

第二章 德國公務人員行政中立之保障

第一節 前言

本研究報告之目的在於說明德國法上對公務人員之中立性之要求(第三節)及相應之對公務人員政治活動之規範(第四節)，並以問題思維之方式提出由德國法可供我國參酌之處(第五節)。另先就德國之公務人員制度作一概觀(第二節)，以作為進入本課題前之基本理解。

第二節 公務人員

壹、概念

公務人員乃執行公務之人。¹對於何謂「公務」，並無統一之定義，惟一般係從形式上來理解此一概念：所謂公務乃指於公法人中所具有之職位中之活動。對此甚具參考價值者乃是 1980 年 4 月 11 日之「工作保障法」(Arbeitsplatzschutzgesetz)第 15 條第 2 項，依其規定公務係指「在聯邦、邦、鄉鎮或其他公法社團、財團、營造物或該等團體之聯盟裏之職位中之活動」「但在公法之宗教團體及其聯盟中之活動則不屬之」。²

「公務人員」此一概念視所涉及之規範而有不同內涵。惟大致上還是可以歸納出其一般性之概念特徵：

- 公務人員執行公務乃是其職業上之行為。
- 公務人員乃是其「勤務主」(Dienstherr)³之組織編制內之人員。

由以上之特徵已可以作一些區分。例如，榮譽職人員、服兵役及替代役之人員皆非公務人員。受委託行使公權力者亦非公務人員。國會議員乃是民意代表(Mandat)，亦非公務人員。此外，地方自治在國家功能的劃分中屬於行政，因此鄉鎮議會中之代表並非國會議員，不受言論免責權之保障，惟儘管如此，鄉鎮議會之代表仍非公務人員。⁴

1 關於公務與公務人員，在德國法中一個關鍵性的概念是„der öffentliche Dienst“。此一概念之使用並不統一，可能被使用來指稱公務，但亦可能被使用來指稱執行公務之人員。Vgl. Stern, 1984, S. 338 ff.。不過，對於後者稱為執行公務之「人員」，其實還不夠精確。在此所涉及的其實不是個別的「人員」，而是「職業」。Vgl. Isensee, 1995, Rn. 2。在這個意義下，將„der öffentliche Dienst“翻譯為「公職」本來是比較貼切的，但由於「公職」在國內已有一定的使用脈絡，為避免誤解故還是翻譯為「公務人員」。總而言之，„der öffentliche Dienst“此一概念，在本文中將視其脈絡而分別翻譯為「公務」或「公務人員」。

2 Stern, a. a. O., S. 339。

3 勤務主為有權擁有公務員之高權主體，從而其得以其單方之行為(行政處分)成立公務員關係。勤務主包括聯邦、各邦、鄉鎮、鄉鎮聯盟及其他公法社團、財團或營造物等等(§ 121 BRRG)。參：Wagner, 1997, S. 41。

4 Kunig, 1995, Rn. 8。

符合以上概念特徵之人員主要有「(職業)公務員」(Berufsbeamten)⁵、「(職業)法官」(Berufsrichter)、「(職業)軍人」(Berufssoldaten)及「職員與勞工」(Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst)。廣義之公務人員包括此四下位類型；狹義之公務人員則僅包括公務員及職員、勞工。⁶本文的討論對象為狹義之公務人員，但關於法官與軍人部分有參考價值者亦會附帶提及。

貳、職業公務員制度之憲法保障

一、基本法對於公務人員制度之基本決定

德國基本法對於公務人員制度之基本決定乃是基本法第 33 條第 4 項所規定之「功能保留」：「國家之經常性任務中涉及高權之行使者，原則上應委由處於公法上勤務與忠誠關係之公務人員為之。」及第 33 條第 5 項：「關於公務員⁷之法律，應斟酌職業公務員制度之傳統原則。」由此二規定表達出兩項要點：雙軌之公務人員制度(Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes)及對公務員制度之傳統的重視。

(一) 雙軌之公務人員體制

基本法第 33 條第 4 項所規定之功能保留預設了一個雙軌的公務人員體制，亦即與勤務主處於公法上勤務與忠誠關係之職業公務員與處於私法上勞動關係之

5 「公務員」概念在不同法領域也會有不同之意涵。大致上可區分為：

- 國家法(或公務員法)上之公務員：國家法上之公務員概念主要是由基本法第 33 條第 4、第 5 項所確定，並在公務員法中落實下來。依其規定，公務員為處於公法上任職與忠誠關係之人；
- 責任法上之公務員：責任法上之公務員乃依基本法第 34 條第 1 句連結民法第 839 條第 1、第 2 項國家因其行為應負損害賠償責任之人。在此重要的是一定公共職務之執行，而不問是否與國家間存有公法上之任職與忠誠關係。因此在國家法上之公務員之外，不論是法官、職員、勞工或甚至受委託行使公權力者等等，皆為責任法上之公務員。
- 刑法上之公務員：依據刑法第 11 條第 1 項第 2 至 4 款之規定，刑法上之公務員為「職務主體」、「法官」及「對於公務負有特殊義務者」。此所謂之「職務主體」除國家法上之公務員及法官之外，還包括與國家處於「其他公法上職務關係」或其他被任命以履行行政任務之人。

Vgl. Kunig, 1995, Rn. 56 ff.。

6 Stern, 1984, S. 340.。

7 條文用語是„Das Recht des öffentlichen Dienstes“，惟此所提到之„des öffentlichen Dienstes“解釋上僅指公務員，而不包括職員與勞工。Vgl. Kunig, 1995, Rn. 4.。

勞工與職員⁸。

公務員關係為公法上之任職與忠誠關係，此不僅見於基本法第 33 條第 4 項，也於「聯邦公務員法」(Bundesbeamtengesetz; BBG)第 2 條第 1 項及「公務員基準法」(Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts; Beamtenrechtsrahmengesetz - BRRG)⁹第 2 條第 1 項明白確定下來。此一關係係經由勤務主之任命行為 - 行政處分 - 而成立之特別的法律關係¹⁰ - 如果不再沿用「特別權力關係」此一用語。其特色在於雙方之忠誠義務。從勤務主的角度來看，其對於公務員及其家庭負有照顧與保護義務(Fürsorge- und Schutzpflicht)。此一照顧與保護義務屬於職業公務員制度之傳統原則，並已於現行之公務員法上落實下來(§ 79 BBG; § 48 BRRG)。從公務員的角度來看，除了對基本法下自由民主之基本秩序的憲法忠誠義務(§ 52 I BBG; § 35 I S. 2 BRRG)外，公務員基於其為全體國民服務之公僕身份必須不偏不倚地、適當地履行其任務，於執行職務時應考慮公眾之福祉(§ 52 I BBG; § 35 I S. 1 BRRG)，而且不分職務內、外之行為都必須適於維持其職業上所必要之尊重與信賴(§ 54 BBG; § 36 BRRG)。¹¹

公務人員中之另一軌，職員與勞工，與其勤務主間之關係為私法上之勞動關係。勞動關係中之主要內容並非完全取決於各別的勞動契約，而毋寧是取決於雇主與工會間之「團體協約」(Tarifvertrag)。對於聯邦、各邦及鄉鎮中之勞動者(Arbeitnehmer)¹²，乃是適用與 1961 年 2 月 13 日成立之「聯邦職員團體協約」(Bundes-Angestelltentarifvertrag; BAT)。團體協約之內容可以不必考慮職業公務員制度之傳統原則，亦即基本法上對於公務員制度所採取之取向於傳統的規範架構在此並無拘束力。¹³不過，事實上團體協約之內容受公務員法之影響甚巨。¹⁴

8 Battis, 1996, Rn. 45。

9 „Beamtenrechtsrahmengesetz“性質上為聯邦依據基本法第 75 條第 1 項第 1 款所制定之「框架立法」，為各邦之公務員立法設定框架以確保各邦公務員立法在基本原則上之一致性。Vgl. Stern, 1984, S. 368。因此從字面上直譯則為「公務員法之框架法」，但稍為累贅，故本文依其意涵譯為「公務員基準法」。

10 Vgl. Kunig, 1995, Rn. 68。

11 Battis, 1997, § 2 Rn. 4。

12 「勞動者」(Arbeitnehmer)為「勞工」(Arbeiter)與「職員」(Angestellter)之上位概念。「聯邦職員團體協約」雖冠以「職員」之名，但適用對象不限於職員，而亦包括勞工。Vgl. Dittmaier / Rubenbauer, 1992, § 2 Rn. 2。

13 Kunig, 1995, Rn. 186。

14 Stern, 1984, S. 341。

（二）基本法與公務員制度之傳統

透過基本法第 33 條第 4、第 5 項，制憲者表達出了其想要維持一個傳統的公務員制度之意圖。早在三十年戰爭之後，德國公務員制度便已逐漸形成。在此之前以「私法關係」為基礎之領主與家臣間之關係逐漸轉變為公法上之一種特別的效忠關係。1794 年之普魯士一般邦法(Preußische Allgemeine Landrecht)便已確定公務員關係為公法關係。而在二十世紀初，對於公務員關係之發生也從公法契約說轉變為基於單方任命行為之行政處分說。這種轉變大致上與「現代國家」之形成有關。「現代國家」係以「主權」為要素之國家概念。「主權為惟一的、最高的」，這種講法其實反映了現代國家形成過程中權力集中之情形。亦即以往權力分散於各地封建領主、貴族、騎士及教會等等之多角結構轉變為由君主壟斷權力。因此，以人民、領土及主權為概念要素之現代國家乃得以自成一體。與此伴隨而生的乃是行政範圍的擴大，從而君主需要一個對其效忠之公務員團體以推行其行政業務。¹⁵

隨著民主化及社會主義之興起，是否要繼續維持一個與國家處於公法上任職與忠誠關係之公務員團體，已非無疑問。在威瑪憲法制定前，當時的公務員已相當擔心在 1918 年之 11 月革命取得政權之社會民主黨會取消終身職保障之公務員制度，而代之以由人民直接選舉公務員。¹⁶不過此一憂慮並未成為現實。威瑪憲法於第 128 條第三項雖規定「公務員關係之基礎以帝國法律定之。」而未明白表示要維持一個傳統的公務員制度，但第 129 條第 1 項規定「除法律另有規定外，公務員之任用為終身職」且「公務員之既得權利不得侵犯」，顯然威瑪憲法並無意取消既存之公務員制度。

相同的問題也成為基本法制定時制憲者考慮之重點。在二次大戰後初期關於是否再度引入職業公務員制度存有爭議。在西方佔領區，佔領軍政府之意願及 Hessen、Groß-Berlin 及 Bremen 等邦之憲法乃是要建立一個以勞動法為基礎之統一的公務人員法制，但南德各邦之憲法則保障職業公務員制度；在蘇聯佔領區及隨後成立之「東德」(Deutsche Demokratische Republik; DDR)則不再維持公務員制度，所有在國家機關內之人員皆適用勞動法。¹⁷面臨這樣的情況，基本法的制定者 - 「國會委員會」(Der Parlamentarische Rat)所作之決定是一方面維持職業公務員制度之傳統，另一方面則允許一個雙軌的公務人員體制存在，這一方面固然是顧及境內各邦之差異性，另一方面也是刻意採取與東德不同作法，以作為突顯雙方制度差異之象徵。¹⁸

15 關於公務員制度之發展，vgl. Stern, 1984, S. 364 ff.；關於國家之演變，vgl. Grimm, 1987。

16 詳見下述四、2。

17 Batts, 1997, Einleitung, Rn. 5。更為詳細之介紹，vgl. Baltes, 1973, S. 56 ff。

18 Baltes, a. a. O., S. 66 ff。

二、基本法對於公務員制度之制度性保障

基本法第 33 條第 4、第 5 項預設了一個既存之公務員制度，且經由第 5 項所規定之立法者對於公務員制度之傳統原則之「斟酌義務」，確立了對公務員制度之結構的制度性保障：

- 雖然對於基本法第 33 條第 4、第 5 項是否被包括在基本法 79 條第 3 項所規定之不得以修憲變更之永續條款內，尚存有爭論¹⁹，但無論如何可以確定的是，如果沒有透過修憲程序，立法者不得廢棄公務員制度。
- 基本法第 33 條第 4、第 5 項對公務員制度之制度性保障構成立法之界限。在此所涉及的難題是，到底立法者被拘束到什麼程度？儘管時代變遷，立法者是否亦完全不得背離公務員制度之傳統？基本法第 33 條第 5 項所規定的「斟酌(Berücksichtigung)義務」，一般認為立法者所受之拘束輕於「尊重」(Beachtung)，但比「衡量」(Erwägung)為高。²⁰聯邦憲法法院認為制憲者採取這種比較節制的規定方式乃在於給予立法機關廣泛的餘地以便公務員法之繼續發展。²¹不過聯邦憲法法院在另一方面也將公務員制度之傳統原則區分為應予「斟酌」之傳統原則與應予「尊重」之特別重要的傳統原則。²²此一超越文義之區分提供了對於公務員制度之結構保障。換言之，為了因應時代的轉變立法者固然可以作必要的調整，但只要並非依循修憲程序(暫不考慮是否逾越修憲界限)，立法者不得改變公務員制度之結構。²³

