

论“混合式”公共风险监管法实施制度

杨小敏

内容提要:在公共风险监管领域,如何确保国家监管机关有效执法和行政相对人严格守法,一直是困扰理论界和实务界的难题。作为一种新的公共风险监管法实施形式,“混合式”实施制度不同于现行的公众参与和私人执法等实施制度。它是指,作为行政相对人的生产经营企业起草监管自身所存在的公共风险的“法律规范”,经由国家主管行政机关依法审查和批准并公开征求意见之后,交由企业自身来执行,同时,主管国家行政机关和司法机关履行监督职责的执法形式。该制度的合理性基础在于:现行有效的实定法为它提供了规范依据;它能够兼采政府强制型实施制度和企业自愿型实施制度的优势,却避免它们的劣势。为使该制度得以全面适用,公共风险监管法需要为公共风险主管行政机关、司法机关、企业、企业周边居民和其他社会公众配置相应的权利(职权)和义务(职责)。

关键词:公共风险 “混合式”实施制度 合理性基础 公共风险监管法

杨小敏,中南财经政法大学法学院副教授。

一 问题的提出

面对频繁发生的公共安全事件,无论是各级监管机关,还是法律工作者,抑或普通社会公众,都需要反思这样一个急迫的难题:为何汗牛充栋般的用以预防和消灭各类公共风险的法律规范难以得到监管机关的有效执行,为何作为形形色色的公共风险主要制造者的各类企业漠视、抵制,甚至故意实施违法行为?对于该难题,理论界和实务界已经作了一定研究。^[1]同时,立法机关也试图通过不断修改和完善现行公共风险监管法律来确保其能够得到有效实施。^[2]然而,考察理论界现有研究成果,或者分析立法,不难发现这样

[1] 徐汉民:《法治的核心是宪法与法律的实施》,《中国法学》2013年第1期,第39—44页。

[2] 第十二届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议于2015年4月24日修订通过了《中华人民共和国食品安全法》就是一个典型的例子。

一种不得不让人深思的现状或趋势:在一个可以被比喻为金字塔的法律实施形态中,^[3]人们总是将制度设计的焦点投向位于顶部的公共风险监管机关和位于底部的生产经营企业(行政相对人)。对于前者,制度设计的核心是不断强化其执法职责(责任);对于后者,制度设计的核心是不断增加其守法义务与违法成本。上述制度设计所体现的理念是:如果立法者能够以“重典治乱理念”作为价值取向,^[4]通过设计绵密且严厉、甚至是严酷的法律责任来威慑监管机关与行政相对人,那么就能够确保它们的行为符合法律规范。的确,面对公共风险监管法的实施任务极为艰巨与行政执法资源相对短缺的矛盾,面对公共风险领域的违法行为相当盛行且隐蔽的顽疾,为了确保公共风险监管机关能够有效执法,不断加大行政相对人的违法成本似乎成了立法者的最优选择。

可是,公共安全事件接连爆发的残酷事实表明,试图不断升级公共风险监管机关监管责任与各类企业违法成本并且将制度设计的重点集中在“金字塔”两端的做法并没有实现立法者的初衷,公共风险领域诸多法律依然被束之高阁。针对公共风险监管法实施中的种种弊病以及学界不尽如人意的研究现状,笔者认为,需要建立“混合式”实施制度,人们应当更多地关注金字塔式的法律实施形态的中间地带。在这片广袤的腹地中,行政机关与行政相对人可以在既合作又对抗、既自愿又强制、既自由又约束、看似充满矛盾但又能和谐共处的形式中有效实施公共风险监管法律,真正实现预防和消灭公共风险的立法宗旨。

二 “混合式”实施制度的基本含义

(一)“混合式”实施制度的界定

从词组构成来分析,界定公共风险监管法“混合式”实施制度的关键是如何理解“混合”与“实施”这两个术语。“混合”的字面意义是掺杂在一起;物理学上的用法是指,用机械或流体动力方法使两种或多种物料分散而达到均匀状态的操作;法学上的用法则是指,两个以上不同所有人的动产,互相掺杂合并,不能识别,或虽能识别而分离代价过高的法律事实。据此,笔者从两种意义上使用“混合”一词,既指物理学意义上的达到均匀状态的操作,也指法学意义上的两种事物相互掺杂合并,不能识别,或虽能识别而分离的代价过高的法律事实。法的实施“是指法律在社会实际生活中的贯彻。它主要体现在两个方面:一个是凡行为受法律调整的个人和组织遵守法律;另一个是执法、司法机关执行和适用法律。”^[5]据此,笔者所使用的“实施”一词的含义是:将法律所规定的抽象的权利与义务转化为人们的实际行为,既可以通过特定主体适用法律的行为来实现,也可以通过其遵守法律的行为来实现。依据上述解释,公共风险监管法“混合式”实施制度是指,作为公

[3] 笔者所运用的“金字塔式”的法律实施形态借用了美国学者伊恩·艾尔斯和约翰·布雷斯特提出的“金字塔式”的规制策略, Ian Ayres, John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1992, pp. 35 - 41。

[4] 刘俊海:《以重典治乱理念打造〈食品安全法〉升级版》,《法学家》2013年第6期,第51-52页。

[5] 沈宗灵主编:《法理学研究》,上海人民出版社1990年版,第259页。

共风险制造者的生产经营企业自己起草制定监管自身所存在的公共风险的“法律规范”,^[6]经由国家行政机关依法审查和批准以及公开征求意见之后,交由生产经营企业自身来执行,同时,主管国家行政机关和司法机关履行监督职责的执法形式。对该定义需要从如下几方面进一步展开分析。

