



上海交通大学凯原法学院高峰计划
“法与风险社会”研究丛书

卷3

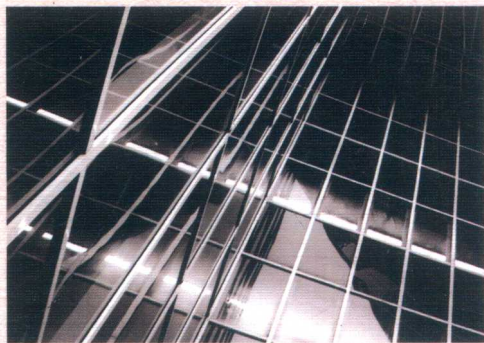
总编 / 季卫东

多元化社会的风险治理

交叉视角研究

主编 / 沈伟 侯利阳

RISK GOVERNANCE
IN A PURALISTIC SOCIETY
An Interdisciplinary Paradigm



上海三联书店



上海交通大学凯原法学院高峰计划
“法与风险社会”研究丛书

卷3

■ 总编 / 季卫东

多元化社会的风险治理

交叉视角研究

主编 / 沈伟 侯利阳



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

多元化社会的风险治理:交叉视角研究/沈伟,侯利阳主编.

—上海:上海三联书店,2018.1

(法与风险社会/季卫东主编)

ISBN 978-7-5426-5963-7

I. ①多… II. ①沈…②侯… III. ①社会管理—风险管理—研究 IV. ①C916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 166294 号

多元化社会的风险治理:交叉视角研究

主 编 / 沈 伟 侯利阳

责任编辑 / 杜 鹃

特约编辑 / 周治华

装帧设计 / 一本好书

监 制 / 姚 军

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

邮购电话 / 021-22895557

印 刷 / 上海盛通时代印刷有限公司

版 次 / 2018 年 1 月第 1 版

印 次 / 2018 年 1 月第 1 次印刷

开 本 / 710×1000 1/16

字 数 / 500 千字

印 张 / 27.5

书 号 / ISBN 978-7-5426-5963-7/C·563

定 价 / 84.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021-37910000

总序

置身于现代化的场景、全球化的时代，就会感到各种类型的风险无所不在。因此，当今的中国不得不习惯与风险共生的处境，并加强管控风险的能力。

管控风险，目的是通过预防性举措来守护有价值的事物，防止损害和灾难。正如春秋末年轻丘明所言：“居安思危、有备无患”。但人们即便明白这层道理，也往往倾向于回避对风险的思考和讨论。为什么？因为容易出现报喜不报忧的心理偏好，也因为时常担心“乌鸦嘴”之讥或者对所谓“负能量”言行的指责和压制。更何况风险被危害证实，总是盖然性的，并不确定。如果一旦发出风险的预警，但危害却并没有发生，甚至还引起了额外的成本负担，那就很可能招致“惩羹吹齏”、“杞人忧天”之类的抱怨，造成对提醒者、决策者以及执行者的信任度下降。因此，能否揭示风险、什么时候揭示风险、采取何种预防手段，总是颇费斟酌的，有时还的确让人倍感困惑。

然而无论是企业经营，还是国家治理，都充满了风险。借助仓央嘉措的情诗风格来表述：“你说，或者不说它，风险就在那里，不增不减”。回避风险议论的问题是容易助长疏忽，无法未雨绸缪，最终使风险酿成损失、危机、灾难甚至“极少见、特有害”的人间惨祸。在这个意义上，提高风险意识，促进风险沟通，注重风险的评价、预防以及分散是非常必要的。对各种矛盾激化的转型期中国而言，尤其需要加强防患于未然的态势，不断从经验、特别是失败中汲取教训并健全纠错机制，采取多重防护措施来应对风险、危机、不测变化以及因灾害或公共事件引起的紧急事态。

乌尔里希·贝克的名著《风险社会》是1986年出版的,迄今已经影响世界凡三十年。相关文献也已经汗牛充栋。根据我的观察和认识,在社会科学领域,对风险问题的论述主要分布在如下四个基本象限。

