

软法与公共治理

罗豪才等著

Soft Law Series
软法研究系列



北京大学出版社
BEIJING UNIVERSITY PRESS

软法与公共治理

罗豪才等著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



软法研究系列
SOFT LAW SERIES

图书在版编目(CIP)数据

软法与公共治理/罗豪才等著. —北京:北京大学出版社, 2006. 6
(软法研究系列)

ISBN 7 - 301 - 10740 - 4

I. 软… II. 罗… III. 公共管理 - 研究 IV. D035

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 054473 号

书 名: 软法与公共治理

著作责任者: 罗豪才 等著

责任编辑: 晏 坤 周 菲

标准书号: ISBN 7 - 301 - 10740 - 4/D · 1504

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://cbs.pku.edu.cn>

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

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 22.75 印张 396 千字

2006 年 6 月第 1 版 2006 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 30.00 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,翻版必究

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

前 言

随着公共治理在全球范围内的普遍兴起,为公共治理提供制度依据的公法规范日益呈现多样化的发展态势。无论在规范形成的主体方面,还是在其所体现的意志方面,其借以存在的形式方面,其约束力的强弱、有无方面,其与国家强制力的关系等方面,都存在明显的多样性。但与之形成鲜明对照的是传统的法学思维却固守原有的框架,难于开拓创新;传统的国家法的定义,难以覆盖法律规范的外延,难以包涵其内在的要素与精神。为了摆脱法学理论滞后于法治实践发展之间的这种困境,近来国内外法学界有不少学者开始尝试将法规范分为硬法与软法两种基本形式。我们认为,软法的脱颖而出,可谓法学世界观的飞跃,将会有力地推动公共治理模式的确立和公法学的发展。

在我国,为了落实科学发展观,适应民主与法治发展的需要,适应构建社会主义和谐社会的需要,适应深化公法学创新的需要,应当重视实践中大量涌现出来的软法现象,从多视角、多学科、多层面对软法问题加以全面探讨,特别是软法的结构、功能,软法与公共权力、国家权威、民主政治以及与公共治理的关系等。为此,自2005年9月开始,我在北京大学法学院主持了一个“软法与公共治理”研讨班。参加研讨班的主要是04和05级部分宪法行政法专业的博士生、博士后研究人员和进修生等。研讨班采取介绍情况、阅读文献、交换看法、交流思想等多种形式,围绕与软法相关的理论与实证问题展开广泛研究。研讨班讨论认真、思想活跃,既有交锋,又有说理,气氛热烈,我常为同学们的钻研精神和独到见解所感动。他们除了深入阅读指定的参考资料外,还通过互联网和图书馆搜索到大量的相关资料。他们除了在班上进行讨论外,还在课堂外寻师问友,广泛交流、相互切磋,表现出极大的学习主动性,致力于公法学理论的开拓创新。他们在各自认领课题、反复讨论的基础上,分别撰写,反复修改,经过短短几个月,文章都交上来了。质量虽有差别,但总体上讲还都是有新意的,有的文章的理论水平还

相当高,这些文章都收入了本书。

除理论研讨班的同学们提交的作业外,本书还收录了其他几篇文章,这主要包括:我与宋功德博士合写的两篇相关文章(《公域之治的转型——对公共治理与公法互动关系的一种解读》,载《中国法学》2005年第5期;《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),与博士生毕洪海合写的文章(《通过软法的治理》,载《法学家》2006年第1期),以及姜明安教授在中国政法大学有关软法的演讲稿《软法在构建和谐社会中的作用》,宋功德博士的两篇文章(《直面公域软法现象》、《公域软法的主要渊源》)和刘莘教授的文章(《试析软法与非强制性行政行为》)。此外,本书还收录了较早注意软法研究的梁剑兵同志的文章(《软法律论纲》)和相关的参考文献。

“软法与公共治理”理论研讨班的顺利举行和本书的编辑出版,得到了各方面的大力支持。北京大学宪法与行政法研究中心主任、北京大学法学院软法研究中心主任姜明安教授从一开始就予以支持并撰文参与讨论,北京大学法学院软法研究中心执行主任宋功德博士作为中心理论研究的骨干,积极参与策划、讨论,发表了许多很有价值的意见。湛中乐教授、陈端洪副教授、王锡铎副教授等也参加了讨论,并发表了不少好意见。北京大学法学院博士生杨利敏同学积极参与了研讨班的各次讨论,提出了很多有新意的意见和建议,并花了相当的时间在课下进行交流。王新艳、毕洪海、熊万鹏等同志作了大量的协助工作。袁曙宏教授、沈岷副教授等研究中心的研究人员对软法的研究也给予了多方支持。北京大学出版社的李霞同志对本书的出版做了大量的工作。此外,芬兰最高行政法院的院长 Pekka Hallberg 先生和中国驻奥地利和希腊大使馆的卢永华大使、田学军大使等有关同志积极帮助搜集相关的研究资料,或协助邀请专家学者座谈,特此表示感谢。

