

私人主体与食品安全标准制定

基于合作规制的法理

高秦伟*

摘要 最近几年来,有关乳品安全国家标准的争论持续升温,广大公众对此感到无所适从。中国《食品安全法》以专章对食品安全标准进行了规定,并排除了“行业标准”。从现实情况来看,食品安全标准制定并未因法律的实施而结束相关的争议。如何认识企业标准与行业标准,如何发挥它们的作用与角色成为学界重点探讨的课题。本文认为强调国家标准的作用固然符合中国目前的现状,但是在合作规制的模式之下,既要强调国家的作用,也要发挥行业协会等私人主体的作用。国外经验证明私人主体的标准制定体现了科学发展、市场需要以及自我规制等特点,切实保障了食品安全与公众健康。本文重点阐述了合作规制的法理,探讨了政府规制与自我规制的优劣,同时结合美国、中国等国家的经验教训,分析指出私人主体的标准制定要想能够积极地发挥合作规制的作用,除了需要从反垄断法、知识产权法等诸多方面加以制约外,还特别需要在标准制定的正当程序上强调公开、平衡、合意与协调等因素,强化对自我规制的“再规制”。

关键词 食品安全 标准制定 私人主体 合作规制 自我规制 正当程序

一、问题意识

由于食品安全事件频繁发生,因此中国《食品安全法》在立法取向上采取了强化“命

* 中央财经大学法学院教授。本文系国家社科基金青年项目“行政法视野下的自我规制研究”(项目编号:11CFX045)的阶段性研究成果。感谢美国密歇根州立大学食品法与规制研究中心主任 Neal Fortin 教授、耶鲁大学法学院中国法中心 John Balzano 先生、南开大学法学院宋华琳博士提供的具有建设性的意见。

令与控制型”(command-and-control)规制^[1]甚至实施排他性的规制,前者如废除了食品免检制度(第60条),后者如该法第三章对“食品安全标准”作出了专章规定,在立法技术上突出了食品安全标准制定(standard setting)的基本制度与制定程序。但是根据规定,食品安全标准由国家标准、地方标准与企业标准三部分组成,其中国家标准与地方标准均属于政府制定的标准,而企业标准是在缺失相应的国家标准或者地方标准或者有能力制定高于国家标准或地方标准的前提下,由企业自行制定并报送省级卫生行政部门备案的食品安全标准(第25条)。之所以称为排他性规制,是因为该法仅仅强调了政府制定标准的强制力,在法条中并没有规定“行业标准”;^[2]同时对具有自我规制特点的企业标准几乎没有规定任何的支持性措施,显示出立法者对食品行业自治、企业自治的不信任。排除、弱化行业组织与企业作用的原因,显然要归咎于“三聚氰胺”等事件中所体现的市场失灵及其负面影响。不可否认,行业利益确实是当前中国食品安全标准运作不力的重要原因之一,但值得反思的是,排他性规制与当前世界范围内规制改革的主要思路是否一致,是否对规制中的不同角色进行了合理的功能定位与权力配置,是否有利于最大化降低食品安全风险,是否有利于培育食品行业与企业的自律,^[3]均需要我们作深入且进一步的探讨。本文首先对规制改革中兴起的合作规制现象进行介绍,进而分析私人主体(包括专业协会、企业、非政府组织等,本文将之称为私人主体,是便于与“政府”相对比)标准制定的经验,包括标准制定的原因、程序,与政府合作规制的实践、不足以及控制因素等,论述中结合中国私人主体标准制定的现状进行分析并指出存在的课题,以期能够为中国食品安全规制及行政法学发展提供相应的智力支持。

二、政府规制抑或合作规制?

现代社会之下,行政事务纷繁复杂,于是作为行政活动的重要方式之一,“标准”应运而生。1990年7月23日国家技术监督局发布的《标准化法条文解释》将“标准”定义为:“对重复性事物和概念所作的统一规定。它以科学、技术和实践经验的综合成果为基础,经有关方面协商一致,由主管机构批准,以特定形式发布,作为共同遵守的准则和依据。”学理上一般将标准分为技术标准和管理标准两类,管理规则、费率标准等属于后者。而本文则主要探讨作为技术标准的规制标准,虽然标准(特别是国家标准)并不具有“法”的外形,但是,从功能的视角来看,其影响涉及不特定的群体,既是法律规范的具体化与适用,又为具体的行政决定设置参照

[1] See Jason M. Solomon, “Law and Governance in the 21st Century Regulatory State”, 86 *Tex. L. Rev.* 819, 821-22 (2008); Jody Freeman, “Collaborative Governance in the Administrative State”, 45 *UCLA L. Rev.* 1, 3 (1997).

[2] 中国《标准化法》第6条规定了中国的“标准”界分为国家标准、行业标准、企业标准与地方标准四种,显然《食品安全法》与《标准化法》的规定有所不同。

[3] 参见《食品安全法》第7、8条。

与准则。^{〔4〕}

根据中国《标准化法》的规定,标准依据不同的制定主体可以分为国家标准、行业标准、地方标准与企业标准四类,国家标准、行业标准可以分为强制性标准和推荐性标准两类。其中保障人体健康,人身、财产安全的标准和法律、行政法规规定强制执行的标准是强制性标准,其他标准是推荐性标准。由于《标准化法》制定时间较早(1988年),因此分类明显带有较为浓重的计划经济色彩,与中国当代问题结合并不十分紧密。以行业标准为例,在计划经济时代,工业主管部门相当于一个大型国有公司,部门标准或行业标准主要用于部属国营企业组织生产使用。改革开放后,随着企业所有权和经营权的分离,工业主管部门不再完全是企业的所有者与管理者,组织生产的任务是企业自己的事情,过去的行业标准体制也就不再合适了。这似乎也是《食品安全法》取消“行业标准”的原因之一,但问题在于中国的“行业标准”是否是普适意义上的行业标准?如果取消行业标准,仅仅由政府实施食品安全规制,淡化行业组织在食品安全规制中的角色与功能,那么政府规制是否能够切实发挥作用,2010年再次发生的“三聚氰胺”事件否定式地回答了我们。^{〔5〕}同时,进一步的追问是:政府规制失灵之时,是否还存在有其他的替代或者弥补方式呢?

综观国外,合作治理(collaborative governance)或者合作规制(co-regulation)正是当前规制改革的主要思路之一,特别是针对职业健康、食品安全、环境风险方面的规制领域之时。^{〔6〕}分析者认为虽然政府最终对这些风险规制承担责任,但是合作规制、自我规制也会发挥重要的作用。^{〔7〕}私人主体之所以要自我规制、合作规制,原因首先在于现代经济社会发展遭遇到高度的风险,政府无法全面防范风险,私人主体愿意通过自律的方式规制风险;其次私人主体为了获得更好的声誉,赢得公众信任,从而自愿制定标准并予以公布、实施;再次,私人主体从成本的角度认为自我规制与参与政府规制,可以降低遵从(compliance)成本,提高效率。同样的,政府因面对高度科学技术化的问题,无力回应,因此会更多地依赖于私人主体。技术标准变化较快,政府的制定程序较为冗长复杂,因此政府倾向于利用私人主体的快速反应。^{〔8〕}合作治理或者合作规制是对传统命令与控制型规制的补充与替代,用以制定、实施与执行政策,

〔4〕 参见宋华琳:“论技术标准的法律性质——从行政法规范体系角度的定位”,《行政法学研究》2008年第3期。

〔5〕 参见黄杰:“毒奶粉复活路径再拷问:勾兑奶粉还是勾兑暴利”,载 http://news.ifeng.com/society/2/detail_2010_11/27/3248620_0.shtml,最后访问日期:2010年11月27日。

〔6〕 See Ronen Avraham, “Private Regulation”, 34 *Harv. J. of L. & Pub. Pol’y* 543 (2011); Margaret N. Maxey & Robert Lawrence Kuhn, eds., *Regulatory Reform: New Vision or Old Curse?*, Praeger Publishers, 1985, pp. 3-4.

〔7〕 合作规制与自我规制是两个并不是很好区分的概念,因为它们之间的关联极为紧密。一般认为合作规制可以发挥政府规制与自我规制的优势,而自我规制则是私人主体自愿制定规则并在内部自愿实施,其内容、方式的选择以及内部监督激励机制的设计均由内部成员决定。参见詹镇荣:“德国法中‘社会自我管理’机制初探”,载詹镇荣:《民营化法与管制革新》,台湾元照出版有限公司2005年,页148-149。

〔8〕 See Matthew C. Stephenson, “Public Regulation of Private Enforcement: The Case for Expanding the Role of Administrative Agencies”, 91 *Va. L. Rev.* 93 (2005).

