

# 论“软法”的概念

## On the Concept of “Soft Law”

蔡琳

CAI Lin

**【摘要】** 因新型治理模式的出现,我国法理学与行政法学开始关注国内法领域的新型规范样态,也即“软法”。“软法”概念给法理学提出了挑战,即如何理解我们所称的“法”。软法表现为一些个别规则,无法体系化;并且,软法与国家法在功能与内容上的相似性也并不足以证成其法的属性。非本质主义的进路尽管提供了一个较为宽泛的法定义,但其定义方式混同了法律与社会生活。虽然软法之“法”的属性很难在主流法理学框架内得到证成,但从其被称为“法”的现象来看,“软法”概念的提出意味着一种拒绝被边缘化的姿态和一种规范性期待。如果承认“软法”这样一类“法”规范的存在,“软法”范围的泛化、对“软法规则”司法审查的缺失,这些因素的共同作用,可能形成一种新的问题:行政机关或相关机关责任的“软”化,因此也可能导致法律系统与形式法治的危机。

**【关键词】** 软法 治理 法律系统 法治

**【中图分类号】** DF03 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2017)02-0085-12

**Abstract:** Because of the influence of new governance, scholars became more and more interested in new norms named “soft law” especially in Chinese jurisprudential and administrative area. The concept of soft law implies the pluralism of legislators, which needs a rethinking of the basic jurisprudential problem: what law is. As individual norms, soft law can not be systematized as positive law. The similarity of the function with positive law cannot support the legal nature of soft law, either. A broad sociological concept of law may help people to accept a sort of social norms as soft law, but this approach confuses the legal world with daily life. To name a series of norms as “law” means the presupposing legal normativity. If we accept soft law without any deliberation, the generalization of soft law and the lack of judicial review of these individual norms may cause the “softening” of responsibility of administrative agencies and even endanger the rule of law more or less although these effective social norms may help to achieve a good governance sometimes.

**Key words:** Soft law Governance Legal system Rule of law

**【收稿日期】** 2016-10-25

**【作者简介】** 蔡琳,女,1977年9月生,南京大学法学院副教授,法学博士,研究方向为法律方法,法哲学。

## 一、问题的提出

当下,在行政法学界公私协力、风险规制、合作治理等都成为新的热词。在这些领域中,行政法学开始关注合作治理模式中出现的新规范样态,并称之为“软法”〔1〕。

虽然“软法”概念使用越来越普遍,但不可否认,其范畴依然模糊而不清晰。例如有两种典型的、宽窄不同的软法观:一类是将“能否运用国家强制力保证实施成为我们区分、理解和定义软法与硬法概念的一个关键”〔2〕,那么那些没有国家强制力保证实施的或是出于国家法律之外的其他规则,均可被视为“软法”;〔3〕而另一类则是将软法限定于既有的法规范体系,例如江必新大法官认为“‘软法亦法’的含义是软法作为非制式的法,是法规范体系中的特定部分,不能在法规范以外的行为规则中划定其外延”〔4〕。所谓“非制式的法”,是或者并非立法机关制定,或者构成要素欠缺,或者样式不够典型的法律规范的统称。〔5〕这或许是最狭窄的“软法”理解。

从传统而言,“软法”概念有两个谱系:一是中世纪的法律多元和商法;二是欧洲反形式主义法学家在19世纪末及以后发展起来的法律多元主义观。〔6〕无论是在全球法领域〔7〕还是国内法领域,“软法”概念总是反映了一个基本的倾向:多元的法律创制者

---

〔1〕 近来国内公法领域有诸多关于软法的论述,其主要代表人物是罗豪才教授、姜明安教授、沈岷教授、宋功德教授等。《软法与协商民主》一书中的软法主要是指人民政协运作中的宪法惯例;《软法与公共治理》、《软法的理论与实践》对于公共治理中的软法样态有较全面的论述;《软法亦法:公共治理呼唤软法之治》则对软法与硬法的关系、软法的正当性、软法对于法定义的修正等方面进行了探讨。

〔2〕 罗豪才、宋功德:《软法亦法》,法律出版社2009年版,第297页。

〔3〕 当然,也有不同意见的看法,例如沈岷教授主张存在大量既不同于硬法,又有别于道德、习俗、礼仪、纪律等的软法规范,发挥着独特的促进公共治理秩序的功能。参见沈岷:“风险交流的软法构建”,《清华法学》2015年第6期。