(1)从风险的角度对现代性进行重新认识和反思,提出多元的、复杂的现代社会图景,并致力于对科技、产业、城市、经济模式以及国家治理方式中的一些弊端进行矫正。这种立场是贝克风险社会论的出发点,也反映在安东尼·吉登斯的学说中。

(2)从风险的角度建构一种新的社会系统理论,最有代表性的是尼克拉斯·卢曼风险社会学提出的分析框架。卢曼把对决定者的问责以及相应的风险沟通作为把握社会系统与风险之间互动关系的关键,实际上也为研究风险社会的治理与法制条件奠定了坚实的理论基础。

(3)站在决策者、行政部门或者司法当局的立场上,探讨对风险的评估、预防、管控以及具体的应对举措和规制方法。这类研究数量庞大,具有代表性的例如斯蒂芬·布雷耶从司法技术的角度进行个案分析的著作,还有阿明·纳瑟希的风险管控类型论。

(4)立足于草根阶层、利益群体以及普通公民的互动关系,从组织行为、社会运动以及沟通过程的角度来理解和把握风险现象以及各种应对策略。很有典型意义的是珍妮·卡斯帕森等人的系列研究成果。尤其值得注意的是,尼克·皮金、保罗·斯洛维奇们提出“风险的社会放大”的概念,让我们注意到风险感知与风险沟通之间的相乘效果和传导机制以及在特定条件下的“群体极化”事态。

上述这四种象限是相生、相成、相辅的,也有重叠之处。其中(2)和(3)体现制度之维,分别对应于结构和功能,而(1)和(4)则体现过程之维,分别对应于涵义以及媒介。如果进一步分析和推演,可以发现从各种各样的话语中浮现出来的根本问题只是“风险社会的治理”和“围绕风险(负资产)如何分配的沟通”。这恰恰构成了具有深刻法学意义的认识对象。

不言而喻,关于风险的社会科学研究也对法学界,特别是对侵权行为的归

责机制产生了深远影响。近些年,在环境法、行政法、刑事法、经济法、保险法等领域,风险概念往往成为理论创新和政策调整的重要契机,关于风险的评价、预测、分散以及转换的讨论也开始渗透到执法和司法的各个环节。然而不得不承认,法学界对风险的理解和分析还不够全面、中肯、深入,尤其是风险社会对法治模式和规范思维方式的深远影响还缺乏必要的考察,对风险管控的制度安排及其效应也没有进行充分的实证研究,故而关于具体举措的探索往往停留在比较皮相的层次。在中国,关于法与风险社会的研究更是处于起步阶段。在风险预防和风险沟通之际,有关部门以及专家学者时常暴露出囿于先入之见、流于盲目乐观、陷于思维僵化、苦于想象匮乏等视觉上的盲点。

正是根据上述认识,上海交通大学凯原法学院决定把风险社会的依法治理与制度创新作为现阶段学术活动的重点,策划了跨学科合作项目并组织了相关专题研究和讨论。我们的基本立场是,要有效预防和管控风险就决不能回避可能出现的问题,更不能掩盖或扭曲事实真相,而必须形成某种能够自由探讨制度、政策、举措的成败得失以及纠错机制的氛围。与此同时,也要防止风险意识的保守化畸变,坚持“不冒险就是最大风险”、“有危机就有转机”的挑战精神,形成宽容试行错误的氛围。也就是说,要在鼓励风险决策与防控决策风险之间达成适当的平衡。

作为本院集体攻关的高峰计划,这个关于法与风险社会的跨学科研究项目在严格区别“风险”、“损害”、“危机”、“完全不确定性”以及“可预料之外”等概念的基础上,把决定者与受决定影响者之间的矛盾及其解决作为国家治理体系和法律秩序重构的切入点;把围绕问责的风险沟通、抗议运动以及相关的法律话语作为理论创新的重点;在讨论具体的制度、规范、程序、举措、技术时尽量聚焦作为负资产的风险如何切割布置的分配正义问题,并以此为机轴开展案例研究、实证分析以及跨学科合作,建立关于法的政策科学体系(还不妨包括各部门、各行业的“风险命价”计算指标的厘定和不同规模的测量)。另外,还有必要从风险社会的角度重新理解和诠释法律学的基本范畴乃至各种相关命题,探讨适合国情的日常法治模式和紧急事态法治模式。

