

由比例原則析論我國國家考試 消極應考資格規定之合憲性基礎

李 以 德*

摘 要

現代民主法治國家，基於「憲政主義」的精神，認為基本人權不得任意加以限制，限制基本人權的法律，必須符合憲法精神，才具有正當性。在我國，國家考試受到注意程度頗深，每年報考人數眾多，而「考試」，除了是國家公權力之外，我國憲法特別規定「應考試」是基本人權，為了保障民眾基本權益，「應考試權」的限制，自不能由行政或立法機關任意為之，而應符合憲法精神。本文乃是由憲法「比例原則」出發來探討國家考試相關法律規定中對消極應考資格之限制。本文發現，由「比例原則」來檢視，目前國家考試法規中，有關消極應考資格之規定，有許多違憲的地方，亟待加以改進。

關鍵詞：比例原則、國家考試、判斷餘地、合憲性基礎、應考資格

*文化大學政治學研究所博士候選人

The analysis of Constitutionality of National Examination's Negative qualificatory by Propotional Principle

Lee, Yii-Te *

Abstract

In modern Democratic States,-the one thing of Constitutionalism is very important. "Constitutionalism" means that all limits of the Fundamental Civil Rights must conform with the spirit of Constitution .

The purpose of this article is to analyze the limits of National examination's negative qualificatory by Propotional Principle . We find that many regulations of National Examinations are un-constitutional. These un-constitutional regulations must be amendment.

Key Words: Propotional Principle, Examination,Margin of appreciation ,
National Examination's Negative qualificatory

*Candidate of Doctorate , Institute of Political Science Chinese Culture University.

由比例原則析論我國國家考試 消極應考資格規定之合憲性基礎

李以德

壹、前言

民主政治之下，基於國民主權原理，對於行政機關的行為，有其一定的原則限制，不能任意擴張，以符合「憲政主義」之法治國家原則，因此而保護人民權益，使之不受行政機關任意侵害。這些原理原則，最重要的有「比例原則」、「信賴利益保護原則」、「誠實信用原則」、「公益原則」、「明確性原則」、「平等原則」等，其最重要的蓋為「比例原則」，「比例原則」不僅是行政法規的重要原理原則，在理論上甚且被視為憲法位階的法律原則，比例原則堪稱公法學的帝王條款。

考試取才制度在我國具有悠久的歷史，成為我國人才甄拔的主要方式，國父孫中山先生曾言：「中國從前的考試和彈劾權，都是很好的制度」¹，中山先生所言之考試權乃指政府機關考選用人的權力，因此他將考試權列為政府機關的權力之一。然而，考試不僅只是政府考試用人之權力，同時在現代民主國家中，參加考試，也是屬於人民的基本人權，因此中華民國憲法第十八條：「人民有應考試、服公職之權。」將參加考試列為人民的基本人權，由憲法明文來保障。依據大法官釋字第 546 號解釋：「人民依憲法規定有應考試、服公職之權。其中應考試之權，係指具備一定資格之人民有報考國家所舉辦公務人員任用資格暨專門職業及技術人員執業資格考試之權利」。

應考試既然屬於憲法明文規定的基本人權，且不只公務員之任用資格，甚至專門職業及技術人員的執業資格，都必須由考試院依法考選銓定之（憲法八十六條），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。因此，有關應考試權的任何限制，都必須符合「憲政主義」

¹ 郭展禮：《國父思想》，（台北：高立出版，2000年），頁 121

(Constitutionalism)之「法治國原則」(rule of law)，行政機關不得任意加以限制，否則即有違憲之虞，此即中華民國憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨害他人自由、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」。為了反映「法治國原則」，中華民國憲法第一百七十一條第一項規定：「法律與憲法牴觸者無效」，第一百七十二條「命令與憲法或法律牴觸者無效」，換言之，在符合憲政主義的法治國之下，憲法是最高的，一切法律都必須以憲法為基礎，並由各種憲法精神、原理原則來加以檢視，如此的法律，方具有合憲性的基礎。

我國過去長久處於威權體制之下，強調行政權的優越超過對於人民權益的保障，及至解嚴之後，隨著政治環境的改變，比例原則在我國公法學界，方獲得其應有之重視，然而，「比例原則」內涵、概念發展及適用範圍為何呢？本文從比較的觀點，評述法治先進國家及我國之立法例；並試圖用比例原則來分析我國國家考試消極應考資格之合憲性基礎。由於國家考試有關應考資格之規定眾多，本文只針對消極應考資格部份分析，蓋消極應考資格皆有「不得報考」之規定，明文以法律限制基本人權，對基本人權乃直接侵害，故本文將焦點置於此部分。

貳、比例原則的內涵

所謂「比例原則」，係就國家一切措施之目的和為達到目的所採取手段產生對人民負擔兩者之間的考量。在比例原則下，嚴格禁止一切為達目的不擇手段的國家行為。所以，比例原則是一種「目的—手段」的關係。目前在公法上廣泛被使用，並且承認其具有憲法位階，對國家權力包括行政、立法及司法等之行使，都適用比例原則。

一、比例原則的意義

比例原則是一個廣義的概念，包括了三個次要概念：適當性原則、必要性原則、

及過度禁止²原則。此種分法是源自於德國聯邦憲法法院一九五八年六月十一日判決的「藥房案」(Apothekenurteil)³。在藥房案中，法院對於人民自由權利(本案是營業權)之侵犯的合法性問題，提出了所謂「三階理論」—就是手段的「適當性」、「必要性」及「衡量性」原則。以後的法院審判實務也就將這「三階理論」成爲「比例原則」的內容⁴。後來，學界附和德國聯邦憲法法院的見解，逐漸形成比例原則的通說。

〔一〕適當性原則

所謂適當性原則係指一個法律或公權力措施的「手段」可達到「目的」之謂也。亦即國家所採取之限制手段須適當及有助於所欲追求之目的達成。如果經由某一措施或手段之助，使得所欲追求的成果或目的較易達成，那麼此一措施或手段相對於該成果或目的是適當的。依德國聯邦憲法法院的見解，即使只有部分能達成目的，也算是符合這個原則的要求⁵。所以，適當性原則是在一個預定目的下，可達到訪目的的手段的選擇，是一種目的取向的手段選擇。

〔二〕必要性原則

「必要性」原則是指，在所有能夠達成目的之手段中，選擇予人民之權利「最少侵害」的方法。因此，本原則可稱爲「儘可能最小侵害之原則」。本原則適用的前提，是在於有一目的與數手段同時存在的情況下才能產生。否則，只有「唯一」的手段方可達成目的時，「必要性」原則即無法適用。

要求採取最溫和手段的「必要性」原則是淵源於德國的警察法理論，早在威瑪時代的名行政法學者F.Fleiner的一句名言「不可用大砲打小鳥」(只用鳥槍即可)，若換成我國俗語類似「殺雞焉用牛刀」，表明了嚴厲的手段惟有在已成爲「最後手段」時，方得行之矣⁶！

