

# 风险行政与基本权利的动态保护

王 贵 松\*

**摘 要:**由于风险具有不确定性和变动性,因此风险规制要取得实效就需要一定的灵活性。基本权利动态保护理论为风险行政的这种特性提供了支持。风险行政负有持续更新义务,应当顺应科技发展要求调控风险。立法者可以调整法律的特定程度和规范强度并及时修改法律,风险行政机关可以采取临时性规制措施、事后变更规制措施并更新安全基准,风险设施运营单位要自我监测风险信息、及时完善风险设施并持续开展风险研究。在风险行政的三方法律关系中,这些措施虽然有助于管控风险,为人民的基本权利提供动态保护,但是也有破坏法的明确性和安定性之虞,可能侵害风险设施运营单位的信赖利益。国家需要在不同的价值之间作出适当权衡,综合运用各种利害调整措施,在为基本权利提供动态保护的同时,避免给私人增加不必要的损害或负担。

**关键词:** 风险行政      法的明确性      信赖保护      持续更新义务      顺应型调控

国家尊重和保障人权。在风险社会中,因风险具有不确定性和可变性,国家要履行其人权保护义务,使人民的生命、自由和财产免受威胁,具有更大的难度。如何更好地履行国家保护义务、提升风险规制的实效性,成为风险治理的重要课题。而欲提升风险规制的实效性,风险规制也要相应地具有灵活性,如此就可能与法治国家所珍视的法的明确性、安定性等价值发生冲突。这样的风险治理在理论上能否证成、如何回应其给法治带来的挑战,均须予以综合论证和权衡。

## 一、基本权利动态保护论的提出

面对具有不确定性的风险设施,德国<sup>①</sup>联邦宪法法院提出了基本权利动态保护理论,之后这一理论在风险行政领域也得到贯彻,成为诸多风险规制措施所奉行的基本理念之一。

(一)德国联邦宪法法院的“卡尔卡决定”

\* 中国人民大学法学院教授、博士生导师

① 1990年10月3日,德意志民主共和国并入德意志联邦共和国,本文语境下的德国均指德意志联邦共和国。

1972年12月,德国北莱茵—威斯特法伦州给快滋生反应器核电厂核发许可,准许其在卡尔卡市的霍内佩尔设置核电厂。1973年3月,居住在核电厂预定地一公里外的原告提起行政诉讼,请求撤销该行政许可。一审败诉后,原告上诉至北莱茵—威斯特法伦州高等行政法院。1977年,该高等行政法院裁定停止诉讼程序,并就1976年修正公布的《核能法》第7条提起规范违宪审查。根据1976年修正的《核能法》第7条第2款第3项的规定,发给许可的条件之一是“对因设置与运营该设施所形成的损害,做到依据学术与科技现状所需的防范”。该高等行政法院认为,1976年修正的《核能法》第7条仅就核能的和平利用作出原则性规定,并未充分规定授权行政机关可以规范的范围,使行政机关因此具有核准快滋生反应器类型核电厂的可能性。而快滋生反应器因需要使用钚,其后续利用和储存可能对整个社会和自然环境造成极大的危害,且无法排除钚外流被制成核武器的可能性。因而,这种对于人民生命、身体具有高度潜在危险的领域,立法者应当作出更妥善、更具体的规划,而非交由行政机关自行决定。

1978年8月8日,德国联邦宪法法院从法律保留、法的明确性、国家保护义务3个方面论证了1976年修正的《核能法》规定符合《德国基本法》。在法的明确性方面,德国联邦宪法法院认为,在面对一个法律条文是使用不确定法律概念还是要详细地加以规定的问题时,立法者享有一定的决定权,其决定尤其受到实际可行与否衡量的影响。1976年修正的《核能法》第7条第2款第3项规定的内容对未来持开放的态度,这是为了追求动态性基本权利保护。该规定有助于1976年修正的《核能法》第1条第2项所定保护目的<sup>①</sup>在各种情况下均可获得最佳实现的可能性。反之,就算能设法做到在法律中列出呆板的规则,将特定的安全标准固定下来,这对科技的持续发展以及相应合适的基本权利保障而言,毋宁是造成束缚而非有所助益。这种做法是一种以安全性为代价的退步。虽然明确性要求也有利于保障法的安定性,但是并非所有的规范客体都是以相同的程度来实现这一要求。若非如此,立法者就会被迫制定不切实际的规定或者根本不予规定,这两种情形都有害于对基本权利的保护。至少在这两极之间,必须容许存在一定程度的不确定性,何况这种不确定性还会随着时间的推移,透过行政命令、行政实务运作以及司法判决而逐渐降低。<sup>②</sup> 这一判决一般被称作“卡尔卡决定”。

## (二)基本权利动态保护与既有法原则的冲突

为基本权利提供动态保护,意味着风险规制措施的可变性,同时法律还要容许这种可变性的存在。这就可能与法的明确性原则、法的安定性原则、信赖保护原则发生冲突。如何认识它们之间的冲突以及如何消解这种矛盾,关乎基本权利动态保护的正当性。

### 1. 动态保护与法的明确性原则

“宪法委托给立法者的保护任务应当动态理解。法律规定的保护措施必须能应对变化中的挑战。为了保护,法律的文字越是宽泛、富有弹性,法律就越能把握容易变化的客观事态。”<sup>③</sup> 动态保护也意味着相关义务的抽象性,因为具体明确的要求难以实现保护的动态化。要使行政机

<sup>①</sup> 即“防止生命健康和财产受到核能损害和电离辐射的有害影响并补偿由核能或电离辐射所造成的损害和伤害”。《德国核能法(核能和平利用与损害预防法)》(节译),载伏创宇:《核能规制与行政法体系的变革》,北京大学出版社2017年版,第250页。

<sup>②</sup> 参见《快滋生反应器核电厂案判决》,蔡宗珍译,载《德国联邦宪法法院裁判选辑(八)——人性尊严与人格自由发展》,台湾地区“司法院”1999年版,第523~577页。

