



法学新前沿

New Law Frontiers

On the Interaction
between Risk and Law
from Niklas Luhmann's
Systematic
Analysis Mode

风险与法律的互动

卢曼系统论的视角

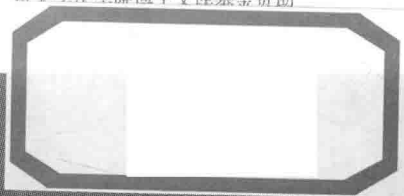
彭飞荣 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

170
521

本书受浙江省“之江青年”社科学者基金(编号:13ZJQN094YB)、浙江省科技厅软科学研究计划重点项目(编号:2018C25039)、浙江省哲社重点研究基地“产业发展政策研究中心”、浙江省人文社科基地“管理科学与工程”、中国计量大学法学院博士文库基金资助



On the Interaction
between Risk and Law
from Niklas Luhmann's
Systematic
Analysis Mode

风险与法律的互动

卢曼系统论的视角

彭飞荣 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

风险与法律的互动：卢曼系统论的视角 / 彭飞荣著

— 北京：法律出版社，2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2396 - 5

I. ①风… II. ①彭… III. ①法的理论—研究 IV.

①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 147121 号

风险与法律的互动：卢曼系统论的视角
FENGXIAN YU FALÜ DE HUDONG:LUMAN
XITONGLUN DE SHIJIAO

彭飞荣 著

策划编辑 王 扬
责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任校对 郭艳萍
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 13
字数 185 千
版本 2018 年 7 月第 1 版
印次 2018 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995



重庆分公司/023-67453036

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2396 - 5

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导 论	(1)
一、研究背景	(1)
二、文献综述	(5)
三、本书结构	(25)
四、研究视角	(31)
第一章 受风险冲击的现代社会	(37)
第一节 现代社会作为复杂社会	(37)
一、有关“现代社会”的描述	(37)
二、现代社会作为由“意义”型构成的社会	(39)
三、社会的复杂性与偶然性	(41)
第二节 风险话语的兴起	(43)
一、“风险”词源考察	(43)
二、学科中的“风险”含义	(44)
三、有关“风险”的理论观点	(46)
四、小结	(51)
第三节 风险与危险之区分	(52)
一、区分的前提	(52)
二、区分的内容	(53)

第二章 应对风险而产生的法律	(56)
第一节 风险条件下的决定	(57)
一、决定论的传统	(58)
二、理性决定的悖谬	(61)
三、个体风险认知	(63)
第二节 预期问题	(68)
一、预期的引入	(69)
二、双重偶然性	(73)
三、预期结构中的个人行动	(75)
第三节 失望及其处理	(79)
一、失望的普遍存在	(80)
二、对失望的处理	(83)
三、预期的分化	(86)
四、法律的产生	(90)
第三章 自创生性质的法律与风险	(94)
第一节 自创生性质的法律作为一个规范上封闭且认知上开放的 系统	(95)
一、法律的一般化理解	(95)
二、法律系统的规范封闭性与认知开放性	(98)
三、自创生性质的法律与风险的内在逻辑	(102)
第二节 自创生性质的法律对内部风险的回应	(104)
一、法律系统中的风险	(105)
二、风险的处理	(109)
第三节 自创生性质的法律对外部风险的回应	(113)
一、有关外部风险处理的进路及其缺陷	(113)
二、另一种可能进路	(116)
三、对外部风险的回应	(118)
四、风险、政治及法律	(125)

第四章 个案分析之一:金融风险与观察图式	(128)
第一节 金融危机的观察	(128)
一、金融危机的观察局限	(128)
二、金融危机与金融风险的区分	(131)
第二节 金融风险的观察图式	(134)
一、金融风险的三种观察图式	(134)
二、金融风险观察图式中的法律策略	(139)
第五章 个案分析之二:食品安全风险归责与评估	(142)
第一节 食品风险责任的分配	(142)
一、风险、决定与责任	(145)
二、食品安全归责原则中的知识依赖	(146)
三、食品安全责任的分配方式	(150)
第二节 食品风险评估中专家治理模式	(155)
一、食品风险评估专家治理的合理性	(156)
二、对专家治理的“风险”认知	(158)
三、重构专家治理模式的思考	(162)
第六章 个案分析之三:分配正义与政府责任	(165)
第一节 风险与分配正义	(165)
一、现阶段财富分配不公状况及问题	(165)
二、风险分配正义问题的凸显	(166)
三、目前风险分配正义的缺失	(167)
第二节 当前有关分配不公矫治方案的争论及不足	(169)
一、机会公平的分配方案	(169)
二、结果公平的分配方案	(170)
三、两种分配方案的争论及不足	(170)
第三节 “问题取向”的分配正义解决方案	(172)
一、“原理取向”与“问题取向”的区分	(172)

