

试论公务员的不服从 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/480/2021\\_2022\\_\\_E8\\_AF\\_95\\_E8\\_AE\\_BA\\_E5\\_85\\_AC\\_E5\\_c122\\_480427.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E8_AF_95_E8_AE_BA_E5_85_AC_E5_c122_480427.htm) 【内容提要】

公务员与普通公民的重要区别是他担任公职、履行职责。公务员管理中要求公务员负有服从上级决定和命令的义务，其目的是为了保证政令畅通，保证国家机关运转的统一和效率。所以，公务员有“服从和执行上级依法作出的决定和命令”的义务。【1】但是，另一方面，宪法规定，“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”。因此，即使是公务员有服从上级的义务，也必须是在法治原则、依法行政原则的前提之下，公务员服从上级的义务不应当是绝对的。本文试从公务员服从的理论基础、公务员不服从的理论基础和现实意义、公务员的不服从在我国《公务员法》中的体现、应该进行的立法改进和对于提高我国社会公平正义的意义等方面来论述公务员的不服从。关键词：公务员 违法命令 不服从 合法性 公平正义 一、公务员服从的理论基础 中国古代实行封建君主专制制度。礼是中国古代社会长期存在的、维护血缘宗法关系和宗法等级制度的一系列精神原则以及言行规范的总称。中国古代的礼有两层含义：一是抽象的精神原则。可以归纳为“亲亲”与“尊尊”两个方面。“亲亲”，即要求在家族范围内，按自己的身份行事，不能以下凌上、以疏压亲、而且“亲亲父为首”，全体亲族成员都应以父家长为中心。“尊尊”，即要在全社会范围内，尊敬一切应该尊敬的人，君臣、上下、贵贱都应恪守名分，而且“尊尊君为首”，一切臣民都应以君主为中心。这就是说，皇帝的意志

就代表国家意志，所有大臣、官僚都必须无条件服从封建君主的命令，而不论命令是合法还是违法。在这种权力至上的体制之中，下级仅仅是完成上级命令的工具和机器，并在后来的“军人以服从为天职”上发挥到极至，军人、下级完全可以用“上级命令”为自身的错误行为开脱，由此引发不断重演的历史悲剧。历经四年起草、十三易其稿的《中华人民共和国公务员法（草案）》，在2004年12月召开的十届全国人大常委会第十三次会议上正式进入立法程序。人事部部长张柏林就公务员法草案向会议作的说明中指出，“公务员不得对抗上级决定和命令”，否则，将被视为违反纪律的行为受到行政处分。公务员法草案的这一规定，在第一次审议中就引发了常委们激烈的争论，并受到有关专家和媒体的广泛关注。

【2】我国宪法、国务院组织法和地方组织法等法律确立的行政管理体制是首长负责制。这个体制的重要特征是：建立起上下级之间领导与被领导、服从与被服从的关系，责任明确，事权集中，以保证行动果断迅速，提高行政工作效率。这个行政领导体制虽然不同于军事领导体制，不要求下级像军人一样无条件地服从上级，但是个人服从组织、下级服从上级、全党服从中央仍然是这个体制的基本要求。在这一体制下，下级的执法行为没有自主性和独立性，必须接受上级的领导，通过执行上级的指示和命令去执行法律。这一管理体制成为公务员绝对服从最有力的基础和保障。

二、公务员不服从的理论基础和现实意义 公务员不服从是权利（相对于上级）与义务（服从法律、对人民利益负责）的综合体，具有保障人民利益、实现法治、体现公务良知、制止上级违法、防止权力滥用等多方面的理论基础和现实意义。

2005年4月21日，十届全国人大第十五次会议上，全国人大法律委员会副主任委员胡光宝在公务员法草案审议报告中吸收了常委委员、地方和专家的意见，认为公务员服从上级的命令是公务员应当遵守的纪律，但草案的这一规定过于绝对，为了防止执行上级违法或者错误命令而对公共利益或者公民的合法权益造成重大的不可挽回的损失，公务员有权提出纠正意见；对于执行明显违法或者错误的决定或者命令，公务员本人应承担相应的责任，以增强公务员的责任感。【2】

