

# 美国规制决策中的同行评审

成协中

**内容提要:**在涉及科学信息的规制决定中,确保科学根据的可靠性并防止科学依据的滥用,成为现代规制科学面临的核心难题。作为科学领域质量控制的金质标准,同行评审在现代行政规制过程中也具有广阔的应用空间。将同行评审引入规制过程,对于规制过程中科学根据的质量控制、增强行政过程的透明度、强化政治责任、以及扩大信息来源和审议范围等,都大有裨益。同行评审的引入,也必然存在混淆科学与政策、增加决策成本和造成决策迟延、转移政治责任、激化潜在争议等制度风险。我国大量公共事件的频发暴露了行政机关滥用科学根据的可能与现实,更突显了我国行政规制决策程序构造存在的制度性缺失。通过细致的理论分析和精密的制度设计,将同行评审恰当地融入我国规制实践,能够极大提升科学信息的可靠性,防止行政机关滥用科学信息。

**关键词:**同行评审 规制科学 行政程序 风险评估

成协中,北京市社会科学院副研究员。

## 一 引言

在现代社会,行政机关的规制决策越来越依赖相关领域的科学知识。在诸如食品安全、环境保护、药品管理等领域,透过专家咨询与评审,科学知识已经成为规制决策的重要正当性渊源。在这些涉及科学信息的规制领域中,争议的核心通常不在于规制机关是否具备法定权限,以及权力行使是否符合法定要求、遵守法定程序等形式合法要件。相关科学依据是否可靠以及行政机关是否滥用科学信息(无视、低估甚或夸大科学信息的作用)往往成为制约规制决策正当性的关键因素。然而,行政机关对科学知识的运用,并不总是值得信赖的。<sup>[1]</sup>对很多行政机关而言,科学数据和结论只是用于掩盖其基于其他理由作出政策决定的一块“遮羞布”。<sup>[2]</sup>在我国业已爆发的诸多公共争议中,如关于怒江水电站

[1] 相关例证,可参见洪延青:《藏匿于科学之后?——规制、科学和同行评审间关系之初探》,《中外法学》2012年第3期。

[2] Wendy E. Wagner, The Science Charade in Toxic Risk Regulation, 95 COLUM. L. REV. 1613, 1617 (1995).

开发引发的环境保护问题,面粉增白剂的存废之争中的科学性争议<sup>[3]</sup>,垃圾焚烧及其选址引发的群体抗议<sup>[4]</sup>,尽管行政机关都号称其规制决定的作出具备科学根据,但是很显然,这些科学根据及据此作出的规制决定并未获得公众和专家的普遍认同。

那么,应当如何确保规制决策中科学信息的可靠性呢?在科学领域,确保科学信息可靠性的主要手段是同行评审(peer review)。同行评审最初主要适用于科学论文的发表和财政资助。自上世纪六、七十年代始,美国联邦行政机关在行政规制中越来越多地寻求专家咨询委员会,要求给予指南和同行评审,以监督和确保行政机关正确使用科学信息。<sup>[5]</sup> 规制同行评审,也因此成为60年代兴起的“可靠科学运动”(sound science movement)的一个关键工具。<sup>[6]</sup> 在此运动的影响下,美国白宫管理与预算办公室(后文简称OMB)2005年发布政策,要求联邦政府机构在向公众发布“重要的”科学信息或者科学评价之前,首先要对政府机构所掌握的科学内容进行同行评审。<sup>[7]</sup> 可以说,同行评审在行政规制中的引入,在很大程度上已经打破,甚至颠覆了《行政程序法》所确立的行政决策结构,对美国行政法的发展和具有革命性意义。<sup>[8]</sup>

对于同行评审,我们并不陌生。在教育领域,学位论文在答辩之前通常需要通过同行评审。在学术论文的发表上,各重要期刊也大多建立了匿名同行评审机制。在国家财政资金的使用方面,同行评审也已经成为项目遴选的一个法定程序。<sup>[9]</sup> 但在食品安全、环境卫生、药品管理等规制领域,同行评审尚未作为一项普遍程序予以确立。同行评审机制的欠缺,使得行政机关对于科学知识的运用欠缺制度化的监督机制,严重影响规制决策的正当性。现有的学术讨论,对于规制同行评审研究并不深入。<sup>[10]</sup> 学术讨论的不足又进一步制约了制度改进的方向和空间。鉴于美国法上丰富的制度实践和充分的学术讨论,本文拟对美国规制决策中同行评审进行细致梳理和评析,揭示同行评审引入规制领域的正当性基础、其制度功能及潜在局限,在此基础上分析规制同行评审对于我国当下行政程序制度改革的借鉴意义。

