

## 容错机制的结构性困境与法治重构

——从重大公共卫生事件应对切入

林威光

**摘要** | 容错机制虽在制度建设上初具成效，却在抗击新冠肺炎疫情中暴露出实践难题，这是该机制自身的结构性困境所致。容错机制的结构性困境，其发现源于对该机制渊源与演化阶段的梳理，其本质是前两个演化阶段的“制度遗产”阻塞了第三阶段的发展，其表现为“事后视角”和“治理合法性与有效性的张力”。有必要构建容错机制的“事前视角”和“动态干部行为评价体系”，在法治框架内完成对该机制的重构。

**关键词** | 容错机制；重大公共卫生事件；剩余风险；合法性；有效性

**作者简介** | 林威光，男，壮族，广西南宁人，广西大学宪法学与行政法学硕士。

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



### 一、问题的提出

党的十八大以来，随着反腐问责力度持续加大，为官不为、少做少错、创新乏力等新型吏治难题不断涌现，<sup>[1]</sup>为此，中央在多项政策文件中，提

出建立包括容错机制在内的干部激励机制。<sup>[2]</sup>从公布的容错规范看，制度建设已初具成效——截至2021年1月，已有陕西、甘肃、湖南、江西、广西、新疆、云南等省份及下属市县，以党内法规形式出

[1] 张力伟：《地方治理中的问责与容错机制：内在张力与制度平衡》，《理论导刊》2019年第6期。

[2] 包括但不限于党的十八届三中全会决定、十八届六中全会决定、十九大报告、十九届四中全会决定。中共中央2020年修订的《中国共产党党员权利保障条例》第三十三条，中共中央办公厅《关于进一步激励广大干部新时代新担当新作为的意见》《关于解决形式主义突出问题为基层减负的通知》《关于持续解决困扰基层的形式主义问题为决胜全面建成小康社会提供坚强作风保证的通知》《关于巩固深化“不忘初心、牢记使命”主题教育成果的意见》《中国共产党组织处理规定（试行）》《关于建立健全生态产品价值实现机制的意见》；国务院2016—2019年政府工作报告。

台“容错纠错办法”；<sup>[1]</sup>部分地方的国资、网信、盐业、环保等党政机关、国有企业及事业单位，也相继出台本行业的专门性容错规范。<sup>[2]</sup>但从公布的容错案例看，在此次抗击新冠肺炎疫情中，虽然容错机制为应对这类重大公共卫生事件提供了重要制度支撑，但容错效能仍有较大可提升的空间。

### （一）容错机制在抗击新冠肺炎疫情中凸显的实践难题

第一，在疫情全面爆发前，容错机制缺乏前瞻性。各地公布的典型性抗疫容错案例包括：（1）生命至上类，如湖北省孝感市一村干部，为救助突发重病的村民，擅自将防控车辆通行证借给村民亲属使用。（2）程序从简类，如宁波市镇海区出台文件为下列程序简化行为容错：未按规定程序紧急采购疫情防控物资及服务、适当简化程序任命疫情防控中表现突出的干部、企业复工审批中存在的程序瑕疵问题等。（3）利益权衡类，江苏常州钟楼区出台规定，为防疫手段措施超出规定范围和程度但总体利大于弊的干部容错。（4）其他类，主要是尊重干部作为普通人的能力上限，如江苏、浙江等地实践表明，临危受命、急事急办以及因人手和设备不足导致工作积压等问题，可以容错。

分析上述案例不难发现：（1）就时间而言，容错案例多发生于疫情全面爆发，特别是全国各省份陆续启动重大突发公共卫生事件省级Ⅰ级应急响应后，此时疫情的严重性已为全国人民知悉。

（2）就条件而言，疫情全面爆发后，各地逐步出台文件，明确防疫容错导向和可操作的容错情形，同情、体谅防疫干部的言论也开始见诸报端网络，容错机制才在政策、技术和舆论的支持下方得实施。

（3）就内容和结果而言，容错案例内容相对简单、仅用一般党纪国法中的责任减免条款就能评价、结果符合人的朴素情感。<sup>[3]</sup>

但在疫情全面暴发前，在对病毒的认知有限、局势瞬息万变、潜在问责畏惧等多重压力下，“少数干部表现不佳甚至很差。有的不敢担当、不愿负责，畏首畏尾，什么都等上面部署，不推就不动”，<sup>[4]</sup>一定程度上造成地方抗疫前期的被动局面。“从现代管理学视角看，鼓励这种风险担当不能仅寄希望于领导干部的个人情怀和思想觉悟，还需要为其风险担当提供明确的免责条款”。<sup>[5]</sup>若容错机制仅在疫情的严重性达成全国性共识后才开始运作，我们又怎么能要求干部在疫情全面暴发前，敢于担当、当机立断、不把决策风险向上转移呢？