与使用新型的政策工具、民营化、分权以及责任分担等现象相关联。如在标准制定方面,美国学者于1970年代末估计约有2万至6万多项,私人主体特别是生产企业通过这些标准规制自己,实现与政府在治理层面的合作与互动。如今这种情况更多,如2006年全美健康下一代联盟与克林顿总统基金会、全美心脏健康协会以及全美饮料协会一起公布了《学校饮料指南》。^[9]同时参与指南制定的还有美国三大饮料公司,目的在于促进饮料产业限制饮料的生产规模,并为出售于学校的饮料中的热量与营养成份确定标准。在英国以及许多的OECD国家,合作型的安全规制也体现于标准制定层面。^[10]

反观中国,长期以来的情形是政府出资金、官员定标准,企业被动接受标准。制定技术标准呈现出技术监督等部门的“单兵作战”,缺乏与行业、企业之间的有效沟通,国家标准数量虽多,由于官员掌握信息有限,实效性并不大。^[11]虽然《标准化法》中规定了“行业标准”,但其并非真正意义上的行业(即由某个非政府、私人性质的行业协会所制定),而是“由国务院有关行政主管部门制定,并报国务院标准化行政主管部门备案,在公布国家标准之后,该项行业标准即行废止。”^[12]本质上仍为政府制定的标准。即使目前许多的专业部委改旗易帜,更名为“公司”或者“协会”,但由于中国行业组织正处于“新老交替、功能转换、资源整合、重新定位”的转型过程之中,^[13]政府如何放权于行业组织,如何与之合作,如何加以规制,均缺乏科学应对。于是当行业组织的标准出现问题时,政府便采取“一刀切”的作法,放弃行业标准、强化政府规制的“排他性”,应该讲这样的思路并不可取。因为在国外,私人主体制定的标准也存在失灵的现象,也表现为在制定之时参与主体不够广泛与充分,制定的标准较低进而导致有害甚至有毒产品大肆生产、销售流通等现象发生。^[14]但他们并没有轻言放弃或者否定行业标准,而是不断修正与改进行业标准的制定程序,从而实现合作规制。

当然,应该注意的是中国标准体系的演进与西方发达国家标准的生成、发展趋势正好相反。在西方国家,技术标准首先是由私人主体制定并实施,是通过市场竞争机制而非国家强制力来实现的;之后随着社会性规制的增强,由行政机关逐渐通过在法律条文中明确援引、通过相互间的协议或者间接认可的形式,来采纳私人主体制定的健康、安全和产品标准。^[15]而在

[9] See American Beverage Association, *School beverage guidelines*, <http://www.schoolbeverages.com/index.aspx>, last visited Oct. 6, 2010.

[10] See Linda Fulponi, “Private Voluntary Standards in the Food System: The Perspective of Major Food Retailers in OECD Countries”, *Food Policy*, Vol. 31, Issue 1 (Feb. 2006).

[11] 参见王忠敏:《标准化新论——新时期标准化工作的思考与探索》,中国标准出版社2004年版,页70。

[12] 参见中国《标准化法》第6条。

[13] 谢思全、丁鲲鹏:“我国行业组织现状及发展态势分析”,《江西社会科学》2006年第12期。

[14] See Lisa L. Sharma, Stephen P. Teret & Kelly D. Brownell, “The Food Industry and Self-Regulation: Standards to Promote Success and to Avoid Public Health Failures”, *American Journal of Public Health*, Vol. 100, No. 2 (Feb. 2010).

[15] See Jody Freeman, “The Private Role in Public Governance”, 75 *N. Y. U. L. Rev.* 543, 551-56 (2000).

中国,几乎所有的标准首先都是由政府制定并推动,那么在这种思维惯性之下,政府统一标准无疑是有其历史原因的,但是如何看待日渐发展的行业组织,如何发挥私人主体标准制定的作用以及克服其不足,似乎只有在合作规制的模式下才能更好地实现政府的规制目标、才能更好地保障公众身体健康与生命安全。

三、标准制定:私人主体与政府之间的关系

(一) 概述

在美国,私人主体标准制定的现象出现于19世纪末,目前有大量的标准制定组织活跃于美国,如美国国家标准协会(the American National Standard Institute, ANSI)、美国律师协会、美国公共会计师资格认证协会、美国建筑设计师协会、健康鉴定联合委员会、全国质量保证委员会、美国消防协会等,它们制定了成千上万的标准,许多条款均被照搬进了美国联邦、州或地方的法律规范,联邦最高法院甚至说我们生活于私人标准之中。^[16] 虽然这些由私人主体制定的标准并无强制性,但是在多数情况下,自愿遵从率为百分之百。^[17]

标准的来源主要有三个:政府、产业协会以及竞争市场中的企业,后两者是本文所指的由私人主体制定的标准,它们数量众多,如美国国家标准协会约有270个附属组织制定、发展标准。针对某个单项行业的协会也很多,如高科技产业,美国目前就有43个标准制定组织。^[18] 学理上一般将私人主体制定的标准分为三类:①单个企业为了自己的产品或者原料而形成的标准,称为专有标准(proprietary standard),企业发展的标准属于单边性的标准,适用于企业自身,但是容易形成自然垄断。②行业协会为其成员加工、生产所提供的标准,称为产业或专业标准(industry or professional standard)。③由一部分人达成共识所形成的标准,称为合意标准(consensus standard)。^[19] 不过,后两类差异并不太大,有时统一被称为“自愿性标准”(voluntary standard)、自愿性合意标准、自愿性产业标准等。^[20] 自愿性合意标准多来源于专有标准与专业标准,许多的协会为了形成合意标准,首先会颁布专业标准,随着使用者增多,专业标准与合意标准的界线就会逐渐消失。

(二) 私人主体标准制定的优缺点

私人主体标准制定最为突出的优点在于制定过程中专家会发挥较大的作用,政治影响较

[16] See *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*, 486 U. S. 492, 514 (1988).

[17] See Robert W. Hamilton, “Prospects for the Nongovernmental Development of Regulatory Standards”, 32 *Am. U. L. Rev.* 455, 460 (1982-1983).

[18] See Mark A. Lemley, “Intellectual Property Rights and Standards Setting Organizations”, 90 *Cal. L. Rev.* 1889, 1903, 1973-80 (2002).

[19] See Michael S. Baram, *Alternatives to Regulation: Managing Risks to Health, Safety and the Environment*, LexingtonBooks, 1982, p. 54. Also see ABA Section of Antitrust Law, *Handbook on the Antitrust Aspects of Standard Setting*, 2d ed., ABA Publishing, 2011, pp. 1-10.

[20] See Robert W. Hamilton, “The Role of Nongovernmental Standards in the Development of Mandatory Federal Standards Affecting Safety or Health”, 56 *Tex. L. Rev.* 1329, 1338 (1977-1978).

小,而行政机关的工作人员不可能完全都是技术专家。虽然行政机关会建立咨询委员会从外部邀请专家,但这种程序通常成本昂贵,并不十分具有可操作性,而且也不符合行政机关减少对咨询委员会依赖的趋势。^[21] 行政机关的工作人员难以理解拟议中的标准是如何影响真实世界的,而私人主体标准制定所提供的达成合意的程序能够让标准更加符合现实的需要,每一种利益群体均可以陈述自己的意见。当然,合意程序最为明显的益处在于,私人主体熟悉现代工业技术不断发展变化的趋势,因而能够保持与工业发展同步并及时修正相关的标准,行政机关所制定的标准的回应速度则相对缓慢,无疑会造成一定的规制延迟现象。以美国材料与试验协会为例,虽然它的标准是非官方学术团体制定的标准,但由于质量高、适应性好,从而赢得了美国工业界的官方信赖,不仅被美国各工业界纷纷采用,而且被美国国防部和其他联邦政府部门采用。食品与药品管理局则长期采用美国材料与试验协会、美国公共健康协会、美国化学分析师协会等私人主体制定的标准。

私人主体标准制定也存在一定不足:①一些影响健康与安全的自愿性标准并没有得到全面的评估就得以颁布,比如美国材料与试验协会颁布的汽油标准仅强调效能,很少关注对环境的污染。产生这种现象的原因在于相关利益集团的意见并没有得到充分的体现与考量,尽管私人主体努力让所有的利益集团都能表达自己的意见,但是对于小型企业而言,它们规模较小很难影响到标准的制定问题。对此,美国材料与试验协会作出了一些调整,如在会费方面对小型企业进行减免,与全国小企业协会一起鼓励小型企业参与标准制定,当然全国小企业协会本身参与标准制定可能更为有效。②缺乏劳工组织的参与。据学者于1970年代末的调研发现,当时在私人主体标准制定的合意性程序中,并无劳工组织参与,而劳工组织的参与可以为相关组织与代表提供有关工作场所安全与健康的意见。③消费者的意见在合意程序中没有得到高度重视更是产生问题的重要原因。许多的消费者组织说自己代表了消费者,但是很难作出如此简单的定性,因为消费者的意见总是极为分散且基于自我利益的考量,而消费者又是标准制定过程中重要的外部参与者,他们会关注一些非经济性的因素,会关注社会成本。对此有四种解决方案:第一,建立消费者沟通会议,如美国国家标准协会、美国材料与试验协会等主要的私人主体均建立了“消费者沟通会议”,从而为消费者群体与制造商、行业协会等探讨、沟通标准制定问题提供平台。但这些会议类似于非正式会谈,对标准制定并不构成强制性的影响。第二,允许技术性的消费者代表直接参与相关的技术会议。第三,任命非技术性的消费者参加相关的技术会议。大多数消费者均不具有相应的技术知识,但是他们却是技术性产品的使用者,因此有必要在技术会议中包括一些消费者代表。第四,由美国国家标准协会下设的消费者委员会审查拟颁布的标准。美国国家标准协会于1967年建立了消费者委员会,用以审查所有的涉及消费者利益的标准。这种审查由作为常设委员会的标准监督与审查委员会来提供辅助,消费者委员会的成员包括个体消费者代表、标准制定组织的代表、企业与行政机关的代表。代表们必须从消费者的层面提出意见,对这些意见,相关组织必须加以回应甚至修正。

