



风险与法律理论

Risks and Legal Theory



[英]珍妮·斯蒂尔◎著

Jenny Steele

韩永强◎译



中国政法大学出版社



风险与法律理论

Risks and Legal Theory

[英]珍妮·斯蒂尔◎著

Jenny Steele

韩永强◎译



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

风险与法律理论 / [英]珍妮·斯蒂尔 (Jenny Steel) 著;韩永强译. —北京:
中国政法大学出版社, 2012. 10

ISBN 978-7-5620-4500-7

I. ①风… II. ①斯… ②韩… III. ①法的理论—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第226304号

- 书 名 风险与法律理论 Fengxian Yu Falü Lilun
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑室 010-58908289 zonghebianjishi@gmail.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 8.5 印张 180 千字
- 版 本 2012 年 10 月第 1 版 2012 年 10 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4500-7/D·4460
- 定 价 24.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

风险与法律理论
Risks and Legal Theory
by Jenny Steele

Copyright © Jenny Steele 2004

All Right Reserved

This translation of *Risks and Legal Theory* originally published in English in 2004 is published by arrangement with Hart Publishing, Oxford.

《风险与法律理论》一书英文版初版于 2004 年。该书中译本经哈特出版社（牛津）授权同意出版。

版权登记号：图字 01 - 2012 - 6915 号

序言：风险如何分配？

英国学者珍妮·斯蒂尔教授的《风险与法律理论》一书深入分析了当代社会的根本特征以及法制（特别是保险与侵权责任追究方面）的相应变化，有思想高度，有专业深度，很值得细读。韩永强君在留学期间把这本优秀学术专著译成汉语，使得更多的中国读者能够从中获益，实在可喜可贺。

经济学家弗兰克·奈特曾经把流动的、难以捉摸和预测的事态分为两大范畴，即风险和不确定性。在他看来，风险在一定程度上可以计算其盖然性或者概率从而进行预测，而不确定性是指完全无法计算和预测的事态。可以推而论之，在企业或政府进行决策的时候，如何把不确定性转化成风险来进行有针对性的、合理的、技术化的处理具有关键性意义。但这样的处理本身也是具有风险的，会造成二次风险，会留有剩余风险，甚至还可能导致风险的连锁反应和相乘效果，从而反转成不确定性甚至失控的事态。

斯蒂尔在这本书中接受了类似的分类法，并从

II 风险与法律理论

可计算、可预测的角度分析了风险的四种基本维度：①参与和影响决策以及被决策影响的后果及其责任；②在团体中分散负面影响和转移责任；③从福柯所说的“统治技艺（governmentality）”的角度进行预防和控制以及相应的问责机制变化；④吉登斯提出的“人工风险（manufactured risk）”作为一种公法上的危险事件的可问责性以及关于损害分配的公平性问题。这里提示的是研究风险社会中法律问题的基本分析框架，很有穿透力，应该给予高度评价，也有必要进行进一步的推敲。

一般而言，侵权法以及作为它的特别法规的产品责任法等等，大都是参照保险的概念和制度设计来考虑风险对策的。也就是通过所有人分担费用的方式来补偿部分受害者的损失，从而分散风险，并为救济举措提供必要的财力支持。的确，保险制度和诸如此类的合理性安排提供了把不确定性转换成可以计算、可以预测的风险以及分散风险、分散责任的各种技术手段，往往卓见成效。但是，不得不承认，在一次性的、极其严重的事故或者灾害面前，在补偿金额极其庞大的情况下，通过保险分散风险并非易事，甚至还有可能出现保险公司、年金制度破产的事态。

另外，起源于美国次贷问题的世界金融危机也已经证明，通过未来进行股票交易的选择权以及标准价格计算公式来减少和分散股票交易风险的保险设计方面的尝试，不外乎一种制度的冒险，其结果是微观层面的合理性诱发了宏观层面的更大不确定性。这也提醒我们，在某些领域、某些问题其实根本就不适合进行高度技术化的风险管理，而应该通过控制

范围的方式限制其波及效应。除了证券市场的涨跌往往导致“跟风”现象并且反过来又取决于人们相互模仿的行为、难以进行合理的技术处理之外，政治潮汐也有类似的特征。在很大程度上，政治的决策是一种根据综合性知识和价值判断进行公共选择的行为，很难还原成单纯的合理性技术问题。何况对于政治上的投票行为而言，由国家提供最低限度的保障往往比基于社会互助的保险更有说服力。

或许正是出于同样的见地，斯蒂尔认为，在风险社会，对于那些忽视可控性所造成的结果，有可能会对每位个人追究严格的责任。这意味着选择自由和责任自负的近代自由主义法学原则将继续有效，但这也意味着个人不得不从命运、运气的角度来理解和处理一些危害，并且适当承担结果责任。在这里决不能忽视的是，如果结果责任由个人承担，那么风险和损失的分配是否公正就会成为非常突出的问题。所以，倘若我们可以说阶级社会的中心议题是财富的分配，那么也不妨认为风险社会的主旋律就是危害分配的正义。这，就是本书的画龙点睛之笔。

