



交大法学

SJTU LAW REVIEW 主编 季卫东

第2卷 (2011)

【主题论文】 风险与法律

「访谈」高科技、全球化与制度风险：风险社会中的法律变迁

——徐显明教授访谈录 李学尧 整理

风险社会与法学范式的转换 季卫东

合规行为的赔偿机制

——基于风险社会的视角 傅蔚冈

风险社会的自由与安全

——风险规制的兴起及其对传统行政法原理的挑战 赵鹏

次贷危机法律根源探究

——美国金融监管制度及思想先进性质疑与启示 许多奇

可接受的风险：一个概念建议 巴鲁克·菲施霍夫



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

交大法学

第2卷(2011)

主编 季卫东

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书为《交大法学》第2卷,围绕“风险与法律”这一主题展开,包括“主题论文”、“研讨与观点”、“裁判事例评析”三个版块。“主题论文”分别从制度变迁和理论范式转化的角度阐述反思性对我国法律研究的重要意义,探讨了风险社会下法制发展所涉及的各种关键性问题,富于启迪;在“研讨与观点”版块中,各篇论述内容丰富,观点迥异,构成了目前社会与法制研究的全景;“裁判事例评析”版块选择涉及个别情境中行政裁量标准以及信息公开的问题,这也恰好与风险社会治理模式创新相对应,引人深思。

本书适合法学界、社会学界研究者阅读。

图书在版编目(CIP)数据

交大法学. 2011 年. 第 2 卷/季卫东主编. —上海: 上海交通大学出版社, 2011

ISBN 978-7-313-07713-4

I. ①交… II. ①季… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 183484 号

交大法学

第 2 卷(2011)

季卫东 主编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 韩建民

上海交大印务有限公司印刷 全国新华书店经销

开本: 787mm×1092mm 1/16 印张: 15.75 字数: 312 千字

2011 年 10 月第 1 版 2011 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-313-07713-4/D 定价: 38.00 元

版权所有 侵权必究

告读者:如发现本书有质量问题请与印刷厂质量科联系
联系电话:021-54742979

卷首语

交大法学·第2卷(2011)

突如其来的东日本大地震、海啸以及福岛核电站泄露和辐射所引起的跨国恐慌,把自然危险与人为风险反复叠加和放大,把全球化时代城市社会的脆弱性以高清画面呈现在人类面前,对思想、实践以及结构都将产生深远影响。在这样的时刻,《交大法学》推出“风险与法律”主题专辑,意义自不待言。

本卷以2010年凯原法学院召开的“风险社会与法制发展”研讨会的主旨发言和工作论文为基础,外加特约稿件。两位主旨发言人分别从制度变迁和理论范式转换的角度,阐述了反思理性在当下中国法律研究中的重要意义。赵鹏博士的力作紧扣核心问题,深入而周密地考察了风险社会中自由与安全的关系,揭示了在强调选择自由和责任自负的现代法律秩序中,行政性规制不断增加的根源、契机以及走向集体性治理所引发的忧虑。傅蔚冈研究员的切入点是作为风险与法律研究之关键的“有组织的不负责任”现象,从不同角度立体地论述了保险制度中的合规赔偿。许多奇副教授以美国次贷危机为线索,探索金融的风险与监管之间的关系,剖析了美国制度设计上弱点和弊端,并对中国财产证券化的金融创新提出了建设性的意见和主张。巴鲁克·菲施霍夫教授的论文试图测定可接受风险的水平,从而对社会的风险性进行有效的制度控制,富于启迪,特在本卷译出,以飨读者。

收在“研讨与观点”栏目里的论文虽然内容多歧、观点迥异,但构成了社会与法制研究的全景,各篇之间存在互相配合、补充的关系。如果我们把劳伦斯·弗里德曼教授在上海交通大学的演讲稿——“对‘法律与社会’运动的若干思考”理解成概论的话,那戴慧思的关于中国城市中围绕产权的讨价还价过程的文章,则分析了从计划经济到市场经济的社会运动中所有制演变和民事规范生成的一个典型事例。朱景文教授换了一个角度,透过诉讼增加的现象来观察法律与社会的结构性变化。盐野宏教授的论文“行政法学的作用”,从社会变迁与社会控制的维度来解读,也饶有兴味。然后还有在社会背景下对法律职业的实证性研究,涉及法官(弗里德曼教授在上海交通大学的另一演讲)、检察官(霍奇森教授的论文)以及涉外法律服务市场全球化对律师业的影响(刘思达特别研究员的寄稿)。

