

风险社会的 行政法回应

赵 鹏 / 著

以健康、
环境
风险
规制
为
中心

The Administrative Law's Response
to Risk Society:

Focusing on Health and Environmental
Risk Regulation

国政法大学出版社

风险社会的 行政法回应

以健康、环境风险规制为中心

赵 鹏 / 著

The Administrative Law's Response
to Risk Society:

Focusing on Health and Environmental
Risk Regulation



中国政法大学出版社

2018 · 北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

风险社会的行政法回应：以健康、环境风险规制为中心/赵鹏著. —北京：中国政法大学出版社，2018.7

ISBN 978-7-5620-8439-6

I. ①风… II. ①赵… III. ①行政法—研究—中国 IV. ①D922.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第177750号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 16.75
字 数 230 千字
版 次 2018 年 7 月第 1 版
印 次 2018 年 7 月第 1 次印刷
定 价 56.00 元



序言

十五年前，“非典”肆虐北京，十年前，“南方雨雪冰冻灾害”重创南方部分省份，进入21世纪以来，接二连三的各类突发公共事件暴露了我国应急管理的各种弊病，加强应急管理的“一案三制”，即应急预案和体制、机制和法制建设日益紧迫。从那时起，我本人主持了教育部和国家社科基金有关应急法制的多项重大攻关课题，赵鹏副教授都有参与。在这些课题研究过程中，赵鹏敏锐地意识到，从应急管理角度对可能或者已经爆发的“事件”进行预防、处置固然重要，但更为基础的，还是政府在日常监管过程中对各种潜在的“风险”监测评估并设计实施既能确保安全，又能够平衡各种权益的干预方案。因此，他很早就提出从行政法的角度研究政府规制风险的问题。对于这个研究视角，我非常支持。十多年来，看到赵鹏副教授在这个方面已经形成了较为系统的思考和研究成果，深感欣慰。

控制对人民生命、健康和财产的各种威胁，一直是行政的核心任务。但是，在不同的时代，这种任务有着不同的内涵。当下，工业化和一些新兴技术的应用，在极大改善人民生活的同时，也带来了大量潜在的风险。这些风险，普通公众凭借日常生活经验难以准确理解，而必须借助大量专业的科学分析；它们也似乎不是迫在眉睫的威胁，但累积起来却可能在未来造成难以挽回的巨大损失。由此，一些专业的行政机关如环境保护部门、卫生防疫部门、食品药品监督管理部门承担了大量的监管任务，它们通过制定标准、颁发许可、监测评估、监督检查等一系列的行政活动来进行干预。

从行政法的角度而言，如何确保这类行政活动以法治化的方式开展，面临一些独特的挑战：由于潜在的风险总是比已经现实发生的突发事件多很多，对风险的规制也就意味着行政机关在更大范围、更深程度上介入了经济、社会的日常运行。这固然可以在更高程度上保障安全，但是，面对扩张了的行政权力，在确保其规范运行，防止过度干预，避免对个人自治、产业创新不必要限制等方面，行政法需要承担更大的责任。

而且，潜在的风险因素会在何时、何地以何种方式造成损害，我们总是缺乏充分的知识，如果等具备了这些知识才实施干预，又往往为时已晚。由此，法律需要授予行政机关更广泛的裁量空间，甚至允许它们在证据尚不充分时，就基于预测而采取行动。这同时也意味着，如果发生争议，法律也需要在信息不充分的情况下去判断行政机关的预测是有合理根据的，还是无端臆测的；采取的措施是合理的、符合比例原则的，还是过度、不必要的。这要求行政法发展出一套精细化的规则去回应。

