

# 抵抗权在我国之探析

## ——以《公务员法》第五十四条为焦点

杨静<sup>1</sup>, 魏迪<sup>2</sup>

(1. 成都理工大学 文法学院, 四川 成都 610059; 2. 中南财经政法大学 研究生院, 湖北 武汉 430060)

**摘要:**《中华人民共和国公务员法》第五十四条有关公务员抵抗权的一般规定意义重大,即公务员依法不执行上级明显违法的决定或命令是在一定程度上代替了行政相对人行使抵抗权,应当完善这一制度使之具有更大的可操作性。

**关键词:**《中华人民共和国公务员法》; 公务员; 抵抗权; 行政相对人

**中图分类号:**DF31 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5315(2006)02-0023-05

2005年4月27日通过的《中华人民共和国公务员法》(以下简称《公务员法》)于2006年1月1日起施行。这是新中国成立以来我国首部干部人事管理的综合法律,是我国今后人事制度方面的基本法律,标志着我国干部人事制度管理纳入科学化、法制化轨道。该法有较多创新之处,比如“国家实行公务员职位分类制度”、“引咎辞职”等制度首次纳入法律视野。笔者在这里主要就有关公务员的“抵抗权”的创新规定谈一些管见,以期收到抛砖引玉之效。

### 一 《公务员法》相关条款释义

在之前的《公务员法》(草案)的征求意见稿中规定了“公务员不得对抗上级决定和命令”,但是由此也引发了比较大的争议。因为在公务员如何对待上级违法的决定与命令的问题上历来存在激烈的争论,“完全服从说”、“完全不服从说”和“相对服从说”各执一词,莫衷一是。究竟公务员可否对上级领导的决定和命令说“不”,在何种情形下可以说“不”,当时的很多意见认为草案中的规定过于绝

对。应该承认,这种观点是比较中肯的。对于上级命令只讲执行,不提建议和意见,不仅削弱了公务员的责任意识,而且在很大程度上减少了对上级决策进行纠错的机会,难免有造成不良影响之虞。针对这一意见,全国人大相关机构经过权衡,决定将“对抗”改为“拒绝执行”,通过后的《公务员法》第五十四条则这样规定:“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。”这就从两个方面明确了公务员的责任:一是提出“纠错”而没有被上级接受,公务员也应当立即执行;二是如果盲目唯上,执行了上级明显违法的决定或命令,公务员也要承担相应的法律责任。

根据全国人大法律委员会副主任李飞在2005年4月27日《公务员法》通过后的新闻发布会上的

收稿日期:2005-09-20

作者简介:杨静(1976—),女,四川省成都市人,成都理工大学文法学院讲师;

魏迪(1981—),男,江苏省徐州市人,中南财经政法大学宪法与行政法专业硕士研究生。

阐述,公务员有一个特性,就是要服从上级的决定和命令,这是为了保证政令畅通,令行禁止,发挥公务员高效的要求。鉴于在公务员如何对待上级违法的决定与命令的问题上历来存在激烈的争论,所以“《公务员法》没有从正面规定公务员对于明显违法的决定或命令可以拒绝执行,但规定公务员执行明显违法的决定与命令要依法承担相应的责任,从另一个角度肯定了公务员可以不执行违法的决定与命令”[1](145页)。因此对于上级明显超越职权、滥用职权或者严重违法违反法定程序等明显违法作出的决定或命令,可以拒绝执行。一般来说,公务员在执行公务的时候,如果认为上级作出的决定或命令有错误,存在失当或不正确、不合适的地方,也包括违法的,公务员就有权向上级提出要求改正或者撤销。如果上级不改变决定和命令或要求立即执行的,公务员还是要服从,但执行决定和命令的后果由上级负责,执行这个任务,公务员不承担责任。但是如果上级作出的决定和命令明显违法,有些甚至是显而易见的,不用说公务员——就连一般老百姓都明知其是违法的,比如说走私、刑讯逼供、做假帐、逃税等严重违法的决定或命令,如果公务员此时执行了的话,除了下命令的负责人、上级依法承担责任外,执行的公务员也要承担相应的法律责任。从反面来说,也就意味着公务员此时有权拒绝执行。这也就是其他法律在规定行政责任和刑事责任的时候,经常有这么一句惯例的话:负有责任的主管人员和直接责任人都要受到法律责任的追究。负有责任的主管人员就是指上级,直接责任人员就是指直接做事的公务员或当事人。

