

I A N Y A F A L Ü P I N G L U N

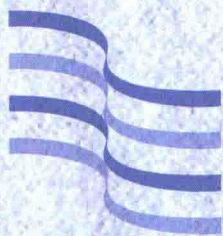


三亚学院学术文丛
SANYA XUEYUAN XUESHU WENCONG

天涯法律评论

(第一辑)

江合宁 王天林 主编



復旦大學出版社



三亚学院学术文丛
SANYA XUEYUAN XUESHU WENCONG

天涯法律评论

(第一辑)

江合宁 王天林 主编

 复旦大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

天涯法律评论(第一辑)/江合宁,王天林主编. —上海:复旦大学出版社,2014. 10
(三亚学院学术文丛)
ISBN 978-7-309-10863-7

I. 天… II. ①江…②王… III. 法律-文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 166158 号

天涯法律评论(第一辑)

江合宁 王天林 主编

责任编辑/毛蒙莎

复旦大学出版社有限公司出版发行

上海市国权路 579 号 邮编:200433

网址:fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

门市零售:86-21-65642857 团体订购:86-21-65118853

外埠邮购:86-21-65109143

江苏凤凰数码印务有限公司

开本 787×960 1/16 印张 13.75 字数 215 千

2014 年 10 月第 1 版第 1 次印刷

ISBN 978-7-309-10863-7/D·689

定价:35.00 元

如有印装质量问题,请向复旦大学出版社有限公司发行部调换。

版权所有 侵权必究



目 录

学术争鸣

- 论软法之“法” / 江合宁 盛玉华 ◎ 3
- 论经济公益诉讼制度在我国的建构 / 刘敏敏 ◎ 14
- 从法律社会学视角理解诚实信用原则 / 钟诗福 ◎ 29
- 对加重或减轻独立董事责任立法困境的法律思考 / 王文丽 ◎ 41
- 论创业板退市机制的制度互补与共同演进 / 王 焱 ◎ 50
- 论法律诊所教育的功能及其实现形式 / 张振安 ◎ 57
- 论唐代御史台的司法审判职能 / 张丽娟 ◎ 67
- 刑事案件证人出庭制度刍议 / 李雪峰 ◎ 79
- 非法证据排除规则的司法适用 / 沈宝生 ◎ 96
- 关于完善我国行政听证制度的若干思考 / 周媛媛 ◎ 107
- 论中外司法实践中悬赏广告的不同性质 / 肖纪连 ◎ 116

博士论坛

- 以交际功能为视角对庭审语言的观察 / 陶 虹 ◎ 125
- 论乡镇检察室制度的正当性:实践探索与理论反思 / 张 峰 ◎ 138

天涯视点

- 海南国际旅游岛航道地方立法问题研究 / 王 婧 ◎ 149
- 国际法视野下的南海岛屿主权问题分析 / 高 阳 ◎ 157
- 论无居民海岛的开发与保护 / 宋杉杉 ◎ 165

论海南省对“外嫁女”征地补偿款分配权益的立法保护 / 李春光 © 174

日本旅游立法对海南旅游立法的启示 / 陈运奎 © 181

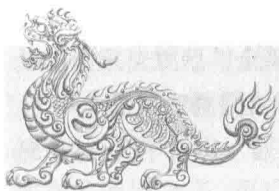
域外译评

美国对有组织犯罪的调查与起诉经验 / 李张健仪(王天林译) © 191

中国传统法律精神的现代界说 / 胡世凯 © 212



学术争鸣



论软法之“法”

江合宁 盛玉华*

内容摘要 在公共治理的视野中,软法现象已经是一个不容回避的现实存在。在现代社会关系高度复杂、变动的态势下,硬法覆盖的广度和深度都是有限的,任何国家都需要由软法和硬法来共同发挥调节社会的功能。“软硬兼施,刚柔并济”的法正是调整当今复杂的社会关系所必需的。它抛弃了以往的命令强制模式和单向思维方式,更加注重协商与民主,对话与互动。当今社会,法治目标已不再是片面的维护社会公共秩序,也不是片面地强调对公权力的控制,而是坚持以人为本,实现公权力和公民权利的最优配置。在传统的法概念未得到修正,公众广为认同的新的法概念尚未重构出来之前,应将软法视为传统法概念的类比概念纳入法学研究领域。

