

# 风险行政的行为法构造

## ——以重大风险设施选址为参照事项

陈越峰

**摘要** 重大风险设施选址涉及危险防御、空间塑造、利益衡量和风险分配。“邻避”话语及其分析框架有失允当。项目选址决定的事实认定有着不确定性。风险评估于是成为事实认定的基本程序配置，其对象包含着主观认知，宜采取“分析—协商”的方法，形成关于危险、风险和剩余风险的规范决断，在个案上则实行举证责任倒置规则。项目选址是面向未来的空间塑造活动，多元利益在行政过程中实质性建构，风险也在其中分配。因此，程序公平和分配公平的重要性凸显。项目选址的风险分配过程，有着技术标准、行政规划和行政许可等多阶动态手段，形成了以行政许可为中心的规制措施和跨部门综合决定。风险分配的正当性基础来源于合作与程序。参与基础不再限于主观公权利，而包括多元利益、风险知识乃至风险承受，最终形成“商谈—建构”的审议民主程序和合作决策构造。

**关键词** 风险行政 风险评估 行政裁量 利益衡量 行政程序

作者陈越峰，华东政法大学法律学院副教授（上海 201620）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2020)06-0098-13

### 一、风险行政法的构造问题

科学技术的发展，极大改善了人类社会的生存与发展条件，同时也带来了新的风险。进入现代以来，核技术、信息技术和基因技术，还有新的化学原料的使用，所带来的各种风险要比工业化初期阶段的危险严峻得多。<sup>①</sup>制造新知识的科学系统既无法自我控制，也不能确知后果。将科学知识用于商业的经济系统，只关注其经济效益的边界。于是，风险规制的重任就落在了国家身上，人们指望国家为风险划定一个社会可以承受的外部边界。安全已经上升为国家的一项紧迫任务，国家的正当性也日益建基于此。<sup>②</sup>相应地，公共行政的重心已经向风险行政转变，风险行政逐渐成为常态化的行政任务。<sup>③</sup>

我国风险行政法的研究，充分关注了行政任务的重大变迁。<sup>④</sup>在研究的具体进展上，有人认为：“虽然整体的风险行政法尚未成熟，但食品、药品、环境、核能、交通等具体领域的安全法制渐趋发达，某些

① 迪特尔·格林：《现代宪法的诞生、运作和前景》，刘刚译，北京：法律出版社，2010年，第106页。

② 迪特尔·格林：《现代宪法的诞生、运作和前景》，第107页。

③ 汉斯·沃尔夫等：《行政法》第3卷，高家伟译，北京：商务印书馆，2007年，“前言”，第3页。

④ 有代表性的系统研究成果，参见沈岗主编：《风险规制与行政法新发展》，北京：法律出版社，2013年；金自宁：《风险中的行政法》，北京：法律出版社，2014年；赵鹏：《风险社会的行政法回应——以健康、环境风险规制为中心》，北京：中国政法大学出版社，2018年。

原理、制度和机制的共通性也日益彰显，风险行政法的基本构造已初步显现。”<sup>①</sup>重大风险设施的选址问题，是风险社会中带有普遍性的问题。<sup>②</sup>在我国，“新型城镇化”的建设目标意味着重大项目建设是较长时期内的行政任务，相应风险的规制问题也将是需要长期面对的问题。

### （一）重大风险设施选址的结构性难题

我国的重大工程项目，由国民经济和社会发展规划确定。对正在审批核准的项目，国家发展和改革委员会则要求各地区、各部门最大限度简化审批程序、大幅缩减审批时间，强调工程项目实施的关键在于落实、落地和发挥效益。<sup>③</sup>由于“落地”是首要任务，在其“重压”之下，即使重大工程项目有负外部性，即企业或个人向市场之外的其他人强加成本时，<sup>④</sup>现行的城乡规划、环境影响评价和社会稳定风险评估等制度也可能被压得变形，从而无力实现相应功能。“以项目拉动地方经济发展”是许多地方促进发展的不二选择。

重大风险设施选址存在两方面的风险：一是科技、工业和环境等方面的风险，例如，核电站爆炸、化学品泄漏、化工厂爆炸等重大事故；二是社会风险，如垃圾填埋场和焚烧厂、变电站、机场、磁悬浮列车线等公共设施和PX石化项目、核废料处理厂、造纸厂污水系统等产业设施的规划建设触发不少群体性事件。<sup>⑤</sup>这两重风险之间存在着复杂的互动关系，选址结果存在危害公众健康和环境的科技、工业风险，风险的严重性和不确定性增加了沟通、信任和决定的难度；对这一风险的担忧如果未能得到充分关注和有效承诺，往往会传导至选址过程，引发相邻区域、社区和相邻关系人对选址的排斥乃至抗争，进而积聚社会风险。这些风险交织在一起，形成极其复杂的治理难题。<sup>⑥</sup>在两者关系中，科技、工业和环境风险是原生性的，而因选址引发的社会风险是派生性的。

### （二）“邻避”话语的“箭失靶心”

学界对项目选址风险的研究，主要以“邻避效应”为基础概念和分析框架。<sup>⑦</sup>通说认为，邻避（NIMBY, Not in My Backyard）是指公众虽然认同邻避设施建设的必要性，但排斥其设置于自家附近的行为，相应地，抵制邻避设施的现象一般被统称为“邻避效应”。“邻避”被作为一个概念和分析工具加以使用，而且带有批判性。它往往被看作是狭隘的地方主义观念和自私的个人主义的外在表现。<sup>⑧</sup>在项目选址风险成因和治理难题揭示上，“邻避效应”分析框架具有相当的解释力。

然而，在我国，项目选址争议的成因远远超出了这一概念所能涵盖的范围。如果以“邻避”贴标签固然简便，但可能将掩盖项目选址争议者的真正动机，阻碍对重大风险设施选址争议性质的全面准确理解。有关研究显示，项目的科学性、公益性界定、危害担忧、公平质疑、财产侵害和信任缺失等是选址风险产生和积聚的主要内在原因。<sup>⑨</sup>可见，以“邻避效应”作为我国重大风险设施选址问题的分析框架，又有失允当。从群体性事件角度展开的研究，也是已有研究成果的一个重要方面，<sup>⑩</sup>这方面的研究有其价值，不

① 王贵松：《风险行政的组织法构造》，《法商研究》2016年第6期。

② 参见珍妮·X.卡斯帕森、罗杰·X.卡斯帕森编著：《风险的社会视野（上）：公众、风险沟通及风险的社会放大》，童蕴芝译，北京：中国劳动社会保障出版社，2010年，第265页。

③ 参见刘保林：《充分发挥重大工程项目牵引作用，推动“十三五”规划〈纲要〉全面实施》，《中国产经》2016年第9期。

④ 参见保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯：《经济学》，萧琛主译，北京：人民邮电出版社，2007年，第36页。

⑤ 参见谢耘耕等：《2013年邻避舆情事件报告》，《新媒体与社会》第十辑，北京：社会科学文献出版社，2014年；刘能：《群体性事件：分析框架及其分析潜力》，肖唐镖主编：《群体性事件研究》，上海：学林出版社，2011年，第4—8页。

⑥ 参见何艳玲：《“中国式”邻避冲突：基于事件的分析》，《开放时代》2009年第12期。

⑦ 国内有关研究的综述，参见李佩：《1990年代以来邻避运动研究现状述评》，《江苏社会科学》2016年第1期。

⑧ See Vicki Been, What's Fairness Got to Do With It? Environmental Justice and the Siting of Locally Undesirable Land Uses, 78 *Cornell L. Rev.* 1001(1992-1993); Michael B. Gerrard, the Victims of NIMBY, 21 *Fordham Urb. L.J.* 495(1993-1994).

