

软法的一般原理

RUANFA
DE YIBAN YUANLI

梁剑兵 张新华 著




法律出版社
LAW PRESS·CHINA

司法部2008年国家法治与法学理论课题研究课题
《软法的基础理论研究》(08SFB6002) 最终成果



本课题研究目标明确，注重法学实证分析和理论创新。作者突出了对软法的基础理论研究，从法理学角度研究和探讨软法的基础理论问题。作者在软法与其他社会规范的区别、软法的效力研究、软法的本土资源语境等方面都进行了认真负责的探索和研究，该书主要章节曾以论文形式先期发表，积极推进了对软法的社会实证分析研究，作出了一定的学术贡献，在法学理论界有一定影响。

—— 朱苏力



独角兽工作室

装帧设计

上架建议：法理学

ISBN 978-7-5118-3109-5



9 787511 831095 >

定价：30.00元

软法的一般原理

梁剑兵 张新华 著



司法部2008年国家法治与法学理论课题研究课题
《软法的基础理论研究》(08SFB5002) 最终成果


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

软法的一般原理/梁剑兵,张新华著. —北京:
法律出版社,2012.2

ISBN 978-7-5118-3109-5

I. ①软… II. ①梁… ②张… III. ①公共管理—行
政法—研究—中国 IV. ①D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 015646 号

软法的一般原理

梁剑兵 著
张新华

责任编辑 陈睿
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012年3月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10 字数 220 千

印次 2012年3月第1次印刷

编辑统筹 法律出版社

经销 新华书店

责任印制 沙磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3109-5

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

我和梁剑兵教授是通过软法的媒介认识的。经过一段时间的酝酿,2005年我在北京大学法学院博士班上正式开设了软法的讨论课,同时在当年的12月8日,举行了北京大学法学院软法研究中心成立仪式暨公共治理与软法的研讨会。一个偶然的机,我在网上发现梁剑兵教授从“本土资源”的角度研究中国软法现象的文章,也就是后来收入《软法与公共治理》一书的“软法律论纲”。当时遂有邀请梁教授出席研讨会的想法。那时恰好他在北大法学院访问,也算是有缘,就此有了后来我们进一步的交流和接触。

自软法中心成立以后,国内关于软法的研究就开始大规模地展开,在此基础上我们组织了各种活动。第一是召开了一系列的国内或国际性研讨会、座谈会,截至2011年年底,大小不下30余次,具有代表性的是2011年7月9日于北京大学召开的软法理论与实践国际研讨会。会议邀请了不同国别、不同学科的学者交流软法研究和实践方面的经验。第二是组织出版了软法研究的系列著作,包括北京大学出版社的“软法研究系列”(目前已有3本)、法律出版社的《软法亦法》和商务印书馆的《软法的挑战》。第三是在

国内兄弟院校推动建立软法的研究机构,如湖南大学的软法文化研究所、广东外语外贸大学的区域一体化法治研究中心、山东大学的软法与人权研究中心等。第四是面向全国的高等院校、研究机构和实践部门招标了11个与软法有关的课题。第五是建立了若干软法的实践基地,如南京市玄武区司法局、北京市西城区司法局等,同时积极推动以软法为代表的柔性治理手段在实践中的运用。

梁剑兵教授在不同程度上参与了上述各项工作,除了北大软法中心举办的各项研讨会之外,他还承担了北京大学软法中心委托的课题,即从心理学和伦理学的角度考察软法。他也以软法为题申请到了司法部的课题,此书即属于该课题的成果。梁剑兵教授在网上也非常活跃,常与网友交流和讨论软法的问题,本书的若干部分都曾经在网上发表过。这对于传播软法的精神起到了正面的作用。

