

公法前沿
理论译丛

罗豪才
主 编

软法的挑战

THE CHALLENGES OF SOFT LAW

罗豪才 毕洪海
编



商务印书馆
The Commercial Press

公法前沿理论译丛/罗豪才 主编

软法的挑战

罗豪才 毕洪海 编



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

2011年·北京

图书在版编目(CIP)数据

软法的挑战/罗豪才,毕洪海编. —北京:商务印
书馆,2011

(公法前沿理论译丛)

ISBN 978-7-100-07408-7

I. ①软… II. ①罗…②毕… III. ①公共管理—行政法—文
集 IV. ①D912.104-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第192164号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

公法前沿理论译丛

软法的挑战

罗豪才 毕洪海 编

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京市白帆印务有限公司印刷

ISBN 978-7-100-07408-7

2011年7月第1版

开本880×1230 1/32

2011年7月北京第1次印刷

印张12

定价:27.00元

主 编 的 话

自清末法制改革以来,法律类图书的翻译就蔚为大观,其间虽有曲折,至今仍是方兴未艾。世界上在图书引进的规模方面可与中国媲美的,唯有我们的近邻日本。国内翻译的对象虽各有侧重,但仍是法制发达的国家为主。这部分是因为中国近现代法律制度的起步很大程度上得益于借鉴和移植。今天,这种文化心理留下的印迹依然清晰可辨,考察他国的法律制度与比较研究仍然是当下法律人的常态,而全球化又为此提供了更新的动力。

商务印书馆历来重视学术著作的翻译,在民国时期就引入了数量不菲的法律著述,改革开放后所组织的“汉译世界学术名著丛书”更是影响巨大,深孚众望。我参与主持出版的“公法名著译丛”,至今已有17种,还在陆续增加。现在新开“公法前沿理论译丛”,在形式和内容上均略有特点,这里简单交代一二。

本丛书的形式是围绕特定专题选编国外具有代表性的宪法、行政法论文等,分卷出版。现有公法类的翻译,以教材和专著为代表。前者偏重通识与基础性的认知框架,强调学科结构的完整性;后者则突出专门性和一家之言。本丛书则是汇集学术论文,所选论文不受国别所限,同时兼顾交叉学科,展现包容

2· 软法的挑战

性。丛书每卷所编材料按照专题组织,提纲挈领,重前沿理论及相关学科研究的综述。各分卷由编者拣选材料,酌定后由译者翻译,故而是“编”与“译”的结合与协作。

顾名思义,本丛书的内容与公法前沿理论有关。无论经典还是名著,都需要时间的沉淀,获得普遍的认可。西学素有自身的传统,非追根溯源,则无法究其脉络和根本,也无法感知其时代的焦虑与难题,因此经典也必然具有其所属的当下性。所谓前沿只是一种相对的界定,本丛书将其设定在选编时前十年左右,文章同样应具有代表性,内容通常潜在某种思想张力和新范式的可能性,能够进一步展现事物的本质和发展的方向。至于定位于公法理论,则是编者学术旨趣所在。公法关系到国家与政权建设,这是近代中国以来众人瞩目的重大问题,也是中华民族复兴和持续发展最重要的基石。每一卷具体选择什么角度,则由编者自定,就此真诚地欢迎学界给我们以建议和批评。

无论回味经典名著,还是跟进理论前沿,目的都是为了中国的当下。我们既希望这些理论对解决实践问题有所启发和借鉴,又希望能进而在中国经验的基础上对国际学术界在理论上有所贡献。但是“西学东渐”的历史已经有近两百年,目前每年引进国外图书万余种,输出的仅有三千左右,比例十分悬殊,而能够在社会科学理论和方法上产生重要影响的则是少之又少。逝者不可追,但来者或尚可期。

罗豪才

二〇一一年三月

卷 首 语

—

软法作为一种治理模式,在国内外已经受到了越来越多的关注。软法的价值和功能在获得充分肯定的同时,就软法的形态、发挥作用的条件、机制和限制等都还有更深入研究的空间;同时软法的现象还一直面临着抵触、怀疑和批评,因此就更有进一步讨论的必要。我们这里选编近年域外有代表性的软法文章,包括批评性的,原样译为中文,目的就是为了将国外最新的研究动态和理论成果介绍给国内学界,以便作为进一步研究的参考。

