

上海金融与法律研究院 

THE



REGULATION JOURNAL

规制研究

第

1

辑

转型时期的社会性规制与法治

傅蔚冈 宋华琳 主编

格致出版社  上海人民出版社



POSTTEST QUESTIONS

規制研究

1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 101. 102. 103. 104. 105. 106. 107. 108. 109. 110. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 121. 122. 123. 124. 125. 126. 127. 128. 129. 130. 131. 132. 133. 134. 135. 136. 137. 138. 139. 140. 141. 142. 143. 144. 145. 146. 147. 148. 149. 150. 151. 152. 153. 154. 155. 156. 157. 158. 159. 160. 161. 162. 163. 164. 165. 166. 167. 168. 169. 170. 171. 172. 173. 174. 175. 176. 177. 178. 179. 180. 181. 182. 183. 184. 185. 186. 187. 188. 189. 190. 191. 192. 193. 194. 195. 196. 197. 198. 199. 200. 201. 202. 203. 204. 205. 206. 207. 208. 209. 210. 211. 212. 213. 214. 215. 216. 217. 218. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 225. 226. 227. 228. 229. 230. 231. 232. 233. 234. 235. 236. 237. 238. 239. 240. 241. 242. 243. 244. 245. 246. 247. 248. 249. 250. 251. 252. 253. 254. 255. 256. 257. 258. 259. 260. 261. 262. 263. 264. 265. 266. 267. 268. 269. 270. 271. 272. 273. 274. 275. 276. 277. 278. 279. 280. 281. 282. 283. 284. 285. 286. 287. 288. 289. 290. 291. 292. 293. 294. 295. 296. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. 304. 305. 306. 307. 308. 309. 310. 311. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 319. 320. 321. 322. 323. 324. 325. 326. 327. 328. 329. 330. 331. 332. 333. 334. 335. 336. 337. 338. 339. 340. 341. 342. 343. 344. 345. 346. 347. 348. 349. 350. 351. 352. 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. 362. 363. 364. 365. 366. 367. 368. 369. 370. 371. 372. 373. 374. 375. 376. 377. 378. 379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. 386. 387. 388. 389. 390. 391. 392. 393. 394. 395. 396. 397. 398. 399. 400. 401. 402. 403. 404. 405. 406. 407. 408. 409. 410. 411. 412. 413. 414. 415. 416. 417. 418. 419. 420. 421. 422. 423. 424. 425. 426. 427. 428. 429. 430. 431. 432. 433. 434. 435. 436. 437. 438. 439. 440. 441. 442. 443. 444. 445. 446. 447. 448. 449. 450. 451. 452. 453. 454. 455. 456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. 468. 469. 470. 471. 472. 473. 474. 475. 476. 477. 478. 479. 480. 481. 482. 483. 484. 485. 486. 487. 488. 489. 490. 491. 492. 493. 494. 495. 496. 497. 498. 499. 500. 501. 502. 503. 504. 505. 506. 507. 508. 509. 510. 511. 512. 513. 514. 515. 516. 517. 518. 519. 520. 521. 522. 523. 524. 525. 526. 527. 528. 529. 530. 531. 532. 533. 534. 535. 536. 537. 538. 539. 540. 541. 542. 543. 544. 545. 546. 547. 548. 549. 550. 551. 552. 553. 554. 555. 556. 557. 558. 559. 560. 561. 562. 563. 564. 565. 566. 567. 568. 569. 570. 571. 572. 573. 574. 575. 576. 577. 578. 579. 580. 581. 582. 583. 584. 585. 586. 587. 588. 589. 590. 591. 592. 593. 594. 595. 596. 597. 598. 599. 600. 601. 602. 603. 604. 605. 606. 607. 608. 609. 610. 611. 612. 613. 614. 615. 616. 617. 618. 619. 620. 621. 622. 623. 624. 625. 626. 627. 628. 629. 630. 631. 632. 633. 634. 635. 636. 637. 638. 639. 640. 641. 642. 643. 644. 645. 646. 647. 648. 649. 650. 651. 652. 653. 654. 655. 656. 657. 658. 659. 660. 661. 662. 663. 664. 665. 666. 667. 668. 669. 670. 671. 672. 673. 674. 675. 676. 677. 678. 679. 680. 681. 682. 683. 684. 685. 686. 687. 688. 689. 690. 691. 692. 693. 694. 695. 696. 697. 698. 699. 700. 701. 702. 703. 704. 705. 706. 707. 708. 709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. 716. 717. 718. 719. 720. 721. 722. 723. 724. 725. 726. 727. 728. 729. 730. 731. 732. 733. 734. 735. 736. 737. 738. 739. 740. 741. 742. 743. 744. 745. 746. 747. 748. 749. 750. 751. 752. 753. 754. 755. 756. 757. 758. 759. 760. 761. 762. 763. 764. 765. 766. 767. 768. 769. 770. 771. 772. 773. 774. 775. 776. 777. 778. 779. 780. 781. 782. 783. 784. 785. 786. 787. 788. 789. 790. 791. 792. 793. 794. 795. 796. 797. 798. 799. 800. 801. 802. 803. 804. 805. 806. 807. 808. 809. 810. 811. 812. 813. 814. 815. 816. 817. 818. 819. 820. 821. 822. 823. 824. 825. 826. 827. 828. 829. 830. 831. 832. 833. 834. 835. 836. 837. 838. 839. 840.

