公務人員保障暨培訓委員會委託研究計畫

「各國公務人員行政中立之保障」

期末報告

受委託單位：私立銘傳大學

研究主持人：法律學系陳英鈐助理教授

協同主持人：國立中正大學法律學系林明昕助理教授

日期：中華民國九十一年一月十日

公務人員保障暨培訓委員會委託研究計畫

「各國公務人員行政中立之保障」

期末報告

受委託單位：私立銘傳大學

研究主持人：法律學系陳英鈐助理教授

協同主持人：國立中正大學法律學系林明昕助理教授

 研究員：張銅銳（德國海德堡大學博士候選人）

 研究員：陳宜倩（美國康乃爾大學法學博士）

 研究助理：邱詩茜（政治大學法研所公法組研究生）

 研究助理：陳威駿（銘傳大學法研所研究生）

日期：中華民國九十一年一月十日

[第一章 導論 10](#_Toc535245907)

[第一節 研究緣起與目的 10](#_Toc535245908)

[第二節 研究方法與步驟 11](#_Toc535245909)

[壹、研究方法 11](#_Toc535245910)

[貳、研究步驟 11](#_Toc535245911)

[第二章 德國公務人員行政中立之保障 12](#_Toc535245912)

[第一節 前言 12](#_Toc535245913)

[第二節 公務人員 12](#_Toc535245914)

[壹、概念 12](#_Toc535245915)

[貳、職業公務員制度之憲法保障 13](#_Toc535245916)

[一、基本法對於公務人員制度之基本決定 13](#_Toc535245917)

[（一）雙軌之公務人員體制 14](#_Toc535245918)

[（二）基本法與公務員制度之傳統 15](#_Toc535245919)

[二、基本法對於公務員制度之制度性保障 16](#_Toc535245920)

[第三節 公務(人)員之政治中立 17](#_Toc535245921)

[壹、「中立」概念 17](#_Toc535245922)

[貳、「公務員之中立性」：概念變遷 18](#_Toc535245923)

[第四節 公務人員之政治活動 20](#_Toc535245924)

[壹、公務員關係與基本權 21](#_Toc535245925)

[貳、公務人員政治活動自由之保障與限制之憲法基礎 24](#_Toc535245926)

[參、慎重與節制義務 28](#_Toc535245927)

[一、一般說明 28](#_Toc535245928)

[二、構成要件 30](#_Toc535245929)

[（一）政治活動時 30](#_Toc535245930)

[（二）基於為全體國民服務之地位及職務義務之考慮 33](#_Toc535245931)

[1、類型區分 33](#_Toc535245932)

[2、基於公務員地位之考慮所導出之慎重、節制義務 34](#_Toc535245933)

[3、基於職務義務之考慮所導出之慎重與節制義務 37](#_Toc535245934)

[肆、軍人之政治活動 38](#_Toc535245935)

[一、相關規定 38](#_Toc535245936)

[二、案例與問題 39](#_Toc535245937)

[（一）執行職務中之政治活動 40](#_Toc535245938)

[（二） 於休閒時間中在營區或軍事設施內之政治活動 41](#_Toc535245939)

[1、軍人法第15條第2項 41](#_Toc535245940)

[2、軍人法第10條第6項 43](#_Toc535245941)

[第五節 結語 44](#_Toc535245942)

[第三章 美國公務人員行政中立之保障 47](#_Toc535245943)

[第一節 背景 47](#_Toc535245944)

[壹、定義 47](#_Toc535245945)

[貳、政黨與公務人員的關係 48](#_Toc535245946)

[參、立法精神、欲達之公共利益及憲法價值 48](#_Toc535245947)

[一、第一階段： 菁英制度 48](#_Toc535245948)

[二、第二階段： "自由裁決"優於"限制"理念 49](#_Toc535245949)

[三、第三階段： 聯邦公務體系的現代化 49](#_Toc535245950)

[肆、公務人員工作權利保障法制史 50](#_Toc535245951)

[伍、公務人員言論自由權利的發展史 50](#_Toc535245952)

[一、區分權利和特權階段 50](#_Toc535245953)

[二、"利益衡量測驗" 階段 50](#_Toc535245954)

[三、"利益衡量測驗" 在預防性言論之適用 51](#_Toc535245955)

[四、加入 "方式、時間和地點" 等因素 51](#_Toc535245956)

[五、Pickering/NTEU衡量測驗 52](#_Toc535245957)

[陸、國會立法 52](#_Toc535245958)

[第二節 聯邦政治活動法(the Hatch Act) 53](#_Toc535245959)

[壹、法律適用對象 53](#_Toc535245960)

[貳、法律內容 54](#_Toc535245961)

[一、一般聯邦公務人員 (§7323 (a)， §7324 (a)) 55](#_Toc535245962)

[(一) 可從事的政治活動 (§7323 (a)) 55](#_Toc535245963)

[(二) 不可從事的政治活動 (§7324 (a)) 55](#_Toc535245964)

[二、受較嚴格限制的聯邦公務人員 (§7323(b)) 56](#_Toc535245965)

[(一) 可從事的政治活動 56](#_Toc535245966)

[(二) 不可從事的政治活動 57](#_Toc535245967)

[三、受較寬鬆限制的聯邦公務人員(§7324 (b)； 7325) 57](#_Toc535245968)

[(一) 不受一般基本限制 57](#_Toc535245969)

[(二) 人事管理局 (The Office of Personnel Management) 57](#_Toc535245970)

[參、處罰 58](#_Toc535245971)

[一、聯邦和華府之公務人員 58](#_Toc535245972)

[二、州或地方之公務人員 58](#_Toc535245973)

[肆、權責機關與組織系統 58](#_Toc535245974)

[伍、行政機關告知義務 61](#_Toc535245975)

[第三節 案例分析 61](#_Toc535245976)

[壹、最高法院判例 61](#_Toc535245977)

[一、United Public workers v. Mitchell 62](#_Toc535245978)

[二、United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers 62](#_Toc535245979)

[三、United States v. National Treasury Employees Union 63](#_Toc535245980)

[貳、專門委員辦公室調查起訴 64](#_Toc535245981)

[一、諮詢意見 64](#_Toc535245982)

[(一) 當選官員可否接受聯邦工作的邀約? 64](#_Toc535245983)

[(二) 可否要求下屬提供自願性的服務? 64](#_Toc535245984)

[(三) 可否請假參加助選活動? 65](#_Toc535245985)

[(四)可否參加助選活動? 65](#_Toc535245986)

[(五) 可否成為有政黨性政治團體之成員? 65](#_Toc535245987)

[二、起訴 66](#_Toc535245988)

[(一) 工作由聯邦贊助之'公務人員'不得參與政黨性選舉 66](#_Toc535245989)

[(二) 不得於上班時間或於辦公處利用公家資源參與政黨性助選活動 66](#_Toc535245990)

[(三) 不得參與'政黨性選舉'也不可募集政黨性獻金 67](#_Toc535245991)

[(四) 接受聯邦財務資助之非營利事業組織，也受聯邦政治活動法規範 67](#_Toc535245992)

[參、功績制度保障委員會會之準司法裁定 68](#_Toc535245993)

[一、禁止州及地方和聯邦贊助計畫有關的公務人員參與政黨性選舉 68](#_Toc535245994)

[二、服務於華府公立學校系統教師不得參與政黨性選舉 69](#_Toc535245995)

[三、違法公務員即使事後辭職仍受十八個月不得重任職於州之懲戒 70](#_Toc535245996)

[四、全職及兼職的郵差不得參選政黨性選舉 70](#_Toc535245997)

[肆、其他相關案例 71](#_Toc535245998)

[第四節 對我國之啟發 73](#_Toc535245999)

[壹、正名： "公務人員行政中立法" 或 "政治中立法"? 73](#_Toc535246000)

[貳、誰適用此法 74](#_Toc535246001)

[一、公立學校教師 74](#_Toc535246002)

[二、軍人 75](#_Toc535246003)

[三、公營事業人員 78](#_Toc535246004)

[參、政治活動法規範 78](#_Toc535246005)

[一、公務人員參與政治活動應如何限制？可否兼任黨職？ 78](#_Toc535246006)

[二、公務人員若登記為公職人員候選人，應如何請假？ 79](#_Toc535246007)

[三、教師在學校宣揚其政治理念應如何規範？ 79](#_Toc535246008)

[四、違反行政中立之規定者，應處以懲戒罰或刑事罰？ 80](#_Toc535246009)

[肆、類型化政治活動之必要 80](#_Toc535246010)

[伍、法與文化 81](#_Toc535246011)

[一、政黨與公務人員的關係 81](#_Toc535246012)

[二、不同社會對公職有不同看法 81](#_Toc535246013)

[三、公職 81](#_Toc535246014)

[四、公務人員的工作權利保障 81](#_Toc535246015)

[五、行政機關告知義務 82](#_Toc535246016)

[第四章　 日本公務人員行政中立之保障 83](#_Toc535246017)

[第一節 概說 83](#_Toc535246018)

[壹、國家公務員法、人事院規則十四 — 七及其他特別法 84](#_Toc535246019)

[一、國家公務員法第一百零二條 84](#_Toc535246020)

[二、人事院規則十四 — 七「政治行為」 86](#_Toc535246021)

[三、違反國家公務員法及人事院規則十四 — 七時之法律效果 90](#_Toc535246022)

[四、其他特別法之規定 91](#_Toc535246023)

[（一）法官、公平交易委員會及公安委員會之委員（長） 92](#_Toc535246024)

[（二）自衛隊隊員 93](#_Toc535246025)

[（三）教育公務員 94](#_Toc535246026)

[貳、地方公務員法及其他附屬法律 96](#_Toc535246027)

[一、地方公務員法第三十六條 96](#_Toc535246028)

[二、違反地方公務員法第三十六條時之法律效果 98](#_Toc535246029)

[三、其他附屬法律之規定 98](#_Toc535246030)

[參、公職選舉法 99](#_Toc535246031)

[一、法律本身之規定 99](#_Toc535246032)

[二、本法與公務員諸法間之關係 100](#_Toc535246033)

[第三節 憲法上之評價 101](#_Toc535246034)

[壹、實務態度 102](#_Toc535246035)

[貳、學說見解 104](#_Toc535246036)

[第四節 結語 — 日本制度對我國法之啟示 106](#_Toc535246037)

[第五章 我國公務人員政治中立之保障 108](#_Toc535246038)

[第一節、序論 108](#_Toc535246039)

[壹、前言與研究動機 108](#_Toc535246040)

[貳、研究範圍與限制－正名 109](#_Toc535246041)

[一、公務人員 109](#_Toc535246042)

[（一）學者見解 109](#_Toc535246043)

[（二）小結－本研究計畫見解 110](#_Toc535246044)

[二、行政中立法或政治中立法？ 111](#_Toc535246045)

[（一）行政中立之意義－學者及實務見解 111](#_Toc535246046)

[（二）行政中立法或政治中立法？ 113](#_Toc535246047)

[第二節、本論 116](#_Toc535246048)

[壹、政黨政治與文官制度之演變 116](#_Toc535246049)

[一、政黨制度 116](#_Toc535246050)

[（一）政黨的意義 116](#_Toc535246051)

[（二）政黨在民主政治下之功能 116](#_Toc535246052)

[二、文官制度的演變 117](#_Toc535246053)

[（一）君主專制時期－恩賜制 117](#_Toc535246054)

[（二）民主政治初期－分贓制 117](#_Toc535246055)

[（三）文官中立制時期 118](#_Toc535246056)

[貳、文官中立與憲政民主的鞏固 119](#_Toc535246057)

[一、釐清黨政分際 119](#_Toc535246058)

[二、文官應否中立及其中立之理由－憲政民主之鞏固 119](#_Toc535246059)

[（一） 公務人員應否嚴守政治中立 119](#_Toc535246060)

[（二）文官中立之理由－憲政民主之鞏固 122](#_Toc535246061)

[（三）公務人員之自我角色認知及調整 122](#_Toc535246062)

[參、公務人員參與或限制其參與政治活動的實定法基礎 123](#_Toc535246063)

[一、權利規定 123](#_Toc535246064)

[（一）憲法 123](#_Toc535246065)

[（二）公務員法 127](#_Toc535246066)

[二、限制規定 127](#_Toc535246067)

[（一）憲法 127](#_Toc535246068)

[（二）公務員法 127](#_Toc535246069)

[（三）其他法律 129](#_Toc535246070)

[（四）各機關的管制規定 130](#_Toc535246071)

[1、監察院監察委員自律規範第二條注意事項 130](#_Toc535246072)

[2、國軍現役軍人及軍事學校學生參與政治活動宣導注意事項 130](#_Toc535246073)

[3、法務部函 132](#_Toc535246074)

[4、教育部函 133](#_Toc535246075)

[5、人事行政局及銓敘部 136](#_Toc535246076)

[6、臺北市政府暨所屬各機關學校公務人員嚴守行政中立注意事項 136](#_Toc535246077)

[7、宜蘭縣政府暨所屬機關學校公教人員選舉期間行政中立注意事項 138](#_Toc535246078)

[肆、公務人員參與政治活動的爭議案例 139](#_Toc535246079)

[一、吳振吉挺扁案 139](#_Toc535246080)

[二、陳璧案 140](#_Toc535246081)

[三、劉承武事件 140](#_Toc535246082)

[四、法官站台案 141](#_Toc535246083)

[五、張溫鷹事件－事務官集體入黨？ 142](#_Toc535246084)

[六、文官不能配合－全面整頓互動不良事務官？ 142](#_Toc535246085)

[伍、限制公務人員參與政治活動之合憲性與現有管制體系的問題 143](#_Toc535246086)

[一、限制公務人員參與政治活動之憲法基礎及其合憲性 143](#_Toc535246087)

[二、可能之疑慮及應遵守之憲法原則 144](#_Toc535246088)

[（一）平等原則－合理之差別待遇 144](#_Toc535246089)

[（二）法律保留原則 145](#_Toc535246090)

[（三）比例原則 145](#_Toc535246091)

[三、現有管制體系的問題 146](#_Toc535246092)

[（一）規避法律保留？ 146](#_Toc535246093)

[（二）漠視比例原則及平等原則之嫌 147](#_Toc535246094)

[（三）管制規範不明確 148](#_Toc535246095)

[（四）管制體系混亂且標準不一 148](#_Toc535246096)

[陸、可能之解決方法--類型化之解決模式 149](#_Toc535246097)

[一、限制的抽象基準 149](#_Toc535246098)

[二、限制之政治活動態樣 150](#_Toc535246099)

[三、根據職位性質或職務特性之初步分類 150](#_Toc535246100)

[（一）獨立行使職權者 151](#_Toc535246101)

[（二）武職公務員/武官/軍人 153](#_Toc535246102)

[（三）教育人員 155](#_Toc535246103)

[（四）（文職）公務員/文官 159](#_Toc535246104)

[（五）政務人員 161](#_Toc535246105)

[四、小結：各類型之政治活動界限－嚴格、一般、寬鬆之類型化處理之嘗試 162](#_Toc535246106)

[（一）所有類型均不得違反之共通限制事項 163](#_Toc535246107)

[（二） 所有類型均可從事之共通容許之政治活動 163](#_Toc535246108)

[（三） 各類型人員參與政治活動之個別界限 163](#_Toc535246109)

[柒、公務人員之保障－救濟途徑之充實 166](#_Toc535246110)

[一、現行相關人事法制之保障規定 167](#_Toc535246111)

[二、現行實務運作現況 168](#_Toc535246112)

[三、小結 170](#_Toc535246113)

[第三節、結論－ 172](#_Toc535246114)

[現有公務人員行政（政治）中立法草案檢討與立法建議 172](#_Toc535246115)

[壹、爭點分析與本研究計畫所提對案之立法說明 172](#_Toc535246116)

[一、立法目的與法案名稱 172](#_Toc535246117)

[二、適用對象 173](#_Toc535246118)

[三、政治中立之再宣示 174](#_Toc535246119)

[四、得否加入政黨與擔任政黨職務 174](#_Toc535246120)

[五、濫用職權之禁止 175](#_Toc535246121)

[六、挪用行政資源之禁止與機關學校之利用 175](#_Toc535246122)

[七、上下班時間 175](#_Toc535246123)

[八、參選限制 176](#_Toc535246124)

[九、限制政治活動之具體類型 177](#_Toc535246125)

[十、不當連結之禁止與公務人員之保障 177](#_Toc535246126)

[十一、罰責 178](#_Toc535246127)

[貳、各版本與本研究計畫提出之對案之彙整比較 179](#_Toc535246128)

[參、本研究所提對案條文及其表格化之立法說明 186](#_Toc535246129)

[肆、其他相關法制之配套建議 191](#_Toc535246130)

[一、公務人員任用法第十八條一項三款之修正 191](#_Toc535246131)

[（一）概說 191](#_Toc535246132)

[（二）案例 192](#_Toc535246133)

[二、行政中立保障之專門權責機關與組織系統之建立 192](#_Toc535246134)

[第六章 附錄 194](#_Toc535246135)

[壹、參考法條 194](#_Toc535246136)

[一、德國 194](#_Toc535246137)

[（一）憲法 194](#_Toc535246138)

[（二）公務員法 194](#_Toc535246139)

[（三）其他法律 195](#_Toc535246140)

[二、美國 196](#_Toc535246141)

[（一）聯邦政治活動法 (the Hatch Act) 196](#_Toc535246142)

[三、日本 200](#_Toc535246143)

[（一）憲法 200](#_Toc535246144)

[（二）公務員法 200](#_Toc535246145)

[（三）其他法律 206](#_Toc535246146)

[貳、參考文獻 213](#_Toc535246147)

[一、德國 213](#_Toc535246148)

[二、美國 214](#_Toc535246149)

[三、日本 217](#_Toc535246150)

[四、我國 218](#_Toc535246151)

[（一）書籍 218](#_Toc535246152)

[（二）期刊、論文 219](#_Toc535246153)

# 第一章 導論

## 第一節 研究緣起與目的

 在先進民主國家中，行政中立之概念經過法治實踐，率皆已經內化成為政治文化的一部份，而普遍成為一種公務人員共同信守之行為規範。至於我國，由於過去長期一黨獨大，執政五十幾年，公務員對於行政中立之觀念相對較為淡泊。隨著解嚴、開放黨禁、終止戡亂時期，政治生態急劇變化，政黨政治之運作日漸成形，尤其自政黨輪替之後，建立公務人員行政中立之制度保障更形迫切。考試院因應我國民主政治之發展趨勢，曾擬定「公務人員行政中立法草案」，於1994年12月30日函請立法院審議。嗣立法院法制委員會於1995年三月及十月完成答詢及大體討論，並決議俟政務人員法草案送達後，再行併案審查。

1996年11月7日，前開委員會復將考試院版本及黃昭輝委員、林濁水委員等所提「公務人員行政中立法草案」與黃爾璇委員所提「政治中立法」草案等四種版本併案審查、進行逐條討論。其後再經歷同年月23日、28日、11月18日陸續討論，由於與會委員之基本立場多傾向支持黃爾璇委員就其版本所提之修正動議，因此大部份條文在經協商後仍無共識之情況下，除將法案名稱改為「政治中立法」外，並已完成全部條文審查。

基於國會屆期不連續原則，上述條文對現在的立法運作並無任何拘束力。但討論的過程所呈現出的差異，仍足以做為立法院重新審議時的重要參考。重大的爭議如下：

1. 如果立法，應採用「公務人員行政中立法」或「政治中立法」？
2. 政治中立法適用之對象應包含那些人？政務人員、軍人、教師、軍職人員、公營事業人員是否應該規範其政治活動？
3. 公務人員參與政治活動應如何限制？可否兼任黨職？
4. 公務人員若登記為公職人員候選人，應如何請假？
5. 教師在學校宣揚其政治理念應如何規範？
6. 違反行政中立之規定者，應處以懲戒罰或刑事罰？

 以上問題乃五年前時空之下所面對的問題，如今政黨輪替，政黨政治又有新的面貌，如何在我國面臨政治與經濟雙重結構轉型的時刻，使公務員真正成為全體國民公僕，國家公器不受黨派濫用，公務員個人的參政權利獲得確保，乃是國家社會能否永續發展不得不認真面對的問題。本研究希望能藉由對德國、美國與日本等民主先進國家管制公務人員參與政治活動經驗之研究，以及目前我國實際遇到的案件之分析，以前述考試院與立法院法制委員會的立法草案為參考座標，提出我國規範公務人員參與政治活動之建議。

## 第二節 研究方法與步驟

### 壹、研究方法

本計劃在研究方法上，相當依賴比較法的經驗。主要將比較研究對我國法制全盤影響的德國，對一般國民法意識潛移默化的美國，政治發展經驗與我國相彷之日本等國制度，作為提出立法建言之參考。比較法有宏觀的比較與微觀的比較，惟兩者不可切割。在引述這些民主憲政國家的經驗，做為參考之前，有必要對於各國對政黨政治，公務員的角色，政黨與公務員的關係等等做宏觀的概述，以免見樹不見林。例如，德國的政治向來以政黨政治為運作的重心，日本的官僚體制在政治決策上佔據重要的位置，美國則有濃厚的自由主義傳統等等。同樣的，在提出建言時，也比須切中我國特有的歷史經驗，符合我國政治轉型的要求。

### 貳、研究步驟

由於本研究計畫執行期間僅只五個月，因此計畫之進行勢必較為匆促。茲簡單說明如下。首先在第一階段的前三個月內蒐集，整理，分析德國、美國與日本及我國有關公務人員行政中立保障之相關法規、判決與文獻，並初步釐清各國面對的主要問題。在第二階段則將由研究團隊分工合作提出內部研究報告，最後再集思廣益，針對我國的問題，提出立法或修法上，應考慮的問題。並向委託單位提出報告。

本研究計畫參酌前述之研究背景，第二章將對德國公務人員行政中立之保障做深入研究，緊接著第三章將從美國法的角度，對公務人員參與政治活動的限制做系統性的分析，第四章則對日本法如何規範公務人員的行政中立，做批判性的引介。在這樣的基礎之上，第五章將對我國公務人員行政中立問題，提出建設性的批判，並針對目前各種規範公務人員參與政治活動的法律草案，做系統性的比較，並提出本研究計畫的相對法律草案，供委託單位做參考。

# 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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-4)

 符合以上概念特徵之人員主要有「(職業)公務員」(Berufsbeamten)[[5]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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勞工與職員[[8]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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」(Tarifsvertrag)。對於聯邦、各邦及鄉鎮中之勞動者(Arbeitnehmer)[[12]](#footnote-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]](#footnote-13)不過，事實上團體協約之內容受公務員法之影響甚巨。[[14]](#footnote-14)

##### （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個整體。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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-18)

#### 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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-24)，而為以下討論之重點。

## 第三節 公務(人)員[[25]](#footnote-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：

1. 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。
1. 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]](#footnote-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]](#footnote-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。

### 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政治二元體制下，公務員乃是夾在向君主效忠與法律拘束之間。[[28]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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「願意對於任何合法產生之政府效忠之態度」。[[36]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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。

## 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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-46)

 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]](#footnote-47)。換言之，該限制如果不是憲法上的直接限制[[48]](#footnote-48)，就必須是基於憲法的授權[[49]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-55)在無法律保留規定之基本權，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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-65)，而反映為當時議會中之「名門望族結構」(Hororatiorenstruktur)。[[66]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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上是自由的，僅於經由法律之規定且基於其職務地位之本質，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]](#footnote-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]](#footnote-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(Nationalversammung)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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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項之「職業公務員制度之傳統原則」[[77]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-80)，乃是基本法第33條第5項之「具體化」[[81]](#footnote-81)，構成對公務員言論自由之合法限制。[[82]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-84)

### 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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-88)。法官法第39條[[89]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-95)

#### 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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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由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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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。

###### 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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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時，亦不得阻礙政府之施政[[117]](#footnote-117)。例如，1988年Baden-Württenberg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-Württenberg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-Württenberg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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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已久之債務人催討欠款。[[125]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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。我們之中有很多人是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，在別的地方也不要有！***

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。

##### （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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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，但此一列舉並未窮盡其可能性，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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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]](#footnote-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。

# 第三章 美國公務人員行政中立之保障

## 第一節 背景

文化分析通常是法律分析之先決條件。一國之法律系統乃源生於其獨特之文化環境，而這環境對於法律和政策的形成和適用特別重要；因為法律本身只是文字，這些文字對社會的影響則視生活在那社會的人們如何接收那些文字的訊息而定。文化分析討論 "價值" (什麼是我們認為寶貴的)和 "知識" 的問題(我們如何建構真實)，因此可提供一個了解法律權利的產生和建構的觀點。換言之，除了法律條文的分析，構成那些法律文字的歷史、文化、資源和世界觀都必須列入研究的範圍。以下就從1，美國公務員的概念；2，政黨(政治)與公務員的關係；3，美國行政體系公務員角色之義務、功能之演變；4，公務人員的工作權利保障法制史；及 5，公務人員的言論自由的發展來看。其中尤其重要的是6，國會立法(包括聯邦政治活動法： the Hatch Act) 對公務人員政治活動限制的歷史發展演變。

### 壹、定義

在聯邦政府行政部門工作的人一般可分為三類，一為被選舉出來的官員(總統和副總統)，第二類為統一編制部隊 (the uniformed service，包括軍隊、公共衛生現役部隊，國家海洋大氣行政現役部隊)，第三類為被指派和雇用來幫助前兩類人以實踐他們的任務，換言之 "公務員體系" (the civil service) (5 U.S.C. 2101) (1978)[[145]](#footnote-145)在文官中又可分為 "The unclassified civil service" 和 "The classified civil service"。 "政務官職 (The unclassified civil service)"指由參議院提議並通過提名的官員和直接為他們工作的人員所任之職位，對政黨政治敏感性為工作之必需條件。 "事務官職或常任官職 (The classified civil service)" 則指在所有文官職位中對政黨政治敏感性非為工作之必需的職位。佔了在聯邦政府行政部門工作的人的大多數的 "事務官職或常任官職 (the classified civil service) "，又可進一步分為通過競爭考試的人員(the competitive service)和無需考試的公職人員(the excepted service)。

### 貳、政黨與公務人員的關係

兩百年以來"人事任命權"或稱為"政治酬庸" (political patronage)，一直為美國社會視為聯邦州或地方政府固有的一部分，[[146]](#footnote-146) 這對於在位者或是挑戰者言，都是一個動員有影響力的資源的機會，藉由選擇有相同政治理念的雇員，推廣普遍的政治論述，以達成有效率行政之目標。但"人事任命權"卻也經常被濫用。人事任命權一方面被視為兩黨政治之必要，另一方面卻也被視為行政貪污腐敗之根基。在政黨輪替時，對反對黨官員而言則有因其政治信念被解聘的問題，而此時"人事任命權"則成為當政者合理化解聘反對黨官員。人事任命權一直被視為理所當然直到60年代憲法第一修正案言論自由權利開始主導法律論述，最高法院這才開始放棄 "人事任命權" 這個論點。70年代最高法院首先在*Elrod v. Burns*[[147]](#footnote-147) 中宣告因"人事任命權"論點即因其政治信念解聘公務人員此慣例違反憲法第一修正案，因其限制了公務人員發表政治言論及集會的自由。

### 參、立法精神、欲達之公共利益及憲法價值

美國政府公職之角色和本質已經重大改變。一般區分美國對於 "公職" 概念轉化三階段。從菁英的到政治的，演變到官僚的觀點。[[148]](#footnote-148) 而之所以有這三種看法乃是因為對 "自由裁決"、"限制"此兩難的理念在不同時空下的追求，而有不同的妥協和兩者互動之結果。自由裁決的理念主要由 "為達成一能反應民生疾苦且有效率之政府，應任行政機關自由裁決" 的論點支持，而著眼於龐大之行政體系濫用權力可能，"對行政機關權力之限制"乃另一對立之論點。

#### 一、第一階段： 菁英制度

華盛頓總統堅持 "功績制(適才任用)" 為他在選擇公務人員之主要目標，這個考量再次反映了憲法起草者普遍對 "過度的民主" 的恐懼，且暗示了公職將局限於社會上層市民。(通常是受過良好教育的知識份子) 因此有指派權力的行政機構成為打造"菁英"文官制度以避免所謂"民主惡魔" (如社會由大多數愚民共同管理，並不一定能達成建立幸福社會的目標)之主要力量。

#### 二、第二階段： "自由裁決"優於"限制"理念

1828 總統 Andrew Jackson熱烈批評 "菁英" 的文官制度之財富權力和特權集中， 引進 "政黨分肥制" (spoil systems)[[149]](#footnote-149)，激進改變了公職的概念。自此美國社會視人事任命權"或稱為"政治酬庸" (political patronage)為聯邦、州或地方政府組成固有的一部分。當選民選出新政府時，新政府為達成選民的負託有義務選擇有相同理念的雇員以便有效率執行政策，同時最能反應人民需要。雇員則不可避免的相當政治性(但這不必然表示選民允諾其行政可以偏頗，僅僅表示選民對公務人員參與政治性活動會有較大的寬容。)

#### 三、第三階段： 聯邦公務體系的現代化

30年代新政時期政府角色愈形擴張，國會唯恐公務系統被當時羅斯福總統政權利用。在 1939，國會為淨化文官體系並改變其政治偏袒和強勢，通過聯邦政治活動法(the Hatch Act)嚴格禁止聯邦D.C. 政府及特定州政府公務人員積極參與政治管理活動或政治宣傳。這開始了接下來國會一連串致力於維護公務員道德原則的努力。1978公職改革法 (The Civil Service Reform Act of 1978) 展現了對此"自由裁決"、"限制" 兩理念有意識的考量並將其展現在法律上。在水門案之後， 國會通過政府倫理法案 (The Ethics in Government Act of 1978) 要求高級聯邦雇員對大眾公開他們私人財產，並限制他們離開職位之後的活動。

綜合而言，不偏袒中立有效率的行政，公平的適用法律，為此種立法目標。 另外，確保公務人員不被其上司強迫參與政治活動亦是另一考量。由*United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers (1973)* 判例[[150]](#footnote-150) 中法院認定欲達之公共利益及欲維護之憲法價值起碼有以下四個：第一，確定聯邦行政人員依法行政，而不是按照他們自己喜好或所政黨的意願。" 第二，幫助行政部門避免實行 "政治性"正義 之表象， 促進公眾對政府的信心。第三，防止快速增長的公務體系一瞬間變成強大的無法控制腐敗的政治機器。第四，保護聯邦行政人員免受上級長官之政治要脅，而能促進遷升以功績為考量之原則，減少黨派的影響。

### 肆、公務人員工作權利保障法制史

通常公務人員的一般工作權利越有保障，其特定參與政治活動的權利也越有保障。相應於前述美國社會對於公職之角色和本質的看法，美國公務人員的工作權利由早期全無保障，完全任雇主(即政府)恣意決定，到近期可控告政府有不法工作歧視情事，在近一百年來，特別是自70 年代起，(例如1972的1964基本權利法案修正案) 公務人員的正當程序之工作權利保障有驚人的成長。[[151]](#footnote-151) 但政府雇主對於公務人員在以下三方面行為可加以限制： 罷工的權利，參加政治活動的權利，參與公職外或與公職相關而會造成對大眾有不當聯想的活動。[[152]](#footnote-152)

### 伍、公務人員言論自由權利的發展史

參與政治活動乃發表政治言論之方式之一，美最高法院判例雖不一定都是有關參與政黨政治活動的案件，也包括其他政治言論相關案件，但以下美最高法院用來解決不同言論自由案型的思考架構有重要參考價值。

#### 一、區分權利和特權階段

早期 "公務人員沒有權利反對任何工作上帶來之限制，包括限制他們行使憲法權利" 的看法持續直到二十世紀末期。[[153]](#footnote-153) *McAuliffe v. Mayor of New Bedford* (1892) 為此種看法的代表案例，此案的爭議為警察可否因參與政治活動而被解雇。大法官Holmes區分權利和特權，表示警察的公職乃一特權，而非憲法權利。警察也許有憲法上之權利談論政治，但沒有憲法上之權利擔任警察職務，此權利和特權之區分，有效的限制了公務人員言論自由的保障，因為它乃為公職公認的一種狀況。

#### 二、"利益衡量測驗" 階段

在*Pickering v. Board of Education* (1968)中，一位學校教師在寄了一封信給報社批評學校募款計畫方式之後被解僱。最高法院決定在此案中雇用之事實和此教師對媒體所做的公共溝通是無關的，教師在此案必須被視為一般的市民。因此他的言論自由是被侵犯了。法院採用了所謂的 "利益衡量測驗" 即著名的 "Pickering Balancing Test." 在決定限制言論自由法規有效性時，必須在公務人員同時也是市民可自由發表其對政府意見(憲法第一修正案)，和國家為一雇主有積極經由其雇員促進政府有效率運作之利益，二者中取得一平衡。此判例顯示後者利益只在公務人員之言論妨礙或干擾了其特定服務公眾效率的情況下才能大於前者，這時政府才能限制其雇員即公務人員之憲法第一修正案言論自由權。

#### 三、"利益衡量測驗" 在預防性言論之適用

*United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carries* (1973) 在此案中法院將在對公務人員過去言論是否抵觸公務類型案子所發展出來的 "利益衡量測驗" 適用於預防性言論自由禁令(聯邦政治活動法為一概括禁止公務人員未來言論之規定)的案子。法院指出政府藉由聯邦政治活動法追求四個重要利益，最後判定政府在追求行政效率之利益大於公務人員之憲法第一修正案賦予之言論自由權。

#### 四、加入 "方式、時間和地點" 等因素

法院於 "利益衡量測驗" 中加入 "(公務人員發表言論的)方式、時間和地點" 等因素來檢驗公務人員言論是否損害了所屬機關行政之效率。如果言論的方式、時間和地點妨礙了所屬機關行政之效率，此言論即使有關公共事務也不受保護。欲決定是否有關公共事務則必須從言論表達的 "內容、討論的場所、上下文脈絡" 來考量。[[154]](#footnote-154)

綜合以上公務人員的憲法第一修正案言論自由權利至此發展來說，法院尊重政府身為雇主所做對於其雇員過去言論懲戒之決定，造成公務人員言論自由受到限制。留下的問題是此種法院對政府身為雇主的尊重是否延伸到政府身為雇主對公務人員未來言論的限制?

#### 五、Pickering/NTEU衡量測驗

*United States v. National Treasury Employees Union*[[155]](#footnote-155)此案乃有關1989年倫理改革法中禁止聯邦公務員領取和公務無關寫作演講報酬規定之合憲性。此案不同於一般公務員言論自由案子在於後者乃關於公務員過去的行為及其對自身公共責任的影響。於此案法院檢驗了國會對公務員未來言論預防立法限制之合憲性。最高法院終於開始邁向採取比較公平的"利益平衡測驗" 的路。當限制公務人員未來言論時，政府身為雇主舉證責任加重；而法院對公務人員的假設也隨著時代改變，一個 "好公務人員" 的前提慢慢形成。另外，一般市民讀和聽公務員言論的權利也被法院一併(和公務員言論自由論點一起)用來挑戰政府為雇主欲達成有效率行政的論點。[[156]](#footnote-156)

### 陸、國會立法

美國歷史上從沒有一時刻，公務人員體系不受到批評的。從殖民時期厭惡英統治者利用職權以鞏固大英政黨並販賣政府職位的作為，美早期領導階層即有不信任公權力之傳統。到獨立之後，隨著公務員體系之成長，和內戰後名聲愈加敗壞之"政黨分肥制" (the "spoils system，" 由總統Andrew Jackson引進，總統 Thomas Jefferson 則開始了政黨政治酬庸的時期)，[[157]](#footnote-157) 公務系統之改革儼然成為當時重要的國家政治議題。功績制(適才任用制度)則在時機成熟下由總統Chester Arthur 在1883年批准了參議員George H. Pendleton 提案的 "the Pendleton Act"成為 "The classified文職" 的原則。亦即在"The classified文職"中，適才任用取代政治傾向為任用人員之原則，並經由考試或測驗落實。另外，此法乃為創造一中立的公務系統，一方面禁止公職人員利用職權強迫任何人進行政治活動，禁止公職人員捐款給其他的公職人員；另一方面保障公職人員不因其政治傾向被辭退。之後並有Civil Service Commission規則，和一連串的總統行政命令保障公職人員不因其政治傾向被辭退以達成行政中立之目標。

源於美國社會對於公權力(公務員體系包括公務員為雇員和政府為雇主兩方面)之不信任，維持政治中立之公共服務系統乃一美國政府自建國以來一向努力的目標，其所做限制公務人員涉及政治活動的努力主要可分為兩類：一為立法限制受雇於政府之公務員參與各項政治活動之能力，如不准參選。募款或參加助選。 聯邦政治活動法 (the Hatch Act) 即為最佳例子。二為立法限制政府為雇主雇用。辭退公務人員時，不得取決於其政治傾向而有所偏頗。本研究將著重於有關第一類之立法努力。亦即，聯邦政治活動法(the Hatch Act)只是為達成行政中立目標眾多努力其中之一。

## 第二節 聯邦政治活動法(the Hatch Act)

### 壹、法律適用對象

1939年聯邦政治活動法(the Hatch Act) 主要乃集結了1907年Civil Service Commission規則，並將其擴大適用於所有的聯邦行政體系。舊法規範不僅所有聯邦行政體系公務人員的行為，有時甚至還包括 "任何人"的特定行為。[[158]](#footnote-158)此法於 1993年遭到大幅修正，[[159]](#footnote-159) 今天新聯邦政治活動法(the Hatch Act) 適用對象為：[[160]](#footnote-160)

一 非軍警之雇員

除了總統、副總統以外任職於聯邦行政機關(除了中央會計室)，或經由考試取得非聯邦行政機關職位，

二 兼職的雇員

但限於他們擔任政府職務時。

三 郵局雇員

四 任職於D.C.華府之人員。

除了市長， 市議會員及 the Recorder of Deeds之人員。

五 特別政府雇員和其他以臨時性契約參與政府事業的雇員也適用此法。

但限於其從事政府事業時。

六 此法不適用於服務於統一編制部隊的人員(the uniformed services-包括軍隊、公共衛生現役部隊、國家海洋大氣行政現役部隊)。

軍隊人員受國防部管理規則規範 (Department Of Defense Directive 1344。10)， 而有更嚴格的限制。[[161]](#footnote-161)

七 除了服務於華府公立學校系統的教師之外，服務於各州公立學校系統的教師不適用此法，

1993年以前服務於華府公立學校系統的教師也不適用；國會於1993年修正此法， 新法適用於華府公立學校系統的教師。

### 貳、法律內容

1939年舊聯邦政治活動法所涵蓋範圍很廣，規範不僅公務人員的行為，禁止所有聯邦行政體系的公務人員積極參與任何政治管理活動或政治宣傳。還包括 "任何人"的特定行為。譬如，舊聯邦政治活動法禁止"任何人"威嚇、脅迫全國性的選舉的選舉；禁止"任何人"承諾任何人職位、回饋或任何福利以交換其對某一特定候選人之支持或反對。[[162]](#footnote-162) 這法律區分 "可允許的"、"不可允許的"的政治活動；"黨派性政治活動" 和 "非黨派性政治活動"；"積極組織參與領導" 和"單純個人的參與"；"主動拉票支持" 和 "單純的表達意見"。一般而言，禁止前者，允許後者。

1993年此法在民主黨克林頓政府下通過了修正案，大幅放寬了公務員參與政治活動的限制。新法開宗明義以積極正面的態度表明應鼓勵公務人員完全的、自由的行使他們參與或避免政治活動的權利。[[163]](#footnote-163) 大體而言，適用此法之聯邦公務人員現在明確得被允許可以積極參與有黨派性政治管理活動和助選活動，但仍禁止運用職權或影響力干涉選舉之結果，且不可為 "有政黨性之選舉"之候選人 ("partisan election" 在此種選舉中候選人由其政黨提名代表政黨參選)。[[164]](#footnote-164)

一般而言，在新法適用之聯邦行政公務人員中區分為三類：一般聯邦公務人員，可以積極參與有黨派性政治管理活動和助選活動；特定受較嚴格限制的聯邦公務人員，凡聯邦機關之獨立性。超黨派性為其行使職權職務之必要條件時，且涉及執行法律或有關全國性國防安全重大議題時，國會立法對其機關成員參與政治活動則有較嚴格的限制；及受較寬鬆限制的聯邦公務人員。

#### 一、一般聯邦公務人員 (§7323 (a)， §7324 (a))

##### (一) 可從事的政治活動 (§7323 (a))

為無黨派性之選舉[[165]](#footnote-165)之公職候選人。

登記並投票。

協助選民登記宣導活動。

對候選人及議題發表意見。

捐款給政治組織。

出席政治募款集會。

出席並積極參與政治集會或聚會。

加入政黨並成為活躍的黨員。

連署提名請願書。

反對或贊成公投議題。憲法修正案、縣市法案而為其宣傳。

反對或贊成一"有政黨性之選舉"中之候選人而為此宣傳。

為 "有政黨性之選舉"中之候選人助選而發表演說。

在有政黨性之選舉中散發傳單。

在加入政黨中擔任職務。

##### (二) 不可從事的政治活動 (§7324 (a))

不可運用職權或影響力干涉選舉之結果。

不可要求接受政治獻金，除非兩人同屬一聯邦勞工組織，且被要求獻金者非其下屬。

不可明知故犯要求或勸阻和行政機關有商業往來的人從事特定政治活動。

不可在上班時間從事政治活動。

不可在政府辦公室從事政治活動。

穿公家機關制服時不可從事政治活動。

使用公家機關交通工具時不可從事政治活動。

不可為有黨派性之選舉之公職候選人。

在上班時間不可佩戴政治徽章。

#### 二、受較嚴格限制的聯邦公務人員 (§7323(b))

以下列舉特定聯邦公務人員因其職務特性，因其職務獨立性之重要或因職務涉及執行法律， 除了以上不可從事的政治活動規定，更受到進一步嚴格的限制， 不允許參與有黨派性政治管理活動和助選活動：

行政法法官 (Administrative Law Judges)

中央影像辦公室 (Central Imagery Office)

中央情報局 (Central Intelligence Agency)

Contract Appeals Boards

司法部犯罪科 (Criminal Division，Department of Justice)

國防情報局 (Defense Intelligence Agency)

聯邦調查局 (Federal Bureau of Investigation)

聯邦選舉委員會 (Federal Elections Commission)

功績制度保障委員會 (Merit Systems Protection Board)

國家安全會 (National Security Agency)

國家安全局 (National Security Council)

犯罪調查辦公室 (Office of Criminal Investigation(Internal Revenue Service))

海關調查辦公室 (Office of Investigative Programs (Customs Service))

煙酒武器執法辦公室 (Office of Law Enforcement (Bureau of Alcohol， Tobacco and Firearms))

專門委員辦公室(Office of Special Counsel)

秘密調查局 (Secret Service)

資深行政局 (Senior Executive Service)

##### (一) 可從事的政治活動

登記並投票。

協助選民登記宣導活動。

對候選人及議題發表意見。

宣傳活動中候選人不代表其黨派時，可參與宣傳。

捐款給政治組織，出席政治募款集會。

出席政治集會或聚會 (但不可積極參與)。

加入政黨 (但不可成為活躍的黨員)。

連署提名請願書。

反對或贊成公投議題。憲法修正案、縣市法案而為其宣傳。

##### (二) 不可從事的政治活動

不可為有黨派性之選舉之公職候選人。

不可反對或贊成一在"有政黨性之選舉"中之候選人而為此宣傳。

不可發表助選演說。

不可接受政治獻金或販賣政治募款集會的票。

不可在有政黨性之選舉中散發傳單。

不可組織或管理政治集會或聚會。

不可在加入政黨中擔任職務。

不可傳遞提名連署單。

不可只為一政黨的選民登記。

不可在上班時間佩戴政治徽章。

#### 三、受較寬鬆限制的聯邦公務人員(§7324 (b)； 7325)

##### (一) 不受一般基本限制

此類聯邦公務人員如果其參與的政治活動經費非由美國國庫支出，則不受於 一(二)中列出一般聯邦公務人員參與的政治活動本應受之基本限制。乃因其職務性質之故，其工作義務和責任並無一般上下班時間之侷限，也無一般工作崗位之界線。

受雇於總統行政辦公室的公務人員。

受雇於總統，並由參議院同意，其職位位於美國境外，並決定與國外勢力有關之政策或全國性聯邦法律執行的公務人員。

此類聯邦公務人員

可在公務時間從事政治活動。

可在政府辦公室從事政治活動。

穿公家機關制服或配戴任何可表示其公職之衣飾時可從事政治活動。

使用公家機關交通工具時可從事政治活動。

##### (二) 人事管理局 (The Office of Personnel Management)

人事管理局可發佈命令規則允許特定聯邦雇員參與政黨性選舉。多半是住在靠近華府附近地區的聯邦雇員，允許他們參加當地的政黨性政府活動甚至選舉。主要是因為這些地區居民多為聯邦雇員，如嚴格限制，有施行上的困難。

### 參、處罰

#### 一、聯邦和華府之公務人員

違反舊法之聯邦和華府公務員，將立刻被辭退。

違反新法之聯邦和華府公務員，原則上應被辭退；若適才任用保護委員會 (The Merit Systems Protection Board) 三人委員會一致無異議通過，可免被辭退，但禁止工作至少三十天(無薪)；如有不法募集政治獻金應繳回。

#### 二、州或地方之公務人員

違反聯邦政治活動法之州或地方公務員，州或地方政府應辭退此公務員；否則州或地方政府將被迫放棄相當於此公務員兩年薪水之聯邦贊助金。此公務員於十八個月內不可被重新任用於同一職位。

### 肆、權責機關與組織系統

1978公務改革法 (the Civil Service Reform Act of 1978) 創造了一專業檢察官：美國專門委員辦公室 (The U.S. Office of Special Counsel：OSC) 和一專業法庭： 功績制度保障委員會 (The Merit Systems Protection Board：MSPB)是一準司法機構。

美國專門委員辦公室OSC是一功績制度保障委員會編制下獨立之聯邦調查和起訴機關，為提供有關聯邦政治活動法 (the Hatch Act)諮詢意見及執行落實聯邦政治活動法 (the Hatch Act) 之專責機構。一方面限制公務人員參與政治活動， 同時在改革者的眼中，也是維護聯邦公務人員權利責不旁怠之機關。

專門委員辦公室OSC主要的任務是：第一，調查可疑的被禁止從事的聯邦活動，特別是被禁止的人事慣例，並且當認為合適時，透過功績制度保障委員會進行矯正性和紀律性之懲處活動。第二，專門委員辦公室依據告密人保護法 (the Whistleblower Protection Act) 提供一安全的管道，公務員可揭發行政機關長官濫用權威、欺騙，和不當的管理等行為，而不用害怕長官的報復或甚至不必透露他們的姓名。第三，專門委員辦公室OSC負責調查並於功績制度保障委員會(MSPB)起訴違反聯邦政治活動法 (the Hatch Act) 之公務人員。最後專門委員辦公室OSC依據統一編制人員就業及再就業權法 (the Uniformed Services Employment and Reemployment Rights Act) 保護聯邦雇員退休軍人的再就業權利。

美國專門委員辦公室由專門委員 (the Special Counsel) 領軍，專門委員由總統提名，參議院投票通過確認。辦公室總共有大約雇員一百零六位，包括律師、人事管理專家及調查員，進行其監督全聯邦政府的任務。目前有在華府的總辦公室，及在德州達拉斯、加州舊金山的分處。專門委員辦公室(OSC) 對於聯邦政治活動法執行方面，首重提供公務員有關聯邦政治活動法 (the Hatch Act) 的諮詢意見服務。另外視公務員違反聯邦政治活動法程度發警告信函，或於功績制度保障委員會(MSPB) 對公務員起訴。美國目前現任者較重預防甚於起訴。 *(參考下頁專門委員辦公室組織圖)*

|  |
| --- |
| 專門委員(the Special Counsel) |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 人事助理(Staff Assistant) |  | 國會和公共事務(Congressional and Public Affairs) |
|  |

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 對外拓展方案(Outreach Program) |  | 副專門委員(Deputy Special Counsel) |  | 方案助理(Program Assistant) |
|  |
|  |

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 告訴告發分析部(Complaint and Disclosure Analysis Division) |  | 調查及起訴一組(Investigation andProsecution I)  |  | 調查及起訴二組(Investigation and ProsecutionII) |  | 調查及起訴三組 (Investigation and Prosecution III) |  | 計畫和諮詢組(Planning and Advice Division) |
|  |   |
| 審查告訴單位(ComplaintsExamining Unit) |  | 總部組 (HeadquartersTeam) |  | 總部組 (HeadquartersTeam) | 總部組(HeadquartersTeam)  |  |
|  |  |  |
| 檢舉告發單位(Disclosure Unit) | 聯邦政治活動法單位(Hatch Act Unit) |  | 達拉斯辦公室(Dallas Field Office) |  | 非傳統糾紛解決單位(Alternative Dispute Resolution Unit) |

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 舊金山辦公室(San Francisco Bay Area Field Office) |  | 人事行政資源分部(Human and Admin. Resources Mgmt. Branch) |  | 資訊系統分部(InformationSystems Branch) |

(資料來源： http：//www.osc.gov/orgchart.htm)

另外，聯邦政治活動法亦授權人事管理局 (the U.S. Office of Personnel Management) 制定規則以落實聯邦政治活動法之相關規定。[[166]](#footnote-166) 例如人事管理局制定內規細節如一聯邦公務人員駕駛一私人汽車從事公事，並因此將汽油費報公帳者，可在其汽車後的保險桿貼政治標語，但於其行公事時要把政治標語覆蓋起來。[[167]](#footnote-167) 至今人事管理局已頒定兩套規則，而專門委員辦公室則透過其回覆公務員詢問之諮詢意見對此規則進行解讀。[[168]](#footnote-168)

功績制度保障委員會(The Merit Systems Protection Board) 是一準司法機構。如經專門委員辦公室調查，起訴於功績制度保障委員會，被控告的公務人員有在功績制度保障委員會前舉行聽證會之權利，並有聘請律師辯護之權利。如對功績制度保障委員會之決定不服，可先對委員會申請重審。功績制度保障委員會之裁定一旦確定，則成為一可被司法系統檢查的客體。當事人可於法定上訴期間對功績制度保障委員會之確定裁定上訴於美國聯邦上訴法院 (the United States Court of Appeals for the Federal Circuit)。功績制度保障委員會是一行政機構，其並無檢視聯邦法律是否合憲的權限，美國聯邦上訴法院才有此權限。

### 伍、行政機關告知義務

行政機關首長有告知公務人員其權利及其權利受侵害時的就濟辦法，包括有關被禁止的人事慣例，因其公職被限制參加政治活動，其可使用專門委員辦公室及適才任用保護委員會等。專門委員辦公室也有義務協助各行政機關行此告知義務。(5 U.S.C. 2302(c))。

## 第三節 案例分析

### 壹、最高法院判例

在美國有爭議的問題是：政府一般情形下不能限制其公民參與政治活動，而是否卻可以限制其雇員在下班之後參與政治活動?

#### 一、United Public workers v. Mitchell

早期舊聯邦政治活動法(the Hatch Act)在允許和禁止的活動定義界線模糊， 經常受批評。此案乃數名聯邦雇員聯合工會要求最高法院宣告聯邦政治活動法違憲，並禁止公務人員委員會 (the Civil Service Commission)執行聯邦政治活動法。[[169]](#footnote-169) 法院首先認定只有一原告有當事人資格，因其已實際從事特定政治活動而違反聯邦政治活動法，被辭退的決定已蓄勢待發。但美國最高法院運用 "合理性"檢驗， 衡量兩個利益：憲法保障之自由利益和國會藉由立法打擊公務人員因其政黨性所可能帶來的惡勢力以保護民主之利益。最高法院認為司法不會介入除非國會之立法超越一般認為政府職權的界線。而在本案國會合理的認為聯邦聯邦行政人員黨派性之政治活動將會阻礙行政之效率，法院因而宣告此法合憲。大法官 Holmes 於判決中留下日後影響深遠的句子 "上訴人也許有憲法賦予談論政治的權利， 但沒有當警察的憲法權利。"

#### 二、United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers

在此案中，一群聯邦行政人員挑戰聯邦政治活動法(the Hatch Act)之合憲性。[[170]](#footnote-170) 最高法院引用 "利益衡量測驗" 即著名的 "Pickering Balancing Test"再次確認聯邦政治活動法(the Hatch Act)之合憲性。多數意見指出政府藉此法欲達成之四個顯著重要的利益。第一，確定聯邦行政人員依法行政，而不是按照他們自己喜好或所政黨的意願。" 第二，幫助行政部門避免實行政治性正義之表象，妨止公眾對政府失去信心。第三，防止快速增長的公務體系一瞬間變成強大的無法控制腐敗的政治機器。第四，保護聯邦行政人員免受上級長官之政治要脅，而能促進遷升以功績為考量之原則，減少黨派的影響。法院最後尊重國會立法達成此四目標的權限，尊重國會認為政府在追求行政效率之利益大於公務人員之言論自由權之決定，此法合憲。此案遭受許多批評，因其忽視了聯邦行政人員言論自由和結社自由權利之本質和重要性，也忽略了大眾聽取其他選民意見之利益。[[171]](#footnote-171)

#### 三、United States v. National Treasury Employees Union

前述支持對公務員從事政治活動諸多限制的判例，在此案有了改變。[[172]](#footnote-172) 最高法院終於開始邁向採取比較公平的"利益平衡測驗" 的路。[[173]](#footnote-173)此案如同*Mitchell* 和*Letter Carriers*一樣由幾位聯邦公務人員和聯邦機關工會對倫理改革法(Title VI of the Ethics Reform Act of 1989)禁止聯邦公務員及國會議員領取在下班後所從事和公務無關[[174]](#footnote-174)寫作演講報酬規定之合憲性挑戰。

最高法院視此案為特殊因其廣泛的限制了所有高、中、低層聯邦雇員體系， 對他們課予比對相對來說較少數的國會議員較大的負擔並不公平。而且也是由於國會議員過去接受寫作演講報酬使得他們今天有此動機立法。此種對領取寫作演講報酬之禁令將會減少大部分中低層聯邦雇員發表言論，並剝奪了社會大眾聽讀他們原本會發表之言論的利益。法院進一步駁斥了政府引用*Mitchell* 論點：聯邦政治活動法(the Hatch Act)意圖保護公務人員免其受政黨性政治活動之害而非主要是限制他們的政治活動。法院雖贊同政府欲達成之公共利益，但認為政府未能指出明確特定公務人員接受寫作演講報酬而濫用權力的不當行為；即此規定並不一定能達成此目的，此規定太過廣泛。

法院提出一新的考量因素，此考量預期會對將來政府規範公務人員未來言論案例有重大影響：當政府身為雇主欲限制公務人員未來言論時以防止未來可能發生的傷害時，其舉證責任加重，比在特定案件中政府雇主懲戒某特定公務人員過去特定行為重。前者政府所限制的是整個公務員體系之所有此類行為(在本案為寫作演講領取報酬)，不比後者為獨立單一之行為，法院可就實施情況條件做一判定。當政府欲限制公務人員未來言論時以防止未來可能發生的傷害時，其舉證責任加重，一般言，政府較不易於法院做利益平衡測驗時說服法院。

另外，一般市民讀和聽公務員言論的權利也被法院在本案中一併(和公務員言論自由論點一起)用來挑戰政府為雇主欲達成有效率行政的論點。這也是本案重要之貢獻。

前述最高法院之相關聯邦政治活動法合憲性問題之判例呈現了大環境整體上對公務員政治活動的憲法法律界線；接下來的案例為實際上每天實務運作下專門委員辦公室如何協助執行落實聯邦政治活動法，適才任用保護委員會又如何裁決，以懲處違反了聯邦政治活動法的公務人員。

### 貳、專門委員辦公室調查起訴

#### 一、諮詢意見

提供諮詢、協助行政機關及公務人員了解聯邦政治活動法為專門委員辦公室主要任務之一。以下列舉專門委員辦公室針對聯邦公務人員來函詢問，提供諮詢意見之回信摘要。這也是解讀專門委員辦公室執行聯邦政治活動法一重要管道。其諮詢意見乃針對特定公務人員之個別情形，雖有其個案事實限制，但仍有重要參考價值。

##### (一) 當選官員可否接受聯邦工作的邀約?

聯邦政治活動法一般來說允許大部分的聯邦公務人員積極參與有黨派性政治管理活動和助選活動，但不可為有黨派性之選舉之公職候選人。雖然聯邦政治活動法不許聯邦公務人員為有黨派性之選舉之候選人，但其並不禁止聯邦公務人員擔任公職。因此如當事人在接受聯邦公職成為聯邦公務人員時已是經由選舉產生的官員，她可繼續在其當選之職位上工作；只是如果此選舉為有政黨性的，則她不能再次參選。[[175]](#footnote-175)

##### (二) 可否要求下屬提供自願性的服務?

聯邦政治活動法原則上禁止聯邦公務人員向下屬要求或接受其無給自願性的服務。由總統提名並由參議院同意任用之人員(PAS)和非職業性的資政顧問不因其參加政治聚會幫助另一PAS人員進行政治活動而違反聯邦政治活動法。因上述人員屬於聯邦政治活動法中第三類受較少限制的公務人員。[[176]](#footnote-176)

##### (三) 可否請假參加助選活動?

聯邦政治活動法一般來說允許大部分的聯邦公務人員積極參與有黨派性政治管理活動和助選活動。(但不可為有黨派性之選舉之公職候選人)。一般基本的限制為不可在上班時間從事政治活動；不可在政府辦公室從事政治活動；穿公家機關制服時不可從事政治活動；使用公家機關交通工具時不可從事政治活動。 所以聯邦政治活動法並不禁止聯邦公務人員請長假離開職務，以全職自願的身份參加助選活動。同時偶而回到職位上工作，只要不在上班時間從事政治活動，亦是合法。[[177]](#footnote-177)

##### (四)可否參加助選活動?

聯邦政治活動法一般來說允許大部分的聯邦公務員積極參與有黨派性政治管理活動和助選活動。但特定聯邦公務人員因其職務特性，因其職務獨立性之重要或因職務涉及執行法律，不被允許參與有黨派性政治管理活動和助選活動。 司法部犯罪組即為聯邦政治活動法中列舉之屬受嚴格限制種類之聯邦公務員。其不被允許參與有黨派性政治管理活動和助選活動，包括在候選人競選處接電話， 打電話拉票，寫演講稿，發表助選演講，到處拜訪拉票，發競選傳單等都是不被允許的。但如此屬受嚴格限制種類之聯邦公務人員的配偶非為聯邦公務人員不受聯邦政治活動法規範，而在住家舉行募款餐會，此屬於受嚴格限制種類之聯邦公務人員可參加此餐會，但不可參與餐會之籌備，也不可參與為餐會募款。[[178]](#footnote-178)

##### (五) 可否成為有政黨性政治團體之成員?

聯邦政治活動法一般來說允許大部分的聯邦公務人員積極參與有黨派性政治管理活動和助選活動。但特定聯邦公務人員因其職務特性，因其職務獨立性之重要或因職務涉及執行法律，不被允許參與有黨派性政治管理活動和助選活動。 行政法法官即為聯邦政治活動法中列舉之屬受嚴格限制種類之聯邦公務人員。 其不被允許參與有黨派性政治管理活動和助選活動，但可加入政黨性政治團體組織，只要其參與保持不活躍的。例如，其可參加政黨舉辦的活動聚會、餐會，但不能參與政黨之政策或政治策略擬定集會。[[179]](#footnote-179)

#### 二、起訴

專門委員辦公室除了提供諮詢，並經由其對不法情事之起訴，請求適才任用保護委員會懲戒有不法情事之公務員，以貫徹執行聯邦政治活動法。以下為專門委員辦公室實務運作下認為公務人員違反了聯邦政治活動法之案例。雖尚未經適才任用保護委員會裁決確定。但可作為公務人員之參考，什麼樣的行為可能會被專門委員辦公室起訴。

##### (一) 工作由聯邦贊助之'公務人員'不得參與政黨性選舉

起訴事實： [[180]](#footnote-180) 當事人Mr. Rafferty為受雇於紐約州環境保護部之環境工程師， 其工作乃和由聯邦環保署贊助之方案有關。其於受雇期間有一連串參與政黨性選舉之歷史，其分別於1991、1995年代表民主黨於 Princetown參選議員，1999 年代表民主黨於 Princetown參選區長。紐約州環境保護部已數次發個人信函，也發一般電子郵件告知所有員工其'利益衝突政策'，但當事人仍我行我素多次參選有政黨性之選舉。

起訴法律：聯邦政治活動法嚴格限制州及地方其公職和聯邦贊助之計畫有關的公務員參與政黨性選舉。違反聯邦政治活動法之州或地方公務員，州或地方政府應辭退此公務員；否則州或地方政府將被迫放棄相當於此公務人員兩年薪水之聯邦贊助金。此公務人員於十八個月內不可被重新任用於同一職位。

因此專門委員辦公室起訴於適才任用保護委員會，認為其違反聯邦政治活動法嚴格限制州及地方其公職和聯邦贊助之計畫有關的公務人員參與政黨性選舉之規定，請求其懲戒此當事人並裁決此當事人應被辭退。

##### (二) 不得於上班時間或於辦公處利用公家資源參與政黨性助選活動

起訴事實：[[181]](#footnote-181) 當事人為受雇於國家勞工關係委員會駐阿肯瑟州之律師，故其適用聯邦政治活動法。在 1997年其兩次在上班時間，利用在辦公室之政府工具，為一民主黨參選參議院之候選人Coulter準備備忘錄，並使用其在政府工作的稱號。在 1998年 運用政府資源命令一下屬準備備忘錄；備忘錄討論募款事由包括向許多工會代表募款，而這些工會仍有案子繫屬於國家勞工關係委員會， 而且是國家勞工關係委員會正在進行中的調查之主體。當事人並用在辦公室的電話和一工會代表討論其是否會支持民主黨候選人 Coulter。

起訴法律：1，聯邦政治活動法嚴格限制大部分的聯邦公務人員，於上班時間或於辦公室大樓裡參與政黨性活動。2，同時禁止聯邦公務人員利用職權影響選舉結果，這包括並使用其在政府工作的稱號，命令下屬 "自願" 幫忙。3，聯邦政治活動法也規定公務員不得明知故犯要求特定的個人，特別是和聯邦機構有往來的個人參與政治，當事人之行為疑觸犯聯邦政治活動法。

##### (三) 不得參與'政黨性選舉'也不可募集政黨性獻金

起訴事實：[[182]](#footnote-182) 當事人為受雇於聯邦航空管理中心之空中交通控制專家，故其適用聯邦政治活動法。當事人於2001年參與市長選舉，雖然此特定市長選舉依規定候選人不得登記其政黨，但其參選造勢的活動有強烈的政黨性。包括當事人聲稱其為唯一之保守共和黨後候選人，接受共和黨之背書支持，並在其造勢活動中聲稱其為打敗民主黨之唯一希望。當事人並積極參與政治獻金之募集，包括寄出'親愛的共和黨朋友'簽名信請求募款，和另一封信指出其需要讀者之財政支持，他才有能力在電視廣播電台宣傳。專門委員辦公室曾口頭及書面正式告知當事人其可能的違反聯邦政治活動法之行為，並建議其應辭職或退選，但當事人並不加以理會。

起訴法律：聯邦政治活動法嚴格限制大部分的聯邦公務員參與政黨性選舉及募集政黨性獻金。

公務人員不得參與'政黨性選舉' (專門委員辦公室於此案中對此作較廣泛之解釋，不單指於選票上登記候選人政黨之選舉)也不可募集政黨性獻金。

##### (四) 接受聯邦財務資助之非營利事業組織，也受聯邦政治活動法規範

起訴事實：[[183]](#footnote-183)當事人 Ms. Gladys Perry受雇於Joint Council for Economic Opportunity for Clinton and Franklin Countries，Inc.，一非營利組織，而當事人工作上職務和接受聯邦財務資助之方案有關，其乃透過社區服務補助金方案 (the Community Services Block Grant Program)獲得聯邦財務資助。根據社區服務補助金方案相關法律明文規定受雇於此接受聯邦財務資助組織之人員比同接受聯邦財務資助的州或地方機構之公務人員適用聯邦政治活動法。Ms. Gladys Perry 角逐並贏得 2000年共和黨黨內初選，進而代表共和黨參選。幾經專門委員辦公室勸阻警告，她仍繼續其參選。專門委員辦公室遂於2000年12月向適才任用保護委員會起訴，請求其懲戒此當事人並裁決此當事人應被辭退。

起訴法律：聯邦政治活動法嚴格限制州及地方其公職和聯邦贊助之計畫有關的公務員參與政黨性選舉。根據此社區服務補助金方案法律明文規定受雇於此接受聯邦財務資助組織之人員比同接受聯邦財務資助的州或地方機構之公務人員適用聯邦政治活動法。

以上四案例乃專門委員辦公室認為當事人之行為可能違反聯邦政治活動法 先經由口頭及書面的警告，再於當事人不理會的情況下起訴於適才任用保護委員會前，請求其裁決。至於適才任用保護委員會作何裁決，乃為另一問題。以下兩案例為近來適才任用保護委員會之裁定。

### 參、功績制度保障委員會會之準司法裁定

#### 一、禁止州及地方和聯邦贊助計畫有關的公務人員參與政黨性選舉

事實：[[184]](#footnote-184) 當事人Ledesma女士為華府社會健康部之雇員，她在1998年8月登記角逐代表華府第十五選區眾議員。社會健康部官員勸告她此行為違反了聯邦政治活動法和社會健康部政策，她仍然繼續其候選活動並於同年11月落選。她落選的同時，遂以華府雇員之身分等待聯邦政治活動法之紀律性之處分。專門委員辦公室於適才任用保護委員會請求對Ledesma女士進行紀律性之懲處。

法律：聯邦政治活動法嚴格禁止州及地方其公職和聯邦贊助之計畫有關的公務員參與政黨性選舉。違反此規定之公務人員將會被解僱，或州政府必須放棄相當於此公務人員兩年的薪水的聯邦補助款。並且此公務人員在未來十八個月內不得接受同樣的職位。

結果：2001年6月專門委員辦公室發布了適才任用保護委員會對此案之裁決，判定當事人應被辭退。此適才任用保護委員會裁定於7月6日確定。

#### 二、服務於華府公立學校系統教師不得參與政黨性選舉

事實： [[185]](#footnote-185) 當事人Tom Briggs為華府公立學校系統之教師，他在 2000年為代表華府綠黨(the D.C. Statehood Green party)參加華府議會議員之候選人。專門委員辦公室律師於九月先行以口頭警告他參選之行為違反聯邦政治活動法，他必須辭職或退選，否則將遭遇起訴的後果；專門委員辦公室律師並於同年十月以書面重述上述之警告。然而，在專門委員辦公室最後於十月將之於適才任用保護委員會前起訴之後，當事人Tom Briggs仍繼續一面教書，一面積極參選，奮力對抗民主黨候選人角逐華府議會議員之席位。

法律：在1993年前，聯邦政治活動法豁免所有公立學校系統之教師，其不適用聯邦政治活動法。1993年國會修正此法改為華府公立學校系統之教師不在豁免範圍之內，亦即華府公立學校系統之教師適用聯邦政治活動法。因此當事人Tom Briggs受聯邦政治活動法規範。另外聯邦政治活動法規定對華府公務人員違反此法比同聯邦公務人員。聯邦政治活動法嚴格禁止公務員參與政黨性選舉。 他的代表政黨之參選行為觸犯聯邦政治活動法。

結果：2001年5月7日專門委員辦公室發布了適才任用保護委員會對此案之裁決，判定華府公立學校系統應辭退當事人。此適才任用保護委員會裁定於6月 7日確定，除非當事人上訴或適才任用保護委員會自行重審本案。當事人雖承認其參選為有政黨性政治活動，對其並無爭議；但對此法之適用於華府公立學校系統之教師之合憲性表示懷疑。然而，適才任用保護委員會和專門委員辦公室兩者對此法之合憲性並無過問之權限，當事人如欲挑戰此法之合憲性，只能上訴於美國聯邦上訴法院 (the United States Court of Appeals for the Federal Circuit)，於其重審適才任用保護委員會之裁定之程序中請求檢視此法適用於華府公立學校系統之教師之合憲性。

#### 三、違法公務員即使事後辭職仍受十八個月不得重任職於州之懲戒

事實：[[186]](#footnote-186) 當事人Ms. Gaynell Tinker受雇於阿拉巴馬州人事管理部。不顧阿拉巴馬州的官員和專門委員辦公室多次勸告，她仍代表民主黨參加阿拉巴馬州巡迴法院職員的選舉。專門委員辦公室遂於2000年 9月將之起訴於適才任用保護委員會。當事人Ms.Tinker於2000年11月辭去其在阿拉巴馬州的工作，並認為既然她已辭去州職，專門委員辦公室的起訴應被駁回。專門委員辦公室則請求適才任用保護委員會的主席行政法官判定Ms.Tinker 違反聯邦政治活動法，且應受十八個月不得重任職於阿拉巴馬州之懲戒。

法律：聯邦政治活動法嚴格限制州及地方其公職和聯邦贊助之計畫有關的公務人員參與政黨性選舉。違反聯邦政治活動法之州或地方公務人員，州或地方政府應辭退此公務人員；否則州或地方政府將被迫放棄相當於此公務人員兩年薪水之聯邦贊助金。此公務人員於十八個月內不可被重新任用於同一職位。

結果：適才任用保護委員會的主席行政法官之決定贊同專門委員辦公室之訴求。Ms. Tinker 違反聯邦政治活動法，且應受十八個月不得重任職於阿拉巴馬州之懲戒。

#### 四、全職及兼職的郵差不得參選政黨性選舉

事實：[[187]](#footnote-187) 當事人Mr. Simmons和Mr. Hicks分別受雇於美國郵局喬治亞州及阿肯塞州為全職及兼職的郵差，故其受聯邦政治活動法規範。兩人均於去年報名以獨立候選人身份參選角逐有政黨性質的地方警長職務。專門委員辦公室和當事人在郵局的長官均多次警告其參選行為觸犯聯邦政治活動法，當事人應辭去郵局職位或退選。當事人仍繼續其參選及郵局職務，專門委員辦公室遂於適才任用保護委員會請求對其進行紀律性之懲處。

法律：聯邦政治活動法嚴格限制公務員參與政黨性選舉，而郵務士為此法規範下的公務員。

結果：適才任用保護委員會的行政法官之裁決贊同專門委員辦公室之訴求。 其二人違反聯邦政治活動法，郵局應將之解雇。

### 肆、其他相關案例

此為一賓州地方法院**禁止公立學校教師於放學後於校地內進行政治活動之規定違反其言論自由**的案例，[[188]](#footnote-188) 雖未終極確定，但可藉由判決論理探知近來法院一般對公立學校教師政治活動(或言論自由)之態度。

事實：原告為受雇於Colonial學區的教師。被告為此學區及學區的教育委員會的成員。原告認為此學區禁止學校雇員在任何時間在校地內進行政治活動的政策違反了他們的憲法第一修正案言論自由基本權利，特別是在學校用此規定來禁止雇員下班後在恰好是校地的投票處所拉票或進行宣傳活動。原告要求法院禁止被告執行此政策。雙方對事實並無爭議，於是就法律爭點言請求一簡要判決(summary judgment)。

1993年一市民寫信給學區的教育委員會表示由校區維護的電話和其他工具被一教師工會， the Colonial Education Association(CEA)用來召集自願在教育委員會選舉中為工會支持的特定候選人助選的助選員。教師工會的主席承認有此事乃為疏失並承諾學校此類事不會再發生，而學校卻因此於1994年頒定了"禁止雇員政治活動" 的政策。此政策禁止學校雇員使用學校器具參與政治活動；禁止學校雇員在校地內從事任何的政治活動，不論任何時間；禁止學校雇員在上班時間從事政治活動，不論在任何地方。而政治活動則包括張貼。準備或分發支持某候選人或某政黨的資料。此1994年政策且含有以下條文："如果恰好投票處所是在校地範圍之內，本政策並無意禁止學區的教師在他們自己的下班時間在投票處所拉票或進行宣傳活動。" 初犯停職停薪，再犯則將案子提交教育委員會考慮進一步的懲戒，包括解職。

三個月後，教育委員會修正此政策將上述允許學區的教師在他們自己的下班時間在投票處所拉票或進行宣傳活動的條款刪除。原告之一請求校方解釋此政策， 教育委員會再次重申其執行政策之決心，包括其禁止學區的教師在他們自己的下班時間在投票處所拉票或進行宣傳活動的解釋。在此選區中有27處投票所，其中4 處在校地範圍之內。[[189]](#footnote-189)

本案爭點：學校及校區教育委員會是否可立法禁止其雇員於下班時間於校地內進行政治活動?