软法的理念据信最初来自国际法领域,是麦克奈尔(McNair)男爵的创造。^① 在经过了将近半个世纪的沉寂之后,软法在国际法领域中开始获得广泛的关注,被用来宽泛地描述国际条约和习惯法以外的各种工具,并且作为一种积极的手段被有意识地加以运用。软法所描述的对象其实并不新鲜,其脉络或许还可以再向前追溯到中世纪,但是作为一种智识框架受到强烈的关注,与全球治理的兴起这一大背景密不可分。在全球治

^① Hartmut Hillgenberg, A Fresh Look at Soft Law (1999), 10(3) *European Journal of International Law* 499; Arnold McNair, The Functions and Differing Legal Character of Treaties (1930), 11 *British Yearbook of International Law* 100.

理中,因为缺少主权国家中那种命令—控制式的结构,从而就为软法这种非传统工具的运用开辟了广阔的天地。同样的,在欧盟的治理中,软法的身影也是无处不在。这种国际和区域治理领域的例证,可以说是软法发展的第一波,很多软法的研究成果都是集中在这些领域。

软法发展的第二波是国内领域开始广泛采用软法的工具。本卷所选择的文章主要都属于这一方面,虽然该领域目前相关研究成果的数量远不及前者,但从国际到国内领域本身是一个很有意思的转变。就治理的角度而言,国际和国内软法具有某种共通性,但又有各自不同的背景。软法与硬法是一种相对的范式,如果说国际治理领域因为命令—控制结构的缺位而更多地倾向于软法模式,那么在国内领域显然不存在一般意义上的硬法缺位问题,软法的“重新发现”,更多的是因为硬法存在不足。软法是现代分散化新公共治理运动的一个重要组成部分,软法与硬法交融,形成了一种蛛网式的混合结构。

我们此前对域外软法的学术研究活动曾有简单介绍,^②这里不再赘述。需要指出的是,软法的兴起吸引了法律和其他社会科学的学者,但两者的关注重点有所不同。法律学者关注的是软法的规范地位和约束力问题;而后者更强调与软法相关的治理问题。这也给我们带来启示,交叉学科的研究有助于全面认识软法所带来的问题和挑战。虽然也冠以法的名号,但以硬

^② 关于学术活动的整理,参见罗豪才:“公域之治中的软法”,载罗豪才等:《软法与公共治理》,北京大学出版社,2006年;关于学术成果的整理,参见罗豪才、毕洪海:“通过软法的治理”,载《法学家》,2006年,第1期。

法为基础的法教义学对软法却有无从下手的感觉,原因在于软法并不具有法教义学所蕴含的那些前提。因此,法学需要保持一种开放的态度,借助来自诸如政治学、经济学、社会学、行政学 and 心理学等的方法。例如东京大学的软法基地,就以方法论的问题作为进一步研究软法的首要前提。^③ 2010 年以色列特拉维夫大学召开的软法研讨会,虽然以商法为主要研究对象,但也汇集了来自许多不同专业领域的学者。^④ 作为一种治理模式的软法,同样受到了政治学和行政学界的广泛关注,而且在私人制序 (Private ordering) 的层面而言,还被进一步发展为公私伙伴关系的一种形式。^⑤

③ 中山信弘、藤田友敬编:《软法的基础理论》,有斐阁,2008 年。东京大学的软法基地原名“21 世纪卓越中心”(21 Century COE),在五年的研究计划(2003—2007)结束后,现在更名为“全球卓越中心”(Global COE)。虽然仍然以软法为基地,但是研究的重点从商法转向了“私人制序”(private ordering)。参见 <http://www.geoe.j.u-tokyo.ac.jp/en/out-line/index.html> (2011 年 3 月 17 日访问)。

