



中国青年政治学院

CHINA YOUTH UNIVERSITY FOR POLITICAL SCIENCES

法学文库

核能规制与 行政法体系的变革

NUCLEAR REGULATION AND
THE REFORM OF ADMINISTRATIVE LAW SYSTEM

伏创宇◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

本书得到中国青年政治学院出版基金资助

核能规制与 行政法体系的变革

NUCLEAR REGULATION AND
THE REFORM OF ADMINISTRATIVE LAW SYSTEM

伏创宇◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

核能规制与行政法体系的变革/伏创宇著. —北京:北京大学出版社, 2017.4

ISBN 978-7-301-28142-0

I. ①核… II. ①伏… III. ①核能—能源法—研究 IV. ①D912.604

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 039295 号

- 书 名** 核能规制与行政法体系的变革
HENENG GUIZHI YU XINGZHENGFA TIXI DE BIANGE
- 著作责任者** 伏创宇 著
- 责任编辑** 王丽环 陈 康
- 标准书号** ISBN 978-7-301-28142-0
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
- 电子信箱** yandayuanzhao@163.com
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
- 印 刷 者** 北京京华虎彩印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 730 毫米×980 毫米 16 开本 18 印张 267 千字
- 2017 年 4 月第 1 版 2017 年 4 月第 1 次印刷
- 定 价** 58.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370



中国青年政治学院
CHINA YOUTH UNIVERSITY FOR POLITICAL SCIENCES

法学文库

实事求是 朝气蓬勃

总 序

新中国的法学研究起步于 20 世纪 50 年代,改革开放以来不断发展,现在达到了空前的繁荣。当前,中国特色社会主义法律体系已经形成,建设社会主义法治国家的历史重任已摆在了我们的面前,完备的法治需要先进的法律文化,先进的法律文化必然能推动完备法治的形成。当代中国的法律学者任重道远,我们应该有信心、有能力建立起有中国特色的法学理论体系,创造出引领中国法治建设的先进的法律文化。

中国青年政治学院法律系的法学研究人员同样担负着这样的使命和责任,并积极参与其中。中国青年政治学院法律系成立于 1993 年,伴随着我国改革开放的深入和法治建设的进程,不断发展壮大。该系是一个年轻的教学科研单位,广大教师年富力强,绝大多数是改革开放以后在国内外著名大学取得博士学位的青年才俊。他们热爱法学教育事业,关心我国的法治建设,思想活跃,科研能力较强,科研成果丰富,把他们的优秀科研成果汇编成丛书,不仅是对他们的鼓励,也能够极大地促进我校的法律科学研究,并为国家的法治建设作出独特的贡献。

基于这样的目的,我们编辑出版了“中国青年政治学院法学文库”。该文库以反映在中国青年政治学院法律系工作的法律学者的研究成果,促进我国法治建设和法学的繁荣、发展,促进我校科学研究和人才培养,扶植学术新生力量为主要宗旨,由学院学术委员会和法律

2 核能规制与行政法体系的变革

系学术委员会审慎选择我校法律研究人员的优秀学术成果,由中国青年政治学院逐年资助出版。

列入出版计划的相关书籍涵盖法学各个学科,观点新颖,思想丰富,学术规范,论证严密,不失为优秀的法学著作。学术事业是一个薪火传承的事业,今后,本文库将不断推出新人新作,希望中国青年政治学院法律系教师能够继续潜心治学、求真求新、务实严谨,并且凝聚成一个朝气蓬勃、锐意进取的学术团体,创造出更高、更有分量的学术成果,为繁荣我国的法学研究和法学教育事业贡献自己的力量。

王新清

中国青年政治学院常务副院长、教授

序 一

在诸如互联网、人工智能、航天、核能等科学技术日新月异的今天,人类社会呈现出前人无法想象的发展机遇。但与此同时,今天的人类也面临着前人无法想象的风险。机遇与风险并存,今天的人类必须防御和规避风险,否则,风险可能毁灭机遇,吞噬人类。

