

風險社會之行政管制課題序說

賴恆盈

國立高雄大學政治法律學系

louis@nuk.edu.tw

目 次

壹、前言.....	1
貳、風險與危險.....	1
一、危險、風險概念一元論	2
二、風險概念之三階段論：危險、風險、剩餘風險	3
三、傳統行政管制模式	6
(一)危險防禦(Gefahrenabwehr)	6
(二)傳統危險防禦制度之構造上侷限性	7
1.管制功能之消極性.....	7
2.管制對象之侷限性.....	7
3.管制技術侷限性.....	8
參、風險社會與行政管制.....	9
一、風險社會	9
(一)風險社會之要素：不確定性	9
(二)風險社會中風險之定位與管制必要性	10
1.風險社會中風險之定位	10
2.不確定風險之管制必要性.....	10
二、傳統行政管制模式處理不確定風險之困境.....	12
(一)規範不足或不確定	12
1.規範不足.....	12
2.規範不確定.....	13
(二)執法困難	14
(三)管制能力欠缺	14
肆、不確定風險之行政管制課題.....	15
(一)事前預防(Vorsorge)之風險管制	15
(二)風險分析機制：風險評估、風險管理、風險溝通.....	15
(三)管制工具之擴增	16
(四)風險與公私合作	16
(五)風險管制救濟機制	17

壹、前言

隨著科學技術及全球化之高度發展，例如環境、食品、化學物質、核能、電波、生物基因、奈米技術等，人類在享受科學技術所帶來便利之同時，同時因科學技術侷限性與資訊不對稱，而暴露在各種不確定的潛在風險(risk, Risiko)之中；亦即，在科學技術高度發展之現代社會，由於科技利用日益新穎，且其影響複雜難解而處處充斥不透明、不確實的狀況，今日視為安全無虞的生活形式或科學技術利用方式，明日卻可能即被認為係造成人類健康或生活環境被害之原因。據此，隨著科學技術之高度發展，現代社會性質上即為一種隨處充斥各種不確定風險之「風險社會(the risk society, Risikogesellschaft)」，此與以經驗上具有認識與預測可能性的因果關係法則為前提所建構之傳統社會圖像，存有相當差異。

因此，對應於風險社會，現代國家亦可稱為風險國家，而國家用以作為社會控制工具一種之法律制度，尤其行政法制，自亦不得不隨之發生變遷。然而，風險社會對於傳統行政管制法律制度究竟造成如何之衝擊，此即為本文所欲檢討之主軸，此外，風險社會所涉及之法領域與問題點，事實上極為廣泛而複雜，本文目的並非在釐清各種問題，主要係鑑於國內行政法學界對於風險相關議題之討論正方興未艾，期能藉由本文介紹，為將來進一步深入研究，提供準備作業。

貳、風險與危險

「風險」一語，無論於自然科學抑或社會科學領域，均未有一致性之見解，且經常與「危險」之概念混用。其可能指某種危害發生之統計學上機率，亦有納入預期損失之大小，認為指發生某種損失之可能程度(預期損失 X 發生機率)，亦有用以指涉發生損害機率或損失程度存有不確定之情形¹。就法學理論而言，風險亦非法律概念，僅為一種描述或說明概念，因此，論者對於風險或危險概念理解之差異，不僅造成學說用語之混亂，亦影響在各該概念範疇下所建構各種法學

¹ 下山憲治，リスク行政の法的構造，敬文堂，2007年，頁21參照。

理論之具體內容與架構。截至目前為止，就本文之觀察，法律學界關於風險或危險之相關論述，仍呈現相當程度渾沌不明之狀態，然仍有一定的共通點，即均認為(廣義的)風險係指對因人為活動或自然環境對社會造成損害之可能性，其中，尤其集中於因人為活動所造成損害之可能性。

一、危險、風險概念一元論

一般而言，法治國家中國家發動公權力介入管制之正當性基礎，在於排除或防止社會活動對法益造成之危害，以保障人民基本權利。亦即，在社會活動對人民基本權利(法益)造成違法侵害或有侵害之虞(危險)，且社會自身無法適時、妥適排除或防止危害之發生時，乃賦予國家管制權限，於必要範圍內，以排除或防止危害之發生。

其中，如何妥適劃定之國家任務範圍，即何種社會活動應納入管制？涉及法治國家對人民基本權保護之廣度與深度。亦即，國家對於各種可能之危害，應否納入管制，甚至負有防止義務，通常須考量該被納入管制之社會活動可能產生危害結果之程度，以及國家對該危害因果歷程具有認識可能性、技術上有排除可能性、以及財政上有實現可能性而定，即該危害結果之防止可能性。此外，國家任務範圍之設定，並與人民在現實社會中，期待享有何種生活形式之價值選擇，息息相關。亦即，上開國家任務範圍之劃定，並非單純客觀事實認識問題，毋寧為一種高度價值判斷之選擇問題。

