

情况下,未对局长提出的相关错误指令提出异议……二人身为国家机关工作人员,滥用职权,不正确履行职责,给国家财产造成重大损失,其行为均已构成滥用职权罪。〔48〕

与直接下放行政权限相比,还有一种跳出权力思维的非典型简政放权,并非直接授予“权力”,而是靠保障和维护公务员“权利”来实现,且不会引起伴随权力收放的治乱怪圈。例如《公务员法》(2018年修订)第13条规定公务员享有对机关工作和领导人员提出批评和建议的权利,维护和保障公务员的批评建议权,有助于行政机关领导人员改善领导方式,提高行政机关依法行政水平,这是法律实施中的一种善意。相反,如果公务员放弃行使批评和建议权,实际上就是对法律的非善意,在不求有功但求无过的行政风气下,这种情况更为常见。因此,《公务员法》对于下级公务员批评建议权的保障和支持尚有改进余地。另外,《公务员法》(2018年修订)第49条还规定了诸如忠于职守、积极工作、遵守纪律、廉洁奉公、作风正派、办事公道等职业操守义务,之所以要强调这两条规定的内容,是因为它们是弥合法律缺陷、行政组织缺陷的重要工具。实证研究亦表明,公职人员弥合制度缺陷、改进制度功能的创新意愿,与对本组织的认同有重要的联系,〔49〕如果他们的权利得到充分保障,将会极大地提高行政活动的善意。因此,简政放权不应局限在下放权力范畴,保障和维护下级部门和公务员的权利同等重要,这是实现善意履职必不可少的举措。

2. 完善分工,提高专业化水平

公职人员的信仰和价值观体现着专业精神,虽然这种专业精神有时会带来麻烦,但麻烦解决后最终作出理智的行政决策,要好于所谓的“服从大局”。公职人员往往身处多重角色之中,每种角色都有其伦理规范,这些规范可能是一致的,但也会发生伦理冲突,处理不当时,就构成非善意或违法。例如,当家族角色与公职角色发生冲突时,当事人不当地偏向了家族利益,就是以权谋私。再如,依法行政与服从上级也经常发生冲突,导致公职人员从个人前途利益出发趋利避害,最终损害公共利益。伦理冲突实质上是一种利益冲突,伦理是表、利益是里。克服伦理冲突或利益冲突导致的非善意,可以通过加强同级、上下级之间的监督和制约实现,而基于专业化水准的监督和制约,最容易被接受。公职人员的分工和专业化是我们长期追求的目标。《公务员法》(2018年修订)第8条规定:“国家对公务员实行分类管理,提高管理效能和科学化水平。”但长期以来,对专业化的推动举措仍停留在表层,主要是通过完善选拔机制和培训机制进行,而没有充分考虑公职人员自身教育背景的限制因素。这两种机制都是借助外力推动,但其实还可以挖掘

〔48〕 参见河北省邯郸市中级人民法院刑事裁定书,(2017)冀04刑终350号。

〔49〕 参见王彦斌:“转型期我国政府低效率现象的组织内部原因——基于公务员组织认同影响作用角度的调查分析”,《中国行政管理》2010年第7期,第116—119页。

内生潜力,如提高职业准入资格条件,以及鼓励公职人员加入专业水准较高的行业协会等。我国在法治工作高度专业化领域推行法律职业资格考试即为成功的例证。^[50]

执行政策的人员必须具有专门专业知识,是西方采用“官僚制”国家的一个典型特点。^[51]专业化意味着该职业成为全时工作,需要建设专业的教育训练机构、专业协会,以推出职业代表人物、建立自律行为准则等。^[52]1960年代,美国全国教育协会公布了关于教师专业化的8条标准:①专业实践属于高度的心智活动;②具有特殊的知识领域;③受过专门的职业训练;④经常不断地在职进修;⑤视工作为终身从事的事业;⑥行业内部自主制定规范标准;⑦以服务社会为最高目的;⑧设有健全的专业组织。^[53]由此可见,相较于我国常用的培训手段,美国更强调借助自治团体来培育自发性的专业精神。虽然专业自治方法存在局限性,过分强调专业化也有其消极后果,^[54]但对于一些专业性较强的领域,例如医疗卫生、环境保护和教育等,培育公职人员的专业精神,更容易形成统一的职业道德标准和职业共同体精神,使得相关决策的作出是科学、理性且充满善意的。

