

# 软法与人权和社会建设

柳华文

2011年10月15日,在山东大学庆祝110周年校庆之际,山东大学法学院软法与人权研究中心举行了揭牌仪式暨人权与软法研究研讨会。亲临现场揭牌的是中国人权研究会会长、北京大学教授罗豪才。他是国内软法研究的发起人和倡导者。该中心的成立也是国内法学界关注和重视软法研究的一个实例。

法治是现代国家治国理政的基本方略,而如何理解当代依法治国的新特征和新趋势,有必要对法的概念和特征,特别是新时期立法与执法工作的重点和难点问题进行分析。在新的世纪,国际法和国内法的融合与相互影响更加明显了。这无疑就是法治发展的一个新的因素。

本文拟讨论软法在当代社会的重要意义,它与人权以及社会建设的关系。

## 一、软法的概念

笔者认为从概念上说,软法有两种。一种是不论过去还是现在,都认为是法,但是被作为或者是被怀疑太软弱、甚至是没有用的法,比如缺乏操作性的纲要性的宣示性的法、不具

有司法或者准司法救济途径的法。另一种是过去不认为是法,现在主要是对于根据法律授权或规定的政府以及社会职能,由政府或者社会组织等制定的具有规则性质的规范性文件,它们具有法律的效果,可称为软法。在严格使用法律概念时,笔者将前者称为“软法”(soft law),将后者称为“软规则”(soft rules)。

## 二、国内法上的软法

在国内法上,我们现在常讲的社会法,特别是关于一些社会群体权益保障的专门立法,就属于前一种概念的软法,或者在笔者看来,是严格意义上的软法。比如《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》、《残疾人权益保障法》、《老年人权益保障法》等是典型,人们过去常批评它是缺少刚性的法,是“棉花法”。笔者对2004至2006年修订《未成年人保护法》的过程有所参与。其间最大的一个呼声就是增加其可操作性和刚性,但是此种法律本身的性质和特点决定了,该法的修订完成以后,仍然面对这样的批评。我们不能都归咎于修法

不成功,而是这些法律实施的本身有别于刑法一类的硬法,需要软规则来细化,需要社会措施的介入和落实。

关于后一种概念的软法,在人权法领域,包括国务院批准发布的诸多政策性文件。比如,2009年4月13日国务院新闻办根据国务院授权发布的《国家人权行动计划(2009—2010年)》,2011年7月30日国务院颁布的《中国儿童发展纲要(2011—2020年)》和《中国妇女发展纲要(2011—2020年)》。至今仍然可能有人对这样的规划、计划等不太重视。它们是典型的软规则。它们通过细化、量化政府在人权领域包括妇女、儿童权利保障领域的工作目标和指标,既有利于相关法律法规的实施,也有利于相关法律和人权意识的普及。

必须指出的是,国内软法的制定和实施,在很大程度上也会受到国际法特别是国际人权法的影响,或者其制定和实施的目标之一就是為了有效实施我国批准的相关国际人权公约。比如,2007年,我国政府通过了首个反对拐卖妇女儿童儿童的行动计划——《中国反对拐卖妇女儿童儿童行动计划(2008—2012年)》。它在开篇

中提到：“为有效预防、严厉打击拐卖妇女儿童犯罪活动，积极救助、妥善安置被解救妇女儿童，切实维护妇女儿童合法权益，遵照我国政府签署的联合国《儿童权利公约》、《消除对妇女一切形式歧视公约》、《打击跨国有组织犯罪公约》、《禁止和立即行动消除最恶劣形式的童工劳动公约》等有关文件，依据《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国妇女权益保障法》、《中华人民共和国未成年人保护法》等法律，制定《中国反对拐卖妇女儿童行动计划(2008—2012年)》。”计划中要求“推动政策制定、有关法律法规和规章的制订和修订工作，签署和实施相关国际公约”。在这里，国际法和国内法已经融为一体，并通过政府制定的计划予以落实。

这些软规则在法律效力的层级上是较低的，但是有时也不一定。在个别情况下，也有一些软规则，因为是直接涉及法律的解释或者是适用，不但不软，反而比较强硬。比如，按照2002年9月1日实施的《人口与计划生育法》，中国政府在法律意义上已将“放开二胎”的权力下放于地方。该法第十八条规定：“国家稳定现行生育政策，鼓励公民晚婚晚育，提倡一对夫妻生育一个子女；符合法律、法规规定条件的，可以要求安排生育第二个子女。具体办法由省、自治区、直辖市人民代表大会或者其常务委员会规定。”但是国家人口计生委2008年发布《关于改革和完善人口和计划生育目标管理责任制的指导意见》中规定：“省级改革试点方案要上报国家人口计生委审议。”再次将调整生育政策决策权上收。换句话说，软法或软规则甚至可能在事实上起到抵消上位法的作用。

