

关于罗豪才教授的软法理论及应用

尚 珂, 古俊杰

(北京物资学院法学院, 北京通州 101149)

摘 要: 罗豪才教授将起源于西方的软法概念引入国内, 他的主要观点为, 软法是由国家制定或者认可的, 其实施不依赖于国家强制力进行保障, 而主要是依靠成员自觉、制度约束、社会舆论、利益驱动等机制, 所以软法规则只具有软拘束力, 与硬法相比, 其更富有弹性和多样化。“软法”具有立法主体多元化、表现形式多样化、内容民主化和依靠软约束力四个特征, 与“硬法”存在着协同治理、互补、相互转化的基本关系。目前在国内, 软法思想已经深入到了社会治理中, 主要被应用在环境治理、互联网等领域, 创新了中国的治理模式。在社会治理过程中, 更具灵活性和活力的软法能够反映当今中国社会政治生活的实际需要, 可以弥补硬法的不足。有关软法的理论实践将会逐步扩展到社会治理的更广阔领域, 软法理论的价值也将在实践中得到客观评价, 并推动软法规范体系的完善。

关键词: 软法理论; 公共治理; 环境治理; 互联网领域

中图分类号: D90 **文献标识码:** A **文章编号:** 1671-2404(2018)86-0070-05

罗豪才(1934-2018), 北京大学资深教授、政府管理学院名誉院长、第九届和第十届全国政协副主席, 致公党中央原主席。他是著名法学家, 是中国现代行政法学的奠基人和“软法”理论的主要倡导者, 他开创了中国的行政法学研究, 提出了行政法的平衡理论, 倡导并推动了“软法”研究, 促进了中国特色的人权理论体系形成。

1 软法的概念

软法的研究起源于西方, 与法学界开始有交集是在 20 世纪 70 年代末、80 年代初。20 世纪中后期, 世界范围内经济全球化, 国家管理水平下降, 有关公共治理理念的崛起, 再加上欧盟对软法的大力推行, 造就了软法现象的形成和发展, 在欧盟体制中, 因为谈论的很多问题牵涉到了各国的利益, 要形成有约束力的文件是有难度的, 最终只能依据合意达成具有原则性和礼让性的文件, 来解决国际合作中纷繁复杂的矛盾和冲突, 于是 90 年代后“软法”就常见于有关国际经济、政治秩序和国际法著作中。

关于软法的概念, 国内外目前还没有一个准确的定义, 《布兰科法律大辞典》认为, 软法是没有严格约束力或没有法律意义的规则和指南、政策声明或行为规范等不具有法律约束力的行为标准; 学者

Francis Snyder 于 1994 年指出: “软法是原则上没有法律约束力但有实际效力的行为规则”。学者 Lind Senden 则在 2005 年给出的定义是: “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, 这些规则旨在产生或可能产生实际效果”。相比于国外的“软法”概念, 国内学者对“软法”的认识更结合了中国的国情和法治实践。梁剑兵认为, “所谓软法, 主要是指被国家制定、接纳和默认的、以非正式的柔性强制手段实现其功能和效力的法规范及其原则与理论的制度体系。”他认为软法本质上体现的是一种社会性的约束, 而不是具有国家性的普遍强制和普遍约束。姜明安认为, “软法是法, 是非典型意义的法(严格的法)”, 他不认同梁剑兵学者关于软法研究内容的总结, 他认为软法研究的内容不应包括所有的社会规则、政策、道德和理念, 而应是章程、规则、原则。翟小波则总结为: “‘软法’是缺乏‘国家法’的拘束力, 但却意图产生一定的规范效果的成文规范”。中国学者对于软法的理解和研究虽然表达不同, 但在加深认识过程中总是参考了罗豪才教授所表述的软法理论和观点。

2 罗豪才教授关于软法的研究论述

在 2005 年, 已经 70 多岁高龄的罗豪才教授开始关注“软法”的研究, 当时中国国内对于软法研究的文章很少, 甚至没有人真正研究软法的相关内容, 于是软法研究中心便在罗豪才教授的领导下建立