4 风险与法律的互动:卢曼系统论的视角

二、“问题取向”解决风险分配正义问题的优势	(174)
第四节 分配正义中的政府责任	(176)
一、风险条件下政府责任的特殊性	(176)
二、完善政府管理风险的法律体系	(178)
结语	(181)
参考文献	(185)
后记	(196)

导 论

一、研究背景

现代社会,风险无处不在、无时不有。大到全球范围的气候变暖、环境污染、恐怖主义、金融危机;小到个人居家生活、出门旅行、食品卫生、投资理财,每天都有很多出乎我们意料的事情发生。

以恋爱、婚姻为例。在众多古典戏剧、文学等文本中关于两性之间的婚恋观念,有一个经典片段是,丈夫(或者情人)要进京赶考,妻子(或者女方)十里相送,长亭外,古道边,四目相对,含情脉脉,语出“两情若是久长时,又岂在朝朝暮暮?”然后丈夫(或者情人)总是高中状元,衣锦还乡,喜迎正在家卖豆腐支持他“事业”的糟糠之妻(或者正在日思月虑、苦苦守候的情人)。爱人们之间白头偕老、举案齐眉,一切都那么自然、确定和圆满。

而现如今这些却发生了彻底变化,年轻人追求的是“只要一朝拥有,何必天长地久?”“天亮就分手”,“月亮走我也走,恋爱随着感觉走”的感情观。充斥荧屏且泛滥成灾的“相亲节目”一再表明了恋爱、婚姻的不确定性,甚至在各种“艳照门”事件充斥网络后,专家们还一再提醒那些可能会沦落为下一个不幸受害者的女性——“恋爱有风险,拍照需谨慎”。

虽然事情如此糟糕,但这并不意味着现代人滥情、不理性,而是因为现代社会完全是一个不确定的社会;人们唯一能确定的就是不确定。在这样的社会中,即便是在恋爱、婚姻这种老生常谈的、积累了无比丰富的社会经验的领域,任何一对情侣,面对未来,亦没有谁敢百分之百地说他们最后一定能走到一起,彼此“爱你一万年”;就算“有情人终成眷属”,以后的日子能否一如既往地过下去,是否如同童话故事描述的那样:“王子公主从此以后过着幸福的生活”,恐怕理性也给不出任何指示和答案,因为你只有过了才知道,而一旦不遂彼此心愿,那是无法从头再来的。由此看来,恋爱、婚姻似乎成了一场赌博,要冒极大的风险,押对了幸福一生,押错了痛苦一世。

与恋爱和婚姻之风险一样,其他风险也都关切自身利益,甚至包括财产和生命的安全,当我们面对它们时,通常不得不小心决策,而且一旦失败,有可能会深深地陷入悔恨或者自责之中。因而降低、化解或者防范风险,在现代社会简直成了人们自然而然的本能反应,更别说作为一种普遍的、必然的理性选择。

不过,人们通常喜欢降低或者减少风险是一回事,事实上能否化约风险又是另一回事。在如今这样一个专业分工、知识分立和技术主宰一切的社会中,遭受风险,甚至面对风险时充满无力感的情况已经不可避免。很多利害关系的事情,当事人其实并不知道如何应对,也不清楚自己是否做出了正确的决策,或者能否做出一个能令自己满意的决策。很大程度上,在“捏不准”的情况下,我们不得不求助于各种权威意见或专家判断。这一点,在经济领域,如投资、理财和买股票中表现得尤为明显。此外,更多时候所出现的风险并不是单一的,而是多元共存,还可能是相互冲突的,你必须在不同风险之间做出权衡。因此,在很多情势中,如何判断一种风险对自己是否有利或者安全可靠;如何在不同种类风险之间进行有效选择,这始终是现代人所关心的事。

