中外法学 Peking University Law Journal
Vol. 36, No. 1(2024)pp. 143－160

# 包容审慎监管的行政法理与中国实践

卢 超*

**摘 要** 包容审慎监管是当前我国面对新经济业态发展提出的规制创新策略，具有极为深远的行政法治意义。面对科技发展与新经济业态的不确定性，包容审慎监管理念标志着现代行政法治的动态反思与演化趋势。从传统的规制理论角度观察，包容审慎监管的运行背后映射出回应性规制的执法策略、合作规制的运行范式以及规制试验主义的演进逻辑。包容审慎带有实质法治色彩的规制设计理念，有效运行不仅需要较为成熟的行政法治框架予以支撑，更需要现代行政国家的基础设施与行政能力予以辅助。在中国特色“发展型国家”的逻辑支配下，包容审慎监管的地方实践运行，往往较难实现包容与审慎之间的价值平衡，引发了一系列的监管困境与本土难题。包容审慎监管的中国图景也为理解规制与发展之间的二元关系提供了鲜活的制度样本。

**关键词** 包容审慎监管 新经济业态 规制试验主义 回应性规制 “发展导向型”行政法

## 一、问题的引出

旨在优化营商环境的改革背景下，在强调放松规制、提振市场活力的同时，如何构建与市场经济尤其是与数字经济发展相适应的规制框架体系，成为日趋迫切的现实问题。我国规制改革实践中，包容审慎监管逐步成为适应新经济业态与新兴产业发展的规制创新策略。[1]《优化营

* 中国社会科学院法学研究所研究员。本文系国家社科基金一般项目“事中事后监管与行政许可改革研究”(项目编号:21BFX049)的阶段性研究成果。

〔1〕 参见谢新水:“包容审慎:第四次工业革命背景下新经济业态的行政监管策略”,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2019年第3期,第33—42页;薛澜、赵静:“走向敏捷治理:新兴产业发展与监管模式探究”,《中国行政管理》2019年第8期,第28—34页。



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

商环境条例》第 55 条明确规定:“政府及其有关部门应当按照鼓励创新的原则,对新技术、新产业、新业态、新模式等实行包容审慎监管,针对其性质、特点分类制定和实行相应的监管规则和标准,留足发展空间,同时确保质量和安全,不得简单化予以禁止或者不予监管。”2020 年 5 月,中共中央、国务院《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》提出“健全对新业态的包容审慎监管制度”。2021 年 1 月,《法治中国建设规划(2020—2025 年)》要求探索“包容审慎监管等新型监管方式”。《法治政府建设实施纲要(2021—2025 年)》明确提出“完善与创新创造相适应的包容审慎监管方式”。

包容审慎监管被认为是“监管领域对政府与市场关系的最新理论表达,其要求政府以包容之心对待新经济,给予其必要的发展时间与试错空间,并根据公共风险的大小进行适时适度干预,从而有效破解传统监管所面临的困局”。[2] 从规制与发展的二元关系维度考察,中国政府鼓励新经济创新发展而采取宽松的包容审慎监管政策,被视为数字经济快速成功发展的重要促进因素。[3] 但与此同时,包容审慎监管的创新实践也对高度确定性、形式理性化基础上的传统行政法范式带来严峻挑战。[4] 不仅如此,包容审慎监管这一规制法概念自身的模糊晦涩之处,尤其是包容与审慎之间的逻辑张力也需要进一步厘清。因此,需要进一步深入探讨,如何从西方规制原理角度去解读包容审慎监管的规制框架结构?当代中国本土化的制度背景带来哪些困境并制约了包容审慎监管的实际效能?包容审慎监管模式引发了对传统行政法范式的何种反思?本文将围绕上述议题展开分析。

## 二、包容审慎监管的规制扩散与规范内涵

作为对传统的命令控制型监管手段的纠偏,[5]包容审慎监管与数字经济等新经济业态的发展壮大紧密相关,这一规制创新概念显现出鲜明的本土特色,其自创生起便迅速扩散成为高度法定化的监管政策用语,并在实践中体现出与传统监管手段截然不同的特征。

### (一)包容审慎监管的创新理念与规制扩散

从制度溯源的维度观察,2017 年 1 月,国务院办公厅发布《关于创新管理优化服务培育壮大经济发展新动能加快新旧动能接续转换的意见》,首次提出要针对新产业新业态“探索动态包容审慎监管制度”。包容审慎监管这一带有鲜明本土化特色的监管政策用语,随后广泛用于中共中央、国务院出台的涉及平台经济、证照分离改革、大众创业、营商环境建设等不同规制领域的中央政策文件。不仅如此,2021 年修订的《科学技术进步法》明确了包容审慎原则,国务

〔2〕 刘权:“数字经济视域下包容审慎监管的法治逻辑”,《法学研究》2022 年第 4 期,第 38 页。

〔3〕 参见王俊豪等:《中国特色政府监管理论体系与应用研究》,中国社会科学出版社 2022 年版,第 400 页。

〔4〕 参见李洪雷:“面向新时代的行政法基本原理”,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2020 年第 3 期,第 92 页。

〔5〕 Timothy F. Malloy, “The Social Construction of Regulation: Lessons from the War Against Command and Control,” *Buffalo Law Review*, Vol. 58, No. 2, 2010, pp. 267-356.



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

院颁布的《优化营商环境条例》亦对包容审慎监管的规制理念进行了规范界定。在中央政策文件基础上,各地以地方政府规章或地方性法规形式出台的营商环境立法中,大多仿照国务院《优化营商环境条例》的立法模式,对包容审慎监管进行了相似或更为细化的规范设定。尤为值得关注的是,各地汹涌而至的数字经济立法浪潮中,包容审慎监管也成为地方立法中的核心条款,彰显了包容审慎监管与新经济业态之间的亲和关系。

可以说,包容审慎监管从一项单纯的监管政策用语逐步法定化,其演化历程也呈现出中央—地方纵向以及地方之间横向传播的规制扩散(regulatory diffusion)效应。[6] 包容审慎监管的规则条款从中央到各地基本保持了相对一致性,从而体现出较为明显的趋同化特征。包容审慎监管的规制扩散其背后是科层压力与政策学习(policy learning)双重作用的结果,从消极维度观察,包容审慎监管政策在实践中存在的规范抄袭与条款重复,背后反映的是一直为人诟病的立法"同质化"现象。[7] 但从积极角度来看,"任何一项规制创新政策都并非作为孤立的单元存在,而是更宏大的规制系统下的构成元素",[8]规制政策文本一定程度的重复应用与扩散效果,也将使得包容审慎监管这一全新的监管用语,能够更为恰当地嵌入至日趋复杂的规制体系之中,从而保证规制政策的融贯性与协调一致。

**(二)包容审慎监管的规范内涵与变化特征**

包容审慎监管在法律与行政立法层面已然搭建起一套相对统一的概念体系,但这套充斥着不确定法律概念的规制法规范架构,依然存在诸多晦涩模糊之处,更多是提供了大致的监管方向与指导原则,包容审慎监管的规范内涵仍需进一步具象化。但与此同时,从规制实践中不难发现,包容审慎监管体现出三个较为明显的变化特征。

首先,与传统的命令控制型监管相比,包容审慎监管在执法强度上更加柔性,也更为强调对市场主体等被监管方的责任豁免。[9] 这在监管实践中直接体现为监管机构在监管执法工具的选择上更青睐警告、约谈等强制色彩更弱的执法手段,尤其是尽可能限缩行政处罚等正式执法工具的适用。典型譬如《广东省人民政府办公厅关于推进包容审慎监管的意见》(粤府办〔2022〕7号)规定:"对符合国家和省政策导向、有发展前景的新业态新模式企业,可给予合理的执法'观察期'。'观察期'内优先采取教育提醒、劝导示范、警示告诫、行政提示、行政指导、行政约谈等柔性执法方式,完善执法'观察期'制度指引,谨慎使用行政处罚等严厉执法措施。"

---

〔6〕 规制扩散现象既包含了监管政策文本的借鉴复制,也涵盖了政策选择的影响扩散,这两者在实践中通常是紧密相关的。Jennifer Nou and Julian Nyarko, "Regulatory Diffusion," *Stanford Law Review*, Vol. 74, No. 5, 2022, p. 907.