Figure 1

Abstract

上海金融与法律研究院

THE **R**EGULATION JOURNAL
规制研究 第 1 辑
转型时期的社会性规制与法治

傅蔚冈 宋华琳 主编

格致出版社 上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

规制研究：转型时期的社会性规制与法治. 第1辑/傅蔚冈, 宋华琳主编. —上海：格致出版社：上海人民出版社, 2008. 5

ISBN 978-7-5432-1456-9

I. 规… II. ①傅…②宋… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 073572 号

责任编辑 李 娜

美术编辑 路 静

规制研究 (第1辑)

——转型时期的社会性规制与法治

傅蔚冈 宋华琳 主编

出版 世纪出版集团 格致出版社
www.ewen.cc www.hibooks.cn
上海人民出版社

(200001 上海福建中路193号24层)



编辑部热线 021-63914988

市场部热线 021-63914081

发行 世纪出版集团发行中心
印刷 上海商务联西印刷有限公司
开本 635×965 毫米 1/16
印张 19
插页 2
字数 255,000
版次 2008年7月第1版
印次 2008年7月第1次印刷
ISBN 978-7-5432-1456-9/D·14
定价 36.00 元

编者按语

呈现在诸位面前的这本《规制研究》，是上海金融与法律研究院主办的一份学术专集，本专集将以现代社会中政府与市场，或公权与私权，或公共利益与私人利益的关系为主要研究对象。

如果以 1887 年美国州际商务委员会（ICC）的成立为标志，规制机构在现代社会中已经存在了 120 余年；政府规制制度的建立，标志着政府开始直接对经济事务进行合法的干预；而从 20 世纪 30 年代开始，美国在经历了第二次权利革命之后，更是直接向现代规制国家迈进。这样的转变，成为后来各国竞相仿效的对象。今天，政府规制已经进入日常生活的各个方面，衣食住行等方方面面无不渗透着政府的影子，我们已经难以想象生活在一个没有规制的世界中。而规制作为调整政府与市场、公权与私权、公共利益与私人利益之间关系的工具，其影响也是相当广泛和深刻的。正是基于规制在现代社会生活中的重要地位，我们觉得有必要出版一份学术专集，专门研讨现代社会中的规制。

《规制研究》并不将研究对象限定在某些学科以内，而是定位为一份以问题为导向的研究专集。一般认为，规制研究横跨经济学、法学、政治学和行政学等几个领域，但是随着研究的深入，那些看起来没有关系的学科与规制也密不可分，如 20 世纪 80 年代以来心理学对风险的研究成果，已经对关于风险规制的认识和理解产生了深刻影响，并且被广泛地应用于规制实践中。而在环境、安全和卫生领域，任何一项规制政策，实际上都与科技的发展水平紧密地联系在一起，因为技术水平的高低直接决定了规制的成本、可实施性等。规制已经成为一个集法律、政治、技

术于一身的领域。我们不否认各学科的单兵突进会有助于发现规制的深刻一面，但是我们更相信，跨学科的大兵团作战更有助于在整体上把握规制这一社会现象。我们坚信，学科划分是为了研究问题的方便，而不是相互隔离的借口。

本期的主题研讨是“转型时期的社会性规制与法治”，转型是这个时代的主题，已经被无数的政治学家和经济学家所讨论过。那么，转型时期中国的社会性规制具有什么样的特点？主题研讨栏目中的七篇文章从不同角度对此进行了阐述。有的论述中国式规制的特色，有的讨论当下中国该以何种方式设立规制机构，当然，还有一些虽然讨论的是异域的经验，但是问题的指向却是当下的中国。

