

公共治理视野下的软法工具

王瑞雪*

内容提要：软法工具是从公共治理视野下的软法理论中生发的概念，是指不以法律强制执行的方式直接发挥作用、但具有实际效果的治理工具。软法工具的实施主体多元，软法工具的贯彻尊重人的尊严、促进人的发展的善治理念，兼具理性与非强制性。行政行为、规制工具和政策工具的理论体系中，均发展出了与其核心意旨相关的子概念。在适用软法工具的过程中，须确定具有正当性的合理目标、建立适当的信息获取与分类机制、选择恰当的行为影响工具。制裁性工具不仅须审慎作用于人身与财产权利，亦须格外审慎作用于人的声誉与资格。激励性工具、倡导性工具应当精心规划、理性设计、合理运用，引导符合市场价值、社会价值的行为。

关键词：公共治理 软法工具 尊严

一、引言

软法理论是在公共治理的背景下生发的，正所谓“公共治理呼吁软法之治”^{〔1〕}。在公共治理的语境下，政府不再是提供公共服务的唯一主体，其他社会主体和市场主体也可以承担大量公共任务。国家主导的、自上而下的、控制命令式的管理模式发生了巨大转变。国家、市场主体、社会组织甚至个人，形成了一个开放的治理网络。不同主体既具有自主性和相对独立性，也是复杂治理网络中的一环，于是协商、沟通与合作也就成为了更加重要的决策要素。^{〔2〕}公共治理模式的

* 王瑞雪，南开大学法学院副教授。

本文为天津市社科规划项目“作为政府监管工具的‘评级’研究”（TJFX16-002Q）的阶段性成果。

〔1〕 罗豪才、宋功德：《公域之治的转型——对公共治理与公法互动关系的一种透视》，载《中国法学》2005年第5期，第20页。

〔2〕 参见王瑞雪：《治理语境下的多元行政法》，载《行政法学研究》2014年第4期。

出现不仅导致了公共行政的变革,也进一步造成了公法模式的转型。^{〔3〕}在公共治理领域全面实施“依靠国家强制力保障实施”的硬法之治,既无必要,也不可能,还不合理。^{〔4〕}法律的实现并不仅仅归因于国家的强制命令和民众的被迫接受。持续不断的沟通交流和理性说服,可以使得规范不通过严厉制裁的震慑也能被民众自发地遵守。^{〔5〕}

软法赋予人们更多的自治权,使参与者更多地思考正义的需求,对现状进行反思,对分歧进行协商。^{〔6〕}而且,软法理论所倡导的并非只是国家正式法源之外的规范,更重要的是一种尊重自治、强调协商的软法治理模式。软法治理模式要求政府在活动方式上以尊重主体尊严、有利主体发展为出发点,充分发挥市场主体、社会主体和个人的自主性、能动性,优先适用激励型和宽容型的执法方式,审慎适用强制性程度高的制裁措施。而这也是推进国家治理体系和治理能力现代化、改善营商环境、激发各类市场主体活力的题中之义。本文试图从软法治理模式中提炼出“软法工具”的概念,用以描摹软法治理模式所倡导的政府活动方式与公共治理工具。^{〔7〕}

二、软法工具的界定

(一) 软法工具的内涵

软法是指不能运用国家强制力保证实施的法规范。其概念虽在国际法学界久已有之,但我国学术界在公共治理的视野下将其作为与“硬法”并列的规范形式与治理模式加以研究,是在已故著名法学家罗豪才教授的倡导下进行的。罗豪才教授曾明确指出:“软硬兼施的混合法模式乃是我国解决公共问题的基本模式。”^{〔8〕}与软法概念一脉相承,软法工具指代那些不以法律强制执行的方式直接发挥作用,但具有实际效果的各种治理工具。

软法工具之“软”,并非指向执行力的缺失与实效的不尽人意,而是源于政府对市场、社会的尊重,源于通过更宽容、更温和、更适宜的方式实现善治目标的基本理念。多层次的、回应性的规制与治理体系需要精细设计,弱制裁惩戒性、强劝服激励性的软法工具也是其中重要的组成部分。软法工具通过“更少强制、更多协商、更高自由”的方式手段,与更加强调惩戒与秩序的硬法工具一道,共同构成了规制与治理的工具箱。

〔3〕 参见姜明安:《新时代中国行政法学的转型与使命》,载《财经法学》2019年第1期。

〔4〕 参见罗豪才:《直面软法的问题》(代序),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1页。

〔5〕 参见沈岷:《软法概念之正当性新辨——以法律沟通论为诠释依据》,载《法商研究》2014年第1期。

〔6〕 See Deborah E. Rupp, Cynthia A. Williams, The Efficacy of Regulation as a Function of Psychological Fit: Reexamining the Hard Law/Soft Law Continuum, 12 *Theoretical Inq. L.*, 581 (2011).

