



返回首页

各期目录

各期文章

文章搜索

文章标题

搜索

服从命令与依法行政冲突之研究

双击自动滚屏

发布者：编辑部 发布时间：2007-10-29 阅读：642次

刘俊生

（中国政法大学 政治与公共管理学院，北京 海淀 100088）

【摘要】服从命令和依法行政是各国公务员必须履行的两项基本义务，但这两项义务之间潜在着尖锐的冲突，其焦点集中于公务员是否应执行违法命令的问题上。从理论层面上讲，公务员不应当执行违法的命令，因为法律的效力高于命令；但从实践层面上讲，公务员无法不执行违法的命令，因为法律并没有明确地赋予公务员享有审查命令合法性之权利。如果司法能够被授权审查政府人事行政行为，则有助于强调公务员履行依法行政之义务；否则，会导致强调公务员服从命令之义务。

【关键词】服从命令； 依法行政； 义务冲突； 公务员； 合法性审查

【中图分类号】D922.11 【文献标识码】A 【文章编号】1007-5801（2007）05-0046-04

【收稿日期】2007-05-30

【基金项目】国家社会科学基金项目“公务员权利制度研究”（批准号：05BZZ034）和中国政法大学人文社会科学规划项目“公务员惩戒制度研究”（中政大发[2006]76号）的研究成果之一。

【作者简介】刘俊生（1959-），男，河南林州人，中国政法大学政治与公共管理学院教授，博士研究生导师，行政管理研究所所长，主要研究领域为公共管理和公共行政。

服从命令与遵守规则是等级制组织的两大固有属性，也是等级制组织维持其运行的基本前提[1]。公共行政组织（政府）属于典型的等级制组织，故服从命令与遵守规则自然构成公共行政组织运行的基本要求。也就是说，公务员在执行职务过程中，既要服从上级发布的命令，又要遵守政府运行的规则（法律），以保证行政事务执行的效率性和统一性。等级制组织的这两项管理原则，在当代法治国家中通过公务员法被转化为服从命令和依法行政两项法律原则，也即服从命令和依法行政成为公务员必须履行的两项基本法律义务。命令是由上级发布的决定、决议、指示（令）、通告等，包括一般性命令和个别性命令。一般性命令通常都是以书面形式发布的，政府令和部门令都属于典型的一般性命令；个别性命令通常是以口头形式发布的，行政首长或部门主管针对具体的人员或具体的事情作出的口头指示或安排，均属于典型的个别性命令。公务员的职务被设计在行政组织的等级体系中，上级意图也正是借助于这种等级体系，通过发布命令的形式得以贯彻实施，为了保证有效地执行行政事务，行政组织必然要求公务员履行服从命令之义务。依法行政中的“法”主要指宪法和立法机关制定的法律，不包括行政机关制定的行政法规或部门规章（本文将其理解为命令的组成部分）。依法行政包含着两层含义，一是指一切行政权的行使，均应受现行法律的约束，行政机关不得采取任何违反法律的措施，不得以行政作用变更法律（法律优先原则）；二是指行政行为必须有法律授权作为依据，换言之，行政机关只有在法律授权的情况下才能实施相应的行为（法律保留原则）[2]。公务员是全体国民的服务员，宪法和法律是全体国民的意思表示，为了保证公共行政执行民意，必然要求公务员履行依法行政之义务。

很明显，当命令能够与法律保持一致时，服从命令和依法行政两项义务之间就不会存在冲突；而当命令不能够与法律保持一致（命令违法）时，服从命令和依法行政两项义务之间就会存在一定的矛盾的冲突。公务员面对违法命令时，可能采取两种态度。第一种态度是坚决服从命令，认为下级服从上级本身就是法律原则，下级不服从上级命令的行为就是违法行为；第二种态度是坚持依法行政，认为遵守法律是公务员的责任，公务员对违法的命令有不服从的义务。这两种态度都有缺点，若严格采取第一种态度，即不问是非曲直地绝

对服从上级命令，势必造成上级专横，上级甚至可以利用行政组织达到个人目的；若严格采取第二种态度，即不顾上级决定绝对地严格执行法律，势必削弱行政系统的能力，不利于公务的执行。