因此，並非所有可能造成危害之風險，均應納入作為國家任務，進而允許國家介入管制，且事實上亦無必要與可能。自法律觀點而言，某一風險是否納入作為國家管制之對象，如前所述，必須考量「危害之防止可能性」後，依既有政治或政策決策機制，進行各種科學技術專業與利益衡量等價值選擇判斷。據此，依上述方式，經納入作為國家管制對象之風險，即為法所不容許或人民無忍受義務之風險(危險)；反之，未納入作為管制對象之風險，為法所容許或人民負有忍受義務之風險。其中，前者為(廣義的)危險，後者為「剩餘風險(Restrisiko)」。又此一分類，由於僅將達於危險程度之風險納入作為管制對象，可稱為危險風險一元論。

至於何種風險可納入管制，何種風險則否？與剩餘風險之概念有關。所稱「剩餘風險」，指符合法律所要求安全水準而為法容許其存在，其可能造成之危害，可由社會共同承擔，人民應加以忍受者而言。至於其具體範圍如何劃定，則與何種風險不宜以法律方式介入管制之價值判斷有關，尚無一定之標準，然理論上一般所指「剩餘風險」，可能包括下列情形²：

(1)認識、控制不能(無法管制)之風險：指超過人類理性認識能力之界限，即使用盡當前所知一切科學知識經驗，除非禁止造成該風險之社會活動(例如核能設施之利用)，仍無法排除之風險。

(2)極小可忽視風險：指該風險雖可依當前知識經驗加以認識預測，但縱使發生損害，該損害亦極小而可予忽略之風險。

(3)具有社會相當性之風險：指因科學技術之利用所造成之可能危害，雖能認識該風險之存在但存有一定程度之不確定性，經考量科學技術利用對人類社會所帶來之利益後，認為使人民承擔該不確定性風險具有社會相當性，而於法律上允許其存在之風險，即作為利用科學技術之代價而應予忍受之風險。

二、風險概念之三階段論：危險、風險、剩餘風險

在受德國法制之影響，以警察法或秩序法上危險防禦法制基礎上發展成立之行政法領域，風險概念主要被用以作為警察法上「危險(Gefahr)」概念之上位概念(廣義的風險)，或用以指涉危險概念所無法涵蓋之領域(狹義的風險)³。亦即，風險概念係在傳統警察法上「危險」概念之基礎上發展而來。其將廣義的風險概念，依其可預期損害之程度與蓋然性，進一步區分為「危險」、「(狹義的)風險」以及「剩餘風險」。

上開傳統警察法或秩序法之理論中，其用以判斷某一危害應否納入管制時，

² 下山，前揭註 1 書，頁 22 以下。

³ 同旨，下山前揭註 1 書，頁 24 參照。另關於剩餘風險概念之討論，可參照桑原勇進，「國家の環境保全義務序説(四・完)」，自治研究，第 71 卷 8 号，1995 年 8 月，頁 111 以下。

所使用之關鍵概念，即為「危險」。亦即，在存有危險之情形，課予國家負有發動公權力介入管制，以排除該危險之義務，即「危險防禦任務」。此一傳統警察法之「危險」概念，係指依客觀事態經過歷程觀察，某一行為或狀態現在若不加防止，將有「充分蓋然性(hinreichende Wahrscheinlichkeit)」，會對受保護法益造成一定程度或規模之損害者而言⁴。其中，所謂「充分蓋然性」之判斷，並非單純指發生侵害之統計學或數學上之機率，而係考慮「可預期侵害(損害)之重大性」(質)以及「侵害發生之蓋然性」(量)二者之相關性後，依反比例原則(Grundsatz der gegenläufigen Proportionalität)或 Je-desto 公式(Je-desto Formel)決定，亦即，可預期之侵害越重大，所要求蓋然性程度越低，反之亦然。因此，除不容許國家介入管制之「剩餘風險」外，損害之可能性依其是否已達充分蓋然性，可區分為已達充分蓋然性之「危險」以及尚未達充分蓋然性之「風險」。此一分類，因有意區別(狹義的)風險概念與傳統警察法上危險概念，是為危險、風險二元論。

一般而言，上開危險、風險、以及剩餘風險之分類，理想上，法律在各個領域存有不同之規範強度，亦即⁵：

(1)於危險領域，國家基於實定法或基本權保護義務，負有排除該危險之義務，且該課予國家危險防禦義務之法規範，具有保護特定人利益之保護規範性質，該受保護之特定人可請求司法救濟。

(2)於(狹義的)風險領域，其雖對受保護法益有造成一定的損害可能性，然因未達充分蓋然性之程度，國家並非必須介入管制，而有一定裁量判斷空，人民雖因行政不作為而可能受有損害，但此一損害通常僅為一種不利益(Nachteil)或單純不快或騷擾(belästigung)⁶，尚未形成可訴求主張之主觀公權利。於此一領域，雖允許國家介入管制，但須考慮介入之技術可能性與效果費用間之比例性。又此一

