

依命令之职务行为合法化探究

——从有效、约束命令切入

马 骏

(合肥工业大学 法学系,安徽 合肥 230009)

[摘要] 依命令之职务行为的合法化前提是必须存在一定有效的、具有约束力的命令。有效、约束命令的范围为不明显违法的命令。是否明显违法,应当从命令的形式和内容两个方面进行考察。对有效、约束命令的认识错误属于对合法化事由前提条件的认识错误,应阻却故意的成立;在法律规定处罚过失犯的情况下,成立过失犯罪。

[关键词] 依命令之职务行为; 有效; 约束力; 明显违法

[中图分类号] D914 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2015)02-0069-05

一 问题的提出

依命令之职务行为,又称执行职务命令的行为,是指公务人员依照上级的命令实施的职务行为。关于依命令之职务行为的合法性,许多国家和地区都有明文规定,如意大利刑法第51条第1款规定:“行使权利或者履行由法律规范或公共权力机关的合法命令赋予的义务,排除可罚性。”西班牙刑法第8条规定:“……遵从适当之命令的行为,免除刑事责任。”泰国刑法第70条规定:“依公务员命令的行为,不予处罚。即使其命令违法,如果有服从的职责或者善意认为有服从的职责的,也不处罚,但是明知其违法的除外。”俄罗斯联邦刑法第42条第1款规定:“行为人为执行对他具有强制力的命令或指令而对受刑法保护的利益造成损害的,不是犯罪。造成损害的刑事责任应由发出非法命令或指令的人承担。”我国台湾地区刑法第21条第2款规定:“依所属上级公务员命令之职务上行为,不罚。但明知命令违法者,不在此限。”我国澳门地区刑法第30条第2款规定:“尤其在下列情况下作出之事实,非属不法:……c)履行法律规定之义务或遵从当局之正当命令;……”我国刑法并未规定执行命令行为不为罪,但我国公务员法第12条第5项规定,公务员必须服从和执行上级依法发布的命令和决定;第53条第4项规定,公务员不得拒绝执行上级依法发布的命令和决定。

依命令之职务行为合法化的前提是一定有效、

约束命令的存在,这在理论界几乎是没有任何争议的。所谓命令,就是上级要求下级实施某种行为的意志体现^[1]。命令与服从是国家权力运作的基本方式之一,也是国家公务活动顺利展开的最基础的条件。尽管各国法律对这种上下级之间的命令与执行的协调关系都予以了确认,但并非上级所发布的任何命令,下级都负有执行的义务,只有符合一定条件的、有效的、对下级具有约束力的命令,才属于下级应当执行的范畴。

二 有效、约束命令的范围

关于如何确定有效性、约束力命令的范围,学界则存在着较大的争议。

日本学者一般认为,下级只有在执行上级合法命令的情况下,才能阻却违法。执行违法命令时,不能阻却违法,至多只可能欠缺期待可能性而阻却责任。如西原春夫指出,在根据上级长官的命令所实施的职务行为的场合,上级长官所发布的职务命令必须具备以下条件:其一,命令必须由对下级具有一定职务上的监督权限的上级机关所发布;其二,命令的内容必须属于下级的职务权限范围内;其三,命令的内容必须符合法律的规定。对于上级长官发布的违法命令,下级有拒绝执行的义务,执行违法命令的,不能阻却违法性,只是由于缺乏期待可能性之故而有承认阻却责任的余地^[2]。日本判例一般也持这种观点^[3]。此外,意大利学者也认为,执行公共

[收稿日期] 2014-12-02

[基金项目] 合肥工业大学博士专项科研基金项目“风险社会中容许的危险理论研究”资助(编号:J2014HGBZ0118)

[作者简介] 马骏(1979-),男,湖北江陵人,合肥工业大学法学系讲师,法学博士。

权力机关发布的命令的行为,只有在命令的形式和内容都合法的情况下,才能成为排除犯罪的事由。如帕多瓦尼认为,规定义务的命令要具有排除犯罪的效力,就必须合法,不论形式或是实质,都必须符合法律的规定。如果命令本身不合法,就没有排除犯罪的效力,执行这种命令,就是具有客观违法性的典型事实。执行不合法命令不是正当化原因,但可能影响执行人的主观罪过^[4]。