人类怎样防御和规避现代社会中的发展与机遇并存的风险、自然进化和科技进步导致的风险?法律自然是人们可以运用的诸多手段中的一个重要手段。法律规制不仅是传统常态下人们创制和维护秩序,保护其生命、自由和财产不受侵害机制中的不可缺少的环节,更是现代风险社会防御和规避风险,保障人类生存、健康和可持续发展的整体治理机制中的不可缺少的环节。

但是,我们当下的法律人,无论是法律规制的设计者和创制人——法学家和立法者,还是法律规制的运作、实施人——行政监管人员和司法人员,均存在着对风险和风险法律规制的太多未知区域,大多数法律人只熟悉传统常态社会的法律规制,而不熟悉现代风险社会的法律规制;只知道现代风险社会的法律规制肯定不同于和不应该同于传统常态社会的法律规制,但对二者究竟有什么具体的区别,现代风险社会的法律规制在规制范围、方式、手段上有什么特殊性,各种法律规制如何适应防御和规避各种不同风险,不同规制的界限和度如何把握,却知之甚少。现代社会的风险和人类对风险的法律规制有太多的未知领域,应当引起公法学者重视并进一步探索。

美国大法官卡多佐说:“现行的规则和原则可以告诉我们现在的方位、我们的处境、我们的经纬度。夜晚遮风挡雨的客栈毕竟不是旅

行的目的地。法律就像旅行者一样,天明还得出发。”但天明出发的路程将会是什么样的?前方会发生和可能发生什么样的风险,应如何防御和规避?旅行者必须预测、分析、研究和探索,形成新的规则和原则。同理,人类对于应对风险社会的各种风险,亦必须不断预测、分析、研究和探索,对于防御和规避风险社会的法律规制,同样应该不断研究和探索。在科学技术日新月异的发展和风险随之不断增长的今天,这种研究和探索变得非常急迫与刻不容缓。

近年来,我国法学界有不少敏锐的学者,特别是敏锐的年轻学者,开始意识到研究风险社会法律规制这一课题的重要性,他们出于法学精英的责任感和担当,投入到对这一课题的研究。尽管当下研究这一课题有着太多的困难和太大的风险,没有或很少有现成的研究成果可资参考和借鉴,资料收集的渠道和途径非常有限,一时半会儿难以发表和出版成果,可能影响他们的晋职、评奖和其他各种切身利益。但是,他们没有为此而退缩。他们勇敢而义无反顾地投入到对这一未知领域课题的研究中,并在这一领域坚持数年。可喜的是,在坚持数年后,他们终于拿出了初步的研究成果。现在呈现在诸位读者面前的伏创宇博士的专著《核能规制与行政法体系的变革》,就是这些初步研究的成果之一。伏创宇博士就是这些勇敢的年轻学者中的一位。

核能是风险社会高科技风险的一种(互联网、人工智能、航天等高科技同样存在着巨大的风险),它的风险度已经通过1979年美国三里岛核电站事故、1986年苏联切尔诺贝利核灾难、2011年日本福岛核泄漏事件活生生地呈现在人们面前。在这种强风险面前,人们可以选择退却,放弃核能开发。但是人类当前的发展需要核能,就我国的情况而言,要在2000年建成小康社会,要在本世纪中期实现中华民族伟大复兴,没有核能助力,恐怕很难实现这“两个一百年”的目标。因此,我们不能退却、放弃,我们可以选择的方案只能是加强和完善核能法律规制,通过法律规制促进核能发展,通过法律规制防御、规避核能发展过程中可能出现的风险。

对核能的发展如何规制?创宇博士的论著对之进行了全方位的研究和探讨,从决策、立法、审批许可到司法审查、国家补偿责任。本书对核能发展过程中的每一个国家行为,特别是行政行为,法律如何对之规范与控制,这种规范和控制与法律对其他国家行为、行政行为,

包括决策、立法、审批、许可、司法审查、国家补偿等有什么区别,为什么会有和应该有这种区别,都进行了深入细致的探讨。尽管这种探讨还只是初步的,作者的观点、结论也不一定都是正确的,很多问题还需要进一步的研究。但是,年轻学者的这种探索精神是特别难能可贵的,是值得我们这些“老家伙”们学习的。