⁴ 桑原勇進，危險概念の考察，收於碓井光明等編，金子宏先生古稀祝賀論文集，公法学の法と政策(下)，有斐閣，2000年，頁649以下參照。

⁵ 下山，前掲註1書，頁24。

⁶ 戸部真澄，不確定性の法的制御—ドイツ環境行政法からの示唆—，信山社，2009年，頁27。

領域所採管制工具，雖相當程度仰賴傳統之命令控制模式，但性質上已非以傳統行政管制模式之危險防禦適用領域。

(3)於剩餘風險領域，即上述因不容許介入管制之領域。

上開危險、風險與剩餘風險三階段論，與德國警察法之危險防禦概念及其適用範圍之發展變遷有關⁷。亦即，由於德國警察法之一般授權條款，賦予警察為維護公共安全與秩序，得介入干預人民基本權領域。為確保國家安全與秩序維護目的得以在最低限度上達成，同時避免對人民基本權利造成過度之侵害，遂以嚴格的「危險」概念，作為合理劃定公權力干預範圍與界限之關鍵概念⁸。因此，早期危險概念，主要即指涉上述得僅依一般授權條款即可介入管制之領域。惟時至今日，上述危險概念已有相當擴張，故並非所有危險領域均一律僅須法律之概括授權即可，且相關法規範是否構成保護規範，均未可一概而論。

此外，在三階段論之實際運用上，某一風險應歸類為危險、風險、剩餘風險三種領域中之何種，因蓋然性判斷為一種將來之預測判斷，且此一預測判斷經常受主觀價值之影響，故事實上經常因具體個案而處於互相流動之狀態。亦即，依前述反比例原則，某一風險應否納入作為危險加以管制，並非單純考量「侵害發生之蓋然性」(量)，而尚須考量「可預期侵害(損害)之重大性」(質)。因此，如可預期侵害範圍極大，或可預期受侵害之法益其性質上為生命、健康等重大或難以回復之法益時，縱使該風險發生蓋然性極低，亦宜將之歸類為危險。同理，於某

⁷ 因此，在未有上開德國警察法或秩序法傳統之國家，並未有如同本項所述之「風險之三階段論」，而多僅採上述風險概念二分論架構；甚至，縱使受德國法學理論影響之情形，亦非當然採納上開風險之三階段論架構。惟無論如何，其並非忽視風險社會對法律制度所造成之影響，而是在二分論的風險(或危險)概念基礎上，因應處理風險社會相關議題。例如，下列論述，似乎即傾向於以「未然防止」此一概念，統一掌握「危險防禦」與「(風險)事考量/預防」者，勢一智子，ドイツ環境法原則の發展経緯分析，西南學院大学法学論集，第32卷第2・3號，2000年2月，頁147以下；李介民，從危害防止法理探討預防性措施的合法性，靜宜法學，第4期，2015年6月，頁167以下。

⁸ 相關說明，請參照松村弓彦，ドイツ環境法における危険と危険の疑い，法律論叢，第85卷第1号，2012年7月，頁312以下。

一風險是否已經達充分蓋然性程度，依既有事實狀況，於判斷上存有疑義之「危險疑慮(Gefahrenverdacht)」類型⁹，如其涉及上開重大法益或可預期侵害範圍極大者，亦同。

三、傳統行政管制模式

(一)危險防禦(Gefahrenabwehr)

傳統社會處理因人類活動對社會所造成之危害或秩序破壞問題時，往往基於機械的、還原主義的自然科學觀，認為世界或社會秩序，係一種各種要素維持在一種靜態均衡狀態之秩序，世界或社會秩序所以發生變化，係因其中某種要素發生變化所致。據此，既存世界或社會秩序之變動，可認為係無數因果關係變化後再次均衡結果。因此，通過既存知識經驗，發現事象發展之因果法則，即可掌握既存之種種事象變化之因果路徑，進而預測、控制其發展。而此一事象變化之因果法則，則可藉由科學技術知識之試誤過程(trial and error)，以提升其精度，進而改善人類生活。亦即，傳統之自然科學觀，認為世界或社會秩序圖像，具有事象之線性變化、因果法則之不變性與記述可能性、經驗之反覆可能性、事象發展之預測可能性、作用或影響之可逆性、試誤可能性等特質，因此，人類只要能掌握因果律，就可掌握或控制世界(科學萬能論)。

在上述傳統自然科學觀基礎上，十九世紀以降之傳統警察法(Polizeirecht)或秩序法(Ordnungsrecht)通說理論，係一種以國家(Staat)與社會(Gesellschaft)二元論為前提之自由主義法治國家理論，其認為國家之任務主要在於「排除或防止對社會可能造成之危害」，某一社會活動如未對社會秩序或安全造成危害，基本上即屬社會自由活動之領域，國家不得任意介入干涉，以確保國家與社會保持一定距離(Distanz)，而其用以劃定國家與社會之境界線者，即為基本權利。據此所形成之行政法律關係，為由規制主體與受規制對象所形成之雙面行政法律關係。此種