〔7〕 广义的软法工具,不仅包括作为具体手段的软法工具,也包括“作为工具的软法”。英国著名规制法学者朱莉娅·布莱克(Julia Black)教授曾将政府选择何种规则来进行决策比喻为“将从箭囊中取出哪一支箭”,不同形式的规则是箭囊里的箭,而不是箭囊本身。参见〔英〕朱莉娅·布莱克:《“哪一支箭”:规则类型与规制政策》,卢超译,载《规制研究》第2辑,格致出版社、上海人民出版社2009年版,第193-221页。类似的,选择制定规则还是授予行政机关裁量权,选择硬法还是软法,选择软法中的哪一种形式,不同的规则形态究竟适合规范何种内容、性质、地位与范围的事项,均为“作为工具的软法”的题中之义,都是“箭囊”里不同的“箭”。在这一语境下,“软法工具”是致力于规范性的工具,是非正式的规则表现形式,从而与经典意义上的“软法”概念趋同。

〔8〕 罗豪才、宋功德:《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》,载《中国法学》2006年第2期,第18页。

在信息、数据技术高速发展的当今时代，政府活动方式也在日新月异地发展演变，涌现出越来越多威慑程度极大的新型监管工具。在这样的背景下，在正式规制体系之外同时强调软法治理的理念和软法工具的运用，具有越发重要的现实意义。软法工具往往通过强制性更低的方式影响与纠正人们的行为，具体表现为教育指导、劝服警示、协商合意、激励助推等形式。软法工具是符合软法治理理念的工具。软法治理理念对行政活动方式提出了谦抑与审慎的要求，尤其强调尊重行政相对人的自主性以及保持、培育其可持续发展的能力。软法治理理念不仅强调政府在监管过程中采用协商、沟通、合作等方式选择规制工具，还同时强调市场主体和社会主体的自我规制与第三方规制作用的发挥。扮演治理角色的私人主体在选择治理工具时，也不仅须遵守法律底线要求，还应当注重人文精神、尊重人的尊严、促进人的发展。软法工具概念绝非主张以极端工具主义的视角来看待非正式治理工具，相反，软法工具的适用须格外警惕“目的正当则可以不择手段”〔9〕的极端工具主义理念。软法工具至少与以下三种范畴相区分：

第一，软法工具区别于道德、情感等非法律工具。软法治理虽然强调对话、协商与沟通，但仍然是一种强调规范性与理性的规则之治，与道德、情感等并不属于同一范畴。在一些情境下，尤其是在充满地方性和本土性的基层场域之中，无需法律的秩序在规则之治之外也发挥着重要的作用。在直接面向民众的基层治理理论域，情感治理在实现秩序与认同中扮演了核心角色，以情感表达、情感参与为基础形态的交流沟通是形塑微观社会秩序的重要维度。〔10〕当然，道德、情感等与法律的关系是非常复杂的议题，但总体而言，基于软法属于法律范畴的基本主张，软法治理模式所倡导的实施工具也应当是强调规范性与理性的工具，即便其蕴含了柔性与灵活性的要素。

第二，软法工具区别于违法的规制工具。软法工具应当符合软法治理理念，但在实然层面，表面上具有非正式性的治理工具并不一定都符合软法治理理念。正如软法作为法的下位概念，本身即有善恶之分一样，软法工具也有可能以非正式行政活动的形式掩盖更为随意侵犯个人合法权益的实质，通过免于正式法律程序要求而加剧违法可能性，因此应当格外警惕那些形式上具有非正式性，但实质上却违背了法治原则的规制工具。〔11〕软法工具是依靠非强制手段促使相对人自愿遵守的工具，而不是用逸出法律约束之外的方式强迫相对人遵守的工具。

