武漢大學學報【哲学社会科学版】
WUHAN UNIVERSITY JOURNAL (Philosophy & Social Sciences)
第64卷 第6期 2011年11月
Vol. 64. No. 6 Nov. 2011. 104～108

经济领域中的软法规律性初探

邓小梅

摘　要：软法是客观存在的规则，在现实经济生活中实际发挥着作用。软法的盛行有其必然性，经济市场化与经济全球化引起的管理权力结构转变、经济领域公共治理模式以及协商民主理念的兴起都使软法大有用武之地。软法的效力有其特殊性，本质上是一种软约束力，某些软法仅有内部效力，而某些软法还有外部效力。软法的运作具有协同性，软法的运行体现了自律与他律的结合，由民间与官方合作实施，硬法与软法协同运行。探索、掌握软法的发展规律并加以运用，可促进经济领域法治模式的变革，有利于中国在国际经济交往中公平受益。

关键词：软法；硬法；公共治理；协商民主；硬软法整合

一、盛行的必然性

近二三十年来，软法现象在经济领域大量涌现。软法“强势回归”，有其历史的必然性；而根据历史的发展规律，软法将继续盛行，并将发挥越来越重要的作用。

（一）经济市场化、经济全球化与管理权力结构的转变

1978年，我国十一届三中全会决定把工作中心转移到社会主义现代化建设上来之后，市场化改革逐步展开。1992年，我国正式确立实行社会主义市场经济体制。市场经济即在资源配置的方式上以市场为主，起主导作用的是价值规律。因此，在市场经济背景下，政府权力不再是垄断性的、无微不至、无所不包的了。市场经济的发展催生了新的社会共同体，不同的共同体有各自的利益诉求，有通过政治参与维护自己利益的需要。这些社会共同体，包括一些社会组织、社会团体，逐渐承担起了一些原由国家承担的公共管理职能，起到辅助、补充或者制衡国家权力实施的作用。

在国际层面上，自20世纪中期以后，经济全球化成为世界经济发展的一个强劲趋势，国与国之间的经济联系加强。经济全球化催生了新的国际社会共同体，如超国家组织、国际非政府组织、跨国公司等。经济全球化也带来了一些共同的问题，如环境、劳工、移民、粮食、能源、金融安全等等。这些问题当然应由各国根据自己的情况自己处理，但单凭一个国家的力量难以应对，必须通过各国合作才能取得更好的成效。在这种情况下，国际社会的力量在增强，各种类型的国际社会共同体发挥着越来越重要的作用。

经济市场化、经济全球化的发展，促使传统的管理权力结构发生了转变，呈现权力社会化、权力主体多元化的态势。在国内层面表现为国家权力向社会的回归——在国家主导下，由政府与社会组织共同承担着公共管理、公共服务的职能。其中，某些可由私人自治、社会共同体自治的领域，国家不再直接干预。在国际层面则表现为在坚持国家主权的基础上，国家管理公共事务的权力部分向国际社会让渡，即由国家的联合、国际组织甚至

跨国公司处理某些带有全球性的公共事务。

（二）经济领域治理模式与民主理念的转变

1. 经济领域公共治理模式的兴起

管理权力结构的转变推动着政府治理模式的转型。市场机制作为一种资源配置的模式，较之单一的政府干预有效率，但并非完美无缺。鉴于市场失灵，有必要引入政府这只“有形之手”进行矫正。从经济的角度而言，国家管理模式是对市场失灵的应对之策，其强调政府管制，以政府为唯一的管理主体，以封闭性和单向度为基本特征。但是，一元化的国家管理模式由于信息不对称、权力缺乏有效的监督等原因，在实践中出现了决策失误、权力寻租、管理效率低下等问题，这些现象被描述为“政府失灵”。