从李飞的解释中我们可以推知,《公务员法》在公务员如何对待上级违法的决定与命令的问题上基本采纳了“相对服从说”,赋予了公务员以一定程度的抵抗权。针对第五十四条公务员可向上级说“不”的规定,应该说从草案中的“完全服从说”到通过后的“相对服从说”,这样的规定既是现实的需要,也是法治进步的表现。

## 二 抵抗权的含义、流变与意义

学理上所谓的抵抗权<sup>①</sup>,本是西方政治和宪法意义上的一个专有概念,特指公民拥有的对于统治者以不正确的法律侵害、压制其人权,于必要时可以对由国家法律所产生的义务,采取不服从以至反抗的权利。就其政治学基础而言,公民的抵抗权来源于

天赋权利、社会契约论等自然法思想。抵抗权经历了“起源——传播——发展”的过程,并且大致可分为政治意义上的抵抗权、宪法上的抵抗权和行政法上的抵抗权几个层面<sup>②</sup>。最早规定公民抵抗权的是1776年美国弗吉尼亚州的人权宣言,而相隔不到半个月的美利坚《独立宣言》则这样规定:“当追逐同一目标的一连串滥用职权和强取豪夺发生,证明政府企图把人民置于专制统治之下时,那么人民就有权利,也有义务推翻这个政府,并为他们未来的安全建立新的保障。”同年公布的马里兰州宣言也对抵抗权作了相应规定。1789年法国著名的《人权宣言》第二条规定:“任何政治结合的目的都在于保护人的自然的和不可动摇的权利。这些权利就是自由、财产、安全和反抗压迫。”当然,鉴于当时的情势,这种规定更多的在于其政治意义而非法律意义。但是毋庸置疑的是,正是这些规定奠定了后来的抵抗权发展的基础。而《人权宣言》的规定与精神已然被现行的1958年法兰西第五共和国宪法所确认。后者在序言中明文规定:“法国人民庄严宣告,他们热爱1789年所规定的、并由1946年宪法序言所确认和补充的人权和国家主权的原则”,从而严肃地表达了对人权的至爱。按照法国宪法委员会于1971年在“结社自由案”中所确立的“合宪性规范体系”,《人权宣言》所宣示的各种权利和自由构成宪法的一部分,任何主体的行为都不能置于其之上,否则将被视为违宪[2](91—92页),而且法国学界亦基本一致地认为,抵抗权作为与其他基本权利一样的权利,已经深深地刻在了广大民众的心底。在1968年《德意志联邦共和国基本法》第十七次基本法修正案中,增订了第二十条第四款,规定对于任何意图排除基本法第一至三项之秩序者,在别无其他救济程序时,任何德国公民皆拥有抵抗权。

在宪法中规定公民抵抗权的本意是允许公民为保护自身基本权利、维护宪法秩序和防止政府专制,在特别必要时可以反抗专制的法律、抗拒国家机关的违法。但是,不可否认的是,如果不对抵抗权的行使要件加以一定限制的话,法律的安定性和国家的稳定与权威就有被破坏之虞。但是,在有关抵抗权之行使要件的问题上历来观点不一,产生了众多争议。比如在德国即有宪政秩序之公然侵害论、后果成功论、全面排除论和最后手段论等等众多学说意图对此予以解说。近来在德国基本将“抵抗权”仅

作为“保持或回复法秩序之紧急之权”，其实施要件是，抵抗权所欲排除之非法行为必须已显然可见，而且为了排除非法，并无其他可预见之有效法律救济手段可资利用，才得运用抵抗权作为保持或回复法秩序之最后手段<sup>[3]</sup>。显然，该种要件为抵抗权的行使设定了比较严厉的限制。正因为此，使得德国“基本法虽然承认这个权利之存在，但距今整整二十年，却未有一个有关人民援引的抵抗权案件，获得联邦宪法法院之认可”<sup>[4]</sup>（635页）。实际上，在西方那些较为成熟的立宪主义国家，基本权利一般已经得到较为满意的保障，故一般情况下实施抵抗权并无必要，因此抵抗权在实践中也并不多见。但是这并不能否认其在价值层面的重大意义。