<sup>③</sup> Josef Isensee(ドイツ憲法判例研究会編訳)『保護義務としての基本権』(信山社、2003年)188—189頁。

关能根据风险设施的现实情况采取有效的规制措施,使行政机关在面临风险的变化时具有灵活应对的可能性,立法使用不确定法律概念就是不可避免的。在“卡尔卡决定”中,德国联邦宪法法院已经指出其与法的明确性原则之间的矛盾。这里首先涉及责任分配的问题:“在一个必然受制于不确定性的情况下,首先是属于立法者与政府的政治性责任,于各自的权限范围内,作出各自认为合于目的性考量的决定。于此种事态下,以自己的评价来取代被授予此责的政治性机关的地位,并非属于法院的任务。盖此等做法欠缺规范性的标准”。<sup>①</sup>选用不确定的法律概念,固然在法的明确性上有所欠缺,但毕竟也是立法机关意志的一种表达,并且也提供了一定的标准。这种不确定的法律概念与行政机关的科技安全规范相结合,加上两种机关利用各自优势联动协作,便可具有较高的明确性。

与此类似,日本的风险设施许可立法的明确性也曾受到挑战。在日本福岛第二核电诉讼案中,1977年修改前的《关于核原料物质、核燃料物质及核反应堆规制的法律》(简称《核反应堆规制法》)第24条第1款第4项规定,核反应堆设施的位置、构造及设备对防止核污染或核反应堆的灾害不构成障碍,是核反应堆设置许可的基准之一。日本最高法院认为,核反应堆设施的安全性审查需要多方面的科学性、专门技术性知识,而科学技术是不断进步的。因而,具体而详细地规定核设施的安全性基准,不仅难以做到,而且从顺应最新科学技术水准的角度看也不适当。另外,该条第2款设置了慎重听取专家意见的许可程序。考虑到这些因素,不应认为该规定未设立明确且正当的许可基准。因此,以该规定不明确、不正当为由主张其违反宪法,是欠缺根据的。<sup>②</sup>

在风险行政中,立法机关既有其民主正当性的优势而可以发挥基础性作用,也有因人员构成、行使职权的方式而存在的固有局限性。面对复杂多变的事实关系,应当承认立法机关具有立法裁量权,在规范的方式和强度上具有一定的自由规定空间。“像在和平利用核能的领域中,可预见会透过快速的科技发展而持续带来更新的情况下,立法者即使事实上作成了细部的规定,仍须持续地反映最新的发展状况。为了将学术与科技发展,经由制定步伐一致之规范的方式而使之受到法的拘束,立法者基本上有多种方式可选择。这些方式彼此间虽具有差异性,但有一点是共通的:藉由使用不确定法律概念而使得有拘束力的具体化工作,以及持续地配合学术与科技之最新发展的困难,或多或少地转移到行政层级以及——若发生法争议的话——司法层级。行政机关与法院即须弥补规范层面的规定缺漏。”<sup>③</sup>也就是说,在面对不确定的风险状态时,为了实现基本权利的动态保护,立法机关与行政机关须共同努力,发挥各自的专长,协力完成规范控制的任务,实现法明确性的要求。合作治理也正是风险行政法的一大特色。

## 2. 动态保护与法的安定性、信赖保护原则

法的安定性是法治国家原则的当然要求,是对私人可预期性需求的满足,是对私人自由和自治的保障。国家在改变一定的法律状态时,也应当遵守信赖保护原则,确保私人因信赖风险规制措施而产生的正当利益得到切实保护。行政机关作出具有一定授益性和可预见性的行为之后,

<sup>①</sup> 《快滋生反应器核电厂案判决》,蔡宗珍译,载《德国联邦宪法法院裁判选辑(八)——人性尊严与人格自由发展》,台湾地区“司法院”1999年版,第570~571页。

<sup>②</sup> 最判1992年10月29日判例時報1441号50页参照。

<sup>③</sup> 《快滋生反应器核电厂案判决》,蔡宗珍译,载《德国联邦宪法法院裁判选辑(八)——人性尊严与人格自由发展》,台湾地区“司法院”1999年版,第574页。

私人对此产生了正当合理的信赖,行政机关在变更相应的法律状态时应对这种信赖加以保护,否则即应承担相应的法律责任。这在《中华人民共和国行政许可法》第8条、第69条中也得到部分实定化。当然,虽然信赖保护原则限制了行政机关改变一定法律状态的可能性,但是这并不必然意味着行政机关不能改变,信赖保护原则只是要求在变更法律状态时应当注重对正当信赖利益的保护。

企业在获得风险设施的设置和运营许可之后,就具有相应的法律地位,其所有权和经营自由应获得法律保护。其首要的要求就是存续保护;其次才是财产保护,即许可无法存续时予以财产补偿。一旦国家被课予动态保护的义务,风险设施的存续保护将受到威胁。在私人对风险行政产生正当合理的信赖利益时,信赖保护原则要求行政机关在公共利益与信赖利益之间进行合理的衡量,在必须变更之前的风险规制措施时有可能产生依法补偿私人所受损失的义务。“国家机关关于风险行为容许性的判断是在其时点的水准上的暂定性判断,如果技术发展、知识储备丰富了,就必须认为预定着要让以前的判断去适合技术水准和知识水准,变更以前的判断。法的安定性、私人的信赖保护水准也就受到抑制。”<sup>①</sup>风险设施包含不确定的风险因素,其许可的获得者在行政法上没有通常许可的那种稳固地位。在“国家—被许可者(被规制者)—第三人”的三方行政法律关系中,对第三人权益动态保护的强调,就意味着降低对风险设施设置和运营者信赖利益的保护程度。如何在具体措施中协调被规制者与第三人的利害关系,也成为风险行政法律制度设计中的重要问题。

## 二、基本权利动态保护对风险行政的要求

在风险行政中,科学技术的动态性与法的安定性之间的矛盾是客观存在的。为了更好地实现基本权利的动态保护,各方责任主体均有义务对自身的行为作出一定的调整或变革,及时持续更新自身的措施,以跟上科技发展的步伐,灵活地应对不确定的风险。

### (一)基本权利的动态保护要求

基本权利对国家权力具有直接的拘束力,国家应当在价值体系中为基本权利提供全方位的保障。在风险行政中,由于风险具有不确定性和广泛联系性,因此国家需要调动各方力量,充分捕捉各种可能的风险信息,采取灵活适当的措施,共同应对风险的不确定性。