④ 参见 <http://www.law.tau.ac.il/Eng/?CategoryID=401> (2011 年 3 月 17 日访问)。会议论文将发表于《法律理论研究》(*Theoretical Inquiries in Law*)第 12 卷第 2 期(2011 年 7 月)的专号上。

⑤ 当然,需要指出的是软法并不限于私人制序的情形,公共主体也可以有意识地运用软法工具。例如参见卡罗尔·哈洛和理查德·罗林斯 (Carol Harlow and Richard Rawlings):《法律与行政》(*Law and Administration*),剑桥大学出版社,2009 年,第 3 版,第 190—195 页。关于公共治理中伙伴关系的讨论,参见 Ulrika Mörtz, *European Public-Private Collaboration: A Choice Between Efficiency and Democratic Accountability?* Cheltenham; Edward Elgar, 2008; Magdalena Bexell and Ulrika Mörtz (eds.), *Democracy and Public-Private Partnerships in Global Governance*, Palgrave MacMillan, 2010。

二

除了本卷收录的八篇论文之外,目前被翻译为中文的共有十一篇。^⑥ 本卷以“软法的挑战”为名,显示的是一种反思性的风格,希望突出软法不同于硬法的特点与运作逻辑。其次,软法的研究已经覆盖到各个专业领域,就我们的阅读范围而言,既有从法理学角度的抽象讨论,也有从诸如宪法、行政法、商法、知识产权法、消费者权益保护法、劳动法、金融法、仲裁法、环境法、人权法、移民法等领域进行的具体分析。本卷所选择的题材偏重软法一般性的认知框架,但理论的研究通常都是结合某些具体领域的软法素材展开的,内容上也是各有偏重。

下面分别介绍一下八篇论文的出处、作者、主要内容和观点。

第一篇“软法的谱系”原载《美国比较法杂志》第54卷第3期(2006年),作者安娜·迪·罗比兰特(Anna di Robilant)为波士顿大学法学院副教授,哈佛大学在读法学博士研究生。该文认为,从思想史的角度追溯软法的起源,具有两种互相竞争的谱系:第一种谱系即新中世纪谱系,将软法追溯到中世纪的法律多元和商法;第二种谱系即社会谱系,认为软法与社会法的概念和法律多元主义的发展有关。作者在梳理了两种谱系脉络的同

^⑥ 此外三篇是罗宾·克雷克、约翰·麦克米兰著,沈晓建译:“澳大利亚的软法与硬法”,载姜明安主编:《行政法论丛》,第13卷,法律出版社,2010年;弗朗西斯·施耐德著,徐维译:“软法与治理:欧盟组织机构和工作经验”,载罗豪才主编:《软法的理论与实践》,北京大学出版社,2010年;让·克莱伯斯著,魏武译:“软法的冗余”,载《行政法学研究》,2008年,第2期。

时,也概括了其所遭到的批评。

这两种谱系在欧洲社会关于软法和硬法的争论中发挥着重要的作用,都为软法的支持者提供了大量的修辞性论点。但同时也模糊了软法的缺点,例如在工具性的层面上,软法的执行和实效性不足,结果难以预期、甚至适得其反;就规范的层面而言,软法并没有充分考虑权力的分配性问题,可能强化现有的权力等级,有利于具有强势地位的主体。

第二篇“软法:来自国会实践的经验”原载《斯坦福法律评论》第 61 卷第 3 期(2008 年),作者雅各布·E. 格尔森(Jacob E. Gersen)在本书出版时就会加盟哈佛大学法学院,专于行政法;埃里克·A. 波斯纳(Eric A. Posner)是芝加哥大学法学院教授。

软法在国际法、宪法、私法、政府部门以及法院的实践中已经得到了广泛的运用和理解,但是立法机关中的软法还缺少足够的关注。论文以国会的决议作为立法机关中软法的主要体现。^⑦ 国会决议是国会两院或一院之内用于政策观点和意图交流的工具。相较于硬法,软法更廉价,也更精确地实现了国会所希望进行的交流。而软法的缺陷在于无法产生具有法律拘束力的规则,也有可能损害法治的价值,譬如正式程序所意欲保护的明晰性、公开性等。

