

罗豪才毕洪海:通过软法的治理 PDF转换可能丢失图片或格式
，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E7_BD_97_E8_B1_AA_E6_89_8D_E6_c122_484791.htm 尽管准确地追根溯源很难，人们对于“软法”的初次使用或许会有争论，但是毫无疑问这一术语最先是在国际法领域中出现的。近来，随着国际治理、区域治理的发展，软法及其所代表的相关现象也引起了学术界的兴趣，[1]不仅如此，那些关注传统管制向公共治理方式转变这一进路的法律学者也试图扩大软法适用的范围。[2]这两方面的努力已经积累了一定数量的软法文献。本文的宗旨就在根据概念、特征、意义、软法与硬法的关系等基本的分析要素对已有的软法文献进行尽可能全面和完整的梳理。显而易见的是，在有关软法的讨论能够获得共同的基础，软法研究能够取得更大的成就之前，对其他法域相关的研究进行爬梳是非常必要的。这正是本文的任务。需要指出的是，不同的法律学者采取的研究进路是不尽相同的，对软法的认识各异也就在所难免。本文作者对软法问题的思考，主要也并非出于世界应当如何这种价值关怀，而更主要的是基于对现实的关注，希望能够为国内新兴治理活动中的某些现象给出法学特别是公法学上的回应和理解。限于前述的任务，有关这一方面的讨论将主要是启发性的，其详尽的展开将留待另文完成。毫无疑问，本文的整理不可能是穷尽的，再加上作者对于软法给国内公共治理和国内公法的影响的认识也是初步的。因此，绝非虚词客套的是，倘若有挂一漏万或不当之处，敬请批评指正。

一、软法的概念与特征

(一)软法概念的初步界定 不论是否承认软法的价值，对软法的

概念进行一个初步的界定是可能的。这样的界定通常是描述性的，而且是在和硬法（hard law）相对的意义上来加以使用的。可以说，软法“这一术语指的是不具有任何约束力或者约束力（binding force）比传统的法律即所谓硬法要弱的准法律性文件”。[3]准确地说，这里所称的软法不具有约束力，指的是法律上的（legal）约束力，而实际上并非是说软法不具有任何约束力。由此，比较简洁而且准确，也是为诸多学者频繁引用的是Synder的定义，即“软法总的来说是不具有法律约束力但可能产生实际效果的行为规则”[4]。比较复杂且比较规范的是“以文件形式确定的不具有法律约束力的、但是可能具有某些间接法律影响的行为规则，这些规则以产生实际的效果为目标或者可能产生实际的效果”[5]。这里的约束力有时候也被用强制力或执行力作为注脚，但就软法而言，其所缺乏的仅限于法律上的强制力和约束力。从表面上看，软法的概念似乎是自相矛盾的，即一方面强调其不具有法律上的约束力，另一方面又采用了“法”的称谓。就现有的研究来看，学者们似乎主要是把“软法”一词作为一个形象而便利的称呼加以使用，而没有或很少纠缠概念本身。实际上，说软法不是法，强调的是法律的实质（效力）特征，因此只有硬法才是法律；说软法是法，强调的是法律的形式特征，所有符合法律形式特征的都是法律。[6]在两者兼备的意义上使用法律，显然只有硬法才符合条件；在后者的意义上使用法律，则既可以包括硬法，也可以包括软法，事实上扩大了传统的法律的范围。软法的概念可谓人言人殊，有多少位学者就可能有多少个软法的概念。再加上软法现象本身的复杂和多样化，在对软法的理解能够继续推进之前，有必要

简要地考察学者们使用软法常见的几种语境。（二）软法的语境 软法的语境，从大的方面来说可以分为国际法和国内法两种。如前所述，软法在国际法语境下的使用自不待言，不仅是最早出现，而且讨论较多，也是相对容易理解的；相比较而言，软法在国内法语境下的使用比较鲜见，而且更为复杂。

1、在传统国际法的领域中，通常来说国际法的渊源主要有两个：习惯法和条约。习惯法通过不断的实践随着时间的发展逐渐获得公认，而条约则是由政府签署，同意受条约的内容约束。在此语境之下，软法指的通常是当事人之间达成的不属于严格意义上的国际法的协定。如果说习惯法和条约是默示或明示地得到国家的认可，软法也是协商的结果，同样需要国家的同意和参与。不过根据《维也纳公约》的规定，软法是由非条约性义务组成的，不具有强制执行力。国际法领域中的软法包括国际组织的某些决议，例如联合国大会的决议等。随着人们对各种全球问题关注的增加和全球治理网络的出现，软法在国际法领域的运用也越来越受到重视。

但是在国际法领域中，无论是条约和习惯法等所谓硬法还是软法，其与国内法的法律环境都存在着相当大的差别。就目前来说，国内法的法律秩序主要是建立在主权基础上的，在国内法中存在着一个核心的法律制定权威，至少可以作为“法律上的主权者”，从而保证法律秩序的统一性和有效性。不过在国际社会中，这样的权威是不存在的，因此国际法的创立必须通过合意的过程，可以说体现了一定程度上的普遍同意。国际法的实施也有赖于各国各自独立的执行机制，有的时候还需要以国内法的形式加以转换。因此，如果把“legal”称为具有约束力的且可以通过诉讼强制执行的话，