## 二 同行评审在行政规制中的引入

### (一) 理性作为现代行政的正当性渊源

在现代国家,随着行政法治从“要件—效果”范式转向“目的—手段”范式,立法和司

[3] 沈岩:《风险评估的行政法治问题》,《浙江学刊》2011年第3期。

[4] 相关讨论,可参见成协中:《垃圾焚烧及其选址的风险规制》,《浙江学刊》2011年第3期。

[5] Lars Noah, Scientific “Republicanism”: Expert Peer Review and the Quest for Regulatory Deliberation, 49 *EMORY L. J.* 1033, 1050 (2000).

[6] Sheila Jasanoff, *The Fifth Branch: Science Advisers as Policymakers*, Harvard University Press, at 23 (1990).

[7] Final Information Quality Bulletin for Peer Review, 70 Fed. Reg. at 2665 (Jan. 14, 2005).

[8] See J. B. Ruhl & James Salzman, In Defense of Regulatory Peer Review, 84 *WASH. U. L. REV.* 1, 7 (2006).

[9] 参见《科学技术进步法》第六十二条,《国家自然科学基金条例》第五条和《国家自然科学基金项目管理办法》第十三条的规定。

[10] 关于规制同行评审的讨论,中文文献主要有:洪延青:《藏匿于科学之后?——规制、科学和同行评审间关系之初探》,《中外法学》2012年第3期;沈岩:《风险评估的行政法治问题》,《浙江学刊》2011年第3期。

法为现代行政提供之正当性渊源越来越有限。<sup>[11]</sup> 在此背景下,行政之正当性主要依赖于行政机关对其活动提供合理的解释。<sup>[12]</sup> 而科学作为普遍公认的追求客观真理的知识体系,在行政规制中,越来越受到行政机关的重视,并成为行政机关证成规制决定合法性的理想工具。马克斯·韦伯就将官僚制的合法性解释为其能够在知识的基础上行使权力。美国进步运动就使用了实质性的专业知识和创造“理性民主”来称赞行政的品行。甚至有学者指出,“美国行政法的发展代表着理性在公共生活中的胜利”。<sup>[13]</sup>

理性作为行政的正当性要求,并非从来就有。在美国,行政决定作出并非始终聚焦于将理性和说明理由作为法律合法性的检验标准。实际上,在新政之前,行政法很少有理性的要求。新政和二战后行政国家的发展产生了一种强烈的反映,即反对庞德所称的“行政专制”。<sup>[14]</sup> 这种反映的法定体现就是 1946 年《行政程序法》的通过。该法第 553 节以一种非常谦逊的方式规定:行政机关必须提供一份“关于一项条例的基础和目的的简短声明”。在法院依据专断和反复无常标准对行政机关的规则制定行为进行审查时,法院反复要求,行政机关必须证明他们的决定经过“审慎推理”。<sup>[15]</sup> 目前,这一规定已被发展为对于支撑规则制定行为合法性的,包括事实基础、方法论假定以及法定职权等内容的综合性说明要求。

在不同法律部门,理性的地位和作用存在显著差异。通常,我们并不要求立法机关的行为具备“理性基础”。立法机关制定的法律是由定期选举而合法化的各种偏好的集合,其正当性更多是源于立法意志。同样,司法审查之正当性,可以追溯至从法官在权威性地解决纠纷方面的能力,到他们创造一套完全正当的法律规则的能力。<sup>[16]</sup> 而行政规则和命令,如果没有充分的支撑性理由,则通常会被认为是非法的。行政机关未能基于最佳的可得的信息(包括科学信息和技术信息)而行使权力,并非一种可以原谅的错误。因此,如果在行政规制中,特别是在涉及科学信息的规制决定中,如果行政机关不能“讲述一个在事实上和科学上可信的故事”,那么法院通常会以“专断”或“反复无常”为由驳回行政机关的决定。<sup>[17]</sup>