国家负有基本权利的保护义务,但这种国家保护义务首先要由立法者制定法律对其予以具体化。在风险行政中,法律不仅应当促进学习,其自身也是学习过程的一部分。<sup>②</sup>为了更好地应对风险,对于立法者而言,一方面,要提升法律自身应对风险的能力,立法者有义务持续获取风险信息,及时制定风险规制所需的法律。如果未来出现了立法时未曾预见的发展变化,而这种变化又让原有的制度或决定变得不合理甚至成为安全隐患时,那么立法者就有义务审视这一变化,及时修正、调整原有的法律制度。另一方面,立法者要为风险规制提供适当的规制工具,并对风险规制进行必要的规范。针对风险设施,法律需要设计出一整套风险管理的机制,对相关主体课予

<sup>①</sup> 山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明、山本隆司編「環境と生命」(東京大学出版会、2005年)49頁。

<sup>②</sup> 参见王贵松:《风险社会与作为学习过程的法律——读贝克的〈风险社会〉》,《交大法学》2013年第4期。



相应的风险管理义务。在法律的规定上,因应风险形态的多样性、变化发展的快速性,立法者需要放松法律的特定程度和规范强度,提高法律的灵活性,以使行政机关和其他主体共同发挥积极作用,依据最新科学技术水准应对风险。

但是,立法机关在风险行政中的主要作用是作出基础性和方向性的决定,具体的风险规制任务还是要由行政机关去完成。立法机关需要通过授权立法等方式,将行为权限委任给行政机关,以应对科学技术的发展变迁。在“卡尔卡决定”中,德国联邦宪法法院也指出:“立法者自己确立了显示出足够稳定性的特定值风险种类或要素,特定种类的辐射负担、可容忍度之上限等,无疑是可能的。只有考虑到所有风险要素的效应关联,以及对之加以扼制的可能措施之下,才能对具体的风险作出判断;藉由科技的发展,例如藉由对相对稳定之风险要素为多重的、彼此相互独立之安全防护措施,以及持续性加以监督的可能性,各个要素的比重便得以一次又一次地变化。在此,只有让那些对于风险之判断具有重要意义的状态持续地适应于各个最新的认知现况,才能满足最大可能之危险防御与风险预防的基本原则。在此,对所需之适应工作而言,在法规范上配备有远比立法者适当之行为形式的行政机关来作判断,也是为了动态性的法益保护之故”。<sup>①</sup>

当然,拥有相应权限的行政机关也不是随意行事。从法治主义的角度看,对于与实现基本权利重要领域相关的风险管理,立法者至少要就保护生命、身体和健康的抽象水准,风险的接受和评估的规范等作出基本决定。行政机关在采取个别性对策时,将法律中的基本决定具体化,依据基本决定设定基准。但是,应当如何评价风险、多安全才算充分等根本问题,实际上并不能通过立法来控制,而只能委诸行政机关予以具体化。过去以警察法为基础的控制手段在风险行政中并不能有效地发挥作用。既然无法通过实体法控制行政上的意思决定,那么就只能通过程序法来控制行政内部的意思决定过程,填补实体法的缺陷。立法者通过形成决定过程,将决定的作出程序和各种条件结构化,应对决定对象的复杂性和复合性。这种现象可谓“从法律保留向程序保留的转变”。<sup>②</sup> 意思决定过程的程序化,也意味着通过程序来保护基本权利。

## (二)动态保护与持续更新义务

基本权利动态保护的核心实现机制就是课予风险设施设置运营者持续更新义务。所谓持续更新义务,是指不仅在风险设施获得许可认可的时点,而且在设置、运营乃至运营之后,均负有根据新知识、新情况及时更新风险设施管理措施的义务。

对于持续更新义务的法律根据,在日本存在以下几种学术立场:<sup>③</sup>第一,从行政法的一般原则导出行政机关的持续更新义务。不过,在行政法上一般重视法安定性和信赖保护,课予行政持续更新义务,有可能导致法的不安定化、轻视信赖保护,因此还很难说行政在整体上负有持续更新义务。《日本行政程序法》第38条第2款规定:“命令等制定机关在制定命令等后,必须考虑该命令等规定的实施状况、社会经济形势的变化等,在必要时检讨该命令等的内容,以努力确保其正当性。”这明确规定了行政立法机关应对社会经济形势变化的努力义务,今后有可能将此义务

<sup>①</sup> 《快滋生反应器核电厂案判决》,蔡宗珍译,载《德国联邦宪法法院裁判选辑(八)——人性尊严与人格自由发展》,台湾地区“司法院”1999年版,第579~580页。

<sup>②</sup> 下山憲治「リスク行政の法的構造」(敬文堂、2007年)82-83頁参照。

<sup>③</sup> 山下竜一「原子力法制度に求められる機能とは何か(上)」法律時報89卷11号(2018年)124-125頁参照。

具体化。第二,从与国民生命健康密切相关的行政领域(药事行政、食品行政、环境行政)或者风险行政的特殊性以及国民生命健康基本人权,导出行政机关负有持续更新义务。第三,从特别法的宗旨目的导出行政机关的持续更新义务。例如,在“筑丰尘肺诉讼案”<sup>①</sup>和“泉南石棉诉讼案”<sup>②</sup>中,日本最高法院分别从《矿山安保法》与《劳动基准法》《劳动安全卫生法》的宗旨目的出发,认为应当尽可能迅速修改省令,以符合技术进步和最新医学知识,适时适当行使省令制定权限,进而认可国家的不作为责任。在福岛核电事故之后,《核能基本法》第2条第2款将“根据确立的国际基准保护国民的生命、健康和财产”规定为立法目的,《核能规制法》第1条也将“保护国民的生命、健康和财产”规定为立法目的,这些法律的宗旨目的也能为行政的持续更新义务提供根据。第四,《核反应堆规制法》第57—9条课予从业者义务,即根据最新知识采取必要措施防止核反应堆引发的灾害,与此一样,应当将行政的持续更新义务明文规定下来。这一立场的目的在于为持续更新义务提供更为明确的根据。

