

数字经济视域下包容审慎监管的 法治逻辑

刘 权*

内容提要：传统的监管体系和监管治理手段，已不能适应数字经济的发展要求。包容审慎监管旨在追求效率与安全的动态平衡，其要求政府给予新业态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，是有利于破解传统监管困局的新型监管模式。数字经济的发展规律和特点，为包容审慎监管的实施带来诸多挑战。包容审慎监管的灵活性与能动性，也易引发监管的不确定性问题。为在法治轨道上推进包容审慎监管的理性实施，面对一时看不准发展趋势的新业态，有必要为市场留足发展空间，通过开放决策程序提升行政理性，引入试验机制促成监管的包容审慎，建立容错机制以激励市场与政府探索创新，完善并加强监督机制以确保行政便宜性与最佳性有机统一。

关键词：包容审慎监管 数字经济 营商环境 容错机制 有为政府

以数据为关键生产要素、以数字科技为核心驱动力、以网络平台为主要组织形态的数字经济，具有虚拟性、无界性、流动性、融合性等特点，其发展过程中存在深度不确定性。沿用传统的命令控制型监管，极易抑制数字经济的发展活力和创造力，推动传统监管向新型的包容审慎监管转型，成为数字时代的必然要求。2020年1月1日起施行的《优化营商环境条例》在第55条中规定，“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”。2021年1月，中共中央印发《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”。2021年3月，十三届全国人大四次会议表决通过《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》（简称“十四五规划”），提出要推进监管能力现代化，“对新产业新业态实施包容审慎监管”。

包容审慎监管旨在追求效率与安全的动态平衡，其会对我国经济发展产生深远的影响，也

* 中央财经大学法学院副教授。

本文系北京市社会科学基金青年项目“数字经济营商环境优化的法治保障研究”（21FXC015）的阶段性成果。

会带来我国政府监管体制机制的重大变革。然而,相较于传统监管模式,包容审慎监管更具能动性,监管主体的自主性更强,由此可能引发监管的不确定性问题,不利于提高市场主体的可预期性。法治的意义在于为社会提供确定性,营商环境法治化的根本在于增强市场的可预期性。面对数字经济发展的不确定性,以及监管自身的不确定性,如何理性实施包容审慎监管,是数字时代的行政法治理论亟需回应的现实问题。

一、包容审慎监管的兴起及其内在逻辑

“唯有社会关系是确定、具体的,才可能对之予以事前的规范匹配和事后的法律处置。”〔1〕数字经济发展的深度不确定性,使得传统监管模式的弊端凸显,无论监管规则的制定、监管措施的实施,还是对违法责任的追究,在数字时代都面临重重困难。当商业模式的创新进入新阶段,沿用传统的监管模式,只会不断加大市场创新同监管之间的不适应和不和谐程度。〔2〕包容审慎监管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。

(一) 数字时代中传统监管的法治困局

在传统经济模式下,政府掌握的信息相对充分,能事先出台相关立法并及时对违法者予以处罚,从而实施有效的监管。在数字时代,人工智能、区块链、大数据等新兴科技催生了大量新业态,新的生产关系和交易方式不断形成,打破了既有的商业模式和秩序框架。重视命令和控制的传统监管,已与数字经济的发展速度与发展趋势不相匹配。

首先,数字经济下的新业态发展迅速,针对新业态的监管,经常面临规则滞后或规则缺失的问题。例如,自动驾驶出现后,现有的交通规则对其难以适用;网络直播带货的兴起,导致传统广告监管规则滞后于现实。面对层出不穷的新业态,既有监管规则可能因涵盖范围过广而阻碍数字科技创新,也可能因涵盖范围不足致使大量新业态处于“非法兴起”的状态。当监管规则滞后于现实需求,监管部门若严格依据既有规则进行类推适用,就有可能阻碍新业态的发展,甚至产生实质不正义的后果;若不依既有规则进行监管,一旦暴发系统性风险,监管部门就有可能因“执法不严”“违法不究”而承担责任。为防范“安全风险”,一些监管部门发布了形形色色的规范性文件,而这些文件时常存在制定程序不合法、内容不合理等问题。被动跟进、应急出台的监管规则,往往只能“头疼医头、脚疼医脚”,〔3〕其看似实现了监管的“有法可依”,实则效果不佳。如果监管规则本身不合法或不合理,“严格执法”就会与实质法治所追求的良好法治相背离。

其次,传统的静态单向监管难以适应数字时代的法治需求。传统监管呈现静态单向性的特点,即监管部门主要以自上而下的“命令—控制”方式,采取单方强制性的监管措施干预市场,与被监管者之间缺乏动态、有效、平等的对话沟通。〔4〕然而,数字科技日新月异,新业态层出不穷,监管者对新经济的认知能力难免有限,在信息不对称等因素的干扰下,静态的单

〔1〕 齐延平:《数智化社会的法律调控》,《中国法学》2022年第1期,第84页。

〔2〕 参见王首杰:《数字时代商业模式创新的私法规制》,《法商研究》2022年第2期,第67页。

〔3〕 参见徐汉明、张新平:《网络社会治理的法治模式》,《中国社会科学》2018年第2期,第64页。

〔4〕 参见张永亮:《金融监管科技之法制化路径》,《法商研究》2019年第3期,第131页。

向监管措施往往效能低下。由于欠缺激励相容的动态合作监管措施，传统监管也不利于调动企业合规经营的积极性，且容易同新业态的发展规律脱节，进而遏制市场主体的创新，使监管的实质合法性受到质疑。

在监管策略方面，传统监管重视使用行政许可等事前监管手段。事前监管虽然有助于防范新业态可能引发的安全风险，却以降低商业效率为代价。当前，市场主体反映比较突出的问题，正是“各种限制多、门槛高、审批繁，束缚了创业创新手脚”。〔5〕恣意运用事前监管手段，不当提高新业态准入门槛，还可能妨碍多元主体的公平自由竞争，甚至滋生监管套利和审批腐败。不具有竞争优势的企业，若利用寻租手段非法获取相应许可，将会对市场创新产生扭曲性影响。〔6〕

最后，数字时代创新频繁但立法滞后，大量形式上的违法行为，实质上并不具有社会危害性，反而能够满足社会公共利益需要，若一律严厉追责，不仅会遏制新业态的发展壮大，也将妨碍社会公共福利的增加。在“专车第一案”中，陈超通过网络召车软件载客，济南市客运管理中心以未经许可擅自从事出租汽车客运经营为由，对陈超处以2万元罚款并没收违法所得。该案二审法院认定陈超构成未经许可擅自从事出租汽车客运经营，却又判决撤销行政处罚，其理由是：“当一种新生事物在满足社会需求、促进创新创业方面起到积极推动作用时，对其所带来的社会危害的评判不仅要遵从现行法律法规的规定，亦应充分考虑是否符合社会公众感受。”〔7〕根据当时的客运管理规定，陈超的行为确实属于非法营运，但在共享经济的背景下，该行为的社会危害性较小，对其实施严厉处罚不符合比例原则，既无法实现行政管理目标与保护新业态之间的平衡，也不利于更大程度地满足人民群众的实际需求。