法院論理：

1， 適用何檢驗標準?

在*United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers* (1973)案 及*United States v.National Treasury Employees Union*，(1995)中，法院將在對公務人員過去言論是否抵觸公務類型案子*Pickering v. Board of Education* (1968) 所發展出來的 "利益衡量測驗" 適用於預防性言論自由禁令的案子。 法院必須衡量公共雇員身為市民的言論自由利益及政府身為雇主為追求公共行政效率的利益。

2， 欲限制公務人員未來言論時， 政府舉證責任加重。

當政府身為雇主欲限制公務人員未來言論時以防止未來可能發生的傷害時，其舉證責任加重，比在特定案件中政府雇主懲戒某特定公務人員過去特定行為重。 政府必須舉證潛在的聽眾之利益和現在和未來的公務人員發表言論之利益二者加起來比不過此言論對政府運作的重大影響，這時政府才能限制公務人員言論。

3， 此案被告聲稱其頒定"禁止雇員政治活動" 的政策乃為以下利益：減低教育程序受到阻撓；保護選民在投票處所免受不當影響；及避免誤導選民官方支持特定候選人 的利益。首先，其除了指出在同一投票處所工作的教師支持不同的候選人，未能證明教育程序因教師在投票處所進行政治活動而受到阻撓；而且此"禁止雇員政治活動"的政策並不能減低教育程序受到阻撓的風險，教師仍可到其他不在校地內的投票處所進行政治活動， 而和其他教師有不同意見。其次，學校未能提出任何證據證明社會大眾對教師出現在投票處所感到不安；而且此禁止規定並不能防止教師利用其他管道表達其對教育委員會委員候選人之意見。最後，關於避免誤導選民官方支持特定候選人一事，在政治程序中公正公平的確是一重要利益，但卻沒有證據能明確顯示教師在校地內的投票處所進行政治活動會使大眾誤認為學區官方背書支持特定候選人。教師所散發的傳單均有明確註明出處，絕無暗示其有學區官方的背書；且不同教師支持不同候選人，大眾不可能誤信學區官方背書支持某特定候選人。被告未能成功舉證。

4， 另外，教育委員會委員害怕教師會反對和其意見不合的委員再次當選，而想藉此政策，使反對意見消音；此並非正當的政府利益，也非此政策的立法原意。 也沒有証據顯示教師藉此(在校地內的投票處所進行政治活動)要脅教育委員會委員。

5， 法院並認為被告於本案中制定"禁止雇員政治活動"規範教師下班時間的行為的政策已超出其權限。公共學校轄區並非如政府有其固有之權限，公共學校轄區之權限乃由州法授權而來。[[190]](#footnote-190)立法毫無疑問的只允許學區享有明定於法律中的權力和行使明定於法律中的功能。[[191]](#footnote-191) 根據賓州公共學校法規，學校教育委員會可制定合理的必要適當的規則，以管理學校事務及規範教師及其他學校雇員於上班時間的行為。[[192]](#footnote-192) 而且，賓州之公務人員政治活動法亦已明文規定公立學校教師不受其法規範。被告因此並無權限規範教師下班時間的政治活動。

## 第四節 對我國之啟發

### 壹、正名： "公務人員行政中立法" 或 "政治中立法"?

本章認為，參考美國法對於聯邦公務人員權利義務之規範歷史，以為 "公務人員政治活動法" 為最好。

"政治中立" 乃一規範公務人員政治活動之欲達成之目標之一，其實為一廣泛、抽象之概念。理論上其概念範疇涵蓋保護公務人員權利面，和規範公務人員行為兩方面。前者政府機關任命。雇用公務人員不得以其人員之黨派、宗教信仰、性別、族群等等為考量點。簡言之，公務人員不因其政治理念被歧視，政府機關任命、雇用公務人員的程序中不應有過度的政治因素考量。公務人員應受基本的工作權利保障。而另由規範公務人員行為面來看，除了公務人員參與政黨政治活動應受限制外，也包括財產申報和退職後不得出任特定職業之限制其他等等之相關規定。"政治中立"之意涵遠超出此法欲規範公務人員政治活動之標的。

進一步嚴格論之，由美國法對於聯邦公務人員參與政治活動規範歷史(1939-1993)及眾參兩院投票行為來看，此立法行為的本身即是一十分具政治性的行為，雖然裡論上此立法乃為建立一政治中立之行政體系[[193]](#footnote-193)，比較切實際。可實行的目標應為建立一個**依法行政**，**不腐敗**，**對人民需要敏感的**，並**有效率的**行政部門。"中立"與否則無客觀標準，以其為行政目標，宣示意義大過於實質意義， 故以為 "公務人員政治活動法" 描述此法實際上規範的內容為最直接最中肯。

### 貳、誰適用此法

政治中立法適用之對象應包含那些人？政務人員、軍人、教師、軍職人員、公營事業人員是否應該規範其政治活動？

美國法中軍隊人員，公立學校老師，和行政體系人員，雖有共同為廣義政府雇員之相同點，但因聯邦地方事務管轄不同(例如教育為州事務)及其個別社會角色不同，分別由不同法律規範。聯邦政治活動法(the Hatch Act)主要規範聯邦行政體系之非軍警人員，及服務於華府公立學校系統的教師；服務於各州公立學校系統的教師並不適用此法。

#### 一、公立學校教師

美國中小學教師通常由學區內的教育委員會管轄，而此教育委員會之權限則來自各州州法，非聯邦事務，無全國性統一之規定。[[194]](#footnote-194) 另外，教育委員會並無傳統政府固有之權力，其權限只限於州法授權範圍之內，並只有法律規定下的功能和義務。因此在教師言論自由權和其雇主即學校和學區內的教育委員會利益衝突時，必須適用利益衡量測驗時，法院並未給與教育委員會相當於傳統政府為雇主追求公利益之份量，相對而言，即使此活動發生在學校校地，公立學校教師有較一般聯邦公務員大之自由於下班後從事政治活動。[[195]](#footnote-195)美國最高法院判例肯認公立學校教師和教授在學校外享有言論自由權。[[196]](#footnote-196)

美國最高法院已肯認憲法第一修正案言論自由也保護在學校裏上學時間公立學校教師，[[197]](#footnote-197)教師並不因接受公立學校教職而放棄他們的言論自由。[[198]](#footnote-198) 但這權利的界線卻是難以確定的。現存的美國最高法院關於教師言論自由的判例一般而言對尊重中小學教師的教學自由及高等教育中的教授均呈現一健全的基礎。[[199]](#footnote-199) 一連串的判例展現自75 年來美國最高法院一貫的打擊對教師於課堂上言論的限制，[[200]](#footnote-200)並不斷的重申學術自由對學校教育系統及民主的重要及一受民主之建立是如何的需要受良好教育的公民。當然，這一連串的判例同時也立下對公立學校教師言論自由權的限制。至目前為止，對於"教師可否在課堂表示克林頓是不適任的總統?" 這樣的問題，只要教師的言論是和課程有關的，沒有不合理的佔用上課時間；適於學生年齡而不對學生或民主觀念造成傷害的；[[201]](#footnote-201)是教育而非強加灌輸某觀念(洗腦)；[[202]](#footnote-202) 不影響學校正常運作或侵犯他人的權利，美國最高法院的態度是傾向保護公立學校教師在課堂上的言論以對抗州政府的管制。[[203]](#footnote-203)

#### 二、軍人

美國對軍隊成員政治活動之限制，由於其屬於自願受雇於美國政府，使用武力以保護美國國家安全利益之統一編制隊伍，其特殊身分通常使其在政治活動的出席具有不同的意義，一般對其政治活動的參與有較嚴格的限制。

有關軍方人員言論自由的限制規定可分三類：一為軍事司法統一法典(the Uniform Code of Military Justice) 規範現役軍人之行為及特定種類的言論。[[204]](#footnote-204)二為國防部制定的法規或規則。三為合法授權之內的長官命令。其中特別關於軍隊人員政治言論和活動的限制規定於**國防部法規 1344.10。-現役軍人政治活動指示規則**和**空軍規則51-902-空軍政治活動規則。**[[205]](#footnote-205)此指示規則乃為達成兩個目的：第一是避免特定政治言論或活動對軍隊秩序和紀律所可能造成的明顯而立即的危險， 第二個目的是為維持一基本上對政治不感興趣的軍隊，以穩固得保持其接受非軍人的長官控制管理。[[206]](#footnote-206)

原則上，禁止現役軍人進行任何直接或間接會被認為國防部和政黨政治有關的政治活動。軍隊成員個人參與地方性非政黨性之政治活動是被允許的，但不能著軍裝；不能利用政府資源或房地產；不可和軍事任務相衝突；不能有暗示政府看法或政府涉入。

現役軍人可從事的政治活動包括：

登記，投票，發表政治意見。

鼓勵其他軍隊成員去投票。

捐款給政治組織。

加入政治聚樂部，出席政治集會或聚會為旁觀者但不能著軍裝。

連署立法請願書。

寫信給報社表達私人觀點，但不能是寫信給報社一類的宣傳活動或為了幫某政黨拉票或為反對某政黨。

可在私人的交通工具如在保險桿上貼(支持某候選人或政治標語)貼紙。

現役軍人不可從事的政治活動：

不可運用職權或影響力干涉政治活動。

不可為公職候選人。

不可捐獻給或從其他軍隊成員或聯邦公職人員接受政治獻金，而為某候選人助選或宣傳某政治目標。

不可參與有政黨性之政治管理或宣傳，不可發表相關演說。

不可在有政黨性之聚會中發表助選演說。

不可在私人車輛貼大張的政治標語。

總言之，不可參與任何有直接或間接支持政黨的政治活動。即使參加政治活動，也要保持旁觀者的身分。一般而言軍人較行政公務人員有較多的限制。

司法體系一般也接受所謂軍隊為"一獨立不同的社區"的概念。此概念來自軍隊特殊之任務，[[207]](#footnote-207) 服從原則之重要性，[[208]](#footnote-208) 及軍方長期發展下來的習慣法。[[209]](#footnote-209) 司法體系持續的視軍隊為一不同於一般社會的社區團體，多採尊重政府或軍方的命令規則之意見，原因不外乎他們認為憲法已將規範軍隊之責任授權給立法和行政部門，且司法部門欠缺審視特定威脅對軍方獨特的任務之影響的能力。[[210]](#footnote-210) 但是很重要的是， 不論是最高法院或軍事法庭，他們從沒有暗示或明示憲法第一修改案所保障之言論自由不適用於軍隊人員。[[211]](#footnote-211)法院仍是願意檢視軍方任何不合理獨斷的適用這些對軍隊人員政治言論或活動法規限制。[[212]](#footnote-212)

在Brown v. Glines一案中，[[213]](#footnote-213) Glines 是一預備空軍上尉在Travis 空軍基地執行任務。他草擬了一請願書預計向國會議員及國防秘書長提出，之後他未依規定先行向基地指揮長申請許可即自行於基地傳閱並要求連署。[[214]](#footnote-214) 當長官發現此事 Glines被調成備用人員。Glines因而挑戰此**空軍規則**之合憲性。法院於本案中重申軍隊為一不同於一般社會的社區團體而認為此事先請求批准的規定是為了保護和壓抑言論自由無關的一重要政府利益。此利益為避免明顯對此指揮長管制之下軍隊之忠誠、紀律、倫理之危險。[[215]](#footnote-215)法院結論為達成此利益，此空軍規則之事先請求批准提供一個機會給基地長官檢視其內容以決定其是否對軍隊之忠誠、紀律、倫理造成威脅，否則他無法避免可能對軍隊造成的破壞，故是此空軍規則是必要的。[[216]](#footnote-216)

在Ethredge v. Hail一案中，[[217]](#footnote-217) Robins空軍基地指揮長制定了一**行政命令**禁止任何會羞辱藐視指揮長的貼在汽車保險桿的貼紙。[[218]](#footnote-218) Ethredge 是一已在空軍基地工作了25年的非軍人雇員，拒絕取下他卡車上保險桿上的貼紙 "混蛋克林頓和俄羅斯的救援金"並聲稱此為他的言論自由。第十一巡迴法院駁回他的案子認為此空軍基地非公共場合，只要此言論規則是合理的而不只是一公務人員長官欲壓抑反對意見言論的努力，長官制定言論規則是被允許的。[[219]](#footnote-219)

法院認為此命令是內容中立的，因為其他如 "打敗克林頓" 此類標語是被允許的；而且命令適用於所有總統克林頓的支持或反對者。長官制定言論規則並不須要證明實際的傷害，僅需顯示一對軍隊秩序和倫理明顯的威脅和危險即可。而被告已提出此標語會對軍隊的秩序、紀律、倫理造成傷害且已有匿名電話威脅將會打破Ethredge的車玻璃的証明。法院重申其尊重行政長官之判斷的立場。[[220]](#footnote-220)

#### 三、公營事業人員

美聯邦政治活動法嚴格禁止州及地方其公職和聯邦贊助之計畫有關的公務人員參與政黨性選舉。只要是工作職務和聯邦財務贊助方案有關之人員均受美國聯邦政治活動法拘束，舉輕明重依此法理，台灣公營事業人員更應受政治活動法拘束。

美國法以不同法律規範不同性質之廣義公務人員，包括政務人員、軍人、教師、軍職人員。台灣目前公務人員行政中立法草案或政治中立法草案則將其統一適用一法律，而定條文指出：在對軍官。司法官、警察等人員如有其他法律有更嚴格之限制規定者，則從其規定。[[221]](#footnote-221) 對同一種類公務人員規定散見各法典，同時也為將來限制更嚴格之立法預留空間。本文認為為了立法明確起見，有必要依各式各樣公務人員量身定作適用之政治活動法。一來對同一種類公務人員有一貫遵守規則；二來各式各樣公務人員本有不同文化及其和人民互動也有不同歷史發展， 應任其個自管轄主管機關和成員慢慢發展適當之規定。不過此為立法例之考量，不論是一統一基本法規範政務人員、軍人、教師、軍職人員而容許其他法規給予不同程序的放寬或加緊或者政務人員、軍人、教師、軍職人員各有其適用法律原則上政務人員、軍人、教師、軍職人員其政治活動應受"不同"程度限制。

### 參、政治活動法規範

#### 一、公務人員參與政治活動應如何限制？可否兼任黨職？

視何種公職人員而定，而有不同強度的規範。一般聯邦公務人員可參加政黨， 亦可積極參與黨內活動，並擔任黨職。受較嚴格限制之聯邦公務人員因其職務獨立性之重要或其執行法律之職務本質，可參加政黨，但不可任黨職，也不可積極參與黨內活動。

#### 二、公務人員若登記為公職人員候選人，應如何請假？

公務人員可請假參加助選活動，但不可請假競選，自身為公職人員候選人。 請假也許可解決具公務人員身份的公職人員選舉之參選人以行政資源掖助本身的選舉活動的問題，但其公職的認同或其他社會大眾及工作崗位同事或下屬看待此公務人員並不會因此休假而有所改變。此具公務人員身份的參選人仍較其他參選人有較多的資源。(也許是隱形的人事關係資源 或因其職務所挾帶的權威)。況且，一旦其落選之後，返回工作職務的可能性也可能在對下屬要求競選協助時造成下屬的威脅，使其不得不從。

#### 三、教師在學校宣揚其政治理念應如何規範？

首先必須區分教師宣揚其政治理念及教師參與政治性助選活動。後者教師可參與政治性活動就像其他一般市民一樣，只要其參與政治性活動保持在放學之後，其可參與政治性助選活動。

至於前者應依個案教師宣揚其政治理念是在上課時或下課時，對其學生或對其同事等等因素進行利益衡量。如果是對學生只要教師的言論是和課程有關的；沒有不合理的佔用上課時間；適於學生年齡而不對學生或民主觀念造成傷害的；是教育而非強加灌輸某觀念(洗腦)；不影響學校正常運作或侵犯他人的權利， 美國最高法院的態度是傾向保護公立學校教師在課堂上的言論以對抗州政府的管制。

實際上如何區分宣揚其政治理念或此是否與課程有關 (如社會或公民教育課程)，則有待於臺灣社會發生之實際案例累積進一步釐清。

#### 四、違反行政中立之規定者，應處以懲戒罰或刑事罰？

一般處以懲戒罰，除非違反聯邦政治活動法之行為同時亦觸犯其他刑法。

### 肆、類型化政治活動之必要

美國目前的政治環境是對聯邦行政體系有極大的信心期望，對公務人員也有一定程度正面的看法。所以對一般聯邦公務人員政治活動並無嚴格限制，他們可以積極參與有黨派性政治管理活動和助選活動。加入政黨，擔任職位，均不成問題，除了特定和國家安全或因職務之特性須公正不偏頗如行政法官受較嚴格限制之外。

另外，觀察其於不得不限制之情形下所做的限制及自1939 後舊法所受之挑戰；很多和政黨有關係的活動不必然會對政府追求依法行政或對執法公正之目標造成威脅。例如參與有政黨性的聚會，但不扮演組織此聚會或主動積極發表演講的角色；或對某候選人表示個人之支持，應被視為可被允許的活動。而在目前台灣公務員和政府之雇用關係並不十分平衡之下(政府身為雇主仍有較大的議價談判的實力)， 參與民主程序乃為公務員爭取較好工作權益的機會，理論上應盡力保全公務員此參與民主程序之機會。但從另一方面來看，臺灣大眾對公務體系比較沒信心，所以也許一個對公務員較嚴格的限制有其階段性之必要，此法可定期重新審察並於幾年後再行放寬。

本研究結果認為，目前台灣法秩序建立的關鍵，在於每一小公務人員、每一小市民其權利保障之管道必須暢通。所以兩相權衡下，應從政治活動類型化開始逐一做細節的探討其對民主程序之影響和對公務人員權益之影響，此急需進一步的社會法實證研究。而不是概括的禁止公務人員參與政治活動。[[222]](#footnote-222)

### 伍、法與文化

#### 一、政黨與公務人員的關係

台灣目前的現況大不相同，正面臨五十年以來第一次的政權轉換。過去政黨用來酬庸公務人員無遠弗界的權力已受到挑戰。而人民普遍對此酬庸能力感到厭倦。不信任。但政黨輪替時所附帶的人事任命權，在某程度下為民主法制下政黨政治之一部分，問題應是如何透明化政黨與公務員的關係，使人事任命權的運用受到監督。法律政策雖可於短時間通過規範政黨與公務員的關係，但政黨與公務員的關係實際上的互動還有待時間的考驗和實務運作慢慢形成。

#### 二、不同社會對公職有不同看法

法院對公務人員的假設也隨著時代改變，一個 "好公務人員" 的假設慢慢形成。例如在*United States v. National Treasury Employees Union*案中，法院宣告 "一個有力的實際的假設是存在的： 聯邦工作體系乃為誠心奉獻正直的公務人員所組成。" 並引用於"利益平衡測驗"中以平衡對抗政府欲達成之利益。此好公務員之假設和過去為政黨政治利益不惜犧牲公眾利益之公務員印象大不相同。美國社會現階段對一般聯邦行政體系的確比起過去是正面的多了。所以目前美國法對管制公務人員政治活動的放鬆，也不足為奇。臺灣情況則待進一步實證研究。

#### 三、公職

社會對於公職之角色和本質的看法會影響到國會決定要限制公職人員參與政治活動的強度。換句話說，如果社會大眾對於公職之角色和本質的看法是偏向政治的 (認為公務人員不可避免的為政治的產物)，自然要限制公職人員參與政治活動所需的社會支持就難以想像。

#### 四、公務人員的工作權利保障

臺灣公務人員於特殊權力關係說下並無享有一般市民享有的一般工作權利相關保障，其參與政治活動的權利自然也受到極大的限制。台灣為達成行政中立之眾多相關立法應一併檢視，確保雇主(政府)雇員(公務人員)兩方面之權利義務均平衡考量，一致朝行政中立目標邁進。

#### 五、行政機關告知義務

行政機關首長有告知公務人員其參與政治活動權利及其權利受侵害時的就濟辦法。不論台灣將來通過那一個法案，此為一相當重要應加入之條文。只有在*行政機關首長*主動告知並注意自身身為行政長官的分際，不會濫用職權，而行政人員知悉其參與政治活動限制，也才能慢慢學習其執行公務或參與政治活動應有分際，建立一個公民和公務人員體系良好正面互動的文化。課予行政機關首長告知義務及專責機構協助散播資訊的規定乃一欲聯結抽象法律條文和實際實務運作之具體努力。也是一轉化由上而下抽象法律條文為由下而上實際法文化運作之契機。

# 第四章　 日本公務人員行政中立之保障

## 第一節 概說

有關公務員參與政治活動界限的問題，在日本，自戰後以來，即是由一套以國家公務員法第一百零二條、第八十二條、第一百十條第一項第十九款、依同法第一百零二條第一項授權訂定之人事院規則十四 — 七「政治行為（政治的行為）」、國家公務員法之特別法、地方公務員法第三十六條、第二十九條暨其他附屬法律，以及公職選舉法中若干相關規定為中心，所建構、形成的完整制度，來加以規範的。因此，當吾人欲就日本法之比較，以為我國處理相關問題之借鑑時，前開國家公務員法、人事院規則十四 — 七、地方公務員法及公職選舉法等各相關法條之整理與剖析，毋寧是問題研究的重心。

此外，日本前開以國家公務員法、人事院規則十四 — 七、地方公務員法及公職選舉法等諸法所形成、規範公務員參與政治活動界限問題的制度，由於相關條文之規定已相當細膩，所以其於實務上的操作細節，若就有關之文獻資料[[223]](#footnote-223)觀察，似乎未曾有太多爭議性的疑義產生。不過在此同時，吾人另須注意者卻是：日本有關公務員參與政治活動的限制，依前開制度之設計，相當嚴格。違反者，除有一般性的懲戒制裁外，部分甚至另伴有刑事罰制裁的法律效果出現（如：國家公務員法第一百十條第一項第十九款、公職選舉法第二百二十六條及第二百三十九條之二）。從而，前開有關公務員參與政治活動之界限的制度，究竟有無憲法上之疑義，在日本的學說，尤其是實務，向來一直是高度爭議的問題。關於這一點，當然亦有深入探討，用供我國設計同一制度時參考的必要。是以，本章以下之研究，除前揭有關日本限制公務員參與政治活動之制度本身的詳細介紹與分析外（本章第二節），該制度在憲法上所引發之問題，更將是另一項討論的重點（本章第三節）。故凡此二者，今即構成本章研究的主要內容。至於研究所得，本文則將於本章最後整體成若干要點，供作我國研擬相關規範時之參考（本章第四節）

**第二節 法律上之制度**

在日本，有關公務員參與政治活動界限的問題，已如上述（見本章第一節），係由國家公務員法、人事院規則十四 — 七、國家公務員法之特別法、地方公務員法暨其他附屬法律及公職選舉法等法規中之相關規定所規範者。惟若再經仔細分析，則前開各法規，又可分為：

（一）國家公務員法、人事院規則十四 — 七暨其他特別法、

（二）地方公務員法暨其他附屬法律及

（三）公職選舉法

等三組，分別針對（一）國家公務員暨其他具特殊性質之公務人員、（二）地方公務員，以及（三）涉及公職人員選舉時之所有國家及地方公務人員，就相關問題為處理。是今本文僅就此三大構成公務員參與政治活動之限制的支柱性法規，分別說明如下：

### 壹、國家公務員法、人事院規則十四 — 七及其他特別法

#### 一、國家公務員法第一百零二條

日本自第二次世界大戰戰敗後，即積極從事法制改革；有關國家人事行政之問題，亦屬其中重要的一環。昭和二十二年（1947）十月二十一日公布的「國家公務員法」（法律第120號），即為當時有關國家人事行政問題法制改革之結晶[[224]](#footnote-224)；爾後日本中央層級的公務員，即所謂的「國家公務員」，其任免、服務、俸給、升遷、管理、懲戒及救濟等問題，原則上悉依本法辦理。而本章研究重點所在的公務員參與政治活動之界限問題，即於本法第一百零二條[[225]](#footnote-225)，著有明文。至於該條條文規定為何，茲先就條文全文迻譯如下後，再作若干重點說明：

「職員不得因政黨或政治目的，要求或受領獻金及其他利益，或不論以任何方式，參與相關之行為，或為除選舉權之行使外，人事院規則所規定之政治行為。

職員不得為人民公選之公職人員選舉中之候選人。

職員不得擔任政黨及其他政治團體中之幹部、政治顧問及其他具有相同任務之成員。」

關於此一條文規定之重點，首先吾人可以看見的，是所謂「職員」之概念。蓋日本所謂的「國家公務員」，依國家公務員法第二條第一項規定，原有所謂「一般職」及「特別職」之公務員的區分。其中「特別職」之公務員，同法條第三項載有列舉式之規定，而包括政務官、管理皇宮事務之官員、大（公）使、法官（裁判官）…等等數種特殊職務的公務人員。至於所謂的「一般職」公務員，依同法第二條第二項之規定，則屬特別職以外的公務員；其性質則因此約略與事務官相當。這種一般職之公務員，不容諱言地，實乃公務員體系的中堅；日本國家公務員法第二條第四項前段特簡稱其為「職員」，同時並明定該等公務員，為國家公務員法主要規範的對象。職是，今日本國家公務員法第一百零二條既明文僅以「職員」為適用對象，則可知該法條所規範的公務員參與政治活動界限之問題，僅於一般職之公務員（以下本文均簡稱為「公務員」）有適用餘地[[226]](#footnote-226)。關於這一點，是吾人研究日本相關法制時，不得不知者也。

其次，日本國家公務員法第一百零二條之條文規定，其實相當簡單。其中，除在第二項及第三項，吾人得以明確知悉公務員不得為公職候選人[[227]](#footnote-227)，並不得擔任政黨及其他政治團體中之幹部、政治顧問及其他具有相同任務之成員外，同條第一項所禁止的因「政治目的」所為之「政治行為」究竟為何，條文之規定則甚不明確。事實上，日本法中有關公務員參與政治活動界限的問題，原以該法條中所被禁止的「因『政治目的』所為之『政治行為』」為中心概念；惟此一概念，由於同條第一項中並無明確的定義，而是授權由人事院規則自行規定，所以日本法中有關公務員參與政治活動界限問題之規範，在國家公務員層次上，除前開國家公務員法第一百零二條第二項及第三項所為之禁止外，重點其實完全落在同條第一項所授權訂定的人事院規則中。至於國家公務員法第一百零二條本身，多多少少不過是使相關之人事院規則進一步取得較堅強之法律規範地位的依據罷。然而也正因為如此，日本國家公務員法有關公務員參與政治活動界限問題之規範究竟有無違憲之嫌，在彼邦學界與實務界，迄今仍是未解的難題。關於這一點，本章第三節另有詳細的分析。

惟最後另附一言者是：依據前開國家公務員法第一百零二條第三項之反面規定，國家公務員並無加入政黨或其他政治團體，單純成為黨員或團體成員的限制。不過另依同法第三十八條第五款及第七十六條規定，凡於日本國憲法實施之日後，組織或加入主張以暴力破壞日本國憲法或依該憲法所成立之政府者，不得就任公務員。其為公務員者，亦將因此而當然失去公務員資格。查此二條條文之規定，依通說[[228]](#footnote-228)，是憲法上公務員有尊重並擁護憲法義務（日本國憲法第九十九條）的具體化規定；從而，因為此一限制，國家公務員加入政黨或其他政治團體，並非毫無界限上的問題。關於這一點，由於後將述及[[229]](#footnote-229)的地方公務員法第十六條第五項亦有相當之規定，所以地方公務員，縱其依法並無加入政黨等團體之限制（地方公務員法第三十六條參照），惟其仍應慎選政黨為宜，則自不待言[[230]](#footnote-230)。

#### 二、人事院規則十四 — 七「政治行為」

日本有關國家公務員人事行政之事項，依國家公務員法第三條至第二十五條規定，主要係由設於內閣以下，具有相當獨立性，且權限除狹義之行政外，另擴及準立法及準司法功能的「人事院」[[231]](#footnote-231)所掌理者。這個典型而頗具實權的行政委員會（administrative commission）[[232]](#footnote-232)，依國家公務員法第十六條第一項規定，得訂定性質上與日本行政法學一般所稱之「法規命令」[[233]](#footnote-233)相當的「人事院規則」[[234]](#footnote-234)，而事實上在日本目前有關國家公務員法制中，除國家公務員法本身與其他若干法律外，這些人事院規則扮演著相當重要，而不得忽略的補充性角色[[235]](#footnote-235)。人事院規則十四 — 七，此條依國家公務員法第一百零二條第一項所授權為「因『政治目的』所為之『政治行為』」概念所訂定的人事院規則，適為其例。

人事院規則十四 — 七，訂定於昭和二十四年（1949），並施行迄今。雖然該規則之標題定為「政治行為（政治的行為）」。不過在此一篇幅甚長，而共分八項的規則中，非但是針對「政治行為」作概念定義，另又旁及「政治目的」之概念定義及其他若干相關問題。今本文先將該規則全文照譯如後，再補充若干相關之說明：

「本法及本規則中有關政治行為禁止或限制之規定，適用於含臨時任用之勤務人員、附條件任用期間內之人員、休假、休職或停職及因其他理由一時不服勤務之人員亦均在內之一切一般職職員。但顧問、參事、委員及其他人事院指定與此等人員相當之諮詢性非常職職員，其於不觸及其他法令所規定之禁止或限制事項時所為之行為，不適用之。

依本法及本規則所禁止或限制之職員之政治行為，凡職員公然或私下與職員以外之人共同為之時，亦禁止或限制之。

依本法及本規則所禁止或限制之職員本人所為之政治行為，凡職員經由自己選任或屬自己管理之代理人、使用人及其他人間接所為時，亦禁止或限制之。

依本法及本規則所禁止或限制之職員之政治行為，除第六項第十六款所規定者外，於職員在勤務時間外所為時，亦適用之。

本法及本規則所稱之政治目的，為下列各款之事由。但具有政治目的之行為，除第六項所規定之政治行為外，不違反本法第一百第零二條第一項之規定。

一　於人事院規則十四 — 五所規定人民公選之公職人員選舉中，支持或反對特定候選人者。

二　於有關任命最高法院法官之國民審查時，支持或反對特定法官者。

三　支持或反對特定政黨及其他政治團體者。

四　支持或反對特定內閣者。

五　基於對政治方向施予影響之意圖，主張或反對特定政策者。

六　妨礙實施國家機關及其他公務機關所決定之政策（含包含於法令、規則或條例內之政策）者。

七　使有關基於地方自治法（昭和二十二年法律第六十七號）請求制定、修正或廢止地方公共團體之條例或事務監督之聯署成立或不成立，或贊成或反對基於此等請求之解散或解任者。

八　使有關基於地方自治法（昭和二十二年法律第六十七號）請求解散地方公共團體之議會或基於法律請求解任公務員之聯署成立或不成立。

本法第一百零二條所稱之政治行為，為下列各款之行為：

一　因政治目的，利用職稱、職權及其他公、私影響力。

二　以作為因政治目的，提供或不提供獻金及其他利益，及其他因政治目的，為或不為特定行為之代價或報復，取得、意圖取得或使人取得任用、職務、俸給及其他與職員地位有關之任何利益，或施與、意圖施與或威脅施與不利益者。

三　因政治之目的，要求或收受稅金、獻金、會費及其他金錢及物品，或不論以任何方式，參與相關之行為者。

四　因政治之目的，給與或支付國家公務員前款之金錢及物品者。

五　策劃、參加政黨及其他政治團體之組成、幫助此類行為，或擔任該等團體中之幹部、政治顧問及其他具有相同任務之成員者。

六　進行使人成為或不成為特定政黨及其他政治團體之成員之勸誘運動者。

七　發行、編輯、散發相當於政黨及其他政治團體機關報之新聞及其他刊行物，或幫助此類行為者。

八　因政治之目的，於第五項第一款所規定之選舉、同項第二款所規定國民審查之投票或同項第八款所規定解散或解職之投票時，進行投票或不投票之勸誘運動者。

九　因政治之目的，策劃、主持或指導簽名活動，及其他積極參加此類行為者。

十　因政治目的，策劃、組織或指導聚眾遊行及其他示威運動，或幫助此類行為者。

十一　在集會及其他多數人得出入之場所，或以擴音器、廣播及其他方式公開表示具有政治目的之意見者。

十二　於國家之機關、設施等場所公布或使公布具有政治目的之文書或圖畫，或因其他政治目的，利用或使利用國家之機關、設施、器材或資金者。

十三　發行、提供閱覽、公布、散發、對多數人朗讀或使其聽取，或為供此類行為之用，著作或編輯具有政治目的之署名或不署名之文書、圖畫、錄音片或影像者。

十四　演出或主持具有政治目的之戲劇，或幫助此類行為者。

十五　因政治目的，製作或散發用以表彰政治上之主義、主張或政黨及其他政治團體之旗幟、臂章、徽章、領章、服飾及其他類似之物者。

十六　因政治目的，於勤務期間中配戴或出示前款所列之物者。

十七　不論以任何名義或形式，為其他仍不免以上各款所為之禁止或限制之行為者。

本規則之一切規定，於職員為遂行本來職務而當然所得為之行為時，不禁止或限制之。

各部或各署之首長，於知有違反本法或本規則所定政治行為之禁止或限制之行為或事實時，應立即通知人事院，並採取防止或矯正該違反行為之適切處置。」

以上，本文已就人事院規則十四 — 七全文譯畢。雖然，基本上本規則之文義甚為簡單，而毋庸多作說明，為待提醒注意者，仍有以下諸點：

首先，本規則共分為三大部分；其中第一部分（第一項至第四項及第七項）係有關該規則所適用（及不適用）的範圍[[236]](#footnote-236)。在此一範圍中，吾人可見國家一般職之公務員參與政治活動的限制甚大：不論是哪一種類型之一般職公務員（第一項）、其行為是單獨或與非一般職之公務員共同為之（第二項）、是直接或間接透過第三人為之（第三項），抑或是於勤務時間內或勤務時間外為之（第四項），凡有該當該規則所禁止者，均屬不受允許的政治活動之參與。雖然，另依據同規則第七項之規定，如某該當規則所禁止或限制之行為，係公務員為遂行本來職務而當然所得為之者，則不受禁止或限制；惟此一規定自屬當然，其非但不待明文規定，亦不因此使該人事院規則之嚴苛性稍減。

其次，本人事院規則之第二部分涉及「政治目的」之定義問題。在此該規則在第五項共列舉八款，其包括範圍之廣，亦頗能引人注意。不過在此另應注意者是：該人事院規則之母法，國家公務員法第一百零二條第一項，所禁止者是「因政治目的所為之政治行為」，其中「政治目的」與「政治行為」均屬限定的概念；因此，公務員所為之行為雖具該人事院規則第五項各款所定義的「政治目的」，惟其非屬「政治行為」時，則不在禁止或限制之列（同規則第五項本文第二句參照）[[237]](#footnote-237)。至於何謂「政治行為」，人事院規則正基於前開所謂概念的限定性，所以並於第六項中列舉十七款，以作明確的概念定義。此第六款之規定，正為本人事規則的第三部分也。

本規則之第三部分（第六項各款）涉及國家公務員法第一百零二條第一項所謂「政治行為」的概念定義，已為前述。雖然該十七款之規定文句具備某程度的清楚性，而與「法規明確性原則」或尚無違背；然而該十七款之規定包羅萬象，其所禁止之結果是否太大，以致嚴重壓縮公務員的自由空間則非無疑問。因此，本人事院規則之規定，並其乃至其所授權的國家公務員法第一百零二條有無違憲之虞，頗受學者質疑。關於這一點，本文將於本章下一節中檢討，惟無論如何，學者芦部信喜[[238]](#footnote-238)批評是等規定之嚴，在比較法上亦甚罕見，或者可以相信。

#### 三、違反國家公務員法及人事院規則十四 — 七時之法律效果

在本章以上，本文已針對日本國家一般職之公務員參與政治活動界線的問題，以國家公務員法第一百零二條及依該法條第一項授權訂定的人事院規則十四 — 七為中心，做過詳細說明。惟今另有疑問的是：公務人員苟有違反此一實體法性質之規定，是否有受不利益之法律效果的可能性？關於此一問題，國家公務員法本身已提供了明確的答案；至於違反者所將可能遭受的不利益法律效果為何，則曰：懲戒處分與刑事責任二者也。

蓋首先國家公務員法第八十二條規定：

「職員具有下列各款所列情形之一者，得為免職、停職、減俸或申誡之懲戒處分：

一　違反本法或基於本法所訂定之命令者。

二　違反職務上之義務或怠於職務者。

三　有與作為國民全體之服務者不相當之非行者。」

在此一規定中，法律雖未明白指出，公務員違反參與政治活動限制之規定，即應受前開之懲戒；惟其吾人若再仔細審酌前開國家公務員法第八十二條規定之文句，則應得確定：公務員違反參與政治活動之限制時，至少已該當前開法條第一款之規定。因為公務員違反參與政治活動之限制，其實即屬違反「本法」（在此：國家公務員法第一百零二條）或違反「基於本法所訂定之命令」（在此：人事院規則十四 — 七）也。而在事實上，此一解釋的結果，亦屬日本法學界之通說[[239]](#footnote-239)；實務上普遍的作法[[240]](#footnote-240)，於此亦同，而無爭論。

此外，依國家公務員法第一百十條第一項第十九款規定，公務員有違反國家公務員法第一百零二條第一項之情事時，另處三年以下懲役[[241]](#footnote-241)或十萬円以下罰金。此一刑罰規定，當然亦屬公務員違反參與政治活動限制時之一種不利益的法律效果。然而本文針對此一條文規定，尚有附帶說明者三點：

首先，國家公務員法第一百十條第一項第十九款規定所稱，僅指公務員違反同法第一百零二條第一項的情形，而不含同條第二項及第三項規定在內。是公務員苟有為人民公選之公職人員選舉中之候選人，或擔任政黨及其他政治團體中之幹部、政治顧問及其他具有相同任務之成員的情事時，最多僅能依同法第八十二條規定，受到懲戒處分，殊無刑事責任可言。

其次，在公務員違反國家公務員法第一百零二條第一項規定時，若依同法第八十二條及第一百十條第一項第十九款之規定，至少在形式上，可能分別遭受懲戒及刑事處分。在此吾人將因此而面臨的問題是：在國家公務員法中，是否果有懲戒與刑罰並處的可能？此一非無爭議的問題，國家公務員法第八十五條設有規定。依該規定，懲戒與刑罰確有並處的可能性；並且在必要時，當系爭案件已繫屬刑事法院時，有懲戒權者，依同法第八十四條規定，即視情形分別為對應受懲戒人有任命權者或人事院本身，原則上尚且繼續進行懲戒程序[[242]](#footnote-242)。此一立法例，依立法者之想法，乃是因懲戒處分與刑罰各有不同之目的；此外，又由於懲戒程序為維護公務內部的秩序，而強烈要求迅速性，所以懲戒程序，在同一案件已繫屬刑事法院時，仍得繼續進行[[243]](#footnote-243)。

最後，日本國家公務員法第一百零二條第一項規定之重點，如本文一再重覆，重點在於禁止公務員為「因政治目的所為之政治行為」；惟此一概念究竟為何，其規範又咸於依同條項所授權訂定的人事院規則十四 — 七。今公務員違反國家公務員法第一百零二條第一項規定，既有受刑事制裁之虞，則此，該條項是否以造成刑法上所應極度避免的所謂「空白構成要件（Blankettatbestand）」，非無可疑。日本國家公務員法有關限制公務員參與政治活動的立法例，向來飽受批評，絕非事出無因。關於這一點，本章下文第三節將再分析。

#### 四、其他特別法之規定

在本章前開的論述中，本文已就國家公務員法之相關規定及尤為問題重點所在的人事院規則十四 — 七「政治行為」，詳細討論國家公務員參與政治活動的界限，以及違反時之法律效果問題。然而是等規定所及者，一如前述[[244]](#footnote-244)，只在所謂國家「一般職」之公務員的範圍內。此際，吾人或將懷疑：難道國家公務員所謂「特別職」者，均得因此毫無障礙地從事任何政治活動？這個問題的答案其實是否定的。因為事實上，有關國家公務人員之規範，除國家公務員法外，尚有許多的特別法；而此類正針對公務人員種類之特殊性所制定的特別法中，由於作為其規範對象的公務人員，身份特殊，所以在各該特別法中，另含有關該等公務人員參與政策活動的限制，並且這些限制，從某種觀點而言，其限制的程度更嚴。就此最後指出的這一點，吾人尤應寄與更大的關心。

現在本文即就這些或多或少得稱為國家公務員法之特別法之法律，分下列三大種類，針對有關公務員參與政治活動界限之問題說明：

##### （一）法官、公平交易委員會及公安委員會之委員（長）

依據日本國家公務員法第二條第三項第十三款之規定，法官是所謂國家「特別職」之公務員。不過法官職司訴訟審判，所被要求者，莫非不偏不倚、公正無私。如今設若法官參與政治活動毫無限制，非但將使人民對其獨立審判之誡命，產生疑慮，並且似亦難與日本國憲法第七十六條第三項「凡法官者，依其良心行使職權，僅受本憲法及法律之拘束」的要求相孚。是以，日本的法官，由於前開國家公務員法第二條第三項第十三款之規定，而被排除於同法第一百零二條及人事院規則十四 — 七等有關參與政治活動之限制的適用外，然依日本法院法（裁判所法）第五十二條第一款規定，法官非但不得於任內成為國會或地方公共團體議會之議員，並且尚不得「…積極從事政治活動」；其限制不可謂不嚴。

不過在此同時，吾人另須注意者是：何謂「積極從事政治活動」，在日本法院法或其他法律中，並無明確的定義。從而，當吾人面對此一相當概括性質的不確定法律概念，同時又進一步考慮違反此一禁止規定之法官，至少有遭受懲戒（參見同法第四十九條）之不利處分時，縱令認為法官參與政治活動，確有劃定一定界限之必要，但仍將不禁懷疑日本法院法第五十二條第一款規定本身的合宜性。更何況日本國家公務員法有關國家公務員參與政治活動限制之規範，如本章後文將進一步討論者[[245]](#footnote-245)，正因太多不確定法律概念，並將規範問題之重點空白式地委由僅相當於命令層級的人事院規則處理，履遭學者提出違憲可能之質疑；如今法院法之規定非但重蹈覆轍，並且更甚有之，此一法院法第五十二條第一款，是否因此有朝一日，將適得其反地導致少數法官遭受政治性排擠的可能，決非不必要的杞人憂天[[246]](#footnote-246)。總之，日本法院法第五十二條第一款規定，縱其規範必要與目的等，毋庸置疑；惟其立法體例，依本文所見，殊難曰宜。

此外依據日本國家公務員法第二條第三項第九款之規定，凡是公務員之就任，須先經國會之參、眾兩院或其中一院議決或同意者，亦屬國家「特別職」之公務員。在此種公務員中，亦有若干依其相關之特別法規定，在參與政治活動受到相當的限制；例如：公平交易委員會（公正取引委員会）或國家公安委員會之委員長及委員者是。依「私的獨占禁止及公平交易確保法（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）」第三十七條第一款規定，公平交易委員會之委員長及委員，與法官同，於任期中，既不得成為國會或地方公共團體議會之議員，亦不得積極從事政治活動。類似的規定，依警察法第十條第三項，亦適用於國家公安委員會之委員，或依同法第四十二條第二項及第三項，適用於因其任命須經地方議會同意，故依地方公務員法第三條第三項第一款，而屬地方「特別職」之公務員的都、道、府、縣公安委員會之委員。這一類特別法之規定，僅管基於其所規範之公務員有獨立行使職權等的特殊性，在規範目的上容有必要，惟其立法技術，尤其是所用之相同用語「積極從事政治活動」的高度不確定性，與本文前開針對日本法院法第五十二條第一款規定的批評一樣，未必得宜[[247]](#footnote-247)。

##### （二）自衛隊隊員

日本因該國憲法第九條之規定，如眾所皆知者，形式上原無武裝國防力量之設置。惟儘管如此，基於現實上之必要，日本則有與其他國家之軍隊概念相當的所謂「自衛隊」的建立。日本自衛隊之成員，即所謂「自衛隊隊員」者，是否亦屬國家之公務員，在有關之文獻資料中，鮮少論及；因為這些與其他國家軍人概念相當的人員，在日本原已有獨立的自衛隊法加以規範，而毋庸再煩勞國家公務員法適用的餘地，所以自衛隊隊員本身是否國家公務員的問題，在此幾無研究的意義。

依據自衛隊法第六十一條[[248]](#footnote-248)之規定，自衛隊隊員原亦有參與政治活動限制的問題。不過此一法條規定，無論其形式或內容，完全與國家公務員法第一百零二條相同；所差別的只是：在國家公務員法之情形，公務員所被禁止的「因政治目的所為之政治行為」，其內容，如前所述[[249]](#footnote-249)，由人事院規則來決定，而在自衛隊法之情形，則依同法第六十一條第一項規定，應以政令定之。蓋對自衛隊之隊員，人事院本非其人事行政管理之機關，所以有關之人事管理問題，如參與政治活動之限制，顯然無法再以人事院規則相繩，而應由層級與人事院規則相當的命令，在此即直接由內閣發布的政令[[250]](#footnote-250)來完成。

昭和二十九年（1954）六月三十日，日本內閣發布自衛隊法施行令（政令第179号），其中第八十六条及第八十七條分別就自衛隊法第六十一條第一項之所謂「政治目的」與「政治行為」加以規定。這兩條條文之規定雖然甚為冗長，惟經比對，則二者其實又與規範國家公務員參與政治活動限制的人事院規則十四 — 七，幾乎完全相同；從而在此吾人得以確定：日本有關公務員參與政治活動界限的問題，在國家一般職之公務員與自衛隊隊員兩種領域，其內容事實上完全一致。更何況當自衛隊隊員有違反參與政治活動之限制的規定時，依自衛隊法第四十六條，將可能按情節輕重不同，而遭受免職、降任、停職、減俸或申誡等懲戒處分，此外於其違反同法第六十一條第一項結合自衛隊法施行令第八十六条及第八十七條之所謂因政治目的所為之政治行為的禁止規定時，尚得依同法第一百十九條第一項第一款規定，處三年以下之懲役或禁錮之刑，從而在法律效果方面，自衛隊隊員與國家一般職之公務員二者，於參與政治活動之限制上，其實毫無軒輊。不過也正因為此一原因，當日本學界，如本章後文將進一步論述[[251]](#footnote-251)，普遍懷疑國家公務員法上關於參與政治活動之限制的設計有違憲之嫌時，相同的懷疑，也應該適用在自衛隊法的情形[[252]](#footnote-252)。

##### （三）教育公務員

日本國、公立學校之校長及教師等，依教育公務員特例法第三條規定，固屬公務員之一種；惟依同條規定，則又細分國立學校校長、教師等，為國家公務員，其他公立學校校長、教師等，為地方公務員。從而有關國、公立學校之校長及教師在參與政治活動之限制的問題上，原則上應即各依性質，分別適用國家公務員法或地方公務員法。然而此一原則性的推論，在教育公務員特例法卻完全遭到破壞，適致該法中有關日本國、公立學校之校長及教師參與政治活動之限制的規定，得視為國家公務員法的一種特別法。

蓋依教育公務員特例法第二十一條之四第一項之規定，原屬地方公務員之公立學校教育公務員，在參與政治活動的限制上，亦比照國立學校之教育公務員辦理，其結果即與原屬國家公務員之國立學校教育公務員同，完全適用國家公務員法第一百零二條及人事院規則十四 — 七之規定[[253]](#footnote-253)，而不適用本章後文[[254]](#footnote-254)即將述及、限制嚴格程度較低的地方公務員法。唯一不同者只是：依前開教育公務員特例法第二十一條之四第二項規定，當原屬地方公務員之公立學校教育公務員違反上揭國家公務員法等規定時，並無國家公務員法第一百十條之刑事法律效果的適用；至於國立學校之教育公務員，則因本屬國家公務員，故仍有刑事責任的問題。

考教育公務員之所以全體適用國家公務員法，以限制其參與政治活動，或鑒於教育人員身負教育之責，並且其一言一行輒將影響受教育者，是為考慮其因此與其他公務員不同，而嚴其參與政治活動的界限[[255]](#footnote-255)。

事實上，日本法律就教育人員在政治活動上的限制高於其他公務員，並不僅在前揭教育公務員特例法的規定。教育基本法第八條第二項規定：「法律所規定之學校，不得為支持或反對特定政黨之政治教育或其他政治活動」或公職選舉法第一百三十七條規定：「學校教育法所規定之學校校長及教員，不得利用其對於學校之兒童、學生等之教育上之地位，從事選舉活動」，而其中後一條規定甚至附有刑罰之法律效果（公職選舉法第二百三十九條第一項第一款參照），均在在顯示日本法律對教育人員在政治活動上限制的嚴苛。不過此一嚴苛性，徵諸日本國憲法第二十三條「學術自由之保障」，是否特別在大學以上之學術教育範圍內有憲法上之疑慮，彼邦學者並非毫無提出質疑。關於這一點，本文將於後文[[256]](#footnote-256)中再處理。

不過最後另有值得附帶一提者是：昭和二十九年（1954），日本未貫徹並強化前開教育基本法第八條第二項所揭櫫之意旨，另以法律第157號公布「確保各義務教育學校教育之政治中立臨時措施法（義務教育諸学校における教育の政治的中立の確保に関する臨時措置法）」（參見同法第一條）。在此一迄今仍有效[[257]](#footnote-257)的法律中，非但先於第三條規定：「任何人不得基於利用教育，造成特定政黨及其他政治團體之政治勢力消長之目的，利用學校教育法所規定以學校職員為主要成員所構成之團體之組織或活動，教唆或煽動於各義務教育學校服勤之教育職員，對兒童或學生進行支持或反對特定政黨等之教育」，並且復於第四條同時科處違反者，一年以下懲役或三萬円以下罰金之刑。雖然此一亦帶有刑事制裁效果之法律規定的設計，未必全然涉及教育公務員本身參與政治活動的限制問題，惟其致力於（義務）教育之政治中立，則與本文前開論及日本法律在限制教育人員政治活動的較為嚴苛性，似為同一[[258]](#footnote-258)。

### 貳、地方公務員法及其他附屬法律

以上本文已就國家公務員法、人事院規則十四 — 七及其他特別法等相關規定，針對公務員參與政治活動之界限問題作過說明。不過，由於在日本，國家公務員法係屬僅規範國家法人內之公務員問題的法律，因此於茲有疑者是：日本地方級之公務員是否亦有參與政治活動的限制問題？此外，是等問題果然存在，則有關之規範何在？首先，關於第一道問題之答案，固然是肯定的。惟至於第二道問題的答案，則是：有關之問題，亦即日本地方級公務員的參與政治活動之限制，係於地方公務員法及其附屬法律中加以規範。茲說明如下：

#### 一、地方公務員法第三十六條

昭和二十五年（1950），日本以法律第261號公布地方公務員法[[259]](#footnote-259)。基本上，此部法律的結構與內容與國家公務員法多所類似；其中第三十六條即屬關於地方公務員參與政治活動限制的規定。不過此一規定卻與具有相同性質的國家公務員法第一百零二條不甚相同。茲本文先就地方公務員法的這條關鍵條文全譯如下，其後再比較該條文與國家公務員法相關條文異同之所在：

「職員不得參加政黨及其他政治團體之組成或擔任此等團體中之幹部，亦不得進行使人成為或不成為此等團體之成員之勸誘運動。

職員，不得因支持或反對特定政黨及其他政治團體或特定內閣或地方公共團體之目的，或因於公共選舉或投票時，支持或反對特定人或事之目的，為下列各款行政行為。但其得於所屬地方公共團體之區域（職員為於都道府縣之分局、地方事務所或地方自治法第二百五十二條之十九第一項之指定都市之區服勤務者時，則於該分局、地方事務所或區之管轄區域）外，為第一款至第三款及第五款所規定之政治行為。

一　於公共選舉或投票時，進行投票或不投票之勸誘運動。

二　策劃、主持等積極參加署名活動。

三　參加獻金及其他金錢及物品之募集。

四　於地方公共團體之機關、設施等場所公布或使公布文書或圖畫，或利用或使利用地方公共團體之機關、設施、器材或資金。

五　除以上各款外，其他自治條例所規定之政治行為。

任何人不得請求、教唆或煽動職員為前二項所規定之政治行為，亦不得以作為職員為或不為前二項所規定之政治行為之代價或報復，給與、意圖給與或期約任用、職務、俸給及其他與職員地位有關之任何利益或不利益。

職員不受因其不為前項規定之違法行為所致之不利益對待。

本條之規定，應依以保障職員之政治中立性，達到確保地方公共團體行政公正運作及保護職員利益之目的之宗旨解釋及運用。」

有關地方公務員法第三十六條規定之條文，已如上述。雖然這條條文規定明確，原則上無再多作說明的必要；惟鑒於本條條文之規定與國家公務員法第一百零二條甚有出入，是本文在此仍欲贅數言，以比較兩條文間之異同：

首先，在國家公務員部分，原有所謂「一般職」公務員與「特別職」公務員之分；而國家公務員法第一百零二條規定，僅適用在前一種公務員的情形。相同地，地方公務員法第三條第一項亦將地方公務員區分為「一般職」與「特別職」；而該法依其第四條第一項規定，原則上亦僅適用於在條文本身中簡稱為「職員」之地方一般職公務員。是今地方公務員法第三十六條有關公務員參與政治活動界限之規定，既均稱被限制的規範對象為「職員」，可見此一限制之規定，與國家公務員法第一百零二條之情形同，只適用於地方一般職之公務員；至於地方公務員法第三條第三項各款所列舉之特別職公務員，如經民選或經地方公共團體議會選舉、議決或同意始產生之公職人員…等等，則不在適用範圍內。

其次，國家公務員法第一百零二條，如前所述，重點在於第一項對人事院制定有關「因政治目的所為之政治行為」之定義性規則的授權。此種立法例，並不同見於地方公務員法第三十六條之規定上。此一地方公務員法之條文，非但就所謂的「政治目的」，於第二項本文自為規定，並且於同條項之各款，亦詳細列舉何謂「政治行為」。雖然其在第五款中，亦允許各地方公共團體之自治條例，自訂其他政治行為之種類，而使公務員參與政治活動的限制，多多少少具有不確定性，惟其相對於國家公務員法第一百零二條第一項幾近空白之委任立法，已較嚴謹矣。

此外，有關「政治目的」與「政治行為」之列舉或例示，在國家公務員法所授權訂定的人事院規則十四 — 七，相當嚴格。此一廣大的參與政治活動限制範圍，在地方公務員法第三十六條顯然縮小。換言之，地方一般職之公務員，相較於國家一般職之公務員，在政治活動上，原則上較有自由的空間。不過立法者為何作此不同安排，文獻上並無資料可供諮詢。

最後，地方公務員法第三十六條之規定，相較於國家公務員法第一百零二條與人事院規則十四 — 七，另有一大特色。蓋依前法條第二項但書之規定，地方公務員所被限制之政治行為，原則上僅限於該公務員所服務之地方公共團體的所在區域。雖然國家公務員所服務之國家法人，所轄遍及全國，而難以作與地方公務員法相同之規定，不過地方公務員在參與政治活動上的自由，因此又大於國家公務員，則屬不爭的事實[[260]](#footnote-260)。這一個事實，當吾人在下文繼續比較國家公務員法與地方公務員法在相關問題上處理之不同時，則能進一步地更加肯定。

#### 二、違反地方公務員法第三十六條時之法律效果

在本章前文論及國家一般職公務員於違反參與政治活動限制規定時之法律效果時，依據國家公務員法第八十二條及第一百十條第一項第十九款之規定，指出共有懲戒處分與刑事制裁兩種。惟此一嚴厲的法律效果，並不同時存在於地方一般職之公務員的情形。蓋依地方公務員法，公務員苟有違反同法第三十六條之規定，而逾越其參與政治活動的界限時，法律並未設計如國家公務員法第一百十條第一項第十九款之規定，所以公務員在此並無負擔刑事責任的問題。

不過依據地方公務員法第二十九條第一項第一款之規定，地方一般職之公務員於有違反同法或基於同法而訂定支各種法規時，得受申誡、減俸、停職或免職之懲戒處分。如今，既然有關地方一般職之公務員的參與政治活動之界限問題已為地方公務員法第三十六條所明定，所以該等公務員於有逾越該界限而違反該法條之規定時，其實至少即屬該當地方公務員法第二十九條第一項第一款之規定，而得受有懲戒之處分。從而，在此一限度內，地方一般職之公務員又與國家一般職之公務員的情況同，均有因違反法定參與政治活動之界限規定，而遭懲戒處分的不利益法律效果[[261]](#footnote-261)。

不過在此同時令人懷疑的是：為何當公務員違反法定參與政治活動之界限規定時，將因該公務員分屬地方層級或國家層級，而有不受刑事制裁或受刑事制裁的差別待遇？關於這一點，立法者似無任何理由說明。因此，立法者之此種不同對待，縱非得逕受「恣意」的非價判斷，但其似有不甚妥當之處，則似乎可以加以肯定的。

