

釋字第 715 號解釋部分不同意見書

大法官 李震山

本件解釋認為，國防部所訂頒「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)：「曾受刑之宣告……者，不得報考」之規定（下稱系爭規定），既有兵役法第十一條第一項規定：「前二條預備軍官、預備士官選訓服役實施辦法，由國防部會同相關機關定之。」以及軍事教育條例第五條第三項就軍事養成教育規定：「學生……入學資格……等事項之規則，由國防部定之。」之概括授權，且未逾越授權範圍，自與憲法第二十三條法律保留原則無違。惟就系爭規定之限制，對應受保障基本權利的實現究否具有重要性，得否逕以法律授權命令為補充規定，以及授權是否具體明確之基本問題，卻未置一詞，系爭規定自無當然就符合法律保留原則之理，爰就此部分提出本意見書。

壹、法律保留原則向來扮演守護民主法治國的重要角色，切莫將之視為過時的老生常談而輕忽略過，對其易惹塵埃之處尤應勤加拂拭

透過司法院大法官的釋憲實務，將發軔於德國現代法治社會的法律保留 (Vorbehalt des Gesetzes) 原則，與我國憲法第二十三條成功接軌後，迄今累積之相關解釋已不勝枚舉，¹再結合許多有

¹ 本院諸多解釋中，運用「法律保留」原則之濫觴，為 80 年 12 月 27 日作成之釋字第 289 號解釋：「稅法規定由法院裁定之罰鍰，其處理程序應以法律定之，以符合憲法保障人民權利之意旨。」雖未指明憲法第 23 條，但已顯露法律保留原則之內涵。其後較具指標性者，為釋字第 313 號解釋：「對人民違反行政法上義務之行為科處罰鍰，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及數額，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨。」除結合「法律授權明確性」外，重點係以憲法第 23 條為「法律保留」原則之依據，「非依法律，不得限制憲法所保障之自由與權利」。從時間觀點言，該等解釋皆作成於政府宣布終止動員戡亂時期（80 年 5 月 1 日）之後，迄今累積之相關解釋已不勝枚舉。

關「法律明確性」、「法律授權明確性」、「法律內容應實質正當」的解釋，其所生維持憲政秩序、保障人權的成果堪稱豐碩。從思潮繼受到本土化的遞嬗過程中，各該解釋除記載憲法脈動的軌跡並初步兌現法治的諾言外，顯已將法律保留證立為我國憲法或違憲審查不可或缺的原則，毋寧也是一項頗值表彰的憲政成果。創業維艱，守成卻不易，若時常中挫而退卻，要再祈求發揚光大，恐將事倍功半。

法律保留原則的內涵及其所扮演的關鍵角色，應可從兩個面向扼要闡揚。首先，單從基本權利的限制或剝奪應經「主權者」直接或間接同意之民主觀點言，將據以發動公權力的「法律」規範制定權，「保留」給具備直接民主正當性而較能有效整合並形成民意的立法者，契合「人民當家作主」的事理與邏輯，此時的法律保留原則，係以法治確保民主精神並維護人民基本權利的重要憲法機制。其次，從權力分立相互制衡原則言，憲法既將公權力制頒「法律」規範的首要管轄權 (*primäre Zuständigkeit*) 分配、保留給立法者，實已在該領域範圍內預設立法者針對其他公權力所應負起「制衡之權責」優先於「尊重合作之義務」的價值決定，自不許其他公權力利用訂定法律位階以下規範權之機會，產生實質凌駕或扭曲民意而「騎在人民頭上」的反民主現象。但當立法者怠於行使前述制衡權責時，正是憲法設置違憲審查機制以制衡立法權的必要時機，若違憲審查者仍睜一隻眼閉一隻眼，或以「立法形成自由」卸責，就需為掏空、隳壞法律保留原則而共同承擔責任。

綜上，如果吾人還願意奉行憲政主義，憲法仍要被稱為人民權利的保障書，自由民主憲政秩序中法治國原則下之法律保留原則核心本質之人權保障，才是司法審查最必須予以尊重並持續付