行政诉讼是衡量权利意识的主要尺度,对于法治秩序具有特殊的价值,尤其是

在风险社会,政策指向被强化,行政裁量权被扩张,“民告官”对于法治精神而言更是生死攸关。王天华副教授和凌维慈副教授对行政裁判案例的精彩评释,分别涉及个别情境中的裁量标准以及信息公开,正好是与风险社会的治理模式创新相对应的。因为在适当分散决定权以因地制宜的场合,裁量余地以及事后进行司法评价和救济的规则权重势必加大,并且需要把信息系统理解为一种与风险意识密切相关的制度条件,正是通过这些法律媒介,决定者与决定的被影响者之间的鸿沟可以缩小或跨越,结果将促进政治体制的顺利转型。

主编



2011年初夏

目 录

【主题论文】风险与法律

- [访谈] 高科技、全球化与制度风险:风险社会中的法律变迁
——徐显明教授访谈录 李学尧整理(1)
- 风险社会与法学范式的转换 季卫东(9)
- 合规行为的赔偿机制
——基于风险社会的视角 傅蔚冈(14)
- 风险社会的自由与安全
——风险规制的兴起及其对传统行政法原理的挑战 赵鹏(43)
- 次贷危机法律根源探究
——美国金融监管制度及思想先进性质疑与启示 许多奇(61)
- 可接受的风险:一个概念建议 巴鲁克·菲施霍夫著 汤雯雯译(85)

【研讨与观点】

- 对“法律与社会”运动的若干思考 劳伦斯·M·弗里德曼 张铮、宾凯译(106)
- 审判行为与法官思维 劳伦斯·M·弗里德曼 冯静译(118)
- 行政法学的作用——从一个行政诉讼案件的管窥 盐野宏著 石龙潭译(131)
- 在越来越多的诉讼的背后——兼论中国国情与解决纠纷的特色 朱景文(137)
- 中国涉外法律服务市场的全球化 刘思达(145)
- 谁能得到房产——后社会主义时期中国城市中的产权再
协商 黛博拉·S·戴慧思 黄莺译(173)
- 法国检察官的独立性:基于新近扩权改革的
多重质疑 杰奎琳·霍奇森著 朱奎彬译(193)

【裁判事例评析】

- 裁量基准与个别情况考虑义务
——周文明诉文山交警不按“红头文件”处罚案评析 王天华(229)
- 政府信息公开的义务主体——兼论二审改判判决的影响 凌维慈(236)



主题论文
风险与法律

[访谈]高科技、全球化与制度风险： 风险社会中的法律变迁

——徐显明教授访谈录*

李学尧 整理

(本访谈初稿定于2010年5月,修订稿定于2011年4月)

《交大法学》**：最近,日本以东海底发生9级地震以后,后续引发的核电站核辐射泄漏,除了给日本经济带来了几千亿美元的巨大损失以外,也给日本以外的世界带来了巨大负面影响。比如,它不仅导致紧邻的中国曾发生一段时间全国性抢购食盐的社会恐慌,而且也使得相对遥远的美国加州地区的焦虑症者大幅上升。时至至今,这种跨国跨地域的影响似乎还在持续之中。您作为法理学家,是如何看待这个事件的?