[11] 更为细致的论证,参见成协中:《科学理性导向下的行政正当程序》,《华东政法大学学报》2013 年第 5 期。

[12] Jerry L. Mashaw, *Small Things Like Reasons Are Put in a Jar: Reason and Legitimacy in the Administrative State*, 70 *FORDHAM L. REV.* 17, 23-25 (2001). 马肖教授在此文中明确提出,行政国家的合法性主要体现于需要说明其决定作出的理性基础。类似观点,also see Lisa Schultz Bressman, *Disciplining Delegation After Whitman v. American Trucking Ass'ns*, 87 *CORNELL L. REV.* 452, 485 (2002); Cary Coglianese & Gary E. Marchant, *Shifting Sands: The Limits of Science in Setting Risk Standards*, 152 *U. PA. L. REV.* 1255, 1256 (2004)。

[13] Jerry L. Mashaw, *Small Things Like Reasons Are Put in a Jar: Reason and Legitimacy in the Administrative State*, 70 *FORDHAM L. REV.* 17, 25 (2001)。

[14] See Roscoe Pound, *Administrative Law: Its Growth, Procedure, and Significance*, 7 *U. Pitt. L. Rev.* 269 (1941)。

[15] See e. g. *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S. 29, 48 (1983). See also Coglianese, Cary and Marchant, *Shifting Sands: The Limits of Science in Setting Risk Standards*. 152 *U. PA. L. REV.* 1255 (2004)。

[16] See Jerry L. Mashaw, *Small Things Like Reasons Are Put in a Jar: Reason and Legitimacy in the Administrative State*, 70 *FORDHAM L. REV.* 17, 23-25 (2001)。

[17] Ian Fein, *Reassessing the Role of the National Research Council: Peer Review, Political Tool, or Science Court*, 99 *Cal. L. Rev.* 465 (2011)。

## (二) 同行评审与行政理性

在科学领域,同行评审作为一种质量控制工具,已经有超过三个世纪的历史。<sup>[18]</sup> 由于科学领域科学信息和科学分析的高度具体化和技术性质,评估科学作品的责任主要通过外部同行评审形式,保留于科学共同体内部。在科学领域,同行评审被公认为“对于科学的完整性和学术交流至关重要”。<sup>[19]</sup> 晚近的时候,政府在决定是否对某些科学研究给予财政资助和教育领域的成绩评定方面,也开始运用同行评审。<sup>[20]</sup>

上个世纪七、八十年代,随着专业分工的细化和对行政机关专业信赖度的不断降低,一些联邦机构开始在规制活动中引入同行评审,要求独立的外部专家来对行政机关在规制决定中的科学依据进行审查。近年来的规制改革运动也包含了同行评审的要求。1999年《规制进步法》要求在诸多领域进行风险评估,并将风险评估报告交由独立专家进行审查。<sup>[21]</sup> 2002年管理与预算办公室发布《信息质量指南》,要求如果行政机构能够合理地确定可能或必然会对重要的公共政策或重要的私部门的措施产生明确的、实质性的影响的信息,那么行政机关应当通过同行评审确保信息的可靠性。<sup>[22]</sup> 2005年管理与预算办公室发布通告,要求联邦政府机构在面向公众发布“重要的”科学信息或者科学评价之前,首先要对政府机构所掌握的科学内容进行同行评审。<sup>[23]</sup> 在此政策的影响下,美国联邦各规制机构在作出各自领域的规制决策时,经常采取各种形式的同行评审,以确保规制决定所依据的科学信息的可靠性。可以说,在美国,同行评审已经超越传统的科学领域,进入行政规制实践,成为行政机关控制规制信息质量、提升规制能力的重要机制。

## (三) 科学同行评审与规制同行评审

行政规制中的同行评审不完全等同于科学领域的同行评审,学者们将在规制过程中所进行的同行评审概括为规制同行评审或行政同行评审。鲁尔(Ruhl)和萨尔兹曼(Salzman)教授将规制同行评审定义为:对行政机关运用科学来证成政策或法律决定的审查过程。路易斯教授则使用行政同行评审概念——“行政同行评审是由相关领域的独立专家来对行政机关政策决定过程中涉及的科学信息的科学方法、推论和演绎进行的一种客观审查。”他认为行政同行评审并不考虑政策决定的政治元素,仅仅关注政策制定过程中科学信息的可靠性。<sup>[24]</sup>

规制过程中的同行评审区别于传统的科学同行评审,主要体现为如下几个方面:(1)被审查对象的性质不同。科学同行评审通常是由中立的专家来对特定的科学研究进行独立

[18] 据美国学者考证,早在1702年,就有科技期刊引入编辑同行评审,由相关领域的独立专家在论文发表之前对其进行审查。See Susan Haack, Peer Review and Publication: Lessons for Lawyers, 36 *STETSON L. REV.* 789, 792-93 (2006).

