



容错机制中“善意违法”行为的 可容性及其限度

李冕 杨登峰

摘要:容错是新时代激励干部担当作为的重要举措。“善意违法”是以违法手段实现正当目的的履职行为,实践中主要容“善意违法”之错,但这并不符合制度设计的初衷,因此,只有当行为人受限于客观条件,不能以合法手段实现正当目的时,才有容错的可能。进一步判断“善意违法”能否容错,不可通过对正当性的揭示来补足行为的合法性评价,可以引入刑法“违法性”与“有责性”分离的二阶层思路,在承认违法的基础上,识别行为人的期待可能性。对不具有期待可能性的“善意违法”行为予以容错,便是责任判断的当然结果。不过,若“善意违法”不具有违法的必要性,或违法手段超出必要限度,或由行为人先前行为引起合法不能的客观冲突,则不能纳入容错范围。

关键词:容错;“善意违法”;期待可能性;责任阻却;实质法治

DOI: 10.13734/j.cnki.1000-5315.2023.0309

收稿日期:2022-10-12

基金项目:本文系国家自然科学基金重大项目“新时代中国改革创新试验的法治问题研究”(18ZDA134)的阶段性成果。

作者简介:李冕,女,江苏宿迁人,南京师范大学法学院博士研究生,E-mail: 470988393@qq.com;

杨登峰,男,宁夏西吉人,东南大学法学院教授,博士生导师,中国法治现代化研究院研究员,江苏高校区域法治发展协同创新中心研究员,研究方向为行政法学、立法学。

一 “善意违法”行为能否容错

为敢于履职者容错,是新时代激励干部担当作为、勇于创新的重要举措^①。作为一项有效的激励措施,容错必须是“法外开恩”,与法定的减轻、从轻、免责情形有着本质差别^②,才能满足“参与约束”要件^③。这意味着,依法得以减免的情形,不能纳入容错范围,否则难以发挥激励作为的制度功能。那么,究竟哪些行为在何种条件下才可以“虽错犹容”?

习近平提出的“三个区分开来”,即“要把干部在推进改革中因缺乏经验、先行先试出现的失误和错误,同明知故犯的违纪违法行为区分开来;把上级尚无明确限制的探索性试验中的失误和错误,同上级明令禁止后依然我行我素的违纪违法行为区分开来;把为推动发展的无意过失,同为谋取私利的违纪违法行为区分开来”^④。对此,中共中央办公厅印发《关于进一步激励广大干部新时代新担当新作为的意见》(下文简称《激励

①我国容错制度发端于 2006 年《深圳经济特区改革创新促进条例》第四十一条,后经 2018 年《中共中央办公厅印发关于进一步激励广大干部新时代新担当新作为的意见》以及 2019 年《中国共产党问责条例》第十七条加以确立。

②比如《政务处分法》第十一条、十二条规定,对于职务违法的公职人员,有主动交代、配合调查、检举他人、挽回损失、上交违法所得以及在共同违法行为中起次要作用等情形,可以从轻或减轻政务处分;若情节轻微,还可以对其进行谈话提醒、批评教育、责令检查、诫勉,免于或者不予政务处分。但是,无论文本还是实践,所容之错都与此不同。

③参与约束指参与者的效用应当大于未参与者。

④习近平《在省部级主要领导干部学习贯彻党的十八届五中全会精神专题研讨班上的讲话》(2016 年 1 月 18 日),《人民日报》2016 年 5 月 10 日,第 2 版。

意见》)重述了“三个区分开来”,并要求“准确把握政策界限,对违纪违法行为必须严肃查处,防止混淆问题性质、拿容错当‘保护伞’,搞纪律‘松绑’,确保容错在纪律红线、法律底线内进行”^①。《激励意见》将容错限于改革创新过程中的“未违法违纪”之错,而后在《关于解决形式主义突出问题为基层减负的通知》的推动下,又将容错的适用范围扩大至日常履职中^②。

关于容错范围的学术研究,还停留在“未违法违纪”的文本共识上^③,并未关照现实运行。为了解容错的实际情况,笔者共搜集了15个省的65起案例^④,发现各地的容错实践与文本规定存在显著出入,有相当一部分案例涉嫌故意违法违纪,但因目的正当而被容错。比如,“玉林市扶贫项目未招标案”^⑤的当事人陈某,按照中央财政专项资金要求推行马铃薯扶贫种植项目。鉴于马铃薯种植具有季节性,陈某怕耽误农时,并未依照《招标投标法》第三条规定组织招标,而是联系意向投标的公司提前向贫困户发放薯种。当地纪委认为,陈某之举意在加快扶贫产业进程,特予容错。再如,在“广安市为贫困户套取救助金案”^⑥中,某村接到村民王某的救助申请后,以危房改造的名义向乡里争取行政补助。乡里查证,王某已购买新农村房屋,不符合申请条件,但因家人突发重疾,没钱装修入住,仍住在原危房里。乡、村干部遂伪造并违规审批了王某的危房改造申请材料。本案当事人给不符合条件的相对人发放行政补助,实属违法给付。但当地容错裁定委员会认为,涉案人员为解决群众的实际生存困难,并未从中谋取私利,决定为其免除纪律责任。诸如此类情形,在65起事例中占比近2/3。事实上,容错并不以“未违法违纪”为限,反而大量地容“具有一定目的正当性的故意违法违纪”之错(本文暂且称之为“善意违法违纪”行为)。从“未违法违纪”到“善意违法违纪”,是容错实践对政策文本的背反。但问题是,“善意违法”行为到底能否容错,何以能够容错?本文仅立足行政法治视角,暂不讨论违纪行为。

