

论行政职位的法律视角

关保英

摘要:行政职位的法律视角就是行政职位必须由法律调控、行政职位必须有具体的典则形式和规范形式、行政职位必须有法律效力。行政职位的法律视角是促成法治国家、法治政府和法治社会建设的重要环节,因为它可以使行政主体合理定位、使行政关系范式化、使行政权力职级化、使行政行为根基化。为此,行政职位必须典则化,即将行政职位统一在一定的行政法典之中来分配;行政职位必须规范化,即职位名称、结构、其他相关细节都要予以规范;行政职位必须关联化,即将行政职位与其背后的机构体系及行政大系统关联起来;行政职位必须具体化,即职位本身要包括具体内容,由形式上的静态变为实质的动态。

关键词:行政职位;法律视角;法律价值

中图分类号: DF31 **文献标识码:** A **文章编号:** 1674-9502(2018)02-052-12

作者:关保英,上海政法学院教授,博士生导师。

行政职位在国家治理体系中是一个较为复杂的问题,之所以这样说是因为行政职位既是一个政治概念又是一个公共行政的概念,同时也是一个法律概念。由于我国行政系统长期以来通过行政高权履行行政管理职能,加之我国政治与行政之间的关系向来就没有运用公法原理予以框定,所以行政职位在我国更多的是一个政治学和行政学范畴的问题,很少用行政实在法对其进行框定和构造。然而,中共十八届四中全会强调全面推进依法治国之后,问题则发生一定变化,即是说,行政职位必须从政治问题变为法律问题,从行政问题变为法律问题。那么行政职位和法律实在究竟是什么关系,我们应该从什么视角考虑行政职位,这些都是至关重要的。正是基于这样的考虑,拟对行政职位的法律视角作初步探讨。

一、行政职位的法律要素

行政职位的法律要素是行政职位法律视角的起点,它是指行政职位到底包含了哪些法律上的构成要素或者构成要件,而这些构成要件的确立依赖于三个基本范畴:一是行政职位必须依法进行构造。上文已经指出,行政职位在较大视野上是一个政治问题,即是说一个行政职位与一个政治权力是紧密联系在一起的,政治权力决定了行政职位的形成,决定了行政职位的发展和变化。即便由严格宪法典调整行政体系的国度,其行政职位的政治色彩也都是非常明显的。有学者就深刻地指出:“任何组织的最初形成都是为了实现一定目的的。如果不对从事不同任务的许多个体的工作进行协调,目的是不可能实现的。这意味着组织的每一个成员都必须愿意调整自己的行为以与其他成员的行为相互协调。如果这种相互调整可以同时实现,那么,将不再需要层

级分明的权威组织。然而,大型组织的固本性产生了大量妨碍实现有效协调的障碍。这些障碍主要包括两大类:利益冲突和技术性限制。二者都引起了组织成员不一致的行为形式,我们称之为冲突。在这里,它是一种中性感情色彩的用法,即并不是蓄意的冲突。等级权威结构需要将这种冲突降低到可以接受的程度。”^①同时行政职位是行政权运作的起点,这也使得职位与行政对社会的控制不可分割,这也便决定了对行政职位的技术研究乃至于本质性的研究往往限定在行政学的范畴内。例如日本学者清水澄在研究行政权与行政职能的关系时就指出:“官厅所当为之事务范围,曰‘权限’。由他方面观之,所谓事务之范围,指行政官厅职权之限制而言,故曰‘权限’。或依事务之种类,或因地方之区划,而生行政官厅权限之区别。因有区别之故,行政官厅,或有普通权限,或有特别权限。有特别权限者,特以明文定其权限范围以内之事务;有普通权限者,除有特别明文之限制外,视为悉属于其权限。”^②应当说人们关于行政职位的构建都用行政机制和政治机制进行考量,甚至认为它是行政机制和政治机制的必然结果。但是,当我们把行政职位以法律要素进行考量时,我们认为行政职位是依法进行构建的,也许行政职位的政治构建和行政构建是它的属性之一,但无论如何,行政职位构建的外在形式乃至于构建的逻辑过程都离不开法治的轨道。之所以这样说是因为,任何一个行政职位的设立和存在都必须通过一定的法律形式而为之,行政职位依法构建这是一个非常重要的关于行政职位的判断,这个判断的进一步发展就必然能够使行政职位与一个公法制度予以有机的统一。以公法人的概念为例,它实质上是法律规范和相关行政制度的统一:“一般而言,三类之公法人具有如下共同特征:

首先,其设立必须有法律依据。其次,其具有法人地位,得为权利义务主体,并得提起诉讼或应诉。第三,其系行政组织之一种,享有固定之任务、职掌、管辖与权限。”^③

二是行政职位必须用法眼观察。行政职位由于涉及行政权力的分配、涉及行政系统与其他权利系统之间关系的划分、涉及一国政治体制中的权力分割等等,这就必然使人们在认知行政职位时下意识地将其与政治机制联系在一起。可以肯定地讲,人们用政治学的理论分析行政职位的概率要远远大于用法理学的理论对其进行分析,即便是公法学者在对行政职位讲解时也常常赋予其政治学属性,也常常将行政职位的法律认知淡淡地予以点出和分析。总而言之,行政职位的法律视角是相对滞后的,那么当我们在解读行政职位的法律要素时,首先必须用法眼观察行政职位,就是用法律原理,尤其用公法原理来赋予行政职位相应的属性,这同样是至关重要的。