#### 三、其他附屬法律之規定

在有關公務員參與政治活動的界限問題上，日本法律就地方公務員部分的處理嚴格度較國家公務員為低弱之一事，除前開限制的實體法內容本身與違反時之法律效果不同外，在有關是否一切一般職公務員均同受參與政治活動之限制的問題上，亦有類似的情況。蓋依地方公營企業法第三十九條第二項及地方公營企業勞動關係法第十七條第二項，地方公營企業中之企業職員及單純勞務職員，儘管亦屬地方一般職公務員之一種，但卻不受地方公務員法第三十六條之適用限制；從而，是等屬於地方公營企業中之公務員，其於參與政治活動上，至少並無界限的問題。

反觀在國營企業的情形：依據「國營企業及特定獨立行政法人之勞動關係法（国営企業及び特定独立行政法人の労働関係に関する法律）」第二條第四款，國營企業之職員亦屬國家公務員的一種，惟其卻無同前開屬於地方公營企業中之公務員的特別待遇（同法第三十七條參照）。換言之，國營企業之職員與其他國家一般職之公務員同，受國家公務員法第一百零二條、人事院規則十四 — 七及相關的懲戒與刑事制裁規定拘束；故其於參與政治活動時，有一定的法律界限加以束縛。不過問題是：為何同屬公營企業的人員，在地方與國家層級應作不同對待？法律在此並無進一步說明，立法者之意思亦令人甚費疑猜。

### 參、公職選舉法

在一個現代的民主國家中，國家最直接及重要的政治活動，不容諱言地，莫非表現在由該國人民之一部或全部所參與的公職人員選舉中。因此，有關公務員參與政治活動的問題，若果應作限制，針對此種公職人員選舉中，自難免其規範之必要。從而在日本，有關公務員參與公職人員選舉的問題，除前開國家公務員法、人事院規則十四 — 七、國家公務員法之特別法、地方公務員法及其他附屬法律之相關規定外，規範彼邦眾議院議員、參議院議員、地方公共團體之議會議員及行政首長之選舉制度的公職選舉法（見該法第二條），另有明文規定，嚴格限制國家及地方之公務人員參與相關選舉之進行，以確保該等選舉活動，不因公務員藉行政之便，不當介入，而影響其公正性。至於該法中，有關公務員參與公職選舉進行的限制，究竟為何，大致得作以下數點之說明：

#### 一、法律本身之規定

首先，依據國家公務員法第一百零二條第二項規定，一般職之國家公務員不得為人民公選之公職人員選舉中之候選人。此一條文本身規定過分簡單，並且未同見於地方公務員法中之原則性規定，在公職選舉法第八十九條中，非但獲得進一步的細部規劃，亦且更明文地被規定適用至屬於地方及其他公法人公務員範圍內之人員。從而，凡是公務員，於其在職期間內，除非法律另有其他規定（如公職選舉法第八十九條第一項但書所列各款及第二項），否則不得為公職候選人（公職選舉法第八十九條第一項本文）。

不過在另一方面，公職選舉法第八十九條限制公務員不得為公職候選人的規定，其目的只在於針對公務員職務之特殊性，禁止公務員在職中兼為公職候選人。除此之外，則並無有同時剝奪公務員本身同受憲法保障之「被選舉權」[[262]](#footnote-262)的意旨。相反地，公職選舉法正鑒於「被選舉權」與「擔任公務員之權」[[263]](#footnote-263)二者，乃憲法上所保障的人民權利，至多僅能限制，而不能剝奪，所以在前開第八十九條規定之下，旋即復設第九十條及第九十一條兩條，分別規定：依第八十九條規定而不得為公職候選人之公務員，若仍登記為公職候選人，則將被視為辭去其公務員之職；而此外已登記為公職候選人之一般人，若於登記後，因故取得依第八十九條規定而不得為公職候選人之公務員的職務，亦將因此而被視同為撤回原參選公職之登記。總之，這兩條法律，一方面貫徹了公務員職務與公職候選人地位的不相容性，另一方面卻亦間接承認公務員本人或公職候選人本人，並不因此而全然喪失其登記參選為其他公職人員或轉身擔任公務員的機會。此種立法設計，兼顧憲法對人民權利之保障與法律對人民權利適度限制之必要，實不失為兩全其美的良策也。

此外，公務員介入公職選舉，除前開有關公務員自任為候選人外，其利用職務之便，積極參與選舉活動、為人作嫁，亦頗有影響選舉結果，而與公務員政治中立之立場不相稱的高度可能。是以日本公職選舉法針對公務員介入公職選舉的問題，除前開有關公務員自為候選人之禁止規定外，並另於第一百三十六條、第一百三十六條之二、第一百三十七條、第二百二十六條、第二百三十九條第一項第一款及第二百三十九條之二詳細列舉公務員（含教育人員）參與選舉活動的限制。在此等限制中，法條或就若干具有特殊職務之國家或地方公務員，明文全面性地禁止其參加選舉活動（第一百三十六條），或就其他公務員及教育人員，列舉式地禁止其為若干選舉活動行為（第一百三十六條之二及第一百三十七条），此外甚至另就若干情節重大之濫用職權，而妨害、影響選舉者，科之以刑（第二百二十六條及第二百三十九條之二）；惟其最終無論如何，相關法律規定中的那種希冀、乃至強迫公務員於公職選舉中儘量保持中立，不偏袒特定候選人或黨派之強烈目的，則昭然若揭。

#### 二、本法與公務員諸法間之關係

以上本文已就公務員介入公職選舉的界限作過說明；如今有疑問的是：日本公職選舉法中前開之相關規定，與國家公務員法、地方公務員法暨其特別法等有關公務員參與政治活動之界限的規定關係如何？表面上，公職選舉法中之相關規定，似屬國家公務員法、地方公務員法暨其他特別法、附屬法律等有關公務員參與政治活動界限之規定在公職選舉問題上的特別規定；惟若吾人再將所涉的各法仔細比對，必將發現公職選舉法中之規定，無論是在所應適用的公務員之範圍或所被禁止、限制的政治（參與選舉）行為之範圍，均與國家及地方公務員諸法有明顯的差別[[264]](#footnote-264)。換言之，有關公務員參與政治活動的界限問題，公職選舉法並非是具有全然排除國家及地方公務員諸法適用之作用的特別法。此二類法律毋寧合併地建構成一套完整的法體系；公務員參與政治活動究竟有何限制，仍應於具體個案中，分別且審慎地觀察公職選舉法及各類公務員法中相關的構成要件，來求出正確的答案，以資解決[[265]](#footnote-265)。

## 第三節 憲法上之評價

在日本的法學實務中，公務員參與政治活動界限的問題，嚴格而言，並非一項熱門的議題。昭和二十二年（1947）國家公務員法制定、二十四年人事院規則十四 — 七訂定，尤其是昭和二十九年（1954）教育公務員特例法修正[[266]](#footnote-266)，載入現行法第二十一條之四，規定教育公務員，不分國家或地方層級，一律適用國家公務員法第一百零二條結合人事院規則十四 — 七之規定後[[267]](#footnote-267)，雖然在法學界偶亦引發學者注意，而懷疑國家公務員法之規定模式是否對公務員之言論自由限制過嚴[[268]](#footnote-268)，不過相關問題真正在實務界與學術界造成討論風潮，則已是昭和三十三年（1958），日本最高法院（最高裁判所）初次面對國家公務員法第一百零二條，做成判決[[269]](#footnote-269)，尤其是昭和四十九年（1974），同法院又因同條規定衍生之問題，而做成有名的「猿払事件」判決[[270]](#footnote-270)後的事。在這些討論中，有關的議題基本上均涉及國家公務員法結合人事院規則十四 — 七之規定有無違憲的疑義；而其討論重點，則又不外乎下列三大子題[[271]](#footnote-271)：

* 限制公務員參與政治活動之制度本身是否違憲？
* 國家公務員法第一百零二條第一項將何謂「政治行為」的問題，廣泛委由人事院規則決定是否違憲？
* 公務員於違反國家公務員法第一百零二條結合人事院規則十四 — 七後的刑事制裁規定（國家公務員法第一百十條第一項），是否違憲？

是今，本文茲就該三大子題，分別整理日本最高法院判例及學說意見如下；至於本文本身之見解，則將於下一節中，與本文研究日本公務員參與政治活動界限之制度後的全部心得，一併作為本章之「結語」處理。

### 壹、實務態度

有關前開三大關於日本國家公務員法結合人事院規則十四 — 七後之規定有無違憲性的子題，日本最高法院迄今至少著有五則以上的判決[[272]](#footnote-272)。不過由於在這些判例中，日本最高法院就相關問題之立場大致齊一，所以經分析所得，該法院對日本國家公務員法結合人事院規則十四 — 七後之規定究竟有無違憲之問題的態度，可以不分相關判決之先後及判決所涉案件事實如何，一併整理為如下說明：

首先是關於限制公務員參與政治活動之規範制度本身是否違憲的問題。在此一問題上，日本最高法院明確認為：公務員參與政治活動，雖屬公務員表現自由問題；惟其不同於一般人民而遭受特別嚴格之限制，則又係出自公務員依日本國憲法第十五條第二項規定，為「…『國民全體之服務者（全体の奉仕者）』，而非其中部分人民之服務者（一部の奉仕者）」的考慮。故為確保公務員之行政無偏向一黨一派之私之虞，就公務員參與政治活動問題，作有別於一般人民的限制，並無違反日本國憲法第十四條第一項關於平等權及第二十一條關於言論或其他表現自由之規定的所在。總之，限制公務員參與政治活動之規範制度的依據，即日本國憲法第十五條第二項之規定；其中「國民全體服務者」之概念，正賦與該規範制度的合憲性基礎。

其次，關於國家公務員法第一百零二條第一項將何謂「政治行為」廣泛委由人事院規則決定，是否違憲的問題，日本最高法院復認為：國家公務員法第一百零二條第一項雖將「政治行為」之定義，廣泛委由人事院規則決定，然而同條項本身仍有部分例示規定，已將「政治行為」概念作說明；故在此範圍內，受委任所訂定的人事院規則十四 — 七，並非不得參酌前揭該國家公務員法既有的例示規定來加以合理理解，從而國家公務員法第一百零二條第一項將何謂「政治行為」廣泛委由人事院規則決定的現象，難謂在憲法上有斟酌餘地的空白委任。

最後在有關國家公務員法第一百十條第一項罰則規定有無過當而致違憲的問題上，依日本最高法院之見解，則由於具有違法性之行為是否動諸刑事制裁相繩，原屬代表國民意思之國會，考量各該國之歷史、社會現實背景等情事後的立法政策之決定，所以在非有明顯逾越立法裁量範圍之情況，司法機關原則上應尊重立法者之決定。在系爭國家公務員法有關的刑罰規定，由於立法者在此之決定，多少吻合日本現實社會之需要，並且亦無明顯逾越裁量範圍之情事，故該當爭議之國家公務員法第一百十條第一項，課與違反同法第一百零二條結合人事院規則十四 — 七規定之公務員一定刑罰制裁的規定，亦無違憲之所在。

以上所列，是日本最高法院關於日本國家公務員法結合人事院規則十四 — 七後之規定有無違憲性的一貫見解。其立場之保守、立論之未臻嚴謹，非但在學者間，如後所述[[273]](#footnote-273)，廣受批評；其於各下級法院[[274]](#footnote-274)中，亦履遭挑戰。不過，日本最高法院之判例，向來有其支配法學實務的絕對權威性，所以國家公務員法中有關限制公務員參與政治活動之規定，縱然學術界就其合憲性問題一再懷疑，迄今仍一字未改地規範日本一般職之國家公務員；而且，在相關法規的解釋上，日本最高法院的見解，似亦相當有拘束力地貫徹於實務[[275]](#footnote-275)中。

### 貳、學說見解

在日本的學術界中，學者對於國家公務員法結合人事院規則十四 — 七之規定，尤其是日本最高法院對於是等規定表示完全合憲的態度，基本上抱持非常負面的評價[[276]](#footnote-276)。在此，學者[[277]](#footnote-277)非但針對人事院規則十四 — 七之規定，是否就公務員參與政治活動的限制過度廣泛，而產生高度懷疑，並且就有關國家公務員法第一百零二條第一項對該人事院規則空白委任之授權不明確的合憲性、違反國家公務員法第一百零二條之刑事制裁效果的嚴酷性，以及有關公務員參與政治活動之限制與制裁效果，為何在國家公務員上與地方公務員上，作不同寬嚴的處理等各種問題，亦同時表示不能理解，而多所批評。不過除此之外，學者在相關的問題上最關心者，莫非有關限制公務員參與政治活動的憲法基礎何在的問題了。因此本文以下之論述，亦集中在日本學者有關此一問題的探討上：

最初，依據日本早期學說之見解[[278]](#footnote-278)，公務員參與政治活動，縱同受日本國憲法第二十一條言論或其他表現自由之保障，惟基於同法第十五條第二項「公務員為國民全體之服務者…」之規定，實有不同於一般人民，而受特別限制的必要。不過，此一表面上與日本最高法院之立場相同的意見，即使在此有關公務員參與政治活動之界限的憲法依據理論討論中，即有與日本最高法院判例顯著不同的內容。蓋依學者之看法[[279]](#footnote-279)，公務員因其為「國民全體之服務者」，而在參與政治活動上，有所限制時，其限制亦決非毫不區分公務員種類、為政治性行為、時間等不同，受平均、一律的對待。相反地，公務員參與政治活動之界限，仍應在以公務員為「國民全體之服務者」，而作成限制的憲法上一般性依據下，另「…就各種情形，針對何種政治活動是否將對何種公務員職務之公正性產生影響等問題，個別且具體地檢討。」[[280]](#footnote-280)

然而，隨著時代之演進，以及學者因日本最高法院不斷就公務員參與政治活動界限之憲法問題，作出未盡人意的判決，而陸續加入相關問題的討論後，有關之學說亦起了一定的變化。蓋日本學者在對該國憲法第十五條「國民全體之服務者」的概念意義，重新從憲法史之角度研究後，發現該概念不過是表示公務員一反明治憲法時期作為天皇個人之使用人的腳色，在國民主權的現行憲法，成為人民公僕的地位而已[[281]](#footnote-281)；此一多少僅具宣示作用的概念，絕對無法在公務員參與政治活動的問題上，導出任何具體的結論[[282]](#footnote-282)。事實上，公務員參與政治活動之所以應予限制，完全是基於其所擔任之職務的性質而來者。因此，如國會議員、國務大臣或其他政治性公務員，原以政黨之立場而行動，是無參與政治活動限制的問題；至於一般職之公務員，其原應受政府之政治意見拘束以執行職務，而非受個人政治意見左右，是以政治中立的要求，特別明顯，乃至其基於該職務的特殊性質，在參與政治活動的限制上，自比一般人為強。同理，亦可及於審判獨立的法官上。故要之，依據現今日本學者之通說[[283]](#footnote-283)，公務員參與政治活動的界限，完全應從其職務的性質出發；至於其界限何在的問題，也須就職務性質種類之不同而決定，難以一概論之。

日本學者以「職務性質說」來解釋公務員參與政治活動的界限問題，非但導致其等對日本最高法院相關判例之不滿；甚者，學者更進一步懷疑國家公務員法結合人事院規則十四 — 七，那種不就公務員性質不同，而對一般職國家公務員一律嚴格限制對待的合憲性問題。因此，在解釋論上，若干學者[[284]](#footnote-284)更強調採取類似德國「合憲性解釋（verfassungskonforme Auslegung）」的作法，在具體個案中，因公務員職務性質之不同、所為政治活動種類、時間不同等，解除公務員參與政治活動之限制，而（部分）不受國家公務員法結合人事院規則十四 — 七的約束。此一理論，另依據其他學者之看法[[285]](#footnote-285)，尤應適用於大學教授等公務員的情況。蓋大學學術上之研究，非但是言論自由的問題，此外尚有學術自由的憲法保障（日本國憲法第二十三條）；是在此範圍內，國家公務員法及人事院規則十四 — 七的適用，更應戒慎小心也。

以上本文之敘述，是有關日本學者解釋公務員參與政治活動之界限的憲法問題。然而僅管如上所見，「職務性質說」已在日本法學界有其一定之發揮；惟囿於日本最高法院廣大的影響，該說在日本實務界今後有無扭轉乾坤的力量，則似仍待進一步的觀察。

## 第四節 結語 — 日本制度對我國法之啟示

以上本文已針對日本法上有關公務員參與政治活動之界限問題，就（一）彼邦現行法規定，以及（二）實務爭議，亦即現行法之規定，尤其是國家公務員法結合人事院規則十四 — 七後之規定內容暨其法律效果有無違憲問題，做過分析與研究。今在此，本文即將就此研究所得，提出若干管見，或可用供我國設計相關制度時之參考：

首先，依照日本學說與判例之見解，公務員參與政治活動的問題，或多或少均與人民的言論自由或其他表現自由有關；而在大學以上的教育人員方面，則更涉及學術研究自由。所以在劃定是等人員參與政治活動的界限上，無論如何，必須顧及憲法上保障人民言論、學術及其他表現自由之意旨；非有必要，不作無謂的限制。此一說法，徵諸我國憲法第十一條及第二十三條之規定，似無另作相反解釋的道理。

其次，有關公務員參與政治活動是否有加以限制的必要，在日本，無論學說與判例，均持肯定之見解；然而限制的目的何在，則相當分歧。一般而言，實務上多以所謂「公務員為國民全體之服務者」（日本國憲法第十五條第二項）的概念，籠統帶過；而學說上則寧就公務員職務的特殊性，分別求取不同的限制目的。查我國憲法並無類似日本國憲法第十五條第二項之規定，惟公務員之職務之於一般人民有無特殊性，以及各種不同種類的公務員彼此間，其職務有無各自不同的特殊性等問題，若經仔細研究，則似得肯定。如憲法第八十條之於法官、第一百三十八條之於軍人等是。從而，我國對於公務員參與政治活動的限制，仍應就其不同的限制目的作考量；齊頭式的平等對待，終究不宜。

在日本有關公務人員參與政治活動界限的法規範，根據本章以上之敘述可知，其種類雖多，惟在內容層面，除公職選舉法上之相關法條外，仍不出於以國家一般職公務員作為規範對象的國家公務員法結合人事院規則十四 — 七之規定模式。此外，該國家公務員法結合人事院規則十四 — 七的規定內容，雖然在日本國本身的學術界評價不高，但細究其理由，則是因為其規定內容漫無分類地適用在不同種類的公務員，以致於限制過嚴。事實上，依本文所見，日本國家公務員法結合人事院規則十四 — 七後所產生的規定內容，在經驗上，似已為吾人所想像的到的所有公務員可能從事之政治活動情形的全部。準此，假使吾人將該內容作適度的增刪、修正與排列組合後，似非不得形成一份公務員參與政治活動之清單，依公務員種類之不同（如法官及其他特別有超越黨派、獨立行使職務之人員、軍人、教育人員、單位或部門主管、一般事務人員等），及參與政治活動時間（勤務時間內或勤務時間外、在職中或停職中等）之不同等標準，寬嚴有別地規定何種人員，於何時，得或不得，從事何種行為，以劃定不同的參與政治活動之界限。如此一來，有關規範公務員參與政治活動界限之規定，非但合乎明確性原則（因為已有一份明細之清單），並且徵諸依公務員職務種類及行為態樣不同等，而有的不同限制目的與不同限制手段，即使另從比例原則之觀點（我國憲法二十三條）出發，似亦無有侵害公務員基本人權，而致違憲之虞也。

此外，日本有關以國家公務員法結合人事院規則十四 — 七之規定規範國家公務人員參與政治活動之界限，所以遭人詬病，另有因涉及（一）法律對法規命令的空白委任是否得宜，以及（二）以刑罰作為制裁效果是否過度嚴苛等兩點疑慮。就此，亦深值我國在涉及相關規範問題時，再三警惕。基本上，本文以為：（一）劃定公務人員參與政治活動的界限，莫非涉及人民基本權利的重大限制問題；故為求慎重計，寧參考德國法學上的所謂「重要性理論（Wesentlichkeitstheo­rie）」[[286]](#footnote-286)，直接以法律規定為宜（我國憲法第二十三條及中央法規標準法第五條同時參照）。至於（二）有關公務員違反限制規定之制裁，是否除懲戒外，另科以刑名的問題，其實正如日本最高法院之判決[[287]](#footnote-287)所示，或多或少的確與立法政策考量有關；惟刑罰者，畢竟具有「最後手段（ultima ratio）」的性質，故非有絕對之必要（如公務員參與政治活動之方式，已達暴力性，或者其目的，有破壞憲政秩序之虞等），不宜濫用。

最後，在日本法上，由於選舉者，乃現代民主國家最重要的政治活動，所以有關公務員參與選舉等問題，特以國家及地方公務員法以外之特別法（即：公職選舉法）相繩。此一立法例，頗值參考。是有關我國公務員登記為公職候選人及其他參與選舉活動等問題，似得另於公職人員選舉罷免法及其他相關之選舉法規中規定。

# 第五章 我國公務人員政治中立之保障

## 第一節、序論

### 壹、前言與研究動機

過去四十年來，在一黨獨大之威權體制之下，黨國一體因而造成黨國不分之情形，屢見不鮮；在忠黨即是愛國的時代下，幾乎沒有人有行政體系應中立之期待。

惟近年來，隨著解嚴、終止動員戡亂、民主與法治化之日益開展以及政黨政治之蓬勃發展，在民意政治下為求選舉公平，政黨平等及行政中立之目標可謂已刻不容緩。是以現今每當選戰開打，各式各樣的行政中立呼聲甚囂塵上[[288]](#footnote-288)。尤其在政黨輪替以及政黨競爭越趨激烈的情形下，如何使選舉更公平、並避免文官或公務人員無端捲入政治漩窩[[289]](#footnote-289)，以維持國家公共事務之推行不間斷，而在符合憲法第23條比例原則、法律保留原則下適當的限制其參政權，無疑已成為當前十分重要的課題。考試院為此並曾發表下列兩點聲明：「一、健全之文官制度及行政中立，係現代民主政治及政黨政治穩定運作之基石，各黨派尤應充分尊重並維護此種制度之精神。二、常任公務人員於選舉期間，應遵守行政中立之原則，於服公職時間，善盡職守，積極為民服務，從事國家建設。」[[290]](#footnote-290)[[291]](#footnote-291)；因此如何建構一套完整之中立法制，以釐清並界定各種公務人員政治活動之界限[[292]](#footnote-292)，即為本研究之重心所在。本研究計畫即以此為出發點，嘗試研究公務人員政治活動限制之法制應如何建構。

### 貳、研究範圍與限制－正名

#### 一、公務人員

##### （一）學者見解

公務員或公務人員的規範內涵，由於我國採個別立法方式，專為公務員而制定之法律多達三十餘種，而無單一之定義[[293]](#footnote-293)；憲法相關於此之名詞亦多達六種：公務員、公務人員、文武官員、官吏、文官、公職[[294]](#footnote-294)。惟體系上通說均將法律上/法令上之公務員[[295]](#footnote-295)區分為以下幾種意涵[[296]](#footnote-296)[[297]](#footnote-297)：

（1）最廣義（刑法第2條及國家賠償法第10條）：

 指「依法令從事於公務之人員」。則凡依法令從事於公務之人員，不問其為文職或武職、政務官或事務官、自治機關人員或國家機關人員、公營事業機構人員或民意機關代表，亦即不問係民選或任用、派用、聘用、僱用，不論有無俸給，均包括[[298]](#footnote-298)。無論從事公權力、私經濟或其他性質之工作，只要非基於國民義務者均屬之。

（2）廣義（公務員服務法第24條）：

 指「受有俸給之文武職公務員，及其他公營事業機關服務之人員」，其範圍以是否受有俸給[[299]](#footnote-299)為區分標準，包括：政府機關或公營事業人員而受有俸給者，包括文職及武職人員。而董事或監察人無論代表官股或民股，亦僅以受有俸給者為適用對象[[300]](#footnote-300)。

（3）狹義（公務人員保險法第2條）：

 指「法定機關編制內之有給人員，法定機關編制內之有給公職人員，準用之。」；同法施行細則第8條2項並將「有給人員」包括「編制內之聘僱人員」。故其範圍包括：政府機關及公營事業機構編制內職員及中央民意代表等，但不包括武職人員。

 （4）最狹義（公務人員任用法施行細則第2條）

 指「除政務官與民選人員外，定有職稱官等職等之文職人員」，即係以具有任用資格，並敘有簡任、薦任、委任官等及職等者為限，是其適用對象僅限於一般所謂事務官而已，怠與學理上的常業文官相當。

##### （二）小結－本研究計畫見解

公務員之所以會有這麼諸多定義，由來在當初我國對其採個別立法方式，前已述及；而公務員行政體系之龐大，亦為原因之一，因此難有放諸四海皆準之定義，自是由來有自[[301]](#footnote-301)。

本研究計畫不欲陷入此番爭戰中。只是為求討論周延，就本研究主題，以其實際發生過的案例為一合目的性的界定，原則採最廣義之見解亦即凡是依法令從事與公務有關者，均納入本研究計畫討論範圍，稱為「公務人員」；而本研究計畫所稱「公務員[[302]](#footnote-302)」，參酌一般人之生活經驗，則僅指涉常任文官，即係以具有任用資格，並敘有簡任、薦任、委任官等及職等者為限。所以本研究計畫架構係以「公務人員」作上位概念：以下區分1.獨立行使職權者2.軍人/武職公務員/武官3.教育人員4.（文職）公務員/文官5.政務人員。在討論時，試著用類型化方式去分門別類處理其政治活動之界限。先此敘明。

#### 二、行政中立法或政治中立法？

##### （一）行政中立之意義－學者及實務見解

1、許濱松：

所謂行政中立，應包括三個內涵，一是對政治活動的中立、二是對利益團體的中立、三是對個人價值理念的中立。亦即包括：1.公務人員應秉持「中立能力」（neutral competence），超然於個人政治理念之外，不偏袒某一政黨或政治團體。2.不受利益團體的影響，圖利某一利益團體 3.不受個人價值理念的影響，以中立能力公正衡平處理行政事務[[303]](#footnote-303)。

2、許宗力：

即「要求公務員依法行政，正確的解釋法律所規定的構成要件，正確的行使裁量權，而沒有政黨之偏好」，這種依法行政就是所謂的行政中立。但是這種依法行政應該不是我們今天訂定行政的目的，而該是維持人民對政府政治中立之信賴。因此我認為不僅應將行政中立法正名為政治中立法，且應該區分公務員職務上行為和職務外行為[[304]](#footnote-304)。職務上行為就是要依法行政，這部分不須特別強調，真正須特別規範的是公務員職務外行為，上下班時間的任何職務外行為都包括在內[[305]](#footnote-305)。

3、王作榮：

 即「文官系統依法行政，依法律推行政務不受各利益團體之影響，不受各

黨派之操縱，中立的行使職權[[306]](#footnote-306)」

 4、徐有守：

 即「執政之政黨雖交替變更，但無論如何行政工作人員，主要指常務次長

以下永業常任的或非常任的事務官，都應當妥為遵照切實貫徹執行，不可以因

為個人的黨籍原因或政治觀點的不同而批評政策、拒絕執行政策或不努力執行

政策[[307]](#footnote-307)」

5、郭哲光：

「行政中立就是要公務人員處理公務時放棄其政黨色彩，完全以不帶政治感情的態度來處理公務，另一角度言，行政中立同時要保障公務人員不受政黨更迭而產生任何政治迫害[[308]](#footnote-308)」

6、陳德禹[[309]](#footnote-309)：

「行政中立，主要是就行政的立場與態度而言，而不是指行政與政治的分離，此二者之分離，事實上不可能。行政中立也不是指行政人員絕對不可參加政黨及其活動，行政人員可以個人身分參加政黨及其活動，惟不可有意藉行使其職權之便，而圖有利於政黨。」

「行政中立」至少應包括下列四點意義：1. 公務人員在職期間應盡忠職守、盡心盡力，推動由政府所制定的政策，造福社會大眾。2. 公務人員在處理公務上，其立場應超然、客觀、公正，一視同仁，既無偏愛也無偏惡。3.公務人員在執法或執行政務官之政策上，公平（同一基準）對待任何個人、團體、黨派而無倚輕倚重之別。4.公務人員在日常活動中不介入地方派系或政治紛爭，只盡心盡力為國為民服務。總而言之，「行政中立」乃是行政權行使時，公務人員應大公無私，造福全民，不得偏倚之意。

7、吳泰成：

行政中立不是政治中立，兩者區別很大，幾年前的在野黨有人主張改成所有公務員的政治中立法，其實行政中立主要有三個要素，先是依法行政和執法公正，最後才是政治活動的若干限制[[310]](#footnote-310)。

8、關中：

西方學者使用「行政中立（administrative neutrality）」一詞時，雖未對該詞做出概念化之明確定義，但若從西方學者闡述行政中立之理念，以及我國學者對該名詞之認知來看：大體而言，行政中立之「行政」是指政府文官體系中的行政人員；而「中立」是指對政黨政治運作採取中立立場。….行政中立是在民主政治即為政黨政治之政治環境下，為了促進民主精神、實現民意政治等因素，因此行政中立關乎政黨競爭是否公平，以及政府能否向人民負責，並使民意付諸實現等涉及政權「正當性」之問題。因此，行政中立關乎政黨競爭是否公平，以及政府能否向人民負責，並使民意付諸實現等涉及政權的正當性層次的問題[[311]](#footnote-311)。

##### （二）行政中立法或政治中立法[[312]](#footnote-312)？

1. 行政中立說

a、陳德禹：

總而言之，「行政中立」乃是行政權行使時，公務人員應大公無私，造福

全民，不得偏倚之意。考試院版本採用「行政中立」旨在規範行政中立三大原則，包括依法行政、執法公正及建立政治活動規範。

b、銓敘部[[313]](#footnote-313)：

（a）銓敘部為研擬該法案，曾召開四次學術座談會，與會五十七位專家學者中，多數贊成使用「行政中立」一詞[[314]](#footnote-314)。

（b）且依八十五年一月二十六日總統公布施行之公務人員保障暨培訓委員會組織法第四條規定，該會掌理關於公務人員行政中立訓練之研擬規劃、執行及委託事項[[315]](#footnote-315)。是以「行政中立」顯然已成為特定法律名詞，並為各界所慣稱沿用。

（c）考試院版本採用「行政中立」旨在規範行政中立三大原則，包括依法行政、執法公正及建立政治活動規範。如依台北縣政府法制室主任劉文仕之見解，採用「政治中立」，因此一名詞僅及於公務人員政治行為之中立，未能涵括更為重要之依法行政、執法公正。準此，即可推論規範行政行為之中立事項，係為達成政治中立目的之手段，爰以行政中立法名稱定之。

c、許濱松：

行政中立應該包括三個內涵：第一個是公務員應該超然於政治理念之

外，不偏袒某一個政黨或政府團體；第二個是不受某一利益團體影響，而圖利他們；第三個是不受個人價值理念影響，以個人中立能力（即專業知能）衡平地處理行政事務。

由此觀之，就不僅只政治中立的部分，後面的兩個面向已經超出政治中

立範圍，所以考試院是希望公務員做到這三個部分，除了對公務員的政治活動規範，也強調衡平處理公務，內涵是比政治中立廣的[[316]](#footnote-316)

2、政治中立說

a、黃爾璇：

其所提版本之名稱為「政治中立法」，認為「政治中立」旨在保持從事於公務之特定人員免受政黨因素之左右，獨立公平執行職務，一般國家稱為political neutrality，與「行政中立」administrative neutrality之偏重於面對行政顧客之中立態度不同。且各國對規範文官中立相關法律名稱都採用「政治活動限制法」或「政治中立法」；即使未以政治中立為名﹐亦絕不會採用「行政中立」。而政治中立法內容本即規範政治活動﹐採用「政治中立法」可謂名實相符﹐亦為跟隨世界潮流之立法精神而行[[317]](#footnote-317)。故認為，依本法法意，法案名稱宜採「政治中立」。

 b、林濁水：

 考試院所提出之條文都是在限制公務員的政治行為，而非針對公務員一

般行政上的偏袒規定，所以考試院何必掛羊頭賣狗肉..[[318]](#footnote-318)

c、許濱松：

考試院草擬之「公務人員行政中立法」，實際規範的都是政治活動的

中立方面。至於對利益團體的中立恐怕要從遊說法的立法才能做到，而要使公務員做到對個人價值理念的中立，這是最難的，也不是立一部法可以做到的。……因此考試院草擬之中立法，真正講起來只是在規範政治活動的中立方面，故比較贊成修正為「公務人員政治活動中立法」[[319]](#footnote-319)。

d、城仲模：

個人曾被選為團長，對行政中立的主題到中歐北歐等考察二十一天，看

外國是怎麼作的。結果他們都說第一句話聽不懂…因此至少歐洲人共同的看法認為，這是一個超越黨派、由政黨中中立，不受政黨影響，這句話翻譯過來，恐怕是政治中立。[[320]](#footnote-320)

3、小結－本研究計畫見解

綜合以上各家見解，其實爭議不大，對立的見解其實是可以相容的。1.就行政中立的意義言，所有見解都包含了「公務人員在執法時應該超然於政治理念之外，不偏袒某一個政黨或政府團體」，亦即對政治活動的中立（或稱應予限制）之問題。只是有採廣義見解另包括：對利益團體的中立、對個人價值理念的中立者[[321]](#footnote-321)；或者是依法行政、執法公正者[[322]](#footnote-322)。

因此，本研究計畫認為，基於1.本法制內容主要在規範「公務人員政治活動之限制」層面之問題 2.「行政中立」，固然有將「行政」人員標明出來之優點、卻也有無法將「對政治活動中立」特別指明之缺點；且依前述，學者對「行政中立」一詞之意義，有僅指政治活動中立、有囊括依法行政、執法公正者、對利益團體的中立、對個人價值理念的中立者，則在使用「行政中立法」，徒然只會使混亂更加持續。3.又依法行政及執法公正[[323]](#footnote-323)實可包含於「依法行政概念」之下，而此已於行政程序法第4條有明確規範。4. 對利益團體的中立，非本法規範內容所及，應另交由「利益團體法或關說法或遊說法」規範之；而對個人價值理念的中立，已屬道德層次，無法由法律達其效果。5.實務見解謂「行政中立」名詞使用由來已久[[324]](#footnote-324)？惟本法既仍在草擬協商階段，用「習慣」來推翻新設立法，恐非妥適；且此乃一有爭議的說法。基於以上種種理由，本研究計畫認為，為求概念指涉明確，並參酌各國立法例[[325]](#footnote-325)以採「政治活動限制法」之名稱為佳。另外，美國、德國、與日本皆以公務人員參與政治活動為其規範對象，如我國立法要以各國經驗做參考，亦以採用「公務人員政治活動限制法」為宜。

## 第二節、本論

### 壹、政黨政治與文官制度之演變

#### 一、政黨制度

##### （一）政黨的意義

政黨，「乃一部份國民要利用統治權以實行一定政見而組織之團體[[326]](#footnote-326)」。意即：「指人民基於共同之政治理念，為推派候選人參與民主選舉，進而影響民主政治運作，所集結而成之政治性團體。政黨於其他團體最大不同之處在於，政黨是以推派候選人參與選舉以影響政治為主要目的[[327]](#footnote-327)」。

##### （二）政黨在民主政治下之功能

政黨之基本功能在於輔助民意之凝聚與表達、並協助國民政治意志之建構的民主機制。民主政治雖以民意作為一切施政的根基與正當性依據，但民主國家中並不存在自然形成的人民整體意願，僅存在著各式各樣未經整合的、彼此間可能矛盾百出的個人觀點和價值取向。藉由政黨機制之運作，由各個政黨整合出一套套各自不同的政策理念、方針、計劃等，人民選舉時，即可藉助這些不同的組織理念或特色來認識或判定各個候選人，以進行對候選人的選舉。透過這樣的中介程序，人民選舉民意代表之同時，亦反應出人民對於其所屬組織團體之理念、方針、計劃之認同與期待[[328]](#footnote-328)。民主政治乃民意政治，原則上政府的作為、施政決策，應以民意為準繩。然而在人口眾多及現今經濟、社會及文化各方面萬象雜陳，以致現代國家公共事務日趨複雜、政府職責日漸繁重、而人民利益又各不相同，人民之利益如何反映於國家政策之上，誠非易事。

故須有擔任橋樑功能之集團出現，而雖有各種不同形式的媒介，然而透過政黨以政治活動來領導，協助國民政治意思的形成與表達，仍為最主要者[[329]](#footnote-329)。蓋此即為政黨集結成立之目的所在，亦為政黨最主要功能[[330]](#footnote-330)所在。

而政黨在民主政治下之其他功能尚有[[331]](#footnote-331)：（1）利益之表明與匯集功能（2）組織、教育民眾功能（3）政治人物之推舉功能（4）政治之社會化功能。因此政黨之於選舉，無疑有著十分緊密的連結關係，也難怪政黨有「選舉機器」之稱號了。

#### 二、文官制度的演變

 在近代民主政治的發展過程中，文官制度的演變約可分為－

##### （一）君主專制時期－恩賜制

在專制時期，政府官吏其職位係來自專制帝王的授與。也因此使官吏自認乃帝王的臣僕，係為統治者服務。例如西元14世紀末葉以前，英國之官吏全部是教士與貴族，之後，出現了公務人員階層，為統治階層的一部分，但被國王視為私人奴僕（private servant），其衣食住行等供給，全傾賴國王恩賜，政府各部門經費被列在「宮廷開支」內[[332]](#footnote-332)。

##### （二）民主政治初期－分贓制

在近代民主政治的發展過程中，英、美、法、德、日等國，於實行民主政治的初期階段，均曾盛行政黨「分贓制度」。即國家公務員之任用，不以資格或才能為標準，而以黨派或私人關係為標準，同黨者進，異黨者黜。此一制度實施的結果，使國家成為政黨酬庸之工具，造成公務員只知有黨而不知有國家，與民主政治本質背道而馳，且嚴重破壞了政黨公平競爭之平等環境[[333]](#footnote-333)。

美國自西元1829年傑克遜總統（andrew jackson），倡行「職位輪替」（ratation in office）制度，或謂引進 "政黨分肥制" (spoil systems), 激進改變了公職的概念。 當選民選出新政府時, 新政府為達成選民的負託有義務選擇有相同理念的雇員以便有效率執行政策, 同時最能反應人民需要。 雇員則不可避免的相當政治性(但這不必然表示選民允諾其行政可以偏頗, 僅僅表示選民對公務人員參與政治性活動會有較大的寬容.)， 兩百年來"人事任命權"或稱為"政治酬庸" (political patronage) 一直為美國社會視為聯邦州或地方政府固有的一部分,[[334]](#footnote-334) 這對於在位者或是挑戰者言, 都是一個動員有影響力的資源的機會, 藉由選擇有相同政治理念的雇員, 推廣普遍的政治論述, 以達成有效率行政之目標. 但"人事任命權"卻也經常被濫用。 人事任命權一方面被視為兩黨政治之必要, 另一方面卻也被視為行政貪污腐敗之根基。 在政黨輪替時, 對反對黨官員而言則有因其政治信念被解聘的問題, 而此時"人事任命權"則成為當政者合理化解聘反對黨官員.[[335]](#footnote-335)之理由。

##### （三）文官中立制時期

為糾正政黨分贓制所帶來的諸多弊端，英、美、法、德、日等國乃相繼建立文官制度，一方面保障公務人員身分，包括職業保障與權益保障；另方面限制公務人員的部分行為。

例如德國威瑪憲法第130條第1項：「公務員為公眾之公僕，非某一黨派之公僕」 [[336]](#footnote-336)；德國聯邦公務員法第52條第1項：「公務員為全國人民服務，而非為一黨派服務，且須公平與公正履行職責，執行職務時應注意公共利益之維護[[337]](#footnote-337)」。

 而美國，多數人傾向於將政黨中立的基礎建構於Pendleton法案，或者是1883年的文官改革法；然而，直到1907年，政治中立方成為聯邦文官關切的話題，從Roosevelt總統禁止公務員從事政治活動，並同時允許公務人員能私人性地論述政治議題，加上文官委員會（The Civil Service Commission/CSC）之監督，種種現象皆呈現出對文官政治中立之訴求。在 1939年, 國會為淨化文官體系並改變其政治偏袒和強勢, 通過聯邦政治活動法(the Hatch Act)嚴格禁止聯邦D.C. 政府及特定州政府公務人員積極參與政治管理活動或政治宣傳。[[338]](#footnote-338) 而Hatch法案所存在的問題，即在於其允許的公務人員談話範圍較私人性意見表達來的更廣。至於1940年的第二Hatch法案則更擴及除了談論的政治議題外，還可表達對候選人的意見。其中對公務人員的主要限制在於（Shafritz, Riccucci, Rosenbloom, and Albert, 1992: 312）：（1）成為政黨約定的代表或代理人（2）募求或處理政治獻金（3）成為政治俱樂部的工作人員或幹部（4）從事競選活動（5）除某些特例之外，禁止公務員成為公職候選人（6）領導或發言於政黨政治性集會。[[339]](#footnote-339)[[340]](#footnote-340)

### 貳、文官中立與憲政民主的鞏固

#### 一、釐清黨政分際

綜觀世界主要民主國家，我們不難發現幾乎沒有一個民主國家無政黨存在，因此我們可以說政黨政治的存在，是伴隨民主政治的發展而生[[341]](#footnote-341)。

因此，現今的民主政治可謂即是政黨政治，而政黨既以傳達政治理念，贏得政權為目標，如何避免勝選政黨因取得政權而在得以支配國家資源之下，發生「黨國一體」、「黨政不分」、「以黨治國」甚至「國庫通黨庫」的情形，以回歸「全民利益」，而不只是「政黨利益」，在政黨政治日趨發展之中，已成刻不容緩之課題。蓋政黨與國家糾纏不清的現象，其所產生之流弊諸如：政黨利益優先以致犧牲全民利益，如某政黨的黨綱往往在其勝選後成為全民必須背負的十字架；國庫通黨庫，以五鬼搬運模式，巧妙把國家財產變成黨的財產；吞食政黨平等原則[[342]](#footnote-342)，使政黨良性競爭、政黨政治成為空談；對政黨路線的堅持以致阻礙整個國家的改革…等[[343]](#footnote-343)。

而其中，文官中立制度即屬劃清黨政界限不可或缺之重要機制的一環[[344]](#footnote-344)。

#### 二、文官應否中立及其中立之理由－憲政民主之鞏固

#####  公務人員應否嚴守政治中立

1、肯定見解[[345]](#footnote-345)：

1.公務員執行公務，其目的在增進全體國民之幸福，為全體國民服務，故其地位應超然中立、不能有所偏頗，以免以其公權力圖利某一政黨或淪為政黨派系鬥爭之工具，致傷害全民利益。2.國家行政應具持續性，無論執政者如何變動，國家活動或政府行政不能一日終止，否則國家之基礎將因之發生動搖，人民生活與社會秩序將無法維持。3.公務員因執行職務，享有特殊之地位機會與權力，若偏袒某政黨或派系，易對全民造成傷害，且程度較一般人深，故應限制其政治活動權利。

2、否定見解：

1.憲法第7條規定，人民在法律上之地位一律平等，公務人員亦屬人民，亦應享有，若剝奪係屬違憲。2.行政與政治不能分離，公務員既是政策之執行人，對於執政之政黨或政治領黨者自應順從，無中立情事可言。

3、本研究計畫見解：

按中立之內涵，依目前國內學者通說，應是公共利益的一種表現，其中涵蓋了公務人員之依法行政，執法公正，忠心執行國家任務，確保國家行政之延續性、效率性，避免利益衝突，贏取人民對行政之信賴等。準此，本研究計畫認為，就公務人員與國家之間之權利義務關係而言，公務人員由於係代表國家行使公權力，與國家間係成立「公法上職務關係[[346]](#footnote-346)」，因而在執行職務時，係屬代表公益之一方，為維護全民對行政之公正信賴，雖公務人員依本研究計畫前述與一般人民相同受有基本權利之保障[[347]](#footnote-347)，惟既係代表國家行使公權力，自有相較於一般人民有更堅強的理由可限制其基本權利之行使，而應採肯定見解。故可依憲法23條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」之「增進公共利益」，求得限制公務人員參與政治活動之合憲基礎[[348]](#footnote-348)。

且從現代憲政民主國家之立憲主義所包含之法治國原則而言，在行政方面為確保國家作用合法性之「依法行政原則」，被認為是法治國所必須且為其要素。因此，即便憲法沒有明文之情形，我們仍然可以從法治國原則所內蘊之憲法價值或精神，由目的性解釋得出，公務人員在代表國家行使行政權時應遵守之「公務人員節制義務」[[349]](#footnote-349)；而所謂「公務人員節制義務」，在公務人員行使行政權時應保持政治中立或限制其參與政治活動（即公務員執行公務時須不偏不倚公正中立，既不得優遇特定之政黨個人或團體，亦不得對之有不公平待遇之行為），可說是法治國運作之前提，亦可由目的性解釋使其包括「政治中立義務」，而將其視為法治國原則下希求憲政民主鞏固的憲法價值之具體化。準此，「公務人員之政治中立義務」，仍可尋得其憲法基礎[[350]](#footnote-350)。

德國法制於此亦有參考之處，就與勤務主處於公法上勤務與忠誠關係之職業公務員而言：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)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（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)。並且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」

美國於*United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers*, 413 U.S. 548 (1973)中，最高法院引用 "利益衡量測驗" （ "Pickering Balancing Test"）－多數意見指出政府藉此法欲達成之四個顯著重要的利益。 第一, 確定聯邦行政人員依法行政, 而不是按照他們自己喜好或所政黨的意願 " 第二, 幫助行政部門避免實行政治性正義之表象, 妨止公眾對政府失去信心 第三, 防止快速增長的公務體系一瞬間變成強大的無法控制腐敗的政治機器 第四, 保護聯邦行政人員免受上級長官之政治要脅, 而能促進遷升以功績為考量之原則, 減少黨派的影響. 法院最後尊重國會立法達成此四目標的權限, 而再次確認聯邦政治活動法(the Hatch Act)之合憲性。[[351]](#footnote-351)

以及日本法上[[352]](#footnote-352)，國家公務員法第102條第3項之反面規定，國家公務員可以加入政黨或其他政治團體，單純成為黨員或團體成員。不過另依同法第38條第5款及第76條規定，凡於日本國憲法實施之日後，組織或加入主張以暴力破壞日本國憲法或依該憲法所成立之政府者，不得就任公務員。其為公務員者，亦將因此而當然失去公務員資格。查此二條條文之規定，依通說[[353]](#footnote-353)認為是憲法上公務員有尊重並擁護憲法義務（日本國憲法第九十九條）的具體化規定，亦值參考。

##### （二）文官中立之理由－憲政民主之鞏固

從憲政民主之鞏固下所導引出之公務人員政治中立義務[[354]](#footnote-354)，其具體理由可歸納為－

1、維持行政之持續及穩定：

按文官體系保持中立被認為是現代政治體制運行之重要機制，因為真正的民主政治和政黨政治，係建立在公務員中立的基礎上，此即所謂：「政府雖會變動，但行政繼續存在（government change but administrations remain）」，蓋實際負責維繫政府行政使其穩定進行的是公務員，若因為執政黨變動，公務人員隨著政黨選舉勝敗進退，往往造成國家行政的中斷。為了避免這個缺點，強調公務人員行政的中立，則公務人員不要介入政治活動，而其身分地位也受到保障；儘管政權更替，政府的行政可以保持持續不至於中斷。因此公務人員應保持中立。[[355]](#footnote-355)如此也才能發揮政治安定的力量[[356]](#footnote-356)。

2、維持行政之公正及公平：

就公務人員與國家之間之權利義務關係而言，公務人員係代表國家行使公權力，與國家間係成立「公法上職務關係」，因而在執行職務時，係屬代表公益之一方，其應公正執法、忠心執行國家任務，以維護或贏取人民對行政公正之信賴；且其既係代表國家行使公權力，應該是為全體國民服務，不是為某一個利益團體或某一個政黨服務，故當然要保持中立[[357]](#footnote-357)。

##### （三）公務人員之自我角色認知及調整

按在分贓制度之下，公務人員職位之取得取決於對執政黨之貢獻，自須對執政黨表示忠誠，而政黨之利益與整體社會或國家之利益不可能完全一致，難免有所衝突，以致公務人員在面對國家與政黨的雙重關係時，忠誠上難免矛盾。而在分贓制度之下，一般情形，公務人員都以政黨之利益為重，更引起社會大眾之詬病[[358]](#footnote-358)。

而在文官制度已演變至文官中立制之後，過去我國在威權時代，黨政不分甚至以黨領國、黨機器進駐國家機器或彼此多所重疊之情形，都應隨著民主政治的轉型和政黨政治的發展，走入歷史。公務人員的心態上亦應做一番調整。

例如過去四十年來的奇特名詞：黨國大老、忠黨愛國、效忠黨國等，…..行政首長通常都是黨員或兼黨的幹部，而公務人員也多是國民黨籍，上班時間、上班地點可以利用行政資源從事黨的活動，甚至連黨工也可以享有公保；一般公務員心態上多是黨國不分，彼此都是同志….[[359]](#footnote-359)的情形，在推動公務人員政治中立法之法制化同時，公務人員本身應體認，其係為全體國民而不是為特定政黨而服務，其應公正、不偏不倚的執法。這雖然已屬於內在價值中立之範疇，不過藉由政治中立法制化的推波助瀾及其罰責之建構，或可由外而內調整公務人員應有之為「全民服務」之心態。

### 參、公務人員參與或限制其參與政治活動的實定法基礎

#### 一、權利規定

##### （一）憲法

1、言論自由/表現自由[[360]](#footnote-360)：

憲法第11條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由」，一般稱為言論自由或表現自由[[361]](#footnote-361)。所謂「言論自由」係指人民以言談、講學或以出版著作等方式[[362]](#footnote-362)將其內心之思想、意見表達於外，而不受干涉或壓迫之自由。

表現自由之保障，在民主政治有著不可或缺之重要地位。一般而言，保障表現自由之理論依據或目的有以下數端：促進民主政治、發現真理/意見的自由市場理論、監督政府、社會穩定/社會安全閥理論、健全人格發展等。大法官於多號釋字亦宣揚同此之理念[[363]](#footnote-363)。

而人民共同組成政黨而從事政治活動時，往往也涉及共同之政治意見表達，故參與政治活動之自由/政黨自由可說是憲法11條所定言論自由之特殊形式，尤其是人民入黨之抉擇、黨綱之宣示、政黨對外言論之表達等政黨活動，均應享有言論自由之保障[[364]](#footnote-364)。尤其，公務人員參與政治活動所為之政治上意見表達，係屬美國法上「雙階理論」中之「高價值言論[[365]](#footnote-365)」，係屬表現自由保障之核心，故更應予以保障。

2、集會自由[[366]](#footnote-366)：

憲法第14條規定：「人民有集會、結社的自由」。人民之集會權賦予人民可以自由組合聚集在一起，進行意見溝通，或宣揚某種政治、經濟或社會之理念；因此只要有「某特定目的」或是「共同目的」之人群集會，即可稱之[[367]](#footnote-367)。

憲法之所以保障集會自由，乃集會自由係言論自由之延伸。言論自由通常由個人行使，故其性質為個人權，但若以集體權之型態出現，則為集會自由[[368]](#footnote-368)。大法官解釋於釋字445號解釋文亦有相同闡明：「憲法第十四條規定人民有集會之自由，此與憲法第十一條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇，為實施民主政治最重要的基本人權。」

因此，當公務人員以集會遊行方式表達或參與政治活動，除非有其他情事（如自始以暴力、搗亂目的進行集會，不符集會自由和平之本質），自亦屬集會自由保障之範疇。

3、結社自由：

憲法第14條規定：「人民有集會、結社的自由」。大法官釋字479號解釋文謂：「憲法14條規定人民有結社的自由，旨在保障人民為特定目的，以共同之意思組成團體並參加其活動之自由」。

人民結社自由，係指人民能組成一個持續性之團體，來追求共同之政治經濟社會等目標；結社當然也是一種集會的現象，但此指非暫時性，目的之達成有賴時間之持續及組織性之團體[[369]](#footnote-369)。

政黨活動，無疑地是人民在社會中的活動，因此人民之創設政黨、參與政黨活動，乃至於政黨本身的活動等，都屬於結社活動之一環，而受到憲法14條結社自由之保障[[370]](#footnote-370)。其中包括如組黨自由：人民享有免於受國家恣意干預而自由集結組成政黨的「組黨自由」。而人民得以共同組成政黨之憑籍，不外在於選定據以形成共識與認同之黨名、黨綱與黨組織形式，因此，組黨自由包括決定黨名、黨綱與黨組織章程之自由[[371]](#footnote-371)；而持續參與政黨之政治活動依釋字第479號解釋之定義（憲法第14條規定人民有結社的自由，旨在保障人民為特定目的，以共同之意思組成團體並參加其活動之自由），自亦屬憲法第14條結社自由所保障。

4、服公職權：

憲法第18條規定：「人民有應考試服公職之權」，此須配合憲法第85條

「公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度…非經考試及格者不得任用」、憲法第86條「公務人員資格，應經考試院依法考選銓定之」，公務人員之考用制度併同觀察。

則人民依憲法第85、86條及第18條，享有經由公開競爭之考試方式，取得公務員之資格，而擔任公職之權利。

5、參政權：

憲法第17條規定：「人民有選舉罷免創制複決之權」。一般稱此為人民

的「參政權」，屬於「公民權[[372]](#footnote-372)」之一種。

參政權，係指人民參與政治運作以表現民意的權利。由於當代民主國家之基本精神在於一切國家權力來自其人民，所有國家權力之行使均需具備由民意所支持之民主正當性。故參政權遂成為民主制度不可或缺之基礎[[373]](#footnote-373)

參政權之內涵，一般而言，可大致分為三個層次：1.最狹義之參政權，僅指包括「憲法第17條之人民有選舉罷免創制複決之權」；2.廣義之參政權，包括「憲法第18條人民服公職之權及憲法17條所稱之人民有選舉罷免創制複決之權」；3.最廣義之參政權，包括「憲法第11條表現自由、第14條集會結社自由、憲法第18條人民服公職之權及憲法第17條所稱之人民有選舉罷免創制複決之權」。

參政權依其定義，應採較廣義之理。惟本研究計畫因已分別對表現自由、集會結社自由、服公職權作闡述，故此處僅就最狹義之參政權內涵作說明[[374]](#footnote-374)。而與公務人員參與政治活動較相關者為「被選舉權」：雖然其在憲法上無明文，但通說均承認人民有「被選舉權」，惟此一權利如何推導出則有異見。有從廣義參政權推出[[375]](#footnote-375)；有從服公職權推導出[[376]](#footnote-376)…不一而足。惟若從被選舉權係相對於選舉權來理解，選舉權是選擇適當之人成為政府來替人民喉舌；而被選舉權是投入選舉、以成為公職候選人，希望受人民青睞而得實現其抱負、政見。則似亦可從憲法第17條「選舉權」之反面解釋來包括「被選舉權」。

因此在符合憲法第130條及其他法律規定[[377]](#footnote-377)之參選資格下，公務人員原則上亦有投入選舉、成為參選人之權利。且由於現代民主國家中，政治上的決策及遊戲規則大部分均取決於政黨政治之運作。蓋現代國家任務繁多，監督國家機關執行職務所應選出之民代亦數目眾多，致人民無法一一判斷眾多候選人之良否。因此具有一定政治目而集合多數志同道合的人所組成之政黨，往往成為人民選舉執政之對象[[378]](#footnote-378)故也。

6、訴願與訴訟權：

憲法第16條規定：「人民有請願、訴願及訴訟之權」。乃在保障人民得據以

請求國家提供一定程序以供利用的權利，通常又稱為「權利保護請求權」。蓋保障訴訟權，目的在使實體權利可以於受侵害時，有回復之可能性，或使應予實現之權利狀態獲得真正之實現[[379]](#footnote-379)。

依此，人民享有[[380]](#footnote-380)（1）訴願權：係指人民認為行政機關之行政行為有違法或不當，致侵害其權利或利益時，得向法定之行政救濟機關提出異議，以尋求改正之權[[381]](#footnote-381)。其目的除了「救濟人民權利」，還有「行政自省」之功能。（2）訴訟權：又稱「司法上受益權[[382]](#footnote-382)」。係指人民認為其權利受到侵害時，得向司法機關提起訴訟、請求救濟之權。大法官曾於多號解釋[[383]](#footnote-383)闡明：「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利，至訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合之規定」。

##### （二）公務員法

1. 身分上權利：

主要指1.取得公務員資格之服公職權[[384]](#footnote-384)：及2.擔任公務員存續期間之身分之保障權。

就身分保障權而言，係指非有法定原因，並經法定程序，不受撤職、免職或其他處分之權利[[385]](#footnote-385)。其法律基礎[[386]](#footnote-386)有如公務員懲戒法1條：「公務員非依本法不受懲戒。但法律另有規定者，從其規定」。

大法官釋字第483號亦明示：「公務人員依法銓敘取得之官等俸級，非經公務員懲戒機關依法定程序之審議決定，不得降級或減俸，此乃憲法上服公職權利所受之制度性保障，亦為公務員懲戒法第一條、公務人員保障法第十六條及公務人員俸給法第十六條之所由設。」

1. 經濟上權利：

包括保險金請求權、俸給請求權、退休金請求權，撫恤金請求權..等[[387]](#footnote-387)。

#### 二、限制規定

##### （一）憲法

1、憲法第23條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」

2、憲法第138、139條：第138條（軍隊國家化原則）規定：「全國陸海空軍，須超出個人、地域及黨派關係以外，效忠國家，愛護人民」；第139條（軍人不干政原則）規定：「任何黨派及個人不得以武裝力量為政爭之工具」。

##### （二）公務員法

1、忠實（誠）義務/依法行政義務：

公務員服務法1條規定：「公務員應遵守誓言，忠心努力，依法律命令所定，執行其職務。」所謂「忠心努力」，是指公務員應對良心及法律忠實而言[[388]](#footnote-388)。一般多引此為忠實（誠）義務之法律依據[[389]](#footnote-389)。惟亦有認為[[390]](#footnote-390)，忠實義務其實是公務人員之基本義務，公務人員之所有義務可說都直接間接與此有關，而相對的國家則對公務人員負有生活照顧義務。

2、服從義務：

公務員服務法第2條規定：「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」

公務員服務法第3條規定：「公務員對於兩級長官同時所發命令，以上

級長官之命令為準。主管長官與兼管長官同時所發命令，以主管長官之命令為準。」[[391]](#footnote-391)。

蓋從行政一體及常任文官受身分保障角度言，是因為上命下從、不做最終決

策，因而得享有身分保障，而上命下從之層層指揮監督體系，亦方能課與最上級行政首長負起政策成敗之責任。

3、保密義務

公務員服務法第4條規定：「公務員有絕對保守政府機關機密之義務，對於機密事件，無論是否主管事務，均不得洩漏；退職後亦同。公務員未得長官許可，不得以私人或代表機關名義，任意發表有關職務之談話。」另外，公務員服務法第13條規定：「公務員利用權力、公款或公務上之秘密消息而圖利者，依刑法第一百三十一條處斷；其他法令有特別處罰規定者，依其規定。其離職者，亦同。（第3項）公務員違反第一項、第二項或第三項之規定者，應先予撤職。（第4項）」

依此，公務員對於未解除保密義務之文件及資訊，皆不得對外洩漏，以保障公務執行之順利，並避免國家或政府因為洩密致遭受重大損害。因此公務員不僅於有積極身分時，應負保密之義務，而且於退休或退職以後，仍須保守此種秘密[[392]](#footnote-392)。

4、政治中立義務/公正中立之義務：

雖然現今法律尚無條文明確規範，惟學者論述公務員義務時，多已納入討論[[393]](#footnote-393)[[394]](#footnote-394)。其指公務員執行公務時，須不偏不倚、公正中立，既不得優遇特定之政黨個人或團體，亦不得對之有不公平待遇之行為。有學者認為此一義務與憲法上之平等保護有直接關係，但不以此為限，至少與公務員之忠實義務關係密切。且認為此一義務屬公務員職務上義務，因此不待乎法律規範即以存在，否則即有違公務員乃全體國民之公僕的本意[[395]](#footnote-395)。

本研究計畫依前述，認為可由法治國原則下所追求之憲法價值以目的解釋方法加以具體化，而由公務人員節制義務來包括「政治中立義務」。

5、其他義務：

如保持品位義務、迴避義務、不為一定行為義務、競業禁止義務、財產申報義務等[[396]](#footnote-396)

##### （三）其他法律

1、國防法第6條：

「中華民國陸海空軍，應超出個人、地域及黨派關係，依法保持政治中立。 現役軍人，不得為下列行為︰
一、擔任政黨、政治團體或公職候選人提供之職務。
二、迫使現役軍人加入政黨、政治團體或參與、協助政黨、政治團體或 公職候選人舉辦之活動。
三、於軍事機關內部建立組織以推展黨務、宣傳政見或其他政治性活動。
現役軍人違反前項規定者，由國防部依法處理之[[397]](#footnote-397)。」

2、教育基本法第6條：

「教育應本中立原則。學校不得為特定政治團體或宗教信仰從事宣傳，主管 教育行政機關及學校亦不得強迫學校行政人員、教師及學生參加任何政治 團體或宗教活動[[398]](#footnote-398)。」

3、人民團體法第50之1條：

「政黨不得在大學、法院或軍隊設置黨團組織。」

##### （四）各機關的管制規定

###### 1、監察院監察委員自律規範第二條注意事項

其內容為[[399]](#footnote-399)－

依監察院監察委員自律規範第二條原規定：「監察委員依法行使職權，應超出黨派，保持中立。於任職期間不得參與政黨活動。」

本院進一步訂定「監察院監察委員自律規範第二條注意事項」，其內容如后：
 監察院於政府舉辦各項公職人員選舉，為維護監察委員行使職權獨立超然之中立地位，特訂定監察院監察委員自律規範第二條之注意事項：
一、監察委員遇有與選舉有關之陳情案件，宜先函請有關機關說明案情爭點及處理情形，再審慎斟酌是否進行調查。
二、監察委員對於非公辦而與選舉有關之各項政治活動，如募款餐會、演講會、成立競選總部或分部、成立後援會等，不得參加或致送花籃、匾額、中堂等。
三、監察委員不得發起或連署與選舉有關或為達競選目的之聲明或其他文宣。
四、監察委員不得為候選人擔任與選舉有關之各項職務或接受其名銜。
五、各候選人或其助選人員等如利用本院監察委員名義，為與選舉有關之宣傳或助選時，由本院依新聞發布程序，統一發布新聞澄清。

###### 2、國軍現役軍人及軍事學校學生參與政治活動宣導注意事項[[400]](#footnote-400)

按國防部為貫徹憲法「軍隊國家化」規定，並兼顧保障軍人參與政治活動基本權利，制定「國軍現役軍人及軍事院校學生參與政治活動宣導注意事項」，作為國軍官兵參與政治活動之參考依據。要求官兵不得為任何候選人助選，並嚴禁各候選人進入單位及駐地從事選舉有關活動，同時各級幹部必須排除有關人情、壓力與關說，以確保超然立場。且凡違反相關規定者，將視情節依陸海空軍懲罰法、刑法或公職人員選舉罷免法懲處，最重可處五年徒刑。並說明針對過去有不少候選人以勞軍申請等方式進行營區內的輔選活動，其將特別嚴格審核，以禁止在軍中出現政治性活動而為特定候選人或政黨助選。[[401]](#footnote-401)

