

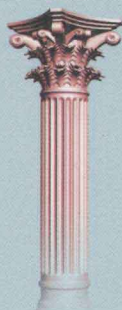
中国宪政之道

丛书主编 刘小冰

软法原理与中国宪政

*Doctrines of Soft Law and
Constitutionalism in China*

刘小冰 等著



东南大学出版社

中国宪政之道丛书

软法原理与中国宪政

刘小冰 等著

东南大学出版社

·南京·

图书在版编目(CIP)数据

软法原理与中国宪政/刘小冰等著. —南京:东南大学出版社, 2010. 12

(中国宪政之道丛书)

ISBN 978-7-5641-2581-3

I. ①软… II. ①刘… III. ①公共管理—行政法—研究—中国 ②宪法—研究—中国 IV. ①D922.104 ②D921.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 262971 号

软法原理与中国宪政

出版发行	东南大学出版社
出版人	江建中
社址	南京市四牌楼 2 号
邮编	210096
电话	025-83793191(发行) 025-57711295(传真)
网址	http://www.seupress.com

经销	全国各地新华书店
排版	南京理工大学资产经营有限公司
印刷	江苏兴化印刷有限公司
开本	700mm×1000mm 1/16
印张	15
字数	273 千字
版次	2010 年 12 月第 1 版
印次	2010 年 12 月第 1 次印刷
书号	ISBN 978-7-5641-2581-3
定价	36.00 元

(凡因印装质量问题,请与我社读者服务部联系。电话:025-83792328)

前言

改革开放以来,中国的法学事业取得了长足的发展,提出依法治国、尊重和保障人权、依法执政等战略部署是其中的主要标志。但是,迄今为止,中国追求宪政的道路仍然艰难而崎岖,以宪法为根本大法的法治构架还未能对公权与私权及由此而形成的全部社会关系进行高效的调节。这充分证明,偏重于硬法依赖这一传统的宪政发展战略并不那么完美。

英国谚语云:对一艘盲目航行的船来说,任何方向的风都是逆风。这就提醒我们:宪政建设必须具有新的明确的目标和战略。在我们看来,其中一个重要的方面就是:我国的宪政设计需要从单一的硬法依赖转变为依赖硬法与软法在主从意义上的二元结构。

但是,软法等概念还远不是当下中国法学的主流,这对我国的宪政建设不能不说是一个缺憾。博登海默在论及法律的非正式渊源时,将政策界定为“尚未被整合进法律之中的政府政策和惯例”或“政府行动计划”。^① 这一观点同样可以用来界定软法。在宪政建设中,将硬法看作是唯一的依据恐怕是一种不经济的想法。在这一问题上,现实的危险在于:法学家们有意识地将软法排除在法律体系之外,一味强调硬法的刚性作用。这将使“法律”仅仅停留在正式制度的层面上,无法成为“活法”。“在法治社会中无视政策对法律的补充作用,毫无限度地推进政策法律化,妄图以法律替代各种政策,其最终结果将导致政策在法治社会中的消亡。”^②

近年来,软法研究逐渐升温,这一新兴概念的提出,必定有助于完善我国的宪政发展战略。据此,本书通过严密的逻辑结构、透过现实软法现象展开对软法原理整体性、系统性的逻辑分析和研究;在整体性理解的基础上,对软法现象

① [美]埃德加·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年修订版,第487页。

② 屈振辉:《试论公共政策法律化的限度》,载《兰州商学院学报》2007年第6期。





的重点领域进行专项研究。这些研究的结论是:通过对软法原理的系统解读,寻求宪政建设的新思路,实现“硬法更硬、软法不软、软硬兼施、各司其职”的和谐法治。

本书围绕“软法原理与中国宪政”这一主题,分总论和分论两个部分展开对软法的论述。总论部分主要阐述了以下内容:软法的基本原理(概念、要素及其宪政意义);软法的规范体系(公域软法的规范体系及其作用机理、私域软法的规范体系及其宪政分析);软法的核心内容(通过软法实现权力控制)。分论部分主要阐述了软法与四个宪政相关领域的特殊关系:软法与协商民主(协商民主及其法治化分析);软法与党的政策(中国法政策的现实观照);软法与政府行为(行政指导及其法律责任的制度构建);软法与廉政建设(廉政生态建设:软法的视角)。