[1] 包括但不限于《珠海市贯彻落实“建立容错纠错机制”的实施意见（试行）》（2017年）《陕西省党政干部容错纠错办法（试行）》（2018年）；广西《容错纠错办法（试行）》（2019年）；《甘肃省鼓励改革创新干事创业容错纠错实施办法（试行）》（2019年）、湖南《关于建立容错纠错机制激励干部担当作为的办法（试行）》（2019年）；《新疆维吾尔自治区干部容错纠错暂行办法》（2019年）；江西《关于推行容错纠错机制的实施办法（试行）》（2019年）；《云南省容错纠错实施办法（征求意见稿）》（2020年）等。

[2] 包括但不限于青海省国资委《关于建立容错机制鼓励支持省属出资企业改革创新的意见（试行）》（2016年）；天津市《市工业和信息化委关于激励干部担当作为创新竞进容错免责实施办法（试行）》（2018年）；《内蒙古自治区盐业公司关于实施容错纠错机制激励干部改革创新干事创业的实施办法（试行）》（2019年）；《天津市大数据管理中心容错免责澄清正名激励保护干部担当作为创新竞进实施办法》（2020年）；山东省国资委《国有企业领导人员履职行为容错免责清单》（2020年）等。

[3] 宋效忠：《救人违反防疫纪律 孝感一干部被容错免责》，湖北省人民政府网，[http://www.hubei.gov.cn/hbfl/lzxx/202002/t20200214\\_2028337.shtml](http://www.hubei.gov.cn/hbfl/lzxx/202002/t20200214_2028337.shtml)；何峰：《为一线干部撑腰鼓劲 镇海推出疫情防控工作容错免责意见》，中国宁波网；钟宣、张斌：《常州钟楼率先出台〈意见〉：明确疫情防控五类容错界限，激励干部担当作为！》，扬子晚报网，<https://www.yangtse.com/zncontent/261172.html>，上述网站的最后访问时间2021年5月8日；陈明：《战“疫”当前应问责与容错并举》，《经济日报》2020年3月10日第3版。

[4] 习近平：《在统筹推进新冠肺炎疫情防控和经济社会发展工作部署会议上的讲话》，《人民日报》2020年2月24日第2版。

[5] 许煜：《魏明德：健全重大疫情防控体系 完善领导干部容错机制》，黑龙江省政协网，<https://www.hlzx.gov.cn/index/gzyw/2020053024311.htm>，最后访问时间2021年5月8日。

第二,在评价“既有法律制度之外的治理”时,容错机制丧失话语权。疫情全面暴发后,各地纷纷依据《国家突发公共卫生事件应急预案》和“地方预案”成立疫情防控指挥部。截至疫情在全国范围内基本结束,湖北省及下属武汉市、孝感市、黄冈

市是全国感染和病亡数最高的省及设区市<sup>[1]</sup>,这些地区防控指挥部的压力无疑是巨大的。分析上述“一省三市”防控指挥部,从成立至2020年4月8日(武汉解封)以来公布的各项文件<sup>[2]</sup>,发现即使是疫情的“震中”地区,也基本实现了依法抗疫(见表1)。

表1 “一省三市”新冠肺炎防控指挥部的行为(自成立至2020年4月8日)

一级措施	二级措施	三级措施	法律依据 <sup>[3]</sup>
疫情管控	交通管控	(1) 封闭离省离市、省内市内道路,公共交通、居民车辆禁行 (2) 保留必要交通功能,抗疫车辆凭证通行,物资车辆检测后通行 (3) 解除离鄂通道管控,省内客运交通按风险级别流动,部分市区交通恢复运行	《应对法》49条、58条 《应急条例》33条 《预案》4.2.1(3)
	场所管控	(1) 小区、居民点、公共场所、营业场所封闭管理 (2) 指定开放场所要严格落实防疫措施 (3) 逐步解除行为管控	《应对法》49条(四) 《防治法》27条、41条、42条(五)《预案》4.2.1(4)
	行为管控	(1) 减少或禁止居民外出,必要外出要戴口罩,取消大型、聚集性活动 (2) 居家时学习防疫知识,按规定报告体温 (3) 禁止圈养、交易、宰杀野生动物,农贸市场内禁止交易、宰杀活禽活畜,每日检疫消杀,打击扰乱市场行为 (4) 干部下沉社区开展防疫工作,全体居民无条件服从社区(村)调动	《防治法》42条 《预案》4.2.2(7) 《应对法》49条(八)(九) 《防治法》42条(四) 《应急条例》52条 《预防》4.2.1(9) 《应对法》49条(六)、55条、57条《应急条例》40条、44条 《预案》4.2.1(8)
医疗救治	发现患者	(1) 在重要路口、车站设置检查监测点,排查返城人员 (2) 政府、社区、全民动员,排查城内人员 (3) 隔离所发现的“四类人员”	《防治法》39条、40条、44条 《应急条例》41条、42条 《预案》4.2.1(5)(6)
	医疗场所	指定和公布新冠肺炎医院、普通疾病医院,适时功能调整	《防治法》50条
	医疗物资	(1) 接受医疗物资捐赠,公布医疗物资的分配和使用情况 (2) 医疗废弃物处理	《应对法》53条 《应急条例》32条 《预案》4.2.1(7)
	救治患者	(1) 应收尽收,应治尽治 (2) 规范就诊、治疗、康复后管理流程	《应对法》49条(三)、51条、52条 《应急条例》39条 《预案》4.2.3
基本民生	生活	(1) 外地滞留人员、封闭措施下居民的生活保障 (2) 接受生活物资,公布生活物资使用情况 (3) 推出快递邮件无接触投递点、居民废弃口罩处理渠道,中药预防药方、居民诉求受理热线等便民措施	《应对法》49条(五)(七) 《防治法》41条第二款、45条
	出行	(1) “封城”期间协调车辆负责居民紧急情况下出行 (2) 发放健康码,人员凭码流动 (3) “点对点、一站式”包车复工出行	
	工作上学	(1) 停工停学 (2) 延期复工复学 (3) 逐步复工复学	《防治法》42条第2款 《预案》4.2.1(4)