随着学术界对软法现象越来越多的关注,有关软法的认识也逐步深化。为进一步推动软法及其相关领域的学术研究,北京大学法学院于2005年12月8日成立了北京大学法学院软法研究中心,由姜明安教授和宋功德博士分别担任主任和执行主任,同时举办了“软法与公共治理”学术研讨会;同月24日,由中国人民大学宪政与行政法治研究中心、北京大学法学院软法研究中心联合举办了“行政指导与软法研究”学术研讨会。两次研讨会邀请到国内数十位法学专家、学者,就软法研究中可能存在的各种问题进行了广泛的讨论。新闻媒体也在一定范围内予以报道,并且在社会上引起了反响。

软法研究是一个富有挑战性的新问题,由于我们对软法的研究尚处于

起始阶段,资料掌握还不太充分,理论水平也有待提高,还需要展开全面深入的实践调研,再加上我国软法实践经验尚未得到全面总结,本书作为一个阶段性的研究成果,肯定会存在各种不足,敬请读者谅解和批评。就本书所收录的文章而言,由于作者关注的视角和问题意识不同,对相关问题的看法也可能不尽相同。这恰恰体现了本书百花齐放、百家争鸣的宗旨,体现了软法的精神,也即软法研究的开放性。我们期待有更多的公法学者关注软法现象,深入研究软法与公共治理问题。

罗豪才

2006年2月10日

CONTENTS 目 录

公域之治中的软法	1
一、国外软法研究概况	1
二、软法的几个基本问题	5
三、软法的作用与研究软法的意义	9

公域之治的转型	
——对公共治理与公法互动关系 的一种透视	13
一、国家管理失灵推动公共治理兴起	14
二、公共治理格局主要依赖公法建构	23
三、公共治理兴起推动公法变革	36

认真对待软法	
——公域软法的一般理论及其中国实践	48
引言	48
一、公域软法的特征、功能及其 与硬法的关系	49
二、中国公域之治对软法的倚重	66
三、中国公域软法的效应评析 以及软法的理性化	75

CONTENTS 目 录

软法在构建和谐社会中的作用	
——在中国政法大学“名家论坛”上的讲演	85
一、什么是软法？软法是什么？	87
二、软法为什么在现代社会呈迅速发展 发展的趋势？	95
三、软法对于构建和谐社会有什么作用？	97
四、在构建和谐社会中，我们应怎样 对待软法？	103
<hr/>	
直面公域软法现象	109
一、软法理论研究严重滞后于软法 实践发展	109
二、软法现象成为公法研究盲区的 成因及其危害性	114
三、公法学应当将软法现象纳入研究视野	117
<hr/>	
软法概念与公共治理	
——软法与公共治理之关系和软法 概念之证立的初步理论	122
导论	122
一、软法是什么？	125
二、软法和公共治理	132
三、软法概念的证立	146

CONTENTS 目 录

软法是什么	168
一、导言	168
二、软法的兴起背景、发展沿革	
——多元利益、分散治理与协商民主	170
三、软法是什么——“合法化”	
三维度的启示	175
四、软法不是什么——国内软法的观照	186
五、结语	188
<hr/>	
公域软法规范的主要渊源	189
一、政法惯例	189
二、公共政策	194
三、自律规范	196
四、专业标准	198
五、弹性法条	201
<hr/>	
软法在什么时候出现	204
一、软、硬法的界分	204
二、软法在什么时候出现	207
三、结语	213
<hr/>	
软法价值论	215
一、软法的概念	215

CONTENTS 目 录

二、软法的价值	217
三、软法的缺陷	223
<hr/>	
软法在什么条件下靠得住？	
——从软法的实施机制切入	225
引言：一些简单的交代	225
一、软法靠什么来实施？	228
二、软法如何才能靠得住？	233
结语：对公法研究的启示	237
<hr/>	
软法机制初探	
——沿袭经验主义的认知方式	238
一、软法机制的基本结构	239
二、软法机制的基本特征	245
三、软法机制的法治意义	249
<hr/>	
社会公法中的软法责任	
——一种对软法及其责任形式的研究	252
一、软法与法律的社会化演进	252
二、社会公法与软法	259
三、软法责任在社会公法中的实现	264
<hr/>	
试析软法与非强制性行政行为	270
引言	270
一、软法	270