諸實踐的部分。²若違憲審查者在此把關得當，可將民主、法治與人權串結為一良性循環體，互為表裡，多數意見雖高高舉起法律保留原則，但卻避重就輕將之放下，態度自非可取。

貳、法律保留原則作為違憲審查依據的密度並非僵化，反之，有與時俱進追求動態平衡的軌跡可尋，而防止傾斜的重要平衡桿，應是所謂「重要性理論」

法律保留原則固是憲法上重要原則，但基於憲法之原則與制度間，具有折衝空間，各基本權利保護與限制容會產生競合或衝突，法律保留原則的密度就不可能絕對化。首先，前述「立法形成自由」的界限抉擇，關係憲法權力板塊的位移，往往會觸動釋憲風格究屬積極、消極或務實評價的敏感神經，為展現釋憲者多元憲政價值觀，法律保留原則就不可能是「鐵板一塊」而紋風不動。其次，就以憲法所承認的大學自治、地方自治等制度為例，本院釋字第三八〇號及第四五〇號解釋就共同指出：「立法及行政措施之規範密度，於大學自治範圍內，均應受適度之限制。」再依釋字第五六三號解釋：「立法機關對有關全國性之大學教育事項，固得制定法律予以適度之規範，惟大學於合理範圍內仍享有自主權。」釋字第六二六號解釋另又指出，大學自治下自治規章，只要「未逾自治範圍，即難指摘與法律保留原則有違。」顯見，在該領域內法律保留原則就有相對化的可能。至因地方自治而降低法律保留要求，亦非難以想像之事（本院釋字第四九八號、第五二七號、第五五〇號、第五五三號等解釋參照）。其三，本院釋字第四四三號解釋即具體建構憲法保留、絕對法律保留、相對法

² 併參釋字第 682 號解釋，李震山、許玉秀、陳春生大法官共同提出之部分不同意見書「肆、結語—『司法為民』是內化後之實踐，不是口號」末句：「如果吾人還願意奉行憲政主義，憲法仍要被稱為人民權利的保障書，自由民主憲政秩序中法治國原則下之法律保留原則核心本質之人權保障，才是司法審查最必須予以尊重並付諸實踐的部分。」

律保留及不需法律保留之層級體系及不同控制密度的可能性。最後，法律保留原則尚有可能因中央政府體制屬「內閣制」、「總統制」或「雙首長制」而有不同之控制強度或密度；且常遭到「行政保留」、「功能最適論」、「在個別事務領域會有不同適用」等理論，挖牆角式的衝擊。在此複雜情形下，違憲審查者不可不慎重，應眼觀四方、耳聽八方善盡守門把關工作，與時俱進盯緊統治者作為權力依據的規範制定權行使，實質上是否已違背人民委託與信任，例如：是否例外與原則倒置而失衡，馴至基本權利保障與權力制衡機制失所附麗。惟有如此，方有可能繼續厚植憲政秩序穩定基礎，使法律保留原則不致淪為口號。總之，不能如本件解釋之多數意見，將法律保留原則豎為僅具象徵意義的「人形立牌」。

欲在動態狀況下使法律保留原則發揮守護憲法的平衡功能，就必需正視其所內含的所謂「重要性理論」(Wesentlichkeitstheorie)或稱「重要性原則」(Wesentlichkeitsprinzip)。簡言之，即對所欲保障基本權利之實現，若屬重要部分者，應保留給法律規範，此係德國聯邦憲法法院從學校法 (Schulrecht) 領域之在學關係 (Schulverhältnis) 中所發展出來的理論。³若運用在本件解釋，當法規內容被評價為對實現基本權利具重要意義時，除要求應以法律規定外，一方面，可進而要求適用「法律明確性原則」，尤其是應使「受規範者所得預見」。另一方面，若於性質上得由法律授權以命令補充時，應要求授權之內容、目的與範圍應具體明確，適度抑制空白授權的可操作空間，此時，自不生「在母法概括授權情形下所發布之命令是否超越法律授權，不應拘泥於法條所用之文字，而應就該法律本身之立法目的，及其整體規定之關聯意義為綜合判斷之運用」之問題。重要性理論從而成為法律保留原則、

³ Vgl. BVerfGE 34, 165/192ff; 41, 251/259ff; 45, 400/417ff; 47, 46ff/126ff; 61, 260/275; 88, 103/116.