〔7〕 参见孙莹、肖棣文:"法制统一与分级治理:我国央地立法权的配置机制",《公共行政评论》2023年第1期,第88—105页。

〔8〕 See Nou and Nyarko, supra note 6, pp. 936-940.

〔9〕 通过责任豁免实现放松规制的效果,美国行政法上有相关讨论。可见 Daniel T. Deacon, "Deregulation Through Nonenforcement," *New York University Law Review*, Vol. 85, No. 3, 2010, pp. 795-796; Cary Coglianese, Gabriel Scheffler and Deniel E. Walters, "Unrules," *Stanford Law Review*, Vol. 73, No. 4, 2021, pp. 885-968.



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

尤其是各地监管执法实践中涌现的包容审慎执法清单、免罚清单等模式，作为对《行政处罚法》第33条第1款的规则细化与适用指引，[10]将新经济业态中违反传统执法规范但具备正当理由的创新活动予以豁免，尽可能纳入不予处罚条款的涵射范围内，这一模式更为直接地彰显出包容审慎的监管执法理念。[11]

其次，相较于传统监管执法模式，包容审慎监管在执法介入时机的选择上，更多通过"包容期""过渡期"或谓"观察期"的期限设置来推迟监管介入的时间，这种监管延迟介入的做法，[12]反映了不确定性背景下现代行政法治的应对策略与演变趋势。[13] 延迟介入的规制策略尤其体现在针对新经济业态的监管规范文本中，譬如《吉林省优化营商环境条例实施细则》第31条规定："对新技术、新产业、新业态、新模式的'四新经济'实体，只要不碰触安全环境底线，科学设置观察期、给予过渡期、实行保护期，通过包容审慎监管执法方式，引导规范和督促其依法经营。"这种制度设计的理据主要体现在两个方面：一方面，科技创新驱动的新经济业态自身尚未成熟稳定并存在大量灰色地带，[14]与之相对应的便是，"新经济的规则体系处于形塑过程之中，国家对监管的认知在逐步形成、摸索和调适"，[15]行政监管机关面对这种不确定性，客观上缺乏监管能力与信息资源去即时介入并严格执法，这背后其实是科技创新与监管执法的步调问题(pacing problem)。[16] 另一方面，从积极维度来看，监管延迟介入也将为新经济业态提供相对宽松的培育缓冲期，并降低监管机构错误干涉可能带来的潜在成本。更重要的是，在理想状态下，观察包容期内的监管机关并非放任无为，而是应通过试验观察或规制交流(regulatory conversations)等方式汲取市场信息，[17]为后续的执法干涉与规制议程逐步积累信息资源。

最后，包容审慎监管高度情境化且量体裁衣式的规制方案设计，与形式法治下的传统监管模式形成鲜明对比。"制定具有普遍约束力的监管规则并予以平等执行，以体现法治的确定性，是形式法治的基本要求；而包容审慎监管更加重视实质法治，反对一刀切地追求形式平等，

---

〔10〕 参见袁雪石：《中华人民共和国行政处罚法释义》，中国法制出版社2021年版，第216—219页。

〔11〕 参见李晴："论行政处罚的豁免"，《现代法学》2022年第6期，第120页。

〔12〕 美国法上的相关讨论，可见 Cass R. Sunstein and Adrian Vermeule, "The Law of Not Now: When Agencies Defer Decisions," *Georgetown Law Journal*, Vol. 103, No. 1, 2014, pp. 157-196.

〔13〕 Jeremy Kessler and Charles F. Sabel, "The Uncertain Future of Administrative Law," *Daedalus*, Vol. 150, No. 3, 2021, pp. 188-207.

〔14〕 参见周汉华："网络法治的强度、灰度与维度"，《法制与社会发展》2019年第6期，第70—75页。

〔15〕 黄冬娅、杜楠楠："平台企业政府事务部门专门化与政企关系发展——基于国家制度环境的分析"，《社会学研究》2022年第6期，第76页。

〔16〕 Gary E. Marchant, "Conclusion: Addressing the Pacing Problem," in Gary Marchant, Braden Allenby and Joseph Herkert (eds.), *The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight: The Pacing Problem*, Dordrecht: Springer, 2011, pp. 199-205.

〔17〕 Julia Black, "Regulatory Conversations," *Journal of Law and Society*, Vol. 29, No. 1, 2022, p. 172.



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

要求对于同一业态的不同发展阶段和不同业态的不同发展模式进行差别对待。”[18]《优化营商环境条例》第55条明确规定:“对新技术、新产业、新业态、新模式等实行包容审慎监管,针对其性质、特点分类制定和实行相应的监管规则和标准。”分门别类式的精细化、定制化监管立法义务,也从侧面说明传统的政府规制模式以及高度标准化的规制程序,已经无法满足新经济业态发展所带来的监管需求。[19] 与之相对应,包容审慎监管中的规制策略则呈现出一种高度情境化、便宜主义并带有开放反思特色的行政法治理念。[20] 传统意义上的政府监管模式呈现出一种概括式、普适化(regulation by generalization)的规制特征,[21]浸润着韦伯式的形式理性色彩,更为强调规制执行过程中的一致性与平等对待,而非具体情境下针对特定市场主体、技术模式或产业形态进行量体裁衣式的个性化规制判断。与之相对,包容审慎监管将从通常意义上的概括普适化模式下脱逸转型,呈现出个体情境化与开放反思的特征。

## 三、包容审慎监管的规制原理

包容审慎监管作为一项带有鲜明本土特色的监管创新,背后依然映射出西方规制理论的轮廓剪影,尤其从包容审慎监管的日常实践运行中,大致可以推演出回应性规制特色的执法策略、合作规制的运行范式以及规制试验主义的演进逻辑。从一般性的规制原理切入,有助于更为精准地把握包容审慎监管的制度构造与背景差异。

### (一)包容审慎背后的回应性规制理念

与传统监管执法方式相区别的是,包容审慎监管的日常实践与政策工具箱中,格外重视对教育警示、提示告诫、行政约谈等强制色彩较弱的未型式化行政行为的应用,尽量规避行政处罚等正式化制裁机制的介入。包容审慎监管的这一本土执法实践特征,一定程度上契合了回应性规制(responsive regulation)的监管理念与执法策略。

回应性规制理论由约翰·布雷斯维特(John Braithwaite)和伊安·艾尔斯(Ian Ayres)合作首创,该经典理论模型历经二十余年的修正发展与扩充演变,依然对各国规制改革的实践运作具有极强的启示意义。作为对命令控制型监管执法模式的修正,回应性规制理论框架下的“执法金字塔”(enforcement pyramid)设计,更加有助于调和遵从式执法与威慑式执法两者之

〔18〕 刘权,见前注〔2〕,第44页。

〔19〕 See Cary Coglianese, “Optimizing Regulation for an Optimizing Economy,” *University of Pennsylvania Journal of Law & Public Affairs*, Vol. 4, No. 1, 2018, pp. 6-14.