“善意违法”是以违法的手段实施正当目的的履职行为。对于此类形式违法但实质正当的行为,行政法学过去的典型做法是以正当性补足合法性评价。本文将跳出“善意违法”合法与否的思维桎梏,回归责任框架内分析,借鉴刑法“违法性”与“有责性”分离的二阶层认定思路,在承认行为违法的基础上,识别行为人的期待可能性,从而判断责任有无。对不具有期待可能性的“善意违法”予以容错,便是责任判断的当然结果。

二 “善意违法”的行为类型及生成原因

需先行说明的是,本文所述“善意违法”行为,并非旨在创设一个新的法学概念,仅用来指代本文的研究对象,即公职人员以违法手段实施正当目的的履职行为,因其为提高行政效能、维护公共利益、保护相对人权益等正当目的,实质上已被行政目的所吸收,并外化为职务上的义务。故而,强调目的正当,主要便于同利用职务便利谋取私利、滥用职权以及失职失责(过失)的职务违法行为相区分。

(一)“善意违法”的类型划分

实践中被予以容错的“善意违法”类型主要包括以下三种。

1. 以目的正当超越职权

所谓以目的正当超越职权,指行为主体出于正当理由,超越了组织法设定的行政管辖权,未获授权“侵占”了其他机关的权限。比如,在“南宁市某区应急管理局私自爆破案”^⑦中,涉事石场存在安全隐患,需提高

①《中办印发〈关于进一步激励广大干部新时代新担当新作为的意见〉》,《人民日报》2018年5月21日,第1版。

②《中共中央办公厅印发〈关于解决形式主义突出问题为基层减负的通知〉》,《人民日报》2019年3月12日,第5版。

③薛瑞汉《建立健全干部改革创新工作中的容错纠错机制》,《中州学刊》2017年第2期,第14—16页;万庄《关于完善干部激励约束和容错纠错机制的几点探讨》,《中国行政管理》2018年第10期,第8页;赵迎辉《新时代干部容错纠错机制的建构及完善》,《山东社会科学》2020年第1期,第173页;刘畅《容错免责机制构建的逻辑与路径》,《社会科学战线》2019年第9期,第204—205页。

④为了响应中央的号召,地方也相继出台容错规定并开展实践。这65起案例中,就有63起选自各地纪委监委公开的容错典型案例,有2起选自自己发表的学术论文。笔者在选取案例时主要考虑两个因素:第一,在集中整理材料期间业已公开的案例,即2021年7月之前;第二,有关案情与说理部分较为详细。

⑤李维维《玉林市明确容错边界,激励干部担当作为》,广西纪检监察网,2021年1月22日发布,2021年3月26日访问,http://www.gxjww.gov.cn/staticpages/20210122/gxjww600aa71b-154874.shtml。

⑥《广安区通报2起容错免责典型案例》,广安区纪检监察网,2020年2月6日发布,2021年3月28日访问,https://www.gaajw.gov.cn/gonzu-odontai/zhutijiaoyu/tongbaopuguang/202002217609.html。

⑦黄丽珏《武鸣区容错纠错为一线干部撑腰鼓劲》,广西纪检监察网,2020年12月17日发布,2021年3月28日访问,http://www.gxjww.gov.cn/staticpages/20201217/gxjww5fdaf4bc-154155.shtml。

爆破级别,转由公安机关处理。但应急管理局认为,由公安机关处理会造成企业停产停业,有损企业与地方经济发展,遂私自约谈石场负责人整改,处理了本应由公安机关管辖的爆破事件。当地纪委考虑到当事人为企业谋发展的“公心”而特予容错。又如,“安康市某镇私自管理扶贫建设资金案”^①的涉案镇政府,并未依照规定将移民搬迁的群众自筹资金上交县财政专户,而是私设账户并实施管理。当地纪委认为,涉案人员旨在提高移民搬迁效率,没有为个人、他人或单位谋取私利,予以容错。

2.以目的正当缩减程序

程序缩减的情形有二。一是违反政府采购的义务性程序规定。依照《政府采购法》,政府采购货物、工程和服务,须按情形遵循招标、竞争性谈判等程序,确定最终购买对象。“溧阳市某村购买扶贫物资未招标案”^②、“江苏省某区购买应急设备未招标案”^③、“安康市某县违反招投标规定维修幼儿园案”^④的当事人,均并未履行相关程序,直接议定合作对象。比如,“安康市维修幼儿园案”原本需通过竞争性谈判确定维修施工方。但因上级答复晚了耽误了工期,园长为在暑假期间维修完毕,以免影响秋季开学,直接与议定的施工方签订了合同。二是在基层民主自治过程中违反民主决策程序。依照《村民委员会组织法》第二十四条规定,以借贷、租赁或其他方式处分集体财产,须经村民会议讨论决定方可办理。但在“泰兴市某村支书违规借款案”^⑤中,因承包户未按约支付土地租金,被村民阻止收割农作物。当事人认为,正值夏收时节,若不及时收割,既给承包户带来经济损失,更难以向村民支付土地租金。遂未经村民大会讨论决定,擅自出借8万元集体资金给承包户,令其及时支付租金。这类缩减程序的故意违法行为,在65起案例中占据多数,且都进行了容错处理。

