

软法与常态化的国家治理

张 龔*

摘 要 法学主流理论观察法律都从法与道德的关系入手,从而用规范应然来识别法律。然而,实然与应然之外,尚有法规范与法规范的实现这一重要的法学教义。自罗豪才教授将软法概念引入中国之后,软法治理已经成为我国法治实践的重要组成部分。然而,仔细观察学界对软法的定义,有两点含混之处亟需澄清,一是混淆了法规范的效力与约束力,二是未能区分出法律的常规性与强制性。本文认为软法的核心特征在于常规性,软法是规范性与常规性的辩证结合。这种辩证关系体现在,规范性处于流变之中,在新旧规范性转换过程中,始终有一个常规性维度,这一维度对于国家对内和对外治理都具有重要的理论意义。

关键词 软法 规范性 常规性 效力溢出 新常态

引言

自英国哲学家大卫·休谟将人对世界的认知严格区分为实然与应然两个世界之后,从实然(to be)不能直接推出应然(ought to be)成为社会科学的基础性教义。利用此种教义,法学,特别是实证主义法学获得了丰富的洞见和长足的进步。法学家约翰·奥斯丁开启了为法学划出边界的命题,却仍旧将法定为主权者或者说统治者的命令。^{〔1〕}由此,“命令——服从”关系一度主导了法律理论,使得法治实践表现为一种强硬的治理型态。汉斯·凯尔森继受了奥斯丁的任务,却从休谟命题中发现了奥斯丁的实然性,主权者的命令并不必然是应然性规范,而可能只是一种纯粹强力的事实。凯尔森进一步将法定为应然性规范,法之所以称之为法,

* 中国人民大学法学院副教授。

〔1〕 关于法律作为主权者的命令的讨论,参见(英)约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版。

就在于它是一种应然,具有规范性(normativity)。^{〔2〕}对法的理解就此有了革命性的意义转换,法不是一种“命令——服从关系”,而是一种“义务——服从关系”。

当规范法学席卷世界的时候,一个非常要命的问题摆在了人们面前,“义务——服从关系”揭示了法的全貌吗?法律作为一种实践性范畴是否就只是凯尔森所说的,表现为一种由单个法律规范组合而成的、具有金字塔般规范层级结构的体系。^{〔3〕}可以说,凯尔森的法律思想激发了后来各种规范理论的想象和发展。但是,对他的批判也不绝如缕。特别是当语言分析哲学对于规范法学的根基,即“实然与应然”的截然两分发起攻击的时候。

这突出表现在法的社会来源上,即法不完全是主权意志的设定,还来自于历代养成的成例(convention)。这种区别体现为“义务——服从”的规范性关系与国家强制力的复杂关联上,既可能存在总体需要而具体不需要强制力的规范性,也可能存在完全不具备强制力的规范性。更准确地表达,法律体系不只是一种三维的金字塔结构,更是一种四维的历代养成的开放结构。^{〔4〕}形象地讲,每个法律体系都有前世今生,都有草创、成熟与更化的不同阶段。这种情况尤其表现在国际法、欧盟法以及一国创建之初之律令。

一些富有洞察力的学者意识到了这一点,针对法与强制力的不同关系提出了硬法与软法的概念。严格来说,软法的提出最初主要来自于学者的学术直觉,尚不具有明确的理论根据,但这一概念形象地揭示出实证法学与法社会学的僵硬与不足,特别是对尚处于法治初创和转型阶段的国家或地区来说。软法在中文世界自从罗豪才教授提出以来影响广泛,不仅为思考我国的法治建设与国家治理提供了新的方向,甚至直接成为实务制度的根据和内容。这就进一步提出理论要求,探究软法的理论根基,它的核心特征是什么?

一、既有软法定义的检讨

目前为止,关于软法的定义国内外学者已经有了很多卓有成效的研究。国内学者中具有代表性的首推罗豪才教授的界定,他认为“‘硬法’是指那些需要依赖国家强制力保障实施的法律规范,而‘软法’则是指那些效力结构未必完整、无需依靠国家强制保障实施、但能够产生社

〔2〕 参见 Hans Kelsen, *Reine Lehre*, 1. Aufl., Wien 1934。关于规范性的详细论述,参见 Stanley L. Paulson, *Der Normativismus Hans Kelsens*, in: *Juristen Zeitung*, 11(2006), S. 529—580。

〔3〕 事实上,对法律体系的思考从二维的平面思维拓展到三维的金字塔结构,要归功于凯尔森的学生,奥地利著名行政法学家阿道夫·尤里乌斯·梅克尔,详细介绍参见 Martin Borowski, *Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl*, in: *Stanly Paulson/Michael Stolleis* (Hrsg.), *Hans Kelsen, Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Mohr Siebeck: Tübingen 2005, S. 122—159。

〔4〕 开放结构语出哈特,但是哈特并没有详细论述法律体系的开放结构的型态,在作者看来,四维的描述比三维的描述更完整,也即法律体系在时间维度上不是以一团散沙般的规范堆积流转,而是以一个基本具备金字塔结构的三维形态运转,因而更能准确表达哈特的开放结构的意涵。

会实效的法律规范”。〔5〕国外学者也有相当的研究,其问题意识主要来自于国际法以及欧盟法,沿着这一方向每年都会有新的论述发表。如法国学者斯奈德(Francis Snyder)将软法定义为:“原则上不具有法律约束力,但却具有实际效果的行为规范。”〔6〕荷兰学者琳达·森登(Linda Senden)进而认为软法是一种制定法意义上的行为规则,虽然不具有法律强制拘束力,但却可能具有某种(间接的)法律效果,而且目的也是为了产生而且有可能产生实践影响。〔7〕法国学者法比安·德潘(Fabien Terpan)在2015年年初发表的一篇文章中归纳了他之前学者理解软法的三种方式。〔8〕