〔20〕 开放反思型行政法治的解读,参见沈岿:《公法变迁与合法性》,法律出版社2010年版,第3—23页。

〔21〕 Frederick Schauer and Richard Zeckhauser, “Regulation by Generalization,” *Regulation & Governance*, Vol. 1, No. 1, 2007, pp. 68-69.



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

间的紧张关系，并形成第三种带有混合色彩的规制执法风格。[22] 按照执法金字塔的机制流程，执法者对于监管执法工具的选择应按照金字塔由底及上的次序，首先选择底部强制力最弱的劝诫(persuasion)等柔性执法机制，只有当下一级的执法工具效果不彰时，才依次逐级上升至警示、行政处罚乃至暂停或吊销许可等正式化的制裁惩戒手段。[23] 面对新兴数字产业等新经济业态模式，为了激励科技创新与应对复杂性局面，政策制定者应当在传统的行政处罚等制裁机制之外，提供更为多元化的规制工具选择，[24]让执法机关见机行事去匹配适用更为恰当的执法工具，从而更为有效地激发市场主体的合规意愿。尤其在科技与环境急遽变化的新兴行业领域内，按照回应性规制的制度设计理念，在无法确定现行规范能否跟上时代步伐的情形下，监管执法者在执法金字塔体系下，首先采取提醒建议等非正式机制不仅更为适宜谨慎，也能够为经济业态创新提供更宽裕的容错空间。[25]

另外值得注意的是，当前规制学界将行为科学理念导入回应性规制模型下，并提出行为回应性规制(behavioral responsive regulation)这一崭新框架，按照这一框架设计，行为回应性规制将提供一套更加完备且多元的执法工具箱，不仅包含了助推(nudge)等基于行为科学的干涉策略，同时依然含有劝导、教育、警告以及行政处罚、刑事制裁等多种执法金字塔工具。[26] 相关学者认为，行为回应性规制能够削减传统回应性规制体系的监管成本，尤其是执法金字塔基层增加行为科学干预工具，不仅有助于显著降低正式执法资源的投入，而且通过对市场环境的重新设置，能够部分过滤掉市场主体的认知偏见(cognitive biases)，从而大幅削减那些合规意愿较弱的市场主体数量，使得回应性规制体系的运行更加顺畅。就此，行为回应性规制框架下增加的行为科学因素能够起到过滤筛查功能，就此提升整个规制体系的有效性、合法性以及监管效能。[27] 我国的规制执法实践中，承诺书模式一定程度上似乎反映了行为科学的色彩，譬如《国务院关于进一步贯彻实施〈中华人民共和国行政处罚法〉的通知》(国发〔2021〕26 号)指出："对当事人违法行为依法免予行政处罚的，采取签订承诺书等方式教育、引导、督促其自觉守法。"整体而言，行为科学工具的导入进一步丰富了规制工具箱，并呈现出更加包容的效果，但其效能价值仍有待进一步观察。

除此之外，如何真正体现出规制执法的"回应性"，是回应性规制运行逻辑的核心议题，回

---

〔22〕 Cary Coglianese, "Style Matters: On the Role of Pattern Analysis in the Study of Regulation," in Thomas F. Burke and Jeb Barnes (eds.), *Varieties of Legal Order: The Politics of Adversarial and Bureaucratic Legalism*, London and New York: Routledge, 2017, pp. 183-184.

〔23〕 Ian Ayres and John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford: Oxford University Press, 1992, pp. 35-38.

〔24〕 Nathan Cortez, "Regulating Disruptive Innovation," *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 29, No. 1, 2014, p. 201.

〔25〕 参见陈悦：《谦抑之治：科技时代的新业态规制》，国家行政管理出版社 2022 年版，第 148—159 页。

〔26〕 Netta Barak-Corren and Yael Kariv-Teitelbaum, "Behavioral Responsive Regulation: Bringing together Responsive Regulation and Behavioral Public Policy," *Regulation & Governance*, Vol. 15, No. S1, 2021, p. 176.

〔27〕 Ibid., pp. 177-178.



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

应性的前提在于监管执法者必须具备有效获取市场信息的行政能力，进而掌握市场主体的合规动机，[28]并据此开展实施针锋相对、量体裁衣式的执法策略。当前大数据监管、信用风险规制手段的广泛应用，为市场信息与合规动机的深度挖掘提供了制度契机，[29]使得规制“回应性”的有效运行不再仅停留在理论层面。譬如按照当前的监管政策设计，企业信用风险的数值将会直接影响包容审慎监管政策的具体实施，使得针对新经济业态的监管执法策略更加体现出回应性特征。在传统回应性规制的体系框架下，回应性策略基本完全取决于市场主体的合规态度与遵从行为。但是，按照罗伯特·鲍德温(Robert Baldwin)与朱莉亚·布莱克(Julia Black)提出的“真正的回应性规制”(really responsive regulation)理论，规制执法策略的回应因素被进一步延展，在这个迭代更新的版本模型中，规制政策与执法策略不仅仅要回应被规制方的合规表现，更要回应诸多宏观层面因素——譬如被规制企业自身的运作与态度设定、规制体系的整体制度环境、规制工具与策略的不同逻辑以及规制体系自身的实效表现等。[30] 朱莉亚·布莱克与罗伯特·鲍德温又在此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，强调根据风险高低来合理分配执法资源与监管注意力，实现基于风险要素的监管回应性。[31]

回应性规制理论对于我国包容审慎监管政策的启示在于，回应性规制的执法框架引入行为科学要素往往能起到事半功倍的效果，未来在新经济业态监管与融入行为科学的回应性规制之间应当策划更为紧密的联动机制设计，尤其是基于我国监管执法资源的有限性，针对新经济业态的包容审慎监管政策需要汲取域外最新经验进一步提升规制效能。另外，当前优化营商环境的改革背景下，我国监管执法策略呈现出强烈的放松规制色彩，但是，包容审慎监管如果旨在有效彰显“回应性”效果，便不能仅仅拘泥于“执法金字塔”底部的柔性执法策略，需要在特定情形与场景下拾级而上，在合法性框架下逐步增强监管执法策略的严苛性，从而呈现出从包容到审慎的连贯过渡形态。与此同时，这种回应性除了微观层面针对相关新经济业态市场主体的合规表现以外，也要科学地测评并有效回应新经济业态的潜在风险数值，并从宏观维度有效回应中国现行规制体系框架对于新经济业态的监管实效，防止过度包容或者泛滥采取运动式治理手段这两种极端形态，对于业态风险与监管实效的及时回应，可视为包容审慎监管中审慎要素的集中体现。因此，在国家治理层面呈现从包容到审慎执法的融贯逻辑，才是回应性规制下“回应性”的精髓之处。

**(二)合作规制导向的监管范式**

包容审慎监管的本土话语与实践形态，不再是命令控制型监管下以行政监管机构作为绝

---

〔28〕 参见刘鹏、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。

〔29〕 参见卢超：“事中事后监管改革：理论、实践及反思”，《中外法学》2020 年第 3 期，第 787—791 页。

〔30〕 Robert Baldwin and Julia Black, “Really Responsive Regulation,” *Modern Law Review*, Vol. 71, No. 1, 2008, pp. 61-94.

