

行政审批的行政法制约

关 保 英^{*}

内容提要:我国在加入 WTO 议定书中已对行政审批的法律化作出了承诺,随之而来的是将行政审批纳入行政法治的轨道,以法规范和调整行政审批行为,改变目前行政审批改革多以行政手段为之的状况,实行行政审批项目法典化、主体职级对等化、过程连续化、重大事项听证化。

关键词:行政审批 私权保护 禁止规则

行政审批对于一国的行政管理而论是不可或缺的,它是政府行政调控手段的基本组织部分,在世界各国得到广泛的运用。同时,行政审批必须是有限度且规范化的,行政法治发达的国家一般都将它纳入了行政法治的轨道。我国长期以来实行计划经济,与之相对应,政府行政系统也以管制与全面干预为行为取向,从而决定了行政审批在我国行政权行使中有泛化、不规则化的表现,这种泛化和不规则化在我国全面推行市场经济以后就有所警示,只是问题的严重程度没有引起足够的重视。2001 年末我国完成了加入 WTO 的历史任务,要求我国行政权的行使和政府法制必须和世贸组织以及发达国家的相关规则接轨,我国现行行政审批的不适已经非常突出地反映出来。《中华人民共和国加入世界贸易组织议定书》已就有关行政审批事项在多处作出承诺,如第 7 条第 4 项规定:“进出口禁止和限制以及影响进出口的许可程序要求只能由国家主管机关或由国家主管机关授权的地方各级主管机关实行和执行。不得实施或实行不属国家主管机关或由国家主管机关授权的地方各级主管机关实行的措施。”^{〔1〕}同时世贸组织相关规则对成员国的行政审批也作了严格规定,如《进口许可程序协定》第 1 条第 6、7 项规定:“申请程序和在适用情况下的展期申请程序应尽可能简单。应允许申请者有一段合理的期限提交许可证申请。如有截止日期,则该期限应至少为 21 天,并应规定如在此期限内未收到足够的申请,则该期限可以延长。申请者应只需接洽与申请有关的一个行政机关。如确实不可避免而需接洽一个以上的行政机关,则申请者应无需接洽三个以上的行政机关。”^{〔2〕}这些规定对国内行政审批是一个巨大挑战。

* 华东师范大学教授。

〔1〕 全国人大常委会办公厅公报编辑室:《中国加入世界贸易组织法律文件及有关国际条约》,中国民主法制出版社 2002 年版,第 9 页。

〔2〕 石广生:《中国加入世界贸易组织知识读本——乌拉圭回合多边贸易谈判结果:法律文本》,人民出版社 2002 年版,第 272 页。

对于政府法制系统和行政系统而言,有效规制行政审批已成为当务之急。事实上,我国中央政府和一些地方政府正在下功夫解决行政审批中的不规范等具体问题。^[3]遗憾的是,从解决行政审批的方式、方法看,在诸多方面似乎是不够理性的,至少没有将行政审批问题的解决与行政法治紧密地结合起来,正是基于这样的状况笔者认为有必要探讨行政审批的行政法制约问题,并期望通过这样的探讨对呼之欲出的行政许可法有所裨益。

一、行政审批的性质与类型

所谓行政审批^[4]是指政府行政系统在特定当事人的请求下对法律禁止的状态或法律不予许可的状态赋予其是否在广延领域内取得权利或利益的行政行为。行政审批具有广义和狭义之分,广义的行政审批既包括行政系统内部低层行政机关对高层行政机关请求行为的审批,又包括对行政相对人请求行政主体获得某种权益的行为之审批。狭义的行政审批仅指特定行政相对人请求行政主体获得某种权益的行为,本文对行政审批的研究限于后者。行政审批中的当事人指请求权益的主体,这些主体有个人和组织两种类型。个人指单个公民请求一定权益的情况,组织则指法人、社团请求权益的状况。个人请求权益的状况在行政法中大多是以行政许可的形式出现的,也就是说行政审批中的当事人主要是以组织、社团身份出现的特定行政相对人,而不是单单作为个人而出现的当事人;在行政许可中也有行政审批行为,但这种审批基本上是对具体权利的审批,^[5]是附着于个人对某种单一事项提出请求的审批,而本文所指的行政审批中的权益是存在于广延领域内的事项,其涉及的权利内容和影响的强度都要大得多。我们经常谈到的行政审批基本上都是对重大项目等的审批,而不是单单对某一个别权利的许可。行政审批存在于法律禁止的状态和尚未许可的状态两种情况之下,前者指法律本来对某种权益的取得设立了禁止规则,若要取得权利必须由有权的行政主体对禁止状态予以解除。后者指法律未允许个人和组织从事某种活动,其在未许可的情况下要取得权益必须首先取得行政主体的认可方有资格为特定行为。随着民主进程和行政法治化水平的提高,行政审批应当多见于前者,而不应当多见于后者。^[6]上列诸点是行政审批概念的本质属性。行政审批从其法律属性看,有下列若干方面。

其一,行政审批具有政府管制性。现代政府在进行管理时可以有两种模式,即“或者将有关公民与政府之间关系的问题和公民之间的问题截然分开;或者将两种问题看成同一事物的两个

[3] 例如,2001年11月30日浙江省人民政府发布了《浙江省人民政府关于公布省级政府部门审批事项减少和保留目录的通知》规定:“省级政府部门结合政府机构改革和职能调整,对原有的行政审批事项进行了规范。50个部门(含具有审批事项的非政府部门)共减少审批、审核、核准等总事项1277项,其中审批事项减少869项,减少幅度分别为50.6%和58%,达到了省政府提出的减少两个三分之一的目标;保留的审批事项628项。省政府同意省级政府部门提出的上述减少和保留的审批事项,现予以公布,请各地有关部门组织实施。”参见《浙江政报》2001年第4期。据笔者了解,各地基本上都是通过这样的行政手段改革行政审批制度。

[4] 在行政法学界,关于行政审批尚无系统化的定义,这主要是因为在我国学者建构的行政行为体系中没有将行政审批作为一个与其他行政行为相平行的概念,而是作为附着于一定行政行为的环节性概念,有的将其附着于行政内部行为中,即上下级之间的请示汇报行为中,有的将其归于行政许可行为中,或者在上列两个单独的行政行为中研究行政审批。

[5] 参见刘莘:《行政法热点问题》,中国方正出版社2001年版,第162页。

[6] 行政审批应当在法律规范设定的禁止状态下确定,这是现代民主法治发展的必然,而不能够是没有准许行政相对人做的都要去审批。

分支。”^[7]在第一种情况之下,政府所要作的事情仅仅是应当由政府所作并属于行政权范畴的事情,而在第二种情况之下,政府与公民或其他组织的权益难以分开。在西方自由市场经济的条件下,尤其在资本主义自由市场经济发展的初期,政府大多采取宏观调控,即把政府行为限制在对私权进行引导和保护的范围之内,此种情况下的政府管理以指导和引导为主。在实行一体化权力和计划经济体制的国家,政府与市民社会的关系常常分得不够清楚,或者说,政府有权对属于私权范围的活动行使行政权力,我们把政府进行全面干预的此种管理模式可以叫做政府管制。进一步讲,政府管制在一定的国家形态和一个国家一定的历史阶段可能是一种必要的选择。然而,在以市场经济为主导的社会经济制度之下,政府管制则不能是一个被完全肯定的东西。行政审批最为本质的属性就在于它是一种政府管制,即它是以公权的形式干预属于市民社会范围的东西,属于特殊形态的私权范畴的东西。因为,它突出的是政府对社会生活,尤其对经济活动具体范围等的决定,如《中华人民共和国台湾同胞投资保护法实施细则》第10条规定:“设立台湾同胞投资企业,应当向对外贸易经济合作部或者国务院授权的部门和地方人民政府提出申请,接到申请的审批机关应当自接到全部申请文件之日起45日内决定批准或者不批准”,非常明确地肯定了有关行政部门对此一事项的管制权。“行政许可在现有的污染者(免费或者收一定的费用)中分配,或者可以通过拍卖或抽签的方式,在更广泛的申请者中间分配,……一旦许可证开始分配,它们就会被转让,就会作为一种官方建立的污水排放收费自由市场的等同物而发挥作用。正象污水排放收费制度一样,一种可出售的许可证制度就是提供一种持续的减少污染的鼓励,因为持有许可证就会占用资金,占用的资金又通过出售没有必要的许可证而获得解脱。”^[8]这是对许可审批方式在政府管制中发挥作用的描述。行政审批的政府管制性是非常重要的,因为它最终决定着政府行政系统对市场运行的态度。

其二,行政审批具有行政监控性。“不论我们可能如何坚持行政部门应该无条件服从人民的意向,我们都不应主张它同样迎合立法机构中的情绪。立法机构有时可能站在人民群众的对立面,有时则与人民群众可能完全保持中立。在这两种情况之下,行政部门肯定应该处于敢于有力量、有决心按照自己意见行事的地位。”^[9]就是说,行政权行使中的权威性是不能怀疑的,其对社会生活在诸多方面可以进行监控,可以对诸多社会生活事务设计运行的模式,其中行政审批就具有这样的属性。我国法律规范在设立行政审批事项时亦常常赋予了行政机关这样的监控权限,如《中华人民共和国海洋环境保护法》第43条规定:“海岸工程建设项目的单位,必须在建设项目可行性研究阶段,对海洋环境进行科学调查,根据自然条件和社会条件,合理选址,编报环境影响报告书。环境影响报告书经海洋行政主管部门提出审核意见后,报环境保护主管部门审查批准。”行政审批所体现的行政监控性是对行政管理权的一个肯定,因为这种监控是在法定权限范围内的监控。

其三,行政审批具有秩序维护性。行政审批的来源有两个方面,一是由一国立法机关设计的行政审批事项,如《中华人民共和国高等教育法》第29条规定:“设立高等学校由国务院教育行政部门审批,其中设立实施专科教育的高等学校,经国务院授权,也可以由省、自治区、直辖市人民政府审批……。”二是由一国行政机关设立的行政审批事项,如《营业性

