

釋字第六八二號解釋協同意見書

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，¹ 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

¹ 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：釋字第六五五號解釋，《臺灣本土法學雜誌》第 124 期，2009 年 3 月 15 日，頁 194。

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。²

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

² 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六五五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。

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。³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。⁴

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。

³ 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，〈從大法官釋字第六五五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1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。

⁴ 「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。

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。⁵

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，法規範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

⁵ 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。

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。⁶

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

⁶ 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。

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制定相關規範補充之，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。⁷

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。

⁷ 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。

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牴觸。

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，形成教考合一，⁸ 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

⁸ 有關我國中醫教育及中醫發展之歷史經過，可參見高尚德，〈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。

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。⁹ 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。

⁹ 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。