

行政法上的善意履职原则研究

解志勇*

摘要 作为法律实施的重要方式,行政行为应遵循合法、合理和程序正当等行政法基本原则,但这些原则对行政行为作成机制中的主体性要素,即行政机关和公职人员的主观状态,以及角色与功能的契合度等职业伦理问题关注明显不足,导致法律实施效果不彰。为此,应尽快完善行政组织法、行政程序法和行政伦理法,确立和建构善意履职原则,规范和引导公职人员善意行使职权,以形成对抗形式主义和官僚主义的有效法律机制。从正向看,善意履职原则的内涵是:忠实地实施法律,公平公正、尽职尽责;有意探寻并诚实说明所有的相关考虑;真诚认可并努力使行为符合法律的目的。从反向看,“非善意”履职包括对公民的冷漠、对公务的敷衍、对自利的掩饰等。可以通过向下授权、提高专业化水平、简化科层等方式,并确立不良或非善意行为的调查、职业伦理的评价与指导、考核与问责联动等机制,促进善意履职。

关键词 行政法总则 善意履职 法律实施 行政行为 职业伦理

行政法学界对于我国尽快制定一部《行政法总则》或《行政法通则》抱有热切期待,尤其是在《民法典》通过以后,这个愿望变得更为现实和诱人,已经达成了初步共识。“制定行政法总则的时机已经成熟。我们有能力借鉴民法总则的立法技术,将我国行政法中共性的东西抽取出来,形成具有中国特色的行政法总则。在行政法总则的指引下进一步制定行政法的分则,最终形成一部体系完整的行政法法典。”〔1〕“推进行政法律制度的系统化,可以考虑在适当的时候制定行政法总则,这有助于消除我国行政法律体系中所存在矛盾冲突的状态,建立起良好的

* 中国政法大学钱端升讲座教授。本文系2018年国家社科基金重大项目“中国特色国家监察理论构建、制度创新与实践运行研究”(项目编号:18ZDA135)和2018年国家社科基金重点项目“对监察委员会的监督制约体系研究”(项目编号:18AFX006)的阶段性研究成果。

〔1〕 万学忠、郭胜习:“学界首次提出构建中国行政法法典”,载《法制日报》2018年1月19日,第6版。

行政法律秩序。”〔2〕除了对成熟的行政法律理念、原则、制度进行“提取公因式”以外,还应把过去忽略的原则、制度、规范等建构起来。行政法上的善意履职原则就是这样一项重要原则,它涉及法律实施的主观方面,关乎行政法律制度的实施成效,对法治政府、法治社会、法治国家一体建设影响甚巨。〔3〕善意履职原则的基本内涵是:行政机关及其公职人员在行使职权、履行职责和执行法律的过程中,应当忠实、公平、妥当、适切、真诚地对待当事人,善意地做好本职工作。

一、善意履职的缘起和语境设定

传统行政法基本原则对行政活动的内部工作机制和公职人员的主观心理状态有所忽视,导致法律实施效果不彰。为了弥补这个重大缺陷,善意履职原则应运而生。

(一)善意履职的缘起

行政机关依照法定职权、职责和程序,通过适用法律,直至作出行政行为的动态过程,反映出法律从静态规范嬗变为行政行为的运作机理。此过程中,多种行政法要素在特定法律环境中相互作用、相互影响,生成了行政行为这种“产品”,此即“行政行为作成机制”。〔4〕德国1976年《联邦行政程序法》明确将行政行为的作成过程作为行政程序法规范的对象,我国台湾地区借鉴了该理论和立法思路,进一步将作成行政行为的相关主体性因素纳入行政程序法规制的范畴。〔5〕从要件角度看,行政行为合法性要件一般包括主体、权限、内容、程序、法律适用等,行政机关及其公职人员等主体性因素及其职业伦理表现往往被归入主体要件部分,现行法律对主体要件的关注基本上都指向了行政主体的职权、职责等客观领域,对公职人员的主观状态普遍没有给予足够重视,在行政程序法尚未法典化的中国大陆尤其如此。〔6〕然而,法律实施中行政机关和公职人员的主观状态,以及角色与功能的契合度等职业伦理问题,会对行政活动的效果和品质产生直接影响,但尚未受到行政组织法、程序法的足够重视。传统的合法性、合理性、正当程序等原则,主要着眼于特定行政行为,对其要件进行规范。这固然会提升行政处罚等类型化行

〔2〕 马怀德:“我国的行政法律制度”,《中国人大》2020年第14期,第53页。

〔3〕 参见周佑勇:“行政法总则中基本原则体系的立法构建”,《行政法学研究》2021年第1期,第22—24页。

〔4〕 参见解志勇、陈国栋:“论严格规则主义下的行政行为合法性机制”,载《行政管理体制改革的法律问题——中国法学会行政法学研究会2006年年会论文集》,第422—432页。