为弥补国家管理模式的缺陷，西方国家首先发展出了主体多元化的公共管理。在公共管理模式中，国家和各种社会自治组织共同作为管理主体，但由于其依然固守单向度管理的思维，这种改良模式未能从根本上解决国家管理失灵的问题。在这种背景下，公共治理的主要特点包括：其一，治理主体多元化，包括政府、公共机构、私人机构等；其二，治理依据、手段、方式多样化；其三，强调管理对象的参与和合作。因此，公共治理模式实际上丰富了政府决策的信息来源、增加了权力运行的监督机制，有利于解决政府失灵的问题，是应对“双重失灵”困境的有效之策。

公共治理强调主体多元化、运行机制合作化，即通过相关主体的参与、博弈和协商处理公共事务。在新的治理模式下，传统的以国家强制力保障实施，侧重于他律的“法”已不敷所用。在此背景下，软法规则大量涌现。有学者认为：“几十年以来，软法（soft law）已成为一个重要的概念，用来形容和描述全球政治中的一种显著现象——没有政府（government）的治理（governance）。”[①] 进而言之，“统治”方式下的法是硬的，而“治理”方式下的法则是软的[②]。“软法机制是通过自律和他律相结合的规制方式而不是通过国家强制力而规范人们行为，调整社会关系的现代社会公共治理创新。”[③]软法与治理同生共长、相辅相成，例如，在欧洲治理过程中发挥着重要作用的“开放协调机制（Open Method of Coordination，简称 OMC）”即为运用软法的典型。

2. 经济领域协商民主理念的兴起

“民主”本是政治范畴的概念，意指政治共同体中的公民有参与政治决策、管理公共事务的权力。在经济市场化、全球化的背景下，多元的利益主体大量涌现，在经济领域产生了民主化的诉求，从而促进了民主思想与经济生活的联姻，诞生了“经济民主”的概念。经济民主是民主从政治领域向经济领域的延伸，是民主在经济领域的具体表现。

民主化是各国政治、经济发展的共同趋势，但民主的形式却因时、因地而异。民主的传统形式是票决民主，即人民通过选举、投票的方式形成多数意见并据此作出决策。但是，随着经济发展，社会复杂性增强，票决民主在实践中不断受到挑战。人们发现票决民主在通过凝聚多数人意志形成决策的过程中存在忽视少数人利益的情况，以致出现边缘群体利益得不到保障的问题。在此背景下，20 世纪后期，西方学者提出了“协商民主”（deliberative democracy，又译作审议民主、商议民主、审慎民主等）的新理念，以弥补票决民主的缺陷[④]。协商民主的基本含义是自由、平等的公民，通过公共协商进行决策。协商民主强调参与者的平等、自由、理性与对公共利益的责任；其核心概念是协商或公共协商，以对话、讨论、审议和共识为要素。

中国现正处于经济转轨、社会转型时期，国家与公民之间的关系逐渐由命令——服从式的管理关系向博弈、合作式的互动关系转变。在新的形势下，经济民主的形式也呈现出向协商民主发展的趋势，实践中出现的浙江省温岭市的行业工资集体协商恳谈会以及该市泽国镇关于建设资金使用安排的民主恳

---

①Ulrika Mörth. *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004, p Rreface ix.

②Ulrika Mörth. *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*, p. 1.

③姜明安：《完善软法机制，推进社会公共治理创新》，载《中国法学》2010 年第 5 期，第 17 页。

④埃尔斯特：《协商民主：挑战与反思》，中央编译出版社 2009 年；哈贝马斯：《在事实与规范之间》，三联书店 2003 年。

谈会[①]可为例证。

公共治理模式强调公众参与,与协商民主的理念相契合。协商民主正是一种与公共治理相适应的民主模式,二者是相辅相成的关系。协商民主的实践离不开法治的规范。协商民主由于其内在机制相较票决民主而言更具有开放性、包容性、公众的参与性,与强调公众参与、体现自治精神的软法相契合。在经济领域,以协商民主的理念与方式实行公共治理,软法大有用武之地。

