

釋字第七一五號解釋協同意見書

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。」¹ 本席就其結論敬表同意。

¹ 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

(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

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。」

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四二號所界定之「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) 國際條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。國際人權條約所保障之工作權，並未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605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649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。」² 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 4 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

² 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）。

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。³ 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

³ 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，以及其得以做為解釋我國憲法基本權利內涵之重要考量依據。

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。