² 李惠宗：〈憲法工作權保障系譜之再探—以司法院大法官解釋爲中心〉，《憲政時代》，第29卷第1期，2003年7月，頁137

³ 有關「藥房案」之判決請參閱〈〈西德聯邦憲法法院裁判選輯(一)〉〉，(台北：司法週刊雜誌社，1990年)，頁128-182

⁴ 陳新民：〈論憲法人民基本權利的限制〉，收錄於陳新民著，〈〈憲法基本權利之基本理論(上)〉〉，(台北：元照，2002年)，頁239

⁵ 同前註，頁240

⁶ 同前註，頁241

〔三〕過度禁止原則

「過度禁止原則」又稱「狹義比例原則」是謂一個措施，雖然是達成目的所「必要」的，但是已予人民「過度之負擔」，則國家機關不得採行。所謂「過度的負擔」是指法律或公權力措施所追求的「目的」和所使用的方法，在造成人民「權利」損失方面，是「不成比例」的⁷。國家經由某一措施限制人民自由權利，此一措施是否合乎比例性，除了比較因該措施對人民的直接損害及對國家的直接受益外，亦應考慮該項措施是否亦對人民帶來利益，或對國家帶來損害。因此，當國家限制人民之言論自由或出版自由，固可達成某項必要之目的，然而限制人民言論自由本身，對以自由、民主為基本建構的國家體制而言，亦有或多或少的腐蝕作用，而此一附隨侵害，於審究比例性之際亦應一併論究。

「狹義比例原則」與前述「適當性原則」及「必要性原則」不同之處在於它並不受預定目的的限制。由於必要手段附加上副作用(對人民負擔)的考量，使手段產生了價值，得以和目的比較考量。該手段因其具有價值，而提昇至目的層次，成為目的和目的間的考量。因此德國學者乃稱此為「目的使手段正當化」⁸。如果一個公權力措施所欲達成目的和採取該措施所引發對人民負擔間明顯超乎比例之外，則可因而放棄該目的之執行。

綜上比例原則的內涵，包括適當性原則、必要性原則與狹義比例原則三者。其間的邏輯關係可簡化為「目的與手段的關係」，包括「手段與目的」、「手段與手段」、「目的與目的」之間的關係。蓋適當性原則係指某法律作為手段可達到其目的之謂，是一種「手段與目的」之間的關係；必要性原則係指在所有能夠達成立法目的之手段中，必須選擇予人民權利最少侵害的方法，是一種「手段與手段」之間的比較與選擇的關係；而狹義比例原則係指一個措施，雖然是達成目的所必要的，但是不可予人民過度之負擔。對是否「過度的負擔」的考量當中，已賦予該手段一種價值，並提昇至目的的層次，作目的間的「利益衡量」，所以是一種「目的與目的」間的關係。

⁷ 同前註，頁 242

⁸ 蔡震榮：〈論比例原則與基本人權之保障〉，〈警政學報〉，第十七期，(1990年)，頁 44

二、比例原則概念的發展

比例原則是對於國家權力和人民自由權利之間的一種目的與手段間的考慮。在歷史發展中，每個國家都有其目的的存在，且為達到其目的，必定施於人民某種程度的負擔。但是，為防止國家恣意侵害人民權利，遂有比例原則的思想相應而生。所以，比例原則應是源自於人類理性，要求受到合理的對待，是存在於每個人內心的自然法則。茲依時間次序，列舉比例原則概念的發展過程：

最早產生這種比例原則的考量，應屬英國。一二一五年所頒佈大憲章即限制君權任意的逮捕，並對自由人而言應依所犯之罪的尺度，輕罪處輕罰，重罪處重罰。法國一七八九年人權宣言第一條謂：「人的出生及生存，有自由及平等之權利。社會之差別，除為公共利益所必要者外，不得認許之」

一八八二年七月十四日普魯士高等法院在著名的「十字架山」案件(Kreuzberg)判決中，對警察機關援引為「促進福祉」而訂定的建築法令(禁令)，以未得法律授權為理由，而宣告原告勝訴。本案宣示了「法律保留」及「必要性」原則。法律保留則意謂：未獲得法律明白授權，不得侵害人民權利；而必要性原則在此指出：警察以「美學眼光」所頒布之禁令，非其法定權力所必要。自此，行政法學界對「比例原則」之「必要性原則」的研究，正式步入開拓期⁹。

一八九五年德國行政法學者Otto Mayer首先引用了比例原則來闡述警察職權的界限，氏於其所著的「德國行政法」書中稱：「以自然法上的基礎要求警察作合乎比例的防禦並界定警力發展的範圍。警察機關不得在法律授權下，超乎這自然法的範圍，作出逾越授權的防禦¹⁰。Otto Mayer此處對於警察應作合乎比例的防禦，不得作出逾越授權的防禦之主張，係指比例原則的必要性原則而言。

一九一一年，行政法學者F.Fleiner在所著的「德國行政法體系」一書，表示：對違反警察商業法令之商店，若警察可用其他較溫和手段來處置的話，就不可使用「吊銷執照」的方式¹¹。此更具體地說明了比例原則的「必要性」原則。

⁹ 陳新民：〈論憲法人民基本權利的限制〉，收錄於陳新民著，〈憲法基本權利之基本理論（上）〉，（台北：元照，2002年），頁256-257

¹⁰ 蔡震榮：〈論比例原則與基本人權之保障〉，〈警政學報〉，第十七期，（1990年），頁50

¹¹ 陳新民：〈論憲法人民基本權利的限制〉，收錄於陳新民著，〈憲法基本權利之基本理論（上）〉，（台北：元照，2002年），頁258

一九一三年W.Jellinek在其所著「法律、法律適用及合目的性考量」中，提到了警察的權力行使不得違反「侵害性」、「不足性」、「適當性」及「適度性」原則。其中適當性和過度性原則符合現今適當性和必要性原則¹²。Jellinek已把比例原則的三個原則中的兩個原則作明白的指出，對比例原則概念的探究貢獻極大。

至一九五〇年代之後，德國成文法內出現了「比例原則」，而聯邦憲法法院在五十年代早期開始，以「藥房案」為始，大量援用「比例原則」，並形成比例原則包括「適當性」、「必要性」及「狹義比例原則」三原則之通說，迄今未有重大修正，甚至影響其他國家(包括我國)之立法例。

三、比例原則的適用範圍

西德聯邦憲法法院的見解稱：「比例原則具有憲法位階。它源自於法治國家原則及存在於基本人權本質中，在面對國家公權力下人民之一般自由，僅得在保護公共利益所必須下始准予限制之¹³。」又西德基本法第二十條第三項規定：立法應受憲法之拘束；行政及司法應受法律及法之拘束。所以，具有憲法位階的比例原則可拘束立法、司法、及行政等行使國家權力機關的行為。