本书作者还通过探讨核能规制,进一步反思了我们的现行行政法体系。高科技的发展、社会的变革、行政权运作机制的变化,导致行政法调整对象和调整方式的转型。这种转型不能不触动行政法的体系,行政法体系不能不对之作出回应。本书作者从核能规制对现行行政法体系的挑战入手,逐一分析了核能规制的立法模式、核能规制的行政自律、核能规制的司法审查、核能规制的责任体系,探讨了现行行政法体系的变革途径和风险社会条件下行政法体系的模式。这一研究和探讨,无疑更深化了本书的主题,丰富了本书的理论价值和实践意义。

笔者作为本书的第一读者,有幸先于各位读到本书,特将上述读后感以本书书序的形式呈现于此,并向对核能规制有兴趣的学者和读者推荐本书。

姜明安

2016年11月6日于北京八里庄寓所

序 二

在现代社会,核能已成为不可或缺的能源,这可谓人类科技史上的伟大成就。但核能利用中难免存在风险,如何理性、客观、科学地认知核能风险,结合国家与社会的作用,进行合法、有效的风险治理,并保障核能安全、促进产业发展、捍卫公众福祉,成为颇具实践关怀和理论意义的研究论题。

面对不断发展的核能事业,我国核能规制面临法律缺位、法规和标准滞后、监管权重叠与监管真空并存、缺少适当的公众参与程序、缺少完备的救济责任体系等一系列问题。而我国目前关于核能安全和核能规制的讨论,更多局限于核能监管部门、核能科技专家、核能产业精英的讨论,在某种意义上,这些问题成为专业人士的“炉内灶”。外界对核能规制缺少足够的认识,也未能充分参与相关的讨论。但此间公法学人应有相当的用武之地。作为典型的高风险领域,核能规制堪称一门绵亘于法律、科学和政策之间的“跨科学”(trans-science)的学问。法律人的长处则在于,将各种学科研究成果进行最终整合、分析并予以技术化,将法律理论与科学政策相耦合,将其转化为具体可行的法律制度,对核能规制的研究,应当是现代行政法学所面对的重要课题。

伏创宇博士的这部专著,是国内行政法学对核能规制展开专门系统研究的首次尝试,填补了中国行政法学研究的空白。作者利用负笈德国访学的背景,以德国法为借镜,以德国立法进展、德国核能司法实务中的裁判文书和德国学术文献为基础,较为系统地探讨了核能规制的基础与模式、核能规制与立法责任、核能规制与行政规则的效力、核

能规制与司法审查、核能规制与国家补偿责任及核能规制与行政法体系的变革六个问题。作者利用的资料多为德文第一手资料,所提炼的问题,不仅是核能规制中亟待解决的现实问题,也具有相当的学术理论含量。作者在理论分析与比较研究的基础上,梳理了德国法的学说和制度,提出了我国未来制度改革的方向。

作者实际上是在现代风险社会的背景下,讨论高科技风险规制的行政法理。这部著作将核能规制作为“持续的反省与体系的建构场所”,其间蕴涵的法律原理,还对药品法、基因技术法、食品安全法和环境法等部门法领域具有重要的辐射效应。作者也在努力建构行政法分论与行政法总论之间的互动,“通过行政法来掌握学术与科技的发展”。通读全书文稿,其流淌着诸多扎实的论证、缜密的分析和深刻的洞见,对于思考行政规制中的不确定法律概念、风险防范原则,思考规制立法与法律保留原则、法律明确性原则的关系,分析行政规则的司法效力,思考司法审查与行政判断余地理论,思考公法上的危险责任,都有相当的裨益。这部著作不仅推进了核能规制与核能行政法研究,还通过精耕细作,来努力建构立足行政法释义学、超越行政法释义学的新行政法学。

在本书中,这样的努力可谓俯拾皆是。本书在第一章中探讨了核能规制的基础与模式,讨论了德国核能法上的不确定法律概念,援引德国联邦宪法法院 1978 年的判决,指出“在具体的规范制定中,是采用不确定法律概念还是予以详细的具体化,立法机关拥有形成的空间,在立法方式的选择上,应结合具体实践进行权衡”,并指出,“科学与技术的水平”标准构成了德国核能规制标准的基础和核能法体系的核心;并继而讨论了核能规制中的风险防范原则,讨论了风险防范与秩序行政的异同。正如作者指出的,我国现行的核能法规范未能对核能规制的坐标进行清晰的描绘,也未能从风险防范的角度进行相应的制度架构。因此如何从法律规范层面明确风险防范原则,以科学技术水平为基础,建构我国的核能规制标准,就成为当务之急。

