

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2018.12.002

欢迎按以下格式引用:杨三正,苟学珍.论基于经济治理的经济法软法之治[J].重庆大学学报(社会科学版),2019(5):179-187.Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2018.12.002.

Citation Format: YANG Sanzheng, GOU Xuezheng. On the governance of economic soft law based on economic governance [J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2019(5):179-187.Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2018.12.002.

论基于经济治理的经济法软法之治

杨三正,苟学珍

(兰州大学 法学院,甘肃 兰州 730000)

摘要:无论从一般法理还是经济法这一部门法层面看,经济法软法的治理功能正在得到彰显。为此,有必要对经济法软法的基本类型、经济治理及其理想模式、经济法软法治理得以实现的路径以及基本规则进行理论阐释,使经济法软法在经济治理中发挥其应有功能。为达此目标,本文首先对其渊源加以分类,将其类型化为公共政策类、行业规章类、专业标准类、市场交易主体类和国际经济法软法规范等类型。在此基础上,通过定性分析从经济学和法学理论中探寻经济治理的旨趣,进而基于经济治理的本质探讨经济法视域中经济治理的理想模式,从该部门法角度厘清并选择“经济治理模式”,该模式即为“经济法规文本层面的治理+经济法软法规范的治理”之软硬结合模式,其实质就是经济法软法与硬法并用。最后诉诸价值分析从应然角度研判,提出经济法软法治理得以实现的关键在于转变认知观念、厘清治理路径、协调硬法与软法实施,并遵循冲突时软法让位于硬法、和谐时软法优先于硬法两项基本规则。

关键词:经济法软法;类型;经济治理模式;路径;规则

中图分类号:D922.29

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2019)05-0179-09

从法律学术史的角度讲,“软法”系继埃利希的“活法”之后,法学者们提出的与“国法”或者“硬法”相对的一个概念。这一概念首先出现在国际法领域,随后在国内法研究领域得到学术界的普遍重视,从而使这一领域的研究得到长足的发展,研究成果斐然。伴随着中国社会及经济的转型,作为国家调节社会经济关系重要规范的经济法,将自身特殊性与国家治理能力和治理体系现代化的构建紧密结合,坚持与时俱进,并在此过程中生成了大量经济法软法。当我们将视角投向当下和未来时,就不难形成这样的认识,即作为软法的政策和其他规范正在也必将在推进国家治理能力和治理体系现代化过程中发挥其应有功能。

修回日期:2018-11-27

作者简介:杨三正(1962—),男,甘肃会宁人,法学博士,兰州大学法学院教授,硕士研究生导师,主要从事经济法基础理论研究,Email: ysz1310@126.com;苟学珍(1992—),男,甘肃宕昌人,兰州大学法学院硕士研究生,主要从事经济法基础理论研究。

从政策层面看,党的十八届四中全会作出的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,明确提出了依法治国与以德治国相结合的治国方略,强调“发挥政策和法律各自优势,促进党的政策和国家法律互联互动”。党的十九大报告《决胜全面建成小康社会夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》(以下简称十九大《报告》)在进一步强调“坚持依法治国和以德治国相结合”“提高全民族法治素养和道德素养”等纲领性政策的同时,提出“从二〇三五年到本世纪中叶,在基本实现现代化的基础上,再奋斗十五年,把中国建成富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国。到那时,中国物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明将全面提升,实现国家治理体系和治理能力现代化……”的具体目标。其中的“道德素养”无疑对实现“实现国家治理体系和治理能力现代化”具有毋庸置疑的作用,其已经也必将外显于包括经济治理在内的各项国家治理事业中。

从经济法这一部门法层面看,在中国现行的诸多单行经济法文本中含有为数不少的经济法软法规范。诸如中国《商业银行法》第59条规定,商业银行应当按照有关规定,制定本行业业务规则,建立、健全本行的风险管理和内部控制制度;《反不正当竞争法》第2条规定,经营者在市场交易中,应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则,遵守公认的商业道德;《反垄断法》第11条规定,行业协会应当加强行业自律,引导本行业的经营者依法竞争,维护市场竞争秩序。这些法律规范中所包含的“行业业务规则”“公认的商业道德”“行业自律”等均为经济法软法的重要组成部分,在经济社会中亦发挥着其独到作用。

