

自我评估工具的规制逻辑及其法治调适

张 力

内容提要:作为一种规制工具,自我评估不再局限于私主体纯粹的内部管理场景,而是融入公共机构规制规则的制定,接受外部监督,成为可执行的对象。它的样态既可根据事前准入或事后监管的规制阶段进行划分,也可根据独立性程度进行划分。自我评估与自我规制理论具有亲缘性,从外观来看,二者均呈现出主体和对象的同一性特征,而且均非纯粹内部管理活动;从规制逻辑审视,在专业性、效率性和正当性方面,自我评估与自我规制也共享论证逻辑。但是,由于自我评估在规制光谱中分布广泛,难以完整体现规制对象的自主性,从而“跃出”了自我规制理论的解释边界。对此,有必要将自我评估置于与传统政府规制的关系框架中进行再定位,将其分为义务型、条件型和要素型,审视各自情景下面临的合法性挑战,进而确立可适配相应法治规范密度的标准,融入正当程序的基本要求,并完善救济机制。

关键词:自我评估 自我规制 规制光谱 法治挑战

张力,中国政法大学法学院教授。

随着国家任务的扩展,世界各国政府的职责也在不断扩张。为更加充分地回应这一客观事实,实现权责统一,行政机关探索并试验性地采取了一系列全新的规制工具(regulatory tools)。之所以称之为“试验性”,一方面是因为相较于许可、处罚以及行政命令,这些规制工具的强制性程度相对较低,并在有效性上具有迥异的规制逻辑。行政机关是在不具有充分完备信息的情况下展开试验和选择的,有着鲜明的“规制试验主义”进路特征;^[1]另一方面,则是因为基于“依法行政”等行政法基本原理对这些规制工具展开评价的路径尚未澄清,就合法性而言,学界仍在寻找适恰和可能的分析框架。^[2] 这些规制工

[1] 参见卢超:《包容审慎监管的行政法理与中国实践》,《中外法学》2024年第1期,第151-52页。

[2] 有关规制的分析与传统行政法学的关系,有学者提出后者主要关注行政程序和行政诉讼,只能有限地解释政府规制实践,并将普通法系中的案例分析与规制分析做比较,指出行政法学已经走向终结,参见[美]约瑟夫·P.托梅恩、西德尼·A.夏皮罗:《分析政府规制》,苏苗罕译,载方流芳主编《法大评论》(第三卷),中国政法大学出版社2004年版,第243-246页。

具种类繁多,类型化程度较低,可谓现代行政国家给传统行政法学带来的持续挑战。

在这些规制工具中,规制对象的自我评估(self-evaluation)极为典型。顾名思义,自我评估是规制对象对自身活动的检视、评价,并评判其是否符合特定法律规范的要求。而行政机关对自身活动或辖区特定事项的评估,以及对企业等经济或社会组织的评估,基于评估主体差异,则不属于本文讨论的对象。^[3] 当前,行政机关对自我评估多有使用,相当程度上替代或局部替代了传统手段,并能够有效实现规制目标。但是,自我评估的内涵和外延远未清晰,在行政法世界中的位置更是模糊,这与其在现实中适用的深度和广度形成鲜明对比。有鉴于此,本文将在梳理现有法律规范的基础上,依次回答如下问题:首先,自我评估是如何成为一种规制工具的? 其次,与自我评估看似具有亲缘性的自我规制理论,能否解释现有的自我评估实践? 再次,自我评估如何在法治规范的世界中找寻自己的定位,并面临哪些法治挑战? 最后,在面对不同类型的自我评估时,应当如何塑造其法治规范?

一 作为规制工具的自我评估

自我评估原本只是企业等规制对象纯粹内部的监测和评价活动,是自行观察和考察其行为与法律要求之间一致性的手段,与行政机关通过规制活动促使规制对象遵守法律规定并无关联。随着行政机关规制“工具箱”的发展,尤其是大量非“命令—控制”型规制工具的出现,自我评估的功能被重新认识,呈现出“规制化”特征。

(一) 自我评估的“规制化”

根据学界常引用的一个经典定义,规制是“公共机构对社会公众重视的事项所实施的持续集中控制”。^[4] 这便将一个经济或社会组织的内部控制活动与基于外部规范框架所施加的影响乃至控制活动区分开来。前者是企业等经济或社会组织的自我管理,旨在实现自身特定的经济或社会活动目标,典型如企业的降本增效目标,适用的是此类组织的内部章程等,负责监督实施的则是其内设机构。后者是行政机关等公共机构对经济或社会组织施加的外部影响和控制,目标通常是实现既有的法律规定及其背后的公共利益。一般而论,规制议题是围绕后者展开的,作为规制主体,行政机关等公共机构首先需要与经济或社会组织拉开一定距离,即在法律上,彼此保持相对独立的的活动空间,进而才能形成规制。反之,若规制主体与规制对象具有组织上的同一性、行为上的计划指令性,则无现代意义的规制活动可言。这与行政法学对“行政”的界定逻辑基本一致,即将“行政”分为“公行政”和“私行政”,后者是企业、社会团体等经济或社会组织的执行、管理活动,唯有前者才是行政法学的研究对象。^[5]

[3] 前者如《无规定动物疫病区评估管理办法》规定,省级人民政府兽医主管部门向农业部申请无规定动物疫病区评估时,须预先进行自我评估;后者被研究者概括为“量化评价类”规制工具,“即行政机关按照客观明确的规则对被评价对象的相关信息进行考察衡量,并以分数、等级、位次、比例等数字化形式呈现计算结果的规制工具。”参见王瑞雪:《论“量化评价类”规制工具》,《中国法学》2025 年第 2 期,第 248 页。

[4] Philip Selznick, Focusing Organisational Research on Regulation, in Roger G. Noll ed., *Regulatory Policy and the Social Sciences*, University of California Press, 1985, pp. 363-364.