[19] *Id.* at 322.

[20] See also Ann C. Weller, Editorial Peer Review: Its Strengths and Weaknesses, *Information Today*, 2-7 (2001).

[21] See *Regulatory Improvement Act of 1999*, S. 746, 106th Cong. 625 (1999).

[22] OMB, *Guidelines for Ensuring and Maximizing the Quality, Objectivity, Utility and Integrity of Information Disseminated by Federal Agencies*, 67 Fed. Reg. 8452, 8460 (Feb. 22, 2002).

[23] Final Information Quality Bulletin for Peer Review, 70 Fed. Reg. at 2665 (Jan. 14, 2005).

[24] Louis J. Virelli, Scientific Peer Review and Administrative Legitimacy, 61 *Admin. L. R.*, no. 4, (2009).

评估。其评估对象通常不涉及政策判断。除了面临时间压力之外, 规制同行评审必须仔细区分规制过程中的科学依据和与政策制定相关的政治事项或影响因素, 并将他们的审查局限于为获得那些科学信息而使用的科学方法和推论。(2) 审查标准存在差异。与研究科学的同行评审目的在于评估一件科学作品的可信度不同, 规制同行评审意图通过评估与特定政策事项相关的科学信息的可靠性来协助政策制定者。因此, 单个的行政同行评审过程可能涉及多种科学信息的审查。(3) 审查结果的效力不同。一般而言, 科学同行评审具有直接的拘束力, 能决定评审对象是否能公开发表或评审项目能否获得国家资助。而规制同行评审一般不具有直接的拘束力。行政机关在作出规制决定时, 除了参考同行评审的结论外, 还必须综合考虑财政状况、政治状况、民众的可接受度等因素。因此, 规制同行评审结论并不能直接导出特定的规制措施。<sup>[25]</sup>

### 三 规制同行评审的制度功能及其潜在缺陷

#### (一) 规制同行评审的制度功能

首先, 进行质量控制。同行评审是确保科学研究被普遍认可的“金质标准”。<sup>[26]</sup> 通过同行评审, 我们能够发现行政机关所依赖的科学证据是否存在缺陷。实际上, 实践中存在的主要问题, 还不在于行政机关依赖存有缺陷的科学研究, 而是行政机关过于夸大隐藏于规制或政策决定之后的科学的功能。规制同行评审则能够有效揭示科学所能发挥作用的限度。在此意义上, 规制同行评审被视为用以揭示科学迷雾的一个工具。<sup>[27]</sup>

其次, 降低争议成本, 为规制决定提供合法性依据。由科学同行来进行审查, 能够提升行政决策过程的审慎, 因为其提供了与外部专家进行协作和对话的机会。而且, 评审过程能够使行政机关的科学家对外部同行负责, 并通过向立法者、行政官员、法院及利益相关者提供更高层次的透明度, 能够更有效地对执行机关进行监督。同行评审者还可能发现对于政策问题的替代路径或解决办法, 他们的报告能够提供新的信息以指导行政机关未来决定的作出和研究。<sup>[28]</sup>

再次, 同行评审有利于在维持独立性的同时, 增强政治监督。在规制过程中, 同行评审通过对规制决定的科学依据的审查, 能够发现规制科学的作用空间, 并在此基础上区分规制决定的科学根据与政策裁量空间。同行评审报告还经常能够揭示科学上的不确定性, 并鼓励行政机关对其最终的政策选择进行更为精确的论证。对于其政策裁量, 其他公权力机构能够发挥相应的监督作用。

最后, 同行评审能够为规制决定提供更充分的信息来源, 扩大审议范围。由外部专家

[25] See Louis J. Virelli, *Scientific Peer Review and Administrative Legitimacy*, 61 *Admin. L. R.*, no. 4 (2009).

[26] See J. B. Ruhl & James Salzman, *In Defense of Regulatory Peer Review*, 84 *WASH. U. L. REV.* 1, 6, 22 (2006).

[27] Ian Fein, *Reassessing the Role of the National Research Council: Peer Review, Political Tool, or Science Court*, 99 *Cal. L. Rev.* 465, 523 (2011). See also Wendy E. Wagner, *The Science Charade in Toxic Risk Regulation*, 95 *COLUM. L. REV.* 1613, 1667 (1995).