傅蔚冈的《我们需要什么样的社会性规制》讨论了在中国该以何种原则指导规制政策的制定。他认为，鉴于零风险的不存在，而且环境、安全和卫生都需要成本，因此，政府规制的核心就是要在不同程度——包括安全程度和成本程度——的风险之间进行权衡。具体到中国而言，当下社会性规制的目标，就是让社会的环境、安全和卫生维持在当下社会可接受的程度。

从“齐二药事件”到“欣弗事件”再到国家药监局原局长郑筱萸落马，公众对当下中国的药监体系忧心忡忡。那么，当下中国的药监体系是如何形成的？它有什么样的弊病？刘鹏的《混合型规制：当代中国药品安全规制的机制分析》就是对这些问题的一个回答。刘鹏认为，当下中国的规制型政府，与西方背景下的规制型政府存在很大的差异。一方面，中国的药品安全规制在形式上已经具有了一些现代规制型政府的特点，例如建章立制、设立标准，并综合运用经济、法律和行政等手段；但是在另一方面却在很多领域保留了许多前规制型政府的特点，而这些特点基本上是全能主义国家和计划经济的遗产。基于这两个特征，刘鹏将当下中国的药品安全规制称之为“混合型规制”。事实上，刘鹏的这个论断不仅仅在药品安全规制中存在，同时还几乎适用于当下中国所有领域的规制。

在2008年的机构改革中，国家食品药品监督管理局改由卫生部管理，明确了由卫生部承担食品安全综合协调、组织查处食

品安全重大事故的责任。不过，仅仅划分卫生部和药监局之间关于食品安全的职权是不够的，因为在食品安全领域，还存在着农业部、国家质量监督检验检疫总局和国家工商行政管理总局等机构对相关领域的监管。如何协调这种“九龙治水”的现象，高秦伟在《分散抑或合并——论食品安全监管机构的设置》一文中，以美国食品安全监管机构的设置为例进行了分析。高秦伟认为，食品安全监管机构的整合是一个渐进的过程，需要经过合理论证与科学分析，而不是简单地依靠行政命令来实现。未来中国食品安全监管机构整合的可行办法是借鉴美国各机构的做法，加强部门之间的协调与合作，而非一步迈进一个大一统的监管机构。

从1992年成立中国证券监督管理委员会开始，当下中国被冠以“监管”或“监督管理”之名的机构已经为数不少，如何看待这些机构？马英娟在《中国政府监管机构构建中的缺失与前瞻性思考》一文中，从授权依据、机构定性、设置模式、权力配置等四个方面对中国的监管机构进行了细致分析。她指出，监管机构的设立应坚持“法律保留”原则，“三定方案”不宜作为监管机构的授权依据；中国现阶段不宜设立公法人性质的监管机构，作为“事业单位”的这部分监管机构应改革为行政机构；在政企分离、政监分离、政事分离的改革前提下，中国应尽量设置直接隶属于国务院的监管机构，并通过组织结构、人事任免、经费来源、权力配置等机制确保其独立监管职能的实现。

李洪雷的《规制国家中对行政解释的司法审查——以谢弗林判例为中心的考察》，则从司法程序讨论了规制的影响。在西方法律传统中，法官是法律解释职能的权威承担者，法院在法律解释中具有无可争议的主导地位。但是在现代规制国家中，承担法律特别是规制法律解释的多数关键工作并不是由法院而是由行政机关来完成的。这一变化对法官在法律解释中的传统地位构成了挑战。李洪雷对此种现象进行了分析，解释了法院为什么要对行政机关的解释予以尊重。

在美国这样一个以自由放任为主臬的国度里，任何试图强化政府规制的法律的通过和修改，都必定要遭受更多的困难。宋华琳的《危机时刻与规制变迁——公共议程的设定与美国1938年

《食品、药品和化妆品法》的形成史》以美国1938年的《食品、药品和化妆品法》为例，解释了为什么在危机时刻之后，那些本没有机会成为公共议程的议题缘何会成为公共议程。宋华琳认为，面对各种“悲剧”和“危机”，市场的缺陷得以更为充分地暴露，公众的意见和愤怒经由媒体而被放大。这些危机会成为政治家实现胸中抱负的助力，让那些本来还遭遇不同利益团体顽强狙击的公共议题，赢得来自更多方面的支持，从而促成规制变迁的发生。这一现象相当普遍，不仅仅在美国，在中国也出现了相似的现象，当下中国的安全生产监管体系和食品药品监管体系就是在这样的背景下形成的。