表 1

第一种:软法作为具有法律相关性的非约束性规范			
约束性规范	非约束性规范		
约束性规范	有法律相关性 的非约束性规范	无法律相关性 的非约束性规范	
硬法	软法	非法律规范	
第二种:软法作为具有软维度的约束性规范			
	约束性规范	非约束性规范	
约束性规范	具有软维度的约束性规范		非约束性规范
硬法	软法		非法律规范
第三种:软法作为具有软维度的约束性规范与具有法律相关性的非约束性规范			
	约束性规范		非约束性规范
约束性规范	软维度的 约束性规范	有法律相关性的非约束性 规范	无法律相关性的非约束性 规范
硬法	软法		非约束性规范

第一种方式认为软法是具有法律相关性,却不具有法律约束性的规范。第二种方式认为软法是具有软维度的约束性规范。在德潘看来,前两种方式都不完整,兼取二者的第三种方式

〔5〕 罗豪才、宋功德:“认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践”,《中国法学》2006年第2期。

〔6〕 F. Snyder, “Soft Law and Institutional Practice in the European Community”, in S Martin ed., *The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noël*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1994, p.194.

〔7〕 See Linda Senden, “Soft Law in European Community Law”, Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 112.

〔8〕 See Fabian Terpan, “Soft Law in the European Union”, *European Law Journal*, Vol. 21, No. 1 (2015), p. 71.

最为可取:软法既可能是具有法律相关性的非约束性的规范,也可能是具有软维度的约束性规范。如果结合前面学者对软法的界定,可以发现软法至少涉及到三个要素:一是法律约束性,二是法律相关性,三是软维度。

法律约束性是指法律具有规范性和强制性。法律相关性是说,规范可被法院用于解释其他规则,具有一种类似硬法规范而且可以产生与硬法一样的法律效果的形式,也即具有法律实效性。软维度则是说,法律规定具有可选择性、一般性以及不特定性。软法涉及到这三个要素,却并不同时具备这三个要素。具有软维度的约束性规范是软法,不具有约束性却具有法律相关性的也可能是软法。德潘对软法定义的可取之处在于,他提供了思考软法需要处理的三个要素,但正如他在后文中表现出来的,^{〔9〕}这三个要素还不足以清晰表达软法的概念。比如,法律约束性究竟是法律规范性还是强制性;软维度究竟是立法上的软维度还是执法上的软维度。因此,在此基础上重新检讨软法概念的要素至关重要。

二、法的三种基本属性

当代西方法学理论界对于法的定义有多种,但历来的重心都集中在法与道德的关系问题上。这一问题意识的形成有别于软法的时代背景,它源于近代以来对政治统治合法性的探求,以及对引发两次世界大战的德国政体和法制型态的痛定思痛。为了回答这个问题,西方法学理论界总体上分化为实证主义与非实证主义两大阵营。非实证主义的前身是自然法学,强调道德对于法律的必要性。而实证主义对自然法学和非实证主义的批判,抑或说法律中之所以要排除道德因素的理由,是建立在道德固好,却具有主观随意性基础之上,如正义、良心之类历来人言人殊。这种批评也间接延及到对法政治学和法社会学的不信任。奥斯丁、凯尔森如此,当代最重要的英国实证法学家哈特所开启的战后法理新时代秉持的也是这样一种问题意识,以至于延续至今的主流西方法理研究鲜有提出其他有价值的基础性法律问题。

软法不属于这一问题域,它对应的问题在于,法律义务是如何生成的,以至于不依靠外部强制就可获得服从。表面上看,似乎软法追求境界不高,实则不然,“不战而屈人之兵”是兵家最高境界,于法律强制亦然。当然,尽管软法另有所求,却仍旧可以从高度发达和精细化的实证法学和分析法学研究中获得方法支持。在汉斯·凯尔森看来,法的核心属性是规范性(normativity),法律规范性产生法律义务(obligation),它不同于社会实效性(social efficacy),前者属于应然,后者属于实然。但是,规范性本身是否等于规范约束性呢?围绕这一问题有很多争论,可以确定的是,规范性本身又具有两个层面,一是规范性作为法律体系本身的规范效力(validity),二是规范性作为对外的约束力(binding force)。前者是说,规范性本身是自足的,

〔9〕 See *ibid.*, p. 76.

每个规范的效力来自于规范体系内部自上而下的授权(empowerment),^[10]这种授权最终可溯源自凯尔森的基础规范或者哈特的承认规则,故不论是否具有对外约束力,规范性都可自足地存在;后者是说,规范性是对外指向的,对于外部现实世界它是可运用的、有约束力的,尽管它未必被执法机关所实际运用。效力与约束力是规范性的一体两面(规范性=效力+约束力),效力决定了一个规范是否属于法律规范,约束力则表明规范是否具备可实现性。

对照前述外国学者对软法的定义,有一个共同点在于,每个定义都没有将法律规范性与法律约束性明确区分出来,二者通常是在一个意义上使用的。而同约束性直接对应的自然是强制性(enforcement),这就使得在软法的定义中规范性(义务)与强制性混为一谈。它们之间的精确关系可表述如下:

表 2

规范性		强制性(约束性)	
效力		约束力	强制力

在未能将效力与约束力加以区分的情况下,直接谈及软法不具有法律约束力却能产生实际法律效果时,必定令人产生困惑,软法究竟是不是法?一旦我们将规范性中的效力与约束力加以区分,从而识别出规范性与强制性(约束性),软法的特性就明晰起来。就现代国家来说,强制力都来自于国家的主权能力,主权能力使得整个法律体系在总体意义上获得了规范性和强制性,从而使得每个法律规范都成为效力与约束力、规范性与强制性的统一体。^[11]但是,这只是在整体意义上而言,或者说只是三维意义上的表述。如前所述,如果将其放到四维的世代生成的视野下观察,每个法律规范的规范性与强制性是可以分离的。因此,当软法的界定者笼统地提到法律约束性,反而遮蔽了软法的特性。为此,将每个法概念在四维意义上分解为“规范性—约束力—强制性—强制力—实效性”就非常有意义。也就是说,硬法与软法的区别不在于规范性,也不在于实效性,而在于约束力和强制力。二者可分别表述如下:

表 3

法 =	规范性(效力) +	强制性(约束力/强制力)	+ 实效性
硬法 =	规范性(效力) +	硬强制性(强制力)	+ 实效性
软法 =	规范性(效力) +	软强制性(约束力)	+ 实效性

[10] 关于规范性与授权的关系,参见 Stanley L. Paulson, “An Empowerment Theory of Legal Norms”, *Ratio Juris*, Vol. 1, No. 1(1988), pp. 58—72.