就我国而言,相关学术探讨尚未真正展开,但立法已有一定的规定,从中也能找到持续更新义务的根据。在根本法层面,《中华人民共和国宪法》第33条第3款规定:“国家尊重和保障人权”。这就课予国家对生命、健康、财产等提供保障的义务。具体到风险问题上,立法机关和行政机关均负有对生命、健康、财产的保护义务,使其免遭风险之害。在风险和科技都在发生变动时,立法机关和行政机关均应基于这一义务的要求,及时更新自身的措施,以有效应对风险。当然,这里的及时更新在很大程度上仍然只是一个原则性的要求,或者说是第一层次的要求。在具体规定上,《中华人民共和国立法法》第6条第1款规定:“立法应当从实际出发,适应经济社会发展和全面深化改革的要求”;第52条第1款规定,全国人大常委会编制立法规划和年度立法计划,“应当科学论证评估,根据经济社会发展和民主法治发展的需要,确定立法项目,提高立法的及时性、针对性和系统性”。这些都为立法机关持续更新义务提供了部分依据。而《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)第32条、《中华人民共和国核安全法》(以下简称《核安全法》)第8条第3款和第55条第5款、《中华人民共和国土壤污染防治法》(以下简称《土壤污染防治法》)第13条第2款等法律规定,也课予行政机关具体的义务,包括在面对食品风险、核放射风险、土壤污染等具体问题时,及时评估和更新自身的风险规制措施。这些规定可以说是第二层次的要求,将宪法上的原则性要求转换为具体的法律规则,也让持续更新义务从政治性或倡导性义务转化为规范性、强制性义务。首先,这种持续更新义务具有直接性,不仅作为风险设施设置运营的许可条件拘束许可机关,而且直接作用于风险设施的设置运营者而不必个别性地课予义务。其次,持续更新义务具有持续性和动态性,义务的具体内容在运营的过程中会发生变化(很多时候是朝着更严格的方向变化),也赋予风险管理很大的弹性。最后,持续更新义务需要具体化。正是由于动态性,义务的具体化才不可或缺,因此来确保义务内容的公平性与法的安定性。<sup>③</sup>

### (三)动态保护与顺应型风险调控

动态保护源于认识和知识的渐进性和动态性。从管理者的角度看,基本权利的动态保护需

① 最判2004年4月27日民集58卷4号1032页参照。

② 最判2014年10月9日民集68卷8号799页参照。

③ 松村弓彦「ドイツ環境法における予防原則(その二)」法律論叢86卷6号(2014年)274页参照;米田雅宏「伝統的許可制度の現代的変容」(上)(下)法律時報90卷(2018年)7号80页以下、8号96页以下参照。

要风险管理措施等适时更新,顺应科学技术的发展要求。这被称为“顺应型风险调控”。<sup>①</sup> 通常而言,风险源于科学上的不确定性,因此相应的判断也很难准确。即使采取风险管理措施,也无法充分或适当应对,相应的决定必然带有一定的决断性和临时性,甚至可能因此而引发二次风险。顺应型风险调控首先承认预测的不确定性,其次通过持续性监测、评价、检验来随时检视修正已有的措施。应当说,随着科学认知的加深和学习的进步,发现事前做法的罅隙,纠正、调整、改善事前的做法都是有可能的。管理者应当顺应科技的发展,保持始终学习的能力和随时调整的可能,以持续改善的状态调控风险。当然,顺应型风险调控不仅可以用于风险管理,也可以用于风险评估。作为风险评估前提的科学技术知识和社会认知都可能发生变化,风险评估的方法和标准也可能要作出调整。“顺应型风险调控的目的在于构筑适时适当的对应于科学技术发展的风险调控。它主要立足于组织和程序风险论,通过‘弹性的’组织编制和程序构成,将适合于专门知识发展的体系结构化。”<sup>②</sup> 也就是说,顺应型风险调控主要是通过组织上根据专门知识的进展调换必要的专家、在程序上根据最新知识和信息调整更新管理措施,实现风险的及时适当调控,而不是从实体上关注风险水准的设定及其应对的合理性。

动态保护意味着风险行政的动态性,法的安定性也受到威胁。但如果实施顺应型风险调控,那么既能让风险管理与科学技术最新发展适时对应,也能让整个过程中可以把握和预测。因为风险在被不断地检测、评估之中,相关的信息资料也是公开的、有据可查的,事后的变动在一定程度上有可能得到预测,所以,动态保护与法安定性之间的紧张关系也可能基于顺应型风险调控而得以缓解。在风险评估之后仍有科学的不确定性,一般的既定路线是应根据“有怀疑时倾向于安全”原则来应对。但在事后发现其规制过度(也可能是规制不足)时,也应当与科学知识的更新相适应,重新检讨风险评估和安全措施,必要时作出修正。如果能实施顺应型风险调控,那么也可以在事后纠正早前为了安全而采取的预防措施,进而提高与比例原则之间的契合性。顺应型风险调控可以弥合预防与比例原则之间的间隙。从长期看,可以通过持续性风险评估逐步缓和风险预防与比例原则之间的紧张关系。<sup>③</sup>

### 三、基本权利动态保护与风险行政的规制措施

为了适应风险的不确定性,履行基本权利的动态保护义务,风险行政应有足够的手段去灵活

<sup>①</sup> 顺应型风险调控与戴明环(Plan-Do-Check-Act, 又称 PDCA 循环)有观念上的相近之处,但也有区别。戴明环是将实施后的评价结果应用于下一个阶段,而顺应型管理是在制定项目规划、项目效果监测评价、根据项目内容的重估等各个阶段都将科学性学习、科学性知识纳入管理。顺应型风险调控的本质在于科学与政策的联动。顺应型风险调控具有准科学性的性质,将管理作为实验来对待,从中学习保全的政策。二見繪里子「順応的管理の規範の性格に関する予備的考察」大塚直先生還暦記念論文集『環境規制の現代的展開』(法律文化社、2019年)324頁参照。

<sup>②</sup> 日本学者下山宪治将风险概念分成两种:一是程序性风险论,即将科学技术的专门知识带入立法和行政上的意思决定过程中予以处理,保障判断的合理性和妥当性;二是实体性风险论,即根据一定的价值判断结果,在“风险”之前加上修饰语,诸如应当排除和回避的风险、应当减轻的风险、应予接受的风险等,借以表明法的保护水准,讨论的是实体的合理性和妥当性。下山宪治「原子力『安全』規制の展開とリスク論」環境法研究3号(2015年)8頁参照。