[5] 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第八版),北京大学出版社、高等教育出版社 2024 年版,第 2-4 页。

有观点尝试扩充规制的概念,最主要的扩充方向便是将企业等经济或社会组织的内部控制活动以及规范这些活动的规则制定纳入其中,既包括强形态的设定此类组织制定、实施内部管理规则的义务,也包括弱形态的加以引导和激励。^[6] 诚然,在规制的理论世界里,行政机关等公共机构不是唯一的规制主体,原本属于规制对象的企业等经济或社会组织也有可能在规制的混合主体中占据一席之地,但若要将它们与公共利益完全无关的活动纳入规制的概念,无疑将抹平公共与私人的一切界线,摧毁现有的规制体系。英国学者斯科特(Colin Scott)认为这种理解的风险在于规制“可能会囊括所有塑造行为的事物”。^[7] 企业等经济或社会组织的自我评估是其经营、服务等日常活动的常规手段,按照斯科特对规制体系理解的三要素,其“规制化”体现为如下三个方面:

首先是融入规制规则的制定。自我评估不再局限于规制对象内部,而是进入到外部的国家法律等规制规则当中,成为规制规则倡导或者要求的行为活动。例如,《数据安全法》建立了重要数据处理者的定期风险评估制度,要求其“应当按照规定对其数据处理活动定期开展风险评估,并向有关主管部门报送风险评估报告”。在这里,风险评估便不再只是重要数据处理者的自我评估,而成为规制规则的要求,要求其完成风险评估后,按规定向规制主体报送。

其次,自我评估从完全的内部监督走向外部监督。行政机关等规制主体开始监督企业等经济或社会组织的自我评估活动,不仅审视其真实性,而且还检视其合法性,即是否符合其内部规则和既有的法律规定。仍以数据处理为例,《数据出境安全评估办法》规定,数据出境安全评估坚持“风险自评估与安全评估相结合”,数据处理者应当先完成数据出境风险自评估,再申报数据出境安全评估,随后根据该办法第10条的规定,由国家网信部门“根据申报情况组织国务院有关部门、省级网信部门、专门机构等进行安全评估”。据此,后置的安全评估构成对前序风险自评估的审查,以确保其符合国家法律要求。此外,外部监督还可能体现为开放投诉、举报渠道,允许社会公众提出对自我评估真实性和合法性的质疑,进而启动规制主体的监督程序。

最后,自我评估活动被纳入可执行的对象。根据法律的授权,行政机关等公共机构可以通过现有的执行机制,无论是倡导性的柔性措施,还是传统强制性的处罚手段,促使自我评估活动的开展和有效实施。倡导性的柔性措施包括劝导、分级分类、向社会公开等,借助社会声誉机制来落实自我评估活动,并实现特定的规制目标。更加具有强制色彩的手段则表现为明确将自我评估作为规制对象的义务,甚至以处罚作为后盾,要求规制对象完成自我评估。如《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》规定,围绕金融消费者权益保护义务,银行、支付机构应当进行自评估,并报送自评估报告。该办法第62条进一步规定,不配合主管部门“开展金融消费者权益保护领域相关工作,或者未按照规定报送相关资料的”,应当“单处或者并处警告、处以五千元以上三万元以下罚款”。

(二) 自我评估的样态

“规制化”的自我评估具有多重样态,在各个领域的名称也有所不同,亦可能被称为

[6] 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75-76页。

[7] [英]科林·斯科特著:《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5页。

“自评估”“自评”“自我评价”甚至是“评估”。因此,有必要先确立标准,再对自我评估的样态进行划分。其中,较为重要的有两类标准:一是根据自我评估所处的规制阶段,将其分为事前准入属性的自我评估与事后监管属性的自我评估;二是根据其能否作为独立规制工具,将其分为独立性与附属性两种样态。

1. 阶段的二分法:事前准入与事后监管

根据规制阶段的不同,将规制工具分为事前准入和事后监管两类,这是规制理论中较为常见的划分标准。《行政许可法》第 13 条在规制可以不设立许可的情形时,便指出其中之一乃是“行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的”,这实际上是用事前和事后来区分规制工具。具言之,以风险预防为基调的规制通常倾向选择许可等事前准入的规制工具,而以矫正市场、社会领域中规制对象偏离规制目标为基调的规制,则往往选择信息披露、处罚等事后监管的规制工具。

自我评估并不局限于事前或事后,而是可根据特定规制目标和规则的要求,镶嵌于事前准入或事后监管阶段。事前准入属性的自我评估通常与行政许可相关联,虽然规制主体并未直接要求规制对象实施自我评估,但会将自我评估设置为申请获得许可的必经程序环节或是需要审查的条件之一。在这种情况下,原本作为回溯性考察分析规制对象自身过往章程制度、产品或服务 quality、行为规范的自我评估,转变成为一种对未来状况的预测手段:自我评估合格的,即有可能获得特定活动的许可,其未来风险也被视作处于可控范围之内。《数据出境安全评估办法》便同时采用了必经程序环节和审查条件要求,不仅要求数据处理者先做风险自评估,而且在其第 6 条规定,申报数据出境安全评估需要提交的材料里包括“数据出境风险自评估报告”,该报告内容需要接受行政机关的审查评估。

事后监管属性的自我评估则是规制主体监督、推动规制对象遵循特定法律规范的工具之一,具体可以表现为两种形式:一是规制主体要求有关经济或社会组织对特定事项开展自我评估,并根据自我评估状况实施日常监管活动。根据《药物临床试验机构管理规定》第 19 条规定,相关主管部门开展日常监督检查时,需要将药物临床试验机构的自我评估情况纳入考量因素。在这里,自我评估实际上成为规制主体收集规制对象活动状况信息的渠道,同时也是事后监管的必要流程。二是规制主体将自我评估作为信息规制手段,要求将自我评估状况向社会公开,若有关经济或社会组织没有完成自我评估,或者未依法公开自我评估结果,将面临规制主体的处罚。