三是行政职位必须用法律予以融贯。行政职位在行政权的体系中是一个点,而不是一个面。在行政职能的运行中也是一个点,而不是一个面。而且可以肯定地讲,在行政权的运作体系中它是静态的东西而不是动态的东西。我们可以说行政职权是动态,但我们不能够说行政职位也是动态的,它仅仅是行政过程中的一个相对静态的东西。正是这种静态性使人们常常将它作为行政权运作中的一个元素,这也是它不被贴上法律标签的一个原因。然而行政职位应该放置在行政权运作的大系统之中来考察,应该放置在行政对社会的控制和影响的行为方式中进行考察。没有行政职位也就没有行政职权,没有行政职位也就没有行政的系统化,没有行政职位行政行为以及其他行政行为的方式也就不复存在。这就要求我们应当以融贯的眼光来看待行政职位,应当将它与产生它的法律行为、它所产生的法律行为融贯在一起,使它们能够予以融贯的正是

① [美] 安东尼·唐斯:《官僚制内幕》,郭小聪等译,中国人民大学出版社 2017 年版,第 51 页。

② [日] 清水澄:《〈行政法泛论〉与〈行政法各论〉》,金泯澜等译,中国政法大学出版社 2007 年版,第 26 页。

③ 黄锦堂:《行政组织法之基本问题》,载翁岳生主编:《行政法》(上册),中国法制出版社 2009 年版,第 346-348 页。

国家的公法典则和公法规范。上列三个方面是我们分析行政职位法律要素的关键,也是分析行政职位法律要素的切入点。以此来切入我们可以将行政职位法律要素概括为下列四个方面。

第一,行政职位的主体要素。行政职位是行政系统构成元素,但它在行政系统中是一个相对稳定的东西。它是对行政系统中有关职权、有关权利和义务存在空间的一个框定,即是说行政系统中的职权也罢,行政系统中的权利和义务也罢,都必须对应于具体的行政职位。而行政职位本身是相对概括和抽象的,它是非人格化的东西,如果离开了行政实在法对行政职位进行分析的话,它必然是非人格化的。有学者就从政治学角度对这种非人格化作了概括:“国家组织活动对象的特点在于国家组织享有国家权力:任何国家组织都为完成国家任务与行使国家职能而进行工作;国家组织的活动在总体上是在全社会范围内进行的,从这个意义上说,是一种普通的活动;国家组织受国家的委托并以国家的名义进行工作,在一定社会关系范围内是国家的体现;最后,国家组织的合法行为不仅是通过国家组织拥有的一切手段,而且是通过整个国家拥有的一切手段来保障的。”^①这种非人格化的具体表现就是它的相对主观性,即看不见摸不着的属性。而一旦进入法律层面(这个法律层面可以从广义上被理解为公法,也可以从狭义上被理解为行政法),正是这些法律因素使行政职位由主观而客观,由抽象而具体。行政实在法常常将某种主体身份与行政职位捆绑在一起,使行政职位不能够离开一定的主体,而存在于行政系统中的主体又不能够离开行政职位。例如县长这个行政职位便具有双重属性,它可以抽象的指一个县级单位的行政职位,也可以具体指这个行政职位中的人。任何一个行政职位都必须具有这样的主体,行政实在法认可了职位的主体要素以后,该主体就是行政职位的法律人格的一个体现。该主体便能够有所为,有所不为,而该主体本身并不与单个的个人发生联系。我们平时所看到的行政职位的个人是行政职位及其外在化的东西,而它的内在化的东西就在于该主体的法律资格,如果没有行政实在法对行政职位的强化,那么行政职位的主体及其行政方式就常常是无序的。

第二,行政职位的内容要素。行政职位的内容同样有两个考量径路,一是从技术上对它的考量。就是说从行政职位的技术层面讲它应该包括什么样的内容,例如行政职位需要有名称、需要有建构者、需要有行为方式等等。甚至行政行为的概念也不能与相关的职位发生脱节:“行政行为是公法人、被授权人或者其机关实施的归属于公法人的行为。公务员作出的处理行为在法律上属于其本人所在或者名义上所属机构特别是行政机关的行为,然后进一步归属于该机构或者机关法律上所属公共行政主体的行为。”^②二是法律上对它的考量径路。那就是行政职位在法律上应该包括的具体内容,包括行政职位中的法律形式、行政职位的法律责任、行政职位之间的法律关系等。那么行政职位的内容要素中法律上的考量与技术上的考量究竟是什么关系呢,笔者认为,行政职位的内容技术考量是法律考量的基础,而法律考量是对技术考量的升华。也就是说当我们在依法构造行政职位的内容时必须首先回归到技术层面来分析行政职位究竟必须包括哪些内容,这些如果是科学的、符合规律的,那么法律典则就应该对其进行确认,但是法律典则对这些内容的规范必须用法言法语。行政职位法律要素与行政职位技术要素之间存在反差。一些法治发达国家用行政实在法很好地处理了行政职位这两个方面的关系。通常用职位的名称、职位的数额、职位的标准、职位的更替、职位的责任等等法律上的规范要素来确定行政职位的内

① [美] 格林斯坦·波尔斯比:《政治学手册精选》,储复耘译,商务印书馆1996年版,第73页。

② [德] 汉斯·J·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托尔贝:《行政法》(第2版),高家伟译,商务印书馆2002年版,第16-17页。

容。^①通过用行政实在法进行确认的方式使行政职位所包含的这些内容都具有法律属性,从而成为法律上的内容。

第三,行政职位的客体要素。有人对法律中客体的复杂状况作过这样的分析:“行政法关系当事人之主体,亦得简称为行政法关系之主体,乃当事人以主动之地位适用行政法治规定,支配他造之当事人,此时其主动者即为主体,亦称为能动主体;其受支配之被动者即为客体,亦称为受动主体者,例如:国家依兵役法之规定,颁布征兵命令;依各种税法之规定,征收税款,则国家为主体,人民为客体。”^②由此可见,在法律理论中客体所反应的是一种复杂的关系形式,它以主体为前提条件,是主体行为方式的一个延伸,以行政职位的客体要素而论,首先包括了该职位的主体权利和义务,就是职位所赋予它的权利和义务,这种权利和义务也比较合理地表述主体在职位的行为方式,正是通过这种权利和义务将职位中主体与公共职权的关系作了处理,将不同职位主体之间的关系作了处理,将职位中主体与控制对象的关系作了处理。通过客体要素使人们能够清晰地认识到行政职位尽管是一个点上的东西,尽管是一个相对聚焦的东西,但存在于行政系统之中,同时它在行政机构体系中扮演一定的角色,一个行政系统就是由若干行政职位所分配的角色链。还应指出客体所包含的复杂的关系形式还使得行政职位与社会系统挂链在一起。如果说行政职位的存在会发生作用的话,它的作用不仅仅在行政系统内部,更为重要的是它的作用在社会系统之中。

