

事中事后监管改革：理论、 实践及反思

卢超*

摘要 构建事中事后监管机制成为当前中国行政审批改革的一项紧迫议程，事中事后监管在实践中涵盖了信用风险分类监管、大数据监管等诸多工具类型。事中事后监管反映了数字信息时代下，行政执法手段与行政活动方式的转型，并且在执法成本、规制效能等方面体现出诸多潜在优势。但由于许可评价程序的相对失效，使得事前许可与事中事后监管之间缺乏常规化衔接机制。与此同时，基层监管资源匮乏、非标准化市场结构、条块与部门利益分割等诸多限制因素，也制约了事中事后监管的实际效能。中国行政规制改革应当积极破解事中事后监管的拘束因素，客观评价事中事后监管与事前许可机制之间的优劣，并实现“非经济目标”与市场效率之间的价值平衡。

关键词 事中事后监管 规制改革 信用风险分类监管 大数据监管 非经济目标

一、问题的提出

近年来，当代中国围绕审批改革的政策实践，呈现出波澜壮阔、形态万千的行政国家图景。“告知承诺”“先证后核”“并联审批”等各类以放松规制(De-regulation)为导向、带有消极许可色彩的政策工具创新，^{〔1〕}在央地互动的地方试验模式下得以持续扩散

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。本文系国家社科基金一般项目“合作规制的行政法研究”(项目编号:17BFX004)的阶段性成果。

〔1〕 张力：“先证后核、消极许可和规制工具试验”，《中国行政管理》2019年第5期，第39-45页。

推广。^{〔2〕}这种不严格拘于法定规范并带有“适应性管理”(Adaptive Management)特征的行政法模式,^{〔3〕}理论上也在不断冲击《行政许可法》的既有框架,使得中国行政法学的时代发展呈现出公共政策导向的崭新面貌。^{〔4〕}尤其值得注意的是,与以往行政审批改革不同,当前改革在强调放松与解除事前许可的同时,也十分重视事中事后监管机制的体系构建,力图打破以前改革“一收就死,一放就乱”的恶性循环,格外注重增强市场监管的效率和精度。^{〔5〕}

事中事后监管作为官方用语概念,法解释学上缺乏精确定义,主要源自《行政许可法》第13条对于行政许可替代机制的粗略框定,更多是当代中国行政任务变迁与规制改革的实践产物。^{〔6〕}当代中国规制改革的整体布局中,中央着重部署了“信用风险分类监管”“大数据监管”“双随机、一公开监管”等新型工具的铺陈推广,旨在借助各类事中事后监管工具来起到对事前许可的替代功能。譬如《国务院办公厅关于聚焦企业关切进一步推动优化营商环境政策落实的通知》(国办发〔2018〕104号)专门提出:“各有关部门要创新工作方法,根据自身职责加强和创新事中事后监管,积极推进‘双随机、一公开’监管、信用监管、大数据监管、‘告知承诺+事中事后监管’等新型监管方式,既提高监管效能,又切实减少对企业的干扰。”其中“信用风险分类监管”“大数据监管”等制度装置,回应了现代数字信息技术的发展,映射出西方规制理论中“回应性规制”“精明规制”的技术特征,^{〔7〕}“双随机、一公开”则带有“控权论”的本土蕴涵。可以说,事中事后监管的工具体系体现出较强的实用主义杂糅色彩。^{〔8〕}

值得关注的议题在于:以放松规制与量化考核为重心的行政审批改革,通过何种装置来发挥事前许可与事中事后监管之间的枢纽联动机制?信用风险分类监管、大数据

〔2〕 朱旭峰、张友浪:“创新与扩散:新型行政审批制度在中国城市的兴起”,《管理世界》2015年第10期,第91—103页。

〔3〕 See Robin Kundis Craig and J. B. Ruhl, “Designing Administrative Law for Adaptive Management”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 67, No. 1, 2014, pp. 1—88.

〔4〕 政策导向的行政法学模式,参见高督男:《由法释义学到政策导向之行政法学》,元照出版有限公司2018年版,第125—355页。

〔5〕 刘鹏:“中国市场经济监管体系改革:发展脉络与现实挑战”,《中国行政管理》2017年第11期,第28页。

〔6〕 对于“Regulation”一词,不同专业领域存在“规制”“管制”“监管”等多种译法。本文对于“监管”“规制”的概念用词选取,取决于特定语境与固定习惯的搭配,不做实质性意义区分。另外,由于“非行政许可审批”的历史遗留问题,行政许可与行政审批概念之间也存在模糊争议,在本文中也不对两者做严格区分。行政许可与行政审批的界分,参见王克稳:“我国行政审批与行政许可关系的重新梳理与规范”,《中国法学》2007年第4期,第60—68页。

〔7〕 See Ian Ayres and John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford: Oxford University Press, 1992, pp. 4—162; Neil Gunningham, Peter Grabosky and Darren Sinclair, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 373—453.

〔8〕 西方监管概念与中国本土化的理论梳理,参见马英娟:“监管的概念:国际视野与中国话语”,《浙江学刊》2018年第4期,第49—58页。

监管等各类事中事后监管工具的兴起,反映了现代行政国家的何种变迁逻辑?当代中国面临的城乡行政资源差异、非标准化市场、条块与部门分割等本土背景,给事中事后监管的效能带来了何种拘束效应?当前将市场效率奉为圭臬的行政审批改革议程,一定程度上忽视了监管型国家中“非经济目标”的重要性,这种价值取向会对事中事后监管机制尤其是社会性规制领域的改革带来何种潜在影响?本文将围绕上述核心议题逐次展开讨论。

二、行政审批与事中事后监管的联动机制

行政审批改革作为中央主导的“强制性制度变迁”,〔9〕历来带有较为明显的“运动式治理”特征,〔10〕近年来在“放管服”改革的牵引下,中央政府以疾风骤雨方式强制下放或者取消了数量繁多的许可事项,海量的事前许可被强制归入《行政许可法》第13条的涵盖范围,审批改革旨在通过各类事中事后监管机制来取代事前许可的规制功效。之所以采取这种运动治理模式,一方面原因在于审批改革意味着行政机关自身权力的限缩,相关部门缺少“行政自我规制”的自主意愿,〔11〕《行政许可法》第13条的设定过于模糊宽泛且缺乏判断标准,〔12〕“可以不设行政许可”的表述模式也表明其并非一项强制性条款,因此需要科层系统的外部压力来打破僵局,强制打通事前许可与事中事后监管之间的枢纽渠道。另一方面,限于现有法律框架的束缚与依法行政的强调,地方审批改革的单兵突破面临较大政治成本,“改革成本明显大于收益,这导致地方政府缺乏缩减审批事项的自发改革动力,这也使得行政审批改革基本必须依靠自上而下的运动式方式进行。”〔13〕

理论上而言,《行政许可法》中的许可评价制度应当扮演事前许可与事中事后监管之间的枢纽通道功能,由行政许可评价制度来判断行政许可的存续必要性(是否需要及时修改或废止)、事中事后监管作为替代机制取代事前许可能否满足规制需求,以及对于两种不同机制各自从经济收益与行政成本等角度进行定性或量化比较。《行政许可法》第20条规定了许可设定机关的定期评价义务,在程序上也设置了行政机关内部(许可实施机关与设定机关之间)的评价报告制度以及带有公众参与色彩的许可建议制度,各地的规范性文件中对于许可建议的

〔9〕 参见(美)罗纳德·科斯、阿曼·阿尔钦、道格拉斯·诺斯等:《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,刘守英等译,上海人民出版社1994年版,第371—403页。