当然，我们谈的软法与人权与社会建设的关系，主要是指真正的缺少刚性的软法。

### 三、国际法上的软法

对国际法来说，软法的概念与国内法相比稍有不同。在相当长的时间内，在很多人的心目中都对国际法的效力有所轻视。有的学者甚至提出了否定国际法的法律性质的主张——而这主要是以严格的国内法定义来看国际法的结果。国际法主要是国家之间的法，国际社会的结构除了欧洲区域一体化形成的欧洲法外，主要呈现平行化的特点，其制定、实施与国内法有较大的差异。所以国际法被称为原始状态的法、软法。当然，这也是严格的国际法定义下的软法。

现在，国内学者也提出了较为广义的国际软法的概念。它是指由国际组织、国家之间、国际组织之间以及国家和国际组织之间制定的，用以规范国际社会主体行为及相互关系，但是不具有强制拘束力的行为规范的总称。

相对于国际贸易法等经济领域以及行政技术领域的国际法而言，国际人权法是软法中的软法。但是，过去的几十年表明，软法生命力更强劲，影响更深远。国际人权法的元老约翰·汉弗莱(John Humphrey)认为，由于国际人权法的发展，国际法“不仅在内容上正在更新，而且它的特点和构成也在发生变化。就其特点而言，它曾是水平式的，因为它只是规定国家间的关系；现在它是垂直式的，因为它延伸到了作为个人的男男女女。从现在算起100年以后，当历史学家就20世纪的国际法著书立说的时候，他们就会说，这个体系的这些历史发展是最重要和最彻底的。”联合国人权理事会及其普遍性国家定期

审议机制的建立和运作就是新的实质性发展。特别是在联合国的推动下，人权正在受到跟和平与发展一样的重视，从而成为建立国际新秩序的重要维度。

类似于国内法中广义软法中的政策性文件，国际人权法中也出现了许多不具有严格法律效力的软规则。比如联合国各条约机构通过的一般性评论(General Comment)或者一般性建议(General Recommendation)。它们对相关国际条约的解释和适用提出了自己的权威见解和指引。这些软规则在实践中的影响是很大的。比如，各国在接受联合国禁止酷刑委员会对我国关于《禁止酷刑公约》履约报告的审议时，委员会就可能向缔约国政府提出的许多问题和要求澄清和答复的问题，有的要求超出了公约本身的要求，或者是以委员会通过的许多解释性文件——一般性评论为依据的。这些专家委员会通过的文件显然不是法律，但是它作为权威解释和说明，是实践的参考和指导，这是事实。

围绕国际人权条约的解释和适用形成的大量软法文件所体现出来的人权问题的认识以及研究和实践方法与模式，比如尊重人的尊严，倾听和尊重权利主体的意见，发挥市民社会不同角色的作用特别是非政府组织的作用，强调公司的社会责任，细化政府职责等，对于国内法律包括软法的实施都有直接的参考和借鉴价值。

### 四、软法与人权和社会建设

改革开放30多年来，中国已成为世界第二大经济体，不过，经济发展与社会发展之间的不平衡、不协调、甚至不可持续的问题日渐凸显。在此背景下，党和政府适时提出并强调加强社会建设的时代命题，显示了与时

俱进的政治智慧。这是我们党和国家在探索和实践社会主义制度的道路上正努力实现的新突破。

社会建设就是在经济增长的基础上大力发展社会事业、改善社会治理、增进社会融合、全面提升当代和后代人的福利水平，实现社会和谐与可持续发展。

国家的社会建设对应于经济建设、政治建设和文化建设。党的十六大提出社会主义经济建设、政治建设、文化建设“三位一体”，到十七大则发展为经济、政治、文化、社会“四位一体”的总体布局。这种变化体现的正是对社会建设前所未有的强调。

加强社会建设是我国党和政府倡导的科学发展观的必然要求。以2011年2月19日胡锦涛总书记在省部级主要领导干部社会管理及其创新专题研讨班开班仪式上的重要讲话为标志，社会管理与社会建设受到了前所未有的重视。