在這個受基本法結構保障之職業公務員制度中，公務員基於其為國民全體服務之地位之政治中立性乃是「職業公務員制度之法律上的建構原則」²⁴，而為以下討論之重點。

19 Stern, 1984, S. 352。

20 Battis, 1997, § 2 Rn. 7。

21 BVerfGE 7, 155 (162)。

22 Vgl. Lecheler, 1988, Rn. 67; Battis, 1997, § 2 Rn. 7。

23 Vgl. Isensee, 1995, Rn. 62; Battis, 1997, § 2 Rn. 7; Lecheler, a. a. O。

24 Schlaich, 1972, S. 45。

第三節 公務(人)員²⁵之政治中立

壹、「中立」概念

「中立」概念在一些不同的脈絡中被使用，例如國際法上的「中立」國、國家的「中立」或本文所討論之公務員的「中立」等等。同時，「中立」也是一個很模糊的概念。對於此一模糊之概念，Carl Schmitt 曾針對國家之內政上的中立提出體系性的整理，甚具參考價值：

I. 消極的中立概念，亦即不作政治決定之「中立」：

- 不干涉、不關心；
- 工具性的國家觀，亦即認為國家乃是依據客觀之計算而運轉之工技上的器具，任何人都有相同的使用機會；
- 參與國家意志形成之相同機會；
- 平等(Parität)，亦即利益或其他國家給付之給予，所有在考慮範圍內之團體或路線在相同的條件且基於相同的考慮下獲得相同的許可。

II. 積極的中立概念，即作政治決定之「中立」：

- 在一個已受承認之規範之基礎上的客觀性；
- 以一個非追求自我利益之專家為基礎之中立性；
- 藉由「中立」可以表達出一個將互相對立之團體包含進來，且從而將此一對立相對化之單位或整體；
- 局外人之中立性，此一局外人以第三者之身分在必要時可以由外影響決定，並從而影響一個整體。²⁶

此兩組「中立」概念與 Carl Schmitt 之國家觀有關，重點在於面臨威瑪共和這樣不穩定的政黨國家、面臨當時的多元主義，如何重新整合？國家應持怎樣之立場？²⁷這樣的問題脈絡並非本文關注之重點，且對於「中立」概念也要在較具體之事物脈絡中才能獲得進一步的了解，但無論如何，作為一組分析工具 Carl Schmitt 所提出之對中立概念之分析提供了對此概念之初步理解與概觀。以下我們將進入「公務員中立」之概念，而如我們所將知道的，此一概念與 Carl Schmitt 所面對之「政黨國家」、「多元主義」習習相關。

²⁵ 不只是公務員，而是所有的公務人員，亦即包括職員及勞工都必須保持政治中立。Vgl. Wagner, 1987, S. 65 Fn. 1。不過，由於絕大多數的討論都集中在公務員之特殊地位上，故以下為論述之方便只就公務員而論。

²⁶ Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, S. 111 ff.。引自：Schlaich, 1972, S. 5 f.。

²⁷ Vgl. Schlaich, a. a. O., S. 8 ff.。

貳、「公務員之中立性」：概念變遷

公務員政治中立之概念早在君主立憲之憲法模式中即已出現。在君主立憲之憲法模式中君主以及隸屬於其下之公務員乃是「公益」的代表，因此，其乃是超越於社會上之個別利益之上的，它乃是「超越黨派的」。此一理論是以傳統之「國家與社會區分」為其基調，亦即君主乃代表國家、代表公益，而國會則代表社會，反映多元利益之競逐。在這個意義下，強調向君主效忠之公務員超越黨派、是公益的代表人，其實是違反民主的。如果依照代議民主理論，則只有由國會所制定之具民主正當性之法律才是公益的反映，因此，所謂公務員之中立應該理解為公務員之受法律拘束性。此一觀點在 1873 年的「帝國公務員法」中獲得確認，依其規定公務員應符合憲法與法律地執行其職務。但無論如何，在君權與國會並立的二元體制下，公務員乃是夾在向君主效忠與法律拘束之間。²⁸

進入民主體制以後，君權與國會的對立消失了，接著面臨的問題是公務員之政治效忠及在民主的政黨國家中對公務員之功能期待等問題。關於政治效忠可以區分兩個層次，即政治信念或意識形態層面及對政府之效忠。對於政治信念，威瑪憲法與基本法態度不同。威瑪憲法第 130 條第 1 項保障公務員之政治信念自由；在基本法下則要求公務員要「以其全部行為擁護基本法之自由民主的基本秩序」 (§§ 52 II BBG; 35 I S. 3 BRRG)。在這個意義下可以說，公務員在基本法下並不享有政治信念之中立性。更進一步來說，以往基於區分「國家」與「國家形式」之觀念而認為，儘管國家形式改變，公務員關係不受影響，但在基本法下所被承認之國家形式只有民主共和國，因此在基本法秩序下公務員對於國家形式之中立性乃不被接受。²⁹至於對政府的效忠問題，與在民主的政黨國家中對公務員之功能期待問題相關，以下一併討論。

威瑪憲法第 130 條第 1 項規定「公務員為國民全體，而非為政黨服務。」由這一規定可以看出威瑪憲法仍然強調公務員之超越黨派之中立地位。在基本法下，由威瑪憲法此一規定所要求之公務員的中立性也被承認為職業公務員制度之傳統原則³⁰，並且於公務員法中再次確認：「公務員為國民全體，而非為政黨服務。其應不偏私且適當地履行其任務，且其職務之執行必須考慮公眾之福祉。」 (§§ 52 I BBG; 35 I BRRG) 由這些規定來看，對公務員制度之理解與在君主立憲之憲法模式下似乎並無太大的不同，儘管君權與國會之二元對立已不再存在。這其中之癥結在於在民主體制下對於公務員制度之功能期待。與此有關之出發點乃是上文中所提到之 Carl Schmitt 所面對之不穩定的政黨國家：威瑪共和。面臨內閣更迭頻繁之威瑪共和，職業公務員制度乃被期待為一穩定的機制。代表性之見解為 Arnold Köttgen 於 1928 年之名著「德國之職業公務員制度與國會

²⁸ Vgl. Schlaich, a. a. O., S. 48 ff.; Wagner, 1987, S. 65 f.。

²⁹ Schlaich, a. a. O., S. 50 f.。

³⁰ BVerfGE 7, 155 (162)。

民主」(Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie)。Köttgen 首先對於國家機關依其性質區分出「穩定」及「不穩定」之國家元素。由於威瑪共和頻繁之內閣更迭，Köttgen 認為國會的政府體系特別需要穩定，而透過對公務員(政黨)政治中立性的確認，可以擔保行政之穩定性。「政治中立性在一定程度內為行政創造了面對政治影響之自主性。」「在君權這個國家政策上的穩定元素消失後，可以說職業公務員制度乃是君主制所留下來的遺產。」由這個職業「所形成之相對於流動的政治力之相反地位，使得官僚制成為政黨以外之自主的政治力中心」。³¹

儘管政治形勢已大不相同，此一對公務員制度之功能期待在基本法秩序下也延續下來：「連結到德國之行政傳統，基本法乃是將職業公務員制度認定為基於實務知識、專業給付及忠誠地義務履行而建立之制度，藉此以確保穩定之行政，並從而構成對於形成國家生活之政治力之平衡因素。」³²公務員制度之意義乃在於「國家之穩定化」；公務員之特殊的憲法地位之所以得以正當化，乃是因為有必要維護公務員「相對於彼此衝突之各別利益之內在的中立性」。³³

由這些概念軌跡來看，似乎在民主體制下之公務員中立性概念與在君主立憲之憲法模式下之中立性概念差相彷彿。以下也許可以模仿 Carl Schmitt 擬出一些關於中立性概念之重點：

- 距離，亦即公務員必須與政黨、政治力、各別的政治利益等等保持距離，不能與彼等等同。³⁴這個保持距離之要求也包括公務員不受政黨、政治力指示之拘束。
- 對於公務員制度之工具觀，亦即將公務員看成工具性之行政機器。連結到此工具觀者乃是工具對使用者之開放性、平等性。因此，前述之「距離」亦可理解為「行政機器」不得為特定政黨、政治力所壟斷，或用以追求個別之特殊政治利益。中立性在這個意義下也可理解為「禁止特權」。
- 在開放、使用機會平等等意義下之中立性，勢必要面臨「如何」開放之問題。此一問題在君主立憲之憲法模式下不會出現，因為行政機器乃是歸屬在君權之下，而君主是「超越黨派的」，因此不會有行政機器之競逐問題。在民主體制下，對行政機器之政治領導權乃取決於政治過程，贏得選舉者即贏得政權、贏得對行政機器之領導權。³⁵因此以往對於君主之效忠乃轉變為對合法產生之政府之效忠。在這個意義上來說，所謂公務員之政治中立性乃指「願

31 Schlaich, 1972, S. 47 f.。

32 BVerfGE 7, 155 (162)。

33 A. a. O., S. 163。

34 國家對於宗教的必須保持中立，從而不得成立「國教」，此一論據可以充分地說明此所稱之「不得等同」的要求。Vgl. Schlaich, 1972, S. 21 f.。在公務員之中立性方面，也許以往可以聽得到的批評「法院是國民黨開的」可以說明何謂「欠缺距離」。

35 在公務員制度之工具觀下，行政機器不只可為民主政府所用，卻也很容易與法西斯獨裁相結合。因此有認為德國於君主立憲時期所形成之具超越黨派性之公務員很輕易地就與納粹獨裁結合。Vgl. Wagner, 1987, S. 66。在基本法下，由於要求公務員對於國家與憲法之忠誠義務，因此對於公務員制度並非持純粹工具觀之立場。

意對於任何合法產生之政府效忠之態度」。³⁶

- 由上所述，產生「距離」與「效忠」概念之調和問題。所謂「距離」是否包括對於政府之距離？由 Köttgen 所主張之公務員相對於政治力之自主性，似乎可以引申到這一點上。在此要特別考慮的是公務員與行政之受法律拘束性。如果公務員之工作乃是單純的法律執行，似乎可以認為公務員對於政府也應保持距離，因為政府對於公務員以職務監督之形式所進行之領導，也不能要求公務員違反法律。然而，行政並非單純地執行法律。不論是不確定法律概念或裁量條款都使得行政決定並非單純地執行法律，而往往是政治決定。在此一範圍內，政府不論是透過個別的指示或一般性之判斷與裁量規則之擬定，都可以要求公務員貫徹其意志。此外，公務員之工作也不僅是適用法律，例如法案擬定之所有相關作業，政府當然可以要求公務員配合。因此，公務員對於政府原則上乃無距離可言。³⁷
- 公務員政治中立之核心意義在於前述「願意對於任何合法產生之政府效忠之態度」，惟對公務員中立之要求乃並不止於「政治中立」，還包括其履行行政任務時之中立。以聯邦公務員法第 52 條第 1 項之規定來看，其第 1 句規定「公務員為國民全體，而非為政黨服務」乃是要求公務員之政治中立，且此政治中立義務可解釋為公務員對於任何合法產生之政府之效忠義務³⁸；至於第 2 句與第 3 句規定「其應不偏私且適當地履行其任務，且其職務之執行必須考慮公眾之福祉」則為任務履行上之中立性。在此所要求之中立性乃是要求公務員不偏頗地、客觀地履行其職務³⁹。在此所涉及之案型可分為兩類。首先乃是要求「距離」，亦即要求公務員與其決定之當事人間應保持距離。從行政程序法(Verwaltungsverfahrensgesetz; VwVfG)第 20 條所規定之公務員須絕對迴避之事由來看，其理由即在於公務員與其決定之當事人利益相關，欠缺距離。另一類則是避免公務員由於成見而無法公正地履行職務，因此於公務員有偏頗之虞⁴⁰時可要求其迴避(§ 21 I VwVfG)。
- 公務員之中立性除包括前述之「政治中立」及「行政任務履行之中立」外，也可能基於中立性之要求而正當化對公務員政治活動之限制。對此於以下進一步加以說明。

36 Vgl. Battis, 1997, § 52 Rn. 3; BayVerfGH, BayVBl. 1985, 175。

37 Vgl. Baltes, 1973, S. 19 ff。

38 Weiß, 1988, S. 117。

39 Battis 強調，公務員在行政任務履行上之中立性在概念上應與政治中立嚴格區分。Vgl. ders., 1997, § 52 Rn. 6。

40 關於「偏頗之虞」之進一步說明，請參：張桐銳，1992，頁 76 以下。

第四節 公務人員之政治活動

壹、公務員關係與基本權

公務員關係向來被認為是所謂「特別權力關係」之典例。古典之特別權力關係理論⁴¹乃是十九世紀末主要由 Paul Laband 及 Otto Mayer 所建立之理論，用以說明在人民與國家間之「一般權力關係」之外一定範圍內之個人，如公務員、學生、受刑人等等與國家間所處之特別關係。在此一關係中不受法的支配⁴²，亦即不適用法律保留原則與基本權，也無權利保護機制。⁴³此一理論再連結所謂之「不滲透理論」(Impermeabilitätslehre)成為在公務員關係中公務員不得主張基本權的主要論據。