风险隐含着机遇和不利的两面性。一方面,人们必须在冒险中长大,并不断获取经验,这构成应对复杂世事的重要能力;另一方面,风险中也隐藏着我们未知的不利后果,甚至灾难。随着人类活动空间和范围的不断扩大,接触到的各种风险越来越多,不利后果也越来越大和严重。在当今科学技术能

力范围内,有的风险在现有条件下能够加以解决,有的还需搁置一边等待时日,还有的可能处于未知状态,永远得不到解决。这种状况与人类本性中对安全、确定性和秩序的需求相冲突,除了少数以享受风险为乐趣的人(比如户外攀爬者、爱好蹦极的年轻人)以外,更多人的内心则是充满着对风险的担忧、恐惧和厌恶。他们表现出要求控制风险的强烈愿望。

这种厌恶或者规避风险的倾向,就有指示我们采取行动的必要。这不仅日益成为个人的生活目标(如避免交通事故),也成了组织运作的重要内容(如公司对市场风险的防范),甚至占满了当今政府的重要议事日程表(如应对生态环境危机、金融风险或者社会风险)。日常生活世界中,大量如何有效化约风险的报纸、杂志、手册,以及电视和网络传媒等的报道都受到人们的普遍欢迎。比如,美国哈佛公共卫生学院风险分析中心编辑的,教你如何分辨身边真正安全和危险的事物的小册子——《风险指南》在书市上就销量不错。^[1]很多企业每年的公司培训中也要加入大量的风险管理内容。每年由政府组织、参与的国际环境峰会也旨在寻求全球的环境风险预防策略。

在理论界,学者们把风险与法律关联起来,主要是在三个层面展开:一是认为法律所具有的确定性、安定性、可预期性等功能,能够满足处于风险情势中的人的内心需求,降低面对风险时的忧虑和不安,这在财产法中表现得很突出;^[2]二是认为当事人之间因风险引发的各种纠纷,很多需要法律予以裁决,典型的,如合同风险的分配与负担;三是认为世界各国政府都将法律视为解决市场风险,形成良好秩序的重要机制,比如通过竞争法来规制竞争风险、借助金融法来监管金融风险;同时由于政府自身对市场的干预也会引发大量新的市场风险,也为法律变革提出了新课题,如近年来在中国高房价的背景

[1] 参见[美]大卫·罗佩克、乔治·格雷:《风险指南》,薛丽、李向晖译,东方出版社2006年版,该书紧紧围绕家庭、交通、工作、环境、医药5个在日常生活中经常发生的47种典型风险展开,分析了每种风险的来源、情势、危害和应对之策。

[2] See Andreas Rahmatian, Psychological Aspects of Property and Ownership, Liverpool Law Rev (2008) 29: pp. 287 - 308.

下,退房潮凸显出“政策性违约”的法律难题等。

简而言之,风险是现代社会复杂化的产物,而应付风险则是人的内心需要和外在现实的统一要求。因而,针对风险展开的系列法学研究自然就获得了它存在的正当性。不仅如此,对学界而言,研究风险与法律理论尤其有着重要的理论与实践价值。首先,从全球化背景考虑,“法律如何应对风险”在西学界一直以来就是个热门话题。比如美国早在 20 世纪 70 年代就开始研究,迄今无论在理论还是实践上都成为一门显学;而我国大陆地区对此主题开始的普遍关注,严格说来,乃是 2007 年全球金融危机后的事情。由于经济全球化、竞争全球化把国内市场与国际市场紧密勾连在一起,两者一损俱损、休戚与共,因而我们有充分的理由关注市场风险、积极寻求对策,实现学术资源与国际接轨、学术交流与国际展开对话。其次,中国目前站在一个经济与社会都面临转型的特殊时代,而这个时代已经逐步进入一个复杂的且功能分化的社会。成为一个风险社会,迫切需要学界在理论上对现实加以回应、解释乃至做出引导,因而关注风险与法律理论也成了时代的必然。^[1]最后,近十年来,在日常生活中,无论是宏观领域(如经济政策、社会分配等),还是微观领域(如食品安全、刑事犯罪等),其实很多社会问题已经产生了诸多风险。尽管有些学者已经敏感地意识到此一学术的增长点,并展开研究,^[2]但系统地梳理还处于初级阶段,需要学界群策群力,相互协作,通过打破学科壁垒和