CONTENTS 目 录

二、非强制性行政行为	275
三、软法与非强制性行政行为的关系	278
<hr/>	
行政裁量的软法之治	
——软法在行政裁量中的功能 及其司法保障	280
一、行政法中的软法规范	280
二、软法之于行政裁量的功能	281
三、软法功能的司法保障	285
四、结语：软硬兼施治裁量	290
<hr/>	
通过软法的治理	291
一、软法的概念与特征	292
二、混合理论：软法与硬法之间的关系	301
三、软法、合作治理与新行政法	308
<hr/>	
论开放协调机制	
——欧盟社会治理模式研究及借鉴	312
一、新治理模式的提出	312
二、开放协调机制及其创新	314
三、开放协调机制的适用范围及其贡献	317
四、对我国的借鉴意义	322
<hr/>	
北京大学法学院软法研究概况	324
研究缘起	324

CONTENTS 目 录

研究进展	326
研究规划	330

附录 软法律论纲

——对中国法治本土资源的一种界分	331
一、软法律的词源和语义	331
二、对软法律的各种观察和界定	333
三、软法律的理论基础和逻辑推演	335
四、软法律的概念与内涵	337
五、软法律的外延	343
六、软法律的功能和作用	345
七、软法律与硬法律的对接与整合	347
结语：软法律的研究价值	349

公域之治中的软法*

罗豪才

一、国外软法研究概况

(一) 软法研究勃兴的社会背景

作为人类社会行为规范的一种表现形式,软法(soft law,或称软规则、无约束力规范等)在世界各国不仅早已存在,而且普遍存在。软法概念以前主要适用于国际法领域,在其他领域较少出现。但最近二十年来,软法现象在其他领域大规模涌现,软法机制得到了相当程度上的运用,尤以环保、信息技术、劳工和消费者保护等领域为甚,这也就促使更多的学者来关注和研究软法。我们认为,软法现象近来的涌现与软法学术的发展,主要基于以下社会背景:

一是世界范围内国家管理的衰落与公共治理的兴起。^① 20世纪中后期以来,在内外双重因素的共同作用下,纯粹国家管理的模式式微,以管理主体多元化为标志的公共管理取而代之。然而,由于公共管理依然固守单向度管理思维,这种经过改良的模式也很快显露出弊端,继之兴起的是公共治理模式。^② 公共治理模式由开放的公共管理与广泛的公众参与二者整合而

* 本文是根据作者在2005年12月8日北京大学法学院软法研究中心举办的“软法与公共治理”研讨会上的发言稿修改而成的,吸收了作者给北京大学法学院宪法与行政法专业2005级博士生授课和中国人民大学、厦门大学等地讲座的内容,系作者所主持的“软法与公共治理”课题的阶段性成果之一。在本文的形成过程中,许多学者提出有益的意见和建议,在此,对他们的贡献表示感谢。在记录整理本文的过程中,王新艳、杨利敏两位博士生先后做了大量工作,在此谨致谢意。

① 具体论述参见罗豪才、宋功德:《公域之治的转型》,载《中国法学》2005年第5期。

② 当然,这几种模式之间在相当程度上是交织在一起的,说某某时代并非意味着其他的模式在该时期内就不存在,或者说其没有意义。

成,超越了传统的管理型思维,强调共同治理,以分散、开放与协商为特征,以目标为导向,大量运用褪去许多命令强制色彩的软性协商手段。软权力、软规则、软束缚成为热门话题。公共治理的新思维和新制度适应了社会发展的要求,正呈现出蓬勃发展的势头。新模式的兴起相应地要求学术视角的转换,而学术视角的转换又能有力地回应社会的需要。

二是全球化和国际组织的推动。全球化作为人类历史长河中的一个发展阶段,具有典型的时代特征和基本内涵:世界经济的一体化、国际政治的多极化和各国民族文化的多样化等。全球化的发展首先体现为经济全球化,世界经济发展的一体化与分散化趋向从正反两方面都要求加强全球经济的调控^①,建立更加有效和有力的全球经济协调机制。除此之外,全球化的发展还带来诸如环境、国际安全、移民等世界共同问题。然而,这些问题仅靠单独一个国家的力量是行不通的,必须由多个国家乃至全世界各国的共同参与、通力合作,才有可能取得成效。全球性问题的解决方案是建立在各参与者或者相关者一致同意的基础上的,需要参与主体之间通过谈判、对话建立共识或达成妥协,从而推动了各种协调机制和柔性手段功能的发挥。全球化进程参与者所形成的各种国际组织,无论是政府性的还是非政府性的,都在前述过程中发挥着重要的功能。

