

行政备案的实践类型与法治化路径

王 由 海^{*}

摘 要:在“放管服”改革的背景下,行政备案凭借信息规制和行为规制功能日益得到广泛应用。以备案阶段与审查形式为标准,可以将行政备案划分为预防型备案、告知型备案、后设型备案3类。当前,行政备案规制创新面临法律属性异化、设定标准缺失、备案程序匮乏以及法律责任归属混乱等法治化困境。行政备案不是行政事实行为,而是未型式化的行政行为。行政备案的法治化应当从4个层面展开:其一,行政备案的核心逻辑为“公法上的积极作为义务”,其不禁止相对人从事特定活动,而是为了信息规制、过程监督而获取监管信息;其二,行政备案的设定须遵循依法设定原则、辅助性原则和行政效能原则;其三,行政备案的程序应当兼顾保障参与者的程序权利与备案程序完备性;其四,行政备案的法律责任设置应当按照责任主体、责任内容与责任类型展开。

关键词:“放管服”改革 行政备案 实践类型 法律属性 法治化

推动政府职能的法定化和科学化是建设法治政府的本质要求,^①行政备案规范管理改革则是推动政府职能转变的重要突破口。根据北大法宝法律法规数据库的统计,目前涉及备案管理的法律约有110部、行政法规约有270部,涉及行政备案事项的法律规范数量庞大。^②但是,在实践中行政备案的规范化程度并不高,其概念与运行都缺乏明确的规则,严重降低了行政备案的制度实效。^③在监管实践中,诸如备案式许可、备案过多过滥、备案监管虚置等侵害市场主体合

^{*} 中国政法大学法学院博士研究生

基金项目:国家社会科学基金重大项目(21&ZD191)、中国政法大学博士研究生创新实践项目(2021BSCX06)

^① 参见石佑启、杨治坤:《中国政府治理的法治路径》,《中国社会科学》2018年第1期。

^② 法律文本检索方式为:使用北大法宝法律法规数据库,以标题内容“备案”、效力级别“法律、行政法规”、发布部门“全国人大或全国人大常委会或国务院”、时效性“现行有效”4个关键词进行检索,并梳理、排除行政主体之间的内部行政备案、法律法规备案事项。所有备案事项的数据截至2022年5月18日。

^③ 参见张红等:《我国行政备案实施情况及立法构想》,载中国政法大学法治政府研究院主编:《中国法治政府发展报告》(2021),社会科学文献出版社2022年版,第99~113页。

法权益、影响市场监管秩序的行为,已经影响到“放管服”改革、法治政府建设的深入推进。^①在司法实践中,有关行政备案行为合法性的法律纠纷解决业已成为监督行政机关依法行政、保障公民合法权益的关键。^②为此,如何推进行政备案的法定化和科学化成为当前法治政府建设的重要任务。然而,目前法学界尚缺乏对该问题进行系统深入的研究,尤其是对具体备案类型及其法律属性的研究尚付阙如,无法满足改革的需求。为此,以行政备案的法治化为核心议题,按照推进行政备案管理精细化、规范化与制度化的研究思路,在对行政备案的实践类型、规制机理、法律属性、法律依据、适用范围与法律责任设置等问题进行深入剖析的基础上,提出行政备案法治化的具体路径,以期对行政备案的规范管理改革提供参考。

一、行政备案的实践类型与规制机理

当前,学界对行政备案的类型尚未进行系统性的研究,现有研究分别从功能、审查形式与审查阶段入手,将行政备案区分为告知性行政备案与监督性行政备案、内部行政备案与外部行政备案、事前行政备案与事后行政备案等类型。^③但是,这些分类方式既在方法上缺乏系统性,也未对各类行政备案作深入阐释,难以准确反映备案管理规律。为此,本文系统梳理了专门规定行政备案的行政规章,运用“理想类型”研究方法,^④根据备案阶段、审查形式的不同,将实践中的备案区分为预防型备案、告知型备案、许可型备案和后设型备案 4 种类型。从法律构造看,许可型备案是指行政机关事先对备案材料进行实质性审查,如果行为人未完成备案将无法获得从事某项活动的资格或资质。^⑤许可型备案在本质上就是行政许可,并不属于行政备案的应然范畴,应当逐步废止或依法转化为行政许可。因此,规范意义上的行政备案仅包括预防型备案、告知型备案与后设型备案 3 种类型,以下分述之。

(一)预防型备案

预防型备案主要存在于食药、生产、环境等社会安全监管领域,以防范健康与安全风险为核心目标。预防型备案有 3 个核心特征:一是事前备案。预防型备案要求行政相对人在从事特定市场活动前履行备案义务,以实现对相关市场活动的积极、事前监督。例如,《体外诊断试剂注册与备案管理办法》第 86 条规定:“第一类体外诊断试剂生产前,应当进行产品备案”。二是形式审查。预防型备案坚持形式审查标准,即“行政相对人只需将自身符合备案要求的信息‘告知’行政机关,行政机关也仅对材料是否齐全、是否符合法定形式进行审查,对备案材料的真实性、合法性

① 参见《国务院办公厅关于同意河北、浙江、湖北省开展行政备案规范管理改革试点的复函》(国办函〔2021〕68 号)、《甘肃省人民政府办公厅关于清查整治法定下放行政审批事项和备案事项有关问题的通知》(甘政办发〔2021〕20 号)等。

② 参见最高人民法院(2017)最高法行申字第 4779 号行政裁定书,最高人民法院(2020)最高法行申字第 9486 号行政裁定书等。

③ 参见朱最新、刘云甫:《行政备案制度研究》,知识产权出版社 2012 年版,第 37~41 页。

④ 参见[德]马克斯·韦伯:《社会科学方法论》,韩水法、莫茜译,商务印书馆 2013 年版,第 45 页。

⑤ 例如,《出口食品生产企业备案管理规定》(海关总署令第 243 号)第 6 条、第 9 条规定,行政相对人未依法履行备案法定义务或者经备案审查(专家评审程序)不符合要求的,便无法获得从事食品出口的资格。