⁹ 有關「危險疑慮(Gefahrenverdacht)」之概念，下山，前揭註1書，頁35以下；戶部，前揭註6書，頁29以下；松村前揭註8文，頁354以下參照。

將國家任務限於事後或消極「危險防禦」任務之國家型態，即一般熟知之「夜警國家(Nachtwächterstaat)」，其所為各種國家作用，即為警察(Polizei)作用。在上述自由主義法治國家原理下，國家對社會可能採取之各種消極危險防禦法律制度，即為本文所稱傳統行政管制法制。

上述以傳統警察秩序或安全維護為基礎所建立之危險防禦行政管制法制，係以行為與危害結果之因果關係，具有「認識與確定可能性」為其制度基礎，並以系爭「危害依既存科學知識經驗，具有預測、控制或防止可能性」為前提。至於國家能否發動公權力介入管制，以排除或防止危害之發生，則以該危害之發生是否具有「充分蓋然性」，即是否存在「危險(danger, Gefahr)」為其適用對象。簡言之，傳統行政管制模式，係在給定不變的一定靜態事實條件下，依既存已知之知識經驗，作成介入管制與否之決定。相關傳統行政法理論與制度，即在此一基礎上建構而成。

(二)傳統危險防禦制度之構造上侷限性

上述傳統危險防禦制度，具有下列特性或侷限性：

1.管制功能之消極性

首先，危險防禦之目的並非在於積極主動事前消除危險或風險之發生，而係在危險確實發生後，至少須在存有「危險疑慮(Gefahrenverdacht)」之情形，始事後消極排除該危險，屬事後防止性質。因此，危險防禦具有強調受管制相對人之個人權益或產業營業自由，忽視潛在受害第三人生命健康或生存環境可持續性要求之傾向。

2.管制對象之侷限性¹⁰

以危險防禦為核心內容之傳統行政管制模式，其所欲排除或防止之危險，限於達到充分蓋然性程度之危險，未達充分蓋然性之風險。然是否已達充分蓋然性？

¹⁰ 同旨，戶部，前揭註6書，頁32頁。

其判斷往往因受管制對象物質之「因果或交互作用歷程之時空跨度」，而受有一定之限制。亦即，關於某一風險是否納入危險予以管制之危險性判斷，本質上為一種立足於「現在」所掌握資訊之基礎上，所為對「將來」之預測。因此，其所能處理之危險，性質上受到判斷當時所能預測之時間或空間跨度，例如對造成危險之原因物質(例如污染物質、致癌物質)之影響領域，進行蓋然性判斷之將來預測時，其預測所及之影響領域即受有在時間與空間上之限制。因此，例如某種致癌物質等，短期間之影響，並未達到危險程度，須經長期累積或加乘作用後，始能達到危險程度；又如在某地域範圍內，某種空氣污染物之排出量，雖未達危險程度，但卻跨域造成其他地域之森林枯死情形等，即屬之。

換言之，納入危險防禦制度管制之對象，其範圍原則限於在預測所及之時空範圍內，已達充分蓋然性之危險，對於因果影響歷程或路徑具有延遲、累積、加乘或擴散效果之危險物質，即依既有科學知識經驗判斷，有充分根據可認為其最終將發展成危險，往往僅能作為狹義的或剩餘風險處理¹¹。在無法掌握該時間或空間效應，即是否發展成為危險存有不確定性之情形，更是如此，且此類情形毋寧居絕大多數。

3.管制技術侷限性

傳統行政管制模式下之危險防禦，判斷某一行為或狀態是否構成「危險」，須依客觀事實，即介入管制之要件是否具備，尤其原因、結果、因果關係三要素之判斷，應依職權釐清相關事實、蒐集必要證據資料(職權探知原則)，依據既存知識經驗(經驗法則與論理法則)，合理認定(證明)。此點，在事件單純情形，固無困難，但在複雜或相關科學技術知識經驗有欠缺之領域，即往往無法介入管制，造成執法困難。

¹¹ 此類有充分根據即將發展成危險之風險，於部分情形，例如該風險發展成危險具有時間上急迫性，或該危險造成之侵害具有重大性或不可逆性者，仍可作為「危險疑慮(Gefahrenverdacht)」類型予以納入作為危險處理。

