

关于促进现代服务业发展的软法体系建设研究

魏钢焰

(浙江树人大学 管理学院, 浙江 杭州 310015)

摘要:软法建设对促进产业转型升级、调整和优化三次产业结构、推动现代服务业发展具有重要作用。文章根据软法的制定者类型、适用范围和约束力来源,将软法体系建设分为三个层次,即由规划、纲要等构成的宏观层次软法;由行业准入资格、行业规范准则等构成的中观层次软法;由公约、承诺等构成的微观层次软法;并对各层次软法的建设重点提出建议。

关键词:硬法;软法;现代服务业

DOI:10.3969/j.issn.1671-2714.2014.00.020

经过改革开放 30 多年的发展,中国经济正处于转型期,传统制造业向先进制造业和现代服务业转型,第三产业在国民经济中的比重不断上升。《国民经济和社会发展的第十一个五年规划纲要》明确提出:到 2020 年,基本实现经济结构向以服务经济为主的转变,服务业增加值占国内生产总值的比重超过 50%。伴随经济转型所产生的观念冲突、体制障碍和经营方式转换等问题迫切需要一个好的制度环境来解决,软法体系的建设不失为一种适时而又经济的制度选择。

一、软法之辨

与硬法(hard law)相对应而言,软法(soft law)是近几年出现的一个法学概念,是指体现公共意志、由国家制定或认可、依靠公共强制或自律机制保证实施的规范体系。在传统观念中,法律是以国家为中心的,一般表述为:法是由国家制定、认可并依靠国家强制力保证实施的,以权利和义务为调整机制,以人的行为及行为关系为调整

对象,反映统治阶级(或人民)意志,以确认、保护和发展统治阶级(或人民)所期望的社会关系和价值目标为目的的行为规范体系。^①学术界将这种传统的国家中心主义法观念称之为国家控制法范式。随着社会的飞速发展,传统的国家中心主义法观念越来越不能适应社会发展和公民权利保障的实际需要,出现了政府失灵、市场失灵和社会失灵的现象,具体体现为国家管理能力不足、管理效果不佳以及管理的正当性受到质疑。与此同时,一些社会规范、习惯法却能有效地弥补因国家法不足或失灵所导致的社会和经济问题,具有很强的针对性和实效性。这使一些学者对国家控制法范式下的“法”概念的局限性进行思考,认为法的内涵应该是动态的、发展的。在此背景下,有学者提出:法是体现公共意志的、由国家制定或认可、依靠公共强制或自律机制保证实施的规范体系。^②

在此概念下,目前把凡是由拥有立法权的国家机关制定的、以国家强制力保证其实施的法律规范称为“硬法”或“国家法”。在中国,即是指法律、行政

收稿日期:2013-12-30;修回日期:2014-02-24

在线优先出版日期:2014-06-18

基金项目:2013年浙江省教育厅科研项目(Y201330126)

作者简介:魏钢焰,男,副教授,研究方向:组织行为、企业管理法规。

^①张文显:《法理学》,高等教育出版社与北京大学出版社2003年版,第46页。

^②罗豪才、宋功德:《软法亦法:公共治理呼唤软法之治》,法律出版社2009年版,第202页。

法规、地方性法规以及自治条例和单行条例、规章。而把其他得到国家认可,不能够运用国家强制力保证实施却具有实际效果的规范体系称为软法。^①其特征可概括为:第一,软法没有法律约束力,即不依靠国家强制力实施。第二,软法有实际效果,它对其适应范围内人的行为具有约束力,若有人违反就可能遭到惩戒。第三,软法具有规范作用,它引导人们按照软法的规定行事,在一定范围内形成秩序。^②

软法是一个新的概念,学术界对软法的外延也存在不同的看法。姜明安(2006)根据 Francis Snyder(1994)“软法是原则上没有法律约束力但有实际效力的行为规则”^③的定义,认为,软法包括宣言、决议、守则、准则和标准等规范化表现形式,并在制定主体、产生方式、表现形式和适用后果等方面区别于道德、习惯、潜规则、法理、政策和行政命令。^④方剑(2011)认为,软法包括除国家法之外的社会中大量存在的有关规则,如行业惯例、专业标准、民族(乡村)习俗甚至契约等。^⑤魏清沂(2012)认为,软法是指没有法律约束力但有实际效果的、除道德、习惯、命令、传统、理念之外的行为规则以及在现实中执行效果差或弱的法律和有可能最终演变成软法的法律。在魏清沂看来凡不具备参与性、协商性、合作性而形成的规范不能称为软法。^⑥