〔10〕 沈岿:“解困行政审批改革的新路径”,《法学研究》2014年第2期,第22—24页。

〔11〕 沈岿:“行政自我规制与行政法治:一个初步考察”,《行政法学研究》2011年第3期,第14—17页。

〔12〕 “能够自主决定”“能够有效调节”等概念缺乏可量化的判断标准,“如果简单套用《行政许可法》第13条的规定,几乎可以说所有事项均可以不设许可,很难有科学的依据”。周汉华:“行政许可法:观念创新与实践挑战”,《法学研究》2005年第2期,第24页。

〔13〕 梁雨晴、李芝兰:“依法治国与改革:如何并行不悖?——基于《行政许可法》对地方政府审批创新的影响”,《公共行政评论》2017年第4期,第49页。

内容与程序也有更为细化的规范,但相关装置设计依然过于笼统,远未达到量化标准要求。^[14]除此之外,基于《行政许可法》本身所蕴含的放松规制精神,行政许可评价程序的规范设定也存有一定的价值偏差并呈现出单向维度特征,许可评价目标更多体现为增设许可的事前控制与事后削减许可的功能导向,对于行政许可的存废带有先验的价值判断,而缺少对于事中事后监管能力的客观预估以及与事前许可的衔接考量。

从实践不难看出,行政许可评价制度始终未被有效激活,^[15]许可评价程序长期处于休眠状态并沦为象征性条款。近年来行政审批改革重点放置于许可事项的取消、下放及其量化考核,却鲜有通过许可评价程序来考证放松规制的潜在消极后果及其后续影响。在以放松规制为核心议题的改革环境下,如何评价事中事后监管模式相对于事前许可的比较优劣,以及合理评估当前各类事中事后监管手段的执法效能与承接效果,应当是一项慎之又慎的议题。可以说,规制改革议程的重心更多放在了前端亦即行政许可事项的清理,而事中事后监管作为规制改革的后端事项,尽管得到了中央政策的不断强调,但并未获得有效的地方行政资源支撑,事前许可改革与事中事后监管之间缺乏常规且必要的衔接联动装置。正如相关学者的谨慎提醒:“应对行政审批项目的放权改革可能引发的负面效应保持一定的警惕,假如审批权限一味地取消或下放,而未能做到放管结合,那么有可能会造成社会治理在某些领域的失序,并有可能成为相关机构和部门推卸责任的理由,从而偏离改革的初衷。”^[16]

总而言之,当前规制改革进程中,事前许可模式向各类事中事后监管机制的移转,体现了现代行政任务的时代变迁特征;相比于传统行政许可模式,信息化时代下大数据监管、信用风险分类监管等新型规制工具在监管成本、执法效能与行政效率等方面体现出诸多潜在优势,对于私人规制、市场自我规制的强调均更加契合《行政许可法》第13条的立法精神。但必须注意的是,事前许可向事中事后监管装置的移转缺少常规且法定化的衔接机制,许可评价程序在《行政许可法》中几乎被架空失效,种种客观因素制约下,政府规制改革所被迫采取的运动式治理模式,尽管见效迅速并能有效摆脱各类利益束缚,但也附带了诸多潜在弊端。比如,事中事后监管装置依然发育不足,行政监管机构缺乏规制经验,骤然之间的急速变革难以有效应对新增市场风险;事中事后监管与事前许可之间的比例容易出现失调,尤其在社会性规制等风险领域,对于现有许可机制的积极功能存在认知偏差,对于事中事后监管的替代功效也有过分乐观的倾向;当代中国城乡二元体系下行政资源差异以及条块冲突、部门分割的组织格局,也给事中事后监管工具的实际效能带来消极影响,这些客观制约因素短期很难破解以适应改革需求。

因此,对于信用风险分类监管、大数据监管等事中事后监管装置的评价剖析,必须超越既

[14] 譬如《重庆市行政许可评价暂行办法》(渝府发[2004] 71号)中宽泛规定了许可评价的具体内容与程序流程。2019年5月国家市场监督管理总局发布《市场监督管理行政许可程序暂行规定》(征求意见稿)第65条也列举了行政许可评价的内容事项。

[15] 参见王克稳等:《行政审批制度改革中的法律问题》,法律出版社2018年版,第148—194页。

[16] 李振、鲁宇:“中国的选择性分(集)权模式——以部门垂直管理化和行政审批权限改革为案例的研究”,《公共管理学报》2015年第3期,第19页。

有的行政许可评价机制,不仅要衡量其相对于传统事前许可的比较优势与效率收益,^[17]也需要对城乡二元格局下的监管执法资源予以客观测定,对于数据平台建设成本、组织体系格局与信用信息处理能力等基础设施条件进行质性或量化评估。在价值判断上,亟需改变行政许可评价以市场效率最大化为单一目标的价值取向,这一点在社会性规制事项中尤其重要。下文将延续这一思路,分类探讨事中事后监管工具的公法原理与规制构造,进一步评价各类监管工具背后的本土制约因素及其疏解之道。

三、事中事后监管的公法体系与改革张力

如前文所述,事中事后监管并非严格的法定概念。随着行政规制改革的深入,信用风险分类监管、大数据监管、“双随机、一公开”监管等创新机制,均被逐步吸纳至事中事后监管的规制工具箱中。事中事后监管工具体系内部不仅共享诸多公法原理,发挥类似的监管效果,并且基于特定的国家—市场维度,事中事后监管的诸多工具也在实践中面临趋同化的困境与张力。所以,这些事中事后监管工具能否取代事前许可,发挥替代性的规制效能,也需要结合各类本土制度因素予以客观衡量。

(一)具有“回应性规制”特征的信用风险分类监管

社会信用立法实践与学术探讨近年来逐步掀起热潮,但也引发较大争议。^[18]相对而言,作为信用规制手段之一的信用风险分类监管,是指监管机构依据市场主体的信用评价与合规风险而采取差异化的执法措施,信用风险分类监管作为一种执法资源调配手段,在事中事后监管体系构建中扮演了较为核心角色。^[19]中央层面格外强调了信用风险分类监管在整个事中事后监管体系中的重要性,譬如《国务院关于加强和规范事中事后监管的指导意见》(国发〔2019〕18号)提出:“推进信用分级分类监管,依照企业信用情况,在监管方式、抽查比例和频次等方面采取差异化措施”。《国务院关于在市场监管领域全面推行部门联合“双随机、一公开”监管的意见》(国发〔2019〕5号)也提出:“实施信用风险分类监管,针对突出问题和风险开展双随机抽查,提高监管精准性。”

从政府规制理论视角来看,信用风险分类监管的理论依据可追溯至伊恩·艾尔斯(Ian Ayres)与约翰·布雷斯维特(John Braithwaite)所创设的“回应性规制”(Responsive

[17] 成本收益分析原则与工具的评述,参见郑雅方:“论我国行政法上的成本收益分析原则:理论证成与适用展开”,《中国法学》2020年第2期,第201—219页;毕洪海:“作为规制决策程序的成本收益分析”,《行政法学研究》2016年第3期,第89—96页。

[18] 关于社会信用立法的争论,参见罗培新:“遏制公权与保护私益:社会信用立法论略”,《政法论坛》2018年第6期,第170—180页。

[19] 信用风险分类监管作为一种执法资源调配的规制手段,其争论相对不大,但如果将信用联合惩戒也纳入事中事后监管工具箱中,则会引发较为复杂的形式合法性争议。本文探讨的是针对市场主体的信用风险分类监管,没有将针对个人的联合惩戒机制纳入探讨范围。信用规制的合法性解读,参见王瑞雪:“政府规制中的信息工具研究”,《中国法学》2017年第4期,第166—172页;沈岿:“社会信用体系建设的法治之道”,《中国法学》2019年第5期,第34—46页。