3.以目的正当违反实体法

违反实体法的情形有三。一是作出行政行为的事实根据不符合法律规定。这多表现为给付行政中,给事实上不符合条件的相对人发放许可或补助。比如,依照《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第十六条规定,土地使用者在全额支付土地使用权出让金后,才能领取土地使用证。但“云南省某县违规办理国有土地使用权证案”^⑥的涉案国土局,为了不拖延市政建设,给未缴纳土地出让金的相对人先行颁发了国有土地使用权证,因其行为结果有推动发展的一面而被容错。二是挪用专项物资,用作其他公用支出。比如“松原市某校挪用培训经费购买办公用品案”^⑦的涉案校长,因学校办公经费紧张,用教师培训的专项经费购买办公用品,但并未从中获取私利而被容错。三是履职过程中同时作为行政相对人违反治安管理规定。比如,“来宾市某村占用林地办厂案”的涉案村庄,为解决茶农茶青大量囤积问题,擅自占用国家天然林地,建设茶叶加工厂。因未办理改变林地用途许可证,被林业部门罚款^⑧。虽然当事人受到了行政处罚,但当地纪委考虑到行为人是为了发展集体经济,免除了相应的纪律处分。

(二)“善意违法”的生成原因

“善意违法”除了违法的行为性质不同,违法原因也五花八门。有些“善意违法”行为是个人履职过程中,因好大喜功或对政策把握不明等主观因素所致。比如,程序缩减类的“常州违规出借集体资金案”^⑨,涉案人

①《容错纠错典型案例》,安康党风廉政网,2018年8月28日发布,2021年3月28日访问,http://ankang.qinfeng.gov.cn/info/1082/15968.htm。

②《常州市纪委通报2起容错纠错典型案例》,常州市纪委监委网,2018年12月7日发布,2021年4月6日访问,http://jjw.changzhou.gov.cn/html/jw/2018/CFPIPFJQ_1207/14942.html。

③该案例详见:陈朋《容错机制发挥激励作用的影响因素分析》,《江淮论坛》2019年第4期,第72—73页。

④《容错纠错典型案例》,安康党风廉政网,2018年8月28日发布,2021年3月28日访问,http://ankang.qinfeng.gov.cn/info/1082/15968.htm。

⑤黄伟《宽容包容激励干部担当作为》,《新华日报》2019年2月18日,第2版。

⑥《容错纠错实证性案例解读②》,云南省纪委监委网,2021年7月2日发布,2022年4月4日访问,http://ynjjc.gov.cn/html/2020/newcolumn21_0729/96830.html。

⑦《松原市通报8起容错纠错等“六个一批”典型案例工作》,搜狐网,2019年12月17日发布,2021年4月4日访问,https://www.sohu.com/a/361040934_120067230?scm=1002.44003c.fe020c.PC_ARTICLE_REC。

⑧谢世康、陶春《金秀县为脱贫攻坚中积极作为的4名干部容错纠错》,广西纪检监察网,2021年2月1日发布,2021年4月6日访问,http://www.gxjjw.gov.cn/staticpages/20210201/gxjjw6017b320-155167.shtml。

⑨《常州市纪委通报1起容错纠错典型案例》,龙城清韵(常州市纪律检查委员会网),2018年12月19日发布,2021年4月27日访问,http://jjw.changzhou.gov.cn/html/jw/2018/CFPIPFJQ_1219/14994.html。

员擅自出借 1140 万元集体资金给合作社修建厂房,约定后者每年向村委会缴纳厂房租金收益及借款利息。虽然名为出借实为出资,确实有利于发展集体经济,但并无充分的理由解释为何不履行民主议事程序。再如,实体违法类的“来宾市占地办厂案”,虽然茶叶大量囤积,需尽快处理,但有余力建设占地近 700 平米的茶叶加工厂,表明事态并未达到一定的紧急性,又为何不能提前申请林地变更许可证?不可否认,上列情形确实带有正当目的,但目的与违法手段之间并不存在必然、直接的联系,有理由认为同样情形下完全可以合法手段达成正当目的。

当然,也有“善意违法”行为确实受当下的客观条件所限,一般人都不能以合法的方式实现善意目的。在 65 起案例中,因客观条件导致合法不能的具体原因如下。

1. 因行政任务的时效限制

时效指客观存在的,而非由涉案人自行认定的有效时间。时效的客观性通常表现为两种。第一,行政目的的实施对象具有时效性,比如瓜果、林木的种植时间。如“咸阳市林业局未批先建防护林案”^①与“玉林招投标案”都是为了抢抓栽种时机,缩减了招标、审批程序。若按正常程序将错过农时,不仅无法实现行政目的,还会造成资源浪费。第二,为配合上级任务而受制于时间限制。比如,在“崇左市某县先施工后招标案”^②中,由于预算超标,扶贫养殖项目的配套设施无法与主体工程同步进行,只能再行建设。但大新县正处在脱贫攻坚的关键时刻,只待配套工程完成,便可惠及 768 名贫困人口。考虑到财评、采购、审批等程序周期较长,为了不影响当地脱贫摘帽进度,涉案单位只能先行施工,再行招标。再如,“德宏州企业生产手续缺失案”^③的涉案法人,属于德宏公路局下属企业单位,该企业生产的所有石料,全部用于德宏的重大基建项目,如若不能保施工、保进度地生产所需石料,将严重拖延德宏“打造通道枢纽”的交通战略,为配合工程进度,下属单位只能服从上级命令,边生产边申办手续。