〔一〕比例原則拘束立法行為

基於權力分立原則和立法的形成自由權，憲法法院在審查立法者所制定的法律，是否合乎目的時，皆採取相當謹慎的態度。通常，只要不違背基本人權的本質，在衝突法益間尋求一個平衡點，以使基本人權能在最佳情形下實現，即屬合於狹義比例原則之規定。

至於在適當性原則的審核，法院頗為尊重立法權。對於立法者目的的預測，法院僅以立法當時之行為作為審核的標準。並且容許未來經濟發展、社會變遷所產生預測的錯誤。這種錯誤，僅能作為將來修改的依據，不得據而宣佈違憲。

在必要性原則的審核，是從負面的觀察出發，審核是否在立法者所選擇的手

¹² 同前註，陳新民，頁 258-262

¹³ 蔡震榮：〈論比例原則與基本人權之保障〉，〈〈警政學報〉〉，第十七期，(1990年)，頁 54

段外，尚存在一個同樣可達到目的，但較少侵害的手段，來決定立法者有否違背必要原則。由於立法是綜合各方利益，法條中隱含短期、中期、長期的各個目標，因此很難確定是否立法的手段為最少損害。因此，德國的憲法法院界定其手段的選擇是否已達到恣意禁止(Willkürverbot)來決定其違法性¹⁴。例如：刑法對於侵犯個人、社會、或國家法益者，若能以有期徒刑或無期徒刑制裁即可達到遏阻及懲罰的目的時，就可免除「死刑」的規定，此乃比例原則限制立法者濫採「重罰」的最好例子。

〈二〉比例原則拘束司法行爲

司法和行政一般來說乃是依立法機關制定之法律執行職務。在法律授權下，行政和司法擁有了裁量權。若法律並無授權與裁量時，則屬於法定原則，並不發生適當性和必要性原則的適用。因此，適當性和必要性原則之考量，可稱之為授與裁量的法條¹⁵。準此，比例原則對司法及行政行爲有拘束力存在。

在司法行爲方面：法律雖授權法官對合乎構成要件之犯罪事宜在一定刑罰範圍內有「司法裁量」之餘地，但裁量之行使應與罪刑相當。然各罪科刑之範圍太廣，為避免法官裁判時援用未盡得當，故以刑法明文規定用刑之標準。例如：我國刑法第五十七條之規定(如下)即隱含比例原則之精神：

「科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項，為科刑輕重之標準：

- 一、犯罪之動機。
- 二、犯罪之目的。
- 三、犯罪時所受之刺激。
- 四、犯罪之手段。
- 五、犯人之生活狀況。
- 六、犯人之品行。
- 七、犯人之智識程度。
- 八、犯人與被害人平日之關係。
- 九、犯罪所生之危險或損害。

¹⁴ 同前註，頁 89

¹⁵ 同前註

十、犯罪後之態度。」

〔三〕比例原則拘束行政行為

比例原則的主要作用在拘束行政行為。從比例原則的內涵而言(尤其是必要性原則)，其適用以有多種「手段」存在為前提。因此，比例原則對行政行為的拘束，以行政機關享有「判斷餘地」及「行政裁量」的場合中方能真正發揮其作用。

判斷餘地〔*Burteilungsspielraum*〕是德國學者Otto Bachof在一九五五年所提出，以後成為德國學界之通說。這個理論認為法律條文中使用不確定法律概念(例如公序良俗、公共秩序、交通安全等等)時，已使行政機關可以在各種不同的具體案件中，以自己的專業智識來作最恰當的論釋和適用¹⁶。對於法律要件中採用之不確定法律概念，原則上法院對其適用有審查權。惟對富有高度屬人性、高度技術性以及高度經驗性等法律概念之適用，如考試成績之評定、教育機關對學生能力之確定、主管長官對部屬辦事能力、服務成績之評判等等，承認行政機關有「判斷餘地」¹⁷

第二次世界大戰後之裁量理論，已將「行政裁量」限制「法律效果」之裁量，而將「法律要件」部分嚴格除外，將其歸屬於「不確定法律概念」之討論範圍。所以，法律要件與法律效果之分別，亦就成為不確定法律概念與行政裁量之分界標記¹⁸。而行政裁量主要內容分為二，依序為「是否」(Ob)採取處分及「如何」(Wie)採取處分，前者為決定裁量；後者為選擇裁量，係就多種法定法律效果及方法中，擇其最適當者為之，但須合於行政目的¹⁹。行政裁量，尤其是選擇裁量，若違反比例原則，則屬裁量濫權，其裁量行為自屬違法。

綜合以上所述，行政機關不論是在法律構成要件中的「不確定法律概念」中的認定標準及後果要件中的裁量處分，法院都擁有審查的權限，只不過是基於「司法自制」的原則，法院可以自行放棄其審查權限，於此，方才有所謂「判斷餘地」

¹⁶ 陳新民：《行政法總論》，(台北：三民，1991年)，頁231

¹⁷ 翁岳生：《論「不確定法律概念」與行政裁量之關係》，收錄於翁岳生著，《行政法與現代法治國家》，(台北：台大，1990年)，頁94-95

¹⁸ 同前註，頁63

¹⁹ 李震山：《西德警察法之比例原則與裁量原則》，《警政學報》，第九期，(1986年)，頁6

及裁量權力的存在空間。不過，行政法院應該個案的監督並審查行政權在擁有判斷餘地之案件及裁量行為之行使，有無合乎比例原則及遵守法律界限²⁰。如行政機關為私利私慾而濫用裁量權，致違反行政之目的時，則不僅為不當行為而已，且為違法行為，自可為訴訟之對象。

參、比例原則在我國的適用

在「行政程序法」通過並施行之前，比例原則雖無明文依據，但是在實務上的應用，不因為無法律明文，而受影響，最早如行政法院四十七年判字十六號判例：「建築物有妨害都市計劃者，市縣主管機關得令其修改或停止使用，必要時得令其拆除，……若無拆除必要而令其拆除，即非合法」，此時的「無拆除必要」即是比例原則中之「手段有助於目的之達成」，然而，此案例的比例原則，只強調其必要性與否，仍然是以抽象的「公益原則」為優先，並非真正完全強調比例原則的精神。後期如行政法院八十三年判字第二二九一號判決：「比例原則係淵源於憲法上法治國家思想之一般法律原則之一種，具憲法層次之效力，故該原則拘束行政、立法即司法等行為。因而，行政機關於選擇達成行政目的之手段時，其所作成之行政處分必須符合比例原則，換言之，除該行政處分需最適合於行政目的之要求，並不得逾越必要範圍外，尚需與所達成之行政目的間保持一定比例，始足當之。」而大法官會議亦多次肯定此一原則，共有一百多號解釋採用比例原則來釋憲。其中跟行政機關作為密切相關的如釋字四〇九號解釋：「土地法第二〇九條及都市計劃法第四十八條係就徵收土地之目的及用途所為之概括規定，但非謂合於上述目的及用途者，即可任意實施徵收，仍應受土地法相關規定及土地法施行法第四十九條比例原則之限制。」