[7] [英]彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社1990年版,第43页。

[8] [美]罗杰·W. 芬德利、丹尼尔·A. 法伯:《环境法概要》,杨广俊等译,中国社会科学出版社1997年版,第96页。

[9] [美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1989年版,第364页。

演出管理条例》第 14 条规定：“申请设立演出经纪机构，应当按照国家规定的审批权限向省级以上人民政府文化行政部门提出申请；经审核批准的，取得《营业性演出许可证》……。”尽管行政审批设立来源有上列两个方面，但其实质却是一致的，即对社会秩序的维护，这是行政审批最基本的属性之一。“每一社会秩序、每一社会——因为社会不过是一个社会秩序——的功能，就是促成人们的一定的互惠行为；使他们不作出根据某种理由被认为有害于社会的某些行为，并使他们作出根据某种理由被认为有利于社会的其他行为。”^{〔10〕}行政审批所涉及的事项都是若干主体相互作用的关系形式，行政审批的基础在于使这些关系形成一种理性的关系模式，而此种模式的建立就是对社会秩序的一种维护。应当说明的是，社会秩序是一种由法律设计并法律化了的秩序，而不是纯粹由行政手段设计并行政化了的秩序，在对行政审批进行研究时，必须把行政秩序和法律秩序区别开来。

其四，行政审批具有利益保护性。行政审批的内容既有物质的成分，又有精神的成分，属于经济权范畴的行政审批都具有物质内容，属于非经济权范围的行政审批都或多或少具有精神内容，因此，行政审批与利益的保护有着直接关系。日本行政法学家室井力关于“医事卫生许可”意义的解释对理解行政审批的权利保护有启迪作用。“所谓卫生许可是解除医事卫生法规规定的对自由权的一般性禁止的行政处分。具有对从事医事卫生业务者颁发各种执照（医师、护士、保健妇的执照）和为执行医事卫生业务的设施和物的许可（药品制造、贩卖、药店开放、饮食店营业等的许可）。在判断给予卫生许可要件时，传统行政法学认为行政厅未被赋予裁量权。但是，今天医事卫生行政必须看成是积极行政，而不应视为消极行政。”^{〔11〕}行政审批机关为什么在医疗事项的行政审批中不是消极行政行为而是积极行政行为，就因为行政审批背后所涉及的是深层次的国民权益关系。一方面，行政审批的前提是法律存在的禁止状态或法律未予许可的状态，这种禁止状态和未予许可的状态在正常动机的情况下是对国家利益或社会利益的一种保护。如《广州市野生动物保护管理若干规定》第 10 条规定：“任何单位和个人未经市野生动物行政管理部门批准，不得加工制作、经营国家和省重点保护野生动物的皮张及其他产品。”这一禁止性规定是从保护社会公共利益出发的。另一方面，行政审批行为是对一定利益关系的分配，即个人、组织或其他社团在通过行政审批取得某一特定领域的营业权等的同时，获得了此方面的利益。除国家利益、社会利益、行政相对人利益外，行政审批中还有行政主体的利益，尤其在行政主体设立的行政审批事项中其利益关系更加明确。^{〔12〕}我们认为，行政审批中的利益关系是以国家利益和行政相对人利益的保护为根本的，行政主体的利益只有在与国家利益、社会利益一致时才有进一步保护的必要，否则，则会使行政审批以各种形式的狭隘利益保护为根本。

如果说行政审批的概念和性质是对行政审批基本内涵的揭示的话，那么，行政审批的类型则是对行政审批外延的揭示。我国的行政审批制度在行政法体系中占有非常重要的地位，它既是我国部门行政管理法的一个重要特征，又是我国行政系统进行行政管理所不可缺少的

〔10〕〔奥〕凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 15 页。

〔11〕〔日〕室井力主编：《日本现代行政法》，吴徽译，中国政法大学出版社 1995 年版，第 392 页。

〔12〕如《湖北省水利建设基金征收使用管理办法》在设定了诸多审批事项后规定：“从收取的政府性基金（收费附加）中提取 3%，应提取水利建设基金的政府性基金（收费、附加）项目包括：公路养路费、公路建设基金、车辆通行费、公路运输管理费、与中央分成的地方电力建设基金、公安和交通等部门的驾驶员培训费、市场管理费、个体工商业管理费、征地管理费、市政设施配套费。”

法律手段。前者主要是说,我国目前的部门行政管理法百分之九十九以上都与行政审批制度有关,都不同程度地存在行政审批的内容,由行政机关制定的部门行政管理法是如此,由立法机关制定的部门行政管理法也是如此。2000年1月30日国务院发布的《建设工程质量管理条例》第11条规定:“.....施工图设计文件未经审查批准的,不得使用”,是一个典型的由行政部门制定的部门行政管理法规范对行政审批事项的设定。《中华人民共和国高等教育法》设定的行政审批则是一个典型的由立法机关制定的部门行政管理法对行政审批的设定。而就是通过立法设定行政审批的情况而言,我国绝大多数行政审批事项都出现在地方立法中。^[13]后者是说,我国政府行政系统由于长期重视对经济和社会生活的干预,行政审批便成了行政权行使中运用最多的手段。行政管理规范性文件对行政审批的设定就是例证。对行政审批的类型进行概括非常困难,因为一旦没有恰当标准就有可能疏漏我国行政审批的类型。应松年教授在概括《美国联邦行政程序法》中行政许可的特点时指出:“在20世纪60年代以前,公民的利益被分为权利和特权两种,权利受正当法律程序的保护,特权则除非创造此项特权的法律特别规定受正当法律程序保护才受正当法律程序保护,否则,政府可以不经正当法律程序而随意取消。执照和特许等许可证一直被认为属于特权领域不受正当法律程序的保护,政府可以任意撤消,不受正当法律程序的限制。法院则将个人领有的职业执照分为二类,对于受社会尊重而又需要专门学问的职业如律师、医师、建筑师等执照认为是个人权利,受正当法律程序的保护;而其他许多职业执照如出售烈性酒、啤酒、经营弹子房和舞厅等执照属于个人的特权,不受正当法律程序的保护。20世纪60年代以来,随着政府角色由消极管理者向社会福利提供者转化,特权理论越来越受到批评,许可证和社会福利津贴等被称为‘新财产’(New Property),属于权利,应受正当法律程序的保护。”^[14]这表明,在美国有关行政审批的分类是法律上的分类,即法律规则确定了行政审批事项的类型,且法律规则对行政审批类型的划分随着社会的发展也不断发展,使法律上的行政审批类型有强烈的时代色彩。这些分类方式对我国行政审批的分类都有借鉴意义。笔者试从下列方面予以概括:

第一,法律性行政审批与行政性行政审批。依行政审批的决定权和表现形式可以将行政审批分为法律性行政审批与行政性行政审批。行政审批是对国家行政管理事务的必要限制,作为一种限制就必然有相应的限制主体,即谁可以作出这样的限制。行政事务是国家事务的范畴,作为国家事务的决定者首先是国家意志的表达者,在绝大多数情况下行政审批都应当由立法机关决定,我们将立法机关决定的行政审批叫做法律性行政审批。如《中华人民共和国国民经济和社会发展第十个五年计划纲要》就设定了许多行政审批和行政禁止事项。^[15]“加强草原保护,禁止乱采滥垦,严格实行草场禁牧期、禁牧区和轮牧制度,防止超载过牧。加大海洋资源调查、开发、保护和管理力度,加强海洋利用技术的研究开发,发展海洋产业。”^[16]法律性的行政审批还可以从其渊源上表现出来,换句话说,法律性的行政审批的法律规范形式是全国人民代表大会制定的基本法和全国人民代表大会常务委员会制定的一般

[13] 地方立法的绝对数量大于中央立法,而每个地方立法中都几乎有不同程度的行政审批事项,因此,我们说我国行政审批的事项大多数存在于地方立法中。一些不能制定地方立法的行政机关也有广泛的设定,如上海浦东现有行政审批事项724项。参见《行政与法制》2001年第12期。

[14] 应松年主编:《行政程序立法研究》,中国法制出版社2001年版,第404页。

[15] 行政禁止事项尽管不是明确的行政审批,但其常常导致行政审批事项的发生。

[16] 朱镕基:《中华人民共和国国民经济和社会发展第十个五年计划纲要》,人民出版社2001年版,第66页。

法。与法律性行政审批相对应,行政性行政审批的决定权是政府行政系统,如国务院关于对实行行政处罚权相对集中试点城市资格的审批决定。行政性行政审批其在渊源上看是以行政法规或其他规范性文件的形式决定的。法律性行政审批与行政性行政审批的分类有较大的理论意义,它可以使我们对行政审批制度进行规范时进行有效取舍,如行政性行政审批在目前的行政法规范体系中占的比重过大,今后应强化法律规范对行政审批的决定权等。

第二,禁止性行政审批与许可性行政审批。依行政审批的法理基础可以将行政审批分为禁止性行政审批与许可性行政审批。在法学基础理论中,若法律规则牵涉到当事人的权利,便有法律禁止的任何人不能做和法律尚未许可的任何人不能做的两种选择模式。前者指法律对某种状态作出了禁止性规定,此时有关的当事人就失去了与禁止状态有关的权利,如《中华人民共和国渔业法实施细则》第20条规定:“禁止使用电力、鱼鹰捕鱼和敲船作业。在特定水域确有必要使用电力或者鱼鹰捕鱼时,必须经省、自治区、直辖市人民政府渔业行政主管部门批准。”当然,在行政法上行政禁止可以分为可欲性行政禁止与不可欲性行政禁止,^[17]只有在可欲性行政禁止的情况下,当事人才可以通过行政审批取得相应权利。我们把行政相对人通过解除禁止状态的行政审批而能够取得相应权利的情况叫做禁止性行政审批。许可性行政审批是指法律虽然没有规定禁止状态,但也没有规定许可状态,相对人若要取得未经许可状态下的权利就必须通过行政审批这一法定程序。如法律规则没有禁止设立文艺团体,但某个当事人若要设立文艺团体便必须经过行政审批这样的程序才能取得设立文艺团体资格。此一分类对于我们选择我国行政审批制度的模式有巨大好处,依现代法理精神或法治理论的要求,法律未予禁止的状态,公众都可以作,只有在法律禁止的状态下公民才不可以作,依该理念我国行政审批不应以许可性行政审批为主,而应以禁止性行政审批为主,就是说,法律或法规应重点解决行政禁止的问题,并根据行政禁止的状态确定行政审批的内容。

