

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 715 號

解釋日期：民國 102 年 12 月 20 日

資料來源：司法院

司法周刊 第 1676 期 1 版

司法院公報 第 56 卷 3 期 1-60 頁

司法院大法官解釋（三十一）（103年7月版）第 543-636 頁

法令月刊 第 65 卷 2 期 140-141 頁

相關法條：中華民國憲法 第 2、7、8、9、10、11、12、13、14、15、16、17、18、19、20、21、22、23、83、84、85、86、91、130、138、139、140 條

行政程序法 第 2、16、150、151、159、160 條

中央法規標準法 第 5 條

行政訴訟法 第 273 條

憲法訴訟法 第 5 條

地方制度法 第 28 條

民法 第 487-1 條

中華民國刑法 第 14、36、64、66、76、267、268、350 條

少年事件處理法 第 83、83-1 條

公職人員選舉罷免法 第 2、26、27、32 條

國防法 第 4、5、11、15 條

兵役法 第 1、5、9、10、11 條

預備軍官預備士官選訓服役實施辦法 第 2、3、5、16 條

軍事學校及軍事訓練機構學員生修業規則 第 8-3 條

軍事教育條例 第 2、5 條

教育人員任用條例 第 31、33 條

公職人員財產申報法 第 2 條

公職人員利益衝突迴避法 第 2 條

就業服務法 第 4、5 條

公務人員考試法 第 7、15 條

公務人員考試法施行細則 第 9 條

公務人員任用法 第 9、17、28 條

警察人員人事條例 第 10-1 條

公務員服務法 第 1、24 條

警察職權行使法 第 15 條

解 釋 文： 中華民國九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章壹、二、（二）規定：「曾受刑之宣告……者，不得報考。……」與憲法第二十三條法律保留原則無違。惟其對應考試資格所為之限制，逾越必要程度，牴觸憲法第二十三條比例原則，與憲法第十八條保障人民服公職之權利

意旨不符。相關機關就嗣後同類考試應依本解釋意旨妥為訂定招生簡章。

理由書：按人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款定有明文。國防部九十八年十二月十四日國力規劃字第○九八○○三七四六號令頒「九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章」（下稱系爭簡章）係就有關九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班之招生考選（下稱系爭考選）事項所訂定，並對外發布之一般性法規範，屬前開規定所稱之命令，得為本院違憲審查之客體，合先敘明。

憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務之權利。志願役預備軍官及預備士官為軍中基層幹部，係依法定程序選訓、任官，並依國防法等相關法令執行訓練、作戰、後勤、協助災害防救等勤務，自屬憲法第十八條所稱之公職。人民依法令所定方式及程序選擇擔任預備軍官或預備士官以服公職之權利，自應予以保障。九十八年四月二十七日修正發布之預備軍官預備士官選訓服役實施辦法（下稱選訓服役辦法）第十六條第一項規定，受預備軍官或預備士官基礎教育期滿成績合格者，除該辦法另有規定外，分別以少尉或下士任官分發，並自任官之日起服現役。故大學或專科以上畢業者，如志願以預備軍官或預備士官官階服軍旅，須經系爭考選錄取及完成基礎教育。系爭簡章壹、二、（二）規定：「曾受刑之宣告……者，不得報考。……」（下稱系爭規定）雖非直接禁止受刑之宣告者擔任預備軍官或預備士官之公職，然參加國軍志願役專業預備軍官預備士官班之考選，為大學或專科畢業者擔任前述軍事公職之必要條件；且入學考選錄取者，於受基礎教育期滿成績合格時，即分別以少尉或下士任官分發，而無另外任官考試之程序。系爭規定所為消極資格之限制，使曾受刑之宣告者不得參加系爭考選，因而造成其無法選擇服志願役預備軍官預備士官之公職之結果，自屬對人民服公職權利之限制。

兵役法第十一條第一項規定：「前二條預備軍官、預備士官選訓服役實施辦法，由國防部會同相關機關定之。」軍事教育條例第五條規定：「基礎教育以培養國軍軍官及士官為目的，由軍事學校辦理，其類別及宗旨如下：……四、軍事養成教育：以對具有大學、專科或中等教育學歷者，施予軍事養成教育為宗旨；得設常備軍官班、常備士官班、預備軍官班、預備士官班或同等班隊（第一項）。……第一項第四款……入學資格……等事項之規則，由國防部定之（第三項）。」而選訓服役辦法第三條規定：「預備軍官或預備士官年度考選之對象、方式、員額、專長職類、資格、報名方式及其他相關事宜，由國防部訂定考選計畫實施，或委任國防部陸軍司令部、國防部海軍司令部、國防部空軍司令部、國防部聯合後勤司令部、國防部後備司令部、國防部憲兵司令部……，擬訂考選計畫陳報國防部核定後實施。」同辦法第五條第一項規定：「預備軍官或預備士官之考選，由國防部、內政部、教育部等相關機關依考選計畫組成考選委員會，訂定考選簡章辦理。但志願役預備軍官、志願役預備士官或義務役預備

士官之考選，得由委任機關依國防部核定之考選計畫組成考選委員會，訂定考選簡章辦理。」故志願役預備軍官預備士官之選訓服役及入學資格等事項之規範，係由立法者基於國防事務之特殊性及專業性，授權國防部訂定；國防部復於依立法授權訂定之選訓服役辦法，明定志願役預備軍官預備士官之考選，得委任機關訂定計畫並經其核定後實施，再依該計畫實際組成考選委員會訂定考選簡章，據以辦理考選。是系爭考選之重要事項如考選對象、方式、員額、專長職類、資格、報名方式等，均係由國防部自行訂定或依其核定之考選計畫形成規範，以為實施之依據。系爭簡章形式上最終雖係由考選委員會依考選計畫所訂定，惟系爭考選之事項仍屬由國防部決定至明。參以軍事教育條例第五條第三項及該條例其他相關規定所訂定之軍事學校學員生修業規則第八條之三第三款亦規定：「學員生入學，應具備下列條件：……三、未曾受刑之宣告……者。但符合少年事件處理法第八十三條之一第一項規定者不在此限。」其雖非直接規定應考資格，然入學資格與考試資格，有直接密切關聯，其入學規定之限制與系爭規定類似。足見系爭規定並未逾越兵役法第十一條第一項及軍事教育條例第五條第三項規定之直接或間接授權範圍，與憲法第二十三條法律保留原則無違。

國家機關因選用公職人員而舉辦考選，為達鑑別並選取適當人才之目的，固非不得針對其需要而限制應考資格，此係主管機關裁量範圍，本應予尊重，然其限制仍應符合憲法第二十三條比例原則。

國軍志願役預備軍官預備士官可合法持有國防武器、裝備，必要時並能用武力執行軍事任務；而軍校學生日後均為國軍成員或幹部，其個人品德、能力之優劣與國軍戰力之良窳關係至鉅。為確保軍事學校學生及國軍幹部之素質，維持軍隊指揮監督，系爭規定乃以是否曾受刑之宣告，作為有無應考資格之限制，以預防報考之考生品德、能力不足等情事，肇生危害國家或軍事安全之虞，所欲維護者，確屬重要之公共利益，其目的洵屬正當，且所採手段亦有助於前揭目的之達成。

行為人觸犯刑事法律而受刑之宣告，如係出於故意犯罪，顯示其欠缺恪遵法紀之品德；如屬過失犯，則係欠缺相當之注意能力，倘許其擔任國軍基層幹部，或將不利於部隊整體素質及整體職能之提升，或有危害國防安全之虞。系爭規定限制其報考，固屬必要。然過失犯因疏忽而觸法，本無如同故意犯罪之惡性可言，苟係偶然一次，且其過失情節輕微者，難認其必然欠缺應具備之服役品德、能力而影響國軍戰力。系爭規定剝奪其透過系爭考選以擔任軍職之機會，非屬達成目的之最小侵害手段，逾越必要程度，牴觸憲法第二十三條比例原則，與憲法第十八條保障人民服公職之權利意旨不符。相關機關就嗣後同類考試應依本解釋意旨妥為訂定招生簡章。

大法官會議主席 大法官 賴浩敏
大法官 蘇永欽
林錫堯
池啓明

李震山
蔡清遊
黃茂榮
陳 敏
葉百修
陳春生
陳新民
陳碧玉
黃璽君
羅昌發
湯德宗

協同意見書

大法官 陳新民

要以衡材不拘一格，論事不求苛細。無因寸朽而棄連抱，無施數罟以失巨鱗

（曾國藩・用人篇）

衡人者，但求一長而取，不可因微瑕而棄有用之材。苟於嶢嶢者過事苛求，則庸庸者反得倖全（胡林翼・勇毅篇）

蔡鐸將軍・《曾胡治兵語錄》

本號解釋多數意見認定中華民國九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章壹、二、（二）規定：「曾受刑之宣告……者，不得報考。……」（下稱系爭簡章）侵犯人民服公職權之結論，敬表支持。然對多數意見以縝密的比例原則審查來檢驗國家機關選用公職人員的資格，導出系爭簡章違憲之立論。本席擔心此例一開，今後所有公職考試的應考試資格，都可以成為釋憲標的，若經受理，大法官必須不憚繁瑣，一律循此方式檢驗，試問大法官有必要介入細節，且取代用人機關的專業判斷乎？故何不就此點明：用人與考選機關必須本於職權，慎重行使人事裁量權，惟有在牴觸平等原則、具備其他明顯重大瑕疵時或明顯地出於不理智的判斷時，本院方介入審查，以符合權力分立之原則乎？

此外，本席認為本號解釋應採「違憲檢討」為宜，督促有關機關全盤檢討甄選條件有無鬆綁的可能性，惟鑑於多數意見既然採取「猛藥」治之，為了加速促使更多有志青年投身軍旅報效國家起見，本席亦勉為支持。然本號解釋對國軍今後能否募集到更多人才、加強國防實力，具有不可忽視的重要性，卻未能闡明國防部用人權限的分際。本席深感不安，爰提協同意見書於次，略抒己見，切盼有識者深思之。

一、本案牽涉的權利當為人民服公職之權，而非工作權

（一）人民在私領域的一般工作權與公領域的服公職權，應予區分

首先要澄清之處，系爭簡章究竟侵犯聲請人何種基本人權？乍看之下聲請人本欲選擇加入職業軍人行列，必須參加招生考試，因系爭簡章在資格上之限制，致使聲請人無法報考，喪失擔任軍事公職之機會，故聲請人自由選擇職業之基本權利無法實現，似乎牴觸了憲法第十五條所保障人民之工作權，以及引伸出人民擁有自由選擇職業之權利（註一），釋字第四〇四號解釋即已宣示此意旨（釋字第六五九號解釋亦同）。由於工作權與職業自由都以「謀取生活之資」為主要的特徵，則人民選擇投身軍旅，選擇軍人為職業，似乎可訴諸工作權之保障。

誠然，這種立論不無根據。然而我國憲法除了保障工作權外，憲法第十八條更規定人民有應考試與服公職之權利。此條文更強調了人民可以選擇以公職為職業之權利，在公職領域方面，強化了人民工作權之保障。

以憲法保障職業自由的視角來論，於是可以根據人民在公職內的公領域及公職外的私領域，區分兩大塊的工作權範圍。在私領域，視為一般的基本人權，其限制以憲法第二十三條作為依據；在公領域，則可以公職制度的設置與運作之目的，亦即所謂的「功能主義」，作為人民實現其工作權的依據。易言之，此領域內的公共利益考量，不再和人民在私領域的工作權相同，以儘量保障個人工作權有最大實現的空間，作為衡量公共利益的判斷依據，反而是公職制度運作的「最大功能性」，具有更高的公共利益。例如國家行政能否招募到最好的文職人員以提供最高效率、最符合法治國家服務品質；國防軍事機關能否網羅到勇敢忠誠的人民，俾能達成保國衛民的重任。國家機關無法充分履行其存在的目的與任務，即無設立之必要，所謂「養兵千日、用在一時」正是表彰軍事機關存在的主要目的。故招募的文武職人員與用人機關的需求相契合，而非僅僅以滿足人民的工作權保障作為考量也。

本席認為本號解釋能夠體認出區分人民工作權與服公職權之別，我國釋憲實務界與學術界在論及人民工作權與職業自由之限制時，多半會提及「三階段論」一即對行使職業自由的限制採取寬鬆審查標準；對人民從事某種職業須具備一定資格之主觀條件採行中度審查標準；及對涉及從事特定職業之客觀條件限制採行嚴格審查標準（本院釋字第五八四號、第六四九號、第六八二號解釋參照）。

按各類公職人員的選拔標準，必須依照不同的職位、任務的性質等差異…有各種各樣的需求。質言之，構成國家龐大公務員體制，每個職位為達成任務之必要，從而要求具備一定條件與資格，無法將之完全套入在上述三種僵硬審查模式中。例如原因案件之考選資格中，在體格方面有甚多規定，以身高或體重的要求為例，似乎前者（身高）並非每位應考試人所能掌控，反之體重則否，故是否身高要件即應屬於客觀要件，體重則屬於主觀要件，從而對前者審查應採嚴格審查標準，而對後者則採中度審查標準乎？又以視力狀態的限制而論，又當視為主觀要件亦或客觀要件？顯見這種基於比例原則而特別在職業自由領域內形成的「三階段論」無法完全適用在公職人員的選拔程序上（註二）。

（二）人民受教育權是否受到侵害？

另外是否亦如聲請人所指摘，系爭簡章已侵犯其受教育權乎？聲請人之所以提出此見解，恐是參酌釋字第六二六號解釋之意旨。該號解釋內容為有色盲之人民，欲報考中央警察大學（下稱警大）研究所，而為招生簡章所不許，從而提起釋憲。該號解釋以並未侵犯平等權作成結論，與本號解釋原因案件類似之處，乃系爭法規均屬於招生簡章，所規定者皆為消極資格限制。然釋字第六二六號解釋聲請人強調以追求警察學術為職志，不一定非選擇警察工作作為職業不可；相反的本號解釋聲請人則以選擇軍職作為報考之目的。

釋字第六二六號解釋在立論上援引了大學自治的理念，認為警大和一般大學雖並非完全相同，但具有發展高深警察學術與培養警察人員的雙重任務，故和一般大學般享有大學自治之權，包括決定招生之資格。相形之下，本號解釋

原因案件乃是從事軍職的「養成教育」（軍事教育條例第五條參照），即對文職學校畢業生經過考取後，施以短期訓練取得擔任預備軍官、預備士官的資格。故不涉及到大學自治的理念，從而報考者的權利與受教育權並不相關。

同樣是對消極資格之限制，釋字第626號解釋仍不免有利用比例原則角度來加以審查。例如認為色盲「非屬人力所得控制之生理缺陷」，並「應受較為嚴格之審查」。隱然地具有濃厚的「三階段論中客觀要件說」的色彩。但該號解釋主要論點，仍以平等權作為審查的依據與主軸，強調以色盲作為差別待遇之分類標準，將使色盲之考生無從取得入學資格，是否牴觸平等原則保障，應以嚴格標準審查。該號解釋也考慮了色盲者是否能在警察界內有「側身」之可能性，例如研究警察法令、警察內勤事務……等？然該號解釋則以，若學生入學接受警察教育，卻未能勝任警察、治安等實務工作，將與警大設校宗旨不符。同時因警察工作之範圍廣泛、內容繁雜，職務常須輪調，隨時可能發生判斷顏色之需要，色盲者因此確有不適合擔任警察之正當理由。是以警大設校的目的所具有的重大公共利益為由，對色盲者採取差別待遇，並不違反平等原則。

故釋字第626號解釋，以受教育權受損為審查的對象，澄清平等原則是否違背為論點，從而提出受教育權與報考單位之間有使人民受教育權實現的可能性（大學教育及大學自治）。藉由警大設立目的功能性，具備重大的公共利益，來排除色盲者入學受教育的權利。這是值得本號解釋特別注意之處。

二、人民服公職權的限制—以平等原則防止人事裁量權的濫用

人民在私法關係中若涉及工作權保障的問題時，雇主可否逕以「曾受刑之宣告」為由，作為決定是否締結僱傭契約之條件？是否侵犯了平等權？

按私人企業的徵才，可本契約自由原則，對簽約對象、資格為任何限制，包括不與曾受刑之宣告者簽約之自由，亦應尊重雇主的締約自由權。惟憲法既已明白將平等原則視為國家法秩序的最重要原則之一，也必須在私法中貫徹，然究竟憲法基本人權條款能否直接適用在私法關係中？學術理論頗有爭議，目前仍以「間接適用論」為主流見解，透過「實踐法律」將基本人權條款導入私法秩序之中（註三），俾使私法契約仍應服膺平等原則。我國就業服務法第四條即揭櫫：「國民具有工作能力者，接受就業服務一律平等」；同法第五條復規定：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身分為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。」

由上述條文可知，即使私法契約受到平等原則的拘束，但有無「曾受刑之宣告」仍涉及締約對象「人格與人品」的領域，仍可由締約人自由決定與評價。

國家設立行政機關的「事物本質」（Natur der Sache），藉由網羅符合資格的優秀人才，來履行其法定任務。在法治國的理念下，公職人員與國家必須產生法律的勤務關係。此法律關係可由公法或私法產生，但以公法產生的最為重要。雖然公職人員的範圍頗廣，包括常任的文武職公務員，透過選舉產生的各級民意代表，甚或以私法契約僱用之約聘僱人員，都可納入公職人員的範圍，並透過法律來予以規範，其中最重要的還是執掌公權力的各類文武職公務員。

這些國家常任的文武職公務員透過法律（公法服務契約）創設出與國家間之

公法勤務關係，也會產生忠誠的義務。公務員必須以一切行為全心全力貢獻給國家，即使在執行職務外，也受此忠誠義務的拘束（參見公務員服務法第一條）。而相對地，國家對公務員也必須報以支給薪俸、照顧等責任。特別是當公務員退休、遭遇不幸，國家必須承擔起救助與照顧遺族的責任（包括撫卹責任），和公務員以終身奉獻給國家一樣，國家這種照顧，也可以稱為是國家對公務員的「忠誠義務」。故國家與公務員間之法律關係，除了服勤務與國家給付薪俸外，彼此之間，不再是單方面公務員對國家的忠誠義務，還加上「互負忠誠」的義務（註四）。

在武職公務員方面，由於軍隊已經不再隸屬於傳統統帥權的體制，而是列入國家行政權力一環，從而與文職公務員並無差別（註五）。比起文職公務員，武職公務員之任務為保家衛國，故人身自由受拘束性與生命健康的受威脅程度，非文職公務員可比，故國家對武職公務員勤務與忠誠要求更高，而國家的回饋與照顧，也應相對地更加周全與優渥。

由上述可知，國家與文武職公務員間之關係，和人民與一般雇主的法律關係，有甚大的差異。一般人民與雇主基於契約自由所產生之法律關係，法律可另行創設雇主的照顧義務，最明顯是民法關於雇主對於非可歸責於受僱人的損害，負賠償責任（民法第四百八十七條之一），然並非基於雇主對受僱人的忠誠義務，同時彼此間並不互負忠誠義務可言。

國家文武職公務員與國家間具有極為緊密的「勤務與忠誠關聯」，國家對於相關人員的選拔，即享有高度的「評價特權」（Bewertungsprivileg），這種高度的人事裁量權，行政法學上常常將之列入到「行政保留」（Verwaltungsvorbehalt）（註六）範疇。

國家機關擁有高度的人事裁量權，即使在法治國家強調的依法行政原則中，僅需要最寬鬆的授權依據，亦即無法將「授權明確性」嚴格地實施在公務人員的選拔法規之上，本號解釋也論及系爭簡章牴觸法律保留原則之爭議，而多數意見作出並不違反該原則的結論，當屬意料之中。

多數意見認為釋憲機關對於用人機關的選拔標準，應予最大程度的尊重。此「尊重」態度，應當在大法官對選拔標準行使違憲審查權時，即在審查的範圍或標準中，展現出來。前者如本院對享有「自治權」的機關，例如基於對國會自律之尊重或遇到重大政治事件（如兩岸事務），惟有在議事程序或立法判斷有明顯重大瑕疵時，才對通過法律的合憲性，進行審查（釋字第三四二號、第三八一號、第四九九號、第六一八號解釋參照）。然在審查標準上，應當採行寬鬆的審查密度，只要取才用人並非出於明顯的恣意，以致於違反平等原則，例如未具備充分理由或缺乏說服力，即針對特定族群給予利益或不利益的選拔待遇。大法官應當尊重用人機關的考量，不必用最嚴格的檢驗方式，特別是動用縝密的比例原則（目的性審查、必要性審查與狹義比例性原則審查），來檢視用人機關的判斷符合國家機關的需求。（註七）

本號解釋多數意見似乎完全未提到平等原則的拘束力，也忽視在擁有高度裁量權的領域，惟有運用平等原則方能遏止可能的濫用。由於行政機關選才用人均基於功能主義之考量，釋憲機關對此人事裁量予以尊重，即使運用平等原則來檢驗，亦採取寬鬆審查標準。倘若該用人標準都未能通過，當可顯示其瑕疵性過高、說服力之薄弱與明白地未具備理智性，即足以判斷其違憲性。

