

国家级重点学科
中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛

宪政与行政法治 演讲集

中国人民大学宪政与行政法治研究中心 编



国家级重点学科
中国人民大学宪政与行政法治研究中心

D920.4-53/6

2007

宪政与行政法治 演讲集



图书在版编目 (CIP) 数据

宪政与行政法治演讲集/中国人民大学宪政与行政法治研究中心编.
北京:中国人民大学出版社,2007
(国家级重点学科 中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛)
ISBN 978-7-300-08747-4

- I. 宪…
- II. 中…
- III. ①宪法-中国-文集 ②行政法学-中国-文集
- IV. D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 180683 号

国家级重点学科
中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛
宪政与行政法治演讲集
中国人民大学宪政与行政法治研究中心编

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511398 (质管部)	
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)	
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	河北涿州星河印刷有限公司		
规 格	155 mm×235 mm 16 开本	版 次	2007 年 12 月第 1 版
印 张	26.75 插页 2	印 次	2007 年 12 月第 1 次印刷
字 数	450 000	定 价	45.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

编者的话

我国正处于实施依法治国方略、建设社会主义法治国家的关键时期，中央提出2010年形成我国社会主义法律体系，用10年左右的时间基本实现建设法治政府的目标。宪法作为我国法制体系的核心构成，行政法作为直接调整行政管理、规制政府权力以促进实现法治的重要法律部门，在整体的法制建设中显得尤为关键。法制建设的发展为法学理论的发展提供了广阔的空间，也对其提出了新的要求，要求其关注现实问题和学术前沿，为法制现代化提供有力的理论支持。

中国人民大学宪法学与行政法学专业是新中国最早成立的宪法学与行政法学专业权威教学科研机构之一，也是教育部确定的国家级重点学科。作为其学术组织机构的中国人民大学宪政与行政法治研究中心具有专业人才优势，积极发挥特殊的学术纽带和学术窗口作用，近年来定期和不定期邀请权威学者到研究中心作专题学术演讲，为广大师生提供最新的学术信息和交流最新的研究成果。

演讲人都是宪法学与行政法学领域国内外知名学者和法制领导机构

的学者型负责人，以及在国外著名学术机构留学访研刚刚归来的骨干学者，例如许崇德教授、罗豪才教授、应松年教授、泰尔纳教授等。他们作为本研究中心的兼职或专职研究人员，有的侧重于宪法学研究，有的侧重于行政法学研究，有的侧重于一般公法学研究，或者在多方面都有较高造诣。他们综合运用现代社会科学研究方法，根据宪法与行政法理论和实践发展的新情况、新问题、新要求，以新眼光、新视角、新材料，对当今宪法和宪法学（以中国宪法和宪法学为重点）、行政法和行政法学（以中国行政法和行政法学为重点）进行系统深入的专题研究，发表具有时代特征、符合发展方向、结合中国国情的宪法学和行政法学研究成果，而且与听众进行广泛深入的学术对话讨论。演讲人多是就其最擅长领域和正在研究的重大课题加以阐述，涉及大量热点、难点、疑点问题，提供了许多有参考价值的分析工具和解题思路，不言而喻，其演讲内容具有创新性、前瞻性和权威性。

学术研究和探索应无禁区。这些精彩的演讲和讨论是面向学术界开放的，本着解放思想、实事求是的态度分析了宪政和行政法治的重大课题，阐释了当代宪法学和行政法学的理论精华，本演讲集就是选择部分演讲报告和提问讨论，通过录音整理而成。其中个别演讲是在校外进行的。还有几篇关于违宪审查的精彩演讲由于已放进我们研究中心编辑的《宪政与行政法治评论（3）》的违宪审查栏目，所以此处不再收入。为了让读者获得更多、更准确的学术信息，莫于川教授带领编辑工作小组的师生们花费很大功夫整理编辑这些演讲词，在录音整理稿的基础上疏通文字、消除口误、恰当标点，并力图体现原貌、表达意境、传真信息。由于本演讲集跨越较长周期，有些演讲专家的单位 and 职务发生了变化，为保持必要的时间感，未逐一作变动说明。

