

# 党内法规属性的再认识

刘长秋

(上海政法学院纪检监察学院, 上海, 201701)

**摘要:** 软法概念输入之初, 学者们关于党内法规的软法属性已成定论。新近对这一结论的质疑, 或是对软法理解的偏误, 或是无视党内法规与国家法效力来源机制的差异, 或因误解党内法规自身的严厉性。事实上, 硬法范围的特定性, 决定了我们无法将党内法规纳入硬法范畴; 党内法规调整的特点, 也完全契合软法调整的特点。尽管未来有将党内法规作为第三种形态法的理论可能, 但目前软法理论依然具有对党内法规性质的解释力。将党内法规视为软法, 也更利于科学地理解和解释与党内法规同类性质的社会治理规则。

**关键词:** 党内法规; 软法; 硬法; 国家法

**中图分类号:** D922

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2023)01-0021-11

2020年11月召开的中央全面依法治国工作会议正式提出习近平法治思想并明确其在全面依法治国中的指导地位。习近平法治思想内涵丰富、论述深刻、逻辑严密、系统完备, 从历史和现实相贯通、国际和国内相关联、理论和实际相结合等方面, 深刻回答了新时代为什么要实行全面依法治国、怎样实行全面依法治国等一系列重大问题, 是顺应中华民族伟大复兴时代要求的重大理论创新成果, 是马克思主义法治理论中国化的最新成果, 是习近平新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分, 是全面依法治国的根本遵循和行动指南。而有关党内法规方面的重要论述则是习近平法治思想中最具中国特色的内容。自党的十八大以来, 党内法规制度建设开始受到前所未有的高度重视, 由此带动国内党内法规研究热潮的兴起, 使得涉及党内法规研究的很多基础性问题得到了学理上的阐释和论证。这对于党内法规制度建设的深化以及全面从严治党与全面依法治国战略的进一步推进而言, 无疑都具有重要意义。然而, 在有关党内法规的性质为何, 亦即党内法规究竟应当归属于软法还是硬法这一

关键问题上, 国内学术界存在很大争议。由于受软法研究不足所导致的对软法理解的偏误以及党内法规自身所显现出来的刚性等诸多因素的影响, 不少学者反对将党内法规纳入软法范畴, 且这一群体呈现逐渐增长态势。

明确党内法规的性质是一个极为重要的学理问题, 因为这决定着人们对于党内法规的认知和接受程度, 甚至决定着党内法规制度建设的方向和目标。对于党内法规而言, “只有明确了它的性质, 才能够对它的功能、内容、形式、结构、特点、运行、作用等问题展开深入研究”<sup>[1]</sup>。基于此, 本文拟就党内法规的软法性质再加探讨, 希望为党内法规的定性研究提供一些有价值的意见或建议, 并借此对党内法规制度建设的强化略尽微力。

## 一、“软法”概念的引入与党内法规属性的争议

作为近年来在国内外学界勃然兴起的一个重要概念, 软法自产生之日起就受到广泛的关

收稿日期: 2022-04-22; 修回日期: 2022-11-25

基金项目: 国家社科基金项目“依规治党思维研究”(22BFX008)

作者简介: 刘长秋, 男, 山东济南人, 法学博士, 上海政法学院纪检监察学院教授, 温州大学法学院兼职教授, 安徽医科大学特聘教授, 主要研究方向: 党内法规、纪检监察学、生命法学, 联系邮箱: shangujushi@sina.com

注,并引发了极大的争议。有人甚至不认可软法作为法的存在,认为法应当是刚性的,软法这一措辞本身就内含矛盾,软法这一概念会为法学理论与法治实践带来困扰和混乱<sup>[2]</sup>。在此背景下,人们对于软法性质的界定存在很大的差异。有学者认为,软法通常用来指包含劝告性而非法律约束性义务的规定<sup>[3]</sup>。软法具有硬法的很多优点,避免了硬法的成本,而且也具有自己独特的优势<sup>[4]</sup>。也有学者认为,“软法”是与法、国家法、实证法等相对的,是支配着人们的行为并构成社会秩序基础但又不是出自国家正式立法的种种规则<sup>[5]</sup>。而国内软法研究的引入者及倡导者罗豪才教授则认为:“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的特征,就是作为一种事实存在的可以有效约束人们行动的行为规则,而这些行为规则的实施总体上不直接依赖于国家强制力的保障。”<sup>[6]</sup>笔者以为,作为一个学术概念,软法的引入及其相关研究主要是为了区别于我国法治体系中已经存在的“硬法”,亦即国家法,它应当是与国家法相对应的一个概念。基于此,软法应当是指国家法之外存在的发挥着法的作用的规则或规范。在调整社会关系方面,这些规则或规范能够起到法的作用,能够产生法的调整效果,但又不同于国家法,其调整效能的产生不以国家强制力为后盾。

党内法规作为一种制度现象,自中国共产党成立之时起即已产生并一直存在,且在管党治党方面发挥着无以替代的重要作用,但其引发国内学者——尤其是法学学者——的普遍关注和重视则主要是在党的十八届四中全会之后<sup>①</sup>。党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确将党内法规纳入中国特色社会主义法治体系,使之成为与国家法相并列的一种法规范,成为中国特色社会主义法治体系的重要组成部分,也由此带来人们对其性质和地位等问题的关注和探讨。在界定党内法规的性质方面,软法论最初是颇受重视且被普遍认同的一种学说,很多学者都认可并支持党内法规软法论,认为党内法规就是一种软法。如宋功德认为,党作为一种政治组织所制定的党规属于

软法,它对于党组织和党员而言是必须一体遵守、不得例外的硬要求,属于“坚硬的软法”<sup>[7]</sup>。姜明安也认为,“党内法规”的基本性质属于社会法和软法<sup>[8]</sup>。靳澜涛同样指出,党规以区别于“硬法”的方式体现着法的公共性、规范性和普适性等共性特征,在制定主体、内容程序、效力保障等维度凸显出“软法”的个性特征<sup>[9]</sup>。而笔者也曾经多次撰文论证党内法规的软法性质<sup>[10]</sup>,明确将党内法规归入软法之列<sup>[11]</sup>。