一、研究现状概述

法学界普遍认为“软法”的概念最早出现于国际法领域,一般指国际法主体间达成的非严格意义的协议。有学者从法社会学角度指出,软法“是经济市场化、社会民主化、法律社会化以及全球组织化的产物”^{[1]219}。可见,软法既不是舶来品,也不是国内学者想当然的首创,而是适应社会需求产生,并存在于社会中的规范,是社会治理现实需求的反映,其概念的提出只能是发现而非创造。

针对软法的定义,国内有学者指出“‘软法’是指那些效力结构未必完整、无须依靠国家强制力保障实施、但能够产生社会实效的法律规范”^[2]。还有学者认为“‘软法’亦法,是非典型意义的法”^[3]。国外对软法定义引用较多的是法国学者弗朗西斯·施尼德(Francis Snyder)的观点,其认为“软法是原则上没有法律约束力但有实际效力的行为规则”^[4]。由这些定义可知,软法因其不具有法律的实质特征而不应当是法,但因其具有法律的形式特征又属于法。因此,当基于多元视角审视法律时,软法无疑为法,而且这种多元法律观是当代社会治理的大势所趋。

与整个法学界对软法研究的热潮相伴,经济法学界对这一学术现象并没有选择静观其变,而是以积极的学术态度予以回应,并形成了较为丰硕的研究成果。假使对经济法学界关于软法研究的成果进行梳理,则可将其大致归纳为以下几方面:其一,关于研究背景和理论基础的研究成果。首先,从研究的背景看,一方面是出于对业已存在的社会法现象的回应,程信和、朱国华等人认为“国法”之外存在大量的经济法软法^①;另一方面,公共治理与经济法的耦合成为张永忠等人研究的背景,他们强调公共治理与经济法具有一致性,是历史使命的耦合、本质特征的契合,经济法是公共治

① 吕中国、强昌文立足于经济法基础理论视角,从兴起背景、理论基础、特征、渊源和运行等方面,对经济领域软法研究文献进行了较为全面而细致的梳理,对研究经济法软法的基本理论问题具有学术引导意义,本文在研究文献综述中参考了其部分学术观点,参见吕中国、强昌文《经济领域的软法研究述评》(《西北农林科技大学学报(社会科学版)》2013年第2期)。

理的重要制度形式。其次,“从研究的理论基础看,是社会中间层的出现与公私法融合以及对传统法概念的突破”^[5]。这些研究成果对经济法软法的研究起到了重要的启迪作用。其二,论及经济法软法特征的研究成果。颜运秋、曾明等人撰文指出“软法的非国家强制性、创制方式的弹性与民主性、非司法中心主义以及法律位阶的非层次性”^[6]是经济法软法的基本特征;朱国华将软法的特征归结为8个方面,即“形成主体的多元性、形成程序的开放性、载体形态的多样性、规范结构的随意性、效力位阶不明显、机构化或组织化、实施方式的非国家强制性和救济手段的非司法中心主义”^①。这些对经济法软法基本特征的认识虽有出入但大体相似,说明软法作为一种基本社会规范而存在的原貌,得到经济法研究者的认同。其三,以经济法软法渊源为视角的研究成果。针对经济法软法的渊源,吕中国等将其归纳为“行业标准、公共政策、自律规范、弹性条款、交易合同、集体合同以及民间社会自治规则等”^[5]。可见,经济法领域的软法不仅表现在宏观调控领域,而且也表现在市场规制领域。

以上研究成果主要从一般意义上,对经济法软法的理论基础、基本特征及渊源进行了阐释。本文试图在借鉴已有研究成果的基础上,首先对经济法软法的类型作出分类,然后基于经济治理的视角,对经济法软法存在的必然性、经济法软法治理的实现途径,以及软法与硬法治理的相互协调等进行较为深入的研究,以期为推动国家治理能力和治理体系现代化,也为推动中国经济法理论发达和制度图新提供多元视角。