（二）包容审慎监管的内在逻辑

2016年5月，国务院印发《2016年推进简政放权放管结合优化服务改革工作要点》，要求“探索审慎监管”，即对一时看不准的“互联网+”和分享经济的新业态，“可先监测分析、包容发展”，而对潜在风险大的，“要严格加强监管”。该文件虽然没有明确提出包容审慎监管的概念，但其将“包容”作为探索审慎监管的重要方面，可谓初步形成了包容审慎监管的思想。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》，首次明确提出“探索动态包容审慎监管制度”。其后，国家发展改革委等八部门联合印发的《关于促进分享经济发展的指导性意见》（2017），国务院发布的《关于加强和规范事中事后监管的指导意见》（2019）、《关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》（2019），中共中央、国务院印发的《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》（2020），都明确提到了“包容审慎”。随着“包容审慎监管”被写入《优化营商环境条例》，其已从最初的公共政策话语，转变成为正式的法律概念。作为优化营商环境的根本手段，包容审慎监管经常被写入法律法规之中。例如，2021年5月施行的《网络交易监督管理办法》第4条明确规定，网络交易监管“坚持鼓励创新、包容审慎”原则；越来越多

〔5〕 李克强：《在全国深化“放管服”改革优化营商环境电视电话会议上的讲话》，《人民日报》2020年9月30日第2版。

〔6〕 参见夏后学、谭清美、白俊红：《营商环境、企业寻租与市场创新——来自中国企业营商环境调查的经验证据》，《经济研究》2019年第4期，第84页以下。

〔7〕 参见陈超诉济南市城市公共客运管理服务中心客运管理行政处罚案，济南市中级人民法院（2017）鲁01行终103号行政判决书。

的地方立法,也明确将包容审慎监管写入其中。〔8〕

包容审慎监管的兴起,源于政府对数字经济发展规律和趋势的准确把握。包容审慎监管兴起的过程,同时也是数字经济发展壮大的过程。信息化使得虚拟空间和物理空间相互交错,数字产业化、产业数字化的进程不断加快,跨界融合、产销融合日益普遍。数字经济在提高效率的同时,也大幅增加了系统性风险,导致效率与安全的冲突更为明显。包容审慎监管可以有效打破传统监管在数字时代面临的困境,是政府应对不确定性以平衡效率与安全的必然要求。包容审慎监管要求政府不以包容的名义放弃必要的审慎监管,也不因市场出现了一些问题而立即转向过度监管,其主张的并非先发展后规范或先规范后发展,而是在发展中规范、在规范中发展。

首先,包容审慎监管回应了灵活应对不确定性、贯彻新发展理念的时代要求。大数据、云计算、人工智能、物联网等新科技,不仅拓展了经济系统内信息的传播范围,还能以传输数据的形式实现创新资源和创新主体的快速连接。数字经济的创新范式,正从工程化、机械式的封闭创新体系,向网络化、协同化的创新生态系统演变。〔9〕数字经济创新主体的多元性、创新核心要素的虚拟性、创新过程的可重新编程性、创新结果的难以预测性,决定了数字经济创新会影响更广的地域范围、更多的产业类型和更大的人群规模,一旦监管失当,就可能导致产业链瘫痪或发生系统性安全风险。“政府传统管理体制与方式滞后于技术进步与商业模式创新的步伐”,〔10〕无法对效率和安全予以兼顾。包容审慎监管追求包容与审慎的辩证统一,要求政府有所不为也有所为,其出发点就在于,以更为灵活的监管方式适应数字经济的发展特点。

包容审慎监管秉持宽松有度、刚柔并济的监管理念,体现了对数字经济创新的重视,有利于更大程度地激发市场活力和社会创造力。在“创新、协调、绿色、开放、共享”的新发展理念中,创新居于首位。“创新发展注重的是解决发展动力问题,必须把创新摆在国家发展全局的核心位置,让创新贯穿党和国家一切工作。”〔11〕包容审慎监管不仅契合数字经济发展的创新需求,顺应了数字时代的发展趋势,其本身亦是监管理念和方式的重大创新。在实践中,新型的包容审慎监管也的确发挥了促进创新的作用。例如,微信兴起之初,社会各界曾对网络言论、移动支付、微商运营等引发的安全问题给予高度关注。面对这些新生事物,政府并没有立即严加监管,而是“决定先‘看一看’再规范”,最终促使微信产业链快速发展壮大。〔12〕再如,共享单车在兴起时存在车辆乱停乱放的问题,用户资金和信息也有安全风险,这使其遭到不少质疑。2017年8月,交通运输部等十部门联合发布《关于鼓励和规范互联网租赁自行车发展的指导意见》,明确提出“实施包容审慎监管”,实现了共享单车产业的规范发展,有效解决了群众“最后一公里”的出行难题并缓解了城市交通拥堵。

〔8〕 例如,《贵州省大数据安全保障条例》(2019)第4条规定:“大数据安全保障工作坚持总体国家安全观,树立正确的网络安全观,按照政府主导、责任人主体,统筹规划、突出重点,预防为主、综合治理,包容审慎、支持创新,安全与发展、监管与利用并重的原则,维护大数据总体和动态安全。”《浙江省数字经济促进条例》(2020)第3条规定:“发展数字经济是本省经济社会发展的重要战略,应当遵循优先发展、应用先导、数据驱动、创新引领、人才支撑、包容审慎以及保障数据安全、保护个人信息的原则。”

〔9〕 参见张昕蔚:《数字经济条件下的创新模式演化研究》,《经济学家》2019年第7期,第34页。

〔10〕 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69页。

〔11〕 中共中央宣传部编:《习近平新时代中国特色社会主义思想学习纲要》,学习出版社、人民出版社2019年版,第110页。

〔12〕 参见张涨:《没有包容审慎就没有下一个“微信”》,《广州日报》2017年6月23日第B03版。

其次，包容审慎监管体现了关于政府与市场关系的新认识，适应了推动有效市场和有为政府更好结合的现实需要。包容审慎监管要求政府在是否监管和如何监管两方面均做到包容审慎。包容和审慎具有互补性，包容呼唤政府不恣意干预市场，审慎要求政府适时实施适度监管。包容审慎监管不仅是反思传统监管方式的结果，也是反思监管权之合理性的产物。从大包大揽的计划经济到社会主义市场经济的转轨过程中，我国政府在经济活动中的角色发生了深刻转变。从市场几乎没有自主权，到强调赋予企业“更多的经营管理自主权”，再到提出“使市场在国家宏观调控下对资源配置起基础性作用”，直至提出“充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用”，^[13]党的重要政策文件在表述上的变化，反映了党中央对政府与市场关系的认识始终与时俱进，并随着时代的发展不断取得新突破。^[14]