〔4〕 江必新:“论软法效力——兼论法律效力之本源”,载罗豪才主编:《软法与治理评论》(第1辑),法律出版社2013年版,第35页。

〔5〕 同上注。

〔6〕 参见罗兰比特:“软法的谱系”,载罗豪才、毕洪海编:《软法的挑战》,商务印书馆2011年版,第4页。

〔7〕 原先被称为“软法”的规范,往往是指那些因其实效强制力不足,和较硬的国内法相对的国际法。一开始,软法被仅仅视为商人法的特征,但后来软法包含了其他的内容,其名字往往被冠以“指南”(guidelines)或“宣言”(declaration of principles)等名称。在传统国际法领域,国家主要通过加入国际条约的方式创造国际法,通过条约对各国形成拘束力,条约被视为一种硬法。但是许多国际问题具有全球性的影响,而且只有通过所有国家或几乎所有国家的参与才可以解决,例如维持和平行动、全球环境问题如气候变化、人权保障、渔业资源衰竭等等。在这些问题上,有时候很难说服其他国家同意签订相应的条约。但是,我们必须应对全球扩散的技术风险,贝克提出,应该在各民族政府之间突破国界构筑起共同的治理风险的国际网络(如预警灾害通报)和国家间的信任关系。因此,除相对于国内法较“软”的国际法以外,国际领域也有一些较之“硬”的条约为“软”的国际法来应对和调控风险,例如国家之间约定的一些非约束性协议、政治共识、非形式合作框架;国际组织(尤其是NGO)的某些决议;技术性标准等等。另外,在超国家层面,例如欧盟的一些准法律性文件,如行动守则、指导方针等都被视为软法。参见Joseph Gold, *Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements*, 77 *Am. J. Int'l L.*, p. 443; 薛晓源、刘国良:“全球风险世界:现在与未来——德国著名社会学家、风险社会理论创始人乌尔里希·贝克教授访谈录”,《马克思主义与现实》2005年第1期。

或是非国家的乃至私人的法律制度。例如“软法是由国家或公共机构创制的规范性行为规则，没有法律约束力或只在规制者内部具有法律约束力，通过非法律性的手段实现其支配效果”〔8〕这样一个相对中庸的定义，充分体现了对于国家为核心的垂直和科层式立法模式的批评，〔9〕以及对于多元立法主体的承认。如果说它反映了一种挑战以国家为代表的国家法秩序以及以此为基础的法律理论，那么这似乎和早些年法理学领域中受法律多元主义影响的“民间法”、埃里希的“活法”等概念相似，也即反映了法理学的“老问题”：在“法律多元”主义的挑战下，我们如何理解我们所称的“法”？

## 二、“法”的识别难题

当我们提问“‘软法’是不是法？”时，往往有一个潜台词，也就是存在一个识别“法”的标准，这个标准可以用以区别法律与非法律。法律的识别是“一般法理学”〔10〕的基本问题。当哈特运用描述性的方法去研究法律的概念的时候，他也需要强调理解法律的概念需要“分离出并掌握住一组核心要素的特征”〔11〕。所谓的核心要素必须具有高度的识别功能，例如，我们不能将“鸡”界定为“二足动物”，因为这样一来，“人”满足了“二足动物”的标准，“人”也就成了“鸡”。

如果将有没有国家强制力视为法的必备要素，那么软法自然不是法。但如若“软法”并非仅仅是国家强制力层面上的概念，这样的界分就显得简单化和武断。事实上，“国家法律以强制力为后盾”并不意味着法律的实现主要靠强制，〔12〕法律的实现往往依赖于日常生活中被人们认可的法律指引。如若识别“软法”为法，着眼点自然不能仅在于“软”，而必须要论证其具有“法”的属性。

### （一）实证主义的进路

关于法律之为法律的理论，当属实证主义法学研究之专长。而在实证主义阵营中，最为重要的两个理论就是凯尔森的“基础规范”理论和哈特的“承认规则”理论。当然，他们并没有探讨行政法学领域中的“软法”概念，但是，他们对于国际法法律性质的探讨方法，可以被借鉴用以探讨国内法层面上的“软法”概念。其中，凯尔森只是关注建立在“条约”基础上的国际公法和国家法，为国家行为所保障，本文所论与此相距较远。那么，哈特的理论是否可行？

在哈特看来，完整的法律体系应该包括初级规则和次级规则，法律之为法律，并不在于其强制力，而在于其次级规则为鉴别、变更和执行法律标准所提供的规定，以及法律相对于其他标准的一般优先性。〔13〕但是“承认规则”对于国际法并没有识别的作用。在他看来，国际法规则复杂细致的内容，国际法学上的许多概念、方法与技巧与现代国

〔8〕 毕洪海：“软法的类型化”，载罗豪才主编：《软法与治理评论》（第1辑），法律出版社2013年版，第126页。

〔9〕 参见前注〔6〕，罗兰比特文，第3页。

〔10〕 所谓“一般法理学”是指关于不同法律体系共有的原则、观念和特性的科学，是对法律体系、那些发展充分和成熟的法律体系的认识，是自奥斯丁以来法理学的基本思路。参见〔英〕退宁：《全球化与法律理论》，钱向阳译，中国大百科全书出版社2009年版，第27页。

〔11〕 〔英〕哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，法律出版社2011年版，第15页。

〔12〕 参见周永坤：《法理学——全球视野》（第三版），法律出版社2010年版，第274页。

〔13〕 参见前注〔11〕，哈特书，后记第218页。

内法相同，只是在形式上有异于国内法，因此，国际法十分类似于一个由初级规则构成的体制。<sup>〔14〕</sup>这个体制虽然并不等同于道德规范，也呈现为一定的形式性和道德中立，但它毕竟没有类似于国内法的体系性，其内容往往呈现为一组组个别的规则。<sup>〔15〕</sup>对于一个法律体系而言，承认规则“是一个体系存在的真实特征，而不只是对国家遵守一组规则之事实的空洞重述”<sup>〔16〕</sup>。对于国际法而言，如果还没有到体系化的程度，那么称之为法，不过是因为与国内法在功能和内容上的相似性。<sup>〔17〕</sup>

因此，第一，从形式上来说，国内法层面的“软法”如果是通过一个个公权力和私主体，或是私主体之间的合作治理行为，借助于类似于私法上的契约关系或合作关系来实现规制的目的，那么对于这些“软法”而言，其基本样态也是一组组个别的规则。