德国学者一般认为,只要上级命令不明显违法,就具有有效性或者约束力,下级应当予以执行。如有学者认为,指令若是遵守了形式上的规定(包括权限、格式),并且内容没有明显违反法律,其有效性一般应予以承认。在指令违法的情况下,应处理服从义务与不得违反法规范义务之间的冲突问题,若前者相对于后者处于优先地位,那么执行违法指令也仍然阻却违法^[5]。有学者认为,服从义务应以有约束力的指令为依据,约束力的标准并不仅仅限于合法的指令,形式合法而内容不明显违反法秩序的指令也具有约束力。在指令具有约束力但却例外违法的场合,部下也应成立合法化事由。理由是,下级对上级的服从义务较之对法秩序的服从义务显得更为重要^[6]476-477。还有学者认为,有约束力的命令并不限于合法的命令,即使在例外违法的情况下,也能成为下级的正当化根据。在这种情况下,存在着服从义务与不得违反法秩序要求之间的冲突,在这种冲突中,服从方面的利益优先于轻微违反所侵犯的利益^[7]515。此外,也有学者认为,只有在命令合法的情况下,才能排除违法性,在命令违法的场合,则不能排除下级行为的违法性。如李斯特指出,长官向属下所发布的命令若违反法秩序,则不能排除依该命令所实施之行为的违法性。但属下可不因依违法命令所实施之行为而受到非难^[8]。

法国学者对此存在着3种不同的见解。第一种见解认为,下级必须无条件服从上级,上级发布的命令,无论是否非法,下级都负有执行的义务。第二种见解认为,下级有权对上级命令的合法性作出评判,只有合法的命令,下级才负有执行的义务,非法的命令,下级应拒绝执行。第三种见解认为,在命令明显非法时,不具有可执行的效力,在命令不明显非法时,下级则负有执行的义务^[9]。

韩国学者对此也存在不同的看法。第一种观点认为,依照上级命令的职务行为阻却违法必须以命令本身的适法为条件,执行违法命令的,不能阻却违法性,但可能欠缺期待可能性而阻却责任。这也是通说和判例的见解。第二种观点认为,具有约束力的命令

并不限于合法的命令,即使命令违法,只要对命令的服从义务优先于对法秩序的服从义务或显得更为重要时,也能根据义务冲突的原理阻却违法性^[10]。

俄罗斯学者对此也存在着争议。一种看法认为,执行命令的行为排除犯罪性必须以命令或指令合法为前提条件^[11];另一种看法则认为,执行命令的行为排除犯罪性只需命令不明显违法即可成立^[12]。

我国台湾地区 and 大陆地区大多数学者都认为,只要命令在形式上符合法律的规定,下级就应当予以执行^①;但也有少数学者认为,只有在命令的形式和内容都合法的情况下,才对下级具有执行的约束力^[13];还有个别学者认为,只有在命令形式合法并且实质内容不明显违法的情况下,才对下级具有执行的效力^[14]94。

对此,笔者认为,有效性、约束力命令范围的确定,一方面要有利于职务行为的顺利实施,充分实现对公共利益的维护,另一方面也要对职务行为的行使进行适当地限制,以实现相对人权利的保障,即实现维护社会利益与保障人权的平衡。认为上级的命令无论是否违法下级都应当执行的见解无限扩大了有效性、约束力命令的范围,尽管有利于职务行为的顺利实施和实现对公共利益的维护,但不利于实现对相对人权利的保障。认为上级发布的命令只要在形式上符合法律规定下级就应当执行的见解,一方面有利于职务行为的顺利实施和实现对公共利益的维护,另一方面又对命令的范围进行了一定的限制,体现了对相对人权利的保障。但该见解仅仅只从形式上对命令的范围进行了限制,在命令形式合法但内容明显违法的情况下,其仍然属于可执行之列,这样不利于对相对人权利的保障。因此,该见解也不适当地扩大了有效性、约束力命令的范围。认为上级发布的命令只有在形式上和内容上都符合法律规定的情况下下级才负有执行义务的见解,尽管有利于实现对相对人权利的保障,但不利于职务行为的顺利实施和实现对公共利益的维护,因而不适当地缩小了有效性、约束力命令的范围。认为只要命令不明显违法下级就应当予以执行的见解,一方面有利于职务行为的有效行使,实现对公共利益的维护,另一方面又从形式和内容两方面对命令的范围进行了限制,有利于实现对相对人权利的保障,是可取的。但将执行违法约束命令的情况视为义务冲突则是不合适的,首先,一方面认为有效的、具有约束力的命令包括违法的命令,一方面又认为执行违法的、有约束力的命令不能通过依命令之职务行为来说明其正当性,而只能根据义务冲突的原理来解