二、经济法软法的类型

以往的经济法研究大多遵循“市场—社会中间层—政府”三元框架的基本范式,基于软法生成主体多元的特征,将经济法软法的表现形式限定在国家、社会中间层及市场主体三个不同层面。但本文对软法规范表现形式的分类并没有按照生成主体的不同进行,而是采取类型化区分,以期通过不同视角的探究,最终认识到经济法软法规范的共性,并据此将经济法软法类型化为以下几类。

第一类为公共政策类的经济法软法。在国家经济治理的整个过程中,政府始终处在中心位置,因而其不仅主导经济法硬法的生成,同时经法律授权由其制定的相关经济政策等经济法软法规范,在现实经济生活中发挥着重要的规范作用,并得到较为彻底的贯彻实施。由此可见,基于公共政策的经济法软法规范当属经济法软法的类型之一。基于公共政策的经济法软法,其生成主体一般为国家公权力机关。细分之,主要有以下类型:(1)全国性的国民经济和社会发展规划,比如《中华人民共和国国民经济和社会发展规划第十三个五年规划》(以下简称《十三五规划》)是其典型代表。(2)区域性的经济发展战略,比如《中共中央、国务院关于深入实施西部大开发战略的若干意见》。(3)货币政策,比如《中国人民银行关于人民币贷款利率有关问题的通知》。(4)财政政策,比如财政部出台的《关于落实降低企业杠杆率税收支持政策的通知》。(5)竞争政策,比如原国家工商行政管理总局《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》。除此之外,还有产业政策等,不再一一穷尽。

第二类为行业规章类的经济法软法。行业协会等组织独立于政府和市场,又是连接政府和市场的主要纽带。相对于政府而言,这些组织在其实现对各具体的市场主体管理中起主要辅助作用。相对于市场主体而言,这些组织又是其实现经济利益的主要助力所在。“这些组织对市场主体的准入、市场主体的正当竞争、弱势群体的保护等方面的规制,都体现了其对经济活动的规制和管

理”^[6]。所以,行业协会等社会中间层所制定的行业规章是经济法软法的主要规范之一。行业规章的生成主体是经济活动中的各类经济组织,典型代表为行业协会,具体表现为“工商业者团体、消费者团体、劳动者团体、国有资产投资机构、商业银行、交易中介机构等”^[7],比如行业章程《中国工商业联合会章程》《中国消费者协会章程》等,再如烟草行业的 YC/242-2008、化工行业的 HG/T2054-2007 等行业标准。

第三类为专业标准类的经济法软法。作为经济法软法的一大类,专业标准主要包括经济领域的国家标准、地方标准、行业标准、企业标准等,例如“工业产品的品种、规格、质量、等级或者安全、卫生要求;工业产品的设计、生产、检验、包装、储存和运输方式等”^[1]。鉴于该类规则在社会经济活动中影响巨大,其地位相对比较特殊,故这里将此类规范予以单列,以凸显其重要性及存在形式的不可置疑。此类规范生成主体包括国家(地方)机关、行业协会(组织)、企业等。生成主体的多元性、公私兼容性决定了该类规范既有强制性特征,如国家标准;又有建议性特征,如行业标准,而且地方标准、行业标准大多高于国家标准。此类规范作为市场主体生产经营活动的主要参考依据,适用范围广泛、涉及人数众多,违反此类规则依然会受到相关主体的制裁,故此类规范构成经济法软法的类型之一。

