

风险立法的公私法融合与体系化构造

宋 亚 辉^{*}

摘 要:环境、健康、安全等领域的风险立法,呈现出单行法外观和公私法规范交叉混合的“拼盘式”构造,这样的结构迥异于公私法分立框架下的传统部门法体系。作为“上层建筑”,立法结构的变化是为了回应法律规制对象的特殊需要,风险立法亦然。以单行法面貌呈现的风险立法旨在回应不同风险领域规制体制的差异,看似随意堆砌的公私法“拼盘”实际上均指向同一风险规制目标。以“部门法分立格局的行业延伸”来解读风险立法,割裂了风险规制的整体主义视角与公私合作的规制工具体系。立足于特定行业领域的风险立法应具有超越部门法分立格局的独特结构与体系,解释论上应以“跨部门的行业法”来对其重新定位。在理顺公私法规范内在价值张力的基础上,风险立法的制度体系应当迈向公私法合作的制度结构。

关键词:风险规制 公法与私法 行业法

一、现象与问题

本文将环境、健康、安全等风险领域的规制性立法称为“风险立法”。相较于大陆法系的公私法二分格局,风险立法结构独树一帜,不仅呈现出“一个领域一个立法”的单行法外观,而且内部呈现出公私法规范混合的立法构造。

(一)为何采用单行立法

从外在表征来看,风险立法普遍呈现出单行法外观。所谓“单行法”是相对于体系化程度较高的部门法而言的。大陆法系国家根据法律调整的行为或社会关系的性质差异(并参照调整方法),^①分门别类地制定出民法、刑法、诉讼法等部门法。部门法并不关注调整对象的行业差异,发生在任何行业的行为或社会关系只要性质相同,均可纳入同一部门法调整。例如,民法调整的合同和侵权行为并不在意其发生在食品行业还是交通行业,行业差异并非区隔部门法的标准,即

^{*} 南京大学法学院教授

基金项目:中央高校基本科研业务费专项资金资助(010514370123)

① 参见沈宗灵:《再论当代中国的法律体系》,《法学研究》1994年第1期。

便需要区别对待,也只须在部门法体系内做出微调即可,有名合同和特殊侵权行为即其范例。然而,20 世纪后期以来涌现出的风险立法却以行为或社会关系发生的行业领域作为划界标准,采用“一个行业领域一个立法”的策略。其体系设计上也不再关注具体法律规范的公私法属性,只要有助于实现既定规制目标,任何性质的法律规范都可整合进同一部单行立法。此种立法现象在两大法系均已呈蔚然之势。^① 继承大陆法系传统的中国,近年来针对环境、健康和安全风险制定了大量单行立法(参见表 1),由此引发的理论问题是:在部门法分立格局已成定局且体系化程度日臻成熟的今天,风险立法为何另起炉灶地采用单行立法模式?

表 1 不同风险领域单行立法表

风险领域	具体风险类型	单行立法举例
环境	环境污染	《环境保护法》
	大气污染	《大气污染防治法》
	水污染	《水污染防治法》
	噪音污染	《环境噪音污染防治法》
	固体废弃物污染	《固体废弃物污染防治法》
健康	食品	《食品安全法》《农产品质量安全法》
	医药	《药品管理法》《中医药法》
	卫生	《传染病防治法》《职业病防治法》
安全	交通安全	《道路交通安全法》《航空法》《铁路法》
	产品安全	《产品质量法》《特种设备安全法》
	生产(场所)安全	《安全生产法》《电力法》《矿山安全法》《消防法》

(二)为何采用公私法混合的立法构造

从内部构造来看,风险立法大多是由不同性质的法律规范堆砌而成,普遍呈现出公法与私法、实体法与程序法规范交叉混合的样态。例如,《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)不仅规定了大量刚柔并济的行政规制工具,而且还借助惩罚性赔偿的激励功能,充分调动私人的积极性来加强社会共治。再如,《中华人民共和国道路交通安全法》(以下简称《道路交通安全法》)和《中华人民共和国环境保护法》(以下简称《环境保护法》)不仅规定了大量实体性的公法和私法规范,而且规定了代表人诉讼、公益诉讼等程序法规则,《中华人民共和国产品质量法》(以下简称《产品质量法》)和《中华人民共和国电力法》(以下简称《电力法》)还创造出“责令承担民事责任”这种兼具公私法双重属性的新型规制工具。诸如此类,原本分属不同法域的制度,经过重新排列组合被和盘托出。不同风险领域的单行立法固然存在制度设计上的差异,但总体上都是由多种部门法规范堆砌而成的公私法混合体。在公私法二元结构依旧根深蒂固的今天,风险立法为何呈现出公私法规范杂糅的独特构造?

(三)如何理解风险立法的规范体系

作为现代法律体系中的新成员,风险立法迥异于公私法分立框架下的传统部门法体系,解释论上该如何理解其制度结构? 详言之,由不同部门法规范堆砌而成的风险立法,究竟是立法者随意摆放的“水果拼盘”,还是具有紧密结构的规范体系? 若属前者,则风险立法的内在结构并无独特之处,不过是部门法分立格局在具体行业领域的延伸而已,隶属于不同法域的部门法规范之所

^① 大陆法系的表现,参见苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社 2005 年版,第 9~10 页;英美法系的表现,参见[美]盖多·卡拉布雷西:《制定法时代的普通法》,周林刚等译,北京大学出版社 2006 年版,第 10 页。

以被揉进同一部单行立法,除了立法技术上的便利外,并无实质意义,即便将其拆分或进行跨行业整合也无关紧要,解释论上仍应以单个法律规范的部门法属性来认识其体系构造与适用逻辑。但若属后者,则其独立性何在?理论上该如何认识风险立法的独特结构与体系?以上两种不同的“结构论”立场,将对风险立法的制度设计以及不同性质法律规范的解释和适用产生重要影响。

二、风险领域单行立法的塑造原理

(一)风险规制的内在技术原理与单行法之塑造

政府对市场的规制根本上旨在应对市场失灵,^①市场失灵的领域、程度和致病机理差异决定了规制体制的差异,^②不同的规制体制自然也需要在立法上做出不同的安排。这是一种典型的对策与问题相匹配的功能主义逻辑,^③其逻辑起点为风险类型的区分。根据风险的性质及其来源,现代工业化引发的风险可分为环境、健康和安全风险,在此基础上还可做出二级、三级甚至更精细的区分。如表1所示,环境风险可区分为水、大气、噪声和固体废弃物污染风险;健康和安全风险也可形成各自的分支体系。风险类型的差异进一步决定了规制体制和规制工具的差异。例如,食品风险被称为“人源性风险”,^④因为食品具有生鲜、易腐和多环节加工的特点,其风险主要来自产业链上的人为操作,并以添加剂滥用、掺杂掺假和微生物超标为主要表现。^⑤ 相较之下,环境风险具有“物源性”特征,其风险高低主要取决于污染物自身的物化属性,如空气中的苯致癌风险主要来自常规的工业生产、生活,只要使用油气燃料,就必然面临苯暴露的风险。