对于这些问题，赵鹏副教授的这本书进行了较为系统的分析，内容涵盖了国家安全保障职能扩张的现实基础、风险行政在整个国家风险治理体系中的地位、政府干预风险的限度、法律如何确保行政决策既符合科学理性又向民主政治负责等等问题。其中，一些论证有不少的启发性。例如，本书提出，面对新兴技术应用带来的大量“既无法证实，又无法排除的”潜在威胁，行政机关需要以风险防范原则为基础，扩张保护职责。但是，法律同时应当要求行政机关承担对风险性质进行初步证明、对风险防范措施进行合理解释、对各种风险进行权衡比较等责任，从而确保干预措施符合比例原则的要求。再例如，本书提出，风险规制涉及大量技术性问题的判断，需要广泛咨询科学技术专家来解决事实认定问题。对于这些咨询活动，法律需要通过健全专家遴选、利益申明、同行评审、程序公开等制度，尽可能地确保咨询活动免于政策考量、个人偏好甚至利益渗透的影响。这些主张，都值得感兴趣的学界同仁进一步讨论、发展。

实际上，技术和商业的创新总会引发新的风险议题。当下，基因技术的发展已经使医学有能力在非常本质的层面干预生命进程；无人驾驶汽车等智能机器也会在可预见的未来分享人们的物理空间。这些技术在带来巨大机遇的同时，其附随风险也需要法律予以正视，确保新的技术平稳地嵌入我们的生活。在这个意义上，本书提出的基本主题——既要求行政机关积极作为，防止社会暴露于不必要的风险；又要求其理性行事，避免不必要的管制压制创新、破坏新技术服务社会的能力，在未来会持续性地保持其重要意义。希望作者和感兴趣的学界同仁，能在这一主题上贡献更多的智慧。

