

專家諮詢意見書

案號： 111 年度 憲民 字第 3005 號

專家學者、機關或團體

姓名或名稱：吳秦雯

身分證明文件字號：

住(居) 所、所在地、事務所或營業
所：

電話：

傳真：

電子郵件位址：

送達代收人：

送達處所：

機關/團體代表人

姓名：

身分證明文件字號：

稱謂/職業：

住所或居所：

電話：

傳真：

電子郵件位址：

1 為（憲法訴訟類型）提出專家諮詢意見事：

2 應揭露事項

3 一、相關專業意見或資料之準備或提出，無與當事人、關係人或其代
4 理人有分工或合作關係。

5 二、相關專業意見或資料之準備或提出，無受當事人、關係人或其代
6 理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。

7 三、無其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。

8 專業意見或資料

9 一、

10 二、

11 三、

12

13

14 附屬文件之名稱及其件數

| 文件編號 | 文件名稱或內容 | 備註 |
|------|---------|----|
| | | |
| | | |

15

16

17 此致

18 憲法法庭 公鑒

19

20 中華民國 年 月 日

21 具狀人 吳秦雯（簽名蓋章）

22 撰狀人 （簽名蓋章）

111 年度憲民字第 3005 號陳韻宣聲請案

專家諮詢意見書

吳秦雯（國立政治大學法律學系副教授）

壹、前言

本聲請案主張，人民受憲法上保障權利遭受不法侵害之確定終局裁判所適用之法規範為：中華民國 107 年 4 月 23 日考試院修正發布之公務人員特種考試一般警察人員考試規則第 7 條第 2 項規定：「受訓人員報到後，必要時得經內政部或海洋委員會指定之公立醫院辦理體格複檢，不合格者函送公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）廢止受訓資格。」與第 8 條第 1 款規定：「本考試體格檢查有下列情形之一者，為體格檢查不合格：一、身高：男性不及 165.0 公分，女性不及 160.0 公分。但具原住民身分者，男性不及 158.0 公分，女性不及 155.0 公分。」，由於聲請人爭執之主軸為上述考試規則第 8 條第 1 款，以性別、生理條件（身高）、種族（原住民或非原住民），作為分類標準，對於有意擔任警察職務者，進行差別對待；而此一差別對待，源自公務人員考試法之授權。

依據公務人員考試法第一條規定：「公務人員之任用，依本法以考試定其資格。」可知，倘若人民有意以警察人員為其職業，必須通過國家依據法律舉行之考試、取得資格方受任用並得擔任。尤其，司法院釋字第 760 號解釋理由書第四段亦曾確認：「警察人員為依法定程序考試訓練、任官授階，並依警察法等相關法令執行警察任務之人員，自屬憲法第 18 條所稱之公職。」因而，上述規定不僅限制人民選擇、擔任該職業之自由，涉及憲法第 15 條應受保障之人民工作權，更以考試作為擔任依法令從事公務職務之手段，顯然同時也影響人民受憲法第 18 條保障之應考試服公職權。

憲法法庭言詞辯論整理之爭點提綱，將涉及體格檢查具體標準之公務人員特種考試一般警察人員考試規則第 8 條第 1 款列為系爭規定一，應係

考量該規定牽連之基本權規定較多，本意見書從之，並將另一被聲請之法規範（儘管法令規範條次在前）列為系爭規定二。

爭點題綱一針對系爭規定一，再細分為三：首先討論體格檢查之規範目的、其次論證以身高資格限制憲法第 18 條所保障服公職權利之合憲性，最後討論以原住民與非原住民身分為身高區別標準是否抵觸平等權保障。爭點題綱二則僅涉及法律明確性原則之確認。儘管兩大爭點主要涉及人民基本權利之限制，但本研究意見以為，此二爭點題綱，事實上存在權力分立之國家機關核心權限疑義，涉及審查密度之前提，宜先予釐清，故以下將以兩大方向進行論述。

首先，由權力分立、國家組織之角度論之，我國憲法與其他國家不同，設有行政、立法、司法、考試、監察五權，此「五權分治，平等相維之體制」，由司法院釋字第 3 號確立。擁有對憲法第 18 條之規定：「人民有應考試服公職之權。」進行規範之有權機關，依據憲法本文第八章各條文規定，應為考試院。然而，一方面憲法增修條文第 6 條第 1 項修正考試院依據憲法第 83 條掌理事項之範圍，考試院與實際用人機關之間如何分享權力存有模糊空間；二方面，憲法第 18 條規定之應考試服公職之權，究竟是分立之「應考試」與「服公職」之權，抑或「應考試及服公職」之權，尤其本案聲請人在接受教育訓練階段，即因身高不符系爭規定一而遭廢止受訓資格，尚未正式擔任公職，則本案究竟屬於應考試服公職權利之整體受到侵害，或僅屬於應考試之權受到侵害，正與考試權之權限範圍息息相關。

其次，從人民權利保護之角度論之，前已論及，本案聲請人選擇之職業為警察，但考試院發布之法規範，設定考試規則的體格檢查標準，導致聲請人欲以警察為職業之職業自由受到限制；同時依據司法院釋字第 42 號建立並受到維持之基礎概念，警察既為「依法令從事於公務者」，應屬憲法第 18 條「公職」，此時即連結前述論證權利性質，故本部分將以前述論證結論為基礎，遞次討論在此論理基礎下，是否本案存在服公職權與

職業自由為保障核心之工作權，產生權利侵害之競合關係，並確認審查基準；加上體格檢查標準係以性別、生理條件（身高）、種族（原住民或非原住民），作為分類標準，進行差別對待，故最後將檢驗是否違反平等權保障。