第三，软法工具区别于硬法工具，后者即依靠行政强制力保障实施的、严厉程度高的制裁与执行手段。硬法工具是政府规制的基石，政府通过严格的、多层次的法律责任和执法体系来确保行政任务的实现。硬法工具在很多情境下是软法工具能够发挥作用的后盾，相对人遵从软法，很有可能是基于硬法工具的威慑，亦即如果不遵从软法，则有可能受到更严厉的硬法工具的影响。但即便如此，软法工具也具有不附庸于硬法工具的独立价值，其精神内核上的宽容性与手段上的灵活性，对于完成公共治理任务、实现善治目标具有重要意义。

〔9〕 Klabbbers Jan, Reflections on Soft International Law in a Privatized World, 16 *Finnish Y. B. Int'l L.*, 313 (2005).

〔10〕 参见文军、高艺多：《社区情感治理：何以可能，何以可为？》，载《华东师范大学学报》（哲学社会科学版）2017年第6期。

〔11〕 罗豪才教授指出：“与硬法一样，软法本身也有善恶之分。我们在一般意义上所讲的软法是指通过广泛的民主协商和公共参与形成的，体现公共意志，具有柔性、可接受性等特征的‘良’软法。但是现实并非总是如此，由于人类本性的缺陷等原因，软法在现实中也可能异化为‘恶’软法。……软法可能是恶法的现实要求我们必须将软法置于宪法之下，必须接受相关硬法框架的约束，满足法制统一、法律保留、基本权利保护、软硬法衔接等要求。”前引〔4〕，罗豪才文，第1页。

（二）软法工具的核心特征

软法工具之“软”，在于其精神内核之尊重与宽容，而并非形式上的非正式性。软法工具的核心特征至少包括：

第一，在软法工具的实施主体上，既可以是政府，也可以是其他承担治理任务的市场主体、社会主体。虽然治理主体多元化是公共治理理论与实践的重要特征，但政府之外的其他治理主体所采行的工具并不因其没有法律强制力而自动拥有尊重自愿、自治的秉性。相反，在很多情境下，它们会对个体权利形成隐蔽而巨大的威胁，其合法性与合理性是政府规制和公共治理关注的重点。^{〔12〕} 无论实施主体为何，软法工具须为符合软法治理理念的工具。

第二，在基础理念上，软法工具贯彻尊重人的尊严、促进人的发展的善治理念。人的尊严之核心在于个人的自治与自决，人的发展则体现在自主性、能力、声誉等诸多维度。^{〔13〕} 人不能够被贬抑至客体与纯粹的手段，即使在商业社会，人也不是某种金钱价值的等价物，即使在信息社会，人也不能成为可任意替代的数值。^{〔14〕}

第三，在作用方式上，软法工具兼具理性与非强制性。一方面，秉承“软法亦法”所彰显的法治价值，软法工具亦须理性设计与规范运行，它是理性回应现实需求的制度工具，只不过采用了更具灵活性和非正式性的方式，不同于独立于法治范畴的道德与情感之治。另一方面，软法工具在大多数情境下，通过劝说、激励、沟通等多元方式促进规则的自愿遵从，更具宽容性，更强调自主性，强制性程度更低。

三、软法工具的理论渊源

软法工具阐发自软法理论。软法理论的核心主张包含两个紧密联系的维度，分别是软法规范理论和软法治理模式理论。软法规范理论着眼于公共治理视野下具有非强制性的规则，强调“软法亦法”；软法治理模式理论着眼于公共治理视野下协商、合意的治理过程，强调在软硬兼施的混合治理模式中发挥软法之治的作用。软法工具的概念和理念更多沿袭自软法治理模式理论，旨在关注软法治理模式中具体的手段方法议题。软法工具并非是孤立的学术概念。为回应真实世界的发展变迁，在行政行为、规制工具和政策工具的理论体系中，均发展出了契合公共治理逻辑、鼓励市场和社会自治的类似概念。

第一，行政行为中“双方行为”“非型式化行政行为”和“非正式行政行为”等概念。行政行为理论中的“双方行为”主要指代行政合同，行政主体通过契约方式实现行政任务。^{〔15〕} “非型式化行政行为”是对行政合同、行政指导等非单方高权行为的概括。^{〔16〕} “非正式行政行为”则指