⑨ 参见董幼鸿：《邻避冲突理论及其对邻避型群体性事件治理的启示》，《上海行政学院学报》2013年第2期；郑卫等：《并非“自私”的邻避设施规划冲突——基于上海虹杨变电站事件的个案分析》，《城市规划》2015年第6期；Wolsink, M., Wind power and the NIMBY-myth: “Institutional capacity and the limited significance of public support,” *Renewable Energy*, 21, pp. 49-64 (2000)；何艳玲：《“邻避冲突”及其解决：基于一次城市集体抗争的分析》，《公共管理研究》第4卷，上海：格致出版社，2006年。

⑩ 例如，佴澎：《消弭冲突——解决边疆地区群体性事件的法律机制》，北京：社会科学文献出版社，2013年；肖唐镖主编：《维权表达与政府回应》，上海：学林出版社，2012年；肖唐镖主编：《群体性事件研究》，上海：学林出版社，2011年。

过从风险治理的目的来看,可能存在“舍本逐末”的不足。总之,这些研究范式和进路,不太利于准确归因,在研究的精准性上也就可能存在欠缺。

### (三) 行政行为法传统构造面临的挑战

有学者将行政法的传统构造归纳为“自由防御型行政法”,其对应的是自由法治国家,面对的行政任务是维护秩序。<sup>①</sup>在基本概念和分析工具上,它以形式化和对应司法作用的“(具体)行政行为”为中心,以适用行政诉讼的司法审查。<sup>②</sup>

重大风险设施选址是一个复杂的行政过程。与传统的秩序行政相比,它包含对未来空间的积极塑造;与福利给付相比,它不只是行政机关与相对人之间的两造法律关系,而涉及多元利益关系的建构;与规划裁量相较,它涉及风险分配和对剩余风险的确定。实际上,重大风险设施选址活动涉及秩序行政、给付行政、规划行政和环境行政等形态,存在认知问题、规制问题和分配问题,具有高度复杂性。<sup>③</sup>这些是“自由防御型行政法”所无力处理的。行政法的传统构造在新的行政任务下面临着挑战。

风险行政法是一个应对风险社会的特别机制,其组织法、行为法、程序法、救济法等均有一定的独特之处。<sup>④</sup>风险行政的行为法层面的问题比较复杂,需要进行体系性思考和整合。风险行政的行为法需要从全过程加以考量,但它已不是“行政过程论”的问题意识和理论构造所能涵盖。在风险行政中,实体上的行为法构造与程序法构造越来越密不可分。本文将以重大风险设施选址这一风险行政活动为参照领域与事项,尝试提出一个纳入重要程序法构造的风险行政行为法构造。

## 二、不确定的事实基础:风险评估与可接受的风险

在行政行为法的传统构造中,作出决定的事实根据由行政机关认定,行政机关就行政行为的合法性承担举证责任。因为作出决定所需要认定的事实相对较少,加之现代技术尚未得到广泛应用,事实认定的难度也较低,所以事实认定有着较大的确定性。高新科技应用的风险使得不确定性程度大大增加,包括不利后果的可能范围大小、严重程度、具体发生概率等。<sup>⑤</sup>行政机关在事实认定方面开始面临全新挑战。

### (一) 风险的不确定性及其结构

技术风险在科学上是不确定的。一方面,风险与未来后果相关,而未来后果内在地不可预测;另一方面,集中的风险知识是匮乏的,而风险是在开放体系内发生的,自然环境的变幻莫测和人类行为的捉摸不透都应考虑在内,因此许多技术风险并没有稳定的概率。<sup>⑥</sup>增强后的科学、技术和工程能力使控制、减少或消除风险的能力稳定增长,然而,同样的能力也会使可识别的风险数量稳定增长。<sup>⑦</sup>

技术风险在行为上也是不确定的。风险的性质和存在经常取决于人类行为。人类行为具有多变性,社会现象很难轻易加以预测分析。许多风险甚至是人类在活动中无意造成的,这些都更加凸显了风险的不可预测性。<sup>⑧</sup>行为意义上的技术风险绝不只是理论上的,而更是实践中的。对此,日本核电员工在反思福岛核电站泄漏事件的灾难根源时集中谈到:

……问题的本质,是我们太过于注重理论上的安全了。核电厂里面,铁丝掉进原子炉、工具掉进配管里卡住的人为疏失可说是层出不穷。为什么会这样呢?因为工程现场里“有真功夫的师傅”实在是太多了。不管核电设计有多完美,实际施工却无法做到与原设计一模一样。<sup>⑨</sup>

① 参见王贵松:《作为利害调整法的行政法》,《中国法学》2019年第2期。

② 参见朱芒:《中国行政法学的体系化困境及其突破方向》,《清华法学》2015年第1期。

③ 参见施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明鏞等译,北京:北京大学出版社,2012年,第108—109页。

④ 参见王贵松:《风险行政的组织法构造》,《法商研究》2016年第6期。

⑤ 金自宁:《风险行政法研究的前提问题》,《华东政法大学学报》2014年第1期。

⑥ 参见伊丽莎白·费雪:《风险规制与行政宪政主义》,沈岩译,北京:法律出版社,2012年,第7—10页。

⑦ Vincent T. Covello & Jeryl Mumpower:《风险分析与风险管理:一个历史的视角》,金自宁编译:《风险规制与行政法》,北京:法律出版社,2012年,第52—55页。

⑧ 参见伊丽莎白·费雪:《风险规制与行政宪政主义》,第7—10页。

⑨ 平井宪夫:《核电员工最后遗言——福岛事故十五年前的灾难预告》,陈炯霖、苏威任译,北京:人民文学出版社,2011年,第20页。

除了一般意义上的风险的不确定性,选址项目的多样性、拟选址地点的特殊性、选址过程的复杂性等,又进一步显著增加了风险的不确定性,使得重大项目选址风险具有高度的不确定性。

对风险采取预防,是人类在面对风险问题时在事实和经验上的无奈,也体现了在价值判断和选择上的慎重。在风险的体系构造中,危险、风险、剩余风险代表了与可能的损害事件相关的认知不确定性评价的三种不同形式。危险可以根据线性因果关系进行经验性推断;而风险是非线性因果关系上的表现;剩余风险则被划定在规范边界外。风险和剩余风险之间的界限并不是认知问题,而是规范问题。<sup>①</sup>对危险采取排除措施,对风险采取预防措施,对剩余风险则予以接受,就是规范上的基本决断。于不确定状况下作出决定,是风险行政行为法构造的事实基础。由此,可能带来整个行为法结构的变化,行政决定的明确性要求以及存续力要求就无法完全适用了。<sup>②</sup>

## (二) 风险评估与证明责任

风险存在不确定性,因此就需要进行风险评估。已有研究认为,风险评估包括危害识别和有害性确认、剂量反应评估、暴露评估和风险描述等基本内容。<sup>③</sup>关于风险评估的性质和规范要求,已有研究有不同见解。一种观点认为,科学性是风险评估的规范要求,风险评估只解决科学问题,就事实作出回答,只运用科学方法,不作政策判断,<sup>④</sup>正因为风险评估有其必要的专业性、不受外界的影响,才可以作为环境保护、生命安全、身体健康的规范基础。另一种观点认为,风险描述包含着价值判断,其描述风险的性质以及风险的危害程度,包括伴随的不确定性,进而可能影响政策决定和监管模式。<sup>⑤</sup>面对存在交互作用的多种毒素、多种暴露途径和脆弱性不同的多样化人口的现实世界,实验室里限定了条件的技术实验,其方法的权威性和结论上的指导意义也是有限的。<sup>⑥</sup>

