

认真对待软法

——公域软法的一般理论及其中国实践

罗豪才 宋功德*

内容提要 我国最近 20 多年的公域之治一直在实践着一种软硬兼施的混合法结构,这在相当程度上彰显出民主政治与法治建设的中国特色。本文认为,包含着大量本土性制度资源的“软法”,是一种法律效力结构未必完整、无需依靠国家强制保障实施、但能够产生社会实效的法律规范。软法与硬法同为法律的一种基本表现形式,它以不同于硬法的方式体现法律的基本特征、实现法律的主要功能,并具有严格区别于硬法的个性特征与独特功能。软法与硬法大致具有法律逻辑上的错综复杂、法律功能上的优势互补、法律规范上的相互转化三种基本关系。软硬兼施的混合法模式乃是我国解决公共问题的基本模式,这就要求我国公法学回应公域之治的现实需要,在对软法作用加以客观评析的基础上,研究探讨全面提升公域软法的理性品质,并按照宪政精神与法治原则的要求推动中国公法朝着软硬兼施的混合法结构方向发展,旨在全面实现公域之治与法治目标。

关键词 软法 硬法 互补 法治 优化

引 言

一般认为,“软法(soft law)”概念这个舶来品,起源于西方国际法学。在学术著述中,软法有多种表述形式,诸如“自我规制”、“志愿规制”、“合作规制”、“准规制”等。¹ 尽管作为概念的软法在国内公法学著述中鲜有提及,但作为现象的软法却在国内公法中早已存在、普遍存在。为了有效地规范公共关系、解决公共问题,各国总要运用各种公共制度资源,存在于政法惯例、公共政策、自律规范、合作规范、专业标准、弹性法条等载体形态之中的软法规范,在公域之治中从来都是不可或缺的。尽管如此,由于公法学者长期以来多半深陷于国家强制力立场之中不能自拔,为司法中心主义所困无法脱身,被片面夸大的形式理性遮蔽了视线,导致软法现象不幸成为公法学研究的盲区。在我国,如果说改革开放前的计划经济体制因为奉行一种国家管理模式,造成公共政策与法律制度刚性十足而难以给软法留下必要的生成与发展空间,公域软法现象故而不大明显,那么自改革开放至今的 20 多年中,中国的公域之治事实上—

* 罗豪才系北京大学法学院教授;宋功德系国家行政学院副研究员,法学博士。

¹ 例如,Linda Senden, *Soft, Sift Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?*, Vol. 9 1, *Electronic Journal of Comparative Law* (January 2005), <http://www.ejcl.org/91/abs91-3.html> (2005 年 12 月 27 日访问)。目前尚未见到一种明确的、统一的、权威的软法概念定义,软法主要被用作“硬法(hardlaw)”概念的对称。针对条约(treaty)、公约(convention)、协议书(protocol)、声明(statement)、官方公报(communique)、宣言(declaration)等多种载体形态的国际法规范,不少国际法学者按照规范效力标准,将其中有些规范称作“硬法”,它们通过详细的法规条文明确地规定具有约束力的义务与责任,授予权威机构以规范解释权,并督促这些义务和责任的履行。亦即,硬法具有明确、义务与授权三个基本要素。与之相对的“软法”,则指那些缺少三个要素中的一个或多个的制度安排——这种软化(sofening)既可以发生于一个条件的不同层面,也可以发生于多个条件的组合层面。参见 Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal: *Hard and Soft Law in International Governance*, *International Organization*, Vol. 54, No. 3, 2000, pp. 421-422

直实践着软硬兼施的混合法模式,尤其是伴随着公共治理模式的日渐兴起,软法现象变得日益突出,如果我国公法学仍然一如既往地对待软法现象视而不见,那显然是不正常的。我们认为,软法理论研究严重滞后于软法实践发展,这不仅是公法理论体系本身的缺憾,还会严重地制约着公域之治与法治目标的全面实现。有鉴于此,本文先行一步,试图为解读公域软法现象提供一个初步的理论分析框架,以期有所裨益于全面启动并逐渐深化我国公法学上的软法研究。

一、公域软法的特征、功能及其与硬法的关系

法律有硬法与软法两种基本表现形式,其中“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、但能够产生社会实效的法律规范^④。软法的形象因情境的不同而不同。为了更加清晰地展现出法治化语境中的公域软法的基本形象,我们需要暂时撇开公域之治现实中经常不太规范、不够理性的实然的软法制度,而主要从规范的角度去对符合法治要求的应然的软法形象加以描述。置于这种语境之中,软法之所以成其为法,是因为它具有法的基本特征;软法之所以能够独立于硬法,成为法律的一种基本表现形式,是因为它以不同于硬法的方式体现法律的共性特征,并具有硬法所没有的个性特征;软法之所以能够成为法律的一种基本表现形式,并且在公域之中发挥重要作用,是因为它具有独特的规范和调整公共关系的功能;而软法之所以能够与硬法并行不悖、相辅相成,是因为二者在法律逻辑上的错综复杂,在法律功能上的优势互补,在法律规范上的相互转化。

(一) 软法的基本特征

软法虽然规范形态各异,法律渊源不拘一格,载体形态称谓不一,但作为法律的一种基本表现形式,软法与硬法一样都具有法律的共性特征,只不过是不同于硬法的方式去体现公共性、规范性、普适性等共性特征;不仅如此,软法作为与硬法相对的一个范畴,还表现出一些严格区别于硬法的个性特征,诸如制度安排的富有弹性、未必依靠国家强制力保障实施、非司法中心主义、法律位阶不甚明显,以及载体形态的多样化与文本叙事方式的独特性等。

1. 软法以不同于硬法的方式体现法律的共性特征

法律这种调整社会关系的独特规范,因其公共性而区别于私人契约,因其普适性而区别于具体行为,因其对权利/义务的配置性而区别于公共决定,因其提出规范性要求而区别于对现实的描述,因其拘束性而区别于政治宣言,因其实施要诉诸外部的公共权力而区别于主要依靠内心谴责的道德规范^④。法律的这些共性特征虽然为硬法与软法所共享,但二者各有侧重,软法以不同于硬法的方式侧重反映法律的共性特征。

(1) 就法律的公共性而言,软法侧重于反映国家意志之外的其他共同体的利益诉求。法律制度安排是否为了回应公共意旨,这是判断法律是否具有正当性的根本标准。与硬法的公共性集中体现为对国家意志的反映明显不同的是,软法虽然也要反映国家意志,但并不限于国家意志,还要在不与国家意志相抵触的前提下,反映更加广泛的其他共同体的公共意志——当国家意志因硬法而得到充分反映时,软法的公共性就主要体现为侧重于反映其他共同体的公共意志,重点指向政党活动领域、社会自治领域、

^④ 到目前为止,有关软法概念的定义大多是初步的与描述性的,主要选择法律效力角度来加以界定,例如, Synder 将软法简洁地定义为“不具有法律约束力但可能产生实际效果的行为规则”。但也有学者对此持有异议,例如 Jan Klabbbers 认为,对于法律规范,我们虽然可以区分特定性的多少,精确度的多少,具体规定的多少,适用范围的大小,紧迫性的强弱,严重程度差异,深远意义的不同,但唯一不能区分的是约束力的多少。Linda Senden, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?*, Vol. 9, 1, *Electronic Journal of Comparative Law* (January 2005), <http://www.ejcl.org/9/1/abs91-3.html> (2005年12月27日访问); Jan Klabbbers, *The Redundancy of Soft Law*, *Nordic Journal of International Law* 65, P. 167.

^④ 我们认为,软法规范与道德规范二者之间既有联系,又有区别,这种关系不仅体现为实施方式的不同,还集中体现在规范的功能定位、规范的载体形态、规范的逻辑结构、规范的运作机制等各个方面。全面解读这种关系、并推动二者之间的良性互动和互相强化,是软法研究的一个重要主题。

行业自律领域、公共机构内部自我管理领域、以及公共权力自由裁量领域等公共领域。软法反映公共性的这种特点,必然要求软法的创制主体应当是多样的,否则不足以全面反映各种共同体的利益诉求;软法主体的法律地位应当是平等的,否则不能平等地进行博弈;软法的制定过程应当是开放的,否则不能满足公众广泛参与的需要,不足以形成协商过程;软法的制度安排应当基于共识甚至合意,否则不能满足其正当性需求。就此而言,如果说硬法因其国家意志的血统而自然拥有一种似乎不言自明的正当性,那么软法制度安排则需要通过普遍认同的方式来谋取正当性。

(2)就法律的规范性而言,软法主要侧重于为公共主体的行为选择提供导向。硬法通常不得不忽略具体情境中主体行为选择的细节差异,抽象地设定一套明确的行为模式,要求相关主体为或不为某种行为。与之形成对照的是,软法的规范性主要不在于设定明确的行为模式,而是通过描述背景,宣示立场,确立指导思想,规定目标,明确方针、路线,确认原则,规定配套措施等各种方式,正面要求相关主体为或者不为某种行为,通过为其提供行为导向的方式来施加影响,促使其作出有利于公共目标实现的行为选择。亦即,如果将硬法的规范性比作一种由国家权力保障实施做成的直接通向法治目标的“轨道”,那么软法的规范性则是一种由更加广泛的“软权力”^{1/4} 保证其指向法治目标的“旗帜”,二者之间的区别主要在于对行为细节的关注程度、对行为选择的规范要求的强弱不同。

(3)就法律的普适性而言,软法表现出一种松紧不一、强弱不等的法律效力。法律的普适性就是要求法律在特定情境下得到一体遵行、不允许例外,其实质是维护公平对待、平等适用的法律价值,以维护法律的至上权威。硬法的普适性通常体现为明确规定其时间、空间、对人、对事的拘束力,这四个构成要素在法律文本中缺一不可。相形之下,软法虽然也要通过其普适性来维护公平价值、实现法律效力,但其体现法律效力的方式却非常复杂,这主要体现在四个方面:¹ 时间、空间、对人、对事四个构成普适性的基本要素未必总是齐全,经常会残缺不全;^④不同的软法的效力范围的“普适”程度差之甚远,范围大小不等,时间长短不一;^{④④}对软法效力范围规定的清晰程度也明显不同,有些因明确列举而清晰可鉴,有些只是笼统规定而不易确定;^{1/4}与硬法主要依靠国家权力而适用于国家管理范围不同的是,软法的效力范围主要是依靠软性权力而及于更加广泛的公域。

由此可见,软法正是以其独特方式体现着法律公共性、规范性与普适性等共性特征,从而成为法律的一种基本表现形式。软法的兴起,无疑有助于拓展法律的范围,改变传统的“法即硬法”、动辄制定硬法的“泛硬化”思维定式。

2. 软法具有不同于硬法的个性特征

如果说软法以不同于硬法的方式体现法律的共性特征,已经在二者之间勾勒出大致的界线,那么软法具有不同于硬法的典型的个性特征,则更进一步,基本上将二者严格地区别开来。以硬法作为参照物,软法表现出创制方式与制度安排的弹性、实施方式的非国家强制性、实现法律效力的非司法中心主义、法律位阶的不甚明显,以及开放程度更高、更重商谈-论证、规范形态更加多样、法律文本的叙事方式更加灵活等个性特征。

(1)软法的创制方式与制度安排富有弹性。与硬法的创制方式要严格遵循法定程序、硬法的规定必须刚性十足不同的是,软法推崇柔性治理,不同类型的软法的创制方式并非同出一辙,例如法律惯例多半源于约定俗成,公共政策多半要经过多方协商,专业标准多半依靠确认或者认可,自律规范多半属于共同体的“自产自销”,而弹性法条的创制则应遵循法定程序。软法创制方式的弹性,部分是由软法制度变革的路径依赖性造成的,部分是由软法自身制度安排决定的,部分出于快速回应实践的需要。不仅如

^{1/4} 为了超越国际关系研究中的现实主义传统,美国哈佛大学肯尼迪政府学院院长、著名国际关系学者约瑟夫·奈(Joseph S. Nye)早于1989年就率先提出“软权力”概念,用以指称蕴藏于制度、文化、伦理、意识形态等之中的影响力或者吸引力,以便于与主要体现为军事权力和经济权力的“硬权力”形成对照。参见[美]约瑟夫·奈:《硬权力与软权力》,门洪华译,北京大学出版社2005年版,第6-7页。