第四,行政职位的行为要素。在行政法治中存在着复杂的行为体系,这也使得在当代学者法学体系中行政行为便成了一个非常核心的板块。不论大陆法系的行政法学理论还是英美法系行政法学理论几乎都强调行政行为的重要性。^③那么行政行为在行政系统中究竟是一个什么东西,笔者认为它是行政权运作的结构要素,是行政过程中的末端。换言之在它的前端存在着诸多的复杂大要素制约着它。以此而论,行政行为的理论必须依赖于它的前置理论。行政行为的状况是由它前面诸多复杂要素所引起的,而令人遗憾的是至少在我国学界人们似乎忽视了这一点,或者行政法上的行政要素究竟与行政上有什么关系呢。将任何一个行政职位都比喻为有行为的支撑,任何一个行政职位都能够演绎出诸多的行为,从这个角度讲行政职位与行为并不是两个事物,而是一个事物的两个方面。具体地讲,在行政职位之中必然存在着行为要素,包括该职位究竟包括了哪些行为方式,该职位能够演绎出哪些具体行为来等等。上面我们已经指出,行政职位包括内容上的构成要素,但这些内容上的构成要素并不是行为上的构成要素,因为内容的构成要素是权利和义务,而行为上的构成要素所体现是行为方式。

二、行政职位的法律形式

行政职位在现代公权体系中有着非常重要的意义,马克斯·韦伯在《经济与社会》一书中就对现代行政职位的非人格化的价值作了高度概括,法国的迪韦尔热更加具体地讲道:“处长同必须执行其决定的科员从无来往。在他们之间存在着中介人,但科员们不能怪罪这些终极者,因为

^① 参见《地方政府组织法》第56条、第61条规定。

^② 管欧:《中国行政法总论》,蓝星打字排版有限公司1981年版,第80页。

^③ 参见[德]埃贝哈德·施密特—阿斯曼等:《德国行政法读本》,于安等译,高等教育出版社2006年版,第179页;[韩]金东熙:《行政法I》(第9版),赵峰译,中国人民大学出版社2008年版,第176页;[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第104-105页。

他们也必须听命于上级领导人,而后者可以随心所欲地把执行决定的责任推到他们头上。这样,权力便融合于机构之中,机构使权力易于接受,因为机构在下属同上司从不接触的情况下,抹掉了下属对上司的屈辱地位感。”^①根据马克斯·韦伯的理论,行政职位的非人格化依赖于它所具有的法律形式,或者说现代公法赋予了行政职位非人格化的意义,使现代行政职位与传统的以人为转移的行政职位有着质的区别。那么行政职位的法律形式究竟应该如何看待呢?笔者认为有三个方面必须引起重视:

一是行政职位必须由法律调控。就是说行政职位从它的历史传统看曾经一度并没有与实在法保持逻辑上的严密性,至少某一已经取得行政职位的个体并不认为该职位是法律所赋予的,该职位还要受到法律的进一步控制。而现代公法制度则改变了这种格局,正如上述公法存在着对权力的分配,甚至这也是公法的核心内容,而分配过程中技术径路就显得十分重要,人们通过创设行政职位,使其受到法律调控,而这种调控的结果便使得行政职位具有稳定性、规范性和可测性。当然也有学者对法律调控行政职位的负面效应作了论证,有学者就指出它使得行政职位尤其行政权的运作比较刻板、比较迟滞、比较千篇一律,现代公法解决这样的刻板性往往通过普遍法律原则寻求行政行为的个性化:“普遍法律原则对政府部门具有强制执行力:凡违反普遍法律原则的行政行为须一律被宣布为无效;若造成了损失,则应承担行政责任。因此,普遍法律原则具有人为法的效力。”^②但无论如何在现代行政权大规模的格局之下,法律对行政职位进行调控其利大于弊。

二是行政职位必须有具体的典则形式和规范形式。从抽象概念上讲,行政职位是公法体系的构成部分,它应当受到公法规范的调控,而从具体的法治进路上公法对行政职位的调控是具体的而不是抽象的,也就是说这种调控是通过一定的法律形式得以实现的。这其中就包括调控行政职位的法律典则,例如诸多国家就制定了行政职位分类法,它作为一个完整的法律典则对行政职位起作用,这也构成了现代公法体系中一道亮丽的风景线。^③它还包括调整行政职位的具体规范,例如《奥地利公职责任法》第1条规定:“联邦、州、区、乡镇、其他公法团体和社会保险承担机构——以下称为权利主体——依照民法的规定对由作为其成员的人员在执行法律中因违法行为——无论过错在谁——所造成的财产或人身损害承担赔偿责任;成员对被害人不承担责任。损害只以金钱赔偿。”^④应当说,规定行政职位的公法规范有诸多类型,而且反应在不同的典则体系之中。这些规范是非常重要的,正是它们为行政职位提供着一个严密的网格。需要强调的是,在公法体系比较健全的国家,这种网格的形成是有序进行的,而在公法体系较为落后的国家其网格体系之间便存在着一定的不自洽性。