这部《软法的一般原理》是由梁剑兵教授和另外一位作者张新华共同完成的,共由十章组成,包罗的内容比较丰富,具有自身内在的逻辑和体系。这十章的内容可以分为四个方面:第一是关于软法基础理论方面的研究,包括软法的界定、渊源、功用以及软法和硬法的区分标准、效力基础、程序和权利救济等基本问题。第二是软法与其他诸如民间法、潜规则、公共政策等相邻社会规范的耦合与区分,软法在某些具体社会领域的运用等,这部分内容旨在廓清软法的边界,检验关于软法的基本理论问题。第三则是软法的效力和实效问题,作者认为法的有效性是以社会利导—惩罚体系为基础的,而软法的约束主要存在于社会组织乃至民间组织当中。第四是软法产生和发展的历史背景和社会背景。该书作者的立意明确,认为软法研究是中国原生态的法学研究,选取了“法治本土资源”这一视角,而将重点放在如何制约公权力方面。

软法的研究之所以能够大规模地展开,是出于现代中国社会转型时期社会治理手段多样化的需要。当前软法在实践中已经得到了越来越多的运用,但是软法的研究才刚刚开始,还需要更多的人来关注。因

而我很乐意将梁剑兵教授引为软法研究的同道中人,并且向读者推荐他的著作。软法研究是当前社会科学中一个新的知识增长点,肯定会引起更多的人关注,梁剑兵教授很敏锐地捕捉到了这一动向,并且较早地就开展这一方面的研究。当然,该书在体系、逻辑方面或许还存在一定的不足,我和梁剑兵教授研究软法的角度不完全相同,在一些问题上的观点也不尽一致。这些都是属于学理讨论范围内的合理分歧,因为学术观点都是作者自我负责的,想必读者也不至于混淆;同时,一个新事物的研究,从不成熟到成熟,总是有一个渐进发展的过程。因此,我期待并且希望梁剑兵教授在此阶段性研究的基础上,继续努力,推出更多更优秀的软法研究成果。

罗豪才
2011年12月11日

自序

这是一本探讨如何调整和控制政治权力也就是公权力的书。它涉及法、人治传统、社会治理、暴力、财富、身份、知识、契约等与公权力相关的社会政法秩序结构中的各种元素,它主要想论述的是:转型时期的中国,如何充分利用本土法治资源中的软法规则或者机制,将屡遭诟病和非议的、经常非正当行使的公权力调控到一个相对正当与相对合理的发展轨道之中,从而为未来中国的社会发展建造一个合理与正当的公权力火车头。

因为诸多的软法现象往往都是公权力的表现形式,所以本书的写作背景实际上来源于作者对公权力的研究和思考。在日常的政治生活中,某些公权力的行使总是和腐败现象相伴随,所以,人们往往把公权力看成一种“恶”,但实际上公权力本身并无善、恶之分。作为一种社会控制工具,同时也作为我们生活方式的必然组成部分,公权力是无时不在无处不在的,它游弋在我们这个社会的方方面面并影响着我们的——我们的工作、我们的娱乐、我们后代的繁衍、我们所看的电视、我们所听的音乐、甚至我们的性生活和我们的隐私。

从一般的意义上说,权力不仅仅指公权力,凡是在人类之间存在单向支配力的场合就存在权力,或者说,权力的实际表现形式就是一种单向的、要求对方服从的支配性社会控制力。我们所有的人,不一定要经常地和公权力的拥有者(立法者、政府官员或者法官)打交道,但是我们几乎每天都在和权力打交道。父母对子女的监护和命令是一种权力。一个美女利用其美貌获得对男子一定程度的支配也是一种权力。超级市场里的商品价格标签是一种权力,它单方面地支配和控制着我们,使我们对于商品价格的意愿遭到强制。城市里的交通指示灯是一种权力,它使我们无法随意地在大街上乱走和游荡。单位里,我们必须按照领导人的指示和意愿工作,否则就可能产生某种对我们自己不利的不和谐状态。而政府关于价格、财政税收的种种决定和改变,更是直接影响和决定着我们的生活幸福程度的高低,乃至影响我们对未来生活的设计和希望。所以,不论我们是不是愿意,我们每一个人都是权力的对象,既无法逃避也不可克服。