无论如何，风险社会的出现都对法律理论，尤其是责任的存在方式提出了很多挑战。惟其如此，才更凸显出斯蒂尔教授这本专著的时代意义和学术价值。希望我国读者能够从中获得新的信息、知识以及思想上的启迪。

季卫东
2012年盛夏



译者前言

在过去将近十年里，我国社会科学领域中的叙事和研究越来越追求中国本土意识。这无疑是值得称道的现象。但我们也需要同时预防一种自满而渐行自闭的可能趋势。如今我们固然不一定需要总是唯欧美是瞻，但我们仍然需要继续留意并关注欧美社会现实与理论动态。因为其现实和理论对我国社会即使不一定总是具有规范和模范意义，但往往具有解释和认识意义。风险理论便是如此。实际上，我国社会科学界从2004年前后开始广泛运用德国社会学家乌尔里希·贝克于1986年提出的“风险社会”理论解释我国的诸多社会现象。^{*}这无疑得益于贝克直接集中以该理论为主题的著作的中译本于2004年在我国出版。也就是在这一年，英语世界另一部具有相当影响力的风险理论著作问世。该著作即本译作的原著，

* 截至笔者撰写此前言之日，“中国期刊网”人文社科子类期刊数据库中篇名包含“风险社会”的论文共有827篇，其中大约发表于2004年7月之前的论文只有27篇。

是牛津大学约翰·加德纳 (John Gardner) 教授主编的“当代法律理论”系列丛书之一, 作者为英国学者珍妮·斯蒂尔教授。该著作于出版当年 (2004 年) 荣获英国法律学者协会“彼得·伯克斯 (Peter Birks) 杰出法学作品奖”。我国法学界对于风险理论的关注方兴未艾。但本译作并非为了赶时髦, 而是因为兴趣使然, 而且风险理论本身与我自己留学期间的专业研习方向 (保险合同法) 多有关联。

两位大家的序言对于读者诸君的阅读指导意义已然充分。我的任何“自序”企图恐会成为蛇足。在此有必要的是我就本译作做几点技术说明: ①responsibility 和 liability 分别被译为“责任”和“法律责任”。英文文献中已有长篇论文专门论述二者在不同语境中的区别。此处一言难尽, 唯有先行提示翻译上差强人意的处理方式。②risk-taking 和 take risks 及其相关变形的词汇, 视其语境被译为“冒险 (行为)”或者“(实施) 风险 (行为)”, 不同中文译词的意义完全相同。③风险理论必然会在不同程度上涉及博弈论 (game theory)。博弈论的提出本来与游戏 (games)、赌局 (gamble and wager) 具有千丝万缕的密切联系。但“博弈”这个词如今在汉语中似乎有些滥用了, 因此我只将原文中的 game(s) 译为“博弈”, 而将 gamble 和 wager 译为与“赌”有关的汉语词汇。但读者须注意到这种“赌”是从博弈论的角度而言, 不是指多少有些贬义色彩的“赌博”。④译文中的黑体字, 除非是各层次的大小标题, 在原文中均为作者强调的字段。

本译作的问世和出版得到了有关机构和个人提供的机会和热情帮助。如果没有中国国家留学基金委员会和阿伯丁大

学 (University of Aberdeen) 为我提供的留学机会, 那么我很可能无缘阅读本译作原著。原著版权人珍妮·斯蒂尔教授和哈特出版社 (Hart Publishing) 对我慷慨授予翻译许可, 并一直耐心静候译作的出版安排。中国政法大学出版社冯琰女士和彭江编辑与我素不相识, 但就出版事宜与其邮件往来十分顺畅, 并且在商业安排方面对我非常体谅。这种体谅也充分体现了法大出版社就学术出版事宜的确对学术方面的考虑予以相当的权重。我在国内学习期间, 恩师韩长印教授对我多有教益, 并两次带领我参加其与法大出版社的合作项目。此译作能通过一般程序顺利成为法大出版社项目, 我相信在不少程度上是得益于自己先前参与出版的经历。众所周知, 季卫东教授是风险法律理论研究的得力倡导者。季教授对本译作原著颇为熟悉, 并在其 2009 年大作《依法的风险治理》一文中引用过原著。在这次我请求季教授作序之前, 我与季教授唯一的“交流”是我于 2008 年春天在现场聆听过季教授的一个学术讲座。虽然如此, 就我提出的作序请求, 季教授回复的第一句话便是“支持青年学者是我们的使命”——对后进晚辈慷慨支持如此跃然于字里行间, 令人感动、敬佩和感激! 作序赐稿之后, 季教授还就我的个别译词提出了建议。张思佳与我共同译校制作了中文索引——当然, 我将就其中可能存在的差错独自承担责任。