在讲话中，胡锦涛总书记强调：必须加快推进以保障和改善民生为重点的社会建设。要把保障和改善民生作为加快转变经济发展方式的根本出发点和落脚点，坚定不移走共同富裕道路，完善保障和改善民生的制度安排，加快发展各项社会事业，坚持优先发展教育，着力抓好就业这个民生之本，合理调整收入分配关系，加快推进覆盖城乡居民的社会保障体系建设，加快医疗卫生事业改革发展，加快推进住房保障体系建设，继续推进扶贫开发，发展妇女儿童事业，培育壮大老龄服务事业和产业，健全残疾人服务体系，使发展成果更好惠及全体人民。在笔者看来，这都是人权事业着力推动的目标，是党和政府要通过社会管理及其创新予以落实的重要内容。

根据中央的要求，各省也均成

立了加强社会管理的领导小组，负责全面落实。比如，中国共产党北京市第十届委员会于2011年6月2日至3日召开第九次全体会议审议通过了《关于加强和创新社会管理全面推进社会建设的意见》。根据该意见，未来五年北京社会服务管理将由户籍人口为主向常住人口拓展，实现人人享有社会保障、城乡基本公共服务均等化，并建立适度普惠型的社会福利体系，社会建设考评将纳入领导干部绩效考核。2012年1月12日在北京市第十三届人民代表大会第五次会议上，北京市市长郭金龙所做的《政府工作报告》清晰划分了城市管理和社会建设，并将二者独立成章，列入该报告。

社会建设是党和政府的重要工作领域，而人权是其核心，是其理念，是其努力实现的目标。依法治国是治国方略，也是社会建设的根据和保障。而这里的法，不仅是指硬法，更是指软法。软法容易被忽视，事实上也长期被忽视，未得到全面和有效的实施。软法不彰，则硬法难以落实。

现代人权所强调的公民和政治权利，特别是经济、社会和文化权利更需要软法的保障。软法更触及社会生活的细节，触及社会问题的根本。

在国际法和国内法上，都出现了软法目标很高、但实施机制缺乏或不力的“不对称性”特征。需要以政府为主导，社会参与，更新法治、社会发展理念和观念，创新法律实施机制和方法，以新态度、新热情和新机制来对待软法，搞好社会建设，实现保障人权为基础的良治。

##### 五、实例：反对拐卖人口的“龙七模式”

反对拐卖人口与保障人权密切相关，而打击犯罪看起来似乎是典型

的硬法范畴。但是，对于该领域最重要的国际条约——联合国《禁止贩运人口议定书》的实施，联合国经济与社会理事会提出了“人权至上原则”（principle of the primacy of human rights）。以被害人中心构建预防和打击反对人口拐卖的工作机制成为国际共识。过去我们叫“打拐”，到2007年通过《中国反对拐卖妇女儿童行动计划（2008—2012年）》时，强调“建立集预防、打击、救助和康复为一体的反拐工作长效机制”。从“打拐”，到“反拐”，一字之差，内涵发生了变化，体现了我国应对人口贩运问题观念和战略的转变。即由强调硬法转化为突出对软法的重视。国家认识到，针对拐卖人口犯罪，需要从刑事办案的单一工作模式转变为一种更为全面的社会应对模式。

湄公河次区域的一些国家，包括柬埔寨、老挝、缅甸、泰国、越南和我国（特别是云南、广西两省），近十年来跨国拐卖妇女、儿童的犯罪活动一度比较猖獗。据联合国开发计划署估计，在这一流域有数十万计的妇女、儿童被拐卖，他们被迫做苦役、性奴隶或乞讨。从2000年开始，湄公河流域以社区为基础的反拐卖儿童项目，在上述六国正式启动。在此背景下，我国云南省文山州龙七村成为一个国际项目试点，形成了反拐的“龙七模式”。

龙七村作为一个曾经声名狼藉的村寨，全村有许多人不同程度地参与了婴儿拐卖。从1999年10月开始，英国救助儿童会与云南省公安厅刑侦总队牵头并联合云南省妇联等部门，开展了“多部门合作社区预防妇女儿童被拐卖”项目。几年过去了，包括文山州龙七村和红河州乐育乡在内的多个以贩卖婴儿和大龄女童闻名的“拐卖专业户村”，有了长足的改观和变

化。“龙七模式”的做法是，依靠当地多部门的合作，由本村的普通民众参与，建立龙七村“三套班子”和妇女之家；通过民主参与的方式规划确立村级志愿者在警民共建文明村中的职责，设计村民各小组的具体活动，提升农村民众在“打拐防拐”方面通过民间组织自治和管理的能力。工作力度已超越了“人口拐卖”问题本身的表面现象，而从造成问题的根本原因入手来解决问题。针对拐卖犯罪，他们采取的是“加强当地自身能力”的方式而不是仅仅采取惩罚性的应对手段。云南省38个案件多发县市分步骤地推广了该模式的经验。这一“龙七模式”就是通过社会管理创新加强社会建设的模式。