此,软法制度安排也充满弹性,规定得或者较为笼统,重在兼容并包;或者较为抽象,对行为方式的种类、数量、幅度未加明确规定;或者较为原则,不作具体的权益分配;或者较为模糊,允许出现多种合理性解释;或者较为灵活,给公共主体博弈留有回旋余地与调整空间;或者较为柔和,重在指导与建议,未作硬性规定。当然,软法创制方式与制度安排的弹性,只是相对于硬法的确定性与刚性而言的,这显然并不意味着软法的创制方式与制度安排可以没有规矩地失之随意——如果以道德等其他社会规范作为参照物,软法的刚性则呼之欲出。

(2) 软法的实施方式未必依赖国家强制力。关于“法律效力”概念,在学界存在着诸如法律生效范围说、力量说、作用说、约束力说等^{1/2},其中约束力说获得较多认同;在约束力说中,又多持强制性约束力观点。软法的效力结构虽然未必完整,但却富有实效——效力与法律实效是两个不同的概念,诚如博登海默所言:“一条法律律令的效力必须同其在社会制度中的功效区别开来”^{3/4},二者之间的差异反映出制度安排与法律实践之间的距离。与硬法通常明确规定违法责任,并主要诉诸国家强制力来追究违法责任的方式有所不同的是,软法的社会性——依靠社会公权力来实现其所侧重反映的国家意志之外的其他公共意志,决定着软法实施方式未必依靠国家强制性,而主要依靠“软约束力”,这主要体现为其所设定的公共行为方式多为非强制性的,较少详细规定违法责任,一般不会规定诉诸国家强制力来追究责任。大致说来,软法实施方式未必依赖国家强制力,依次包括四层含义:①部分软法目标的实现主要依靠社会舆论、道德自律、内部监督、同行监督等产生的社会压力,来迫使爱惜声誉的公共主体自觉遵循软法制度,而无需依赖专设的国家机构来专门组织实施;②部分软法目标的实现主要依靠融入软法制度之中的激励机制,借助利益诱导的力量,因势利导,无需动用强制方式即可推动公共目标的实现;③部分软法目标的实现虽然需要依靠强制性,但其动用的既非直接的国家强制力,也非国家授权产生的间接的国家强制力,而主要是一种社会公权力,例如社会组织依据自我管理权力来对其违反规定的成员施加处分^⑤,这些内部违法责任与强制方式多半表现为剥夺其成员资格、限制其行为能力等,这种社会强制之于自我规制或者共同规制目标的实现而言⁽⁴⁾,无疑非常必要;④部分软法目标的实现主要仰赖于国家权威或者国家强制力的权威,通过软法制度与硬法制度之间,以及社会权力与国家权力之间的复杂关联性,依靠来自硬法的、国家强制力的某种暗示或者影响,来促成软法目标的实现。

(3) 软法效力实现的非司法中心主义。硬法实现其效力的基本立场就是坚持司法中心主义,即由法院或者代议机关等遵循司法程序,适用宪法或法律来裁决法律纠纷,因此硬法通常都要具有司法适用力,如果一种制度得不到司法认可、不能成为法院判案依据,就不足以成为硬法。软法效力的实现方式则与硬法迥然不同。尽管软法并不否认司法适用的意义,并不绝对排斥司法适用,有时也会以一种法律事实的身份进入司法程序,甚至有可能因司法适用而成为裁判依据,但软法并未据此就将司法适用当作其实现效力的唯一方式。大致说来,软法效力的实现方式主要有三种:①因法院的适用而成为定案的法

^{1/2} 参见《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社1984年版,第85页;陈世荣:《法律效力论》,载《法学研究》1994年第4期;卢云主编:《法学基础理论》,中国政法大学出版社1994年版,第379页;杨春福:《论法律效力》,载《法律科学》1997年第1期。

^{3/4} [美]博登海默《法理学—法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第319页。

^⑤ 准确地说,软法没有强制力是指没有以国家的名义对违规者规定罚则,并以国家的名义对其采取强制措施。事实上,任何有效的行为准则都或多或少地具有某种强制力,只不过未必都是以国家的名义。例如,根据《中国人民政治协商会议章程》第28条的规定,全国委员会常务委员会或地方委员会常务委员会有权对政协委员分别依据情节给予警告处分,或撤销其参加中国人民政治协商会议全国委员会或地方委员会的资格。

⁽⁴⁾ 为了实现规制目标,现代社会出现大量的自律规范,它们主要有三种类型:一是由国家机构与非国家性公共组织等权力主体自我创制、自我实施的自律规范;二是由权利主体自我创制、自我实施的自律规范;三是由权力主体与权利主体共同创制的自律规范。这些自律规范通常是在硬法规定的基础上对自身提出更为严格的要求。

律依据^④，④通过法院之外的其他化解纠纷的公共机构的适用而成为裁判依据，例如人大常委会实施的法律监督；④因政党组织、社会自治组织等内设监督救济机构的适用而实现规范效力。不仅如此，与结果导向的硬法主要依靠事后的强制实现明显不同的是，软法更重过程导向，其效力实现的重点被置于“实施”而非“适用”环节，软法主要依靠定期报告制度，以及工作组的检查、评估、公告制度等，通过实现公共关系内部信息的外部化来弱化公域中的信息不对称，降低公共机构或者公民实施机会主义行为的概率，达到规范公共关系的目的是。

(4) 软法的法律位阶不甚明晰。在法律理论上，通常将公共机构的行为假定为代表国家意志，由于不同的公共机构被授权代表高低不同、宽窄不一、强弱不等的国家意志，因此不同的公共机构所制定的硬法就会呈现出不同的法律位阶，诸如法律、法规、规章等。与硬法反映的国家意志主要是一种上下的纵向关系不同的是，软法侧重反映的其他公共意志之间主要表现为一种横向的平行关系，多半是平等的，难分上下，不同软法规范之间的法律位阶时隐时现，比较模糊。这主要表现为：有些软法规范之间的位阶差异比较明显，例如具有隶属关系的上下级政府就同一主题制定的公共政策；有些软法规范之间的位阶差异不太显著，例如不同层级的法院制定的自律规范；有些软法规范之间的位阶模棱两可、不相上下，例如不同的行业协会针对同一事项规定的行业标准；而有些软法规范之间则基本上不存在位阶问题，例如不同的法律惯例之间。硬法与软法在法律位阶方面的差异，决定着硬法体系与软法体系内部法律规范排列方式的不同：如果说硬法体系内部法律规范的排列方式是以纵向为主、横向为辅，那么软法则恰好相反，是以横向为主、纵向为辅。

(5) 软法的制定与实施具有更高层次的民主协商性。法律的正当性在于反映民意，而法律制度中的民意的多少要取决于民主协商程度的高低。¹⁰ 硬法虽然也重民意，但由于间接的民主协商机制很容易为直接行使公共权力的公共机构的意志所遮蔽或者弱化，再加上其高高在上，置身其外，难免缺乏针对性，从而容易与鲜活的公域实践产生隔阂。相形之下，由于 OMC (Open Method of Coordination) 这种开放协商机制 (Coordination 一词有协调、协商等意思，这里取其协商之义——作者。) 构成了软法行动结构的核心，因此民主协商性在软法的制定与实施过程中能够得到更为充分的体现。一则，软法的制定与实施主体更加多样，作为特定利益群体代表的非政府性公共组织所占比例较高，能够直接体现更加广泛的民意。二则，制定与实施过程更加开放，向公众开放，向相关利益群体开放，向各种利益诉求开放，向各种信息与智识开放，向各种意见与建议开放。三则，更重商谈—论证与合意性，软法的创制、实施、解释、适用过程基本上是一个强调双赢的博弈过程，注重对话与沟通，强调共识与认同，能够最大限度地基于合意作出公共决策。正是由于软法更加注重开放，并全面实践开放，因此软法的崛起与公共治理模式的兴

^④ 例如，在加拿大贝克案 [Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 1999] 中，法院就并未因为行政政策在法律传统上属于行政机关制定的内部规范就不去适用它。相关讨论，参见 David Dyzenhaus, *The Unity of Public Law*, Oxford and Portland Oregon 2004.

¹⁰ 协商民主是我国社会主义民主的一种重要形式，其制度化、规范化、程序化程度日益提高，其特点和优势日趋明显，在推进我国民主政治发展方面发挥着重要作用，具有明显的中国特色。相形之下，在西方国家的政治领域，尤其是在处理以争夺执政权作为基本主题的政党关系问题上，协商民主的空间相对较小，制度化难以形成。不过，在理论层面上，协商民主从 20 世纪后期开始，逐渐发展成为西方学术界的一个重要主题，取得了不少研究成果。有学者认为，所谓协商民主 (Deliberative Democracy)，是指当一种民主体制的决策是通过公开讨论——每个参与者都能够自由表达，同时愿意倾听并考虑相反的观点——而做出的，那么这种民主体制就是协商性的，这种决策不仅反映了参与者先前的利益和观点，而且还反映了他们在思考各方观点之后做出的判断，以及那些应该用来解决分歧的原则和程序。关于协商民主的功能，有学者认为，协商民主是一种具有巨大潜能的民主治理形式，它能够有效回应文化间对话和多元文化社会认知的某些核心问题。它尤其强调对于公共利益的责任、促进政治话语的相互理解、辨别所在政治意愿，以及支持那些重视所有人的需求与利益的具有集体约束力的政策。参见 David Miller, *Deliberative Democracy Unfair to Disadvantaged Groups? Democracy as Public Deliberation: Perspectives*, Edited by Maurizio Passerin D'entreves, Manchester University Press, 2002, P. 201; Joge M. Valadez, *Deliberative Democracy, Political Legitimacy, and Self Democracy in Multicultural Societies*, USA Westview Press, 2001, P. 30. 转引自陈良刚选编：《协商民主》，上海三联书店 2004 年版，第 3 页。

起之间就必然相互强化。¹¹

较硬法而言,软法除在实质上具有以上六个显著的个性特征之外,在形式上还有两个明显的个性特征:一是软法的规范形态更加多样。在政法惯例、公共政策、自律规范、合作规范、专业标准、弹性条款等六种基本类型当中,又有诸多具体表现形式,诸如纲要、章程、规程、守则、示范、指南、意见、建议、规定、条例等。二是软法的规定形式或者叙事方式明显不同于硬法,它经常比较完整地交待创制背景、制定依据、所持立场、指导原则、基本要求、行为导向、配套措施、保障措施等,软法文本的这种逻辑构造显然与硬法大相径庭。此外,软法的颁布方式与施行机制也与硬法存在显著差异。

(二) 软法的主要功能

软法之所以能够在公法体系中拥有一席之地,独立于硬法而存在,主要归功于其独特的法律功能,它不仅以不同于硬法的方式体现法律的基本功能,而且还通过弥补硬法不足与引领硬法变革等方式来推动公法制度结构的均衡化,并依靠其协商性来推动公共治理模式的确立,依靠其实效性来强化法律权威,依靠其经济性来节约法治与社会发展成本,进而推动域之治与法治目标的全面实现。

1. 软法以不同于硬法的方式体现法律的基本功能

作为社会关系的调节器,法律的宣示、指示、评价、预测、惩罚等基本功能,在硬法与软法中并非平分秋色,软法要以不同于硬法的方式体现这些功能。一则,软法与硬法的功能定位各有侧重,例如硬法更重制裁与惩罚,而软法更重宣示与评价;硬法更重命令与规制,而软法更重教育与引导。二则,软法与硬法从不同的侧面展示同一种法律功能。以指示功能为例,在硬法中主要体现为通过命令来强迫主体作出某种行为选择,而在软法中则主要体现为通过建议来影响其行为选择。三则,对于同一种法律功能,软法与硬法的功能定位于不同层面。例如,硬法与软法事实上同具有惩罚功能,但硬法中的惩罚主要是外部的、直接的、有形的、物质上的,而软法则主要是内部的、间接的、无形的、精神上的。四则,对于同一种功能,软法经常以不同于硬法的机制去实现。以评价功能为例,二者在评价主体、评价程序、评价结论、评价后果等方面存在着显著差异,硬法对主体行为的评价机制主要是官僚性的与封闭性的,评价结论具有法律效力,有可能引起国家的强制执行;而软法的评价机制则多为民间性与开放性的,评价结论未必具有法律效力,也未必能够引起国家强制。

