

風險性與法治



科技的進步、產業的振興、城市的擴張、市場的全球化固然大幅度加強了人類征服自然的能力，生產出巨額財富，可以增進社會福祉，但卻並不能消除風險，因而也就不能消除憂慮和恐懼。於是，從1980年晚期開始就有「風險社會」^①論的流行。進入二十一世紀後，隨着產業化、城市化、全球化、數碼網絡化程度的提高，風險性也在不斷提高。大氣圈溫室化效應、「9.11事件」、「非典」(SARS) 恐慌、次貸引起的金融危機，諸如此類的大量事例都可以為證。

所謂「風險性」，就是在人為條件下不希望出現的事實導致不希望出現的結果的概率^②。因此，社會的風險屬於難以事先預防、但卻可以事後歸責的範疇，與法制有着極其密切的關係。然而一旦從風險性的視角來觀察法制，你就會發現決策者與受決策影響者相分裂、相對抗的特徵正在突顯，並對公共事務決策產生深遠影響。你還會看到，風險社會的出現也對法律學造成了強烈的衝擊。我們無法再以絕對性、確定性、統一性、可計測性為前提來構想生活空間和秩序。無論是政府還是個人，都不得以瞬息萬變、相對化為前提來進行各種各樣的判斷和決策。

顯而易見，二十一世紀的法學必須面對風險性增大的現實、必須探討和提供那些能夠減少乃至化解風險的方法和途徑。這樣轉換研究範式，會帶來甚麼樣的思想變化？首先，法學正視風險，就意味着在充分肯定產業經濟的輝煌成就的同時，還要充分留意高速增長所帶來的副作用，對各種消極因素進行體系化的考察、分析、評估以及應對。也就是說，風險法制的研究需要擯棄貝克(Ulrich Beck)在《風險社會》(*Risikogesellschaft*)所說的那種「單純的現代」觀，更強調現代的多元性和複雜性，更強調規範的事實基礎和自我反思的能力。為此，需要把信息處理以及其他學科的知識和方法導入立法和司法的領域，推動法社會學的、跨學科的，甚至文理交叉的法學研究。在風險社會中，法制發展不可能走法律教條主義路線。

這也意味着要改變那種把效益、財富或者GDP看作決定一切的尺度，把多數人的幸福最大化作為社會目標的邊沁(Jeremy Bentham) — 波斯納(Richard A.

Posner) 式的功利主義思維定式，也意味着拒絕片面的、絕對的世界觀——無論是諾齊克 (Robert Nozick) 式的自由至上論，還是桑德爾 (Michael J. Sandel) 式的道德社群主義。面對社會的風險性和複雜性的法學理論，應該盡量追求生活方式和價值觀的多樣化、人與環境的和諧，以及可持續的發展目標。也就是說，風險法制的研究更強調規範的預防功能和長期規劃的理性，強調各種不同訴求、不同關係的調節，尊重個性和差異，而不搞簡單的令行禁止。為此，法學要致力於開發多樣化的、富於彈性的管理技術和解紛工具。

在風險性很強的社會，法學不得不把危害發生的概率作為確定責任和義務的根據，改變事前審批的行政手法，在流動的相對性裏加強對結果的事後監控和司法性制約。因而有必要進一步強調侵權行為制裁機制的創新，分別從無過錯責任原則和保險技術等角度來考慮應對風險的方法，從而把分配公正的討論重點從資源和財富的分割，轉移到各種可能出現的危險和禍害，以及決定權的適當分散上，通過權利話語以及維護權利的互動關係來進一步調動利害相關者個人在實施法律中的積極性。

另一方面，站到制度設計的層面來看，現代法治的設想要求國家為社會提供一套切實的、完整的規範體系作為屏障，為交易安全建立起系統信賴^③，但是，風險性的增大卻使得對整體的責任所在的確定以及過錯責任的追究變得愈來愈複雜、愈來愈困難了。可以說，從系統到實踐、從結構到過程，屬於風險社會的大勢所趨。正是這種趨勢迫使制度的設計者以及政府各職能部門不得不改變高高在上的姿態，不得不深入現場、深入群眾，隨時掌握千變萬化的實際情況，作出靈活機動的、適當的反應，並修正決策和執行中的偏差。與此同時，為了防止臨機應變的裁量權被濫用，還需要特別強調分權制衡以及公正合理的程序，並預設事後審查和矯正的制度通道；為了防止以偏概全的失誤，還需要特別尊重少數意見和反對意見的表達自由，並使各種替代性方案能夠有機會保留和重新考慮。