公务员是否有权不服从上级的违法命令涉及一个前提性的问题，即公务员是否有权审查判断上级的命令？这是一个相当复杂的问题。因为如果否定了公务员对上级命令的审查判断权，那么，他无疑就无权不服从违法命令，但是“认为上司的命令是绝对的，不问曲直是非必须服从，这在现代化的、以自觉的人们为主体的组织中是不可能的”。所以，在公务员对上级服从义务的理解上，必须以职务服从为依据，而在职务面前，公务员应当有很大程度的独立性。任何一项国家权力的执行都离不开执行者的独立判断，行政权的执行也不例外。从最高行政首长到最低级别的公务员，其执行过程都包含对法律、法规、命令的判断以及对事实的判断两个方面。当然，下级公务员的主要职责不是通过判断从而对上级职务命令进行主动审查。因为，在一个健康和自足的行政体制内，上级的命令从理论上说应当是离宪法和法律更近的，是更趋于正确的，下级公务员没有必要去怀疑和审查，否则会影响行政效率。但这并不意味着公务员没有权利对上级命令进行独立判断。因为只有在对上级命令进行独立判断后，他才能全面、准确地理解这一命令，更好地执行这一命令。同

样地，也只有在对这一命令进行独立的判断后，他才能发现这一命令中存在的违法因素。法律赋予公务员的自由裁量权以及对上级行政机关和工作人员批评、建议、控告和检举的权利，实际上就是赋予了公务员对上级命令乃至法律、法规的独立判断权。否定公务员对上级命令的独立判断权，实际上就是要求公务员对上级的任何决定都被动地服从。为什么说公务员对上级的命令不能无条件服从呢？首先，在现代社会，公务员担任职务是为了服务于非个人的客观目的，即公共利益，而非服务或者“孝敬”某一个人，因而公务员体制中下级与上级的关系，不是专制体制中奴才与主子、孝敬与被孝敬、效忠与被效忠的人身依附关系。其次，公务员执行职务完全受规则的约束，即他的职责通常是由法律、法规或者说是社会的公共意志予以规定的，而不是上级的人格因素所能随意决定的。再次，整个公务员体制都是理性的，在这个体制中，任何官员只有依据法律规定的权限，才有权下达具体的命令。最后，公务员对上级的服从是职务而非身份的服从。既然公务员担任职务的目的只能是服务于公共利益，而不是去服从和服务于他的上级，那么，对于上级背离公共利益的违法命令，他当然就有不予服从的权利。一些发达国家实行公务员制度历史较长，积累了丰富的管理经验，对于我国的公务员立法可资借鉴。第一，公务员法规定公务员服从上级决定和命令的行政原则是有必要的，有助于政府决策的贯彻执行，也符合国际上公务员管理的通例和潮流。从大多数国家的公务员立法来看，有关公务员或者政府雇员的行政纪律要求，尤其是“服从义务”，可谓是立法中的一个重点问题。比如《德国公务员法》第55条规定，“公务员应该

支持和协助上级领导人员，在不涉及他必须遵守的特别规章、规定的前提下，他有义务落实上级领导人员下达的工作安排并遵照执行他们的全面指示。”《日本国家公务员法》第98条规定，“公务员在履行其职务时，必须服从法令，并且忠实地服从上司在职务上的命令。”第二，在规定公务员的服从义务之外，应当同时赋予其必要的意见反映权或异议权，并完善相关配套机制及渠道。《德国公务员法》第56条规定，“如果公务员对上级的某项工作安排的合法性产生怀疑，应立即向直接领导反映情况，如果直接领导主张按工作安排执行，公务员可越级向上反映情况，如果此项工作安排再次得到肯定，则公务员必须按工作安排执行。按照上级工作安排付诸实施，当然无须承担违抗命令的责任，但是，如果实施结果导致多人蒙受伤害，也难脱其责。因此，公务员有责任要求上级领导下达有关肯定此项工作安排的书面批示。”《英国公务员管理法》在其附属的《公务员行为规范》第11条规定，“凡是公务员认为他或她被要求做事的方式：是违法的、不适宜的或不道德的；违反宪法规定或职业道德的；可能导致管理不善的；与该行为规范不相一致的其他情形，他或她应按照内阁部与执行机构制定的行为准则或部门指导原则中的适当程序进行汇报。”【3】