第三,管理权的行政审批与请求权的行政审批。依行政审批的运作动力可以将行政审批分为管理权的行政审批与请求权的行政审批。我们常常认为行政法是在行政主体的管理行为与行政相对人的个人行为之间进行运作的。此二方面的有机结合构成了行政法关系的运作过程,这一原理无疑是正确的。然而,在行政法治实践中问题常常不是这么简单,我们也不能将问题这样简单化地进行处理。行政法关系的形成要么是由行政主体决定而发动的,要么是由行政相对人决定而发动的,两种不同的起因都可引起行政法关系的产生、变更和消灭。传统行政法理论中仅认为行政主体有权决定行政法关系产生、变更和消灭的说法有一定的片面性。^[18]对一个行政审批事项而言,情况也是如此,即有些情况下,行政审批是由行政主体发动而产生的,如《中华人民共和国城市房地产管理法》第10条规定:“县级以上地方人民政府出让土地使用权于房地产开发的,须根据省级以上人民政府下达的控制指标拟订年度出让土地使用权总面积方案,按照国务院规定,报国务院或者省级人民政府批准。”此条规定的行政法关系中尽管有房地产开发者这一行政相对人,但此条规定的行政审批事项却是由行政主体发动的。还如《上海市化学危险物品生产安全监督管理办法》第11条规定:“新建或者旧地改建、扩建小型化学危险物品生产企业的,应当向注册地的区、县人民政府指定的部门提交下列文件……区县人民政府指定的部门应当组织公安、卫生、技监、环保、规划等部门

[17] 参见关保英:《论行政法上的行政禁止》,《法学评论》2001年第5期。

[18] 参见张淑芳:《行政法关系单方面性的理论审视》,《法律科学》1999年第5期。

门进行审议。新建、改建、扩建大中型化学危险物品生产企业，按照国家有关法律、法规规定进行审批。”此条规定的行政审批事项只有在行政相对人依请求权的发动下才可以成立。在我国行政法律制度中，这两种行政审批都是存在的，从数量上看，依请求权而发动的行政审批要多一些，这主要是行政法规范在我国以对行政相对人的私权管制为主。

第四，经济性事项的行政审批与社会性事项的行政审批。依行政审批的实体内容可以将行政审批分为经济性事项的行政审批与社会性事项的行政审批。凡行政审批涉及经济内容我们就将其称之为经济事项的行政审批，凡行政审批涉及经济事项之外其他内容的就是社会性事项的行政审批。行政审批与行政管理权的范畴密不可分，由于现代社会中行政管理权的范围越来越广，故而，行政审批的范围也越来越广。但是，随着社会的不断发展，行政审批所涉及的内容也在不断发生变化。以我国为例，建国初期，国家的主要任务是建立各种各样的社会管理秩序，理顺各个方面的社会关系，此时的行政审批也以非常广泛的社会事务为主，如文化性事务、卫生性事务、社会保障性事务等。后来随着将工作重点转移到经济建设方面，行政审批也以经济事务为主，尤其在计划经济体制之下，经济事项的行政审批占有非常大的比重。如1988年制定的《中华人民共和国私营企业暂行条例》第16条规定：“私营企业分立、合并、转让、迁移以及改变经营范围等，应当向工商行政管理机关办理变更登记或者重新登记。”

二、行政审批行政法制约的界定

所谓行政审批的行政法制约是指将行政审批纳入行政法治的轨道，使行政审批成为行政法律制度中的基本问题的一种法律行为。正如朱镕基总理指出的，“进一步改革和减少行政审批，必须审批的也要规范操作，简化程序，公开透明，明确责任。”^[19] 我国的行政审批制度和有关的行政审批项目需要进行调整和改革。对它进行调整和改革可以有两种可供选择的手段，^[20] 一个是运用政策和行政命令的手段，即通过执政党的政策和国家的大政方针以及行政系统的纯行政手段进行调整，如强行缩减行政审批的项目，改变目前行政审批的程序等；另一个是运用法律手段，即通过行政立法和相关的行政法治手段对目前的行政审批制度进行调整和改革。我们认为，对行政审批进行行政法上的制约和控制首先要求对行政审批进行改革必须选择法律手段，而不是选择政策和行政命令的手段。如果通过政策和行政命令的手段对行政审批进行调整和改革就不能认为行政审批受到了行政法的制约。另则，行政审批作为一个机制可以存在于法律领域，成为一个规范化的行政法律制度问题。显然，行政审批的行政法制约就是要将行政审批限定在行政法治的轨道内，使行政审批的机制成为一种法律机制而不是一种行政机制。上列两方面是我们领会行政审批行政法制约的基本点，若细而论之的话，行政审批的行政法制约应当有如下含义。

其一，行政审批的行政法制约是对行政审批提供法律渊源的状态。行政审批在行政管理实践中的运作与行政权有机联系在一起，它与行政权的关系表现在两个方面：一是行政审批是

[19] 朱镕基：《政府工作报告》，人民出版社2002年版，第32页。

[20] 对政府审批制度的改革学界存在不同的看法，有人认为应对现有的审批逐个进行审查和废止；有人认为应首先废止所有的行政审批，然后由政府机关逐个论证需要设立的审批；还有学者认为只有人民代表大会可以设立审批，行政法规和规章不得设立审批。参见《行政法学研究述评》，《法学研究》2002年第1期。

行政权运行的依据,即是说宪法或者法律规则设定了行政审批的事项,行政主体在行政权行使中依宪法和法律设定的审批事项履行某一方面的行政管理职能。例如,澳大利亚宪法(1991年4月30日修订)第91条规定:“本宪法不禁止各州扶植或奖励金矿、银矿或其他矿业,也不禁止各州在得到联邦议会两院同意后,扶植或奖励货物的生产和出口。”^[21]这是一个从确权的角度对行政审批规则的限制,这一限制同时成为州行政机关活动的依据,在上述领域行政主体基本上丧失了行政审批的权限,这是对行政审批的反向制约。当然,行政审批的法律渊源主要体现在宪法的下位法律规则中。《中华人民共和国民用航空法》第178条规定:“……变更班期时刻或者飞行计划,其经营人应当获得中华人民共和国国务院民用航空主管部门的批准;因故变更或者取消飞行的,其经营人应当及时报告中华人民共和国国务院民用航空主管部门。”此条就是国务院航空主管部门在外国人营运、变更营运、取消营运等方面审批权的一个依据。作为一种依据,它为行政机关提供了履行审批职能的规则,进而提供了行政权行使的规则。二是行政审批是行政权运行的结果。在这种情况下,行政审批的事项是由行政系统发动并决定的。上述第一种情况下,行政审批的渊源是法律,而在第二种情况下,行政审批的渊源则不能被视为是法律,因为它是行政权发生作用的结果。我国目前的行政审批制度中,后者占的比重要远远大于前者。^[22]在后者的情况下,行政审批或者无法律渊源,或者法律渊源不甚明确。那么,行政审批的行政法制约就是要为行政审批事项提供法律渊源,使成为行政审批的事项或者有直接的法律依据,或者有间接的法律依据。^[23]

其二,行政审批的行政法制约是对行政审批进行法律定性的状态。行政审批的法律属性到目前为止还没有一个肯定的说法。首先,从行政审批的理论探讨看,有人认为行政审批是一种法律行为,即是能够对行政主体和行政相对人两方面发生法律效力的行为,其必须依据法律规范而为之。其在运作过程中虽以行政机关为主体,但行政机关只是行政审批的承担者,而在行政审批过程中不能够是绝对主动的,其不能在行政审批过程中处分自己权力的行为就可以证明这一点。另有一些人则认为行政审批是一种行政行为,即由行政主体单方面发动决定的行为,认为行政机关在整个行政审批过程中有至高无上的地位,其既可以减少行政审批的事项又可以简化行政审批的手续的事实就可充分证明行政主体在行政审批中的主导地位,这种主导地位印证了行政审批是一种行政行为而不是法律行为。还有人认为行政审批仅仅是行政法中的事实行为,即是某一行政行为中的一个环节,而不具有独立的价值,如有人将行政审批行为归入行政许可的范畴之内,认为行政许可可以与行政处罚、行政奖励等行为相并列,而行政审批行为则不能与这些具有独立价值的行政行为相并列,^[24]是为了完成行政许可行为而采用的一个具体手段。其次,从行政法规范以及相关规则对行政审批的确定来看,行政审批在行政法渊源层次的每一级别上都存在,而行政管理规范性文件或者一些政策性文件也常常有行政审批事项的规定。就是说,目前我国的行政审批既缺乏理论上的正确解释,更没有法律上的准确性,处于

[21] 萧榕主编:《世界著名法典选编(宪法卷)》,中国民主法制出版社1997年版,第54页。

[22] 我国行政立法与立法机关制定的行政法文件的比例基本上是4:1,这还不算行政管理规范性文件的数量,而行政立法和规范性文件中一般都有行政审批事项的设定,因此,由行政系统确定的行政审批的事项要远远大于立法机关确定的行政审批事项。

[23] 我们认为规章和行政法规在设立行政审批事项时必须从上位法律规范中找到依据,因为行政立法本身就是一种委托立法或授权立法,其必须在授权或委托的范围内确定禁止和许可的事项,否则则会构成越权。

[24] 参见前引[6],刘莘书,第150页。

极度的混乱状态中。行政审批的行政法制约就是要对行政审批在法律上作一个具体的定性,并在行政法治中有一个合理的定位。各国法律规范虽然还没有一个行政审批定性的专门规定,然而,从各国各地区对行政审批的行政法约束来看似乎将其既视为是一种行政职权,又视为一种行政行为。作为行政职权,在相关的实体法中规定了行政主体可以进行行政审批的条件和具体事项,如澳门出版法第15条的规定确立了新闻司在出版事项行政审批中的职权,同时为这一职权的行使规定了各种条件和范围。作为行政行为,其在有关的行政程序中规定了行政主体履行审批行为的程序要件。日本行政程序法第21条规定:“行政机关基于法令将为许可、认可、认许、特许等,应预先规定‘许可等’申请之手续。许可准则及其他为施行法令之必要事项,并公告之,行政机关变更‘许可准则等’时亦同。但‘许可准则等’之规定有显著之困难时,或认为‘许可准则等’之公告对公共安全或其他公共福利有显著之危害时,不在此限。”^[25]大多数国家的行政程序法设专章或专节对行政审批程序作了规定,这样的规定是将行政审批定性为具体行政行为的。