那么几乎大部分国际法都不能被称为硬法，[7]或者说因为没有执行条约的中央权威，条约更像是朋友之间不具有约束力的协定而非法律上可以强制执行的契约。[8]

2、在超国家法的层面上，软法在欧盟法和欧洲治理的语境中被频繁地使用。在欧盟法的语境中，有人从否定和肯定两个方面概括软法：从否定方面来说，除了法律之外的所有规则、条例和契约都可以被称为软法；从肯定方面来说，软法通常是由专业人员主动提出或者与消费者和国家协作或者根据国家的授权草拟的，根据双方之合意加以适用的一系列文件。[9]

欧共体的各种准法律性文件，例如行动守则、指导方针、通信等都是软法。这些文件对欧洲委员会如何运用其权限，如何在裁量的范围内履行自己的职责等做出指示。由于软法在欧洲治理中的广泛运用，有人说欧盟正在进入一个“软法时代”（Era of Soft Law）[10]。软法在欧盟的广泛运用，是因为欧盟虽然拥有一定范围的法律权限，但是由于其成员都是主权国家，在欧盟和成员国的关系上，奉行辅助性原则（Subsidiarity），欧盟很多目标的实现需要成员国的协商与配合。除此之外，与硬法的方法相比，软法的方法具有灵活、开放等优点，所以即便在欧盟具有相应的法律权限的情况下，例如在环境法领域，也会在一定程度上采纳软法的方法。如前所述，软法在国内法的语境中更为复杂，而且不同的语境之下其运用也各自独特的进路和关照，大致来说有如下三种情况：1、软法指的是法律多元意义上的社会规范。Eric Posner认为，“软法指的是一套没有中央的权威加以创设、解释和执行的规则。”[11]当然，这种社会规范和法律并非对立或完全不相干。不过，真正构成权利来源的，“是规范，而不是法律规则”

。” [12]这种研究进路具有强烈的法社会学色彩，是于19世纪末20世纪初在欧洲大陆和美国发展起来的。在法律多元的视角下研究社会规范，颠覆了法律中心主义的传统，即国家是规则和执行活动的主要渊源，正式法律是社会秩序的唯一渊源的命题。这种研究的进路具有其自身的特点和学术价值，它促使人们观察为传统法学研究所忽略的社会规范，研究社会生活中活的规范，从而拉长了学术研究的视域，形成了一种开放的格局。不过，与这种研究视角的开放相比，治理领域中的软法更强调治理方式的变迁。这在后面还要说到。

2、软法是公法中所谓行政主体发布的“非法律性的指导原则、规则和行政政策，包括诸如非正式的指导方针、信函、操作备忘录、指令、守则和口头指示等形式” [13]。这种语境下的软法迄今主要是在加拿大的公法中有所讨论。这里的软法既包括正式的文件，也包括长期实行的行政实践，其所关注的核心问题乃是组织行政机关的裁量权的这些文件和实践的效力如何。在1999年的Baker案之前，加拿大的判例法曾确定这些形式的“软法”不是“法”而是“政策”，因而不受内部监督、外部审查或者其形成、修改或适用不适用行政程序的标准。这种软法和加拿大传统公法制度强调形式上的权力分立有一定的关系，即按照权力分立的理念，“所有的立法都来自立法机关或者由立法机关授予，行政机关没有独立的立法权，” [14]故而就产生了政府的伦理守则和政策指针等软法的性质和效力的定位问题。应当说这种对于认识国内法语境下的软法和硬法的关系不无启发意义，但是毋庸置疑，加拿大的这种讨论是和其国家公法发展的水平相关的。

3、治理领域的软法。治理领域中的软法，是与学界归结的社

会秩序实现方式“从统治到治理”（from government to governance）的发展趋势密切相关的。Ulrika Mouml.rth也认为，治理的特征表现为由灵活性和自愿规则所确定的水平网络和权威关系。[18]在这种新的治理关系中，行政机关在严格的程序规则之外，以问题的解决为导向，就管制事项与利害关系人进行积极协商以便对管制措施达成合意，或者采取价格的手段引导被管制方采取正确的取向，促使其选择成本最低的行为方式。前者确立双方主体，包括行政机关在内的伙伴关系，通过确立基本准则的方式，实现灵活和创新性的管制方式，并且通过协商合作的过程实现程序的渐进式发展。后者则比如可转让的污染许可、征收环保税等。[19]因而在治理的过程中，软法手段往往就成为各方主体合意或者可取的选择，甚至出现了硬法的软化现象（softness in law）。这样的治理方式也被称作是“软治理”。规则的法律化程度，按照某些学者所说的那样，可以用一个连续的统一体来表示，而确定这个统一的变量就是其责任、精确性和授权的程度。[20]这个统一体的两个极端，即三变量程度都低和都高的两个极端，分别就是软法和硬法。当然，不是所有的法律三个变量或者都高或者都低。[21]在治理的语境下，我们同样可以用这样一个连续的统一体来表示解决问题的方式，其中最弱的一面是在缺少硬性管制制度的私人领域中，通过自我管理（self-regulation）等方式形成和执行行为规则，例如消费者保护、劳动与就业与环境保护领域等运用较多。[22]而较强的管制形式需要国家、公共部门在与私人部门的合作、对话过程中发挥更为积极的作用，形成一种合作管制（Co-regulation）的关系，这种情况下的软法多是和硬法制度

