

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 682 號

解釋日期：民國 99 年 11 月 19 日

資料來源：司法院

司法周刊 第 1518 期 1 版

司法院公報 第 53 卷 2 期 7-79 頁

司法院大法官解釋（二十五）（100年5月版）第 362-470 頁

法令月刊 第 62 卷 1 期 135-137 頁

總統府公報 第 6957 號 14 頁

相關法條：中華民國憲法 第 7、15、18、23、80、83、86、88、155 條

中華民國憲法增修條文 第 6、7、10 條

立法院職權行使法 第 60、61、62、63 條

行政程序法 第 7 條

中央法規標準法 第 3 條

所得稅法 第 10 條

公益彩券發行條例 第 8 條

文化資產保存法 第 87、89 條

醫師法 第 1、3 條

專門職業及技術人員考試法 第 2、3、4、5、6、7、9、10、11、13、14、15、  
16、17、19、21、22、23 條

專門職業及技術人員考試法施行細則 第 3、9、10 條

專門職業及技術人員考試總成績計算規則 第 3、4 條

公務人員保障法 第 2 條

文化資產保存技術保存傳習活用及保存者輔助辦法 第 5 條

解 釋 文： 中華民國九十年七月二十三日修正發布之專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條第二項規定：「前項總成績滿六十分及格……者，若其應試科目有一科成績為零分、專業科目平均不滿五十分、特定科目未達規定最低分數者，均不予及格。」（九十七年五月十四日修正發布之現行施行細則第十條第二項規定亦同）、專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條第一項規定：「……採總成績滿六十分及格……者，其應試科目有一科成績為零分，或專業科目平均成績不滿五十分，或特定科目未達規定最低分數者，均不予及格；……」及九十年七月二十五日修正發布之專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項規定：「本考試應試科目有一科成績為零分或專業科目平均成績未滿五十分或專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，均不予及格。」尚未抵觸憲法第二十三條法律保留原則、比例原則及第七條平等權之保障，與憲法第十五條保障人民工作權及第十八條保障人民應考試權之意旨無違。

理由書： 人民之工作權受憲法第十五條所保障，其內涵包括選擇及執行職業之自由，以法律或法律明確授權之命令對職業自由所為之限制是否合憲，因其內容之差異而有寬嚴不同之審查標準。憲法第八十六條第二款規定，專門職業人員之執業資格，應經考試院依法考選之。因此人民選擇從事專門職業之自由，根據憲法之規定，即受限制。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。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。

依醫師法第一條規定，中華民國人民經醫師考試及格並依該法領有醫師證書者，得充醫師。又依專門職業及技術人員考試法第二條規定，該法所稱專門職業人員，係指依法規應經考試及格領有證書始能執業之人員。是立法者將中醫師列為專門職業人員，其執業資格應依相關法令規定取得（本院釋字第五四七號解釋參照）。專門職業及技術人員考試法第十五條規定：「專門職業及技術人員各種特種考試之考試規則，由考選部報請考試院定之（第一項）。前項考試規則應包括考試等級及其分類、分科之應考資格、應試科目（第二項）。」第十九條規定：「專門職業及技術人員考試得視等級或類科之不同，其及格方式採科別及格、總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格（第一項）。前項及格方式，由考選部報請考試院定之（第二項）。專門職業及技術人員考試總成績計算規則，由考選部報請考試院定之（第三項）。」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。上開規定除規定專門職業人員考試得採「科別及格」、「總成績滿六十分及格」及「錄取該類科全程到考人數一定比例為及格」三種及格方式外，就各類專門職業人員考試應採之及格方式、各種特種考試之考試規則（包括考試等級及其分類、分科之應考資格、應試科目）、總成績計算規則等，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。考試院依據上開法律規定之授權，於中華民國九十年七月二十三日修正發布之專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條第二項規定：「前項總成績滿六十分及格……者，若其應試科

目有一科成績爲零分、專業科目平均不滿五十分、特定科目未達規定最低分數者，均不予及格。」（九十七年五月十四日修正發布之現行施行細則第十條第二項規定亦同）、專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條第一項規定：「……採總成績滿六十分及格……者，其應試科目有一科成績爲零分，或專業科目平均成績不滿五十分，或特定科目未達規定最低分數者，均不予及格；……」，及於九十年七月二十五日修正發布之專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項規定：「本考試應試科目有一科成績爲零分或專業科目平均成績未滿五十分或專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，均不予及格。」（以下併稱系爭規定）就中醫師特種考試所採「總成績滿六十分及格」之具體內容，明定尙包括應試科目不得有一科成績爲零分、專業科目平均成績不得未滿五十分及特定科目應達最低分數之標準，尙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尙無牴觸。

國人依賴中醫診療之患者眾多，早年因中醫正規教育尙未普及，考試院爲甄拔適格之中醫人才以供社會所需，依據當時考試法規定之授權，於五十一年二月二十三日發布特種考試中醫師考試規則、同年三月二十三日發布中醫師檢覈辦法，及於五十七年四月二日發布中醫師考試檢定考試規則，以應考人學經歷之不同定其應考資格，分別舉辦中醫師特種考試、檢覈考試及檢定考試，通過中醫師特種考試或檢覈考試者，始取得中醫師執業資格。嗣因社會變遷，大學或獨立學院之中醫學教育日漸普及，立法者雖選擇以大學或獨立學院之中醫學教育培養人才爲中醫師之養成政策，仍於醫師法第三條第三項規定，經中醫師檢定考試及格者，得應中醫師特種考試，以保障非大學或獨立學院中醫學系畢業者、非醫學系、科畢業而修習中醫必要課程者或非醫學系選中醫學系雙主修畢業者，亦有參與考試以取得中醫師執業資格之機會，符合憲法第十八條保障人民應考試權之意旨。考試院即依此規定，依應考人是否經正式中醫學教育養成，而分別舉辦中醫師高等考試與中醫師特種考試兩類考試，並依專門職業及技術人員考試法規定之授權，及基於專業之判斷依法定程序訂定系爭規定。其就中醫師特種考試及格方式所爲之規定，乃爲鑑別應考人是否具有取得中醫師執業資格之合理手段，與憲法第二十三條規定之比例原則尙無牴觸，亦未違反第十五條保障人民職業自由及第十八條保障人民應考試權之意旨。

憲法第七條保障人民平等權，旨在防止立法者恣意，並避免對人民爲不合理之差別待遇。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爲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爲分類考試之標準，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。按立法者於專門職業及技術人員考試法第三條規定，專門職業及技術人員考試分爲高等考試、普通考試、初等考試三等，並得爲適應特殊需要而舉行相當於上開三等之特種考試；同法第九條、第十條及第十一條所規定各該等級考試之應考資格，係與應考人之學歷

及經歷結合，第二十二條並明定得視類科需要於錄取後施以訓練或學習，期滿成績及格者，始發給考試及格證書。究其意旨即係認專門職業人員固應由考選機關依法考選，考選機關所舉辦之考試亦應符合整體結果公平公正之要求，惟無論採筆試、口試、測驗、實地考試、審查著作或發明、審查知能有關學歷經歷證明等考試方法，就應考人之專業素養鑑別度均有其侷限。且專門職業人員執業能力及倫理素養概須藉由相當程度系統化之教育始能培養，難謂僅憑考試方式即得予以鑑別。是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。考試院依醫師法第三條規定及專門職業及技術人員考試法相關規定，將中醫師執業資格考試區分為高等考試與特種考試兩類，並因中醫師特種考試與高等考試兩類考試應考人所接受中醫學教育及訓練養成背景、基本學養等均有不同，為配合此一養成背景之差異，其考試規則有關及格方式、應試科目等之規定因而有所不同；且系爭專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項規定，就中醫師特考應考人之專業科目中醫內科學成績必須滿五十五分，其餘專業科目均須滿四十五分之及格要求，亦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。

綜上所述，系爭規定與憲法第二十三條法律保留原則、比例原則及第七條平等權之保障尚無牴觸，亦無違背憲法第十五條保障人民工作權及第十八條保障人民應考試權之意旨。

大法官會議主席	大法官	賴浩敏
	大法官	蘇永欽
		徐璧湖
		林子儀
		許玉秀
		林錫堯
		池啓明
		李震山
		蔡清遊
		黃茂榮
		陳 敏
		葉百修
		陳春生
		陳新民

協同意見書

大法官 林子儀

本號解釋之多數意見係以憲法保障人民工作權及應考試權之權利內涵為據，就九十一年度專門職業人員中醫師考試特種考試所應適用之中華民國九十年七月二十三日

修正發布之專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條第二項、專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條第一項及九十年七月二十五日修正發布之專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項規定，要求考試及格者總成績滿六十分外，尚要求應試科目不得有一科成績為零分、專業科目平均成績不得未滿五十分、專業科目中醫內科學成績不得未滿五十五分及其餘專業科目不得有未滿四十五分者（以下併稱系爭規定），是否符合法律保留原則、比例原則及平等權保障，進行審查。多數意見基於憲法設置考試院賦予獨立行使考試權之意旨，認考試方法涉及考試專業判斷之決定者，其他權力機關應予適度之尊重，故於上開審查即採取寬鬆審查標準，而認系爭規定尚符合法律保留原則、比例原則及平等權保障，並未牴觸憲法第十五條保障人民工作權及第十八條保障人民應考試權之意旨。

本席贊同多數意見上開結論，惟就獲致結論之部分理由，認尚有補充之必要，爰提協同意見如下。

一、立法者將特定職業列為專門職業，係對人民選擇職業自由之主觀條件限制，仍須符合憲法第二十三條規定之比例原則。

按系爭規定之規範效果，在於要求應考人應符合一定之考試成績，始為中醫師特種考試及格者，進而取得中醫師之執業資格。因此，系爭規定涉及人民選擇從事中醫師職業自由之限制。而人民之職業與公共福祉有密切關係，故相關機關非不得以法律或法律明確授權之命令加以限制，惟其限制應符合憲法第二十三條之規定意旨。就職業自由限制是否合憲之具體審查方法，本院解釋向依限制內容之差異而分採不同之審查標準（本院釋字第五八四號、第六四九號解釋參照）。

查憲法第八十六條第二款明定，專門職業人員之執業資格應依法考選之。依此一憲法規定，人民選擇從事專門職業之自由即受有限制，亦即特定職業一旦經立法者以法律規定為專門職業後，人民欲從事是項職業者，即須經考試院依法考選以取得執業資格。故立法者認定特定職業為專門職業者，即屬對人民選擇從事該項職業之主觀條件之限制，（註一）亦即要求從事該項職業之個人應具備一定之專業能力或資格，且該等能力或資格，例如知識、學位、體能等，可經由訓練培養而獲得者。就此，本席認為，何種職業屬專門職業，固應尊重立法者之判斷，然立法者認定何種職業屬專門職業，既屬對人民職業選擇自由之限制，仍須符合憲法第二十三條比例原則之要求。故就立法者將特定職業認定為專門職業是否合憲之審查，除其立法目的所欲追求之利益須屬重要之公共利益外，將該職業規定為必須通過考選取得執業資格之專門職業，該手段與目的之達成間亦須具有實質關聯，始符合憲法第二十三條之比例原則，並與憲法第十五條保障人民工作權之意旨無違。（註二）

二、本號解釋對立法者將中醫師列為專門職業人員，是否符合憲法比例原則及保障人民職業自由之意旨，並未深究。

依醫師法第一條規定，中華民國人民經醫師考試及格並依該法領有醫師證書者，得充醫師；以及專門職業及技術人員考試法第二條則規定，該法所稱專門職業及技術人員，係指依法規應經考試及格領有證書始能執業之人員。是立法者將醫師列為應經考試取得資格始得執業之專門職業人員，而從醫師法第三條規定觀之，中醫師亦為醫師法規定之醫師，而屬應經考試取得資格始得執業之專門職業人員。

系爭規定所涉及者為取得中醫師執業資格之中醫師特種考試之及格標準，立

法者將中醫師認定為專門職業，使人民從事中醫師之執業資格須依法考選取得，而適用系爭規定，故中醫師是否屬專門職業人員，誠為本案審查應先解決之先決問題。惟就特定職業是否為專門職業之判斷，目前並無明確之界定標準，本號解釋多數意見亦未能形成共識，且由於立法者將中醫師列為專門職業是否合憲之問題，亦非聲請者所爭執並請求解釋之客體，故本號解釋即未就該問題加以論究，而係依循本院釋字第五四七號解釋就中醫師屬憲法第八十六條第二款規定之專門職業人員所為之解釋，並以之為本號解釋之前提。就此，本席略作以下之補充。

專門職業既屬憲法第八十六條第二款所規定之一種特殊職業範疇，而對於立法者將特定職業規定為專門職業，仍應受司法合憲審查，則就何種職業屬於憲法所規定之專門職業，即應有合適之界定標準，以為審查之基礎。本院於釋字第四五三號解釋即曾嘗試予以定義，謂：「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。」且不論該定義是否妥適，惟因能符合所列要件之職業甚廣，該定義即難作為審查之基準。其後，本院於釋字第五四七號解釋，針對醫師屬於憲法所規定之專門職業人員，有如下之論述：「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，自須具備專門之醫學知識與技能」。該解釋認醫師屬專門職業人員，固符合一般常理，惟若分析其所以肯認立法者將醫師規定為專門職業人員之審查標準，其所列之要件，並不適合用於判斷醫療行為以外之職業行為是否屬於專門職業。本席認為何種職業屬於憲法第八十六條第二款規定之專門職業，很難予以抽象概括之界定，毋寧應循本院釋字第五四七號解釋之例，就個案予以認定，較為妥適。（註三）蓋立法者將特定職業規定為專門職業，並非僅規定某職業屬應經考選取得執業資格之專門職業，而係對該職業之整套規範，釋憲機關即能就該法律整體觀察，歸納立法者所以將該職業規定為專門職業之理由，而為具體之審查判斷。惟若如此，醫師或中醫師之所以應屬憲法第八十六條第二款規定之專門職業人員，即應較「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，自須具備專門之醫學知識與技能」之理由，有更詳細之理由論述為妥。（註四）

### 三、立法者將中醫師列為應經依法考選取得資格始得執業之專門職業人員，其考選方法應符合憲法第十八條保障人民應考試權之意旨。

立法者將中醫師列為憲法第八十六條第二款規定之應經依法考選取得資格始得執業之專門職業人員，則人民參加考試以取得專門職業執業資格之權利，即應受保障，以符憲法保障人民工作權之意旨；而此一內涵適為我國憲法第十八條應考試權所應包含。應考試權作為憲法所保障之人民基本權利之一，雖為我國憲法所獨有，然其作為基本權利所具備之功能與作用，不應被忽視。考試之目的既在選取人才、鑑別專業能力，則本席贊同多數意見，就憲法第十八條保障人民應考試權之內涵，應側重於程序性基本權之性質與功能，除保障人民有參與考試機會之平等外，亦要求國家設置考試制度之考試程序應合理正當，各該考試規則之設定，應與該項考試目的間具有合理關聯，以維持考試之客觀與公平，確保整體考試結果之公正。（註五）

惟尚須補充說明者，國家為達成設置考試制度之目的，非不得以法律或法律明確授權之命令，就應考資格或其他要件、考試方法與及格標準等，於符合憲法

第二十三條規定之限度內，對人民應考試權為適當之限制。本席認為，法規對人民應考試權所為限制之合憲性如何，是否符合憲法第二十三條規定，因其內容差異與涉及考試專業判斷之程度高低，而容有寬嚴不同之審查標準。就有關考試所採鑑別專業能力之考試方法，如考試科目、成績計算方式與及格標準之設定等，因涉及考選專業之判斷，司法者應予相當之尊重，是相關限制是否合憲，即宜採寬鬆標準審查之。而有關應考資格之限制，涉及主觀條件之限制，例如應具一定之學歷、經歷等資格，則宜採較為嚴格之審查標準審查之。（註六）

四、就考試方法所為之規範，非屬應由立法者以法律規定之絕對國會保留事項；考試機關訂定規定之程序應符合專業、多元參與及公開之要求，其決定並應受其他權力機關適度之尊重。

多數意見認為，國家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者，自應符合法律保留原則之要求；並因系爭規定所涉及者為考試方法，為尊重考試主管機關之專業判斷，以寬鬆標準審查之，而認為系爭規定尚未違反法律保留原則。該項結論固值贊同，惟本席認為該問題有必要從立法權與考試權對該問題所涉事項有如何之權限，進一步分析討論。

查考試權本屬實質意義行政權之範疇，然我國憲法將之與行政權分離，於增修條文第六條特別明定考試院為國家最高考試機關，掌理考試事項，並規定由總統提名、經立法院同意後任命之考試委員以合議制方式獨立行使該項憲法所賦予之權力，旨在建立公平公正之考試制度。誠如多數意見所言，有關考試事項涉及考試專業判斷者，即應予考試院決定之空間，對其所為之決定，其他權力機關亦應予以適當之尊重，如此方符五權分立平等相維之精神。

系爭規定係在規範中醫師特種考試之及格標準，與應考人能否取得中醫師執業資格關係密切，對人民之工作權及應考試權有一定程度之影響。然專門職業人員考試之及格標準，究其事務本質，並非屬必須由立法者以法律規定之絕對國會保留事項；且及格與否之標準，已涉應試及格者是否具有專門職業執業所需之專業素養之判斷，應屬憲法設考試院所賦予之職責，並為考試權專業判斷之核心領域，故如立法者對該等事項未為法律規定或授權考試主管機關以命令補充規定時，考試院非不得本其職權訂定相關規範補充之，否則即難順利辦理考試。是就考試方法如應考科目、及格標準、評分標準等，立法者如以法律規定者，其規範應以框架性規定為宜，以給予考試主管機關專業判斷之空間，如此方符憲法設考試院，賦予獨立行使考試權之意旨。惟如立法者就該等事項已以法律予以規定，考試機關之規定仍不能與之牴觸。（註七）

惟尚須強調者，考試機關本其職權所為規範，固宜以寬鬆之審查標準審查是否符合法律保留原則之要求，然其規範之決定與形成，程序上應符合專業、多元參與及透明公開之要求，其規範之實質內容亦仍應受憲法有關比例原則、平等權保障之檢驗。

五、系爭規定並未逾越專門職業及技術人員考試法第十五條及第十九條之授權範圍，與憲法第二十三條法律保留原則尚無牴觸。

承上述，立法者於專門職業及技術人員考試法第十九條第一項明定，專門職業人員考試按其等級或類科之不同，得採「科別及格」、「總成績滿六十分及格」與「按全程到考人數一定比例為及格」三種及格方式之一；立法者並於同條第二項、第三項規定授權考試機關訂定有關及格方式及考試總成績計算規則之具體

內容規範。同法第十五條則明定，專門職業人員各種特種考試之考試規則，包括考試等級及其分類、分科之應考資格、應試科目等，亦均由考試機關具體規定之。是依上開第十九條第二項、第三項及第十五條規定觀之，第十九條第一項規定應屬立法者對專門職業人員考試之及格方式所為之框架性規範；上開授權規定之立法意旨，係為賦予考試機關依其專業判斷，針對各該專門職業人員養成背景特性及考試之需要，就鑑別該項考試應考人之專業素養之及格方式暨及格標準，作進一步規範之空間。因此，考試機關即基此授權，就應試科目之成績，應達如何之標準始納入「總成績」計算之具體內涵加以規定。考試院就中醫師特種考試所發布之系爭規定，明定如應試科目有一科為零分、專業科目平均成績未滿五十分、專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，不予及格，即係規定未達最低標準之科目成績，不予計入總成績。此為考試主管機關基於法律之授權，所為專業判斷，並未逾越專門職業及技術人員考試法第十五條及第十九條之授權範圍，是系爭規定與憲法第二十三條法律保留原則尚無抵觸。

六、相關機關就中醫師考選制度之設計，除應保障人民應考試權外，並應使中醫學發展兼顧傳統中醫師之養成特性，並建立適當制度以肯定並鼓勵具有特殊中醫知識能力者之知識與經驗之傳承。

國人依賴中醫診療之傳統由來已久，惟為使中醫提供之醫療服務能符合國人之期待，與一般醫學之診療品質並駕齊驅，中醫之發展應以符合現代醫學之科學方法，將中醫知識予以整理歸納，使成具系統化之中醫學；並透過中醫學教學研究、考試、職業管理之整體規範建構及執行，以落實上開理想，俾使中醫學更為蓬勃發展。我國晚近中醫學之發展，相關機關於學校正規教育進行中醫學課程改革，並使學校教育與中醫師證照考試密切配合，形成教考合一，（註八）亦係本於上開理想所形成之具體政策。惟於學校正規養成教育建制並普及前，傳統中醫學多係以師徒傳承作為培養人才之方法。故本席贊同多數意見基於中醫學人才養成之歷史背景及政策選擇結果，而認立法者明文規定中醫師考試分為高等考試及特種考試二類，使不同學歷背景之應考人皆有參加考試以取得執業資格之管道，符合憲法第十八條保障人民應考試權之意旨。然目前相關機關所設特種考試之管道，仍係一般性之設計，未必能顧及無一定學歷但具有特殊中醫知識能力者於選考上之特殊需求，是就此類人才專業素養之鑑別，或許尚存在其他較考試制度更為適當之方法。相關機關如認該類人才有助於中醫學之發展及延續，即應設計適當之制度，肯認其中醫學知識能力，並鼓勵其以適當之方法傳授其知識能力，使該類人才所具之知識經驗得獲傳承。（註九）惟該類特殊人才考選制度之設計，非釋憲者所能越俎代庖，仍有賴相關機關政策決定，並徵詢專業意見妥善規劃。

註一：相同見解亦可參見例如李建良，〈專門職業人員之依法考選與記帳士之執業資格：釋字第655號解釋〉，《臺灣本土法學雜誌》第124期，2009年3月15日，頁194。

註二：又本席認為，證照制度之建立，與特定職業是否應規定為專門職業，並非必然等同。按職業證照管制之功能與意義，於自由經濟市場中，容有不同類型，其管理目的、證照所表彰之專業品質及可能發生的紛爭責任界定上，均有不同。就特定職業規定為應取證照始得執業者，並非必然即屬應依憲法第八十六條第二款規定，應經依法考選取得執業資格之專門職業。是就立法者將特定職業列



為專門職業是否合憲之審查，尚須考量該項職業之種類性質、立法所擬採取之管理方法等因素，始能判斷。請參見本席於本院釋字第655號解釋所提部分協同意見書；並請參見朱敬一、李念祖，《基本人權》，2003 年初版，頁 311-312。

註三：亦有學者嘗試對專門職業建立較為明確之定義，如董保城教授曾提出專門職業應具備之五項要件：1.特殊學識或技能之培養過程必須是從獨立學院以上獲取學士學位；2.具執業資格者對他人具有排他性與壟斷性；3.執行業務具高度自主性、獨立性與自律性；4.符合重要公益與迫切性之比例原則；5.紛爭責任鑑定高度困難。參見氏著，〈從大法官釋字第655號解釋論憲法第八六條專門職業資格專業證照之建構〉，《月旦法學雜誌》第 172 期，2009 年 9 月，頁 280-283。李建良教授亦曾對於何謂專門職業提出批判性的思考，參見註一文。

此外，考試院於 1998 年曾歸納專門職業之要件為：1.該項職業須具備相當專業知識，此等之事並應有正規教育加以培養；2.取得該項職業執業資格應以考試為之；3.訂有職業管理法規；4.應成立專業性學會或公會。參見考選部編印，《職業主管機關辦理涉及專門職業及技術人員執業資格考試案專輯》，1998 年 11 月，頁 9。考試院依據上開研究，於 2010 年 10 月間提案修正專門職業及技術人員考試法，即於該草案第 2 條嘗試定義該法所稱之專門職業人員，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，且其所從事之業務，與公共利益或人民之生命、身心健康、財產等權利有密切關係，並依法律規定應經考試及格領有證書」者，期能具體化專門職業人員之定義內涵，俾資明確規範；同條第 2 項並增訂有關專門職業人員考試種類之認定基準、認定程序、認定成員組成等事項，授權考試主管機關訂定之依據。參見立法院第 7 屆第 6 會期第 5 次會議議案關係文書，院總第 1339 號、政府提案第 12324 號，考試院函請審議「專門職業及技術人員考試法修正草案」案。

註四：「中醫師」是否為專門職業人員，應就各種相關之醫療行為分別加以觀察，判斷是否應將該醫療行為規定為專門職業，而不能僅以「中醫師」此一抽象之概念作為判斷之對象。

註五：相關討論可參見例如董保城，〈應考試權與實質正當程序之保障：釋字第 319 號解釋再省思〉，《國家菁英季刊》第 1 卷第 2 期，2005 年 6 月，頁 146-150；蕭文生、謝文明，〈應考試權之價值與保障〉，《國家菁英季刊》第 4 卷第 1 期，2008 年 3 月，頁 51-52；宋健弘，〈考試評分之判斷餘地〉，《成大法學》第 14 期，2007 年 12 月，頁 173-177。

註六：以審查涉及限制人民應考試權之法規範是否符合憲法第二十三條規定之比例原則為例，如採寬鬆審查標準審查，則如該限制之目的所追求的利益為公共利益，其限制之手段確有助於達成該目的者，即應認屬符合比例原則。至採較嚴格之審查標準（中度審查標準）審查，則須限制之目的係為重要之公共利益，而限制之手段與目的之達成具有實質關聯性，方能認屬符合比例原則。

註七：關於立法者就考試方法等屬於考試專業判斷領域事項以法律予以規定，例如以法律規定應試科目等，本席目前仍採取立法優位原則，而認考試院不宜牴觸法律規定。但該觀點，並非沒有討論的餘地。