Regulation)模式,而回应性规制模式下的“同等回应”(Tit-for-tat)则是一项重要的监管执法策略。^[20]这意味着基于市场主体合规动机的差异性,监管机构应当选取对应的监管执法策略。因此,政府监管机构需要通过对市场主体的动机监控,进而针对性地进行行政执法资源的差异化配置。与之类似,朱莉亚·布莱克(Julia Black)与罗伯特·鲍德温(Robert Baldwin)在回应性规制的基础上引入风险评估因素,进一步提炼出“基于风险的回应性规制”(Responsive Risk-based Regulation)模式,认为监管机构需要评估市场主体的合规风险,并根据风险来有效分配监管执法资源。在理想状态下,“基于风险的回应性规制”模式将借助信息数据手段,辅助监管机构把行政执法资源与监管注意力优先投射至风险相对更高领域。^[21]因此,按照相关学者对于回应性规制理论的本土化构想,我国监管机构对市场主体相关信息的获取控制能力是回应性规制运转的前提要件,“监管者需要对被监管市场主体的经营状况和守法状况进行翔实记录,并根据既往经营记录和守法记录圈定重点关注的被监管者,在监管活动中对圈定对象予以监管资源的扶植倾斜,监管者还应加强相关的信息分析,更加切实地研判被监管者的真实动机。”^[22]

可以说,事中事后监管体系中的信用风险分类监管模式,明显契合了“回应性规制”的监管执法策略。当前在市场监管的执法活动中,愈发强调要根据企业主体的信用水平与合规动机来差异化地分配执法资源。譬如《市场监管总局关于全面推进“双随机、一公开”监管工作的通知》(国市监信〔2019〕38号)指出:“针对不同风险程度、信用水平的检查对象采取差异化监管措施,合理确定、动态调整抽查比例和检查对象被抽查概率,既保证必要的抽查覆盖面和监管效果,又防止检查过多和执法扰民。”而在食品药品安全、安全生产、环境保护等社会性规制领域推崇的信用风险分类监管,对风险因素的强调则更为契合“基于风险的回应性规制”理念。具体而言,在食品药品安全监管执法中,《国家食品药品监管总局关于对取消和下放行政审批事项加强事中事后监管的意见》(食药监法〔2015〕65号)提出:“以日常监管、良好行为、不良行为、信用评价等信息为基础,建立健全行政审批诚信档案,依据监管对象信用等级、生产经营状况、违法违规行为等,将监管对象分为不同类别,实行分类监管。对违法违规、失信企业和高风险企业要根据情况适当增加检查频次,实行重点管理。”环境执法的实践也体现出类似的监管原理,2019年生态环境部《关于做好引导企业环境守法工作的意见》(征求意见稿)提出:“对监管对象进行科学分级,对重点区域、重点行业、群众投诉反映强烈、违法违规频次高、环境信用不良的企业加密监管频次,对管理规范、守法记录良好的企业降低监管频次。”同样,在安全生产领域中,中央要求各地监管机构“将企业整体风险等级作为监管执法的重要依据,针对不同

[20] See Ian Ayres and John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford: Oxford University Press, 1992, pp. 20-35.

[21] See Julia Black and Robert Baldwin, “Really Responsive Risk-based Regulation”, *Law and Policy*, Vol. 32, No. 2, 2010, pp. 181-213.

[22] 刘鹏、王力:“回应性监管理论及其本土适用性分析”,《中国人民大学学报》2016年第1期,第99页。

风险等级的企业,确定不同的执法检查频次、重点内容等,实行差异化、精准化动态监管”。〔23〕

在当前行政审批的改革背景下,放松规制的政策试验带来市场主体的大量涌入,给有限的行政监管资源带来巨大压力,所以,带有“回应性规制”色彩的信用风险分类监管无疑能够起到节省执法资源、有效辨识风险与提高监管效能的重要功用。而且就监管执法效果而言,通过监管执法资源的倾斜配置并增强行政检查频次,是改变被规制方的合规动机并提升规制效率的有效手段,这种正相关性得到了相关实证研究的有力佐证。〔24〕然而,信用风险分类监管模式的本土化运转也面临诸多掣肘。

首先,信用风险分类监管模式的精髓在于监管机构需要根据充足的市场信息来设定信用等级,进而合理划分合规风险与分配执法资源。这说明真实足量的市场信息是有效分类与差异化监管的启动装置。但是发展中国家普遍面临的困境是“监管机构对于市场主体通常缺乏精准的信息数据来判断风险阈值的高低,进而难以在执法过程中提前设定正确优先次序”。〔25〕同理,在中国本土规制实践中,信用信息与合规数据往往并不可靠充分。这一方面源自行政执法资源的有限性导致地方监管机构对于市场主体缺乏充足信息掌控,监管机构无从获知市场主体违规行为的比重,也很难调查确认合规信息真实与否;另一方面,地方监管机构与市场主体也有可能合谋伪造信用数据结果。〔26〕因此,如何获取充足的信用数据并确保其真实性,是信用风险分类监管本土运转的核心难题。

其次,信用风险分类监管的部门分割化特征明显,诸多行政监管机构均通过“行政黑名单”“信用数据库”等方式建立本部门的信用数据体系,但是不同部门的信用体系之间缺乏有效的制度衔接,国家企业信用信息公示系统、国家信用信息共享交换平台的统一建设还处于初始阶段。信用数据的部门割裂格局制约了信用风险分类监管实践的有效展开。

最后,信用风险分类监管带有现代监管型国家的西方印记,规制手段体现出鲜明技术化理念,更多建立在大中型企业为主的市场结构基础之上。然而,我国城乡二元格局下,基层大量小微市场主体呈现出高度分散格局,对自身信用缺乏敏感度;监管执法力量与市场主体在数量上对比悬殊,在基层监管实践中往往更多地依赖于专项整治等“运动式治理”手段,〔27〕缺乏

〔23〕 《国务院安委会办公室关于进一步做好隐患排查治理体系建设示范试点工作的通知》(2017年4月24日)。

〔24〕 See Peter J. May, “Compliance Motivations: Affirmative and Negative Bases”, *Law and Society Review*, Vol. 38, No. 1, 2004, pp. 41-68; Peter J. May and Søren C. Winter, “Regulatory Enforcement and Compliance: Examining Danish Agro-Environmental Policy”, *Journal of Policy Analysis and Management*, Vol. 18, No. 4, 1999, pp. 625-651; Søren C. Winter and Peter J. May, “Motivation for Compliance with Environmental Regulations”, *Journal of Policy Analysis and Management*, Vol. 20, No. 4, 2001, pp. 675-698.

〔25〕 Benjamin van Rooij, “Greening Industry Without Enforcement? An Assessment of the World Bank’s Pollution Regulation Model for Developing Countries”, *Law and Policy*, Vol. 32, No. 1, 2010, p. 143.

〔26〕 See Benjamin van Rooij, “The People’s Regulation: Citizens and Implementation of Law in China”, *Columbia Journal of Asian Law*, Vol. 25, No. 2, 2012, p. 132.