二、效力的特殊性

(一)约束力的体现

软法与硬法都有约束力,硬法为硬约束,软法为软约束,两者都通过相应的"责任"体现出来。美国法学家波斯纳对非国家制定的社会规范具有约束力的问题指出:第一,有些社会规范是自我实施的,行为人可通过遵循规范而获利,因而有动力遵循;第二,有些社会规范依赖于他人情绪化的行为而实施,行为人出于对报复的畏惧而遵循;第三,有些社会规范通过社会对不符合规范的行为人的不认可、讥讽、驱逐等执行;第四,有些社会规范内化为个人道德,人们出于负罪感和羞耻感而遵循[②]。波斯纳的见解很有道理;但他忽略了国家力量因素对非国家制度的社会规范所具有的约束力的影响,这一点是可以补充进去的。

对以上论述加以总结并补充完善,可以认为软法的软约束力表现为:第一,人们自觉地或自发地遵守;第二,如不遵守,则会受到社会力量的强制。此外,第三,某些软法的执行也会得到国家强制力量的介入。如:《城市居民委员会组织法》第十五条规定:"居民公约由居民会议讨论制定,报不设区的市、市辖区的人民政府或者它的派出机关备案,由居民委员会监督。执行居民应当遵守居民会议的决议和居民公约。居民公约的内容不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触。"此即通过硬法承认软法的效力,以国家强制力量保障软法的执行。

(二)内部效力与外部效力

所谓"内部效力",是指特定规则仅在特定的共同体之内适用。所谓"外部效力",是指特定规则对共同体以外的人的权利义务也会产生影响,或者共同体内部成员可以以该规则对抗共同体之外的人。

有些软法因其本来就是对所有人适用的,不存在内部效力和外部效力的问题,比如公共政策。有些软法仅具有内部效力,如某高等学校的财务制度,仅对本校的师生员工适用。而有些软法既有内部效力,又有外部效力。如:由跨国公司自行制定的、旨在履行环境保护和劳动权益保障等方面社会责任的跨国公司生产守则,对跨国公司的生产商、供应商和承包商均有约束力。假如外国的跨国公司在与我国供应商签订合同时,要求后者实施其制定或承认的生产守则,在这种情况下,我国供应商只能承诺,遵守相关的生产守则或加入到社会责任认证中。从而,外国跨国公司所确定的生产守则就对我国供应商具有约束力,此即外部效力。

三、运作的协同性

(一)自律与他律结合

软法现象的复兴是现代社会人的自律意识和自治能力增强的要求与体现。软法的效力体现了自律与他律的结合,其中,以自律为主导,以他律作为辅助、协调与平衡相关利益的手段。

以公司治理准则为例。公司治理准则是各国和有关国际组织颁行的公司治理原则、行为守则、行为指南、最佳做法、最佳行为建议等规范的统称。准则一般不具备法律的强制约束力,在实践中却收效显著。到目前为止,欧洲治理研究所的网站上已收录全球多个国家和国际组织颁行的300多个公司治理准则。大部分公司治理准则都确立了"自愿披露+市场压力"机制和"要么遵守,要么说明不遵守理由"

①何包钢:《协商民主:理论、方法和实践》,中国社会科学出版社2008年,第167~175页。

②Richard Posner. "Social Norms and the Law: An Economic Approach", *American Economic Review* 1997(2), pp. 365~369.