徐显明：正如2010年我在上海交大“风险社会与法制创新”会议上指出的,回顾一下近十年来发生的事件——9·11恐怖袭击、干细胞克隆、SARS危机、世界金融风暴、全球气候变化、墨西哥湾原油泄漏,以及这次的日本核电站核泄漏事件,每一个事件无不是发生在特定的地点而又超越了国家的界限,成为一个全球性事件。这些事件引发了人们对技术的恐惧、对环境的恐惧、对异文化的恐惧、对疾病的恐惧。在这些事件中,我们还注意到另外一个问题,即在這些全球性危机事件中,与法律制度都有很大的关联。与部门法学者更直接关心公共政

* 徐显明：山东大学校长、教授、法学博士，中国政法大学前校长。

** 访谈人：上海交通大学凯原法学院副教授李学尧。

策转变和具体法律制度革新的思路不同的是,我们法理学者可能需要基于一种更加宽广的视野,去思考风险社会中法律变迁的总体趋势,以及法学回应风险社会需求的理论性策略。

《交大法学》:您的意思是,法律学者必须超越法学学科的视野,从现代哲学家或者社会理论家,对现代性的反思开始,认真理解我们所处的这个时代本质性特征,即所谓的“风险社会”?

徐显明:是的。自古至今,每一次社会变迁都会引发法学范式的转变。正如哈贝马斯在《在事实与规范之间》一书中所认为的,福利国和风险社会造成了当代社会法律范式的革命,即从“形式化的法”开始转变成了“实质化的法”。我们要正确理解法律制度在当代社会的变迁,要更好地使得法学理论能有效地回应这种实践的发展,首先就必须正确理解风险社会的概念和特征。

人类从产生以来一直在和风险做斗争,人类的发展史就是人类控制和消除风险的历史。“安全”始终是人类有制度设计以来首选的基本价值。但现代风险和历史上风险的区别在哪里?德国社会学家乌尔里希·贝克在《风险社会》一书给出了答案:当代社会与工业化社会的初期不同,当代社会的本质性特征是“风险社会”。虽然,人类从产生以来一直在和风险做斗争,人类的发展史就是人类控制和消除风险的历史;“安全”始终是人类有制度设计以来首选的基本价值。但现代风险和历史上风险的区别在于,过去的风险是自然力量制造的,当代社会的风险却主要来自科技的应用,而且,承受风险的不再是个人的或地域的,而是全球性、结构性的,甚至它会影响到整个人类的生存。你会看到,日本所发生的核辐射泄漏事件,它的起因只是九级地震及其引发的海啸。如果在传统社会或者早期工业化的社会里,这种灾难性的后果只会止于地震和海啸中造成的人员伤亡和财产损失,然而,在今天这个全球化、高科技的社会里,由于地震、海啸造成的现代人类应用高科技的重要成果——核电站的故障,最终导致了令人可怕的核泄漏,其危险至今都尚未解除。另外,日本的这次地震和海啸造成的经济损失,还引发了世界石油、铁矿石、钢材价格以及股票市场的大幅波动,甚至还导致全世界的奶粉涨价。

《交大法学》:您的意思是,现代社会的风险与工业化早期及之前的风险的区别主要在于:工业化早期及之前的人类社会风险基本来自自然,而现代社会的风险,自然的部分已不那么重要,现代风险主要来自人类自觉活动本身,即现代的风险是由我们人类自己制造的。

徐显明:是的。即现代风险的特征是内生的,不是外加的,是人为的,是我们自己在做决策的时候,在做行为选择的时候,尤其是我们在追求经济发展的进程当中,自己给自己制造的。比如,如果不是因为日本为了节约能源、降低成本以及减少火力发电的污染,因而在20世纪70年代在其全国范围内密集型地建设了大量的核电站,那么,今天肯定就不会有这样的结果了。

当然,这只是现代风险和传统风险的第一种区别。第二个区别是工业化早期

之前的风险是针对个人的,或者是面向特定地域的。现在我们面临的风险则是整体性的,是超地域、超时间的、超越阶级的,在一个地方发生的风险,可能会延及整个世界,在一个时间内发生的风险,也可能祸及子孙。这就是现代风险的无限延展特征。2009年冰岛火山爆发,导致许多国际航班取消,对世界造成了影响。而谁也想不到,在生活方面受影响最大的竟然是东方的日本。因为从四月份以后,日本餐桌上几乎见不到三文鱼了,这个民族的生活习惯受到了改变!火山复燃看上去是自然现象,但受其改变的却是超国度的整个人类社会。“9·11”发生在美国,但全世界都受到了恐怖主义的威胁。另外,从人类暂时无法逃离这个星球的角度来说,现代的风险也使得阶级和阶层受害的差别越来越小。有权有势者,可能可以想办法吃到没有农药污染的蔬菜,或者,当地震袭来时,因住在防震级别更高的房子里而幸免于难,但是受到恐怖主义袭击,或者受到原子弹轰炸时,这种现代风险的影响,事实上是“人人平等”的。