然而,伴随着党内法规研究群体的日益扩大以及由此带来的视野与立场的不同,很多学者开始质疑党内法规软法论,认为党内法规软法论并没有揭示党内法规的本质属性,将党内法规作为一种软法没有科学定位党内法规。如欧爱民就主张,党内法规应当归属于硬法,“将党内法规纳入‘硬法’范畴,既是现实需要,也具有理论基础”<sup>[12]</sup>。柯华庆持相同观点,他认为,无论从道德效力、应然效力、实然效力来看,党规都无疑是“法”,而且是一种有别于一般社会组织制定的“软法”的“硬法”<sup>[13]</sup>。姬亚平也认为,党内法规有软法的部分,但绝大多数属于硬法,“党内法规总体上是具有硬性的约束效力的”<sup>[14]</sup>。肖金明则认为,党内法规“软法论”具有明显的局限,它忽视党内法规非国家法的前提<sup>②</sup>,不符合我国政党政治运行的现实逻辑,偏离了党内法规的目标定位与价值功能,也忽略了党的政策与党内法规的界限,因此,将党内法规作为软法并不恰当,而应当将之定位为与国家法律并行的法规规范<sup>[15]</sup>。还有学者认为,党内法规的基本性质是社会法,但又兼具一定的国家法因素<sup>[16]</sup>。一时间,党内法规非软法论开始在学界流行开来,越来越多的学者立足于党内法规与一般软法差异性的视角,主张将党内法规纳入所谓的“硬法”范畴。

作为一个因应党内法规制度建设以及依规治党、全面从严治党乃至全面依法治国需要而生的新学科,党内法规学是近年来形成的一个重要学科。长期以来,法学界对党内法规制度建设关注不够,有些学者不愿正视党内法规现象,对于党内法规概念持质疑、不屑甚至否定态度,仿佛一讲党内法规,就会扰乱法治理论,混淆国家和

党政关系，就有亵渎国家法治的危险<sup>[17]</sup>。党内法规及其相关问题甚至被认为既非科学问题更非法学问题，不能也不应该纳入法学研究范畴，由此形成了党内法规制度不入“法眼”的状况<sup>[18]</sup>。正是在这种背景下，人们对党内法规的很多问题缺乏一以贯之的研究，对党内法规性质这样一个党内法规学研究必须直面的问题也疏于关注，不少人甚至认为这一问题不重要或者是一个伪问题。实际上，在党的十八届四中全会明确全面依法治国，把党内法规纳入社会主义法治体系，“既要求党依据宪法和法律治国理政，也要求党依据党内法规管党治党”的宏观背景下，党内法规的性质问题决定着党内法规制度建设的方向，决定着中国特色社会主义法治体系构建的科学性以及全面依法治国目标的实现。因为不同性质的法，其制度建设需要满足的要求不同，遵循的规律也不相同。如果对不同性质的法适用相同的要求，则很容易出现“张冠李戴”的结果，导致不同制度建设的实践与目标“南辕北辙”，扰乱中国特色社会主义法治体系。例如，国家法制定、修改和废止需要严格遵照立法法的规定。国家法对所有公民适用，需要遵循硬法建设的一般规律，需要突出程序正义，强调制度的公平与刚性。而软法更强调协商民主与制度适用的灵活性，突出结果主义，强调制度调整的实效，仅限于在特定领域和特定群体内部发挥作用。中国共产党在国家治理中的特殊地位，决定了中国必须在坚持党的领导并深入推进全面从严治党、依规治党的前提下，全面推进依法治国。在此意义上，无论是对于推进党内法规制度建设以践行依规治党、全面从严治党而言，还是构建科学完善的社会主义法治体系以推进全面依法治国和推进国家治理体系与治理能力现代化而言，科学界定党内法规性质的重要性都是不言自明的。

## 二、党内法规软法论为什么会被质疑和错解？

党内法规软法论兴起于十余年前开始的国内软法研究热潮，是研究者对软法进行分类研究

的重要产物。正因为如此，持党内法规软法论的学者，绝大多数都有着软法研究的背景，对软法的基本理论与实践比较熟悉。作为国内最早从法学角度对党内法规加以研究和定性并将其归入法现象的一种学说，党内法规软法论很好地揭示了党内法规的性质，指明了党内法规与国家法律的不同，其最初得到了学界较为普遍的认可。然而近年来，伴随着越来越多缺乏软法学术背景与知识结构的学者步入党内法规研究领域，党内法规软法论逐渐遭受质疑，甚至被错解。笔者以为，不少学者之所以质疑并反对将党内法规纳入软法范畴，而主张将其归入硬法，主要根源在于他们对于软法这一概念理解的偏误以及党内法规特殊性所致。这些恰恰是党内法规学界必须正视的基础性与关键性问题。

### （一）对软法理解的成见与误会

很多学者之所以比较排斥用软法来定性党内法规，最为重要的一个原因在于人们对软法存在一定成见与误会。关于软法，国内学者虽然进行了越来越多的研究，但在其内涵与外延的确定上一直存在较大争议。不少学者仅从字面上去理解软法，将软法错误等同于软规则，甚至将国家法中大量存在的软规则，如各种倡导性规则、宣示性规则、指导性规则等，也纳入软法的范围。实际上，“软法是指那些不能用国家强制力保证实施的法规范，……而硬法是指那些能够依靠国家强制力保证实施的法规范”<sup>[19]</sup>。软法不是指“软”的法，而是专指不属于国家法的其他法的统称，就像硬法不是指“硬”的法而专指国家法一样。换言之，假如我们把国家法作为硬法，则不属于国家法但又发挥着法的作用的规则都是软法。软法不排除硬规则的存在，如国内高校普遍制定的有关科研考核、职称晋升等方面的规定，就属于面“软”而神“硬”的软法规则。在国内高校，这些规则实际上是作为硬要求存在的。中国共产党党内法规显然也属于这样的规则。由于这些规则并不以国家强制力作为保障，因此无论其约束效果多强，表现多硬，都不是国家法，不属于硬法。这就如同作为硬法的国家法中有着大量诸如“常回家看看”这类软性条款，

