

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 12920061150401

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

美国风险管制立法模式的变迁
——以国会立法为例

The Evolvement of America Risk Regulation Legislation
Model –Based on Congress Legislation

乔 丹

指导教师姓名: 刘连泰 教授

专业名称: 宪法与行政法学

论文提交日期: 2009 年 4 月

论文答辩时间: 2009 年 月

学位授予日期: 2009 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2009 年 4 月

美国
风险
管制
立法
模式
的变
迁——
以国
会立
法为
例

乔
丹

指
导
教
师：
刘
连
泰
教
授

厦
门
大
学

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

风险管制，是政府干预市场和社会的一种手段，其目的是控制潜在风险的发生率，此类风险对安全、健康及环境产生不利后果。20世纪60年代末以来，美国国会在保护环境、个人健康以及安全方面颁布了一系列具有里程碑意义的法案，通常将这些立法视为风险管制立法，它应对技术对个体和环境造成损害的风险。

20世纪初—20世纪60年代末，国会依赖建立在传统自由主义价值观之上的民事侵权制度处理风险损害，同时以最小限度联邦管制为补充。然而信息不对称导致的举证困难，以及严重的“负外部性”^①问题，再加上愈演愈烈的公众维权运动，导致侵权法失灵，大量风险管制立法呼之欲出。20世纪60年代末—20世纪90年代中期，国会颁布的风险管制立法总体倾向是：在采取风险管制措施之前，要求管制机构证明存在“风险触发点”或“重大风险触发点”，用包含“强迫式平衡”标准或“开放式平衡”标准的模式实施风险管制。然而，面对“非理性偏好”，风险管制的改革者试图通过决策工具，减少对风险管制的需求，特别是通过成本—收益分析，促使公共政策更加理性。成本—收益分析模式在批判中成长，直到1995年，国会第104届会议，^②主要议题是改革管制制度。会议期间，国会对相关的风险管制法律进行了全面的修正，规定管制机构制定规章都必须执行成本—收益分析原则、程序和方法；将收益大于成本或者管制收益与成本相当，作为风险管制实施的评价标准，要求提供管制影响分析报告。至此，美国基本上建立了市场化的成本—收益分析风险管制框架。

美国风险管制立法模式的演变过程，贯穿着各种博弈。虽然成本—收益模式正在成为主流模式，但并非完美无缺。梳理和反思风险管制模式的变迁，对理解当下的美国风险管制模式具有重要的意义。

风险的普遍存在不仅危害美国，也侵袭中国。采用成本—收益分析模式进行风险管制立法，在中国才刚刚起步。美国风险管制制度立法模式一百多年变迁的经验，值得我们借鉴。

关 键 词： 风险管制； 模式； 成本—收益分析

^① 张元鹏，主编.西方经济学[M].北京：首都经济贸易大学出版社，2002.218.书中指出：“外部性指由于市场活动而给无辜的第三方造成的成本。分为正外部性和负外部性。正外部性是某个经济行为个体的活动使他人或社会受益，而受益者无须花费代价，负外部性是某个经济行为个体的活动使他人或社会受损，而造成外部不经济的人却没有为此承担成本。”

^② 美国国会104次会议，从1995年1月至1996年10月。

厦门大学博硕士学位论文摘要库

ABSTRACT

The regulation of risk was defined as government interference with market or social processes to control potential adverse consequences to safety and health and the environment. Since the late 1960s, Congress has enacted a series of the landmark legislation to protect the environment and individual health and safety. Collectively, this legislation is known as risk regulation because it addresses the risk of harm that technology creates for individuals and the environment.

From the early 20th century to the late 1960s, Congress had relied primarily on the tort system which was based up on traditional liberal principles to address personal and environmental injuries, and augmented by minimal federal regulation. Information asymmetry leading to the difficulties of the evidentiary burdens, and “negative externalities” problems, and the consumer rights movement demonstrated the impotence of tort law. A mass of legislation of risk regulation came forth. From the late 1960s to the mid-1990s, Congress enacting the legislation of risk regulation inclined to require that an agency had to demonstrated a “risk-based threshold” or a “significant risk threshold” in order to regulate risk, and regulation occurred under a “constrained balancing” standard or an “opened-ended balancing” standard. Facing “irrational preferences”, innovator of risk regulation seek to filter demands for regulation through decision-making tools, particularly cost-benefit analysis, that promote more rational public policies. The cost-benefit analysis mode of risk regulation was developing. In 1995, the 104th Congress of America’s primary topic for discussion was that to revise the statutes of risk regulation. Congress ordered that agencies drafted out the rules under the cost-benefit balancing analysis and provided the draft report on the costs and benefits of risk regulation. Till then, America basically established the cost-benefit analysis frame in risk regulation.