第四类为市场交易主体类的经济法软法。经济活动中最主要、基数最庞大的主体当属各交易主体,这些交易主体按不同类别大致分为投资者、经营者、消费者、劳动者等,他们是经济活动的直接实施者,也是相关经济法规范的遵守者,他们在日常经济活动中产生了大量经济法软法规范。可将其细分为:(1)源于投资者的经济法软法规范,比如投资者相互间、投资者与经营者或消费者之间的协议、格式合同、会谈纪要等;(2)源于经营者的经济法软法规范,比如公司章程、商业交易习惯等;(3)源于消费者的经济法软法规范,比如消费者协会的指导性文件等;(4)源于劳动者的经济法软法规范,比如劳动合同、单位用人规范等。这些市场交易主体类经济法软法规范在经济活动中的适用最广泛和最直接,其虽不像经济法硬法和行业标准等有严格的法律后果,但对违反者依然有相应的制裁措施。这种依靠交易习惯、商业信誉等逐步形成的经济法软法规范在市场经济中的作用是经济法硬法无法取代和填补的,其源自社会现实生活,是对社会经济生活中各种既存现象的归纳和总结,自然生成为经济法软法的一个类型。

第五类为国际经济法软法规范。除上述国内法层面的经济法软法类型外,在国际层面还存在大量超国家法的经济法软法规范。这些规范往往涉及跨国经济的原则性问题,对签字国通常不具法律性约束力,大多为倡导性的国际非正式规范,其主要有两类:(1)国际组织的规范,例如《发展权利宣言》《电子商业示范法》《巴塞尔新资本协议》等;(2)国家间的规范,例如中国与许多国家签署的关于建立 21 世纪战略合作关系的联合声明等。随着经济全球化和区域经济一体化的不断推进,无论在宏观层面还是微观层面,也不论针对个人还是经济实体,国际经济法软法的影响将会越来越明显。

三、经济法视域中的经济治理模式

经济治理无疑是当代各国政府的要务之重,由此使得“经济治理模式”这一范畴在经济学和法学等社科领域深受青睐。但就理想的经济治理模式而言,要准确把握其重要内容及精髓,无论经济学还是法学都并非易事。经济法作为国家经济治理的主要法律之一,应当立足自身特性,厘清其

“经济治理模式”之内涵,明确选择其路径,能使经济法之软法治理具有理论自洽与现实可能。

何为经济治理?有学者从经济学的角度指出“经济治理是指政府、社会组织、公民个人等社会主体,通过一定形式的组织和制度安排,平等、共同地处理经济事务的过程”^[8]。我们认为,从经济法的角度可将经济治理定义为:经济法主体运用经济的、法律和行政的手段调整社会经济关系,实现社会经济利益的宏观和微观经济管理过程。经济治理这一动态经济利益实现的过程以公共经济风险为基本理论依据,需要政府、市场、社会组织 and 公民个人等经济法主体共同参与,以实现经济健康发展和维护社会公平正义。庞德曾指出:“我愿意把法律看成这样一种社会制度,即在通过政治组织的社会对人们的行为进行安排而满足人们的需要或实现人们的要求的情形下,它能以付出最小的代价为条件而尽可能地满足社会需求。”^[9]他从最大限度满足需求的角度来思考法律目的,将法律所应当保护的利益分为个人利益、公共利益及社会利益三个层次。如果将此一般性认知演绎为经济法之特质,那么经济法视域中的经济治理,其本质无非在于经济法主体利益的实现,而经济法则该利益实现的重要法律保障。正如有学者所言“经济法主要是规定和解决相关主体的权力或权利问题,但从更深的层面上看,则是相关主体间利益如何协调和平衡的问题”^[10]。经济治理在本质上就是对经济利益通过正当衡量并作出分配与相应妥协,一方面体现在经济法规范文本层面的利益分配,另一方面体现在经济法实施过程中的利益主体参与、沟通、商谈与合作^[11]。也就是说,这一静一动、一抽象一具体的利益实现过程是现代经济治理的基本途径。