所以，在行政活动中，服从命令和依法行政两项义务之间潜在着尖锐的冲突，焦点在于是否执行违法的命令。这不仅构成行政组织运行的内在悖论，也给立法机关和司法机关出了一道难题。

二

各国是如何规定这两项义务，又是如何处理这两项义务之间的冲突呢？

美国公务员法不仅要求公务员忠实于国家，为全体国民服务，依法执行职务，有效地完成工作任务，而且要求公务员服从上级的指挥命令，不得违抗命令擅自行事。两项义务的冲突导致美国学者和法官提出公务员是否享有拒绝执行违法命令的宪法权利问题。“在宪法保护的各种权利之中，目前公职人员提出了一项关于拒绝从事违宪行为的权利问题。这项初生的权利是由公职人员可能承担的法律责任而产生的，即公职人员，包括其下属，根据公职身份或要求，执行管理命令而侵犯了宪法规定的个人权利时，应负什么法律责任”[3]。某些司法判例支持了公务员不执行违宪命令的权利，具有代表性的是1979年约翰·R·哈利诉斯库尔基县政府和监狱长一案。哈利是一位监狱看守，因拒绝执行一项命令而遭解雇，但他认为该项命令触犯了宪法第八条修正案关于禁止残酷惩罚犯人的规定。哈利认为县政府因他拒绝作出违宪行为而解雇他的决定是错误的，政府的行为侵犯了其享有的宪法第一修正案所保障的权利。联邦地区法院法官休厄特在驳回被告的请求时认为，如果哈利服从了上级下达给他的命令，那他可能就要对剥夺犯人的宪法权利的行为负责。法官进一步认为，禁止以剥夺他人宪法权利的方式来执行自己的活动，人们应该履行的这项义务就是宪法本身创造的并强制要求的义务。这种共生的权利（指拒绝违宪行为的权利）同时也是由宪法创造的，并受到宪法的保护[4]。可见，拒绝执行违宪命令的权利是由禁止剥夺他人宪法权利的义务引申出来一项权利。但公务员在特定情况下享有不执行命令的权利仍停留在司法判例上，难以在立法上有重大进展，“期望很多公共行政人员能够恰如其分地确定宪法权利并拒绝违宪行为，似乎是不可能的事情。但是，雇员能够成功地不服从违宪命令，也许需要具备两个条件：一是确实相信这项命令本身就是违宪的；二是正确地判断并指出一项被实施的行为在事实上造成了违反宪法权利的结果”[3]。

法国公务员法规定公务员执行职务时必须履行服从的义务，包括依法执行职务和执行上级职务上的命令两个方面。公务员违反法律执行职务的行为可能被行政法院取消，并可能引起行政机关的责任和公务员个人的责任。关于公务员是否服从违法命令的问题，法国行政法院的判例采取折中主义的态度。公务员原则上必须服从上级命令，如果上级命令明显地严重违法时则不应当服从，例如违反刑法规定或会造成严重损害后果的命令就是严重违法命令，但命令违法性必须显而易见时才不应当服从[5]。行政法院的观点为公务员地位法所接受。1983年的《国家和地方公务员一般地位法》第28条规定，“公务员不论地位高低，必须对规定的任务负责执行，必须执行上级的命令。如果上级的命令明显地违法而且可能严重地危害公共利益时不在此限。”这暗示公务员享有对上级命令的审查权，公务员对明显违法的命令可以不服从。公务员地位法的规定也与刑事法院的判例精神是一致的，刑事法院认为公务员的行为违反刑法时，不能援引服从上级命令而免责。