在「行政程序法」通過並施行後，比例原則在我國行政機關之適用，可以說有了明文的依據，依行政程序法第七條：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取的方法應該有助於目的之達成，二、有多種同樣能達成目的的方法時，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

²⁰ 陳新民，〈〈行政法總論〉〉，（台北：三民，1991年），頁231

益顯失均衡」，第一款即適當性原則，第二、三款分別相當於必要性及衡量性原則²¹。

我國釋憲實務於個案中就比例原則之適用，雖甚少明白揭示或嚴格遵守比例原則三階理論，但就解釋文或解釋理由書的論證方式加以觀察，仍不乏蘊含比例原則之考量者。有關比例原則之論證過程，根據釋字第四七六號解釋，乃可區隔為目的正當性、手段必要性、限制妥當性等三個階段，雖此三個階段在本質上乃互通，且次序上可對調，惟在論證過程中，為強化論證的精緻度，實仍應經過此三階段的檢證，始能提升解釋的正確性與可預見性。茲分述如下：²²

1. 目的正當性：此又必須符合以下要件：

- (1) 目的具「正當聯結性」(合目的性):即國家行為的手段必須能達到目的，必須嚴格踐守「不當聯結禁止原則」。
- (2) 目的合乎「公益原則」:有關「公益」的界定，並非「量」的問題，而係「質」的問題，亦即宜定位在憲法整體價值體系上，此時除了不確定多數人本身的利益可謂為公益外，透過民主程序決定的少數人利益亦為公益。申言之，此等公益價值經由民主程序，乃明文規定於憲法的一般公益條款（憲法第二十三條）及特別公益條款中，並交織成憲法整體價值體系。透過實證化（民主程序）的過程，除可使抽象的公益概念更為具體、明確、可預見外，亦可因充分的溝通妥協而獲致一個比較符合多數價值的公益概念，更可強化此等公益決定的民主正當性，足見公益概念的實證化，實有其必要性。故在探求目的是否合乎「公益原則」時，除應觀察是否與一般公益條款及特別公益條款相符外，尚需佐以憲法整體價值體系作界定，如此方可提升其正確性。
- (3) 目的合乎「法治國原則」:該當目的不僅形式上須符合憲法優位原則、法律優位原則、法律保留原則、法律明確性原則、授權明確性原則，實質上更須符合實質平等原則、正當法律程序原則、信賴保護原則、徵收

²¹ 吳庚：《行政法之理論與實用》，（台北：三民，2001年增訂七版），頁58

²² 陳怡如：〈司法院大法官基本權審查機能之實證探析（下）〉，《法律評論雜誌》，第69卷第1-3期合刊，2003.03，頁13~27。

補償原則等，如此方可謂合憲合法。倘目的本身即不具備合憲合法性，該當國家行為理當應予違憲之非難。

2.手段必要性：係指選擇予人民權利最少侵害的方法，即「儘可能最小侵害原」。此時亦有第二重或第三重審查之問題，茲分述如下：

(1)倘若目的係涉及與國家資源分配攸關的社會基本權或專業屬性較高的基本權（例如財產權或其它經濟自由），則應採行合憲解釋原則，在手段不具必要性之際，重新返回目的項尋求另一個目的再行審查，直到審查結果能為政策目的為合憲背書為止，否則即屬違憲。

(2)倘若目的係涉及生命權、人身自由、訴訟權或精神自由時，則應採行「違憲解釋原則」，只要該手段係予基本權非最小之侵害，違憲即屬成立，此時即無第二重或第三重審查之問題。

3.限制妥當性：即「狹義的比例原則」，係指不可予人民過度之負擔，亦即要妥善運用「利益衡量原則」、「交互影響原則」、「實踐調和原則」，審慎謀求法益間的最大調和。德國聯邦憲法法院就此等社會利益與個人利益衝突或基本權衝突之案件，乃傾向否認基本權間具優劣位階效力，而肯定其具同等價值，其論證方式，乃採取下列方式：第一，考量系爭基本權在當今之意義（時代意義）、重要性、實質價值與主客觀功能；第二，考量系爭基本權在本案件、案型之意義；第三，考量系爭基本權之行使於具體個案中對第三人或公共利益所造成衝擊之大小；第四，妥善運用「利益衡量原則」、「交互影響原則」、「實踐調和原則」，針對個案進行分析與評價，必以最大調和的方式達成結論，以達雙贏效果。我國釋憲實務在限制妥當性的階段從事利益衡量時，論證態度與精緻度並不一致，惟綜觀歷年解釋，仍可尋出一些蛛絲馬跡：

(1)社會利益與個人利益衝突時：一般來說，大法官在從事利益衡量之際，其最終目的乃在於謀取彼此間的調和，例如各種信賴保護原則及徵收補償原則的考量，即在謀求社會利益與個人利益的調和。但既謂「衡量」，即有「比較」的意味在其中，此時則需有一「判準」可循。按釋字第三九二號解釋理由書謂：「……憲法規定本身之作用及其所負之使命，則不能不從整體法秩序中為價值之判斷，並藉此為一符合此項價值秩序之決定。人權保障乃我國現在文化體系中之最高準則，並亦當今先進文明社會共同之

準繩。作為憲法此一規範主體之國民，其在現實生活中所表現之意念，究欲憲法達成何種之任務，於解釋適用時，殊不得不就其所顯示之價值秩序為必要之考量……。」足見吾國憲法整體價值體系係以人權保障為最高準則，而人性（格）尊嚴之維護與人身安全之確保，又為我國憲法保障人權之基本理念（釋字第三七二號），故利益衡量之判準，即可將之定位在人性尊嚴與人權保障上。申言之，倘遇社會利益與個人利益衝突時，誠然各種利益的目的、價值及相互間的衝擊、影響均應作考量，惟在判準的抉擇上，仍應根據人性尊嚴、人權保障加以衡量，並作出利於基本權的解釋結果。

(2)基本權發生衝突時：基本權是否有等級之分？就吾人針對吾國釋憲實務之觀察，基本權根據其事物本質之不同，雖有保障密度之差異，但此係根據實質平等原則所為的合理區別對待，並非意謂基本權間即具等級之分。申言之，基本權的性質如具內部性，即採絕對保障主義，如具外部性，尚需斟酌其對於他人基本權、社會秩序或公共利益的影響程度，而有不同的保障密度。此外，違憲審查密度之寬嚴，係根據基本權之事物本質及國家機關之功能結構而來，故不能因為對生命權、平等權、人身自由、訴訟權或精神自由採取「違憲解釋原則」或較嚴的審查密度，即謂其優位於與國家資源分配攸關的社會基本權或專業屬性較高的財產權或其它經濟自由。基本權既無等級之分，則在建構其衝突解決模式時，蘇俊雄大法官於釋字第五〇九號解釋所提出的協同意見書，可謂最佳的典範。

