

广州市法学会文库

2006年第二辑

法治论坛

广州市法学会 编

花城出版社

法治论坛

广州市法学会 编

本书编委会

主任: 曾庆申

副主任: 郑国强 李 力 陶凯元 王学成
容小梨 卢铁峰 叶育长 黄永东

编委: (按姓氏笔画顺序排列)

丁海湖	王仲兴	王学沛	邓成明
刘 恒	任剑涛	李伯侨	邬耀广
吴兴光	吴家清	张富强	张永华
张晋红	林培芬	杨建广	周林彬
周显志	骆梅芬	夏 蔚	徐忠明
袁 泉	袁古洁	莫吉武	黄建武
符启林	舒 扬	谢石松	程信和
葛洪义	谭 玲	潘嘉玮	

主 编: 汪 洋

副主编: 王 琳 胡怀亮 卢晓珊

编 辑: 黄 芳 米 娟 潘 艺

花城出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法治论坛. 2006. 2

广州市法学会编.

— 广州: 花城出版社, 2006. 6

ISBN 7 - 5360 - 4772 - X

I . 法 …

II . 广 …

III . 法学 - 文集

IV . D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 062040 号

责任编辑: 谢日新

封面设计: 卢晓珊 吴道臻

出版发行 花城出版社

(广州市环市东路水荫路 11 号)

经 销 全国新华书店

印 刷 广州丰彩彩印有限公司

(广州科学城)

开 本 787 × 1092 毫米 16 开

印 张 16 1 插页

字 数 240,000 字

版 次 2006 年 6 月第 1 版 2006 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7 - 5360 - 4772 - X/D · 53

定 价 28.00 元

如发现印装质量问题, 请直接与印刷厂联系调换。

购书热线 020 - 37604658 37602819

厚植法律文化 共建法治社会

在广州市委政法委、广州市司法局领导的重视和支持下，广州市法学会编撰的大型法学理论系列丛书《法治论坛》向社会公开出版。《法治论坛》系列丛书的推出，为繁荣法学研究、推动法律实践提供了更广阔的理论宣传阵地，同时也为广州乃至全国法学、法律工作者开辟了学习、交流和展示研究成果的新园地。

依法治国、建设社会主义法治国家是市场经济成熟发展的客观需要，更是中国经济与国际接轨的必然趋势。中共中央政治局委员、广东省委书记张德江指出：社会主义市场经济是法治经济，社会主义和谐社会也必定是法治社会。我国经济社会发展已进入新的历史阶段，既面临发展的重要战略机遇，又面临社会矛盾凸现的严峻考验，在全社会树立法治观念，坚定不移地实施依法治国的基本方略，保障国家长治久安和社会和谐稳定，显得尤为重要和迫切。张德江书记还指出，广东是改革开放的先发地区，不仅经济发展要走在全国前列，推进依法治省、建设文明法治环境也要走在全国前列，我们的工作方式，只有转向主要依靠法律，充分发挥法律对社会生活的规范、调整和引导作用，辅之以思想教育、行政以及经济等必要手段，才能保证经济社会科学发展，维护社会和谐稳定。

《法治论坛》正是顺应这一时代发展需求而诞生的。它整合法学研究资源，集结广东乃至全国优秀法学研究力量，集中展示法学界、法律界高质量的学术理论成果，对当今法学研究的前沿领域和司法实践中的难点、热点、关键问题开展应用研究和对策研究，为

推进依法治国、构建和谐社会提供强有力的理论支持和法律对策支持。思想是行动的先导。构建社会主义和谐社会首先必须树立法治理念，弘扬法治精神，推进依法行政，这是构建和谐社会的前提和保障。

进入新的历史发展时期，全社会比以往更加呼唤法治、渴望法治和关注法治。依法治国、建设社会主义法治国家的重要标志是法制完备、主权在民、人权保障、权力制衡、法律平等、法律至上、依法行政、司法独立、程序正当。一个新的法治社会应该是：强者面对公正、弱者得到保护、和平得以永续，这是全社会法律工作者的共同追求。法治国家建设要除了建立在政治基础、经济基础之上，还要建立于文化基础之上，我们推出《法治论坛》系列丛书，就是希望厚植法律文化的土壤，打造强有力的平台，让法律文化的强大力量得以充分发挥并以此推动建立法治中国的良性进程！这是我们义不容辞的责任！我们对此有坚定信心和决心。我们一定会担负起这一责任，并将为此不懈努力。