法律明確性原則及法律授權明確性原則，三者之間動態關係的重要平衡桿。重要性理論的實踐固須先由立法者判斷為之，⁴惟須再重申的是，遇有爭議時，正是考驗違憲審查就權力分立「相互尊重」或「相互制衡」，何者較有利於人民基本權利保障而得介入審查的地帶，係使法律保留原則從形式進入實質的必經歷程，自不能如本件解釋對具穩定憲政秩序及法律和平重要平衡桿的「重要性理論」視而不見。

參、「曾受刑之宣告者不得報考」之限制規定，對實現「人民服公職權」或「職業選擇自由」顯屬重要，難謂屬技術性或細節性事項，以概括授權「辦法」、「規則」及「簡章」訂定之，自有悖於法律保留原則之本旨

一、應受保障的是「人民服公職權」或「職業選擇自由」？

多數意見認為：「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。志願役預備軍官及預備士官為軍中基層幹部，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。」該段話所指涉的基本權利，除憲法第十八條「服公職權」外，尚及於憲法第

⁴ 最能具體展現法律保留及相關「重要性理念」精神的法律規定，應屬中央法規標準法第5條及地方制度法第28條，前者規定：「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各機關之組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者。」後者規定：「下列事項以自治條例定之：一、法律或自治條例規定應經地方立法機關議決者。二、創設、剝奪或限制地方自治團體居民之權利義務者。三、關於地方自治團體及所營事業機構之組織者。四、其他重要事項，經地方立法機關議決應以自治條例定之者。」各該條第2款所指「人民之權利義務」，除憲法第23條之干預性事項外，尚包含授益性（例如積極給付性及消極免除義務性）事項。至於第4款之「重要事項」，應與第2款合併考量，才有動態平衡的可能性，此時「重要事項」的認定，就成為立法形成自由的範圍。

十五條工作權中選擇公職為職業的「職業選擇自由」。在基本權利競合 (Grundrechtskonkurrenz) 情況下，本件解釋未附理由地選擇「服公職權」作為審查依據，應已埋下日後爭議的種子。

就「服公職權」一語，本院釋字第五四六號解釋稱：「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。」就「公職」一詞，本院釋字第四二號解釋謂：「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。」至就「公職人員」則有不同立法之定義（公職人員財產申報法第二條第一項參照），其又與公務人員定義有關，而各種公務員法令之立法目的及規範對象皆有別，各自所指涉公務員之概念與範圍自然有異，公務員定義之光譜組成，從最狹義的公務人員任用法到最廣義的國家賠償法，皆包括在內。本件解釋在「公職」、「公職人員」與「公務人員」概念混沌、未予釐清下，就直截了當指出：「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」，將如此寬泛的定義，壓縮在「招考資格限制」的小框架中，難免疑竇叢生。例如受託行使公權力之私人，依行政程序法第二條第三項規定：「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關。」是否即可被認為既依法令從事於公務，職務即屬憲法第十八條所稱之公職，從而亦可就委託時之資格限制（同法第十六條規定參照）或不續予委託，主張「人民服公職權」？再以同樣的思考脈絡，政府機關約聘雇人員、具有勞工身分之公務人員、民選公職人員以及政務公職人員等，當其在進入公職前，對非屬國家考試的考試、選聘等資格限制不服，若一律主張「服公職權」，正當性究有多大？就以上橫看成嶺側看成峰的問題，各自解讀空間仍大，難免治絲益棼。

更重要的是，本件解釋選擇憲法第十八條「人民服公職權」為主軸，卻刻意規避併列於同條的「人民應考試權」。就後者，憲法第八十五條規定：「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。」第八十六條第一款規定：「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。」本院釋字第五四六號解釋則指出：「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」。就憲法整全性觀點言，本院釋字第四五五號解釋曾稱：「軍人為公務員一種」，但軍職作為公職，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，張冠李戴的現象恐就在所難免。本件解釋並非不能就須經國家考試而服公職者，及不須經國家考試而服公職者分別處理，將後者應考資格之限制視為干預職業選擇自由，依歷來保障工作權的模式進行審查，如此則可不自陷泥淖，不致沒有解決問題，反而製造更多的問題。多數意見既執意肯定軍人的招考資格限制屬「人民服公職權」的保障範圍，為免形成的混淆情況下，就有闡明或釐清其解釋邏輯與脈絡之義務，但事實則不然。