### 三 我国行政法上的抵抗权

前面所述基本上是政治意义与宪法意义上的公民抵抗权，而且由于其牵涉到敏感的国家政治问题，致使其在实践中并无多少可圈可点之处。但是，当我们把目光转到行政法上的相对人抵抗权时，却会发现别有一幅图景。不容否认的是，行政法上相对人的抵抗权的法理基础来源于宪法上的公民的抵抗权，只是二者的内涵、外延和作用的领域有区别罢了，因此将行政法意义上的抵抗权视为前者的变换形式似乎也未尝不可。时下，有关行政相对人的抵抗权在许多国家已经通过建立无效行政行为制度进行了比较充分的实践。无效行政行为理论是行政相对人的抵抗权安身立命的直接基础。正是无效行政行为为自始无效或当然无效，行政相对人才得以享有行政抵抗权。“行政行为无效的法律制度，实际上是在法律上赋予人们直接根据自己对法律的认识和判断，公开无视和抵抗国家行政管理的权利”<sup>[5]</sup>（102页）。当然，这里涉及到行政行为的公定力这个在学界富有争议的问题。但是应该看到的是，目前我国无论是理论界还是立法例都基本上偏向于有限公定力说，可以说后者已然成为我国的通说<sup>③</sup>，而这一点与德国、日本等成熟的法治国家相类同。对于如何判断无效行政行为，国外多采“重大瑕疵与明显瑕疵”的标准，而我国最高人民法院1999年颁布的关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释第九十五条也倾向于这种标准<sup>④</sup>。而从《公务员法》第五十四条也可以看出，“明显违法”的用语采用的主要也是这种标准。

综观我国的法律规范可知，其实早已有法律对

抵抗权作规定，只是这些规定比较分散，大多见之于一些比较专门的法律规范当中。如1995年颁布的《中华人民共和国人民警察法》第三十二条规定：“人民警察必须执行上级的决定和命令。人民警察认为决定和命令有错误的，可以按照规定提出意见，但不得中止或者改变决定和命令的执行；提出的意见不被采纳时，必须服从决定和命令；执行决定和命令的后果由作出决定和命令的上级负责。”第三十三条：“人民警察对超越法律、法规规定的人民警察职责范围的指令，有权拒绝执行，并同时向上级机关报告。”而1996年颁布实施的《行政处罚法》第五十六条则规定：“行政机关对当事人进行处罚不使用罚款、没收财物单据或者使用非法定部门制发的罚款、没收财物单据的，当事人有权拒绝处罚，并有权予以检举。”2001年修正的《税收征收管理法》第五十九条、2002年施行的《税收征收管理法实施细则》第九十九条规定等都对此问题作了相应的规定。

可以看出，前述几部法律规范主要是对行政相对人——警察只是一个特定部门、行业的公务人员——的抵抗权而作的规定，而这次《公务员法》第五十四条则将抵抗权的行使主体扩大到一般意义上的公务员这个群体，这显然比以前的法律更进一步。对照一下《人民警察法》的前述条款与《公务员法》第五十四条可以看出，二者的结构与含义大致相当，后者主要是将人民警察这个主体扩大到一般的公务员这个群体，因此不能否认对前者的借鉴与采纳。抵抗权之行使方式，一般说来可以分为不服从和实力抵抗两种。前者是指依照平时的法律，负有服从义务的国民——尤其是公务员，可以不服从上级的命令；而实力抵抗则是积极采取反击及抗拒等行为来抵抗<sup>[4]</sup>（618页）。从法律规范本身来说，在第五十三条的有关公务员必须遵守的十六项纪律中赫然写着不得“拒绝执行上级依法作出的决定和命令”后又在第五十四条规定了抵抗权条款，从先后顺序来看，可以推知抵抗权条款正是针对该款纪律规定所作的特殊规定。按照“特别规范的效力优于一般规范”的原理可知，在出现这类特殊情形时，应优先适应第五十四条。根据第五十四条，公务员认为上级的决定或命令有错误的，可以提出异议，但是执行与否则取决于上级的意思。而该条所规定的“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”则还是有比较多的曲折含义在



里面。对于法律条文采反面解释,则如果公务员对于明显违法的决定或命令未向上级提出改正或撤销该决定或者命令的意见而径直执行的,需要承担一定的法律责任。因此法条中的“可以”,事实上也是一种义务,已经包含了“应当”的含义在里面[6](259页)。该条款实际上包含了这样的意思:公务员对于明显违法的决定或者命令,必须予以反对、不执行,否则,其本身就要承担相应的法律责任。