第一,从理念来分析,它包含着看似矛盾、实质统一的思想。“混合式”实施制度所体现的矛盾思想是指:一方面,作为相对人的企业享有相当的自由度来起草预防和消灭自身所存在的公共风险的“法律规范”,在起草过程中,就某些条款,它们甚至还可以与主管行政机关协商和讨价还价。经过主管行政机关正式批准之后,它们自己执行这些“法律规范”——自我监督,并自己裁决违反“法律规范”的行为——自我惩罚和纠正违规行为。这一过程呈现出自由、自愿、私、协商、分散、个体、灵活等理念。另一方面,作为个体的企业所制定的这些“私”的规范,必须经过主管行政机关的依法审查和批准以及对外公开征求意见之后才能产生相应的法律效力。主管行政机关将通过特定的机制来监督企业自我执行自身所制定的“法律规范”。在某些特定情况下,检察机关将依据企业所制定的“法律规范”来指控违规行为者。人民法院则依据这些“法律规范”来做出相应的裁判。这一过程呈现出强制、约束、公、命令、统一、干预等理念。这两个方面所展现的不同理念存在相互对立和排斥的现象。然而,在“混合式”实施制度中,这些理念又能够相互统一与协调。一方面,企业自我制定“法律规范”的权利来源于国家法律的授权;企业自我执行这些“法律规范”以主管国家行政机关的审批为前提。如果它们无法通过行政机关的审查,就没有法律效力。可见,这种自我实施制度是嵌入在国家权威体系之中的,是以国家权力的干预为前提的,也是以国家权力作为后盾的。正是国家权威的存在,为企业的这种“权力”提供了合法性。另一方面,国家权力的干预与强制又是以尊重企业的自我管理、自我监督为基础的。由于每一个企业所面对的公共风险形态以及具体的预防和消灭措施千差万别,指望通过国家法律进行大包大揽、巨细无遗的规定无异于天方夜谭,指望全部由国家行政机关来预防和消灭也不切实际。由此,交由企业自己为自己“立法”,自己量身“自”定规则,自己来执行和裁决,从而体现适应性和效率性。不难发现,“混合式”实施制度所包含的看似矛盾的理念实际上能够相互兼容。

第二,与上述理念相联系,如果运用“金字塔”的比喻来分析,那么“混合式”实施制度处于“金字塔”中部地带。“混合式”实施制度不同于处于“金字塔”顶部的以国家机关,特别是国家行政机关的命令和服从为特征的直接的强制型实施制度,也不同于位于“金

[6] 有必要将这里所指的“法律规范”与马克思主义关于法(律)的定义的关系加以说明。依据我国法理学界的通说,马克思主义关于法(律)的定义为:法(律)是由国家制定、认可并依靠国家强制力保证实施的,以权利和义务为调整机制,以人的行为为调整对象,具有普遍适用性的规范体系。其中,由国家专门机关认可属于法律创制的一种方式。并且,法律有狭义与广义之分,狭义的法律专指立法机关制定、认可的规范性文件。广义的法律还包括国家行政机关制定和认可的规范性文件(参见张文显著:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社 2001 年版,第 43-45 页)由此可见,笔者所指的“法律规范”并没有违背马克思主义关于法(律)的定义的本质。因为这些“法律规范”虽然由企业自身起草,但却经主管国家行政机关认可,且由国家机关监督企业实施。当然,它们之间在形式上存在区别。马克思主义关于法(律)的理论认为,法(律)具有普遍的适用性,而笔者所指的“法律规范”则主要适用于特定企业。

“金字塔”底部的以企业自愿和自觉为特征的自我实施制度。它试图汲取这两种较为极端的法律实施制度的优势,而避免它们的劣势。它试图采纳强制型实施制度所具有的威慑性、权威性和高效性,而避免其高成本性和官僚主义,并试图采纳企业的自愿型实施制度所具有的适应性和经济性,而避免其涣散性和疲软性。换言之,与处于“金字塔”顶部的强制型实施制度相比,“混合式”实施制度增加了自愿型实施制度所具有的积极因子,诸如灵活性、适应性、经济性、分散性;与处于“金字塔”底部的自愿型实施制度相比,它增加了强制型实施制度所具有的积极因子,诸如威慑性、权威性、效率性和统一性。

第三,从制度构造角度而言,“混合式”实施制度包含七大重点环节。分析“混合式”实施制度的构造,需要借助过程论的思维,以物理学上的混合意思为指导。该制度的第一个环节是国家法律规范的授权。授权既意味着特定行业的特定企业取得了制定预防和消灭自身所存在的公共风险的“法律规范”的资格,也意味着其承担了一种法律所规定的义务,不能放弃,否则,将承担相应的法律责任。

第二个环节是起草。在该环节,特定企业根据对自身所存在的各种公共风险源的调查、登记、评估,在征求企业各部门和员工意见的基础之上,起草适用于预防和消灭自身所存在的公共风险的“法律规范”。特定企业在起草过程中可以就某些条款的适用与主管行政机关协商。在不违反国家公共风险监管法的原则和精神的前提下,主管行政机关应当充分尊重企业的自主性,充分考量特定企业预防和消灭公共风险的实际能力。