本文所探讨的软法体系建设中的“软法”是指体现公共意志的、由国家制定或认可、依靠公共强制或自律机制保证实施的规范体系。其外延包括硬法中执行不力的软法规范、国家机关制定的规范性文件中的软法规范、中介组织制定的行业规范、经济共同体创制的自制规范。

二、软法体系建设对服务业发展的意义

当前我国正处在工业化、城镇化发展的中后期,产业结构正面临重大调整,即从农业、制造业

向服务业转换。在此背景,下软法建设的意义体现在以下方面。

(一) 法制环境不足对软法建设的需求

任何社会经济的发展都离不开法制环境,它是规范社会经济主体行为的手段。硬法环境是由国家立法机关根据法律的位阶性、统一性与严密性原则,经法定程序设立的。当社会经济发展处于变革期,法制环境的建设具有滞后性,往往赶不上社会经济发展对其的需求,形成法制环境的局部真空并导致社会经济秩序的紊乱。处于经济转型时期的国家往往都缺乏对低交易成本经营活动起支撑作用的正式制度框架,如可信度高的法律体系、稳定的政治结构以及有效运行的战略要素市场等。^⑦而软法由于其制定的便捷性和灵活性恰好能弥补硬法的不足。我国目前仍处于社会主义初级阶段,社会、经济、政治正处在一个深刻变化的历史转型期,法制建设虽然取得了巨大成就,但依然无法满足社会经济发展的需要。所以,软法理应成为硬法的补充,成为促进社会经济发展的有效工具。

(二) 服务业发展对软法建设的需求

服务业的发展与制造业不同,它对制度的依赖程度远高于制造业。由于服务是一种特殊商品,供需双方对它的认识不像对有形商品那样清晰,服务产品特性不容易描述,交易合同也不太容易执行,所以对法律环境的要求相对比较高。^⑧经济基础的转变要求作为上层建筑的法律也进行相应的补充和修改。但硬法出于立法权威性、稳定性的需要,不能频繁地予以修改或补充,而软法因其内容的灵活性和制定、修改程序的简便性为解决或缓和硬法的这种困境提供了可能性。^⑨

(三) 立法成本对软法建设的需求

法制环境的建设不但需要时间,更需要大量的投入。硬法建设需考虑广泛的普适性、统一性,有着严格的制定程序,人、财、物投入的成本很高,而

①杨海坤、张开俊:《软法国内化的演变及其存在的问题——对“软法亦法”观点的商榷》,《法制与社会发展》2012年第6期,第112-120页。

②魏清沂:《软法:形式软法与实质软法》,《广西大学学报(哲学社会科学版)》2012年第3期,第92-96页。

③Francis Snyder, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in Steve Martin(ed.), *The Construction of Europe*, Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 198.

④姜明安:《软法的兴起与软法之治》,《中国法学》2006年第2期,第25-36页。

⑤方剑:《我国经济软法机制初探》,《中外企业家》2011年第9期,第143-145页。

⑥魏清沂:《软法:形式软法与实质软法》,《广西大学学报(哲学社会科学版)》2012年第3期,第92-96页。

⑦Khanna T, Palepu K, Why Focused Strategies May be Wrong for Emerging Markets, *Harvard Business Review*, 1997, No. 7, pp. 41-51.

⑧陈源:《试论加快发展服务业》,《行政与法》2012年第11期,第58-60页。

⑨姜明安:《软法的兴起与软法之治》,《中国法学》2006年第2期,第25-36页。

产业结构调整时期存在不确定性,如果此时进行硬法建设,很可能导致法律尚未建成就已经落后或者不适应的状况,这就使投入与产出的比率失衡,从而提高法制建设的成本。软法由于对普适性要求不高,强调具体领域与范围的适用,制定成本较低,在多变的环境下不失为一种降低立法成本的选择。

(四) 地区发展不平衡对软法建设的需求

我国地域广阔,东、中、西各地区经济发展水平差异较大,人们的思想观念、生活方式也有很大的不同,各地区对服务业及相关法律制度的需求存在较大差异。由于具有普遍性的特征,硬法难免会存在适应性和针对性不足的问题,为了使适用对象或范围具有普遍性,硬法有时可能会损害一些地区的利益。而软法不然,它主要是由特定的社会组织根据特定地区的实际情况量身定制,从而最大限度地适应和满足该地区成员的需求。