了,他创造性地引入“软法”来回应中国进行社会转型和在公共治理领域的需求,开始了软法的研究。罗豪才教授在2006年出版的《软法与公共治理》中主张软法亦法,强调软法之治的重要性,并在《中国法学》、《江海学刊》、《人民日报》等报刊上发表数篇文章对软法的定义、特点等进行详细描述,发表他对软法研究的深度思考,并注重软法存在的实践意义。

2.1 软法的定义和范围

根据罗豪才教授的观点:“‘软法’是相对于‘硬法’而言的,所谓软法,则是指不能运用国家强制力保障实施的法规范体系,这些规则只具有软拘束力,其实施不依靠国家强制力保障。”与硬法相比,软法表现得更具有弹性、灵活性和多样性。

那么软法主要包括哪些呢?罗豪才教授表示,从社会中的表现形态来看,中国社会中的软法主要可以概括为以下几类:一是用于描述法律事实或者国家法律、法规和规章中那些逻辑结构不够完整的法规范,是不依赖国家强制力实施的,表示宣示性的、号召性的、鼓励性的、促进性的、协商性的、指导性的规范;二是国家机关制定的大量规范性文件;三是各类政治组织,比如政协、共青团等,制定的章程和规范性文件;四是由社会共同体制定的规范性文件 and 内部条例。

2.2 软法的特征

根据社会中实际的需要所形成的软法规范,在实施过程中无论是对法治理念还是对法治社会的发展都产生了极大的推动作用,为了更准确地了解软法的功能,罗豪才教授将软法的特征概括为以下四个方面:一是立法主体多元化;二是表现形式多样化;三是内容具有民主化,一般不制定罚则;四是具有不同于国家强制约束力的软约束力。

2.2.1 从主体来看,软法的立法主体具有多元化

传统意义上的法指的是“依靠国家强制力保证实施的、由国家制定或认可的、体现掌握国家政权统治阶级意志的行为规范的总和”,所体现的“公意”是国家意志。但由于公共治理主体的多元化,法所体现的应当是公共意志,包括政治组织的意志、社会共同体的意志等,这样才足以更加全面性地反映各种共同体的利益诉求。软法的立法主体是从国家立法到共同体立法,其立法主体的多元化并不影响所形成的规则都要得到国家的明示或者默示认可。共同体参与立法,形成一种基于共识甚至合意之上的

制度安排,在实施中更能提高法律的实效性,还适应了立法民主化的需求。

2.2.2 从形式来看,软法体现为多样性

公共治理中问题纷繁复杂,为了适应和解决社会现实中的经济和安全问题等,法的表现形式应与公共治理依据一样具有多样化,除了公众都所熟知的国家立法、公共政策外,社团章程、行业自制标准等也应该是法的表现形式,这些软法的表现形式更为自在和灵活,具有多样性,扩展了合法性的内涵,使得人们不再局限于形式主义对合法性进行考察,而是包含了更多实质性的合法内容。这与软法倡导灵活治理有关,因为面对复杂多变的社会现实中的问题,无论是以规范性的文本形式存在还是以某些具有规范性作用的惯例存在,都能使得执法活动、执法依据具有了灵活多变性。

2.2.3 从内容来看,软法具有高度的民主协商性,较少制定给予处罚的准则

面对社会上的新型问题,硬法中的强制性处罚常出现空白地带,此时软法凭借其柔性政策发挥很大的作用。软法通过提供一种行为导向的方法来给相关主体带来影响,促使其作出有利于实现公共目标的行为选择,其实施更多依靠的是自律和激励性的规定,体现的是一种“软约束力”。另外由于软法立法过程中充分了解各方意志和需求,是依据民主协商制定的,也使得软法自身在创制过程中不依靠罚则而依靠“软约束力”释放出更强的生命力,并且为一国的法规体系中增加具有柔性特征的软法也会使得该国家的法律规范体系更加灵活和开放。此外由于软法的法律位阶不是很清晰,再加上罚则性内容不符合软法的柔性治理特点,也担心会引起不同软法规范间出现无法调和的冲突,所以软法内容一般不设罚则。