〔27〕 刘鹏:“运动式监管与监管型国家建设:基于对食品安全专项整治行动的案例研究”,《中国行政管理》2015年第12期,第118-123页。

对市场信息进行精准管理的能力与意愿。信用风险分类监管的西方规制理念在制度移植中面临着先天的制约因素。

(二)大数据监管的规制效能与阻力

大数据监管与信用风险分类监管存在着千丝万缕的政策勾连,大数据监管在事中事后监管体系中扮演的重要角色毋庸置疑。数字信息时代下,信息技术手段在行政法中发挥着重要功用,现代行政国家的发展趋势进一步体现为“国家愈发依赖线上平台工具来实现线下的监管目标”,^{〔28〕}行政监管机构逐步适应借助各类信息平台与数据来取代传统的法律规则与技术手段,实现对市场主体的立体化监管。大数据监管鲜明反映了“信息时代下行政国家的治理模式变迁,行政手段变得更加非正式化,监管过程更加依赖市场主体的背景数据作为支撑”。^{〔29〕}从制度优势与理想角度来观察,“监管大数据有助于缓解执法资源匮乏等多重原因导致的规制不足现象,监管机构借助信息数据可以实现更优的执法效果,从而降低传统规制模式下较高的行政成本,并舒缓其过度正式化的弊端”。^{〔30〕}

在事中事后监管体系的建设中,大数据监管作为国家精准治理的前提机制,^{〔31〕}在行政规制改革中的地位被重点强调。近年来的监管实践中,大数据监管与信用规制手段逐步成为传统行政模式的替代机制,以填补行政审批改革后遗留下的制度真空。“政府借助数据平台和各类算法科技,将针对市场主体与个人的行为监控、评分与多部门联合奖惩等机制,不断引入正式法律的实施过程”,^{〔32〕}尤其是在针对市场主体的事中事后监管过程中,中央至地方各级政府对于数据整合与大数据监管的重视早已不言而喻。例如《国务院办公厅关于运用大数据加强对市场主体服务和监管的若干意见》(国办发〔2015〕51号)明确指出:“创新市场经营交易行为监管方式,构建大数据监管模型,进行关联分析,及时掌握市场主体经营行为、规律与特征,主动发现违法违规现象,提高政府科学决策和风险预判能力,加强对市场主体的事中事后监管。对企业的商业轨迹进行整理和分析,全面、客观地评估企业经营状况和信用等级,实现有效监管。”而《国务院关于加快推进全国一体化在线政务服务平台建设的指导意见》(国发〔2018〕27号)也同样提到:“整合市场监管相关数据资源,推动事中事后监管信息与政务服务深度融合、一网通享。”

理论层面上,相比于事前许可方式,作为事中事后监管重要组成装置的大数据监管,的确有助于行政监管机构以更低的执法成本、更为灵活的行政活动方式对市场主体实现立体全景化的精准规制,正如域外学者的形象比喻——“现代信息技术工具的发展将行政监管执法活动从特定

〔28〕 See Rory Van Loo, “Rise of the Digital Regulator”, *Duke Law Journal*, Vol. 66, No. 6, 2017, p. 1328.

〔29〕 Julie E. Cohen, “The Regulatory State in the Information Age”, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 17, No. 2, 2016, p. 369.

〔30〕 See Nathan Cortez, “Regulation by Database”, *University of Colorado Law Review*, Vol. 89, No. 1, 2018, pp. 25, 92.

〔31〕 参见郑戈:“国家治理法治化语境中的精准治理”,《人民论坛·学术前沿》2018年第10期,第45—55页。

〔32〕 戴昕:“重新发现社会规范:中国网络法的经济社会学视角”,《学术月刊》2019年第2期,第122页。

检查日的‘一次性快照’,迅疾提升为工业流程化的电影全景”。^[33] 但在中国行政监管的实践中,大数据监管模式在提升执法效率潜能的同时,也面临着诸多悖论。一方面,从“国家—社会”的二元视角来看,大数据监管体系对于企业主体和个人信息的汇集统合,始终面临国家治理需求与商业秘密、个人信息隐私之间的冲突张力,同时也给网络信息安全带来极大的挑战“国家对于统一化的数据共享平台的建设推动,无疑将大幅促进政府决策科学化、社会治理精准化和公共服务高效化。但这同时也带来对于个人隐私权与商业秘密的侵入议题”。^[34] 另一方面,从国家科层体系的内部视角来看,跨部门、跨区域的大数据监管体系在实践中亟待处理官僚体系内部的部门协调难题。亦即,在主观层面,行政监管部门倾向于将数据视为权力、利益和资源的来源,往往缺乏与其他部门进行数据共享的组织意愿,^[35] 因为“经纬交错、四通八达的信息交流矩阵将彻底打破职能部门的信息垄断,而信息是构成垄断性权力的基础”。^[36] 大数据体系的部门协调与信息共享始终缺乏主观动机,这就导致实践中政府诸多部门对数据资源分割垄断、数据标准格式不统一、不同系统之间的数据无法兼容的数据孤岛现象较为普遍。^[37] 而在客观层面,大数据监管对于数据基础设施在财力与技术上存在着极为苛刻的要求,单个地方政府或者单个行政系统通常缺乏资源和能力去独立发展数据基础设施,而“各地政府仍以层层下派任务和按部门职责分工的模式推动大数据治理体系,这种将新型技术嵌套在传统官僚制内的做法,将使数据孤岛问题进一步凸显,反而可能会使大数据治理丧失初衷”。^[38]

大数据监管作为当前事中事后监管体系的支柱装置,理想层面上能够通过市场主体的全景大数据,提前进行风险预判与监管倾斜,进而达成数字信息时代下行政效能的最优解,但实践中却较难实现机构部门之间信息数据的汇集中,以及会面临纷繁复杂的组织协调与数据冲突的难题。可以说,事中事后监管体系中的大数据监管建设,除了商业秘密、个人信息保护等以权利保障为核心的传统行政法议题之外,在中国的本土背景之下,更需要通过监管机构改革、组织协调互惠与数据信息共享等行政组织的革新机制,^[39] 来破解大数据监管建构所面临的“内部行政法”难题,^[40] 防止现代行政国家下的碎片化治理格局,借助中央或较高层级监管机构的统一协

[33] Rory Van Loo, “Regulatory Monitors: Policing Firms in the Compliance Era”, *Columbia Law Review*, Vol. 119, No. 2, 2019, p. 407.

[34] 张新宝:“我国个人信息保护法立法主要矛盾研讨”,《吉林大学社会科学学报》2018年第5期,第50页。

[35] 宋华琳:“建构政府部门协调的行政法理”,《中国法律评论》2015年第2期,第48—49页。

[36] 林雪霏:“顶层逻辑与属地逻辑的博弈——行政审批制度改革‘双轨制’的困境与契机”,《社会主义研究》2016年第6期,第84页。

[37] 孙丽岩:“行政决策运用大数据的法治化”,《现代法学》2019年第1期,第90页。

[38] 马亮:“大数据治理:地方政府准备好了吗?”,《电子政务》2017年第1期,第81页。

[39] 譬如2019年4月23日公布的《北京市公共数据管理办法》(征求意见稿)便对跨部门的数据汇聚与共享机制提出了针对性的规范设计。

[40] “内部行政法”理论,参见章剑生:“作为担保行政行为合法性的内部行政法”,《法学家》2018年第6期,第66—80页;于立深:“现代行政法的行政自制理论——以内部行政法为视角”,《当代法学》2009年第6期,第3—15页;Gillian E. Metzger and Kevin M. Stack, “Internal Administrative Law”, *Michigan Law Review*, Vol. 115, No. 8, 2017, pp. 1239—1308.

