

风险规制与行政法学原理的转型 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E9\\_A3\\_8E\\_E9\\_99\\_A9\\_E8\\_A7\\_84\\_E5\\_c122\\_485090.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E9_A3_8E_E9_99_A9_E8_A7_84_E5_c122_485090.htm)

【摘要】本文探讨了风险规制下行政法学原理的转型，对风险规制中的不确定性和预防原则，风险规制体系的重塑，风险规制过程中的形式选择以及规制程序设置进行了较为全面的论述。【关键词】

风险规制；预防原则；形式选择；程序设置 随着现代产业的发展，消费者时代的来临，资讯的发达和科技的进步，使得今天我们正处于一个充满风险的生活环境和社会结构

。2004年发生的安徽阜阳婴儿奶粉事件，2005年发生的苏丹红事件、猪链球菌病疫情、禽流感事件，都凸显出风险规制体系的缺失，规制程序设计上的漏洞，规制事项优先次序选择中存在的罅隙。由于风险的泛在性、不确定性以及危害性，由于个人对风险缺少足够的认知，也欠缺相应的信息和知识，因此无法从容不迫的去因应风险；而风险问题涉及到大量的科学政策问题，自由市场很难去对诸多社会现象所蕴含的风险和收益进行评估，在不同的甚或难以相互权衡的价值之间进行衡量；因此风险社会要求行政法的转型，要求必须结合国家和社会的力量，进行有效率的风险规制。[1]如何在行政法学的理路下，结合具体的行业和领域，对风险规制的组织结构、形式选择以及程序设计给出可操作的安排？如何又从中发展出风险规制的一般性原理，从而对行政法学总论进行丰富和修正？这也是本文要着力探讨的课题。二、风险规制的不确定性与预防原则 随着现代风险社会的毗临、科学技术的革命以及资讯网络的高度发达，我们面对着越来越多

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，这些风险在度量上具有不确定性，它可能会带来无从弥补的损害，以及多米诺骨牌式的连锁反应。在风险领域中存在着高度信息不对称，个人缺乏搜集、鉴别与认知风险信息的能力，面对这些具有高度不确定性的风险每每只能“荷戟独彷徨”。市场上的企业往往具有信息优势，它们会去追求收益最大化，如果没有外在的规制压力，企业往往缺乏去主动披露风险信息，削减污染水平的激励。单靠自由市场无法及时有效的应对风险问题，政府要力求通过风险规制来保护公民的自由和权利，促进公共卫生和安全，保护环境，引导企业的行为向着政府所希望的方向行进。风险规制是一个典型的“决策于未知之中”（Decision-making under uncertainty）的领域，这“不确定性”来自方法论、认识论乃至本体论上的一系列问题，对于风险规制所需的科学信息而言，从概念、度量、取样方法，到数学模型以及因果关系的推论等多方面都存在着不确定性。[2]而且风险规制过程中并非是静态的线性的X和Y如何对应，还要考虑到规制带来的成本和收益，是否会带来新的风险，规制实施过程中会遭遇到怎样的困难和实际的问题？[3]有时即使规制者能预测到可能发生风险，但是却无法度量出风险发生的盖然性。因此风险规制中引入了一项被称为“预防原则”（precautionary principle）的重要法律原则，这项原则要求风险规制者在颁布旨在保护人体健康和环境生态的标准与政策时，将科学不确定性的因素考虑在内，这个原则兼具国内法和国际法上的双重意义，前者是关乎行政活动的合法性与正当性的问题，后者则涉及到主权国家如何遵循国际法上的义务，如何对待我

国已经加入的国际组织和公约的问题。[4]根据预防原则，要给科学上的不确定性予以“充分的和实质性的”考量，给科学证据以统计学意义上的权重，通过证明责任来克服科学上的不确定性；从组织架构层面上看，要引入由多学科背景组成的咨询委员会来对科学政策问题进行讨论审议。