本书第二章讨论了核能规制中的立法责任。其创见在于,讨论了风险规制中立法机关的保护义务,这需要考虑事物的性质,以及基本法律所保护法律利益的性质和位阶,考察现有的法律规范,指出风险规制立法不能因循传统秩序行政的危险防止理念,也不能一味追求绝

对的安全观。第二章的研究还更新了读者对法律保留原则和法律明确性原则的理解,指出在核能规制中,立法机关更多的是为行政规制提供基本的指引与原则,立法的僵化将阻碍对基本权利的动态保护,要根据规制对象的特点、对基本权利的影响程度、基本权利的保护方式等,来丰富和拓展法律保留原则的内涵,此举缓和了核能规制与法律保留的张力,对思考我国核能立法的结构框架、内容范围、调控方式与力度,都不无裨益。

本书第三章着力讨论核能规制与行政规则的效力。这是本书作者用力甚多,且不乏精彩见解的章节。在中国,尽管《行政诉讼法》第63条并未将规范性文件列为行政审判的依据,但在高风险领域,对于诸多不具备“法”的外形,也不直接规范行政相对人权利义务的行政规则,应发挥怎样的功能与作用?尽管也有若干结合技术标准开展的研究,但总体还缺少更为精巧的架构和更为细致的分析。本章结合德国法上的学说和判例,讨论了规范具体化行政规则与规范解释性行政规则的区别,指出规范具体化行政规则的颁布,不涉及法学方法意义上的法律解释,而是为了保障法律规范执行能力的一种非立法性质的规范创制方式。作者继而从平等保障、行政判断余地理论、权力功能主义等角度,讨论了行政规则对司法拘束力的多元基础。作者更进一步结合中国国情,指出应防止因行政规则在内容上的专业性,而赋予其对司法的绝对拘束力,立法的授权目的构成了对核能标准等技术性规则的约束。阅读此章时,常忍不住击节而赞,深感心有戚戚焉。

在本书第四章中,作者结合德国法的判例和学说,讨论了核能规制的司法审查。在对司法审查的讨论中,指出德国法院从功能主义的视角,保持了司法节制的基调,承认了行政判断余地。作者继而从行政功能保留、核能风险评估的预测性、核能规制目标等角度,讨论了行政判断余地的存在基础,并阐述了为行政判断余地建构对话模式的可能性,从而推进了我国学界对判断余地理论的认识。

1979年美国三里岛核电站事故、1986年苏联的切尔诺贝利核电站事故、2011年日本福岛核事故,都是核能产业发展的惨痛教训。在中国,不仅有必要展开预防性的核能风险规制,也有必要探讨风险规制的国家责任问题。在本书第五章中,作者结合中国的法律规范和法律原理,讨论了核能规制与国家补偿责任。作者讨论了公法上危险责

任的构成要件、基于核损害的公法危险责任、私法上的危险责任和保险制度等的局限性,并结合我国2007年国务院《关于核事故损害责任问题的批复》分析核损害国家补偿责任的性质,推进了相关问题的学术研究。

作为公法学者的伏创宇博士,不仅将核能规制研究作为风险规制研究的试验田,而且还在努力通过核能规制研究,反哺行政法总论的学术发展。在本书第六章中,作者探讨了核能规制与行政法体系的变革,讨论了科学技术发展背景下的德国新行政法学,并结合中国实际,对风险规制领域的立法模式、权力配置、行政功能保留、司法审查、责任体系,进行了较为简明精当的讨论,提出了制度建构与变革的因应之道。

在中国经济社会发展、能源结构转型、环境治理改革的背景下,核能领域的发展、安全与规制,必将成为日益重要的课题。核能安全与核能规制所提出的课题,给法学研究者提出了诸多挑战,目前为止却殊少回应。作者迎难而上,取得了可观的成果。在这部专著中,体现了学说、法条、判例与制度的结合,外国法与中国问题意识的结合,行政法分论研究与反哺行政法总论的结合,推进了风险行政法与核能行政法的研究,更推进了对行政裁量、权力分立、法律保留原则、法律明确性原则、行政规则、行政判断余地、国家补偿责任等理论命题的研究,是一本扎实厚重的学术著作。