三、服务业软法体系建设的层级与重点

法制体系功效的发挥不仅取决于内容的完备性,更取决于结构的严密性和逻辑性。硬法

体系应该具有严密的结构,软法体系也应该有合理的结构体系。硬法体系的结构主要体现在法律体系的完整性、法律之间的位阶性及法律结构的逻辑性。法律体系的完整性表现为它必须囊括一国现行法律的全部内容;位阶性表现为法律之间根据效力的高低形成法律、行政法规和部门级地方性法规等层次;法律结构的逻辑性表现为法律规范具有假定、处理和制裁的结构。以下是构建一个合理的软法体系的思考。

(一) 软法体系的结构设计

类比方法是人类认识世界和改造世界的一种重要方法。所谓类比就是由两个对象的某些相同或相似的性质,推断它们在其他性质上也有可能存在相同或相似性质的一种推理形式。以硬法体系作为类比源,笔者根据软法制定者的层次、软法的约束范围、主要功效和约束机制的特点,把软法体系划分为三个层次:宏观层次软法、中观层次软法和微观层次软法,各层次软法的构成及特点见表1。

表1 软法体系的结构及主要特点

层级	软法类型	制定者层级	约束范围	主要功效	约束机制
宏观层次软法	纲要、规划、建议	政府机构	全国范围	引领行为	政府权威,价值认同
中观层次软法	行业准入资格、行业规范、标准	行业协会、商会、社会中介机构	全行业内部	指导行为	行业整体利益的维护与诱导
微观层次软法	服务公约、服务承诺、服务惯例	市场经营主体或产业联盟	区域组织内部	约束行为	社会声誉或群体内部的惩罚

1. 宏观层次软法。该层次软法主要是由党中央、国务院及所属部委作为主体制定的各类规划、纲要以及指导意见等,约束范围涉及全国所辖行政区域,主要功效是对经营主体的行为起到“宏观引领”的作用,其约束机制源于人们对国家和政府的“敬畏意识”“习惯性服从”和“价值认同”等心理所导致的行为驱动。

2. 中观层次软法。该类软法主要是由各类行业协会、商会组织、第三方标准化组织等中介组织制定的各种行业准入资格、行业规范准则和行业标准等,约束范围仅限于该行业内部,主要功效是对经营主体行为起到“中观指导”的作用,其约束机制源于行业组织对成员的“利益诱导”,即经营主体为了追求行业的整体利益和长远发展,甘愿约束自己的行为。

3. 微观层次软法。该类软法主要是由企业集群、产业联盟或产业集群作为主体制定的各种公约、承诺、责任等,约束范围仅仅局限于组织群体成员内部,主要功效是对组织成员的行为起到“微观约束”的作用,其约束机制源于群体的内部的“声誉机制”和“制裁机制”,即企业为了获得在行业内和社会上的美誉度,或因害怕被关系密切的同行或利益相关者排斥、抛弃从而丧失组织成员的身份对自己的行为进行约束。

(二) 软法体系的建设内容

为使三次产业结构趋于合理,加快产业转型升级,促进现代服务业快速发展,应该有意识地从三个层级进行软法体系的建设,并根据服务业发展的需要和环境的变化,在三个层级中确定重点建设的内容。

1. 宏观层次软法建设的重点。基于政府的权威和在社会经济中的特殊地位,政府机构制定的各类产业政策、规划、纲要、建议对经营主体的经营理念、经营方向和经营战略具有重大的引领作用。政府应该在充分调查和论证的基础上,适时推出各类鼓励产业转型升级、发展现代服务业的各项建议、规划和纲要,从宏观层面构建一个促进产业转型升级、大力发展现代服务业的软法体系。笔者认为,我国目前主要应该在公共服务、社会管理服务、环境保护服务、生产性服务业、养老服务业和信息服务业加大对经营主体的引导。近几年来,政府部门已经开始着手这方面的工作,国务院先后推出了《促进产业结构调整暂行规定》(2005年12月21日)、《关于加快发展服务业的若干意见》(2007年3月27日)、《关于促进物流业健康发展政策措施的意见》(2011年8月19日)、《关于中国老龄事业发展“十二五”规划的通知》(2011年9月23日)、《关于印发社会养老服务体系规划(2011-2015年)的通知》(2011年12月27日)、《关于加快发展高技术服务业的指导意见》(2011年12月16日)、《关于印发国家基本公共服务体系“十二五”规划的通知》(2012年7月20日)、《关于印发服务业发展“十二五”规划的通知》(2012年12月12日)、《关于促进信息消费扩大内需的若干意见》(2013年8月14日)、《关于印发“宽带中国”战略及实施方案的通知》(2013年8月17日)、《关于加快发展养老服务业的若干意见》(2013年9月13日)。