其三,行政审批的行政法制约是对行政审批设计法律程序的状态。无论由法律规范决定的行政审批,还是由行政权决定的行政审批,一旦被确定为行政审批的事项就必然与行政主体、行政相对人、行政利害关系人的权益有关。说它与行政主体的权益有关是说行政审批关系到行政机关的职权行使,说它与行政相对人、利害关系人的权益有关是说行政审批必然会影响到其物质利益和精神利益。正是由于行政审批具有实质性的内容,牵涉到实体方面的权利义务,其必须受到有关程序规则的制约。目前我国的行政审批制度在绝大多数情况下是政府行政系统采用的手段,尚未成为一个规范化的法律用语,也正是由于这一点,行政审批的实体规则似乎多于程序规则,即法律和其他行政法规范在设定行政审批事项时,重在设定行政审批的实质内容,而对行政审批的具体环节规定不多,一些行政审批事项基本上无规则可循。西方国家行政法对行政审批的制约首先是行政程序法对审批程序规则的规定,如行政主体对于行政审批事项在未予许可的情况下有说明理由的义务,葡萄牙行政程序法(1996年1月31日修改)第124条对此作了明文规定,行政机关“以任何方式全部或部分否认、消灭、限制或损害权利或受法律保护的利益,课予、加重义务、负担”的行政行为都应说明理由。^[26]其次在行政实体法中也规定了较为详密的程序规则。在这个意义上,行政审批的行政法制约就是要将以实体规则出现的行政审批纳入程序规则的轨道,且被纳入程序规则的行政审批是法律化了的程序规则,而不是法律规则以外的程序规则。

其四,行政审批的行政法制约是对行政审批总量进行减少的状态。我们认为行政审批存在的基础有两个方面,一个方面是政府确立了某种禁止状态,若要解除这种禁止状态,行政相对人就必须有请求性的行为,而行政系统对相对人请求的审查并进而解除这种状态的全过程就是行政审批。如国家有关法律规范作出了禁止进行野生动物交易的规定,在一般情况下野生动物不能成为交易的对象,如果某一行政相对人要取得野生动物的商业经营权就必须通过行政审批而取得资格,相对人请求解除这一禁止状态的行为和行政机关的审查行为就是此一范畴的行政审批。另一方面是国家法律尚未允许一般社会成员可以经营某种事项或取得相应权利,若要取得必须经行政机关的许可。当然,第二种类型的行政审批是法制尚未民主化的一

[25] 应松年主编:《外国行政程序法汇编》,中国法制出版社1999年版,第336页。

[26] 参见应松年主编:《外国行政程序法汇编》,中国法制出版社2001年版,第505页。

种体现。^[27]此二方面均说明,在行政审批事项中,有着明显的政府管制色彩,以行政相对人或者一般公众来讲,行政审批是一种对其权利行使进行限制的状态。由此我们可以得出结论,行政审批的事项越多政府管理的范围也就越多,行政审批的事项越多政府对经济和社会生活干预的程度也就越深,行政审批的事项越多公众的权利范围就越窄。所以,西方国家都由管制型政府向非管制型政府过渡,“非管制型政府相对于政府作用和政府雇员的激励机制而言是最积极的一种形式。该模式有两条基本主张:第一条认为,政府是社会中的一种进步力量;第二条认为,政府不去干预,政府雇员将会做好自己的工作,用一种虽然不完美但很合理的方式为公众提供服务。非福利型政府认为,一系列规章制度和管理条例给政府管理造成的束缚是妨碍政府效率的主要因素,而不是提高政府管理水平的一种手段。”^[28]萨比诺·卡塞斯在阐述近来意大利的行政改革时讲到:“为了加强行政改革,有关行政程序的法律重新得以修订,……尤其是 70 个条例的通过意义重大,它针对某些行政事务简化了约 100 项程序,涉及到公共支出,办公用品与服务的购买、土地征用、国家定点的工程、发放驾驶执照等方面。这种全面的行政程序简化在迟到了 14 年之后,最终得以实现。”^[29]意大利所进行的行政改革实质在于对行政审批的缩减。而目前我国行政审批的数量是巨大的,如上海浦东新区,仅仅是一个区县级单位,其行政审批的总量已经达到 724 项,^[30]而省、市级、国务院以及法律所确定的行政审批事项还没有包括在其中。行政审批总量在我国的膨胀使人们一谈起对行政审批制度的改革就想起对行政审批事项进行减少这一改革方式,这虽然有些极端,却从深层反映了行政审批的实质。我们认为,行政审批的行政法约束从实际效果看就是要大幅度减少行政审批的总量。

三、行政审批行政法制约的现状分析

行政法对行政审批的制约可以从宏观、中观、微观三个范畴进行分析,从宏观上讲,一国行政法治的状态对行政审批的制约有一定影响。我国行政法治的水平相对而言不算太高。在 20 世纪 90 年代中期以前,我国行政法中所追求的是行政法制,即相应的行政法律制度,用国家制定的行政法规范管理社会事务、文化事务等方面的部门管理规则,我国的行政法在此之前一直被认为是管理法就是例证。行政法治的概念是 90 年代中期以后才提出来的,伴随着将“实行依法治国,建设社会主义法治国家”写进宪法条文,依法行政,依法规范行政权力的概念才被提了出来。显然,在行政法治状态下行政审批必然是政府行政权行使的重要手段,且这一手段被诸多部门行政管理法规范所认可。对行政审批进行约束是行政法治概念的一个组成部分,而在我国行政法治还不发达的情况下,行政法对行政审批制约也就当然不得力了。^[31]从中观上分析,行政法体系中各种规范的构成比例

[27] “在适当的社会制度下,个体在法律上具有做他所意愿的任何行动(只要他不去伤害其他人的权利),而政府官员是受其职能的法律所限制的。”也就是说,政府机关只能做法律允许做的,而个体只要法律不禁止什么都可以做。参见:[美]爱因·兰德:《新个体主义伦理学》,泰裕译,上海三联书店 1993 年版,第 111 页。

[28][29] 国家行政学院国际合作交流部编译:《西方国家行政改革述评》,国家行政学院出版社 1998 年版,第 4 页,第 166 页。

[30] 《本市第二批取消、不再审批的行政审批事项目录》,《上海市人民政府公报》2002 年第 6 期。

[31] 我国行政法规范中以公众和与公众事务有关的事项为规制对象的行政法规范占绝对多数,以行政主体为规制对象的行政法规范少之又少,而一些行政法规范中既有控制行政权的内容,又有规范行政相对人的内容,但对行政主体的规范是十分稀少的,如《中华人民共和国人民币管理条例》中关于行政相对人的法律责任有 10 余处,而关于行政主体的法律责任只有一处。

对行政审批制约会有一定影响。在我国目前的行政法体系中,诸种法律规范之间的比例还不十分协调,以我国近年来的行政立法为例,大多限制在对制裁性行政行为的规制中,限制在对行政救济的规制中。可见,从中观方面的分析也表明我国行政法对行政审批制约的不足。再从微观方面看,目前制定的有关的行政程序规则还没有具体到对行政审批作出具体规定的程度,而具体的审批规则,如行政许可法等还一时不能到位。总之,行政法对行政审批的制约还存在巨大的疏漏,对此我们可以作出更进一步的分析。

第一,从行政禁止的广泛性看行政审批行政法制约的不足。法律在对社会关系进行调整时常常通过禁止和许可两种手段实现。前者指法律设定禁止事项,不允许相关的主体在此方面获得权利,法律规范通过确定社会关系的形式达到禁止状态。后者指法律允许或鼓励法律关系主体为一定的行为,这些主体通过所为的行为获得利益。这两种手段是现代社会中进行法律调整所必须的。由于行政权在现代社会中的日益膨胀,禁止便以两种形式出现,即法律上的禁止和行政上的禁止。法律上的禁止是指以法律手段设定的禁止,如《中华人民共和国海上交通安全法》第19条规定:“船舶、设施有下列情况之一的,主管机关有权禁止其离港,或令其停航、改航、停止作业:一、违反中华人民共和国有关的法律、行政法规或规章;二、处于不适航或不适拖状态;三、发生交通事故,手续未清……”行政上的禁止是指以行政手段或者由行政权确定的禁止状态。享有行政立法权的机关设定的禁止状态和不享有行政立法权的行政机关设定的禁止状态都属于此类。行政禁止越多属于行政范畴内的审批事项就越多,若行政上的禁止没有具体的法律依据,其就是不规范的,与之相关的行政审批事项就没有得到法律的有效控制。目前我国行政主体设定的行政禁止事项非常之多,以致于属于行政范畴的禁止事项多于法律范围的禁止事项,这表明行政法对行政审批制约程度的不足。

第二,从行政许可的不规则性看行政审批行政法制约的不足。“行政许可是指行政机关根据相对人的申请,以书面形式作出决定允许相对人从事某种活动或使其获得从事某种活动的行为能力和资格的行为,行政许可在法律法规上的表现形式,主要有许可、认可、审批、批准、核准等。”^[32]“行政许可太多、太滥,一是谁都在设许可,乡政府、县政府在设,有些内设机构也在设。二是什么事都要设行政许可,一说行政管理,就是要审批。三是实施行政许可环节过多、手续繁琐、时限过长,老百姓办事很难。四是重许可、轻监管或者只许可、不监管的现象比较普遍,市场进入很难,而一旦进入却又无人监管。五是有些行政机关利用行政许可乱收费。六是行政机关实施行政许可,往往只有权力,没有责任,缺乏公开、有效的监督制约机制。”^[33]究其原因,首先,我国还没有一部完整的行政许可法,故而没有行政许可的完整的程序规则。目前我国的行政许可都反映在部门行政管理的法律规范之中。因此,行政许可在行政法中非常混乱。每一个行政许可的背后都有一个相应的行政审批行为,也就是说行政许可越多行政审批也就必然越多。如果每一种行政许可都能由法律规则设定,都能规定正当的法律程序,那么,对这样的行政许可进行审批也就不存在问题,但遗憾的是我国行政许可的设定权绝大多数在行政主体手上,且当行政主体在设定行政许可事项时并没有规定相应的(或者绝大多数没有规定)行政许可程序,即是说行政相对人只有请求行政主体为某种行为或不为某种行为的义务,而没有能够以正当程序获得此一事项中相应权利的后续手段。因此,从行政许可的不规则可