### 三、公务员不服从在我国《公务员法》中的体现

《中华人民共和国公务员法》已由中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议于2000年4月27日通过，自2006年1月1日起施行。对于公务员是否必须绝对执行上级决定或者命令的义务，以及在什么情况下应当承担责任，承担什么责任的问题，公务员法作了如下处理。首先，公务员法强调公务员之服从是

在上级作出的决定或者命令合法的情况下应当履行的义务。公务员法第十二条规定，公务员有“服从和执行上级依法作出的决定和命令”的义务。第五十三条将原草案中公务员不得“对抗上级决定和命令”的规定，修改为：公务员不得“拒绝执行上级依法作出的决定和命令”。第二，公务员法增加了有关公务员如何对待错误及明显违法的决定或者命令的规定。公务员法第五十四条规定：“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。”根据这一规定，一般情形下，公务员应当也必须严格地、坚决地贯彻和执行上级的决定和命令。但如果公务员认为上级的决定或者命令有错误的，公务员有权向上级提出意见；如果上级不采纳其意见，公务员仍应执行，事后如有权机关认定该决定或者命令确系错误时，负责执行的公务员不承担责任。对于明显违法的决定或者命令，如刑讯逼供、做假账、走私等，执行该决定或者命令会对公共利益或者公民的合法权益造成重大的或者不可挽回的损失，公务员有权拒绝执行，并且不承担不服从的责任。相反，如果公务员对于明显违法的决定或者命令仍予执行，无论其是否提出过改正的意见，均应承担相应的责任。【4】我国现阶段的公务员立法应当尽量做到全面而细化，有效维护国家利益，并帮助公务员实现自身价值和社会价值。像“散布有损政府声誉的言论”这样的规定，应当明确判定标准，以防滥用。尽管我国公

务员法对公务员对违法命令的不服从作出了规定，但仍存在下列缺陷： 力度不够。仅仅是规定了不服从的建议权而不是不服从本身； 范围含糊。“错误”涵义模糊，难以包括所有违法、违背理性、违背良知与社会公德等情形； 责任不够。在某些情况下，上级的命令明显违法； 与“司法独立”的要求相悖。在将法官等司法官员包括公务员序列的情况下，公务员执行明显违法的决定或者命令与法官层面的“司法独立”要求也相去甚远。四、应该进行的立法改进与对于提高我国社会公平正义的意义 我国《公务员法》关于“违法命令不执行”的条款将成为行政机关对其他行政规范性文件进行选择适用的法律依据和法理基础。但是我们仔细审视这一条款的规定就会发现在表述上并没有采用如国外有些国家那样明确的方式。如法国1983年的《国家和地方公务员一般地位法》第28条就规定：“公务员不论地位高低，必须对规定的任务负责执行。他必须遵守上级的命令。如果上级的命令是明显地违法而且可能严重地危害公共利益时不在此限。”再如《埃及国家文职人员法》规定，每个工作人员应当做到：“在现行的法律、法令的范围内，准确、忠实地执行上级的命令。”这意味着，凡是超越法律、法令范围的上级命令，公务员都有权不予服从。【5】我国《公务员法》以执行明显违法决定和命令公务员要承担责任的规定方式，以求客观上达到公务员不执行明显违法的决定和命令的目的。这种曲折的表达方式似乎表明了立法者在这一问题上的矛盾心态，如果不赋予公务员拒绝执行明显违法命令的权利，可能会对公共利益和公民的合法权益造成难以挽回的损失，严重破坏法律秩序，立法者因此受到社会的强大压力；如果直接