[1] 应当说,在此方面,经济法学界已经迈出了重要一步。由南京大学法学院承办的中国法学会经济法学研究会 2009 年年会暨第十七届全国经济法理论研讨会,就以“金融危机与经济法”为年会主题进行了深入研讨。

[2] 2009 年以来主要论文文献,可参见比如戚建刚:《风险认知模式及其行政法制之意蕴》,载《法学研究》2009 年第 5 期;戚建刚:《风险规制过程之合法性证成——以公众和专家的知识运用为视角》,载《法商研究》2009 年第 5 期;戚建刚:《论应对“危机型”突发事件的代替性策略——“必需之法则”》,载《法律科学》2009 年第 5 期;戚建刚:《极端事件的风险恐慌及对行政法制之意蕴》,载《中国法学》2010 年第 2 期;戚建刚:《非常规突发事件与我国行政应急管理体制之创新》,载《华东政法大学学报》2010 年第 5 期;戚建刚:《我国食品安全风险规制模式之转型》,载《法学研究》2011 年第 1 期。另参见沈岗:《食品免检制之反思——以风险治理为视角》,载《法商研究》2009 年第 3 期;沈岗:《风险治理决策程序的应急模式——对防控甲型 H1N1 流感隔离决策的考察》,载《华东政法大学学报》2009 年第 5 期;金自宁:《作为风险规制工具的信息交流——以环境行政中 TRI 为例》,载《中外法学》2010 年第 3 期;劳东燕:《风险分配与刑法归责:因果关系理论的反思》,载《政法论坛》2010 年第 6 期。

界限,利用交叉学科背景进行深入研究。应当说,本书是以此为前提展开的研究,也是抛砖引玉,为法学研究尽绵薄之力。

二、文献综述

19 世纪英国著名学者亨利·梅因用其超强敏锐的洞察力观察到他所处的这个时代正发生的巨变,即封建主义向工业资本主义转变的那场著名的“从身份到契约的运动”。这种运动的后果是,一方面,人与人之间的流动性增强,财富迅速累积,人们不必再因争夺资源而发生流血冲突;另一方面,由于摆脱了出身、血统等身份限制,借助一般的商品交换和契约法则,人们有更多机会凭借自身能力爬到社会上层。因而,每个人的自由都得到了解放,权利和财富都得到极大增长。

然而,事物总有相反一面。社会变革带来必要增益的同时,也产生了大量过去不曾有的负面东西。最为典型地,出现许多新的可能损害来源。尽管这些损害或者危险并不是长久以来封建社会下战争、疾病和饥荒问题所引发的生死问题,而是正如戈登·伍德曼在其主编的著作中指出的那样,仅是些感知的变化,但由于生命周期延长和价值观念变化,这些新危害,如许多疾病(像癌症、心脏病和流行病),对于过去 30 多岁就死去的那些人来说,无论如何也算不上什么危险,但在如今看来则的确确有危害。并且这些“新的”危害相当多地发生,通常也难以事先预料并加以防范。

危害如此普遍是个累积过程。19 世纪马克思通过对经济危机的观察,已经管窥到其中很多不幸,并将之归罪于资本主义制度,继而做出激烈批判;20 世纪前期的“大萧条”使全世界都陷入一个黑暗时代,到了中后期,世界各国过度的工业开采、环境污染产生了生态危机,相伴随的是民众对政府管理社会诸多问题的不满而引发的社会危机,这也成为那个阶段的典型特征;而 1997 年东南亚金融危机和 2008 年始于美国“次贷危机”的国际金融危机的爆发,世界各国的政府“救市”、银行破产、企业倒闭、工人失业等现象已经使我们领略到,相比

于亨利·梅因时代,当今社会正发生着“从确定性到风险(不确定性)的运动”。人们获得极大自由的同时也陷入了巨大危机之中。套用卢梭“人生而自由,却又无往而不在枷锁之中”的说法,可以说如今是“人生而自由,却又无往而不在风险之中”了。

