

软法的理论与实践

罗豪才 主编

The Theory and Practice of Soft Law

Soft Law Series
软法研究系列



软法的理论与实践

罗豪才 主编

The Theory and Practice of Soft Law

-57



软法研究系列
Soft Law Series



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

DY0
L940

图书在版编目(CIP)数据

软法的理论与实践/罗豪才主编. —北京:北京大学出版社,2010.6
(软法研究系列)

ISBN 978-7-301-17332-9

I. ①软… II. ①罗… III. ①法学-研究 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第107262号

书 名: 软法的理论与实践

著作责任者: 罗豪才 主编

责任编辑: 谢海燕

标准书号: ISBN 978-7-301-17332-9/D·2628

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市北燕印装有限公司

经销者: 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 26.75印张 452千字

2010年6月第1版 2010年6月第1次印刷

定 价: 49.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

北京大学法学院软法研究中心组织编写



软法研究系列
Soft Law Series

本书由香港金日集团公司董事长李仲树先生赞助,特此感谢!

本书系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目

“公共治理领域的软法问题研究”

(项目批准号 06JJD820001) 的成果

“公共治理领域的软法问题研究”课题组负责人和主要成员有:

罗豪才、姜明安、宋功德

直面软法的问题(代序)

自2005年北京大学软法研究中心成立至今,国内关于软法比较系统的研究已经走过了五个年头。五年以来,我们先后出版了《软法与公共治理》、《软法与协商民主》两本论文集,在报纸杂志上发表了一系列文章,举办了三期博士生软法专题研讨班,还召开了“软法与公共治理”、“软法与协商民主”、“软法的挑战”、“软法与裁量基准”、“从软法的角度审视司法裁量的法律规制”等学术研讨会。软法研究引起了越来越多的学界同行的注意,不少学者纷纷发表论文从不同角度研究探讨软法。研究软法的学术成果逐渐增多,研究领域不断拓展,研究内容不断深入。

在软法的研究和讨论逐步展开的过程中,有两个问题不断地被提出来,即公共治理中不研究软法行不行?公共治理仅依靠软法行不行?这两个问题涉及软法的必要性及软法的定位等软法研究的根本性问题,可以说,关于这两个问题的认识和回答,反映了一个学者的“软法观”。对此,我们的基本观点是,一方面,现代社会公共治理中,软法的存在是一个客观现象,要实现公共治理的法治化和“善治”目标,不能不研究软法;另一方面,公共治理也不能仅依靠软法不依靠硬法,宪法之下的软硬法混合模式才是公共治理的恰当模式。

现代社会的公共治理离不开软法。传统上,我们所讲的法治主要是硬法之治,即国家制定或者认可的、依照国家强制力保障实施的规则之治。但是,如果我们实事求是地观察和分析,就会发现,在公共治理领域全面实施这种“依靠国家强制力保障实施”的硬法之治,既无必要,也不可能,还不合理。首先,全面彻底的硬法之治不可能。对于法(硬法)的局限性,传统法理学已有深刻的认识,法的有限性和社会生活的无限性之间的张力,法的僵硬性和社会生活的变动性之间的张力,立法技术、立法成本、执法成本的制约等等,都决定了在公共治理领域全面彻底实行硬法之治的不可能。由于硬法的固有缺陷,硬法之治必然会在社会诸多领域留下治理无力和规则空白,

面对人们对社会秩序等方面的要求,软法之治是必然产物;离开软法,这些领域的“善治”就不可想象。其次,全面彻底的硬法之治不必要。社会关系的调整并非任何时候任何地方都需要国家强制力,提倡性、激励性、劝告性、自律性等柔性方式在很多情况下比硬法更有作用;而且从成本收益分析的角度讲,在很多情况下,与强制服从的硬法之治相比,自愿遵从的软法之治不仅成本更低,而且效果可能更好。再次,全面彻底的硬法之治也不合理。随着市场经济和公民社会的发展,社会自治、市场自主和参与民主越来越成为发展趋势,在这种情况下,如果仍坚持“国家强制力”标准的硬法治理,显然是与社会发展潮流相违背的;同时,社会生活的变动性、无限性要求硬法必须有弹性、允许自由裁量空间,在这种自由裁量空间里,硬法之治捉襟见肘。