3. 简化科层,消除壁垒

行政组织内的沟通问题,容易形成善意履职的障碍,最重要的改进手段是简化科层。横向上的过多分工造成协调困难,纵向上的过多层级造成信息失真,决策与执行困难。大部制改革和某些地方推行的省直管县、强权扩县(镇)改革等都具有简化科层的意图,有利于改善因组织结构导致的非善意。

组织内会不可避免地生成一些潜规则,与正式法律规则形成对抗,并且个人难以借助常规渠道表达异议,这就需要建立一些非常规的机制,以突破制度阻隔,如举报制度,其背后的制度束缚,以及潜在举报人所面临的伦理困境,复杂程度远超想象。尤其是在举报非善意行为时,被举报对象大都没有明显的违法行为,在这种情况下,举报或不举报、如何举报,涉及许多微妙的因素。^[55]举报方式分为内部举报和外部举报,一般来说,

[50] 参见《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈关于完善国家统一法律职业资格制度的意见〉》,载中国政府网,http://www.gov.cn/xinwen/2015-12/20/content_5025966.htm,最后访问日期:2021年4月30日。

[51] 参见王名扬:《美国行政法》(上),北京大学出版社2016年版,第165页。

[52] Harold L. Wilensky, "The Professionalization of Everyone?", *American Journal of Sociology*, Vol. 70, No. 2, 1964, pp. 142-146.

[53] Anne Baffert, Sheila Tobias, *Science Teaching as a Profession: Why It Isn't. How It Could Be*, Arlington: National Science Teachers Association-NSTA Press, 2010, p. 41.

[54] See Bruce A. Kimball, *The "True Professional Ideal" in America: A History*, Maryland: Rowman & Littlefield, 1995, pp. 301-325.

[55] 参见刘昕:《潜在举报人伦理困境研究》,吉林大学2015年博士学位论文,第31-38页。

内部举报实效性很差,因为许多内部举报制度往往成为组织中常规沟通的环节。^[56] 相较而言,外部举报效果良好,但外部举报涉及对整个组织的背叛,还可能伤及无辜,因此,举报人需要面对非常强烈的伦理冲突。如处理不当,可能使举报人受到最为极端的报复,即便没有这些报复,最终的结果也很可能不符合举报人本来的意愿,这是很难处理的矛盾。另一个极端情形是,有时举报还会被别有用心的人所利用,以达其不可告人的阴暗目的,对有担当、敢作为的干部造成干扰,久之会让好干部变得畏首畏尾,凡事都不敢得罪人,导致“不求有功但求无过”“多一事不如少一事”的心态在官场大行其道,严重恶化中国政治生态。^[57] 目前在党内实行的巡视制度,在一定程度上吸收了举报的合理性,回避了一些弊端,实践效果良好。部分原因在于它提供了介于内部举报和外部举报之间的一个缓冲带。巡视本身也是一种打破常规的沟通手段,跳过了许多中间层级,在组织的最上层和基层群众之间建立沟通。^[58] 需要指出,巡视机制虽然可以长期化、制度化,^[59]但在成员的专门化方面却要谨慎,避免其成为一项融合于科层制中的常规制度而失去活力。^[60] 总之,不论是以常规手段简化科层,还是以非常规手段突破阻隔,目的都是消除制度藩篱,让个人的善意对组织产生积极影响。

(三)评价体系的运行机制

应选择适当路径,确立科学标准,建构善意履职的评价体系,以提升法律实施实效。评价性事务不应完全交于行政机关,也不可能全然委之于公众。原因在于,舆论对公职人员非善意行为的监督作用是有限的,且评价过程往往存在重大缺陷,难以保证公正性,甚至有可能沦为个别人道德审判、发泄不满的工具。无数事实告诉我们,在汹涌的舆论浪潮下,评价结果往往在一开始就确定了。为了避免善意履职沦为舆论的牺牲品,使之真正成为科学合理、精确实效的指引和评价工具,必须建构符合法治规律的运行机制。