第三个环节是预审。主管行政机关对企业制定的“法律规范”的合法性和合理性进行初步审查。所谓合法性审查是指,主管行政机关检查企业的“法律规范”是否与国家法律或者标准的最低的强制性规定相冲突。这里强调最低的强制性规定隐含双重意思:一是预防与消灭公共风险的标准并不是越严格就越安全,社会公众通常会假定政府或企业对预防或消灭环境保护、食品安全、生态卫生等方面的公共风险的标准设计的越严格就越安全,因为这将迫使企业提高保护公共安全的绩效。然而,如果运用执法经济学相关原理来分析,^[7]该假设并不成立。这是因为,无论一项标准被设计得如何严格,作为理性人的企业总会在严格执行标准的成本与违反标准的成本之间加以衡量。在某一特定期间,如果标准变得更为严格,那么企业遵守标准的成本将急剧增加,而它们不遵守标准的成本则基本保持不变。^[8]因此,当标准变得更加严格时,一些有技术的企业会选择遵守标准,从而提高自身的绩效;如果一些企业经过计算发现选择不遵守严格标准的成本将低于遵守严格标准的成本,则会选择冒不遵守标准而宁愿接受惩罚的风险。因此,经济学家发现,一项标准的严格程度如果超过某一阈值则将降低总体绩效。^[9]二是主管行政机关在预审过程中并不需要使用一项统一的标准。换言之,在满足国家规定的最低强制性标准的前提下,主管行政机关应当允许不同企业制定的预防和消灭公共风险的“法律规范”的严

[7] A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, *The Journal of Economic Literature*, Vol. 38, (2000), pp. 45 - 76.

[8] 这是因为,在特定时期,行政机关检查企业的概率、企业被检查到存在违规行为时承担的成本保持相对稳定。

[9] Viscusi, W., and R. J. Zeckhauser, “Optimal standards with incomplete enforcement”, *27 Public Policy*, (1979), pp. 437 - 456.

格程度存在差异。在符合最低的强制性标准前提下,允许不同企业根据自身防范和消灭公共风险的能力选择不同的实施标准反而会比适用过于严格或过于宽松的统一标准能够更好地促进公共利益。所谓合理性审查是指,主管行政机关检查企业所制定的“法律规范”是否符合自身预防和消灭公共风险的实际能力,是否具有科学性和适应性。在预审过程中,主管行政机关可以进行实地调查,要求企业提供相关的基础性资料或者说明理由,可以对包括企业员工的素质、管理层的风险防范意识、企业防范和消灭公共风险的技术手段和物质支撑等在内的各方面因素加以调查和询问。由于企业员工,特别是现场的员工最了解企业防范公共风险的重点、难点和薄弱点,主管行政机关在实施合理性审查过程中可以召开由企业基层员工代表参加的听证会、论证会和辩论会等等。

第四个环节是向企业周边居民和其他社会公众等主体公开征求意见。由于企业所制造的公共风险将不可避免地影响周边居民和其他社会公众的利益,在预审程序结束之后,主管行政机关和企业还应当履行公开征求意见程序,将通过预审的“法律规范”交由企业所在地周边的居民代表和其他社会公众代表评议。在该阶段,主管行政机关将承担监督者、领导者和组织者等角色,企业将承担解释者、说理者、倾听者、意见修改和反馈者等角色,周边居民和其他社会公众代表则将承担倾听者、质疑和反驳者、提供证据者等角色。如果周边居民和其他社会公众代表对“法律规范”的某些条款争议比较大,主管行政机关还应当举行相应的听证会和座谈会。第五个环节是正式批准。主管行政机关在权衡周边居民和其他社会公众代表的意见和建议、企业的反馈和修改意见等基础之上,正式批准企业所制定的“法律规范”。正式批准程序的法律意义在于,由企业所制定的“私”的“法律规范”获得了国家公权力的确认,产生了法律效力,对企业及其员工、社会公众以及国家机关都产生了法律上的约束力。主管行政机关将加盖公章,并以文件的形式对外发布。第六个环节是交付实施。特定企业成立相应的机构来执行由主管行政机关所批准的“法律规范”。第七个环节是监督执行。主管行政机关和其他国家机关负责监督企业实施“法律规范”。

第四,从各方主体的权利与义务的分布状态而言,“混合式”实施制度以实现相对均衡和相互融合为目标。如果从该项制度所涉及的权利和义务类型角度来分析,那么至少涉及到以国家行政机关为代表的公方的权利与义务(职权与职责),以企业及其员工为代表的私方的权利与义务,以及以企业周边居民和其他社会公众为代表的“社会主体”^[10]的权利与义务,实现多方主体的权利与义务的“相互融合、不可偏废和难以分割”是“混合式”实施制度的目标。需要强调的是,虽然“混合式”实施制度的直接的制度产品是要建立对每一个企业都适用的“法律规范”,因而可能给人造成该项制度的设计初衷是要维护企业权利的印象,可是,如果运用整体主义^[11]视角来分析,企业与其员工以及与周边居民和其他社会公众其实处于一个利益共同体之中,这个利益共同体是围绕着企业能否预防

[10] 郭道晖:《社会权力:法治新模式与新动力》,《学习与探索》,2009年第5期,第137-143页。

[11] 关于整体主义视角的解释,参见汪浩翰:《经济学方法论的个人主义与整体主义之争》,《经济科学》2002年第2期,第88-93页。

和消灭公共风险为中心展开的。由此,就是否能够产生一项对每一个企业都适用的能够最大限度预防和消灭公共风险的制度规范而言,各类主体具有相同的利益取向。从规范层面来分析,企业所制定的“法律规范”,其实是包括企业周边居民在内的各方主体依赖于相互信任、合作以及共同的责任并在“命运共同体”观念支配下共同生产的结果。然而,如果从个体主义视角^[12]来分析,企业及其员工、周边居民以及其他社会公众,国家行政机关及其工作人员都将从自身利益出发来就如何设计适用于每一个企业的制度规范发表意见,从而不可避免存在冲突。由此,“混合式”实施制度需要运用物理学意义上的“混合”,通过设计七大程序性环节来确保各方主体的权利和义务相对均衡与相互融合,从而实现法学意义上的“混合”。