詳言之，遇此基本權衝突案件，實宜將之轉化為前(1)所言之「社會利益與個人利益衝突」以謀解決，蓋此時立法者實具有釐清如何解決基本權衝突之優先權限。就此基本權衝突之解決方式，立法者乃將之予以實證化，成為公益概念（社會利益），倘因此限制另一基本權，此時即應援引比例原則三階理論一一論證，亦即：該當立法目的是否正當？立法中所採行的手段是否予人權最小侵害？立法目的所欲保障的基本權與其所限制之基本權間，法益是否衡平？如何才能使其產生最適調和，以謀雙贏局面？凡此均應審慎考量，務使相衝突之基本權均能獲得保障。

肆、我國國家考試法規有關消極應考資格之規定

我國現行國家考試所依據的分別是「公務人員考試法」及「專門職業及技術人員考試法」兩個法律，目前所有的國家考試，都依據這兩大法律規定來運行。而考試法規中，與考生權益息息相關且最具重要性者，殆為應考資格之限制，蓋應考資格關乎考生能否參加考試，進而獲得錄取，取得資格。雖說參加考試，不一定能錄取，但是無法參加考試，則肯定無法錄取，取得資格，對人民權益影響甚鉅，故應考資格限制應符合憲法規範，並通過合憲性審查，不得由行政機關，任意對人民應考資格加以限制。

國家考試應考資格，包含基本條件、消極條件與積極條件三種²³。其中消極條件係明文規定具有某些條件者「不得」報考國家考試，對於某些人民明文排除其參加國家考試之機會，對人民權益之影響最大，故本文將分析的重點，置於此二法對於消極應考資格的規定。（一）公務人員考試法對消極應考資格的規定：依據公務人員考試法第七條：「中華民國國民……。但有下列各款情形之一者，不得應考：一、動員戡亂時期終止後，曾犯內亂罪、外患罪，經判刑確定或通緝有案尚未結案者。二、曾服公務有貪汙行為，經判刑確定或通緝有案尚未結案者。三、褫奪公權，尚未復權者。四、受禁治產宣告，尚未撤銷者。」共四款情形。（二）專門職業及技術人員考試法對消極應考資格的規定：依據專門職業及技術人員考試法第八條：「中華民國國民……。但有下列各款情事之一者，不得應考：一、曾服公務有侵佔公有財物或收受賄賂之行為，經判刑確定服刑期滿尚未滿三年者，或通緝有案尚未結案者。二、褫奪公權，尚未復權者。三、受禁治產宣告尚未撤銷者。四、施用煙毒尚未戒絕者。」等四項情形。換言之，「公務人員考試法」及「專門職業及技術人員考試法」均限制了部分人民參加考試，這樣的限制是否合憲？要先釐清公務人員以及專門職業及技術人員之本質，方能瞭解。

²³ 徐有守，〈考銓制度〉，（台北：商務，1996年），頁143-158

伍、公務人員與專門職業及技術人員之區別

憲法既然將「公務人員」與「專門職業及技術人員」加以分開，即表示這兩者在性質上不同，茲分述如下：

一、 公務人員

國家爲了執行其任務，必須選拔符合某種條件的國民，成爲其爲此所設置的「文官制度」的一份子，這些執行國家任務的文官，吾人習稱之爲公務員。²⁴公務員之概念，吳庚大法官指出：「可以分成學理上的公務員概念及法律上公務員概念」²⁵，所謂學理上的公務員，吳庚說：「稱公務員者，謂經國家或地方自治團體任用，並與國家或地方自治團體發生公法上職務及忠實關係之人員」。他並認爲可以由下列三方面進一步來分析：（一）公務員須經任用程序（二）公務員係與國家或地方自治團體發生公法上職務關係（三）公務員須負忠實義務²⁶。

至於法律上的公務員概念，吳庚先生指出：「我國迄今尚無統一之公務員法典，專爲公務員而設之法律，多達三十餘種。故現行法律上的公務員，尚無單一的定義」²⁷。雖然如此，但是在公務員考試法施行細則第二條中指出：「本法第一條所稱已考試定其資格之人員，指下列各款人員：一、中央政府及其所屬機關公務人員。二、地方政府及其所屬機關公務人員。三、各級民意機關公務人員。四、各級公立學校職員。五、公營事業機構從業人員。六、交通事業機構從業人員。七其他依法應經考試之公務人員」這個規定與公務人員任用法施行細則的完全一致。係目前對公務人員概念所做的最嚴格界定。大法官會議釋字 555 號解釋也對公務人員下了一個定義：「依憲法第八十六條及公務人員任用法規定觀之，稱公務人員者，係指依法考選銓定取得任用資格，並在法定機關擔任有職稱及官等之人員。是公務人員在現行公務員法制上，乃指常業文官而言。」將公務人員

²⁴ 陳新民：〈論公務員之忠誠義務〉，收錄於陳新民著，〈憲法基本權力之基本理論（下）〉，（台北：元照，2002年），頁140

²⁵ 吳庚：〈行政法之理論與實用〉，（台北：三民，2001年增訂七版），頁201

²⁶ 吳庚，同前註，頁201-202

²⁷ 吳庚，同前註，頁202

的範圍明確定義，解決法制上的「公務人員」定義之亂象。並且依大法官的界定跟公務人員考試法施行細則及公務人員任用法施行細則的規定也是相一致的。

依上述所言，個人可歸納出如下的公務員定義：公務人員意指依法考選銓定取得任用資格，並在法定機關擔任有職稱及官等之人員，其對國家負有忠實義務，並且其身分受到保障。

二、專門職業及技術人員

雖然憲法八十六條規定「……專門職業及技術人員…」然迄今並無任何一本行政法學或人事行政的書籍對「專門職業及技術人員」下一個完明明確定義，在「專門職業及技術人員考試法施行細則」中，只列出考試種類，但是未對專門職業及技術人員加以定義，在此情形下，欲明確定義「專門職業及技術人員」有實質上的困難，幸而大法官會議解決了這個問題。

依據大法官釋字第 453 號解釋：「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。」因為這些業務與「公共利益或人民之生命、身體、財產等權利有密切關係」，因此需要加以嚴格把關，其執業資格應該由國家考試認證，這些人須領有證照，由職業主管機關納入管理之人員（例如醫師、律師、建築師、會計師等）。蓋若不如此，而聽任無資格者執業，則人民生命、健康等將遭受不可預計的損害。但是，他們的執業資格雖然要經過國家考試認證，但是他們與公務員不同，並無法去參與國家任務的執行。所以他們不具任用資格，身分不受保障，其俸給也非來自國家給予，而是自身的執行業務所得。這也就是為何公務人員有「考試、任用、銓敘、保障、退休」而專門職業及技術人員沒有之原因。既然他們不同於公務員，其考試方式，應考資格等限制自然不應與公務人員完全相同。