经济治理模式的选择直接决定着其目标能否实现以及实现的程度。那么,我们应当如何选择经济治理模式呢?综观经济治理及经济法的运行实践,在经济法视域中的经济治理模式,主要有两种不同的选择:其一是传统的经济法硬法治理模式,表现为单纯依靠经济法规范文本层面的治理。其二是软硬结合模式,表现为经济法规范文本层面的治理+经济法软法规范的治理。第一种模式体现为以法所固有的调整方法为依托,既规定人们的行为规则,也规定相应的法律后果。也就是依靠经济法所固有的强行性规范、任意性规范以及倡导性规范来对社会经济关系进行调整。经济法的特有任务及调整对象的特殊性决定了“经济法在履行其调整使命时,既需采取必要的禁止、命令等强行性规范,以保障国家对经济的干预、管制;又需要采取任意性规范,以让社会经济主体自主从事经济活动;特别还需要大量提倡性规范来鼓励、引导各经济主体的经济活动”^[12]。该模式下,通过制裁措施保障强行性规范的实施,同时任意性规范和倡导性规范能够在一定程度上激发市场主体的积极性。

我们认为,较第一种模式而言,第二种模式更加具有实用价值,在实现经济治理方面具有独特的优势,现代经济治理应当选择第二种模式。首先,从治理方式看,既能发挥经济硬法所固有的功能,又能够最大限度地发挥诸如公共政策、行业规章、专业标准以及交易习惯等软法所特有的功能。其次,从治理结构看,社会中间层的出现,使得传统“市场—政府”的经济结构业已发生变化,出现了“市场—社会中间层—政府”的三元框架范式。在此范式下,“当我们面对市场失灵时,我们首先想到的不应当是政府能再做什么,而是行业协会可以做什么”^[13]。而行业协会等社会中间层正是经济法软法产生的重要渊源。再次,从治理实效看,软硬结合的治理模式在强调政府对市场干预的同时,能够最大限度地发挥行业协会的作用。一方面,充分发挥行业自律、行业自治的功能是推进治理体系和治理能力现代化的必然要求,这符合十九大《报告》中进一步确认的“使市场在资源配置中起决定性作用,更好发挥政府作用”,以及“创新和完善宏观调控”的经济政策。另一方面,软硬结合

的治理模式能够更加有效地调动各经济主体的积极性。事实上,大多数经济活动都是自生自发于市场,且绝大多数情况下由经济法软法加以规范。因此,将经济法软法纳入治理体系,采用软硬兼施的治理模式便是对既有合乎市场运行规律的经济活动的重视。

四、经济法软法治理的实现

“法律无非是一种社会需要,经济法生于现代国家干预社会经济生活之需要”^②。经济法软法作为一种既存的社会规范,其对于经济活动的指导、引领作用不言而喻,经济治理的现代化不应当也无法局限于经济法硬法。一般而言,“成文法者,无非择‘社会的惯行’中,必须遵守者,垂为明文而已。法学的任务,实不应仅研究成文法为已足,而应研究、探寻居于指导地位之活生生的法律,据以论断成文法之善恶良窳”^[14]。通过经济法软法达到理想的经济治理,将是未来国家经济治理的必由之路。而要实现通过经济法软法的治理,则必须考虑并重视以下几方面的理论问题。

(一) 转变认知观念

要实现经济法软法的治理,首先要对经济法软法治理的意识作出转变,即要从意识上将软法纳入经济法规范中,实质就是要解决经济法软法是否为法以及其范围为何两个问题。这两个问题又是先后相继的,只有视经济法软法为“法”方可探讨其范围,如视其非“法”则其范围当无从研判。

从一般法理学角度看,自然法学派、社会法学派、实证法学派对于软法是否为“法”观点各异。本质上这一认定过程是在划定法律框架的“中心”与“边缘”,“软法非法”体现了以国家法为中心的社会控制^[11]。我们认为,在当今法律多元化的背景下,不管是从软法规范的生成规律还是就软法本身的存在而言,软法无疑为法之一种,经济法软法亦为经济法之一种。在认定经济法软法是“法”的前提下,对其范围的厘清可以从生成主体和强制效力两个方面入手。从生成主体来看,由于经济法软法的生成主体具有多元性,使得这类规范大多为基于交易习惯等自然形成,当然也有一些是基于共同体的机构创制而成。从其强制效力来看,经济法软法具有规范性、公共性、权利性等基本效力,其强制效力很大程度上体现在经济法主体“丢面子”“出局”等方面。