(二)与相关法律实施形式的比较

第一,与行政参与的联系和区别。行政参与是指,通过座谈会、听证会等形式,特定主体参加行政机关的法律实施活动,并向行政机关表达相应诉求的行为。^[13]“混合式”实施制度与行政参与的主要联系在于二者在价值理念上存在重合之处,即它们都隐含着私方主体参与公共事务管理的民主价值。但它们之间存在显著差异:一是从制度的直接目标角度观察,“混合式”实施制度最直接的目标是建立对每一个企业都适用的、能够预防和消灭公共风险的制度规范,而行政参与的直接目标是为了让行政机关的决策更为科学和民主。二是从主体的法律地位角度观察,虽然它们都涉及到多元主体,但在“混合式”实施制度中起主导作用的是制造公共风险的企业,它们经依法授权获得了为自己制定“法律”的权利,经过行政机关批准之后,它们成为直接的执法主体,享有了“权力者”的身份,而在行政参与中起主导作用的通常是国家行政机关,作为参与者的特定主体只能起到“参与”,而不是“主导”角色,它们始终处于权利者的地位。三是从法律效果角度观察,“混合式”实施制度中的企业以自己名义为自己“立法”,自己实施经批准的“法律”,自己承担相应的法律后果,而行政参与中的私方主体虽然以自己的名义行使权利,但无权作出行政行为,对行政行为也不承担法律责任。四是从“混合”程度角度观察,“混合式”实施制度中的“混合”程度要远远高于行政参与中的“混合”,前者所体现的“混合”已经让一种原本是私权利性质的行为经过主管国家行政机关的批准,对各方主体都能产生法律约束力,这是一种“不分彼此”的融合,而后者所体现的“混合”并没有达到“融合”的程度,对于特定主体的意见和建议,国家行政机关可以采纳,也可以不采纳。

第二,与私人执法的联系和区别。私人执法的一个相对完整的定义则是,即个人或企业调查违法行为,抓捕违法人员(包括刑事罪犯),对违法行为提起诉讼(包括刑事诉讼)。如果案件成功解决,法律的私人执行者有权保留所有案件收益。比如,他们可以获得由罪犯缴纳的罚金,或者,如果违法者具有抗判决性,那么国家就应向法律的私人实施

[12] 关于个体主义视角的解释,参见杨立雄:《“经济人”还是“社会人”——经济学方法论的个体主义与整体主义之争》,《经济评论》2002年第5期,第85-95页。

[13] 王锡铤:《我国行政决策模式之转型》,《法商研究》2010年第5期,第3-12页;王锡铤、章永乐:《专家、大众与知识的运用——行政规则制定过程的一个分析框架》,《中国社会科学》2003年第3期,第113-127页。

者支付补助金。^[14]“混合式”实施制度与私人执法的主要联系在于:两者的实施主体与体现的价值取向具有相似性,即它们都涉及到作为非国家行政机关的私方主体直接实施体现国家意志的“法律规范”,都体现了民主的价值。但是,它们之间也存在显著的差异。一是从制度设计的直接目的而言,“混合式”实施制度的直接目的是为了获得经由主管行政机关批准的适用于每一个企业自身需求的制度规范。如果从一般意义上的政治哲学角度分析,它所隐含的政治理论属于一种混合或多彩的政治理论,倡导一种混合的制度秩序。^[15]而私人执法是为了克服公共执法的官僚主义、执法懈怠等弊端,运用市场的理念来与公共执法展开竞争,比如民间收债和私人侦探。同样,如果从一般意义上的政治哲学角度分析,公共选择理论可以作为私人执法的重要理论基础。^[16]二是概念严谨性不同。私人执法的内涵不是很确定,外延也很宽泛,按照私人执法论者的观点,我国行政法中的行政委托、行政参与也可以纳入其中。“混合式”实施制度的内涵和外延相对明确。从学术研究科学性角度而言,用于解释或描述事物的概念是否具有明确的外延和内涵是极端重要的。否则,容易陷入自说自话或故弄玄虚的境地。^[17]三是实施对象存在差异。私人执法中的私方主体所实施的法律通常是国家机关所制定的法律,“混合式”实施制度中企业所实施的法律是经国家主管行政机关批准的,但主要是由自己所制定的“法律规范”。四是体现的“混合性”程度有差异。“混合式”实施制度通过物理学意义上的七个程序性环节来实现法学意义上的混合,这是一种让各方主体的权利和义务深度融合的过程。而私人执法则通常是私方主体执行国家已经制定的法律规范,或者参与国家法律和政策的制定与形成,私方主体的权利与义务或者利益与意志远远没有实现与公方主体的权利与义务或者利益与意志的深度融合。

三 “混合式”实施制度的合理性基础

第一,现行有效的实定法为“混合式”实施制度提供了规范依据。的确,让作为公共风险制造者的企业自己为自己“立法”是一种比较激进的观点,然而,如果分析现行实定法,却可以为这样一种看似激进的制度提供规范依据。比如,《宪法》第 2 条第 3 款规定,人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。依据文义,《宪法》所规定的“人民”虽然是个政治术语,但“人民”的范围其实非常广泛,只要是与“敌人”相对立的人(自然人和法人),也就是拥护四项基本原则的人都可以视为是“人民”,可见“人民”能够涵盖作为各类公共风险制造者的企业。而《宪法》所

[14] [美]理查德·波斯纳著:《法律的经济分析》,蒋兆康译,法律出版社 2012 年版,第 904-905 页。

[15] 对于市场、社区、国家、协会等多种制度秩序多元互补、相互制约关系的开创性研究,参见 Wolfgang Streeck, Philippe C. Schmitter, “Community, Market, State and Associations? The Prospective Contribution of Interest Governance to Social Order”, *European Sociological Review*, Vol. 1, No. 2 (Sep., 1985), pp. 119-138.