在风险评估的对象方面,有研究认为需要纳入对风险的主观认知维度。<sup>⑦</sup>进一步的研究认为,风险的“主观性”与“客观性”已很难彼此分立开来,风险不仅具有其心理学的维度,也具有其社会学的维度。<sup>⑧</sup>更为彻底的主张则指出大型技术时代的风险特质,仅靠自然科学技术的方法不足以全面地预测和评价,必须全面考虑经济、社会科学和心理学提出的问题及关联性,甚至还要延伸到哲学尤其是伦理学领域。<sup>⑨</sup>

我国重大风险设施选址的风险评估制度,最有代表性的有两项:一是环境行政部门的“环境影响评价”;二是发展改革行政部门的“社会稳定风险评估”。前者试图揭示项目对环境的单向影响,后者试图单向预判公众对项目的主观反应。在制度构造上,“社会稳定风险评估”在前,“环境影响评价”在后,表明制度设计者对技术风险客观表现和主观建构关系的认知存在错位。无论是否承认和纳入技术风险的主观建构成分,对技术风险客观面向的准确揭示始终是风险评估的基础部分。此外,“环境影响评价”和“社会稳定风险评估”分别在项目开发审批的特定阶段展开,呈现出片段化、静态化的特点。

有研究指出,知识生产的情境化要求检验、验证和认可知识的过程的情境化。情境化知识的“客观性”和“现实性”要求评估结果的步骤、方法和质量标准更加广博。<sup>⑩</sup>这就需要一种综合性风险分析方法,即“分析—协商”的方法,在整个过程中,风险评估专家与利益相关者保持持续深入的谈话,直至得

① 乌尔里希·K·普罗伊斯:《风险预防作为国家任务——安全的认知前提》,刘刚译,刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,北京:法律出版社,2012年,第143页。

② 参见施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,第153页。

③ 参见赵鹏:《风险社会的行政法回应——以健康、环境风险规制为中心》,第168—174页;布鲁斯·德恩、特德·里德编:《充满风险的事业——加拿大变革中的基于科学的政策与监管体制》,陈光等译,朱晓军等校,上海:上海交通大学出版社,2011年,第134—135页。

④ 赵鹏:《风险社会的行政法回应——以健康、环境风险规制为中心》,第168—174页。

⑤ 布鲁斯·德恩、特德·里德编:《充满风险的事业——加拿大变革中的基于科学的政策与监管体制》,第137页。

⑥ 参见 David A. Dana:《风险预防原则的行为经济学辩护》,金自宁编译:《风险规制与行政法》,第75—76页。

⑦ Baruch Fischhoff, Stephen R. Watson, Chris Hope:《界定风险》,金自宁编译:《风险规制与行政法》,第9—10页。

⑧ 海尔格·诺沃特尼等:《反思科学——不确定时代的知识和公众》,冷民等译,吕佳龄校,上海:上海交通大学出版社,2011年,第235—236页。

⑨ 格哈德·班塞:《风险研究的缘由和目标》,陈霄、刘刚译,刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,第24页。

⑩ 海尔格·诺沃特尼等:《反思科学——不确定时代的知识和公众》,第235页。

出结论。一旦出现改变风险管理要求或性质的新信息,则将重新展开“分析—协商”。<sup>①</sup>

关于技术风险的评估,无论是采取客观认知的立场,还是考虑纳入主观建构的成分,不确定性始终都是存在的。<sup>②</sup>因此,为了实现社会整体的安全,概率证据在风险的行政规制中可以得到广泛运用,并且不产生合法性的问题。<sup>③</sup>这意味着在证明标准上形成了与风险的不确定性相适应的证明度要求。

在举证责任上,有研究者认为,行政机关负有建立合理怀疑的义务,一旦建立对风险的合理怀疑,则可以采取有限度的举证责任倒置。<sup>④</sup>风险制造者必须对相应措施的无损性以充分的确定性积极加以证明。<sup>⑤</sup>适用举证责任倒置规则,虽然会加重风险制造者的义务,但有其正当性。因为在现代及未来社会中,国家几乎不可能平行于私人设施设备运营商的技术对其风险后果开展研究。相应的新规则是,引入新技术者应当基于其知识的领先性对危险性进行更好的评估,即风险制造者对必要的后果研究在责任法上负有义务。<sup>⑥</sup>

### (三) 风险的概率与可接受的风险

风险的界定基于数学的概率和社会的利益。风险的概率不只是纸面计算的结果,而需要从科技、工程等方面进行综合判断。有概率的风险是风险对象,而非解决方案。如果对工程风险的概率判断严重失准,传导至风险设施选址活动,就会带来风险的不确定性增加和概率变化。对此,日本核电员工对于核电工程风险因工程实践能力不足而放大的揭示发人深省。<sup>⑦</sup>

当然,更具有挑战性的是对于风险的无知,或者说人类对风险的知识限度,它从根本上带来了风险的不确定性。在 1986 年切尔诺贝利核电站爆炸事件发生之前的 1980 年,苏联院士 M. A. 斯蒂里柯维奇在《星火》(Ogoniok)月刊中疾呼:“核电站就像天空中的明星一般,整天闪耀着!我们应该把它们播洒在全国各地,它们安全极了!”苏联核能利用委员会副主席 N. M. 西涅夫则使用通俗的语言向公众解释核能是怎么回事:“核反应堆就像是常见的炉子,反应堆的操作人员就相当于司炉。”<sup>⑧</sup>顶级科学家的这些表述在切尔诺贝利核电站爆炸事件后再看,更加凸显了人类的无知。“风险规制和其他传统行政活动的根本不同,就在于规制者必然遭遇这种无知。无知决定了行政法治的要求在风险行政领域无法以传统方式实现。”<sup>⑨</sup>风险行政决定的要义不在于决定之时对于风险的准确评估,而在于对于风险的不确定性有清楚认知而仍然愿意接受。

于是,我们需要从另一个角度展开讨论。总有一些风险是“生命中不能承受之重”,这些风险是不可接受的风险,风险的概率失去了意义。例如,在加拿大,当涉及个人的健康或安全时,即使在科学上有强有力的共识,人们也往往不愿接受科研成果的结果。<sup>⑩</sup>对健康或安全的深切关切,在核电站建设上呈现出一种坚决的主张:

我坚决反对继续盖新的核电厂。而运转中的核电厂,也必须确实地逐一关闭。

只要有核电存在,

真正的和平就不可能降临于世界。

请把美丽的地球留给孩子们吧!<sup>⑪</sup>

类似的表述在对切尔诺贝利核电站爆炸事件的反思中也不断出现。<sup>⑫</sup>如果对特定风险持这一立场,则选址问题就不会产生了。但是,人类有时候必须作出一些艰难的抉择。有研究者主张,风险管理应当采用

① 布鲁斯·德恩、特德·里德编:《充满风险的事业——加拿大变革中的基于科学的政策与监管体制》,第 137 页。

② 莱纳·沃尔夫:《风险法中的风险》,刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,第 93 页。

③ 赵鹏:《风险社会的自由与安全》,《交大法学》2011 年第 2 卷,上海:上海交通大学出版社,2011 年。

④ 赵鹏:《风险社会的行政法回应——以健康、环境风险规制为中心》,第 128—131 页。

⑤ 参见克里斯蒂安·卡莉丝:《宪法视野下的预防问题》,李忠复译,刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,第 242—243 页。

⑥ 参见克里斯蒂安·卡莉丝:《宪法视野下的预防问题》,刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,第 245 页。

