

公務員違法之雙重法律責任 ——基於海峽兩岸與港澳地區公務員法制之比較*

肖澤晟 韋科順

摘要：公務員的違法行為可以是職務違法行為，也可以是非職務違法行為。對於前者，應給予公務員紀律處分或政務處分，而對於後者，則應給予行政處罰或者追究其刑事責任。這是海峽兩岸與港澳地區公務員法制的共性。但是，是否可以同時對違法的公務員追究內外部兩種法律責任，即實行雙罰制，目前的規定都不很明確。基於職務行為和非職務行為劃分上的相對性等多方面原因，對於職務違法行為有時同樣需要由國家和公務員共同承擔責任才符合公平原則，因而需要對公務員實行雙罰制。基於從嚴管理幹部和實質平等原則的要求，對於公務員的犯罪行為和部分非職務違法行為實行雙罰制，有其正當性依據。《公職人員政務處分法》應當在對犯罪行為實行雙罰制的基礎上，進一步明確規定，對於公務員故意實施明顯嚴重違法的職務行為，以及嚴重損害公務員形象或者損害政府信譽的非職務違法行為，可實行雙罰制，以避免罪與非罪界限附近出現法律責任上的巨大鴻溝。

關鍵詞：公務員 職務違法 非職務違法 雙罰制

Double Legal Liability for Civil Servants Breaking the Law: A Comparison of the Civil Servants' Legal Systems Across the Strait

XIAO Zecheng, WEI Keshun

(Law School, Nanjing University)

Abstract: The illegal behavior of civil servants can be the illegal behavior on duty or not on duty. For the former, civil servants should be given disciplinary or administrative punishment, while for the latter, administrative punishment or criminal responsibility should be imposed. This is the common feature of the legal system of civil servants in the four places on both sides of the Taiwan Strait. However, it is not clear according to the current regulations whether the civil servants who break the law can be investigated for both internal and external legal responsibilities, that is, the application of double punishment system. Basing on the requirements of strict management of civil servants and the principle of substantive equality, there is a legitimate basis for the implementation of double punishment system for civil servants' criminal acts and some non duty violations. On the basis of double punishment system for criminal acts, the law on administrative punishment of public officials should further specify that double punishment system can be implemented for civil servants who intentionally commit serious duty violations and those who seriously damage the image of civil servants or the credibility of the government, so as to avoid a huge gap in legal responsibility near the boundary between crime and non crime.

Keywords: civil servant, duty violation, non duty violation, double punishment system

* 本文發表於澳門理工學院“一國兩制”研究中心於2020年11月20日主辦的“‘一國兩制’ 高端論壇2020——澳門特別行政區依法施政與社會治理的願景與展望”。

收稿日期：2020年11月8日

作者簡介：肖澤晟，南京大學法學院教授、博士生導師；韋科順，南京大學法學院博士研究生

一、問題的提出

2016年3月28日，包某因家中違章建築被拆除一事與綜合執法局局長沈某發生肢體衝突，遭到沈某毆打。市公安局給予沈某行政拘留5日並處罰款200元的處罰。沈某不服，申請了行政覆議。行政覆議機關認為，沈某的行為不應定性為毆打行為，遂撤銷了市公安局的行政處罰決定。包某不服，提起行政訴訟。一審法院認為沈某的行為符合毆打他人的構成要件，應當認定屬於《治安管理處罰法》第43條規定的毆打行為。沈某雖具有公職人員的身份，但其所實施的行為已明顯超出其職權範圍，毆打他人的行為後果當由其本人承擔。因此，一審法院撤銷了行政覆議決定，並責令市政府重新作出覆議決定。二審法院認為因沈某的行為是其履行行政職務過程中發生的行為，對該行為是否構成毆打及是否需給予相應的處理，不應通過治安處罰程序予以確認處理。

那麼，在本案中，沈某的行為是否為職務行為？如果是職務行為，超越職權的行為應由個人還是國家承擔相應的法律責任？能否對公務員個人給予治安處罰？對於這些問題，我們在中國裁判文書網以“國家行政機關工作人員”與“違法行為”為關鍵詞搜索了相關案例203個。經梳理發現，其中162個案例中均援引了國務院法制辦對《〈關於對國家行政機關工作人員執行職務過程中的違法行為能否給予治安處罰的請示〉的覆函》（國法秘函〔2005〕256號）（以下簡稱“《覆函》”）¹，進而認為行政機關工作人員執行職務時的行為，不屬於公安機關治安管理的範疇，不應給予治安處罰。然而，在行政執法實踐中，對公務員履行職務過程中的打人行為，大多是給予了行政處罰。例如，太原市萬柏林區行政執法局安某在執法過程中因毆打他人，被處以行政拘留10日並處罰款500元的行政處罰。最近，重慶市南岸區涂山鎮城管執法大隊隊員楊某橋的行為構成毆打他人，根據治安管理處罰法也被予以行政拘留。²之所以出現法院裁判結果與執法實踐中的處理結果相矛盾的現象，主要是因為對於職務違法行為是否應由公務員個人承擔與普通公民相同的行政責任的問題，不僅法律規定不明確，而且實務中也存在很大的爭議。