陸、由比例原則來審查消極應考資格規定

消極應考資格的限制，造成「身分上不平等」，致使某一部分的人，因為法律規定的原因，喪失「應考試權」，應考試權既經憲法明文規定，則法律隊之加

以限制，必須符合比例原則，即「目的正當性」、「手段必要性」、「合比例性」等來加以探討。以下的部分，即先就「差別待遇是否存在」、「差別待遇是否具有正當目的」、「目的與手段之關連性（包括手段是否必要、適當）」來加以分析。在分析法律是否具有合憲性基礎，有下列幾個判斷方法（一）、目的正當，手段適當或必要→判斷合憲。（二）、目的正當，手段不適當或不必要→判斷違憲（三）目的不正當→判斷違憲。也就是先確定立法目的是不是符合憲法二十三條之目的，先檢驗目的再檢驗手段。

一、有關公務員考試法之部分

（一）褫奪公權尚未復權者

褫奪公權來限制應考資格，我們首先要檢視，「是否存在差別待遇」？法條區分兩種人，一種是具有完全應考試權的，另一種是被褫奪公權而不具應考試權的，因此差別待遇明顯的存在此兩類人之間，然而，這兩類人本身都是人，都是有血有肉的人，既然是人，都應該一體享有憲法所保障的基本人權，除非有正當目的加以限制，也就是「差別待遇是否具備正當性」？這個差別待遇符不符合憲法第二十三條的規定？依據憲法第二十三條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨害他人自由、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」，換言之，所有限制基本人權的法律，都必須符合憲法二十三條之規定，這邊的差別待遇只能用「公共利益」來檢視其目的，換言之，以褫奪公權尚未復權來限制應考資格，其所要保障之公益何在？蓋公務員考試法之所以有此規定，乃是參考刑法規定而來，所謂「褫奪公權」，依刑法第三十六條：「褫奪公權者，褫奪左列資格：一、為公務員之資格。二、公職候選人之資格。三、行使選舉、罷免、創制、複決四權之資格。」，因此而規定被褫奪公權者不得應考公務員考試，然而被褫奪公權者，允許其參加公務員考試會造成何種公共利益損害呢？公務員考試有個重要目的就是用人，並淘汰不適格人員²⁸。考試必伴隨任用，國家機關考選公務人員乃是在服務國家²⁹，其實就是在服務人民，國家需要公務員具有優良品德（公務員服務法第五條），以方便服務民眾，民眾也期待

²⁸ 葉炳煌：〈功績制文官考試制度之探討〉，〈〈人事行政〉〉，第 144 期，（2003 年 6 月），頁 33-42

²⁹ 蔡良文：〈〈人事行政學—論現行考銓制度〉〉，（台北：五南，2003 年），頁 192

公務員具有優良品德，以忠實的依據法律來為民服務，謀求民眾的福祉，被褫奪公權者至少因有過犯罪紀錄，其品德本身有某些缺陷，且褫奪公權之目的，乃藉特定資格限制以減少犯人再度危害社會之一種預防措施³⁰。因此若以這一點而言，差別待遇本身目的具有正當性。

既然確定差別待遇具有正當性，則接下來要確定採用的手段是不是必要的或合理適當的？對國民的基本權而言，褫奪公權之處罰手段極為嚴重，蘊含許多問題³¹。褫奪公權本身並不是主刑而是從刑，依據刑法第三十四條：「從刑的種類如左：一、褫奪公權。二、沒收」，從刑乃附隨於主刑而存在，本身不得獨立存在。蓋「罪刑法定主義」為憲法第八條「人身自由」所衍生之憲法原則³²，而成為刑法之最高指導原則，以「罪刑法定主義」而言，犯罪與刑罰皆須由法律明文規定。換言之，無法律則無犯罪，亦無刑罰³³。因此，罪刑法定主義下，犯怎樣的罪應課予與何種處罰，應該明文規定，何種行為，構成犯罪，應科何種之刑，即處罰的範圍皆應有明文，其目的在使法官適用法規時有一明確的標準，藉以防止法官因其個人好惡，而為擅斷，保障個人權利³⁴，不論主刑或從刑，皆有罪刑法定主義之適用。我國刑法在主刑的部分，對於何種犯罪構成要件應怎樣處罰，皆清楚明白，符合「罪刑法定主義」。在從刑的部分而言，何種物品應加以沒收，亦清楚明白規定（刑法第三十八條），唯獨在有關「褫奪公權」的部分，其「構成要件」根本是不夠明確的³⁵。依據刑法第三十七條規定：「宣告死刑或無期徒刑者，褫奪公權終身。宣告六個月以上有期徒刑，依犯罪的性質，認為有褫奪公權之必要者，宣告褫奪公權一年以上十年以下。依第二項宣告褫奪公權者，自主刑執行完畢或赦免之日起算」。換言之，若依刑法第褫奪公權，於裁判時併宣告之。依第一項宣告褫奪公權者，自裁判確定時發生效力。三十七條規定，除了第一項宣告死刑或無期徒刑者，褫奪公權終身其原因與要件明確之外，第二項則根

³⁰ 黃仲夫：《<刑法精義>>，（台北：浩瀚，1987），頁 216

³¹ 許志雄：《<參政權之限制>》，收錄於元照出版社編，《<月旦法學教室（三）1995-2002 公法學篇>>，（台北：元照，2002 年），頁 57

³² 劉慶瑞、劉憶如：《<中華民國憲法要義>>，（台北：作者自印，1999 年 3 月修訂二版一刷），頁 74

³³ 李復甸、劉振鯤：《<法學概論>>，（台北：大中國，1999 年），頁 247

³⁴ 黃仲夫：《<刑法精義>>，（台北：浩瀚，1987 年），頁 10

³⁵ 張麗卿：《<刑法褫奪公權制度之存廢>>，《<台灣本土法學>>，第 46 期，（2003 年 5 月），頁 116-128

本無明確規定何種情形、何種理由應該褫奪公權，僅抽象的以「依犯罪性質，認為有褫奪公權之必要者」一語帶過，則宣告褫奪公權端賴法官自由心証，褫奪公權的時間長短亦端賴法官自行決定，「端賴法官之好惡」，明顯違反「罪刑法定主義」之精神，對於人民基本人權影響甚鉅。褫奪公權限制應考試權的規定明顯違反「罪刑法定主義」，且褫奪公權經宣告之後，沒有明確的復權規定，加以有期褫奪的執行始點無法掌握³⁶，無法有效保障人民權益。褫奪公權限制應考試權在手段上本身已經違背憲法原則，手段明顯不具適當性，並且手段亦無助於目的達成，因此這邊所建立的差別待遇，無法通過比例原則的檢視，應屬違憲。個人建議，由於褫奪公權限制考試資格仍有其目的正當性，不宜輕言取消，但若維持以褫奪公權來限制應考試資格，則應該做如下修正：（一）應該於刑法分則中，分析各個犯罪構成要件，區分何者犯罪應施以褫奪公權之處分，何者不處該處分，以符合罪刑法定主義。（二）現行刑法對於宣告褫奪公權者，不分其犯罪之性質，一律褫奪刑法第三十六條所列舉之三種公權，似有不妥³⁷。行為人犯罪不同性質，不應一視同仁看待，實應於刑法分則之中，除列出何者罪名需要褫奪公權之外，並應依犯罪性質，以程度將三種公權加以區分，不同犯罪適用不同刑度及內容的褫奪公權，以此來做應考試權差別待遇之限制，對人民基本權益保障，較能發揮作用。