结合在一起共同发挥作用。[23]而最强的法律形式就是另一个极端的硬法。昂格尔认为，这种合作的趋向最终向官僚法的公共性和实在性提出了挑战。“合作主义的锋芒所向，就是要在思想上和组织上取消国家与社会的界线，因而也要取消公共生活与私人生活的界线。”[24]总的来说，治理语境下的软法，不仅存在于公法领域，也存在于私法领域。也正是遵循治理的进路，方有可能把国内治理、区域治理和国际治理勾连起来，并进而推动形成一种全球时代的行政法。[25]进行一定程度的勾连，并且推动一种全球行政法的出现。昂格尔认为，合作主义有助于形成一套打破公私法划分界限的规则。“……这一发展……并没有必然地破坏更为广泛的一种区别，即国家法与内部的、由私人确定的私人组织规则的区别。……就私法也由国家制定这一点而言，在更全面的意义上讲，私法也具有公共性质。”[26]因此，在法律与公共治理的关系中，虽然研究的重点可以而且应当有所区别，但是在以问题之解决为导向的关系中，采取功能主义的进路而不是局限于传统学科的僵硬划分这样一种开阔的视角似乎更为可取。[27]

（二）软法的特征 有学者认为欧盟法语境下的软法具有三个核心要素：[28]第一个是软法是有关“行为规则”或“承诺”的。第二，各方达成协议将这些规则或承诺写入不具有法律约束力的文件，但是却并非完全不具有法律效果。第三，它们以对行为产生某些实际效果为目标，或者可能导致对行为产生某些实际效果。综观各位学者的看法，软法的特征主要可以归纳如下：首先，软法是一种规范，是一种行为规则。这是软法的形式特征，不过，需要指出的是，规范和规则本身并非是没有区别的。软法的特征需

要解决，不仅是软法与硬法的区别，也需要解决软法与政策、道德规范等之间的界限问题。应该说，软法的规范属性是对软法的概括性定位，其他如道德、政策等也具有一定程度的规范属性。因此，这一特征并不能够当然区分软法、硬法以及软法和道德、政策等。通常认为，软法是居于一般性的政策宣誓和立法之间。[29]因此，这里需要进一步解释的是，软法是否一种法律规范？如果是，那么这种没有牙齿（toothless - ness）的法律和道德规范和政策的区别是什么？综观目前各种软法的相关研究资料，这种区分似乎是被当作不证自明的。但就规范本身来讲，可能还需要进一步的说明。其次，软法的根本特征是不具有法律约束力，不可以由法院强制执行。这一特征实际上主要是针对硬法而言的。例如，国际法领域中，因为国际社会缺少一个核心的法律制定权威出现了软法的问题；职是之故，新法律的创立必须通过合意的过程，在没有取得合意的情况下形成的文件是不具有法律约束力的。国内法中虽然存在着核心的法律制定权威，但是同样也存在着软法或者硬法软化的现象。以软法为代表的这些新的治理方式，意味着行政法作用的发挥将“越来越依赖于不以法院为中心的、只保留很少司法资源的结构”[30]。软法没有法律约束力，主要是指就软法本身来说一般不具有司法适用性。尽管如此，这并不意味着软法不具有任何实际效果或非法律性的约束力。更进一步说，在某些情况下，软法对于管制效果的有效性使得其实际约束力有可能比硬法更强。在国际法中，软法虽然不具有法律约束力，但其仍然对国际关系并且最终对国际法具有一定的影响。许多像软法这样的协定可以作为未来具有法律约束力的协定的基

础，因此也是具有一定作用的，例如《世界人权宣言》是软法性的宣言，而《经济、社会与文化权利国际公约》和《公民权利与政治权利国际公约》都是从《世界人权宣言》中产生的。[31]无论如何，软法可以通过利益诱导以及羞耻感、谴责、互相模仿和学习等方式发挥作用。当然，软法发挥实际作用的机制，在不同的语境下会有不同的运作形式，虽然我们能够如前文所述的那样将其和传统的命令-控制模式加以简单的比较，但是其进一步的阐述还需要详尽的实证分析。再次，软法的形成的主体是多元的。从统治向治理的转变过程，也是治理主体分散化的过程，即在传统的政府核心部门之外，设立大量具有一定独立性的公众组织，从而形成一种“分散化的公共治理”[32]结构。软法本身的复杂和多样性与这种治理结构下主体之间的互动网络关系密不可分。因此，软法的主体除了国际法上的政府组织和非政府组织之外，不仅包括传统的法律制定主体，如国家，而且还包括社会组织乃至私人组织。更有甚者，受法律多元主义的影响，有的学者本身就把软法和“社会规范”（Social Norms）等同，[33]这就在更广泛的意义上扩大了软法的主体。软法形成主体的多元，“……要求把法律的概念分散化以便能够将众多的规范情形包括在内，尤其是非国家主体产生的规范。”[34]（三）软法的分类 分类是一种便利的认识方法，但是分类本身具有把问题简单化的可能。准确地说，软法分类不是要把问题简单化，而是要使其更加明确。有鉴于软法的复杂性和表现形式的多样性，对软法进行分类是必要的，而且还有助于深入理解软法的内涵和外延。在国际法的语境下，软法通常被区分为两类，一类是法律性软法（Legal Soft Law）