释其正当性,这本来就是自相矛盾的。其次,义务冲突是指同时负有两个以上的义务,在无法同时履行的情况下选择其中之一履行的情况。义务冲突产生的前提是必须同时存在两个以上的义务,而对上级违法命令的服从义务与不得违反法秩序要求的义务则是不可能同时存在的,肯定对上级违法命令的服从义务,也就意味着否定不得违背法秩序要求的义务,反之亦然。因此,根据义务冲突的原理来说明执行违法约束命令的正当性是值得商榷的。执行违法的、具有约束力的命令的正当性理应通过依命令之职务行为来加以说明。尽管命令本身违法,执行违法命令表面上似乎违反了法秩序的禁止性规定,但作为一定有效的、具有约束力的命令,下级负有执行的义务。由于这种体现服从义务的允许性规范的介入,最终使得法秩序的禁止性规定失效^②,这样,执行违法约束命令的正当性就通过依命令之职务行为得到了说明。

因此,作为依命令之职务行为合法化前提的有效、约束命令,必须是不明显违法的命令。这一点在许多国家的刑法中都得到了确认,如法国刑法典第122-4条第2款规定:“完成合法当局指挥之行为的人,不负刑事责任,但此种行为明显非法者,不在此列。”保加利亚刑法典第10条规定:“由于执行依照规定程序发布的职务上的非法命令所实施的行为,如果这个命令不是显然犯罪的,该行为不是有罪的。”俄罗斯联邦刑法第42条第2款规定:“明知命令或指令非法而执行命令或指令而实施故意犯罪的人,应按照一般根据承担刑事责任。不执行显然非法的命令或指令的,不负刑事责任。”加拿大刑事法典第32条第2款规定:“受军法约束而须服从上级总监命令者,服从其上级总监关于镇压暴乱之命令,应视为正当。但命令明显违法者,不在此限。”第3款规定:“因服从治安官之命令而使用武力镇压暴乱者,如符合下列情形,应视为正当:一是系出于善意行事;二是治安官之命令非明显违法。”此外,我国公务员法对此也进行了确认。根据公务员法第12条、第54条的规定,公务员有服从和执行上级依法发布的命令的义务,执行明显违法的命令的,应承担相应的法律责任。即只有不明显违法的命令,公务员才负有执行的义务。

三 有效、约束命令的判断

关于不明显违法命令的判断,应当从形式和内容两个方面进行考察。从形式上看,命令必须是上级公务人员在其职务权限范围内依照法定程序和形

式所发布。首先,命令必须是公务人员所发布。非公务人员所发布的命令,如父母对子女、雇主对雇员等,由于并不体现为一种公务活动,因而不能成为依命令之职务行为的合法化前提。执行这种命令的行为若符合正当业务行为的成立条件,则可以正当业务行为阻却违法性。其次,发布命令的公务人员与执行命令的公务人员之间必须具有职务上的上下级关系。职务上的上下级关系,是指职务上的监督、管理关系。这种监督、管理关系主要体现为:其一,职务上的隶属关系。职务上的隶属关系并不仅仅局限于直接隶属关系,本系统内具有垂直领导、监督、管理关系的也应包括在内。如公安人员既要服从其所在部门的直属上级所发布的命令,也要服从公安局长所下达的命令。其二,职务上的非隶属监管关系。这种非隶属监管关系既包括本系统内的监督管理关系,又包括本系统外的监督管理关系。前者如司法警察依法执行法官、检察官作出的职务命令或决定;后者如公安人员依法执行检察机关作出的逮捕、拘留决定,公安人员依法执行同级或上级监察部门作出的命令或决定等等。不存在职务上的监督管理关系的公务人员之间并不存在上下级关系,一方所发布的命令,另一方不负有执行的义务。再次,命令必须是上级公务人员在其职权范围内发布。这里的职权范围既包括抽象的职权范围,又包括具体的职权范围。抽象的职权范围是指法律规定的关于特定种类的公务人员的一般职权范围。具体的职权范围是指基于职务的具体分工、委任、指定而产生的对具体事项的职权范围。超越抽象或具体的职权范围发布的命令,下级不应执行。前者如税务局长命令下属将不缴纳税款的纳税人予以拘留;后者如巡警队长命令警员对犯罪嫌疑人实施刑事拘留。最后,命令必须是上级公务人员依照法定程序和形式发布。如执行拘留、逮捕必须签发拘留证、逮捕证,执行死刑必须下达书面执行死刑命令等。违反法定程序和形式发布的命令,下级不应执行。作为依命令之职务行为合法化前提的有效、约束命令必须符合以上形式上的要求,违背形式要求的命令则属于明显违法的命令。