但我们不能因此将其归入软法一样。在软法与硬法的辨识上,我们不能够仅从软法的“软”字上去理解,不能将软法等同于“软”的法或软规则,也不能仅从“硬”字上去理解而错误地将硬法等同于“硬”的法或硬规则。因为软法与硬法的实质性差别不在于法规中的要求是“软”还是“硬”,而在于二者是否具有国家强制力。凡是具有国家强制力的法都属于硬法,不具备国家强制力的法都属于软法。就此而言,软法是与国家法并行而非相互交叉的一种法;软法未必就不硬,而硬法也未必就不软。

由上可知,“目前我国学界对软法的研究还远未成熟,尤以软法的概念、范围、功能、与硬法的区别等基本问题为最”<sup>[20]</sup>。这一点直接影响了人们对于软法概念及其范围的界定,并制约了人们在党内法规是否为软法问题上的判断。在此意义上,国内软法研究有待进一步强化,这需要从软法的由来与本原上理解何为软法,从而正确把握其内核与实质。从软法一词的渊源来看,软法是产生于国际法上的一个概念,它作为晚近国际法中较为引人注目的一种现象,“通常是指那些不具有法律约束力但又能产生一定法律效果的国际文件,例如联合国大会或其他国际会议所通过的决议和宣言、国际组织建议采用的标准和建议等”<sup>[21]</sup>。换言之,国际软法是相对于国际条约和国际习惯等国际“硬法”而言的国际规范。在国际法上,凡是不具有国际法约束力但客观上却能够对国际法主体产生约束效果的国际规则,都属于国际软法。由此可见,国际软法是对应国际法这一概念产生的。国际法学者提出国际软法这一概念的目的在于使国际法与那些并不是国际法但却发挥着国际法作用的国际规则区别开来。在国内法中,人们引入软法概念的目的则在于弥补作为刚性规范的国家法调整之不足,使国家法以及其他各类发挥着约束效能的规则能够在社会治理中彼此支撑,互补互助。换言之,在国内法中,“任何一种类似法的规则都可以被称为软法”<sup>[3]</sup>,软法是相对于国家法的独立存在,是国家法之外且平行于国家法、发挥着法的作用的规则或规范<sup>⑥</sup>。但稍显遗憾的是,部分学者

在研究软法时将软法的范围进行了不适当扩大,甚至将国家法中约束力偏软的规范(如那些倡导性、宣示性、号召性、协商性、指导性规范)也纳入软法的范畴,使得不少人对软法的理解出现了偏误。

为此,我国软法研究应当进一步深入推进,在广泛争鸣、去伪存真的基础上,尽早在软法的内涵与外延等基本问题上达成一致,将软法明确界定为在国家法之外发挥着法的调整作用的所有规则,以此消除人们对于软法的成见与误解。换言之,学界需要立足于软法的本意,更加准确地把握和理解软法。就此而言,要让人们认同党内法规是一种软法,还需要学界做更多努力,尤其需要推动人们逐步走出有关软法的诸多观念误区。

## (二) 对党内法规与国家法效力来源机制差异的无视

作为不具有国家强制力的法的统称,软法的约束力或效力通常来源于其适用对象对这些规则的自愿认同和自觉接受。软法的产生因应公共治理之需要,而公共治理“倚重协商民主,推崇认同、共识与合意”<sup>[22]</sup>。就此而言,软法通常“寻求通过更多协商、运用更少强制,实现更高自由”<sup>[23]</sup>。而党内法规往往突出和强调其作为法的权威性与执行力,强调其适用对象毫无例外、不讲条件、没有特殊的一体遵循。表面上看,党内法规似乎不以党员对这些法规的认同和接受为条件,只要求党员无条件遵守,且依靠党的组织强制力作为实施保障。这与学界通常所认同的软法效力之形成机制存在一定差异,令不少人对党内法规适用的“强制性”产生了误读,认为党内法规适用是一种完全的甚至强于国家法的强制性适用,党内法规因此应当被归入硬法之列,其效力来源不完全来自党的组织力量,而是部分来自国家强制力。换言之,不少人认为党内法规的强制力是用国家强制力来支撑和巩固的。“党对军队的绝对领导是党规强制力保障的重要来源,也即党规是由共产党领导下的国家暴力机器来支撑与巩固的。”<sup>[13]</sup>这一看法在党内法规学界具有一定的普遍性。

