、风险管理、风险沟通等风险规制环节以及风险预防原则等等。

2008年,“风险管制与行政法新发展研究”课题得到教育部的批准(项目批准号为08JJD820182),作为教育部人文社会科学重点研究基地北京大学宪法与行政法研究中心的重点课题。历经四年多的研究,本课题完成了一系列阶段性研究成果。在此基础上,我们策划了两本专著、两本论文集的翻译,以及作为最后成果的国内研究论文集。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宋华琳教授翻译,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。

此后,本课题集中出版了四本书,分别是:英国牛津大学伊丽

〔8〕 关于不同法律文化对风险规制的影响,参见伊丽莎白·费雪:《风险规制与行政宪政主义》,沈肖译,法律出版社2012年。

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，冠以《风险规制与行政法》的书名；德国洪堡大学博士、北京大学法学院博士后研究人员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》；以及课题组共同完成的主要立足于本国问题研究的最后成果：《风险规制与行政法新发展》。

《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。此书可与《打破恶性循环：政府如何有效规制风险》相媲美，在学术界有很高的引证率。

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，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，是风险预防原则的最早源起国，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。这就是金自宁编译的《风险规制与行政法》、刘刚编译的《风险规制：德国的理论和实践》两本书的来历。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。

《风险规制与行政法新发展》一书则是将本课题组成员的最新成果结集出版，目的是向读者展示国内学者在这个题域中已经取

得的成就。尽管这些论文不能代表国内研究的全部,但在国内尚无一部关于“风险规制与行政法”的专著或论文集的背景下,它们已经代表了这方面最具探索性和创造性的著述。本书的每篇论文是相对独立的,并未形成一整套系统的理论,撰写人的形式风格与实质观点也不见得完全一致。然而,它们相互之间有着内在的关联,已经基本形成“风险规制与行政法”主题的研究框架。风险、风险社会给传统行政法究竟带来怎样的挑战和发展机遇;在风险规制领域,行政法一直以来关注的核心问题——公共行政的合法性——是否会有新的意义变化;行政法学应该如何对待风险分析框架所涉的风险评估、风险管理与风险沟通;现代行政法主张的科学性与民主兼顾的行政决策过程,在风险规制领域是否有自己的特殊性质与问题;对风险规制决策的实体合法性具有重要意义的风险预防原则,行政法学应该如何认知与对待。这些都是“风险规制与行政法”研究领域不可回避的议题。

本课题已于2012年底正式结项。然而,本课题组的核心成员仍然在“风险规制与行政法”领域进一步深入开拓,这或许是我们取得的最大成就了。任何课题成果自从诞生伊始,即已成为过去式,而持续研究的团队、兴趣与动力,则是这一铁律的例外,因为它们(它)们是面向未来的。金自宁博士新近完成的《风险中的行政法》一书,集合并完善了其多年在此领域的所思所得。该书抓住了在风险规制领域中三个特别重要的方面:一是作为风险规制行为合法性标准之一的、极具特色的风险预防原则;二是贯穿风险规制全过程的风险交流;三是风险不可能为零的社会中的责任问题,尤其是,风险行政裁量决策的负责任性问题与企业的合规致害责任问题。可见,该书并不是对风险行政法的系统论述,而是有选择的聚焦论述。但是,宁为片面的深刻,不愿全面的肤浅,恰是体现了金自宁博士作为真正治学者的严谨精神。

借此撰写、修订总序的机会,我要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、南开大学法学院教授宋华琳博士、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、中国政法大学副教授赵鹏博士、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、北京市社会科学院副研究员成协中博士、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、北京大学博士后研究人员刘刚。没有他们的鼎力支持,就不会取得现在的成绩。当然,也要感谢罗豪才教授、姜明安教授领衔的北京大学宪法与行政法研究中心团队,他们给本课题以及之后的持续研究创造了良好的、促人勤思的学术环境。北京大学法学院的付宇程博士、刘权博士(现入职中央财经大学法学院)、博士生王瑞雪、俞祺,也都做了许多协助工作,在此一并致谢。

特别要感谢法律出版社及编辑易明群女士。“风险规制与行政法”是居于学术前沿的、比一般行政法更加专业的主题,需要更加广泛的、跨学科(特别是科学学科)的知识汲取。由于它的方兴未艾,研究群体和读者群体规模都较小,对应地,图书市场也就可想而知了。因此,此类图书的出版,对于经历出版业改革、更趋“市场导向”的出版者而言,是需要认真权衡和抉择的。正是法律出版社以及易明群编辑一直以来的关照和支持,译著和本书才能相继面世,才能对学术产生影响和促进作用。“书是人类进步的阶梯”(高尔基),而他们的努力是打造进步阶梯的必需,在此致以诚挚的谢意和敬意!