，一类是非法律性软法（ Non-legal Soft Law ）。 [35]前一类软法是条约中只具有软性义务的规定，后一类软法则是国际或地区性组织制定和认可的不具有约束力的决议和行为规范等。无论哪一种形式的软法，都包含有主观因素和两种客观因素，主观因素指的是成员方保留对义务内容一定限度范围内的选择权，而客观因素指的是超越前述限度范围就可以予以强制实施的因素。客观因素的实施所依赖的制裁措施根据软法的性质而有所不同：法律性软法体现在国际条约或国际组织的决定中，本身对成员方具有约束力，因而可以说有法律制裁可以保障其实施；而非法律性的软法通常只能通过非法律性的制裁，如政治制裁来实现。因此，现代国际法中所称的“软法”通常是在第二种意义上使用的。在欧盟法的语境中，有学者把软法区分为三种形式：[36]第一类软法主要为宣言性或资料性的文件。属于这一类型的主要有绿皮书、白皮书、行动纲要和资料性通信等。第二类软法是解释性的和决策性的文件。这些文件的目的是为解释和适用现有的共同体法律提供指导原则。第三类软法包括正式的和非正式的指导性文件。这些文件的目的是为了进一步实施共同体的目标和政策或其他相关领域的政策，有时候会表现为非常政治化的声明或决议的形式，通常是为了在成员国之间以非强制性的方式确立更密切的协作或一致，主要表现为建议、决议和行动守则。这里的建议是一种正式的指导性文件，根据《欧共体法》第249条的规定，建议为共同体的法律文件。其他的文件只是产生于日常的实践当中，因此是非正式的文件。除此之外，软法还可以按照其功能进行分类，这在后面软法和硬法的关系中还会谈到。这种分类方法对于认识软法的功能

和价值更有启发意义。二、混合理论：软法与硬法之间的关系 软法甫一提出就遭到了质疑。要进一步明确软法与硬法之间的关系，首先必须弄清楚软法有没有独立存在的价值，如果答案是肯定的，那么独立存在的价值何在，软法可能对传统的法律制度带来哪些方面的冲击。而在此之前，首先要说明的是软法遭到的抨击都有哪些，有关学者是如何面对和回应这些批评的。当然，根据作者为本文限定的目的，回应这些批评本身并非本文的任务。（一）批评软法与回应 批评一：是软法还是软规范？很多人认为，软法的“法”或者说软法本身就是一个具有误导性的概念，因为“法”这个词可能意味着软法中的义务是法律形式的义务，而软法恰恰是没有法律约束力的。因此，既说软法不是“法”，而又说软“法”，容易造成逻辑的混乱，甚至可以说是一个自相矛盾的概念。有鉴于此，有的学者采用了软“规范”（Norm）的提法，并在不那么严格的意义上把软法和软规范等同，[37]其他还有如软政策、软管制或软工具。或者虽然采用软法的称谓，但认为“软法”所指的规范和标准既非法律，也不具有直接的法律约束力[38]。对于软法的称谓，Richard Bilder认为“用软法一词来描述显然不具有法律形式而且并不意图发生法律上的约束力的文件显然是不合适的，而且也没有多大帮助，”理由是“这样的文件根本不是我们通常意义上所说的法律”[39]。回应这种批评可能的方案有三个：第一个就如采用软规范的称谓那样，换另外一个概念，消除软法可能带来的误解。第二个就是重新解释法律，不把原来的“法律约束力”及其相关理论作为重新解释的法律的标志性特征之一，从而将软法包括在法律之内。第三种就是虽然采用软法的称

谓，但主要是在经验的意义上使用，而不把它作为一个分析的概念。软法的含义和其法律效果一样，被认为应当根据个案加以确定。第一种情况需要有可替代的概念存在，从实际来看，显然这样的概念并非不存在；第三种情况是概念使用的自我限定，基本上是将软法作为一个描述性的概念加以运用，而不是特别强调其规范化的一面。[40]就软法的概念来说，重要的或许不是软法和硬法的区分，而是软法怎样和法律本身区分开来。第二种回应实际上就是力图在正面回答软法和法律的关系问题。这种回应需要为法律以及法律的生成等寻求新的理论支撑，需要回答软法是否对法律的概念构成了挑战。Willem Witteveen和Bart Klink从商谈式立法的视角对部分软法是否是法律的问题进行了解释。之所以说是部分软法，是因为其解释的对象是国内比较模糊且没有牙齿的宣示性立法。他们区分了两种立法的形式：工具性立法