三是行政职位必须有法律效力。行政职位一旦被公法所规范,它就具有相应的约束力。我国行政机构在改革中经常出现精减、膨胀、再精减、再膨胀等恶性格局,究其原因一个重要方面就是诸多行政职位的设置具有随意性,因人设事,这就使得行政职位本身不具有法律效力。我们说行政职位必须是行政权在运行中具有非人格化的现象,就是说任何个体一旦取得了一定的行

① [法] 莫里斯·迪韦尔热:《政治社会学》,杨祖功译,华夏出版社1987年版,第174页。

② [法] 让·里韦罗、让·瓦利纳:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第382-383页。

③ 1950年日本制定了《国家公务员职阶制法》,该法规定:职阶制是按照职务的种类和复杂程度、责任大小,根据该法规定的原则和方法将官职分类整理的计划。该法中涉及的有关定义包括:1. 官职:分配给职员职务和职责;2. 职务:分配给职员的应遂行的工作;3. 职责:职员遂行职务或监督遂行职务的义务……

④ 萧榕:《世界著名法典选编(行政法卷)》,中国民主法制出版社1997年版,第72页。

政职位就必须受职位规范的约束,对行政产生影响的仅仅是职位规范而非个体行为。总而言之,行政职位的法律效力是行政职位设置中最为重要的问题之一。结合现代公法体系,我们可以将行政职位的具体法律形式概括为下面四种方式。

第一,宪法形式的行政职位。宪法是公法的龙头法,就是说在公法体系中宪法起着统领作用,其他公法范畴内的法律典则都必须以宪法以转移。宪法在通常情况下规范一国的政治制度、经济制度和社会制度等,^①其中关于一国政治体制的设计便是其重要内容之一。宪法同样要对行政权及其体系作出规定,应当说一个国家行政体系的总构成主要体现于宪法典之中。那么宪法典之中包括行政职位的法律形式便是自然而然的。例如,《阿联酋宪法》第58条规定:“法律应规定各部长的权限及其分工。联邦第一部长会议应有下列部长组成:1. 外交;2. 内务;3. 国防;4. 财政、经济、工业;5. 司法;6. 教育;7. 公共卫生;8. 公共工程与农业;9. 通讯、邮政、电报与电话;10. 劳动与社会事务;11. 信息;12. 规划。”^②《立陶宛宪法》第94条规定:“内阁有权:(1)管理国家事务,保护立陶宛共和国领土不受侵犯,保障国家公共安全和公共秩序;(2)执行法律、议会有关执行法律的决议以及共和国总统的法令;(3)协调内阁各部门以及其他机构的活动……”^③这些规定体现了比较典型的行政职位。应当说明的是宪法虽然是一国的根本大法,似乎在理论层面上它所规范的是一国的根本制度,但在宪法对行政职位进行规定时它都是非常具体的。以我国宪法为例,其通过若干条文对我国不同层面的行政职位作了规定,例如《宪法》第86条:“国务院由下列人员组成:总理,副总理若干人,国务委员若干人,各部部长,各委员会主任,审计长,秘书长。国务院实行总理负责制。各部、各委员会实行部长、主任负责制。国务院的组织由法律规定。”第105条规定:“地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关,是地方各级国家行政机关。地方各级人民政府实行省长、市长、县长、区长、乡长、镇长负责制。”其所规定的这些职位虽然相对较高,但其对每个职位的表述都是非常具体的。在一国的法治体系中除了宪法典之外还有一些宪法性的法律文件,就是说这些法律文件虽然不是宪法典的内容但它却是宪法规范的构成,它们也同样是行政职位的法律形式。

第二,行政组织法形式的行政职位。行政组织法是有关行政组织的行政法典则和规范,它通常被界定为静态的行政法。行政组织法究竟如何界定在学界存在一定的争议,有的持广义论,有的则持狭义论。前者认为行政组织法包括行政机关组织法、公务员法和行政编制法三个范畴,此论所主张的就是大行政组织法的概念,凡是对行政组织起作用的行政典则和规范都是行政组织法的内容。后者则认为行政组织法仅仅包括行政机关组织法,换言之,公务员法被排除在行政组织法之外。在笔者看来上列不同观点仅仅是一个认知问题,它们并不存在多大的矛盾和冲突。需要指出的是无论行政机关组织法还是公务员法甚或行政编制法它们都涉及行政职位的内容,都是行政职位的法律形式。例如《英国警察改革法》第38条规定:“警察当局雇员的警察权力(1)任何警察局的首席警官可以任命以下任何人:(a)受管理该警察局的警务当局雇佣的人,并且(b)作为具有第(2)小节中的一项或者多项职责的官员,受该首席警官的监督和控制。(2)官员的职责如下:(a)社区援助官;(b)调查官员(c)负责拘留官员;(d)负责护卫官员……”^④还如日本国家公

① 参见谢瑞哲:《法律百科全书(一般法学)》,三民书局出版2008年版,第366页。

② 朱福惠:《世界各国宪法文本汇编(亚洲卷)》,厦门大学出版社2012年版,第18页。

③ 朱福惠:《世界各国宪法文本汇编(欧洲卷)》,厦门大学出版社2013年版,第311页。

④ 刘伯祥:《外国警察法》,中国法制出版社2007年版,第161页。

务员法第1条规定:“本法的目的,是确立国家公务员即国家职员的各种根本标准(包括保护职员的福利和利益的适当措施),规定职员用民主方法选拔并指导,以使职员在执行职务中充分发挥才能,保证办事对国民既有民主又有高效率。”^①我国的行政组织法关于行政职位的规定也有诸多内容,甚至可以说我国行政职位的主要法律形式是行政组织法,例如《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第62条规定:“地方各级人民政府分别实行省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长、乡长、镇长负责制。省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长、乡长、镇长分别主持地方各级人民政府的工作。”《国家公务员法》第14条规定:“国家实行公务员职位分类制度。公务员职位类别按照公务员职位的性质、特点和管理需要,划分为综合管理类、专业技术类和行政执法类等类别。国务院根据本法,对于具有职位特殊性,需要单独管理的,可以增设其他职位类别。各职位类别的适用范围由国家另行规定。”