(二) 厘清治理路径

“市场—社会中间层—政府”的三元框架范式被学界普遍认同,如果以此为基点,可将经济法软法治理分为公共治理、行业协会治理和私人治理三个层面。换言之,这三个方面也是实现经济法软法治理的基本路径。

首先,基于公共治理的经济法软法治理。经济领域的公共治理主要包含但不限于市场规制和宏观调控两方面,其基本与政府的经济职能相一致。市场秩序规制层面的治理中,经济法软法的作用主要在于弥补市场秩序规制法(硬法)在创造公平竞争的市场环境、协调经营者与消费者之间的利益关系、维护消费者合法权益等功能之不足。促进公平竞争方面的软法诸如前述原国家工商行政管理总局《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》;协调经营者与消费者之间利益关系、消费者利益维护方面的软法诸如各类行政指导。虽然这些领域的软法不如经济硬法那样具有强劲的执行力和责任机制,但由于其具有政策性特征,故依然能得到较大程度的实施。宏观调控领

^②笔者认为,任何法律均源自社会需要,经济法软法同样源自经济生活之需要,而且其社会经济生活的根基更为厚实。参见杨三正《对我国经济法体系的检讨与重构》(《西北师范大学学报(社会科学版)》2005年第2期,第121页)。

域的软法治理,主要是通过各类国家经济(规划)计划、中央有关经济政策等,对国民经济总体的供求关系进行调节和控制,以防止由于市场机制自身调节缺陷导致的市场失灵,诸如《关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》《十三五规划》等,都是从国家层面对宏观经济进行调节。其实,细观之,在宏观调控领域经济软法的作用往往要大于经济硬法,并且在该领域的经济类软法具有计划性、普遍适用性、稳定性和程序性等类似于硬法的特征会更加促使各相关经济主体遵循和执行。

其次,基于行业协会的经济法软法治理。行业协会是处在市场与政府过渡地带的社会中间层,其在经济治理中的作用越来越重要。由于其本身固有的公共性、中介性和自律性等特征,决定了行业协会的经济法主体地位。而其软法治理功能更是有目共睹,诚如有人所言“社团通过内部自律机制的运行以及纪律处分权、资格审查权等自治性权力,规范其成员行为,实现团体的秩序,并使团体秩序与法律秩序(特别是经济法秩序)相协调、相补充”^[15]。市场自身具有信息不对称、不完全竞争、盲目和滞后等先天缺陷,而政府调控也不可避免地存在诸如权力失序、信息不完善等缺陷。当行业协会作为调控主体时,其所进行的社团调节就会与国家调节相结合,从而有效地矫正市场调节和国家调节的双重缺陷。比如,行业协会的章程是加入该协会的各经济法主体必须遵守和执行的规范之一,如果某一主体不遵守该章程,其面临的后果之一便是“被出局”。这对于任何一个经济主体而言都是极其严重的后果,因此行业协会章程是一种较强的经济法软法治理规范。

最后,基于私人治理的经济法软法治理。有研究者认为“经济领域的私人治理,主要指各类经济组织内部的经营管理关系和劳动关系”^[1]。这样,可将私人治理分为经营管理关系和劳动关系两个部分,相应的私人治理的经济法软法治理也可分为两类。其一,以经营管理关系为基础的经济法软法治理,具体表现为通过公司章程、董事会决议等实现企业的内部管理和经营活动。其二,以劳动关系为基础的经济法软法治理,主要表现为企业通过与劳动者订立劳动合同或者集体合同以建立和谐的劳动关系,这也是企业这类私人治理中最重要和最普遍的软法治理方式。

(三) 协调硬法与软法共同实施基本构想

如前所述,在经济法视域中现代经济治理的理想模式是硬法与软法并用的“软硬兼施”模式,而要实现这一模式就必须解决好软法生成过程的规范化、实施效力的强化以及与硬法的关系等问题。