2. 独立性与附属性

根据是否作为独立的规制工具使用,还可以将自我评估分为独立性自我评估和附属性自我评估。前者是将自我评估作为独立的规制工具,通过引导或强制规制对象进行自我评估,使其行为活动符合既有法律规定。独立性自我评估不属于其他行政活动的过程环节,而是规制主体希望相关经济或社会组织了解自身行为,如其产品生产或服务 quality 是否与有关法律规范相一致,并自我改进。无论是自我评估活动本身,还是评估形成的结果材料,均不会直接影响规制主体的后续决定。如为了提升托育服务机构的服务质量,卫生健康部门指导其开展服务质量自评,后续的督促整改、依法处置与自评在程序上并不必然衔接。附属性自我评估是规制主体将自我评估作为其他行政活动的一部分,真正的目的

不是借助自我评估使规制对象了解自身行为活动是否符合法律规范,而是服务于其他行政活动的开展。除前面所述作为申请许可的前序程序环节或条件外,自我评估还可能成为事后备案的内容、第三方评估检验的对象以及规制主体评估审查的对象。如作为事后备案内容,自我评估主要是起到留存事实材料的作用;而作为评估审查对象,自我评估则构成后续评估的程序前提,并为行政机关等规制主体评判规制对象是否符合相关法律规范提供基础情况。

二 自我规制的解释逻辑与自我评估的“跃出”

自我规制与自我评估具有强烈的亲缘性,二者共享规制主体与其对象同一的方法论视角,以及向内的自我审查和评价的行为逻辑。但现有的自我评估实践并未完全处于自我规制的解释逻辑之内,而是呈现出一定的“跃出”倾向。

(一) 自我规制的解释逻辑

作为一种独特的规制理论,自被提出以来,自我规制就是一个略为含混并处于发展中的概念。有观点认为,可以从完全与政府无涉的视角来界定自我规制,它是企业等经济或社会组织自行制定规则,并建立自我监督机制,使其行为活动符合特定规制目标的机制。^{〔8〕}也有观点强调自我规制的集体性,认为自我规制是一种集体治理,主张行业团体应当发挥更大的作用。^{〔9〕}另有观点将互联网平台制定用户规则,并对用户行为进行引导和规范的活动视作自我规制。^{〔10〕}如果说前两种观点还坚持将自我规制理解为一种“向内”对自身的影响或控制,第三种观点实际上将对自我规制的理解拓展到更广的系统维度,即有关主体无论是通过民事合同还是其他方式塑造了一个活动空间,那么通过制定相关规则并建立监督、执行机制,便可以将其变为一个规制空间,进而在政府规制之外实施自我规制。

对自我规制的理解不能完全脱离传统国家和政府规制的视角,与自律活动同时同步展开的是政府责任,“国家在规制过程中既要履行协助、诱导私人主体自我规制任务之外,还要对规制结果负最终的保障责任”。^{〔11〕}有观点直接提出“受规制的自我规制”这一变体,认为自我规制是“社会为实现集体性的、与公共福祉有关的目标的自我组织行为”,政府则采取措施为该自我规制“提供工具、资助、伴随,或以其他方式调整”。^{〔12〕}至此,从外观来看,自我评估似乎能很好地落入自我规制理论的解释框架,二者均呈现出主体和对

〔8〕 See Neil Gunningham & Joseph Rees, Industry Self-regulation: An Institutional Perspective, 19 *Law & Policy* 363, 365 (1997).

〔9〕 参见李洪雷:《论互联网的规制体制——在政府规制与自我规制之间》,《环球法律评论》2014年第1期,第128-129页。

〔10〕 参见赵鹏:《从平台责任到合作规制——互联网规制模式转型及其正当程序规范》,《法商研究》2025年第3期,第39-40页。

〔11〕 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75页。

〔12〕 金健:《受规制的自我规制与行政法的嬗变》,载沈岷主编《行政法论丛》(第25卷),法律出版社2020年版,第4页。

象的同一性特征。自我评估的首要主体是企业等经济或社会组织,也有可能扩展到行业团体或第三方平台。同时,这些自我评估活动也不是前述主体纯粹内部的管理活动,而是呈现出外部法律规范和政府规制的影响,展现了“受规制的”外观特征。

自我评估的出现与自我规制理论的产生发展还具有内在逻辑的关联性。自我规制发展成为系统理论,主要是基于如下几点共同的规制发展逻辑:

一是专业性的要求。以行政机关为中心的传统规制理论及其实践依赖专业的官僚结构和人员。从 19 世纪到 20 世纪,国家任务经历了从秩序维护到公共服务的重大演变,公务员的组成也从结构较为松散的非专业人员发展为层级化的专业人员,即通过考试制度和业绩表现决定公务员的任免和升贬,由此将职业主义贯彻到公务员队伍中。^[13] 借助专业性要求,规制活动得以获得更加客观、中立的地位,免受公众舆论等其他因素的干扰。但是,在国家任务进一步复杂化的背景下,尤其是存在风险不确定性的时候,为实现特定领域的规制目标,规制活动的开展需要在信息取得、科学评估、措施选择等方面具有更高的专业程度要求,相较于企业等经济或社会组织自身,行政机关的官僚结构和人员未必具有更高的专业能力。相反,依托规制对象的专业能力,在面对复杂问题和差异化场景时,若能实现规制目标,自我规制会成为更好的替代选择。有观点从相关标准制定和解释的信息成本角度分析,认为自我规制更能发掘规制对象的专业知识。^[14] 还有观点在实证考察后甚至主张,专业性是自我规制实践中的最大优势。^[15] 与行政机关的直接评估相比,由于企业等经济或社会组织对自身情况更为了解,也拥有相应的监督机制和专业人员,自我评估更能体现规制理论的专业性要求。如《核动力厂管理体系安全规定》规定,“核动力厂营运单位应当定期组织开展自我评估,并在国务院核安全监督管理部门例行核安全监督检查前对管理体系进行自查”,这便体现了核安全领域规制活动中对作为规制对象的核动力厂营运单位专业能力的倚重。

二是效率性的衡量。有观点指出,自我规制能够以更低的总成本对相关法律规范所意欲调整的活动施加影响或控制,无论是规制规则的制定,还是监督或执行机制,由于企业等经济或社会组织能够更容易、迅速地获知问题信息,更加灵活地调整行为方式,而且还能够获取相关组织的信任,再加上此类自我规制活动的成本通常是由其自行承担,因此,自我规制比以行政机关为中心的传统规制更加经济,效率更高。^[16] 尤其是对企业来说,可以通过推动优化内部组织架构、建立生产经营内控制度、制定企业标准和披露自我信息等方式来提升灵活性,并降低执法成本。^[17] 自我规制的效率性衡量逻辑同样可以解释自我评估工具的基本结构,评估活动的科学、客观和成效有赖于被评估对象从常规制度

[13] 参见[英]威廉·韦德、克里斯托弗·福赛著:《行政法》(第十版),骆梅英等译,中国人民大学出版社 2018 年版,第 39-40 页。

[14] See Anthony Ogus, Rethinking Self-regulation, 15 *Oxford Journal of Legal Studies* 97, 97-98 (1995).