[21] 有关美国咨询委员会存在的问题,参见王锡梓:“我国公共决策专家咨询制度的悖论及其克服——以美国《联邦咨询委员会法》为借鉴”,《法商研究》2007年第2期。

当然还有一些因素影响到私人主体无法制定出更佳的标准,如反竞争问题。私人主体认为如果建立过高的标准可能会造成垄断经营,进而又会受到反垄断法的规制,因此宁愿制定较低的标准;^[22] 还有在标准制定中引入成本收益分析(cost-benefit analysis)的问题,^[23] 但是本文限于篇幅将不予探讨。总体而言,私人主体制定标准优缺点并存,美国行政机关在私人主体标准制定产生问题之后,并没有轻易地否定其存在的必要,而是去分析其存在的价值,协助解决相关的问题。当然,这也与美国行政机关对自身不足有清醒的认识相关,这一点对于倡行合作规制至关重要。他们认识到与企业、行业协会等私人主体相比,行政机关并非是标准的最终使用者,也不具备、掌握相应的技术与信息,如此不仅会影响标准制定的优先次序、科学性,更重要的是究竟如何反映公众、消费者、企业等各种不同群体的利益并形成合意,似乎更为不易。

(三) 互动关系

长期以来,美国政府与私人主体之间就标准制定形成了良性互动的关系。标准对于市场、政府、企业的益处显而易见,^[24] 联邦政府经常会采纳私人主体制定的标准(典型以援引的方式将自愿性标准采纳进法律之中),如国防部一年就采纳了5000项私人主体制定的自愿、合意性标准。国会也鼓励行政机关使用私人主体制定的标准,《国家技术转换与进步法》要求联邦行政机关执行政策与实现目标时可以使用“技术标准”以及“发展或者采纳自愿性的合意性标准”。1998年白宫预算与管理办公室发布第A-119号行政通告,作为《国家技术转换与进步法》的实施细则,是政府部门从事标准化相关活动的政策指导文件。^[25] 而美国国家标准协会颁布的《美国国家标准战略》以及修正版本《美国标准战略》中均突出与强调了标准制定过程中的公私合作。^[26] 2004年的《标准发展组织改进法》,国会减轻了标准制定组织的反垄断责任,鼓励私人主体的标准制定工作。^[27] 其他的法律如《消费者产品安全法》,要求消费者产品

[22] 很有必要从竞争法、反垄断法、知识产权法的视角去探讨私人主体的标准制定,这从实体方面更能够拘束私人主体所制定的标准,对此美国的研究颇丰,中文文献可参见鲁篱:“标准化与反垄断问题研究”,《中国法学》2003年第1期;李素华:“标准制定之竞争法规范之调和”,《东吴大学法律学报》第15卷第1期;张平等:“强制性国家技术标准与专利权关系”,载 <http://www.docin.com/p-391206.html>,最后访问日期:2010年11月9日。

[23] See Lisa Heinzerling & Mark V. Tushnet, *The Regulatory and Administrative State*, Oxford University Press, 2006, pp. 613-43.

[24] See Joseph Farrell & Garth Saloner, “Standardization, Compatibility, and Innovation”, 16 *Rand J. Econ.* 70 (1985); Michael Katz & Carl Shapiro, “Network Externalities, Competition, and Compatibility”, 75 *Am. Econ. Rev.* 424 (1985).

[25] See OMB, Circular No. A-119 Revised, http://www.whitehouse.gov/omb/circulars_a119/, last visited Nov. 11, 2010. 主要内容为鼓励联邦机关参与合意标准的发展与利用,并参与一致性评估活动。通告还指出发展自愿合意性标准,可以降低政府发展标准的成本、降低企业遵从的成本;可以促进企业、协会通过一致性的标准充分竞争;可以提升私人主体向政府提供货物与服务的能力,加强合作规制。

[26] See ANSI, United States Standards Strategy, http://www.ansi.org/standards_activities/nss/ussss.aspx, last visited Oct. 10, 2010.

[27] 15 U.S.C.A. §§ 4301-4305 (West 1998 & Supp. 2006).

安全委员会要依赖私人主体制定的标准来消除风险,提高遵从。^[28]同时,一些法律还要求联邦行政机关向“一些自愿性的私人机构、标准制定协会进行咨询,参与这些机构形成标准”。^[29]这种立法态度促进了自愿性合意标准的发展。实践之中,美国联邦政府会鼓励私人主体从事标准制定,并要求联邦行政机关充分运用这些标准。法院对于私人主体制定的标准也持支持的态度。^[30]州与地方行政机关也会在立法中就某个具体的标准适用美国机械工程师协会或者美国消防协会的标准。但是总体来说,这种互动关系也是经历了一段时间的发展,才逐渐形成的。

标准化的需求来自于工业化,^[31]如最早对螺丝钉的标准化,就是为了确保各种工业组件之间的互换性。一些私人主体性质的标准制定机构相继产生,一开始,私人主体制定的标准并不一致,且制定出的标准明显是为了反竞争的目标,许多标准明显存在着不足。1918年,许多的专业与技术协会以及三个政府部门,包括美国电气工程师协会、美国采矿与冶金工程师协会、美国机械工程师协会、美国材料与试验协会,以及商务部、陆军部与空军联合召开了第一届产品与技术标准交易会,标志着“美国工程标准委员会”的诞生,后来经过多次变化,于1969年更名为美国国家标准协会。标准化的进程于1920年代加速,当时商务部部长Herbert Hoover建立了一个专门的机构即美国国家标准局用以实现减少浪费,^[32]鼓励标准化的目标,该局自己提供了一些自愿性的标准,并扶持与帮助私人主体发展、形成类似的标准,尽管国家标准局与私人主体之间的关系起伏不定,但是国家标准局一直在促进私人主体标准形成方面发挥着重要的作用。二战前,私人主体特别是企业一直主导着自愿性标准的制定领域,甚至排除其他企业以及相关人士的参与,这种制定程序是完全秘密进行的,并没有任何公开的要求。当然,这个时期也出现了针对私人主体标准制定的反垄断审查诉讼。如此的标准运行不久,在二战期间,持续的争论关注于联邦政府与私人主体各自在标准制定中的角色,经过反思,私人主体在标准制定时扩大了利益代表的参与程度,开放与民主化制定过程。消费者团体也开始积极地参与到私人主体的标准制定过程中,直至1960年代末、1970年代初,标准制定程序完全对消费者公开。1960年对标准制定程序研究最为有名的是一份向商务部部长提交的名为“Kelly报告”的研究资料,报告指出美国并无国家标准体系,应该充分发挥私人主体的重要作用。1965年公布的“LaQue报告”建议国会应该重新定位美国国家标准协会的前身,使其成为联邦财政支持的自愿性标准的协调机构,建议民主化标准制定的程序,政府机关如反垄断机

[28] 15 U. S. C. § 2056(b)(1) (2000).

[29] Jonathan L. Rubin, Patents, “Antitrust, and Rivalry in Standard Setting”, 38 *Rutgers L. J.* 509, 515 (2006-2007).

[30] See Harry S. Gerla, “Federal Antitrust Law and Trade and Professional Association Standards and Certification”, 19 *Dayton L. Rev.* 471, 503 (1994).

[31] See Samuel Krislov, *How Nations Choose Standards and Standards Change Nations*, University of Pittsburgh Press, 1997.