目 录

总论:软法原理与中国宪政

第一章 软法原理:概念、要素及其宪政意义

一、软法的基本原理	004
(一) 软法的概念界定	004
(二) 软法的是与否	011
二、软法的基本要素	016
(一) 软法的价值	016
(二) 软法的主体	017
(三) 软法的内容	022
(四) 软法的形式	022
(五) 软法的效力	024
三、软法的宪政意义	025
(一) 转变传统法律观念	025
(二) 更新法律研究机制	026
(三) 弥补硬法后天不足	027
(四) 降低法治运行成本	028
(五) 强化法律的正当性	030

第二章 公域软法的规范体系及其作用机理

一、公域软法的理论基础	035
(一) 公域软法的基本范畴	035
(二) 公域软法的价值意义	038
(三) 公域软法与宪法的关系	039
二、公域软法的规范体系	040





(一) 国家机关软法	040
(二) 特殊社会组织软法	049
(三) 其他社会组织软法	054
三、公域软法的作用机理、现存问题与治理之道	057
(一) 公域软法的作用机理	057
(二) 公域软法的现存问题	062
(三) 公域软法的治理之道	064

第三章 私域软法的规范体系及其宪政分析

一、私域软法的理论基础	069
(一) 私域软法的基本范畴	069
(二) 私域软法的价值	074
(三) 私域软法与民法的关系	077
二、私域软法的规范体系建构	079
(一) 私域软法规范体系的建构标准	079
(二) 私域软法的基本规范	080
三、私域软法的宪政分析	086
(一) 私域软法与宪政的冲突	086
(二) 私域软法与宪政的融合	089

第四章 通过软法的权力控制

一、软法控权的基本范畴	094
(一) 软法治理的回应型法治视角	094
(二) 通过软法的权力控制是宪政的应有之义	095
二、软法控权的必要性分析	097
(一) 软法控权的现实意义	097
(二) 国家角色的转变与软法的回应型特征	098
三、软法控权的逻辑结构	100
(一) 软法控权的形式	100
(二) 软法控权的内容	101
(三) 软法控权的目的	104
(四) 软法控权的责任	105
四、软法控权的问题及其消解	107
(一) 软法控权的问题及其原因	107



(二) 软法控权问题的消解	112
---------------------	-----

分论:软法原理与中国宪政

第五章 中国法政策的现实观照

一、法政策的概念分析	120
(一) 法政策的概念与特征	120
(二) 法政策与相关概念的比较	121
二、“法政策”:隐藏于现实秩序中的法律资源	123
(一) 法政策的中国简历	123
(二) 法政策的基本作用	124
三、法政策的基本运作机制	126
(一) 法政策的形成机制	126
(二) 法政策的目标机制	127
(三) 法政策的实现机制	127
(四) 法政策的评估机制	128

第六章 协商民主及其法治化分析

一、协商民主的理论内涵	131
(一) “协商民主”概念的歧义及其解读	131
(二) 协商民主相关理论及其分析	134
二、协商民主的法治价值	138
(一) 协商民主对法律合法性的证成	139
(二) 协商民主的宪政价值	141
三、中国协商民主法治化的现实困境及其宪政构造	144
(一) 中国协商民主缺失的法治现实	144
(二) 中国协商民主法治化的宪政构造	148

第七章 行政指导及其法律责任制度的构建

一、行政指导的基本理论	156
(一) 行政指导的概念	156
(二) 行政指导的性质	157
(三) 行政指导的分类	160
(四) 行政指导的原则	162
(五) 行政指导的历史发展	163



(六) 行政指导的运行基础	166
二、行政指导法律责任的概念特点及必要性	168
(一) 行政指导法律责任的概念和特点	168
(二) 确立行政指导承担法律责任的必要性	171
三、国外行政指导法律责任的制度考察及其启示	174
(一) 国外行政指导法律责任的制度考察	175
(二) 国外行政指导法律责任制度的比较及其启示	179
四、中国行政指导法律责任体系的建立	181
(一) 行政指导法律责任的原则	182
(二) 行政指导法律责任的立法完善	184
(三) 行政指导法律责任的构成	187
(四) 行政指导法律责任的类型	192
(五) 行政指导法律责任的责任分配	193
(六) 行政指导法律责任的实现方式	195
(七) 完善行政指导法律责任的相关救济途径	197