同时,本次疫情中,我国采取了一些法律没有规定的、新的治理方式,如领导体制较《突发公共卫生事件应急条例》的规定更为“升格”、各省自

行启动一级响应的做法与《突发公共卫生事件应急预案》相悖,孝感市17号令、十堰市张湾区“战时管制”令、黄冈武穴市(县级市)“强制学习”

[1] 依据湖北省卫健委公布的数据,从感染和病亡率看,截至2020年5月22日,湖北省(累积确诊68135例,累积病亡4512例)居全国各省(自治区、直辖市)之首;武汉市(累积确诊50340例,累积病亡3869例)、孝感市(累积确诊3518例,累积病亡129例);黄冈市(累积确诊2907例,累积病亡125例)依次居全国设区市前三。

[2] 包括湖北指挥部2020年1月23日~2020年4月7日共12份通告或命令,武汉指挥部1~21号令,孝感指挥部1~17号令,黄冈指挥部1~35号令。

[3] 《突发事件应对法》简称《应对法》,《传染病防治法》简称《防治法》,《突发公共卫生事件应急条例》简称《应急条例》,《国家突发公共卫生事件应急预案》简称《预案》。

令等“超级措施”极具合法性争议等等。<sup>[1]</sup>上述现象，或被解释为紧急权力的例外法模式，<sup>[2]</sup>或被归咎于现有体制机制存在短板，<sup>[3]</sup>或被用“实质上已经构成宪法意义上的紧急状态”<sup>[4]</sup>，以及“健康权的优先地位”<sup>[5]</sup>赋予正当性。却少有人从容错机制角度，评价这些“既有法律制度之外的治理”——是应立即纠正，还是大胆容错？

其实早在2003年抗击“非典”时，部分地区为填补既有规定的滞后，在隔离、征用、问责官员等方面亦采取“法外之法”。<sup>[6]</sup>随着风险社会的到来，每一次危机都将较上一次更为迅猛和随机。在风险治理领域，依据某种机制对具体规定进行有条件地突破，或将成为法治的新常态。容错机制不应放弃对该新常态的解释权。

## （二）现有研究难以回应上述实践难题

学界面对容错机制的种种局限不乏剖析。有从规范化角度出发，认为容错机制的实体、程序和配套规范尚未完善，欲完善之。<sup>[7]</sup>有从实际操作角度出发，阐述容错机制存在制度关系、核心内容、操作程序、运行环境、设计视角五个维度的失衡，欲平衡之。<sup>[8]</sup>有从干部管理角度出发，从明确原则、鼓励担当，科学评价，公开透明，营造氛围、鼓励先进等多方面畅通容错机制。<sup>[9]</sup>

以上研究有助于当前容错机制的完善，却难以回应容错机制在抗击新冠肺炎疫情中凸显的实践难题。（1）规范化路径的效果接近饱和。如上文所述，

当前容错机制的制度建设已初具成效，并形成从中央到基层的容错体系，却仍遗留下抗疫容错的实践难题，反映出规范化路径的效能饱和，有必要移步他处。（2）实操路径缺乏抗疫容错环境下的针对性。实操路径是以容错机制的日常运作为视角分析而来，缺乏容错机制在抗疫环境中的针对性，造成方案移植时的“南橘北枳”。（3）干部管理路径丧失容错机制的主体性。人事制度重在“管人”，旨在将“人”顺利地装入制度的“齿轮”中以保障机制运转。但抗疫容错的实践困境，源于容错机制未能与抗疫实践兼容，被问题制度裹挟着前行的一般人，作为空间有限。故更应将容错机制本身作为优化的主体。