古代的和生活在我们之前的中国人,如同鲁迅先生所言,他们往往处在两个时代中:一个是做奴隶而不得的时代,一个是暂时做稳了奴隶的时代。这主要是对权力的异己性而言的。其实,到目前为止,对绝大部分中国人来说,权力依然是一种无法被理解的社会现象,或者形象地说,是一只我们不得不经常面对却又时刻想绕开的怪物。这样一来,以权力为分界,统治与被统治的社会心理感受就被积淀在我们的思想深处,并时刻决定和影响着我们对权力被动服从的民族特性。尤其是公权力,向来以其独有的神秘性和不可抗拒的强大威慑性凌驾在我们的生活之上,政府、法庭、警察、制伏、合法的暴力和巨大的财政后盾与话语霸权,都构成一种超级符号,向我们传达着强烈的外部信息,既让我们服从又让我们畏惧和逃避。

现代社会则不同了。如果说,在古代的皇权社会、历史上的战争年代或者生活资料严重匮乏的“文革”时期,对公权力的服从是一种习惯

或者本能的话,那么,在现代的民主社会,在和平年代以及生活资料极大丰富的今天,客观情况已经发生了重大的转折和变化,或者更准确地说,无论从任何的角度,人们对公权力的认识程度和水平都发生了与以前中国历史上各个时期相比明显不同的变化。首先,随着广播、电视、报纸等大众媒体的普及,公权力的孕育和生成过程不再神秘和陌生。自改革开放以后,每年春季举行的政治协商会议和全国人民代表大会,都是一个巨大的视窗,让我们清楚地看到每一种全国性公权力的形成。其次,2008年5月1日生效的《中华人民共和国政府信息公开条例》已经极大地刺激了人民对各种政治信息的需求,在随后发生的汶川大地震等公共事件中,我们也看到了政府主动公开信息所带来的好处和重要作用。再次,稳定和明确的各种法律条规,让我们获得了对公权力进行评价的卡尺和天平,我们已经在长达四分之一世纪的法治社会中逐渐地学会并且适应了运用法律标尺来理解和接受权力的新思维方式。1990年10月1日生效的《行政诉讼法》更使我们拥有了前所未有的与公权力抗衡的强大武器。最后,宽松的、相对自由的政治社会环境也使得我们可以公开地甚至是随心所欲地讨论政治和国家的各种问题。由此,我们已经获得了基本的调整、控制和参与公权力的社会制度前提——尽管还是比较微弱的但却绝不是脆弱的前提。本书正是把自己的观点、理论、材料和各种预测,放置在这样一个背景下展开论述和讨论的。

一般的法学理论研究者也注重对公权力的观察和研究,但是他们所研究的公权力往往是被搭载于硬法之中的,而本书作者想要研究的,主要是被搭载于软法之中的公权力。硬法中的公权力往往是显性的、直接的、被人们熟悉的,而软法中的公权力却往往是隐性的、间接的、我们不大熟悉的。例如,作为民间组织的企业、学校等单位的规章制度固然不是法律,但是它们往往在具体的规章制度中复制国家制定法中那些不具有正式制裁后果的软法,将国家制定法中的软法转化为对组织

成员的要求,并且使用纪律处分和奖励等软约束手段保障软法在组织内的实施,于是,被搭载于软法之中的公权力就借助民间组织的规章制度得以延伸,一直延伸到社会结构的最小组成单位中,进而延伸到每一个组织成员的行为选择中。这样一来,国家制定法中的软法就获得了实效。这种软法现象的存在是普遍的,但是,往往因为它被隐藏在民间组织的规章制度里面,所以它是隐性的、间接的、我们不大熟悉的。

我必须在这里强调和声明的是,本书的基本立场和出发点既不是自由主义的,也不是保守主义的,而是相对主义和现实主义的。我认为,自由主义思潮固然有助于对公权力的调整和控制,但是,从中国社会独有的发展规律来看,矫往容易过正,可能导致绝对自由化、危及平等价值(自由资本主义社会的历史经验证明了这一点)乃至破坏必要的社会秩序,甚至会导致内乱与社会革命。而保守主义思潮虽然对巩固已有成功制度颇有好处,却很容易造成对社会利益分配不均衡的不合理现状的合法化维持,并伤害大多数不富裕群体的利益,甚至引发社会动荡(内乱或者社会革命)乃至历史倒退。所以两者均有可取之处,也均有不可取之处,而相对主义和现实主义立场则有助于获得两者的长处并克服其弱点。

