

罗豪才：公域之治中的软法 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/170/2021_2022__E7_BD_97_E8_B1_AA_E6_89_8D_EF_c36_170315.htm

一、软法的兴起 软法在世界多国不仅早已存在，而且普遍存在。软法概念以前主要适用于国际法领域，在其他领域较少出现。但最近20多年来，软法现象迅速地与其他领域大规模涌现，尤以环保、信息技术、劳工和消费者保护等领域为甚。软法现象的形成与发展，主要基于以下社会背景：一是世界范围内国家管理的衰落与公共治理的兴起。20世纪中后期以来，由于国家管理和公共管理的失灵，继之兴起了公共治理的新模式。公共治理模式是由开放的公共管理与广泛的公众参与二者整合而成，它超越了传统的管理型思维，强调共同治理，其所使用的手段褪去许多命令强制色彩，把软性协商手段推上了舞台；二是经济全球化和WTO等国际组织的推动。近些年来全球化的新发展，更加迫切地呼唤建立更加有效和有利的全球经济协调机制，从而推动了诸如WTO等非国家行为主体的政治经济协调的强化，协调机制和柔性手段的功能因此得以发挥；三是欧盟对软法的积极实践和大力推行。在欧盟区域经济一体化的进程中，软法在社会政策领域得到了大力推行。在2000年召开的里斯本高峰会的会议结论中，明确把“开放协调机制”作为一种新的行之有效的社会参与机制引入就业领域。目前，OMC已经成为协调欧盟与成员国以及成员国之间相互关系的重要机制，欧盟也因此而开始步入软法时代。

二、软法研究现状 随着公共治理的兴起、全球化的加快和区域经济一体化的推进，软法的勃勃生机逐渐呈现，围绕着软

法主题开展的研究正在逐步兴起。2004年于意大利罗马召开了软法与硬法关系的国际研讨会，之后在斯坦福也召开了类似的会议。美国对管制改革的研究开展得较早，对软性手段报以更多关注，瑞典斯德哥尔摩大学的研究中心设立专门课题支持研究软法，日本文部省“21世纪杰出研究基地”项目也支持软法研究，2002年在东京大学设立了软法研究项目，并取得了初步成果。在国内公法学的研究中，前不久我和宋功德博士合著的文章《公域之治的转型》较早涉及了这一主题。该文认为，公共治理迫使我们全面反思和修正对“法”的狭隘定义，与之相匹配的公法规范体系应当“软硬兼施”。总的来说，目前，国外的软法研究已经相当普遍地展开，但中国的相关研究则处于明显的滞后。我们发现，在中国社会现实中存在着大量的鲜活的软法规范，它们在规范和调整公共领域的社会关系方面扮演着重要角色，这就需要中国公法学拓展研究视野，更新法律观念，尽早将其纳入研究视野，并深化这一研究主题。

三、软法的几个基本问题

(一)软法的概念和特征

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特征，就是作为一种事实上存在的有效约束人们行为的行为规则，它们的实施未必依赖于国家强制力的保障。弗朗西斯施尼德专家曾对软法概念进行了描述：软法是原则上没有法律约束力但有实际效力的行为规则。综合目前的研究资料，我们尝试把软法的特征概括为以下几个方面：首先，从主体上看，软法规则的形成主体具有多样性。既可能是国家机关，也可能是社会自治组织或混合组织等，当然，后两者形成的规则需要得到某种形式直接或间接的国家认可；其次，从形式上看，软法的表现形式不

拘一格，既可能以文本形式存在，也可能是某些具有规范作用的惯例；再次，从内容上看，软法一般不规定罚则。软法通常不具有像硬法那样的否定性法律后果，更多的是依靠自律和激励性的规定；最后，从效力上看，软法通常不具有国家强制约束力，而是依靠制度、舆论导向、伦理道德、文化等软约束力来发挥作用。

(二)软法与硬法的关系 软法与硬法作为一个国家法规范体系的两大组成部分，两者之间的关系应是法学研究中的重要课题。从软法研究的角度，我们认为可从以下几方面加以考虑：

1.软法与硬法的共通之处 其一，二者都必须遵循宪法的框架。在我国，尤要坚持党的领导、人民当家作主与依法治国有机统一的原则；其二，二者都要遵循共同的法律价值与法治原则。诸如公开、公平、公正，正当程序，基本人权等，无论软法与硬法都应当一体遵行；其三，二者目标一致。软法与硬法都是为了促使社会秩序朝着有序的方向发展，都是为了维护和拓展公民自由、规范和监督公共权力，都为了实现法治目标，建设以人为本的和谐社会。

2.软法与硬法的相异之处 其一，保障实施的力量不同。硬法主要依靠公权力保障实施，行为人违反了硬法就有可能受到直接的不利后果或被起诉到法院；行为人违反了软法则通常不会受到直接的国家强制，而往往受到的是舆论谴责、共同体成员的一致对待、或其他某种形式的外部社会压力；其二，实施机制不同。硬法依靠自上而下的命令控制机制予以实施；软法则更多地依赖于自律和社会影响力的共同作用，开放协调机制在其中起着重要作用；其三，位阶的体现不同。硬法的位阶性很明显，以宪法为基准形成一个效力递减的位阶体系；软法自身则不存在明显的效力层级；其四，

公民参与的程度和性质不同。硬法主要基于等级制和单向传达之上，公民参与的程度有限，在参与中也难以做到与行政机关在法律地位上的真正平等；而在软法形成和实施过程中，行政机关与社会组织乃至公民个体在同等的地位上进行沟通和协商，共同形成规则，并同等地受到所达成的规则的约束，因而，软法机制更有助于实现行政机关和公民之间的平等，真正体现公民参与治理和自我治理的精神。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