2. 因应急行政的紧迫性

依法行政原则,能否直接约束应急行政,还在广泛讨论中。因为应急行政的对象具有高度时间紧迫性,且有发展成公共安全事件的可能性。这种紧急状态需要行政主体高效地处理不确定信息,并作出决策,以免风险发生由可能性转变为现实危害性。故而,行政主体无法采用法律预设的一般程序,往往会破规行事。在“江苏应急设备未招标案”中,太湖藻草疯长导致大面积淤积,原有打捞船无法工作。若按正常招标程序采买新设备,打捞时间和打捞效果都无法保证,恐会污染太湖生态环境,且严重影响渔民的生产生活,涉案区政府遂直接购买船只打捞。在“遂宁市某县综合执法局违反竞争性谈判案”^④中,涉案执法局为了确保在雨季来临前完成废弃土场整改事宜,决定同步实施财评和竞争性谈判程序,县纪委经核查认定涉案工程属于排除重大安全隐患的应急工程,若先后组织财评和竞争性谈判,恐造成重大安全责任事故,违法行为是为了快速推进项目以免损及公共利益,应当予以容错。

3. 因合法履职的外部条件缺失

还有一种情形,虽无时效限制,也不具紧急性,但缺乏当事人可控的合法履职条件。比如,“烟台市某村违反议事规则案”^⑤的涉案村庄仅召开村两委会议,决议动用集体资金购买疫情值班设备。当事人若召集村

①池龙祥《彬州市:通报 2 起党政干部干事创业容错纠错典型案例》,秦风网(陕西省纪委监委网),2018 年 11 月 30 日发布,2021 年 4 月 27 日访问,http://www.qinfeng.gov.cn/info/1026/93731.htm。

②农丹妮、农丽思《大新县用好容错纠错机制,激励干部担当作为》,广西纪检监察网,2021 年 1 月 12 日发布,2021 年 5 月 7 日访问,http://www.gxjw.gov.cn/staticpages/20210112/gxjw5ffd5cf2-154633.shtml。

③《德宏:探索建立容错纠错机制》,德宏州纪委州监委网,2017 年 3 月 24 日发布,2021 年 5 月 7 日访问,http://www.dhzw.gov.cn/html/bzywyw_1604_11697.html。

④《真实案例!遂宁容错纠错机制为担当者担当,让有为者敢为》,百度百家号网,2019 年 8 月 8 日发布,2021 年 5 月 12 日访问,https://baijiahao.baidu.com/s?id=1641307063131553242&wfr=spider&for=pc。

⑤《市纪委监委通报 2 起担当作为容错免责案例》,海报新闻,2020 年 12 月 17 日发布,2021 年 5 月 12 日访问,https://baijiahao.baidu.com/s?id=1686278991742136815&wfr=spider&for=pc。

民开会,将违反防疫规定。又如,“烟台市某街道容缺审批案”^①的当事人,明知下辖村庄的大额资金申请未经村民大会讨论,却容缺批准,盖因涉案村庄派系斗争长达五年,难以组织民主程序。原本《村民委员会组织法》第二十四条对处分集体财产的规定,意在通过民主议事程序保障村民自治。本案中,程序的设置反而助长了派系斗争,严重阻碍村民生活,不仅无人清理垃圾,也不发放村委工作补贴,当事人作为街道办事处主任,在村内事务几近瘫痪之际,不能僵化地等待矛盾解决,再批准资金申请。再如,“广安套取救助金案”的贫困户王某是在购买新农村房屋后,因家人突发疾病导致生活困难,涉案人员协同伪造危房补助材料,是因为王某虽在事实层面构成极度贫困,在法律层面却不再符合危房补助条件,若放任王某居住于原危房,不仅危及生命,也不利于开展扶贫工作。

以上“善意违法”行为的发生情境,归根结底源于实施行政目的的现实条件与法律规范之间存在客观上的紧张关系。这种紧张关系,并非指摘法的滞后性,而是个别调整与法的普遍约束间的碰撞,导致行为人履职过程中的合法不能。

三 “善意违法”行为的可容性

现在的问题是,各地对“善意违法”行为予以容错,是否站得住脚,可否找到充分的法理依据。

(一)“善意”不能补足合法性评价

“善意违法”其实是一种形式不法但实质正当的行为。对于这类行为,行政法学界过去的典型做法是,通过对实质正当性的揭示,修正其行为的合法性评价。

比如,“良性违宪”的合宪性阐释。“良性违宪”是对20世纪80、90年代改革中缺乏宪法依据,甚至是违反个别宪法条文,但取得好成果的试验现象的理论阐释。除少数学者严守规则主义,批判“良性违宪”^②,多数人都为其进行正当化辩护。有的学者认为,“良性违宪”是宪法规范与改革现实的冲突产物,只要符合人民的根本利益、社会发展的客观要求,就属于“正常的冲突”,不应纳入违宪范畴^③。也有学者认为,我国宪法作为一部改革宪法,并不能也无须发挥违宪审查的规范作用,在改革背景下,只要不突破宪法的基本原则,不损害基本权利和基本政治秩序,就不能斥之为“违宪”^④。