另一方面，對於公務員的非職務違法行為，是否在給予行政處罰的同時，還要給予其行政處分或者政務處分，目前的法律規定也不明確。例如，2019年12月，廣東省雲浮市公安局民警薛銳權因為生育三胎，在孩子降生前兩個月被單位辭退，而其在當地學校做教師的愛人，在孩子降生兩個月之後也被開除。³該案中民警超生，屬於非職務違法行為，但根據《中華人民共和國人口與計劃生育法》第41條和第42條的規定，民警不僅應承擔繳納社會撫養費的責任，而且還應受到行政處分或者政務處分。那麼，是對所有非職務違法行為，還是對部分非職務違法行為，公務員應承擔雙重法

¹ 《〈關於對國家行政機關工作人員執行職務過程中的違法行為能否給予治安處罰的請示〉〔皖府法（2005）44號〕的覆函》：根據有關法律規定，行政機關工作人員在執行職務時在故意或者重大過失侵犯公民合法權益造成損害的，一是承擔民事責任，即承擔部分或者全部的賠償費用；二是承擔行政責任，即由有關行政機關依法給予行政處分。同時，依照刑法規定，構成犯罪的，還應當承擔刑事責任。行政機關工作人員執行職務時的侵權行為，不屬於治安管理處罰條例規定的違反治安管理的行為，不應當給予治安管理處罰。

² 《“前天剛發生！城管打人被行政拘留10天！”》，2018年6月21日，https://www.sohu.com/a/237192355_212016，2020年11月5日訪問。《城管追打女商販被砍傷！警方：商販正當防衛，城管打人行政拘留》，2020年9月14日，https://www.sohu.com/a/418388795_120052726，2020年11月5日訪問。

³ 《中華人民共和國人口與計劃生育法（2015修正）》第41條“不符合本法第十八條規定生育子女的公民，應當依法繳納社會撫養費。”第42條“按照本法第四十一條規定繳納社會撫養費的人員，是國家工作人員的，還應當依法給予行政處分；其他人員還應當由其所在單位或者組織給予紀律處分。”

律責任呢？如果說應對所有的非職務違法行為均須承擔政務處分責任，那麼就沒有必要區分職務違法行為和非職務違法行為，那麼《中華人民共和國公職人員政務處分法》（以下簡稱“《政務處分法》”）就無需作出第41條的規定，完全可直接規定必須對所有違法的公職人員給予政務處分，而不管違法行為是否與職務有關。因此，反思《政務處分法》第41條的規定，探討何種情況下可以以公務員有非職務違法行為為由而給予政務處分，就成為保障公務員人權不能迴避的課題。

鑑於中國大陸行政法學界長期以來沒有人對上述問題進行過深入研究，因此，本文特運用比較研究方法，首先對海峽兩岸與港澳地區公務員違法之法律責任進行比較分析，進而探討對公務員部分違法行為實行雙罰制的正當性，最後從限制雙罰制適用範圍的角度探討雙罰制適用的條件，以期為《政務處分法》的完善提供一點拙見。

二、海峽兩岸與港澳地區公務員違法之法律責任的比較

大陸自新中國成立以來第一部全面系統規範公職人員懲戒制度的法律是《政務處分法》，台灣地區主要是《公務員懲戒法》，澳門地區是《澳門公共行政工作人員通則》以及香港地區的《公務人員（管理）命令》、《公務人員（紀律）規例》及相關紀律部隊法例。⁴ 比較分析發現，海峽兩岸與港澳地區關於公務員違法之法律責任的規定，由於各自的法律傳統不同，存在諸多異同點，詳見表1。

由表1可以看出，海峽兩岸與港澳地區在公務員違法之法律責任的規定上存在以下區別：

一是只有台灣地區《公務員懲戒法》明確對應予懲戒的公務員違法行為區分為違法執行職務、怠於執行職務或其他失職行為和致嚴重損害政府之信譽的非執行職務之違法行為，而大陸、香港及澳門地區則未作區分。另外，大陸和台灣地區規範公務員和政府之間關係的法規範主要是法律，而澳門和香港地區用來規範公務員和政府之間關係的法規範主要是行政機關的規定。

二是承擔內部法律責任的形式不同。海峽兩岸與港澳地區相關規定對公務員承擔內部法律責任的形式存在很大不同。其中，台灣地區規定的懲戒方式最多，澳門地區的最少。香港地區對於輕微不當行為，可採取簡易紀律行動；對於被指屢犯輕微不當行為或犯較嚴重不當行為，或被法院裁定幹犯刑事罪行的公務員，可對其採取正式紀律行動。對犯輕微違紀行為（不守時與擅離職守行為）的，可施加罰款。香港、澳門及台灣地區均規定了金錢罰，而大陸地區未有類似規定。這種在內部法律責任形式上規定金錢罰（如罰款）的做法，將與外部法律責任形式中作為行政處罰的罰款產生競合，進而將導致公務員因違法行為被罰款後可能無需再被追究內部法律責任的情形出現。