[11] 关于效力与实效的关系,参见(奥)汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版。根据凯尔森的观点,在法律体系整体意义上,实效是法律规范效力的前提。在法律体系内部,每个法律规范的效力则是实效的前提。

硬法与软法都具有规范性,都有效力,故软法是法,^[12]它们也都会产生法律实际效果,但不同之处在于强制性的硬与软。进一步,如果我们将软法的第三个要素——软维度纳入考量范畴,软维度除了具有前述的执行意义上的软强制性和硬强制性之外,还包括立法意义上的软规范性和硬规范性。如晚期凯尔森、哈特都认为,义务性规范不是法律规范的全部,法律规范还包括授权性规范和许可性规范等软规范;^[13]拉兹将规范区分为命令、要求与建议等三种强度各有不同的类型,^[14]如果说义务性规范、命令、要求等都属于硬规范性,那么授权性规范、许可性规范以及建议等都属于软规范性。由此,在将软规范性纳入软法定义之后,可以下图表来表明软法与硬法的关系:^[15]

表 4

规范的类型	规范性(义务)的类型	强制性的类型
硬法	硬规范性(硬义务)	硬强制性
软法	硬规范性(硬义务)	软强制性
	软规范性(软义务)	软强制性
非法律	无规范性(无义务)	无强制性

硬强制性很好理解。重要的也是困难的是,在什么情况下可以实现软强制性呢?可惜德潘没有就此继续论述下去。这其实涉及到法的另一个重要属性:常规性(normality)。常规性是由德国魏玛时期最重要的公法学家之一赫尔曼·黑勒(Hermann Heller)最先系统发展而来。常规性表达的是主权者作为立法者要将其统治意志从国家立法转变为共同体日常生活的常规,法律义务不再仅仅依靠硬强制性,而是转变为共同体成员的生活常规,从而使得国家治理变成常态化治理。就此而言,我们可以归纳出现代软法包含的三个基本属性:规范性、总体强制性与常规性。软法可以定义为,在一个总体上具有强制性保障的主权国家中以常规方式实现的各类法律规范的总和。

现代国家治理,特别是对于我国这样一个后发现代国家来说,其核心特征在于,它是一种

[12] 关于软法也是法的论述,参见罗豪才、宋功德:《软法亦法:公共治理呼唤软法之治》,法律出版社2009年版。姜明安:“软法的兴起与软法之治”,《中国法学》2006年第2期。

[13] 参见 Hans Kelsen, *Pure Theory of law*, trans. by Max Knight, ed. 2, Berkley/Los Angeles: University of California Press, 1967, p5. 参见(英)H. L. A 哈特:《法律的概念》,许嘉馨、李冠宜译,法律出版社2011年版,第四章。有学者据此认为,只有国家法规范中的强制性规范才是硬法,国家法规范中的任意性规范和全部的社会法规范都属于软法。参见罗豪才等,见前注[12],页299—300。不过,这里实则谈及的是硬规范性和软规范性,而非硬强制还是软强制。

[14] 参见(英)约瑟夫·拉兹:《法律的权威》,朱峰译,法律出版社2006年,页11—14及页19。

[15] 参见 F. Terpan, *supra* note 9.

主权国家自上而下的、观念先于实践的建构型治理范式。这种模式表面上以法制形式出现,实则既是建构性的,也是革命性的,即立法的首要任务是打破旧常规,进而才谈得上建立新常态。当软法作为规范性与常规性的结合而成为国家治理型态的时候,这才真正意味着法治和法律秩序的开启,即立法与执法在于建立新常态,国家(state)真正成为国家——一种法秩序状态(state)。

三、软法作为规范性与常规性的结合

自黑格尔将国家与社会区分之后,国家与社会二元论构成了现代政治与法律思考的基础。当我们谈及法律秩序的时候,在这一框架下就涉及到两种法律秩序,一种是国家法层面的国家秩序,一种是社会法层面的社会秩序,确切说文化秩序。国家秩序表达的是主权作为立法者引领下的制定法塑造的理性秩序。在西方文化脉络中,自从上帝在观念上死亡之后,国家秩序就成为世俗化的自由意志的建构。在这个秩序中,主权者作为国家最高权威独占物理强制力,进而据此来实施法律,维持秩序;社会秩序则不然,它不是自由意志的理性建构,而是日常生活里世代养成的文化秩序,^[16]形成这一秩序的条件不是国家理性制定法,而是日常生活中通过彼此结合与理解逐步形塑出来的约定与成例。这些约定与成例基于历代累积的“在同样情况下作同样行为”^[17]观念而形成,它们进而又成为塑造新的约定与成例的观念与法则。每个生活于共同体中的人都会自觉或不自觉地在一定程度上受到这种社会规则的约束。

与此相应,至少可以区分出两种法,一种是自上而下的国家秩序的法,一种是自下而上的共同体秩序的法。其实,这两种法秩序在古代中国以及英国普通法传统中一直并存,而且此消彼长。但是,随着现代主权国家观念的引入和专门立法机关的建立,传统生活中主要依靠共同体秩序的范式发生了根本性的变化,现代法律秩序实则是国家秩序与社会秩序的辩证互动。具体可以表达为:一方面,社会秩序先于国家秩序,提供约定与成规;另一方面,国家法基于客观治理的需要,通过国家权力机关,修正与承认共同体秩序及其法则,制定出成文法强制实施之。但是,这还不是两种秩序的全部关系,最为重要的是,按照赫尔曼·黑勒的观点,两种秩序的存在还意味着,国家执政者及其权力机关不可能单凭一己之力维持整个法律秩序,透过国家权威所制定的法不能全部依赖强制力,也即成为硬法,更重要的目标是建立起一个社会常规性:国家立法要逐步内化为人们日常生活的,通过立法的安定性来为日常生活中的人们提供行为的可计算性和可计划性,国家法变成了共同体的文化,成为每个成员的生活常规,它不需要国家强制力,所建立起来