〔5〕 参见翁岳生编:《行政法》(下册),中国法制出版社2009年版,第948—949页。

〔6〕 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社1999年版,第149—154页;解志勇主编:《行政法与行政诉讼法高级教程》,对外经济贸易大学出版社2009年版,第99—102页。

政行为的规范化水平,但也会使行政指导、行政决策等行政活动的主体性因素和职业伦理表现被忽视,从而导致行政行为作成机制中的关键要素无法得到有效规制。

从过程来看,下列三项内容对法律实施效果影响显著:①行政机关实际采取了哪些法律动作;②反映行政机关主观状态和行政活动作成机制的内部工作机制和流程;③相关公职人员的主观心理状态。很显然,后二者对前者有着实质性影响。传统行政法基本原则所关注的主要是实际存在的法律动作。虽然合理性原则部分触及对执法者主观心理状态的考察,但总归不以其为核心关切。至于行政机关的内部工作机制和流程,则完全不是其关注重点,因此,确立善意履职原则变得重要而迫切。随着公法私法界限日渐模糊,私法上的诚信原则及其精神价值逐渐被导入公法领域,对行政机关具有规范价值,《行政许可法》上信赖保护原则就是明证。但诚信原则所规范的目标还包括相对人的行为。这与善意履职原则仅仅指向并规范行政机关的行政活动,有着本质的差别。

(二)善意履职的语境设定

与传统行政法基本原则相比,善意履职原则是审视和评价行政活动的一个特殊维度和标准,但因涉及主观方面、内部事项或行政伦理事项,而尚未纳入司法审查。随着对行政活动品质的日益重视,人们对善意履职的关注度和期望值也与日俱增。善意履职原则所关注的行政机关内部工作流程和相关公职人员的主观状态,正是传统行政法基本原则所忽略的。

1. 内涵厘定:与合法性、合理性原则的差异

善意履职原则与合法性原则内涵区别明显,与合理性原则的内涵稍有重叠,但仍有明显差异。虽然合理性原则涵盖公平、公正,其中亦包含有对“善意”的要求,与善意履职稍有竞合,但“此善意”与“彼善意”还是存在明显不同。一是“公平、公正”要求的“善意”,在合理性原则中居于次要的地位,甚至是合理性原则下位概念中的次要、从属性内容,换言之,“善意”这种主观要素并非合理性原则的核心关切和重要关注。而善意履职中的“善意”,则是该原则的核心概念和关键内容。对行政主体主观状态的关注,正是善意履职原则的制度价值之所在。二是两种“善意”在内涵方面存在较大不同,表现在内涵阈值、内容指向、法律适用、法律后果等方面,在正向界定和反向型构两部分进行集中阐释,此处不赘。从考察评价角度看,行政机关主观状态和职业伦理不应放在合法性原则中主体性要件下。善意履职原则是区别于合法性、合理性原则的一项新兴原则,对其评价方式、标准、内容、路径、方法等,与前者有明显差异,并不是合法性、合理性原则中的“主观方面和主体要件”,目的亦不是评价行为的合法性。善意履职原则所关注的主体性要素,指的是行政机关和人员的主观状态(意愿、心态、心理、实际作风等)、行政行为作成机制、行政内部规则等,不同于行政伦理,但包含有伦理表现,与拟议中“行政伦理法”的适用范围有少量竞合之处。善意履职原则的主要目标不是评价“是否合法、合理”,而是转向境界更高的“是否良善”,是对合法性、合理性评价原则的补充和升级,是全面依法治国和国家治理现代化背景下,全方位提升行政活动品质的新型原则。

2. 逻辑元点: 法律实施与法律实效

法律实施是与法律创制相对应的概念,是把应然法律文本转化为实然行为的过程,体现在行政机关、司法机关执行法律、适用法律、法律监督和公民守法等方面。此语境下,善意履职贯穿于发现事实、解释规范要件、涵摄、处理、决定和执行等各个环节,是对法律实施活动全流程的基本要求。而法律实效反映着国家法被遵从的程度。习近平总书记曾引用明代张居正的话“天下之事,不难于立法,而难于法之必行”,强调“全面推进依法治国的重点应当是保证法律严格实施”。〔7〕这充分说明,在中国特色社会主义法律体系已经基本建成的今天,法治建设的重点已经转变为法律实施,特别是法律实施的效果呈现。由此产生了善意履职的法律实效语境,即国家法在社会中被遵守、尊崇的程度。〔8〕“法律实效”要求人们按照法律规范要求的“应当那样行为”而行为,规范实际上被适用和服从。〔9〕法律规范的实际运作结果,不仅有赖于法律自身的良善品质,而且对善意行政执法期待更甚。