三、排斥曾受刑之宣告者加入職業軍人之列是否妥當？

系爭簡章明白地排斥曾受刑之宣告者，不得報考，從而剝奪其加入職業軍官士官行列的機會。若由上文所提及的用人機關之人事裁量權可知，國防部不願意曾受刑之宣告者擔任軍官士官，其目的十分明顯：欲讓全體軍官士官出身良好，沒有刑事犯罪紀錄，以保持軍中領導階層的清白純正。

這種希望國軍幹部能夠成為「正義之師」而非「虎狼之師」的中堅幹部，本身即具備優良國民之品格，而非有過觸犯刑章之紀錄，藉以提高軍隊之素質與社會地位，同時亦可使軍中法紀更為嚴肅。國防部出於此種高標準的用人心態，其欲追求的公共利益具有甚多的價值，也獲得本號解釋多數意見的肯認（解釋理由書第五段）。吾人當體諒國防部此種「純潔取人」的初衷，更何況我國過去社會充滿著「好男不當兵」的迂腐思維，如今國防部只取「好男」擔任軍官士官，是否寓有力挽狂瀾之壯志？

誠然，國防部取才標準，比較起現行國家考選一般文職公務員或一般服兵役的條件，未免過高。目前國家如火如荼推動的「募兵制」，對招募服志願役的士兵，理應與服一般兵役的條件一致，但由募兵制的甄選簡章，和系爭簡章採取一致的標準，更可洞見國防部打造一個「高法紀水準的國軍」團隊的企圖心。公務人員、募兵制及兵役法相關規定比照可參見下表：

	公務人員	募兵制	兵役法
相關條文或甄選簡章規定	公務人員考試法第七條第一項	國軍一〇二年專業志願士兵暨儲備士官甄選簡章	兵役法第五條
曾受刑事處罰影響權利的程度	中華民國國民，年滿十八歲，具有本法所定應考資格者，得應本法之考試。但有下列各款情事之一者，不得應考： 一、動員戡亂時期終止後，曾犯內亂罪、外患罪，經判刑確定或通緝有案，尚未結案。 二、曾服公務有貪污行為，經判刑確定	未判處徒刑、拘役或未受感訓處分、強制戒治、觀察、勒戒、保安處分、保護處分之宣告者。但少年符合少年事件處理法第三條之一第一項規定，或受緩刑宣告期滿未經撤銷者，不在此限。	有下列情形之一者，禁服兵役，稱為禁役： 一、曾判處五年以上有期徒刑者。 二、執行有期徒刑在監合計滿三年者。 經裁定感訓處分者，其感訓處分期間應計入前項第二款期間。

	或通緝有案		
	尚未結案。		
	三、褫奪公權尚		
	未復權。		
	四、受監護或輔		
	助宣告，尚		
	未撤銷。		

多數意見在解釋理由書第六段透過嚴格的比例原則審查，認定系爭簡章（招生簡章）過於嚴厲與僵硬，未在最輕微的情況「網開一面」。多數意見認為：「然過失犯因疏忽而觸法，本無如同故意犯罪之惡性可言，苟係偶然一次，且其過失情節輕微者，難認其必然欠缺應具備之服役品德、能力而影響國軍戰力。」

顯然地，上述立論援引本院過去若干號解釋，特別是在涉及裁罰標準時，未斟酌違規情節輕重、具有值得寬憫之情事或處罰是否會造成影響個案實質正義之追求，而宣告裁罰規定未有從輕的例外規定，違反比例原則（釋字第六四一號、第六六九號、第六七三號解釋參照）。同樣的這種「未設例外規定」導致違反比例原則的論證，已從裁罰案件延伸到其他限制人民基本人權，例如限制職業自由的案例之上（釋字第七一一號解釋參照）以及收養子女的限制（釋字第七一二號解釋參照）。

本號解釋多數意見似乎「一脈相承」上述「未為例外規定」的立論，在本號解釋中，特別「設想出」的例外規定竟然是「過失犯」，且「偶然一次」，多數意見特別獨鍾保障「偶然一次之過失犯」，且宣示此些過失犯「難認其必然欠缺應具備之服役品德、能力而影響國軍戰力」。試問：大法官為何獨鍾「偶然一次之過失犯」？況系爭簡章所言及「曾受刑之宣告者」，情形多端，而不一定僅限於「偶然一次」，或者「過失犯」。另外，曾受刑之宣告者，能否滿足軍隊之需要，大法官理應不能為之背書，即應當尊重國防部的判斷—寧可不要「請神入門」！相信國防部訂定此些選拔標準時，當不會忽視有可能造成「遺珠之憾」（註八），但最終仍採取「關門政策」，想必是對進入軍中後「服役能力及不影響國軍戰力」仍有疑慮，多數意見何必與國防部的判斷打對台乎？

本席再三深思後，仍不得不認為系爭簡章已明白地呈現「不理智性」，而動搖合憲的基礎，故只能贊成多數意見抵觸國防部有司者之判斷也。

四、結論—大風思猛士

本席由國家設置公務員，特別是武職公務員的制度以觀，必須承認軍隊的選才標準，應當由國軍領導階層自行判斷，俾使其能挑選出「最適人才」，來操作只有軍方才能瞭解的各式武器裝備，以及遂行由軍方主導與負責的各種戰備任務。

在遵循法治國原則的要求下，例如滿足法律保留與法律授權的要求、並無明顯地「恣意」，以致於違反平等原則、具備重大瑕疵或明顯地呈現不理智性時，應准許國軍自行訂定選拔人才的資格。只要想加入，國軍大門始終敞開，不特別偏惠或排除某種族群（社群）造成「封閉式軍隊」，便應許可之。

就此而言，國軍目前不欲「曾受刑之宣告者」加入成為職業軍官士官，甚至志願役士兵，來打造出「完全清白」的軍事體制，其志向與企圖心，吾等大法官

應當尊重並樂見之。然「曾受刑之宣告者」是一種特定的「社群」，應否驟然摒棄在軍旅之外？不論由其適格擔任職業軍人之主觀因素或客觀因素，皆不無可慮之處，何況這是重大的公共議題，當可公開議論之。

按「兵者，國之大事，死生之地，存亡之道，不可不察也」（孫子兵法）。國防關涉國家興衰存亡，不是紙上文章，故舉凡國防大事必須慎重決定之。本席記得二十世紀初，法國總理克里蒙梭（Georges Clemenceau）曾有一句名言：「戰爭因為太重要，以致於不能讓軍人獨自決定」（La guerre! c'est une chose trop grave pour la confier des militaires），國防事務與國防法規不宜全由國防主管機關與軍方高層來獨攬，亦應當經得起外界質疑與批評。

特別是軍方能否網羅到一流人才，來提振國家國防水準，不能只靠國防部主觀的願望，更仰賴客觀環境的配合，亦即獲得國防部以外國家機關、社會輿論、政黨及民眾的衷心支持，而能獲得充沛財力物力與法律基礎。

如今國防部採取高規格「人品要件」，甚至比國家招募文職公務員條件更加嚴苛，固然有其考量，然而是否陳義過高而大幅縮小了取才的管道？按軍隊的屬性與事物本質，乃充滿陽剛之氣。軍隊任務具有艱苦、堅毅與高度危險性。作為軍隊中堅骨幹與長官，不應僅是文質彬彬型的樣版人物為已足，而是豪氣慷慨型、必須以身作則為袍澤之先，來承擔各種任務的考驗。曾有輕微犯罪紀錄者恐怕未必不能承擔軍隊任務。

大風思猛士，猛士乃是慷慨悲歌之血性漢子，不拘小節乃其特色。故即使過去這些行有瑕尤者，一逢國家有難，匹夫有責，更應鼓舞其執干戈衛社稷，何庸再以過去違法紀錄之繩墨羈之（註九）？此為國民憲法義務，並不因我國將實施「募兵制」有所改變。

清末兩位重要的中興之臣曾國藩與胡林翼，都主張軍隊要做開心胸，儘量看重人才而招募之，切勿用小法小規來阻塞有才幹者進入軍隊之門。民初蔡鍔將軍曾將兩位治兵有成大家之名言選輯，撰成「曾胡治兵語錄」，本席願意選擇其中兩則以明之：

要以衡材不拘一格，論事不求苛細。無因寸朽而棄連抱，無施數罟以失巨鱗（曾國藩·用人篇）

衡人者，但求一長而取，不可因微瑕而棄有用之材。苟於嶢嶢者過事苛求，則庸庸者反得倖全（胡林翼·勇毅篇）

上述之「無因寸朽而棄連抱，無施數罟以失巨鱗」及「不可因微瑕而棄有用之材」，以及避免募集到「庸庸懦弱怕事之才」，都可以作為國防部檢討系爭簡章，是否失之於「過於理想主義」與「脫離猛士本質」的依據？相信國防部內甚多的知兵之士，當早已熟諳曾胡兩人文句中的寓意矣！

本席本主張對系爭簡章應作出「違憲檢討」之議，要求國防部做開心胸、崇實務實檢討，對許多報考資格的限制，例如輕微犯罪前科者，能否再細分各種情況，酌情開放之（註十）？亦或只限制其報考軍官部分，至於在基層執勤的士官部分則不在禁止之列？此外尚有其他不少生理條件的限制，例如曾經有過某些開刀或疾病者，亦應勇於檢討並放寬，讓更多熱血青年有投身軍旅，報效國家之機會。

多數意見既採「猛藥」治之，宣告系爭簡章違憲失效，本席雖認為不無「替裁判吹哨」之嘆。但思及此時正逢能為國軍尋獲猛士萬千之良機，錯失之頗為可

惜，爰改爲支持之。際此，本席不免思及清末大文學家龔定庵之名句：「我勸天公重抖擻，不拘一格降人才」（己亥雜詩）。這是龔定庵期盼天降人才以救國拯民，但這些不拘一格之人才降到人間，卻爲國軍所拒，定庵九泉之下豈不爲之悲嘆乎？

註一：參見陳新民，《憲法學釋論》，修正七版，民國 100 年 9 月，第 338 頁。

註二：參見陳新民，《憲法學釋論》，第 346 頁；釋字第 659 號解釋協同意見書及釋字第 711 號解釋協同意見書。

註三：參見陳新民，〈憲法基本權利及「對第三者效力」之理論〉，收錄於：《憲法基本權利之基本理論（下）》，2002 年 7 月 5 版第 2 刷，第 82 頁以下。

註四：故德國基本法第三十三條第四項即規定：「公務員與國家間具有公法上的勤務與忠誠關係」。可參見：陳新民，〈論公務員的忠誠義務〉，收錄於：《憲法基本權利之基本理論（下）》，第 159 頁以下；林明鏘，《公務員法研究（一）》，國立臺灣大學法學叢書，2000 年，第 7 頁以下。

註五：陳新民，〈法治國家的軍隊—兼論德國軍人法〉，收錄於：《軍事憲法論》，揚智出版社，民國 89 年 4 月，第 77 頁。

註六：無怪乎德國軍人法第一條明白規定，國家與軍人是「互受忠誠之拘束」，比起規範文官的聯邦公務員法而言，更強調國家與軍人間「雙向忠誠」之觀念。參見陳新民，《軍事憲法論》，第 104 頁。

註七：這也符合德國公法學理念。德國基本法並未將人民進入公職之門，明列在基本人權的部分，反而是在規範公務員制度的第三十三條第二項中，明白規定每個德國人都有依其能力、才幹及專業知識進入公務員行列之權利。這便是運用平等原則來開放公職之門的例子。雖然國家機關必須依法律來招募公務員，但用人需才機關擁有甚大的裁量權，來招募公務員，指揮與訓練之，來履行憲法所賦予公職的任務。就主管機關上述裁量權的判斷餘地，行政法院的審查密度甚低，也是德國聯邦行政法院一貫的見解。可參見 Peter Badura, Sraatsrecht, 5. Aufl. 2012, D. 104..

註八：當然前提要件是用人機關沒有「怠惰」，亦即沒有「因循舊例」每年將招生簡章照抄一遍，而未特別針對社會現狀，例如少子化之趨勢，逐年檢討改進。若不幸有此情事，則國防部的標準決定之公信力，必然喪失，即必須加強對其審查的密度也。

註九：古今中外在戰時，經常鼓勵監獄服刑者請纓報國。即使在第二次世界大戰中，諸如蘇聯、德國都有所謂的「懲戒營」，由違反法律及軍法的犯人組成，經常英勇過人，成爲媒體、小說及電影熱門題材也！

註十：系爭簡章已開放部分少年犯可報考，有關機關可從犯罪時間加以限定，俾使浪子有回頭機會。另外也可對犯罪種類加以檢討（例如公務人員考試法第七條，限制曾犯內亂、外患或貪污罪者報考），排除某些不影響執行軍人勤務的犯罪。

協同意見書

大法官 羅昌發

中華民國九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章壹、二、（二）

規定：「曾受刑之宣告……者，不得報考……」（下稱系爭規定）。多數意見認系爭規定與憲法第二十三條法律保留原則無違，惟其對應考試資格所為之限制，侵害憲法第十八條保障人民服公職權利，且逾越憲法第二十三條之必要程度。本號解釋認系爭規定違憲部分，本席敬表贊同；但多數意見未認定系爭規定亦侵害人民受憲法第十五條保障之工作權，本席認有斟酌餘地。且本件關於服公職權與工作權之關係，亦有釐清之必要。爰提出本協同意見書。

一、本件所涉及憲法第十八條之服公職權

（一）多數意見認為，應考人參加九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選（下稱系爭考選），錄取之後雖未直接擔任預備軍官或預備士官，然於受基礎教育期滿成績合格時，即分別以少尉或下士任官分發，而無另外任官考試之程序。故系爭規定以「受刑之宣告」之消極資格限制人民參與系爭考選，在效果上即相當於限制人民擔任少尉或下士以服公職之權，而違反憲法第十八條所規定：「人民有應考試服公職之權。」（註一）本席就其結論敬表同意。

（二）多數意見並未針對「公職」之概念加以界定；而僅針對志願役預備軍官及預備士官之職務謂：其「為軍中基層幹部，係依法定程序選訓、任官，並依國防法等相關法令執行訓練、作戰、後勤、協助災害防救等勤務，自屬憲法第十八條所稱之公職。」（見本號解釋理由書第二段）多數意見所設之二項條件，包括選訓任官過程必須依法定程序，且其具體職務內容之性質必須屬於公共事務。此與本院釋字第四二號解釋界定「公職」之要素不同；該號解釋謂：「憲法第十八條所稱之公職涵義甚廣，凡各級民意代表、中央與地方機關之公務員及其他依法令從事於公務者皆屬之。」故其所著重者為職務性質（即必須為依法令所從事之公務）。本席認為，憲法第十八條所規定「服公職」三字包括二項內涵：其一為「擔任」公職的保障，其二為所擔任者為「公職」始受其保障。換言之，選訓或任官過程應為「擔任」的問題；在界定「公職」時，應無庸將選訓或任官過程納入考量。凡依法令所生之公務，其相關職務均應屬公職之範圍。

（三）世界人權宣言（Universal Declaration of Human Rights）第二十一條第一項：「人人有直接或通過自由選擇的代表參與治理本國的權利。」（Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives.）第二項：「人人有平等機會參與本國公務的權利。」（Everyone has the right of equal access to public service in his country.）另公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)）第二十五條（參政權）亦規定：「每個公民均應享有下列權利與機會，不分第二條所列情形（按即：不分種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他見解、國籍或社會出身、財產、出生或其他身分等任何差異），且不受不合理的限制：……（c）在一般的平等的條件下，參與其本國公務。」（Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions:……（c）To have access, on general terms of equality, to public service in his country.）此等「參與治理本國」之權（the right to take part in the government）及「參與本國公務」之權（the

right of access to public service），在我國憲法體制下，部分屬於憲法第十七條之參政權；部分屬於憲法第十八條之服公職權。其保障之範圍為「本國治理」及「本國公務」；內涵較接近本院釋字第四十二號解釋所界定之「依法令從事於公務者」。

二、本件所涉及憲法第十五條之工作權

- （一）如前所述，多數意見並未提及本件聲請人因無法報名參加系爭考選，而使其工作權受侵害。其似不認本件有涉及工作權之問題。本席認其有斟酌餘地。憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，其內涵包括選擇職業之自由及執行職業之自由（釋字第五八四號、第六八二號解釋參照）。第十五條所稱之工作，並不限於民間工作；政府職務（包括文職及武職之公職），亦屬該條所稱「工作」之一環。少尉或下士職務，自為憲法第十五條所稱工作的一種；人民選擇擔任此等職務，自亦應受該條之保障。系爭規定限制人民選擇擔任少尉或下士為其職業之自由，顯屬對工作權之限制。
- （二）國際公約亦明確規定工作權之保障。世界人權宣言第二十三條第一項前段規定：「人人有權工作，自由選擇職業」（Everyone has the right to work, to free choice of employment……）。經濟、社會與文化權利國際公約（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights）第六條第一項亦規定：「本公約締約各國承認工作權，包括人人應有機會憑其自由選擇與接受的工作而謀生的權利，並將採取適當步驟以保障此一權利。」（The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.）由此等規定可知，工作權的內涵，包括尋求工作機會、接受工作機會以及藉以謀生。如尋求工作機會或接受工作機會之權利遭到限制，甚至其謀生因而受不利影響，均可構成工作權的侵害。國際人權公約所保障之工作權，並不限於政府部門以外之「工作」。

三、服公職權與工作權之關係

- （一）「競合適用」或「累積適用」關係：本席認為，在具體個案中，涉及工作權者未必涉及服公職權；例如限制人民擔任計程車司機，屬於對人民工作權之限制，但與服公職權無關（此種情形無「競合適用」或「累積適用」之問題）。然涉及服公職權者，基本上均與工作權有關；例如本件擔任預備軍官或預備士官之公職，亦涉及其工作權（選擇職業之自由）。故在擔任公職之情形，將產生憲法第十八條（服公職權保障）與第十五條（工作權保障）之「競合適用」或「累積適用」關係（後述）。本院以往解釋曾提及憲法第十八條之服公職權亦「關係」或「涉及」人民工作權。例如釋字第二六八號解釋謂：「憲法第十八條規定人民有應考試、服公職之權。人民依法參加考試，為取得公務人員任用資格或專門職業及技術人員執業資格之必要途徑，此觀憲法第八十六條規定甚明。此種資格關係人民之工作權，自為憲法所保障之人民權利，不得逕以命令限制之。」釋字第四九一號解釋謂：「憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務之權利，其範圍不惟涉及人民之工作權及平等權……。」然此等解釋並未提及服公職權如何「關係」到人民工作權或如

何「涉及」其工作權，且未釐清此二憲法條文之間究應如何適用。

(二) 服公職權與工作權保障之審查標準差異：

1. 針對人民服公職權，本院以往並未明確界定審查標準，而僅闡明服公職權包括擔任公職機會及其身分保障。例如釋字第六〇五號及第六五八號解釋載謂：「憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。」
2. 本號解釋多數意見就有關人民服公職權利之限制，設定二項審查標準；其一為尊重主管機關裁量；其二為憲法第二十三條所設之原則（本號解釋理由書第四段）。本席認為，在憲法第二十三條之外設有「尊重主管機關裁量」，並無憲法依據；然本席基本上同意應依憲法第二十三條一般必要性對服公職權之限制予以審查。此與審查人民工作權之審查原則並不相同。本院以往解釋就保障之工作權之限制，區分為對執行職業方法之限制、對選擇職業自由主觀要件之限制、對選擇職業自由客觀要件之限制三個層次，分別設定不同的審查標準。例如本院釋字第五四九號解釋載謂：「關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。」（註二）不論如何，在憲法第二十三條之下對工作權之審查標準，與本號解釋針對服公職限制之審查標準，確有差異。
3. 國際人權公約針對「參與治理本國」及「參加本國公務」之權，亦僅以不得設有違反平等或不合理之限制為條件。例如前述 ICCPR 第二十五條係規定不應區分該公約第二條所列情形（亦即不應因種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他見解、國籍或社會出身、財產、出生或其他身分而為差別待遇）（without any of the distinctions mentioned in article 2），且不應有「不合理的限制」（without unreasonable restrictions）。另聯合國針對 ICCPR 所發布之第 25 號一般意見（General Comment No. 25）第四段規定：「限制第二十五條所保護權利之行使而設之條件，應基於客觀且合理之標準。」（4. Any conditions which apply to the exercise of the rights protected by article 25 should be based on objective and reasonable criteria.）第二十三段規定：「（ICCPR）第二十五條第（c）款係處理公民以一般之平等條件參與公共職務之權利與機會。為確保以一般之平等條件參與，其任命、升遷、停職及解職之標準及程序，應客觀且合理。」（23. Subparagraph (c) of article 25 deals with the right and the opportunity of citizens to have access on general terms of equality to public service positions. To ensure access on general terms of equality, the criteria and processes for appointment, promotion, suspension and dismissal must be objective and reasonable……）此等國際公約所設之標準，雖非本院解釋憲法所得直

接適用，然其有助於正確理解及合理解釋我憲法條文。（註三）本席認為，針對人民服公職權之限制，雖亦應依憲法第二十三條之必要要件予以審查，然其審查應不要求以「重要公共利益」或「特別重要之公共利益」為標準。