“理所应得”情绪是感恩之心的毒药。我并不认为上述机构和人士基于其机构属性和个人职业而应该或者必须支持我。因此, 就本译作的问世, 我由衷地感谢他们。

翻译专业界素有“翻译是一门永远令人遗憾的艺术”

之叹。本译作若能为读者搭建一座尚可通行的桥梁，那译者便聊感欣慰了。真正的美景理应在前方桥头之外，且尚需旅行者自己进一步探索领略：如果可能，我建议读者们尽可能进一步检索和阅读作者和译者引用和参考过的相关文献；毕竟，本译作更多是一个起点而不是终点。我期待与各位读者共同继续探索。

韩永强

2012年8月20日

作者致谢

这本小书耗时数年而成，其间因诸多原因而两度中断。万分感谢理查德·哈特（Richard Hart）和约翰·加德纳（John Gardner）两位的耐心和鼓励及其对本项目的矢志不渝。事实上，本书的完成也十分得益于“艺术与人文研究理事会（AHRB）”^{*}在后期基于“学术假期计划”而为我提供的慷慨资助；否则，我很难想象该项目如何会以其他方式在合理时间内完成。感谢理事会，还有安德鲁·拉瑟福德（Andrew Rutherford）在担任南安普顿大学法学院院长期间给我的支持和鼓励，以及阿普莉尔·博芬（April Boffin）和哈特出版社的全体相关人员。在完成本书的过程中，出版社和法学院的耐心与支持令我获益甚多；这实属幸事。

* Arts and Humanities Research Board，成立于1998年；自2005年4月后改称为 Arts and Humanities Research Council（简称为 AHRC）。——译者注

同时需要感谢其他许多人。安德鲁·哈尔平 (Andrew Halpin)、乔恩·蒙哥马利 (Jon Montgomery)、利兹·费舍尔 (Liz Fisher) 都不吝其时间与精力而阅读了本书的全部或者部分文稿。我很感激他们富有见地的评论。我还在不同的时间以不同的方式受益于以下人士的帮助、时间、见解和/或支持；他们是：约翰·加德纳 (John Gardner)、西莉亚·韦尔兹 (Celia Wells)、马克·特尔福德 (Mark Telford)、尼克·威克利 (Nick Wikeley)、欧伦·本-多尔 (Oren Ben-Dor)、基特·巴克爾 (Kit Barker)、蒂姆·朱厄尔 (Tim Jewell)、卡罗尔·基尔加侬 (Carol Kilgannon)。本书中的一些观点在威尔士大学和西敏斯特大学的学术研讨会上曾经与参会人员分享过。因此我也感谢那些与会人员参与的讨论；他们也有助于我如何展现自己的观点。

最后说到我的家人。感谢阿德里安 (Adrian) 分担了部分压力；他现在肯定已经在罕布什尔郡 (Hampshire) 和几个不足5岁的孩子们尽力享受每一个可能的休息日。虽然如此，本书也是献给约瑟夫 (Joseph) 和西奥 (Theo) ——在这一串名单中，你们俩是唯一实际上没有帮助我的人，事实上你们完全不懂我白天在做的事情，但为你们而分心也是我整个写作过程中的美事儿。

珍妮·斯蒂尔
2004年1月南安普顿



总 编 序

当且仅当一个人的行为具有产生坏结果之可能（无论这种可能性多么微小）时，我们才可称之为冒险。由于每一种行为都具有这种可能性，因此我们做的每一件事情都具有风险。这一直以来便是如此，并且自从文明诞生以来便是在文学和哲学中得到突出表现的生活的一面。这便使得我们处于“风险社会”这一时髦观念令人困惑。在什么意义上，我们如今所处的社会与其他社会相比更加是一个“风险社会”？如今存在的风险更多或者更大吗？粗略回顾人类生活的历史便可发现事实正好相反。那么，是不是因为我们如今更加意识到风险呢？也许如此。

然而，在外行人的眼里看来更加明显的是：有一种观念一直在发展，即已经发生的风险总是人们的过错，因为一定有人（通常是无处不在的“他们”，即掌权者）在实施风险行为（或者未能消除风险）的过程中行为不当（也许还不可原谅）。因此，当风险发生后——也就是坏结果发生后——即