第一,软法生成过程的规范化。社会法学认为,软法的生成应当以社会为本位,从经济社会生活本身寻找软法。从微观层面看“人类社会是建立在人们之间互动和沟通基础上的,而互动是通过符号进行的”^[16]。所有这些用于沟通和互动的符号,其实质就是各类社会规则、规范的渊源。因此,经济法软法的创制要遵循生成主体多元性及软法来源社会性的规律,一方面由各经济法主体共同参与、沟通协商进而达成一致,另一方面坚持从社会规则本身寻找经济法软法。此外,就经济法软法的生成程序而言,要坚持各经济法主体平等参与、民主协商和公平决策。平等协商是任何合理、合法制度产生所必不可少的前提之一。经济法软法一般都是针对特定时期、特定行业、特定事项等产生的,只有这些特定主体的意见或建议才是真正源于本行业或本领域的,也才是更为务实且具有共性的见解,经济法主体广泛参与共同体议题的讨论与决策是必要的。

第二,软法实施效力的强化。我们认为,就强化经济法软法的实施效力而言,意识转变是基础、增加违法成本是关键、内外部广泛监督是保障。有关经济法软法实施的意识转变前文已论,不再赘述,此处重点阐述后两点看法。其一,增加违法成本是强化经济法软法实施效力的关键。这是由经

济法软法本身的不可诉性以及实施方式的非国家强制性所决定的,经济法软法的基本特征决定了经济法主体对经济法软法的违反并不会轻易受到司法制裁,然而,逐利性是市场主体亘古不变的天性,也是无序竞争甚至市场失灵产生的重要原因之一。既然市场主体在追求利益最大化过程中可能会违反经济法软法,那么通过增加违法成本,使其因此所付出的经济、社会成本远远高于违法所得,通过这个简单的利益衡量法则,既可以减少市场主体对经济法软法的违反,同时也就正向地提高了经济法软法的实施效力。其二,内外部的广泛监督是经济法软法有效实施的保障。经济法软法的实施,一方面离不开各经济主体内部的监督与制约,只有内部形成有效的监督机制,软法规范才不至于被虚化;另一方面也少不了包括社会监督在内的各种外部监督,外部监督的功能在于防止某些有机体内形成集体违反经济法软法规范的行为,比如行业协会主导下的限制竞争等垄断行为。

第三,软法与硬法关系的有机协调。在论及经济法软法与硬法之间的关系时,有研究者指出“尽管硬法、软法之间可能存在某些冲突,但这两种法律机制将会走向结合、交叉、转化乃至某种程度的混同”^[1]。从经济法的位阶关系考量,要使经济法软法与硬法的关系得以有机协调,在技术层面应当遵循以下两个基本规则:其一,冲突时软法让位于硬法。经济法软法与硬法的冲突主要因创制主体及其利益构建的不同而产生。从创制主体看,经济法硬法是由国家立法机关依照宪法及相关法律创制而成,经济法软法则大多生成于各经济主体之间,主体的不同会造成冲突的产生。从利益构建角度看,经济法软法大多因某共同体的利益而产生,而国家制定的经济法硬法是建立在普遍利益之上的,所以二者在利益构建上也会产生各种冲突,而且还会进一步在利益实现方面发生冲突。既然冲突的发生不可避免,那么基于经济法硬法创制主体的权力位阶属性、实施的国家强制保障属性、保护利益的广泛性以及适用的普遍性等多重考量因素,当冲突发生时经济法软法必须让位于经济法硬法,以硬法治理为主。其二,和谐时软法优先于硬法。经济法软法的灵活性及代表利益的集团性等特质决定了当其与经济法硬法和谐时,它应当优先于硬法。与经济法硬法的普遍性及国家主体性相比,经济法软法大多产生于某行业或者某组织经常性的、习惯性的经济活动中,在该行业或者该组织内部具有更高的认同度和更灵活的适用方式,在同等条件下经济法软法更能体现行业特点和经营规范。因此,在二者不冲突亦即和谐时,将经济法软法作为初次调节机制,优先于硬法适用无疑具有先天优势。