<sup>③</sup> 横内恵「順応型リスク制御と比例性:ドイツ遺伝子技術法の閉鎖系規律手続を題材として」環境法研究7号(2017年)43、45頁参照。



应对,持续更新自身的规制措施。在已经定型的传统行政手法之外,国家还应当采取一些动态化的风险规制措施,以便让风险行政具有必要的弹性。

### (一)许可要件的动态化

风险设施的设立、运行乃至退役因关乎公共安全,往往实行许可制。传统的行政许可是对申请人的现有资格、条件等进行审查,准许其从事特定活动,但风险的不确定性也要求许可要件在未来具有调整的可能性。德国“卡尔卡决定”涉及的《核能法》规定就是一例。国家课予风险企业与现在学术和技术等水准、状态相适合的义务,并将遵守这一义务作为许可的要件之一。日本学者山本隆司将其称为“许可要件的动态化”。<sup>①</sup>通过不确定法律概念将客观的非法律性基准引入法的世界。就规范层面而言,许可要件并没有修改;但就事实层面而言,许可的要求却随着外部科学技术知识的进步而发生变化。如此一来,既维持了一定程度的法的安定性,又保留了发展变动的可能性。

对于核设施营运单位的要求,《核安全法》第15条第4项规定:“核设施营运单位应当具备保障核设施安全运行的能力……具备必要的核安全技术支撑和持续改进能力”。“持续改进能力”是对核设施营运单位与时俱进的要求。关于安全标准,《核安全法》第8条第3款规定:“核安全标准应当根据经济社会发展和科技进步适时修改”;第27条第3款规定,在核设施运行许可证的有效期内,“国务院核安全监督管理部门可以根据法律、行政法规和新的核安全标准的要求,对许可证规定的事项作出合理调整”。因此,随着安全标准发生变化,对许可要件也能相应地作出适当的调整。

### (二)临时性风险规制措施

常规的行政措施是根据确定的事实所作出的决定,具有安定性。但在面对不确定的风险时,这种确定的行政措施又表现出一定的局限性。根据风险预防原则,行政机关即使尚未充分了解风险,但为了预防更大损害的发生,在符合一定实体和程序要件时,也可以采取临时性规制措施,如临时限制产品的流通甚至暂扣生产经营许可证等。<sup>②</sup>例如,《中华人民共和国传染病防治法》第55条规定:“县级以上地方人民政府卫生行政部门在履行监督检查职责时,发现被传染病病原体污染的公共饮用水源、食品以及相关物品,如不及时采取控制措施可能导致传染病传播、流行的,可以采取封闭公共饮用水源、封存食品以及相关物品或者暂停销售的临时控制措施,并予以检验或者进行消毒。经检验,属于被污染的食品,应当予以销毁;对未被污染的食品或者经消毒后可以使用的物品,应当解除控制措施”。此即属于临时性规制措施。

这种风险规制措施具有临时性和可变性。在风险明确之后,对于临时性风险规制措施,行政机关就应当根据情况适时作出同等力度的变更调整。例如,采取责令暂停销售后,一旦消除问题,就应当以相同的方式解除禁令;如果发现并不存在风险,那么就应当在解除禁令的同时,提供一定的补偿。如此方能使各种利害关系得到合理、均衡地调整。

### (三)事后变更的可能性

在作出行政许可后,行政机关还可以在事后根据风险形势的变化,作出新的命令或追加新的

<sup>①</sup> 山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明、山本隆司編『環境と生命』(東京大学出版会、2005年)50頁参照。

<sup>②</sup> 参见王贵松:《风险行政的预防原则》,《比较法研究》2021年第1期。



负担,在特殊情况下甚至可以撤回许可。当然,这种事后增加被许可人义务或者减损被许可人权益的做法,可能与法的安定性和信赖保护原则产生一定的冲突,进而发生损失补偿的问题。

### 1. 因客观事由的事后变更

事后变更,或许可谓风险行政的一种“生理现象”。“风险行政与风险同时存续,因而,关于风险的许可认可等意思决定并非终局性地确定国家与设施操作者、制造者(企业)的法律关系,而是作为一时性、中间性的决定,在长期性、持续性监督法律关系中进行定位。在这种法律关系中,行政机关有时在事后修正、变更其决定,或是课予负担。”<sup>①</sup>

与发生事故后因为行政处罚(吊销许可证)而撤回行政许可不同,行政机关还可能因为公共利益而撤回行政许可。根据行政许可的一般原理,在被许可人不再符合许可要件时,行政机关有权撤回许可。如果获得许可的风险设施在运营过程中产生了明显危险而威胁重大的公共利益,那么行政机关还须撤回许可。

与许可要件的动态性相呼应,行政机关可以根据技术水准和客观情况的变化审视风险设施的状况,在事后课予风险设施运营单位改善义务,通过作出事后命令、添加事后性负担附款,可以确保风险设施符合最新安全标准的要求。例如,日本在2011年3月11日福岛核电站事故之后,于2012年修改《核反应堆规制法》,引入了所谓设施更新制度。设施更新制度是为了根据最新的科学技术水准实施规制,课予现有不合格核电站相应的义务,随时适应设置许可后修改的规制基准要求,更新改造既有设备。2012年修改后的《核反应堆规制法》明确规定,在既有核电设施不符合事后变更的规制基准时,可以命令其停止使用、改造、修理或转移、指定发电用核反应堆运转方法以及采取其他安保措施(第43-3-23条);违反命令时,可设定1年以内的期限停止核反应堆运转甚至撤回许可(第43-3-20条第2款)。<sup>②</sup>如此一来,可以确保根据科学技术的进展和变化,开展顺应型风险调控,从而适时提升风险设施的安全性、降低安全隐患。“设施更新制度是更早、更机动地在规制中吸收新知识的机制。在‘有安全上的紧急必要性’状态之前,在更早的阶段,采取对策提升安全性。”同时,设施更新制度也是“确保提升持续性安全性的机制。”<sup>③</sup>在我国,《核安全法》第35条规定了核安全经验反馈制度,即“国务院有关部门应当建立核安全经验反馈制度,并及时处理核安全报告信息,实现信息共享”,并要求“核设施营运单位应当建立核安全经验反馈体系”。但核安全经验反馈制度并不同于设施更新制度。经验反馈制度是将设施内部的经验教训反馈到生产运营的管理中,改善安全保障机制,而非根据外部的科学技术水准变化对既有设施提出更新要求。对于可运营多年的核设施而言,仅进行经验反馈是不够的,还需要建立设施更新制度,以适应科技发展,使之符合新制定或修订的技术标准。