的披露机制。披露与否和披露的程度由公司自主决定，但如果公司不按照准则的要求进行披露，可能遭到诸如投资者不购买该公司的股票这样的市场机制的惩罚。有些治理准则是由行业协会制定的，如美国全美公司董事联合会（NACD）制定的《NACD 董事专业化委员会的报告》，对准则的违背将遭致联合会的处罚以及其他会员的联合抵制。有些公司治理准则被规定在硬法中，要求公司必须遵守。如德国《公司法》第 161 条规定，上市公司的董事会及监事会必须在其年报表明，其已经并且正在遵守联邦司法部发布的《德国政府委员会：公司治理准则》，不曾并且不会不遵循其提出的建议。此项声明必须持续向股东公告①。

可见，公司治理准则，首先要求公司自愿遵守；如不遵守，可能遭到市场机制与行业协会的惩罚；某些公司治理准则由于规定在硬法中，其执行也得到国家强制力的支持。公司治理准则的运行，公司的自觉遵守是第一位的，市场压力、行业协会的处罚以及硬法的要求等他律性的因素支持、促进和保障着自律的实现。

（二）民间与官方合作

软法由民间机制、官方机制协同实施②。软法实施的民间机制包括三种方式：其一，共同体成员对软法的遵守。其二，公众通过行政申诉和司法诉讼使软法得以实施。如：农民以土地政策为根据而提起的行政申诉、股东依据公司章程提起的司法诉讼。其三，民间组织通过指导、教育、监督、救济等办法使软法得以实施。如：在粮食安全领域，中国粮食行业协会对会员企业进行信用评价，并在“中国粮食行业网”上进行“良好信用信息公示”和“警示信用信息公示”，对通过信用评价的企业颁发《企业信用等级证书》和标牌。中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁委员会与中国粮食行业协会、贸促会粮食行业分会联合成立了专门的粮食争议仲裁中心，以仲裁的方式解决粮食行业发生的一切争议。

软法实施的官方机制也包括三种方式：其一，国家通过硬法引导、辅助软法的实施。如：用国家法规定，某些行业的人员必须加入行业协会并遵守协会的规则。其二，官方组织或官方机构采取某些措施实施软法。如，欧盟的“开放协调机制”，通过监督、评价、倡导共同学习、适当调整、提出建议等措施来实施欧盟所制定的指导方针。其三，司法救济。在中国的司法过程中，软法的应用有多种情况：第一，作为当事人合意的一种证明，或者作为证明当事人主张的合法性或合理性的证据；第二，通过平等对待原则、信赖保护原则的转换而使软法得到应用。第三，作为一种参考；第四，直接作为判决的依据之一。需要说明的是，法院在应用软法的时候应对软法进行一定的审查，违反国家宪法、法律的软法不应予以适用。

补充说一句，硬法的实施也需要官方与民间的协同，但民间因素在软法的实施中地位更突出。

（三）硬法与软法并行

随着社会的进步，软法机制脱颖而出，硬法机制亦不断地改变、完善。软法机制与硬法机制共同发挥着调整社会关系、治理社会的作用。目前在我国，硬法为主导、软法为辅助、软硬规则有机结合的新的社会治理机制正逐步形成。软法、硬法的分工合作关系表现为：

第一，相互补充。在硬法规范缺乏或者制定硬法的条件尚不成熟时，可先制定软法作为试验。某些内容不便或不必由硬法规范的，可由软法规范。如：硬法中不便统一规定、需要根据现实灵活调整的部分可由软法来规定。

第二，相互辅助。软法可以以更细致的规定使硬法具体化，从而使硬法更顺畅、灵活地运行，如：行政裁量基准即为对硬法规定的行政自由裁量空间的细化。对于指引性的软法，如《国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要》，也可以通过硬法规定具体的措施，使软法的目标得以实现。

软法具有较强的灵活性、协商性，硬法具有较强的稳定性、强制性，这些既是它们的优势也可能成为劣势。硬法与软法并行，可扬长避短，各展其长、各得其所。企业社会责任的推进机制即为硬软法并行的一例。企业的社会责任有些属于硬法的要求，如：《公司法》（2005 年）、《合伙企业法》（2006 年）与《企

①Eddy Wymeersch. “Enforcement of Corporate Governance Codes”, *ECGI Working Paper Series in Law* 2005(6), p. 12.
②程信和：《软法真谛论纲——主要以经济领域为视角》，载《中山大学法律评论》第 7 卷，法律出版社 2009 年，第 97 页。