三是欧盟对软法的实践和推行。在欧洲一体化的进程中,软法在社会政策领域得到普遍应用,其最明显的运用机制就是开放协调机制(Open Method of Coordination,简称 OMC)^②。2000 年召开的欧洲理事会里斯本峰会(Lisbon Summit)中,明确把开放协调机制作为一种新的行之有效的社会参与机制写入大会决议。第二年召开的斯德哥尔摩峰会(Stockholm Summit)又把开放协调机制扩大到社会保障领域,以后其适用范围也不断扩大。目前,开放协调机制已经成为协调欧盟与成员国以及成员国之间相互关系的重要机制,在软法的形成和实施过程中举足轻重。开放协调机制成为与欧洲议会立法这硬法过程相对的重要机制,欧盟也因此而步入所谓的“软法时代”。

^① 李琼:《世界经济全球化的新发展》,载《世界经济》1996 年第 11 期。

^② William Wallace(伦敦经济学院教授)曾指出,OECD(Organization for Economic Cooperation and Development)早在 20 世纪 60 年代就有类似的协调比较机制。而欧盟执委会也在 70 年代就促进会员国政府对环境议题上互相咨询,以便在后来拟订具有共识基础的法规。不过真正开始逐渐频繁运用并于条约或峰会中明定这种方法,已是 90 年代以后的事。关于开放协调机制的情况见 Damlan Chalmers & Martin Lodge, "The Open Method of Co-ordination and the European Welfare State", 载 <http://eucenter.wisc.edu/OMC/ZeitlinPochetContents.htm> (2005 年 12 月 1 日访问)。

(二) 国外软法研究的状况

在学术界,早期曾认为软法只起宣示性作用,研究价值不大,软法研究因此没有引起普遍重视。但是,随着公共治理的兴起、全球化的加快和区域经济一体化的推进,软法现象与软法机制的涌现促使国外学者逐渐改变这种冷漠态度,转而热切关注软法。随着研究的逐步展开和日渐深入,愈来愈多的学者对软法的存在意义及其作用持肯定态度。迄今为止,对软法关注最多最早的还是政治学、管理学和社会学,而法学的关注则晚得多,这与法治领域中严格的程序主义有一定的关联,这种严格的程序主义影响了法学对现实的敏感性。

就世界范围来看,围绕软法这一主题开展的研究正逐步兴起。美国国际法学会在其轮值主席、乔治敦大学法学院教授魏斯(Edith Brown Weiss)的倡议下实施了一个“软法研究项目”。这个项目在美国自然科学基金会和福特基金会的资助下,围绕国际环保协定,就履行无约束力规范的问题开展广泛的研究,并取得了积极的成果。^①应该说,由于美国管制改革开始的比较早,学术界对软性治理手段以及共同治理的问题报以更多的关注,并更多关注由此给传统公法特别是行政法造成的影响。^②欧洲对于软法的研究也十分重视。例如,2004年5月意大利国际贸易理事会全国委员会、意大利仲裁协会、统一私法国际协会在罗马召集了“管理国际契约:硬法/软法”国际研讨会,讨论硬法和软法在跨境贸易中的作用,同时考察了这两种法律文件之间如何适当平衡以便建立一种有效的国际贸易法律制度。^③欧洲范围内对作为形成和实施软法的开放协调机制的研讨更为频繁。瑞典三百周年基金银行资助斯德哥尔摩大学组织研究中心(Score)就“新管制”(New Regulation)开展研究,软法研究即为该研究项目的一个重要组成部分。^④国际律师网站“法律论坛”(Lex Fori)前些时候应欧洲委员会卫生与消费者保护理事长的要求,对欧美许多国家软法的实践情况进行研究分析,提出了一个研

^① 参见 Dinah Shelton (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000, 前言。

^② 参见朱迪·弗里曼著:《行政国中的合作治理》,毕洪海、陈标冲编译,商务印书馆2006年版(即出)。

^③ “Balancing Hard Law and Soft Law”, 载 http://iccwbo.org/home/news_archives/2004/hard_soft_law.asp (2006年2月12日访问)。

^④ Ulrika Mörth, *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*, Edward Elgar, 2004, 前言。

究报告(Report on Soft Law)。报告认为软法概念虽未形成共识,各国实践情况差别也很大,但这并未能影响软法现象的迅速发展和它在实践中所发挥的重要作用。^① 日本文部省“21世纪杰出研究中心”项目支持东京大学商法中心设立了软法研究的课题,分别从政府管制、商业交易和知识产权三个领域设立多个研究小组,举办研讨会、收集资料和研究,并且出版了相应的初步研究成果。^②