3. 执法目标: 友好良善

履职是否善意是影响法律实效的最重要因素之一,因为善意履职的目标是友好和良善。善意很多时候与诚信同意,在中国传统治国哲学中有着重要地位,对提升国家治理能力具有重要价值。商鞅变法时的立木为信对后世统治者产生了深刻影响。“夫信者,人君之大宝也。国保于民,民保于信;非信无以使民,非民无以守国。”(《资治通鉴》语)善意行政在中国有着丰富的本土资源,法律实施实效不彰的原因有时在于“权威的失落”,〔10〕表现在个人、体制、环境、法律本身等多个方面,如沟通失败、缺乏有效实施途径、未能防止规避行为、未能强制执行、未能形成服从义务。〔11〕从法律执行角度看,提升法律实效只有两条路:一是选拔出高素质的法律执行者;二是建构友好良善的法律执行机制,确保法律执行者真心地实施法律。

4. 主体: 行政机关和公职人员

“徒法不足以自行”,法律必须依靠特定组织来执行,善意履职最终落实在公职人员个体身上。因为他们直接与社会接触,善意与非善意首先就表现在其个人素质或行为上。实践中,冷漠徇私、贪赃枉法的公职人员客观存在,但恪尽职守、廉洁奉公的良好公仆也随处可见。善意履职并不要求每个公职人员都成为道德卓越的楷模,在此时为善的人,在彼时却可能作恶。即便如此,也不应忽视行政组织对善意履职主体的影响。以病态官僚组织为例,它有两个突出特

〔7〕 习近平:《关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》,载《人民日报》2014年10月29日,第2版。

〔8〕 参见王锡锌:“中国行政执法困境的个案解读”,《法学研究》2005年第3期,第47页。

〔9〕 参见(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42页。

〔10〕 参见郑永流:“法的有效性性与有效的法——分析框架的建构和经验实证的描述”,《法制与社会发展》2002年第2期,第34页。

〔11〕 Harry W. Jones, *The Efficacy of Law*, Chicago: Northwestern University Press, 1969, pp. 14-35.

点:一是目标替代,即将手段层次的行为和规则置于目标之上,^[12]例如执法者追求处罚的数量而非良好社会秩序;二是压抑人性,在严密的科层组织下,公职人员都认为自己只是螺丝钉,丧失了对外界评价的回应能力。这就能解释公职人员和社会上大多数人一样都对食品安全、社会冷漠、暴力执法等问题深恶痛绝,而一旦居于特定组织之中,就可能变得面目可憎。换言之,一旦“高度组织化”的政府部门陷于病态,将导致其为善的功能弱化,公信力日渐丧失,甚至堕入所谓“塔西佗陷阱”。^[13]

二、善意履职:公法适用与正向界定

善意是各国法律中普遍存在的概念,源于私法,后被广泛应用于国际法,如今已导入公法,成为现代法律中最基础、最重要的概念之一。善意不仅是法律理念,也是重要的法律原则和制度。

(一)公法善意的导入

1.善意与诚实信用

我国现行法表述“善意”的词汇有两个——诚实信用和善意,二者有异曲同工之妙。表述差异有两个原因,一是语言习惯,受法律移植和习惯用法影响;二是善意的含义较为宽泛,相比之下不容易把握,而诚实信用要好一些。同时,将善意运用到物权法具体制度中时,由于关联规则的存在,这个问题就不那么严重。鉴于此,两大法系在将 Good Faith 作为一般原则时,一般都会辅以更为具体和操作性更强的辅助规则,这为行政法导入善意原则提供了很好的思路,即“善意”最好配合其他关联规则一同使用,以使语义和内涵更为明确。

2.域外行政法上的善意

德国是较早公法上确立适用诚信原则的国家。1931年,德国帝国法院在一项判决中明确宣称,诚实信用原则适用于包括公法在内的全部法律领域。^[14]德国法学家保罗·拉班德(Paul Laband)认为:“诚实信用原则,一如其在私法之领域,可以支配公法之领域。苟无诚实与善意,立宪制度似难实行。诚实与善意,为行使一切行政权之准则,同时亦为其界限。”^[15]我国台湾地区借鉴了德国的观点和做法,“行政法院”1963年判字第345号和1981年判字第

[12] 参见李海东:“论组织目标置换产生的原因和防范措施”,《学术交流》2009年第12期,第144页。

[13] 当政府部门失去公信力时,无论说真话还是假话,做好事还是坏事,都会被认为是说假话、做坏事。参见(古罗马)普布利乌斯·K·塔西佗:《塔西佗历史》(第1卷),王以铸、崔妙因译,商务印书馆1985年版,第7页。

[14] Vgl. RG, JW 1931,722,735.