二、「受刑之宣告者不得報考」之限制，不論對實現「人民服公職權」或「職業選擇自由」皆具重要性，自非屬細節性與技術性事項

一般公務人員與軍人既都選擇公職為職業，就其有關「曾受刑之宣告」之招考要件，本質上皆屬品格之要求，其規範形式應無太大合理差別待遇之空間。一般公務人員相關資格皆由法律直

接列舉規定，例如公務人員考試法第七條第一項就不得應考之情形規定：「一、動員戡亂時期終止後，曾犯內亂罪、外患罪，經判刑確定或通緝有案尚未結案。二、曾服公務有貪污行為，經判刑確定或通緝有案尚未結案。三、褫奪公權尚未復權。四、受監護或輔助宣告，尚未撤銷。」該考試資格限制，係重申公務人員任用法第二十八條第一項第三款、第四款、第五款、第七款消極資格之規定。又例如性質與軍人較接近的警察人員，亦慎重其事且儘可能鉅細靡遺地將相關資格要件明定於法律，依警察人員人事條例第十條之一就不得任用之情形規定：「一、公務人員任用法第二十八條第一項各款情形之一。二、曾服公職依公務人員考績法受免職處分或依公務員懲戒法受撤職處分或其他違法犯紀行為依法予以免職處分。三、曾列警察職權行使法第十五條第一項各款之治安顧慮人口。四、曾犯刑法第二百六十八條、中華民國九十五年七月一日刑法修正施行前第二百六十七條、第三百五十條之罪，經有罪判決確定。五、依刑事訴訟程序被羈押或通緝中。六、曾經中央警察大學、中央警官學校、臺灣警察專科學校、臺灣警察學校、軍事院校勒令退學或開除學籍。七、依其他法律規定不得為公務人員。」該等規定內容是否適當，容或有檢討空間，但至少皆是以法律定之。

再就軍事法領域，兵役法第五條規定：「有下列情形之一者，禁服兵役，稱為禁役：一、曾判處五年以上有期徒刑者。二、執行有期徒刑在監合計滿三年者。（第一項）經裁定感訓處分者，其感訓處分期間應計入前項第二款期間。（第二項）」另依替代役實施條例第五條第四項規定：「因犯罪於法院審理中或經判決有罪確定，主管機關得不予許可其申請服一般替代役或限制其所服一般替代役類（役）別。但少年犯罪、過失犯或受緩刑之宣告而未經撤銷者，不在此限。」針對從憲法第二十一條「基本義務」出發

的服義務役或替代役者之消極資格，都能以法律明定，何以針對由憲法第十八條「基本權利」出發，而同樣須講求軍紀且持戰鬥性武器之定期職或終身職職業軍人「幹部」，卻僅由法律幾近空白授權地以「辦法」、「規則」或「簡章」定相關限制條件？落差不小。再從比較法觀點言，德國「軍人法律地位法」(Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten) 第三十八條明文規定：「合於以下要件之一者，不得招用為職業軍人或定期役軍人：1. 因犯罪經德國法院判處一年以上有期徒刑，或因故意而觸犯危害和平、內亂、危害民主法治國或外患及危害外部安全罪而處有期徒刑者。2. 經法官判決不具擔任公職能力者。3. 依刑法第六十四條或第六十六條交付保安處分，執行尚未完畢者。(第一項) 國防部得於具體個案例外排除前項第一款而為許可。(第二項)」。⁵依合理的推斷，系爭規定既會導致如本件解釋所稱「必須終身剝奪其透過參加國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選而擔任軍職之機會」，上述國內外法律已將之評價為與實現基本權利之重要事項，豈容系爭規定猶如漏網之魚，獨自逍遙於法律保留原則之外？

就「職業選擇自由」言，系爭規定所為消極資格之主觀條件限制，須有重要公共利益存在，方得以法律限制之，而其所造成

⁵ 該法律係 2005 年 5 月 30 日公布施行，最新修正為 2012 年 7 月 21 日 (BGBl. IS. 1583)，該就品行資格 (charakterliche Einigung) 兼及憲法忠誠規定之前提與重點可歸納為：1. 原則上，經依法塗銷之犯罪前科 (Vorstrafen) 資料，不再被作為對當事之人不利評價，除非曾犯該罪而擔任公職將對公眾形成重大危害 (Vgl. §§51 Abs.I; 52 Abs.I Nr.4, Bundeszentralregistergesetz)。2. 判決之法院專指「德國法院」。3. 授權國防部得於個案「放寬」第 1 項第 1 款規定，而有例外許可 (Ausnahmebewilligung) 之裁量空間。Vgl. Scherer/Alff/Poretshkin, Soldatengesetz Kommentar, 9.Aufl. Vahlen, 2013, S.528-532。為利於查考，將第 38 條原文錄於下：