日本宪法规定公务员是国民的公仆，为全体国民服务。《国家公务员法》第98条第1款规定公务员在执行职务时必须遵守法律和忠实地服从上司在职务上的命令。当这两项义务发生冲突时，哪个义务应该优先是个难题。日本学者认为，如果公务员根据自己的判断来审查上级的职务命令是否违法，认为违法就可以不服从的话，就会破坏国家机构在组织上的统一性；但从另一方面来说，认为上级的命令是绝对的，下级必须服从，这在现代化的、以自觉了的人们为主体的组织中是不可能的。在现代公务员制度的职能性层级制中，公务员对上级命令的服从义务，必须用大大偏重公务员个人的独立性的方式来解释。该学者认为，公务员审查上级职务命令是否合法，应该区分形式审查和实质审查。前者是对发布命令者是否处于合法地位和是否在自己的职权范围内发布命令等形式问题进行审查；后者是对职务命令的内容是否真的合法的实质性问题进行审查。不管是哪一种审查，公务员只有在职务命令明显违法时才可以拒绝执行。当自己对职务命令的违法性判断发生困难时，或认为职务命令在内容上是违法的或不当的，但在客观上还没有表现出违法性时，公务员不能拒绝执行这样的命令，在这种场合，只能对上级提出有关职务命令的意见[6]。

我国在1993年国务院颁布的国家公务员暂行条例和2005年全国人大常委会通过的公务员法中，对公务员服从命令和依法行政这两项义务的表述有所不同。原公务员条例规定，公务员必须履行“遵守宪法、法律和法规，依照国家法律、法规和政策执行公务”和“服从命令”两项义务，必须遵守“不得对抗上级决议和命令”的纪律；现行公务员法则规定，公务员必须履行“遵守宪法和法律”与“服从和执行上级依法作出的决定和命令”两项义务，必须遵守“不得拒绝执行上级依法作出的决定和命令”的纪律。两者相比，公务员法对这两项义务规范的表述更加准确。依法行政义务规范中的“法”由“宪法、法律、法规和法规”限制为“宪法和法律”，强调“法”就是“宪法和法律”，服从命令义务的规范

由简单绝对的“服从命令”也准确地表述为“服从和执行上级依法作出的决定和命令”，强调公务员服从的命令须是上级“依法”下达的命令。不仅如此，公务员法第54条还进一步规定，“公务员执行公务时，认为上级的决定或者命令有错误的，可以向上级提出改正或者撤销该决定或者命令的意见；上级不改变该决定或者命令，或者要求立即执行的，公务员应当执行该决定或者命令，执行的后果由上级负责，公务员不承担责任；但是，公务员执行明显违法的决定或者命令的，应当依法承担相应的责任。”很明显，立法者在此区分了“错误的”和“违法的”两种命令，执行上级坚持的错误命令的公务员免责，后果则由发布命令的上级负责；而执行明显违法命令的公务员则要自己承担相应的责任。这些规定在某种程度上暗示公务员享有审查上级命令合法性的权利，也即要求公务员不能无原则地服从命令。我国的某些刑事判例也印证了此种观点。如四川开江县公安局刑警队干警于2003年1月19日跟踪一逃犯时，在一个发廊（东城派出所所长李昭远之弟李昭彦开设）中发现10名嫖娼卖淫男女。李昭远要求该所一级警督李启义阻止刑警队干警将违法人员带走，随后率干警赶至发廊，强令刑警队将其弟李昭彦及4名嫖客、3名卖淫女当场释放，并赶至刑警队强行将已带回的2名嫖客释放。同年7月，县法院以妨害公务罪判处执行违法命令的李启义有期徒刑1年（判处李昭远有期徒刑2年半）。此判例说明，执行违反刑法命令的公务员不能以执行上级命令为借口为自己开脱罪责，必须承担相应的刑事责任。

三

从以上分析可以看出，公务员服从义务的程度在各个国家中都不是十分明确的，换句话说，服从命令和依法行政两项义务之间潜在着的冲突是各国面临的普遍性问题，其焦点集中在是否执行违法命令上。从理论层面讲，答案是清楚的：违法的命令不应当执行，因为法律的效力高于命令，行政机关发布的命令应该受到立法机关制定的法律的约束。但从现实层面讲，答案就不是那么清楚，问题的症结在于上级的命令是否违法应该由谁来审查，特别是对于那些在现场发布的个别性命令应该由谁来审查更是个难题。各国法律并没有明确赋予执行命令的公务员享有审查上级命令合法性之权利，这说明立法者普遍地认为赋予公务员这项权利弊大于利，最大的“弊”可能就是削弱了行政的权威，破坏了行政组织的有效性和统一性，严重时甚至可能导致行政组织的瘫痪。但是，当今法治国家也不能鼓励公务员不问是非曲直地盲目服从命令，尤其不能允许公务员执行明显违法的命令，因为这样做的结果可能会纵容行政组织的专制和独裁，破坏法治原则，严重时甚至可能导致行政权力的不可控制，危及法治国家政治结构的稳定性。基于此，各国法律条文的表述中都暗含着公务员享有命令合法性审查之权利，如“公务员不论地位高低，必须对规定的任务负责执行，必须执行上级的命令，如果上级的命令明显地违法而且可能严重地危害公共利益时不在此限”（法国）；“忠实地服从上司在职务上的命令”（日本）；“服从和执行上级依法作出的决定和命令”并且“公务员执行明显违法的决定或者命令的，应当依法承担相应的责任”（中国）。由这些表述可以逻辑地推出“公务员不应当执行（明显）违法的命令”。立法机关这样做的结果将这一难题转移给了行政机关和司法机关。