[28] See J. B. Ruhl & James Salzman, *In Defense of Regulatory Peer Review*, 84 *WASH. U. L. REV.* 1, 7 (2006).

来对规制决定中的科学依据进行审查,使得先前未参与行政过程的专家得以对相关主题发表意见。他们的中立地位,更有利于他们超越内部专家的局限,从科学角度提出更加丰富的意见。他们也可能对于政策问题提出新的解决方案。正是在此意义上,同行评审能够发挥头脑风暴的功能,扩大行政规制的科学信息来源和行政规制的审议范围。<sup>[29]</sup>

## (二) 规制同行评审的潜在缺陷

首先,规制同行评审容易混淆科学问题与政策问题。规制同行评审的首要目的在于解决规制过程中科学信息的可靠性问题,因此,评审对象原则上应仅限于科学信息的真实性、可靠性、充分性。然而,在同行评审实践中,评审议题的设计和评审过程,通常并非围绕单纯的技术性问题。尽管将科学咨询与政策完全区分开来,无论是理论上,还是在实践中都不现实,但无论如何不应将同行评审过程变成一个政治论坛,只要其他现有的参与和问责机制依然有效。

其次,规制同行评审可能增加决策成本,造成决策过程迟延和僵化。任何形式的同行评审,都是在原有决策流程之外,增加一道质量控制机制,以提升规则制定行为的正当性。这一过程无疑会增加决策成本,在一定程度上影响决策流程,造成决策过程的迟延。著名的非政府组织“公共公民”(Public Citizen)就认为,强制要求联邦机构进行同行评审,只会有利于被规制的产业,并造成潜在的巨额成本和迟延。<sup>[30]</sup> 还有学者批评,行政机关试图模仿科学同行评审过程,可能只不过是僵化了行政过程而已。<sup>[31]</sup>

再次,规制同行评审容易使行政机关逃避政治责任。依靠外部审查者,可能使规制机关无意识地放弃了作出政策决定的权力,使政策决定的做出从部分负责的行政官员转向完全不负责任的外部专家。<sup>[32]</sup> 夏皮罗等教授批评指出,根据管理与预算办公室文件所要求的形式,规制同行评审极有可能导致一个更为复杂的规制过程,这将取代国会对于官僚制和法院的政治,并取代对于能够产生认识资源的非政府专家和团体的政治。<sup>[33]</sup>

最后,规制同行评审可能为争议双方提供弹药,刺激潜在的争议。科学研究的目标,通常在于发现缺陷和不足,而非提供基本的信任。规制同行评审必将揭示行政机关规制决定中存在的缺陷和不确定性。因此,很多时候规制同行评审会变成一种“泼粪”行动。因为科学证据通常都模棱两可,特别是在环境争议中,争论各方都可以对科学证据提供有利于自己的解释,从而可能使争论更趋激烈,甚至陷入僵局。<sup>[34]</sup>

[29] Lars Noah, Scientific Republicanism: Expert Peer Review and the Quest for Regulatory Deliberation, 49 *Emory L. J.* 1033, 1081 (2000).

[30] Letter from Joan Claybrook, *President*, Public Citizen to D. Dargo Schwab, Office of Info. & Regulatory Affairs, Office of Mgmt. & Budget, 1 - 2 (Dec. 15, 2003), [http://www.progressiveregulation.org/articles/peer/Public\\_Citizen\\_PR-Comments.pdf](http://www.progressiveregulation.org/articles/peer/Public_Citizen_PR-Comments.pdf).

[31] Thomas O. McGarity, Some Thoughts on “Deossifying” the Rulemaking Process, 41 *DUKE L. J.* 1385, 1407 - 10 (1992).

[32] See Lars Noah, Scientific “Republicanism”: Expert Peer Review and the Quest for Regulatory Deliberation, 49 *EMORY L. J.* 1033, 1077 - 78 (2000).

[33] Stuart Shapiro, David Guston, Procedural Control of the Bureaucracy, Peer Review, and Epistemic Drift, *J. Pub. Admin. Res. and Theo.*, Vol. 17, No. 4, 535 - 551 (2007).

[34] See generally Daniel Sarewitz, How Science Makes Environmental Controversies Worse, 7 *ENVTL. SCI. & POL'Y* 385 (2004).