[16] 关于世代养成,参见张龔:“家的‘律法’:祖国与主权国家之辨”,《原道》2014年第2期。

[17] “由于这些人或这些群体,长期来说,在这些情况下,平均来说会合规律地以此种方式采取行动,故可以就此预期,或者习惯性地信赖人们以及群体未来面对同样的情况,仍会以相同的方式采取相同的行为。”
Hermann Heller, Staatslehre, in: Gesammelte Schriften, Bd. 3, 1992, S. 364.

的不是硬法秩序,而是软法以及软法秩序。

概言之,软法概念所具有的三个基本要素中,规范性与总体强制性都还不是软法的核心要素,构成软法根本属性的是常规性。硬法作为规范性与硬强制性的结合,只是现代主权国家秩序中的一种制度表现形式。在过去三百多年的现代性展开的过程中,这一形式构成了时代主旋律,然而却是金戈铁马、壁垒森严。软法固然其貌不扬,同样是主权国家秩序的表现形式,同样是自上而下的秩序型态。软法之软就在于,国家秩序的运转方向在于转变成常规性,让法治成为一种常态化,一种共同体的文化。此外,还有另外一种软法模式,即软法表现为日常生活自然形成的成例,这些成例构成了法律渊源,从它们经过基础规范、承认规则^[18]或法律商谈变成法律规范那一刻起,强制性只是一种总括性的、象征性的存在,即“存而不用”。

总之,软法是规范性与常规性的结合,目的是为了让现代人的自由意志及其立法经过世代积淀成为共同体的文化和生活方式。可是,如此便会有人追问,软法概念既然依赖于常规性,常规性从哪里来,它同法的基本属性规范性之间又是什么关系?

四、规范性与常规性的辩证关联

规范性一词不同于法律规范,它是所有法律规范的内在属性。围绕着规范性有多种表达形式,如规范的、规范性的以及规范主义等。这些概念在西方文化中有着悠久的历史起源。照斯坦利·鲍尔森的观点^[19],它们的历史最早可以追溯到古罗马建筑师马尔库斯·维特鲁威·波利奥(Marcus Vitruvius Pollio)。此人生平不详,之所以为后人所知,因为他写了西方古代唯一一部建筑书:《建筑十书》。在书中他运用了“norma”的概念,用来指称建筑工程师的量角器,一种在建筑图纸中帮助画出直角的扁平状工具。之后,西塞罗运用了这样一个概念,在《法律篇》中将自然称作“法则的规范”。托马斯·阿奎纳在他的代表作《神学大全》中,将 norma 作为“规章”(regula)的同义词使用。进入启蒙时代,康德从根本上改变了哲学的面貌,成为规范思维的鼻祖。然而,尽管道德和法律都是他哲学的主题,但是规范概念在康德的整个著作中地处边缘。只是在《纯粹理性批判》中,可以约略发现一段简短却精辟的论述:

所有的经验法则都只是纯粹知性法则的特殊规定,“在这些规定之下以及依照它们的规范,大部分经验法则都是可能的”^[20]

真正发现“规范性”是在康德去世之后一个世纪,新康德主义思潮兴起之时。新康德主义有两个最主要的学派:马尔堡学派和西南德学派。两个学派都以休谟的实然与应然两分法为

[18] 关于承认规则,参见哈特,见前注[13],第五章。

[19] Stanley L. Paulson, a.a.O., S. 529.

[20] Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft, Riga 1781, 2. Aufl. 1787, A 128.

基本命题,西南德学派更是以发展了价值、效力概念为人称道。西南德代表文德尔班首当其冲,继受了康德思想中最根本的区分,采用自然立法和规范立法的对立表述:心理学法则属于自然法则,它与所有的自然法则一样都反映了对因果法则的运用;^[21]相反,在我们的逻辑、伦理和美学认知中发现的“法则”,是“理想的规范,它们的价值被断定为绝对必须实现的”。理想规范不同于自然法则,前者是一种应然关系,而后者表达的是一种事实关系。受到文德尔班及其学生李凯尔特的启发,汉斯·凯尔森在上个世纪批判地继受了规范以及效力概念,系统地提出了规范理论,尤为关键的是,他指出了规范性是法的根本属性。^[22]每个法律规范都是一种应然,从事实中无法推出应然,每个规范的效力只能来自于另一个规范,联结规范与规范之间的是授权。据此,通过规范性,凯尔森有力地批判和重建了奥斯丁的实证法学。法律不是直接来自于主权者的命令,法律关系也不是命令—服从关系,而是规范义务与服从关系。

规范性提出之后,亦受到多般挑战。除了延续至今的实证主义法学内部的发展性批判之外,如哈特、拉兹等,通过批判康德哲学而揭示规范理论不足的当属凯尔森同时代的赫尔曼·黑勒。黑勒思想的主要渊源来自于黑格尔哲学,在他看来,规范性只是一种理想类型,离现实之远不可以道里计。为此,他提出了常规性概念^[23]作为规范性的对应性概念。常规性不是一个新词,同规范性概念一样,它也有着悠久的词源谱系。

在希腊语中,常规性与自然紧密相联,所谓合乎常规的就是合乎自然的。拉丁语的常规性沿袭了希腊语的用法,仍旧是自然的相近词。进入启蒙时代以来,常规性成为病理学的重要概念,对应常规性的是病态,如何界定常规或常态与病态之间的界限是病理学的一个关键问题。这一问题成为后期心理学的关键问题,如弗洛伊德指出的,心理“健康还是病态原则上是无法区分的,只有通过实践上可确定的统计量来确定界限”。^[24]社会学者,如孔德以及涂尔干,随后继受了这一概念,用来描述和诊断社会。^[25]哲学上有意识地加工这一概念的当属胡塞尔。在他看来,常规性是“一致性”、“类型”以及“有规律性”等概念在描述意义上的特征。它所涉范围极广,从感官的原初美感现象到人类文化