关键词 软法;公共治理;法概念重构;现实考量

近年来,学界掀起了研究软法的热潮,北京、南京等地还成立了专门的软法研究中心和实验基地,有关软法的论著也不断涌现,研究的重点主要集中于软法的概念、外延,软法产生的背景、兴起的原因,软法的性质(即软法是不是法)以及软法的作用和存在的问题等方面。这些论著对解决我国现实法制问题发挥了重要作用,特别是在解决规范行政自由裁量和司法自由裁量,防止行政自由裁量权和司法自由裁量权滥用等方面,软法学者提出了很多有价值的建议和主张。在其带动下,软法不但走进了法学家的视野,也得到了政治学、社会学和经济学学者的关注。为了推动软法研究的持续深

* 作者简介:江合宁,女,三亚学院法学院教授,主要研究经济法学、金融法学和公司法学;盛玉华,女,甘肃政法学院法学院教师,主要研究经济法学、环境资源保护法学和劳动法学。

入开展,笔者在此也对软法问题略陈管窥之见。

一、软法是什么:概念与特征

(一) 软法的概念界定

“软法”(Soft Law)是什么?是不是法?这是我们看到“软法”这两个字时一般都会产生的两个疑问。解决这两个疑问,需要从软法的特定语境考量。软法的语境从大的方面来说可以分为国际法、欧盟法和国内法三种。软法在国际法语境、欧盟法语境下的使用较早、讨论较多,也是相对容易理解的。相比较而言,软法在国内法语境下的使用则比较复杂,是我们讨论的重点。目前国内学界对软法的定义众说纷纭,尚未达成共识。从总体来说,具有代表性的有以下几种观点:

1. 姜明安教授认为软法是法,是非典型意义上的法律,包括三个方面的特征:“一是行为规则;二是具有外在约束力;三是由一定人类共同体制定或认可。”^①这一观点被称为“白马亦马”派。

2. 梁剑兵教授认为传统硬法以外的所有规则都属于软法。“所谓软法律,是一种客观存在于当代中国社会之中的法律系统,大体上是一个与硬法律和民间习惯法两面对应的法律领域。与之相似的概念有:类法律规范、准法律规范、软法、柔性法规、柔性规则等等,是一种新的法律分类方法。”^②学界将他的这一理论观点称为“热狗亦狗”派。

3. 罗豪才教授认为软法是“指那些效力结构未必完整、无需依靠国家强制保障实施、但能够产生社会实效的法律规范”^③。“在法规范体系中,与法律目的公共性高低不等相对应的刚性程度强弱有别的法规范,按照能否运用国家强制力保证实施这个标准,可以分为两类:一类是硬法规范,它们是指能够运用国家强制力保证实施的法规范,它们属于国家法。另一类软法规范,指的是不能运用国家强制力保证实施的软法规范(内涵),它们由部

① 姜明安:《软法的兴起与软法之治》,载《中国法学》2006年第2期。

② 梁剑兵:《软法律论纲》,载罗豪才等:《软法与公共治理》,北京大学出版社2006年版,第337页。

③ 罗豪才、宋功德:《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》,载《中国法学》2006年第2期。

分的国家法规范与全部的社会法规范共同构成(外延)。”^①

4. 程信和教授在《关于软法机制的思考——以经济领域的公共治理为视角》一文中指出:“假如跳出传统的‘法’的框架,而把它置于一种宽泛但却实在的语境之下,可以将‘法’分为更大的两类,第一大类为硬法(Hard Law),指正式的法律规范体系,在中国,即是指法律、行政法规、地方性法规和规章。第二类为软法(Soft Law),指不属于上述传统法范畴的规则体系。上述各种行为规则以它们各自独特的内容和方式,调整社会关系,确定组织结构,规范人们的行为,从而形成成为社会治理中的硬法机制和软法机制。”^②

以上多种观点,或抽象或具体,但是其核心却大同小异,即认为软法并不是没有法的拘束力,而是软法的拘束力不依靠国家强制力保障实施。并且,以上各家强调软法是处于公共治理语境下的概念,更注重软法存在的现实意义。