[16] Vincent Ostrom, “Public Choice Theory: A New Approach to Institutional Economics”, *American Journal of Agricultural Economics*, Vol. 57, No. 5, Proceedings Issue (Dec., 1975), pp. 844-850.

[17] 事实上,我国学者对“私人执法”这一法律概念的科学性、合法性、有效性等问题予以了批判,参见史永平:《“私人执法”是否存在——与徐昕教授商榷》,《学术界》2015 年第 2 期,第 125-326 页。

规定的“各种途径和形式”无疑包含“混合式”实施制度,因为“混合式”实施制度无非是国家法律规范授权企业监管自身所存在的公共风险的一种途径或方式。如果从委托与代理关系来分析,委托人是国家法律规范的制定者,而代理人则是企业。换言之,“混合式”实施制度是作为代理人的企业(本身就是人民的组成部分),受国家有权机关(本身就是代表人民行使权力的机构)委托来监管公共风险。而《宪法》这一条款所规定的“国家事务、社会事务”范围极其宽泛,公共风险必然属于该领域。可见,《宪法》第2条第3款直接为“混合式”实施制度提供了规范依据。

此外,现行的公共风险监管法律也为“混合式”实施制度提供了规范基础。比如,《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)第3条从原则高度规定,食品安全工作实行……社会共治,建立科学、严格的监督管理制度。据此,“社会共治”是我国食品安全风险监管的原则。而该原则无疑能为在食品安全风险领域内推行“混合式”实施制度提供规范依据,因为“混合式”实施制度所强调的个体食品生产经营企业自己为自己制定用以预防和消灭食品安全风险、并经主管行政机关批准的“法律”,实质上是食品生产经营企业与国家行政机关共同治理食品安全风险的表现。可见,不论是《宪法》,还是单行公共风险监管法都能直接或间接为“混合式”实施制度提供规范依据。

第二,“混合式”实施制度能够兼采政府的强制型实施制度和企业的自愿型实施制度的优势,并避免它们的劣势。如前所述,“混合式”实施制度处于“金字塔”式的法律实施形态的中间层次,它试图吸收两种极端的法律实施形式的优势。那么,这何以体现?

首先,与强制型实施制度相比,“混合式”实施制度将呈现出前所未有的适应性、灵活性、经济性和全面性。经验表明,若要求国家机关制定与每一个企业预防和消灭自身所存在的公共风险状况相应的规制体系,几乎是不可能的。为了确保让制造各种类型公共风险、规模不同的企业遵守公共风险监管法,强制型实施制度通常采用两种方法:国家机关要么通过制定非常复杂和详尽的规则来体现所谓的规范性,要么制定一些对所有企业都适用的具备最低共同性要求的规则来体现所谓的公平性。然而,这两种方式往往难以产生预期的效果,反而导致因过度规范而造成过于约束企业的创新力,阻碍企业活力的消极后果,并产生因过于原则而打击一些愿意改善预防公共风险技术手段的企业的积极性,从而妨碍企业追求更高绩效的负面影响。

与强制型实施制度则不同,在“混合式”实施制度下,在遵循国家最低强制性标准的前提下,企业能够根据自身所存在的公共风险实际情况,根据经济、科技和商业发展的需要,不断调整和修改适用于自身特殊情况的规范,体现出极强的适应性和灵活性。与立法机关需要权衡不同行业各种企业的复杂的和异质的需求,因而难以在短时期内达成制定或修改法律的共识不同,企业仅仅需要考虑企业自身有限的经济和结构性环境就可以迅速制定和修改相关的规范,由此,这些规范往往比较简单,但更具有操作性。比如,研究发现一种新的工业致癌物质,如果由立法机关来制定或修改适用于所有不同类型的企业预防此类致癌物质风险的法律规范,通常要花费多年时间,特别是对于那些将被新规则所淘汰的企业,立法者将考虑更长的时间。相比之下,在“混合式”实施制度下,所有企业将被要求制定新的、更为严格的规则来应对新的致癌风险。当然,那些绩效差的,从而担心新

的控制规则将会造成重大经济后果的企业可能会制定不太严格的规则来满足政府要求；但是，其他大部分企业都将愿意并能够引入符合政府要求的预防规则。不难发现，这种灵活性和适应性将极大增进社会整体福利。此外，与立法机关由于有限的立法资源和繁重的立法负荷难以全面掌握企业的公共风险，因而无法制定出具有较强覆盖面的法律相比，企业最了解自身的情况，因而也能够制定出覆盖企业各个层面的公共风险，体现出制度规范的全面性。

不仅如此，在规范执行阶段，在强制型实施制度下，国家公共风险监管机关由于受制于有限的执法资源和执法专业能力、繁琐的执法程序和琐碎的执法体制，通常难以全面的而充分地实施公共风险监管法，以致出现选择性执法、运动式执法、执法不作为或不及时等本身就存在合法性危机的实施法律的方式，^[18]有时甚至还遇到企业暴力抗拒执法等情形。然而，在“混合式”实施制度下，由于“法律”是由企业自己所制定并是由企业内部的具备专业知识的“执法”人员来实施，因而将获得企业内部工作人员更多的配合和理解，并让更多的违规行为受到制裁或者对潜在的违规人员产生更强大的威慑力，从而抑制违规行为。不仅如此，在“混合式”实施制度中，企业实施法律的成本将主要由自身来承担，这体现了公平性和效率性。因为如果企业能从它的违法行为中获得利润，它为何不应当承担控制这些违法行为的成本？通过迫使企业将实施法律的成本内部化也促进了经济效率，因为如果这种成本没有被包括在企业所生产的产品价格中，那么价格就不能完全反映生产这些产品的真实的社会成本，社会就会过度需求这些产品，^[19]由此，无法实现社会福利的最优化。