那么，是否可以认为“软法”就是这类法律体系发展初期的个别规则？

有的学者并不认可这些“个别规则”，他们或许主张“软法”的公共性，强调“法”必然还是要体现公共意志，由公共机构制定或认可，<sup>〔18〕</sup>具有一定的制度性事实，以此区别于私人契约或是单个规则，或是强调在较小规模的共同体内产生的不具有公共意义的潜规则不属于软法，<sup>〔19〕</sup>但问题在于“共同体的规模”、“公共性”均属于程度性的概念，那么“何种规模？”、“何种程度的公共性？”势必成为新的、众说纷纭的难题。而且，基于不同的共同体内部沟通形成不同的规范体系例如习惯、宗教规范、法律、道德规范、政策等等，其与法律又如何区分？

第二，如果将“功能和内容”上的相似性作为称之为“法”的理由，那么将会有这样两个问题：（1）我们通常认为国内法律具有调整社会秩序的功能，但无论是否有效地协调人们的行为或是进行社会控制，这个功能都不能成为国内法之为法律的充分条件。例如除了法律之外，道德规范、习惯、宗教、政策等等都存在调整社会秩序的功能，但是我们并不因此将道德规范、习惯、宗教、政策直接命名为“法律”。以“内容”为标准亦如是。因此，这样的界定恐怕只能提供这样一个结论：“法律”还是“X”都具有调整社会秩序的功能。但是，作为功能等价物的“X”就一定可以被称之为法律吗？当然，我们必须首先承认，调整社会秩序，实现某个政策目标，国家法律从来都不是唯一之途，即便我们不去论证“软法”这个概念，我们也可以发现国家法律与其他社会规范共存的状态，在日常社会生活中，其他社会规范可能发挥着比国家法律更为有效的调整作用。但是，其他社会规范并不一定因此而获得“法”的属性。

（2）事实上，将功能或内容作为判断标准并不比一些“先验的假设”更有道理。

〔14〕 同上，第198页。

〔15〕 需要注意的是，哈特的理论并不涉及当下经济全球化有关的法律，在托依布纳看来，这种全球法律本身就是一种法律秩序，不应以国家法律制度的标准衡量之。它不是通常所理解的相对于民族国家法律而言具有某种结构性缺陷的不发达的法律体系，而是一种完全成熟的独特的法律，它区别于民族国家的传统法律。参见〔德〕托依布纳：“‘全球的布科维纳’：世界社会的法律多元主义”，高鸿钧译，载〔德〕托依布纳：《魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集》，泮伟江、高鸿钧等译，清华大学出版社2012年版，第32页。

〔16〕 前注〔11〕，哈特书，第206页。

〔17〕 同上注。

〔18〕 参见前注〔8〕，毕洪海文，第123~124页。

〔19〕 参见沈岍：“软法概念之正当性新辩——以法律沟通论为诠释依据”，《法商研究》2014年第1期，第19页。

哈特曾经批评凯尔森的基础规范理论，他认为凯尔森主张通过基础规范去区分法律与非法律是预设了一些“先验标准”的“本质主义”方式，<sup>[20]</sup> 这样的方式否定了法律形式多样性的可能。在他看来，他所研究的“法律的概念”并非法律的定义，因此也并非借助于一些标准去限定法律概念可能涵盖的各种法律形式。<sup>[21]</sup> 但是，如果设定某个功能或内容上的特性的相似来确认国际法的法律属性，这种方式也依然是一种他本来试图否定的“本质主义”的进路，<sup>[22]</sup> 也即不存在一个凌驾于法律之上的检验法律之为法律的标准，尽管这种本质主义的方式并非“先验”的标准。

## （二）非本质主义进路

如果将“软法”视为一种可能的“法律形式”，相对于本质主义进路而言，对于法律多元主义者来说，更为便捷的证成思路是：主张一个新的、更为宽泛的、社会学意义上的“法律概念”，或可称之为“关于法律多元现象的非本质主义进路”<sup>[23]</sup>。当出现法律多元时，也就是意味着从国家法到其他社会规范之间的界限就变得不再清晰，<sup>[24]</sup> 具有法律多元倾向的法律概念往往更加宽泛。例如塔玛纳哈就提出了一个很“薄”的法律概念。在他看来，所谓“法律就是人们通过他们的社会实践辨别出来并且当作‘法律’的任何现象”<sup>[25]</sup>。法律不过是任何被我们贴上‘法律’这个标签的现象。法律只是人类的一个社会创造物，它自身并没有固定的特性；并不是如本质主义所认为的那样：法律之所以是法律，是因为它具备某些内在的特征。<sup>[26]</sup> 能够区分法律之为法律的就是“社会实践”。所谓的社会实践是指“足够数量的人基于足够的信念将一种现象当作‘法律’；他们依此信念而行事，并且在特定的社会域中产生了一定的影响”。“那些短暂的或者个别人怪异的识别法律的方式，并不构成社会实践。”<sup>[27]</sup>

但是，这样的思路使得法律的识别和判断明显地“过于不确定”，即便不与分析实证主义对比，这样一种“强调作为事实的社会实践”的法律概念依然存在两个方面的缺陷：<sup>[28]</sup>