註八：有關我國中醫教育及中醫發展之歷史經過，可參見高尙德，〈國內中醫教育與中醫師證照考試之發展及未來改革方向〉，《國家菁英季刊》第 3 卷第 1 期，2007 年 3 月，頁 87-102。

註九：文化資產保存法第 87 條、第 89 條及依行政院該法授權訂定之「文化資產保存技術保存傳習及人才養成輔助辦法」第 5 條、第 8 條規定足資參照。

協同意見書

大法官 蘇永欽

本號解釋認定三件法規命令有關考試及格的各規定，對人民工作權及應考試權的限制，可通過憲法第二十三條法律保留原則、比例原則及第七條平等權的檢驗，從而並未牴觸憲法第十五條保障工作權及第十八條保障應考試權的意旨，本席完全贊同。其中基於憲法第八十六條的規定，以應考試權連結工作權的詮釋，使應考試權同時為主動地位的服公職權及消極地位的工作權的工具性基本權，為過去所未見，尤值稱道。

與落實國民主權的主動地位無關，為什麼投入專門職業也要經過考試院掌理的考試，而需要應考試權來保障？這雖然是憲法本身對工作權所設的限制，從而無須再以法律保留、比例原則與平等權來檢驗，但此時「是否」專門職業或技術人員的認定，即關係到是否要通過考試院所舉辦的考試，才能進入該職業市場，此一認定不僅影響到人民對職業的選擇，且因非專門職業或技術人員的營業，並非不能受國家的管制，包括以某種證照考試作為進入職場的管制，只是此時即屬行政院相關部會的權責，而非考試院主管，因此是否專門職業或技術人員的認定，同時還涉及分權的問題，自然不能沒有一定的標準。就此過去本院的解釋從來沒有嘗試作較為完整的釐清，相關立法中，專門職業及技術人員考試法第二條僅作了一個以問答問的定義，所得稅法第十一條第一項則是用「以技藝自力營生者」來簡單概括向來與專門職業、技術人員相當的所謂「執行業務」概念。使得此一同時影響工作權與機關分權的概念如何涵攝的憲法問題，仍然處於含混狀態，本解釋涉及的人民應中醫師特考所受限制，究竟有無違反憲法的保障，即不能說已經得到完整的回答。

這恐怕必須回到憲法第八十六條去問：專門職業、技術人員必須通過考試院舉辦的考試，其正當性為何？掌握了憲法上的理由，才好審查立法者的歸類是否恣意。專門職業一般又稱自由業，可溯源於法文的 *profession liberale*，英文轉譯為 *liberal profession*，德文則是 *freier Beruf*，但國際勞工組織有意「去階級化」，而把此一傳統概念統譯為 *professional service*，反而最接近我國憲法和所得稅法所稱的「專門職業」、「執行業務」，在我國早已形成以「師」稱謂以與一般營業區隔的傳統，如醫師、律師、建築師、會計師、技師、營養師等。歐盟在其相關指令（The Directive on Recognition of Professional Qualifications, 2005/36/EC）中，給自由業下的定義是：「基於相關職業素養，盡其專屬一身的、負責而獨立的能事，為客戶及公眾的利益，提供其智能及理念上的服務」（Liberal professions are those practised on the basis of relevant professional qualifications in a personal, responsible and professionally independent capacity by those providing intellectual and conceptual services in the interest of the client and the public.）德國所得稅法第十八條的定義大抵類此。

換言之，專門職業至少有五個環環相扣的特徵，可與一般營業區隔：1、技術性：需要長期累積並系統化保存及傳承的特別技能；2、公益性：所提供服務有高度的

外部效益；3、理想性：傳統上此類職業尚有實現特定社會理想的目的，抱著某種人文的關懷，營利反而非其主要目的；4、一身專屬的不可替代性，強調親力親為並對其服務親負其責；5、高度自律性，其職業內容原則上不受國家干預。從這些特徵也可找到憲法對其作特別處理的正當理由。比如正因其高度技術性，使其服務品質的優劣非一般消費者依生活經驗所能判斷，故有賴於國家以考試作進入市場的管制。此一「市場失靈」的理由也存在於第二個特徵，其外部效益的另一面即是不當服務的高度外部成本，同樣非一般交易所能內化。至於非營利性的強調，則使一般針對營利事業所設的管制規定，對其並非當然合用，比如競爭法的管制。其一身專屬性又使得在組織上，必須要求僅得組成不得免除個人責任的合夥，而不得公司化。最後是其自律性，又可以合理化國家對其作「業必歸會」的高度強制，而不致違反結社自由（以入會為營業的「合法性」要件，而非如一般營業傾向訓示性的業必歸會），唯有高度的公會自律，才可以合理化國家只對其職業內容作低度的管制（獨立）。從以上的分析可知，憲法對於移植自西方的專門職業制度，使其進入須通過特設考試機關公開舉行的嚴格考試，是有正當理由的，但也只有當其確實符合以上特徵時，始得合理定性為專門職業。恣意的定性，可能同時違反憲法保障人權和分權制衡的意旨。

但前述有關專門職業的論述，並不能完全適用於所謂的技術人員上。我國憲法第八十六條第二款在專門職業外，另把技術人員也一併納入，法制上即在各種「師」以外，對各種「士」和「人」也規定要通過考試院舉辦的國家考試才能進入職場，此部分即很難從源於西方的專門職業傳統找到正當理由，究其性質實與一般營業難以區別，本席以為，在憲法囫圇吞棗的把兩者一併納入國家考試的情形下，有關技術人員的定性不妨放寬——就是技術性較高的營業——，而對其應考試權和職業內容的限制，則在比例原則的檢驗上可要求通過與一般營業一樣的三階檢驗，另外從分權的觀點看，也只能把本應由一般行政部門掌理管制的營業，例外的在「入場」上改由考試院掌理（不啻憲法上的「委託」），因此在考試內容與方法上，考試院似乎也應尊重行政院相關部會的意見，而在職業內容的管理上，仍應該與一般營業無二。就此大法官在釋字第 453 號、第 655 號解釋未區分專門職業與技術人員，且逕以記帳士為專門職業，顯然過於粗糙而有再斟酌餘地，林大法官子儀在釋字第 655 號解釋的部分協同意見書中質疑此一定性的妥當性，良有以也。

由上可知，有關專門職業考試規定的違憲審查，不能不把定性的正確與否當作先決性的審查。定性的檢驗首先應重視技術性、公益性的高度，其次是理想性、專屬性與自律性。前者屬於「市場功能障礙」（dysfunction of market）的經濟判斷，市場功能越弱者，越可合理化專門職業的定性。後者則屬社會、文化的判斷，文化底蘊越深者，或社會信任度越高、對其「菁英」性格越有共識者，越可合理化專門職業的定性。釋字第 547 號解釋僅以「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，自須具備專門之醫學知識與技能」，為認定其專門職業性質的理由，標準未免單薄，應有逐步加以補充的必要。本案涉及的則是中醫師的定性，醫師法把中醫師納入醫師的職業，而要求其須通過中醫師的考試，即以其為專門職業的一種，自然也應按前述的特徵加以審查。

本席認為，以該行業在臺灣近年的發展，雖尚無法與一般（西）醫師並論——不論其知識的高度系統性，或其白袍的社會形象——，但已與民俗治療有較為明顯的區隔，應可勉強定性為一種專門職業。因此本號解釋雖略過此一先決問題，就結論而言，並無謬誤。

本號解釋認中華民國 90 年 7 月 23 日修正發布之專門職業及技術人員考試法施行細則第 15 條第 2 項規定、專門職業及技術人員考試總成績計算規則第 3 條第 1 項規定及 90 年 7 月 25 日修正發布之專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第 9 條第 3 項規定（以下併稱系爭規定），符合法律保留原則、比例原則、平等原則及憲法保障人民工作權、應考試權之意旨。本文對於此一結論敬表贊同。惟因多數意見於審查系爭規定是否符合法律保留原則時，對是否符合法律授權明確性原則之審查，未多所著墨，爰提協同意見書如下：

（一）法規命令是否符合法律保留原則，其審查流程應先判斷是否符合法律授權明確性原則之要求後，方得審查是否逾越法律授權之範圍

本案涉及法規命令是否符合法律保留原則之審查。按對於法律保留之事項，除因其屬於國會保留事項而必須由法律自行規定者外，立法者得授權行政機關訂定法規命令，以補充法律之不足（註一）。然基於授權明確性原則，授權訂定法規命令之法律，其授權之目的、內容及範圍必須明確（註二）。故授權明確性原則實係法律保留原則之補充與具體化（註三），於審查法規命令是否符合法律保留原則時，除非立法者自始並未授權（註四），否則不能免於是否符合授權明確性原則之審查。如經審查後認該授權法律符合授權明確性原則，始進一步審查法規命令是否逾越法律授權之範圍（註五）。如認法規命令規定內容已逾越法律授權之範圍，且係就法律保留事項為規定，則該逾越法律授權範圍之規定，即有違法律保留原則。

至於審查授權訂定法規命令之法律是否符合授權明確性原則時，其審查標準之認定，倘過分侷限或機械式地解讀法律授權之條文字句，恐無助於問題之解決，反而有害授權明確性原則之發展，故宜視各個規範領域及所規範之事態，斟酌授權目的、干涉程度及受規範事項之特性等因素為判斷，其要求標準宜具有「彈性調整之能力」（註六）。

（二）基於考試機關之特性，授權明確性原則之審查標準宜有所調整

考試權為憲法明文規定的國家權力之一，考試權雖具有行政權之色彩，惟其功能尚與一般行政權有所差異，而具有專業判斷之特性（註七）。憲法第 88 條亦彰顯考試院在考選功能上之獨立性，自應受其他權力機關尊重。又依憲法第 86 條規定，專門職業及技術人員執業資格，應經考試院依法考選銓定。專技人員之考選，須視各該專技人員之培育過程及後續執業特性為之，立法者對此恐難作詳細且具體之設計，故有關考試職權行使之事項，宜承認考試機關享有一定範圍之專業判斷空間（註八），此乃立法機關於制定「專門職業及技術人員考試法」時宜有所斟酌之因素，使考試機關得以有效執行憲法所賦予之任務。

在法律保留原則的要求下，立法者透過專門職業及技術人員考試法第 15 條，授權考試機關訂定相關考試規則（考試等級及其分類、分科之應考資格、應試科目），並以同法第十九條授權考試機關訂定及格方式及總成績計算規則。惟此授權除考量到考試機關之專業性外，亦涉及立法技術之能力是否足以達到規範之目的所致。就專門職業及技術人員考試法第 15 條（註九）及第 19 條（註十）綜合觀察，立法者實就考試等級及其分類、分科之應考資格、應試

科目、及格方式（科別及格、總成績滿六十分及格或錄取各類科全程到考人數一定比例）及總成績計算規則，授權考試機關以法規命令定之（註十一）。

考試機關以法規命令加以補充相關法律之不足，係涉及法律保留原則之問題。有鑑於考試機關之上述特性，立法者於此之規範密度應為適度之降低（僅作原則性規定），而授權考試機關有較大的形成空間。同時，違憲審查機關就此種法律授權是否符合授權明確性原則之判斷，亦應採取較為寬鬆之審查標準（註十二），且應由法律整體觀察立法者之授權意旨。

### （三）從專門職業及技術人員考試法第 19 條文義及相關法規修正沿革觀察，該法第 19 條及格方式之規定係屬類型規定而非具體標準規定

從專門職業及技術人員考試法第 19 條之文義觀察，若認為該條第 1 項為「具體之及格標準」而非「及格之類型規定」，則將減低立法者於該條第 3 項授權考試機關訂定總成績計算規則之意旨，使考試機關之專業功能受到限制。法規之解釋，除文義解釋外，尚須配合體系解釋、目的解釋及歷史解釋而為一整體觀察。倘單就文義解讀該條之規範，第 3 項之文義亦應納入，而不宜切割或囿於單一規定，如此恐有以文害義之虞。縱僅選擇文義解釋作該條之唯一解釋方法，恐仍須面對在科別及格及以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格之類型中，多少科別之及格始符合科別及格之要求？到考人數一定比例為多少方符該類型之要求？等問題。專門職業及技術人員考試法作為專技人員考試相關規定之母法，各種專技人員的考試事項，縱涉及相同科目，惟各專技人員之需求仍屬有別，而在總成績之計算、配分或成績設限自應側重所需而有所調整。故如將總成績滿六十分及格解釋為具體標準，恐有限縮考試權之虞，且使相關專技人員之考選產生困擾。此皆突顯出該條立法者實有意授權考試機關依其專業判斷選擇考試及格方式並加以具體化（註十三）。

再者，從相關規則之立法沿革觀察，在增訂修正公布（88 年 12 月 29 日）專門職業及技術人員考試法第 19 條之前，考試院早於 75 年 11 月 7 日依職權訂定發布之專門職業及技術人員考試總成績計算規則第 3 條規定，專業科目成績平均不滿五十分者，不予及格（註十四）；76 年 12 月 11 日訂定發布之專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第 5 條亦規定，內科學成績不滿五十五分、專業科目有一科成績不滿四十五分者，縱總成績達六十分之及格標準，仍不予及格（註十五）。故綜合考試院依職權於 75 年 5 月 2 日訂定發布之施行細則第 3 條（註十六）、第 9 條（註十七）及上開兩規則規定，於專門職業及技術人員考試法第 19 條增訂前，實已對於「總成績滿六十分」之具體標準有所規定，立法者增訂專門職業及技術人員考試法第 19 條實係整合各既有之規定而歸納為三種及格類型，以資彈性運用（註十八）。換言之，從相關法規之修正沿革來看，立法者並無意自行規定具體的及格標準，而係將上開兩規則與專門職業及技術人員考試法施行細則中之具體及格標準歸納於「總成績滿六十分及格」之及格類型中，並透過授權訂定法規命令之方式，使既有之規則提昇為法規命令，以符合法律保留原則之要求。

### （四）結語

綜上所述，法規命令是否符合法律保留原則之審查，經常不能免於授權之法律是否符合授權明確性原則之審查。而關於專門職業及技術人員考試法第 15 條及第 19 條是否符合授權明確性原則之審查，基於考試機關之特性，承

認其有一定範圍之專業判斷空間，因而採取較為寬鬆之審查標準。又基於該法第 19 條及格方式規定係屬類型規定而非具體標準規定，旨在使考試機關有較大的形成空間，得以有效執行憲法所賦予之任務，故應可認其已符合授權明確性原則之要求。

註一：參酌本院先前所為之解釋，如釋字第 443 號、第 564 號、第 565 號、第 570 號及第 676 號解釋等，皆於解釋理由書中述及。

註二：至於是否符合授權明確性原則之判斷標準為何，則係另一問題。

註三：Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein, GG (2004), Art. 80 Rn. 44。

註四：倘立法者自始並未授權行政機關以法規命令補充法律之不足，行政機關在無法律授權下，就法律保留事項所為之規定，即有違法律保留原則。

註五：系爭規定是否逾越法律授權範圍之問題，解釋理由書已有說明，不在本文討論之列。

註六：詳見司法院釋字第 680 號解釋不同意見書。

註七：考試權之運作，就考試相關事項訂定考試法規、決定各項考試應考資格、應試科目、考試方式、及格方式與及格標準等，均涉考試機關之專業判斷。

註八：可參酌先前釋字第 155 號、第 341 號及第 547 號解釋。

註九：專門職業及技術人員考試法第 15 條：「專門職業及技術人員各種特種考試之考試規則，由考選部報請考試院定之（第一項）。前項考試規則應包括考試等級及其分類、分科之應考資格、應試科目（第二項）。」

註十：專門職業及技術人員考試法第 19 條：「專門職業及技術人員考試得視等級或類科之不同，其及格方式採科別及格、總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格（第一項）。前項及格方式，由考選部報請考試院定之（第二項）。專門職業及技術人員考試總成績計算規則，由考選部報請考試院定之（第三項）。」

註十一：若細究專門職業及技術人員考試法第 15 條之規範及授權內容，應僅有各種特種考試之考試規則（含考試等級及其分類、分科之應考資格、應試科目）。至於及格之方式及總成績之計算，授權之條文應為同法第 19 條。然專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則對筆試總成績之計算所為之規定，似有授權母法錯置之情形。惟依專門職業及技術人員考試法第 15 條之授權，考試機關自得訂定各種專技人員特種考試之考試規則，而及格方式與總成績之計算規則，則有同法第 19 條之授權（而有專門職業及技術人員考試總成績計算規則之訂定）。但第 19 條之授權，亦僅屬於「整體性」、「原則性」的總成績計算規則，至於各種專技人員之特種考試應為如何具體之及格方式或成績之計算，仍係由考試機關基於其專業性考量而於相關考試規則中加以具體化。換言之，專門職業及技術人員考試法第 15 條之授權，仍得成為專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則中對於及格與總成績計算之授權依據。雖就授權之依據可透過解釋而排除授權錯置之疑慮，惟考量到整體法適用上之妥適，並求授權規定一目了然，專門職業及技術人員考試法第 15 條、第 19 條仍有修法之空間。目前考試院已向立法院提出「專門職業及技術人員考試法修正草案」（詳見立法院第 7 屆第 6 會期第 5 次會議議案關係文書，院總第 1339 號，政府提案第 12324 號，頁政 46 以下）。

註十二：雖採寬鬆之審查標準，惟授權明確性之要求若涉及對於人民之基本權有重大影響，自應具有一定之要求。授權明確性之要求在本案中因考試權之專業性考量，如何與人民之基本權調和，本文以為若授權明確性能透過修法而更加明確，自有助於避免人民有所誤解或產生疑慮，而於授權明確性之要求上排除其他不明確之懷疑。

註十三：此具體化之方法，即透過考試機關以法規命令加以補充。

註十四：75 年 11 月 7 日訂定發布第 3 條第 2 項：「筆試科目有一科成績為零分或專業科目平均不滿五十分者，均不及格。」其後於 83 年 7 月 4 日修正發布之第 3 條第 2 項，亦為相同之規定。

註十五：76 年 12 月 11 日訂定發布第 5 條：「本考試以總成績滿六十分為及格；總成績之計算，以普通科目平均成績占百分之二十，專業科目平均成績占百分之八十。但有左列情形之一者，縱總成績達及格標準，仍不予及格：一、國文成績不滿五十分者。二、內科學成績不滿五十五分者。三、專業科目有一科成績不滿四十五分者。四、專業科目平均成績不滿五十五分者。」

註十六：第 3 條：「依本法第二條舉行之各種特種考試，其考試規則另定之。」

註十七：第 9 條：「各種考試除另有規定者外，以考試總成績滿六十分為及格（第一項）。前項及格標準如認有變更之必要時，應經典（主）試委員會決議之（第二項）。考試總成績計算規則另定之（第三項）。」

註十八：該條於中華民國 88 年 12 月 29 日增訂修正公布時，其立法理由說明二：「目前部分專技人員特考採平均（六十分）及格制，而專技人員高普考則採 T 標準分數常態分配理論，按各類科全程到考人數百分之十六決定錄取，擬均予以法制化。另增加科別及格制，以擴大改進考試方式技術，提昇專技人員執業水準。」立法院公報，第 88 卷第 54 期，院會紀錄，頁 135-136、166。

## 部分不同意見書

大法官 李震山  
許玉秀  
陳春生

針對本件解釋有關憲法「法律保留」原則審查部分，本席等有不能已於言者，爰提部分不同意見書。

### 壹、「文字詮釋」異化為「文字魔術」—穿梭於法律授權與未授權之巧門間

專門職業及技術人員考試法（下稱專技考試法）第十九條第一項揭示三項考試及格方式，其中之一的「總成績滿六十分及格」，究何所指，有待闡釋。依同條第三項規定，授權由考選部報請考試院訂定之「專門職業及技術人員考試總成績計算規則」第四條第一項及第二項將之具體化為：「普通科目成績加專業科目成績合併計算之。」「前項普通科目成績以每科成績乘以百分之十後之總和計算之；專業科目成績以各科目成績總和除以科目數再乘以所占剩餘百分比計算之」。據此核算出之總成績若滿六十分，應屬母法上之「及格」而「應予錄取」。事實卻不然，仍有不予錄取之可能。因為行政命令在「及格方式」與「應否錄取」之間，繼續行使詮釋權，乃另開巧門並設有應跨越之及格門檻。

首先，須依專技考試法第二十六條概括授權所訂定之施行細則現行條文第十條第二項的一般規定，以及上開總成績計算規則第三條的特別規定，縱然總成績

滿六十分者，「若其應試科目有一科成績為零分、專業科目平均不滿五十分、特定科目未達規定最低分數者，均不予及格。缺考之科目，以零分計算。」「前項特定科目之認定及最低分數之設定，依考試類別或類科之需要，由各該考試規則定之。」溢出的多項標準中，夾帶著不甚明確的「特定科目未達規定最低分數」，究何所指，又必須賡續詮釋。循上開總成績計算規則所輾轉指明之「由各該考試規則定之」，即指依專技考試法第十五條第一項授權，仍由考選部報請考試院訂定之「專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則」（下稱考試規則）第九條第三項，得到的答案有二：1. 專業科目中醫內科學成績未滿五十五分者不予錄取。2. 其餘六科專業科目有一科成績未滿四十五分者，不予錄取。

當答案水落石出之後，吾人再回頭審視授權該考試規則得訂定之內容；亦即專技考試法第十五條第二項，赫然發現其規定為：「前項考試規則應包括考試等級及其分類、分科之應考資格、應試科目。」顯示母法之授權內容與範圍，既未涉及「總成績計算」，亦未指涉「及格之標準」。「特定科目最低分數設定」之授權，僅出現在上開總成績計算規則第三條第二項規定。此與本件解釋所稱：「就中醫師特種考試所採『總成績滿六十分及格』之具體內容，明定尚包括……特定科目應達最低分數之標準，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。」有相當落差。原來，前述所稱的「明定」，指的是迂迴由命令在法律並未授權或未明確授權下本於職權所明定。無怪乎，經另闢蹊徑所為的「文字詮釋」會異化為「文字魔術」，而該「魔術盒」中還可能會變出其他號稱「經考試權專業判斷」之及格標準，且不知將伊於胡底！

考試權透過專技考試法中十餘處的「由考試院定之」、「由考選部定之」、以及「由考選部報請考試院定之」等的特別授權，加上施行細則的概括授權，彼此交叉援引，高授權密度下，迂迴曲折蔓藤叢生，形成綿密的規範網絡。（註一）其除意在突顯獨立專業複雜的性質外，主要應是在正當化並宣示其「話語詮釋權」。依法律授權得訂定命令者，就法律文字固取得詮釋權，但應儘可能在文義範圍內，將抽象、概括、開放且不確定的法律文字，朝向具體、確定方向為合理的詮釋。並非如本件系爭規定之內容，將原本甚為明確之法律文字，朝概括、不確定且開放的方向延伸，甚至將未經授權之內容，一併夾帶作擴充性解釋，結局是「總成績滿六十分及格」之語意，竟能遞次詮釋得到包括「特定專業科目未滿五十五分不予錄取」之結果。遇到此類文字魔術的司法除魅工作，最需要審查的即是「法律是否有授權」或「法律授權是否明確」等法律保留的根本問題，亦係司法審查之本職。然而，該項職責卻在權力相互尊重下，採取「司法自抑」的態度而自動弱化到幾乎棄守的程度，豈能令人心安。

貳、「司法自抑」或「司法恣意」—未針對「子法是否逾越母法」作實質審查

本件解釋會採從寬審查的標準，並形成「司法自抑」的立場，主要的理由厥為「尊重考試權的獨立、專業」，其稱：「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，應給予考試主管機關適度之尊重，始符憲法五權分治彼此相維之精神。」憲法該項設計，固為建置獨立與專業考試權所必須，亦係維持考試客觀公平所必要，但並非保證在憲法加持下，考試權之判斷必定不會產生專業偏失與恣意，且必然只接受



司法從寬審查之監督。縱然是同樣標榜獨立與專業的司法權，亦常被提醒，司法獨立是應獨立於其他權力，並非獨立於人民之外，因為各項權力皆源自人民。就以司法行政之司法規則制定權為例，仍須「依法」，除當然不能牴觸審判獨立原則外，還是要接受法律保留原則之檢證，即「惟各該命令之內容不得牴觸法律，非有法律具體明確之授權亦不得對人民自由權利增加法律所無之限制」（釋字第五三〇號解釋參照）。至於是否增加法律所無之限制，並非取決於立法對行政命令審查之情形，包括有無實質審查、審查寬或嚴等，皆非所問。（註二）是該等命令之審查寬嚴，主要仍應繫諸人權限制之程度，亦即釋字第四四三號解釋理由書所稱之「規範密度」，「應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重」而定。

因此，依憲法第八十六條明定須「依法考選」之考試權，其命令訂定權，最終仍應由司法審查其命令之合憲性，並以對人民應考試權及職業自由影響程度決定審查寬嚴之標準，並無獨厚考試權之理。若只強調尊重獨立、專業的憲法保護傘，而忽略同為憲法法治國原則「依法」的民主意涵，不正視其鐘擺幅度之調控，正是專業恣意溫床形成的有利條件。「司法獨立」與「司法民主」間之拉鋸，已提供我們諸多怵目驚心而殷鑑未遠的素材，何況具有行政權性質的考試權，恐應更戒慎之。

本件解釋對考試權不僅是「適當尊重」而已，實質上是「非常尊重」，其稱：「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，惟上開事務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。」「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，雖與人民選擇職業自由之限制及應考試權密切關聯」。關鍵是，對人民權利限制的程度如何？是否誠如確定終局判決所主張，系爭規定之內容概屬細節性、技術性事項？（註三）縱然相關事項得由考試機關基於法律授權以命令規定之，但命令是否逾越法律？命令是否增加法律所無之限制？豈可僅以尊重考試專業為由，而未進行實質審查？其實，考試院針對本件所爭執之規定，並非沒有問題意識，甚且已以「依授權明確性原則」為由，將專技考試法修正草案提請立法院審議，並明文規定「成績計算與及格方式」等之授權依據。（註四）本件解釋卻以「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牴觸」宣告系爭規定合憲，若立法院依考試院草案修法通過，不啻當頭棒喝，反而有損本院大法官之威信。如果考試院持本件解釋為由，放棄「以人民為中心」之既定改革方向，回到未明確授權籠統模糊狀態之原點，則誠屬不幸之至。