第三,部门行政管理法形式的行政职位。部门行政法是指适用于特定行政部门管理的行政法规,在不同国家的行政法体系中,部门行政法有着不同的地位。我国行政法在其奠基阶段所强调的是管理法的理论基础,有学者对此作过这样的概括:“行政法是一切行政管理法规的总称。”^②在部门管理法作为行政法体系的主要构成部分的格局下,部门行政法就涉及一定范围内的行政职位,由于我国行政管理部门有数十个之多,这就使得在相当宽泛的部门行政法典则和规范中都包括了行政职位的内容,例如《中华人民共和国海关法》第4条规定:“国家在海关总署设立专门侦查走私犯罪的公安机构,配备专职缉私警察,负责对其管辖的走私犯罪案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审。”《中华人民共和国税收征收管理法》第11条规定:“税务机关负责征收、管理、稽查、行政复议的人员的职责应当明确,并相互分离、相互制约。”部门行政法作为行政职位的法律形式,究竟在立法技术上是进步的还是落后的,我们值得认真予以审视。因为行政职位在行政系统中作为一个最为基本的问题,若其法律形式存在不当,就必然会使行政职位的设置在一些方面失去控制。

第四,行政程序法形式的行政职位。“行政程序法顾名思义,应就行政行为之程序为规范。”^③行政程序法通常有5个方面的本质属性,一是它是行政机关所适用的程序规范。二是它与公权力的形式有关,是规范公权力的规则。三是它是行政机关的事前行为规则。四是它是行政系统的外部行为规则。五是它是行政程序的通则等。从其所揭示的这些内容看,行政程序似乎与行政职位不存在必然联系,或者说行政程序并不调整行政职位,行政程序并不是行政职位的法律形式。然而,各国行政程序立法技术告诉我们即便在行政程序立法之中也包含了行政职位分类,例如《德意志联邦共和国行政手续法》第1条规定:“该条虽然强调了行政程序与行政行为的关系,但它同时也强调了行政程序所规定的行政行为与行政职位的关系,我们在行政职位的法律要素里面提到行政职位包括了相应的行为要素。这便告诉我们无论如何行政程序绝不能够完全在脱离行政职位的情况下对行政行为作出规范,事实上,行政程序法也常常提到行政职位的概念,也常常将行政职位与行政行为的关系予以规范。”那么行政程序法作为行政职位的法律形式是否具有立法优势,是否符合行政法对行政职位进行控制的逻辑呢,这些问题都是较为复杂的行政法理论问题,我们还需要在有关行政职位的构建中再进一步进行澄清。

① 萧榕:《世界著名法典选编(行政法卷)》,中国民主法制出版社1997年出版,第174页。

② 王珉灿:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第1页。

③ 蔡茂寅、李建良、林明锵、周志宏:《行政程序法实用》(修订4版),新学林出版社2013年版,第13页。

三、行政职位的法律内涵

行政职位的法律形式是非常重要的,上面我们已经讨论了在我国行政法治中行政职位的4种法律形式,这4种法律形式是行政法治实践中客观存在的,它是否具有合理性则是一个值得从深层次进行探讨的问题,尤其在行政程序法和部门行政法中,体现行政职位是否妥当,这是值得质疑的。当然这些问题属于行政法哲学范畴的问题,应当从理论层面上予以解决,而就行政职位的法律内涵而论,行政职位与宪法的关系是需要进行研究的,例如宪法究竟应当包括什么样的行政职位,什么样的行政职位应当体现于宪法典之中,我们都必须在理论上有一个合理解释,宪法典在体现行政职位时当然要具体,但宪法所涉及的是行政制度的基本轮廓,所以它所体现的行政职位应当属于牵一发而动全身的那些职位。即是说宪法中的行政职位的范围不应当包容得太广。其次是政府组织法中的行政职位问题。由于政府组织法涉及行政机关的体系构成,涉及行政机关的组织原则等,因此政府组织法是行政职位的最主要的典则形式,它对行政职位的设计和包容应当比较全面,行政职位之间的逻辑关系也应当通过政府组织法予以规范。再次是行政职位与公务员法的关系。公务员法在行政法体系中也是一个相对较大的板块,它包括职位分类、选拔任用、权利义务、职位升降等诸多涉及公务员的内容,在一些国家和地区甚至制定了公务员职位分类法,但应当指出的是公务员法中的行政职位是相对微观的行政职位,是行政职位中的相对最小单位,包括每一个公务员在行政系统中所扮演的角色,由于公务员法在行政法体系中相对比较成熟,这也同时决定了它与行政职位的关系也比较明晰。最后是行政职位和行政编制法的关系。行政编制法可以被视为行政组织法的有机构成,也可以被视为独立的行政法典,或者行政法典则体系:“所谓行政编制,是指国家行政机关组织机构的设置和人员定额被若干化指标确定以后所形成的行政格局。”^①行政编制法控制行政系统中各种职位之间的比例关系,它是对行政职位的一个严格量化,以此论之,行政编制法牵扯到行政职位的本质问题,我国行政系统中职位的法律构建之所以相对较弱,一个重要原因就在于我国缺少严格意义上的行政编制法,行政编制法在行政职务关系的处理中也包括非常丰富的内涵,这都需要我们从理论层面和制度层面予以厘清。上列行政职位与行政法典则形式的关系极其重要,行政职位的法律内涵必须通过这些典则进行体现,那么从严格的法治层面上讲,行政职位究竟应当有哪些法律内涵呢,笔者认为包括下列若干方面。