第八章 廉政生态建设:软法的视角

一、生态主义的理论主张及启示	202
(一) 自然生态系统的理论主张	202
(二) 文化生态系统的理论主张	205
(三) 生态主义的启示	206
二、廉政生态系统的概念内涵、基本功能与构成要素	207
(一) 廉政生态系统的概念内涵	207
(二) 廉政生态系统的基本功能	207
(三) 廉政生态系统的构成要素	210
三、廉政生态系统内各要素的多样性要求与运作机理	216
(一) 廉政生态系统内各要素的多样性要求	216
(二) 廉政生态中生产者、消费者、分解者的相互关系	218
(三) 廉政生态环境建设	219
四、廉政内生态与外生态的能动关系	226
(一) 廉政内生态与外生态互为条件、相互依存	226
(二) 廉政内生态与外生态互为补充、相互纠错	227
后记	229

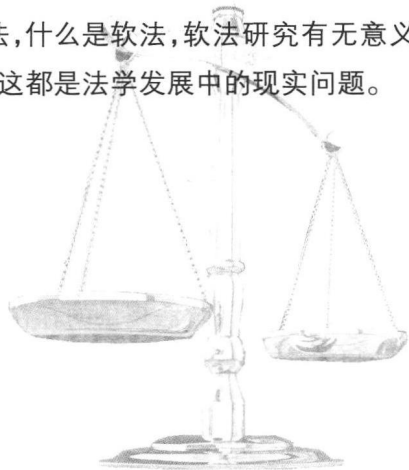
总论

软法原理与中国宪政

第一章

软法原理：概念、要素及其宪政意义

从数量上看,中国无疑是个法学大国,因为中国当代法律著作的数量正以“大跃进”的速度攀升。然而,与天文数字的法学论著总量相比,有关软法的论著可谓是屈指可数。这与学界对待软法的态度有着莫大的联系。有没有软法,什么是软法,软法研究有无意义,意义何在,这都是法学发展中的现实问题。





一、软法的基本原理

软法是20世纪70年代末、80年代初之后在西方法学界出现的一个引人注目的概念,90年代后在西方国际法的许多著作和论文中被频繁提及。自诞生之后,软法就引起了许多学者的关注,极力推崇者有之,不屑一顾者有之。作为舶来品,相对于硬法(hard law)而言,软法多少给我们带来一些模棱两可、似是而非的印象,这更加重了软法认识上的模糊和误区。

(一) 软法的概念界定

对于软法的概念问题,对软法的定义也尚未有统一的定论,学界主要存在三种观点:一种认为软法是一种规则而不是法,即“无软法主义”,认为只有国家制定或认可并依靠国家的强制力保障实施的法即硬法是唯一的法律,从而否定软法也属于法;一种观点认为一切硬法以外的规则皆为软法,即典型的“泛软法主义”,认为对人们的行为具有约束力的一切或显或潜规则都是软法,包括道德、政策、理念等等;一种观点认为软法只是一个概括性的词语,无法给出一个完整的定义,即“软法不可定义论”。

1. 软法概念的理论主张

所谓无软法主义,就是认为软法只是一种规则,本身不是法。有关软法概念的论述最早见之于国际法研究中,针对国家法领域有约束力的规范与无约束力的规范并存的情形,Jan Klabbbers等国际法学者仍然认为,传统的国际法理论有能力解释这些现象,故而不必制造软法这个易发生歧义的概念。^① Jan Klabbbers甚至认为软法是与法治理念相冲突的,因此,软法这一概念不仅没用,而且有害。笔者以为,无软法主义才是“不仅没用,而且有害”。正是由于这种早期的无软法主义思想,在一定程度上影响了后来的部分学者对软法概念的研究。不少学者早已认识到了软法现象的存在,也认识到软法对社会现象的影响力,但仍坚守固有的学术传统,坚持认为只有硬法才是法,甚至认为软法在某种程度上有损于法治的建设。实际上,研究软法,不仅有助于树立一种全面的法治观,而且有助于法学的健康成长。

所谓泛软法主义,即是将硬法以外的所有规则都指称为软法。例如,陈安

^① Jan Klabbbers, *The Redundancy of Soft Law*, Nordic Journal of International Law 65: 167-182, 1996; Kluwer Law International; Jan Klabbbers, *The Undesirability of Soft Law*, in 381 Nordic Journal of International Law 67(1998).