⑦ 参见平井宪夫:《核电员工最后遗言——福岛事故十五年前的灾难预告》,第 22 页。

⑧ 格里戈里·梅德韦杰夫:《亲历切尔诺贝利》,刘建波译,北京:民主与建设出版社,2019 年,第 3—4 页。

⑨ 金自宁:《风险行政法研究的前提问题》,《华东政法大学学报》2014 年第 1 期。

⑩ 布鲁斯·德恩、特德·里德编:《充满风险的事业——加拿大变革中的基于科学的政策与监管体制》,第 309 页。

⑪ 平井宪夫:《核电员工最后遗言——福岛事故十五年前的灾难预告》,第 52 页。

⑫ 参见 S. A. 阿列克谢耶维奇:《切尔诺贝利的悲鸣》,方祖芳、郭成业译,广州:花城出版社,2015 年。

一个具有结构化的办法，在风险管理决策中应当首先考虑保护人体健康，对风险的可接受水平应主要基于对人体健康的考虑。<sup>①</sup>

所谓可接受的风险，实际上不是对于风险的接受。人们真正接受的是以风险为必要条件或必要代价的、可能获得的收益。<sup>②</sup>在项目选址风险治理上，收益是相对确定的，风险是不确定的。因此，可接受的风险一定是底线之上的风险。在重大风险设施选址中，人身安全和健康、环境的承载能力限度就是接受风险的底线。这就确立了“可接受风险”的概念及其认知。<sup>③</sup>相应地，“无伤害”规划和选址的提出，其实是将新增风险削减至接近为零，从而使得其可以被接受。<sup>④</sup>然而，在绝大多数案例中，“零风险”是可望而不可即的，在“可接受的结果”和“被禁止的结果”之间有着逐渐变化的各种形态，人身安全和健康、环境承载能力之上的风险还是要继续分配。由此，风险行政也才真正展开，渐次进入实质阶段。

### 三、建构型的法律后果：利益衡量与风险分配

风险行政在描述意义上是一种新的行政形态，其能否成立关键在于规范上的表现。从法律后果看，重大风险设施选址行政，是面向未来的空间塑造活动，是多元利益关系的建构过程，也是一种风险分配活动。

#### （一）面向未来的社会塑造

在19世纪的自由法治国时代，国家管理的范围限于排除危险，不进行积极的塑造。到了现代法治国家，在危险排除行政之外，给付行政和社会塑造活动任务兴起，规划也成为了行政的重要手段。<sup>⑤</sup>

规划行政是一种由目标引导形成物理空间秩序和社会形态塑造的活动。<sup>⑥</sup>就项目建设而言，规划的确定通过权衡性的决策，考虑和处理所有的效果、利益，进行全面的衡量。重大风险设施选址和规划建设，如果是公共设施，则属于给付行政的范畴；如果是产业设施，则带有经济行政的特点。两者又都有着规划行政的属性。然而，究其本质，它是一种典型的风险行政。从功能角度来观察，即使是消极意义上的秩序行政，也在恢复性意义上发挥着社会塑造的功能。但是，重大风险设施选址，作为一种典型的风险行政，是面向未来的更为积极的社会塑造活动。

在市场机制的作用下，这种积极的面向未来的空间塑造一旦启动，就有可能在社会流动的循环中不断得到强化，形成诸如“石化基地”“核电城”等城市形态。<sup>⑦</sup>因此，其体现出显著的空间建构属性。

#### （二）多元利益的行政建构

就涉及科学技术问题展开的风险规制，立法机关通常不太可能作出详细规定，而不得不对行政机关作出概括授权。<sup>⑧</sup>重大项目选址活动也是如此。重大风险设施选址活动所影响的利益分布广泛。风险设施使得既有的财产权首当其冲地受到影响，也会触发对健康和人身权益的关切。在基础设施、公用事业和公共设施的选址中，特别是垃圾焚烧厂、供用电设施等存在负外部性的设施选址典型案例中，实现公共利益就可能损害和影响一部分人的财产权益、人身权益，呈现出一种利益冲突。产业投资选址则要考虑相应的禀赋或基础，往往会在石化基地投资或扩建重大石化工程项目，在水资源丰富的区域投资或扩建污水排放工程。日益关注健康、环境的相应区域居民、村民和公众，则认为他们已经不能再承担更重的环境负担，天然的资源禀赋也不能再受到破坏，同样存在着多元利益之间的直接冲突。<sup>⑨</sup>总之，项目的投资与开

① 布鲁斯·德恩、特德·里德编：《充满风险的事业——加拿大变革中的基于科学的政策与监管体制》，第152—153页。

② 巴鲁克·费斯科霍夫、莎拉·利希滕斯坦等：《人类可接受风险》，王红漫译，北京：北京大学出版社，2009年，第3—4页。

③ 巴鲁克·费斯科霍夫、莎拉·利希滕斯坦等：《人类可接受风险》，第196—197页。

④ 艾伦·阿特舒勒、大卫·吕贝罗福：《巨型项目：城市公共投资变迁政治学》，何艳玲、程宇译，上海：格致出版社、上海人民出版社，2013年，第269页。

⑤ 参见哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，北京：法律出版社，2000年，第407页。

⑥ 参见朱芒、陈越峰主编：《现代法中的城市规划——都市法研究初步》，北京：法律出版社，2012年。

⑦ See Vicki Been, *Locally Undesirable Land Uses in Minority Neighborhoods: Disproportionate Siting or Market Dynamics?* 103 *Yale L.J.* 1383(1993-1994).

⑧ 参见金自宁：《风险规制时代的授权与裁量——“美国货运协会案”的启示》，《法学家》2014年第3期。

⑨ 环境可承载性的审查以及环境计划，是首次将环境特殊利益表达出来。光是将某些利益独立地表达出来，即具有其法律价值。参见施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，第142页。

发成本, 开发利益, 设施内使用者、设施相邻关系人的健康、人身权益等交织在一起。

重大项目选址中的利益衡量应当全面展开。受到选址影响的相邻关系人的权益需要放入衡量框架。选址争议发生后, 法院能够审查和处理的是行政行为的合法性, 能够被纳入行政诉讼受案范围的主要是项目的许可决定, 特别是建设规划用地许可和建设工程规划许可等。有不少争议在制度上无法交付司法裁决。例如, 作为许可依据的技术标准、城乡规划的合法性问题, 不在行政诉讼受案范围内; 对属于行政诉讼受案范围的项目确定审批, 法院在利害关系人的原告资格上也进行严格的掌握。<sup>①</sup>因此, 大多数的争议根本到不了法院, 而风险在选址的早期阶段可能就积聚了。

在进入实体审理的项目选址行政许可案件中, 法院以强制性技术标准为依据, 对行政机关的裁量亦高度尊重, 在利益的实质调整方面保持着谦抑。<sup>②</sup>在高度专业的风险设施规划建设审查中, 法院也缺乏审查能力。安全性行政判断, 是行政机关利用科学技术知识就风险问题作出的判断, 法院通常也无法进行判断代置审查。例如, 在日本伊方核电行政诉讼中, 法院终究不是在审查风险设施是否安全, 而是在审查行政就风险设施所作的的天性判断是否合理。<sup>③</sup>也有研究显示, 司法权对于规划行政活动的审查作用变得程序化。在功能上凸显政策决定过程中被无视或者轻视的规范性价值。司法权的作用基本上被限定在“第二次权利分配”的事后控制上。<sup>④</sup>因此, 行政机关得到高度的决策空间。在规划法中已经得到承认的也进入到风险法中, 从而改变了启动风险控制的要件结构。<sup>⑤</sup>多元利益在行政过程中得到了实质性建构。

### (三) 公平导向的风险分配

风险行政在对多元利益进行实质性建构的同时, 也在进行风险分配。风险分配的活动, 可以从风险的承受者和风险的表现形态这两个角度进行观察。从风险承受者的角度观察, 在多元法律关系构造中建构多元利益的行政过程, 也是风险在多元利益主体之间分配的行政过程。从风险的表现形态角度进行观察, 则可以将广义的风险区分为危险、狭义的风险和剩余风险的关系构造。

