



上海研究院
智库报告系列

丛书主编 李培林

SHANGHAI



大城市治理的 主要风险及其法律应对

THE LEGAL RESPONSES TO RISKS IN
MEGALOPOLITAN GOVERNANCE

季卫东 杨 力 / 编著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



上海研究院
智库报告系列

丛书主编 李培林

SHANGHAI



大城市治理的 主要风险及其法律应对

THE LEGAL RESPONSES TO RISKS IN
MEGALOPOLITAN GOVERNANCE

季卫东 杨 力 编著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

大城市治理的主要风险及其法律应对 / 季卫东, 杨力编著. -- 北京: 社会科学文献出版社, 2018. 5

(上海研究院智库报告系列)

ISBN 978 - 7 - 5201 - 2607 - 6

I. ①大… II. ①季… ②杨… III. ①城市管理 - 法治 - 研究 - 上海 IV. ①F299. 275. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 078997 号

· 上海研究院智库报告系列 ·

大城市治理的主要风险及其法律应对

编 著 / 季卫东 杨 力

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 任文武

责任编辑 / 高振华

出 版 / 社会科学文献出版社 · 区域发展出版中心 (010) 59367143

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367018

印 装 / 三河市龙林印务有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 22 字 数: 281 千字

版 次 / 2018 年 5 月第 1 版 2018 年 5 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5201 - 2607 - 6

定 价 / 88.00 元



本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010 - 59367028) 联系

▲ 版权所有 翻印必究

“上海研究院智库报告系列”

编 委 会

主 编 李培林

副主编 李友梅 赵克斌 周国平

编 委 熊 厚 杨会军 陈 瑶 朱 承

本书课题组成员

- 季卫东** 上海交通大学凯原法学院讲席教授，博士生导师
- 杨 力** 上海交通大学凯原法学院教授，博士生导师
- 李建勇** 上海大学法学院教授，博士生导师
- 吴力波** 复旦大学经济学院教授，博士生导师
- 齐佳音** 上海对外经贸大学工商管理学院教授，博士生导师
- 高奇琦** 华东政法大学政治研究院教授、博士生导师
- 傅湘玲** 北京邮电大学软件学院教授
- 张笑宇** 中共江西省委党校法学教研部副教授
- 彭 辉** 上海社科院法学研究所副研究员、上海交通大学凯原法学院博士后
- 张宪丽** 上海政法学院讲师，上海交通大学凯原法学院博士后
- 林竹静** 上海市闵行区人民检察院检察官，上海交通大学凯原法学院博士后
- 朱 剑** 华东政法大学政治学研究院讲师
- 吴锦宇** 浙江工商大学经济系教师
- 范敏汉** 上海市闵行区新虹街道团工委书记

谭 俊 上海交通大学凯原法学院博士研究生
罗晓芃 北京邮电大学经济管理学院博士研究生
周 阳 复旦大学经济学院博士研究生
张 毅 上海财经大学法学院博士生研究生
凌 平 上海市电力科学研究院高级工程师
杨增辉 上海市电力科学研究院工程师
钱 程 上海市虹口区环境保护局
章 瑜 上海铁路运输检察院检察官助理
陆敬波 上海长江三角律师事务所主任
邵依依 锦天城律师事务所律师
王 剑 上海大学法学院硕士研究生

序 言

当代世界日益复杂化、流动化、网络化，社会的风险性不断增加。尤其是在现代大城市，与风险共舞已经成为无从逃避的宿命。例如交通事故频发、环境污染加剧、油价波动、粮食匮乏、电脑病毒感染、艾滋病病毒蔓延，还有毒奶粉、企业并购以及养老金蒸发等各种风险层出不穷、横行无忌。特别是全球化、市场化鼓励或者迫使人们进行各种有风险性的选择，不断强化着行为的风险导向。这种趋势被定义为产业化世界与生态环境世界之间反复的相互作用和创生的“熊彼特动态”。在这种意义上也可以说，目前的中国社会，尤其是像上海这样的国际大都会或者超级城市群，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无法划清。