真心希望这本演讲集能为关注宪政与行政法治理论和实践问题的读者提供所需的学术信息和思想火花，进一步丰富我国的宪法学和行政法学百花园。

谢谢各位演讲人！

中国人民大学宪政与行政法治研究中心

目 录

第一部分 一般法治的理论与实践

关于软法的研究	(1)
公法的崛起	(18)
公法的使命及其研究方法	(42)
社会主义和谐社会的构建和依法行政	(57)
关于依法治国与依法行政的几个理论问题	(68)
从行政诉讼到宪法诉讼 ——中国法治建设的瓶颈之治	(81)

第二部分 宪政的理论与实践

许崇德先生谈修宪	(98)
宪法学研究中的若干“常识”问题	(115)
宪法的合法性与合理性问题	(132)
宪法的正当性问题	(138)

违宪审查的基本功能	(145)
中国宪法变革模式之选择	(163)
宪政与选举	
——兼谈法治、民主、自由	(176)
公安机关执法与公民权利的宪法保护	
——在全国公安局长培训班上的讲座	(187)
宪法平等权的司法保护	(212)

第三部分 行政法治的理论与实践

中国行政法学发展的回顾与前瞻	(221)
中国当前行政法学研究中的若干疑难问题	(243)
行政管理革新与法治政府建设	
——以现代法治和发展的眼光看当下的行政管理革新	(252)
公共行政改革对行政法的影响	(280)
法国行政法学的现状及发展趋势	(294)
政府组织与非政府组织的法律问题	(300)
关于我国的行政法律制度与行政强制立法	(311)
行政合同理论与制度走向的专家对话	(335)
国家赔偿制度革新与国家赔偿法的修改	(350)
司法改革与行政诉讼制度的完善	(371)

第四部分 附录

专家演讲讨论实录

“行政指导与软法研究——以泉州工商行政指导实践 为研究样本”学术研讨会	(387)
--	-------

后 记	(422)
-----------	-------

第一部分 一般法治的理论与实践

关于软法的研究*

罗豪才，男，1934年3月出生。1956年至1960年在北京大学法律学系学习。现为全国政协副主席、中国致公党中央主席、北京大学法学院教授、博士生导师。曾担任北京大学法律学系副主任、北京大学副校长、最高人民法院副院长等职，曾兼任中国法学会副会长、中国行政法学会研究会会长等职。曾参与多部法律草案、政策方案的草拟工作。学术兼职主要有：中国法学会行政法学会名誉会长、北京大学公法研究中心顾问、北京大学法学院软法研究中

* 本文根据录音整理而成，并经演讲者本人阅改。

心名誉主任、中国人民大学宪政与行政法治研究中心客座教授等。在现代行政法的理论基础研究方面有很深造诣。首倡“现代行政法的平衡理论”，在行政法学界乃至整个法学界都引起强烈反响和深刻影响。

代表作：《资本主义国家宪法与政治制度》（合著）、《西方司法制度》、《现代行政法平衡理论》，主编《行政法论丛》、《行政法学》、《行政诉讼法学》、《行政法论》、《中国司法审查制度》、《现代行政法制的发展趋势》等一系列学术专著和教材，发表有影响的学术论文数十篇。

