

釋字第七一五號解釋 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¹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²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³，以確定終局判決（最高行政法院一〇〇年度判字第二二五九號判決）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⁴規定，聲請本院解釋憲法。

¹ 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。

² 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。

³ 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）。

⁴ 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抵觸憲法之疑義者」。

本席贊同由實質觀點，認定考選簡章屬「一般性法規範」，⁵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--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，本席以為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）⁶，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」

⁵ 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）。

⁶ 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）。

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，大致可以分為兩個時期。早期的解釋多為闡明公職人員「可否兼職」之疑義，並似受到憲法第一〇三條之影響，而從寬認定「公職」之範圍，例如釋字第四二號解釋（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」。⁷較近之解釋則多為闡明憲法關於「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，對公務員所為之免職處分，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」。⁸

⁷ 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一〇三條（「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。

⁸ 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

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⁹增設法律¹⁰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，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」¹¹。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」所取得者為限。¹²猶值商榷者，前揭理由書似刻意將「應考試」與「服公職」解讀為兩個獨立的權利(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」)¹³；且隱約以憲法第八十六條為準據，

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」)

⁹ 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」。

¹⁰ 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」。

¹¹ 參見該號解釋之解釋理由書。

¹² 參見釋字第四二號解釋(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」。

¹³ 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。

將「應考試」限縮解釋為參加「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二六八號解釋的路徑，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；¹⁴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。

¹⁴ 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)、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。

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)¹⁵，或稱「參與公共生活及服務之權」(right to participate in public life and service)¹⁶，旨在保障公民有依平等之條件，參與公共

¹⁵ 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.

¹⁶ 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

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」之資格倘可無需「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

restrictions...

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

之¹⁷，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¹⁸，部分原因在於其文字構造--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

¹⁷ 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。」。

¹⁸ 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）。

係-- 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」¹⁹）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

¹⁹ 控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）。

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²⁰，職業軍人之養成（軍事教育）迄為國家所獨佔（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²¹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」

²⁰ 參見憲法第一四〇條（「現役軍人不得兼任文官」）。

²¹ 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」）。

亦「應考試服公職」權所保障之（任用）「考試」範圍。²²

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。²³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」。²⁴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。²⁵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，

²² 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。

²³ 可以算式表示：「工作」＝「公部門職務」＋「私部門職業」。

²⁴ 可以算式表示：「公部門職務」（廣義之「公職」）＝§18「應考試服公職」之「公職」＋其他（無需經考試即可擔任之）公職。

²⁵ 可以算式表示：§18「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。

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)²⁶、「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)²⁷地從實質上審查，並宣

²⁶ 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四段(「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…」)及解釋理由書第五段(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，終生不得辦理營業小客車駕駛人職業登記之規定合憲)、釋字第六二六號解釋(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。

²⁷ 最顯著的表現在於手段「必要性」原則之審查操作。相較於釋字第五八四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

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

法解釋之理論與實務（第六輯）》，頁 581 以下（尤其頁 596～598）。

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。²⁸

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。²⁹本

²⁸ 參見釋字第六八〇號解釋（「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。……」）。

²⁹ 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，公職人員選罷法第二十六條及第二十

席不解何以放任系爭規定仍由軍事機關自為裁量。

四、釋字七〇七號解釋後，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，³⁰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。

七條等。

³⁰ 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，詳見本席於釋字第七〇七號解釋之「部分不同意見書」。

圖一：「應考試服公職」、「公職」及「工作」的概念