如果说上述讨论是关于公共治理离不开软法的理论分析,那么公共治理的实践则早已用事实表明了软法的不可或缺。例如,在计划经济体制下,在传统的硬法之治框架下,计划曾一度被视为硬法,计划就是命令,当年试图计划一切、命令一切,结果证明是行不通的。在进入转型时期后,我们开始强调法治,因为计划、规划有别于一般法的结构,又不被视为是法,但在实践过程中,它却一直在我国公共治理中起着举足轻重的作用。计划、规划等总体上虽然没有传统上所说的法律约束力,但是却被当作政府权力的重要行使方式,对国民经济发展、公共行政等起着规范、调节、指导的作用,因此,它们一般不是硬法,是软法,在公共治理法治化的过程中必须对其加以充分重视和合理利用。又如,由于受“宜粗不宜细”立法思想的影响,我国很多法律所预设的裁量空间都很大,如何规范自由裁量权的行使一直是我国法治进程中的一个重大问题。由于自由裁量空间内部天然地不适合硬法调整,因此在传统的司法审查、行政程序等调控自由裁量权的手段外,裁量基准、指南等规范性文件对规制自由裁量权具有重要意义,从而在实践中被越来越多的机关所采用。除了上述纲要、计划、规划、裁量基准等外,在标准化领域、自我规制和合作规制领域、社团自治领域等软法也已广泛存在和大量运用。对这些公共领域内软法治理的现实情况,采取鸵鸟政策显然不是可取之道,认真对待、积极加以规范和利用才应是我们的正确态度。

当然,公共治理离不开软法,并不意味着只靠软法就够了,软硬法相结合的混合治理模式才是公共治理的恰当模式。

一方面,相较于硬法,软法本身既有优势也有缺陷。我们所向往的公域法治图景是一种融秩序与自由、公平与效率于一体的理想图景。要达成这

一理想,单靠硬法或者软法都不能竟其全功。公共治理需要一定的确定性、可预期性等,需要保证一个社会的基本秩序和基本价值不被随意践踏,在这方面,硬法以其明确性、刚性、国家强制力保障等特征满足社会法治化的需求,相较软法具有天然的优势。而复杂多变的社会现实又必然使法治化具有复杂性、变动性、渐进性等特征,此时僵硬、整齐划一的硬法又有可能“失灵”,而软法由于其多样性、灵活性、回应性、协商性、柔性等特点,刚好可以弥补这一缺陷。

另一方面,与硬法一样,软法本身也有善恶之分。我们在一般意义上所讲的软法是指通过广泛的民主协商和公共参与形成的,体现公共意志,具有柔性、可接受性等特征的“良”软法。但是现实并非总是如此,由于人类本性的缺陷等原因,软法在现实中也可能异化为“恶”软法。例如,社会共同体形成的自治性软法可能产生多数人“暴政”问题、负外部性问题;政府的计划、规划可能产生公众参与不充分,缺乏科学性和民主性问题;裁量基准可能硬化从而产生压缩裁量空间使裁量僵化的问题;等等。软法可能是恶法的现实要求我们必须将软法置于宪法之下,必须接受相关硬法框架的约束,满足法制统一、法律保留、基本权利保护、软硬法衔接等要求。

有学者曾对软法的作用提出疑义:即软法的扩大,是否必然意味着公民权利的扩大?……有些软法,却是基于对政府授权、特别是自由裁量权的立场上认可的,而这样的软法以及由它导致的自由裁量权,向来就是一把双刃剑,它既可能是公民权利的维护者,但在很多情形下,它又是公民权利的最大威胁者。……所以,如何通过“硬法”控制自由裁量权,而不是通过“软法”授予更多的自由裁量权,可能更有利于公民权利的保障。这一质疑令人深思,有其价值,尽管我们认为其推理过程值得推敲。这里面实际包含了两个问题,一是软法和自由裁量权的关系问题;二是软法的形成和公民权利扩大之间的关系问题。

关于软法和自由裁量权的关系问题。自由裁量权的存在,有其正当性,但若被滥用,则会对社会秩序和法治构成破坏。规制裁量问题已成为理论界和实务界普遍关注的重要问题。应当如何规制?传统上,我们主要依靠硬法手段,在授予裁量权同时对权力行使的条件、范围、目的、程序等加以严格限定,甚至努力将裁量压缩至零,并以事后的司法审查为保障。无疑,这些硬法手段对控制裁量权都有一定作用,但问题是,这些手段充分吗?实践表明,仅靠这些硬法手段是不够的,它们或许可以解决裁量违法问题,但是却不能有效解决裁量滥用问题。复杂多变的社会生活要求硬法必须留出裁