〔31〕 Julia Black and Robert Baldwin, “Really Responsive Risk-based Regulation,” *Law & Policy*, Vol. 32, No. 2, 2010, pp. 181-213.



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

对核心的单一图景，而是愈发强调行政机构与企业以及行业协会等不同主体之间的协作互动，这种合作规制导向的范式特征在新经济业态监管中更为突出。[32] 可以说，新经济业态的包容审慎监管议程呈现出浓郁的合作规制特征，合作规制范式作为一种通过网络关系的规制(regulation through networking)，[33]更加关注强调国家—市场—社会不同主体之间的协作互动，共同助力完成科技创新与监管政策的型塑。[34]

包容审慎监管的本土实践格外需要合作规制范式的导入，一方面原因在于新经济业态下的信息不对称问题更加严峻，行政监管过程更加需要通过合作规制手段充分汲取市场信息。相较于监管机构，市场主体作为被规制方始终掌握着先天的信息优势，[35]而这种信息落差在急速变化的科技创新市场中更容易被无限放大。[36] 尤其面对信息科技导向的新经济业态领域，基于其复杂多样且动态演化的特质，监管部门需要尽可能从更广泛渠道获取充分的决策信息，有的放矢地去制定设计差异化的监管规则，并在合法性框架内兼顾权衡各方利益，合作规制就此成为包容审慎监管的应有之义。因此，行政监管部门无法封闭包容审慎监管的决策议程，需要更为依赖合作规制范式下的规制交流，有针对性地获取变动不居的市场信息并共同型塑规制政策的具体内容。[37]

除了信息因素之外，另一方面原因则在于，面向新经济业态的包容审慎监管议程中，合作规制范式能够更好地平衡利益冲突，进而降低规制成本并提升监管效能。与传统行业领域相比，新经济业态领域的显著特征在于，新经济业态的监管往往需要考虑不同利益群体、不同产业主体间的利益冲突，[38]尤其在监管标准的设定议程中，需要兼顾不同利益群体的价值取向，防止包容与审慎之间的比重失衡，通过合作规制手段塑造形成更为现实可行且更易于产业界等各方主体接受的规制标准，从而进一步降低规制执行的合规成本。[39]

---

〔32〕 行政法学视角下对合作规制范式的讨论，参见赵宏："合作行政与行政法的体系变革"，载姜明安主编：《行政法论丛》(第 17 卷)，法律出版社 2015 年版，第 21—45 页；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 73—98 页；宋华琳："论政府规制中的合作治理"，《政治与法律》2016 年第 8 期，第 14—23 页。

〔33〕 Yair Sagy, "The Legacy of Social Darwinism: From Railroads to Reinvention of Regulation," *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 11, No. 2, 2013, p. 525.

〔34〕 参见顾昕："治理嵌入性与创新政策的多样性：国家—市场—社会关系的再认识"，《公共行政评论》2017 年第 6 期，第 6—32 页；顾昕、赵琦："协作互动式政府创新：一个分析性概念框架"，《公共管理评论》2023 年第 2 期，第 5—24 页。

〔35〕 Cary Coglianese, Richard Zeckhauser and Edward Parson, "Seeking Truth for Power: Informational Strategy and Regulatory Policymaking," *Minnesota Law Review*, Vol. 89, No. 2, 2004, pp. 277-286.

〔36〕 Daniel J. Grimm, "Against Regulatory Disruption," *Jurimetrics*, Vol. 62, No. 4, 2022, pp. 347-396.

〔37〕 See Black, supra note 17.

〔38〕 以网约车为代表的共享经济领域便是新旧利益冲突现象的典型例证，参见吴小亮、王静：《中国新经济：创新与规则》，中国人民大学出版社 2023 年版，第 223—269 页。

〔39〕 William McGeveran, "Friending the Privacy Regulators," *Arizona Law Review*, Vol. 58, No. 4, 2016, p. 980.



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

总而言之,包容审慎监管实践中的合作规制导向标志着监管范式的创新转型,亦即从静态化的国家中心主义的政府规制范式,变得更加强调行政监管机构与企业、行业协会等等各类主体之间的交流学习与规制互动,[40]从而在制度形态外貌上呈现出"多元行政法"色彩。[41] 当然,包容审慎监管下的合作规制范式也存在诸多风险,譬如合作规制可能会滋生公共利益的过度妥协,从而导致监管标准的不断降低。[42] 另外,合作规制经常通过非正式途径进行,此时规制俘获便有可能发生。因此,包容审慎监管下的合作规制范式需要更为公开透明、科学精准的程序装置设计,为新经济业态下的相关利益群体提供参与规则制定的正式渠道,使得新业态的中小企业以及利益受影响的传统产业均有平等发声、公平参与监管政策形成的机会,进而平衡各方利益并减少规制俘获的机率。另外需要特别强调的是,包容审慎监管下的合作规制范式旨在为监管机构提供更充分且前沿的监管信息,行政监管机构依然在规制过程中居于枢纽核心地位,这也意味着监管机构也必须不断提升自身的信息汲取与评估判断能力,通过与新经济行业之间持续有效的信息互动,来为包容审慎监管的政策设计提供连续不断可供检验与更新的方案。[43]

**(三)规制试验主义的演进逻辑**

面对信息科技带来的高度不确定性,新经济业态下的包容审慎监管需要结合新技术、新产业、新业态的特点,调整完善法律规范和传统监管体系,探索试验型规制等新型监管方式,为命令控制型监管体系注入创新友好、灵活包容的延展空间。[44] 包容审慎监管的中国实践与域外经验中,无论是试验型规制还是"监管沙盒",[45]均可视为规制试验主义(regulatory experimentalism)逻辑的体现。

完全理想状态下的监管决策应当针对具体规制事项并掌握所有相关资讯,监管决策的做出应具备坚实充足的事理基础佐证。[46] 事实上,面对诸多高度不确定议题,监管决策的做出很难在完全充备的信息基础下展开,试验主义机制逐步成为现代监管型国家更为可靠的路径

---

〔40〕 Kenneth A. Bamberger, "Regulation as Delegation: Private Firms, Decisionmaking and Accountability in the Administrative State," *Duke Law Journal*, Vol. 56, No. 2, 2006, pp. 404-408.

〔41〕 参见王瑞雪:"治理语境下的多元行政法",《行政法学研究》2014 年第 4 期,第 134—137 页。

〔42〕 Lesley K. McAllister, "Harnessing Private Regulation," *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, Vol. 3, No. 2, 2014, pp. 291-318.

〔43〕 从比较法维度予以观察,新经济业态监管背景下的"策划式创新"(curated innovation)模型,便是一种非常典型的合作规制范式。Lital Helman, "Curated Innovation," *Akron Law Review*, Vol. 49, No. 3, 2016, pp. 717-726.