（三）競合適用或累積適用之決定：人民服公職權既均同時涉及其工作權，而服公職權與工作權審查標準又非相同，則就服公職權及工作權保障規定，發生究應競合適用（僅適用其中一者要求）或累積適用（同時適用兩者之要求）之問題。本席認為，應依「公職」之性質，以決定究應以服公職權或工作權之審查標準為依據。如某一職務之政治性較高（如政治性任命）或其職務係依選舉產生，則應較著重服公職之權。於此種情形，憲法第十八條及第十五條應屬競合適用關係。其職務之性質較著重參與國家之治理及公共事務之參與；工作權並非其職務之主要性質；故應重於憲法第十八條服公職之保障，自應僅依一般必要性原則加以審查。然如某一職務之政治性較低且非依選舉產生，雖人民參與該職務仍屬服公職之範圍，故依憲法第十八條之規定應確保人民之平等及合理參與機會；然其更屬人民選擇職業之自由，而受憲法第十五條之保障；於此種情形，憲法第十八條及第十五條應屬累積適用關係，故應同時符合此二條規定之要求。在依憲法第二十三條審查限制第十八條服公職權之法令時，應確認其限制符合一般必要性要件；在依第二十三條審查限制第十五條工作權之法令時，如涉及對主觀條件之限制，應提高審查標準，而應確認其限制符合重要公共利益。至於職務之政治性高低，則應依其任命方式、職務內容、參與政府決策之程度等因素個案認定。

（四）本件情形涉及軍中基層幹部之預備軍官及預備士官職務，屬於政治性甚低且非經選舉產生之職務。人民除應受憲法第十八條服公職權之保障外，因其涉及人民透過該職務謀生，而亦屬憲法第十五條工作權保障之範圍。本席認為，本件既應屬前述累積適用之情形，自不應對系爭規定是否侵害人民工作權保障之問題略而不論。

註一：憲法第十八條規定之首項問題為「應考試」與「服公職」究為兩項分別獨立之權利，抑或為兩相連結之單一權利。坊間出版之法條版本係將第十八條文字列為「應考試、服公職」。顯欲以標點符號明確釐清「應考試」與「服公職」為兩項獨立權利，兩者並無必然關聯。然憲法原來版本之文字應為「應考試服公職」（見《國民政府公報》，民國 36 年 1 月 1 日，頁 3）；在此原來文字下，產生究竟該條係賦予人民「應考試權」與「服公職權」兩個獨立權利，抑或僅係賦予「應考試以服公職」的單一權利之問題。本席認為，憲法第十八條表面文義既然容有兩種解釋之可能，應參酌其他解釋方式釐清該條涵義。憲法第十八條所規定之應考試權為我國憲法創設之獨特基本權利，故解釋第十八條之考試權，應特別重視依據我國憲法架構之體系解釋。按憲法第八章（第八十三條以下）定有與服公職有關之考試，包括第八十五條所規定「公務員之選拔，應實行公開競爭之考試制度」及第八十六條所規定「公務人員任用資格」「應經考試院依法考銓定之」。但在憲法第八章下考試院主持之考試，未必均與服公職有關（專門職業與技術人員考試即與公職無關）；且服公職者亦未必均經憲法第八章之考試（例如本件服軍職者所參與之考試，為國防部舉辦，而非憲法第八章所規定之考試，亦應非憲法第十八條所規定應考試權之考試）。依體系解釋的結果，「應考試權」與「服公職權」顯然應為兩項獨立的權利。

本院釋字第五四六號解釋理由書亦謂：「人民依憲法規定有應考試、服公職之權。其中應考試之權，係指具備一定資格之人民有報考國家所舉辦公務人員任用資格暨專門職業及技術人員執業資格考試之權利；服公職之權，則指人民享有擔任依法進用或選舉產生之各種公職、貢獻能力服務公眾之權利。」

註二：本席曾對此提出修正之分類及審查標準。本席認為較適宜的分類應為：「程序性質之限制」、「主觀及實質之限制」、「客觀限制或剝奪」三種。「對從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由之實質限制」，其嚴重情形已相當於對於選擇職業自由所為之主觀限制，其限制之正當性要求應較「執行職業自由之非實質限制者」為高。而「以限制工作方法、時間、地點等執行職業自由之方式而已達對選擇職業自由之剝奪程度者」，其嚴重情形已相當於對於選擇職業自由所為之客觀限制，其限制之正當性要求自應最高（見本席於釋字第七一一號解釋所提出之協同意見書）。

註三：本席曾於本院釋字第六九四號、第六九六號、第七〇一號及第七〇八號解釋表示，我國雖非前揭公約之參與國，故無法直接引用該人權公約作為憲法解釋之依據，然此並不影響該國際文件所承認之各項人權及價值之普世性質，以及其得以作為解釋我國憲法基本權利內涵之重要考量依據。

一部協同一部不同意見書

大法官 蘇永欽

本件解釋以法律保留原則和比例原則審查中華民國九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章，有關以刑事前科為消極資格的規定，認定尚未違反法律保留原則，但因此一限制逾越必要程度，對人民的服公職權已因不符比例原則而構成侵害。本席雖同意後一結論，然而就服公職權的「進入」公職面向而言，本案實為首例，不同於一般僅具防衛性的工作權，人民的服公職權究竟有何內涵，自應加以釐清，其限制的必要性審查在方法上能否比附工作權，便不無疑義。法律保留原則的審查同樣會因考量此一本質的差異，而導致全然不同的結論，本席即分別就此二部分表達協同與不同意見。又本案其實也觸及了志願役軍職的考試問題，雖非本案爭點，但事關考試權的統一，也附帶論述。以下就從憲法第十八條應考試服公職的規定談起。

一、應考試服公職與工作權之間的關聯

憲法第十八條規定：「人民有應考試服公職之權」，依民國三十六年一月一日國民政府公報所公布的憲法全文，在應考試和服公職之間確實沒有頓號，因此不同於憲法第十一條、第十五條、第十六條和第十七條有頓號區隔的情形，按一般文理，兩者應屬同一基本權，而非人民有應考試權及服公職權。再和憲法第八十五條後段：「（公務人員）非經考試及格者，不得任用」合併觀察，服第十八條所稱的公職者，顯然指的就是第八十五條所稱的常任性質的公務人員；所應的考試，當然就是該條所稱的考試。但進一步考量第八十六條「應經考試院依法考選銓定」的規定，明明除了公務人員的任用資格外，還有專門職業及技術人員的執業資格。因此如果把第十八條的應考試框限於公務人員的考試，則被憲法以第八十六條規定作了「考銓保留」的專技人員進入市場管道，人民難道不能和服公職一樣主張應考試之權？本院的解釋實務向來就朝這個方向解釋（可參釋字第三五二號、第五四七號、第六五五號等解釋），釋字第六八二號解釋更在理由書中明確的肯定此處人民的應考試權：「憲法第十八條對人民應考試權之規定，除保障人民參加考試取得公務人員任用資格之權利外，亦包含人民參加考試取得專門

職業及技術人員執業資格之權利，以符憲法保障人民工作權之意旨。」但這樣一來，應考試就和服公職脫勾，而和工作權結合，應考試變成了獨立的基本權，只是受限於憲法第八十六條的規定，此處的考試應不包括其他國家機關舉辦的考試，就此本席在該號解釋中提出的協同意見有進一步的分析。另一方面，第十八條所稱的公職，在本院的解釋實務又向來不以憲法第八十五條所規定的常任公務人員為限，通過憲法第十七條規定的選舉，而非應考試取得的公職也包括在內（釋字第十五號、第四十二號、第二九〇號、第四六八號等解釋可參），依憲法通過政治任命而取得的公職（釋字第三八七號解釋），解釋上應該也是如此。於是從服公職權這一端來看，應考試也只是其中一種管道，服公職也和應考試脫勾了。

然而本院對第十八條的解釋，顯然不是只在應考試和服公職之間加入一個頓號或者「及」而已。綜合憲法第十七條、第十八條、第八十五條、第八十六條等，以及政府體制中有關政治任命的規定可知，我國人民有應考試執行專技業務、應考試成為常任公務人員和通過選舉、政治任命擔任政治性公職的權利。換言之，不論應考試還是服公職，這裡都是以工具目的關係組合的權利，不是兩個完全獨立的基本權，而且都明定於憲法。因此一如與考試連結的專門職業，應考試權的限制當然也就限制了服公職權（釋字第二〇五號解釋）或工作權（釋字第三五二號、第五四七號、第六五五號、第六八二號等解釋）。同樣的，限制了（被）選舉權，也限制了出任立法委員或總統的權利（釋字第二九〇號、第四六八號等解釋）。本院在審查限制應考試權的規定時，就不能不一併納入服公職權或工作權，始能完整確認是否符合憲法對人民基本權的保障。

從這個角度來看本案，很難迴避的一個問題，就是常業軍人是不是公職？如果肯定的話，要通過何種管道？本件解釋對於前者很明確的作了肯定的闡釋：「志願役預備軍官及預備士官為軍中基層幹部，係依法定程序選訓、任官，並依國防法等相關法令執行訓練、作戰、後勤、協助災害防救等勤務，自屬憲法第十八條所稱之公職。人民依法令所定方式及程序選擇擔任預備軍官或預備士官以服公職之權利，自應予以保障。」但對於如何取得服軍職權，必須通過何種憲法規定的管道，卻未做任何論述。很明顯的是，常業軍人不屬於憲法所定應通過選舉或政治任命才取得的公職，如果也不需要經過考試，則無異首次認定在憲法所定的各種進入公職的管道以外，還有一種公職是循憲法所未規定的管道而取得，也就是「人民依法令所定方式及程序選擇擔任」者，這樣的解釋如何在憲法上合理化，還有沒有其他公職可以通過類此憲法未規定的管道出任，若追問到底，必須先釐清：憲法對於服公職的各種管道特以明文規定，其意旨究竟為何？是否涉及服公職權在我國憲法基本權清單中的特殊定性？果然如此，若有某種公職的取得可不由憲法規定的管道，而逕以法律創設其程序，恐怕就會有合憲性的疑慮。本席以為，當本件解釋認定常業軍人為一種公職後，此一問題即接踵而來，實際上已經陷入無從迴避的窘境。然而常業軍人不是公職，又是什麼，這個問題早就明擺在那裡。

二、服公職權的定性與武職人員的考試

服公職權的性質，當然不是自由權，和屬於自由權的工作權（從事一定職業的自由），有其本質的差異，工作自由既和財產權一樣預設了市場經濟體制，其憲法保障也是市場經濟運作的必要支柱。按一般語意若把公職也看成一種工作，從而進入公職就是進入一種工作，雖無不可。但若論及公職的保障，而說「（服

公職權）範圍不惟涉及人民之工作權及平等權，國家應制定有關任用、銓敘、紀律、退休及撫卹等保障公務人員權益之法律，用以規範執行公權力及履行國家職責之行爲。」（釋字第四九一號解釋）逕將此處的工作涵攝於工作權，就是一種易滋誤會的憲法論述。公職是以國家爲雇主（Dienstherr）公務人員爲受僱人（Bedienstete）的特殊職業，而人民得自由選擇工作的工作權，則是一種排除國家干預、在自由市場選擇想從事的工作的權利，因此若從憲法工作權的角度來理解服公職權——一種排除國家干預的作爲國家受僱人的基本權？當然就說不通了。另一方面，服公職權同樣不能歸類爲一種請求給付性質的權利，國家不因第十八條而負有提供每個人民服公職機會的義務。那麼服公職權到底是何種權利，最簡單的講，應該就是人民參與國家公權力運作之權。

用 Georg Jellinek 以基本權爲人民在統治關係中的地位理論來說明，自由權是人民排除國家干預的消極地位（status negativus），受益權是人民請求國家給付的積極地位（status positivus），不能歸屬於二者的服公職權，則是人民以主權體成員參與國家統治權的主動地位（status activus），用通俗的話來說，就是具體表現人民當家作主的地位。什麼樣的權利可以讓屬於被統治者的人民保有當家作主的地位？最重要的當然就是選舉和被選舉權，有的國家還加上創制複決權，因爲人民在行使這些權利的時候，其實已經是在發動主權重組統治集團，或取代統治者直接作重要的政策決定，藉此落實憲法宣示的主權在民原則（憲法第二條）。此時他們都不是站在統治者的對面，一如消極和積極地位，而是在統治者的上面（也有人說這是人民授予少數人統治權的「人民保留」），因此不宜混爲一談。以瑞士爲例，其憲法的人權清單就在各種自由權之後，另設專節規定這種「政治性權利」（就是我國通稱的參政權），但通過選舉和間接的政治任命組成的政府，只能作成重要的決策，執行這些決策的凡百庶政，還有賴於相當人數高素質公務人員組成的官僚體系，才足以使政府把公權力有效的延伸到各個角落。當人民參與這類輔助統治者的公權力運作時，和人民通過普選而產生統治者，或通過公投而決定重大政策，那種真正的「當家作主」，固然有別，Jellinek 在一百多年前建構地位理論時，還只能抽象的把主動地位界定於「參與國家」（Teilnahme am Staate）而「與國家意志形成（staatliche Willensbildung）有關的部分」，可能也因此瑞士憲法沒有把服公職權列入參政權，但從更廣的角度來理解，這當然也是人民參與統治權運作非常關鍵的一環，是另一種主動地位的體現，和其他站在統治者對面一指消極和積極地位——的基本權，迥然不同。此所以德國基本法選在第一章的基本權清單外，第二章有關聯邦國家的規定中，納入了平等服公職的規定，即第三十三條第二項：「任何德國人均得依其性向、能力及專業表現有同等進入公職之機會」，雖然因爲放在清單外而被界定爲可據以提出憲法訴願、等同基本權的權利（das grundrechtsgleiche, verfassungsbeschwerdefähige Recht），權威憲法評釋書都認爲本條和第三十八條第二項規定的（被）選舉權同樣屬於典型的主動地位。值得注意的，是西元一九四八年頒布的世界人權宣言第二十一條第二項規定：「人人有平等機會參加本國公務的權利」，另外，一九七六年生效的公民與政治權利國際公約在規定參政權的第二十五條，也特別在第一項和第二項規定選舉權和選舉原則後，又以第三項規定：「（公民應有權利及機會）以一般平等之條件服本國公職」，一九九六年其第五十七屆會議通過的第二十五號一般性意見也在

第二十三點、第二十四點對此一服公職權作了進一步的具體化，此處不贅。唯有通過這樣的定性，才能真正對比出服公職權和工作權的差異，作為主動地位的服公職權，是源於主權在民原則的基本權（德國學者逕以其為民主原則衍伸的結果），而不像工作權那樣，和市場經濟體制之間存在互為條件的關係。此所以服公職權的主體必以國民為限，在開放的市場經濟體制下，消極對抗國家干預的工作權，通常會被認為連外籍居民也可主張（外國人不受遷入自由保障而使其因居留管制可能連帶受到的工作限制，為另一問題），也可見其本質的不同。

就我國而言，憲法第二章有關基本權利和基本義務的體系安排很清楚是受到了地位理論的影響，即消極地位（第七條至第十五條）、積極地位（第十六條）、主動地位（第十七條、第十八條）和被動地位（第十九條到第二十一條，其中第二十一條同時也是積極地位），再以第二十二條補前列各「自由權利」的不足。受到威瑪憲法影響的制憲者明顯有意的把服公職權定性為人民的主動地位，不僅如此，和普魯士文官傳統相輝映的正是中國千年以上的科舉取士而使布衣可以卿相的傳統，德國基本法第三十三條第二項所強調而且在實務上發展出十分嚴格標準的「平等進入」和「擇優錄用」原則，在我國憲法更以近於誇張的院級機關和國家壟斷的考試來為人民有公平機會參與公權力運作提供強大的制度性保障，和德國相比，只有過之而無不及，更遠超過其他國家的想像。帝國治理的經驗傳承，使得制憲者在第八十五條不但規定「公開競爭」的考試，還特別要求「應按省區分別規定名額，分區舉行考試」，目的就是要避免國家統治權被少數大省富區寡占，主管考試的考試院，不僅委員受到高度獨立的保障，而且其產生特由定額分配委員名額、有如代表省區利益的上院的監察院來行使同意權（憲法第八十四條、第九十一條），苦心孤詣，仍在確保人民進入公職的機會公平與地區平衡。這些制度設計在憲法的適用明確限縮於臺灣一地後，顯然已不適合而作了幅度頗大的調整，但獨立的考試院仍然存在，考試取士以斷倖進，使人民有相同機會服公職的基本理念始終如一。服公職權的主動地位定性，當然也全未改變。

從此一清楚的定性出發，回頭思考常業軍人是否為公職的問題，以及公職的取得是否必須限於憲法規定的管道，答案實已呼之欲出。擁有國防武力的軍隊是國家統治權非常核心的部分，軍隊的成員參與此部分公權力的行使，自屬憲法所稱的公職無疑。而性質為主動地位的服公職權，既須對所有主權體成員平等開放，其參與管道自然應由憲法規定，再以法律具體建制，而非於憲法規定後又可以法律另闢蹊徑。因此接下來要問的是，常業軍人這個公職依憲法應以何種方式取得？按常業軍人的任務是在總統和國防法所定機關決定的國防政策下，為使用武力而作準備，當然不屬於憲法第十七條規定的通過選舉取得的公職，也不是憲法在其他地方規定通過政治任命而取得的公職，剩下的唯一選擇，就是和常任文官一樣，依憲法第八十五條通過考試而任職。換言之，常業軍人和常任文官一樣，都是公務人員，因此也都要經考試及格，才許任用。這裡說的常業軍人，在改為募兵制前的現制下，就是本案所處理的國軍志願役軍士官，而不包括義務役軍人，義務役軍人所服的雖然也是公職，也是以所有國民為對象，但其服公職另有憲法的基礎，即第二十條人民服兵役的義務，這種基本義務在統治關係中剛好是人民的被動地位（*status passivus*），而非通過人民的自願選擇來參與；對於負有短期義務的人民，國家雖也可設定標準而汰除少部分，但與必須通過考試來擇優的公職，終不可並論。第八十五條的規定只適用於志願役的軍職，而不包含義

務役的軍職，應無疑義。至於文武職之間事物本質的差異，以及為免軍人干政而特於憲法第一百三十九條宣示的軍隊國家化原則，乃至導出第一百四十條文武分治、軍人不得兼任文官的規定，能不能視為憲法為第八十五條所作的特別保留？本席認為，也可以通過憲法整全的解釋，即從服公職權為人民的主動地位出發，軍職既為國家統治權非常核心的一部分，它就應該和文官體系一樣向全民平等的開放，而且通過考試來擇優錄取，就此考試院作為服公職權最重要的制度性保障，沒有因為文武分治而卸除的理由，剛好相反，憲法第一百三十八條、第一百三十九條既因歷史因素而對軍隊中立化提出更嚴格的要求，就更沒有理由以文武分治為理由，認為獨立的考試權反而不應及於軍隊，而把常業軍人的選任完全置於政治部門，使其更易暴露於黨派或私人的影響下。

現制下志願役軍士官由國防部考訓，應該只是因循行憲前的舊制，並不能在憲法上找到任何基礎，比起司法院掌理司法權是否及於軍事審判的爭議，否定說還有憲法第九條、第三十九條作為間接的依據（反對意見可參本席在釋字第七〇四號解釋的不同意見書），要挑戰考試院考試權的統一，連這樣的間接依據恐怕都找不到。以統帥權作為軍事審判存立基礎的論證，自釋字第四三六號解釋後已無空間，對於保障人民主動地位的考試權，本席同樣看不出統帥權的論點有何說服力。此所以現行的公務員法制，軍職有時候被納入，有時候又置身事外，比如公務員服務法第二十四條即涵蓋了「武職公務員」，連帶的本院在釋字第二六二號解釋也把軍人納入公務員懲戒的對象。同樣管理公務員風紀的公職人員利益衝突迴避法第二條，和該條引致的公職人員財產申報法第二條第一項，都把高階軍官（上校編階以上）納入管制。但因為考試院的考選權對常業軍職開了天窗，相扣合的銓敘、保障和訓練，也都跟著棄守。尤其相對於另外兩個特殊的公職領域——警察（釋字第六四六號解釋可參）和教育人員（釋字第二七八號、第四〇五等號解釋可參），本席不能不說，憲法為人民服公職權所設的制度性保障，在軍職部分仍有很大的漏洞待補，如果我們要認真對待我國憲法上特有的考試權的話。

三、服公職權限制應有較嚴的法律保留

服公職權主動地位的定性，對本件解釋而言，可能有影響的是審查其限制的標準和方法。先看法律保留原則，本院針對單純防衛性的工作權，在審查其限制是否不符合比例原則時，參考德國早期憲法法院見解發展出三階審查標準，但對法律保留原則的審查，則並未因所涉限制為執行職業或選擇職業而有區別，都採一般標準，即「得以法律或法律明確授權之命令加以限制」（釋字第五八四號解釋可參）。針對應考試而銓定資格者，限制參加考試者的資格，實際上就限制了從事專門職業、技術人員的工作權，或服公職權，其法律保留原則的審查是否應較為嚴格，本院的見解並不清楚，釋字第二六八號、第五四一號、第六八二等號解釋或嚴或寬，都無關參加考試的資格，而毋寧僅與如何銓定或評定的規定有關，其中釋字第六八二號解釋有這麼一段話：「憲法設考試院賦予考試權，由總統提名、經立法院同意而任命之考試委員，以合議之方式獨立行使，旨在建立公平公正之考試制度；就專門職業人員考試而言，即在確保相關考試及格者具有執業所需之知識與能力，故考試主管機關有關考試資格及方法之規定，涉及考試之專業判斷者，應給予適度之尊重，始符憲法五權分治彼此相維之精神。」把「考試資格」的規範權都給了考試院，只是範圍限於專門職業人員的考試而已，對公職人員的考試能否適用，應該還有解釋空間。從主動地位的重要性來看，人民對於