作為最後把關者之大法官就該等爭議，以尊重考試權之獨立專業定調，似乎捎給立法機關一抹強烈訊息，至少就考試權部分，對考試院送請查照之行政命令，應可從本件解釋獲得淡化審查的理論奧援與高度正當性基礎。縱然在立法院對命令之審查，大多作成「准予備查」的結果下，竟似產生更為寬鬆審查之可能性。（註五）此外，我國違憲審查，未能如德國所採之「憲法訴願」制度，得對確定終局判決內容予以審查。（註六）復以系爭命令既已通過立法審查程序，即表示系爭命令並未「發現有違反、變更或牴觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者」（立法院職權行使法第六十條第二項、第六十二條第一項參照）為理由，主張司法應尊重具高度民主正當性之國會決定，而對之從寬審查。看似在展

現「司法自抑」的消極美德，事實上，在權力分立的圍牆內，已藉由國家各項權力相互體恤，構築自我感覺良好之循環論證體系，使公權力一致對外，進而輕易地將應考試權、職業自由受限制的人民，摒擋在高牆外。既不能也不願對「文字魔術」除魅，復以消極之「司法自抑」為由，形成拒人民於千里之外之司法冷漠，此種制度設計與實踐之結果，與積極之「司法恣意」，又有何不同？

、當「人權保障」遇到「權力分立相互制衡」時之目的與手段關係—「法律保留」原則之重要抉擇

法律保留原則是法治國家向來的重要憲政原則，於我國從行政權獨大的威權戒嚴體制，轉型朝向踐行憲政主義過程中，確實配合扮演重要推手的角色，貢獻卓著。光是本院公布解釋並宣告行政命令違反、變更或抵觸法律者，即不勝枚舉。（註七）縱使民國八十八年一月二十五日立法院職權行使法制定公布，將行政命令之審查列為專章（第十章）後，經本院解釋宣告行政命令違反法律保留原則者，仍不計其數。（註八）然不可諱言，因政治轉型中權力板塊數度位移，須隨時賦予法律保留原則合乎憲法意旨的新意涵，例如以地方自治、大學自治、司法獨立、考試獨立，甚至行政保留為由，挑戰國會保留，或爭取擴大命令訂定權之空間。但不論政治如何轉型，國家權力間衝突狀況如何，法律保留所內含之人權保障目的，本質上是不會改變的。如果吾人認為，司法審查不斷適用法律保留原則，即有破壞與其他權力間之和諧，或阻礙其他權力之開展，從人權保障觀點言，誠屬誤會。此種想法不適時予以澄清，而將法律保留原則視為過時、古板，進而擬將之束諸高閣，形同棄置，就應驗了一句外國俗諺：「傾倒洗澡水，連同嬰兒一併倒掉。」特別是立法院已制定「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」，國家與人民均普遍意識到，尚有相當多的人權保障規定並未落實，距離先進民主國家之人權水準仍有一段距離。此時此刻，理應被大力借重的法律保留原則，卻遭致冷落，就人權保障觀點而言，其後果恐是違憲審查及司法改革所不能承受之重。

本院大法官審理聲請解釋憲法案件，直接或間接均涉及人權保障，從其內容比重可概分為三：1. 權力分立偏重事件。2. 人權保障偏重事件。3. 權力分立與人權保障交疊事件。有關「法律保留」案件，至少涉及某項權力與立法權在規範制定上的權力分配，而當該規範又涉及人民權利保障時，就可納屬第三種事件。而本件解釋，既涉及立法、考試、司法之權力分立，又可透過各權力「相互制衡」之手段，達到保障人民應考試權及工作權之目的。當「權力分立相互制衡」與「人權保障」兩原則競合時，對本席等而言，其手段與目的間之關係甚為清楚，前者之手段，即是為後者之目的而存在。同時，就此範圍內之司法審查，不能只顧及權力分立「相互尊重」，有意無意忽略「相互制衡」部分，否則形同拆除通往保障人權目標之橋樑。

權力分立相互制衡原則之適用得宜，不但可協助違憲審查權有效防免立法、行政等權恣意或濫權，尚且可矯正多數暴力危及民主根基。在憲法保障人權之核心價值上，司法更應挺身抗衡其他權力，否則矯正制度失靈，無法盡到「制衡」之責，豈是憲法建置違憲審查制度之要旨？如果司法是政治趨勢之追隨者或政策執行之維護者，違憲審查制度存立之正當性基礎恐將動搖。

如果正視法律保留原則而詳細審查，應可從憲法第十五條、第十八條、第八十六條，甚至增修條文第十條第五項出發，針對專門職業之定性、服公職與非服

公職者應考試權之性質，進而提出保障人民應考試權及職業選擇自由相應之組織、程序、制度等意見，例如參與考試權形成專業決策之各種型式委員會，其學者、專家、委員來源，甚至命題、審題、閱卷、試題疑義解決等組織與制度之設計，審查是否皆符合憲法意旨所要求之公正、公平、公開正當法律程序，以供主管機關檢討改進相關考試法規之參考，俾攸關人民生命健康及財產安全之專技人員考試及職業，能與人民應考試權及職業自由取得均衡。（註九）可惜本件解釋將手段凌駕於目的之上，甚至錯置手段與目的，不由分說地採司法自抑之立場於先，略去法律保留原則之實質審查，以致影響違憲審查之高度與嚴謹度。且再基於解釋整體思考脈絡之一貫性，續作比例原則與平等原則之審查，其可施展之空間與論述之說服力即受到相當侷限。捨本而未為，豈止是令人扼腕一詞所能形容！

肆、結語－「司法為民」是內化後之實踐，不是口號

就本件解釋，一般人民或考生甚難從母法文字中，合理推論而得出系爭規定之內容。在此情境下，本件解釋就法律保留原則之審查，又側重權力分立中權力相互尊重面向，而輕忽權力間之相互制衡，致使人權保障失所依附，「司法為民」與「以考生權益為中心」之論調，是否會獲得人民真心對待與信賴，恐有疑問。本席等所擔憂者，係本件解釋「國權擺中間，人民放兩邊」之憲政價值觀偏失，若未受正視，久而久之，大部分之考生只能無奈地接受所謂考試權專業之判斷，甚至被馴化，遑論有能力去質疑考試權行使之程序正當性、制度保障之周延性，以及專業恣意之可能性，即難以共同監督並達成建立真正公平公正考試制度之憲法意旨。末了，再以違憲審查觀點重申本席等之立場；爭取人民信賴與尊重之內部正當性來源，其實就是要面對人民的問題，展現憲法論證的論理能力。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。

註一：專門職業及技術人員考試法於民國 75 年 1 月 24 日制定公布全文 24 條，當中授權條款有 11 項。包括第 3 條之「考試種類」、第 4 條之「應考年齡、考試類、科及分類、分科應試科目」、第 7 條之「檢定考試規則」、第 9 條之「應考人之體格檢查」、第 13 條第 2 項之「應高考檢覈有關職務之年資及任教之年資」、第 14 條第 2 項之「應普考檢覈有關職務之年資」、第 15 條之「特考應考資格及應檢覈資格」、第 16 條之「高考及普考之分類、分科應考資格及應檢覈資格」、第 17 條第 3 項之「檢覈辦法」、第 21 條第 2 項之「華僑應考辦法」、第 23 條之「施行細則訂定」。而該法歷經多次修正公布後，99 年 1 月 27 日之現行法全文 27 條，當中授權條款有 16 項，包括第 2 條之「考試種類」、第 5 條第 3 項之「分試考試類科及規則」、第 6 條第 1 項之「報名費費額」、第 6 條第 2 項之「考選業務基金收支保管及運用辦法」、第 7 條之「實施體格檢查之標準及時間」、第 14 條第 1 項之「高考普考初考之考試規則」、第 15 條第 1 項之「特考之考試規則」、第 16 條第 2 項之「減免應試科目之標準及申請審議費額」、第 19 條第 2 項之「考試及格方式」、第 19 條第 3 項之「考試總成績計算規則」、第 21 條第 2 項之「申請複查成績辦法」、第 22 條第 2 項之「考試及格後所施以訓練或學習之期間、實施方式、請假、成績考核……等有關事項之辦法」、第 22 條第 3 項之「考試及格證書式樣及費額」、第

24 條第 2 項之「外國人應考試種類」、第 24 條第 8 項之「華僑應考試辦法」、第 26 條之「施行細則訂定」。授權比例有增無減，密度甚高。

註二：立法院職權行使法於民國 88 年 1 月 25 日制定公布全文 77 條，第 10 章第 60 條至第 63 條規定有行政命令之審查，但眾所周知立法院之議事及審查功能，就法律尚且不暇，遑論命令。倘立法院職權行使法關於行政命令之審查機制發揮功能，則呈現出來之情形，應為該機制成功擔當攔沙壩，致向本院聲請解釋之件數明顯減少。然目前狀況，似非如此。

註三：最高行政法院認為系爭命令規定的內容是技術性、細節性，包括決定錄取與否的專業科目最低分數要求，其稱：「有關醫師（含中醫師）應如何考試，涉及醫學上之專門知識，專門職業及技術人員考試法及醫師法已就應考資格等重要事項予以規定，至於細節性與技術性事項，自得授權考試機關及業務主管機關發布命令為之補充。」（94 年度判字第 1541 號判決）。法院雖然得依據法律，對各機關就其職掌所為有關法規釋示之行政命令，表示其合法見解，甚至附理由而不予適用（釋字第 137 號、第 216 號、第 407 號解釋參照），但最高行政法院並未成功地把守司法控制第一道關卡。對此，僅被賦予抽象規範審查職權的大法官，對最高行政法院判決本身及其所持見解，一貫皆以其屬於認事用法或證據取捨為由，不予審查。於司法審判與憲法解釋間「河水不犯井水」，甚至相互趨避、視而不見，形成「魚幫水、水幫魚」的現象，這樣的制度設計良窳，自有待公評。

註四：參《立法院第 7 屆第 6 會期第 5 次會議議案關係文書》，院總字第 1339 號、政府提案第 12324 號，99 年 10 月 20 日印發，頁政 46。考試院同年 10 月 12 日提案函請立法院審議專技考試法修正草案，將原第 15 條第 2 項規定，修正為：「前項考試規則應包括考試等級及其分類、分科之應考資格、應試科目、考試方式、成績計算、及格方式、考試辦理次數、期限。」明文增加「考試方式、成績計算、及格方式、考試辦理次數、期限」之授權依據，並將條次變更為第 12 條第 2 項。

註五：依據統計，於立法院職權行使法制定公布後，自 88 年 2 月至 6 月立法院第 4 屆第 1 會期起算，至 99 年 1 月第 7 屆第 4 會期結束止，送置立法院之行政命令總數共 15,870 件中（扣除立法院內規及其他法規共 53 件），依第 60 條第 2 項交付委員會審查者，共有 3,516 件，占約 22.16%。而委員會審查後，依第 62 條提報院會經議決通知原訂頒機關更正或廢止者，僅有 10 件，占付委審查 3,516 件之約 0.28%，占總數 15,870 件之約 0.06%。參《立法院統計年報》，91 年 6 月，頁 33；99 年 9 月，頁 33。又根據文獻，付委後，未經提報院會議決通知原訂頒機關更正或廢止之命令，多因逾審查期限，依第 61 條第 1 項前段規定：「各委員會審查行政命令，應於院會交付審查後三個月內完成之；逾期未完成者，視為已經審查。」參吳清水，〈論兩岸協議之國會監督：立法院設置「兩岸事務委員會」的法理與實際〉，《法學新論》，第 26 期，2010 年 10 月，頁 117 註 34。

註六：即如前開註三所提問題，學者專家針對是否引進德國「憲法訴願」制度，已有甚多討論。德國聯邦憲法法院法第 90 條所規定之「憲法訴願」（Verfassungsbeschwerde），係以個案救濟為主所設之制度。我國大法官則係以法令抽象審查為主，據以聲請之個案，僅能向裁判法院聲請再審或非常上訴

，與「憲法訴願」並不完全相同。固然我國大法官所公布之解釋，不乏直接針對裁判所為者，釋字第 242 號解釋即典型之例，此外尚有部分介於邊界之案例。但就現行制度而言，大法官仍無法直接針對裁判是否違憲表示意見。各級法院目前於具體個案中，裁判適用憲法之情形，有增無減。透過審級制度，促使為合乎憲法之法律解釋，並使基本權利規定，在具體個案中發揮效力，值得贊同。然在釋憲實務上，人民向本院聲請解釋憲法，主張裁判違憲，甚而請求本院予以廢棄者，仍存有相當大之比例。本院多以「法院裁判本身及其所持見解，依現行法制，並不得為違憲審查之客體」，予以不受理決議，案件量並不在少數。因此，是否引進「憲法訴願」制度，雖是舊調重彈，就符合人民法律感情而言，仍應重視。本院大法官現行係以「會議」方式解釋憲法，未來依憲法訴訟法草案之設計，則有可能更為以「法庭」方式，審查裁判是否違憲，組織程序上有所配合，即有更高正當性。至於引進「憲法訴願」，作為最終別無他途之下的選擇，亦可能如同上訴救濟般嚴格其要件，一方面不致使人權保障產生漏洞，一方面亦不致陳義過高而無法實踐，換言之，即有補充性或備位性原則之適用。案件數量是否因此激增，尚有待驗證。關於「憲法訴願」與我國制度之異同，以及是否引進與利弊得失，可參陳英鈴，〈憲法訴願的結構性變遷－從比較法論基本權利訴願的對象與判決拘束力〉，《憲政時代》，第 28 卷第 4 期，2003 年 4 月，頁 70 以下。吳啟賓，〈解釋權與審判權之司法分工（上）（下）〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 65 期，2004 年 12 月，頁 3 以下；第 66 期，2005 年 1 月，頁 5 以下。吳信華，〈我國憲法訴訟制度之繼受德國－以「人民聲請釋憲」為中心〉，《月旦法學雜誌》，第 116 期，2005 年 1 月，頁 23 以下。蘇永欽，〈裁判憲法訴願？－德國和臺灣違憲審查制度的選擇〉，《法令月刊》，第 58 卷第 3 期，2007 年 3 月，頁 4 以下。張志偉，〈人民聲請釋憲審理程序改進之可能性－以德國「憲法訴願」制度為參考與借鏡〉，《國立中正大學法學集刊》，第 26 期，2009 年 5 月，頁 177 以下。

註七：如單以使用中央法規標準法第 3 條名稱之行政命令為對象，不含諸多為本院宣告違憲之函釋或職權命令。由首次修憲時點起算至立法院職權行使法制定公布止，首件為 80 年 12 月 17 日之釋字第 289 號解釋、其次至少尚有 82 年 2 月 12 日釋字第 313 號解釋、82 年 6 月 18 日釋字第 320 號解釋、82 年 7 月 16 日釋字第 324 號解釋、83 年 11 月 11 日釋字第 367 號解釋、84 年 5 月 26 日釋字第 380 號解釋、84 年 11 月 10 日釋字第 390 號解釋、85 年 1 月 5 日釋字第 394 號解釋、85 年 5 月 10 日釋字第 402 號解釋、85 年 11 月 8 日釋字第 415 號解釋、86 年 3 月 21 日釋字第 423 號解釋、86 年 12 月 26 日釋字第 443 號解釋、87 年 6 月 5 日釋字第 456 號解釋等。

註八：以同上註相同之命令為對象，自立法院職權行使法制定公布起算迄今，首件為 88 年 1 月 29 日公布之釋字第 474 號解釋，接續至少尚有 88 年 7 月 30 日釋字第 488 號解釋、88 年 10 月 15 日釋字第 491 號解釋、89 年 10 月 13 日釋字第 514 號解釋、89 年 10 月 26 日釋字第 515 號解釋、90 年 4 月 20 日釋字第 524 號解釋、92 年 9 月 26 日釋字第 566 號解釋、92 年 10 月 24 日釋字第 567 號解釋、92 年 11 月 14 日

釋字第 568 號解釋、92 年 12 月 26 日釋字第 570 號解釋、94 年 6 月 3 日釋字第 598 號解釋、94 年 7 月 29 日釋字第 602 號解釋、95 年 11 月 10 日釋字第 619 號解釋、97 年 3 月 7 日釋字第 638 號解釋、97 年 10 月 31 日釋字第 650 號解釋、98 年 4 月 3 日釋字第 657 號解釋、98 年 4 月 10 日釋字第 658 號解釋，共 17 號解釋，占此段期間解釋總數 185 號之約 9.1%。

註九：前開考試院所提之專技考試法修正草案亦注意到此問題，於草案增訂第 2 條第 2 項規定：「前項專門職業及技術人員考試種類之認定基準、認定程序、認定成員組成等有關事項之辦法，由考選部報請考試院定之。」修正理由說明略以：「爰增訂有關專技人員之實質認定標準、認定程序及認定委員會組成等事項，由考試院另訂定辦法規範，其中認定之成員包括相關機關、公會、學會團體等產官學界代表。未來各職業主管機關擬增設新的專門職業及技術人員，應依該辦法規定之認定基準、認定程序審議。」參《立法院第 7 屆第 6 會期第 5 次會議議案關係文書》，同前註四，頁政 42。

不同意見書

大法官 陳新民

大凡世上各種事物皆會朝向不平等發展，那麼法律就更應該傾向於保護平等。

法國·盧騷·《社會契約論》

本號解釋多數意見認為，專門職業及技術人員考試法第十九條（下稱系爭母法）規定：「專門職業及技術人員考試得視等級或類科之不同，其及格方式採科別及格、總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格（第一項）。前項及格方式，由考選部報請考試院定之（第二項）。專門職業及技術人員考試總成績計算規則，由考選部報請考試院定之（第三項）。」其中第二項之規定，乃特別授權考選部得另行訂定及格方式，故考選部所訂定之「專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則」（以下簡稱為系爭考試規則）第九條第三項以及「專門職業及技術人員考試總成績計算規則」第三條第一項規定（以下簡稱為系爭計算規則），對中醫特考考生規定：「本考試應試科目有一科成績為零分或專業科目平均成績未滿五十分或專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，均不予及格。」多數意見認為符合系爭母法的授權，未增加特考考生法律所無之限制，並未侵犯考生之權利。而此加諸於考生之限制，為中醫高考所無，亦未牴觸其工作權、應考試權及平等權。

本席雖然肯認多數意見所持，本於考試事務擁有專業判斷，應給予考試院最大程度之尊重。然而國家公權力若擁有裁量決定空間越大，就更有檢驗其有無逾越授權界限的必要性。對於本聲請案的原因案件，如果仔細檢視目前中醫特考之規範所課予特考考生諸多之限制：例如通過中醫高等檢覈考試者，只能應中醫特考，不能參加高等考試（此乃專為中醫特考考生而非其他特考考生所設的特別限制）；中醫特考考生不僅每科專業科目都有最低及格門檻，其中醫內科學還有更高的及格門檻，而高考並無此限制。此外，考試及格後，仍須經過一年半的實習，方能獲得及格證書。上述三種措施都是針對中醫特考考生而發，不能不啓人疑竇：上述之措施是否已達到「歧視待遇」之程度？

按本號解釋之標的乃是一個典型探究平等原則的憲法案例，可以檢驗憲法平等權

學理在產生憲法爭議時的「可適用性」(Anwendbarkeit)。本席認為本號解釋原因案件不論在適用法規的過程，有產生「子法逾越母法」之疑慮，或是系爭考試規則及計算規則的內容已牴觸平等權與比例原則，同時對考生的限制達到嚴苛之程度，都不可獲得正當性與說服力。

公益訴求與真理不容閃爍不定。本席於研究本號解釋案例之過程，對於出現有未符平等權等違憲之虞的現象，既然「深感於心」，即不敢「忍言」，爰提出不同意見書於次，以抒己見：

#### 一、考試裁量權與法律保留原則的適用

本號解釋多數意見認為系爭母法第十九條第一項規範三種及格標準，雖未明白提及某些科目及格最低門檻，但無妨考試機關另行附加及格要件。且認為應適度尊重考試機關專業之具體判斷，故並未牴觸法律保留原則云云。此見解似乎肯定憲法賦予考試院之考試權，即無異承認考試機關能本其專業，「附加」法律所未有之條件（及格標準），似乎即與一般行政權力受法律保留原則拘束的情形，顯有不同？此見解值得斟酌。

##### （一）有所謂「考試保留」的憲法原則否？

誠然依據我國五權憲法之精神，五院「相維相治」，無地位高下之分（本院釋字第三號解釋參照）。但在法治國家「依法而治」的大前提下，舉凡任何國家權力運作，都必須遵奉憲法與法律的規定。以考試院職權為例，憲法第八十三條及增修條文第六條規定其權限為三大類：a.考試；b.公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休；及c.公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項。此三大項目中b.與c.涉及到公務人員權利事項，依據法治國家保障人權及重要性理論等，皆必須受到法律保留原則與授權明確性原則的嚴格拘束（參見公務人員保障法第二條）。特別在b.之類似具體的行政處分（人事處分）在揮別了「特別權力關係」理論盛行之時代後，更是和一般行政機關必須依法行政，毫無軒輊。

故若問考試院對於其職權中享有較大裁量範疇者，當屬考試權而已。然而，這種裁量權亦非完全由憲法授權由考試機關自由行使。此觀諸憲法第八十六條規定：下述考試（一、公務人員任用資格。二、專門職業及技術人員執業資格）應經考試院「依法考選銓定之」，即以得見此裁量權限仍受到法律的限制。

憲法第八十六條此項以法律來規範考試院舉辦的專技人員的資格與公務員任用考試之權力，明顯地和憲法第七條（平等權）、第十五條（工作權）及第十八條（應考試服公職之權）的保障人權之規定相互呼應，且適用憲法第二十三條（依法限制）之規定。

由憲法第八十六條明白的規定，可以輕易地否認有所謂「考試權保留」或「考試特權」理論的存在。斯種理論乃認為考試院本於五權分立，對於屬於考試權核心部分之事項，擁有不受其他國家權力，特別是立法權侵犯或干涉之餘地。這種託依於絕對權力分立的見解，也見諸於主張「行政保留」，而認為行政權行使的核心，例如涉及法律實施的細節或程序規定、行政內部作業規範，或行政組織的組成，甚至人事事項的決定等，都得當然運用行政內部規章來予以規範即足。且認為此乃憲法的分權原則，行政保留的範圍不僅排斥法律授權明確性原則、法律保留原則，甚至也不適用法律優位原則。

關於行政保留的問題，在本院釋字第五八五號解釋，已約略提及。然而依據法治國家之依法行政原則，使行政保留的立論，難獲得憲法之依據。然本院大法官也曾多次承認行政機關對於純屬技術性或事務性細節，容有行政機關自行訂定規範之餘地，而不致牴觸法律授權明確性、子法逾越母法的原則（本院釋字第六七六號、第六五八號、第六五七號、第六五〇號、第六四〇號、第六二二號、第六二〇號、第四四三號解釋參照），但其仍有一個前提：即其內容不得牴觸母法或對人民之權利增加法律所無之限制（本院釋字第五六八號、第六五〇號、第六五七號、第六五八號解釋參照），此無異明白宣示法律優位及法律保留原則之拘束。

或謂考試院的委員乃由總統提名，經立法院同意，故應當享有較大的行為裁量權，從而可減弱依法行政或法律保留原則的拘束力？這種見解（如本號解釋理由書第一段）亦有待商榷。例如同樣獨立行使職權，而其決策人員（委員）的產生雖由行政院院長提名，但也類似考試委員必須經立法院同意的國家通訊傳播委員會，雖然是獨立機構，仍然必須與一般行政機關一樣，負有遵守依法行政及不得濫用裁量權限之義務。

司法權也是憲法五權之一，法官獨立審判行使司法權力，也見諸於憲法第八十條須「依據法律」獨立審判。本院釋字第五三〇號解釋雖承認司法院的規則制定權，但同樣也不牴觸法律授權明確性、法律保留原則，遑論法律優位原則之拘束。故亦無所謂的「司法保留」之餘地。

既然「依法考選」是為考試機關法定義務，從而相關法規範（子法）的制定及全程法規範的執行，都受到法治國家諸多原則的制約，包括平等原則、比例原則、正當法律程序……等，而必須成為釋憲審查標的。

## （二）考試及格的要件乃適用法律保留原則之「重要事項」

如上述大法官對於法律執行之主管機關得針對技術性或細節性事項訂定「補充」性質之命令，而可以免除嚴格法律授權明確性原則之束縛，但此一前提必須是「次要性事項」，而非「主要性或重要事項」。而哪些才屬於必須由立法者自行決定、不能委託行政機關以命令定之的重要事項？基本上應由立法者予以判斷。