除了以研究课题、项目的形式整合研究力量投入研究之外,国外的研究已经取得了比较有代表性的研究成果,而愈来愈多的学者也开始关注软法研究。比如美国的戴娜·谢尔顿(Dinah Shelton)教授在美国国际法学会的一个项目中集二十多位教授和专家之力,从跨学科、多层次及跨时代的角度研究国际法、国际环境法、人权、军控等领域里的软法现象,即无约束力规范的问题,在此基础上形成了《承诺与遵守:无约束力的规范在国际法律法律制度中的作用》一书。^③ 斯德哥尔摩大学政治学系副教授乌尔丽卡·莫斯(Ulrika Mörth)主持的一项课题形成了《治理与管制中的软法——多学科分析》的作品^④,书中汇集了多个学科的学者从不同视角、不同领域对软法这一新治理模式中的重要概念的分析。尽管在该书中很多问题包括软法的认识并不完全统一,但总的倾向是肯定软法及其研究价值,并且提出了许多颇有创见的看法。莫斯在综合各篇文章观点的基础上,在结论部分提出了六个关于软法的结论:一是软法可以作为硬法的先导;二是软法有独立存在的潜能;三是软法能以隐蔽的方式出现;四是软法与政治的关联较为紧密;五是国际组织能通过使用软法使其自身适应现代的需要;六是软法为灵活性和非预期的结果提供了空间。同时,莫斯也提出了软法有待进一步研究的许多问题。再如,英国著名法学家、伦敦政治经济学院荣休教授卡罗尔·哈洛在其《法律与行政》^⑤一书及近来的

^① 见 Study to Identify Best Practice in the Use of Soft Law and to Analyse How This Best Practice can be Made to Work for Consumers in the European Union, 载 http://www.lexfori.net/soft_law_en.htm (2005年12月1日访问)。

^② 参见东京大学21世纪COE(Center of Excellence), http://www.u-tokyo.ac.jp/index/d_extra_01.html (2005年12月1日访问)。

^③ Dinah Shelton (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford University Press, 2000.

^④ Ulrika Mörth (ed.), *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*, Edward Elgar, 2004.

^⑤ [英]卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯著:《法律与行政》,杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第6章。

文章《法律与公共行政》^①中,均意识到到软法现象在公共治理中的作用并且从法学的角度加以适当关注。荷兰、德国等一些欧洲国家的法学家也积极对软法现象开展研究。荷兰提尔堡大学欧洲与国际公法学者琳达·森登(Linda Senden)撰写的《欧共同体中的软法》^②是第一部分系统研究欧共同体框架中的软法的专著。该书对软法的概念、分类、功能以及软法在立法、司法及行政部门中的间接法律效力等作了系统的论述,并且对软法在欧共体的实践进行了评价。美国圣地亚哥大学副教授奥利·洛贝尔(Orly Lobel)在其《新新政:现代法学思想中管制的衰落与治理的兴起》^③一文中,就软法在美国公共治理模式中的作用给予了较高的评价,同期杂志还配发了对该文的回应以及洛贝尔对回应的回应,引起了比较广泛的关注。

就国内公法学研究而言,笔者前不久和宋功德博士合著的文章《公域之治的转型》较早涉及了软法这一主题。^④ 该文认为,公共治理迫使我们全面反思和修正对“法”的狭隘定义,与之相匹配的公法规范体系应当“软硬兼施”。辽宁师范大学法学院梁剑兵副教授的《软法律论纲》^⑤一文也注意到软法现象。同国外的研究情况相比较,我们对于软法的研究还处于初步阶段,相关研究也明显滞后。但是在中国社会现实中存在着大量鲜活的软法规范,这些规范在组织和调整公共领域的社会关系方面扮演着重要角色,可以说构成了公共治理区别与以往国家管理、公共管理的重要特征之一。我们认为法学研究不应当是封闭的、自足的,而是必须回应和关照社会现实,这就需要我们拓展研究视野,更新法律观念,认真对待软法现象。

二、软法的几个基本问题

(一) 软法的概念和特征

开展一项新的研究,应当首先弄清研究的对象,这就涉及对软法的界

^① Carol Harlow, “Law and Public Administration: Convergence and Symbiosis”, in *International Review of Administrative Science*, Vol. 71 (2), 2005.

^② Linda Senden, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, 2004.

^③ 参见 Orly Lobel, “The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought”, in *Minn. L. Rev.*, Vol. 89 (2), 2004.

^④ 该文刊载于《中国法学》2005年第5期。

^⑤ 参见本书341页以下。