

王新艳:软法的挑战 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_8E_8B_E6_96_B0_E8_89_B3__c122_486307.htm

2007年11月4日，由北京大学法学院软法研究中心主办的“软法的挑战”学术研讨会举行。国内外多所高校和学术机构的专家学者就“软法”

的相关问题进行了深入探讨。我国对软法现象进行有组织有系统的研究，可以说，始于2005年。该年北京大学法学院开设软法课程，同年成立北京大学软法研究中心，开始进行大量的国内外软法资料的收集、整理和翻译工作，举办一系列软法研讨会，如“软法与公共治理”、“软法与协商民主”

理论研讨会等，并开展大量的实证研究和专题研究，研究范围涉及食品监管、工商行政和环境保护等领域。软法现象的兴起，对传统的法学、政治学是一种挑战，同时也使相关学科面临一种创新的机遇。我们必须认真对待软法，努力开创学科新天地。软法研究中心的专家学者充分认识到了这一点

，遂把下一阶段的研究主题定为“软法的挑战”，并拟邀请国内外学者就共同关心的问题互相交流和学习，推进软法研究的深入展开。“软法的挑战”学术研讨会的召开即是这一研究阶段的重要活动内容之一。伦敦政治经济学院的Francis Snyder教授在主题发言中介绍了欧盟社会治理的经验及软法在其中扮演的角色，以期为国内的软法研究和实践提供参考价值。Francis Snyder教授的主题发言题目为：“软法与治理：欧盟的经验”。首先，Snyder教授通过分析欧盟的历史和法律体系现状，总结了当前欧盟适宜软法治理的一些基本特征。正是这些特征，使得软法在欧盟法律体系中占据

了重要位置。其次，Snyder教授介绍了欧盟软法的概况，并把欧盟软法划分为三种类型加以介绍。最后，Snyder教授总结了我们能从欧盟那里学到的经验：政治和法律的界限理论上很清晰但实践中却是模糊的；法律的强制约束力和法律实效是不同的；欧盟有法律实效的“法令”有很多。同时，Snyder教授还得出结论说：在软法与硬法的关系上，软法能变成硬法、能补充硬法、也能取代硬法；软法能发挥多大的作用，取决于一国的政治体系、制度安排和法律文化环境。Snyder教授的演讲不仅再次确认了软法在实践中的大量存在、并切实发挥着重要作用，而且也强调了软法研究的重要性和现实意义。欧盟实践中的普适性经验，将有助于分析中国的现实问题。日本神户大学的季卫东教授主要围绕“政府与个人之间围绕物权的博弈、交易以及独特的软法现象”展开论述。季卫东教授在一开始就提出，软法研究在中国很有意义，原因有三：一是，中国软法有一个特殊的现象，即别的国家认为不太可能出现软法的地方，中国却出现了。比如，在中国，以强制力为保障的所有权领域就存在软法现象。软法能够提供一个很好的分析中国问题的框架。二是，传统科层制的严格法治的执法成本较大，而软法能够较好地避免这个问题。三是，从改革发展的角度来看，软法在减少行政控制和应对全球化的挑战方面有重要作用。同时，季卫东教授结合国内的物权法进行了详细探讨。他认为，中国的财产权结构使得公私两分法非常难以推行，再加上又包含了讨价还价、互惠、公共政策、分配和转移等多样化的契机，情况更加复杂。然而，软法与硬法的整合机制将会是非常重要的—种解决方法。季卫东教授从制度设计的原理分析并总结了