〔44〕 参见马怀德:"迈向'规划'时代的法治中国建设",《中国法学》2021 年第 3 期,第 36 页。

〔45〕 参见张红:"监管沙盒及与我国行政法体系的兼容",《浙江学刊》2018 年第 1 期,第 77—86 页;廖凡:"金融科技背景下监管沙盒的理论与实践评析",《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2019 年第 2 期,第 12—20 页;靳文辉:"试验型规制制度的理论解释与规范适用",《现代法学》2021 年第 3 期,第 123—138 页。

〔46〕 参见赵鹏:"政府对科技风险的预防职责及决策规范——以对农业转基因生物规制技术的规制为例",《当代法学》2014 年第 6 期,第 25 页。



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

方法。[47] 尤其在新经济业态领域中充斥着新兴科技引发的监管难题,没有标准答案或者完美解决方案,传统监管模式下的确定性被彻底打破,“决策于未知”成为行政过程的常态,决策者必须在泥泞前行(muddle through)中摸索适宜的规制方案选择,[48]规制试验主义的重要性由此得以彰显。

规制试验主义作为包容审慎监管的重要构成因素,在实践过程中体现出两项鲜明的制度优势。首先,规制试验主义的监管策略能够有效降低规制干涉的试错成本。科技创新引导的新经济业态往往充斥着短期内难以迎刃化解的不确定性难题,规制介入的错误风险与成本也相对更高。“监管机构很难完全理解那些亟需解决的政策议题的核心本质,同时也无法确定应当提供何种相匹配的监管解决方案”,[49]过度包容的监管策略可能积重难返且引发系统性风险,过于审慎苛刻的执法政策又可能损害新业态经济的宏观前景。因此,针对新经济业态的规制采取“监管沙盒”等试验主义策略,能够给予规制部门和新经济企业一定的缓冲空间,在观察与过渡期内试验探索更为适配的监管工具,而不是彻底放任自流或者动辄得咎做出封杀整个行业的极端措施。因此,规制试验主义策略能够有效避免或削弱监管决策失误引发的负面效果,防止过度包容或者过于严苛的监管失衡。

与之相关,规制试验主义策略还体现出明显的信息优势,“试验性政策模式被认为能够更好鉴别出规制政策的因果效应,可以提供具有长效价值的精准消息,从而体现出更优的信息价值”。[50] 尤其是在新经济领域中,行政监管机构需要匹配更为专业的信息搜集与处理能力,借助试验主义工具这一“看得见的手”(the visible hand),去萃取、过滤并促进相关信息的扩散交流,[51]从而提升对于新业态监管对象的客观认知,明确各类监管工具之间的组合搭配以及差异化效果。通过试验工具获取更为有效的监管信息并予以扩散应用,就此助力实现新经济业态背景下监管与发展、包容与审慎之间的动态协调。

总而言之,规制试验主义的制度演进逻辑在于能够更加适应信息社会、风险社会带来的不确定性,在缺乏必要的规制知识背景下,通过反复试错的试验学习方式汲取并反馈监管信息,有效回应了经济业态创新与监管执法之间的节奏不同步难题,从而尽可能降低政府规制介入的错误风险。[52] 不仅如此,包容审慎监管内嵌的回应性规制政策以及合作规制范式能否起

---

[47] Colleen V. Chien, “Rigorous Policy Pilots: Experimentation in the Administration of the Law,” *Iowa Law Review*, Vol. 104, No. 5, 2019, pp. 2338-2350.

[48] Gary E. Marchant, “Governance of Emerging Technologies as a Wicked Problem,” *Vanderbilt Law Review*, Vol. 73, No. 6, 2020, pp. 1877-1878.

[49] Araz Taeihagh, M Ramesh and Michael Howlett, “Assessing the Regulatory Challenges of Emerging Disruptive Technologies,” *Regulation & Governance*, Vol. 15, No. 4, 2021, p. 1011.

[50] Michael Abramowicz, Ian Ayres and Yair Listokin, “Randomizing Law,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 159, No. 4, 2011, p. 976.

[51] Robert B. Ahdieh, “The Visible Hand: Coordination Functions of the Regulatory State,” *Minnesota Law Review*, Vol. 95, No. 2, 2010, pp. 623-625.

[52] Matthew T. Wansley, “Regulation of Emerging Risks,” *Vanderbilt Law Review*, Vol. 69, No. 2, 2016, pp. 430-435.



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

到预期效果，也需要在试验主义的演进逻辑下予以摸索并不断修补完善，譬如“执法金字塔”策略的回应性效果评估、行为科学工具的应用检验乃至合作规制的程序装置设计，均需要限定在特定行业、特定区域以及特定期限内，借助政策试验的手段予以科学厘定。可以说，规制试验主义在理论上完美匹配了新经济业态的不确定性特征，当前包容审慎监管的政策设计与立法规范中，也着重强调了借助“监管沙盒”等规制试验主义策略来回应新兴产业的特殊监管需求。

从国家治理维度观察，规制试验主义与当代中国国家治理之间亦存在极高的制度亲和性。[53] 具体到政府规制层面，可以说中国采取地方试验、政策试点、政策推广等模式推进国家治理的历史经验，为今后应用试验主义方法助力规制治理转型提供了丰富的试验田。[54] 但值得警惕反思的是，长久以来中国特色的政策试验更多呈现出政治—经济逻辑而非因果推断的科学逻辑，[55]规制试验往往缺乏科学严谨的制度设计，试验科学性长期始终处于较低水准。这种弊端同样也存在于包容审慎监管的规制实践中，尤其新经济业态在领域之间存在显著差异，特定业态领域的监管试验信息需要检验其可扩散性与辐射限度，如果缺乏科学严谨且精准的试验设计，规制试验主义也可能沦为放松规制的策略托辞，从而失去本应具备的信息供给功能。

## 四、包容审慎监管的失衡风险与适用困境

上文结合西方规制理论框架，阐释了包容审慎监管实践运行背后蕴含的制度设计理念。但就本土国情而言，当前并未形成一套相对成熟的“发展导向型”行政法框架来调和经济发展与监管之间的关系，地方政府的发展主义逻辑往往导致包容倾向远大于审慎监管的比重。易言之，从实证维度观察，理想状态下的包容审慎监管在本土实践中存在价值张力并面临诸多适用困境。

### （一）“发展导向型”行政法下的监管失衡风险

从包容审慎监管的制度渊薮来看，其本土背景在于适应当前我国新发展理念的现实需求，强调以法治保障与监管创新更好地服务“发展第一要务”，推动新技术、新产业、新业态蓬勃发展。[56] 包容审慎监管中的“包容”一词强调了通过规制创新推动产业政策转型的发展目的，而“审慎”更多指代借助风险研判与监管干涉形成对发展主义的底线制约。可以说，包容审慎监管的政策倡议投射出中国特色“发展型国家”的框架影响，但受限于“发展导向型”行政法的框架缺陷与发育不完善，包容与审慎的张弛之间也存在明显的紧张关系与失衡风险。

---

〔53〕 参见（德）韩博天：《红天鹅：中国独特的治理和制度创新》，石磊译，中信出版社 2018 年版，第 1—98 页。

〔54〕 参见孟天广：“利用实验方法理解公共治理之道”，《公共行政评论》2019 年第 4 期，第 2 页。

〔55〕 参见王思琦：“中国政策试点中的随机实验：一种方法论的探讨”，《公共行政评论》2022 年第 1 期，第 46 页。

〔56〕 参见周佑勇：“逻辑与进路：新发展理念如何引领法治中国建设”，《法制与社会发展》2018 年第 3 期，第 33 页。



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

1.“发展型国家”模式下地方政府的行为逻辑

从社会科学的观察维度,改革开放之后受“发展型国家”模式的影响,中国的监管型国家建设自始就面临市场培育和监管任务并存的双重目标,演化迄今仍然体现出鲜明的助推发展属性,特别是地方政府的行为逻辑始终逡巡于发展与监管之间。[57] 按照周黎安教授提出的理论框架,“双向塑造”这一概念形象得描述出中国特色的政府—市场关系,并进一步推导出地方政府“兼具地区公共服务(市场监管)与准市场主体的双重身份”。[58] 当然这种双重身份引发的弊端便是,地方政府在具体的监管政策实施过程中,往往需要扭曲市场监管目标来保障经济增长的核心任务,使得监管政策设计本身便自带鲜明的发展主义色彩。[59]