(二) 软法的特征分析

从概念界定的语言描述上来看,软法有张“普罗透斯的脸”(a Protean face),但作为一种实际存在的社会现象,我们从中依旧可以找到软法本身所具有的特征。

1. 软法制定主体的多样性。软法的制定主体大多不是正式的国家立法机关,而主要是社会性的人类共同体,如公法人、社会自治组织或混合组织等,具有多样性。因此,硬法主要代表国家的意志,而软法反映的意志一般是国家意志以外的,与国家意志不相违背的,范围更加广泛的社会公共意志。

2. 软法不具有国家强制力。这是软法区别于严格意义上的法律的最显著的特征,因为软法的制定主体并非国家正式立法机关,所以其并没有国家强制力保障实施。但这并不意味着软法对人们的行为没有约束力。“软法的实施主要依靠:一则部分软法目标的实现主要依靠社会舆论、自律、内部监督、同行监督等产生的社会压力,迫使爱惜声誉的公共主体自觉遵循软法。二则部分软法目标的实现依靠融入软法制度之中的激励机制,借助利益诱导的力量,因势利导,从而实现软法目标。三则部分软法的实施依靠强

① 罗豪才、宋功德:《软法亦法——公共治理呼唤软法之治》,法律出版社2009年版,第315页。

② 程信和:《关于软法机制的思考——以经济领域的公共治理为视角》,载《法治论坛》2006年第2辑,花城出版社2006年版,第4页。

制力,但不是国家强制力,而是一种社会强制力。四则部分软法的实施主要仰赖于国家权威或者国家强制力的权威,通过这种权威的影响而促使软法目标的实现。”^①

3. 软法体现了公众的更多参与、更多协商、更多民主。软法是公共治理中不可或缺的一部分,体现了公民参与社会公共治理与自我管理的精神。软法的形成过程是不同的主体为维护自身权利,寻求一致的利益均衡点而不断协商——争议——协商的过程。这个过程体现出软法制定和实施的协商性,协商结果的达成也体现出了协商基础上的民主性。

4. 软法能够产生间接的法效果。这是软法区别于道德、习惯和行政命令等的重要特征。软法一般表现为成文的引导人们为或不为某种行为的行为规范。对于社会上的个人而言,它所产生的效果与法是相似的;对于社会整体而言,它所产生的效果与法是相关的。在公共治理领域,软法起着一种辅助实现法律价值和达成法治目标的作用。

5. 软法不能作为司法的直接判断依据。软法只在不确定的特定范围内具有效力,因此法院在审判具体案件的过程中不能直接适用软法。一般来说,因软法适用而产生的纠纷也不会进入严格的司法程序,而主要通过民间调解抑或当事人之间的协商来解决。

那么,软法是不是“法”?从对其特征的分析来看,软法显然与我们所说的传统意义上的法(硬法)不同:它既不是国家制定或认可的,也不具有国家强制力保障实施的特征。因此,国内也有很多学者认为“软法非法”。因此要解决软法是不是法的问题,重要的或许不是软法和硬法的区分,而是要为法和法的生成寻求新的理论支撑以及回答软法对法的挑战。

二、软法亦法:公共治理语境下“法”概念的重构

如果承认软法是法,将“法”列为“软法”的上位概念,必将带来“法”概念的革命。一直以来,我们都被如此教导:“法是由国家制定、认可并由国家保证实施的,反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级(或人民)意志,以权利和义务为内容,以确认、保护和发展统治阶级(或人民)所期望的社会关

^① 罗豪才、宋功德:《软法亦法——公共治理呼唤软法之治》,法律出版社2009年版,第373页。

系、社会秩序和社会发展目标为目的的行为规范体系。”^①“国家强制力”、“国家制定”与“国家意志”是这一定义的三个核心要素。而从软法的定义、特征来看,它是不具备这三个要素的。那么软法还能被定义为“法”吗?从理论上来说,在公共治理框架下,应该是可行的。

(一) 公共治理解读

我们的政府监管经历了“行政管理——公共管理——公共治理”的变化历程。管制方式不再是传统行政中简单的命令控制,公共管理对传统行政管理进行了重大的更新,强化了公共服务的职能。而“从公共管理中又产生了更富有新意的社会治理模式,即公共治理。公共治理是一种开放性的公共管理,强调集体选择、公众参与、集体协商、社会责任”^②。其中社团组织发挥了积极作用,是公共治理下人们直接参与治理的有效方式。党的十八大提出了要建设“人民满意的服务型政府”,在社会建设领域,十八大报告透露出中共对社会管理的政策变化。对于日渐活跃的社会组织,报告不言“加强管理”,而是强调引导发挥其在社会管理中的基础作用。