[15] See Douglas C. Michael, Federal Agency Use of Audited Self-regulation as a Regulatory Technique, 47 *Administrative Law Review* 171, 241 (1995).

[16] See Robert Baldwin, Martin Cave & Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, 2012, p. 140.

[17] 参见宋华琳:《制度史视野下合作规制的法律变迁》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2025 年第 4 期,第 60-62 页。

到日常活动相关各项信息的真实准确,不仅需要被评估对象的支持配合,还需要其根据评估过程或结果实时调整自身行为。在操作中,自我评估打破了规制主体与规制对象之间的信任屏障,压缩了信息差距,使经评估发现的问题如偏离法律要求等,能够更快地反馈到自身,理论上可以用成本更低的方式,将外部规制的要求转化为企业等经济或社会组织的内部行动指南。

三是正当性的评价。以行政机关为中心的传统规制理论及其实践建立在民主正当性基础上,即立法者授权行政机关进行规制,以实现具体领域中的立法目的。其中,对于特定类型的规制工具,如对规制对象权利影响较大的行政许可、行政处罚等,就其实施的构成要件等,还要求符合立法授权明确性原则,遵循依法行政乃至依法律行政,^[18]避免宽泛授权。自我规制则以去中心化表征,规制对象能够制度性地参与相关规范的制定,体现了自主立法的理念,也借此拥有更大的正当性。^[19]同时,从社会秩序维护来看,其另一重正当性在于社会成员积极形式的自我控制,“在任何社会秩序中,自我控制都是一种必备的要素”。^[20]自我规制的正当性逻辑可以平移至自我评估,后者也能够打破传统规制体制的单一中心特征,彰显去中心化结构,即不再仅由行政机关依据自己制定的标准,对企业等经济或社会组织进行单向度的评价,而是允许这些组织制定具体的评估标准和程序,进而据此作出相应的评价结论。在环保领域,经企业自我审查、评价后的信息自愿披露属于自我评估的特殊形式,有观点在对比我国企业环境信息强制披露后,根据最小侵害原则指出,此类手段的干预强度明显小于传统强制手段,具有更强的正当性。^[21]

(二) 自我评估的“跃出”

自我规制存在不同类型,可能分布在规制光谱的不同位置,但其作为反思“命令—控制”型工具,促使将规制目光从政府内挪移到政府外的市场或社会领域的底色却是共通的,这构成了用以解释相关规制工具的基本边界,但自我评估的不少制度实践却在尝试“跃出”该边界。

1. 自我评估与政府介入的辅助性

辅助性原则是指,唯有在市场调节或社会自治机制不能有效运行时,才需要政府的介入,此时规制主体采取相应的措施才具有正当性。在自我规制的语境中,自我评估亦应当与政府介入的辅助性形成规制结构上的互动。若通过自我评估可以有效实现规制目标,行政机关便不应适用其他规制工具,或只应考虑采用强度比自我评估更低的规制工具。但有趣的是,与自我规制的多中心规制结构特征有所偏离,在许多领域的规制实践中,自我评估更近似于以行政机关为中心的传统规制“工具箱”中的工具之一。根据其实际需要,行政机关会选择适用自我评估或经改造后的自我评估,政府介入的辅助性被淡化,留下的是没有“自我”的自我评估,驱动自我评估活动的主体乃是传统规制中的行政机关。

[18] 参见林华:《行政许可条件设定模式及其反思》,《中国法学》2022年第4期,第176-180页。

[19] 参见张青波:《自我规制的规制:应对科技风险的法理与法制》,《华东政法大学学报》2018年第1期,第107页。

[20] [美]罗伯特·鲍德温、马丁·凯夫、马丁·洛奇编:《牛津规制手册》,宋华琳等译,上海三联书店2017年版,第183页。

[21] 参见金自宁:《ESG背景下作为环境规制工具的企业信息披露》,《政治与法律》2025年第8期,第22页。

以我国学位授权点合格评估机制中的自我评估为例,《学位法》规定国家实行学位制度,在此法律框架下,主管部门应当“对已经批准的学位授予单位及学位授予点进行质量评估”。其中,周期性合格评估是学位授权点合格评估的基本组成部分,根据《学位授权点合格评估办法》,周期性合格评估“分为学位授予单位自我评估和教育行政部门抽评两个阶段”,学位授予单位在完成自我评估后,应当形成并上报评估合格与否的评估结果和《学位授权点自我评估总结报告》,这些材料属于教育行政部门评议审查的对象。虽然自我评估运行的关键是激发学位授予单位的自主性,“体现质量保障的自觉意识,发现问题,并积极采取措施进行修正和改善”,^[22]而且在其自我评估后也未必皆会接受抽评,但是,这里的自我评估很难说是在辅助性原则指导下对行政机关责任担保角色的配合设计,考虑到学位授权点审核的行政许可属性,^[23]而更像是内嵌于行政机关审核活动的规制装置。