在规制理论看来,“探索实现规制目标之最佳机制的过程,是一个对症下药、因地制宜的过程”。^⑥ 因此,面对不同性质的风险,与之相匹配的规制体制也显著不同。其中,食品风险的“人源性”特征决定了信息交流和行为管控的极端重要性,当公众普遍了解四季豆致害原理时,规制手段也将简便易行——充分烹煮即可降低风险。此外,添加剂滥用和掺杂掺假风险的“人源性”,决定了辅之以信息追溯系统的责任威慑体制将大有可为——当食品供应链中任何环节的不当添加都将通过信息追溯系统被问责时,问题将迎刃而解。相较之下,环境风险的“物源性”特征决定了法律必须以污染物自身的物化属性作为规制重点,如防控苯致癌风险的根本在于减少空气中的苯排放量,相应的规制体制自然要以排放标准的合理设定、燃油提炼技术的提高和新能源的开发为重点,至于公众是否了解苯致癌的原理或者是否佩戴口罩,对于风险防控的意义不大。

① 规制的经济学理论将“市场失灵”作为规制的正当性基础与规制体制设计的依据。See Cento Veljanovski, *Economic Approaches to Regulation*, in Robert Baldwin, Martin Cave, and Martin Lodge (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press Inc., 2010, pp. 20—22.

② 作为规制理论的常用概念,“规制体制”是指由规制理念、对象、目标、手段、规则、适用范围和规制实践所组成的体系,其特征如下:(1)它是由多种关联性要素组成的制度体系;(2)并随时空变化而呈现出动态差异;(3)且可在不同层次上进行类型细分。See Christopher Hood, Henry Rothstein and Robert Baldwin, *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford University Press, 2001, pp. 9—10.

③ See Christopher Hood, Henry Rothstein and Robert Baldwin, *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford University Press, 2001, p. 63.

④ 参见吴林海等:《中国食品安全发展报告2014》,北京大学出版社2014年版,第15页。

⑤ 关于食品安全风险的三种主要来源,参见《滕佳材同志在全国食品安全抽检监测和预警交流工作会议上的讲话》,《国家食品药品监督管理总局要情专刊》2015年第5期。

⑥ Colin Scott:《作为规制与治理工具的行政许可》,石肖雪译,《法学研究》2014年第2期。

风险规制体制的差异还可进一步分解为以下三个要素:信息获取、标准设定和行为矫正。^① (1)在信息获取方面,环境和食品规制虽然都致力于寻求多元化的信息渠道,但前者主要通过环境监测并辅之以排污企业的强制信息披露来获取信息,是谓“巡查模式”。后者则倾向于“报警模式”,主要依赖公众启动报警机制,并借助食品产业链上的信息追溯系统来获取风险信息。^② (2)在标准设定方面,除了标准背后的技术原理差异外,环境标准的设定尤其重视政策权衡(如环境与GDP政策),而食品安全标准的设定主要是一种健康导向的技术判断。^③ (3)在行为矫正方面,环境规制青睐“合规模式”,即通过事前合规指引督促企业依法合规排污,否则将面临极高的治理成本;食品规制则惯用“威慑模式”,即通过事后责任威慑,激励行为人主动采取风险防控措施。

不同风险的异质性塑造了与之相匹配的动态化规制体制,因此才有了规制理论的如下论断:“规制体制将反映出每一种风险的内在属性”。^④ 对于风险立法而言,一个重要的立法技术问题也随之浮现——究竟应当“毕其功于一役”地将环境、健康和安全风险整合进同一部风险立法,还是区分不同风险领域分门别类地设计单行立法?很显然,不同的风险类型塑造了形态各异的风险规制体制,不同的规制体制自然也需要在立法上做出区别对待。这正是风险立法呈现出“一个行业领域一部立法”的关键原因。面对形态各异的风险类型与动态化的规制体制,立法上将其纳入同一部法律文件虽非不可,但是意义不大。此举除了提供法律汇编的检索便利外,解释适用中仍须根据不同的风险类型,选择适用与之相匹配的规制体制和规制工具。因此,最佳的立法技术显然是根据不同风险类型的区别,采用分门别类的单行立法策略。

(二)风险规制的公共政策原理与单行法之塑造

风险类型的异质性固然是塑造多元规制体制和单行立法的内在机理,但并非全部原因,它只能解释规制体制为何随风险领域的变化(即空间维度)而呈现出动态差异,却无法解释为何“规制体制在时间维度上也呈现出动态差异”?^⑤

问题的关键在于规制决策背后的公共政策原理。^⑥ 风险规制在自然科学领域属于纯粹技术性问题,但在社会科学中却是一项兼具技术性和政策性的双重任务。风险自身的不确定性给科学上的因果关系判断提出极大挑战,纯粹的专业技术判断已无法提供完整的规制决策。在科学知识穷尽之处,规制决策不得不依赖政策判断。因而需要通盘考虑,在恰当的时间、以恰当的方式来规制特定风险。至于何为恰当?首先,受到公众舆论的影响。公众在不同时期对不同风险的关注以及表达诉求的方式,深刻影响政府的规制议程和规制体制。例如,食品规制之所以在“三鹿奶粉事件”后发生转变,很大程度上旨在回应公众关切。其次,是利益集团的游说,一项规

① 逻辑上,信息获取是标准设定的前提,标准设定是行为矫正的依据,行为矫正最终决定着规制效果的好坏,三者组成一个完整的规制体系。See Christopher Hood, Henry Rothstein and Robert Baldwin, *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford University Press, 2001, p. 23.

② 受制于信息成本,公共规制领域的信息搜集途径虽然日益多元,但总体上仍介于“巡查模式(Police Patrols)”与“报警模式(Fire Alarms)”之间。See Mathew D. McCubbins & Thomas Schwartz, *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms*, 28 *American Journal of Political Science*, 165 (1984).

③ Christopher Hood, Henry Rothstein, and Robert Baldwin, *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford University Press, 2001, p. 70.