对于这一变化,我们是否可以将其看成是从社会契约至动态社会契约的转化结果?所谓动态社会契约论,具有双重含义:第一,是指公众为了社会整体利益,将自身的部分权利让渡给某个主权者(即国家或政府)。而随着社会的发展情形的变迁,人们可以重建契约,将部分权力让渡给一些社会团体,政府基于保护人们安全与自由的必要,也将一些原来人们让渡给它的部分权利再转让给社团,这种缔约过程既包括私权利的让渡,也包括公权力的授权,它不是静态的,也不是一次性的,而是随着时代的变迁所进行的动态的、多次的、连续的让渡。第二,社会中间体(社团),既是其成员缔结的结果,又是人们与政府缔结的结果,在动态社会契约关系中发挥着重要作用。各团体根据其社会角色即身份的不同,对社会契约关系施加不同的影响,保持人们交易过程中的“校正公平”。

在社会契约论中,人民把部分权利让渡给了国家(政府),由政府代表全体人民通过制定法律来调整人们的行为,实现公共意志,维护公共利益。但

① 张文显:《法理学》,高等教育出版社2007年2月第3版,第75页。

② 程信和:《关于软法机制的思考——以经济领域的公共治理为视角》,载《法治论坛》2006年第2辑,花城出版社2006年版,第3页。

有权力必有权力的滥用,很多情况下人民让渡给政府的权力被滥用了,它并不能时时刻刻都代表公共意志,政府的寻租现象比比皆是,甚至有时政府和人们的关系是对抗的。政府是会失灵的,公权力的腐败与滥用可以说是当前影响社会主义和谐社会建设的直接障碍之一。“当社会寄希望于政府时,它实质上放弃或削弱了对政府谋私行为的监督。”^①显然社会契约论者也看到了这一点,他们认为当政府权力滥用时人民可以反抗。而反抗的方式有两种。第一种是革命。革命是颠覆性的,推翻旧政府,建立新政府。但这种方式会造成社会动荡,成本过高,一般不宜采用。第二种是改良。但在原子化的个人状态下,个人对政府施加的影响是微不足道的。进而言之,民众在判断政府是否真正行使公意方面也是有缺陷的。因为无论是采取直接民主或是采取代议制,由于信息成本问题——即正确的判断须有赖于正确的信息收集,但是收集信息是要支付时间与精力的,且每个人收集信息的能力是不均衡的。于是人们往往通过缔结社团的方式,根据不同的公共性需求,组合各种不一的社团,并让渡一部分权利给社团。后由社团作为受托人与政府交涉,使政府能趋于代表公意。从另一方面说,社团的兴起在一定程度上形成了对公意代表的竞争机制。而交涉和竞争的结果,便是公共治理。

政府在公共治理结构中角色的淡化(而不是消除),迫切需要在传统的政府核心部门之外,设立大量具有一定独立性的社团组织,从而形成一种“分散化的公共治理”结构。从这一角度我们再来看一下“法”。

(二) “法”概念的新发展

1. 法的制定、认可的主体包括国家和社会团体组织

在公共治理语境之下,法不再单单由国家制定或认可(硬法的形成)。

社团组织在获得部分的私权让渡和公权授权以后,也可以在一定程度范围内认可或者制定法(软法的形成)。所以说,公共治理下的“法”突破了传统法的概念,它是一个更广范围内的法,包括了软法和硬法(见图1)。