调,来舒缓传统条块分割、地方与部门利益化格局给事中事后监管带来的组织掣肘。

(三)“双随机、一公开”监管的悖论

“双随机、一公开”监管被视为事中事后监管方式的重要探索和本土创新,具体是指监管机构在“市场主体名录库和执法检查人员名录库中通过摇号等方式,从市场主体名录库中随机抽取检查对象,从执法检查人员名录库中随机选派执法检查人员”。^[41]《国务院关于在市场监管领域全面推行部门联合“双随机、一公开”监管的意见》(国发〔2019〕5号)对检查对象名录库和执法检查人员名录库、监管工作平台、抽查程序与结果公示等制度建设进行了详细部署,尤其提出要促进“双随机、一公开”监管与信用监管有效衔接,将“双随机、一公开”抽检结果作为企业信用风险分类的重要考量因素,并根据企业风险信用确定抽检比例与频次,由此形成“双随机、一公开”执法与信用风险分类监管相互嵌套的规制逻辑。

实践中,“双随机、一公开”监管的基层运行面临诸多困境。各地虽然按照信息化要求设置了“双随机、一公开”电子工作平台与名录库,但是市场监管中可供随机抽取的检查人员只能在地化,“基层监管机构缺乏人员配置,真正有执法权的人更少,不管怎么随机抽取,样本库就是有限的,信息与权力的错配十分突出”。^[42]事实上,受困于地方编制资源的束缚,大量基层执法人员缺少正式编制,^[43]无法进入“双随机”的执法人员名录,导致“双随机”监管方式取代日常监管巡查制的设想在现实中很难完全实现,甚至可能沦为一种空转的程序装置。正如法社会学学者所描述的基层执法能力悖论现象,“随着国家投入的增加和制度技术的发展,执法能力在不断提升,但在具体的社会问题面前,执法能力始终受到资源条件的制约而无法充分施展”。^[44]基层监管执法往往仍需依赖党政部门联席会议、“运动式执法”等非正式机制,来满足监管执法在人力、财力资源方面的短缺需求,这无疑构成了监管执法运行的真实中国图景。^[45]

可以说,“双随机、一公开”监管通过行政执法程序与公开机制的缚权再造,的确有助于规范行政裁量权、提升基层监管执法的法治水平,是一种较为典型的“控权论”改革思路。并且在传统控权模式的基础上,“双随机、一公开”监管与信用风险分类监管进行了巧妙的技术衔接,使得“双随机、一公开”监管成为整个事中事后监管体系的通道入口,在入口处即对监管执法进行严格的流程框定,这符合事中事后监管改革旨在拘束行政执法、重塑营商环境并激发市场活力的核心目标。但是,“双随机、一公开”监管对行政执法程序的流程改造,在一定程度上也可能加剧行政执法资源与市场监管对象之间的对比张力,尤其是使得基层执法资源的匮乏现象更加紧迫突出。这无疑是“双随机、一公开”监管带来的制度悖论。因此,也需要考虑城乡体

[41] 《国务院关于“先照后证”改革后加强事中事后监管的意见》(2015年10月13日)。

[42] 梁平汉:“信息的逻辑:部门间关系与新经济动能”,《探索与争鸣》2018年第7期,第55页。

[43] 参见叶静:“地方软财政支出与基层治理——以编外人员扩张为例”,《社会学研究》2016年第1期,第146—165页;吕芳:“中国地方政府的‘影子雇员’与‘同心圆’结构”,《管理世界》2015年第10期,第106—116页。

[44] 刘杨:“执法能力的损耗与重建——以基层食药监执法为经验样本”,《法学研究》2019年第1期,第29页。

[45] 陈柏峰:“党政体制如何塑造基层执法”,《法学研究》2017年第4期,第205—208页。

系、地区经济以及监管领域的影响,根据不同地区、不同监管领域执法资源的差异,针对性地对“双随机、一公开”的监管程序设计进行细化,防止其脱离本土国情而被悬置空转。

(四)消极隐匿的“私人规制”模式

事中事后监管改革旨在构建“市场主体自治、行业自律、社会监督、政府监管”的社会共治格局。如果说“双随机、一公开”监管、大数据监管以及信用风险分类监管均属于政府层面的规制改革模式,那么事中事后监管体系中对于市场主体自治与行业自律的强调,则明显属于“私人规制”(Private Regulation)的范畴。^[46]“私人规制”这一概念更多是对私主体参与规制活动的现象总结,与传统的政府规制相对应,旨在借助市场主体与社会组织的诸多自制手段来实现规制目标,在一定程度上缓解了政府规制模式下行政资源的不足,并体现出技术经验、运行效率与财力成本的诸多优势。^[47]除了“私人规制”的表述之外,“去中心化规制”(Decentring Regulation)、“后规制国家”(Post-Regulatory State)、“规制资本主义”(Regulatory Capitalism)等学理概念尽管表述各异,^[48]但也均是描述现代规制型国家从国家中心主义向社会和市场放权的制度变迁轨迹。

从当前事中事后监管的改革议程与政策文本中,均可窥探出企业自我规制、行业自律机制等“私人规制”的特征因素。譬如《国务院关于“先照后证”改革后加强事中事后监管的意见》(国发〔2015〕62号)指出:“市场主体还可以通过创新企业战略,改革内部质量管理,设定高于法定要求的自律性规范。”企业内部质量管理体系可以视为一类典型的“内部管理型规制”(Management-based Regulation),^[49]这种鲜明带有“私人规制”色彩的制度装置,可以被视为事中事后监管体系改革的亮点之一。

但是,转型中国市场主体与社会组织的诸多结构性缺憾拘囿了“私人规制”模式有效发挥规制效果的制度空间。一方面,“私人规制”有效发挥作用的社会基础是市场组织结构的稳定性,均质化的大中企业更有助于“私人规制”的开展。^[50]然而,当前我国市场中数量泛滥的小微企业存在较重的投机色彩,市场主体的守法意愿往往较为薄弱,这成为制约“私人规制”有效运作的结构性因素。所以,怎样“创设更多的社会自我规制诱因,设计更为精巧的框架立法”,

[46] See Colin Scott, “Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance”, *Journal of Law and Society*, Vol. 29, No. 1, 2002, pp. 56-76.

[47] 胡斌:“私人规制的行政法治逻辑:理念与路径”,《法制与社会发展》2017年第1期,第160页。

[48] See Julia Black, “Decentring Regulation: The Role of Regulation and Self Regulation in a Post-Regulatory World”, *Current Legal Problems*, Vol. 54, No. 1, 2001, pp. 103-146; Colin Scott, “Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State”, in Jacint Jordana and David Levi-Faur (ed.), *The Politics of Regulation*, Edward Elgar Publishing, 2004, pp. 145-176; John Braithwaite, *Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2008, pp. 1-63.

[49] “内部管理型规制”的介绍,参见谭冰霖:“论政府对企业的内部管理型规制”,《法学家》2019年第6期,第74-87页; Cary Coglianese and David Lazer, “Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals”, *Law and Society Review*, Vol. 37, No. 4, 2003, pp. 691-730.