对危险采取排除措施, 对风险采取预防措施, 对剩余风险则予以接受, 是规范上的基本决断。从一开始, 风险的维度就被局限在技术的可管理性上。那些尚不具有技术可管理性的不可计量的威胁结合成了一种未知的剩余风险。<sup>⑥</sup>确定剩余风险, 并不是借助于概率数学进行科学分析, 而是对认知错误的可接受性所作出的规范决定。<sup>⑦</sup>如果立法者经过价值权衡后, 为享受特定利益而不得不由国民承担某项潜在损害, 那么就构成一种“剩余风险”, 此时立法者的态度是“公平分配和容忍”。<sup>⑧</sup>

风险行政需要遵循宪法上的平等原则。然而, 在重大风险设施选址中, 存在着风险分配的结构不公平, 选址所在地具体而集中地承担有害设施的风险和负担, 但其获益却弥散分布。项目选址中可能同时存在多个公平问题: 一是地址选择上的“地理上或分配上的不公平”; 二是“代际公平”; 三是以往选址和其他行为在社区和区域中造成的历史遗留风险所导致的“累积不公平”; 四是保护劳动者以及保护公众之间的权衡; 五是选址考量和选择过程中的“程序性不公平”等。<sup>⑨</sup>

公平的风险分配首先在于减少不必要的风险。明确设施的必要性是选址成功的首要因素。设施是否真

① 参见最高人民法院(2017)最高法行申169号“刘广明与张家港市人民政府再审查行政裁定书”。<http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSX4/index.html?docId=525664bdb7614c279317a79101102801>。

② 参见陈越峰:《城市空间利益的正当分配——从规划行政许可侵犯相邻权益案切入》,《法学研究》2015年第1期。

③ 参见王贵松:《安全性行政判断的司法审查——基于日本伊方核电行政诉讼的考察》,《比较法研究》2019年第2期。

④ 参见角松生史:《都市空间的法律结构与司法权的作用》,朱芒、崔香梅译,《交大法学》2016年第3期。

⑤ 汉斯-海因里希·特鲁特:《设备法中的国家风险管理——来自德国的报告》,胡博砚译,刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,第309页。

⑥ 参见乌尔里希·贝克:《风险社会》,第29页。

⑦ 乌尔里希·K. 普罗伊斯:《风险预防作为国家任务——安全的认知前提》,刘刚译,刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,第143页。

⑧ 参见王旭:《论国家在风险预防中的任务》,《法商研究》2019年第5期。

⑨ 参见珍妮·X. 卡斯帕森、罗杰·X. 卡斯帕森编著:《风险的社会视野(上):公众、风险沟通及风险的社会放大》,第16、268页。

的需要或者是否是解决问题的最佳方案,是需要首先讨论和确定的问题。<sup>①</sup>例如,只有在垃圾减排及回收利用已经充分实施的情况下,建设固体废物填埋场或垃圾焚烧厂才是必需的。<sup>②</sup>

实现公平导向的风险分配,需要分类展开。公共设施的建立无法选择、也无法回避,却不一定能带来直接的经济收益。就此,美国学者主张一种公平负担准则,即每个市镇、每个社区公平负担不受欢迎的土地用途。<sup>③</sup>在编制城乡规划时,根据“谁的公共设施,谁承接”的原则,形成公共设施配置规划。对产业项目的选址,则需要市场机制发挥决定性作用的基础上,建立程序公平和分配公平机制。

重大风险设施选址的性质是一种调控和建构型行政,行政的行为方式不再是圈定和限制。对于这种类型的行政任务,必须关注规范背后的行为。<sup>④</sup>如果试图对其进行规范,就必须对其行为形式进行清楚的揭示。

#### 四、调整性的行为形式:多阶手段与综合决定

风险行政法涉及复杂的事实结构和多边的利益网,它的法释义学定位应是复杂的行政决定。<sup>⑤</sup>风险行政的预防性,使得规制成为最为核心的调整手段。

##### (一) 多阶动态的行政手段

调整多元利益关系的规制工具与行政行为形式、行政组织形式、利益结构一样具有多样性。<sup>⑥</sup>传统的行政行为,就具体确定事实作出一项决定,在时间上表现为一个时点。尽管行政的活动还是有一个过程,但是在法律上被拟制为类似于“摄影”形成的定格状态。风险行政的活动过程,尤其是以项目选址为中心的规划、建设、运营全过程,是一个类似“录像”的动态过程。

选址的风险决定,是在时间维度中持续考量并作出的。选址是风险管理系统行为的一部分。当开发者依照单个设施的标准来看待废料处理厂选址的时候,公众却将其置于与其他设施包括与以前选址决定共存的大环境之中加以考虑和评价。长期持续的危害和难以消减的不确定性使得风险沟通变得十分困难。<sup>⑦</sup>

选址的风险决定,也有着技术标准、城市规划和行政许可等多阶段制度装置。<sup>⑧</sup>其中,制定技术标准作为规划编制和决定作出设定科技基准线;编制合理规划则为后续个案处理提供依据,从而完成大规模的利害调整;行政许可则就个案进行处理和决策。

技术标准对风险的预防和忍受作出了规范决断,在技术标准内的,构成忍受限度,有关主体对此负有忍受义务。<sup>⑨</sup>在日本法上,关于忍受限度的判断,民法学者加藤一郎及其公害研究会成员提出了忍受限度的判断要素,具体包括:(1)被侵害利益的性质以及程度;(2)地域性因素的考量;(3)被害者事前所具有的知识;(4)土地利用的先后关系;(5)最善的实际方法以及相当的防止措施;(6)该活动的社会价值;(7)被害者的特殊情况;(8)有关部门的许可;(9)遵守的标准等。<sup>⑩</sup>当然,关于技术标准的争议是普遍存在的。<sup>⑪</sup>例如,在日本,与核电站选址相关的风险规制上,核电员工提出质疑:“小孩对辐射

① Michael Heiman, From 'Not in My Backyard!' to 'Not in Anybody's Backyard!' Grassroots Challenge to Hazardous Waste facility Siting, 56 *Am. Plan. Ass'n J.* 359(1990c).

② 珍妮·X.卡斯帕森、罗杰·X.卡斯帕森编著:《风险的社会视野(上):公众、风险沟通及风险的社会放大》,第266页。

③ Vicki Been, What's Fairness Got to Do With It? Environmental Justice and The Siting of Locally Undesirable Land Uses, 78 *Cornell L. Rev.* 1001, 1005 (1992-1993).

④ 参见迪特尔·格林:《宪法视野下的预防问题》,刘刚译,刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,第132页。

⑤ 汉斯-海因里希·特鲁特:《设备法中的国家风险管理——来自德国的报告》,胡博砚译,刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,第307页。

⑥ 参见施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,第123页。

⑦ 珍妮·X.卡斯帕森、罗杰·X.卡斯帕森编著:《风险的社会视野(上):公众、风险沟通及风险的社会放大》,第15页。

⑧ 参见陈越峰:《城市空间利益的正当分配——从规划行政许可侵犯相邻权益案切入》,《法学研究》2015年第1期。

⑨ 没有技术标准,则会导致无法形成共识基础。例如,在上海磁悬浮选址争议案例中,没有正式的安全标准或科学的人体伤害实验报告,政府和规划沿线居民在风险和安全间距认知上的巨大分歧因没有评判依据而无法弥合。参见郑卫:《邻避设施规划之困境——上海磁悬浮事件的个案分析》,《城市规划》2011年第2期。杨海鹏、陈中小路:《上海磁悬浮:待解的疑问》,《财经》2007年第13期。

⑩ 段匡:《日本的民法解释学》,上海:复旦大学出版社,2005年,第298页。

⑪ 参见宋华琳:《制度能力与司法节制——论对技术标准的司法审查》,《当代法学》2008年第1期。

的敏感程度多出大人数倍,但日本的规定却不分大人小孩……政府的紧急疏散区不过是核电厂的半径八公里或十公里,除此之外的区域就无须应变吗?”<sup>①</sup>

在技术标准之上,有着环境规划和城乡规划等调整措施。事实上,环境规划和城乡规划的编制需要以技术标准为依据。在利益衡量过程中,环境规划是环境影响性的论证基础,也是环境承载容许性的判断标准,如果作出超过承载容许的使用时,则必须负担说明义务。<sup>②</sup>城乡规划则进行着空间利益的一般分配,它也是后续的行政许可的依据。<sup>③</sup>

