

# 论法治社会建设中的软法之治

石佑启 黄 喆\*

---

内容提要：基于法治社会建设与软法之间的内在契合，应在法治社会语境下对软法的内涵与外延予以解读，明确软法之治之于法治社会建设的意义。同时，应梳理并完善软法之治的实施方式，以保障软法之治的合法性与合理性，增强其实效。且法治社会建设也有赖于软法之治与硬法之治的有机结合，应积极推动软法与硬法在效力位阶、立法形式与规制功能三个方面的有效衔接，以实现两者的优势互补与良性互动。

关键词：法治社会 软法之治 硬法之治 衔接

---

党的十八届四中全会通过《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称十八届四中全会《决定》），提出“坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”，并强调“增强全民法治观念，推进法治社会建设”。“法治社会”被提上法治建设的重要议程，成为与“法治国家”相对应的法律概念，它主要是指公民群体、非政府组织或社会团体等社会自组织体系的法治化，有别于法治国家所指的权力体系的法治化，在我国法治建设中具有独立的地位与价值。对于法治社会建设，十八届四中全会《决定》提出：“支持各类社会主体自我约束、自我管理。发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用。”这些社会规范不具有依靠国家强制力推行和保护的属性，相对于国家法定程序制定的硬法而言，其在性质上属于软法。这也表明了法治社会建设中应充分发挥软法的作用，积极建构软法与硬法优势互补的混合治理模式。本文根据十八届四中全会《决定》的精神，对法治社会建设中的软法之治作些探讨。

## 一、法治社会语境下软法的内涵与外延

### （一）法治社会语境下软法的内涵

软法较早在国际法领域得到普遍适用，此后随着世界范围内公共治理的兴起而被引入到国内法之中，从而成为了不同于传统“硬法”的一种法律规范类型。对于何谓“软法”，法国学者弗朗西斯·斯奈德认为：“软法是原则上没有法律约束力但有实际效力的行为规则。”<sup>①</sup>在我国，罗豪才教

\* 石佑启，广东外语外贸大学教授，博士生导师。

黄喆，广东外语外贸大学区域一体化法治研究中心研究人员，法学博士。

See Francis Snyder, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*. Steve Martin, *The Construction of Europe: Essays in Honor of Emile Noel*, Kluwer Academic Publishers, 1994, p198.

授等认为,软法是指“效力结构未必完整、无需依靠国家强制保障实施、但能够产生社会实效的法律规范”。<sup>②</sup>姜明安教授认为,软法是一定人类共同体通过其成员参与、协商方式制定或认可的,对人们的行为具有约束力的行为规则。<sup>③</sup>虽然学界对软法的表述存在差异,但对软法的认知有一个基本的共同点,即软法无需依靠国家强制保障实施、但对人们的行为具有约束力、能够产生社会实效。结合法治社会的具体语境,参考学界关于软法的内涵界定,我们认为,软法是指一定社会共同体通过其成员共同认可或协商制定的,不依靠国家强制力保障实施,但却能对共同体成员产生实际效力的规范。

## (二) 法治社会语境下软法的外延

法治社会语境下软法的外延应限于“社会”范畴。对此,有学者认为,这种“社会软法”的主要范围包括:(1)行业协会、高等学校等社会自治组织规范其本身和活动及组织成员行为的章程、规制;(2)基层群众自治组织规范其本身的组织和活动及组织成员的行为规章、规则;(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)执政党和参政党规范本党组织和党员行为的规章、规则。<sup>④</sup>但也有学者认为,政治协商、政治团体的章程和各项规则等应属于“宪制语境下的软法”,而社会领域中的软法则主要包括两种表现形式:一是自治与自律规范;二是行业标准。<sup>⑤</sup>

一方面,关于人民政协、执政党和参政党制定的软法是否属于“社会软法”,本文更倾向于后一种观点。这是由于政治团体尽管属于非政府团体,但它们与一般的社团组织却存在较大的差别。尤其是政治团体所具有的鲜明的政治属性,使它们更多地被归为一种“政治共同体”而非“社会共同体”,因而它们所制定的用于规范自身或其成员的章程、规则等,不宜纳入到“社会软法”之中。另一方面,对于以上两种观点所表述的“社会软法”的外延,则仍存在进一步补充、完善的必要。从我国的实践来看,法治社会语境下软法的外延主要表现为以下五种形式:

### 1. 自治章程

自治章程是一种学界公认的、典型的“社会软法”,它是指各类社会共同体为规范自身活动及其成员行为而制定的具有根本性和总括性的制度规范。对于特定的社会共同体而言,自治章程实际上已构成了共同体的“行动纲领”——共同体基于这种“行动纲领”而成立并组织活动,各成员一般也基于对“行动纲领”的认同而加入其中并参与活动。概括而言,自治章程主要包括以下三类:一是基层群众自治组织所制定的用于规范本组织活动及其成员行为的章程,主要是指村民委员会自治(管理)章程和居民委员会自治(管理)章程;二是企事业单位所制定的用于规范本单位活动及其成员行为的章程,例如国有公司章程、高等学校章程等;三是社会团体所制定的用于规范本团体活动及其成员行为的章程,例如各种协会、学会、研究会、基金会等制定的章程。