包容审慎监管是政府职能转变与优化的体现。“充分发挥市场在资源配置中的决定性作用”和“更好发挥政府作用”，必然要求政府以包容和审慎的监管理念对待新业态。市场的资源配置效率远高于其他机制，在数字时代更是如此。政府并非全能，其认知局限在数字时代可能暴露得更加明显。为此，《优化营商环境条例》第3条规定了两个“最大限度”，一是最大限度减少政府对市场资源的直接配置，二是最大限度减少政府对市场活动的直接干预；《法治政府建设实施纲要（2021—2025年）》明确要求“推动有效市场和有为政府更好结合”。给予市场必要的发展时间与空间，让“无形的手”自主发挥调节功能，这是包容理念的基本要求。然而，不同于政府试图向着公益最大化的方向配置资源，市场主体向着私益最大化的方向配置资源。单纯的市场调节无法满足社会对于公平正义的需要，^[15]适时的政府干预不可或缺，审慎的有效监管必不可少。一旦确信市场这只“无形的手”已经失灵或即将失灵，“有形的手”就应及时出场。总之，正是“充分发挥市场在资源配置中的决定性作用”和“更好发挥政府作用”的双重目标，决定了包容审慎监管兴起的科学性与必然性。

二、包容审慎监管的实践困境

近十年来，我国数字经济飞速发展，涌现了一大批全球知名互联网企业，这同包容审慎监管的推行有着密不可分的关联。^[16]但是，包容审慎监管的实施过程并非一帆风顺，也会面临许多现实挑战。由于数字经济的发展伴随着不确定性，不仅市场主体难以准确预知新业态的发展方向，公众难以认清新兴数字科技的潜在风险，政府也难以准确判断何时以及如何实施有效监管。因应数字经济发展不确定性的包容审慎监管，同样也会遭遇不确定性难题。

[13] 1978年党的十一届三中全会提出，要让地方和工农业企业在国家统一计划的指导下有更多的经营管理自主权。1993年党的十四届三中全会通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》明确：“要使市场在国家宏观调控下对资源配置起基础性作用。”2003年党的十六届三中全会通过的《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》提出：“更大程度地发挥市场在资源配置中的基础性作用。”2013年党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》首次提出“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”。

[14] “提出使市场在资源配置中起决定性作用，是我们党对中国特色社会主义建设规律认识的一个新突破，是马克思主义中国化的一个新的成果，标志着社会主义市场经济发展进入了一个新阶段。”《习近平谈治国理政》第1卷，外文出版社2018年版，第116页。

[15] 参见张守文：《政府与市场关系的法律调整》，《中国法学》2014年第5期，第66页。

[16] “我们对新产业、新业态、新模式，如电子商务、移动支付、共享单车，实行包容审慎监管方式，促进了其健康发展。”李克强：《在第十一届夏季达沃斯论坛开幕式上的致辞》，《人民日报》2017年6月28日第3版。

（一）包容审慎的权衡难题

要实现包容与审慎的辩证统一，主要依赖监管部门的权衡判断。然而，在充满不确定性的市场环境下判断是否干预、何时干预、如何干预，并非易事。

首先，包容审慎监管要求政府最大程度地尊重市场的自我调节，充分发挥市场在资源配置中的决定性作用。然而，数字经济发展迅猛，要判断新业态能否通过有效的自我调节而自发形成公平竞争的市场秩序，十分困难。如果对新业态放任不管，一旦发生系统性风险，后果可能难以估量；倘若抱着怀疑的眼光进行强力干预，就有可能将新业态扼杀在摇篮之中。面对不确定性，放任主义的监管理念认为，只有特定危害被确定为极有可能发生且后果足够严重时，才应实施监管；预防主义的监管理念通常抱着“安全比遗憾好”的心态，认为与科技相关的风险极易发生，且可能造成重大或不可逆转的损失，因而需要采取更加谨慎的预防措施。^[17]这两种监管理念的差异，本质上是科技乐观主义与科技悲观主义的分歧，因而很难调和。

其次，即使监管部门经过审慎分析认为应当干预市场，其也可能无法找准干预时机。包容审慎监管要求给予市场必要的发展时间与空间，并根据具体情形适时干预市场。过早干预可能有损市场创新，也会因没有认清新业态的发展形势而导致监管失误；过迟干预不仅会放任新业态无序发展，进而导致其创新失败，还可能对社会秩序、国家安全造成严重危害。《优化营商环境条例》第55条规定，应为数字经济“留足发展空间”。但是，对于是否“留足”，很难有客观的判断标准。

由于最佳干预时机难以把握，包容审慎的监管实践经常处在争议之中。在互联网金融的起步时期，“包容性监管对于推动互联网金融新业态的成长起到了积极作用”，^[18]大量业务不需要主管部门发放牌照甚至无需注册。然而，一些企业滥用金融科技，推出的金融创新产品不具市场公正性，甚至暗藏损害投资者利益的因素。^[19]例如，网络借贷是普惠金融的重要形式，但也可能异化成为非法集资、诈骗、洗钱的工具。2007年，我国第一家网络借贷平台“拍拍贷”正式成立，监管部门对其采取的是包容性监管。随后，P2P网络借贷呈现“野蛮生长”，直至2018年集中“爆雷”，导致投资人损失惨重。无独有偶，网约车行业在发展初期也几乎没有任何门槛，只要个人拥有驾照和车辆，就可以在平台注册成为网约车司机。作为数字经济新业态，网约车可以提供便利多元的出行服务，有利于打破传统巡游出租车的市场垄断，创造大量就业机会。但是，随着“补贴大战”“价格大战”等恶性竞争行为大量涌现，网约车行业也迈入“野蛮生长”阶段，“造成市场短期内的竞争乱象频现与行业集中度提升”。^[20]从结果来看，上述两则事例中的监管，都存在包容过度而审慎不足的问题，但就过程而言，其客观上反映了新业态发展的高度不确定性，也说明监管部门要找准最佳干预时机，殊为困难。

与上述事例类似的，还有人脸识别技术的监管问题。人脸识别技术的运用，有利于保障公共安全和提高管理效率，但人脸信息具有直接识别性、唯一性、不可更改性等特征，滥用人脸识别技术，将对个人的隐私、人身、财产安全带来终身隐患，甚至可能危及社会秩序与国家安全。人脸识别技术在我国较早得到广泛使用，但域外不少国家或地区不仅没有将人脸识别技术

[17] See Rebecca Crootof & B. J. Ard, *Structuring Techlaw*, 34 Harv. J. L. & Tech. 347 (2021).