[15] 何孝元:《诚实信用原则与衡平法》,台湾三民书局1977年版,第8页。

975号判决,判定“私法中之诚信公平原则,在公法上当亦有其适用”。〔16〕澳大利亚、加拿大等国已将善意原则理念和制度的适用范围,逐步扩张到行政法各领域,产生了良好的公权力规制实践效果。澳大利亚超过154部联邦法案提出了善意的要求,规定公权力主体应通过真诚努力解决问题,这是当权者的积极义务。〔17〕有些立法和判例将善意作为权力行使者的免责事由。2005年,澳大利亚某公司的建筑物在暴雨中损毁,其认为地方政府排水措施不当致害,因此提出赔偿请求。高等法院在评估政府行为后,依据澳大利亚《地方政府法案》第733条规定“地方政府一些善意的行为不产生责任”,裁决政府不承担责任。〔18〕加拿大法律亦有善意履职免责条款,《评估复审委员会法案》规定委员会成员依法案的善意履职或行使权力行为不受起诉或其他法律程序追究。〔19〕

3. 中国立法和审判实践中的善意

中国法尚未明确规定善意履职原则,但在《宪法》《监察法》《公务员法》《公职人员政务处分法》等法律中,已经可以寻找到该原则的规范来源线索。《宪法》(2018年修正)第27条规定了“反对官僚主义”,《监察法》第11条授权监察委员会“对公职人员依法履职、秉公用权、廉洁从政从业以及道德操守情况进行监督检查”。《公务员法》(2018年修订)第1条提出了“促进公务员‘正确’履职尽责”的要求,在第14条公务员应当履行的义务第4项中,提出了“忠于职守,勤勉尽责,服从和执行上级依法作出的决定和命令,按照规定的权限和程序履行职责,努力提高工作质量和效率”的要求。两条规定均未直接出现“善意履职”,但出现了“忠于职守,勤勉尽责”,以及“按照规定的权限和程序履行职责”的措辞,部分表达了“善意履职”的意涵。

“善意履职”已经频繁出现于行政裁判中,人民法院裁判文书认为“善意履职”“善意履行”或“诚实信用”是行政机关履行其法定职责的重要要求。最高人民法院第101号指导性案例“罗元昌诉重庆市彭水县地方海事处政府信息公开案”〔20〕明确使用了“善意履职”的表述,称涉事行政机关“未尽到信息公开机关应尽的查询、翻阅和搜索的义务,与行政机关应当善意履行职责相违背”,判决撤销《政府信息公开告知书》。无独有偶,在“郭建军诉诸暨市国土资源局土地行政处罚案”〔21〕中,法院认为当事人的行为相较其他未经审批非法占地的行为情节轻微,被告应遵循善意履行原则,选择对行政相对人最小侵害的方式,优先选择要求其补办手续,而非

〔16〕 参见闫尔宝:《行政法诚实信用原则研究》,中国政法大学出版社2005年博士学位论文,第40—41页。

〔17〕 See Matthew Groves, *Modern Administrative Law in Australia: Concepts and Context*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 42.

〔18〕 See *Bankstown City Council v. Alamo Holdings Property Limited.*, 223 CLR 660(2005), pp. 674—675.

〔19〕 Assessment Review Board Act R.S.O. 1990, Chapter A.32 11(1).

〔20〕 重庆市第四中级人民法院行政判决书,(2015)渝四中法行终字第00050号。

〔21〕 浙江省绍兴市中级人民法院行政判决书,(2008)绍中行终字第37号。

限期拆除。在“项春杰诉江苏省铜山县建设局行政处罚纠纷案”〔22〕中,法院认为被告处罚决定显失公正,直接违背了实施行政处罚应遵循的过罚相当原则,且经过两年后再次作出行政处罚,超出善意履职的范围,依法予以变更。除此以外,人民法院还会运用诚实信用原则、善意履行原则审视行政行为,在“朱晓建诉南通市人力资源和社会保障局案”〔23〕中,法院认为“依法行政、诚信行政是行政行为的基本原则”;在“金为发诉盱眙县运输管理所不予开办驾校行政许可案”中,法院认为盱眙县运输管理所依据规范性文件不再增设驾校的规定,对原告的申请不予许可,适用法律法规错误,不符合善意履行原则中的有利于当事人的出发点,责令重新作出行政行为。〔24〕

(二)善意履职的三个层次

善意作为一种主观思想状态有以下表现:在信念和目的上诚实;对职责或义务忠实;在特定贸易中遵守有关公平交易的合理商业准则;没有欺诈或寻求过分益处的意图。〔25〕善意的具体表述虽然略有差异,但核心意涵是一致的:首先是忠诚,强调行为的前后一致性;其次是诚实,强调不掩饰自己行为的动机;第三是良心与目的性,强调真诚地追求某一事物的善,即对对方或交易有利;第四是正直,强调不欺诈,不谋求不当利益。公法上,行政主体和公职人员善意地履行职权职责,有三层意涵。