[32] 前引[6],刘莘书,第150页。

[33] 参见《关于〈中华人民共和国行政许可法〉(征求意见稿)的说明》。

以反映行政审批行政法制的乏力。

第三,从行政审批仅以行政手段为之看行政审批行政法制约的不足。只要是被确定为行政审批的事项无一不涉及到行政相对人和其他利害关系人的权利问题。权利一般都是具有法律属性的东西,具有法律属性的东西必须被纳入法律的范畴,而不能够放在法律以外的范畴之中。我国现行的行政审批事项,除与法律规则有关系外,诸多审批事项本身就是对宪法和法律规定的公民权利的一种再规定。在大多数审批事项下,这种规定是对公民行使某一方面权利附加的一个条件,有些甚至具有强烈的限制色彩,如有关行政相对人经营项目的审批其实是对其享有经营权的一个限制。无论这种限制的社会效果如何,但对经营者来讲,限制总与其权利有关。我国现行的行政审批主要是通过行政手段进行的,除法律设定了一部分行政审批外,行政系统既能够设定行政审批的事项,整个行政审批的过程也是在行政系统进行的。立法机关和司法机关都没有正当的途径介入到行政审批事项中。我们知道,行政审批是在行政相对人的请求和行政主体的审批及其相互作用下完成的,请求行为和审批行为共同构成了行政审批过程。而这一过程是在较为封闭的状态下运作的,因为没有任何第三者可以介入其中,更由于我国关于行政审批的救济制度没有建立起来,使行政相对人在一些重要的审批事项中失去进行救济的权利,换句话说,行政审批过程中行政机关具有高度的权威,这从另一个侧面证明了行政审批行政法制的不足。

第四,从行政审批由政府管制中产生看行政审批行政法制约的不足。行政审批的基础可以是为了维护社会秩序和行政管理秩序。应当指出,行政审批中关于秩序的维护尽管有时会限制单个人的利益或权利,但它却从更大的意义上保护了其他人的权利。我们认为,维护管理秩序和社会秩序应当成为行政审批的唯一基础。我国由于受“大政府,小社会”传统行政管理思维定式的影响,一些重要的行政审批几乎都是从政府管制的角度出发的。现行行政管理制度中的行政审批可以说五花八门,如“律师转所审批”、“土地评估报告确认”、“外地机动车通行办证审批”、“广告经营资格审批”、“市场准入审批”、“建设项目审批”等等,诸多审批都是从强化行政管理的角度出发的。政府管制式行政审批在计划经济体制下曾经起到过积极作用,而在市场经济下,尤其加入世界贸易组织后其必然在诸多方面限制了公众的利益,因此我们认为以政府管制为基础理论的行政审批事项反映了法律对行政审批规制的不力。

四、行政审批行政法制约的价值选择

行政审批的行政法制约不像用行政手段进行制约那样,它应当是一个具有战略意义的长期行为,而目前一些地方在调控行政审批过程中似乎较多采用政策手段和行政手段,这样的手段既是一种短期行为,又表现出了极大的无序性。我们认为,在我们对行政审批进行行政法制约时必须首先明确行政法对行政审批进行制约的价值选择,下列价值选择是最为基本的。

第一,实现宏观调控的价值。“管得少的政府是管得好的政府”^[34]这一格言已被我国党和政变所接受,2001年通过的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十个五年计划纲要》进一步强调了今后一段时间政府管理中的宏观调控性能。行政审批在很长一段历史时期内还

[34] 参见[英]路易斯·亨金:《宪政与权利》,郑戈等译,三联书店1996年版,第5页。

是不可能被完全取消的，作为它存在的基础条件之一就是政府管理的宏观调控性。我们通过对一些国家行政审批的分析，可以看出这一点，在西方国家设立的行政审批制度中，经济性行政审批占有绝对的比重。而经济性行政审批突出的是政府管理问题，通常意义上的政府管制“是指依据一定的规则对构成社会的个人和顾全大局特定经济的经济主体的活动进行限制的行为”。^[35]发生在经济领域的行政审批无疑也是政府对经济的一种限制行为。20世纪70年代以后，政府的经济管制在西方发达国家逐渐放松，宏观调控的行政法治价值越来越深入。美国放松管制的立法改革都体现在政府与经济性行政审批事项的取消之上。自1975年以来，特别是1980年以后，美国政府放松经济性管制的动向，其中每一项改革都在一定范围内取消了行政审批事项。^[36]

行政审批的理论依据只有建立在宏观调控的基础上才是合理的。而脱离宏观调控价值的行政审批必然会带来行政管理的低效率，甚至会侵害公众的权益。我们认为，依宏观调控的价值，行政审批事项不应当发生在本该属于私人权利的范畴之中。

第二，侧重保护私权的价值。公权和私权是两种不同性质的权力或权利，现代法律制度中的诸多问题都是以这两种权力的区分而展开的。所谓公权是指属于国家权力范畴的那些权力。所谓私权则指归于私人或私人团体所有的那些权利。在行政法理论中占统治地位的观点是行政法是基于公权而产生的法律规范，并以此出发认为行政权既是调整公权关系的，又是立足于保护公权的，有人就曾把行政法理解为保护政府行政权的正当行使的法。^[37]受这种观念的影响，我国行政立法一般都是从保护管理权出发而制定的，行政审批的设定和行政审批的各个具体环节也都充斥了对公权的保护，如《中华人民共和国电信条例》第7条规定：“国家对电信业务经营按照电信业务分类，实行许可制度。经营电信业务，必须依照本条例的规定取得国务院信息产业主管部门或省、自治区、直辖市电信管理机构颁发的电信业务经营许可证。未取得电信业务经营许可，任何组织或者个人不得从事电信业务经营活动。”总之，我国现行的行政审批的基本价值是保护公权的价值。而这样的价值必然有悖于现代法治的理想追求，因为在现代社会中个体的权利无论如何不能被抽象的公权所淹没。行政法对行政审批的制约所追求的第一价值就是对私权进行保护的價值，或者以保护私权为侧重点的价值。西方国家行政程序法在调整行政审批或者行政许可时，都非常突出地体现了对私权的保护，美国联邦行政程序法第588条第3款规定：“当有人申请法律所规定的许可证时，机关应在适当考虑所有利害关系人或受其不利影响者的权利和特殊利益的基础上并在合理的期限内，着手进行和完成本编第556条和第557条规定的程序或其他法律规定的程序，而且应作出决定。除非当事人自愿或者公众健康、公众利益或公共安全另有要求，机关若要合法地收回、停止、吊销或废除许可证，都必须在机关程序开始之前给许可证持有人——（一）由该机关发出的、写明可能导致此种措施之事实或行为的通知。（二）表明或得到遵守一切法律规定的机会。如果许可证持有人已及时且有效地按照机关规章提出了更换许可证或领取新许可证的申请，而且许可证涉及的活动具有连续性，那么，在该机关就此申请作出最终决定之前其仍然有效。”^[38]这是对行政主体行政审批行为的一个严格的程序约束，该程序约束对私权的保护体现在：若要启动行政审批过程中的听证程

[35][36] 宋世明：《美国行政改革研究》，国家行政学院出版社1999年版，第57页，第72页以下。

[37] 参见王珉灿：《行政法概要》，法律出版社1983年版，第1页。

[38][39] 前引[32]书，第82页以下，第40页以下。

序、调卷程序等（第 556 和 557 条主要是对此二程序的规定），既必须在涉及第三人利益的情况进行，又必须在严格的期限内进行；无论行政审批的启动还是行政审批的结果都必须告知行政相对人，行政相对人的知情权在其中得到了充分的体现；若行政相对人有改变行政审批事项中的内容，相对人已经取得的权利不因请求或进入新的程序而丧失；从行政审批事项中行政相对人权利的宽泛性和明确性也印证了对私权保护的强化。如联邦行政程序法第 551 条对许可证和颁发许可证都作了解释，该条第 1 款规定：“许可证包括机关核发的执照、证书、批准书、注册、章程、成员资格、法定豁免或其他形式的许可证文书的全部或一部。”第 9 条规定：“核发许可证，包括与许可证的发放、更换、拒发、吊销、停止、废止、收回、限制、修改、变更或附加条件等有关的机关活动过程。”^[39] 这些宽泛的活动内容都被纳入到行政程序之中，是其对私权保护的重视。在管制行政理念支配的行政体制下，行政主体在行政审批中，常常对行政相对人的权益通过附款的方式予以限制，“一般，行政厅的许可，大多都附有某种限制，这就是附款问题。也就是，为了限制主要法律行为（营业许可、铁路许可）的一般效果而附加的从属的意思表示，即附款。”^[40] 在政府管制的理念被摒弃的情况下，行政法律制度中对行政审批中的附款进行了越来越多的限制，“从性质上说，行政行为的附款，有以下界限。第一，附款只限于法律行为的行政行为，准法律行为的行政行为是不能有附款的。第二，附款原则上须有法令自身标明。第三，法令承认行政厅对行政行为行使的自由裁量，而这种情形，在附款也是可能的。第四，附款，即使在上述界限内，也要根据不同行政行为的目的，不能超越必要的最小限度，超出这个限度的附款是违法的附款。前款条件只限于为防止灾害或维护公共安全的必要的最小限度内，而且，不许对接受许可者课以不当义务。”^[41] 在日本行政法治中，若行政审批行为所承附的附款无效时，如果该附款属于行政行为的重要构成要素，那么，其主要行政行为也当然无效。从制度上充分保障了行政相对人的私权。具体而论，某一行政审批事项中的当事人是以私人身份出现的，无论其是个人还是组织都是私人性的。而行政审批中行政主体所体现的利益，通过行政审批所保护的抽象利益是公权性质的，若从私权保护的价值出发制定行政许可规则的话，那么，行政审批项目中个人或组织的权利应当是首先考虑的因素，其次才考虑审批事项的间接利益。