认为,软法是指趋向于形成而尚未形成的规则和原则,这是典型的泛软法主义。持这种观点的学者试图论证在法律和非法律之间存在软法,认为在法律的白色区域和非法律之间存在一个软法的灰色区域,并且灰色区域可能强有力地影响白色区域。^①梁剑兵将国内外学者对软法的概念归纳为12种:①国际法;②国际法中那些将要形成,但尚未形成的,不确定的规则和原则;③法律的半成品,指正起草的法律、法规,但是尚未公布;④法律意识与法律文化;⑤道德规范;⑥民间机构制定的法律,如高等学校、国有企业制定的规范、规则;⑦我国“两办”的联合文件(“两办”即中共中央办公厅和国务院办公厅);⑧程序法;⑨法律责任缺失的法条或法律,这些法条或法律只规定了应该怎么做,但是如果不做也不会追究相应的法律责任,如《妇女权益保护法》等就没有关于法律责任的规定;⑩仅有实体性权利宣言而无相应程序保障的法条或法律,如宪法序言中提到的权利就没有相应的程序性保障;⑪法律责任难以追究的法律;⑫执政党的政策等柔性规范。^②事实上,上述12种被列举的内容并非均属于软法的范畴,仅有其中一部分内容属于软法。例如,不能笼统地把国际法、法律半成品都归入软法,法律意识和法律文化、道德规范、程序法等也不应列入软法之列。否则,一种内容过于宽泛的软法概念有可能模糊软法研究的特定对象,并构成对这种研究的实质性伤害。

所谓软法不可定义论,它在一定程度上认识到软法现象的存在,承认软法,但未给出明确的软法定义。一位西方法学评论家曾将软法比喻成特洛伊木马,其意在于软法通常不过是学者们或立法倡导者在促进某一立法时所用的缓兵之计,尽管在它出现时还没有被采纳为具有法律约束力的规范,但是假以时日,它一定会摇身一变,成为硬法,或至少成为一些积极推动者们认为的有法律约束力的规范。^③有学者认为,“软法是一个概括性的词语,被用于指称许多法现象,这些法现象有一个共同的特征,就是作为一个事实上存在的可以有效约束人们行动的行为特征,而这些行为规则的实施总体上不直接依赖于国家强制力的保障。”^④梁剑兵也同样给出了一个比较模糊的软法概念,“所谓软法律,是一种客观存在于当代中国社会之中的法律系统,大体上是一个与硬法律和民间习惯法两面对应的法律领域。与之相似的概念可以有:类法律规范、准法律规范、

① 陈安:《国际经济法专论(上编)》,高等教育出版社2002年版,第170页。

② 梁剑兵:《软法律论纲——对中国法治本土资源的一种界分》,载罗豪才等:《软法与公共治理》,北京大学出版社2006年版,第341页。

③ [美]伊迪丝·布朗·韦丝:《国际环境法律与政策(案例教程与影印系列)》,中信出版社2003年版,第193页。

④ 罗豪才等:《软法与公共治理》,北京大学出版社2006年版,第6页。



软法、柔性法规、柔性规则等等,是一种新的法律分类方法。”^①

正是因为到目前为止,对软法还没有统一的定性,才使得对软法问题存在诸多的观点。现实生活中,软法无时无刻不影响着政治、经济、社会、文化、科技等各个领域,“它一直默默无闻地矗立于光芒四射的硬法旁边,与硬法共同支撑起法制大厦”。^② 软法的存在和地位已经是一个毋庸置疑的命题,因此,无软法主义显然是站不住脚的,坚持无软法主义就如同哲学中的唯心主义者,否认了软法客观存在的事实。