由于风险被看成一种威胁或者危害,与过去人们努力应付疾病、饥荒和夭折等一样,现代人也试图研发出大量预防或者防止这些威胁或者危害发生的策略,包括反对污染、关注饮食、诊断疾病、买卖保险、安装报警器、阅读自救手册等。大量社会学研究的经验证据表明,突如其来的风险,如若不加控制,也会瓦解人类社会的秩序。^[1]最近心理学上也有研究结论表明,处于风险情势中的个体,多半缺乏安全感,易产生焦虑、无助、暴躁等影响身心健康发展的情绪。因此,如何防患于未然,降低或者化解风险,逐渐成为人们关注的目标和学者研究的重心。

而有关法律意义上如何规制风险的讨论,相比于其他学科,除了一些传统法学如民法、刑法外,直到近半个世纪以来,才逐渐显露出点生机。但囿于个人的学术见识和资料把握,归纳起来,大体上也只在实在法学、法律经济学和跨文化交叉学科等若干研究进路上进行,而更丰富的研究视角则有待于未来学者的努力。在后一意义上,卢曼的系统论进路最有可能接续这一研究传统,并启迪我们当下中国社会与法律问题之研究。

1. 实在法学进路

在各种降低或者化约风险的方式中,法律作为稳固预期、形成秩序的有效手段,自然在很大程度上受到人们的青睐,并承载着许多期望。然而,实际上,这种寄托并没有得到相应回报。长期以来,相比于社会科学中其他学科在风险主题上的贡献,以及法律在其他领域中所取得的成就,它对风险问题所做的努力还很不够。理查德·波斯纳法官指出,“法律对灾难性风险控制

[1] 参见杨雪冬:《风险社会与秩序重建》,社会科学文献出版社2006年版,第11~19页;[澳]斯蒂夫·克鲁克:《风险的秩序化》,载《马克思主义与现实》2004年第4期。

的贡献微乎其微的。”许多主流法学研究文献,也主要集中在19世纪财产法、契约法、侵权法和保险法等中发展出来的肇事者原则;随后由于工业化进程对环境、生态的破坏,先是在国际法(如海洋环境保护),后在内国法(如环境法、社会法等)领域中增添了预防原则,许多新兴的如基因、克隆、生殖、医疗等技术所要求的风险评估也归并到这一原则之下。^[1]

(1)肇事者原则

实在法学上的努力,更多是以某一部门法为依托所进行的分析;^[2]纯法学理论角度探讨的著述并不多见,且仅限于风险规制原则,如德国著名法学家考夫曼所论述的,在多元风险社会背景下,因为风险无可避免,因而要求我们在法律层面秉持以“责任原则”为补充的“宽容原则”的态度。即使在今天看来,这仍具有相当的远见。不过,考夫曼这种以宽容原则来对待风险的态度,那是以一个法律人的仁慈之心为出发点的。如何“宽容”并与“责任”相协调,这不仅依赖一个法律理想,而且更需要具体的法律制度来保障,尤其是法院裁决的关照。

对大多实在法学者而言,法律不仅需要信仰,更多的是要用来解决现实问题的。肇事者原则必须体现这种最为一般的朴实观念。换句话说,它的基本核心操作是,在法律系统内,一切风险所引致的安全问题,一般而言都可依据损害赔偿法上的“因果关系”原则,通过建立“违法性”与“应当负责”(Vertretenmüssen)之间的关联,找到风险的肇事者,并借助民事、刑事或者行

[1] 参见颜厥安:《鼠肝与虫臂的管制——法理学与生命伦理探究》,北京大学出版社2006年版;黄丁全:《医疗法律与生命伦理》(2007年修订版),法律出版社2007年版。

[2] 参见Gordon Woodman, *Risk and the Law*, Abingdon: Routledge-Cavendish, 2008, pp. 3-23。在我看来,这是一本研究法律与风险主题、极具见地并由众多法律领域权威综合而成的学术研究成果。该论文集不仅探讨了自然风险与人为风险长期以来被看成社会制度形成和社会生活行为中至关重要的条件性因素,详细研究了特定法律领域中的现代风险概念实践之含义;而且还讨论了在不同法律部门适用、管理和降低现代“风险社会”中风险程度的方式,以及全部司法裁决中全部法律部门发展中的重要问题。这些见识包括法律、医学、保险、国家安全和公众健康等各领域。该论文集还有助于我们理解风险、法律和社会变革之间的关系,也呈现出为一般法律理论著作所忽视的重要视角,主题范围涉及德国民事损害赔偿法和欧盟食品法,英国、德国和法国的商品销售,甚至包括国际贸易中的风险与法律,以及英国的侵权法等。