第一,行政职位典则化。行政职位是通过行政法典予以规定的,这是毋庸置疑的,尤其在依法治国的大背景之下,只有赋予行政职位法律典则上的意义,行政职位才会有真正意义上的法律内涵。我国目前的行政法实在中,有关行政职位的法律规范是相对分散的,正如上文已经指出的,政府组织法、行政程序法、部门行政法等都涉及行政职位问题,从法律治理的角度看,这种处理方式是不够严谨的,因为它是单个的行政职位典则化的,但行政职位作为一个整体却并未典则化。质而言之,行政职位的典则化就是指行政职位应当统一在一定的行政法典之中,不能够在分散的行政法典之中来分配行政职位,从法治发达国家的立法经验看,宪法典应当有一定的行政职位,广义上的行政组织法典主要规范行政职位,其他法律典则并不是行政职位的主要法律渊源。

^① 关保英:《行政法学》(上册),法律出版社2013年版,第362页。

一个典则若涉及行政职位问题,那也常常是个别的,也就是说我们不能够主要通过行政程序法、部门行政法来规范行政职位,典则化是行政职位最为主要的法律内涵。

第二,行政职位规范化。因人设职,因事设职,以及行政职位设置过程中的随意性都是行政法治之大忌,所以即便是法治发达国家也不断进行行政改革或者革新,其改革的主要精神在于:“行政革新指政府机关利用和平渐进的手段,采取适当的革新途径,经由个人及团体从事有计划的努力,一则将行政上的缺失及陈腐,予以改进创新,并对原有的优良制度、方法、态度等加以发扬光大;另则将适合环境需要的新制度、新观念、新方法及程序、新作风等,引入政府机关的运作系统。目的在提高行政绩效(包括行政效率及行政效能)、加强为民服务、建立政府良好形象、提升国家竞争力。”^①联系到我国行政机构体系的现状,我们可以得出一个初步结论,我国行政职位存在着比较明显的不规范的情形,包括职位名称的不规范,职位存在基础的不规范,职位其他技术细节的不规范。说到底,行政职位不是凭空想象出来的,它建立在一定的行政目标之上,行政目标的状况,决定着行政职位的状况,一些法治发达国家在设置行政职位时首先确定行政系统的大目标,然后对目标进行分解,这些目标都与行政系统需要处理的行政事务有关,目标分解完之后,行政职位也就有了存在的基础和前提条件。如果按照这样的逻辑来设置行政职位,其达到规范化程度的可能性就相对较高,而我国一些相对较低层次的行政机构,既不对行政职能进行目标分解,更不会根据这些职能来设置职位,这会导致在我国出现了令人匪夷所思的行政职位。^②行政职位的规范化从法律形式上看应当包括行政职位名称的规范化,行政职位结构的规范化,行政职位其他相关细节的规范化。法治发达国家在相对微观的行政职位中常常有一个职位说明书,而该说明书,对行政职位的标准化问题作了很好的解读,行政职位若要受到行政职位法的有效调控,若要包括科学的法律内涵就必须包括这样的规范化。

第三,行政职位关联化。我们在行政法治实践中所看到的行政职位常常是单一的,即是我们能够注意到一个一个的行政职位,但很少能够将此一行政职位与彼一行政职位予以结合。很少能够将一个行政职位与它背后的机构体系及背后的行政大系统关联起来,就是只见树木不见森林。这个状况不但反映在行政执法实践中相关主体的认知方面,更为重要的是,也体现在我国对行政职位的构造方面。我们构造了一个一个的职位,也同时构造了相互冲突的职位,甚至相互重合的职位。之所以在20多年前我们开始对行政系统进行相对集中行政执法权的尝试,原因就在于行政职位设置和存在的混乱性,而相对集中行政处罚权的推进并没有结束而且还在日益深化。^③通过相对集中行政处罚权可以对一些职位进行整合,但这仍然是一个非常微观的工作。基于此,我们认为,行政职位的法律内涵中必然存在着职位关联性的原理或原则,就是说单个的行政职位并不是一个孤零零的存在,他们与其他职位是一种互动关系,与行政支系统是一种决定和被决定的关系,与行政大系统是一种制约和被制约的关系。行政职位的关联关系在行政法治实践中用什么样的原则来处置是一个具有严格色彩的技术问题。我们注意到,法治发达国家在行政机构体系的构造中已经注意到了职位在法律上的关联价值,例如有学者就有这样的论断:

① 吴定:《公共政策辞典》,五南图书出版社2013年版,第9页。

② 2001年郑州市在区县两级都成立了“馒头办”这样的行政机构,而且是区县两级的对口机构,后来在全国一些地方又出现了西瓜办、生猪办、灭鼠办甚至打狗办,之所以会出现机构设置中的这种乱象,主要原因在于我国行政职位缺乏严格的法律定性。

③ 相对集中行政处罚权是国务院根据《行政处罚法》第16条的规定对行政处罚机构所进行的整合,2002年国务院发布了第63号文件专门就相对集中行政处罚权作了规定,主要相对集中行政处罚权在城管领域,后来在文化领域以及其他领域也实行相对集中行政处罚权。尽管相对集中行政处罚权已经施行了十多年但现在仍然没有结束,仍然是政府法治建设中的重要内容。

“公务员的法律地位在于他们的社会地位是通过自己的力量谋得的,而不是以政府的力量为转移的,也不同于普通公民在生活中用以享受的一些基本的保证——于是,在他们公务员的生涯中,他们成为了特殊的公职人员,而不仅是特殊的臣民。公务员的雇佣基本的保证有两条,一条是法律上的保证,另一条则是来自司法部门的保证。”^①我国的行政组织法是计划经济年代的产物,它面临着修改和修正,在我们对政府组织法进行修订时行政职位的这种关联性的逻辑就应当成为修改的一个指导原则,也应当通过修改体现这样的原则。