综上，本文以容错机制本身为研究对象，对该机制的结构和演变进行拆解，发现该机制的自带性缺陷——“结构性困境”，并结合重大公共卫生事件应对实践，提出优化方案。

## 二、容错机制存在结构性困境

“结构”指“各组成部分的搭配和排列”。<sup>[10]</sup>故“结构性困境”，指因各组成部分的位置排列不合理、功能搭配冲突，从而损耗机制的整体合力与运行功效。容错机制结构性困境，其发现源于对该机制渊源与演化阶段的梳理，其本质是前两个演化阶段的“制度遗产”阻塞了第三阶段的发展。

[1] 孟涛：《公共卫生紧急状态法治的原理与建构——基于新冠肺炎疫情的研究》，《法学评论》2020年第2期，第138-139页；赵宏：《最严管控、概括授权与法治界限》，澎湃新闻法治细节；余岩：《滥用“战时”，适得其反！》，央视新闻，<https://mp.weixin.qq.com/s/5Y1kP539mrjukKcvKQ4Jg>，上述网站最后访问时间2021年1月20日。

[2] 孟涛：《紧急权力法及其理论的演变》，《法学研究》2012年第1期。

[3] 中共国家卫生健康委员会党组：《完善重大疫情防控体制机制 健全国家公共卫生应急管理体系》，《求是》2020年第5期。

[4] 沈伟伟：《论数字紧急状态的恢复机制》，《清华法学》2021年第2期。

[5] 汪习根：《疫情防控中生命健康权保障的中国经验》，《求是》2020年第6期。

[6] 李龙、张军、钟会兵：《正确认识和处理好政府危机管理中的若干重大关系——抗击SARA行为的法律分析与思考》，《湖北大学学报（哲学社会科学版）》2004年第2期。

[7] 谭九生、胡伟强：《实施容错免责机制的法治意蕴及其建构路径》，《湖南社会科学》2018年第6期。

[8] 梅立润：《容错机制为何达不到预期效果：一个整体分析框架》，《甘肃行政学院学报》2019年第1期。

[9] 熊项斌：《新时代领导干部创新动力与提升机制》，《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2020年第1期。

[10] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》，商务印书馆2005年版，第697页。

### （一）容错机制的三个演化阶段

理论和实务界对容错机制的大规模集中研究，始于2016年中央“三个区分开来”的提出，<sup>[1]</sup>随后各省出台的政策文件，对容错机制作出较为同质化的界定：容错机制指干部在开展前瞻性、创新性工作中出现错误或失误，未实现预期效果或造成损失，符合条件的，予以减免追究的干部激励机制。基于上述定义，本文梳理近二十年来的政策法律文本，发现容错机制的渊源远早于2016年，并经历了三个演化阶段。

第一阶段，党员干部惩戒规范中的免责条款。20世纪末至21世纪初，在世纪交替与改革开放的大背景下，国家出台相关惩戒规范，旨在永葆党员干部队伍的纯洁性和纪律性。这些惩戒规范中也同时设置了免责条款，确保宽严相济。例如1999年《公安机关人民警察执法过错责任追究规定》第23条、2003年《中国共产党纪律处分条例》第21和23条、2005年《公务员法》第55条均规定，存在情节轻微危害不大、主动交代本人或同案人员情况、主动挽回损失或者有效阻止危害结果发生、有立功表现等情形的，从轻、减轻或免除处罚。虽然此时尚未形成容错机制的概念构想和条文表述，但免责条款中蕴含的“宽容精神”“人的可塑性”“保护政治精英”等容错理念，<sup>[2]</sup>奠定后续容错机制的诞生条件。

第二阶段，公职人员业务规范中的容错条款。随着改革开放不断深入，诸多新问题新挑战涌现，情势变化快于规则完善。为减少广大公职人员因规则的滞后或不完善出现失误错误的概率，营造宽松的业务环境和作为空间，部分业务规范在制定时借鉴计算机领域中的“容错技术”思路，<sup>[3]</sup>制定针

对前瞻性、创造性业务的容错条款。例如经济业务中，2006年《深圳经济特区改革创新促进条例》第41条、2008年《重庆市促进开放条例》第47条、2008年《西安市改革创新促进条例》第25条、2013年《上海市人民代表大会常务委员会关于促进改革创新的决定》规定，因改革创新、促进开放工作中出现错误、失误，符合程序合法、未牟取私利、未恶意串通损害公共利益、尽到勤勉义务等条件的，可以减免有关人员的行政责任。又如公安业务中，2015年《公安机关人民警察佩带使用枪支规范》第6条、2019年《公安机关维护民警执法权威工作规定》第14条规定，因执法履职、使用枪支造成人员伤亡或财产损失，符合法定条件和程序的，民警不承担法律责任。容错机制开始在具体业务规范中生长，由此掀开理论界讨论容错机制的序幕。<sup>[4]</sup>