从重大风险设施选址的典型案列来看,选址是一个多阶段的动态开放过程,各阶段的决定甚至存在反复的可能。在此过程中所采取的手段也是多元的。如果不能在采取各种手段的过程中有效地与相邻区域居民和社会公众进行沟通、协商,风险则往往难以化解。

## (二) 跨部门的规制措施

关于风险活动的法律调整,彻底豁免或者把争议交由民法调整是一个极端;彻底禁止特定的有风险的活动是另一个极端。在这两个极端的中间存在多样的控制和监督强度层次分明的风险管理措施形式。<sup>④</sup>

在我国,投资项目报建有一整套审批事项。可以说,审批机构构成了项目选址的基本制度框架。实际上形成了以许可为中心的预防措施体系。正因为如此,国务院一直在推动审批制度改革,以放松监管、提升效能。<sup>⑤</sup>当然,无论申报材料如何精简,预防导向的事前规制始终是基本手段。涉及安全生产、环境保护等关于人民群众生命健康安全的事项,还被排除在考虑“精简”“缩短”和“便利”之外,其目的显然在于更为审慎地作出决定。重大风险设施的选址就存在着风险和空间的二重预防。与风险有关的预防取向于公害的风险,与空间有关的预防则联结到一个已知的空间环境的特别负担条件。<sup>⑥</sup>如此,规制的中心地位就更为突出了。

消极意义上的危害防止活动,需要跨部门的协作。例如,天津港爆炸事件调查报告提出,今后对涉及危险化学品的建设项目,实施多部门联合审批制度,科学规划危险化学品区域,严格控制与人口密集区、饮用水源地等环境敏感点之间的距离。<sup>⑦</sup>

积极意义上的空间塑造,特别是产业经济、区域经济发展,也需要跨部门协作。产业和产业之间有着连带性。<sup>⑧</sup>因此,在计划经济体制下,重大项目选址由国家建委统一组织选厂工作组,以拟定出较为合理可行的规划方案。<sup>⑨</sup>在实行市场经济改革后,特别是国有土地使用权出让和城镇住房制度改革后,城市政府实际上有着国有土地所有权行使者和城市规划制定管理者双重身份。这样就形成了项目制的附随规制和土地出让制基础上的市场开发之间的张力。<sup>⑩</sup>实践中,邻避设施和容易受影响的居住房屋相互接近,从而在未来的某个时点发生极大争议乃至发生重大危害。因此,土地管理部门和城市规划管理部门的决定需要整合。

① 平井宪夫:《核电员工最后遗言——福岛事故十五年前的灾难预告》,第 23—24 页。

② 施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,第 116 页。

③ 关于城市规划作为行政的活动方式,系统的研究参见朱芒、陈越峰主编:《现代法中的城市规划——都市法研究初步》,2012 年。

④ 参见汉斯·海因里希·特鲁特:《设备法中的国家风险管理——来自德国的报告》,胡博砚译,刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,第 305 页。

⑤ 参见《国务院关于印发〈清理规范投资项目报建审批事项实施方案〉的通知》(国发[2016]29 号),[http://www.gov.cn/zhengce/content/2016-05/26/content\\_5077076.htm](http://www.gov.cn/zhengce/content/2016-05/26/content_5077076.htm)。

⑥ 汉斯·海因里希·特鲁特:《设备法中的国家风险管理——来自德国的报告》,胡博砚译,刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,第 341 页。

⑦ 国家安全生产监督管理总局:《天津港“8·12”瑞海公司危险品仓库特别重大火灾爆炸事故调查报告》,<http://www.chinasafety.gov.cn/newpage/newfiles/201600812baogao.pdf>。

⑧ 参见陈云:《一九五一年财经工作要点》,中共中央文献研究室:《建国以来重要文献选编》第 2 册,北京:中央文献出版社,1992 年,第 197 页。

⑨ 参见赵士修:《我国城市规划两个春天的回忆》,《五十年回眸——新中国的城市规划》,北京:商务印书馆,1999 年,第 18 页;曹洪涛、储传亨主编:《当代中国的城市建设》,北京:中国社会科学出版社,1990 年,第 46—47 页。

⑩ 参见陈越峰:《附随规制:我国城市规划形成空间秩序的机制》,《行政法论丛》第 16 卷,北京:法律出版社,2014 年。

### （三）空间连带的综合决定

选址的决定需要考虑空间上的连带性。空间上的连带性要求行政决定的整合性。空间的连带性，首先是指地上设施之间的连带性。这就需要为污染、有安全隐患的项目设置必要安全距离。在世界范围内，印度博帕尔事件等工业事故都揭示，将工厂设置在偏远地方是对潜在灾难的主要预防措施。特别是当所设计的保障措施可能因维护差、设备故障或操作失误而大打折扣的情况下，物理距离可以通过稀释泄漏气体、延长反应时间，来提供更多的安全性。<sup>①</sup>即使选址决定妥当，项目运行过程中的城乡规划实施和土地利用管理不当，也会导致不相容的土地用途因“蔓延”而相邻，从而引发风险。山东青岛石化的爆炸，就是因居住区在城市化进程中延伸至覆盖石化管线而引发的。博帕尔事件的死亡悲剧集中在距离工厂三公里以内的人口密集的非法定居地。如果在工厂周围有一个三公里的禁区，那么大多数亡者就能幸免于难。<sup>②</sup>因此，对重大风险设施，必须适用最严格的城乡规划管理和土地利用管理制度，不得随意蔓延，其周围地区的开发和再开发应遵循用途相容性原则，不得随意接近。

土地和地上设施的连带性、设施与空中或地下活动的连带性也需要加以考虑。前者需要从土地等资源角度出发建立最严格的管理制度，以治理重大项目选址风险。目前，我国已从土地入手，实施建设用地准入管理，规定土壤环境质量要求，避免常州外国语学校“毒地”类似事件的风险发生。<sup>③</sup>后者则如，机场选址需要考虑起降和航路噪声影响、地铁线选址需要考虑震动的影响。

在风险行政中，行政为了预防而采取的多元手段与综合决定等行为形式，当然要受到法律的调整。但是，法律调整主要是框架性的。这种调整主要表现在三个方面：一是行政活动需要得到法律授权；二是行政活动需要遵守法的一般原则，例如平等对待、比例原则等；三是行政需要秉持公益目的和中立立场，进而从透明性、参与性、说理性等多个侧面体现民主正当性。

法律自身难以实现对现实的妥当调整，需要授予行政机关更多权限，以使其结合实际情况作出适当调整。随着行政权日益增强，行政程序的价值逐渐得到重视。风险行政的程序尤为重要，因其涉及非常复杂的利害关系，需要就众多复杂问题予以查明并作出公正裁断或决策，需要全面考虑公共利益和多元的个人利益。建构多元利益、公平分配风险的多元手段和综合决定，需要在程序中运作并受到程序的规范。在重大风险设施选址中，程序的重要性更为明显。风险、公平和不信任的相互交织需要一个内容上分层、设计上连续、分权上多样的程序机制。<sup>④</sup>