[18] 许多奇：《互联网金融风险的社会特性与监管创新》，《法学研究》2018年第5期，第26页。

[19] 参见卓武扬、彭景：《金融创新、道德风险与法律责任：全球金融监管体制变革的一个理论维度》，北京大学出版社2017年版，第68页。

[20] 刘乃梁：《包容审慎原则的竞争要义——以网约车监管为例》，《法学评论》2019年第5期，第123页。

投入大规模应用，还提早对其进行了严格监管。例如，2018年生效的欧盟《通用数据保护条例》将人脸作为生物特征数据予以严格保护；美国旧金山市2019年颁布《反监控条例》，禁止当地警方和其他政府机关使用人脸识别技术。^[21]我国长期缺乏专门针对人脸识别的监管规则，因而受到不少质疑。^[22]2021年7月，最高人民法院发布《关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》，这是我国首个涉及人脸识别信息的司法解释。2021年8月，十三届全国人大常委会通过了个人信息保护法，该法将人脸信息作为敏感个人信息予以保护，对人脸识别问题作出了具体规定。不过，大量的人脸信息此前已被收集。针对人脸识别技术的监管，是否存在包容过度而审慎不足的问题，是否有必要继续加大监管力度，都值得进一步思考。

最后，监管部门即使能在最佳时机干预市场，也不易判断何为有效的监管措施。新业态总在发展变化，即使是经过慎重权衡的监管措施，也可能很快变得不合时宜。此外，监管部门容易存在路径依赖，习惯简单套用老办法对待新业态，这也导致监管措施可能不符合包容审慎的理念。由于缺乏体系性和层次性的治理策略，同时又有避免风险的强烈动机，一些领域的监管具有与生俱来的“越严越好”和“越早越好”的内在偏好，极易走向过度监管。^[23]

首次代币发行（简称ICO）是以发行代币为手段的融资方式，其在我国被全面禁止。ICO作为区块链技术在融资领域的具体应用，具有流动性强、变现能力强、融资流程简单、融资效率极高等特点，有利于高效解决区块链初创企业的融资难题。^[24]然而，ICO也容易被用于从事非法融资、诈骗、洗钱等违法犯罪活动。2017年，中国人民银行等七部门发布《关于防范代币发行融资风险的公告》，要求“各类代币发行融资活动应当立即停止”。其后，互联网金融协会发布了《关于防范境外ICO与“虚拟货币”交易风险的提示》（2018），银保监会等五部门发布了《关于防范以“虚拟货币”“区块链”名义进行非法集资的风险提示》（2018）。但是，世界上有许多国家或地区并没有简单禁止ICO，而是对其进行分类监管。例如，德国根据代币的内容和其承载的商业模式进行个案监管，美国视符合特定条件的ICO为公开发行证券，新加坡、澳大利亚等国根据代币的具体权益结构，将其分为股份、集合投资计划份额或债券进行监管。这些国家的实践表明，尽管ICO存在违法犯罪风险，但其能在一定程度上满足“长尾市场”的需求，并创造大量新的融资机会，^[25]对其一律禁止，未必是最适当的监管措施。

网约车行业的兴起，冲击了传统巡游出租车的公平竞争利益，也可能形成垄断结构。^[26]对于网约车，政府以传统巡游出租车所需的行政许可进行监管。2016年，国务院办公厅发布《关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的指导意见》，扩大了出租车的范围，明确指出“出租汽车服务主要包括巡游、网络预约等方式”。随后，交通运输部等七部门发布《网络预

[21] 参见张燕：《美国旧金山为何禁止官方使用人脸识别技术》，《中国经济周刊》2019年第10期，第103页。

[22] 参见邢会强：《人脸识别的法律规制》，《比较法研究》2020年第5期，第51页；石佳友、刘思齐：《人脸识别技术中的个人信息保护——兼论动态同意模式的建构》，《财经法学》2021年第2期，第71页。

[23] 参见张凌寒：《权力之治：人工智能时代的算法规制》，上海人民出版社2021年版，第199页。

[24] 参见邓建鹏：《ICO非法集资问题的法学思考》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2018年第8期，第42页。

[25] 参见李海、胡麓珂：《首次代币发行（ICO）监管再思考——以德国现行法为视角》，《财经法学》2019年第2期，第3页以下；张美慧：《境外市场证券法视野下的代币发行监管——基于美国、新加坡、澳大利亚和中国香港地区的监管实践》，《财经法学》2019年第3期，第106页以下。

[26] 参见陈越峰：《“互联网+”的规制结构——以“网约车”规制为例》，《法学家》2017年第1期，第22页。

约出租汽车经营服务管理暂行办法》，要求从事网约车运营必须获得“三证”，即平台获得经营许可证、司机获得驾驶员证、车辆获得运输证。一些地方政府还设定了更为严格的准入门槛，对司机的户籍、学历，以及车辆的牌照、排量等条件，作了进一步要求。但是，此种严格的管制与人民群众的现实需求不相吻合，于是出现了“普遍违规”的现象。^[27] 尽管“高准入成为限制网约车市场竞争的一个掣肘”，^[28] 大量的网约车事实上仍处于“非法营运”的状态。

（二）监管执法的不确定性

“包容审慎监管”属于典型的不确定法律概念。在监管执法过程中，对于同类违法行为，监管部门可能作出完全不同的处理决定。2021年国务院印发的《“十四五”数字经济发展规划》提出，要“制定更加灵活有效的政策措施”。措施越灵活，往往越有利于应对数字经济发展的不确定性，但灵活也可能加剧监管执法的不确定性。包容审慎监管所要求的差异化监管，也是监管执法不确定性的成因之一。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，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。《优化营商环境条例》第55条规定，“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 and 标准”。《法治政府建设实施纲要（2021—2025年）》要求，“根据不同领域特点和风险程度确定监管内容、方式和频次，提高监管精准化水平”。注重场景化分析的差异化监管，固然有利于实现实质平等、提升包容审慎监管的效能，但对于市场主体而言，差异化监管的实施可能不利于其形成合理的预期。此外，受经济发展状况、地方保护主义等因素的影响，不同区域的监管部门实施的差别对待，还可能抑制平台企业的持续创新，加剧恶性竞争。^[29]

（三）实践困境的成因及其影响

包容审慎监管的实践困境，主要源于以下主客观原因：其一，数字经济发展本身具有不确定性。数字时代的商业模式创新正进入新纪元，创新数量增加，创新迭代加速，创新形态多样。^[30] 在创新的过程中，未来事件不会遵循过去事件的发展逻辑，人们对未来的认知也总是不完整的。^[31] 创新的不确定性与信息不对称等因素的叠加，给包容审慎监管的理性实施制造了现实困难。其二，包容审慎监管的决策、执行、监督等机制尚不健全。面对新业态，监管部门时常无所适从，不知如何监管。由于包容审慎监管的尺度不易把握，且缺乏具有可操作性的分析方法，一些监管部门在落实包容审慎监管的过程中，存在“以文件落实文件”“以口号对口号”等不良做法。^[32] 其三，包容审慎监管中的行政裁量权过大。对于是否包容、如何包容、何时监管、采取何种审慎监管措施等诸多事项，监管部门拥有巨大的裁量权。裁量权有利于监管部门更灵活地应对数字经济发展的不确定性，但裁量权过多也会导致监管具有更大的不