④ Joshua Newman & Michael Howlett, *Regulation and Time: Temporal Patterns in Regulatory Development*, 80 *International Review of Administrative Sciences*, 493 (2014).

⑤ 规制的政治学理论致力于通过解剖政府规制决策形成过程及其影响因素来解释规制体制,较具影响力的学说主要包括公共选择理论、新多元化理论、公共利益理论和市民共和理论。See Steven P. Croley, *Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process*, 98 *Columbia Law Review*, 1 (1998).

制体制的设计在保护某些群体的同时,可能会不利于另一些群体,利益相关者为此表达诉求甚至积极游说的现象不可避免。^①例如,为何同属强致癌物质,但烟草和食品农药残留的规制标准在中国却宽严有别?因为烟草规制始终面临垄断性烟草企业的游说压力,^②而中国农业经济中力量零散的农户显然无法形成强有力的利益集团来表达诉求。但在英国,有组织的集团化农业生产模式,使得农药残留的规制体制同样面临大企业的游说压力。^③

面对公众舆论压力和利益集团的游说,立法者和行政规制机关在何时、对何种风险(规制议程设置)做出何种回应(规制体制设计),都需要结合特定时空背景,采取“一事一议”的方式进行恰当的政策权衡。正是从这个意义上讲,“规制机构的优先次序和议程设定,并非由环境专家审慎创设,其最直接反映的可能是公众的排序、政治、历史或偶然”。^④风险立法也因此被称为“政策性立法”。同时,也只有通过“一事一议”的方式才能在区分不同风险类型的基础上,根据社会关注焦点的时空转移和利益集团的游说压力,适时调整政府规制议程的设置和规制体制的设计。这正是立法政策上采取“成熟一个制定一个”的重要原因,由此制定的风险立法自然呈现出“一个行业领域一个立法”的特点。

三、内部拼盘式结构的塑造原理

(一)风险规制体制的双轨运转现象

认识风险规制体制还有一个重要视角,即以何种方式将规制体制的三大核心要素(即信息获取、标准设定和行为矫正)组织起来,使静态的规制要素走向动态化的运转。这属于法律实施层面的问题,它主要涉及规制主体选择、规制权限配置、规制程序启动、利益相关者的参与和规制权的运行等方面。从这些要素的组织运转方式来看,环境、健康和安全风险领域的规制体制基本都呈现出双轨运转机制:一方面通过行政机关的主动介入来搜集信息、评估风险、设定标准或行为规范、启动并掌控规制程序,最终以命令控制手段或其他替代性规制工具来矫正风险行为;另一方面,还借助市场主体和公众力量来揭露风险信息、启动法律实施(诉讼)程序,并通过法院的逐案审理来执行规制标准或行为规范,从而以具有强制执行力的司法裁判来威慑并矫正风险行为。前者可称为行政实施或公共实施,后者可称为司法实施或私人实施。

风险立法之所以呈现出双轨运转的局面,其根源仍在于规制对象自身的特殊性,这也正是理论上区分经济性规制和社会性规制的主要原因(后者主要指风险规制)。其中,经济性规制重在管控能源、电信、交通等自然垄断行业的市场结构、规模和费率,常用的规制工具主要是市场准入、退出机制以及产量和费率管制,此类规制工具的设定与执行主要依赖行政机关自上而下的主

^① See Christopher Hood, Henry Rothstein, and Robert Baldwin, *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford University Press, 2001, p. 65.

^② 以2015年的烟草广告立法为例,中国2003年签署的《世界卫生组织烟草控制框架公约》第4章第7项要求“广泛禁止所有烟草广告、促销和赞助”,但立法者在履行国际条约的过程中,却遭遇烟草企业与非政府控烟组织、烟草税征管与医疗保障机构之间的利益博弈,由于垄断性烟草专卖企业的强势反对,最终修改通过的《中华人民共和国广告法》未能按照国际公约的要求“广泛禁止所有烟草广告”。

^③ 相较于中国,农药残留在英国主要源于大型农业跨国企业、地方垄断企业和商业国际组织,相应的规制体制设计自然面临多方利益集团博弈的局面。See Christopher Hood, Henry Rothstein, and Robert Baldwin, *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford University Press, 2001, pp. 44-45.

^④ [美]史蒂芬·布雷耶:《打破恶性循环:政府如何有效规制风险》,宋华琳译,法律出版社2009年版,第27页。

动执法,即“行政实施”,除了必要的司法审查外,法院在其中难有用武之地。

但风险规制却截然不同,风险规制重在管控风险行为而非市场结构,规制目标的实现除了可借助行政执法外,受风险行为影响或因缺陷产品致害的消费者或利益相关者也可发挥重要作用,他们不仅掌握风险信息,而且以风险致害事实为纽带,与风险行为实施者建立起直接的利害关系,在个人利益驱动下,曾被视为规制对象的市场主体也可通过私人监控与诉讼来发挥公共规制作用。受理风险致害案件的法院也开始在规制的舞台上扮演重要角色。“在很多情况下,法院创造的激励要大于由管制机构创造的激励,法院对于石棉业的赔偿判决金额是如此之大,以至于美国的石棉业几乎由于过大的财务负担而消失。”^①以司法手段来控制风险在两大法系均有悠久的历史,甚至是早期风险控制的主要手段。“基于对大政府或和干预型国家的不信任,美国公众一直(或许比其他国家更加)依赖通过私人的民事诉讼来实现公共价值。”^②行政规制反而是相对晚近之事,“规制国的兴起”描述的正是这一现象。^③风险规制体制也因此呈现出行政和司法双轨运转的局面,并可分解至信息获取、标准设定和行为矫正这三个要素上。

其中,在信息获取方面,不同规制体制的信息获取模式虽有差异,但多数规制体制都致力于构建多元化的信息获取渠道。一方面通过加强行政机关的主动巡查来获取信息,另一方面通过公众举报和私人诉讼程序来获取风险信息。在标准设定和执行层面,不管是技术性标准还是非技术性的行为规范,在实践中均呈双轨制运转,如排污标准和食品安全标准既通过自上而下的行政执法加以实施,也通过法院的司法裁判加以实施。对于非技术性的行为规范,行政和司法的双轨实施更为常见。在行为矫正方面,正是由于行政与司法的双轨实施机制,才使得同一风险行为往往同时面临民事、行政、刑事三大责任的适用。