就法治模式创新而言,这个跨学科研究项目试图建构一个把“原则”嵌入合理行为之中的国家治理体系。可以说既有的法治理论基本上是把“信念”与“欲望”作为合理行为的动机,各种制度设计基本上都是这两种因素的不同组合而已。这是很典型的实践理性的工具性分析框架。但是,其实只有在“原则”确立之后,通过规范的控制和协调才能使行为具有合理性。因此,本项目研究的理论重点在风险社会中,通过不同传统、不同制度设计以及不同政策举措体现出来的“原则”或者正当性根据。在实证研究中,我们将对基于“原则”而形成的规范控制的结构和功能进行测试、分析以及检验,从而进一步说明行为合理性与规范控制之间的关系。

在我看来,把“原则”嵌入合理行为之中的法治模式更能适宜 21 世纪中国的风险社会以及网络混沌的现实,即事实与规范之间的复杂而多变的关系。不言而喻,在一种非常相对化、流动化的状况下,基于“原则”的规范控制显得更加重要。为此,需要摒弃乌尔里希·贝克所批评的那种“单纯的现代”观,更强调自我反思的理性和机制设计,进而拓展菲利普·塞尔兹尼克关于“回应型法”以及裘塔·托依布纳关于“杂教法”的思路,需要对政府的预防和管控在行为层面的影响以及问责机制做具体而深入的考察,并把认知科学、博弈理论、信息处理技术以及其他学科的知识和方法导入立法、司法、执法领域,区别基于交涉制约的习惯与基于义务制约的规范,分析服从规范的行为方式和使用规范的行为方式。

具体而言,当今中国所面临的风险,既包括结构性腐败的蔓延所孕育的执政合法性危机,也包括经济高速增长过程中出现的股市、债市、楼市泡沫破灭所带来的冲击,还包括生态环境的破坏、生命健康的侵蚀、城市治安的恶化、科技利用的副作用,诸如此类,不胜枚举。从法学的角度来看,风险的预防和管控手段既有物权性质的(用以中止或者终止潜在威胁和实际损害),也有债权性质的(用以赔偿受害者的各种损失),还有行政预防、刑事处罚、保险理赔、紧急事态处理,等等。我们对风险预防和管控的目标以及制度的应对手段进行梳理后,提炼出了跨学科研究项目的以下基本课题:风险社会的公共事务决定与问责以

及法律沟通;超大城市和网络社会中多层多样化的风险治理机制;无疆界时代国际秩序的不确定性与各种流动性风险的应对;企业、金融以及经济发展的法律风险防范机制;结构性腐败案件的刑事责任追究以及风险刑法论;以风险管控为宗旨的行政预防制度和司法审查制度以及各种不同政策之间的协调,等等。

这套丛书作为凯原法学院关于法与风险社会的高峰计划的基础作业之一环,旨在对上述基本课题研究的问题意识和聚焦点进行梳理,对相关领域的前期成果和中国学者的代表性业绩进行总结,对风险法学的未来进行展望,描绘出适合于本项目定位和进展的知识地图。在此基础上,我们还将从不同维度对超大系统和复杂系统的风险管控机制进行更深入的共同探究,特别侧重生态环境保护运动与权利救济方式、产业经济安全问题与行政规制方式、城市突发事件与危机处理方式、警察活动的比例原则和民事不介入原则与基层治理方式等若干板块的法律、政策以及举措的实证分析或者规范分析。这套丛书究竟是否充分反映了相关领域的前沿动态,只能留待读者诸贤去自由评判;但愿我们这群志同道合者的尝试和努力能够对大家进一步认识风险社会所特有的治理问题以及法律秩序演变的趋势有所助益,也能够成为中国法学理论和制度创新的又一个契机。

这套丛书的出版得到上海三联书店黄韬总编辑的鼎力支持,责任编辑杜鹃女士更对每一本论文集的技术处理倾注了大量的精力和专业智慧,在此我代表各卷主编和所有撰稿人对出版社方面表示诚挚的感谢之意。另外,“法与风险社会”主题的企划、研究以及丛书的出版发行还获得了上海高校服务国家重大战略出版工程项目以及清华大学公共管理学院 CIDEG 重大项目“风险社会及其应对”的资助,特此鸣谢。