赋予这一权利，似乎又对公务员审查命令合法性的能力持有怀疑，怕公务员会滥用这一权利而导致行政管理的难以进行，这从该条曲折的立法过程也能略见端倪。而且组织立法者对此条含义的说明也极为含糊，法律委员会副主任胡光宝在向十届人大15次会议所作的公务员法草案审议报告中也仅仅把公务员执行明显违法命令要承担法律责任解释为“以增强公务员的责任感”。立法者意图的不明和法律语言的模糊必然造成法律执行的混乱。该条在执行中可能会出现以下两种情况：一是公务员因要承担法律责任而不执行明显违法的命令，这也是比较合理的解释。但是要作这样的理解必须有一个充分的预设，就是公务员必须是充分的理性和正直的人。理性人最早是西方经济学关于人类经济行为的基本假定，认为人是自私自利的，其行为的最大动力是利益的最大化。后来理性人的概念被引入其它社会科学领域，来解释人的行为的动因。因为理性的人总是趋利避害的，不会一方面执行明显违法的决定和命令，而另一方面自己来承担法律责任，任由法律对自己作出一个否定性的评价并承担不利的法律后果。“一个理性的人在行动前必然会根据法律的规定预测自己行动的后果，并尽量避免作出法律所惩罚的行为。”【6】同时这个预设中的另一层意思是公务员必须是一个正直的人，他不会为了个人的利益而牺牲公共利益或公民合法的权利和利益，而且把维护法律所体现的正义作为自己的最高的行为准则，否则，既使是有法律责任的规定，也可能失去对于公务员的控制，因为公务员可能会为了私利而迎合上级机关的意图从而对法律诉求的正义视而不见。二是因条文没有授予公务员绝对拒绝执行违法命令的权利，当上级强令公务员执



行时，公务员并没有完全充分的理由进行抗辩。如果法律直接授予公务员绝对不执行违法命令的权利，实际上就明确无误的赋予了公务员个人对于命令是否违法的判断权，如果公务员认为命令明显违法就可以直接不予执行。但是我国《公务员法》现有的规定由于语义比较模糊，上级机关可以借口公务员关于命令“明显违法”的判断不正确而强令公务员执行自己的命令，公务员实际上是没有法律理由进行抗辩的。即使上级机关认可自己的命令明显违法，如果仍然强令公务员执行，根据现有条款的规定，由于公务员没有绝对拒绝的权利，结果就可能是不得不冒着承担责任的风险去执行违法命令。而且责任总是事后的，而上级的压力总是事前的和现实的，和上级的关系会直接牵涉到公务员自身的升迁等诸多利益，因此公务员就有可能为了迎合领导的意图而不得不牺牲公共利益和相对人的合法权益。由此可见在这样的法律规定下，行政机关和公务员仍然可能会对违法的其他行政规范性文件无法行使选择适用权，例二中王凯锋的悲剧因而也就并不能完全避免。为避免条文规定模糊可能造成的适用混乱，借鉴国外的类似规定，可以有两种方式进行改进：一是像法国的规定那样，直接授予公务员对于违法命令的绝对不执行的权利。这样规定最大的优点是公务员可以排除上级机关的干扰独立的作出判断，只以法律正义和公共利益为行为的终极标准。缺点是公务员可能会因为自身法律素质不高、判断失误而错误的行使权利或滥用权利而导致行政管理秩序的混乱，使上级行政机关正确的命令也受到阻滞甚至无法实现。为了保证公务员审慎的行使这一权利，笔者认为可以配套的规定滥用权利的责任追究方式；二是可以借鉴德国的作