2.2.4 从效力来看,软法的实施依靠自律、社会舆论、制度安排等软约束力

法治社会是一个需要社会共同体了解法律、遵循法律,共同维护法律权威的社会,硬法和软法的优势相互结合有利于法治社会的法治目标实现。软法效力的实现主要表现在实施环节,其主要是通过社会成员的自觉性、制度约定的定期报告,以及来自专门的监督管理部门的检查评估和社会方面的舆论压力等来达到法治目标实现的效果,并且通过将公共关系的内部信息外部化来减少在公共治理领域中的

信息不对称问题,达到规范公共关系的目的,所以软法通常不借助国家强制力进行约束,而且发挥非国家强制力的保障措施更有益于解决公共治理中的问题。

2.3 软法与硬法的关系

关于软法和硬法的区别,罗豪才教授认为,这主要体现在四个方面:制定(形成)主体、产生程序、表现形式和保障措施等。不过软法和硬法都是法律的一种基本表现形式,两者之间的关系可简单归纳为三种基本关系:一是协同治理性;二是互补性;三是相互转化性。

2.3.1 协同治理性

具体来说,就是在宏观层面两者可以在不同的领域或者不同的层面或者以不同的方式规范特定的公众关系;在微观层面,两者呈现主从关系或并列关系或包含关系等。两者都是在同一宪政框架下,分工合理,和以往命令强制性的单线治理模式不同,选择软硬兼施混合法机制,刚柔并济,以协商和民主的形式发挥着调节社会的功能。

2.3.2 互补性

在社会关系频繁变化的情况下,软法和硬法的功能可以相互补充。在硬法覆盖有限的区域,软法可以积极地对硬法作出恰当的补充,实现国家意志与社会意志的互补、消极自由与积极自由的互补、法律位阶与规范沟通的互补、过程导向和结果导向的互补、公共管理和公共服务的互补、权力/利制约和权力/利激励的互补、单向命令服从和民主协调机制的互补、强力保障实施和非强制性措施的互补、国家权力主导性和公众参与社会协同性的互补等。

2.3.3 相互转化性

作为法律两种表现形式,软法与硬法在社会发展的过程中可以互相转化,软法会根据现实情况或迟或早地转化成硬法,硬法也可能随着治理理念以及治理领域的变化通过减弱其强制性而转变成软法。总之二者实现相互转化,保证了法律的稳定性与回应性特征,可减少法治资源的浪费,也即节约了立法等方面的成本,从实际效果来看既容易获得公众的认可,又有利于保持法律权威,更容易促进法治目标的实现。

3 软法研究应用领域

罗豪才教授强调软法是建立在公共治理语境下

的概念,特别注重其实践现实意义。他发现软法为法治政府建设提供了重要的工作机制,如在环境治理领域创建“环境约谈”机制;在互联网领域,软法灵活多变的特点与互联网思维——“民主、开放、参与、共享”相吻合,互联网时代呼唤软法之治。

3.1 环境治理中的软法之治

为应对中国的环境治理问题,环保部门在环境行政执法时,不仅要监督环境治理效果和落实相关责任,还要使得环境的治理不会过多地影响社会经济的发展和市场的就业情况,因此采用强制执法手段成本高,社会效益不一定好。各地环保部门机关在深化行政执法体制改革过程中,便吸纳了软法的相关思想创建了很好的制度,提出了一种新型环境监管方式——环境行政约谈机制。所谓约谈是指环保部约见在环保方面做得不到位的地方政府及其相关部门负责人,依法就出现的问题进行平等对话,然后提出整改要求并监督后续是否整改到位的一种行政措施。

