

软法:公共治理不可或缺的制度之维*

罗鹏兴

(福建师范大学 公共管理学院 福建 福州 350007)

[摘要] 软法现象在社会生活中普遍存在并发挥着重要的作用,但是长期以来却为人们所忽视。随着公共治理的兴起,软法的作用愈显突出,必须正视软法及其与公共治理之间的关系以便更好地发挥它的作用。

[关键词] 软法;公共治理;历史耦合

[中图分类号] [文献标识码] A [文章编号] 1672 - 0598(2008)02 - 0094 - 03

一、软法概念解析及其作用

“软法”(soft-law)概念起源于西方国际法学,但作为现象的软法在国内公法中却早已有之并普遍存在。但国内的公法学者长期囿于法律中心主义学说的桎梏,忽视了或不屑于软法现象的研究。但是随着公共治理模式的兴起,软法现象日益突出,加强软法现象的研究及运用具有重要的现实和理论意义。

要正确认识软法概念,必须突破对传统的法的概念的认识。一直以来,在我国占主流地位的马克思主义法学理论认为,“法是由一定物质生活条件决定的统治阶级意志的体现,它是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的规范体系。它通过对人们的权利和义务的规定、确认,保护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。”^[1]传统法学理论所确认的“法”的概念的基本特征是:(1)在法的制定主体上,必须是“国家制定或认可”;(2)在法的实施方式上,“由国家强制力保证实施”,并以此作为法的根本特征;(3)在法的效力上,由于它是国家意志的体现,因而具有普遍的适用性。这种关于法的认识在人们头脑中根深蒂固,对此著名法学学者姜明安教授提出“法”的概念应该与时俱进,并提出了法的三个特征:“(1)法是人们的行为规则;(2)法是具有外在约束力的行为规则;(3)法是由一定人类共同体制定、协商、认可的人们的行为规则,法具有民主性、公开性、普遍性、规范性。”^[2]就传统的法的概念而言,“软法”概念的

提出颇具离经叛道的意味。目前对于软法尚未有统一的定义,比较为学界认可的是法国学者 Francis Snyder所做的定义,“软法是原则上没有法律约束力但有实际效力的行为规则”。软法与传统的法的概念的背离是明显的,具体而言有:(1)在法的制定主体上,它背离了“国家”作为唯一的立法主体,认为法的制定主体既可能是国家机关,也可能是社会组织乃至私人组织;(2)在法的实施方式上,它背离了“由国家强制力保证实施”这一根本特征,而认为软法的根本特征在于不具有法律约束力和国家强制力,一般不能作为法院直接适用的依据;(3)在法的效力上,它背离了法的普遍适用性,认为软法的适用范围有大有小并非普遍适用。综合以上几种认识,可以得出结论:“软法是法”,但是“软法是非典型意义的法(非严格的法)”^[3]。

为了避免逻辑上的混乱,学界对法律做了“软法”和“硬法”的界定:“法律有硬法与软法两种基本形式,其中‘硬法’是指那些需要依赖国家强制力保障实施的规范,而‘软法’则指那些效力结构未必完整、无需依赖国家强制力保障实施,但能够产生社会效益的法律”^[4]这样,我们所说的“硬法”就是指传统意义上的“法”,而“软法”则是一种“非典型意义”的法。虽然是非典型意义上的法,但只要认真考察现实生活就会发现,软法现象其实广泛存在并发挥着不可替代的作用。概而言之,软法的存在形式有如下几种:(1)行业协会高等学校等社会组织规范其本身的组织和活动及组织成员行为

* [收稿日期] 2008 - 02 - 10

[作者简介] 罗鹏兴(1977 -),男,汉族,福建省龙岩市人,福建师范大学公共管理学院 2006级行政管理,研究生,研究方向:政府管理、公共政策、乡村治理。

的章程、规则、原则。(2)基层群众组织(如村委会、居民委员会)规范其本身的组织和活动及组织成员行为的章程、规则、原则,如村规民约等。(3)人民政协、社会团体规范其本身的组织和活动及组织成员行为的章程、规则、原则以及人民政协在代行人民代表大会职权时制定的有外部效力的纲领、规则。(4)国际组织规范其本身的组织和活动及组织成员行为的章程、规则、原则,如联合国、WTO、绿色和平组织等,国家作为主体的国际组织规范国与国之间关系以及成员国行为的规则。(5)法律、法规、规章中没有明确法律责任的条款(硬法中的软法)。(6)执政党和参政党规范本党组织和党员行为的章程、规章、原则(习惯上称之为“党规”、“党法”)^[5]