而对于公务员行使这种权利与行政相对人的抵抗权的关系,因为公务员并非行政相对人,其在这里是作为一个国家公职人员而发生意义的,所以不能把其行使该种权利勇敢地直接等同于相对人的抵抗权,但也并非毫无关系。笔者认为公务员对违法命令的不服从会一定程度上代替人民行使部分抵抗权。按照国家机关工作人员是人民的公仆的观点可以知道,其职责即是为人民服务,为公共利益服务。但公务员通过什么途径为人民服务呢?根本的途径和方式就是服从宪法和法律的规定,依法服从上级的职务命令与决定,做好本职工作。我们知道,法律规范一般是较为确定的,而上级的职务命令或决定则具有很大的不确定性,问题还不止于此,更重要的在于并不能保证命令或决定全部是合法的。一旦上级的命令或决定是违法的,下级公务员如何处理就是个值得关切的问题。当然,按照现代民主制度的逻辑,公务员对上级的服从是职务上的服从而非身份上的服从,故公务员应当选择依法不服从上级的违法命令与决定。下级公务员也只有作出这样的选择,才从本质上符合其为人民服务的宗旨。但应当看到的是,这一做法实际上只是一定程度上代替了人民行使了抵抗权。之所以强调其仅仅是一定程度上,原因在于这里面存在这样的细节:公务员对于上级明显违法的决定或命令已经提出了异议,但是上级依然强烈要求执行的,此时公务员应该如何权衡处理则是一个问题。执行了就要依法承担相应的法律责任,不执行则要承担上级的压力,有把与上级的关系闹僵之虞,公务员此时的处境的确进退维谷,有一个利益博弈与选择的过程。因为在我国目前的制度体制下,下级公务员倘若与上级关系处理不好,无疑对其自身的发展极端不利,甚至可以说是葬送了自己的仕途。倘若公务员最终选择了依法不执行上级违法的决定与命令,则他肯定是经过了将自己的利益在依法不执行命令或决定和服从上级违法的决

定或命令之间作过权衡的。公务员在利益博弈之后决定不执行明显违法的决定或命令,也顺带着起到了代替人民行使抵抗权的作用。因为按照马克思主义法学的观点,由于法律是广大人民意志的表现,因此,公务员依法不服从上级违法的命令或决定也就是服从了人民的意志,维护了人民的利益。

可以看出,在这里存在着公务员作为一个“经济人”的行为选择的过程。而这里并不能一概完全地否认公务员有违法服从上级明显违法的命令或决定的逻辑上的可能性。在利益博弈中,只要哪种行为成本小、于己身收益大,则行为人一般就会选择哪种行为模式。当违法的成本小于守法的成本时,选择违法也就可想而知。虽然不能否认利他主义和公正无私的存在,但对于大多数普通人而言,很难做到这点。在制度约束不够强的情况下,公务员必然作出“寻租”行为,即以自己掌握的权力做交易,换取其他利益;在有可能影响自己前程和官位的时候,接受上级的压力<sup>⑤</sup>。

有些论者认为公务员代替公民行使部分抵抗权,对于违法命令不予服从具有诸多积极的意义:(1)可以使行政管理中一些错误的决策和决定止于执行者,在行政机关内部就得到消解;(2)可以使公众免受违法命令的直接侵害,合法权益得到保障;(3)可以在更大范围内避免社会矛盾的激化,维护社会稳定;(4)有利于树立国家机关的权威,保障行政管理职权的顺利行使[7]。但是基于前面所说的原因,笔者对此并不抱过分乐观的态度。因此如何在此基础上设计更为有效的约束制度,则还有很多工作要做。

#### 四 余论:任重而道远的期盼

到目前为止,我国的宪法还没有赋予公民以抵抗权。我国宪法第四十一条尽管规定了公民对于国家工作人员的违法失职行为有申诉、控告或检举的权利,但这些权利并不能说是公民的抵抗权。同时由于我国宪法时下的特殊遭遇<sup>⑥</sup>,使得就连这些规定在实践中也很难操作。虽然如前所述,我国一些法律规范也规定了相对人的抵抗权,但是由于比较分散、凌乱,缺少比较统一的规定,因此并未形成系统完整的制度。该种模式被有些论者概括为存在三种不足:一是由于分散的规定致使难以形成全面系统的制度;二是仅限于赋权性规范,而缺少具体的操作规范;三是有悖于法律的公正性[8]。