第一，尽管对于多样化的法律现象而言，或许需要从哈特的承认规则和法律的概念

[20] 他说：“当规则被视为行为的标准，并以义务性规则所特有的、适当的社会压力加以维持时，我们还需要什么样的特征来证明它们就是具有拘束力的规则呢？即便在这个简单形态的社会结构中，缺乏国内法的某些特质，这些规则仍然是有拘束力的规则”；“以为一个基本规范或承认规则，是义务性或有拘束力之规则存在的必要条件，是错误的假设。”参见前注〔11〕，哈特书，第204页。

[21] 参见前注〔11〕，哈特书，第186~187页。

[22] 关于这个方面的讨论，可参见〔美〕塔玛纳哈：《一般法理学：以法律与社会的关系为视角》，郑海平译，中国政法大学出版社2012年版，第167~190页。

[23] 前注〔22〕，塔玛纳哈书，第210页。

[24] See William Twining, *General Jurisprudence, Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge University Press, 2009, pp. 369~375.

[25] 前注〔22〕，塔玛纳哈书，第204页。

[26] 同上，第184页。

[27] 同上，第205页。

[28] 退宁还批评塔玛纳哈的法律概念存在着三个缺陷：第一，他的贴标签的方式无法提供一个识别法律的有效标准体系；第二，他法律概念的框架过于简约，过于倾向于经验性的研究；第三，他的强实证的社会—法律命题使它的理论对于世界上的法律科学的贡献有所局限。参见前注〔24〕，William Twining书，第104页。



那里有所退让,需要一个“薄”一些的法律概念,但是将法律的识别仅仅视为贴标签的方式混同了作为法律的分析性概念和日常用语(folk concepts)之间的差异。<sup>[29]</sup>当我们把某一种规则贴上“法律”这个标签的时候,意味着这个规则与法律活动之间的联结关系,<sup>[30]</sup>也因此必然会考虑不同“法律形式”对于法律活动会产生何种实质性影响。“实在法是作为判决而生效的”<sup>[31]</sup>,对于法官来说,如何理解法律现象是十分关键的事情,<sup>[32]</sup>可能性有两种:一是软法可以在司法环境中具有法的规范性,二是软法并不具有法的规范性。这对应了两种结果:“或者就会溃塌成为硬法,或者根本就不是法。这就像我们努力平衡竖起的硬币,看起来很美,可是一旦你开始花销,硬币不是正面就是反面。”<sup>[33]</sup>

第二,法律多元主义者们的核心主张是“许多规范秩序并不依附于国家,但它们仍然可以被看作是法律”。因此,如果仅仅将法律概念视为一种贴标签的方式,那些被贴上“法律标签”的规则虽然从表面来看是在讨论“法律”,但实际上却是在描述一种“社会生活”,通过这种将一些社会生活“重命名”,似乎无法回答这样一个问题:我们如何区分“法律”与“社会生活”?<sup>[34]</sup>或者进而,法律形式A和法律形式B之间存在何种“法间”关系?<sup>[35]</sup>因此,有学者认为,“软法”的提出,不过是一种以法律的复杂性取代日常生活的复杂性的主张。<sup>[36]</sup>

或许有学者会另辟蹊径,例如通过法律社会学理论中“自创生系统”去论证“软法”为“法”。按照卢曼和托依布纳的学说,“在地方和全球法律多元主义中界定何谓‘法律本体’的既不是结构也不是功能,而是二元代码”<sup>[37]</sup>。但这里所谓之“软法”,其形式比较接近于早期法律的各种形态,尚未被体系化,而且也是在国家法体系化之后方才逐步得以产生和发展。不能排除在法律之外确有其他一些规则发生规范性的作用,但是这种规则的规范性作用往往体现为实际的拘束力,这也就意味着在具体的情境中,其可能有实际的拘束力,也可能没有,那么它就无法提供诸如实证法那样合法/非法的稳定期待。而这一点作为法律系统来说则是相当重要的功能。卢曼主张每个社会次系统只履行一个特定的社会功能,作为法律系统而言,其功能就是为了规范性期待的稳定,换句话说,法律使我们能够知道,哪些期待可以获得社会支持,而哪些则不会,这样,人们可以在高度复杂的社会中生活。法律系统论往往持历时性的视角,从解读法律系统的形成功能、与其他系统之间的关系来说它具有很强的解释力,但对于某个时间节点上分析某个规则的法律性质来说,似乎尚存在其理论上的局限。

[29] 参见前注〔24〕,William Twining书,第369~375页。

[30] 退宁特别强调卢埃林关于法律活动提出的意义。

[31] 〔德〕卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第17页。

[32] 参见前注〔24〕,William Twining书,第369~375页。

[33] 克莱伯斯:“软法的不可取”,载罗豪才、毕洪海编:《软法的挑战》,商务印书馆2011年版,第317页。

[34] 参见前注〔22〕,塔玛纳哈书,第212~214页。

[35] 桑托斯创造了“法间性”的概念,用来指称共存法律秩序之间的相互影响。参见前注〔10〕,退宁书,第293页。

[36] 参见前注〔33〕,克莱伯斯文,第324页。

[37] 前注〔15〕,托依布纳文,第45页。

### 三、“法”标签的意义

就上文的讨论来看,无论是从功能与内容、与国家法的相似性去证成“软法”是法,或是从一个宽泛的社会学法律概念涵盖非国家的其他规范样态,都存在着较大的理论障碍。

事实上,有时候我们很难明确地界定法律是什么,如退宁所言,法律这一标签更像是一个绵延体,或者各种特征复杂的混合,如果针对特定的不同目的而定义法律/非法律现象边界的问题,可能法律的认识便会更容易解决。<sup>[38]</sup>因此,在研究“法律性质”之外,我们还需要“探究人们如何讨论法律。它并不假设法律做什么,而研究人们利用法律做什么”<sup>[39]</sup>。