（二）、受禁治產宣告尚未撤銷者

此處仍然先探討「差別待遇是否存在」？此處之差別待遇乃區分「禁治產人」與非禁治產人，「禁治產」乃民法之制度，用以保護本人及社會³⁸。「禁治產制度」之理由：自然人的精神狀態有時因為不正常或有障礙，以致不能處理自己的事務，同時法律行為的相對人也不易認識或證明此種精神狀態，為了避免精神障礙者從事法律行為遭受損失，由法院宣告禁治產，暫時剝奪其行為能力，以保護禁治產人的利益³⁹。換言之即是區分心智不正常的人與心智正常的人，此為這兩者間的不同，然而，這兩者間相同之處也是他們都是人，只是在心智能力上有所

³⁶ 張麗卿，同前註，頁 124-125

³⁷ 鄭銘仁：〈褫奪公權制度之檢討〉，〈刑事法雜誌〉，第 38 卷六期，1994 年 12 月，頁 69

³⁸ 許志雄：〈參政權之限制〉，收錄於元照出版社編，〈月旦法學教室（三）1995-2002 公法學篇〉，（台北：元照，2002 年），頁 57

³⁹ 林大洋：〈民法概要〉，（台南：世一，2003 年），頁 44。

區別。因此對於此處之差別待遇仍應依據憲法第二十三條，探討差別待遇之正當性，即是否符合公益原則。就此而言，不論是擔任公務員或是專門職業及技術人員，其不僅涉及處理自己事物，更牽涉他人的事務及權益，公務人員要執行國家任務，律師醫師等其任務皆涉及其他人之權益，應該具備對事理完整之判斷能力，「禁治產人」對自己之事務都無法處理了，更遑論處理涉及他人事務，因此若不加以區分，則若讓心智不正常者參加考試，具有「不可預期之危險」有機會擔任公務員，對公益乃是重大危害，因此這邊所為之差別待遇具有目的正當性。

至於手段是否必要？依據民法第十四條第一項：「對於心神喪失或精神耗弱，致不能處理自己知事務者，法院得因本人、配偶、最近親屬二人或檢察官之申請，宣告禁治產。」復依同法第十五條：「禁治產人，無行為能力。」受宣告者，必須心神喪失或精神耗弱致不能處理自己事務之程度，心神喪失與精神耗弱無非是意思能力有欠缺，兩者之區別，惟有程度上之不同。前者為全然缺乏意思能力之精神狀態（如白癡、發瘋、精神分裂等），後者其意思能力較常人為弱，致不能做是非利害得失之判斷⁴⁰，以是否具備法律上「行為能力」來作為區別之基準，亦無其他更好方法或手段來保護心智不健全者，所產生之差別待遇，屬正當、合理，因此此處之差別待遇能通過比例原則之檢視，乃屬合憲。

（三）、刑法以外之「終身褫奪應考試權規定」者

與此相關者，有公務人員考試法第七條：「一、動員戡亂時期終止後，曾犯內亂、外患罪，經判刑確定或通緝有案尚未結案者。二、曾服公務有貪污行為，經判刑確定或通緝有案尚未結案者。」換言之，在這邊規定了有犯過兩種罪的永久不能報考公務員考試，形成不同待遇，有必要加以檢視。

1、以內亂外患罪永久褫奪公務員考試資格

首先以公務人員的部分而言，法律明文規定曾犯「內亂、外患」不能報考，亦即不得擔任公務員，法律明文規定有這兩種情形的不能報考，明顯的具有不同待遇的排除效用，因此，差別待遇本身存在，區分兩種人，一種是曾犯「內亂、外患」者，一種是沒有犯過內亂外患者，此為兩者之區別，然而這兩者都是人，這是其共同點，對於基本人權之限制仍然應該探討其差別待遇是否有正當性？由於公務員係執行國家任務，對國家負有忠實義務，而曾犯內亂、外患者即是對於

⁴⁰ 劉得寬：《民法總則》，（台北：五南，1982），頁 80

國家不忠實，意圖推翻國家，甚至對國家造成危難，因此就憲法二十三條而言，可以認為內亂外患乃係對公益的重大侵害，此處所為之差別待遇應屬目的正當。

然而，差別待遇目的具有正當性則必須檢視手段之必要性或合理性，本條限制，乍看之下相當合理，然而所謂「內亂、外患罪」，包括刑法一百條至一百十五條，涵蓋十六條條文之多，其範圍相當廣泛，從「內亂」到「洩漏機密」不一而足，各罪構成要件及科處刑罰亦不一致，蓋以其中所列各罪其社會危害性有程度上之不同，所以僅有少數幾條有科死刑或無期徒刑之規定，故有些罪名並無宣告「永久褫奪公權」之可能與必要，但在公務員考試法中卻通通等於「永久褫奪公權」。行為人依其所犯罪名不同，表現出不同社會敵對狀態，對於其制裁手段，當然應有所不同⁴¹。舉例而言，以刑法一百一十一條規定之「刺探蒐集國防秘密罪」，將之永久褫奪公務員考試資格，容易造成爭議。因為若以一百一十一條規定觀之：「刺探或蒐集第一百零九條第一項之文書、圖畫、消息或物品者，處五年以下有期徒刑」，並不符合有關刑法第三十七條第一項之終身褫奪公權之要件，但卻相當於終身褫奪公權。前一陣子，台灣有許多軍事迷，喜歡拍飛機，在軍事基地附近拍飛機，結果被國防部以「刺探軍事機密」移送法辦，如果他們被判刑確定，意味著他們以後一輩子不能參與國家公務員考試，不能擔任公務員，但是他們的公權既非永久被褫奪，其犯罪惡性與危害性又是否足以讓他們被「褫奪公權終身」？率爾以「內亂、外患」之概括規定，來剝奪人民之應考試及服公職權，乃手段過度，實乃違憲之行爲，與比例原則相牴觸，個人建議，公務員考試法中，應將「內亂、外患」取消，而是以明列刑法分則哪些罪屬於忠實義務的範圍，若觸犯這些罪，方予以永久限制公務人員考試資格，其他罪名則視其犯罪嚴重程度，加以不同年限之應考試資格限制，方爲適當之手段。

2、以曾犯「貪汙」罪永久褫奪公務員考試資格

此處區別了「曾犯貪汙」及「未曾犯貪汙」來作爲區別的標準，差別待遇是存在的，仍然必須透過憲法二十三條來檢視差別待遇之目的是否具有正當性，查「貪汙治罪條例」之意法意旨，在嚴懲貪汙、澄清吏治⁴²。查貪汙治罪條例所規