參加考試的資格有何限制，就如對於參加選舉的資格有何限制一樣，其資訊的近用應該儘可能求其方便，而且應該儘可能由民意代表本身來決定，換言之，法律保留原則在碰到主動地位時可能要提高到國會保留的程度，憲法第八十六條的「依法」，和第一百三十條的「依法」，應該都不是無意義的贅語。只是考量我國近年的法制改革，一方面行政程序法對於法規命令在資訊近用上的要求已大幅提高，另一方面立法院職權行使法對於法規命令的強制送審，都已使得法規命令在告知與民主正當性上和法律的差距縮小，因此本院過去連涉及人身自由剝奪的刑法都不再嚴格要求絕對的國會保留（釋字第五二二號解釋可參）。其審查標準如何設定較為穩妥，或許仍有推敲餘地。現行公務人員考試法對於應考資格的限制，有以法律直接規定者，如有關消極資格及高考、特考的學經歷資格等（第七條、第十五條至第十八條），也有由考試院訂定的，如有關年齡、體格標準，及其他各種考試分類、分科的應考資格（第五條、第六條、第十九條等）。其背後很明顯有「重要性」的考量。

相對於此，本件解釋處理的只是一份中華民國九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章，裡面有排除曾受刑罰宣告者報考的規定，簡章既沒有法律直接、明確的授權，因此只能含混的定性為「一般性法規範」，而且因為不是考試院依法舉行的國家考試，不是經過獨立、合議的考試院所作的專業性判斷，對有意參加國防武力運作的國民，能否參加就由一個相關機關組成的考選委員會以一份考試簡章作了關鍵決定，解釋竟用最寬鬆的標準來審查而推出不違反法律保留原則的結論，本席不能不說，對於我國憲法有意突顯的人民服公職權，實在是過於唐突。

四、限制服公職權只能作功能性的考量

就實體的審查而言，最大的問題還是在於方法。比較理論的質疑是，屬於人民主動地位的服公職權，在依憲法第二十三條審查其限制的必要性時，適不適合如同審查自由權的限制那樣，展開比例原則的思考去權衡所要防衛的自由和同樣為憲法保障的其他公共利益？比例原則的「過度禁止」（*Übermassverbot*）思考不能適用於積極地位的限制，因為在作請求給付基本權的審查時主要考量的毋寧是「不足禁止」（*Untermassverbot*），這部分已經很清楚；正如它也不能適用於被動地位，比如納稅基本義務的審查，就此本席也已多次說明（可參釋字第六八八號解釋本席所提意見書）。對於人民以主權體成員地位參加統治權運作的服公職權，比例原則所作的本質上是站在統治權對面的，防衛性基本權和公共利益的權衡，實際上也是扞格不入。就此有關參加選舉的限制—從而造成服公職權的限制，已如前述一，可以作最好的說明。

本院釋字第二九〇號解釋審查的就是當時公職人員選舉罷免法第三十二條第一項有關各級民意代表候選人學、經歷的限制，審查的結果認定「雖與其他國家不盡相同，但為提升各級民意代表機關之議事功能及問政品質，衡諸國情，尚難謂其與憲法有所牴觸。惟國民之教育日益普及，選舉人對於候選人選擇之能力相對提高，此項對各級民意代表候選人學、經歷之限制是否仍繼續維持，宜參酌其他民主國家之通例，隨時檢討，如認有繼續維持之必要，亦應重視其實質意義，並斟酌就學有實際困難之人士（例如因身體或其他原因其接受學校教育顯較一般國民有難於克服之障礙者），由立法機關為合理之裁量，而作適當之規定。」顯然就是只從該公職的功能觀點去作考量，而基於過渡性的權宜考量認定尚不違憲

，但對於有意參選而不合資格者屬於有主客觀困難的情形，認為立法機關仍應裁量給予某種適當的寬貸，其審查方法即可說完全體現了主動地位的內涵，而不同於比例原則的思維。鄭健才和楊日然兩位大法官提出的一部不同意見書剖析得更淋漓盡致，值得反覆吟詠品味：「民意代表之選舉，係基於『選民互選』之平等原則，兼顧『互選』在技術上困難之克服，而由法律定出『候選人』制度。故有選舉權者當然同時有被選舉權，選舉時可以選別人亦可選自己。祇不過自己非『候選人』時，成為不得選自己之例外而已。此謂之『法律限制』。除此之外，不得選自己之原因，亦僅存在於選舉人之年齡限制低於被選舉人之年齡限制之場合。是憲法第一百三十條所稱之『法律別有規定』，顯係指上述情形及選舉人與被選舉人之消極資格而言（如刑法第三十六條褫奪公權發生使選舉權與被選舉權同時喪失之效果）。殊難謂法律另可依此憲法規定而創設候選人之積極資格（如學經歷限制），致與憲法上之平等原則相違。」簡單的說，這種確保人民當家作主的基本權，連立法者都不能在憲法以外任意增加其他限制。至於應考試始能服的公職，因為不是參與國家意志形成的核心部分，而是正確無誤、忠誠無私執行此意志的部分，德國基本法才會特別要求應從適性、能力與專業表現去擇優錄取，而不是像民意代表那樣，即「販夫走卒、引車賣漿之流」應該也可以出來反映底層人民的民意，而不能由統治者恣意限制，同屬功能性的考量，只因公職不同，所考量者才會不同。但任何超出功能性的要求或限制，就會有違憲的疑慮。

本件解釋對系爭簡章的實體審查，仍然適用比例原則的思維，方法上雖不妥適，但在作合目的性的檢驗時，提到「為確保軍事學校學生及國軍幹部之素質，維持軍隊指揮監督，系爭規定乃以是否曾受刑之宣告，作為有無應考資格之限制，以預防報考之考生品德、能力不足等情事，肇生危害國家或軍事安全之虞」，仍符合功能性考量；接著作的必要性檢驗，最後因考量「過失犯因疏忽而觸法，本無如同故意犯罪之惡性可言，苟係偶然一次，且其過失情節輕微者，難認其必然欠缺應具備之服役品德、能力而影響國軍戰力」而認定系爭規定已屬過度，實質上也未逾越功能性的觀點，因此就結論而言，本席仍敬表支持。惟對人民服公職權的理解差之毫釐，審查起來仍會謬以千里，不能不表述不同和協同意見如上，期待未來對於各基本權的保障，能再不斷精進，是所至盼。

部分協同暨部分不同意見書

大法官 湯德宗

本件聲請人邱裕弘先生於中華民國九十三年間騎乘機車，不慎撞傷路人，曾試與傷者和解，因雙方關於和解金額認知差距過大，初未能達成協議，致該案刑事責任部分經臺灣桃園地方法院（註一）判處聲請人拘役五十日，得易科罰金；民事責任部分則於一審判決（註二）後，與傷者達成和解，賠償二十八萬元。嗣聲請人報名參加九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官第二梯次考選，詎遭國防部志願役專業預備軍官預備士官考選委員會依中華民國九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章（下稱「考選簡章」）壹、二、（二）之規定：「曾受刑之宣告……者，不得報考。……」（下稱系爭規定），以其曾受刑之宣告，不符應考資格為由，否准報名。聲請人不服，遞經行政訴訟程序（註三），以確定終局判決（最高行政法院一〇〇年度判字第2259號判決）所適用之系爭規定有違憲疑義，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款（註四）規定，聲請本院解釋憲法。

本席贊同由實質觀點，認定考選簡章屬「一般性法規範」，（註五）得為本院憲

法解釋之客體，而受理本件聲請。然關於多數意見之審查結論一系爭規定與「法律保留原則」無違，但過度限制人民「服公職」之權利，而違反「比例原則」，本席則有所保留。

一言以蔽之，本席以爲系爭規定所侵害者乃人民於憲法第十八條所保障之「應考試服公職」權，而非有與「應考試」無關之「服公職」權存在；其次，系爭規定既非法律之規定，亦未有法律之明確授權，而侵害人民「應考試服公職」權（廣義「參政權」），已違反法律保留原則而違憲。茲析述如下。

壹、「應考試服公職」權之保護範圍

憲法第十八條明定：「人民有應考試服公職之權」（「應考試」與「服公職」間，並無頓號）（註六），而系爭規定使曾受刑之宣告者，不得報考志願役預備軍官、預備士官班，顯然在限制「報考」。然而多數意見僅論述系爭規定侵害人民之「服公職」權（解釋理由書第二段參見），絕口不談「應考試」權是否受侵害，縱使所見其來有自，亦難令人信服。

按大法官歷來有關憲法第十八條「應考試服公職之權」之解釋，大致可以分爲兩個時期。早期的解釋多爲闡明公職人員「可否兼職」之疑義，並似受到憲法第一百零三條之影響，而從寬認定「公職」之範圍，例如釋字第四十二號解釋（43/11/17）釋示：「憲法第十八條所稱之公職涵義甚廣，凡各級民意代表、中央與地方機關之公務員及其他依法令從事於公務者皆屬之」。（註七）較近之解釋則多爲闡明憲法關於「公務人員制度性保障」之疑義，例如釋字第二四三號解釋（78/07/19）釋示：「中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務員所爲之免職處分，直接影響其憲法所保障之服公職權利，受處分之公務員自得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權……方符有權利即有救濟之法理」；釋字第五七五號解釋（93/04/02）釋示：「憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利」。（註八）

由於前述背景，大法官迄今有關憲法第十八條之詮釋幾乎全集中於「服公職」權。僅有兩件解釋「傍論」（dictum）嘗試界定「應考試服公職」之範圍，但皆因未能注意闡明「應考試」與「服公職」之關聯，而徒勞無功。

釋字第二六八號解釋（79/11/09）釋示：考試院擅以命令（註九）增設法律（註十）所無之限制，違反法律優位原則，應不予適用。其解釋理由有謂：「憲法第十八條規定人民有應考試、服公職之權。人民依法參加考試，爲取得公務人員任用資格或專門職業及技術人員執業資格之必要途徑，此觀憲法第八十六條規定甚明」（註十一）。準此，「應考試」乃「服公職」之前提（必要條件），然大法官前此已多次解釋，同條所謂「公職」乃泛指「依法令從事於公務者」，而「依法令從事於公務者」未必須經考試，是憲法第十八條所保障之「公職」乃未必以「應考試」所取得者爲限。（註十二）猶值商榷者，前揭理由書似刻意將「應考試」與「服公職」解讀爲兩個獨立的權利（前揭引文中首次以頓號區隔兩者，稱「憲法第十八條規定人民有應考試、服公職之權」）；且（註十三）隱約以憲法第八十六條爲準據，將「應考試」限縮解釋爲參加「考試院依法舉辦之考試」—公務人員任用資格考試與專門職業及技術人員執業資格考試。

釋字第五四六號解釋（91/05/31）補充解釋本院院字第二八一〇號解釋所謂「依考試法舉行之考試，對於應考資格體格試驗，或檢覈經決定不及格者，此項

決定，自屬行政處分。其處分違法或不當者，依訴願法第一條之規定，應考人得提起訴願。惟為訴願決定時，已屬無法補救者，其訴願為無實益，應不受理，依訴願法第七條應予駁回」，並不包括依國家制度設計，性質上屬於重複發生之權利或法律上利益，人民因參與或分享，得反覆行使之情形。其解釋理由書有謂：「人民依憲法規定有應考試、服公職之權。其中應考試之權，係指具備一定資格之人民有報考國家所舉辦公務人員任用資格暨專門職業及技術人員執業資格考試之權利；服公職之權，則指人民享有擔任依法進用或選舉產生之各種公職、貢獻能力服務公眾之權利」。

前揭論述沿襲了釋字第268號解釋的路徑，分別界定「應考試」權與「服公職」權的意涵，並正式將「應考試」限縮解釋為報考「考試院依法舉辦之考試」（公務人員任用資格考試與專門職業及技術人員執業資格考試）。至其定義「服公職」權乃「指人民享有擔任依法進用或選舉產生之各種公職之權利」，顯然以為「公職」不限於經由「考試院舉辦之國家考試」所取得者；（註十四）而其謂服公職權乃「貢獻能力服務公眾之權利」，則嘗試為該權利定性。

綜上，關於憲法第十八條所保障之「應考試服公職」權，大法官相關解釋迄未闡明「應考試」與「服公職」之關係，亦未確定其權利屬性。是本號解釋乃闡明「應考試服公職」權之保護範圍（Schutzbereich）的絕佳機會。

本席以為，本號解釋應修正本院解釋先例，正確闡釋「應考試服公職」權之義涵，包括：

一、「應考試服公職」權乃廣義之「參政權」

「應考試服公職」之權載在憲法第十八條，緊接於憲法第十七條「人民有選舉、罷免、創制及複決之權」之後，乃「參政權」（political rights）之一種。

按所謂「服公職權」，自比較憲法例觀之，即「平等參與公共服務之權」（the right of equal access to public service）（註十五），或稱「參與公共生活及服務之權」（right to participate in public life and service）（註十六），旨在保障公民有依平等之條件，參與公共服務的權利。次按德儒耶律聶克（Georg Jellinek, 1851~1911）的「國民地位理論」（Statustheorie），「參政權」乃人民立於「主動」地位，要求參與形成國家意思、共同行使國家統治權的權利。「服公職權」與「選舉權」及「被選舉權」之目的相同，皆「為國家而為給付」（Leistung für den Staat），僅手段有別，堪稱廣義之參政權。

二、「應考試服公職」權旨在保障人民有「經由公開競爭之程序」，以取得公部門職位，參與行使國家統治權力的權利。

相較於外國立法例，我國憲法第十八條稱「應考試服公職」之權實為進步。蓋其一方面顯示以「應考試」為參政之手段，乃有別於典型（狹義）之參政權（係以選、罷、創、複等投票行為為參政之手段）；他方面並顯示「應考試」與「服公職」兩者具有「手段與目的」之有機關聯。

申言之，「應考試」既為取得「服公職」之資格，則憲法第十八條之「應考試服公職」權並非保障人民有為其他（「服公職」以外之）目的而「應考試」的權利；反之，「服公職」之資格尚可無需「應考試」而取得者，該公職即非屬憲法第十八條「應考試服公職」權之保障範圍。是以經由「選舉」產生之民意代表

，或經由「政治任命」程序（如總統提名與立法院同意）產生之政務人員，一般雖亦以「公職人員」稱之（註十七），但其並非「應考試服公職」權所保障之「公職」範圍。準此以觀，前此大法官解釋將「應考試服公職」權裂解為兩個個別的「應考試權」與「服公職權」，顯有未妥。

三、所謂「應考試」之「考試」，應從實質觀點，從寬解釋為「公開競爭之程序」，而不限於考試院所舉辦之國家考試

究「應考試服公職」權之意涵所以滋生爭議（註十八），部分原因在於其文字構造一於「服公職」前，冠有「應考試」三字。此固可解為我國憲法受孫中山先生思想影響，強調考試取才之重要，所為之獨特安排。然所謂「考試」允宜依據憲法第八十五條之精神，從實質上解釋為「公開競爭之程序」，而不限於考試院依據憲法所舉辦之國家考試。尤其，「應考試服公職」權載在憲法第二章，乃人民受憲法保障之基本權利之一，其與憲法第八章所規定之考試院職掌，本無必然關係一兩章雖同稱「考試」，其意涵大可不同。

細繹憲法先於第八十五條規定：「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」；繼於第八十六條規定：「左列資格，應經考試院依法考選銓定之：一、公務人員任用資格。二、專門職業及技術人員執業資格」，足見制憲者僅欲將公部門之主要職務（即「公務人員」）與私部門之重要職業（即「專門職業及技術人員」（註十九））納入考試制度（規定非經考證不得任用或執業）。至「公務人員」以外之其他公職，倘立法者斟酌社會發展需要，以法律規定需經公開競爭程序始能取得任用資格，並非憲法所不許。是以前揭大法官釋字第五四六號及第二六八號等解釋將「應考試」權，定義為「報考國家所舉辦公務人員任用資格暨專門職業及技術人員執業資格考試之權利」，並無必要。

憲法第十八條之「應考試服公職」權與其說是在維護考試院的職權，不如說是在維護人民經由公開競爭程序，以獲取擔任公職之資格。是以，服「公職」之範圍不應侷限於須經考試院舉辦之國家考試始能取得任用資格或執業資格者。哪些公部門的工作應開放由人民經公開競爭之程序取得，應視社會發展需要而定，宜委由政治部門（尤其是立法部門）判斷。

綜上，凡依法令應經公開競爭之程序，以取得從業資格，進而參與行使國家統治權之職務，即屬「應考試服公職」權之保障範圍。

四、系爭軍官、士官班「入學考試」亦屬「應考試」之「考試」範圍

乍看之下，系爭考選簡章所涉九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班入學考試（下稱「入學考試」）與取得公職任用資格之「任用考試」確屬有別。惟憲法因採「文武分治」原則（註二十），職業軍人之養成（軍事教育）迄為國家所獨占（與常任文官之循多元管道養成者迥異），並強調教育、訓練、任用一以貫之（依相關規定（註二十一）受預備軍官或預備士官基礎教育期滿成績合格者隨即分別以少尉或下士任官分發，無需再經任官考選程序），是以系爭考選簡章關於系爭職業軍人（常任武官）「入學考試」應試資格之消極限制，其作用殆與公務人員（常任文官）「任用資格考試」應試資格之消極限制相當。兩者時間序列雖有前後之別，但其阻絕有志者經由競爭程序，參與公共服務（擔任文、武公職）之作用，並無不同。因此，應認系爭軍官、士官班「入學考試」亦「應考試服公職」權所保障之（任用）「考試」範圍。（註二十二）

五、由憲法第十八條「應考試服公職」權，至憲法第十五條「工作權」之體系建構

從來，憲法第十八條之「應考試服公職」權與憲法第十五條之「工作權」猶如兩平行線，學說論述鮮有交集。經過前述關於憲法第十八條「應考試服公職」權之釋義努力，憲法上工作權的概念體系已然浮現，可繪如【圖一】示意。

約言之，憲法第十五條所保障之「工作權」（即人民有選擇「職業」之自由），其所稱「工作」乃兼指「公部門」之職務與「私部門」之職業而言。（註二十三）其中「公部門之職務」（廣義之「公職」）包括憲法第十八條之「應考試服公職」之「公職」與「其他（無需經考試即可擔任之）公職」。（註二十四）而「應考試服公職」之「公職」主要指須經任用資格考試之「公務人員」（常任文官）與須經公開競爭程序始得入學訓練，並於結業時逕行派任之「職業軍人」（常任武官）；並兼含其他依法令應經公開競爭程序以取得任用資格之職務。（註二十五）亦即，憲法第十八條乃憲法第十五條之特別規定；兩者關於維護公共利益與確保服務品質之考量未必相同。另，按憲法之設計，各種「工作」（職業）中，僅最核心之公職人員（公務人員）之任用與最關乎公益之「專門職業及技術人員」之執業，須經過國家考試（公務人員任用資格考試與專門職業及技術人員執業資格考試）。

總結以上論述，本件解釋之解釋理由書第二段應修正如下：

憲法第十八條規定：「人民有應考試服公職之權」，旨在保障人民有依法令經由公開競爭之程序，以取得從事公務之資格，進而參與形成國家意思、共同行使國家統治權之權利。本院釋字第二六八號、第五四六號解釋應予補充。志願役預備軍官及預備士官為軍中基層幹部，係依法定程序選訓、任官，並依國防法等相關法令執行訓練、作戰、後勤、協助災害防救等勤務，自屬憲法第十八條所稱之公職。人民應有依法令公平參與競試，以取得擔任預備軍官或預備士官資格，參與公共服務之權利。國防部九十八年四月二十七日修正發布之預備軍官預備士官選訓服役實施辦法（下稱選訓服役辦法）第十六條第一項規定，受預備軍官或預備士官基礎教育期滿成績合格者，除該辦法另有規定外，分別以少尉或下士任官分發，並自任官之日起服現役。大學或專科以上畢業生，如擬擔任志願役專業預備軍官或預備士官，須經系爭考選錄取並完成基礎教育。受基礎教育期滿成績合格時，即分別以少尉或下士任用分發，無需另經任官考試。系爭簡章壹、二、（二）規定：「曾受刑之宣告……者，不得報考。……」（下稱系爭規定）所為消極資格之限制，使曾受刑之宣告者不得參加系爭考選，因而無法取得擔任志願役預備軍官或預備士官之資格，自屬對人民「應考試服公職」權利之限制。

貳、系爭規定違反法律保留原則

關於系爭規定（系爭入學考試消極應試資格），本席審查後獲致與多數意見相同之評價——違憲，但本席以為：與其「遮遮掩掩」（因為難以說明何以本案對於系爭規定應採用較為嚴格之審查基準）（註二十六）、「語焉不詳」（因為關於比例原則之操作方法大法官間迄無穩定的共識）（註二十七）地從實質上審查，並宣告系爭限制逾越「必要」程度，違反比例原則，反不如大大方方、直截了當地從形式上審查，並宣告系爭規定既非法律之規定，亦未有法律之明確授權，而限制人民「應考試服公職」之權，已違反法律保留原則。