则不作审查”。^①例如,《非经营性互联网信息服务备案管理办法》第12条规定:“省通信管理局在收到备案人提交的备案材料后,材料齐全的,应当在20个工作日内予以备案”。三是全过程监管。预防型备案强调风险防范、全程控制,通过将监管的“岗哨”前移以便更好地监管市场活动,同时依托备案信息展开后续的事中事后监管,实现从“分割式监管”到“全过程监管”的转型。

(二)告知型备案

从法律效果看,告知型备案本身并没有直接影响行政相对人的权利义务关系,不具有创设审批或许可的权力。^②告知型备案有3个核心特征:一是事后备案。事后备案意味着备案机关不强调事前控制,而是鼓励更多的市场主体从事特定活动,高度契合“放管服”改革中“放”的精神。二是形式审查。当前,将事前审批改为事后备案、实质审查改为形式审查成为行政监管改革的主要方向。^③形式审查意味着便民和高效,契合“放管服”改革中“服”的理念。三是事中事后监管。告知型备案将监管重心放在事中事后的过程,是“放管服”改革中连接“管”的桥梁。从行政过程论的角度观察,告知型备案行为与执法检查、行政约谈、信用监管、行政处罚等事中事后监管措施形成监管互动,倒逼申请人持续遵守备案要求。当然,受制于对市场监管改革认识不到位等因素,一些备案管理规范缺乏事中事后监管的保障机制,如《互联网IP地址备案管理办法》《专利实施许可合同备案办法》等规章就缺乏对事中事后监管工具的规定。

(三)后设型备案

后设型备案强调在放松事前准入控制的同时,通过事后实质审查将不合格者排除在市场之外。后设型监管是政府赋予市场主体一定的监管自主权,引导其建立内部监管体系和开展自我监管,并事后对这种自我监管行为加以监管。^④当前,后设型备案的政策试验主要集中于证券、金融行业等职业准入领域,对健康康复、幼儿托育等服务行业的职业准入尚缺乏明确的规定。后设型备案的核心特征如下:一是事后备案。后设型备案默认所有相关主体通过自我合规整改均有权从事相应市场活动,行政机关通过事后备案行为来监督其市场行为,保障市场活动的有序进行。二是实质审查。后设型备案虽然具有事后备案属性,但是其采取实质审查方式,除了审查形式完备外,还要结合其他标准展开,如“更严型备案标准”^⑤“审慎审查型备案标准”。^⑥三是强化事中事后监管。后设型备案的重心在于事中事后监管,以较为宽容的态度允许更多的市场主体从事特定的活动,并对因此溢出的风险予以适当容忍。例如,《金融控股公司董事、监事、高级管理人员任职备案管理暂行规定》第15条规定,金融控股公司应当在作出决定起5日内完成任职备案。对于放松事前监管引发的风险,主要通过监管约谈、“双随机、一公开”等事中监管手段以及行政处罚、强制市场退出等事后监管手段予以规制。

(四)行政备案的规制机理

规制作为一种现代政策工具,其核心要义在于指导或调整行为活动,以实现既定的公共政策

^① 广东省中山市第一人民法院(2016)粤2071行初53号行政判决书。

^② 参见山东省高级人民法院(2016)鲁行终1514号行政判决书。

^③ 参见周天勇、翁士洪:《从管理走向治理:中国行政体制改革40年》,格致出版社、上海人民出版社2018年版,第199页。

^④ 参见刘鹏、王力:《西方后设监管理论及其对中国监管改革的启示》,《新视野》2016年第6期。

^⑤ 参见沈岩:《食品安全企业标准备案的定位与走向》,《现代法学》2016年第4期。

^⑥ 参见广东省广州市铁路运输中级人民法院(2019)粤71行终4265号行政判决书。

目标。^①从规制工具理论层面看,行政备案借助信息规制、回应性规制等多元规制理念,形成信息收集、信息共享、信息公开、事中事后监管等多元工具之间的有效联动,在促进监管信息在不同主体之间高效流动的同时,督促规制对象自愿遵从备案要求。^②

在信息规制方面,行政备案借助收集、整理、公开、共享备案信息等机制,建立起规制机构、规制对象、社会公众之间的多元信息沟通机制。对于规制对象而言,备案信息的收集与信息公开有助于督促其遵守合规要求,注重维护自身的信用声誉。对于规制机构而言,备案信息收集能够促进信息从信息优势方向弱势方流动,这是消除信息不对称和提升监管效能的关键。同时,对保有信息的规制机构施加强制信息公开的法律义务,可以解决“反向信息不对称”与“信息孤岛”问题。^③对于社会公众而言,政府直接向社会公众提供信息,不仅降低了公众的信息获取成本,而且还能向社会公众提供其自身无法获得的信息。在行为规制方面,行政备案强调备案行为与事中事后监管机制之间的联动。事中监管旨在对备案相对人的产品或服务是否持续遵循备案要求进行抽查或核查。事后监管是指行政机关对事中监管所发现的违法行为给予行政处罚、信用惩戒等。实践中“监管执法+信用风险分类监管/信用规制”的政策创设,^④体现出回应性规制的制度设计。回应性规制理念的核心为“执法金字塔”模型的运用,即行政机关首先应使用执法金字塔底部干预程度较低的规制工具,只有当被规制者对低水平的制裁不予回应时,才拾级而上、逐步采取干预度更高的规制工具。^⑤所以,行政备案借助抽查、检查等执法工具所附带的信息规制因素,以及与后续的信用风险分类监管、信用规制、行政处罚等工具的联动,能够根据被规制对象的行为表现进行监管资源的差异化分配,调和全面性执法与选择性执法之间的矛盾。

二、行政备案的法治化困境

“许多实践理性的方法也只是更长于获得结论或指导行为,而不长于提供正当化。”^⑥当下,行政备案的规制政策试验过于强调实践理性,将简化程序、提升效率作为唯一的价值追求,往往容易脱逸形式法治轨道。概而言之,当前行政备案在法律属性、设定依据、实施程序以及法律责任方面体现出较明显的权宜主义色彩,在合法性与合理性方面存在瑕疵。

(一)法律属性的异化

行政备案的规制效果趋于异化是行政备案法治化的普遍难题,国际上对行政备案在实践中常与行政许可混淆多有批评。^⑦当下我国正向“监管型国家”转型,在部门利益本位、行政备案顶

① 参见[英]科林·斯科特:《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3页。

② 参见王青斌、王由海:《作为规制工具的行政备案:规制机理与效果优化》,《浙江学刊》2022年第5期。

③ 参见陈若英:《活水清渠——法律制度运行的信息机制》,法律出版社2014年版,第74页。

④ 参见《化妆品注册备案管理办法》第53条。

⑤ See John Braithwaite, The Essence of Responsive Regulation, 44 University of British Columbia Law Review, 475—520(2011).