本辑《法治论坛》是2006年广州市法学会文库的第二辑，今后我们还陆续有更多的优秀研究成果奉献给大家。作为编者，我们的努力能否得到读者的喜爱和认同，内心有点忐忑不安。但无论如何，我们还是要以坚定的行动向广大读者传递我们坚定的价值信念：为构建法治社会提供强大的理论和对策支持是我们须臾不离的宗旨。为此，我们需要得到您的鼎力相助——惠赐稿件、建言献策。我们将以莘莘学子的虚怀、以农夫负犁的勤劳为您奉献悉心耕耘、精心打造的交流展示平台。让我们携起手来，共同为构建和谐法治社会贡献力量！

——编者

目 录

C O N T E N T S

法学前沿

本期探讨：依法治国进程中的软法机制

- 关于软法机制的思考
——以经济领域的公共治理为视角 程信和 (3)
- 市场经济中的软法现象 闫利娟 (12)
- 经济法困境的突破
——软法机制的应用 杨小颖 (22)
- 我国银行业中的软法
——国内层面一个实证的视角 杨浩 曹彦 (36)
- 跨国公司生产守则的软法性质
——国际层面一个实证的视角 邓敏华 (46)
- 潜规则与法律冲突的平衡
——从中国企业高管人员在跨国商业交易中的遭遇谈起 陈翠 (59)
- 论交易习惯
——兼谈与软法的关系 梁雪 (67)
- “软法”尚存理论难题 王玲 (78)

法理纵横

- 法治在构建和谐社会中的重要地位 舒扬 (93)

法律方法的概念 赵玉增 (100)

社会科学中“理性人”概念的限度

——以法哲学为视角切入 周赞 (112)

专题探讨

论构建泛珠三角人口流动的法律环境 潘嘉玮 (123)

论珠三角农民工权益受损之现状、原因及其对策 周显志 (138)

泛珠三角区域合作中的政府协议 范利平 (147)

泛珠三角地区行政协议的评估与分析 何渊 (156)

对策探索

票据无权代理立法的优化选择 李瑞 (173)

游戏外挂程序的性质及相关法律责任

——从著作权的角度进行分析 尚志红 (182)

土地储备制度地方立法之我见 张敏 (195)

城市扩张过程中农民权益之保护途径 杨勤 (205)

弱势群体权益的行政法保护 宋檀 (214)

论人民内部矛盾凸显期的社会稳定维护 张成 (229)

法学随笔

认真对待低学历者的平等就业权 王琳 (241)

从两个“杀妻”冤案谈起

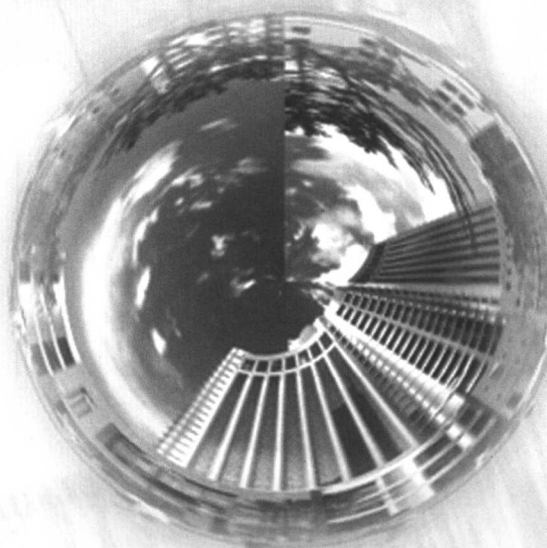
——米兰达警告词的当下意义 包万平 (244)

弃权票与民事举证责任问题 王重阳 (247)

法学前沿

本期探讨：依法治国进程中的软法机制

策划、组稿：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

程信和*

【摘要】法的传统概念正面临着挑战。本文以依法治国的理念为指导，以经济领域的公共治理为视角，分析了由国家法之外的明规则（软法）、潜规则（属于合理的那一类）及交易习惯组成的软法机制，它配合着由国家法构成的硬法机制，分别和共同发挥调整社会经济关系的功能。这一前沿性、现实性课题应当引起社会的关注。