### 2. 自律规约

一般而言,自律规约是指社会共同体为了实现自我约束或自我规制的目标而制定的各种行为规范,因而也被称为“自律规范”。据此,从某种意义上讲,自治章程也属于一种自律规约,所以前述有学者将两者统称为“自治与自律规范”。然而,自治章程所具有的根本性和总括性及其与绝大

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》,载《中国法学》2006年第2期。

参见姜明安:《软法的兴起与软法之治》,载《中国法学》2006年第2期。

参见韩姗姗:《中国公域软法之兴起及背景分析》,载罗豪才主编:《软法的理论与实践》,北京大学出版社2010年版,第50页。

参见毕洪海:《软法的类型化》,载罗豪才、毕洪海主编:《软法与治理评论》(第1辑),法律出版社2013年版,第131-133页。

多数自律规约在内容上的差异，都意味着应将自治章程与其他自律规约区别对待。<sup>⑥</sup>因此，本文所论及的“自律规约”，是指前述各类自治章程以外的、由社会共同体就某个或某些方面事项所制定或认可的行为规范。结合实践来看，这些自律规约主要包括：（1）市民公约，即由一定范围内城市居民共同参与制定或认可的行为规范，较为典型如社区居民共同制定的社区文明公约。（2）乡（村）规民约，即由乡村民众集体协商制定或认可的关于乡村集体及成员的行为规范。例如，2014年初，湖北省竹溪县新洲乡双龙村将“限办酒宴、狠刹人情风”列入村规民约，要求村民除“婚丧嫁娶、乔迁添口”之外一律不得举办酒宴，为全村节省了大量的吃喝开支。<sup>⑦</sup>（3）行规行约，即由特定行业内部成员所共同制定或认可的行为规范，如《江苏省环境保护产业行规行约》、《上海铝业行业协会行规行约》、《焦作市怀药行业行规公约》等。从以上文本来看，行规行约的内容主要涉及行业道德、行业规约、规约管理等方面。

### 3. 行动倡议和指南

行动倡议，是指社会团体发布的希望人们作出某种行为或不作出行为的动议。行动指南，则是指社会团体发布的引导人们实施某种行为的规范。从发布的主体来看，行动倡议和指南既可以由某一社会团体单独发布，也可以由若干社会团体联合发布。以行动倡议的发布为例，在2015年7月初，针对我国证券市场出现的大幅非理性波动，中关村上市公司协会独立发布了《关于维护资本市场稳定发展的行动倡议》；山西省证券业协会、山西省上市公司协会、山西省期货业协会、山西省投资金业协会则联合向社会发布了《倡议书》。从规范的对象来看，行动倡议和指南既有可能以社会团体的成员为规范对象，也可能以全社会成员为规范对象。前者如律师协会发布的律师指南，后者如餐饮协会向社会发布的“光盘行动”倡议。但不论规范的对象仅是社会团体及其成员，或已及于全社会，都仍未超出社会共同体之范畴。因此，行动倡议和指南应被纳入到“社会软法”之中。

### 4. 行业发展纲要和规划

行业发展纲要和规划，主要是为了促进特定行业或产业的发展，从而就该行业或产业未来一定时期内有关工作的方向、步骤或措施等所作的设计和安排，以此对行业成员形成相应的指导。相比而言，纲要的原则性较强，而规划则可粗可细。从以往的实践来看，行业发展纲要和规划的制定主体主要是政府或政府部门。例如，《国家集成电路产业发展推进纲要》由国务院制定、《茧丝绸行业“十二五”发展纲要》由商务部制定、《互联网行业“十二五”发展规划》由工信部制定等等。但近年来，随着社会治理的持续推进、行业自我管理的意识和能力逐步加强，行业协会也开始自主制定行业发展纲要和规划。根据笔者对相关资料的整理，2015年内自行制定发展纲要或规划的行业协会即不在少数。例如，江苏省丹阳市中药材科技发展协会于2015年4月制定了《丹阳市中药材产业2015-2025年发展规划》、中国互联网金融行业协会于2015年5月发布了《2015-2018年互联网金融发展指导纲要》等等。此外，自《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》于2015年7月18日发布后，有关人士表示北京网贷行业协会也正制定自己的发展纲要。<sup>⑧</sup>总体而言，这些发展纲要或规划由作为社会共同体之一的行业协会制定并发布，且对行业协会成员起到一定的引导和约束作用，因而属于“社会软法”之范畴。