但承认软法的存在与确定究竟什么是软法是两回事,这就需要进一步考量泛软法主义和软法不可定义论是否正当了。笔者认为,这两种观点同样是在回避正面回答“软法是什么”这一问题。

泛软法主义认为一切非硬法即是软法,这就很容易导致将不具有法的一般特征的事物也归入软法范畴,将软法的范畴无限扩大。比较生动的比方是,哲学界最初对“人”这一概念曾有过这样的定义——人即身上无毛的两腿动物。在这一概念旁,还生动地附录一张被拔光了毛站立着的鸡的图片。同样,如果在对软法进行界定时过于宽泛,也会将许多非软法的事物纳入到软法的范畴,在一定程度上会让人对软法一知半解,甚至将危害法治建设,危害民主进程。

软法不可定义论在给出“软法是什么”时,常采用的是比照或概括式的手法,这种方法是比较保守的,不能一下子否定这种“软法”概念。同样,我们也无法清楚地知道软法究竟是什么。可见,对于科学定义软法来说,泛软法主义和软法不可定义论同样是不可取的。

上述三种观点虽无法明确而清晰地给出“软法是什么”的答案,但有一点是确定无疑的:它们可以被划分为“软法亦法”与“软法非法”两大类。笔者认为,软法是硬法(hard law)的对立与统一,因而倾向于“软法亦法”的观点。

2. 软法概念的认知误区

软法亦法,在某种程度上软法又依赖于道德、习惯和政策,但道德、习惯和政策本身又不属于法。因此,为了更好地说明软法是什么,有必要将软法和自然法、道德和风俗习惯区别开来,以免产生认识误区。

第一,自然法不全是软法。自然法“通常指人类所共有的权利或正义体系。作为一般承认的正当行为的一组原则,它常和国家正式颁布及由一定法令施行的‘成文法’形成对照。”^③也就是说,自然法并非是实在的具体的法律,它不是

① 梁剑兵:《软法律论纲——对中国法治本土资源的一种界分》,载罗豪才等:《软法与公共治理》,北京大学出版社2006年版,第337页。

② 宋功德:《直面公域软法现象》,载罗豪才等:《软法与公共治理》,北京大学出版社2006年版,第109页。

③ 《简明不列颠百科全书》(第9卷),中国大百科全书出版社1986年版,第569页。



法,可以说是一种正义和权利的体系,是一种形而上的法哲学观念。

自然法学派是以承认和尊重自然法是法为前提的,这一点遭到分析法学派的猛烈批判。笔者以为,自然法学派是一种泛软法主义,分析法学派是一种无软法主义。实际上,自然法学派所主张的许多原则本身就是软法的范畴或者是为软法的适用提供最高的指导。自然法中那些一般的、普遍的、抽象的理念,正义和权利观念无不深刻影响到了硬法和软法,在软法中得到了体现。但是,即使自然法是一个确定的概念,那也并非所有的自然法都是软法,因为自然法更多的是一些抽象和概括的内容,而软法多是由具体的规则和原则所组成。

第二,道德不全是软法。由于我国“礼法结合”的法律传统,致使道德在我国法的生成过程中起着巨大的作用,法律常常借助道德来确立其价值基础,这样的环境使得软法和道德之间不仅在观念上而且在制度上有着密切的联系。

道德是社会调整体系中的一种调整方式,它以人们的自我评价和他人评价的方式为特点调整人们的内心意愿和外在行为,是靠社会舆论、社会习俗和人们的内心信念来保证实行的。^①虽然道德和软法之间存在着许多相似之处,但笔者认为,只有那些经过长期的凝结,已经成为社会通行规则且已融入现行法律规范之中的道德才是软法。因此,道德不全是法,道德和软法之间还是存在很大区别的。

第三,风俗习惯不全是软法。所谓风俗习惯是指某一社会长期形成的、一时不易改变的风尚、习惯、习俗、行为倾向的总和。风俗习惯是一定的社会历史发展阶段的产物,都是在特定的历史、文化土壤中形成的,因而具有深刻的社会根源、历史根源和自然根源,这就导致风俗习惯具有一定的稳定性、社会性、继承性及融汇性,且在一定范围内具有相应的强制性。