## 四 规制同行评审的范围、形式与效力

### (一) 同行评审的范围

究竟将哪些规制决策送交同行评审,是规制同行评审教义学要解决的首要问题。对此,美国法的学理讨论和立法实践并未提供明确答案。尽管如此,关于规制同行评审的范围,学界基本存在如下共识:

首先,规制同行评审通常不适用于分散的、具体的行政决定。实际上,在特定的政策议题方面,行政机关习惯于通过专家咨询的方式获取对特定专业知识的认知,但较少有行政机关将其规制决定提交同行评审。即使有关机关偶尔为之,其范围通常也只局限于标准设定的决定。<sup>[35]</sup> 瓦格纳教授指出,围绕规制同行评审的争议,主要集中于一些需要设立以科学为基础的标准,或直接履行特定的科技职能的机构,基本上忽略了“大量的涉及颁发许可和执照中的规制决定”。<sup>[36]</sup> 管理与预算办公室也豁免了对联邦机构在单个机构裁决或许可程序中所传播的数据进行同行评审的要求。其理由可能在于:分散的规制决定是关于政策如何符合客观世界的决定,因此,同行评审会涉及到行政机关如何运用可得科学数据以实现特定的政策适用,而非关于某一研究假设是否得到科学数据支撑的科学决定。<sup>[37]</sup>

其次,对于如何确定同行评审的范围,学者们提出了一些考虑因素。第一,许多评论者建议在规制决定引起了广泛争议时再寻求同行评审。然而,案例研究表明,这种做法并不总是有效的。<sup>[38]</sup> 第二,部分评论者认为应当考虑问题的重要性和时间限制:相关的科学研究是否存在充分的基础? 同行评审报告可能的影响。<sup>[39]</sup> 第三,应当根据规制决定可能产生的经济影响来决定是否进行规制同行评审。<sup>[40]</sup> 第四,争论的范围和水平应当是决定是否进行规制同行评审的一个重要因素。<sup>[41]</sup> 但如前所述,规制同行评审通常只会激化矛盾,而不能解决矛盾。

再次,尽管同行评审在诸多规制领域都可能存在,但最为常见的,是关于行政机关的风险规制过程。根据传统的理解,风险评估允许决定做出者基于不充分的数据来估计健康影响,并作出风险管理决定。在作出风险管理的过程中,行政机关可以考虑诸如相互冲

---

[35] See Lars Noah, Scientific “Republicanism”: Expert Peer Review and the Quest for Regulatory Deliberation, 49 *EMORY L. J.* 1033, 1034–37 (2000).

[36] Wendy E. Wagner, The ‘Bad Science’ Fiction: Reclaiming the Debate Over the Role of Science in Public Health and Environmental Regulation, *LAW & CONTEMP. PROBS.*, at 73 (Autumn 2003).

[37] Final Information Quality Bulletin for Peer Review, 70 *Fed. Reg.* at 2677.

[38] See J. B. Ruhl, Prescribing the Right Dose of Peer Review for the endangered Species Act, 83 *NEB. L. REV.* 398, 419 (2004); Holly Doremus & A. Dan Tarlock, Science, Judgment, and Controversy in Natural Resource Regulation, 26 *PUB. LAND & RESOURCES L. REV.* 1, 33 (2005).

[39] THE NAT’L ACADS., GETTING TO KNOW THE COMMITTEE PROCESS 3 (2005).

[40] See Holly Doremus, Scientific and Political Integrity in Environmental Policy, 86 *TEX. L. REV.* 1601, 1651–52 (2008).

[41] J. B. Ruhl, Prescribing the Right Dose of Peer Review for the endangered Species Act, 83 *NEB. L. REV.* 398, 419 (2004).

突的利益、预期的守法成本、行政资源的优先性等诸多因素。<sup>[42]</sup> 风险评估是风险管理的基础,在实践中,联邦行政机构在发布涉及风险的规制决策时,会经常使用同行评审以确保风险评估的可靠性。