现代社会风险的第三个区别是与科技有关。人类在不断追求自己的进步,靠什么?靠的是科学和技术。例如,化学这门学科产生以后,为人类带来了巨大的福祉,但人类也受到化学之害,它的风险可能是人类有史以来最大的。这样的话,现代风险就出现了一个引人深思的现象,即我们是在悖论当中来接受风险的,一方面科技使我们社会进步,提高了人类征服自然的能力,而另一方面,我们对科技所带来的副作用,几乎都无可奈何,我们依赖科技,却又不得不承受科技带来的巨大风险。“原子弹逻辑”是典型的科技悖论案例。承受原子武器之害的不仅是在战场上冲杀的军人,而且有大量无辜的平民百姓,在这其中,是不分妇女和儿童的。

《交大法学》:那么,聚焦到我们今天的主题,风险社会对法律的发展到底造成怎么样的影响呢?

徐显明:这事实上也就是现代风险社会和传统社会的一个区别所在。在这里,我想提出一个“制度风险”的概念,以对应于“科技风险”。和现代科技风险产生的机理一样的是,最初人类为了让社会运转的更加有效率,更加有秩序,更加符合正义,同时也更加安全,从而创建、发明了大量的法律制度。经过几百年、甚至几千年的发展,人类已经高度依赖于制度,以获得一种安全、效率和正义的效果。然而,我们总是会沮丧地发现,人类发明或者所谓“发现”的制度,在具体运转的时候,与设计之初有着很大的差别,它会失灵、会无效,或者会产生令你想象不到的效果。在全球化、高科技的背景下,这种由制度缺漏和被破坏而导致的特殊风险,即制度风险,也成了现代风险社会的一个重要面相。比如,金融风险是典型的制度失灵而出现的社会风险。

《交大法学》:您提出来的“制度风险”概念,与高科技和全球化是一种共生关系。也就是说,您所提的“制度风险”实质上不仅是现代风险社会的一个重要特征,而且也是现代风险社会之所以容易“高风险”的重要原因。

徐显明:是的。也就是说高科技、全球化以及法制化,作为现代社会的重要内

容,三者一起相互作用,对现代发生的风险结果,都会有一种放大效应。

风险社会的来临,从根本上改变了人类的生存境况,也势必改变人们赖以生存的社会制度。或许是公共决策的范围将触及科学技术领域。全球金融危机后,公共权力的干预界限正被重划,商业和金融都会成为民主的对象。在过去,科学技术一直特立独行,理直气壮地游离于公民政治控制之外,社会只能消极承受技术的后果。今后,通过对科学技术进行政治控制,或许可以防止其带来灾难性后果。这将对传统的公法和政治理论带来深刻的影响。

前工业时代,法律以身份等级为特点,它适应了各国隔离封闭的社会环境,纠纷是地方性的,政治是地缘性的,文化是民族性的,法律制度也是地方性的。各民族、各国家之间的法律差别是巨大的,甚至可以分为十几个法系。人类步入全球化时代以后,资本超越了国界,文化间的交流与冲突双重加深,陌生社会取代了熟人社会,平等观念取代了身份观念;个人主义兴起,团体观念衰落;理性时代来临,传统权威隐退。

法律的发展方向因此也必然会发生一系列变化:“全球治理”和“全球法治”观念日益兴盛。以民族国家为单位的法律治理,日益不能适应全球化时代“风险的全球化”。超国家机构和组织,将越来越发挥巨大的作用;与此同时,主权观念将趋于式微。现代国际法的发展、国际组织的发展、人道主义和普适人权观念的发展,都昭示了这一方向。现代法的个人主义精神,将为社会利益本位所取代。以对抗民族国家公共权力为己任的个人主义政治观念,将随着民主政治的普及、民族国家的被改造、社会权力的兴起而发生变化。体现在民事法律中,私法自治、契约自由、财产权神圣这三大原则已经松动。

《交大法学》:那么,您能不能结合中国的法学发展,谈谈风险社会对中国法学的影响,或者说中国法学界应对风险社会,应该做些什么样的努力呢?