參、風險社會與行政管制

一、風險社會

(一)風險社會之要素：不確定性

隨著科學技術知識之進步，人類逐漸認識到世界或社會秩序絕非一種靜態均衡秩序，而為各種複雜因素交互影響之動態均衡關係網絡，事象之變化，往往並非單一或有限要素之線性因果發展所致。因此，欲解明造成事象變化之交互作用因素及路徑，事實上往往遠遠超越人類之理性認知能力(實踐理性／*praktische Vernunft*)或難以依當前科學技術知識經驗加以客觀掌握認識，且事象一旦發生變化，往往即不再能回復如舊。亦即，人類之活動，並非在一種明確因果作用歷程下所為純粹理性選擇，其有相當部分，係在無知或有限知(不完全的科學實驗或模擬下所得有限經驗或知識)之前提下採取各種行動。據此，依今日之自然科學觀，認為世界或社會秩序圖像，具有事象變化之非線性與不斷變動性、各種複雜要素交互作用關係(系統性)、作用影響在時間空間上之擴大、深刻(全球性、跨世代性)與不可逆性、作用影響路徑之非連續性、預測不可能性等各種「不確定性(*uncertainty*)」特質，人類僅能在無知或有限知之基礎上，依據所能掌握的有限科學知識與經驗，從事各種活動並承擔因此所帶來的各種不可測風險¹²。

因此，在現代風險社會中，人民所面臨者，為各種不斷變動之未知或不確定的風險，國家任務已非單純的在於危險之消極排除或防止，而必須在有限科學證據資料之脆弱基礎上，事前積極處理各種可能的潛藏大規模或重大風險，以避免或降低對人民權益可能造成之深刻損害或因無知或未知(*ignorance, unknown-unknowns*)所造成之恐慌。例如在環境保護或食品安全議題上，吾人在利用科技改善社會、經濟活動或產業生產結構之同時，亦須同時面對科技活動對人類健康或自然環境可能造成之未知不確定風險。因此，國家在處理風險社會之不

¹² 關於風險社會與傳統社會圖像之差異，戶部，前街註6書，頁3-9參照。

確定風險問題時，在生活之便利與風險可能造成之不可逆性或系統性危害之間，究應如何選擇？不僅涉及吾人對於現在生活形式之價值判斷，更涉及應如何避免剝奪後代子孫對其生活形式之選擇空間問題。據此，現代國家所欲建構之社會秩序，並非一種在自然科學意義上零風險之「絕對安全社會」，而是一種在社會價值判斷上容許風險存在之「(低風險)安心社會」。

(二)風險社會中風險之定位與管制必要性

1.風險社會中風險之定位

如前所述，依風險之三階段論，於傳統行政管制模式下之危險防禦，係在已知客觀事實基礎上，依既存科學知識經驗，判斷風險之蓋然性，將廣義風險分為危險(已達充分蓋然性)、(狹義)風險(未達充分蓋然性)，以及剩餘風險。此種在既有知識經驗及客觀事實基礎上所為風險分類，為一種「已知(或確定)風險」；反之，於風險社會，其對某一行為或現狀之風險認識，僅能在有限科學證據資料之脆弱基礎作成判斷，其風險蓋然性判斷存有諸多之不確定性，即存有「未知(或不確定)風險」。

因此，前述風險三階段論，又可進一步二種風險體系，其一為得依既有知識經驗評估判斷其蓋然性之(廣義)已知風險，以及其蓋然性判斷存有疑慮之(廣義)不確定風險。其中，廣義已知風險，又可區分為危險、(狹義)已知風險，已知剩餘風險；廣義不確定風險，又可區分為危險疑慮、(狹義)不確定風險、不確定剩餘風險¹³。其中，傳統行政管制模式之危險防禦適用範圍，限於危險與危險疑慮，其餘領域，均為傳統行政管制模式難以處理之領域。

2.不確定風險之管制必要性

由上可知，前開以「危險防禦」為其核心內容之傳統行政管制模式，於處理風險社會中各種不確定風險相關議題時，不僅存有相當大部分之風險類型無法納

¹³ 類似分類，松村，前揭註 8 文，頁 309 以下參照。

入管制，縱使納入管制，因其管制結構之侷限¹⁴，亦存有諸多管制上之困境¹⁵。然而，對於此類無法納入傳統行政管制模式下危險防禦適用範圍之風險，尤其不確定風險，是否即無納入管制之必要？並非無疑。基於下列理由，本文以為仍有納入管制必要。亦即：

(1)首先，有如前述關於剩餘風險之說明，關於某一風險是否納入管制，其判斷並非單純科學技術知識經驗之專業判斷問題，實際上同時涉及各種利害衝突或價值選擇之判斷。因此，除非該不確定風險已遠遠超越當前人類理性認知能力，為無法控制之風險，否則，仍有納入管制之可能性。

(2)其次，不確定風險並非無風險，如可能造成之侵害涉及生命、健康等重大基本權利，或其侵害具有不可逆性之情形，依前述判斷危險蓋然性之反比例原則，納入管制，毋寧更符合國家之基本權保護義務之要求¹⁶。