【关键词】硬法 软法 经济领域 公共治理



一、问题的缘起

依法治国，已被确定为中国社会主义现代化建设的基本方略，并庄严地载入于宪法。

依什么“法”呢？按照现行立法体制，包括四大类：全国人大及其常委

* 中山大学法学院教授、博士生导师，中山大学法学研究所所长，中国法学会比较法学研究会副会长，中国法学会经济法学研究会副会长。

会制定的法律；国务院制定的行政法规；省一级及较大的市的人大及其常委会制定的地方性法规；国务院有关部门和省一级及较大的市一级的政府制定的规章。以上规范性文件——法律、行政法规、地方性法规和规章，统称为“法”。它们具有国家法的基本特征：作为人们的共同行为准则，由国家机关制定，以国家强制力保证实施。除此之外，社会现实中调整人们之间关系的具有约束力、强制力的规范，还有什么吗？只要仔细观察，就会发现，这样的规范大量存在，并且实际上发挥着重要的作用。比如，行业协会规则（行规）、公司章程、高等学校规章制度、村规民约、国内的政策性文件及行政指南（指引）、国际上的联合宣言及示范法，等等。由此可以看出，传统的法的概念正面临着挑战。

假如跳出传统的“法”的框框，而把它置于一种宽泛但却实在的语境之下，可以将“法”分为更大的两种类型：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），指不属于传统法的规则体系。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，规范人们行为，从而形成社会治理中的硬法机制和软法机制。

对于硬法机制，人们比较熟悉，当然仍有许多问题需要进一步研究和解决。而对于软法机制，人们普遍了解不够，这似乎成为一个被忽略了的社会现象。其实，软法作为社会规则，从国际到国内，早已产生，随处可见，它们适合现实生活，不可或缺。老一辈法学家罗豪才教授等倡导开展软法机制研究，颇有新意。这应当属于一项富有挑战性的前沿性、现实性课题，属于一种新兴的交叉性学科研究，它涉及政治学、经济学、管理学、法学、社会学、心理学等。本文侧重从法学的角度，以经济领域的公共治理为视角，试图做一些初步的探讨。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、共同协商、社会责任，故有别于传统的行政管理或者行政管理。

由于软法机制内容的丰富性和问题的复杂性，也由于我国对这一类现象的研究起点较晚，目前存在诸多争论势所难免。在发展法治、繁荣法学的目标下，坚持百花齐放、百家争鸣的方针，对软法机制的研究定能取



得实质性的进展。不过,有一点需要注意的是,对“法”的界定应当选择同一的语境,采用一致的标准,这样,大家的共同语言才会多起来。比如,对软法现象,是按行为效力来判断还是按制定主体来界定;是肯定还是否定;如果肯定,又如何确定它的内涵和外延、正面的作用与负面的因素,以及它与硬法的关系。研究的主旨即是:在依法治国进程中如何发展和应用软法机制。

二、关于软法

(一)什么是软法

国外的软法研究比中国开展得早,国内学者往往引用弗朗西斯·施尼德(Francis Snyder)于1994年所作的经典性描述:软法是原则上没有法律约束力但有实际效力的行为规则。^①

学者们争论的问题之一是:软法是不是法?这又要回到特定的语境上来考量。按照法的传统界定,软法不属于典型意义的法(即国家法)。按照法的宽泛理解,软法是对应于硬法而言:如果说,硬法是国家法,是正式的法律规范体系;那么,软法可概括为国家法之外的、具有软约束力的行为规范体系。所谓软约束力,即一般可由社会自治力量而不必都由国家强制力量保障其实施。

(二)软法的表达形式

在现实生活中,软法的表现大致可以归纳为三类形式:

1、国家法之外的官方规范,又包括:

第一,执政党和政府的政策。政策往往作为立法的指南和先导,例如“三农”政策、人口政策、农民工政策。

第二,国家机构的其他规范。例如,中共中央办公厅、国务院办公厅发出的《关于进一步推行政务公开的意见》,中国银监会发布的《商业银行市场风险管理指引》,以及许多行政指导文件。

^①见罗豪才:《公域之治中的软法》,载2005年12月15日《法制日报》第九版。

2、次国家法的社会自治规则,又包括:

第一,社会团体的规范。例如,某行业协会章程、规则。

第二,企业事业组织的规范。例如,某上市公司章程,某大学财务管理规定。

第三,基层自治组织的规范。例如,某城市居民委员会的居民公约,某村民委员会的村规民约。

3、超国家法的非正式规范,又包括:

第一,国际组织的某些文件,例如《电子商业示范法》、《巴塞尔新资本协议》。

第二,国家之间的某些文件,例如中国与许多国家签署的关于建立21世纪战略合作关系的联合声明。

与某些论者的意见有所不同,本文主张政策性文件应归入软法机制,而法律、行政法规、地方性法规和规章中没有严格法律责任的条款不应属于特定意义上的软法之列。

(三)软法的适用范围

公共治理的范围是什么?主要有经济调节、市场监管、社会管理和公共服务。^①以经济领域的公共治理为视角,软法既适用于传统公法管辖领域,又适用于传统私法管辖领域。而经济法,正是以公法为主导,公、私法相结合的法律形态。“经济法可称为国民经济发展法、国民经济分配法(或社会整体经济利益平衡法)和国民经济安全法。”^②因此,本文的论点即在于:软法适用于经济法涉及的领域。

——关于经济领域的发展权、分配权和安全权,既由硬法规范调整,又有软法规范调整。比如,中国国民经济和社会发展规划纲要、联合国体

① 2006年3月14日十届全国人大四次会议通过的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》首次提出:“根据公共财政服从和服务于公共政策的原则,按照公共财政配置的重点要转到为全体人民提供均等化基本公共服务的方向,合理划分政府间事权,合理界定财政支出范围。”据此,若不将“公共服务”列入公共治理的范围,似为不妥。

② 见程信和:《公共管理视角下的现代经济法》(《公共管理与经济法》学术丛书总序,2005年6月),人民法院出版社2005年已出该丛书第一本:杨春林著《商业银行有效监管论》。



系内的诸项发展文件,基本上属于软法。

——关于企业管理、劳动关系、社会保障,既由硬法规范调整,又有软法规范调整。比如,企业承担社会责任,有些属于法定的要求,有些则属于企业界自律性的承诺,后者更多地显示为软法。

——关于消费者权益保护、环境保护、资源与能源的保护和节约,既由硬法规范调整,又有软法规范调整。比如,各种绿色公约,即为软法。

——关于国民经济管理,既由硬法规范调整,又有软法规范调整。比如,制定发展规划,确定价格、税率和利率等方面的重大事项,必须实行开放的公共管理,吸收公众广泛参与(听证等),这种兼容互动的协商方式即属软法。

(四)软法与硬法关系

一是共同性。硬法、软法均有文字载体,表现为明规则,反映公共意志,成为人们的行为指南。其生成,或由国家认可,或由社会认可,故区别于一个人说了算的“人治”。其效力,硬法固然以国家强制力量为后盾,而软法中亦可能表现出硬性的一面。

二是差异性。硬法要分层次,软法层次性不甚分明。硬法的公众参与度相对不高,软法却具有广泛的民间社会基础。硬法呈刚性,软法呈柔性,不过软法不软、硬法不硬的现象也是客观存在的。总体上说,硬法的效力应该高于软法。

三是关联性。有些硬法中设定了软法存在的合法性与合理性。软法往往可以通过试行、试错而成为硬法的先导,或者转化为硬法。软法可以成为硬法的补充。不可否认,在某些情况下,软法可能冲击硬法,即当两者不一致的时候,所谓“县官不如现管”、所谓“上有政策,下有对策”即软法动摇硬法之谓也。因此,各类软法都不能与依照法定程序制定的硬法尤其是宪法的基本精神相抵触。

三、关于潜规则

一、什么是潜规则

潜规则一词,是与明规则(或称显规则)相对应的。

所谓明规则,指公开的、正式的行为准则。说白了,是摆到台面上的,可以公布,应当实行。其表现,一是硬法中规定的,比如《保险法》中设定的保险经营规则;二是硬法中授权的,比如《银行业监督管理法》授权中国银监会制定规则,《证券法》授权证券业协会制定规则;三是民间社会组织自行制定的行业规则之类。明规则均有文字载体。

所谓潜规则,指不公开的、非正式的行为准则,得到局中人认可,起着实际支配作用。有学者认为:“潜规则是人们私下认可的行为约束。”(吴思语)潜规则均无文字载体。

学者们争论的问题之一是:潜规则是否都属于灰色的、甚至恶性的?假如存在一部分良性的潜规则,可否将它纳入软法的范畴?这也就是本文在讨论软法机制时提及潜规则的缘由。

二、对潜规则的两面观

潜规则表现于社会交际、官场活动和商业行为等领域,由来已久,广有市场。攻其恶者,谓之“厚黑”;褒其良者,谓之“有效”。可见,立足点不同,观察度不同,得出了完全相反的评判。

生存和发展,乃人类的本性,亦是社会前进的动力。为了生存和发展,人们必须和社会发生联系,必须开展竞争或称博弈。潜规则就是在这种社会背景下,鉴于明规则供应不足,它们作为明规则的补充、变通,或作为明规则的折中、对抗,而逐步形成、多方出现的。