基於上述認識，出於應對風險的考慮，法治的相關制度設計應該在相當程度上注重查明事實、收集信息、檢驗證據，以便根據具體情境和隨時可能出現的新情況採取更符合客觀條件的舉措。因此，在風險社會，學習型組織、學習型規範的地位和作用勢必愈來愈彰顯。在通過實踐進行學習和改進的試錯過程中，怎樣把差異和變化也充分反映到現存規範體系之中的程序，就成為法律維護和實現其作為規範的本質特徵的決定性因素。另外，充分的溝通、辯駁、議論以及決定，基於共識的制度條件，也在事實與規範之間發揮不可或缺的媒介功能。簡言之，程序性標準包括調查與審議這兩點，也不妨歸結為決策前後的公眾「聽證會」模式。在這個意義上，程序將促進參與和共同決定。

接着再來看實體性標準，主要涉及制裁與裁量。就制裁而言，風險法制會對作為與不作為的責任特別敏感。正由於決策風險較大，有關職能部門似乎愈來愈傾向於不作為，責任承包制則進一步加強了逃避責任、轉嫁責任的動機。因此，為了防止制裁機制失靈，需要對作為與不作為的後果作出明確的細則規定，把由職權決定的事項轉化為可以由當事人一方直接行使的權利。就裁量而言，是在相對化、動態化的語境裏對特定事態和結果進行限制，從行為規範上

防止決策和執行舉措的隨意性。例如量刑指南的制訂，更常見的則是法律解釋的概念計算、語法操作以及邏輯演繹。這兩個方面合起來，就構成一個職業「解釋共同體」。在這個意義上，實體的正義實現到甚麼程度，將取決於法律職業的精神境界和學識水平。

把程序規範與實體規範不斷進行適當的重新組合，是法制應對風險的一個重要方式。但要防止在多種組合中無所適從的事態，必須確立有針對性的評價性標準。其中有兩條標準構成關鍵：一條是及時而妥當地解決問題的實效機制究竟能否形成，應通過具體的可操作性方案的比較分析而進行判斷；另外一條是兩害相權取其輕，孰輕孰重應通過對決策和行動的各種風險的比較分析而進行判斷。透過不同的組合及其比較分析，可以看出法律的「選擇餘地」，尤其是手段和方式的選擇範圍。

剩下的問題是對緊急事態處理的制度設計。應對緊急情況特別需要決斷，往往會在倉促間難以顧及規範，但這並不意味着可以留下一塊不法地帶。為了依法應急，未雨綢繆的預防性制度安排以及保留事後對應急舉措進行審查和糾正的機會就自然而然被提上議事日程。

總而言之，從風險性、複雜性、多元性的角度來展望二十一世紀的法學以及《二十一世紀》「政治與法律」欄目的前景，不僅有利於對法治範式創新的探討以及改革舉措的實效，而且有利於理解中國傳統秩序的特色和深層原理——在筆者看來，中國傳統法是始終把「例外」作為「日常」，歸根結底是以緊急事態為前提來進行制度設計的，本來就與風險性的認識有着或多或少的內在關聯，難以接納一種所謂「單純的現代」的規範框架。

註釋

① 關於「風險社會」的概念內容以及理論意義，參見貝克(Ulrich Beck)著，何博聞譯：《風險社會》(南京：譯林出版社，2004)，原著1986年出版；貝克(Ulrich Beck)著，吳英姿、孫淑敏譯：《世界風險社會》(南京：南京大學出版社，2004)；亞當(Barbara Adam)、貝克(Ulrich Beck)、龍(Joost van Loon)等編著，趙延東等譯：《風險社會及其超越：社會理論的關鍵議題》(北京：北京出版社，2005)；Ulrich Beck, Anthony Giddens, and Scott Lash, *Reflexive Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order* (Cambridge: Polity Press, 1994)；土方透、納塞希(Armin Nassehi)編著：《風險——控制的悖論》(東京：新泉社，2002)。國內的主要研究文獻可以舉出楊雪冬等：《風險社會與秩序重建》(北京：社會科學文獻出版社，2006)。

② 吉登斯採取了「人為風險」(manufactured risk)的表述。參見Anthony Giddens, "Risk and Responsibility", *Modern Law Review* 62, no. 1 (1999): 4。眾所周知，社會心理學、經濟學等領域的決策理論都把「風險」定義為「對不情願事實引起的不情願結果的預期」。

③ 關於系統信賴以及相關的理論的譜系，參見季衛東：〈法治與普遍信任——關於中國秩序原理重構的法社會學視角〉，《法哲學與法社會學論叢》，2006年第1期，頁153-75。

季衛東 上海交通大學凱原法學院院長，教授。