[32] 15 U. S. C. § 271 (1976). 于1988年之后改名为美国国家标准与技术研究院(The National Institute of Standards and Technology, NIST)。

构、商务部等应加强协调工作。国会采纳了报告中的多项建议,但是并没有批准 ANSI“国有化”的建议。关于这一问题,主要的原因在于不断增长的消费者保护运动以及产品强制性标准的发展超越了自愿性标准的重要性,所以国会并没有采纳该报告的此项建议。这个时期美国制定了大量的法律用以保护消费者的安全(如 the National Traffic and Motor Vehicle Safety Act of 1966; the Natural Gas Pipeline Safety Act of 1968),国会还于 1967 年建立国家产品安全委员会,该委员会对适用于保护消费者产品安全的 1000 多项工业标准进行了审查后,总结道:

不幸的是这些标准长期处于极为不充分的状态,无论是范围还是实用性方面均存在一定的风险。它们无法解决许多明显可以预见的危害,对于风险承担、青少年行为、培训教育不足、经验不足等因素没有加以充分地考量……在我们的知识判断之中,安全标准应该排除市场产品的因素,但现在它们总是不具有理性且存在风险。美国国家标准协会过去所批准的标准虽然达成了“合意”,但是并没有确保对这些不良因素的排除。^[33]

自 1970 年开始,国会通过一系列的立法或多或少地限制了联邦行政机关对自愿性标准的使用。那些立法史表明议员们对于产业主导的标准制定呈现出的不公正与不公开的状态表示担忧,这样的观点也受到了消费者运动中一部分公众的支持。被称为美国现代消费者运动之父的 Ralph Nader 在众议院司法委员会举行的听证会上表达了类似的观点:“协会的产品标准经常伤害消费者的利益。标准的发展史充斥了滥用的情况:标准在本质上均是由大企业排除市场上其他竞争者而制定的,标准将有害的产品视为安全的产品,标准提升了销量仅仅有益于生产商,标准设计用以阻止政府安全要求的规定,而不是为了保护公众。”^[34]

Nader 等人为此提及了许多的“悲惨事件”(horror story)来论证他们的观点,众议院垄断与反垄断委员会说他们也收到了大量的投诉,但是由于人手不足无法对标准运行展开调查。对此,美国国家标准协会与美国材料与试验协会也没有否定,特别是 1970 年代以前,但自此之后相关的私人主体业已开始修正自己的标准制定程序。而对于较为具体的问题,他们的回应是:美国材料与试验协会是一个高度分权化的组织,各个委员会具有高度的自治权,有时有可能并未及时告知相对人参加标准制定,但可能并非是滥用程序,而是可能由于工作上的疏忽所导致。每年他们都会制定大量的标准,听证会上所听取的只是一小部分问题,不过,他们会争取加以改正。以食品与药品管理局为例,从建立初期便很少制定强制性标准,而是持续地鼓励与发展自愿性标准,认为自愿性标准可以作为非正式标准发挥作用,可以弥补强制标准的不足,呈现出公私合作的态势。食品与药品管理局还授权雇员参与自愿性标准制定组织的各项活动。如今,食品与药品管理局的职员们以及食品产业在该局制定的《合意标准的认知与使用

[33] National Commission of Product Safety, Final Report of the National Commission of Product Safety 48, 52 (June 1970).

[34] See Voluntary Standards Accreditation Act; Hearings on S. 825 Before the Subcomm. on Antitrust and Monopoly of the Senate Comm. on the Judiciary, 95th Cong., 1st Sess. 357, 358 (1977) (statement of Ralph Nader).

手册》之下共同促进标准的发展。^[35]

总之,虽然行政机关开始之时对私人主体的标准制定持有大量的批评意见,但是经过互相交流与合作,行政机关发现私人主体制定的标准具有相当有效的作用,如消费者产品安全委员会指出自愿性标准组织自1970年代以来作出了巨大的贡献,它们确实提升了产品安全。^[36]但同时,关于私人主体标准制定法治化的问题,美国也一直在探讨。如有人提出要制定《自愿标准与认证法》,用以拘束私人主体在制定标准时所产生的一些问题;联邦预算与管理办公室也提出了相关的建议,主张应提升私人主体的责任,进而增加会议的透明度,鼓励消费者与小型企业积极参与标准制定等内容。虽然由于种种原因这些建议并没有得到采纳,但其中的积极成分却在实践中得以实现。另外,最近数年由于各种风险逐渐增多,美国政府也开始积极地介入到标准制定的领域,特别是信息技术、国家安全、公共健康等领域,由此引发了较大的争议。^[37]学界与业界认为政府在介入标准制定领域之前,应该思考:①这一产业的成熟程度,相关的行业协会是否有能力发展标准,它们制定标准的结构是否完善。②市场经济中政府的作用应该是有限的,是否应该尊重市场的选择。③贸易政策促使美国政府基于市场要求发展标准,如此才不至于形成贸易壁垒。④“政府失灵”的风险问题,政府介入是为了解决市场失灵的问题,但是政府也同样不完善,同样会有失灵的情况。^[38]也有学者结合政府介入的程度,将标准制定的领域分为政府明确可以介入的领域、灰色领域以及不适合介入的领域。^[39]明确可以介入的领域主要是政府为了实现重要的公共利益目标而制定的标准,重要的公共利益包括了国家安全、国防、公共安全、健康或者福利。特别需要指出的是政府明确可以介入的领域,并不意味着可以完全排除市场的作用。灰色领域是指虽然不涉及重要的公共利益,但可能是新兴的领域而需要政府介入。不适合介入的领域是指可以通过市场来解决的标准。这些探讨的基本思路仍然是沿袭着合作规制的法理而加以展开的。

(四) 中国问题

目前中国语境下“私人主体的标准制定”至少应该包括两大部分:一是企业自行制定的标准,无论是《标准化法》还是《食品安全法》均鼓励企业制定严于政府标准的企业标准。企业标准是专有标准,即由单个或者少数企业颁布的标准,为了消除企业无标生产与保障各级标准的统一,《食品安全法》第25条承继了《标准化法》确立的企业产品标准备案制度,不过这种仅向省级卫生行政部门备案的单备案制度与《标准化法》及相关规范确定的有关企业产品标准向标准化行政主管部门和有关行政主管部门备案的双备案制存在着不相一致的情况。二是行业标准或者协会标准。在西方,行业标准与协会标准并无区别,中国《标准

[35] See FDA, Guidance for Industry and FDA Recognition and Use of Consensus Standards, <http://www.fda.gov/MedicalDevices/DeviceRegulationandGuidance/GuidanceDocuments/ucm077274.htm>, last visited on Nov. 12, 2010.

[36] 42 Fed. Reg. 58726 (1977).

[37] See Stacy Baird, "The Government at the Standards Bazaar", 18 *Stan. L. & Pol'y Rev.* 35, 37 (2007).

[38] See Sidney A. Shapiro, "American Regulatory Policy: Have We Found the 'Third Way'?", 48 *U. Kan. L. Rev.* 689, 698 (2000).

[39] See Stacy Baird, "The Government at the Standards Bazaar", 18 *Stan. L. & Pol'y Rev.* 35, 70 (2007).

化法》中规定了“行业标准”,但是从其先前的运作来看与国家标准并无差异。而如今,行业标准的结构发生了一定的变化,基本分为三类:一是由国家发改委管理的被撤销工业部、委的行业标准,包括机械、纺织、冶金、电力等。尽管国家对行业机构进行了重大调整,但是目前这几大行业的标准管理基本上仍然承继了原有的模式。唯一不同点就是国家发改委只负责管理这几个行业标准的计划、审批、发布,而将标准一般性的、事务性的管理工作授权委托给被撤销工业局后成立的联合会和产业协会。二是已由工业部、委分解为大的集团公司,如航空、航天、船舶、核工业、兵器等集团公司的行业标准。虽然这些工业部门被调整为集团公司,但是目前这些行业标准由工业和信息化部进行统一管理,管理方法基本上未变。三是国务院行政主管部门负责制定的行业标准。如国家林业局、国家烟草专卖局、国土资源部等。这部分行业标准基本上还是由原来的管理部门进行管理,管理方法基本上没有改变,它们均有行业标准的计划、审批、发布等管理权。

这样的行业标准结构适应于某些国有企业较多的行业,但对于所有的行业则未必适应,因为真正的行业标准应该是从企业、从协会、从市场中产生,也就是说行业标准的产生应该由企业、由协会、由市场来决定。而中国目前的行业标准则是自上而下展开的,标准的立项不是为了市场与产品的需要,因此,就产生了立项追求数量,重复制定标准的现象。由于目标不明确,导致有的行业标准的制订周期很长,甚至长达好几年;有的标准制订后的技术指标低下或不合理,而企业无法执行;有的标准制订后的技术内容不能及时反映市场需求的变化,给企业带来经济损失;有的标准制订以后很少有人用,或者根本就没有人用;有的标准标龄太长,标准不能进行及时修订;有的标准技术内容矛盾,与相关标准在技术内容上交叉;还有的由于标准信息不通,企业找不到新标准,使用旧标准后,而给企业带来合同上的纠纷等现象。