- (1) In das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten oder eines Soldaten auf Zeit darf nicht berufen werden, wer
 1. durch ein deutsches Gericht wegen eines Verbrechens zu Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder wegen einer vorsätzlichen Tat, die nach den Vorschriften über Friedensverrat, Hochverrat, Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates oder Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit strafbar ist, zu Freiheitsstrafe verurteilt ist,
 2. infolge Richterspruchs die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter nicht besitzt,
 3. einer Maßregel der Besserung und Sicherung nach den §§ 64 oder 66 des Strafgesetzbuches unterworfen ist, solange die Maßregel nicht erledigt ist.
- (2) Das Bundesministerium der Verteidigung kann in Einzelfällen Ausnahmen von Absatz 1 Nr. 1 zulassen.

無法選擇服志願役預備軍官預備士官之公職之結果，自亦非細節性與技術性事項。縱然此限制於性質上，或認為得由法律授權以法規命令為補充規定，惟不屬絕對法律保留事項，而係相對法律保留事項，不但需要再予論證，亦應檢驗法律授權之目的、內容及範圍是否具體明確，⁶自不能如本件解釋循環論證式的說詞：「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，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。」要言之，系爭規定一方面係由「考選委員會」依「考選計畫」而定，考選計畫則係依選訓服役辦法「再授權」所擬，而選訓服役辦法卻係依兵役法第十一條第一項空白授權而來。另一方面，系爭規定與軍事學校學員生修業規則第八條之三第三款規定內容相同：「學員生入學，應具備下列條件：……三、未曾受刑之宣告……者。」惟該規則亦是依軍事教育條例第五條第三項授權所訂定，欠缺論證，皆不具規範或說理的正當性，誠難以服人。

⁶ 與此有關者，警察教育條例第5之1條規定：「警察專科學校各班及警察大學各系、所初試錄取人員，應經身家調查合格，始得入學；其項目、標準及實施程序之調查辦法，由內政部定之。」採取者即為法律授權以法規命令為補充規定之規範方式，據此所訂定之中央警察大學臺灣警察專科學校初試錄取人員身家調查辦法第3條規定：「身家調查項目如下：一、刑案紀錄資料。二、治安顧慮人口資料。三、曾服公職受懲戒或行政懲處紀錄。四、國籍、戶籍資料。五、學歷資料。六、受監護或輔助宣告資料。七、身心健康狀況。八、其他品德及忠誠資料。」此等調查項目，係以前述警察人員人事條例第10之1條所列情形為限。此等事項應否提升至法律位階，或者母法授權之目的、內容及範圍是否具體明確，均屬另事。附帶一提者，「身家調查」一詞，顯逾越「責任止於一身」原則而涉及「家」，實不合時宜，有改變用語的必要。

三、小結

在軍隊募集從業人員的領域，以「受刑宣告與否」作為要件，有如一般公務人員考試法所定的限制，其與公務人員任用消極資格相契合，皆具一般性與普遍性，已涉及應考人不論是服公職權或職業選擇自由權之重要決定，並非執行法律的技術性或細節性規定，自應以法律定之，或論證屬得依授權明確性原則授權法規命令為補充之事項，方符合憲法第二十三條法律保留原則之意旨。

肆、結語

因此，本件解釋若能從「法律保留」、「比例原則」雙管齊下，同時宣告系爭規定違憲，有關機關就必須慎重以「重要性理論」從立法上為通盤檢討。若按本件解釋宣告系爭規定未違反法律保留原則，僅牴觸比例原則，國防部僅需依解釋理由中附予指明：「相關機關應依本解釋意旨就此類考試檢討修正招生簡章規定」，易言之，在招生簡章層次上回應「比例原則」問題即可，若僅是換湯不換藥，立法者又疏於依立法院職權行使法為行政命令審查之把關，問題仍得不到根本解決，既斲傷釋憲功能，對亟待鼎新革故的軍事法制，只會產生「愛之適足以害之」的反效果！