所謂「不滲透理論」⁴⁴乃起源於 Laband 及 Georg Jellinek，其出發點乃是認為國家具有法人格。國家乃是法人，由法律觀點來看乃具有人格，此一看法在今日來看固已屬當然，但在十九世紀乃是意見鬥爭後的產物。爭論的重點在於君主(Monarch)的法律地位。國家之法人格理論強調國家具有法人格，統治權的主體乃是國家而非君主，君主只是國家這個法人的機關。「不滲透理論」的另一個重點乃是關於「法規範」(Rechtssatz)的概念：法規範乃是存於權利主體間之行為規範。此一概念聯結國家之法人格理論便能很輕易地導出：國家與其機關及機關構成員(Organwalter)間的關係並非法律關係，其相關的規範並非法規範。在概念上從而區分出「外部關係」與「內部關係」，而且此一區分被等同於「法領域」與「法外領域」。⁴⁵此一「不滲透理論」其實有其時代背景。由於「法規範」在概念上被等同於「實質意義的法律」(materielles Gesetz)，因此將「內部關係」看作是「法外領域」無異於創造出一個國會無法介入的領域，從而維持了君主對於行政部門的規制特權。相當程度內反映了從君主專制國家過度到君主立憲國家之時代需求。⁴⁶

41 關於古典之特別權力關係理論，國內論述已豐，在此不再詳述。請參：翁岳生，1985，頁131以下；吳庚，1996，頁192以下。

42 不過，Paul Laband 雖以封建領主與家臣的關係來說明公務員關係並從而認為其非私法上的契約關係，但並未主張此一關係不受法律拘束。將特別權力關係解為不受法的支配，主要是由 Otto Mayer 所建構。參：Schnapp, 1977, S. 55。

43 Vgl. Maurer, 1994, § 8 Rn. 27。

44 關於「不滲透理論」，參：Rupp, 1965, S. 19 ff。

45 此一理論直到今日遺緒猶存。德國行政程序法第35條對於行政處分概念之界定謂：直接「對外」發生法律效果，顯然還維持「內部」、「外部」之區分，雖然對「內部」、「外部」之解釋已與古典的「不滲透理論」不同。

46 關於「不滲透理論」之時代背景，參：Schnapp, 1977, S. 66 ff。

二次大戰後德國對特別權力關係理論持續地進行反省，自聯邦憲法法院之「受刑人判決」以來，在所謂之特別權力關係中亦得主張基本權，在今日可說已無異議。有爭議的只是在傳統被認為屬特別權力關係之各領域內基本權的行使、限制、限制的依據及限度等等進一步的細部問題。特別權力關係被納入基本權理論的討論脈絡中，主要的討論重點在於針對各該相關領域，是否得以某種「特別關係」作為限制基本權之依據？如果可以，這種依據屬何種性質？

關於基本權之限制，一個基本的出發點是：由於基本權具憲法位階，因此限制基本權之依據也必須具有憲法位階⁴⁷。換言之，該限制如果不是憲法上的直接限制⁴⁸，就必須是基於憲法的授權⁴⁹。因此，關於特別權力關係中的基本權限制問題，其關注的重點就在於是否能(以及如何)找出一個限制基本權的憲法基礎。⁵⁰一個學說上的努力方向乃是從基本法上的規定去尋求，只要基本法上有提及的，就解釋為是受憲法保障之法益，而得作為限制基本權之授權依據，例如針對公務員係以基本法第 33 條第 5 項所規定之公務員制度作為限制基本權之依據，至於限制受刑人基本權之憲法依據則是第 74 條第 1 項第 1 款所提及之刑事執行。⁵¹將基本法第 33 條第 5 項解釋為特別的法律保留條款固然在學說上普遍地被接受⁵²，但基本法第 74 條乃是關於聯邦與各邦立法權限劃分之規定，因此僅以其提到刑事執行就作為限制受刑人基本權的憲法基礎，實屬牽強⁵³。

德國聯邦憲法法院在「受刑人判決」中之見解則是從基本法之價值秩序(wertgebundene Ordnung; Wertordnung)出發：「只有當為了達成基本法的價值秩序所涵括之與社會共同體相關之目的所必要，而且限制之形式符合憲法的要求，才可以考慮限制基本權。對於受刑人基本權之限制因此必須以法律為之或基於法律之授權。」⁵⁴從此一見解可以區分出對於限制基本權之兩個層面上的要求：在實質層面上，限制基本權所欲達成之目的必須為基本法之價值秩序所涵括，簡單地說就是必須是受憲法保障之法益；在形式層面上，限制基本權之形式必須符合憲法的要求，亦即須以法律為之或基於法律之授權(法律保留)。德國基本法上對於基本權係透過不同的法律保留形態來加以保障：1).無法律保留規定之基本權，如宗教自由(Art. 4 I GG)；2).單純的法律保留，例如對室外集會得以法律或基於法律之授權而加以限制(Art. 8 II GG)；3).特別的法律保留，例如對於言論自由的限制必須是「一般法律」(Art. 5 I GG)。⁵⁵在無法律保留規定之基本權，

47 Vgl. Hesse, 1995, § 10, Rn. 325; Alexy, 1994, S. 258。

48 例如吾國憲法第 75 條禁止立法委員兼任官吏，即可認為是憲法對公務員被選舉權之直接限制。詳參：張桐銳，1992，頁 122 以下。

49 吾國憲法第 23 條便是憲法上限制基本權之授權條款。

50 學說上雖提出的所謂「特別身份」、「特別拘束」或「特別法律關係」等等來取代「特別權力關係」，但涉及的只是標籤，在實質內容方面面臨的問題則無不同。參：Battis, 1997, § 2, Rn. 12。在用語上甚至還有為「特別權力關係」辯護，認為此一用語並無不當。參：Merten, 1985, S. 53 ff。

51 Vgl. Hesse, 1995, § 10, Rn. 323。

52 Vgl. Leuze, 1998, S. 190。

53 Merten, 1985, S. 67 f。

54 BVerfGE 33, 11。

55 國內文獻請參：陳新民，1990，頁 203 以下。

基本法上雖無法律保留條款，但基於實務上發展出來的「內在界限」理論，在基本權衝突的情形，仍承認該等基本權應有其內在界限，惟此一內在界限之具體化應由立法者以立法為之。⁵⁶此一內在界限理論事實上承認了對於基本權之限制在憲法上存有不成文之依據。⁵⁷將上述聯邦憲法法院在「受刑人判決」中之見解放到這個基本權限制的理論脈絡中來觀察，可以發現聯邦憲法法院遵循了與內在界限理論類似的思維脈絡，基於基本法之價值秩序而承認「與社會共同體有關之目的」為憲法所追求之法益而得作為限制基本權之非成文的憲法基礎。然而，傳統上被認為屬於特別權力關係之各領域恐怕不難被解釋為「與社會共同體有關之目的」吧！因此也難怪學說上有將特別權力關係解釋為基本權的內在界限者⁵⁸。不過，這樣的見解也難免要被批評為「特別權力關係理論之復活」。

不論傳統的「特別權力關係」或後來提出之「特別地位」、「特別拘束」或「特別法律關係」等等都嘗試以一個統一的概念框架來涵蓋數個行為領域。然而，這些相關領域性質不盡相同，其間所涉及的基本權行使與限制問題也未必能統一處理。尤其公務員關係相較於其他如監獄、學校等領域，性質上尤屬特別。此一特別之處在於到今日仍未完全棄絕之「不滲透理論」：公務員以機關構成員或職務擔當者之身份所為之執行職務的行為，其效果乃是歸屬於其職務主，因此此一行為是否屬於公務員行使其基本權的行為便有疑問。例如，檢察官就其偵查之案件接受記者訪問，公開地表示其意見，此乃執行職務之行為，並非個人行使其言論自由之行為。⁵⁹此一伴隨著國家人格之承認所產生之行為效果歸屬之問題，為其他亦被認為屬於特別權力關係之領域所無。因此，在公務員關係中於何等範圍內得主張基本權，較之其他領域乃更為難以判定。

Ule 所提出之著名的「基礎關係」與「經營關係」之區分⁶⁰雖是針對整個特別權力關係，而非只針對公務員關係，但其所欲解決之問題顯即係這裡所遭遇之基本權行使範圍之問題。此一區分雖曾取得通說之地位，但隨著「受刑人判決」以來之「告別特別權力關係」之聲浪，此一區分也迭受批評，蓋在「經營關係」中仍然有基本權侵害之問題，以致於在「告別特別權力關係」的同時也有告別 Ule 理論的呼聲。⁶¹

Ule 此一區分「基礎關係」與「經營關係」之理論雖然飽受批評，但此一理論所揭示的方向可以說還是被維持。詳言之，在基本權總論中所關注之「保障領域」、「基本權干預」、「限制」及「限制之界限」等等抽象概念必須扣聯到具體的事物領域才能得其骨肉，因此針對個別的事物領域發展進一步的概念或原則乃是法學發展上所常見的努力方向。「基礎關係」與「經營關係」之區分

56 Vgl. Pieroth / Schlink, 1997, § 6, Rn. 314 ff.。

57 Vgl. Alexy, 1994, S. 262.。

58 Merten, 1985, S. 65 ff.。

59 Vgl. Isensee, 1995, § 32, Rn. 85.。

60 參：翁岳生，頁 143 以下。

61 關於 Ule 理論評價之整理，參：Püttner, 1987, S. 190 ff.。Püttner 於本文中在面臨對 Ule 理論的眾多批判下，嘗試重新肯定 Ule 之理論。不過，時至今日，關於特別權力關係之討論，已不再以 Ule 之理論作為基調，已屬確定。

及對此一區分之批評可以放在這個脈絡下來理解：這個區分反映上述的理論脈絡，從而其理論方向值得維持，但此一區分本身由於未提供清楚的判準⁶²，而且尚未能適當地描繪出相關領域中的基本權行使與限制之輪廓，因而受到批評。

循著與 Ule 之理論相同的理論方向，但特別針對公務員關係所提出之替代理論乃是區分「職務關係」（Amtsverhältnis）、「任職關係」（Dienstverhältnis）及「私人領域」：⁶³

- 「職務關係」：公務員執行其職務時乃是以職務執行人(Amtswalter)之身分從事活動，從而是國家組織之一環，為受基本權拘束之義務人，而非得行使基本權之權利主體。公務員執行職務之行為既非屬以基本權主體之身分行使其基本權之行為，對該行為所發之命令或指示從而並非對基本權之干預。
- 「私人領域」：公務員以私人或國民之身分所為之行為⁶⁴，乃是基於其基本權主體之身分而行使其基本權，應受到與其他國民一樣相同的保障。這裡所謂相同的保障係指對公務員基本權之限制與對其他國民之限制一樣，都必須具有正當化基礎，而且不得違反憲法為節制國家權力所設之界限。至於公務員之基本權因公務員身分而在具體情況下受到較諸一般國民嚴格之限制，並不當然違憲，仍應視該限制是否具正當化基礎及是否逾越限制之界限而定。對公務員基本權之特殊限制之憲法依據，如前所述，乃是基本法第 33 條第 5 項。
- 「任職關係」：任職關係乃是公務員基於其身分而與國家間之關係。勞工/職員與國家間之任職關係係受職業自由所保障；公務員與國家間則是基本法第 33 條第 5 項所特別規定之公法上之任職與忠誠關係。在這個意義上，基本法第 33 條第 5 項可以認為是職業自由之特別法。公務人員之任職關係因此可認為分別受職業自由及基本法第 33 條第 5 項所保障之個人的法律地位 (persönliche Rechtsstellung)。基本法第 33 條第 5 項所保障之個人的法律地位乃是主觀的、類似於基本權之權利，於受到國家侵害時公務員得提起憲法訴願以尋求救濟。

貳、公務人員政治活動自由之保障與限制之憲法基礎

公務人員之政治活動屬於上述之「私人領域」，公務人員與其他國民相同，享有受憲法保障之政治活動自由，亦即享有言論、集會、遊行、結社、政黨活動及參政等等權利。不過，在以上的討論中也已經提到，基於基本法第 33 條第 5 項對於公務員制度之結構性保障，使得公務員處於一種特殊之憲法地位，其

62 Vgl. Erichsen, 1998, § 12 Rn. 40。

63 Vgl. Isensee, 1995, § 32 Rn. 81 ff.; Schnapp, 1977, S. 275 ff.; Leuze, 1998, S. 188 ff.。

64 公務員以私人或國民之身分所為之行為，不一定在下班後，在上班時間亦有可能。例如在上班時間向同事宣導某政治理念。此等行為為其基本權行使行為並無疑問，有爭議者在於其容許性，在此所涉及者乃基本權限制之問題。

一方面受到特別的照顧，但另一方面也受到特別的限制。這種特殊地位由於基本法第 33 條第 5 項而受到類似基本權之保障，但另一方面，其所涵蘊之特別限制也構成對公務員其他基本權之限制基礎。因此，基本法第 33 條第 5 項固然對公務員提供類似基本權之保障，但同時也是對於其他基本權之特別的法律保留條款。不過，基本法上對其他基本權之特別保障仍應遵守。例如對公務員政治活動自由之限制涉及言論自由者，該限制必須是基本法第 5 條第 2 項所規定之「一般法律」。

關於公務員之政治活動不論保障或限制都以基本法第 33 條第 5 項為依據，亦即對公務員政治活動之保障與限制都屬於德國職業公務員制度之傳統原則。因此以下有必要進入德國公務員政治活動的歷史脈絡。