(二)行政与司法双轨制塑造拼盘式立法构造

风险规制体制的双轨运转对于风险立法的内部构造具有重要意义。鉴于两种法律实施路径既涉及公私法的交叉重叠问题,又涉及实体法和程序法的协调衔接问题,立法者在制度设计上不得不穿梭于公法和私法之间,并在实体法和程序法之间往返流转。尤其是当面临行政和司法重叠适用的情形时,立法者更是需要在公法和私法之间做出统筹安排。譬如,违反行政规制标准的风险致害行为是否可直接判定侵权责任的成立?遵守行政规制标准的致害行为能否阻却侵权责任的成立?惩罚性赔偿责任的履行是否可以相应减少行政罚款数额?只有理顺这些公私法交叉问题,才能充分发挥行政和司法的协同力量来管控风险。当一部单行立法不得不就特定风险领域的行政与司法实施机制做出统筹安排时,风险立法的内部构造自然会呈现出公法和私法规范交叉融合的局面。

20世纪末期以来的风险规制实践也充分表明,面对复杂多样的环境、健康和安全风险,单一的行政规制手段已不敷使用,^④完全依赖司法体制发挥私人监控和制约作用更是不切实际的幻想。公法和私法彼此分离的传统与社会控制思路已无法回应现代社会问题的复杂性。作为应对之策,风险立法不得不转向功能主义和实用主义进路。大陆法系成熟的部门法体系已为风险规制提供了一套相对完备的“工具箱”和双管齐下的实施机制。面对快速涌现的公共风险与迫在眉

① [美]吉普·维斯库斯等:《反垄断与管制经济学》,陈甬军等译,中国人民大学出版社2010年版,第8页。

② [美]史蒂文·苏本等:《美国民事诉讼的真谛》,蔡彦敏等译,法律出版社2002年版,第44页。

③ 在行政规制兴起之前,普通法是维持社会秩序的主要工具,发挥着主要的社会规制功能。See Edward L. Glaeser & Andrei Shleifer, The Rise of Regulatory State, 41 Journal of Economic Literature, 401 (2003).

④ See Richard B. Stewart, Administrative Law in the Twenty-First Century, 78 New York University Law Review, 437 (2003).

睫的规制需求,大陆法系习惯采用的公私法二分、实体与程序法分离的立法结构,在风险规制领域已落后于社会需要,终将让位于立法实用主义和公私法融合的立法理念。于此情形下,立法者不必过多考虑规制工具的性质与公私法归属,只要有助于实现规制目标,任何性质的法律规范都可整合进入同一部单行立法,必要时还可搭建公私法的合作框架,甚至创造出兼具公私法双重属性的制度安排。正是基于这种实用主义理念,立法者才综合运用各部门法的手段来管控风险,原本分属不同部门法的制度经过初步切割改造便被和盘托出,并经重新加工编排形成“拼盘式”立法。由此形成风险立法中的公私法交叉融合局面。

四、风险立法的结构重塑

面对公私法规范交叉混合的局面,该如何认识风险立法的制度结构?是坚持公私法二分框架下的部门法分立格局,还是超越部门法的理论范式重新认识风险立法的内在结构?既有研究大多立足于部门法分立格局,路径依赖地将“拼盘式”单行立法视为部门法分立格局在风险领域的延伸,并根据单个法律规范的性质将其归入各部门法的“特别法”。^①解释适用中也习惯于将不同性质的法律规范作切割处理,以相应部门法的逻辑各自展开。不过,近年来也有学者开始重视拼盘式单行立法背后的行业属性,并提出“行业法”概念,认为行业法的结构与部门法存在本质差异。^②理论上该如何认识这两种结构论?

(一)部门法分立格局的行业延伸论反思

将拼盘式单行立法视为部门法分立格局在行业领域延伸的观点,实际上是历史的惯性使然。大陆法系延续上百年的部门法分立格局,不仅构成我国法律体系的基本骨架,而且在法的体系化方面仍有相当的解释力。部门法分立格局的长期存在塑造了部门法划分的理论范式,当遇到公私法规范杂糅的风险立法时,学者习惯性地套用部门法的理论范式,将不同性质的法律规范作切割处理,分别归入各部门法范畴,风险立法因此被视为部门法分立格局的行业延伸。

据此推论,不同性质的部门法规范虽然出现在同一部单行法中,但却保持彼此独立的行为评价体系、归责原理和运行逻辑,相互之间并无“结构论”上的必然联系。换言之,公私法的合流纯粹属于立法技术问题,若将其打散分布也无关紧要,实践中仍将保持彼此独立的运行格局。例如,《食品安全法》第147条规定:“违反本法规定,造成人身、财产或者其他损害的,依法承担赔偿责任。生产经营者财产不足以同时承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金时,先承担民事赔偿责任”。这里重申了三种财产责任并存的立场,除责任财产不足时民事责任优先外,这三种财产责任保持互不干涉的立场。类似现象在现行法中屡见不鲜。

但问题在于,风险立法中的各部门法规范虽然性质不同,但却作用于同一规制对象,并指向共同的风险规制目标——防控特定风险并减少事故成本。在功能主义视角下,面对相同的规制对象和共同的规制目标,若仍以部门法分立格局来解读风险立法的制度结构,不可避免地会割裂风险规制的整体主义视角,这无助于协调运用各部门法的手段共同防控风险。要知道,区分法律

^① 例如,民法学者习惯性地行业单行立法中的私法条款统称为“特别民法”;行政法学者也习惯性地电力、消防、药品等领域的单行立法中的行政管制规范视为“部门行政法”;刑法学者将散见于行业单行立法中的刑事规范统称为“特别刑法”“单行刑法”“环境刑法”“金融刑法”等。参见谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的构建》,《中国社会科学》2013年第2期;宋华琳:《部门行政法与行政法总论的改革》,《当代法学》2010年第2期;刘远:《关于我国金融刑法立法模式的思考》,《法商研究》2006年第2期。

^② 参见孙笑侠:《论行业法》,《中国法学》2013年第1期。

规范的性质及其公私法归属,原本是为了更加准确地理解和适用法律,一旦这种区分割裂了法律规范之间的天然联系和功能目标,这样的解释论立场也终将被实践所抛弃。诚如学者所言:“随着部门法学科的不断成熟并趋于封闭,部门法思维反过来也对人们思考具体法律现象中蕴含的法理学问题构成了限制,部门法表象上的差异被过度强调,而法律理论的整体视角遭到忽略甚至排斥。”^①