[50] 谭冰霖:“环境规制的反身法路向”,《中外法学》2016年第6期,第1535页。

[51]来提升各类市场主体开展自我规制的主动意愿,这是事中事后监管框架下有效激发“私人规制”所面临的难题。另一方面,受困于转型国家与行业协会之间复杂的组织依附关系,[52]行业协会的发展空间始终受到较大限制,行业自律与自我规制的能力严重滞后于行政规制改革需求。历次行政审批改革过程中,“行政机关往往利用行业组织和中介组织来承担原本由其自身承担而后被清理的许可职能,并继续保持政府控制力”,[53]这导致行业组织与政府之间并未实现有效的功能分化,也就无法充分发挥“私人规制”的替代效果。2015年7月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《行业协会商会与行政机关脱钩总体方案》(中办发〔2015〕39号),试图从宏观层面厘清行政机关与行业协会商会的职能边界。2019年6月,国家发改委、民政部等十部门发布《关于全面推开行业协会商会与行政机关脱钩改革的实施意见》(发改体改〔2019〕1063号),进一步从资产财务、人员管理、党建外事等角度对脱钩改革进行了细化部署。行业协会改革映射出转型体制下国家—市场之间的复杂关系,无法毕其功于一役,行业自我规制的潜能尚需培育观察。[54]

大数据监管、信用风险分类监管与“双随机、一公开”监管作为事中事后监管的核心装置,均是从国家中心主义视角,通过政府监管执法的重塑以适应规制改革的构造变化,但是以行业自律、企业自我规制为代表的“私人规制”模式,所理应扮演的角色却相对湮没。可以说,与前文所述的三类政府规制工具相比,“私人规制”模式在事中事后监管体系中并未获得充分的政策支持,并呈现出相对“消极隐匿”的特征,原因主要在于:第一,国家对于行业协会等社会的控制一直较为严苛,自始缺乏社会自治的历史传统。第二,审批数量的下放取消以及信用规制、大数据监管建设更容易被上级量化考核,而与之相比,“私人规制”则要求长期的制度建设与市场培育,短期内较难见到实效且难以量化。因此,在“目标治国”与官员考核的大背景下,[55]事中事后监管体系中的“私人规制”模式,较难获得地方官僚更多的行政资源与注意力分配。[56]第三,当下“放管服”改革与事中事后监管的政策议程设置(Agenda-setting)本身就存在明显倾向,[57]中央对于信用规制与大数据监管的高度关注与资源倾斜,是事中事后监管体系内部存在差异偏好与不均衡现象的重要原因。

[51] 高秦伟:“社会自我规制与行政法的任务”,《中国法学》2015年第5期,第98页。

[52] 参见纪莺莺:“转型国家与行业协会多元关系研究——一种组织分析的视角”,《社会学研究》2016年第2期,第149—167页。

[53] 李洪雷:“《行政许可法》的实施:困境与出路”,《法学杂志》2014年第5期,第68页。

[54] 企业与行业自我规制的讨论,参见宋华琳:“论政府规制的合作治理”,《政治与法律》2016年第8期,第20—22页。

[55] 参见马亮:《目标治国:官员问责、绩效差距与政府行为》,社会科学文献出版社2018年版,第189—219页。

[56] 参见练宏:“注意力竞争——基于参与观察与多案例的组织学分析”,《社会学研究》2016年第4期,第1—25页;练宏:“中国政府行为的注意力分配研究何以有特色?”,《公共行政评论》2020年第1期,第41—42页。

[57] 监管型国家的“政策议程设置”议题,see Cary Coglianese and Daniel E. Walters, “Agenda-Setting in the Regulatory State: Theory and Evidence”, *Administrative Law Review*, Vol. 68, No. 1, 2016, pp. 93—118.

四、事中事后监管改革的制度拘束与价值平衡

(一)事中事后监管的制度拘束因素

从整体视角观察,事前许可向事中事后监管手段的行政规制模式转移,反映了当代中国社会结构、经济形态以及国家治理方式的变迁。传统行政法体系在此背景展现出行政任务与行政手段的扩张、多元化,市场经济的助力发展也需要更加宽松且高效的行政规制手段与之匹配。尤其是在信息社会与数字时代中,信息在行政法上的地位与功能愈发重要,^[58]政府对于数据信息行政能力的提升,也为行政活动方式与行政执法手段的时代转型提供了可能,当前以信用风险分类监管、大数据监管为主要工具的事中事后监管机制,无疑顺应了数字信息时代的历史潮流。理论上而言,行政监管机构借助信用信息数据库等诸多监管平台构建的企业大数据全景信息视图,将以更高的规制效能、更低的监管成本来履行日趋复杂的行政任务。

然而,置于当代中国的经济社会背景之下,事中事后监管手段在展现潜在优势的同时,也面临诸多本土化的制度拘束因素。首先,行政监管资源的客观拘束,给事中事后监管机制带来不利条件。当前随着行政审批改革的不断深入,“事中事后监管任务也不断加重,财政投入与行政执法人员却没有明显增加,导致监管任务与监管部门现有的人力、物力和财力不相匹配”,^[59]尤其在城乡二元的格局之下,食品安全监管、环境监管等社会性规制领域本身就面临着基层执法力量薄弱的难题,^[60]行政监管部门更加缺乏充足的规制资源去推行事中事后监管模式。可以说,整个规制改革进程中对于基层行政监管资源的承载能力缺少评价预估,使得事中事后监管的运行面临各种资源制约。

其次,当前事中事后监管的体系构造与工具装置,带有“回应性规制”等西方理论的鲜明特征,然而这些理论工具在以大中型企业为主的成熟市场背景下才能发挥最大效用,这与当代中国的市场结构与经济环境存在显著差异。理论上讲,信用风险分类监管、大数据监管、企业自我规制等监管模式的良好运转,均需建立在数量与结构稳定的大中型企业基础之上。稳定的市场结构下,各类事中事后监管工具才能充分实现监管执法机构与市场主体之间的回应互动,通过信用手段与数据管控来激励提升市场主体的合规意愿。^[61]但是,我国市场监管机构面

[58] 王贵松:“作为利害调整法的行政法”,《中国法学》2019年第2期,第106页。

[59] 渠滢:“我国政府监管转型中监管效能提升的路径分析”,《行政法学研究》2018年第6期,第33页。

[60] See Peng Liu and William McGuire, “One Regulatory State, Two Regulatory Regimes: Understanding Dual Regimes in China’s Regulatory State Building through Food Safety”, *Journal of Contemporary China*, Vol. 24, No. 91, 2015, pp. 119–135.

[61] “监管机构与市场主体的交往互动频次越低,监管机构获取市场主体信息与合规动机的能力也就越弱,回应性规制模式也就无法运行有效”。See Neil Gunningham, “Compliance, Enforcement, and Regulatory Excellence”, in Cary Coglianese (ed.), *Achieving Regulatory Excellence*, Washington DC: Brookings Institution Press, 2017, pp. 192–193.

对的对象是海量且缺乏守规意愿的小微企业，^{〔62〕}非标准化的市场结构下，信用规制与大数据监管体系不仅运行成本高昂且往往难以奏效。可以说，“现代监管工具在遭遇中国产业的小、散、乱时，不可避免地遭遇尴尬处境，而全能主义的国家理念使得政府当仁不让地承担起对广大中小企业的监管责任”。^{〔63〕}因此，如何在实践中对信用风险分类监管、大数据监管等新型监管工具进行本土化改造，来应对数量庞杂的小微市场主体，将是事中事后监管体系面临的国情难题。

再次，事中事后监管面临条块分割、部门利益冲突等行政组织因素的制约。在理想状态下，信用风险分类监管与大数据监管将超越立足单个监管机构的传统模式，借助监管数据的流通共享实现全景式的立体化监管。但是，在事中事后监管的实践运行中，无论信用风险分类监管中的企业信用信息收集，抑或大数据监管中的海量数据处理，均面临跨部门、跨地域的数据信息共享困境。尤其是当前以部门导向与属地化推进为模式的大数据监管，在缺少协作互惠与中央协调的背景下，反而可能会进一步加剧“数据孤岛”现象。可以说，监管机构碎片化、^{〔64〕}部门利益冲突与条块分割等诸多“内部行政法”问题，已然成为阻碍事中事后监管体系规制效果的重要阻碍因素。