包容审慎监管与新经济业态的蓬勃发展息息相关,数字经济发展的中国道路显著体现为政府对于数字经济等新业态模式的发展调控与放松规制态度,[60]尤其地方政府对于数字经济的新业态转型倾注了极大的资源投入。雷雅雯(Ya-Wen Lei)从经济社会学视角,探讨了新经济业态背后中国特色的“科技发展型国家”(techno-developmental state)特征。[61] 科技发展型国家在传统的发展型国家理论基础上,进一步将科技因素置入国家—市场结构之中,在其看来,中国新经济模式的发展深刻反映了科技发展主义(techno-developmentalism)与官僚科层结构的特殊嵌合,地方政府的运作依附于国家层面对于新经济产业的政策考核目标,相关市场监管部门也乐于依循国家政策、获取相应市场收益并散播积极层面的产业故事,这样的科层激励结构维系了国家内部中央至地方层面的社会科技想象(national sociotechnical imaginary)。[62] 但这也导致在地方实践中,抽象意义上的产业发展指标往往优先于劳动保护、经济平等、风险安全等诸多非经济价值追求。

2.“发展导向型”行政法的框架缺憾与消极影响

包容审慎监管的政策设计通常内嵌了产业政策的发展主义导向,中央至地方纷纷颁布的数字经济促进条例,无不强调借助包容审慎监管政策助力“新经济”的产业转型。数字经济促

---

〔57〕 参见刘鹏、刘高宁:“中国自主的市场监管知识体系:比较特征、情境因素与分析框架”,《管理世界》2023年第3期,第69—82页。

〔58〕 周黎安:“从‘双重创造’到‘双向塑造’——构建政府与市场关系的中国经验”,《学术月刊》2023年第3期,第17页。周黎安教授还创造“官场+市场”理论框架来阐释地方政府与市场之间的互动关系,参见周黎安:“‘官场+市场’与中国增长故事”,《社会》2018年第2期,第1—45页;“地区增长联盟与中国特色的政商关系”,《社会》2021年第6期,第1—40页。

〔59〕 参见刘鹏、钟光耀:“构建中国特色‘一核三线’新型市场监管理论体系”,《中国人民大学学报》2022年第6期,第139页。从具体的社会性监管领域切入,对发展导向型地方政府的弊端解读,参见宋华琳:《药品监管制度的法律改革》,译林出版社2023年版,第9—14页。

〔60〕 参见宋亚辉:“数字经济创新中的‘科林格里奇困境’及其规制”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2023年第3期,第154页。

〔61〕 Ya-Wen Lei,“Upgrading China Through Automation: Manufacturers, Workers and the Techno-Developmental State,” *Work, Employment and Society*, Vol. 36, No. 6, 2021, pp. 1078-1096.

〔62〕 Ibid., pp. 1092-1093.



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

进立法作为典型的“促进型规范”，包含了大量的激励性手段去促进“新经济”模式的转型发展。[63] 这种非均衡的法律规范结构与传统行政法的控权思维明显不同，带有鲜明的“发展导向型”行政法特征，更多强调的是政府推动促进经济发展的公共职能，从而保障和实现中国式规制国家的发展意涵。[64]

我国政府尤其地方政府的经济发展职能尽管在实践中承担重要角色，但始终缺少相对成熟的“发展导向型”行政法体系，来对公共行政实践中的发展职能提供充分有效的规范导引。相关学者已然敏锐注意到这一缺憾，薛刚凌教授认为，发展职能作为中国行政法特色，其应具有独特的目标定位、组织手段和运行机制，现行行政法体系并未满足发展职能的实践需求。[65] 于安教授同样认为，有效市场和有为政府作为当前我国政府与市场相互关系的基本结构，行政法应对政府的经济发展职能提供行为准则和基础规范。[66] 尤其对于经济新业态领域，于安教授进一步认为，以经济建设为中心的发展议题，一直是中国行政法有待拓荒的关键领域，数字经济等新业态模式的发展，将为形成基于数字化的发展型行政法体系提供条件。[67]

就本土国情而言，我国当前“发展导向型”行政法体系的不足与缺憾，对包容审慎监管的有效实践带来一定的负面影响，首先表现为缺乏科学且法定化的规制影响评估工具，来评估监管政策与经济发展目标之间的匹配度。毕竟单一维度的放松规制手段未必就能带来经济高质量发展，通过规制政策去促进高质量发展需要更科学精细的制度设计，[68]包容审慎监管政策设计的科学性判断应是未来改进的核心议题。其次，“发展导向型”行政法应当提供更为合理的利益分配机制，经济发展与规制改革背后涉及的多元利益调整应是现代行政法治关注的重要议题，[69]包容审慎作为针对新兴产业的监管创新做法，在打破均衡状态、改变既有利益格局的同时，往往会损害其他传统行业及其就业人群的相关利益，因此需要综合考虑包容审慎监管涉及的多元利益调和以及效率与公平之间的价值平衡。[70] 最后，当前的“发展导向型”行政法体系过度依赖中央对于地方的科层指标考核，尤其是经济指标占据绝对核心地位，这一带有“内部行政法”属性的指标控制模式所塑造的科层激励结构，往往会带来价值导向的失衡偏差，并直接影响地方政府的监管偏好与行为逻辑。具体到包容审慎监管过程中，地方政府在包容

〔63〕 参见张守文：《发展法学：经济法维度的解析》，中国人民大学出版社 2021 年版，第 44 页。

〔64〕 参见董学智：“发展导向下中国式规制国家的法治构造”，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 3 期，第 125 页。

〔65〕 参见薛刚凌、杨璇：“论政府发展职能与行政法回应”，《行政法学研究》2023 年第 5 期，第 113—119 页。

〔66〕 参见于安：“我国行政法的体系建构和结构调整”，《中国法律评论》2023 年第 1 期，第 86 页。

〔67〕 参见于安：“论数字行政法——比较法视角的探讨”，《华东政法大学学报》2022 年第 1 期，第 17 页。

〔68〕 Jonathan S. Masur and Eric A. Posner, “Should Regulation Be Countercyclical?” *Yale Journal on Regulation*, Vol. 34, No. 3, 2017, pp. 857-860.

〔69〕 参见王贵松：“作为利害调整法的行政法”，《中国法学》2019 年第 2 期，第 90—109 页。

〔70〕 Caroline Cecot, “Efficiency and Equity in Regulation,” *Vanderbilt Law Review*, Vol. 76, No. 2, 2023, pp. 361-428.