⑥ [美]理查德·A·波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第93页。

⑦ 参见[日]室井力、[日]芝池义一、[日]滨川清主编:《日本行政程序法逐条注释》,朱芒译,上海三联书店2009年版,第252页。

层设计缺失以及以数量控制为核心的行政审批模式改革等因素推动下,法律、法规与规章中行政备案的概念内涵与法律属性出现模糊、扩张甚至异化。就整体而言,行政备案目前正处于由立法创设向实践发展、由未型式化行为向型式化行为过渡的阶段。行政备案的法律构造并不稳定、清晰,从而出现法律属性的异化。

在实践中,3类行政备案均存在不同程度的法律属性异化问题。首先,预防型备案容易异化为行政许可。预防型备案作为行政许可的重要替代性工具,具有事前备案、形式审查的特征。然而,“事前备案,根据运用方法的不同,具有实质审与许可制同样功能的可能性”,^①这里“运用方法的不同”强调预防型备案应坚持形式审查,避免对市场主体的准入资格施以严格限制。但是,在实践中不少备案管理规范嵌入“审批式”逻辑,明确要求“未经备案,不得从事特定的市场活动”。^②其次,告知型备案容易异化为行政许可。从行政行为类型化的角度观察,行政许可的核心特征包括事前审查、实质审查与严格的法律责任。^③在实践中,许多行政监管事项虽然在名义上是采取告知型备案方式管理,但是在审查程序、方式与效力上仍然沿用行政许可的模式,容易导致行政审批改革沦为“数字游戏”。最后,后设型备案异化为行政许可或行政确认。实质审查是行政许可的重要标志,^④后设型备案的实质性审查容易产生行政许可的效果,行政相对人如果未通过备案,那么就不具有从事特定活动的资格。另外,行政确认是对特定法律事实或法律关系予以认定和证明的行为,在审查方式上需要对行政相对人提交材料的真实性进行核实,其目的在于保证确认行为的公信力。^⑤从理论上讲,后设型备案只是对申报材料进行存档备查,不具有认定与证明功能,但在实践中不少后设型备案同样具备确认功能,如业主委员会成立备案、竣工验收消防备案等经常被人民法院视为行政确认行为。^⑥

(二)设定标准的缺失

行政备案设定标准的缺失已经成为行政备案规范管理改革的难点问题。行政行为创设依据的背后是立法与行政的权力配置关系。依法行政原理及其法律保留理论要求“特定领域的行政行为,非有法律依据不得为之”。^⑦目前我国尚缺统一的行政备案立法,行政备案的设定依据与实施标准缺乏明确的规定。

就整体而言,在设定依据上,设定行政备案事项的法律文件层级相对较低,难以满足行政备案的法治化要求。数据显示,国务院各机构实施的行政备案事项,以法律、行政法规设定的行政备案事项共占比21.99%,以部委规章设定行政备案事项的情况约占到总数的3/5。^⑧地方政府层面,行政备案的创设更加依赖政府规章与行政规范性文件,且多数行政备案规定无直接上位法依据。以上海市为例,数据显示,在120部涉及行政备案的地方性法规、政府规章中,上海市地方

① [日]南博方:《行政法》,杨建顺译,商务印书馆2020年版,第108页。

② 参见《对外贸易经营者备案登记办法》第2条的规定。

③ 参见张兴祥:《中国行政许可法的理论和实务》,北京大学出版社2003年版,第16页。

④ 参见章剑生:《行政许可审查标准:形式抑或实质——以工商企业登记为例》,《法商研究》2009年第1期。

⑤ 参见王克稳等:《行政审批制度改革中的法律问题》,法律出版社2018年版,第254页。

⑥ 参见广西壮族自治区南宁市铁路运输中级人民法院(2020)桂71行终6号行政判决书,浙江省舟山市定海区人民法院(2015)舟定行初字第22号行政判决书。

⑦ 参见许宗力:《法与国家权力》,台湾地区元照出版有限公司1999年版,第118页。

⑧ 参见张红:《行政备案存在的问题与立法构想》,《广东社会科学》2021年第4期。

立法设定的行政备案具有直接上位法依据的,不到总数的 1/10。^① 由于缺乏明确的法律依据,行政备案制度的实践运作饱受合法性质疑。例如,合肥市市场监督管理局制发《关于规范合肥市电梯维保备案工作的通知》(合市监函〔2020〕325 号)的规范性文件创设电梯维保的许可型备案,规定“未按规定办理电梯维保备案的单位,不得在我市从事电梯维保业务”。

法律依据的不足进一步导致当前行政备案适用标准缺失。综合来看,我国行政备案的适用标准还处于空白状态,行政备案的适用处于无序扩散的状态。^② 行政备案在解决信息不对称问题上具有优先性,但也有相对固定的最佳使用范围。一般认为,行政备案具有监管程度较浅、信息监管与事中事后监管机制紧密互动的功能优势,往往适用于信息提供或处理成本低、事后标准或事中事后监管机制充实完善的监管领域,而对于事中事后监管不完善的领域,行政备案应当让位于行政许可等深度监管工具。^③ 从备案管理实践观察,预防型备案与告知型备案均存在不同程度的无序扩张。例如,我国自 2013 年起在北京市、上海市等 7 个碳排放交易试点对碳排放行为监管实施预防型备案,但该领域事中事后监管措施仍不够成熟,适用行政许可是更为稳妥的监管方案,而盲目采用碳排放计划备案制则难以实现有效监管。^④