【主讲人】 北京大学法学院罗豪才教授

【主持人】 中国人民大学宪政与行政法治研究中心执行主任莫于川教授

【听众】 中国人民大学法学院的教师、研究生等共一百余人，还有北京大学法学院和中国政法大学法学院的部分研究生

【时间】 2005年11月24日

【地点】 中国人民大学逸夫会议中心第二会议室

主持人：

罗老师好！各位早上好！今天到场的都是本专业的教师和各层次研究生、博士后、访问学者，非常感谢大家积极参与今天的学术活动。

人大名家法学讲坛和人大宪政与行政法治系列学术讲座，现在开始。

在罗老师演讲开始前，请允许我代表主办方讲三句话，表达三层意思：

第一句话：德高望重的罗豪才教授是我们中青年法律学人的良师益友。今天的学术演讲，人大学子期盼已久。首先，让我们以热烈的掌声欢迎罗老师来人大演讲！（掌声）

第二句话：罗老师的职务、头衔很多，不能一一介绍，这是罗老师对我们的要求。这里只介绍他的一个职务，而且是国字号的，那就是我们中国人民大学宪政与行政法治研究中心的客座教授和学术顾问。仅凭这一点，就可以看出来，罗老师对我校、我院、我们学科的发展一直是非常关心和大力支持的。借今天是 thanksgiving，也就是感恩节这

么一个机会，让我们以热烈掌声感谢他对我们人大、人大师生一贯的关心和支持！（掌声）

第三句话：罗老师的学术贡献和社会贡献非常多、非常大，这里不能一一介绍了，但我作为主持人必须提到的是：罗老师提出来并且持续、系统地研究的行政法平衡论，对于行政法理论与实践的发展、对于现代法治政府建设产生了巨大影响；本来，仅有这一个重大贡献已经可以彪炳学术史册了，但非常令人钦佩、值得我们学习的是，罗老师年过七旬仍然不断攻克学术堡垒，例如最近他就软法问题又组织开展了系统研究并提出了深刻见解。至于今天演讲的具体内容如何，其实我这个主持人也不知道（笑声），那就听他来具体讲解，并展开讨论。好，那么让我们再一次以热烈掌声，请罗老师发表学术演讲，这也是他履行客座教授的岗位职责哟。（掌声）

罗豪才教授：

非常感谢人大、人大法学院老师和同学，特别是宪法行政法专业的专家学者和博士与硕士研究生一直以来对我的支持。对我来说，当客座教授恐怕没有多少实质性活动，主要是“挂名”，所以就同意了到人大做兼职教授的邀请。虽然我很久以前就曾答应过要到人大来，同宪法行政法学的博士生一起座谈一下，或者叫讲一次课，但一直未能来。为什么呢？客观上确实也比较忙一点，但更主要是自己有点胆怯。因为到人大来讲课不是件容易的事，可能下不了台。没有什么有把握的研究心得，所以我就再也不敢来了。但是欠账总是要还的，莫教授和另外几位教授老是催账，今天我是来还账的。我想利用这个机会来向大家报告一下我最近关注的软法问题，供大家参考，并且希望有助于加强对于这个日趋凸显的问题的研究。

今天我想讲这几个问题：国内外软法研究的动态；软法的概念、特征以及软法与硬法之间的关系；研究软法的意义；我国宪政制度当中的一些软法问题。我争取讲一个多小时，然后由大家提问题，共同进行讨论和交流。

一、国内外软法研究的动态

先讲第一个问题。软法是法律的一种基本表现形式，法律可以分为硬法和软法两种不同的基本表现形式。软法是一种客观存在法律现象，

在国内外都存在。特别是近期以来,有人说是20世纪80年代以来,各国涌现出大量的软法,尤其是在环保、信息技术、劳工、消费者保护等领域当中有大量的软法,或者叫软性规则,或者叫没有约束力的规范。名称虽然不同,但内容大同小异,都是指这类原则上没有法律约束力但有实际效力的规则。

学术界早期认为软法只起宣示作用,研究价值不大,软法研究因此没有引起普遍重视。但是随着公共治理的普通兴起,经济全球化进程的加快和区域经济一体化的推进,软法的勃勃生机逐渐显现。国外学者开始逐渐改变这种冷漠的态度,转而热切关注软法研究。随着研究的逐步展开和日渐深入,愈来愈多的学者对软法的存在意义及其实际作用转而持肯定态度。