上述担忧并非空穴来风。例如,侵权责任和行政管制在部门法分立格局中始终被视为两种彼此独立的法律制度,实践中更是呈现出互不干涉的局面。但若从风险控制的功能主义视角来看,侵权责任与行政管制在风险规制领域具有功能上的相似性,只是前者致力于通过事后威慑来激励行为人采取风险防控措施,后者直接以事前管控手段确保风险行为合规,但两者殊途同归。法经济学甚至排列出侵权责任与行政管制之间的“对等性”法律规则。^②解释论上之所以会出现上述截然不同的立场,完全是由于部门法分立格局的束缚,这无助于协调运用各部门法上的规制工具来共同防控风险。再如,面对日益严峻的食品和环境风险,立法者习惯于同时加大惩罚性赔偿、行政罚款和刑罚力度,罕有协调的迹象。^③这种多管齐下的威慑手段极易导致威慑过度,对于兼具积极和消极意义的环境与食品风险而言,威慑过度甚至比威慑不足更可怕,威慑过度可能迫使工厂关停,这固然消除了污染,但同时也将现代工业文明拒之门外,是一种本末倒置。出现此类问题的理论根源在于,人们对于工业化时代的环境、健康、安全风险复杂性以及风险立法的特殊性缺乏充分认识,并过分信任部门法分立格局对现代社会的驾驭能力以及对风险立法的解释力,从而导致法律“结构论”上的认知局限。

(二)跨部门行业法论之提倡

相较之下,“行业法论”所倡导的法律调整对象的行业属性与跨部门法结构为重新认识风险立法提供了新视角。首先,是体系解释上的融贯性。“行业法论”所推崇的跨部门法结构使立法者在制度设计时不必被束缚于规制工具的公私法属性问题,一旦摆脱了这一历史包袱,立法者即可专注于规制工具自身的功能,坚持纯粹实用主义思路进行制度设计,只要有助于实现规制目标,任何性质的风险规制工具均可纳入同一部单行法中,必要时还可搭建部门法之间的合作桥梁。此外,“行业法论”还关注法律调整对象的行业属性,立法者可聚焦于行业特点,坚持目标与手段相匹配的原则进行制度设计,在特定风险领域,综合运用多个部门法的规制工具也自在情理之中,这是一种典型的目标与手段相匹配的立法实用主义。

其次,行业法的跨部门法结构还为风险规制工具的创新提供了宽松的场域和解释空间。如果说公私法规范堆叠的立法“拼盘”尚可切割处理,勉强以“部门法分立格局的行业延伸论”加以解读的话,那么对于那些兼具公私法双重属性的新型规制工具而言,则很难融贯地将之纳入任何一个部门法。在此问题上,除了在大陆法系不受欢迎的惩罚性赔偿制度外,^④《食品安全法》中兼

① 戴昕:《威慑补充与“赔偿减刑”》,《中国社会科学》2010年第3期。

② See Kyle D. Logue, Coordinating Sanctions in Tort, 31 Cardozo Law Review, 2313 (2010).

③ 例如,在2008年“三鹿奶粉事件”爆发后,2009年的《中华人民共和国食品安全法》不仅提高了罚款数额,而且将惩罚性赔偿的倍数提高至价款的10倍或损害的3倍,2011年的《中华人民共和国刑法修正案(八)》修订了“生产、销售不符合安全标准的食品罪”,在“对人体健康造成严重危害”的量刑标准之外又增加了“或者有其他严重情节的”的规定,扩大了具体危险犯的入罪范围,以此管控日益严峻的食品安全风险。

④ 惩罚性赔偿制度很难在大陆法系的立法结构中做恰当的体系定位,因为它“实质上是公私法二分体制下以私法机制执行由公法担当的惩罚与威慑功能的特殊惩罚制度”。参见朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,《中国社会科学》2014年第3期。

具行政管制和民事责任双重属性的食品召回制度、^①《电力法》《产品质量法》中兼具民事和行政责任双重属性的“责令承担民事责任”，^②均面临性质争议和体系归属难题。解释论上除非借助“行业法论”这样全新的思路，否则，此种功能导向型的制度创新很难在传统部门法分立格局中找到恰当位置。行业法的解释论优势还将传递至立法层面，对于立法者而言，由于摆脱了部门法分立格局的束缚，任何有助于管控风险的规制工具都可拿来运用，而不必考虑其能否被部门法分立格局所接纳。这实际上也解释了为何大多数创新性制度设计都出自单行规制立法的原因。

最后，“跨部门的行业法论”之所以具有解释力上的显著优势，更关键的原因在于，行业法的划界标准和体系构造有助于挖掘行业内部的规律和不同行业之间的规制原理差异。诚如“行业法”概念的倡导者所言，“虽然部门法基本上涵盖了大多数的社会关系，但是部门法的本身特点决定了它只能是对社会关系作粗线条的对待而不是深耕细作式的调整”。^③ 相较之下，“行业法内部不仅有法律的规律，更重要的是它具有行业的规律，所以它是部门法无可替代的……如果过分强调部门法，会使得一个有机的行业法整体受到割裂，以至不能看清其整体面貌，简单地把某个行业法的问题理解为某个部门法的问题是有害的”。^④ 回到风险规制领域，由于不同风险的致害原理不同，若忽视规制对象的内在行业规律，将难以提供恰当的规制工具。风险立法所承载的行业内部的独特规律与规制原理，正是构建行业法体系的社会基础。例如，食品风险“从农田到餐桌”的产业链传递效应，决定了以寻找风险源为目标的信息追溯系统将成为关键性规制工具；^⑤ 相较之下，环境风险不存在产业链传递效应，但却存在同一地域或水域内的污染物累积效应，这对规制工具提出了不同的要求——基于总量控制的排污许可和强制信息披露变得不可或缺。此即所谓的“行业内部的规律”。立足于特定行业领域的风险立法若不回应本行业的内在需求，就难以实现风险规制目标。基于上述理由，笔者提倡“跨部门的行业法论”。

五、风险立法的体系化构造

相较于体系化程度极高的民法和刑法，当今中国的风险立法虽已呈现出独特的立法外观，但其体系化程度不高，由公私法规范杂糅的立法“拼盘”尚难以称得上真正意义上的“法典”。^⑥ 大陆法系任何一部逻辑严谨、体系完整的成文法都离不开内在价值体系与外在制度体系的构建，以及两者的良性互动。根据这一体系化原理，风险立法的体系化需要消解公私法规范之间的价值张力，以及由此引发的外在制度体系的不协调。由此也决定了体系化的基本逻辑：即在理顺公法管制与私法自治之间价值张力基础上，重整风险立法的外在制度体系。

（一）风险立法内在价值体系的统合

面对风险领域的公私法规范合流之势，既然不宜将风险立法视为部门法分立格局的行业延伸，那么，在法典构造上更不能以纯粹私法自治抑或公法管制原则来贯穿并整合风险立法的规范

① 参见李友根：《论产品召回制度的法律属性》，《法商研究》2011年第6期。

② 参见胡建森、吴恩玉：《行政主体责令承担民事责任的法律属性》，《中国法学》2009年第1期。

③ 孙笑侠：《论行业法》，《中国法学》2013年第1期。

④ 孙笑侠：《论行业法》，《中国法学》2013年第1期。

⑤ 参见宋亚辉：《食品安全风险的规制体制》，《学术研究》2018年第9期。

⑥ 在美国这个典型的判例法国家，风险规制法同样存在公私法规范之间缺乏协调的问题。“除个别州在合规抗辩问题上存在些许协调外，风险规制领域扮演不同作用的司法诉讼和行政规制缺乏正式或非正式的协调机制。”W. Kip Viscusi, Regulation Through Litigation, Brookings Institution Press, 2002, p.3.