法，采用相对不执行和绝对不执行相结合的方式。一般说来，相对不执行是指公务员怀疑命令违法时，可以向上级反映，若上级坚持命令并要求执行则公务员可以免责；绝对不执行是指当命令可能导致犯罪或侵害人身尊严时，则公务员可以直接拒绝执行。违法命令相对不执行和绝对不执行相结合可以从程序上保障违法命令的判断更具科学性，在很大程度上可以避免公务员不执行违法命令权利的滥用，同时又为可导致犯罪或侵害人身尊严的违法命令设置了一道防火墙，防止在上级行政机关的强令下被执行的可能，彰显了人文精神和人本主义。因此这种规定方式应该是一种不错的选择。【7】

再一个问题是我国《公务员法》第54条规定的违法命令所包括的抽象命令中仅包括其他行政规范性文件，并不包括规章。规章和其他行政规范性文件除了制定程序略有区别以外，实际上并没有本质的不同。规章包括部门规章和地方规章，分别由各部委和有关的地方人民政府制定，在随着市场经济的发展而导致利益主体多元化和利益追求最大化的今天，极易诱发部门保护主义和地方保护主义，因此往往难以避免规章会成为部门利益和地方利益的载体，再加上规章的制定程序相对简略、行政相对人的参与程度不够和对其进行监督的机制往往处于虚置状态等诸多原因，导致规章规范与高阶位法规范相冲突的现象在现实中大量存在。由于行政机关和公务员对于规章没有选择适用权，当其怀疑规章规范与高阶位法规范发生冲突时，只能寻求上级有权机关的裁决，但是上级有权机关有时会怠于做出裁决或者为了某种利益而故意不予裁决，那么这时行政机关与公务员即使明知规章不合法也只能适用。但是法院是可以对规章进行审查的，那么在行

政机关和法院之间就存在着一个落差，从而导致行政机关不得不承担败诉的责任，而公务员个人也可能要承担某些个人责任。而这些责任都是由规章制定机关转嫁而来的，因为规章制定机关才是违法的源头，即使行政机关和公务员曾向规章制定机关或上级机关提出过异议，规章制定机关或上级机关怠于作出规章违法的判断仍然不能使公务员免责。在国外有些国家行政机关和公务员对规范合法性审查的范围要广得多，如在德国行政机关和公务员是可以对法规命令进行审查从而选择适用的。“公务员个人须对其活动的合法性负责，他的首要任务是根据一般法律规定解决有关优先问题，继而执行之。”“如上级拒绝作出决定而留给公务员自行处理（也许不能提供建议），那么公务员必须诚实地自行解决。”笔者认为，公务员服从上级的合法命令固然是一项法定义务。但是，一旦上级命令与法律相违背，公务员是否必须服从以及如何处理，是一个值得深思的问题。绝对服从或者说绝对不服从都是不可取的。公务员对于上级命令的服从与否，应当确立一个基本原则，即服从是原则，不服从是例外。这包括以下含义：通常情况下，公务员对于上级的命令应当服从，这是工作得以正常进行、社会得以稳定发展的前提条件。如果上级发布违法命令特别是涉及刑事犯罪的命令，下级应当绝对不予服从。如果对上级发布命令的合法性持怀疑态度，下级公务员有陈述意见的权利，但只要不涉及犯罪的命令，如果命令紧急，下级的意见陈述不得影响其同时执行。如果上级的命令不涉及明显的违法犯罪，下级在陈述意见后，应当在得到上级的书面说明后继续执行。由于我国法律体系和行政体制的层级过多，立法的规定相当原则以