其经验包括：注重赋权，加强能力建设，保护妇女和儿童，扩大群众参与，发挥非政府组织作用，加强社区建设，跨部门合作，开展国际合作等。这些成功的社会建设的经验在相当程度上为国家立法吸收。比如，我国的《未成年人保护法》不仅在第41条中明确规定禁止拐卖、绑架、虐待未成年人，禁止对未成年人实施性侵害，更用整个法律详细规定了保护未成年人工作中的政府、家庭、学校、社会以及司法机关的责任，形成了一个完整的维护儿童权利的社会框架。关键在于，法律需要通过加强社会建设予以落实。

在这里，向来作为软法的国际法——不论是联合国《禁止贩运人口议定书》，还是《儿童权利公约》、《禁止一切形式针对妇女的歧视国际公约》等人权公约及其国际解释性文件，还是作为软法的国内法——从《未成年人保护法》、《妇女权益保护法》等重要立法到《中国反对拐卖妇女儿童行动计划（2008—2012年）》等广义的软法，都全面补充了

作为硬法的我国《刑法》关于拐卖妇女儿童罪的相关硬法规定，是我国应对人口贩运问题的重要的法律依据。

法治是维护稳定、促进发展的重要保障。实现法治，落实包括软法在内的所有法律，不能仅仅靠司法机关，更要发动社会，依靠全社会的共同参与。硬法在打击犯罪时可能立竿见影，但是真正应对社会问题，还需要软法之治。这样一来，法律实施与人权建设和社会建设成为密切联系的有机整体。

## 六、结论

我们常说，法律是调整社会关系的，其实在更宏观的意义上讲，法律是解决社会问题的。也因为此，许多软法的实施和法治目的的实现已经不仅是在法庭之上，不仅是在司法机关，而更是在广阔的社会空间，法律正成为社会建设和社会工作的主题。

人权在立法中获得确认，却没有办法都通过司法获得实现，更多、更经常的，是需要在社会生活中获得得以行使或者实现的可能，获得保障。除了硬法之外，许多人权以软法的方式获得确立，并通过软法的社会予以促进和保障。

国家要保障人权，实现良治，必须依靠法治，特别是对严格意义的诸如《妇女权益保障法》和《未成年人保护法》一类的软法更要加强重视和落实，并充分发挥诸如《国家人权行动计划（2009—2010年）》、《中国儿童发展纲要（2011—2020年）》和《中国妇女发展纲要（2011—2020年）》一类的软法的指导性、针对性和可操作性强的作用。而软法的实施，主要不仅是依靠司法机关，更取决于社会管理和社会建设的加强。

而这里的软法，也不仅仅是国内

法上的软法，国际法作为一个整体，特别是长期未获得充分重视的人权法及其解释文件和通常被认为没有法律约束力的联合国大会决议等国际文件，都应该作为国内法可资适用、参考或者借鉴的重要的法律渊源。

（作者系中国社会科学院国际法研究所所长助理、副研究员，中国社会科学院人权研究中心副主任、秘书长）

### 注释：

相关研究成果参见 罗豪才主编《软法的理论与实践》，北京大学出版社2010年版；罗豪才、宋德功主编：《软法亦法：公共治理呼唤软法之治》，法律出版社2009年版；等。

参见柳华文《国家人权行动计划：中国人权保障的标志性文件》，载李林主编：《中国法治发展报告（2010）》，社科文献出版社2010年版，第47—56页；柳华文《中国儿童保护新趋势——评中国儿童发展纲要（2011—2020年）》，载《人权》，2011年第6期。

周华兰：《浅议国际软法》，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371页。

白桂梅：《国际法（第2版）》，北京大学出版社2010年版，第276页。

参见柳华文：《以人权促进世界和谐》载《人权》2007年第2期 第34—35页。

李章军：《扎扎实实提高社会管理科学化水平，建设中国特色社会主义社会管理体系》，载《人民日报》2011年2月20日，第1版。

《建议的人权与贩运人口问题原则和准则》，E/2002/68/Add.1, 2002年，准则1。

参见柳华文：《反对人口拐卖：进展与挑战》，载李林主编：《中国法治发展报告 No.9 2011》社会科学出版社2011年3月版，第71—81页。