而另一方面,“协会标准”的概念又出现于我们的视野。有学者之所以使用“协会标准”并欲以其替代行业标准,^[40]原因在于认为协会最了解本行业的发展方向,是中国“计划经济”转向为“市场经济”的配套工程。实践中,中国社会转型导致行业协会的结构确实发生了一定的变化,即在前述有官方背景的行业组织之外,又出现了一大批由企业自发组建的行业组织。虽然这些民间协会有一定的独立性,但是对政府的依附性依然较强,而长期的国家理念,导致政府对协会的作用并不清晰,在许多方面协会的实质性参与和监督功能并没有形成。但同时协会又存在着发展的动力,往往因无法定规则的限制,极力扩张自己所代表的利益,甚至会被大型企业所俘获。例如就奶业而言,就有着两个同级别、分属不同主管部门的行业协会:属于轻工部门主管的中国乳制品工业协会和属于农业部主管的中国奶业协会。在鲜奶标识标准问题上,市场上事实形成了以光明、三元为代表的鲜奶派和以伊利、蒙牛为代表的常温奶派的对峙。鲜奶派采用巴氏杀菌法,

[40] 也有人建议应该取消强制性行业标准,将推荐性行业标准过渡到自愿性行业标准,要强调标准制修订过程的公开、透明,坚持广泛参与、协商一致原则,保证标准的公正、合理。企业应成行业标准制修订工作的主体,应是行业标准的最大参与者、投入者、受益者。见谭湘宁:“机械工业行业标准现状及发展趋势——兼论协会标准的发展空间”,《机械工业标准化与质量》2007年第2期。

保质期一般定为3天左右;常温奶派采取UHT灭菌法,产品可以保存6至7个月。鲜奶派曾经依托中国奶业协会,拟议颁布“鲜奶标识标准”,从而强调自己产品之“鲜”,但是遭到了代表常温奶派利益的中国乳制品协会的强烈反对。〔41〕

有关行业标准与协会标准的名称与内涵之辩,有人认为狭义的行业标准是指由国务院有关行业主管部门批准发布的标准,广义的行业标准还应该包括由国家认可的行业协会(学会、联合会等)批准发布的标准,后者通常被称之为协会标准,主要包括产品标准及与产品相关的基础标准和方法标准。〔42〕 广义的行业标准发挥了弥补国家标准的作用,例如,一些食品中有毒有害物质检测方法国家标准至今尚未制定,为了满足中国食品安全检验检疫及进出口贸易的需要,相关行业协会补充了约184项食品中有毒有害物质检测方法商检行业标准;食品安全国家标准中共有82项食品安全控制技术规程,各行业根据自身的特点与需求,分别制定了336项食品安全控制技术规程。〔43〕 产品的规范与标准来源于产业实践,多数首先由企业形成,随着产品的完善与标准不断修正,可能转换为行业(协会等)标准,进而再成为国家标准与世界标准。在计划经济时代,重视国家标准、强化政府介入是有合理性的,但在市场经济条件下,先于国家标准而制定出行业标准可能更有利于推动有关行业产品的快速发展与进步,之前的“自上而下”模式颇有“本末倒置”之感,有时是在“装门面”,“因为,实际上并没有真正执行这些已经过时的国家级规范与标准”。〔44〕 本文对行业标准的认识也基本采广义说,且主张名称并不重要,重要的是如何认定它的作用以及如何制定。〔45〕 事实上,有关探讨私人主体标准制定的程序也会对国家标准的制定程序有一定的借鉴意义,如“三聚氰胺”事件之后,国家颁布了《杀菌乳安全标准》、《灭菌乳安全标准》与《生鲜乳安全标准》等强制性国家标准,但令人不解的是,本该发生于标准公布前的质疑与讨论,却在标准实施之后出现(不仅仅是牛奶,酱油、食用盐、大米等安全问题均发生于食品添加剂标准公布之后)。食品安全标准为何公布之后又遭到“炮轰”,相关的报道分析认为在制定过程中,仅仅只有部分代表参与制定,奶农、消费者的利益并没有很好地得到体现,虽然标准草案曾公布于卫生部网站,专家组对国内外反馈

〔41〕 参见“两协会口水战不休 鲜奶标识年内仍难产”,载《新京报》2004年9月23日;彭苏:“‘斗奶’变局”,载《时代人物周报》2005年1月12日;“多家大型乳企均对乳业标准争议保持缄默”,载《新京报》2011年6月22日。

〔42〕 参见王霞、卢丽丽:“协会标准化研究初探”,《标准科学》2010年第4期。

〔43〕 参见“中国食品安全标准体系的现状与展望(一)”,载 http://www.chinal2315.com.cn/html/spbz/2008/1127/n_2008112761042779.shtml,最后访问日期:2010年11月10日。

〔44〕 林金塔:“CPCA行业标准的希望与未来”,《印制电路信息》2006年第1期。

〔45〕 有关行业标准的作用及其与国家标准之间的关系,有研究指出中国标准发展战略的主要指导思想是“以市场为主导、政府宏观管理;以企业为主体、社会广泛参与”,未来的标准制定主体应当明确政府、行业协会、企业及中介组织间的关系,国家标准、行业标准可以由相对分散管理转为统一管理,而协会标准最初可由国家标准化机构统一认可管理,逐渐转为最终的民间管理。参见《中国技术标准发展战略研究总报告》,第23-26页,载 <http://www.docin.com/p-8049022.html>,最后访问日期:2010年3月8日。当然,就标准体系的问题,更为深入的课题是中国如何与WTO相关规定接轨,是否要对技术法规与标准进行界分与协作,本文限于篇幅的关系对此并不作探讨。

的2000余条意见逐条研究处理,但多数意见并未被采纳。^[46] 国家标准的制定可能会被某些大企业、某个行业所垄断,行业标准的制定中更可能会被某些大企业、某个行业所垄断,由此可见存在的问题是相同的,解决的方案也许在于提高标准制定的透明度与公众参与性,如此方有利于制定出科学的食品安全标准。因此,有必要进入到私人主体标准制定的程序讨论中来,在此过程中,我也会对比中国国家标准制定程序并予以分析。

四、私人主体标准制定的程序

在美国,国会可以授权行政机关制定相应的标准,同时它也要求行政机关使用私人主体制定的自愿性合意标准进行规制。但是在起初的时候,当行政机关采纳合意标准时,很少对私人主体标准制定的内部程序予以关注与限制,这导致1960年代以及1970年代初,私人主体在平衡参与标准制定的代表利益以及为相关方提供“正当程序”方面极为欠缺。^[47] 大企业试图对标准制定形成不适当的影响,从而有利于他们的产品生产。^[48] 而对外部人员来讲,标准制定的程序也极为封闭,由相关的产业所操纵,充斥着反竞争的潜在因素。特定的利益集团经常会获益于歧视性的标准。因此有必要对私人主体的标准制定加以某种程度的制约,从而消除标准中的歧视条款,促进竞争。于是,联邦最高法院建议私人主体在标准制定时应该遵从正当程序的要求。^[49] 然而一开始,私人主体并没有遵从正当程序的意愿,行政机关也没有要求它们必须这样做,只是最高法院认为自己有义务基于联邦反垄断法来确保私人主体在标准制定时负有责任性。^[50] 不过,自1980年代起,私人主体开始在标准制定的过程中更多地遵从正当程序的要求,向公众开放他们的会议并接受评议。当然,不可否认的是虽然有了充足的消费者、小企业以及劳工集团的参加,但是技术性的问题仍然是由相关的专业人士以及大型企业所推动,不过这已经标志着私人主体标准制定的程序正在朝着公开以及代表具有均衡性的方向发展了。^[51]

[46] 参见“乳业国家标准引发行业争论”,载 <http://discover.news.163.com/09/0811/10/5GE7E4LQ000125LL.html>,最后访问日期:2010年4月2日;王丁楠访谈:“中国乳业新国标之‘南北战争’”,载人民网,<http://www.people.cn/news.jsp?id=2930>,最后访问日期:2011年7月18日。

[47] See Andrew F. Popper, “The Antitrust System: An Impediment to the Development of Negotiation Models”, 32 *Am. U. L. Rev.* 283, 284 (1983).

[48] See James W. Singer, “Who Will Set the Standards for Groups That Set Industry Product Standards?”, 12 *Natl. J.* 721, 721 (1980).

[49] See *Silver v. New York Stock Exchange*, 373 U.S. 341, 364-66 (1963); Howe & Badger, “The Antitrust Challenge to Non-Profit Certification Organizations: Conflicts of Interest and a Practical Rule of Reason Approach to Certification Programs and Industry-Wide Builders of Competition and Efficiency”, 60 *Wash. U. L. Q.* 357 (1982).

[50] See *American Soc’y of Mechanical Eng’rs v. Hydrolevel Corp.*, 456 U.S. 556 (1982); *National Soc’y of Professional Eng’rs v. United States*, 435 U.S. 679 (1978); *Radiant Burners v. People’s Gas Light & Coke Co.*, 364 U.S. 656 (1961), rev’g 273 F.2d 196 (7th Cir. 1959).

[51] See Opala, “The Anatomy of Private Standards - Making Process: The Operating Procedures of the USA Standard Institute”, 22 *Okla. L. Rev.* 45, 51-53 (1969).