是为序。

中国政法大学教授
中国法学会行政法学研究会会长
马怀德
2018年6月

目 录

1 | 序 言

1 | 引 论

- 一、为何研究风险 / 1
- 二、为何以健康、环境风险为中心 / 2
- 三、行政与行政法的影响 / 5

7 | 第一章 风险社会与国家任务变迁

第一节 风险与风险社会 / 7

- 一、风险的概念与双重面向 / 7
- 二、风险社会理论 / 15
- 三、风险社会理论对我国的适用性 / 24

第二节 国家健康、环境安全保障任务的扩张 / 26

- 一、国家安全保障职能的扩张 / 27
- 二、健康、环境议题的崛起 / 35

44 | 第二章 风险行政的兴起：惩戒与预防重心的变迁

第一节 民事、刑事责任制度控制风险的困境 / 44

- 一、责任与安全 / 44
- 二、传统法律责任制度在现代社会的困境 / 45
- 三、法律制度缺陷与“有组织不负责” / 47

第二节 传统法律责任体系的调试及其限度：以刑法为例 / 48

一、通过刑罚的风险控制：功能与挑战 / 48

二、风险刑法：对挑战的回应 / 50

三、刑罚的限度：风险刑法的风险 / 54

第三节 行政性风险规制活动的兴起 / 57

一、从通过责任的间接控制直接性的行政控制 / 57

二、风险规制：行政任务的变迁 / 65

74 | 第三章 政府干预风险的限度：安全与自由的辩证

第一节 不确定性与决策的合法性危机 / 75

一、现代社会风险的不确定性 / 75

二、不确定性的一个例证 / 78

三、不确定性引发的决策危机 / 85

第二节 传统消极防卫的立场及其挑战 / 90

一、预防危害的传统模式：危险防卫 / 90

二、风险社会对传统模式的挑战 / 98

第三节 风险预防原则的兴起 / 101

一、风险预防原则的起源 / 101

二、风险预防原则的发展 / 104

三、风险预防原则的构成要件 / 111

四、风险预防原则作为法律原则 / 116

第四节 防止过度干预：风险预防原则的检讨与修构 / 119

一、安全与自由的辩证 / 119

二、风险预防原则的检讨 / 122

三、修构风险预防原则 / 126

143	第四章 理性与民主：风险规制法治化的要义
	第一节 科学与政治：影响风险规制的因素 / 143
	一、风险评估与风险管理：风险规制的基本制度 / 143
	二、科学与政治：理解风险规制活动的两个维度 / 145
	第二节 确保理性与民主：风险规制法治化的要义 / 148
	一、理性与民主：风险规制的两种理论模型 / 149
	二、理性与民主的融合：走向审议式民主 / 159
	三、法律的作用 / 165
168	第五章 正确对待科学：厘清科学、政策与偏好的纠缠
	第一节 科学评估风险：风险规制的事实基础 / 168
	一、风险评估：借助专家判断风险 / 168
	二、科学性：风险评估的规范要求 / 171
	三、风险评估的哲学：事实与价值的分离 / 174
	第二节 政策、偏好对风险评估的影响 / 176
	一、质疑风险评估：政策、偏好影响客观性 / 176
	二、政策、偏好影响风险评估的例证 / 179
	第三节 寻求诚实的代理：用制度规范风险评估 / 190
	一、如何对待服务于监管决策的科学 / 190
	二、完善风险评估法律制度的建议 / 192
	三、寻求诚实的代理 / 198
199	第六章 有效监管风险：行政的变革
	第一节 安全保障的常态化：从事件预防到风险规制 / 199
	一、对突发事件的预防 / 200
	二、预防的“事件”视角和“风险”视角 / 203
	三、从“事件”预防到“风险”规制 / 208

第二节 治理能力的提升：体制机制的变革 / 216

一、监管机构：机构职能配置的科学化 / 216

二、监管工具：确保监管工具选择的规范化和科学化 / 221

227 | 参考文献

引论

一、为何研究风险

1986年，切尔诺贝利核电站第4号机组发生泄漏，数千人遭受强核辐射，二十余万人被疏散；同年，德国学者乌尔里希·贝克发表《风险社会》^{〔1〕}，预言风险社会已经来临。三十余年后，中国的核电发展亦受邻避活动的深刻影响，与此同时，对矿石能源严重依赖所引发的大气污染也招致愈加集中的批评。

这样的困境一再出现在诸如垃圾焚烧、转基因生物技术等领域，深刻地反映了现代的困境：一方面，人类不得不依赖技术进步以改善生活，而且一些技术的应用的确显著降低了人类社会面临的某些风险；另一方面，公众日益觉醒的忧虑要求政府将风险控制植入政治议程的核心，以强化规划未来生活、提供安全保障的职责。正是这种政治议程的改变揭示了从法律特别是行政法的角度研究风险的意义。

实际上，也许与大多数人的直觉相反，风险概念并非描绘了一个更加黯淡的未来：古人早已明白世事如棋，在通往唯一结局的过程中，事物潜在的可能性却有多种。过去对这种可能性的把握依据经验与直觉，精确计算是神明才有的能力，即使损害真实发生，他们也倾向于认为是一种命中注定。然而，伴随着现代科学的发展和技术的进步，人们则力图掌握这种可能性的范围，将其数字化为概率——通过采集某一风险事

〔1〕〔德〕乌尔里希·贝克著，何博闻译：《风险社会》，译林出版社2004年版。

件在过去一段时期内发生的频率和损害强度，并假设其保持稳定，归纳推算，对未来可能的后果进行评估。概率的引入，使风险概念更加精细化，并体现人类希望通过理性发展来评估风险、控制风险并享有风险所带来的收益的努力。于是，风险与其说是一种命运，不如说是一种选择，它作为对不确定未来的判断，力图让“未来服务于现在”^{〔2〕}。因此，研究风险的意义更在于，它的确揭示了人类文明演进的一个持续性的隐秘动力——更加有效地控制自己的命运。

二、为何以健康、环境风险为中心

在风险社会的哲学、社会学、人类文化学领域，较少对风险分类进行研究，其原因或在于，这些学科意图从整体上理解现代社会中风险问题的根源，并提出根本性的反思策略。但是，本研究的旨趣在于从法学的角度来研究风险规制的制度安排。由于不同领域的风险所对应的制度方案可能存在巨大差别，有必要对此予以区分。本研究将主要限于人类社会在工业化进程中，人类活动和现代技术应用引发的对个体生命、健康和生态环境损害的风险。选择这一领域作为研究的中心是基于以下理由：