这些广泛存在的软法长期以来不在学者的研究范围之内,但却实实在在的发挥着重要作用。这种作用在很大程度上是因为软法所具有的多样性、灵活性、不断变动性能够补充硬法的不足。软法的主要作用有:第一,社会生活中很多复杂的问题并没有现成的解决方案,而软法可以通过增加参与主体,特别是被硬法所忽略的那部分的主体意识,调动民智,广纳民意,促进问题的解决;第二,预期的规范和社会现实之间差别太大,如果实行强行性的规范会适得其反,因此可通过规定最低的标准以便逐步发展;第三,决策者之间往往存在着激烈的争论,而软法关注的是就某个问题达成共识,而将其约束力留待将来再进行协商和讨论;第四,硬法存在着许多意识形态或思想观念方面的抵制,而软法的运用往往能够超越这些限制使某项经济和政治僵局达成妥协;第五,软法所具有的开放性、参与性和灵活性能够减少协商的障碍,降低社会成本,提升制度的整体正当性。^[6]

二、公共治理的兴起

公共治理是一门内容丰富、内涵深刻的崭新理论,在国际学术界和各种国际组织及政治领域广为流传和使用。1989年,世界银行在其报告中首次使用了“治理危机”(crisis in governance)一词。1995年,全球治理委员会(Commission on Global Governance)在《我们的全球伙伴关系》的研究报告中对治理作出了如下界定:治理是各种公共的或私人的个人和机构管理其共同事务的诸多方式的总和。它是使相互冲突的或不同的利益得以调和并且采取联合行动的持续过程。这既包括有权迫使人们服从的正式制度和规则,也包括各种人们同意或以为符合其利益的非正式的制度安排。这一定义具有很大的代表性和权威性。它同时指出治理

的四个特征:(1)治理不是一整套规则,也不是一种活动,而是一个过程;(2)治理过程的基础不是控制,而是协调;(3)治理既涉及公共部门,也包括私人部门;(4)治理不是一种正式的制度,而是持续的互动。我国著名学者俞可平教授认为:“治理一词的基本含义是指官方的或民间的公共管理组织在一个既定的范围内运用公共权威维持秩序,满足公众的需要。治理的目的是在各种不同的制度关系中运用权力去引导、控制和规范公民的各种活动,以最大限度地增进公共利益。”^[7]依据指向的不同,治理可以分为两种基本类型:一是指向私域的私人治理,例如公司治理;二是指向公共领域的治理,亦即公共治理。

公共治理兴起主要有两个方面的原因。一是由于西方福利国家出现的“政府失败”。第二次世界大战后,在民族国家内部,政府被视为“超级保姆”,职能扩张、机构臃肿、服务低劣、效率低下,财政危机遍布各国,社会分裂和文化分裂同时出现。在国际市场上,随着全球化、区域一体化的逐步深入,联合国的安全机制和国际社会的和平力量也无法拯救世界一些地区大规模的无政府状态,尤其是毒品、跨国犯罪、核武器扩散、科技风险、环境保护等问题已对国际社会的治理提出了严峻的挑战。在这样的背景下,公共治理作为一种既重视发挥政府的功能,又重视社会组织群体势力相互合作、共同管理的方式和理念登上了历史舞台。二是由于“市场的失灵”。市场机制在发展和提高资源配置效率方面显示出巨大的优越性,但也产生了分配不公、外部化、失业、市场垄断等失灵现象。同时,等级制调节机制造成政府规模过度膨胀,机构效率低下,行政信息受阻与失真。另外,社会组织集团的迅速发展也为网络管理的全面运作提供了动力基础和体制化支援。因此,社会急需新的治理机制,公共治理应运而生。

三、软法与公共治理的历史耦合

软法伴随公共治理的兴起发挥着日益重要的作用。“由民选的、法定的或者约定的公共机构行使公共权力来管理社会共同体,维护公共秩序、提供公共物品以实现公域之治,这是社会得以存续的一个基本前提。”^[8]公域之治主要有三种模式:(1)国家管理模式,其特征是国家作为唯一的管理主体,实行封闭性和单向度的管理;(2)公共管理模式,其特征是由国家与各种社会自治组织共同体作为管理主体,实行半封闭和单向度的管理;(3)公共治理模式,其特征是由公共管理与广泛的公众参与两种基本元素综合而成,具有开放性和双向度。