至於系爭規定二，事實上與系爭規定一是否逾越權限機關之權力範圍，並過度侵害人民相關權利保護息息相關，因而將於最後進行討論。

貳、考試權與憲法第 18 條

本案爭點提綱並未提及權力分立疑義，但參考聲請人指稱之原因案件：最高行政法院 109 年度上字第 928 號判決，於判決意見（二），特別指出：「考試主管機關因事實上之需要，及舉辦考試之目的，就有關事項依法酌為適當之限制，以確保相關考試及格者具所需之知識與能力，有關考試資格及方法之規定，涉及考試之專業判斷者，應給予適度尊重，始符合憲法五權分治彼此相維之精神（司法院釋字第 205 號及第 682 號解釋可資參照）。同理，就公務人員任用資格考試而言，為確保相關考試及格者具有執行公務所需之知識、能力及身高限制，考試主管機關就考試資格及方法之規定，有權依其專業考量而為適當之判斷。」，顯然以聲請人遭受廢止受訓資格之處分，屬於考試權之權限範圍，並提出適度尊重專業判斷之理由。接續之意見（三）、（四）並未清楚說明，尊重考試之專業判斷，是否影響後續個案審判之審查密度，而是在（五）說明，之所以接受系爭規定之身高限制，確實具備重要之公共利益，且顯然與消防警察人員訓練及工作需要，具有實質關聯性，主要是因為這些判斷，都屬於「考試機關…固有權限，第三人不得擅以自己之判斷代替考試機關之判斷，而指其不合法」，亦即為「考試機關充分運用有限訓練資源於培養適合擔任消防警察之人員之政策決定空間內」，因而無需課以權力機關提出科學證據之舉證責任，也因此駁回前審法院認定，系爭規定設定身高條件之理由，不足為差別待遇之正當基礎。

故而，系爭規定一之制定規範權限，究竟是否屬於考試權之核心權限，因此宜尊重考試權之專業判斷，成為本爭點首須辨明之前提。

一、權力分立下考試權之核心

判斷某一權限是否屬於何機關之問題，本為憲法基本原則之一之權力分立原則運作之核心爭議，而我國過往多數爭議存在於傳統三權分立體系下之「行政權與立法權」間，由司法權作為公正中立的第三者，論斷行政權或立法權是否跨越權力分立之界限。若以過往釋憲實務初步判斷，本案看似並不存在權力分立之問題，僅與司法權如何對抽象法規範進行審查有關。然而，司法權之行使並非毫無界限，如果制定系爭規定一之考試權，之所以取得制定此一抽象法規範權限，並非源於立法者之授權¹，而是源自憲法保障之考試權，司法機關的審查，首應確認是否涉及權力分立問題，並有區辨權力核心領域之必要，方得適當地在不侵害考試權的核心範圍內，進行違憲審查。而本聲請案之權力分立爭議，並非如同聲請案件本身表現，僅在於五權分立下之「考試權與司法權」間，因為從司法院函詢考選部之回函中，考選部明白表示：「考試院經參酌用人機關任用之需要並依據前揭法律授權，於本考試規則第 8 條規定體格檢查身高項目與合格標準」，也就是說，系爭規定一之制定，乃是考試權與行政權之協力結果，故實則涉及「考試權＋行政權與司法權」間之權力分立區辨。為釐清此一問題，以下將先觀察國家功能於憲法規範文字與功能運作之分工情況，接著再連結憲法第 18 條「應考試服公職」之權利進行界定。

（一）考試權之界定

1. 憲法本文與憲法增修條文

原本憲法第 83 條明訂之考試院掌理事項，雖經憲法增修條文第 6 條第 1 項修正調整，但該項第 1 款「考試」與第 2 款「公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休」仍專屬於考試院，僅「公務人員任免、考績、級俸、

¹如果是來自於立法者的授權，事實上仍然可能落入「立法形成空間」，而成為立法權與司法權，尤其是違憲審查權之間的權限分立問題。若屬於此一範疇，則國內已有相當豐富論著進行探討。

陞遷、褒獎」轉變為僅具「法制事項」之權。而憲法第 85 條除中段之「並應按省區分別規定名額，分區舉行考試」停止適用外，「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 86 條「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。」都仍維持。既然制憲者將行政權當中，選任人事之方式特定為考試，並將考試權從行政權中抽離，從憲法章節條文之設計安排，即可推斷考試權應有其被憲法保障之核心權限；再從條文規範次序觀之，第 83 條規定者為考試院所有掌理事項，第 84 條與第 88 條為組織型態與職權行使方式，第 85 條特別針對公務人員考試制度進行規範，第 86 條則擴大規定須經考試院考選之對象，是否表示此些條文都可被認定為考試院擁有依據憲法規範授權之掌理事項，不容其他權力機關任意侵奪或取代？再觀憲法第 86 條關於資格訂定，規定「依法」，且第 87 條規定「考試院關於所掌事項，得向立法院提出法律案。」可知，憲法雖然將考試權獨立自行政權，又明文規定賦予考試院所掌理之權力事項，但該等事項：憲法第 83 條、85 條與第 86 條，事項所牽涉的範圍、規範層次上並非完全一致；資格之考選銓定必須依法，第 83 條與第 86 條之事項與執行，則是向立法院提出法律案。加上，考試院提出之法律案，又未明文限制立法院審議權，正如釋字第 175 號理由書第一段最後段所指之：「法律案之提出，僅為立法程序之發動，非屬最後決定」。從憲法規範條文中，因而無法輕易並明確得出考試權之核心權力範圍，只得初步確認在不同權限事項搭配有不同之規範方式，必須再進一步從憲法違憲審查之司法權機關已經作成之憲法解釋或判決予以探究。