第三阶段，专门性容错规范。党的十八届三中全会作出全面深化改革的决定，更加呼吁冲破既有观念和利益的藩篱，中央适时提出“三个区分开来”，使容错机制一度成为“明星概念”。<sup>[5]</sup>各地忙于“追星”，先是地方立法辟专条专章规定容错机制，例如2017年《安徽省促进战略性新兴产业集聚发展条例》提及“容错”的条文多达六处，2017年《山西省政府投资基金管理暂行办法》用一整个章节（第六章）规定“容错机制”。随后陕西、甘肃、湖南等多地出台本地域内的专门性“容错纠错办法”，国资、网信、盐业等多行业在本领域内出台专门性容错规范。上述专门性容错规范，系统规定容错机制的定义、原则、适用、程序、保障等内容，但尚未形成全国统一的容错规范。容错机制的独立性和重要性空前提高。

值得注意的是，上述三个演化阶段之间，并非替代关系，而是叠加关系。例如，2021年3月，中

[1] 2016年1月18日，习近平总书记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提出：“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，同为牟取私利的违纪违法行为区分开来”。

[2] 胡杰：《容错纠错机制的法理意蕴》，《法学》2017年第3期。

[3] 李侠、黄一峰、刘丹阳：《警察执法容错机制及其构建》，《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2019年第4期。

[4] 王聃、李振忠、郭春孚，等：《容错机制，是改革还是折腾》，《决策探讨（上半月）》2009年第1期。

[5] 梅立润：《全面深化改革情境的“容错机制”》，《重庆社会科学》2016年第6期。

中共中央办公厅发布的《中国共产党组织处理规定(试行)》(以下简称“《规定》”)在第七条明确了容错免责的条件。从性质上看,《规定》可被归入演化第一阶段就已出现的“党员干部惩戒规范”中。可见,演化第一阶段出现的“党员干部惩戒规范中的免责条款”仍在生长,同时演化第二阶段出现的“公职人员业务规范中的容错条款”与第三阶段出现的“专门性容错规范”亦未停止它们继续生长的脚步。最终致使各阶段的容错规范形式均得以单独保留,不同形式的容错规范独立运作,形成我国当下容错机制三合一的“共治”局面。

## (二) 在演化过程中形成的结构性困境

### 1. 事后视角

在演化的第一阶段,容错机制尚未诞生,只能“寄生”在惩戒性规范中。惩戒性规范在事实与定性的位置排列上,遵循“犯错事实在先,错误定性在后”的程序思路——这是典型的事后视角。基于对成功经验的思维惯性,事后视角被后续诞生的容错机制吸收,表现为“造成损失后,才考虑是否启动容错机制”。事后视角符合惩戒性规范的自身特性,因为对惩戒的适用必须是事后的,若事前就决

定惩戒,便是欲加之罪;且惩戒必须谨慎,若事实不清,应疑罪从无。但容错机制旨在成为干部决策前轻装上阵的定心丸;且容错意味着,必须要对决策结果抱有开放态度。因此当自带惩戒属性的事后视角,被移植到旨在事前激励的容错机制上,该机制的前瞻性难免受限。

### 2. 治理合法性与有效性的张力

演化到第二阶段的业务容错条款,有意平衡治理合法性与有效性的紧张关系——通过事先合法性授权,为复杂情况下采取有效手段留空间。可演化到第三阶段的专门性容错规范,反而加剧这种紧张关系——既肯定合法性,规定不属于法律法规明令禁止的,可以容错;又强调有效性,规定在急难险重任务中敢于担当作为的,也可以容错。<sup>[1]</sup>但若在急难险重任务中担当作为的内容是法律法规明令禁止的,又能否容错呢?质言之,一般情况下,有效的治理手段会被逐步合法化,不存在抉择问题;但紧急事态下,部分有效的治理手段,要么基于事态的随机变化性而法律未能穷尽,要么基于事态的极端暴烈性而超出法律规定,从而引发治理合法性与有效性间的巨大张力。容错机制未能弥合上述张力,就难以在评价非常时期的非常措施时,拥有话语权。

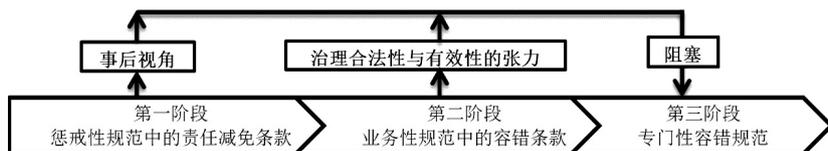


图1 容错机制的结构性困境

## 三、容错机制结构性困境之检视

### (一) 事后视角之检视

事后视角虽然也能一定程度上卸下干部思想包袱,但离真正有效激励干部仍相去甚远。首先,事后视角使事前决策者趋于保守。事后视角导致干部在决策时,并不确切知道容错结果。一个理性人在不确定自己的“冒险行为”是否会受到惩罚时,基于人对负面情感的关注程度总是超过正面情感,即“损失厌恶”的人性特质,自然趋向保守。<sup>[2]</sup>表现在重大决策时,干部要么循规蹈矩,少干少错;要么先向上级汇报,等待更高权威“首肯”后再行动,从而遏制干部群体担当作为的意愿。