欧盟在推行一体化的过程中,大量采用了软法这一手段,软法作为协调工具发挥了重大的作用。最近几年,在欧盟国家中,软法问题讲得很多,文章也写了不少,而且开了不少的研讨会。特别2000年在里斯本开过一次欧盟高峰会,在这个会议形成的一个最后文件中,提出了一种开放协调机制(open method of coordination,简称OMC),这种协调机制提出后很受重视。许多国家对这种机制都给予了很大的关注,并且开始加强对这一课题的研究。在我2004年出访欧洲期间,了解到许多教授都谈到了这个机制的重要性。软法的制定和实施在很大程度上依赖于这个机制,而经济一体化与公共治理的运行,则更要依靠软法这个手段,两者关系密切。

由于软法涉及的领域非常广泛,因此软法研究往往是从多学科、多视角和多层次出发的。瑞典斯德哥尔摩大学政治学教授Ulrika Morth主编了一本《治理与管制中的软法》(Soft Law in Governance and Regulation: An interdisciplinary Analysis, Cheltenham, Edward Elgar, 2004),汇集了许多学科的学者研究软法文章,该书在结论部分也对软法持肯定态度。

应当说,美国研究软法还是比较早的。它开始并不叫做软法,主要是大量研究行政管制。研究行政法的人都知道,美国的行政管制发生过危机,并被迫对管制进行改革。新政时期,市场失败,出现大危机,不得不强化行政权的作用,普遍加强管制。到了20世纪六七十年代,美国的命令与控制的管制行为方式发展到登峰造极的地步,社会矛盾突出,诉讼案件急剧增加。卡特总统(1977—1981在位)上台后,在一次讲演中惊呼诉讼爆炸,强调要加强司法改革。造成“诉讼爆炸”的一

一个重要原因就是管制过度。里根总统（1981—1989 在位）上台后采纳了专家建议，提出放松管制，就是说将一些政府不应做、也做不好的事移交给市场和社会组织去做。此后美国出现了许多管制的理论和实践方式，先后提出了协商管制、自我管制、合作管制、共同管制等，这些管制规范后来被一些学者统称为软法。美国 Notre Dame 大学法学院教授 Dinah Shelton 主编的一本《承诺与履行》（Commitment and Compliance, the Role of Non-Binding Norms in the International Legal System），集中了二十几位政治学、经济学、法学和社会学等学科的学者，从不同领域来研究非约束性规范，即软法的问题，他们在总体上对软法也是持肯定的态度。

似乎有些奇怪的是，除了国际法学以外，对软法关注最多、最早的，不是法学，而是政治学、管理学、经济学和社会学等领域的专家和学者，法学家关注软法显得相对滞后。这是为什么呢？我认为，研究法律的学者往往比较关注严格的法律规范，而法律规范通常是以法律事实为基础，并在此基础上形成规则，再通过立法程序上升成为法律规范，或者通过司法程序，由法官根据事实，依据法律作出判决，形成判例，在普通法系国家即成为法律的渊源。由此可见，法律规范的形成往往要经历一个较长的过程。这就在一定程度上削弱了这些法律专家和学者对社会现实的敏感性。有的也可能不是由于认识滞后问题，而是在观念上认为软法本身就不是法，因而视而不见。在前面提到的几个学科的学者中，有的虽然敏锐地感受到了软法现象，但是感性认识的成分居多。由此看来，从多学科、多视角、多层次研究诸如软法一类的社会现象，的确有其可取之处。

有目共睹的是，现在有越来越多的法学家开始关注软法现象。例如，著名的公法学者哈洛教授在《法律与公共行政：交汇与共生》（Carol Harlow, Law and Public Administration: Convergence and Symbiosis, *International Review of Administration Sciences*, June 2005; 71: 279-294）一文中，认为随着全球治理的兴起，软法将会变得举足轻重。又如，著名的法学理论家肯教授在《法律与道德的责任》（Peter Cane, Responsibility in Law and Morality）一书当中注意到，在公域中，在公法与公共道德之间存在着大量的非法律规范，它们在监督和执行方面发挥了重要的作用。法学新秀 Orly Lobel 在为明尼苏达法律评论所写的《新新政：现代法学思想中管制的衰弱和治理的兴起》（The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Le-

gal Thought, 89 Minn. L. Rev. 2004, at 342-470) 一文以及其他文章当中,都强调了软法的地位和作用。日本文部省“二十一世纪杰出研究中心项目”(The 21st Century COE Program)于两年前开始资助东京大学软法研究项目(Soft Law and the State-Market Relationship: Forming a Base for Strategic Research in Education and Business Law)。这个项目已经取得了初步的成果。加拿大和北欧国家也在关注软法并加强研究。