其次，与自愿型实施制度相比，“混合式”实施制度将呈现出强大的权威性、效率性和渗透性。虽然在自愿型实施制度中，企业内部执法人员更有能力，并且以更少的成本发现更多的违规行为者，但由于受制于企业以追求经济利益最大化为整体目标，企业执法人员如果过多执法就需要花费更多成本。可是，在“混合式”实施制度中，自愿型实施制度所存在的弊端将被有效缓解，甚至予以克服。这是因为，企业内部执法人员在实施经由主管行政机关批准的“法律”过程时，将受制于国家机关，特别是行政机关的监督和制约。国家机关将根据企业实施法律的实际效果来不断升级监督力度，直到运用刑事制裁手段。比如，国家行政机关有权要求企业内部建立相对独立的执法机构，并要求企业内部执法机构负责人定期向其报告执法情况。如果企业内部执法机构存在徇情枉法、怠于执法等违法情形，主管行政机关可以对执法人员给以行政处罚，直至提起刑事指控。需要注意的是，由于在“混合式”实施制度中，实施公共风险监管法的主要任务和成本将由企业自行承担，国家主管行政机关的主要职责将不再是直接实施公共风险监管法，而是更好地集中有限的执法资源监督企业执法。由此，在该项制度中，企业看似能够自愿和轻松执法，其实背后隐藏着比强制型实施制度更为强大的威慑力量。

[18] 关于运动式执法的非法性的较为重要的一项研究成果，参见吴元元：《双重博弈结构中的激励效应与运动式执法》，《法商研究》2015 年第 1 期，第 54 - 61 页。

[19] [美]理查德·波斯纳著：《法律的经济分析》，蒋兆康译，法律出版社 2012 年版，第 10 - 11 页。

四 公共风险监管法对“混合式”实施制度的建构

面对当前形形色色的公共安全突发事件,面对诸多公共安全风险监管法律无法得到国家监管机关和各类企业有效实施的现状,“混合式”实施制度不失为化解诸多难题的科学方法。可是,如果要使这样一项制度最终产生适用于不同行业的企业、国家公共风险监管机关以及其他主体的行为规范,并让社会公众知晓和参与,则需要通过公共风险监管法来规范化。事实上,这也是现代公共风险监管法理应担当的历史使命,毕竟公共风险监管法的核心任务始终是为风险监管活动提供一种合法性的理解和评价框架。^[20]换言之,公共风险监管法需要为该项制度中的各方主体配置相应的权利与义务或者职权与职责,并为企业内部的执法机构配置相应的职权和职责。

(一) 国家机关的职责与职权之配置

1. 立法机关的职责和职权

立法机关的职责和职权主要包括两类:一类是授予各个行业的特定企业根据自身预防和消灭公共风险的实际情况来为自身制定“法律”的权利的职责;二是为预防和消灭公共风险规定统一的最低标准的职责。由于公共风险类型非常之多,涉及环境、公共安全、生态、经济等各个领域,对于每一种类型的公共风险,立法机关都需要规定统一适用的最低的强制性标准。对此,立法机关可以采用多种方式来规定。比如,对于适用于食品安全风险的标准,可以是确保人体健康的标准;对于公共安全风险的标准,可以是降低死亡率的标准;对于事故灾难类公共风险的标准,可以是降低事故的发生率的标准。当然,立法机关也可以采用经济学上的成本与收益标准来作为预防和消灭绝大多数公共风险的比较统一的方法。^[21]

2. 主管国家行政机关的职责和职权

主管国家行政机关的职责和职权主要包括七大类:第一类是企业起草“法律规范”过程中,主管国家行政机关需要履行行政指导职责。比如,它们负有义务向企业解释和说明国家对于预防和消灭该领域的公共风险的最低强制性标准是什么。又如,对于企业所制定的“法律规范”如何设计罚则,如何确保企业内部机构能够相对独立实施该“法律规范”等问题,主管行政机关需要履行指示、说明、解释等职责。第二类是在预审企业所制定的“法律规范”时需要履行的合法性和合理性审查职责。在预审过程中,它有权调取企业制定“法律规范”时所运用的基础性资料,有权进行实地调查,有权在企业内部组织召开座谈会和听证会。第三类是履行组织公开征求意见的职责。在征求意见过程中,主管行政机关可以组织召开由企业周边居民、其他社会公众代表和企业代表参加的听证会和座谈会,听取各方意见和建议,并组织企业对“法律规范”予以解释、说明、反馈和修改。

[20] [美]理查德·斯图尔特著:《美国行政法的重构》,沈岷译,商务印书馆2002年版,第2页。

[21] 美国学者凯斯·孙斯坦也认为,成本与收益分析正在成为评估和管理公共风险的最为流行的方法。See Cass R. Sunstein, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), pp. 129 - 130.