季卫东

2016 年秋

美国影星尼古拉斯·凯奇主演的科幻片《先知》(又译《神秘代码》或《末日预言》)讲述了这样一个故事。位于麻省的威廉道斯小学在1959年为庆祝学校成立安排学生把对未来的幻想画作放在一个时间囊里,供50年后的学生开启。当时一名叫露辛达的女孩把写满数字的画作放在这个时间囊里。50年后这张画作被卡莱布获得。他在麻省理工大学天体物理学教授的父亲无意中看到这个画作并破解了这些数字后面的秘密。这些数字是过去50年里世界各地发生重大事故的日期和死亡人数。画作最后的数字预言了太阳耀斑会引发的全球性灾难。当凯奇主演的麻省理工教授破解这些数字的时候,电影画面跳跃地展示了过去50年里世界各地发生重大事故和灾难的场景以及死亡人数。这些重大事故和灾难有海啸、空难、恐怖袭击、地震、车祸、火车出轨、战争等等。这些场景鲜活地向观众展示了我们所处的世界无时不有、无处不在的可能会遭遇的种种风险。难怪人们经常说,现代社会是风险社会。

认知和研究风险社会的风险及对风险的控制、降低甚至化解,远比科幻片严肃得多,难度也要比拍摄一部科幻片要大很多。特别是,现代社会的风险通常是天祸和人灾合力的结果。一场暴雨可以造成车毁人亡,居民小区可以因为临近的化工品储藏区爆炸而面目全非,新建楼宇可以因为边上河道施工整体坍塌。凡此种种说明现代社会的风险很大程度上与社会治理有关,泥石流、水灾未必是自然灾害,而是人为事故。风险经常渗透到个体人的生活和物理世界的每个角落。这表明了社会的风险性和风险的弥散性。

多元化基本上可以概括现代社会的基本属性和形态:人员构成多元、文化背景多元、利益诉求多元、信息媒介多元、舆论渠道多元、意识形态多元、宗教信仰多元、伦理体系多元、纠纷解决机制多元。多元化社会使得风险的生成、传播、控制更为复杂,以至于风险层出不穷,并且不断叠加。这是由现代社会多元化带来的复杂性造成的。在全球化没有全面展开之前,社群和国家是社会风险存在和治理的主要载体。即便如此,社会风险已经基本涵盖了社群和国家的各个方面,既有基于个体的就业、职业、伦常、性爱、家庭,又有基于国家的科学、文化、生态、经济、政治、军事和安全。全球化将风险推至了更加广袤的领域,使得风险跨越了国界,在广度上有了数量级的增长。这种风险社会的图景随着信息工具的发展更有在信息社会不断膨胀的迹象,在深度上有了几何倍数增长的可能。多元化社会也是一个风险聚集和扩散几率极高的社会。

如果说(以乌尔里希·贝克、安东尼·吉登斯和卢曼为代表的)社会学家从社会发展视角剖析风险社会,并以社会理论为依据认定风险社会是现代性的后果;经济学家(如伦纳德·萨维奇、肯·宾默尔)可能从成本收益分析角度,衡量风险(损失)发生的概率和风险治理的成本和社会收益的大小,进而取舍选择风险治理工具(如贝叶斯决策理论),那么法学家可能更侧重从治理角度研究如何通过法律途径和渠道将社会风险最小化。法律需要解决的是如何通过社会风险的有效管理和治理,使得风险可以确定并可控,并且受害者的合法权益通过保护机制得到有效保护。这两个任务相互关联,互为因果。风险治理机制可以帮助个人、家庭和社群有效处置多元风险,以便达到社会保护的目的,进而维持经济和社会的可持续发展。

社会风险治理的策略基本上可以分为事先和事后机制。事先机制重在帮助相关利益人预计和保证免于风险震荡。治理者的任务是设计和实施传统的但是有效的公共干预手段,比如社会保险和社会救援政策,提高利益攸关者的抗风险能力,减少他们的脆弱性。事后机制侧重解纠和补偿,通过有效的再分配机制,使得风险受害人得到补偿,进而减少风险的破坏性影响。本书聚焦多元化社会风险治理,采用的是交叉视角,试图从多个截面剖析社会风险及其治