从内容上看,命令的内容必须不明显违法。所谓明显违法,是指命令的违法性能够为一般人所轻易识别。这里的一般人,并不是指作为全体社会成员的一般人,而是指从事特定职务的一般人。各国刑法理论、立法和司法实务一般将具有侵害人的尊严、危害人的生命或身体、违反国际法一般原则(如虐待战俘、在押犯等)等内容的命令视为明显违法

的命令。如根据《德国公务员权利框架法》第56条第2款第3项以及第38条第2款第2项的规定,公务员必须执行上级的命令,“只要分配给他实施的举止行为不是应受刑事处罚的或者违反秩序法的……或者……侵犯自然人的尊严的。”^{[7]514} 韩国有判例认为,下属对上级所发布的适法命令有服从的义务,但命令若是要求其以参考人的身份被传唤的人实施拷问等明显违法的行为的,则不能视为职务上的命令,下级也没有服从的义务^[15]。

除此之外,尽管命令的违法性不能够被一般人所轻易识别,但执行该命令的行为人明知其违法的,也应视为明显违法的命令。因为在这种场合下,无法援用合法性推定,对于行为人而言,执行该命令与应当受到处罚的行为的结果完全是相同的,因而不具有约束力^{[6]476}。这里的明知,是指确切地了解到、认识到,仅仅只对命令内容的合法性存在疑虑的,不能视为这里的明知。在这种情况下,该命令仍然属于不明显违法的命令。对命令内容的合法性存在疑虑的,应向上级表明自己的疑虑,但本身并不能改变该命令的有效性、约束性,若上级要求必须执行的,行为人则负有执行的义务。正如德国学者罗克辛指出,“在等级结构中存在的状况是,如果有怀疑,说话算数的必须是上级,他在大多数情况下也被赋予了对事件更大的权限。例外情况仅仅在这里,‘上级的决定在事实方面或者法律方面不再是有理的’,也就是说,这种根据命令进行的举止行为的刑事可罚性是很明显的。”“许多人赞成,把下级限制在一种异议表示权上,并且把决定权交给上级,因为人们可以设想,上级是具有更广阔的眼界的。因为他掌握着全局并且因此承担着责任,所以,在这样一种从一开始就有争论的冲突情况中,就不存在着他会滥用自己权力的危险。”^{[7]514} 若仅仅对命令内容的合法性存在疑虑而不予执行,则必然使得命令与服从的协调关系受到破坏,使得各行政部门处于瘫痪状态,不利于职务行为的顺利实施,从而实现对公共利益的维护。我国公务员法第54条对此也作了规定,公务员在执行上级命令时,若认为上级的命令有误的,可以向上级请求变更或撤销该命令,上级坚持不变更或撤销该命令并要求立即执行的,公务员应当执行,执行的后果由上级承担,公务员不承担责任。但执行明显违法命令的,公务员应承担法律责任。

当下级通过对上级发布命令的有效性进行审查并最终确定不存在明显违法的情况时,则应推定该命令合法。正如德国学者耶赛克指出:“像这样的场合,应当从推定有权限的上司、长官的指示是合法

的观点出发。只要合法性的推定所及,指示就是具有约束力的,即使实际上该指示是错误的。”^{[6]475} 我国也有学者认为,命令的有效性是成立执行命令行为正当化事由的前提,应当从形式上合法和内容上不明显违法两个方面来理解。命令有效性的判断就是对上级命令合法性的推定^{[15]94}。

四 对有效、约束命令认识错误的处理

综上所述,作为依命令之职务行为合法化前提的有效、约束命令,只能是不明显违法的命令。执行明显违法的命令的,不能以依命令之职务行为阻却违法。若上级发布的命令并不具有有效性、约束力(即明显违法),而行为人主观上误认为该命令具有有效性、约束力并执行的,属于对合法化事由前提条件的认识错误,应成立假想职务行为。