德國公務員參與政治活動起源甚早，在 1871 年建立德意志帝國之前公務員參與政治生活已相當活躍⁶⁵，而反映為當時議會中之「名門望族結構」(Hororatiorenstruktur)。⁶⁶不過基於對君主之忠誠義務，公務員之政治活動自由受有限制。雖然自 18 世紀末以來公務員已不再是地方諸侯之私人部屬，而是國家之公僕，而且君主也已被認為是國家機關，而不再是主權者，但公務員效忠的對象仍然不是「君主」這個制度，而是擔任君主的該個人。基於對君主之忠誠義務，公務員之政治活動如反對政府之政策，即可能受到懲戒。⁶⁷不過，在帝國建立之後大致上已可以確定，公務員公開地表達其反對政府的立場，不再會受到懲戒，只要其維持對公勤務之擁有者充分的尊重，且不失客觀地以符合公務員身分之慎重的表達形式為之。⁶⁸惟公務員支持對抗現存法秩序或國家秩序之政治路線，則仍被禁止。在當時這主要是針對社會民主黨，公務員只要加入社會民主黨即會受到懲戒。一直到第一次世界大戰，當時不論政府、懲戒法院或學說上都堅持公務員只能加入接受憲法原則 - 特別是君主國之國家形式 - 之政黨。⁶⁹

就在君主政體崩潰前夕，由於當時的普魯士內政部長 Drews 於 1917 年 10 月針對公務員加入「祖國黨」(Vaterlandspartei)加以批評，在普魯士眾議院中引起對公務員政治活動問題之熱烈討論。1918 年 6 月普魯士眾議院要求普魯士政府擬定關於公務員政治義務之法律規定，而且在過度期間發布命令以確保公務員之政治活動權，但不允許公務員為其政黨政治上之目的而濫用其職務上之權力。普魯士政府於 1918 年 10 月 21 日發布公告(Erlaß)：

- 公務員亦享有普魯士憲法所保障之國民權，故其亦享有政治信念自由；基於此一原則，公務員可以加入任何政黨或結社，只要該等政黨或社團不以危害帝國或一個國家之存續為目標。
- 公務員之公開的政治活動原則是自由的，僅於經由法律之規定且基於其職

65 Battis, 1997, § 53 Rn. 2。

66 參：張桐銳，1992，頁 14 以下。

67 Schmahl, 1977, S. 20.

68 A. a. O., S. 23。

69 Vgl. a. a. O., S 23 ff。

務地位之本質，始得限制之。公務員基於其職務之本質負有節制義務，特別是其政治活動不得導致其執行職務之公正性受到懷疑。⁷⁰

1918年之11月革命以後，德國進入威瑪共和。針對公務員政治參與之問題，威瑪憲法於第130條第2項規定：「所有公務員之政治信念自由與結社自由受保障。」另外於第118條第1項關於言論自由的規定中，於第2句規定：「不得因勞動或任用關係而阻礙言論自由之行使，且任何人不得因行使其言論自由而受到歧視。」由於公務員關係屬於這裡所稱之「任用關係」，因此威瑪憲法第118條第1項第2句之規定乃適用於公務員。由此二規定可以看出，制憲者有意告別在君主時期的作法，而賦予公務員與其他國民一樣有支持任何政治觀之自由，包括以合法的方式重新建構合憲秩序之自由。⁷¹此一改變有其政治背景：

- 社會民主黨由以往的國家敵人變成執政黨，自然有意調整公務員與政治之關係。早在11月革命初期，人民代表會議(Der Rat der Volksbeauftragten)於1918年11月12日對「德意志人民」之宣言中便已宣稱，任何以文字、圖畫之言論表達都毫無限制地自由，且結社與集會自由不再受有限制，「即使公務員與國家勞工也不例外」。在制憲之國民大會(Nationalversammlung)選舉之前，當時的普魯士政府於1919年1月9日再次以公告確認，公務員不僅有自由投票之權，且其職務外任何符合其信念之政治活動都是自由的。⁷²不過由於公務員對於社會民主黨有所疑慮，普魯士政府擔心公務員會濫用職務以影響選舉，因此於公告中也強調：「公務員從事政治活動時應遵守基於其職務執行之公正性所應有之界限。政治活動與職務活動之結合理所當然為違法。特別是主管不得濫用其地位而影響下屬之政治信念與活動。與維護公務員投票自由一樣理所當然的是，公務員不得利用其所掌握之職務上或社會上之力量以影響選民之投票行為。
- 儘管社會民主黨以其作為表達對公務員政治自由之尊重，但仍然難以消除公務員對於這個以往之「國家敵人」的疑慮。特別是由於社會民主黨於1891年之「埃福特綱領」(Erfurter Programm)中明白主張「政府機關由人民選舉」，在此所指的並不只是政府的國會化，還包括「從最高層到最底層」所有公務員由人民直接選舉。因此公務員擔心在社會民主黨上台後會取消對於公務員之終身保障。公務員團體聯盟在1918年11月14日所作的一個公開決議中即宣稱，公務員願意為革命政府在公益職務上效力，但要求革命政府承諾保障公務員依法律及契約所已取得之權利，以作為對待給付。簡言之，由於國體的變革及社會民主黨上台之衝激，使得威瑪憲法制定時關於是否維持職業公務員制度及公務員權利之保障問題成為重要課題。德國公務員聯盟(Der Deutsche Beamtenbund)於制憲過程中亦從事遊說。在1919年3月18日在威瑪舉行了德國公務員聯盟之代表與國民大會憲法委員會之成員間之會談，其間德國公務員聯盟之發言人強調，維持職業公務員制度，並且在憲法上將公務

70 A. a. O., S. 27 ff.。

71 A. a. O., S. 41.。

72 A. a. O., S. 33.。

員之基本權利確定下來，並不單單是為了維護直接關係人之利益，也是對於在民主國家中行政活動的執行所迫切需要。⁷³

由於威瑪憲法第 130 條第 2 項對公務員政治信念自由及結社自由之保障，在威瑪初期普遍接受公務員在職務外應享有與其他國民相同之政治活動自由，但此一法律意見很快地就發生轉變。在帝國時期於 1873 年 3 月 31 日所制定之帝國公務員法第 10 條規定：「任何帝國公務員皆有義務依其良心符合憲法與法律地執行其所受託付之職務，並且以其職務內、外之行為適切地表現出其職業上所應有之尊嚴。」此一規定於威瑪時期仍繼續適用，普魯士高等行政法院及帝國懲戒法院並且依據威瑪憲法第 130 條第 1 項：「公務員係為國民全體，而非為黨派服務」而一致認為，公務員原則上與革命前一樣，於行使其基本權，特別是言論自由及職務外之政治活動時，除應遵守適用於所有人之法律外，也要服從懲戒法上之特別限制。與此一意見轉變有關之一重要因素在於當時很多公務員對於威瑪共和持敵對的態度，因此使得公務員之憲法忠誠義務及從事政治活動時之節制義務顯得有所必要。帝國政府因此於 1922 年 7 月 31 日制定「為保護共和國目的之公務員義務法」(Gesetz über die Pflichten der Beamten zum Schutz der Republik)，之後並將之補入前述之帝國公務員法，成為第 10a 條。依其規定，帝國公務員負有義務以其整體行為支持憲法所規定之共和的國家權力，並且其不得從事任何與其帝國公務員之地位不相符合之行為，特別是濫用其職務或其職務上主管之設施以尋求改變憲法所規定之共和的國家形式。⁷⁴在帝國公務員法第 10a 條制定之後，對於公務員職務外之政治活動是否應受到特別之限制，雖仍存有爭議，但學說與實務上壓倒性之多數見解還是認為，基於公務員公法上任職關係之「本質」及公務員「為國民全體服務」之地位，可以導出公務員從事政治活動時之特別義務。懲戒法院也一直堅持其一貫之見解而認為，公務員在行使其政治權利時必須遵守依其為國民全體服務之地位及職務上之尊嚴所要求之慎重與節制義務。⁷⁵

由以上對於公務員政治活動之歷史脈絡的粗略觀察，可以看出德國公務員制度之傳統對於公務員政治活動之立場乃是，一方面保障其政治活動自由，但另一方面也基於其公務員身分而賦與相對於一般國民之特別的憲法忠誠義務及從事政治活動時之慎重與節制義務。關於基本法第 33 條第 5 項所規定之「職業公務員制度之傳統原則」到底包括哪些，德國聯邦憲法法院之一貫立場雖是認為並非所有傳統的公務員法上的規定都包括在內，而必須是「結構性原則之核心領域，且該等原則必須是為一般或絕大多數所接受之歷經長久時間形成之原則，最起碼必須是威瑪憲法所承認為具有拘束性且加以保障之原則」⁷⁶，但聯邦憲法法院明白承認公務員對於國家與憲法之政治忠誠義務屬於基本法第 33 條第 5 項

73 A. a. O., S. 35 ff.。

74 A. a. O., S. 55 ff.。

75 A. a. O., S. 72 ff.。

76 Battis, 1997, § 2 Rn. 7.。

之「職業公務員制度之傳統原則」⁷⁷，並且認為，公務員之政治言論僅於其不違反基本法第 33 條第 5 項所要求之政治忠誠義務時，在憲法上始為基本法第 5 條所涵蓋。「在這個意義上，基本法第 33 條第 5 項所涵蓋之公務員法與懲戒法上之規定為基本法第 5 條第 2 項所稱之一般法律」。⁷⁸公務員從事政治活動時之慎重及節制義務雖未被明白承認為「職業公務員制度之傳統原則」⁷⁹，但聯邦行政法院於其判決中引用聯邦憲法法院上開判決，惟將文句修改為「公務員之政治言論僅於其不違反基本法第 33 條第 5 項所要求之公務員基於其任職與忠誠關係所要求之特別義務時，始為基本法第 5 條所涵蓋」。由文句的轉折已可清楚地看出由基本法第 33 條第 5 項所導出之對公務員言論自由之限制，並不只限於政治忠誠義務。聯邦行政法院強調，要維護一個能發揮功能之公務員制度，職務執行之政治中立性及公眾對此一中立性之信賴不得受到危害或甚至只是被懷疑。因此聯邦行政法院認為，公務員於政治活動時所應遵守之慎重與節制義務⁸⁰，乃是基本法第 33 條第 5 項之「具體化」⁸¹，構成對公務員言論自由之合法限制。⁸²

針對軍人之政治活動基本法於 1956 年所新增之第 17a 條提供了特別之限制依據。基本法第 17a 條本身並非基本權條款，而是特別之法律保留條款，依其規定得以法律限制軍人之言論發表自由、集會自由及請願權等等。此一規定其實預設了軍人亦享有受憲法保障之政治活動自由，由於此一規定尚早於聯邦憲法法院之「受刑人判決」，因此此規定可以看作是解構特別權力關係理論之一個象徵。⁸³特別值得注意的是，由於基本法第 33 條第 5 項所規定之職業公務員制度之傳統原則並不包括職業軍人，所以對於軍人基本權之特別的限制依據乃是基本法第 17a 條，而非第 33 條第 5 項。⁸⁴

77 BVerfGE 39, 334 (346 f.)。

78 A. a. O., S. 367。

79 Weiß 認為，慎重與節制義務本身雖非屬職業公務員制度之傳統原則，但公務員法中關於慎重與節制義務之條款中所包含的基本思想，亦即公務員受到廣泛的政治自由保障，僅於職業上所必要的限度內受到限制，乃是根源於威瑪憲法第 130 條第 2 項所保障之政治信念自由之傳統原則。Vgl. ders., 1988, S. 111。

80 在本案中受審查之對象乃是漢堡公務員法第 58 條，其內容與聯邦公務員法第 53 條一樣，皆規定公務員於政治活動時之慎重與節制義務。

81 BVerwGE 84, 292 (297)。

82 A. a. O., S. 294。

83 Kokott, 1999, Rn. 3。

84 A. a. O., Rn. 14。

參、慎重與節制義務

一、一般說明

公務員從事政治活動時之慎重與節制義務規定於聯邦公務員法第 53 條及公務員基準法第 35 條第 2 項：「公務員從事政治活動時，應遵守基於其為國民全體服務之地位及其職務上義務之考慮所導出之慎重與節制義務。」由以上之歷史觀察中已可得知，此一慎重與節制義務雖已常被提到，但在公務員法上明文規定，倒是創舉。關於公務員之職務外行為向來是適用前述於帝國公務員法第 10 條規定之「尊嚴條款」；此一條款並且於聯邦公務員法第 54 條第 3 句及公務員基準法第 36 條第 3 句⁸⁵繼續維持下來，成為公務員行為義務之一般條款。關於聯邦公務員是否違反其職務義務，在審查第 52 條以下之特別的義務條款而認為並無違反時，仍應繼續審查其是否違反「尊嚴條款」此一一般義務條款。⁸⁶在「尊嚴條款」之外另就政治活動加以規範，顯然與納粹經驗有關。在 1953 年制定聯邦公務員法時，政府草案中曾試圖禁止公務員公開地以政黨的積極支持者之姿態出現，但並未為國會所接受⁸⁷，而修改為現行條文。