America risk regulation model has evolved over one hundred years. Although it is in fashion, it also has maladies. Reviewing the evolvement of this model, it is a meaningful experience for understanding the modern risk regulation system.

The ubiquity of risk not only threatens American people, but also Chinese. That Legislation adopts the cost-benefit analysis is in starting stage. The development of America risk regulation system provides much experience for us.

Key Words: Risk regulation; model; cost-benefit analysis.

厦门大学博硕士学位论文摘要库

引言	1
第一章 20 世纪初—20 世纪 60 年代末：作为侵权法补充的最小 限度联邦管制模式	3
第一节 作为侵权法补充的最小限度联邦管制模式的诞生	3
第二节 “风险社会” 对美国自由主义传统的挑战	5
第三节 侵权法的“失灵” 催生风险管制	7
一、“负外部性” 问题和“机理的无知” 激发补救性风险管制模式向预防 性风险管制模式倾斜	8
二、增加公众对管制决策的参与度：以维护集体价值的名义	9
第二章 20 世纪 60 年代末—20 世纪 90 年代中期：成本—收益分 析模式的孕育和诞生	11
第一节 风险管制立法的兴盛——结构及其弊病	11
一、风险管制立法结构：成本—收益分析模式的孕育	12
二、风险管制的弊病	19
第二节 成本—收益分析模式在批判中成长	22
第三节 成本—收益分析模式诞生	24
一、OMB 中设立 OIRA	24
二、总统行政命令的推动与国会立法的转变：成本—收益分析模式诞生	25
第三章 20 世纪 90 年代中期—现在：成本—收益分析模式的普遍 应用及其局限	27
第一节 国会成本—收益分析立法的空前热情	27
第二节 成本—收益分析模式的局限	28
一、低估个体和环境的特殊价值	28
二、支付意愿存在变数	29

三、“泛商品化”倾向抹煞人类价值的完整性.....	30
结 语	32
参考文献	36

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 From the Early 20th Century to the Late 1960s: the Minimal Federal Regulation As the Augment of the Tort System	3
Subchapter 1 The Naissance of the Minimal Federal Regulation as the Augment of the Tort System	3
Subchapter 2 The Challenge of “Risk Society” to Traditional Liberalism	5
Subchapter 3 The Impotence of Tort Law Expedited Risk Regulation	7
Section 1 “Negative Externalities” Problems and “Ignorance of Mechanism” Expedited the Incline from Remedial Model to Preventive Model	8
Section 2 Augment Public Participation: In Protect Collective Values Name.....	9
Chapter 2 From the Late 1960s to the Mid-1990s: The Cost-benefit Analysis Model’s Gestation and Naissance	11
Subchapter 1 The Prosperity of Risk Regulation Legislation—Structure and Maladies	11
Section 1 The Structure of Risk Regulation: The Cost-benefit Analysis Model’s Gestation	12
Section 2 Risk Regulation’s Maladies.....	19
Subchapter 2 The Growth of The Cost-benefit Analysis Model in Criticism	22
Subchapter 3 The Naissance of The Cost-benefit Analysis Model	24
Section 1 OIRA was Set up in OMB.....	24
Section 2 The Executive Orders’ Impulse and Congress Legislation’s Transition: the Naissance of Cost-benefit Analysis Model	25
Chapter 3 From the Mid-1990s to Now: The Cost-benefit Analysis’	

General Application and Limitation	27
Subchapter 1 Congress Legislation Under Cost-benefit Analysis Model was Unprecedented Enthusiasm	27
Subchapter 2 Cost-benefit Analysis Model’s Limitation	28
Section 1 Underestimate the Individual Value	28
Section 2 “Willingness-to-pay” is Variable.....	29
Section 3 “Universal Commodification” Obliterate the Bodily Integrity	30
Conclusion	32
Bibliography	36