第四类是正式审批权。它是指,主管行政机关以加盖公章对外发文的形式,正式批准企业所制定的制度规范成为“法律”。为了确保效率和节约企业的成本,公共风险监管法应当规定主管行政机关行使正式审批权的期限。第五类是监督和检查企业实施“法律规范”情况的职权。此类职权是主管行政机关应当需要行使的最为重要的权力,诸如,定期听取企业内部执法机构报告、检查企业高层管理人员落实企业内部执法机构合规建议的情况、受理和处理企业工作人员对企业内部执法机构违法行为的投诉、对企业内部执法机构的违法行为进行处罚等等。第六类是公开信息职责。在不侵犯企业重要商业秘密的前提下,主管行政机关应当向周边居民和其他社会公众定期披露企业实施“法律规范”情况的信息,诸如,企业内部高层管理人员采纳企业内部执法机构的合规建议的信息、企业内部执法机构实施“法律”的绩效信息等等。第七类是确保企业内部执法机构相对独立实施“法律”的职权。对于“混合式”实施制度而言,如何确保企业内部执法机构能够相对独立实施“法律”是该项制度设计的关键环节之一。除了公共风险监管法需要从企业内部治理结构的角度来加以设计外,主管行政机关也应当履行相应的职责。比如,依法支持企业内部执法机构独立实施“法律”,定期检查企业高层管理人员推翻企业内部执法机构合规建议的情况,依法约谈和处罚不执行企业内部执法机构合规建议的企业高层管理人员等等。

3. 司法机关的职责和职权

在通常的公共风险法制建构过程中,不太会涉及司法机关的职权和职责。可是,对于“混合式”实施制度而言,非常有必要规定司法机关,特别是人民法院的职权和职责。因为依据我国行政法理论,只有国家制定的法律和法规才能作为人民法院裁判的适用依据。^[22] 检察机关主要履行两方面的职责。一是监督主管行政机关在“混合式”实施制度中履行各项职责,特别是要防止其与作为企业共谋损害公共利益,对于失职和渎职的主管行政机关工作人员提起刑事诉讼。二是监督企业及其内部执法机构实施经主管行政机关批准的“法律”的情况。对于企业工作人员,特别是高层管理人员,存在不依“法”履行职责,造成严重后果,或者内部执法机构存在不依法向主管行政机关报告执法情况并造成严重后果的,人民检察院都将提起刑事诉讼。对于人民法院,除了国家法律可以作为对企业及其工作人员的违法行为的裁判依据之外,企业制定并经主管行政机关批准的“法律”也可以作为裁判依据。

(二)企业的权利和义务

1. 为自身“立法”的权利(义务)

作为公共风险制造者的企业首先获得的一项权利——其实也是义务,就是为自己“立法”,这是一项概括性的权利(义务)。为了确保企业能够合法与合理行使该项权利,除了规定它们需要履行与主管行政机关协商、沟通并接受其指导等义务之外,公共风险监管法还需要规定企业应当履行相应的“立法”程序,比如,成立起草小组、对自身存在的公共风险源进行调查和论证、召开有职工参加的座谈会和听证会,必要时可以聘请专家提供

[22] 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社 2005 年版,第 566 - 567 页。

咨询意见等。需要指出的是,公共风险监管法需要规定企业起草“法律”的期限。在企业所制定的“法律”尚未被主管行政机关批准之前,依然适用国家法律规范。

2. 建立企业内部相对独立的执法机构并健全其治理结构的义务

公共风险监管法需要规定企业应当履行建立相对独立的执法机构的义务。然而,在实践中可能会有一些企业规模非常之小,比如,只有2到3名工作人员。如果让此类小企业也建立执法机构,有人可能会提出反对意见,认为成本过高,不太现实。笔者认为,从我国目前公共安全事件频繁的现实来分析,大多数事故灾难是由较大规模的企业所引发的,因而,公共风险监管法可以规定一个人数下限,比如,工作人员达到9人以上的企业应当建立相对独立的执法机构;少于9人的企业,可以不建立专门的执法机构,但可以规定由企业管理人员专人负责。一定规模的企业除了应当建立专门的执法机构并配备相应的执法人员之外,还需要健全企业内部治理结构。这主要包括两个层次的内容:一是完善执法机构与企业管理层的关系,提升执法机构及其工作人员相对独立的执法地位;二是完善执法机构与主管行政机关之间的关系,确保执法机构既能得到主管行政机关依法支持,又能防止执法机构不作为。具体而言:将执法机构的目标定位于确保“法律”制度的实施,从而与企业追求利润最大化的目标区分开来;以执法机构及其工作人员纠正和查处“违法”行为的情况作为其绩效考核和职务晋升的唯一依据;对于执法机构及其工作人员的执法预算单独列支,且要体现充分性;对于企业管理层面推翻或拒绝采纳执法机构合规建议和对企业违“法”人员的处分建议的,应当说明理由,并记录在案;规定执法机构定期向主管行政机关报告执法情况;规定执法机构及其工作人员违“法”滥用执法权的罚则等。

3. 披露执法信息的义务

公共风险监管法需要规定企业应当履行定期向主管行政机关、企业周边居民和其他社会公众披露执法信息的义务。企业履行定期披露执法信息的义务,既是为了满足企业周边居民和其他社会公众知情权的需要,也是为了促使企业严格执法,尽最大可能预防公共安全事故的发生。这里的执法信息包括:企业消灭公共风险的情况、执法机构发现和查处企业内部工作人员违“法”行为的情况、企业建立执法机构并配备执法人员的情况、企业管理人员采纳或推翻执法机构合规建议的情况、执法机构向主管行政机关报告执法的情况、主管行政机关对违“法”的执法机构及其工作人员约谈和处罚的情况等等。对于企业没有定期依法披露应当披露信息的行为,主管行政机关有权处罚。