[21] 参见 *Wilhelm Windelband*, *Normen und Naturgesetze, Präludien*(《序曲》), 1884, S. 217—218。关于文德尔班的规范概念,参见 *Wilhelm Windelband*, *Über Norm und Normalität*, *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 3 (1906/07), S. 1—13。

[22] 参见 *Hans Kelsen*, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Scientia 1911; *Hans Kelsen*, *Allgemeine Theorie der Normen*, von K. Ringhofer/R. Walter (Hrsg.), Wien 1979。

[23] 常规性的英文是 *normality*, 德语是 *Normalität*, 之所以译成常规性,而不是常态或正常情况,主要因为在这里它是一个法学概念。确切地说,常规性与规范性相对,常态与例外状态相对,正常情况与病态相对,但在西文中,都是 *normality* 一词表达多义。

[24] *S. Freud*, *Die Freudsche psychoanalytische Methode* (1904). *Studien—Ausg.*, Erg.—Bd. 1975, S. 105。

[25] 参见 *É. Durkheim*, *Regeln der Sozio Logische Methode*, Frankfurt/M 1984, 第3章。

上的、伦理性的经验关联产生的持续一致性,都可以称之为常规性特征。^{〔26〕}确切说,常规性是识别经验现象是否具有美学效应、伦理性以及文化性的基本尺度。胡塞尔的精神遗产不只是催生了现象学与存在主义哲学,当规范论者从康德那里找到思想源头的时候,另一些法学者则从胡塞尔及其之前的黑格尔的思想中获得了启发。

魏玛是一个伟大的时代,不仅因为它是人类自我建构秩序困境的集中体现,更重要的在于,时代法学家们纷纷策马而出,直面时代的挑战。当凯尔森从新康德主义那里领悟到实然与应然两分对于法学的无穷益处,无论是卡尔·施米特还是赫尔曼·黑勒都无法从中获得满足。在他们看来,法学,确切说,魏玛这个特定时代的法学有着自己的教义:现实的法与法的实现。虽然黑勒与施米特都受到黑格尔哲学的影响,但是黑勒无法接受施米特一下子迈入存在决断论的立场,而是另辟蹊径,从现实的法与法的实现中提炼出一个共同的概念——常规性,如果法规范想要获得实现,仅靠国家强制力是不行的,还需要具备常规性。“因此,每个规范设立首先是一种尝试,通过有意识地设立的规范性来生成一个同规范性相适应的行为的常规性。”^{〔27〕}

常规性来自于对特定时空的平均情况的观察,以此为基础,当一个行为符合这一观察基础上归纳出的盘算规则的时候,就说这个行为具有常规性。^{〔28〕}所有现实有效的社会秩序就在于它的可预期性,可预期性来自于常规性。不同于国家立法对于成员的要求,常规性并不需要人们具有自觉的意识,引发常规性的是诸如土地、血缘、大众心理等自然因素,进一步还包括共同经历的历史和文化因素。就是这些自然和文化因素对于国家制定法具有重大的建设意义,构成了一国的并未规范化和成文化的宪法和法律。规范性,如果想要切实对国家发挥效用,就需要建立在常规性基础之上。在此意义上,规范性是对常规性的补充和强化。当有人说,所有民族国家的法律起源上都来自于实际的运用,不过是强调,常规性对于成文制定法具有基础性意义,成文法无非是常规性的规范化。每个国家的宪法与法律可以不知有规范性,却不能不知道常规性,相反,在认识不到常规性的情况下则不可奢谈规范性。所有现行法都是一种合规则的现实性,它们若要作为实践评价规则而生效,仅当它们同时成为人们行动的盘算标准的时候。

常规性概念对于理解德国法律尤为重要。因为德国虽位居欧洲心脏,却是一个后发现代国家。无论是仿行美法的立宪,还是理性的自我立法,都意味着规范设定只知规范性,而不知有常规性。魏玛时的德国法学界受此影响,对于常规性可谓集体无意识。在黑勒看来,一国的宪法和法律体系就是规范性与常规性的矛盾统一体。宪法和法律要想获得稳定和普遍地适用,有赖于社会规范具有常规性力量,每个社会规范都追求普遍有效,它想要对所有同等情形,

〔26〕 参见 E. Husserl, *Phänomenologische Psychologie. Vorlesungen Sommersemester 1925*, Husserliana 9, Den Haag 1962, S.128.

〔27〕 Hermann Heller, a.a.O., S. 372.

〔28〕 A.a.O., S. 364.

尽管发生于不同的时间和空间,都普遍有效,否则的话,它就失去了规范意义。无论是对于被统治者,还是统治者来说,社会规范都会要求他们自觉服从。就此而言,当论及法律面前人人平等这一原则规范的时候,它表达的不仅是正义的理想,而且还预设了社会关系的可规划性,即常规性。没有社会规范的稳定适用,也就没有稳定的社会状态,也就谈不上稳定的规范治理。所以说,每个规范立法都是对于规范成为常规的追求。

概括来说,同实然与应然区分相平行的是规范与常规,前者是三维空间的范畴,后者则是四维时空的范畴。故规范性和常规性表达的虽然都是义务一服从关系,但规范性强调的是义务如何合法、正当地生成,既然认定为法律义务,不服从就要采取国家强制。常规性表达的则是理性设定的义务不是法律义务的唯一来源,理性制定出来的法也不是为了国家强制而强制。无论何种规范性,成为国家成员的生活常态才是规范立法的依归。更准确地说,常规性强调的不是如何通过强制力使法律命令获得服从,而是如何令法律规范获得习惯性服从。新规范对旧规范的取代,与其说否定的是旧规范,不如说否定的是旧规范形成的社会常规性,而新规范并不当然就获得遵守,这有待于它成为社会的常规。