厦门大学博硕士论文摘要库

引 言

2003年，突如其来的SARS^①疫情，持续至今的禽流感事件，以及最近发生的手足口病疫情，引起了人们对突发性公共卫生事件的密切关注；2005年，松花江重大水污染事件^②，使民众对生存环境受到破坏感到了切肤之痛；2008年，由三鹿而始、波及全乳制品行业的一场史无前例的食品安全危机，更是激发了公众对政府食品安全监管体制的强烈质疑。^③正当所有人对此不寒而栗、心有余悸之时，2009年，双黄连注射液事件^④又再次引起了人们对药品安全的信任危机。现代科学技术是一把双刃剑，为我们带来福祉的同时也带来了风险：哪里有技术，哪里就有风险，我们的安全、健康、环境都受到了风险前所未有的威胁。

风险的普遍性，广泛性和破坏性，常常使社会弱势群体成为首当其冲的受害者。由于信息、财产、文化、权力等可支配资源的有限性，个体，尤其是弱势群体抵御风险的能力相对较低。对安全、健康以及环境的保护是每一个宪政国家对公民不可推卸的责任和义务。^⑤事实证明，惩罚和赔偿无法弥补灾难带来的伤痛和损失，因而防御风险发生，将管制重心由事后补救前移到事前防范，可以更加有效的减少风险损失。因此，必须依靠国家和社会的力量，对风险实施管制。以

^① SARS, 全称“传染性非典型肺炎”，中文译为严重急性呼吸综合征，由一种变异的冠状病毒(CoronaVirus)所致的极为危险的传染病。2003年在我国大规模爆发，在全国范围内引发一场抗击“非典”的全民卫生运动。

^② 吉林省中石油吉林石化分公司2005年11月13日发生爆炸，发生爆炸的车间距离松花江只约数百米，导致松花江哈尔滨区段水体受到上游来水的污染，市政府因此决定市区停止供水，以检查和维修供水设施。消息发出后，立刻引起全市居民的恐慌，400万市民抢购饮用水和食品，更有人决定离市避难。

^③ 2008年首先在甘肃等地陆续报告多起婴幼儿泌尿系统结石病例。后查明，导致这些婴幼儿患病的主要原因是患儿服用的三鹿牌婴幼儿奶粉中含有三聚氰胺，随着进一步调查，国内整个乳制品行业都卷入其中。

^④ 2009年2月13日，青海省大通县3名患者因使用标识为“黑龙江乌苏里江制药有限公司佳木斯分公司”生产的双黄连注射液发生不良反应，其中一人死亡，并由此引发对中药注射剂的“信任危机”。

^⑤ 例如《美利坚合众国宪法》序言规定：“我们合众国人民，为建立一个更完善的联邦，树立正义，保障国内安宁，规划共同防务，促进公共福利，并使我们自己和后代得享自由之赐福，特为美利坚合众国制定和确立本宪法。”第14条修正案(1868)第1款规定：“……不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产；对于在其管辖下的任何人，亦不得拒绝给予平等法律保护。”《德意志联邦共和国基本法》第2条第1款第2项规定：“人人有生命与身体之不可侵犯权……。”第20条第2款规定：“国家为将来之世世代代，负有责任以立法，及根据法律与法之规定经由行政与司法，于合宪秩序范围内保障自然之生活环境。”《日本国宪法》第13条规定：“全体国民都作为个人而受到尊重。对于谋求生存、自由以及幸福的国民权利，只要不违反公共福利，在立法及其他国政上都必须受到最大的尊重。”第25条规定：“全体国民都享有健康而文化的最低限度的生活的权利。国家必须在生活的一切方面为提高和增进社会福利、社会保障以及公共卫生而努力。”

怎样的模式设计风险管制制度最为合理？用什么标准衡量风险管制的有效性？该标准和模式受到哪些因素的影响和制约？如何提高其公正性和合理性？这些都是急需探讨的问题。解答这些问题，需要分析管制背后的各方价值及其权衡标准，美国国会关于风险管制立法所蕴含的分析模式的不断演进，具有非常现实的意义。

风险管制，是政府干预市场和社会的一种手段，其目的是控制潜在风险的发生率，此类风险对安全、健康及环境产生不利后果。^①风险在此被定义为一种在实践中不可预料，带有不利后果的可能性事件。该定义排除财务风险，因为风险管制不关注商业风险。管制主要依靠制定和执行生产或行为标准，从而试图控制风险。

20 世纪 60 年代末以来，美国国会在保护环境、个人健康以及安全方面颁布了一系列具有里程碑意义的立法。这些立法授予联邦管制机构广泛的职权，设置法定触发点，以判断哪些风险纳入管制范围，为可能威胁个人安全、健康以及环境的生产活动或行为制定法定标准，以图有效而及时地避免风险发生，从而最大限度降低风险造成的人身和环境损害。总的来说，这些立法被认为是风险管制立法，应对着技术对个体和环境造成的风险。^②如今，美国国会有关风险管制的立法已经在整个美国管制法令中占据着举足轻重的地位，这个历史过程也见证着美国风险管制模式的变迁。