[27] 参见马长山：《智慧社会建设中的“众创”式制度变革——基于“网约车”合法化进程的法理学分析》，《中国社会科学》2019年第4期，第88页。

[28] 前引[20]，刘乃梁文，第129页。

[29] 参见钱贵明、阳镇、陈劲：《平台监管逻辑的反思与重构——兼对包容审慎监管理念的再反思》，《西安交通大学学报（社会科学版）》2022年第1期，第138页。

[30] 参见前引[2]，王首杰文，第65页。

[31] See Harri Jalonen, *The Uncertainty of Innovation: A Systematic Review of the Literature*, 1 *Journal of Management Research* 1 (2012).

[32] 参见黄培东：《包容审慎原则在市场监管工作中如何应用》，《中国质量技术监督》2019年第3期，第46页。

确定性。其四，一些公职人员缺乏担当。监管部门的决策动机和行为策略同问责机制有密切关联。严厉的问责机制，既有可能降低监管部门应对新情况时的主动性和积极性，^[33]使监管部门不敢作为，也有可能诱导监管部门对新业态实施过度监管。一些监管部门宁愿选择不包容新业态而实施过度监管，也不愿冒事后被认定为“包容过度”或“审慎不足”的风险。

如果包容审慎监管不能有效应对数字经济发展的不确定性，无法有效克服监管自身的不确定性，也就很难发挥推动数字经济高质量发展的预期效果，甚至可能对经济、社会和法治造成一定危害。一是不利于促进创新。审慎过度而包容不足会直接扼杀创新，包容过度而审慎不足会导致市场竞争缺乏公平而间接抑制创新，而监管自身的不确定性，还会导致市场主体难以形成明确的预期，从而直接影响企业的创新活动安排。二是不利于安全。创新伴随着风险，以“创新”之名谋取不当利益的现象并不少见。对新业态包容过度而缺乏审慎，可能为系统性社会风险埋下隐患，甚至给个人信息安全、生命健康安全、财产安全等带来难以弥补的损害。三是不利于法治化营商环境建设。在尚未摸清新业态发展规律之时仓促制定监管规则，有违科学立法原则的要求，不利于在营商环境中实现良法之治。如果不能有效克服包容审慎监管执法的不确定性，就有可能衍生有法不依、选择性执法、运动式执法、逐利执法等不良现象，这不仅有违明确性、普遍性和可预期性等法治要求，也必然损害平等、公正等法治价值。

三、包容审慎监管的法治之道

数字经济发展速度之快、辐射范围之广、影响程度之深前所未有，我国亟需建构一套治理框架，以有效应对新业态迅猛发展中的创新和风险，实现创新驱动的高质量发展。^[34]无论数字经济发展本身的不确定性，还是包容审慎监管实施中的不确定性，都要求数字时代的行政法治理论提供行之有效的法治方案，确保包容审慎监管得到理性实施，以最大限度地消除不确定性因素为数字经济发展带来的不利影响。

（一）暂缓干预为市场留足发展空间

在法治化的营商环境中，监管既需要有明确的规则，也需要规则本身具备良法属性。数字时代的新兴科技层出不穷且发展变化多端，这极大增加了制定良法的难度。对于发展中的新业态，若仓促制定监管规则，有可能抑制其进一步创新。为此，《优化营商环境条例》第65条明确规定，“应当统筹协调、合理把握规章、行政规范性文件等的出台节奏，全面评估政策效果”。这意味着，对于企业发展过程中的阶段性问题，应注重发挥市场的能动性，让市场自我吸收和自我消化。“如果不存在对别人的伤害，政府就应该尊重甚至是鼓励私人行为或合同安排所表达出来的关于善好生活的各种不同观念。”^[35]政府基于商业判断的选择权限应居于辅助地位，在市场机制不能有效发挥选择作用时才可以行使权力。^[36]回应数字经济发展规律和需求的包容审慎监管，应当坚持审慎立法原则，对于一时看不准发展趋势的新业态，暂缓制定监管规则，为市场留足发展空间。

暂缓干预新业态，不等于放任新业态无序发展。针对一时看不准发展趋势的新业态，有为

[33] 参见陈鹏：《基层治理中“按规定办”的生成逻辑与治理路径》，《公共治理研究》2021年第6期，第19页。

[34] 参见薛澜、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33页。

[35] [美] 凯斯·R·桑斯坦：《权利革命之后：重塑规制国》，钟瑞华译，中国人民大学出版社2009年版，第39页。

[36] 参见陈甦：《商法机制中政府与市场的功能定位》，《中国法学》2014年第5期，第55页。

政府的首要任务是进行有效的监测分析,对潜在的风险大小进行动态预判。2019年国务院印发的《关于加强和规范事中事后监管的指导意见》指出,“对看得准、有发展前景的,要引导其健康规范发展;对一时看不准的,设置一定的‘观察期’,对出现的问题及时引导或处置,严禁简单封杀或放任不管”。国务院办公厅同年印发的《关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》也明确提出,要对新业态“设置一定的‘观察期’”。至于观察期的长短,通常要根据新事物的具体情况、本地的监管执法水平等因素,进行灵活设置。在监管实践中,不少地方政府都规定,除法律、法规、规章明确禁止或者涉及危害公共安全和人民群众生命健康等情形外,对符合国家和地方政策导向、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。例如,吉林省工商行政管理局制定的《关于服务“四新经济”发展实施包容审慎监管的指导意见》(2018)提出,对新设立的“四新经济”给予1—2年观察期;《崂山区市场监督管理局推行包容审慎监管优化营商环境实施办法》(2020)规定,重点对符合产业发展政策的“四新经济”企业设立1—2年观察期。

需要注意的是,如果新兴业态的技术与运营已趋稳定且已拥有大量用户,即便其危害明显且具有普遍性,公众也可能对监管抱有系统性偏见。政府监管的过迟介入,可能会削弱监管的影响,甚至使监管变得不可能。^[37]因此,包容审慎监管不是“撒手不管”“弱监管”的代名词。如果观察期尚未结束即已认清了新业态的发展趋势及其风险属性,或处在观察期内的新业态触碰了与风险相关的安全底线,则应立即启动监管,避免错失最佳监管时机。