以考試事件為例，過去本院曾認定「應考資格」非屬於細節性與技術性性質之次要事項（釋字第五四七號解釋）；而哪些職業才屬於需要經過國家考試為執業要件的專門與技術人員？亦可以由立法者決定（釋字第六五五號解釋）；至若其他事項，例如各種考試的科目、及格的標準……，是否亦有所謂「依事物本質」來論，應屬於考試權運作的「核心」事項？易言之，應當保留給考試院作專業判斷，而不允許立法權的介入？這種所謂「考試保留」的概念，已由上文提及，似乎並無存在的憲法依據。而本解釋原因案件所涉及的考試及格方式，既然已經立法（系爭母法第十九條）決定為重要事項，且為考選部有關本案釋憲意見說明書（99.09.29，下稱考選部說明書）所承認。但本號解釋原因案件所經過之最高行政法院（九十四年度判字第一五四一號判決）卻認為系爭母法及醫師法「已就應考資格等重要事項予以規範」，至於其他事項，包括及格方式，即屬細節性及技術性事項。最高行政法院這種明顯悖於系爭母法之解釋，也被本號解釋多數意見所採納。此觀乎本號解釋理由書第二段有下述的說明：「……專門職業人員考試之應考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影響，惟究其事務本質，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。……」此項見解，顯然一反本院釋字第655號解釋之立論，「稀釋」了法定及格標準的重要性（故本號解釋有所謂「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影響」的說法）。重要的是這種把「重要要件」降格後，已經不再適用「重要性理論」，才可以導出「惟究其事務本質，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」的見解，從而不適用嚴格的「授權明確性」原則。

故本號解釋理由書第一段的立論，誤解考試事務的重要事項之認定。此「防波堤」一潰，接連著重要性理論與授權明確性原則，也隨之崩潰，自然會一路導論出錯誤的決定，自不為奇！

### （三）母法規定三種及格方式的「質變」—三個同位階「子法」的授權「附加限制」？

由本號解釋文可以得知，關於特考及格的要件，雖由系爭母法（第十九條第一項）的規定予以明定，但卻透過了三個子法加以所謂的「補充」，造成了其內容產生重大「質變」的效果。吾人不妨仔細檢視一下這一個變得更加嚴苛之質變過程。

首先系爭母法第十九條第一項規定：「專門職業及技術人員考試得視等級或類科之不同，其及格方式採科別及格、總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格。」；第二項規定：「前項及格方式，由考選部報請考試院定之。」；第三項規定：「專門職業及技術人員考試總成績計算規則，由考選部報請考試院定之。」本條文第二項及第三項都有「由考選部報請考試院定之」的規定，考選部便針對不同的考試種類，訂定了許多種「總成績計算規則」。對於各種特考的「考試規則」，系爭母法第十五條規定也有「由考選部報請考試院定之」的規定，中醫特考即為其中之一。

除了系爭母法本文、各種考試之「考試規則」及「總成績計算規則」外，系爭母法的「施行細則」第十條第一項也針對母法的三種及格方式加以細部規定：「依本法第十九條規定，其及格方式採科別及格者，指各類科各應試科目之成績，以各滿六十分為及格。但會計師高等考試國文成績，以達當次考試該科目到考者之平均成績為及格。部分科目及格者准予保留三年；其未及格之科目，得於連續三年內繼續補考之，期限屆滿尚有部分科目未及格者，全部科目應重新應試。採總成績滿六十分及格者，指各類科總成績依專門職業及技術人員考試總成績計算規則計算後滿六十分為及格。採以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格者，指依各該考試規則之規定，以錄取該類科全程到考人數之一定百分比為及格」。

這種母法規定及格的方式，透過「概括授權」訂定的子法（系爭母法第二十六條）規定所訂定之「施行細則」，卻又被兩個所謂「特別授權的子法」（系爭考試規則及系爭計算規則）所「補充」。此在本號解釋關於「及格最低門檻」的法規範來源上，便出現了「多重加碼附加限制」的嚴苛現象。

質言之，比較系爭母法第十九條與施行細則（第十條第一項）相關規定，可非常清楚的發現：系爭母法第十九條第一項所明定的三種及格方式，已經被施行細則第十九條第一項加以明確的規定，而具有可適用性。按理說，當母法

與施行細則的規定已經十分詳盡地規定，而達到了可在具體案件實施的程度，即無庸再依賴執行機關訂定「細節性或技術性」的細部規定。此時，再訂定此些規定而達到與母法及施行細則內容發生牴觸，且增加人民法律所無之負擔時，即屬於逾越母法之規定。

此外，由於母法施行細則須經過立法院的審查，因此，具有更高度的合法性基礎，相對於其他同樣授權訂定之法規（例如前述考試規則及總成績計算規則）之無庸經過立法院審查，施行細則即和此位階較低，且屬於高度、純粹的細節性與技術性規範不同，對於此兩個「低位階」之子法，施行細則之規定應具有「優先性」及「不可牴觸性」。

從而依據系爭母法第十九條第二項之規定（前項及格方式，由考選部報請考試院定之），考試機關即應當就此三種及格方式，在各種專門職業考試中（包括特種考試），彈性選擇及運用之。這是因為母法是一個「通用法」，提供每年國家舉辦數十種專技考試之標準。每種考試要如何決定錄取標準，則必須「三擇一」，讓考生有所預見且讓考政機關有所遵循。這才是系爭母法第十九條第二項之所謂：「前項及格方式，由考選部報請考試院定之」之用意，即針對每種類型的考試，考選部都必須決定採行何種及格標準，訂在考試規則及總成績計算標準之內，報請考試院同意。是為適用「通用法」下的授權命令。同時，系爭母法施行細則，也同樣屬於「通用法」，應受到其他授權命令的適用。

然而這種母法及其施行細則應為「通用法」，應當拘束所有授權考選部訂定各種考試及格之子法。這個嚴整的法規適用原則，及法規間的位階關係，卻被考試主管機關所誤解。試觀本號解釋主管機關考選部的理由（見前項說明）即認為各種考試規則及總成績計算標準，都同樣來自系爭母法第十九條第二項的授權，且乃「另外授權」，可以逸出同條第一項的三種法定及格方法之外，而另附加其他及格的要件。

這種見解殊值懷疑！難道立法者願意讓考試機關「開大門」的掏空自己決定國家考試的及格標準？吾人再細查該條文第二項的語意，乃明白說明為「前項及格方式」，顯已將此及格方式，限定在第一項範疇之內。此種謬誤，本號解釋多數意見也肯認之矣，不無令人遺憾。

按拉丁法諺「明示規定其一者應認為排除其他」（*expressio unius est exclusion alterius*）乃釋字第3號解釋所援引的原則，即不可另為解釋其乃訓示與列舉規定（註一）。再比較系爭考試規則第一條第一項之規定：「本規則依專門職業及技術人員考試法第十五條規定訂定之。」所引之系爭母法第十五條：「專門職業及技術人員各種特種考試之考試規則，由考選部報請考試院定之。前項考試規則應包括考試等級及其分類、分科之應考資格、應試科目。」其中明顯並無對於「及格標準」另外授權之規定。

此外，查諸系爭三種及格方式乃於民國八十八年十二月二十九日立法院修正系爭母法第十九條第一項條文時才增加之規定。在此之前，已有實施這種規定，但是以命令的方式為之。為了「法制化」，才將三種及格方式予以「明文化」。該規定嗣後於民國九十年五月十六日修正公布成為現行條文，二次修法的立法理由及立法委員討論，都認為授權考試機關「彈性使用」此三種及格方式，已足以控制中醫特考之品質（註二）。故由立法過程，並沒有留下立法者

願意讓考試機關可以大幅度地另行決定附加條件，進而「掏空」或「限縮」立法者對於及格的門檻規定之授權範圍。如果有的話，立法者為何不在系爭母法中明白規定類似下列內容：「針對不同考試，如有訂定特定科目之最低及格標準、或其他及格之方式之必要時，考選部得以命令定之，報請考試院同意」的文字？

（四）考試及格「附加若干科目最低及格門檻」之規定，有無「子法逾越母法」之嫌？

本院大法官解釋雖然許可法律（如醫師法）對重要事項明白規定外，許可屬於細節性及技術性事項，得授權主管機關以命令補充之。但也特別強調，在「無增加母法所無之限制」前提下，方得許可之（本院釋字第五四七號解釋）。吾人即應當檢視本號解釋原因案件所涉及中醫特考的「若干科目最低及格門檻」，有無抵觸此見解。

由上述（三）所敘及主管機關認為其所訂定的系爭考試規則與總成績計算標準，乃「合法授權訂定子法」，可以附加各種考試的及格要件（包括及格最低門檻），再加上系爭母法施行細則亦有此類似的規定，變成了令人眼花撩亂的多重限制。茲以本案中醫特考的及格最低門檻為例：

第一層規範為「最低門檻的通用規定」：系爭母法施行細則第十條第二項已有授權訂定各科目及格的最低門檻之規定：「前項總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格者，若其應試科目有一科成績為零分、專業科目平均不滿五十分、特定科目未達規定最低分數者，均不予及格。缺考之科目，以零分計算」（註三）。

這條規定顯然抵觸了母法的規定。按母法並沒有類似這種附加若干科目及格門檻，包括有一科零分，專業科目平均不滿五十分，及特定科目未達最低分數，都不能及格。顯然的此三個要件已經限縮了立法者對於及格方式的決定，豈無增加人民法律所無之限制與負擔？

再而其又授權考試機關可以自行決定「特定科目」，以及「最低標準」，作為及格的條件。顯然不僅範圍何在（科目為一般科目或專業科目？）以及最低標準（究竟是五十分還是六十分？），都付諸闕如。按法治國家強調法律秩序安定及可預見性，法律授權即必須明確使其授權範圍與限度，都可以使受規範者預見之。故系爭母法施行細則第十條第二項之科目最低門檻已抵觸授權明確性原則。

第二層規範，也是和前述施行細則同樣的規定，見諸於系爭計算規則第三條第一項規定：「……採總成績滿六十分及格……者，其應試科目有一科成績為零分，或專業科目平均成績不滿五十分，或特定科目未達規定最低分數者，均不予及格；……」。

第三層規範，則為專門針對中醫師特考所訂定的系爭考試規則第九條第三項規定：「本考試應試科目有一科成績為零分或專業科目平均成績未滿五十分或專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，均不予及格。」

相形比較之下，可知第一層（第二層法規）和第三層法規之間即有了不同的規定：專業科目必須每一科皆須滿四十五分以上，而內科學必須滿五十五分。這二個條件卻是由第三層法規獨自規定出來。

由上述的「及格要件附加衍生性」，可以清楚得知系爭母法已經拘束不了其施行細則；施行細則也拘束不了各種考試的考試規則，才會演變出三種單純的法定及格標準，卻有多種的「異形」限縮，如果仍倡言對人民沒有不可預見或不必要的負擔，以及沒有造成權利受損時，何有聲請本號解釋之悠悠之口？

因此，爲了確保法治國家的法律安定性，所衍生出來的「可預測性」原則，考試及格的標準只有此三種。如欲避免產生母法「立法從嚴」，淪爲由三個子法形成的「解釋彈性與從寬」的弊病，本席認爲本號解釋應當嚴格審查子法有無逾越母法以及釐清混亂的所謂「附加要件的特別授權」的問題。

#### （五）系爭母法最新修正草案已有「自覺性」的「補破網」修正規定

針對系爭母法第十九條第二項規定能否毫無疑問的解釋爲考試機關得另訂及格方式，包括指定特別科目的最低及格門檻標準；以及第十五條明定之考試規則中應包括之內容，並未包括「及格方式」之疑惑，考試院顯已了然於心。依考試院函送立法院最新版之系爭母法修正草案（民國九十九年十月十二日，院總字第一三三九號），已提出澄清式的「補實」規定。

對於本號解釋爭議「風暴中心」的系爭母法第十九條第二項「前項及格方式，由考選部報請考試院定之」之規定，修正草案第十六條已刪除之，併入到系爭母法原先已有規定訂定考試規則部分（系爭母法第十五條）。而該原來系爭母法第十五條對於考試規則的內容，亦明定增加「考試方式、考試方法、成績計算、及格方式、考試辦理次數、期限」（草案第十一條及第十二條）。

另對於系爭母法欠缺對若干科目設定最低門檻規定，引發子法逾越母法的疑慮。新版草案在第十六條第二項於刪除現行法（第十九條第二項）之規定後，特別增訂下列新的第二項規定：「專門職業及技術人員考試總成績計算方式、配分比例及成績特別設限等事項之規則，由考選部報請考試院定之」。細察此新增條款中的「成績特別設限」，無疑即欲對本號解釋之爭點「最低門檻規定之有無」予以解套！而新草案此三條文字之修正立法理由，皆提出乃「依授權明確性原則」所爲之修正也。

綜觀此最新版之草案，已經體會出考試院已有自覺性「覺昨日之非」，而「幡然改正」的決心與具體付諸實踐的「補破網」行爲。相形之下，本號解釋反而仍爲考試院之「昨日之非」爲背書，豈爲妥適乎？

#### 二、有無抵觸平等權？

本解釋案另一個醒目的疑點，厥爲有無抵觸平等權的問題。本案爲一最典型論究平等權之案例，蓋有兩組可資對比法律後果是否平等的「比較案例」（Vergleichsgruppen）。按平等權爭議都產生在兩組不同法律後果的適用對象間。如何能夠使受不利益者獲得「合理化」的說明，正是平等權問題的最大難處。

誠如本院前院長翁岳生大法官在釋字第四四五號解釋協同意見書所表示：平等權是一種「結果論」的判斷，以一方較他方有利的結果存在爲前提。審查重點不在乎給予有利的規範是否違憲，而在於「規範關係」的違憲。亦即不論立法者是否有意積極排除一方受益，或是未予以規範，只要造成另一規範關係的不利益，而沒有合理的解釋，即可構成違反平等原則。故本號解釋應當要強調在予特考考生不利益的對待有無善盡「說理」的義務之上。

惜乎！本號解釋多數意見卻對此差別待遇之「合理關聯性」之探討，只有「說詞」一說明高考與特考考生存在於學歷與專業訓練上客觀的不同性，卻對「

說理」—即對為何要特考考生承受如此不利益的待遇？是否必要合理？有無目的與手段上的關聯性？—並未為任何的闡述。此說服力自不無薄弱之嫌。

平等權為所有基本權利之基礎（見諸翁岳生大法官前述協同意見書），立法者應有決定差別待遇之義務，構成其形成權範圍內之行爲，以符合平等權。且不像一般自由權可以爲了公益需求，而透過法律來限制之，亦即平等權與公益需求兩者合而爲一。易言之，憲法第二十三條所揭櫫的法律保留原則，不能夠適用在「限制」平等權之上（註四）。此由憲法第二十三條明定「以上各條列舉之自由權利……」可知僅適用於基本自由權而已。立法者的任何區別對待，都必須基於最正確、合理公正與排除無具體關聯之判斷，因此可由釋憲機關來作審查。這也是平等權的憲法功能已由拘束法規範之執行（所謂法規範執行平等），從而獲得「法適用之平等」（Rechtanwendungsgleichheit），轉向爲拘束法規範之制定（所謂法規範制定之平等）（註五），國民即可由此平等權，取得了對抗不公平之法法規範的主觀地位（註六）。

然而，只要立法者一作出差別待遇的考量，一定會宣稱乃基於公益，且振振有詞敘述之。但此公益是否真正存在？有無違反比例原則？有無充足說服力？都是可以作為判斷其是否滿足平等權之要求。

由本案所涉及對於中醫特考的及格門檻，有異於高考者，乃呈現在：a.專業科目各科都必須超過四十五分、且平均必須達五十分；b.內科學必須滿五十五分；c.及格後必須實習一年半。

依據考試機關所持之差別待遇乃是：國人就診於中醫人數日多，爲了保障病人權益，必須嚴格把關；中醫的內科學乃中醫之核心，必須對特考滿五十五分作為把關的標準；因爲特考者未經過嚴格大學中醫訓練，不似高考者都已經在大學修習內科學，且通過考試及格後，方能畢業。因此，對於此門檻有必要設定，方能符合前述之目的。

如果根據此差別待遇的考量，明顯可看出其不具「說服力」。吾人瞭解國人就診中醫日漸增多，故絕對贊同考試機關對於病人權益的重視，而採取嚴格的中醫考試之政策。但此對於特考之差別待遇，反而顯示出其矛盾的結果。質言之：

- 1.既然高考與特考都是擔任中醫師最後一道國家的把關機制，也是表明國家對於擔任中醫師身分者都應當具有「同樣的品質要求」，俾使國人就診中醫時，能獲得同樣嚴格醫療素養之中醫師的醫療品質。然而，系爭規定只要求特考具有一定及格門檻，而對高考不予焉，試問：這種情況是否類似於工廠對於品管的要求，可以分二條不同原料成分的生產線，而對產品設下不同的檢驗標準乎？
- 2.至若認為照顧病人的權益乃最重要的公益，系爭規則及系爭計算標準，為何不採納最嚴格的及格方式？按系爭母法所明定三種及格方式中，唯有第一種的「科別及格制」最爲嚴格，乃要求每科之科目都必須達六十分爲及格要件。如今卻採取第二種「總分及格制」，許可重要的各科能在不及格的分數下，靠著總分及格的拉抬，而獲得及格的成績。此種立法抉擇是否有虧職守？
- 3.既云中醫內科學是一切中醫的核心，如果沒有具備一定的門檻標準，必不能熟習中醫學。假如此命題爲正確，那麼中醫內科學對於高考之考生，是否其在中醫的分量與重要性便隨之而下降？按如中醫內科學既然爲中醫的「核心」，這一個顛撲不破的真理，必然是一個事實，也必須在高考中呈現出來。難道由特考出身的中醫診斷病人時，其內科學造詣對病患的健康即存在「核心重要性」

；反之當病人就診於高考出身之中醫時，中醫的內科學素養之核心重要性，即消失無蹤？是病人的身體結構會隨診斷醫師的出身，而有不同的抵抗力乎？如果「內科學重要性」此一客觀事實與真理，在高考一方不存在，又在特考一方強冒出頭，便是無法令人信服、閃爍不定的理由。

由上述三點的說明，即可得知：特考與高考考生就其日後職業生涯的「重要點」上，基本並無不同。如今系爭規則與系爭計算標準課予特考考生差別待遇，即明顯的可屬於「重要之處相同，卻待遇不同」（Wesentlich Gleiches ungleich），即屬於歧視之案件（註七）。

4. 又云：高考無庸設立內科學門檻之理由，乃是高考考生已在大學修習過此學科，且已通過考試方能畢業。此說法不通之處有二：第一，既然高考考生已經具備特考考生所無之智識—已修習過此「中醫核心」課程。那麼為何不比照特考考生一樣適用此及格門檻？常言道：「真金不怕火鍊」，只有「假金」才怕鍛鍊，考試機關為何不敢把高考考生視為「真金」？第二，此理由也忽視了特考考生中，亦有在大學雖非以醫學院系、科為本科，但選修中醫必要課程，以及選擇中醫為雙主修課程者。這些在大學也已經修習過中醫內科學，並也考試及格方可畢業者，卻一樣不能夠獲得高考考生同樣待遇。顯然考試機關對於特考考生的差別待遇，完全是以「出身別」，而非在大學養成教育中已經真正修習過內科學，而作出此一差別之待遇也（註八）。

### 三、比例原則的檢驗

#### （一）適用於平等權爭議的比例原則—論究差別待遇的「原因」是否違反比例原則

若法規對於某些適用案件，採行了差別待遇，即屬於法律手段的規範力問題。此手段（措施）是否符合理性、有無恣意而考慮無實際關聯的因素，以及給受不平等者不必要的不利益？都和比例原則的檢驗息息相關，即應一併檢驗此原則。

將比例原則的檢驗納入到平等權保障的手段，也獲得了德國聯邦憲法法院的承認。此涉及到憲法法院在討論法規如何在確保立法者裁量權限（形成空間），對其判斷「何者為相同事物，何種為不同事物」的決定時，有無抵觸平等對待之義務。這一個困難的議題，德國聯邦憲法法院也歷經了三個重要理念變革之歷程。

第一個歷程在一九八〇年之前盛行所謂的「恣意模式」（Willkürformel）。這是認定立法者有恣意違反平等權時，亦即立法者無法找到一個理性、符合事理，具有說服力的理由來解釋其所作出的差別待遇，才屬於違憲。由於此理論承認立法者對適用法規範對象之間，是否有存在「現實之差異性」，擁有較大的判斷空間，應獲得司法權力之尊重。故立法者如果對於這種差異狀態的存在持肯定時，儘管其所採行的差別措施，雖不太妥當，但也不妨害其合憲性。這種「恣意模式」對於平等權之保障效果有限。因為許多差別對待的對象，本來即有各方面的差異性，如果僅僅以法規適用對象有「客觀差異」的外在現象，即可作為肯定其差別待遇的正當性理由，將大大縮小了平等權之適用範圍。

第二個階段為「新模式」（Neue Formel），這在一九八〇年十月七日德國聯邦憲法法院作出一個重要的判決（註九），認為平等權保障之重心，應當以正義觀來檢視「相同情形者，不得有不同對待」。但如前述，任何法規適用

用之對象，都可能有差異性。問題即在於：對象存在差異的「種類」（Art）及「分量」（Gewicht，即情節輕重大小），有否足夠造成差別的待遇。易言之，法規範的立法者，有無「小題大作」的誇大了適用對象的差異性。因此，「新模式」的檢驗標準，已經與比例原則的精神相去不遠（註十）。

第三個階段在一九九三年德國聯邦憲法法院更創出了新的改良「新模式理論」：檢驗有無抵觸平等權，不僅是針對差別待遇之對象間的差異在「種類」及「分量」上，有否足夠造成差別的待遇為已足，還進一步探究造成此差別待遇的「理由」，是否合理與具有說服力。乃是「追本溯源」地探究到「出發點」與「動機」的合憲性之上（註十一）。

在提出修正的新模式後，德國聯邦憲法法院近年來更提出「因人而異」與「因事而異」的不平等判斷基準（註十二）。

所謂的「因人而異」而為的差別待遇（personenbezogene Ungleichbehandlung）是指針對法規適用的年齡、身分、教育背景及職業別等，而差別之待遇。這是最容易造成侵犯平等權的類型，應當適用嚴格的標準（修正新模式），同時也應運用比例原則，予以進一步檢驗。

至於「因事而異」的差別待遇（sachbezogene Ungleichbehandlung）是指因為客觀存在事實的不同，而作出的差別待遇。德國聯邦憲法法院曾舉出一例：德國民事訴訟法對於判決未有上訴途徑與期間教示之規定，而行政訴訟與刑事訴訟之判決則有此規定，如此一來，民事訴訟法的欠缺規定會否抵觸平等權？德國聯邦憲法法院認為這種「因事而異」的案件，許可立法者有較大的裁量權，而無庸一定須援引比例原則予以檢驗。易言之，仍採納最早的「恣意模式」之檢驗標準（註十三）。

由上述德國聯邦憲法法院歷經整整三十年的平等權檢驗過程，可知對於「因人而異」的平等權爭議，必須採用最嚴格的標準與運用比例原則。而本號解釋的原因案件正屬於此類的案件，何不仿效此進步的檢驗模式？然而本號解釋多數意見認為，對於是否抵觸平等原則只有在「差別現狀存在的說詞」，本席前已指陳之，豈不是正如同德國聯邦憲法法院在一九八〇年以前所援用之「恣意模式」？

## （二）中醫特考及格的嚴苛條款與比例原則之檢驗

如果涉及「因人而異」的平等權爭議，應使用比例原則來評斷差別待遇的手段是否具有正當性，此時，比例原則的三個子原則一目的性原則、必要性原則及均衡原則，都可以一一拿出來檢驗之。舉凡作出差別待遇的公益理由是否具備充分的正當性，可否達到差別規範之目的（目的性），有無區別之必要及是否「小題大作」（必要性），還有對受歧視者的權利造成過大的損害，而與公益相比，有「得不償失」（均衡原則）？也都是德國聯邦憲法法院在「新模式」與「改良新模式」所運用的原則。

故本席在上文論及本號解釋在闡釋平等權「說理」部分不足時，已經使用了比例原則。也比照德國聯邦憲法法院所使用的「探究」造成採行差別措施的「原因論」。對於比例原則的必要性子原則，還有可以補充之處如下：

以本號解釋的中醫特考考生異於其他種類特考生的另一個差別待遇，厥為「僅有特考」一途。

以國家設置特考的制度而言，中醫特考屬於此特考制度之一環。既然中醫

特考考生是以沒有經過大學中醫學科、系養成爲對象，但國家已經設立了高等檢定考試之第一道門檻，這種「高檢」制度在我國之所以會存在，即是基於我國獎勵人民自修，以彌補國民因失學之憾。而高檢及格即可比照高等學歷，而可參加相關的高等考試。目前我國軍法官、司法官、律師、獸醫師、建築師及會計師等莫不如此，唯有中醫除外。此中醫特考即成爲高檢及格者參加高考的替代品。既然只剩下參加特考一個獲得中醫執業之機會，國家豈能不特別保障特考考生此「唯一之途」的合理與公平之考試機會？

次而對於欠缺中醫學歷的特考考生，即使通過特考後，仍須透過一年半的實習，及格後方能取得特考證書，而高考考生即無庸再實習，即可獲得證書。故此差別待遇如認爲特考考生沒有在大學醫學院受過臨床實驗等相關經歷與訓練，則此要求爲合乎公益與比例原則，吾人應可贊同之。但既然系爭考試規則及系爭計算規則已課予這種及格後長達一年半實習義務與及格條件，如再加諸其他及格門檻之負擔，更凸顯出違反比例原則。

然而本號解釋多數意見對於適用比例原則的探討，亦不無疏略之感。此觀乎解釋理由書第三段後，對於系爭考試規則與系爭計算規則未違反比例原則，僅以「該項規則的訂定爲系爭母法之授權，且依法定程序訂定爲由」。這以探究有無違反法律保留原則的方式來取代比例原則之檢驗，恐未能使比例原則的防衛效果產生任何意義。

#### 四、違反本院的體系正義

本號解釋既已論及到平等權，自應以「體系正義」（Systemsgerechtigkeit），特別是重要法制地位的體系正義之立場，檢討本案與本院過去的判斷標準，有無一致（註十四）？特別以保障人民工作權、平等權與比例原則的立場而論，與本號解釋案情較接近爲釋字第六四九號解釋，以及釋字第五四七號解釋。