理的维度、逻辑、思路和工具。本书涵盖的诸多议题基本上可以纳入风险治理的事先或事后机制。

在中国语境中的治理不仅与风险相关,更与政府职能、政府机构、政府与市场之间的关系、政府与社会之间的关系有密切关联。中国的治理结构的变化一般是政府、市场和社会之间博弈的结果。与公民社会不同,在一个自上而下的威权社会,政府在社会风险预防和控制方面起到的决定性作用不言自明。本书第一部分就是聚焦政府角色和功能。

政府在社会治理中的角色出现了复合化的趋势。也就是说,政府参与社会治理和社会活动的载体不再是单一的政府组织或机构,而是通过其他形态的载体进入社会公共领域。同时,现代社会进入信息社会以后,政府的非政府形态介入社会生活产生了主体的信息矛盾性,这种矛盾性是由政府的非政府载体的非政府性和信息社会的信息公开性之间的矛盾决定的。《公共企事业单位与信息公开》一文讨论的就是这个矛盾。《政府信息公开条例》第37条设置了不同于“行政机关”的“公共企事业单位”信息公开义务,由此,依据怎样的规范以怎样的方式公开信息等问题成为当前亟需解决的课题。该文首先将第37条置于该条例整体中进行定位分析,确定了该条作为连接规范的地位,从而使前36条整体构成了第37条的解释基础,并通过确立“最少存留适用”等规则以及“主体类同”和“职能类同”的解释方法赋予“参照”具体的内涵,由此整理规范对象行为与不予公开的信息种类之间的一般属性和特殊性,以及审查程序与救济相关事项之间的关系,为公共企事业单位的信息公开建立了基本的适用规范。

依法实施政府信息公开是依法治国的内在要求,是建设现代政府,提高政府公信力,保障公众知情权、参与权、监督权的重要举措。《政府信息公开制度的司法实施状况》一文聚焦于《政府信息公开条例》,但侧重于司法实践的视角。作为我国政府信息公开的一部基本法规,《政府信息公开条例》的实施标志着我国政府信息公开制度的初步形成。该《条例》经过8年的实施,在推进政务公开、加快法治政府建设步伐、保障公民知情权等方面取得了显著成效。但是,《政府信息公开条例》在实施过程中也暴露了诸多不足,包括法律制度自身存在

的不足,制度在实施过程中存在的不足。这些不足是否可以通过司法得到补足和补缺依赖于司法体制的司法性和独立性。该文通过实证研究,梳理了涉及政府信息公开的司法案件,通过数据说明《政府信息公开条例》的实际实施情况。此文罗列的数据有说服力地说明,由于《条例》本身的局限性和现实的司法困境,政府信息公开尚未完全成为中国的“新常态”。

政府作为社会风险的治理者本身也存在复杂的因素和维度。我国的中央和地方政府之间的功能划分和职能分界一直在效力和效率方面存有病诟。为了对抗金融危机而推出的四万亿救援措施和投资拉动 GDP 导致的日益严重的地方债务问题折射的就是我国财政体制中的一个根本缺陷,即中央与地方之间的事权关系没有进入法治轨道,进而造成了地方财力与事权的严重不对等。《地方债务风险》一文就是围绕中央和地方政府之间的权责划分展开讨论。提升我国中央与地方事权关系的法治化程度已经成为了一种学术和政策共识。然而,在这个过程中,既有的那种能够防止地方政府过度举债融资的、自上而下的政治控制机制将不可避免地被削弱。由此,在推动我国央、地事权关系法治化进程的同时,我们有必要去找寻一项替代性的机制,以控制地方政府的“预算软约束”。结合中国的实际情况,金融市场投资者的行为选择可望起到有效控制地方债务规模的作用。而要让这一机制的作用得以发挥,必要的法律保障就是明确地方政府独立发债的权限和独立承担债务的责任,以此促成地方政府的隐性负债朝着显性化、法治化的方向转化。