1.忠实地执行法律

执行法律是公职人员的重要使命,善意履职的第一要义就是忠于法律本身。具体要求有四:一是前后一致地适用,谓之公平;二是不偏不倚地适用,谓之公正,二者在同等情况同等对待、不同情况不同对待方面存在一致性,哈特将其视为正义的核心;〔26〕三是不拖延地适用,谓之尽职;四是不投机地适用,谓之尽责。尽职就是要求公职人员勤勉努力、不拖延、遵守时限。尽责相对于尽职而言,不仅要求勤勉履职,更要以符合权力本质的方式履职。

2.诚意探寻法律目的和公开相关考虑

在忠实地执行法律的四项要求中,尽责和不投机凸显了主观因素的重要性。公职人员在作出行政行为时,倘若能诚意探寻法律的目的,并公开所有的相关考虑,还将进一步强化这个特点。首先,善意行为不是冷冰冰的机械执法行为,相反,它要求公职人员在法律实施过程中,尽可能地考虑相关因素,尤其是可能出现的不良后果。应避免执行法律时走向教条主义的极端,即由照章办事异化为封闭死板、消极冷漠。如果公职人员眼里除了僵硬的内部工作流程和

〔22〕 江苏省徐州市铜山县人民法院行政判决书,(2007)铜行初字第34号。

〔23〕 江苏省南通市中级人民法院行政判决书,(2009)苏06行终549号。

〔24〕 江苏省盱眙县人民法院行政裁定书,(2014)盱行初字第0004号。

〔25〕 Bryan A. Garner(ed.), *Black's Law Dictionary (8th Edition)*, St. Paul:West, a Thomson Business, 2014, p. 2038.

〔26〕 参见(美)哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第161—162页。

工作机制外没有任何其他东西,貌似忠实于法律,实则不然,因为法律客观上存有缺陷,需要不断完善,公职人员应该主动弥合法律与现实之间的裂缝。其次,善意履职展现出公职人员动机与行为的一致性,而非虚伪矫饰。当需要对行政行为作出解释时,应当公开相关考虑,尤其应坦诚解释法定裁量范围内的考虑因素。

3. 真诚认可并努力使行为符合法律目的

有些人虽不了解规则的目的,但依然可以很好地遵守规则。公职人员不应满足于此,而应深入了解、认可法律目的,并且努力使其行为符合法律目的。否则,就会变得消极冷漠,将僵化的教条作为行动准则,趋向官僚主义、形式主义。或者面临巨大的内心分裂,要么压抑自己的价值观痛苦地执行法律,要么阳奉阴违或消极实施、暗中破坏。对法律目的的认可不像学习知识那么简单,需要将其完全内化于心,肤浅地了解 and 认可,与刻板地执行法律并无差别。在职权范围内,应尽量多做符合法律目的的事情。美国学者举过“如何处理 K 夫人问题”的例子:某基层执法人员发现 K 夫人的房屋出现危险情况,如果刻板地执行规定,不符合他心中的法律良善目的,此时有两个选择,一是忘掉这些特殊情况,果断执行规定,二是向有决定权的上级反映。显然,后者更符合善意标准,而且也没有逾越其权限,可视为努力追求法律目的之典范。^[27]

三、非善意履职:反向型构及成因分析

善意履职的正向界定,便于从正面理解其内涵。但若想更深入理解,还需要借助反向描述,以求力避非善意,识别伪善意,制裁反善意。

(一) 典型非善意之型构

根据善意与否的划分思路,可以把履职划分为善意与非善意两种相反情形。应当指出,当履职主体存在主观“恶意”时,一般已堕入违法范畴,如恶意中伤、诋毁他人等,因此,恶意不是本文所说的“非善意”。典型的非善意包括以下几种情形。

1. 对公民的冷漠

冷漠是指不关心公民的实际情况,尤其是差异化诉求,是法律实施的主要障碍之一。在传统的学术认知中,平等对待、不搞特殊化被视为严格执法和公正司法的标志。统一办案标准不搞特殊化,对于实现个案公平正义具有重要价值,但并不代表可以忽视客观差异性。法律重视一般情况,亦不排斥例外,反而需要以规范化的方式发展例外。如果公民的差异化诉求并非要求特殊待遇、谋求特殊利益,而是基于某种民间法或习惯法,其实也是一种规则意义上的诉求,

