

“软法”在推动农村林权制度改革实施中的功能和作用

贺东航*

软法的研究之所以能够大规模地展开，是出于现代中国社会转型时期社会治理手段多样化的需要。当前软法在实践中已经得到了越来越多的运用，但是软法的研究才刚刚开始，还需要更多的人来关注。记得七年前，我研究中国农村集体林权制度改革的课题时，我面临的是农村大量的纠纷，因而我很乐意将梁剑兵教授引为软法研究的同道中人，

软法研究，主要针对公共治理领域中大量涌现但却不具有法律效力的规范、协定与准则等开展研究，以“硬法”为背景，探讨“软法”的总体属性、产生的原因、运作的机制以及实际效力。对“软法”的研究是在传统法学研究之外开辟与之相关但又相对独立的研究新领域，将引导包括法学、政治学、经济学、社会学等多个领域的学者，深入以司法为中心的法学研究进路无法关照的领域，从而为我国法学研究事业发展做出新的贡献。

我本人主要从事农村政治发展方面的研究，近几年在“集体林权制度改革”领域有许多深入的了解，在“林改”中各地对中央政策的不同实践，反映了“软法”的功能和作用。下面我结合自身的研究经历，谈几点看法。

一、什么是软法

就“法”调节社会秩序运行的功能强弱来看，“法”可以被划分为两大类。第一大类为“硬法”(hard law)，即指经国家立法程序制定认可的并由国家强制力保障实施的一般性行为规范。在中国，“硬法”是“由国家制定、认可并保证实施的，反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级意志，以权利和义务为内容，以确认、保护和发展统治阶级所期望的社会关系和社会秩序为目的的行为规范体系”^[1]，也就是指由符合《立法法》规定的立法权限的机关代表国家所制定和颁布的法。第二类为“软法”(soft law)，是相对于“硬法”而言的，不属于上述传统法范畴的规则体系。一般认为，“软法”这个概念主要用以指“非条约”协议。这一概念首先应用于人权、环境、能源、武器控制等价值与规范最容易发生冲突但又最不容易达成一致的领域。目前，有关软法概念的定义尚没有一种明确统一的答案，但“软法”基本是那些原则上没有法律拘束力但有实际效力的行为规则。^[2]软法可以被认为是“由多元主体经或非经正式国家立法程序而制定

* 厦门大学马克思主义学院教授、博士生导师。

[1] 张文显主编：《马克思主义法理学——理论、方法和前沿》，高等教育出版社2003年版，第3页。参见万霞：《国际法中的软法现象探析》，载《外交学院学报》2005年第2期。

[2] Francis Snyder. *Soft Law and Institutional Practice in the European Community, The Construction of Europe*. Kluwer Academic Publishers, 1994.

或形成并由各制定主体自身所具有的约束力予以保障实施的一般性行为规范”^[3]。由此可见,软法具有三个方面的基本特征:其一,软法是一种行为规则;其二,软法不符合或不具备国家法的要素,例如,欠缺法的形式要件,或虽具备法的形式要件但不具有法所依赖的国家强制力等;其三,软法具有类似于又不尽相同于法律的约束力,即它对于特定的群体而言是能够发挥约束作用的。

当前,随着公共治理在全球范围内的兴起,软法作为一种新型行政法学范式已进入学者研究视野,并正在日显其重要性。正如有学者所指出的,“软法和国家法有很大关联,不理解它们,就很难周全地理解国家法:它们或者是后者的前奏和预备,或者是对它的重申和强调,或者是对它的补充和协助,或者是对它的替代,或者是对它的解释,或者是对它的回避、阻碍、抗拒或废止;而且还因为,它们满足了现实的规范需求,调整 and 评价着各类行为,构造和维护着无所不在的规范秩序。正是它们,在复杂、多元和速变的当代社会,履行着大量公共治理的功能,维系了社会和谐,促进了民主、自由、宽容和效率等价值”。^[4]软法在当代社会治理中的重要性已使得“软法不是一个退而求其次的解决方案或者通向硬法之路的一个中间站,而是一种可取的替代性选择方案”。^[5]

关于这一点,我个人深有体会。国务院在2008年出台规定在全国实施“集体林权制度改革”,当时的《指导意见》明确提出各地的林改方案要按照《森林法》等法律规定实施。但是,我们发现我国的《森林法》的许多规定已经非常落后,有许多条文与2007年出台的《物权法》相抵触,我为此还向中央写了份报告,提出修改《森林法》的建议,得到了温家宝总理的亲笔批示。由于《森林法》相关条文无法满足当时的改革实践需要,但是改革已是势在必行的事情,许多事情就按照当地的习惯来,各地的“软法”起到了非常关键的作用,推动了林改的进程。