对行政机关的公务员而言，如果自己忠于上级并不折不扣地服从于上级，则可能会因执行违法的命令（即没有履行依法行政的义务）而受到法律的制裁，严重者可能会受到刑事处罚；如果根据自己的判断而拒绝执行违法的命令，则可能会因违反纪律（即没有履行服从命令的义务）而受到行政惩戒，严重者可能会受到解雇的处分。公务员在面对可能违法的命令时就会处于这种两难境地，无论如何做都要承担对自己的不利后果，即要么执行命令而可能受到法律的制裁，要么不执行命令而可能受到行政惩戒。公务员的实际行为会倾向于哪个方面，还应受到司法判例的影响。

在政府人事行政行为接受司法审查的国家，如前述的美国、法国和日本等国，对于行政机关因公务员不服从命令而作出的涉及公务员地位的行政惩戒案件，司法机关会通过审查上级命令的合法性而审查行政惩戒决定的合法性，尤其对于明显违背宪法和刑法的命令，司法机关往往会通过裁定这种命令的无效性而判定行政惩戒决定的无效性。这种司法审查机制契合了立法者暗示的公务员享有命令合法性之审查权利，这在某种程度上强化了公务员审查上级命令合法性的心理动机，即强化了其坚持“依法行政”原则的心理动机。即便如此，作为理性人的公务员，作出是否“抗命”的决定是一个极其复杂的心理过程。他要凭自己的知识、智慧和经验判断命令是否“明显违法”，违背的是何种法律以及违法的程度和后果，还要决定是否指出以及在何时指出、如何指出上级命令的违法性或其违法后果；上级若不修正自己的命令，公务员是选择服从还是抗命。这是一个艰难的选择过程。在行政行为不受司法审查的国家，缺失了上述的命令合法性的司法审查机制，可能纵容行政机关在这方面的违法行为。这样不仅提高了行政机关发布违法命令的可能性，同时也降低了公务员审查上级命令合法性的心理动机，而公务员执行违法命令的可能性则会随之大大提高。在国家机关及民间流传的“黑头文件（人大颁布的法律）不如红头文件（政府颁布的政令），红头文件不如口头文件（上级领导人的口头指令）”的顺口溜就是对这种情况的真实写照。

[参考文献]

[1] [德] 马克斯·韦伯. 经济与社会[M]. 林荣远, 译. 北京: 商务印书馆, 1997: 243~244.

[2] 翁岳生.行政法[M].北京:中国法制出版社,2002:271.

[3] [美]杰伊·M·谢夫利兹.政府人事管理[M].彭和平,等译.北京:中共中央党校出版社,1997:196.

[4] [美]戴维·H·罗森布鲁姆,罗伯特·S·克拉夫丘克.公共行政学:管理、政治和法律的途径[M].张成福,等译.北京:中国人民大学出版社,2002:519.

[5] 王名扬.法国行政法[M].北京:中国政法大学出版社,1988:286~287.

[6] [日]鹤饲信成.日本公务员法[M].曹海科,译.重庆:重庆大学出版社,1988:193~196.

(责任编辑 陈羽)

 打印本页 |  关闭窗口

联系邮箱: wil.liam@sina.com © 2004 电话: 62805370

Copyright © 2004 10.1.10.65. All rights reserved. Design by owen