[27] 参见(美)特里·L·库伯:《行政责任:行政伦理学的关键》,张秀琴译,中国人民法学出版社2001年版,第79—83页。

不应漠然置之。

2.对公务的敷衍

敷衍是指只按照最低的标准履行公务。不论立法具有怎样的权威性,其认可度既不取决于是否根植于过去的传统,又不取决于是否符合抽象的正义或普遍道德,也不取决于是否符合立法程序,而是取决于功能及其社会目标在未来的实现程度。^{〔28〕}例如致力于消除贫困、减少污染、改善环境的法律,其正义性毋庸置疑,但如果无法很好地被执行,而是被拿来作秀,其结果必将归于失败。法律的实效不仅与立法质量和服从程度有关,更与公职人员对公务是否敷衍有关。以《环境保护法》实施为例,该法自1989年颁布施行以来,数度遭遇严重的敷衍对待。许多涉及改善环境、降低污染排放标准的规定,没有真正落地,地方政府只在相当低的程度上控制污染,^{〔29〕}往往只在发生严重事故后,才在上级压力下搞一波运动式执法。^{〔30〕}直至党的十八大以后,“绿水青山就是金山银山”的观念深入人心,才使得形势真正得到扭转。在全面依法治国的大背景下,越来越多地方政府将法律实施任务转化为考核指标,明显的敷衍已不常见,但伪造数据或逃避问题等非善意履职行为依然存在。

3.对自利的掩饰

掩饰是指借形式合法的行为追求不正当的目的,最典型的例子是钓鱼执法、罚款指标等。并非所有非善意都以消极形式出现,某些在外观上表现为积极实施法律的行为,实质上也是非善意的,原因在于这些貌似积极的行动,不为追求法律的实效性,而是以追求自利为目的。尽管有人认为钓鱼执法具有合法性、正当性或必要性,并非完全是基于经济利益的驱动,^{〔31〕}但钓鱼执法对非法行为的诱导具有明显不正当性,容易生成利益链条,滋生腐败。罚款指标是更为明显的自利行为,办案部门可以从罚没金中留下一定比例的经费,为本部门创造收益,所以执法人员被分配了罚款的任务。^{〔32〕}

4.对法律的逃避

逃避是指以潜规则替代正式规则,实则是对法律的逃避,因而是最棘手的一类非善意。行

〔28〕 参见(英)马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第358—359页。

〔29〕 参见褚添有:“地方政府生态环境治理失灵的体制性根源及其矫治”,《社会科学》2020年第8期,第66—67页。

〔30〕 参见曹凤中:“环境保护运动式执法模式剖析”,载李恒元、常纪文主编:《中国环境法治》(2007年卷),法律出版社2008年版,第129页。

〔31〕 参见桑本谦:“‘钓鱼执法’与‘后钓鱼时代’的执法困境:网络群体性事件的个案研究”,《中外法学》2011年第1期,第204—219页;顾肖荣等:“‘钓鱼执法’法律内涵初探”,《犯罪研究》2013年第1期,第3—10页。

〔32〕 参见叶著颐:“四千亿公路罚款助推‘执法经济’”,载《人民法院报》2011年5月16日,第2版。

政领域的潜规则有时被视为相对于正式规则而言的另类规范,^[33]有三个特征:一是显性对此、隐性对彼,即厚此薄彼;二是以非正式规则或内部规则处理公权力和公共利益,而非纯粹私利或私生活规范;^[34]三是扭曲法律目的,服务于地方、部门等小集团利益,唯上是从、上行下效、新官不理旧账,因其往往并不服务于特定个人利益,所以容易被特定群体所遵守,公职人员明知存在问题,无奈被潜规则裹挟,只能选择顺从潜规则,使其成为一种制度性、机制性的非善意。善良的公职人员独自面对此类潜规则时,是无力反抗的。

(二)非善意履职的成因

对善意的正向界定和反向型构表明,从个人品德角度看,善意就是忠诚、积极、真诚、热情、勇敢和努力,而非善意则是背叛、消极、伪善、冷漠、懦弱和逃避。但非善意并非都是由公职人员品德问题所致,行政组织内部沟通、权责配置和伦理建设等方面的疏漏,亦是问题的症结所在。

1. 权责配置失衡

行政机关的权力和责任要做到清晰明确、匹配一致、科学合理,否则就会诱发非善意。首先,权责不清晰。因为权力可以牟利,所以权力配置不清的直接后果就是形成积极管辖权冲突。多个部门貌似积极执法,实则都在逐利。而责任配置不清的后果恰恰相反,会导致行政义务的敷衍或逃避。其次,权责不一致。不一致包括有权无责、有责无权、权大责小、权小责大等几种形态。责任对权力的约束,是通过规定权力的任务和后果来实现的,包括积极责任和消极责任两类。其中分内应为之事,以及对特定事项的发生、发展、变化及其成果负有积极助长义务的,属于积极责任。反之,因未能做好分内之事,或没有履行助长义务而应承担的不利后果或强制性义务,是消极责任。^[35]如果权大于责,容易导致谋求私利,走向违法。权力大到能够左右责任的分配,自利就能被合法地掩盖。相反,责大于权时,容易诱发敷衍逃避、消极应付和为官不为,因为过度严苛的法律责任配置会在无形中“唤醒”公职人员的避祸心理,“少干少出错、不干不出错”的懒政理论和非善意思想流行也就不足为怪了。^[36]最后,权责配置不科学。即组织内分工的方式,不利于实现法律目的。马克斯·韦伯的理性官僚制强调,应按照严格的层级制和岗