可见,软法与风俗习惯还是存在很大差别的,主要体现在:一是形成方式不同。软法一般是人为制订而成的,而风俗习惯多是经过历史的沉淀、逐步形成的。二是表现形式不同。软法多表现为是一种行为规则,而风俗习惯则是风尚、习惯、习俗、行为倾向的总和。三是实施的方式不同。软法主要是依靠一定的约束力来保障其实施的,而风俗习惯与道德一样,主要还是依靠人们内在的信仰自然而然地去实施,不需要有外力强制保障实现。

当然,如果得到国家或共同体的认同,风俗习惯也能上升为法律,即通常意义上的习惯法。但可以肯定的是,风俗习惯本身不全是法,不能等同于习惯法。

3. 软法概念的多元定义

一般认为,软法概念是一个舶来品,起源于西方国际法学,后流行于欧盟,

^① 衣娇娇:《浅谈软法与道德规范的关系》,载《长春理工大学学报》(社会科学版)2007年第7期。



现在加拿大、美国、澳大利亚等国的法律书刊也日益受到关注。软法有多种表达方式,诸如“自我规制”、“自愿规制”、“软规制”、“软协调”、“软治理”等。但目前尚未见到一种明确的、统一的、权威的软法概念定义。

国外学者定义软法的方法主要有以下几种方式:^①

第一,直接从性质入手的定义。Linda Senden 认为,软法是不具有法律约束力,但却可能具有直接或间接的法律效果的、针对实践并可能产生现实影响的、成文的行为规范。^② Richard L. Williamson. Jr. 认为,软法文件,包括条约的附属文本,并不具有强制约束力,而只是对条约制度的目标予以支持,是不具有法律义务的全体一致的决议,也就是早期被称为“君子协定”的文件。^③ 还有就是被认为最清晰的,也为绝大多数学者所接受的 Snyder 的定义,认为软法是原则上不具有法律约束力,但却具有实际效果的行为规范。^④

从性质入手的软法定义,多是从软法的效力出发,认为软法是缺乏法律约束力但能产生法律效果的行为规范。笔者认为,这一视角下的软法定义是将法的效力局限为强制力,而没有将法的保护力视为法的效力,因此具有片面性。

第二,试图以列举具体软法的方式描述软法。Jaye Ellis 谈到,软法的表现形式极多,包括国际会议的序言性陈述、国家召开的多边会议的目标陈述与宣告、单方声明、行动规范、国际组织发布的行动计划与指导方针、国际组织通过的非约束性的劝告与决议等等。软法与软约束性法律的区别在于其缺乏法律约束力。同时将软法分为“标准性原则与激励性原则”两类。^⑤ Michelle Cini 认为软法介于一般政策阐述与立法之间,因此,最好欧盟委员会的软法概念理解为下述形式:“不仅包括国际协议,还包括欧盟机构发布的文本……行为规范、框架计划、决议、信息通报、宣告、指导备忘录、公告通知等。”^⑥

目前对软法的描述,多是从国际软法和公域软法的角度,由于其多以文本形式为载体,这就相对比较容易列举各种软法的形式。然而,实践中,软法和软

① 魏武:《软法是什么》,载罗豪才等:《软法与公共治理》,北京大学出版社 2006 年版,第 176-178 页。

② Linda Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford: Hart Publishing, 2004, p533. See Jill Wakefield, *Soft Law in European Community Law*, *Common Market Law Review*, Aug 2005; 42,4; ABI/Inform Global, p. 1203.

③ Richard L. Williamson, Jr., *Hard Law, Soft Law, and Non-Law in Multilateral Arms Control: Some Compliance Hypotheses*, *Chicago Journal of International Law*; Spring 2003; 4,1; Academic Research Library, p. 59.

④ See Michelle Cini, *The Soft Law Approach: Commission Rule-making In The EU's State Aid Regime*, *Journal of European Public Policy* 8;2, April 2001, p. 194.

⑤ Jaye Eills, *Soft Law As Topos: The Role of Principles of Soft Law in The Development of International Environmental Law*, ProQuest Information and Learning, 2001, p. 106.

⑥ Michelle Cini, *The Soft Law Approach: Commission Rule-making In The EU's State Aid Regime*, *Journal of European Public Policy* 8;2, April 200, p. 194.