2. 软法可以弥补硬法不足,推动公法结构的均衡化

就当前而言,公法对公共权力的规范与监督、对公民权利的维护与拓展,主要依靠硬法提供一个刚性的制度框架,软法主要通过弥补硬法的不足而起辅助作用。不过,这种“弥补”并非只是拾遗补缺。一是对硬法的补充。软法对硬法的补充体现在硬法创制与运行机制的全过程——在硬法创制之前,特定领域的软法不仅能够弥补硬法空白,而且还能作为试验性立法来为硬法的创制积累经验,具有制度试错意义;在硬法制定过程之中,软法能够补充硬性的立法法之不足,规范硬法创制活动;在硬法颁布生效之后,软法通过后续立法与法律解释等方式来补充硬法;在硬法实施过程中,软法不仅能够通过量化与细化等方式以增强硬法的可操作性,还可以通过推动公共主体“内化”硬法的方式来提高硬法的实效;在硬法的适用过程中,各种司法惯例、判例、流行的法律原则等,对硬法的适用产生深刻影响。二是对硬法的导引¹²。在现实的法律世界中,硬法其实只是软法海洋中的一些分散的岛屿。软法如同一个大而无形的磁场,从程序与实体两个方面悄无声息地导引着硬法实践,有力地强化着硬法的问题导向、需求导向、

¹¹ 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。需要注意的是,尽管需要强调软法应当侧重于反映社会意志,其制定主体应当是多样性的,制定过程应当是开放性的,实施方式未必依靠国家强制力,应当反思司法中心主义等,以便赋予软法以平等性、开放性、民主性、协商性等特质;但与此同时需要警惕的是,不能滑入“没有议会的立法”、“没有政府的治理”、“没有法院的止纷”的泥潭。

¹² 有国际法学者认为,诸如联合国大会的决议等软法,虽然不具有法律约束力,但却在相当程度上预示着将来国际法的发展方向。参见[德]沃尔夫刚·格拉夫·魏智通:《国际法》,吴越等译,法律出版社2002年版,第42页。

民主导向、实效导向,从而深刻地影响着硬法的品质与绩效。

我们认为,如果普遍存在的软法是理性的,那么软法就不仅因其作为公法体系的一个必要的组成部分而在公法的均衡化中不可或缺,而且还能通过对硬法的补充与导引来有力促成公法的均衡化。公法的均衡化,在形式上反映为公法规范体系的完备和匀称,在实质上则体现为公法制度结构的良性互动——公法制度与外在社会结构的互动、刚性的公法制度结构与能动的公法主体之间的互动、以及能动公法主体之间的互动。软法不仅因其自身品质而从这三个方面推动公法的均衡化,而且还通过对硬法的补充与导引,将其推崇互动过程与崇尚自愿服从的偏好与品质传导给硬法,从而使得硬法制度安排更加重视衔接与呼应,更加贴近公域实践,更加清晰地感受社会脉搏的跳动,更加重视民主协商机制,从而加快推进公法的均衡化。

3. 软法有助于强化法律的正当性,提高法律实效

在一个充满不确定性、多元利益关系冲突频繁、信息不完全的现代社会,仅仅依靠硬法显然不足以满足人们对规则的依赖、对秩序的需求和对正义的渴望。尤其当部分硬法束之高阁、而软法又普遍地游离于法治之外时,法律至上的权威就不得不大打折扣。而理性的软法的兴起,能够通过强化法律的正当性来提高法律实效,之所以如此,是因为法律一贯被当作民意的反映,其正当性基础就是共识、合意与自愿服从,如果说主要作为代议制产物的硬法只具有“拟制”的正当性,那么主要作为协商民主产物的软法则具有真实的正当性,“软法指的是一套没有中央权威加以创设、解释和执行的规则”¹³。大致说来,软法的正当性主要体现在以下几个方面:¹体现为制度形成过程中的共识。软法部分地源于约定俗成,是相关主体共同实践行动的结果,能够得到一体认同;部分地源于开放性的创制,相关利益主体皆可在双向互动的协商机制中各陈己见,表达其利益诉求,通过多方博弈形成一种基于共识甚至合意之上的制度安排。^④体现为制度实施过程中的共识。能够回应多种利益诉求的软法,其实施并不依赖国家强制力来保证,而主要运用一种自愿机制——或者是利益诱导下的自愿服从,或者公民美德支配下的自觉服从。“秩序并非一种以外部强加给社会的压力,而是一种从内部建立起来的平衡”¹⁴。^④体现为法律过程的逻辑性。在硬法的运行机制中,创制主体、实施主体、适用主体与遵守主体四者之间经常泾渭分明,而在软法的运行机制中,这四种类型的主体经常高度重合,这显然有助于避免法律的正当性因在多元主体之间的复杂传递而遭到流失的问题,减少运行机制的梗塞。

作为公法的组成部分,软法的兴起不仅因其与生俱来的属性而直接提高法律的正当性,而且还因其对硬法产生的示范意义,以及对硬法创制与实施产生的深刻影响,推动着硬法正当性的提高。法律的正当性与实效之间是正相关的,一旦整个公法的正当性基础因软法的兴起而得以普遍强化,这同时也就意味着法律效力与实效之间的差距有可能大大缩小,从而使得法治精神得以普遍张扬,法律至上的权威得到广泛推崇,法治的疆域得到有力拓展。

4. 软法能够降低法治与社会发展的成本

用推崇法律至上的法治代替人治,固然有多种正当性理由,其中一个最重要理由就是能够对主体行为选择提供更确定的预期,从而有利于降低整个社会的交易费用,进而优化社会资源的配置——科斯定理已经精辟地揭示了这一点¹⁵。在从传统的“熟人社会”转变为现代的“陌生人社会”、而信息传递技术又不太发达的情况下,诸如惯例等软法制度在节减交易费用方面的作用曾经一度受到限制,而以命令-

¹³ Eric Posner, *Soft Law in Domestic and International Settings*. <http://www.j.u-tokyo.ac.jp/coelaw/download/material.htm> (2005年12月27日访问)。

¹⁴ [英]哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第183页。

¹⁵ 尽管法律制度的创制、实施、适用与遵守要支付巨额成本,但由于法律制度能够对整个社会关系的存续及其发展演变产生普遍的、有力的牵引,对整个社会的交易费用产生深刻影响,因此我们在衡量一种法治化路径选择是否理性,衡量一种法律制度安排是否具有正当性时,就不仅要讨论法律制度的创制与实施成本本身,更要考察法律制度对整个社会交易费用总量产生的影响。

服从为主导的硬法,的确在信息不对称的情况下有助于节减社会交往的交易费用,但不能因此就似是而非地认为硬法万能。事实上,一则由于网络技术的发展带来了信息搜索与传播技术的革命,导致软法因其实施机制的发展而释放出更强的生命力,这就在一定程度上弱化了对硬法的需求;二则由于运行成本高的硬法,看起来节约了谈判成本,但有可能刺激更大的法律规避与对抗成本的产生,因此其节减交易费用的效果未必理想。

在这种情形下,软法的普遍兴起能够从正反两个方面推动社会交易费用的节减,降低法治与社会的发展成本。一则,如果将软法排除在法律范畴之外,那就不能对其提出法治化要求,软法难免就会因其理性不足而与硬法发生冲突。不同软法之间以及软法与硬法之间的摩擦,无疑要耗费大量的社会成本。有鉴于此,如果将软法视作法律的一种基本形态,进而对其提出法治化要求,这就会为节约社会成本提供基础。二则,在软法的调整领域内,软法因其制度变革的回应性、创制过程的协商性、制度安排的合意性、实施方式的温和性等,能够以较低的创制、实施与遵守成本,理顺公共关系。需要注意的是,软法的协商性似乎增加了谈判成本,但“磨刀不误砍柴功”,基于共识形成的法律的运行成本要低廉得多。三则,硬法依靠软法的补充和引导,能够朝着创制过程更重协商、制度安排能够得到更多认可、实施更加到位、适用更加公正、法律实效更高的方向发展,这不仅显著降低硬法的创制与运行成本,而且大大弱化法律规范——尤其是软法与硬法之间的冲突与对抗,从而有助于降低法治与社会发展成本,实现法治化与社会建设的低成本、高效益。从这个角度看,软法的兴起对于构建和谐社会、建设节约型社会与节约型政府而言,显然有重要意义。

5. 软法能够促成公共治理模式的兴起,推进民主政治进程

有目共睹的是,在经济全球化、政治民主化、经济市场化的时代背景下,由开放的公共管理与广泛的公众参与整合而成的公共治理模式,正在取代传统的公共管理或者国家管理模式,日益发展成为公域之治的主导性模式,这种趋势不可逆转。软法与公共治理的内在关联性,集中体现为“软治理”与软法的形影不离。在统治模式下法律是硬的,而在治理模式下法律则是软的¹⁶。与传统管理模式不同的是,公共治理不可能纯粹地建构于硬法之上,只能软硬兼施、刚柔相济。因此,公域之治的转型过程,在很大程度上就表现为一种由单一僵化的硬法体系向软硬交错的混合法体系进化的过程,这就迫切需要软法的崛起以填充从国家管理向公共治理转型所形成的法律空白。

大致说来,软法主要从以下几个方面直接推动公共治理模式的确立:首先,软法侧重于体现社会公共性,关注多元利益诉求,倚重协商民主,推崇认同、共识与合意,软法与公共治理的价值取向和功能定位的异曲同工,决定着软法的兴起将会建构并巩固公共治理的基础。其次,较公共管理尤其是国家管理而言,公共治理的崛起导致公域范围得以显著拓展,复苏或者扩展了社会权力,而要防止社会权力的滥用进而蜕变成为社会专制,就不可能完全指望硬法,需要与其匹配的软法,来水涨船高地规范社会权力,以免留下法治真空。最后,与硬法的创制与运作机制比较刻板不同的是,软法是经由多元主体博弈而成的,不仅创设出多样化的行为方式,而且其实施也未必依赖国家强制性。正是由于软法全面回应了公共治理模式推崇主体多元化与行为方式多样化的内在需要,因此在创制公共治理的多元行动结构与推动“善治”目标的实现方面,具有重要意义。在此基础上,我们还可以更进一步,获得一种对软法与公共治理模式之间的相互依赖、相互强化的关系的更全面的理解:一方面,软法的兴起不仅从理念与意识上,更是从制度上直接推动公共治理模式的确立,从而为公共治理提供了部分法律依据;另一方面,公共治理的兴起对法律调整提出了全新的要求,尤其是在规范和保障公众参与公共治理的规范需求方面更是空前高涨,这就为软法功能的充分展现提供了平台,刺激着软法的发展。

众所周知,公共治理相对于公共管理与国家管理而言,无疑要在更广的范围内,更深的层次上,以更加多元的方式,更加全面地反映民主诉求,或者说,公共治理对民主的依赖更加严重。就此而言,软法促

¹⁶ Ulrika Morth, *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*, Cheltenham, Edward Elgar, 2004, p1.