经历了“市场失灵”和“政府失败”之后,在经济全球化、政治民主化和经济市场化的推动下,公共治理模式正在取代传统的公共管理模式或国家管理模式,成为公域之治的主导性模式。

在公共治理模式下,“国家因社会化而回归社会,不再是一种凌驾于社会之上的统治机构;所有权力主体与权利主体都是平等的治理主体,依法参与公共治理过程;兼顾公益与私益、自由与秩序、公平与效率;主要采用谈判协商的治理方式,只在必要时选择单方性、强制性管理方式,整个治理过程以全面开放为原则;不同治理主体之间的法律地位应当平等;要求各类治理主体本身权责一致,实现权力监督与权利救济的统一。”^[9]现代社会是个崇尚法治的社会,公共治理也必须依法进行。纵观公域之治的历史发展过程,在国家管理和公共管理模式下所依靠的主要是硬法,而在公共治理模式下,软法将发挥更为重要的作用。

软法与公共治理具有内在的关联性,软法必将适应和推动公共治理模式的确立,因为:(1)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,这与公共治理的价值取向和功能定位异曲同工,有利于建构和巩固公共治理的基础;(2)公共治理的崛起,拓展了公域范围,使社会权力得以复苏和扩展,社会权力的膨胀有可能蜕变成社会专制,硬法无法承担其防范作用,这就需要更多的软法来规范社会权力,才不会留下法治真空;(3)软法是多元主体博弈而成,创设方式具有多样化,而且其实施未必依赖国家强制力。这正好契合了公共治理追求的治理主体法律地位平等,强调谈判协商和全面开放的原则。而硬法由于创制与运作机制较为刻板僵硬无法胜任。^[10]

总之,公共治理实际上更多的是强调一种软治理,而软治理所依靠的主要的就是软法。软法与公共治理形成了相互依赖、相互强化的关系:一则,软法的兴起从理念、意识和制度安排上直接推动公共

治理模式的确立并提供了部分法律依据;二则,公共治理的兴起强调多元主体共同参与治理,这正是硬法的“软肋”所在,相反却为软法功能的发挥和发展提供了更大的空间。由于软法全面回应了公共治理模式推崇主体多样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,两者实现了历史性的耦合。

四、结语

在促进社会和谐,全面建设小康社会的征途中,党的十七大适时提出“尊重人民主体地位”“坚持国家一切权力属于人民,从各个层次、各个领域扩大公民有序政治参与,最广泛地动员和组织人民依法管理国家事务和社会事务、管理经济和文化事业”“坚持依法治国基本方略,树立社会主义法治理念,实现国家各项工作法治化,保障公民合法权益”。这些精神为实现软法与公共治理的有机结合提供了正确的方向和有益的思路。

【参考文献】

- [1] 孙国华. 法学基础理论 [M]. 法律出版社. 1982. 62
- [2] [3] [5] 姜明安. 软法在构建和谐社会中的作用——在中国政法大学“名家论坛”上的讲演 [A]. 罗豪才. 软法与公共治理 [C]. 北京:北京大学出版社. 2006. 90. 89. 88 - 89.
- [4] [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 [A]. 罗豪才. 软法与公共治理 [C]. 北京:北京大学出版社. 2006. 49. 59.
- [6] 罗豪才、毕洪海. 通过软法的治理 [A]. 罗豪才. 软法与公共治理 [C]. 北京:北京大学出版社. 2006. 306 - 307.
- [7] 俞可平. 治理与善治. 北京:社会科学文献出版社. 2000. 5.
- [8] [9] 罗豪才、宋功德. 公域之治的转型——对公共治理与公法互动关系的一种透视 [A]. 罗豪才. 软法与公共治理 [C]. 北京:北京大学出版社. 2006. 13. 23.

(责任编辑:杨睿)

Soft Law Should not be a Corner Forgotten by Public Administration

LUO Peng - xing

(School of Public Administration, Fujian Normal University, Fujian Fuzhou 350007, China)

Abstract: Soft law phenomenon is popular in social life and plays an important role, however, this phenomenon has been overlooked by the masses for a long time. With the rise of public administration, soft law role is more and more highlighted, and the relationship between soft law and public administration should be focused so that soft law can play more important role.

Keywords: soft law; public administration; historic coupling