2. 憲法解釋與判決

目前從權力分立角度論析關於考試權之相關解釋或判決，實屬鳳毛麟角。其一為涉及專門職業人員中醫特考不及格規定合憲性之釋字第 682 號，該號理由書第一段，先論述憲法第 15 條之工作權與第 18 條之應考

試權係屬憲法明文保障之權利，接著表示：「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。」。換言之，若國家權力造成應考試權及工作權之限制，司法審查機關，自有權依據憲法原則，進行違憲審查。但該號解釋理由書緊接著指出：「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。」，正是對於考試權於憲法條文規範中，從行政權抽離、被獨立賦予考試院，應具備權力分立性之確認；加上考試院具備組織上之獨立性，與行政權傳統行政一體、上命下從之權力運作方式不同，而此一獨立行使考試權之組織運作方式，係為了建立憲法條文並未明言，但由司法院憲法解釋確認，須相同適用於公務人員任用資格與專門職業及技術人員執業資格之「公平公正」之考試制度。

在此論理架構下，釋字第 682 號所宣示之關於「考試及格及考試方式」，其中「涉及考試之專業判斷」應「給予適度之尊重」，當可認定為憲法解釋機關肯定，專門職業人員是否具備執業所需之專業知識與能力，其判斷權，應屬憲法賦予考試院之職責，並為考試權之核心領域²。然而，該號解釋雖全面性確認考試院執行職權之合議、獨立性，並將公平公正之考試制度一體適用於所有考試院主管之對象，即公務人員與專門職業及技術人員，但因為本案解釋對象僅限於專門職業人員，因此考試權對於「考試之專業判斷」之核心領域權限，若採取較為保守之解釋方法，尚難認已經相同確認於公務人員任用部分。但至少可以肯定：考試權之所以在權力分立之架構下，擁有其他權力機關給予「適度尊重」

² 亦可參照，釋字第 682 號林大法官子儀提出之協同意見書，頁 8。

（惟尚非如釋字第 613 號理由書之「不能侵犯、不能造成實質妨礙」的強度）之核心權限，前提在於考試權之運作，係以合議、獨立之組織方式進行專業判斷。至於「適度尊重」應採用如何密度之司法審查標準，是否程序上如林大法官子儀提出之協同意見書所稱，還需符合「專業、多元參與及透明公開之要求」，尚未確認。

另一則與考試權相關者，為 111 憲判字第 9 號，以認定公務員懲戒權力機關所屬為主，確立免職權屬行政權之核心領域，但同時表示：「並非不得限制」，只要未達「不完全剝奪」，「或將之交由其他機關取而代之」，即非侵犯行政權核心領域，破壞責任政治，並致權力失衡。並提及「行政院及考試院這兩個憲法上之行政機關」，確認考試院之權力屬性。惟實際上未論及考試權之核心領域。

綜上所述，截至目前為止，相關憲法解釋或判決，尚未有機會，從權力分立之審查角度，對於何為考試權之核心領域進行完整確認，而偏向從人民權利保護與限制之角度，以憲法第 18 條應考試服公職權為依據，進行權利性質與內涵之審查。

（二）探究應考試服公職權之權利類型與內涵

前述關於考試權之權力核心討論中，已先敘明，考試院所掌有職權範圍與法規範層次並不相同，因而有必要再對應憲法第 18 條之應考試服公職權，確認人民擁有之應考試服公職權，是否都在憲法考試權之權限範圍內。尤其，本案聲請人在接受教育訓練階段，即因身高不符系爭規定一而遭廢止受訓資格，依據現行公務人員與國家建立公法上職務關係之成立到消滅之程序觀察，聲請人應仍處於考試程序，尚未正式擔任公職，在此階段，究竟從權力分立的架構下，應由哪一個權力機關擁有最優先或最適合的決定權？又究竟屬於應考試服公職權利之整體受到侵害，或僅屬於應考試之權受到侵害，憲法第 18 條規定之人民有應考試服公職之權，究竟是一種權利類型？或是兩種權利類型？由於憲法規範之精簡性，以下嘗試從

我國釋憲實務意見中，加以耙梳整理。

1. 類型區辨

若以憲法第 18 條與應考試權作為關鍵字，不限欄位，於憲法法庭進階查詢，對於解釋與判決進行查詢，可得 9 則結果³，經檢視將未出現於解釋文與理由書之論述者刪除，僅存 7 則：釋字第 682 號、第 715 號、第 750 號、第 760 號、第 764 號、第 785 號與 111 憲判字第 10 號；若更改關鍵字為憲法第 18 條與服公職權，則可尋得 26 筆結果，再經檢視調整，發現與應考試權之 9 則結果全部重疊外，剩下的部分有 9 則，其中釋字第 491 號與第 583 號涉及免職，釋字 575 號涉及組織調整之留任，第 611 號涉及公務人員任用法，第 658 號涉及退休，第 717 號涉及養老給付，第 768 號對於具外國國籍者不得擔任以公務人員身分任用公立醫療機構醫師，111 憲判字第 9 號為公務員懲戒之權屬，112 憲判字第 15 號公務人員執行職務意外受傷請領慰問金。若再進一步單以「應考試」為關鍵字進行搜尋，得到 47 則結果⁴，刪除後，除了前述已經篩選之解釋、判決後餘下：釋字第 155 號（使用應考試之權）；341 號（兼用應考試之權與應考試服公職之權）；第 205 號、618 號（使用應考試服公職之權）；268 號、第 546 號（使用應考試、服公職之權）、第 575 號（使用服公職之權利）。為避免遺漏，又再單以「服公職」進行搜尋，又再從 87 則結果中，得到先前未搜尋到的：172 號、243 號、266 號、483 號（使用服公職權）、釋 323 號、釋 338 號、釋 396 號、釋 430 號、釋 446 號、釋 575 號、釋 605（使用服公職之權利）