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

层面的规制执法策略通常远高于审慎模式,“包容审慎”这一貌似公允持中的规制理念往往进退失据,对于经济效率的极致追求难以兼顾风险安全等审慎价值。

**(二)包容审慎监管的适用困境及改革策略**

1.包容审慎监管的“规制公地”困境及未来方案

前文提到回应性规制策略、合作规制范式以及规制试验主义方法均是从理想类型维度,对中国本土的包容审慎监管所做的理论建构,但是回到具体实践运行中,一个棘手的前提问题在于,组织法层面上应由何种机构来具体负责实施这些规制策略?尤其是新经济业态的高速发展带来了监管空白与职能重叠等现实难题,监管机构碎片化现象极易引发“规制公地”(regulatory commons)困境。[71] 这表现为实践中通常缺乏统一、明确且专业化的监管机构来主导包容审慎监管的策略实施全流程。事实上,新经济业态模式导致传统行政主管部门之间的权责关系不再明确、监管职能边界也愈发模糊,这种组织法现象并非中国独有而是各国普遍难题。[72]

我国面对“规制公地”的困境,中央层面强调要借助跨部门综合监管等组织创新来弥补新经济业态的监管漏洞。[73] 但跨部门综合监管这一应对机制也仅是提供了宏观方向,对如何实现部门协作防止监管不作为,依然缺乏具体可操作性的规范指引。更为关键的是,从我国特殊国情来看,地方发展型政府的科层激励结构往往会加剧“规制公地”的本土困境,在发展主义的价值导引下,地方政府更为强调新经济业态的包容意义及其带来的发展效果,而忽视由何种具备科学专长的监管机构来专门负责审慎义务的具体履行。而在缺乏审慎监管背景下,新经济业态的负面效应逐渐积聚并引发较大社会问题时,地方政府又倾向采取跨部门的专项治理等运动式手段迅疾予以取缔。因此,包容审慎监管的地方实践往往处于纵容与苛责的极端状态,始终缺乏常规化的规制机构体系建设。包容审慎监管的短期改革方案是通过议事协调小组等非正式组织模式强调跨部门监管协作,尽可能防止或减少监管空白现象。长期改革方案则是需要明确专业监管机构的科学审慎义务与相对独立性,一定程度上屏蔽稀释地方政府的发展主义影响,[74]专业机构在日常监管活动中,需要借助科学评估工具持续性对新经济业态的市场信息进行收集分析,并根据市场主体的表现在“执法金字塔”体系内采取更具回应性的执法策略,从而降低“规制公地”的负面影响与发生机率。

2.包容审慎监管的“规制积聚”难题及疏解方式

针对新经济业态的不同性质特征与不同发展阶段予以差异化的立法对待,而非按照传统

---

[71] William W. Buzbee, “Recognizing the Regulatory Commons: A Theory of Regulatory Gaps,” *Iowa Law Review*, Vol. 89, No. 1, 2003, pp. 1-64.

[72] 关于经济业态创新带来的监管罅隙与职能重叠这一现象,美国法上的讨论可见 Lital Helman, “Curated Innovation,” *Akron Law Review*, Vol. 49, No. 3, 2016, p. 714.

[73] 具体政策参见《国务院办公厅关于深入推进跨部门综合监管的指导意见》(国办发〔2023〕1号)。

[74] 2023年最新一轮国家机构改革专门设立的国家数据局,将有利于加强对数字经济的统一横向监管,但遗憾的是,隶属于国家发展和改革委员会的组织架构模式,意味着国家数据局的设置价值取向依然更多侧重“发展”一端,而似乎相对缺乏“审慎”的运行设计考量。



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

形式法治要求去制定适用普遍拘束力的监管规则，这种强调开放反思与实质法治的创新模式是包容审慎监管的重要特征之一。按照包容审慎监管的差异化立法要求，当前我国规制实践中，为了回应新经济业态与科技创新衍化的极高频率，互联网金融、人工智能监管等诸多新业态领域内，相应的监管规则不仅在数量呈几何指数逐年增加，监管分类标准也愈发庞杂，[75]这一规范膨胀现象也将引发现代监管型国家下的规制积聚（regulatory accretion）难题。[76]尤其在新经济业态这一崭新领域，包容审慎监管的差异化立法与个性化规制要求所引发的规制积聚现象及其负面效应将越发显著。

首先，新经济业态领域内规制积聚现象对监管体系框架带来了消极影响。我国对于“四新经济”为代表的新经济领域缺乏严格的边界框定，按照包容审慎监管的制度理念，边界不清且种类繁多的产业形态也意味着针对性的监管规范制定要求，这导致实践中充斥了大量法律位阶较低的行政规则与监管标准，这些分门别类的规则标准与差异化规制方案之间也会存在适用冲突与模糊地带，这给监管规范体系的内部自洽造成了协调困难。与此同时，由于中央与地方政府纵向之间以及诸多行政监管机构横向之间往往存在价值取向差异，因此，在面对种类繁多的产业和行为时，包容审慎监管的具体规范设计也难以恰当分配“包容”与“审慎”的比重，[77]这也可能会造成海量规范之间的价值偏差。

其次，规制积聚可能增加市场负担，并对监管基础能力提出严峻挑战。包容审慎监管要求分门别类精细化地设定监管标准，这种差异化的监管规则立法实践，必须建立在国家精细化治理与监管基础能力的基础之上。这要求国家层面必须具备极高的信息收集与数据处理能力，能够通过科学的政策试验方法，对新经济产业发展过程中的相关信息予以整合分析，进而针对性地设定殊异化的行业监管标准，显然，从中央到地方当前我国的监管基础能力远未达到此要求。与此同时，新经济业态发展进程中的不确定因素过于凸显，规制收益与成本变得更加微妙复杂且难以识别量化，[78]新经济业态的特殊性无疑进一步拔高了监管难度系数。因此，在上述客观条件的拘束下，在数量庞杂的监管规范这一“规制积聚”场景下，不仅难以匹配实现包容审慎监管预期的规制目标，无形间还可能会增加市场主体的合规负担。

最后，规制积聚可能导致新经济产业利益与公共利益的进一步失衡。在理想状态下，包容审慎监管理念下的差异化监管设计，似乎能够回应新经济产业不同模式与阶段下的个性化需

〔75〕 参见刘岳川：“科技创新的法律规制”，《华东政法大学学报》2023 年第 3 期，第 40 页。

〔76〕 有学者认为，对于现代监管型国家的传统批判通常集中于三个方向：一是监管的无效率难题（inefficiency of regulation）；二是监管规范的复杂性难题（complexity）；三是民主赤字（democratic deficit）问题。事实上被忽视的第四个问题——监管规范数量膨胀导致的规制积聚（regulatory accretion）议题更为棘手。J. B. Ruhl and James Salzman, “Mozart and the Red Queen: The Problem of Regulatory Accretion in the Administrative State,” *Georgetown Law Journal*, Vol. 91, No. 4, 2003, pp. 760-761.

〔77〕 参见胡仙芝、刘海军：“包容审慎监管：论新基建监管框架构建的过渡性和开放性”，《管理世界》2022 年第 2 期，第 123 页。

〔78〕 Cary Coglianese, “Optimizing Regulation for an Optimizing Economy,” *University of Pennsylvania Journal of Law & Public Affairs*, Vol. 4, No. 1, 2018, p. 8.