〔12〕 参见王瑞雪：《论多元主体分担人权责任的类型与机制》，载《浙江学刊》2018年第2期。

〔13〕 蔡维音教授曾将人的尊严划分为更具有操作意义的五项基本价值，分别是自主的人格发展、安全、基础生存所需、平等和福祉的最大化。参见蔡维音：《社会国之法理基础》，正典出版文化有限公司2001年版，第29页。

〔14〕 参见李洪雷：《行政法释义学：行政法学的更新》，中国人民大学出版社2014年版，第99页。

〔15〕 参见闫尔宝：《论作为行政诉讼法基础概念的“行政行为”》，载《华东政法大学学报》2015年第2期。

〔16〕 〔德〕施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，北京大学出版社2012年版，第378页。

代在主体权限、适用程序或法律效果等方面相较于传统行政行为而言并不完全一样的政府活动方式。^{〔17〕} 相关理念与软法工具不以法律强制执行的方式直接发挥作用的核心内涵具有很强关联。

第二，规制工具中位于“执行金字塔”底端的“非正式规制工具”。在西方规制理论中，经典的“执行金字塔”模型从上到下依次是吊销许可、暂停许可、刑事处罚、民事处罚、警告信和劝说。“回应型规制”要求从金字塔底端向上回溯，扩大底端手段的应用，亦即更多采用非正式规制工具，更加审慎对待正式的、侵益性更高的强制手段。^{〔18〕} “精明规制”则加入了自我规制与第三方规制手段，规制理论尝试与治理理论相融合，建构覆盖政府规制和私人规制的工具箱。^{〔19〕} 在治理理论中，也有学者将强制力更加缓和的治理工具称为“新治理”方式。^{〔20〕} 相关理念与软法工具的更多发挥市场主体和社会主体自主性的目标旨趣具有很强的关联性。

第三，政策工具中的激励性工具与影响性工具。政策工具是非常广阔的概念，一切为实现公共政策目标的公权力活动与公私合作方案被均囊括其中。在公共政策领域，政策工具的“胡萝卜、大棒与说教”（Carrots, Sticks and Sermons）三分方案被广泛接受：胡萝卜代表激励，大棒代表惩戒，说教则代表教育与劝导。^{〔21〕} 在强调正式惩戒措施的同时重视激励型和劝服型手段，与“软硬兼施”的软硬法混合治理模式的理念具有很强关联。

不过，虽然现代行政行为理论、规制工具和政策工具谱系均发展出了与软法工具特质相近的子概念，但这些概念是作为与单方高权行为或正式制裁手段相对应的概念予以阐发的。为强调所有治理主体和所有治理方式相对独立的公法角色，提倡生发于软法理论的软法工具概念具有重要意义。软法工具的概念试图描述适应于软法治理模式的治理工具，试图将双方行为、非型式化行政行为、非正式规制工具、私人治理工具、合作治理工具、激励与劝服型工具等概念中隐藏的逻辑线更加明确地表达出来。对软法工具的提倡，提示我们在正式执法手段之外，应当建构更加多元的工具体系，更多适用严厉程度更低、宽容程度更高的手段，更多适用尊重市场主体和社会主体自主性、有利其发展的手段。

四、软法工具的适用框架

软法工具箱应当尽量丰富，使得政府和其他扮演治理角色的市场主体、社会主体能够根据具体情境进行回应。但软法治理并非主张将所有新型的、非正式的规制与治理工具（很多情形下是穿着创新与非正式外衣的治理工具），或者私人主体参与合作的治理工具杂乱地放入工具箱。软法工具包含着尊重与宽容的精神内核，主张选择适当的政府活动方式时尽量谦抑审慎。下文将提

〔17〕 参见蒋红珍：《非正式行政行为的内涵——基于比较法视角的初步展开》，载《行政法学研究》2008年第2期。

〔18〕 See John Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford University Press, 2002, p. 31; 卢超：《从规制国到规制资本主义》，载《二十一世纪》2011年2月号。

〔19〕 参见张红：《走向“精明”的证券监管》，载《中国法学》2017年第6期。

〔20〕 参见〔美〕奥利·洛贝尔：《作为规制治理的新治理》，载冯中越主编：《社会性规制评论》第2辑，中国财政经济出版社2014年版，第127-145页。

〔21〕 将政策工具作“胡萝卜”“大棒”与“说教”三分，可参见 Marie-Louise Bemelmans-Videc, Ray C. Rist, Evert Vedung, *Carrots, Sticks & Sermons: Policy Instruments and Their Evaluation*, Transaction Publishers, 1998.