（一）釋字第六四九號解釋的公益判斷一以比例原則作爲論定平等權是否受侵害之依據：

本院釋字第六四九號解釋對於視覺障礙者（視障者）依當時有效之身心障礙者保護法擁有從事按摩業的專屬權利。對於非視障者不能從事按摩業是否侵犯工作權、平等權及比例原則？本號解釋提出了肯定的答覆。大法官在釋字第六四九號解釋中的論理依據，可分就平等原則及比例原則，都可作爲對比本號解釋的矛盾與盾之關係，吾人不妨再予以探究如下：

1. 關於平等權的論述：釋字第六四九號解釋認爲對於系爭規定對有意選擇按摩業的視障者工作權，雖有助益，也在事實上保障了相當高比例的視障者工作權。但仍違反平等權的主要依據爲：

- a. 社會發展使得按摩業之就業與消費市場擴大，妨礙了非視障者的就業機會，形成過度限制。
- b. 對同屬身心障礙非視障者，亦在禁止之列，而無「職業保留」之優惠。
- c. 視障者知識能力日漸提升，就業機會增加且多元化，且系爭規定實施三十年，無助於大幅度改善視障者之經社地位。

基於上述三種立論而認爲系爭規定目的與手段間難謂具備「實質關聯性」，而有違反平等權。

釋字第六四九號解釋對於平等權的判斷，顯而易見者，未有在差別待遇的公益性及正當性上，提出更深入的分析。反而在比例原則的運用上，都有



較為深入的檢驗。特別對比例原則的三個子原則（目的性原則、必要性原則及均衡原則），都有提及。

上述三個理由的 c. 認為系爭規定實施三十年，未能改善受益者的經社地位，顯然為「不能達到目的」的立法，已違反第一個「目的性原則」。而理由 a. 之對非視障者從業限制，乃對其權利作出過度的侵害，正是違反比例原則的第二個「必要性原則」。

至於理由 b. 的「未能保障其他身心障礙者」之職業保留權，恐怕才是觸及到平等權的問題。然而，系爭規定的立法者未將其他身心障礙者納入，是否一定違反平等權？按職業獨占的用意，當有「以量制價」的目的。如果將所有身心障礙者皆納入，可能造成僧多粥少，反而不能保障就業者的收入。而身心障礙者可能也有不宜從事按摩者，例如手腳不便或心智不健全者。故立法者針對社會殘障與按摩業需求之客觀事實，而制定系爭條例，不必然牴觸平等權。

再而，社會福利事務乃期待國家「多作一件好事，算一件好事」，如果見立法者立法保障視障，即屬偏頗而違憲，豈非「紅眼症」之氾濫乎？按對於其他身心障礙者的就業權益，立法者當可盡量尋求保障之方，例如公益彩券發行條例第八條即規定：「公益彩券經銷商之遴選，應以具工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭為優先；經銷商僱用五人以上者，應至少進用具有工作能力之身心障礙者、原住民及低收入單親家庭一人。」如果視障者也斤斤指摘本條規定對其幾乎無任何適用性可言，從而認為實質違反平等權，是否亦值得吾人贊同乎？

2. 除了上述平等原則的審查，其實，已經運用了比例原則，尤其是目的性與必要性子原則。至於第三個「法益均衡原則」（Interessenabwägung），厥為本院釋字第六四九號解釋的主要論述，作為認定差別待遇所保護的法益不能逾越所禁止而肇致之法益侵害，而造成比例原則之侵害。

細讀本院釋字第六四九號解釋，值得吾人重視的是其對於差別待遇的公益性判斷。分別論究系爭法益所維繫的視障者工作權的公共利益之分量與被剝奪工作機會者權益損失間的孰重孰輕，這裡可以檢視出大法官的「公益價值觀」。

該號解釋雖然明白承認：「憲法基本權利本即特別著重弱勢者之保障」，且依憲法第一百五十五條後段及增修條文第七條第七項之規定，都可以確認國家保障視障者之工作權「確實具備公共利益」。但該號解釋如此慎重其事的援引兩條憲法位階的依據，也承認系爭規定符合特別保障視障者之公共利益，且屬於特別重要之公共利益，但任何讀者展讀該號解釋時，都會預想出已經導出合憲的結論，結果不然，原來光是系爭規定的高度與絕對公益考量，仍然不敵比例原則的檢驗：

按該號解釋提出了憲法對人民選擇職業自由，可以有寬嚴不同的限制。其中又區分為「主觀條件」：這是指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等。另外，亦有所謂的人民選擇職業應具備之「客觀條件」，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度。不論是對人民主觀或客觀限制，都應當要有公共利益存在，前者為「重要公共

利益」，後者為「特別重要公共利益」。同時所採取的手段，都必須符合比例原則。

該號解釋將系爭法律對於保障視障者的按摩工作獨占權，即屬於對人民選擇職業自由的客觀條件之限制，且承認已具備特別重要之公共利益，且目的洵屬正當。但是和上述論究平等權時，所考量到的因素，幾乎十分接近，諸如：

- a. 社會發展使得按摩之市場需求擴大，按摩的技巧（手技）種類增加，使得非視障者從事之行業容易接近按摩業而觸法，是禁止的範圍不明確；
- b. 按摩業並非僅得由視障者所能從事，任何有意從事此行業者皆可經相當訓練及鑑定合格，即可以從事。

故系爭規定禁止非視障者從事按摩業，造成其失業以及未能形成多元競爭環境裨益消費者，故與保障視障者的工作權之法益相較，顯不相當。故牴觸憲法第二十三條比例原則及第十五條之工作權。

由上述的分析，顯然該號解釋對於視障者工作權利的保障，其利益及「公益價值」比不上按摩市場的擴大、按摩消費者多元化選擇的價值，以及增加非視障者就業的法益性。

如果將視障者按摩獨占權應予保障的高度法益，可以上溯自憲法兩個條文明白委託，立法者的確信此法益價值，可能也符合民意多年來對弱勢族群的關懷，但是這種「理念上的價值判斷」，卻不敵該號解釋來自「世俗價值」的斟酌一就業市場、消費者多元選擇之價值。

如果比較本院釋字第六四九號解釋與本號解釋之原因事實，系爭考試規則與系爭計算規則之所以採取差別待遇，而對特考考生不利的考量，正是因為「病人就診中醫日多」（註十五）。但相隨之現象，例如中醫的診療技術與技巧日益增加、現代社會各種奇疾怪症層出不窮、多元就診市場與競爭的必要性、有志投身中醫業的國人為數不少，且經訓練及檢定及格即可以從事此行業……，哪一個不是釋字第六四九號解釋在論及牴觸平等權部分所援引的必要性原則，以及論及牴觸比例原則部分所提及的「法益均衡原則」？釋字第六四九號解釋之矛，是否恰可攻錯本號解釋之盾？

## （二）釋字第五四七號解釋的「實質平等」之判斷標準？

另外一個與本號解釋原因案件性質較為接近者，為本院釋字第五四七號解釋。針對中醫檢覈考試及格者，本有在國內執業的一般中醫，以及專門在海外執業的華僑中醫。而後者取得中醫執照時，無庸經過筆試或口試，其立法目的概為保障其在海外的工作機會。嗣後相關法律修正，凡領有此「僑」字中醫師考試及格證書或「僑中」字中醫師證書者如回國執業時，必須經過筆試或面試，方能執業。對於此規定有無依據受規範者「出身」（華僑或本地中醫與否）不同，而有違反平等權的差別待遇。釋字第五四七號解釋提出「實質平等」的檢定標準，除了強調該行政命令「並無增加母法所無之限制」外，也認為華僑中醫取得「僑字」及「僑中字」的證書，都沒有經過筆試或面試，如果准許其不經此種考試，無異「使其能規避國內執業所需要之考試，造成實質不平等」，而認為此規定並不違反比例原則。

如果以本院釋字第五四七號解釋所提出「實質平等」的檢驗標準，可知該號解釋要求海外中醫回國診斷病人時，卻欠缺了筆試或口試的檢驗，而此正是

國內執業中醫所必經的考驗，因此，病人應當獲得同樣檢驗過程的醫生之醫療。如對照本號解釋之原因案件，同樣擔任中醫，則高考出身者，無庸專業科目平均必須滿五十分、每一個專業科目皆必須達四十五分以上，而內科學更必須滿五十五分，方得錄取的最低門檻，是否符合「真實平等」乎？

##### 五、結論：振興中醫，抑或吹起傳統中醫傳承之輓歌？

本號解釋多數意見承認考試機關可以彈性解釋系爭母法條文所明定三種及格的方式，且承認考試機關對於特考考生另訂嚴苛的及格門檻的合憲性，顯然已經附和了社會當下對傳統中醫傳承方式極端不利風潮，此風潮顯現之一：民國一百年後將廢止中醫特考（醫師法第三條第三項），今後所有中醫來源只限於為數寥寥的大學中醫學系畢業生。此中醫來源的「單一性」是否符合憲法對人民職業自由所為「客觀要件」之限制，必須要有極高度之公益考量方可（釋字第六四九號解釋原則），故其合憲性堪慮；風潮顯示之二為：目前特考的考生人數每年恆為二、三千人，及格率多半在個位數，甚至有低於百分之一者（例如民國九十六年至九十八年）。相形之下，高考考生人數為其十分之一，計二、三百人之譜，而其及格率經常維持在七成至八成之間（註十六）。若云：中醫特考考生為弱勢族群，而中醫高考考生為全國各種高考考生中及格率最高之「天之驕子」（註十七），誠不誣也！

上述不利於傳統中醫養成途徑的風潮，來之洶湧，似乎已顯示出傳統中醫傳承方式已經日薄西山？然而觀乎我國憲法增修條文第十條第五項規定：「國家應推行全民健康保險並促進現代和傳統醫藥之研究發展。」這個可以稱為是我國「醫療憲法」的三大支柱：全民健保、促進現代醫學及促進傳統醫學，都是典型的「憲法委託」。所有的國家權力，特別是立法者，不能夠違反這個高位階的憲法價值與指令。而憲法增修條文訂定此憲法委託時，當然沒有要將傳統醫學傳播與養成的管道一由人民自修，或追隨中醫名家國手獲得中醫智識，再透過國家考試檢定其品質後，取得擔任中醫師的資格一加以終結或大幅度變更的「修憲意旨」（註十八）。立法者誠然擁有廣泛形成空間來「振興中醫」，例如開放中醫學系給學生選修，甚至鼓勵學生赴中醫發達國家或地區研習中醫……，讓我國社會能夠存在比現在更多、與更高素質的中醫人才（累積國內中醫學的智識與人才庫），方能造福國內的病患。這些屬於立法選項，都不能夠以犧牲傳統中醫的養成方為代價。

如今彷彿已聽到各方吹響傳統中醫傳承的輓歌之際，想想中醫考生多半是立志於中醫、但無緣考入醫學院者，期盼憑其自身的苦讀與毅力，以求一日能懸壺濟世，但這些自學苦讀之士（皆非醫學院畢業之「天之驕子」可比），已即將無美夢成真之可能性。本席不禁想起國父當年力主考試權應獨立存在，即本於「個人天賦才能的發展，既然是不平等，為求大家獲得真正的平等，便是以最客觀的方法，面對考試制度之前，國民能站在同一立足點上，取得地位的平等，而後才進一步發展個人天賦的聰明」。而國父所謂：「人盡其才者，在教養有道，鼓勵以方，任使得法。」教養有道乃政府的教育責任；鼓勵以方，正是指公平的考試制度選拔人才，特別指失學青年能有上進的機會。考試院所舉辦的檢定考試等，往昔即獲得了「實踐國父真平等奧義，高度發揮民權主義」之稱譽（註十九）。若云特考制度是國父特創憲法意義之考試權中最異於西方現代國家考試制度者，當不為過。特考制度之精神，即不容變質與喪失（註二十）。

王雲五先生之「岫廬八十自述」及美國富蘭克林之「自傳」曾是風行一時的經典讀物。此二位東、西大學問家之苦學成功，其所撰之對後世青年勵志之寶典，今後對有志研習中醫、傳揚中醫玄妙的學子國人，不復有明燈指路之功，岫翁及富蘭克林地下有知，不知慨嘆如何？

雖已夕陽，但應有無限好之餘暉！儘管本號解釋作出後，中醫特考已經即將走下國家考試之大舞台。但國家考試制度仍然會一直運作下去。每一張國家考試的成績單，不是燃起考生學子們的夢想，便是擊碎其人生一個希望！吾人豈能不誠惶誠恐、如履薄冰的慎重戒懼？

本號解釋多數意見憾未能提醒、督促立法機關與考試機關，應當要「正視」許多國家考試仍因循舊制之行事心態，未能反思目前我國揮別威權統治、步上正規的民主憲政國家之後，其「法治國家屬性」（Rechtsstaatlichkeit）早已今非昔比，已邁入到更高的境界，從而要求法規的適用嚴整性、差別待遇的高度合理性，即有必要從速革除目前仍殘留在若干考政實務上對特定科目及格門檻的高度不確定性，避免使芸芸考生一生志向的美夢，繼續蒙上一層陰霾！吾人雖然萬分肯認國家考選機關皆會兢兢業業為國掄才，不致於刻意恣意濫權。但法治國家原則對國家各種法制的建設與運作，恆以最高標準來要求。本席即願以此高標準來期許來茲，俾求考試法制前景能有一個更美好的明天。

註一：見翁岳生大法官釋字第四五五號解釋協同意見書。

註二：參見立法院公報，第八十八卷第五十四期，第一一七頁、第一三五頁及第一六六頁；第九十卷第四期，第四〇三頁至第四一〇頁，第二十二期，第九十四頁至第九十八頁。

註三：類似這種以考試院命令自行決定若干科目最低門檻，並非鮮見，例如營養師、物理治療師、引水人、導遊人員……都有此類似規定。其門檻有的以五十分為準（例如營養師的膳食療養學以及導遊人員考試的外語成績），但多以六十分為準。

註四：這是德國公法學界針對平等權的重要理論，參見：H.P.Ipsen, Gleichheit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, 1954, Bd II, S.129.

註五：這也可稱為平等權的「重心轉向」，可參見：陳新民，平等權的憲法意義，刊載於拙作：憲法基本權利之基本理論，上冊，二〇〇二年七月，五版，元照出版公司，第四九五頁以下。

註六：德國聯邦憲法法院在極早期判決中已經表達此種見解。如：BVerfGE, 2, 237/266；3, 58/157.

註七：參見 V. Epping, Grundrechte, 3.Aufl., 2007, S.299, Rdnr.691.

註八：本號解釋理由書第四段也提及：「專門職業人員執業能力與素養，概須藉由相當系統化之教育始能培養……。」這種見解顯然「獨重」學院出身的考生，而不無失偏之感。這個見解和本院釋字第四五三號解釋之理論一致。但該號解釋之見解已被日後作出的釋字第五四七號解釋所不採，本號解釋重拾此見解，實為不妥。另外，依考試院函送立法院系爭母法之修正草案第二條第一項則將這種見解明文化，立法理由且援引本院釋字第三五二號及第四五三號解釋，而不論及釋字第五四七號解釋，日後恐怕不免爭議。

註九：BVerfGE 55,72/ 88；參見 J.Kokott 著，李惠宗譯，聯邦憲法法院判決中的平等原則與歧視禁止，刊載於：蘇永欽等譯註，德國聯邦憲法法院五十週年紀

念論文集，下冊，二〇一〇年，第一三九頁。

註十：參見 V. Epping, aaO., S.306., Rdnr.707.

註十一：BVerfGE 88,87/97；參見 V. Epping, aaO., S.307., Rdnr.708.

註十二：參見李惠宗，前揭文，第一四五頁以下。

註十三：BVerfGE 93, 99/111；參見V. Epping, aaO., S.310., Rdnr.715、718.

註十四：參見李惠宗，從大法官釋字四五三號解釋論司法審查在建立專業證照法制上的功能，東海法學研究，第十三期，一九九八年十二月，第十七頁。

註十五：這是考選部對本號解釋所提出之考選部說明書中，所提及系爭考試規則與系爭計算規則的訂定理由之一，乃因病人就診中醫日多，才有必要訂立嚴苛及格條款來保障廣大的病患權益。但本號解釋理由書第三段則把此項理由，作為考試院為因應早年中醫正規教育尚未普及，為甄拔適格人才而舉辦特考之理由。但還以考選部的理由為當，這是以目前國人就診中醫人數與日遽增，且中醫正規教育也並未普遍為考量，就以後者為例，每年中醫特考考生人數為高考的十倍可知，中醫正規教育的管道並未敞開大門也！

註十六：以特考為例，民國九十年至九十九年為止，報考人數皆在二千至三千人不等，錄取率分別為：0.74%、7.9 %、1.09%、1.10%、1.14%、7.09%、0.60%、0.71%、0.72%及 3.04 %。而高考每年舉辦二次，第二試以應屆畢業生為主，故以九十二年至九十九年之第二試為標準，應考人數多半二、三百人之譜，錄取率分別為 54.17%、76.92 %、82.42 %、86.57 %、84.64 %、88.85 %、81.75 %、76.84 %。

註十七：更不要忘了我國公、私立大學醫學院的設立維持費用，遠超過大學各學院的費用，且多半來自國庫的挹注。故醫學院學生乃享受全民納稅最大的受益者，誠為全民培養之執業人士，稱之天之驕子，也不為過。吾人當然可要求其負擔更大的社會義務，包括嚴格要求其職業素養與執業品質。

註十八：吾人不妨嘗試檢驗一下目前中醫特考或高考的應考科目所應研讀的醫學主要書目，都仍是傳統的中醫權威著作，例如早自宋朝錢乙的「小兒藥證直訣」，但絕大多數清朝的著作，民國期間極為鮮見，更不論近代或外國學界之著作。可見得這些中國老祖宗醫書，並非絕對要經過現代醫學院的教育途徑不可，由名師傳授且經學子努力自學與觀摩，亦非不能成為醫界大國手。關於中醫考試的科目與書目，可參閱：高尙德，國內中醫教育與中醫師證照考試之發展及未來改革方向，刊載：國家菁英季刊，第三卷第一期，二〇〇七年三月，第八十七頁以下，及第九十五頁以下。

註十九：可參見梁翰清著，國父考試權疏義，民國六十四年，自版，第九頁、第七十四頁、第一百三十六頁。

註二十：而依考試院函送立法院系爭母法修正草案第三條第二項，且對舉辦特考之條件定為「為應職業管理法律對曾從事該種業務人員之特別規定，得限期舉辦特種考試」。亦即只對「曾從業人士」方有參加特考之可能性。至於自學苦讀者，已無由特考出身之機會。

不同意見書

大法官 黃茂榮

本件解釋多數意見認為：「中華民國九十年七月二十三日修正發布之專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條第二項規定：『前項總成績滿六十分及格……者，

若其應試科目有一科成績爲零分、專業科目平均不滿五十分、特定科目未達規定最低分數者，均不予及格。』（九十七年五月十四日修正發布之現行施行細則第十條第二項規定亦同）、專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條第一項規定：『……採總成績滿六十分及格……者，其應試科目有一科成績爲零分，或專業科目平均成績不滿五十分，或特定科目未達規定最低分數者，均不予及格；……』及九十年七月二十五日修正發布之專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項規定：『本考試應試科目有一科成績爲零分或專業科目平均成績未滿五十分或專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，均不予及格。』尙未牴觸憲法第二十三條法律保留原則、比例原則及第七條平等權之保障，與憲法第十五條保障人民工作權及第十八條保障人民應考試權之意旨無違。」本席對於該解釋意旨基於下述理由不能贊同，爰提出不同意見書如下，敬供參酌：

#### 壹、本號解釋聲請釋憲之標的

該解釋中首先引述下述二項規定：（1）中華民國九十年七月二十三日修正發布之專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條第二項規定：「前項總成績滿六十分及格……者，若其應試科目有一科成績爲零分、專業科目平均不滿五十分、特定科目未達規定最低分數者，均不予及格。」（九十七年五月十四日修正發布之現行施行細則第十條第二項規定亦同）、（2）專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條第一項規定：「……採總成績滿六十分及格……者，其應試科目有一科成績爲零分，或專業科目平均成績不滿五十分，或特定科目未達規定最低分數者，均不予及格；……」該二項規定僅適用於大學畢業得報考中醫師高等考試者。而後再引述九十年七月二十五日修正發布之專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項規定：「本考試應試科目有一科成績爲零分或專業科目平均成績未滿五十分或專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，均不予及格。」該項規定僅適用於中醫師高等檢定考試及格得報考之中醫師特種考試者。兩相比較，中醫師特種考試之及格標準比中醫師高等考試之及格標準高。聲請人因此質疑該不利於中醫師高等檢定考試及格者之特種考試及格標準違反平等原則。

#### 貳、中醫師特種考試與中醫師高等考試之及格標準不同

中醫師特種考試與中醫師高等考試之及格標準有差別，而且不利於僅得報考中醫師特種考試之中醫師高等檢定考試及格者，是一個事實。

要正當化上述差別待遇之規定並不牴觸憲法第七條保障之平等原則，必須論證大學中醫系畢業者與中醫師高等檢定考試及格者在學力上究竟有何差別？以及如有差別，分別渠等得應考之中醫師執業資格考試爲：中醫師特種考試與中醫師高等考試，並差別其及格標準，是否符合憲法第二十三條所定之比例原則？關於比例原則之實踐的檢證標準，行政程序法第七條有下述規定將之具體化：「行政行爲，應依下列原則爲之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」要之，不平等的差別待遇，必須有助於目的之達成，且是對人民權益損害最少者。此外，該不平等的差別待遇所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。

#### 、中醫師高等檢定考試及格者與大學中醫系畢業者有同等學力

大學中醫系畢業者與中醫師高等檢定考試及格者之養成的區別，在形式上可

以認知者爲：大學中醫系畢業者在學校透過制式教學及考試培訓，而中醫師高等檢定考試及格者則主要透過師徒傳承及自修自習，雖然沒有相當於學校利用學期考試授與學分，但由國家考試機關透過中醫師高等檢定考試，驗證透過師徒傳承及自修自習者之學力，並在其考試及格時承認其同等學力的資格。

#### 肆、對中醫師高等檢定考試及格者之差別待遇

既然透過國家考試機關舉辦之中醫師高等檢定考試，驗證過師徒傳承及自修自習中醫者，在中醫師高等檢定考試及格時已具有與大學中醫系畢業者同等學力的資格，爲何還再以其養成過程不同爲理由，不但在專門職業之考試的種類，而且在其及格標準給予差別待遇？

倘如解釋理由書所稱，係「因中醫師特種考試與高等考試兩類考試應考人所接受中醫學教育及訓練養成背景、基本學養等均有不同，爲配合此一養成背景之差異，其考試規則有關及格方式、應試科目等之規定」乃因而有所不同。則其輔助之道是否應置於拉近其與大學中醫系畢業者間在「接受中醫學教育及訓練養成背景、基本學養」上的差異，提高其同質性：例如在以中醫師高等檢定考試及格爲應考資格者，通過中醫師特種考試時，給予至中醫學院修習學分或實習的機會，而非在執業資格的考試，以系爭專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項規定，對中醫師特考應考人之專業科目，設置高於中醫師高等考試的門檻：中醫內科學成績必須滿五十五分，其餘專業科目均須滿四十五分之及格要求。

以「考試主管機關依法定程序所爲之專業判斷，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」爲理由，論證該門檻的設置固有以國家機關之權威爲基礎之制度形式上的正當性。但在關於差別待遇是否違反平等原則的實質審查，如能針對所以給予差別待遇的事實基礎（養成背景），就事論證，在特考及格後，以拉近中醫師檢定及格者與大學中醫系畢業者之養成背景爲方法，選擇及格標準，是否比設置較高及格門檻爲有效，且損害中醫師檢定及格者最少，以更有助於憲法第二十三條所定比例原則在憲法第七條保障人民平等權之實踐上的闡揚。

其實，考試場合靠的是：真金不怕火煉。未能體諒自學徒從師自習而後參加中醫師高等檢定考試及格者，由於國文表達能力之侷限，而在參加現代學院式考試可能遭遇之特別困難，另予體貼的安排，已是不盡妥適，是否還可更以考試機關之專業判斷爲理由，進一步剝奪其與大學畢業生在相同考試，以相同及格標準取得執業資格的機會？實在值得各界深思。

#### 抄羅○霖釋憲聲請書

爲最高法院 94 年度判字第 1541 號確定終局判決所適用之專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條規定、專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項規定及專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條第二項等規定，發生牴觸憲法第七條、第十五條、第二十三條及第一百七十二條規定之疑義。茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請 大院大法官解釋。

聲請人係依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定聲請解釋憲法，茲依同法第八條規定將有關事項敘明如下：

#### 壹、聲請釋憲之目的及事項

人民在法律上一律平等，人民之工作權應予保障，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之，憲法第七條、第十五條、第二十三條定有明文；又命令與憲法或法律牴觸者無效，為憲法第一百七十二條明文規定。最高行政法院 94 年度判字第 1541 號確定終局判決所適用之專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條規定、專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項規定及專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條第二項等規定，發生牴觸憲法第七條、第十五條、第二十三條及第一百七十二條等規定之疑義，依此聲請 鈞院為違憲審查，並賜准解釋如下，使聲請人得據以為再審：

「專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條規定」、「專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項規定」及「專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條第二項規定」，違反憲法第七條之平等權、第十五條保障之職業選擇自由權及牴觸憲法第二十三條規定之法律保留、比例原則及第一百七十二條規定之法律優位原則，致侵害聲請人於憲法上所保障之權利，應屬無效。