约谈机制本身并不难理解,那么为什么会在环境治理中得到广泛适用呢?这就不可避免地要谈到约谈机制的优势所在。正如罗豪才教授指出这种约谈机制效果的实现更多取决于“约谈”这一形式本身所带来的一种压力,而不是设定任何明确的强制性义务和后果。因为约谈机制在实践中会给相关主体带来公布事项、媒体参与、公众关注等方面的压力,这扮演着很重要的作用,甚至有时候会产生超越硬法的力量。环境行政约谈机制体现的是和谐执法,体现的是政府在处理问题时更加注重了协商性、参与性和合作性,在这个过程中,政府与企业平等对话解决问题,既降低了政府的执法成本,也使得企业主动减少了违法行为,起到一定的预防惩戒的作用,体现了中国公共治理领域治理方式由惩罚向预防的转变。

尤其是随着中国的环境违法行为逐年上升,考虑到行政执法方面人力、物力、财力等方面的高执行成本,越来越多的环保部门选择约谈的形式来处理有关环境治理的问题。根据中国环境新闻网显示,截止2017年5月10日,环保部已约谈19个省(市)的40个地方政府的主要负责人,其中在2017年的前4个月就已经约谈了8个地方的政府官员。那么进行约谈之后,被约谈的政府领导都当场明确表示接受指导、认真研究问题所在进行整改,加强治理方

案的落实来提升环境治理质量,事后都把各自行政管辖区内的环境问题处理得很好,可以看出这种包含“软法”思想的约谈机制还是卓有成效的。总之,无论是从各方立场还是从实际效果来看,环境行政约谈机制等软法现象是符合环保部门在深化行政执法体制改革中的要求的,它还弥补了环境领域硬法的空缺和不足,也为硬法的确立提供了相关材料和事实支撑。

3.2 互联网领域中的软法之治

根据中国互联网络信息中心(CNNIC)报告显示,截止2017年12月中国网民规模达到7.72亿,已成为名副其实的网络大国,“互联网以其无所不能的科技魅力,改变着人类的生产、生活和消费方式。在为人类带来便捷、高效以及繁荣的同时,互联网也带来了前所未有的问题(如经济、安全、个人信息问题等)”。例如在互联网金融领域,成本低、效率高、发展快等优势使得互联网金融迅速发展,但也带来了许多不曾考虑到的风险,比如在P2P借贷行业出现卷款跑路事件,非法吸引公共存款、集资诈骗、信息被滥用等问题。还有网络平台在有利于信息传播互动的同时也造成了大量谣言的出现和个人信息的泄露等,网络空间虚假信息猖狂扩散使得受害主体有苦难言,无法追责进行维权。

对于互联网新领域出现的新问题,使用传统的法律治理显然是不够的,一是互联网领域中现有立法规范不足;二是互联网是作为新兴快速发展领域,发展规律尚未定型;三是互联网领域中有很多的未知创新和风险,认知局限性下的立法可能会造成过高的立法成本和更多风险。呼吁在互联网新型领域实行软法管理的学者越来越多,有些学者提出可以先制定软法,再根据具体情况使得软法上升为硬法,实现软法和硬法的相互转化。例如,在互联网金融领域,王怀勇和钟颖指出软法具有独特的效力实现机制,目前一些民间软法已成为互联网金融软法治理的主要载体。邓建鹏和黄震支持在软法治理的基础上,将适用的软法规则上升为硬法。在网络信息治理方面,陈国栋指出既不能允许行政机关放弃其监管职责,也应该探索如何由网络平台企业建构有效的自我规制、对其成员或是使用其提供平台的商户进行细致规范与控制,来实现互联网世界的繁荣有序。当政府监管低效时,“软法治理”就成为一种有效的补充机制。

总之,互联网时代的法治建设不应是简单的行政约束,而应该探索政府、市场、社会三方的合作方式,追求三者之间协商合作秩序。面对互联网的“民主、开放、参与、共享”的特性,不能继续采用传统的“服从-命令”和“违法-制裁”的模式,应采用灵活柔性的软法治理,其正好与互联网领域所具有的开放性、灵活性、包容性特点相契合,能够很快弥补硬法空白,而且“软法治理”是一个法律与道德的统一体,不是简单的依靠国家强制力,是依靠自律互律机制等软约束力进行约束实现其效果,与传统制定硬法相比其试错成本更小,更能适应互联网时代的法治需求,具有高执行效率、强适用性和高度灵活性。总的来说,软法为互联网时代的法治发展提供了正确的治理方向,而互联网时代也为软法未来的发展提供了更大的舞台。