这些新增加的义务或新形成的法状态,是否与法不溯及既往、信赖保护原则、比例原则相抵触,存在争议。新的规制规则、新的安全标准如果对私人不构成侵益,通常不成为问题。如果风险被证明不存在或者风险等级被降低,那么自然意味着要取消或放松风险规制措施。但规则和

<sup>①</sup> 下山憲治『リスク行政の法的構造』(敬文堂、2007年)45頁。

<sup>②</sup> 类似的例子是,《日本健康增进法》第28条第3项规定,在特殊用途食品标识获得许可之后,科学知识在充实之后清楚地表明,对许可的食品标识许可的特殊用途并不适当时,内阁总理大臣可以撤销该许可。

<sup>③</sup> 荻野徹「原子力規制の現状と課題——バックフィットによる継続的安全性向上など」法律時報94卷1号(2022年)74頁。

标准往往趋于严格,将新规则和标准适用于过去的事实,会对风险设施的运营者产生不利影响。故而,因其侵害信赖利益,按照法不溯及既往原则,通常在原则上是禁止的。在风险设施的强化规制中,往往是直接适用于过去形成的持续性事实,但可以设置新法适用的过渡期间。

1969年11月5日,日本厚生大臣根据《食品卫生法》的规定,决定撤销甜蜜素(环己基氨基磺酸钠)作为食品添加剂的指定。其理由在于,1969年10月18日,美国政府以甜蜜素可能有致癌性为由禁止其在一般食品中添加。使用甜蜜素的某日本公司遂提起国家赔偿诉讼。1977年6月29日,日本东京地方法院判决指出:厚生大臣对化学合成品所作的指定,不过是从公共卫生角度解除对销售的禁止而已。该指定的前提在于,食品卫生调查会认为其具有自然科学的专门知识基础。因而,因自然化学的发达而修正过去的见识,厚生大臣自然要随之撤销指定。即便因撤销指定导致商人的化学合成品贬值或者不能销售,这也是该商品自身的内在社会限制,而非为社会公共利益所作出的特别牺牲。谁都没有权利制造销售被撤销指定的食品,亦即公共卫生上有害或存在有害之虞的食品。无法否定的是,撤销食品添加剂的指定具有不确定性,但这只是企业活动伴有的危险之一。如此,国家对于撤销指定明显没有理由应负担损失补偿的义务。<sup>①</sup>这一判决也得到日本东京高等法院的认可:“一旦食品添加剂获得指定,即便因之后自然科学的发展而让其安全性受到质疑、撤销指定,那也应该说是化学合成品的食品添加剂的本来内在制约。”<sup>②</sup>但也有学者对此提出批评:“即使有致癌性,人一生也仅食用极少的分量,因而,应当给库存的食品设定过渡期间。”<sup>③</sup>

相应标准和规则的变化是科学技术发展的结果,适用新要求事后变更原先的法律状态,这种不利系因风险设施自身的属性所带来的,故通常情况下国家无须提供补偿。但是,对于既有持续性设施的新规制立法的适用,还存在其他的可能性。例如,在日本,根据《建筑基准法》第3条第2款、第86-2条的规定,在变更地区用途之际已经存在的建筑物,不符合变更后指定用途的,只要不翻建、大规模修缮、增建,就不违反法律规定。这是所谓既存不适格型的适用,是针对既有设施的存续保护。根据《消防法》第17-2条的规定,消防设备的技术标准修改后,除了灭火器、避难器具等之外,过去的消防设备原则上适用旧的标准。另一种是即时适用新的标准,即所谓公害规制型的适用。对于各种公害规制,避免公害损害发生是企业经营的内在义务,为了应对新兴事态而强化规制是必要的,虽然这不侵害既得权益,但是立法在很多情形下设置了过渡措施。例如,煤烟的排放标准对于新设施和旧设施同样适用,但为旧设施设置了一定的过渡期限。<sup>④</sup>日本在2012年引入设施更新制度时,也没有规定损失补偿。这被认为是立足于财产权内在制约的观点之上,即企业拥有、运转核反应堆这种危险设施,有义务以自己的经济成本应对规制的强化。但也有学者认为,因应对新的规制而迫使特定企业承受巨大的经济负担,或者为应对危险或风险不大的现象而强化规制时,立法就有引入损失补偿的空间。<sup>⑤</sup>关于对何种情形应该采用何种法律框架,立法者在考虑规制目的和被规制者的利益的基础上拥有一定的立法裁量空间。在适用

① 东京地方裁判所 1977 年 6 月 29 日判決、判例時報 854 号 30 頁参照。

② 東京高等裁判所 1978 年 11 月 27 日判決、判例タイムズ 380 号 94 頁。

③ 阿部泰隆『行政の法システム(下)』(有斐閣、1997 年、新版)746 頁。

④ 阿部泰隆『行政の法システム(下)』(有斐閣、1997 年、新版)744、746—747 頁参照。

⑤ 原田大樹『行政法学と主要参考領域』(東京大学出版会、2015 年)229 頁参照。

新规制要求时也应注意区分不同的情况,要对风险的大小、可能损害的性质、样态和程度等作出比较衡量,通过撤回许可、即时适用、设置过渡期间、维持原状不变等多种方式,在尊重既有法律规定与适用新要求之间寻求妥适的平衡。

这种事后变更源自风险设施自身包含的风险,故通常被认为属于所有权的社会限制范畴,属于对存续保护的内在限制,而非对财产权本质的侵害。但是,事后变更应当遵守比例原则的要求,不得超出风险设施所应承担义务的合理界限。<sup>①</sup>

## 2. 因政策变化的事后变更

对于纯粹基于行政的利益衡量基准或方法的变更,亦即所谓基于“安全哲学”或安全政策的变更,能否成为撤回许可的要件,存在争议。主流的观点是,以行政机关的安全哲学变更为由,侵害被许可人的信赖和利益,违反法治国家原理,基本不被认可;但也有人承认撤回许可的可能。<sup>②</sup>