由以上初步觀察解釋文/判決以及理由書/理由當中之用詞，當可明顯發現，關於憲法第 18 條之應考試服公職權，究竟屬於單一或兩種權利類型，如何進行區分與概念內涵為何，不僅不清楚也似乎未有一致標準，必

³ 釋字 682、715、730、736、750、760、764、785 與 111 憲判字第 10 號。

⁴ 釋字第 66 號（無解釋理由書）、釋字第 525 號使用「參與轉任公職考試或取得申請比敘資格，乃表現其服役之初即對應考試服公職可獲優待具有信賴之客觀具體行為。」

須進一步探究權利內涵文字。

2. 權利內涵

從上述相關解釋、判決之搜尋後，檢視其內容，雖可大略整理出脈絡，但仍發現目前釋憲實務詮釋認定之權利內涵，存有相當曖昧模糊之處。

(1) 應考試權著重於確認考試程序

不論是單採「應考試權」或「應考試之權」，或是將「應考試、服公職」以頓號區分，或甚至只單引憲法第 18 條，相關權利內涵都以正式擔任公職前的考試程序認定為主。

釋字第 155 號於民國 67 年作成，從考試院之機關權力，認定具有職權訂定考試規則及酌採適當考試方式之正當性。同時認定六十三年特種考試臺灣省基層公務人員考試規則第八條暨同考試錄取人員實習辦法所定之「實習」，乃實地學習之意，與考試法施行細則第六條所稱之「學習」同，係考察試驗應考人才能之一種適當方法，仍為考試程序之一部，並未侵害人民應考試之權。此一將實習、學習階段，列入考試範圍，並將「應考試權」獨立於服公職權，這樣的見解也在後續多號解釋，同時或分別獲得確認。像是釋字第 268 號則是將應考試服公職加入逗點分開，表示「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」，且將此資格連結人民之工作權。似乎將考試權與工作權合併進行審查。釋字第 341 號承釋字第 155 號之相同意旨認定「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，如未逾越其職權範圍，或侵害人民應考試之權利，即無抵觸憲法」，將訂定考試規則侵害人民權利部分認定為侵害應考試之權力，而非服公職權。

釋字第 429 號僅使用憲法第 18 條，並未使用應考試服公職之用語，不過與釋字第 155 號相似，認定「公務人員高普考試筆試及格後，須經訓練，訓練期滿成績及格，始完成考試程序。訓練既為法定考試程序之一部

分」，將筆試結束後之學習、實習、訓練，都認定為法定考試程序之一部分。

釋字第 546 號係人民申請為公職人員選舉候選人被核駁，解釋當中以人民之被選舉權為保障對象，但理由書第一段不但使用頓號將應考試、服公職之權分為兩種權利，並且明確說明：「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。」

不過，其中仍有並列但不加頓號，但實則偏重於考試程序者，如釋字第 205 號，可謂其中較為特殊者，因為該案係針對特種考試退除役軍人轉任公務人員考試，因為報考資格限定引發之平等權爭議案件，偏向屬於設定考試資格之爭議類型，但解釋文並列應考試服公職之權，以因應事實上之特殊需要，有依序安置退除役官兵就業之特定目的，係主管機關依有關輔導退除役官兵就業法令而為，旨在使考試及格者依原定任用計畫分別得以就業或取得任用資格，符合實質上平等，認定與憲法保障人民平等權及應考試服公職之權之規定尚無牴觸。

(2) 應考試權區別公務人員與專門職業及技術人員

釋字第 682 號也以應考試權為主，但因為並非以公務人員為對象，大法官一方面闡述應考試權之範圍，認為參加考試資格或考試方法之規定，涉及工作權之競合保障⁵。並從考試權之權力本質，以「適度尊重」的方

⁵ 解釋理由書第一段所揭示：「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。又為實踐憲法保障人民應考試權之意旨，國家須設有客觀公平之考試制度，並確保整體考試結果之公正。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。」

式選擇審查密度⁶。法律保留的層級化保障上採取相對保留原則⁷，平等權之審查，對於其所採取之分類與規範目的之達成之間，以合理關聯性認定非恣意選擇過關⁸。

釋字第 750 號是針對專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師考試，該理由書一開始就從憲法第 15 條連結第 86 條第 2 款與第 18 條規定，對於參加考試資格或考試方法之規定，認定性質上屬應考試權及工作權之限制，因而應符合憲法第 23 條法律保留原則及比例原則等憲法原則。

(3) 服公職權以任職後之相關權利保障為主，早期若干並與特別權力關係連結

釋字第 243 號單獨使用「服公職權」，與第 266 號、第 491 號、583 號皆對公務人員免職處分進行審查，其中釋字第 491 號闡明該權利「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，國家應建立相關制度，用以規範執行公權力及履行國家職責之行為，亦應兼顧對公務人員之權益之保護。」，第 583 號與該號解釋相同，對於懲戒法制認應建立相關制度。

⁶ 理由書第一段後半部：「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。」

⁷ 第二段論述：專門職業人員考試之應試科目暨及格標準之決定，關係人民能否取得專門職業之執業資格，對人民職業自由及應考試權雖有限制，惟上開事項涉及考試專業之判斷，除由立法者直接予以規定外，尚非不得由考試機關基於法律授權以命令規定之。……明文授權考試機關本其職權及專業判斷訂定發布補充規定。考其立法意旨，即在賦予考試機關依其專業針對各該專門職業人員考試之需要，決定適合之及格方式暨及格標準，以達鑑別應考人是否已具專門職業人員執業所需之知識及能力之目的。……尚未逾越上開法律授權範圍，與憲法第二十三條法律保留原則尚無抵觸。