业国有资产法》(2008年)都提出企业要"承担社会责任"。有些则属于软法的要求,如企业自律性的公约或承诺、企业社会责任标准(SA8000)以及跨国公司生产守则等等。

四、发展的模式与战略

探索、掌握规律,是为了运用规律。随着社会的发展,软法将发挥越来越重要的作用。掌握软法的发展规律,并加以运用,可促进经济领域法治模式的变革,有利于中国在国际经济交往中公平受益。

(一)经济领域法治模式的变革

美国法学家庞德有言,"一种文明的理想、一种把人类力量扩展到尽可能最高程度的思想,一种为了人类的目的对外在自然界和内在本性进行最大限度控制的理想,必须承认两个因素来达到那种控制:一方面是自由的个人主动精神、个人的自发的自我主张;另一方面是合作的、有秩序的、组织起来的活动。如果我们想要保持对自然和本性的控制,使之前进,并流传下去,那么对这二者就都不应该加以忽视。"①人类社会的规则都体现着自治与合作的结合,这两种因素在不同类的规则中有不同的组合方式;在同一类规则中,两者的比重和结构也会随着社会的变化而有所变动。随着社会的进步,人的自治能力与合作能力都不断增强,现代社会的软法规则就是在此基础上,两种因素的一个新的组合形式。

社会关系越来越复杂化,仅依靠硬法不利于法治目标的实现。硬法、软法整合的法治模式,一方面能增强法制的开放性与弹性,使法制能通过自我修正更好地回应社会的愿望与需要。另一方面,把个人的自治与法律的引导结合起来,能更有效地解决现实问题。

硬软法的有机整合应成为经济领域法治模式发展的方向。所谓"硬软法的有机整合"应当做到:其一,硬法、软法适当分工,基于对不同的领域、不同性质的公共事务、制度创制与实施的成本等因素的考量而选择应用硬法机制或软法机制;其二,以法治的精神规制软法,通过完善软法的形成与实施机制使软法规范化,增强软法的执行力。最终使硬法与软法整合为在宪法统率之下的、多元而一体的规则体系。

(二)国际经济交往的战略

若把视野放宽,还可预见,软法将纳入国际经济交往的战略中。经济全球化的不断发展将催生出越来越多适宜由软法规制的领域。有学者分析了软法在国际经济领域中蓬勃发展的原因,主要包括:其一,随着全球性反殖民主义风潮的兴起,新兴的开发中国家亟须改变原有的经济架构,因而需要形成大量的新的国际经济法作为规范支柱,但大量树立新法的需求无法在传统的国际法造法程序中即时且成功地达成,国际经济软法就被发展而逐渐运用于处理经济罅隙的相关议题上。其二,南北国家间经济关系的快速变迁,以及来自双方国家的多样化要求,都使得树立一套国际经济法规以处理所有可预见与不可预见的法律问题之可行性大为降低。运用软法的一个优点即为其能为国际经济关系树立一些具有普遍性的指导方针,进而建立一般性的准则以处理复杂的国际经济事务。其三,条约与国际习惯法的形成程序复杂而且费时,而软法的创制更为简便、灵活。其四,软法的应用可用于规避国内立法程序之障碍②。

可以预见,软法将在国际经济事务中发挥越来越重要的作用。了解软法、积极参与制定软法规则将更有可能在国际经济交往中获益。中国作为负责任的国家,不仅要切实遵守现有的国际规则,更要积极参与到制定新国际规则的进程中去。适应与利用软法机制促进国际经济新秩序的建立,才能在国际经济交往中实现公平的发展。

■作者简介:邓小梅,中山大学法学院博士生;广东 广州 510275。

■责任编辑:车 英

◆

①罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,商务印书馆2008年,第62页。

②牛惠之:《软法之法律效力与其在国际经济规范中之发展》,载《经社法制论丛》1997第20期,第173~216页。