成公共治理模式的确立,其实质就是直接推动政治民主化。不仅如此,由于软法的存在能够有效地规范社会权力,防止社会权力的滥用,防治社会专制的出现,因此软法的兴起过程,同时还是一个对政治民主化加以规范与引导的过程。

6. 软法有助于推动法治目标的全面实现

法治社会是一个崇尚法律权威的社会,各种社会共同体只有遵循法律才能实现有序、和谐。当然,服从法律并非意味着只服从硬法,还要遵循各种符合宪政精神与法治原则的软法。软法的崛起要求我们告别将法治化过程理解为创制、实施与适用硬法的机械过程的狭隘观念。我们并不否认硬法是实现法治目标的基础,但单靠硬法显然无法胜任“全面”实现法治目标的重任,法治目标的全面实现有赖于硬法与软法的优势互补,形成法治合力。

一则,软法的崛起使得法治领域更加全面。法治领域是一个受制于法治精神与法治原则的社会领域,软法的崛起,将长期以来局限于硬法调整对象的法治精神与法治原则解放出来,延伸至软法规范的社会领域,从而使得法治领域得以全面拓展,使得过去因遭拒之于法律门外得不到法治精神熏陶的软法及其调整领域,不再游离于法治之外。二则,软法的崛起使得人们不再消极、机械、片面地理解法治目标,而是更加积极、能动、辩证地领悟刚性的法治目标与弹性的法治化之间的关系,主观满意与客观最优之间的关系,以及诸如秩序与自由、公平与效率、公益与私益等不同法治目标之间的辩证关系。三则,法律制度资源配置因软法的崛起而得以优化,规则之治的功能也因软法的崛起而得以全面发挥。软法的崛起,有力地松动了规则之治即硬法之治的传统理解,认识到法治不仅是硬法之治,同时还应是软法之治;硬法与软法在法治化过程中应当并行不悖,各展其长、各得其所。四则,法治化的过程与方式更加全面。软法的兴起,意味着法治化不再单纯依靠命令-服从,不再完全指望国家强制,而是寻求更加多样化与更加开放性的治理方式,强制性与非强制性并行不悖,国家管理与公共参与相辅相成。

由此可见,软法的崛起有助于我们在更大范围内激发公众参与热情,运用更加多样化的公共制度资源,诉诸更加合理的方式,集中更多的民意与民智,全方位地推动法治目标的全面实现。

(三) 软法与硬法的关系

在不同的语境下,软法与硬法的关系呈现为不同的姿态。出于为后文中国公域软法的实证研究提供一个理想的评判标准的考虑,我们在法治化语境下,从规范意义上探讨软法与硬法之间的应然关系。大致说来,软法与硬法关系主要呈现为法律逻辑上的错综复杂、法律功能上的优势互补、法律规范上的相互转化三种基本形态。

1. 法律逻辑上的错综复杂

对于一个完整的法律体系而言,无论它由多少种要素构成,彼此之间都应当力求衔接与呼应,力戒自说自话、各自为战,都应当做到逻辑自治、有机统一,否则就难免四分五裂,不复是一个统一体,并因制度内耗而致法治目标落空。就此而言,尽管我们在进行理论研究时可以按照规范属性的不同而将整个法律体系一分为二,抽象出软法与硬法两个理想类型,但作为构成法律体系的基本元素,二者无论在法治理念还是制度安排上,都应当是彼此独立而不孤立、分工但不分家,唯有如此才能形成一个有机的法律体系。

在逻辑层面上,软法与硬法的关系主要体现为以下几种基本形态。¹在宏观的与抽象的层面上,整体性的、作为理想类型的软法与硬法二者之间基本上是一种并列关系,各自都是独立的法律范畴,不是主从关系,既不存在软法因硬法的强制性而依附其上的现象,也不会出现硬法因为软法的实效而退居其次的问题,二者或者在不同的领域内,或者在不同的层面上,或者是运用不同的方式来规范特定公共关系,可以并行不悖。^④在微观的与具体的层面上,作为具体的法律制度的软法与硬法,二者在规范、调整特定公共关系时,呈现出错综复杂的逻辑关系:或者是主从关系,例如法律与其实施细则;或者是并列关系,例如法律的羁束条款与自由裁量条款;或者是依存关系,例如专业标准与技术规范;或者是规定的详略不同,例如法律规则与法律原则;或者是法律文本意义上的包容关系,要么是典型的硬法文本中含有

软法条款,要么是典型的软法文本中含有硬法条款¹⁷。

软法与硬法二者之间错综复杂的逻辑关系,一方面要求我们应当对软法与硬法进行分工,这种分工不仅应当力求合理,以便各展所长;而且应当力求精细,以免出现二者的错位、越位、缺位与不到位的问题。另一方面,要求二者都应当服从同一个宪政框架、遵循共同的法治原则、崇尚相同的法治精神、服从同一种法治目标,形成一个统一的法律体系,如同正反两面共同构成一块硬币。

2. 法律功能上的优势互补

寸有所长、尺有所短。法律作为社会规范体系中的一种,尚且无法万能,更不用说软法或者硬法这种具体的法律规范形态了。硬法或者软法二者各自的功能皆非没有边界,都存在着力不能及的问题。在规范、调整公共关系时,硬法或者软法各自优势的反面就是其劣势,皆集优劣于一身。

我们认为,刚性有余、弹性不足的硬法与灵活性有余、稳定性不足的软法,二者之间具有多种意义上的互补性:硬法通常反映国家意志有余,对社会意志的反映不足;而软法则经常在侧重于反映社会意志时,有可能疏于体现国家意志。硬法通常维护公民的消极自由有余,推动积极自由不足;而软法在拓展积极自由空间时,又经常在保障消极自由方面缺乏力量。硬法通常规定纵向的法律位阶有余,对横向的规范沟通的要求不足;而软法则在强调规范间的协同性时,又容易忽略法律位阶这个确保法制统一的基础。硬法通常重视法律创制与实施的过程导向有余,对法律绩效的重视不足;而坚持结果导向的软法,则经常存在着明显的形式理性缺憾。硬法通常关注公共管理有余,对公共服务的关注不足;而软法则在展现其提高公共福祉方面的长处时,又经常暴露出在维护公共秩序方面的力不从心。硬法通常在规范权力/权利的制约方面有余,对权力/权利的激励不足;而软法则经常在侧重于通过激励影响主体行为选择时,对权力专横与权利滥用显得束手无策。硬法容易迷信单向的命令-服从模式,对双向互动的意义与自觉服从的可能性认识不足;而软法则经常因其过分强调民主协调机制,而造成公共决策的迟缓以及实施的拖延。硬法通常在诉诸国家强制力保障实施方面有余,对非强制性措施的信任不足;而软法推崇的非强制性措施又往往因其不确定性,而无法保证法律预期的全面兑现。硬法通常在张扬国家权力的主导性方面有余,对公众参与和社会协同的规定不足;而软法则在侧重于创制一种开放和平等博弈场域时,有时会构成对国家权力正常发挥的限制。硬法通常直接授权公共机构干预社会有余,对利用公共权威影响行为决策的规定不足;而软法目标的实现不仅要依赖于社会舆论的公共权威以及精神强制,还要分享强制性公共权力的权威。硬法通常对法律效力的强调有余,对法律实效关注不足;而软法则经常因为过于强调实效,从而有可能造成对法律效力的轻视。硬法通常服从法律惯性有余,对现实的回应性不足;而软法则经常因为过于强调对现实的快速反应,反而有可能损及法律体系的逻辑性、体系性和稳定性。硬法过于强调规范的抽象性、纯粹性、精英化,不利于让公众产生一种亲切感和亲和力;而软法则过于彰显规范的具体性、针对性、平民化,也难以确立起公众对法律的神圣感与敬畏感。

不难看出,软法的柔性、回应性、灵活性、协商性、互动性、共识性、亲和性、自觉性、经济性等,既是其优势,又是其劣势;同样,硬法的刚性、确定性、可预期性、普适性、单方性、强制性、权力性等,也既是其优势,又是其劣势。在硬法与软法之间,存在着明显的互补性:硬法之长通常是软法之短,而软法之长也往往是硬法之短,二者相辅相成,在法律体系中取长补短,在法律实践中并行不悖,缺一不可。正因为如此,我们应当立足于法治发展的现实需要,结合软法与硬法的自身长短属性,按照法律调整的边际效益原理,在不同领域、不同层面、不同阶段上理性界分软法与硬法的调整对象,以便建构起一种体系完整、结构匀称、功能齐全、富有实效的公法体系,实现软法与硬法的刚柔相济,避免以柔克刚与以强凌弱,做

¹⁷ 例如,《税收征收管理法》第9条规定:“税务机关应当加强队伍建设,提高税务人员的政治业务素质。税务机关、税务人员必须秉公执法,忠于职守,清正廉洁,礼貌待人,文明服务,尊重和保护纳税人、扣缴义务人的权利,依法接受监督。”再如,《民办教育促进法》第62条规定,对实施违法行为的民办学校,“由审批机关或者其他有关部门责令限期改正,并予以警告;有违法所得的,退还所收费用后没收违法所得;情节严重的,责令停止招生、吊销办学许可证;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

到扬长避短、各展其长,软硬兼施、各得其所,以便最大限度地发挥公法的规范和调整功能,推动公域之治与法治目标的全面实现。

3. 法律规范上的互相转化

作为一个有机的法律体系的两个组成部分,软法与硬法之间的彼此渗透、水乳交融、相得益彰,集中体现为二者在法律规范上存在以下三种意义上的相互转化:

(1) 法律规范类型的相互转化。例如,政法惯例可以转化为硬法的成文规定,而相沿成习的硬法规定也可以演变成为一种法律通例;作为软法的法律原则可以细化为硬法规则,而通行的硬法规定又可以上升为某种法律原则;公共政策能够通过法定程序转化成硬法规定,而硬法规定又可以衍生出另外一套公共政策;法律对公共机构与公务人员的硬性规定直接成为公共机构的自律规范,而自律规范通过法定程序也可以转变成为硬法规定。

(2) 法律规范形成时间的先后不一。先因后果的因果关系是解释社会现象最重要的分析进路。虽然特定的硬法与软法之间有可能存在某种因果联系,但宽泛地说,这两种类型的法律规范的产生经常并不存在严格的时间先后关系,二者经常发生转化。在有些场合下,软法可以早于硬法出现,或者作为为硬法定制积累经验的试验性立法,软法的意义在于制度试错;或者作为为硬法定制营造共识、创造条件的先导性立法,曲径通幽的软法在此扮演着“特洛伊木马”的角色¹⁸,能够将硬法创制过程中的分歧转化为一种更加温和的制度安排¹⁹。但在另外场合下,硬法也可以早于软法出现,后于硬法定制的软法或者作为一种后续性立法——例如先制定标准化法、后制定专业标准;或者作为一种解释性立法——例如先有硬法文本、后有相关的行政解释与司法解释;或者作为一种执行性立法——例如先有法律、法规的出台,后有各部门、各地方制定的大量的行政规范性文件。

(3) 法律规范调整对象的相互转化。不同的法律规范之间的关系,集中体现为调整对象上的界分。大致说来,硬法侧重于建构一个公域之治的基本框架,对公共行为提供一种底线上的限制;而软法则据此提出更高的要求,激励公共主体作出更加理性的行为选择。具体而言,硬法与软法调整对象的相互转化,主要发生在两种意义上:①调整的公共领域指向上的相互转化。既可以将以往由硬法调整的公域转成软法调整,例如从政府规制转变为自我规制;也可以将曾由软法调整的公域转换成硬法调整,例如将自我管理电子空间纳入政府规制视野。④规范的公共关系层面指向上的相互转化。软法与硬法之间的分工经常并非指向不同的公域,而是指向同一领域的不同层面,这种调整层面上的各有侧重会经常发生转换。以规范公共服务为例,伴随着政府从全能转向有限,如果说硬法主要转向从宏观层面上规范公共服务,那么对微观层面的规范就主要转交给以行业自律规范为主体的软法。

硬法与软法在法律规范意义上的相互转化,加剧了二者关系的复杂性。在多数情形下,软法是在硬法提供的框架下规范和监督公共权力、保障与拓展公民权利。但是,在有些情形下,硬法却又是在软法提供的语境下进行制度安排。例如,在坚持计划生育这项基本国策的语境下制定硬法制度²⁰,在坚持可持续发展的原则下建立健全环境保护硬法制度,在坚持依法行政的原则下制定行政强制法等。不仅如此,相互渗透的硬法与软法还有可能在法律理念、制度安排与机制设计上相互传染,从而在导致软法通过“硬化”来增加其形式理性与确定性的同时,也导致硬法通过“软化”来强化其协商性与互动性。

通过以上我们对硬法与软法基本关系的粗略考察,不难发现二者之间具有相辅相成、互相依赖、互

¹⁸ Lyune Jurigielewicz, *Global Environmental Change and International Law*, University Press of American, Inc. 1996

¹⁹ 例如,有日本学者认为,“软法可以在充当一种建构合意工具的同时,还能使得对议会所造成的可能性的削弱变得藏而不露。在这种意义上,软法能够扮演一种居于法律与政治之间的结合部的角色。在这个结合部中,我们能够发现欧盟机构之间的争论——一种被伪装成规范性论争的政治语境的争论。”Yoidhiro Usui, *The Roles of Sft Law in EU Environmental Governance: An Interface between Law and Politics*. http://www.ne.jp/asahi/usui/yoidhiro/Paper_EUSAJP_2005.pdf (2005年12月27日访问)。我们认为,这个“结合部”是一种以柔性政策为一端、以硬法为另一端,国家强制性从无到有、由弱变强的规范谱系。