### 三、风险规制与政府规制体系的重塑

一个理想的风险规制体系应至少具备以下四个要素：第一，风险规制体系的事权划分应比较明晰，风险规制机构在行政体系应当有较高的权威和行政级别，与其他规制机构较强的协调和沟通能力。在我国目前风险规制政策政出多门，因此难免有叠床架屋之虞。例如尽管2003年在原国家药品监督管理局的基础上成立了国家食品药品监督管理局，试图承担起食品安全监管的“抓手”的角色，但是一个副部级单位很难承担起对分属农业部、卫生部、国家质量监督检验检疫总局的食品安全监管职能的协调任务。[5]类似的，目前由副部级的国家林业局来牵头全国防沙治沙工作，由于统筹协调其他数家正部级单位，也被视为“小马拉大车”而步履艰难。[6]因此应当进一步强化风险规制机构的权威，明确事权划分，将规制机构之间的沟通协调机制常规化制度化。

第二，风险规制机构要有能力去确定风险规制项目的优先次序，能够决定如何更好的去配置资源来削减风险总量。目前我国风险规制往往缺少理性的安排，要么是随机式的“风吹哪页读哪页”，或者是被动式的“兵来将挡，水来土淹”。例如是SARS危机催生了我们对公共卫生体系的关切，是苏丹红事件才敲响了食品安全规制的警钟，是松花江污染才使得我们对水质污染有了更为清醒的认识。一个有能力的风险监管体系，应当对不同风险的经济社会后果

做出理性的评估，让有限的政府资源与社会资源能实现最优化的配置。第三，风险规制机构和官员应具备专业化的知识结构。一个称职的风险规制官员不一定要成为所有问题的行家里手，但他们要能够理解科学和科学政策问题，尽量地具备一些经济学、行政学和法学的知识，有能力就该领域里的各种复杂问题和专家进行沟通。需要指出的是，尽管我国风险规制机构和人员是一支具有较高素质的专业化队伍，但是对行政事务的沉湎，对文书案牘的熟悉，可能使得他们的专业技能有所荒疏，不能够随着时代的进步而及时有效的“升级”，因此新鲜血液的注入，以及人员自身通过继续教育等方式的充电，是必不可少的。第四，风险规制机构要有完备的信息、资金与技术层面上的保障。信息披露在风险规制中有着重要意义，但首先的问题就是，风险规制机构能否搜集到全面完整的信息，并加以分析处理。为此要大力加强我国风险信息网络的建设，以促进相关信息的收集、传输、处理、公布及利用。同时还应加强财政投入，在未来建立风险防范基金，将社会保险、国家的资金给付职能与风险管理结合起来统筹考虑。同时要打造一支相对独立于规制机构之外，又能为规制机构所能倚重的，负责相应事项的技术检验与审评工作的队伍。

#### 四、风险规制过程中的形式选择

传统行政法学的体系建构是围绕行政处理这个兼具行政诉讼法、行政程序法和行政实体法三重功能的精致概念展开的，但在风险规制过程中，是为了实现防范或减轻风险，保护公共健康、安全和环境的规制目标，而综合搭配运用了各种崭新的规制形式。

##### （一）命令控制型规制形式

##### 1. 信息披露

在今天这样一个科技发达、专业化程度较高的社会里，无论是信息收集能

力、交涉能力还是资金支持，消费者和组织化、专业化程度较高的企业有着较大的差距。消费者难以识别质量的优劣，而企业拥有更多的信息。在缺少政府规制的情况下，代理方出于对利润最大化的追求可能带给作为委托方的消费者更大风险。因此，在风险规制中，政府会强制企业披露关于价格、品性、组分、数量或质量的信息，对虚假或误导的信息予以惩戒。信息披露增加了规制的灵活性，促进了被规制者对规制过程的参与，减轻了政府提供信息的压力，以及消费者对政府的依赖。在我国，对产品质量信息披露的要求主要集中于针对食品、药品、化妆品、医疗器械等“经验商品”的标签和说明书制度，从而维持公平竞争，防止对消费者可能的误导。