為方便讀者閱讀以及建立整體概念，本研究計畫將該宣導注意事項內容與其宣導理由[[402]](#footnote-402)，以圖表歸納如下：

|  |  |
| --- | --- |
| 宣導注意事項內容 | 軍方對宣導事項內容之說明 |
| 前言：國軍現役軍人及軍事院校學生參與政治活動宣導注意事項」共計十項，是國防部在八十九年六月起即參考美國、德國、日本等國家相關法律規定，彙整「國防法」、「刑法」、「公職人員選舉罷免法」、「人民團體法」等相關條文，針對國軍官兵參與政治活動行為規範，編輯完成該宣傳注意事項，做為國軍官兵參考依據。 | 前言：案內「宣導注意事項」，均以我國「國防法」、「刑法」、「公職人員選舉罷免法」、「人民團體法」等現行法律相關條文編輯而成，**不涉及新增法律條文或規定**，故**未增加對現役軍人權利的限制**，宣導注意事項內容重點簡述如次： |
| （一）現役軍人及軍事學校學生應貫徹憲法及國防法有關**軍隊國家化**規定 | 開宗明義宣示憲法及國防法中，國軍應保持「軍隊國家化」及「軍隊政治中立」之立場，要求全體官兵應深切體認其意涵並貫徹實踐。 |
| （二）現役軍人及軍事學校學生**得自由加入依法登記之政黨或其他政治團體**，各級幹部不得以所屬人員參加或不參加任何特定政黨或其他政治團體，作為人事、獎懲、升遷安全調查等作業之考量依據。 | 說明軍人可以參加依法登記之政黨或政治團體，但幹部不得以此使官兵個人權益蒙受損失或給與不應得之利益。 |
| （三）現役軍人及軍事學校學生**不得於上班、上課或執勤時間**，參與政黨或其他政治團體之活動。 | 尤強調任何時間均不得著軍服**參與**。 |
| （四）現役軍人**不得於軍事機關內部建立組織**以推展黨務、宣傳政見或其他政治活動。 | 依據國防法第六條第二項第三款**及**人民團體法第五十條之一規定，綜合說明不得在軍隊設置黨團組織、發展組織或運用軍中資源從事黨務或政治性活動。 |
| （五）現役軍人及軍事學校學生得依法參加各項公職候選人選舉或罷免之投票，但**不得申請登記為公職人員候選人**。 | 依憲法第一百三十條、公職人員選舉罷免法第十四條**及**同法第三十五條第一項第一款、第二款**及**同法第七十一條規定，綜合說明軍人之公民權利**及**限制。 |
| （六）現役軍人及軍事學校學生**不得擔任任何公職人員候選人之助選員或助講員。** | 依選罷法第四十七條第三款、第三十五條第一項第一、二款規定，說明由於軍人身分特殊，為保持政治中立，避免造成社會民眾對軍隊立場產生懷疑，宜予限制。 |
| （七）現役軍人及軍事學校學生對於任何黨之公職人員罷免案，**不得擔任罷免案提議人。** |  |
| （八）現役軍人及軍事學校學生**不得擔任政黨、政治團體或公職候選人提供之職務。** | 參照國防法第六條第二項第一款規定，說明本項規定用意在避免因個人擔任政治團體或公職候選人提供之職務後，造成角色上的衝突，影響中立的立場。 |
| （九）國軍各級幹部**不得利用職權**，使現役軍人及軍事學校學生加入或不加入黨、政治團體或參與、協助政黨、政治團體或公職候選人舉辦之活動。 | 參照國防法第六條第二項第二款規定，說明軍隊因具備特殊之組織性質，各級主官（管）具法定權力，可能利用職權影響部屬參加政黨或從事相關**政治活動**，故予限制。 |
| （十）懲處規定：依據「陸海空軍懲罰法」第八條[[403]](#footnote-403)、「刑法」第六章妨害投票罪、「公職人員選舉罷免法」第九十條第一項[[404]](#footnote-404)及第九十二條[[405]](#footnote-405)相關條文懲處；軍事學校學生違反規定者，按其校規處理。 | 列舉「陸海空軍懲罰法」、「刑法」、「公職人員選舉罷免法」等相關懲處之條文內容，供各級幹部宣教參考之用，以教育官兵知法守法[[406]](#footnote-406)。 |
|  |

###### 3、法務部函

其內容為－

1. 法務部85年（八十五年六月卄四日頒行）[[407]](#footnote-407)之「檢察官守則」第6條規定：「檢察官不得參加任何政治團體之活動，或從事足以影響司法尊嚴之事務或活動」。

（2） 法務部81年（八十一年四月卄二日頒行）之「檢察官不得參加政黨活**動函令**」[[408]](#footnote-408)函示：「檢察官應秉持超然立場執行職務，各級檢察官於任職期間均不得參加政黨活動」等規定。

###### 4、教育部函

在各機關管制方面，教育部可說是函釋最徹底之行政機關，以下將最近幾年相關函釋列出（由近到遠）：

（1）教育部函[[409]](#footnote-409)：

中華民國八十八年十一月十八日 臺(88)訓(二)字第八八一四二二三三號
受文者：公私立大專院校、臺北市政府教育局、高雄市政府教育局、各縣市政府（含金門、連江縣）、國立中小學、部屬館所、中部辦公室
主　旨：八十九年總統大選將屆，為加強維護競選活動期間校園學習環境安寧，希依說明事項配合辦理，請查照並轉知所屬遵照辦理。
說　明：
一、請利用學校各種集會及相關教學機會，向教職員工生宣導民主法治及淨化選舉（反賄選、反暴力）之理念。
二、總統副總統選舉競選活動期間，除各級選委會依總統副總統選舉罷免法第四十八條規定，商洽學校租借場所外，學校場所不得借作競選有關之活動及借予教職員工與學生從事下列活動：(一)邀請候選人至學校演講、座談或其他助選造勢活動。(二)為候選人在校園內張貼、散發海報、標語或傳單。(三)其他有違行政中立及影響校園學習環境安寧之助選活動。
三、前項所稱「競選活動期間」，係依照總統副總統選舉罷免法第三十四條規定，由中央選舉委員會規定之。
部　長　楊 朝 祥

 （2）教育部書函[[410]](#footnote-410)：

「公職人員各項選舉，公務人員均應嚴守行政中立，依法執行職務」：

中華民國八十八年四月二十三日 臺人字第八八○四三四○九號
受文者：部屬機關學校
主　旨：公職人員各項選舉，公務人員均應嚴守行政中立，依法執行職務，並不得於上班時間內從事任何政黨或政治團體之活動，請　查照並轉知所屬人員知照。
說　明：依本部人事處案陳行政院人事行政局八十八年四月十六日八十八局企字第一八○三○八號函辦理。

（3）教育部書函[[411]](#footnote-411)
中華民國八十七年十一月六日 臺人字第八七一二三七九五號
受文者：部屬機關學校
主　旨：公職人員各項選舉，公務人員均應嚴守行政中立，依法執行職務，並不得於上班時間內從事任何政黨或政治團體之活動，請　查照並轉知所屬人員知照。
說　明：依本部人事處案陳行政院人事行政局八十七年十月二十三日八十七局企字第一八一一五○號函辦理。
教　育　部

 （4）教　育　部訓育[[412]](#footnote-412) ：

八十七年北、高市市長、議員及立委等選舉將屆，請加強維護選舉期間校園學習環境安寧
中華民國八十七年九月二十三日 臺訓字第八七一○五三六六號
受文者：公私立大專院校、臺灣省政府教育廳、臺北市政府教育局、高雄市政府教育局、各縣市政府教育局、金門縣及連江縣政府、國立中小學校、部屬館所
主　旨：八十七年臺北市、高雄市市長及市議員；立法委員等選舉將屆，為加強維護選舉期間校園學習環境安寧，請依說明事項配合辦理，請　查照並轉知所屬遵照辦理。
說　明：
請利用學校各種集會及相關教學機會，向教職員工生宣導民主法治及淨化
選舉風氣（反賄選、反暴力）之理念。各項公職選舉辦理期間，除各級選委會依公職人員選舉罷免法第四十九條第二項、第五十七條第一項規定，商洽學校租借場所外，學校場所不得借作競選有關之活動及借予教職員工與學生從事下列活動：邀請候選人至學校演講、座談或其他助選造勢活動。為候選人在校園內張貼、散發海報、標語或傳單。其他有違行政中立及影響校園學習環境安寧之助選活動。前項所稱「辦理選舉期間」，係依照公職人員選舉罷免法施行細則第五條之二規定，由中央選舉委員會規定之。
部　長　林 清 江

（5）教育部書函[[413]](#footnote-413)
中華民國八十六年十月二十四日 臺(86)人(二)字第八六一二二四七二號
受文者：部屬機關學校、本部各單位
主　旨：公職人員各項選舉，公務人員均應嚴守行政中立，依法執行職務，並不得於上班時間內從事任何政黨或政治團體之活動，請　查照並轉知所屬人員知照。
說　明：依本部人事處案陳行政院人事行政局八十六年十月十四日八十六局企字第一八○○八一號書函辦理。
教　育　部

（6）教育部函[[414]](#footnote-414) ：
中華民國八十六年九月二十五日 臺(86)訓(一)字第八六一一○九五○號
受文者：公私立大專院校、臺灣省政府教育廳、臺北市政府教育局、高雄市政府教育局、各縣市政府教育局、金門縣及連江縣政府、國立中小學校、部屬館所、中央選舉委員會、本部各單位

主　旨：年底縣市長選舉將屆，為加強維護選舉期間校園學習環境安寧，希依說明事項配合辦理，請　查照並轉行所屬。
說　明：
一、請利用學校各種集會及相關教學機會，向教職員工生宣導民主法治及淨
化選舉風氣之理念。
二、各項公職選舉辦理期間，除各級選委會依公職人員選舉罷免法第四十九
條第二項、第五十七條第一項規定，商洽學校租借場所外，學校場所不得借作競選有關之活動亦不得借予教職員工與學生從事下列活動：

* 1. 邀請候選人至學校演講、座談或其他助選造勢活動。
	2. 為候選人在校園內張貼、散發海報、標語或傳單。
	3. 其他有違行政中立及影響校園學習環境安寧之助選活動。

三、前項所稱「辦理選舉期間」，係依照公職人員選舉罷免法施行細則第五
條之二規定，由中央選舉委員會規定之。
部　長　吳　　京

######

###### 5、人事行政局及銓敘部[[415]](#footnote-415)

其最近之相關函釋內容為－

（1）人事局90年8月14日通函：

公務人員不得在上班或勤務時間從事輔選活動，下班後從事輔選活動也應自我克制；公務人員不得為支持或反對特定政黨、政治團體、公職候選人在辦公場所穿戴或標示特定政黨、政治團體、公職候選人的旗幟、徽章、標誌或服飾；不可印製、散發、張貼、圖畫相關宣傳品或有其他宣揚、詆毀的行為。

（2）銓敘部90年10月30日通函：

公務人員不得在上班或勤務時間從事政黨或其他政治團體活動，不得利用職權促使他人加入或不加入政黨或其他政治團體，不得為政黨、其他政治團體、公職候選人進行要求、期約，也不得阻止或妨礙他人為特定政黨或其他政治團體依法募款的活動

###### 6、臺北市政府暨所屬各機關學校公務人員嚴守行政中立注意事項

其內容為[[416]](#footnote-416)－

一、為確保臺北市政府（以下簡稱本府）暨所屬各機關學校公務人員（以下簡稱公務人員），依法公正行使職務，建立行政中立規範，維護民主法治精神，特訂定本注意事項。本注意事項未規定者，適用其他有關法令之規定。

二、本注意事項所稱公務人員，係指下列人員：

（一）本府所屬一級機關主計、人事、警察及政風首長。

（二）本府暨所屬各機關依法任用、派用之有給專任公務人員。

（三）市立學院、學校之校長、教師及職員。

（四）本府教育局軍訓室軍官及市立學院、高級中學之教官。

（五）本府暨所屬各機關學校依法令聘用或僱用之人員、技工、司機及工友。

三、本府暨所屬各機關學校不得有任何政黨之黨部組織依附於內部運作。

四、公務人員不得在政黨或其他政治團體擔任負有實際執行責任之職務。

五、公務人員不得為政黨、其他政治團體或公職候選人要求、期約或收受金錢、物品或其他利益之捐助；亦不得阻止或妨礙他人為特定政黨、其他政治團體或公職候選人依法募款之活動。

六、公務人員不得提供人員、公務車輛、油料、文具及其他器材設備等行政資源予任何政黨、政治團體或公職候選人。

七、公務人員於規定之上班或勤務時間，對於公職人員選舉、罷免，不得行使輔選、助選或其他輔助之行為。但已依規定請事假、休假或於下班時間為之者，不在此限。

八、公務人員不得為支持或反對特定之政黨、其他政治團體或公職候選人，於辦公廳舍、教育場所從事下列行為：

（一）穿戴或標示特定政黨、其他政治團體或公職候選人之旗幟、徽章、標誌或服飾。

（二）印製、散發或張貼文書、圖畫或其他宣傳品。

（三）製作、播放錄音（影）帶。

（四）其他宣揚或詆譭之行為。

九、公務人員不得利用其職銜，於大眾傳播媒體刊登或播出與支持或反對特定之政黨、其他政治團體或公職候選人有關之廣告。

十、本府暨所屬各機關學校依規定得出租（借）場地供政黨、其他政治團體或公職候選人舉辦問政說明、政見發表會等相關政治活動者，應本公平、公正、公開原則辦理。租（借）場地使用完畢後，應即督促租（借）人清除現場所有文宣品。

十一、本府暨所屬各機關學校於公職人員競選期間，應於各出入口明顯處所張貼謝絕候選人進入從事競選活動之告示。各級首長亦應謝絕政黨及有意尋求連任之現任公職人員集體拜會之造勢活動。

十二、本府暨所屬各機關學校於公職人員競選期間，不得為任何政黨、政治團體或公職候選人舉辦聚餐、旅遊等有關團體活動。各級學校亦不得配合家長會為任何政黨、其他政治團體或公職候選人舉辦有關團體活動。

十三、本府暨所屬各機關所屬福利、醫療機構於公職人員競選期間，應避免接受團體或個人財物捐贈。

十四、公務人員不得利用職權，使他人加入或不加入政黨或其他政治團體，

或強行要求所屬公務人員於下班時間參加政治活動。

十五、公務人員不得要求所屬公務人員從事本注意事項禁止之行為；亦不得因所屬公務人員拒絕從事本注意事項禁止之行為，對其依法享有之權益給予不公平對待或任何不利處分。

十六、公務人員遇有下列情形之一者，除得依公務人員保障法第十八條、第十九條或第二十三條及其相關法令規定請求救濟外，並得利用專線電話（二七二五六○四二｜二七二五六○四六）向本府申訴。

（一）被迫為違反行政中立之行為者。

（二）因堅守行政中立，致受違法或不當之管理或行政處分者。

十七、公務人員違反行政中立致生不良後果者，得視事實發生之原因、動機及影響程度，核予申誡或記過。其有重大違法情事者，依相關法令規定辦理。

十八、本府暨所屬各機關學校首長應對所屬公務人員多加宣導本注意事項有關規定，並切實督導所屬嚴守行政中立。

###### **7、宜蘭縣政府暨所屬機關學校公教人員選舉期間行政中立注意事項**

**其內容為[[417]](#footnote-417)－**

一、宜蘭縣政府（以下簡稱本府）為確保公教人員行政中立，依法行政，公正執法，期使各項選舉公平、公正、特訂定本注意事項。

二、本注意事項所稱公教人員係指下列人員：

(一)本府、各附屬機關、各鄉鎮市代表會、各鄉鎮市公所及所屬機關依法任用、派用之公務人員。
(二)本縣各國民中、小學校長、教師及職員。
(三)本府暨所屬機關學校依法聘用、僱用人員、臨時人員及編制內技工、駕駛、工友。
(四)本縣肉品市場及本縣工業策進會員工：

1. 本府暨所屬機關學校（以下簡稱各機關學校）公教人員，除法令另有規定外，於各項選舉期間，應依本注意事項，切實嚴守行政中立，倘有違反本注意事項規定者，應依相關法令規定從嚴議處。
2. 本注意事項所稱選舉期間係指發布選舉公告之日起至當選名單公告當選之日止。
3. 各機關學校不得提供人員、公務車輛、文具、場所、設備與行政資源為候選人員助選。
4. 各機關學校辦公場所不得張貼、懸掛競選文宣品。
5. 各機關學校出租（借）場地供各候選人或政黨舉辦問政說明會、政見發表會時，均應秉持公正、公平之立場辦理，不得僅提供特定之候選人或政黨使用。
6. 各機關學校不得假籍開會、演講或其他活動之機會，邀請候選人、政黨或其助選員從事競選活動。
7. 各機關學校長官，不得利用職權或集會機會，要求所屬公教人員為特定候選人、政黨助選或行使投票權。
8. 公教人員不得於上班、上課時間內，為任何候選人、政黨從事競選活動；或製作、散發文宣刊物；或佩戴候選人，政黨之臂、徽章、領章、服飾或其他競選活動之物品。
9. 公教人員對於長官違反本注意事項規定之要求應拒絕之。
10. 各候選人或政黨於選舉期間至各機關學校從事競選活動，各機開首長得親自或指派人事或秘書單位主管陪同至各單位拜會，以示公允。但至學校拜會地點限以辦公室內，並禁止進出教室或影響上課之行為。
11. 各主管機關對各候選人或政黨違反法規有關規定時，應秉持依法行政、執法公正原則，依法辦理。
12. 對於各候選之安全維護及警力支援，應嚴守公正之立場，其有關規定事項，由警察局另訂之。
13. 本注意事項未規定事宜，得隨時修正之。
14. 本注意事項奉 縣長核定後實施。

### 肆、公務人員參與政治活動的爭議案例

#### 一、吳振吉挺扁案[[418]](#footnote-418)

（一）事實 ：

北投分局長吳振吉事先通知派出所主管和員警，於89年農曆大年初一十一時二十五分，在大門口列隊接待總統候選人陳水扁，並暢談警察執勤制度將改三班制等福利政策問題。

（二）處理：懲處－記申誡二次

馬英九市長在記過公文批示：「吳振吉這次事件比85年的馮棟森事件更為嚴重」，強調當時85年的情形是混亂中蜂擁而入，而吳振吉按派出所記錄，是事前發公文要沒有服勤的員警「著裝待命，等候通知」要求、動員警力部署，和吳振吉所聲稱的「私人造訪」以及「臨時召集」的出入極大。故批定北投分局長吳振吉於民國89年2月5日大年初一動員，放假員警「著裝待命」二十五人列隊接待民進黨總統候選人陳水扁，明顯違反行政中立，記申誡二次之懲處。

#### 二、陳璧案

（一）事實**[[419]](#footnote-419)**：

公開挺宋的前台灣省警務處長陳璧，於89年2月21日走訪台北市多處警局，陳壁說，他只是單純的代替宋楚瑜慰問基層員警的辛勞，沒有所謂的行政中立問題；事實上，一個禮拜中，陳壁走訪了北中南各地無數警局，他說，未來還會繼續這種走透透的行程。

（二）處理：對於此事，台北市長馬英九說，一切還在調查當中。

#### 三、劉承武事件

（一）事實**[[420]](#footnote-420)**：

台北地檢署檢察官劉承武，於去年底（87年）台北市長選舉時為台北市長候選人陳水扁站台。87年12月4日晚間，劉承武參加民進黨為該黨台北市長候選人陳水扁舉辦的晚會，在台北市政府前廣場上，劉承武為陳水扁站台，發表談話，強調：讓民進黨茁壯，才有機會制衡國民黨；批評放寬假釋條件，正是治安敗壞的原因；表示對現行司法制度下之不滿，宣揚國內司法制度是「有錢判生，無錢判死」，為什麼伍澤元案不是交給他辦；希望選民支持民進黨候選人。

（二）處理：懲戒－記過二次

經法務部移送公務員懲戒委員會審議。公懲會認為，劉承武以檢察官身份參與選舉活動，足以影響司法尊嚴，已違反了法務部頒行的「檢察官守則」，議決記過二次，以資懲戒。按劉承武於87年12月之立法委員、台北市長、市議員選舉期間，係擔任台北地檢署查察賄選執行小組成員，負有查察賄選之職責。公懲會認為，依選罷法規定，檢察官對於妨害選舉之刑事案件有偵查權，劉承武身為檢察官，本應嚴守分際方能超然執行職務，劉承武的站台言論，顯然已違背選罷法規定之精神；且依法務部八十一年四月卄二日頒行之檢察官不得參加政黨活動函令及八十五年六月卄四日頒行的檢察官守則，規定檢察官不得參加任何政治團體之活動或從事足以影響司法尊嚴之事務或活動。因此，公懲會認為劉承武的言行，已嚴重損害司法尊嚴及威信，應予記過二次，以資懲戒[[421]](#footnote-421)。

#### 四、法官站台案

（一）事實[[422]](#footnote-422)：

高等法院法官魏麗娟，因為穿著法袍替參選南區立委的先生站台。於無黨籍的先生劉昌崙競選南區立委文宣及競選旗幟中，使用自己身著法袍和先生劉昌崙，並排指著前方的照片，並將其張掛於南區許多據點，作為造勢宣傳之用。

（二）處理：

按依司院訂頒之「各級法院法官自律委員會實施要點」第5條第1項第7款規定：「法官為政黨、政治團體或個人作政治上之助選者，送交法官自律委員會評議」。

則高等法院法官魏麗娟辦理留職停薪，為參選立委的夫婿劉昌崙助選，是否即屬違反法官自律事項？台灣高等法院法官自律委員會召開會議評議後認為：司法院訂頒的「各級法院法官自律委員會實施要點」中，有關法官不得助選規定是否包括留職停薪法官，規定並不明確，故決議移請司法院處理[[423]](#footnote-423)。

#### 五、張溫鷹事件－事務官集體入黨？

（一）事實[[424]](#footnote-424)：

台中市政府四十五位一、二級主管，於89年11月11日集體宣誓加入民進黨。民進黨台中市黨部表示，這是市府團隊對綠色執政的認同，後續還會有第二、第三波。台中市黨部還安排了大型的宣誓儀式。加入民進黨的市府官員，一級主管及附屬單位首長有七人，包括社會局長陳邦彥、衛生局長林瑞欣、北屯區長陳裕益、西屯區長羅文遠、南區區長鍾正光、中山地政事務所主任莊逢源、動物防疫所所長余建中，其他均為各課課長之二級主管。民進黨台中市黨部主委陳文憲表示，市府團隊集體入黨，是對民進黨過去三年的執政肯定，也顯示民進黨確實是民意的主流價值，才能讓執政人才不斷加入。陳文憲並且駁斥對主管施壓之說，強調如果有施壓，他願意辭去主委職務。[[425]](#footnote-425)

#### 六、文官不能配合－全面整頓互動不良事務官？

（一）事實：

總統府於21日（90.3.21）召開九人小組會議，會中對行政院部分事務官配合度差、行事不積極，影響政策推動，認為應予檢討。陳總統也對官僚文化、行政效率差表示不滿，要行政院「不要怕被罵，該怎麼做就怎麼做」[[426]](#footnote-426)。

外界並傳出，陳水扁總統在九人小組中指示應全面整頓互動不良事務官，曾提及要針對溝通不良的事務官進行整頓。行政院院長張俊雄隨後接受媒體採訪時[[427]](#footnote-427)，不諱言表示：「不排除職務調整」。[[428]](#footnote-428)

### 伍、限制公務人員參與政治活動之合憲性與現有管制體系的問題

#### 一、限制公務人員參與政治活動之憲法基礎及其合憲性

按依本研究計畫前述於限制公務人員參與政治活動（即政治中立義務－公務員執行公務時，須不偏不倚公正中立，既不得優遇特定之政黨個人或團體，亦不得對之有不公平待遇之行為甚至遠離政治活動）之憲法基礎，闡述認為可由法治國原則下所追求之憲法價值加以目的性解釋後，具體化為公務人員節制義務之下所包括，而尋得其憲法基礎。

而推動政治中立法的最主要目的，就是在建立、維護人民對公務員政治中立性的信賴，公務員執行公務係根據法律，而不能以其對政黨的偏好做決定。[[429]](#footnote-429)因此，限制公務人員參與政治活動，重心即在公共利益之維護上[[430]](#footnote-430)。而權利本有其社會性與侷限性，而不存有「不受限制的權利」。是以憲法23條特設有「基本權限制條款」，亦明示權利的相對性。公務人員由於係代表國家行使公權力，與國家間原則係成立「公法上職務關係[[431]](#footnote-431)」，因而在執行職務時，係屬代表公益之一方，為維護全民對行政之公正信賴，雖公務人員依本研究計畫前述與一般人民相同受有基本權利之保障[[432]](#footnote-432)，惟既係代表國家行使公權力，自有相較於一般人民有更堅強的理由可限制其基本權利之行使。

故除了可由法治國原則憲法價值之具體化得出政治中立義務有憲法基礎外，對於公務人員其他基本權之限制尚得依憲法弟23條規定之「增進公共利益」作為限制公務人員參與政治活動之合憲理由[[433]](#footnote-433)。惟依憲法第23條尚須符合「法律保留原則」及「比例原則」自不待言。

#### 二、可能之疑慮及應遵守之憲法原則

##### （一）平等原則－合理之差別待遇

按憲法第7條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、階級、黨派，在法律上一律平等」。平等原則是自由民主國家必要的基礎。在平等原則之下，國家所有機關之行為禁止恣意、並應符合正義原則。平等原則運作之基本規則是相同事件，相同處理；不同事件依其特性之不同而做不同處理，即等則等之，不等則不等之。[[434]](#footnote-434)

而憲法第7條係保障實質平等，非保障形式的機械式的平等。如大法官釋字第211號：「憲法第七條所定平等權，係為保障人民在法律地位上之實質平等，並不限制法律授權主管機關斟酌具體案件事實上之差異及立法目的而為合理之不同處置」及釋字第485號[[435]](#footnote-435)：「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待」。因此，只要此差別待遇合理，即不違反平等原則，公務人員由於係代表國家行使公權力，與國家間原則係成立「公法上職務關係」，因此對其基本權作較多限制，從實質平等出發，不宜率指其違憲。

##### （二）法律保留原則

依憲法第23條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」之反面解釋，原則須有法律始得限制人民憲法上之基本權[[436]](#footnote-436)。

而大法官釋字第443號理由書，則建立了一套「層級化法律保留」之體系，其謂：「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障..。..至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異…」，因而區分1.憲法保留2.絕對法律保留3.相對法律保留4.不須法律保留等4個層次[[437]](#footnote-437)。

則依釋字443號理由書之說明，**有關限制公務人員參與政治活動所牽涉之基本權，原則應屬3.相對法律保留之層次，故應以法律直接規範或得委由命令予以規定，應視其規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異，始符合法律保留原則。**

##### （三）比例原則

依憲法第23條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所『必要』者外，不得以法律限制之」。雖然我國憲法並無「比例原則」之明文，惟通說均將憲法第23條「必要時」作為「比例原則」來理解，並於闡述基本權限制時予以說明[[438]](#footnote-438)。

按比例原則係德國法制上的重要原則，其主要是在19世紀由警察法的理論與實務逐步發展出來的，原本是在防禦警察權對人民權利的過度侵害，所謂「警察不得以炮擊雀[[439]](#footnote-439)」。其又稱「禁止過當原則」、「損害最小原則」[[440]](#footnote-440)。西德聯邦憲法法院明白宣示：比例原則係由「法治國原則」（Rechtsstaatsprinzip）及「基本權本質」（dem Wesen der Grundrechte）所衍生，所有國家行為（包括立法、行政、司法）皆應受其拘束。其主要內涵在**要求（限制人民權利之）手段必須與（追求公益之）目的相當**、合乎比例[[441]](#footnote-441)。

比例原則之下包含三個子原則：1. 適合性：指所採用之手段須可達到所要追求之目的 2.必要性：若有多數手段可選擇時，應選擇侵害人民利益最小者 3.狹義比例性：所使用手段對人民造成之侵害不得大於該目的所可獲致之利益。因此，在限制公務人員參與政治活動之相關基本權時，亦應依循此一原則。

#### 三、現有管制體系的問題

##### 規避法律保留？

依本研究計畫前述，參照釋字443號理由書之說明，有關限制公務人員參與政治活動所牽涉之基本權，原則應屬3.相對法律保留之層次，故究應以法律直接規範或得委由命令予以規定，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異，始符合法律保留原則。

而就本研究計畫所整理之「各機關管制規定」而言，由於憲法對政治中立義務無特別之明文規定[[442]](#footnote-442)，而法律層次在公務員相關法制亦乏明文，雖學者於介紹公務人員義務時多有提及[[443]](#footnote-443)，或有謂[[444]](#footnote-444)此一義務既屬公務員職務上義務，因此不待乎法律規範即已存在，否則即有違公務員乃全體國民之公僕的本意，惟終究屬於學理討論之應然面，在未法制化之前，尚難作為實務（各機關之公務人員）在實然面遵循之充分裡由。而其他法律規定，一來多是在民國88年、89年才制定[[445]](#footnote-445)、二來欠缺罰責規定，恐怕會落入「道德式法律」之評，而難收實效。

因此，法制未備的窘境，恐怕是各機關不得不以頒發「函令」的方式作為管制依據之理由[[446]](#footnote-446)。但礙於憲法第23條及釋字第443號理由書之明文，既然非法律又無法律明確授權[[447]](#footnote-447)（如「國軍現役軍人及軍事學校學生參與政治活動宣導注意事項」（以下簡稱國軍注意事項）之立法說明，僅言：『案內「宣導注意事項」，均以我國「國防法」、「刑法」、「公職人員選舉罷免法」、「人民團體法」等現行法律相關條文編輯而成，不涉及新增法律條文或規定，故未增加對現役軍人權利的限制…』，完全未提到授權依據），似應不符相對法律保留（較無問題的是「監察院注意事項」，蓋監察委員依憲法增修條文第7條5項須「超出黨派，…獨立行使職權」，因此負最高程度之政治中立義務，綜觀此一注意事項，限制未逾此範圍，而僅屬執行憲法增修條文及該自律規範之細節性、技術性事項；以及「教育部函令」及「人事行政局函令」，蓋其均以上班時間為限，且限制之事項明確，又無罰責規定，可說在重要性理論下，尚屬無重大影響，而教育部尚有人民團體法第50條之1「校園中立」之法律授權且函令未超越授權範圍，因此可謂僅屬行政程序法第159條之行政規則，而得合法存續之）。

惟依本研究計畫前述第二節、貳、二，雖然憲法對政治中立義務無特別之明文，但我們仍然可從對法治國原則之目的解釋，而將憲法價值加以具體化為「公務人員節制義務」及其中之「政治中立義務」，而求得政治中立義務之憲法基礎，因此，似應以此一憲法價值作基礎來從寬解釋，現行管制體系是否符合法律保留此一問題，而既然政治中立係由公務人員節制義務此一憲法價值所導引出，則應認為其係具有「憲法基礎」，故即使未有法律明文或法律授權依據，似乎尚不得據指現行各機關函釋均不符法律保留。不過值得檢討的是，由於法律層次之空白，造成各機關解釋或詮釋公務員節制義務之權限恐有過大之嫌疑，因此妥適的解決之道，仍以建立一套完整之政治活動限制法制為佳。

##### 漠視比例原則及平等原則之嫌

按依前述，比例原則主要內涵在要求（限制人民權利之）手段必須與（追求公益之）目的相當而合乎比例。而比例原則以下包括： 1.適合性：指所採用之手段須可達到所要追求之目的 2.必要性（又稱最小侵害原則）：若有多種手段均可達到目的而可供選擇時，應選擇侵害人民利益最小者 3.狹義比例性（又稱相當原則）：所使用手段對人民造成之侵害不得大於該目的所可獲致之利益。而憲法第7條之平等原則，依前述，係保障實質平等，而容許合理之差別待遇；亦即不同事件得依其特性而做不同處理。因此違反平等原則包括「不應區別而區別以及應區別而未加區別」。

就前者而言，雖然各機關函令之規範內容，原則或多或少均可達到「政治中立或政治活動限制之目的」（例如：不得於上班、上課或執勤時間，參與政黨或其他政治團體之活動；不得擔任任何公職人員候選人之助選員或助講員；不得擔任政黨、政治團體或公職候選人提供之職務；學校場所不得借作競選有關之活動…等）；但依必要性原則，仍須選擇侵害人民最小者為之，而例如國軍注意事項（七）：「現役軍人及軍事學校學生對於任何黨之公職人員罷免案，**不得擔任罷免案提議人。**」而言：按不論依憲法增修條文第2條第9項對正副總統之罷免或公職人員選舉罷免法之對一般公職人員之罷免，均有相當複雜以及十分高的層層門檻，而罷免案之提議不過表達其政治上意見（如對該候選人政策失敗不滿之政治上言論之表達），且此言論屬言論自由保障下之「高價值言論」，又擔任罷免案提議人也不至於對人民公共行政之信賴有太大損害，且就結果而言，恐怕是無足輕重；竟遽然不許之，恐難逃比例原則之合憲性檢驗，復因「應區別而未加區別」（如依參與政治活動造成之影響強弱而區分限制之寬嚴），而一律禁止，例如軍方對國軍宣導注意事項（三）之說明：「尤強調任何時間均不得著軍服參與」，未區分參與之活動類型，在未考量比例原則和平等原則下，似乎有限制過嚴[[448]](#footnote-448)的危險。

##### 管制規範不明確

如85年函頒之「檢察官守則」第6條規定：「檢察官不得…或從事足以影響司法尊嚴之事務或活動」，如何情形符合「**足以影響司法尊嚴**之事務或活動」，可說留給了主管機關相當大之解釋空間。法不明確之後果，難免造成打擊面過廣，造成公務人員自我設限之寒蟬效應，而亦有限制過嚴之危險。

##### 管制體系混亂且標準不一

按依本研究計畫之整理可知，各機關管制函令之發佈機關，有「院會」、「參謀本部」、「教育部」、「人事行政局」或「直轄市政府、縣市政府」，不但層級不同而且函令內容或寬或嚴，似乎但隨主事者心中尺，此雖有因應各不同機關特性需求而作規範之優點，卻欠缺了法規範最重要的「可預測性」，而使得政隨人轉，標準不一之後果將使公務人員無所適從。

又函令頒布之機關是否即為權限機關亦有疑問，例如此一國軍宣事項，其規範目的在「規範軍隊不得介入年底立委、縣市長選舉」，而在新國防法公佈[[449]](#footnote-449)後，依新國防法第6條規定：「總統統率全國陸海空軍，為三軍統帥，行使統帥權指揮軍隊，直接責成國防部部長，由部長命令參謀總長指揮執行之」，係改採軍政軍令一元化之指揮監督體系，即由總統－國防部長－參謀總長之一元化指揮體系組成。故就形式而言，有學者指出，本宣導注意事項，由參謀本部行文，透過其屬總政戰部發布命令，有違體制[[450]](#footnote-450)。國防法第35條規定「本法施行日期，由行政院於本法公布後三年內定之」新國防法修正部份雖然尚未實施，但由參謀本部來發佈注意事項，確實容易予人違反體制的觀感。

另就函令內容或寬或嚴而言，例如比較台北市之注意事項與宜蘭縣之注意事項（以下簡稱北市與宜縣注意事項）為例：

**1.規範對象**：前者尚包括一級機關主計、人事、警察及政風首長，市府及各機關依法任用、派用之有給專任公務人員，市立學院、學校之校長、教師及職員，軍訓室軍官及市立學院、高級中學之教官，依法令聘用或僱用之人員、技工、司機及工友（北市注意事項 一）。而後者則在依法任用派用之人員擴及至「各鄉鎮市代表會」、並包括「臨時僱用人員」、「肉品市場及工業策進會員工」，但未包括「軍官或教官」（宜縣注意事項2.）。  **2.限制事項**：兩者均禁止上班時間為輔選行為，但前者有得請事假或休假而後者無；前者明文應謝絕政黨之拜會活動（北市注意事項十二），後者則允許拜會只是以辦公室內為限（宜縣注意事項11.）；前者對不得為之宣揚或詆毀行為有較具體詳細之規範（北市注意事項 八vs宜縣注意事項3.、4.） **3.罰責**：前者明文於其注意事項 （十七），包括申誡、記過等，後者則未有明文  **4.不當連結之禁止**：前者明文於其注意事項（十五），包括「不公平對待或任何不利處分」，並於該注意事項（十六）明文除得依公務人員保障法第18條救濟外，尚得向市府申訴；後者則僅於該注意事項（9.），謂對長官之違反政治中立之要求「應拒絕之」，並無其他保障規定。

準此，可見標準不一之情形十分嚴重，整個呈現的是各伺其主之混亂現象。因此，正本清源之道，實在盡速建立一套完整之公務人員政治活動限制法制。

### 陸、可能之解決方法--類型化之解決模式

#### 一、限制的抽象基準

應遵守本研究計畫前述之憲法原則：限制之目的（合憲性基礎）在於公共利益之維護：而應遵守之憲法原則有：（1）法律保留原則（2）比例原則。

有學者[[451]](#footnote-451)提出以下5項限制基準：1.須與職務有關連2.依職務重要性不同而區分限制3.被限制行為須與限制目的有關連性4.最小手段原則5.限制所得利益須與限制所失利益保持均衡。

本研究計畫以為：1.須與職務有關連，似不應成為限制之基準。蓋此係公務人員參與政治活動時，係利用與職務有關之行政資源或只係利用其機會或公務人員之形象（如法官應公正…）之效果問題。而3.被限制行為須與限制目的有關連性，即係比例原則下之第1個「適合性原則」要處理之問題。4.最小手段原則，即係比例原則下之第2個「必要性原則」要處理之問題。5.限制所得利益須與限制所失利益保持均衡，則係比例原則下之第3個「狹義比例性」要處理之問題。至於2.依職務重要性不同而區分限制，正是本研究計畫以下欲「類型化」處理之努力方向。均可為本研究計畫前述所應遵循之憲法原則涵蓋之。因此本研究計畫僅以前述所應遵循之憲法原則作為限制之抽象基準。

#### 二、限制之政治活動態樣

理論上，限制公務人員參與政治活動的態樣，可以區分為以下幾個層次－

1、得否加入政黨或其他政治團體

2、得否登記成為公職人員選舉之候選人

3、得否參與與政黨無直接關聯之政治活動

包括在公共生活中對政治議題之參與，常表現於結社、參與集會、示威遊行或發表言論：例如在執行職務中佩帶反核標章、公開連署反對設置核飛彈[[452]](#footnote-452)。

4、得否擔任政黨或其他政治團體之職務、顧問或其他相當職位

5、得否參與政黨或其競選活動：其可能限制之政治活動類型包括－

不得於上班、執勤（或包括下班時間）從事政黨或其他政治活動。

不得行使輔選、助選或其他輔助之行為。

不得假借職務上之權力、機會或方法，從事配合某特定公職人員之選舉、罷免預作人事上之安排或調動人員，及動用行政資源或干涉各級選舉委員會之人事或業務。

不得主持集會，發起遊行及連署活動

不得在大眾傳播媒體具銜或具名刊登廣告。

不得邀集職務相關人員或其職務對象，表達指示。

不得在辦公場所印編製、散發、傳閱、張貼文書、圖畫或其他宣傳品。

不得在辦公場所穿戴或標示特定政黨、其他政治團體旗幟、徽章及類似服飾。

不得為政黨、其他政治團體或公職候選人要求、期約或收受金錢、物品或其他利益之捐助；亦不得阻止或妨礙他人為特定政黨或其他政治團體依法募款之活動。

#### 三、根據職位性質或職務特性之初步分類

考量指標包括：該公務人員行使之職權性質是否特須超然中立（如司法、準司法人員）；或職務本身先天上負有較高的社會責任（如保家衛國的軍人及為人師表之教育人員）；或因維持民主憲政之鞏固而須受相較一般人民較高之限制（如一般所謂之常任文官）；或雖為隨政黨起舞者，但為避免其位高權重利用行政一體之服從義務而作不當連結，而仍需作限制者（如政務人員）。

準此，概念上可分為以下幾種類型（依照受限制之程度－由強至弱，在個案審查時亦應循此光譜式順序，採用不同的由嚴漸鬆之審查基準）。

##### （一）獨立行使職權者

1.1 類型內容

（1）司法人員：包括

a、一般法官

司法之基本任務在於定紛止爭，維護公平正義。而為求裁判公正、以確保人權，前提必須司法獨立[[453]](#footnote-453)。「司法獨立」原則係指「審判獨立」（又稱實質或職務獨立[[454]](#footnote-454)），即憲法第80條所稱：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉[[455]](#footnote-455)」；而為求保障此一獨立之實現，則有「身分獨立」之制度，即憲法第81條所稱：「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產宣告，不得免職，非依法律不得停職、轉任或減俸。」此外，學理上尚有「集體獨立」、「內部獨立」[[456]](#footnote-456)。因此，公正、中立、超然，可說是法官之基本形象；政治，則往往使人聯想到權力遊戲、鬥爭等。由於擔心法官捲入政治鬥爭，而喪失其公正、中立、超然之立場，要求限制或禁止法官從事政治活動，這是不難理解的。[[457]](#footnote-457)

b、檢察官：

依大法官釋字第392號，以包括檢察官與否，而有廣義狹義司法人員之別。惟解釋文既謂：「刑事司法之裁判，係以實現國家刑罰權為目的之司法程序….亦即偵查、訴追、審判、刑之執行均屬刑事司法之過程，其間代表國家從事「偵查」「訴追」「執行」之檢察機關，其所行使之職權，目的既亦在達成刑事司法之任務，則在此一範圍內之國家作用，當應屬廣義司法之一。憲法第八條第一項所規定之「司法機關」，自非僅指同法第七十七條規定之司法機關而言，而係包括檢察機關在內之廣義司法機關」；因此雖依法院組織法第63條及64條，檢察官須服從檢察總長、檢察長之指揮監督權及職務介入權和移轉權，但法院組織法第61條亦明示：「檢察官對於法院，獨立行使職權」，且其與法官乃源於相同之考選和訓練，而得本於法律專業知識職司刑事追訴之工作。

準此，其本於專業而為之判斷除有違反法令情事，自亦應受有獨立行使職權之保障，而與一般行政官不同。

c、行政法院評事、公務員懲戒委員會委員：

依大法官釋字第162號：「行政法院評事、公務員懲戒委員會委員，就行政訴訟或公務員懲戒案件，分別依據法律，獨立行使審判或審議職權，不受任何干涉。依憲法第77條、80條規定，均應認係憲法上所稱之法官」。因此，其處理應同於一般法官；且在釋字第396號要求公務員懲戒委員會朝司法機關化方向改進後，更應為如此之解釋

（2）考試委員、監察委員、公平會委員等亦須獨立行使職權者：

除了一般司法人員之外，我國法制上尚有其他強調本於專業不受外力干擾，須獨立行使職權之人員，而具準司法性質者。

按憲法第88條規定：「考試委員須超出黨派以外，依據法律獨立行使職權」；監察院經歷次修憲後，亦從民意機關轉型成為「準司法機構」[[458]](#footnote-458)，因此憲法增修條文第7條第5項規定：「監察委員須超出黨派以外，依據法律獨立行使職權」；公平交易法28條亦明文規定：「公平交易委員會委員，依法律獨立行使職權..」，故其政治活動之界限亦應與司法人員相同處理。以下不特別另作說明。

1.2 比較法制之觀察與小結：

按司法人員行使司法權，基本上也是和國家立於公法上職務關係，於此與行政人員性質相近。但其主要之區別在於司法作用即法官職務內容，除了中立以外更必須嚴守司法獨立[[459]](#footnote-459)；蓋其所為裁判上之意思表示有確定、禁止紛爭再燃之效力故也。

向來相當有爭議的是，憲法第80條要求法官須「超出黨派」獨立審判，其意涵是否及於禁止法官加入政黨？惟加入政黨乃參政權最基本核心之政治意見表達之部份且亦屬基本之結社自由所保障，又只要不參與公開性競選性活動上尚不至於損及人民對司法之信賴。故本研究計畫以為，在比例原則考量下，應認為其得加入政黨或其他政治團體。但不得擔任政黨或其他政治團體之職務、顧問或其他相當職位，亦不得登記成為公職人員選舉之候選人。而為維護人民對司法審判公正之信賴，應認其不得參加政黨或其競選活動。因此，若欲參選或參加政黨或其競選活動，應先辭去該公職。

比較法制上如德國法官法第39條[[460]](#footnote-460)亦明文規定：「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[[461]](#footnote-461)，但亦被解釋為法官於政治活動時亦負有此等政治中立義務。[[462]](#footnote-462)

在爭議案例中，魏麗娟法官所為披法袍為夫站台之行為[[463]](#footnote-463)，雖然其於半年前已先「留職停薪」，惟「法官應超然中立之司法威信」之形象仍因此一行為而遭受減損，留職停薪既仍可能回復原工作崗位職司審判職務，應認此一站台已該當司院訂頒的「各級法院法官自律委員會實施要點」第五條第一項第七款規定：「法官為政黨、政治團體或個人作政治上之助選者」之規定，而應送交法官自律委員會評議為宜。而劉承武檢察官既於87年12月立法委員、台北市長、市議員選舉期間，擔任台北地檢署查察賄選執行小組成員，負有查察賄選之職責，而竟公開演講、為候選人站台，對「檢察官職司『國家』犯罪追訴」之形象，受損程度更是嚴重，其認為檢察官下班亦如一般民眾，應享有其憲法保障參與政治活動之權利，應認為不成立，蓋鑒於其行使之職權性質特需超然中立，應認不區分上下班，均受限制。

##### （二）武職公務員/武官/軍人[[464]](#footnote-464)

2.1 類型內容：

按軍人職司保護人民，防衛國家安全之保家衛國責任，因此其養成過程及服從上級義務之程度，均較文職公務員嚴格許多。因此憲法第138條特別規定「軍隊國家化原則」，謂：「全國陸海空軍，須超出個人、地域及黨派關係以外，效忠國家，愛護人民」。且由於其擁有武裝力量，憲法第139條又規定「軍人不干政原則」，謂：「任何黨派及個人不得以武裝力量為政爭之工具」。而新國防法第6條是以更明確規定：「中華民國陸海空軍，應超出個人、地域及黨派關係，依法保持政治中立。 現役軍人，不得為下列行為︰ 一、擔任政黨、政治團體或公職候選人提供之職務。二、迫使現役軍人加入政黨、政治團體或參與、協助政黨、政治團體或公職候選人舉辦之活動。三、於軍事機關內部建立組織以推展黨務、宣傳政見或其他政治性活動。 現役軍人違反前項規定者，由國防部依法處理之。」是以其雖不像司法人員有須獨立行使職權之職務特性，惟仍因其所負責任、擁有武力以及憲法基本國策和國防法之明文，而亦應受有較嚴格之限制。

2.2比較法制上之觀察與小結：

按軍人職司保護人民，防衛國家安全之保家衛國責任；基於軍人職務之特殊性，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」；
* 同法第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」；
* 同法第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」；
* 同法第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」

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)。惟如何區分軍人法第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。對此一問題，德國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」。
* 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[[465]](#footnote-465)。

而日本法則依據自衛隊法第六十一條[[466]](#footnote-466)之規定，不過此一法條規定，無論其形式或內容，完全與國家公務員法第一百零二條[[467]](#footnote-467)相同。[[468]](#footnote-468)

本研究計畫以為，在比例原則考量下，應認為其仍得加入政黨或其他政治團體。但不得擔任政黨或其他政治團體之職務、顧問或其他相當職位，亦不得登記成為公職人員選舉之候選人。而為維護人民對軍隊國家化之信賴，應認其亦不得參加政黨或其競選活動。因此，若欲參選或參加政黨或其競選活動，應先辭去該公職。而對於單純之言論或政治上意見表達則受憲法所保障，在此對其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？對此可先參考德國「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」。則政治活動與單純之言論之區別，顯然為重點所在。德國聯邦行政法院在前述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，其亦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。[[469]](#footnote-469)因此本研究計畫認為，判斷標準應在是否產生一定政治效果，否則如同袍間政治意見交談自仍應受憲法所保障。又對於其得否為與競選無直接關聯之政治活動，應認在不違反其職務形象之前提下得允許之。

##### （三）教育人員

3.1類型內容：

按教育人員職司對於人民傳道授業解惑之教化培育下一代及傳授知識之責任。由於工作性質上係「為人師表」，因此亦應受較高之道德標準約束。此亦係教育基本法6條：「教育應本中立原則。學校不得為特定政治團體或宗教信仰從事宣傳，主管 教育行政機關及學校亦不得強迫學校行政人員、教師及學生參加任何政治 團體或宗教活動[[470]](#footnote-470)。」之所由設。而人民團體法第50之1條：「政黨不得在大學、法院或軍隊設置黨團組織。」，將「大學、法院或軍隊」並列予以明文特別限制，相信亦係基於同一考量。

3.2 比較法制之觀察與小結：

就有關教師參與政治活動之案例，可先參考其他國家之處理－

* 「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。[[471]](#footnote-471)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。
* *Pickering v. Board of Education* (1968), 一位學校教師在寄了一封信給報社批評學校募款計畫方式後被解僱。 美國最高法院決定在此案中雇用之事實和此教師對媒體所做的公共溝通是無關的, 教師在此案必須被視為一般的市民. 因此他的言論自由是被侵犯了。法院採用了所謂的 "利益衡量測驗" 即著名的 "Pickering Balancing Test." 在決定限制言論自由法規有效性時, 必須在公務人員同時也是市民可自由發表其對政府意見(憲法第一修正案), 和國家為一雇主有積極經由其雇員促進政府有效率運作之利益, 二者中取得一平衡。此判例顯示，後者利益只在公務人員之言論妨礙或干擾了其特定服務公眾效率的情況下才能大於前者, 這時政府才能限制其雇員即公務人員之憲法第一修正案言論自由權[[472]](#footnote-472)。
* 又德國法上所謂的「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。[[473]](#footnote-473)惟教育人員則受有較大限制，例如Mannheim行政法院在關於**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。[[474]](#footnote-474)具有進一步行動之政治活動，如佩帶政治性徽章或張貼政治海報、散發傳單、刊登政治廣告，或甚至參與示威活動等等。跟上例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。[[475]](#footnote-475)而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。以前述教師佩帶反核標章之例說明，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。[[476]](#footnote-476)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[[477]](#footnote-477)，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：[[478]](#footnote-478)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。

而相關之日本法制為－

* 日本國、公立學校之校長及教師等，依教育公務員特例法第3條規定，固屬公務員之一種；惟依同條規定，則又細分國立學校校長、教師等，為國家公務員；其他公立學校校長、教師等，為地方公務員。又依教育公務員特例法第21條之4第1項之規定，原屬地方公務員之公立學校教育公務員，在參與政治活動的限制上，比照國立學校之教育公務員辦理，結果即與原屬國家公務員之國立學校教育公務員同，完全適用國家公務員法第102條及人事院規則14-7之規定[[479]](#footnote-479)，而不適用限制嚴格程度較低的地方公務員法。兩者唯一不同者只是：依前開教育公務員特例法第21條之4第2項規定，當原屬地方公務員之公立學校教育公務員違反上揭國家公務員法等規定時，並無國家公務員法第110條之刑事法律效果的適用；至於國立學校之教育公務員，則因本屬國家公務員，故仍有刑事責任的問題。[[480]](#footnote-480)日本學界認為：教育公務員之所以全體適用國家公務員法，或鑒於教育人員身負教育之責，並且其一言一行輒將影響受教育者，是為考慮其與其他公務員不同，而嚴其參與政治活動的界限[[481]](#footnote-481)。而教育基本法第八條第二項亦規定：「法律所規定之學校，不得為支持或反對特定政黨之政治教育或其他政治活動」、公職選舉法第一百三十七條規定：「學校教育法所規定之學校校長及教員，不得利用其對於學校之兒童、學生等之教育上之地位，從事選舉活動」，而其中後一條規定甚至附有刑罰之法律效果（公職選舉法第239條第1項第1款參照），均在在顯示日本法律對教育人員在政治活動上限制的嚴苛。昭和二十九年（1954），日本另以法律第157號公布「確保各義務教育學校教育之政治中立臨時措施法（義務教育諸学校における教育の政治的中立の確保に関する臨時措置法）」（參見同法第1條）。在此一迄今仍有效[[482]](#footnote-482)的法律中，先於第3條規定：「任何人不得基於利用教育，造成特定政黨及其他政治團體之政治勢力消長之目的，利用學校教育法所規定以學校職員為主要成員所構成之團體之組織或活動，教唆或煽動於各義務教育學校服勤之教育職員，對兒童或學生進行支持或反對特定政黨等之教育」，並且復於第四條同時科處違反者，一年以下懲役或三萬円以下罰金之刑。可知日本法制在限制教育人員政治活動的較為嚴苛性。[[483]](#footnote-483)

按教育人員職司對於人民傳道授業解惑之教化培育下一代及傳授知識之責任[[484]](#footnote-484)；以及人民團體法第50之1條：「政黨不得在大學、法院或軍隊設置黨團組織。」，將「大學、法院或軍隊」並列，基於上述理由，在合比例原則考量下，應認為其政治活動之界限為，其得加入政黨或其他政治團體，按此乃最基本之參政權與結社自由所保障。但不得擔任政黨或其他政治團體之職務、顧問或其他相當職位，亦不得登記成為公職人員選舉之候選人（除非辭職[[485]](#footnote-485)）。而在得參加政黨或其競選活動之範疇，則原則亦不許之；惟視個案可採取相較前二類型寬鬆之審查基準。

至於有關教師之教學自由之問題，教師在法無特別限制下，自然有選擇教材之自由，惟將個人之政治意見帶進其教學過程中，則違反教學之客觀性而應受限制。

##### （四）（文職）公務員/文官

4.1類型內容：

此處僅指常任文官，即係以具有任用資格，並敘有簡任、薦任、委任官等及職等者為限。過去，向以「權力」與「志願」兩項因素，將公務員、軍人排除法治國下人權一般保護之範疇外，認為屬於「特別權力關係」，而非法之關係。惟在特別權力關係日益轉變、破除[[486]](#footnote-486)之後，公務員、軍人原則仍與一般人民相同受有基本權利之保障，應無疑義[[487]](#footnote-487)[[488]](#footnote-488)。只是依本研究計畫前述，公務員由於係代表國家行使公權力，與國家間原則係成立「公法上職務關係[[489]](#footnote-489)」，因而在比例原則等人權限制上，容許採較為寬鬆之審查基準[[490]](#footnote-490)。因此，在執行職務時，係屬代表公益之一方，為維護全民對行政之公正信賴，雖公務人員依本研究計畫前述與一般人民相同受有基本權利之保障[[491]](#footnote-491)，惟既係代表國家行使公權力，自有相較於一般人民有更堅強的理由可限制其基本權利之行使。

4.2 比較法制之觀察與小結：

於此可先參考日本法制下對國家公務員又稱（普通職）職員（即常任文官）之處理[[492]](#footnote-492)：包括「職員不得因政黨或政治目的，要求或受領獻金及其他利益，或不論以任何方式，參與相關之行為，或為除選舉權之行使外，人事院規則所規定之政治行為。職員不得為人民公選之公職人員選舉中之候選人。職員不得擔任政黨及其他政治團體中之幹部、政治顧問及其他具有相同任務之成員。」[[493]](#footnote-493)

按常任文官係為維持憲政民主下行政之穩定與行政之公平而需受政治中立之規範，前已述及。惟就其職務性質而言，其限制應較前述之類型寬鬆，而應認為：其得加入政黨或其他政治團體；又考量我國國情、文化及美國法制之規定，似仍應認為得登記成為公職人員選舉之候選人，但應依規定請事假或休假，而不採十分嚴格之日本法制[[494]](#footnote-494)之規定[[495]](#footnote-495)；不得擔任政黨或其他政治團體之職務、顧問或其他相當職位，若擔任其職務者，不得違反限制公務人員兼職之有關法令；在得參加政黨或其競選活動之範疇，也較上述較寬鬆[[496]](#footnote-496)。

##### （五）政務人員

5.1類型內容：

（1）政務官/政治任命人員：

依大法官釋字第357號對其之定義為：「係指其職務性質，應隨執政黨更迭或政策變更而進退之人」。有學者[[497]](#footnote-497)則定義為：「參與國家大政方針決定並隨政黨選舉成敗而進退之人」，例如行政院各部部長、不兼部會首長之政務委員、各部政務次長等。其並認為政務官與事務官之分類係政黨政治下之產物，因此有固定任期或不隨政黨而進退之公務員，如監察院正副院長、考試院正副院長、考試委員均非學理上之政務官[[498]](#footnote-498)。

（2）民選首長：

按政務官依前述定義，係指「其職務性質，應隨執政黨更迭或政策變更而進退之人」，因此其特性是政治性任命、不受任期保障，隨時可能會因；為政策失敗或選舉因素而下台。因此民選首長如總統、北高兩市市長等，既受有任期四年之保障[[499]](#footnote-499)，自非屬學理上之政務官。惟彼等係經由競爭激烈之選戰洗禮過後，始能脫穎而出，其政治性格較之於前稱之政務官或政治性任命之人員，可謂有過之而無不及。

因此，其雖非學理上之政務官，但本研究計畫認為其政治活動界限，應同於政務官或政治性任命之人員相同處理之理由，並為避免與政務官或政治性任命之人員指稱混淆，兩者合以「政務人員」稱之。

5.2 小結：

按政務人員是隨執政黨更迭或政策變更而進退之政治性任命人員或經由競爭激烈之選戰洗禮過後，始能脫穎而出之人，其與政黨之關係十分密切，自是不在話下。準此，當然不可能要求其遠離政治活動而做到政治中立（如：其得加入政黨或其他政治團體；得登記成為公職人員選舉之候選人，但應依規定請事假或休假、可以輔選[[500]](#footnote-500)但應於下班時間…等）。但為避免其位高權重，利用行政一體之服從義務而作不當連結，仍須為相關限制：包括不可挪用行政資源從事與其個人或所屬政黨相關之政治活動、不可運用職權迫使或利誘部署在上班或下班時間為其個人或所屬政黨從事政治活動[[501]](#footnote-501)等。

#### 四、小結：各類型之政治活動界限－嚴格、一般、寬鬆之類型化處理之嘗試

依本研究計畫前述，根據職務特性不同以及在平等原則、比例原則考量下之分別類型化處理之必要，並參考美國在新法法制下將聯邦行政公務人員中區分為三類[[502]](#footnote-502)之模式: (a) 一般聯邦公務人員－可以積極參與有黨派性政治管理活動和助選活動; (b)特定受較嚴格限制的聯邦公務人員－凡聯邦機關之獨立性.超黨派性為其行使職權職務之必要條件時, 且涉及執行法律或有關全國性國防安全重大議題時, 國會立法對其機關成員參與政治活動則有較嚴格的限制; 及(c)受較寬鬆限制的聯邦公務人員.。本研究計畫將我國公務人員區分為以下**嚴格、一般、寬鬆三**類型處理：

（a）受嚴格限制之公務人員：包括因職務形象特須中立之法官、檢察官等司法人員及須獨立行使職權之監委 、考委、 公平會委員以及軍人、教育人員和其他因職務特性須受較嚴格限制之機關或單位[[503]](#footnote-503)，如中央選舉委員會、公務人員保障暨培訓委員會[[504]](#footnote-504)、調查局、以及前述之軍隊、學校、法院等[[505]](#footnote-505)

（b）受一般限制之公務人員：經依法考試任用之常任文官、公營事業人員、各機關聘用人員、雇員等。

（c）受寬鬆限制之公務人員：包括政務人員下之政務官、民選首長..及其他須經選戰洗禮或與選舉勝負密切相關而非經考試取得任用資格者等

##### （一）所有類型均不得違反之共通限制事項

1、不當連結之及瀆職之禁止

- 不得利用職權，使他人加入或不加入政黨或其他政治團體，或強行要求所屬公務人員於下班時間參加政治活動。

- 不可運用職權或影響力干涉選舉之結果.：包括對於公職人員之選舉、罷免，不得利用職權要求他人不行使投票權或為一定之行使；假借職務上之權力、機會或方法干涉各級選舉委員會之人事或業務。

- 長官不得要求下屬從事依本法禁止之行為。且不得因公務人員拒絕該要求，對其依法享有之權益及身分保障，給予不公平對待或任何不利處分。

- 不可要求或勸阻和行政機關有商業往來的人從事特定政治活動。

- 不得為政黨、其他政治團體或公職候選人對他人或下屬要求、脅迫、期約或收受金錢（政治獻金）、物品或其他利益之捐助

2、挪用行政資源之禁止

- 不得假借職務上之權力、機會或方法，配合某特定公職人員之選舉、罷免預作人事上之安排或調動人員。

- 不得提供人員、公務車輛、油料、文具及其他器材設備等**行政資源**予任

何政黨、政治團體或公職候選人。

- 政府各級機關、學校適於集會、演說之場所，應公平開放於任何政黨、

政治團體及公職候選人依法申請利用；不得利用職權僅提供特定之個人或團體使用。

##### （二） 所有類型均可從事之共通容許之政治活動

* 均得加入政黨或其他政治團體
* 在時間場所方式綜合考量不影響該職務形象下，為政治上意見或言論之表達（通常為非公開場合）。
* 投票。

- （私下）捐款給政黨或其他政治組織。

* 對公職候選人之參選或罷免之連署。
* 參加非政黨性之公共政策議題之造勢或宣傳活動（如核四）或表達意見。

##### （三） 各類型人員參與政治活動之個別界限

（a）受嚴格限制之公務人員：

包括因職務形象特須中立之法官、檢察官等司法人員及須獨立行使職權之監委 、考委、 公平會委員以及軍人、教育人員和其他因職務特性須受較嚴格限制之機關或單位[[506]](#footnote-506)，如中央選舉委員會、公務人員保障暨培訓委員會[[507]](#footnote-507)、調查局、以及前述之軍隊、警局、學校、法院等。以下均包括上班及下班時間，且在個案審查上應採較嚴格之審查基準：

- 不得在加入政黨中擔任職務。

- 不得登記為公職候選人（欲參選者，應先辭職.）。

 - 不得印製、散發、張貼文書、圖書或其他競選宣傳品。

 - 不得於公開場合穿戴或標示特定政黨、其他政治團體旗幟、徽章及類似服飾。

- 不得主持競選集會，發起遊行、連署活動。

- 不得組織或管理政治性集會或聚會。

- 不得發表助選演說或為其他助選活動。

 - 不得在大眾傳播媒體具銜或具名廣告。

- 軍事、法院、安全機關不得提供為政治性集會、演講之場所。

 - 政府各級機關、學校、軍事機關營地不得在辦公廳舍、場地，為表示支持或反對立場，懸掛、揭示、張貼特定政黨、其他政治團體或公職候選人旗幟、徽章、肖像及類似之標識。

 - 軍人不得著軍服於任何時間參加政治活動。

- 教育人員不得利用教育場所或教學機會，為支持或反對特定政黨、政治團體或公職候選人宣揚。

- 不得從事其他未規定之輔選、助選或其他輔助之行為[[508]](#footnote-508)

（b）受一般限制之公務人員：

包括經依法考試任用之常任文官、公營事業人員[[509]](#footnote-509)、各機關聘用人員、雇員等

* 得登記為公職候選人，但應依規定請事假或休假。其為政黨提名之候選人者，自其政黨公佈推薦提名名單之日起，其為非政黨提名之候選人者，則自有事實足任其從事競選活動之日起，至投票日止，依規定請事假或休假。
* 不得擔任政黨或其他政治團體職務、顧問或其他相當職位；並不得違反限制公務員兼職之相關法令規定。
* 不得為支持或反對特定之政黨、其他政治團體或公職候選人，在辦公場所印製、散發、張貼文書、圖書或其他宣傳品。
* 不得為支持或反對特定之政黨、其他政治團體或公職候選人，在辦公場所或上班執勤時間，穿戴或標示特定政黨、其他政治團體旗幟、徽章及類似服飾
* 不得在上班或執勤時間、穿公家機關制服時或使用公家機關交通工具時從事其他競選活動。
* 不得在辦公室或場所從事其他競選活動。
* 得出席政治募款集會並得捐助金錢、物品或其他利益於政黨或其他政治組織
* 不得從事其他未規定之輔選、助選或其他輔助之行為。

（c）受寬鬆限制之公務人員：

包括政務人員下之政務官、民選首長..及其他須經選戰洗禮或與選舉勝負密切相關而非經考試取得任用資格者等

* 得登記為公職候選人，但應依規定請事假或休假。其為政黨提名之候選人者，自其政黨公佈推薦提名名單之日起，其為非政黨提名之候選人者，則自有事實足任其從事競選活動之日起，至投票日止，依規定請事假或休假。
* 得擔任政黨或其他政治團體職務、顧問或其他相當職位。
* 不得在辦公場所或上班執勤時間，為支持或反對特定之政黨、其他政治團體或公職候選人，穿戴或標示特定政黨、其他政治團體旗幟、徽章及類似服飾。
* 不得在上班或執勤時間、在辦公場所、穿公家機關制服時或使用公家機關交通工具時從事競選活動.（如印製、散發、張貼文書、圖書或其他宣傳品）。
* 得出席政治募款集會並得捐助金錢、物品或其他利益於政黨或其他政治組織。
* 得於下班時間主持競選集會，發起遊行、連署活動；組織或管理政治性集會或聚會；發表助選演說或為其他助選活動。
* 得在大眾傳播媒體具銜或具名廣告。
* 得從事其他未規定之輔選、助選或其他輔助之行為。

### 柒、公務人員之保障－救濟途徑之充實

學者有謂，完整之文官中立法制設計必須包括：政治活動規範、行政程序法制化、行政倫理行為規範和文官保障，並認為文官保障是文官中立之基石，當一切法制要求文官要能不因黨派、團體、個人而不中立時，文官果真如此行事，自然不能受到其長官不利或不當處分，否則前述3項法制工作無異成為具文[[510]](#footnote-510)。

按公務員依本研究計畫前述對長官負有服從義務。又依行政院人事行政局所為之【公務人員行政中立規範之研究】報告中，受訪者對於「如果不理會上級長官壓力，可能帶來之不利結果？」之問題，39.9﹪認為是「考績不公」、26.9﹪認為是「升遷無望」。[[511]](#footnote-511)另外於公務人員保障暨培訓委員會受理之案例中，亦發現部分民選機關首長當選後，不僅將具政務官身分之主管人員全部汰換，且在短時間內，亦將部分不具政務官身分之一般主管人員隨意調動，甚有其他非屬主管人員，亦遭不當調動。此外，亦有隸屬不同政黨的公務人員，因所謂「政治恩怨」，或參與或不參與某政治活動而受不當處分的案例。[[512]](#footnote-512)