(二) 开放决策程序以提升行政理性

从法治角度而言,“理想的监管决策应当针对具体规制事项,掌握所有相关资讯,决策的每一环节也有坚实的事理基础佐证”,^[38]但数字经济治理追求“在发展中规范,在规范中发展”,意味着在相应的监管过程中,“决策于未知”将是一种常态。此时,要提高监管决策的科学性,就必须诉诸更为开放的决策程序。在开放的决策程序中,给予决策利害关系人以论辩沟通的机会,不仅有助于提升决策质量,还能赋予行政机关制定并执行监管规则以民主正当性,进而提高监管规则的可接受性。

传统观点认为,行政机关所从事的只是一项技术性工作,仅仅是为立法者所设定的目标寻找有效手段。^[39]如今,“无法律即无行政”的原则已不符合现代社会的需要,“传送带”的行政法治模式也难以回应公共行政的复杂现实。大量的行政决策过程不仅涉及对行政技术手段的选择与判断,还可能需要对彼此竞争的社会价值进行调处,对价值实现的优先次序作出判断。^[40]数字经济发展中产生的新事物经常带有两面性,社会各界对其难以形成统一认识。尤其是对于一些新技术的监管,争议本质上反映了人们在价值层面的分歧。面对此类监管难题,只有将决策程序向社会各界开放,才有可能形成具有较高可接受度的监管规则或规制方案。在开放决策程序方面,除了可以借助传统上的座谈会、论证会、听证会等多种方式听取利益相关方和公众的意见,还可采用监管影响分析这一新型工具。

[37] 参见前引[17], Crotoof等文,第381页。

[38] 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技术的规制为例》,《当代法学》2014年第6期,第25页。

[39] 参见[加拿大]大卫·戴岑豪斯编著:《重构法治:法秩序之局限》,程朝阳等译,浙江大学出版社2020年版,第443页。

[40] 参见[美]杰瑞·L·马肖:《行政国的正当程序》,沈岩译,高等教育出版社2005年版,第19页。

监管影响分析是对拟实施或已实施的监管进行评估的程序，其所评估的内容是监管产生的积极影响和消极影响。除了程序上的公开透明外，监管影响分析的开放性还体现在，其既采用了传统上严格的法律解释方法，又融合了经济学、政治学等多学科知识，有助于实现理性监管，提升监管质量并提高政府的可问责性。^[41] 监管影响分析的实质是比例原则在监管领域的具体应用。监管权的行使会对市场主体的权利与自由产生影响，故监管措施的采行应受比例原则的约束。为使不同的监管方案具有可比性，确保评估内容和结论相对客观，在比例原则的定性分析之外，还要辅以成本收益分析等定量分析。^[42] 监管影响分析在我国的监管实践中也已获得一定程度的应用。例如，我国《重大行政决策程序暂行条例》第12条规定，决策承办单位根据需要可“对决策事项涉及的人财物投入、资源消耗、环境影响等成本和经济、社会、环境效益进行分析预测”，第23条规定，“运用定性分析与定量分析等方法，对决策实施的风险进行科学预测、综合研判”；《优化营商环境条例》第39条要求，对新设行政许可，应当“进行合法性、必要性和合理性审查论证”。

对于包容审慎监管而言，监管影响分析有助于监管者把握包容和审慎的“尺度”，排除不合理的监管方案，其具体适用可以通过四步分析展开：（1）根据经济发展水平、社会公众的期待、监管成本等因素，合理确定监管目的；（2）选择有助于监管目的实现的适当措施，确保监管措施同监管目的之间存在实质关联；（3）在可以同样有效实现监管目的的几种方案中，选择对市场主体影响最小的方案；（4）通过成本收益分析方法，判断所选方案造成的消极影响同积极影响是否成比例。^[43] 如果监管方案对市场主体造成的损害、耗费的财政支出等成本，同监管所能实现的公共利益不成比例，该监管方案就不能被采行。尽管监管影响分析有利于改善决策形成过程，但仍然难以排除主观因素的影响，故相关分析过程应充分公开透明，并允许利益相关者和公众对分析结果提出质疑。在大数据分析技术日趋先进的背景下，开放决策程序也存在一定的安全风险，故决策过程中应注意加强对国家秘密、商业秘密、个人隐私的保护。此外，由于新业态的发展具有不确定性，其可能引发的风险时刻处于动态变化之中，监管者还应通过决策跟踪评价机制，不断反思并调整监管决策。

（三）借助试验机制促成监管的包容审慎

强调事前立规、事后惩戒的单方命令控制型监管，无法适应数字经济发展的规律和特点。要灵活应对数字经济发展中的不确定性，必须转变监管思维。试验是探索“未知”的有效方法，是促进市场创新和实现有效监管的重要路径。“摸着石头过河就是摸规律，对必须取得突破但一时还不那么有把握的改革，可以试点探索、投石问路，看得很准了再推开。”^[44] 最佳监管措施往往是在问题的解决过程中发现的，既然市场主体无法准确预测新业态的发展走向，政府亦难以判断应当何时监管以及如何进行有效监管，那就不妨引入试验机制，允许市场和政府在试错的过程中共同探索“未知”。

在我国法治建设的进程中，试验机制不仅应用广泛，也对一系列的重要改革举措发挥了关

[41] 参见马英娟：《美国监管影响分析制度述评》，《法商研究》2008年第1期，第98页；高秦伟：《美国规制影响分析与行政法的发展》，《环球法律评论》2012年第6期，第114页。

[42] 参见刘权：《比例原则的精确化及其限度——以成本收益分析的引入为视角》，《法商研究》2021年第4期，第101页。

[43] 参见刘权：《比例原则》，清华大学出版社2022年版，第133页。

[44] 前引〔11〕，中共中央宣传部编书，第89页。

键性的推动作用。不管是以“试点”“试行”等为名的试验立法,还是“自由贸易试验区”“数字贸易试验区”“国家数字经济创新发展试验区”等试验区建设,都有效促进了经济社会的飞快发展,推动了国家治理能力的现代化。改革与法治的辩证关系,恰如发展与规范的辩证关系。如果说试验机制实现了改革与法治的同频共振,那么将其引入监管过程之中,也必然能够促成发展与规范的齐头并进。

在监管领域,沙盒监管是一种典型的试验机制,其提供的是一个监管宽松的“安全区域”,市场主体可申请进入其中进行产品、服务或商业模式测试,而不必担心严厉的责任追究。2015年,英国金融行为监管局率先推出了“监管沙盒”,随后新加坡、澳大利亚、马来西亚等国也纷纷采用了这一监管创新机制。2019年,中国人民银行启动金融科技创新监管试点工作,打造包容审慎的金融科技创新监管工具。在中国人民银行的指导下,北京、上海、深圳等地开展了沙盒监管试点。^[45]2022年2月,市场监管总局、工业和信息化部等五部门联合发布《关于试行汽车安全沙盒监管制度的通告》,开始在汽车安全领域试行沙盒监管,意在引导企业查找问题、改进设计、降低风险。在沙盒监管中,被监管者享有诸多“特权”,能够以较低的合规成本大胆进行创新试验;监管部门不仅可以灵活控制风险,有效甄别真正的创新,还能够通过互动沟通机制,适时反思现有监管的不足并及时改进。在鼓励创新、包容试错之外,沙盒监管更强调监管者与市场主体的相互协作与反馈,也正因此,沙盒监管更易发生“监管俘获”,需要由第三方机构独立评估监管效果。^[46]