伏创宇兄是行政法学界的学友同行,已相识多年。值此佳作出版之际,伏创宇兄嘱我做序,这也是我从未有过的殊荣,并深感惶恐与不安。我也从事风险规制、药品规制与技术标准等相关领域的行政法研究,此次有幸能先睹为快,读到伏创宇兄这部著作,颇多会意之处,深感太多共鸣与启发。这也让我回想起十五六年前首次读到台湾公法名家陈春生教授《核能利用与法之规制》著作时,那种难掩的激动与喜悦之情,当时自己从陈春生教授对许可程序、规范具体化行政规则、咨询委员会、核能诉讼的研究中,可谓受益良多。2014年在耶鲁访学时,也曾在耶鲁法学院图书馆看到核能法与核能规制的专架,当时就曾想,国内何时能有一部或几部高质量的核能法学术著作呢?而伏创宇兄的这部著作,就做出了这样的体系化学术努力。

另外,在未来的风险规制与核能行政法领域,仍有许多有待展开

的学术命题与实践问题。如何看待我国《核安全法》与《原子能法》的立法进程,如何在立法和规制中处理安全与发展的关系?如何在国家能源局、国家核安全局、中国核工业总公司等多主体林立的情况下,改革核能规制体制?如何审视和改革我国的核能许可程序,如何看待其间蕴涵的多阶段处分问题?如何审视核能规制中的专家咨询委员会和专家咨询程序,如何审视核能规制、核电站选址中的公众参与,保障风险规制中的程序正义?如何理性认识核能风险,如何看待可接受风险,“多安全才是安全”?如何有效开展风险认知与风险交流?如何在全球行政法和跨国规制治理网络的背景下,审视全球化对中国核能规制的影响,中国如何有效参与到全球核能规制之中?所有这些,都构成了未竟的研究课题。在此提出这些课题,是阅读伏创宇兄著作后的粗浅感悟,与作者和读者分享,而这些研究的展开,也绝非依靠一人或几人之力可以完成。期待更多的研究者能关注高风险领域的行政规制与治理,关注风险行政法的理论建构,并结合核能、食品药品、转基因生物、环境、烟草等具体而微的领域,做出更为扎实缜密的研究,回应实践的改革,反哺理论的发展,来回馈我们所处的时代与社会。

宋华琳

2017年3月于天津

目 录

绪论	1
第一章 核能规制的基础与模式	24
第一节 核能规制的基础	24
第二节 核能规制的模式转换	37
第三节 核能规制的风险预防原则	52
第二章 核能规制与立法责任	62
第一节 立法机关国家保护义务的扩展	63
第二节 核能规制与法律保留原则	68
第三节 核能规制与法律明确性原则	78
第四节 核能规制与立法调控模式的变革	84
第三章 核能规制与行政规则的效力	104
第一节 行政规则效力在核能规制领域的拓展	106
第二节 行政规则对司法拘束力的多元基础	111
第三节 行政规则拘束力的现实解读	121
第四节 合法性约束:回归行政规则拘束力的本源	126
结语	135
第四章 核能规制与司法审查	136
第一节 核能规制中行政判断余地的形成	138
第二节 行政判断余地 在核能法领域的扩展	144
第三节 行政判断余地适用的分歧与共识	150
第四节 核能法领域行政判断余地之检视	160

2 核能规制与行政法体系的变革

第五节 行政判断余地的构造及其变革	169
第五章 核能规制与国家补偿责任	180
第一节 我国国家补偿责任的体系性困境	182
第二节 公法上危险责任的基础与构成	188
第三节 基于核损害的公法危险责任	199
结语	215
第六章 核能规制与行政法体系的变革	217
第一节 核能规制对行政法体系的变革需求	217
第二节 核能规制的权力配置模式及其基础	220
第三节 我国核能规制的行政法体系变革	237
附录 德国核能法(核能和平利用与损害预防法)(节译)	250
参考文献	255
后记	267