这些正当化的论调,在很大程度上反映了实质合理性法律观对规范主义的冲击,即为了合目的性需要可以违背法的形式价值。这也是本文讨论的意义,即能否为实体价值比如激励干部、提高效能、维护公共利益等,而贸然正当化“善意违法”行为,从而得到合法无责的结论。

如今“良性违宪”已被“重大改革要于法有据”定调,不承认没有法律依据或法律授权的先行先试,因符合实质正当性就可以反过来修正合法性评价的思维也当厘正。合目的性的宣示,并不能牺牲法的权威性与稳定性,价值判断也不能优先于规范判断而抵消违法性,否则,放任为追求实体价值,任意突破成文法,破坏法的内在道德,最终将损害法治。

但只追求形式合法性又不能约束自由裁量权的滥用和怠用,也无法应对社会多变量与个案正义的难题。注重个别调整的实质正义观应当作为形式合法性的补充,在形式法治的基础上迈向实质法治^⑤。把实质正当认作法的形式价值之后的目的追求,统合法性与合理性,也即在如今的实质法治国语境中,行政行为的“实质合法性”不仅要形式合法还需实质正当。

“善意违法”的冲击力就在于,不能再依循过去的路径,把实质正当性用来填补原本缺失的合法性。同时现今以实质正当强化合法性的做法又要求守住形式合法的底线,当以合法而无责的解释路径失败后,又该如

^①《市纪委监委通报2起容错免责典型案例》,大小新闻网,2020年1月15日发布,2021年5月21日访问,http://www.ytcutv.com/folder355/folder356/folder376/2020-01-15/1275638.html。

^②童之伟《“良性违宪”不宜肯定——对郝铁川同志有关主张的不同看法》,《法学研究》1996年第6期,第19—22页;曦中《对“良性违宪”的反思》,《法学评论》1998年第4期,第26—33页。

^③韩大元《社会变革与宪法的社会适应性——评郝、童两先生关于“良性违宪”的争论》,《法学》1997年第5期,第19—20页。

^④常安《“摸着石头过河”与“可改可不改的不改”——改革背景下的当代中国宪法变迁》,《法律科学(西北政法大学学报)》2010年第2期,第8—11页。

^⑤杨登峰《行政法基本原则及其适用研究》,北京大学出版社2022年版,第90页。

何评价“善意违法”这种“形式违法+实质正当”的行为呢?

(二)违法性与有责性分离的二阶层进路

若不再试图合法化“善意违法”行为,则可以引入刑法“违法性”与“有责性”分离的二阶层思路,把“善意”导入责任判断,以平衡其中的形式不法与实质正当。刑法是个人惩戒的集大成者,刑法学界对违法行为责任追究的体系化和分层研究,值得行政法反思与借鉴^①。

违法性,是法律的规范性评价,是法秩序基于一致性、整体性角度,“对行为与法律本身规定的比对,以判断行为人的行为是否违反法律的禁止性规定”^②。首先,立法对一般性的问题加以概括归纳,抽象为“假定条件+行为模式+法律后果”的规则。而判断违法,就是将作出的行为比照法律规定的行为模式,通过大前提、小前提的逻辑演绎,化约为“合法与否”的简单问题并得出结论,在这个演绎过程中,并不考量行为人的特殊情况,在某种程度上就是形式法治观的运用。

有责性,是建立在行为违法的阶段性前提上,得出能否将违法事实归责于行为人的结论。其实质是针对不同行为人的具体情状进行调适,修正已经确定的违法性,实现法的一般规范化调整与个别化考量的统一^③。有责性的判断,包括情理、政策等法外要素,比如,是否处以刑罚要考量能否实现预防犯罪的刑罚目的(刑事政策),因而对审判时已满75周岁的老人不适用死刑的人文关怀(情理)。虽然部分判断要素已经由立法确认为法定责任减免制度,但其并非基于法律规范的内在道德性,而是不可避免地带有外在价值考量。

违法性判断导向形式法治,有责性判断导向实质法治。违法性与有责性分离的二阶层认定方式表明,若行为违法再判断行为人有无责任,而不能将责任判断要素反过来判断违法与否。正如姜涛教授所说:“即使刑法规范存在不公,也不能动辄以实质的违法性理论(没有造成法益的侵害或侵害的危险)为由,否定行为的不法性,因为实质的违法性理论作为一种对法律思维的超越,表面上是一种法治思维,但其实是对法治的破坏……相反,责任判断是在不法判断的基础上思考行为人的行为是否具有可以宽恕的理由,以人性的弱点与民众的同情为基础的常识、常理与常情成为司法裁判思维的一部分……更加有利于实现司法裁判的合法性与合理性。”^④

本文的主张同样如此,即不动摇形式法治对“善意违法”的评价,承认行为“违法”,否则就是置法的权威性于不顾,且容易滋生权力滥用。但完全否定其行为的正当性,又会打击担当履职者的积极性,不利于发挥容错的激励功能,也不利于保护公共利益与公民权益。那么,承认行为违法,但针对具体情形,为尽责履职的行为人调适责任,则既保有了法的形式价值,又符合实质法治的价值追求。

(三)“善意违法”违法但无责

1.期待可能性作为责任阻却事由的行政法学借鉴

承认违法但依托责任判断,以平衡“善意违法”中的不法与正当。责任判断,包括责任有无的定性判断以及责任大小的裁量判断,只有定性为有责才有定量的必要,那么对“善意违法”予以容错,涉及责任的定性判断还是裁量判断?抑或说是行为人无责,还是有责却免除责任?