二、为什么要有软法

1. 依法治国需要。中共十八届四中全会提出全面推行依法治国,这意味着社会生活的方方面面都需要按照法律来,人和社会组织的行为必须有规矩可循,不能没有规矩。中国地域广阔、人文多元化,各地的习俗都不同,法律的条文不可能将所有的事情都规定到位,国家“硬法”涉及不到之处,就需要有“软法”发挥作用。

林改是一项农村土地产权改革,改革的目标是仅仅是从产权和效率这种经济学角度来考虑问题,在推进中改革非常重视林权的社会学意义,而林权改革需要充分考虑林权中的复杂权力关系。按照法律规定,农村土地产权被分割为所有权、经营权、收益权、处分权,不同的主体依法占有土地产权某一部分。由于我国法律规定的特殊性,农村的土地产权在一定程度上属于“模糊产权”,国家“硬法”规定的不够充分,很多地方是各地的“软法”在发挥作用。比如,上个世纪80年代国家林业“三定”,在江西、福建两省的林权制度表面上是由村集体统一经营,但事实是,大部分的村集体为了筹集村级财务等诸多原因,在随后20年的变迁中,村集体森林的控制权已部分或全部逐步通过青山买卖、林地租赁、合作经营、划拨、改变森林用途等方式转移到社区外个人与组织或社区内少数人手中,实现了规模化经营。当时,由于林地价值并不高,土地是属于村集体的,由村委会决定,流转的合同大多村民也不清楚,流转林地所得款项由村委支配,农民对此林权流转并不关心。但是,当改革后,林地升值了,大家又开始要林地了,导

[3] 彭健:《论中国政党制度的民主形态与法治化》,载《团结》2009年第6期。

[4] 翟小波:《“软法”及其概念之证成——以公共治理为背景》,载《法律科学》2007年第2期。

[5] 罗豪才、毕洪海:《通过软法的治理》,载《法学家》2006年第1期。

致多地发生林权纠纷。

我们当时在闽、赣、鄂、贵四省的村庄调研，了解到过去一直隐藏着的林权纠纷在确权、分户经营的利益面前纷纷引爆和显露出来，其中闽西北部65%的上访与林权纠纷有关。这给我们以思考，国家总体的林改政策要放在地方特定的时空中，就必须有一个可行的林权纠纷解决机制。我们认为在国家权力与民间社会关系的维度基础上，通过法官的司法实践、乡规民约等一系列实践性环节，将其有机地融合进纠纷的视野中，发挥“软法”的规范作用。这些软法与国家法律共同构成了解决一些纠纷的基础，是符合国情的依法治国途径。

2. 社会利益复杂。林改过程是对既有利益的重新分配过程，利益的直接相关方有六个，即中央国家、基层政府（乡镇）、村组委员会、村民、成包企业、承包者。他们的利益诉求是多元的，在解决这些利益相关方的诉求时，如果仅用国家法律来规范也过于简单，有的时候还会适得其反。经过改革开放三十年的发展，国家或社会在经验层面上的非同质性和非均质性，决定了社会生活不可能完全按照法律规定运行。

比如，林改中的山林权属纠纷案件具有发案率高、突发性强、群体性多、破坏性大、周期性长等多种特点，因此处理起来比较困难，这不仅要求在法律框架内解决，有很多时候更需要依靠“软法”等各种乡村规则解决。有时候，法院的判决符合法律规定，但实际会造成各方当事人的矛盾回到原点，不利于化解纠纷，法院的判决出于定纷止争的考虑就不是必须按照“硬法”的规定，而是必须结合乡规民约等“软法”的规定。

三、软法如何运行

在我国“软法”运行有自身的背景、逻辑和机制，这都是理解中国社会转型的特殊性，特别是对乡村治理认识的重要前提。

中国的体制转型充满社会、意识形态和政治冲突，这些冲突使得法律阐明充满困难，“软法”的运行逻辑受到影响。比如，国家出台《物权法》时学界存在一些争议，对我们认识“软法”的运行有一些启示意义。经济学界和法学界倾向于认为，法律应当对财富及产权给予明晰的区分和法律说明，社会和谐的关键是财产权的界定。但是，社会学界认为，还有深层的社会关系的结构原因，这些都会影响或参与产权及其规则的制定。这些可以算是“软法”出现的制度性背景，社会关系及其财富占有、分配的关系等等的多元化，使法律说明和制度化过程困难重重，“软法”存在成为必要。