在我国,软法研究过去在国际公法当中略有涉及,最近在国际商法当中,有一位中国专家和一位外国学者合写了一篇文章,提交国际学术会议。文章主要谈软法问题,对软法予以充分的肯定,认为它具有重要价值。在国内公法学界,目前还没有发现有人对此作过深入的研究。2003年我们在研究公共治理过程中注意到了软法的价值,并开始作一些研究。最近我与宋功德博士在2005年第5期的《中国法学》上合作发表了一篇《公域之治的转型——对公共治理与公法互动关系的透视》,谈到了软法问题。北京大学法学院近期即将成立一个软法研究机构,具体做法还在商议当中(有人插话:好像确定在12月8号开会成立,请与会专家提前把时间留出来)。我们可能要举办一次学术研讨会,邀请校内外的专家、学者来共同讨论、研究软法问题。前不久辽宁师范大学的梁剑兵先生在网上发表了一篇《软法论纲》,属于国内较早关注软法的文章之一,他讲的角度跟我们的有所不同,但值得一读。看来现在国内开始注意研究软法,希望我们在座的各位也能关注软法的研究,并积极参与。

下一步如何进行软法的研究,我们对此有一个初步的想法。除了上面提到的那篇文章以外,我和课题组的同仁准备发表一篇介绍国外软法研究情况的文章和一篇有关软法的论文,在适当的时候编辑、出版一本我们研究软法的论文集。再下个阶段,我们一是要继续关注国外软法研究的情况,二是要探讨软法的一些基础理论,三是要以实证的方法研究我国一些领域的软法问题,欢迎大家共同参与研究。

二、软法的概念和特征

据了解,软法这一概念最初来源于国际法。在国际法里之所以一开始就大量出现软法,是因为国际法是主权国家适用的规则体系,没有一

个超级的机构可以来强制主权国家遵守国际法律规范。虽然说主权国家所认可的国际条约必须遵守，这已经成为一项原则，但有些条约在有些国家还需要被转化成为国内法才能得到实现。从根本上讲，没有一种超级的强制力可以来保证国际法的实施，更何况国际法当中更多的是国际协议、决议、宣言等，这些软性的规范性文件主要靠协商来执行。有些国家虽然签订了条约，也不一定就执行，还要通过协商或者一定的压力才能够实现。所以协商和协调在国际法里就成为一个很重要的机制。

例如，在欧盟推行区域一体化的进程中制定和实施了大量的软法，这也不是靠一个至高无上的权威机构发号施令来构建起来的，而是依靠协商逐步推进的。应该说，这些软法没有一种至高无上的强制力可来保证其实施，它是依靠自觉履行的，同时也是靠欧盟共同体的压力。归根到底，是某些利益的一致性使它们走到一起。欧盟国家的软法，以及它跟硬法的关系，他们怎么使用软法等问题，我想不是我们重点研究的领域。当然，我并不是说研究欧盟国家的软法没有用，实际上，这是很有价值的，因为今后区域性一体化的问题会逐步增加。比方说东盟，我们现在跟东盟也要推行自由贸易机制，那么这里面也有很多软性的法律。其他区域，今后也可能形成自由贸易区，也肯定会有很多的软法。那么，研究欧盟的软法问题，对于了解区域经济一体化的法律问题，还是很有价值的，所以这些方面也应该加以重视和研究，但不一定是我们的任务，它不属于国内公法性质。