### 5. 行业协会标准

在我国《村民委员会组织法》第10条和第27条的规定中，“村民自治章程”与“村规民约”被作为并列的概念予以列举，即在一定程度上反映了两者不宜混同，而应当根据实际情况作出相应的区分。

《〈村规民约〉刹住了人情风》，参见2015年9月5日湖北省人民政府门户网站，[http://www.hubei.gov.cn/zwgk/rdzt\\_v12/2013mhwztt/dqjysj/dqdxal/201404/t20140415\\_496512.shtml](http://www.hubei.gov.cn/zwgk/rdzt_v12/2013mhwztt/dqjysj/dqdxal/201404/t20140415_496512.shtml)。

《宜信 CEO 唐宁：北京网贷行业协会正制定发展纲要》，参见2015年9月5日和讯网，<http://p2p.hexun.com/2015-07-19/177666811.html>。

行业协会标准, 又称“协会标准”, 是指在现代化与工业化社会的要求之下, 由行业协会根据行业发展的现状所建立的一套自愿性标准体系规范。长期以来, 我国较为重视“行业标准”的制定而在一定程度上忽略了“行业协会标准”的存在与发展。所谓“行业标准”, 是指根据我国《标准化法》的规定, 由国务院各部委(局)所制定的、在全国某个行业范围内统一适用的技术标准。可见, 行业标准是通过国家立法予以规定的, 尤其是强制性的行业标准, 更是以硬法的形式得以体现。与行业标准不同, 行业协会标准则主要以自愿适用为前提, 是行业协会及其成员依据市场需求而制定与实施的自愿性规范, 是一种“社会软法”。

## 二、软法之治之于法治社会建设的意义

“法治社会建设当然离不开国家硬法, 但更多的还是要依赖软法。软法在制定和实施过程中体现了对社会多元主体的充分尊重, 强调平等协商、自律互律, 推动社会自我管理、自我规制, 已经成为法治社会建设的主要规范, 正在发挥越来越独特、越来越大的作用。”<sup>⑨</sup> 软法同社会治理是紧密联系在一起的, 软法之治作为一种“柔性治理”, 能够全面回应公共治理的现实需要, 在法治社会建设中具有非常重要的意义。总体而言, 软法之治之于法治社会建设的意义主要体现在下列方面:

### (一) 强化公民主体意识和规则意识, 促进法治社会理念的形成

推动法治社会建设的进程, 首先应促进法治社会理念的形成。法治社会理念作为一种现代法治理念, 它的形成有赖于公民主体意识和规则意识的强化。对于公民主体意识, 有学者认为它是“现代法意识中的最根本的因素”。<sup>⑩</sup> 然而, 由于长期以来国家管理观念的深入人心, 使得我国公民的主体意识仍较为薄弱。这在法治领域则主要表现为, 公民仍习惯于作为法律实施的对象而存在, 却忽略了自身在法律制定和适用过程中的主体性。软法之治的产生, 有力地推动了社会共同体自身规范体系的建设进程, 使公民等社会主体能够自主、自愿地参与到规范创制与实施的利益博弈中来, 有助于强化公民等社会主体在法治领域中的主体意识。这不仅是形成法治社会理念的必要条件, 也是宪法关于人民主体地位在法治社会建设中的实践和体现。对于公民规则意识, 有学者则将它称为“法治建设的基石”。<sup>⑪</sup> 软法之治的出现, 以“软法亦法”的定性超越了人们所理解的“法即硬法”的传统法律观念, 从而使以往倍受贬抑的软法规则得以“正名”。这有助于完善并强化我国公民的规则意识, 有助于“自我约束、自我管理、自我发展”等法治社会理念的普及。

### (二) 弥补硬法的不足, 健全法治社会的规范体系

传统硬法在具有明确性、稳定性等优势的同时, 也表现出僵硬性、滞后性等缺陷。尤其随着我国经济的快速发展, 社会事务日益复杂化与多样化, 使得硬法面临极大的挑战。首先, 由于硬法制定的程序正式严格且成本较高, 使其往往难以及时地对社会领域中出现的新问题作出及时的规范, 从而造成硬法缺乏对于现实的回应性, 经常滞后于社会治理的发展需求, 进而导致法治社会建设中规范供给的不足。其次, 在某些社会领域, 硬法的约束与社会治理方式的转型及创新存在矛盾, 从而引发了关于硬法规制必要性的争议。这都使得硬法及硬法之治遭遇到前所未有的困境。在此背景下, 软法以其灵活性、柔和性和适时性等特点获得了生存与发展的空间, 并有效地弥补了硬法在社会治理中的缺陷。一方面, 当社会问题大量涌现而硬法又不能及时制定并对此予以调整时, 由社