第四,行政职位具体化。法治发达国家有关行政职位的制度构建即遵循科学原则也遵循职位法定原则,美国早在1923年就制定了《联邦职位分类法》,后来其他国家也制定了类似的法律典则。有些国家虽然没有制定此类专门法典,但在公务员总法中常常有职位分类的规定。^②从法治发达国家有关职位分类的法律典则看,职位分类是非常具体的,一方面,职位本身要包括具体内容,例如职位的具体名称、职位的编号、职位的数额,职位的其他具体内容。同时他们认为行政职位是一套严格的由技术规范组成的要素,有着明显的技术参数,例如一个职位到底与什么样的工作性质有关,一个职位究竟应当体现相对较繁的原则还是较简的原则,通过繁简度的处理使同一性质的职位集中在一起,这也避免了职位的重复和重叠。上面已经指出,不同的职位有着不同的行政目标,不同的职位其所设计的行政事务也是不同的。对于职位的主体要件而论,只有当某个主体具备特定的知识素养和技能素养时,才能使该职位予以实现。总而言之,行政职位的具体化是论证职位法律内涵不可或缺的。行政职位处在行政大系统之中,但是职位的静态方面只是其特性之一,对于实现行政目标而论,行政职位是动态的而非静态的,换言之,行政职位只有当它进入操作层面以后,它才能够由死的东西变为活的东西,而法律典则赋予行政职位法律意义,其目的是要行政职位活起来、动起来,而不是让行政职位成为一种摆设,这便是其具体化存在的哲理。

四、行政职位的法律价值

《全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出:“加强政府内部权力的制约,是强化行政权力制约的重点。对财政资金的分配使用、国有资产监管、政府投资、政府采购、公共资源转让、公共工程建设等权力集中的部门和岗位实行分事行权,分岗设权、分级授权,定期轮岗,强化内部流程控制,防止权力滥用。完善政府内部层级监督和专门监督,改进上级机关对下级机关的监督,建立常态化监督制度。完善纠错问责机制,健全责令公开道歉、停止检查、引咎辞职、责令辞职、罢免等问责方式和程序。”该论断对我国行政法治背景下如何制约行政权力作了高度概括。从整个概括中我们也能够体会到,行政职位在行政控权过程中的意义,尤其行政职位法治化对行政控权的价值。可以说,四中全会提出了建设法治国家、法治政府和法治社会的理念,这三个方面也是依法治国的基本构成,我们认为行政职位的法律视角或者依法对行政职位进行构造对法治国家的建设意义重大。法治国家说到底是用法律对国家权力体系的治理。关于如何治理国家权力体系我们作过不同的路径尝试。然而对行政职位进行治理以及对行政职位进行治理以后所带来的依法治国的意义,我们则没有引起足够的重视。行政职位的法律治理牵扯到职位的角色定位,依法治国中,任何一种国家权力都应当存在于一定的职位之下,这种行政权与相关职位之

^① [法] 莫斯里·奥里乌:《行政法与公法精要》(下册),龚觅等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第788-790页。

^② 参见萧榕:《世界著名法典选编(行政法卷)》,中国民主法制出版社1997年版,第278页。

间的辩证关系被学者作了这样的描述:“它既指各种公共行政机关,又指那些被授权的个人和团体,它们承担为人们服务的职责,并为能够履行这些职责而被赋予相应权力。”^①如果公权力赖以存在的职位得到了法律治理那依法治国的实现也就指日可待了。我们再回到行政职位法律治理对法治政府的意义上来,法治政府主要是就政府行政系统而言的,四中全会关于法治政府的建设有很多新的要求,例如要求政府行政系统必须有效地进行行政决策并建立决策机制,要求政府行政系统必须强化执法体制,要求政府行政系统必须强化对行政权的监督,要求政府行政系统必须政务公开等。笔者注意到,四中全会将“依法全面履行政府职能”作为法治政府的首要环节,这实质上牵扯到了行政职位的法治化问题,行政职位的法治化必然能够促成法治政府的建设,它是法治政府建设的首要一环。行政系统中的决策也罢,执法也罢,监督也罢,政务公开也罢都不能够离开行政职能,这便是行政职位法治化对法治政府建设的意义。而行政职位的法治化是否与法治社会的建设有关联,我们也应当作出肯定的回答。法治社会是法治国家和法治政府建设的基础,一定意义上讲,法治政府和法治国家的建设最终要落脚到法治社会的建设中去,以此而论,行政职位的法律视角也能够促成法治社会的建设,这是我们在相对较大的层面上对行政职位法律价值的分析。具体的讲,行政职位应当包括下列法律价值。

第一,行政主体合理定位的价值。行政主体在我国语境中是一个学理概念,即是说在我国行政法典则中,行政主体并没有得到正式的认可,这与法治发达国家形成了鲜明对比,因为若干法治发达国家都在其行政实在法中认可了行政主体的概念。^②行政主体事实上是一种对行政权行使者在法律人格上的处理,让能够行使行政权的机关或组织贴上一个正当化的标签,一旦这样的标签成为法律内涵,行政主体身份才能够正当化,它行使行政权力才具有合法身份。行政法治实践中,常常存在着执法主体身份混乱的问题,一旦出现行政执法不规范的状态,常常将责任推到其他非行政机关身上,这实质上是由于主体身份没有正式化而造成的。行政职位的第一构成要素就是主体,每一个行政主体都存在于一定的行政职位之下,每一个主体都与特定的行政职位相对应,那就会避免执法者身份混乱的问题。所以笔者认为,行政职位法律价值的首要表现是对行政主体的定位。