“软法”可以平衡的社会关系结构和利益机制，事关权利明晰的合法化认可，面临被社会力量接受为“正当”的考验。因此，“软法”的运行必须超越“经济—法律”单一目标，进入到“社会—政治”的复杂过程中。中国制度转型不仅仅有赖于书面法律规则变化——新的权利义务关系被引入和阐明，更有赖于社会结构的变化——在具有不同资源、利益、身份和权力的力量之间，建立一种新的平衡关系，这是“软法”明确和稳定的基础。

“软法”运行在化解林权纠纷中。林权制度改革中的最突出的难题之一，是如何化解林权纠纷，因为纠纷的解决不仅仅是某一个部门的事情，而是涉及政府、法院、林业、调处、水利等各部门，在村寨里还包括村委会、调解委员会和“寨老”作用的发挥，所以从某种意义上来说化解林业权纠纷，是国家“硬法”和乡村“软法”相互配合的一项系统工程。山林土地权属纠纷如果未能通过法院判决解决，发挥村规民约和寨老的特殊作用是十分有效的。我们调研中了解到，一些地区的习惯法中，比较详细地规定了林地疆界冲突及其纠纷的解决方法。比如，在黔东南苗族村寨的“村规民约”中有很多与林业相关的规则，

正是凭借村规才保证了村内和周边的森林生态环境和村寨的林业秩序。如村规民约禁止乱砍滥伐，重视林地的疆界，不论任何人只要破坏了原有的林地疆界，就会受到重罚。大部分村规民约与国家法律的原则是一致的，仍然可以发挥其重要的调整作用，村规民约这种“软法”在实践中已经存在和运行，利用这些“软法”来调解纠纷，在实际的实施中起到了经济、便捷的作用，在实际的执行过程中利用民间的权威来保证调解协议的有效实施，更能达到国家司法判决所达不到的某种特殊效果。

“软法”之所以能够在社会治理中发挥类似于国家“硬法”的作用，还得益于“软法”对国家法的建构意义。首先，是在实践层面上，“软法”能够转化为国家法。有关法律将“软法”的主张通过法定程序上升为国家意志，成为社会成员共同遵循的行为规范和准则，这是中国践行法治的一种特殊方式。其次是在价值层面上，“软法”可以将乡村的行为理念内化为国家法的精神，“软法”在某种程度上成为对中国社会进行制度改造的试验田，承担了为法治建设架桥铺路的任务。

四、软法的效用

有一种观点认为，“软法”与国家正式颁布的法律不是一回事，“软法”不是法。实际上，“软法”与作为“硬法”的国法的确存在明显不同，因为“软法”只适用于部分社会成员，对超出一定范围的其他社会成员则不存在约束力；而且，“软法”也不以国家强制力作为保障。然而，倘若以此否认“软法”的法律性，则不可取。就其本质而言，法是一种体现社会公共意旨的社会行为规范。在法理上，判断是否是法律规范的一个很重要标准，就在于去判定规范是否对人有约束力。这是我们践行法治过程中所必须要明确的一个重要事实与理念。以此为基点，“软法”作为适用于各种不同环境场域的一种行为规范，也是一种法，也对此环境场域范围内的行为主体产生约束力。因此，认同、遵守“软法”的有效作用会有助于推动这些主体遵守国法，从而达到对国法的认同和遵守。显然，从这个角度上来说，乡村治理中农民对“软法”的认同和遵守，不仅不会损害法律的权威，反而有助于增强法律的权威，从根本上推进依法治国进程。

五、怎么研究软法

首先，深入基层、实地调查。本人对“软法”的认识来源于研究过程，主要是对林改过程的跟踪研究。“软法”的属性特征和运行逻辑反映出，“软法”基本上是在基层范围，在广大的乡村实践非常广泛和深入。在林权改革研究中，许多林权纠纷都是依靠“软法”解决，乡村治理的效果也是在“软法”发挥作用中完成。因此，要研究“软法”就离不开对基层的实地调查。

其次，理论与实践结合。法律是人对实践规则的规范性构建，研究法律需要对相关理论进行深入研究。“软法”最常见于社会实践中，而规范性构建不强。因此，对“软法”的研究，应当深入到影响它们的社会关系及其实践环境中去，在其运行的场域中发掘其运行规律和特征，提炼理论成果。

最后，加强交流。“软法”研究需要在交流中获得素材和灵感。厦门大学社会治理与软法研究中心为我们搭建了学术平台，应充分利用好此平台，吸收多元学科参与，加强与北京大学“软法研究中心”的学术交流，推动“软法”研究的发展。