2. 自我评估与强制性的尺度

在规制的光谱中,从自我规制向以行政机关为中心的传统规制移动时,强制性逐渐增强。从当前制度及其实践来看,自我评估则可能分布在光谱的不同位置,当自我评估成为行政机关对企业等经济或社会组织明确的义务要求时,就跃出了自我规制的解释边界,进入到以“命令—控制”为表征的传统规制范畴。较难判断的是,若规制对象开展自我评估并非法定义务要求,而是为了获得国家提供的某种公共服务或其他非命令性权力的支持配合,如行政机关提供的财政补贴,给予市政公用事业优惠价格、土地建筑规划或使用便利等,这些场景是否依然处于自我规制的解释边界内,殊值探讨。

按照狄骥的“社会连带学说”,公法已经不再是主权者发布命令来实现的规则体系,而是与保障提供公共服务相关的一系列规则;公法的基础不再是命令,取而代之的是公共服务。借助公共服务的拓展和对政府介入的证成,狄骥进一步指出,与之相伴随的是国家职能的延伸和扩张,政府权力实际上得到了加强。^[24]据此,在规制光谱中,强制性的尺度恐怕需要重新解释其内涵,不能仅将来自行政机关的命令作为识别标准,而是需要考虑规制对象对政府权力的依赖程度。若唯有通过自我评估才能获得包括公共服务在内的国家支持,而该支持对于规制对象维持其现有地位或发展状况又是至关重要的,在行政机关与规制对象之间形成了一种支配与被支配的关系,那么,此类自我评估也不应被纳入自我规制的范畴。

三 自我评估的再定位与合法性挑战

无论是自我规制,还是以行政机关为中心的传统政府规制,自我评估都没有与之形成

[22] 黄宝印、徐维清、郝彤亮:《建立自我评估制度 健全质量保证体系》,《中国高等教育》2015 年第 11 期,第 8 页。

[23] 参见程雁雷、蒋艳:《我国高校学位授权点撤销的法理探析》,载劳凯声、余雅风、陈鹏主编《中国教育法制评论》(第 22 辑),教育科学出版社 2022 年版,第 3 页。

[24] 参见[法]莱昂·狄骥著:《公法的变迁·法律与国家》,郑戈、冷静译,辽海出版社、春风文艺出版社 1999 年版,第 50-56 页。

固定的对应关系。在从规制现象到规制法的跃迁中,需要通过考察自我评估与行政机关的关系,对自我评估进行再定位,进而梳理其面临的合法性挑战。

(一) 借助政府规制的再定位

在政府职能不断扩展的当下,自我评估在相当程度上仍深陷于以行政机关为中心的传统政府规制构造影响中,只是基于与行政机关规制活动的远近程度,呈现出多样化定位特征,时而表现出一定自主性,时而是政府规制的工具,成为事实确认和责任分担的装置。

1. 经由自我评估的事实确认

无论实施何种规制活动,行政机关在介入市场或社会之前,应当以法律要求的一定事实作为基础。以传统的规制工具如行政处罚为例,《行政处罚法》第54条规定,行政机关“必须全面、客观、公正地调查,收集有关证据”。事实不确定或难以确认将带来一系列规制风险,一方面,行政机关可能因为事实证据的缺失而拒绝采取相应的规制措施,尤其是在面临法院采取严格审查标准的时候,更加可能因为担心无法达到较高的证明责任标准而不愿作出决策;另一方面,也可能因为对事实认识的偏差,如对相对人或特定地区整体违法行为性质、危害程度等情况的高估,行政机关采取了过于严厉乃至“一刀切”式的规制策略,导致出现对风险的过度预防而不当限制权利。^[25]有鉴于此,自我评估便顺理成章地走进了行政机关的视野,被塑造为确认事实的规制工具。

在该应用场景中,行政机关首先确立了一个强烈依赖于事实证据的规制链条,并将采取规制措施所需的事实确认分为两个阶段。第一阶段是由企业等经济或社会组织根据法律规定开展自我评估,其中,既有为获得许可、证明、备案等形成性行政处理而主动实施的自我评估,也有基于义务要求完成的被动式自我评估。无论是何种类型的自我评估,其作用均在于为第二阶段行政机关的审查和评价提供事实证据。在第二阶段,自我评估则属于传统政府规制的审查对象,行政机关将审查自我评估所形成材料的真实性、合法性等,这就将有关事实的初步证明责任转移给了规制对象。在这里,行政机关主要扮演的不是事实收集和确认者的角色,而是审查者角色,自我评估成为整个规制链条的前序环节,推动行政机关消除来自事实确认的顾虑,并使规制活动能够按立法意图展开。

2. 自我评估与责任分担

在以行政机关为中心的传统规制模式中,行政机关是整个规制活动的启动者和决定者,也是规制程序的控制者,与之相应的责任自然由行政机关承担。在实体方面,行政机关应当依法作出决策、启动调查、选择适宜的规制工具,并日常性地评估特定规制目标是否实现;而在程序方面,规制活动还需要遵循正当程序的要求,根据法律规定的程序展开。如《重大行政决策程序暂行条例》第19条规定,“对专业性、技术性较强的决策事项,决策承办单位应当组织专家、专业机构论证其必要性、可行性、科学性等,并提供必要保障”,从中可见对科学决策的程序性责任。无论是从实体还是程序要求来看,二者都服务于立法所设置的规制目标,是国家义务在行政活动中的投射。自我评估的引入却在一定程度上改变了这种投射,行政机关自身原本在规制活动中负担的某项责任,通过自我评估转移

[25] 参见宋华琳、邹志:《可接受风险理念下行政规制的法律改革》,《社会科学》2024年第6期,第184页。

到了规制对象身上。

以在规制光谱中最为靠近传统政府规制一端的强制性自我评估为例,行政机关要求规制对象定期或不定期进行自我评估,这实际上是在要求其检查自身各项活动的合法性,并承担与相关法律规范不一致的潜在违法风险。同时,行政机关还可能以实施自我评估为由,降低原有的规制频率和强度。据此,行政机关将立法机关先前预设的规制责任部分转化为规制对象的自我评估活动,由其分担了实现规制目标的责任。