(3)例如基改食品、瘦肉精豬肉、防腐劑等添加物、溫室氣體、奈米懸浮微粒(particulate matter, PM)、塑膠等石化製品等風險，其如屬(狹義)已知風險，即依既有知識經驗，具有累積、加乘或擴散等效果情形，雖對個別人民(如塑化劑或瘦肉精)或環境(如溫室氣體)而言可能僅有微小損害，基於減輕或降低該累積、加乘或擴散效果目的，對其攝取量、排出量等事項進行符合比例原則之管制，以確保人民與危害能保持一定安全距離或環境之可持續發展，亦有其管制之必要與正當性。同理，如其屬(狹義)不確定風險情形，雖然其蓋然性存有疑慮，或其累積、加乘或擴散等作用機制並不明確，但如有合理根據認為有發展為危險之可

¹⁴ 前揭(二)傳統危險防禦制度之構造上侷限性(頁7以下)之說明參照。

¹⁵ 詳後述二、傳統行政管制模式處理不確定風險之困境(頁12以下)之說明。

¹⁶ 林昱梅，論食品安全管理法中之預防原則：以歐盟與台灣為中心，台大法學論叢，第44卷特刊，2015年11月，頁1047頁以下。另關於基本權保護義務，相關文獻頗多，整體性論述可參照小山剛，基本權保護の法理，誠文堂，1998年。另關於環境法領域中，國家之基本權保護義務，可參照桑原勇進，「国家の環境保全義務序説(一)～(四・完)」，自治研究71卷5～8号，頁108以下(5号)、頁81以下(6号)、頁87以下(7号)、頁100以下(8号)，1995年5月～8月。

能性者，亦有其管制必要與正當性¹⁷。亦即，在不確定風險，就其與危險之關聯性考量上，正因其不確定性構成危險防禦之漏洞，故存在不確定性乙事，即可作為介入管制之正當性基礎¹⁸。

二、傳統行政管制模式處理不確定風險之困境

綜上所述，對於風險社會中之不確定風險，確有納入管制之必要與正當性，然究應如何管制？欲說明此一問題，有先釐清在傳統行政管制模式下，處理風險社會中之不確定風險問題時，究竟存有何種困境之必要。據本文觀察，在風險社會，由於構成國家決策或行動基礎之經驗知識具有高度不確定性，因此，國家依傳統行政管制模式處理此類風險議題時，對於應否納入管制以及如何管制等問題之決定上，往往在如何避免對基本權利造成「過度干預」與「保護不足」此一兩難困境間，搖擺猶豫舉棋不定。其管制困境約有如下：

(一) 規範不足或不確定

1. 規範不足

自由主義法治國家之法律制度，主要以權力分立、依法行政、法安定性與預測、概觀可能性、基本權利之保障、權力行使之恣意禁止與比例性要求、獨立司法救濟等基本要素所構成。為達成上述要求，於國家欲發動公權力介入處理某一現象時，即要求其對於該現象本身(結果)、造成該現象之原因、以及二者間之因果關係等三項要素，必須在現行累積經驗或科學技術知識上，得以被確實掌握確定，而非單純依學理說明理解，以確保人民基本權利免受不當或過度之侵害(原因、結果、因果關係三要素同定要求¹⁹)。

因此，國家發動公權力介入人民基本權領域時，首先，相關法律必須依據過

¹⁷ 就此點而論，區分(狹義)已知風險與(狹義)不確定風險，並無太大區分實益。

¹⁸ 戶部，前揭註6書，頁37以下參照。

¹⁹ 戶部，前揭註6書，頁12參照。

去之知識經驗，事前就該公權力行為之發動要件、效果予以明確規定，以確保受規範人民有預見可能性並確保法之安定性(反覆適用可能性)。因此，於訂定法規範之要件效果前，必須在既有知識經驗基礎上，事前掌握其擬納入規範現象(例如所欲防止之危險或風險)、擬規範對象(例如造成侵害之原因物質或行為)以及其因果或交互作用歷程，以確保規定之合理性與明確性。然而，如前所述，於風險社會，例如溫室氣體、化學物質管制、口蹄疫或狂牛病等食材或塑化劑、毒澱粉等食品添加物管制、手機電磁波管制等議題，具有事象變化之非線性與不斷變動性、各種複雜要素交互作用關係(系統性)、作用影響在時間空間上之擴大、深刻(全球性、跨世代性)與不可逆性、作用影響路徑之非連續性、預測不可能性等不確定性特質，且縱依現行最新科學技術知識與經驗，亦無法確實掌握造成各該現象之所有原因及其因果或交互作用關係，甚至對於現象本身亦往往難有清楚認識。因此，依傳統行政管制模式，首先往往出現難以規範或無規範可用之問題。