在日本福岛核电站事故发生后,德国于2011年修改《核能法》,决定停止新建核电站,并于2022年前废止核电。由此,对于《核能法》上运转许可的事后设定期限行为,产生了很大的争议。在核电企业提起宪法诉愿后,德国联邦宪法法院于2016年12月6日作出了部分违宪的判决。判决认定,对已经赋予核电站的运转许可在事后设定期限,作为面向未来的财产权秩序的新规定的构成要素,应该归为《德国基本法》第14条第1款第二句意义上财产权的内容和限制规定。一个社会是否准备或应当承受风险,无法从国家目标或基本权利中导出答案。这纯粹是政治决定,对其实质的正当性,并不存在某种法的基准。无法从《德国基本法》第2条第2款的国家保护义务得出放弃核能的命令;同样,也无法从《德国基本法》第14条的财产权得出应当维持现存核设施的国家义务。加速废止核电不可避免,但给核电企业一定的补偿确有必要。立法者在2018年6月30日前必须修改《核能法》,并确保给核电企业提供部分补偿。<sup>③</sup>

核电设施具有强烈的社会影响性。一方面,核能的和平利用服务于国民的能源供给;另一方面,它也属于高风险的技术,不仅事故发生时带有极端严重的风险,而且最终的储藏问题尚未解决。因而,德国联邦宪法法院认为,在核电站所有权上施加强烈的社会影响性,这也赋予立法者在形成核能法内容时特别广泛的考量余地。对于因核能的特殊性而承认其背离宪法的有关各原则,德国联邦宪法法院认为,立法者对是否和平利用核能、如何进行利用等事项有很大的裁量余地。诉愿请求人主张,虽然日本福岛事故导致公众和德国联邦政府对剩余风险有不同的评价,但是就一般而言,针对危险状况的事前对策和剩余风险的实际规模并没有发生变化,德国核能安全委员会对德国核电的安全性也没有提出异议。本判决允许立法者根据社会对该技术的接受度而进行政治决断,而不是去认识新的危险,即便只是公众对风险的意识发生变化,也要承认其独立性的重要性。<sup>④</sup>当然,这里的公众认知或者国家的安全哲学都是经过议会确认或正式表达的意志,

<sup>①</sup> 1985年德国修改《联邦环境污染防治法》第17条第2款的规定,原规定是经济合理性要件,即追加命令对企业构成经济上的不合理时,不得发出追加命令;之后修改为比例性要件,即追加命令不成比例、特别是履行命令所需费用与命令所追求的效果不成比例时,不得作出追加命令。山下竜一「西ドイツ環境法における事前配慮原則(二・完)」法学論叢129卷6号(1991年)56頁参照。

<sup>②</sup> 山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明、山本隆司編「環境と生命」(東京大学出版会、2005年)50頁参照。

<sup>③</sup> ドイツ憲法判例研究「原発廃止立法に関する違憲判決」自治研究94卷2号(2018年)155—162頁参照。

<sup>④</sup> 小山剛「脱原発と財産権」法律時報90卷1号(2018年)98—99頁参照。



而非行政机关自行的认定或表达。

在我国,随着社会环境保护意识的日益提高,为了促进经济绿色低碳循环发展,“提高污染排放标准,加大钢铁等重点行业落后产能淘汰力度,鼓励各地制定范围更广、标准更严的落后产能淘汰政策”,<sup>①</sup>成为近些年环境治理的重要议题。国家通过修订《产业结构调整指导目录》,提高重点区域过剩产能淘汰标准。一些过去是合规的生产经营活动,现在可能因环保要求提高、产业结构调整,被责令限期淘汰。如果仅仅凭高压态势,那么即便实现了淘汰的目的,也可能造成严重的社会问题。应当看到,企业的合法经营因政策变更而遭受严重损失,而整个社会却因此而受益,国家理应对此予以及时公平补偿。

#### 四、基本权利动态保护与事后风险分析

学习本身是一个渐进的、不断循环往复的过程。国家在允许一定主体从事有风险的行为之后,还可以课予其在风险分析上的持续性义务,<sup>②</sup>以便不断收集有关风险的信息、促进相关知识的积累,进而降低或化解风险,有效推动系统良性循环。

##### (一) 风险自我监测与事后改善义务

风险设施运营单位藉由运营而获得一定的利益,但对于设施的风险也负有控制的义务。风险设施运营单位应当对于其所从事的风险活动实施自我监测,并根据监测结果改善风险运营。法律还可以课予高风险设施运营单位向行政机关报告监测结果的义务。这种自我监测以及报告义务有助于促进风险设施运营单位恪尽职守,收集有用信息,改善运营,减少风险的发生。

2011年,日本修改《环境影响评价法》,增设报告书程序(第38-2~38-4条),对于实施过环境影响评价的项目,要求企业在项目实施后将其采取把握环境状况措施的状况及其调查结果制成报告书,提交给项目许可机关并对外公布。环境大臣在必要时可向许可机关提出环境保全方面的意见。“由此,可以期待根据项目的实施状况有效地实施环境保全措施,适当把握环境保全措施的效果。特别是对于根据事前预测结果而采取的环境保全措施,从考虑环境的角度根据测定等的实际状态追加保全措施等,有助于在项目的实施阶段和使用阶段进一步充实对环境的保护。还可以期待间接的广泛效果,诸如公布调查结果,确保得到居民等的信赖,提高透明性和客观性,通过事后检验带有不确定性的预测评价有助于改善预测评价技术。”<sup>③</sup>这是通过制度设计促进企业、国家及社会之间的良性互动。

在我国,《核安全法》第19条规定:“核设施运营单位应当对核设施周围环境中所含的放射性核素的种类、浓度以及核设施流出物中的放射性核素总量实施监测,并定期向国务院环境保护主管部门和所在地省、自治区、直辖市人民政府环境保护主管部门报告监测结果”;第81条则规定了未监测或未按照规定报告的法律后果。类似的,《食品安全法》第47条规定:“食品生产经营者

<sup>①</sup> 《中共中央 国务院关于全面加强生态环境保护 坚决打好污染防治攻坚战的意见》(2018年6月16日)。

<sup>②</sup> 山本隆司将企业在风险信息上的持续性义务分为监测义务、风险评估更新义务和研究义务3个阶段来描述。山本隆司「リスク行政の手続法構造」城山英明、山本隆司編『環境と生命』(東京大学出版会、2005年)54-55頁参照。

<sup>③</sup> 田中充「環境アセスメント法の論点とその評価」高橋信隆=亘理格=北村喜宣編著『環境保全の法と理論』(北海道大学出版会、2014年)212頁。