[33] 参见彭云望:“潜规则生发机制及其遏制——兼论吏治规范”,《北京行政学院学报》2003年第6期,第6页。

[34] 参见郭剑鸣:“地方行政行为中的潜规则:形态、风险及其整治”,《中共浙江省委党校学报》2008年第2期,第37页。

[35] 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社2003年版,第142页。

[36] 参见习近平:“努力造就一支忠诚干净担当的高素质干部队伍”,《共产党员》2019年第3期,第4—6页。

位责任制设计,所有任务按照“可计算原则”和“非人格”的方式加以执行。^[37]这明显是排斥善意的。因为公职人员的主观能动作用空间被压缩到最小限度,不利于维系法律与实施主体之间的良性互动关系,难以营造以人为本的执法环境,维持权力与责任之间的微妙平衡,很容易使履职走向非善意,形式主义和官僚主义也就在所难免了。

2. 沟通机制不畅

有些非善意与沟通机制密切相关。在公职人员虽具有善意,但对相关问题无能为力时,可能导致行政机关整体上的非善意,有四种典型情形。内部纵向沟通问题有两种。首先是自下而上方面,表现为法律实施过程中出现的特殊诉求、特殊情况,以及法律与某些民间法的冲突等信息,难以向上传递到有权的立法者或决策者手中。其次是自上而下方面,表现为立法者希望行政机关为实现法律目的而充分考虑相关实践因素的愿望,难以完整地向执法者传递。后两种则是由组织结构本身及外部因素带来的障碍。众所周知,信息在传递过程中真实性会衰减,经历越多层级就越失真,这是多层级行政组织的结构性问题。中国的五级政府设置,使得各项事务运作时间加长,运转成本上升,信息传达速度放慢,信息量损失和信息失真的概率加大。^[38]此外,组织内的局部利益主动设置障碍,维护小团体利益的潜规则,也加剧了信息传递的扭曲和沟通机制的不畅。^[39]

沟通机制的复杂性要求,不能将所有希望都寄托于组织方式的常规改进,而是需要特殊制度来应对,例如建立合理的检举控告制度。《监察法》第11条至13条规定了监察机构、派驻机构有权对公职人员依法履职、秉公用权、廉洁从政从业以及道德操守情况进行监督检查,对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查,对违法的公职人员依法作出政务处分决定,对履行职责不力、失职失责的领导人员进行问责等。这些规定都或多或少地有助于在机关内部建立良好的沟通机制,将在很大程度上提升和改善我国行政组织的善意履职环境。

3. 伦理建设缺位

事实上,伦理角度是人们理解善意的最常见方式。^[40]如果公职人员具备较高的行政伦理水平,对法律实施将非常有益。如果行政伦理建设出现漏洞和偏差,就将导致非善意。行政伦理建设中有几种误区。第一种是将伦理建设简单化为品德教育,主要是通过灌输善的理念,

[37] 参见(美)理查德·斯蒂尔曼编著:《公共行政学:概念与案例》,竺乾威等译,中国人民大学出版社2004年版,第80—87页。

[38] 参见潘祥辉:“去科层化:互联网在中国政治传播中的功能再考察”,《浙江社会科学》2011年第1期,第38—39页。

[39] 参见周天勇:《中国行政体制改革三十年》,上海人民出版社2008年版,第245页。

[40] 参见(澳)休·史卓顿、(澳)莱昂内尔·奥查德:《公共物品、公共企业和公共选择——对政府功能的批评与反批评的理论纷争》,费朝晖、徐济旺、易定红译,经济科学出版社2000年版,第153—155页。

把善当作一种知识传授给公职人员。这种做法忽视了善的理念不仅会发生抽象层面的冲突,也发生具体的冲突,例如古代的“忠孝难两全”和现代的“忠于法律”与“服从上级”等等。但这还不是最棘手的,因为此类冲突情形往往还能找寻到有相对明确且符合一般道德认知的答案。实践中更多的是不那么强烈的冲突,处理起来会更加困难。第二种是走向另一个极端,即过度强调以经济人假设为基础的激励机制,而忽视品德培育机制。实践中还较多地存在违背实事求是、弄虚作假等问题,滋生出许多非善意,应加快建构行政伦理法进行治理。

四、善意履职:实现路径及评价体系

公职人员善意履职事关法律实施的实际效果,本质上属于法律的固有组成部分。实现善意履职,有赖于正确的路径选择,以及明确有效的评价体系指引。

(一)善意和诚实信用具有可评价性

善意履职原则建构在诚实信用和善意等概念基础之上,不会产生内涵无法界定和把握的问题。善意往往隐含于诚实信用原则之中,而诚实信用原则本身的法律内涵清晰明确,其目的在于实现当事人之间权利义务的实质性公平,其作用机制就是利益平衡机制,给予法官在利益平衡上的自由裁量权。^[41]各级人民法院直接适用诚实信用原则裁判案件是家常便饭,以诚实信用概念为基石的善意履职原则亦具有很好的内涵确定性和司法可适用性,因而具有可评价性。