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

求,从而摆脱传统监管模式的削足适履之嫌。在监管实践中,个性化监管规则非常依赖监管机构与新经济企业的合作规制范式来共同型塑。如前文所述,合作规制的潜在弊端在于监管政策更易被产业界影响从而违背公共利益,典型譬如监管标准的个性化设定问题,监管标准过高可能阻碍产业发展,但以产业平均现状设定偏低标准这种迎合产业界的做法,同样会间接损害公共利益。[79] 基于我国地方政府的发展主义逻辑与价值取向,这种片面迎合新经济产业利益的做法非常普遍。这直接导致"规制积聚"场景下的个性化规则越发繁杂累积,量变引起质变反而越有可能背离公共利益而彻底倒向产业界。这一悖论情景也与包容审慎监管最初的制度设想南辕北辙。

3.包容审慎监管的试验缺陷及其矫正机制

如前文所述,包容审慎监管实践中反映出的规制试验主义逻辑,在理论上能够更好地回应新经济业态的不确定性特征。但是除了试验科学性相对不足这一痼疾之外,更为棘手且具本土特色的试验缺陷则表现为,当前各地的规制试验设计更多投射出放松规制的策略精神,亦即通过监管沙盒等试验装置去松绑或者豁免原有的规范拘束,以此为新经济业态的地方发展降低外部束缚,这可视为通过规制创新激励经济发展的典型策略。[80] 但与此同时,这也导致在包容审慎监管的内部紧张体系之下,地方实践中的规制试验主义策略呈现出单一维度的经济效率价值考量,在地方政府的发展主义导向下,规制试验的包容态度远远大于审慎精神。因此值得警惕的是,科技助推的新经济业态在孕育发展过程中附带了诸多风险因素,譬如各类大数据产业带来经济绩效潜能的同时,也提升了各类无法预测的科技风险指数,而当前监管政策设计中极为有限的审慎因素无法有效消解回应这些压力。

简言之,规制试验主义策略除了围绕包容政策开展试验以外,也应为审慎监管提供相应的试验路径,以此实现包容审慎监管体系内部的价值对冲。罗瑞·范·罗(Rory Van Loo)曾提出,在数字信息创新的新时代背景下,经济不稳定与风险复杂性的提升,更加需要压力测试(强度试验)手段予以回应。[81] 在其看来,压力测试手段是一项极为契合当前风险时代特征的试验工具,由于科技发展潜在的负面效应及其规模早已超越想象,面对日益复杂世界下的风险行政管理事项,压力测试导向的强度试验工具或将扮演更为关键角色。[82] 就我国国情而言,地方政府基于经济绩效的追求,通常缺乏激励机制去开展风险控制导向的审慎试验,因此,应当改变传统的官僚绩效指标模式,为"发展导向型"行政法体系注入更多的非经济指标,尽可能实现现代行政国家体系内部的价值平衡。同时中央更应在

〔79〕 Jonathan S. Masur and Eric A. Posner, "Norming in Administrative Law," *Duke Law Journal*, Vol. 68, No. 7, 2019, pp. 1383-1431.

〔80〕 See Masur and Posner, supra note 68, pp. 857-860.

〔81〕 Rory Van Loo, "Stress Testing Governance," *Vanderbilt Law Review*, Vol. 75, No. 2, 2022, pp. 553-614.

〔82〕 Ibid., pp. 553-563.



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/ 北大法宝www.pkulaw.com/

审慎试验过程中发挥信息枢纽的核心主导作用，通过强度试验等工具正确测试评估新技术、新产业、新业态潜在的客观风险。

## 五、结　语

包容审慎监管的日常运行，更多体现了当前重塑营商环境的改革背景下，国家层面旨在提振市场经济的放松规制策略。包容审慎监管的规制框架体系在实践中，大致呈现为带有回应性规制理念的个性化规制设计，规制试验主义的演化流程以及合作规制范式的运用。整体而言，包容审慎监管似乎仅仅提供了一种“雏形”状态的行政规制理念，其结构体系需要予以进一步丰盈充实，从而形成相对固化的规制框架结构。按照伯恩斯坦的规制生命周期理论（regulatory life cycle theory），规制演变周期好似自然人的个体生命周期，类似于一个从创生到死亡的生命谱系过程，整个演化过程中均具有可识别的阶段特征。[83] 据此理论，针对新经济业态的包容审慎监管可能更多处于规制培育期（gestation）的初阶阶段，[84]远未发育成熟从而构成一项定型且建制化的规制形态。不仅如此，包容审慎监管的中国实践更是面临诸多本土困境，尤其是地方政府的发展主义逻辑往往导致包容与审慎之间的价值平衡较难实现，这凸显出中国监管型国家建设的特殊性，包容审慎监管的中国图景也为反思规制与发展之间的二元关系提供了一个绝佳的制度样本。

另外值得注意的是，包容审慎监管对于传统的行政法治范式也具有深远影响。建立在高度确定性与形式合法性基础上的传统行政法范式，已然无法充分解释与涵盖包容审慎监管的实践复杂性。包容审慎监管实践中的回应性规制理念与试验主义策略，显然远远超越了形式合法性的框架逻辑，而带有开放反思取向与实质合法性内涵。[85] 但必须指出的是，包容审慎这种带有实质法治色彩的规制创新方案，自身不仅需要较为发达成熟的行政法治框架予以支撑，更需要现代行政国家的基础设施与行政能力（administrative competence）予以辅助，[86]否

〔83〕 规制生命周期理论在新兴科技监管领域中的应用可见 Araz Taeihagh, M Ramesh and Michael Howlett, “Assessing the Regulatory Challenges of Emerging Disruptive Technologies,” *Regulation & Governance*, Vol. 15, No. 4, 2021, pp. 1013-1014.

〔84〕 Marver H. Bernstein, *Regulating Business by Independent Commission*, New Jersey: Princeton University Press, 1955, pp. 74-102.

〔85〕 对于行政合法化逻辑的多元解读，参见王锡锌：“依法行政的合法化逻辑及其现实情境”，《中国法学》2008 年第 5 期，第 63—76 页。

〔86〕 譬如规制试验逻辑需要建立在信息汇集与科学分析能力的前提基础之上，回应性规制执法模式的前提是风险判断能力，包容审慎监管内嵌的合作规制范式，反映的则是国家对于市场积极要素的吸纳能力、各方利益因素的整合能力以及规制俘获的防御能力。这些国家治理能力要素如果借用行政法学的术语表达，便是伊丽莎白·费舍尔（Elizabath Fisher）和西德尼·夏皮罗（Sidney Shapiro）提出的现代行政法中往往被忽视的“行政能力”（administrative competence）概念。Elizabath Fisher and Sidney A. Shapiro, *Administrative Competence: Reimaging Administrative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, pp. 1-65.



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/

则包容审慎监管对于实质合法性的跨越式追求，特定情形下也有可能缘木求鱼，突破形式合法性底线。

**Abstract**: As a regulatory innovation strategy proposed by China for the development of new business models, inclusive and prudential regulation is profoundly significant to the rule of law in public administration. Challenged by the uncertainty of technological development and new business models, the concept of inclusive and prudential regulation indicates a dynamic reflection and evolution of modern administrative rule of law. From the perspective of regulatory theory, the operation of inclusive and prudential regulation reflects the enforcement strategy of responsive regulation, the operating paradigm of cooperative regulation and the evolutionary dynamics of regulatory experimentation. The regulatory design of inclusiveness and prudence with a substantive rule of law feature requires a relatively mature administrative legal framework and the institutional infrastructure and administrative capacity of modern administrative state for its effective operation. It is worth noting that a balance between inclusiveness and prudence is often difficult to achieve in the local practice of inclusive and prudential regulation by the logic of "developmental state" with Chinese characteristics. It has caused a series of regulatory dilemmas and local difficulties, calling for an administrative legal solution. The Chinese experience of inclusive and prudential regulation also provides an institutional illustration for understanding the binary relationship between regulation and economic development.

**Key Words**: Inclusive and Prudent Regulation; New Economic Models; Regulatory Experimentalism; Responsive Regulation; Development-Oriented Administrative Law

（责任编辑：彭　錞）



北大法律信息网www.chinalawinfo.com/　北大法宝www.pkulaw.com/