当一个社会具有“风险导向”时，势必伴随着作出有风险性决定的人们与承受风险影响的人们之间乖离的现象，同时也经常发生起因于对风险程度不同评估的纠纷，例如振兴产业政策与防止公害政策之间的冲突，或者劳资关系、医患关系的紧张。尤其是在决策过程不透明、群众参与不充分的场合，进行风险选择的决定者与决定的被影



响者之间很容易产生矛盾——决定者犯错而逍遥，被影响者无辜而遭殃，如此不公的结局当然会让被影响者对决定者抱有强烈的不安、不信以及不满。这样的抵触情绪又会反过来大幅度增加决定者的风险，减少公共选择的正当性，在某些场合还会诱发被影响者的抵制行为乃至大规模的群体冲突，导致社会秩序的危机和政府紧急事态，助长卡尔·施密特式的决断主义倾向，同时也进一步助长对决定者的质疑或挑战。

由此可见，关于依法治市、依法治国的理论和制度设计正在受到来自“风险社会”的严峻挑战。迄今为止的现代市民法学体系是以个体化的“人格”和“选择自由、责任自负”的原则为基石，以确定性或者可预测性为绳墨而构建的，在追究行为的责任之际必须充分考虑到行为者的主观意志和客观控制能力。但是，“风险社会”出现之后，不分青红皂白让所有人都分担损失，或者无视各种情有可原的条件，而对行为者严格追究后果责任，逐步成为司空见惯的处理方法，法律判断的本质已经有所改变。在这样的背景下，精准地甄别风险、预防风险、分散风险就成为法学研究不得不重视的新兴课题。

如果我们同意社会心理学、经济学等的决策理论把风险定义为“对不情愿事实引起的不情愿结果的预期”的主张，相应地就会同意把现象的盖然性与结果的严重性以及两者的相乘关系作为评估风险的标准，因而也就有必要把社会系统如何应对风险、公共选择怎样进行、决定的正当性根据何在、启动归责机制的因素是什么等问题作为法学研究的焦点。显而易见，在这里，博采各种社会科学手段、以国家与社会乃至个人的互动关系而不是规范的教义为主要考察对象的法社会学具有特别重要的意义。也就是说，法社会学领域最适合探讨“风险社会的法治”之类的课题，也最有责任把现代社会，特别是大城市围绕风险的制度化安排作为一个基本的专攻方向，并由此推动法



学理论范式的转换。

从社会系统的内部结构、语境以及相机处理的可能性等角度来考察风险现象的研究路径，由德国学者乌尔里希·贝克《风险社会》开拓，并在安东尼·吉登斯《现代性的后果》、尼克拉斯·卢曼《风险：一种社会学理论》等的理论体系中进一步伸延、发展。尤其是卢曼把风险概念与决定机制密切联系在一起，为探讨与“风险社会的法治”相关的问题群提供了重要的线索和分析框架。例如关于“危险·风险·剩余风险”、“决定者·被（决定）影响者”、“风险非知·风险转换”、“规范·稀少性·风险”、“时间维度·社会维度”等的类型化、模型化作业，奠定了风险法制的社会学研究的坚实基础。

在我们看来，关于风险的卢曼法社会学理论提出的如下三大命题是特别值得重视和深入探讨的。即：①产生某种损害的可能性，对决定者构成风险，对决定的被影响者则构成危险。因此，未来的认识究竟取决于“风险”还是“危险”，会导致社会结合的不同形态。例如，对震惊世界的切尔诺贝利核电站事故，人们究竟是理解为自己利用新能源的决定或行动的风险，还是理解为旧苏联的政府管理体制的危险，会导致不同的群体反应。由此可以推论，倘若决策过程缺乏风险意识，很容易造成人们总是把可能的损害归结到“危险”范畴这样的事态。也就是说，在社会观念中当风险反过来被转换成一种危险来把握时，社会行动就会发生质变，围绕风险性决定的争议和抵抗也将激化或者凸显出来。②规范可以限制随机性，但却不能限制风险的随机性。在卢曼看来，规范的本质是在出现违背预期的现象之后仍能继续维持预期，具有对抗事实的效力，因而规范能够限制其他的可能性，减少社会的复杂程度。但是，风险是由可能性的增加、扩大而引起的，很难通过规范来解决与风险相关的问题，两者的时间组合方式