## (二)同行评审的形式与效力

行政机关是否进行外部同行评审,以及采取何种形式的同行评审,取决于行政规制的具体需要。《规制进步法》也未明确某种单一的同行评审方式。相反,其指出可以“通过专家小组、专家团体、或其他正式的或非正式的机制”进行。同行评审的正式性程度,应当与评审主题的重要性和复杂性程度相称。<sup>[43]</sup> 管理与预算办公室的通告尽管强调了同行评审对于规制正当性的意义,但其未对同行评审的形式和效力作出统一规定,而留待规制部门自主决定。但这并不表明行政机关可以肆意滥用同行评审。在美国同行评审实践中,一些同行评审形式受到了诸多批评。(1)许多行政机关有其自己的科学咨询机构。环境保护署通过自己的科学咨询机构进行同行评审,收到的大多是肯定性意见。有批评者指出,这种自我任命的内部审查委员会容易存在政治偏见,几乎类似于行政机关决定的橡皮图章。<sup>[44]</sup> (2)某些规制同行评审是由具有长期资格的专家委员承担,其能够对行政机关的决定全年提供定期的、持续的建议。然而,评论者质疑,这些具备长期资格的委员是否资源过于集中,难以满足咨询委员会成员所要求的实质性的时间和成本。<sup>[45]</sup> (3)在规制决定后期乃至决定作出之后进行同行评审,容易诱使评审专家对政策议题发表意见,超越评审主题的“科学”范畴;并且容易使行政机关转移政治责任,由非民选的、政治上不负责任的专家作出最后的政策判断。

关于同行评审的效力,一方面取决于相关实体法的具体规定,另一方面取决于科学信息与规制决定的密切关联程度,对此美国学界并未形成统一认识,实践中的做法也大相径庭。维雷利教授关于同行评审效力的三种模式,具有相当借鉴意义。(1)评论者模式:同行评审专家像评论者一样对政策决定的科学根据进行审查,特别是其科学根据是否可靠,在方法上是否科学。行政机关无需对评审意见进行回应,也完全不受评审意见的拘束。(2)不具约束力的和具有约束力的咨询者模式。此种模式更类似于一种合作模式,同行评审专家像咨询者一样,协助行政机关解决规制决定的科学可靠性问题。根据咨询意见对于行政机关的拘束力不同,此种模式又可细分为不具约束力的咨询模式和具有拘束力的咨询模式。(3)决定作出者模式,即同行评审意见对于行政机关具有强制性的拘束力,同行评审专家扮演着决定作出机关的角色。<sup>[46]</sup>

[42] Lars Noah, Scientific “Republicanism”: Expert Peer Review and the Quest for Regulatory Deliberation, 49 *EMORY L. J.* 1033, 1081 (2000).

[43] See Regulatory Improvement Act of 1999, S. 746, 106th Cong. 625 (d) (1999).

[44] See, U. S. GEN. ACCOUNTING OFFICE, GAO - 04 - 328, FEDERAL ADVISORY COMMFEEES: ADDITIONAL GUIDANCE COULD HELP AGENCIES BETTER ENSURE INDEPENDENCE AND BALANCE 14, at 8 (April 2004).

[45] See Holly Doremus & A. Dan Tarlock, Science, Judgment, and Controversy in Natural Resource Regulation, 26 *Pub. Land & Resources L. Rev.* 1, 33 (2005).

[46] More details, see Louis J. Virelli, Scientific Peer Review and Administrative Legitimacy, 61 *Admin. L. R.*, no. 4, (2009).

## 五 规制同行评审于我国行政程序改革的借鉴

对于理性的信赖和热衷是现代官僚政治的基础。20 世纪以来的行政实践已经将行政机关拉下了理性的神坛,行政机关不再动辄以“科学知识”为由搪塞公众对于规制政策的质疑。正如多数经验材料已经验证的,对很多行政机关而言,科学数据和结论只是一个掩饰,用于掩盖其基于其他理由作出政策决定的一块“遮羞布”。尽管上个世纪 60 年代兴起的规制改革一直在强调协商、合作式的规则制定、规制灵活性,而非专家判断,但科学理性作为支撑现代性的核心价值,在现代行政中仍具有不可动摇的地位。

在我国行政规制实践中,透过专家咨询程序,专家知识已经成为行政规制决策的重要正当性渊源。尽管欠缺统一的《行政程序法》,但通过地方立法或行政实体法,专家咨询程序已经成为现代行政过程正当程序的重要组成部分。但这并不足够和充分,行政规制决策的正当性并未因此而得以确保。在诸如垃圾焚烧及其选址、食品添加剂的限量和使用、转基因生物安全评价、水电站开发等诸多争议中,作为行政规制决策基础之科学信息是否可靠,以及行政机关是否恰当运用科学知识(而非无视、低估、夸大科学知识的作用),始终成为争议的核心,并进而制约着规制决策的正当性和有效性。究其根源,在于我们欠缺一套公正的、可靠的程序防止行政机关对科学知识的滥用。