聯邦公務員法第 53 條所確定下來之慎重與節制義務成為之後立法的典範。不僅 1957 年制定之公務員基準法，各邦的公務員法也多有相同的規定⁸⁸。法官法第 39 條⁸⁹規定：「法官在職務內、外之行為，也包括其從事政治活動時，不得危及對其獨立性之信賴。」此規定雖未明白提及慎重與節制義務，但亦被解釋為法官於政治活動時也負有此等義務。⁹⁰在職員與勞工方面，「聯邦職員團體協約」(Bundes-Angestelltentarifvertrag; BAT)第 8 條第 1 項第 1 句規定：「職員應如公務員所受期待者一般，而從事其行為。」關於此一規定之主要爭議在於：此一規定是否已規定了職員之行為義務？以政治活動為例，聯邦職員是否已因此一規定而負有某行為義務？若是，則當然必須進一步確定，其負有何等義務；若為否，則聯邦職員所應負之義務便應由人事委員會(Personalrat)與雇主以協議來決定。對此，聯邦勞動法院認為，聯邦職員團體協約第 8 條第 1 項第 1 句之規定並非不完全，從而有待補充之框架規定，而是關於行為義務之一般條款。此一一般條款與其他一般條款如誠實信用、公序良俗等並無不同，其進一步之

85 聯邦公務員法第 54 條第 3 句，公務員法第 36 條第 3 句規定：「公務員職務內、外之行為都必須是符合其職業所要求之尊重與信賴之適切行為。」

86 Weiß, 1971, S. 50。

87 Frowein, 1967, S. 18, Fn. 49。

88 Vgl. Weiß, 1988, S. 109, Fn. 2。

89 關於法官法第 39 條立法過程之進一步介紹，參：張桐銳，1992，頁 26 以下。

90 Vgl. BVerwGE 78, 216 (219); Schmidt-Räntsch, 1995, § 39 Rn. 4 ff.。

確定皆屬於法律問題，應由法院透過解釋而決定，而非應經由人事委員會之參與而加以補充。聯邦勞動法院並且進一步認為，此一規定所規範之行為義務包括從事政治活動時之慎重與節制義務。「由於所有的公職人員，包括公務員與職員，都不是為特定政黨或政治團體服務，因此慎重與節制義務乃是適用於所有公務人員之一般原則，從而也包括與國家處於私法上勞動關係之人員。」⁹¹

慎重與節制義務性質上屬職務法上之義務，違反此一義務可能構成「失職」(Dienstvergehen)，而成為受懲戒之事由。關於懲戒，在德國法上係將其實體法與程序法在不同法典分別規定。以聯邦公務員法為例，懲戒之實體法是規定於聯邦公務員法，懲戒程序則規定於聯邦懲戒法(Bundesdisziplinarordnung; BDO)。在實體法上對於應受懲戒之行為並未如刑法般列出不同之具體的構成要件，而是僅以一個「失職」條款：聯邦公務員法第 77 條第 1 項；公務員基準法第 45 條第 1 項，來加以規範。在 1967 年 7 月 20 日修正聯邦公務員法第 77 條第 1 項之前，原條文規定：「公務員有責地違反其義務者，構成失職。」由此可以很明顯地區分出「有責性」及「義務違反」之主、客觀構成要件。此所謂之「義務」係指聯邦公務員法第 52 條以下所規定之義務。前述之一般義務條款 - 尊嚴條款，因此可認為是失職之「基本構成要件」。⁹²由於聯邦公務員法第 54 條所規定之尊嚴條款要求公務員之所有行為，即不分職務內、外都必須維護其職業所要求之尊嚴，因此任何義務違反行為，即使是職務外行為，也可能構成失職。1967 年 7 月 20 日之修法主要是引進第 77 條第 1 項第 2 句：「公務員之職務外行為，如依個案狀態在特別之限度內顯示出足以嚴重影響對於其職務之尊重與信賴或公務員之威望者，為失職行為。」依此，並非所有公務員在職務外之義務違反行為都會構成失職。⁹³由於政治活動為職務外行為，因此此一針對「失職」概念適用對象之限縮亦適用於違反慎重與節制義務之情形。⁹⁴

為了督促公務員履行其職務義務，主管長官也可以施以職務監督措施。在此值得注意的是，針對職務外行為固然也可為職務監督，以督促公務員履行其職務義務，但該職務監督措施本身就算是輕微地警告，要求公務員以後從事政治活動時應遵守慎重與節制義務，也屬對基本權之干預，從而可認定為行政處分，受職務監督之公務員對之可提起行政訴訟。⁹⁵

91 BAG, NJW 1982, S. 2888 f.。

92 Weiß, 1971, S. 50。

93 Battis, 1997, § 77 Rn. 9。

94 Weiß, 1988, S. 116。

95 BVerwGE 78, 216 f.。

二、構成要件

關於「慎重與節制條款」之解釋與適用，德國實務上一貫之見解認為，「慎重與節制條款」固然是公務員政治基本權之限制條款，但此一條款之解釋與適用也必須受其所限制之基本權所節制，基本權與限制基本權之法律從而乃是相互影響。在個案中因此必須就公務員之政治基本權與其基於公務員身分之職務與忠誠義務加入衡量。⁹⁶由於「慎重與節制條款」本身乃是相當不明確之概括條款，再加上個案中為利益衡量之必要性，因此有必要就實際案例來觀察此一條款之具體化。法條之具體化脫離不了構成要件之解釋，因此以下以案例取向之構成要件分析來進一步了解「慎重與節制條款」。

（一）政治活動時

公務員從事「政治活動時」負有慎重與節制義務。對於「政治活動」很難清楚地加以定義，這主要是由於「政治」概念本身就很難掌握。大致上來說，「政治」通常被理解為與公共事務、公共生活或與權力的爭取或行使有關。⁹⁷不過，在此所謂之政治活動不能單純依法律外的觀點，例如政治學的觀點來決定，而必須考慮本條款之規範目的。⁹⁸因此，公務員執行職務之行為雖必然與公共事務有關，而且也涉及權力之行使，卻不得解釋為此所謂之政治活動，蓋慎重與節制條款所要規範的，顯然是公務員以私人身分參與政治生活之活動。但此一區分卻也不排除政治活動可能發生於執行職務過程中⁹⁹或在上班時間中。

由於慎重與節制義務條款之基本精神並非要一般性地禁止公務員之政治或政黨活動，反而原則上許可才是立法意旨所在，因此解釋慎重與節制義務時不應將其解釋為，公務員在政治生活中應保持中立的姿態¹⁰⁰。所以公務員公開地表達其政黨支持之意向，如與政黨政治有關之活動，從參選、助選、選舉投票到加入政黨或政治團體及所有之政黨活動皆為法律所允許之政治活動。公務員加入違憲政黨，並積極地從事活動，則違反其政治忠誠義務，並無疑問。但如公務員只是消極的黨員，或該政黨雖是敵視國家或憲法，但尚未被宣告違憲，則公務員是否違反其政治忠誠義務，尚難斷言。惟就算可認為尚未違反政治忠誠義務，仍應考慮其是否違反慎重與節制義務。¹⁰¹

政治活動也包括與政黨政治無直接關聯之活動。首先值得注意的是公務員之

96 BVerwGE 78, 216 (221); BVerwGE 84, 292 (294)。

97 Weiß, 1988, S. 114; 張桐銳, 1992, 頁3以下。

98 BVerwG, NJW 1982, S. 118。

99 參下述「於執行職務中佩帶反核標章」之例。

100 Frowein, 1967, S. 18。

101 Weiß, 1988, S. 114。

工會活動。基本法第 9 條第 3 項第 1 句所保障之為維護及促進勞動及經濟條件之結社自由，亦及於公務員。¹⁰²聯邦公務員法第 91 條及公務員基準法第 57 條因此明文保障公務員組織工會或職業聯盟之權，並且規定公務員不得因其工會或職業聯盟之活動而受處罰或受到歧視。此一保障聯結到慎重與節制義務，便會產生一項疑問：如果工會活動也屬於政治活動，則是否也要受到慎重與節制義務之限制？如果因違反慎重與節制義務而受懲戒，是否抵觸不得因工會活動而受處罰之規定？對此學說上認為主要爭點並非「工會活動是否屬於政治活動」這樣的問題，而是「基本法第 9 條第 3 項所保障之勞工團結權是否包括政治性之工會活動？」就此應區分情形而論：

- 公務員基於其另外之政治目的而行使其團結權，例如在行政機關內呼籲怠工 (Dienstunterbrechung) 以抗議核飛彈之設置，則不受基本法第 9 條第 3 項所保障，而只涉及慎重與節制義務；
- 在團結任務範圍內之行為，即有可能因團結權之特別保障而被認定為合法。在此須進一步區分所涉及者是否政治活動。例如工會代表以貶抑的態度批評其部門主管，雖可能違反聯邦公務員法第 54 條之尊嚴條款，但因其並非政治性的活動，而與慎重與節制義務無涉。但在團結任務範圍內之課題如屬政治課題，例如在法律政策上公開地主張公務員應有罷工權，則有可能涉及慎重與節制義務及基本法第 9 條第 3 項所保障之團結權間之衝突，而必須從事利益衡量。在這個衡量中，憲法對於勞工團結權之特別保障，應特別予以斟酌。¹⁰³

與政黨政治無直接關聯之政治活動還包括在公共生活中對政治議題之參與，這常表現於結社、參與集會、示威遊行或發表言論。公務員是否違反其慎重與節制義務，在實務上經常發生在此一案型。以下介紹一些例子：

- 在執行職務中佩帶反核標章：德國在 1977 年初對於核能的和平用途有熱烈的討論。當時就有一些教師在課堂上佩帶反核標章：一種圓形標章，黃底，上有紅日及文字：「核能？不了，謝謝」。1977 年 11 月 4 日在漢堡之一位教師被其校長禁止佩帶此種標章。針對此一禁止，該教師於踐行異議程序後提起行政訴訟，雖獲得勝訴，但上訴審之高等法院及之後的聯邦行政法院皆認為教師在課堂上佩帶反核標章違反慎重與節制義務。¹⁰⁴本案中之教師具有公務員身分，但在具職員身分之教師也有相同之案例。同樣是 1977 年、漢堡，一位具職員身分之教師也被其校長禁止其於課堂上佩帶反核標章。如前所述，聯邦勞動法院認為基於「聯邦職員團體協約」第 8 條第 1 項，職員於從事政治活動時亦負有慎重與節制義務，而且，聯邦勞動法院亦認為在課堂上佩帶反核標章乃違反慎重與節制義務。¹⁰⁵
- 公開連署反對設置核飛彈：1983 年 8 月 6 日 Lübeck 地方法院的一個庭長與其

102 Battis, 1997, § 91 Rn. 2。

103 Weiß, 1988, S. 112 f。

104 BVerwGE 84, 292 ff。

105 BAG, NJW 1982, 2888 ff。

他 34 個法官及檢察官共同連署，以「Lübeck 地區 35 位法官與檢察官反對設置核彈」為標題，在報上發表聲明，反對在德國境內設置潘興二號飛彈。在該聲明發表之前(同年 8 月 2 日)，該法院之院長已經表示，該聲明違反法官於政治活動時之節制義務。聲明發表之後，該院長對該庭長施以警告(Ermahnung)：以後應遵守從事政治活動時法律所要求之慎重與節制義務。針對此一職務監督措施，該庭長提起行政訴訟。對此聯邦行政法院認為此一公開的意見表達違反慎重與節制義務。¹⁰⁶

在以下對慎重與節制義務條款之構成要件作進一步的分析之前，在此對於意見表達部分所要考慮的是，是否所有的言論表達都是政治活動？對此可先參考「軍人法」(Soldatengesetz; SoldG)第 15 條第 1 項之規定「軍人在職務中不得從事政治活動，但軍人與同袍交談中表達其意見之權利不受影響」。在此政治活動與單純之言論間之區別，顯然為重點所在。聯邦行政法院在一項關於軍人將與前述反核標章相同內容之海報張貼在軍車上之判決中即表示，並非所有政治言論都是軍人法第 15 條第 1 項之政治活動。不過，對於此二者如何區分，聯邦行政法院並未提供一般性之判準。惟針對在軍車上張貼反核海報，聯邦行政法院認為此海報乃是具一定內容之宣傳品，其散播乃在追求一定的政治效果。¹⁰⁷在上述教師佩帶反核標章之例中，聯邦勞動法院與聯邦行政法院提出了更為清楚的說理：「反核標章之佩帶者經其行為明白表達出其反對核能和平用途之立場，亦即其乃是對於一項在社會上非常具爭議性之重大政策問題表達其立場。其行為乃超出政治意見的單純表達，而成為追求一定政治目的之訴求。」¹⁰⁸由此一見解似乎顯示出，所謂的政治「活動」並非單純的行為，而必須具備某種特質，亦即具目的性地參與政治意見的競逐，因此它通常是積極性的、宣傳性的或甚或煽動性的。¹⁰⁹

(二) 基於為全體國民服務之地位及職務義務之考慮

1、類型區分

慎重與節制條款要求公務員於從事政治活動時，應遵守「基於為全體國民服務之地位及職務義務之考慮」所導出之慎重與節制義務。對此要考慮的是，「為全體國民服務之地位」及「職務義務」是否為兩個獨立的範疇？此一問題之爭點在於所謂「基於為全體國民服務地位之考慮」是否指單從公務員地位本身，完全不考慮對具體職務執行之影響，即可導出對其政治活動之限制？從條文用語來看似乎很清楚地區分基於公務員地位本身之義務及基於職務之執行所生之義務，但在解釋上卻非沒有任何疑慮。先從字面來看，如果比較慎重與節