罗豪才:《法治社会建设既要有硬法, 也要有软法; 柔性治理是基层常用的治理方式——关于法治的混合治理模式》, 载《北京日报》2015年1月19日。

[日]川岛武宜著:《现代化与法》(修订版), 申政武等译, 中国政法大学出版社2004年版, 第7页。

⑪ 郑重:《规则意识是法治建设基石》, 载《理论学习》2014年第1期。

会共同体创制的软法能够对此“法律空白”地带予以填补，从而避免社会治理中无法可依的窘况。另一方面，软法有利于使社会领域的多元利益关系得到协调与平衡，从而克服了硬法刚性约束所引发的问题，并在本质上起到化解社会矛盾的功用。由此可见，软法的存在和适用进一步完善了我国的法律规范体系，使法治社会建设获得了必要的规范基础。

### （三）推动实质法治的发展，以良法促进善治的实现

实质法治与形式法治构成了法治的两种基本类型。实质法治要求法治体现政治伦理的内容以推动实质正义的实现；形式法治则要求法治具备形式性和工具性的内容并强调法治的程序性和外在性的显现。<sup>⑫</sup> 尽管我国法治社会建设是否需要从形式法治走向实质法治尚存争议，但推动实质法治的发展以促使善治的实现却已经成为学界的共识。对硬法来说，其必然包含一定程度的形式法治精神，却不必然包含实质法治精神。特别在社会转型过程中，硬法的实质法治精神极易随着时过境迁而受到质疑和挑战。<sup>⑬</sup> 为此，仅仅依靠硬法的实施难以全面推动实质法治的发展。相比较而言，软法所融合的协商精神与民主精神，使其更加关注法规自身的正当性，从而更加充分地照顾到社会共同体内部的多样化和个性化需求，尤其能够根据具体的时境和情形对少数人的诉求予以充分考虑，以此克服了硬法基于其普适性而引起的、为“顾全大局”而忽略了少数人利益的问题，进而不断地趋向于实质上的良法。通过减少与纠正硬法规制可能造成的个别不公正，软法之治有助于使我国的法治在普遍正义与个别正义之间取得平衡，从而促进形式法治与实质法治的统一，进而推动善治的实现。

### （四）整合法治建设力量，推进法治国家、法治政府、法治社会一体建设

我国以往基本上是通过单一的政府推进来开展法治（制）建设。从历史来看，这种法治建设的推进模式具有很强的针对性，且相当长的时期内是符合我国国情的。然而，随着域之治从国家管理向公共治理转型，政府单一推进法治建设的局限性日渐显露，且集中表现在它对于公民社会与政治国家间关系调适的乏力上。为此，通过整合社会资源、汇集多方力量来改变政府单一推进法治建设的局面已势在必行。而软法之治的实施，则将公民社会纳入了法治建设的体系之中，使社会共同体借助于软法之治实现了自我约束与自我管理，从而打破了国家与政府对于公共权力，尤其是对法律规范创制权的垄断，并由此摆脱了法治建设中国家中心主义的观念束缚，推动了法治社会建设的进程。而且，软法之治还能有效地促进政府与公民社会之间的协商对话，使公民等社会主体能够充分地参与到公共治理的过程中来，并对政府及其公务人员实施有效地监督，从而推进法治国家、法治政府、法治社会一体建设。

## 三、软法之治的实施方式

“法律的生命力在于实施，法律的权威也在于实施”。如果法律仅停留于纸面上而不能以到实施，则其权威和生命力就不能得到彰显，法治也将无从谈起。对于软法之治而言，亦是如此。与硬法不同，软法虽然不以国家强制力保证实施，但它却在实践中形成了自身特有的实施方式。一般而言，软法之治的实施方式主要体现在如下方面：

### （一）自我约束

<sup>⑫</sup> 史海泉：《形式法治和实质法治——中国社会主义法治建设的类型取向》，载《石河子大学学报（哲学社会科学版）》2008年第4期。

<sup>⑬</sup> 参见韩春晖：《软法机制初探——沿袭经验主义的认知方式》，载罗豪才等著：《软法与公共治理》，北京大学出版社2006年版，第251页。

自我约束,是指共同体成员出于自愿而依照共同体软法规范自身的行为,从而使共同体软法得到尊重与遵守。自我约束作为一种完全不依赖于外部影响或约束而存在的软法实施方式,它的实现主要依靠的是成员个体心理上自觉形成的认同感、责任感等。具体而言,包括四个方面:一是成员对于共同体的认同感与归属感。对于个体而言,他既有可能是出于自身的兴趣、爱好或利益等原因,也有可能是基于家族血缘的原因,而成为共同体成员。前者如个体加入某种社会团体,后者如个体出生在某个乡村而成为其中的一员。无论是哪种情形,成员都有可能对共同体自然形成一种认同感与归属感,如社团情结、乡情等,这对促使他们自觉遵守共同体规则能够起到一定的推动作用。二是成员对于共同体的责任感。这是指某一成员在共同体从事活动的过程中,会与其他成员相互形成一定的信任关系,这在道德品质的推动下往往可能发展成为该成员对于整个共同体的一种责任感。以此为基础,个体成员将通过自律自管而使共同体软法得到实施。三是成员对于共同体软法的认可。与对共同体的认同感、责任感相比,这种认可则更多地依赖于成员的理性,且直接针对所要实施的软法,因而也相对具体。从实践来看,共同体在制定软法规范的过程中已越来越重视促进成员的认可。例如,安徽省肥东县包公镇为引导广大村民遵守村规民约,积极动员组织广大群众签订遵守村规民约承诺书、践诺书,确保村规民约进户入心。<sup>⑭</sup>四是成员对于自身声誉的珍视。个体成员在共同体内部会因自身良好的言行举止而形成一定的声誉。出于对自身声誉的珍视,成员也会尽可能地使自身行为符合共同体的要求,这也当然包括对共同体软法的遵守和维护。