再有一个领域就是国际商法。说到国际商法，这方面的软法还是很多的。这个方面，我国商务部应关注这个问题。在做生意、特别是在发生摩擦时，就涉及很多法律问题，既有硬法，也有软法，特别是软法的问题，因为大量的都是软法问题，包括WTO大量的都是软法问题，它虽然设有报复机制，但报复机制跟强制的约束力还不太一样。像这些问题也都应该加以研究，但不是我们的研究重点。还有国际法中的软法问题，也同样不是我们研究的领域。

我认为，我们研究国内公法的，要去研究软法，重点还是研究我国宪政框架下的软法，软法和硬法的关系，以及软法的地位及作用等。在宪政框架下研究软法与硬法的关系问题，研究软法自身问题，这里确实涉及国情问题。因为各国的宪政制度不太一样，我们的宪政制度跟西方的宪政制度是不太一样的。虽然有很多的共性，但是个性恐怕更多一些。所以我们要注意到看问题的角度，但是不管怎么样，我们的重点是研究我国的软法制度。

我觉得，软法，从公法这个视角来看，它应该是调整公域关系的一类行为规则，又可称之为软规则。关于软法的界定，大家知道，迄今为止，还没有一个大家公认的软法的定义，讲到软法，讲到软法与硬法关系的时候，多半使用描述性的语言，不是很规范，而且在不同领域中的软法所表现出来的现象也很不一样。究竟怎么定义软法，这个问题还需要进行深入研究。不过，为了研究和交流的方便，我们还是尝试性地对其加以大致的界定，以便勾勒出我们研究对象的大体轮廓。我们认为，软法是一个概括性的词语，被用于指称许多法现象，这些法现象有一个共同特征，就是作为一种事实上存在的、有效约束人们的行为规则，它们的实施未必依赖于国家强制力的保障。人们一贯有意无意地认为，法律与强制力是密不可分的。在管理型国家中，法律是国家的强有力武器，过去我们称之为“刀把子”。法律作为规范社会关系的重要方法之一，一贯以强劲的形象出现。在中国，传统上对法律的典型界定是：法律是由国家机关制定或认可、体现国家意志并由国家强制力保障实施的规则体系。但事实上，法律除了包括建立在等级制和单向传达基础上、具有强制约束力的硬法（hard law）外，还包括通常不规定罚则、不规定法律责任、不依靠国家直接强制实施的软法。在硬法框架下，国家下达明确的命令给公民，公民应当遵守，否则就可能直接受到不利的法律后果；但软法却不具有这种刚硬的架构，它不依靠国家权力强制实施，一般也没有规定否定性法律后果，其之所以得到实施和遵循，主要依靠公众的自律意识和人与人之间的共识，制度以及社会舆论等外部力量的监督和影响。国家机关制定或认可的规则，不一定都具有强制力的特征。由此可见，虽然现代法治社会是讲规则的社会，不讲规则，社会的活动就会是无序的、混乱的。无规则的社会是不存在的，而且有些规则还必须具有鲜明的强制力，但并不是任何规则都是硬规则，都带“牙齿”。

关于软法的特征。软法与硬法虽同属国家法，但毕竟它们是两种不同的法律形式，因此它们也存在着显著的差别，软法具有自己的特征。其一，我想最主要的就是刚开头我讲的，它不具有强制性，不是靠公权组织的强制力来保证实施的。硬法是靠国家强制力来实施，或者是由公共权力组织来实施的，软法一般不是由法院和其他公共权力组织来实施的。其二，实施方式不同。硬法实施的方式，由于它是由公共权力来实施的，那么往往采取的方式就是由上往下进行贯彻，由上往下来加以解决、实施的，而且往往采用命令与控制这样一种方式、机制。有些学者把这种机制、方式，视为一种传统的方式，这种管理型的命令方式在各

国仍然在适用，只不过它的范围在缩小。但是软法本身是不用这种自上而下的、高压的这种命令及控制的办法，而采取一种比较软的实施方式，即靠协商、协调机制。协商、协调机制是软法形成和实现的重要环节，靠自律、靠激励、靠制度、靠文化、靠软实力。其三，从主体上看，软法规则的形成主体具有多样性。既可能是国家机关，也可能是社会自治组织或混合组织等，当然，后两者形成的规则需要得到某种形式的直接或间接的国家认可。其四，从形式上看，软法的表现形式不拘一格，既可能以文本形式存在，也可能是某些具有规范作用的不成文的惯例。其五，就其体现意志而言，软法既体现国家的意志，还体现公共的意志。另外，与位阶排列清晰的硬法形成对照的是，软法的效力层级通常不那么明晰。