是完全不同的。无论规范如何缩减复杂现象，剩余风险总是存在的，非知部分总是存在的，规范预期不得不对相对化，规范不得不通过自我反省的机制调整法律形式与客观事实之间的关系。正是通过这种反省机制，法律条文的解释和执行都有可能带上法社会学的色彩。^③当今抗议运动的本质是拒绝为充满风险的他人决定或行为而牺牲。根据卢曼在《风险：一种社会学理论》中的分析，从历史发展阶段论和类型学的角度来看，风险与法制的关系可以分为三种形态，即欧洲现代早期出现的以自由市民的抵抗权为轴心的规范冲突，在 19 世纪因财富分配不公而引起的政治经济冲突（主要表现为劳工运动和社会主义运动），以及所谓“新的风险”——以决定者与决定的被影响者的分裂或对抗为特征的各种决定（也包括为回避风险而进行的各种决定）的风险，或者说关于针对作为“负财富”的风险究竟应该如何分配的问题而产生的安全感冲突（主要表现为“邻避”运动以及基于环境权、生存权的抗议行为）。这个工具性框架对我们把握中国乃至上海的治理问题也是很有用的。

在当今的中国，风险与法制之间关系的三种形态并存、犬牙交错，这一状况似乎还没有得到思想界的充分注意或清晰描述。在法学理论方面，新自由主义开始强调“抵抗权”的意义，新左派更侧重于“分配公正”，但令人遗憾的是，围绕决定的风险性增大而出现社会的裂变和冲突，特别是决策过程中的“风险意识”还没有纳入核心价值的讨论范围。换言之，展望 21 世纪的发展前景，我们不仅要考虑抑制危险的合理合法性和最小限度成本（警察比例原则），还要考虑抑制危险举措的危险性（预先衡量义务）以及防患于未然的制度设计；不仅要关注财富的分配方式，还要关注风险的分配方式。这就要在新自由主义与新左派之外开辟第三路线——以风险社会为前提致力于“信息系统”的重构。



我们不妨把信息系统理解为一种与风险意识密切相关的制度条件。在这里，信息的收集、传递、反馈、公开以及参与决策的沟通行为方式，还有社会文化的语境，都具有重大意义，正是通过这些媒介因素，决定者与决定的被影响者之间的鸿沟可以缩小或跨越。一般而言，以风险意识为前提的信息系统包括监控装置、沟通行为以及“知情同意”（informed consent）这几个主要侧面。

关于监控装置，米歇尔·福柯的监视与规范化理论、大卫·里昂的日常生活监控论等提供了基本的研究范式。就风险社会而言，监控无非是对抗风险的一种条件反射或者免疫功能。但从个人自由以及宪法秩序的角度来看，监控即使是必要的，也必须加以限制。在对风险的监控成为自由——把人从危险状态解放出来——的前提条件的场合，问题会变得非常复杂。然而对风险社会与监控社会之间关系上的辩证法，国内还缺乏必要的讨论。另外，在风险社会，沟通行为的方式也会发生很大的变化，特别是政府的信息资源与应急机制之间的联系以及信息公开与舆论之间的相互作用对话语空间的影响越来越深刻。

在这样的背景下，决定者与被（决定）影响者之间的矛盾主要通过知情后是否同意这种制度安排来处理。迄今为止，“知情同意”主要被认为是防范医疗风险的对策，但是，随着信息技术的普及，知情同意权越来越成为一种普遍现象，具体表现为信息公开和问责以及听证会、论证会等各种参与式决策。这意味着第三者（专家、权威机构）判断的相对化、通过强制性的自由选择来推行某种自我负责的体制。它显然是一种分散风险的技术或机制设计，把损害发生时的责任从决定者转移到决定的被影响者、从特定的个人转移到不特定的个人的集合体（社会），并让一定范围内的每个人都承担部分责任。