1. 对非善意行为的调查机制

相对于违法或不合理而言,非善意是评价行政活动的一套全新标准,它针对的主要是行政活动作成机制中的主观因素,被认定为非善意的行政活动可以统称为不良行政活动。目前,除了可能在违法调查或监察调查中偶有涉及行政机关或官员的主观方面考察外,我国还没有建构起对非善意行为进行调查的专门机制,但有些欧洲国家在监察专员制度建构方面已然迈出

[56] Natalie Dandekar, “Can Whistleblowing Be Fully Legitimated? A Theoretical Discussion”, *Business & Professional Ethics Journal*, Vol. 10, No. 1, 1991, p. 95.

[57] 参见李许坚:“让恶意举报者付出沉重代价”,载《中国纪检监察报》2019年1月7日,第2版。

[58] 参见牟广东、唐晓清:“论巡视制度在党内监督体系中的地位和作用”,《理论探讨》2010年第3期,第127页。

[59] 参见郑传坤、黄清吉:“健全党内监督与完善巡视制度”,《政治学研究》2009年第5期,第71—73页。

[60] 参见王仰文:“巡视制度的执行困境与现实出路”,《前沿》2010年第10期,第9页。

了实质步伐。最早设立监察专员的是瑞典,1809年,瑞典议会任命了一位公共官员“ombudsman”,代表议会监督政府官员,负责处理公众对政府部门违法行政和不当行政的申诉,享有调查、报告以及对个案处理和行政程序规范的建议权。^[61] 该制度在1960年代以后流行起来。^[62] 目前,国际监察专员协会已经有来自100多个国家和地区的超过198个会员(监察专员机构)。^[63] 监察专员成为由立法机关或由最高行政机关任命,独立调查和处理公众对政府部门或公共官员侵犯权利、滥用职权、不公平决定和不良行政行为申诉的专门官员。^[64] 他拥有和行使权力的方式比较特殊,可以主动展开独立调查并提出建议,但是建议大多没有强制力,其效力依赖于其他机制,如后续的议会监督或舆论监督等。^[65] 监察专员制度出现的原因,是现代行政主体不再只是传统意义上的执行部门,而是享有广泛决策和政策制定权的机构。人们对行政活动的期望值越来越高,不仅要求其应当合法、合理,更要有效率、负责任,还要善意履职。

监察专员对不良行政行为即非善意行为的调查,与司法审查有本质区别。美国的制度设计也有一些特色,一般设有两类伦理规范监管机构,一类是具有调查和起诉职能的部门,如司法部公共诚实处、联邦调查局和独立检察官等,另一类不具有调查和起诉职能,称为非刑事公共诚信部门,主要职责是为了避免利益冲突而审查公职人员的财产状况、解释法律和行政部门的公共诚实规则、监督并指导各种公共服务伦理行为、将职务违法犯罪行为移交司法部门等,包括政府伦理办公室、司法部律师办公室、监察长办公室和白宫律师办公室等。其中,政府伦理办公室职能十分重要,直接对总统、国务院和国会负责,办公室主任由总统提名经国会任命。此外,美国国会、大法官会议、国防部及许多州和市的议会和政府,也设有伦理委员会、伦理办公室,负责公共服务伦理调查、咨询、监督或审查财产申报等具体事务。^[66]

可以借鉴监察专员和政府伦理监督制度,建构不良行政行为调查机制,有两个思路。一是基于《人民检察院组织法》(2018年修订)第2条和第20条的规定,建构不良行政行为调查制度,成熟后再逐渐扩展到对其它不良公务行为的调查。2019年最高人民检察院的内

[61] See Lester B. Orfield, “The Scandinavian Ombudsman”, *Administrative Law Review*, Vol. 19, No. 1, 1966, p. 8.

[62] Linda C. Reif, *The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights System*, Germany: Springer, 2013, p. 1.

[63] The International Ombudsman Institute, “About the IOI,” <https://www.theioi.org/the-i-o-i>, last visited on 30 April 2021.