与催生日益膨胀的地方债的四万亿救援措施相似,经济政策的制定和实施会增加不确定性,产生某些副作用和风险。《产业政策向竞争政策转变及其风险》一文讨论的是产业政策和竞争政策的制定可能引起的风险。党的十八届三中全会对于经济体制改革提出了新的要求,即“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”,但并未明确何时何地必须实现从产业政策为主导的发展模式转变到以竞争政策为主导的发展模式。该文聚焦于上海改革开放后的经济发展状况,以欧盟 20 世纪 80 年代经济转型期的相关情况作为参照,从实证角度分析上海目前经济发展中所遇到的问题,该文认为上海已经具备实

施竞争政策的条件,并提出相应的对接方案。

《政府规制政策评价与规制风险预防》以成本收益分析方法为切入点,研究在美国被广泛运用于政府规制政策评估,及其较为成熟的分析结构和操作方法。规制政策评价包含以“没有规制的现存状态”为对照假设、以“特定规制事项的成本/收益”为分析单元、以“可替代性手段”为评估对比、以“分配效果与公平性”为兼及考虑成本四重分析结构,并区分“具市场直接交易性”和“非市场直接交易性”两类价值,采取不同的货币换算方法。成本收益分析既有“货币共量性”的优势,也存在量化标准科学性、货币基准转换可能性和范围界定可确定性层面的质疑。规制政策的正确和科学评价对规制带来的负面效应有制约作用,对风险控制机制的设计具有借鉴意义。

应对现代风险社会,英国社会学家吉登斯提出了一种政治上的“第三条道路”,试图在西方议会民主制度框架内实施一种兼顾国家作为集体行动主体和超越阶级和经济利益的全社会认同复合模式。这种模式呼应了国家政治干预扩大到经济、科技、生态甚至文化等以往独立于民主政治的非政治领域的社会现实。“第三条道路”无法躲避民主,即使是依赖于非正式民主建制的亚政治形态也需要某种民主的因素,以便构建与正式政治体系平行或垂直的公民社会。《新加坡模式——有限民主下的法治与善治》有趣地讨论了典型的亚政治形态社会中民主、法治和善治之间的复杂关系。即使是一个相对富裕、稳定、风险因素较少的社会仍然无法回避民主,因为法治和善治已经成为所有社会努力的目标。

中国社会正在经历重大的变迁和转型。这些转型包括城镇化、信息化、市场化、市民化,这些转型可能带来许多附带和相关的风险。放眼全球,恐怖主义和恐怖活动也给社会注入不稳定因素,产生某些新的风险形态和问题。本书的第二部分主要讨论转型社会的一些不确定因素和新型风险。分析这些风险需要有扩散性思维。但是,即使是对这些非传统风险,法治思维和法治逻辑仍然应该是基本原则。

中国社会在广度和深度上经历着前所未有的城镇化。城镇化需要人口迁

移和土地。《城镇化中土地征收补偿的平等原则》讨论的是城镇化土地征收的一个方面。基于现行宪法和法律的规定,城镇化中所需集体土地只能通过征收解决。这一制度的理论基础是事实上平等即物质利益平等,而不是形式平等即法律上平等。这种事实上平等所体现的是越公越优越,超越了我国的社会发展阶段,与宪法修正案已还原的社会发展阶段、混合所有制经济和市场经济体制不相一致。归结到法律,应当修改《土地管理法》第47条有关土地征收补偿标准的规定,实行以土地市场价为标准,从而实现集体土地与国有土地间的物权平等,实现农民个人与政府、农民与市民间法律上的平等。土地使用权入股应作为土地征收补偿方式的选项,以保障农民平等发展机会。在现行宪法和法律规定不变的情况下,基于土地的特殊属性以及土地权益的有效保障,按期补偿也应作为补偿方式。补偿期限可以按国有土地使用权出让期限确定。

高楼环宇是中国城市面貌的一道靓丽风景线。但是高楼环宇背后也有许多拖欠工程款(和劳工工资)的悲情故事。《建设工程资金风险》一文折射的是这些拖欠款法律纠纷的来龙去脉,以及通过《合同法》和司法解释解决此类纠纷的可能性。该文的重点是探讨以承包人为中心环节的责任机制。作为一项控制建设工程资金风险的法律制度,该文建议通过优化承包人优先权制度,减少工程款拖欠。