## 貳、疑義之性質與經過，及所涉及之憲法條文

緣聲請人參加九十一年專門職業及技術人員特種考試中醫師考試，總成績六十一·二六分，已達總成績滿六十分及格之法定及格標準，惟考選部竟以「中醫診斷學」及「中醫內科學」科目成績未達專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項所定及格標準，致未獲錄取，考選部旋即於九十一年十一月二十二日以選專字第○九一三三○二二六九號書函檢附成績複查表復知，維持原處分。聲請人認為專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條規定、專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項之規定，及專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條第二項規定，違反憲法第七條之平等權、第十五條保障之職業選擇自由權及牴觸憲法第二十三條法律保留、比例原則及第一百七十二條法律優位原則，應屬無效。故聲請人不服，提起行政爭訟，然考試院訴願（見附件一）、臺北高等行政法院（見附件二），及經最高行政法院 94 年度判字第 1541 號判決駁回聲請人之訴（見附件三）均認定原處分適法。最高行政法院判決理由略以：「……至於細節性與技術性事項，自得授權考試機關發布命令補充。……上開各項法規命令之規定，均係基於專門職業及技術人員考試法之授權，並經規定程序由考試院訂定發布，其合法性應無疑義。」竟荒謬地認定考試規則規定限制及格標準為細節性及技術性事項，輕忽上開規定已侵害人民工作權，為重要法律保留事項。判決書謂「正規中醫教育畢業者相對於未具正規中醫養成教育背景之中醫檢定考試及格者，作為事物本質之差異，得為合理之區別待遇。」卻竟然完全未斟酌未接受學校正規養成教育之醫師、牙醫師、藥師、醫檢師、護理師等檢定考試及格者，其及格標準與正規教育畢業者是一致，並未有區別而違反平等原則之實情。判決書復謂「行為時專門職業及技術人員高等考試醫師考試，特定科目未達規定最低分數者，不予及格」卻忽視專門職業及技術人員高等暨普通考試醫事人員考試規則第十二條於九十二年四月二十九日修正時，已取消專技人員高等考試醫師考試規定之「特定科目未達規定最低分數不予及格」之事實，其立法理由乃在「及格科目又無保留之配套措施，試題較難」。最高行政法院避重就輕，輕率判決，漠視在專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項訂定不合理之「特定科目未達規定最低分數不予及格」規定，已違反



比例原則。最高行政法院確定終局判決所適用之法令，乃將人民工作權之執業資格剝奪，故本件涉及憲法所保障之核心範圍，聲請人爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請大法官解釋上揭命令牴觸憲法第七條、第十五條、第二十三條及第一百七十二條等規定。

、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持立場與見解

查人民、法人或政黨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牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，乃司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所明定。按本件聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持立場與見解如下說明：

#### 一、考試及格要件為憲法保障之內涵

按我國憲法對於人民自由權利，係採直接保障主義，對於自由權利之限制或課人民以義務，應以法律定之。尤其依法參加考試，取得關係人民工作權之執業資格，為憲法第十五條之本旨，應以較嚴謹之依法行政原則貫徹之。「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。此種資格關係人民之工作權，自為憲法所保障之人民權利，不得逕以命令限制之。」為司法院釋字第268號解釋理由書所揭示。考試及格資格之限制，與人民工作權密切相關，有關人民參加考試後，決定是否能及格之方式或標準，皆屬人民應考試權所保障之重大權利事項，攸關應考人權益甚鉅。所以，考試及格資格之任何限制，都必須符合「憲政主義」之「法治國原則」，行政機關或立法機關不得任意加以限制，否則即為違憲。

就應考試權之內涵，應有如下之定義：「基本權主體（自然人），為取得一定工作資格（如專門職業與技術人員資格）以維持其生活，而要求國家機關於特定時間舉辦資格認證與及格取得執業資格之基本權」，因此，應考試權有下列兩層概念：參加考試一方面是「自由權」，也就是選擇從事特定工作之自由，要不要參加考試也是一種自由。因此，應考試權與「職業自由之選擇」有關。在這個層面上，限制考試及格資格無形中等於限制職業自由之選擇，有關限制考試及格資格的法律，具有限制工作權及生存權之性質。考選機關雖然基於職權可以對及格資格加以限制，但是這些限制必須有法律依據也必須合憲，同時限制之範圍也非考試主管機關能任意決定。同時，應考試權也是「受益權」，即國家要保障基本權主體想參加考試取得特定資格時，這個參加考試及格錄取之權不受侵害，也就是個人積極要求國家給予考試及格標準一致之權利，國家因此產生「立法義務」，國家有義務立法給人民參加考試並獲得錄取之權利，因此而產生「人民是否平等受益」之「法律平等問題」。人民之應考試權成為憲法所保障之基本人權，為我國憲法所獨有，然而若以應考試權與職業自由之相關程度，可採用德國所發展出來之職業自由三階理論來作為判斷之參考。

釋字第五八四號解釋理由書謂「人民之工作權為憲法第十五條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由。人民之職業與公共福祉有密切關係，故對於從事一定職業應具備之資格或其他要件，於符合憲法第二十三條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制。然對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由，立法者為公共利益之必要，即非不得予以適當之限制。

至人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制。」已將職業自由三階理論隱約指出，考試及格之方式或標準，影響取得執業資格之要件，屬人民選擇職業應具備之主觀條件，故須有較諸執行職業自由限制更為嚴格的審查標準或規範密度，按前揭大法官解釋意旨，於符合憲法第二十三條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制。職業自由保障之主旨，為個人建立自我、自主形成其生活內容之重要憑藉，並不僅是經濟性謀生計的基本權利，而與人格形成有本質上的連結，憲法基本權保障之最根本的意義，即「人性尊嚴」之確保，人格權與生存權乃人性尊嚴之所繫，具有核心之意義。國家考試對及格要件之限制，涉及對人民工作權之影響甚大，必須嚴守法律保留原則、授權明確性原則及比例原則之拘束。大法官林子儀在釋字第五八四號解釋不同意見書中謂：「……在審查政府對職業選擇自由的限制之合憲性時，所以不能採取寬鬆的審查標準，而必須採取較嚴格的審查標準的理由，主要原因在於職業選擇自由對個人發展自我與實現自我，具有重要的意義。在現代民主社會中，職業不僅提供個人現實生活所需的經濟基礎條件，也是個人得藉以發展能力與實現理想生活型態的屏障與途徑，乃至於個人建構其存在意義與自我認識的要素之一。故而經由保障人民職業的選擇自由，人民方得以自由地發展自我、實現自我與完成自我。由於職業的選擇自由與個人人格的自由發展密不可分，政府如欲對其加以限制，自應以較嚴格的審查標準審查其合憲性，以免政府過度且不當的限制。」大法官許玉秀在釋字第五八四號解釋不同意見書亦謂：「……就本席對於職業自由基本權內涵的理解而言，職業自由作為個人人格發展的基礎，理應如德國聯邦憲法法院判決所言，在憲法秩序中具有最高法價值，應該採取嚴格審查標準，所以職業的選擇必須享有最大的自由，因此只有為特別重大的公共利益絕對必要時，方能予以限制。」故按前揭大法官會議解釋意旨，對影響執業資格的考試法規自應以嚴格的審查標準審查其合憲性，合先敘明。

## 二、形式審查系爭命令，違反憲法第二十三條法律保留原則及第一百七十二條法律優位原則，侵害憲法第十五條工作權保障

釋字第五九八號解釋理由書明示：土地法第三十七條第二項雖授權中央地政機關訂定土地登記規則，惟其內容應符合授權意旨，並不得牴觸憲法之規定（憲法第一百七十二條，並參照本院釋字第四〇六號及第二六八號解釋）。亦即明示法律已另有明文規定之事項，自不得再依該款規定為限制或相反之表明或規定，否則有違憲法第二十三條法律保留及第一百七十二條法律優位原則。

釋字第二六八號解釋所提意旨：「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。此種資格關係人民之工作權，自為憲法保障之人民權利，不得逕以『命令』限制之。……。惟兩種考試之錄取標準，法律並無必須相同之限制，則兩種考試所訂錄取標準不同時，對於經公務人員考試錄取者，尚難不予兼取專門職業及技術人員考試及格資格。如認此項規定有欠周全，應先修正法律，而考試院修正發布考試法施行細則第九條第二項規定：『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』，增設法律所無之

限制，致同為公務人員考試錄取人員，而有不能同時取得兩種考試及格資格（專門職業及技術人員）之情形，顯與當時有效之上述法律使考試及格人員同時取得兩種資格之規定不符，並有違憲法保障人民權利之意旨。」甚至，釋字第三六七號解釋理由書更進一步揭示，釋字第二六八號解釋指摘考試院規定「考試總成績，須達到專門職業及技術人員考試之錄取標準」之規定，並非執行法律有關之細節性、技術性之事項，違反憲法意旨（釋字第三六七號解釋理由書參照）。準此，依上述大法官會議解釋意旨，專門職業及技術人員考試錄取標準，影響憲法所保障之人民工作權，非為細節性及技術性事項，不得逕以命令限制，應有法律保留原則之適用；亦足見考試及格方式或及格標準，涉及人民工作權與職業資格之取得，應有法律規定之依據，即為「重要事項」。查中央法規標準法第五條規定其他重要事項應以法律定之，反面推理，亦即法律已規定之事項，即是「重要事項」。亦即考試規則剝奪或限制錄取資格者之工作權，即係對人民憲法上工作權之基本權利有重要之影響。是依憲法層次之法律保留原則及前揭中央法規標準法第五條規定，就此關於人民權利之重要事項應以法律定之。所以，專門職業及技術人員考試法（以下簡稱為專技人員考試法）第十九條第一項明定「專門職業及技術人員考試得視等級或類科之不同，其及格方式採科別及格、總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格。」即及格方式為「重要事項」。次查，公務人員升官等考試法第九條第二項明文規定「升官等考試總成績未達五十分，或特定科目未達規定最低分數者，均不予錄取。」顯然，特定科目未達規定最低分數不及格之規定，亦為重要事項。復查九十三年六月立法院審議高等考試法官檢察官律師考試條例草案，其中一重點為明定口試成績未滿六十分者，不予錄取（見附件四）。顯見，考試成績限制錄取事項應為重要事項，否則法律草案不必明定。

依文義解釋，專技人員考試法第十九條規定：「專門職業及技術人員考試得視等級或類科之不同，其及格方式採科別及格、總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格。前項及格方式，由考選部報請考試院定之。專門職業及技術人員考試總成績計算規則，由考選部報請考試院定之。」由法條結構而言，「及格方式」為主體，其它法條僅是規範及格方式之次要事項。釋字第三六七號解釋理由書略以：「若法律僅概括授權行政機關訂定施行細則者，該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，自亦得就執行法律有關之細節性、技術性之事項以施行細則定之，惟其內容不能牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制，行政機關在施行細則之外，為執行法律依職權發布之命令，尤應遵守上述原則。」復法條使用之法律概念，有多種解釋之可能時，主管機關為執行法律，雖得基於職權，作出解釋性之行政規則，然其解釋內容仍不得逾越母法文義可能之範圍（釋字第五八六號解釋理由書參照）。故由文義可能範圍解釋，專技人員考試法第十九條第一項已就及格方式等重要事項予以明文規定，係以科別成績及格、總成績滿六十分及格和以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格予以界定，且專技人員考試法第十九條既未對三種及格方式另為任何限制規定，亦無授權限制其及格方式，則「專門職業及技術人員考試總成績計算規則」，其第三條規定「……採總成績滿六十分及格者，……特定科目未達規定最低分數者，均不予及格……。前項特定科目之認定及最低分數之設定，依考試類別或類科之需要，由各考試規則定之。」及「專門職業及技術人員特種考試

中醫師考試規則」，其第九條第三項規定「……專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，均不予及格。」及「專門職業及技術人員考試法施行細則」，其第十五條第二項規定「前項總成績滿六十分及格者，……特定科目未達規定最低分數者，均不予及格。」等系爭命令已涉及重要事項，其規定明顯違反前揭解釋所示：「施行細則應符合立法意旨且不得逾越母法規定之限度，以及其內容不能牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制。」是該系爭法規已逾越母法之授權範圍，並牴觸同法第十九條第一項之規定，違背法律優位與法律保留之二大法治原則之情形，彰彰甚明。又其中有關「特定科目未達規定最低分數者，不予及格」、「專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，均不予及格」之規定，雖可能係著眼於專業品質的考量所為之設限規定。然其忽略母法「總成績滿六十分及格」九字，依一般文義理應以考試各科目成績乘以權重之總和成績滿六十分為及格之「核心意義」，衡諸國家考試現況，應考人普遍認為考試試題出題難易及給分寬嚴不一，各科目成績分布不一，不同時間平均成績亦不一，單以其客觀上絕對成績（如五十五分）限制各科目最低分數，可能造成若干科目閱卷評分者主觀上給分偏低，卻因客觀上絕對成績門檻限制，縱總成績滿六十分仍為不及格，顯已逾越專技人員考試法第十九條第一項「總成績滿六十分及格」之文義可能範圍，增加母法所未規範之及格要件，逾越專技人員考試法第十九條第三項、第十五條及第二十六條授權範圍，違反法律保留原則及法律優位原則。故系爭規定固然可就執行母法之細節性、技術性事項加以規定，但在母法所明定的及格方式下，另外作最低成績之設限規定，將會導致雖符合母法及格門檻，卻因子法另外增加的門檻，而失去取得專門職業及技術人員執業資格之機會，影響非屬輕微，此乃嚴重影響人民的工作權，依前述重要事項論述意旨，故此實非細節性、技術性事項，而係違背憲法第十五條工作權保障之重要事項。亦與大法官明示「法律已另有明文規定之事項，自不得再依該款規定為限制或相反之表明或規定」之解釋意旨有違。系爭命令另為最低成績限制，其內容實已變更母法原先設定的及格效果，牴觸母法規定，並對人民之自由權利增加法律所無之限制，違反法律優位原則。且有關「特定科目未達規定最低分數者，不予及格」之規定，所謂「特定科目」，考選部竟擴張解釋為「所有專業科目成績未滿五十五分或未滿四十五分」；既然是「特定」，依一般社會通念，即非指全部，果要求所有專業科目成績不得低於規定最低分數，即非特定科目，已違背專技人員考試法施行細則及專技人員考試總成績計算規則立法意旨。更荒謬的是，最高行政法院竟未探究上情，判決書照抄考選部主張之理由，對聲請人上訴意旨未置一詞。

### 三、依據論理，證實專技人員考試法明定三種及格方式，僅能擇一限制

專技人員考試法第十九條第一項規定「專門職業及技術人員考試得視等級或類科之不同，其及格方式採科別及格、總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格。」明文區別三種及格方式，即代表三種及格方式是不同的，有必要加以區別並明文規定。所以僅能依據這三種及格方式來決定是否及格，若在這三種及格方式之外，其它的及格方式決定都應被限縮，及格方式採取併用的結果，會造成第四種甚至第五種及格標準，已經逾越法律授權範圍。依論理解釋，古羅馬法諺有「明示規定其一者，視為排除其他」之法理，既然法律明確列舉三種及格方式，考試機關不能以行政命令創設三種及格方式以外的法律義

務。法律沒有授權行政機關將及格方式併用，則行政機關沒有權利任意併用及格方式，否則法律就規定「專門職業及技術人員考試及格方式，由考選部報請考試院定之。」不用寫這麼多法條文字。且任何法律條文之文字都是有意義，若無意義就不須立法。按刑法明文規定，「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」法律並未規定僅可擇一刑宣告，但只能宣告一種刑，不能宣告死刑兼採十年以上有期徒刑，這牽涉人民對法律所產生之信賴（信賴利益保護原則）及法之權威性（不容行政機關任意運用）。又參照公教人員保險法第十四條規定，「被保險人依法退休、資遣者或繳付保險費滿十五年並年滿五十五歲而離職退保者，予以一次養老給付。」是故只要符合其中一種要件，即可獲得養老給付，非謂法律並未規定僅須符合一要件，行政機關就可規定要符合法律明定三種要件中之二種或以外之要件，才可申領養老給付；例如教師法第三十三條規定：「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」核屬任擇性之救濟手段，可依其性質選擇其中一種程序以資救濟而已（最高行政法院 94 年度裁字第 2103 號裁定參照）。何況專技人員考試法第十九條規定：「專門職業及技術人員考試得視等級或類科之不同，其及格方式採科別及格、總成績滿六十分及格、或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格。（第一項）前項及格方式，由考選部報請考試院定之。（第二項）」，則第十九條第二項是由考選部報請考試院決定什麼？各類專技人員考試之及格方式，是僅能採行一種及格方式，還是可併用兩種以上及格方式？考選部曾在考選部全球資訊網意見交換欄明確表示「決定各類專技人員考試之及格方式，或採科別及格制，如會計師、建築師，或採總成績滿六十分及格，如醫事人員、社會工作師，或採錄取各類科全程到考人數一定比例為及格，如律師（百分之八）、技師（百分之十六）。僅能採行一種及格方式，具體作法係明定於各考試規則中。」（見附件五）又考選部於九十四年五月五日以選規字第○九四○○○三○六二號書函函復聲請人，略以：「各種專技人員分別訂定考試規則，各依其專業需要，擇定科別及格、總成績滿六十分及格、以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格三種及格方式之『一』，能因應各類專技人員不同之特性及執業需求。」等語（見附件六）。足見，考試主管機關亦持僅能採行一種及格方式之見解。

次查專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條規定，可知此係將專門職業及技術人員考試法第十九條所規定的三種及格方式再予補充規定，即：

- （一）倘若及格方式採科別及格者，指各類科各應試科目之成績，以各滿六十分為及格，部分科目及格者准予保留三年；其未及格之科目，得於連續三年內繼續補考之，期限屆滿尚有部分科目未及格者，全部科目應重新應試。
- （二）倘若採總成績滿六十分及格者，指各類科總成績依專門職業及技術人員考試總成績計算規則計算後滿六十分為及格。
- （三）倘若採以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格者，指依各該考試規則之規定，以錄取該類科全程到考人數之一定百分比為及格。

揆諸前開施行細則既將母法的三種及格方式分門別類予以補充規定，故不論是三者擇一適用或併用，均應符合前開各類補充規定。舉例言之，如果是採「科別及格」和「總成績滿六十分及格」併用的及格方式，則相關考試規則有關及格方式的設計上，就必須符合「各類科各應試科目之成績，以各滿六十分為及格，

部分科目及格者准予保留三年；其未及格之科目，得於連續三年內繼續補考之，期限屆滿尚有部分科目未及格者，全部科目應重新應試」以及「各類科總成績依專門職業及技術人員考試總成績計算規則計算後滿六十分為及格。」此二項要件，否則即有規範衝突矛盾之問題。亦見考試規則僅能採行法條明定一種及格方式。

#### 四、系爭命令違反立法意旨及逾越法律授權範圍

修正前專技人員考試法是在七十五年一月公布施行，運作上有若干缺失浮現，遭到外界批評，比如考試方式與技術欠缺彈性，均亟須檢討改進。八十四年一月二十八日考試院修正發布專技人員考試法施行細則第九條第一項規定：「各種考試除另有規定外，以考試總成績滿六十分為及格」；第二項規定：「前項及格標準如認有變更之必要時，應經典試委員會決議之。」但此條文目前已經刪除，僅將「考試總成績滿六十分為及格」法制化，明列在新制專技人員考試法第十九條，並增加科別及格制，以彈性運用及格方式。為健全專技人員考選法制，考選部在八十一年底成立專案小組，通盤檢討專技人員考試法，歷經考試院及立法院多次審議，終於在八十八年十二月由總統公布實施。依專技人員考試法修正重點及立法要旨，其中欲使得專技人員執業資格之取得，能在同一命題、閱卷標準、錄取標準之下完成，以齊一專技人員之素質。另外，及格方式依需要彈性運用，即在科別及格、總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格等三種方式中擇一採行（見附件七）。

依歷史解釋，查專技人員考試法第十九條立法說明如下：按專門職業及技術人員考試法第十九條第一項規定考試及格方式得視考試等級或類科之不同，採科別及格、各科目平均滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格，即除原有之平均滿六十分及格及各類科全程到考人數一定比例為及格方式外，另增加「科別及格制」，以利專技人員考試改進方法技術。其中「科別及格制」在部分歐美先進國家專技人員考試程序中多有採行，對提昇專技人員執業素質頗有成效，其各應試科目成績以「各滿六十分為及格」，部分科目及格者准予「保留三年」，其未及格科目，得於連續三年內繼續補考之，期限屆滿尚有部分科目未及格者，全部科目應重新應試。本條之立法意旨即在尊重專業前提下，以利各類專門職業及技術人員考試彈性運用，而能提昇專技人員之執業水準（見附件八）。細繹立法意旨，明定考試及格方式採「科別及格」、「總成績滿六十分及格」、「以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格」三種方式，俾在尊重專業前提下，以利各類專門職業及技術人員考試彈性運用，而提昇專技人員之執業水準。復查典試法第十一條第一項第四款（錄取或及格標準之決定）之立法理由說明謂：「查公務人員考試多按需用名額決定錄取標準，而部分專技人員考試係以六十分為及格，為符合相關法制，爰配合作文字修正」（見附件九）。推究立法意旨，典試委員會決定專技人員考試及格標準，是依照專技人員考試法規定的及格方式決定，如果考試規則決定及格方式採取總成績滿六十分及格，即係以六十分為及格。

專技人員考試法第十九條規定：「專門職業及技術人員考試得視等級或類科之不同，其及格方式採科別及格、總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格。前項及格方式，由考選部報請考試院定之。專門職業及技術人員考試總成績計算規則，由考選部報請考試院定之。」惟查專技人員考試法

第十九條規定之內容及修正之立法理由係謂：「依本法第十九條規定及格方式採『各科目平均滿六十分及格』者，就其文義應指筆試科目不論是普通科目或專業科目，以各科目成績總和除以科目數平均計算之，滿六十分為及格。為維持專技人員之執業水準，其專業科目成績之計分允宜占較高之比重，爰將本條第一項規定之及格方式『各科目平均滿六十分及格』修正為『總成績滿六十分及格』，俾其普通科目成績與專業科目成績能按不同配分比例計算，以加重專業科目之計分比重。」（見前附件八）足見其立法目的，僅授權考選部訂定專業科目成績之計分允宜占較高之比重，以維持專技人員之執業水準，並未授權考選部訂定總成績滿六十分及格應包括訂定最低成績限制。故本於專技人員考試法第十九條規定之內容及立法目的，應認所謂「總成績滿六十分及格」不包含最低成績限制及格。復查立法院在法制委員會審查新制專技人員考試法草案時，考選部王作榮部長謂：「現在本院均按照實際到考人數及標準分數的標準計算錄取人數，以前採六十分及格的方式，使得每年錄取人數的波動很大。這次專技人員考試法的修正還有一項重大的改革，就是採取科別及格制，亦即未達錄取標準的考生可於一定年限內保留及格科目的資格，下次再就不及格的科目重新考試。這項制度不僅對考生有利，同時也能提升考試的水準。」李顯榮立法委員謂：「……本席建議專技人員考試應固定採六十分及格制或錄取各類科全程到考人數一定比例為及格的方式，使人民有所遵循。」（見附件十）。復查立法機關於民國八十九年十二月十四日修正專技人員考試法草案第十九條協商過程，劉光華委員說明提案旨趣：「……規定各科平均滿六十分及格，是稍微嚴苛了些，我們修改為總成績滿六十分及格，這樣計算，即使考生考的科目成績有好壞差距，最後還是以總成績來作標準，比各科目平均滿六十分為計算標準，較為公允。」考選部劉初枝部長回答詢問時表示：「……我們希望能讓應考人在達到平均六十分時就可以錄取，這是在提升他們的專業能力。」考選部規劃司李震洲司長說明：「專技人員考試法第十九條定考試及格的方式有三種規定：第一是科別及格制。第二是各科目平均滿六十分及格。第三是以錄取各類科全程到考人數一定比率為及格。這三個新制是從明年一月一日開始實施，目前認定考試及格的方式有兩種，一種是全程到考錄取一定比率，像專技高、普考是錄取百分之十六，醫事人員檢覈筆試是錄取百分之三十一。第二種是專技特考，此種考試總成績滿六十分就及格，在計算分數時，普通科目像國文、憲法等，我們認為其重要性比較低，一科只占百分之十，專業科目的部分，像高考等級，六科專業科目，一科占百分之……。」（見附件十一）由新制專技人員考試法草案審查會議過程，完全沒有提到要授權考選部可增訂限制及格標準或特定科目最低分數的意旨，採「總成績滿六十分及格」之及格方式，其精神在於以「總成績」作為錄取標準，只要總成績滿六十分就及格，且能提升專業能力，若是要以「科目成績」為標準，就應採用新增之「科別及格制」，以有利於考生方式保留及格科目的資格。例如，建築師專技高考，因考量建築師業務，攸關人民生命財產安全至鉅，對於其執業能力之衡鑑，要求各學門之專業知識，均應達到一定的水準之上，因此決定採取「科別及格制」（附件十二）。再者，既然立法目的及過程，並未有專技人員考試法可為特定科目最低成績之限制，而此規定又可能導致本來及格錄取，但因系爭法規而不能錄取之情況，造成無法取得執業資格，嚴重影響聲請人工作權，實有違專技人員考試法第十九條之立法本意。