[64] 参见李红勃:“人权、善政、民主:欧洲法律与社会发展中的议会监察专员”,《比较法研究》2014年第1期,第141页。

[65] 参见解志勇:“行政检察:解决行政争议的第三条道路”,《中国法学》2015年第1期,第61—62页。

[66] 参见《美国:加强伦理规范建设防止利益冲突》,载厦门大学纪委监察处网站,<https://xmujw.xmu.edu.cn/0d/e7/c615a3559/page.htm>,最后访问日期:2021年4月30日。

部机构改革设立了专门的行政检察厅(第七检察厅),为这项制度的建构提供了新的契机。^[67]多年来,检察机关早已开始尝试对行政执法进行监督,监督对象也不限于行政违法行为,监督方法具有主动性、主导性、弱对抗性和潜在威慑力的特点,这些特征与西方国家的监察专员机制十分接近。^[68]但《人民检察院组织法》对人民检察院法律监督范围的授权不够明确,检察机关对行政的监督更倾向于针对机关而非个人,同时,人民检察院对行政活动和行政人员的监督也有些畏首畏尾,其监督范围难以扩展到一定职务或职级的公职人员。二是基于《监察法》第6条和第11条等的规定,设立“不良公务活动调查制度”。由国家监察机关对公职人员善意履职的情况进行监督,可以说是十分合适的:一方面,其监督对象覆盖了所有公职人员;另一方面,根据《监察法》第11条第1项,其监督范围几乎覆盖了非善意职务行为的所有典型事项,即对其“依法履职、秉公用权、廉洁从政从业以及道德操守情况进行监督检查”;与此同时,监察调查还具有程序相对完善、调查措施效率较高等优势。监察委作为调查不良行为主体的实践,已经迈出了重要的一步。如2020年2月,国家监察委派出调查组赴湖北省武汉市,就群众反映的涉及疫情处置的有关问题作全面调查。^[69]这是对应对重大突发公共卫生事件中的不良行为进行调查的重要例证,一些官员因应对疫情不力黯然去职。不过,监察委作为调查主体亦有不足之处,最突出的障碍是当前办案压力大,案多人少矛盾突出。

2. 职业伦理的评价与指导机制

不良公务活动的调查机制,不仅针对行政机关,也指向特定公职人员,而且涉及对他们主观状态的调查,使得调查面临困难。其一,对公职人员主观状态的评价,本身具有主观性,调查结果能在多大程度上被公职人员接受、被社会认可,存在疑问。其二,对担任领导职务、负有政治责任的高级别公职人员而言,由于曝光度高,基于舆论的调查结果一般较为客观,可接受度也会较高。但对于低级别公职人员的调查,未必能够发挥相同作用,原因是他们在组织中地位较低,经常身不由己,许多非善意行为,未必是他们个人的意愿,可能只是被指使而已。同时,他们的影响力、辩解能力、抗打击能力微弱,很容易成为真正幕后主使的牺牲品。从某种意义上讲,不良公务活动调查机制实际上是不得已的选择,是穷尽了其它制度潜力之后的无奈选择。如果前端制度设计科学,实施效果良好,就会大大减少非善意行为,所谓调查也就少有用武之地了。

[67] “最高人民检察院内设机构”,载最高人民检察院网站,<https://www.spp.gov.cn/spp/gjyjg/index.shtml>,最后访问日期:2021年4月30日。

[68] 参见解志勇,见前注[65],第61页。

[69] “国家监察委员会决定派出调查组赴湖北省武汉市,就有关问题作全面调查”,载中央纪委国家监委网站,http://www.ccdi.gov.cn/toutiao/202002/t20200207_211015.html,最后访问日期:2021年4月30日。