相比较而言，新中国成立至今，也颁布了大量保护环境、个人健康以及安全的法律，主要集中在食品、药品、安全生产等领域。尽管立法的调整对象相似，但是执法主体和标准方面却存在很大不同。中国不存在独立的风险管制制度，也没有独立管制机构。中国的风险管制实际上包含在行政职权范围之内，由国务院领导下的各级行政机关行使该项权力。各级人民代表大会及其常委会的立法也没有规定统一的执行原则、标准、程序、和方法。从实践看，中国针对风险采取的行政措施模式多样，且分散于不同的风险领域，甚至同一领域内部也存在不同的管制标准。

^① HOOD,CHRISTOPHER& ROTHSTEIN,HENRY& BALDWIN,ROBERT. The Government of risk : Understanding Risk Regulation Regimes[M].Oxford ; New York : Oxford University Press, 2001.3.

^② SHAPIRO,SIDNEY A&GLICKSMAN,ROBERT L.Risk Regulation at Risk :Restoring a Pragmatic Approach[M]. Stanford, California: Stanford University Press, 2003. ix.

第一章 20 世纪初—20 世纪 60 年代末：作为侵权法补充的最小限度联邦管制模式

这一时期，美国以传统自由主义观念为基础的民事侵权制度是主要的处理风险损害的方式，事后赔偿为主要的补救渠道，联邦管制仅仅作为侵权法的补充，在极其有限的范围内存在。然而，因信息不对称导致的举证困难常常使受害人的救济落空，达不到损益相抵的目的。久而久之，严重的“负外部性”问题使市场运行难以维系，再加上愈演愈烈的公众维权运动，侵权法难以维持市场经济的健康发展，大量风险管制立法呼之欲出。

第一节 作为侵权法补充的最小限度联邦管制模式的诞生

直到 20 世纪初，除了短命的《1813 年疫苗法》（Vaccine Act of 1813）^①和 1902 年通过的《生物制品管制法》（Biologics Control Act）^②外，美国几乎没有对国内生产的食品和医疗产品进行监管的联邦法律。《生物制品管制法》赋予了生物制品评价和研究中心（后成为 FDA 的一个部门）管理生物制品并保证它们安全性的职权，^③由此可以认定为是美国风险管制制度的起源。

1906 年，美国总统罗斯福签署《纯净的食品与药物法》，授权食品、药品管理局（Food and Drug Administration, 简称 FDA）的前身，美国农业部化学物质司（后改为化学物质局）查处联邦各州之间非法食品和药物贸易；没收涉案商品并对责任人提起公诉；负责监管食品和药物的标签，要求其不得误导或欺骗消费者，并列商品中含有的危险物质。^④从性质上看，这些职权属于事中和事后监管，而非事前预防性的市场准入控制。此后该法案赋予化学局的职权曾被法院取消，

^① 12 U.S.C. § 1813.

^② 32 Stat. 728.

^③ 该法的制定缘于 1901 年，13 名儿童因被使用感染破伤风的马的血所制成的抗毒素治疗白喉病而死亡，在此后及在新泽西州 Camden 发生相似悲剧。唐之康. 美国生物制品依法管理一百年[J]. 浙江药品监督管理, 2002, (9): 93-95.

^④ 胡颖廉. FDA 监管政策变迁及其对中国的启示[J]. 国际医疗卫生导报, 2007, 13 (11): 133.

1912年国会颁布的修正案对1906年法案中“滥用标签”的定义增加了“对医疗效果作出虚假或欺诈性质的声明”的解释。^①法院接下来对欺诈意图的取证设立了高标准，从而继续严格限定这些职权。但到1927年，化学局还是被重组为美国农业部下属的一个新机构：食品、药品和杀虫剂组织（the Food, Drug, and Insecticide organization）。1930年，这个名字被缩短为食品、药品管理局，从此正式定名。由此可见，作为美国历史上出现的第一个独立管制机构，食品、药品管理局开启了美国风险管制事业的大门，但是其诞生受到国会和法院的重重约束。一方面，国会立法严格限定了独立管制机构管制的权力和范围；另一方面，独立管制机构在制定管制措施之前，必须举行审判式的听证会，法院根据听证记录对独立管制机构的事实认定进行严格的合宪性审查和合法性审查，确定其规定是否符合法定权限。因此，这一时期的风险管制模式又被称为“传送带模式（Translation Belts Model）”^②——独立管制机构仅仅作为传送带执行国会的法律。