其次,事后视角对事前决策者可能造成不公平。事前决策与事后评判的客观处境差异巨大。在急难险重任务面前,干部不仅背负巨大的决策压力,留给干部的反映时间、对事态的认知、可调动的资源也十分有限,决策更多依靠个人的经验、素质和判

[1] 如《陕西省党政干部容错纠错办法(试行)》第6条第3项、第7项、第10项;《新疆维吾尔自治区干部容错纠错暂行办法》第7条第1项、第7项、第11项;《云南省容错纠错实施办法(征求意见稿)》第8条第3项、第9条第2项等。

[2] [美]丹尼尔·卡尼曼:《思考,快与慢》,胡晓娇、李爱民、何梦莹译,中信出版社2012年版,第257-260页。

断力。“如果在事后审查时都按照常态下理智人、法律人的思维去判断应急时所采取行为的正当与是否是不公平的”。<sup>[1]</sup>

最后,事后视角不利于扭转“重问责、轻容错”的旧局面。当前容错机制仍缺乏宽容的社会舆论环境。表现为民众对改革失败触及自身利益的厌恶,舆论对问题官员“杀之而后快”的朴素正义观念强烈,社会上对成功容错案例是否存在“官官相护”的非友好假设,互联网加剧网民的非理性围观。若维持造成损失后才进行裁决的事后视角,容错裁决部门更倾向于回应“民愤”,而牺牲对失败者的宽容,“确实,相比于作出容错免责的裁决,直接作出问责裁决的风险要小得多”<sup>[2]</sup>。“重问责、轻容错”的旧局面不打破,容错机制的进一步发展将受束缚。综上,容错机制若要摆脱“局外人的立场和视角”,真正关注干部群体的“真实期待”和“制度体验感”,<sup>[3]</sup>必须摆脱对事后视角的路径依赖。

## (二) 治理合法性与有效性之检视

合法性与有效性的分析维度,可追溯至马克思·韦伯、李普塞特等西方政治学者的论述,逐渐成为重要的社会科学分析框架,<sup>[4]</sup>亦是评判容错机制是否契合治理能力和治理体系现代化的重要工具。

一方面,我国正走在依法治国的大道上,容错机制不能成为违法治理的保护伞。执政党层面,1997年党的十五大正式提出依法治国,建设社会主义法治国家;2014年十八届四中全会作出全面依法治国的决定,提出建设中国特色社会主义法治体系;2019年十九届四中全会作出推进国家治理体系和治理能力现代化的决定,强调提高党依法治国、依法执政能力。立法层面,1999年九届全国人大二次会议上,依法治国入宪;2011年十一届全国人大四次

会议宣布,中国特色社会主义法律体系已经形成。执法层面,国务院1999年颁布《国务院关于全面推进依法行政的决定》、2004年出台《全面推进依法行政实施纲要》、2008年颁布《国务院关于加强市县政府依法行政的决定》、2010年出台《国务院关于加强法治政府建设的意见》,2015年中共中央、国务院印发《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》,均旨在推进依法行政、建设法治政府。中国发展的二十年,是法治高歌猛进的二十年,依法治国事关我们党执政兴国、人民幸福安康、党和国家长治久安。在运用容错机制评判干部行为时,亦不能颠覆最基本的法治理念。

另一方面,现代文明把人类卷入愈陷愈深的风险社会,容错机制应当成为有效治理的催化剂。风险社会理论认为,现代制度和科技,将眼前可见的风险不断分摊和转移,致使整个社会的风险在我们看不见的地方聚集。个体局部的风险确实在下降,但人类整体的风险在积累。最终导致整体性风险发生的时间、空间和方式极具不确定性,破坏力更是巨大。<sup>[5]</sup>因此,人类必须有效运用各种治理手段,使治理效能与风险程度相匹配,才能化解一个又一个风险挑战。容错机制理应承担起保障有效治理的重任。

况且,合法性与有效性中的任何一方被过度偏重或偏废,都会引发治理危机。过分强调有效性,导致治理主体的自主性过大,当自主性大到脱离民意而遭民众抵抗时,又要分出一部分公共资源投入到维稳中,形成低效治理的恶性循环。过分偏重合法性,会削弱治理主体的自主性,大大压缩其在复杂状况下调整策略的空间,无法回应社会需求的治理手段,同样因被民众抛弃而丧失合法性。<sup>[6]</sup>综上,容错机制中蕴含的治理合法性与有效性的张力,需要通过新的制度构建加以弥合。