最重要的前端制度就是职业伦理评价和指导,其旨在将职业伦理规则内化为每一位公职人员的行为准则。当下,公权力领域的职业伦理失范现象还比较严重,职业伦理冲突亦大量存在,使得公职人员常常感到无所适从,应尽快建构现代职业伦理评价指导机制。可以分两步走:第一步,为职业伦理立法,既可以增强伦理规范的确定性,又可提高法律规范的道德水准;第二步,完善针对具体公务活动的指导和评价机制,增强伦理规范的可操作性。伦理评价指导机制既不主张以伦理替代法律,也不认为法律能完全规范伦理行为,法律制度和职业伦理制度建设二者相辅相成,不可偏废。在建立职业伦理评价指导机制方面,美国于1978年制定了《政府伦理法》,开辟了行政伦理立法的先河。该法规定了政府官员财产申报制度,建立了独立检察官等机构保障法律实施。1989年美国又通过了《伦理改革法》,把《政府伦理法》的适用范围扩大到行政、立法和司法三大机构工作人员,并规定了更为严格的标准。之后又两次颁布了《美国政府官员及雇员的行政伦理行为准则》,以及内容更为详细、操作性更强的《美国行政部门工作人员伦理行为准则》,主要涉及禁止收礼、禁止经商、禁止兼职、财产申报、禁止利用公职谋取私利等内容。经历了“水门事件”,尤其是尼克松总统行使“法定权力”要求参与调查的司法部长辞职后,美国逐渐意识到以往法律所设定的行为标准,难以令政府真正为公共利益行事,伦理学家提出的意见开始被接受,即对政府所作的批评,最终总要涉及道德抉择问题,因此,不能以法律标准替代伦理标准。^[70] 1978年后,美国除通过了几部必要的伦理立法,以提高公务行为法律标准外,更重要的举措是成立专门伦理管理机构“美国政府伦理办公室”,致力于提升公职人员伦理水平,评价并指导公职人员的伦理决策。^[71] 日本设立了公务员伦理审查委员会,主要职能包括制定、修改公务员伦理守则意见、伦理法的纪律处分标准,调查研究和规划公职人员的伦理问题,规划和协调公职人员伦理培训计划、提供指导和建议,审查礼品、股票买卖和收入的报告,调查并采取纪律行动制裁违反国家公共服务伦理法的公职人员。^[72] 除了这一委员会,日本行政部门还专设一名伦理监督官,对其所属机关的公职人员进行伦理指导和忠告。^[73]

我国无需照搬美日伦理立法。事实上,政府伦理法应该规定哪些内容,在拥有不同行政文化和制度的国家之间,是很难达成一致的。^[74] 需要借鉴的是其将伦理规范法治化的理念和实践路径。目前我们已有不同层级的伦理规范,分散在《监察法》《公务员法》《公职人员政务处

[70] 参见姒鹭:《行政伦理法法治化研究》,首都师范大学2009年博士学位论文,第51页。

[71] 1989年《伦理改革法》提升该办公室地位成为独立机构,主任由总统提名,参议院同意后任命,任期五年,非因正当理由不得更换。

[72] 参见张成福等:“行政伦理建设:来自日本的经验”,《成都行政学院学报》2009年第3期,第8-9页。

[73] 参见刘兰华:“国外公务员伦理制度建设对我国的启示”,《理论探讨》2010年第2期,第159页。

[74] Yassin El-Ayouty, Kevin J. Ford, Mark Davies, *Government Ethics and Law Enforcement: Toward Global Guidelines*, Connecticut: Greenwood Publishing Group, 2000, p. 123.

分法》等法律和党内法规之中,但尚无专门、统一的国家行政伦理立法,应加快立法步伐,与针对财产公开、举报人保护、伦理问题调查等特定事项的专项立法相结合,建构行政职业伦理立法体系。

3.考核与问责的联动机制

不论是不良公务行为的调查评价,还是行政伦理的指导评价,若要实现规范化运作且确保其拥有较强约束力,就必须与法定的公务员考核评价制度结合起来,主要是将公务员考核制度与行政问责制度进行联动,例如将不良公务行为的次数、程度、后果等作为考核指标,造成严重后果和恶劣影响的还应该问责。