（Instrumental Legislation）和商谈性立法（Communicative Legislation）。工具性立法是指上级（国家）发布确定的命令（法律）给其臣属（人民），要求其遵守否则就要受到惩罚。这种立法是一种等级制的单向沟通模式，并不需要接受者的协作与反馈，强调命令与服从。商谈性立法把法律看作鼓励处于平等地位的主体（国家官员、中介组织和公民）之间进行对话，是一种更为扁平和互动性的过程，强调说服与对话。商谈性立法所产生的法律通常就被称为“软法”或“象征性的法律”。[41]批评二：软法是一个多余的概念。这一批评采取的是实用主义的进路，在承认软法本身所代表的价值的同时，从结果导向的视角否定软法和硬法的二分法存在的必要性。例如，Lichtenstein认为管制体制中特定的规范是

“硬”还是“软”根本无关紧要，要紧的是如何取得成效，更好的目标实现，也就是更好的交往和合作的方法。换句话说，需要区分的不是硬法和软法，而是要区分实现整个秩序目标的过程中取得各方合作的方法。[42]也可以说，关键的问题是“有关活动在法律和政治领域中的效果，而不是该活动的渊源”[43]。在公共治理的过程中，为了实现更好的管制效果，实际上有意识地模糊了公共领域和私人领域的界限，更多地以结果的实现作为判断手段有效性的依据。当然，从公法的视角出发，这只是强调了问题的一个方面。另外一个应当看到的是软法的适当性问题。这里的适当性包括两个层面：规范层面的是软法与民主和法治是否存在冲突；技术层面的是软法所适用的领域和问题是有限度的。通常来说，“善治”（good governance）的要求对软法来说也是适用的，政府和其他组织只有在满足下述条件时，其治理才是善治：第一是依法行政：公共组织必须遵守法律要求并在法律授权范围内执行公务，在各种活动中遵守正当程序，并尊重公众及其他利益相关者的权利和意愿；第二是在使用公共资源时要达到公告过的绩效标准；第三是根据合法性标准和绩效标准，负责向公众和其他利益相关者做出解释。[44]《欧洲治理白皮书》提出的善治的要求则包括公开、参与、负责任、有效性和一致性。[45]总的来说，对软法的这种批评，严格来说在于超越软法和硬法这一区分本身，显然超脱了第一种批评当中隐含的话语之争，使得我们透过语词关注背后的现象和问题。批评三：软法和法治存在冲突。前面已经提到了有学者愿意在有限的经验意义上使用软法这一概念。根据这种批评，勉强可以接受把软法用作描述性的功能，因为这

样最多不过是容易引起误解而已。但是因为学者具有从描述中抽象规范的倾向，如果某些文件能够被描述为软法，那么就会认为可以有意识地创制这样的文件。Klabbers认为这种做法是应当坚决加以制止的。他认为软法这一概念不仅没有用，而且是有害的。[46]这一批评是从法治的角度出发的，即软法可能危及法律的可预测性、简明性，并且为权力主体所利用。根据Klabbers的看法，现实世界是复杂多样而且是经常变化的，如果要创制软法就是要将政治的、道德的和社会的考量转化为法律。即便这种做法可欲，世界的无限多样性也使其不可能。其次，法律本身的优点即在于其简化的力量，法律只承认法律的和非法律的两种范畴。如果将法律作为表达价值的媒介，会把法律过于复杂化，而且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。[47]因此，Klabbers要求将软法从法律领域中彻底清除出去。像欧洲议会也认为软法可能危及到至关重要的民主透明原则和法治社会对可预测性的要求。[48]这种批评体现了一种类似于“还原论”与“简化论”的争论，显然批评者更倾向于“简约法律的力量”。这样一种批评，仍然将法律看作一个封闭的、相对独立的体系，而试图回避软法的问题。实际上，对软法的研究，可以拓宽研究的视野，更好地认识规则的形成和共识的建立过程，了解这一民主过程中不同主体之间的竞争与合作关系。从某种意义上说，软法是法律和政治的结合部，[49]体现了审议民主的精神。法律强调的是以输入为导向的民主制度（input-oriented democracy），也就是代议制民主，体现的是民治（government by the people）的原则；而软法

在强调以输出为导向的民主制度（output-oriented democracy）中更为有效，体现更多的民有精神（government of the people）。[50] 批评四：软法无法用于国内法领域。这种批评是某种假想的批评，起因在于学术界对国际法的效果所持的普遍比较低调的期望。之所以如此主要是在国际法领域中不存在比国家更高的法律权威，国际法需要以国家的同意作为前提，而且由于缺少中央的权威，违反国际法很难导致法律上的强制执行。故而软法在国际法领域中大行其道。可以说，很多国际组织之所以运用软法，是因为没有别的选择。[51]但是在国内法中，法律上的主权者或者说是主权者的代表者是存在的，而且存在法律上的最终解决权威，因而完全可以采取硬法的形式。正如前面所述，政府在公共治理结构中角色的淡化（注意并不是说消除），治理过程中形成的网络互动关系，在某种程度上可以勾通国内治理和国际治理。此为其一；其二是就实际来看，在很多情况下，即便存在可供选择的硬法的情况下，参与治理的各方主体也可能选择软法的方式以实现治理的目标。[52]这显然是软法乃不得已而为之这种说法无法解释的。对此，需要回答的是软法的意义和价值何在，相比较硬法而言，软法到底能够起到什么作用。