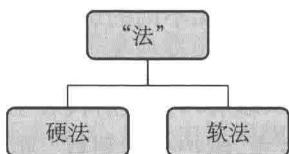


图1

^① 单飞跃、彭小东:《经济法的社会力学原理分析》,载《湖南政法管理干部学院学报》1992年第2期。

2. 赋予法体现的“国家意志”以新的含义

程信和教授在其《硬法、软法与经济法》一文中提到硬法与软法的共同理论基础是公共意志和公平正义。那么由谁来代表社会成员的公共意志？谁来主持公平正义？根据卢梭的《社会契约论》，当然是政府！政府代表的真的就是公共意志吗？其实不然，其中统治阶级的意志所占的比重是很大的，政府作为公意的代表者是缺乏竞争的。换句话说，在这种情况下政府是公意的垄断者，期望一个垄断者来实现人们的公意是值得怀疑的。同时，“公共意志”也是一个有层次性的概念。从全体人民一致的层面上所说的公共意志，比如自由、保障人民生命财产安全等，这部分可由国家制定和认可，由硬法来规范。但是利益的选择是多样的，人们根据不同的环境条件需求不同的利益，由此形成的一定范围内的公意往往是被硬法所忽略的。从这一层面来说，政府并不能代表所有的公意，它对人民的保护是有缺陷的。因为硬法的立法和执行依赖于国家立法机关和执法机关，正式立法程序和国家强制力量的投入都是资源消耗。于是国家也愿意把由人民让渡给它的部分权利所形成的权力让渡一部分给社会团体，由其通过制定软法来调整人们的行为，既达到规制社会关系的目的，又避免了资源的过度消耗，节约了国家立法和执法的成本。

从总体来说，公共治理语境下的公共意志可以说是国家和社团组织共同协商的结果。这里采用物理学中力的分析方法——平行四边形法则来分析（见图2）。各社会团体组织的意志不能违背国家意志，国家意志也应当考虑公众的意志，在维护国家利益的同时，保护个人利益。

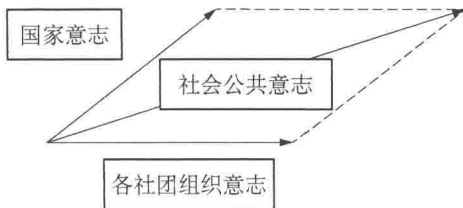


图2

3. 国家强制力保障不是法的必然属性

法是人类实现社会文明的一种控制方式。强制是法的外部特征，是法得以实现的重要辅助方式之一，但这并不是唯一方式，也不是说国家强制力保障是法的必然属性。法的目的是通过规制人们的行为，实现公平、自由、

秩序与正义,最终实现社会文明。法的目的之实现,既需外部强制力的保障,更离不开公众对法的认同,国家强制力保障不是法的必然属性。在公共治理框架内,软法的形成过程是一个公众参与、民主协商的过程,是一定范围内各方利益博弈的结果。它的实现无需外部强制力的干预,是参与主体的内在认同,当然这种认同不能违背硬法的强制性规定。从这个意义上来说,软法也实现了间接的法效果,而这一效果的实现依靠的不是外部的国家强制力,而是来自公众的内在约束力,这正是通过法律的社会控制所要求达到的最高境界。

诚然,正如姜明安教授认为“什么是法”并没有一个固定的答案,很多学者都提出了自己的看法。哈特在《法律的概念》中通过“三个反复发生的主要议题”,大体阐述了法律的这样三个特质:第一,“法律在所有的时空中所具有之最为显著的一般性特征即是:其存在意味着,某些类型的人类举止不再是随意的(optional),而是在某种意义下具有义务性(obligatory)”。第二,“正义一方面是特别适合于法律的美德,而另一方面又是诸美德中最具法律性格的”。第三,“法体系是由规则(rules)构成的”^①。按照哈特所归纳的法的特征,软法是可以姓“法”的。在此环境下,法可以被定义为“由一定人类共同体制定的行为规范。软法,是指由共同体成员协商一致同意制定的,由成员的自我约束来保证实施的行为规范。硬法,是指由共同体中拥有权力的主体制定的,并由该主体的强制力保证实施的行为规范”^②。

三、法概念重构之现实考量

前文论证了在公共治理领域下,理论上重造“法”概念的可行性,那么其在现实生活中又是否有“市场”呢?就目前我国国情来看,有无必要再造一个“法”来囊括硬法和软法?答案在现阶段应该是否定的。

(一) 将软法定性为法存在风险

软法是随着公共治理而产生的一个新概念,我国学者对其进行的研究还处于起步阶段,对于软法的内涵、外延、法律属性,莫衷一是,并没有一个

① [英]哈特:《法律的概念》,许佳馨、李冠宜译,法律出版社2011年第2版,第6—8页。

② 程迈:《软法概念的构造与功能》,载《金陵法律评论》2009年春季卷,第110—111页。

令人信服的通说。将其盲目地定性为“法”存在风险。

1. 软法影响法的安定

在现实中,我们不难发现软法的创制与实施过程不够严格,主观性、随意性、偶然性成分偏多。这导致软法制度变革也比较频繁,甚至出现朝令夕改的现象,从而影响了软法的稳定性、确定性、连续性,使得公众遵从软法存在不确定性,对法的稳定性提出极大的挑战,对公众正确认识法人人为地设置了障碍,影响到法的安定。