国会决议的交流通过三种机制影响公众和其他政治机构的

^⑦ 该文认为软法是立法机关没有依循正式程序或条件而颁布的无法定拘束力的规则。该定义具有两个判断的要素:第一是程序;第二是拘束力。因此国会内部的程序性规则和宣示性的立法,都是依据正式的程序通过的,属于硬法,但是在拘束力方面更类似软法。

行为:第一,软法预示着硬法的出台,国会的交流将会影响到人们对于国会未来立法的预期。第二,国会的交流具有纯粹的认知传播效果,将会促使人们改变其对世界状况的信念。第三,在某些情况下,其他制定正式法律的机构,例如行政机关、法院和总统经常将立法机关的观点作为信息加以吸收。

第三篇“艰难的选择与软法:伦理守则、政策指南和法院在规制政府中的作用”原载加拿大《阿伯达法律评论》第40卷(2003年)4月号;第四篇“无拘束的裁量权:论《宪章》与软法的协调”原载《加拿大公共行政》第45卷第4期(2002年)。两文的作者洛恩·索辛(Lorne Sossin)现任加拿大约克大学法学院院长;^⑧第三篇文章的另一作者查尔斯·W.史密斯(Charles W. Smith)是约克大学政治系已毕业的博士研究生,现任教于萨省(saskatchewan)大学文理学院,专业是政治学。

“艰难的选择与软法”一文认为,政府的伦理守则和政策指南这种形式的软法有可能引导行政机关行使裁量做出选择,实现行政决定的一致性和公平性。但是因为存在伦理和裁量、行政和政治、立法和裁量的人为二分法,却导致行政决定更加模糊。首先,因为伦理和裁量的二分法,似乎在某些裁量的情形下

^⑧ 作为行政法学者,洛恩·索辛对行政法和公共行政领域的软法关注颇多,除这里收录的两篇,还有两文可供参考:The Politics of Soft Law, in Marc Hertogh and Simon Halliday(eds.), *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge University Press, 2004; The Rule of Policy: Baker and the Impact of Judicial Review and Administrative Discretion, in David Dyzenhaus(ed.), *The Unity of Public Law*, Hart Publishing, 2004。

只是适用明确的法律要求或者是技术标准而非伦理指南,论文以移民法中“人道主义和富有同情心”的解释表明,公共官员在做出决定时会考虑一系列复杂的因素,因而有必要通过软法的形式加以整合。其次,因为行政和政治的二分法,公共行政似乎是去政治化的,强调组织机构和公务员的中立性,保证行政不被政治干预,因而忽视个人的价值取向和政治态度。而现代的新公共管理运动则认为行政决定具有不可避免的政治性,伦理指南具有规制行政裁量和强化民主责任制的重要作用,同时有助于重塑官僚机构和行政文化。当然,就伦理指南是否应当征求利害关系人的意见,是否应当征求政府机关职员的意见,是否应当符合程序性的要求仍然有待讨论。再次,就立法和裁量的二分法而言,软法可以成为立法与政策之间的桥梁。但是当前加拿大法院对待软法的态度摇摆不定:一方面因为发布指南并不需要法律的授权,所以指南并不是法律,如果采取固定的政策约束自身的裁量权就会遭到司法审查;另一方面指南虽然不具有法律约束力,但在事实上能够约束行政裁量的行使,有瑕疵的指南也会给相对人造成损失,因此必须在内容上遵循最低限度的要求。文章在此基础上提出了四点建议。

“无拘束的裁量权”一文虽然发表在前,但在内容上是以前述立法与裁量的二分法为基础。该文关注的是如何让指引裁量权的软法与宪章保持一致。裁量权传统上受普通法原则的限制,例如越权原则、合理性原则、说明理由等;或者是因为软法过于严格限制了裁量权。除此之外,就没有其他的救济途径,而且普通法的救济还可以被制定法明确加以排除。因此就应当考虑基于宪章所进行的审查。