供一个或可参考的软法工具适用进路。^{〔22〕}

（一）确定具有正当性的合理目标

政府选择何种活动方式，以及相应行政决定的实体与程序性规定，均由相应的法律框架来予以框定。虽然法律体系已经设置了不同情境下的行政任务与治理目标，但在当今行政国家和公共治理的时代，行政与治理的根本特征早已不再是法律执行，在任务导向的行政法面向之下，确定行政目标是政府活动的前提，其中蕴含了复杂的目标权衡与综合考量过程。目标正当性要求探究规则制定者和执行者的真意，确保其真实目的为维护公共利益、提高公共福祉、保护公众权利等，而不是推诿责任、施行“懒政”、实现小团体利益等。^{〔23〕}

目标合理性则要求对相互关联的诸多因素进行合理考量。“一管就死”“一放就乱”的说法，不仅形象描述了执法手段的严厉与宽松对市场与社会的影响，更从深层次角度质疑了目标单一性的危害后果：政府规制目标有时只关注秩序，进而希冀通过全面限制来阻却违法行为；有时又走向了只关注发展的另一端，进而希冀通过全面放松规制政策来释放活力。软法理念要求在制度设计的初始即对不同的公法价值取向加以合理考量，贯彻尊重主体尊严、自治、发展等价值，否则过分严苛而硬性的目标很难获得适当的软法工具。

（二）建立适当的信息获取与分类机制

行政检查、行政调查、信息收集、行政评级等均为常见的信息获取与分类机制。政府通过获取相对人与所监管事项的准确信息来建立可靠的问题发现机制，并通过信息分类整理与评价奠定监管决策的事实基础。^{〔24〕}而很多扮演治理角色的市场主体，尤其是网络平台，更是在很大程度上通过信息的大量占有、处理而建构运营模式、形成组织权力。虽然信息获取与分类机制并不直接具有制裁与执行属性，但却是几乎所有治理工具的基础。严密的监控本身也是一种规制，并非只有规制手段才能影响民众的行为与选择。软法理念主张治理主体应当充分尊重信息主体权利，遵循信息与数据收集的必要性与最小化使用原则。在信息获取机制上，治理主体应当严格遵守个人信息保护相关原则，尊重信息主体的自主权，留给其更多的选择可能性；^{〔25〕}在信息分类机制上，治理主体应当注重尊重信息主体的尊严，尽量避免基于算法的歧视。^{〔26〕}

（三）选择恰当的行为影响工具

政府和其他公共治理主体可以分别或同时采用制裁性工具、激励性工具与倡导性工具等实现相关目标。制裁性工具、激励性工具与倡导性工具是治理工具的通行分类，不能简单地将前者认为是硬法工具，将后者认为是软法工具。正如前文所强调的，软法工具之“软”，并非仅指向

〔22〕 在经典的西方规制理论研究中，Christopher Hood、Henry Rothstein 和 Robert Baldwin 教授提出了一般控制体系分析框架来描述规制过程。即（1）某种标准、目标以及价值，用以对其所控制的环境中的进程进行衡量；通过（2）某种监控和反馈机制，进而触发（3）某种形式的措施，去根据既定目标对控制变量进行调整。下文对软法工具的选择的讨论，借鉴了这一框架。参见 Christopher Hood, Henry Rothstein, Robert Baldwin, *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford University Press, 2001, pp. 23-27. 还可参见〔英〕科林·斯科特：《规制、治理与法律：前沿问题研究》，安永康译，清华大学出版社2018年版，第114页。

〔23〕 参见刘权：《目的正当性与比例原则的重构》，载《中国法学》2014年第4期。

〔24〕 参见王瑞雪：《论行政评级及其法律控制》，载《法商研究》2018年第3期。

〔25〕 参见马长山：《互联网+时代“软法之治”的问题与对策》，载《现代法学》2016年第5期。

〔26〕 参见张凌寒：《算法权力的兴起、异化及法律规制》，载《法商研究》2019年第4期。

形式上的非正式性，而更在于其核心内涵的尊重与宽容。在三类工具的适用上，软法理论和理念均倡导更具柔性、更尊重自主性、更有利于人的发展的手段，在尽量少减损、不剥夺人的发展机会的前提下实现规制目标。