⁴ 對文職職系人員和紀律部隊職系的高級公務員（一般指懲教署、香港海關、消防處、政府飛行服務隊、香港警務處及入境事務處內職級相等於警司/監督/助理監督或以上職級的公務員）採取的正式紀律行動，以《公務人員（管理）命令》及《公務人員（紀律）規例》為依據。對紀律部隊職系的中級和初級公務員採取的正式紀律行動，一般根據相關紀律部隊法例及其規管紀律事宜的附屬規例進行。紀律部隊法例指《香港海關條例》（第342章）、《消防條例》（第95章）、《政府飛行服務隊條例》（第322章）、《入境事務隊條例》（第331章）、《警隊條例》（第232章）及《監獄條例》（第234章）。就本文件而言，紀律部隊法例亦包括《交通督導員（紀律）規例》（第374J章）。

表1 海峽兩岸與港澳地區公務員違法/違紀相關規定之比較

地區	大陸	香港	澳門	台灣
法規範依據	《中華人民共和國公職人員政務處分法》	《公務人員（管理）命令》、《公務人員（紀律）規例》及相關紀律部隊法例	《澳門公共行政工作人員通則》	《公務員懲戒法》
內部法律責任承擔方式	警告、記過、記大過、降級、撤職、開除	革職、迫令退休、降級、嚴厲譴責、譴責、罰款	書面申誠、罰款、停職、強迫退休、撤職	免除職務、撤職、剝奪、減少退休（職、伍）金、休職、降級、減俸、罰款、記過、申誠
是否明確區分職務違法行為和非職務違法行為	否	否	否	是
對公務員不構成犯罪的違法行為，是否實行雙罰制	可以（限於部分非職務行為）	可以（視乎政府的聲譽是否受損和受損程度而定）	未規定	可以（同一行為已受行政罰之處罰者，仍可以懲戒）
對犯罪行為追究刑事責任的同時，是否給予內部處分	是（根據犯罪情節輕重及是否造成不良影響，給予撤職或開除處分）	是（對被裁定刑事罪名成立的人員，可給予紀律處分）	是（因任何犯罪而對公務員或服務人員判罪之判決，一經確定後，導致提起紀律程序）	是（應停止職務，但除受徒刑之宣告並在監所執行的情形外，是否給予公務員懲戒，由公務員懲戒委員會根據具體情形而定）
內部救濟方式	復審和覆核	申述和申訴	行政上訴	申訴 再申訴 ⁵
外部救濟程序	無	司法覆核	司法上訴	向司法院公務員懲戒委員會申請再審、複提起再審

三是公務員因違法行為被追究刑事責任的，都可能被追究內部法律責任，只是中國大陸地區法律規定必須強制性給予開除或者撤職處分。大陸地區《政務處分法》根據犯罪情節輕重及是否造成不良影響，給予撤職或開除處分。香港地區根據政府的聲譽是否受損和受損程度，決定被裁定刑事罪名成立的人員是否遭受紀律處分。《公務人員（管理）命令》規定了“如任何人員被裁定犯了刑事罪行，則行政長官可對該人員處以他認為公正的懲罰。如認為該人員不應受懲罰，但已披露了令該人員為公眾利益想而退休的理由，則行政長官可根據本條令該人員退休。”《公務人員（紀律）

⁵ 依“公務人員考績法”等相關規定，予以懲處。參見翁岳生：《行政法》，北京：中國法制出版社，2002年，第449頁。

規例》規定被裁定刑事罪名成立的人員，根據政府的聲譽是否受損和受損程度決定是否給予紀律處分，同時還規定“被裁定犯了刑事罪行的人員在被處監禁或者有關定罪可能導致該人員被革職的情況下，其薪金須自定罪日期起被扣且須停止履行其職責。”澳門地區《澳門公共行政工作人員通則》規定“因任何犯罪而對公務員或服務人員判罪之判決，一經確定後，即提起紀律程序。”台灣地區《公務員懲戒法》則規定“依刑事確定判決，受褫奪公權之宣告；依刑事確定判決，受徒刑之宣告且在監所執行中的，其職務當然停止。”由此可知，海峽兩岸與港澳地區的相關規定對於公務員的犯罪行為，在規定追究刑事責任的同時，都可追究其內部法律責任，只是中國大陸地區規定最為嚴苛，即必須同時對被判刑的公務員給予開除處分（例外情況下才給予撤職處分）。

四是對於公務員職務違法行為是否應追究外部法律責任（如給予行政處罰），以及對於公務員非職務違法行為是否可以追究其內部法律責任，目前的規定都不很明確⁶，相對明確的是大陸和台灣地區。