面对日益增多的因环境、核能、医药、消费品、化学品乃至基因工程所释放出来的危险，政府该如何作为？李鹤的《环境国家下行政法任务的变迁》就在风险社会的背景下探讨了行政法任务的变迁。李鹤认为，面对环境这样一个具有高度专业性、技术性，且决策风险和利益冲突交织的领域，那种传统上希望以司法来解决环境领域的冲突、捍卫公民基本权利的见解，则往往失之浪漫。同时，不能将环境保护看作是排除一切利益衡量的绝对的至高无上的价值来约束法院。她认为，基于立法机关和司法机关的能力限度，环境行政部门应当在环境行政中发挥更重要的作用，只有通过环境行政部门全面、系统和持续的控制，才能有效地发挥风险预防功能，有效地防范与控制环境危机。

评论栏目则由三篇论文构成。《规制是如何失灵的？》节译自凯斯·R. 森斯坦的名著《权利革命之后——重塑规制国家》，该书的中文版即将在中国出版。在本文中，森斯坦分析了规制失灵的原因和性质，并将规制失灵与现代规制机构和宪法制度之间的冲突联系起来，同时，还针对规制国家提出了一系列改革措施。森斯坦所描述的规制失灵现象，具体来说就是四个悖论：采用最佳可得技术就是阻碍技术发展、控制新风险反而降低了健康和安全、通过规制进行再分配的努力反而最终伤害了最弱势的社会成员、规制过严导致规制不足，规制者对此应当保持足够的警惕。

王慧的《土壤污染治理与杀虫剂规制：美国经验及其启示》以美国对土壤污染的治理为例，反思了我国现行的杀虫剂规制制

度。而徐德信的《规制实施者的多样性——兼评公共强制论》则讨论了规制的实施与实施者的多样性问题。

书评栏目安排了西德尼·A. 夏皮罗的《去粗取精：布雷耶法官对管制的评论》。严格来说，这不是一篇书评，而是一篇针对布莱耶大法官的规制理论的系统述评。布莱耶法官是美国——也可以说是世界——规制研究中的领军人物，他的《规制及其改革》和《打破邪恶循环：朝着更有效的风险规制》分别是经济性规制和社会性规制这两大领域的代表作（这两本书的中译本都将在中国问世，很巧，翻译者都是本专集的编委：《规制及其改革》一书由宋华琳、李洪雷和苏苗罕翻译，已经由北京大学出版社出版；《打破邪恶循环：朝着更有效的风险规制》一书则由宋华琳独译）。夏皮罗认为，布雷耶法官提出的“不匹配”概念对管制研究文献产生了巨大的影响，至于影响何在，还请读者自己把握。

有意思的是，虽然本专集名为《规制研究》，但文中往往是“规制”、“监管”和“管制”共用，这也算是转型时期的特有现象吧。

主 编 傅蔚冈 宋华琳

编辑委员会 毕洪海 傅蔚冈 高秦伟
胡敏洁 胡颖廉 蒋红珍
李洪雷 刘 鹏 骆梅英
马英娟 宋华琳 苏苗罕
张兴祥 于立深

编 务 聂日明

《规制研究》注释体例

文中注释采用页下注，全文每页重新编码，注码直接以阿拉伯数字加方括号置于标点之后。

一、注释例

(一) 著作类

1. 《马克思恩格斯选集》第4卷上册，人民出版社1972年版，第26页。
2. 周鲠生：《国际法》（上册），商务印书馆1976年版，第156页。
3. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 56.

(二) 期刊论文类

1. 王家福、刘海年、李步云：《论法制改革》，《法学研究》1989年第2期。
2. Timothy J. Muris, *Opportunistic Behavior and the Law of Contracts*, 65 Minn. L. Rev. 521, 526 (1981).

(三) 文集类

1. 龚祥瑞：《比较宪法学的研究方法》，载《比较宪法研究文集》第一集，南京大学出版社1993年版，第56页。
2. Scott E. Harrington, "Liability Insurance: Volatility in Prices and in the Availability of Coverage", in Peter H. Schuck (eds.), *Tort Law and the Public Interest: Competition, Innovation and Consumer Welfare*, New York: W. W. Norton & Company, 1991, p. 48.

