

# 曾受刑之宣告者不得報考預備軍士官班案 —釋字第715號解釋與評析

編目：憲法

## <摘要>

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 23 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 23 條比例原則，與憲法第 18 條保障人民服公職之權利意旨不符。相關機關就嗣後同類考試應依本解釋意旨妥為訂定招生簡章。

關鍵詞：比例原則、服公職

## 一、解釋文及解釋理由書重點摘述

- (一)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，為司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第二款規定之命令，得為本院違憲審查之客體。
- (二)憲法第 18 條規定人民有服公職之權。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 18 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。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）雖非直接禁止受刑之宣告者擔任預備軍官或預備士官之公職，然參加國軍志願役專業預備軍官預備士官班之考選，為大學或專科畢業者擔任前述軍事公職之必要條件；且入學考選錄取者，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。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。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

- (三)志願役預備軍官預備士官之選訓服役及入學資格等事項之規範，係由立法者基於國防事務之特殊性及專業性，(依據兵役法第 11 條第 1 項、軍事教育條例第 5 條)授權國防部訂定；國防部復於依立法授權訂定之選訓服役辦法，明定志願役預備軍官預備士官之考選，得委任機關訂定計畫並經其核定後實施，再依該計畫實際組成考選委員會訂定考選簡章，據以辦理考選。是系爭考選之重要事項如考選對象、方式、員額、專長職類、資格、報名方式等，均係由國防部自行訂定或依其核定之考選計畫形成規範，以為實施之依據。系爭簡章形式上最終雖係由考選委員會依考選計畫所訂定，惟系爭考選之事項仍屬由國防部決定至明。參以軍事教育條例第五條第三項及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 8 條之 3 第 3 款亦規定：「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 83 條之 1 第 1 項規定者不在此限。」其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 11 條第 1 項及軍事教育條例第 5 條第 3 項規定之直接或間接授權範圍，與憲法第 23 條法律保留原則無違。
- (四)軍校學生日後均為國軍成員或幹部，其個人品德、能力之優劣與國軍戰力之良窳關係至鉅。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，所欲維護者，確屬重要之公共利益，其目的洵屬正當，且所採手段亦有助於前揭目的之達成。
- (五)行為人觸犯刑事法律而受刑之宣告，如係出於故意犯罪，顯示其欠缺恪遵法紀之品德；如屬過失犯，則係欠缺相當之注意能力，倘許其擔任國軍基層幹部，或將不利於部隊整體素質及整體職能之提升，或有危害國防安全之虞。系爭規定限制其報考，固屬必要。然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。系爭規定剝奪其透過系爭考選以擔任軍職之機會，非屬達成目的之最小侵害手段，逾越必要程度，牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 18 條保障人民服公職之權利意旨不符。相關機關就嗣後同類考試應依本解釋意旨妥為訂定招生簡章。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

## 二、本號解釋評析

爭點	評析內容
系爭限制規定合乎法律保留原則？	<p>1.湯德宗大法官所提部分協同暨部分不同書系爭規定違反法律保留原則：</p> <p>(1)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，應由法律直接規定，或以法律明確授權之命令規定。</p> <p>(2)兵役法(102/01/02 修正公布)第11條第1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。</p> <p>2.黃茂榮大法官所提部分不同意見書</p> <p>(1)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。其訂定單位，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訂定或核定，然其訂定依據不是兵役法，而是國防部依兵役法之授權訂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訂定的授權。在法規命令之法制作業，這並不符合正常軌制。關於人民應考試、服公職之權利的限制，應在法律或其直接授權之法規命令中規定。</p> <p>(2)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訂定的民主正當性，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8條之3第3款之下引規</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>系爭限制規定合乎法律保留原則？</p>	<p>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其認定，重在其是否符合法規命令之授權及訂定的形式要件。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。」</p>
<p>應考試服公職權之保護範圍？</p>	<p>1.湯德宗大法官所提部分協同意見書  「應考試服公職」權乃廣義之「參政權」：  (1)「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。憲法第十八條稱「應考試服公職」之權，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。  (2)「應考試」既為取得「服公職」之資格，則憲法第18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」之權利；反之，「服公職」之資格倘無需「應考試」而可取得者，該公職即非屬憲法第18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」稱之，但其並非「應考試服公職」權所保障之「公職」範圍。準此以觀，大法官相關解釋將「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。  (3)所謂「考試」允宜依據憲法第85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。</p> <p>2.陳新民大法官所提協同意見書  人民服公職權的限制—以平等原則防止人事裁量權之</p>

## 【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<p>應考試服公職權之保護範圍？</p>	<p><b>濫用：</b></p> <p>(1)在審查標準上，應當採行寬鬆的審查密度，只要取才用人並非出於明顯的恣意，以致於違反平等原則，大法官應當尊重用人機關的考量，不必用最嚴格的檢驗方式，特別是動用縝密的比例原則，來檢視用人機關的判斷符合國家機關的需求。</p> <p>(2)多數意見完全未提到平等原則的拘束力，也忽視在擁有高度裁量權的領域，惟有運用平等原則方能遏止可能的濫用。</p> <p><b>3.蘇永欽大法官所提一部協同一部不同意見書：</b>  <b>限制服公職權只能作功能性的考量：</b>      屬於人民主動地位的服公職權，在依憲法第 23 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」思考不能適用於積極地位的限制，因為在作請求給付基本權的審查時主要考量的毋寧是「不足禁止」。對於人民以主權體成員地位參加統治權運作的服公職權，比例原則所作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。</p>
<p>應考試服公職權與工作權保障之區別何在？</p>	<p><b>1.陳新民大法官所提協同意見書</b></p> <p>(1)憲法保障職業自由的視角來論，根據人民在公職內的公領域及公職外的私領域，區分兩大塊的工作權範圍：<b>在私領域，視為一般的基本人權，其限制以憲法第 23 條作為依據；在公領域，則可以公職制度的設置與運作之目的，亦即所謂的「功能主義」，作為人民實現其工作權的依據。</b></p> <p>易言之，此領域內的公共利益考量，不再和人民在私領域的工作權相同，以儘量保障個人工作權有最大實現的空間。作為衡量公共利益的判斷依據，反而是公職制度運作的「最大功能性」，具有更高的公共利益。</p> <p><b>2.羅昌發大法官所提協同意見書</b></p> <p>(1)在具體個案中，涉及工作權者未必涉及服公職權；然涉及服公職權者，基本上均與工作權有關。<b>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。</b></p> <p>(2)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，應重於憲法第 18 條服公職權之保障，自應僅依</p>

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

應考試服公職  
權與工作權  
保障之區別  
何在？

一般必要性原則加以審查。

(3)然如某一職務之政治性較低且非依選舉產生，於此種情形，憲法第 18 條及第 15 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 23 條審查限制第 18 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 23 條審查限制第 15 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。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！