對於考試權之作用，大法官向來採取較寬鬆（低密度）之法律保留。例如面

對考試院未有法律之授權，可否逕自訂定考試規則，規定考試錄取人非經「實習」不發給及格證書之質疑，釋字第一五五號解釋即釋示：「考試院為國家最高考試機關，得依其法定職權訂定考試規則及決定考試方式；『六十三年特種考試臺灣省基層公務人員考試規則』第八條關於實習之規定及『六十三年特種考試臺灣省基層公務人員考試錄取人員實習辦法』之規定，均未逾越考試院職權之範圍，對人民應考試之權亦無侵害，與憲法並不牴觸。」準此，在其職權範圍內，考試院得以「命令」（至少暫時）權充「法律」。

釋字第六八二號解釋釋示考試院尚非不得基於法律授權，以命令規定專門職業人員考試之應試科目暨及格標準。謂：「對於參加考試資格或考試方法之規定，性質上如屬應考試權及工作權之限制，自應符合法律保留原則、比例原則及平等權保障等憲法原則。惟憲法設考試院賦予考試權，由總統提名、經立法院同意而任命之考試委員，以合議之方式獨立行使，旨在建立公平公正之考試制度；就專門職業人員考試而言，即在確保相關考試及格者具有執業所需之知識與能力，故考試主管機關有關考試資格及方法之規定，涉及考試之專業判斷者，應給予適度之尊重，始符憲法五權分治彼此相維之精神」。

隨著國家法治文明之進展，如上寬鬆之法律保留已經到了全面檢討的時候。以本案情形而言，至少有四項理由敦促大法官應要求系爭規定回復普通密度之法律保留。

一、系爭規定乃對「應考試服公職」權（廣義參政權）之限制，應適用普通密度之法律保留

大法官釋字第四四三號解釋於解釋理由書第一段闡釋了著名的「層級化法律保留」原則，指出決定規範密度應考量之因素：

「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：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。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：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆……」。

「應考試服公職」權應定性為廣義之「參政權」，已如前述。其所保護之法益雖不若生命或身體自由重要，惟鑑於其關係公共生活（public life）之形塑，對於參政權之限制應回復適用普通密度之法律保留—應由法律直接規定，或以法律明確授權之命令規定。

二、應考人「消極資格」之規定與考試科目、及格方式等不同，並非執行法律之技術

性、細節性事項

本件系爭規定乃關於應考人「消極資格」之限制，重大影響人民「應考試服公職」之權，與（釋字第六八二號解釋所牽涉之）考試科目、及格方式等規定不可同日而語。且系爭規定並非僅屬執行法律之細節性、技術性次要事項，而得由主管機關（不待法律授權）逕自發布命令為必要之規範。

是關鍵在於系爭規定是否合於「授權明確性」之要求？按兵役法（102/01/02 修正公布）第十一條第一項規定：「……預備軍官、預備士官選訓服役實施辦法，由國防部會同相關機關定之」。國防部、內政部及教育部於一〇二年五月十六日會銜修正發布之「預備軍官預備士官選訓服役實施辦法」第三條規定：「預備軍官或預備士官年度考選之對象、方式、員額、專長職類、資格、報名方式及其他相關事宜，由國防部訂定考選計畫實施……」，並於同辦法第五條第一項續規定：「預備軍官或預備士官之考選，由國防部、內政部、教育部等相關機關依考選計畫組成考選會，訂定考選簡章辦理……」。綜觀以上「授權」，人民既無從預見「應考人消極資格」之內容，自難謂已符合「授權明確性」之要求——法律關於授權之目的、內容及範圍，俱已具體明確規定。（註二十八）

三、公務人員任用考試之應考人消極資格率以法律規定

與系爭規定作用相當之各類公務人員任用資格考試有關應考人消極資格之限制，目前皆已改由法律直接規定。（註二十九）本席不解何以放任系爭規定仍由軍事機關自為裁量。

四、釋字第七〇七號解釋後，侵害（干涉）行政已無適用低密度法律保留之空間

本院釋字第七〇七號解釋業已將法律保留提升至空前高度，要求凡事涉重大公益之「授益行政」皆須以法律或法律明確授權之命令規定，（註三十）本件系爭規定乃重大影響人民應考試服公職權之「侵害行政」，豈能反而適用較低密度之法律保留？！

本件解釋錯失了修正（補充）本院解釋先例，正確闡明憲法第十八條「應考試服公職」權之內涵，並適時提升考選行政「法律保留」密度之機會，殊為可惜。古人云：「大處著眼，小處著手」，實有至理藏焉。

註一：參見臺灣桃園地方法院九十四年度交簡上字第六六號刑事判決。

註二：參見臺灣桃園地方法院九十四年度訴字第八五一號民事判決。

註三：參見臺北高等行政法院九十九年度訴字第二〇七七號判決（一〇〇年四月十四日）及最高行政法院一〇〇年度判字第二二五九號判決（一〇〇年十二月二十九日）。

註四：司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：……二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者」。

註五：參見解釋理由書第一段之說明。按本院將招生簡章定性為「一般性法規範」，而納入本院憲法解釋之客體，殆始自大法官釋字第六二六號解釋（參見該號解釋理由書第一段）。

註六：參見《國民大會實錄》，國民大會秘書處編印，頁 464 以下（1946 年 12 月，影像檔收於國會圖書館，網址：

<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/ttsweb?@179:1318181825:T1#JUMPOINT>）。並

參見《綜合小六法》（新學林：2013 年 3 月，第 29 版）；《月旦簡明六法》（元照：2012 年 9 月，第 23 版）。

惟部分教科書所附法條卻作「人民有應考試、服公職之權」，應屬誤植。參見張君勱，《中華民國民主憲法十講》，頁 180（洛克，1997 年 9 月再刷）；劉慶瑞，《中華民國憲法要義》，頁 264（自版，1990 年 11 月 2 版）。

註七：並參見大法官釋字第一三一號解釋（60/09/24）（「公務員服務法上之公務員，不得兼任私立學校之董事長或董事，但法律或命令規定得兼任者，不在此限。本院院字第二三二〇號解釋應予補充釋明」）；釋字第一五七號解釋（68/04/13）（「私立學校法施行後，對於私立學校不具監督權之公務員，除法律或命令另有規定外，亦不得兼任私立學校之董事長或董事，本院釋字第一三一號解釋，仍應有其適用」）。

雖然憲法第十八條與憲法第一百零三條（「監察委員不得兼任其他公職或執行業務」）同樣使用「公職」二字，然兩者規範目的不同，本無須為相同之解釋。

註八：並參見釋字第三二三號解釋（82/06/18）（「各機關擬任之公務人員，經人事主管機關任用審查，認為不合格或降低原擬任之官等者，於其憲法所保障服公職之權利有重大影響，如經依法定程序申請復審，對復審決定仍有不服時，自得依法提起訴願或行政訴訟，以謀求救濟」）；釋字第三三八號解釋（83/02/25）（「主管機關對公務人員任用資格審查，認為不合格或降低原擬任之官等者，於其憲法所保障服公職之權利有重大影響，公務員如有不服，得依法提起訴願及行政訴訟」）；釋字第四三〇號解釋（86/06/06）（現役軍官依有關規定聲請續服現役未受允准，並核定其退伍，已影響軍人身分之存續，而損及憲法所保障服公職之權利）；釋字第四五五號解釋（87/06/05）（「國家對於公務員有給予俸給、退休金等維持其生活之義務」）；釋字第四八三號解釋（88/05/14）（「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」）；釋字第六〇五號解釋（94/11/09）（「公務人員依法銓敘取得之官等俸級，基於憲法上服公職之權利，受制度性保障」）；釋字第六一一號解釋（95/05/26）（「憲法第十八條保障人民服公職之權利，包括公務人員任職後依法令晉敘陞遷之權」）。

註九：參見考試法施行細則（71/06/15 修正發布）第九條第二項：「公務人員考試及格人員，同時取得專門職業及技術人員考試及格資格者，其考試總成績，須達到專門職業及技術人員考試之錄取標準」。

註十：參見考試法第七條（51/08/29 修正公布）：「公務人員考試與專門職業及技術人員考試，其應考資格及應試科目相同者，其及格人員同時取得兩種考試之及格資格」。

註十一：參見該號解釋之解釋理由書。

註十二：參見釋字第四十二號解釋（43/11/17）（「憲法第十八條所稱之公職涵義甚廣，凡各級民意代表、中央與地方機關之公務員及其他依法令從事於公務者皆屬之」）。

註十三：早先的釋字第二〇五號解釋（解釋文）稱「應考試服公職之權」。亦即，「

應考試」與「服公職」間並無標點符號。

註十四：除該號解釋外，大法官多僅泛稱：「憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務之權利」。參見釋字第四九一號解釋（88/10/15）、第五八三號解釋（93/09/17）、第六一四號解釋（95/07/28）理由書、第六五八號解釋（98/04/10）理由書。

註十五：See, e.g., International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) ¶25 (The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service):

“Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions:

- (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives;
- (b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors;
- (c) To have access, on general terms of equality, to public service in his country.”

See also General Comment No. 25 (1996/07/12); Universal Declaration of Human Rights ¶21.

註十六：See, e.g., Institute for Public Policy Research, A Written Constitution for The United Kingdom (1991) ¶15 (Right to Participate in Public Life and Service):

“Every adult citizen has the right and the opportunity, without unreasonable restrictions...

- 2.to vote and to stand for election at genuine periodic elections,
...
- 3.to participate, on general terms of equality, in public service.
”

註十七：參見公職人員選舉罷免法（100/05/25）第二條：「本法所稱公職人員，指下列人員：一、中央公職人員：立法院立法委員。二、地方公職人員：直轄市議會議員、縣（市）議會議員、鄉（鎮、市）民代表會代表、直轄市長、縣（市）長、鄉（鎮、市）長、村（里）長」。

註十八：學者關於「應考試服公職」權之解釋約可歸納為三種。第一種見解認為「應考試服公職」權即係「保護人民有應考試而服公職之權利」，參見林紀東，《中華民國憲法逐條釋義（第一冊）》，頁 287（自版，1978 年 11 月 3 版）。第二種見解認為「應考試」與「服公職」乃不同之權利，參見吳庚 & 陳淳文，《憲法理論與政府體制》，頁 281（自版，2013 年 9 月初版）；謝瀛洲，《中華民國憲法論》，頁 73（自版，1961 年 1 月 9 版）；陳新民，《憲法學釋論》，頁 338-340（自版，2008 年 9 月 6 版）；李惠宗，《憲法要義》，頁 295（元照，2008 年 9 月 4 版）；許育

典，《憲法》，頁 310（元照，2010 年 8 月 4 版）；吳信華，《憲法釋論》，頁 370-371（三民，2011 年 9 月初版）；陳慈陽，《憲法學》，頁 631（元照，2005 年 11 月 2 版）；蕭文生，《國家・基本人權・政府組織》，頁 631（五南，2011 年 6 月初版）。第三種見解則認為「應考試服公職」權實際上即「平等就任公職之權」，重點在於平等，參見薩孟武，《中國憲法新論》，頁 134（三民，1988 年 3 月 7 版）。

註十九：按制憲者將屬於私部門之「專門職業及技術人員」納入考試制度，殆因其需具備特殊學識或技能，且其從事之業務與公共利益密切相關。參見大法官釋字第四五三號解釋（「憲法第八十六條第二款所稱之專門職業及技術人員，係指具備經由現代教育或訓練之培養過程獲得特殊學識或技能，而其所從事之業務，與公共利益或人民之生命、身體、財產等權利有密切關係者而言」）；釋字第六八二號解釋（「憲法設考試院賦予考試權……就專門職業人員考試而言，即在確保相關考試及格者具有執業所需之知識與能力」）。並參見釋字第三五二號解釋（土地登記涉及人民財產權益，故土地登記專業代理人係屬專門職業）；釋字第五四七號解釋（醫師從事醫療行為，不僅涉及病患個人之權益，更影響國民健康之公共利益，自屬專門職業人員）；釋字第六五五號解釋（處理商業會計事務之人員必須具備一定之會計專業知識與經驗，故屬專門職業人員之一種）。並參見陳愛娥，〈證照制度與工作權保障之關係－以「專門職業及技術人員執業資格」之界定為觀察重心〉（司法院大法官一〇一年度學術研討會）。

註二十：參見憲法第一百四十四條（「現役軍人不得兼任文官」）。

註二十一：參見預備軍官預備士官選訓服役實施辦法（102/05/16）第 16 條第 1 項（「受預備軍官或預備士官基礎教育期滿成績合格者，除本辦法另有規定外，分別以少尉或下士任官分發，並自任官之日起服現役」）。

註二十二：此處亦見本席與多數意見之不同。本席認系爭規定所侵害者乃憲法第十八條之「應考試服公職」權，多數意見僅認系爭規定侵害憲法第十八條之「服公職」權，而避談是否侵害「應考試」權。

註二十三：可以算式表示：「工作」＝「公部門職務」＋「私部門職業」。

註二十四：可以算式表示：「公部門職務」（廣義之「公職」）＝「應考試服公職」之「公職」＋其他（無需經考試即可擔任之）公職。

註二十五：可以算式表示：「公職」＝「公務人員」（常任文官）＋「職業軍人」（常任武官）＋其他（依法應經公開競爭程序取得任用資格之）職務。

註二十六：多數意見固未明白宣示本案於判斷系爭規定違反「比例原則」時，係採取哪種審查基準（審查密度），然綜觀解釋理由書第五段（「系爭規定乃以是否曾受刑之宣告，作為有無應考資格之限制，以預防報考之考生品德、能力不足等情事，肇生危害國家或軍事安全之虞，所欲維護者，確屬重要之公共利益……」）及解釋理由書第六段（系爭規定對「苟係偶然一次，且其過失情節輕微者」，未設有例外規定，一概「剝奪（曾受刑之宣告者）透過系爭考選以擔任軍職之機會」，已「逾越必要程度」），顯然係採取「較為嚴格之審查標準」（「中標」）以上之審查基準，始能獲致「違憲」之結論。

讀者只需對照釋字第五八四號解釋（釋示道路交通管理處罰條例第三十七

條第一項限制具有特定暴力及性犯罪前科者，終身不得辦理營業小客車駕駛人職業登記之規定合憲）、釋字第626號解釋（釋示中央警大碩士班招生簡章拒絕色盲者入學之規定合憲），即見本號解釋審查標準之嚴苛。

註二十七：最顯著的表現在於手段「必要性」原則之審查操作。相較於釋字第584號解釋許宗力大法官協同意見書（「系爭條文是否屬於最小侵害手段，乃是本件最值得檢討之處。關鍵在於究竟是否存在一個能夠相同有效達成目的，對相對人基本權（當然是指職業自由）侵害較小，且未造成不可期待之公益成本負擔（例如增加對第三人權益之負擔，或造成國家財政困難等）之手段存在」），本號解釋多數意見（解釋理由書第六段）所謂：「系爭規定……非屬達成目的之最小侵害手段，逾越必要程度，牴觸憲法第二十三條比例原則」，乃完全不考慮是否「有多種同樣能有效達成目的之方法時」之前提，直接要求「應選擇對人民權益侵害最小」之限制手段。其審查之嚴苛之程度殆已接近美國聯邦最高法院所謂「嚴格審查基準」（strict/ heightened scrutiny）。關於比例原則之操作檢討，詳見湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探－「階層式比例原則」構想〉，輯於廖福特（主編），《憲法解釋之理論與實務（第六輯）》，頁 581 以下（尤其頁 596～598）。

註二十八：參見釋字第680號解釋（「立法機關以委任立法之方式，授權行政機關發布命令，以為法律之補充，雖為憲法所許，惟其授權之目的、內容及範圍應具體明確。至於授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱……懲治走私條例第二條第一項所科處之刑罰，對人民之自由及財產權影響極為嚴重。然有關管制物品之項目及數額等犯罪構成要件內容，同條第三項則全部委由行政院公告之，既未規定為何種目的而為管制，亦未指明於公告管制物品項目及數額時應考量之因素，且授權之母法亦乏其他可據以推論相關事項之規定可稽，必須從行政院訂定公告之「管制物品項目及其數額」中，始能知悉可罰行為之內容，另縱由懲治走私條例整體觀察，亦無從預見私運何種物品達何等數額將因公告而有受處罰之可能，自屬授權不明確，而與上述憲法保障人民權利之意旨不符。」）。

另，「軍事教育條例」第五條第三項雖授權國防部就「學生班次之設立、入學方式、入學資格、修業期限、修業課程、成績考核、學籍管理、畢業資格」等訂定規則，惟人民由前述授權實難預見「軍事學校學員生修業規則」第八條之三第一項之內容（「學員生入學，應具備下列條件：……三、未曾受刑之宣告、感訓處分、保安處分或保護處分者。……」）。

註二十九：參見公務人員考試法第七條、公務人員任用法第二十八條、警察人員人事條例第十條之一。

另，其他無需經考試取得任用資格者，其消極資格亦皆已改由法律規定。參見教育人員任用條例第三十一條及第三十三條，公職人員選舉罷免法第二十六條及第二十七條等。

註三十：本席嘗分析大法官有關「法律保留原則」之解釋，力主「侵害（干預）保留」與「授益（給付）保留」應有區別，反對全面將授益行政提升至高密度法律保留，詳見本席於釋字第707號解釋之「部分不同意見書」。

本件解釋認為，國防部所訂頒「九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章」壹、二、（二）：「曾受刑之宣告……者，不得報考」之規定（下稱系爭規定），既有兵役法第十一條第一項規定：「前二條預備軍官、預備士官選訓服役實施辦法，由國防部會同相關機關定之。」以及軍事教育條例第五條第三項就軍事養成教育規定：「學生……入學資格……等事項之規則，由國防部定之。」之概括授權，且未逾越授權範圍，自與憲法第二十三條法律保留原則無違。惟就系爭規定之限制，對應受保障基本權利的實現究否具有重要性，得否逕以法律授權命令為補充規定，以及授權是否具體明確之基本問題，卻未置一詞，系爭規定自無當然就符合法律保留原則之理，爰就此部分提出本意見書。

壹、法律保留原則向來扮演守護民主法治國的重要角色，切莫將之視為過時的老生常談而輕忽略過，對其易惹塵埃之處尤應勤加拂拭

透過司法院大法官的釋憲實務，將發軔於德國現代法治社會的法律保留（*Vorbehalt des Gesetzes*）原則，與我國憲法第二十三條成功接軌後，迄今累積之相關解釋已不勝枚舉，（註一）再結合許多有關「法律明確性」、「法律授權明確性」、「法律內容應實質正當」的解釋，其所生維持憲政秩序、保障人權的成果堪稱豐碩。從思潮繼受到本土化的遞嬗過程中，各該解釋除記載憲法脈動的軌跡並初步兌現法治的諾言外，顯已將法律保留證立為我國憲法或違憲審查不可或缺的原則，毋寧也是一項頗值表彰的憲政成果。創業維艱，守成卻不易，若時常中挫而退卻，要再祈求發揚光大，恐將事倍功半。

法律保留原則的內涵及其所扮演的關鍵角色，應可從兩個面向扼要闡揚。首先，單從基本權利的限制或剝奪應經「主權者」直接或間接同意之民主觀點言，將據以發動公權力的「法律」規範制定權，「保留」給具備直接民主正當性而較能有效整合並形成民意的立法者，契合「人民當家作主」的事理與邏輯，此時的法律保留原則，係以法治確保民主精神並維護人民基本權利的重要憲法機制。其次，從權力分立相互制衡原則言，憲法既將公權力制頒「法律」規範的首要管轄權（*primare Zuständigkeit*）分配、保留給立法者，實已在該領域範圍內預設立法者針對其他公權力所應負起「制衡之權責」優先於「尊重合作之義務」的價值決定，自不許其他公權力利用訂定法律位階以下規範權之機會，產生實質凌駕或扭曲民意而「騎在人民頭上」的反民主現象。但當立法者怠於行使前述制衡權責時，正是憲法設置違憲審查機制以制衡立法權的必要時機，若違憲審查者仍睜一隻眼閉一隻眼，或以「立法形成自由」卸責，就需為掏空、墮壞法律保留原則而共同承擔責任。

綜上，如果吾人還願意奉行憲政主義，憲法仍要被稱為人民權利的保障書，自由民主憲政秩序中法治國原則下之法律保留原則核心本質之人權保障，才是司法審查最必須予以尊重並持續付諸實踐的部分。（註二）若違憲審查者在此把關得當，可將民主、法治與人權串結為一良性循環體，互為表裡，多數意見雖高高舉起法律保留原則，但卻避重就輕將之放下，態度自非可取。