作为我国人事制度方面的基本法律的《公务员法》第五十四条将抵抗权的行使主体扩大到普遍意义上的公务员群体,在这方面明显比以前的法律更进一步。当然,作为《公务员法》的重要条款,公务员对上级违法的决定或者命令应当采取的态度,不能仅仅落脚于可否说“不”上,还应该甚至主要应该更多地着眼于具体的前提条件、权利义务、配套细则、救济方法等方面,以便进一步予以细化和完善,从而保证法律规范明确具体、切实可行。比如对于

何谓明显违法的决定与命令——尽管走私、刑讯逼供、做假帐、逃税等可以比较清晰地辨认出来,但不可避免的会有一些处于明显违法与不明显违法的边缘地段的决定与命令,此时如何分辨则还是一个有待于解决的比较棘手的问题。不可否认的是这也给公务员自身带来了辨别的风险与责任,在这些情形下,如何更好地确定公务员的权利界限与责任,则还是一个未明确的课题。

### 注释:

- ①抵抗权理论一般是西方国家公法学的一个重要的课题,我国台湾学界也有较多论说,但在大陆学界鲜见系统、深入的论述。近年来有关的一些概要论述,较有代表性的述说参阅杜钢建:《抵抗权理论比较研究》,载宪法比较研究课题组编:《宪法比较研究文集》,南京大学出版社1993年版;王锡铤:《行政行为无效理论与相对人抵抗权问题探讨》,《法学》2001年第10期;金伟峰:《相对人抵抗权与中国的行政法治实践》,《浙江大学学报》(人文社会科学版)2004年第3期。
- ②有关抵抗权的产生与发展的过程的详细阐述及其与革命权、和平反抗权等概念的甄别,请参阅(台)陈新民:《德国公法学基础理论》下册,山东人民出版社2001年版,第603-646页。
- ③罗豪才主编:《行政法学》,北京大学出版社1998年版,第115页;姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社1999年版,第159页。有关于此问题的相反观点的详细论述,参阅叶必丰:《行政行为的效力研究》,中国人民大学出版社2002年版,第80—87页;沈岍:《法治和良知自由:行政行为无效理论及其实践之探索》,《中外法学》2001年第1期。
- ④该解释第九十五条这样规定:被申请执行的具体行政行为有下列情形之一的,人民法院应当裁定不准予执行:(一)明显缺乏事实根据的;(二)明显缺乏法律依据的;(三)其他明显违法并损害被执行人合法权益的。
- ⑤参见包万超:《法官与经济人假设》,《法制日报》1999年7月1日第7版。需要说明的是,尽管包万超博士在该文中是在阐述作为经济人的法官,但是笔者将之扩大到公务员也未尝不妥,更何况我国的《公务员法》所指的公务员范围十分广泛,法官、检察官等均被囊括其中。
- ⑥学界基本一致地认为目前我国宪法的尴尬处境缘起于缺少违宪审查或宪法诉讼制度,相关论述不可胜数。相对具有代表性的专门著述可以参阅王磊:《宪法的司法化》,中国政法大学出版社,2000年版;王振民:《中国违宪审查制度》,中国政法大学出版社,2004年版。

### 参考文献:

- [1]李飞. 中华人民共和国公务员法释义[M]. 北京:中国市场出版社,2005.
- [2]韩大元主编. 外国宪法[M]. 北京:中国人民大学出版社,2000.
- [3]高涌诚. 自力救济? 抵抗权? 特权? [N]. 自由时报(台湾), 2003-10-25.
- [4]陈新民. 德国公法学基础理论:下册[M]. 济南:山东人民出版社,2001.
- [5]于安. 德国行政法[M]. 北京:清华大学出版社,1999.
- [6]胡光宝,张春生主编. 中华人民共和国公务员法释解[M]. 北京:群众出版社,2005.
- [7]刘松山. 再论公务员不服从违法命令的几个问题[J]. 法学论坛,2003,(5).
- [8]柳砚涛,刘宏渭. 论无效行政行为防卫权及其矫正机制[J]. 行政法学研究,2003,(2).

[责任编辑:苏雪梅]