三、软法与硬法的关系

软法与硬法作为一个国家法律规范体系的两大组成部分，两者之间的关系应是法学研究中的重要课题。从软法研究的角度，我们认为可从以下几方面加以考虑：

（一）软法与硬法的共通之处

其一，二者都必须遵循宪法的框架。既然二者都是法，都是基本的社会控制体系的组成部分，就都要尊重和体现宪法精神——在我国，尤其要坚持中国共产党的领导、人民群众当家作主与依法治国三者的有机统一的原则。

其二，二者都要遵循共同的法律价值与法治原则。诸如公开、公平、公正，正当程序、基本人权等是所有法律规范都应当遵循的，无论软法与硬法都应当一体遵行。

其三，二者目标一致。软法与硬法都是为了促使社会秩序朝着有序的方向发展，都是为了维护和拓展公民自由、规范和监督公共权力，都是为了实现法治目标，建设以人为本的和谐社会。

（二）软法与硬法的相异之处

其一，保障实施的力量不同。硬法主要依靠公权力保障实施，行为人违反了硬法就有可能受到直接的不利后果或被起诉到法院；软法未必

依靠国家权力保障实施，即使行为人违反了软法通常也不会受到直接的国家强制，而往往受到的是舆论谴责、共同体成员的一致对待，或其他某种形式的外部社会压力。

其二，实施机制不同。硬法依靠自上而下的命令——控制机制予以实施；软法则更多地依赖于自律和社会影响力的共同作用，开放协调机制（OMC）在其中起着重要作用。

其三，位阶的体现不同。硬法的位阶性很明显，以宪法为基准形成一个效力递减的位阶体系，每一层级的规范都不得与上位阶的规范相抵触；软法的位阶性则不明显，除了所有的行为规范都要合乎宪法以及在一般的情况下不能与硬法相冲突之外，软法自身并不界定效力层级。

其四，公民参与的程度和性质不同。硬法主要基于等级制和单向传达之上，公民参与的程度有限，在参与中也难以做到与行政机关在法律地位上的真正平等；而在软法形成和实施过程中，行政机关与社会组织乃至公民个体在同等的地位上进行沟通和协商，共同形成规则，并同等地受到所达成的规则的约束，以这些规则作为行动的指针和交往的平台，因而，软法机制更有助于实现行政机关和公民之间的平等，真正体现公民参与治理和自我治理的精神。

（三）软法与硬法的关系

其一，软法对硬法的补充。在现代社会关系高度复杂、变动的态势下，硬法覆盖的广度和深度都是有限的，软法能够对硬法作出有益的补充。大体而言，软法对硬法的补充有以下几种情形：一是软法作为硬法的先行法。在硬法阙如或者制定硬法的条件不成熟时，软法通常就先行一步，在相关领域制定出原则性的规定，作为硬法的试验田。经过反复试错与协商，待条件成熟后，这些软法的规定通常会转变成成为制定硬法的重要渊源。二是软法以某种方式对硬法作出解释。在硬法的条文原则抽象的情况下，软法可以通过更细密的规则使硬法相关规定具体化，从而使硬法更顺畅、灵活地运作。三是软法填补硬法留出的空白。对于硬法中需要时常顺应实际状况作出调整的部分，立法者可以有意地将其留给软法作出规定，从而保持硬法的稳定性。

其二，互相转化。作为法律的两种基本形态，软法与硬法之间具有相互转化的关系。在上述的前一种情况下，软法或迟或早会转化成硬法，如有关劳动立法。而在后一种情况下，如果条件成熟，硬法也可能逐渐削弱其强制性特征而转变为软法，如有关计划生育的规定。软法与