4 总结

在全面推进依法治国、建设法治国家中,国家治理需要完善的法治体系,软法同硬法都是现代法的表现形式,在国家治理过程中起着功能互补、相互转化的作用。与硬法相比,软法往往更能准确体现出当今中国社会政治生活的实际需要,也更具实际的效力与活力,能够弥补硬法中无法覆盖的区域和实施中的不足。

除了本文所提到的环保和互联网领域之外,软法理论在劳工和消费者保护领域的价值仍待挖掘和创新,有关软法的理论实践会逐步扩展到社会管理的更广阔领域。软法的理论研究将在实践中得到加强,软法理论的价值也将在实践中得到客观评价,理论与实践的结合一定能使得软法规范体系变得更加完善。

参考文献

- [1] 罗豪才. 公域之治中的软法[N]. 法制日报, 2005-12-15(9).
- [2] 万霞. 国际法中的“软法”现象探析[J]. 外交学院学报, 2005(1).
- [3] 梁剑兵. 认识软法[N]. 检察日报, 2014-04-03(3).
- [4] 姜明安. 软法的兴起与软法之治[J]. 中国法学, 2006(2).
- [5] 翟小波. “软法”及其概念之证成——以公共治理为背景[J]. 法律科学(西北政法学院学报), 2007(2).
- [6] 罗豪才. 公共治理的崛起呼唤软法之治[J]. 政府法

- 制,2009(5).
- [7] 罗豪才. 直面软法[N]. 人民日报,2009-07-08(8).
- [8] 罗豪才. 公域之治中的软法[J]. 中国检察官,2006(2).
- [9] 罗豪才. 人民政协与软法之治[J]. 中国政协理论研究,2009(1).
- [10] 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[J]. 中国法学,2006(2).
- [11] 罗豪才,周强. 法治政府建设中的软法治理[J]. 江海学刊,2016(1).
- [12] 中国水网. 这些市长们被环保部约谈了然后呢[EB/OL]. (2017-05-10) [2018-4-28]. [http://www. h2o-china. com/news/257867. html](http://www.h2o-china.com/news/257867.html).
- [13] 陈惊天,耿振善. 互联网时代呼唤软法硬法的协同治理——专访罗豪才教授[J]. 人民法治,2015(12).
- [14] 王怀勇,钟颖. 论互联网金融的软法之治[J]. 现代法学,2017;39(6).
- [15] 邓建鹏,黄震. 互联网金融的软法治理:问题和路径[J]. 金融监管研究,2016(1).
- [16] 陈国栋. 构建软硬结合的互联网经济自我规制机制[J]. 人民法治,2016(8).

Professor Luo Haocai's Theory of Soft Law and the Application

SHANG Ke, GU Junjie

(Beijing Wuzi University, Beijing101149, China)

Abstract: Professor Luo Haocai introduced the concept of soft law originated from the West into the country. His main point is that soft law is formulated or approved by the state. Its implementation does not depend on the state's coercive force to protect it, but mainly depends on member self-consciousness, system constraints, public opinion, interest-driven mechanisms and so on. So the soft law rules only have a soft binding, and it is more flexible and diverse comparing with hard law. "Soft Law" has four characteristics: pluralization of legislative subjects, diversification of expression form, democratization of content and reliance on soft binding forces. There are three basic relationships: collaborative governance, complementarity, and mutual transformation between "hard law" and "soft law". At present in China, the idea of soft law has penetrated into social governance. It has been mainly used in environmental governance, the Internet, and other areas, and has innovated our country's governance model. In the process of social governance, a soft law that is more flexible and dynamic can reflect the actual needs of China's current social and political life, and can make up for the deficiencies of hard law. The theoretical practice of soft law will be gradually extended to broader areas of social governance. The value of soft law theory will also be objectively evaluated in practice and promote the improvement of the soft law regulatory system.

Key words: Soft law theory; environmental governance; the Internet field