根据宪章进行的审查可能基于多个方面的理由。基于宪章的审查有两个极端:一端的裁量可以回溯到某项立法的规定,因此审查立法即可;另一端的裁量不可回溯到某项立法的规定,因此需要直接诉诸宪章的审查。介入二者之间的是,某一违宪的裁量虽然可以回溯某项立法,但是该法律并没有要求做出这样的裁量,而是可能受到诸如执法手册等软法的指引。该文认为,由于软法对裁量权的行使具有相当的影响力,因此软法的制定与实施应遵循一套基本的程序性及实体性的标准,应与《宪章》保持一致。

第五篇“软法、政策与行政决定的质量”是荷兰格罗宁根大学法学院助理教授托伦纳(Albertjan Tollenaar)博士论文的部分内容,他的专业是行政法。^⑨ 该文考察的是影响都市软法质量的因素以及改进质量的相关措施。荷兰《行政法通则》规定了“政策规则”,但是行政机关经常用政策规则以外的指导方针和行政规则补充法律的规定;政策规则的约束力比其他软法要严格得多。论文从合法性、正当性、效果和效率四个方面界定行政决定的质量,而符合一定条件的政策规则有助于从这四个方面改进质量;在此基础上,结合空间规划、法律执行、特别社会救济和竞赛四个领域说明影响软法运用的因素,但是这些软法通常达不到政策规则的特征,是否合法也不是唯一的考量因素。文

^⑨ 该博士论文的题目是:《都市政策与政策规则:政策规则对于都市决定质量的附加价值》(Gemeentelijk beleid en beleidsregels; de toegevoegde waarde van beleidsregels voor de kwaliteit van de gemeentelijke beschikkingverlening)。

章认为,为了改善行政决定的质量,行政当局在拥有巨大裁量空间的情形下,有义务通过政策规则的形式制定软法;同时应当准许相对人直接针对政策规则提起诉讼。

第六篇“软法次要规则的经济学视点:以会计和审计制度为素材”原载东京大学软法研究基地编辑出版的《软法研究》(「ソフトロー研究」)第2期(2005年3月),作者加贺见一彰为东洋大学经济学部副教授。该文从软法的定义入手,认为对软法有两种理解,一种是博弈的均衡,另一种是博弈的规则;而就后者来说,软法的次要规则具有重要意义。软法不仅拘束力柔和,其制定、修改和废止的机制也是模糊的,即将社会的“不满”或者“要求”反映到软法的机制是非正式的。

作者进而以会计和审计制度作为具体的案例加以研究。在该领域中,出于共通性和个别性的平衡,制度被有意识地设计为软法与硬法组合的形式。会计和审计制度的发展一直是在应对制度不满或者制度要求的意图下展开的。同时,企业会计基准和审计基准的制定程序也在很大程度上被移交给私人部门,例如注册会计师协会。软法的次要规则需要结合正式的侧面与非正式的侧面。但是软法次要规则的正式性应当设定在何种程度,理想状态是介于纯粹的市场机制和政治过程之间,比市场更具意图性、比政治过程更为灵活而迅速。软法的次要规则也可能存在不足,例如迁就通过媒体形成的社会要求,软法的原生性规则可能会顺着少数强者的意向而变更,次要规则的负责人也可能会成为利益集团的俘虏。因此就软法的有效性还需要进一步的实证研究。

第七篇“软法的不可取”原载《北欧国际法杂志》第67卷第

4 期(1998 年),作者让·克莱伯斯现为芬兰赫尔辛基大学国际组织法教授。克莱伯斯是对软法,具体来说是国际法中的软法持激烈批评态度的代表。他仍然坚持法律/非法律的二分法,认为软法这一概念是多余的,缺乏牢固的理论基础,在司法实践中也得不到支持。^⑩ 在“软法的不可取”一文中,他则更进一步,认为软法不仅无用,而且是有害的。具体来说,他认为软法和法治存在冲突,软法可能危及法律的可预测性、简明性,并且为权力主体所用。根据克莱伯斯的看法,现实世界是复杂多样而且经常变化的,如果要创制软法,就是要将政治、道德和社会的考量转化为法律。即便这样做可能,世界的无限多样性也使这种做法不可取。其次,法律本身的优点即在于其简化的力量,只承认法律/非法律两种范畴。如果将法律作为表达价值的媒介,就会把法律过于复杂化,以日常生活的复杂性取代了法律本身的复杂性。法律因而就丧失了自己的独立性,结果只能成为权力的遮羞布,最终危害法治。因此,克莱伯斯要求将软法从法律领域中彻底清除出去。