公务员考核制度是一个老生常谈的话题,始终难以达到理想状态,个中原因比较复杂,但欠缺明确的职业伦理考核指标是一个不容回避的问题。职业伦理考核与传统的德、能、勤、绩、廉指标体系有一定的重合,尤其与德的内在要求重合度较高。尽管如此,不应该产生以考德替代职业伦理考核的错误观念。由此观念引发的现实危害后果是有些地方过分强调政治素质、思想觉悟的重要性,而忽视职业伦理的考核,或者以考绩代替其他考核、以民主评议为主要考核手段,导致公务员把处理人际关系当做头等大事,价值体系出现严重扭曲。同时,公务员考核还应体现分级、分类原则,制定不同层次、不同类型公务员岗位职责规范,把考核与实行岗位目标责任制结合起来,从而建立以职业伦理、能力、业绩为导向,公务员服务对象有效参与、科学合理的绩效考核评价体系。完善激励机制,充分发挥考核结果的指挥棒作用,与奖惩、培训、辞退、晋升、福利待遇等有机结合,创造公职人员有序升降、进退的良好机制。

外部评价对职业伦理体系的良性运转发挥着重要作用。实践中,公务员考核委员会往往由本机关、公务员管理机关及有关部门的领导、工作人员和公务员代表组成,主要是系统内考核,虽无大的不妥,但引入更多外部评价却可以优化考核效果。如果直接引入公民评价难度较大,可以考虑把诸如不良公务行为申诉或其他间接评价材料纳入考核环节。同时,应尽量避免适用固定化的评价指标体系,要发展综合考量和动态评价机制,这是为了避免公职人员产生目标替代的错误行为导向,即将评价指标视为工作目标,而不再追求法律实施的实际效果。考核或评价中出现的各种负面结果,一定要落实到对特定公职人员的问责上才有意义。但问责应该分清层次,对非善意行为的问责不可与对违法和滥用职权行为的问责混为一谈,它们在责任形式、问责目的等方面有较大区别,对非善意的问责,一般就是加强职业伦理教育、批评、责令检讨和改正、离职培训、调整内部工作分工等,一定要避免过度问责、多重问责,建立和完善善意履职免责制度。过度问责或双重问责会违反比例原则,丧失激励作用,无法真正提高绩效。^[75]善意履职免责制度则可以激励公职人员积极担当作为,而不必有后顾之忧;而非善意的行为则必须受到问责,甚至制裁,才能使制度发生威慑作用。

[75] 参见余凌云:“对我国行政问责制度之省思”,《法商研究》2013年第3期,第96页。

五、结语：善意履职助推法律实施实效和国家治理能力提升

法律的生命力和权威在于实施,行政机关和公职人员都应恪尽职守、善意履职,全面提升公务活动品质。善意履职是国家治理软实力的集中反映,只有建设起基于善意履职原则的高效法治实施体系,坚持科学立法、严格执法、公正司法、全民守法协同推进,才能提升法律实施实效,真正把国家治理体系和治理能力现代化推向一个新高度。

Abstract: As an important requirement of legal implementation, administrative act should follow the basic principles of administrative law, such as lawful, reasonable, procedural and just. However, these basic principles do not pay enough attention to professional ethics issues such as the subjective elements of administrative act formation mechanism, that is, the subjective state of administrative organs and public officials, as well as the fit between roles and functions. Therefore, they have great limitations, leading to the ineffective effect of legal implementation. In order to improve the effectiveness of legal implementation, the principle of execution of duty in good faith should be adopted. From a positive perspective, there are three connotations of the principle of execution of duty in good faith: (1) faithfully implementing the law, being fair, just and conscientious; (2) intentionally exploring and honestly stating all relevant considerations; (3) honest acknowledgment and efforts to make be consistent with the purposes of the law. On the contrary, the execution of duties in bad faith includes indifference to citizens, perfunctory performance of official duties, covering up for self-interest and avoidance of problems. Therefore, we should work more on the administrative procedural law, administrative organic law and administrative ethics as soon as possible, establish and construct the principle of execution of duty in good faith, regulate and guide the public officials to exercise their functions and powers, so as to form the most effective legal mechanism against formalism and bureaucratism.

Key Words: General Principles of Administrative Law; Execution of Duty in Good Faith; Legal Implementation; Administrative Act; Professional Ethics

(责任编辑:彭 鎔)