(一) 国家标准协会的作用

标准制定不仅仅涉及技术问题,还关系到社会与政治的问题,特别是对于风险性规制而言。行政机关制定标准是一种特别的立法,程序类似于行政立法的程序,由于受到多重限制,因此,美国于1970年代开始重点探讨与使用由私人主体所制定的标准。在这个过程中,必须提及美国国家标准协会的作用。

美国国家标准协会成立于1918年10月19日,是一个非政府组织性质的行业协会,成员包括了如美国材料与试验协会、美国消防协会等约200多个专业学会、协会、消费者组织,也包括了数量众多的企业成员(以及外国公司)。它作为自愿性标准的协调机构,积极参与美国国家标准的批准与制定。在国际标准化活动中,美国国家标准协会代表美国参与活动,在国内作为标准制定的私人主体的唯一代表与国会、联邦行政机关打交道。参与美国国家标准协会的成员共有六大类:组织、政府、企业、教育机构、国际机构与个人。^[52] 为了整合他们各自的利益,ANSI内部还设立了相应的论坛,包括组织成员的论坛、政府成员的论坛、企业成员的论坛以及消费者成员的论坛,进而有组织、网络化地代表各种不同的利益与声音。ANSI下设董事会、标准审查委员会、教育委员会、一致性评估政策委员会等。ANSI虽然并非美国国内唯一的标准制订者,但是在美国国内标准领域具有垄断性的地位,各界标准化活动都围绕着它进行。ANSI的职责大致有以下内容:认可美国标准制定组织和美国技术顾问小组;批准美国国家标准;保护公众参与标准化活动;保证美国自愿合意标准体系的完整性;提供区域和国际合作;提供中立的政策论坛;提供标准、资格认证及相关活动的信息资源和培训。最重要的职责当属对美国国家标准的批准,ANSI批准美国国家标准有以下三种方式:①私人主体将自己的标准推荐给ANSI或者受到ANSI的委托提供标准,ANSI会要求该私人主体必须遵循其制定的程序与准则,并与有关各方协商。经ANSI批准生成的标准编号上即冠以ANSI字样,这种方法最为常见。②如无特定的行业协会,ANSI会成立国家标准委员会来制定标准。③一家私人主体或者其他有关方面希望将一项现有的标准或标准草案经审议后批准为美国国家标准时,可向有关团体征求意见或征集通信投票(通常称为游说模式, the canvass method),然后将该标准连同征求意见的结果一起提交ANSI审议,ANSI由标准管理委员会审查,看意见是否有遗漏,反对意见是否解决,再决定是否批准为美国国家标准。当然再征求意见时,还须提交公众,向公众征求意见。这里最为核心的问题是要成为美国国家标准的各项标准均必须满足ANSI的基本程序规定。事实上,也正是通过这样的要求,各个企业、非政府组织等私人主体也实现了标准制定中的正当程序要求。另外,特别值得指出的还有美国国家标准协会的综合协调功能,^[53] 由于行业协会众多,标准之间经常发生交叉重叠,例如,美国机械工程师协会制定了天然气管道的标准,而美国消防协会后来又制定了液化天然气管道的标准;美国材料与试验协会与美国给水工程协会就地方与市政供水系统设定不同的标准,等等。那么此时,美国国家标准

[52] See American National Standards Institute Constitution and By-Laws, section 2.01, approved January 2009.

[53] See Robert W. Hamilton, "The Role of Nongovernmental Standards in the Development of Mandatory Federal Standards Affecting Safety or Health", 56 *Tex. L. Rev.* 1329, 1340 (1977-1978).

协会就会承担起协调的责任,具体的作法是它建立了多个“标准管理委员会”,负责不同领域的标准管理与协调工作。委员会的成员既有 ANSI 的成员,也有其他一些关注标准发展的人员,如政府官员、协会中的企业代表以及专家学者。^[54] 以下分别简要介绍相关规则的要求。

1. 正当程序的要求

ANSI 颁布了《美国国家标准的正当程序要求》,目前为 2010 年版。^[55] 所谓正当程序是指任何人(组织、企业、政府机关、个人等等)均有直接且实质性的权利:包括表达自己的观点与意见;有权让相关部门考量自己的意见;有权申诉。正当程序意味着公正与公平。以下内容构成了达成合意的正当程序的最低要求:①公开。任何人均有权参与标准制定的过程,及时、充分的告知以及制定的目标、依据等内容均成为公开的主要要求与内容。②不得有主导性的优势。在标准制定与形成的过程中不得有任何一种利益占据主导性的优势。所谓主导性优势是指运用市场占有率或者其他手段排除其他意见。③平衡。所谓平衡是指标准发展的过程中各种利益要均衡,不能有一种利益在合意程序中占有三分之一的力量或者多数。④利益类别。在形成合意之时,应该对不同的利益类别予以考量,可能包括(但不限于)生产商、批发商、零售商、消费者、工人、专业协会、使用者、规制机构、测试实验室、商业协会以及整体性的利益。⑤书面程序。这样便于形成标准以及任何人获取。⑥申诉。用于处理对任何行为或者不行为的事件实施申诉救济。⑦向公众告知标准发展事项。告知必须公布于适当的媒体,便于公众知晓。⑧对各种建议与反对意见予以考量。另外还包括了对记录的保存等内容。

2. 协调程序的要求

ANSI 于 1974 年 12 月 5 日颁布了《美国国家标准管理与协调程序》,后于 1977 年 3 月 31 日进行了修订,对私人主体标准制定提供了相应的要求、指南,也为 ANSI 协调各种主体制定的标准、发展与形成标准之间的合意提供了技术支持。在此基础上,ANSI 又于 1982 年 4 月 30 日颁布了《美国国家标准发展与协调程序》,后经多次修正(1983、1993、1995、1997、1998、2001、2002),共包括五部分主要的内容,即美国国家标准批准、撤销的正当程序与规则;美国国家标准发展者的认证规则;美国国家标准的计划与协调规则;美国国家标准的名称、公布、修正以及解释规则;审查规则;修正条款等。这些要求与规则适用于美国国家标准的制定、修改、批准以及形成合意。^[56] ANSI(具体事务由董事会下设的标准执行委员会负责)会积极地规划标准制定工作,协调各种标准发展计划,根据社会发展需要设定优先性,减少重复,避免美国国家标准之间的冲突。

(二) 中国问题

中国现有的行业协会中,只有其中一少部分设有专职负责标准化工作的部门,程序也略显

[54] ANSI, ANSI Procedures for Management and Coordination of American National Standards § I.4.2. 具体成员的选择由 ANSI 的标准执行委员会来实施。

[55] See ANSI, ANSI Essential Requirements: Due process requirements for American National Standards, <http://publicaa.ansi.org/sites/apcd/Documents>, last visited Sep. 13, 2010.

[56] See ANSI, ANSI Procedures for the Development and Coordination of American National Standards, <http://publicaa.ansi.org/sites/apcd/Documents>, last visited Sep. 13, 2010.

简单。这些协会制定标准的程序包括以下几个环节:[57]

第一个环节是制定计划,其中包括立项申请,拟制定行业协会标准的单位,应向行业协会标准负责机构提交填写好并已加盖公章的《协会标准制定、修订申请书》;立项论证,协会标准负责机构收到立项申请后,进行初审,对合格者予以受理,组织立项论证,并将论证结论通知申请立项单位;编制立项计划,通过立项论证后,下达标准制定、修订计划,成立起草工作组,组织起草标准。同时,协会标准负责机构给出标准编号,并发布相应的公告。在这一环节,还需要做的是申请立项的单位要与协会签订标准制定、修订协议,但签订协议的时间每个协会有所不同。有在申请立项时就需要签协议的,也有在通过立项论证后签署协议的。第二个环节是标准起草,在完成征求意见稿、征求意见、意见汇总后,协会标准负责机构组织专家初审或召开初审会议,提出标准送审稿。第三个环节是听取意见,所谓听取意见就是将起草的标准,向社会公布,征求社会各界的意见,听取意见可以采取书面征求意见、座谈会、论证会、听证会等多种形式。第四个环节是标准审查,其中包括发放审查资料,组织专家终审或召开终审会议,形成标准报批稿。第五个环节是批准发布,协会标准技术负责人审批标准报批稿并通过后,协会标准负责机构给标准编号,同时发布标准公告,并负责出版、实行、实施标准。