从法律制度—机制设计的层面来看，现代法治的设想要求将国家



为社会提供的一套切实的、完整的规范体系作为屏障，为交易安全建立起系统信赖，但风险性的增大却使得对整体的责任所在的确立以及过错责任的追究变得越来越复杂、越来越困难了。可以说，从系统到实践、从结构到过程，是风险社会的大势所趋。正是这种趋势迫使制度的设计者以及政府各职能部门不得不改变高高在上的姿态，不得不深入现场、深入群众，随时掌握千变万化的实际情况，作出灵活机动的、适当的反应，并修正决策和执行中的偏差。与此同时，为了防止临机应变的裁量权被滥用，还需要特别强调分权制衡以及公正合理的程序，并预设事后审查和矫正的制度通道；为了防止以偏概全的失误，还需要特别尊重少数意见和反对意见的表达自由，并使各种替代性方案能够有机会保留和重新考虑。

尽管上海在城市综合治理水平上一直处于全国领先地位，但从2010年的胶州路大火到2015年外滩踩踏事件，近年来的安全事件一次次凸显了城市治理的风险性和决策失当的严重后果。不得不承认，当今世界的流动化、复杂化、不可预测化正在给上海及其他城市带来巨大的挑战。不管是恐怖袭击、环境灾变，还是人为灾祸，都需要决策者未雨绸缪，而一旦发生则可能为决策者带来社会的压力和问责的风险。风险即意味着存在不确定的未来损害，如何甄别风险并与其他的社会目标相协调，不致因风险的存在而扼杀一切社会活力？如何使城市安全方面的政府决策充分吸收专家的合理意见、反映社会的实际需求，并经得起时间的考验？如何通过听证等法律程序为决策提供坚实的合法性基础，既避免政府惰政、确保有人拍板，又防止政府采取过度措施侵犯个人权利自由？这一系列课题均值得深入探讨。另外，自2016年初中央财经领导小组第十二次会议以来，以去产能、去库存、去杠杆、降成本、补短板为重点的供给侧结构性改革正式拉开大幕。这种深层次改革是必要的，但也可能带来激烈的阵痛，例如清理



“僵尸企业”有可能导致大量的破产和失业现象，有引发社会不稳的风险，必须在实证研究的基础上提出应对预案。

在上述理论和实践以及研究方法的宏观框架之下，本课题组的初步研究成果由如下十一章所构成。

第一章聚焦从城市到农村的结构性腐败蔓延所带来的政治经济风险及其防治举措。党的十八大以来，中共中央对腐败的治理在强调领导干部主体责任意识的同时加强党内纪律和制度的制定与完善，相应的举措对于腐败分子的惩处以及腐败现象的遏制具有良好的效果。不过，通过对近几年党内反腐案件的效果分析表明，腐败犯罪案件的类型和结构呈现多元化，腐败所波及的范围愈加广泛，相应的社会危害也呈现日益严峻的态势，但司法制裁的威慑力还很不充分，这就蕴藏着城市治理乃至国家治理的巨大风险。可以说，腐败行为的蔓延形成了结构性腐败的特征，即党政官员与企业勾结的经济腐败与党政官员上下级通过人事权交易相串通的政治腐败。对此，相应治标性的反腐举措无法实现廉洁政治的目标，需要通过制度层面的设计才能达到治本的效果。只有通过以预算审议、问责审计和违宪审查制度为基础的法治国家建设才能真正实现廉洁政治的愿景。

第二章是在风险社会的背景下对上海的司法改革试点经验进行实证研究。2014年9月1日，随着中央深改领导小组审议通过《关于深化司法体制和社会体制改革的意见及贯彻实施分工方案》、《关于司法体制改革试点若干问题的框架意见》和《上海市司法改革试点工作方案》，新一轮中国司法体制改革首批试点在上海拉开序幕。由于这次改革涉及体制转型，试行时间较短，相关决策本身的风险也是比较大的。经过对过去三年上海市法院、检察院的司法改革进行的调查研究和评估，我们发现改革顶层设计和实施采取了“建构与试错相结合”的方式，通过批次改革试点的做法不断预防和减少整体的



