

釋字第七一五號解釋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、五四七號、六五五等號解釋），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（釋字第一五號、第四二號、第二九〇號、第四六八等號解釋可參），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、第八十六等條，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、第六八二等號解釋）。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、四六八等號解釋）。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為。」（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。公職是以國家為雇主（Dienstherr）公務人員為受雇人（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為國家受雇人的基本權？當然就說不通了。另一方面，服公職權同樣不能歸類為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 以基本權為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，因為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」)，因此不宜混為一談。以瑞士為例，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—

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」，雖然因為放在清單外而被界定為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為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，是西元一九四八年公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、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、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均衡。這些制度設計在憲法的適用明確限縮於台灣一地後,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一三九條宣示的軍隊國家化原則，乃至導出第一四〇條文武分治、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，憲法第一三八條、一三九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（釋字第五五五號解釋參照）。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（釋字第二七八條、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」，和第一三〇條的

「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、十九等條）。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、合議的考試院所做的專業性判斷，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，因為在做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，比例原則所做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——，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抵觸。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是淋漓盡致，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。