¹⁰⁶ BVerwGE 78, 216 ff.。

¹⁰⁷ BVerwG, NJW 1982, 118.。

¹⁰⁸ BVerwGE 84, 292 (295); BAG, NJW 1982, 2889.。

¹⁰⁹ Weiß, 1988, S. 115.。

制條款與法官法第 39 條，可以看出明顯的差別。法官法第 39 條規定「法官不分職務內、外，也包括從事政治活動時，其行為不得損及對其獨立性之信賴。」似乎對法官政治活動之限制必須是為了維護法官功能之充分發揮。如果貫徹這種功能取向的解釋，則對公務員政治活動的限制也可作相同解釋。蓋限制公務員政治活動之憲法基礎乃是基本法第 33 條第 5 項，而依此規定所得以限制公務員之基本權者，必須是為維護一個能正常發揮功能之公務員制度之所必要。依照此一意旨來解釋慎重與節制條款，則所謂基於公務員地位所導出之對其政治活動之限制必須具有職務關聯性，亦即須其政治活動影響職務之執行始得加以限制，例如因其政治活動而使得人民無法信賴其會中立、公正地執行職務。這種對公務員中立、公正之信賴乃是基於公務員地位之一般性的要求，而非基於個別職務義務之考慮。此種對基於公務員地位所導出之慎重與節制義務之限縮解釋，其意義在關聯到「尊嚴條款」 (§§ 54 BBG; 36 BRRG) 時會更清楚地顯示出來。可遠溯至 1873 年之帝國公務員法第 10 條之「尊嚴條款」可以說是基於公務員地位所導出之一般義務的核心規定。將「尊嚴條款」之精神貫徹到「慎重與節制條款」，便會認為公務員於從事政治活動時跟為其他職務外行為一樣，皆必須是適於其職業上所要求之尊重與信賴的行為。不過，限縮解釋論者則認為，既然立法者在「慎重與節制條款」所作之基本決定乃是原則上允許公務員之政治活動，則不應再依循「尊嚴條款」之精神而對公務員之政治活動作進一步之限制，因此應只限於政治活動影響其功能之正常發揮時才限制之。

110

限縮解釋論並未被普遍地接受。首先，法官法第 39 條就並未如其字面那樣解釋為法官之政治活動僅於危及對其獨立性之信賴時才受限制。在上述之 Lübeck 法官連署反對設置核飛彈一案中，聯邦行政法院認為法官在連署中註明其職銜乃是濫用對其地位之尊重與信賴以增加其政治言論之份量乃違反其從事政治活動時之慎重與節制義務¹¹¹。顯然法官法第 39 條所規定之「不得損及對其獨立性之信賴」並未被解釋為一定要有「職務執行之關聯性」。其次要進一步考慮的是，如何才能維護「功能正常之公務員制度」，根本不清楚。「尊嚴條款」中稱「職業所要求之尊重與信賴」無異於宣稱，人民對公務員之尊重與信賴乃是一個要正常發揮功能之公務員制度所必要。因此，除非「尊嚴條款」本身之合憲性被否定，否則將「尊嚴條款」之精神貫徹到「慎重與節制條款」並無不可，況且如此解釋與「慎重與節制條款」之文義反貼切些。因此本文以下仍將基於公務員地位與基於其職務義務之考慮區分無兩個獨立的範疇而分別討論。

110 Vgl. Frowein, 1967, S. 20 ff.。

111 BVerwGE 78, 216 (222)。

2、基於公務員地位之考慮所導出之慎重、節制義務

(1) 公務員之政治中立與慎重、節制義務

基於公務員為全體國民服務之地位，首先須納入考慮者，無疑地為公務員之政治中立性。對此要注意的是，慎重與節制條款之基本出發點的乃是允許公務員從事政治活動。換言之，在中立性之要求下所談到的「保持距離」、「不得(被)等同」等等，在公務員從事政治活動時並未被嚴格要求。也就是說，公務員可以有其政治認同或屬性，而且公務員透過政治活動表達其政治認同與屬性，乃是慎重與節制條款所允許。¹¹²慎重與節制條款並未要求公務員於從事政治活動時必須與政治力保持距離，也未要求公務員不得具有政治屬性。慎重與節制條款甚至並未要求公務員只能消極地參與政治。政治參與之最積極的形式大約無過於參選，但即使對於如此積極的政治參與形式，德國公務員法上也未予禁止，反而賦予公務員請求特別假之權以應付選戰。¹¹³

然而，基於公務員中立地位之考慮所導出之慎重與節制義務所要求者為何？可以確定的是，公務員將其行政資源轉為政治資源乃是對其中立地位之嚴重侵犯。前面曾提到之公務員對政府之效忠不應被誤解為對政黨的效忠。固然執政黨之施政綱要可以透過其對於公務員之政治領導而獲得貫徹，但執政黨不得將行政機器據為己有以作為其於政治過程中爭取政治支持之資源。基於此一對公務員政治中立之要求可以導出，固然公務員得有其政治認同與政治屬性，而且也可以經由其政治活動表達其政治立場，但其行為如引起公眾對其職務執行之中立、公正性有所懷疑，則無法期待行政機器可以正常地發揮功能。¹¹⁴在此意義下可以說，慎重與節制條款之保護法益乃是公眾對公務員執行職務之中立性、公正性之信賴。¹¹⁵不過，公務員之政治活動是否危及對其職務執行之中立、公正性之信賴，必須就個案視其是否有進一步的狀況足以引起此等懷疑而定。公務員之政黨政治活動如沒有進一步之特殊狀況，則原則上不被認為會引起對其中立與公正性之懷疑。¹¹⁶

關於基於公務員之中立地位所導出之慎重與節制義務，還須考慮公務員對於政府之忠誠義務。依上所述，公務員政治中立之核心意義在於公務員願意對於任何合法產生政府效忠之態度，因此公務員不得阻礙政府之施政。在職務執行上，公務員必須服從政府之政治領導；在職務外之行為，特別是從事政治活動

112 BVerwGE 78, 216 (221)。

113 基本法第 48 條第 1 項規定：「欲爭取聯邦議會席次者，有請求為準備選舉所必須之休假之權。」針對公務員之更具體之規定為「公務員同意接受提名為德國聯邦議會或各邦議會議員選舉之候選人者，在投票日前兩個月內得申請為準備選舉所必須之無支薪休假。」 (§ 89 II S. 2 BBG)。

114 Weiß, 1988, S. 118。

115 Frowein, 1967, S. 27。

116 BVerwGE 78, 216 (221 f.)。

時，亦不得阻礙政府之施政¹¹⁷。例如，1988年 Baden-Württemberg 邦政府發布一個公告，擬將依據與教師間之團體協約所定之縮短工時轉為三個額外放假日，針對此一政策，某高中於1989年1月22日召開人事大會(Personalversammlung)，於會中決議反對此一政策，並寄發信函給學生家長以尋求支持，信函內容如下：「本高中之同僚於1月22日召開人事大會商討如何適當地因應邦政府之決議。會中決定，完全停止課程外之學校活動(如參觀博物館、學生之體育特訓、學校之慶典等等)對我們來說是可能的，但在目前的狀態下我們還不擬採取這樣之抗爭形式。相反地，我們希望其他的抗爭形式也能有效。而且我們也希望您能支持我們的懇求(而且這也是貴子弟的懇求)。

您絕對能夠支持學校團體協約之落實 - 以致函給邦政府之形式，例如透過整體家長會之自發行動或公開地表示態度。我們請求您如此地支持我們。」

對於人事大會此一決議，人事委員會(Personalrat)之所有成員都簽名表示贊成，其中一名成員因此而受到懲戒。在本案中，Baden-Württemberg 行政法院認為，由該致家長信函之文字脈絡來看，由於該信函中表示可能停止所有課程外之學校活動，只是「目的…還不擬採取」罷了，因此家長受有壓力去支持其訴求。而且其訴求乃是希望家長對邦政府施壓。Baden-Württemberg 行政法院強調，重點不在於其訴求實現的範圍有多少，而在於此訴求本身就表達出其不忠誠，因此違反慎重與節制義務。¹¹⁸

不過，學說與實務上也一致認為，慎重與節制條款並不禁止公務員批評政府。¹¹⁹換句話說，儘管依據公務員之政治中立性公務員必須對於任何合法產生之政府效忠，服從其政治領導，但並不要求公務員在職務外之政治活動亦附和政府之意見。公務員在從事政治活動時可以批評、反對政府之施政，或甚至要求其主管部門之部長下台¹²⁰。由此衍生之問題在於，既然公務員在從事政治活動時可以批評、反對政府之施政，那麼基於公務員必須對政府效忠之考慮所導出之對其政治活動之限制到底為何？對此學說上所提出之見解著眼於政府對於公務員忠誠之信賴。例如一個負責擬定法案之公務員在政治決定作成之前就對外發表言論反對政府之政策立場，在此情形即因其政治活動所顯現之偏頗之虞使得政府對其無法信賴，而可認為違反慎重與節制義務。¹²¹

(2) 「尊嚴條款」與「慎重與節制條款」

關於「尊嚴條款」與「慎重與節制條款」之關係其問題在於，在何種情形公務員之政治活動會被認為危及其職業所要求之尊重與信賴，並因此而被認為違反慎重與節制義務。在此所涉及者乃是「尊嚴條款」與「慎重與節制條款」是

117 Weiß, 1988, S. 117。

118 VGH Bad-Württ., VBIBW 1993, S. 386 ff.。

119 Battis, 1997, § 53 Rn. 3; BVerwGE 78, 216 (221).

120 BVerwG, NJW 1978, 2109。

121 Vgl. Frowein, 1967, S. 25 ff.。

否追求一個特定之公務員形象，亦即一個舉止得宜、符合禮節之公務員？以下我們分別案型來加以觀察。

首先值得考慮的是煽動性之政治活動是否違反慎重與節制義務。如前所述，政治活動乃是具目的性地參與政治意見的競逐，因此它通常是積極性的、宣傳性的或甚至是煽動性的。問題在於所謂的「慎重與節制」是否要求公務員在從事政治活動時應採取比較「理性」的態度，而避免激烈、尖銳、具煽動性之行為方式。針對此一問題，學說上認為激烈、尖銳或煽動性之言論尚不足以被認定為違反慎重與節制義務，必須是侮辱性、詆毀性之言論始足當之。¹²²惟 Mannheim 行政法院在一個關於老師於畢業典禮中批評校方的案例中認為，老師固然可以公開地批評校方之弊病，但在表達方式上則受有限制，亦即在表達形式上應該慎重，避免不客觀之爭辯或有所越軌。Mannheim 行政法院認為，毫無節制之言論表達會危及其教育工作所必要之尊重與信賴。¹²³

在單純以言論形式出現之政治活動之後要檢討的是具有進一步行動之政治活動。典型之例子如前面提過之佩帶政治性標章或張貼政治海報、散發傳單、刊登政治廣告，或甚至參與示威活動等等。跟前述之煽動性言論比起來，這種具進一步行動之政治活動乃是企圖引起更強烈或更廣泛之政治支持。¹²⁴在前述之佩帶反核標章及連署反對設置核飛彈之案例中，聯邦行政法院都並未單純以此等行動本身就認定違反慎重與節制義務，而是基於進一步之考量。其中佩帶反核徽章案所涉及的是，此等行為發生於職務執行當中，對職務之執行有所影響，對此將於稍後再進行討論。至於連署反對設置核飛彈一案乃涉及職務地位之濫用，為接著所要討論之重點。

「職務地位之濫用」與「所職掌權限或資源之濫用」應加以區分，後者之違反慎重與節制義務或職務執行上之中立或公正義務，可以說毫無疑問。與濫用具體之職掌權限或資源不同，此所謂「職務地位之濫用」所涉及的乃是抽象之職務地位本身的濫用，在具體個案中則主要涉及在政治活動中的職銜使用問題。依據聯邦公務員法第 81 條第 2 項第 2 句之規定，即使在職務外聯邦公務員也可以使用其職銜。問題在於，在職務外使用職銜是否、或於何等情形可被認為是濫用。早在帝國懲戒庭(Reichdienststrafhof; RDStH)已有案例顯示出在職務外濫用職銜之可能性：警察身著制服去向積欠借款久之債務人催討欠款。¹²⁵在政治活動方面，聯邦行政法院在上述法官連署反對設置核飛彈一案中表示：「基於法官職務所要求之慎重與節制義務，在法官職務與參與政治意見爭論之間應有明確之劃分。法官在發表其私人意見之時，不應使人誤以為他在發表職務上之意見。如果法官為了在政治論爭中更受矚目或更有效地貫徹其政治意見而很突顯地使用其職務或與職務相連結之威望與信賴，則亦違反基於法官職務所導出之義務。」在本案中法官與檢察官在其連署之聲明的標題就突顯出(是)「法

122 Weiß, 1988, S. 118。

123 VGH Mannheim, NJW 1985, S. 1662。

124 Weiß, 1988, S. 119。

125 Vgl. Weiß, a. a. O.。

官」與「檢察官」反對設置核飛彈，聯邦行政法院認為，其目的在於「賦與其政治意見更大之意義與更高之說服力」。由於彼等「將其法官職務與私人領域加以連結」，因此「與其身為法官之職務義務不相符合」。¹²⁶