五是在對公務員懲戒決定不服的救濟途徑規定上，反映出海峽兩岸與港澳地區在保障公務員人權方面的力度存在很大不同。香港和澳門地區，公務員對內部懲戒決定不服，可以尋求司法救濟；台灣地區則明確規定懲戒決定不是由公務員所在行政機關作出，而是由司法院下面的公務員懲戒委員會作出，但一經作出，公務員要推翻公務員懲戒委員會的決定也是非常困難的。至於大陸地區，公務員對監察委員會的懲戒決定不服，只能向該監察委員會申請復審，對復審決定不服才能向上一級監察委員會申請覆核，沒有給受懲戒的公務員提供向法院提起訴訟的可能性。

回到本文開頭提出的問題，我們發現，大陸地區的《政務處分法》並未明確區分公務員的職務違法行為與非職務違法行為，雖明確規定了對公務員的犯罪行為實行雙罰制，即同時追究刑事責任和內部法律責任，但未明確規定對於公務員實施的不構成犯罪的違法行為是否可以實行雙罰制，即給予行政處罰的同時給予政務處分。香港地區實行的是較為靈活的雙罰制，在《公務人員（管理）命令》、《公務人員（紀律）規例》及相關規定中，要求根據情節嚴重程度區分輕微違法與刑事犯罪，對於輕微違法可採用簡易紀律程序，被裁定刑事罪名成立的人員，則根據政府的聲譽是否受損和受損程度給予相應的紀律處分。澳門地區《澳門公共行政工作人員通則》規定公務員違反其應承擔的公務員義務將受到紀律處分，沒有規定是否可以給予行政處罰；對於受到刑事判決的公務員，將提起紀律程序，但未明確具體將承擔何種處分，而是由受處分者所屬機關根據情況處理。在台灣地區，對於公務員的非職務違法行為，理當給予行政罰⁷，同時根據《公務員懲戒法》的規定，對於非職務違法行為致嚴重損害政府之信譽的，還可以同時對公務員實施懲戒。

⁶ 因為在香港沒有與內地相同或類似的行政處罰的概念，沒有類似於內地行政處罰法的法律，絕大多數行政違法行為被視為犯罪行為，而按照簡易治罪程序由裁判法院處以刑罰。例如，香港《簡易程序治罪條例》第28條規定，任何人醉酒時在公眾地方鬧事或行為不檢，可處罰款250港元或監禁2個月。裁判法院對行政違法行為的處罰一般較輕但有時也可高達監禁3年和罰款100萬港元。故在此不作比較。參見胡錦光：《香港行政法》，鄭州：河南人民出版社，1997年，第13頁。

⁷ 參見翁岳生：《行政法》，第848-849頁。

三、對公務員部分違法行為實行雙罰制的正當性

對於公務員違法尚不構成犯罪的行為，是否應實行雙罰制，海峽兩岸與港澳地區的規定並不很明確。對於公務員部分非職務違法行為，可以給予政務處分，是大陸地區《政務處分法》的明確規定，但對於公務員實施的尚未構成犯罪的職務違法行為，是否需要同時給予行政處罰與政務處分，該法並未規定，在中國的執法實踐中也存在重大爭議。

反對者認為，對履行職務過程中打人的執法人員不應給予治安處罰，具體理由主要有五點：

一是執法人員的打人行為發生在履行職務過程中，是為了履行職務的目的而不是為了自己的利益，因而屬於職務違法行為，其後果應由行政機關承擔，不應由執法人員個人承擔。如果由執法人員個人承擔責任，容易導致執法人員履行職務過程中畏首畏尾，不敢積極作為。例如，吉林市中級人民法院在一個案件的判決書中稱：“王某在執行公務時實施的行為，目的是為了保障單位的執法任務的實現，即是要求馬某駕車駛離，從視頻資料來看，王某行為的目的並未超出其執行職務的合理範疇，沒有限制馬某人身自由的目的，其執法程序是否合法、身份是否適格、行為是否適當等涉及行政執法行為的合法性問題，均應由其單位作為責任主體對此承擔舉證責任，接受司法審查並作為責任主體來接受評價，而不應由個人作為責任主體承擔相應後果。行政執法機關因社會管理需要，在行使公權力的同時，也受到諸多程序上及實體上的規範，其對於行政相對人的執法行為，並不是平等主體之間發生的法律關係，也不是公安機關治安管理的對象，王某的行為亦不屬於《中華人民共和國治安管理處罰法》規定的違反治安管理的行為。”⁸

二是因履行職務而打人歸屬於職務行為，與基於保護個人利益的目的而打人應歸屬於個人行為不同，兩者屬於本質上不相同的違法行為，因而應根據憲法規定的實質平等原則的要求，實行區別對待，即對職務違法行為人給予政務處分，對個人的違法行為給予治安處罰。