第八篇“为什么软法是真正的法律:一种对话式的立法进路”原载荷兰《立法研究杂志》(RegelMaat)1999 年第 3 期,作者威廉·维特费恩(Willem Witteveen)是荷兰蒂尔堡大学法学院教授,巴特·范·科林克(Bart van Klink)为阿姆斯特丹自由大学法院教授。两位学者的专长是理论法学,而该文也是本卷中理论性较强的一篇。

^⑩ 让·克莱伯斯著,魏武译:“软法的冗余”,载《行政法学研究》,2008 年,第 2 期。

该文将立法的风格区分为两种,一种是工具性的,以单向、等级式的对话为基础:上级(国家)向下级(人民)发布明确的命令,后者只能遵守和服从,否则将导致惩罚性后果。第二种则是在地位大致平等的各方之间主要以说服而非惩罚为基础的对话式立法。以这种方式创造的立法被称作软法或象征性的立法。对话式的立法包括立法者和法律共同体两个方向的持续努力。首先立法者应当确立法律共同体中并不具有固定含义的基本价值,然后这些价值被转化为指引而非确定性的法律规范,即“愿望性的规范”(aspirational norm)。再次,立法者必须设法让这些规范获得法律共同体的接受。对话式立法必须通过宪法确立和认可立法者和法律共同体互动的场域,规定其界限。在确立愿望性的规范后,则由解释共同体赋予这些规范生命,而解释性共同体必须具有足够的包容性。对话式立法可以起到认知、表达等多方面的功能。

论文结合荷兰反歧视立法的实践,分析了对话式立法的两个阶段:一个是宪法时刻,即确定某一法律命令的思想和制度基础;二是随后进行的商谈实践,即塑造看法、确立使用的词汇并协调行为。论文认为,对话式立法主要适用于三种情形,并且提出了有效发挥作用的六项条件。作者最后指出,软法仍然属于法的范围,可以说是“回应性法”的一个变体。通过对话式的互动,商谈实践的参与者最终会慢慢地将法律的愿望转化为人们的行为规范。

三

这本书是众人通力合作的结果。首先是从近几年国外发表的上百篇论文中加以挑选,然后翻译为中文。本书的大部分译者都曾经参与了罗豪才教授所主持的北京大学行政法基础理论课程班(2007—2008年),当时讨论的主要内容就是软法及其相关的理论问题,部分翻译也是该课程成果之一。此外中国政法大学的王天华教授和上海交通大学的卢超博士还特别贡献了两篇译文。现在法学翻译尚未被纳入学术评价体系,他们仍然乐于承担这样的任务更是难能可贵,在这里要对他们表示特别的感谢。

由于很多人都是初涉翻译,每篇文章又邀请了一位校者核对原文,李国兴、周华兰、袁文峰、徐维、吴锦宇、刘泽思(Matthias Göebel)、宋华琳、李鸽等学友在不同程度上参与了这一流程,当然校改仍然以译者文责自负为限。无论如何我们的工作都不是完美的,细读之下还会发现有很大提升的空间,这也敦促我们进一步努力。同时要感谢商务印书馆参与本书出版流程的各位。感谢一直关心此项目的进展情况的商务印书馆译作室负责人陈小文博士,感谢责任编辑马冬梅博士的辛勤工作。

前面已经说过,国内软法的研究也参考了国外理论研究的成果,就此而言,翻译也是软法学术积累的重要组成部分。前代史家有言,“上穷碧落下黄泉,动手动脚找材料”。的确,严肃的学术需要尽可能地搜集和占有资料,综述已有的基础,然后才能有针对性地研究和论述,否则就容易坐井观天,空发议论。当