(三)备案程序的不足

行政备案作为一种行使行政职权的行为,必须受到来自外部的、规范行政权运行的程序控制,以防止行政备案权被滥用。程序保障的需求与功能,是从宪法上基本权利之客观功能中推导而出的,要求公权力履行公正、公开、参与等民主程序义务,建立正当法律程序。遗憾的是,当前行政备案程序受制于法律依据不足、程序权利意识薄弱等因素,存在明显的不足。

第一,行政备案程序对行政相对人程序权利保障不足。行政相对人的程序权利是否在行政程序中受到承认和保障,是行政程序正当与否的前提标准。^⑤ 受传统的权力本位思维影响,当前行政备案规范绝大多数由行政机关制定而非人大立法,部门立法、管理立法色彩较为浓厚。行政备案的程序设计往往偏向于处于强势地位的行政机关,更注重从加强备案监管方面赋予其主导地位,而对行政相对人的程序权利规定简陋,无法保障知情权、参与权等程序权利。行政相对人没有主动进入程序的机会,既无法实现在具体的备案活动中与行政机关的过程性沟通,也难以有效影响行政备案的设定,导致行政备案设定的民主基础不足。

第二,行政备案程序欠缺制度的完备性。尽管行政备案的适用领域宽泛、类型多元,但其在告知、陈述申辩、说明理由等正当程序方面应当具有完备性。考察备案管理实践,不同备案领域的程序规定大相径庭。首先,行政备案程序不完整。行政备案程序既包括初始备案程序,也包括信息变更、撤销或注销等备案程序。在实践中,许多备案管理文件仅对首次信息备案程序作出规定,但缺少对信息变更备案、撤销或注销备案程序的规定。例如,《保健食品注册与备案管理办法》《对外贸易经营者备案登记办法》等只规定了首次信息备案程序。其次,行政备案实施机关的

① 参见李平、王晓妹、高俊等:《行政备案制度研究——以本市地方性法规、政府规章为样本》,《政府法制研究》2017 年第 12 期。

② 参见王青斌、王由海:《作为规制工具的行政备案:规制机理与效果优化》,《浙江学刊》2022 年第 5 期。

③ 参见张卿:《行政许可:法和经济学》,北京大学出版社 2013 年版,第 25~26 页。

④ 参见陈惠珍:《许可抑或备案:我国碳排放准入监管的法制进路》,《法学评论》2016 年第 5 期。

⑤ 参见孙笑侠:《法律程序设计的若干法理——怎样给行政行为设计正当的程序》,《政治与法律》1998 年第 4 期。

程序义务明显欠缺。当前,行政备案规范侧重于明确行政相对人的备案程序义务,而行政机关的备案程序义务却缺乏应有的规范。特别是在备案机关如何审查处理行政相对人提出的申请材料以及如何作出处理决定等核心环节方面,程序运行的透明度及当事人的程序参与度明显不足。^①

第三,行政备案的救济程序规范缺位。在实践中,仅有个别规范规定了行政备案的救济渠道,大部分备案管理规范未对行政备案的救济程序作出规定,这种现象在食药监管备案领域尤为明显,导致当事人程序权利无法得到有效救济。^②

(四)法律责任混乱

从依法行政的角度看,法律责任的设置具有限制权力被滥用、防止政府借助法律过度干预公民自由生活的价值。^③ 根据行政法律关系的主体不同,行政法上的法律责任包括行政主体的法律责任与行政相对人的法律责任。行政备案作为新型行政行为,要求各方行政法律关系主体遵循备案管理要求,否则要承担相应的法律责任。行政主体的违法、不当行政行为与行政相对人的行政违法行为均是引起其法律责任的原因。在实践中,有关行政备案法律责任的主体、法律责任的适用情形以及具体法律责任类型设置均存在模糊和混乱。

首先,在备案责任主体方面,偏向行政相对人的法律责任而忽视行政机关及其工作人员的法律责任。在实践中,有的备案管理规范没有明确规定行政主体的法律责任或者没有明确规定具体的责任类型。^④ 权责一致原则要求行政主体的权力与责任相统一、职权与职责相匹配,不能因为行政备案是服务行政行为而放松行政主体的责任要求。“国家应负公法责任,系因其居于公权力主体地位,与人民发生公法上的法律关系或从事公权力行为。”^⑤其次,在备案责任内容方面,法律责任的适用情形不统一。法律责任是由违反法定义务或约定义务而引起的法律上不利后果,因此法律责任的设定与具体行政法律关系中当事人承担的义务或职责有直接关系。在实践中对行政相对人应当承担法律责任的情形规定得较为混乱,有部分规范仅规定行政相对人的备案义务却没有规定相应的法律责任,^⑥或者仅规定行政相对人的备案信息报送行为的法律责任却未规定信息变更义务的法律责任。^⑦最后,在备案责任类型方面,法律责任的类型设置过于随意。例如,对于未履行备案信息报送或备案不实的情形,有的立法仅要求责令改正,难以产生足够的惩罚、预防与秩序维护效果,^⑧而有的立法对此设定责令停产停业、吊销许可证等行为罚,又可能违背过罚相当原则。^⑨

三、行政备案的法律属性厘定

(一)关于行政备案法律属性的现有观点梳理

① 参见徐晓明:《外部行政备案管理:机制属性、缺陷反思与法律规制》,《中国行政管理》2020年第11期。

② 参见罗杰、刘静:《食品药品监管备案制度及其法律适用》,《中国药学杂志》2017年第10期。

③ 参见蔡宏伟:《“法律责任”概念之澄清》,《法制与社会发展》2020年第6期。

④ 参见《体外诊断试剂注册与备案管理办法》第110条。

⑤ 林锡尧:《行政法要义》,台湾地区元照出版有限公司2006年版,第573页。

⑥ 参见《专利实施许可合同备案办法》第18条。

⑦ 参见《外商投资项目核准和备案管理办法》第33条。

⑧ 参见《冶金企业产品标准备案规定》第3条。

⑨ 参见《出版物进口备案管理办法》第15条。

行政备案作为一种新兴的行政行为类型和行政监管手段,已在我国行政管理实践中获得广泛的运用。然而,在司法实践中对于行政备案的性质认定混乱,存在“行政事实行为说”“行政确认说”“行政登记行为说”等不同的学说。^① 学界对行政备案的性质尚缺乏深入精细的研究,已有的研究更侧重于从行政备案行为末端的法律效果展开分析,主要有“行政许可说”“行政登记说”“行政事实行为说”“行政确认为说”等学说。^②