從專技人員考試法整體法條文義及立法目的相互關係觀察，無法推論有授權訂定特定科目最低分數限制及格之規定。且查公務人員升官等考試法第九條第二項明文規定「升官等考試總成績未達五十分，或特定科目未達規定最低分數者，均不予錄取。」由法體系解釋的角度可以很清楚地看出，專技人員考試法之總成績規定，立法者有意於專技人員考試法中作出與公務人員升官等考試法之規定不同處理。專技人員考試法未見與公務人員升官等考試法在總成績須有限制的要求。進一步言，經由體系解釋的結果，亦知總成績滿六十分及格方式之規定與特定科目成績限制之要求，兩者間無必然的連帶關係。前者之規定無法當然導出成績計算和及格標準應有特定科目須達規定最低分數限制及格之必然性，否則公務人員升官等考試法即無分別明文規定此兩要求之必要。且公務人員升官等考試本質上為「資格考」，其錄取方式法條明定為「各類科全程到考人數百分之三十三擇優錄取」，與專技人員考試法及格方式採取「以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格」之方式相同，但法律明文規定成績特別限制及限制錄取之標準（第七條及第九條），以符合法律保留原則及明確性（見附件十三）。

綜上分析，由文義解釋、立法理由、體系論理解釋證實，系爭命令已逾越法律授權範圍，違反專技人員考試法立法意旨。

## 五、實質審查系爭命令違反憲法第七條平等原則及第二十三條比例原則

### （一）雙重成績限制及格，違背考試目的

依據憲法第十五條規定，人民之工作權應予保障。參加中醫師考試，取得中醫師執業資格，即屬工作權之範圍，應受憲法第十五條及第八十六條之保障。依目的解釋，舉辦專技人員之「考試目的」，是用於執業資格之取得，係為「資格考」，各類科考試目的應屬一致，即使具備一定之最低標準，至其能發揮至何等功能，應由自由市場機制決定。且專技人員執業資格之取得，能在同一命題、閱卷標準、錄取標準之下完成，以齊一專技人員之素質。所以，專技人員考試法明定採取三種及格方式，總成績達到法定及格要件，即具備基本學養和水準，屬人民選擇職業應具備之主觀條件，立法者若欲加以規範，須為必要時，方得適當限制。訂定特定科目成績未達一定標準不及格之規定，屬法定及格要件之外的限制條件，即違反考試之目的。且特定科目成績未達一定標準，並不妨礙其該執行專業事務之能力，乃因成績高低易受試題的難易程度及閱卷的寬嚴不一等主觀因素影響，反而不具絕對客觀性及公平性。因此，一些類科因應考人抗議錄取率偏低，而已直接排除或取消採總成績分數錄取之外的成績設限標準，以下分別說明立法理由：

- 1．專技律師高考考試規則第十九條第四項規定，本考試總成績之計算，不適用專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條第二項及專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條第一項有關成績設限之規定。其立法之理由：

「取消專業科目平均成績未滿五十分不予及格的成績下限規定，「因為以五十分為下限的規定容易受到試題的難易程度及閱卷的寬嚴影響而左右錄取率，造成不公平現象，因此決定取消這項規定。但為了保障人民能受到普遍良好的法律服務，仍然保留單科成績零分不予及格的規定。」（附件十四）。

- 2．考試院第十屆第四十次會議，考試委員提出「高等考試法官檢察官律師考試條例」草案總說明時指出，現行司法官、律師考試規則設有應試科目中一科



成績零分或專業科目平均成績未滿五十分者，不予錄取之下限，造成每年錄取人數不一，對應考生極不公平。爰取消專業科目成績下限之規定，而以總分成績作錄取標準。其立法理由如下：

「專業成績好壞，不在應考人素質良窳，而在出題難易及給分寬嚴不一，爰取消專業科目成績下限之規定，而以總分成績作錄取標準。」（附件十五）。

所以，由以上排除成績設限規定或取消成績設限立法理由可知，採取總成績分數為及格標準，另訂定特定科目成績限制及格規定，常因容易受到試題的難易程度及閱卷的寬嚴影響錄取率，專業成績好壞，不在應考人素質良窳，而在出題難易及給分寬嚴不一造成不合理、不公平現象，只要應試科目中不要有一科成績為零分，其總成績在法定及格方式內應可認定為及格。足見，不排除成績設限比排除適用成績設限較不合理及不公平。

（二）相同重大公益的資格考試，採「總成績滿六十分及格」之及格方式，另訂定特定科目成績設限之不合理及不公平

按平等原則在於禁止國家機關對於相同事物性質為差別待遇，其為憲法明定之基本原則，行政機關自應受其拘束，以促使行政權之行政，不論在實體上或程序上，避免不當之差別待遇。基於平等原則，即可引伸出「禁止恣意原則」，即不僅禁止行政機關故意的恣意行為，並禁止任何客觀上違反憲法基本精神及事物本質之行為，即行政機關不得於「欠缺合理的、充分的實質上理由」時作成行政決定。釋字第四八五號解釋並揭示「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待」，反之，如規範事物之性質並無差異時，立法、行政機關均不得為不合理之區別對待，自屬當然。另【有利不利一律應予以注意】屬行政行為適用的基本原則，何以『總成績及格併同特定科目最低分數及格』的及格方式，會對應試人及公共利益（如：社會大眾）均有利？【對當事人作有利推定原則】，此原則明定於行政程序法第九條規定：「行政機關就該管行政程序，應於當事人有利及不利之情形，一律注意。」行政執行法第三條規定：「行政執行，應依公平合理之原則，兼顧公共利益與人民權益之維護，以適當之方法為之，不得逾達成執行目的之必要限度。」查「公務人員高等考試三級考試分試考試應考資格表」，公職中醫師類科之應考資格欄下，將經專科以上學校中醫學系、科畢業得有證書者，與經中醫師檢定考試相當類科及格者並列（見附件十六），故依據上開應考資格表之規定，中醫學系、科畢業與中醫師檢定考試及格者，所取得公職中醫師應考資格，並無差別。又查「專門職業及技術人員特種考試相當專門職業及技術人員高等或普通考試等級表」，明定中醫師特種考試相當專門職業及技術人員高等考試，專技人員考試法第三條第二項亦有類似規範。足見，中醫學系、科畢業得有證書者，與中醫師檢定考試及格者具有相同事物性質。另查民國九十一年一月十六日修正公布之醫師法第三條，亦將中醫師特種考試及格者納入規範，其有關執業、義務、懲處及公會等規範與醫師專技高考及中醫師專技高考及格者係為一體適用，法律地位均為相同，亦見中醫師專技特考與醫師、中醫師專技高考具有相同事物性質。對相同重大公共利益、相同事物性質之考試，採取不同限制手段，且「欠缺合理的、充分的實質上理

由」，有違「相同事物性質應相同處理」之憲法第七條平等原則。憲法學者李惠宗即認為，考試權為工作權之輻射範圍，釋字第四一二號、第三五二號、第三六〇號及第四五三號解釋即本此意旨而作，故同一種職業資格，而以不同考試方法取得者，即因考試之難易程度與錄取率必有差異，而違反「不當聯結禁止」原則，違反平等原則（註一）。益見考試機關採取不同及格要件之不當。故專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項規定違背平等原則。

具有與專門職業及技術人員特種考試中醫師考試（以下簡稱為中醫專技特考）相同事物本質，對國民生命健康維護等醫療目的相同重大公共利益要求的專門職業及技術人員高等考試醫師、牙醫師、藥師、醫檢師、護理師等類科考試（以下簡稱為醫師專技高考）及專門職業及技術人員高等考試中醫師考試（以下簡稱為中醫專技高考），目前考選機關都能容許專業科目不要有一科成績零分（就算內科學為一分，亦可以取得執業資格），總成績滿六十分即及格，並未有系爭成績設限規範。按釋字第五八四號解釋所揭意旨，醫師、中醫師、牙醫師、藥師、醫檢師及護理師等醫療職業，不僅涉及病患個人權益，更影響國民生命健康，乃有重大公共利益存在，故對選擇職業應具備之知識技能，須為必要時，方得適當限制。立法者既然對上述執業，僅要求以總成績滿六十分為及格要件，屬人民選擇職業應具備之主觀條件，且對特定專業科目之成績亦僅要求不要「零分」之標準，則對同屬重大公益之中醫專技特考執業條件要求，應該同樣對待，另要求所有專業科目必須達到「四十五分或五十五分」，顯為區別對待，此非屬必要之限制。另查專門職業及技術人員高等暨普通考試醫事人員考試規則第六條附表一規定，未接受學校正規養成教育之醫師、牙醫師、藥師、醫檢師、護理師等檢定考試及格者（見附件十七），與經正規學校教育畢業者，應考同樣之專技人員考試，在同一命題、閱卷標準、錄取標準之下完成，僅要求總成績滿六十分即及格，卻獨對本質上可以「相提並論」的中醫師檢定考試及格資格者，參加專技人員考試要求雙重及格標準，顯已違反專技人員考試法之「資格考」立法意旨，系爭規定非屬必要之限制，明確違反體系正義的比例原則及平等原則。復查，專門職業及技術人員高等暨普通考試醫事人員考試規則於九十二年四月二十九日修正第十二條條文，刪除醫師專技高考特定科目未達規定最低分數不予及格限制，僅保留對物理治療師專技高考，設有特定科目最低分數之限制（見附件十八），聲請人曾就為何“僅保留對物理治療師專技高考設有特定科目最低分數限制”詢問考選部，其答覆如下：「基於物理治療師執業之良窳，關係國人之生命、身體健康至鉅，在上開考試規則研訂過程中，各機關出席代表，包括衛生署、各醫事院校、醫院、公會、學會等對於應試科目，均主張應特別強調專業核心科目，須達一定標準，以保障國人之生命、身體健康，是以，考試規則乃配合設定若干特定科目之最低分數。」（見附件十九）。由以上物理治療師專技高考設定特定科目最低分數限制之立法理由觀之，一是物理治療師執業，其對國人之生命、身體健康之影響，比醫師、牙醫師、藥師、醫檢師、護理師等更加密切及嚴重，所以必須立法設定特定科目最低分數不予及格限制，以保障國人之生命、身體健康呢？還是經由正規學校物理治療系、科畢業之應考人，教學醫療素質較差，所以要用嚴格之考試手段來衡鑑應考人？如果兩者皆不是，則設定特定科目未達規定最低分數

不予及格限制，即有歧視之情事，違反平等原則。行政機關咸認為總成績滿六十分即足以達成衡鑑不管是經由檢定考試或正規學校教育畢業資格之醫師及牙醫師等應考人能力之目的，卻恣意認為經由中醫專技特考之中醫師及物理治療師專技高考之物理治療師，對國民生命健康之維護責任重大，故要求及格之手段較嚴格，而認醫師及牙醫師對國民生命健康之維護責任較輕微，故有如此區別對待，實與國民情感有很大落差。退一步言之，如認有「非正規學校畢業自修苦讀通過檢定考試及格者」與「正規學校教育畢業資格」之「身分要素」，為差別對待之本質要件，故對「檢定考試及格者」有設定若干特定科目最低分數之必要，亦應一視同仁，須同時對醫師、牙醫師、藥師、醫檢師、護理師等以「檢定考試及格」法律地位相同資格報考專技高考者，設定若干特定科目最低分數之限制，而非僅對以「檢定考試及格者」報考中醫師專技考試者及以「正規學校教育畢業資格」報考物理治療師專技高考者，設定若干特定科目最低分數之限制，考試機關為不同之差別待遇，顯有濫用權力之違法。從上揭分析，以「檢定考試及格者」與「正規學校教育畢業資格」作為差別對待之基準，政策上無法自圓其說，即屬違反平等原則。考試院第十屆第一百五十一一次會議，劉興善考試委員舉過去中醫師特考國文有最低分數限制，而中醫師高考則無分數限制，經委員討論後，取消特考分數限制為例，說明中醫師高考與特考之考試題型不應有差別待遇（見附件二十）。更見中醫師專技高考與特考之考試及格標準，不應有差別待遇發生。況且，現有醫事人員之特種考試，例如專門職業及技術人員特種考試呼吸治療師考試及專門職業及技術人員特種考試心理師考試，其考試規則規定及格方式，亦僅要求應試科目總成績滿六十分及格，未有特定科目最低分數之限制。顯然，考試機關對中醫師專技特種考試有差別待遇情形，違反平等原則。

### （三）醫師專技高考取消特定科目成績限制不合理規定

原先醫師專技高考訂有特定科目成績設限而不及格之規定（見附件二十一），因有如下立法理由，而於九十二年四月二十九日取消特定科目成績設限不及格之規定：

- 1．已及格科目又無保留之配套措施，部分試題較難（配套措施例如總成績滿六十分及格者，及格之科目有保留三年之配套措施或採科別及格制）（見附件二十二）。
- 2．考選部在考試院第十屆第七十三次會議專案報告表示，醫師專技高考目前係使用題庫試題，其中部分試題，難度較高，擬研修典試法，設置常設之題庫命題委員會，隨時補充、更新、分析題庫試題，維持試題難易度穩定，提昇考試之信度及效度。

依據考選部全球資訊網站上醫師專技高考之考試統計資料顯示，醫師專技高考之及格率，在九十二年四月二十九日修正考試規則前，九十年及格率為 16.96 %，九十一年及格率為 17.85%，修正考試規則後九十二年及格率為 48.41 %，九十三年及格率為 66.4 %，九十四年及格率為 73.04%。從上述取消特定科目成績設限不及格立法理由與及格率之大幅提昇可知，修正考試規則是因考試題目之難度及對已及格科目沒有配套措施，其實意涵錄取率偏低，所以修改成績設限不及格規定，以提昇錄取率，非為專業醫療水準技能著眼。錄取率或及格率的大幅變動，喪失專技人員考試制度衡鑑資格之目的。

關於題庫試題之改進措施，考試院於九十三年十一月十五日修正發布「題庫建立及運用辦法」第三條、第四條及第十二條，使設常設題庫小組取得法源依據，以隨時更新、分析題庫試題，維持試題難易度穩定。況醫學教育較發達之醫師專技高考，全部應試科目試題為選擇題，有供客觀評價之標準答案公布；然中醫專技特考有百分之六十為申論題，不公布標準答案，評價分數較主觀。全部評價客觀選擇題的醫師專技高考考試，因認為及格科目無保留之配套措施，部分試題較難，取消特定科目成績限制，則應試題目有百分之六十為閱卷主觀性強的中醫專技特考，試題難度及閱卷評價難以掌握，依「舉輕明重原則」，當更有理由取消特定科目成績限制及格規定。

#### （四）中醫專技特考雙重成績設限之不公平及不合理

考選部曾在八十八年六月三日提出中醫專技特考改進措施，表明中醫特考及格率偏低，主要原因是評閱方式不當及試題難易分布不均（見附件二十三）；但是民國九十年中醫專技特考及格率為 0.74 %，九十二年及格率為 1.09 %，九十三年及格率為 1.1%，九十四年及格率為 1.14 %，及格率紛創歷年新低，卻未聞考選部檢討改進；而同時期中醫專技高考，九十年中醫專技高考及格率為 70.83%，九十一年及格率為 77.52%，九十二年及格率為 52.17%，九十三年及格率為 76.92%，九十四年及格率為 82.42%（註二）。顯然，中醫專技特考與中醫專技高考兩者及格率相差懸殊，非常不合理。且中醫專技高考與中醫專技特考之考試題型、配分比率及題目難易度不同；自 95 年 4 月開始，中醫專技高考考試之專業科目均採測驗式試題，而中醫專技特考仍維持申論式（60%）與測驗式（40%）之混合式試題，顯然兩者之間在試題方面仍有差別待遇之發生。

考選部對各類科考試，未設置常設之題庫命題委員會，隨時補充、更新、分析題庫試題，以維持試題難易度穩定及考試之信度及效度，須研修典試法以謀補救。導致現今各類科考試試題之難易度穩定無法維持，考試成績之信度及效度未能掌握，且因給分寬嚴不一，無法建立各類科考試之成績常模，根本沒有合理錄取標準之基礎，更遑論以絕對成績門檻作為限制及格條件，而造成不公平及不合理現象。依據考選部於九十二年十二月十一日以選專字第○九二○○○八二六七號書函顯示，九十年及九十一年專技中醫特考成績比較，其各專業科目所有應考人之平均成績即有很大差距；九十年平均成績皆比九十一年成績低二～九分之多，且各科目平均成績不一，高者可達四十九分（針灸學），低者只有二十六分（生理學）（見附件二十四），成績分布不一，顯然各科目試題之難易度及評分落差大，卻硬要各科目以四十五分或五十五分作為絕對及格門檻之標準，而非如大學入學考試中心所採取之前標分數（指應考人該科成績由高而低排列後，位於第七十五百分位數之級分）或均標分數（指應考人該科成績由高而低排列後，位於第五十百分位數之級分）等相對成績作為及格限制門檻，考選部如此訂定確實不公平及不合理。既然考試試題每年難易度不一及給分寬嚴不一，試題未建立穩定之信度及效度，每年各專業科目所有應考人平均成績未具穩定之信度及效度，卻以絕對分數成績為限制及格門檻，左右錄取率，造成不合理及不公平現象，且對總成績滿六十分及格者，未有配套補考及保留措施。專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項規定即非執行母法及相關法律所「必要及必備」，明顯違反憲法第二十三條比例原

則之必要性及合理性，此即考試機關並未經衡量活動，即擅自及恣意加入非必要之事由限制。顯然考選部並未注意對專門職業及技術人員特種考試中醫師考試應試人有利之情形，即濫用裁量權，增設科別及格標準，逕自否決法定考試「及格要件」，未考量應試人其他利益（及格之科目有保留三年之配套措施或採科別及格制），置應試人於不利狀況。會計師專技高考，因應考人對科目成績限制及格之抗議，考選部於九十四年五月二十四日修正專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條，增列「會計師高等考試國文成績，以達當次考試該科目到考者之平均成績為及格」之條文（見附件二十五），即以考試科目到考者之平均成績為及格標準，亦即以相對成績作為限制及格門檻，且有保留三年之配套措施。顯然，考選部認為以到考者之平均成績為及格標準才合理，故修正專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條之規定。（另專門職業及技術人員特種考試呼吸治療師考試規則及專門職業及技術人員特種考試心理師考試規則見附件二十六）。

所以，採取「總成績滿六十分及格」之及格方式，如訂定特定科目成績設限而不及格之規定，將因特定科目試題的難易程度及閱卷的寬嚴不一，考試成績之信度及效度不足，根本沒有合理錄取標準之基礎，更遑論以絕對成績門檻作為限制及格條件，致使應考人總成績獲得七十分以上高分，卻因特定一個科目題目較難及閱卷的嚴格，未達規定最低分數標準，而失去及格錄取資格，難道他會比總成績獲得六十分及格者，但各特定專業科目剛好達到規定最低標準之醫療水準差嗎？這是幸運與不幸運的問題。特定科目成績無法建立成績常模，每年成績分布不一，各科目試題之難易度及評分落差大，相同科目於不同時間考試，試題難度、鑑別度比率分布並不相同，造成不公平及不合理現象。因此採取「總成績滿六十分及格」之及格方式，就不應訂定特定科目成績設限而不及格之規定，應該取消這項規定，以避免特定科目閱卷委員採取題目較難及閱卷嚴格之手段，以操控錄取人數，造成對這類應考人不合理及不公平相待。且採「總成績滿六十分及格」之及格方式，另設定特定科目最低成績限制，已跨越「科別及格制」之精神，並較「科別及格制」對及格要求更嚴苛，已非達成衡鑑應考人具備執業所需能力目的之最小侵害手段，就總成績滿六十分加上所有專業科目須高於設定分數相較，蓋對專業科目，非具備專門之知識與技能水準不可，考選機關亦應於法定及格方式中，採取「科別及格」之手段，亦同樣能有效達成目的，卻對應考人較小侵害手段。專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項之規定，如此雙重及格限制，顯然逾越必要程度，而與憲法第二十三條比例原則的規定不符。

考選部顯然對與醫師專技高考及中醫專技高考等具有相同醫療重大公共利益和事物性質，且考試目的一致中醫專技特考，採取不同的區別對待，且較嚴格的限制手段。中醫專技特考筆試及格者，還須通過一年六個月的基礎及臨床訓練，訓練成績及格，才能取得執業資格，故筆試設限各科目及格成績，實已過度限制，違反狹義比例原則。

#### （五）小結

從上揭事項分析，專技人員考試之事物本質或性質，係為保障人民應考試、工作權、生存權之憲法上基本權利。亦即，考試之事物本質係在於應考試的公平性、適當性及必要性等事項之平等性。換言之，中醫專技特考與醫師、中

醫師、牙醫師、藥師、醫檢師、護理師等專技高考之事物本質係屬同一法律地位，並無二致。事物本質相同之考試，其考試之及格方式或標準手段，即不得為差別待遇。

#### 六、結論

綜上所述，聲請人考試總成績達六十一·二六分，已符合專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第一項規定採取法律明定「總成績滿六十分及格」之及格標準。最高行政法院 94 年度判字第 1541 號確定終局判決所適用之專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條規定」、「專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項規定」及「專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條第二項規定」，皆屬違憲侵害人民基本權利之命令，請大法官於最短時間內宣告該些命令違憲，以落實人民依憲法規定應有之權利。

#### 肆、關係文件名稱及其說明：

附件一、考試院九十二年二月二十一日（九二）考台訴決字第○三一號訴願決定書影本。

附件二、臺北高等行政法院九十二年度訴字第一○六二號判決書影本。

附件三、最高行政法院九十四年度判字第一五四一號判決書影本。

附件四、立法院公報第九十三卷第三十四期委員會紀錄第二四四頁。

附件五、九十三年七月二十九日考選部電子書函。

附件六、考選部九十四年五月五日選規字第○九四○○○三○六二號書函。

附件七、李震洲，新制專門職業及技術人員考試評析，人事行政月刊第一三五期第一六～二〇頁。

附件八、立法院公報第九十卷第二十二期委員會紀錄第九十四～九十九頁。

附件九、立法院公報第九十卷第六十二期委員會紀錄第三六二頁。

附件十、立法院公報第八十五卷第七期法制委員會紀錄，第三〇三～三〇四頁。

附件十一、立法院公報第九十卷第四期委員會紀錄，第四〇三～四〇四頁。

附件十二、考選週刊第 821 期，90.07.26.。

附件十三、立法院公報第八十八卷第五十四期委員會紀錄第一二五～一二七頁，第一三五～一三八頁。

附件十四、考試院 92.05.29.新聞稿。

附件十五、考選週刊第 920 期，92.07.03.。

附件十六、九十一年三月十九日考試院修正發布公務人員高等考試三級考試分試考試應考資格表。

附件十七、九十二年十月二十九日考試院修正發布專門職業及技術人員高等暨普通考試醫事人員考試應考資格表。

附件十八、九十二年四月二十九日考試院修正發布專門職業及技術人員高等暨普通考試醫事人員考試規則。

附件十九、九十三年十一月二十六日考選部電子書函。

附件二十、考選週刊第 1038 期，94.10.20.。

附件二十一、九十一年專門職業及技術人員醫事人員考試錄取標準表。

附件二十二、考選週刊第 924 期，92.07.31.。

附件二十三、考選部 88.06.03 新聞稿。

附件二十四、考選部九十二年十二月十一日選專字第○九二○○○八二六七號書

函。

附件二十五、考選部 94.05.19.最新消息。

附件二十六、專門職業及技術人員特種考試呼吸治療師考試規則及專門職業及技術人員特種考試心理師考試規則。

附件二十七、本件釋憲聲請書純文字檔磁碟片乙片。

註一：李惠宗，九十一年七月，憲法要義，元照出版社，第二三〇頁及第二九四頁。

註二：摘自考選部全球資訊網九十年至九十四年專技考試統計資料。

謹 狀

司 法 院

具 狀 人：羅 ○ 霖

中 華 民 國 九 十 四 年 十 一 月 四 日

（附件三）

最高行政法院判決

94 年度判字第 1541 號

上 訴 人 羅 ○ 霖

被 上 訴 人 考 選 部

代 表 人 林 嘉 誠

上列當事人間因考試事件，上訴人對於中華民國 93 年 4 月 1 日臺北高等行政法院 92 年度訴字第 1062 號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

- 一、上訴人參加民國（下同）九十一年專門職業及技術人員特種考試中醫師考試，總成績六十一·二六分，雖達總成績滿六十分之及格標準，惟因「中醫診斷學」科目成績四十三分，「中醫內科學」科目成績四十九分，均未達專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條所定及格標準，致未獲錄取，於收受考選部寄發之成績單後，申請複查各科目考試成績，經考選部調出其各科目試卷及試卡核對結果，並無漏未評閱情事，且評定成績亦與成績單登載相符，旋即於九十一年十一月二十二日以選專字第○九一三三〇二二六九號書函檢附成績複查表復知上訴人。上訴人不服，提起訴願，遭決定駁回，遂提起行政訴訟。
- 二、本件上訴人在原審起訴主張：按八十八年十二月二十九日修正公布專門職業及技術人員考試法第十五條規定授權被上訴人訂定考試等級、分類、應考資格及考試科目之特種考試規則，但並未有訂定及格標準之授權。於九十年五月十六日修正公布專門職業及技術人員考試法第十九條第一項規定：「專門職業及技術人員考試得視等級或類科之不同，其及格方式採科別及格、總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格。」其修正原由，明定考試及格方式採「科別及格」、「總成績滿六十分及格」或「以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格」三種方式，俾在尊重專業前提下，以利各類專門職業及技術人員考試彈性運用，而提昇專技人員之執業水準。據此，被上訴人在專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條第一項訂定：「依本法第十九條規定，……其及格方式採總成績滿六十分及格者，指各類科總成績依專門職業及技術人員考試總成績計算