本世纪以来,直接适用诚信原则进行审判的民事案件数量呈明显上升趋势,与法官有时需要运用诚信原则来填补法律漏洞有关。^[42]不惟如此,诚信原则还具有确立行为规则、填补合同漏洞、衡平、解释、降低交易费用和增进效率等功能。^[43]诚实信用原则的本质属性有三个层次:一是诚实信用原则是市场经济活动的道德准则,诚信原则不仅要求当事人之间的利益平衡,还要求当事人利益与社会公共利益的平衡;二是诚实信用原则是道德准则的法律化,因而具有道德调节和法律调节的双重功能,使法律获得更大的弹性;三是诚实信用原则的实质在于授予法官以自由裁量权。^[44]这些属性决定了诚信原则在司法裁判中具备举足轻重的地位。某种意义上讲,诚信原则的适用本身就是认可司法具有创造性和能动性的一种标志。^[45]如

[41] 参见沈德咏主编:《〈中华人民共和国民事诉讼法总则〉条文理解与适用》(上册),人民法院出版社2017年版,第139页。

[42] 参见骆意:“论诚实信用原则在我国民事司法裁判中的适用——基于对《最高人民法院公报》中53个案例的实证分析”,《法律适用》2010年第11期,第60—61页。

[43] 参见王利明:《民法总论》(第2版),中国人民大学出版社2012年版,第55—57页。

[44] 参见梁慧星:“诚实信用原则与漏洞补充”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第2卷),法律出版社1994年版,第63—64页。

[45] 参见徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1992年版,第79页。

果私法领域的情况还不足以充分佐证,那么,公法领域对“最接近私法上诚实信用原则意涵”的信赖保护原则的广泛适用,^[46]则从另一个角度佐证了诚实信用原则等具有内涵稳定性、边界清晰性和司法可评价性等特点。

(二)善意履职的实现路径

公职人员究竟会为善还是作恶,在个人品德因素之外,还取决于行政活动作成机制的设计是否科学合理。为了实现善意履职,促进善意与防止非善意是一体两面,应并重而不可偏废。除了传统应对策略外,最重要的是对行政组织法、公务员法、行政程序法、行政伦理法等相关法律制度进行建构或完善,可以从以下几方面着手。

1.理清权责,向下授权

清晰的权责及合理的授权在理论上能够促进良好行政,但由于法律存在滞后性,实践中“权责不明、授权不足”的情形始终存在。此外,教条式地执行法律,必然不会带来善意的结果。因此,需要在理清权责的基础上向下授权,充分发挥公职人员,尤其是直接参与基层治理、服务的机关及公职人员的主观能动性。世界范围内最为人熟知的向下授权实践,是20世纪70—80年代西方国家兴起的政府再造运动,让公职人员对“顾客”负责,加强绩效考核;对基层机关授权,也向社会主体让权,让社会力量和传统公权力在法律实施和公共服务领域开展竞争。我国简政放权的改革实践与其殊途同归,所谓放权,对机关下放的是行政权限,对个人下放的是裁量权,二者都是实质性权力。

实践中,公职人员实施行政活动常常需要获得上级的批准或同意,由此带来的相关责任承担方面一直存在争议。叶必丰指出:“上级指示有瑕疵的,一般应由上级机关及其公务员承担责任,但瑕疵明显重大而仍予执行的,上下级机关及其公务员应共同承担责任。”^[47]换言之,下级行政机关及其公务员如果不履行法定建议义务,将承担法律责任。这个观点在马某、赵某滥用职权犯罪案件中得到印证。该案中,由于二人怠于履行申请人民法院强制执行生效处罚决定的法定职责,导致“申请执行时效期间届满之日临漳县工商局并未重新提起执行申请,亦未对相关行政处罚决定作出重新认定,客观上已经导致相关罚款及加处罚款不可能借由法院强制力予以执行的实际后果。”据此,邯郸市中级人民法院根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》的相关规定,认为以“集体研究”形式实施的渎职犯罪,对于具体执行人员,应当在综合认定其行为性质、是否提出反对意见、危害结果大小等情节的基础上,决定是否追究刑事责任和应当判处的刑罚。本案二被告人在明知局长办公会决议违法的

[46] 参见周佑勇:“行政许可法中的信赖保护原则”,《江海学刊》2005年第1期,第109页;周佑勇:“论德国行政法的基本原则”,《行政法学研究》2004年第2期,第30—31页。

[47] 参见叶必丰:“需上级指示行政行为的责任——兼论需合作行政行为的责任”,《法商研究》2008年第5期,第29—35页。

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”,载最高人民法院网站,<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)