若将观测的目光往规制光谱远离传统政府规制的另一端移动,同样可以看到某些自我评估活动的存在。这些自我评估活动虽然仅具有弱强制性,甚至不具有强制性,但同样属于行政机关实施某项规制活动的配套工具,没有脱离传统政府规制的谱系,并协助完成了规制责任的再分配。2019 年修订的《药品管理法》将对药物临床试验机构的规制模式从资质许可改为备案管理,正是借助自我评估工具完成的。根据《药物临床试验机构管理规定》,药物临床试验机构可以自行评估并申请备案,药品监管部门则在备案后 60 个工作日内实施监督检查。在该场景中,自我评估将行政机关事前对规制对象的准入条件符合性审查,转化为对其实际能力的后置审查,规制对象承担了维持运行管理能力与其自我评估内容相一致的持续责任,而药品监管部门则不再负担事前规制的责任。

(二) 合法性挑战

根据拘束能力的不同,自我评估工具可被分散在规制光谱的不同位置,其面临的实体与程序的合法性挑战也不尽相同。通常而论,与传统政府规制关系越紧密,法的规范密度也越大,来自法律优位、法律保留乃至比例原则的约束也越细密。将自我评估塑造为规制对象应当履行的义务,无疑最靠近传统政府规制的单方命令逻辑;而若将其作为后续规制活动的条件或考虑要素,规制对象便获得一定选择空间。

1. 义务型自我评估

所谓义务型自我评估,是指行政机关要求企业等经济或社会组织在日常运营或特定场景中应当实施自我评估活动,如《安全生产法》要求生产经营单位应当进行“危险源辨识和评估”,并设计了“重大危险源评估”制度。若生产经营单位没有履行评估义务,根据该法第 101 条的规定,将被处以罚款乃至责令停产停业的处罚。然而,并非所有的立法均对义务型自我评估作出规范结构完整的规定,有些部门规章甚至规章以下的规范性文件规定规制对象应当实施自我评估,但未匹配相应的法律责任。这从《行政处罚法》围绕处罚设定权的法律规范位阶设计来看固然正确,但作为一项义务,在上位法没有规定依据的情况下,即便未设定处罚等直接不利后果,能否科以特定对象仍不无疑问。

再有,自我评估的类型化程度较低,其内涵和实施方式尚不清晰。从规制对象角度来看,为完成评估通常需要日常的乃至实时的观察、监测,评估前需要收集信息、分析评价,评估后还需要形成报告等书面材料,并向有关行政机关提供。此外,还可能涉及法定或非法定等级、类型的划分。如《危险化学品重大危险源监督管理暂行规定》在衔接《安全生产法》前述有关“重大危险源评估”制度时即规定,在完成安全评估后,危险化学品单位还应当“确定重大危险源等级”。然而,就立法表述来看,除“评估”一词外,相关法律规定还使用监测、检查、评价等概念,这不可避免地混淆了不同的规制工具。在非义务型自我评

估中,这种混淆的弊端或许尚不突出,规制对象并不会直接面对处罚等不利后果;在义务型自我评估中,立法则需要尽可能明确相关主体的行为义务内容。

2. 条件型自我评估

在条件型自我评估中,行政机关并未直接给企业等经济或社会组织设定义务,而是将自我评估设置为其后续活动的前置条件或对既有条件的确认方式。在这里,后续活动可能是获得准入色彩浓厚且规范密度较高的许可,也可能是获得证明、备案、等级划分后开展的活动等。从其属性来看,条件型自我评估究竟属于程序性装置还是实体要件审查,这一点并不明确,由此引发两个难题:

一是如何依法设置条件型自我评估不明确。以许可为例,《行政许可法》第16条第4款后半句规定,“对行政许可条件作出的具体规定,不得增设违反上位法的其他条件”。那么,在上位法没有规定自我评估的情况下,下位法要求规制对象申请许可时应当进行自我评估并提交相关材料,这是否构成有违上位法的“条件增设”,抑或仅是对上位法已设定条件的查验程序?即便只是一种查验的程序性装置,是否也应当对此施以依法行政原则的约束?否则可能侵蚀《行政许可法》有关许可程序规定权限的法治内涵,任意加重许可申请人程序负担,^[26]并构成对行政机关规制责任的不当移转。

二是审查强度和对应的审查方式不明确。若作为程序性装置,自我评估便只是启用行政机关后续规制工具的条件之一,无论是形成特定法律关系的许可,还是确认某种事实的证明等,行政机关应当选择较低的审查强度和更为形式化的审查,如只审查自我评估材料的完整性,而不涉及其内容。若作为实体要件审查,行政机关则需要提高审查强度,选择更加实质性的审查方式,对自我评估的内容加以分析评判,这将对规制对象产生更大影响。然而,在目前有关自我评估工具的法律规范中,仍缺乏上述有意识的区分,进而导致行政机关可能通过后者,在许可、备案等具体规制工具的运用中向规制对象施加过多负担。

3. 要素型自我评估

行政机关在作出决策、制定规制策略、确定规制强度以及选择规制工具时,将规制对象的自我评估情况作为裁量等活动的考虑要素,此时,可将这类自我评估称为要素型自我评估。与前述两类自我评估不同,当前要素型自我评估的法治规范较为稀疏,更加缺少指示规则,隐约被包含在规制对象的经营规模、活动风险,乃至更为宽泛的守法合规等规制考量要素概念表述中。这意味着是否实施自我评估,以及自我评估情况能否自然链接到行政机关决策或行动的考虑中,尚需要法律规范更为明确的指引。

即便根据相关法律规范的规定,行政机关有权将自我评估纳入后续行政检查、调查等一系列规制措施的考量要素,但是否允许规章以下规范性文件乃至内部行政规则等低位阶规范进行如此授权,也值得商榷。前述《药物临床试验机构管理规定》将药物临床试验

[26] 《行政许可法》第18条规定,“设定行政许可,应当规定行政许可的实施机关、条件、程序、期限。”有观点在承认许可程序属于规定权限的基础上,主张若相关程序规定可能影响相对人自由,其配置模式应当与设定权保持一致,参见俞祺:《行政许可设定权的层级分配——基于中国立法实践的研究》,《行政法学研究》2022年第6期,第39-40页。