中国软法的基本特征：多元一体、互惠双赢、渐进思考、流程管理、舆论衡平。季卫东教授提出了贯穿中国软法现象的三条元规则：一是理想的场合：拟态性质的“法自然”。二是日常的场合：全体一致的同意。三是例外的场合：有司的决断主义。最后，季卫东教授提出了软法的局限性和重构中国硬法与软法之间关系的基本思路以及困境。两位教授的主题演讲过后，与会学者就相关问题见仁见智，主要集中在以下几个方面：一是充分肯定软法研究的现实意义，认同软法在分析中国问题方面的独特视角和重要作用。与会学者认为，在中国，软法在实践中大量存在，实践中产生的这些软法对于社会调整具有很强的必要性、广泛的运用性和特殊的有效性。基于严格法治的理念，硬法一般只调整法定的权利和义务，而软法则可以更多地在调整约定情况下的权利和义务时多发挥作用，解决诸如城市管理的目标与部分公民的生存目标之间的矛盾；软法解决的是人民内部矛盾，具有很多层面，它不仅表现为一种法律关系，还具有方法论上的重要意义；传统的硬法是建立在理性自信、过于相信科学技术的基础上的，但是，实践证明，硬法不能很好地解决所有公共问题。在硬法不能有效发挥作用或者缺位的情况下，软法的及时出现就成为一种必要。二是肯定欧盟在社会治理方面的经验，认为欧盟的软治理政策有很好的参考价值，对中国有很强的借鉴意义。我国现在的一个严重问题就是区域发展不平衡，而欧盟的软法发展与解决欧盟内部各国家各地区发展的不平衡问题密切相关，这对我国来讲有重大的借鉴意义，有可能为解决我国跨行政区域和地方协作问题提供一个重要出路。欧盟的软法虽然是在欧盟内部的、国际法语境下发生的

软法现象，但是我们还是可以从欧盟的例子延伸出一些抽象性原则，将它放到国内法的领域进行探讨，以协调多种利益之间的关系，从而开辟一条新路径。三是确信软法发挥作用的领域很广。学者们认为，软法能够成功地将决策与协商联系起来，在政府制定社会发展政策及社会和谐政策方面有很大的发展空间。软法的生命力非常强，最典型的软法现象主要存在于公法领域；软法的适用范围也非常广，从国家的政治决策、到基层社会团体的决定，都能找到软法的踪影；软法擅长调整多元利益之间的关系，尤其长于调整在没有一种主导利益的情况下的利益协调关系。在利益越来越多元化的当今社会，软法将会在更广泛的范围内发挥更大的作用。四是提出了未来的软法研究应该关注的问题。与会学者提出了未来的软法研究应该关注的主题：软法的提出，在整个法学尤其是在行政法学上非常有意义，从观念上给大家带来了诸多联想和思考。除了法理、行政法之外，商法等其他部门法也有软法的存在。因此，在研究软法的过程中，要紧密联系各部门法；软法不仅存在于行政系统与公众之间的关系中，也存在于行政系统的内部关系中，法学研究者不应忽视府际之间的协议，因为软法在府际关系中也发挥着重要作用；中国已经有大量的软法实践，这些实践不容忽视，要注意从过程的角度来看待和研究软法；硬法与软法的区分标准是相对的，我们在研究软法与硬法关系的同时，也要关注软法与非法律规范的关系。北京大学软法研究中心主任姜明安教授认为，这次“软法的挑战”研讨会非常成功，同时也有很多问题有待解决。比如，软法的范围可以从多个纬度和层面来思考：从实证法、从立法、从法律的适用等等角度。软法的功

能和作用也有很多：正作用、负作用、积极作用、消极作用等等。对我们来讲，关键是要运用多种方法进行深入研究。北京大学软法研究中心名誉主任罗豪才教授指出，软法现象的涌现，软法研究的兴起，对传统的法理学、公法学、公法关系模式等等都是一大挑战，我们应深入研究软法问题。如果说第一阶段的研究着重于“启动”，那么下阶段的研究重点就在于“深入”。罗豪才教授说，学术研究就是在解决一个又一个问题的过程中得到发展的，新问题就是我们研究的动力。我们要以科学发展观为指导，以实践经验为基础，借鉴前人的成果，把软法的研究推向新的阶段。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