量空间,以具体情况具体应对,因此总体上裁量不可能也不应该压缩至零,而裁量空间的存在必然意味着硬法的作用仅在于裁量的边界,不可能深入裁量空间内部,只有诸如裁量基准等软法才能真正进入裁量空间的内部,在不损害裁量的灵活性和能动性的基础上发挥规制作用。因此,软硬法相结合,才是真正的规制裁量之道。

关于软法的形成和公民权利扩大的关系问题。一般来说,软法的形成和实施都是在宪法和硬法的框架下,在共同体成员的参与和自愿的情况下进行的,扩大了公民和共同体成员的参与和自治,尊重和表达了公民和共同体成员的意愿,因此软法的扩大一般意味着公民权利的扩大。但是,如前所述,软法也可能异化,成为恶法,从而可能给公民权利带来损害。因此,要保证软法的扩大必然带来公民权利的扩大,应当有相应的机制。首先,应当有公民权利的保障和救济机制,比如社会共同体形成的软法对共同体成员的处理措施不能侵害其成员所享有的硬法所赋予的公民权利,这种机制应当包括外部硬法机制和内部软法机制;其次,应当有软法规范监督机制,共同体成员、国家机关等应当可以通过不同渠道对违反宪法和硬法规定、违背共同体意志的软法进行监督、撤销;最后,应当有软法制定、修改和废止机制,使不合时宜、不得民心、违反硬法的软法能够及时得到修改和废止,新的软法能够被及时制定出来。总体来看,需要硬法机制和软法机制相结合,才能保证软法的扩大必然带来公民权利的扩大。

总之,公共领域的现实、我们所追求的治理目标和软硬法各自的特点,决定了公共领域应当采取一种软硬结合的混合法治理模式。我们强调软法研究,并不是认为公共领域只需要软法治理,而是因为传统上我们对软法不够重视,与软法在公共治理中的地位和作用不相称。

与“软法研究系列”文丛前两卷一脉相承,本书以软法为主题,在回应上述问题的基础上,努力拓展公法学的研究视域。本书所收录的文章主要包括三个部分:第一部分是其所主持的北京大学法学院 2007、2008 级博士生软法专题研讨班的参与者提交的论文;第二部分是前述研讨班特邀的主讲人就相关问题的讨论所形成的文字;第三部分则是有关专家学者向北京大学法学院软法研究中心所举办的“软法的挑战”研讨会提交的论文或者在会上发表的演讲稿。其中,既有对软法的支持、探索,也有对软法的反思、质疑;既有在一般理论层面对软法的探讨,也有在具体领域如规划、标准化、社团章程等方面的研究;既有国内软法的讨论,也有国际软法的探究。在此,谨对参与、支持、关心和关注软法研究的各位表示衷心感谢!当然,文责应

由各位作者/译者自负;至于书稿的质量如何,只能交由各位读者去评判了。

最后,感谢软法研究中心主任姜明安教授、执行主任宋功德教授,感谢本书的执行主编毕洪海博士,感谢参与本书编辑工作的程迈、何才林、李国兴和徐维。本书能够顺利出版,离不开北京大学出版社的支持,感谢金娟萍、邹记东两位同志长期以来对我们的支持,同时还要感谢白丽丽编辑、谢海燕编辑具体操持出版过程的各项事宜。

罗豪才

2010年6月24日

CONTENTS 目 录

理 论 篇

软法概念的构造与功能	程 迈	3
一、引言		3
二、我国传统法概念批判		4
三、经典民主法治理论的演变		10
四、软法概念的构造		16
五、软法的功能在软硬法的互动中实现		23
六、实践软法机制对推动我国法治建设的作用		28
七、结语：一个方案，一个方向		31

转型社会治理中的法律结构

——兼论一元多样的混合法结构之现实 必要性	李志强	33
一、国家与社会关系的理论嬗变		33
二、新中国社会转型的历程		36
三、社会转型对法律治理的挑战		39
四、法律的回应——软法的兴起和一元多样 混合法结构的形成		42
结语		45

中国公域软法之兴起及其背景解析	韩姗姗	46
引言		46
一、软法的界定		46

CONTENTS 目 录

二、当代中国公域软法的产生与发展	51
三、软法生长之条件解析	56
四、中国公域软法兴起的背景解读	59
结语	64

软法与权力控制

——软法在权力控制中的必要性和有效性 分析	吴昕栋	65
一、软法现象与软法		65
二、软法在权力控制中的必要性分析		68
三、软法在权力控制中的有效性分析		70