作者想要努力揭示和描述的是,在高速变化的中国社会中,公权力与软法之间的相互关系和内在规律,以及在未来可能的发展格局。最终的目的是探寻出一条适合中国国情的法治进路。也许,历史发展总是不以任何人的主观意志为转移的,所以,任何关于公权力调控的设计和预测也许都是一个空想。但是,既然我们今天的每一个思考和行动,都构成了我们明天的历史,那么,我们就应该按照我们所设计和向往的目标做今天当做之事,而把其他交给时间——这也是作者写作本书的基本动力所在。

本书各章的内容主要是以我近六年来写作的关于软法的论文为主体构成的,在汇编成书的过程中进行了必要的修改。全书共分九个部

分,第一部分是序言,作者交代了写作动机和目的,“本书作者想要研究的,主要是被搭载于软法之中的公权力”。作者的目的是想要研究和探讨如何使公权力得到合理、有效的制约。第二部分是本书的方法论前提,在这一板块中,作者本着价值先行和“工欲善其事必先利其器”的科学原则,首先研究和探讨了关于软法研究的理论价值与实践价值,其后研究和探讨了软法基础理论研究中的范式问题和法学方法问题。第三部分包括第二章和第三章,是本书的核心部分,在这一部分中,作者着重研究和论证了软法理论的知识谱系、“软法”概念的由来和渊源、软法的定义、软法的类型、软法的功能与作用、区分软法与硬法的标准、软法的效力基础、良恶区别、软法理论如何指导法治实践等问题,读者可以将这一部分看成是本书的总论,也可以看成是理论概括。第四部分包括第四章,在这一部分,作者为廓清软法的覆盖范围和学理边界,先后研究和探讨了软法与民间法、潜规则、法律渊源、公共政策等相邻社会规范的耦合与界分关系,通过阅读这一部分,读者可以更加清晰地将软法与其他类似社会规范区别开来。第五部分是第五章,构成本书的另一核心部分,在这一部分中,作者主要研究和探讨了软法的效力与实效问题,提出了独树一帜的观点和看法:法的有效性是建立在一种“社会利导—惩罚体系”之中的,而软法的“约束阶梯”主要不是存在于国家机关中,而是存在于社会组织甚至是民间组织之中的,其本质形态是拒斥、羞辱、剥夺、纪律处分等,其具体表现形态是:考试与测验、纪律与规章、其他非国家法制裁手段等。需要说明的是,正是从这一方面,软法和硬法之间的区分和衔接关系才是明确的和实在的,同时也是合理的。在第六部分(第六章)中,作者使用历史分析方法,着重研究和探讨了中国历史上的软法、当代软法的社会背景等问题,读者通过阅读这一章可以了解我国软法产生和发展的历史背景与当代社会背景。第七部分即第七章,在这一部分中,作者以法学社会实证分析方法研究了中国当代社会中诸多的软法现象,力图在洞察社会经验事实的基础上证实、检验

本书关于软法的各项理论假设,并对社会管理创新问题提出自己的看法和意见,读者在阅读本章的时候,可以将这一部分看成是一种类似于自然科学中的实验报告的文体,从中可以看到作者力图在社会实验法庭中验证和检验自己的理论、观点和逻辑基础的企图和努力。第八部分包括第八章和第九章,作者研究和讨论了软法的程序、对软法权利的救济等问题,力图从程序角度揭示软法的运行机制和办事方式等问题。第九部分是结语,在这一章中,作者描述了软法的未来。

我希望读者在阅读此书的时候能够比较愉悦和轻松,并产生哪怕是一星一点的法学共识或者是共鸣。当然,严肃的学术批评和指教更是我求之不得的最好礼品,对这些批评我在此表示由衷的感谢!