这些意见、规划和通知反映了国家对服务业的重视,对于推动产业转型升级、加快现代服务业发展发挥了重要的引领作用。但是由于这些内容比较笼统,应进行细化、补充和完善。各职能部门、地方政府应根据本部门、本地区的具体情况,制定一些更具针对性的政策,使之成为引领社会经济主体的行动指南。比如,由于受计划经济思维的残余影响,我国服务行业的发展存在较多障碍,表现为:(1)准入门槛较高。一是我国目前依然普遍实行肯定式目录,与现代市场经济通行的否定式目录准入方式有较大差异,不利于服务业的壮大。二是一些领域从法律规定上看,进入已

没有问题,但实际上存在难以逾越的障碍,即使进去了,由于垄断也难以生存和发展。^① (2)运营成本高。一是税赋较重,与制造业只征收增值税相比,服务业需要全额征收营业税;二是生产要素获取成本较高。如服务业征地成本、水电成本远高于制造业,在融资方面也远比制造业困难。(3)准入政策存在歧视。如我国法律针对银行服务业的市场准入问题采取的是“双轨制”原则,即针对外资银行和中资银行的市场准入分别作出规定,造成了外资银行和中资银行在市场准入上的不平等。^② 所以,根据国家发展服务业的相关意见、规划、纲要,有关部门修改制定新的服务业准入政策及其行动指南就是宏观层次软法建设的一项重要工作。

2. 中观层次软法建设的重点。中观层面软法体系的建设是从行业层面对行业内市场主体的经营行为进行规范与指导,是对宏观层次软法的补充,在不同行业环境存在差异的背景下,该层次的软法对业内企业的约束更加有效。为了促进和规范服务业的发展,该层次软法体系主要应在执业资格、服务标准等方面加大建设力度。

由于服务业起步晚,特别是一些现代服务业如生产性服务业的市场秩序还比较混乱,缺少规范的职业资格,业内企业良莠不齐、服务质量参差不齐、整体信誉不高,大众对服务业的满意度较低,对服务的需求被压抑,使得本应通过外包方式完成的服务却形成企业的内置业务,导致了生产企业的低效率,也影响了生产性服务业的发展。所以,当前必须加快制定知识产权服务、检验检测服务、科技成果转化服务、信息技术服务、数字内容服务以及会展服务、公证鉴证、资产评估、工业设计、婚庆服务、健身教练、营养咨询、中医食疗、宠物诊疗和移民服务等新型服务业的执业资格和服务标准。

在制定执业资格时要考虑到服务业监管的复杂性,应该在不同执业资格中设置多个级别或者多个类别的执业资格制度,对不同类别和级别的执业资格采取不同的认证方法和管理方式,在严格执业准入制度的同时,还要采取有效措施,建立起与之配套的市场清出机制。服务标准制定必须

①九三学社中央:《放宽服务业市场准入强化公平竞争》,《中国产业》2010年第3期,第32-33页。

②赵淑慧:《试论WTO体制下金融服务贸易市场准入法律问题》,《黄河科技大学学报》2012年第3期,第126-128页。

遵循规范化和科学化的原则,制定程序要规范,标准体系要严谨,构建一个由服务通用基础标准,服务保障标准和服务提供标准组成的标准体系。通用基础标准是在服务业组织内被普遍使用,具有广泛指导意义的规范性文件,包括标准化导则、术语与缩略语标准、符号与标志标准、数值与数据标准、量和单位标准、测量标准等。服务保障标准是为支撑服务有效提供而制定的规范性文件,包括环境标准、能源标准、安全与应急标准、职业健康标准、财务管理标准、设施设备及用品标准、人力资源管理标准、合同管理标准等。服务提供标准是为满足顾客的需要,规范供方与顾客之间直接或间接接触活动过程的规范性文件,包括服务规范、服务提供规范、服务质量控制规范、运行管理规范、服务评价改进标准等。^①

3. 微观层次软法建设的重点。微观层次软法体系主要从地区层面对某一行业在特定区域内市场主体的行为进行约束,是对宏观和中观层次软法体系的完善、补充与细化,对经营者具有更具体、更直接的约束力。该层次的软法建设应该在地区行业联盟(协会)、产业园区管委会、产业集群管委会等服务组织的协调下,由辖区中的服务企业或企业集团制定,内容包括行业章程、行业诚信守则、行业经营公约以及行业惯例等,使之成为区域内企业经营的自律准则。由于服务的无形性、即时性、异质性和互动性等特点,其质量不如有形产品易于控制,所以行业自律尤其重要。