最后，事中事后监管体系内部的不均衡现象，客观上也会削弱规制改革的整体效果。如前文所述，从国家—社会角度，事中事后监管的工具装置更多立足于国家中心主义视角，信用风险分类监管、大数据监管、“双随机、一公开”监管更多是行政国家官僚制下的规制执法方式变革，而缺少国家向社会的放权逻辑。从当前规制改革议程与资源分配的角度来看，带有市场自律与社会自治色彩的“私人规制”模式，依然处于相对隐匿的弱势地位。事中事后监管体系内部的不均衡格局，客观上也会加大行政监管资源的承载压力，而“私人规制”在压力缓冲与任务分担方面的缺少，使得尚不成熟的信用风险分类监管、大数据监管等规制工具将直面海量庞杂的行政任务而左支右绌。

（二）市场效率与“非经济目标”的价值平衡

从制度变迁的角度来切入，理顺政府与市场之间的关系构成了中国经济发展的重要引擎，以简政放权为核心的审批改革在理顺关系中占据了重要分量。^{〔65〕}我国行政审批改革始终贯穿着计划经济向市场经济转型的时代主线，《行政许可法》的立法精神以及条款设计，彰显了对

〔62〕 玛格丽特·皮尔逊将中国市场经济描述为“三层结构经济模式”(Three-tiered economy)，最顶层为占据国家经济命脉的重要国有企业，而最底层的小微企业主体在数量上占据绝大多数，“三层结构模式”也导致中国规制型国家的运行呈现出复杂面向。See Margaret M. Pearson, “Variety Within and Without: The Political Economy of Chinese Regulation”, in Scott Kennedy (ed.), *Beyond the Middle Kingdom: Comparative Perspectives on China's Capitalist Transformation*, Redwood: Stanford University Press, 2011, pp. 28–35.

〔63〕 刘亚平、梁芳：“监管国家的中国路径：以无证查处为例”，《学术研究》2018年第9期，第51页。

〔64〕 See Margaret M. Pearson, “Governing the Chinese Economy: Regulatory and Administrative Reform in the Service of the State”, *Public Administration Review*, Vol. 67, No. 4, 2007, p. 722.

〔65〕 何艳玲：“理顺关系与国家治理结构的塑造”，《中国社会科学》2018年第2期，第30—39页。

自由(尤其是经济自由)的实在追求,浸润着市场优位与效率优先的价值底色,^[66]而市场效率导向的价值判断也支配着近年来的规制改革方向。

较为明显的是,当前行政审批改革议程的重心更多地放置于追求消极许可对于提振经济发展的正面效应,^[67]《优化营商环境条例》以及各地涉及营商环境优化的行政规范性文件均将以放松规制为内核的审批改革视为提振经济的重要手段。告知承诺制、并联审批等带有许可加速与消极许可性质的改革措施对于企业发展、市场效率的激励功能也在各类政策文件中被不断强调。理论上而言,行政审批改革与市场发展、经济效率之间的正相关性也获得了相关研究佐证。譬如,近期有实证研究从微观视角印证了行政审批改革对于企业进入率有积极影响,^[68]并在某种程度上有助于提升企业的自主创新能力;^[69]也有研究从宏观维度来探讨行政审批的渐进式改革如何通过降低企业交易费用,实现促进经济增长的制度效能。^[70]

诚然,现代规制型国家中经济效率的价值逻辑通常占据主流地位。如朱莉亚·布莱克(Julia Black)所言,“对于规制正当性这一议题,几乎绝大多数答案均为诊治市场失灵,仅是偶尔涉及到财富分配或其他附属性目标”。^[71]但不容忽视的是,随着经济社会的发展变迁,市场效率已不再是政府规制唯一且无可辩驳的正当性源泉,现代行政国家的规制正当性从市场效率的单一价值观日趋衍化扩散,并呈现出市场效率与“非经济目标”混杂的多元化色彩,尤其是在环境安全等社会性规制事项中,各类“非经济价值”判断逐渐变得不可或缺。^[72]托尼·普罗瑟(Tony Prosser)便据此区分了两种完全不同的规制逻辑,^[73]并认为规制应当发挥“塑造良好社会的制度潜能,而非仅仅是纠正市场失灵、提升经济效率的工具主义逻辑,规制正当

[66] 陈端洪:“行政许可与个人自由”,《法学研究》2004年第5期,第34页。

[67] 骆梅英:“以监管改革促营商环境优化”,《中国市场监管研究》2018年第12期,第69—71页。

[68] 毕青苗、陈希路、徐现祥、李书娟:“行政审批改革与企业进入”,《经济研究》2018年第2期,第140—153页。

[69] 王永进、冯笑:“行政审批制度改革与企业创新”,《中国工业经济》2018年第2期,第24—40页。

[70] 夏杰长、刘诚:“行政审批改革、交易费用与中国经济增长”,《管理世界》2017年第4期,第47—57页。

[71] See Julia Black, “Critical Reflections on Regulation”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 27, 2002, p. 7.

[72] 现代规制型国家中“非经济价值”的学理讨论, see Richard B. Stewart, “Regulation in a Liberal State: The Role of Non-Commodity Values”, *Yale Law Journal*, Vol. 92, No. 8, 1983, pp. 1537—1590; Peter H. Schuck, “Regulation, Non-market Values, and the Administrative State: A Comment on Professor Stewart”, *Yale Law Journal*, Vol. 92, No. 8, 1983, pp. 1602—1613.

[73] 托尼·普罗瑟将规制模式区分为“私自由外部限制”(Regulation as Infringement of Private Autonomy)与“合作事业”(Regulation as Collaborative Enterprise)两种理路。前一种模式下,规制正当性在于市场效率的最大化,规制目标在于追求市场投资的可预测性与公共政策的稳定性;后一种模式下,经济与社会功能均是规制正当性依据,判断规制政策成功的标准,远不止于减轻规制负担从而让市场自由运转,更在于检测规制政策的有效性与回应性。See Tony Prosser, *The Regulatory Enterprise: Government Regulation and Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 4—8.

性的背后蕴含着更为广阔的社会价值”。^[74]

将这种理论争议放置于我国当前的规制改革背景下,不难发现,“告知承诺”“先证后核”等诸多带有放松规制、消极许可性质的审批改革模式旨在放宽市场准入门槛以达到提振经济价值目标已然得到充分体现。但需要警惕的是,当前改革进程中也存在这样一种倾向,即“过度放大和强调了效率方面的功能,这样一种偏颇的定位使得行政审批程序改革的其他功能被掩盖或者隐藏”。^[75]而当下规制改革中市场效率最大化的单一逻辑,也有侵蚀其他“非经济价值”判断的潜在威胁。尤其在环境监管、食品药品安全监管、安全生产监管等社会性规制事项中,规制正当性并非完全建立在市场效率的单一价值基础之上,事前许可装置有其存在的必要性与价值依据。然而,当前行政审批改革的类型化思维较为欠缺,^[76]没有合理区分市场禁入类与危害控制类行政审批的巨大差异;加之规制改革对于市场效率、经济发展的片面强调,使得环境监管等风险规制领域中的审批程序有可能被完全吞噬入带有放松规制色彩的改革议程之中。颇为明显的便是,在各地审批改革实践中,环境影响评价等事前许可程序有被许可承诺制逐步取代的改革趋向。譬如,《广东省江门市建设项目环境影响评价文件审批实行承诺制改革试点工作方案》(江环[2019]48号)将建设项目的环境影响评价审批纳入许可承诺制的改革范畴。《山西省企业投资项目承诺制规定》亦将企业投资项目中的环境影响评价、节能评价、洪水影响评价等许可事项纳入企业书面承诺,由政府相关部门统一完成行政许可。许可承诺制在一定程度上改变了现行《行政许可法》的程序设计,尤其是将原有环境监管领域中行政许可的一票否决功能给架空,无法实现制度设计中所安设的矫正意图,^[77]使得行政许可中的多元价值失去了必要平衡,市场效率逻辑也明显高过了生态安全等“非经济目标”的价值判断。诚然,现有规范通常会采用准入负面清单的方式,将部分风险过高的环境污染项目排除在行政许可承诺制的改革范畴之外,以此防止事后风险无法控制。但难题在于如何对各类风险进行精准分类,而且当前以放松规制为精神内核的改革范式也更加容易淡化风险,使得负面清单在地方改革实践中难以坚守并最终失效。

“当代中国规制改革必须在削减对市场行政管控的过程中与市场失灵的增量求得最优均衡,这意味着中国监管部门需要同时扮演市场促进者(Enabler)和监管者(Regulator)的双重

[74] See Tony Prosser, “Models of Economic and Social Regulation”, in Dawn Oliver, Tony Prosser and Richard Rawlings (ed.), *The Regulatory State: Constitutional Implications*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 49.