3、基於職務義務之考慮所導出之慎重與節制義務

在基於職務義務之考慮所導出之慎重與節制義務所涉及的是，公務員是否由於其政治活動而違反個別、具體之職務義務。公務員在從事政治活動時，依其行為態樣可能違反各式各樣之職務義務。例如，在政治活動中公務員可能將其職務秘密洩露出去而違反保密義務 (§§ 61 I S. 1 BBG; 39 I S. 1 BRRG)，或違反命令而身著制服參加政治集會以致違反服從義務 (§§ 55 S. 2 BBG; 37 S. 2 BRRG) 等等¹²⁷。其中最受矚目之問題乃是因其政治活動致違反職務執行義務，亦即在職務執行中之政治活動問題。

關於職務執行中之政治活動問題，首先要確定的是，公務員並非單純之「職務執行機器」，即使是在執行職務當中，他仍然是具有個人需求、思想及感覺的人。因此即使是在職務執行中不僅可能存有，也應該容許有公務員從事政治活動之空間，只要其政治活動不致妨礙職務之執行。¹²⁸即使在軍中，聯邦憲法法院仍然認為可以針對現實之政治問題公開地進行討論，只要職務之執行不因此而受妨礙；而且長官也可以參與此種討論，問題只在於其是否逾越其界限。¹²⁹

當然，職務執行中之政治活動是否對於職務之執行有所妨礙，必須就個案依職務之性質分別情形來加以認定。對此，以下以前述教師佩帶反核標章之例來加以說明。如前所述，教師在上課中佩帶反核標章乃是宣傳其政治主張，並且企圖爭取對其政治主張之支持，乃是一政治活動。換言之，本案並非關於教師之授課內容涉及政治問題或政治觀點之問題，因此與教師之教學自由與行政中立間之權衡無關，而是其政治活動是否違反慎重與節制義務之問題。¹³⁰關於教師是否可以將其個人之政治意見帶進其教學過程中 - 不論是執行其職務之教學行為或職務執行過程中之政治活動 - ，聯邦勞動法院認為即使是在教學過程中，教師也無須隱藏其政治意見¹³¹，但以諸如佩帶反核標章這種方式去影響學生政治觀點之形成，則不論聯邦勞動法院或聯邦行政法院皆認為違反慎重與節制義務：¹³²

- 從實現教育任務之角度來看，學校教育之目的在養成學生獨立思考、判斷及行為之能力以及對於國家、社會之責任感。因此，學校應該幫助學生養成能

¹²⁶ BVerwGE 78, 216 (222)。

¹²⁷ Vgl. Weiß, 1988, S. 120。

¹²⁸ Frowein, 1967, S. 28。

¹²⁹ BVerfGE 28, 36 (49)。

¹³⁰ BVerwGE 84, 292 (298)。

¹³¹ BAG, NJW 1982, S. 2889 f.。

¹³² BVerwGE 84, 292 (295 ff.); BAG, NJW 1982, S. 2889 f.。

認識社會上之衝突及針對衝突就事論事地進行辯論之能力。教師從而應該在課堂上引進政治課題時客觀地、謹慎地且均衡地敘述各方意見之理由及反方理由。在這個過程中，教師固然無須隱藏其個人之政治意見，但教師不得引起學生覺得老師期待他們附和老師意見之印象。從這個基本要求來看，教師在課堂上佩帶反核標章乃是教師個人之政治意見，同時也是企圖爭取意見認同之政治活動，學生在課堂上不斷地面對老師此一政治意見，卻並未也沒有機會針對核能之和平用途之正反意見進行討論。基於學生與教師間特別緊密之關係及教師對於學生自然會具有之權威，學生極可能因此而在特定之政治觀點上受教師影響，情緒性地支持特定政治觀點，而不是基於理性的思考與判斷。

- 從父母教育權之角度來看，基本法第 6 條第 2 項第 1 句賦予父母優先於其他教育主體教育其子女之地位，因此如果父母必須擔心其子女針對社會上之衝突在學校受到單方面之「思想改造」(Indoktrination)並因此影響到其自己對子女之教育，則是與憲法上對父母教育權之保障不相符合。國家因此負有義務要確保學校之中立性，才能顧及在多元社會中各式各樣之父母之觀點，也從而必須禁絕來自教師之單方面的政治宣傳，否則父母對於學校之客觀性與政治中立性之信賴便將因此而動搖。

肆、軍人之政治活動

一、相關規定

基於軍人之特殊性，德國法上對於軍人政治活動之限制，較諸其他公務人員顯得較為嚴厲，也規定得比較具體。相關之規定包括：

- 軍人法(Soldatengesetz; SG)第 8 條「軍人應尊重基本法下之自由民主之基本秩序，並以其全部行為致力於此基本秩序之維持」；
- 第 10 條第 6 項「軍官與士官於職務內、外發表言論時，為維護其身為長官之信賴，應保持必要之節制」；
- 軍人法第 15 條第 1 項「軍人在職務中不得從事有利或不利於特定政治路線之活動。軍人與同袍交談中表達自己意見之權利不受影響」；第 2 項「在營區或軍事設施中於休閒時間之自由發表意見之權利，以同袍間之基本規則為其界限。軍人應注意其行為以免共同職務受到嚴重干擾。軍人特別不得以政治團體之宣傳員身分演講或散播文字為政治團體宣傳，或者以政治組織之代表者身分從事工作。軍人相互間之尊重不得被危及。」；第 3 項「軍人參加政治活動時不得著軍服」；第 4 項「具有長官身分之軍人不得為了贊成或反對一政治意見而影響其部屬」；
- 第 17 條第 2 項「軍人之行為應符合對聯邦國防軍之威望及其軍人身分所必須之尊重與信賴」

由以上之規定可以看出軍人法中對於軍人政治活動之規範乃是階層性地區分類型而予以不同程度之限制¹³³：

- 在執行職務中軍人之政治活動受到最嚴格之限制，原則上不得從事政治活動，惟同袍間交談而發表意見之權利則不受影響。
- 在休閒時間中，但在營區或軍事設施之內，軍人可以有較寬之政治活動空間，因此在執行職務中被禁止之政治活動在此未必被禁止。此範圍內之政治活動係以同袍間之基本規則為其界限，顯見此規定之保護法益在於同袍情誼與相互之尊重，蓋此為維持紀律與軍隊之戰鬥力之必要條件。第 15 條第 2 項第 3 句所禁止軍人以演講或散播文字為政治團體宣傳，或者以政治組織之代表者身分從事工作，乃是立法者所列舉出之嚴重干擾同袍關係及其相互尊重之典型。¹³⁴
- 在休閒時間中，而且也在營區或軍事設施之外，則軍人有最寬之政治活動空

133 Abweichende Meinung des Richters Dr. Rottmann zum Beschluß des Zweiten Senats vom 2. März 1977, BVerfGE 44, 197 (205 f.); BVerwG, NJW 1982, S. 119。

134 BVerfGE 44, 197 (203)。

間，除了受到與公務員法上之「尊嚴條款」類似之限制外，基於軍人身分所受之特別限制僅限於不得穿軍服而參加政治活動。

二、案例與問題

除了前述軍人於軍車上張貼反核海報之例(案例一)，以下再舉兩個實例來觀察對於軍人政治活動之相關規定之適用情形。

案例二¹³⁵：

1964年10月1日一位軍官於上班時間內，在其辦公室與其下屬談論學生運動、大眾傳播媒體及健康與教育政策等政治話題。因這次談話此一軍官受到懲戒，主管長官向軍事法院請求懲戒該軍官之理由是其企圖影響下屬之政治觀點，違反軍人法第15條第4項之規定。在談話中他特別提到「在德國及聯邦國防軍中，言論自由受到壓制。針對信件及電話檢查並無法律救濟手段。整體來說，在德國無社會正義可言。」而且，以前他也曾多次表示，如果將國防武力投入在內政事務上，在這個任務範圍內他將不遵守合法之命令。因此其言論也被認為違反節制義務。

案例三¹³⁶：

在1976年11月13日於「共產人民報」(Die Kommunistische Volkszeitung)上刊登了一份駐紮在 Immendingen 軍營中之軍人對於 Kaiserstuhl 之居民之請求書：「我們，駐紮在 Immendingen 之軍人，乃是與您們對於在 Wyhl 興建核電廠之堅忍的抵抗緊密地團結在一起。我們之中有很多人來自因預計或已興建核電廠而使得生活條件受到威脅之地區。在 Brockdorf 我們已可看見，國家運用警察或軍隊所可使用的所有手段來違反人民意志地貫徹核電企業之商業利益。警察與保安人員以警棒、水龍、毒氣及馬來對待示威者。建築工地被以蛇籠、圍牆保護起來。在 Wyhl 也有更多的跡象顯示出國家打算以軍隊來終結居民的抵抗，甚至在建築工地已可看見聯邦國防軍及聯邦邊境警察。我們軍人聲明，我們不會為了這個骯髒的工廠而介入。我們要求你們，在邦政府之計劃前搶先一步，並且自己佔領建築工地。**在 Wyhl 不要有核電廠，在別的地方也不要！**

在兩天之中，駐紮在 Immendingen 之 4. / 292 連有 30 個軍人，亦即連隊中的多數，簽署了此一請求書。」

在1976年11月29日292營營長對一個服義務役之二等兵施行懲戒，理由是該二等兵在11月初煽動其他軍人聲明反對在 Wyhl 興建核電廠，而且簽署其攜帶之前述請求書，以此來影響其他軍人之政治路線。

135 BVerfGE 28, 37 ff.。

136 BVerfGE 44, 197 ff.。

（一）執行職務中之政治活動

如前所述，在執行職務中軍人原則上不得從事政治活動，惟同袍間交談而發表意見之權利則不受影響(§ 15 I SG)，因此如何區分軍人法第 15 條第 1 項所禁止之政治活動及所允許之同袍間之意見交流，便成為問題所在。對此一問題，聯邦行政法院於在軍車上張貼反核海報一案中認為：

- 一個行為是否可認定為本條款所規定之政治活動，並非取決於像政治學等法律外之觀點，而是應依其保護目的來加以決定。本條款之保護目的為同袍關係及其相互間之尊重，此為確保紀律之維持與軍隊之戰鬥力不可或缺之條件。
- 對於本條款所定政治活動在認定上之明確界限，在此可暫存而不論，但某一行為在一般意義上雖屬「政治」活動，惟其社會意義輕微或不會引起熱烈討論，而不致觸及本條款之保護法益，則可確定應排除在本條款所定之政治活動之外。
- 相反地，對於德國及其人民之未來有重大意義之問題，且對其在政黨內、外很激烈地、毫無妥協地進行爭論，正、反方對立之立場無可調停，則可確定會危及同袍關係及軍隊中之相互尊重。
- 核能問題乃是目前對於經濟與環境之未來十分具爭議性之基本決定，因此與其相關之行為或言論屬於軍人法第 15 條所定之「政治」。

（二）於休閒時間中在營區或軍事設施內之政治活動

1、軍人法第 15 條第 2 項

在案例一與案例三中都涉及軍人法第 15 條第 2 項之適用問題。對此，以下歸納聯邦憲法法院之見解：

- 聯邦憲法法院首先肯認軍人法第 15 條第 2 項之合憲性。關於軍人法第 15 條之合憲性，主要之爭議點在於該規定並未指明受限制之基本權之條款，是否違反基本法第 19 條第 1 項第 2 句指明條款之要求¹³⁷？由於聯邦憲法法院之一貫見解認為指明條款之要求不適用於基本法第 5 條第 2 項所定之「一般法律」，而軍人法第 15 條之憲法依據是基本法第 17a 條第 1 項，因此爭議之重點在基本法第 17a 條第 1 項與第 5 條第 2 項間之關係。針對軍人法第 15 條第 1 項之合憲性問題，聯邦憲法法院認為，關於指明條款之問題，應依基本法第 17a 條第 1 項之意義與目的來探求其答案。由於基本法第 17a 條第 1 項乃是於 1956 增訂的，因此聯邦憲法法院認為立法目的很清楚地在於為確保軍

¹³⁷ 基本法第 19 條第 1 項：「依基本法之規定對於基本權得以法律或依據法律限制之者，該法律應為一般性之規定，不得僅適用於個案。該法律應指明基本權之條款。」

隊戰鬥力之有效性，有必要使軍人之基本權受到較嚴格之限制。因此，如依之前之規定並不適用指明條款之要求，則沒有理由因第 17a 條第 1 項之增定而反須適用指明條款之要求。從而只要軍人法第 15 條第 1 項屬於基本法第 5 條 2 項之「一般法律」，即無指明條款之要求適用之餘地，儘管其形式上係以基本法第 17a 條第 1 項為依據。由於聯邦憲法法院一貫之見解認為所謂「一般法律」係指為保障某優先於言論自由之法益，而非針對特定言論本身之法律，而軍人法第 15 條第 1 項並非專為限制特定言論之法律，故被肯認為「一般法律」，從而無須指明受限制基本權之條款，其合憲性並因此而被肯定。¹³⁸基於同樣之理由，在案例三中聯邦憲法法院也肯認軍人法第 15 條第 2 項之合憲性。¹³⁹