## 五、合作化的行为程序：风险交流与合作决策

合作性和程序性法律的作用在于使人们意识到风险社会的决定是有风险的决定。<sup>⑤</sup>合作和程序，并不必然能够降低风险，其真正的价值在于为风险分配提供正当性基础。在公共利益模式中，政府是值得信任的公共利益的代言人，也是多元利益的可靠裁决者，在其决策过程中能够平衡多元利益、实现公共利益。但是，当政府考虑经济发展、土地开发而实施重大工程项目建设，从而成为开发的主导者和利益相关方时，它将受到更直接、更具体、更量化的利益驱使。<sup>⑥</sup>因此，在重大风险设施选址活动中，多元利益的合理建构、风险的公平分配，无法仅仅由政府作为主体主导行政过程即可实现。但是，行政机关的主导地位又是不可或缺的。在德国，计划建造设施申请人有时会被课予超越其支配领域的、广泛的调查义务，已有学者对此提出疑虑。假如没有适当的设计，将难以避免相关私人利用庞大的计划裁量空间作选择性的利

① 印度博帕尔公司选址时考虑了交通、原料、能源、水源和劳动力储备等多种要素，但由于没有关于危险工业选址的相关规定，没有人在选址时对工厂距城市中心仅有区区 3.2 公里的距离提出过异议。参见珍妮·X·卡斯帕森、罗杰·X·卡斯帕森编著：《风险的社会视野（下）：风险分析、合作以及风险全球化》，第 80—86 页。

② 珍妮·X·卡斯帕森、罗杰·X·卡斯帕森编著：《风险的社会视野（下）：风险分析、合作以及风险全球化》，第 85—86 页。

③ 《国务院关于印发〈土壤污染防治行动计划〉的通知》（国发〔2016〕31 号），《人民日报》，2016 年 6 月 1 日，第 4 版。

④ 参见珍妮·X·卡斯帕森、罗杰·X·卡斯帕森编著：《风险的社会视野（上）：公众、风险沟通及风险的社会放大》，第 32 页。

⑤ 参见莱纳·沃尔夫：《风险法中的风险》，刘刚编译：《风险规制：德国的理论与实践》，第 102 页。

⑥ 参见陈越峰：《城市空间利益的正当分配——从规划行政许可侵犯相邻权益案切入》，《法学研究》2015 年第 1 期。

益考量,难以确保行政机关对于利益权衡握有真正的支配权。<sup>①</sup>

### (一) 基于沟通的合作行政

在工业化和城市化高速发展阶段,世界上主要国家的重大项目选址通常采用“确定—宣布—辩护”的模式。在我国的典型案例中,选址一旦引发相邻区域居民、村民和公众不满,就会演化为“确定—宣布—辩护—抗争—维稳”的运行状态。这是一种单向化的行政决策体制,存在着较大风险。一些地方为了说明选址有科技根据,开展单向的“科普宣传”,实际并无效果,甚至适得其反。不但难以化解项目选址过程的风险,反而催生和加剧次生的社会风险。

在这种单向化的项目选址行政决策体制中,项目相邻区域居民、村民和社会公众没有充分参与决策过程的制度保障,更没有实质性影响选址决定的制度权利,只能被动接受行政决策部门的决定。一旦不接受,就可能演化为群体性事件。这样一来,地方政府、投资者和风险潜在承担者就很难深入讨论环境和项目本身风险的消减,导致项目选址结果风险积聚。对此,有学者认为,PX、垃圾处理场等原本可能技术成熟、危害甚微却又十分必要的设施无法建立起来,其中固然存在风险交流不足的问题,但行政机关视自身为公益代表,将一己之决定强加于人,缺乏相关利害各方的沟通、协商制度也是重要原因。<sup>②</sup>

环境影响评价制度在运行实效上也存在显著问题,突出表现在项目制架空环评、评价机构商业化、公众参与形式化等方面,甚至出现未评先建、“走过场”、弄虚作假等现象,导致环境影响评价制度被“虚置”。<sup>③</sup> 社会稳定风险评估制度,也存在着评估主体单一、评估内容不确、评估程序不清、公众参与不力等问题,出现“先上马后评估”“边实施边补充”的应对措施。<sup>④</sup>

在风险治理中,专家也遭遇了信任危机,通过专家理性模式实现的决策合法化模式具有内在缺陷。在决定如何应对特定风险的知识尚不存在的情况下,所谓的专家理性往往变成一种形式化的“程序过场”。<sup>⑤</sup> 在风险是否存在、风险大小、预防措施等方面存在不同意见时,专家的代表性或利益无涉性也会受到质疑。重大风险设施的选址活动迫切需要建构一种基于沟通的合作行政。

### (二) 多元主体与合作基础

对风险设施选址的争议,有时是因为对决定是否严格谨慎、公平适当并不信任,其实质是一种“社会信任危机”。<sup>⑥</sup> 这种不信任,在恐惧的背景下,还可能发生“群体极化”。<sup>⑦</sup> 这就需要进行充分的信息公开、公众参与、风险沟通,以化解不信任。<sup>⑧</sup> 选址过程中的风险交流和公众参与水平,将决定社会不信任的消解程度。

在具有建构性的规划行政方面,研究揭示参与基础主要是技术或利益。当然,参与机会能否得到法律上的保障,关键还在于这种利益是否属于法律上的利益。<sup>⑨</sup> 在风险行政涉及的对象上,根据利益主体的性质,大致包括个人利益、可分的特定多数利益、不可分的特定多数利益(共同享有、集合性/集团性),以

① 陈爱娥:《行政法学作为调控科学——以行政组织与行政程序为观察重心》,《行政法学作为调控科学》,台北:元照出版公司,2018年,第25—26页。

② 王贵松:《作为利害调整法的行政法》,《中国法学》2019年第2期。

③ 参见汪劲:《从中外比较看我国项目环评制度的改革方向》,《环境保护》2012年第22期;焦盛荣、郭武:《我国环境影响评价制度之“评价”与完善》,《甘肃政法学院学报》2010年第6期;《环评猫腻多 环保部处分88家环评机构》,《南方周末》,http://www.infzm.com/content/85969;谭翊飞、贺涛:《求解环境群体性事件》,《财经》2012年第21期;彭利国、方芳:《三年等待,发改委终核准:半年欣喜,环保部再棒喝 最敏感PX项目环评违规始末》,http://www.infzm.com/content/86048;杨兴:《提高环境影响评价制度法律实效的构想——基于长江三峡工程环评等典型案例的分析》,《中南大学学报(社会科学版)》2013年第5期。

④ 参见刘泽熙、朱正威:《掣肘与矫正:中国社会稳定风险评估制度十年发展省思》,《政治学研究》2015年第4期;胡象明:《科学主义与人文主义视角下大型工程社会稳定风险评估困境及对策探析》,《行政论坛》2018年第2期。

⑤ 参见成协中:《风险社会中的决策科学与民主——以重大决策社会稳定风险评估为例的分析》,《法学论坛》2013年第1期。

⑥ 珍妮·X.卡斯帕森、罗杰·X.卡斯帕森编著:《风险的社会视野(上):公众、风险沟通及风险的社会放大》,第26页。

⑦ 凯斯·R.桑斯坦:《恐惧的规则——超越预防原则》,王爱民译,张延祥校,北京:北京大学出版社,2011年,第92页。

⑧ 珍妮·X.卡斯帕森、罗杰·X.卡斯帕森编著:《风险的社会视野(上):公众、风险沟通及风险的社会放大》,第29页。

⑨ 朱芒:《论我国目前公众参与的制度空间——以城市规划听证会为对象的粗略分析》,《中国法学》2004年第3期。

及不特定、不可分的公益等类型。<sup>①</sup>法律授予广泛的利益衡量空间，实质上也显示出公益到私益之间的多重过渡阶段。<sup>②</sup>

专家和公众的参与虽都有其基础，但是两者意见不一且互相不能说服的情况时有发生。此时，公众意见，特别是风险后果承担者的意见，值得高度重视，甚至是决定性的，其正当性基础就在于作为风险决定后果的承担者有权作出最终的风险预防决定。<sup>③</sup>