## (二) 协商与协调

作为一种由自组织内部成员共同建构的规范体系,“协商”成为了软法的核心特征之一,它不仅是软法制定的必要步骤,更是软法实施的重要方式。一般而言,协商是指通过当事人之间的平等对话来达成行动上的一致,从而推动软法的实施;而协调则是协商的延伸,是指在当事人以开展协商难或协商不成的情况下,通过第三方主体的介入与调解,促使当事人依软法行事。从实践来看,协调的主体既有可能是具有一定身份、权威的自然人,也有可能是由他们所代表的某一社会团体或组织。值得注意的是,协商与协调并非是对软法规范的讨价还价,或试图以此规避软法的责任,而是要通过充分的磋商与沟通,使当事人之间达成谅解与一致,并以此使软法真正地被付诸于实践。而且,在法治意识相对薄弱的乡村等共同体中,以协商与协调的方式实施软法,还意味着对“以眼还眼、以牙还牙”的原始法则及其实施的否定与变革,是软法之治推动乡村法治建设的重要方式。例如,贵州省《大竹村村规民约》第33条规定:“在生产、生活、交往过程中,应遵守平等、自愿、互利互惠原则,邻里纠纷,应本着团结友爱的原则,依法依规,合情合理和平协商解决,协商不成可请结对党员、村民小组长协调解决,还解决不了的请村、冠山街道调解委员会调解,再调解不了的通过依法向法院申诉,依法维权,一律不允许和存在以怨报怨、以暴制暴。”<sup>⑮</sup>对此,有基层领导认为:“把大家约定俗成、得到群众高度认可的村规民约制度化、规范化,通过协商调解的方式化解村民之间各种隔阂、利益冲突,是对农村法治建设的重要补充。”<sup>⑯</sup>

## (三) 引导与激励

引导,是指共同体通过劝告、倡导、说理等方式,指引成员自觉遵守软法,以保障软法能够发挥实效。引导的目标在于对共同体成员形成积极、肯定的指引,因而既不存在对共同体成员的否定

<sup>⑭</sup> 《肥东县包公镇“村规民约”助推基层民主法治建设》,参见2015年9月8日法治合肥网, <http://www.hfgjj.com/n7216006/n29827740/n29838102/n29838436/43835279.html>。

<sup>⑮</sup> 《大竹村村规民约》,参见2015年9月8日贵州党建网, <http://www.gzjcdj.gov.cn/wcqx/detailnew.jsp?id=3556684>。

<sup>⑯</sup> 参见《村规民约“约”出崭新气象——舒城县化解农村矛盾纪实》,参见2015年9月8日六安新闻网, <http://news.luaninfo.com/zwx/2014/12/16/091246579591.html>。

性评价,也更不会构成对于共同体成员的强制。例如,某行业协会向其成员发出的抵制商业贿赂的倡议,即属于一种引导。现实中,为进一步保障引导所能达到的成效,共同体往往不只停留于单纯的言语说服,还会借助于一定的利益诱导来激发成员践行软法的动力,而这实际上即构成了一种激励。激励的手段是多样的,除了一般意义上的表扬、精神奖励和物质奖励以外,实践中也出现了一些间接性的激励手段。例如,已有乡村制定了《村规民约奖惩实施细则》,其中设定了详细的加分与扣分标准。<sup>⑰</sup>当村民根据引导自觉遵守村规民约时,能够获得相应的加分。尽管某一次或几次的加分并不直接构成精神奖励或物质奖励,但它却成为村民获得奖励的评价标准,与村民每季度的奖励密切挂钩,从而对村民的行为产生了直接而有效的引导作用。