2. 软法可能成为“人治”的幌子

由于软法的制定程序较硬法的制定程序来说相对简单,特别是监督机制的缺位和软法救济的非司法中心主义,很可能使软法成为少数人实施“人治”的工具。例如,某些社会团体组织在制定软法的过程中并没有充分吸收其成员参与讨论、协商,而是由少数管理机构的负责人根据自身利益要求闭门造车。更可怕的是,其他社会成员很难以软法寻求司法救济,这就很容易产生行业保护主义、单位保护主义和社会权力滥用。正如罗豪才教授所指出的,中国目前软法之创制、实施,经常存在一些非理性现象:“创制动机不纯,假公济私;创制依据缺乏,无中生有;创制目的不明确,含糊其词;创制主体越位,权限不足;创制工程封闭,暗箱操作;制度安排随意,缺乏合法性考量;制度内容只唯上、不唯实,人治成分居多;机制设计不合理,牵强附会;权责不对称,有权无责或者权大责小;公共权力运行方式随意,正当性、确定性不够;监督救济乏力,经常流于形式;等等。”^①

3. 软法影响法的权威性

软法并没有正式的责任制度,有可能在现实中得不到有效实施。软法的约束力主要通过利益诱导(主要方式)以及羞耻感、谴责等方式由行为自愿履行来发挥作用,一旦行为人选择不遵从,很难有强制措施保障其履行,这对法的权威性造成了很大的影响,继而会危害到公众对法律的信仰,造成法治危机。

(二) 法概念重构缺乏现实土壤

正是基于软法目前自身的局限性,法概念重构缺乏现实土壤。

^① 罗豪才、宋功德:《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》,载《中国法学》2006年第2期。

1. 传统法概念深入人心

法概念的重构必须以突破传统的国家法理念为前提。目前虽然软法学者大力倡导法的多元化理论,但是此理论并没有得到普遍承认,不具代表性,甚至法学专家对此都是有争议的。诚如软法学者所提倡的软法的约束力在于公众的内在认同,一个不被公众所接受的法的概念是难以实现的。统编教科书依然按照马克思主义法学定义法为“国家专门机关创制的、以权利和义务为内容的并通过国家强制力保障实施的调整行为关系的规范”。在此大背景下,寄希望于国家放弃既得的法之制定权,转而和社会团体组织共享该权力,是不现实的。因此,现阶段法概念重构的土壤还很稀松。

2. 法概念的重构不利于法治理念的实现

改革开放以来,我国一直存在着一种社会情结,即希望任何事情都可以通过国家制定法律来解决,而大量的事实表明,法律不是万能的。将软法定义为法,重构法的概念,将导致公众对法律完美主义的病态期待,认为一切规则都是法,法可以解决一切社会问题。这种思想是危险的,因为一旦发生法律不能解决的事项(而事实上法律不是万能的),将会导致法律信仰的坍塌,不利于法治理念的实现。

四、结语:重视软法现象的研究

有的学者称软法为“活”的法律,这是对软法所具有的开放性、参与性、灵活性的生动比喻。这一“活”的特性根源于在公共治理下社会契约订立的动态性。根据不同环境条件做出不同的利益选择,参加不同的社团组织,及时对软法适时做出调整,可很好地补充硬法的不足。在现代社会关系高度复杂、变动的态势下,硬法覆盖的广度和深度都是有限的,任何国家都需要由软法和硬法来共同发挥调节社会的功能。“软硬兼施,刚柔并济”的法正是调整当今复杂的社会关系所必需的,它抛弃了以往的命令强制模式和单向思维方式,更加注重协商与民主,对话与互动。公共治理语境下的“法”不仅仅是死的文本,更是充满生机与活力的,是活的行为规则,能达到更好的治理功效。

但在现阶段,修正法的传统概念,重构法的新概念是不现实的。但事物并非一成不变,法的概念也是如此。当今社会,法治目标已不再是片面的维