五、常规性的两种证立方式:制度性事实与商谈沟通

尽管黑勒提出了常规性概念,却由于时代原因而没有给出详细的论证。二战之后,世界承平,看起来似乎规范性应该在法学界独占天下。然而,随着对实然应然严格两分的教义的反思,纯粹的规范性受到越来越多人的批判。很多学者注意到,尽管理论上不能否认实然与应然是两个不同的范畴,但在现实世界中,应然往往作为一种实然存在,借用约翰·塞尔的话说,法律是一种制度性事实。常规性如果从现实世界观察就表现为一种制度性事实。这提供了软法的一种证立方式。另一种方式在于,正如语言作为共同体的社会规则为成员所共同遵守一样,每个主权国家都是一个语言共同体,而每个语言共同体都是一种交往共同体,通过交往生成规则,这些规则具备常规性。就当代西方法学理论来看,常规性的证立不外乎上述两种思想传统,一个是实在主义(realism)的证立,另一个则为主体商谈(discourse)的证立。下面分述之:

(一)软法作为制度性事实

约翰·塞尔(John R. Searle)是美国最重要的语言哲学家。早年就读于牛津大学,师从牛津日常语言哲学学派的传奇人物奥斯汀(John L. Austin),后者是哈特的挚友。约翰·塞尔的理论努力的一个重要方向就是如何从实然中得出应然,从而弥合休谟法则带来的两个世界的断裂。^[29]

在现代生活中,大概没有什么比“钱”更为人所熟悉。出门在外,每个人兜里都会装点钱,

[29] 参见 John Searle, “How to Derive ‘Ought’ from ‘Is’”, *Philosophical Review*, 1963(73), pp. 43—58.

换用专业术语表达则是货币。^[30]若从规范性角度来观察,人们肯定要问的问题是,同样是一张纸,为什么作为货币的纸就可以买自己想要的各种东西,而另外一张,哪怕是仿造得一模一样的纸却不行呢?答案很简单,尽管两种纸在物理属性上是一致的,但前一张纸具有规范性,而后一张纸始终是纸张而已。^[31]换言之,前者具有应然效力,后者不过是一种实然性事物而已。但是,这还不算是货币最令人着迷的地方。货币是一种规范性,可是,日常生活经验告诉我们,货币的使用大多数情况下出于自愿,很少需要国家强制力推行,可以说,使用某种货币构成了人们生活的常规性。问题是,某种货币如何成为人们生活的常态呢?

为了解释这一问题,塞尔区分了两种事实。经验上观察到的,已经成为人们生活常规的某种货币,自然是一种实然性的事物,一种事实。可是,另一方面,货币又具有规范性,缘何如此呢?在塞尔看来,货币是一种制度性事实(institutional fact),与制度性事实相对的是原生性事实(brute fact)。^[32]原生性事实往往是自然科学的研究对象,它是能够通过经验观察(empirical observation)而获知的物理或心理事实。譬如,甲和乙都在一张字纸的右下角写上自己的名字。相反,制度性事实不能被化约为事物状态的物理或心理性质,它的存在必然预设了一些人为制度,这些制度具有规范应然性。譬如,当我们说,甲和乙签订了一个合同,在此固然会涉及某些原生性事实,如上述“甲和乙都在一张字纸的右下角写上自己的名字”,但仅此原生性事实无以正确表达出“签订合同”的意义或曰效果;而要将甲和乙的行为说成是“签订合同”,就必然首先存在若干关于合同成立的应然性规则,乃至这些应然性规则集合而成的一套制度,只有建立在应然性规则以及一套制度之上的概念(如合同)才能对“签订合同”做出正确的描述。若无此规则或制度就无法将“甲和乙都在一张字纸的右下角写上自己的名字”(这可以说是一种原生性事实)理解为二人签订了合同,也就不存在什么“甲和乙签订了合同”的制度性事实。套用到货币的说明上,如果不预设应然性规则或制度,一张纸币与一张仿制的一模一样的纸就无法区分。

可是,“制度性事实”从哪里来的呢?塞尔认为制度性事实就是一种社会实在,从产权到契约,从婚姻到美国总统职位,都属于这样一种实在,而之所以会出现这种制度性事实,归根结底,它源于人们的一套态度,即“集体意向性”(collective intentionality)。集体意向性可以这样理解,当我做的事情是共同体成员做的事情的一部分时,就往往发生集体意向性。也就是说,当几乎所有人都把某种东西相信为、认作为、接受为、用作为某种东西时,这种东西就成了一种社会实在。因此,也可以说,集体意向性就是常规性,它塑造了制度性事实,对象化为社会实

[30] 参见(美)约翰·塞尔:《社会实在的建构》,李步楼译,上海人民出版社2008年版,第3章。

[31] 从哲学角度观察货币,参见韦森:“货币、货币哲学与货币数量论”,《中国社会科学》2004年第4期。需要指出的是,尽管作者意识到货币来源于集体意向性,“货币是人类经济活动和交往中一种凝汇着人们集体意向性和‘意见约同性’的制度实在”,却没有确切指出货币之为货币乃是建立在法律规范性这一基础之上。

[32] 参见 John Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

在。有了集体意向性,使用某种货币就成了生活常规,遵守某种制度就成为生活常态。

(二)软法作为交往的合意

如果说制度性事实是一种经验实在的观察,通过经验观察来返观法律世界,从而发现现实世界中实然与应然并非理论上的截然两分,而是混合在一起。在此基础上,法律规范从制度性事实中发现了自己的与规范性并列的属性——常规性。那么,现代国家立法的特征与此并不相符,它是一种从理念(理想)到现实的关系。它的思维顺序是,我们想要怎样一种性质的国家及其法律,这种国家与法律能否实现并不重要,关键是它是否合乎某种理念。一旦我们认同了国家及其法律所代表的理念,那么,将其贯彻到现实生活中就不是一个问题,或者说,采取硬强制也是在所不惜的。在“论理想作为规范”一文中,文章作者指出,即便是最美好的理想,如果强行用之规约现实都要考虑赋予其恰当的规范强度。^[33]简单的例子就是父母以科学家为理想来要求一个智力平庸的孩子,而像上个世纪50年代的大跃进就是一个值得吸取教训的典型例证。在这些情形中,现代启蒙变成了专制,而之所以启蒙会沦为专制,就在于治国者用硬法的方式来实现启蒙的理想。