风险、探索寻找司法改革各种方案获得成功的可能条件，取得了一系列可复制、可推广的阶段性成果。

第三章从执法的角度探索在执法力量下沉过程中所遭遇的各种风险及其应对举措。2016年“贵州省锦屏县检察院诉县环保局行政公益诉讼案”引出的基层环保执法薄弱问题，令人反思环保部门应如何用好手中“环境与资源保护”的职权，最高法两次发布的环境保护行政案件中也不乏环保部门在其他公益诉讼中败诉的案件。在强调严格环保执法、执法垂直管理、明确机构人员的背景之下，党的十八届三中全会、五中全会连续提出要改革环境管理制度，随着基层环保机构垂直管理制度改革试点方案的推进与落实，环保执法权下沉基层后将成为环境与资源保护的最主要力量，并将成为影响我国生态环境保护与可持续发展的关键因素之一。以上海在环保执法权下沉中的实践经验为参考，我国未来或可尝试“全面铺开权力清单制度”、“司法介入行政执法过程”、“综合利用环保大数据平台”的创新执法手段，并与“确保力量下沉”、“人员队伍整编”充分融合，形成完整高效的基层环保执法体系。

第四章考察在网络社会中舆论传播与受众认知之间的关系变化，以便准确应对网络舆论中的意料之外的各种风险。当前，提升舆论引导能力成为新闻舆论工作中的一项重要议程，而这需要建立在理解和把握网络舆论传播机制的基础上。基于对网络“舆论反转”现象的分析，可以发现“说服”传播中的“态度转变”以激发受众的“代入感”为前提，代入感的产生方式不同，其说服效果也有所不同。

第五章通过对基层社会中的风险类型进行评估达到准确研判的目标。基层社会风险等级测评是社会公众对作为客观事实的基层社会状况的满意度和信赖度“印象分”，无法通过纯客观的数据统计简单测算。因此，亟须构建一种适用于基层社会风险等级测评的新



系统。通过对“基层社会风险等级 AHP 测评系统”运作原理、构建原则、运行模式等方面的系统分析，借此科学准确地反映人民群众对基层社会的满意度，从而确保基层社会风险防控达到最佳社会效果。

第六章聚焦对企业经营风险的甄别，以防止市场的失败。近年来，创业创新的社会热潮带动中国各地新注册企业数量大幅增加，但与此同时也带来了不可忽视的市场风险。基于企业海量、多维数据与互联网、大数据技术对企业刻画真实全貌，是进行市场风险识别与防范的重要手段。这里的研究基于 A 市 1992 ~ 2016 年设立的 8177 家类金融企业的多维度工商数据及人才招聘等相关互联网数据构建企业大数据集，并提出两类基于大数据的企业活跃度定义和相应评价方法。结果显示，基于生命质量理论的企业活跃度评价方法更具科学性和准确性，而基于存在状态理论的企业活跃度评价方法则更为迅速和普适。综合运用两种方法，能够帮助政府监管部门迅速、准确地监测企业创业创新的实际效果，并可用于企业风险排查，是大数据监管理论与方法的探索与创新。

第七章聚焦预防和减少社会风险的问责机制，尤其是对企业社会责任履行情况进行监测和评估。近年来，企业社会责任已经逐渐成为国家和社会关注的重要问题。尽管中央和地方政府、各行业协会已经制定了一系列的法律和指引，但仅靠这种“硬法”路径并不能充分调动企业履行社会责任的积极性。相反，企业社会责任评估可以通过揭示企业的社会责任履行情况来影响公众对企业的认知，从而促使企业“自愿”改善社会责任履行状况。这就是在该领域内已达成世界共识的“软法之治”。它不仅需要揭示企业社会责任评估对改善企业履责状况的意义，并且还应把握现有国内外企业社会责任评估方式的优缺点，从而构建一个体现中国特色的企业社会责任指数