但实际上，上述看法是建立在将“软法”理解为软规则的基础之上的，本身并不科学。因为如上文所述，软法并非指“软”的法，软法未必就软；相反，很多情况下软法都体现为一种硬要求，前述有关职称晋升及科研考核的高校规则就无一不是以硬要求的形式出现并发挥作用的。就此而言，以党内法规具有组织强制力而将其视为硬法，实际上是对软法之“软”的一种误读。而且，就党内法规自身效力来源来看，它并没有游离于软法效力来源的机理之外，而是遵循着软法效力来源的基本原理。这与国家法效力来源的机理有着本质性不同。“软规则通常具有很强的成员认同感，从而对成员约束力会更强。”<sup>[24]</sup>党内法规尽管强调对所有党员都具有不容置疑、毫无条件的适用性，但前提是其适用对象的特殊性，即其适用对象是作为社会先进分子而加入党组织且入党时向党进行了宣誓并自愿认同党的纪律的党员。正如毛泽东同志首次提及党内法规时所指出的：“党的纪律是带着强制性的；但同时，它又必须是建立在党员与干部的自觉性上面，绝不是片面的命令主义。”<sup>[25]</sup>就此而言，“党内法规的效力来源于党员权利的让渡——以入党宣誓的方式明确让渡，也来源于制定过程的民主参与——党内法规通过党内民主程序制定，对每个党员具有拘束力”<sup>[26]</sup>。换言之，如果一个人不是党员、已经自行退党或被开除出党，则党内法规对其没有任何适用性。这意味着，党内法规对于党员的适用是以党员愿意作为党员而接受党内法规约束为前提的，其效力来源于作为这些法规适用对象的广大党员对其规则的自愿认同，只不过这种认同和接受暗含在党员这一特殊身份之中。也就是说，党内法规的约束力是建立在广大党员自愿作为党员而接受党的纪律约束基础上的，这种约束力是一种“主要立足于自我约束基础上的约束力”<sup>[10]</sup>。如果党员自行退党或被开除党籍，党内法规自然不再对其适用，也就不再对其具有约束力，党不能要求一个非党员遵守党内法规。而国家法效力来源的机理与之完全不同。国家法的适用并不以其适用对象对国家法的认同和自愿接受为前提。任何人——无论是本国人还是外

国人——只要生活在国家法的法域之内，则自出生之日起至死亡时为止，不管其主观上是否认同和接受，国家法都会天然地对其适用。也就是说，国家法对于其适用对象的适用是不以公民的个人意愿为转移的，其适用与否并不存在任何协商的可能。在这一点上，党内法规与作为硬法的国家法是截然不同的。而主张党内法规是一种硬法的学者显然无视了党内法规与国家法效力来源机制的这种差异。

此外，需要特别指出的是，党内法规体系是由包括党章及党的领导类法规和党的建设类法规(具体包括党的组织法规、党的自身建设法规以及党的监督保障法规)在内的不同法规共同构成的。而不同法规显现出的特点并不相同，如党的领导类法规就较多地介入了国家治理与社会治理领域。这类法规由于涉足了党的外部事务，被很多学者认为其效力来源并不止于党的组织强制力，而是包含了国家强制力。实际上，这是对党的领导类法规效力来源机制的误读。笔者以为，考察一种法是否以国家强制力为保障，亦即其效力来源是否为国家强制力，最为直接和可靠的方法是看违反这些法而需要承担责任时是否需要采取国家强制措施。如果采取的是国家强制措施，则该法规显然是以国家强制力作为保障的；如果采取的只是组织措施，则其就不是以国家强制力作为保障的。从党的领导类法规规定的责任类型和承担方式来看，这类党内法规的强制力来源实际上并没有脱离党的组织强制力而进入国家强制力层面。以《中国共产党统一战线工作条例》为例，该条例是一部典型的党的领导法规，其第四十五条第一款有关“各级法院、检察院领导班子应当配备党外干部”以及第四十六条第一款有关“符合条件的省级民主党派主委、工商联主席、无党派代表人士一般应当进入同级人大常委会、政府、政协领导班子”等规定表明，该法规涉及的事项已经不仅仅是党内事务，而是包括了国家事务。然而，其第五十八条关于“各级党委(党组)应当落实全面从严治党主体责任，加强对本条例执行情况的监督检查，将本条例执行情况纳入领导班子、领导干部目标管理和考核

体系,纳入政治巡视巡察、监督执纪问责范围”以及第五十九条关于“违反本条例有关规定的,根据情节轻重以及危害程度,对相关党组织、党的领导干部进行问责”等保障性规定则表明,违反该法规需要承担责任的主体并不是党外主体,而是党内主体,所承担的责任也不是国家责任,而是党纪责任。这表明,该法规的效力来源并不是国家强制力,而是党的组织强制力。其他党的领导法规也基本如此。由此可见,作为党内法规中相对较为特殊的一类,党的领导类法规尽管涉及国家事务与社会事务,但其效力并非来源于国家强制力。而党的建设类法规的效力更不来源于国家强制力。以党的领导类法规介入国家事务和社会事务为由而认为这类法规的效力来源于国家强制力的观点是不成立的。换言之,无论是党的领导类法规还是其他类型的党内法规,其效力都来源于党的组织强制力,都以党员对这些法规的认同和接受为基础,遵循相同的效力来源机理。

### (三) 对党内法规自身规定严厉性的误读

在当代社会治理实践中,绝大多数软法都属于柔性规范,调整机制偏于灵活机动,约束效能通常都对应着其名称中所宣示的“软”字,使得这些软法的名称与其性质能够完全契合。而党内法规则不同,它具有明显的刚性,违反党内法规通常需要承担诸如警告、严重警告、留党察看、开除党籍等较为严厉的党纪责任。如《中国共产党纪律处分条例》第五十一条就规定:“对党不忠诚不老实,表里不一,阳奉阴违,欺上瞒下,搞两面派,做两面人,情节较轻的,给予警告或者严重警告处分;情节较重的,给予撤销党内职务或者留党察看处分;情节严重的,给予开除党籍处分。”显然,党内法规相比于其他软法具有严厉性和刚性。党内法规内容的严厉性使其明显区别于一般软法,尤其是在全面从严治党的宏观背景下。这容易产生一定的迷惑性,使人们对党内法规的性质发生误解。党内法规的要求相对较高,规定相对较严,责任的追究对于党员之影响不逊于甚至大于国家法对公民法律责任追究的影响,尤其是在党纪责任追究会直接影响其政治