五、结语

不管是从宏观的国家治理政策,还是微观的部门法治理来看,软硬兼施似乎是一个避免不了的过程。正如有人所言,我们要实现建设法治国家和法治社会的目标,所能依靠的不是单一的硬法之治,而是软硬并举的混合法治理^[17]。经济法作为社会主义法律体系中一员,自不待言。

从法理上看,“软法为法”似乎在法学研究领域达成共识,这对于软法的进一步研究大有裨益,至少都是在同一语境下进行研究;从实践上看,大量的经济软法规范已经或正在被发掘,经济软法的实施范围和效力不断增强。面向未来,我们有理由相信经济法领域和其他部门法领域软法规范必将对实现高质量经济治理发挥更加重要的作用,对这一问题的积极探索便是对这一既存社会规范的正面回应,也是对法律多元化现实的尊重。至此,我们有理由相信“软硬兼施”的治理模式必将有效推动国家治理能力和治理体系现代化的进程,并提升经济治理的水准。

参考文献:

- [1]程信和.硬法、软法与经济法[J].甘肃社会科学,2007(4):219-226.
- [2]罗豪才.法与公共治理[M].北京:北京大学出版社,2006:49.
- [3]姜明安.软法的兴起与软法之治[J].中国法学,2006(2):25-26.
- [4]罗豪才,毕洪海.通过软法的治理[J].法学家,2006(1):1-11.
- [5]吕中国,强昌文.经济领域的软法研究述评[J].西北农林科技大学学报,2013(2):128-136.
- [6]颜运秋,曾明,龚劲松.经济法视域中的软法规范刍议[J].山东警察学院学报,2012(3):38-44.
- [7]王全兴.经济法基础理论专题研究[M].北京:中国检察出版社,2002:51.
- [8]朱尔茜.经济治理的理论内涵及实施路径[J].海南大学学报(人文社会科学版),2016(2):68-73.
- [9]罗斯科·庞德.通过法律的社会控制法律的任务[M].沈宗灵,董世忠,译.北京:商务印书馆,1984:147.
- [10]张守文.经济法原理[M].北京:北京大学出版社,2013:18.
- [11]尹亚军.引入软法机制的治理—以经济利益实现为分析基础[J].经济法学评论,2015(1):34-54.
- [12]漆多俊.经济法基础理论[M].北京:法律出版社,2008:147-148.
- [13]李昌麒.经济法学[M].北京:法律出版社,2007:157.
- [14]杨仁寿.法学方法论[M].北京:中国政法大学出版社,2013:131-132.
- [15]王保树.经济法原理[M].北京:社会科学文献出版社,1999:162.
- [16]彭华民,杨心恒.社会学概论[M].北京:高等教育出版社,2006:8.
- [17]罗豪才.社会治理离不开软法之治[N].人民日报,2011-07-27(19).

On the governance of economic soft law based on economic governance

YANG Sanzheng, GOU Xuezheng

(Law School, Lanzhou University, Lanzhou 730000, P. R. China)

Abstract: The governance function of economic soft law is being highlighted whether in general legal principle or economic law. Therefore, it is necessary to theoretically explain economic soft law's basic types, economic governance and ideal model, as well as the path to realize the governance of economic soft law and its basic principles, so as to make economic soft law play its due function in economic governance. To achieve this goal, we first classify its sources into public policy, industrial regulation, professional standard, market transaction subject and international economic soft law norms, and etc. On this basis, we further explore the purpose of economic governance through qualitative analysis from economics and legal theory, and then explore the ideal model of economic governance from the perspective of economic law based on the essence of economic governance. The model is the soft-hard combination of "governance of normative text of economic law + governance of economic soft law", and its essence is the combination of economic soft law and hard law. Finally, applying value analysis and judging from the perspective of righteousness, this paper believes the key to realizing the governance of economic soft law is to change the cognitive concept, clarify the governance path, coordinate the implementation of hard law and soft law, and follow the two basic rules that soft law giving way to hard law when conflict appears, and soft law being a better choice when there is a harmony.

Key words: economic soft law; type; economic governance mode; path; rules