⁸ 第四段：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。相關機關以應考人學經歷作為分類考試之標準，並進而採取不同考試內容暨及格標準，雖與人民職業選擇自由之限制及應考試權密切關聯，惟因考試方法之決定涉及考選專業判斷，如該分類標準及所採手段與鑑別應考人知識能力之考試目的間具合理關聯，即與平等原則無違。……為確保考試及格者之專業素養能達一定之執業程度，立法者即於上開規定依應考人教育養成之不同，舉行不同考試，並視需要於錄取後施以實務訓練或學習，相互接軌配套，期以形成合理之專業人員考選制度。……為考試主管機關依法定程序所為之專業判斷，與鑑別中醫師特考應考人是否具有中醫師執業所需之知識、技術與能力，有合理關聯性，並非考試主管機關之恣意選擇。是上開考試院發布之系爭規定尚無違背憲法第七條保障人民平等權之意旨。

323 號、338 號涉及官等審查僅論「服公職之權利」，396 號（懲戒處分）、430 號（駁回軍人續服現役）、446 號（懲戒處分）、610 號（懲戒處分）、也使用相同用語，以訴訟權為主要保障依據。611 號解釋文使用服公職之權利、服公職權利，強調法律保留原則。

第 483 號使用「服公職權利」，以調任為審查客體，理由書第一段肯認憲法上服公職權利乃制度性保障。第 575 號解釋文宣示之「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。」此段文字後續於第 596 號、第 605 號、第 658 號、第 707 號、第 781 號、第 782 號、第 785 號、112 憲判字第 5 號後援引。

釋字第 764 號涉及公營事業人員，與釋字 483 號基本上都僅論服公職權，但是在內涵論述較為簡略，僅言：「憲法第 18 條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事公務之權利。」但特別指出：「公務人員有各種類型，…各類公務人員性質不盡相同。」，接著以憲法增修條文第 6 條第 1 項規定，認定就其內容而言，肯認「立法者原則上容有一定政策形成之空間，並得依各類公務人員性質之不同而為不同之規定」，但並非屬於考試權之形成空間，此一論述於後續 111 年憲判字第 10 號亦重複使用。

釋字第 768 號關於公職醫師兼有外國國籍之解釋，與前兩號解釋雷同，但清楚指出：「公職為特殊類型之工作，以下爰僅論服公職權。」，將工作權的討論與服公職權分立。且特別提出：「依公務人員任用法任用之公務人員，屬憲法第 18 條公職之範圍，其代表國家履行公共任務，與國家恆處於特別緊密的忠誠、信任關係，因此國家就兼具外國國籍者是否適於擔任公務人員，應有較大裁量空間。」但並未說明此處之「國家」所指為何權力機關。

最新一則相關於服公職權者為 111 年憲判字第 10 號，完全與應考權無

關，但因為涉及平等權，判決直接以「憲法第 7 條、第 18 條保障人民平等服公職權」稱之，也再次肯定服公職權為制度性保障，只是權力範圍擴及汰除，其旨：「憲法第 18 條保障人民服公職權，旨在保障人民得依法擔任一定職務從事公務，國家自應建立相關制度予以規範，包括對不適任公務人員與警察人員之汰除機制。」

(4) 服公職權概括考試資格，並將權力分享與用人機關

此權利內涵論述方式，從釋字第 715 號開始出現，雖在釋字第 760 號再次被使用，但內涵並不完全相同。

釋 715 號解釋文揭示：「對應考試資格所為之限制，逾越必要程度，抵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」，似乎開啟服公職權不區分「應考試」、「服公職」之方向。首先理由書第二段「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。」乃承接自釋字第 42 號建立之公職最廣義定義，認定「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。」⁹，以「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。」並以考選簡章中之規定作為審查對象，認定該「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。」

本號解釋與釋字第 205 號相同，都與軍人考試有關，只是本號係尚未取得軍職，後者是已經具備軍人身分者，但相同都是對於報考資格進行限制，是否因此採與該號解釋相同之解釋論理方式，不區分應考試服公職，

⁹關於此論點，李震山大法官之部分不同意見書指出：「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。」

而視為單一權利即「服公職權」。

然而，本號解釋與先前 682 號解釋，以考試權具有專業而「適度尊重」考試權對於專門職業技術人員之考試資格之決定權，迥然不同。本號解釋理由第三段說明「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」，並於第四段接續說明「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」，最後在法律保留原則審查過關，但認為並非屬達成目的之最小侵害手段，逾越必要程度，抵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。

釋字第 760 號也採取相同權利內涵論述方式，對於因為訓練機構差異而導致之任用資格差異，以應考試服公職之權進行論述。儘管看似微調了先前僅論及應考試權，並建立實習、訓練為考試程序內一環的釋字第 115 號、第 429 號，但本案原因案件導致違憲結論之重點程序階段為：考試筆試錄取並經訓練期滿成績及格者，後續「取得之任官資格及職務任用資格」差異，因而實質上並未將訓練階段全部納入應考試服公職權之權利內涵範圍。

由以上對於憲法第 18 條之相關釋憲實務意見整理，可知歷屆大法官們，對於應考試服公職權，究竟應為「應考試權」、「服公職權」或是「應考試服公職權」，一直未能釐清。本聲請案之爭點提綱一（二），以「憲法第 18 條所保障之服公職權利」論述問題，未可知憲法法庭是否欲透過本判決嘗試建立未來憲法第 18 條之權利內涵，雖有相當難度，仍殷殷期盼。