[1] 贾建平:《应急性警察权行使的原则与优化路径》,《长白学刊》2019年第4期。

[2] 梅立润:《容错机制为何达不到预期效果:一个整体分析框架》,《甘肃行政学院学报》2019年第1期。

[3] 梅立润、吴世坤:《如何推进容错机制研究?——基于既有核心议题及其疏漏的评价及展望》,《湖北行政学院学报》2019年第4期。

[4] 吴磊:《“合法性—有效性”框架下社区基金会发展的影响因素分析——基于上海和深圳的案例》,《社会科学辑刊》2017年第2期。

[5] [德] 乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版,第20—22页。

[6] 吴秋菊、林辉煌:《改革乡村治理:有效性与合法性的平衡》,《江西财经大学学报》2017年第5期。

## 四、运用法治思维突破容错机制的结构性困境

### （一）容错机制的事前视角

首先，运用“容险”思维，构建容错机制的事前视角。德国宪法法院通过一系列判例，确立了决策的三阶层模式（见表2），即在对一系列复杂事态做出决策时，应将事态划分为三个不同阶层，以采取相应的处置措施。<sup>[1]</sup>第一阶层是“危险”，指已经或即将发生的确定性损失，对危险的正确处置是立即制止。如机动车追逐竞驶、冲撞行人的，警方应当立即制止。第二阶层是“风险”，指未来发生概率较高的盖然性损失，对风险的正确处置是提前排除。如国家持续优化机动车安全标准，尽量提前排除发生交通事故的风险。第三阶层是“容险”，在排除绝大多数风险后，剩余下来的少数风险，由于其背后蕴藏的机遇和利益而有存在的必要。对于这些剩余风险，正确处置方式是在采取必要保护措施的前提下，容忍其存在以追求更大利益，即“容险”。如机动车作为交通工具，已经且必将继续引发交通事故，导致人员伤亡和财产损失，但基于机动车便利居民出行，提高运输效益，增加社会总体效益等好处，在遵守交通规则、设置交通安全设施等保护措施下，社会还是容忍机动车上路行驶的。

表2 风险决策的三阶层模式

阶层	对象	判断	处置
危险	确定性损失	线性的、因果的、机械的判断	立即阻止
风险	盖然性损失	综合的、系统的、前瞻的判断	提前排除
容险	价值性损失	比较的、权衡的、价值的判断	容忍存在

“容险”思维是从风险中获益的大智慧，在此次抗击新冠肺炎疫情的斗争中，亦有学者呼吁将这

一思维法制化。<sup>[2]</sup>同时，该思维能在未造成损失前就进行价值判断，是构建容错机制事前视角的绝佳工具。未来可依据具体的治理对象，划定危险、风险、和容险三个区域。一旦决策进入容险区域，直接容错，即使事后造成损失，决策主体也免于受到容错裁决部门的评价。

其次，运用数据驱动模式，优化容错机制的事前视角。当前行政紧急权力的运行，正从经验依赖模式，转向数据驱动模式。<sup>[3]</sup>在经验依赖模式下，对事物的判断从既往经验出发，由结果逆向推导原因，这一逻辑也催生了容错机制的事后视角，并面临滞后性、迟缓性等缺陷。在数据驱动模式下，一切社会行为、关系及现象都可以被数据化，并通过多维度分析和高密度计算，对目标的变化趋势及未来形态，做出高效准确的预期评价。最终实现危险、风险、和容险三个区域的精准划定，正确做出是否容错的事前预判。

### （二）动态干部行为评价体系

首先，明确法治是治理非常状态的现代模式。

“非常状态”与“日常状态”相对，指严重威胁国民生命健康和财产安全，严重扰乱正常社会秩序，甚至危及该主权国家存在的正在发生或者万分紧迫的危险事态。<sup>[4]</sup>对非常状态的治理，经历了危难临头无法律的古代特权模式，紧急权力制度化的近代反思模式，最终实现法律与现实弹性互动的现代法治模式。<sup>[5]</sup>新冠疫情暴发以来，中央及各有关部门多次出台文件，要求提高领导干部运用法治思维和法治方式应对风险的能力，在法治轨道上应对突发事件，依法加强应急管理（见表3）。可见，借口事态紧急就逾越法治底线，是开历史的倒车；“疫情防控越是到最吃劲的时候，越要坚持依法防控”，<sup>[6]</sup>才是治理现代化的方向。