在允许市场试错的同时,还应探索设计激励相容机制,促进企业合规。允许试错是为了激励创新,但企业不应以创新的名义触碰法律的底线。为杜绝市场中的违法行为,传统的命令控制型监管采取的是威慑式策略。^[47]此种监管模式下,监管者与被监管者之间并非合作性关系,政府不断强化对企业的控制,但往往效能低下,企业则因抵触监管而被动合规,甚至违规发展。受到信息不对称、执法资源有限等因素的影响,大量违法行为不易被发现,这进一步导致命令控制型监管难以取得理想效果。在数字时代,企业的违法行为通常更具隐蔽性。与其耗费高昂的成本去发现和惩戒违法行为,不如将部分法治资源转用于建设守法激励机制,通过经济奖励、荣誉褒奖、权益优先享有、义务减免等措施,促进市场主体主动守法。^[48]正如激励相容理论所主张的,政府不应仅仅从监管目标出发设置监管措施,还应考虑市场主体的经营目标,设计有效的正向激励机制,以引导企业强化内部治理,“调动被管理者的守法诱因”。^[49]

(四) 以容错机制激励市场与政府探索创新

数字经济创新具有涉及范围广、更迭速度快、市场前景难以预料等特点,创新的难度与复杂性更强。^[50]在探索创新的过程中,不仅市场主体容易逾越规则的界限,政府决策同样也可能失误,在追究相关主体责任之时,应当结合具体情节、主观恶性、社会危害性等因素,追求

[45] 参见《金融科技创新监管试点报告(2021)》, <https://www.163.com/dy/article/GCIEUJ5U05198086.html>, 2022年5月1日最后访问。

[46] 参见刘盛:《监管沙盒的法理逻辑与制度展开》,《现代法学》2021年第1期,第120页;周仲飞、李敬伟:《金融科技背景下金融监管范式的转变》,《法学研究》2018年第5期,第16页。

[47] 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150页。

[48] 参见董淳鐸:《市场事前监管向事中事后监管转变的经济法阐释》,《当代法学》2021年第2期,第77页。

[49] 周汉华:《探索激励相容的个人信息治理之道——中国个人信息保护法的立法方向》,《法学研究》2018年第2期,第4页。

[50] 参见张森、温军、刘红:《数字经济创新探究:一个综合视角》,《经济学家》2020年第2期,第82页。

实质正义的结果，同时也要发展健全相关容错机制，以更好地激励市场创新与政府有为。

在市场经济活动中，企业违法的情形多样且原因复杂，有些违法行为的主观恶性、社会危害性都较小，有些违法则同法律法规本身的不健全有很大关系，如果一概严厉追究企业责任，则不利于“鼓励创新、宽容失败，营造激励企业家干事创业的浓厚氛围”。^[51]因此，包容审慎监管不仅要求政府在制定监管规则之时保持审慎，也需要行政机关在执法之时宽容对待违法企业。“执法不必然严、违法不必然究”，是包容审慎监管的内在要求。对于已有违法违规行为的企业，可以与其签订行政执法和解协议，由企业承诺完善合规体系或重建合规计划，考验期结束后视情况对其给予从轻、减轻或免除处罚，以有利于企业的可持续发展；^[52]对于主观恶性不大、情节轻微、社会危害程度不高的违法行为，也可直接予以从轻、减轻或者免除处罚。近年来，为激励市场创新，降低监管执法的不确定性，增加市场主体的可预期性，不少地方政府都在探索实施包容审慎监管执法清单，细化责任减免的具体情形。例如，《山西省市场监管领域包容免罚清单（试行）》（2021）对市场监管领域的81件行政处罚事项予以包容免罚；成都市市场监督管理局印发了《关于推进包容审慎监管支持市场主体健康发展的指导意见》（2020），其中列有不予处罚清单、减轻处罚清单和从轻处罚清单；吉林省发布了《关于全面推行包容审慎监管执法“四张清单”制度的实施方案》（2020），在列出不予处罚、减轻处罚、从轻处罚三张清单外，还规定有免于行政强制事项清单。为彰显行政执法对经济发展的包容底色，2021年修改的行政处罚法摒弃了“一罚了之”“以罚代管”的机械执法，增加了“无危害不罚”“首违不罚”“无过错不处罚”“从旧兼从轻处罚”等新规定，使企业在感受法治“力度”的同时，也能感受到法治的“温度”。^[53]

推动数字经济的健康发展，既需要政府不对新兴业态恣意干预，也需要政府积极作为，为市场的发展排除阻碍，还需要政府相机而动，及时采取审慎监管措施。这些都极大地考验着决策者的判断力和执行力，有赖决策者发挥其主动性和创新力。特别是在包容审慎监管之中，监管部门为灵活应对复杂多变的新业态新形势，更需处理好有限、有为、有效三者之间的关系，其难度可想而知。对于决策者的失误，若一概严加问责，可能不利于激发其探索包容审慎监管的能动性。为此，有必要建立针对监管部门等行政主体的容错机制，以激励其敢于作为。在此方面，2018年5月，中共中央办公厅印发了《关于进一步激励广大干部新时代新担当新作为的意见》，该意见明确要求宽容干部在改革创新中的失误和错误，坚持“三个区分开来”的问责原则；^[54]地方上也出台了不少相关的政策性文件，如2019年甘肃省省委办公厅印发了《鼓励改革创新干事创业容错纠错实施办法（试行）》，2020年中共北京市委办公厅印发了《关于激励干部担当作为实施容错纠错工作办法（试行）》。这些重要的政策文件，为国家和地方制定出台相应的法律法规，提供了重要的依据和参考。《优化营商环境条例》在第7条第3款中明确规定，“国家鼓励和支持各地区、各部门结合实际情况，在法治框架内积极探索原创

[51] 习近平：《在企业家座谈会上的讲话》，人民出版社2020年版，第4页。

[52] 参见陈瑞华：《论企业合规的基本价值》，《法学论坛》2021年第6期，第12页。

[53] 参见徐航：《行政处罚法：保障行政执法既有力度又有温度》，《中国人大》2022年第2期，第47页以下。

[54] “三个区分开来”，即“要把干部在推进改革中因缺乏经验、先行先试出现的失误和错误，同明知故犯的违纪违法行为区分开来；把上级尚无明确限制的探索性试验中的失误和错误，同上级明令禁止后依然我行我素的违纪违法行为区分开来；把为推动发展的无意过失，同为谋取私利的违纪违法行为区分开来”。参见习近平：《在省部级主要领导干部学习贯彻党的十八届五中全会精神专题研讨班上的讲话》，《人民日报》2016年5月10日第2版。