本文行文过程中,我一再强调美国与中国的国情不同,[58]虽然美国的标准也划分为国家标准、协会标准与企业标准三类,但均是自愿性标准,美国的标准制定多是由私人主体制定,遵循了市场化的原则,基本上形成了政府规制、授权机构负责、专业机构起草、全社会征求意见的标准化工作运行机制。以美国国家标准为例,美国国家标准的制定是从市场需要出发的自愿行为,行业协会、学会、制造商与个人都可以提出市场需要的标准草案;在标准制定的过程中,政府、制造商与用户均参与其中,最大限度地满足标准各方的利益和要求,而后由相应的专设机构承担标准草案的审查和批准工作,最后公开、普遍征求公众对草案的意见。而对应于中国强制性国家标准的美国技术法规,内容也仅限于卫生、安全、环境保护领域,但是即使如此,美国政府部门也极少自行制定标准,而是更多地引用私人主体制定的自愿性标准,并鼓励政府官员参加这些私人主体的标准制定与修改工作,避免重复劳动。之所以如此,是因为美国有着发达的私人主体,这些机构积极参与标准的制定活动,而作为美国国家标准协会的ANSI从中协调,更是促进了私人主体标准制定的健康发展。

而根据中国《标准化法》第6条规定:“对需要在全国范围内统一的技术要求,应当制定国家标准。国家标准由国务院标准化行政主管部门制定。”又根据《国家标准管理办

[57] 参见王霞、卢丽丽:“协会标准化研究初探”,《标准科学》2010年第4期。也可参见《行业标准管理办法》、《中国商业联合会协会标准管理办法(试行)》、《电力行业标准化管理办法》。

[58] 目前采用与中国相同的标准划分体系的只有几个少数国家,而大多数国家与地区实行的都是自愿性标准,在这个体系下再进一步划分为国家标准、协会标准与企业标准。而中国的“强制性国家标准”概念相对应的国外概念一般是“技术法规”。(参见李颖编著:《美国标准管理体制》,中国标准出版社2004年版,页11。)在欧美等国,并没有采用如中国的直接明确规定强制性国家标准的模式,而是采取了合作规制的模式,原则上以产业界自我规制为主,但是在个别关系到重大公共利益和公共资源的领域,政府也会颁布相关的技术法规,而这些技术法规又常常引用相关标准,使得标准成为法律法规的组成部分。

法》、《全国专业标准化技术委员会章程》、《关于调整国家标准计划项目编制方式的通知》、《关于国家标准修订计划项目管理的实施意见》、《关于国家标准复审管理的实施意见》、《关于加强强制性标准管理的若干规定》、《关于强制性国家标准通报工作的若干规定(试行)》等规定,不论是强制性标准还是推荐性标准,其制定均是由国务院标准化行政主管部门按照国家的政策及法律,提供经费,组织人员按照一定的程序进行制订、审批,以有关行政主管部门名义发布实施。在国家标准发布实施以后,有关行政主管部门还要对国家标准的实施情况进行监督检查。可见中国的标准化工作属于政府管理职能之中,国家标准化委员会在国家质检总局的统一管理之下开展工作,事实上从另一个层面也限制了国家标准协会自身的发展。如今《食品安全法》虽然将食品安全标准的制定主体归为卫生行政部门,目的在于统一原来多元混杂的食品安全标准体系。该法颁布之前多元混杂的状况显然不利于食品安全的整体保障与统一执法,^[59]但问题的关键并不是要通过统一制定主体而是整合、统一标准。该法第22条让卫生部去整合、统一标准的问题,之前许多实体性的问题都没有协调好,现在仍然赋予卫生部这样的权力,难道就能够实现不同行政机关之间的合作与协调吗?问题的关键应该是通过程序去整合、统一标准,确切地讲是通过正当程序形成所有利益相关者之间的合意。要通过正当程序,规范标准制定的过程,比如究竟哪些专家参与了讨论?他们的核心观点是什么?在标准的讨论中,专家之间有没有争论?对于征求的意见,是不是给予了企业、行业协会满意的回复?标准制定过程中公众是否参与,是否咨询未被邀请的专家?

(三) 正当程序中的考量因素

在北美、欧洲、大洋洲等国家,^[60]行政机关的正当程序要求影响了私人主体的标准制定程序,并形成了所谓的“私人行政程序法”(Private Administrative Procedure)理论。^[61]虽然与行政机关相比,私人主体对正当程序的要求程度并不高,但是一些因素(如告知、评论、申诉、定期审查等)仍然需要加以考量。^[62]中国目前尚无统一的行政程序法,尽管湖南等地颁布了相

[59] “国家发布的乳制品和婴幼儿食品标准竟多达40个,仅生产婴幼儿配方奶粉的标准就有5个”,见苏方宁:“我国食品安全监管标准体系研究(一)——我国食品安全监管标准体系的状况分析”,《大众标准化》2007年第5期。

[60] See Harm Schepel, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation*, Hart Publishing, 2005.

[61] See Ross E. Cheit, *Setting Safety Standards: Regulation in the Public and Private Sectors*, University of California Press, 1990, pp. 14-15.

[62] See Harm Schepel, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Hart Publishing, 2005, p. 17. 除了美国ANSI的规则要求外,还可参见ISO/IEC Guide 59 and ISO/IEC Directives Part 1: Procedures; Standards Council of Canada, CAN-P-2E, Criteria and Procedures for the Preparation and Approval of National Standards of Canada; the European Standardisation Committee, CEN/Cenelec Internal Regulations Part 2: Common Rules for Standards Work; DIN 820 and BS 0, the 'standardisation standards' of the German and British Standards bodies respectively, and the standardization Guides of Standards Australia and Standards New Zealand.

关的行政程序规定,^[63]各级行政机关对行政程序也较为关注,但是一些重要的问题依然没有得到解决,如行政立法如何对公众的意见进行回应与处理,如何平衡各种不同的利益等。《食品安全国家标准管理办法》、《重庆市食品安全地方标准管理办法(试行)》等法律规范规定了一些程序性的要求,但略显粗疏,关键性的问题仍未得到解决。行政机关的作法影响了私人主体,从中国乳制品工业协会、中国奶业协会等协会的网页来看,标准制定的程序基本没有。目前中国已经启动了《标准化法》的修订工作,^[64]如何对待行业标准尚存疑义,但是无论如何,行业标准的作用不可否认。综合前述分析来看,我认为未来中国行业协会在标准制定时应该重点考量正当程序的四项因素,方能在一定程度上遏制标准落后的现象:

1. 公开

如前所述正当程序的基本要求之一就是赋予相关人士的表达权利,而公开正是对这一权利的重要保障方式。在中国,国家发展和改革委员会制定的《行业标准管理办法》第7条规定:“任何政府机构、行业社团组织、企事业单位和个人均可提出制定行业标准立项申请,并填写《行业标准项目任务》。”而《食品安全国家标准管理办法》第9条规定“任何公民、法人和其他组织都可以提出食品安全国家标准立项建议。”有些行业还使用了网络技术,鼓励企业与个人在标准立项中发挥更大的作用,但即使如此,中国行业标准更多的还是由标准化技术委员会、主管部门、科研院所等单位提出而不是由真正的标准需求方提出,企业、协会、消费者、公众等均被排斥于标准立项之外,从一开始就存在着制定出来的标准可能不适应市场与社会需要的潜在原因。在制定过程中,虽然人们已经意识到消费者应该参与标准制定,应增加标准制定的透明度,提高公众的科学素养以及预防、鉴别的能力,消除政府与企业的合谋等规定;但是目前中国的听取意见一般是经负责起草单位的负责人审查后,将标准的征求意见稿等文件,印发给各有关部门的主要生产、经销、使用、科研、检验等单位及科研院所征求意见,被征求意见的单位应在一至两月之间以书面的形式回复意见。在这个过程中,公众的意见难以得到反映。更为重要的是对公众意见是否考量,相关的制度运行并不尽如人意。

2. 平衡

在标准制定过程中,强势利益集团容易控制标准的制定权,它们往往倾向于制定有利于其自身商业利益的标准,对此利益平衡问题极为重要。同时,标准制定离不开科学与专业知识,专家论证必不可少,如《食品安全法》中专门设置了食品安全国家标准审评委员会,其中包括医学、农业、食品、营养等主要方面的专家以及政府部门代表,但是我们能否完全相信这些专家?事实上单靠政府指定的科学家并不能全面解决健康和环境等风险规制领域的标准制定问题。^[65]除此之外,还应该邀请国内知名研究机构、专家甚至是国际相关研究机构、协会、专家

[63] 参见《湖南省行政程序规定》、《山东省行政程序规定》、《广东省汕头市行政程序规定》、《四川省凉山州行政程序规定》。

[64] 参见《中华人民共和国标准化管理法(草案)》(征求意见稿),载 <http://www.foodmate.net/law/qita/164799.html>,最后访问日期:2011年2月9日。

[65] 对此问题的深入分析,可参见沈岿:“风险评估的行政法治问题——以食品安全监管领域为例”,《浙江学刊》2011年第3期。

提供独立意见,如此才能够平衡政府“聘用”专家与独立专家之间的作用。同时,重视专家并不意味着可以忽略公众的利益,因为标准制定的过程并不仅仅是一个有关安全的技术性问题,更可能是一个利益博弈的过程。对此,美国的作法是通过规则平衡各种利益代表,绝不允许单一集团控制标准制定的过程,并建立相应的机制来保障各种利益群体可以充分表达意见与观点。而在中国,根据相关规定,制定行业标准时应当组织由用户、生产单位、行业协会、科研院所、学术团体及有关部门的专家参与起草,但是这一环节中,由于没有平衡机制,往往会形成大企业的垄断地位。