徐显明:在此,我想先讨论一下风险社会这个概念对作为工业化后进国家的中国的特殊含义,由此再去讨论它对中国法律和法学的影响。

从改革开放以后,中国所感受到的第一次风险,我认为实质上首先是从“制度风险”开始的,即源于1997年开始的金融风险。这个风险爆发于新加坡,随后蔓延到整个亚洲,再后影响到了世界。现在我们正经受从华尔街开始的本世纪的金融危机。金融危机还没有结束,欧洲现在出现的主权债务危机可能是新一轮风险的开始。世界各国现在对金融的控制理论和制度,实际上是由金融内部完成的。从事金融业务的人,用别人的钱让自己发财,但他又不受他人和政府的控制,因为金融风险管理被认为是商业行为,世界发生这么大的危机,华尔街高管的工资还在增加。我们的法律对金融的控制几乎是无能为力的。

第二次感受到的危机是中国加入WTO以后的粮食危机。中国人餐桌上的所有食品都可以从国际市场上获得,有人说中国已经不需要农民了。社会学上称这种现象为“城乡断裂”。如果公共政策不关照这种断裂,中国的农民就不会再种粮

食了,一旦不种粮食,粮食危机就会产生。2008年,美国用2 800万吨玉米制造乙醇,世界粮食价格开始上涨,2009年美国为了获得更多的生物能源,又用9 000万吨玉米制造乙醇,世界粮食价格再次上涨,如果照这个趋势涨下去,中国一旦因自然灾害出现大规模的粮食需求,我们的危机就是不可避免的,因为国际粮食市场不由中国控制。

第三次危机是能源危机。中国能源主要是石炭能源,一类是煤炭,一类是石油。政府领导人在2000年曾有判断说:中国对煤炭的需求在任何时候都不会超过10亿吨,但是2003年就达到了20亿吨。有专家测算,按照那时的开采速度,中国的煤炭以现有的储量,至多还能再开采40年。煤炭用完之后,我们依赖什么来支撑发展?有人说依靠石油吧,现在我们对石油的自产供给能力已经不足20%,并且中国的石油通道是单一的。如果出现石油方面的危机,我们的生活就会是一片黑暗,我们的交通也将陷入瘫痪。

第四次是环境危机。我举4个例子,东南西北各1个。东北的黑土地用了1亿年的时间形成了1米的厚度。这30年我们对它的疲劳使用,再加上农药、化肥等的侵害,黑土地正在变成黄土地,厚度减少了30多公分。土壤专家称,要把黄土地再变成黑土地需要3亿年的时间。西北的青海湖,1964年的水深是28米,现在是14米,水深28米的时候可以进行潜艇水下实验,但现在已不具备这种能力。按照现在的水位下降速度,50年之后青海湖将变成一片沙漠。西南的滇池,宋代是500里,明代成了300里,现在已不足180里,因为围湖造田及整体污染,滇池的自净能力完全丧失。东南的珠三角一带,土壤中重金属的含量,比其他地方要高十几倍。其产品谁敢食用?

第五次是信息安全上的风险。我国目前尚不能自主进行计算机机芯的生产。计算机上的信息都处于可复制和可被攻击控制状态,且网络化时代的到来,对人的表达自由、隐私权等都带来了意想不到的冲击,大家在共享信息的同时,也在承受着信息所带来的风险。

《交大法学》:著名的社会理论学家哈贝马斯曾经在他的那本《在事实与规范之间》中,提出了一个“异议风险”的概念问题。中国目前群体性事件高企,甚至党中央还提出了“维稳”的口号,并将“保稳定”列为与“保发展”、“保民生”同等重要的位置。您上面提出的风险概念中,似乎没有提到这一点。