持“行政许可说”者认为,在行政审批改革过程中,行政许可的类型多元,根据行政机关裁量权的大小,可以分为审批、审核、核准、备案 4 类。^③ 在行政审批改革过程中,分别采取直接取消审批、审批改备案、实施告知承诺制、优化准入服务 4 项改革措施。其中,审批改备案介于直接取消与告知承诺制之间,从法律性质上讲,行政备案是行政许可的重要替代制度,两者法律属性有别。“行政许可说”源于对行政实践的归纳,不少地方政府公布的行政许可事项清单均包含行政备案事项,如《鹤壁市市级行政许可事项清单》(2015)就包含“第二类、第三类易制毒化学品购买备案证明”“第三类易制毒化学品运输备案证明”等行政备案事项。

持“行政登记说”者认为,行政备案属于备案式登记,即行政机关对行政相对人正在进行某种活动或希望进行某种活动的情况予以书面记载的备案登记行为。^④ “行政登记说”同样有行政实践的支撑。例如,《药品研究机构登记备案管理办法(试行)》第 2 条规定:“凡在我国为申请药品临床试验和生产上市而从事研究的机构,应依照本办法登记备案”。但是,在我国法律制度中涉及登记的事项广泛、种类繁多、性质复杂,^⑤从《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)的调整范围角度观察,行政登记在整体上可以归纳为许可性登记与非许可性登记,后者又包括作为事实行为的非许可登记与作为法律行为的非许可性登记。^⑥ 可见,行政登记并非一种稳定的、制度化的行为形式,其本身也与行政许可、行政确认、行政备案等行为存在交叉重叠关系。

持“行政事实行为说”者认为,行政备案在本质上是行政机关为加强行政监督管理,依法要求公民、法人和其他组织报送其从事特定活动的有关材料,并对报送的材料进行收集、整理、存档备查的事实行为。^⑦ 所谓行政事实行为,是指一切不以直接产生法律效果为目的,而以发生事实效果为目的的行政措施。^⑧ 从行政相对人的角度看,备案行为只是行政处罚等行政行为的前置性程序行为,其本身并不对行政相对人权利义务产生直接影响。^⑨

持“行政确认为说”者对持“行政事实行为说”者提出质疑,认为“行政事实行为说”忽略了备案所内含的国家权力的公信力,轻视了备案对确认法律关系的外部效果,行政备案除了收集信

① 参见山西省运城市中级人民法院(2017)晋 08 行终 84 号行政判决书,辽宁省朝阳市中级人民法院(2021)辽 13 行终 12 号行政判决书。

② 参见高小芳:《行政备案》,载章志远主编:《中性行政行为研究》,北京大学出版社 2021 年版,第 104~107 页。

③ 参见周汉华:《行政许可法:观念创新与实践挑战》,《法学研究》2005 年第 2 期。

④ 参见崔卓兰、吕艳辉:《行政许可的学理分析》,《吉林大学社会科学学报》2004 年第 1 期。

⑤ 参见章剑生:《行政不动产登记行为的性质及其效力》,《行政法学研究》2019 年第 5 期。

⑥ 参见李昕:《论我国行政登记的类型与制度完善》,《行政法学研究》2007 年第 4 期。

⑦ 参见朱最新、刘云甫:《行政备案制度研究》,知识产权出版社 2012 年版,第 24 页。

⑧ 参见陈敏:《行政法总论》,台湾地区新学林出版有限公司 2011 年版,第 609 页。

⑨ 参见徐景波:《完善我国行政备案制度的构想》,《江汉大学学报》(社会科学版)2015 年第 1 期。

息、存档备查的功能外,更为重要的是借助备案以国家承认的形式使社会成员知晓并尊重备案事项业已取得的法律效力。因此,行政备案在性质上应当属于行政确认。^①

上述关于行政备案行为性质的观点各有一定的合理性,但均建立在传统行政行为形式理论的基础上,试图将行政备案纳入已有行政行为类型。现代公共行政规制领域的扩大必然带来行政手段的多样化以及公共行政法律行为的多样化,^②已有的行政行为形式已经不能适用于所有的行政活动,行政法必须整体地考虑行政的各种手段,并致力于新型行政行为的型式化。

(二)行政备案法律属性的正确定位

行政备案并非行政事实行为,而是在“放管服”改革过程中形成的未型式化的、有效履行信息监管任务的行政法律行为。所谓未型式化行政行为,即具有法律意义但拘束意思及调整范围不明确的行政行为。从行政行为谱系定位看,未型式化行政行为属于行政处分之外“其他有法律意义的意思表示”的行政行为,有时也被笼统地纳入行政事实行为中。^③一般而言,判断事实行为的关键为“客观上是否具有法律效力”与“主观上是否直接产生法律效果”。^④一方面,行政备案具备法律效力。法律效力不同于事实上强制力或暴力,是一种规范上的“应然”。奥地利法理学家凯尔森认为,对法律所必要的“强制”因素并不在于所谓“精神强迫”,而在于这种事实,即组成法律秩序的规则规定了在特定场合下作为制裁的特定强制行为。^⑤行政主体的备案职责与行政相对人的备案义务源于法律、法规的直接规定,对行政相对人具有约束力。实际上,许多行政事实行为没有受到法律的调整或充分法律化,也就谈不上从法律规范中获得效力,比较典型的是协商或其他形式的非正式活动。“非正式行为不受法律约束,因此,被宽泛和模糊地纳入事实行为。”^⑥另一方面,行政备案能够直接产生法律效果。法律效果表示法律上的权利与义务,行政法律行为与行政相对人之间建立一种行政法上的权利义务关系,这种权利义务包括实体法与程序法上的权利义务。行政备案能够为行政相对人创设程序上的备案义务以及在内容上持续遵守备案要求的义务。