2. 标准信息披露是一种较低程度的政府规制形式，它建立在消费者面对信息能够做出理性选择的基础之上，它并不能解决风险规制中的所有问题，事实上，风险领域的信息是那样的纷繁复杂，且具有高度的专业性，试想消费者看着药品说明书中关于药品组分的分子式或结构图，所能做的恐怕也只有大眼瞪小眼。而标准作为一种相对干预程度更高的规制形式，在风险规制中发挥着相当重要的作用。根据《中华人民共和国标准化法》第7条的规定，保障人体健康，人身、财产安全的标准是强制性标准。国家标准化管理委员会在2002年2月24日印发了《关于加强强制性标准管理的若干规定》的通知，对强制性标准或强制条文内容的范围，起草、审查和批准程序都作了规定。目前我国更多的标准还集中于工业生产领域，劳动、安全、卫生和环保等风险规制领域的标准在整个标准体系中所占的比率，以及标准的指标设计和水平选取方面，都还与西方法治发达国家有较大的差距。

优化和完善我国风险规制标准体系，将成为我国未来的努力方向。3. 许可在高度信息不对称的领域，许可的设定成为必然。在我国，目前经济性领域应该去探求放松规制或者更为市场化的规制进路，但是在风险规制领域依然有必要去强化和完善相应的许可制度，这包括对职业资格的许可，以及对产品的许可。很多职业需要有通过知识和实践训练习得的专门技能，来提供特定的专门化服务。这些职业与客户发生直接的、个人的信托关系，因此必须要有很高的公正度和信誉度。这些从业人员提供服务的后果，并不一定能立竿见影的表现出来，而且其行为还有可能构成对第三人的侵害。根据《中华人民共和国行政许可法》第19条第3项的规定，对于提供公众服务并且直接关系公共利益的职业、行业，需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项，可以设定行政许可。例如我国在医疗领域推行了医师资格考试制度，在环境影响评价领域推行了环境影响评价工程师资格制度。对于产品而言，由于其制作加工技术高度复杂，而且产品的危害后果往往有着很长的潜伏期与“时滞”（time lag）效应；而消费者也没有专业能力和技术手段去判定产品的可能风险，因此为了防范具有不确定性的风险，由风险规制机构来进行事前许可，可以在一定程度上起到未雨绸缪的作用。根据《中华人民共和国行政许可法》第12条第4项的规定，对于直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品，需要按照技术标准、技术规范，通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项，可以设定行政许可。我国在药品、医疗器械、化学品等高风险领域都设定了许可制度。（二）市场化的规制形式 以上讨论

的是三种相对传统也是经典的风险规制形式，这些都是行政强制力为基础的命令 - 控制型规制形式，它们给企业施加了高昂的守法成本，易于滋生规制者和被规制者之间的敌对意识，也难以受到公众和舆论的支持。因此晚近风险规制机构开始减少对被规制者发号施令，而是引入经济诱因等更为市场化的进路，从而让被规制者沿着行政所希望的方向发展。主要的市场化规制形式有税收、收费、可交易的许可证制度、补助政策和共同基金等。

### 五、风险规制过程中的程序设置

(一) 风险评估与风险管理 可以将环境、药品、核能等领域的风险规制过程，分为风险评估 (risk assessment) 和风险管理 (risk management) 两个阶段。风险评估步骤的专业性更强，更侧重于对科学事实的认定，来度量特定物质所带来的风险。风险评估一般可以分为四步，以苯的职业卫生标准制定为例：第一步是确证可能的风险，判断苯是在任何情况下都致癌，还是工业用苯才致癌，还是特定场所特定浓度的苯才致癌；第二步是通过剂量-效应曲线的描绘，来绘制出接触苯的浓度和致癌风险变化之间的关联，可以通过流行病学分析，或者通过动物实验的推演来绘制曲线；第三步是去判断人体可能接触多少浓度的苯；第四步是对作为有毒化学物质的苯进行归类 and 定位，来判断是否属于致癌物，是一个强还是弱致癌物。风险评估更多是一个“纯”科学问题，因此更多的要留给科学技术专家进行专业判断。在风险评估之后的风险管理阶段，规制者要考虑规制手段能在多大程度上消除特定风险，本身又是否会带来新的风险，会给相对人的实体利益带来怎样的影响，会带来怎样的附加成本，执行起来会遭遇到怎样的困难。只有在科学技术专家、政策制定者以及产