由此可見，公務人員保障及救濟途徑充實之重要性。所幸，最容易在行政一體下受考績影響（也因此十分需要建立其保障）的常任文官之公務人員之保障，已於民國85年法制化，定有「公務人員保障法」[[513]](#footnote-513)：該法開宗明義即宣示其立法目的在保障公務人員之權益。並在第9條至第17條中，具體規定了公務員權益之實體保障事項。此外該法之另一項重大意義，在於以保訓會不僅作為再復審、也是再申訴之受理機關，使申訴之標的跳脫機關自我審查之侷限，由一依據法律獨立行使職權之準司法機關審查，實為進步之立法。而該法最重要意義則在公務人員權益之程序性保障的建立[[514]](#footnote-514)；並在同年1月26日公佈施行之公務人員保障暨培訓委員會組織法，於考試院下設置「公務人員保障暨培訓委員會（本研究計畫以下簡稱保訓會）」，掌理相關之公務人員保障事項。且保訓會委員於審議、決定有關公務人員權益保障事件（即再復審及再申訴案件）時，應超出黨派，依據法律獨立行使職權[[515]](#footnote-515)。

#### 一、現行相關人事法制之保障規定[[516]](#footnote-516)

（一）公務人員任用法[[517]](#footnote-517)：

公務人員任用法第18條：「…經依法任用人員，除自願者外，不得調任低一官等之職務；在同官等內調任低職等職務者，仍以原職等任用；其在同官等內調任高職等職務而未具任用資格者，得予權理」。

（二）公務人員考績法[[518]](#footnote-518)：

公務人員考績法第6條：「除本法另有規定者外，受考人在考績年度內，非有左列情形之一者，不得考列丁等：一、挑撥離間或誣控濫告，情節重大，經疏導無效，有確實證據者。二、不聽指揮，破壞紀律，情節重大，經疏導無效，有確實證據者。三、怠忽職守，稽延公務，造成重大不良後果，有確實證據者。四、品行不端，或違 反有關法令禁止事項，嚴重損害公務人員聲譽，有確實證據者。」

公務人員考績法第7條：「年終考績獎懲依左列規定：….三、丙等︰留原俸級。四、丁等︰免職。」

公務人員考績法第12條：「…平時考核獎懲得互相抵銷，無獎懲抵銷而累積達二大過者，年終考績應列丁等。一次記二大過者，免職。….專案考績不得與平時考核功過相抵銷。非有左列情形之一[[519]](#footnote-519)者，不得為一次記二大過處分：..」。

公務人員考績法第14條：「考績委員會對於考績案件，認為有疑義時，得調閱有關考核紀錄及案卷，並得向有關人員查詢。考績委員會對於擬予考績列丁等及一次記二大過人員，處分前應給予當事人陳述及申辯之機會。」

公務人員考績法施行細則[[520]](#footnote-520)第19條：「本法第14條第3項所稱陳述及申辯，機關應以書面通知當事人以書面或言詞為之，並列入考績委員會議紀錄。」

（三）公務人員俸給法：

公務人員俸給法第6 條 ：「經銓敘部銓敘審定之等級，非依公務員懲戒法及其他法律之規定，不得降敘」。

公務人員俸給法施行細則**[[521]](#footnote-521)**第12條：「公務人員俸級經銓敘部銓敘審定後，如有異議，得於接到通知次日起三個月內敘明事實及理由，並檢附有關證件，依送審程序申請重行審定。申請重行審定以一次為限。但自重行審定之日起一年內，如發現送審或重行審定時未經提出之新證明者，得檢證再申請重行審定。」

（四）公務員懲戒法  ：

公務員懲戒法第1條：「公務員非依本法不受懲戒。但法律另有規定者，從其規定。」

（五）公務人員保障法：

公務人員保障法第4條：「公務人員權益之保障，依本法所定復審、再復審、申訴、再申訴之程序行之。」

公務人員保障法5條：「公務人員提起再復審及再申訴案件，於審理期間，如有查證之必要，公務人員保障暨培訓委員會得經決議派員前往調閱相關文件及訪談有關人員；受調閱機關或受訪談人員應予必要之協助；受指人員應將查證結果向公務人員保障暨培訓委員會提出報告。」

公務人員保障法7條：「公務人員之身分應予保障，非依法律不得剝奪。基於身分之請求權，其保障亦同。」

公務人員保障法第15條：「公務人員經銓敘審定之官職等應予保障，非依法律不得變更。」

公務人員保障法第16條：「公務人員經銓敘審定之俸級應予保障，非依法律不得降級或減俸」。

#### 二、現行實務運作現況

（一）保訓會-復審再復審及申訴再申訴：

公務人員權益遭受違法或不當之侵害時，依案件性質之不同，可區分為a、復審再復審以及b、申訴再申訴兩種救濟途徑。對於前者，依公務人員保障法第18條[[522]](#footnote-522)，係以受有「行政處分」為前提，公務人員應先向原處分或上級機關，如仍不服，則可向保訓會提起再復審；再有不服，尚得在提起行政訴訟。而後者，依同法第23條[[523]](#footnote-523)，則係以「工作條件及管理」為救濟對象，公務人員應先向服務機關提出申訴，如仍不服，則可向保訓會提起再申訴，惟此時即屬終局決定，不得再提起行政訴訟。

就實務運作最大問題，無疑為當具體爭議發生時，何時僅屬「工作條件及管理」何時又可該當「行政處分」：

1、就復審再復審標的言：

依民國86年6月24日保訓會所召開之「公務人員保障法制研討會」之會議結論，係採乙案：意即認為「..須足以改變公務員身分關係，或於公務員權利有重大影響之懲戒處分，或基於公務員身分所產生之公法上財產請求權，始為復審之標的；至於未改變公務員身分之記過處分、考績評定或上級機關所發之職務命令，均仍非復審之標的」。其主要理由為：「茲為避免申訴制度幾無適用之餘地，實有必要就復審範圍加以限縮，況如非屬復審之範圍，仍可依公務人員保障法提起申訴再申訴」。[[524]](#footnote-524)

2、就申訴再申訴標的言：

學者吳庚認為係指：「..在解釋上係指行政處分以外對機關內部生效之表意行為或事實行為，包括職務命令、內部措施及紀律守則等..」[[525]](#footnote-525)。

而依保訓會對其所受理之再申訴案件所為之「再申訴原因」統計[[526]](#footnote-526)：包括有「因職務調整、差勤管理、記一大過懲處、記過懲處、申誡懲處、考績考列乙等、考績考列丙等…」等而「認為服務機關管理不當，希撤銷或重新評定考績等次」。[[527]](#footnote-527)

則依現行公務人員保障制度之實務運作，公務人員長官若令其從事違反 「中立性原則」之行為─－此為長官之「職務命令」，屬於公務人員保障法第

23條規定之「管理措施」，該公務人員依法得提出申訴、再申訴以資救濟。

惟申訴係向作成該管理措施之該服務機關提出，則無異是要該公務人員向下達該項「職務命令」之長官提出申訴，需要相當大的勇氣與決心。因此有學者謂有必要早日建立公務人員協會制度，並規定此類案件須由公務人員協會代表輔助其申訴、再申訴救濟進行程序，使公務人員能藉團體的力量貫徹國家保障公務人員權益之良法美意。[[528]](#footnote-528)

此外，考試院並已向立法院提出「公務人員保障法修正草案」，「公務人員保障法」現行條文共計35條條文，修正草案共計104條條文，大幅增加公務人員實體上與程序上之保障權益；同時草案第6條規定：「各機關不得因公務人員依本法提起救濟而予不利之行政處分、不合理之管理措施或有關工作條件之處置。」，又草案第17條規定：「公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令違法，應負報告之義務；該管長官如認其命令並未違法，而以書面下達時，公務人員即應服從；其因此所生之責任，由該長官負之。但其命令有違反刑事法律者，公務人員無服從義務。前項情形，該管長官非以書面下達命令者，公務人員得請求其以書面為之，該管長官拒絕時，視為撤回其命令。」，這兩條條文相對於以往長官多以口頭要求或以他法示意所屬公務人員從事違反「中立性原則」之行為，公務人員不服，欲提出救濟時往往無具體證據；或公務人員拒絕時，長官予以「秋後算帳」等；應能發揮實質功能，使公務人員保障體系益趨健全[[529]](#footnote-529)。

（二）公務員懲戒委員會：

按憲法第77條明文司法院掌理公務員懲戒事項，現行制度即由司法院公務員懲戒委員會（下稱公懲會），職司對公務員違反行政上義務之行為之懲戒。

又依大法官釋字第483號解釋文謂：「…公務人員依法銓敘取得之官等俸級，非經公務員懲戒機關依法定程序之審議決定，不得降級或減俸，此乃憲法上服公職權利所受之制度性保障，亦為公務員懲戒法第一條、公務人員保障法第十六條及公務人員俸給法第十六條之所由設。」，其原因為，依公務員懲戒法第2條：「公務員有左列各款情事之一者，應受懲戒：1.違法。2.廢弛職務或其他失職行為。[[530]](#footnote-530)」；以及大法官釋字第396號解釋，訓示公懲會應採法院體制，且懲戒案件之審議，應本正當法律程序之原則。因此懲戒制度此一制度性保障，亦同時構成公務人員保障法制之一環。

（三）行政法院：

按依本研究計畫前述，再復審之後若受處分人仍不服，尚可提起行政訴訟[[531]](#footnote-531)。依現行行政訴訟法已採多元化[[532]](#footnote-532)之訴訟類型。若公務員係欲撤銷該行政處分，則可提起同法第4條之撤銷之訴；若係欲請求公法上金錢給付或請求處分以外之其他非財產上給付，則可提起同法第8條之給付訴訟。

#### 三、小結

按國外如何實踐文官中立，首重即是「文官身分及地位之保障[[533]](#footnote-533)」，在避免如本研究計畫前述之第二節、肆：參與政治活動的爭議案例之6、文官不能配合－全面整頓互動不良事務官之情事或類此威脅情形再度發生，以致於動搖整個公務人員政治活動限制法制化之努力，相關公務人員之保障誠然是公務人員政治活動限制法制下，具關鍵性之一環。

依上述，長官若令其從事違反「中立性原則」之行為─此為長官之「職務命令」，僅屬於公務人員保障法第23條規定之「管理措施」，該公務人員只得依法提出申訴、再申訴。實際發生案例如：

1. 因記大過事件提出再申訴案[[534]](#footnote-534)：

其事實略為「…再申訴人係嘉義縣議會雇員，….該會並另以其違反行政中立、散播不實言論、破壞機關形象為由，於八十八年六月十六日予以再申訴人記大過一次懲處」。

2、因考績丙等事件提出再申訴案[[535]](#footnote-535)：

其事實略為：「..現任台南縣麻豆鎮公所兵役課課員，因不服該所八十八年三

月四日八八所人字第二五五三號考績通知書核布其八十七年年終考績考列丙等之結果，提出申訴，嗣不服申訴函復，向保訓會提出再申訴。再申訴人認為其因各項選舉之投票意識行為與長官不同，致鎮長懷恨在心，打壓本人及挾怨報復，導致考績造成嚴重錯誤，竟遭受此不公之考評，實難令人信服..」。 再申訴決定書最後認為「…保訓會依公務人員考績法及其施行等相關規定，充分考量考績制度之精神及考績程序之規定，所為考績丙等撤銷之決定，經核其認事用法，尚稱妥適」，而維持原考績。

3、因曠職、申誡、記過及考績丙等事件提出再申訴案[[536]](#footnote-536)：

其事實略為：「..現職為雲林縣大埤鄉公所村幹事，因不服…向本會提出再申訴。 再申訴人認本屆大埤鄉鄉長改選，大埤鄉有現任易鄉長及林○○二人競選，再申訴人基於親戚關係，於夜間時段幫忙林○○，不幸落選。 當選連任的易鄉長即於八十七年三月二日將再申訴人由吉田村村幹事調北和村並兼辦下崙公墓管理。 復於八十七年六月十五日又調再申訴人專辦下崙公墓管理，指定到公墓管理所上班。同年二月四日下午，易鄉長親自到吉田村辦公室查勤，發現再申訴人不在辦公處，未查明就緒，即回鄉公所，並命令人事單位將再申訴人蓋曠職四小時登記，經再申訴人簽呈報告說明當時是在何村長家談公事，並有何村長作證，均無效..。其認為其八十七年年終考績丙等和曠職、申誡及八十八年曠職一小時又記過，完全是鄉長挾選舉仇恨，擅用鄉長職權對再申訴人非法、非理性，強行處罰…建議撤銷之…」。 再申訴決定書最後決定為：「經保訓會審理後，將曠職、申誡及記過部分駁回；將考績丙等部分撤銷。」

因此，在現行保訓會實務運作十分限縮復審之標的（未改變公務員身分之記過處分、考績評定或上級機關所發之職務命令，均仍非復審之標的。）之下，本研究計畫以為，在「申訴再申訴」管道之救濟效果遠低於「復審再復審」[[537]](#footnote-537)，且已屬終局決定而言，若要維持現制，則應朝向「擴大復審標的」之解釋途徑[[538]](#footnote-538)，以更周全公務員之保障為宜。否則，誠如學者所言，申訴係向作成該管理措施之該服務機關提出，則無異是要該公務人員向下達該項「職務命令」之長官提出申訴，需要相當大的勇氣與決心。且其既屬終局決定，則尚會連帶影響行政訴訟之可否提起，影響不可謂不大[[539]](#footnote-539)。而相關配套如公務人員任用法第18條之修正，詳本章後述第三節肆部分。

## 第三節、結論－

## 現有公務人員行政（政治）中立法草案檢討與立法建議

### 壹、爭點分析與本研究計畫所提對案之立法說明

#### 一、立法目的與法案名稱

按依本研究計畫前述第一節、貳、（二）行政中立法或政治中立法之討論，本法既係以規範公務人員參與政治活動之界限為中心，為求概念指涉明確，復參酌各國法制相關規定，應認為正名為「公務人員政治活動限制法」之名稱最為適宜。並為確立其基本法地位，故明文「本法未規定者，（方）適用其他有關法令之規定」。

####

#### 二、適用對象

按考試院版（以下簡稱考版）與劉光華版（以下簡稱劉版），主要均僅以文官為規範對象，只於草案最後（各該版第17條）將公營事業對經營政策負有主要決策責任人員人員、公立各級學校校長及社會教育機構專業人員及聘僱用人員予以準用（考試院修正版並加上，憲法或法律明文規定需超出黨派獨立行使職權人員，姑且不論此類人員在限制層次上程度不同卻併予以準用之問題），其最主要理由為：政務人員、軍職人員、教師等因其職務性質及對行政中立要求之標準均有不同，故主張應分別立法如制定政務人員法[[540]](#footnote-540)或於國防法教師法來加以規範[[541]](#footnote-541)。

惟分別立法就建立整個廣義之公務人員體系之政治活動限制規範難免有點掛一漏萬之不足之處，且既欲建立完整之公務人員政治活動限制法制，則上述其他人員亦屬依法令執行公務之人員而無不遵守之理由，只是立法技術面如何有順序不混亂來加以規定此一難題之克服。因此本研究計畫認為在克服上述立法技術難題之前提下，並鑒於本法為公務人員政治活動限制規範之基本法性質（係在建立公務人員政治活動限制之基本秩序及最低界限），仍以均予納入為宜[[542]](#footnote-542)。惟並不排斥特殊人員更為嚴格之立法。又黃爾旋版（以下簡稱黃版），雖將其加以擴張，但其第一項第一款第一目將司法人員等與政務官同列，第二項又出現政務官，第三項其他人員又包括常任文官、軍人[[543]](#footnote-543)、教師..，規範上顯得混亂，並且將不同要求程度人員並列，令人有些目不暇給。

準此，本研究計畫提出三分式類型化處理之對案，並在層次上採漸層規範，且將同一程度人員列於同一項中，區分為1、第一類：受嚴格限制人員（第一項）。2、第二類：受一般限制人員（第二項）。3、第三類：受寬鬆限制人員（第三項）。並保留特殊人員（如軍人）另立更嚴格法律之空間。

又須特予說明者，教育人員依其所擔負之教育任務、教育對象不同（主要指各該年齡層之獨立思考能力、不受影響程度等）並搭配大法官釋字第380、450號對大學自治之相關闡釋，區分中小學以下教師歸類為第一類人員；大學教授則沿現行實務採聘任之制度下，而歸屬於第二類人員下之準用人員，在比例原則考量下採不同之限制標準（然均須遵守三類人員共通限制事項，如均不得利用上課時間作政治宣傳等，自不待言）。

又本法既為基本法性質，解釋上特殊人員之額外嚴格立法應僅以法律為限較為適當。爰將黃版之「其他法令」修改為以「其他法律」為限。

#### 三、政治中立之再宣示

按考版第3條、第4條及劉版第3條均係指稱「依法行政」，此於行政程序法第4條已有明文，且各該人員之職務執行法令亦多有更詳盡規範，故於本法應認無重複之必要。故本研究計畫認為僅須對政治活動限制部分（考版第5條、劉版第4條），納入再與宣示，並呼應立法目的即可。

#### 四、得否加入政黨與擔任政黨職務

鑒於應超然獨立行使職權者如法官，其得否自由加入政黨仍有爭論，惟本研究計畫前已述及，此乃最基本之結社自由及政治上意見表達，在比例原則下，應受憲法保障，因此仍以明文規定其得加入政黨，以杜爭議。

另就得否擔任政黨職務言，鑒於實務常以「顧問」之名，規避法律而行「脫法行為」之實，為避免規範漏洞出現，比較三份版本仍以「職務、顧問或其他相當職位」相較於只規定「職務」為佳。

另分別對三種類型依比例原則作不同程度之限制：明定**除第三類之政務人員得擔任政黨或其他政治團體職務、顧問或其他相當職位**外；**第二條第一項及第二項（即第一類第二類）人員均不得擔任政黨或其他政治團體職務、顧問或其他相當職位、並不得違反限制公務員兼職之相關法令規定**。雖銓敘部認為常任文官（第二類）完全限制其兼任黨職，有剝奪其基本權利之虞[[544]](#footnote-544)，惟依本研究計畫前述，在憲政民主之鞏固要求下，為維持行政之持續及穩定及行政之公正及公平而延伸之公務人員政治中立之節制義務之考量下，身兼黨職勢必危及人民對行政客觀、中立之信賴；蓋文官系統是推動政務之主要力量，一方面其運作之優劣直接關係到行政機關之威信及行政效能，另方面文官系統地位是否穩定、立場是否中立，亦將影響政治秩序及政府之穩定性。[[545]](#footnote-545)因此，仍應認為除政務人員外，均不得兼任黨職且不得違反兼職之規定（如支薪等）為宜。

#### 五、濫用職權之禁止

參酌三套版本，本研究計畫提出提出更完整之規定，並將假借職務上權力、機會、方法，與一般所謂之圖利罪、妨害投票罪（因亦與濫用職權有關），緊連規定；並將要求、期約、收受行使之對象、範圍，擴及至「對自己或第三人（如下屬）」，以求周全。

#### 六、挪用行政資源之禁止與機關學校之利用

為避免行政資源遭到挪用，致影響選舉之公平，爰明定：本法所規範之所有人員均不得提供人員、公務車輛、油料、文具及其他器材設備等行政資源予任何政黨、政治團體或公職候選人。並參酌三套版本，關於對機關學校之利用，於第一項明文：應公平開放於任何政黨、政治團體及公職候選人依法申請利用且不得僅提供特定之個人或團體使用。並於但書明文：軍事、法院、警察、安全機關不得提供為政治性集會、演講之場所，且於第二項參酌黃版規定：政府各級機關、學校、軍事機關營地不得在辦公廳舍、場地，懸掛、揭示、張貼特定政黨、其他政治團體或公職候選人旗幟、徽章、肖像及類似之標識之禁止規定。

#### 七、上下班時間

鑒於第一類人員須受較嚴格限制類型之特性，除參酌各版本規定：**本法規範之所有人員均不得於上班或勤務時間[[546]](#footnote-546)從事與競選相關之政黨或其他政治活動**外（其主要理由為：公務人員上班之法定時間，應「公時公用」，即法定之公家時間應從事於公務用途，不能公時私用[[547]](#footnote-547)）；特於第二項增訂：第二條**第一項人員並且不得於下班或非執勤時間從事與競選相關之政黨或其他政治活動**。蓋依本研究計畫前述，如法官、檢察官、軍人等人員，即使在下班或非執勤時間參與政黨活動，仍將對其超然中立之職務形象有所損傷之緣故。並且為避免限制過度，爰將規範客體限縮至「與競選相關者」為限。[[548]](#footnote-548)

#### 八、參選限制

鑒於三種類型人員之限制程度各別，故特予分別明文為：**須辭職始得參選**之類型（第二條第一項人員未經辭職、不得登記為公職人員選舉之候選人。違反者，自登記參選日起，視為辭職。）及**不須辭職但須請假[[549]](#footnote-549)參選**之類型，惟對請假期間之起算點：則有不同意見

1. **經選務機關公告為法定候選人起**：

理由－既是強制請假，故認為應請假時間越短越好。如果有參選人認為一旦決定要參選，就會有許多事情需要處理，因此有請假之必要，那麼他自然可以請假，但這算得請假的情況[[550]](#footnote-550)；且認為「自候選人名單公告日起，至投票日止」之法律用語方屬嚴謹，因為此時才確定候選人之參選資格[[551]](#footnote-551)。

1. **登記為公職人員選舉之候選人起**：

理由－以省長選舉為例，自登記至投票日止，請假時間約為二七天，時間不長也不短。若由政黨提名或自行宣佈參選之日起算，則過長，尤其自行宣佈參選之意義下，更包括政黨未開始提名作業前即自行宣佈要參加初選，角逐政黨提名者。而經選務機關公告為法定候選人後才請假，則又過短，達不到設計本規定之目的[[552]](#footnote-552)。

1. **政黨提名或自行宣佈參選之日起**：

理由－認為前兩種應請假時間都太短，而候選人往往在政黨正式提名時起，就已經真正進入選舉活動之中[[553]](#footnote-553)；尤其那些有官職在身之人，往往於正式參選前一年，即已獲得政黨提名，所以其常常假借出差、公差名義為由，遊走四處為己輔選造勢..[[554]](#footnote-554)

本研究計畫認為，經參酌各版本，為避免採「登記為候選人」之過於「形式」主義化（按第（1）說：經選務機關公告後之見解更不可採，蓋離投票日太近，已失去本法規定「須請假參選」之規範意義。）；且鑒於實務上許多參選人的確在被政黨提名或自行宣佈參選時起，即開始輔選造勢，而應算入已開始為實質意義下之競選活動，爰採黃版之「實質」認定標準，亦即自其實際為競選活動時起即須請假。並區分政黨提名與否分別計算，以求周延（第二條第二及第三項人員，經依規定請事假或休假，得登記為公職人員選舉之候選人。其為政黨提名者，應自其政黨公佈推薦提名名單之日起；其為非政黨提名者，應自有事實足認其從事競選活動之日起，至投票日止，依規定請事假或休假。）；並為避免實質標準舉證不易之困難，爰於該條第三項增訂「第二項之事實無法證明者，其標準依登記為公職人員選舉之候選人之日起定之」。

#### 九、限制政治活動之具體類型

依各類型限制程度寬嚴漸次規定為： 1、第一類人員對助選、輔選行為之絕對禁止[[555]](#footnote-555)（對於公職人員之選舉、罷免，不得行使輔選、助選或其他輔助之行為。） 2、本法所有人員於辦公場所均不得為之行為 （在辦公場所印製、散發、張貼文書、圖書或其他宣傳品、在辦公場所穿戴或標示特定政黨、其他政治團體旗幟、徽章及類似服飾。）以及 3、只有第三項人員於下班或非執勤時間始得為之行為（主持集會，發起遊行及連署活動、在大眾傳播媒體具銜[[556]](#footnote-556)或具名廣告、邀集職務相關人員或其職務對象，表達指示..）。

並且為避免行政命令過度規範之情形，爰將各版本之概括規定－「其他經考試院會同行政院以命令禁止之行為」修正為「其他具政治目的之相類行為」，以具有政治目的以及與本條前述情形相類兩項要件作限縮。

#### 十、不當連結之禁止與公務人員之保障

為避免本研究計畫前述之案例六：文官不能配合－全面整頓互動不良事務官之情形再度發生，並鑒於公務人員在行政一體下對其政治中立保障之重要性（蓋公務人員行政不中立之另一大類原因，是因為受到長官壓迫[[557]](#footnote-557)），爰參酌各版本明文規定，禁止長官因公務人員拒絕為本法禁止之政治活動限制事項而為不當連結（即因此給予不公平對待或任何不利處分）；並鑒於長官違反第一項情形時尚未對公務人員形成具體不利處分，故參酌劉版與黃版將違反第一項（先向更上級長官報告，並令其依法處理）及第二項（因而受不公平對待或不利處分得依相關保障法制救濟）分別處理，並將其擴及至向更上級長官報告而受不公平對待或不利處分之情形，以求周延。

#### 十一、罰責

鑒於（1）本法可非難情形較嚴重者，均有其他法律規定刑罰之處分（如貪污治罪條例、刑法之公務員圖利罪、賄賂罪、妨害投票罪等），並（2）考量刑罰之最後手段性[[558]](#footnote-558)，以及（3）公務人員違反前述以外之其他政治中立情形之可非難程度[[559]](#footnote-559)較為輕微，故此處須特別考慮刑事處罰與懲戒罰間之手段選擇問題：此涉及保護法益與手段選擇之連結，亦即目的-手段之連結間是否符合比例原則[[560]](#footnote-560)之問題。此處規範之對象為公務員之政治活動，以刑事處罰為手段恐怕過度，而有違反比例原則之嫌；（4）復參酌比較法制上：如

1.德國 ：在規制手段之選擇上，德國法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僅施以懲戒罰。亦即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[[561]](#footnote-561)。

2.美國 ：最嚴重乃立即辭退，亦未將罰責提升至刑罰程度而將其入刑化[[562]](#footnote-562)

3.日本：雖依其國家公務員法第一百十條第一項第十九款規定，公務員有違反國家公務員法第一百零二條第一項之情事時，可處三年以下懲役[[563]](#footnote-563)或十萬円以下罰金。但此僅指公務員違反同法第一百零二條第一項的情形，而不含同條第二項及第三項規定在內。是公務員苟有為公職人員選舉中之候選人，或擔任政黨及其他政治團體中之幹部、政治顧問及其他具有相同任務之成員的情事時，最多僅能依同法第八十二條規定，受到懲戒處分，殊無刑事責任可言。[[564]](#footnote-564)且就地方公務員言，復無刑事處罰，按依其地方公務員法，地方公務員苟有違反同法第三十六條之規定，而逾越其參與政治活動的界限時，法律並未設計如國家公務員法第一百十條第一項第十九款之規定，所以公務員在此並無負擔刑事責任的問題，只依據地方公務員法第二十九條第一項第一款之規定，地方一般職之公務員於有違反同法或基於同法而訂定支各種法規時，得受申誡、減俸、停職或免職之懲戒處分。[[565]](#footnote-565)

故德國以及美國均僅施以懲戒罰，最嚴重亦僅使其去職；日本雖有刑罰規定，惟一來僅部分公務員適用、二來此一刑罰規定，其實在日本亦早已飽受批評聲浪[[566]](#footnote-566)

因此本研究計畫認為，仍以處以行政責任之懲戒懲處以及令其退職、視為辭職、2年內不得復職加上罰鍰即足，而前述較嚴重之違反情形，既已有刑罰之處罰明文，在現行通說實務採「刑懲並行制度」下尚得另處以刑罰，本研究計畫認為係屬較為妥適之方式，因此不採黃版之規範模式。

### 貳、各版本與本研究計畫提出之對案之彙整比較

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 名稱 | a）考試院修正版－公務人員行政中立法[[567]](#footnote-567) | b）劉光華版－公務人員行政中立法[[568]](#footnote-568) | c）黃爾璇版－政治中立法[[569]](#footnote-569) | d）本研究計畫提出之對案－公務人員政治活動限制法 |
| 立法目的與法案名稱 | 1. 為確保

公務人員依法行政、執法公正，並建立行政中立之規範，特制定本法。本法未規定者，適用其他有關法令之規定。 | 第一條　 為確保公務人員依法行政、執行公正，並建立行政中立之規範，特制定本法。本法未規定者，適用其他相關法令之規定。 | 第一條 為確保依法令從事於公務之特定人員，依法公正行使職務，建立政治中立規範，維護民主政治精神，特制定本法。本法未規定者，適用其他有關法令之規定。 | 第一條 為確保公務人員依法公正行使職務，建立政治中立規範，維護民主政治精神，特制定本法。本法未規定者，適用其他有關法令之規定。 |
| 適用對象 | 第二條 本法所稱公務人員，係指法定機關依法任用、派用之有給專任人員及公立學校依法任用之人員。第十七條　下列人員準用本法之規定：　　　　　　一、憲法或法律明文規定需超出黨派獨立行使職權人員二、公立各級學校校長及社會教育機構專業人員三、公營事業對經營政策負有主要決策責任人員四、各機關及公立學校依法聘用、僱用人員 | 第二條 　本法所稱公務人員，係指法定機關依法任用、派用之有給專任人員及公立學校依法任用之職員。第十七條　 下列人員準用本法規定： 一、公立各級學校校長及社會教育機構專業人員。 二、公營事業對經營政策負有主要決策責任人員。 三、各級機關及公立學校依法聘用、僱用人員。 | 1. 本法適用對

象如下一、下列所定各機關之人員（一）司法、考試、監察院、國家安全會議所屬國安局、法務部及行政院人事行政局之政務官。（二）省（市）政府之一級政風、警政、人事機關首長。二、前款第一目以外之其他政務官三、其他人員：（一）法定機關依法任用、派用之有給專任公務人員及公立學校職員（二）現役軍官及其他政戰人員（三）公立學校校長及國民教育學校之教師（四）公營事業機關相當經理或處長級以上職務或對經營政策負有主要決策責任之人員（五）各機關及公立學校依法令聘用、僱用之人員。前項第一款第一目及第二款所稱政務官，係指政務官退職酬勞金給與條例之人員。其他法令對於司法、軍職、警察、情報、安全、政風、人事人員政治中立規範，如有較嚴格之規定者，從其規定。 | 第二條 本法所稱公務人員如下： 一、須嚴守政治中立之公務人員：（一） 司法、考試、監察院、保訓會、公平會等依法須獨立行使職權之人員。（二） 國家安全會議所屬國安局、法務部、現役軍官及其他政戰人員、公立學校校長及國民教育學校之教師等因職務性質須受嚴格政治中立規範之人員。（三）其他法律對於司法、軍職、警察、情報、安全、政風、人事人員政治中立規範，如有較嚴格之規定者，從其規定。二、須遵守政治中立之公務人員：（一）法定機關依法任用、派用之有給專任公務人員及公立學校職員（二）公營事業機關相當經理或處長級以上職務或對經營政策負有主要決策責任之人員（三）各級機關及公立學校依法聘用、僱用人員。三、政務人員（政治中立要求較寬鬆之公務人員）：1. 應隨執政黨更迭或政策變更而進退之政務官。
2. 民選首長及各級民意代表。
 |
| 政治中立之再宣示 | 1. 公務人

員應嚴守行政中立，忠實推行政府政策，不得介入黨政派系紛爭。第四條　 公務人員應依據法令執行職務，服務全國人民。第五條　公務人員執行職務，應秉持公正立場，對待任何團體或個人。 | 第三條 公務人員應嚴守行政中立，依據法令職行職務，服務全國人民，不得介入黨政派系紛爭。第四條　公務人員執行職務，應秉持公正之立場，對待任何團體或個人。 |  | 第三條　公務人員執行職務，應嚴守政治中立、秉持公正之立場，對待任何團體或個人。 |
| 加入政黨與擔任政黨職務 | 1. 公務人

員得加入政黨或其他政治團體。擔任其職務者，不得違反限制公務人員兼職之有關法令規定。 | 第五條 公務人員不得擔任政黨或其他政治團體專任職務，並不得違反限制公務員兼職之相關法令規定。 | 第三條 第二條第一項第一款及第三款所定人員不得擔任政黨或其他政治團體職務、顧問或其他相當職位。  | 1. 公務人員得加入政黨或其他政治團體。

 須嚴守與遵守政治中立之公務人員不得擔任政黨或其他政治團體職務、顧問或其他相當職位、並不得違反限制公務員兼職之相關法令規定。政務人員得擔任政黨或其他政治團體職務，但不得違反限制公務員兼職之相關法令規定。 |
| 濫用職權之禁止1. 概括規定
2. 圖利
3. 妨害投票
 | 1. 公務

人員不得利用職權使他人加入或不加入政黨或其他政治團體。1. 公務人

員不得為政黨、其他政治團體或公職候選人要求、期約或收受金錢、物品或其他利益之捐助。第十一條　公務人員對於公職人員之選舉、罷免，不得利用職權要求他人不行使投票權或為一定之行使。 | 第六條　 公務人員不得利用職權使他人加入或不加入政黨或其他政治團體，亦不得利用職務上掌管或在執行職務之場所，為任何政黨作與本身職務無關之宣傳指示、及其他相關行為。第十一條 公務人員不得配合某特定公職人員之選舉、罷免，假借職務上之權力、機會或方法，預作人事上之安排或調動人員，及動用行政資源或干涉各級選舉委員會之人事或業務。第八條　 公務人員不得為政黨、其他政治團體或公職候選人要求、期約或收受金錢、物品或其他利益之捐助；亦不得阻止或妨礙他人為特定政黨或其他政治團體依法募款之活動。第十條 公務人員對於公職人員之選舉、罷免，不得利用職權要求他人不行使投票權或為一定之行使。 公務人員不得擔任助選員或其他助選行為。 | 第四條 第二條所定人員不得利用職稱、職權使他人加入或不加入政黨或其他政治團體；亦不得在職務上掌管或執行職務之場所，為任何政黨作與本身職務無關之宣傳、指示及其他相關行為。第九條 第二條所定人員不得假借職務上之權力、機會或方法，從事下列行為：一、配合某特定公職人員之選舉、罷免預作人事上之安排或調動人員，及動用行政資源。二、干涉各級選舉委員會之人事或業務。第六條 第二條所定人員不得為政黨、其他政治團體或公職候選人要求、期約或收受金錢、物品或其他利益之捐助；亦不得阻止或妨礙他人為特定政黨或其他政治團體依法募款之活動。 | 第五條 公務人員不得假借職務上之權力、機會或方法，利用職稱、職權從事下列行為：一、使他人加入或不加入政黨或其他政治團體，或要求所屬公務人員於下班時間參加政治活動。二、干涉各級選舉委員會之人事或業務。三、配合某特定公職人員之選舉、罷免預作人事上之安排或調動人員。四、在職務上掌管或執行職務之場所，為任何政黨作與本身職務無關之宣傳、指示及其他相關行為。第六條 公務人員不得為政黨、其他政治團體或公職候選人對自己或第三人要求、期約或收受金錢、物品或其他利益之捐助；亦不得阻止或妨礙他人為特定政黨或其他政治團體依法募款之活動。第七條 公務人員對於公職人員之選舉、罷免，不得利用職權要求他人不行使投票權或為一定之行使。 |
| 挪用行政資源之禁止 |  |  |  | 第八條 公務人員不得提供人員、公務車輛、油料、文具及其他器材設備等行政資源予任何政黨、政治團體或公職候選人。 |
| 政府各機關及學校之使用 | 第十三條　公務人員以其職務上掌管之場所、房舍，受理政黨、其他政治團體或公職候選人依法申請舉辦活動時，應秉持公正、公平之立場，並不得利用職權提供特定之個人或團體使用。 | 第十三條　 公務人員以其職務上掌管之場所、房舍，受理政黨、其他政治團體或公職候選人依法申請舉辦活動時，應秉持公正、公平之立場，並不得利用職權提供特定之個人或團體使用。 軍事機關、法院、警察、安全機關不得提供為政治性集會、演講之場所。 | 第十一條 政府各級機關、公立學校適於集會、演說之場所，應公平開放於任何政黨、政治團體及公職候選人依法申請利用；並不得利用職權提供特定之個人或團體使用。但軍事、法院、警察、安全機關不得提供為政治性集會、演講之場所。 政府各級機關（構）、學校、軍事機關營地不得在辦公廳舍、場地，為表示支持或反對立場，懸掛、揭示、張貼特定政黨、其他政治團體或公職候選人旗幟、徽章、肖像及類似之標識。第十二條 學校教育人員不得利用教育場所或教學機會，為支持或反對特定政黨、政治團體或公職候選人宣揚。 | 第九條 政府各級機關、學校適於集會、演說之場所，應公平開放於任何政黨、政治團體及公職候選人依法申請利用；並不得利用職權僅提供特定之個人或團體使用。但軍事、法院、警察、安全機關不得提供為政治性集會、演講之場所。 政府各級機關（構）、學校、軍事機關營地不得在辦公廳舍、場地，為表示支持或反對立場，懸掛、揭示、張貼特定政黨、其他政治團體或公職候選人旗幟、徽章、肖像及類似之標識。 |
| 上下班時間參選之限制 | 1. 公務人

員不得於上班時間從事政黨或其他政治團體之活動。第十二條　公務人員自登記為公職候選人之日起至投票日止，應依規定請事假或休假。公務人員依前項規定請假時，長官不得拒絕。 | 第七條　 公務人員不得於上班或勤務時間從事政黨或其他政治團體之活動。第十二條　 公務人員自登記為公職候選人之日起至投票日止，應依規定請事假或休假。 公務人員依前項規定請假時，長官不得拒絕。 | 第五條 第二條第一項第一款及第三款所定人員不得於規定之上班或勤務時間從事政黨或其他政治活動。第十條 第二條所定人員除法令另有規定及司法官未辭職、不得登記為公職人員選舉之候選人外，其為政黨提名之候選人，自其政黨公佈推薦提名名單之日起，其為非政黨提名之候選人，則自有事實足認其從事競選活動之日起，至投票日止，依規定請事假或休假。 依前項規定請假時，長官不得拒絕或藉故刁難。 | 第十條 公務人員不得於上班或勤務時間從事與競選相關之政黨或其他政治活動。須嚴守政治中立之公務人員並不得於下班或未執勤時間從事與競選相關之政黨或其他政治活動。第十一條 須嚴守政治中立之公務人員未經辭職或退役、不得登記為公職人員選舉之候選人。違反者，自登記參選日起，視為辭職。須遵守政治中立之公務人員與政務人員，經依規定請事假或休假，得登記為公職人員選舉之候選人。其為政黨提名者，應自其政黨公佈推薦提名名單之日起；其為非政黨提名者，應自有事實足認其從事競選活動之日起，至投票日止，依規定請事假或休假。違反者，予以辭退，並於兩年內不得加以任用 第二項之事實無法證明者，其標準依登記為公職人員選舉之候選人之日起定之 |
| 限制政治活動之具體類型 | 第十條 公務人員不得為支持或反對特定之政黨、其他政治團體或公職候選人， 從事下列政治活動或行為：一、主持集會、發起遊行及連署活動。二、在辦公場所印製、散發、張貼文書、圖書或其他宣傳品。 | 第九條　 公務人員不得為支持或反對特定之政黨、其他政治團體或公職候選人，從事下列政治行為：一、主持集會，發起遊行及連署活動。 二、在大眾傳播媒體具銜或具名刊登廣告。三、在辦公場所印編製、散發、傳閱、張貼文書、圖畫或其他宣傳品。 四、在辦公場所穿戴或標示特定政黨、其他政治團體旗幟、徽章及類似服飾。 五、邀集職務相關人員或其職務對象，表達指示。 六、其他經考試院會同行政院以命令禁止之行為。 | 第八條 第二條第一項第一款及第三款所定人員對於公職人員之選舉、罷免，不得行使輔選、助選或其他輔助之行為。第七條 第二條所定人員不得為支持或反對特定之政黨、其他政治團體或公職候選人，從事下列政治活動或行為：一、在辦公場所印製、散發、張貼文書、圖書或其他宣傳品。二、在辦公場所穿戴或標示特定政黨、其他政治團體旗幟、徽章及類似服飾。第二條第一項第一款及第三款所定人員並不得從事下列政治活動或行為：一、主持集會，發起遊行及連署活動。 二、在大眾傳播媒體具銜或具名廣告。三、邀集職務相關人員或其職務對象，表達指示。 四、其他經考試院會同行政院以命令禁止之行為。 | 第十二條 須嚴守政治中立之公務人員對於公職人員之選舉、罷免，不得行使輔選、助選或其他輔助之行為。第十三條 公務人員不得為支持或反對特定之政黨、其他政治團體或公職候選人，從事下列政治活動或行為：一、在辦公場所印製、散發、張貼文書、圖書或其他宣傳品。二、在辦公場所穿戴或標示特定政黨、其他政治團體旗幟、徽章及類似服飾。除政務人員外，公務人員不得從事下列政治活動或行為：* 1. 主持集會，發起遊行及連署活動。
	2. 在大眾傳播媒體具銜或具名廣告。
	3. 邀集職務相關人員或其職務對象，表達指示。

四、其他具政治目的相類之行為。 |
| 不當連結之禁止與公務人員之保障 | 第十四條　長官不得要求公務人員從事本法禁止之行為。長官不得因公務人員拒絕從事本法禁止之行為，對其依法享有之權益，給予不公平對待或任何不利處分。長官違反第一項之規定者，公務人員得向其上級長官提出報告，並由其上級長官依法處理。未依法處理者，以失職論第十五條　公務人員遭受前條第二項之不公平對待或不利處分時，得依公務人員保障法及其他有關法令之規定，請求救濟。 | 第十四條 長官不得要求公務人員從事本法禁止之行為。 長官不得因公務人員拒絕從事本法禁止之行為，對其依法享有之權益及身分保障，給予不公平對待或任何不利處分。第十五條　長官違反前條第一項之規定者，有關人員應向其上級長官提出報告，並由其上級長官依法處理。未依法處理者，以失職論。 公務人員遭受前條第二項之不公平對待或不利處分時，得依公務人員保障法及其他有關法令之規定，請求救濟。 | 第十三條 長官不得要求第二條所定人員從事本法禁止之行為。長官不得因公務人員拒絕從事本法禁止之行為，對其依法享有之權益及身分保障，給予不公平對待或任何不利處分。第十四條 長官違反前條第一項之規定者，有關人員應向其上級長官提出報告，並由其上級長官依法處理。未依法處理者，以失職論。 第二條第一項第一款及第三款所定人員遭受前條第二項之不公平對待或不利處分時，得依公務人員保障法及其他有關法令之規定，請求救濟。 | 第十四條 長官不得要求公務人員從事本法禁止之行為。 長官不得因公務人員拒絕從事本法禁止之行為，對其依法享有之權益及身分保障，給予不公平對待或任何不利處分。第十五條 長官違反前條之規定者，有關人員應向其上級長官提出報告，並由其上級長官依法處理。未依法處理者，以失職論。公務人員因前項或前條遭受不公平對待或不利處分時，得依公務人員保障法及其他有關法令之規定，請求救濟。 |
| 罰責 | 第十六條　公務人員及其長官違反本法之規定者，應依公務員懲戒法予以懲戒，或依公務人員保障法規定處理。 | 第十六條　 公務人員及其長官違反本法之規定者，應依公務人員懲戒法或相關法令予以懲處，如影響公務人員之身分及權益者，另依公務人員保障法或相關法令規定處理。 | 第十五條 違反第六條規定者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十萬元以下罰金違反第七條第二項第一款至第三款及第十一條第二項之規定者，亦同。 犯第一項之罪者，其接受捐助所得財物，沒收之；如全部或一部不能沒收者，追徵其價款。違反第十一條第二項之規定者，由該廳舍、場所之主管或首長負責，並以其明知其情事或以告知，而仍不清除者為限。第十六條 違反第四條及第七條第一項之規定者，處六個月以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五萬元以下罰金。第十七條 違反第五條、第九條、第十條第二項、第十一條第一項及第二條第一項第三款第三目所定人員違反第十二條之規定者，處新台幣十萬元以上，二十萬元以下之罰鍰。 違反第八條之規定，經選舉委員會監察人制止不聽者，亦同；並得按日連續處罰，至其停止行為為止。 違反第十一條第一項規定者，由該廳舍、場所之主管或首長負責。第十八條 依公務員服務法規定之長官違反第十三條之規定，至屬官犯本法所定之罪，受有罪判決確定者，以教唆論。第十九條 違反第十條第一項之規定者，選舉投票前由選舉委員會撤銷其候選人登記；當選後依公職人員選舉罷免法之規定，提起當選無效之訴第二十條 違反第三條之規定，經銓敘部或當事人所屬最高主管機關限期令其辭去該項職務或職位，預期不從者，應通知該管機關撤銷其公職。第二十一條 第二條所定人員違反本法之規定者，除依第十五條至第二十條處理外，並應依公務員懲戒法予以懲戒，或依公務人員保障法之規定處理。 前項之懲處，第二條第一項第三款第三目及第五目所定人員違反本法之規定者，比照公務員懲戒法處理；同款第二目所定人員除監察院對軍官提出彈劾案，應依公務員懲戒法懲戒外，依陸海空軍懲罰法處理。第二十二條 第二條所定人員違反本法之規定者，任何人均得檢舉或告發。第二十三條 依本法科處之罰鍰，經通知限期繳納後，逾期未繳納者，移送法院強制執行。 | 第十七條 違反本法禁止規定者，得依情節輕重處新台幣六萬元以上，二十萬元以下之罰鍰。 違反第五、六、七、八、十、十二、十三條之規定，經選舉委員會監察人制止不聽者，亦同；並得按日連續處新台幣十萬元以下罰鍰，至其停止行為為止。第十八條 違反第九條之規定者，由該廳舍、場所之主管或首長負責，並以其明知其情事或已告知，而仍不清除者為限第十九條 違反第四條之規定，經銓敘部或當事人所屬最高主管機關限期令其辭去該項職務或職位，逾期不從者，應通知該管機關撤銷其公職。並於兩年內不得加以任用。第二十條 公務人員違反本法之規定者，除應依第十七至十九條處理外，並應依公務員懲戒法、公務人員保障法及相關規定處理。第二十一條 違犯本法禁止規定者，其接受捐助所得財物，沒收之；如全部或一部不能沒收者，追徵其價款。第二十二條 公務人員違反本法之規定者，任何人均得檢舉或告發。第二十三條 本法自公佈日施行。 |
|  |  |  |  |  |

### 參、本研究所提對案條文及其表格化之立法說明

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 本研究計畫提出之對案－公務人員政治活動限制法 | 對案條文之立法說明 |
| 立法目的與法案名稱 | 第一條 為確保公務人員依法公正行使職務，建立政治中立規範，維護民主政治精神，特制定本法。本法未規定者，適用其他有關法令之規定。 | 依本研究計畫前述第一節貳二有關行政中立法或政治中立法之討論，本法既係以規範公務人員參與政治活動之界限為中心，為求概念指涉明確，復參酌各國法制相關規定，應認為正名為「公務人員政治活動限制法」之名稱最為適宜。並為確立其基本法地位，故明文「本法未規定者，（方）適用其他有關法令之規定」。 |
| 適用對象 | 第二條 本法所稱公務人員如下： 一、須嚴守政治中立之公務人員：* 1. 司法、考試、監察院、保訓會、公平會等依法須獨立行使職權之人員。
	2. 國家安全會議所屬國安局、法務部、現役軍官及其他政戰人員、公立學校校長及國民教育學校之教師等因職務性質須受嚴格政治中立規範之人員。
	3. 其他法律對於司法、軍職、警察、情報、安全、政風、人事人員政治中立規範，如有較嚴格之規定者，從其規定。

二、須遵守政治中立之公務人員：（一）法定機關依法任用、派用之有給專任公務人員及公立學校職員（二）公營事業機關相當經理或處長級以上職務或對經營政策負有主要決策責任之人員（三）各級機關及公立學校依法聘用、僱用人員。三、政務人員（政治中立要求較寬鬆之公務人員）：1. 應隨執政黨更迭或政策變更而進退之政務官。
2. 民選首長及各級民意代表。
 | 按考版與劉版，主要均僅以文官為規範對象，只於草案最後（各該版第17條）將公營事業對經營政策負有主要決策責任人員人員、公立各級學校校長及社會教育機構專業人員及聘僱用人員予以準用（考試院修正版並加上，憲法或法律明文規定需超出黨派獨立行使職權人員），其最主要理由為：政務人員、軍職人員、教師等因其職務性質及對行政中立要求之標準均有不同，故主張應分別立法如制定政務人員法[[570]](#footnote-570)或於國防法教師法來加以規範[[571]](#footnote-571)。惟分別立法就建立整個公務人員體系之政治活動限制規範難免有點掛一漏萬不足之處，且上述其他人員亦屬依法令執行公務之人員而無不遵守之理由，只是立法技術面難題之克服。因此本研究計畫認為在克服此一難題之前提下，並鑒於本法為公務人員政治活動限制規範之基本法性質，故仍均予納入為宜。準此，本研究計畫提出三分式類型化處理之對案，並在層次上採漸層規範，且將同一程度人員列於同一項中，區分為1、第一類：受嚴格限制人員（第一項）。2、第二類：受一般限制人員（第二項）。3、第三類：受寬鬆限制人員（第三項）。並保留特殊人員（如軍人）另立更嚴格法律之空間。又須特予說明者，教育人員依其所擔負之教育任務、教育對象不同（主要指各該年齡層之獨立思考能力、不受影響程度等）並搭配大法官釋字第380、450號對大學自治之相關闡釋，區分中小學以下教師歸類為第一類人員；大學教授則沿現行實務採聘任之制度下，而歸屬於第二類人員下之準用人員，在比例原則考量下採不同之限制標準。又本法既為基本法性質，解釋上特殊人員之額外嚴格立法應僅以法律為宜。爰將黃版之「其他法令」修改為以「其他法律」為限。 |
| 政治中立之再宣示 | 第三條　 公務人員執行職務，應嚴守政治中立、秉持公正之立場，對待任何團體或個人。 | 按考版第3條、第4條及劉版第3條均係指稱「依法行政」，此於行政程序法第4條已有明文，且各該人員之職務執行法令亦多有更詳盡規範，故本法應認無重複之必要。故本研究計畫認為僅須對政治活動限制部分（考版第5條、劉版第4條），納入再與宣示，並呼應立法目的即可。 |
| 加入政黨與擔任政黨職務 | 1. 公務人員得加入政黨或其他政治團體。

 須嚴守與遵守政治中立之公務人員不得擔任政黨或其他政治團體職務、顧問或其他相當職位、並不得違反限制公務員兼職之相關法令規定。政務人員得擔任政黨或其他政治團體職務，但不得違反限制公務員兼職之相關法令規定。 | 鑒於應超然獨立行使職權者如法官，其得否自由加入政黨仍有爭論，惟此乃最基本之結社自由及政治上意見表達，在比例原則下應受憲法保障，因此仍以明文規定其得加入政黨，以杜爭議。另就得否擔任政黨職務言，鑒於實務常以「顧問」之名，規避法律而行「脫法行為」之實，為避免規範漏洞出現，比較三份版本仍以「職務、顧問或其他相當職位」相較於只規定「職務」為佳。另分別對三種類型依比例原則作不同程度之限制：明定**除第三類之政務人員得擔任政黨或其他政治團體職務、顧問或其他相當職位**外；**第二條第一項及第二項（即第一類第二類）人員均不得擔任政黨或其他政治團體職務、顧問或其他相當職位、並不得違反限制公務員兼職之相關法令規定**。雖銓敘部認為常任文官（第二類）完全限制其兼任黨職，有剝奪其基本權利之虞，惟在憲政民主之鞏固要求下而延伸之公務人員政治中立之節制義務之考量下，身兼黨職仍將危及人民對行政客觀、中立之信賴；蓋文官系統是推動政務之主要力量，一則其運作之優劣直接關係到行政機關之威信及行政效能，另則文官系統地位是否穩定、立場是否中立，亦將影響政治秩序及政府之穩定性。因此，仍應認為除政務人員外，均不得兼任黨職且不得違反兼職之規定（如支薪等）為宜。 |
| 濫用職權之禁止1.概括規定2.圖利3.妨害投票 | 第五條 公務人員不得假借職務上之權力、機會或方法，利用職稱、職權從事下列行為：一、使他人加入或不加入政黨或其他政治團體，或要求所屬公務人員於下班時間參加政治活動。二、干涉各級選舉委員會之人事或業務。三、配合某特定公職人員之選舉、罷免預作人事上之安排或調動人員。四、在職務上掌管或執行職務之場所，為任何政黨作與本身職務無關之宣傳、指示及其他相關行為。第六條 公務人員不得為政黨、其他政治團體或公職候選人對自己或第三人要求、期約或收受金錢、物品或其他利益之捐助；亦不得阻止或妨礙他人為特定政黨或其他政治團體依法募款之活動。第七條 公務人員對於公職人員之選舉、罷免，不得利用職權要求他人不行使投票權或為一定之行使。 | 參酌三套版本，本研究計畫提出更完整之規定，並將假借職務上權力、機會、方法，與一般所謂之圖利罪、妨害投票罪（因亦與濫用職權有關），緊連規定；並將要求、期約、收受行使之對象、範圍，擴及至「對自己或第三人（如下屬）」，以求周全。 |
| 挪用行政資源之禁止與政府各機關及學校之使用 | 第八條 公務人員不得提供人員、公務車輛、油料、文具及其他器材設備等行政資源予任何政黨、政治團體或公職候選人。第九條 政府各級機關、學校適於集會、演說之場所，應公平開放於任何政黨、政治團體及公職候選人依法申請利用；並不得利用職權僅提供特定之個人或團體使用。但軍事、法院、警察、安全機關不得提供為政治性集會、演講之場所。 政府各級機關（構）、學校、軍事機關營地不得在辦公廳舍、場地，為表示支持或反對立場，懸掛、揭示、張貼特定政黨、其他政治團體或公職候選人旗幟、徽章、肖像及類似之標識。 | 為避免行政資源遭到挪用致影響選舉之公平，爰明定挪用行政資源之禁止規定。 並參酌三套版本，關於對機關學校之利用，於第一項明文：應公平開放於任何政黨、政治團體及公職候選人依法申請利用且不得僅提供特定之個人或團體使用。並於但書明文：軍事、法院、警察、安全機關不得提供為政治性集會、演講之場所，且於第二項參酌黃版規定：政府各級機關、學校、軍事機關營地不得在辦公廳舍、場地，懸掛、揭示、張貼特定政黨、其他政治團體或公職候選人旗幟、徽章、肖像及類似之標識之禁止規定。 |
| 上下班時間 | 第十條 公務人員不得於上班或勤務時間從事與競選相關之政黨或其他政治活動。須嚴守政治中立之公務人員並不得於下班或未執勤時間從事與競選相關之政黨或其他政治活動。 | 鑒於第一類人員須受較嚴格限制類型之特性，除參酌各版本規定：**本法規範之所有人員均不得於上班或勤務時間從事與競選相關之政黨或其他政治活動**外（其主要理由為：公務人員上班之法定時間，應「公時公用」）；特於第二項增訂：第二條**第一項人員並且不得於下班或非執勤時間從事與競選相關之政黨或其他政治活動**。蓋依本研究計畫前述，如法官、檢察官、軍人等人員，即使在下班或非執勤時間參與政黨活動，仍將對其超然中立之職務形象有所損傷之緣故。並且為避免限制過度，爰將規範客體限縮至「與競選相關者」為限。[[572]](#footnote-572) |
| 參選之限制 | 第十一條 須嚴守政治中立之公務人員未經辭職或退役、不得登記為公職人員選舉之候選人。違反者，自登記參選日起，視為辭職。須遵守政治中立之公務人員與政務人員，經依規定請事假或休假，得登記為公職人員選舉之候選人。其為政黨提名者，應自其政黨公佈推薦提名名單之日起；其為非政黨提名者，應自有事實足認其從事競選活動之日起，至投票日止，依規定請事假或休假。違反者，予以辭退，並於兩年內不得加以任用 第二項之事實無法證明者，其標準依登記為公職人員選舉之候選人之日起定之 | 鑒於三種類型人員之限制程度各別，故特予分別明文為：**須辭職始得參選**之類型（第二條第一項人員未經辭職、不得登記為公職人員選舉之候選人。違反者，自登記參選日起，視為辭職。）及**不須辭職但須請假[[573]](#footnote-573)參選**之類型，對請假期間之起算點：有不同意見**（1）選務機關公告為法定候選人起**：**（2）登記為公職人員選舉之候選人起：****（3）政黨提名或自行宣佈參選之日起**：本研究計畫認為，為避免採「登記為候選人」之過於「形式」主義化（按（1）說實不可採，蓋離投票日太近，已失本法「須請假參選」之規範意義。）；且鑒於實務許多參選人確在被政黨提名或自行宣佈參選時起，即開始輔選造勢，而應算入已開始為實質意義下之競選活動，爰採黃版之「實質」認定標準，亦即自其實際為競選活動時起即須請假。並區分政黨提名與否分別計算，以求周延；並為避免實質標準舉證不易之困難，爰於第三項增訂「第二項之事實無法證明者，其標準依登記為公職人員選舉之候選人之日起定之」。 |
| 限制政治活動之具體類型 | 第十二條 須嚴守政治中立之公務人員對於公職人員之選舉、罷免，不得行使輔選、助選或其他輔助之行為。第十三條 公務人員不得為支持或反對特定之政黨、其他政治團體或公職候選人，從事下列政治活動或行為：一、在辦公場所印製、散發、張貼文書、圖書或其他宣傳品。二、在辦公場所穿戴或標示特定政黨、其他政治團體旗幟、徽章及類似服飾。除政務人員外，公務人員不得從事下列政治活動或行為：* 1. 主持集會，發起遊行及連署活動。
	2. 在大眾傳播媒體具銜或具名廣告。
	3. 邀集職務相關人員或其職務對象，表達指示。

四、其他具政治目的相類之行為。 | 依各類型限制程度寬嚴漸次規定為： 1、第一類人員對助選、輔選行為之絕對禁止[[574]](#footnote-574) 2、本法所有人員於辦公場所均不得為之行為 （在辦公場所印製、散發、張貼文書、圖書或其他宣傳品、在辦公場所穿戴或標示特定政黨、其他政治團體旗幟、徽章及類似服飾。）以及 3、只有第三項人員於下班或非執勤時間始得為之行為（主持集會，發起遊行及連署活動、在大眾傳播媒體具銜[[575]](#footnote-575)或具名廣告、邀集職務相關人員或其職務對象，表達指示..）。並且為避免行政命令過度規範之情形，爰將各版本之概括規定－「其他經考試院會同行政院以命令禁止之行為」修正為「其他具政治目的之相類行為」，以具有政治目的以及與本條前述情形相類兩項要件作限縮。 |
| 不當連結之禁止與公務人員之保障 | 第十四條 長官不得要求公務人員從事本法禁止之行為。 長官不得因公務人員拒絕從事本法禁止之行為，對其依法享有之權益及身分保障，給予不公平對待或任何不利處分。第十五條 長官違反前條之規定者，有關人員應向其上級長官提出報告，並由其上級長官依法處理。未依法處理者，以失職論。公務人員因前項或前條遭受不公平對待或不利處分時，得依公務人員保障法及其他有關法令之規定，請求救濟。 | 鑒於公務人員在行政一體下對其政治中立保障之重要性（蓋公務人員行政不中立之另一大類原因，是因為受到長官壓迫），爰參酌各版本明文規定：禁止長官因公務人員拒絕為本法禁止之政治活動限制事項而為不當連結（即因此給予不公平對待或任何不利處分）；並鑒於長官違反第一項情形時尚未對公務人員形成具體不利處分，故參酌劉版與黃版將違反第一項（先向更上級長官報告，並令其依法處理）及第二項（因而受不公平對待或不利處分得依相關保障法制救濟）分別處理，並將其擴及至向更上級長官報告而受不公平對待或不利處分之情形，以求周延。 |
| 罰責 | 第十七條 違反本法禁止規定者，得依情節輕重處新台幣六萬元以上，二十萬元以下之罰鍰。 違反第五、六、七、八、十、十二、十三條之規定，經選舉委員會監察人制止不聽者，亦同；並得按日連續處新台幣十萬元以下罰鍰，至其停止行為為止。第十八條 違反第九條之規定者，由該廳舍、場所之主管或首長負責，並以其明知其情事或已告知，而仍不清除者為限第十九條 違反第四條之規定，經銓敘部或當事人所屬最高主管機關限期令其辭去該項職務或職位，逾期不從者，應通知該管機關撤銷其公職。並於兩年內不得加以任用。第二十條 公務人員違反本法之規定者，除應依第十七至十九條處理外，並應依公務員懲戒法、公務人員保障法及相關規定處理。第二十一條 違犯本法禁止規定者，其接受捐助所得財物，沒收之；如全部或一部不能沒收者，追徵其價款。第二十二條 公務人員違反本法之規定者，任何人均得檢舉或告發。第二十三條 本法自公佈日施行。 | 本研究計畫鑒於（1）本法可非難情形較嚴重者，均有其他法律規定刑罰之處分（如貪污治罪條例、刑法之公務員圖利罪、賄賂罪、妨害投票罪等），並考量（2）刑罰之最後手段性，以及（3）公務人員違反前述以外之其他政治中立情形之可非難程度較為輕微，故須特別考慮刑事處罰與懲戒罰間之手段選擇：即目的-手段之連結間是否符合比例原則。此處規範之對象既為公務員之政治活動，以刑事處罰為手段恐過度，而有違反比例原則之嫌；復參酌（4）比較法制上：如1.德國 ：違反僅施以懲戒罰。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。2.美國 ：最嚴重乃立即辭退，亦未將罰責提升至刑罰程度而將其入刑化。3.日本：雖依其國家公務員法第一百十條第一項第十九款規定，公務員有違反國家公務員法第一百零二條第一項之情事時，可處三年以下懲役或十萬円以下罰金。但此僅指公務員違反同法第一百零二條第一項的情形，而不含同條第二項及第三項規定在內。且就地方公務員言，復無刑事處罰。 故德國、美國均僅施以懲戒罰，最嚴重亦僅使其去職；日本雖有刑罰規定，惟一來僅部分公務員適用、二來此一刑罰規定，其實在日本亦早已飽受批評聲浪。準此，本研究計畫認為仍以處以行政責任之懲戒懲處以及令其退職、視為辭職、2年內不得復職加上罰鍰即足，而前述較嚴重之違反情形，既已有刑罰之處罰明文，在現行通說實務採「刑懲並行制度」下尚得另處以刑罰，本研究計畫認為係屬較為妥適之方式，因此不採黃版之「課以刑罰」之規範模式。 |

###

### 肆、其他相關法制之配套建議

按依本研究計畫前述第二節、柒，文官保障是文官中立之基石，當一切法制要求文官要能不因黨派、團體、個人而不中立時，文官果真如此行事，自然不能受到其長官不利或不當處分[[576]](#footnote-576)，否則政治中立之法制化無異成為具文。因此除了有關規範公務人員政治活動限制之法制化之外，其他相關之配套有：

#### 一、公務人員任用法第十八條一項三款之修正

##### （一）概說

按依公務人員任用法第18條規定：「…經依法任用人員，除自願者外，不得調任低一官等之職務；在同官等內調任低職等職務者，仍以原職等任用；其在同官等內調任高職等職務而未具任用資格者，得予權理」，因此在民選首長如縣市政府中，選舉後之人事大搬風－原薦任九職等之科室主管，可能被改調為薦任六職等科員職務之情形，時有所聞。雖仍屬依法任用，但其職務之重要性，相差實不可以道里計[[577]](#footnote-577)；並且於公務人員保障暨培訓委員會受理之案例中，亦發現部分民選機關首長當選後，不僅將具政務官身分之主管人員全部汰換，且在短時間內，亦將部分不具政務官身分之一般主管人員隨意調動，甚有其他非屬主管人員，亦遭不當調動。此外，亦有隸屬不同政黨的公務人員，因所謂「政治恩怨」，或參與或不參與某政治活動而受不當處分的案例。[[578]](#footnote-578)若此未能改善，常任文官在自保心理壓力下，行政系統仍將是當政者動員輔選之重要資源[[579]](#footnote-579)。

##### （二）案例

如吳○○因調任事件提出再申訴案**[[580]](#footnote-580)**：

其事實略為：「其原係基隆市衛生局局長，基隆市政府以八十七年六月十六日八七基府人一字第○五六二六五號令將吳員調為該局課長，吳員不服，再申訴認基隆市政府自市長上任後，便濫用市長職權，任意將績優廉潔公務人員降調，破壞政府人事法制…」。

保訓會囿於現行法之明文亦只得闡明謂：..就依公務人員任用法第18

條此一法定程序是否違反而言：「本件再申訴人原係基隆市衛生局局長，基隆市政府以八十七年六月十六日八七基府人一字第○五六二六五號令將再申訴人調為該局課長。經查基隆市衛生局局長為薦任第九職等職務，所調第一課課長為薦任第八職等職務，同屬薦任官等。又再申訴人所敘俸級仍為薦任第九職等年功俸七級七一○俸點，且新任之局長亦係具有該職務之任用資格，固與公務人員任用法第十八條之規定無違，亦無其他法定程序上之瑕疵。」

準此，本研究計畫建議，應配套將公務人員任用法第18條之「在同官等

內調任低職等職務者」加以若干限制[[581]](#footnote-581)為宜。

#### 二、行政中立保障之專門權責機關與組織系統之建立

比較法制上可參考美國法制設專門機構處理公務人員政治中立保障案件之規範模式。美國除由聯邦人事行政管理局對於公務員政治中立之規範，負有一般決策責任外，尚設有特別檢察官負責違反案件之調查與公訴，並有功績制度保障委員會負責審理受理此類申訴案件。[[582]](#footnote-582)

按美國在1978文官改革法 (the Civil Service Reform Act of 1978) 創造了一專業檢察官（按即前述之特別檢察官）、美國專門委員辦公室 (The U.S. Office of Special Counsel: OSC) 和一專業法庭，功績制度保障委員會 (The Merit Systems Protection Board: MSPB) 則是一準司法機構。

美國專門委員辦公室OSC是功績制度保障委員會編制下獨立之聯邦調查和起訴機關, 為提供有關聯邦政治活動法 (the Hatch Act)諮詢意見及執行落實聯邦政治活動法 (the Hatch Act) 之專責機構 。 一方面限制公務人員參與政治活動, 同時在改革者的眼中, 也是維護聯邦公務人員權利責不旁怠之機關 。 而專門委員辦公室OSC主要的任務是 : 第一, 調查可疑的被禁止從事的聯邦活動, 特別是被禁止的人事慣例, 並且當認為合適時, 透過功績制度保障委員會進行矯正性和紀律性之懲處活動. 第二, 專門委員辦公室依據 the Whistleblower Protection Act 提供一安全的管道, 公務員可揭發行政機關長官濫用權威, 欺騙, 和不當的管理等行為, 而不用害怕長官的報復或甚至不必透露他們的姓名。 第三, 專門委員辦公室OSC負責調查並於功績制度保障委員會(MSPB)起訴違反聯邦政治活動法 (the Hatch Act). 最後專門委員辦公室OSC依據統一編制人員就業及再就業權法 (the Uniformed Services Employment and Reemployment Rights Act) 保護聯邦雇員退休軍人的再就業權利。美國專門委員辦公室由專門委員 (the Special Counsel) 領軍, 專門委員由總統提名, 參議院投票通過確認。辦公室總共有大約雇員一百零六位, 包括律師、人事管理專家及調查員, 進行其監督全聯邦政府的任務。目前有在華府的總辦公室, 及在德州達拉斯、 加州舊金山的分處。 專門委員辦公室(OSC) 對於聯邦政治活動法執行方面, 首重提供公務員有關聯邦政治活動法 (the Hatch Act) 的諮詢意見服務。另外視公務員違反聯邦政治活動法程度發警告信函, 或於功績制度保障委員會(MSPB) 對公務員起訴[[583]](#footnote-583)。而功績制度保障委員會(The Merit Systems Protection Board) 是一準司法機構. 如經專門委員辦公室調查, 起訴於適才任用系統保護委員會, 被控告的公務人員有在功績制度保障委員會前舉行聽證會之權利, 並有聘請律師辯護之權利。 如對功績制度保障委員會之決定不服, 可先對委員會申請重審[[584]](#footnote-584)。

鑒於公務人員之政治中立保障可謂係政治活動限制法制落實之基石，而我國目前依本研究計畫前述第二節、柒，又已對公務人員身分保障事項於考試院下特設「公務人員保障暨培訓委員會此一準司法機構掌理，循此，本研究計畫建議可在納入公務人員政治中立相關保障事項以及避免行政一體下公務人員為求自保而不敢違逆上意等情事下，另設專門之申訴管道，並可參考美國法制於我國現制之保訓會之下設立「公務人員政治中立（或政治活動限制）調查辦公室」專門職司、作為有關此類公務人員政治中立（或政治活動限制）相關保障事件之調查和起訴機關, 並作為提供有關本法之諮詢意見及執行落實之專責機構.以更周全公務人員政治中立（或政治活動限制）法制之落實。惟此尚須相關法制如保訓會組織法等之配套修正。

#

# 第六章 附錄

## 壹、參考法條

### 一、德國

##### （一）憲法

**威瑪憲法**

1. 第118條第1項：

「任何德國人皆有在一般法律之界限範圍內以語言、文字、印刷品、圖畫或其他方式自由發表意見之權利。勞動或雇用關係不得妨礙前揭權利，且任何人不得應行使前揭權利而受歧視。」

1. 第129條第1項：

「除法律有特別規定外，公務員為終身職。退休金與遺屬津貼以法律定之。公務員之既得權不得侵害。公務員之財產法上請求權之法律救濟途徑應受保障。」

1. 第130條第1項：「公務員為國民全體，而非為黨派服務。」
2. 第130條第2項：「所有公務員之政治信念自由與結社自由受保障。」

**基本法**

1. 第17a條第1項：「對於軍隊中之人員或服替代役者於服役期間內，以語言、文字或圖畫發表與散播意見之權利(第5條第1項第1句前段)、集會自由(第8條)、請願權(第17條)以及在團體中與其他人共同提出請求或申訴之權利，得以關於兵役或替代役之法律限制之。」
2. 第33條第4項：「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。」
3. 第33條第5項：「關於公務員之法律，應斟酌職業公務員制度之傳統原則。」

##### （二）公務員法

1. 帝國公務員法第10條：「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。」
2. 聯邦公務員法第52條第1項；公務員基準法第35條第1項第1、2句：

「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。」

1. 聯邦公務員法第52條第2項；公務員基準法第35條第1項第3句：

「公務員應以其全部行為信仰並致力於維持基本法下之自由民主的基本秩序。」

1. 聯邦公務員法第53條；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。」
2. 聯邦公務員法第54條；公務員基準法第36條：「公務員應為其職業奉獻全部心力。其應無私地基於良心執行職務。其行為不分職務內、外，皆應適於其職業所要求之尊重與信賴。」
3. 聯邦公務員法第77條第1項；公務員基準法第45條第1項：「公務員有責地違反其義務者，構成失職。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。」

##### （三）其他法律

**法官法**

1. 第39條：「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。」

**軍人法**

1. 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。」
2. 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。」
3. 第15條第1項：
4. 「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。」
5. 第15條第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。」
6. 第15條第3項：「軍人參加政治活動時不得著軍服。」
7. 第15條第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。」
8. 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。」

**聯邦職員團體協約**

1. 第8條第1項第1句：「職員應如公務員所受期待者一般，而從事其行為。」

### 二、美國

##### （一）聯邦政治活動法 (the Hatch Act)

**§ 7321.  Political participation (參與政治)**It is the policy of the Congress that employees should be encouraged to exercise fully, freely, and without fear of penalty or reprisal, and to the extent not expressly prohibited by law, their right to participate or to refrain from participating in the political processes of the Nation.