貳、法律保留原則作為違憲審查依據的密度並非僵化，反之，有與時俱進追求動態平衡的軌跡可尋，而防止傾斜的重要平衡桿，應是所謂「重要性理論」

法律保留原則固是憲法上重要原則，但基於憲法之原則與制度間，具有折衝

空間，各基本權利保護與限制容會產生競合或衝突，法律保留原則的密度就不可能絕對化。首先，前述「立法形成自由」的界限抉擇，關係憲法權力板塊的位移，往往會觸動釋憲風格究屬積極、消極或務實評價的敏感神經，為展現釋憲者多元憲政價值觀，法律保留原則就不可能是「鐵板一塊」而紋風不動。其次，就以憲法所承認的大學自治、地方自治等制度為例，本院釋字第三八〇號及第四五〇號解釋就共同指出：「立法及行政措施之規範密度，於大學自治範圍內，均應受適度之限制。」再依釋字第五六三號解釋：「立法機關對有關全國性之大學教育事項，固得制定法律予以適度之規範，惟大學於合理範圍內仍享有自主權。」釋字第六二六號解釋另又指出，大學自治下自治規章，只要「未逾自治範圍，即難指摘與法律保留原則有違。」顯見，在該領域內法律保留原則就有相對化的可能。至因地方自治而降低法律保留要求，亦非難以想像之事（本院釋字第四九八號、第五二七號、第五五〇號、第五五三號等解釋參照）。其三，本院釋字第四四三號解釋即具體建構憲法保留、絕對法律保留、相對法律保留及不需法律保留之層級體系及不同控制密度的可能性。最後，法律保留原則尚有可能因中央政府體制屬「內閣制」、「總統制」或「雙首長制」而有不同之控制強度或密度；且常遭到「行政保留」、「功能最適論」、「在個別事務領域會有不同適用」等理論，挖牆角式的衝擊。在此複雜情形下，違憲審查者不可不慎重，應眼觀四方、耳聽八方善盡守門把關工作，與時俱進盯緊統治者作為權力依據的規範制定權行使，實質上是否已違背人民委託與信任，例如：是否例外與原則倒置而失衡，洵至基本權利保障與權力制衡機制失所附麗。惟有如此，方有可能繼續厚植憲政秩序穩定基礎，使法律保留原則不致淪為口號。總之，不能如本件解釋之多數意見，將法律保留原則豎為僅具象徵意義的「人形立牌」。

欲在動態狀況下使法律保留原則發揮守護憲法的平衡功能，就必需正視其所內含的所謂「重要性理論」（Wesentlichkeitstheorie）或稱「重要性原則」（Wesentlichkeitsprinzip）。簡言之，即對所欲保障基本權利之實現，若屬重要部分者，應保留給法律規範，此係德國聯邦憲法院從學校法（Schulrecht）領域之在學關係（Schulverhältnis）中所發展出來的理論。（註三）若運用在本件解釋，當法規範內容被評價為對實現基本權利具重要意義時，除要求應以法律規定外，一方面，可進而要求適用「法律明確性原則」，尤其是應使「受規範者所得預見」。另一方面，若於性質上得由法律授權以命令補充時，應要求授權之內容、目的與範圍應具體明確，適度抑制空白授權的可操作空間，此時，自不生「在母法概括授權情形下所發布之命令是否超越法律授權，不應拘泥於法條所用之文字，而應就該法律本身之立法目的，及其整體規定之關聯意義為綜合判斷之運用」之問題。重要性理論從而成為法律保留原則、法律明確性原則及法律授權明確性原則，三者之間動態關係的重要平衡桿。重要性理論的實踐固須先由立法者判斷為之，（註四）惟須再重申的是，遇有爭議時，正是考驗違憲審查就權力分立「相互尊重」或「相互制衡」，何者較有利於人民基本權利保障而得介入審查的地帶，係使法律保留原則從形式進入實質的必經歷程，自不能如本件解釋對具穩定憲政秩序及法律和平重要平衡桿的「重要性理論」視而不見。

- 、「曾受刑之宣告者不得報考」之限制規定，對實現「人民服公職權」或「職業選擇自由」顯屬重要，難謂屬技術性或細節性事項，以概括授權「辦法」、「規則」及「簡章」訂定之，自有悖於法律保留原則之本旨

一、應受保障的是「人民服公職權」或「職業選擇自由」？

多數意見認為：「憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務之權利。志願役預備軍官及預備士官為軍中基層幹部，依法定程序選訓、任官，並依國防法等相關法令執行訓練、作戰、後勤、協助災害防救等勤務，自屬憲法第十八條所稱之公職。人民依法令所定方式及程序選擇擔任預備軍官或預備士官以服公職之權利，自應予以保障。」該段話所指涉的基本權利，除憲法第十八條「服公職權」外，尚及於憲法第十五條工作權中選擇公職為職業的「職業選擇自由」。在基本權利競合（Grundrechtskonkurrenz）情況下，本件解釋未附理由地選擇「服公職權」作為審查依據，應已埋下日後爭議的種子。

就「服公職權」一語，本院釋字第五四六號解釋稱：「服公職之權，則指人民享有擔任依法進用或選舉產生之各種公職、貢獻能力服務公眾之權利。」就「公職」一詞，本院釋字第四十二號解釋謂：「憲法第十八條所稱之公職涵義甚廣，凡各級民意代表、中央與地方機關之公務員及其他依法令從事於公務者皆屬之。」至就「公職人員」則有不同立法之定義（公職人員財產申報法第二條第一項參照），其又與公務人員定義有關，而各種公務員法令之立法目的及規範對象皆有別，各自所指涉公務員之概念與範圍自然有異，公務員定義之光譜組成，從最狹義的公務人員任用法到最廣義的國家賠償法，皆包括在內。本件解釋在「公職」、「公職人員」與「公務人員」概念混沌、未予釐清下，就直截了當指出：「憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務之權利」，將如此寬泛的定義，壓縮在「招考資格限制」的小框架中，難免疑竇叢生。例如受託行使公權力之私人，依行政程序法第二條第三項規定：「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關。」是否即可被認為既依法令從事於公務，職務即屬憲法第十八條所稱之公職，從而亦可就委託時之資格限制（同法第十六條規定參照）或不續予委託，主張「人民服公職權」？再以同樣的思考脈絡，政府機關約聘僱人員、具有勞工身分之公務人員、民選公職人員以及政務公職人員等，當其在進入公職前，對非屬國家考試的考試、選聘等資格限制不服，若一律主張「服公職權」，正當性究有多大？就以上橫看成嶺側看成峰的問題，各自解讀空間仍大，難免治絲益棼。

更重要的是，本件解釋選擇憲法第十八條「人民服公職權」為主軸，卻刻意規避併列於同條的「人民應考試權」。就後者，憲法第八十五條規定：「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。」第八十六條第一款規定：「左列資格，應經考試院依法考選銓定之：一、公務人員任用資格。」本院釋字第五四六號解釋則指出：「應考試之權，係指具備一定資格之人民有報考國家所舉辦公務人員任用資格暨專門職業及技術人員執業資格考試之權利」。就憲法整全性觀點言，本院釋字第四五五號解釋曾稱：「軍人為公務員一種」，但軍職作為公職，除軍法官外，皆無須經考試院所舉辦之國家考試，即可取得服公職之權，與須經國家考試方能取得公職者，一併納入憲法第十八條「服公職權」之框架下論述，除不當擴大「服公職權」之保障範圍外，使「應考試權」與「服公職權」之關係，更加撲朔迷離，張冠李戴的現象恐就在所難免。本件解釋並非不能就須經國家考試而服公職者，及不須經國家考試而服公職者分別處理，將後者應考資格之限制視為干預職業選擇自由，依歷來保障工作權

的模式進行審查，如此則可不自限泥淖，不致沒有解決問題，反而製造更多的問題。多數意見既執意肯定軍人的招考資格限制屬「人民服公職權」的保障範圍，為免形成的混淆情況下，就有闡明或釐清其解釋邏輯與脈絡之義務，但事實則不然。

二、「受刑之宣告者不得報考」之限制，不論對實現「人民服公職權」或「職業選擇自由」皆具重要性，自非屬細節性與技術性事項

一般公務人員與軍人既都選擇公職為職業，就其有關「曾受刑之宣告」之招考要件，本質上皆屬品格之要求，其規範形式應無太大合理差別待遇之空間。一般公務人員相關資格皆由法律直接列舉規定，例如公務人員考試法第七條第一項就不得應考之情形規定：「一、動員戡亂時期終止後，曾犯內亂罪、外患罪，經判刑確定或通緝有案尚未結案。二、曾服公務有貪污行為，經判刑確定或通緝有案尚未結案。三、褫奪公權尚未復權。四、受監護或輔助宣告，尚未撤銷。」該考試資格限制，係重申公務人員任用法第二十八條第一項第三款、第四款、第五款、第七款消極資格之規定。又例如性質與軍人較接近的警察人員，亦慎重其事且儘可能鉅細靡遺地將相關資格要件明定於法律，依警察人員人事條例第十條之一就不得任用之情形規定：「一、公務人員任用法第二十八條第一項各款情形之一。二、曾服公職依公務人員考績法受免職處分或依公務員懲戒法受撤職處分或其他違法犯紀行為依法予以免職處分。三、曾列警察職權行使法第十五條第一項各款之治安顧慮人口。四、曾犯刑法第二百六十八條、中華民國九十五年七月一日刑法修正施行前第二百六十七條、第三百五十條之罪，經有罪判決確定。五、依刑事訴訟程序被羈押或通緝中。六、曾經中央警察大學、中央警官學校、臺灣警察專科學校、臺灣警察學校、軍事院校勒令退學或開除學籍。七、依其他法律規定不得為公務人員。」該等規定內容是否適當，容或有檢討空間，但至少皆是以法律定之。

再就軍事法領域，兵役法第五條規定：「有下列情形之一者，禁服兵役，稱為禁役：一、曾判處五年以上有期徒刑者。二、執行有期徒刑在監合計滿三年者。（第一項）經裁定感訓處分者，其感訓處分期間應計入前項第二款期間。（第二項）」另依替代役實施條例第五條第四項規定：「因犯罪於法院審理中或經判決有罪確定，主管機關得不予許可其申請服一般替代役或限制其所服一般替代役類（役）別。但少年犯罪、過失犯或受緩刑之宣告而未經撤銷者，不在此限。」針對從憲法第二十一條「基本義務」出發的服義務役或替代役者之消極資格，都能以法律明定，何以針對由憲法第十八條「基本權利」出發，而同樣須講求軍紀且持戰鬥性武器之定期職或終身職職業軍人「幹部」，卻僅由法律幾近空白授權地以「辦法」、「規則」或「簡章」定相關限制條件？落差不小。再從比較法觀點言，德國「軍人法律地位法」（Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten）第三十八條明文規定：「合於以下要件之一者，不得招用為職業軍人或定期役軍人：1.因犯罪經德國法院判處一年以上有期徒刑，或因故意而觸犯危害和平、內亂、危害民主法治國或外患及危害外部安全罪而處有期徒刑者。2.經法官判決不具擔任公職能力者。3.依刑法第六十四條或第六十六條交付保安處分，執行尚未完畢者。（第一項）國防部得於具體個案例外排除前項第一款而為許可。（第二項）」。（註五）依合理的推斷，系爭規定既會導致如本件解釋所稱「必須終身剝奪其透過參加國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選而擔任軍職

之機會」，上述國內外法律已將之評價為與實現基本權利之重要事項，豈容系爭規定猶如漏網之魚，獨自逍遙於法律保留原則之外？

就「職業選擇自由」言，系爭規定所為消極資格之主觀條件限制，須有重要公共利益存在，方得以法律限制之，而其所造成無法選擇服志願役預備軍官預備士官之公職之結果，自亦非細節性與技術性事項。縱然此限制於性質上，或認為得由法律授權以法規命令為補充規定，惟不屬絕對法律保留事項，而係相對法律保留事項，不但需要再予論證，亦應檢驗法律授權之目的、內容及範圍是否具體明確，（註六）自不能如本件解釋循環論證式的說詞：「志願役預備軍官預備士官之選訓服役及入學資格等事項之規範，係由立法者基於國防事務之特殊性及專業性，授權國防部訂定；國防部復於依立法授權訂定之選訓服役辦法，明定志願役預備軍官預備士官之考選，得委任機關訂定計畫並經其核定後實施，再依該計畫實際組成考選委員會訂定考選簡章，據以辦理考選。是系爭考選之重要事項如考選對象、方式、員額、專長職類、資格、報名方式等，均係由國防部自行訂定或依其核定之考選計畫形成規範，以為實施之依據。系爭簡章形式上最終雖係由考選委員會依考選計畫所訂定，惟系爭考選之事項仍屬由國防部決定至明。」要言之，系爭規定一方面係由「考選委員會」依「考選計畫」而定，考選計畫則係依選訓服役辦法「再授權」所擬，而選訓服役辦法卻係依兵役法第十一條第一項空白授權而來。另一方面，系爭規定與軍事學校學員生修業規則第八條之三第三款規定內容相同：「學員生入學，應具備下列條件：……三、未曾受刑之宣告……者。」惟該規則亦是依軍事教育條例第五條第三項授權所訂定，欠缺論證，皆不具規範或說理的正當性，誠難以服人。

三、小結

在軍隊募集從業人員的領域，以「受刑之宣告與否」作為要件，有如一般公務人員考試法所定的限制，其與公務人員任用消極資格相契合，皆具一般性與普遍性，已涉及應考人不論是服公職權或職業選擇自由權之重要決定，並非執行法律的技術性或細節性規定，自應以法律定之，或論證屬得依授權明確性原則授權法規命令為補充之事項，方符合憲法第二十三條法律保留原則之意旨。

肆、結語

因此，本件解釋若能從「法律保留」、「比例原則」雙管齊下，同時宣告系爭規定違憲，有關機關就必須慎重以「重要性理論」從立法上為通盤檢討。若按本件解釋宣告系爭規定未違反法律保留原則，僅抵觸比例原則，國防部僅需依解釋理由中附予指明：「相關機關應依本解釋意旨就此類考試檢討修正招生簡章規定」，易言之，在招生簡章層次上回應「比例原則」問題即可，若僅是換湯不換藥，立法者又疏於依立法院職權行使法為行政命令審查之把關，問題仍得不到根本解決，既斷傷釋憲功能，對亟待鼎新革故的軍事法制，只會產生「愛之適足以害之」的反效果！

註一：本院諸多解釋中，運用「法律保留」原則之濫觴，為 80 年 12 月 27 日作成之釋字第 289 號解釋：「稅法規定由法院裁定之罰鍰，其處理程序應以法律定之，以符合憲法保障人民權利之意旨。」雖未指明憲法第 23 條、但已顯露法律保留原則之內涵。其後較具指標性者，為釋字第 313 號解釋：「對人民違反行政法上義務之行為科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授

權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨。」除結合「法律授權明確性」外，重點係以憲法第 23 條為「法律保留」原則之依據，「非依法律，不得限制憲法所保障之自由與權利」。從時間觀點言，該等解釋皆作成於政府宣布終止動員戡亂時期（80 年 5 月 1 日）之後，迄今累積之相關解釋已不勝枚舉。

註二：併參釋字第 682 號解釋，李震山、許玉秀、陳春生大法官共同提出之部分不同意見書「肆、結語—『司法為民』是內化後之實踐，不是口號」末句：「如果吾人還願意奉行憲政主義，憲法仍要被稱為人民權利的保障書，自由民主憲政秩序中法治國原則下之法律保留原則核心本質之人權保障，才是司法審查最必須予以尊重並付諸實踐的部分。」

註三：Vgl. BVerfGE 34, 165/192ff; 41, 251/259ff; 45, 400/417ff; 47, 46ff/126ff; 61, 260/275; 88, 103/116.

註四：最能具體展現法律保留及相關「重要性理念」精神的法律規定，應屬中央法規標準法第 5 條及地方制度法第 28 條，前者規定：「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各機關之組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者。」後者規定：「下列事項以自治條例定之：一、法律或自治條例規定應經地方立法機關議決者。二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。三、關於地方自治團體及所營事業機構之組織者。四、其他重要事項，經地方立法機關議決應以自治條例定之者。」各該條第 2 款所指「人民之權利義務」，除憲法第 23 條之干預性事項外，尚包含授益性（例如積極給付性及消極免除義務性）事項。至於第4款之「重要事項」，應與第2款合併考量，才有動態平衡的可能性，此時「重要事項」的認定，就成為立法形成自由的範圍。

註五：該法律係 2005 年 5 月 30 日公布施行，最新修正為 2012 年 7 月 21 日（BGBl. IS. 1583），該就品行資格（charakterliche Einigung）兼及憲法忠誠規定之前提與重點可歸納為：1.原則上，經依法塗銷之犯罪前科（Vorstrafen）資料，不再被作為對當事之人不利評價，除非曾犯該罪而擔任公職將對公眾形成重大危害（Vgl. §§51 Abs.I; 52 Abs.I Nr.4, Bundeszentralregistergesetz）。2.判決之法院專指「德國法院」。3.授權國防部得於個案「放寬」第 1 項第 1 款規定，而有例外許可（Ausnahmebewilligung）之裁量空間。Vgl. Scherer/Alff/Poretschkin, Soldatengesetz Kommentar, 9.Aufl. Vahlen, 2013, S.528-532。為利於查考，將第 38 條原文錄於下：

- (1) In das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten oder eines Soldaten auf Zeit darf nicht berufen werden, wer
- 1.durch ein deutsches Gericht wegen eines Verbrechens zu Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder wegen einer vorsatzlichen Tat, die nach den Vorschriften über Friedensverrat, Hochverrat, Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates oder Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit strafbar ist, zu Freiheitsstrafe verurteilt ist,
 - 2.infolge Richterspruchs die Fähigkeit zur Bekleidung

öffentlicher Ämter nicht besitzt,

3.einer Maßregel der Besserung und Sicherung nach den §§ 64 oder 66 des Strafgesetzbuches unterworfen ist, solange die Maßregel nicht erledigt ist.

(2) Das Bundesministerium der Verteidigung kann in Einzelfällen Ausnahmen von Absatz 1 Nr. 1 zulassen.

註六：與此有關者，警察教育條例第 5 條之 1 規定：「警察專科學校各班及警察大學各系、所初試錄取人員，應經身家調查合格，始得入學；其項目、標準及實施程序之調查辦法，由內政部定之。」採取者即為法律授權以法規命令為補充規定之規範方式，據此所訂定之中央警察大學臺灣警察專科學校初試錄取人員身家調查辦法第 3 條規定：「身家調查項目如下：一、刑案紀錄資料。二、治安顧慮人口資料。三、曾服公職受懲戒或行政懲處紀錄。四、國籍、戶籍資料。五、學歷資料。六、受監護或輔助宣告資料。七、身心健康狀況。八、其他品德及忠誠資料。」此等調查項目，係以前述警察人員人事條例第 10 條之 1 所列情形為限。此等事項應否提升至法律位階，或者母法授權之目的、內容及範圍是否具體明確，均屬另事。附帶一提者，「身家調查」一詞，顯逾越「責任止於一身」原則而涉及「家」，實不合時宜，有改變用語的必要。

部分不同意見書

大法官 黃茂榮

本號多數意見認為，「中華民國九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章壹、二、（二）規定：『曾受刑之宣告……者，不得報考。……』與憲法第二十三條法律保留原則無違。惟其對應考試資格所為之限制，逾越必要程度，牴觸憲法第二十三條比例原則，與憲法第十八條保障人民服公職之權利意旨不符。相關機關應依本解釋意旨就此類考試檢討修正招生簡章相關規定。」其中認為該簡章關於應考資格之上開限制，與「憲法第二十三條法律比例原則不符」部分，敬表贊同，惟關於其「與憲法第二十三條法律保留原則無違」部分，並不盡妥。故就此部分提出部分不同意見書，敬供參考。

壹、憲法第十八條規定之考試

憲法第八十六條規定：「左列資格，應經考試院依法考選銓定之：一、公務人員任用資格。二、專門職業及技術人員執業資格。」此為關於應經考試院考選銓定之任職資格的積極規定。

有疑問者為：（1）憲法第十八條所定之考試，是否限於憲法第八十三條所定由考試院辦理之考試？（2）考試院得否辦理第八十六條規定以外之考試？（3）考試院如果辦理超出第八十六條規定之考試，該考試是否為憲法第八十三條及第十八條所定之考試？

憲法第八十三條並未規定考試院辦理之考試種類。第八十六條雖有考試種類之規定，但其意旨，僅在於規定該條所定之考試應由考試院辦理，尚無因有第八十六條之考試種類的規定，而限制第八十三條所定得由考試院辦理之考試種類範圍的意義。以上問題，其與人民之基本權利的保障有關者為：憲法第十八條規定之考試如不限於由考試院辦理之考試，應再包括哪些由國家機關自己或委託辦理之考試。但不包含由民間機構為民間事務辦理之考試。必須注意者為：公營事業之職工的考選或聘任問題是否應準用關於公務或軍職人員之考選規定。

憲法第十八條規定：「人民有應考試、服公職之權。」其中所定「公職」雖不一定是指以「公務人員」的身分服務。但仍應指在國家機關服務。該條所定之考試固不一定須為取得任公職之資格，例如專門職業人員之考試。反之，不經考試院舉辦之考試者，亦可能取得公務員之任用資格，例如法官助理、民意代表（註一）。但取得任公職之資格有關的考試，就人民基本權利之平等保障而言，可謂最應受該條規定之保障。是故，至少舉凡與取得任公職之資格有關之考試，皆應解釋為應受憲法第十八條之保障。其應考資格之限制不得違反憲法第二十三條之規定：應有法律為其依據，且應符合比例原則。聲請人指出系爭應考資格之限制的規範基礎為：九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章。因此，如本號解釋文所示，應檢討其規範基礎是否符合法律保留原則及其限制是否符合比例原則。