因此,问题还需要被这样讨论:(1)为什么某种具体的社会规范被贴上了“法律”这个标签?(2)“法律”这个标签是否带有某些政治的、道德的、象征性的利益或者好处?<sup>[40]</sup>当我们提出另外一种社会实践并将其命名为法的时候,我们依据何种特定的目的而定义了法律与法律现象之间的边界,<sup>[41]</sup>甚至于关系。进而,(3)当某种具体的社会规范被贴上“软法”这个标签时,又体现了法律生活哪些具体的改变?

就第一个问题而言,我国“软法”概念的提出和发展,与“新行政法”理念息息相关。

现代工业社会的发展,城镇化的发展与老龄化社会的形成、环境污染、食品安全等高风险社会问题等等,迫使国家职能扩张,国家任务开始包含更多积极的目标。国家职能的扩张导致公共财政赤字和行政效率的下降,因此,许多国家开始采取公组织和私经济主体之间的合作治理模式来调整政府、市场和社会的关系。例如,20世纪70年代后期,德国出现了直营(受行政预算控制)、自营(无独立法人人格)、私营(财产信用担保由政府支持)等多种形式的“非权力经济”形态,以及以公共事业行政委托方式实现民营化。<sup>[42]</sup>与此相应,德国行政法学开始讨论各种新型的行政行为或行政手段。<sup>[43]</sup>1979年3月1日西德联邦宪法法院就《雇佣者共同决定法》违宪诉讼案所做出的判决,就被有关学者视为对于一种介于行政关系和契约关系之间的社会组织形态的承认。<sup>[44]</sup>这种国家活动“柔软化”的方式,可以克服财政紧缩和提升行政效率。近邻日本,一方面受德国法律发展和美国新型管制形态的影响,一方面由其日本本土行政模式特色使然,亦产生了新的行政手法以及相应的行政法学研究。<sup>[45]</sup>我国亦如是,尤其是一系列食品安全风险事件发生之后,基于风险的应对,新的行政手段也产生了。在应对风险

[38] 参见前注〔10〕,退宁书,第296~297页。

[39] 前注〔22〕,塔玛纳哈书,第191页。

[40] 同上,第244页。

[41] 参见前注〔10〕,退宁书,第296~297页。

[42] 参见金自宁:《公法/私法二元区分的反思》,北京大学出版社2007年版,第85~86页。

[43] 参见〔日〕大桥洋一:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第23页。

[44] 参见季卫东:“社会变革的法律模式”,载〔美〕诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,代译序,中国政法大学出版社1994年版,第9页。

[45] 具体可参见前注〔43〕,大桥洋一书,第1、2章。

时,完全依赖于市场并不能实现规制的目的,市场主体内在的趋利特性使得技术发展所带来的风险超越了市场可以调控的范畴,因此需要政府予以监管。但是,仅由政府监管是低效率的,常见的现象是政府风险责任意识淡薄,“有组织的不负责”现象非常明显。因此,除了政府监管之外,另有一种规制方式获得了重视:政府和市场主体的合作模式。也在这样的背景下,行政法学界的公私协力、风险规制、软法等都成为新的热词。

通过“规制”、“自我规制”(self-regulation)和“合作规制”(co-regulation)等概念衍伸发展而来的“软法”概念,首先意味着由灵活性和自愿原则所确定的水平网络和权威关系取代了原先由政府监管单向威权式的行政法治。行政机关在严格的程序规则之外,以问题的解决为导向,就管制事项与利害关系人进行积极协商以便达成合意,或采用经济激励制度促使其选择成本最低的行为方式,例如可以在消费者保护、劳动与就业、环境保护领域运用自我管制(self-regulation)的模式,也可以在国家、公共部门与私人部门的合作、对话中形成一种合作管制(co-regulation)的关系。<sup>[46]</sup>这种通过政策性目标的引入,通过利益平衡的方式,并不构成传统意义上制度化的行政法律规则。<sup>[47]</sup>

在这样的背景下,“行政法治”这个词语被弱化,取而代之的是“治理”。<sup>[48]</sup>沈岷教授认为:“软法与硬法的并存是后现代治理的规范体系的结构特点。国家中心主义的政法结构已经动摇,公共治理和面向不确定性的治理得以兴起。”<sup>[49]</sup>所谓治理,是与统治相对的概念,指的是一种由共同的目标支持的活动,这些管理活动的主体未必是政府,也无须依靠国家的强制力量实现。<sup>[50]</sup>从统治到治理,体现了治理国家手段上的改变,“软法之治”也正体现为这种治理手段上的转变,“能够促进政府不同层次间的互动和社会主体的参与”<sup>[51]</sup>,能够“灵活性、能有机地回应社会的目标和多元化推力”<sup>[52]</sup>。因此,“软法”主张者也特别强调,出于沟通与自主的“软法”或许更可能实现其规制的目的,因为“软法”并不一定是“弱”法。<sup>[53]</sup>