2. 規範不確定

其中，雖可經由規定「科學技術水準」、「事前必要之考慮」等不確定法律概念方式，或授權行政立法方式，以填補上開法規範之不足問題，但多數情形，仍然無助於問題之解決。蓋利用不確定法律概念或概括條款，並非不受法明確性原則或法安定性原則之拘束。亦即，不確定法律概念，係指該法規範概念所欲規範對象範圍之內涵外延無法明確界定，須依經驗或價值填充判斷後，始能確定其概念外延者而言，如該不確定概念，依既有經驗知識判斷，其概念外延具有理解可能性、預見可能性以及審查可能性者，即與法律明確性原則無違。然而風險社會所以使用不確定法律概念者，即其規範對象之不確定風險之發生，恰恰正因「既存科學技術知識或經驗之不足，或因人類理性認知能力限制，而難以或無法確定」所致。為規範不確定風險而使用不確定法律概念，正因既存科學技術知識經驗存有不確定，其概念內涵外延恰恰無法經由法律解釋方式予以確定，而牴觸法安定性原則，且將來法院就該不確定法律概念進行司法審查時，亦因其用以填補概念科學知識經驗之不確定之故，往往出現前後歧異矛盾之裁判²⁰，甚至依「有疑慮

²⁰ 同旨，戶部，前揭註 6 書，頁 48 以下參照。

時有利於人民」之解釋原則，放任該不確定風險之繼續存在。

同理，以授權訂定法規命令或行政規則²¹之行政立法方式，填補規範不足之方式，亦存有類似問題。亦即，因既存科學知識技術經驗存有不確定，為掌握相關風險發生機制，並就不確定風險進行具體細部規範，主管機關往往不得不參照例如國際標準化組織(International Organization for Standardization, ISO)、食品法典委員會(Codex Alimentarius Commission, CAC)等國際組織所建立之標準、甚或直接參照各種私人團體或受管制組織之標準，不僅造成民主正當性疑慮，該行政命令本身之合法性，亦發生問題。

(二)執法困難

依傳統行政管制模式於處理具體個案時，對其介入管制公權力發動要件是否具備，依職權調查釐清相關事實、蒐集必要證據資料(職權探知原則)，依據既存知識經驗(經驗法則與論理法則)，合理判斷認定(證明)。然於風險社會，如依然固執於須待事證明確，即須能確實掌握管制對象及因果或交互作用歷程後，始能發動公權力者，往往難以管制而不得不放棄管制或只能採用例如行政指導等非權力性之誘導措施，而無法充分達成防止危害之目的。此點，如考量此類不確定風險一旦確實發生，恐將對人類健康或環境造成深刻且不可逆的危害時，傳統管制模式對人民基本權利無法提供有效保護之問題，將更為嚴重。

(三)管制能力欠缺

再者，於面對風險社會議題時，國家既無法放任不管任由社會承擔風險後果，以避免造成不可逆的重大損害，然在傳統行政管制模式下，國家欲介入管制，必須在有限且日新月異不斷變化之經驗知識之前提下，蒐集處理複雜而龐大的資訊，其結果，勢必造成國家任務在量質上的無限擴大，形成過度負擔，且現實上國家

²¹ 此即學說所稱「替代法律之行政規則」(Getzesvertretende Verwaltungsvorschriften)、或「規範具體化之行政規則」(Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften)。

亦未必有相應處理能力。

肆、不確定風險之行政管制課題

針對上述傳統行政管制模式在處理不確定風險議題上，存有之各種侷限與困境，本文以為，風險社會中不確定風險之行政管制課題，約可整理如下：

(一)事前預防(Vorsorge)之風險管制

首先，傳統行政管制模式下之危險防禦，基於警察不介入民事原則，僅為危險防止之輔助制度設計，其目的僅在於消極事後防止危害，並非事前積極進行風險控管，亦即危險防禦之作用在於排除危險之結果，雖然亦同時對產生風險之行為介入管制，但少有對社會活動過程中，所有可能產生風險因子之重要過程，進行管制查核，有計劃的積極主動進行風險管理。因此，風險管制之首要議題，必須改變危險防禦之消極事後管制目的，確立積極主動之事前預防目的，並據以建立相關預防機制²²。

(二)風險分析機制：風險評估、風險管理、風險溝通

國家於擬定相關風險管制規範時，由於相關科學知識經驗之不確定，而難以適切訂定風險管制規範。因此，對於風險之識別、評估與特定等風險評估機制，以及在上述風險評估結果之基礎上，設計適合之風險管理機制，即成為風險管理

²² 此即一般所稱「預防原則(Vorsorgeprinzip, the precautionary principle)」，關於預防原則之介紹，相關文獻頗多，例如：松村弓彦，ドイツ環境法における予防原則—その一(序論)～その四，法律論叢，第86卷第1号、第6号、第87卷第1号、6号，2013年7月、2014年3月、8月、2015年3月，頁177以下、頁245以下、頁207以下、頁173以下；赤瀨芳宏，欧州における予防原則の具体的適用に関する一考察：いわゆるRoHS指令をめぐって，法学論集，第12号，2005年3月，頁448以下；林昱梅，前揭註16文，頁1039頁以下；程明修，行政法上之預防原則(Vorsorgeprinzip)—食品安全風險管理手段之擴張，月旦法學雜誌，第167期，2009年3月，頁127以下；王服清，論預防原則的應用與問題，憲政時代，第39卷第1期，2013年7月，頁33以下。