其一，制裁性工具中的宽容手段。为纠正相对人的违法行为，政府设置了以刑罚和行政处罚为核心的制裁性工具体系。强制性的制裁工具，亦即硬法工具，赋予了政府明确的执法权，是实现秩序的基础性手段。在精细的制裁梯度中，严厉的制裁只能对应程度最为严重的违法行为，强制程度更低的软法工具的适用情形则更为广泛，制裁体系应当能够回应复杂的违法情境和行政任务。制裁性工具无论法律属性为何，是通过行政行为还是行政合同制裁条款的方式施加，均选择性或全部地作用于相对人的财产、人身、资格或声誉之上。

在法定权限之内，行政主体应当优先采用单一的、劝服性的、影响程度较小的措施，譬如行政主体在权限范围内建立“首次不罚”制度，^[27]对经济确有困难的违法相对人给予减轻处罚，^[28]均是良好的范例。在针对严重违法行为进行复合性制裁时，行政主体亦须审慎考量制裁影响，不应当随意采行多部门、长时间、不确定、覆盖面广泛的制裁手段。在政府规制越发依赖于个人信息与数据的时代，制裁性手段也越来越多地作用于限制人的声誉和资格上，减损人的形象、限制人在一些领域的行为成为越来越便捷、影响力越来越大的制裁性手段，其威慑程度甚至超过了一般意义上的财产与人身限制措施。但无论技术如何发展，规制治理工具如何创新，严格的制裁性工具都只能与严重的违法行为相匹配，而不应当轻易适用。

此外，严厉的制裁方案不仅由政府主导，也有可能由其他公共治理主体主导，或至少由其深度参与；制裁不仅可以产生于高权关系，也可以产生于契约关系，或者更为松散的联结。因此，在制裁性手段中如何选择适当严厉程度的工具，是一个跨越公私法、一事一议的复杂议题。公共治理的网络属性还提示我们，治理主体的多元与合作，使得制裁效果也得以网络化扩大。其他公共治理主体在软法治理过程中采用的制裁性工具也应当将人的尊严置于核心位置。社会主体与市场主体采行的制裁性工具，不仅须审慎作用于人的财产权利，也须格外审慎作用于人的声誉、形象与资格。

其二，激励性工具。政府在规制过程中，常常适用激励性工具引导私人主体作出符合政策导向的选择，譬如政府通过贷款担保、税收优惠、直接金钱义务给付等方式发布行政补贴，对相关主体进行经济激励。^[29]激励性工具能够发挥重要的公共资源配置功能，不少情境下能够对特定产业、企业产生至关重要的影响。从工具效果来看，在一些情境下对某些主体而言，没有获得相应激励类同于受到制裁，而获得相应激励则能够产生巨大的附随利益。因此，政府采用激励性工具引导相对人行为同样应当以谦抑为前提，尊重市场与社会的自主性，运用成本收益分析等理论与制度工具进行合理考量。

其他公共治理主体也常常通过激励性工具达成治理目标，譬如社会组织通过建立高于法律要

[27] 参见章剑生：《罚抑或罚？——基于行政处罚中“首次不罚”制度所展开的分析》，载《浙江学刊》2011年第2期。

[28] 参见谭冰霖：《论行政法上的减轻处罚裁量基准》，载《法学评论》2016年第5期。

[29] 参见〔美〕莱斯特·M. 萨拉蒙：《公共服务中的伙伴——现代福利国家中政府与非营利组织的关系》，田凯译，商务印书馆2008年版，第20、21页。

求的自愿性认证体系来引导企业行为,相关认证标识能够起到声誉激励的功效。^[30]治理网络中的不同主体有各自的核心利益与关切,它们的动机与激励性工具的样态也十分迥异。但无论激励性工具以何种形式呈现,均须从尊重个体自主性、加强个体参与能力、尊重人的发展出发,引导行为符合市场价值、社会价值。