（二）软法的意义与价值 抛开概念和语词的争论，软法作为一种现象实际上早已经存在，现在只是希望将其纳入法学研究的视野。软法的研究，要求我们采取一种开放的态度，关注软法背后所代表的活的规范现象。研究的视角不同，对软法意义与价值强调的侧重也就有所不同。一般来说，可以分为法律的视角和政治的视角：例如在欧盟治理的语境中，法律的视角往往会把软法限于欧盟一些基本条约所正式确

立的法律渊源的形式，强调软法与立法相比的非直接法律效果，例如准备、解释或者补充立法的功能。相比较而言，政治的视角更在意法律“软化”的含义，强调不具有约束力的指导原则的政治效果。[53]就政治效果而言，又有两种不同的角度，一种是理性主义的，一种是建构主义的。理性主义强调法律的义务、精确性和委任三个方面的维度。当前述义务的内容不那么严格，定义的精确性有所模糊，而委任的解释赋予利害关系人的时候，就出现了软化的法律。按照理性主义的理解，软法是一种障眼法（Red Herring），一种声东击西的策略。[54]不过，软法的主要优势在于，其一是协商成本更低，其二是代表了通向硬法之路的渐进式发展。[55]建构主义关注的是以互相学习和商议为导向的交谈行为。建构主义者把软法看作是特洛伊木马（Trojan Horse），即一种表面上无害的工具，而一旦引入就会产生重大的影响。[56]因此，与理性主义相比，建构主义并不认为软法的非强制性和不具有制裁性是重大的不足。首先软法可以通过模仿、对话和学习实现规范的扩展，就像OMC（Open Method of Coordination）方法那样。其次，软法可以确立弹性的、考虑差异性的横向制度安排，从而促进社会性的学习过程并且加速网络的形成。[57]软法的意义部分在于其能够补足硬法的不足。如果说软法在国际法领域是退而求其次的选择的话，那么软法在欧盟法和国内法领域的运用则更多地是有意识选择的结果。例如，在欧盟的语境中，硬法的不足被认为有以下几点：第一，硬法的安排往往是统一的，但是许多问题需要考虑并且容忍成员国多样性的存在；第二，硬法具有滞后性，其依据是以前预设的固定的条件，而不确定的情形则需

要不断进行试验和调整；第三，硬法很难修改，而在许多情形下需要迅速改变规范以实现最优的目标；第四，硬法往往是外在于行为主体的，如果行为主体不将硬法规范内部化，法律的执行会很麻烦。而如果已经将硬法规范内部化，可能就没有必要予以执行了。[58] 相比较而言，软法的多样性、灵活性、不断变动性能够在很大程度上起到补充硬法的作用，而软法还可以增强参与主体，特别是被硬法所忽略的那部分的主体意识。软法关注的是就某个问题达成共识，而将其约束力留待将来再进行协商和讨论。软法的运用往往能够就某项经济和政治僵局达成妥协。Orly Lobel认为，之所以需要和运用软法工具是因为：第一，很多复杂的问题并没有现成的解决方案；第二，预期的规范和社会现实之间差别太大，如果实行强行性的规范会适得其反，因此规定最低的标准以便逐步发展；第三，决策者之间存在着激烈的争论；第四，硬法存在着许多意识形态或思想观念方面的抵制；第五，软法所具有的开放性、参与性和灵活性能够减少协商的障碍，降低社会成本，提升制度的整体正当性。[59] 当然，客观地说，软法也存在着不足。有学者把反对在欧盟中运用软法的理由总结为：第一，不够明确和清晰，无法提供可预期性和可靠的行动框架；第二，欧盟条约中明文宣示的那些硬性规定只有同样硬的规定才能够加以补足，从而促进社会目标的实现；第三，在欧盟的范围内，软法无法摆脱各个国家独自将社会政策推行到底；第四，软法不具有任何实际效果，只是偷偷摸摸地扩大欧盟制定硬法的权限的策略；第五，软法虽然是用于实现一定效果的机制，但是回避了正式的责任制度；第六，软法损害了欧盟的合法性，因为它产生了预期但

却无法改变什么。[60]（三）混合理论：软法和硬法关系最新界定就前面已经提及的软法与硬法的关系，这里再予以进一步的说明。为此，有必要引入功能主义的视角。有学者将软法的功能概括为三种：[61]一种是“前法律的功能”（a pre-law function），这种软法指的是那种预备性和资料性的文件；一种是“后法律的功能”（a post-law function），这种软法指的是解释性和决策性的文件；一种是“与法律并行的功能”（a para-law function），这种软法指的是指挥性的文件（steering documents）。这种对软法的功能分类对于软法和硬法的关系提供了有益的启示。二者的第一种关系是，软法着眼于未来硬法的通过，是硬法形成之前的阶段；第二种关系是，软法是硬法的临时替代品；第三种关系是，软法是硬法的永久性替代品。这样一种软法和硬法的关系，也就为我们勾勒出软法在整个法律秩序中的结构框架。软法和硬法的关系之辩促使有的学者试图超越软法与硬法这一区分本身，寻求一种将二者结合在一起的综合理论。这种理论认识到在现实很多的政策领域中，软法和硬法作为有意识构设的结果会同时出现，或者同一制度无意地以两种路线实现同一个目标。因此，软法不是一个退而求其次的解决方案或者通向硬法之路的一个中间站，而是一种可取的替代性选择方案。软法和硬法合成（Synthesis）的趋向是形成一种硬软法理论（Hard and Soft Law），[62]而不只是硬法和软法（Hard Law and Soft Law）。虽然语义上差别并不大，但是这种研究的视角更多是侧重于二者在实现共同目标中的作用。因此，应当克服硬法和软法二者只能选其一的理念。[63]近来，围绕欧盟立法和OMC展开的争论实际上就是硬法和软法之争。硬法和软法