政责任达致补偿公正。

而这样一种指导思想,就其范围而言,牵涉公法、私法中的各个领域,主要关注风险与分配、责任、正义等议题,以及犯罪、契约、侵权等方面的问题。比如,刑事法中对犯罪风险评估的研究^[1];宪法与行政法中的风险决策、原理或国家功能;民事法中如契约风险分配与负担(如买卖合同中的风险分配)^[2];有关侵权行为引起的风险责任与分配,如美国法学者格瑞尔德·J.波斯特马、葛瑞高瑞·C.克廷、史蒂芬·R.佩里、马丁·斯通、朱里斯·克里曼等叙述了一种大多基于亚里士多德以来的分配正义理论,诉诸道德论、规范论,救济论等对风险致害进行赔偿或者补偿的哲学基础。^[3]这样一些讨论将风险等同于某种危害或者损害,试图在法律上予以避免,而后者指称的“法律”的语义也是恪守19世纪伟大的法学家约翰·奥斯丁意义上沿袭下来的实在法(positive law),即探究如何妥当地将抽象的法规范解释适用于特定的具体案例之中,着眼于法规范的诠释以及适用于个案当中合法性、妥当性与合目的性等考量下的证成。

(2) 预防原则

与之不同,预防原则是在工业发展导致生态环境恶化的背景下发展起来的。这个概念最早始于20世纪80年代的德国。其指的是,“即使存在不安全的科学证据,人们也必须对环境问题(也可以推及其他形式的风险)采取措施”。其核心是,社会应当通过认真的提前规划,以阻止潜在的有害行为,力

[1] 参见杨诚、王平:《罪犯风险评估与管理:加拿大刑事司法的视角》,知识产权出版社2009年版;方东:《犯罪论体系的演变——自“科学技术世纪”至“风险技术社会”的一种叙述和解读》,中国人民公安大学出版社2008年版。

[2] See Tim Kaye. *Risk and predictability in English common law*, Gordon Woodman, *Risk and the Law*, Abingdon: Routledge-Cavendish, 2008. 北川善太郎:《中国合同法与合同法模式》,载《国外法学》1987年第4期;A. L. 科宾:《科宾论合同》(一卷版·下册),中国大百科全书出版社1998年版,第633页;梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第339~340页。

[3] 参见格瑞尔德·J.波斯特马:《哲学与侵权行为法》,陈敏、云建芳、易继明译,北京大学出版社2005年版,第1~25页;萨维尔:《事故法的经济分析》,翟继光译,北京大学出版社2004年版;[美]盖多·卡拉布雷西:《事故的成本》(法律与经济的分析),毕竟悦、陈敏、宋小维译,北京大学出版社2008年版。

求避免环境破坏。

虽说预防原则概念本身存在一定的模糊性,且支持者和反对者都大有人在,但这无法阻挡该理念在现代政治、经济、伦理及法律中的地位和对环境保护所产生的功效。^{〔1〕}如今,预防原则广泛运用于气候变化、转基因食品、核武器、国家安全、药品管制、克隆、杀虫剂管制等方面,尤其是生态、环境领域。^{〔2〕}在法律适用上,也出现了一些有益的个案分析,如马利亚纳·瓦韦德、让·勒维、道恩·摩尔、丹尼尔·彼纳德等人便运用了大量现实例子,包括社会援助、儿童色情文学、种植大麻和梅根法(Megan Law)等来审视法律制度中事实与风险知识的运用。^{〔3〕}这些证据原理和法治探究了涉及“客观的”司法决定的不确定性,同时若干其他研究也证明了存在于风险科学与法律网络之间动态的互动关系。法律与风险之间的相互作用包含了许多领域,涉及