德国学者对风险规制的参与基础及相应参与资格的确定有清晰的思路，认为准入资格不能再限于那些拥有主观公权利的人。风险社会的形成使得基本权利不再是消极意义上的，生命和身体不受侵犯的权利内容是通过相应的科技文明水平而构造的，它的保护范围也是在确定风险门槛的过程中以及针对某个项目的开始、进行、调整和中断而作的决定中才得以最终确定。所以，在作此决定的程序中，每个人都必须有参与资格。参与的关键点是为了提高参与者在参与决定作出过程中的学习能力，为此需要形成一种商谈性的决策结构。<sup>④</sup>

### （三）程序构造与合作决策

在风险决定过程中，应当提供必要的机会和条件创造出使所有受影响者均能参与且表达自己观点的公共空间。<sup>⑤</sup>在参与权利及参与效力方面，需要着重考虑对风险分配的功能和剩余风险的接受功能，作出相应的实质性的规定。

在参与的权利方面，国内从基于社会运动的压力而实质性地赋予市民参与机会，发展到法解释上有实效性地确定参与方式。<sup>⑥</sup>按照公平的利益代表人设置程序进行透明的利益表达与厘清，则是比较法上的典型做法，由此，将带来民主法治国家中行政决定作成的程序结构再造。<sup>⑦</sup>

重大风险设施选址是一种强情境化的活动。强情境化需要以沟通和持续的互动为基础。<sup>⑧</sup>这就需要充分考虑地域性的特殊利益。在作成涉及特定空间的行政决定时，建立一种利益代表实质参与程序，让相关团体参与决定的作成，为参与者举行听证程序。<sup>⑨</sup>我国现行的重大行政决策、城乡规划、环境影响评价和社会稳定风险评估等制度中，都有公众参与的程序设置，需要导入实质的商谈式程序构造。基于利益的实质参与，也应有聘用专家提供技术支持的制度空间。

我国已建立了重大行政决策程序制度，其中有专家论证的程序设置。专家承担着基于专业和技术参与事实认定和合法性论证的重任，这就需要明确专家的遴选条件与程序，以确保其适格。专家的意见应当公开，记录应当完整地保存，意见的推理过程应当详细说明。<sup>⑩</sup>在全面听取相关专业领域的专家意见后，即使存在不同意见，行政机关也有权作出决定。一旦争议进入诉讼，法院拥有对科学问题进行评价的权力，甚至作出与多数意见支持的科学意见不同的最后判断。<sup>⑪</sup>

在现代行政法上，风险治理的参与型合作行政实际上是风险预防的“商谈—建构”范式，即在动态的、多中心的风险决策情境中，决策者须要持续地分析与商谈。<sup>⑫</sup>“商谈—建构”范式的要旨在于就风险治理问题引入多元主体参与，促进风险和利益公平分配，增进信任，促成合作。参与型行政发挥着吸收信

① 林俸如：《多边行政法律关系》，《行政法学作为调控科学》，台北：元照出版公司，2018年，第257页。

② 施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，第141页。

③ 参见金自宁：《风险中的行政法》，北京：法律出版社，2014年，第86—87页。

④ 乌尔里希·K·普罗伊斯：《风险预防作为国家任务——安全的认知前提》，刘刚译，刘刚编译：《风险规制：德国的理论与实践》，第160—161页。

⑤ 金自宁：《风险决定的理性探求——PX事件的启示》，《当代法学》2014年第6期。

⑥ 朱芒：《公众参与的法律定位——以城市环境制度事例为考察的对象》，《行政法学研究》2019年第1期。

⑦ 施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，第288页。美国的理论与实践，参见理查德·B·斯图尔特：《美国行政法的重构》，沈岩译，北京：商务印书馆，2011年。

⑧ 海尔格·诺沃特尼等：《反思科学——不确定时代的知识和公众》，第146—149页。

⑨ 施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，第112—113页。

⑩ 参见赵鹏：《知识与合法性：风险社会的行政法治原理》，《行政法学研究》2011年第4期。

⑪ 参见伏剑宇：《核能规制与行政法体系的变革》，北京：北京大学出版社，2017年，第246页。

⑫ 参见伊丽莎白·费雪：《风险规制与行政宪政主义》，第56—58页。

息知识和平衡权利义务的双重功能。<sup>①</sup>由此,在行为法的程序构造上呈现出审议民主的形态。<sup>②</sup>

## 六、结语:参照领域与行政法的结构变革

重大项目选址风险治理问题之所以艰难,有着各方面的原因。从行政法理论和制度角度来说,风险行政融合了秩序行政、给付行政和规划行政的多元形态,需要发挥危险防御、空间塑造、利益衡量和风险分配的多重功能。广泛存在着的纷繁复杂的利益格局和调整手段提出了行政行为法上新的构造要求。

在事实要件上,项目选址的风险决定,基于技术风险在科学和行为上的不确定性而进行决策。风险评估成为事实认定的基本程序和方法。风险评估的风险描述包含着价值判断,需要采取“分析—协商”的方法。由此可能需要导入实质性的举证责任倒置规则。风险的概率是一个不确定的综合判断。当涉及个人的健康或安全时,风险变得不可接受。在人身安全和健康、环境承载能力之上,风险分配渐次进入实质阶段。

在法律后果上,项目选址的风险决定是面向未来的空间塑造活动,涉及广泛的利益分布,存在着多元利益之间的直接冲突,因此需要全面展开利益衡量。对此法院保持着谦抑。行政机关获得了高度的决策空间,多元利益在行政过程中得到了实质性建构。项目选址的过程也进行着风险分配。公平的风险分配首先在于减少不必要的风险。在此基础上,形成公共设施和产业项目的二元风险分配构造。

在行为形式上,项目选址的风险分配过程,有着技术标准、行政规划和行政许可等多阶动态手段。跨部门的规制措施,调整着消极意义上的危害防止活动和积极意义上的空间塑造活动。选址决定有着空间连带性,需要综合考量。风险行政的多元手段与综合决定等行为形式,主要受框架性的法律调整。行政的形成性裁量空间日益扩大,行政权作用日益增强,行政程序的价值愈发具有重要意义。

风险分配的正当性基础来源于合作与程序。我国的单向化的项目选址行政决策体制存在着较大风险,环境影响评价制度和稳定风险评估制度在运行实效上存在突出问题,公众和利害关系人的不信任广泛存在,专家理性的形式化“程序过场”乃至专家的代表性或利益无涉性不断受到质疑。这就需要建立基于沟通的参与型合作行政。其参与基础不再限于主观公权利,而包括多元利益、风险知识乃至风险承受,最终形成一种“商谈—建构”的审议民主和合作决策构造。

重大风险设施选址的行政活动是一种强情境化的风险行政,这一事项关联着秩序行政、规划行政和环境行政等领域。在施密特·阿斯曼等研究者的分析框架中,关联领域的变迁及其内容,对于行政法的体系变革有着支撑作用。对风险行政关联领域的研究,即使还不至于使秩序维护、自由保障型行政的行为法结构发生颠覆性重构,至少也能够在实然层面揭示传统行政法构造所受到的挑战,在应然层面展开应对的讨论。本文的研究立足于重大风险设施选址活动这一类型,对于整个谱系的风险行政活动亦有从个案到一般的参考意义。当然,本文在已有研究基础上对风险行政行为法构造所进行的体系思考还只是初步的,有关研究还需要以风险的类型、情境、后果等为基础继续深入展开。

(本研究受国家社科基金青年项目“重大项目选址风险的行政法治理研究”(13CFX037)资助)

(责任编辑:天竞 编辑:王鑫)

(下转第 97 页)

<sup>①</sup> 参见金自宁:《风险中的行政法》,第 43—44 页。

<sup>②</sup> See Sabino Cassese, *New paths for administrative law: A manifesto*, 10 *Int'l J. Const. L.* 603-613 (2012).