评价体系。

第八章聚焦上海等城市的雾霾和大气污染问题，尝试构建基于智能电网大数据的工业企业污染排放预测方法，以便及时监控风险。通过分析上海大中型工业企业用电量与工业总产出、工业总产出与主要污染物直接排放量之间的关联关系，本章建立了工业企业基于用电量的直接污染排放清单估算方法。利用此估算方法，可在实时的智能电网大数据基础上估算工业企业直接污染排放量，服务于大气污染的实时预警和预测。这项研究表明，该清单估算方法可直接应用于工业企业的污染的实时防控，既可服务于政府大气污染监测、应急机制启动时防控对象的选择，也可服务于未来的污染物排放权实时交易市场的供需分析等，是大数据在污染防治领域应用的可行路径。

第九章聚集生态环境风险的赔偿方式探讨。在传统自然损害论评价下，完全赔偿原则易导致高昂赔偿金额，惩罚性赔偿厌恶难以规制恶性损害行为，“差额说”理论在适用中面临评估难题。生态环境的特殊性呼唤规范损害论对损害赔偿进行理论抽象，从证明生态环境事实上所遭受的损害开始，通过弹性的价值体系加以过滤，最终确定具体赔偿数额。生态环境损害虽不同于传统的人身、财产损害，但并不能脱离损害赔偿的责任要件体系，应从生态利益保护力度、损害行为正当性程度、因果关系贡献度、损害主体过错程度等因素加以综合评价，来确定生态环境损害赔偿责任的具体范围及标准，再通过各项所对应的责任形式或金钱评价，最终合理确定赔偿的责任。

第十章聚焦城市的食品安全性风险以及大规模侵权问题的司法救济，特别是归责机制和损害赔偿额确定标准。追究大规模侵权责任的正当性基础在于风险社会之下的分配正义，其重点在于尽可能地恢复被危害行为破坏的社会秩序。机械化的工业生产所带来的高度风险和

巨大的事故损害引起了侵权法的责任原则由过错责任原则向无过错责任原则的演变，从“无过错即无责任”的传统转向了“谁应当承担风险”的策略。与此同时，侵权法经历了从自由到安全的价值变迁，责任保险亦通过各种方式对侵权法的正义基础、功能及具体制度的各个方面进行了重塑。受到复杂的内外因素限制，侵权法救济、国家救济、以责任保险和赔偿基金为代表的社会化救济均无法独立作为大规模侵权损害的救济制度单一存在，因而，综合各项机制的优势，有必要在我国构建以责任保险为主导的综合救济机制。以食品安全事故的归责和救济机制为例，我国应在确认无过错责任原则的前提下，针对不同的食品安全事故类型设计合理的因果关系举证责任分配制度，建设以食品安全责任保险为主导的综合性损害救济机制，完善惩罚性赔偿救济制度，合理分配食品安全事故中的国家责任，既使受害人得到充分、及时的救济，维持社会的安全和稳定，又能充分考虑市场活力，实现合理的风险分配。

第十一章聚焦上海在经济发展速度放缓和用工形式多样化背景下的劳资冲突和劳动纠纷频繁发生的风险及其法律应对举措。在上海及其他城市，随着用工形式多样化和劳动关系复杂化，近年来劳资双方的矛盾也逐渐凸显：劳动争议的规模和数量迅速增加，劳资冲突引发的群体性事件频发。可以说，劳资冲突风险已经成为当前众多社会风险中一种重要的表现形式。从实践中的很多案例来看，劳资冲突的社会影响一般较大，采取的维权方式也比较极端：罢工、集体上访、游行集会、阻塞道路交通，参与人数较多，突发性强，很多时候不能及时有效地预防、处理，暴力化倾向明显等。从全国范围来看，劳资冲突的群体性事件多发生于东部沿海地区。上海作为我国的经济金融中心，经济发展水平、发展速度以及开放性位于全国首位，企业所有制成分和用工形式的复杂性导致劳动关系的类型和冲突形式趋于