#### (四) 舆论与谴责

舆论,是指社会共同体中相当数量的成员对于某一个体或事件所表达的具有共同倾向性的观点、态度和意见的总和。对于社区、乡村或社会团体等共同体而言,它们实际上已构成了一个个成员交往频繁且彼此熟悉的“熟人社会”。而共同体软法正是在这种“熟人社会”中所达成的、表达所有成员共同价值信念的契约,共同体成员理应自觉遵守和维护。一旦有成员违反了共同体软法,也就是破坏了成员间的契约,这必将引发共同体内部的舆论。就舆论本身的属性而言,它并不具备要求共同体成员为或不为某种行为的强制功能,但它却会使违法者因舆论所包含的否定性评价而感受到压力,还有可能使其因背离共同体的价值信念而面临被其他成员“排挤”的风险。为此,在舆论形成后,违法者将可能为恢复其在共同体中的地位及“修补”与其他共同体成员间的关系而对软法责任予以承担。谴责,则是指对于共同体成员违反软法的行为予以严厉责备。谴责对于软法实施的功能与舆论类似。而且,相较于舆论,谴责的公开性更为鲜明,且否定色彩更为强烈,因而一般能给予违法者更大的言论压力。

#### (五) 批评与检讨

批评在各类共同体软法实施中均较为常见。从有关的社会团体处分规定来看,我国《律师协会会员违规行为处分规则(试行)》所列举的“律师协会对会员违规行为作出的行业处分种类”即包括了“通报批评”;<sup>⑱</sup>《中国摄影家协会个人会员处分细则(试行)》第4条对“通报批评”作了规定,并在第5条明确指出“通报批评,系指在公开场合及媒体对受处分人违纪行为进行公开批评的处分”、“中国摄协对会员处以通报批评处分,处分决定通知其本人和所在团体会员,记入会员档案,并在中国摄协所属媒体上公布”;<sup>⑲</sup>等等。从有关的乡规民约来看,也存在相关规定。例如,浙江某村村规民约规定:“凡违反本村规民约的,在必要时村民委可向有关部门提出建议,如吊销执照、停止营业、辞退公职、行政处分等。对屡教不改情节严重的,除有关部门依法处理或本村规民约明确规定的处罚之外,村民委还可以作出如下处理:(1)用广播予以批评教育;……”<sup>⑳</sup>而且,除通报批评以外,更多的乡规民约则对“检讨”或“悔过”作了规定。例如,2000年海南金江镇大拉村村民委员会订立的《村规民约》即规定,“对虐待妇女、儿童、老人且屡教不改者,处以200元以上罚款,并在村民大会上作检讨”。<sup>㉑</sup>又如,贵州省《大竹村村规民约》第46条规定:“违反本村

<sup>⑰</sup> 参见《三江镇潘寨村村规民约奖惩实施细则》,参见2015年9月8日贵州党建网 <http://www.gzjcdj.gov.cn/wcqx/detailnew.jsp?id=2648623>。

<sup>⑱</sup> 参见《律师协会会员违规行为处分规则(试行)》,参见2015年9月8日中国律师网, <http://www.acla.org.cn/hyxwz/11234.jhtml>。

<sup>⑲</sup> 参见《中国摄影家协会个人会员处分细则(试行)》,参见2015年9月8日中国摄影家协会网, <http://www.cpanet.org.cn/cms/html/zixun/yejie/20110411/52404.html>。

<sup>⑳</sup> 参见张静:《乡规民约体现的村庄治权》,载《北大法律评论》1999年第2卷第1辑,第38页。

<sup>㉑</sup> 《乡规民约代有承传》,参见2015年9月8日全刊杂志赏析网, [http://doc.qkzz.net/article/8ef6403f-c30f-497f-bf1f-df8a72ca856a\\_2.htm](http://doc.qkzz.net/article/8ef6403f-c30f-497f-bf1f-df8a72ca856a_2.htm)。

规民约,除触犯法律由有关部门依法处理的,村民委员会可作出如下处理:……;2.写出悔过书,用村广播进行通报;……”<sup>22</sup>可见,检讨、悔过等亦是实施乡规民约的一种方式,它们一方面包含了公开批评的意味,另一方面还能够使行为人明确自身的错误并公开表态,这在某种程度上比单纯的批评更为深刻,也更有利于促使行为人和其他村民遵守村规民约。

#### (六) 监督评议

监督评议,是指通过共同体成员之间的相互评议所进行的监督。从实践来看,监督评议主要在行业内部开展较多,其主要目标在于通过同行业成员的相互评议,对各成员履行协会章程、行规行约的情况予以监督,从而及时发现并纠正违规行为,落实协会章程、行规行约中的各项规定。例如,2009年,江西省保险行业协会在行业内建立了同业监督评议机制,该机制对同业监督评议委员会的组成及其工作责任、同业监督评议的议事规则、同业监督评议的互评规则及处理结果等均作了明确规定,并取得了较好的成效。<sup>23</sup>可见,相较于以往泛泛而谈的“同行监督”或“同业监督”,同行(业)监督评议有助于实现监督的常态化并增强了监督的可操作性,并能够较为客观地对协会章程、行规行约的实施状况予以反映,从而加强了对于协会章程、行规行约等软法实施的监控。