二、考試權之核心應連結憲法第 18 條權利內涵

目前不僅釋憲實務未能從權力分立的角度確立考試權之核心領域，也未能清楚明白建構人民受保障之應考試服公職權概念區分與權利內涵，但

事實上已經有具有流動性之框架呈現。

本意見書爬梳以上釋憲實務見解，並從現行五權分立憲政體制之架構出發，基於五權分立、平等相維之我國特色權力機關分立現況暫無變動可能，國人又普遍信賴考試制度，與其弱化其功能，還不如正當化與專業化其職司考試權之權力運作，以憲法規範條文為基礎，配合目前多年實際情況與需求，建構考選力求專業性公平性、銓敘保障全面化完整化之權力核心價值。基於此一前提，憲法第 18 條之應考試服公職權，除了原本釋憲已然逐步建立的若干權利內涵外，也應可從人民與國家間之公法法律關係進行觀察與建構。亦即，與私法關係不同，人民與國家之間並非存在相對應之權利義務關係，當國家有行為義務或權限時，人民未必因而取得請求權。在我國憲法專設考試機關，又明文規範人民擁有應考試服公職權，將憲法第 18 條分立拆離為「應考試權」與「服公職權」，一方面，作為人民因而得請求憲法考試機關，針對公務人員之選拔，依據憲法第 85 條前段「實行公開競爭之考試制度」，履行憲法增修條文第六條第一項第一款之考試權限，以保障人民從事公職之應考試權，更能在釋字第 483 號已然確立之服公職權制度性保障下，併立應考試權之制度性保障框架。另一方面，由於憲法第 86 條又將考試院考選銓定擴大及於專門職業與技術人員之執業資格，而此等人員並非全屬公職，因此本部分應著重於，人民以應考試權為請求規範基礎，要求考試委員遵守並履行憲法第 88 條超出黨派以外，依據法律獨立行使職權，經專業判斷後提出法律以訂定執業資格之義務。

詳言之，人民應考試服公職權之權利主張，應以人民選擇之職業類型分別論斷，以是否為公職作為第一層次之分類標準。因為公職，儘管在釋字第 42 號「依法令從事於公務者」定義範圍甚廣，但強調的應是與一般私領域勞雇關係不同的，釋字第 768 號所確立之與國家間特別緊密的忠誠、信任關係。首先，公職必須代表國家履行公共任務，提供的工作內容代表較高程度的公共利益，與一般私人工作以維持生計或其他個人價值實

踐為主要目的不同。其次，應考試以達成服公職權之實踐，經釋字第 760 號認定為屬於廣義之參政權，人民得以透過擔任公職，參與國家意思之形成、執行公務，並且形塑公共生活秩序，讓自己成為國家權力機關之一份子，不再是單純被國家決定之受治者，而是具有主動形成公共意思之統治者。因而，公職不同於一般職業，服公職權與我國以職業自由為保障中心之工作權，基本上不宜將其認定為競合存在，應與工作權保障分別論析。就此部分，台北高等行政法院 108 年度訴字第 1272 號判決，於「本院的判斷（一）2.」之詳細論述意見非常值得贊同。也正如釋字第 768 號所指出：「公職為特殊類型之工作」，當人民選擇以公職作為自己之職業，其相關權利保護之主張與審查，應以應考試服公職為主要，而不再適用職業自由之審查。

若人民已經選定從事公職，接下來進入第二階段之分類。本意見書認為，應以是否獲得正式任用作為區分時點。人民在尚未完成考試權機關所設定之整體考試程序，獲得考試及格確認，並受任用之前，此段程序擁有的權利為應考試權，因為人民尚未取得公職身分，尚無從以擔任公職之期待地位請求服公職權。應考試權著重的是「公開競爭之考試制度」，考試權力機關有義務以公開透明、增加參與的方式，經由高度的程序性保障，提出具檢驗可能性資料之依據，合理說明，其所建立之考試制度（包括考試方式、內容與進程序等手段）具有達到公開競爭之目的，具備必要性，且實踐考試制度之各項手段與目的間未顯失均衡。在這樣的情況下，基於考選制度之實行應屬考試權核心，自擁有較其他權力機關更關鍵、重要之決定權。

服公職權，則適用於已經獲得正式任用者，著重於讓人民執行公務之行為有所依循，因此必須有完整的法規範規定，使人民得以依法令從事於公務，並在執行公務之際，確保自己受到身分保障，擁有俸給與退休金等權利。就服公職權部分，因為擔任公職之人民已經成為公共服務機關之一員，為自己任職之行政機關履行職務，與考試機關之關係，已經不如行政

機關緊密，就此部分，考試機關對於公職權即未必具備較行政機關專業的核心權限，而有與行政機關共享之可能。

另需提及，儘管我國在發展考試權與憲法第 18 條之相關制憲史、釋憲實務論述上，較少從革除世襲統治之角度進行，法國法上關於「近用公職平等原則」(le principe d'égal accès aux emplois publics)¹⁰與由 111 憲判字第 10 號首次使用之「平等服公職權」也未必完全相同。然而，釋字第 682 號解釋理由書中提及之「公平公正考試制度」之建立，連結服公職權為廣義之參政權，即可得知，不論應考試權或是服公職權，都是為了確保人民在法律之前一律平等，不因不符合平等權保護之區別標準，被差別對待，而無法公平地透過公開競爭的考試方式，擔任提供公共服務之職務。背後的理論思維，事實上應該是希望提供每個人民，相同機會，參與公務執行之機會，而不是只有具備特殊出身或擁有較多財富者，才有機會掌握國家機關，自然也與擔心世襲或階級極權統治的復辟有所關聯。正如法國 1789 年人權宣言第六條後段規定：「所有公民在法律之前一律平等，除了德行與才能上的區別外，應依據其能力，平等地取得擔任一切官職、公共職位與職務的資格。」¹¹；儘管事實上，依據社會學的研究，職業的選擇仍與出身與財富息息相關，但從規範層面言，法律人所能努力的，也只有制度盡可能地建立促進平等結果的法規範。故接續將以本部分建立之基礎，對於本聲請案件之爭點進行具體分析。