第三，提高行政效率的价值。笔者曾在《行政法价值定位》一书中提出，现代行政法有两大价值，即效率价值和程序价值。所谓效率价值指行政法使行政权行使成本最小化，使行政权行使社会效果显著化的价值，而程序价值则是指行政法使行政权的行使职权分配明确化、行政过程有序化的价值。现代行政法必须合理处理效率和程序的关系，因为在笔者看来，现代社会中由于行政权的大规模性和广延领域性，效率和程序常常难于一致，符合效率价值的东西不见得必须通过行政程序手段来反映，而完整的程序手段不见得能够有利于行政效率的提高。^[42] 效率与程序的矛盾在行政审批中表现得非常清楚，甚至可以武断地讲，行政审批的环节越多、程序规则越严谨，越不利于行政效率的提高。行政审批中若过分强调程序环节就必然不利于相对人较早获得此方面的权利。联邦德国行政程序法第 5 章第一节专门规定了“许可程序的加快”，这些规定的目的是提高行政主体在行政审批中的效率。如第 71

[40] [日] 和田英夫：《现代行政法》，倪健民等译，中国广播电视出版社 1999 年版，第 205 页。

[41] 同上书，第 206 页。

[42] 参见关保英：《行政法的价值定位》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 247 页。

a 条规定：“许可机关应采取其在法律与事实上可能的预防措施，以保证程序可以在适当的期限内完成，并可按申请予以特别加快。”第 71 b 条规定：“（1）许可机关应根据需要，提供有关加快程序，包括相关的有利或不利结果的咨询。该条咨询可根据请求以书面方式提供，只要以该方式有意义或因涉事宜的复杂而显得较为合适。（2）许可机关在有需要时，可在提出申请之前，与未来的申请人就下列事项进行商谈：1. 哪些证明和资料需要申请人呈交；2. 哪些鉴定和审核结论可被许可程序接纳；3. 为加快许可程序，可以何种方式招集第三人或公众参加；4. 是否有适宜将许可证所需的具体事实要件，事先提交法院予以澄清。（3）申请一经提交，应即时通知申请人，其申请内容及申请资料是否完备，以及程序期间的计算。”第 71 c 条规定：“在许可程序中应有公益实体参与的，主要行政机关在事实上可能及有必要的情况下，尤其在申请人的请求下，须同时通知公益实体且定明表态期限。（2）在期限届满之后所订的声明不被考虑，除非所提到的利益已在许可机关考虑之列，应属许可机关须了解的内容或有利于作出合乎法律的裁决。”^[43]葡萄牙行政程序法第三部分第一章在行政程序的一般原则中也规定了快捷义务。^[44]还有一些国家在部门行政管理法中也对行政审批中程序与效率的关系作了恰当处理，在规定严格程序的同时，还尽可能追求效率价值，而当程序规则与效率发生冲突时，常选择程序服从效率的原则。例如，1993 年颁布的泰国海关法第 45 条规定：“货物出口前，出口只应当在全面遵守本法与海关有关的各项法律，如实申报，缴纳全部关税或者交纳相应数额的保证金。保证金的适用应当根据署长制定的规章加以设定。在出口人提出申请且署长认为货物必须立即出口的情况下，署长有权不受前款规定的要求，允许货物根据其规定的条件出口。在货物可能需要征收出口关税的情况下，出口只还应当向关长提供符合要求的各项担保。”^[45]本条前款是对出口行为行政审批的一般程序规定，第 2 款则是对前款程序规则的例外规定，这一例外的宗旨是对“必须立即出口”的货物免去第 1 款规定的烦琐程序。

行政审批的效率价值有着深刻的社会基础，如美国社会安全局地区办事处长期以来就被行政审批中的低效率所困扰，为了改变这种状况，“社会安全局授权劳雷塔·康普顿改进本办事处的效率。现在有关伤残和健康保险申请的处理工作大量积压，足足需要 60 至 70 天来处理（国内相关机构处理等量数额的工作大约需要 30 天）。由这个办事处处理的申请表格的错误率在这个地区也是最高的，这些问题都是支付中心发现并证实的，顾客们抱怨的意见很多。劳雷塔·康普顿就任后，很快就和他的下属（办公室人员、调查和申请代理人、单位监督人和部门经理）见面，对他们作了提高工作效率必要性的指示，并要求他们互相合作。每个人似乎都同意他的计划，这一计划包括旨在改进工作的培训计划、重新写处理申请的工作流程、订立目标管理制度等。”^[46]我们认为应当毫不含糊地在行政审批的价值选择中将提高行政效率确定下来，将其作为行政法对行政审批进行法律约束的基本原则，就会使行政审批过程尽可能简短。

第四，确定禁止规则的价值。“行政许可的内容是国家一般限制或禁止的活动。许可行

[43] 前引 [32]，应松年主编书，第 191 页以下。

[44] 前引 [31]，应松年书，第 406 页。

[45] 前引 [33]，何晓兵等译著，第 25 页。

[46] 黄达强、许文惠主编：《中外行政管理案例选》，中国人民大学出版社 1988 年版，第 220 页。

为是对符合条件的对象解除限制或禁止,允许其从事某项活动,享有特定权利和资格的行为。……许可事项必须有明确的法律规定,许可是建立在普遍限制和禁止基础上的解禁行为。因而,对于大多数人而言,它是限制公民法人活动自由的行为。如行政机关发放的营业执照,从表面上看,是允许相对人从事经营活动的书面证明,而实质上是对公民法人随意自由从事经营活动的禁止和限制,非经行政机关允许从事经营活动即属无照经营的违法行为。”^[47]而禁止状态无一不是对行政相对人权利的限制状态,如《湖北省土地管理实施办法》第 29 条规定:“土地利用总体规划确定的建设用地规模范围外的具体建设项目用地,按下列程序报批:(一)建设单位报建设项目可行性研究报告批准文件或其他有关批准文件、建设项目用地预审报告、土地利用计划指标,向市、县人民政府土地行政主管部门提出建设用地申请……”非常明确地对建设用地使用者的权利作出了禁止性规定。

我们认为,行政许可的源头是行政禁止,然而,行政法学界和行政法治实践中普遍关注的不是行政禁止的规制问题而是行政许可的规制问题。西方国家在对行政审批进行调控时,基本上是从确定禁止规则的角度入手的,一方面,其在法律规则中将行政相对人请求的事项予以明确规定,并使这种规定体现禁止的内容,让行政相对人首先明确知道何种事项属于禁止事项,何种权益需要通过解禁获得。另一方面,将行政主体可以禁止的权限范围列举出来,并不是从许可的角度概括列举行政主体在行政过程中的权限,这种反向的立法技术既使行政相对人明确了权益企求的程度、程序等,又使行政主体难以在行政审批中滥用权力。对此,奥里乌在《行政法与公法精要》一书中对法国在工业企业管理等行政审批事项中的立法状况作了概括:“任何一个属于分类之内的工业企业未经许可不得开始经营,如不遵守,省长和市长都有权通过管理措施对其实行关闭。有时也有临时性的许可。停工六个月以上则需要重新申请经营许可。(一)第一类工业企业。第一类工业企业须远离某些居住区,这是各处方面都在寻求裁决的问题,各种规章制度的规定几乎无差别。在方圆五公里范围内的所有市镇进行公开的利弊调查之后,由省长签发许可。一个月之内,在同样范围内张贴经营要求。(二)第二类工业企业。‘这些手工工厂和工场没有太大必要远离居民区,但是又只有在获得确认,它已实施了某些行动以免妨害邻近财产所有人,也不给他们造成损失的情况下,才得以允许其经营,这是很重要的。’第二类中的工业企业的经营运行所需的许可由省长签发,由副省长提出建议。’其手续与第一类相同,除了不贴布告及不要求省议会反对意见提出看法。(三)第三类企业。‘第三类企业包括的是一些可以在居民区存在且无害的工业企业,但需要受管理部门的监督。’签发许可的权力当局为副省长,需根据省长的预先意见,利弊调查并非必不可少。”^[48]行政审批行政法控制的确定禁止规则的价值在实质上就是有关禁止和许可事项的决定权尽可能放在立法机关手中,行政机关即使有审批范围的设定权也必须作出严格限制,哪怕是最高行政机关的设定也不能例外。如在日本大气污染防治法、水质污染防治法关于公害排放标准的规定就采取了非常谨慎的作法,正如田尚彦所指出的:“排放标准由总理府设定,但是,其具体的数量应设定为外界环境可以保持在比环境标准规定的状况更加良好的状态(对未设定环境标准的物质,要对人的健康和财产不产生有害结果)的

[47] 应松年:《行政法学新论》,中国方正出版社 1998 年版,第 245 页。

[48] [法]莫里斯·奥里乌:《行政法与公法精要》下册,龚宾等译,辽海出版社、春风文艺出版社 1999 年版,第 696 页以下。

标准。现行法采取的一部分排放标准的设定方法是，以白纸委托（一部分内容留着由被委托者补充的委任形式）给环境厅对该标准的函数加以决定，这从依法行政的观点看是不妥当的。”^{〔49〕}行政审批事项的绝大部分并不一定反映在行政程序法中，恰恰相反，行政审批中实质性的规则都体现在各国的行政实体法中，即部门行政管理法律规范中。因此，部门行政管理法中设定的请求条件或者审批条件的具体标准就是禁止规则的一个生动体现。例如加拿大投资法第 11 条规定：“根据规章规定，下列非加拿大人的投资应行申报：（1）设立新加拿大企业的投资；（2）以第二十八章第 1 款规定的方式取得加拿大企业控制权的投资，除该投资依照第 14 条的规定为应受审查的投资。”第 12 条规定：“根据本章规定应行申报的投资，非加拿大投资人须在投资实施前或投资实施后三十日内，向投资局提出申报，提供规定的情报。”^{〔50〕}笔者认为这是一种逻辑上的倒置。换句话说，在我们研究行政许可、行政审批等时应先从行政禁止入手，行政禁止问题能够有效解决，那么行政审批问题就会迎刃而解。据此，笔者主张，行政法对行政审批的规制应以合理确定禁止规则为基本价值之一。