业界的协力下，才能厘清这些“跨科学”或者说是“科学政策”的问题，才能有效的将风险评估结果、工程技术数据以及社会、经济和政治的关切整合起来，权衡政策替代进路，出台切实可行的规制措施。（二）风险规制中的政府、专家与公众一般认为风险规制是以科学研究或科学评估为基础的，因此要求具备有相应的技能和专长（Expertise），就广义而言，专长是某个机构或个人有着立法机关、司法机关、行政机关及其官员通常所不具备的专业技能、经验或知识。行政决策的“专家”模型假定行政机关是由技术精英统治着，假定专业化的行政机关在知识和信息上都有着自己的优势，认为它可以更好的整合信息和技术资源，超越私人利益而为了“公共利益”制定标准，从而矫正因信息不对称和外部性所带来的信息失灵。[7]但是政府官员不一定是相关技术领域的“专家”，他们不一定能把握日新月异的风险规制政策和科学前沿动态，因此风险规制过程中还要在相当程度上倚重于行政机关之外专家的作用。专家可以去对风险规制中包括政策考虑、经济约束、技术可行性、健康影响等在内的的问题加以思考，以其直觉、创造力和对问题的敏感把握，对“细节中的共性”予以衡量，针对一系列可能的选择，做出整体上的确证和评判。[8]公众的诉求在风险规制政策形成中发挥着重要的作用，所谓“众口烁金，积毁销骨”，公众对SARS、禽流感的恐慌或畏惧，对苏丹红、PVC保鲜膜事件的关注，都可能改变风险规制过程中的资源配置和优先次序选择。但是公众往往缺乏专家所具备的专业学识和素养，他们更可能会“跟着感觉走”，根据“经验法则”（rules of thumb）或生活常识来给出自己的判断，往往更为关注那些突发的，被

动遭受的，无法控制的，带来灾难性后果乃至影响未来世代的风险事项，倾向于去高估一些出现概率较低的风险，而对一些出现概率较高的风险视而不见。（三）风险规制中的技术委员会在风险规制过程中，应当努力选择一个合适的程序论坛，以促进不同利益团体间能就事实和价值上的差异进行协商，从而达到“一致同意”。两造对抗式的审判型听证程序虽然可以对有争议问题进行彻底的审查，增加事实认定问题的准确性，但是它不仅可能给当事人带来经济上的负担，以及行政过程的迟延，而且其过于正式化的氛围，会让处于不同立场的对手变得更加“针尖对麦芒”，让不同利益团体和代表的歧见日趋极化和对抗，而缺少一个有效的机制达成彼此间的合意。[9] 而由行政机关组织的对特定事件加以认定的调查委员会或工作小组，则更类似于所谓的“科学法院”（science court），它过于严格的将科学的事实认定与后续的政策选择相分离，对于处于科学知识前沿且具有高度政策考虑的风险规制而言，这样的程序论坛也是不适宜的。[10] 风险规制中最为普遍接受的还是“技术委员会模型”，技术委员会是由来自制造厂、消费者、工程技术专家、政府部门、实验室和研究机构等不同部门的成员组成的，他们根据科学规范，分析科学报告，就对科学数据的分析和推理展开争论，通过商谈讨论，针对每个具体的领域和产品，来做出决断。这样的程序装置不仅可以整合进去公众参与的部分要素，而且还可以反映出不同科学见解间的纵横捭阖，从而在科学和民主的紧张之间达成相对最优的选择。[11] 在我国药品审评、环境影响评价、核电站许可等诸多风险规制领域，技术委员会都发挥着重要的作用。在未来，技术委员会的人员