#### (七) 经济处罚

经济处罚是一种具有强制性的软法实施方式,它在我国乡村自治的实践中得到了广泛的运用,并以罚款作为其主要方式。根据笔者所作的文本分析,部分乡规民约中所包含的罚款条款的比例相当大,以至于整个乡规民约似乎已变成了“罚款细则”。例如,在海南金江镇大拉村村民委员会订立的共10条村规民约中,涉及罚款的条款占了10条;<sup>24</sup>又如,在《三江镇潘寨村村规民约奖惩实施细则》中,有21个条款涉及罚款的内容,且均对罚款的额度作了明确规定;<sup>25</sup>等等。乡规民约之所以如此热衷于对罚款进行规定,主要是由于罚款能够在村民的意识中建立起“违反乡规民约——承担责任”的直接联系,从而以一种确定且便捷的方式推动乡规民约的实施。但与此同时,经济处罚却也由于牵动了现代法治意识形态关于公民财产权利的神经,并且引起了与国家公权力可能产生纠葛的危险,因而也引发了不少学者的质疑。<sup>26</sup>我们也认为,借助于罚款来推动乡规民约的实施,存在可商榷之处。其一,以上乡规民约并未明确收取罚款的主体,且我国《村民委员会组织法》也并未授予村民委员会进行罚款的职权,因而乡规民约中的罚款仍存在违法之嫌。且在此情况下,罚款也易于异化成为个别人员违法“创收”的来源。其二,罚款作为一种硬法中常用的责任形式,如果将其大量运用于乡规民约的实施中来,将会使乡规民约的软法属性发生动摇,从而不利于软法之治的发展。然而,这并不意味着经济处罚在软法之治中一无是处。从实践来看,某些罚款以外的经济处罚仍具有一定的适用空间。例如,海南省琼中县番道村为督促村民养成良好卫生习惯,其村规民约规定,若管理小组没有履行职责,要请全村村民吃一顿饭,若村民违反了职责,并在管理小组提醒三次后仍不改正,也要请全村村民吃一顿饭。据村民反映,此村规民约制定后,村里的卫生状况得到了较大改善,也从来没有发生过请全村人吃饭的事。<sup>27</sup>

#### (八) 限制与取消成员资格

限制与取消成员资格,是指社会共同体对违反共同体规则的成员予以身份资格上的限制或直接

<sup>22</sup> 前引<sup>15</sup>。

<sup>23</sup> 《江西省保险行业协会充分发挥同业监督评议作用,促进行业和谐发展》,参见2015年9月8日保险资讯网, <http://www.baioxianx.com/3d/html/13859.html>。

<sup>24</sup> 前引<sup>21</sup>。

<sup>25</sup> 前引<sup>17</sup>。

<sup>26</sup> 参见何才林:《乡规民约的软法之维》,载罗豪才主编:《软法的理论与实践》,北京大学出版社2010年版,第191页。

<sup>27</sup> 《村规民约“约”出美丽乡村》,参见2015年9月8日海南日报网, [http://hnrh.hinews.cn/html/2014-10/17/content\\_8\\_3.htm](http://hnrh.hinews.cn/html/2014-10/17/content_8_3.htm)。

取消其成员资格的制裁方式。个体在共同体中的身份资格一旦受到限制或被取消，其作为共同体成员或以共同体名义所享有的权利或由此而获得的利益、声誉等将不复存在，因而这是对成员违反共同体规范所可能导致的最为严厉的制裁方式。实践中，这一制裁方式常见于社会团体的处罚规范中。例如，《中国摄影家协会个人会员处分细则（试行）》第6条、第7条分别对暂停会籍与取消会籍作了规定，指出暂停会籍期间，“受处分人需缴回中国摄协会员证、不得以中国摄协会员名义参加各种活动或进行自我宣传”；而处以取消会籍处分的，“会员档案封存并注明‘取消会籍’。处分决定通知其本人和所在团体会员，并在中国摄协所属媒体上公布”。<sup>②</sup>

#### 四、法治社会建设中软法与硬法的衔接

强调法治社会建设中的软法之治，原因在于软法之治与法治社会建设存在本质上的契合性。然而，这并不意味着仅仅依靠软法之治，就能够完成法治社会建设的任务。事实上，全面推动法治社会建设，仍有赖于软法之治与硬法之治的有机结合。为此，如何实现软法与硬法的衔接，亦是推行软法之治的一个重要课题。我们认为，软法与硬法的衔接应当包括效力位阶上的衔接、立法形式上的衔接和规制功能上的衔接。

##### （一）效力位阶上的衔接

作为一种形成于共同体内部的法律规范形式，软法主要以规范共同体内部成员的行为及其相互关系为目标，因而相较于硬法，软法更倾向于以具体问题为导向，并由此呈现出一定的分散性。尤其在社会领域，制定主体的多样化使得软法的分散性尤为凸显。在此情况下，必须理清软法与硬法两者之间的效力位阶关系，并实现软法与硬法在效力位阶上的衔接，以保证我国法律体系的统一。法制的统一性是法治国家与法治社会的基本要求。一般而言，社会共同体所制定的软法的效力位阶应在国家制定的硬法之下。为此，社会领域中软法的制定与实施应符合以下三个方面的要求：