一方面，在现代化的进程中，无论是人的活动如城市化带来的人口聚集、大规模的人口流动，还是一些新兴的现代技术应用，均导致了社会中对健康、环境的潜在威胁不仅在量上累积，而且也发生了质变：大规模的人口流动放大了诸如非典、禽流感的威胁；核能、基因生物技术、纳米等技术的应用也产生了新的威胁。而且，这些风险的属性表现出以下不同于传统社会风险的特征：^{〔3〕}

〔2〕〔美〕彼得·L. 伯恩斯坦著，穆瑞年、吴伟、熊学梅译：《与天为敌：风险探索传奇》，机械工业出版社2007年版。

〔3〕参见〔德〕格哈德·班塞著，陈霄、刘刚译：《风险研究的缘由和目标》，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3~77页。

(1) 风险的全球化。一些风险并不局限于一国领土范围，而是可能影响到所有人，例如，气候变化。

(2) 风险的复杂性。一些技术对健康、环境的影响难以直观判断，具有高度复杂、难以量化的特征。

(3) 风险的规模性。一些技术的运用，例如核能，一次事故就可能造成巨大的环境和健康损害。

(4) 风险的不可感知性。有些风险人类不能通过其感觉器官感知，而必须借助技术手段才能了解。

(5) 风险的时间性。有些风险发生作用的时间无法或者难以确定，因此，可能产生代际公平的问题。

(6) 风险的不可逆转性。一些现代技术应用导致的健康、生态损害难以恢复。

另一方面，对健康、环境风险的规制，是具有相当知识密度的活动，正是这种知识门槛，在很多场景中引发了知识精英和普通民众的分歧——本书将涉及的农业转基因生物技术即是典型。由此，这一主题涉及对一个经典命题在新形势下的重新诠释，即科学与民主的关系。

自五四运动以来，科学与民主一直是国人追求的两项重要价值。然而，在科学与社会对话中所产生的冲突深刻地说明这两项价值存在内在紧张。这种紧张在现代社会有激化的趋势：科学的技术化运用逐步主导了财富累积和社会福利增加的进程，知识取代资源成为核心生产要素，人类社会也似乎从 19、20 世纪旧工业社会转向“知识社会”^[4]。然而，正是由于这种巨大的成功——科学技术日益增强的对经济制度、社会结构和自然环境的影响，也导致社会要求控制科学技术自身缺陷的呼声日益高企，可以说，权力的扩张必然要求责任形随。遗憾的是，这种紧张虽然近年来在我国诸多公共事件中均有所呈现：核电站、PX 化工项目、

[4] See Daniel Bell, *The Coming of Post-Industrial Society*, Heinemann, 1973.

农业转基因生物技术中科学界与普通公众的观点均发生明显分歧，甚至引发社会分裂，但法律系统与监管部门似乎并未有效地回应。实际上，科技在改进人类生活的同时，其负面影响也愈加引人关注，只有对这类风险充分研究，有效规范，方能可持续地运用技术进步的成果，并为科技创新营造一个更为友善的社会环境。

结合上述两点理由，具体而言，本书之所以选择健康、环境风险作为研究对象，原因在于：

第一，现实层面。虽然风险是人类社会一直伴随的现象，但是，传统社会向现代“风险社会”的转变，其核心便是工业革命所带来的不可预知的健康和环境威胁，科技和商业进步在促使生产力飞速发展的同时也将人类置于“文明的火山口”上。

第二，哲学层面。对现代性的反思，也主要由现代工业文明、科技发展产生的健康、环境风险所触发。在当代社会，虽然人类的进步有赖于科技，但新技术的负价值亦开始引起越来越多的注意，社会对工业文明的反思性特征也越来越突出地表现出来。对社会在二律背反中前行的历史课题的注解更多以健康、环境风险的现实具象、两面效应为范例。