徐显明:是的,你所说这个问题,在我思考的“制度风险”中占有一个很重要的位置。以上这些危机,我们都可以叫做“社会风险”。此外,还有三类狭义的社会风险,一类来自于政治。我们的政治是不是安全的?对我国来讲,这取决于大家对社会腐败和社会公正容忍和接受的程度,如果超过了大家容忍和可接受的程度,政治安全和政治风险就会出现。还有一类狭义的社会风险,可称“生存风险”,“三鹿奶粉事件”不仅仅影响到了河北,对所有中国人的心灵也产生了影响。2009年在福建南平发生的屠杀幼儿园小孩的事件,促使我们反思人类最古老的需求,就是生命

安全。2003年北京出现SARS,上海紧张什么?因为这不是地域性的,它会流向全国,甚至流向世界。第三类狭义上的社会风险,我把它称为司法风险与司法安全。倘若司法的公正性越来越低,不具备“可接受性”品格,司法的权威性越来越不被认可的话,司法安全的问题就会产生。而司法安全的问题,大家都已经看得很清楚,正如最高人民法院副院长沈德咏所说,由于普通群众不信任司法,一定程度上刺激群体性事件、上访、信访数量的增加。这些又进一步负面影响了我国当下的社会稳定局面。

《交大法学》:我们是不是可以这么理解:一方面,在消除高科技引发的风险方面,制度大有作为;另一方面,消除“制度风险”的最终出路仍然在于制度革新?

徐显明:你的这个思路和我的想法是相当一致的。人类每遇到一次危机,总会伴有科技和制度的创新。要控制和克减风险,人类首先想到的是创新制度。当然,制度的创新往往是以社会理念的革新作为前提。比如20世纪70年代开始,西方的环境观念在哲学上首先发生了变化。这种变化也表现在宗教上。圣经上说人是万灵之长,那么人和上帝之间,人和上帝所统治的万物之间是个什么关系呢,人是受上帝的委托代表上帝来统治万物的。同样还是圣经的这句话,现代的解读完全变了,人还是万灵之长,但是上帝让人到人间来不是让你统治其他万物的,而是来保护万物的。这就涉及到我们社会哲学的转变,主体观在发生变化,从过去的人类中心主义,到现在的生态平衡主义,人类不再是中心,一切生态都是有生命的。德国最早在2002年制定了《动物权利保护法》,英国现在正在起草《植物尊严法》,动物是有权利的,植物也是有权利的,人对待动物植物不再像原来那样是唯一的权利人了,这就是社会哲学的一个转变。

《交大法学》:说到动物权问题,作为人权专家,您能不能就风险社会对权利理念的影响做一个进一步的展开呢?

徐显明:你在哈贝马斯的书里注意到了“异议风险”的概念,那你也必然已注意到了他以风险社会和安全保障国为基础,然后以沟通理论入手重新构筑权利理论的努力。他认为,权利的来源既不是所谓的天赋的,也不可能是“国家法定”,而应该通过当事人的有效沟通获得。如果我们认同他的这种权利理论的话,那么,它会引发整个法律和法学大厦的重构。

在这里,我想哈贝马斯的权利,还是基于一种同代人的角度出发来建构的。在这里,我想从代际关系来进一步思考权利的来源问题。我们现在所拥有的一切是来自于哪里呢?过去的回答是,我们现在所拥有的一切是从祖先那里继承下来的。现在要完成一个转变:我们现在所拥有的一切不是从祖先那里继承下来的,而是从子孙那里借来的。当你是继承人时,你同时也是权利人,你有权利破坏生态,现在你是借人东西的人,你就是债务人,即义务人,债务人的第一义务是保持被借物的完好,当子孙即权利人需要的时候要完好无损的交给他们。

《交大法学》:您的意思是,要用风险社会下的新权利理论来改革现有的法律

理论和体系?