行政备案也与传统行政行为形式不同。在行政行为体系中,不同型式的行政行为在各自的适用范围内具有排他性,不会出现交叉现象。对于公共行政目标的实现而言,各种基本类型的行政行为在功能上各有侧重,相互之间不可替代。^⑦从学理角度看,行政备案有别于行政确认。行政确认的核心功能是确认权利或资格,如土地权属登记确认、房地产登记确认、婚姻登记确认等。行政备案的目的并非确认权利或资格,而是为了尽可能获取行政相对人的备案信息以便开展后续监管。因此,两种行为的目标并不相同。同时,行政备案有别于行政许可。一般认为,行政备案与行政许可在功能上具有一定的重合,均具有信息收集、信息监管以及行为监管的功能,但二者在行政目的、功能取向、要求上均有不同。例如,行政许可的信息收集主要是确认行政相对人是否具备从事某项特定活动的法定条件,通过“严格的许可条件设置、实质审查标准以及严

① 参见陈文曲、郑宁:《业主委员会成立备案制度研究》,《政治与法律》2009年第2期。

② 参见江利红:《日本行政法学基础理论》,知识产权出版社2008年版,第399页。

③ 参见苏宇:《论行政行为形式认定标准》,《华东政法大学学报》2021年第4期。

④ 参见王锴:《论行政事实行为的界定》,《法学家》2018年第4期。

⑤ 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第64页。

⑥ [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第398页。

⑦ 参见宋功德:《聚焦行政处理:行政法上“熟悉的陌生人”》,北京大学出版社2007年版,第220页。

厉的事后处罚责任”,^①以确保只有具备相应资格的行政相对人能够实施特定的行为。而行政备案作为行政许可的替代性制度,强调简化程序、激发市场主体的活力,备案信息收集的目的在于服务于后续的事中事后监管。最后,行政备案作为独立、新型的行政行为形式已为实践所接受。最高人民法院颁布的《关于行政案件案由的暂行规定》中明确一级案由为行政行为,二级案由与三级案由主要是按照具体行政行为种类划分的,包括法律法规等列举的行政行为名称以及行政行为涉及的权利内容等。其中,行政许可、行政确认作为明确列举的二级案由,其列举的三级案由中并不包括行政备案。但在行政审判实践中,行政备案经常被作为独立的二级案由或三级案由。^②

四、行政备案的法治化路径

在行政审批改革过程中,行政备案的规制创新以程序简化、行政效率为主要导向,在合理性与合法性方面存在诸多不足,需要通过强化行政机关备案管理的依法行政能力以弥补备案改革的不稳定和合法性不足问题。治理现代化的规律表明,以现代化治理代替传统治理的过程,其实就是一个向法治化治理转型的过程。^③因此,需要从法律构造、创设依据、适用范围以及规制功能等方面合理构建行政备案的法治化路径,提升行政备案的法治化水平。

(一)明晰行政备案的法律构造

基础概念的澄清构成行政备案法治化的逻辑起点。行政备案本身并非法律术语且缺乏法律规范对其进行概念界定,其内涵外延具有一定的模糊性和不确定性。因此,应当在尊重“备案”基本语义的前提下,对行政备案制度的规范和实践进行抽象概括进而形成权威性的认定。从词源学的角度看,备案强调“信息报送以供存档备查”。^④除了文义分析,对于行政备案的内涵还应在行政审批改革的制度实践中加以把握。行政审批改革就是在政府规制与市场自由之间寻找动态的平衡点,而审批改备案作为推进政府职能转变、减少行政干预的结果,放松规制、减轻行政相对人负担以及强化事中事后监管应当是行政备案的首要目标。概言之,以行政许可为参照系,应然意义上的行政备案是以放松准入控制、强化信息监管与事中事后监管为特征,基于信息监管目的,要求行政相对人主动报送从事特定活动的材料,并将报送信息进行共享、公开,服务于后续监管的行政方式。

行政备案作为一种新型的行政行为,有其独特的逻辑构造。备案管理规范中的备案类型出现法律属性异化,在很大程度上源于行政备案法律构造的不清晰和不稳定。如前所述,许可型备案的本质是“备案式”许可,不是行政备案的具体类型。逻辑构造在法律概念中处于关键地位,也是区分不同行政活动的核心判断标准。一方面,行政备案不是行政许可。行政许可的核心逻辑结构为“公法上普遍性禁止义务”,通过法规范“设定准入禁止”的权力运作导致私法上的权利消

① 参见杨解君主编:《行政许可研究》,人民出版社 2001 年版,第 122~123 页。

② 参见最高人民法院(2019)最高法行申 12203 号行政裁定书。

③ 参见周佑勇:《推进国家治理现代化的法治逻辑》,《法商研究》2020 年第 4 期。

④ 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆 2016 年版,第 56 页。

灭和公法上的不作为义务形成。^① 在获得行政许可之前,行政相对人需要承受法规范创设的公法上不作为义务,即获得许可前不得实施特定行为。授予许可不仅恢复了行政相对人私法上的权利,而且也为行政相对人创设了公法上的权利。行政备案的核心逻辑为“公法上积极作为义务”,其不禁止行政相对人实施特定行为,而是为了信息规制、过程监管的需要而获取有关信息。备案管理规范仅强调公法上的作为义务,即要求行政相对人履行积极备案的作为义务。

(二)明确行政备案的设定标准

依法设定是行政备案法治化的核心要求。依法行政原则要求作为可以支配行政相对人权利与自由的行政权,必须由人民代表大会以法律、法规形式授予。^② 根据《国务院办公厅关于全面推行行政规范性文件合法性审核机制的指导意见》(国办发〔2018〕115号)的规定,行政规范性文件在没有法律、法规依据的情形下,不得作出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的规定。关于行政规范性文件不得创设行政备案,学界目前已达成共识。值得探讨的是,行政规章创设行政备案是否符合依法设定原则?有学者认为,行政备案没有直接影响行政相对人实体上的权利义务,行政规章具有行政备案创设权。^③ 也有学者认为,行政备案增设了行政相对人的义务,若没有法律、法规的规定,则行政相对人就没有备案的义务。若规章和行政规范性文件设定了备案制度,则属于一种越权行为,需要纠正。^④ 在实践中,仅有零星的政策文件对个别的备案类型设定依据作出规定,但是这些规范的法律效力位阶较低,且无法统摄实定法中所包含的所有备案类型。^⑤