3. 合意

私人主体的标准制定过程容易为大企业所操作,平衡各种利益至关重要,但在最终如何摆脱“俘获”、形成“合意”层面,也关系到标准本身的质量。^[66]《食品安全国家标准管理办法》第18条规定:“标准起草单位和起草负责人在起草过程中,应当深入调查研究,保证标准起草工作的科学性、真实性。标准起草完成后,应当书面征求标准使用单位、科研院校、行业和企业、消费者、专家、监管部门等各方面意见。征求意见时,应当提供标准编制说明。”对其他意见特别是相反的意见如何回应,如何解决分歧,缺乏程序规定。但是美国国家标准协会、美国材料与试验协会等私人主体对此却有详细的规定,如对于否定票,委员会与分委员会均需要认真考量。投否定票的原因很多,包括对拟议中标准有反对意见,除非否定意见是“无法说服”的,否则委员会与分委员会均应该对否定意见予以澄清、说明。^[67]当然,合意很难达成,美国也面临着程序改革的难题,如是否要在私人主体的标准制定过程中引入成本收益分析、是否要进一步扩大公众参与均需进一步探讨。

4. 协调

所谓协调是指作为私人主体的标准制定协调组织,ANSI会审查与整合各种标准之间的差异,这一点极为重要。但在中国,虽然国家标准化管理委员会统一管理全国标准化工作,也负有协调国家标准,协调和指导行业、地方标准化工作;负责行业标准和地方标准的备案工作等职责,但似乎其一直并未行使这样的权力。而ANSI会审查以下内容,从而将一项自愿性的标准批准成为美国国家标准:①所有受到标准实质影响的人应该有机会表达自己的观点,对于不同的意见进行了相应的解决处理;②有证据表明国家打算使用拟议中的美国国家标准;③拟议中的美国国家标准在批准前,必须解决其与其他美国国家标准之间的冲突问题;④还应该考虑这个领域中现存的国家标准或者国际标准;⑤没有证明表明拟议中的标准违反了公共利益;⑥没有证据表明拟议中的标准包括不公平的条款;⑦没有证据表明拟议中的标准并无技术性的缺陷。就协调职能而言,ANSI平时还会拟定协调计划,发布相关的标准整合信息;如果它认为必要,有时还会设立特别的小组调查与展开协调活动,切实促进标准制定的和谐一致。私人主

[66] See Ross E. Cheit, *Setting Safety Standards: Regulation in the Public and Private Sectors*, University of California Press, 1990, p. 11.

[67] ASTM Bylaws (Oct., 2003).

体的标准制定及其作用引发了人们对规制与公共政策的重新思考,除了要从正当程序上进行拘束之外,行政机关可能还需要考虑以下几个重要的问题:第一,行政机关如何将私人主体制定的标准融入进法律、法规之中。第二,行政机关要决定自己何时以及如何参与私人主体的标准制定,在标准制定委员会中行政机关是否有权投票?第三,行政机关必须要考虑如何提升私人主体的标准制定水准。第四,行政机关包括其他的公共机关要考虑如何进一步拘束私人主体的标准制定,如何适用反垄断法、知识产权法、侵权法等。事实上这也是合作规制法理的内在要求,并不是说让私人主体制定标准,行政机关就放手不管,正确的思路应该是互相沟通、合作参与、共同治理的模式。

五、结 论

事实上公与私的规制很难界分清楚,两者总是相互缠绕在一起,^[68]一方面私的规制与标准可以很好地执行政府规制的要求;另一方面政府规制也可以参考私人的标准并转换成为正式的规制。自我规制与政府规制共同存在,实现合作规制。本文以中国《食品安全法》中有关标准制定问题为背景材料,试图提出对政府规制的补充模式——合作规制,目的在于阐释政府、行业以及各类私人主体在实现食品安全规制中应该发挥的功能。但是在现实中,由于频繁发生的食品安全事件导致政府甚至公民对食品行业、食品企业产生了极大的不信任,在此情形之下,固然可以强化政府规制,但是如果“因噎废食”,由政府独自承担食品安全规制的责任,那么不仅仅政府无法承受其重,而且长此以往,行业、企业也无法形成积极的自律模式。因此,从长远来看,食品安全的有效规制依然离不开行业标准与行业自治,未来修法应该意识到这一问题并增加行业标准,在实践中应注重对行业自治进行辅导与培育。食品安全不仅仅需要政府特别是中央政府的规制,还需要其他力量的参与(如地方政府),特别是行业协会、企业以及消费者的参与。食品企业以及行业协会应该是制定食品安全标准制定的“主角”,国内现行的食品安全标准,是遵循着“国家标准—行业标准—企业标准”递减的原则设计的,现有的思路是国家标准“越全面越好”、“越权威越好”,但事实是国家这么大、食品种类繁多,政府如何能够及时制定出相应的标准?^[69]标准制定应该与生产、制造关系联系紧密,企业与协会最为明白自己需要制定什么样的标准,在这些基础之上,政府可以选择涉及人身安全的标准上升为国家标准。

行业协会在标准制定过程中发挥着重要的作用,也许正是这种需求以及中国行业标准在体系架构、制定实施以及监督上的诸多问题,让我们不得不重新审视行业标准。中国政府曾经于加入WTO之后,强调实行开放式的标准制定模式,让行业协会与学术团体在标准制定中发

[68] See Harm Schepel, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Hart Publishing, 2005, p. 3.

[69] 参见顾泳:“食品安全标准制订应缩短‘时差’”,载《解放日报》2010年11月26日。

挥更大的作用,并更多地通过市场化的而非命令控制式的手段来保证技术标准的实施,从而适应全球化和信息化浪潮的挑战,通过对标准组织架构、制定程序,以及相应信息和技术支持方面的全方位变革,来重塑和优化中国的技术标准体系。那么,我们也更希望《食品安全法》的颁行以及《标准化法》的修正不要给我们带来相反的信号。当然,更为中国化的问题是现实中还存在着大量的具有自然人性质的个体工商户、食品小作坊以及流动的摊贩,国家统一性的食品安全标准可否对他们发挥作用呢?《食品安全法》第29条规定:“食品生产加工小作坊和食品摊贩从事食品生产经营活动,应当符合本法规定的与其生产经营规模、条件相适应的食品安全要求,保证所生产经营的食品卫生、无毒、无害,有关部门应当对其加强监督管理,具体管理办法由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会依照本法制定。”这里的“卫生、无毒、无害”与国家标准、地方标准以及企业标准之间的关系如何?而同时,食品安全标准的立法预设对象是现代化的工商企业,是西方现代化大生产的结果,但对于中国食品而言,似乎更加依赖于传统的技巧,那么,如何能够在食品安全、标准化作业、保留传统、保障小商贩的生存权等之间寻求平衡更为迫切,可能更需要政府与行业、企业、个人等各种私人主体之间的合作。

这是一个持续变化的时代,科学技术日新月异,作为规范科学技术发展的标准,不仅提高了信息沟通的程度、减少了交易成本、加强了企业之间的互助协作与市场竞争,^[70]而且还方便了消费者(增强消费者的购买决心),切实提高了人们的生活质量。^[71]但是在某些情况下,私人主体的标准制定可能也会成为创新的阻碍、也可能形成一些企业之间的共谋。在单一企业制定标准的案件中,^[72]或者集体制定的标准案件中,^[73]均涉及程序不民主、反竞争等问题。因此可以说标准事实上具有积极与消极作用两个层面,更为重要的是无论由谁制定的标准,均会产生这两个层面的功能。私人主体标准制定固有的弱点在于其产生于私人、企业控制的系统,有时某个标准颁布需要很长的时间,这会导致无法满足现实的需要。再者,由于无法切实解决代表性不足的问题,私人主体制定的标准可能总会被某些商业利益集团所操控。虽然经过“合意”程序,但其目的多为商业目标而非规制目标。多数决式的投票机制可能面临虽然有消费者或者其他利益人反对,而标准依然获得通过。对此,行政机关应该有清醒的认识,同时也是未来中国行政法学应该关注的重点课题。

(责任编辑:章永乐)

[70] See Patrick D. Curran, “Standard – Setting Organizations: Patents, Price Fixing, and Per Se Legality”, 70 *U. Chi. L. Rev.* 983, 984 – 91 (2003).

[71] See Robert M. Webb, “There is A Better Way: It’s Time to Overhaul the Model for Participation in Private Standard – Setting”, 12 *J. Intell. Prop. L.* 163, 168 (2004 – 2005).

[72] *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D. C. Cir. 2001).

[73] *Dell Computer Corp.*, 121 F. T. C. 616 (1996).