目前,某些地区的服务业尚存在许多不尽如人意的惯例,损害了行业的整体形象和声誉。如餐饮与休闲行业的最低消费,美发行业不给顾客开发票,保险公司在车险业务中把轮胎作为易耗品不予以理赔,一些超市向供货商收取入场费、上架费、赞助费、促销小姐管理费,网络运营服务商强行给顾客的电脑植入广告等等。有些服务领域收费标准混乱,比如,快递企业对投递物品灭失的赔付标准就是一例。对于快递标的物,客户事先要求保价的,快递公司一般按标的价值的3%收取费用,但各企业的赔付额相差巨大。如,顺丰公司按物品声明价值和损失比例赔偿;EMS公司按实际损失价值赔偿,但最高不超过相关邮件的保

价金额;申通按双方确认交寄快件物品实际价值不超过人民币10万元进行赔偿;中通、汇通、圆通规定保价最高限额为人民币1万元;天天公司按实际保价价值赔偿。至于未事先保价标的的赔付标准,各快递公司的差异就更大了。^②这种情况一方面加大了交易成本,另一方面使同行之间的竞争混乱无序,增加顾客对企业的不信任感,影响整个行业的形象和利益。所以,行业联盟或经营者协会要从促进服务业整体和长远发展的立场出发,以诚实信用、公平合理的原则,科学地制定相关规则,维护行业整体利益和消费者的权益。

(三) 软法体系保障措施的建设

软法毕竟不是以国家强制力保证实施的规范体系,在执行力和约束力方面无法与法律相比。尽管如此,还是可以采取一些措施提高软法的执行力和约束力。

对于宏观层次软法的执行,可以通过政策配套来提高其执行效果。即在政府软法出台后,配套出台相关税收、融资、用地等政策及地方性的配套措施,通过“政府威信”和“利益引导”的双重机制发挥其引领作用。如,国家在鼓励新能源汽车发展时就是采用这种机制。对于中观层次软法的执行,可以通过强化执业资格年检环节的监督与管理,增加其约束力。要大力建设独立于执业认证和标准制定组织的第三方年检机构,对重要的服务企业,特别是一些从事知识产权服务、检验检测服务、科技成果转化服务、信息技术服务、数字内容服务等业务的高技术服务企业开展定期年检,对经过执业认证后不履行行业标准和规范的从业者,通过媒体公开曝光、谴责等措施进行监督,对情节严重者采取收回认证、取消从业资格等措施。对于微观层次软法的执行,主要通过建立内部奖惩机制和隔离机制增强对成员的约束力。要建立产业联盟或企业集群协会的协调机制,通过定期召开理事会协调企业间的冲突与纠纷;设立守信基金,对联盟内遵守公约的企业给予奖励;建立联盟企业形象的网络展示平台,供公众浏览查询。对不同信誉度和服务质量的企业分别授予不同的奖励或荣誉级别;对联盟或集群内不守规

①王海瀛、王彬彬、吴宏:《福建省服务业标准体系框架构建研究》,《质量技术监督研究》2011年第6期,第75-79页。

②邬愉波、陈佳:《快件受损谁来赔,怎么赔?》,《都市快报》2012年11月14日,第C3版。

矩的害群之马,将其列入黑名单甚至给予“摘牌”。

在经济转型、产业结构发生深刻变革的环境下,软法建设对于社会经济的发展具有特定的作用。运用类比的方法,笔者根据软法的制定者类

型、适用范围和约束力来源,把软法体系设计为宏观、中观和微观三层次结构的体系。政府部门、行业和社会经济主体应该高度重视软法建设的系统性,从宏观、中观和微观三个层次构筑一个严密的软法体系,促进产业结构转型升级,加快现代服务业发展,促进经济持续健康增长。

Soft Law System Construction to Promote Modern Service Industry Development

WEI Gangyan

(*Management School of Zhejiang Shuren University, Hangzhou, Zhejiang, 310015, China*)

Abstract: The construction of soft law plays an important role to promote the transformation and upgrading of industry, adjust and optimize the three industries structure, promote the development of modern service industry. According to the type of soft law makers, binding source and applicable scope, this paper divides the soft law system construction into three levels: the macro level of soft law composed of planning, guide, etc; the sub-macro level of soft law composed of industry admittance qualification, industry norms, etc; and the micro level of soft law composed of convention, commitment, etc. It further proposes the focuses on the construction of the different levels.

Key words: hard law; soft law; modern service industry

(责任编辑 陈汉轮)