五、行政审批行政法制约的内容构造

行政审批行政法制约中最为实质的东西应当是对行政审批进行行政法制约的内容构造。一，我们必须把行政审批的改革工作纳入行政法手段之中，而不能纯粹以法律之外的手段改革行政审批，因为政策性的改革和行政性的改革只是一个短期行为，且不会有确切的内容，而内容的不可捉摸性必然使行政审批的改革限制在恶性循环状态中，如一些被取消的改革项目可能会在今后认为取消不当又被恢复，而一些新确定的审批项目可能会随着时间的发展而成为新一轮改革的对象。二，我国现行的行政法体系必须给予行政审批制度一个明确的地位。在现行的行政法制度中，行政审批是在诸多部门行政法中都有规定，有具体的审批项目，但没有将行政审批视为与行政复议制度等对应的行政法制度。那么，今后的行政法治实践必须确定行政审批在行政法体系中的名份，或者将其定性为一种行政行为，或者定性为一种行政法制度，只有这样，行政审批的立法和执法以及行政审批的救济，才能受到行政法的有效调整。再则，行政法学理论亦应确立行政审批在行政法学体系中的地位，我国行政法学界关于行政采购、行政合同等都有较为完整的理论，而行政审批在行政法学体系中还没有一个较为完整的理论，在学者们撰写的行政法教科书和学术著作中甚至找不到行政审批的定义。因此我们说，要对行政审批行政法制约的内容进行构造必须首先解决上列三个方面的问题。从笔者上文关于行政审批行政法制约的界定、行政审批行政法制约的现状以及行政审批行政法制约的价值选择等出发，我们可以对行政审批行政法制约的内容作出如下初步构造。

1. 行政审批项目法典化。行政审批的项目是指由法律或行政主体确定的与行政相对人某一方面的权利和利益有关的具体事项。作为一个审批项目它既赋予了行政主体在其中的权限和职责，又为行政相对人确定了此方面权利享受的限制规则。例如，《中华人民共和国无线电管理条例》第 11 条规定：“设置、使用无线电台（站）的单位和个人，必须提出书面申请，办理设台（站）审批手续，领取电台执照。”此条就确定了一个行政审批项目，即无线电台设置的审批事项，行政主体在这个条文中取得了审查和许可权，而行政相对人则增加了

〔49〕〔日〕原田尚彦著：《环境法》，于敏译，法律出版社 1999 年版，第 76 页。

〔50〕姚梅镇主编：《国际投资法教学参考资料选编》上册，武汉大学社出版 1987 年版，第 45 页。

申请和提供有关材料的义务。行政审批项目在行政审批制度中是最为实质性的东西,与行政审批的程序等相比它显得最为关键。行政审批项目的法典化包括下列内容:一是行政审批的项目应当以正式的法律文件出现。不过从立法技术发达的国家和地区看,行政审批项目附着于部门行政管理法规范的立法技术居多,但一般都作了相对规范化的规定,如我国香港地区《郊野公园及特别地区规例》第18条规定:“(1)凡申请根据本规例发给许可证,须以书面向总监提出,并须附上表所订明的适当费用,但许可证须免费发者除外。(2)总监在接获根据第(1)款提出的申请并获缴费用后,可——(a)在总监认为适当的条件下批准许可证;或(b)拒绝批准许可证。(3)许可证须在证上所述明的期间有效……”^[51]我们可以像《中华人民共和国行政处罚法》对行政处罚设定权的限制那样,可以赋予法律确定一切行政审批项目的权利,行政法规有附条件的行政审批项目的确定权,如有关人身权方面审批项目行政法规无权确定外,其他均有权确定。而地方性法规则可以具有有限制的行政审批项目确定权,即限制其在某些方面确定行政审批项目,而规章仅有极小的行政审批项目确定权,如我们可以确定规章只有在严格的、明确的授权范围内才可以确定行政审批项目。上列若干渊源是《中华人民共和国立法法》所认可的,而行政管理规范性文件尚没有取得法律渊源资格。我们可以毫不含糊地对规范性文件进行行政审批项目的确定作出禁止,不论是高层机关的规范性文件还是低层机关的规范性文件都应如此。地方土政策的设定或纯粹行政命令式设定更应当取消。二是行政审批项目应当相对集中在单一的行政法文件中。因为我国行政立法的水平还不够高,所以我们还不可能制定一个完整的法典把所有的行政审批项目都集中起来或统制起来。^[52]但是,我们可以根据不同的行政管理领域和不同的行政管理部门而相对集中行政审批项目。如文化领域的行政审批项目可以集中在单一的或者若干个行政法律文件中,土地管理的行政审批项目可以集中在土地法或其他相关法律中。这样分门别类的集中既是应当的、必要的又是可行的。而目前行政审批项目十分零散,常常让行政相对人和行政主体无所适从。据笔者统计,我国文化领域的行政审批项目有30多个法律、行政法规和规章可以设定,事实上已经作了设定,这还没有包括地方立法中的设定。笔者认为,对行政审批项目相对集中并法典式的立法思路是使行政审批法律化的关键环节,这也应当成为行政审批改革的一个突破口。应当说,正在讨论的《中华人民共和国行政许可法》(征求意见稿)似乎在这方面有所突破,但从目前的征求意见稿来看,仍然是一部重行政许可程序、轻行政许可实体的法律,从立法意图看其试图使行政许可的事项尽可能具体列举,然而,实际效果是列举出来的行政许可事项仍然过于原则,而且缺乏系统的归类,其在实践中还是难于操作的。^[53]笔者认为,依据WTO公开透明的法律原则,我国即将出台的行政许可法应将有关行政许可的事项详细附表列举于法典之后,让人一目了然。

2. 行政审批主体职级对等化。行政审批主体是行政审批运作过程的发动机,一个完整的行政审批行为应当在行政审批主体的作用下完成。而目前我国行政审批主体存在诸多问题。一是有些方面的行政审批主体不明确,如《山东省通信市场管理条例》第二章,在对

[51] 王建新主编:《香港环境保护法实务》,人民法院出版社1997年版,第528页。

[52] 是否能制定一个完整的行政法典将所有的行政审批项目都规定下来,是一个值得探讨的问题,就目前各国行政法典化程度尚不够高的现实情况看,似乎难度较大。

[53] 参见《中华人民共和国行政许可法》(征求意见稿)第13条,第21条,第22条,第23条等。

“经营范围”进行审批事项作出规定以后，并没有同时规定经营者请求何种行政机关审批，如第8条规定：“下列国内通信业务和通信附属业务向社会开设，由持有批准文件的经营者经营：（一）电话信息服务业务；（二）在线数据库信息服务业务……”，仅规定了行政相对人应持有批准文件，而没有规定批准文件由谁颁发。主体的不明确必然会阻碍行政相对人权利的行使。二是有些方面的行政审批主体地位过高。行政审批应有利于行政相对人相应权利的行使，必须讲求行政效率，而目前某些方面的行政审批主体地位极高，如有些事项必须由中央机关批准，诸如某一组织要办刊物就必须由国家新闻出版署审批，有些则由省级行政部门审批。审批权力过份集中人为地加大了行政审批的成本，也使行政相对人行使请求权极不方便。三是有些方面的行政审批主体地位偏低。如在我国诸多方面由法律、法规授权的组织履行审批权。行政审批主体地位过低也会影响行政审批事项的正确实施。四是行政审批主体职责不明确，如有些事项两个以上的行政主体都有审批权，有些事项则牵涉到若干职能不同的审批主体，但对行政相对人而言仅仅取得审批事项中的一种权利，如向海洋倾倒一定废物的审批权一部分由海洋行政主管部门行使，一部分由环境保护部门行使，还有一部分由当地人民政府行使等等。我们认为，应根据行政审批事项的性质统一职能，应根据行政审批事项的重要程度确定行政审批主体的职能权限。德国在一些特殊的行政管理事项中，确立了特别的行政审批主体，如德国股份法就规定公司应由全体发起人和董事会及监事会的成员向法院申报商业登记，法院便成了设立公司的行政审批主体。法院除履行登记职能外，还履行着其他审批职能。第38条规定：“（1）法院应审查，公司是否按规定设立和申报。非为此种情形的，法院应拒绝登记。（2）设立审查人表示，或显而易见，设立报告或董事会和监事会成员的审查报告不正确或不完整，或不符合法律规定的，法院也可以拒绝登记。设立审查人表示或法院认为，实物出资或实物承受的价值非为不显著地低于对此应给予的股票的最高发行价格或对此应给予的给付价值的，适用相同规定。（3）法院可以因章程条款的瑕疵、欠缺或无效而拒绝第12项的登记。”^[54]此种由法院履行行政审批职能的制度，是我国在制定行政程序法时应当予以参考的。我们可以不将行政审批的权限全部赋予法院，但可以将法院引入到行政审批过程中来，在一定范围内介入到行政审批程序中。

3. 行政审批过程连续化。行政审批是一个实体性法律行为和程序性法律行为的统一。就行政审批项目的确定和行政审批事项中相对人权利的赋予而言无疑是实体性的，与当事人的实体权利有关，应当受到实体法的调整。而就行政审批的具体过程而言则是一个程序性的权利问题，应纳入行政程序法的范畴。行政程序必须贯彻短而不间断的立法思想。澳门行政程序法第57条规定：“行政机关应采取措施，使程序能迅速及有效进行，因而应拒绝作出及避免出现一切无关或拖延程序进行之情事，以及应命令与促成一切对程序之继续进行及对作出公正与适时之决定属必要之情事。”^[55]这一行政程序的总原则也当然适用于行政审批程序中。其所要求的就是程序的连续性。德国行政程序法关于行政许可中的加快程序更是体现了行政审批连续化的立法特性。所谓短就是行政程序确定的程序性行为应当环节尽可能少，如上海浦东在对行政审批改革时就对基本建设程序环节作了缩减，社会投资的生产性建设项目，行政审批时限不得超过100个工作日，实行土地招标拍卖方式用地的六类经营项目，行政审批时限不得超过70个