²⁰ 《人口与计划生育法》(2001年)第2条第1款规定:“我国是人口众多的国家,实行计划生育是国家的基本国策。”

相强化、优势互补、相互转化等特点,软法与硬法据此并行不悖,形成一种相互渗透、彼此介入的良性互动关系,共同建构起一种规范公共生活的公共场域。不过,需要特别注意的是,硬法与软法的这种关系只是一种法治化语境中的应然图景,而未必就是一种事实,事实其实往往并非如此。从实然的角度观察,我们不难发现软法与硬法的关系经常表现出两面性:既相辅相成,又互相抵牾;既优势互补,又劣势同现;既互相强化,又彼此削弱;既取长补短,又互相制肘;既良性互动,又恶性循环。公域之治中硬法与软法的关系不顺,无疑会导致法律之治绩效的大打折扣,并殃及公域之治与法治目标的全面实现。正是由于二者关系在公法现实中的两面性,才迫切需要我们在全解读软法现象、深刻理解硬法与软法关系的基础上,对症下药、因势利导,推动软法的优化,提升软法的理性品质,推动法治合力的形成。

二、中国公域之治对软法的倚重

我国虽然缺乏法治传统,但法制传统却可谓源远流长。在公域之治中,软法不仅早已存在,而且普遍存在,长期以来一直发挥重要作用。最近20多年,我国通过持续不断的立法活动创制了大量的规范、调整公共关系的硬法规范,从无到有地建构起一个以制定法为主导的公法体系。尽管如此,日积月累的软法规范在我国公域之治中的作用却并未出现衰减的迹象,各种新增的软法规范反而层出不穷,从而在事实上形成了一个普遍存在、无处不在的软法体系。我们可以形成这样一种基本的判断,即默默无闻的软法在我国公法体系中其实属于“沉默的大多数”,我国的公法规范的体系结构呈现出一种硬法“岛屿”为软法“海洋”所包围的基本格局。

(一) 软法广泛而深刻地分布于公域之中

通过对我国公域之治的软法的考察,我们发现软法主要通过以下四个方面广泛而又深刻地分布于公域之中:

1. 在横向上,软法广泛覆盖政治、经济、社会、文化等各个领域

关于这一点,可以通过两个方面获得印证:其一,任何一种软法的基本类型都能够见之于各种公域。我们不妨以公共政策当中的“纲要”为例来证明这一点。一则,纲要早已有之。例如,政务院早于1954年就颁布过《国营企业内部劳动规则纲要》。二则,纲要的制定主体具有中共中央、国务院、各部委、地方政府、非政府组织等多样性。例如,中共中央颁布《公民道德建设纲要》(2001年),国务院制定《中国农村扶贫开发纲要(2001—2010年)》(2001年),国务院颁布的、由国家发展和改革委员会、国土资源部、国家海洋局共同组织制订的《全国海洋经济发展规划纲要》(2003年),国务院办公厅颁布的《中国食物与营养发展纲要(2001—2010年)》(2001年),民政部颁布的《中国慈善事业发展指导纲要(2006—2010年)》(2006年),北京市人民政府颁布的《北京生物工程与医药产业发展振兴纲要》(2002年),北京市人民政府办公厅颁布的《北京交通发展纲要(2004—2020年)》(2005年),中国注册会计师协会颁布的《2005年度注册会计师行业英语及综合能力测试纲要》(2005年)等。三则,纲要涉足政治、经济、社会、文化、科技等各个领域。例如,《建立健全教育、制度、监督并重的惩治和预防腐败体系实施纲要》(中共中央,2005年),《深化干部人事制度改革纲要》(中共中央办公厅,2000年),《90年代国家产业政策纲要》(国务院,1994年),《中国21世纪初可持续发展行动纲要》(国务院,2003年),《中国妇女发展纲要(2001—2010年)》和《中国儿童发展纲要(2001—2010年)》(国务院,2001年),《全民健身计划纲要》(国务院,1995年),《中国教育改革和发展纲要》(中共中央、国务院,1993年)。其二,在特定的公域内,软法的基本类型经常是一应俱全。例如,在工商管理领域,政法惯例、自律规范、合作规范、公共政策、专业标准、弹性法条等软法的基本类型都同时存在,共同规范着工商管理。

2. 在纵向上,软法存在于公域之治的主要环节

这主要体现在两个方面:¹ 从对公共机构自身及其运作进行全面覆盖。例如,为了规范法院行使审判权,软法对法院的内外都进行了系统的规定,自律规范比如《法官行为规范(试行)》(最高人民法院,2005年),政法惯例比如“先刑后民”,司法政策比如“严打”规定,专业标准比如《道路交通事故受伤人员

伤残评定》(国家质检总局, 2002年), 而弹性法条则见之于大量的司法自由裁量法律条款。④在解决特定的公共问题时, 软法依照逻辑要求对其进行全面规定。例如, 具有浓缩的行政法典属性的《全面推进依法行政实施纲要》(国务院, 2004年), 依次规定了全面推进依法行政的重要性和紧迫性, 全面推进依法行政的指导思想和目标, 依法行政的基本原则和基本要求, 转变政府职能、深化行政管理体制改革, 建立健全科学民主的决策机制, 提高制度建设质量, 理顺行政执法体制、加快行政程序建设、规范行政执法行为, 积极探索高效、便捷和成本低廉的防范、化解社会矛盾的机制, 完善行政监督制度和机制, 强化对行政行为的监督, 不断提高行政机关工作人员依法行政的观念和能力, 提高认识、明确责任、切实加强推进依法行政的工作的领导, 这种系统性规定事实上涵盖了全面推进依法行政、建设法治政府的全部。再如, 《关于进一步加强农村文化建设的意见》(中共中央办公厅、国务院办公厅, 2005年) 依次规定了充分认识加强农村文化建设的重要性和紧迫性, 农村文化建设的指导思想和目标任务, 加强农村公共文化建设和丰富农民群众精神文化生活, 创新农村文化建设的体制和机制, 动员社会力量支持农村文化建设, 加强对农村文化建设的组织领导, 描绘出一幅比较完整的农村文化发展图景。

3. 在功能上, 软法主要通过两种方式起到广泛的规范、调整作用

一方面, 由于软法制度安排的功能指向与现代公法具有的规范公共治理、调整公共服务、建设和谐社会这三种基本功能基本重合, 因此凡公法所及之处软法也皆可及, 这集中体现在部分可以成为软法规范渊源的政党性政策之中²¹。以《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十一个五年规划的建议》(2005年) 为例, 共由全面建设小康社会的关键时期, 全面贯彻落实科学发展观, 建设社会主义新农村, 推进产业结构优化升级, 促进区域协调发展, 建设资源节约型、环境友好型社会, 深化体制改革和提高对外开放水平, 深入实施科技兴国战略和人才强国战略, 推进社会主义和谐社会建设, 全党全国各族人民团结起来为实现“十一五”规划而奋斗等 10 个部分构成, 已经将公法的三种基本功能纳入其中。另一方面, 各种类型的软法规范又从国家与社会两个层面, 通过针对市场监管、经济调节、公共服务、社会管理四种基本的公共职能作出相应的制度安排, 从而直接发挥广泛的规范、调整公共关系的作用。

4. 在结果上, 软法对公域之治产生显著的现实影响

前已论及, 软法与硬法的一个基本区别就是它是一种法律效力结构未必完整、但却极富实效的法律规范。软法在我国公域的广泛而深刻的影响, 集中体现为软法在公域产生以下三种意义上的实际影响:

(1) 影响着公共权力/公民权利制度结构的配置。法律制度安排主要是一种权利/义务配置, 软法尽管未必直接强制性地配置权利/义务, 但经常通过自身的制度安排来直接设定或者间接影响公共主体的法律地位, 进而影响着公法的权力/权利结构。例如, 公共机构创设的环保标准的高低, 能够对一个企业是否有资格获取生产经营许可证产生直接的影响。

(2) 直接影响着公共资源的配置。以产业政策这种典型的公共政策为例, 其目的在于通过政府对国内某些产业的有意识的保护或扶持, 从而创造某些产业的比较优势, 它集中体现出政府运用其所掌握的公共资源优势将社会资源导向某些产业的努力。自 1985 年至今, 国务院以及各部委相继出台了近 500

²¹ 在我们看来, 既不能笼统地宣称“政策就是法律”, 也不能武断地认为公共政策当中不存在软法规范。就政党性政策而言, 能够成为软法规范的法律渊源的, 一则应当是一种规定了具体措施, 具有可操作性的政策性规则, 那些只抽象地规定某种行动目标的政策性号召一般不属于软法。二则不能是一种对公共关系主体提出强制性要求的“硬”政策。三则必须是指向政党组织关系之外的外部公域的政策性规则, 至于那些主要用以规范政党组织与党员行为的内部规定, 通常不能成为软法规范的渊源。在指向外部公域的政策性政策规则中, 那些因宪法、法律的确认而成为法律规范的, 其本身就是软法规范; 那些尚未被法律所认可的政党性政策, 有些可以根据具体情况选择适当的方式转化为软法规范; 有些还可以通过立法程序, 进一步转化为硬法。需要注意的是, 制度总是程序的产物, 有什么样的程序就会产生什么样的制度, 不可小视这种“转化”程序的意义, 它要对规范本身的法律地位、法律属性、法律效力等产生实质性影响。

项有关产业调整的公共政策,对我国的产业结构调整、优化与升级一直产生着深刻影响。²²

(3)直接影响着公共福利的分配。公法通过利益平衡与福利分配来直接回应公域主体的利益诉求。作为公法的一个组成部分,软法总是以其独有的方式有力地影响着公共福利的分配,不仅公共财政政策、社会保障政策、公共教育政策等公共政策明显具有这种功能,而且政法惯例、自律规范、专业标准与弹性法条等,也都在或明或暗地影响着公共福利的分配。

(二) 软法发展格局的百花齐放

较硬法而言,软法的制定主体更加多元,制定方式更加灵活,载体形态也更加多样,作为结果,我国公域不拘一格的软法一应俱全,呈现出百花齐放的格局。

1. 软法创制主体的多元化

除政法惯例这种类型的软法主要是自发生成的之外,其他类型的软法都主要出自公共机构的创制,属于理性建构的产物。在我国公域之治的实践中,许多公共机构都在通过制定各种类型的软法来实现公共治理目标,软法创制主体因此具有多元化的特点。这一点从以下四个方面得到全面反映:

(1) 不仅行使国家权力的国家机关制定了大量软法,而且行使社会权力的自治组织也以公法人的身份制定了许多软法制度,未以任何组织名义的社会公众也通过聚会等方式制定了不少软法制度。

(2) 在国家机关中,不仅行使立法权的人大在制定软法,而且政府、法院、检察院等也都在各自的公共领域内制定大量软法,或者对内用作自我规范,或者对外用来规范公共机构与公众之间的关系。

(3) 不仅中央国家机关与全国性的社会自治组织在制定软法,而且地方国家机关与区域性的社会自治组织也在制定软法。

(4) 不仅一个公共机构独自制定软法,而且同一类型的不同公共机构、以及不同类型的数个公共机构之间还经常联合制定软法,进行共同规制或者合作规制。

2. 软法创制进路的多样化

在传统的法律理念中,由于国家意志被当作法律的唯一正当性来源,这就要求法律应当体现“国家”意志,由“国家”制定或者认可,并由“国家”强制力保障实施。不过,软法的崛起改变了法律创制的唯一国家进路这种思维定式,在国家进路旁边另辟一条社会进路,出现四种基本的软法创制方式:

第一种是国家创制软法,其方式主要包括国家机关直接制定或者认可两种,前者如国务院制定的《全面推进依法行政实施纲要》(2004年),后者如国务院同意国务院信息化工作办公室会同有关部门制定的《振兴软件产业行动纲要(2002-2005年)》,由国务院办公厅颁布实施。国家机关制定软法,既可以单独进行,也可以合而为之;既可以是一个行政机关既制定又颁布实施,也可以是下级行政机关制定后报上级行政机关批准同意后由其颁布实施。