徐显明:对这个问题,要从两个方面来看,不能说,风险社会下的权利观念和理论的革新,就要彻底抛弃传统的权利理论和法律理论。他们相互之间不是非此即彼的关系,很多时候是一种自我升级式的统一体。如前所示,风险并不只是产生于工业技术领域,更多的是社会管理制度的不足、缺位、失灵与破坏所导致。在这方面,中国进行制度建设的任务尤为艰巨。一方面,中国仍然处在从工业社会向现代社会转轨的过程当中,法律精神的现代化洗礼尚未完成,中国需要为启蒙时代以来现代法律精神的不足补课。在我看来,越是在一个风险社会,越需要捍卫那些基本的法治原则——保障人权、司法独立、有限政府、人民主权等。在面对一个风险社会时,既要承认我们尚未作好进入现代社会的文化与制度准备,我们是在仓匆之中突然进入现代社会的,又要有充分的理性,而不是以手忙脚乱的临时性举措来代替一个长治久安的制度安排。加快法治化进程仍是不二选择。

另一方面,中国已经成为全球化发展进程中的一部分,也不能对风险社会有所免疫,因此也需要同其他国家一样思考如何回应风险社会带来的难题。我们正迈向一个全新的社会,而一个全新的社会,必定需要全新的法律理论。公法将社会法化,“软法”将大行其道;公共权力将为 NGO 分享;宪政民主体制将更加关心对科技和商业的控制;刑法将变得更加宽和;法治将与治理观念相结合,普遍主义的法治将容忍地方性等。

《交大法学》:您能不能结合具体的法律制度来,更深入地谈谈您关于风险社会和法律变迁的关系呢?

徐显明:在这里,我首先提出一个命题:即行政监管必须要从过去的公权力控制为主,转向以私权利的保护为主。以环境监管为例,我认为,这个体制如果不改变,环境污染就不可遏制。

目前,国家已提高了环保部门的权威地位,但是看一看地方的环保体制,实际上环保机构已构成了污染共同体当中的一环:企业需要通过污染来降低成本,政府需要企业来获得税收,而我们的环保部门恰恰是希望通过收取排污费来肥大自己,且企业排污越多,环保部门的利益越大,这就是中国许多地方环境污染越来越严重的体制性根源。如果还是一个以公权力为主的环保体制的话,污染的后果只能是人民大众承担,因之就出现癌症村、艾滋村,要消除环境风险,就要进行制度创新,如果赋予公民以基本的环境权,用环境权来改革现行的以公权力控制为主的制度设计,环境保护才可能是有效的,生态风险才可降至最低。现行的环保体制正在制造新的制度风险。

《交大法学》:风险社会对法律理论和制度的影响,似乎绝不会亚于工业社会对法律制度变革的影响。看来中国的法理学者,应该要超越传统法学研究的习惯,与各个部门法学者一起,应该对此有所集体行动了。

徐显明:风险社会的确是一个充满危机的社会,不过,“危机”预示着还有机

会。人类每次危机过后,都会有重大科技创新与重大制度创新两项新进步。中国也面临机会。2010年以来的金融危机,就大大提前了中国参与全球治理的时间表。这不但增强了中国的国际影响力,也会对改善国家的内部治理方式起到促进作用。中国的法律正发生着价值选择、理念更新和制度创新三方面的变化。法律的天性是保守的,而今后将变得富有包容性、开放性和灵活性。法律活动与那些对我们的生活构成巨大影响的科学技术问题之间,将产生更为密切的联系。所有这些,都将对中国法律理论产生深远。

风险社会与法学范式的转换

季卫东*

目次:

一、风险社会对法学研究的影响

二、风险社会下法律制度的“再设计”

三、结语

关键词: 剩余风险 学习型规范 关系相关治理

以俄罗斯的切尔诺贝利核泄漏事故为契机,从1980年晚期开始,“风险社会”^①论迅速流行,并且对人文社会科学领域的研究产生了深远的影响。进入21世纪后,随着产业化、城市化、全球化、数码网络化程度的提高,风险性也在不断提高。大气圈温室化效应、美国“9·11”恐怖事件、中国“非典”恐慌、次贷引起的世界金融危机,还有最近发生的日本“3·11”地震连锁灾祸,诸如此类的大量事例把社会风险的内在性、遍在性、关联性以及严重性不断显现出来,引起日益广泛的公众关注。人们开始认识到,科技的进步、产业的振兴、城市的扩张、市场的全球化固然大幅度加强了人类征服自然的能力,生产出巨额财富、可以增进社会福祉,但却并不能