之核心議題²³。此外，於法律授權主管機關以法規命令或行政規則方式，填補相關風險管制法律之情形，該授權實際上幾近為一種空白授權。為使上該規範具有合理性與民主正當性，除經由上開風險評估機制使規範內容具有合理性外，如何使科技專業人員、企業、人民等風險相關人員之意見，得以充分反映於前開規範訂定程序，亦屬重要，即有必要建立風險溝通機制以及其相關配套之程序設計²⁴。

(三)管制工具之擴增

風險管制所採用之管制工具，固然與傳統行政管制模式所採用之命令控制管制工具，例如規範制定、義務賦課、行為管制(許可或申報等)、事後監督檢查、制裁等有相當重疊之處，然如前所述，傳統行政管制模式於蒐集事證資料時，往往存有困難，因此，於設計風險管制工具時，除經由課予各種風險迴避或防止義務以減輕行政負擔與舉證責任外，即應首重風險相關資訊之蒐集，例如課予風險監視與申報等資訊協力義務。又因風險管制議題涉及各種利害衝突與價值衡量，因此，宜建立政府及私人相關風險資訊之公開機制。最後，除傳統命令管制工具外，其他例如各種標章制度非權力性工具或經濟誘因工具，亦可多加善用。

(四)風險與公私合作

處理風險社會議題所需相關資訊(料)與知識經驗，大量存於社會各階層領域之中，由國家單獨處理風險議題，亦未必優於交由社會自律處理或由國家與社會合作處理之模式。就此而論，於面對風險議題上，傳統國家社會嚴格區別之二元論，即有重新檢討之必要。亦即，在風險社會，國家與社會並非單純處於對立結

²³ 同旨，程明修，行政法上之風險評估與管理，台灣法學雜誌，第 142 期，2009 年 12 月，頁 102 以下；宮文祥，當行政遇上科學：從風險評估談起，月旦法學雜誌，第 153 期，2008 年 1 月，頁 101 參照。

²⁴ 有關風險行政程序之基礎論述，山本隆司，リスク行政の手續法構造，城山英明・山本隆司編，環境と生命，東京大学出版社，2005 年，頁 19 以下、頁 33 以下參照。

構，更多情形要求國家須尋求社會力量之協力或合作(合作國家)，即應建立相關風險合作機制。

(五)風險管制救濟機制

傳統以危險防禦為基礎所建立之行政法制，人民欲尋求行政救濟，需主張其權利或法律上利益受有損害，始得為之。亦即，原告於系爭個案所主張之利益，依保護規範理論判斷，需構成可歸由特定人或可得特定人享有之公權利，且該公權利需已受侵害或有受侵害之虞，即其受侵害之可能須已達「危險」之程度。然於風險社會，(1)首先，因原告所主張之利益，往往涉及不特定人之擴散利益，或其受侵害可能尚未達「危險」程度，人民往往難以依傳統行政救濟法制或理論，請求司法救濟；(2)其次，即使進入司法救濟，亦因系爭風險相關爭議，通常涉及高度科學技術性且涉及未來發展之政策或價值判斷，依傳統行政管制法制未必能提供司法審查所需之裁判規範，而無法提供人民有效權利救濟或造成法院裁判之矛盾與混亂；(3)最後，因風險社會所涉及之利害關係人，具有大量性、擴散性，因傳統行政爭訟法少有處理此類涉及大規模爭議之程序，亦未必能有效解決風險社會所發生之各種爭議。簡言之，於風險社會之行政管制救濟機制，至少關於原告訴訟權能之判斷，宜修正傳統保護規範理論，使存於前述風險分析過程中所涉及之利益(發展中之權利)，如其屬於「值得法予以保護之利益」時，亦應允許提起行政爭訟救濟；其次，在爭訟審查方法，傳統偏向以實體審查為主之實體判斷代置模式，因無法對涉及高度科學技術暨政策或價值判斷之爭議，提供適當之司法審查，宜仿照關於行政判斷餘地之審查，納入整體行政過程之審查；最後，在爭訟制度設計上，配合風險社會爭議往往涉及大規模利害關係人之特質，以及受害人民於此類爭議，因其欠缺相關專業知識經驗，且現行行政爭訟法制往往無法充分保障其爭訟程序上之主體地位，以貫徹其憲法所保障之訴訟權(或稱法律上聽審請求權)，故亦有開發符合風險管制爭議需求之爭訟制度，例如引進利如團體訴訟、集團訴訟、大規模訴訟程序等相關配套設計之必要。