应当建立食品安全自查制度,定期对食品安全状况进行检查评价。生产经营条件发生变化,不再符合食品安全要求的,食品生产经营者应当立即采取整改措施;有发生食品安全事故潜在风险的,应当立即停止食品生产经营活动,并向所在地县级人民政府食品药品监督管理部门报告”,这不仅课予企业自查要求,而且还包括自我改善或纠正的要求;第83条规定:“生产保健食品,特殊医学用途配方食品、婴幼儿配方食品和其他专供特定人群的主辅食品的企业,应当按照良好生产规范的要求建立与所生产食品相适应的生产质量管理体系,定期对该体系的运行情况进行自查,保证其有效运行,并向所在地县级人民政府食品药品监督管理部门提交自查报告”。自查自纠在一定程度上既是企业内部治理的需要,也是维护企业自主性的需要。若企业在自我监测、自查报告过程中弄虚作假,妨碍国家的监管,则法律另有制裁措施。

### (二)风险评估更新义务

由于风险具有可变性,因此国家应当定期举行风险评估,并根据风险评估的结果及时更新安全标准及有关风险规制措施。在欧盟法上,对于转基因技术,欧盟指令设定了安全措施的定期重估义务,<sup>①</sup>之后修改指令时,还进一步要求对风险评估也要进行定期重估。<sup>②</sup>我国也有类似的做法。《食品安全法》第32条规定:“省级以上人民政府卫生行政部门应当会同同级食品药品监督管理、质量监督、农业行政等部门,分别对食品安全国家标准和地方标准的执行情况进行跟踪评价,并根据评价结果及时修订食品安全标准”;第40条规定,食品添加剂的“有关食品安全国家标准应当根据技术必要性和食品安全风险评估结果及时修订”。《土壤污染防治法》第13条第2款也规定:“土壤污染风险管控标准的执行情况应当定期评估,并根据评估结果对标准适时修订”。

风险设施运营单位应当充分运用自我监测的信息,开展风险评估。《核安全法》第16条第2款规定了“定期安全评价”制度,即“核设施运营单位应当对核设施进行定期安全评价,并接受国务院核安全监督管理部门的审查”;第80条第1项规定了未进行定期安全评价的法律责任。当然,这种风险评估更新义务只是针对风险较高的风险设施运营单位而言的。

### (三)风险的继续研究义务

风险设施运营单位可以通过风险设施的运营积累经验和有益信息。为了有效控制风险,国家有时还课予运营单位继续研究的义务。这种继续研究义务一般也是针对可能产生较为严重后果的风险设施运营单位。风险设施的运营单位具备能力和信息上的优势,能够有效地利用这些信息研究开发安全技术。例如,《核安全法》第10条第3款规定:“核设施运营单位和为其提供设备、工程以及服务等单位、与核安全有关的科研机构等单位,应当持续开发先进、可靠的核安全技术,充分利用先进的科学技术成果,提高核安全水平”。

上述事后的风险分析及研究义务,可以被视为风险设施运营单位在运营风险设施时的附随义务,其源自风险设施自身所包含的风险因素,属于风险设施运营单位所负有的社会责任之一。虽然这些要求对风险设施运营单位构成一定的负担,但是履行这些义务既是消除或减少风险设施对社会所造成威胁的需要,也是继续其风险设施良性发展的需要。风险设施相对于其他设施而言风险更大也更不明确,因而风险设施运营单位需要对自己负责的风险设施承担更多的义务,以免产生不当的外部影响。当然,这些义务的课予也应当符合比例原则的要求,风险等级越高,

<sup>①</sup> See Council Directive 90/219/EEC § 18, Council Directive 90/220/EEC § 22.

<sup>②</sup> See Council Directive 98/81/EC § 18.

风险设施运营单位的相应负担就越重。

## 五、结语：基本权利的动态保护及其界限

安定性与变动性的冲突是风险行政法的主要议题之一。由于风险具有不确定性和可变动性,因此风险行政应当具有相应的灵活性。根据风险的特性,风险行政应当加强对基本权利的动态保护。但在涉及三方行政法律关系的风险行政领域,强调国家对第三方基本权利的动态保护,意味着国家要对风险设施运营单位的基本权利进行动态限制。对基本权利的限制须符合法律保留、比例原则等限制基本权利的基本要求,而动态限制则在法的明确性和安定性方面对传统行政法提出更多的挑战:容许立法采取具有概括性和弹性的法律概念,与风险行政机关合作完成规制任务;要求风险行政顺应科技发展的要求,及时更新自己的风险规制措施,实行许可要件动态化,采取临时性风险规制措施,容许事后变更风险规制措施。在得到许可后,风险行政法还课予风险设施运营单位风险自我监测义务、事后改善义务和继续研究义务,并课予风险行政机关更新风险评估义务。这些做法是与风险特性相适应的,从根本上说是为了更好地保护公民的生命、财产安全,但需要在基本权利的动态保护与法的安定性、信赖保护等原则之间作出适当的权衡。国家可以综合运用各种利害调整措施,灵活设计风险规制措施,合理配置相关主体的持续更新义务。由此,方能在实现基本权利动态保护的同时,维护法的安定性、信赖保护、比例原则等法治的基本价值。

---

**Abstract:** Risk is uncertain and fluid, so risk regulation requires a certain degree of flexibility to be effective. The theory of dynamic protection of fundamental rights provides support for this characteristic of risk administration. Risk administration has the obligation of continuous updating and should regulate risks in accordance with the requirements of technological development. The legislator can moderate the specificity and normative density of the law and amend the law in time, and the risk administration can take temporary regulatory measures, change the regulatory measures afterwards, and update the safety standards, and the risk facility operators should self-monitor the risk information, improve the risk facilities in time, and continuously carry out risk research. However, in the tripartite legal relationship of risk administration, although these measures help control risks and provide dynamic protection for people's basic rights, they has the potential to undermine legal clarity and certainty, and may infringe on the trust interests of risk facility operators. The state needs to make appropriate balance between different values and use a combination of measures to adjust the interests, so as to providing dynamic protection of fundamental rights without adding unnecessary damage and burden.

**Key Words:** risk administration, legal clarity, protection of reliance, continuous renewal duty, adaptive control

---