组成应当均衡，委员会讨论的记录应该能为利害关系人得到，或者通过网络等载体公开。（四）风险规制中的成本收益分析程序 规制的成本收益分析肇始于美国，它要求行政机构在确有“必要”时才制定规则，在制定重大的规则前，必须先对实施这项规则所花费的成本和可能得到的效益进行分析，还要对规制替代进路的成本和收益，对不规制所产生的成本和收益加以分析。对风险规制而言，一个理想的状况是将风险削减为零。但是在真实世界中，并不存在一个“零风险”的状况，而且越趋于零风险时，为了降低单位风险水平，所付出的成本可能会有几何级数的增长。国务院于2004年颁布的《全面推进依法行政实施纲要》第17条中明确提出要“积极探索对政府项目尤其是经济立法项目的成本效益分析制度。政府立法不仅要考虑立法过程成本，还要研究其实施后的执法成本和社会成本”。对于市场化改革要求较为迫切而且较少涉及政治考量的领域而言，可以考虑将成本收益分析作为一种政策评估方法，引入到过程之中。我国近年来在环境、职业卫生等领域的政策形成过程中，已对规制的成本和收益有所关照。但总体来说，我国风险规制中对经济利益与公共福祉等的度量和衡量，堪称是“葫芦僧判断葫芦案”。这些规制成本无人核算或无从核算，一年到底要立多少个项目？这些风险规制项目的需求从何而来，由谁判定？判定的客观标准是什么？项目执行后如何监控？完成后由谁，通过什么方法来检验？这一切都不得而知。而且在对风险规制的估量过程中，我们会更倾向于高估小概率事件发生的可能性，去高估这些事件对“公共健康”或者“公共利益”的影响，但会低估乃至漠视其对经济利益的影响。在环境、安全和

健康等风险规制领域，必须去追问这么几个问题：第一，风险规制会带来哪些直接或间接的成本；第二，是否会因遵守了风险规制而影响到我们其他方面的利益；第三，风险规制项目是否会带来新的风险；第四，风险规制实施过程中会有什么新的困难，会遭遇什么实际的问题。需要指出，成本收益分析方法并非包打天下的灵丹妙药，而只是为规制机构在裁量权运作的范围之内，提供了更为广袤的政策选择空间。

【注释】 [1] 王泽鉴.危险社会、保护国家与损害赔偿法[J].月旦法学,2005(2):73。 [2] Vern R.Walker, Risk Regulation and the “ Faces ” of Uncertainty, 9 Risk 29-34 (1998). [3] Stephen Breyer, Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation, Cambridge: Harvard University Press 47-48 (1993). [4] Elizabeth Fisher, Precaution, Uncertainty, and Principles of Good Administration, Water Sci Technol. 2005. 52(6): 19-24. [5] 黄镔坚、李翔.脆弱的食品安全网[N].经济观察报,2004年5月24日. [6] 钱昊平.林草之争促变防沙思路[N]，新京报,2006年4月28日. [7] Anthony Ogus, Regulation: Legal Form and Economic Theory, Clarendon Press, 152 (1994). [8] Elizabeth Fisher, Drowning by Numbers: Standard Setting in Risk Regulation and the Pursuit of Accountable Public Administration, 20 OJLS 109-130(2000). [9] Sidney A. Shapiro, Resolving Technological Controversies in Regulatory Agencies, 6 Risk 127 (1995). [10] Sheila Jasanoff, Procedural Choices in Regulatory Science, 4 Risk 143 (1993). [11] Thomas O.McGarity, Public Participation in Risk Regulation, 1 Risk 128-130(1990). 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)