刑法责任有无的定性判断(即作为犯罪论层面的“有责性”判断),包括故意、过失的积极责任要素和责任能力、违法性认识与期待可能性的消极责任要素^⑤。“缺乏责任能力、缺乏违法性认识的可能性与缺乏期待可能性,就成为有责性阻却事由”^⑥。任何一种成立,都不具“有责性”,即无责。

“善意违法”首先构成“违法性”,其次是一种“故意”的违法。在层级化的责任判断中,已具备责任构成的积极要件,若能再认定行为人缺乏责任能力、违法性认识或期待可能性,就能得出无责的结论,也就无须再判

① 李佳《论公务员的服从及其责任——对〈公务员法〉第54条的检视与批判》,《行政法学研究》2014年第2期,第99页。

② 里奥·帕多瓦尼《意大利刑法学原理》(注评版),陈忠林译,中国政法大学出版社2004年版,第165页。

③ 郑延谱《从罪刑均衡到罪责刑相适应——兼论刑法中“人”的消隐与凸显》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第6期,第56页。

④ 姜涛《行为不法与责任阻却:“于欢案”的刑法教义学解答》,《法律科学(西北政法大学学报)》2019年第1期,第94-95页。

⑤ 责任要素说把期待可能性等看作是积极的责任要素,而责任例外说把期待可能性等看作是一种消极的责任要素。但两者都意味着若缺乏期待可能性,则阻却责任。参见:陈兴良《期待可能性的体系性地位——以罪责构造的变动为线索的考察》,《中国法学》2008年第5期,第91页。

⑥ 张明楷《违法阻却事由与犯罪构成体系》,《法学家》2010年第1期,第32页。

断责任大小^①。公职人员推定具备完整的责任能力,剩下两者间最能体现实质法治观,也最贴合“善意违法”之生成逻辑的,就是以社会伦理为基础的期待可能性。比如,逃荒中与配偶失散再嫁他人的妇女,因不具有期待可能性而不成立重婚罪的刑事责任。对此类情有可原的故意违法予以“容错”,是刑法的人道性体现。

若能予以借鉴,在责任定性阶段就证成行为人不具有期待可能性,被予容错的“善意违法”便是一种违法但无责的行为,对其容错就是责任定性判断的结果。

在此还需回答一个问题,刑法的责任构成与阻却事由为何可以衍射至行政责任领域?这是因为“法律规定责任后果,目的是使行为人对违法产生反对动机”^②。不管是刑罚还是行政责任,只要行为人并无选择适法行为的余地,也就丧失设定反对动机的意义。因为情况过于异常,即便不处以法律责任,一般人也不会再度实施违法行为。另外,期待可能性的法理基础是“法不强人所难”,具有普适性。期待可能性的德语词源,就有不能强人所不能的含义,体现了法律对人性脆弱的肯定和遵从^③。刑事责任作为最严厉的责任承担方式,都能肯定人性之脆弱,行政责任应当也有适用空间。当然,阻却刑事责任,不代表没有民事责任,同样,阻却公职人员的内部行政责任,也不代表没有外部责任,即便对行为人予以容错,行政主体也需承担因违法导致的行为无效等法律后果。

2.“善意违法”行为的期待可能性判断

“所谓期待可能性是指根据行为时的具体情况,能够对行为人提出不实施违法行为而实施合法行为的意志期待”^④。只有当行为人有选择适法行为的相对意志自由,却摒弃适法而违法时,才能予以责难。如果行为人丧失相对意志自由,则因不具有期待可能性而阻却责任,这表明行为虽为法秩序所斥责,但因某些特殊原因,可以被法宽恕。

对公职人员的期待可能性判断要从其双重身份说起。对外,公职人员是行政主体的组织构成,以“依法行政”为行为准则;对内,“作为科层系统中的一员,必然受到上级部门的考课、监督和约束”^⑤,以“向上负责”为价值依归。因此,在中国科层制管理结构中,依法行政的过程夹杂“向上负责”的组织形态^⑥。

一般而言,依法行政就是在向上负责,向上负责也是通过依法完成行政任务实现,但是“善意违法”的特殊情境打破了这种价值守恒。前文提及,部分“善意违法”是行政目的的实施条件与法律规定之间的客观紧张关系所致,之所以是客观的,表明恪守法律(依法行政)与实现行政目的(向上负责)在当下不能兼得。如果行为人不实施相关行政目的,就可以避免违法,也就不丧失期待可能性。如此,为或不为以及何时为行政目的本身是否有选择性,是判断“善意违法”期待可能性的关键。

第一,对行政目的实施与否有自主决策权的领导干部而言,可以选择放弃需以违法手段才能实现的行政目的,一般不认为丧失期待可能性。一方面,除了法律明确规定的行政行为,大多数行政活动是行政机关在法定事权范围内,根据行政管理或公共利益需要而自我设定。是否实施此类自定行为,取决于行政决策者。另一方面,即便是决策者,也属于科层制结构中的一员,对科层成员进行绩效考核,以激励其按组织意图行事,这是科层制运行的逻辑使然。相较于“恪守法律”,“实现行政目的”与个人绩效考核的联系更加紧密,因为下级的产出比起努力程度更易被上级观察。行政目的是否实现是静态的结果,更为直观也便于考课,但依法与否是动态的过程,较为隐蔽也不易于判断。那么,违法但能实现行政目的的激励效应势必强于依法却未能实现目的,但这并不代表剥夺了决策者的选择自由。决策人员完全可以在自主范围内作出取舍,选择“平庸的守法”而非“违法的有为”。法秩序可以期待其放弃行政目的得以实现所能带来的绩效,因此应严格遵守法律规定。