中国社会经历的重大变迁还带来了道德泛化和空心化。除了法律执行力本身欠缺和弱化之外,道德约束的作用也在式微。“彭宇事件”已经使得“扶人被讹”有成为“社会定见”的可能。道德弱化极有可能使得需要道德弥补法律空白的风险继续不可控。《见义勇为风险的私法救济》探讨了市民间救助行为及其相关风险在民法体系中救助制度得到调控的可能。该文通过比较研究指出,意大利刑法明文规定公民间的救助义务不同,意大利民法对于市民间的救助行为没有统一的规定。但是以宪法中的团体主义为基础,通过对紧急避险和无因管理制度的解释,可以建构出一个与民法教义学体系相对应的私人救助制度,并以此解决私人救助关系中的权利义务问题,包括费用返还请求权、损害赔偿请求权、酬金请求权以及相应的继续履行义务、善良家父义务和救助行为所生

的损害赔偿责任等。这种体系化的视角对完善我国见义勇为的民事法律问题有着重大的借鉴意义。此文关于道德议题的法律研究对理解风险社会的核心要义有所启发——风险社会的中心议题关乎责任分配,以便实现风险(以损害后果计量和物化)分配的再平衡,最终达到公平正义的目标。

经济繁荣的社会未必能够保证无风不起浪,社会可以一直平静如水。社会变迁的要义在于社会个体的诉求不断地经历变化和起伏,一般是从经济诉求向政治诉求演进。当社会个体的诉求与社会结构之间的紧张关系没有得到有效舒缓,风险就会快速聚集,并有可能以突发事件或非常规事件的形式展现出来。此时的风险就会演变为不可预期、非常规和不可控风险。传统治理手段对这类事件的应对和控制未必起到良好的效果。应对这类事件的起因和社会诉求可能更为重要。同时,社会秩序混乱,政治合法性缺失,经济也无法快速发展。这是放之四海皆准的道理。

恐怖主义正在全球迅速蔓延,并且经常以突发性的、造成大量人员伤亡的方式呈现出来。大到国际大都会,小到旅游海滨,恐怖主义正在以不同的方式出现于人口聚集区域,这与恐怖主义企图达到的制造恐怖气氛有关。恐怖主义从有限的地理区域蔓延到非传统的恐怖主义侵袭的区域说明恐怖主义所裹挟的风险通常很难预期,控制手段和措施经常力不可及。《风险社会的宗教冲突、恐怖主义与法律对策》分析和梳理了欧洲恐怖主义袭击事件的宗教和文化背景,并且试图以法律作为切入点,探讨以法律手段治理恐怖主义的可能性。

后“9·11”时代,暴恐行为在特定区域的大都会或都市区仍然存在,并造成大面积人员伤亡,反恐和反风险压力巨大。《都市反恐与证人保护》讨论了在反恐的大背景下,证人保护渐趋成为暴恐犯罪能否被追诉成功的隐忧。较之普通案件的证人保护,反恐案件中的证人保护有其特殊的必要性。2012年中国《刑事诉讼法》初步确立了证人作证制度,也规定了设置物理隔离、遮蔽面容等具体的证人保护方式。但是,不仅“不公开审理”的保护方式仍需增设,同时,证人保护也需尊重被追诉人的对质诘问权,且具体选择何种方式来保护证人,应遵循比例原则。此外,设置反恐证人基金、提升庭审辩驳技巧也是重要的配套机制。

按照梅因的社会进化理论,现代社会应该是一个摆脱身份,基于契约的社会。这种社会的繁荣程度与契约精神的成熟程度和契约执行的有效程度成正比。这种社会的本质是商业社会,商业社会的发展有赖于商人社会对契约和意思自治原则的尊重,也有赖于司法对契约执行的有效性认可和司法支持。社会的商业活动和商业面向也会给社会带来诸多风险。与其他社会风险不同,这类商业风险的控制和规避更具有技术性,需要复杂的专业知识和管制技艺。其他社会风险可能更依赖于公共政策的选择,而商业风险的调控和治理取决于成本收益分析和合理性技术。本书的第三部分聚焦商业社会的经济风险及其规制。