生命的情况下。这使得党内法规与一般软法有着很大不同,具有明显的刚性。这种刚性让不少学者认为党内法规并不软,加之一些人对软法的理解有误,导致他们很容易将党内法规归入硬法的范畴。党内法规是软法的观点在实践中并不为党政部门所认可和接受。党政部门作为党内法规的制定者或执行者,总是希望自身制定或执行的规则具有高度的权威性,能够取得其制定或执行时所期望的效果,以确保党内行动的统一。而软法定位容易对党员心理产生一定误导,认为这类法可有可无、遵不遵守都无所谓。心理学常识表明,人们对事物的认识会在很大程度上受到一些根深蒂固的观念的影响。软法一词的“软”字容易令人先入为主地认为这些法是柔性的法,其更强调协商而不具有刚性,进而认为这种属性会对这些法的调整效能造成妨害。因此,党政部门一般比较排斥党内法规是软法这样一种观点。

实际上,尽管党员违反党内法规需要被追究的责任具有无法否认和无可辩驳的严厉性与强制性,但这种责任的追究并不是依靠国家强制力进行的,而是依赖党组织的强制力亦即党纪责任追究机制。在我国,尽管作为执政党和中国特色社会主义事业领导核心的中国共产党掌握着国家政权,但其对党员违规责任的追究并不以国家强制力为保障。换言之,在追究党员违反党内法规的责任时,包括监狱、警察、法院等在内的国家暴力机关是不介入而且也不能介入的。这是党规责任与国家法责任的本质不同。这种不同决定了党内法规责任尽管极其严厉且具有刚性,显著区别于一般的软法责任,但也不同于国家法责任这种依赖国家强制力保障的责任,它并不是一种硬法上的责任。就此而言,党内法规的严厉性不能够成为我们将党内法规纳入硬法范畴的理由。

## 三、为什么党内法规应当被视为软法?

笔者认为,之所以必须将党内法规纳入软法范畴,主要原因有以下三个:其一,硬法范围的

特定性决定了我们无法将党内法规纳入硬法范畴；其二，党内法规调整的特点完全契合软法调整的特点；其三，更利于科学地理解和解释与党内法规同类性质的社会治理规则。

### （一）党内法规无法被作为硬法

软法和硬法的分类是伴随着越来越多的软法被发现而由理论界对法所进行的一种划分。软法是相对于硬法而存在的。通常，人们把国家法作为硬法，而软法就是指国家法之外所有发挥着法的作用的规则。这意味着，“软法之‘软’仅是指排除国家强制力之实施，而非效力软”<sup>[27]</sup>。在理论上，之所以将党内法规作为软法，根本原因在于，党内法规作为一种法，无法被归入硬法的范畴。当前，尽管学术界在何谓软法这一问题上还存在一些争议，但已经形成了基本共识，即软法为“非硬法之法”，亦即：软法“并非硬法，但有着与法类似的功能和效果的社会性制度”<sup>[28]</sup>。而硬法则是“立法机构遵循宪法程序和其他正式程序或者条件而颁布的规则，这些必要程序或条件赋予规则以法定拘束力”<sup>[29]</sup>。软硬法的划分是以法是否具有国家强制力为标准的。具体而言，凡是由立法机构遵循宪法程序和其他正式程序或条件颁布的，并因此具有国家强制力的规范，都属于硬法；反之则为软法。在国内法层面上，尽管软法不一定是指党内法规，但硬法一定是指国家法，硬法与国家法之间是可以画等号的，具有特定指向性，除了国家法之外再无硬法。而党内法规尽管不乏刚性，但其自身效力并非来源于国家强制力——虽然作为制定主体的中国共产党掌握着国家权力。鉴于此，将党内法规纳入硬法范畴显然是不恰当的，这一做法扩张了硬法的外延，会造成法的分类的混乱。党内法规在性质上只能够被界定为软法，是国家法之外对党员和各级党组织发挥着法的作用的党内规范。

### （二）党内法规调整完全契合软法调整的特点

将党内法规纳入软法范畴也符合党内法规自身调整的特点。作为一种“用以指导对自我规制之规制的规范”<sup>[30]</sup>，软法的价值在于在国家法这样一种硬法之外为特定主体提供更为灵活、更具适应性的选择，以指导特定组织、领域的人们

实现自我规制。作为执政党以及中国特色社会主义事业领导核心的中国共产党，正是一个推进并强调“自我净化、自我完善、自我革新、自我提高”的自我规制型政党，党内法规是其用以管党治党、实现自我规制的制度保障。2019年修订的《中国共产党党内法规制定条例》规定：“党内法规是党的中央组织，中央纪律检查委员会以及党中央工作机关和省、自治区、直辖市党委制定的体现党的统一意志、规范党的领导和党的建设活动、依靠党的纪律保证实施的专门规章制度。”<sup>④</sup>而党的纪律是具有刚性的。就此而言，党内法规并不缺乏刚性，违反党内法规需要承担相应的党纪责任。然而，党内法规作为一种法，其调整党内关系的一个重要特征就在于：突出严管厚爱，关注“惩前毖后，治病救人”，高度重视和强调柔性机制与调整方法，注重提醒谈话、诫勉谈话、约谈函询、批评和自我批评等较为柔性且更有利于行为人自我调整和改正的方式方法，追求从思想引导到行为规范的由内而外的调整。正因为如此，《中国共产党纪律处分条例》第五条明确要求：“运用监督执纪‘四种形态’，经常开展批评和自我批评、约谈函询，让‘红红脸、出出汗’成为常态；党纪轻处分、组织调整成为违纪处理的大多数；党纪重处分、重大职务调整的成为少数；严重违纪涉嫌违法立案审查的成为极少数。”这一点恰恰体现了党内法规作为软法的灵活性，是作为硬法的国家法所不具备的。这使得软法理论对于党内法规依旧具有应有的解释力，将党内法规纳入软法范畴，有助于科学把握党内法规调整的特点，能更充分地发挥党内法规对于党内关系的独特调整作用。