三是依據《覆函》的規定，行政機關工作人員執行職務時的行為，不屬於公安機關治安管理的範疇，不應受到治安處罰。⁹與“國家行政機關工作人員違法行為”相關的162個案例均援引了《覆函》，進而認為行政機關工作人員執行職務時的行為，不應給予治安處罰。吉林市中級人民法院在一個案件的判決書中進一步稱：《中華人民共和國治安管理處罰法》對公民日常行為進行規範，對輕微的違法行為進行處置，而執法人員在執行公務過程中，因執法行為的強制性，常見與相對人的輕微肢體摩擦行為，相對人通過對行政行為的合法性提起訴訟及行政賠償請求，完全可以保障權利，而公安機關無需通過治安管理行為對此行為重複評判。¹⁰

四是執法人員應與民警一樣獲得相同的對待。根據《中華人民共和國治安管理處罰法》第116條和117條的規定，對於民警在執法過程中出現打人行為的，僅規定依法給予行政處分，並應賠禮道歉；造成損害的，依法承擔賠償責任；構成犯罪的，依法追究刑事責任。《中華人民共和國治安管理處罰法》並未規定打人的民警應當承擔治安處罰責任。吉林市中級人民法院在一個案件的判決書中被上訴人答辯稱：“參考《中華人民共和國治安管理處罰法》第一百一十六條、第一百一十七條

⁸ 參見吉林省吉林市中級人民法院（2020）吉02行終61號行政判決書。

⁹ 參見江蘇省淮安市中級人民法院（2020）蘇08行終63號行政判決書。

¹⁰ 參見吉林省吉林市中級人民法院（2020）吉02行終61號行政判決書。

的規定，行政執法人員在執行職務時如有侵權行為，也只是承擔民事賠償、行政處分或刑事責任，沒有要求對其進行行政處罰的依據。”¹¹ 也就是說，應按照平等原則的要求，其他執法人員也應與民警一樣，不應被追究治安處罰責任。

五是如果對履行職務過程中打人的執法人員在給予政務處分的同時，再給予治安拘留處罰，極容易違反過罰相當原則，因為一旦給予的政務處分比較嚴厲，再加上相應的治安處罰，公務員承擔的責任將明顯過重。

我們認為，對履行職務過程中打人的執法人員實行雙罰制，完全具有法律上的正當性，具體理由如下：

一是法律並未授予執法人員打人的權力，因而執法人員打人是超越職權的行為，打人的後果理應由其本人承擔。也就是說，執法人員打人，應與普通公民打人一樣，接受治安處罰。例如，在江蘇省高級人民法院的一個案例中，原審法院認為：“沈某雖具有普通公民和國家公職人員的雙重身份，但並不意味着其所實施的行為均由其職務範圍所覆蓋。沈某作為執法局局長，其所實施的行為已明顯超出其職權範圍，毆打他人的行為後果當由其本人承擔。”¹²

二是“王子犯法與庶民同罪”，執法人員知法犯法，應當承擔比普通公民更嚴厲的法律責任，因而在給予其治安處罰的同時，還應給予其政務處分。在多起執法人員履行職務過程中與相對人發生衝突的案例中，公安機關對雙方均作出了行政處罰決定，但法院最終的判決僅撤銷了給予執法人員的行政處罰決定，卻維持了對普通公民的行政處罰決定。¹³ 同樣是毆打行為，普通公民給予治安處罰，公務員卻因為“身份”不用承擔治安處罰的責任，這就必然加劇相對人與公務員的矛盾。在英國，政府公務員與普通公民一樣，沒有免責權。“一切屬吏，須自己負責任，一如私人或非官吏對於自己行為負責任。”¹⁴

三是如果因執法人員履行職務而實施的打人行為的後果應由所在單位承擔，因而執法人員不受治安處罰，那麼同樣的道理，一個企業的幾十名員工受企業負責人指使，為了企業的利益而實施的打人行為，打人者同樣可以不受治安處罰，顯然將違背《中華人民共和國治安管理處罰法》的立法目的。因此，執法人員個人應承擔相應的行政處罰責任。

四是如果對公務員的非職務違法行為尚且可以實行雙罰制，而對履行職務過程中打人的執法人員只給予政務處分，不給予其治安處罰，將嚴重違反過罰相當原則，很容易縱容執法人員的打人行為。正如德國行政法學者所言：“如果這些公職人員應為其違法行為而承擔個人責任的話，那麼這同時也意味着對臣民的有效保護。這樣就使得公權力機構出於可理解的顧慮，自行保持在法律軌道之中。”¹⁵

¹¹ 參見吉林省吉林市中級人民法院（2020）吉02行終61號行政判決書。

¹² 參見江蘇省高級人民法院（2016）蘇行終第1645號行政判決書。

¹³ 參見浙江省麗水市中級人民法院（2019）浙11行初135號行政判決書；江蘇省高級人民法院（2016）蘇行終第1645號行政判決書等。

¹⁴ [英]戴雪：《英憲精義》，雷賓南譯，北京：中國法制出版社，2001年，第328頁。

¹⁵ [德]格奈斯特：《行政、司法、法學》，第188頁及以下，轉引自[德]奧托·邁耶：《德國行政法》，劉飛譯，北京：商務印書館，2013年，第188頁。

五是不對打人的執法人員實行“雙罰制”，而僅給予政務處分，將破壞法律責任的連續性，導致罪與非罪界限附近的違法行為所對應的法律責任之間出現巨大的鴻溝，即那些接近構成犯罪但尚未構成犯罪的違法行為，對應的僅僅是較輕的政務處分，而一旦違法行為構成犯罪，不僅要追究刑事責任，而且同時要給予其撤職或開除處分（一般為開除處分）。