此后，风险管制发展迟缓，政府为维护公共利益而进行的市场干预非常薄弱。20世纪50年代，路易斯·哈茨写了著名的《美国的自由主义传统》一书，该书指出洛克的政治价值标准得到了公众的广泛支持——特别是原子化的个人主义、资本主义以及有限政府。^③在洛克式的传统中，政府只是一个徘徊在经济市场边缘的矫正工具，20世纪初—20世纪60年代末，联邦政府的性质也映射了这一理论：面对风险，当时只存在非常有限的联邦管制，在社会管制的领地，侵权法是绝对的主角。风险管制仅仅作为侵权法的补充而存在，风险管制立法以禁止性规定和惩罚性后果为主要内容，缺乏以预防风险为目的的市场准入要求，是典型的补救性管制模式。而且，法院严格的司法审查常常阻碍风险管制的实施，为风险生产者逃避监管提供了空间。当消费者的权利受到侵害时，只能向法院提起旷日持久的侵权赔偿之诉，风险管制的救济功效大大降低。

风险管制制度产生的历程，包含着国会、法院、总统三方力量的搏弈。管制脱胎于行政但又独立于行政而存在，独立管制机构的性质是专业技术性机构，不

^① FDA Backgrounder. Milestones in U.S. Food and Drug Law History[EB/OL]. <http://www.fda.gov/opacom/backgrounders/miles.html>,1999-05-03.

^② KAGAN,ELENA.Presidential Administration[J]. Harvard Law Review,2001,114 (8):2245-2385.在古典法治主义模式下，行政权所具有的管制的正当性，主要是来自议会民主正当性的传送和司法审查。这种关于行政正当性的理论，被称为“传送带理论”（Transmission Belt Theory）。

^③ [美]路易斯·哈茨.美国的自由主义传统[M].张敏谦译，北京：中国社会科学出版社，2003.2.

属于国会、总统、法院中的任何一方，只向国会报告工作，同时拥有规章的制定权、监管权和裁决权，因此也被称为政府“无上级的第四部门”。^①它的诞生是对美国建国以来三权分立政治体制的巨大挑战，国会对其授权小心谨慎；法院对其司法审查严厉苛刻；总统对其行为千方百计施加影响，究其原因，既有国会、总统和法院对自身权力范围缩小的担心，又有将其置于自己权力控制之下的野心。

第二节 “风险社会”对美国自由主义传统的挑战

美国从建国之初起，它就是一个崇尚自由的国家，自由主义是其根深蒂固的文化传统。美国自由主义传统视个人为价值的本源，个人成功与失败取决于自身的努力与能力，因而信仰个体自由，推崇自由放任的经济思想，认为私人企业制度和自由市场经济是维护个人自由和提高经济效率的最佳保证。这一传统将个人主义的最大化作为社会发展的原动力，认为应该让市场这只看不见的手充分发挥作用，政府只能充当守夜人的角色，主张将政府对社会和个人的干预减少到最低限度。因此，“管得越少的政府就是越好的政府”^②的思想自然也就深入人心。

然而，当人类社会大踏步迈进 20 世纪 50 年代时，一切都变了。20 世纪 50 年代和 60 年代是美国历史上前所未有的繁荣时期：住宅供给开始暴涨，高速公路延伸到了这个国家的每一个角落，石油、化工、天然气、电子、航空和宇航、原子能等新兴工业部门，发展更为迅速。与经济发展相伴，“风险社会”的脚步越来越近。

尽管德国学者乌尔里希·贝克在 1986 年才提出了“风险社会”(Risk Society)理论，但是按照贝克的观点，从风险发生那一刻起，便对我们的日常生活产生了不同寻常的意义。^③科学家发现牛奶中存在锶九十(核爆炸时释放的放射性物质)之后，公众开始关注与现代技术密切相关的风险：锶九十明显是放射性尘降物的后果，该尘降物来自于原子武器试验。

^① 王名扬.美国行政法[M].北京：中国法制出版社，1995.182.

^② 刘祖云，武照娇.有限政府：研究综述与反思[J].甘肃行政学院期刊，2007，(3)：4.

^③ [德]乌尔里希·贝克.从工业社会到风险社会(上篇)[J].王武龙译，马克思主义与现实，2003，(3)：1.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库