及行政管理队伍中的家长制作风和对上级身份服从的思想具有很大的普遍性，所以，任何一个上级的行政官员即使在法律规定的范围内也实际上享有不小的权力，其所下达的命令，存在的违法几率是相当大的。因此，在国家公务员法中建立公务员对违法命令不予以服从的制度非常重要。这一制度应在以下几个方面作出规定：严格执行命令是原则，不执行是例外。这是贯彻首长负责制、保证行政管理统一和效率的需要。 公务员必须不服从的范围。应当确立如下标准：上级命令直接与法律相违背的；上级命令必然导致犯罪行为的。像有关贪污贿赂、报复杀人的命令，公务员不得执行；对于不符合法定身份的上级发出的命令，公务员有权不服从；对于不符合法定形式的上级命令，有权不执行；对超越法律规定权限的命令，公务员有权不予以执行。 不服从的方式。当公务员认为上级命令有明显违法的情况时，应当首先向上级提出自己的法律依据和正当理由，并要求上级作出书面答复，以排除其可能承担的法律风险。在紧急情况下，如果来不及向上级反映自己的意见和要求，必须是确信上级命令明显违法且将会给国家和人民生命财产造成重大损失，方可不服从该项违法命令，并且事后应当立即向上级报告情况。倘若是因为错误判断情况未经上级批准而不执行命令，其后果应当由本人承担。但是，对于上级任何有关犯罪行为的命令，公务员可以不经请示而拒绝执行。笔者以为，在国家公务员法正式确立公务对违法命令的不服从制度，至少有以下几个方面的意义：第一，具有适当限制的不服从是稳定宪法制度的需要。罗尔斯在著名的《正义论》中论及公民的非暴力反抗时，有这样一个精彩的片断：“非暴力反抗是一种

稳定宪法制度的手段，虽然按定义它是一种不合法行为。”但是，“具有适当限制和健全判断的非暴力反抗有助于维持和加强正义制度。通过在忠于法律的范围内反对不正义，它被用来禁止对正义的偏离，并在偏离出现时纠正它们。”【8】这就使得我们有理由借用罗尔斯的这一论点，并提出，在国家的行政体制中，公务员对违法命令的具有适当限制的不予以服从，是稳定宪法制度的手段和需要。第二，公务员对违法命令的不服从是正确执行命令的需要。第三，不执行违法命令是保障国家和社会和谐稳定、保证人民生命财产安全的前提条件之一。第四，公务员对违法命令的不服从完全符合公民担任公职的初衷。为什么要进入公务员队伍呢？因为我们希望能够服务于国家和人民，做广大人民群众最忠实的公仆，为共产主义事业奋斗终生，而不是要单纯地服务于上级。既然如此，面对违法命令，公务员显然不应该去执行，而应站在维护国家和人民利益的高度，勇敢地对违法命令说“不”！综上所述，在公务员法正式颁布实施之后，公务员法第五十三条因其直面传统和弊端的勇气和勇于革新、善于创新而被载入中国立法史册，不仅明确了“公务员不服从”的法理基础，而且对不服从的范围、方式和法律责任作出了开创性的规定，尤为关键的还在于从立法技术上给不服从的公务员提供了法律上的保障和救济。在此基础上，笔者期待着公务员法能得到进一步的修改和完善，笔者也希望，在今后，“官本位”的色彩渐渐淡化，“法本位”的理念深入人心，广大公务员在行使职权、履行职责的过程中真正做到“情为民所系，利为民所谋，权为民所用”。【9】只有这样，公务员才能真正地为国家作贡献，为最广大的人民群众谋利

益，才能成为名副其实的“公务员”！注释：【1】参见《中华人民共和国公务员法》第十二条。【2】刘松山《论公务员对违法命令的不服从》，载《中国法学网》。【3】胡健《公务员不服从的法理基础和实践应用》。【4】参考《关于公务员服从的义务与责任》。【5】参见刘松山著：《论公务员对违法命令的不服从》，载《法商研究》2002年第4期。【6】参见李庆钧：《利益关系的法律控制与和谐社会的构建》，载《南京社会科学》2005年第11期。【7】〔德〕G·本特纳著，朱标译《德国普通行政法》，中国政法大学出版社1999年版，第54页。【8】〔美〕约翰·罗尔斯·正义论〔M〕何怀宏等译，北京·中国社会科学出版社1997年，第372页。【9】参考刘松山：《再论公务员不服从违法命令的几个问题》，载《法学论坛》2003年第3期。（作者：刘晓芬，湖南省茶陵县人民法院）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)