对该问题的处理,大陆法系刑法理论存在不同的学说。严格责任说认为,对合法化事由前提条件的认识错误属于违法性认识错误,不阻却故意。当这种错误不可避免时,则阻却责任。消极的构成要件理论认为,合法化事由的前提条件属于消极的构成要件的内容,故对合法化事由前提条件的认识错误属于构成要件事实的认识错误,阻却故意。当存在过失并有处罚过失犯的规定时,成立过失犯罪。限制责任说认为,对合法化事由前提条件的认识错误虽然不属于对构成要件事实的认识错误,但与构成要件事实的认识错误存在基本类似的构造,应按照构成要件事实的认识错误来处理,即阻却故意,当存在过失并有处罚过失犯的规定时,成立过失犯罪。目前,限制责任说是大陆法系刑法理论的通说。我国刑法理论一般认为,故意的成立不仅要求对客观构成要件事实有所认识,还要求对行为的社会危害性有所认识。当存在假想职务行为时,由于行为人主观上误认为作为依命令之职务行为合法化前提的有效、约束命令是存在的,因此缺乏对行为社会危害性的认识,从而阻却故意的成立。又由于公务人员一般都受过法律专业培训,对明显违法的不具有有效性、约束力的命令往往都具有认识的可能性,因此,不能排除过失的存在。在法律规定处罚过失犯的情况下,则应成立过失犯罪。可见,尽管我国的犯罪理论体系与大陆法系国家存在很大的差异,但得出的结论基本上是一致的。

注释:

① 参见,林钰雄.新刑法总则[M].北京:中国人民大学出版社,2009:212;林山田.刑法通论:上册[M].台北:台大

法学院图书部,2005:349-350;马克昌.犯罪通论[M].武汉:武汉大学出版社,1999:818-819;高铭暄,朱本欣.依命令之职务行为正当化研究[J].中国刑事法杂志,2003(1):25-27.

②作为一定法秩序的刑法规范,其中不仅包括禁止性规范(犯罪构成),而且还包括允许性规范(合法化事由)。允许性规范对禁止性规范起到了一定的限制和补充的作用。当禁止性规范和允许性规范发生独立竞合的情况时,允许性规范在一定程度上要优越于禁止性规范,之所以如此,是因为合法化事由包含了具体情况下的特别规定。参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特.德国刑法教科书[M].徐久生,译.北京:中国法制出版社,2001:388.

[参考文献]

- [1] 陈忠林.意大利刑法纲要[M].北京:中国人民大学出版社,1999:190.
- [2] 马克昌.比较刑法原理——外国刑法学总论[M].武汉:武汉大学出版社,2002:408.
- [3] [日]野村稔.刑法总论[M].全理其,何力,译.北京:法律出版社,2001:256.
- [4] [意]杜里奥·帕多瓦尼.意大利刑法学原理(注评版)[M].陈忠林,评译.北京:中国人民大学出版社,2004:147.
- [5] [德]冈特·施特拉腾韦特,[德]洛塔尔·库伦.刑法总论I——犯罪论[M].杨萌,译.北京:法律出版社,2006:188-189.

- [6] [德]汉斯·海因里希·耶赛克,[德]托马斯·魏根特.德国刑法教科书[M].徐久生,译.北京:中国法制出版社,2001.
- [7] [德]罗克辛.德国刑法学总论:第1卷[M].王世洲,译.北京:法律出版社,2005.
- [8] [德]弗兰茨·冯·李斯特.德国刑法教科书[M].徐久生,译.北京:法律出版社,2000:239-240.
- [9] [法]卡斯东·斯特法尼,等.法国刑法总论精义[M].罗结珍,译.北京:中国政法大学出版社,1998:350-351.
- [10] [韩]李在祥.韩国刑法总论[M].[韩]韩相敦,译.北京:中国人民大学出版社,2005:246.
- [11] 俄罗斯联邦总检察院.俄罗斯联邦刑法典释义:上册[M].黄道秀,译.北京:中国政法大学出版社,2000:110.
- [12] [俄]库兹涅佐娃,佳日科娃.俄罗斯刑法教程(总论):上卷·犯罪论[M].黄道秀,译.北京:中国法制出版社,2002:484.
- [13] 翁国梁.中国刑法总论[M].台北:台北正中书局,1970:112;赵秉志.当代刑法学[M].北京:中国政法大学出版社,2009:285.
- [14] 李海东.刑法原理入门(犯罪论基础)[M].北京:法律出版社,1998.
- [15] [韩]金日秀,徐辅鹤.韩国刑法总论[M].11版.郑军男,译.武汉:武汉大学出版社,2008:323-324.

Research on Legalization of Duty Act in Accord with the Order

——On the issue of effective restrictive order

MA Jun

(Hefei University of Technology, Hefei 230009, China)

Abstract: The premise of legalization of duty act in accord with the order is the existence of the effective restrictive order. The scope of the effective restrictive order is the inconspicuously illegal order. The conspicuous illegality should be judged by the form and content of the order. The cognitive mistake of the effective restrictive order belongs to the cognitive mistake of the premise of the legitimate reason which eliminates the existence of intent. It will result in committing a crime with negligence which is has been stipulated in the law.

Key words: duty act in accord with the order; effective; restrictive; conspicuously illegal