(四) 辑刊论文类

- 陈兴良：《关于死刑的通信》，《北大法律评论》第6卷第2辑，北京大学出版社2005年版，第342页。

(五) 译作类

- 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1984年版，第69页。

(六) 报纸类

王启东:《法制与法治》,《法制日报》1989年3月2日。

(七) 古籍类

1.《宋会要辑稿·食货》卷三。

2. (清)沈家本:《沈寄簪先生遗书》甲编,第43卷。

(八) 辞书类

《辞海》,上海辞书出版社1979年版,第932页。

(九) 港澳台著作

戴炎辉:《中国法制史》,台湾三民书局1966年版,第45页。

(十) 网络类

项磊:《安徽宿州阜阳两地平息地震谣传》,新浪网<http://news.sina.com.cn/c/2008-06-06/094815694024.shtml>,2008年6月6日访问。

二、其他

(一) 非引用原文者,注释前加“参见”。

(二) 引用资料非来自原始出处者,注明“转引自”。

(三) 数个注释引自同一资料者,注释例:前引1,梅因书,第31页。

(四) 引文出自同一资料相邻数页者,注释例:第28页以下。

《规制研究》稿约

《规制研究》(以下简称《规制》)是一本以政府规制为研究对象的学术论丛,由上海金融与法律研究院主办,每年出版两辑。

一、《规制》希望通过梳理政府规制的历史发展和学术理论的渊源脉络,同时将规制的理论与中国的规制实践紧密结合,以期推进中国的政策实践。

二、《规制》提倡跨学科研究,注意将规制的经济、法律、政治、行政及其他学科的理论与实践有机地结合起来,以问题为导向,经验研究、实证分析与理论思考并重,为政府规制的发展提供广阔的理论视角和知识储备。

三、《规制》每期设主题研讨,同时刊发其他论文、评论、书评(如是翻译的文章,译者需要自行解决版权问题),字数不限。

四、《规制》要求首发权,谢绝一稿多投。

五、《规制》只接受电子邮件方式投稿,来稿请寄电子邮箱: regulation@sifl.org.cn,请在标题中注明“投稿”字样,并以 Word 文档用附件方式传送,同时注明作者联系方式。《规制》将在收到投稿后的 3 个月内给您采用与否的答复。

六、来稿一经采用即奉稿酬。

目录

编者按语

主题研讨：转型时期的社会性规制与法治

- | | | |
|--|-----|-----|
| 我们需要什么样的社会性规制 | 傅蔚冈 | 1 |
| 混合型规制：当代中国药品安全规制的机制分析 | 刘 鹏 | 8 |
| 分散抑或合并
——论食品安全监管机构的设置 | 高泰伟 | 53 |
| 规制国家中对行政解释的司法审查
——以谢弗林判例为中心的考察 | 李洪雷 | 79 |
| 中国政府监管机构构建中的缺失与前瞻性思考 | 马英娟 | 130 |
| 危机时刻与规制变迁
——公共议程的设定与美国 1938 年
《食品、药品和化妆品法》的形成史 | 宋华琳 | 150 |
| 环境国家下行政法任务的变迁 | 李 鸽 | 165 |

评论

- | | | |
|-----------|-----------|-----|
| 规制是如何失灵的？ | 凯斯·R. 森斯坦 | 184 |
|-----------|-----------|-----|

土壤污染治理与杀虫剂规制

——美国经验及其启示

王 慧 226

规制实施者的多样性

——兼评公共强制论

徐德信 251

书评

去粗取精：布雷耶法官对规制的评论

西德尼·A.夏皮罗 274

CONTENTS

Editor's Notes

Symposium: Social Regulation and Rule of Law in the Era of Transition

What Kind of Social Regulation Do We Want

Fu Weigang 1

Mixed Regulation:

A Study on Drug Safety Regulatory Regime in Contemporary China

Liu Peng 8

Separation or Consolidation:

On the Organization of Food Safety Regulation

Gao Qinwei 53

Judicial Review of Administrative Interpretation in the Regulatory
State:

Focusing on the Chevron Case Ruled by the US Supreme Court

Li Honglei 79

On the Imperfection and Forward-looking Thinking about the
Constructing of Chinese Regulatory Agencies

Ma Yingjuan 130

Crisis Time and Regulatory Reform:

Public Agenda Setting and the Legislative History of 1938 Food,
Drug and Cosmetic Act of US

Song Hudlin 150

The Changing Task of Administrative Law under Environmental State

Li Heng 165

Review

How Regulation Fails

Cass R. Sunstein 184

Control of Soil Pollution and Regulation of Pesticides:

Experience of the United States and Its Enlightenment

Wang Hui 226

The Diversity of Enforcers in Regulations:

Comments on the Theory of Public Enforcements

Xu Dexin 251

Book Review

Keeping the Baby and Throwing out the Bathwater:

Justice Breyer's Critique of Regulation

Sidney A. Shapiro 274