[54] 《德国股份法》，杜景林、卢谡译，中国政法大学出版社2000年版，第16页。

[55] 前引[32]，应松年主编书，第591页。

工作日。所谓不间断就是指行政审批的过程不能在运行过程中停止,一旦运行过程发生中断就必然导致相对人权益的实现阻滞。短而不间断是现代行政程序的基本要求,行政审批过程亦应当如此。由于行政审批中既有实体内容又有程序内容,因而作为行政审批的法律规范必须写明具体的程序,《广州市建设用地规划许可证和建设工程规划许可证管理规定》就对建设用地规划许可的审批规定了具体的程序,第7条规定:“建设用地规划许可证的程序:(1)申请用地的单位指建设项目的计划批准文件及其他有关文件,向城市规划行政主管部门申请建设用地定点;(2)城市规划行政主管部门按照城市规划要求核定建设用地具体位置、界限和面积,明确土地使用性质,提供规划设计要求;(3)申请用地的单位应根据有关规划设计要求进行总平面设计,并报城市规划行政主管部门审查;(4)城市规划行政主管部门发出建设用地规划许可证及其附件。附件应包括:建设用地坐标几何图;建设用地规划总平面设计图 and 设计要求等。”像这样具体的程序规划应当在我国其他行政审批事项中体现,只有通过严格的程序规则才能保证行政效率的提高,保护行政相对人的权益。

4. 行政审批重大事项听证化。行政审批中的行政听证在诸多国家的行政程序法和其他一些单行法规中都有规定,日本行政程序法第10条规定:“行政机关对申请而为处分时,依法令应斟酌申请人以外的第三人之利害,作为许认可等之要件者。如有必要,应尽量以举办公听会或其他适当方法给予申请人以外第三人听取其意见之机会。”^[56]行政听证制度是行政程序制度的重要内容,在发达国家的行政法制度中,尤其行政程序立法中都有听证的规定。^[57]我们认为,这一制度作为行政程序的重要内容之一亦可以在行政审批事项中予以采用。这既是因为行政审批是政府行政行为中最为重要的一种,又是因为行政审批除关系到行政主体和行政相对人的权利义务关系外,还关系到其他利害关系人的权利义务关系。那么,对于比较复杂的、重大的行政审批事项应当进行听证。此处所讲的听证与行政处罚法规定的听证有一定的区别,它应当是一种有广大公众参加的广泛的听证,而不是一种只由行政主体和行政相对人参加的比较狭义的听证。至于什么样的事项属于重大事项则是一个需要探讨的问题,笔者认为,应当以某一事项是否与广大公众的利益,或者不特定的行政相对人的利益为标准,如有关价格方面的行政审批事项就关系到广大公众的利益,应当在行政审批过程中实行听证。

5. 行政审批的依据公开化。行政审批的依据包括两方面:一是事实依据,所谓事实依据指行政审批所依据的客观情况,这些客观情况由人、物、事、时等环节构成。其中的人指参加行政审批事项中的行政主体、行政相对人和与审批事项有关的利害关系人,三个缺一不可。传统行政法理论中的仅把人限制在行政主体和行政相对人方面是有一定缺陷的,有时利害关系人比行政相对人对行政审批的事项影响更大,行政审批的事态与利害关系人比行政相对人的关系更加密切。物指的是具有经济价值的财产,包括动产和不动产等。事则是指行政审批中涉及的诸种事态及其关系。时则是指行政审批发生的时间段,时既对行政行为的性质有决定意义,又对行政相对人的权益有决定意义,在行政审批中同样忽视不得。行政审批中的事项有些是由行政审批的请求人即行政相对人提供的,就是行政相对人在请求行政许可时所提供的各种事实。有些是由行政主体提供的,如行政主体在进行行政审批时所提供的事实。还有一些

[56] 同上书,第443页。

[57] 《美国联邦行政程序法》在此方面更具有代表性。参见萧榕主编:《世界著名法典选编(行政法卷)》,中国民主与法制出版社1998年版,第1页。

是由与行政审批事项有关系的利害关系人提供的,如利害关系人对某种行政审批事项持有异议时所提供的事实。这些事实一般情况下都是应当予以公开的,只有在法律规定涉及国家机密、商业秘密和个人隐私时才可以不公开。二是法律依据,指行政审批所依据的法律、法规、规章。这其中有些是有关行政审批设定的规则。其次,行政审批法律依据的公开化还包括行政审批过程中所依据的实体规则和程序规则的公开化。作为行政审批事实依据的公开化的方式应根据行政审批事项的内容作出确定,或者在审查过程中公布所有事实,或者在审查结果作出后公开审查过程中的事实和审查结果。行政审批法律依据的公开化的方式可以通过政府公报或具体的行政审批事项进行全面公开。日本行政程序法中确立的一项制度值得我们研究,这就是行政审批中的“审查基准”制度。所谓审查基准是指“行政机关作出行政审批时所依据的具有量化性的基本标准制度,要求行政机关对每一项审批应当有具体的参照标准,这些标准具有直接的可操作性。审查基准制度的实质是遏制行政审批中的自由裁量权,各个行政管理部门法将审查基准确定以后,行政机关应该置放在其办公场所以便权益请求人查阅,或者以其他方法公告之,给其他利害关系人也提供了解的机会”。^[58]行政审批最低基准的公开还有一个意义就是有利于行政相对人进行监督。

6. 行政审批的结果法律效力化。行政审批的结果是指行政主体通过行政审批行为而作出的审批决定,它是行政行为的一种,应当具有与其他行政行为相同的法律效力。然而,在行政执法实践中,行政审批的法律效力均存在较为严重的问题,主要表现是行政审批的结果只对行政相对人具有法律效力,对行政主体则没有法律效力。发达国家的行政程序法为了防止行政机关蔑视行政相对人的权益请求行为,规定了一种特殊的效力制度,即默示批准制度。所谓默示批准“指行政机关在法定期限内没有对申请人的申请作出答复的,视为批准其申请。葡萄牙规定如果行政机关没有在该期间内作出决定的,在下列情况下,申请人可以推定其请求被批准:(1)私人工程的执照;(2)地段或分执照;(3)将工作特许外国人的许可;(4)外国人的投资许可;(5)不间断工作许可;(6)轮班工作的许可;(7)公私职务的兼任”。^[59]一方面,行政主体作出不予某行政相对人行政许可行为后,则会因其他不正当理由将同一不予许可的事实赋予其他行政相对人,这常常是基于各种不同的利益维护关系而为之的。另一方面,行政主体从行政权的单方面意志出发,把本来已经准许的行政审批事项予以解除,如政府行政系统赋予一些企业营业的权利,但事后不久又基于所谓的总体规划把已经赋予行政相对人的权利予以无条件收回。由于我国行政审批方面的行政赔偿和行政补偿制度尚未建立,行政机关终止行政审批事项的行为使行政相对人的损失没有正当途径予以补偿。我们认为行政审批行为对行政主体和行政相对人具有同等效力,一旦一个行政审批事项作出,对于作出它的行政机关和其它行政机关都有法律上的约束力,无正当理由、不通过法律程序不能改变审批事项。行政审批的行政决定一旦作出就意味着行政机关产生了一个新的法律责任,其既要行政事项中的权利主体负责,又要对其他利害关系人负责。佛罗里达州旅馆法第509条规定:“为了保护公众的健康、安全和福利,旅馆与餐馆管理处应该贯彻本章所规定的所有条款以及有关旅馆、餐馆管理和检查的其他法规。该处应该负责查清由它发给执照的企业均不参与做骗人的广告和不干不道德的事情。该处对在履行本处职责过程

[58] 前引[32],应松年主编书,第442页。

[59] 前引[1],应松年主编书,第406页以下。

中所开支的全部经费应做到账目准确, 并与银行和征收的所有费用开列清单, 归档保存。”^[60] 该条款表明, 行政审批机关在审批过程中具有法律责任, 在审批行为完成后, 还因审批行为带来了后续的法律义务。笔者认为应尽快建立三种制度, 一是行政审批结果的承诺制, 即行政主体对行政相对人赋予了与某种审批事项有关的权利时, 无正当理由不能剥夺行政相对人已经取得的权利, 这种承诺是现代法治政府取信于民的重要途径。二是行政审批事项终止补偿制。^[61] 行政主体赋予了行政相对人与审批事项有关的权利后, 鉴于政府行政管理的总体需要, 必须终止审批事项而对行政相对人的权利造成侵害时, 应当按照《中华人民共和国赔偿法》的有关规定进行补偿, 减少行政相对人因行政行为的干预而造成的损失。三是行政审批变更说明理由制。行政审批决定一旦作出在一般情况下是不可以变更的, 但有时为了行政管理的总体需要, 可以将本来审批不予许可的事项而重新予以许可, 或者将已经许可的予以终止, 或者变更许可中的法律关系客体、主体、权利义务等。从行政法关系单方面性的理论出发, 这种变更是完全可能的。问题的关键在于这种变更必须有法律上的正当理由, 同时这些理由必须让行政相对人和利害关系人知晓, 行政主体说明变更理由就是让相关当事人知晓的重要途径。行政审批的法律效力化要求我们必须在行政许可法中将行政主体不得擅自变更已经审批通过的事项写进有关的责任条款中。^[62]

Abstract: In its Protocol on Accession to the WTO, China has made a commitment to the legalization of its administrative licensing procedures. This means that China will bring its administrative licensing procedures into the orbit of the administrative rule of law and use the law to regulate and adjust acts of administrative licensing. However, due to the weakness of the theory on administrative licensing, up to now China has still not been able to adopt a law on administrative licensing, although the drafting of the law started as early as in the middle of 1990s, and the current reform on administrative licensing is mainly carried out by administrative means. Therefore, it is imperative for China to transform administrative licensing from an administrative procedure to a legal procedure. The key to this transformation is imposing administrative law restraints on administrative licensing.

[60] 前引〔4〕。

[61] 《美国联邦行政程序法》第 558 条关于行政审批的效力还有一个有法理价值的规定: “如果许可持有人已及时且有效地按照机关规章提出了更换许可证或领取许可证的申请, 而且许可证所涉及的活动具有连续性, 那么在该机关就此申请作出最终决定之前其仍然有效。”

[62] 《中华人民共和国行政许可法》(征求意见稿) 中关于行政主体的责任作了一些规定, 如拒绝履行许可职责的责任, 拒绝履行对许可事项监督、检查的责任, 办理许可事项过程中有不正当行为的责任, 擅自收取许可费的责任等。但是, 对于相对人已获得许可权而行政主体任意变更没有作出追究责任的规定, 我们认为这样的责任应当写进行政许可法中。