体系。理论上,首先要打通公法管制与私法自治原则之间的价值张力,寻找公私法规范共同的价值基准。两者的价值分野产生于简单商品经济社会,当时的公法消极待命于政治国家领域,私法自治及其衍生规则几乎可以应对市民社会的一切问题,行为人自负其责且仅为自己的行为负责成为风险分配的基本准则,这反映的是人类最朴素的矫正正义观念。但在现代工业社会,资源的初始配置显著失衡,作为私法自治之基础的平等性与互换性逐渐式微,此时公法若仍消极待命于政治国家领域,私法仍旧固守自治原则,法律将成为“掩盖残忍本性的道貌岸然的伪装”。^① 当下真正称得上正义的法律是对社会资源配置的不平衡状况进行再平衡。法律的核心任务也应从“伸张权利”转为“解决问题”。^② 以问题为导向,公法可进入市民社会的私人领域,私法也可融入分配正义的理念,强调稀缺资源在全社会的均衡分配。有待分配的资源不只是财产,还包括健康、安全和清洁的环境。

作为共同的价值追求,风险分配与防控的功利主义思想为公私法规范杂糅的风险立法提供了价值统合的基准。功利主义者坚信,当大规模的环境、健康和安全风险集中爆发于个别人或企业时,重新分配风险几乎总能增加社会总体和平均福利。这不仅为国家干预提供了正当性,而且为私法突破“自己责任原则”并转向“合理照顾他人”的风险分配理念扫清了障碍。至于其手段,公法可直接通过行为管制来重新分配并防控风险;私法则主要借助损害赔偿这种责任威慑手段来激励行为人主动采取防控措施。曾经各司其职的公法和私法,逐步在风险规制领域实现价值统合。只是公法侧重于事前防控(事后处罚大多是为确保事前行为规范得到遵守而设置的实施机制),而私法则重在事后责任威慑,两者殊途同归。

在风险防控目标的统领之下,风险立法中的公法和私法规范将朝着同一目标迈进。其中,私法规范的改造首先表现为法律主体的分化——从抽象平等之“人”分化为具体的、不平等之人,如经营者与消费者、用人单位与劳动者、排污企业与受害者等。基于弱势群体保护的需要,私法又衍生出一系列指向明确的倾斜性权利配置方案,它们对传统私法的所有权神圣、契约自由和过错责任原则进行大刀阔斧的改革。^③ 曾经神圣不可侵犯的所有权,基于环境保护的需要,已在相邻关系中受到诸多限制;合同法至高无上的意思自治原则,也因合理照顾他人的需要而受到各种管制性规范的入侵;^④ 具有相对性的合同关系也因风险防控的需要而沿着食品产业链不断地进行垂直和水平延伸;^⑤ 侵权法在面对技术性较强的风险行为时,也开始将注意义务、过错和产品缺陷的判定拱手让给具有专业优势的管制标准;^⑥ 甚至连统领整个侵权法的过错原则,也因风险防控的需要而淹没在风险归责、无过错责任、组织责任、公平责任和过错客观化的洪流中,再加上日益增多的举证责任倒置、惩罚性赔偿以及不断拓展的连带责任,今天的侵权法已经在矫正正义的外衣下发生质的改变,责任威慑功能及其风险防控效果已成为侵权责任制度的立法宗旨,侵权法也因此被称为“隐蔽的公法”。^⑦

① [美]塞缪尔·弗莱施哈克尔:《分配正义简史》,吴万伟译,译林出版社2010年版,第143页。

② See William H. Simon, Solving Problems Vs. Claiming Rights: The Pragmatist Challenge to Legal Liberalism, 46 William & Mary Law Review, 127 (2004).

③ 参见[日]潮见佳男:《德国民法现代化与日本民法解释学》,叶周侠译,载解亘主编:《南京大学法律评论》2018年秋季卷,南京大学出版社2018年版,第135~156页。

④ 参见解亘:《论违反强制性规定契约之效力》,《中外法学》2003年第1期。

⑤ 参见[美]戴维·欧文:《产品责任法》,董春华译,中国政法大学出版社2012年版,第71~74页。

⑥ 参见宋亚辉:《食品安全标准的私法效力及其矫正》,《清华法学》2017年第2期。

⑦ 张铁薇:《侵权责任法与社会法关系研究》,《中国法学》2011年第2期。

相较于私法规范的改造,公法管制规范基于风险管控需要而进行的功利主义改造显得更为彻底。走出政治国家领域的公法,大大拓展了政府的公共职能,将国家干预的对象和范围扩展至环境保护、工作场所安全、食品药品安全等私人生产生活领域,进而改变了公法的理念和范围。^①曾经固守私人自治的商品交易关系和超越交易基础的外部性关系,如今也已纳入行政规制的范畴,典型如食品流通许可和排污许可等制度;行政执法所应遵循的“法无明文授权不可为”的授权原则,在越来越多的风险领域已被抽象的开放式授权所取代,如食品监管所依赖的食品安全标准在《食品安全法》中被概括授权给行政机关自行制定;行政和刑事违法性认定所应具备的确凿无疑的事实和证据基础,如今也开始放松要求,盖然性风险和致害的可能性也已成为公法管制的理由,2011年《中华人民共和国刑法修正案(八)》在食品、环境、交通风险领域增设的危险犯便是典型例证;公共风险的技术性、潜伏性、双面性和扩散性特征,使得行政规制体制开始改造单一的命令控制模式,并日益重视专家角色、公众参与、技术标准和风险交流等新型规制工具的运用,有学者称之为“从管理主义模式到参与式治理模式”的转变。^②所有这些极具功利主义和实用主义的制度改造都旨在践行风险防控原则,曾经二元对立的公法与私法,正在风险规制领域走向“貌离神合”。