### （三）更利于科学理解和解释与党内法规同类的社会治理规则

很多学者反对将党内法规纳入软法范畴，最为关键的理由在于党内法规与其他软法不同，尤其是作为拥有执政权的中国共产党所颁布的法规与一般软法在约束力（即刚性）以及治理效果方面有着巨大差异。很显然，党内法规自身的刚性并非成因于中国共产党作为执政党的地位，也非源于中国特色社会主义领导核心的定位，因为在党的历史上，党内法规一直都作为具有刚性的法

而存在,并在管党治党方面发挥了至关重要的作用。从根本上来说,中国共产党之所以能够成为执政党和领导核心,就在于其拥有党内法规这类具有特定调整优势、能够在管党治党方面发挥特殊效能的制度。这一点,从党内法规在党的建设的历史演进中的作用能得到印证。建党初期,党并非执政党,但党内法规作为一种管党治党规范一直存在并发挥作用,其刚性(也是自始就有的党内法规约束力)的产生并非基于中国共产党作为执政党和中国特色社会主义事业领导核心而对国家权力的掌控。党内法规之所以具有刚性且能够在中国社会治理、国家治理方面发挥特殊作用,在于任何政党法规都必然会依赖的成员授权以及由此强调的政党纪律。实际上,在当代中国,类似法治现象并非仅存在于中国共产党党内,也存在于其他党派或政治组织中。换言之,不仅中国共产党有党内法规,其他党派或政治组织也有其内部法规,如中国共青团团规、民主党派党内法规等。以中国共青团为例,其团规在理念上几乎等同于党内法规,而共青团本身在治理理念上也同中国共产党相同,强调“全面从严治团”“依规治团”。《中国共青团章程》总则中明确规定:“坚持从严治团。要把严的标准、严的措施贯穿于从严治团全过程和各方面。坚持依规治团,建立健全团内规章制度体系。”假如因为中国共产党是执政党而将党内法规作为硬法的话,则与其治理理念相同的中国共青团团规呢?这值得深思。至于其他党派的法规,如《九三学社纪律处分办法(试行)》《中国致公党纪律处分办法(试行)》等,也需要直面以上问题。实际上,无论是党内法规,还是团规,抑或是其他社会治理规则,都不是硬法,而是国家法之外发挥法的作用的规则。只有将党内法规纳入软法范畴,我们才能够更科学地理解和把握党内法规以及类似规则。

#### 四、党内法规可否作为独立于国家法与软法之外的第三种法?

就目前有关党内法规性质的争论来看,很多学者不主张将党内法规纳入软法的范畴,而更倾向于将其作为与国家法这类硬法稍有区别的“硬

法”,即把硬法做扩大解释,将其分为作为硬法的国家法以及作为硬法的非国家法,从而把党内法规归入非国家法的硬法之列。尽管这一做法不乏创新性,但存在着将软法片面理解为“软”的法的明显缺陷,其基点依旧是法的二元论。在这一点上,党内法规软法论与硬法论是高度一致的,并无本质不同。因为党内法规软法论者的理论基点亦为法的二元论,即将法划分为作为硬法的国家法与作为软法的非国家法。值得关注的是,从党的相关文件的规定或要求来看,党内法规似乎存在着被作为国家法与软法之外的第三种法的可能。

2014年10月召开的党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》),将全面依法治国的目标定位为形成“完备的法律规范体系”“高效的法治实施体系”“严密的法治监督体系”“有力的法治保障体系”等四个体系在内的国家法体系以及“完善的党内法规体系”,但在具体要求中却暗含了乡规民约、行业规章等在内的软法体系,即“发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用”,“支持行业协会商会类社会组织发挥行业自律和专业服务功能。发挥社会组织对其成员的行为导引、规则约束、权益维护作用”。显然,“诸如市民公约、乡规民约、行业规章、团体规章等,它们也是法治国家建设的重要遵循”<sup>[31]</sup>。在该《决定》中,软法的概念尽管没有被明确提及,但实际上是隐含其中的。这似乎反映了党的重要文件要将国家法治体系划分为国家法体系、软法体系以及党内法规体系的一种努力。而2016年12月中共中央办公厅与国务院办公厅联合印发的《关于进一步把社会主义核心价值观融入法治建设的指导意见》(以下简称《意见》)似乎使这一努力进一步明确化。在《意见》第二部分“推动社会主义核心价值观入法入规”中,其对社会主义核心价值观入法入规的阐释明显是从国家法、软法以及党内法规三个角度进行的,即:“加强重点领域立法”“强化公共政策的价值目标”(在软法法学研究中,公共政策被认为是一种典型的软法)和“加强党内法规制度建设”。其第三部分“强



化社会治理的价值导向”则进一步延续了这一思路，在法治实施层面依旧将法治体系分为国家法体系、软法体系以及党内法规体系，亦即“严格规范公正文明执法”“推进多层次多领域依法治理”“坚持依规治党”。理论上，这种将党内法规作为国家法(硬法)与软法之外的第三种法的尝试并非完全没有可能。因为法的划分未必一定是二元化、非此即彼的，而是相对的。正如有学者指出的：“纵观现实社会，在典型的硬法与典型的软法之间存在着各种各样的规则，这些规则形态各异，所具有的拘束力也各不相同。”<sup>[28]</sup>