六是根據《中華人民共和國人口與計劃生育法》的規定，國有企業事業單位職工違反計劃生育超生的，不僅應繳納社會撫養費，而且要由所在單位給予開除等行政處分。既然對於公民個人的違法行為，都可以實行“雙罰制”，我們就更沒有理由不對履行職務過程中打人的執法人員實行雙罰制。

七是國務院法制辦的行政解釋第一段認為，行政機關工作人員應承擔民事責任，那就意味着該侵權行為是行政機關工作人員的個人行為。既然是個人行為，就理應給予其治安處罰，但該行政解釋第二段得出的卻是不應給予其治安處罰的結論。顯然這樣的結論在邏輯上不成立。

八是理論上對職務行為和個人行為的劃分，是為了保障公務員基本權利以及受害人權利的需要，分別由國家承擔職務行為的法律後果，由公務員承擔個人行為的法律後果，但是，在實踐中兩者的劃分並非那麼一目了然，往往存在公私兼顧即國家責任和個人責任並存的情況。此時，對於履行職務過程中的打人行為，由國家和打人的執法人員共同承擔責任，反而更符合公平原則。例如，長期以來，法國行政法上就存在着公務員無責任原則，主張給予違法的公務員紀律處罰就足矣。然而，由於無責任原則也顯示了許多弊端，因而後來確立了根據國家與公務員各自的過錯分擔責任的原則，即如有兩種可區分的具體過錯，將根據各自過錯的重要性程度分擔責任。¹⁶

九是對履行職務過程中打人的執法人員實行雙罰制，也得到了行政法學理論界的支持。基於國家與公務員之間的特別權力法律關係，對公務員違反義務的行為給予懲戒罰，目的在於維護行政紀律與提高行政效率，因而有別於行政機關基於國家的一般統治權，對違反行政法上義務的公民所給予的行政罰，目的在於維持公共安全與行政秩序。因此，多數學者認為，懲戒罰（追究內部法律責任）與着重貫徹行政命令與行政目的之行政罰（追究外部法律責任）有所區別，因而，對於同一事實關係，可同時給予行政罰與懲戒罰。¹⁷

由於國家與公務員之間不同於一般的僱傭關係，而是一種“特別法律關係”，在這種法律關係中，公務員對國家負有特別的義務，公務員的私生活自由相比百姓而言也將受到更多的限制。這一方面是因為公務員以個人名義實施的違法行為不僅可能損害相關法律所保護的公共利益，也可能損害到公職人員的形象和政府的信譽等，另一方面是因為在中國傳統文化中，個人道德與公共事務的執行是密不可分的。如《大學》所言：“格物、致知、誠意、正心、修身、齊家、治國、平天下。”按照儒家思想的要求，治國者本身須有良好的品行，以作為人民的榜樣，甚至應為聖人而以其道德光環加強其人治的權威與說服力。一個品行有瑕疵之人（未修身）卻能妥善執行公共事務（治國），在邏輯上而言是難以想像的。因此，公務員實施的非職務違法行為，一旦被認為其未能達到人民對公務員基本道德操守的要求，公務員就必須承擔特別的法律責任，而不僅僅是普通百姓應當承擔

¹⁶ [法] 古斯塔夫·佩澤爾：《法國行政法》，廖坤明、周潔譯，北京：國家行政學院出版社，2002年，第213頁。

¹⁷ 吳庚：《行政法之理論與實用》，北京：中國人民大學出版社，2005年，第177頁。

的法律責任。這也是《政務處分法》第41條規定非職務違法行為影響公職人員形象的，可以給予公職人員政務處分的主要原因。另外，公務員實施的違法行為構成犯罪，並被追究刑事責任，就說明已經不具有繼續擔任公職的資格和條件，必須取消其擔任公職的權利。這也是《政務處分法》規定公務員被追究刑事責任的必須相應開除公務員的主要原因。

四、雙罰制適用範圍的法律限制

雖然對公務員的部分違法行為實行雙罰制有其正當性，但從保障公務員作為公民的基本人權的目的出發，也不宜過度擴大雙罰制的適用範圍，相反應由法律對雙罰制的適用範圍施加明確的限制，明確列舉具體的可以實施雙罰制的情形。