(二) 风险立法外在制度体系的重构

在理顺“拼盘式”立法的内在价值张力后,风险领域的公私法规范可沿着共同的价值基准相向而行,风险立法的外在制度体系也应进行重构。其中,私法的功利主义改造使之与纯粹私法自治原则以及政策无涉的中立立场渐行渐远,取而代之的是“辅助规制”的角色;^③走出政治国家领域的公法也已打破单一管制思维的束缚,并以刚柔相济的理念加强与市场主体的协同治理。历史的辩证发展证明,单一的自治或管制是“两种不完善事物之间的选择”,其在20世纪曾经左右摆荡,但发生在风险领域的故事,却朝着跨越自治与管制的“第三条道路”迈进,^④它超越管制与自治的二元对立格局,融合政府导向的自上而下的规制模式和市场导向的自由主义治理模式,走向一种崭新的“合作规制”模式。^⑤

合作规制的正当性在于弥补公法和私法二元体系在风险规制领域的结构性缺陷。私法规制路径的实施依赖诉讼机制和司法裁判作为实施工具,但这需要满足两个条件:一是诉讼程序的启动;二是司法裁判的执行。这两个条件在实践中始终难以摆脱原告起诉激励不足和被告责任财产不足问题的制约。当原告起诉激励不足时将出现“被告消失难题”,^⑥这将激发更多的风险行

① 参见[法]莱昂·狄骥:《公法的变迁》,郑戈、冷静译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第50页。

② 参见王锡铤、章永乐:《我国行政决策模式之转型——从管理主义模式到参与式治理模式》,《法商研究》2010年第5期。

③ 参见苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版,第9页。

④ See Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 *Minnesota Law Review*, 342 (2004).

⑤ 学界常提及的公私合作、合作行政、合作规制、协同治理往往限于规制机关与规制对象(或公众)之间的合作,See Jody Freeman, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law*, 52 *Administrative Law Review*, 813 (2000). 但这是远远不够的,它忽视了行政与司法之间的合作,在新规制理论看来,“新规制理论的成功一定程度上取决于古老的私人诉讼机制”。See Jason M. Solomon, *Law and Governance in the 21st Century Regulatory State*, 86 *Texas Law Review*, 819 (2008).

⑥ Gerrit De Geest & Giuseppe Dari-Mattiacci, *Soft Regulators, Tough Judges*, 15 *Supreme Court Economic Review*, 119 (2007).

为;当被告责任财产不足时将出现“判决规避难题”,^①这将导致行为人谨慎程度降低。当然,司法实施机制还面临其他问题,如专业技术性不强、政策判断的灵活性欠缺以及重复诉讼的规模不经济等。相较之下,公法的行政实施机制同样面临诸多结构性缺陷,首当其冲的是行政规制程序的启动障碍,“不管公共规制机构的人员多么有能力、多么具有奉献精神,也不管我们全社会付出多少的执法资源,现行的公共执法体制总是缺乏一种必不可少的有效发现并阻止潜在违法行为的资源——信息”。^②风险信息大都掌握在市场主体手中,行政规制机关除非雇佣大量监管人员跟踪交易过程,否则将难以及时准确地获取信息并启动规制程序。不仅如此,信息壁垒致使行政规制机关难以在事前准确鉴别规制对象,不得已所设置的“一刀切”规制标准又缺乏灵活性,再加上行政机关内部的“委托—代理”问题所引发的执法人员的机会主义倾向,将进一步影响行政规制的实施效果。

但令人欣慰的是,若将这两种实施机制置于功能主义视角下进行比较,则可发现,两者的各自缺陷虽然显著,但其优势互补性同样明显。譬如,行政实施机制所面临的信息获取和行为识别难题,使之不得不对同类规制对象设置“一刀切”的规制标准;但作为一种事后的规制手段,司法实施机制具有显著的信息获取和行为识别优势,法院可根据个案情形为风险行为实施者“量身定做”最佳的行为谨慎标准。这样一来,行政规制手段虽然缺乏标准设定上的灵活性,但事后的司法实施机制所具有的个案判断上的灵活性优势,可以弥补行政规制的不足。^③反过来,事后的司法实施机制虽具有行为识别和个案判断上的灵活性优势,但却无法摆脱事后威慑不足与反复诉讼的低效率问题,此时,行政规制所具有的事前预防和规模经济优势,恰可弥补司法实施路径的不足。再如,损害赔偿、惩罚性赔偿、罚款或罚金、自由罚或自由刑在威慑程度上的递增规律,决定了协调运用这些不同性质的责任威慑手段才是理性选择,这正是“规制金字塔理论”的核心要义。^④诸如此类,行政与司法还存在其他更多的优势互补性,这对于风险立法的体系整合至关重要,为公私法规范的合作奠定了坚实的基础。^⑤

在区分不同风险领域的基础上,可以根据行政实施与司法实施路径之间的优势互补性特点,初步设计风险立法中的公私法合作框架,具体如下:

第一,制度外合作,即根据行政与司法的优势互补性特点,在特定风险领域并行使用两种实施机制,并有侧重地进行分工与合作。包括:(1)在风险呈碎片化分布且致害程度参差不齐的领域(如食品安全风险),为解决司法实施机制可能面临的诉讼程序启动障碍与事后责任财产不足

① 当加害人面临破产或责任财产不足以承担责任时(Judgment Proof Problem),他们会认为其所须承担的责任取决于他所拥有的财产,由此导致加害人预防事故的激励不足。See Steven Shavell, The Judgment Proof Problem, 6 International Review of Law and Economics, 45 (1986); Thomas J. Miceli and Kathleen Segerson, A Note on Optimal Care by Wealth Constrained Injurers, 23 International Review of Law and Economics, 273 (2003).

② Pamela H. Bucy, Private Justice, 76 Southern California Law Review, 1 (2002).

③ See Matthew C. Stephenson, Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, and the Choice Between Agencies and Courts, 119 Harvard Law Review, 1035 (2006).

④ 根据规制手段的严厉程度,可将规制工具从“宽”到“严”依次排序组合成金字塔结构,在规制工具选择时应当根据需求,从低到高依次选择金字塔上不同层级的规制工具。See John Braithwaite, Regulatory Capitalism, Edward Elgar Publishing, Inc., 2008, pp. 89—94.