就第二个问题而言,“软法”概念的提出意味着一种拒绝被边缘化的姿态和一种规范性的期待。

相似的例子有很多。国际社会“本土法”的提出,在为少数群体为自己的权利而斗争的过程中具有特别显著的意义。<sup>[54]</sup>“民间法”概念虽然存在用语模糊、法的性质不明确的情形,但其突出了国家与社会的概念对比。<sup>[55]</sup>至于“软法”,沈岷教授亦谈及

[46] 参见罗豪才、毕洪海:“通过软法的治理”,《法学家》2006年第1期。

[47] 参见前注〔22〕,塔玛纳哈书,第242页。

[48] 谈到“软法”的很多国内研究文献,大部分都以“治理”作为其背景。例如一些权威性文献的名称就足见一斑:《软法与治理评论》、《通过软法的治理》、《软法亦法——公共治理呼唤软法之治》。

[49] 前注〔19〕沈岷文,第19页。

[50] 参见王瑞雪:“治理语境下的多元行政法”,《行政法学研究》2014年第4期,第132页。

[51] 前注〔6〕,罗兰比特文,第15页。

[52] 同上,第14页。

[53] 参见前注〔15〕,托依布纳文,第52页。

[54] 参见前注〔22〕,塔玛纳哈书,第242页。

[55] 寺田浩明认为国家法与民间法的两分起源于西洋近代史中国和社会的两分,对传统中国的分析不能照搬照用,需非常慎重。参见寺田浩明:“超越民间法论”,载寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012年版,第397页。



“软法概念的意义就在于其顺应时代需求”，是拒绝“被边缘化”。软法不仅将传统凸显强制性的国家主义法律观所掩盖的“国家法中的软法”展现出来，更是将原先被边缘化的非国家法规范拉到视野中心。进而言之，软法显示出主流法学研究（而非交叉学科）关注各社会子系统规则体系的分裂、沟通及相互创生的重要性。<sup>[56]</sup>

不仅如此，这种法概念的提出，更重要的意义在于：当我们将之命名为“法”的时候，我们总是会期待一些“特别的东西”。那些“特别的东西”或是“强制”，或是“制度化的形式或实施”。<sup>[57]</sup>概言之，我们或许可以期待它与国家法/硬法一样具有法的规范性。

就沈岷教授看来，这种“软法”的“规范性”，是要解答软法为什么在规范意义上（而不是在事实意义上）应该得到服从的问题，是为软法与硬法所共享的规范性基础。<sup>[58]</sup>这个共享的规范性基础不是回溯到凯尔森式的基础规范，而是“沟通论”。所谓法律沟通论是指法律提供人们行动的一种框架，立法是一种特殊的沟通形式，法律的实现也是一种沟通。法律之所以需要沟通，归根结底在于法律对于实效的追求。对于国家法来说，“沟通”并不构成法律实现的“全景图”。软法与国家法尽管可能共享“沟通”这个维度，但是软法的特点在于其是“主要”借助于“沟通”来实现实效的成文形式。<sup>[59]</sup>软法本身不是具有强制实施效力的规范，是“缺乏锐利牙齿的，若欲使法律受众依循，必须依靠沟通、说服而不是惩罚，依靠在平等主体之间形成的对话，以达成更多的共识，逐渐改变共同体成员的态度和行为”。<sup>[60]</sup>

但是，依据沟通论是否真的可以产生法的规范性？

（1）从形式上来说，法律往往以一种断然性的方式来指引人的行为。<sup>[61]</sup>法律以断然性的方式来指引人们的行为是法律区分于一些习惯或道德祈求等不确定性指引的一个重要特征。如果说国家法主要提供的是权威式的断然性的指引，辅以“沟通”来促进法律的实现，软法提供的则主要是沟通式、说服式的指引。法律是权威性的工具，而根据权威的性质，用以识别权威指令的标准独立于对其内容的评价，因为如果对法律的识别必须诉诸内容的评价，权威与说服或建议之间的区别就不存在了。

（2）在立法的环节，通过事先的深思熟虑的政治安排形成相应的法律规范，在运用的时候，通过法律的明确指令而保证法律实现的效率。<sup>[62]</sup>而以沟通为主体形成的规则，因其实现或是维持规范的社会压力分散，因此是无效率的。<sup>[63]</sup>“如果仅仅通过沟通

[56] 参见前注〔19〕，沈岷文，第20页。

[57] 例如哈特认为，法律的显著特征就在于它是一种制度化的规范实施。（Hart 1994：249）拉兹认为只有当一个制度化的体系至少在某些方面可以说是一个社会中的最重要的制度化的体系的时候，我们才可以将它看作一个法律体系（Raz, 1976：116~120）。参见前注〔22〕，塔玛纳哈书，第170、172页。

[58] 参见前注〔19〕，沈岷文。

[59] 同上，第18页。

[60] 同上注。

[61] 关于这个问题，在实证主义和非实证主义阵营中有诸多讨论，我国学者范立波对此做了详细的梳理，参见范立波：“论法律规范性的概念与来源”，《法律科学》2010年第4期。