一是確立雙罰制適用範圍上的法律保留原則。按照法的明確性和可預見性原則的要求，對於公務員實施的哪些違法行為應被追究內部和外部兩種法律責任，應當由法律予以明確規定。按照“法律義務——違反法律義務——追究法律責任”的規範進路，只有當公務員存在違反有關公務員法規定的公務員應當履行的特別義務的情況下，才能追究公務員的內部法律責任。因此，對公務員實施雙罰制的前提是，公務員實施的違法行為，不僅屬於《中華人民共和國治安管理處罰法》等外部行政法規定的違反行政管理秩序而應當給予行政處罰的行為，同時也屬於《中華人民共和國公務員法》等內部行政法規定的違反公務員義務的行為。換句話說，對於公務員實施的何種違法行為可以實行雙罰制，以及對相應的違法行為給予公務員何種政務處分以及行政處罰，應實行法律保留原則，由法律予以明確規定，不能任由監察委員會裁量確定應適用雙罰制的違法行為的範圍以及給予何種政務處分。目前《政務處分法》第41條規定：“公職人員有其他違法行為，影響公職人員形象，損害國家和人民利益的，可以根據情節輕重給予相應政務處分。”在這裏，“影響公職人員形象”“損害國家和人民利益”均為高度抽象的不確定法律概念，具體應如何解釋？是違法行為既要“影響公職人員形象”，又要“損害國家和人民的利益”，才能給予政務處分，還是其中一個要件具備，就可以給予政務處分？在六種政務處分形式中，可以給予何種政務處分？這裏都存在巨大的解釋空間，等於賦予了監察委員會沒有任何限制的裁量空間，這很“容易導致公務員無法預見其行為的後果”¹⁸，很容易侵犯到公務員作為公民的基本人權。顯然這樣的條文與理論上要求對雙罰制的適用範圍實行法律保留的原則要求相違背，應當盡快修改。

二是由法律明確規定，對於公務員故意實施明顯且嚴重違法的職務行為的，可實行雙罰制。參照《行政訴訟法》第75條關於有實施主體不具有行政主體資格或者沒有依據等重大且明顯違法情形的行政行為屬於無效的行政行為的規定，對於公務員實施的任何明顯且嚴重違法的職務行為，在法律上都不應承認其法律效力，因而也不應全部由國家承擔該行為的法律後果尤其當公務員對於此種明顯且嚴重違法的職務行為的發生，存在主觀上的故意時，完全由國家承擔責任，明顯違背公平原則，相反應由公務員個人對外承擔部分法律責任。這也是《中華人民共和國國家賠償法》規定國家承擔賠償責任後要由有故意或者重大過失的工作人員承擔部分或者全部賠償責任的原因。例如，在

¹⁸ 楊向東：《國家懲戒公務員職務外行為的法律問題初探》，《中國海洋大學學報（社會科學版）》2013年第6期，第61-65頁。

本文開頭提到的履行職務過程中打人的執法人員是否應給予治安處罰的案件中，執法人員的打人行為雖然屬於職務行為，但明顯屬於故意實施的明顯且嚴重超越職權的違法行為，基於前面闡述的對於部分職務違法行為實行雙罰制的系列理由，理當同時追究該執法人員的內部法律責任和外部法律責任。這裏的“明顯”是指一個具有一般理性的人都能發現職務行為是違法的，而“嚴重”是指違法行為的社會危害性比較大或者產生了比較嚴重的後果。

三是由法律明確列舉可實行雙罰制的“嚴重影響公職人員形象”和“嚴重損害政府信譽”的情形，而不在列舉範圍的非職務違法行為不得實行雙罰制。從德國《聯邦公務員法》第77條第1項的規定看，失職行為是懲戒的惟一事由，不過後來於1967年在該項中增加下列規定：“公務員個別情況下所為的職務外行為，特別程度地以重大方式損害該公務員職位或整體公務員（即官署）聲譽的尊敬和信任的，即為失職。”該項規定明確了職務外行為的懲戒範圍，並確立了不同於職務內行為構成失職的認定標準。日本也有公務員不得在職務外實施有損官職之信用和名譽的行為的規定。例如，日本《國家公務員法》第99條規定：“職員不得有傷官職之信用，或使全體官職不名譽之行為”。日本《公務員倫理法》第1條第5款規定：“職員於工作時間外，亦須警覺其行為舉止將影響公務之信用”。¹⁹ 台灣地區《公務員懲戒法》採用“非執行職務之違法行為是否致嚴重損害政府之信譽”作為公務員非職務違法行為是否同時應追究內部法律責任的標準。顯然，德國、日本及中國台灣地區均採取了相類似的標準，如“整體公務員（即官署）聲譽、官職之信用或政府之信譽”等，而《政務處分法》則使用了“影響公職人員形象”的標準。對於公務員的行為是否“特別程度地以重大方式損害該公務員職位或整體公務員聲譽的尊敬和信任”，德國實務上為嚴格限制該義務的範圍而採用狹義解釋的方法，認為這裏的“職位”並非身份法意義上的職位，而是指功能意義上的職位概念，至於“整體公務員的聲譽”，則是指維繫人民對一般法治國家有依法行政的信任，其與公務員個人的社會聲譽無關，也並非要求公務員為社會的楷模。顯然，德國以“特別程度”、“重大方式”及損害“職位上的尊敬與信任”等關鍵判斷要素，對可實施懲戒的職務外行為的範圍進行了限縮，很值得中國在進行相關立法時借鑑。對比《政務處分法》第41條規定的“影響公職人員形象，損害國家和人民利益”，可以發現“公職人員形象”與德國及中國台灣地區規定的“政府信譽（聲譽）”並非同一概念。與國家不對普通公民的形象提出具體要求不同，公職人員形象是國家對公民擔任公務員的個人形象之要求，國家通過對公務員道德操守提出最基本的要求，使得公務員的形象得以凸顯。“政府信譽（聲譽）”則是反映政府良好形象的重要因素，是政府意圖在人民中確立的法治政府、誠信政府、透明政府、責任政府、廉潔政府、服務政府等的形象獲得人民的普遍確信。然而，政府的形象也是要靠每一個公務員通過其自己的行為加以維護的。一旦公務員個人實施的職務違法行為或者非職務違法行為損害到政府的上述形象，就理應予以懲戒，以警醒公務員不再去做類似有損政府形象的事。顯然，如果公務員個人的私生活糜爛，影響的將是公職人員形象，而如果公務員在行政管理活動或者提供服務的過程中有不守誠信的行為，損害的將是政府的形象，失去的是人民對政府的信任。因此，可以考慮將《政務處分法》第41條的規定修改為“公職人員的非職務違法行為，嚴重影響公職人員形象，或者嚴重損害政府信譽的，可以給予相應的政務處分”，並明確列舉具體的嚴重影響公職人員形象或者嚴重損害政府信譽的情形。