**§ 7322.  Definitions (定義)**For the purpose of this subchapter [[5 USCS §§ 7321](http://www.lexis.com/research/buttonTFLink?_m=5a3f913de786e0e66bb6024ba654c50f&_xfercite=%3ccite%20cc%3d%22USA%22%3e%3c%21%5bCDATA%5b5%20USCS%20%a7%207322%20%5d%5d%3e%3c%2fcite%3e&_butType=4&_butStat=0&_butNum=2&_butInline=1&_butinfo=5%20USC%20%20) et seq.]--
   (1) "employee" means any individual, other than the President and the Vice President, employed or holding office in--
      (A) an Executive agency other than the General Accounting Office;
      (B) a position within the competitive service which is not in an Executive agency; or
      (C) the government of the District of Columbia, other than the Mayor or a member of the City Council or the Recorder of Deeds;
   but does not include a member of the uniformed services;
   (2) "partisan political office" means any office for which any candidate is nominated or elected as representing a party any of whose candidates for Presidential elector received votes in the last preceding election at which Presidential electors were selected, but shall exclude any office or position within a political party or affiliated organization; and
   (3) "political contribution"--
      (A) means any gift, subscription, loan, advance, or deposit of money or anything of value, made for any political purpose;
      (B) includes any contract, promise, or agreement, express or implied, whether or not legally enforceable, to make a contribution for any political purpose;
      (C) includes any payment by any person, other than a candidate or a political party or affiliated organization, of compensation for the personal services of another person which are rendered to any candidate or political party or affiliated organization without charge for any political purpose; and
      (D) includes the provision of personal services for any political purpose.

**§ 7323.  Political activity authorized; prohibitions (被授權參與的政治活動;禁令)**(a) Subject to the provisions of subsection (b), an employee may take an active part in political management or in political campaigns, except an employee may not--
   (1) use his official authority or influence for the purpose of interfering with or affecting the result of an election;
   (2) knowingly solicit, accept, or receive a political contribution from any person, unless such person is--
      (A) a member of the same Federal labor organization as defined under section 7103(4) of this title or a Federal employee organization which as of the date of enactment of the Hatch Act Reform Amendments of 1993 [enacted Oct. 6, 1993] had a multicandidate political committee (as defined under section 315(a)(4) of the Federal Election Campaign Act of 1971 [(2 U.S.C. 441a](http://www.lexis.com/research/buttonTFLink?_m=2bc3d8dbde203368e5c7c74f44f7602d&_xfercite=%3ccite%20cc%3d%22USA%22%3e%3c%21%5bCDATA%5b5%20USCS%20%a7%207323%20%5d%5d%3e%3c%2fcite%3e&_butType=4&_butStat=0&_butNum=2&_butInline=1&_butinfo=2%20USC%20%20)(a)(4)));
      (B) not a subordinate employee; and
      (C) the solicitation is for a contribution to the multicandidate political committee (as defined under section 315(a)(4) of the Federal Election Campaign Act of 1971 [(2 U.S.C. 441a](http://www.lexis.com/research/buttonTFLink?_m=2bc3d8dbde203368e5c7c74f44f7602d&_xfercite=%3ccite%20cc%3d%22USA%22%3e%3c%21%5bCDATA%5b5%20USCS%20%a7%207323%20%5d%5d%3e%3c%2fcite%3e&_butType=4&_butStat=0&_butNum=3&_butInline=1&_butinfo=2%20USC%20%20)(a)(4))) of such Federal labor organization as defined under section 7103(4) of this title or a Federal employee organization which as of the date of the enactment of the Hatch Act Reform Amendments of 1993 [enacted Oct. 6, 1993] had a multicandidate political committee (as defined under section 315(a)(4) of the Federal Election Campaign Act of 1971 [(2 U.S.C. 441a](http://www.lexis.com/research/buttonTFLink?_m=2bc3d8dbde203368e5c7c74f44f7602d&_xfercite=%3ccite%20cc%3d%22USA%22%3e%3c%21%5bCDATA%5b5%20USCS%20%a7%207323%20%5d%5d%3e%3c%2fcite%3e&_butType=4&_butStat=0&_butNum=4&_butInline=1&_butinfo=2%20USC%20%20)(a)(4))); or
   (3) run for the nomination or as a candidate for election to a partisan political office; or
   (4) knowingly solicit or discourage the participation in any political activity of any person who--
      (A) has an application for any compensation, grant, contract, ruling, license, permit, or certificate pending before the employing office of such employee; or
      (B) is the subject of or a participant in an ongoing audit, investigation, or enforcement action being carried out by the employing office of such employee.

(b) (1) An employee of the Federal Election Commission (except one appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate), may not request or receive from, or give to, an employee, a Member of Congress, or an officer of a uniformed service a political contribution.
   (2) (A) No employee described under subparagraph (B) (except one appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate), may take an active part in political management or political campaigns.
      (B) The provisions of subparagraph (A) shall apply to--
         (i) an employee of--
            (I) the Federal Election Commission;
            (II) the Federal Bureau of Investigation;
            (III) the Secret Service;
            (IV) the Central Intelligence Agency;
            (V) the National Security Council;
            (VI) the National Security Agency;
            (VII) the Defense Intelligence Agency;
            (VIII) the Merit Systems Protection Board;
            (IX) the Office of Special Counsel;
            (X) the Office of Criminal Investigation of the Internal Revenue Service;
            (XI) the Office of Investigative Programs of the United States Customs Service;
            (XII) the Office of Law Enforcement of the Bureau of Alcohol, Tobacco, and Firearms; or
            (XIII) the National Imagery and Mapping Agency; or
         (ii) a person employed in a position described under section 3132(a)(4), 5372, 5372a, or 5372b of title 5, United States Code.
   (3) No employee of the Criminal Division of the Department of Justice (except one appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate), may take an active part in political management or political campaigns.
   (4) For purposes of this subsection, the term "active part in political management or in a political campaign" means those acts of political management or political campaigning which were prohibited for employees of the competitive service before July 19, 1940, by determinations of the Civil Service Commission under the rules prescribed by the President.
(c) An employee retains the right to vote as he chooses and to express his opinion on political subjects and candidates.

**§ 7324.  Political activities on duty; prohibition (在工作崗位上的政治活動;禁令)**(a) An employee may not engage in political activity--
   (1) while the employee is on duty;
   (2) in any room or building occupied in the discharge of official duties by an individual employed or holding office in the Government of the United States or any agency or instrumentality thereof;
   (3) while wearing a uniform or official insignia identifying the office or position of the employee; or
   (4) using any vehicle owned or leased by the Government of the United States or any agency or instrumentality thereof.
(b) (1) An employee described in paragraph (2) of this subsection may engage in political activity otherwise prohibited by subsection (a) if the costs associated with that political activity are not paid for by money derived from the Treasury of the United States.
   (2) Paragraph (1) applies to an employee--
      (A) the duties and responsibilities of whose position continue outside normal duty hours and while away from the normal duty post; and
      (B) who is--
         (i) an employee paid from an appropriation for the Executive Office of the President; or  (ii) an employee appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate, whose position is located within the United States, who determines policies to be pursued by the United States in relations with foreign powers or in the nationwide administration of Federal laws.

**§ 7325.  Political activity permitted; employees residing in certain municipalities (允許參加的政治活動;住在特定市區的公務人員)**The Office of Personnel Management may prescribe regulations permitting employees, without regard to the prohibitions in paragraphs (2) and (3) of section 7323(a) and paragraph (2) of section 7323(b) of this title, to take an active part in political management and political campaigns involving the municipality or other political subdivision in which they reside, to the extent the Office considers it to be in their domestic interest, when--
   (1) the municipality or political subdivision is in Maryland or Virginia and in the immediate vicinity of the District of Columbia, or is a municipality in which the majority of voters are employed by the Government of the United States; and
   (2) the Office determines that because of special or unusual circumstances which exist in the municipality or political subdivision it is in the domestic interest of the employees and individuals to permit that political participation.

**§ 7326.  Penalties (罰則)**An employee or individual who violates section 7323 or 7324 of this title shall be removed from his position, and funds appropriated for the position from which removed thereafter may not be used to pay the employee or individual. However, if the Merit System Protection Board finds by unanimous vote that the violation does not warrant removal, a penalty of not less than 30 days' suspension without pay shall be imposed by direction of the Board.

### 三、日本

##### （一）憲法

**日本国憲法**

1、第十五条第二項

すべて公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない。

2、第七十六条第三項

すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び

法律にのみ拘束される。

##### （二）公務員法

**国家公務員法**

1、第二条

国家公務員の職は、これを一般職と特別職とに分つ。

一般職は、特別職に属する職以外の国家公務員の一切の職を包含する。

特別職は、次に掲げる職員の職とする。

一　内閣総理大臣

二　国務大臣

三　人事官及び検査官

四　内閣法 制局長官

五　内閣官房副長官

五の二　内閣危機管理監

五の三　内閣官房副長官補、内閣広報官及び内閣情報官

六　内閣総理大臣補佐官

七　副大臣及び法律で国務大臣をもつてその長に充てることと定められている各庁の副長官

七の二　大臣政務官及び長官政務官

八　内閣総理大臣秘書官及び国務大臣秘書官並びに特別職たる機関の長の秘書官のうち人事院規則で指定するもの

九　就任について選挙によることを必要とし、あるいは国会の両院又は一院の議決又は同意によることを必要とする職員

十　宮内庁長官、侍従長、東宮大夫、式部官長及び侍従次長並びに法律又は人事院規則で指定する宮内庁のその他の職員

十一　特命全権大使、特命全権公使、特派大使、政府代表、全権委員、政府

代表又は全権委員の代理並びに特派大使、政府代表又は全権委員の顧問及び

随員

十一の二　日本ユネスコ国内委員会の委員

十二　日本学士院会員

十二の二　日本学術会議会員

十三　裁判官及びその他の裁判所職員

十四　国会職員

十五　国会議員の秘書

十六　防衛庁の職員（防衛庁設置法（昭和二十九年法律第百六十四号）第六

十一条第一項に規定する審議会等の委員及び調停職員等で、人事院規則で指

定するものを除く。）

十七　独立行政法人通則法 （平成十一年法律第百三号）第二条第二項 に規

定する特定独立行政法人（以下「特定独立行政法人」という。）の役員

この法律の規定は、一般職に属するすべての職（以下その職を官職といい、その職を占める者を職員という。）に、これを適用する。人事院は、ある職が、国家公務員の職に属するかどうか及び本条に規定する一般職に属するか特別職に属するかを決定する権限を有する。

この法律の規定は、この法律の改正法律により、別段の定がなされない限り、特別職に属する職には、これを適用しない。

政府は、一般職又は特別職以外の勤務者を置いてその勤務に対し俸給、給料その他の給与を支払つてはならない。

前項の規定は、政府又はその機関と外国人の間に、個人的基礎においてなされる勤務の契約には適用されない。

2、第八十二条

職員が、次の各号のいずれかに該当する場合においては、これに対し懲戒処分として、免職、停職、減給又は戒告の処分をすることができる。

一　この法律若しくは国家公務員倫理法 又はこれらの法律に基づく命令（国家公務員倫理法第五条第三項 の規定に基づく訓令及び同条第四項 の規定に基づく規則を含む。）に違反した場合

二　職務上の義務に違反し、又は職務を怠つた場合

三　国民全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合

3、第一百零二条

職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない。

職員は、公選による公職の候補者となることができない。

職員は、政党その他の政治的団体の役員、政治的顧問、その他これらと同様な役割をもつ構成員となることができない。

4、第一百一十条

左の各号の一に該当する者は、三年以下の懲役又は十万円以下の罰金に処する。…

十九　第百二条第一項に規定する政治的行為の制限に違反した者

**人事院規則十四—七（政治的行為）**

法及び規則中政治的行為の禁止又は制限に関する規定は、臨時的任用として勤務する者、条件付任用期間の者、休暇、休職又は停職中の者及びその他理由のいかんを問わず一時的に勤務しない者をも含むすべての一般職に属する職員に適用する。ただし、顧問、参与、委員その他人事院の指定するこれらと同様な諮問的な非常勤の職員（法第八十一条の五第一項に規定する短時間勤務の官職を占める職員を除く。）が他の法令に規定する禁止又は制限に触れることなしにする行為には適用しない。

法又は規則によつて禁止又は制限される職員の政治的行為は、すべて、職員が、公然又は内密に、職員以外の者と共同して行う場合においても、禁止又は制限される。

法又は規則によつて職員が自ら行うことを禁止又は制限される政治的行為は、すべて、職員が自ら選んだ又は自己の管理に属する代理人、使用人その他の者を通じて間接に行う場合においても、禁止又は制限される。

法又は規則によつて禁止又は制限される職員の政治的行為は、第六項第十六号に定めるものを除いては、職員が勤務時間外において行う場合においても、適用される。

法及び規則中政治的目的とは、次に掲げるものをいう。政治的目的をもつてなされる行為であつても、第六項に定める政治的行為に含まれない限り、法第百二条第一項の規定に違反するものではない。

一　規則一四―五に定める公選による公職の選挙において、特定の候補者を支持し又はこれに反対すること。

二　最高裁判所の裁判官の任命に関する国民審査に際し、特定の裁判官を支持し又はこれに反対すること。

三　特定の政党その他の政治的団体を支持し又はこれに反対すること。

四　特定の内閣を支持し又はこれに反対すること。

五　政治の方向に影響を与える意図で特定の政策を主張し又はこれに反対すること。

六　国の機関又は公の機関において決定した政策（法令、規則又は条例に包含されたものを含む。）の実施を妨害すること。

七　地方自治法（昭和二十二年法律第六十七号）に基く地方公共団体の条例の制定若しくは改廃又は事務監査の請求に関する署名を成立させ又は成立させないこと。

八　地方自治法に基く地方公共団体の議会の解散又は法律に基く公務員の解職の請求に関する署名を成立させ若しくは成立させず又はこれらの請求に基く解散若しくは解職に賛成し若しくは反対すること。

法第百二条第一項の規定する政治的行為とは、次に掲げるものをいう。

一　政治的目的のために職名、職権又はその他の公私の影響力を利用すること。

二　政治的目的のために寄附金その他の利益を提供し又は提供せずその他政治的目的をもつなんらかの行為をなし又はなさないことに対する代償又は報復として、任用、職務、給与その他職員の地位に関してなんらかの利益を得若しくは得ようと企て又は得させようとすることあるいは不利益を与え、与えようと企て又は与えようとおびやかすこと。

三　政治的目的をもつて、賦課金、寄附金、会費又はその他の金品を求め若しくは受領し又はなんらの方法をもつてするを問わずこれらの行為に関与すること。

四　政治的目的をもつて、前号に定める金品を国家公務員に与え又は支払うこと。

五　政党その他の政治的団体の結成を企画し、結成に参与し若しくはこれらの行為を援助し又はそれらの団体の役員、政治的顧問その他これらと同様な役割をもつ構成員となること。

六　特定の政党その他の政治的団体の構成員となるように又はならないように勧誘運動をすること。

七　政党その他の政治的団体の機関紙たる新聞その他の刊行物を発行し、編集し、配布し又はこれらの行為を援助すること。

八　政治的目的をもつて、第五項第一号に定める選挙、同項第二号に定める国民審査の投票又は同項第八号に定める解散若しくは解職の投票において、投票するように又はしないように勧誘運動をすること。

九　政治的目的のために署名運動を企画し、主宰し又は指導しその他これに積極的に参与すること。

十　政治的目的をもつて、多数の人の行進その他の示威運動を企画し、組織し若しくは指導し又はこれらの行為を援助すること。

十一　集会その他多数の人に接し得る場所で又は拡声器、ラジオその他の手段を利用して、公に政治的目的を有する意見を述べること。

十二　政治的目的を有する文書又は図画を国又は特定独立行政法人の庁舎（特定独立行政法人にあつては、事務所。以下同じ。）、施設等に掲示し又は掲示させその他政治的目的のために国の庁舎、施設、資材又は資金を利用し又は利用させること。

十三　政治的目的を有する署名又は無署名の文書、図画、音盤又は形象を発行し、回覧に供し、掲示し若しくは配布し又は多数の人に対して朗読し若しくは聴取させ、あるいはこれらの用に供するために著作し又は編集すること。

十四　政治的目的を有する演劇を演出し若しくは主宰し又はこれらの行為を援助すること。

十五　政治的目的をもつて、政治上の主義主張又は政党その他の政治的団体の表示に用いられる旗、腕章、記章、えり章、服飾その他これらに類するものを製作し又は配布すること。

十六　政治的目的をもつて、勤務時間中において、前号に掲げるものを着用し又は表示すること。

十七　なんらの名義又は形式をもつてするを問わず、前各号の禁止又は制限を免れる行為をすること。

この規則のいかなる規定も、職員が本来の職務を遂行するため当然行うべき行為を禁止又は制限するものではない。

各省各庁の長及び特定独立行政法人の長は、法又は規則に定める政治的行為の禁止又は制限に違反する行為又は事実があつたことを知つたときは、直ちに人事院に通知するとともに、違反行為の防止又は矯正のために適切な措置をとらなければならない。

**地方公務員法**

1、第三条

地方公務員の職は、一般職と特別職とに分ける。

一般職は、特別職に属する職以外の一切の職とする。

特別職は、左に掲げる職とする。

一　就任について公選又は地方公共団体の議会の選挙、議決若しくは同意によることを必要とする職

一の二　地方開発事業団の理事長、理事及び監事の職

一の三　地方公営企業の管理者及び企業団の企業長の職

二　法令又は条例、地方公共団体の規則若しくは地方公共団体の機関の定める規程により設けられた委員及び委員会（審議会その他これに準ずるものを含む。）の構成員の職で臨時又は非常勤のもの

三　臨時又は非常勤の顧問、参与、調査員、嘱託員及びこれらの者に準ずる者の職

四　地方公共団体の長、議会の議長その他地方公共団体の機関の長の秘書の職で条例で指定するもの

五　非常勤の消防団員及び水防団員の職

2、第二十九条

職員が次の各号の一に該当する場合においては、これに対し懲戒処分として戒告、減給、停職又は免職の処分をすることができる。

一　この法律若しくは第五十七条に規定する特例を定めた法律又はこれに基く条例、地方公共団体の規則若しくは地方公共団体の機関の定める規程に違反した場合

二　職務上の義務に違反し、又は職務を怠つた場合

三　全体の奉仕者たるにふさわしくない非行のあつた場合

 3、第三十六条

職員は、政党その他の政治的団体の結成に関与し、若しくはこれらの団体の役員となつてはならず、又はこれらの団体の構成員となるように、若しくはならないように勧誘運動をしてはならない。

職員は、特定の政党その他の政治的団体又は特定の内閣若しくは地方公共団体の執行機関を支持し、又はこれに反対する目的をもつて、あるいは公の選挙又は投票において特定の人又は事件を支持し、又はこれに反対する目的をもつて、左に掲げる政治的行為をしてはならない。但し、当該職員の属する地方公共団体の区域（当該職員が都道府県の支庁若しくは地方事務所又は地方自治法第二百五十二条の十九第一項 の指定都市の区に勤務する者であるときは、当該支庁若しくは地方事務所又は区の所管区域）外において、第一号から第三号まで及び第五号に掲げる政治的行為をすることができる。

一　公の選挙又は投票において投票をするように、又はしないように勧誘運動をすること。

二　署名運動を企画し、又は主宰する等これに積極的に関与すること。

三　寄附金その他の金品の募集に関与すること。

四　文書又は図画を地方公共団体の庁舎、施設等に掲示し、又は掲示させ、その他地方公共団体の庁舎、施設、資材又は資金を利用し、又は利用させること。

五　前各号に定めるものを除く外、条例で定める政治的行為

何人も前二項に規定する政治的行為を行うよう職員に求め、職員をそそのかし、若しくはあおつてはならず、又は職員が前二項に規定する政治的行為をなし、若しくはなさないことに対する代償若しくは報復として、任用、職務、給与その他職員の地位に関してなんらかの利益若しくは不利益を与え、与えようと企て、若しくは約束してはならない。

職員は、前項に規定する違法な行為に応じなかつたことの故をもつて不利益な取扱を受けることはない。

本条の規定は、職員の政治的中立性を保障することにより、地方公共団体の行政の公正な運営を確保するとともに職員の利益を保護することを目的とするものであるという趣旨において解釈され、及び運用されなければならない。

#####

##### （三）其他法律

**地方公営企業法**

1、第三十九条第二項

企業職員（政令で定める基準に従い地方公共団体の長が定める職にある者を除く。）については、地方公務員法第三十六条の規定は、適用しない。

**地方公営企業労働関係法**

1、第十七条第二項

地方公営企業法第三十九条第二項の規定は、前項に規定する職員（同法第三十九条第二項 の政令で定める基準に従い地方公共団体の長が定める職にある者を除く。）について準用する。

**裁判所法**

1、第四十九条

裁判官は、職務上の義務に違反し、若しくは職務を怠り、又は品位を辱める行状があつたときは、別に法律で定めるところにより裁判によつて懲戒される。

1. 第五十二条第一号

裁判官は、在任中、左の行為をすることができない。

一　国会若しくは地方公共団体の議会の議員となり、又は積極的に政治運動をすること。

**私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律**

1、第三十七条第一号

委員長、委員及び命令を以て定める公正取引委員会の職員は、在任中、左の各号の一に該当する行為をすることができない。

一　国会若しくは地方公共団体の議会の議員となり、又は積極的に政治運動をすること

**警察法**

1、第十条第三項

委員は、政党その他の政治的団体の役員となり、又は積極的に政治運動をしてはならない。

2、第四十二条第二項、第三項

委員は、地方公共団体の議会の議員若しくは常勤の職員又は地方公務員法第二十八条の五第一項 に規定する短時間勤務の職を占める職員と兼ねることができない。

委員は、政党その他の政治的団体の役員となり、又は積極的に政治運動をしてはならない。

**自衛隊法**

1、第六十一條

隊員は、政党又は政令で定める政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法をもつてするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除くほか、政令で定める政治的行為をしてはならない。

隊員は、公選による公職の候補者となることができない。

隊員は、政党その他の政治的団体の役員、政治的顧問その他これらと同様な役割をもつ構成員となることができない。

2、第一百十九条

次の各号のいずれかに該当する者は、三年以下の懲役又は禁錮に処する。

一　第六十一条第一項の規定に違反した者

**自衛隊法施行令（昭和二十九年六月三十日政令第179号）**

1、第八十六条

法第六十一条第一項に規定する政令で定める政治的目的は、次の各号に掲げるものとする。

一　衆議院議員、参議院議員、地方公共団体の長、地方公共団体の議会の議員、農業委員会の委員又は海区漁業調整委員会の委員の選挙において、特定の候補者を支持し、又はこれに反対すること。

二　最高裁判所の裁判官の任命に関する国民審査において、特定の裁判官を支持し、又はこれに反対すること。

三　特定の政党その他の政治的団体を支持し、又はこれに反対すること。

四　特定の内閣を支持し、又はこれに反対すること。

五　政治の方向に影響を与える意図で特定の政策を主張し、又はこれに反対すること。

六　国又は地方公共団体の機関において決定した政策（法令に規定されたものを含む。）の実施を妨害すること。

七　地方自治法に基く地方公共団体の条例の制定若しくは改廃又は事務監査の請求に関する署名を成立させ、又は成立させないこと。

八　地方自治法に基く地方公共団体の議会の解散又は法律に基く公務員の解職の請求に関する署名を成立させ、若しくは成立させず、又はこれらの請求に基く解散若しくは解職に賛成し、若しくは反対すること。

2、第八十七条

法第六十一条第一項に規定する政令で定める政治的行為は、次の各号に掲げるものとする。

一　政治的目的のために官職、職権その他公私の影響力を利用すること。

二　政治的目的のために寄附金その他の利益を提供し、又は提供せず、その他政治的目的を持つなんらかの行為をし、又はしないことに対する代償又は報酬として、任用、職務、給与その他隊員の地位に関してなんらかの利益を得若しくは得ようと企て、又は得させようとし、あるいは不利益を与え、与えようと企て、又は与えようとおびやかすこと。

三　政治的目的をもつて、賦課金、寄附金、会費若しくはその他の金品を求め、若しくは受領し、又はなんらの方法をもつてするを問わず、これらの行為に関与すること。

四　政治的目的をもつて、前号に定める金品を国家公務員に与え、又は支払うこと。

五　政党その他の政治的団体の結成を企画し、結成に参与し、又はこれらの行為を援助すること。

六　特定の政党その他の政治的団体の構成員となるように又はならないように勧誘運動をすること。

七　政党その他の政治的団体の機関紙たる新聞その他の刊行物を発行し、編集し、若しくは配布し、又はこれらの行為を援助すること。

八　政治的目的をもつて、前条第一号に掲げる選挙、同条第二号に掲げる国民審査の投票又は同条第八号に掲げる解散若しくは解職の投票において、投票するように又はしないように勧誘運動をすること。

九　政治的目的のために署名運動を企画し、主宰し、若しくは指導し、又はこれらの行為に積極的に参与すること。

十　政治的目的をもつて、多数の人の行進その他の示威運動を企画し、組織し、若しくは指導し、又はこれらの行為を援助すること。

十一　集会その他多数の人に接し得る場所で又は拡声器、ラジオその他の手段を利用して、公に政治的目的を有する意見を述べること。

十二　政治的目的を有する文書又は図画を国の庁舎、施設等に掲示し、又は掲示させ、その他政治的目的のために国の庁舎、施設、資材又は資金を利用し、又は利用させること。

十三　政治的目的を有する署名又は無署名の文書、図画、音盤又は形象を発行し、回覧に供し、掲示し、若しくは配布し、又は多数の人に対して朗読し、若しくは聴取させ、あるいはこれらの用に供するために著作し、又は編集すること。

十四　政治的目的を有する演劇を演出し、若しくは主宰し、又はこれらの行為を援助すること。

十五　政治的目的をもつて、政治上の主義主張又は政党その他政治的団体の表示に用いられる旗、腕章、記章、えり章、服飾その他これに類するものを製作し、又は配布すること。

十六　政治的目的をもつて、勤務時間中において、前号に掲げるものを着用し、又は表示すること。

十七　なんらの名義又は形式をもつてするを問わず、前各号の禁止又は制限を免かれる行為をすること。

前項各号に掲げる行為（第三号の場合においては、前項第十六号に掲げるものを除く。）は、次の各号に掲げる場合においても、法第六十一条第一項に規定する政治的行為となるものとする。

一　公然又は内密に隊員以外の者と共同して行う場合

二　自ら選んだ又は自己の管理に属する代理人、使用人その他の者を通じて間接に行う場合

三　勤務時間外において行う場合

**教育公務員特例法**

1、第二十一条の四

公立学校の教育公務員の政治的行為の制限については、当分の間、地方公務員法第三十六条の規定にかかわらず、国立学校の教育公務員の例による。

前項の規定は、政治的行為の制限に違反した者の処罰につき国家公務員法第百十条第一項の例による趣旨を含むものと解してはならない。

**教育基本法**

1、第八条

良識ある公民たるに必要な政治的教養は、教育上これを尊重しなければならない。

法律に定める学校は、特定の政党を支持し、又はこれに反対するための政治教育その他政治的活動をしてはならない。

**義務教育諸学校における教育の政治的中立の確保**

1、第三条

何人も、教育を利用し、特定の政党その他の政治的団体（以下「特定の政党等」という。）の政治的勢力の伸長又は減退に資する目的をもつて、学校教育法に規定する学校の職員を主たる構成員とする団体（その団体を主たる構成員とする団体を含む。）の組織又は活動を利用し、義務教育諸学校に勤務する教育職員に対し、これらの者が、義務教育諸学校の児童又は生徒に対して、特定の政党等を支持させ、又はこれに反対させる教育を行うことを教唆し、又はせん動してはならない。

2、第四条

前条の規定に違反した者は、一年以下の懲役又は三万円以下の罰金に処する。

**公職選挙法**

1、第八十九条

国若しくは地方公共団体の公務員又は特定独立行政法人（独立行政法人通則法（平成11年法律第103号）第2条第2項に規定する特定独立行政法人をいう。以下同じ。）の役員若しくは職員は、在職中、公職の候補者となることができない。ただし、次の各号に掲げる公務員（特定独立行政法人の役員及び職員を含む。次条及び第103条第3項において同じ。）は、この限りでない。

一　内閣総理大臣その他の国務大臣、内閣官房副長官、内閣総理大臣補佐官、副大臣（法律で国務大臣をもつてその長に充てることと定められている各庁の副長官を含む。）及び大臣政務官（長官政務官を含む。）

二　技術者、監督者及び行政事務を担当する者以外の者で、政令で指定するもの

三　専務として委員、顧問、参与、嘱託員その他これらに準ずる職にある者で臨時又は非常勤のものにつき、政令で指定するもの

四　消防団長その他の消防団員（常勤の者を除く。）及び水防団長その他の水防団員（常勤の者を除く。）

五　地方公営企業労働関係法（昭和27年法律第289号）第3条第2項に規定する職員で、政令で指定するもの。

衆議院議員の任期満了による総選挙又は参議院議員の通常選挙が行われる場合においては、当該衆議院議員又は参議院議員は、前項本文の規定にかかわらず、在職中その選挙における公職の候補者となることができる。地方公共団体の議会の議員又は長の任期満了による選挙が行われる場合において当該議員又は長がその選挙における公職の候補者となる場合も、また同様とする。

第1項本文の規定は、同項第1号、第2号、第4号及び第5号に掲げる者並びに前項に規定する者がその職に伴い兼ねている国若しくは地方公共団体の公務員又は特定独立行政法人の役員若しくは職員たる地位に影響を及ぼすものではない。

2、第九十条

前条の規定により公職の候補者となることができない公務員が、第86条第1項から第3項まで若しくは第8項、第88条の2第1項若しくは第9項、第86条の3第1項若しくは同条第2項において準用する第86条の2第9項前段又は第86条の4第1項、第2項、第5項、第6項新しくは第8項の規定による届出により公職の候補者となつたときは、当該公務員の退職に関する法令の規定にかかわらず、その届出の日に当該公務員たることを辞したものとみなす。

3、第九十一条

第86条第1項又は第8項の規定により候補者として届出のあつた者（候補者届出政党の届出に係るものに限る。）が、第88条又は第89条の規定により公職の候補者となることができない者となつたときは、当該届出は、取り下げられたものとみなす。

第86条第2項、第3項若しくは第8項又は第86条の4第1項、第2項、第5項、第6項若しくは第8項の規定により公職の候補者として届出のあつた者（候補者届出政党の届出に係るものを除く。）が、第88条又は第89条の規定により公職の候補者となることができない者となつたときは、その候補者たることを辞したものとみなす。

衆議院（比例代表選出）議員又は参議院（比例代表選挙）議員の選挙において、衆議院名簿登載者又は参議院名簿登載者が第88条又は第89条の規定により公職の候補者となることができない者となつたときは、その者は、公職の候補者たる衆議院名簿登載者又は参議院名簿登載者でなくなるものとする。

4、第百三十六条

左の各号に掲げる者は、在職中、選挙運動をすることができない。

一　中央選挙管理会の委員及び中央選挙管理会の庶務に従事する総務省の職員並びに選挙管理委員会の委員及び職員

二　裁判官

三　検察官

四　会計検査官

五　公安委員会の委員

六　警察官

七　収税官吏及び徴税の吏員

5、第百三十六条の二

次の各号の一に該当する者は、その地位を利用して選挙運動をすることができない。

一　国若しくは地方公共団体の公務員又は特定独立行政法人の役員若しくは職員

二　日本道路公団、緑資源公団、石油公団、地域振興整備公団、日本鉄道建設公団、新東京国際空港公団、水資源開発公団、国民生活金融公庫、住宅金融公庫、農林漁業金融公庫、中小企業金融公庫、公営企業金融公庫若しくは沖縄振興開発金融公庫の役員若しくは職員、首都高速道路公団、阪神高速道路公団若しくは本州四国連絡橋公団の管理委員会の委員、役員若しくは職員又は都市基盤整備公団の運営委員会の委員、役員若しくは職員（以下「公団等の役職員等」という。）

前項各号に掲げる者が公職の候補者若しくは公職の候補者となろうとする者（公職にある者を含む。）を推薦し、支持し、若しくはこれに反対する目的をもつてする次の各号に掲ける行為又は公職の候補者若しくは公職の候補者となろうとする者（公職にある者を含む。）である同項各号に掲げる者が公職の候補者として推薦され、若しくは支持される目的をもつてする次の各号に掲げる行為は、同項に規定する禁止行為に該当するものとみなす。

一　その地位を利用して、公職の候補者の推薦に関与し、若しくは関与することを援助し、又は他人をしてこれらの行為をさせること。

二　その地位を利用して、投票の周旋勧誘、演説会の開催その他の選挙運動の企画に関与し、その企画の実施について指示し、若しくは指導し、又は他人をしてこれらの行為をさせること。

三　その地位を利用して、第199条の5（後援団体に関する寄附行為の禁止）第1項に規定する後援団体を結成し、その結成の準備に関与し、同項に規定する後援団体の構成員となることを勧誘し、若しくはこれらの行為を援助し、又は他人をしてこれらの行為をさせること。

四　その地位を利用して、新聞その他の刊行物を発行し、文書図画を掲示し、若しくは頒布し、若しくはこれらの行為を援助し、又は他人をしてこれらの行為をさせること。

五　公職の候補者又は公職の候補者となろうとする者（公職にある者を含む。）を推薦し、支持し、若しくはこれに反対することを申しいで、又は約束した者に対し、その代価として、その職務の執行に当たり、当該申しいで、又は約束した者に係る利益を供与し、又は供与することを約束すること。

6、第百三十七条

教育者（学校教育法 （昭和二十二年法律第二十六号）に規定する学校の長及び教員をいう。）は、学校の児童、生徒及び学生に対する教育上の地位を利用して選挙運動をすることができない。

7、第二百二十六条

選挙に関し、国若しくは地方公共団体の公務員、特定独立行政法人の役員若しくは職員、中央選挙管理会の委員若しくは中央選挙管理会の庶務に従事する総務省の職員、選挙管理委員会の委員若しくは職員、投票管理者、開票管理者又は選挙長若しくは選挙分会長が故意にその職務の執行を怠り又は正当な理由がなくて公職の候補者若しくは選挙運動者に追随し、その居宅若しくは選挙事務所に立ち入る等その職権を濫用して選挙の自由を妨害したときは、4年以下の禁錮に処する。

国若しくは地方公共団体の公務員、中央選挙管理会の委員若しくは中央選挙管理会の庶務に従事する総務省の職員、選挙管理委員会の委員若しくは職員、投票管理者、開票管理者又は選挙長若しくは選挙分会長が選挙人に対し、その投票しようとし又は投票した被選挙人の氏名（衆議院比例代表選出議員の選挙にあつては政党その他の政治団体の名称又は略称、参議院比例代表選出議員の選挙にあつては被選挙人の氏名又は政党その他の政治団体の名称若しくは略称）の表示を求めたときは、6月以下の禁錮又は30万円以下の罰金に処する。

8、第二百三十九条第一項第一号

次の各号の一に該当する者は、一年以下の禁錮又は三十万円以下の罰金に処する。

一　第百二十九条、第百三十七条、第百三十七条の二又は第百三十七条の三の規定に違反して選挙運動をした者

9、第二百三十九条の二

国又は地方公共団体の公務員、特定独立行政法人の役員又は職員及び公団等の役職員等（公職にある者を除く。）であつて、衆議院議員又は参議院議員の選挙において当該公職の候補者となろうとするもので次の各号に掲げる行為をしたものは、第129条の規定に違反して選挙運動をした者とみなし、2年以上の禁錮又は30万円以下の罰金に処する。

一　当該公職の候補者となろうとする選挙区（選挙区がないときは、選挙の行われる区域。以下この項において「当該選挙区」という。）において職務上の旅行又は職務上出席した会議その他の集会の機会を利用して、当該選挙に関し、選挙人にあいさつすること。

二　当該選挙区において、その地位及び氏名（これらのものが類推されるような名称を含む。）を表示した文書図画を当該選挙に関し、掲示し、又は頒布すること。

三　その職務の執行に当たり、当該選挙区内にある者に対し、当該選挙に関し、その者に係る特別の利益を供与し、又は供与することを約束すること。

四　その地位を利用して、当該選挙に関し、国又は地方公共団体の公務員、特定独立行政法人の役員又は職員及び公団等の役職員等をして、その職務の執行に当たり、当該選挙区内にある者に対し、その者に係る特別の利益を供与させ、又は供与することを約束させること。

第136条の2の規定に違反して選挙運動又は行為をした者は、2年以下の禁錮又は30万円以下の罰金に処する。

## 貳、參考文獻

### 一、德國

1. Alexy, Robert:Theorie der Grundrechte, suhrkamp taschbuch wissenschaft 582, 2. Aufl. 1994.
2. Baltes, Joachim: Die Neutralität des Berufsbeamten. Exemplarische Bestimmung eines hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums, 1973。
3. Battis, Ulrich: Art. 33 GG, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 1996.
4. Battis, Ulrich: Bundesbeamtengesetz, 2. Aufl. 1997.
5. Dittmeier, Robert / Rubenbauer, Alfred: Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT), 3. Aufl. 1992。
6. Erichsen, Hans-Uwe: Das Verwaltungshandeln, in: ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 11 ff..
7. Frowein, Jochen: Die politische Betätigung des Beamten, 1967.
8. Grimm, Dieter: Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition, in: ders, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 53 ff.。
9. Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995.
10. Isensee, Josef: Öffentlicher Dienst, in: Benda, Ernst / Maihofer, Werner / Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, 2., neubearb. und erw. Aufl. 1995, § 32
11. Kokott, Juliane: Art. 17a GG, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 1999.
12. Kunig, Philip: Das Recht des öffentlichen Dienstes, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, 6. Abschn..
13. Lecheler, Helmut: Der öffentliche Dienst, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band III, 1988, § 72.
14. Leuze, Dieter: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beamten, ZBR 1998, S. 187 ff..
15. Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 1994.
16. Merten, Detlef: Grundrechte und Besonderes Gewaltverhältnis, in: ders. (Hrsg.), Das besondere Gewaltverhältnis, 1985, S. 53 ff.
17. Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard: Grundrechte. Staatsrecht II, 13., völlig neubearb. Aufl. 1997.
18. Püttner, Günter: Grund- und Betriebsverhältnis, DÖV 1987, S. 190 ff..
19. Rupp, Hans Heinrich: Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965
20. Schlaich, Klaus: Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip – vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht, 1972.
21. Schmahl, Hermannjosef: Disziplinarrecht und politische Betätigung der Beamten in der Weimarer Republik, 1977.
22. Schmidt-Räntsch, Günter: Deutsches Richtergesetz, 5., neubearb. Aufl. 1995
23. Schnapp, Friedrich E.: Amtsrecht und Beamtenrecht. Eine Untersuchung über normative Strukturen des staatlichen Innenbereichs, 1977
24. Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band I, 2. Aufl. 1984.
25. Wagner, Fritjof: Neutralität und öffentlicher Dienst, DÖD 1987, 65 ff..
26. Wagner, Fritjof: Beamtenrecht, 5. Aufl. 1997.
27. Weiß, Hans-Dietrich: Das Dienstvergehen der Beamten. Kritik und Neuvorschläge, 1971.
28. Weiß, Hans-Dietrich: Die Pflicht zur „Mäßigung“ und „Zurückhaltung“ bei „politischer Betätigung“ – Zur disziplinarrechtlichen Aufbereitung des objektiven Tatbestand des § 53 BBG, ZBR 1988, S. 109 ff

###

### 二、美國

Bodner, Bruce, Constitutional Rights --United States Supreme Court Gives Public Employers Greater Latitude to Curb Public Employee Speech--Waters v. Churchill, 68 *Temp. L. Rev.* 461 (1994).

Bryant, Theresa J., May We Teach Tolerance? Estalblishing the Parameters of Academic Freedom in Public Schools, 60 *U. Pitt. L. Rev.* 579,596 (1999).

Carr, Captain John A., USAF, Free Speech in the Military Community: Striking a Balance Between Personal Rights and Military Necessity, 45 *A. F. L. Rev.* 303, 338 (1998).

Case, H. Manley, Project on the Merit Systems Protection Board: the Civil Service Reform Act of 1978: Article: Federal Employee Job Rights: The Pendleton Act of 1883 to the Civil Service Reform Act of 1978, 29 *How. L. J.* 283 (1986).

Ehrmann, Henry W., *Comparative Legal Cultures* (1976).

Fahey, James G., Note and Comment: United States v. National Treasury Employees Union: Restrictions on Free Speech of Government Employees and the Re-Balancing of Pickering, 15 *St. Louis U. Pub. L. Rev.* 555 (1996).

Fish, C., *The Civil Service and Patronage* (Harvard Press 1920).

Gely, Rafael & Chandler, Timothy D., Restricting Public Employees' Political Activities: Good Government or Partisan Politics? 37 *Hous. L. Rev.* 775 (2000).

Hemingway, Charles W., A Review of Recent Decisions of the United States v. National Treasury Employees Union: Constitutional Tensions Between the Government as Employer and the Citizens as Federal Employee, 44 *Am. U. L. Rev.* 2231(1995).

Johnson, Jaimie, Note, O'Hare Truck Serv., Inc. v. City of Northlake: Further Limiting the Spoils of the Victor, 14 *Ga. St. U. L. Rev.* 489 (1998).

Magness, William H., Comment, "Un-Hatching" Federal Employee Political Endorsements, 134 *U. Pa. L. Rev.* 1497 (1986).

Northup, Nancy, Note: Local Nonpartisan Elections, Political Parties and the First Amendment, 87 *Colum. L. Rev.* 1677 (1987).

Zweigert, Konrad & Kötz, Hein, *Introduction to Comparative Law* (1998).

Developments in the Law-Public Employment, 97 *Harv. L. Rev.* 1611, 1619 (1984).

Act of Aug. 2, 1939, Pub. L. No. 76-252, 53 Stat. 1147 (1939).

1. AFI 51-902, Political Activities by Members of the US Air Force (Jan. 1, 1996).

Air Force Regulation 35-1(9) (1971).

Air Force Regulation 35-15(3)(a) (1970).

Hatch Act Reform Amendments of 1993, Pub. L. No. 103-94, 2, 107 Stat. 1001, 1001-04 (1993) (彙編於5 U.S.C. 7321-7326 (1994)).

18 U.S.C. 602-3, 18 U.S.C. 601,606, 18 U.S.C. 607, 18 U.S.C.597, 18 U.S.C. 600, 18 U.S.C. 594, 18 U.S.C. 610, 18 U.S.C. 608, 18 U.S.C. 592, 18 U.S.C. 593, 18 U.S.C. 596, 18 U.S.C. 609.

59 Fed. Reg. 48, 765, 48, 773 (1994) (彙編於5 C. F. R. 734.306 (a) (1995)).

The Public School Code, 24 Pa. C. S. A.@ 1-101及以下條文.

軍事司法統一法典 (The Uniform Code of Military Justice), Manual for Courts-Martial, United States (1995 ed.).

1. Department of Defense Directive 1344.10, Political Activities by Members of the Armed Forces on Active Duty (June 15, 1990).
2. Major General Hawley, Bryan G., TJAG Policy Number 10, Political Activities by Air Force Military Personnel (1998 Revision).

Barth v. Philadelphia School District, 393 Pa. 557, 143 A. 2d 909, 912 (1958).

Brown v. Glines, 444 U.S. 348, 354 (1980).

Cary v. Board of Educ., 427 F. Supp. 945, 949 (D. Colo. 1977), aff'd, 598 F.2d 535 (10th Cir. 1979)).

Connick v. Myers, 461 U.S. 138 (1983).

Elrod v. Burns, 427 U. S. 347 (1976).

1. Epperson v. Arkansas, 393 U.S. 97, 107 (1968).

Ethredge v. Hail, 56 F.3d 1324 (11th Cir. 1995).

1. Keyishian v. Board of Regents of the Univ. of New York, 385 U.S. 589, 605-06 (1967).
2. Martin v. Mott, 25 U.S. (12 Wheat.) 19, 35, 6 L.Ed. 537 (1827)).

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923).

1. Parker v. Levy, 417 U.S. 733, 744 (1974).

Pickering v. Board of Educ., 391 U.S. 563, 568 (1968).

Sanjour v. Environmental Protection Agency, 56 F. 3d 85 (D.C. Cir. 1995).

Schlesinger v. Councilman, 420 U.S. 738, 757 (1975)).

Solorio v. United States, 483 U.S. 435, 447 (1987).

Susan Castle, et al. v. Colonial School District, et al., 933 F. Supp. 458 (1996).

Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234,236 (1957).

United States v. National Treasury Employees Union, 115 S. Ct. 1003 (1995).

United States v. Priest, 45 C.M.R. 338, 344 (C.M.A. 1972).

Department of Defense Directive 1344.10. (<http://www>.usarak.army.mil/ig/ political\_activities.htm.).

Federal Hatch Act Advisory: Solicitation of Services From Subordinate Employees, October 16, 1996. (<http://www.osc.gov/documents/fha-06.htm>.).

Federal Hatch Act Advisory: Elected Official Accepting Federal Employment, December 30, 1998. (<http://www.osc.gov/documents/fha-21.htm>.).

Federal Hatch Act Advisory: Solicitation of Services From Subordinate Employees, October 16, 1996. (<http://www.osc.gov/documents/fha-06.htm>.).

Federal Hatch Act Advisory: Taking a Leave of Absence to Work on a Campaign, May 8, 1996. (http:// [www.osc.gov/documents/fha-04.htm](http://www.osc.gov/documents/fha-04.htm).).

Federal Hatch Act Advisory: Restricted Employee Working on a Campaign, March 20, 1996. (http:// [www.osc.gov/documents/fha-03.htm](http://www.osc.gov/documents/fha-03.htm).).

Federal Hatch Act Advisory: Restricted Employee Becoming a Member of a Partisan Political Group, October 16, 1997. (<http://www.osc.gov/documents/fha-12.htm>.).

U.S. Office of Special Counsel Seeks Removal of New York Employee for Hatch Act Violation, press release. ([http://www.osc.gov/documents/press/2001/ pr01\_08.htm](http://www.osc.gov/documents/press/2001/pr01_08.htm).).

U.S. Office of Special Counsel Seeks Removal of Government Attorney, Charging Him with Three Hatch Act Violations, press release. ([http://www.osc.gov/ documents/press/2001/pr01\_23.htm](http://www.osc.gov/documents/press/2001/pr01_23.htm).).

U.S. Office of Special Counsel Files Petition Seeking Order of Removal against Air Traffic Controller, Charging Him with Two Hatch Act Violations, press release. ([http://www.osc.gov/documents/press/2001/ pr01\_26htm](http://www.osc.gov/documents/press/2001/pr01_26htm).).

U.S. Office of Special Counsel Announces MSPB Decision Ordering Removal of Washington State Employee in Hatch Act, press release, July 9, 2001. (http:// www. osc.gov/documents/press/2001/ pr01\_15.htm.).

U.S. Office of Special Counsel Announces MSPB Decision Ordering Removal of D.C. School Teacher in Hatch Act Case, press release, May 7, 2001. (<http://www>. osc.gov/documents/press/2001/pr01\_12.htm.).

U.S. Office of Special Counsel Seeks Disciplinary Action in two Hatch Act Cases and Obtains Disciplinary Action Decision in a Third Hatch Act Case, press release, February 15, 2001. (<http://www>.osc.gov/documents/press/2001/pr01\_06.htm.).

U.S. Office of Special Counsel Announces Orders Removing Postal Service Letter Carriers in Two Hatch Act Cases, press release, March 2, 2001. (<http://www.osc.gov/documents/press/2001/pr01_10.htm>.).

### 三、日本

1. 芦部信喜，《憲法学　Ⅱ — 人権総論》，有斐閣，1994
2. 同氏，《憲法叢說　２ — 人権と統治》，信山社出版，1995
3. 伊藤正己，《憲法　新版》，弘文堂，平成7年（1995）
4. 栗田久喜／柳　克樹　編，《注解法律学全集　５ — 国家公務員法．地方公務員法》，青林書院，1977
5. 佐藤　功，公務員と基本的人権，公法研究，第33号（1971），頁72
6. 同氏，《日本国憲法概說》，学陽書房，平成3年（1991）
7. 塩野　宏，《行政法　Ⅰ》，第二版增補，2000
8. 同氏，《行政法　Ⅲ — 行政組織法》，第二版，2001
9. 初宿正典，《憲法２　基本権》，成文堂，1996
10. 樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂，《注解法律学全集　２ — 憲法　Ⅰ》，青林書院，1994
11. 同氏等，《注解法律学全集　２ — 憲法　Ⅱ》，青林書院，1997
12. 同氏等，《注解法律学全集　２ — 憲法　Ⅲ》，青林書院，1998
13. 法学協会　編，《註解日本国憲法　上》，有斐閣，1953
14. 宮澤俊義　著，芦部信喜　補訂，《全訂日本国憲法》，日本評論社，第二版，1987

### 四、我國

##### （一）書籍

1. 法治斌、董保城，【中華民國憲法】，空大出版，88年9月修訂再版
2. 陳新民，【中華民國憲法釋論】，三民書局，88年10月修正3版
3. 李惠宗，【憲法要義】，敦煌書局，88年二版
4. 許志雄、陳銘洋、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，【現代憲法論】，元照出版，89年9月二版
5. 朱建民，「威瑪憲法」，【世界各國憲法大全】第2冊，國民大會出版，54年
6. 吳庚，【行政法之理論與實用】，作者自刊，88年6月增訂5版
7. 陳敏，【行政法總論】，作者自刊，88年12月二版
8. 李震山，【行政法導論】，三民書局，88年10月修訂新版
9. 張家洋，【行政法】，三民書局，80年5版
10. 蔡良文，【行政中立與政治發展】，五南書局，87年9月初版
11. 翁岳生，＜論特別權力關係之新趨勢＞，收於氏著，【行政法與現代法治國家】，第五版，1985，頁131以下
12. 許宗力，＜行政處分＞，翁岳生編，【行政法2000(上冊)】，第二版，2000，頁448以下。
13. 林明鏘、蔡茂寅，＜公務員法＞，翁岳生編，【行政法2000（上）】，翰蘆出版，89年7月
14. 法治斌，＜行政法律關係與特別權力關係＞，翁岳生編，【行政法2000（上）】，翰蘆出版，89年7月
15. 陳新民，＜論人民基本權利之限制＞，收於氏著，【憲法基本權利之基本理論(上)】，1990。
16. 銓敘部主編，【公務員行政中立法專輯】，84年5月
17. 公務人員保障暨培訓委員會編印，民國86年6月24日保訓會召開，【公務人員保障法制研討會】會議實錄。
18. 行政院人事行政局，【公務人員行政中立規範之研究】報告，82年2月
19. 吳庚、許志雄、湯德宗、林明鏘，【公務人員保障法制問題之研究期末報告】，87年3月
20. 月旦法學雜誌主辦，＜專題企劃－建立行政中立法座談會＞，【月旦法學雜誌】10期，85年2月
21. 【立法院公報】85卷55期
22. 陳新民評釋、李建良編著，【基本人權與憲法裁判】，永然憲政系列，81年11月
23. 陳慈陽，【憲法規範性與憲政現實性】，翰蘆出版，86年9月

##### （二）期刊、論文

1. 林文益，＜公務人員行政中立之研究＞，政治大學公共行政研究所碩士論文，許濱松指導，80年
2. 趙義德，＜政黨平等原則之研究＞，中興大學法研所碩士論文，李震山指導，84年
3. 陳耀祥，＜政黨法律地位之研究—以德國法為中心＞，輔仁大學法研所碩士論文，翁岳生指導，80年
4. 顏宏斌，＜從公法學觀點論公務員政治活動＞，中興大學法研所碩士論文，城仲模指導79年
5. 張桐銳，＜法官的政治活動—從德國法制經驗檢討我國法制化的取向＞，台灣大學法研所碩士論文，許宗力指導，81年
6. 徐崑明，＜論公務人員保障制度－以美國法之比較為中心＞，政治大學法研所碩士論文，法治斌指導，89年
7. 盛子龍，＜比例原則作為規範違憲審查的準則－西德聯邦憲法法院判決及學說之研究＞，台大法研所碩士論文，翁岳生指導，77年
8. 王作榮，＜談文官制度＞，【人事管理】28卷6期，80年6月
9. 許濱松，＜如何建立文官中立－從外國法制談起＞，刊於銓敘部主編，【公務員行政中立法專輯】，84年5月
10. 許濱松，＜英美公務員政治中立之研究－兼論我國公務員政治中立應有之作法（上）＞，【人事月刊】，84年4月
11. 許濱松，＜英美公務員政治中立之研究－兼論我國公務員政治中立應有之作法（下）＞，【人事月刊】，84年5月
12. 徐有守，＜公務人事制度的行政意義與政治意義＞，刊於銓敘部主編，【行政管理論文選輯第三輯】
13. 許宗力，＜建立行政中立法制研討會＞，月旦法學雜誌10期，85年2月
14. 陳德禹，＜文官中立之理論與實際（上）＞，【人事月刊】16卷1期，82年1月
15. 陳德禹，＜文官中立之理論與實際（下）＞，【人事月刊】16卷2期，82年2月
16. [陳德禹，＜行政中立問題之檢討＞，【重建行政體制】，79年4月](http://www.openfind.com.tw/cgi-bin/tw/webredir?url=http%3a%2f%2fwww%2emocs%2egov%2etw%2fmain%2ehtm)
17. 陳德禹，＜我國當前政治發展與行政中立問題＞，【理論與政策】5卷4期，80年7月
18. 陳德禹，＜行政中立之省思與建言＞，【公務人員月刊】64期，90年10月
19. 蔡良文，＜論行政中立法制建制的背景＞，【人事行政】118期，85年8月
20. 蔡良文，＜論行政中立法制建立應思考之問題＞，【人事月刊】19卷2期，83年8月
21. 蔡良文，＜論行政中立法制建立之立法設計＞，【人事月刊】20卷3期，84年3月
22. 蔡良文，＜行政中立法制 深度訪談意見之再評析（上）＞，【公務人員月刊】64期，90年10月
23. 郭哲光，＜制定公務員基準法有關問題之研究＞，刊於行政院人事行政局編印，【研究發展得獎選輯第18輯】，78年6月
24. 關中，＜行政中立與政黨政治＞，刊於銓敘部主編，【公務人員行政中立法專輯】，84年5月
25. 辜柏宏，＜公務人員行政中立之研究－公平理論之觀點＞，【人力發展月刊】77期，89年6月
26. 黃秀端，＜政黨與選舉＞，【中國論壇】28卷9期，78年6月
27. 洪雲霖，「從中共建黨理念析論黨政關係發展」，【人事行政】109期，83年5月
28. 陳桂華，「公務員行政中立之省思」，【人事管理】30卷1期，82年2月
29. 許濱松，＜如何建立文官中立＞，【人事月刊】7卷5期，77年11月
30. 陳新民，＜論憲法基本權利之限制（下）＞，政大法學評論36期
31. 許立一，＜文官行政中立－困境之檢視與概念的新詮＞，【行政學報】26期，84年12月
32. 江泯欽，＜論行政中立與公共利益（上）＞，【人事月刊】21卷4期，84年10月
33. 江泯欽，＜論行政中立與公共利益（中）＞，【人事月刊】21卷5期，84年11月
34. 趙其文，＜淺談常任文官的行政中立＞，【人事管理】36卷10期，88年11月
35. 銓敘部法規司，＜公務人員行政中立法草案簡述＞，【公務人員月刊】64期
36. 楊素娟，＜人事行政局人事行政革新研究委員會「公務人員行政中立規範之研究」紀實＞，【人事月刊】17卷6期，82年12月
37. 周世珍，＜我國公務人員政治參與之法律規範＞
38. 曾靜如，＜政治中立法草案之初探＞，【人事管理】35卷7期，87年7月
39. 李惠明，＜公務人員行政中立法草案簡析＞，【人事月刊】20卷1期，84年1月
40. 李碧昭，＜選舉激情過後談文官之保障＞，【人事月刊】20卷1期，84年1月
41. 施能傑，＜文官中立：從概念化到法制化＞，刊於銓敘部主編，【公務人員行政中立法專輯】，84年5月
42. 侯警芳，＜公務人員行政中立法草案簡介＞，刊於銓敘部主編，【公務人員行政中立法專輯】，84年5月
43. 黃錦堂，＜對行政中立法立法之若干思考＞，【月旦法學雜誌】10期，85年2月
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」。 [↑](#footnote-ref-1)
2. Stern, a. a. O., S. 339。 [↑](#footnote-ref-2)
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。 [↑](#footnote-ref-3)
4. Kunig, 1995, Rn. 8。 [↑](#footnote-ref-4)
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公行政任務之人。