性、差异化的优化营商环境具体措施；对探索中出现失误或者偏差，符合规定条件的，可以予以免责或者减轻责任”，这为容错机制在包容审慎监管领域的运行提供了法规依据。只不过，这一规定还较为原则和抽象，有待进一步细化并出台明确的操作规范和细致的评价程序，以避免容错机制的滥用、误用或弃之不用。

（五）完善监督机制以确保行政便宜性与最佳性有机统一

在充满不确定性的现代社会中，由立法机关事先制定明确的规则，再由行政机关严格加以执行的法治模式，已日渐显现出弊端。为灵活应对复杂多变的现实需求，实现个案正义与社会正义的统一，立法机关需要广泛授予行政机关以裁量权。这使得法律法规中的开放性条款和不确定法律概念日益增多，如行政处罚法中的“首违不罚”条款，就属于典型的开放性条款，个人信息保护法则大量使用了“必要”“必需”等不确定法律概念。拥有裁量权的行政机关也要在信息不充分的情况下采取行动，^[55]这就需要赋予其更大的行政自主空间，允许其借助行政便宜原则，追求合理行政的效果。在行政法上，便宜原则也称权变原则或随机应变原则，是指基于行政资源的有限性、较大公益之保护需要及行政程序经济的考量，行政权可以根据实际情况，在不同事务中享有不同的权变空间。便宜原则在实定法中不仅仅体现为裁量一种形态，凡是追求公益而赋予行政机关随机应变判断空间的设计，都是适用便宜原则的产物。^[56]为提升监管效能，包容审慎监管赋予了行政机关更大的行政自主性，体现的正是便宜原则的要求。

行政便宜原则虽然有助于行政机关合理行政，^[57]但也容易遭到滥用，导致最佳行政的期待落空。包容审慎监管在灵活应对不确定性的同时，也增加了监管权滥用的风险。无论监管规则的制定，试验性、激励性、差异性监管措施的实施，还是“执法不必然严、违法不必然究”的容错要求，都会赋予行政机关更大的自主性。为防止行政机关自主权的滥用，有必要对包容审慎监管进行有效的行政监督和司法监督，这具体可从以下方面展开。其一，完善对监管规则的合法性审核机制，对监管规则的制定权限、制定程序、是否滥设行政许可等进行合法性审核，尤其应加强审查行政规范性文件是否不当干预市场主体的正常生产经营活动。其二，强化对监管措施的公平竞争审查。2020年，中共中央、国务院印发《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》，该意见提出要“全面落实公平竞争审查制度”。2021年6月，国家市场监督管理总局等部门联合发布《公平竞争审查制度实施细则》，进一步规范和细化了公平竞争审查的机制、程序。根据该实施细则，应从市场准入和退出标准、商品和要素自由流动标准、影响生产经营成本标准、影响生产经营行为标准四个方面，对监管措施进行公平竞争审查，防止以包容审慎监管之名，排除、限制市场竞争。其三，加强司法监督。包容审慎监管赋予了行政机关更大的自主性，故需要加强对监管规则和监管执法的司法审查。对于监管规则的审查，可以通过行政诉讼法上的规范性文件附带审查制度予以落实。在对监管执法进行司法审查时，人民法院应在合法性审查的基础上，以合理性审查作为必要补充，^[58]以有效制约监管裁量权，确保监管执法的公平公正。

[55] 参见赵鹏：《知识与合法性：风险社会的行政法治原理》，《行政法学研究》2011年第4期，第48页以下。

[56] 参见罗名威：《论行政法上之便宜原则》，载城仲模主编：《行政法之一般法律原则（二）》，三民书局1997年版，第494页。

[57] 参见前引〔47〕，陈悦书，第95页。

[58] 参见程琥：《行政诉讼合法性审查原则新探》，《法律适用》2019年第19期，第86页；余凌云：《论行政诉讼上的合理性审查》，《比较法研究》2022年第1期，第145页以下。

结 语

数字时代新一轮的科技革命和产业变革，引发了巨大的国家治理难题，依靠命令和控制的传统监管日益捉襟见肘。作为对政府与市场关系的最新理论表达，包容审慎监管既是灵活应对数字经济发展不确定性、实现效率与安全之平衡的必然要求，也是推动有效市场和有为政府更好结合的重要举措。包容审慎监管要求政府给予新业态必要的发展时间与试错空间，并根据公共风险大小进行适时适度干预，有利于破解“要么不管、要么管死”“一放就乱、一管就死”的监管困局，但与此同时，其也赋予了行政机关更大的自主性，进而引发了监管的不确定性问题。无论数字经济发展中的不确定性，还是监管中的不确定性，都对数字时代的法治理论与实践提出了新问题。要在不确定性中创造确定性，进而消解不确定性，必须倚赖在法治轨道上理性实施包容审慎监管。暂缓干预市场、开放决策程序、建立试验机制、探索激励相容机制、落实容错机制、完善监督机制等，都是促进包容审慎监管理性实施的重要手段。当前，数字经济已成为重组全球要素资源、重塑全球经济结构、改变全球竞争格局的关键力量。“十四五规划”专章部署“打造数字经济新优势”，《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”。只有理性实施包容审慎监管，才能形成市场作用和政府作用相互促进的格局，最终推动我国数字经济高质量发展，打造我国数字经济新优势。

Abstract: The traditional regulatory system and regulatory governance measures can no longer meet the development requirements of the digital economy. Inclusive and prudential regulation pursues a dynamic balance between efficiency and safety. It requires the government to give new business forms the necessary development time and the necessary space for trial and error. The intervene in a timely and appropriate manner in light of the magnitude of the public risks is required as well. It is a new regulatory model conducive to solving the traditional regulatory dilemma. The development laws and characteristics of the digital economy have brought many challenges to the implementation of inclusive and prudential regulation. The flexibility and dynamism of inclusive and prudential regulation can also easily lead to regulatory uncertainty. China should promote the rational implementation of inclusive and prudential regulation on the track of the rule of law. As to new business forms with unclear development trends, it is necessary to leave enough space for the market to develop, improve administrative rationality through open decision-making procedures, introduce an experimental mechanism to facilitate inclusive and prudent regulation, establish a fault-tolerant mechanism to incentivize the market and to promote government exploration and innovation, and strengthen oversight mechanisms to ensure the organic unity of administrative flexibility and optimality.

Key Words: inclusive and prudential regulation, digital economy, business environment, fault-tolerant mechanism, effective government