參、應考試權與平等權之審查

前已論及，當人民主張自己選擇職業之權利受到國家權力機關行為之侵害時，若其選擇之職業屬於公職，即不再論以職業自由為主之工作權

¹⁰ EDEL Frédéric, « Deux siècles de principe d'égal admissibilité aux emplois publics », *Revue française d'administration publique*, 2012/2 (n° 142), p. 339-367. DOI : 10.3917/rfap.142.0339. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2012-2-page-339.htm> (最後瀏覽:2024/1/2)

¹¹ 法文版可參考，法國憲法委員會網站 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789> (最後瀏覽:2024/1/2)

進行審查，而僅以憲法第 18 條之應考試服公職權進行論斷，接者再以受影響的階段區分，如果人民尚未正式獲公職之任用，應先判斷應考試權是否受到侵害，而非進入服公職權之審查。

本聲請案之當事人係於訓練階段，被發現因身高不符而遭廢止受訓資格，尚未正式受公職之任用，因而本案將以應考試權作為主要審查之權利規範，且系爭規定一，由考試院修正發布，儘管依據公務人員考試法第 7 條與第 9 條第 1 項規定，考試規則由考選部報請考試院定之，且考試院「得」依用人機關任用之實際需要，規定體格檢查。但該項法規範制訂權，仍應專屬於考試院，並由考試院依據職權決定是否參考用人機關任用之實際需要。故本案將檢視考試院是否在權力分立下，依據其實質權力，遵守程序要求而作成符合建立公開競爭考試制度之決定，以身高作為符合考試合格資格之要件，並在身高標準上依據性別與種族再為差異對待，確認其規範目的、是否侵害應考試權、抵觸平等權保障。

一、對考試權專業判斷之檢驗

對於規範目的進行論證前，事實上必須先確立，本案是否屬於考試權之核心領域，因而應該在權力分立之架構下，適度尊重考試權之專業決定權，因而採取寬鬆審查。為確立是否落入核心領域，首應判斷，系爭規定一，是否確實由考試機關依其符合憲法建立公開競爭制度要求而予以制訂。若是，自應尊重考試專業；若非，則應以司法院釋字第 760 號解釋理由書第五段指出之「原則上應受較嚴格之審查，除其目的須為追求重要公益外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始與憲法保障平等權之意旨相符。」且此等差別待遇是否合於平等原則及比例原則之判斷，應由訂定以差別待遇為考試資格或及格標準之國家機關，具體說明並舉證所要保護的具體重要公共利益何在，考試手段與該公共利益間有何可資檢驗之實質關聯存在，才能通過此審查標準。

由聲請人歷經之審判判決書、憲法法庭網站上公開之關係人意見書¹²綜合可知，系爭規定一之訂定源由，主要考量警察、消防人員負有社會治安維護、災害搶救及緊急救護，捍衛人民生命財產安全之責，工作性質特殊、繁重且具有危險性，尤其消防警察從事消防救災、救護過程中，必須使用特殊器材，搬運擔架救護等工作，因而必須具備一定標準之體格、體魄與耐力，以因應各項警察、消防執勤及應勤裝備所需。而身高、性別與種族差異，乃用人機關考量災害類型多元且時時難以預測、救災救護勤務多樣且情況常屬急迫、消防裝備的合適性、大型設備器材操作之可能性及安全性、國人體格平均身高、國外消防員選用制度之參考等而來。在內政部消防署111年12月29日消署訓字第1111702423號函當中，逐項羅列並引經據典加以說明。

然而，臺北高等行政法院108年度訴字第1272號判決見解（四）2.表示：「102年、103年間曾由內政部召集警政署、消防署對警察身高條件進行檢討，當時會議中討論決定，建議還可再調降3公分，在駕駛消防車輛與操作機具上，也還能承受，是考試院最後基於種種考量，未修正系爭規定等語明確（見本院卷第133-135、237頁），消防署另以109年4月27日消署訓字第1091700527號函說明，內政部確曾以103年1月2日內授警字第1030870006號函（下稱「內政部103年1月2日函」），向考選部建議系爭規定所定體格檢查身高標準應修正如上，案經考試院第11屆第271次會議決議交付小組審查會審查後，由同院第11屆第272次會議決議仍維持系爭規定體格檢查身高標準不變，並有內政部103年1月2日函、考試院第11屆第271次、第272次會議紀錄及考試院小組審查會審查報告等在卷可佐。」

故而，儘管用人機關內政部消防署指證歷歷，但誠如前述理論建構中，引用司法院釋字第205號及第682號解釋，認定有關考試資格及方法之規定，涉及考試之專業判斷者，應給予適度尊重，並不表示具有建立公開競

¹² <https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=2203&id=350846> (最後瀏覽:2024/1/2)

爭之考試制度之考試權力機關，只要有經過審議，就取得應被尊重之空間；而是應該以公開透明、增加參與的方式，經由高度的程序性保障，參考用人機關提出具檢驗可能性資料之依據，經過機關內之專業審查後，方能取得其所建立之考試制度（包括考試方式、內容與進程序等手段）之正當性。

從考選部 112 年 4 月 7 日選特三字第 1120001101 號函提出資料，事實上與內政部提出之資料並無實質差異，也無法看出考試主管機關對於警察人員考試資格及方法之規定，如何透過其專業考量而作出判斷。如果考試主管機關所謂的專業，就只是援引實際任用公務人員之行政機關之資料，未能提出依據自己專業判斷而作出之說明，也未以公開透明、增加參與的方式進行決策，則實難以機關功能最適理論，並以考選制度之實行應屬考試權核心，即寬鬆接受考試機關提出之理由說明。亦即，從考選部提出之相關資料與說明，尚無法論證在本案中，考試機關確實透過其專業進行考試資格與方式之訂定。因此，必須檢視，目前考試機關與用人機關設定系爭規定一是否能具體說明並舉證所要保護的具體重要公共利益何在，考試手段與該公共利益間有何實質關聯存在。