沈 岿

北京大学法学院

2012年9月第一版

2013年5月修订

2014年7月第二次修订

拓展行政法研究视域的有益尝试 (代序)

金自宁副教授在北大法学院攻读博士学位期间,我们在课堂、学术活动中接触比较多。她给我的印象是勤奋、爱思考问题。我主讲的课程行政法(公法)基础理论,内容不固定,每年都要变动,我好引导学生讨论一些学科前沿问题。那段时间主要讨论公共治理与软法问题,她和其他同学发表许多意见,提出许多问题,丰富了教学的内容。同学的意见都会被吸收到相关的文章或著作中。我与宋功德教授合著的《软法亦法》一书英文版2013年在美国出版发行。这本书的形成,前后几届公法博士生都出了力,自宁贡献良多。

毕业后,自宁从未放弃科研,坚持学术人生之路,她的科研成果成绩突出。她近年来关注和研究的领域主要在风险规制与行政法治。这一课题的研究较有现实意义,回应了社会需求,对

公共决策、社会治理有较大参考价值,在理论上也有新意。目前国际上对这一问题的研究也尚未完全展开,从行政法、公法视角加以研究的就更少。好的选题需要学术眼力,在一定程度上也是学术能力的体现,自宁选择这一领域深入研究应该说是颇具慧眼的,体现了她对现实的关注和对学术的敏感。在国内公法学界,她对风险社会的关注和研究是比较早的,静下心来、一心钻研,取得了不少成果,有著述,有译作。近期她的大作《风险中的行政法》即将付梓出版,这本书是自宁这几年围绕“风险规制与行政法治”问题研究的心得,也是她所承担的教育部青年社科项目的结题成果,这本书的出版无论对其本人还是对公法学研究都是一件可喜的事情。

本书以风险作为研究对象,以风险社会的行政法(公法)规制作为研究的视角,以“现代社会风险规制对行政法治提出的挑战以及行政法治对此作出的回应”为核心议题,对风险社会及风险规制的基本理论作了介绍,对实践中的做法和措施作了分析,对风险规制的基本法律问题作了探讨。全书选择以风险交流为关注重心,既立足本土案例,又借鉴域外经验,坚持行政法、公法研究视角,但又不拘泥于单一学科界限,而是同时引入多领域知识和多学科视角,围绕主题作了深入探讨。

作者通过分析指出,现代风险行政法研究所面临的真正难题是与风险相关的不确定性触及了人类知识的限度,即所谓的“无知”的问题,从而行政法规制不得不决策于不确定性之中。风险规制实践对行政法治原则构成了重大挑战,甚至危及到了传统行政法治理念的核心要求,有必要探讨和发展新的行政法治技术以回应挑战。作者力图将风险预防目标与利益衡量所蕴含的合理性要求有机结合起来,实现风险规制实践与行政法治原则之间的平衡。建议在风险评估和风险管理过程中广泛引入风险交流。围绕风险交流,从案例、比较法资源、原理等几个方面做了分析,概括和提炼了风险交流过程的内在构成要素,总结分析了影响风险交流有效

运作的外在社会因素,并提出了构建相应制度规范的建议,进而主张一种既要求集体的决策和行动,也要求个体拿出冒险的勇气的“共同决策共担风险的、公私结合的风险应对方案”。此外,本书还对风险社会中责任与救济问题、侵权责任中的合规抗辩问题、风险社会中的给付行政问题等作了探讨。

我本人对于这一领域并没有做太多的专业涉猎,但在对本书书稿粗读之后,还是形成了一些印象。本书在选题上紧扣时代脉络,关注社会热点问题,有较大现实意义。本书在视野上较为宽广,跨越了传统的学科界限,包含了行政法、民法、经济法、环境法、社会管理等学科的研究内容,大胆借鉴其他学科的研究方法,视角宽,方法多样,成果突出。本书观点鲜明,理论性强,对传统行政法治面临的挑战和困境直言不讳,客观分析现行法律体制的不足和缺陷,在详尽分析和深入思考的基础上,作了理论归纳和构建,旗帜鲜明地提出自己的看法,提出了自己的解决方案。在写作方法上,关注现实,关注案例,注重实践经验的归纳和总结是本书的一大特点。本书注重从实践中去寻找解决问题的方案,注重收集分析中外案例,在深入分析的基础上提炼方案,总结归纳,形成理论成果,较好地处理了理论与实践的关系,让实践为理论服务,让理论反哺实践。作者在某些章节的写作上,没有局限于单一的部门法视角,而是以问题为中心,大胆借用公私法的视角来加以审视,相互推动,相互促进,拿出了一种公私合作的解决方案。当然,书中对一些问题的思考还有进一步深化的空间,研究还有必要进一步深入,但无疑是在行政法学的研究和风险社会研究、公私合作治理研究等方面做出了贡献。

成绩总是过去式的。如作者在文中所言,“希望法学界有更多的人参与到风险研究中来”,我也希望大家能多关注这一领域,共同推动研究的深入,这也是所有真正有志于法学研究、有志于学术研究的学者们最真实、最真诚的想法。也希望自宁能立足于已有

的研究成果,结合自身优势,从深度和广度上继续开拓,在学术的前沿高地上大步前进。

罗豪才

2014年2月19日

导 言

一旦集体停止建造与修缮城墙、壕堑，每位市民就得去学空手道。

——齐格蒙·鲍曼：《寻找政治》

一、当转型中国遭遇风险社会

回到1990年代初，我上大学的时候，学校还每月发粮票。粮票定额遵循男女平等原则，女生大多有余，而男生大多不足。这给了女同学展示慷慨和爱心的机会，但男同学很快就不好意思了，因为粮票虽禁止买卖，却可以在校园内外的商店里换得实物，例如方便面或茶叶蛋。有精明的室友还注意到整箱购买方便面可享受额外折扣，提议集体行动。于是，室友会时不时把粮票集中在一起，然后“大手笔地”换一整箱方便面回来再分配，那情景如同开仓放粮般喜庆。之后