[75] 唐明良、骆梅英:“地方行政审批程序改革的实证考察与行政法理——以建设项目领域为例”,《法律科学》2016年第5期,第56页。

[76] 马怀德:“行政审批制度改革的成效、问题与建议”,《国家行政学院学报》2016年第3期,第17页。

[77] “环评一票否决的制度安排,原本就反映了对项目许可机关以及以项目许可机关为代表的地方政府倾向于‘以环境为代价发展经济’的忧虑,是对项目许可机关以及地方政府倾向于轻视和忽略建设项目环境影响的一种矫正”。金自宁:“我国环评否决制之法理思考”,《中国地质大学学报》2019年第2期,第15页。

角色,这种略带矛盾的角色定位成为中国式监管型国家建设的逻辑起点。”〔78〕以放松规制为价值导向的审批改革与事中事后监管之间的制度张力,恰好反映了这种双重角色的内嵌冲突与价值平衡难题。规制改革应当通过许可评价装置来客观评估当前各类行政许可的存废必要,不能完全依循经济效率逻辑,将所有的事前许可简单地视为对市场机制不必要的外部限制,而将规制功效完全寄托于事中事后监管模式之上。各类事中事后监管机制还处于建构成长阶段,尚不足以完全取代事前许可去履行风险预防的替代功能,尤其在危害防治类的社会性规制事项中,基于专业性判断的技术优势,事前许可作为一种否定判断装置有其独有价值。正如凯斯·桑斯坦(Cass R. Sunstein)与阿德里安·弗缪勒(Adrian Vermeule)对于“行政法多元目标”(Plural Aims of Administrative Law)的理解,“行政法目标不应简单化约为制衡行政权的单一思维,现代行政国家需要强有力的政府监管来制衡市场权力,因为市场秩序所催生的私人权力本身会对个人自由产生威胁”。〔79〕《行政许可法》第11条早已明确行政许可目标在于“经济、社会和生态环境”等诸多利益之间的协调发展,中国行政规制改革应当破除对于市场效率与经济价值的单一信奉,需要通过事中事后监管体系与事前许可之间的妥当衔接,来实现市场效率与社会安全、环境安全等“非经济目标”之间的恰当平衡。

五、代结语

事中事后监管反映了现代行政国家背景下行政活动方式与执法手段的转型,信用风险分类监管、大数据监管等事中事后监管机制,在理论层面上的确体现出降低执法成本、提升规制效能与减弱市场干预等制度优势。但与此同时,在带有本土特色的国家—市场、国家—社会结构下,监管执法资源匮乏、条块与部门利益分割、非标准化市场机构等诸多外部拘束因素也制约了事中事后监管机制的规制效能。因此,在当代中国行政规制的改革进程中,不能简单地将事中事后监管视为能够与事前许可紧密衔接、运行顺畅且毫无争议的替代机制,需要解读制约事中事后监管机制有效运行的本土拘束因素并探寻其疏解路径。

另外,事中事后监管机制的替代功能对社会性规制与经济性规制事项应当区别对待。规制合法性源自于经济效率,应当防止市场效率最大化的单一逻辑对于规制型国家中诸多“非经济目标”的裹挟侵蚀。〔80〕所以,行政规制改革应该立足于“协调发展导向型”的行政法框架,〔81〕尤其对环境监管等社会性规制领域的审批改革需要额外谨慎;其是带有消极许可色彩的规制试验,同样需要通过行政许可评价程序,来衡量事前许可与事中事后监管等替代手段之

〔78〕 胡颖廉:“‘中国式’市场监管:逻辑起点、理论观点和研究重点”,《中国行政管理》2019年第5期,第23页。

〔79〕 See Cass R. Sunstein and Adrian Vermeule, “The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law”, *Supreme Court Review*, Vol. 2015, 2015, pp. 82—83.

〔80〕 See Tony Prosser, “Regulation and Legitimacy”, in Jeffrey Jowell, Dawn Oliver and Colm O’Cinneide(ed.), *The Changing Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 332.

〔81〕 于安:“论协调发展导向型行政法”,《国家行政学院学报》2010年第1期,第70—74页。

间的比较优劣,防止新增市场主体带来的过量风险超出事中事后监管的承载能力。

最后,“行政法体系的广度必须足以掌握当代行政任务的光谱”,^[82]数字信息时代下的大数据监管、信用规制等崭新的行政规制改革议题也在不断促使中国行政法学的时代转型。^[83]因此,如何将事中事后监管的技术工具安置于行政法学的传统框架体系之内,可能更需要吸收“新行政法”的观察维度。^[84]当前我国行政规制改革的波及幅度与类型变化,早已远远溢出《行政许可法》的法释义学范畴,所以,在探寻行政合法性的同时,也需要更多关注行政活动的有效性,不断开发拓宽行政法的视野疆域。^[85]与此同时,在当代中国“国家—市场”的特殊变迁背景下,对于行政审批与规制改革的公法研究,亟需吸纳经验分析的外部视角,^[86]来反哺传统行政法学的基础理论。

Abstract: Against the background of administrative licensing reform oriented by de-regulation, it is an urgent agenda to establish interim and ex post regulation for China's administrative regulation reform. In practice, credit risk classification regulation, big data regulation and many other types of regulatory tools are included in Interim and ex post Regulation mechanism. The transition of ex ante licensing to interim and ex post Regulation, reflects the transformation of administrative enforcement methods and administrative activities in the digital information era. Interim and ex post regulation also reflects many potential advantages in terms of law enforcement costs and regulatory efficiency. However, due to the failure of the licensing evaluation process, there is a lack of conventional linkage mechanism between ex ante licensing and interim and ex post regulation. At the same time, there are many constraining factors such as limited regulatory resources, non-standardized market structure, and fragmentation of agency interests, which also restrict the actual effectiveness of interim and ex post regulation. China's administrative regulation reform should actively deal with those constraining factors, objectively evaluate the comparative advantages between interim and ex post regulation and ex-ante licensing, and achieve the balance between non-economic values and market efficiency.

Key Words: Interim and Ex Post Regulation; Regulation Reform; Credit Risks Classification Regulation; Big Data Regulation; Non-economic Values

(责任编辑:彭 鐔)

[82] (德)施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第145页。

[83] 姜明安:“新时代中国行政法学的转型与使命”,《财经法学》2019年第1期,第6—14页。

[84] 王锡铤:“行政正当性需求的回归——中国新行政法概念的提出、逻辑与制度框架”,《清华法学》2009年第2期,第100—114页。

[85] 朱新力、唐明良:“现代行政活动方式的开发性研究”,《中国法学》2007年第2期,第40—51页。

[86] See Cary Coglianese, “Empirical Analysis and Administrative Law”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2002, No. 4, 2002, pp. 1111—1138.