第一，软法的制定与实施必须遵循基本的法治原则。作为一种法规范，尽管软法的制定不如硬法在主体、程序等方面存在严格的限制，但也应当遵循公平、公正、公开等正当程序原则，这也是软法民主性与协商性的一种体现。

第二，软法的制定与实施必须在宪法、法律、法规和规章的框架内进行，而不得与它们相冲突或抵触，否则将会被视为无效。一方面，宪法作为国家的根本大法与母法，它的精神、原则与规则无疑是一切立法都必须遵循的，软法也不例外；另一方面，存在于法律、法规和规章之中的强制性规范与禁止性规范，实际上是为软法的制定与实施划定了一定的“禁区”，任何形式的软法均不能触及。这也表明，自治是在法治之下的自治，不得以自治架空法治；软法应服膺于硬法，如果软法与硬法发生冲突或抵触，则被视为无效。

第三，部分软法的制定与实施还应当获得硬法的明确授权。由于社会领域中软法制定与实施的灵活性与便捷性，使得软法所涉及的内容范围已相当广泛。然而，由于我国公民社会的发育尚未成熟，仍需要通过硬法的规范来划清国家治理与社会自治的界限，并明确有关社会自治组织的权限范围等，否则将有可能导致社会公权力对于国家公权力的僭越，从而有碍于国家治理，也易于对公民的权利造成侵害。目前，对于城乡基层自治的软法，硬法已作了较为明确与具体的授权，如我国《村民委员会组织法》对村民委员会、村民会议的职责范围及村民自治章程的制定与实施等，均作了规定。但关于社会团体中某些软法制定与实施的授权却十分模糊。例如，对于某些协会制定和实

<sup>②</sup> 前引①。

施罚款规定的权限依据和范围何在,仍存在争议,因而还需要硬法的明确授权。

### (二) 立法形式上的衔接

由于软法自身所具有灵活性及其制定程序的简便性,使得在社会治理领域往往是先通过软法治理之后,再以此来推动相关硬法的出台,借助于硬法治理来弥补软法治理之不足。从某种程度上讲,软法实际上充当了硬法立法“试验田”的角色。而通过将部分软法上升为硬法,将能够实现软法与硬法在立法形式上的衔接,这有助于推进法治社会建设的进程。总体而言,社会领域中的软法主要涉及两类关系:一是社会共同体内部的关系,二是社会共同体外部的关系,主要是社会共同体与国家、政府之间的关系。对于前一类关系,由于仅涉及社会共同体内部的自治问题,因而仅需要留待软法实施调整,以保证社会公权力的正常运行;而对于后一类关系,其实际上已经超越了单纯的社会共同体自治的范畴,如果仅仅依靠软法的调整,则很有可能会出现规制上的乏力。因此,在这一领域,有必要将软法上升为硬法,以提升这些法规范的确定性。例如,由于我国《村民委员会组织法》对于村民委员会与乡镇人民政府间的关系仅存在原则性的规定,但这两者的关系又超出了村民自治的范畴,因此,现有的对于两者关系起到实际调整作用的软法,有必要被上升为硬法,以弥补硬法在这一领域的缺失,并增强法规范在这一领域的效力。

### (三) 规制功能上的衔接

要推动和实现软法与硬法在规制功能上的衔接,必须根据软法与硬法的属性,对两者作出科学、合理的分工,从而发挥出两者的比较优势,并使两者能够取长补短并相互协调、相互配合,在规制上形成合力。具体而言,软法与硬法在规制功能上的衔接包括“硬法规制为主,软法规制为辅”与“软法规制为主,硬法规制为辅”两种方式。其中,前一种方式主要适用于对社会治理中涉及权力、组织等合法性基础问题的规制。如共同体权力的取得及分配、共同体组织的建立等,都应当以硬法规制为主。这是由于作为一种典型意义上的法规范形式,硬法的规定是获得合法性基础的重要途径。而且,硬法依靠国家强制力的保障,也能够使各方主体服从权力的分配及认可组织的存在。后一种方式则主要适用于对共同体内部具体事务的规制。这是由于共同体的内部事务涉及政治、经济、文化、治安、教育、卫生以及婚姻家庭等多个领域,且在不同共同体之间还存在差异,如果要通过硬法的刚性约束来对此一一作出规制,显然不具有可操作性。而且,硬法所形成的刚性约束也易于造成国家权力对这些事务的过分介入与限制,从而有损于社会共同体自我调节能力的生成与发挥。在此情况下,更多地借助于软法进行规制,无疑是一个合理的选择。

(责任编辑:夏金莱)