《政治经济博弈与国际金融体系》一文涉及的主题是全球所有国家都必须面对的议题。最近的全球金融危机还在持续发酵。后危机时代金融监管的主要目标是克服系统性风险,一种金融和银行业特有的风险。尽管中国的银行和金融市场有其自身的特点,中国金融监管的趋势是趋同于金融监管的国际标准。不仅如此,中国正在更加积极地参与全球金融治理体系的重塑过程,也更加深度地参与金融规则的制定,而且努力试图构建新的国际金融机构。《政治经济博弈与国际金融体系》讨论了两个相互关联的问题。一是,为什么中国制定和实施以巴塞尔体系为基础的国际银行规则;二是从政治经济学理论分析中国在全球金融规制领域进取姿态的隐含逻辑,从中分析中国扮演更加显性作用的国家利益。该文很好地说明了在全球化的狂潮下,即使是例外性的市场和监管体系也不得不因全球化而逐步地减少本地化的成分。特别是在金融领域,系统性风险的治理更因金融资源和要素的全球流动而越发复杂,与国际标准同行可能是地方金融监管者不得不采取的监管策略选择。

以雷曼兄弟银行2008年9月破产登记为开端的全球金融危机对亚洲的影响除了出口型经济体的出口困难、就业市场的疲软,以及为了应对金融危机的国内经济刺激计划之外可能就应该算是香港等亚洲金融市场发生的雷曼兄弟迷你债券事件了。这是此次全球金融危机在香港等亚洲市场金融业界最直接和最具影响的反映。《香港迷你债券事件及金融风险规制》以金融法律规管为视角,检讨迷你债券产品属性、监管机制及改进路径。文章着重讨论三个问题:

迷你债券的结构、性质及其内在风险；普通法下金融机构在销售金融产品过程中的注意义务及其适用；改进金融监管的路径或工具选择。金融界和学界目前为迷你债券事件诊断的主要“病因”是金融结构产品信息披露制度存在缺陷。此文从法与经济学、行为学、金融管制理论、比较金融法等角度探讨了在改善披露制度之外是否还有其他更为有效的监管工具选择。

美国和欧盟的反垄断法体系虽是其他国家和地区学习之模板，但也产生了反垄断法制度是否适合所有规模经济体情况的问题。就经济学理论而言，小经济体因为更容易受到规模经济的影响，故需要在反垄断法的并购控制、市场支配地位滥用等方面进行制度调整。小经济体本身的多样性和现实状况的复杂性却对反垄断法本身是否应当得到适用这一前提提出了挑战。《小经济体特性下的市场开放风险——澳门博彩业的反垄断规制》重点研究澳门这样的小且单一的经济体。在澳门这样一个开放型的小经济体中，尽管引入竞争促使其博彩业得以快速发展，消解了之前市场的垄断格局，但外部需求的持续增长使得博彩业不断扩张，吸引了包括劳动力、土地在内的稀缺资源进入到博彩业中，导致产业单一化问题恶化，严重威胁到澳门经济的安全。对此情况，反垄断法理论体系往往只考虑到开放竞争对于产业内垄断的抑制，而对产业间资源分配所导致的结果却没有考虑，使得反垄断法制度本身并不能处理由此所产生的经济安全问题。在反垄断法与其他社会政策发生冲突时，对经济安全的确保具有基础性作用，必然会排斥反垄断法的适用。此文的研究具有更为普遍的意义，原生于一个特定国家的经济治理制度是否真的可以和其他社会或经济体无缝衔接。

互联网金融在中国金融市场破土而出，并在短时间内获得惊人发展，但也面临着巨大的非法集资触刑风险。《互联网金融语境中的非法集资触刑风险及其破解》一文通过实证研究，系统梳理了互联网金融三种典型业态实践中所面临的非法集资风险，进而深度分析现行非法集资刑法规制存在的金融垄断的刑法立场与互联网金融创新相悖、过大的罪名口径抑制了有益的金融创新和过重的刑法量刑不足以满足投资者保护的公共利益等三重困境。针对互联网金融非法集资规制出现的种种尴尬与困境，该文提出以博弈论为视角转变刑法规制