两种方法并非互不兼容，实际上决策者们也已经意识到了这一问题。欧盟大会关于OMC的一份报告中指出：“OMC是一种整合工具。对于同一个主题……，能够与欧共体的其他行为结合在一起，包括传统的立法行为。”[64]硬法和软法组成混合体最明显的例证是在欧洲环境法领域。与其他的政策领域相比，欧盟在环境法领域中拥有相当大的立法权力，也就具有较强的硬法手段，但是欧盟仍然部分选用像OMC一样的机制，这也从侧面表明了其完全意识到软法的功用，当二者存在互补的时候就把软法和硬法结合起来，对不同的问题适用不同的模式。[65]三、软法、合作治理与新行政法 法律学者很少讨论治理，其原因或许有很多，治理的含义多样且复杂当属其中之一。[66]软法为法律学者研究复杂的治理提供了一个可选择的切入点。更为重要的是有助于学术研究视野和研究态度的转变。软法的研究将法学研究的视角放宽，将更多的社会规范纳入了研究的范围，同时软法研究又将视角拉长，将规范形成过程中的价值冲突和协商对话纳入了研究的范围。软法的研究突破了所谓的法律中心主义，即把国家作为法律制定和执行的主要渊源。但如果从实现秩序的规则角度考虑，法律显然不是唯一可以带来秩序的规则，“法律制定者如果对那些会促成非正式合作的社会条件缺乏眼力，他们就可能造成一个法律更多但秩序更少的世界。

”[67]这种偏离传统法律观念的倾向，被认为是和法律多元主义思想学派有关，而且很多改革的建议也是根据法律多元主义学派提出的。[68]无论这种学术传统可以追溯到哪里，出于作者本身的学术旨趣，我们更关注公共治理领域中软法以及其所体现的合作治理精神对于公法，特别是行政法的意

义。通过对软法研究的梳理，我们可以看到，在公共治理的语境之下，实现治理目标的手段已经不再是，准确地说不全部是命令和控制式的管制方式，而是强调公共主体与私人主体之间的对话、协商并进而协作，从而通过多种治理手段共同实现治理目标的过程。因此，治理强调的不是国家与个人之间的对抗关系，而是多方主体之间的合作，特别是公共权力主体、社会组织和利害关系人之间的合作。因此，可以说这样的公共治理模式是合作治理模式，而这样的国家则是合作国家。[69]合作治理具有如下几个方面的特征：[70]第一，结果导向，以解决问题为目标。第二，利害相关人参与决策过程的所有阶段。第三，渐进式的决策过程。第四，超越传统公私划分的责任机制。第五，灵活而充实的行政机关。就行政法的发展经验来看，传统行政法虽然已经关注到了非政府一方在行使行政职权过程中的作用，但通常是作为授权或者委托的问题加以处理的。由于行政法将行政机关和相对人之间的关系看作是对抗性的，根据法治理念的要求，行政法的主要任务主要是为了保障行政权力的负责任行使，因此整个行政法的体系往往都是围绕着设计约束行政行为的不同机制来加以组织的。而即使在更强调行政法工具性价值的行政法体系中，往往也是围绕着行政机关本身来加以组织的。无论是强调行政国家的正当性还是强调行政权的积极行使，都无法给予治理的共同性以足够的关注。[71]因此，在这种合作治理的模式之下，行政法一方面应当促进公私之间的合作，推动实现更好的管制效果；另一方面，必须保证这种治理模式的法律责任和政治合法性的问题。具体来说，行政机关在这一过程当中应当有能力促成各种形式的合作，从而实现

最佳的管制效果，并且将合作的风险降到最低。这就需要行政法的机制和制度设计保持一定的灵活性，防止过于刚性以至于僵化，无论对行政程序还是司法审查的要求都是如此；同时，需要关注治理中的实际问题以及不同制度对于解决这些问题的可行性。另一方面，行政法必须关注在合作治理过程中出现的制度安排的合法性和正当性，合作治理的安排无论参与程度有多高，毕竟不能取代民主制度本身。对于合作治理的过程而言，则不仅包括制度合法性和正当性的要求有哪些，还包括合作治理的模式如何符合这些要求，其中不仅仅是公共权力主体，也包括私人主体的责任问题。具体到软法，其有效性和正当性也是需要进一步研究的两个问题。就本文而言，指出这些已经足够了，这里不再赘述。【注释】罗豪才为北京大学法学院教授，毕洪海为北京大学法学院博士研究生。本文为罗豪才主持的“软法与公共治理”课题的阶段性成果。作者在资料的收集过程中得到了很多人的帮助，并且在“软法与公共治理”课堂的讨论中获得不少有教益的启发，在此无法一一列明，谨致谢意。当然，文责自负。