第二,行政关系范式化的价值。行政职位构成要素中,有一个涉及不同主体的关系问题,对此我们在上文已经作过讨论。我国的行政法治过程存在于复杂的关系形式之中,绝大多数关系形式是在行政法关系之内的,还有一部分关系游离于行政法关系之外。我们说我国行政职权的行使是行政主体的一种执法行为,或者进一步讲,行政执法过程是通过行政法关系实现的。还必须承认,我国行政系统除了履行行政执法之外,还履行行政管理职能,这样的行政管理职能常常都被贴上行政法的标签。^③换言之,我国行政法治中的关系形式极其复杂,而这种复杂的关系形式与职位本身的不规范是有千丝万缕的联系。因为职位本身就牵扯到主体的关系问题,从这个逻辑关系讲,行政职位若能够得到法律的梳理和规范,不同职位之间的关系也同时能够被贴上

① [法] 勒内·达维:《英国法与法国法:一种实质性比较》,潘华仿等译,清华大学出版社2002年版,第106页。

② 然而,在我国行政法学理论和行政法治实践中行政主体的概念还仅仅是一个学理上的用语,甚至关于它的内涵和外延还没有形成相应的共识。我国宪法和行政法典在表述享有行政主体资格的机关或者组织时,所使用的是行政机关的概念,无论行政组织法还是行政程序法或者行政救济法都使用的是行政机关的概念,这充分表明行政主体在我国的运用和研究尚显滞后。它们更多是学理用语,而与之相比行政机关则是法律概念。

③ 在我国行政法体系中政府规章所占的比重非常之大,仅就中央层面的行政法典则分布来看,政府规章所占的比重为82%,而政府规章的基本功能就是实现行政管理,而不是有效地规范行政执法。政府规章多以“管理”命名的事实就是例证。

法律的标签,通过行政职位形成行政过程中的若干关系范式,使每一次的行政行为、每一次的行政执法都与特定的关系范式关联起来,那行政法治的规范化也就形成了。

第三,行政权力职级化的价值。行政职位之间是有关联的,行政职位与行政系统也是有关联的,这是行政职位法律化的含义之一。在一个行政机构体系中存在着大量的行政职位,通过法律构造能够使行政职位通过规则联系在一起,而不是通过规则以外的非理性因素联系在一起。我国行政系统中,上下级之间被认为是包容关系,在这种包容中上级对下级的指挥和命令是决定的,下级对上级的服从似乎也是决定的,这就使得下级行政机关只有责任而没有权力,上级行政机关则只有权力而没有责任。总而言之,行政系统中通过非理性的规则连接在一起,其结果便是上级可以对下级进行盲目指挥,但对造成的后果尤其不良后果并不会承担相应责任。上面已经指出,一定的行政权力存在于一定的行政职位之下,说到底行政系统中的权力分配都与职位密不可分,职位法定化以后,上级行政机关与下级行政机关只能是一种法律上的关系,而不能是简单的行政命令关系。^① 诸多国家根据职位关系对上下级之间在权利行使中的责任作了严格规范,甚至在法治发达国家还强调了公务员在整个政治机制中的责任:“行政官员不过是实现立法机关意志的工具;行政机构的人员,只能由立法机关任命,并向立法机关负责,因为立法机关是整个社会最高意志的受托人。行政机关完完全全是立法机关意志的工具。行政机构有多少工作人员,应由立法机关来决定。”^② 这既防止了行政权力行使中的推诿,也防止了行政越权。

第四,行政行为根基化的价值。我国学界对行政行为的研究非常深入,与之相比,行政执法实践中行政行为无论是类型划分还是具体运作却是十分混乱的。例如行政执法实践中行政行为究竟包括哪些类型,至少在行政系统就没有一个统一的规范。我国最高人民法院有一个行政行为类型化处理的法律文件,而这个司法文件所规定的行政行为类型是与行政诉讼的受案范围相联系的,或者说是根据行政案件受案范围来确定行政行为类型的。^③ 这显然是不科学的。还如有时候一个行政行为中包含了诸多其他行政行为,如行政强制是一个具体行政行为,行政处罚是一个具体行政行为,但有关的行政法典在规范这些行政行为时,同时在这些行政行为之下还包容了其他若干具体行政行为,这即使行政行为的层级混乱,也使行政行为之间的关系混乱。行政行为处在行政执法的末端,在它的前端存在着诸多其他要素,笔者认为,行政行为的相对较高要素是行政职位,换言之,行政职位可以作为行政行为的根,那么行政行为的类型划分、程序设计、相互关系的处理等都必须从行政职位出发,都必须从行政职位这个根子上来构造,如果能够作出这样的处理,行政执法就保持了一个严密的逻辑关系,因为,我们在根子上解决了问题。

(责任编辑:马 斌)

① 长期以来,由于我国行政系统采取的是自上而下的指挥命令,和自下而上的请示汇报的运行模式,这就使得人们普遍产生一种误解,认为行政系统内部是一种覆盖关系,而不是严格意义上的法律关系。中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》对此有了新的规范和要求,提出了行政系统内部制约机制的概念,所谓内部制约机制就是要求上级行政机关和下级行政机关之间不能是传统意义上的简单的命令指示和请示汇报关系,而是一种法律关系,上级行政机关有独立的法律人格,下级行政机关也应当有独立的法律人格,它们首先必须对法律高度负责,其次才是执行上级的命令和指示。

② [法] 威尔逊:《国会政体》,熊希龄、占德本译,商务印书馆 1986 年版,第 147 页。

③ 《最高人民法院关于规范行政案件案由的通知》(2004 年 1 月 14 日)对我国行政管理范围作了 40 个分类,主要包括公安行政管理、资源行政管理、城乡建设行政管理、工商行政管理、卫生行政管理、物价行政管理、邮政行政管理等,而根据这些管理范围将行政行为划分为 27 种,主要包括行政处罚、行政强制、行政裁决、行政确认、行政许可等。