第三，政治层面。也正是面对种种健康、环境风险，各国政府才开始通过制度调整来寻求获得重建的能力与机会，而且，对健康、环境风险规制也是在现代社会引发公共政策争论的核心原因。一方面，工业文明所带来的风险确实使未来笼罩上阴影，但另一方面，伴随这一阴影的却是大量的机遇，新材料、生命科学技术等均是如此。机遇与风险的并存使得公共政策处于两难的境地：放任不管，风险可能会现实化而形成不可逆转的损害；过度规制，又会遏制发展，导致繁荣的机会丧失。正是这种两面性，导致法律与行政方面的争论不断，需要予以梳理解析。正因如此，现代社会似乎又回到英国作家狄更斯在《双城记》中描述的那个时代：

这是最好的时代，这是最坏的时代；
这是智慧的时代，这是愚蠢的时代；
这是信仰的时期，这是怀疑的时期；
这是光明的季节，这是黑暗的季节；
这是希望之春，这是失望之冬；
人们面前有着各样事物，人们面前一无所有；
人们正在直登天堂；人们正在直下地狱。

三、行政与行政法的影响

工业化、现代技术应用所产生的健康、环境风险，对现代社会运行的影响是全方位的，其应对，需要从教育学、文化学、心理学等学科全方位地予以探讨。从行政法层面讨论的必要性在于，规制风险以确保新兴技术安全运用，在相当程度上要借助行政的手段，但现代社会风险的特质，导致行政活动面临一系列合法性危机。

对未来的控制需要基于预测行动，而它往往没有充分的证据做支撑：气候变化将如何影响我们的生活？转基因食品是否会造成无可挽回的损害？这将导致行政活动面临一种困境：虽然我们感受到了威胁，却发现已有的知识是如此匮乏，以致无法确定问题的范围，更没有足够的确信去实施某种干预措施。于是，每当威胁变得更加紧迫和明显时，我们却发现自己不能借助科学的手段来确定证据、找到原因和进行补救。

证据不充分导致决策不可避免地容易受到质疑，且这种困境是无法通过知识的积累予以根除的，它与德国学者贝克描述的现代风险社会的特质有关，现代社会风险的系统性、复杂性和影响的广泛性对决策提出了一系列难题：谁定义并确定风险的大小？对引发事件的原因、维度和行为我们知道什么，又不知道什么？对于这些原因、维度和行为，我们有充分的证据来证明因果关系吗？在一个关于风险的知识必定是有争议

性和不确定性的世界里，什么算是充分的证据？^{〔5〕}

这种困境对行政监管体系形成了巨大的挑战，面对风险，法律不当无所作为。然而，面对如此广泛的不确定性，我们用什么来构成控制未来灾害的适当规则？又用什么来证成我们的选择？这一系列问题说明，控制风险的现实需要已经使行政活动的特点发生了重大变化。因此，详尽讨论这些变化所带来的挑战，并寻找应对之道，无疑是一项具有重要意义的工作。

〔5〕 Barbara Adam, Ulrich Beck, Joost Van Loon, *The Risk Society and Beyond: Critical Issues for Social Theory*, SAGE Publication, 2000, pp. 224 ~ 225.

第一章

风险社会与国家任务变迁

国家任务一直处于变迁之中，它需要因应时代的需求。但是，某些趋势性的变迁具有更为重要的“范式转换”意义，值得敏感的心智去捕捉、记录、辨识与解析。本章试图论证这样一种范式的转换：伴随工业文明、科技发展突飞猛进，人为制造的风险在量上不断积累、在破坏潜能上迅速扩张，公众对风险的焦虑与日俱增，这势必引发政治议程的转变。国家任务开始向扩张健康、环境等领域的安全保障职能倾斜。

第一节 风险与风险社会

一、风险的概念与双重面向

（一）风险的概念

“风险”一词出现的确切时间和文献充满争议，一种通常的观点是，以打渔捕捞为生的渔民们，每次出海前都要向神灵祈祷，保佑自己在出海时能够风平浪静。他们在长期的捕捞实践中，深深地体会到“风”给他们带来的无法预测、无法确定的危险，“风”即意味着“险”，因此便有了“风险”一词。^{〔6〕} 风险概念形成于早期航海业的观点已得到学界的普遍认

〔6〕 尹建军：《社会风险及其治理研究》，中共中央党校2008年博士学位论文。