[1] 王旭：《论国家在宪法上的风险预防义务》，《法商研究》2019年第5期。

[2] 王旭：《建构变动秩序下的大国安全体系》，《检察日报》2020年4月15日第3版。

[3] 肖季业：《大数据时代行政紧急权力模式之变革与形塑》，《湖北大学学报（哲学社会科学版）》2019年第5期。

[4] 曾哲：《紧急状态应对机制中的民生至上理念——从日本“3·11”地震紧急状态说起》，《现代法学》2011年第4期。

[5] 方旭：《紧急状态与社会治理——紧急权力理论基础述评北京社会科学》2015年第3期。

[6] 新华社：《全面提高依法防控依法治理能力 为疫情防控提供有力法治保障》，《人民日报》2020年2月6日第1版。

表3 依法抗疫文件及要旨(摘选)

依法抗疫文件	要旨
《中央全面依法治国委员会关于依法防控新型冠状病毒感染肺炎疫情、切实保障人民群众生命健康安全的意见》	从立法、执法、司法、守法各环节发力,全面提高依法防控、依法治理能力,为疫情防控工作提供有力法治保障
国务院应对新型冠状病毒肺炎疫情联防联控机制《关于依法科学精准做好新冠肺炎疫情防控工作的通知》	坚持依法防控、科学防治、精准施策,提高疫情防控的科学性、精准性和针对性
最高法 最高检 公安部 司法部《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》	依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪行为,保障人民群众生命安全和身体健康,保障社会安定有序,保障疫情防控工作顺利开展
最高法 最高检 公安部 司法部 海关总署《关于进一步加强国境卫生检疫工作 依法惩治妨害国境卫生检疫违法犯罪的意见》	保证国境卫生检疫所涉行政执法和刑事司法的有效衔接、相关法律法规的准确适用
《市场监管总局关于依法从重从快严厉打击新型冠状病毒疫情防控期间违法行为的意见》	依法严厉打击违法行为,切实维护市场秩序
中办、国办《关于加强社会主义法治文化建设的意见》	在法治轨道上应对突发事件,依法加强应急管理

其次,把握法治在非常状态下的特点。日常状态下,私权利遵循“法无禁止即自由”,公权力秉持“法无授权即禁止”。非常状态下,私权利被依法限缩以服务大局,公权力呈现扩张态势。当法律相对滞后而授权不充分、不明确时,政府不得以“法无授权”为由消极作为,应“按照法律的基本精神及合理性原则作出处理,采取合乎情理、符合实际的措施”灵活应对危机。<sup>[1]</sup>同时,公权力的扩张,应以不侵犯人性尊严所必要的、人道主义所秉持的核心权利为底线,这些权利包括生存照顾权、医疗救治权、不受歧视权等,杜绝公权力扩张的肆意化、泛滥化。<sup>[2]</sup>

最后,在法治框架内,构建非常状态下,从偏

重合法性向偏重有效性过渡的动态干部行为评价体系。我国现有法律体系,依据事态的危急程度,将非常状态分为三个层次(见表4):(1)战争状态;(2)戒严或紧急状态;(3)突发事件应对。日常状态下,对干部的评价应偏重合法性,干部只能依据具体的法律规定履职,任何越权都可能被视为滥用职权。当事态逐步升级,法律对新情况新问题的规定不充分、不明确,应鼓励干部运用法律原则来填补规则的阙如。当事态严峻,日常处置方式收效甚微或基本无效,对干部行为的评价应更偏重有效性,只要其行为符合基本的法律精神,如保障人民群众生命财产安全、决策符合民主集中制、保存决策依据或备案等,就不必拘泥于具体治理方式。

表4 动态干部行为评价体系

	实施原因	实施程序	限制公民个人权利	事态危急程度	干部行为评价	干部行为依据
战争状态	国家遭受武装侵犯	全国人大及其常委会决定	高 ↑	高 ↑	偏重有效性 ↑	法律精神 ↑
	履行国际条约					
戒严状态	动乱、暴乱、严重骚乱	全国、个别省:全国人大常委会决定 一省范围内:国务院决定	↑	↑	↑	↑
紧急状态	缺乏具体法律规定					
突发事件应对	自然灾害、事故灾难、公共卫生、社会安全、	县级以上人民政府直接应对	低 ↑	低 ↑	偏重合法性 ↑	法律原则 ↑
日常状态	—	—				

### 五、结语

干部敢于在重大公共卫生事件中担当作为,不仅是衡量其政治品格的重要参照,更关系到一方社会经济发展和人民群众福祉。激励干部担当作为不能仅靠个人情怀和思想觉悟,还要构建相关激励机制,容错机制便是其中之一。此次抗疫实践凸显容

错机制的结构性困境,若不及时解决,恐怕在下次危机来临时,各方又会陷入“后人哀之而不鉴之,亦使后人复哀后人矣”的空叹中。结构性困境是容错机制在制度演化过程中的产物,必须回到制度演化的历程中,重构容错机制的法治逻辑,才是解决困境之道。

[1] 江必新:《用法治思维和法治方式推进疫情防控工作》,《求是》2020年第5期。

[2] 赵宏:《疫情防控下个人的权利限缩与边界》,《比较法学研究》2020年第2期。