以食品安全和环境保护领域为例。(1)在 2010 年的面粉增白剂存废之争中,双方就面粉增白剂是否对人体有害各执一词,并且皆有专家、学者或者科学证据予以支持,一时造成令普通民众徒唤无奈、又忧心忡忡的“科学迷雾”。尽管最终卫生部发布了关于限量使用安全性和国内标准安全性的信息,但这样的信息倒没有成为卫生部建议废除面粉增白剂的主要依据。<sup>[47]</sup> (2)在关于全民食盐加碘策略是否科学的讨论中,卫生部委托国家食品安全风险评估专家委员会系统评估了我国不同地区居民碘营养状况的潜在风险。最终结论是由于我国多数地区都存在程度不同的碘缺乏,考虑到食盐加碘在碘缺乏病控制方面取得的突出成绩,应该认为食盐加碘的益处远远大于其健康风险。但是这一评估结论也未获得广泛认同,卫生部随后的决策亦未完全采纳评估报告的建议。(3)环境影响评价争议是近年来诸多群体性事件爆发的一个重要引子。从各地频发的 PX 项目引发的群体事件,到圆明园防渗漏工程、怒江水电站开发、西部通道环境影响评价事件、垃圾焚烧场选址引发的群体抗议,环境影响评价的可靠性都是核心争议焦点。在这些争议事件中,尽管环保部门都先后批复了建设单位提供的环境影响报告,但这并未减少公众的不信任感,这些环评报告并未获得专家和公众的认同。在诸多个案中,环保部门通过“重新环评”、“听证会”、“专家座谈会”等法律上未明确的程序来化解专家和公众质疑。

就我国行政规制的实践来看,科学知识已经成为支撑行政规制决策(决定)正当性的重要渊源,行政机关可透过专家咨询、专家论证等程序在规制决策过程中引入专家知识。但是,行政机关对专家知识的运用,欠缺制度性的监督机制,致使在制度层面缺乏制约行

[47] 参见沈岷:《风险评估的行政法治问题》,《浙江学刊》2011 年第 3 期。

政机关滥用知识的程序和机制。尽管在行政实体法上欠缺一般性的同行评审要求,在行政规制实践中,当行政机关、利益相关人、公众抑或专家就相关科学议题产生争议时,行政机关通过重新启动程序来提升科学信息的可靠性。

美国法上规制同行评审的实践及其引发的学术争议充分展现了规制同行评审作为一种现代治理技术所具有的制度弹性与学术想象空间。尽管同行评审在我国行政规制中尚未普及,同行评审亦未作为当下行政改革的一种流行观念,但是在严重依赖科学信息的食品安全、环境保护、药品管理等领域,大量公共事件的频发暴露了行政机关滥用科学根据的可能与现实,更突显了我国行政规制决策程序构造存在的制度性缺失。同行评审在行政规制中的引入,不仅有助于提升作为规制决策基础之科学信息的可靠性,更有助于预防行政机关对于科学信息的滥用。在行政机关运用科学知识来为其规制决定辩护时,同行评审能够揭示科学知识究竟说了什么和没有说什么。如此,我们能够窥见,真实的规制决定究竟如何作出以及应当如何作出。

---

[ **Abstract** ] Ensuring the reliability of scientific basis and preventing the abuse of it in regulatory decision-making involving scientific information has become a core difficulty faced by modern regulatory science. Peer review, as the golden standard of quality control in the field of science, has also broad scope of application in the field of modern administrative regulation. Introducing peer review into the regulatory process is very conducive to controlling the quality of scientific basis, increasing the transparency of administrative process, strengthening political responsibilities, and expanding the source of information and the scope of deliberation in the regulatory process. On the other hand, it will also inevitably lead to such institutional risks as confusing science with policy, increasing the decision-making costs, delaying the decision-making process, shifting political responsibilities, and intensifying potential conflicts. The frequent occurrence of public incidents in China shows the possibility as well as the reality of abuse of scientific basis by administrative organs and the institutional defects in the structure of administrative regulation procedure. Appropriately introducing peer review mechanism into the regulatory process through careful theoretical analysis and sophisticated institutional design can greatly increase the reliability of scientific information and prevent its abuse by administrative organs in China.

---

(责任编辑:田 夫)