鉴于此,如何从理想变成现实的义务,而还可以无需依赖硬强制性,或者说,如何将一个理想的政体模式变成可实现的生活常规,就成为政法理论的关键问题,也是一个典型的软法问题。思想史上关于此问题的讨论主要有两种理论范式,一种契约理论范式,一种是商谈理论范式。两种范式都属于合意理论,也就是说,如果法律理念想要成为现实,成为人们生活的常规,就需要建立在公共合意基础之上。公共合意从哪里来,前者认为从契约来,后者认为从商讨沟通来。^[34]契约理论范式要解决的是“什么是合乎我的利益而要去做的”,它有可能成为人们日常生活的常规,却只能是生活常规中的一部分,而非一种稳定的状态独立存在,因为此种契约模式可能导致主奴关系,无法形成一种具有常规性的法律秩序,相反,常常会激发打破常规和秩序的破坏性力量。因此,契约合意创造的常规性——如果可以称之为常规性的话^[35]——不是一种规范形态,而是一种斗争形态,硬法或者说硬强制性成为统治和法制的典型表现形式。相反,商谈理论强调的是通过理解和沟通达成的合意。^[36]就商谈理论的思想渊源来说,既有前文的约翰·塞尔的语言分析哲学,也有美国的实用主义哲学,还有欧洲大陆哈贝马斯的普遍语用哲学和商谈理论。商谈理论最大的贡献在于发现了日常生活背后的深层结构,在没有任何强制的情况下,共同体成员之间可以基本实现互相理解和沟通,这一沟通结构意味着,任何一个尚未形成的、已经形成的法律秩序都可以从中获得借鉴,成为可将强制“存而不用”的

[33] 参见张龔:“论理想作为规范——兼评邓正来之‘中国法律的理想图景’”,《河北法学》2007年第9期。

[34] 关于契约合意和商谈合意的详细比较和论证,参见张龔:“从基础规范看现代立宪转型之道”,《南大法律评论》2014年秋季卷,页1—22。

[35] 比如德法历史上的三十年战争,我国1911年到1949年新中国建立之间的内忧外患的抗战与内战状态。斗争和战争虽然成为生活常态,却不具有规范性和总体强制性。

[36] 国内已有学者敏锐意识到软法可通过商谈沟通获得证立,参见沈岷:“‘软法’概念正当性之新辩——以法律沟通论为视角”,《法商研究》2014年第1期。

法律秩序。回到本文的主题来说,就是成为一种软法制度体系。

那么,互相理解和沟通的共同体是如何实现的就成为商谈哲学关注的重点。哲学家哈贝马斯提出了理想言谈情境,尽管他多次尝试将这一理想言谈情境的超验性加以弱化,却始终无法避免掉到上面所提到的从理想到现实的专制坎陷。^{〔37〕} 法学家罗伯特·阿列克西则从理想商谈共同体模式中提炼出 28 个规则,^{〔38〕} 这些规则表面上看同样是理想的规则,但它并非要求自己成为国家立法的主要内容,而是目的在于促成国家理性设定的立法生成常规性,促成较少依靠国家强制力就可实现法律秩序。因此,尽管有论者仍旧批评法律商谈理论的理想性,却忽略了这些商谈规则对应的不是法律规范性,而是法律常规性。它虽然理想,却根本上来自于对生活常规的提炼,它强调程序而非决断,意图使得生硬的国家立法成为常规。对于那些尚未成为国家的共同体来说,商谈规则是国家法无法忽略的法律前身。在这个意义上,商谈理论作为一种程序理论意图实现的是一种软法治理的模式。若要实现常态治理,就需要认真对待商谈规则。

六、国家之间的软法治理——效力溢出与新常态

新常态是一个最近高频出现的经济领域的新词,但是如果考虑到过去三十多年整个国家都是以经济建设为中心,法制建设服务于经济发展,那么新常态是一个在我国具有广泛适用性的语词不无可。就字面意思来说,新常态是一种新的常规状态,与它相对的是旧常态。从旧常态到新常态不单纯是一个制定新规范的过程,更重要的是新规范如何具有常规性的问题。

现代(modern)一词的涵义就是新时代,是一个常为新的时代,也是一个从旧常态不断变换为新常态成为常态现象的时代。民族国家无疑是现代的产物,然而论及民族国家的兴起,却已是旧闻。一则因为国家与社会的二元化从一开始就埋下了伏笔,国家是有疆域的、时空限制的,而社会以及市场则是无边界的、跨疆域的,由此就带来全球化趋势。不过,全球化首先不是民族国家的全球化,而是国家内部社会与市场的全球化,它引发了主权国家及其法律与全球化之间的紧张和冲突问题;二是为了避免民族国家之间的争端以及战争,民族国家自愿整合为更大规模的共同体或国家,如联合国与欧盟,它们促生了从一国内部的旧常态到新生共同体的新常态的变迁。显然,这只是对过去二十多年国际世界发生的现象的一个描述。这一现象表明了软法的必要性,它的背后根本上是规范性与常规性的辩证互动。

如前已述,规范性是被用来专指一国法律的应然属性和效力。然而,即便是发现规范性的凯尔森本人,也没有意识到法的效力不是一个常量,在一个空间确定的主权国家内部,法律规

〔37〕 “坎陷”的说法来自牟宗三先生的良知坎陷,参见牟宗三:《历史哲学》,载《牟宗三先生全集》(9),联经出版公司 2003 年版,页 45—46。关于从理想到现实的断裂与沟通,参见张龔:“论人权与基本权利的关系——以德国法和一般法学理论为背”,《法学家》2010 年第 6 期。