[62] 例如拉兹讨论的法律作为排他性的二阶理由，或者法律作为服务性权威的观点都可以说明这个特点。

[63] 参见前注〔11〕，哈特书，第85页。

来理解法律，则无法看到法律实质性的权力和效果。”〔64〕如果说法律可能基于合作的意愿而更有效地实现合作的目的，实现其规范，当然也同时存在可能很容易被违反的情形。

事实上，我们发现“软法”往往是因其实际的约束力而获得生命力。例如，我们会看到一些这样的表述：“从功能的角度而言，软法因其灵活性、能有机地回应社会的目标和多元化推力而受到称赞。”〔65〕“软法工具能够促进政府不同层次间的互动和社会主体的参与。”〔66〕如许种种，均强调了软法的实际效能，而非应然的规范性。

我们无法否认，这些内部章程、规则、行业标准、各类行政规范性文件、司法政策、通知纪要等等在现实生活中都会有向外的“约束力”，事实上也深刻影响了人们的行为模式。因此，对于主张“软法为法”的学者而言，即便论证“软法”为“法”存在困难，但如若将这类规则贴上“法律”的标签，也就意味着这些规则有了“法的属性”，有了应然的“规范性”，因此也对于社会活动有了应然的规制效力。

就第三个问题而言，如果承认“软法”这样一类规范的存在，并且视其为一类“法律规范”，并认真对待之，那么会对社会产生怎样的影响？

就法律系统的形成而言，退宁认为，从目前的法律发展来看，官方和非官方的秩序形式之间存在更复杂的互动关系。这种视角把秩序的多元形式视为对同一社会领域的参与，而不看作是分离实体之间的相互影响。〔67〕托依布纳则认为，如果说原先的法律是一种层级式的体系的话，那么现在的法律就变成了一种“中心—边缘”的划分。〔68〕在托依布纳看来，原先的法律规范的层级体系转变为中心—边缘的区分。尽管法院占据着法律的中心，但形形色色的自治法律组织这一边缘，则被政治、经济、宗教等方面的组织化的或自发的集体性法律主体和个体性法律主体所占据，恰在法律的边界上，这些法律主体将它们自己与自治的社会事务领域之间确立起紧密的联系。〔69〕社会规范的生产机器，通过使社会规范转换为法律规范，从法的外围侵入到法的中心。最富有创造力的法律外部的规范产生机制，在形式化的组织中、在非形式化的网络中、在标准化和规范化的程序中被制度化，它们今天与立法机器和合同的交换机制进行竞争。〔70〕这两种观点多多少少带有积极和肯定的含义。

但是，尽管“软法”作为国家与社会互动的结果，具有积极性和灵活性，也许会有效地实现卓有成效的治理，但如果我们考虑到国内法领域中的“软法”现象，我们还是需要注意到软法治理对形式法治所可能产生的影响。

如前所述，就卢曼看来，每个社会次系统只履行一个特定的社会功能，作为法律系

〔64〕 前注〔22〕，塔玛纳哈书，第235页。

〔65〕 前注〔6〕，罗兰比特文，第14页。

〔66〕 同上，第15页。

〔67〕 参见前注〔10〕，退宁书，第109页。

〔68〕 参见〔德〕托依布纳：“组织—冲突：在全球法的片断化中对法律统一性的徒劳追求”，周林刚译，载托依布纳：《魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集》，泮伟江、高鸿钧等译，清华大学出版社2012年版，第78页。

〔69〕 同上注。

〔70〕 参见〔德〕托依布纳：“自我颠覆的正义：法的偶联性公式，或是超越公式？”，载〔德〕托依布纳：《魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集》，泮伟江、高鸿钧等译，清华大学出版社2012年版，第374~375页。

统而言,其功能是为了规范性期待的稳定,换句话说,法使我们能够知道,哪些期待可以获得社会支持,而哪些不会,这样,人们可以在高度复杂的社会中生活。正如卢曼所言,虽然现代社会的法律不得不在不确定未来的情况下运作,“规范性期望和对这种期望的法律保证依然保持着它们的意义。人们依然坚持各个时期当下的交往必须有明确目标,而且有赖于能够确认,哪些期望可以通过法律来满足,哪些期望不能;依然坚持法律就是要保护特别突出的期望,即要对抗现实,稳定对未来的设计;依然坚持对为了改变法律状况而利用效力标志——或者以合同形式,或者以法律形式——应该有特殊要求”〔71〕。因此一般来说,现代法治社会中理想的法律应该具有普遍性、安定性;并且从其规范结构来说,也是具有“特殊要求”,也即具有普遍性和一般性的特征。

但是,软法往往从其政策性功能的需求而来,“软法”本身所蕴含的“法规范形成”,却是一种个别规则式的、目标导向、内容导向的思路。那么,这种依赖于具体的政策性功能实现的软法规制,是否能够作为法律系统的一部分,承担其法律系统的职责,也即具有为社会交往提供“普遍性规范性预期的稳定”的功能呢?