行政规章能否创设行政备案事项,需要结合《中华人民共和国立法法》与行政备案本身的性质作出综合研判。从严格的形式法治角度看,没有明确的依据及授权,地方政府规章和部门规章不得创设减损人民权利或者增加其义务的规定。^⑥ 当然,行政备案本身是未型式化的行政行为,不同的备案类型行为模式各异,对行政相对人权利义务的影响也不一致,因此,须结合不同的备案类型展开具体分析。如前所述,因为事前备案对行政相对人权利义务影响程度较大,国务院已经明确规定预防型备案等事前备案事项应由法律、法规创设。而后设型备案的事后实质性审查亦会影响行政相对人的实体权利义务,同样需要具备法律、法规的设定依据。告知型备案虽然没有直接影响行政相对人实体的权利义务,更多的是为行政相对人设定信息报告的程序义务,但是从法规范性质的角度看,行政机关为行政相对人创设的信息报备义务并非授权规范而是义务规范,具有一定的强制性。^⑦ 从信息处理的角度看,《中华人民共和国个人信息保护法》第37条规

① 参见朱新力、余军:《行政许可概念的逻辑结构——分析法学视角的解读》,载刘恒主编:《行政许可与政府管制》,北京大学出版社2007年版,第3~7页。

② 参见章剑生:《现代行政法总论》,法律出版社2019年第2版,第49页。

③ 参见王克稳等:《行政审批制度改革中的法律问题》,法律出版社2018年版,第277页。

④ 参见刘平:《行政执法原理与技巧》,上海人民出版社2015年版,第280页。

⑤ 例如,《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》(国发〔2016〕34号)强调,“不得设置没有法律法规依据的审批或事前备案程序”;在地方立法层面,个别地方性政府规章对行政备案设定依据作出规定,如《广州市行政备案管理办法》第5条规定,只有法规以上的法律规范才能创设行政备案事项。

⑥ 参见乔晓阳主编:《〈中华人民共和国立法法〉导读与释义》,中国民主法制出版社2015年版,第269~274页。

⑦ See H. L. A. Hart, The Concept of Law(3rd), Oxford University Press, 2012, pp. 26—44.

定,具有管理公共事务职能的组织为履行法定职责处理个人信息,需要法律、法规的授权。因此,告知性备案同样应由法律、法规创设。

创设得当是行政备案法治化在制度层面的具体表现。规制法更多的是为被规制对象设定负担义务,政府规制活动本身会给市场带来负担。^① 行政备案亦然。如果行政备案设定过多、管制过宽,那么会不当增加行政相对人守法与执法成本,影响资源配置效率。对于行政备案的边界,应在综合考虑《行政许可法》的规范结构、“放管服”改革的政策目标以及行政备案实践经验的基础上进行划定。行政许可的目的不是限制个人的自由,而是最大限度地满足社会发展带来的个人对自由的需求。^② 在这种立法精神的指引下,《行政许可法》形成了“个人自主—市场调节—社会自治—事后监管—事前许可”的政府介入经济社会事务顺位模式。这也是辅助性原则的集中体现。辅助性原则强调自我规制的优先性,行政规制需要体现对市场规律的遵循、对社会自治的尊重。^③ 因此,对市场能够自我调节且行业协会有能力承接的监管事项,不宜设定行政备案。同时,降低制度性交易成本是深化“放管服”改革的核心价值追求,其本质在于厘清政府和市场、政府和社会的关系,推动“有效市场”和“有为政府”更好结合。^④ 这也是行政效能原则的重要作用场域,行政效能原则要求行政法主体在从事行政活动过程中应以成本最低、效益最大化地实现特定行政目标。总之,行政备案的边界应当遵循辅助性原则与行政效能原则,辅助性原则划定了行政备案设定的负面清单,行政效能原则为行政备案提供了正当性支撑。

(三)完善行政备案的程序机制

程序正当是行政备案法治化的基本要求。现代行政法治所要求的行政程序应当是体现政府守法、民主参与、理性决策、公正公开之精神的现代行政程序,而不是行政系统内部的办事规则和手册。^⑤ 完善行政备案的实施程序,需要从保障行政相对人程序权利与提升行政备案程序的统一性方面入手。通过引入行政相对人的程序权利,使行政备案程序的内涵具有更大的开放性和协商性,极大促进行政的民主化、正当化与理性化。程序的完备性是行政程序的内在要求,程序规范的严密、合理与便民,不仅具有控权功能,而且还具有保障和提升行政效能的功能。

首先,保障参与者的程序权利。程序正义的观念是以正当程序思想为背景形成和展开的。^⑥ 程序权利试图从客观的程序制度中分离出某些带有主观权利性质的内容,以此作为请求权基础来制约行政机关的权力。因此,行政备案程序需要保障程序参与者的知情权、参与权等正当程序权利。为了保障行政相对人的知情权,一方面,行政机关需要公布行政备案的法律依据,明确权力来源;另一方面,需要通过有效的方式告知行政相对人备案义务和具体要求。同时,行政备案程序还应保障行政相对人的参与权。听证程序是参与权的核心,包括正式的听证程序和非正式的听证程序。行政备案的听证程序多为非正式听证程序,这也符合行政备案的参与性和沟通性特征。非正式听证程序的核心在于完善行政机关在履职过程中的说明理由义务和听取意见义务,通过对备案材料瑕疵的指正或对不予备案说明理由,保障当事人的参与权。