[1] 最近而且最明显的努力是斯德哥尔摩大学政治学系副教授Ulrika M Charles W. Smith, *Hard Choices and Soft Law: Ethical Codes, Policy Guidelines and The Role of the Court in Regulating Government*, in 867 *Albert Law Review* 40 (2003). [15] Ulrika Mouml.rth认为，这些标准对于软法和硬法的分类没有多大帮助，因为在两个极端之间各种要素有多种结合的可能性。见前注15所引书，p.6。 [22] 这方面的讨论并不鲜见，例如*Journal of Consumer Policy*早在1984年总第7卷第2号就推出了消费者领域的软法专刊，题为Implementing the

Consumer-Supplier Dialogue through Soft Law? [23] 见前注2所引文, pp. 388-395. [24] [美]R.M.昂格尔著:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社2001年版,第193 - 194页。[25] 许多学者现在都在不同的程度上关注全球行政法的发展,例如理查德.斯图尔特(“21世纪行政法”,沈岿译,载罗豪才主编:《行政法论丛》第7卷,法律出版社2004年版),卡罗尔.哈罗(Law and Public Administration: Convergence and Symbiosis, in *International Review of Administrative Sciences* Vol. 71 (2), 2005)和小阿尔弗雷德.阿曼(*The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: From Government to Governance*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.8, 2001)和Martin Shapiro (*Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 8, 2001)等。2005年秋天《法律与当代问题》杂志还推出了有关全球行政法的专刊(Benedict Kingsbury et al., *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, Vol. 68(3-4), 2005.)。[26] 同前注24书,第194页。[27] 例如日本文部省“21实际杰出研究中心方案”资助的“Soft Law and the State-Market Relationship: Forming a Base for Strategic Research in Education and Business Law”项目,其关注的旨趣虽然主要是商法领域,但实际上是将其至于国家与市场关系的视角下加以考察的。因此其所谓的软法涵括的面就比较广,包括国家发布的规范、私人公司与市场之间形成的规范和在国际关系领域中确立的规范。

见http://www.u-tokyo.ac.jp/coe/list23_e.html (2005年11月1日访

问)。 [28] 同前注5。 [29] Henrik Frykman ouml.rth, Soft Law and Three Notions of Democracy: The Case of the EU, in Ulrika M Comp. L. Q.850 (1989). Tadeusz Gruchalla-Wesierski, 见前注31所引文。 [36] Linda Senden, 见前注5所引文。 [37] Dinah Shelton (ed.), Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System, Oxford University Press, 2000。 [38] Pekka Hallberg, Prospects of the Rule of Law, Helsinki: Tekijouml.rth就在其Soft Law in Governance and Regulation指出了该书的诸位作者在使用软法这一概念时存在的这种差别, 见第4页。 [41] Willem Witteveen ouml.rth (ed.), 见前注15所引书, p. 7. [44] 对此可进一步参见: 经济合作与发展组织: 《分散化的公共治理: 代理机构、权力主体和其他政府实体》, 国家发展和改革委员会事业单位改革研究课题组译, 中信出版社2004年版, 第312 - 313页。 [45] Commission of the European Communities, European Governance: A White Paper, COM (2001) 428, Brussels, 25. 7. 2001. [46] Jan Klabbers, The Undesirability of Soft Law, in 381 Nordic Journal of International Law 67 (1998). [47] 同上。 [48] Henrik Frykman ouml.rth, Soft Law and Three Notions of Democracy: The Case of the EU, in Ulrika M Ulrika Mouml.rth (ed.) Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis, Edward Elgar, 2004, p.155-161. [51] Jan Klabbers, Institutional Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law, in 403 Nordic Journal of International Law 70 (2001). [52] Ulrika M Mark Nance, “ Soft Law ”, “ Hard Law ” and European Integration: Toward a Theory of Hybridity, <http://www.wisc.edu/wage/pubs/papers/Hybridity Paper>

April 05.pdf.(2005年9月10日访问)。 [56] Peter Wood, 见前注54所引文。 [57] David M. Trubek, Patrick Cottrell Mark Nance, 见前注55所引文。 [61] Linda Senden, 见前注5所引文。 [62] David M. Trubek, Patrick Cottrell #506.kemark, Soft Law and International Financial Institutions: Issues of Hard and Soft Law from a Lawyer ' s Perspective, in Ulrika MNombre=2648&pri=1 (2005年10月28日访问)。 [69] 注意这里的合作国家和国内某些学者所使用的合作国家是不同的。国内学者所使用的合作国家是法团主义意义上的阶级或阶层合作，同样地国内学者所谓的“合作主义宪政”也是在这个意义上使用的。参见孙立平著：《现代化与社会转型》，北京大学出版社2005年版，“权利失衡、两极社会与合作主义宪政体制”，第288页以下。 [70] Jody Freeman, Collaborative Governance in the Administrative State, in UCLA Law Review, Vol. 45, October ,1997. [71] 乔迪.弗里曼：“私人团体、公共职能与新行政法”，晏坤译，载《北大法律评论》第5卷第2辑，法律出版社2004年版。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com