* 季卫东,上海交通大学凯原法学院院长、教授、法学博士。

① 关于“风险社会”的概念内容以及理论意义,参见[德]乌尔里希·贝克:《风险社会》(原著1986年出版),何博闻译,译林出版社2004年版;[德]乌尔里希·贝克:《世界风险社会》(概念1996年提出),吴英姿、孙淑敏译,南京大学出版社2004年版;[英]芭芭拉·亚当、乌尔里希·贝克、约斯特·房·龙等编著:《风险社会及其超越:社会理论的关键议题》,赵延东、马缨等译,北京出版社2005年版;See Ulrich Beck, A. Giddens and S. Lash, *Reflexive Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*, Cambridge: Polity Press, 1994; [日]土方透、阿明·纳塞希编著:《风险——控制的悖论》,东京新泉社2002年版;杨雪冬等:《风险社会与秩序重建》,社会科学文献出版社2006年版。

消除风险,因而也就不能消除忧虑和恐惧。全球化则使得风险性很容易跨境蔓延。

一、风险社会对法学研究的影响

所谓风险性,就是在人为条件下不希望出现的事实导致不希望出现的结果的概率^②。因此,社会的风险与自然的灾害相区别,属于难以事先预防、但却可以针对人为因素进行事后归责的范畴,与法制有着极其密切的关系。然而一旦从风险性的视角来观察法制,你就会发现决定者与受决定影响者相分裂、相对抗的特征正在突显,并对公共事务决策产生深远影响。你还会看到,风险社会的出现也对法律学造成了强烈的冲击。我们无法再以绝对性、确定性、统一性、可计测性为前提来构想生活空间和秩序。无论是政府还是个人,都不得不以瞬息万变、相对化为前提来进行各种各样的判断和决策,不得不面对所谓“有组织的不负责任”^③的局面。显而易见,21世纪的法学必须面对风险性增大的现实、必须探讨和提供那些能够减少乃至化解风险的方法和途径^④。

这样转换研究范式会带来什么样的思想变化?首先,法学正视风险,就意味着在充分肯定产业经济的辉煌成就的同时,还要充分留意高速增长所带来的副作用,对各种消极因素进行体系化的考察、分析、评估以及应对。也就是说,风险法制的研究需要摒弃贝克(Ulrich Beck)所批评的那种“单纯的现代”观,正视而不是回避现实的问题,更强调现代的多元性和复杂性,更强调规范的事实基础和自我反思的能力。在这个意义上,关于“中国模式”的讨论也必须在总结经济发展正反两方面经验教训的基础上进行,决不能陷入歌功颂德、自我陶醉的窠臼。

尤其应该注意到:现阶段的全球化、市场化是鼓励或者迫使人们进行各种有风险性的选择的,因而目前的中国社会不仅是“风险广布”,而且还具有很强的“风险导向”,这就很容易引起风险管理上的悖论,造成公共决策上的一系列两难困境,并且使得区别合法与非法的界限难以划清。另外,风险社会总是与危机、事故、损害相联系,经常遭遇紧急事态,使得“例外”反转成“日常”,从而在不同程度上迫使法制修正既定的路线。^⑤尤其是在重大的风险变成现实的那一瞬间,现行秩序面临严峻挑战,很容易促成政府紧急事态,助长决断主义倾向。所以关于依法治国的理

② 吉登斯采取了“人为风险(manufactured risk)”的表述。See Anthony Giddens “Risk and Responsibility” *Modern Law Review* No. 62 (1999) pp. 1ff. 众所周知,社会心理学、经济学等领域的决策理论都把风险定义为“对不情愿事实引起的不情愿结果的预期”。

③ Ulrich Beck, *Gegengifte: Die Organisierte Unverantwortlichkeit* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988) 的副标题。

④ 季卫东:《依法的风险管理》,载李林主编:《全面落实依法治国基本方略》,中国社会科学出版社2009年版,第120—132页。

⑤ 参见莫纪宏:《“非典”时期的非常法治:中国灾害法与紧急状态法一瞥》,法律出版社2003年版;李卫海:《紧急状态下的人权克减研究》,中国法制出版社2007年版。