^①“三个区分开来”中,“先行先试的失误予以容错”与“缺乏违法性认识阻却责任”具有类似性。

^②谭冰霖《单位行政违法双罚制的规范建构》,《法学》2020年第8期,第135页。

^③杨建广、杜宇《期待可能性的理论根基》,《学术研究》2000年第12期,第86页。

^④钱叶六《期待可能性理论的引入及限定性适用》,《法学研究》2015年第6期,第116页。

^⑤吴元元《双重博弈结构中的激励效应与运动式执法——以法律经济学为解释视角》,《法商研究》2015年第1期,第56页。

^⑥有学者认为中国官僚体制的核心就是“向上负责制”。参见:周雪光《中国国家治理的制度逻辑——一个组织学研究》,生活·读书·新知三联书店2017年版,第76—81页。

第二,基层执法人员“善意违法”的本质是违法执行上级命令,可能会丧失期待可能性。首先,执法人员不能拒不执行上级命令。虽然《公务员法》第六十条规定了不予执行的例外,即上级命令明显违法。但“善意违法”的讨论语境是命令(行政目的)并不错误也不违法,甚至实质正当,只是推进过程中与现实因素产生了冲突,所以,执法人员应当履行《公务员法》规定的法定义务,执行上级命令。其次,行政命令若有时效限制,会加剧期待可能性的丧失。容错的常见情景如脱贫攻坚、移民搬迁、疫情防控等,都带有“运动式”色彩,会激化依法行政与向上负责的冲突。运动式执法中的执法人员,不仅要快速完成上级交代的特定任务,也要背负更大的政治压力^①。比如,中央要求4年内完成南水北调移民搬迁工程,地方政府纷纷打起政治锦标赛,自行认领2—3年内完成^②。如此这般从上而下层层加码,会大幅度限缩基层人员的执法时间,没有余力等待合法条件成就再依法行事。并且这种事关全局的执法活动,牵一发而动全身,高昂的失败成本,决定了组织成员会选择向上负责而放弃依法行政。

第三,无论是决策还是执法人员,若不能实现行政目的将损害公共利益与公民基本权利,则认定行为人并无选择“不为”的自由,同样丧失期待可能性。上述两种分类,其行政目的的实现,于公有利于公共利益与相对人权益的增加,比如发展村集体经济、扶贫建设,于私有利于个人绩效考核。但若未能实现行政目的,将严重损害原有的公共利益与公民基本权利,则另当别论。因为依法行政与向上负责的价值权衡、为与不为的利益取舍之上,还当有一道终极行为准则,即不能放任公共利益与公民基本权利受损。人民作为公共权力的最终依归,要求公权力必须为保护公共利益与公民基本权利有所作为,即便迫不得已需采取违法手段。就如“广安套取救助金案”,无法通过合法方式救助,法秩序也并不期待行为人选择守法,听任相对人生命权受到威胁。

据此,应急行政也当作为“自主决策并不丧失期待可能性”的例外。应急行政所面临的突发事件有损害公共利益的现实可能性,决策人员无法“不为”。同时,决策主体也很有可能因信息不完备等限制条件,违法决策。即便国务院已出台各种应急预案,但依据风险规制理论,防控风险的最后10%最为关键^③。在最后10%的紧要时刻,突发、紧急情状极大冲击决策主体的心理意志,却又要因时因地而动,判断面向未来的风险。此时,确实不能期待行为人迅速地作出适法决策甚至是较优决策。

综上,当实施行政目的所需遵循的法律规定与客观现实之间存在紧张关系时,公职人员也便陷入“向上负责”与“依法行政”、“违法有为”与“守法不为”的冲突困境。此时,对适法行为的期待可能性判断,转换为有没有选择“不为”(守法)的可能性,只有有能力撤回或适时调整与守法冲突的行政目的,才能予以非难。对于执法人员而言,即便无法采取合法方式,也不能拒不执行上级之正当目的。此时其适法行为的期待可能性极其微弱甚至丧失。对于决策人员而言,除应急行政的特殊情形,有相对意志自由选择为抑或不为,若因获取绩效,而选择了“违法的有为”,则并不丧失期待可能性,不能阻却责任。以上论断只针对行政目的的实现,能在原有基础上增加公共利益或个人权益。若行政目的的实现与否无关增益,却事关公共利益与个人基本权利的损害,则法秩序要求行为人必须选择“违法有为”,此时,无论是决策者还是执行者,都丧失期待可能性,可被容错。

四 “善意违法”行为的容错界限

“任何法律价值、法律权利都不享有永恒的、绝对的优先于其他法律价值、法律权利的地位”^④。依法行政也当如此。“善意违法”是效率与法治的冲突产物。对不具有期待可能性的“善意违法”行为予以容错,是情理与法理的统一。但期待可能性作为开放的责任阻却事由,应当有限度地适用。否则,激励作为的容错制度,极易沦为违法乱纪的保护伞。有鉴于此,以下情形应当排除期待可能性的适用。

第一,行为发生时不存在客观的冲突困境,违法不具有必要性。识别“善意违法”不具有期待可能性的前提是法律规定与现实条件之间存在紧张关系,导致行为人陷入守法不为与违法有为的两难境地。这种困境