对于传统实证法律来说,只有合法/非法的二元代码的划分,才具有最根本的理论意义。在此基础上,我们必须有一个统一的司法裁判机制,构成了整个法律系统的核心,并且形成一种裁判的链条,来统一这个法律系统的合法/非法区分。但是,通过“沟通”或交往的合意形成的“软法”或规范性文件,当称其为“法”时,这种“基于协商或沟通的行政行为”就不需要从国家法律规范那里获得其合法性。我们明显地看到——即便根据新的《行政诉讼法》,法院可以审查行政机关的规范性文件——法院依然“以一种相当谨慎的态度审查行政规则中的合理性问题。似乎很少有法院会以一种十分随意的态度对待行政机关制定的规则”〔72〕。更不用说那些本身即为法院系统所遵从的一些司法政策,如若承认其为一类“软法”,则这类“软法”的合法/非法之审查途径是缺乏的。实际上完全可以这样认为,对于这些“软法”来说,法院缺乏判断其合法/非法的能力。“软法”范围的泛化、对“软法规范”司法审查的缺失,这些因素的共同作用,可能形成一种新的问题:行政机关或相关机关责任的“软”化。

#### 四、结语

在经济发展、各种思潮集中涌现的当代中国,社会与法律多样而丰富,无论是在行政法学界,还是在法理学界,当关注法律与社会之间的互动时,“通过软法的公共治理”这类具有魅力的、新颖的法律现象很容易引起关注。但是,就“软法”规范而言,其“法”的特性还很难在主流法理学框架内获得证成;“软法”之“法的规范性”还存在着论证的缺陷,尽管软法治理相当普遍,但“软法”概念的认可与推广也可能带来法律系统认识和形式法治的危机。

相对社会生活的复杂性和多样性而言,一国之实证法律体系往往单调而滞后,但也

〔71〕 前注〔31〕,卢曼书,第296页。

〔72〕 俞祺:“正确性抑或权威性:论规范效力的不同维度”,《中外法学》2014年第4期,第903页。

正因这单调而滞后,法律系统才能给人们提供在复杂社会生活中预期的稳定性。在新鲜的法律现象和多样的社会生活面前,我们其实并不缺乏创造语词的能力,而当我们承认特定语词和概念在理论与社会活动中的建构性意义,或是运用这些语词去构筑法律世界时,也许不得不保持一些谨慎,对于这些概念构造所延伸而来的各种具体法律实践与理论问题,需要保持反思的开放性。

## 参考文献

- [1] 罗豪才,宋功德.软法亦法[M].北京:法律出版社,2009.
- [2] 沈岿.风险交流的软法构建[J].清华法学,2015(6).
- [3] 江必新.论软法效力——兼论法律效力之本源[M]//罗豪才.软法与治理评论:第1辑.北京:法律出版社,2013.
- [4] 罗兰比特.软法的谱系[M]//罗豪才,毕洪海.软法的挑战.北京:商务印书馆,2011.
- [5] [英]哈特.法律的概念[M].许家馨,李冠宜译.第2版.北京:法律出版社,2011.
- [6] [美]塔玛纳哈.一般法理学:以法律与社会的关系为视角[M].郑海平译.北京:中国政法大学出版社,2012.
- [7] [英]退宁.全球化与法律理论[M].钱向阳译.北京:中国大百科全书出版社,2009.
- [8] 罗豪才,毕洪海.通过软法的治理[J].法学家,2006(1).
- [9] 薛晓源,刘国良.全球风险世界:现在与未来——德国著名社会学家、风险社会理论创始人乌尔里希·贝克教授访谈录[J].马克思主义与现实,2005(1).
- [10] 毕洪海.软法的类型化[M]//罗豪才.软法与治理评论:第1辑.北京:法律出版社,2013.
- [11] 周永坤.法理学——全球视野[M].第3版.北京:法律出版社,2010.
- [12] [德]托依布纳.“全球的布科维纳”:世界社会的法律多元主义[M].高鸿钧译//[德]托依布纳.魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集.泮伟江,高鸿钧等译.北京:清华大学出版社,2012.
- [13] 沈岿.软法概念之正当性新辩——以法律沟通论为诠释依据[J].法商研究,2014(1).
- [14] William Twining. General Jurisprudence, Understanding Law from a Global Perspective [M]. Cambridge University Press, 2009.
- [15] [德]卢曼.社会的法律[M].郑伊倩译.北京:人民出版社,2009.
- [16] 克莱伯斯.软法的不可取[M]//罗豪才,毕洪海.软法的挑战.北京:商务印书馆,2011.
- [17] 金自宁.公法/私法二元区分的反思[M].北京:北京大学出版社,2007.
- [18] [日]大桥洋一.行政法学的结构性变革[M].吕艳滨译.北京:中国人民大学出版社,2008.
- [19] 季卫东.社会变革的法律模式[M]//[美]诺内特,塞尔兹尼克.转变中的法律与社会.北京:中国政法大学出版社,1994.
- [20] 罗豪才,毕洪海.通过软法的治理[J].法学家,2006(1).
- [21] 王瑞雪.治理语境下的多元行政法[J].行政法学研究,2014(4).
- [22] 寺田浩明.超越民间法论[M]//寺田浩明.权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集.王亚新等译.北京:清华大学出版社,2012.
- [23] 范立波.论法律规范性的概念与来源[J].法律科学,2010(4).
- [24] [德]托依布纳.组织一冲突:在全球法的片断化中对法律统一性的徒劳追求[M].周林刚译//托依布纳.魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集.泮伟江,高鸿钧等译.北京:清华大学出版社,2012.
- [25] [德]托依布纳.自我颠覆的正义:法的偶联性公式,或是超越公式?[M]//[德]托依布纳.魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集.泮伟江,高鸿钧等译.北京:清华大学出版社,2012.
- [26] 俞祺.正确性抑或权威性:论规范效力的不同维度[J].中外法学,2014(4).

(责任编辑:赵真 赵建蕊)