Vgl. Kunig, 1995, Rn. 56 ff.。 [↑](#footnote-ref-5)
6. Stern, 1984, S. 340。 [↑](#footnote-ref-6)
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。 [↑](#footnote-ref-7)
8. Battis, 1996, Rn. 45。 [↑](#footnote-ref-8)
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」。 [↑](#footnote-ref-9)
10. Vgl. Kunig, 1995, Rn. 68 。 [↑](#footnote-ref-10)
11. Battis, 1997, § 2 Rn. 4。 [↑](#footnote-ref-11)
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。 [↑](#footnote-ref-12)
13. Kunig, 1995, Rn. 186。 [↑](#footnote-ref-13)
14. Stern, 1984, S. 341。 [↑](#footnote-ref-14)
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。 [↑](#footnote-ref-15)
16. 詳見下述四、2。 [↑](#footnote-ref-16)
17. Battis, 1997, Einleitung, Rn. 5。更為詳細之介紹，vgl. Baltes, 1973, S. 56 ff.。 [↑](#footnote-ref-17)
18. Baltes, a. a. O., S. 66 ff.。 [↑](#footnote-ref-18)
19. Stern, 1984, S. 352。 [↑](#footnote-ref-19)
20. Battis, 1997, § 2 Rn. 7。 [↑](#footnote-ref-20)
21. BVerfGE 7, 155 (162)。 [↑](#footnote-ref-21)
22. Vgl. Lecheler, 1988, Rn. 67; Battis, 1997, § 2 Rn. 7。。 [↑](#footnote-ref-22)
23. Vgl. Isensee, 1995, Rn. 62; Battis, 1997, § 2 Rn. 7; Lecheler, a. a. O.。 [↑](#footnote-ref-23)
24. Schlaich, 1972, S. 45。 [↑](#footnote-ref-24)
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。 [↑](#footnote-ref-25)
26. Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 1931, S. 111 ff.。引自：Schlaich, 1972, S. 5 f.。 [↑](#footnote-ref-26)
27. Vgl. Schlaich, a. a. O., S. 8 ff.。 [↑](#footnote-ref-27)
28. Vgl. Schlaich, a. a. O., S. 48 ff.; Wagner, 1987, S. 65 f.。 [↑](#footnote-ref-28)
29. Schlaich, a. a. O., S. 50 f.。 [↑](#footnote-ref-29)
30. BVerfGE 7, 155 (162)。 [↑](#footnote-ref-30)
31. Schlaich, 1972, S. 47 f.。 [↑](#footnote-ref-31)
32. BVerfGE 7, 155 (162)。 [↑](#footnote-ref-32)
33. A. a. O., S. 163。 [↑](#footnote-ref-33)
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」。 [↑](#footnote-ref-34)
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。 [↑](#footnote-ref-35)
36. Vgl. Battis, 1997, § 52 Rn. 3; BayVerfGH, BayVBl. 1985, 175。 [↑](#footnote-ref-36)
37. Vgl. Baltes, 1973, S. 19 ff.。 [↑](#footnote-ref-37)
38. Weiß, 1988, S. 117。 [↑](#footnote-ref-38)
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。 [↑](#footnote-ref-39)
40. 關於「偏頗之虞」之進一步說明，請參：張桐銳，1992，頁76以下。 [↑](#footnote-ref-40)
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。 [↑](#footnote-ref-41)
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。 [↑](#footnote-ref-42)
43. Vgl. Maurer, 1994, § 8 Rn. 27。 [↑](#footnote-ref-43)
44. 關於「不滲透理論」，參：Rupp, 1965, S. 19 ff.。 [↑](#footnote-ref-44)
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。 [↑](#footnote-ref-45)
46. 關於「不滲透理論」之時代背景，參：Schnapp, 1977, S. 66 ff.。 [↑](#footnote-ref-46)
47. Vgl. Hesse, 1995, § 10, Rn. 325; Alexy, 1994, S. 258。 [↑](#footnote-ref-47)
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。 [↑](#footnote-ref-48)
49. 吾國憲法第23條便是憲法上限制基本權之授權條款。 [↑](#footnote-ref-49)
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.。 [↑](#footnote-ref-50)
51. Vgl. Hesse, 1995, § 10, Rn. 323。 [↑](#footnote-ref-51)
52. Vgl. Leuze, 1998, S. 190。 [↑](#footnote-ref-52)
53. Merten, 1985, S. 67 f.。 [↑](#footnote-ref-53)
54. BVerfGE 33, 11。 [↑](#footnote-ref-54)
55. 國內文獻請參：陳新民，1990，頁203以下。 [↑](#footnote-ref-55)
56. Vgl. Pieroth / Schlink, 1997, § 6, Rn. 314 ff.。 [↑](#footnote-ref-56)
57. Vgl. Alexy, 1994, S. 262。 [↑](#footnote-ref-57)
58. Merten, 1985, S. 65 ff.。 [↑](#footnote-ref-58)
59. Vgl. Isensee, 1995, § 32, Rn. 85。 [↑](#footnote-ref-59)
60. 參：翁岳生，頁143以下。 [↑](#footnote-ref-60)
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。 [↑](#footnote-ref-61)
62. Vgl. Erichsen, 1998, § 12 Rn. 40。 [↑](#footnote-ref-62)
63. Vgl. Isensee, 1995, § 32 Rn. 81 ff.; Schnapp, 1977, S. 275 ff.; Leuze, 1998, S. 188 ff.。 [↑](#footnote-ref-63)
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。 [↑](#footnote-ref-64)
65. Battis, 1997, § 53 Rn. 2。 [↑](#footnote-ref-65)
66. 參：張桐銳，1992，頁14以下。 [↑](#footnote-ref-66)
67. Schmahl, 1977, S. 20. [↑](#footnote-ref-67)
68. A. a. O., S. 23。 [↑](#footnote-ref-68)
69. Vgl. a. a. O.， S 23 ff.。 [↑](#footnote-ref-69)
70. A. a. O., S. 27 ff.。 [↑](#footnote-ref-70)
71. A. a. O., S. 41。 [↑](#footnote-ref-71)
72. A. a. O., S. 33。 [↑](#footnote-ref-72)
73. A. a. O., S. 35 ff.。 [↑](#footnote-ref-73)
74. A. a. O., S. 55 ff.。 [↑](#footnote-ref-74)
75. A. a. O., S. 72 ff.。 [↑](#footnote-ref-75)
76. Battis, 1997, § 2 Rn. 7。 [↑](#footnote-ref-76)
77. BVerfGE 39, 334 (346 f.)。 [↑](#footnote-ref-77)
78. A. a. O., S. 367。 [↑](#footnote-ref-78)
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。 [↑](#footnote-ref-79)
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。 [↑](#footnote-ref-80)
81. BVerwGE 84, 292 (297)。 [↑](#footnote-ref-81)
82. A. a. O., S. 294。 [↑](#footnote-ref-82)
83. Kokott, 1999, Rn. 3。 [↑](#footnote-ref-83)
84. A. a. O., Rn. 14。 [↑](#footnote-ref-84)
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。 [↑](#footnote-ref-85)
86. Weiß, 1971, S. 50。 [↑](#footnote-ref-86)
87. Frowein, 1967, S. 18, Fn. 49。 [↑](#footnote-ref-87)
88. Vgl. Weiß, 1988, S. 109, Fn. 2。 [↑](#footnote-ref-88)
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。 [↑](#footnote-ref-89)
90. Vgl. BVerwGE 78, 216 (219); Schmidt-Räntsch, 1995, § 39 Rn. 4 ff.。 [↑](#footnote-ref-90)
91. BAG, NJW 1982, S. 2888 f.。 [↑](#footnote-ref-91)
92. Weiß, 1971, S. 50。 [↑](#footnote-ref-92)
93. Battis, 1997, § 77 Rn. 9。 [↑](#footnote-ref-93)
94. Weiß, 1988, S. 116。 [↑](#footnote-ref-94)
95. BVerwGE 78, 216 f.。 [↑](#footnote-ref-95)
96. BVerwGE 78, 216 (221); BVerwGE 84, 292 (294)。 [↑](#footnote-ref-96)
97. Weiß, 1988, S. 114；張桐銳，1992，頁3以下。 [↑](#footnote-ref-97)
98. BVerwG, NJW 1982, S. 118。 [↑](#footnote-ref-98)
99. 參下述「於執行職務中佩帶反核標章」之例。 [↑](#footnote-ref-99)
100. Frowein, 1967, S. 18。 [↑](#footnote-ref-100)
101. Weiß, 1988, S. 114。 [↑](#footnote-ref-101)
102. Battis, 1997, § 91 Rn. 2。 [↑](#footnote-ref-102)
103. Weiß, 1988, S. 112 f.。 [↑](#footnote-ref-103)
104. BVerwGE 84, 292 ff.。 [↑](#footnote-ref-104)
105. BAG, NJW 1982, 2888 ff.。 [↑](#footnote-ref-105)
106. BVerwGE 78, 216 ff.。 [↑](#footnote-ref-106)
107. BVerwG, NJW 1982, 118。 [↑](#footnote-ref-107)
108. BVerwGE 84, 292 (295); BAG, NJW 1982, 2889。 [↑](#footnote-ref-108)
109. Weiß, 1988, S. 115。 [↑](#footnote-ref-109)
110. Vgl. Frowein, 1967, S. 20 ff.。 [↑](#footnote-ref-110)
111. BVerwGE 78, 216 (222)。 [↑](#footnote-ref-111)
112. BVerwGE 78, 216 (221)。 [↑](#footnote-ref-112)
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)。 [↑](#footnote-ref-113)
114. Weiß, 1988, S. 118。 [↑](#footnote-ref-114)
115. Frowein, 1967, S. 27。 [↑](#footnote-ref-115)
116. BVerwGE 78, 216 (221 f.)。 [↑](#footnote-ref-116)
117. Weiß, 1988, S. 117。 [↑](#footnote-ref-117)
118. VGH Bad-Württ., VBlBW 1993, S. 386 ff.。 [↑](#footnote-ref-118)
119. Battis, 1997, § 53 Rn. 3; BVerwGE 78, 216 (221). [↑](#footnote-ref-119)
120. BVerwG, NJW 1978, 2109。 [↑](#footnote-ref-120)
121. Vgl. Frowein, 1967, S. 25 ff.。 [↑](#footnote-ref-121)
122. Weiß, 1988, S. 118。 [↑](#footnote-ref-122)
123. VGH Mannheim, NJW 1985, S. 1662。 [↑](#footnote-ref-123)
124. Weiß, 1988, S. 119。 [↑](#footnote-ref-124)
125. Vgl. Weiß, a. a. O.。 [↑](#footnote-ref-125)
126. BVerwGE 78, 216 (222)。 [↑](#footnote-ref-126)
127. Vgl. Weiß, 1988, S. 120。 [↑](#footnote-ref-127)
128. Frowein, 1967, S. 28。 [↑](#footnote-ref-128)
129. BVerfGE 28, 36 (49)。 [↑](#footnote-ref-129)
130. BVerwGE 84, 292 (298)。 [↑](#footnote-ref-130)
131. BAG, NJW 1982, S. 2889 f.。 [↑](#footnote-ref-131)
132. BVerwGE 84, 292 (295 ff.); BAG, NJW 1982, S. 2889 f.。 [↑](#footnote-ref-132)
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。 [↑](#footnote-ref-133)
134. BVerfGE 44, 197 (203)。 [↑](#footnote-ref-134)
135. BVerfGE 28, 37 ff.。 [↑](#footnote-ref-135)
136. BVerfGE 44, 197 ff.。 [↑](#footnote-ref-136)
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。」 [↑](#footnote-ref-137)
138. BVerfGE 28, 282 (289 ff.)。 [↑](#footnote-ref-138)
139. BVerfGE 44, 197 (201 f.)。 [↑](#footnote-ref-139)
140. A. a. O., S. 203 f.。 [↑](#footnote-ref-140)
141. BVerwG, NJW 1982, S. 119 f.。 [↑](#footnote-ref-141)
142. BVerfGE 28, 37 (40 ff.)。 [↑](#footnote-ref-142)
143. BVerfGE 33, 1 (11)。 [↑](#footnote-ref-143)
144. 參：許宗力，2000，頁559。 [↑](#footnote-ref-144)
145. H. Manley Case, *Project on the Merit Systems Protection Board： the Civil Service Reform Act of 1978： Article： Federal Employee Job Rights： The Pendleton Act of 1883 to the Civil Service Reform Act of 1978*, 29 How. L. J. 283 (1986)。 [↑](#footnote-ref-145)
146. Jaimie Johnson, Note, O'Hare Truck Serv., Inc. v. City of Northlake： Further Limiting the Spoils of the Victor, 14 Ga. St. U. L. Rev. 489 (1998). (認為人事任命權的傳統可溯及華盛頓政府)。 [↑](#footnote-ref-146)
147. 427 U. S. 347 (1976)。 [↑](#footnote-ref-147)
148. Developments in the Law-Public Employment, 97 Harv. L. Rev. 1611, 1619 (1984)。 [↑](#footnote-ref-148)
149. 中文翻譯似乎較英文原義有負面的意思。 [↑](#footnote-ref-149)
150. 見本文III. 2. 之討論。 [↑](#footnote-ref-150)
151. Charles W. Hemingway, *A Review of Recent Decisions of the United States v. National Treasury Employees Union： Constitutional Tensions Between the Government as Employer and the Citizens as Federal Employee*, 44 Am. U. L. Rev. 2231(1995)。 [↑](#footnote-ref-151)
152. Charles W. Hemingway, *A Review of Recent Decisions of the United States v. National Treasury Employees Union： Constitutional Tensions Between the Government as Employer and the Citizens as Federal Employee*, 44 Am. U. L. Rev. 2231(1995)。 [↑](#footnote-ref-152)
153. Bruce Bodner, *Constitutional Rights -- United States Supreme Court Gives Public Employers Greater Latitude to Curb Public Employee Speech* -- Waters v. Churchill, 68 Temp. L. Rev. 461 (1994)。 [↑](#footnote-ref-153)
154. *Connick v. Myers. 461 U.S. 138 (1983).* See James G. Fahey, *Note and Comment： United States v. National Treasury Employees Union： Restrictions on Free Speech of Government Employees and the Re-Balancing of Pickering,* 15 St. Louis U. Pub. L. Rev. 555 (1996)。 [↑](#footnote-ref-154)
155. 115 S. Ct. 1003 (1995). [↑](#footnote-ref-155)
156. James G. Fahey, *Note and Comment： United States v. National Treasury Employees Union： Restrictions on Free Speech of Government Employees and the Re-Balancing of Pickering,* 15 St. Louis U. Pub. L. Rev. 555, 591 (1996)。 [↑](#footnote-ref-156)
157. "政黨分肥制"之英文原意較中文譯名為較中性敘述。最初乃基於政治輪替之理念，以公務員終生職為輔，並限於政務官的層次，隨每次新政府換血，以達成一忠心有效率之政府。但到後來此制度隨著文官體系之增長而較有負面之意函。 有關公務體系之歷史發展， 參考 C. Fish, The Civil Service and Patronage (Harvard Press 1920)。 [↑](#footnote-ref-157)
158. Act of Aug. 2, 1939 (Hatch Act), ch. 410, 53 Stat. 1147 (1939)； Charles W. Hemingway, *A Review of Recent Decisions of the United States v. National Treasury Employees Union： Constitutional Tensions Between the Government as Employer and the Citizens as Federal Employee*，44 Am. U. L. Rev. 2231(1995)。 [↑](#footnote-ref-158)
159. Hatch Act Reform Amendments of 1993, Pub. L. No. 103-94, 2, 107 Stat. 1001, 1001-04 (1993) (彙編於5 U.S.C. 7321-7326 (1994)， 見本文V附錄)。 [↑](#footnote-ref-159)
160. 未被列為新聯邦政治活動法適用對象的公務人員則繼續適用舊聯邦政治活動法，而接受較嚴格的管制。 [↑](#footnote-ref-160)
161. DOD Directive 1344.10.([http：//www](http://www). Usarak.army.mil/ig/political\_activities.htm, visited on November 6, 2001)。 見本文26頁 附註： 美國對軍隊成員政治活動之限制。 [↑](#footnote-ref-161)
162. Act of Aug. 2, 1939 (Hatch Act), ch. 410, 53 Stat. 1147 (1939)； Charles W. Hemingway, *A Review of Recent Decisions of the United States v. National Treasury Employees Union： Constitutional Tensions Between the Government as Employer and the Citizens as Federal Employee*， 44 Am. U. L. Rev. 2231(1995)。 [↑](#footnote-ref-162)
163. 5 U. S. C. 7323(a) (1994)。 [↑](#footnote-ref-163)
164. Nancy Northup， *Note： Local Nonpartisan Elections， Political Parties and the First Amendment*， 87 Colum. L. Rev. 1677 (1987)。 [↑](#footnote-ref-164)
165. 在典型的無政黨性選舉中，候選人其所屬黨派不准印在選票上，只有候選人之姓名。 [↑](#footnote-ref-165)
166. Pub. L. No. 103-97, 2, 107 Stat. 1001, 1004 (彙編於5 U.S.C 7325 (1994))。 [↑](#footnote-ref-166)
167. 59 Fed. Reg. 48, 765, 48, 773 (1994) (彙編於5 C. F. R. 734.306 (a) (1995))。 [↑](#footnote-ref-167)
168. Federal Hatch Act Advisory： Solicitation of Services From Subordinate Employees, October 16, 1996。 ([http：//www.osc.gov/documents/fha-06.htm](http://www.osc.gov/documents/fha-06.htm)， visited on November 28， 2001)。 [↑](#footnote-ref-168)
169. United Public workers v. Mitchell， 330 U.S. 75 (1947)。 [↑](#footnote-ref-169)
170. United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers， 413 U.S. 548 (1973)。 [↑](#footnote-ref-170)
171. United States Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers， 413 U.S. 548 (1973)。 [↑](#footnote-ref-171)
172. United States v. National Treasury Employees Union， 115 S. Ct. 1003 (1995)。 [↑](#footnote-ref-172)
173. James G. Fahey， Note and Comment：United States v. National Treasury Employees Union：Restrictions on Free Speech of Government Employees and the Re-Balancing of Pickering，15 St. Louis U. Pub. L. Rev. 555，556 (1996)。 [↑](#footnote-ref-173)
174. 在Sanjour v. Environmental Protection Agency，56 F. 3d 85 (D.C. Cir. 1995) 案中，公務員被限制發表與公務相關的言論。法院宣告此法違憲。 [↑](#footnote-ref-174)
175. Federal Hatch Act Advisory： Elected Official Accepting Federal Employment， December 30， 1998。 ([http：//www.osc.gov/documents/fha-21.htm](http://www.osc.gov/documents/fha-21.htm)，visited on November 28， 2001)。 [↑](#footnote-ref-175)
176. Federal Hatch Act Advisory： Solicitation of Services From Subordinate Employees，October 16， 1996。 ([http：//www.Osc.gov/documents/fha-06.htm](http://www.osc.gov/documents/fha-06.htm)，visited on November 28，2001)。 [↑](#footnote-ref-176)
177. Federal Hatch Act Advisory： Taking a Leave of Absence to Work on a Campaign，May 8，1996。 (http：// [www.Osc.gov/documents/fha-04.htm](http://www.Osc.gov/documents/fha-04%E3%80%82htm)， visited on November 28， 2001)。 [↑](#footnote-ref-177)
178. Federal Hatch Act Advisory：Restricted Employee Working on a Campaign，March 20，1996。(http：// [www.osc.gov/documents/fha-03.htm](http://www.osc.gov/documents/fha-03.htm)， visited on November 28，2001)。 [↑](#footnote-ref-178)
179. Federal Hatch Act Advisory：Restricted Employee Becoming a Member of a Partisan Political Group， October 16，1997。 ([http：//www.osc.gov/documents/fha-12.htm](http://www.osc.gov/documents/fha-12.htm)，visited on November 28， 2001)。 [↑](#footnote-ref-179)
180. U.S. Office of Special Counsel Seeks Removal of New York Employee for Hatch Act Violation，press release。([http：//www.osc.gov/documents/press/2001/pr01\_08.htm](http://www.osc.gov/documents/press/2001/pr01_08.htm)，visited on October 10，2001)。 [↑](#footnote-ref-180)
181. U.S. Office of Special Counsel Seeks Removal of Government Attorney，Charging Him with Three Hatch Act Violations，press release。 ([http：//www.osc.gov/documents/press/2001/pr01\_23.htm](http://www.osc.gov/documents/press/2001/pr01_23.htm)，visited on October 15， 2001)。 [↑](#footnote-ref-181)
182. U.S. Office of Special Counsel Files Petition Seeking Order of Removal against Air Traffic Controller， Charging Him with Two Hatch Act Violations， press release。 ([http：//www.osc.gov/documents/press/2001/ pr01\_26htm](http://www.osc.gov/documents/press/2001/pr01_26htm)， visited on November 27，2001)。 [↑](#footnote-ref-182)
183. [http：//www.osc.gov/documents/press/2001/pr01\_06.htm](http://www.osc.gov/documents/press/2001/pr01_06.htm)， visited on November 28，2001。 [↑](#footnote-ref-183)
184. U.S. Office of Special Counsel Announces MSPB Decision Ordering Removal of Washington State Employee in Hatch Act， press release，July 9，2001。 (http：// www. Osc.gov/documents/press/2001/ pr01\_15.htm，visited on October 10， 2001)。 [↑](#footnote-ref-184)
185. U.S. Office of Special Counsel Announces MSPB Decision Ordering Removal of D.C. School Teacher in Hatch Act Case，press release，May7，2001 ([http：//www](http://www). Osc.gov/documents/press/2001/pr01\_12.htm， visited on October 10， 2000)。 [↑](#footnote-ref-185)
186. U.S. Office of Special Counsel Seeks Disciplinary Action in two Hatch Act Cases and Obtains Disciplinary Action Decision in a Third Hatch Act Case，press release，February 15，2001。 ([http：//www](http://www). Osc.gov/documents/press/2001/pr01\_06.htm，visited on November 28，2001)。 [↑](#footnote-ref-186)
187. U.S. Office of Special Counsel Announces Orders Removing Postal Service Letter Carriers in Two Hatch Act Cases， press release， March 2，2001。 ([http：//www.osc.gov/documents/press/2001/pr01\_10.htm](http://www.osc.gov/documents/press/2001/pr01_10.htm)， visited on November 28，2001)。 [↑](#footnote-ref-187)
188. Susan Castle， et al. v. Colonial School District，et al.， 933 F. Supp. 458 (1996)。 [↑](#footnote-ref-188)
189. 同上註459頁。 [↑](#footnote-ref-189)
190. 同上註464頁。 [↑](#footnote-ref-190)
191. Barth v. Philadelphia School District，393 Pa. 557，143 A. 2d 909，912 (1958)。 [↑](#footnote-ref-191)
192. 參考 The Public School Code， 24 Pa. C. S. A.@ 1-101及以下條文。 [↑](#footnote-ref-192)
193. Rafael Gely & Timothy D. Chandler， Restricting Public Employees' Political Activities： Good Government or Partisan Politics? 37 Hous. L. Rev. 775(2000)。 [↑](#footnote-ref-193)
194. 參考Theresa J. Bryant， May We Teach Tolerance? *Estalblishing the Parameters of Academic Freedom in Public Schools*，60 U. Pitt. L. Rev. 579 (1999)。 [↑](#footnote-ref-194)
195. Pickering v. Board of Educ.， 391 U.S. 563， 568 (1968)； Susan Castle， et a. v. Colonial School District et al.， 933 F. Supp. 458 (1996)。 [↑](#footnote-ref-195)
196. Pickering v. Board of Education， 391 U. S. 563 (1968)。 [↑](#footnote-ref-196)
197. Theresa J. Bryant， May We Teach Tolerance? *Estalblishing the Parameters of Academic Freedom in Public Schools*，60 U. Pitt. L. Rev. 579，596 (1999)。 [↑](#footnote-ref-197)
198. 參考Epperson v. Arkansas， 393 U.S. 97， 107 (1968)； Pickering v. Board of Educ.， 391 U.S. 563， 568 (1968)； Keyishian v. Board of Regents of the Univ. of New York， 385 U.S. 589， 605-06 (1967)。 [↑](#footnote-ref-198)
199. Sweezy v. New Hampshire， 354 U.S. 234，236(1957)。(此案例雖然是有關大學教授學術自由，但法院的語言述及一般教師。且此案亦被其他法院引用於在中小學教師的案子，如 Cary v. Board of Educ.， 427 F. Supp. 945， 949 (D. Colo. 1977)，aff'd，598 F.2d 535 (10th Cir. 1979))。 [↑](#footnote-ref-199)
200. Meyer v. Nebraska，262 U.S. 390 (1923)；Keyishian v. Board of Regents of the Univ. of New York， 385 U.S. 589，605-06 (1967)； Sweezy v. New Hampshire，354 U.S. 234，236 (1957)。 [↑](#footnote-ref-200)
201. Meyer v. Nebraska，262 U. S. 390，401-02 (1923)。 [↑](#footnote-ref-201)
202. 在Keyishian 一案中，法院判定教師言論不可用於煽動學生從事不法活動。 Keyishian v. Board of Regents of the Univ. of New York，385 U.S. 589，605-06 (1967)。 [↑](#footnote-ref-202)
203. 參考Theresa J. Bryant， May We Teach Tolerance? *Estalblishing the Parameters of Academic Freedom in Public Schools*， 60 U. Pitt. L. Rev. 579 (1999)。 [↑](#footnote-ref-203)
204. 軍事司法統一法典(The Uniform Code of Military Justice)， MANUAL FOR COURTS-MARTIAL， United States (1995 ed。)。 [↑](#footnote-ref-204)
205. DOD Directive 1344.10，Political Activities by Members of the Armed Forces on Active Duty (June 15， 1990)； AFI 51-902，Political Activities by Members of the US Air Force (Jan. 1，1996)； Major General Bryan G。 Hawley， TJAG Policy Number 10，Political Activities by Air Force Military Personnel (1998 Revision)；其他規範軍人政治活動的聯邦法律，有些是刑事法規。例如不得威嚇選民，不得對軍隊其他人員做民意測驗等等 參見聯邦刑事法規18 U.S.C. 602，18 U.S.C. 603，18 U.S.C. 601，606， 18 U.S.C. 607，18 U.S.C.597，18 U.S.C. 600，18 U.S.C. 594，18 U.S.C. 610，18 U.S.C. 608，18 U.S.C. 592，18 U.S.C. 593，18. U.S.C. 596，18 U.S.C. 609. [↑](#footnote-ref-205)
206. 參考Captain John A. Carr，USAF， *Free Speech in the Military Community： Striking a Balance Between Personal Rights and Military Necessity*，45 A. F. L. Rev. 303， 338 (1998)。 [↑](#footnote-ref-206)
207. 參考例如在*United States v. Priest， 45 C.M.R. 338，344 (C.M.A. 1972)* ("軍隊不同於一般市民社會，軍隊依賴一個命令結構，有時必須命令人員戰鬥，不只會傷害他們的生命且有關於國家本身的安全."). [↑](#footnote-ref-207)
208. 參考例如在*Brown v. Glines， 444 U.S. 348， 354 (1980)* ("為了確定士兵們隨時可以適時確實的執行任務，軍方必須堅持一個'一般市民社會生活所沒有的尊重責任和紀律的原則.''") (摘錄於*Schlesinger v. Councilman， 420 U.S. 738， 757 (1975)).* [↑](#footnote-ref-208)
209. 參考例如在Parker v. Levy， 417 U.S. 733， 744 (1974) ("為了維持一個對有效執行其任務十分重要的紀律，'軍方發展了所謂的軍方的習慣法.'") (摘錄於Martin v. Mott，25 U.S. (12 Wheat.) 19， 35， 6 L.Ed. 537 (1827)). [↑](#footnote-ref-209)
210. 參考 例如Solorio v. United States， 483 U.S. 435，447 (1987) ("本法院也決定 . . .強調國會有主要的責任來衡量服役人員的權利和軍隊的需要，並在二者之間取得平衡.")；Captain John A. Carr， USAF， *Free Speech in the Military Community： Striking a Balance Between Personal Rights and Military Necessity*，45 A. F. L. Rev. 303 (1998). [↑](#footnote-ref-210)
211. 同上註311頁。 [↑](#footnote-ref-211)
212. 同上註367頁。 [↑](#footnote-ref-212)
213. Brown v. Glines ， 444 U.S. 348 (1980)。 [↑](#footnote-ref-213)
214. 參考Air Force Reg. 35-1(9) (1971) provided： "… However，the public solicitation or collection of signatures on a petition by any person within an Air Force facility or by a member when in uniform or when in a foreign country is prohibited unless first authorized by the commander." Air Force Reg. 35-15(3)(a) (1970) provided： "(1) No member of the Air Force will distribute or post any printed or written material other than publications of an official governmental agency or base regulated activity within any Air Force installation without permission of the commander or his designee…". [↑](#footnote-ref-214)
215. Brown v. Glines， 444 U.S. 348， 353 (1980)。 [↑](#footnote-ref-215)
216. 同上註356頁。 [↑](#footnote-ref-216)
217. Ethredge v. Hail，56 F.3d 1324 (11th Cir。 1995)。 [↑](#footnote-ref-217)
218. Ethredge v. Hail，56 F.3d 1324， 1325 (11th Cir. 1995)。 [↑](#footnote-ref-218)
219. 同上註1327頁。 [↑](#footnote-ref-219)
220. 同上註1328頁。 [↑](#footnote-ref-220)
221. 參考政治中立法草案第二條，1995.03.16. [↑](#footnote-ref-221)
222. 參考William H。 Magness，Comment， "Un-Hatching" Federal Employee Political Endorsements， 134 U. Pa. L. Rev. 1497 (1986)。(文中針對舊法中禁止聯邦公務人員背書特定候選人、特定政黨的規定作一細節的討論，而達成此看似對行政中立相關的禁止規定，其實並未必能達成目標的結論。) [↑](#footnote-ref-222)
223. 相關實務問題的最新整理之全面性資料，參見：栗田久喜／柳　克樹　編，《注解法律学全集　５ — 国家公務員法．地方公務員法》，青林書院，1977，国家公務員法，頁260-265（石川良二　執筆）及地方公務員法，頁151-152（中井幹晴　執筆）；樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂，《注解法律学全集　２ — 憲法　Ⅱ》，青林書院，1997，頁59-62（浦部法穂　執筆）。 [↑](#footnote-ref-223)
224. 關於戰後日本改革公務員人事行政之經過，以及國家公務員法制定始末，詳見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註223），国家公務員法，頁7-11（藤原恒夫　執筆）。 [↑](#footnote-ref-224)
225. 日本國家公務員法，雖如前述，於昭和二十二年公布，惟翌年，即昭和二十三年（1948），即重新大幅修正；其中現行第一百零二條條文，即於修正後（法律第222號）定案至今。關於昭和二十三年修正該法之原因及經過，詳見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註223），国家公務員法，頁11-13（藤原恒夫　執筆）。 [↑](#footnote-ref-225)
226. 不過另應注意者是：在日本若干特別職之公務員，如法官…等，復有因其他特別法之規定，而不得過度介入政治性活動的。就此，詳見後文本節壹、肆之論述。 [↑](#footnote-ref-226)
227. 有關公務員不得為公職候選人，日本公職選舉法另有詳細規定。相關說明，詳見下文本節參、一之論述。 [↑](#footnote-ref-227)
228. 例見：見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註223），国家公務員法，頁116（江波戶　明　執筆）；宮澤俊義　著，芦部信喜　補訂，《全訂日本国憲法》，日本評論社，第二版，1987，頁821。 [↑](#footnote-ref-228)
229. 詳見下文本節貳、一。 [↑](#footnote-ref-229)
230. 同說，見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註223），地方公務員法，頁151（中井幹晴　執筆） [↑](#footnote-ref-230)
231. 有關日本「人事院」之簡介性說明，參見：塩野　宏，《行政法　Ⅲ — 行政組織法》，第二版，2001，頁212-214。 [↑](#footnote-ref-231)
232. 依日本國憲法第六十五條規定：「行政權，歸屬內閣。」從而表面上設於內閣之下，但實際上相當獨立，且掌有重大權限的若干行政委員會，如人事院者，從責任政治觀點出發，有無違憲之虞，在日本學界上曾引起廣泛的討論。關於這一點，因與本章所要研究的主題，距離較遠，故此不贅。相關的論述，得詳見：樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂，《注解法律学全集　２ — 憲法　Ⅲ》，青林書院，1998，頁185-190（中村睦男　執筆）。 [↑](#footnote-ref-232)
233. 參見：塩野　宏，《行政法　Ⅰ》，第二版增補，2000，頁77-79。在此另須注意者：日本法學通說所謂的「法規命令」，範圍大於德國法上的Rechtsverordnung概念。蓋其包含所謂的「委任命令」與「執行命令」二種：前者雖近似於德國法上的Rechtsverordnung，但其授權明確性要求並不如德國基本法（Grundgesetz; GG）第八十條第一項那般嚴格；而後者則似乎與我國法上所稱之「職權命令」相當。因此，人事院規則十四 — 七，因有國家公務員法第一百零二條第一項之授權，故儘管該授權標準無法與德國法之標準相當，學說上仍認為該人事院規則為一種典型的「委任命令」（見：塩野　宏，本註前揭書，頁78）。 [↑](#footnote-ref-233)
234. 同說，見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註223），国家公務員法，頁65（藤原恒夫　執筆）。 [↑](#footnote-ref-234)
235. 目前重要的人事院規則，參見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註223），国家公務員法，頁20-21（藤原恒夫　執筆）所引。 [↑](#footnote-ref-235)
236. 就此，同見：見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註223），国家公務員法，頁262（石川良二　執筆）。 [↑](#footnote-ref-236)
237. 同見：同前註，頁263。 [↑](#footnote-ref-237)
238. 芦部信喜，《憲法学　Ⅱ — 人権総論》，有斐閣，1994，頁250；同氏著，《憲法叢說　２ — 人権と統治》，信山社出版，1995，頁73。 [↑](#footnote-ref-238)
239. 例見：芦部信喜，《憲法学　Ⅱ — 人権総論》，有斐閣，1994，頁251。 [↑](#footnote-ref-239)
240. 例見：最（大）判昭49.（1974）11. 6 刑集28卷9号393頁（猿払事件）；最判昭55.（1980）12. 23 民集34卷7号959頁。 [↑](#footnote-ref-240)
241. 依日本刑法第十二條及第十三條規定，所謂的「懲役」及「禁錮」，多少與我國刑法中之徒刑相似。二者均分有「無期」及「有期」二種；惟二者所不同的，則是：「懲役」，除入監外，尚應同時服勞役，而「禁錮」則無應服勞役之必要。所以在刑度上，「懲役」高於「禁錮」（同法第九條及第十條第一項參照）。 [↑](#footnote-ref-241)
242. 不過在此，當有懲戒權人為有任命權人時，其為續行懲戒程序，依前開國家公務員法第八十五條，應先受人事院同意，以免有濫用其權之虞。就此，並參見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註223），国家公務員法，頁216（相川広一　執筆）。 [↑](#footnote-ref-242)
243. 參見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註223），国家公務員法，頁215（相川広一　執筆）。 [↑](#footnote-ref-243)
244. 見前文本節壹、一。 [↑](#footnote-ref-244)
245. 詳見下文本章第三節貳。 [↑](#footnote-ref-245)
246. 依日本學者芦部信喜，前揭書（見本章註239），頁250-251；同氏著，《憲法叢說　２ — 人権と統治》，信山社出版，1995，頁73，其實日本國家公務員法或其他特別法，如本文在此所論之法院法第五十二條第一款規定，在憲法的觀點上，均屬可疑。 [↑](#footnote-ref-246)
247. 相同之批評，見同前註。 [↑](#footnote-ref-247)
248. 本條條文之原文；其文句與國家公務員法第一百零二條（見前文本節壹、一），幾乎完全相同 [↑](#footnote-ref-248)
249. 見前文本節壹、一。 [↑](#footnote-ref-249)
250. 依日本國憲法第七十三條第六款規定，由內閣所發布的法規命令，稱「政令」。就此，另參見：塩野　宏，前揭書（見本章註233），頁78。 [↑](#footnote-ref-250)
251. 詳見下文本章第三節貳。 [↑](#footnote-ref-251)
252. 同說，見註246。 [↑](#footnote-ref-252)
253. 同說，見：芦部信喜，《憲法叢說　２ — 人権と統治》，信山社出版，1995，頁74；樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂，前揭書（見本章註223），頁60（浦部法穂　執筆）；宮澤俊義　著，芦部信喜　補訂，前揭書（見本章註228），頁221。部分異說：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註223），地方公務員法，頁152（中井幹晴　執筆）。 [↑](#footnote-ref-253)
254. 本節貳、一及三。 [↑](#footnote-ref-254)
255. 類似說法，參見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註223），地方公務員法，頁152（中井幹晴　執筆）。 [↑](#footnote-ref-255)
256. 本章第三節貳。 [↑](#footnote-ref-256)
257. 本法最後改正於平成十年（1998）六月一二日，法律第101號。 [↑](#footnote-ref-257)
258. 關於此一確保各義務教育學校教育之政治中立臨時措施法第三條之設計，由於係為同法第四條之構成要件，是為宮澤俊義　著，芦部信喜　補訂，前揭書（見本章註228），頁247，評為：「…犯罪構成要件內容極度不明確，恐有侵害言論自由之虞。」值得吾人注意。 [↑](#footnote-ref-258)
259. 有關本法制定始末，詳見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註223），地方公務員法，頁2（陶山具史　執筆）。 [↑](#footnote-ref-259)
260. 有關地方公務員在參與政治活動上的自由遠大於國家公務員之見解，亦同見於：芦部信喜，前揭書（見本章註254），頁74；樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂，前揭書（見本章註223），頁59-60（浦部法穂　執筆）。 [↑](#footnote-ref-260)
261. 通說，例見：芦部信喜，前揭書（見本章註239），頁251。 [↑](#footnote-ref-261)
262. 日本國憲法第十五條第一項只規定：選舉及罷免公務員，為國民固有之權利。不過僅管如此，日本學說與判例仍認為：被選舉權或作為候選人資格之自由，仍屬受憲法保障的一種人民權利。就此，詳見：樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂，《注解法律学全集　２ — 憲法　Ⅰ》，青林書院，1994，頁337-338（中村睦男　執筆）。 [↑](#footnote-ref-262)
263. 日本國憲法雖無類似我國憲法第十八條，明文規定人民有服公職之權，但依彼邦學說，人民服公職、擔任公務員之權利，至少係屬日本國憲法第十三條（其條文性質，約略相當於我國憲法第二十二條）所謂「幸福追求權」的保障範圍內。就此，詳見：同前註，頁307-308（佐藤幸治　執筆）。 [↑](#footnote-ref-263)
264. 以公務員禁止為公職候選人為例，其中所謂的「公務員」範圍，依據國家公務員法第一百零二條第二項之規定，如前文已述（見本節壹、一），原僅以非屬特別職之所謂「一般職公務員」為限；但依公職選舉法第八十九條第一項之規定，則受禁止為公職候選人的公務員範圍，一方面若干屬於特別職之公務員，如掌理皇宮事項之官員（參見國家公務員法第二條第三項第十款），被包括在內，另方面若干原屬一般職之公務員，如公職選舉法第八十九條第一項第二款及第三款所列者，卻又被排除在外。是以，二法就此之規範範圍，不盡相同。此外，關於公務員得否為公職候選人的問題，如前亦已述（見本節參、一），地方公務員法並無明文之限制性規定，從而相關之問題，僅能讓諸公職選舉法解決。 [↑](#footnote-ref-264)
265. 同說，參見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註223），国家公務員法，頁264-265（石川良二　執筆）。 [↑](#footnote-ref-265)
266. 法律第156號。 [↑](#footnote-ref-266)
267. 有關教育公務員特例法第二十一條之四規定的問題，詳見前文本章第二節壹、四、（三）。 [↑](#footnote-ref-267)
268. 參見：宮澤俊義　著，芦部信喜　補訂，前揭書（見本章註228），頁221。 [↑](#footnote-ref-268)
269. 最（大）判昭33.（1958）3. 12 刑集12卷3号501頁；最（大）判昭33.（1958）4. 16 刑集12卷6号942頁。 [↑](#footnote-ref-269)
270. 最（大）判昭49.（1974）11. 6 刑集28卷9号393頁。本案係涉及某在北海道猿払村之郵局服務的郵務員，於眾議院議員選舉時，在勤務時間外，將其所支持的某政黨候選人之選舉海報，於公營的佈告場所自行張貼外，並散發予其他四人，委託其等另行張貼，故通稱為「猿払事件」判決。 [↑](#footnote-ref-270)
271. 就此，參見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註223），国家公務員法，頁261（石川良二　執筆）。 [↑](#footnote-ref-271)
272. 最（大）判昭33.（1958）3. 12 刑集12卷3号501頁；最（大）判昭33.（1958）4. 16 刑集12卷6号942頁；最（大）判昭49.（1974）11. 6 刑集28卷9号393頁；最判昭55.（1980）12. 23 民集34卷7号959頁；最判昭56.（1981）10. 22 刑集35卷7号696頁。 [↑](#footnote-ref-272)
273. 詳見下文本節貳。 [↑](#footnote-ref-273)
274. 例見：旭川地判昭43.（1968）3. 25，判例時報514号20頁（「猿払事件」第一審判決）；札幌高裁昭44.（1969）6. 24，判例時報560号30頁（「猿払事件」第二審判決）；東京地判昭46.（1971）11. 1，行政事件裁判例集22卷11-12号1755頁；東京高判昭48.（1973）9. 19，行政事件裁判例集24卷8-9号1018頁；名古屋地豐橋支判昭48（1973）3. 30，判例タイムズ295号400頁。 [↑](#footnote-ref-274)
275. 例見主要由日本人事院官員等實務界人士執筆的一書 — 栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註223），国家公務員法，頁261-262（石川良二　執筆）。 [↑](#footnote-ref-275)
276. 尤見本章註246。 [↑](#footnote-ref-276)
277. 相關文獻，除前註外，另例見：伊藤正己，《憲法　新版》，弘文堂，平成7年（1995），頁203-204；佐藤　功，《日本国憲法概說》，学陽書房，平成3年（1991），全訂第4版，頁296-297；塩野　宏，前揭書（見本章註233），頁80；初宿正典，《憲法２　基本権》，成文堂，1996，頁472以下；樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂，前揭書（見本章註264），頁347以下（中村睦男　執筆）；同氏等，前揭書（見本章註223），頁60以下（浦部法穂　執筆）；同氏等，前揭書（見本章註232），頁259以下（中村睦男　執筆）；宮澤俊義　著，芦部信喜　補訂，前揭書（見本章註228），頁220以下。 [↑](#footnote-ref-277)
278. 例見：法学協会　編，《註解日本国憲法　上》，有斐閣，1953，頁365-367。 [↑](#footnote-ref-278)
279. 同前註。 [↑](#footnote-ref-279)
280. 佐藤　功，公務員と基本的人権，公法研究，第33号（1971），頁72（95）。 [↑](#footnote-ref-280)
281. 就此，詳見：芦部信喜，前揭書（見本章註254），頁79以下。 [↑](#footnote-ref-281)
282. 此說尤見：宮澤俊義　著，芦部信喜　補訂，前揭書（見本章註228），頁220。 [↑](#footnote-ref-282)
283. 例見：樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂，前揭書（見本章註223），頁60（浦部法穂　執筆）。 [↑](#footnote-ref-283)
284. 參見：初宿正典，前揭書（見本章註281），頁474。 [↑](#footnote-ref-284)
285. 就此，詳見：樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂，前揭書（見本章註223），頁121-122（中村睦男　執筆）。 [↑](#footnote-ref-285)
286. Hierzu vgl. nur *H. Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 103 ff. m. w. Nachw. [↑](#footnote-ref-286)
287. 見本章第三節壹。 [↑](#footnote-ref-287)
288. 如：請軍中嚴守行政中立：「2/16,在海軍新兵訓練中心發生了一件大事,因為連方瑀要到左營自治新村等眷村拜票,想不到,新訓中心居然動員了許多的班長,區隊長,輔導長,以及女士官等在下午穿著便服到自治新村助選並列隊歡迎,雖然新訓中心那天二,三大隊要接新兵,但還是出動了大量的幹部,為了怕被人發現,每個人還要寫事假單,真是太扯了,怎麼會人一個下午如此多人都請事假呢?」http://ntou-lan.virtualave.net/discuss/post/55.html ，90/11/24造訪；丁守中質疑林信義行政不中立：2001/08/23 聯合新聞網<http://udnnews.com/NEWS/>，90/11/24造訪；＜公務員DNA文官可否選邊站？＞王壽來，「就我的例子而言，去年總統大選前，相關部門派人送來一大疊「連署書」，要我私下轉發給全辦公室的同仁簽署，為特定候選人造勢。」見90/06/11 第57期 繽紛電子報http://udnpaper.com/90/11/24造訪；民進黨在野時強調行政中立，但執政以後在這個立場上讓我們感到背道而馳。無論從國營事業快速綠化或地方政府大批官員加入民進黨，都違反了行政中立的原則。最近事務官更成為執政黨推卸責任的對象，見周繼祥發言，90年3月27日，【政黨輪替與文官中立研討會】，國家政策研究基金會主辦， [財團法人國家政策研究基金會-智庫](http://www.openfind.com.tw/cgi-bin/tw/webredir?url=http%3a%2f%2fwww%2enpf%2eorg%2etw%2fmonthly%2fseries%2dIA%2ehtm) http://www.npf.org.tw/monthly/series-IA.htm，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-288)
289. 朱武獻：「這次立委選舉某位縣長的做法是，如果沒有輔選或輔選績效不好，就馬上由主管對調非主管，依照人事規章在同一官等內他有權這麼作…」見＜建立行政中立法制研討會＞，月旦法學雜誌10期，85年2月，頁5-6 [↑](#footnote-ref-289)
290. 引自李惠明，＜公務人員行政中立法草案簡析＞，【人事月刊】20卷1期，84年1月 [↑](#footnote-ref-290)
291. 不過，似乎成效不彰，各種行政不中立之事件依然層出不窮。也因此有謂此恐怕是道德文化之問題，如辜柏宏：「從應然面而言，行政中立偃然被視為「健全文官體系」與「避免不當政治干預」的喻象。行政中立究竟是一種道德文化，還是能夠經由制度化成為官箴呢？」，見辜柏宏，＜公務人員行政中立之研究－公平理論之觀點＞，【人力發展月刊】77期，89年6月 [↑](#footnote-ref-291)
292. 有學者亦明指之，如許宗力：「推動行政中立法的最主要目的，就是在建立、維護人民對公務員政治中立性的信賴，公務員執行公務要根據法律，而不能以其對政黨的偏好做決定，如果人民對於公務員之公正性失去信賴，我想這個國家大概就要滅亡了。..因此我認為有急迫的需要來訂立公務人員行政中立的法制。」，見＜建立行政中立法制研討會＞，月旦法學雜誌10期，85年2月，頁11 [↑](#footnote-ref-292)
293. 吳庚，【行政法之理論與實用】，增訂5版，頁200 [↑](#footnote-ref-293)
294. 林文益將「司法及考試人員」亦納入，而謂有七種名稱。見林文益，＜公務人員行政中立之研究＞，頁3 [↑](#footnote-ref-294)
295. 另有所謂學理上之公務員概念，係指經國家或地方團體任用，並與國家或地方自治團體發生公法上職務及忠實關係之人員。詳見吳庚，【行政法之理論與實用】，增訂5版，頁199 [↑](#footnote-ref-295)
296. 如吳庚，同前註，頁200以下；林文益，＜公務人員行政中立之研究＞，頁2以下 [↑](#footnote-ref-296)
297. 以下整理自張家洋，【行政法】；吳庚，前揭書，頁200以下；林文益，前揭碩士論文，頁3以下惟學者陳敏：「無論行政主體或行政機關皆為組織體，須有自然人在該組織內部及為該組織體對外作成行為，此等自然人皆可稱為『行政人員』…行政人員原則上皆屬於『公務人員』之一部分，而為『行政公務人員』…」因而認為：「由行政人員之觀點而言，公務人員（Beamer）應係任職於行政機關，執行行政任務之人員。..因此，就行政人員之觀點而言，『公務員』或『公務人員』，應係指國家（包括地方自治團體）在公法上所選任，用以執行行政任務之人員。」，見陳敏，【行政法總論】，自刊，88年12月2版，頁933以下 [↑](#footnote-ref-297)
298. [↑](#footnote-ref-298)
299. 所謂「俸給」，指現行文官官等俸給表所定級俸，無論由國庫預算內開支或由縣市鄉鎮自治經費內開支亦包含之。見司法院院解字3159號解釋。 [↑](#footnote-ref-299)
300. 並請參照大法官解釋（以下簡稱釋字）第24號 、92號 、101號、 305號等 [↑](#footnote-ref-300)
301. 所幸，公務員基準法草案已朝此一統方向努力。公務員基準法草案3條：「公務員分為政務官、公務人員、司法官、教育人員及公營事業人員」；第1條及立法說明並明示其作為「人事法制基準法」之地位。 [↑](#footnote-ref-301)
302. 此與公務員基準法草案之定義，並不相同，敬請注意。其係以「公務員」作上位概念，以下區分為政務官、公務人員、司法官、教育人員及公營事業人員；並見陳敏，前揭書，頁934之註4 [↑](#footnote-ref-302)
303. 許濱松發言，見90年3月27日，【政黨輪替與文官中立研討會】，國家政策研究基金會主辦， [財團法人國家政策研究基金會-智庫](http://www.openfind.com.tw/cgi-bin/tw/webredir?url=http%3a%2f%2fwww%2enpf%2eorg%2etw%2fmonthly%2fseries%2dIA%2ehtm) http://www.npf.org.tw/monthly/series-IA.htm，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-303)
304. 許宗力，見＜建立行政中立法制研討會＞，月旦法學雜誌10期，85年2月，頁11 [↑](#footnote-ref-304)
305. 許宗力，同前註 [↑](#footnote-ref-305)
306. 王作榮，＜談文官制度＞，【人事管理】28卷6期，80年6月 [↑](#footnote-ref-306)
307. 徐有守，＜公務人事制度的行政意義與政治意義＞，刊於銓敘部主編，行政管理論文選輯第三輯，頁169 [↑](#footnote-ref-307)
308. 郭哲光，＜制定公務員基準法有關問題之研究＞，刊於行政院人事行政局編印，【研究發展得獎選輯第18輯】，頁106 [↑](#footnote-ref-308)
309. 銓敘部890401新聞稿 見[銓敘部全球資訊網http://www.mocs.gov.tw/main.htm 90/11/24造訪；並見陳德禹，＜行政中立問題之檢討＞，刊於【重建行政體制】，頁113](http://www.openfind.com.tw/cgi-bin/tw/webredir?url=http%3a%2f%2fwww%2emocs%2egov%2etw%2fmain%2ehtm)  [↑](#footnote-ref-309)
310. 吳泰成發言，90年3月27日，【政黨輪替與文官中立研討會】，國家政策研究基金會主辦， [財團法人國家政策研究基金會-智庫](http://www.openfind.com.tw/cgi-bin/tw/webredir?url=http%3a%2f%2fwww%2enpf%2eorg%2etw%2fmonthly%2fseries%2dIA%2ehtm) http://www.npf.org.tw/monthly/series-IA.htm，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-310)
311. 關中，＜行政中立與政黨政治＞，刊於銓敘部主編，【公務人員行政中立法專輯】，民國84

年5月，頁2-3 [↑](#footnote-ref-311)
312. 有關「行政中立」與「政治中立」之意涵，前於立法院法制委員會併案審查考試院函送之「公

務人員行政中立法草案」及黃昭輝委員、林濁水委員等所提「公務人員行政中立法草案」與黃

爾璇委員所提「政治中立法草案」時，即已引起廣泛討論…..，引自＜何以採用「行政中立」而

不採用「政治中立」？＞，890401銓敘部新聞稿， 詳見銓敘部全球資訊網http://www.mocs.gov.tw/main.htm ，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-312)
313. 以下整理自＜何以採用「行政中立」而不採用「政治中立」？＞，890401銓敘部新聞稿， 詳

見[銓敘部全球資訊網http://www.mocs.gov.tw/main.htm -90/11/24造訪；並見銓敘部法規司，＜公務人員行政中立法草案簡述＞，【公務人員月刊】64期，90年10月，頁5以下](file:///C%3A%5CUsers%5C0508%5CDownloads%5C%E9%8A%93%E6%95%98%E9%83%A8%E5%85%A8%E7%90%83%E8%B3%87%E8%A8%8A%E7%B6%B2http%3A%5Cwww.mocs.gov.tw%5Cmain.htm%20-90%5C11%5C24%E9%80%A0%E8%A8%AA%EF%BC%9B%E4%B8%A6%E8%A6%8B%E9%8A%93%E6%95%98%E9%83%A8%E6%B3%95%E8%A6%8F%E5%8F%B8%EF%BC%8C%EF%BC%9C%E5%85%AC%E5%8B%99%E4%BA%BA%E5%93%A1%E8%A1%8C%E6%94%BF%E4%B8%AD%E7%AB%8B%E6%B3%95%E8%8D%89%E6%A1%88%E7%B0%A1%E8%BF%B0%EF%BC%9E%EF%BC%8C%E3%80%90%E5%85%AC%E5%8B%99%E4%BA%BA%E5%93%A1%E6%9C%88%E5%88%8A%E3%80%9164%E6%9C%9F%EF%BC%8C90%E5%B9%B410%E6%9C%88%EF%BC%8C%E9%A0%815%E4%BB%A5%E4%B8%8B)  [↑](#footnote-ref-313)
314. 李惠明並認為「若改用其他名詞，社會各界反不亦了解」，見李惠明，＜公務人員行政中立法草案簡析＞，【人事月刊】20卷1期，84年1月 [↑](#footnote-ref-314)
315. 此理由以不存在，廖世立：「公務人員政治中立訓練一詞之法律用語，始於民國八十七年十一月十一日制定公布之「國家文官培訓所組織條例」。依據該條例第二條第三款規定，該所掌理「公務人員政治中立訓練事項」。而「公務人員行政中立訓練」一詞之法律用語，始於民國八十五年一月二十六日公布施行之「公務人員保障暨培訓委員會組織法」。依據該法第四條第三款規定，培訓處掌理：關於公務人員考試錄取人員考試筆試錄取人員、升任官等、行政中立及其他有關訓練之研擬規劃、執行及委託事項。其後考試院於八十八年六月二十九日函送立法院審議之「公務人員訓練進修法草案」第十條復規定：「為確保公務人員嚴守行政中立，貫徹依法行政、執法公正、不介入黨派紛爭，由保訓會辦理行政中立訓練及有關訓練，或於各機關學校辦理各項訓練時，列入公務人員行政中立相關課程」；同法第十二條第二項並規定：「公務人員升任官等訓練、行政中立訓練及其他有關訓練之訓練辦法，由考試院定之」。此為公務人員行政中立訓練之法源依據詳見，廖世立，＜公務人員行政中立訓練＞，電子簡訊」第4期，國家文官培訓所http://www.ncsi.gov.tw/message/message\_h.asp，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-315)
316. 許濱松發言，90年3月27日，【政黨輪替與文官中立研討會】，國家政策研究基金會主辦， [財團法人國家政策研究基金會-智庫](http://www.openfind.com.tw/cgi-bin/tw/webredir?url=http%3a%2f%2fwww%2enpf%2eorg%2etw%2fmonthly%2fseries%2dIA%2ehtm) http://www.npf.org.tw/monthly/series-IA.htm，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-316)
317. 其並強調：「堅持採用「政治中立法」完全是居於學術上的見解，絕對沒有政黨立場。事實上，考試院提出的「公務人員行政中立法」之內容，都是在規範常任文官的政治中立。「政治中立法」提案人黃爾璇立委，曾在一讀會時公開向列官員說，如果有人能舉出外國有將規範與本法案內容相似之法律，而其名稱也是「行政中立法」者，他將不再堅持「政治中立法」名稱。但是無人能提出。」，詳見【立法院公報】85卷55期之「委員會紀錄」，頁164 [↑](#footnote-ref-317)
318. 見林濁水發言紀錄，【立法院公報】85卷55期，頁165 [↑](#footnote-ref-318)
319. 許濱松，見＜建立行政中立法制研討會＞，月旦法學雜誌10期，85年2月，頁7 [↑](#footnote-ref-319)
320. 城仲模發言，見＜建立行政中立法制研討會＞，月旦法學雜誌10期，85年2月，頁29 [↑](#footnote-ref-320)
321. 如許濱松，見前揭說明 [↑](#footnote-ref-321)
322. 如陳德禹，見前揭說明 [↑](#footnote-ref-322)
323. 考試院版本採用「行政中立」之理由之一：旨在規範行政中立三大原則，包括依法行政、執法公正及建立政治活動規範，見前揭說明 [↑](#footnote-ref-323)
324. 「行政中立顯然已成為特定法律名詞，並為各界所慣稱沿用….」，見前揭銓敘部說明（b）部分 [↑](#footnote-ref-324)
325. 詳見本研究計畫第貳、參、肆章對其他各國法制之介紹 [↑](#footnote-ref-325)
326. 薩孟武，【政治學】，72年，頁489 [↑](#footnote-ref-326)
327. 許志雄、陳銘洋、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，【現代憲法論】，元照出版，89年9月，二版，頁265 [↑](#footnote-ref-327)
328. 許志雄、陳銘洋、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，【現代憲法論】，頁266；相同見解如：「政黨主要係藉參與選舉來對人民政治意見之形成發生作用。此外，政黨可謂係個人與國家間之『中間體（Zwischenglieder）』，實現國民意思之『工具（Instrumente）』或人民之『傳聲筒（Sparachrohr）』…。總之，透過政黨可匯集政治意見、利益及政治勢力，並加以協調、平衡並再予形成，進而在國家意思形成之領域中發生作用」，詳見陳新民評釋、李建良編著，【基本人權與憲法裁判】之＜德國政黨補助案＞，永然憲政系列，81年11月，頁83-102之89 [↑](#footnote-ref-328)
329. 陳耀祥，＜政黨法律地位之研究—以德國法為中心＞，輔仁大學法研所碩士論文，翁岳生指導，80年，頁14 [↑](#footnote-ref-329)
330. 即整合或稱協助國民政治意思的形成之功能 [↑](#footnote-ref-330)
331. 詳見趙義德，＜政黨平等原則之研究＞，中興大學法研所碩士論文，其尚列有「橋樑功能；國家機關之組成與統制功能；和平轉移政治權力功能」。另外，陳耀祥則分為「整合；選擇領導者；行使統治權；監督統治權等4種功能」，詳見陳耀祥，＜政黨法律地位之研究—以德國法為中心＞，輔仁大學法研所碩士論文，頁14-18 [↑](#footnote-ref-331)
332. 林文益，＜公務人員行政中立之研究＞，政治大學公共行政研究所碩士論文，頁13-16 [↑](#footnote-ref-332)
333. 趙義德，＜政黨平等原則之研究＞，中興大學法研所碩士論文，頁180 [↑](#footnote-ref-333)
334. Jaimie Johnson, Note, O'Hare Truck Serv., Inc. v. City of Northlake: Further Limiting the Spoils of the Victor, 14 Ga. St. U. L. Rev. 489 (1998). (認為人事任命權的傳統可溯及華盛頓政府).，引自＜美國公務人員行政中立之保障＞，第一節貳、肆 [↑](#footnote-ref-334)
335. 見＜美國公務人員行政中立之保障＞，第一節伍 [↑](#footnote-ref-335)
336. 朱建民，「威瑪憲法」，【世界各國憲法大全】，第2冊，國民大會出版，54年，頁673 [↑](#footnote-ref-336)
337. 林明鏘，「西德公務員之法律地位」，刊於吳庚主持、行政院研考會編，【公務員基準法之研究】附錄一，79年，頁470 [↑](#footnote-ref-337)
338. 詳見＜美國公務人員行政中立之保障＞，第一節陸 [↑](#footnote-ref-338)
339. 辜柏宏，＜公務人員行政中立之研究－公平理論之觀點＞，【人力發展月刊】77期，89年6月 [↑](#footnote-ref-339)
340. 但美國在1990年代，Hatch法遭受挑戰，國會允許聯邦公務人員可在非職務、非穿著制服、不在政府辦公室場所、或運輪工具中，亦可擔職各種政治組織及從事廣泛的競選活動，這使得聯邦文官更加政治化。雖然公部門中的公會組織也會限制公務員的政治活動，但它也引發了功績制的終結與分贓行為死灰復燃的可能性。同前註；按此法於 1993年遭到大幅修正, Hatch Act Reform Amendments of 1993, Pub. L. No. 103-94, 2, 107 Stat. 1001, 1001-04 (1993) ，詳見＜美國公務人員行政中立之保障＞，第一節壹 [↑](#footnote-ref-340)
341. 黃秀端，「政黨與選舉」，刊於【中國論壇】28卷9期，78年6月，頁26 [↑](#footnote-ref-341)
342. 憲法第7條之明示 [↑](#footnote-ref-342)
343. 另外，洪雲霖則將此流弊分為以下四端：「1.不利加強黨的領導與自身建設；2.不利國家機關充分發揮職能作用；3.造成黨政機構重疊；4.妨礙人民群眾積極發揮，不利民主政治建設」，詳見洪雲霖，「從中共建黨理念析論黨政關係發展」，刊於【人事行政】109期，83年5月，頁47-48 [↑](#footnote-ref-343)
344. 相同看法如周繼祥：「我們觀察先進的國家在政黨輪替之下，仍能維持政治穩定，和文官中立很有關，值得我們去學習」，見周繼祥發言，90年3月27日，【政黨輪替與文官中立研討會】，國家政策研究基金會主辦， [財團法人國家政策研究基金會-智庫](http://www.openfind.com.tw/cgi-bin/tw/webredir?url=http%3a%2f%2fwww%2enpf%2eorg%2etw%2fmonthly%2fseries%2dIA%2ehtm) http://www.npf.org.tw/monthly/series-IA.htm，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-344)
345. 以下請詳見許濱松，＜如何建立文官中立－從外國法制談起＞，銓敘部主編，【公務員行政中立法專輯】，頁39以下；及林文益，＜公務人員行政中立之研究＞，政治大學公共行政研究所碩士論文，許濱松指導，民國80年，頁46-48 [↑](#footnote-ref-345)
346. 大法官自釋字396號後使用之 [↑](#footnote-ref-346)
347. 尤其在大法官釋字187 、201 、266、 312、 323、 338、 483 、491..等諸多解釋，破除「特別權力關係」之後，公務員亦得享有基本權，已屬的論。 [↑](#footnote-ref-347)
348. 惟依憲法23條，尚須符合「法律保留」及「比例原則」自不待言。 [↑](#footnote-ref-348)
349. 林明鏘、蔡茂寅將此一行政中立或政治中立義務稱為「公正中立義務」並納於公務員「職務上義務」中，並於「職務外義務」之下又納入「不為特定政治行為之義務」，而謂：「國家設官分職，其目的在使公務員能執行職務，以達成行政乃至國家之目的，因此公務員負有執行職務之義務，以及附隨之其他義務，乃事理所必然，此種義務稱為『職務上義務』；而公務員因其身份之關係，於其執行職務外亦負有種種義務，此即『職務外義務』..」，應認亦採相同看法，見林明鏘、蔡茂寅，＜公務員法＞，翁岳生編【行政法2000（上）】，翰蘆出版，89年7月，頁366-367 [↑](#footnote-ref-349)
350. 見＜德國公務人員行政中立之保障＞，第二節貳 [↑](#footnote-ref-350)
351. 詳見＜美國公務人員行政中立之保障＞，第三節壹 [↑](#footnote-ref-351)
352. 詳見＜日本公務人員行政中立之保障＞，第二節壹 [↑](#footnote-ref-352)
353. 例見：見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註1），国家公務員法，頁116（江波戶　明　執筆）；宮澤俊義　著，芦部信喜　補訂，《全訂日本国憲法》，日本評論社，第二版，1987，頁821。詳見＜日本公務人員行政中立之保障＞，第二節壹 [↑](#footnote-ref-353)
354. 並請參考，「..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。」，見＜德國公務人員行政中立之保障＞，第四節貳 [↑](#footnote-ref-354)
355. 許濱松，見＜建立行政中立法制研討會＞，月旦法學雜誌10期，85年2月，頁8 [↑](#footnote-ref-355)
356. 見陳桂華，＜公務員行政中立之省思＞，【人事管理】30卷1期，82年2月，頁29 [↑](#footnote-ref-356)
357. 許濱松，見＜建立行政中立法制研討會＞，月旦法學雜誌10期，85年2月，頁8 [↑](#footnote-ref-357)
358. 許濱松，＜如何建立文官中立＞，【人事月刊】7卷5期，77年11月，頁5 [↑](#footnote-ref-358)
359. 許宗力，見＜建立行政中立法制研討會＞，月旦法學雜誌10期，85年2月，頁10 [↑](#footnote-ref-359)
360. 言論自由係將內在思想、意見表達於外之自由。故有學者（李惠宗，見【憲法要義】，二版，頁125-129）特別將內心思想活動不受干預者，稱為「思想自由」、而將思想自由表現於外不受干預者，稱為「表現自由」；亦有學者（許志雄、陳銘洋、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，見【現代憲法論】，頁107-116；117-126；127、128）特重此一內外之區分，而稱前者為：「內在精神自由（包括如思想、良心等自由）」、後者稱為：「外在表現自由/言論表現自由」（包括言論、集會、結社自由）。鑒於此非本研究計畫探討重心，本研究計畫不擬深論，但為求定義較為周延，頃向將憲法11條以「表現自由」稱之，以下若無特別說明，本研究計畫之言論自由與表現自由係指稱同義，並原則以「表現自由」說明之。 [↑](#footnote-ref-360)
361. 如李惠宗稱「言論自由」，見李惠宗【憲法要義】，二版，頁127；許志雄、陳銘洋、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍稱為：「外在表現自由」，見【現代憲法論】，頁127；但陳新民則稱為：「意見自由」，見陳新民，【中華民國憲法釋論】，修正3版，頁227 [↑](#footnote-ref-361)
362. 或甚至是以「肢體、動作」等方式表達其思想、意見，一般將此歸屬「象徵性言論」之討論範疇，如以自焚來表達對某某政策之不滿。 [↑](#footnote-ref-362)
363. 如釋字364號理由闡明：「言論自由乃民主憲政之基礎。廣播電視係人民表達思想言論之重要管道，可藉以反映公意、強化民主、啟迪新知、促進文化道德之發展」，詳請參閱其他如釋字141號理由書，釋字509號等 [↑](#footnote-ref-363)
364. 許志雄、陳銘洋、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，【現代憲法論】，頁268-269 [↑](#footnote-ref-364)
365. 其實釋字414號已有引進「雙階理論」之跡象：蓋大法官先謂「言論自由…依其性質而有不同的保護範疇及限制之準則」，既則區分：（1）政治、學術、宗教言論及（2）商業言論；復謂後者乃非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論尚不能與其他言論自由保障等量齊觀；而此處，公務人員之政治上意見表達屬於政治性言論，而可劃歸「高價值言論」，應屬合理 [↑](#footnote-ref-365)
366. 並請參閱，集會遊行法第2條：「本法所稱集會，係指於公共場所或公眾得出入之場所所舉行會議、演說或其他聚眾活動」 [↑](#footnote-ref-366)
367. 陳新民，【中華民國憲法釋論】，修正3版，頁271 [↑](#footnote-ref-367)
368. 李惠宗，【憲法要義】，二版，頁153；另外陳新民對此有十分傳神之描述：「集會結社自由代表人民可以不必『獨自的』享受人權，而是得以『結合同道中人』來享受此人權。人民集會與結社之自由，便是一種『群體之自由』」，見陳新民，【中華民國憲法釋論】，修正3版，頁271 [↑](#footnote-ref-368)
369. 陳新民，【中華民國憲法釋論】，修正3版，頁277 [↑](#footnote-ref-369)
370. 許志雄、陳銘洋、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，【現代憲法論】，頁268-269 [↑](#footnote-ref-370)
371. 許志雄、陳銘洋、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，【現代憲法論】，頁269 [↑](#footnote-ref-371)
372. 指須為本國人民、已成年且未受褫奪公權之宣告。 [↑](#footnote-ref-372)
373. 許志雄、陳銘洋、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，【現代憲法論】，頁221 [↑](#footnote-ref-373)
374. 以下之「參政權」，若無特別說明，僅指最狹義之參政權。 [↑](#footnote-ref-374)
375. 如陳新民係從廣義參政權推出：「廣義的參政權為人民擁有投身公職、擔任公務員之權利，則可將選舉權擴張解釋為被選舉權」，見陳新民，【中華民國憲法釋論】，修正3版，頁307 [↑](#footnote-ref-375)
376. 許志雄、陳銘洋、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍則引薩孟武見解而從服公職權推導出：「被選舉權是以成為公職候選人、接受選舉人之選擇為主張之內涵，究其性質，實近於任官權，而與作為人民參與國家意願建構之途徑的選舉權大不相同（薩孟武，中華民國憲法新論，頁139下），因此非屬憲法17條所定參政權之一環，而是應由憲法18條之服公職權所保障」，見許志雄、陳銘洋、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，【現代憲法論】，頁226 [↑](#footnote-ref-376)
377. 如公職人員選舉罷免法、總統副總統選舉罷免法…等，當然，此處尚涉及「參選門檻」是否合憲之問題，因非本研究計畫重心，故不多談。 [↑](#footnote-ref-377)
378. 陳慈陽，【憲法規範性與憲政現實性】，翰蘆出版，86年9月，頁132 [↑](#footnote-ref-378)
379. 李惠宗，【憲法要義】，二版，頁204 [↑](#footnote-ref-379)
380. 請願，係指人民對國家或公共事務，所提出之希望或願望。性質近似於「陳情」，不以請願人