机构的自我评估情况与开展试验情况、既往监督检查情况等一并作为主管部门实施日常监督检查的考量因素,但自我评估与后两者不同,一旦列入将对规制对象产生事实上的强制效果,而该规定仅为规章以下规范性文件。这还可能模糊日常检查与个案检查的界限,根据《优化营商环境条例》第 54 条规定,就日常检查而言,随机抽取检查对象是国家推行“双随机、一公开”监管的核心要义,至于对“通过投诉举报、转办交办、数据监测等发现的问题”进行的有针对性检查和处理,则属于个案检查的范畴。《国务院办公厅关于严格规范涉企行政检查的意见》中规定,个案检查“实际是有线索可查的检查”。然而,若允许行政机关随意将自我评估情况纳入包括检查在内的规制措施考量因素,则会使得规制对象的自我评估轻易转变为个案检查的“线索”,进而突破频率上限等对日常检查的约束。

此外,要素型自我评估的另一重法治风险也不容小视,即行政机关将自我评估作为拖延或拒绝采取后续规制措施,或者一味降低规制强度的理由。^[27] 对此,可以用“规制怠惰”来描述,自我评估情况原本只应是行政机关是否以及采取何种规制措施的考量因素之一,规制对象未进行自我评估,意味着其行为是否符合法律规定尚不可知,行政机关可据此依法采取相应的规制措施,做进一步的查证;而若规制对象实施了自我评估,却并不意味着行政机关履行了应有的规制责任,进而可以以此为由放弃规制。

四 代结语:迈向自我评估的法治调适

在规制的法治世界里,自我评估处于一个隐秘的角落。一方面,由于大量现行法律规范并未直接使用“自我评估”这个概念,甚至没有使用“评估”一词,导致对此类活动的识别存在相当程度的困难,需要到整个法律规范结构与实践操作中去辨别和理解;另一方面,“自我”一词的存在又带来一种理论模型的想象和误导,若将自我评估强行塞入自我规制的解释框架,将其视作多元规制主体下企业等经济或社会组织以一定平等的地位对规制目标的追求和实现,这将致使大量自我评估活动脱逸出法治的规范。

若要整饬自我评估的法治规范,应当将其放置于传统政府规制结构中,距离该结构中心越近,与处罚、许可等命令-控制型工具越相似或嵌套越深,则越需要接受法律优先、法律保留以及权利救济等基本理念的约束;反之,将其纳入法治规范的迫切度也便越低。据此,在迈向自我评估的法治塑造中,应当着重考虑如下几个方面:

首先,确立选择法治规范密度的标准。以行政机关对自我评估采取形式抑或实质审查为标准,若是前者,即程序性地审查自我评估材料的完整性,则可以适当降低规范密度,未必强求自我评估均需要法律法规授权;若是后者,由于行政机关要审视规制对象的自我评估活动及其结果是否与相应法律规定相一致,并据此作出后续决定,则需要考虑有无高位阶法律的授权,或相关授权规定是否有合理的理由。同时,还需要以规制对象对自我评

[27] 美国波音 737 MAX 8 机型的客机在 2018 和 2019 年连续发生重大空难后,即有观点指出主管部门默许了波音公司的自我认证(self-certify),仅作表面化审查而未深度审核其数据,忽视了安全隐患。See Joanna R. Schacter, *Delegating Safety: Boeing and the Problem of Self-regulation*, 30 *Cornell Journal of Law and Public Policy* 637, 648-649 (2021).

估有无自主选择空间为标准加以考量,当自我评估构成一项义务,或是成为规制对象后续活动开展的必要构成要件时,应当给予更为严密的法治要求,要求其获得高位阶法律的授权,或与上位法规定相一致。

具体而言,可以将两项标准叠加适用,以获得更为清晰的规范密度指引。若行政机关对规制对象的自我评估不作强制性要求,对其评估后的相关结果仅做形式审查,则可以适用低规范密度,无需法律保留原则;行政机关若想增强审查,确保自我评估的结果符合相应法律规定,但又允许规制对象自主选择是否实施,考虑到并未创设义务,可以对行政机关适用合理性审查原则,相关授权规定有合理理由即可,即适用中低规范密度。若行政机关对规制对象的自我评估作强制性要求,对此需要有更为严格的规范密度要求。据此,若行政机关采用形式审查,可以适用中高规范密度,对应法律优位原则,自我评估的各项要求不得与现行法律规范相抵触;反之,若采用实质审查,则应当适用高规范密度,严格适用法律优位、法律保留原则,无高位阶法律的授权,行政机关不得要求规制对象进行自我评估,并匹配相应的法律责任。两项标准叠加后的规范密度情况如下图所示:

表 1 设定和实施自我评估工具的规范密度划分

	实质审查	形式审查
不可自主选择	高规范密度:严格适用法律优位、法律保留原则	中高规范密度:侧重适用法律优位原则
可自主选择	中低规范密度:适用合理性审查	低规范密度:可不适用法律保留原则

可见,在规制对象无法回避自我评估且需要接受行政机关的实质审查时,自我评估工具的使用应当寻找高位阶法律规范的授权,在我国,参考《行政许可法》《行政处罚法》等法律规定,此类规范至少应当是法律或法规。同时,在评估方式、对象、标准上,下位法不得超出上位法的规定,如扩大要求自我评估的对象范围,将自己开展转变为强制委托第三方等方式,或是增设评估标准。而对于规制对象可以自主选择是否开展自我评估且由行政机关进行形式审查的,自我评估的设定和实施则具有较大的灵活性,可由行政机关自行决定而无需法律的授权。

至于处于两者之间的自我评估类型,中高规范密度意味着依然需要考察下位法与上位法规定是否构成逻辑抵触,如限缩构成要件、法律后果不一致等。^[28] 法律保留原则则未必严格适用,其原因在于虽然规制对象无自主选择空间,但行政机关只作程序性形式审查,这在一定程度上被视作程序性义务的添加。而基于侵害保留立场的法律保留原则侧重于自由权等基本权利保障,^[29] 暂未容纳对程序性义务添加的羁束。这在我国备案审查实践中亦有所体现,如全国人大常委会法工委法规备案审查室在面对有关地方性法规创设上位法未曾规定的备案义务时,曾指出,上位法从实体方面提出的要求,不影响下位法