〔38〕 参见(德)罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社 2002 年版。

范会发生效力膨胀进而溢出的问题。比如说,货币区别于纸张之处在于它具有规范性,然而货币的规范性却不是固定的,而是波动的,一般来说建立在主权国家的国家能力之上。随着国家能力,特别是经济能力的提高,在一个主权国家这个特定的、封闭的时空内,货币本身的规范性发生膨胀,密度变得越来越大。从经济角度来看,典型表现为单位货币的购买力提高,相较于其他民族国家的货币具有越来越明显的优越性。随着这种密度增大,货币以及法律的规范性就产生了从主权国家四处漫溢到国家边界之外的需求,用我国当前的话语表述就是人民币要走出国门,对其他国家或地区也具有规范性。一定程度上可以说,美国2008年金融危机的发生同中国的货币规范性开始变强密切相关。^[39]

国家能力与规范性密度成正相关,国家能力的不断发展与强大就使得法律规范效力一定要在空间范围上扩张其适用领域。同样,国家能力变弱,如经济出现危机,规范性密度变小,其他国家的法律规范效力就会破门而入,在本国内引发类似“治外法权”的事件。这样一来,一国的法律规范在国家能力强弱变化的情况下总是面临从旧常态走向新常态的挑战。规范性的膨胀与萎缩,从而导致规范性扩张或收缩就成为新常态之“新”的根源。它进而引发问题,规范性一旦溢出国家边界,常规性以及相应的新常态如何建立起来?若是新常态的建立依靠硬法与硬强制,必然会导致对内专制、对外霸权,相反,不依靠强制的软法范式提供了一种新的国际秩序生成的可能性。

回顾过去一个多世纪,两次世界大战的爆发从根本上讲都源于主权国家兴起之后,国家规范效力的溢出。效力溢出的国家对其他国家采取硬法范式,强制要求别的国家施行自己的法律规范,无论是早先的英国、法国,还是后期的德国,乃至亚洲的日本,都未免俗。这种因硬法范式引发的反抗和战争书写了20世纪欧洲历史乃至世界历史最阴暗的一面。^[40]痛定思痛,二战结束之后,联合国以及国际法院等国际机构顺势而生,它们以软法的方式调和、斡旋国家间规范冲突功不可没。同理,欧洲各民族国家为了避免重蹈覆辙,通过谈判、约定的方式逐步成立了欧共体、欧盟乃至未来可能的欧洲国。正是在这个过程中,软法概念以及大量的软法研究应运而生,可以说,欧盟的法理建构基础就在于软法以及内涵的常规性。

七、结 语

历史来看,软法作为一种现象并非前无古人,中国古代就有软法,甚至可以说软法构成了中国古代王朝治理的精髓。比如,法律的对内施行讲求法律的“内化于心,外化于行”,对外治

[39] 关于这一点,德国公法学家卡尔·施米特早有意识,他提出的大空间理论以及后期主张建立欧盟都表明他间接地意识到规范性扩张,这一点成为大空间理论以及欧盟建构的思想根据。参见 Carl Schmitt, *Völker — rechtliche Großraumordnung und Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht* (1939), Berlin 1991.

[40] 即便是今日在合法性上似乎没有争议的美国法律,当它想要拓展自己的规范效力到阿拉伯国家的时候,也习惯于采取硬法模式。

理则推行“柔远怀来”。不过,由于传统中国没有确立起发达的国家—社会二元结构,而只是一个家国天下的大一统,这使得王朝治理结构中国家立法与民间生活之间的对立不足,以至于对软法范式的需求有限。进入现代以来,迫于外部世界的剧烈挑战,我国大量引进和移植国外立法,在社会层面上广泛施行经济改革和新文化建设,武断、强制的硬法范式主导一时,引发了大量的社会矛盾。此时,软法范式可谓呼之欲出,却作为一种理论和观念尚没有获得知识上的充分把握。

事实上,如果说理性立法是现代西方法治的特有属性,从而规范性作为法律的基本属性主导了近一个世纪的法学理论界,而其对于 20 世纪西方法政生活中理论与实践的冲突尖锐化难辞其咎。常规性作为法律规范的另一个基本属性进入法学的视野,揭示了理性意志化为现实生活的行为法则的软法之道。当我们说现代生活是一种常为新的世界,随着我国国家主权能力的提高,国力强大之后出现效力膨胀进而溢出的新常态。回顾历史,由于效力溢出而引发的现代国家间关系总体上有三种模式:一种是冲突模式,因采取硬法模式而引发各种战争;后两种属于软法模式,一种是联合模式,如二战后成立联合国作为国家间谈判和协调的组织;另一种是建国模式,如当前的欧盟国家建构。可以说,软法之治既是一种国家治理模式,也是国家间的世界秩序模式,既是我国传统政治智慧的现代重述,也是当代国家治理的特有之意。

Abstract: The main stream of legal theory has always taken the relationship between law and morality as the point of departure to observe laws, and has accordingly used norm or ought to define laws. However, beside is and ought, there is another significant doctrine in legal study, which is about the reality of legal norms and the realization of legal norms. Since Professor Luo Haocai addressed the concept of soft law in China, the rule of soft law has already become a crucial part of our nation's legal practice. Nevertheless, with a careful investigation on definitions of soft law in major academic works, two ambiguities emerge and need clarifications. These two ambiguities are: (1) confusing the validity of law and the binding effect of law, and (2) failure on distinguishing the normality of law and the coerciveness of law. This article argues that the core feature of soft law is normality, and soft law is the dialectical combination of normativity and normality. This dialectical relationship is shown in where normativity is undergoing changes, which means the old normativity is transferring into new normativity, and there is always a dimension of normality in this process. This dimension of normality has a theoretical significance to a state's governance in domestic level and international level.

Key Words: Soft Law; Normativity; Normality; Validity Overflows; New Normality

(责任编辑:章永乐)