二、規範目的之確認與平等權審查

首先，依據前述考選部、內政部消防署提出之相關資料，儘管身高要求係參考衛生福利部調查統計之國人身高標準，依性別差異而制定，但是目前設定之男性 165.0 公分，女性 160.0 公分，用人機關曾向考選部建議調降 3 公分，表示目前系爭規定對於非原住民者之身高標準，即便降低，也未必導致用人機關主張必須採取現行身高標準之公益性與必要性受到影響，否則用人機關自無可能於 102 年、103 年提議降低標準。目前關係機關以系爭規定一屬於考試院權責，主張考試院具自主決定權，但又表示服公職權事涉國家公務人員選拔事項，應從事物性質、機關組織、程序觀之，由用人機關提報實際需求，考試機關以合議制方式討論決議，當屬最適。僅以用人機關需求、考試機關合議制之決策方式，作為決策審查密

度降低之正當化理由，然此一立論，不僅行政機關與考試機關於應考試權之權力事項上之分工顯未能釐清，考試院目前與未來合議審議甚至可不具理由，否定用人機關降低身高要求，僅以合議程序作為自己權力運作自由空間之擋箭牌，實非屬權力分立制衡權限之正常方式，畢竟，合議之形式程序，並無法完全杜絕決策恣意，合議機關仍須基於具檢驗可能性資料之基礎，提出符合專業並合理之說明。就本案言，用人機關與考試機關在身高標準有降低可能性之情況下，未能合理說明，不進行降低之理由，主張合議制即不受審查，並不符合考試權得主張應考試權為其核心權限之權力分立運作論述。

其次，回到身高標準設定需要之實質面再進行論述，關係機關雖一再強調現行身高限制確實對於外勤勤務有所影響，然而，縱然肯定身高確實具備對於警察，尤其本案之消防警察事務進行之關鍵影響性，但何以是男性 165.0 公分、女性 160.0 公分，關係機關始終未能說明。甚至目前現職警察的平均身高為何，此一身高對於現行警察業務進行順暢是否確有影響，也未能提出資料以充實其論證。因此，實在無法在現行資料與說明基礎上，認定其所採取之限制方式，能夠有效達成警察履行公職內容活動之目的，手段之公益目的性並不該當，自構成憲法第 18 條保障人民應考試服公職之權利侵害。

對於原住民應考人，分別降低 7 公分與 5 公分之身高要求，僅以原住民身高較漢人矮小為理由，也未能充分說明並提出科學資料，為何不是 6 公分與 4 公分、或是 5 公分與 3 公分？基於促進原住民參與公職，固然符合憲法增修條文第 10 條第 11 項、第 12 項規定所揭示基本國策之目的，但此一差別對待手段，仍非任由行政機關與考試機關恣意決定標準，仍須提出說明其所採差別待遇與手段目的之達成間之關聯性。然本案資料中全無對於關聯性之說明，縱然採取最寬鬆之具備關聯性即可之審查，都不具通過之可能性。更何況，以種族作為差別對待之分類標準，本身即為具違憲可能之可疑分類，本應當至少採取較嚴格之審查標準，則系爭規定一區

別原住民與非原住民身分、性別，而為不同身高限制標準，自抵觸憲法第7條保障之平等權。

最後，倘若關係機關最後可能再次提出相關補充資料，以證明系爭規定所採現行身高標準，確實有助於警察職務之履行，且具備必要性，但目前世界各「身心障礙者權利公約」締約國，都紛紛採取各種適當措施，以消除個人、組織或私營企業基於身心障礙之歧視，在公職任用方面，基本上均刪除體格要求之形式規定¹³，並進行職務調整、改造，以積極促進身心障礙者應考試服公職之機會。我國既然已制定身心障礙者權利公約施行法，宣示履行身心障礙者權利公約義務之決心，關於人民應考試服公職之相關資格條件設定，本具有調整精進之必要，繼續以行政職務履行習慣推遲相關制度改進，並非妥適。

肆、法律明確性原則之審查

最後關於系爭規定二所稱「必要時」，有無違反法律明確性原則部分。法律明確性要求，多次經司法院大法官於解釋、判決中揭示，並非要求法律文義應具體詳盡而無解釋之空間或必要。立法者制定法律時，自得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，選擇適當之法律概念與用語。如其意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由法院審查認定及判斷者，即無違反法律明確性原則。

聲請人認定違反法律明確性原則之原因，係以考試院基於公務人員考試法第7條授權所訂定之一般警員考試規則第7條第1項已經要求「向試務機關指定之醫療機構辦理體格檢查並繳送體格檢查表」，既然該醫療機構已經確認體格檢查，即無必要再經過體格複檢。依據關係機關資料說明，偶有醫療機關審查寬嚴不一之情況，為避免機關未來用人實際遭遇困擾，甚

¹³ 以法國法為例，法國的公務員主要分為中央、地方、醫療類型之公務員，自2022年11月27日起，地方公務員不再適用一般性體格檢查的要求，參見法國地方自治團體公務員機構網頁說明 <https://www.cdg68.fr/blog/2023/03/07/suppression-de-la-visite-daptitude-physique-dans-la-fpt/> (最後瀏覽:2024/1/2)

至影響考試公平性。因此，在受訓期間，若經實際檢視，發現有實際身高與體格檢查表不符合之情況，訓練機關基於確認符合考試訓練資格之權限，並確保接受訓練者符合未來職務執行安全與必要之公益目的，自有再行進行確認體格之必要，並未對於受規範者造成突襲，也非完全無法預見，自無違反法律明確性原則。