[28] 参见俞祺:《论与上位法相抵触》,《法学家》2021年第5期,第69页。

[29] 参见王贵松著:《依法律行政:行政法的基础构造》,法律出版社2025年版,第135-137页。

从程序方面提出新的义务要求,甚至据此设定行政处罚。^[30]

由于规制对象可以自主选择是否开展自我评估,即便根据行政机关确定的评估标准,评估情况最终报请行政机关进行实质审查,对设定和实施此类自我评估适用的仍是中低规范密度的约束。换言之,具有合理性即可,如有助于提升规制对象的守法水平、减少对企业的不必要干扰等,这能够整体提高规制有效性,实现相应立法的目标。

其次,融入正当程序的基本要求。与“命令—控制”型等其他规制工具不同,自我评估集结了信息收集、事实分析、结论评定等要素,非常依赖于规制对象的配合,否则其实效性将大打折扣。与平台企业的自我优待动力相类似,^[31]规制对象的自我评估也可能会趋利避害,使其相关活动流于形式。对此,需要重申正当程序的要求,一是在设定和实施时,应当充分说明开展自我评估的理由,听取规制对象的意见,以便全面了解其在特定场景中的科学性和可行性,了解是否存在可替代的措施,或是可以采取影响程度较轻的自我评估种类。二是限定自我评估报告等材料的使用范围,以必要性为原则,除非法律法规有明确规定,否则不应将自我评估作为其他国家机关针对规制对象不利决定的事实证据,导致“自证其罪”。与自然人不同,由于企业等经济或社会组织的日常活动可能涉足多个行政管理领域,涉及多重法律关系,限定单个自我评估报告的使用范围,可以减少其顾虑。^[32]三是对于涉及重大公共利益或不可逆转风险的事项,基于利益冲突和回避的考虑,应当要求规制对象委托专业机构等第三方开展自我评估,并对评估过程和结果继续承担既有责任。

最后,完善救济机制。在多数情况下,自我评估仅是行政机关作出最终决定前的过程性活动,由于其不具有终局性,难以直接通过行政复议、行政诉讼的传统渠道获得救济,只能在最终决定如许可、处罚决定作出后,在针对该决定提起的行政复议或行政诉讼中,提出对此前行政机关有关自我评估评判的异议。因此,一是要从行政程序的完整链条来理解终局性的内涵,一旦行政机关有关自我评估的评判导致相关行政程序彻底无法推进,便应当视作寻求行政复议或行政诉讼的救济时机已然成熟。二是赋予规制对象异议权,自我评估活动本身有时并非规制的目的,其后续的行政机关再评估、自我评估报告的公开披露、基于报告的等级评定等,才是整个规制活动的重心。无论是主张事实认定错误,还是法律评价偏颇,均应当允许规制对象提出异议,通过补充新的事实证据、理由依据来纠正行政机关的错误判断。

[本文为作者主持的 2024 年度中国政法大学科研创新重大攻关项目“党政机关合设合署的效能原则研究”(24KYZD001)的研究成果。]

[30] 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室编著:《规范性文件备案审查案例选编》,中国民主法制出版社 2020 年版,第 27 页。

[31] 有关平台企业自我优待的表现和动力,参见刘晓春:《数字平台自我优待的法律规制》,《法律科学》2023 年第 1 期,第 71 页。

[32] See Robert J. Bush, Stimulating Corporate Self-regulation—The Corporate Self-evaluative Privilege: Paradigmatic Preferentialism or Pragmatic Panacea, 87 *Northwestern University Law Review* 597, 599 (1993).

The Regulatory Logic of the Self-evaluation Tool and Its Legal Adaptation

[Abstract] In the world of regulation, self-evaluation is an activity in which a subject of regulation examines and evaluates its own activities and assesses whether they comply with the requirements of specific legal norms. As a regulatory tool, self-evaluation is no longer confined to the purely internal management scenario of private subjects, but is integrated into the formulation of regulatory rules, subject to external supervision, and becomes enforceable. From the perspective of the objective pattern of self-evaluation, it can be divided into the self-evaluation of *ex-ante* access attribute and that of *ex-post* regulatory attribute according to the difference in the regulatory stage; and it can also be divided into independent and subsidiary self-evaluations according to the difference in the degree of independence. There is an affinity between self-evaluation and self-regulation theory. Different from the traditional regulatory theory centered on the government, self-regulation advocates for decentralization. Regulated objects formulate their own rules and establish self-supervision mechanisms to make their behaviors and activities conform to specific regulatory goals, thereby realizing the identity between regulated objects and regulatory subjects. At the same time, self-regulation does not reject a certain degree of influence from government regulation. Therefore, from the viewpoint of appearance, both self-evaluation and self-regulation show the identity between subjects and objects, and neither of them is a purely internal management activity; from the viewpoint of regulatory logic, self-evaluation also shares the mechanism advantages of self-regulation in terms of professionalism, efficiency, and legitimacy. However, due to the wide distribution of self-evaluation in the regulatory spectrum, it does not fully embody the principle of subsidiarity, and even constitutes a kind of obligation. As a result, it is unable to fully reflect the regulated entities and thus “jumps out” of the explanatory boundaries of the theory of self-regulation. In view of the above facts, it is necessary to relocate self-evaluation within the framework of its relationship with traditional government regulation, categorizing it into obligatory, conditional, and elemental types according to its ability to bind, and examining the legitimacy challenges faced in each scenario. The closer they are to traditional government regulatory structures and the more similar or nested they are with command-and-control tools, such as penalties and licenses, the more they are subject to basic notions of the primacy of law, legal reservations, and remedies. In shaping the rule of law towards self-evaluation, criteria should be established for selecting the normative density of the rule of law, incorporating the basic requirements of due process and improving relief mechanisms, including review, litigation, and dissent.

(责任编辑:田 夫)