貳、招生簡章之法規屬性：法規命令或行政規則

本號解釋理由認為：「國防部九十八年十二月十四日國力規劃字第○九八○○三七四六號令頒「九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章」（下稱系爭簡章）係就有關九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班之招生考選（下稱系爭考選）事項所訂定，並對外發布之一般性法規，屬前開規定（司法院大法官審理案件法第五條）所稱之命令，得為本院違憲審查之客體」。關於系爭簡章得為本院違憲審查之客體，固無疑問。但其屬性究為法規命令或行政規則，則有探討餘地。

、法規命令或行政規則之區別

法規命令或行政規則同屬預定適用於多數不特定人民，就一般事項所作抽象之行政命令（行政程序法第一百五十條、第一百五十九條）。其區別在於：法規命令之訂定應經立法機關在制定之法律中，就其目的、內容及範圍為明確授權（註二），且行政機關在依該授權訂定法規命令時，應表明該授權，資為其訂定依據（同法第一百五十條第二項）。此為行政命令要取得法規命令之資格必須具備的形式要件。當行政命令具備成為法規命令之要件，能對外發生法律效果（同法第一百五十條第一項）。就法規命令程序之適用範圍，同法第一百五十一條第一項雖然規定，「行政機關訂定法規命令，除關於軍事、外交或其他重大事項而涉及國家機密或安全者外，應依本法所定程序為之。但法律另有規定者，從其規定。」但國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選事項，應尚非屬於該項所定，其法規命令得不依行政程序法訂定之事項。

如不具備上開要件，該行政命令即非法規命令。此種行政命令當其係由上級機關對下級機關，或由長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作所為，而非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定時，即是行政規則。行政規則規範之事項，包括：「一、關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定。二、為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準」（行政程序法第一百五十九條）。依同法第一百六十條，行政規則除應下達下級機關或屬官外，行政機關訂定第一百五十九條第二項第二款關於「協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準」之行政規則時，並應由其首長簽署，並登載於政府公報發布之。「下達」及「登載於政府公報發布」為行政規則應具備之形式要件。行政命令如不具備該形式要件，即非行政規則，而

屬於不具行政規則地位之行政命令。通常稱為行政解釋函令。在文獻上，雖有以行政命令是否具備一般的外部效力為標準，區分法規命令或行政規則的看法。但因為該區別標準有循環推論之邏輯謬誤，並不妥當：首先主張一個行政命令因有一般的外部效力，而是法規命令；而後主張因其為法規命令，而有一般的外部效力。其實一個行政命令是否為法規命令，應在「一般的外部效力」之外推求。在行政命令依其他要件特徵，可定性為法規命令時，自然因此有「一般的外部效力」。

系爭簡章未載明其訂定依據，所以當因其訂定不具備法規命令之形式要件，而應歸類為行政規則。

肆、應考資格之限制應以法律或法規命令定之

志願役預備軍官及預備士官為軍中基層幹部，應依法定程序選訓、任官，並依國防法等相關法令執行訓練、作戰、後勤、協助災害防救等勤務，自屬憲法第十八條所稱之公職。

九十八年四月二十七日修正發布之預備軍官預備士官選訓服役實施辦法（下稱選訓服役辦法）第十六條第一項規定，受預備軍官或預備士官基礎教育期滿成績合格者，除該辦法另有規定外，分別以少尉或下士任官分發，並自任官之日起服現役。是故大學或專科以上畢業者，如擬志願以預備軍官或預備士官官階服務軍旅，須經系爭考試錄取並完成基礎教育。關於預備軍官預備士官之考選，如有消極應考資格的限制，規定曾受刑之宣告者不得參加考選，自會限制其服志願役預備軍官預備士官之公職的權利。

因此，用人機關固得以考選的方法，甄選其選訓、任用。但在其以考選的方式甄選時，人民參與考選，以取得擔任預備軍官或預備士官之資格及考取受訓後服公職之權利，應受憲法第十八條之保障。是故，依憲法第二十三條，其應考資格之限制應以法律或經法律明確授權訂定之法規命令定之。

伍、現行應考資格之限制規定

現行關於系爭應考資格之限制的規範依據，依其層次表現如下：（1）明確而直接者為系爭簡章壹、二、（二）規定：「曾受刑之宣告……者，不得報考。……」（下稱系爭規定）。（2）為志願役預備軍官、志願役預備士官或義務役預備士官之考選，依選訓服役辦法第五條第一項，得由委任機關依國防部核定之考選計畫組成考選委員會，訂定考選簡章辦理。所以，系爭簡章以依選訓服役辦法第三條，由國防部訂定，或由國防部下屬之司令部擬訂報經國防部核定之考選計畫為依據。（3）考選計畫肆、二規定：「曾受刑之宣告……者，不得報考。……」。該應考資格之限制的內容與系爭簡章相同。所以，實際上系爭應考資格之限制以該考選計畫，而非以系爭簡章為其明文規定之規範基礎。（3）至於選訓服役辦法，依兵役法第十一條第一項，由國防部會同相關機關定之。

要之，系爭簡章之訂定，依序由兵役法授權國防部訂定預備軍官預備士官選訓服役實施辦法，再由國防部依選訓服役實施辦法訂定考選計畫，而後由國防部之委任機關依國防部核定之考選計畫組成考選委員會，訂定考選簡章。關於預備軍官或預備士官年度考選之對象、方式、員額、專長職類、資格、報名方式及其他相關事宜，依選訓服役實施辦法第三條，雖已規定於由國防部訂定之考選計畫中，但系爭應考資格之限制，於考選計畫肆、二及考選簡章壹、二、（二）始明文為重複之規定。其中系爭簡章應僅具重申考選計畫之規定的意義。系爭應考資格之

規範形式的層級由兵役法、選訓服役實施辦法、考選計畫依序下降至考選簡章共歷四級。其訂定單位，則由立法院經國防部下降至由國防部委任之機關組成的考選委員會。要之，考選計畫雖然係由國防部訂定或核定，然其訂定依據不是兵役法，而是國防部依兵役法之授權訂定之選訓服役實施辦法。亦即國防部在該辦法中，再對自己為考選計畫之訂定的授權。在法規命令之法制作業，這並不符合正常軌制（註三）。

關於人民應考試、服公職之權利的限制，為遵守民主原則並提高應考資格之限制規定的透明度，應在法律或其直接授權之法規命令中規定。雖然因系爭考試已經舉辦，該規定之違憲的宣告，對於聲請人已不再有救濟上的意義，但為避免行政機關此種對自己再授權之實務的增長，就系爭考選計畫及簡章中關於「曾受刑之宣告……者，不得報考。……」一概不得報考之限制規定，仍以解釋為違反法律保留原則為宜。

因為自兵役法，經選訓服役實施辦法，至系爭考選計畫及簡章，已自成上下直隸之體系關係，所以關於系爭考選計畫及簡章之訂定的民主正當性，不適合援引軍事教育條例第五條及依該條例其他相關規定所訂定之軍事學校學員生修業規則第八條之三第三款之下引規定為論據：「學員生入學，應具備下列條件：……三、未曾受刑之宣告……者。但符合少年事件處理法第八十三條之一第一項規定者不在此限。」蓋關於法規命令之屬性及其認定，重在其是否符合法規命令之授權及訂定的形式要件。與其他法律間之體系上的實質關聯，並不適合引為論據，認為該等規定：「雖非直接規定應考資格，然入學資格與考試資格，有直接密切關聯，其入學規定之限制與系爭規定類似。足見系爭規定並未逾越兵役法第十一條第一項及軍事教育條例第五條第三項規定之直接或間接授權範圍，與憲法第二十三條法律保留原則無違。」

註一：司法院釋字第 42 號解釋：「憲法第十八條所稱之公職，涵義甚廣，凡各級民意、中央與地方機關之公務員，及其他依法令從事於公務者皆屬之。」

註二：司法院釋字第 707 號解釋：「基於憲法上法律保留原則，政府之行政措施雖未限制人民之自由權利，但如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項者，原則上仍應有法律或法律明確之授權為依據，主管機關始得據以訂定法規命令（本院釋字第四四三號、第六一四號、第六五八號解釋參照）。」司法院釋字第 705 號解釋：「憲法第十九條規定人民有依法律納稅之義務，係指國家課人民以繳納稅捐之義務或給予人民減免稅捐之優惠時，應就租稅主體、租稅客體、租稅客體對租稅主體之歸屬、稅基、稅率、納稅方法及納稅期間等租稅構成要件，以法律或法律具體明確授權之法規命令定之；若僅屬執行法律之細節性、技術性次要事項，始得由主管機關發布行政規則為必要之規範（本院釋字第六五〇號、第六五七號解釋參照）。」

註三：司法院釋字第 524 號解釋：「法律授權主管機關依一定程序訂定法規命令以補充法律規定不足者，該機關即應予以遵守，不得捨法規命令不用，而發布規範行政體系內部事項之行政規則為之替代。倘法律並無轉委任之授權，該機關即不得委由其所屬機關逕行發布相關規章。」

顧憲法對於保障人民基本權利不受國家過度侵害，而透過形式上規範方式的控制，達到初步的形式正義的保障，並進一步透過實質審查，確保法律規範內容本身，亦能符合憲法保障人民權利之意旨，藉以達成實質正義；另一方面，透過這種具彈性的解釋方式，避免因過度僵化，而妨礙國家施政之推展，反而有害人民基本權利之保障。惟本院近來解釋於法律保留原則之適用，漸有脫離歷來解釋所建立之先例意旨，對於法律保留原則之形式審查，逐漸放寬其判斷標準，本席業已於本院釋字第七一〇號解釋提出之部分協同部分不同意見書，剴陳長此以往，將不利於法治國原則之確保。惟本件解釋多數意見仍以中華民國九十九年國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章壹、二、（二）規定：「曾受刑之宣告……者，不得報考。……」（下稱系爭規定），並未逾越兵役法第十一條第一項及軍事教育條例第五條第三項規定之直接或間接授權範圍，與憲法第二十三條法律保留原則無違，本席無法贊同。本席並非好辯，不得已僅得再度提出部分不同意見，重申己憂。

一、服公職之資格限制，應屬工作權保障之一環，並應受憲法制度性保障；其限制應以工作權之審查基準認定其合憲性

憲法第十五條保障人民之工作權，續於憲法第十八條保障人民有應考試服公職之權；從字義上而言，服公職本質上亦屬人民工作之一種型態，自應屬憲法工作權保障之範疇。惟憲法既以保障工作權，復又保障服公職之權利，則兩者間如何分辨，當屬本院解釋憲法之一環。是本院早於釋字第十五號解釋，便就監察委員得否兼任國民大會代表，是否為「公職」而構成憲法第一百零三條不得兼任之限制加以認定；之後如釋字第十七號（監察委員不得兼任國立編譯館編纂）、釋字第二十號（監察委員不得兼任公立醫院院長及醫生，但省黨部、省婦女工作會主任委員及理事則許之）、釋字第二十四號（監察委員及立法委員不得兼任公營事業機關之董事、監察人及總經理，與受有俸給之文武職公務員）等均為事例。而從釋字第二十四號以適用公務員服務法之認定標準，繼而於釋字第四十二號解釋，則明白闡釋憲法所謂「公職」，係指「凡各級民意代表、中央與地方機關之公務員及其他依法令從事於公務者皆屬之。」

由於公職之概念在於人民依法律從事於公務，固然因此與國家間具有公法上職務關係（本院釋字第四三〇號解釋參照），惟憲法保障人民服公職之權利，其範圍不僅涉及人民之工作權，國家並應建立相關制度，用以規範執行公權力及履行國家職責之行爲，並兼顧對公務人員權利之保障（本院釋字第四九一號解釋參照），包括由此衍生之身分保障、俸給與退休金等權利，而受憲法制度性保障（本院釋字第四八三號、第五七五號、第五八三號、第六〇五號解釋參照）。

既然服公職之權利亦屬憲法工作權保障之範疇，憲法第十八條之規定，則是立基於前述人民因依法律從事公務，與國家間形成公法上職務關係，與其他工作權所一般性保障之人民與國家以外其他私人間，所形成之民事法律關係，兩者顯有不同，故而詮釋兩者保障之範疇與限制，亦應有所不同。是以「公務人員與國家間係公法上職務關係，國家對公務人員有給予俸給、退休金等保障其生活之義務，公務人員對國家亦負有忠誠、執行職務等義務。」（本院釋字第四三三號、第五九六號解釋理由書參照）。然所異者僅屬因基礎法律關係而形成特殊規範之必要，並無礙於本質上同屬工作權保障之框架。本院雖對人民服公職之權利，認定具有制度性保障之必要，然而本院先前相關解釋，並未就服公職權利之限制，所應採取之審查標準加以闡釋。

本件解釋多數意見僅以比例原則審查所涉服公職權利之限制，然如何適用比例原則，其所採取之審查標準為何，多數意見並未有明確之說明，對於憲法上服公職權利之限制，應作如何之規範審查，徒留諸多疑義。本席以爲，憲法第十八條所保障之服公職之權利，既然屬憲法第十五條所保障之工作權之範疇，則於一般情形下，本院歷來解釋所建立對工作權限制之審查標準，即區分執行職業之自由與工作權之主客觀條件限制等不同階段，適用寬嚴不同之審查標準（註一），於人民服公職權利限制之情形下，亦應有其適用之餘地。

二、系爭規定涉及人民工作權主觀限制，應以法律明文規定其範圍

從憲法基本權利實質面判斷其審查標準之適用，本席以爲，本院歷來解釋所建立工作權限制或侵害等相關標準，足堪引之；而從形式面而言，則屬本院歷來解釋對於法律保留原則之判斷，即如釋字第四四三號解釋所建立之「層級化」法律保留原則之適用方式。因此，對於工作權與服公職權利之限制，仍應視其規範內容之重要性程度，以具體適用之。關於服公職權利之限制，例如釋字第二五〇號解釋所涉及之「文武官員人事制度」、釋字第二六八號解釋所涉及之「考試資格」、釋字第六一一號解釋所涉及之公務人員「晉敘陞遷之重要內容」以及釋字第六五八號解釋所涉及之「退休年資採計事項」等，均屬法律保留之事項，而須以「法律」明定之。此爲本院歷來解釋所確立之基本原則，殆無疑義。

是本件解釋系爭規定，既然涉及「考試資格」而屬工作權保障之主觀條件，則無論是本院歷來解釋對於服公職權利之解釋意旨，或者是憲法工作權保障之審查基準，本席以爲，系爭規定所涉及之內容，即屬絕對法律保留事項，不得逕以法律授權之命令限制之（本院釋字第二六八號解釋參照）。再者，對照公務人員考試法第七條、第十五條以及公務人員任用法第九條、第十七條等規定之明文，亦足見系爭規定業已牴觸憲法法律保留原則之意旨，應屬違憲。本件解釋多數意見不察，逕以系爭規定屬兵役法第十一條第一項及軍事教育條例第五條第三項規定之直接或間接授權，而認與法律保留原則無違，本席無法贊同，爰提出部分不同意見如上。

註一：本席於釋字第 666 號解釋提出之協同意見書可資參照。

抄邱裕弘釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法之目的

一、按人民於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款定有明文。本件考選簡章以受刑之宣告作爲限制報考之手段，剝奪聲請人學習自由權、受教權及自我實現權，顯已違反憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條之規定，考選簡章之有關規定應屬無效。

二、本件解釋應有拘束最高行政法院 100 年度判字第 2259 號判決（附件一）及臺北高等行政法院 99 年度訴字第 2077 號判決（附件二）之效力，聲請人得依行政訴訟法第 273 條第 2 項之規定提起再審之訴。

貳、爭議之性質與經過暨相關憲法條文

一、聲請人擬參加民國（下同）99 年國軍志願役專業預備軍官第二梯次考選，然因國防部所屬之志願役專業預備軍官預備士官考選委員會（下稱考選會）於同年 9

月 21 日審查聲請人之應考資格時，發現聲請人曾於 94 年因犯刑法「過失傷害」罪，遭臺灣桃園地方法院判決定讞（判決案號：94 年交簡上字第 66 號刑事判決），遭處拘役 50 日（附件三）。考選會遂依 99 年度國軍志願役專業預備軍官預備士官考選簡章（下稱考選簡章）壹、二、（二）：「曾受刑之宣告、保安處分、感訓處分、保護處分、強制戒治、觀察、勒戒者，不得報考」之規定（附件四），逕認聲請人不符報考資格，否准其報名。聲請人不服經提起訴願、行政訴訟（行政法院之判決書如附件二、三）均遭駁回確定在案。

二、查，考選簡章係源於兵役法第 11 條第 1 項、軍事教育條例第 5 條第 1 項及預備軍官預備士官選訓服役實施辦法之授權訂定，其性質應屬法規命令。本件以受刑之宣告作為限制聲請人入學之手段，實已剝奪聲請人學習自由權、受教育權，顯已違反憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條之規定。

三、有關本件爭議案件，請調閱本案訴願、行政訴訟等所有卷宗資料。

、聲請解釋憲法之理由暨聲請人對本件所持之見解

一、依釋字第 177、185 及 188 號解釋之文義，凡獲大法官有利解釋之原因案件聲請人，均得據該大法官解釋提起再審或非常上訴：

（一）按釋字第 177 號解釋文：「本院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，亦有效力」，其理由書：「人民聲請解釋，經解釋之結果，於聲請人有益者，為符合司法院大法官會議法第四條第一項第二款，許可人民聲請解釋之規定，該解釋效力應及於聲請人據以聲請之案件，聲請人得依法定程序請求救濟」。由該號解釋文及解釋理由書文義可知，為了符合許可人民聲請解釋之規定，大法官解釋若係因人民聲請釋憲而作成，且其解釋結果對於聲請人有益者，該聲請人即得依法定程序請求救濟；在該號解釋當中，大法官並無區分立即失效或定期失效之宣告，而給予原因案件聲請人救濟權利之差別待遇，至於何謂依法定程序請求救濟，則於釋字第 185 號解釋有更詳盡具體之闡釋。

（二）釋字第 185 號解釋文：「確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為再審或非常上訴之理由，已非法律見解歧異問題」，其理由書：「確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解發生有牴觸憲法之疑義，經本院依人民聲請解釋認為確與憲法意旨不符時，是項確定終局裁判即有再審或非常上訴之理由。蓋確定終局裁判如適用法規顯有錯誤或違背法令，得分別依再審、非常上訴及其他法定程序辦理，為民、刑事訴訟法及行政訴訟法所明定，並經本院釋字第一三五號及第一七七號解釋在案。故業經本院解釋之事項，其受不利裁判者，得於解釋公布後，依再審或其他法定程序請求救濟」。由該號解釋文及解釋理由書文義可知，本號解釋除再次確認釋字第 177 號解釋所闡明之原因案件聲請人得據大法官有利解釋提起司法救濟程序之原則外，更進一步補充說明原因案件之確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經大法官解釋宣告牴觸憲法者，該確定終局裁判之適用法規即顯有錯誤或違背法令，原因案件聲請人得據其聲請之大法官解釋提起再審或非常上訴。此號解釋亦未區分立即失效和定期失效之違憲宣告，給予其原因案件聲請人救濟權利之差別待遇。

（三）綜觀上開解釋文及解釋理由書文義可知，釋字第 177 號及第 185 號兩號解

釋宣示法院「依法審判原則」，法院於審判時有適用合憲規範裁判之義務。原因案件之確定終局裁判所適用之法律或命令，或其適用法律、命令所表示之見解，經大法官解釋宣告牴觸憲法者，該確定終局裁判之法院既違背依法審判原則下適用合憲規範裁判之義務，竟適用違憲之法令，則其適用法規即顯有錯誤或違背法令。這兩號解釋進而藉此項基本原則，賦予人民聲請釋憲制度以主觀權利保護之功能。在此，判斷原因案件確定終局裁判適用法規是否顯有錯誤或違背法令，純依其適用有無違反憲法而定。

二、本件以受刑之宣告為手段否准聲請人報考資格，業已嚴重侵害聲請人之平等權、受教育權、學習自由權等憲法所保障之基本權利，詳述如下：

（一）系爭法規命令係對聲請人之人性尊嚴之侵害：

按「維護人格尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念」（釋字第 372 號解釋文參照）。查，本件聲請人係因一時輕忽擦撞車輛始受刑之宣告，蓋國軍之義務及天職係作為國家之盾牌，捍衛家園，國軍是否曾有行車過失之紀錄與國軍之職務並無任何干係，是以，不論科刑之原因，僅以受「刑之宣告」如此籠統之手段作為限制報考預備軍官之資格，其手段與目的間並不具實質合理關聯，對聲請人之人性尊嚴業已造成嚴重侵害，系爭法規命令實有違憲之疑義，至為明確。

（二）系爭法規命令已侵害聲請人之平等權：

按「憲法第七條所定之平等權，係為保障人民在法律上地位之實質平等，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之目的，而為合理之不同處置」（釋字第 211 號解釋文參照）；「憲法第七條保障人民平等權，旨在防止立法者恣意，並避免對人民為不合理之差別待遇。法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達成之間，是否存有一定程度之關聯性而定」（釋字第 682 號解釋理由書參照）；「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」（釋字第 485 號解釋理由書參照）。查，聲請人受刑之宣告，係因發生車禍擦撞之意外事故，肇事原因十分單純，非源於聲請人故意犯罪，蓋國軍之職責為保衛國家，對國軍之品行操守要求較高，雖無疑義，然我國刑法立法極為嚴峻，倘單憑受刑之宣告，完全不論究科刑事由，任意剝奪國人加入報效國家之國軍行列，顯不合理，系爭法規命令以受刑之宣告作為限制聲請人報考預備軍官班之手段，其手段與目的之間顯不具實質關聯性，系爭法規命令實與憲法保障之平等權有所牴觸。