某些社会潜规则是合理的、可取的。比如,民间所说的“识时务者为俊杰”,可用以表示与时俱进,融入历史发展潮流。又如,“不管白猫、黑猫,只要抓住老鼠就是好猫”,可用以表示要发展社会生产力,要讲工作实效。再如“肥水不落外人田”,可用以表示中国的产品既能出口又不贱卖。

某些社会潜规则是不合理的,不可取的。如我们现在正在着力清理整顿的商业贿赂,以及权力“寻租”(官商勾结可为典型)之类。

三、从潜规则到明规则的转化和运用

对付潜规则的负面作用或称破坏性,并不意味着要否定一切潜规



则。摆在我们面前的一项任务是,如何将一部分合理的、可取的潜规则转化为明规则,将“暗箱操作”转化为“阳光作业”?

第一,完善相关规则、标准。向社会增加明规则的供应,该定性的要定性,该定量的要定量。特别是,要尽可能将无文字记载的潜规则演化为用文字记载的、并公之于众的明规则。

第二,推行政务公开、财务公开、厂务公开、村务公开等制度,让广大人民群众充分行使知情权、参与权和监督权。

第三,坚决执行各种有效的法律规范和规章制度。比如,1993年的《反不正当竞争法》中明确指出:“经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的,以行贿论处;对方单位或者个人在账外暗中收受回扣的,以受贿论处。”同时又指出:“经营者销售或者购买商品,可以用明示方式给对方折扣,可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的,必须如实入账。接受折扣、佣金的经营者必须如实入账。”这就既能杜绝商业贿赂又可促进商业销售。像这类的商业规则应当得到有效的实施。

四、关于交易习惯

一、什么是交易习惯

交易习惯,是指在商品交易中当事人普遍知悉并且愿意遵守的一种非正式制度。正如《1932年华沙——牛津规则》第1条所指示的:“本规则所使用的‘特定行业惯例’,是指在特定行业中已形成的普遍通用的习惯,从而可以认为合同当事人已经知道这一习惯的存在,并且在签订合同时参照了这一习惯。”

学者们争论的问题之一是:交易习惯是指习惯、习惯法,或二者兼而有之?这也就是本文在讨论软法机制时提及交易习惯的缘由。

二、交易习惯的确定

交易习惯可以形成为文字表述。比如,国际商会发布的《1990年国际贸易术语解释通则》,对各种价格术语作了界定,包括 FOB 即船上交

货(……指定装运港),CFR即成本加运费(…指定目的港),CIF即成本、保险费加运费(……指定目的港),等等。

交易习惯也可以不由文字表述。比如,民间所说“一手交钱,一手交货”即是。

无论何种方式,均须交易双方予以确定。如何确定又可以分为两种情况:

一是当事人双方的认定。交易习惯作为一种明规则或者潜规则,存在于交易双方的内心之中,或者可以寻求文字根据,或者只可意会不能言传。

二是法庭或者仲裁庭的采信。当事人发生纠纷,一旦提请法庭判决或者仲裁庭裁决,那么,法官或者仲裁员可以采用多种方式作出判断:由当事人举证;市场抽样调查;行业协会证明;专家意见;先例参考。

三、交易习惯的适用

在中国的许多民商、经济法律中,对交易习惯予以肯定。比如,《合同法》中称“交易习惯”,见第26条、第60条、第61条、第92条、第125条、第368条;《消费者权益保护法》中称“商业惯例”,见第21条;《海商法》中称“国际惯例”,见第268条;《民用航空法》中称“国际惯例”,见第184条;《票据法》中称“国际惯例”,见第95条。

在国际文件中,1980年的《联合国国际货物买卖合同公约》认为:“双方当事人业已同意的任何惯例和他们之间确立的任何习惯作法,对双方当事人均有约束力。”“除非另有协议,双方当事人应视为已默示地同意他们的合同或合同的订立适用双方当事人已知道或理应知道的惯例,而这种惯例,在国际贸易中,已为有关特定贸易所涉同类合同的当事人所广泛知道并为他们所经常遵守。”(见第9条)那么,能否因为国内法、国际法上对交易习惯作出过规定,就将交易习惯视同于国家法意义上的“法”呢?不可笼统而论。法律上还规定要“遵守公认的商业道德”,照此类推,能将商业道德视同于国家法意义上的“法”吗?答案是不难知道的。然而,如果将交易习惯归入软法之列,则能够成立;不过,商业道德仍不能归入软法。