第二种是社会自治组织制定软法,其方式主要包括三种:¹法律、法规、规章授权的社会组织在其授权范围内创制软法;^④依法成立的社会自治组织依据法律、法规、规章在行为法上的明确授权,为完成特定目标而创制软法;^④社会自治组织根据组织法上的一般权限,为规范自我管理而创制软法,其制度安排得到国家的明确认可或者默认。社会自治立法,既可以是一个社会自治组织单独进行,也可以是多个社会组织联合制定。

第三种是不以组织形式出现的社会公众,围绕着特定公共主题而制定软法,得到国家明确认可或者

²² 最近,国务院又颁布实施了《促进产业结构调整暂行规定》(2005年),将产业结构调整的目标确立为:“推进产业结构优化升级,促进一、二、三产业健康协调发展,逐步形成农业为基础、高新技术产业为先导、基础产业和制造业为支撑、服务业全面发展的产业格局,坚持节约发展、清洁发展、安全发展,实现可持续发展。”明确要求各省、自治区、直辖市结合本地区产业发展实际,制订具体措施,合理引导投资方向,鼓励和支持发展先进生产能力,限制和淘汰落后生产能力,防止盲目投资和低水平重复建设,切实推进产业结构优化升级。明确规定要“充分发挥比较优势,积极推动生产要素合理流动和配置,引导产业集群化发展。”对公共资源配置的影响,在整个文本中随处可见。

默认。这种制定方式可以表现为多种具体形式,或者是以集会的形式,经由大会表决通过而产生某种宣言;或者是通过分散签名的形式产生某种社会公约。

第四种是国家与非政府组织共同创制软法,其方式也有多种形式,例如国家机关与政党组织共同发布文件,国家机关与行业协会共同制定软法,国家机关与事业单位为解决特定公共问题而创制软法制度,此外,国家机关有时还与其他社会组织,甚至与企业共同制定一些软法规范。

3. 软法载体形态的不拘一格

载体形态的多样性,是软法自身得到充分发展的一种体现。在我国公域中,指向公共机构内部的自律规范与指向外部公共关系的软法规范,的确名目繁多,经常冠以诸如宣言、号召、纲要、建议、指南、倡议、规程、章程、公约、岗位职责、基本要求、标准、规范、规定、决定、管理办法、纪要、促进法、示范法等多种称谓,载体形态不拘一格。软法的种类齐全集中体现在两个层面:¹ 政法惯例、公共政策、合作规范、自律规范、专业标准与弹性法条这六种软法规范的主要渊源,在公域中普遍存在、齐头并进。^④每一类软法当中的各种软法规范也得到充分发挥,具体形态不一而足,形成了一个主要由立法惯例、行政惯例、司法惯例、政治惯例,国家性政策规则、社会性政策规则、政党性政策规则(政策性规则多数属于共同规范或合作规范),公共机构自律规范、公务人员自律规范、行业内部自律规范,国家标准、行业标准、地方标准、企业标准,柔性法律文本、弹性法律条款等共同构成的软法规范载体形态。

4. 公法体系中的软法规范远远超过硬法规范

改革开放后,随着法律创制活动的全面展开和加速进行,立法机关为规范公共关系创制了一大批硬法制度,公法体系中的硬法规范因此日渐增多。不过,就二者在公法体系中所占比例而言,软法规范在数量上要明显超过硬法。²³ 这一点可以从我们的公共生活经验中得到验证。规范特定公域的基本法经常只有一部,但当事人与执法人员在实践中所受到的规范约束却是成千上万。我们虽然不可能通过对整个公法体系中的硬法规范与软法规范所占比例加以实际计算,但这一点完全可以通过以下的层层剖析来加以证明:

一则,公域之治不仅要依靠国家,而且还要依靠社会自治组织,由于来自立法权方面的限制,后者创制的规范多为激励性、少有罚则、未必依赖国家强制力保障实施的公共制度,它们主要属于软法。二则,国家在规范、调整公共关系时,既要诉诸立法,还要依靠惯例、制定政策、确立专业标准等,对软法具有明显的依赖性。三则,立法机关创制的法律、法规、规章,既有诸如《刑法》、《行政处罚法》等硬法文本,也有类似于《促进法》、《进步法》、《示范法》等软法文本。四则,在立法机关创制的硬法文本中,不仅仅只有硬法条款,还同时存在着数量不菲的鼓励性、指导性、建议性、自由裁量性软法条款。五则,一部硬法文本出台之后,经常需要一系列的后续性立法、解释性立法、执行性立法与其配套,这些规范多半属于软法制度,它们在数量上有可能超出硬法文本数十倍。六则,为了实施和适用生效的法律、法规、规章,行政机关经常要制定大量的行政规范性文件,司法机关要制作许多司法解释,这些“其他规范性文件”因其通常无权为公民设置义务,不能规定罚则,也不宜动用国家权力强制实施,从而主要属于软法。就此而言,我们虽然不太容易提供一个精确的软法规范与硬法规范在公法体系各自所占比例的数据,但可以肯定的是,只在公域之治一定场合扮演一种角色的硬法,较在公域之治的多种场合扮演多种角色的软法而言,前者在数量上显然不及后者。

软法在公法体系中的数量超过硬法,这是法治化的一种必然现象,因此软法数量多于硬法这种情形不会随着依法治国进程的向前推进而发生大的改变。除此之外,还存在另外三种决定性因素:¹ 我国当前与今后一段时间内都仍然处于经济转轨与社会转型阶段,政府职能逐渐缩减,朝着有限政府的方向转

²³ 需要注意的是,规范的数量未必与其法律地位、重要性成正比,例如,一部宪法的效力不仅高于任何一部条文超过宪法的法律,甚至要超过所有法律规范的效力之和。同样,硬法固然数量不足软法,但指向特定公域的一部硬法,其效力与作用经常要超过其他所有软法之和。正是在这个意义上,应当是硬法,而非软法构筑法治大厦的效力基础。

变,当政府放松规制、不再对经济社会加以微观干预时,就特别需要通过创制公共政策、确立专业标准等方式来引导主体行为选择。④我国立法机关创制硬法的能力与速度,无法适应公域之治不断增长的规则需求,这就非常需要依靠惯例、政策、自律规范、专业标准以及弹性法条等填补法律空白。④软法自身,无论是政法惯例、公共政策,还是专业标准与自律规范,其本身都表现出相当程度的运作惯性与发展的连续性,具有一定的自我扩张、自我衍生的本能,这就意味着,即便社会对软法的需求不再那么强烈,软法仍会源源不断地产生。这三个因素与前述几个因素集中在一起,自然就导致软法比例在公法体系中的居高不下。

(三) 软硬兼施的混合法模式成为我国解决公共问题的基本模式

历史地看,我国缺乏法治传统,硬法体系——尤其是制约公共权力的硬法根底不够深,来自硬法的约束既不全面、也不深刻,政法惯例、公共政策、自律规范、合作规范、专业标准等类型的软法,自然就成为了我国公域之治的最大本土资源。现实地看,硬法的发展仍然明显滞后于公域的扩张,无法有效满足公域之治的需要,“乘虚而入”的软法在填补法律空白、调整公共关系、规范公共权力、实现公域之治方面,扮演着不可替代的角色,公域之治因此需要一如既往地倚重软法。可以这么说,硬法与软法在法治化进程中的并行不悖、在推动公域之治时的齐心协力,已经成为我国法治的典型本土特色。因具体情境的差异,我国公域之治软硬兼施的混合法模式,主要表现为以下三种基本结构:

1. 混合法模式之主导与辅助

软法规范与硬法规范虽然共同构成混合法模式,但二者并非总是举案齐眉,经常存在着主从之分。

(1) 硬法为主、软法为辅。硬主软辅关系主要体现在三个方面:①在时间意义上,特定公域先有硬法提供框架,后有软法在这一既定框架中对主体行为提出具体要求。④在法律地位意义上,一部硬法出台后,软法拾遗补缺,围绕着硬法创制一系列后续性、解释性、执行性立法等。④在效力意义上,软法与硬法虽然通常能够各行其道,但如果发生矛盾、冲突时,硬法在执行与适应时应当优于软法,软法只能退居其次,仅有参考价值。

(2) 软法主导、硬法辅助。这种情形也主要见之于以下三种场合:①在时间意义上,特定公域软法发达、硬法落后,或者先有软法提供基本框架,后有在既定框架内出台的硬法。④在地位意义上,硬法规定不能违背软法要求,例如硬法创制不能违背宪法确立的政治原则,不能违背立法法规定的立法原则。④在语境意义上,权威的软法规定限制了硬法制度安排的可能性,硬法只能置于其中,不能超乎其外。例如,当下的“三农”政策就为相关立法设置了语境,而科学发展观对于环保等领域的硬法创制而言,显然也构成了一种不言而喻的刚性限制。

2. 混合法模式之分散与整合

硬法与软法之间的混合,经常不是机械的平面对接,而是分居于不同层面之上,形成立体性呼应;或者表现为不同的姿态,呈现为一种法治精神上的呼应。在混合法结构中,硬法与软法经常通过对分散与整合的各有侧重,实现这种立体的、精神上的呼应与混合。

(1) 硬法对分散的软法的整合。整合分散的软法规定,这是硬法制度变革的一种常见做法。具体而言,硬法主要从三种意义上对分散的软法加以整合:①硬法的制定,基于先行的分散的试验性软法提供的经验与教训之上。例如在行政许可法的制定过程中,大量借鉴了此前主要由行政政策推动的行政审批制度改革。④在硬法的创制过程中,从多个方向吸收各种类型的软法提供的试错经验与做法。④在硬法的制度变革过程中,直接将此前既有的各种分散的软法规范直接转变为硬法的一个条款,统一规定。例如刑法在其修订时就将各种分散的司法解释整合成具体的刑法条款。有目共睹的是,立法机关通过法定程序将成熟的软法制度上升为硬法规范,已经成为我国公法制度变革的一条基本路径。

(2) 软法对分散的硬法的整合。公法因其调整对象与调整方法的不同而形成不同的公法部门,诸如宪法、行政法、刑法、诉讼法等;在一个部门公法内部,还会形成若干板块,例如行政法可分为组织法、行为法、救济法三大板块,而这些板块又可以再分为更加细致的法律文本,例如公务员法、行政处罚法、行

政许可法、行政复议法、行政诉讼法、国家赔偿法等。这些主要由硬法规范构成的公法部门,容易出现群龙无首、各自为战,独立有余、呼应不足的问题,这就需要一种超乎其外的法律文件,从更高的层面上对这些分散的硬法加以整合,增强其呼应性,推动法治合力的形成。这种整合的角色经常由纲要等软法制度来扮演。例如,《全面推进依法行政实施纲要》作为中国未来十年全面推进依法行政、加快建设法治政府的纲领性文件,如同一部浓缩的行政法典,不仅规定要利用十年左右的时间基本实现建设法治政府的目标,提出了合法行政、合理行政、高效便民、诚实守信、程序正当、权责统一这六条依法行政的基本要求,而且还按照行政权运行的内在逻辑,对政府职能转变与行政管理体制改革、行政决策、政府立法、行政执法、纠纷化解等基本问题进行了全面的规定。不难看出,这种统率依法行政主题的《全面推进依法行政实施纲要》,不仅浓缩了此前15年我国行政法制建设的精要,而且还对正在创制的行政强制法和行政程序法等制度安排产生深刻影响。

3. 混合法模式之分工与合作

硬法与软法不仅能够结合在一起形成一个统一的公法体系,而且二者在同一公法体系中还能够和而不同、各展其长。这主要在于软法与硬法的地位与功能并非重合的,而是一种基于分工的合作。

(1) 软法与硬法在功能上的互补关系。犹如刀与叉的意义只有借助对方才能得以完整的体现一样,软法与硬法规范之间也经常是相辅相成、相互依赖的,或者是硬法规范的规范性与法律效力只有借助软法规范才能得以彰显——例如技术规范对专业标准的依赖;或者是软法规范的实效依赖于硬法的推动——例如《全面推进依法行政实施纲要》确立的建设法治政府的目标,显然要依赖创制与实施大量的硬法规范。