（三）系爭法規命令已侵害聲請人之受教育權：

1、按「人民有受教育之權利，為憲法所保障。而憲法上權利遭受不法侵害者，自得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權，於最後請求司法機關救濟，不因其身分而受影響，迭經本院釋字第一八七、二〇一、二四三、二六六、二九五、二九八、三一二、三二三及三三八號等解釋，就人民因具有公務員或其他身分關係而涉訟之各類事件中，闡釋甚明」（釋字第 382 號解釋理由書參照）；次按「人民受教育之權利，依其憲法規範基礎之不同，可區分為『受國民教育之權利』及『受國民教育以外教育之權利』」（釋字第 626 號解釋理由書參照）

，衡此，報考預備軍官為人民受教育之權利，受憲法保障。

- 2、查，我國刑法就部分過失犯罪之型態亦給予處罰，蓋過失犯罪係源於一時輕忽，行為人主觀上並無危害犯意，又系爭法規命令之目的係為防止國軍將來做出有辱國家之行為而作之預防性規定。惟，系爭法規命令僅率以「受刑之宣告」作為差別待遇之分類標準，未細究受刑之宣告之原因及犯罪時點，使無論基於任何理由受刑之宣告者，均無報考並進入預備軍官班學習之機會，該限制人民受教育權之手段與前揭之目的之間並不具實質關聯性，系爭法規命令顯有違憲之疑慮。

（四）系爭法規命令已違反法律保留原則：

- 1、按司法院釋字第 443 號解釋理由書所揭示之層級化法律保留：「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：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。」又參酌司法院釋字第 432、545、584、649 等號解釋意旨，人民之工作權應以法律限制之。復由司法院釋字第 390、394、443、522、538、612 號解釋意旨，法律若授權行政機關訂定法規命令予以規範，亦須「具體明確」，不得僅為「概括式授權」。若法律僅概括授權行政機關訂定施行細則者，則僅能就執行法律有關之細節性、技術性次要事項定之，其內容不能抵觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制。又，授權之明確程度，應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱（釋字第 522 號解釋文參照），即指依一般法律解釋方式，從授權條款所依附之法律整體，得以從相關法條之文義、法律整體之體系關聯及立法目的，可推知授權之內容、目的、範圍者，亦足供判斷授權明確性（釋字第 394、426、510、538、676 號解釋參照）。
- 2、系爭考選簡章之規定其性質係屬法規命令，已於前述，蓋以受刑之宣告作為限制報考預備軍官之手段，業已逾越「兵役法第 11 條」、「軍事教育條例第 5 條」、「預備軍官預備士官選訓服役實施辦法」之相關規定，系爭法規命令增加母法所未有之限制，無視法律位階之論理，箝制人民之選擇職業自由，實有違憲之疑慮。

三、小結：

系爭法規命令之目的係因國軍負有保衛國家國防安全，安定社會、保障人權等使命，故賦予其較他職業更高之操守義務，然系爭法規命令竟未細究受刑之宣告之原因及時點，僅概括地以「受刑之宣告」為手段，限制聲請人前揭所陳受憲法保障之基本權利，其手段與目的之間顯未具實質關聯，請求貴院作出補充解釋，以維憲法保護人民之基本權利。

肆、關係文件之名稱及件數

附件一：最高行政法院 100 年度判字第 2259 號判決影本乙份。

附件二：臺北高等行政法院 99 年度訴字第 2077 號判決影本乙份。

附件三：臺灣桃園地方法院 94 年度交簡上字第 66 號刑事判決影本乙份。

附件四：99 年度國軍志願役專業預備軍官預備士官考選簡章影本乙份。

聲請人：邱 裕 弘

（附件一）

最高行政法院判決

100 年度判字第 2259 號

上 訴 人 邱裕弘

訴訟代理人 呂秋 律師（兼送達代收人）

張鈞綸 律師

被 上 訴 人 國防部

代 表 人 高華柱

訴訟代理人 徐克銘 律師

上列當事人間有關兵役事務事件，上訴人對於中華民國 100 年 4 月 14 日臺北高等行政法院 99 年度訴字第 2077 號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

- 一、緣上訴人報名參加民國 99 年國軍志願役專業預備軍官預備士官第二梯次考選，案經被上訴人所屬志願役專業預備軍官預備士官考選委員會（下稱考委會）審查，發現上訴人曾於 94 年因犯過失傷害罪受刑之宣告，爰依 99 年國軍志願役專業預備軍官預備士官考選簡章（下稱 99 年度考選簡章）壹、二、（二）之規定考選資格：「曾受刑之宣告……者，不得報考。」以安全調查不合格為由，作出報名不合格之審查結果，並於 99 年 9 月 21 日寄發通知函（下稱原處分）予上訴人；系爭考選並於 99 年 10 月 2 日辦理完畢。上訴人因於 99 年 10 月 19 日向原審提起確認原處分違法訴訟，經原審判決駁回，遂提起本件上訴。
- 二、上訴人起訴主張略以：（一）其前係因車禍過失傷害案件，而經判處拘役 50 日，得易科罰金；99 年度考選簡章所列考選資格，不問原因及情節，概以曾受刑之宣告者，即規定不得報考，侵害人民應考試服公職之權利，已屬違反憲法第 23 條比例原則。且依被上訴人目前所施行之人事規定，並未有現役軍官受刑之宣告即必須勒令退伍規定，亦未查有現役軍官因肇交通事故，而遭受與上訴人相同之刑事宣告，被勒令退伍者。是被上訴人援引上述簡章規定，拒絕上訴人報考理由，欠缺應被保護之公益價值，顯係行政怠惰。（二）上訴人於聯合後勤學校補運分部勤務隊服義務役時，通過單位「從事及參與國防安全事務人員安全調查」，判定安全無虞而任安全士官，得守備軍械室、彈藥室、衛哨等營區安全工作，上訴人服役期間所執勤務與一般志願役士兵並無差別。雖志願役皆以「未曾受刑之宣告」為安全調查之標準，惟安全上是否存有疑慮，乃是一抽象價值，其本質本自相同，被上訴人卻以不相關之事由，於志願役諸班隊、軍事學校學員生修業規則之消極資格規定剝奪上訴人投考之權利，將同屬安全無虞者行差別待遇，有違憲法第 7 條平等權規定。（三）依我國目前公職考試、專業人員管理與任用規定，縱有對於充任人員受刑罰為消極資格限制，均以此政策措施與行政目的間具有正當之連結存在。被上訴人修正志願役諸班隊考選，將受刑之宣告者納入

不得報考之列，與其他類似身分之警察、司法等人員採取不同規範，顯過度限制上訴人之報考權利等語，爰求為判決確認被上訴人 99 年 9 月 21 日否准上訴人參加國軍志願役專業預備軍官預備士官班招生報考之行政處分違法。

三、被上訴人則以：（一）國軍志願役專業預備軍官之招考立法目的係招募職司合法持有具攻擊性槍械之國軍人才，錄取者於必要時使用武力，以確保國防安全之軍隊指揮、監督工作，與上訴人所稱警察特考、海巡特考、公務人員高普考等晉用目的不相同。據此，為確保國家、軍事安全、預防報考之考生身分複雜、不明或隱匿身分等情事，肇生危害國家或軍事之安全之虞，被上訴人遂於 99 年度考選簡章將消極報考資格部分，增列「曾受刑之宣告」者不得報考之規定；而具有「確保國家、軍事安全、預防報考之考生身分複雜、不明或隱匿身分等情事，恐有肇生危害國家或軍事之安全之虞」等公共利益之考量，依司法院釋字第 626 號解釋意旨，應認其所為之差別待遇確係維護合理行政目的，係屬合憲。（二）又「義務役」乃係依據憲法第 20 條及兵役法第 1 條之規定，課予全國人民（男子）服兵役義務之緣由，與「志願役」乃係全國有志之士，本於為國防服務、保家衛民之精神主動投入國防專業事務相間。本於「志願役」與「義務役」於前述性質上之不同，被上訴人及其所屬機關依法分配予「志願役」與「義務役」之勤務性質、內容及涉及國家安全之層級自不相同，以致對該二者人員於招考時辦理之安全調查事項亦因所涉國家安全層級不同之考量，而對於「義務役」採取較寬鬆之調查標準及密度等語，資為抗辯，並求為判決駁回上訴人之訴。

四、原判決駁回上訴人之訴，略以：（一）按行政法上之比例原則係指行政權力在侵犯人民權利時，除必須有法律依據外，其實施公權力行政行為的「手段」與行政「目的」間，應該存在一定的比例關係，即任何干涉措施所造成之損害，應輕於達成目的所獲致之利益，始具有合法性。本件預備軍官考選事務涉及眾多應考人，各別考生背景不同，被上訴人系爭 99 年度考選簡章就應考資格預為設定統一之消極資格條款，是為達成考選事務處理之迅速與經濟目標，其先行選擇，以未受法院刑之宣告之人始能報考，是將所需標準預為訂明，依司法院釋字第 626 號解釋理由書意旨，其排除條款應具正當理由。又避免有犯行紀錄之人報考，其目的是為確保國家軍事安全，手段與目的兩者具有實質關連性，未超越實現目的之必要程度，具有妥當性，無違比例原則。上訴人雖認被上訴人未就考慮其過失犯行之動機及未獲利益情形而給予其報考機會云云，惟被上訴人本於國防安全目的，檢討應考人員過去背景，設定較高標準，難指為違法。（二）各別公職及專業人員之功能不同，其招考條件須針對其設置目的與功能而定，各人員之工作性質，本即有差別，依其工作性質而設定不同招考標準，自屬司法院釋字第 211 號解釋所揭示之實質平等內涵，因此，不能以某類科考試較低標準，而指他類科考試之要求過嚴而違平等。被上訴人為軍事學校招生之主管機關，且係因軍人與其他公務人員工作性質之不同，故法律授權被上訴人單獨辦理考選，是與其他公務人員由考試院辦理者不同，因之，被上訴人在法律授權範圍內採取較其他公務人員嚴格之品操標準，應屬有據，上訴人舉其他公務人員與專業人員應考資格與本件預備軍官考選比較，依前揭說明，尚難謂與平等原則不符。（三）現役軍人涉有過失或較重犯行，本即不法，應負懲戒責任，與系爭 99 年度考選簡章設定消極資格條款情事相異，上訴人不能以現役軍人違失不法犯行，與被上訴人在考選簡章訂定條款之事務互為比較。又司法院釋字第 455 號解釋為就義務役年資

應否併計為公務員退休年資之解釋，與本件系爭考選簡章修改後之消極資格條款，非相同事務；再義務役軍官是為依法而服兵役，與志願役軍官決意從事軍職者不同，所負義務及責任亦不相同，兩者考核程度，自有差異，均非立於同一基礎之事務，不能互為比較。上訴人此部分主張，尚不足採等詞，資為其判斷之論據。

五、本院查：

（一）按「憲法所定人民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軒輊受憲法毫無差別之保障……憲法第 7 條、第 9 條至第 18 條、第 21 條及第 22 條之各種自由及權利，則於符合憲法第 23 條之條件下，得以法律限制之。至於何種事項應以法律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：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。」司法院釋字第 443 號解釋理由書參照；所謂「授權應符合具體明確之原則」乃指其授權之目的、範圍及內容須符合具體明確之要件。是有關憲法規定賦予人民之自由及權利，乃得以法律予以限制，且視規範對象、內容、法益本身及所受限制輕重，並非不得由法律具體明確授權主管機關發布命令為補充規定。有關預備軍官、士官之考選，涉及選訓後之以軍人身分服役問題，事關國家安全之公共利益，於符合憲法第 23 條規定之限度內，自非不得就無關人民人身自由或對其既有權益積極侵害之該應考資格事項，由法律明確授權之命令加以規範。至司法院釋字第 547 號解釋論及：「醫師應如何考試，涉及醫學上之專門知識，醫師法已就應考資格等重要事項予以規定，其屬細節性與技術性事項，自得授權考試機關及業務主管機關發布命令為之補充。」僅係說明醫師之應考資格已經醫師法所明定，而非謂應考資格之限制非法律明定者，不得為之，是上訴人援引該解釋，主張考試之應考資格應於母法中明定，不得授權考試機關及業務主管機關發布命令為補充云云，已無可採。

（二）次按「軍事教育為國家整體教育之一環，以國防部為主管機關。並依相關教育法律之規定，兼受教育部之指導。」、「（第 1 項）基礎教育以培養國軍軍官及士官為目的，由軍事學校辦理，其類別及宗旨如下：一、大學教育：以培養國軍指揮、科技及參謀軍官、士官為宗旨；得設立正期班、2 年制技術系、4 年制技術系或同等班隊。二、專科教育：以培養國軍軍官及士官應用科學與技術，養成實用專業人才為宗旨；得設立專科班或同等班隊。三、中等學校教育：以培養國軍基層領導士官為宗旨；得設立常備士官班或同等班隊。四、軍事養成教育：以對具有大學、專科或中等教育學歷者，施予軍事養成教育為宗旨；得設常備軍官班、常備士官班、預備軍官班、預備士官班或同等班隊。（第 2 項）前項第 1 款至第 3 款學生入學方式、入學資格、修業年限、成績考核、學籍管理、畢業資格、學位授予、畢業證書發給等事項之規則，由國防部會同教育部依相關教育法律定之。（第 3 項）第 1 項第 4 款學生班

次之設立、入學方式、入學資格、修業期限、修業課程、成績考核、學籍管理、畢業資格及授予第 1 項學生軍事學資等事項之規則，由國防部定之。」軍事教育條例第 2 條、第 5 條定有明文。其中第 5 條第 1 項第 4 款規定軍事養成教育部分，乃為兼顧軍事需要，廣闢常備軍官、常備士官、預備軍官、預備士官之來源，借重民間教育成果，節約軍事教育投資成本，而於 92 年 2 月 6 日修正軍事教育條例所增列，並因該軍事養成教育班隊性質與其他類別不同，併於同條第 3 項增訂授權由國防部單獨訂定是類班次設立、入學方式、入學資格等上揭事項，俾利實務運作。

(三) 又「預備軍官役，以下列人員，依志願考選，受 1 年以內之預備軍官基礎教育，並視必要分發軍事機關、部隊見習 6 個月以內，期滿成績合格者服之：……」、「預備士官役，以下列人員，依志願考選，受 8 個月以內之預備士官基礎教育，並視必要分發軍事機關部隊見習 4 個月以內，期滿成績合格者服之：……」、「前 2 條預備軍官、預備士官選訓服役實施辦法，由國防部會同相關機關定之。」且為兵役法第 9 條第 1 項、第 10 條第 1 項、第 11 條第 1 項所明定。核兵役法第 11 條第 1 項規定將具體執行預備軍官、預備士官之選訓服役事項，明確授權被上訴人會同相關機關訂定，無非鑑於該等軍士官之選訓，係繫之於國軍兵力需求之戰力考量。被上訴人據之而與內政部、教育部會同發布之「預備軍官預備士官選訓服役實施辦法」第 2 條第 1 項、第 3 條、第 5 條第 1 項、第 2 項且規定：「兵役法第 9 條、第 10 條所定人員參加預備軍官或預備士官選訓及服役，依本辦法規定，本辦法未規定者，適用有關法令之規定。」、「預備軍官或預備士官年度考選之對象、方式、員額、專長職類、資格、報名方式及其他相關事宜，由國防部訂定考選計畫實施……」、「（第 1 項）預備軍官或預備士官之考選，由國防部、內政部、教育部等相關機關依考選計畫組成考選委員會，訂定考選簡章辦理。……（第 2 項）前項預備軍官或預備士官考選，得依實際需要合併辦理。」經核並無違兵役法上開授權範圍及法律保留原則，自得適用。是被上訴人為選訓預備軍士官，依兵役法授權之上述服役實施辦法訂定考選計畫，組成考選委員會而以 98 年 12 月 14 日國力規劃字第 0980003746 號令頒之系爭 99 年度考選簡章：「壹、考選對象及資格……二資格……（二）曾受刑之宣告、保安處分……不得報考。」之消極資格限制，係基於法律、法規命令授權之補充規定，被上訴人具有形成系爭招生簡章中考選資格之權限。上訴意旨指摘兵役法無有關預備軍官或預備士官應考資格之規定，概予授權由業務主管機關及考試機關自行訂定簡章限制應考資格，有違法律保留原則及授權明確性原則云云，要係其一己之主觀見解，洵無可取。

(四) 再按「中華民國之國防軍事武力，包含陸軍、海軍、空軍組成之軍隊。」、「中華民國陸海空軍，應服膺憲法，效忠國家，愛護人民，克盡職責，以確保國家安全。」、「國防部主管全國國防事務；應發揮軍政、軍令、軍備專業功能，本於國防之需要，提出國防政策之建議，並制定軍事戰略。」、「現役軍人應接受嚴格訓練，恪遵軍中法令，嚴守紀律，服從命令，確保軍事機密，達成任務。」國防法第 4 條第 1 項、第 5 條、第 11 條、第 15 條著有規定。是國軍係以武力保衛國家安全，現役軍人接受嚴格訓練、嚴守紀律、服從命令，不容洩露軍事機密或一時輕忽，以維國軍整體戰力，確保軍事任務之達成

。上開 99 年度考選簡章限制曾受刑之宣告者，不得報考預備軍官、士官考選之規定，事涉公共利益，就維護部隊之純淨，專責戰備任務，確保國軍戰力而言，尚難認上開規定與選訓適任之預備軍官、士官無關聯而欠缺必要性。又軍人身負武力，保衛國家安全，稍有疏失，即影響戰力，是過失犯刑案者其主觀惡性固不若故意者，惟不論其犯案情節輕重，既經刑事判決確認其具刑法第 14 條規定：「（第 1 項）……按其情節應注意，並能注意而不注意者，為過失。（第 2 項）行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其發生者，以過失論。」等有可歸責之注意能力欠缺或判斷失誤情事，自難謂符合國防法對軍人能力之要求。故被上訴人於系爭考選資格，未分別犯罪類型、態樣，概以「受刑之宣告」為消極限制，併將過失犯案者排除於應考之列，亦無違反比例原則。上訴人主張：被判處拘役或罰金之過失犯，主觀上並無犯罪之故意與惡性，情節亦屬輕微，被上訴人以其曾受刑之宣告，即一律剝奪其報考機會，係與比例原則有違云云，自無足採。又本件係屬預備軍官、士官考選階段之應考資格爭議，而「陸海空軍軍官士官任官條例」、「陸海空軍軍官士官任職條例」、「陸海空軍軍官士官服役條例」免官；停職、免職、撤職；禁役等則均屬軍人既有身分或權益之剝奪事項，兩者無從相提併論，更不得執該等條例規定，謂被上訴人於 99 年度考選簡章為系爭考選資格之限制，係有悖法律保留原則。另依少年事件處理法第 83 條之 1 第 1 項及刑法第 76 條規定：「少年受……刑之執行完畢或赦免 3 年後……視為未曾受各該宣告。」、「緩刑期滿，而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力。」是系爭考選資格限制以但書方式，將「少年符合少年事件處理法第 83 條之 1 第 1 項規定或受緩刑宣告期滿未經撤銷者」排除在外，無非重申上開法律規定意旨，免杜爭議，尚不生比較犯罪情節之問題。而國軍從事以軍事武力確保國家安全之任務，高度要求團體紀律及服從性，經核亦與一般文職公務人員、警察人員、國家安全局情報人員工作性質有別。是上訴意旨援引警察人員應考資格僅針對警察人員職務特性，限制曾犯特定罪行者報考，並未一概排除「曾受刑之宣告者」，主張系爭應考資格限制乃嫌過度，有違憲法第 23 條比例原則之要求，並抵觸憲法第 7 條及公民與政治權利國際公約第 25、26 條規定揭示之平等原則云云，均無可取。

（五）本件上訴人曾於 94 年犯過失傷害罪而受刑之宣告，而具系爭 99 年度考選簡章考選資格所規定不得「曾受刑之宣告」事由，乃經原審合法確定之事實。原判決因認被上訴人否准上訴人報名參加系爭預備軍官、士官考選，適法有據，並就上訴人之主張何以不足採取，分別予以指駁如上，核無違誤。縱有未盡周延之處，亦不影響判決之結果。上訴人主張原判決肯認被上訴人一律以「曾受刑之宣告」為應考資格消極限制之標準，而未審酌司法院釋字第 443 號解釋理由書及第 547 號解釋意旨，且違反平等原則、比例原則，有適用法規不當、不適用法規及判決不備理由等違背法令情事云云，無非重述為原審所不採之陳詞，並無可採。從而，上訴人仍以上開歧異之法律見解，指摘原判決違背法令，求予廢棄，難認有理由，應予駁回。

六、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第 255 條第 1 項、第 98 條第 1 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 100 年 12 月 29 日

（本件聲請書其餘附件略）