① 参见王波:《规制法的制度构造与学理分析》,法律出版社 2016 年版,第 190 页。

② 参见王太高:《行政许可条件研究》,法律出版社 2014 年版,第 86 页。

③ 参见章志远:《监管新政与行政法学的理论回应》,《东方法学》2020 年第 5 期。

④ 参见王敬波:《“放管服”改革与法治政府建设深度融合的路径分析》,《中国行政管理》2021 年第 10 期。

⑤ 参见王锡锌:《行政程序法理念与制度研究》,中国民主法制出版社 2007 年版,第 46 页。

⑥ 参见[日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 4 页。

其次,提升备案程序的完备性。具体包括:(1)完善行政备案的设定程序。由于行政备案的设定需要经过正当性与科学性的检验,因此,一方面,行政备案设定应当充分保障公众参与,增强备案措施的民意基础和可接受性;另一方面,需要通过必要性评价制度,加强对行政备案设定的必要性和可行性论证。(2)完善行政备案的运行程序。需要完善行政备案运行过程中受理、审查、备案信息变更、监督检查等行政程序。同时,为了防止行政机关滥用权力,可以通过“工作指南”的方式增强行政备案运行过程的合法性控制。^①(3)完善行政备案实施后的评估程序。一方面,需要明确评估要求,包括评估的期限、需要评估的情形以及评估的主体;另一方面,需要明确评估标准,包括合法性标准、合理性标准和实效性标准等。(4)完善行政备案的救济程序。行政备案属于未型式化的行政行为,欠缺制度上的稳定性及明确性。从权利救济的全面性考量,应当肯定行政备案的可救济性。这也符合行政备案的实践情况。在实践中,大部分行政备案制度规范都规定了备案的办理程序、办理期限等,属于预设法律效果的行为,应当纳入行政复议与行政诉讼受案范围。

(四)充实行政备案的法律责任

合理设置法律责任是行政备案法治化的重要保障。“从某种意义上说,法律对社会关系的调整是通过责任的形式来完成的。”^②对违反行政备案要求的行政法律关系主体设置合理的法律责任,不仅能够惩戒违法行为、维护行政管理秩序,而且还能够预防新的违法行为、实现既定的行政目标。

就整体而言,行政备案中法律责任的设定,可以按照责任主体、责任内容以及责任类型展开。首先,在责任主体上,完善行政主体的法律责任。当前行政备案设定与实施的不规范现象,与行政主体法律责任的缺失有关。政府的良好行政,最终需要通过设定相应的法律责任来保障实现。因此,需要完善行政主体在备案受理、审查及后续监管中的法律责任。其次,在备案责任内容上,行政主体与行政相对人的责任内容应分别设置。“违法行政的构成要件是行为人具有相关的法定义务。”^③就行政主体而言,行政主体承担法律责任的内容与其职权有密切联系,其承担法律责任的情形如下:(1)怠于履行备案职责,包括拖延备案、未履行告知或说明理由等义务;(2)滥用备案职权,包括违法增设备案条件、不遵守备案程序要求等;(3)未依法展开后续监督管理等其他徇私舞弊、滥用职权的行为。由于行政违法行为是行政相对人承担法律责任的前提,而行政违法行为往往与行政相对人的备案义务紧密联系,因此,行政相对人对以下情形承担法律责任:(1)未履行备案信息报送、信息变更以及信息注销等义务,(2)提供虚假备案材料或信息,(3)超越备案事项或实际从事活动与备案内容不符。最后,在责任类型上,应当按照比例原则、节制性原则设定法律责任类型。比例原则要求违法行为的性质与行政责任的惩戒程度相当。在备案管理实践中市场主体与行政备案有关的违法行为法律后果较为轻微,如未按规定注销备案信息、拖延提交备案材料等,应当优先适用责令改正、警告等责任形式,如果行政相对人不服从,那么再使用更严厉的责任形式。同时,法律责任的设置要遵循节制性原则。责任节制性的最根本追求在于以最小

^① 参见《保健食品备案工作指南(试行)》。

^② 李拥军:《法律责任概念的反思与重构》,《中国法学》2022年第3期。

^③ 胡肖华:《走向责任政府——行政责任问题研究》,法律出版社2006年版,第129页。

的责任运作成本来实现最大化的社会效益,也就是使社会秩序的维护和发展的纠正成本降到最低,^①因此,在备案管理实践中法律责任实现形式的选择应当进行成本收益的考量。

五、结 语

“不断对未型式化的行政行为加以型式化”是行政行为变革的新任务。^② 行政备案作为一种新型的未型式化行政行为,在实践类型、法律属性与运作机理上的规范化和制度化程度尚有不足,应当在明确行政备案属于未型式化的行政行为的基础上,逐一明确其法律构造、设定标准、实施程序与法律责任机制,以更好地契合行政任务多元化的现实需要。从长远的角度看,立法者应通过制定“行政备案条例”乃至“行政法总则”的形式,为行政备案的法治化提供坚实的规范基础。

Abstract: In the context of the “administrative and service” reform, administrative filing with the function of information regulation and behavior regulation is increasingly widely used. Based on the filing stage and review form, the administrative filing can be divided into three categories: preventive filing, informative filing and post setting filing. At present, the administrative filing regulation innovation faces legal attribute alienation, absence of setting standards, lack of filing procedures and legal responsibility attribution confusion and other rule of law dilemmas. Administrative filing is not an administrative factual act, but not type of administrative behavior. Therefore, the rule of law of administrative filing should be carried out from four levels: Firstly, the core logic of administrative filing structure is the “public law obligation to act positively”, which does not prohibit the relative to engage in specific activities, but for information regulation, process supervision and access to regulatory information. Secondly, the administrative record of the setting of the basis to follow the principles set by law, the applicable standards follow the principle of subsidiarity and administrative effectiveness. Thirdly, the administrative filing procedures should be achieved to protect the procedural rights of participants and enhance the unity of the completeness of the filing process. Fourthly, the administrative record of legal responsibility should be set in accordance with the subject of responsibility, responsibility for the content and type of responsibility.

Key Words: reform of government functions, administrative filing, types of practice, legal attributes, rule of law

责任编辑 谭冰霖

① 参见叶传星:《论设定法律责任的一般原则》,《法律科学》(西北政法学院学报)1999年第2期。

② 参见林明锵:《论型式化之行政行为与未型式化之行政行为》,载翁岳生教授祝寿论文集编辑委员会编:《当代公法理论:翁岳生教授六秩诞辰祝寿论文集》,台湾地区元照出版有限公司1993年版,第347页。