如果跳出非此即彼的视角，则法并非只存在软法与硬法这样的二元划分，似乎还可以存在三元的可能。这一点，有学者显然已经察觉并明确指出，“在认同当今‘党内法规’的软法取向的同时，亦应注意到，这种价值层面上的取向并非绝对，而只应成为一种相对论”<sup>[32]</sup>。“软法有很多种类，硬法与软法的选择并不是二元的。”<sup>[4]</sup>理论上，在软法与硬法之外，还可以存在其他类型的法，亦即法的第三种形态。那些以党政联合行文形式存在于党内法规体系中的党内法规，显然就具有成为这类规范的可能。作为被 2019 年《中国共产党党内法规制定条例》明确归入党内法规的一种制度规范<sup>⑥</sup>，党政联合行文是一类政策性较为突出、调整范围已经明显跃出党内事务而涉及国家事务和社会事务的制度存在。在中国，党的全面领导必然形成“党政统筹”的国家治理框架<sup>[33]</sup>，需要党和政同向发力，继而要求国家法律与党内法规两种规范统筹推进、一体建设、相互支撑、密切配合。当前，我国国家法律与党内法规还存在一些脱节现象，这种现象使得党内法规调整范围与国家法律调整范围之间出现了一些空隙和不黏连，导致党政在国家治理实践中有时难以做到密切配合、同向发力，从而极大制约了我国国家治理体系与治理能力的建设。党政联合行文这种特殊制度形式的存在，相对有效地解决了这一问题。在党内法规与国家法律关系难以实现无缝衔接的情况下，党政联合行文作为一种所谓的混合型党规<sup>[34]</sup>，成为促使党政密切配合、同向发力、形成合力的重要制度保障。鉴于此，党政联合行文在一定时期内存在于党内规

范体系乃至我国法治体系中，具有一定的必然性乃至必要性。党内法规作为一种要求上高于国家法律且内容上严于国家法律的规范，尽管其在应然层面的功能定位于管党治党，通过依规从严治党来体现并确保党的先进性与纯洁性，但在实然层面已经出现党政联合行文这种被归入党内法规范畴的特殊党内法规的背景下，党内法规研究似乎亦要正视法的表现形式在依规治党和依法治国实践中的需求，寻求理论应然与制度实然之间相互协调的路径；加之党内法规突出义务优先、强调党员对于党组织责任和义务的特征与一般社会组织以强调个体权利为特征的软法确实存在一定差异。这些都为党内法规被归入第三类法提供了理论上可以论证的空间，使得党内法规逐渐脱离软法范畴而步入法的第三种形态。当然，要实现这种可能性，需要有更加充实的理论依据，需要做更为充分的学理阐释，需要党内法规研究者乃至法学理论研究者做出更多的努力，就目前来看，党内法规软法论在党内法规性质问题上依然是具有解释力的，党内法规应当被定位为一种软法。

## 五、结语

软法是伴随着公域治理需要而产生的一个西方的法学概念，“软法以其特有的概念，宣示了自己的存在与功能”<sup>[35]</sup>。而“党内法规是一个极具中国特色话语体系的基础概念”<sup>[15]</sup>。由于中国共产党自身的领导地位，使党内法规这一概念具有一定特殊性，成为区别于国家法与一般社会规范的重要概念。与一般社会规范相比，党内法规拥有党的组织强制力作为实施的保障。对于违反党内法规的党员而言，通常需要承担包括警告、严重警告、留党察看、开除党籍等在内的较为严厉的党纪责任，从而对其政治生命产生极为不利的影 响。这客观上令党内法规具有很强的刚性，加上全面从严治党的迫切需要强调和凸显党内法规严厉性的宏观背景，将党内法规纳入软法容易引发人们对党内法规性质的误读。如果仅从称谓上做表面化理解，人们很容易理解为作为软法的党内法规不需要被严厉执行。因此，软法或

许并不是用以界定党内法规性质乃至地位的最恰当概念。也正因为如此,在界定党内法规性质的问题上不排除在国家法与软法之外还有第三种可能,即将党内法规作为一种既具有硬法特征又具有软法特征但又不属于硬法或软法的独立的法形态。很显然,这一可能性的实现需要理论界做大量的研究和论证工作,在此之前,将党内法规纳入软法范畴是最明智和理性的选择,毕竟“软法论在解释党内法规属性时能够对国家主义倾向和形式主义法律观形成反思与重构,具有一定的理论可取性”<sup>[36]</sup>,软法理论在解释党内法规方面还没有过时。

### 注释:

- ① 党的十八届四中全会之前,国学部分学者立足于党史党建角度对党内法规进行过一定研究,但法学界探讨党内法规的研究成果还较为少见,学界对党内法规研究的整体性关注和重视程度不够。因此,党内法规方面的研究并没有形成气候,一直都处于较为边缘和冷僻的地位。但党的十八届四中全会之后,党内法规研究出现了多学科共同关注和探讨的现象,法学界的持续关注使得国内相关研究逐渐进入高潮,党内法规学开始作为一个新学科而存在,并越来越呈现出向显学发展的现象。
- ② 就软法研究在我国兴起的背景来看,软法是作为一个与国家法对称的概念而存在的,用以指国家法之外的具有法的约束力的规则。因此,软法研究本身就是立足于“软法非国家法”这样一个理论前提之上的,将党内法规纳入软法范畴内含着党内法规非国家法的意蕴。肖金明认为党内法规“软法论”忽视了党内法规非国家法的前提,显然是对软法研究存在误解。
- ③ 党内法规作为软法的一种,显然是平行于国家法的。这与肖金明等主张的应当将之定位为与国家法律并行的法规并不矛盾。
- ④ 参见《中国共产党党内法规制定条例》第三条第一款。
- ⑤ 《中国共产党党内法规制定条例》第十三条第二款规定:“制定党内法规涉及政府职权范围事项的,可以由党政机关联合制定。”

### 参考文献:

- [1] 丁芝华. 怎样准确认识党内法规的性质[J]. 人民论坛, 2017(8): 100-101.
- [2] BIRNIE P W, BOYLE A E. International law and the environment[M]. New York: Oxford University Press,