梁剑兵

目 录

第一章 软法研究方法 001

第一节 软法研究的理论与学术价值 001

一、什么是中国原生态法学研究 001

二、软法研究意味着中国原生态法学 研究的起步 003

三、软法研究的理论与学术价值 005

四、学科研究方法论的回归、丰富与发展 010

第二节 软法研究是一个新范式吗 011

一、软法研究不是一个新范式 013

二、软法研究是本土资源学说的本体论 015

三、软法如何构成法治的本土资源 018

第二章 软法理论研究的若干理论问题 022

第一节 对近年来软法研究的概括性评价 022

第二节 软法理论的知识谱系 025

第三节 “软法”概念的由来和渊源 028

第四节 软法的定义问题 031

第五节 区分软法与硬法的标准问题 034

第六节 软法的效力基础问题 035

第七节 软法的良恶区分标准问题 038

第八节 软法理论如何指导法治实践 的问题 040

第三章 作为本土法治资源的软法 044

第一节 软法释义 044

一、软法的词源和语义 044

二、对软法的各种观察和界定 046

三、软法的理论基础和逻辑推演 049

四、软法的概念与内涵 052

第二节 软法的外延和分类 059

一、作为社会经验事实的软法 059

二、软法的类型 061

第三节 软法的本质及其定义 068

一、软法是政治权力意志的体现 068

二、软法是具有非正式效力的法律规范 069

三、软法是特定的共同政治利益的必然反映 071

第四节 软法的功能和作用 073

一、软法的功能 073

二、软法的社会作用 074

第五节 软法与硬法律的对接与整合 076

第四章 软法与类似概念的界分 079

第一节 软法与民间法的耦合与界分 079

一、软法的理论假设和语境 080

二、软法与民间法的耦合和界分 084

三、民间法如何转变成软法——对上述假设和命题的 检验性证实 089

第二节 软法与潜规则 095

一、潜规则的内涵 096

二、软法和潜规则的区别 098

三、案例中隐藏的软法 102

第三节 软法与法的渊源、公共政策 105

一、软法与法的渊源 105

二、软法与公共政策 109

第五章 软法的效力与实效 113

第一节 法律何以有效 113

一、需求层次理论 115

二、针对需求的“社会利导—惩罚体系” 119

第二节 软法效力与“社会惩罚体系” 121

一、社会惩罚体系的形成 122

二、社会惩罚体系的结构和内容 125

第三节 软法约束阶梯的表现形式 136

一、考试与考核 136

二、纪律与规章制度 138

三、未规定在硬法之中的非正式处罚 140

第六章 中国历史上的软法调控机制 143

第一节 古代软法溯源 143

第二节 古代调整中央和地方关系的软法机制 145

一、宗法礼治对公权力的调控 146

二、国家主义与家族主义的博弈 150

第三节 对中国古代权力集中制度发展历程的简要描述 161

一、从八王议政到中央集权 162

二、从礼治到共和 165

第七章 软法之治与社会变革 173

第一节 软法之治 173

一、问题的提出 173

二、“伯克利观察法”对软法研究的适应性 177

三、以私营监狱为例的实证检验 180

四、对我国软法之治的思考 183

五、基本设想——简短的结论 186

第二节 社会管理创新中的软法之治	187
一、软法理论与社会管理创新	187
二、软法治理观念与社会管理创新	190
三、软法制度与社会管理创新	193
四、软法技术与社会管理创新	195
第三节 软法与社会组织资源供应	197
一、我国原有公路养护费筹集制度及问题的提出	198
二、《公路法》第36条是软法	202
三、社会组织资源与依法行政	204
四、组织资源供应变革对软法发展的激励机制	205
第四节 行政指导中的民间协议前置	209
一、事案与问题	210
二、必要的社会调查	211
三、事案背后的法理	215
第五节 对老年人精神赡养的软法规制	221
一、精神赡养的内涵及相关制度分析	222
二、探亲假与精神赡养的相关性和契合性	226
三、建立我国新探亲假制度的设想	228
四、简短的结论	232

第八章 软法的程序 233

第一节 软法的形成程序	233
一、政治协商程序	234
二、地方性软法的制定程序	236
三、单位规章的形成程序	242
第二节 软法的实施程序	244

第九章 软法权利的救济 247

第一节 软法合法化与权利救济	247
第二节 救济途径	251
一、协商与对话	251