软法的道德维度

——兼论道德软法化	徐 靖	75
引言		75
一、软法与道德:概念厘清		76
二、道德软法化:机理缘由与现实表征		84
三、道德软法化:界限与尺度		92
结语		98

实 践 篇

直面软法	罗豪才	101
什么是法?		101

CONTENTS 目 录

全面理解和认真对待自由裁量权	江必新	104
一、自由裁量权的定义及其本质		105
二、自由裁量权存在的理由		108
三、自由裁量权存在的范围		110
四、自由裁量权存在的现实问题		112
五、认真对待自由裁量权		113
六、正确行使自由裁量权的标准		117
七、对自由裁量权行使的监督		118
八、自由裁量权滥用的认定		120
九、从软法角度审视司法裁量法律规制		121
余论		123

行政裁量法律规制的模式转换	宋功德	124
一、问题的提起		124
二、行政裁量的单一规制模式		126
三、行政裁量的混合法规制模式		128
四、混合法规制模式正在兴起		133

软法与公共政策	张 睿	135
引言		135
一、关于公共政策与法的理解		136
二、公共政策与法律的关系		140
三、公共政策与立法、执法和司法		144
四、公共政策与软法的关系——公共政策是软法的表现形式		150

CONTENTS 目 录

五、作为软法的公共政策存在的问题及改革方向	156
结语	160
论城乡社区建设中的硬法、软法综合规制	
潘爱国	162
引言：“社区”与“规制”概念厘定	163
一、城乡社区建设规制中硬法、软法的表现形式	165
二、城乡社区建设中的硬法规制与软法规制	169
三、城乡社区建设中的硬法、软法综合规制	174
乡规民约的软法之维	何才林 181
一、前言：问题的提出	181
二、乡规民约的内涵界定	183
三、乡村软法的制度建构：乡规民约的形成过程分析	187
四、软约束力：乡规民约的软法实施机制	190
五、它们都在规定些什么？——乡规民约的软法内容展开	199
六、硬法：一个制度与关系视角	204
七、乡规民约的未来走向	209
八、代结语：重温乡规民约的软法视角	212
作为软法的社团章程	兰捷 214
一、导论	214

CONTENTS 目 录

二、社团章程和软法	221
三、软法精神下章程的创制与修改	231
四、社团章程的软法效力	236
五、软法视角下中国社团章程存在的问题 及发展方向	247
结语	254
标准与软法契合	
——论标准作为软法的表现形式 林良亮	255
一、前言	255
二、三种涵义的标准——基于标准概念的分析	257
三、标准与软法的契合	261
四、作为软法表现形式的标准	267
试论公域规制	李国兴 270
一、公域规制的时代背景	270
二、公域规制的基本模式	272
三、公域规制的法治	276
论规制变革及其法治化	蒋季雅 281
引言	281
一、市场经济发展中规制正在发生变革	282
二、规制变革反映了市场经济发展中理念的 变迁	284

CONTENTS 目 录

三、我国规制变革中存在的问题	289
四、规制变革要求法治化作为制度支撑	292
结语	302

现代行政规制的合作性问题

——以食品安全规制为例	田飞龙	303
一、问题的提出：“三鹿奶粉事件”引发的 规制疑难		303
二、本文的基本分析框架和进路		306
三、强化政府规制：“三鹿奶粉事件”的法律 回应模式		309
四、“强化”模式中的“合作性剩余”及存在 的问题		317
五、迈向均衡规制：基于软法立场的一种 合作性的规制理论		324

教育纠纷裁决机制的建构

——以软硬法的混合治理为视角	冯之东	327
一、问题的提出		327
二、教师权利救济的现状		328
三、一种全新的救济途径——教育裁决制度		333
四、中国教育裁决制度的建构——软硬法 混合治理的价值体现		338

CONTENTS 目 录

论司法介入软法治理争议的可能性

——以竞技性体育纠纷为例	伏创宇	345
一、司法面对竞技性体育纠纷“集体失语”		346
二、支持司法介入竞技性体育纠纷：		
捍卫正义		348
三、反对司法介入竞技性体育纠纷：		
画蛇添足		352
四、中国司法面对竞技性体育纠纷向何处去？		354

社会治安综合治理的模式选择

——软硬并举混合规制模式的一个例证	吴春庚	361
一、我国社会治安综合治理模式的形成与遭遇困境分析		362
二、软法对社会治安综合治理的意义		364
三、软硬兼施是我国社会治安综合治理最佳模式选择		365

比 较 研 究

浅议国际软法	周华兰	371
一、国际软法的定义		371
二、国际软法的表现形式		378