〔1〕 参见 Jonathan B. Wiener, *Precaution in a Multi-Risk World*, The Risk Assessment of Environmental and Human Health Hazards, Dennis D. Paustenbach, ed., 2d ed., 2001, Forthcoming; Gregory C. Keating, *Pressing Precaution Beyond the Point of Cost Justification*, Vanderbilt Law Review, Vol. 56, 2003; MARK GEISTFELD, *Implementing the Precautionary Principle*, Environmental Law Reporter, Vol. 31, 2001; Indur M. Goklany, *Applying the Precautionary Principle to Global Warming*, Weidenbaum Center Working Paper No. PS 158; Giovanni Immordino, *Looking for a Guide to Protect the Environment: The Development of the Precautionary Principle*, Feem Working Paper No. 17. 2000。

〔2〕 例如,仅就食品领域的风险规制而言,大多采行的是预防原则理念。如可参见 Wim Verbeke, *Why Consumers Behave as They do with Respect to Food Safety and Risk Information*, Analytical Chimica Acta, Vol. 586, No. 1 - 2, pp. 2 - 7, 2007; JEAN C. BUZBY, *Measuring Consumer Benefits of Food Safety Risk Reductions*, Journal of Agricultural and Applied Economics, Vol. 30 No. 1, July 1998; Neald D. Forting, *He Hang-up with Haccp: The Resistance to Translating Science into Food Safety Law*, Food and Drug Law Journal, Vol. 58, pp. 565 - 594, 2003; Alberto Alemanno, *The Evolution of European Food Regulation-Why the European Food Safety Authority is Not a EU-Style FDA?*, What's the beef? The contested governance of European Food Safety, C. Ansell & D. Vogel, eds., MIT Press, 2006, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 1007451; Carmen G. Gonzalez, *Genetically Modified Organisms and Justice: The International Environmental Justice Implications of Biotechnology*, Georgetown International Environmental Law Review (GIELR), Vol. 19, 2007。

〔3〕 William Leiss, Steve E. Hrudehy, *On Proof and Probability: Introduction to Law and Risk*; Mariana Valverde, Ron Levi, and Dawn Moore, *Legal Knowledge of Risks*; Duff R. Waring, Trudo Lemmens, *Integrating Values in Risk Analysis of Biomedical Research: The Case for Regulatory and Law Reform*; Danielle Pinard, *Evidentiary Principles with Respect to Judicial Review of Constitutionality: A Risk Management Perspective*. See, Law Commission of Canada (2005) *Law and risk*, UBC Press.

许多行动者:法官、政策制定者、政府官员,甚至那些经常求助于法官,以及参与风险计算的公民。这些学者阐明了法律与风险之间的复杂关系,同时也在这个领域提出了法律改革如何可能的问题,比如如何控制信息,专家与非专家的知识准入在承受风险、参与评估的能力中的权力不平衡性,以及对决定中的透明度和合法性的需求等。

(3) 小结

依笔者的理解,从“法律”与“风险”两个主题相交织那天起,大多法律人就已经潜在地奉行了一种风险/安全的观察图式,在“肇事者原则”与“预防原则”两个基本原则支配下探讨风险规制问题,并发生着从过去注重前者到如今以后者为核心的转变。两者的差别主要在于,一方面,预防原则更注重风险现实化之前的控制和预防,肇事者原则更关心风险现实化之后的责任与救济;另一方面,当因果关系法则、证据法原理和责任机制不足以解决风险事件时,保险机制也可成为预防原则的重要补充手段。

就共性而言,两种原则主要关心,一是传统的财产、契约和侵权领域;二是在现代意义上科学、技术与法律之间的关系。它们把安全确定为人类社会的重要核心价值之一,即要求现代国家提供更多安全保障措施,防止来自风险的损害,这不仅针对其国民,也包括其自身。因而,对实在法学者来说,法律功能在于:风险现实化之前的事先预防(控制与规制)与风险现实化之后的事后救济(归责与制裁)。预防朝前看,归责朝后看;两者相互补充、相辅相成。

不过,要达到这一点,还是需满足些前提。在进行风险制度设计之前,实在法学者必须把风险放在技术—科学进路上,把风险看成是一种既存的、能够独立于社会与文化过程来测量的,并且又受其解释框架影响的客观危害、威胁或者危险。法律对其的关注要涉及现实中存在什么风险、人们在认知上对这些风险作出什么反应,以及法律该如何应付它们等规范内容;在具体处理方式上,一是要探求风险本身的规律性和客观上的可计算性,尤其是事件