- 軍人法第 15 條第 2 項為得限制言論自由之「一般法律」，但其解釋與適用仍應充分考慮言論自由之保障，因此在個案中應就言論自由與軍人法第 15 條第 2 項之保護法益為利益衡量。本條款之保護法益乃為確保紀律之維持與軍隊之戰鬥力所不可或缺之同袍關係及其相互間之尊重。軍人法第 15 條第 2 項第 3 句列舉了會危及同袍關係及其相互間之尊重之典型，但此一系列並未窮盡其可能性，其他危及同袍關係及其相互間之尊重之行為亦在禁止之列。
- 關於言論自由與軍人法第 15 條第 2 項之保護法益間之衡量，在案例三中，聯邦憲法法院強調，在休閒時間中任何違反同袍之自由意志而強將之拉進政治爭論中之行為，乃是軍人法第 15 條第 2 項所欲禁止的。在此特別要考慮到，在軍營中軍人之生活並不像一般人那樣可以彼此隔絕，因此其私人領域就只有在很困難之條件下才有辦法受到保障；軍人依基本法第 1 條第 1 項及第 2 條第 1 項所受保障之私人領域及享受安寧之權利特別容易受到侵害，也因此有特別加以保障之必要。因此，在從事利益衡量時不應只考慮到言論自由之保障而對軍人法第 15 條第 2 項為嚴格解釋。相反地，基於軍隊生活之特殊性，毋寧應對於其他人之不受來自其同袍違反其自由意志之請求或影響之權利予以相同程度之考量。在對於所有相關聯之基本權為綜合考量下，在休閒時間內但在營區及軍事設施中對於政治活動於一定程度內予以一般之限制，以便可能的爭論在一開始就得以禁絕，乃是可容許的。¹⁴⁰
- 在案例一中，反核海報之張貼乃是為政治團體宣傳，問題在於其是否違反軍人法第 15 條第 2 項第 3 句之規定。對此聯邦行政法院強調，在政治意見形成之領域中有非常多樣之「宣傳」種類與方式，即使是在軍人法第 15 條第 1 項第 2 句所容許之同袍間之交談，也可能顯露出爭取對自己政治意見之認同的意圖。由於立法者顯然有意賦予軍人在休閒時間中比執行職務時更寬之政治活動空間，因此要該當軍人法第 15 條第 2 項第 3 句所規定之「宣傳員」，其行為必須比「有利或不利於某政治路線而從事活動」更進一步之行為。不過，聯邦行政法院認為，在軍車上張貼反核海報明顯是已逾越界限之宣傳行

138 BVerfGE 28, 282 (289 ff.)。

139 BVerfGE 44, 197 (201 f.)。

140 A. a. O., S. 203 f.。

為，因為將軍車利用為宣傳工具，可以達成比個人之談話遠為明顯之散播效果。此種宣傳之散播效果與演講或散播文字相當。此外，聯邦行政法院也強調，解釋軍人法第 15 條第 2 項第 3 句之解釋與適用必須考量憲法對言論自由之保障，但言論自由並不具有絕對之地位，基於在社會中進行之共同生活，個人之權利可以為了他人之權利或公眾之利益而受限制。軍人法第 15 條第 2 項第 3 句乃是列舉會危及同袍關係及其相互間之尊重之典型，此一條款之解釋僅視其所規定之行為態樣是否出現為已足，不以發生具體損害為必要。對於一個對抗危險之規定，即使其觸及基本權之保障領域，聯邦行政法院認為未必違憲。如果立法者於利益衡量時將某一受保障之公益估得遠比受限制之個人基本權高，以致於其認為對保護法益之抽象危險以足以作為限制個人基本權之理由，其並未脫離基本法之精神。由於在軍人法第 15 條第 2 項第 3 句之外，軍人仍享有足夠寬廣之言論表達空間，因此為了公益的理由要求其放棄軍人法第 15 條第 2 項第 3 句所禁止之行為可能性，乃是合理的。¹⁴¹

2、軍人法第 10 條第 6 項

在案例二中，主管長官向軍事法院請求懲戒該軍官之理由是其企圖影響下屬之政治觀點，違反軍人法第 15 條第 4 項之規定。對於此一申請，軍事法院院長於 1968 年 7 月 22 日予以駁回，理由在於「並無違反軍人法第 15 條第 4 項之情形，該軍官在討論過程中並未企圖使用其『職位上之優勢』。軍階上之差別在以平等地位所進行之交談中並不重要。」對於此一決定，主管長官提起異議，軍事法院認為該軍官違反節制義務，從而應受懲戒。軍事法院首先強調，其無法獲得切確之心證可認為該軍官於討論中為支持某政治路線而從事活動，或以長官身分企圖影響下屬之政治意見，因此並未違反軍人法第 15 條第 1 及第 4 項。不過，該軍官違反同法第 10 條第 6 項之節制義務。「依此一規定，軍官或士官在與其下屬談論政治問題時，負有節制義務。為了維護長官之權威，其對於下屬不得表達對於特定政治意見之立場。」由於由交談之整體行為來看，軍事法院認為該軍官在與下屬之交談中採取了支持所謂國會外之反對立場，因此違反節制義務。

在本案中，聯邦憲法法院首先依據與前述關於審查軍人法第 15 條合憲性之相同理由而肯認軍人法第 10 條第 6 項之合憲性。進一步審查之重點在於本條款之解釋與適用時與言論自由間之權衡問題。

- 聯邦憲法法院首先支持軍事法院認為在本案中並未違反軍人法第 15 條第 1 及第 4 項之見解，「藉此，為軍人之自由發表政治言論打開了寬廣之空間，而且也對於在自由秩序中具建構性意義之言論自由給予了充分的考慮。」
- 聯邦憲法法院也支持在本案中以軍人法第 10 條第 6 項來劃定軍人言論自由之界限。對於本條款與同法第 15 條第 4 項之差別，聯邦憲法法院認為「第

141 BVerwG, NJW 1982, S. 119 f.。

15 條第 4 項之目的在於保障軍人對抗其上級之違法的政治影響；第 10 條第 6 項則在阻止長官本身葬送其權威」，因此，第 10 條第 6 項之適用可能性不受第 15 條第 4 項所影響。

- 關於身為長官之權威，聯邦憲法法院認為，長官應為其下屬之表率，才足以正當化其權威。不過在本案中對於第 10 條第 6 項之解釋，聯邦憲法法院並不支持軍事法院以「對特定政治意見表達立場」來作為違反節制義務之理由。聯邦憲法法院以基本法之防衛性民主出發而強調，以全部之行為來支撐自由民主之基本秩序之維護乃是軍人之基本義務，而在此一基本義務之實踐上，長官應為其下屬之表率。基於此一憲法上之價值秩序與言論自由之權衡，可認為軍官或士官如於政治討論中質疑自由秩序，則違反其節制義務。在本案中，由於該軍官在與其下屬之交談中曾表示「警察以武力壓制示威」、「在德國人們無法自由表達意見」，聯邦憲法法院認為其不僅質疑了法治國秩序，也對自由民主之基本秩序加以毀謗，因此違反其節制義務。¹⁴²

第五節 結語

以上對於德國法之觀察可以粗略歸納出幾個重點：

- 公務員中立之概念：對於公務員中立性之要求包括政治中立 (§§ 52 I S. 1 BBG; 35 I S. 1 BRRG) 及職務執行上之中立性 (§§ 52 I S. 2 BBG; 35 I S. 2 BRRG)，前者要求公務員對於任何合法產生之政府效忠，後者則是要求公務員履行行政任務時必須公正、中立，因此也可稱為「行政中立」。對於公務員之中立性，在德國法上所表現出來之基本性格乃是公務員之職務義務，換言之乃是義務取向而非保障取向。並無特設之組織或程序來保障公務員之中立性。如果勉強要找出些許保障之意涵，可以將視角放在「慎重與節制條款」上，在該條款中人民對公務員中立性之信賴為其保護法益，但對於公務員而言，乃是對其行為之限制而非保障。
- 公務員之中立性與政治活動：為了確保公務員制度能正常發揮其功能，不僅公務員必須保持中立，也必須維護人民對其中立性之信賴。因此公務員不分職務內、外之行為都必須注意，避免損及人民對其中立性之信賴。此一信賴乃是「慎重與節制條款」之保護法益，足以正當化對公務員政治活動之限制。不過必須注意的是，對公務員中立性之信賴並非限制公務員政治活動之惟一的正當化事由。經由「慎重與節制條款」所規定之「基於公務員為國民全體服務之地位及職務義務之考慮」使得對公務員政治活動之限制與「尊嚴條

142 BVerfGE 28, 37 (40 ff.)。

款」及其他職務義務連結起來，而不只是為了維護人民對公務員中立性之信賴。

- 對於「慎重與節制條款」首先要注意的是，其乃職務法上之義務條款。換句話說，為了維護人民對公務員中立性之信賴及一定之公務員形象，在德國法上並未採取刑事制裁之手段，而是以懲戒罰來擔保職務義務之履行。其次，對於公務員政治活動之限制，在立法上並未為明確詳盡之規定，而是採行「慎重與節制條款」這樣之概括條款，使得公務員政治活動之明確界限必須依賴實務經驗之累積。

從比較法的角度去關注德國法對於我國之相關立法有何值得參考之處，為本研究之目的。對此本文以為可以以問題思維之方式提出一些關注之焦點：

- 「特別權力關係」之進一步檢討：比較德國與臺灣對於「特別權力關係」之反省，以公務員為例，一個顯著的差別在於對公務員私人領域之基本權保障。如果將焦點只擺在服公職權利之保障上，則所謂「重大影響理論」之合理性比較能被接受，但對於公務員職務外於私人領域內之行為之限制是否也要以「重大影響」來作為是否予以保障之判準，便有進一步反省之必要。
- 規範對象：在德國法上「政治中立」、「行政中立」及「公務員之政治活動」等可以說是處在不同的問題脈絡上，也從而在不同的層次上被解決。例如關於「行政中立」之問題，視其違反程度及個別之行為態樣而可能涉及刑事處罰、懲戒、職務監督或個案決定中之迴避問題，而「公務員之政治活動」則停留在職務法上及個案中之迴避問題。簡言之，規範對象之確定以及隨之而來之保護法益之確定為相關規範之基本出發點。
- 規制手段：由上面之說明已可看出規範公務員之中立性及其政治活動在制度連結上之多重可能性。在此要特別考慮的是刑事處罰與懲戒罰間之手段選擇問題。在這個問題中顯然會涉及保護法益與手段選擇之連結問題，亦即目的-手段之連結，從而是是否符合比例原則之問題。如果規範之對象是公務員之政治活動，那麼，以刑事處罰為手段是否過度？在德國法上對於公務員政治活動加以限制之基本出發點乃在於將之視為公務員因其職業上之特殊性所加之特殊限制，其目的乃在於確保公務員制度可以正常發揮功能，其著眼點乃是將之判定為職業內之行為規範，因此此行為規範之違反亦僅施以懲戒罰。因此，如果在手段選擇上考慮採用刑事處罰，那麼對於規範之行為態樣與保護法益便有多加謹慎斟酌之必要。到底如何形態之政治活動值得以刑罰來加以制裁？人民對公務員中立性之信賴是否已經是值得以刑罰加以保障之法益？如果還不是，那麼是否有什麼更進一步之法益值得以刑罰來加以保障？在德國法上係以職務法來規範公務員之政治活動，在最嚴重之情況下亦僅使其去職，而未施以刑事制裁，其背後之衡量對於面臨手段選擇問題之我國而言，值得深思。
- 規範密度：關於規範密度之問題一般是以對基本權之影響程度來要求規範密

度之高低，所涉及的是一個法律合憲性之審查問題。對於此一問題德國聯邦憲法法院於「受刑人判決」中認為，對於受刑人之基本權利應容許以一般條款來加以限制¹⁴³。學說上取代「特別權力關係」此一用語所提出之「特別地位關係」也接受此一見解，並且在其被引進我國後也並未受到質疑¹⁴⁴。在肯定概括條款之合憲性之前提下，在此所關心的是，從法律政策的角度來考慮規範密度之問題，亦即對於公務員政治活動之限制應規定的什麼程度之問題。由以上對於德國法之介紹，我們已經知道對於公務員之政治活動，在德國法上是以一個概括條款來加以規範。我們是否也要採取相同的作法？在進一步討論此一問題之前須先注意的是，規範密度之問題與規制手段之選擇亦有關聯，如果採取的是刑事處罰之手段，則概括條款之合憲性肯定會有問題，所以在此乃是以採取懲戒罰之手段為討論之前提。從立法政策的角度來考慮規範密度之問題，必須確定不同規範密度所能發揮之功能。一個詳細規定之好處在於清楚、可預期，從裁判規範之角度來看則還包括裁判者說理負擔之降低；缺點在於容易掛一漏萬，而且高密度之規定必須以對於規範對象之可能之行為態樣及其他相關資訊之充分掌握為前提，始能擔保規範之品質，此一前提是否具備或是否可能具備，應為考量是否採取高密度規定之重點。概括條款之好處在於不致掛一漏萬，而且也有透過實務操作累積經驗之好處；缺點當然在於不夠清楚，而且概括條款要操作良好必須具備很多制度上之前提：在操作概括條款時法官之說理負擔不論質或量都加重，法官必須具備優秀之說理及區辨能力才能擔負概括條款之具體化工作，此一工作也同時是對學術界之挑戰，但更重要的是人民對司法體系之信賴及循司法途徑以解決問題之文化，否則在欠缺案例之情形下，自然說不上概括條款之具體化。

143 BVerfGE 33, 1 (11)。

144 參：許宗力，2000，頁 559。