- 2002: 24,
- [3] GUZMAN ANDREW T, MEYER T L. International soft law[J]. Journal of Legal Analysis, 2010,2(1): 171-225.
- [4] ABBOTT, KENNETH W, SNIDAL D. Hard and soft law in international governance[J]. International Organization, 2000, 54(3): 421-456.
- [5] 邓少岭. 建立法与“活法”的连续体[J]. 政治与法律, 2007(3): 72-77.
- [6] 罗豪才. 公域之治中的软法[C]//罗豪才,等. 软法与公共治理. 北京: 北京大学出版社, 2006: 6.
- [7] 宋功德. 党规之治[M]. 北京: 法律出版社, 2015: 64.
- [8] 姜明安. 论中国共产党党内法规的性质与作用[J]. 北京大学学报(哲学社会科学版), 2012, 49(3): 109-120.
- [9] 靳澜涛. 软法视域下党规与国法一致性的理论诠释[J]. 中共四川省委党校学报, 2017(2): 94-98.
- [10] 刘长秋. 软法视野下的党规党法研究[J]. 理论学刊, 2012(9): 28-32.
- [11] 刘长秋. 党内法规性质的再探讨——兼论党内法规为什么不宜上升为国家法的原因[J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2019, 34(6): 132-141.
- [12] 欧爱民, 李丹. 中国特色社会主义法治语境下党内法规特性的考问与澄清[J]. 湘潭大学学报(哲学社会科学版), 2019, 43(3): 52-58.
- [13] 柯华庆. 党规学[M]. 上海: 上海三联书店, 2018: 32, 31.
- [14] 姬亚平. 法律多元主义视角中的党内法规[J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2019, 34(6): 124-131.
- [15] 肖金明, 冯晓畅. 治理现代化视域下的党内法规定位——兼与“党内法规是软法”商榷[J]. 四川师范大学学报(社会科学版), 2019, 46(1): 95-103.
- [16] 方堃. 论新形势下中国共产党党内法规的性质、作用及其完善[J]. 理论建设, 2016(5): 37-41.
- [17] 肖金明. 法学视野下的党规学学科建设[J]. 法学论坛, 2017, 32(2): 74-86.
- [18] 王振民. 党内法规制度体系建设的基本理论问题[J]. 中国高校社会科学, 2013(5): 136-153, 159.
- [19] 何家弘. 软法不软, 硬法要硬[N]. 北京日报, 2019-01-21(14).
- [20] 黄学贤, 黄睿嘉. 软法研究: 现状、问题、趋势[J]. 公法研究, 2012(1): 172-197.
- [21] 万霞. 试析软法在国际法中的勃兴[J]. 外交评论(外交学院学报), 2011, 28(5): 131-139.
- [22] 刘长秋. 作为软法的行业标准研究——以卫生行业标准为视角[J]. 北京理工大学学报(社会科学版), 2013, 28(2): 108-116.
- [23] 罗豪才. 为了权利与权力的平衡: 法治中国建设与软法之治[M]. 北京: 五洲传播出版社, 2016: 262.
- [24] 潘怀平, 石颖. 软规则——公域之治的法理指引与规范

- 性实现[J]. 中共杭州市委党校学报, 2019(3): 52-57.
- [25] 中共中央党史研究室第一研究部. 共产国际、联共(布)与中国革命文献资料选辑(1938-1943)[M]. 北京: 中共党史出版社, 2012: 633.
- [26] 郑继汤. 论党内法规的“法”属性[J]. 宁夏党校学报, 2017, 19(6): 78-82.
- [27] 陈吉利, 江雁飞. 对党内法规规范属性的反思与再定位[J]. 治理现代化研究, 2019(5): 26-33.
- [28] 加贺见一彰. 软法次要规则的经济视点: 以会计和审计制度为素材[C]//罗豪才, 毕洪海. 软法的挑战, 北京: 商务印书馆, 2011: 289, 292.
- [29] 雅各布·E. 格尔森, 埃力克·A. 波斯纳. 软法: 来自国会实践的经验[C]//罗豪才, 毕洪海. 软法的挑战. 北京: 商务印书馆, 2011: 87.
- [30] KORVER T, OEIJ P R A. The soft law of the covenant: making governance instrumental[J]. *European Journal of Industrial Relations*, 2005, 11(3): 367-384.
- [31] 张文显. 习近平法治思想的基本精神和核心要义[J]. 东方法学, 2021(1): 5-24.
- [32] 廉睿, 卫跃宁. 发端于中国本土的“软法”机制——中国共产党“党内法规”的性质透析及其逻辑解构[J]. 青海社会科学, 2017(1): 53-59.
- [33] 张国军, 程同顺. 党政统筹下的三权分工: 当代中国的国家治理结构及其调适[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2022, 28(1): 138-149.
- [34] 欧爱民, 李丹. 混合性党规的正当性证成与适用范围——党政联合制定党规的一种理论回应[J]. 中南大学学报(社会科学版)2020, 26(1): 87-96.
- [35] 周忠学. 腐败治理中的软法法理研究[J]. 东南法学, 2016(1): 98-109.
- [36] 李军, 马子恒. 论党内法规的四重定位[J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2022, 37(4): 144-160.

## Re-thinking of the attribute of intra-Party laws and regulations

LIU Changqiu

(School of Discipline Inspection and Supervision, Shanghai University of  
Political Science and Law, Shanghai 201701, China)

**Abstract:** At the beginning of the introduction of the concept of soft law, scholars made a conclusion about the soft law attribute of intra-Party laws and regulations. The recent query into this conclusion is either a misunderstanding of the soft law, or a disregard of the difference between the effectiveness source mechanism of the intra-Party laws and national laws, or a misunderstanding of the severity of the intra-Party laws. In fact, the specificity of the scope of hard law determines that we cannot bring intra-Party laws and regulations into the scope of hard law. The characteristics of the adjustment of intra-Party laws and regulations also fully conform to the characteristics of the adjustment of soft law. Although it is theoretically possible to regard intra-Party laws and regulations as the third form of law in the future, the current soft law theory still has the explanatory power to the nature of intra-Party laws and regulations. To regard intra-Party laws and regulations as soft law is more conducive to scientific understanding and interpretation of social governance rules of the same nature as intra-Party laws and regulations.

**Key Words:** intra-Party laws and regulations; soft law; hard law; national law

[编辑: 苏慧]