(2) 软法与硬法在指向上的分工与合作。二者在公域中不仅具有不同的规范指向,而且还能彼此呼应,这是软法与硬法能够并行不悖、相得益彰的必要前提。这种分工与合作在公域之治中屡见不鲜,例如,公务员法与公共机构制定的自律规范以不同方式规范公务员,自律规范可以在遵循公务员法的基础上进行更为严格、更加细致、更具有针对性的自我约束规定。再如,虽然对国家机关之间的关系加以规范主要依靠硬法,但政法惯例、公共政策也是不可或缺的;而规范与调整政治组织、社会组织实施的公共行为则主要依靠软法,但这些软法规范又不能违背宪法与法律的刚性规定。

(3) 软法与硬法在调整方式上的分工与合作。为了解决同一个公共问题,公共政策等软法与硬法往往同时出台。为了实现软法与硬法的优势互补,同时又要避免二者作出重复、甚至冲突的制度安排,软法与硬法就经常要在调整方式上加以分工与合作。例如,同一法律文本内部并存的制约条款与激励条款之间的殊途同归;再如,硬法的罚则与软法的激励之间的分工与合作;又如,硬法的强制性与软法的非强制性之间的遥相呼应。

综上所述,在我国的公域中软法与硬法基本上形影不离。我们或许可以发现少数软法发达、硬法落后的领域,但恐怕很难找到只有硬法而无软法这样一个“纯粹”领域。之所以如此,是因为中国在解决公共问题时,既很少完全指望政策与惯例等软法制度,也很少完全依赖硬法规范,而通常要运用软硬兼施的混合法模式,选择两条腿走路,软法与硬法并行不悖。久而久之,就形成了这种切合中国实际的解决公共问题的路径。可以这么说,如果不去充分发挥软法的积极功能,那么我国的公域之治很可能就是贫血的;如果不去依靠软法,那么与软法有着纠缠不清的渊缘关系的硬法就难免孤掌难鸣;如果为了纯粹的法律而一厢情愿地割断软法与硬法之间的密切联系,那么硬法就会陷入孤立无援的尴尬境地。

三、中国公域软法的效应评析以及软法的理性化

我国20多年的法治建设历程表明,要解决公共问题、实现公域之治,必须综合利用多种制度资源,不能将建设法治政府、法治国家与法治社会的希望完全寄托于由立法机关创制的硬法之上,否则一方面造成立法机关的超负荷运转,另一方面又会造成本土制度资源的浪费。不过,在立法滞后于公共关系发展的情况下,虽然切合中国复杂国情的各种软法在提供公共物品、推动公域之治方面发挥着不可替代的

作用,但不可否认的是,由于部分软法缺乏理性,不仅其自身阻碍着公域之治目标的实现,而且还严重妨碍着硬法功能的正常发挥,人们因此经常对软法褒贬不一,难以形成普遍共识。有鉴于此,我们应当对症下药,按照法治化的要求提升软法品质,通过普及法治精神来提高软法的形式理性程度。

(一) 公域软法具有四种意义上的正面效应

一个能够获得普遍认同的公法体系必然要由多样化的制度资源构成,因为多样化的制度形态更有可能反映多元化的利益诉求,更有可能在广泛的范围内赢得共识。软法的正面效应主要分为以下几个层次:

1. 软法作为一种公法规范,直接满足规范和调整部分公共关系的现实需要

作为软法调整对象的公共领域主要来自两个方面:¹因放松规制出现的传统公共领域。20多年的经济体制改革与政治体制改革,直接带来政府职能转变、经济转轨与社会转型,直接促成政府规制的全面放松,也同时造成许多管理真空。为了解决那些不能、不宜、或者无法及时通过制定硬法来加以规范以免出现“一放就乱”的问题,政法惯例、公共政策、自律规范、专业标准等软法制度因此挺身而出,有效地回应了公域之治的现实需要。^④因公共服务需求增长而出现的新型公共领域。公共机构如何有效回应持续增长的公共服务需求,这既是一个普遍的世界问题,也是一个重要的中国问题。公共服务需求的膨胀直接推动公共权力的膨胀与公共领域的拓展,公共关系因此变得更加多元与复杂,出现了许多无法通过立法机关创制硬法来加以规范的新型公共领域,软法应运而生,有效地回应了公域之治的现实需要。不难看出,在这两类公共领域中,软法都因其扮演着不可替代的角色而具有重要作用。

2. 软法作为一种与硬法相对的规范,直接推动着硬法体系的日趋完善

软法的许多积极效用不完全是通过自我展现的方式,而要通过对硬法的作用来加以反映,这在我国体现得尤其显著。一则,软法为硬法创制提供了丰富的原材料。诸如政法惯例、公共政策等软法制度,都是创制硬法的重要原材料,立法机关经常通过法定程序将其直接转化为硬法。例如全国人大常委会对中共中央修宪建议或者立法建议的采纳,再如刑法修改对刑事政策的广泛吸收。二则,软法为硬法的出台创造有利条件。在特定硬法创制之前,以公共政策为代表的软法经常围绕着硬法的创制及其规范的公共主题进行鼓与呼,它们不仅在营造立法共识、刺激立法需求、制造社会舆论、谋求立法共识方面发挥着重要作用,例如行政审批改革政策为行政许可法的出台提供了厚实的铺垫;而且还经常深刻地影响着硬法的立法目标与制度安排,例如科学发展观之于环境立法,计划生育基本国策之于计划生育立法,宏观调控政策之于经济法制度变革。三则,软法为硬法的创制探索道路、积累经验。创制硬法需要耗费大量的立法成本、机会成本与社会成本,必须谨慎行事,否则就会制约着社会资源的最优配置与社会财富的公平分配。为此,就特别需要软法以公共政策等形式,在较小的范围与较低的层面先行一步,作为试验性立法,为硬法创制提供试错经验。众所周知,这种制度变革路径在经济体制改革等广泛领域已经发展成为一种立法惯例。

3. 软法作为公法体系的一个组成部分,对整体意义上公法的完善起着促进作用

个体的意义只有放到整体情境中才能得到全面理解。如同一个角色的意义主要不在于角色本身,而要及于全剧一样,软法的积极效用也主要在于对整个公法体系的完善产生的深刻影响。一则,软法通过对硬法的拾遗补缺或者引导作用,弥补公法体系的制度缝隙。经常是围绕着特定硬法生成的后续性立法、实施细则、法律解释、执行准则,形成一个个的法律板块,推动整个公法体系的完善。二则,软法通过对硬法创制、实施与适用过程的全面渗透,影响着硬法的制度变革,推动着硬法的软化,进而悄悄地促成我国公法软硬兼施的混合法模式的日渐成熟,朝着创制主体多元化、规则形态多样化、实施方式的非强制化的方向转型。三则,软法借助其与硬法的互动性这个通道,将其推崇的民主协商精神、问题意识与回应性融入硬法,进而融入整个公法体系当中,全面提高了整个公法体系的民主性、经济性、回应性、适应性,从而推动着我国公法的制度结构朝着规范完整、体系匀称、良性互动的均衡化方向转变。

4. 软法有力地推动着公域之治与法治目标的全面实现

软法不仅通过对大量的公共关系的直接规范、调整,来直接实现一定范围的公域之治的目标;而且

还通过其对硬法的影响、进而对整个公法体系产生的深刻影响,来间接地推动公域之治与法治目标的全面实现。一,基于普遍认同的实效性是软法的生命,软法的成长与发展,有助于避免部分公域公法必须介入,但诉诸硬法又效果不佳,从而导致法律束之高阁问题的出现,这不仅填补了公域的空白,将公域普遍纳入法治视野,而且直接提高了公法实效,增强了法律的权威。例如对政党组织的存在及其运行的规范,政党组织对党员活动的规范,对不同政党之间的关系规范,以及中国共产党依法执政与民主党派参政议政关系的规范等等,软法都发挥着重要作用,从而为依法执政提供了丰富的执政依据。二,在经济全球化、政治民主化的背景下,我国的公域之治模式正在从传统的国家管理或者公共管理型向公共治理型转变,这显然有助于实现现代社会的公域之治目标。由于公域之治模式的转型,与软法的普遍兴起以及公法模式的转型之间具有相辅相成、相互强化的内在关联性,如果没有软法,也就无所谓公共治理,因此软法作为建构公共治理模式的必要前提,无疑有力地推动着公域之治目标的全面实现。三,随着我国政治经济社会的加速发展,不仅法治目标已经不再是片面地维护公共秩序或者片面地制约国家权力,而是如何最优配置公共权力与公民权利,以人为本,循序渐进地拓展公民的自由空间;而且实现法治目标的法律手段也不再是一味地制约,而是努力设计一种内外兼顾、软硬兼施、制约与激励相容的公法机制。对此,传统的硬法显然力不能及,而比硬法更多地体现民主、协商、激励、合作、平衡的软法,其兴起显然顺应了这种法治化趋势,能够以全面的法律手段推动法治目标的全面实现。

(二) 软法的负面效应归过于软法自身的理性不足

在公域之治的现实中,软法的确是把双刃剑。软法的优点与缺点都非常明显,它一方面呈现出推动法治目标全面实现的正面效应,另一方面却又不时暴露出与法治精神南辕北辙的致命缺陷,经常受到“法外”或者“非法”的批评与指责,甚至还被贴上损害“法律”权威、妨碍“法治”目标实现的绊脚石之类的黑标签。非理性的软法的存在,不仅有损于硬法的权威与实效,制约着整个公法体系的完善,妨碍着公域之治目标的正常实现;而且还为权力滥用提供了契机,公民权益因此得不到有效保障,公共关系因此出现一定程度的扭曲变形。

尽管相对于硬法主要是严格的法定程序的产物而言,软法的形成过程要随意或者偶然得多,这就在一定程度上促成了软法在理性方面的先天不足。不过,仅有这种理由不足以为非理性软法的负面效应开脱罪责,事实上,诱使我国当前软法的负面效应发生膨胀的主要原因,并非源于软法之中,而是来自软法之外,是多种因素综合作用的结果。

1. 部分地归过于软法理性的先天不足

硬法创制不仅要受到主体、权限、内容、程序等方面的严格限制,而且还要受到立法监督、违宪审查、司法审查等合法性监督。相形之下,软法创制所受的制约要宽松许多,软法因此难免有可能出现理性不足——尤其是形式理性不足。以创制程序为例,政法惯例多半源于自发生成,并非理性建构的产物;公共政策的制定程序,无论在开放范围还是开放程度上,都明显不及硬法创制;自律规范制定程序的行政性超过法律性;专业标准创制的技术门槛更是使得大量的实质性介入成为不可能;而弹性法条的出台,也常常是妥协的产物,是迫不得已的模糊。制度是程序的产物,过程决定结果。不过,软法自身的灵活性、回应性、生成性、社会性等特点,又决定着软法不可能照搬严格的硬法创制程序。正因为如此,如果说硬法的形式理性主要是严格的创制程序的必然产物,那么软法的形式理性不足在一定程度上就有先天不足的成分。不过,如果据此认为软法的负面效应都是与生俱来的,那则是一种似是而非的错觉。软法先天的非理性其实只是潜在的、微弱的,真正使得这种潜在的、微弱的非理性高度膨胀成为负面效应的力量,却主要来自于软法的创制与实施的外在的非理性。

2. 主要归过于软法的创制与实施的缺乏理性

在传统的狭隘的法律观的支配下,软法长期以来一直被当作一种非法律的事物而拒之于法律殿堂之外,既得不到法治精神的浸润,也不受法治原则的拘束,普遍存在于软法的创制与运行主要环节的形形色色的非理性因素,因此得以乘虚而入,共同造就软法的负面效应。在公域之治的实践中,我们不难

发现在软法的创制与实施过程中,经常存在着以下一些非理性现象:创制动机不纯,假公济私;创制依据缺乏,无中生有;创制目的不明确,含糊其词;创制主体越位,权限不足;创制过程封闭,暗箱操作;制度安排随意,缺乏合法性考量;制度内容只唯上、不唯实,人治成分居多;机制设计不合理,牵强附会;权责不对称,有权无责或者权大责小;公共权力运行方式过于随意,正当性、确定性不够;监督救济乏力,经常流于形式;等等。一言以蔽之,软法的创制与实施未能自觉地将其置于宪政与法治的框架之下,没有严格遵循诸如公开、公平、公正、平等、民主、自由等法治原则,未能服从理性要求。既然法律制度安排只是服从法治原则的结果,而软法的创制与实施经常背离法治原则,那么其理性不足、负面效应膨胀、成为法治的陌路人自然也就在所难免了。

