

釋字第七一五號解釋部分不同意見書

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¹。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0九八00三七四六號令頒「九十九年國軍志願役專

¹ 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。」

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(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。

參、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:法規命令之制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²,且行政機關在依該授權制定法規命令時,應表明該授權,資為其制定依據(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

² 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)。」

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」。

系爭簡章未載明其制定依據，所以當因其制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，依預備軍官預備士官選訓服役辦法（下稱選訓服役辦法）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，系爭該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定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，實際上系爭投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制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制訂考選計畫，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。其制訂單位，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制訂或核定，然其制定依據不是兵役法，而是國防部依兵役法之授權制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制定的授權。在法規命令之法制作業，這並不符合正常軌制³。

³ 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，

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制定的民主正當性，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認定，重在其是否符合法規命令之授權及制訂的形式要件。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。」

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。」