自身利益攸關事項為限，與本研究計畫較無關連，故不多談。 [↑](#footnote-ref-380)
381. 許志雄、陳銘洋、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，【現代憲法論】，頁214 [↑](#footnote-ref-381)
382. 釋字418號理由書亦採之。 [↑](#footnote-ref-382)
383. 如釋字418、442、512號等 [↑](#footnote-ref-383)
384. 本研究計畫於貳、二、（一）憲法上公務人員的人權已作說明，此處不贅。 [↑](#footnote-ref-384)
385. 吳庚，【行政法之理論與實用】，增訂5版，頁232 [↑](#footnote-ref-385)
386. 其他如公務俸給法16條、公務人員保障法16條 [↑](#footnote-ref-386)
387. 詳細分析介紹請見吳庚，【行政法之理論與實用】，增訂5版，頁232-238；李震山，【行政法導論】，修訂新版，頁171-173；林明鏘、蔡茂寅，＜公務員法＞，翁岳生編，【行政法2000（上）】，頁374-381 [↑](#footnote-ref-387)
388. 林明鏘、蔡茂寅，＜公務員法＞，翁岳生編，【行政法2000（上）】，翰蘆出版，89年7月，頁368 [↑](#footnote-ref-388)
389. 如吳庚，【行政法之理論與實用】，5版，頁238；林明鏘、蔡茂寅，＜公務員法＞，翁岳生編，【行政法2000（上）】，頁368等 [↑](#footnote-ref-389)
390. 如徐崑明，＜論公務人員保障制度－以美國法之比較為中心＞，政治大學法研所碩士論文，法治斌指導，89年，頁79；張家洋，【行政法】，三民書局，80年5版，頁457 [↑](#footnote-ref-390)
391. 由於公務員服務法2條與刑法21條之規範差異，對於公務員服從義務向來有絕對服從說、相對服從說、陳述意見說…等爭執，詳細討論請見：吳庚，【行政法之理論與實用】，5版，頁238-240；

李震山，【行政法導論】，修訂新版，三民書局，88年10月，頁183-189；林明鏘、蔡茂寅，＜公務員法＞，翁岳生編，【行政法2000（上）】，頁369-370 [↑](#footnote-ref-391)
392. 林明鏘、蔡茂寅，＜公務員法＞，翁岳生編，【行政法2000（上）】，頁371 [↑](#footnote-ref-392)
393. 如李震山以5頁的篇幅介紹之，可見其重視之程度。見李震山，【行政法導論】，修訂新版，頁

179-183；另如林明鏘、蔡茂寅，＜公務員法＞，翁岳生編，【行政法2000（上）】，頁368-369；

陳敏，前揭書，頁970

徐崑明，＜論公務人員保障制度－以美國法之比較為中心＞，政治大學法研所碩士論文，頁81-82 [↑](#footnote-ref-393)
394. 吳庚並認為，可從公務員服務法第6條之不為一定行為義務衍生而出此一「文官中立義務」，見吳庚，前揭書，頁242-243 [↑](#footnote-ref-394)
395. 林明鏘、蔡茂寅，＜公務員法＞，翁岳生編，【行政法2000（上）】，頁368 [↑](#footnote-ref-395)
396. 詳見吳庚，【行政法之理論與實用】，增訂5版，頁241-244；李震山，【行政法導論】，修訂新版，頁194-199；林明鏘、蔡茂寅，＜公務員法＞，翁岳生編，【行政法2000（上）】，頁371-374 [↑](#footnote-ref-396)
397. 總統府公報/卷期6320 (89.01.29)/頁 1-5，中華民國八十九年一月二十九日，華總一義字第八九○○○二六九六○號，國家圖書館公報電子全文服務系統‧http://readopac.ncl.edu.tw/，9011/24造訪 [↑](#footnote-ref-397)
398. 總統府公報/卷期6283 (88.06.23)/頁 14-16，總統令，中華民國八十八年六月二十三日，華總一義字第八八○○一四二七三○號，國家圖書館公報電子全文服務系統‧http://readopac.ncl.edu.tw/，9011/24造訪 [↑](#footnote-ref-398)
399. 監察院公報/卷期2337 (90.10.24)/頁 70-71，國家圖書館公報電子全文服務系統‧http://readopac.ncl.edu.tw/，9011/24造訪。其規定理由為：為維護監察委員行使職權獨立超然之中立地位，本院特於院會，通過增訂監察院監察委員自律規範第二條注意事項。 [↑](#footnote-ref-399)
400. 於90年9月4日發布，軍方宣導理由為：「國軍是國家安全、社會安定的關鍵力量，凡我國軍官兵均應恪遵憲法服膺民主，嚴守法治、民主的作為，絕不參與任何有損軍譽之政治活動，不涉入任何政黨活動，以貫徹「軍隊國家化」。對於年底的選舉，國軍官兵均不得為任何候選人助選，以免引起民眾對國軍中立立場的質疑，並影響單位團結和諧；同時嚴禁各候選人及相關人員進入單位、營區、駐地，從事各種與選舉有關之活動，各級幹部必須排除所有有關政治活動的人情壓力與關說，以確保超然立場。」，見[中時電子報](http://tw.politics.yahoo.com/news/2001/09/05/ctnews/index.html) http://tw./2001/09/05/ctnews/，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-400)
401. 總政戰部少將處長陳克難並認為：「任何一位官兵都可以有自己的政治立場和傾向，可投票給任何一個候選人，絕不受到外力干預和影響。但是軍人也要有分際，要恪遵相關法令規定，不得為參選人或是候選人的助選員，不能有助選行為，即使「站台」也不行」。見90年9月5日 ＜軍人不得助選、站台＞ ，見[中時電子報](http://tw.politics.yahoo.com/news/2001/09/05/ctnews/index.html) http://tw./2001/09/05/ctnews/，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-401)
402. 資料來源自，＜國防部制定「國軍現役軍人及軍事院校學生參與政治活動宣導注意事項」規定，貫徹憲法「軍隊國家化」規定，保障軍人參與政治活動基本權利＞，見G o o g l e 內

<http://www.mnd.gov.tw/division/~defense/mil/afrc/paper/1670/001.htm> 的[頁庫存檔](http://www.google.com/intl/zh-TW/help/features.html#cached)，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-402)
403. 其規定相關者為：「陸海空軍現役軍人應受懲罰之過犯如左：二 言行不檢，有損軍譽者、十 辦理公務，不遵法令程序者、二十五 其他有敗壞軍紀之行為者..等」 [↑](#footnote-ref-403)
404. 其規定為：「以強暴、脅迫或其他非法之方法為左列行為之一者，處五年以下有期徒刑：

一　妨害他人競選或使他人放棄競選者。 二　妨害他人為罷免案之提議、連署或使他人為罷免案之提議、連署者。」 [↑](#footnote-ref-404)
405. 其規定為：「意圖使候選人當選或不當選，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，

散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」 [↑](#footnote-ref-405)
406. 此外，有關軍中非軍職人員參與政治活動的規定，國防部也表示，有關軍中文職公務人員、

教師暨聘雇（臨時約聘雇）人員，分別依「公務員服務法」或「聘雇人員工作規則」等有關規

定規範。見[中時電子報](http://tw.politics.yahoo.com/news/2001/09/05/ctnews/index.html) http://tw./2001/09/05/ctnews/，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-406)
407. 整理自 1999.2.6中國時報第8版 [↑](#footnote-ref-407)
408. 同前註 [↑](#footnote-ref-408)
409. 教育部公報/卷期300 (88.12.31)/頁 27-28，國家圖書館公報電子全文服務系統‧http://readopac.ncl.edu.tw/，9011/24造訪 [↑](#footnote-ref-409)
410. 教育部公報/卷期293 (88.05.31)/頁 17-18，國家圖書館公報電子全文服務系統‧http://readopac.ncl.edu.tw/，9011/24造訪 [↑](#footnote-ref-410)
411. 教育部公報/卷期288 (87.12.31)/頁 24，國家圖書館公報電子全文服務系統‧http://readopac.ncl.edu.tw/，9011/24造訪 [↑](#footnote-ref-411)
412. 教育部公報/卷期286 (87.10.31)/頁 28，國家圖書館公報電子全文服務系統‧http://readopac.ncl.edu.tw/，9011/24造訪 [↑](#footnote-ref-412)
413. 教育部公報/卷期276 (86.12.31)/頁 16-17；相同內容並見於，教育部書函 中華民國八十六年六月三日 臺(86)人(二)字第八六○五四一○二號，教育部公報/卷期271 (86.07.31)/頁 17，國家圖書館公報電子全文服務系統‧http://readopac.ncl.edu.tw/，9011/24造訪 [↑](#footnote-ref-413)
414. 教育部公報/卷期275 (86.11.30)/頁 17-18，國家圖書館公報電子全文服務系統‧http://readopac.ncl.edu.tw/，9011/24造訪 [↑](#footnote-ref-414)
415. 整理自＜人事局銓敘部通函文官上班不得從事政治活動＞2001-11-08-中央社<http://matsu.uknows.net/right.php> ，90/11/24造訪。 [↑](#footnote-ref-415)
416. 八十四年十月十九日府秘視字第八四Ｏ七七四一一號函頒布/八十五年三月五日府秘視字第八五Ｏ一五三九八號函頒布/八十七年七月二十二日府秘視字第八七Ｏ五七一二五ＯＯ號函修正頒布八十八年十二月三十一日府秘視字第八八○九五四一二○○號函修正頒布 [↑](#footnote-ref-416)
417. 宜蘭縣政府85.02.26人乙字第021075號函， http://www.iljh.ilc.edu.tw/宜蘭國中/校務行政/總務處/newpage8.htm，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-417)
418. 整理自 2000.02.10 ＜吳振吉迎扁北市批定 申誡2次＞中時電子報<http://chinatimes.com.tw/> ，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-418)
419. 整理自2000/02/21＜陳璧代宋楚瑜 密集拜訪警局＞民視新聞網 http://www.ftvn.com.tw/news/20000221/000221195502.htm，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-419)
420. 整理自 1999.2.6中國時報第8版 [↑](#footnote-ref-420)
421. 對此一記過處分之批評有（1）劉承武認為：檢察官下班亦如一般民眾，應享有其憲法保障參與政治活動之權利，公懲會的懲戒已違反憲法規定。他將在近日內向司法院大法官會議聲請釋憲。劉承武得知遭公懲會懲戒一事，激動不已。他說，依照法務部規定，檢察官不能參與政治活動**，但法務部的規定，性質只不過是行政命令，而憲法對於檢察官能否參與政治活動並無明文規定**。（2）黃爾璇認為：事實上**法務部所依恃者僅為法務部頒行之「檢察官守則」及相關函示規定，而非依據法律。而且劉檢察官之行為是否即「影響司法尊嚴」、違反「檢察官任職期間均不得參加政黨活動」以及違反選罷法「檢察官應嚴守分際，秉持超然立場執行職務之精神」，均不無商榷之餘地**。加之，外界強烈質疑，劉檢察官言行之遭受懲處，不外係因出現在民進黨候選人台上，而且為司法改革數度發言得罪司法界保守人士。職是，對劉氏之懲處，法務部應格外審慎處理。依中央法規標準法第五條之規定，影響人民權益義務者應以法律規定，政府卻僅以行政命令加以規範，在作法上並非全無瑕疵。見黃爾璇，＜由法務部懲處劉承武檢察官案顯示政治中立法亟須通過＞(1998/12/8)，http://www.wufi.org.tw/ng/ng156.htm，90/12/15造訪 [↑](#footnote-ref-421)
422. 以下整理自2001/10/19＜丈夫選立委 妻子法官站台被懲處＞，[PC home Online 網路家庭-新聞](http://www.openfind.com.tw/cgi-bin/tw/webredir?url=http%3a%2f%2fnews%2epchome%2ecom%2etw%2fftv%2fsociety%2f%32%30%30%31%31%30%31%39%2findex%2d%32%30%30%31%31%30%31%39%31%31%34%39%35%38%31%38%30%38%31%39%2ehtml)http://pchome.udnnews.com/content/index.shtml；2001.10.20＜高院法官魏麗娟為夫助選惹爭議＞中國時報/中時電子報 http://news.chinatimes.com/，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-422)
423. 對此處理之批評有：（1）魏麗娟：對於本件法官自律案，魏麗娟昨日（90/1019）發表一告

白書強調，依法官自律委員會實施要點第一條第二項規定之自律規範對象，是指從事審判事的

法官。她辦理留職停薪，未支領任何薪水，應不是自律要點規範的對象，同前註。（2）劉昌崙：

舉行記者會，指他日前控告行政院長張俊雄期約賄選，結果半年前留職停薪的太太、高等法法

官魏麗娟竟遭司法迫害，這是典型的綠色恐怖。夫妻是一體的，魏麗娟早在半年前即留職停薪，

在家照顧八十一歲的父親，她未領法院半毛錢，又毫無公權力在手，和平民無異，照片被用文

宣是他和支持的親友之意，和魏沒有關係，他在選委會登記的助選員也沒有魏麗娟，且自律定

是指「有審判身分者」，不適用魏麗娟。整理自2001/10/19，＜法官妻子助選被檢討 劉昌崙是

綠色恐怖＞，聯合報/ 聯合新聞網http://.udnnews.com/200/10/19，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-423)
424. 2000/11/11，＜45位台中市府主管集體入民進黨 ＞中時電子報http://ctnews.yam.com.tw/news/200011/11/69313.html，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-424)
425. 有關對此事件之評論，如桂宏誠認為：「..這究竟算不算違反行政中立先不談，以民進黨台中市黨部主委陳文憲，同時又是台中市長張溫鷹夫婿的情形言，此舉難免讓人感覺有為張溫鷹造勢之嫌。現行地方制度法之有關規定，為了強化地方民選首長所應負有之政治回應力的功能，並促使地方事務官能夠不必捲入派系及政黨的政治糾結而嚴守行政中立，特別增設了由地方首長自由任命的副首長，以及干人數與首長共進退的一級單位主管。其立法目的，就在於讓地方民選首長擁有政治任命的空間後，與其因用人空間有限，而「政治化」、「派系化」常任文官體制，不如給予其一定政治任命之自由空間…，以為常任文官建立一個行政中立的環境。..而當一群在同一機關任職的政府事務官，在同一時間、同一場合以「集體」方式宣誓加入民進黨，此時所給社會大眾一般通常之認知，便難認為是僅以私人之公民身分參加政黨。因為，此一「集體」的構成份子，在公共事務領域內個人所具有的身分皆是「事務官」，甚至服務的政府機關也相同，**因而此一舉動不能認知為係個人行為，且事實上已塑造出是以「事務官員」參加政治活動的圖像，而非僅以個人身分參加民進黨**。 其次，**這些「集體」宣誓加入民進黨的事務官員，又清一色的為主管人員，其所代表之意義無異於公開宣示，只有加入民進黨才能獲得拔擢為主管人員。**這情形對於常任事務官應以專業才能取向獲得升遷而言，猶如予以否定，實已嚴重打擊常任事務官行政中立的環境。詳見，桂宏誠 89.11.13 中國時報 [↑](#footnote-ref-425)
426. 詳見，＜總統府九人小組促行政院整頓事務官＞，中國國民黨全球資訊網，http://www.kmt.org.tw/index.html，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-426)
427. 見，2001.3.22超級新聞網 http://www.supernewsweb.com/Default.asp，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-427)
428. 對此一新聞事件之評論：如林基源：「…平心而論，任何主管對於不適任的部屬當然有調整其職務之權利，但若只因「互動不良」而隨意更換事務官，將成為民進黨綠化事務官之藉口，其結果將嚴重打擊士氣，並破壞文官體制，且使施政績效低落情形更加惡化。公務人員(或稱事物官、或常任文官)應本其專業，依法行政，維持超然、客觀、公正之立場，不介入地方派系或政治紛爭。在先進民主國家，這種『行政中立』的觀念，早已內化為政治文化的一部分，而且普遍成為一種公務人員共信共守之行為規範。民進黨執政十個月後，做了一百八十度的轉變。不但政務官公然違反行政中立，而且更進一步要求常任文官全力配合，如「互動不良」則將予更換。此項作法顯然與健全文官體制背道而馳。例如最近第一銀行董事長陳建隆發函客戶推薦特定立法委員候選人案，財政部調查後已做處分。類似此事件，將來如果政務官（部會首長或政務次長）支持某特定候選人，並且要求事務官（常務次長或司處長等）配合助選，如不順從，以「互動不良」調整職務。這種作法，顯然不合理。詳見林基源，＜事務官不宜隨著政務官起舞 ＞，見 90/3/24，中國時報時論廣場 [↑](#footnote-ref-428)
429. 相同見解如許宗力，「…如果人民對於公務員之公正性失去信賴，我想這個國家大概就要滅亡了」見＜建立行政中立法制研討會＞，月旦法學雜誌10期，85年2月，頁11 [↑](#footnote-ref-429)
430. 並請參照「公務員將其行政資源轉為政治資源乃是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（Weiß, 1988, S. 118。）。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。（Frowein, 1967, S. 27）」，詳見＜德國公務人員行政中立之保障＞，第四節參二（二） [↑](#footnote-ref-430)
431. 大法官自釋字396號後使用之 [↑](#footnote-ref-431)
432. 尤其在大法官釋字第187 、201 、266、 312、 323、 338、 483 、491..等諸多解釋，破除「特別權力關係」之後，公務員亦得享有基本權，已屬的論。 [↑](#footnote-ref-432)
433. 並請參考美國法制之介紹：「在近一百年來, 特別是自70 年代起, (例如1972的1964基本權利法案修正案) 公務人員的正當程序之工作權利保障有驚人的成長（Charles W. Hemingway, A Review of Recent Decisions of the United States v. National Treasury Employees Union: Constitutional Tensions Between the Government as Employer and the Citizens as Federal Employee, 44 Am. U. L. Rev. 2231(1995).）。但政府雇主對於公務人員在以下三方面行為可加以限制: 罷工的權利, 參加政治活動的權利, 參與公職外或與公職相關而會造成對大眾有不當聯想的活動.」，見＜美國公務人員行政中立之保障＞，第一節參 [↑](#footnote-ref-433)
434. 法治斌、董保城，【中華民國憲法】，修訂再版，空大出版，88年9月，頁178 [↑](#footnote-ref-434)
435. 其他有關平等權之大法官解釋尚有：釋字第223、365、452、457、477、481…等 [↑](#footnote-ref-435)
436. 如釋字第443號解釋文：「若欲對人民之自由權利加以限制，必須符合憲法第二十三條所定必要之程度，並以法律定或經立法機關明確授權由行政機關以命令訂定」 [↑](#footnote-ref-436)
437. 詳細分類情形請參閱大法官釋字第443號理由書 [↑](#footnote-ref-437)
438. 如法治斌、董保城，【中華民國憲法】，修訂再版，頁40-42；另如李惠宗：「我國憲法23條就比例原則有明文規定」，見李惠宗，【憲法要義】，二版，頁88；而行政程序法第7條亦明文規範之。 [↑](#footnote-ref-438)
439. 見法治斌、董保成著，【中華民國憲法】，修訂再版，空大出版，41頁 [↑](#footnote-ref-439)
440. 見法治斌、董保成，前揭書，41頁 [↑](#footnote-ref-440)
441. 關於比例原則之細部審查標準，請參閱，盛子龍，＜比例原則作為規範違憲審查的準則－西德聯邦憲法法院判決及學說之研究＞，台大法研所碩士論文，翁岳生指導，民國77年，有詳細介紹。限於篇幅，本研究計畫不擬多談。 [↑](#footnote-ref-441)
442. 勉強稱的上的，恐怕只有憲法第138條（軍隊國家化）：「全國陸海空軍，須超個人地域及黨派關係以外，效忠國家，愛護人民」 [↑](#footnote-ref-442)
443. 詳見本研究計畫前述第二節貳部分之介紹 [↑](#footnote-ref-443)
444. 林明鏘、蔡茂寅，＜公務員法＞，翁岳生編，【行政法2000（上）】，頁368 [↑](#footnote-ref-444)
445. 詳細公佈日期請見本研究計畫前述 [↑](#footnote-ref-445)
446. 朱武獻表示：「…考試院擬具「公務人員行政中立法草案」於83年12月函請立院審議中，在該草案未完成立法程序前，人事行政局就公務人員在選舉期間可能遭遇事項，參酌「公務人員行政中立法草案」精神，通函行政院所屬各主管機關人事機構轉知，規定公職人員各項選舉期間應嚴守行政中立，依法執行職務。」，見朱武獻，＜政務官可以輔選 但不能動用行政資源＞ ，2001/11/6 ，東森新聞報http://www.ettoday.com，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-446)
447. 關於授權明確性之相關大法官解釋有：釋字第313、346、390、394、402、423、426、432等均

有提及 [↑](#footnote-ref-447)
448. 其他批評如，許偵元：「就實質面…公然在侵奪軍隊成員的政治權利。諸如：軍校生及文職教師並非現役軍人，不應任意限制其政治參與；現役軍人在下班後，從事助選、助講、輔選及罷免等權利，任意予以剝奪，亦依法無據。」，見許禎元＜約束政治中立 參謀本部立場在哪？＞[中時電子報](http://tw.politics.yahoo.com/news/2001/09/05/ctnews/index.html) http://tw./2001/09/05/ctnews/，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-448)
449. 90年1月29日總統令修正公佈 [↑](#footnote-ref-449)
450. 許禎元：『首先，就軍隊運作的現實層面而言，軍政（國防部長）與軍令（參謀總長）名雖隸屬，各自運作，軍隊與政治社會的互動行為，含括軍人參與政治系統的遊戲規則，理應為國防部長的軍政業務，自不屬軍令作戰系統管轄，以免政軍關係的緊張對立。再依民國八十九年立法通過的「國防法」規定，參謀總長已非總統之軍令幕僚長（第八條），除應儘速廢止「參謀本部組織法」第九條（…參謀總長在統帥系統為總統之幕僚長，總統行使統帥權，關於軍隊之指揮，直接經由參謀總長下達軍隊），將軍令業務置於國防部長監督外，參謀總長亦應依法服從國防部長指揮；國防部的「參與政治活動宣導注意事項」，卻是由參謀本部行文，透過其屬總政戰部發布命令，有違體制。』，見許禎元＜約束政治中立 參謀本部立場在哪？＞[中時電子報](http://tw.politics.yahoo.com/news/2001/09/05/ctnews/index.html) http://tw./2001/09/05/ctnews/，90/11/24造訪 [↑](#footnote-ref-450)
451. 詳見顏宏斌，＜從公法學觀點論公務員政治活動＞，中興大學法研所碩士論文，城仲模指導，頁104以下。 [↑](#footnote-ref-451)
452. 詳細案例請見，＜德國公務人員行政中立之保障＞，第四節參二（一） [↑](#footnote-ref-452)
453. 許志雄、陳銘洋、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍，【現代憲法論】，頁320、322 [↑](#footnote-ref-453)
454. 法治斌、董保城，【中華民國憲法】，修訂再版，頁346 [↑](#footnote-ref-454)
455. 對本條之進一步闡釋，請參閱大法官釋字38、137、216等號解釋 [↑](#footnote-ref-455)
456. 詳見法治斌、董保城，【中華民國憲法】，修訂再版，頁345-348 [↑](#footnote-ref-456)
457. 見張銅銳，＜法官的政治活動—從德國法制經驗檢討我國法制化的取向＞，台大法研所碩士論文，許宗力指導，民國81年，頁1 [↑](#footnote-ref-457)
458. 請參閱大法官釋字86、325等號解釋 [↑](#footnote-ref-458)
459. 徐崑明，＜論公務人員保障制度－以美國法之比較為中心＞，政治大學法研所碩士論文，法治斌指導，89年6月，頁29 [↑](#footnote-ref-459)
460. 關於法官法第39條立法過程之進一步介紹，參：張桐銳，前揭碩士論文，頁26以下。 [↑](#footnote-ref-460)
461. 按德國法上之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。詳見＜德國公務人員行政中立之保障＞，第四節參二（二） [↑](#footnote-ref-461)
462. Vgl. BVerwGE 78, 216 (219); Schmidt-Räntsch, 1995, § 39 Rn. 4 ff.。對此相關之日本法制為：依據日本國家公務員法第二條第三項第十三款之規定，法官是所謂國家「特別職」之公務員。其係依日本法院法（裁判所法）第五十二條第一款規定，法官非但不得於任內成為國會或地方公共團體議會之議員，並且尚不得「…積極從事政治活動」，見＜日本公務人員行政中立之保障＞，第二節壹四 [↑](#footnote-ref-462)
463. 詳見本章前述公務人員參與政治活動的爭議案例之四、「法官站台案」 [↑](#footnote-ref-463)
464. 有興趣可參閱相關大法官解釋，如釋字第250、262、430、455、459等 [↑](#footnote-ref-464)
465. 詳見＜德國公務人員行政中立之保障＞，第五節結語部分 [↑](#footnote-ref-465)
466. 本條條文其文句與日本國家公務員法第102條，幾乎完全相同，且內容事實上完全相同。詳見＜日本公務人員行政中立之保障＞，第一節壹四（二） [↑](#footnote-ref-466)
467. 詳見本研究計畫下述之「常任文官」部分 [↑](#footnote-ref-467)
468. 所差別的只是：在國家公務員法之情形，公務員所被禁止的「因政治目的所為之政治行為」，其內容，如前所述，由人事院規則來決定，而在自衛隊法之情形，則依同法第六十一條第一項規定，應以政令定之。蓋對自衛隊之隊員，人事院本非其人事行政管理之機關，見＜日本公務人員行政中立之保障＞，第二節壹四（二） [↑](#footnote-ref-468)
469. BVerwG, NJW 1982, 118。詳見＜德國公務人員行政中立之保障＞，第四節參二（一） [↑](#footnote-ref-469)
470. 總統府公報/卷期6283 (88.06.23)/頁 14-16，總統令，中華民國八十八年六月二十三日，華總一義字第八八○○一四二七三○號國家圖書館公報電子全文服務系統‧http://readopac.ncl.edu.tw/，9011/24造訪 [↑](#footnote-ref-470)
471. BVerwGE 84, 292 ff.。並請參照「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。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。」，BAG, NJW 1982, 2888 ff.。詳見＜德國公務人員行政中立之保障＞，第四節參二（一） [↑](#footnote-ref-471)
472. 見＜美國公務人員行政中立之保障＞，第一節陸 [↑](#footnote-ref-472)
473. Weiß, 1988, S. 118。詳見＜德國公務人員行政中立之保障＞，第四節參二（二），註122 [↑](#footnote-ref-473)
474. VGH Mannheim, NJW 1985, S. 1662。同前註之註123 [↑](#footnote-ref-474)
475. Weiß, 1988, S. 119。同前註之註124 [↑](#footnote-ref-475)
476. BVerwGE 84, 292 (298)。同前註之註130 [↑](#footnote-ref-476)
477. BAG, NJW 1982, S. 2889 f.。同前註之註131 [↑](#footnote-ref-477)
478. BVerwGE 84, 292 (295 ff.); BAG, NJW 1982, S. 2889 f.。同前註之註132 [↑](#footnote-ref-478)
479. 同說，見：芦部信喜，《憲法叢說　２ — 人権と統治》，信山社出版，1995，頁74；樋口陽一／佐藤幸治／中村睦男／浦部法穂，前揭書（見本章註1），頁60（浦部法穂　執筆）；宮澤俊義　著，芦部信喜　補訂，前揭書（見本章註6），頁221。部分異說：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註1），地方公務員法，頁152（中井幹晴　執筆）。引自＜日本公務人員行政中立之保障＞，第二節壹四（三） [↑](#footnote-ref-479)
480. 詳見＜日本公務人員行政中立之保障＞，第二節壹四（三） [↑](#footnote-ref-480)
481. 類似說法，參見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書（見本章註1），地方公務員法，頁152（中井幹晴　執筆）。引自＜日本公務人員行政中立之保障＞，第二節壹四（三） [↑](#footnote-ref-481)
482. 本法最後改正於平成十年（1998）六月一二日，法律第101號。同前註 [↑](#footnote-ref-482)
483. 詳見＜日本公務人員行政中立之保障＞，第二節壹四（三） [↑](#footnote-ref-483)
484. 教師在執行職務中佩帶反核標章？德國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。BVerwGE 84, 292 ff.，詳見＜德國公務人員行政中立之保障＞，第四節參二（一） [↑](#footnote-ref-484)
485. 並請參考美國法上之案例，「服務於華府公立學校系統的教師參選案例（U.S. Office of Special Counsel Announces MSPB Decision Ordering Removal of D.C. School Teacher in Hatch Act Case, press release, May 7, 2001. (<http://www>. osc.gov/documents/press/2001/pr01\_12.htm, visited on October 10, 2000 ) ）－ 當事人Tom Briggs為華府公立學校系統之教師, 在 2000年代表華府綠黨(the D.C. Statehood Green party)參加華府議會議員之候選人.專門委員辦公室律師於9月先行以口頭警告他參選之行為違反聯邦政治活動法, 他必須辭職或退選, 否則將遭遇起訴的後果; 專門委員辦公室律師並於同年十月以書面重述上述之警告. 然而, 在專門委員辦公室最後於10月將之於適才任用系統保護委員會前起訴之後, 當事人Tom Briggs仍繼續一面教書, 一面積極參選, 奮力對抗民主黨候選人角逐華府議會議員之席位.。最後，2001年5月7日專門委員辦公室發布了適才任用系統保護委員會對此案之裁決, 判定華府公立學校系統應辭退當事人.」，詳見＜美國公務人員行政中立之保障＞，第三節參四 [↑](#footnote-ref-485)
486. 相關大法官解釋，公務員部分請參閱釋字187、201、266、312、323、338、483、491等 [↑](#footnote-ref-486)
487. 有興趣請參閱吳庚，【行政法之理論與實用】，增訂5版，頁202-222；法治斌，＜行政法律關係與特別權力關係＞，翁岳生編【行政法2000（上）】，翰蘆出版，89年7月，頁223-234 [↑](#footnote-ref-487)
488. 如釋字491號解釋大法官吳庚協同意書二：「．．．公務員權利之保障與一般人民初無軒輊．．．。」 [↑](#footnote-ref-488)
489. 大法官自釋字396號後使用之 [↑](#footnote-ref-489)
490. 如釋字433號解釋文謂：「…對懲處之構成要件及其法律效果，立法機關字有較廣之形成自由…」 [↑](#footnote-ref-490)
491. 尤其在大法官釋字187 、201 、266、 312、 323、 338、 483 、491..等諸多解釋，破除「特別權力關係」之後，公務員亦得享有基本權，已屬的論。 [↑](#footnote-ref-491)
492. 其規定在國家公務員法第102條，詳見＜日本公務人員行政中立之保障＞，頁2-3；另外日本尚區分地方級公務員的參與政治活動之限制，則係在地方公務員法及其附屬法律中（蓋亦再區分為一般職與特別職之地方公務員）加以規範，昭和二十五年（1950）以法律第261號公布地方公務員法。基本上，此部法律的結構與內容與國家公務員法多所類似；其中第三十六條即屬關於地方公務員參與政治活動限制的規定。詳細法條內容請見，＜日本公務人員行政中立之保障＞，第二節貳一 [↑](#footnote-ref-492)
493. 不過，日本法上對常任文官之限制可說是比較法上相當嚴格的：按依國家公務員法第十六條第一項規定，得訂定性質上與日本行政法學一般所稱之「法規命令」（參見：塩野　宏，《行政法　Ⅰ》，第二版增補，2000，頁77-79）相當的「人事院規則」（同說，見：栗田久喜／柳　克樹　編，前揭書，国家公務員法，頁65（藤原恒夫　執筆）。），其就較嚴格而言較重要者為： 依本法及本規則所禁止或限制之職員之政治行為，凡職員公然或私下與職員以外之人共同為之時，亦禁止或限制之。 依本法及本規則所禁止或限制之職員本人所為之政治行為，凡職員經由自己選任或屬自己管理之代理人、使用人及其他人間接所為時，亦禁止或限制之。 依本法及本規則所禁止或限制之職員之政治行為，除第六項第十六款所規定者外，於職員在勤務時間外所為時，亦適用之。 本法及本規則所稱之政治目的，為下列各款之事由。但具有政治目的之行為，除第六項所規定之政治行為外，不違反本法第一百第零二條第一項之規定。

一　於人事院規則十四 — 五所規定人民公選之公職人員選舉中，支持或反對特定候選人者。

二　於有關任命最高法院法官之國民審查時，支持或反對特定法官者。 三　支持或反對特定政黨及其他政治團體者。 四　支持或反對特定內閣者。 五 基於對政治方向施予影響之意圖，主張或反對特定政策者。六　妨礙實施國家機關及其他公務機關所決定之政策（含包含於法令、規則或條例內之政策）者。七　使有關基於地方自治法（昭和二十二年法律第六十七號）請求制定、修正或廢止地方公共團體之條例或事務監督之聯署成立或不成立，或贊成或反對基於此等請求之解散或解任者。八　使有關基於地方自治法（昭和二十二年法律第六十七號）請求解散地方公共團體之議會或基於法律請求解任公務員之聯署成立或不成立。

又本法第一百零二條所稱之政治行為，為下列各款之行為：一　因政治目的，利用職稱、職權及其他公、私影響力。…十四　演出或主持具有政治目的之戲劇，或幫助此類行為者。十七　不論以任何名義或形式，為其他仍不免以上各款所為之禁止或限制之行為者。..等詳見＜日本公務人員行政中立之保障＞，頁5-6，並請參見其對上述規則之要點評析：「…限制甚大，不論是直接或間接透過第三人為之，抑或是於勤務時間內或勤務時間外為之，凡有該當該規則所禁止者，均屬不受允許..」，詳見＜日本公務人員行政中立之保障＞，頁7；以及其他公職選舉法之規定，其中最值注意者為「被選舉權」之限制，按凡是公務員，於其在職期間內，除非法律另有其他規定（如公職選舉法第八十九條第一項但書所列各款及第二項），否則不得為公職候選人（同法法第八十九條第一項本研究計畫），又於第九十條及第九十一條分別規定：依…而不得為公職候選人之公務員，若仍登記為公職候選人，將被視為辭去其公務員之職；此外已登記為公職候選人之一般人，若於登記後，因故取得依第八十九條規定而不得為公職候選人之公務員的職務，亦將因此而被視同為撤回原參選公職之登記，詳見＜日本公務人員行政中立之保障＞，第二節壹四（二）；第二節貳二 [↑](#footnote-ref-493)
494. 除前所述外，如學者芦部信喜亦批評此等規定之嚴，在比較法上甚罕見，詳見芦部信喜，《憲法学　Ⅱ — 人権総論》，有斐閣，1994，頁250；同氏著，《憲法叢說 ２—人権と統治》，信山社出版，1995，頁73；因此本人事院規則之規定，並其乃至其所授權的國家公務員法第一百零二條有無違憲之虞，頗受學者質疑。同前註，第二節壹三 [↑](#footnote-ref-494)
495. 且由於第一項所禁止的因「政治目的」所為之「政治行為」究竟為何，條文之規定甚不明確。故其實「日本國家公務員法有關公務員參與政治活動界限問題之規範究竟有無違憲之嫌，在彼邦學界與實務界，迄今仍是未解的難題」，而仍有爭議。詳見前註，第二節壹三 [↑](#footnote-ref-495)
496. 並請參閱德國法制之介紹，「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，非基於個別職務義務之考慮」，詳見＜德國公務人員行政中立之保障＞，第四節參二（一） [↑](#footnote-ref-496)
497. 吳庚，【行政法之理論與實用】，增訂5版，頁225 [↑](#footnote-ref-497)
498. 吳庚，同前註 [↑](#footnote-ref-498)
499. 除非依憲法133條之規定，受到原選區選民之罷免。 [↑](#footnote-ref-499)
500. 朱武獻：「他身為政務官可以輔選，因為政務官是隨政黨進退；但不能規定部屬投給哪一個政黨或候選人，這是政務官與事務官的區隔」，見90年11月10日 ，＜朱武獻：政務官可以輔選　但不能動用行政資源＞，東森新聞報http://www.ettoday.com；並見謝長廷、[吳乃仁](http://tw.politics.yahoo.com/profile/636)表示：「黨籍政務官投入輔選問題，符合政治理論、天經地義，下班時間進行輔選是理所當然。」，見90年07月10日，＜民進黨選戰會報決組府院黨三助選團全力輔選＞，雅虎政治新聞http://tw.politics.yahoo.com/news/2001/07/10/cna/2037098.html，90/11/25造訪 [↑](#footnote-ref-500)
501. 施能傑，＜文官中立：從概念化到法制化＞，刊於銓敘部主編，【公務人員行政中立法專輯】，84年5月 [↑](#footnote-ref-501)
502. 詳細情形請參看＜美國公務人員行政中立之保障＞，頁9以下 [↑](#footnote-ref-502)
503. 並請參照美國法制下對此類型之歸類包括：「行政法法官 (Administrative Law Judges)、中央影像辦公室 (Central Imagery Office)、中央情報局 (Central Intelligence Agency)、司法部犯罪科 (Criminal Division, Department of Justice)、國防情報局 (Defense Intelligence Agency)、聯邦調查局 (Federal Bureau of Investigation)、聯邦選舉委員會 (Federal Elections Commission)、適才任用系統保護委員會 (Merit Systems Protection Board)、國家安全會 (National Security Agency)、國家安全局 (National Security Council)、犯罪調查辦公室 (Office of Criminal Investigation(Internal Revenue Service))

、海關調查辦公室 (Office of Investigative Programs (Customs Service))、煙酒武器執法辦公室 (Office of Law Enforcement (Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms))、專門委員辦公室(Office of Special Counsel)、秘密調查局 (Secret Service)、資深行政局 (Senior Executive Service)」，詳見＜美國公務人員行政中立之保障＞，頁11 [↑](#footnote-ref-503)
504. 即美國法制下之「功績制度委員會 (Merit Systems Protection Board)」。 [↑](#footnote-ref-504)
505. 並請參考日本法制對於此類「特別職公務員」之類型內容：依據日本國家公務員法第二條第三項第十三款之規定，法官是所謂國家「特別職」之公務員，其係依日本法院法（裁判所法）第五十二條第一款規定，法官非但不得於任內成為國會或地方公共團體議會之議員，並且尚不得「…積極從事政治活動」；又依據日本國家公務員法第二條第三項第九款之規定，凡是公務員之就任，須先經國會之參、眾兩院或其中一院議決或同意者，亦屬國家「特別職」之公務員。在此種公務員中，亦有若干依其相關之特別法規定，在參與政治活動受到相當的限制；例如：公平交易委員會（公正取引委員会）或國家公安委員會之委員長及委員者是。依「私的獨占禁止及公平交易確保法（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）」第三十七條第一款規定，公平交易委員會之委員長及委員，與法官同，於任期中，既不得成為國會或地方公共團體議會之議員，亦不得積極從事政治活動。類似的規定，依警察法第十條第三項，亦適用於國家公安委員會之委員，或依同法第四十二條第二項及第三項，適用於因其任命須經地方議會同意，故依地方公務員法第三條第三項第一款，而屬地方「特別職」之公務員的都、道、府、縣公安委員會之委員。詳見＜日本公務人員行政中立之保障＞，第二節壹四（一） [↑](#footnote-ref-505)
506. 並請參照美國法制下對此類型之歸類包括：「行政法法官 (Administrative Law Judges)、中央影像辦公室 (Central Imagery Office)、中央情報局 (Central Intelligence Agency)、司法部犯罪科 (Criminal Division, Department of Justice)、國防情報局 (Defense Intelligence Agency)、聯邦調查局 (Federal Bureau of Investigation)、聯邦選舉委員會 (Federal Elections Commission)、適才任用系統保護委員會 (Merit Systems Protection Board)、國家安全會 (National Security Agency)、國家安全局 (National Security Council)、犯罪調查辦公室 (Office of Criminal Investigation(Internal Revenue Service))、海關調查辦公室 (Office of Investigative Programs (Customs Service))、煙酒武器執法辦公室 (Office of Law Enforcement (Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms))、專門委員辦公室(Office of Special Counsel)、秘密調查局 (Secret Service)、資深行政局 (Senior Executive Service)」，詳見＜美國公務人員行政中立之保障＞，第二節貳二 [↑](#footnote-ref-506)
507. 即美國法制下之「功績制度委員會 (Merit Systems Protection Board)」 [↑](#footnote-ref-507)
508. 「司法部犯罪組即為聯邦政治活動法中列舉之屬受嚴格限制種類之聯邦公務員. 其不被允許參與有黨派性政治管理活動和助選活動, 包括在候選人競選處接電話, 打電話拉票, 寫演講稿, 發表助選演講, 到處拜訪拉票, 發競選傳單等都是不被允許的…, 而在住家舉行募款餐會, 此屬於受嚴格限制種類之聯邦公務員可參加此餐會, 但不可參與餐會之籌備, 也不可參與為餐會募款；行政法法官.，其不被允許參與有黨派性政治管理活動和助選活動, 但可加入政黨性政治團體組織, 只要其參與保持不活躍的. 例如, 其可參加政黨舉辦的活動聚會, 餐會, 但不能參與政黨之政策或政治策略擬定集會..」，見＜美國公務人員行政中立之保障＞，第三節貳一 [↑](#footnote-ref-508)
509. 並請參考日本法制之規定：在國營企業的情形，依據「國營企業及特定獨立行政法人之勞動關係法（国営企業及び特定独立行政法人の労働関係に関する法律）」第二條第四款，國營企業之職員亦屬國家公務員的一種，…即國營企業之職員與其他國家一般職之公務員同，受國家公務員法第一百零二條、人事院規則十四 — 七及相關的懲戒與刑事制裁規定拘束。詳見＜日本公務人員行政中立之保障＞，第二節貳二 [↑](#footnote-ref-509)
510. 施能傑，＜文官中立：從概念化到法制化＞，刊於銓敘部主編，【公務人員行政中立法專輯】，84年5月。 [↑](#footnote-ref-510)
511. 行政院人事行政局，【公務人員行政中立規範之研究】報告，82年，頁13。 [↑](#footnote-ref-511)
512. 周世珍，＜我國公務人員政治參與之法律規範＞，頁1 [↑](#footnote-ref-512)
513. 中華民國八十五年十月十六日 總統華總(一)義字第八五○○二四九二八○號令公布。公務人員保障法第1條規定：「為保障公務人員之權益，特制定本法。本法未規定者，適用其他有關法律之規定」，明定該法為公務人員保障事項之基本法地位，應優先適用。 [↑](#footnote-ref-513)
514. 周世珍，＜我國公務人員政治參與之法律規範＞，頁2-3 [↑](#footnote-ref-514)
515. 更詳細完整之介紹，請參閱吳庚，【行政法之理論與實用】，增訂5版，頁244以下。 [↑](#footnote-ref-515)
516. 此處僅羅列現行法規有關公務人員之保障規定，礙於篇幅，暫不考慮各法規適用範圍之問題。 [↑](#footnote-ref-516)
517. 中華民國八十五年十一月十四日總統令修正公布。 [↑](#footnote-ref-517)
518. 總統令 中華民國九十年六月二十日 華總一義字第九○○○一一七○○○號 修正公務人員考績法第四條、第六條、第七條、第十條至第十二條、第十四條、第十八條及第二十五條條文。 [↑](#footnote-ref-518)
519. 一、圖謀背叛國家，有確實證據者。二、執行國家政策不力，或怠忽職責，或洩漏職務上之機密，致政府遭受重大損害，有確實證據者。三、違抗政府重大政令，或嚴重傷害政府信譽，有確實證據者。四、涉及貪污案件，其行政責任重大，有確實證據者。五、圖謀不法利益或言行不檢，致嚴重損害政府或公務人員聲譽，有確實證據者。六、脅迫、公然侮辱或誣告長官，情節重大，有確實證據者。七、挑撥離間或破壞紀律，情節重大，有確實證據者。八、曠職繼續達四日，或一年累積達十日者 [↑](#footnote-ref-519)
520. 中華民國九十年九月二十日考試院九十考台組貳一字第○九○○○○五九一七號令修正發布 [↑](#footnote-ref-520)
521. 中華民國八十八年十一月二十五日考試院八八考台組貳一字第七三五七號令修正發布 [↑](#footnote-ref-521)
522. 公務人員保障法第18條：「公務人員對於服務機關或人事主管機關所為之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起復審。」 [↑](#footnote-ref-522)
523. 公務人員保障法第23條： 「 公務人員對於服務機關所提供之工作條件及所為之管理認為不當者，得依本法提出申訴、再申訴。前項申訴向服務機關提出。不服函復者，得於函復送達之次日起三十日內，向公務人員保障暨培訓委員會提出再申訴。」 [↑](#footnote-ref-523)
524. 詳見公務人員保障暨培訓委員會編印，民國86年6月24日保訓會召開，【公務人員保障法制研討會】會議實錄，頁21-26。 [↑](#footnote-ref-524)
525. 吳庚，【行政法之理論與實用】，增訂5版，頁245。 [↑](#footnote-ref-525)
526. 見公務人員保障暨培訓委員會編印，民國86年6月24日保訓會召開，【公務人員保障法制研討會】會議實錄，頁41-42。 [↑](#footnote-ref-526)
527. 並見「…其他未改變公務員身分之記過懲處、考績評定、調任或機關內部所為之管理措施，保訓會則認均屬申訴、再申訴之範圍，仍無法提起行政爭訟，僅得依公務人員保障法所定「申訴、再申訴程序」循求救濟。」，周世珍，＜我國公務人員政治參與之法律規範＞，頁3 [↑](#footnote-ref-527)
528. 周世珍，＜公務人員中立性原則及其保障 ＞，電子簡訊第4期 ， 國家文官培訓所http://www.ncsi.gov.tw/message/message\_h.asp，90/11/24造訪。 [↑](#footnote-ref-528)
529. 周世珍，＜公務人員中立性原則及其保障 ＞，電子簡訊第4期，國家文官培訓所http://www.ncsi.gov.tw/message/message\_h.asp，90/11/24造訪 。    [↑](#footnote-ref-529)
530. 並請參閱德國法制之說明，「…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。..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。（Battis, 1997, § 77 Rn. 9）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。」（Weiß, 1988, S. 116。），見＜德國公務人員行政中立之保障＞，第四節參一及該章註93、94 [↑](#footnote-ref-530)
531. 大法官釋字243號亦謂：「…該公務員已依法提起復審再復審..，相當於業經訴願再訴願程序，如仍有不服，應許其提起行政訴訟，方符有權利有救濟之法理」 [↑](#footnote-ref-531)
532. 請參閱行政訴訟法第3條至第10條之規定 [↑](#footnote-ref-532)
533. 陳德禹，＜文官中立之理論與實際（下）＞，＜文官中立之理論與實際（下）＞，【人事月刊】16卷2期，82年2月 [↑](#footnote-ref-533)
534. 見八八公申決字第○二○五號之公務人員保障暨培訓委員會再申訴決定書。再申訴決定書則以嘉義市議會迄今仍無法提出相關積極證據，以證明再申訴人確有上開行為：「…處分機關為懲處處分時須提出「確實證據」並檢具相關懲處紀錄，不可以主觀而非客觀具體事實為懲處事由，惟查本案卷附資料，除該會於八十八年六月十四日召開八十八年度第二次考績委員會會議紀錄記載上述事實外，尚無該會所稱再申訴人違反紀律、不假外出無故曠職或利用傳媒散播不實言論事實等之具體事證…」，因而「將嘉義縣議會對再申訴人所為記一大過之懲處及申訴函復均撤銷..」；此案例並見於周世珍，＜我國公務人員政治參與之法律規範＞，頁4-5 [↑](#footnote-ref-534)
535. 見保障案件決定書彙編，公務人員保障暨培訓委員會，89年2月，第六輯；並見周世珍，＜我國公務人員政治參與之法律規範＞，頁5-6 [↑](#footnote-ref-535)
536. 見保障案件決定書彙編，公務人員保障暨培訓委員會，89年2月，第六輯；並見周世珍，＜我國公務人員政治參與之法律規範＞，頁7-8 [↑](#footnote-ref-536)
537. 關於復審再復審及申訴再申訴，兩種救濟途徑之詳細比較，請參閱吳庚，【行政法之理論與實用】，增訂5版，頁245-246，列有五大不同點。 [↑](#footnote-ref-537)
538. 相同見解如法治斌：「個人認為本案應採甲案，即復審應從寬解釋，….」，見公務人員保障暨培訓委員會編印，86年6月24日保訓會召開之【公務人員保障法制研討會】會議實錄之「公務人員保障法制研討會第二組專題研討紀錄」，頁37 [↑](#footnote-ref-538)
539. 並請參考「公務人員保障法制研討會第二組專題研討紀錄」之結論：「關於復審之標的，應以大法官歷次相關解釋為中心，至其範圍之寬窄，則適用重要性理論，於具體個案適用時，並依以此為判斷依據」，見公務人員保障暨培訓委員會編印，86年6月24日保訓會召開之【公務人員保障法制研討會】會議實錄，頁37 [↑](#footnote-ref-539)
540. 並請參考黃爾璇對此之回應為：「…考試院向行政院提出之『政務人員法草案』第十一條也規定：政務人員對於公職人員之選舉、罷免，不得動用行政資源從事助選…。而我們只是將此規定納入政治中立法而已…」，詳見【立法院公報】85卷55期，頁165 [↑](#footnote-ref-540)
541. 詳請見，銓敘部法規司，＜公務人員行政中立法草案簡述＞之「二、為何適用對象為公務人員而未包括政務人員、軍人、教師」，【公務人員月刊】64期，頁6-7；並見劉光華發言：「就公務人員制度之健全言，公務員之政治中立可謂是相當迫切與需要，但若要包括更廣義之公職人員和更廣義之政治中立，則應該規定在相關法律中。….在建立行政中立的大架構後，不應該把所有的政治中立都規定在一部法律內，這不但會增加立法的困難度，也會馬上產生一些爭議….」，見【立法院公報】85卷55期，頁167 [↑](#footnote-ref-541)
542. 並見蔡茂寅發言：「考試院所提版本，只限定事務官範疇..，從必要性的角度看，依開始把軍職人員、政務官等排除在外，我想在立法上似乎還可以有更周延的作法。」見月旦法學雜誌主辦，＜建立行政中立法制研討會＞，【月旦法學雜誌】10期，85年2月，頁13 [↑](#footnote-ref-542)
543. 並見黃爾璇：「鑒於行政院版「國防法」草案有關政治中立之規範過於籠統，且該版本採用「行政中立」之用語亦未能涵蓋軍人參與政治活動之規範，爰列舉現役軍人行使政治行為之禁止事項及軍中政治教育之中立性，以資周延（第七條）」，見黃爾璇對國防法草案總說明，立法院第四屆第二會期88年11月10日 [↑](#footnote-ref-543)
544. 銓敘部法規司，＜公務人員行政中立法草案簡述＞，【公務人員月刊】64期，90年10月，頁8 [↑](#footnote-ref-544)
545. 陳德禹，＜行政中立之省思與建言＞，【公務人員月刊】64期，90年10月，頁16 [↑](#footnote-ref-545)
546. 李俊毅：「上班及勤務時間實為贅詞…用辦公時間取代即可」；黃爾璇：「辦公與勤務時間不同，如軍人有勤務問題」。最後李俊毅接受，並經多數委員通過。見李俊毅、黃爾璇發言紀錄，【立法院公報】85卷55期，頁178 [↑](#footnote-ref-546)
547. 見劉光華發言，【立法院公報】85卷55期，頁176 [↑](#footnote-ref-547)
548. 另外黃爾璇原提案版本，尚有但書「即明定政務官請假或休假則不在此限」，使政務官有彈性請假空間；惟多數委員認為「政務官沒有簽到簽退及請假之問題」爰參照多數委員協商意見刪除之，詳見，【立法院公報】85卷55期，頁175-177 [↑](#footnote-ref-548)
549. 按其立法考量為「避免公務人員經登記為公職候選人後，運用職權作為競選資源或因其參選行為影響機關整體工作情緒」，見銓敘部法規司，＜公務人員行政中立法草案簡述＞，【公務人員月刊】64期，90年10月頁8 [↑](#footnote-ref-549)
550. 葛雨琴發言，見【立法院公報】85卷55期，頁191 [↑](#footnote-ref-550)
551. 銓敘部莊碩漢次長發言，見【立法院公報】85卷55期，頁192 [↑](#footnote-ref-551)
552. 劉光華發言，見【立法院公報】85卷55期，頁190；並見高惠宇：「葛委員提到在選務機關公告後才請假，本席以為屆時離投票日已近，再請假無多大意義。」，見同註，頁191 [↑](#footnote-ref-552)
553. 黃爾璇發言，見【立法院公報】85卷55期，頁192 [↑](#footnote-ref-553)
554. 陳葵淼發言，同前註 [↑](#footnote-ref-554)
555. 此部份近似於黃版第八條與第九條（此二條為林濁水提案）區分兩條之處理方式，並經多數委員表決通過（劉版則未達多數而未通過），見【立法院公報】85卷55期，頁186-189 [↑](#footnote-ref-555)
556. 黃爾璇原版本只有「具名」，經討論後加入「具銜」，見劉光華發言：「…當一個人的名字冠上頭銜時，對社會產生的影響力是無遠弗屆的，亦即具銜比具名更嚴重..，因此具銜亦應規範」，【立法院公報】85卷55期，頁181 [↑](#footnote-ref-556)
557. 黃錦堂，＜對行政中立法立法之若干思考＞，【月旦法學雜誌】10期，85年2月，頁31 [↑](#footnote-ref-557)
558. 同說如「..惟刑罰者，其實具有「最後手段（ultima ratio）」的性質，故非有絕對之必要（如公務員參與政治活動之方式，已達暴力性，或者其目的，有破壞憲政秩序之虞等），不宜濫用。..」，見＜日本公務人員行政中立之保障＞，第四節結語部分 [↑](#footnote-ref-558)
559. 並見考試院版之立法理由「四、何以採懲戒罰而不採刑事罰」：「….雖有處罰必要，惟其違反事項並非反社會反國家之行為，僅係服務義務之違反，故依公務員懲戒法課以懲戒責任即為已足」 [↑](#footnote-ref-559)
560. 見＜德國公務人員行政中立之保障＞，第五節結語部分 [↑](#footnote-ref-560)
561. 見＜德國公務人員行政中立之保障＞，第五節，因此德國法制之處理，「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..」，詳見＜德國公務人員行政中立之保障＞，第五節結語部分，頁32。 [↑](#footnote-ref-561)
562. 有關美國法制下對於違反政治中立要求之處罰為，「（1）聯邦和華府之公務員：違反舊法之聯邦和華府公務員, 將立刻被辭退；違反新法之聯邦和華府公務員, 原則上應被辭退; 若適才任用系統保護委員會 (The Merit Systems Protection Board) 三人委員會一致無異議通過, 可免被辭退, 但禁止工作至少三十天(無薪); 如有不法募集政治獻金應繳回.（2） 州或地方之公務員：違反聯邦政治活動法之州或地方公務員, 州或地方政府應辭退此公務員; 否則州或地方政府將被迫放棄相當於此公務員兩年薪水之聯邦贊助金. 此公務員於十八個月內不可被重新任用於同一職位.」，詳見＜美國公務人員行政中立之保障＞，第三節壹一 [↑](#footnote-ref-562)
563. 依日本刑法第十二條及第十三條規定，所謂的「懲役」及「禁錮」，多少與我國刑法中之徒刑相似。二者均分有「無期」及「有期」二種；惟二者所不同的，則是：「懲役」，除入監外，尚應同時服勞役，而「禁錮」則無應服勞役之必要。所以在刑度上，「懲役」高於「禁錮」（同法第九條及第十條第一項參照）。引自＜日本公務人員行政中立之保障＞，第二節壹三，該章註19 [↑](#footnote-ref-563)
564. 詳請見＜日本公務人員行政中立之保障＞，第二節壹三 [↑](#footnote-ref-564)
565. 詳請見＜日本公務人員行政中立之保障＞，第二節貳二 [↑](#footnote-ref-565)
566. 「日本國家公務員法第一百零二條第一項規定之重點，在於禁止公務員為「因政治目的所為之政治行為」；惟此一概念究竟為何，其規範又咸於依同條項所授權訂定的人事院規則十四 — 七。今公務員違反國家公務員法第一百零二條第一項規定，既有受刑事制裁之虞，則此，該條項是否已造成刑法上所應極度避免的所謂「空白構成要件（Blankettatbestand）」，非無可疑。日本國家公務員法有關限制公務員參與政治活動的立法例，向來飽受批評，絕非事出無因..」，見＜日本公務人員行政中立之保障＞第二節壹 [↑](#footnote-ref-566)
567. 考試院於85年11月28日，考試院第9屆11次會議通過。按考試院原版本係於民國83年12月30日函請立法院審議。惟鑒於立法院法制委員會於85年11月18日通過黃爾璇委員版本，與考試院原版本出入甚大，為求審慎，爰於85年11月28日考試院第9屆11次會議修正通過考試院修正版以為因應。詳細過程，請參閱銓敘部法規司，＜公務人員行政中立法草案簡述＞，【公務人員月刊】64期，90年10月，頁4 [↑](#footnote-ref-567)
568. 立委劉光華於90年3月23日所提出，立法院民進黨團並於90年5月27日邀集在野黨團再次召開第7次協商會議，惟仍意見分歧，未獲共識。詳見銓敘部法規司，前揭文，頁9 [↑](#footnote-ref-568)
569. 此版本之政治中立法草案係由立委黃爾璇提出，並於民國85年11月18日經立法院第三屆第二會期法制委員會審議通過 [↑](#footnote-ref-569)
570. 並請參考黃爾璇對此之回應為：「…考試院向行政院提出之『政務人員法草案』第十一條也規定：政務人員對於公職人員之選舉、罷免，不得動用行政資源從事助選…。而我們只是將此規定納入政治中立法而已…」，詳見【立法院公報】85卷55期，頁165 [↑](#footnote-ref-570)
571. 詳請見，銓敘部法規司，＜公務人員行政中立法草案簡述＞之「二、為何適用對象為公務人員而未包括政務人員、軍人、教師」，【公務人員月刊】64期，頁6-7；並見劉光華發言：「就公務人員制度之健全言，公務員之政治中立可謂是相當迫切與需要，但若要包括更廣義之公職人員和更廣義之政治中立，則應該規定在相關法律中。….在建立行政中立的大架構後，不應該把所有的政治中立都規定在一部法律內，這不但會增加立法的困難度，也會馬上產生一些爭議….」，見【立法院公報】85卷55期，頁167 [↑](#footnote-ref-571)
572. 另外黃爾璇原提案版本，尚有但書「即明定政務官請假或休假則不在此限」，使政務官有彈性請假空間；惟多數委員認為「政務官沒有簽到簽退及請假之問題」爰參照多數委員協商意見刪除之，詳見，【立法院公報】85卷55期，頁175-177 [↑](#footnote-ref-572)
573. 按其立法考量為「避免公務人員經登記為公職候選人後，運用職權作為競選資源或因其參選行為影響機關整體工作情緒」，見銓敘部法規司，＜公務人員行政中立法草案簡述＞，【公務人員月刊】64期，90年10月頁8 [↑](#footnote-ref-573)
574. 此部份近似於黃版第八條與第九條（此二條為林濁水提案）區分兩條之處理方式，並經多數委員表決通過（劉版則未達多數而未通過），見【立法院公報】85卷55期，頁186-189 [↑](#footnote-ref-574)
575. 黃爾璇原版本只有「具名」，經討論後加入「具銜」，見劉光華發言：「…當一個人的名字冠上頭銜時，對社會產生的影響力是無遠弗屆的，亦即具銜比具名更嚴重..，因此具銜亦應規範」，【立法院公報】85卷55期，頁181 [↑](#footnote-ref-575)
576. 施能傑，＜文官中立：從概念化到法制化＞，刊於銓敘部主編，【公務人員行政中立法專輯】，84年5月 [↑](#footnote-ref-576)
577. 其他如主管常會被調為非主管、用考績方式、調職調地方式等達到相當程度之政治迫害。見李震山發言，＜建立行政中立法座談會＞，【月旦法學雜誌】10期，85年2月，頁19 [↑](#footnote-ref-577)
578. 周世珍，＜我國公務人員政治參與之法律規範＞，頁1

 [↑](#footnote-ref-578)
579. 李碧昭，＜選舉激情過後談文官之保障＞，【人事月刊】20卷1期，84年1月 [↑](#footnote-ref-579)
580. 見保障案件決定書彙編，公務人員保障暨培訓委員會，88年8月，第五輯，頁817；並見周

世珍，頁3以下

 [↑](#footnote-ref-580)
581. 李碧昭，同前註 [↑](#footnote-ref-581)
582. 許濱松，＜英美公務員政治中立之研究－兼論我國公務員政治中立應有之作法（下）＞，【人事月刊】20卷5期，84年5月 [↑](#footnote-ref-582)
583. 更詳細之有關其組成、組織、權責，詳見＜美國公務人員行政中立之保障＞第二節肆 [↑](#footnote-ref-583)
584. 詳見前註 [↑](#footnote-ref-584)