(三) 周边居民和其他社会公众的权利与义务

1. 知情权

对于企业周边居民和其他社会公众而言,知情权是应当享有的一项核心权利。在“混合式”实施制度中,他们所享有的知情权涵盖多个层次:一是从与国家机关,特别是与主管行政机关的关系角度而言,只要是国家机关从企业所获得的与执法有关的信息,企业周边居民和其他社会公众既可以通过向主管行政机关提出申请的方式取得,也可以通过行政机关主动公开的方式取得。二是从与企业的关系角度而言,凡是企业及其执法机构涉及到制定和执行“法律”的所有信息,企业周边居民和其他社会公众都有权向企业索取。需要注意的是,由于就公共风险而言,企业周边居民和其他社会公众都是潜在的利害

关系人,因而,企业不能随意援引商业秘密条款来加以抗辩。对此,公共风险监管法可以以列举的方式规定企业周边居民和其他社会公众所享有的企业执法信息的具体类型,当然也可以以同样方式规定企业应当公开的信息类型。对于是否确实属于商业秘密,则需要由主管行政机关作初步认定,人民法院作最终认定。在最终认定尚未作出之前,企业应当依周边居民或其他社会公众的申请公开,或者主动公开。三是知情权应当贯穿于企业从为自身起草“法律”直至企业日常执行“法律”的全部过程。企业周边居民和其他社会公众的知情权是其享有其他权利的基础。立法者应当充分保障此项权利。

2. 参与权和评议权

企业周边居民和其他社会公众所享有的参与权和评议权主要体现为三个层面:一是企业在起草“法律”过程中,可以邀请企业周边居民和其他社会公众代表参加,他们有权提出建议;二是主管行政机关在对企业所制定的“法律”公开征求意见阶段,企业周边居民和其他社会公众代表有权主动申请参加,提供建议和意见;三是在企业日常执“法”过程中以及主管行政机关对企业执“法”予以监督和检查的过程中,企业周边居民和其他社会公众既可以应行政机关的邀请参加,也可以主动申请参加,并提出相应的建议和意见。对于周边居民和其他社会公众提出的建议和意见,主管行政机关或企业都有义务予以解释、说明和反馈。立法者赋予企业周边居民和其他社会公众参与权和评议权,对于促进企业依法制“法”和严格执“法”具有重要作用。

3. 监督权

作为利害关系人,企业周边居民和其他社会公众,特别是周边居民应当享有非常广泛的监督权。具体体现为三个方面:一是对于企业起草、制定和实施“法律”的全过程都享有监督权。对于企业违反国家法律的强制性规定制定适用于自身的“法律”以及违反自己所制定的“法律”的行为,企业周边居民和其他社会公众既有权向主管行政机关投诉和举报,也有权向企业管理层和企业执法机构反映。二是对于主管行政机关与企业合谋违反国家法律、损害公共利益的行为,对于主管行政机关不依“法”监督和检查企业“执法”的行为,企业周边居民和其他社会公众都有权向上级行政机关投诉和举报;对于符合行政复议法或行政诉讼法规定的复议或起诉条件的,他们有权依法提起复议或诉讼。

应当强调的是,在建构“混合式”实施制度的过程中,需要确保上述三类主体之间的有机互动,并根据企业防范公共风险的能力、科学技术发展而引发的公共风险的变化、社会公众对公共安全期望值的改变等因素,不断调整各方的权利与义务(职权与职责)。特别要注意通过法律责任机制来保障企业周边居民所享有的权利得以真正实现,主管行政机关对企业执“法”实施严格的监督和检查,企业内部执法机构能够相对独立地实施“法律”。总之,通过权利与义务(职权与职责)的动态调整,并借助法律责任机制来实现各方力量的平衡,公共风险监管法需要确保“混合式”实施制度属于“良法”之治。

[本研究受中央高校基本科研业务费专项资金资助]

[Abstract] In the field of public risk supervision, how to ensure that the national regulatory authorities effectively enforce the law and administrative counterparts strictly abide by the law has always been a question that plagues theoretical and practical circles. The hybrid law enforcement mode, as a new law enforcement mode, is different from other law enforcement modes, such as the mode of public participation and the mode of private enforcement, in that it lets enterprises, as the administrative counterparts, to prepare draft laws on the regulation of various types of public risks incurred by themselves. These “draft laws” are examined and approved by national administrative authorities after soliciting public opinions and then handed over to enterprises for implementation under the supervision by administrative and judicial organs. The rationality of this system lies in the fact that its normative basis is provided by the current positive law and it has the advantages of both compulsory enforcement by the government and voluntary implementation by enterprises, while avoiding the disadvantages of these two law enforcement modes. This implementation mode has such advantages as authority, efficiency, permeability, adaptability, flexibility, economy and comprehensiveness. In order to make this enforcement mode fully applicable, public risk supervision law should provide for the corresponding rights and obligations for administrative and judicial organs, individual enterprises, residents of areas surrounding individual enterprises, and the public.

(责任编辑:田 夫)

本刊启事

近日有作者反映,有人以《环球法律评论》编辑部的名义开通在线投稿系统,骗取审稿费和版面费。本刊郑重声明:此网站系假冒网站,本刊至今尚未启用网上投稿系统,也不会以任何形式收取审稿费和版面费。作者投稿请参见本刊《稿约》(封三),本刊唯一邮箱为:glawreview@cass.org.cn,网络信息请参阅“中国法学网”(www.iolaw.org.cn)相关栏目。本刊目前已报警,并保留追究相关侵权人法律责任的权利。

《环球法律评论》编辑部

2015年11月28日