¹⁹ 閻樹森：《日本公務員制度研究》，北京：國家行政學院出版社，2001年，第64頁。

五、結語

從全面推進依法行政所需要的條件來看，公務員人權如果得不到保障，公務員就不敢依法行政，就不敢積極作為，就很容易出現懶政、不作為甚至違法行政的現象。就此而言，《政務處分法》基於從嚴管理幹部的原則，規定了對於公務員實施的部分尚未構成犯罪的非職務違法行為，在依法給予行政處罰的同時，還可以給予政務處分，但這樣的規定，尤其是第41條過於寬泛的授權規定，畢竟給公務員的人權帶來了巨大的威脅。因此，本文在比較海峽兩岸與港澳地區公務員違法之責任規定的基礎上，論證了對公務員部分違法行為（包括職務違法行為和非職務違法行為）給予雙罰制之正當性，並從降低公務員人權面臨的威脅的角度，提出了完善《政務處分法》第41條規定的建議。儘管這些建議依然存在不可迴避的不確定法律概念解釋的難題，但至少這些建議離法律的明確性和可預見性原則的要求更近了一步。這裏還要說明的是，當法律明確規定要對公務員的部分違法行為適用雙罰制，而監察委和行政執法部門都有權管轄時，由最先立案的機關管轄，雖然是避免兩個國家機關針對相同事項作出不同處理的一個可行方案，但也不能忽視另外一個可行方案，即：區分公務員的違法行為是職務違法行為還是非職務違法行為，分別確定案件的在先管轄機關。原則上，以公務員身份實施的違法行為，應先由監察委員會管轄並相應給予政務處分，然後由監察委向有關執法部門提交監察建議，依法給予行政處罰。反之，公務員以個人身份實施違法行為的，首先應由相應的行政執法部門管轄並作出相應的行政處罰，然後再向監察委提出行政建議，由監察委依法給予政務處分。

參考文獻 References:

- 〔法〕古斯塔夫·佩澤爾：《法國行政法》，廖坤明、周潔譯，北京：國家行政學院出版社，2002年。Peiser, G., *Droit Administratif Général - 20e éd.*, Paris: Dalloz, 2000.
- 吳庚：《行政法之理論與實用》，北京：中國人民大學出版社，2005年。Wu, G., *Theory and Practice of Administrative Law*, Beijing: Renmin University of China Press, 2005.
- 胡錦光：《香港行政法》，鄭州：河南人民出版社，1997年。Hu, J., *Hong Kong Administrative Law*, Zhengzhou: Henan People's Press, 1997.
- 翁岳生：《行政法》，北京：中國法制出版社，2002年。Weng, Y.-S., *Administrative Law*, Beijing: China Legal Publishing House, 2002.
- 楊向東：《國家懲戒公務員職務外行為的法律問題初探》，《中國海洋大學學報（社會科學版）》2013年第6期，第61-65頁。Yang, X., "A Study of Legal Problems of Punishing Civil Servants for Behaviors Outside the Scope of Their Duties," *Journal of Ocean University of China (Social Science)*, no. 6, 2013, pp. 61-65.
- 閻樹森：《日本公務員制度研究》，北京：國家行政學院出版社，2001年。Yan, S., *A Research on the System of Civil Servants in Japan*, Beijing: Chinese Academy of Governance Press, 2001.
- 〔英〕戴雪：《英憲精義》，雷賓南譯，北京：中國法制出版社，2001年。Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution (8th Revised Edition)*, Indianapolis: Liberty Fund, 1982.