⑤ 公共规制中的公私合作以及多元规制工具的协调并用,已成为“规制国”向“后规制国”时代变迁的重要趋势。See Colin Scott, Regulation in the Age of Governance: the Rise of the Post-regulatory State, in Jacint Jordana & David Levi-Faur (eds.), The Politics of Regulation, Edward Elgar Publishing Limited, 2004, p. 150.

的约束,应当协调并用两种实施机制,^①其中行政实施机制重点应对那些灾难性的重大风险和显著轻微无人起诉的致害风险,以避免司法实施机制可能面临的事后威慑不足的问题。(2)在风险行为“可标准化程度”相对较低的风险领域(如水污染风险),^②因规制者无法事前识别风险行为的类型及其致害程度,此时行政规制的“一刀切”标准将丧失灵活性优势,须协调并用两种实施机制。行政规制应当采用普适性的“门槛性”标准,以发挥其规模优势、事前预防优势和专业技术优势,从而一次性处理所有同类风险行为。在此基础上,将司法视为一种“补缺机制”,^③即在参照统一的行政规制标准基础上,根据个案需要适时提高行为谨慎标准,进而为风险行为量身定做最佳的规制标准。(3)考虑到损害赔偿、惩罚性赔偿、行政罚款、没收财产和刑事罚金在责任威慑理论上的同质性,风险立法的责任制度设计应当根据风险行为的致害程度,依次协调运用损害赔偿、惩罚性赔偿、罚款、罚金乃至自由罚(刑)来进行威慑补充。^④所谓“依次”是指只有当前者出现威慑不足时,再选择后一种责任来增加威慑效果;所谓“协调”是指后一种责任的课处数额应当考虑前一种责任出现威慑不足的程度。

第二,制度内合作,即根据行政与司法实施机制的优势互补性特点,在行政规制过程中引入司法的某些优势元素,或者相反,进而实现两种实施机制的优势互补。根据两者的互补性特点,可以设计以下四个方面的合作方案:(1)在信息不对称较为严重的领域(如食品安全风险),为充分利用市场主体所掌握的优势信息(如职业打假人),应当在行政规制过程中完善知情者的信息揭露与激励、保护制度,最大限度地挖掘风险信息;同时,为充分利用法院在司法个案中所发现的风险信息,应完善司法建议的制作、发送、处理和反馈制度,以缓解行政规制面临的信息难题。(2)在技术性较强的风险领域(如医药卫生风险),为充分发挥行政规制机关的专业技术优势,制度上应当适度承认行政规制标准在私法上的效力,同时适度承认行政规制决定在司法裁判中的证据效力,从而在专业技术领域发挥行政与司法实施机制的互补性优势。(3)在社会情势和公共政策频繁变动的风险领域(如环境风险),制度上应当适度承认行政管制规范在私法上的效力,目的在于透过行政管制规范,将行政规制过程中相对灵活的政策判断传递到诉讼程序或司法裁判中。(4)为充分发挥法院在风险规制问题上的中立性优势,借此制约行政规制者的机会主义倾向,立法应当完善行政规制决定的司法审查制度,借此降低机会主义行为对行政规制效果的负面影响。

以上搭建的只是粗略的合作框架,旨在预判公私法的合作方向,详尽的合作方案设计仍须结合具体风险领域展开有针对性的研究。因为风险规制领域的公私法合作框架不仅取决于合作双方的优势互补性,更取决于规制对象自身的特殊需要。面对不同的风险类型,公私法合作方案也存在制度上的差异。因而上述总体合作框架才强调,必须考虑风险致害程度、风险分散性、风险行为的可标准化程度、信息不对称的严重程度、风险行为的技术性以及政策变动的频繁性等因素来准确识别不同的风险类型,进而有针对性地设计公私法合作方案。这正是区分不同风险领域

① See Kyle D. Logue, Coordinating Sanctions in Tort, 31 Cardozo Law Review, 2313 (2010).

② “可标准化程度(the level of standardization)”是指“规制者能否以适当的成本来识别被规制行为的类型及其后果,以便规制者更有效地进行执法”。See Katharina Pistor & Chenggang Xu, Incomplete Law, 35 New York University Journal of International Law and Politics, 931 (2003). 风险行为的可标准化程度越高,行政规制的“一刀切”标准越有优势;反之,则只能采纳最低限度的“门槛性”标准,作为补充,司法规制在个案判断上的灵活性优势将大有作为。

③ 参见宋亚辉:《环境管制标准在侵权法上的效力解释》,《法学研究》2013年第3期。

④ 参见宋亚辉:《风险控制的部门法思路及其超越》,《中国社会科学》2017年第10期。

和风险类型的主要考量因素,同时也决定了公私法合作方案的设计。譬如,风险致害程度的高低决定了行政规制的事前预防优势能在多大程度上派上用场,这也正是核安全领域和儿童疫苗领域主要依赖行政规制的原因所在;再如,风险行为的可标准化程度决定了行政规制的“一刀切”标准与司法实施机制在个案判断上的灵活性优势能在多大程度上发挥作用,这也正是水污染领域否认合规抗辩但噪声污染领域承认合规抗辩的关键原因。

(三) 风险立法在宏观法体系中的定位

若置身于宏观法律体系来看,风险立法的单行法结构可避免因风险规制的需要而对传统民法、刑法、行政法、诉讼法等部门法体系进行大规模改造,进而保留一个相对纯粹的部门法体系。在功能分工上,各部门法只须规定具有普适性的风险规制工具即可,至于其如何适用于具体风险领域,则交给规制性单行立法处理,不同部门法之间的合作方案也将在单行法中得到落实。在法律适用中,按照特别法优于一般法的规则,首先应适用行业单行法的特殊规则,必要时可透过不同部门法之间的转介机制,将单行法的特别规定运送进入相应的部门法当中,借助更加完整的部门法体系来实施单行法中的规则。这一立法结构的积极意义在于,作为基本法的民法、刑法、诉讼法无须为适应特定领域的风险规制需要而大动干戈地进行内部改造,同时也可避免各部门法因社会情势或政策变化而不断修订以及由此导致的过度延伸与膨胀变形。通过行业法与部门法的分工配合,未来中国的风险规制法将呈现出由行业法和部门法协调形成的动静结合的法律体系。“如果说部门法是法律体系的‘块’,那么行业法就是法律体系的‘条’,一国法律体系只有在‘条’、‘块’结合的情况下,才是立体的,生动的,丰满的。”^①这也许将成为中国宏观法律体系的未来发展方向。

责任编辑 谭冰霖

^① 孙笑侠:《论行业法》,《中国法学》2013 年第 1 期。