软法负面效应的产生,除以上两点软法的自身原因之外,还有其他一些不容忽视的因素。首先,软法的负面效应主要不是通过软法自身反映出来,而是通过软法与硬法以及整个公法体系的紧张关系反映出来的。而规范关系的紧张经常不是单方原因,而是来自两个方面。就软法与硬法的失谐而言,造成二者边界不清、分工不明、合作不足的原因,就部分地归过于硬法的越位、错位、缺位与不到位。其次,就软法对硬法的创制与实施产生的消极影响而言,此与硬法自身的权威不足与刚性不够也息息相关。最后,软法的负面效应殃及整个公法的均衡化,这也折射出法律至上的权威、法治的理想与信念、崇尚法治的意识等,在我国的公域之治中都尚未得到全面确立,都还需要进一步的巩固和强化。

(三) 按照法治化要求全面提升公域软法的理性

软法效应的两面性、尤其是软法负面效应的存在,彰显出我们应当认真对待公域软法的重要的现实意义——这种重要性主要不在于消极描述现实的软法现象,而在于按照法治化的要求批评、分析软法实践的得失,并为软法的优化积极提供理论对策。通过前文研究,我们发现我国公域之治中的政法惯例、公共政策、自律规范、合作规范、专业标准、弹性法条等软法规范的主要渊源,其两面性有可能导致过功相抵。为此,我们就应当优化软法、提高软法的理性程度,以期在最大限度地激发软法的积极作用与正面效应的同时,最大限度地抑制软法的消极作用与负面效应,收到扬长避短之效。

在探讨优化软法策略时,我们首先应当有意识地避免陷入两个误区:¹误以为软法的积极性与消极性如同一块硬币不可分割的两面,因而无法实现软法的优化。这种观念的错误主要在于将软法的非理性完全归结为先天不足。其实不然。从法治的角度看,我国当前的软法品质仍然存在着很大的提升空间。^④将按照“法治化”要求优化软法狭隘地理解为将软法的创制与实施强行纳入既有的硬法轨道,按照硬法模式来“重塑”软法。法治化区别于法律化,更区别于硬法化。按照“法治化”的要求来优化软法主要是指以切合软法的方式,将法治原则、法治精神嵌入软法的创制与实施过程当中,以期全面提高软法的理性程度。

对于不同类型的软法制度而言,尽管其存在的问题与解决问题的答案不会同出一辙,但如果它们想要转化成为一种名符其实的法律制度,要想实现软法的趋利避害,要想促成软法与硬法的相辅相成,共同推动我国公域之治与法治目标的全面实现,应当从以下两个主要方面来优化软法:

1. 优化软法的前提是转变法律观念,将软法视作公法的一种基本表现形式

法治原则与法治精神是相对于法律制度而言的,并不适用于法律之外的其他社会规范。这就意味着,如果要依照法治化的要求优化软法,那就必须首先转变传统的法律观念,将软法视作公法的一种基本表现形式。不过,环顾当下的中国法学界,虽然人们对于国际法与国内法、国家法与民间法、公法与私法、实体法与程序法、组织法与行为法等法律的基本表现形式已经普遍认可,但对于按照是否由国家规定罚则以及是否需要依赖国家强制力保障实施的标准将法律分为硬法与软法两种基本类型的做法,却仍然缺乏普遍共识。在我们看来,之所以会出现这种研究现象,不能简单地将其全部归结为传统法律观念的根深蒂固,它还与我国法制建设路径选择有关。我国改革开放之后,开始彻底告别法律虚无主义,主要通过创制硬法的方式来推行法制建设。应当承认,此举取得显著成效,但与此同时,也造成公法实践中“法即硬法”、“硬法万能”误解的普遍流行,导致那些虽然在公法实践中发挥着重要作用,但因其与

硬法“出身”不同、作用方式不同的软法制度,被粗暴地拒于法律门外。

我们认为,这种狭隘的理解法律的方式,既不符合法律构造日益复杂、法律表现形式日趋多样化的现代法治发展趋势,更不符合我国长期以来一直运用软硬兼施的混合法模式实行公域之治的实际。前文有关软法的一般理论的研究已经显示,软法作为法律的一种基本表现形式,也具有法律的公共性、规范性、约束性、普适性等基本特征,只不过它是以不同于硬法的方式加以体现,同时具有不同于硬法的个性特征而已。就此而言,要解决我国公法实践与传统的法律理念和保守法学理论严重脱节的问题,法学界就应当将法治建设的普遍规律与中国国情结合起来,转变“法即硬法”的传统法律观念,不再将硬法当作法律的唯一表现形式,让长期沉默在公法实践水面之下的软法冰山浮出水面,与硬法一样成为我国公法的一种基本表现形式,从而将二者之间消极对立改写为相辅相成和优势互补。

2. 优化软法的核心是普及法治精神、倡导法治原则,推动公域软法的理性化

“软法入法”虽然将会导致法律与国家意志、法律与国家强制力、法律与司法中心主义之间的必然关系改写为或然关系,从而带来法律表现形式的多样化与法治目标实现方式的多样化,但这绝不意味着因此要降低法律理性品质、放弃法治原则、迷失法治目标,相反,要通过普及法治精神、倡导法治原则来全面提升我国公法的理性品质,激活软硬兼施的混合法模式的潜力,发挥软法资源与硬法资源的各自优势,取长补短,形成合力,共同推进公域之治目标与法治目标的全面实现。

(1) 运用法治精神、法治原则严格“规训”我国公域软法。在我国的公域实践当中,政法惯例、公共政策、自律规范、合作规范、专业标准等软法制度,长期以来被误以为是法律之外的政法惯例、政策规定、内部规定、专业要求,很少对其提出法治化要求,这是造成目睹软法负面效应一再膨胀,却又对其束手无策的一个根源。我们认为,软法的独特性只是相对于硬法而言的,其对于法治而言并无特殊性,不能作为法治原则的例外。作为我国公法的一种基本表现形式,软法应当在以下三个方面严格受制于宪政精神与法治原则:一则,无论是政法惯例还是公共政策,也无论是自律规范还是专业标准,任何类型的软法的创制与运行,都只能发生于现行的宪政框架之中,不能越乎其外,更不能置于其上。法律只能是“一元”的,皆源于宪法;不应是“多元”的,否则就有违宪之虞,而违宪的“恶法”应当成为违宪审查的对象。二则,我国公域的软法应当崇尚法律至上的权威,弘扬法治精神,体现并捍卫民主、平等、正义、自由等法治价值;应当受制于普适性法律原则的约束,诸如法律保留原则,法律优先原则,法制统一原则,公开、公平、公正原则,程序正当原则,合理性原则,诚实原则,权力监督与权利救济原则,等等。只有这样,才有可能为软法的创制提供一个开放的、公平的博弈场域,使得法律地位平等的软法主体能够通过充分协商来达成共识,从而创制出理性的软法,并以符合理性的方式将其实施。三则,我国公域之治的软法,还应当立足中国实际,以人为本,坚持科学发展观,严格遵循党的领导、人民群众当家作主和依法治国三者有机统一的原则。唯有如此,我国公域的软法才有可能做到富有弹性却又不违宪政框架、机动灵活而又不悖法治原则、求真务实而又不失法治目标。

(2) 有针对性地弥补软法的理性缺憾,全面提升软法的理性品质。作为启蒙运动的最重要产物之一,理性一直被视作法治的精髓,法律的一个重要使命就是通过体认理性与实践理性来维护和拓展人的自由空间。以硬法作为参照物,软法理性呈现出整体水平不高、局部发展不平衡的特点。首先,就软法的整体理性水平而言,由于软法的创制与实施过程不够严格,主观性、随意性、偶然性成分偏多;软法制度安排多半比较粗糙,经常缺乏严格的成本-收益计算,对主体行为要求较为笼统,通常不作严谨的行为模式设定,主体行为选择的确定性、预期性不太高;软法制度变革比较频繁,稳定性、确定性、连续性明显不及硬法。其次,就软法的理性结构而言,各种理性构成明显存在着多寡不均、高低不平的问题,这集中体现为工具理性高于目的理性、实质理性高于形式理性。

有鉴于此,要全面提升我国公域软法的理性品质,就应当对症下药,通过有针对性地弥补目的理性与形式理性的不足,来提升软法理性的整体水平。一则,致力于弥补软法的目的理性不足。在公域实践中,软法经常被当作解决特定公共问题的便捷手段,工具色彩较浓,制度安排容易出现短视问题,只看一

点,不及其他,疏于关注制度安排的正义性、正当性,因缺乏对民主、平等、公正、自由、人权等的必要关注而缺乏目的合理性。这就需要软法在保持必要的工具理性的同时,强化其目的理性,以人为本,增加软法制度的人文关怀与自由正义精神,增强作为工具的软法制度与法治目标之间的内在关联性。二则,致力于弥补软法的形式理性不足。与软法的问题导向、针对性举措等实质理性比较发达形成对照的是,软法普遍存在着形式理性不足的问题,这主要归过于软法的创制与实施因为未能普遍遵循程序正当原则,从而出现形式要件残缺不全、内容规定含混不清、机制设计缺乏逻辑、载体形态缺乏统一要求等形式理性不足的缺憾,直接损及软法的稳定性、确定性、可预期性、连续性。要弥补软法的形式理性不足,关键在于将正当程序原则植入软法的创制与实施机制之中,增加软法实践过程的公开性与透明度,提高公众参与程度,实现软法的创制与实施过程的理性化,建立健全软法实施的报告、交流、评价制度。

优化我国公域的软法,关键是要将普适性的法治精神、法治原则,以切合软法的方式转化为具体的规范软法创制与实施的法律规定,通过明确规定、严格规范软法创制的主体与权限,理性界定软法与硬法以及不同类型的软法各自的规范对象与调整范围,建立健全便于充分沟通与交流、实现双向互动的民主协商机制,建构一种平等主体之间公平博弈的场域,实现软法实践的程式化、规范化与制度化²⁴,通过完善软法自身的错误修正机制与外部的违法违宪监督机制,有效抑制软法负面效应的膨胀,与硬法共同推动我国公域之治与法治目标的全面实现。诚然,将软法纳入法律范畴,进而按照法治化的要求来提高其理性品质,这有可能比制定一部或者多部硬法更加困难,但其重要意义也非制定几部硬法所能及的。一个更为关键的问题与一个更加现实的考虑在于,无论对于实践依法执政还是推进依法治国而言,我们都不可能指望以绕过这个现实难题的方式去实现。

Abstract: During the past two decades, China's public governance has adopted a mixed legal structure that consists of both hard and soft aspects. This reflects the Chinese characteristics of democracy and the construction of rule of law to a great extent. This article demonstrates that containing a large volume of regulatory resource, soft law is a legal norm with perhaps incomplete structure of legal effect. Its enforcement does not rely on government's mandatory enforce, but it can yield actual social impact. Same as the hard law, soft law is also a basic form of law. However, the way soft law reflects the basic characteristics of law and perform major functions of law is different from that of hard law. Its characteristics and functions are completely different from that of hard law. In general, soft law and hard law have three types of relationships: complexity in legal logics, complementary in legal functions, and convertible in norms. The mixed legal structure consisting of both soft and hard legal aspects, is a basic model to solve public issues in china. This requires the Chinese public law to respond to the current needs of public governance, to explore the overall improvement of the quality of public law on the basis of the objective evaluation of the functions of soft law; and to promote the development of Chinese public law toward the soft-hard hybrid structure, in accordance with the requirement of constitution and rule of law, with the ultimate goal of public governance and rule of law.

(责任编辑:吴雷)

²⁴ 在为了提高软法的理性品质而完善相关软法制度时,需要借鉴但不能照抄照搬西方的制度与标准,应当重视发掘利用中国的本土性制度资源,切合中国实际,严格遵循科学发展观,以建构和而不同的和谐社会。