便是没有任何情形表明任何人对此有任何过错，人们往往会问：“该从中得到什么教训？”人们从来没有想到有时候根本就没有教训可以吸取。没有人应该改变其行为。这些风险事件的发生——比如养老院的火灾、火车相撞、儿童在学校组织的探险活动中溺水而亡、在医疗行业工作的躁狂症者杀人——本来就难以名状。即便这些事件的发生并非无缘无故，即便的确有人使这些事件更可能发生，这也并不总是意味着这些事件是人为的过错并由此可以“得到教训”。有时候值得冒险，而且人们应该继续冒险。比如，儿童必须受风险的影响，这样他们可以学会如何在长大以后与风险共存共处。个别儿童在学校探险活动中溺亡乃是人们必须付出的代价。避免遭遇火车相撞事件的唯一办法是禁止有更多的火车，但即便是并不钟爱火车的人也会发现这种做法荒谬且没有必要。

珍妮·斯蒂尔在本书第二编探讨的关于侵权法的文献关注的焦点问题之一便是什么情况下的冒险行为才是无过错（或者具有合理性），从而在风险的发生中没有教训可吸取、在侵权损害赔偿金中也没有教育意义。具有经济学传统的一些人倾向于认为冒险行为的正当性（或者合理性）只有通过与之相反相对的同样程度的好结果才能得到说明。其他人，包括我自己，则倾向于认为这种认识角度更加糟糕。我们不仅不应该满足于计算经济效果，而且还不应该满足于计算结果，仅此而已。包括从风流韵事到商业冒险在内的许多有价值的活动都由于其风险性而增强了其内在价值。其中的风险性在后果方面对从事这些活动的人不利，但在非后果方面则

并非如此。仅仅通过考虑后果来看待合理性这种做法已经带来的效果是使我们的文化死气沉沉，它给我们提供了一个被误导出来的教训，即人们应该仅仅从消极方面理解风险、风险本身需要其他好结果才能获得正当性。当然，有人以极限体育运动为例外。但是，这种例外本身便很能说明上述问题。

以上是对经济学家们的一种可能的回应。另外一种不同的（但与之兼容的）反应是以托尼·奥诺尔（Tony Honoré）的理解为代表。在他看来，侵权法对风险之发生的关注不必从教育意义的角度（也就是不必通过吸取教训这种需求）来予以正当化。因此就被告实施的一些非正当的、不可原谅的冒险行为，没有必要去寻找过错。两个人可能会实施完全相同的风险行为，而且其中任何一个都不比另一个更加具有正当性或者更加可以原谅，但是只有其风险后果实际发生的那个人的行为才会被认定为侵权。风险的重要性不在于其使人们在法庭上有需要予以正当化之物，而在于人们在实施风险行为的同时是在打赌风险不会实际发生。如果这个赌打输了，其便要付出代价。这使得我们就那些在风险实际发生后总是在寻求吸取教训的人形成一种有趣的新认识。这些人的错误可能不在于认为有人须在风险实际发生后承担责难。他们的错误可能仅仅在于认为这要求有过错，从而将来的行为也应该因此而改变。如果这种认识正确，则我们应该将我们对于“风险社会”的担心与同时对于“赔偿文化”的担心分离开来。这两种担心代表了两种不同的病态社会发展：后者病态地执著于（通过赔偿、道歉、劝慰）“了结”过去，前者则病态地渴求一种无忧无虑、无风险的未来。二者仅仅通过一

种并非在当代才存在的倾向而达成统一；这种倾向即人们总是责备他人而从不责备自己。

珍妮·斯蒂尔的这部著作的核心主题便是人们对尚未实际发生的风险的前瞻式兴趣（体现为控制和管理）与人们对已经实际发生的风险的后顾式兴趣（体现为归咎与救济）之间的对比与相互作用。也许她丝毫不像我这样认为这样的兴趣不健康或者病态。也许她更加同情那些期望在自己的生活中少一些风险（无论实际发生与否）的人。虽然如此，她还是不断地使关于自己与风险之关系的这两种认识方式之间的关联关系与紧张关系呈现出来。她发现以英语为母语的一些新近的法律理论者在很大程度上强调的是这两种方式之间的紧张或者对立关系。他们对一类问题尤其有兴趣，即哪些风险是“我的”（即我应该通过向他人支付赔偿或者由于自己不能获得赔偿而自己承担风险实际发生的事后成本）。属于这一类群体的理论者包括奥诺尔、里普斯坦（Ripstein）和德沃金（Dworkin）。本书第二编对他们的理论进行了饶富见解的探讨。斯蒂尔以令人惊叹的方式将他们的理论与当代法律和社会政策中的一些问题联系起来。同时，她还将这些理论与其在本书第一编中介绍的同样广泛的一些新近的社会学和社会理论著述进行了对比和类比。在第一编介绍的著述中，归因和救济在总体上不如事前控制和管理那么重要，而是大体上被理解为可能的管控计划的一些元素。在这里，风险主要被视为一种团体型挑战。总之，这也是斯蒂尔展现的一个反复出现的主题，这个主题与本书第二编涉及的一些法律理论者的相对“个体主义”的考虑形成对比。同样被拿来与该主