規則計算後滿六十分為及格。」已明定及格方式採總成績滿六十分及格者，是指經專門職業及技術人員考試總成績計算規則計算後滿六十分以上者，即為及格，而及格方式即係錄取標準，並未有設定特定科目達到最低分數才及格之文義；且專門職業及技術人員考試總成績計算規則，專門職業及技術人員考試法第十九條明示訂定機關，並無任何授權被上訴人為增列不及格條件之陳述，故被上訴人在專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條加入限制及格條件，即已違法逾越母法授權之限度，而該條文竟又在法律無任何授權的前提下，限制人民基本自由，其違憲、違法處甚為明顯。依司法院釋字第四四三號解釋意旨，專門職業及技術人員考試總成績計算規則，係屬考試總成績計算之技術性及細節性規則，諸如筆試、口試及實地考試之占分，普通科目及專業科目之比例計算等，非屬法律保留事項，只對應考人產生不便或輕微影響，並非可在專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條加入限制及格條件，自行規定醫師法及專技人員考試法所無之實體事項，直接對應考人產生侵害職業選擇自由權利的重大影響，且將該認定之特定科目及最低分數設定再授權給考試規則訂定，此舉為專技考試法之授權再授權，在法律無任何授權之前提下，以法規命令再授權限制人民職業選擇自由權利，已牴觸行政程序法第一百五十八條之規定：「法規命令，有下列情形之一者，無效：……二、無法律之授權而剝奪或限制人民之自由、權利者。」又專門職業及技術人員考試法並未對限制及格之構成要件與法律效果為具體明確之授權，是上開專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條規定，欠缺法律明確授權之依據，被上訴人逕行訂定對已及格者規定為不及格行政處分之構成要件及法律效果，對取得醫師資格身分上權益有重大影響，與憲法保障人民權利之意旨不符。另依司法院釋字第四〇四號解釋：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。惟人民之工作與公共福祉有密切關係，為增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以『法律』為適當之限制。」而司法院釋字第四六二號解釋亦認為：「涉及人民工作權與職業資格之取得，應有法律規定之依據」。因此，只有法律才能規定限制及格標準或須達特定科目最低分數才及格之情事。屬於法規命令之專技人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項：「本考試應試科目有……專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，均不予及格」之限制條款，未見任何法律明確授權訂定，卻任意限制人民取得及格證書，從事醫師業務之重大權益，顯然違反憲法保障人民取得執業資格之意旨。上訴人參加九十一年專門職業及技術人員特種考試中醫師考試總成績為六十一・二六分，已達到被上訴人決定專技中醫特考採應試科目總成績滿六十分之及格方式，但仍被處分為不及格，不符憲法第二十三條法律保留原則及授權明確性原則之意旨，已嚴重剝奪人民依法考試及格，取得職業選擇自由之重大權利。本件涉及應考人取得中醫師資格，以執行醫師業務，故為實體要件，依法律保留原則自應由法律規定，前揭施行細則第十五條第二項規定及專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條所限制及格資格但書規定，增加法律所無之限制和逾越法律授權訂定施行細則之必要範圍，限制其適用主體，應不適用。且對於自由選擇中醫師為職業，考試及格應具備之特定科目最低成績限制，醫師法及專門職業及技術人員考試法並未明確授權被上訴人訂定，專技人員考試總成績計算規則及施行細則規定，應試科目或特定科目未達規定最低分數者，均不予及格，即違反憲



法第十五條有關人民之工作權應予保障之規定。系爭專技中醫特考之不當限制，採取對考試及格標準多重限制，只為降低及格錄取率，對整體中醫專業技能品質及學術水準，不一定能明顯提振，為真正檢驗及加強應考人基本學養，自可依權限改變考試方式或延長訓練期間，而非只有採取對考試及格標準過度限制之唯一手段。被上訴人選擇侵害人民自由權利最嚴重之方式，造成應考人難以考試及格，採取方法之損害與達成目的之利益顯失均衡，顯然違反比例原則。求為撤銷原處分及訴願決定之判決。

三、被上訴人則以：按九十一年專門職業及技術人員特種考試中醫師考試依法組織典試委員會辦理典試有關事宜。又九十一年一月十六日修正公布之典試法第十一條第一項規定：「典試委員會依照法令及考試院會議之決定，行使其職權。下列事項由典試委員會決議行之：……四、錄取或及格標準之決定。……」，因此本項考試及格標準，係由典試委員會依其法定職權及相關考試法規規定決定之。另專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條規定：「本考試筆試及格方式，以應試科目總成績滿六十分及格。……本考試應試科目有一科成績為零分或專業科目平均成績未滿五十分或專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，均不予及格。缺考之科目，以零分計算。」上訴人參加本項考試總成績為六十一．二六分，雖滿六十分，惟中醫診斷學科目成績四十三分，中醫內科學科目成績四十九分，均未達前開考試規則所定及格標準，爰不予錄取。由於中醫師特種考試與中醫師高等考試兩種考試之應考人接受中醫教育及臨床實習訓練之養成背景、基本學養截然不同，因此，目前中醫師來源之考選，依現行醫師法第三條及專門職業及技術人員考試法第九條及第十三條之規定採行雙軌制，即中醫師高等考試為正規中醫教育畢業者取得中醫師執業資格之途徑，中醫師特種考試則係未具正規中醫養成教育背景之中醫師檢定考試及格者取得中醫師執業資格之途徑（筆試錄取者尚須接受為期一年六個月之基礎醫學訓練與臨床診療訓練）。另考量中醫師從事醫療行為，不僅涉及病患個人權益，更影響國民健康之公共利益，自須具備專門之醫學知識與技能，爰依據醫師法有關中醫師考試應考資格之規定，授權考試機關及業務主管機關發布相關考試規則以資規範等語，資為抗辯。

四、原審判決駁回上訴人之撤銷訴訟，其理由略以：按九十一年一月十六日修正公布之典試法第十一條第一項規定：「典試委員會依照法令及考試院會議之決定，行使其職權。下列事項由典試委員會決議行之：……四、錄取或及格標準之決定。……」，是系爭九十一年專門職業及技術人員特種考試中醫師考試及格標準，即可由典試委員會依其法定職權及相關考試法規規定決定之，則專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條據以規定其錄取或及格標準，即有其法律之明確授權，殆無疑義。茲所應審究者乃專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條「本考試筆試及格方式，以應試科目總成績滿六十分及格。……本考試應試科目有一科成績為零分或專業科目平均成績未滿五十分或專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，均不予及格。缺考之科目，以零分計算。」之規定，其係兼採總成績滿六十分、特定科目須達一定成績始及格之方式，該方式有無違反專門職業及技術人員考試法第十九條第一項之規定。經查專門職業及技術人員考試法第十九條固規定其及格方式採科別及格、總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格之方式

，惟查該法條並未就及格方式有所限制，亦即並未規定僅可擇一及格方式，且依專門職業及技術人員考試法第十五條第一項規定，被上訴人應將專門職業及技術人員各種特種考試之考試規則報請考試院定之，則被上訴人就九十一年專門職業及技術人員特種考試中醫師考試定其及格方式，即在被上訴人裁量權範圍內，應可確定。第以被上訴人審酌中醫師特種考試應考人均為未接受中醫正規養成教育及臨床實習訓練，為衡鑑應考人是否具備執業所需之知識、技術與能力，甄選出真正具有中醫專業知識、技術與能力之人才，拔擢適格之中醫師，以提昇中醫師之素質及臨床診病能力，保障國民生命健康，並提高中醫醫療品質，乃訂定有專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，雖應試科目總成績滿六十分，仍不予及格之規定，經核尚無濫用裁量權，亦無違法或違憲之情形，自有拘束之效力。況上訴人同其餘之應考人於報考之際，即得悉專門職業及技術人員特種考試中醫師之考試規則，要難謂該規則悞於平等原則。從而被上訴人以本件並無漏未評閱情事，且評定成績亦與成績單登載相同，上訴人不符及格標準，而予以否准上訴人錄取之請求，並無違誤。

五、本件上訴意旨除重執前詞外，並略謂：（一）按專門職業及技術人員考試法第十九條第一項及第二項規定：「專門職業及技術人員考試得視等級或類科之不同，其及格方式採科別及格、總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格。前項及格方式，由考選部報請考試院定之。」其立法說明如下：按專門職業及技術人員考試法第十九條第一項規定考試及格方式得視考試等級或類科之不同，採科別及格、各科目平均滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格，即除原有之平均滿六十分及格及各類科全程到考人數一定比例為及格方式外，另增加「科別及格制」，以利專技人員考試改進方法技術。其中「科別及格制」在部分歐美先進國家專技人員考試程序中多有採行，對提昇專技人員執業素質頗有成效，其各應試科目成績以「各滿六十分為及格」，部分科目及格者准予「保留三年」，其未及格科目，得於連續三年內繼續補考之，期限屆滿尚有部分科目未及格者，全部科目應重新應試。本條之立法意旨即在尊重專業前提下，以利各類專門職業及技術人員考試彈性運用，而能提昇專技人員之執業水準。其修正原由，明定考試及格方式採「科別及格」、「總成績滿六十分及格」、「以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格」三種方式，俾在尊重專業前提下，以利各類專門職業及技術人員考試彈性運用，而提昇專技人員之執業水準。又專門職業及技術人員考試法第十九條修正立法意旨「依本法第十九條規定及格方式採『各科目平均滿六十分及格』者，就其文義應指筆試科目不論是普通科目或專業科目，以各科目成績總和除以科目數平均計算之，滿六十分為及格。為維持專技人員之執業水準，其專業科目成績之計分允宜占較高之比重，爰將本條第一項規定之及格方式『各科目平均滿六十分及格』修正為『總成績滿六十分及格』，俾其普通科目成績與專業科目成績能按不同配分比例計算，以加重專業科目之計分比重」。探究立法過程及立法目的，明定考試及格方式採「科別及格」、「總成績滿六十分及格」、「以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格」三種方式，三種及格方式各有其特色及評鑑能力，且各有其成績計算基準與及格標準，各自獨立，不能混為併用。其中「科別及格制」的考試評鑑目的，在於各應試科目成績以「各滿六十分為及格」，未及格科目有「補考」制度；採「總成績滿六十分及格者」的考試評鑑目的，在於經過「專門職業及技術人員考試總成績

計算規則」計算後成績滿六十分為及格。據此，被上訴人在專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條第一項訂定：「依本法第十九條規定，其及格方式採『科別及格者』，指各類科各應試科目之成績，以各滿六十分為及格，部分科目及格者准予保留三年；其未及格之科目，得於連續三年內繼續補考之，期限屆滿尚有部分科目未及格者，全部科目應重新應試。採『總成績滿六十分及格者』，指各類科總成績依專門職業及技術人員考試總成績計算規則計算後成績滿六十分為及格。採以『錄取各類科全程到考人數一定比例為及格者』，指依各該考試規則之規定，以錄取該類科全程到考人數之一定百分比為及格。」亦已明定及格方式採總成績滿六十分及格者，是指經專門職業及技術人員考試總成績計算規則計算後滿六十分以上者，即為及格。三種及格方式成績衡鑑設計制度不同，規範目的不同，根本無法併用，故法律無須明文限制及格方式併用。原判決卻偏頗強加認定專技中醫特考，兼採行「總成績滿六十分及格」、「科別及格制」或「特定科目一定成績始及格」的及格方式，逕以母法並未限制及格方式之併用，而駁回原告之訴，其見解歪曲母法立法原意，自行創設法律之外之及格方式，實難令人理解，適用法規顯有錯誤，當然違背法令。（二）被上訴人訂定「專門職業及技術人員考試總成績計算規則」第三條、「專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則」第九條第三項、「專門職業及技術人員考試法施行細則」第十五條第二項等法規命令（下稱系爭法規），係違反法律保留原則、比例原則，牴觸母法及增設法律所無之限制，依行政程序法第一百五十八條規定，命令無效。系爭法規使應考人除須達到專門職業及技術人員考試法第十九條第一項所定及格標準外，另須符合一定之及格條件，始為考試及格，形成雙重限制。原判決依據違法之法令為判決，適用法令不當甚明。（三）系爭法規違反憲法第二十三條比例原則及正當法律程序，依行政訴訟法第二百零一條規定：「行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得撤銷之。」然原判決對此及格設限裁量之評量程序，卻未進行任何具體審酌，判決理由書未有任何記載，判決顯不備理由，當然違背法令。（四）依據憲法第十五條規定，人民之工作權應予保障。參加中醫師考試，取得中醫師執業資格，即屬工作權之範圍，應受憲法之保障。且考試權於我國而言，係屬憲法上人民基本權利之一，受憲法保障。專技人員考試，是用於執業資格之取得，係為「資格考」，只要具備基本學養和水準，即可取得執業資格，至於將來之執業，則由市場機制決定。現代社會，專業分工日益細密，專技人員考試特定科目成績未達一定標準，並不妨礙其執行專業事務之能力，乃因成績高低易受試題的難易程度及閱卷的寬嚴不一等主觀因素影響，而不具絕對客觀性及公平性。既然考試試題每年難易度不一及給分寬嚴不一，試題未建立穩定之信度及效度，每年各專業科目所有應考人平均成績未具穩定之信度及效度，卻以絕對分數成績為限制及格門檻，左右錄取率，造成不合理及不公平現象，且對總成績滿六十分及格者，未有配套補考及保留措施。系爭規定即非執行母法及相關法律所「必要及必備」，明顯違反憲法第二十三條比例原則之必要性及合理性。考試機關並未經衡量活動，即擅自及恣意加入非必要之事由限制。縱認中醫師、律師等專技人員業務之執行，影響人民權益至鉅，與一般專技人員有別，故對於各學門之專業知識，均應平均具備一定的水準之上，考選機關亦應於法定及格方式中，採取「科別及格」之手段，以符合要求各學門專業知識均達一定的水準之上，暨總體成績亦達一定專業水準之目的。而

非以總成績滿六十分及格標準，再嚴格要求達到變相科別及格條件，形成雙重限制，手段與目的之間未有合理關聯性，手段亦屬不適當。因此系爭規定已非對法律為必要之補充，而是裁量「過度禁止」，違反比例原則至明。原判決未作任何審酌，判決不備理由，判決當然違背法令。（五）原判決「原告主張理由」中，並未記載上訴人四次補充理由狀內容及於九十三年三月二十五日言詞辯論庭上訴人主張之理由，顯然有意忽略有利上訴人之主張。上訴人所提出有關被上訴人違反立法意旨、平等原則及比例原則之主張，原判決並未於判決事實及理由項下詳加論述並說明法律意見，更未說明未採納之理由，自有判決不適用法規及判決不備理由之當然違法。（六）原判決略謂「按九十一年一月十六日修正公布之典試法第十一條第一項規定：『典試委員會依照法令及考試院會議之決定，行使其職權。下列事項由典試委員會決議行之：……四、錄取或及格標準之決定。……』」，是系爭九十一年專門職業及技術人員特種考試中醫師考試及格標準，即可由典試委員會依其法定職權及相關考試法規規定決定之，則專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條據以規定其錄取或及格標準，即有其法律之明確授權，殆無疑義。」惟專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第一條：「本規則依專門職業及技術人員考試法第十五條規定訂定之」，故專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則是由專門職業及技術人員考試法第十五條授權訂定。典試法的規定只是規定典試委員會本諸法定職權決議事項，何以會成為授權訂定考試規則及施行細則的母法，這中間已經有不正當連結性，因為專技人員特種考試中醫師考試規則及專技人員考試法施行細則的母法是專技人員考試法，而非典試法。並且典試委員會雖可決議某些事項，但必須依法決議。專技人員考試法施行細則是根據專技人員考試法授權，亦即專技人員考試法已規定三種及格方式，典試委員會在決議及格標準時即要受到限制。又典試法第十一條第一項第四款（錄取或及格標準之決定）之立法理由說明謂：「查公務人員考試多按需用名額決定錄取標準，而部分專技人員考試係以六十分為及格，為符合相關法制，爰配合作文字修正」，推究立法意旨，典試委員會決定專技人員考試及格標準，是依照專技人員考試法規定的及格方式決定，如果考試規則決定及格方式採取總成績滿六十分及格，即係以六十分為及格。非謂典試法第十一條第一項第四款即為法律明確授權專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條規定其錄取或及格標準之依據。原判決歪曲授權考試法規之母法，顯然判決有適用法規不當之違法。請求廢棄原判決，並命被上訴人為補行錄取九十一年專門職業及技術人員特種考試中醫師考試筆試及格之行政處分等語。

#### 六、本院查：

- （一）憲法第八十六條第二款規定，專門職業及技術人員執業資格應經考試院依法考選銓定之。復依司法院釋字第五四七號解釋之意旨，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，自須具備專門之醫學知識與技能，而醫師既屬專門職業人員，其執業資格即應按前開規定取得。醫師法第一條規定：「中華民國人民經醫師考試及格並依本法領有醫師證書者，得充醫師。」故有關醫師（含中醫師）應如何考試，涉及醫學上之專門知識，專門職業及技術人員考試法及醫師法已就應考資格等重要事項予以規定，至於細節性與技術性事項，自得授權考試機關及業務主管機關發布命令為之補充。依專門職業及技術人員考試法第十九條規定：「（第一項）專門職業及技術人員考

試得視等級或類科之不同，其及格方式採科別及格、總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格。（第二項）前項及格方式，由考選部報請考試院定之。（第三項）專門職業及技術人員考試總成績計算規則，由考選部報請考試院定之。」同法第十五條第一項復規定：「專門職業及技術人員各種特種考試之考試規則，由考選部報請考試院定之。」同法第二十六條規定：「本法施行細則，由考試院定之。」專門職業及技術人員考試法施行細則第十四條第一項規定：「各種考試應考人總成績之計算，依專門職業及技術人員考試總成績計算規則之規定辦理。」同法施行細則第十五條第二項規定：「前項總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格者，若其應試科目有一科成績為零分、專業科目平均不滿五十分、特定科目未達規定最低分數者，均不予及格。缺考之科目，以零分計算。」又按專門職業及技術人員考試法授權訂定之專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條規定：「（第一項）筆試科目分普通科目及專業科目。採總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格者，其應試科目有一科成績為零分，或專業科目平均成績不滿五十分，或特定科目未達規定最低分數者，均不予及格；缺考之科目，以零分計算。（第二項）前項特定科目之認定及最低分數之設定，依考試類別或類科之需要，由各該考試規則定之。」被上訴人爰依據專門職業及技術人員考試法之授權，報請考試院訂定發布專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則，就本項考試之應試科目、成績計算與及格方式等予以規範。揆諸上開各項法規命令之規定，包括「專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則」，均係基於專門職業及技術人員考試法之授權，並經規定程序由考試院訂定發布，其適法性應無疑義。又考試院鑒於中醫師之執業，關係國民生命健康至鉅，而中醫師特種考試之應考人，並無學歷限制，憑自修或參加補習，經中醫師檢定考試及格者即取得參加中醫師特種考試之應考資格，其於中醫師養成教育及臨床實習訓練方面尚有欠缺，為平衡中醫師特種考試及格人員是否具備執業所需技術及能力，與維護國民生命健康之需要，並斟酌中醫之傳統醫學特性，爰於專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條規定：「（第一項）本考試筆試及格方式，以應試科目總成績滿六十分及格。……。（第三項）本考試應試科目有一科成績為零分或專業科目平均成績未滿五十分或專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，均不予及格。缺考之科目，以零分計算。」俾甄拔適格之中醫師人才，為增進公共利益所必要，符合前開憲法、司法院解釋與專門職業及技術人員考試法之意旨及規範目的。是以，上訴人主張專門職業及技術人員考試法施行細則、專門職業及技術人員考試總成績計算規則、專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則中有關及格標準之規定，係違反法律保留原則、比例原則，牴觸母法及增設法律所無之限制，依行政程序法第一百五十八條規定，應屬無效云云，自不足取。

（二）次按憲法第七條平等原則並非絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，若為因應事實上之需要及舉辦考試之目的，訂立法規之機關自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。又憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由。惟其工作與公共利益密切相關者，於符合憲法第二十三條比例原則之限度內，對於從事工作之方

式及必備之資格或其他要件，得以法律或視工作權限制之性質，以有法律明確授權之命令加以規範。分別爲司法院釋字第四〇四號、第四一二號、第四八五號及第五一〇號解釋所明示。查我國中醫師執業資格之考試，原係採雙軌制，即受正規中醫養成教育畢業者，參加中醫師檢覈筆試（舉辦至九十四年）；未具正規中醫養成教育經中醫師檢定考試及格者，參加中醫師特種考試，二種途徑分別考選。依專門職業及技術人員考試法之規定，自九十年一月一日起，取消檢覈，並改爲舉辦中醫師高等考試。即中醫師高等考試之應考人，均接受完整正規中醫養成教育及臨床實習訓練，在校修畢中、西醫基礎醫學、臨床醫學、見習、臨床實習，自具一定水準之中醫專業素養及臨床診療經驗。又早年因中醫正規教育尚未普及，而國人仰賴中醫之患者仍多，爲甄拔適格之中醫人才以供社會所需，考試院乃於五十七年四月二日訂定發布中醫師考試檢定考試規則，規定中華民國國民年滿二十二歲者，得應中醫師檢定考試，及格者取得中醫師特種考試之應考資格。即中醫師特種考試之應考人，並無學歷限制，憑自修或參加補習，經中醫師檢定考試及格而取得應考資格。惟專門職業及技術人員應經正規教育養成爲時代趨勢，以往因中醫正規養成教育尙無法符合社會之需求，而以中醫師特種考試輔助作爲取才之管道，雖有其歷史因素，惟目前我國之中醫正規教育培育之中醫師已漸符合社會需求，中醫師檢定考試、特種考試之功能相對減低，依現行專門職業及技術人員考試法第十三條第一項規定，中醫師檢定考試自九十年一月一日起五年內舉辦五次。此外，醫師法於九十一年一月十六日修正公布，其第三條第三項規定：「經中醫師檢定考試及格者，限於中華民國一百年以前，得應中醫師特種考試。」即未來依法將限期停辦中醫師檢定考試及中醫師特種考試，並自一百零一年起，中醫師執業資格考試依法將歸於一種，僅舉辦中醫師高等考試。復按本件考試時所施行即八十九年六月十四日修正公布之專門職業及技術人員考試法第十三條第二項規定：「中醫師檢定考試及其補考，依原檢定考試規則辦理之。」，檢定考試規則第二條第四項復規定：「中醫師檢定考試及格者，取得特種考試中醫師考試應考資格。」而專門職業及技術人員考試法第九條第一項規定：「具有下列資格之一者，得應專門職業及技術人員高等考試：一、公立或立案之私立專科以上學校或經教育部承認之國外專科以上學校相當科、系、所畢業者。二、普通考試相當類、科及格，並曾任有關職務滿四年，有證明文件者。」另九十一年一月十六日修正公布之醫師法第三條第一項亦規定：「具有下列資格之一者，得應中醫師考試：一、公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院中醫學系畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書者。二、本法修正施行前，經公立或立案之私立大學、獨立學院醫學系、科畢業，並修習中醫必要課程，得有證明文件，且經醫師考試及格，領有醫師證書者。三、醫學系選中醫學系雙主修畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書，且經醫師考試及格，領有醫師證書者。」是以，中醫師檢定考試及格者，於本件行爲時，僅取得中醫師特種考試之應考資格，不得應中醫師高等考試。足見目前中醫師來源之考選，依現行醫師法第三條及專門職業及技術人員考試法第九條及第十三條之規定仍採行雙軌制，即中醫師高等考試爲正規中醫教育畢業者取得中醫師執業資格之途徑，中醫師特種考試則係未具正規中醫養成教育背景之中醫師檢定考試及格者取得中醫師執業資格之途徑（筆試錄取者尙須接受爲期

一年六個月之基礎醫學訓練與臨床診療訓練）。兩者事物性質有所差異，自得為合理之區別對待。由於中醫師特種考試與中醫師高等考試兩種考試之應考人接受中醫教育及臨床實習訓練之養成背景、基本學養截然不同，另考量中醫師從事醫療行為，不僅涉及病患個人權益，更影響國民健康之公共利益，自須具備專門之醫學知識與技能。是以，兩種考試規則對於應考資格、及格方式、應試科目等均有不同規定，符合前揭司法院解釋之精神，上訴人認此種區分違反平等原則及比例原則，亦不足採信。何況行為時專門職業及技術人員高等考試醫師考試，其應試科目有一科成績為零分，或特定科目未達規定最低分數者，均不予及格，為當時專門職業及技術人員高等暨普通考試醫事人員考試規則第十二條所明定，該考試規則於九十二年四月二十九日之修正條文，仍保留特定科目未達規定最低分數者，均不予及格之限制，亦有該修正條文附卷可稽，其與中醫師特種考試之及格方式亦無差別待遇之情形。

（三）綜上所述，原審以：考試院於系爭中醫師特種考試訂定有專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，雖應試科目總成績滿六十分，仍不予及格之規定，經核尚無濫用裁量權，亦無違法或違憲之情形，自有拘束之效力。況上訴人同其餘之應考人於報考之際，即得悉專門職業及技術人員特種考試中醫師之考試規則，要難謂該規則悖於平等原則。且被上訴人於系爭各科目試卷及試卡既無漏未評閱情事，其評定成績亦與成績單登載相同，上訴人因不符及格標準而未獲錄取，並無違誤。因將原訴願決定及原處分均予維持，駁回上訴人所提起之撤銷訴訟，認事用法核無違誤。上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違誤，求予廢棄，難認有理由，應予駁回。又上訴人在原審言詞辯論時曾追加聲明請求判令被上訴人為補行錄取九十一年專門職業及技術人員特種考試中醫師考試筆試及格之行政處分，惟原審就此課予義務訴訟部分漏未判決，上訴聲明再為相同之請求，顯係就此脫漏部分聲明不服，依行政訴訟法第二百十八條準用民事訴訟法第二百三十三條第二項，以補充判決論，自應由原審就其聲請為補充判決，併此敘明。

據上論結，本件上訴為無理由，爰依行政訴訟法第 255 條第 1 項、第 98 條第 3 項前段，判決如主文。

中 華 民 國 94 年 9 月 29 日  
（本件聲請書其餘附件略）