①周雪光《中国国家治理的制度逻辑——一个组织学研究》,第138—139页。

②田宜龙、阙爱民《确保库区移民“四年任务两年完成”》,《河南日报》2009年7月3日,第1版;黄俊华、蔡朝阳、张磊《我省南水北调移民转入后续发展阶段》,《湖北日报》2012年9月19日,第1版。

③“最后10%”,是指行政机关在规制最后10%的风险时,往往要承受不成比例的付出,却仍无法消除风险。参见:史蒂芬·布雷耶《打破恶性循环——政府如何有效规制风险》,法律出版社2009年版,第5页。

④杨登峰《行政行为程序瑕疵的指正》,《法学研究》2017年第1期,第36页。

必须是客观的,即法律规定并不滞后于现实,行政目的也并无不当,但选择适法行为就不能实现行政目的,作出违法行为就能够达成行政目的。如若尚有实施合法行为的可能或可能性较高,就不能适用期待可能性。因为期待可能性是从心理责任论转向规范责任论的关键,其注重考查罪责的规范评价。只有采用相对客观标准判断违法的必要性才可容错,即一般公职人员处于当下均难以合法手段实现行政目的。

反之,因个人盲目追求效能或个人能力不足而违法行政,都属于不必要的违法。比如,“常州市违规出资案”的行为人想以出资方式发展集体经济。其目的是善意的,但没有任何理由支撑行为人为何擅自处分集体资金。这与“泰兴市违规借款案”不同,虽然两者都是为公出借资金,但后者是不得已而为之。后者因当时村民急于回收租金,向承包户施压阻止其收割,行为人违规借款是担心承包户错过夏收,收不到农作物,更难支付村民租金,才违规借款。而前者则更像是任性妄为。再如,在“溧阳市扶贫物资未招标案”中,因行为人没有理解招标文件,才会直接确定供应商,虽然目的是尽快建成扶贫养殖项目,但任凭行为人主观判断就肆意违法的行为,不能容错。

第二,客观的冲突困境由行为人先前行为引起。刑法理论中,利益冲突产生的答责性决定义务分配,这实质是一种过错分配。就好比,“紧急行为受害者应当在多大范围内承担忍受义务,这取决于利益冲突的产生是否以及在多大程度上可归责于他”^①。不法侵害人需承受正当防卫人的反击,原因之一是不法侵害人引致利益冲突。同样,如果依法行政与向上负责的冲突困境源于行为人先前的不当或违法行为,则其应当在过错范围内承担责任。比如,明知马铃薯种植有季节性要求,却在前期急于履职,导致后期需节省招标才可不误农时。虽然在后期节点确实有违法的必要,否则将错过最佳农时,但招标就错过农时,不招标就赶上农时,是行为人前期不作为所致,此时,将不再适用期待可能,可追究其不作为之责。若因客观因素,比如洪涝、干旱等持续恶劣天气导致无法种植,或因他人因素,比如上级延迟审批致使行为人不得不缩减程序追赶农时,则可以容错。

第三,“善意违法”的手段超出必要限度,损害了原本无须侵害的其他法益。首先,为了最大程度尊重法的权威性,除了违法与否的必要性判断,违法手段也不能超出必要限度,否则应排除期待可能性的适用。若其他合法手段能达到同样之善意目的,不应采取违法行为;若必须违法而为之,应采取损害最小的方式。比如,在“来宾市占用林地办厂案”中,如若真有必要建设茶叶加工厂处理囤积茶叶,也当优先考虑村集体土地,而非国家天然林地。其次,若违法手段与造成冲突的成因不相适配,也不能容错。如果因时效性、紧急性引发义务性程序规定与个案现实的冲突,可予容错的范围应限于程序上的缩减,不包括违反实体法甚至组织法的行为。像“云南省土地使用权证案”就属不当容错。涉案县政府为了建设市政基础设施,与某房地产公司签订ppp项目协议,但因房地产公司资金紧张,县政府在其未缴纳土地出让金的情形下,先行发放了国有土地使用权证。当地给出的容错理由是行为人为了加快推动全县重点工作,才先行发放使用权证。若行政任务时间紧、任务重,期待可能性理论最多容许缩减招标程序确定合作方,因为时间有限与缩减程序有关联性。但本案当事人给不符合条件的相对人发放许可,剥夺了符合条件甚至同等条件的其他人的预期利益,并不贴合因时间紧张而产生的违法必要,行为人明明可以将合作机会留给符合条件的相对人。若此类行为都能容错,容错范围未免过宽。

“善意违法”行为在一定程度上切合行政效能的目的追求。从法秩序来说,判断“善意违法”的期待可能性,是法的一般规范与个别调整的统一,也是形式法治与实质法治的统一。判定“善意违法”能否容错,需将容错主体置于行为作出时的情景,严格把控违法及手段的必要性。从科层制的组织运行来说,容“善意违法”之错,实乃通过牺牲法的权威性,肯定公职人员的政治绩效。后者得以在法秩序内共生的前提是,对绩效的追求贴合公共利益需要,且并未损及相对人合法权益。如此,才能形成“政治绩效—公共利益—善意之行政目的一阻却责任”的逻辑链条。

[责任编辑:苏雪梅]

^①陈璇《紧急权:体系建构、竞合适用与层级划分》,《中外法学》2021年第1期,第25页。