其三,倡导性工具。倡导性工具非常庞杂,包括各种形式的宣传、教育、建议、指导,彰显政府或其他公共治理主体希冀采用更加温和的、潜移默化的方式影响民众选择的努力。^[31]倡导性工具需要经过精心规划与理性设计,才能发挥理想功效。譬如在食品规制领域,不同国家的监管部门均不约而同地采取了发布图文并茂的典型事例的方式与民众进行风险交流,使得复杂的风险与收益情况能够被民众了解、理解与关注,并引导其在充分知情的基础上作出理性的自主选择。^[32]倡导性工具更为关注对象行为选择背后的理性倾向与情感倾向,通过引导自愿遵从来实现相应目标,实质上蕴含了看似隐形但实质上十分强烈的干预。^[33]因此,无论是政府还是其他公共治理主体,都应将人的自主自治、人的尊严与发展作为倡导性工具适用的核心考量价值。须十分警惕表面上具备非正式性的倡导性工具,却向相关主体施加不合理的、具有剧烈压迫性的遵从压力。

此外,在信息、数据技术高速发展的当今时代,以信息、数据为载体的规制与治理工具层出不穷。新的规制与治理工具往往没有法律的直接规定,常常是制裁性、激励性与倡导性工具的整合。譬如近年来日益受到广泛关注的信用联合奖惩措施,包含了针对违法失信主体的声誉制裁、资格制裁等种种限制,也包含了针对守法守信主体的声誉激励、资格优先等种种激励,还通过广泛的信用教育、信用宣传发挥作用。这一措施利用信用信息的收集、评价、共享、公开,将复杂、细密的奖惩方案内嵌于整个规制与治理体系之中。^[34]崭新的综合性工具建立了广泛的透明度,实现了广泛的威慑,极大程度地提高了政府规制的强度与密度。但与此同时,也应当强调软法理念和软法工具理性对新型综合性工具的形塑功能,无论科技如何发展,监控如何便捷,“更少强制、更多协商、更高自由”的治理理念仍应当是公共治理重要的精神内核。

五、结 语

“‘好的监管者’往往比‘强硬的警察’更有效,这个监管者应当懂得合适容忍比严格的控制更有效”。^[35]可以说,软法工具就是“好的监管者”在“合适容忍”的情境下所采用的工具箱。

[30] See Gary E. Marchant, Douglas J. Sylvester, Kenneth W. Abbott, A New Soft Law Approach to Nanotechnology Oversight: A Voluntary Product Certification Scheme, 28 *UCLA J. Envtl. L. & Pol'y*, 123 (2010).

[31] See Brian Sheppard, Norm Supercompliance and the Status of Soft Law, 62 *Buff. L. Rev.*, 787 (2013).

[32] 参见沈岩:《风险交流的软法构建》,载《清华法学》2015年第6期。

[33] 参见张力:《迈向新规制:助推的兴起与行政法面临的双重挑战》,载《行政法学研究》2018年第3期。

[34] 参见王瑞雪:《政府规制中的信用工具研究》,载《中国法学》2017年第4期。

[35] Eugene Bardach, Robert A. Kagan, *Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness: A Twentieth Century Fund Report*, Temple University Press, 1982, p. 123, 转引自〔美〕莱斯特·M. 萨拉蒙主编:《政府工具——新治理指南》,北京大学出版社2016年版,第14页。

公共治理呼唤软法之治，而软法治理理念则需要谦抑、审慎、宽容、温和的治理工具，强调尊重主体尊严、促进主体发展。如何设计与选择软法工具，在满足合法性要求的基础上回应复杂实践、解决真实问题，或是摆在软法研究者面前的艰辛课题。

Abstract: The concept of soft law tool originates from the theory of soft law in the context of public governance. It refers to the governance tool that is not enforced by the state but has practical effect. Soft law implements the concept of good governance that respects human dignity and protects human development. It is both rational and non-mandatory. There are also several related concepts in the theoretical system of administrative behavior, regulatory tools and policy tools. In the process of applying soft law tools, it is necessary to determine reasonable and legitimate goals, establish appropriate information acquisition and classification mechanism, and select appropriate behavior impact tools. The sanction tools should not only act prudently on personal and property rights, but also on reputation and qualification. Incentive tools and advocacy tools should be carefully planned, rationally designed and reasonably used to guide behaviors according with market value and social value. The integration of tools should not only pursue deterrence, but also be tolerant and restrained under the soft law governance concept of “less coercion, more consultation and higher freedom”.

Key Words: public governance, soft law tool, dignity

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)