⁴¹ 鄭銘仁：〈褫奪公權制度之檢討〉，〈刑事法雜誌〉，第38卷六期，（1994年12月），頁69

⁴² 甘添貴：〈刑法上「公務之內涵」〉，收錄於元照出版社編，〈月旦法學教室（四）1995-20刑事法學篇〉，（台北：元照，2002），頁121

定貪污的態樣有三種，皆與竊取公有財產或貪圖不當利益有關，公務員本身係為人民服務，而國家機關之財產大抵由人民繳納之稅捐而來，目的是為了國民謀取最大福祉，若有貪污之行為對公益乃是重大危害，因此就目的上而言，差別待遇之目的具有正當性。

就手段而言，犯貪污罪者，若未經宣告褫奪公權終身，依據公務員考試法，仍永久不得報考公務員考試，等於永遠斷了其自新之路，類似於「褫奪公權終身」⁴³，無法透過考試擔任公務人員，等於說公務員考試法中設置了刑法所無之限制，甚至超越凌駕刑法之範圍，蓋以「貪污治罪條例」中並無死刑或無期徒刑之規定，無法「褫奪公權終身」。就犯罪之嚴重性來說，殺人之嚴重性遠大於貪污，犯殺人罪者，係侵害個人生命，其結果為不可逆，無法事後回復原狀，而犯貪污罪者其侵害者為財物，結果為可逆，事後可以回復原狀，前者侵害的乃係生命法益，後者侵害者乃係財產法益。行為人依其不同犯罪性質，所犯罪名不同，表現出來的危害性不同，對於其制裁手段，應該有所不同，重罪重罰，輕罪輕罰，方符合平等原則與比例原則。殺人罪者若非褫奪公權終身，仍有復權之日，即仍有報考公務員考試進而被錄取之可能，反而犯貪污罪者，未經宣告褫奪公權終身，就永遠喪失報考公務員考試之機會，然而殺人罪之社會危害及刑度遠高於貪污罪。刑罰本身乃係希望透過處罰而讓犯者能有自新之日而能從新回歸社會，以免阻礙其再社會化。對犯貪污罪者在未經宣告「褫奪公權終身」之下，於考試法中設定等同「永久褫奪考試資格」之限制，使其產生身分上的落差，乃不適當手段，實有違憲之虞。有關「曾犯貪污罪」是否應該「褫奪考試權終身」，個人建議，應於「貪污治罪條例中」明文規定，犯某種貪污行為者，褫奪考試權多久，方符合比例原則，也較能符合人權之保障。

二、有關專技人員考試法之部分

（一）褫奪公權尚未復權者

專技人員考試法，亦規定「褫奪公權尚未復權者」不得應考，其差別待遇一樣是存在，亦無問題，所要探討者，則為差別待遇是否具有正當性？蓋專技人員本身並非公務員，其考試及格亦無法取得公務員之資格，例如律師即無法轉任法

⁴³ 張麗卿：〈刑法褫奪公權制度之存廢〉，〈〈台灣本土法學〉〉，第46期，（2003年5月），頁123

官，其無法任用、無法銓敘，其考試目的並非用人，則限制被褫奪公權者不得報考專技人員，其參加考是取得專技人員資格，不違背專技考試之目的，若依據刑法有關褫奪公權之定義，則此處對人民基本權利之限制，其差別待遇根本不具目的的正當性，既然不具正當性，就不需要探討手段的問題，可以直接認定此處之差別待遇係屬於違憲。

(二) 以曾服公務有侵占公有財物或收受賄賂之行爲來加以限制

專技人員考試法第八條第一款：「一、曾服公務有侵占公有財物或收受賄賂行爲，經判刑確定服刑期滿尚未滿三年者，或通緝有案尚未結案者。」來作爲限制報考專技人員考試之原因，其差別待遇仍然存在，我們仍然要判斷差別待遇是否具有正當性，查專技人員考試其性質與公務員考試不同，前已言之，「侵占公有財物」「收受賄賂」對公務員來說是相當侵犯公益之行爲，蓋此時容易造成執行公務有不公平之情形，或者將大眾納稅之金錢非運用在公益用途，然而，專技人員既非公務員，其考試只是因爲其所從事之業務，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，專技人員並非執行國家公權力之人，其考試是因爲國家有必要介入其資格取得之方式，雖我國目前有「專門職業及技術人員轉任公務人員條例」，但不代表專技人員與公務人員兩者具有相同性質。其既然不牽涉國家公務之執行，則縱使曾有「侵占公有財物」、「收受賄賂」等妨害公益之行爲，但是與其考試之目的與性質沒有多大之關係，此處之差別待遇限制人民應考試權，實不具正當性之目標，乃屬於違憲，應予刪除。

(三) 以施用煙毒尚未戒絕者來做限制

專技考試法第八條第四款：「施用煙毒尚未戒絕者」列爲限制之原因，此處之差別待遇存在，不多敘述，仍將分析之重點放在差別待遇之正當目的上，施用煙毒是否有憲法二十三條公益原則之適用呢？施用煙毒本身乃施用者之個人行爲，本身對自身之身體健康會有危害，而不會對整體社會產生危害，因此在八十七年五月修正之「毒品危害防治條例」中，法律已不再認定施用毒品者是「罪犯」，而將其定義爲「病患」，需要觀察、勒戒⁴⁴，不論是施用該條例所列之一、二級毒品，加以限制應考資格，與專技人員考試之目的，顯然不符，個人自身施用毒

⁴⁴ 葉淑芬：〈我國公務人員應考資格之探討－從行政法制之公平原則角度省觀〉，〈人事管理〉，(1999年11月)，頁50

品亦不具社會危害性，因此此處限制基本人權之差別待遇措施，其目的顯然不具正當性，乃屬違憲。

（四）以受禁治產宣告尚未撤銷來限制者

專技考試法所規定之受禁治產宣告尚未撤銷來限制應考資格者，其所面臨之問題，與公務人員考試一樣，不再詳加敘述。

陸、結論

「比例原則」是「基本人權」的中心思想，基本人權是每個人應該受到平等尊重的權利。我們稱之為基本(fundamental)，正表示「缺之即無個人尊嚴可言」，所謂人權平等，就是不容許法律在基本人權上對人有所歧視⁴⁵。應考試是憲法所賦予人民的基本人權，有關應考試權的限制，自然不得對基本人權有所歧視。

依據本文分析，國家考試法規中，對於「消極應考資格」的限制，實有許多違憲違反平等原則的地方，除了有關「禁治產宣告」的部分以外，其餘的限制，諸如公務員考試法中「曾犯內亂、外患」、「褫奪公權尚未復權」、「曾犯貪污罪」等規定，以及專技考試法中有關「曾服公務有侵占公有財物或收受賄賂之行為……」，「施用毒品尚未戒絕者」經過本文檢視皆有違憲之虞，而這些規定，都已經行之有數十年，對人民權益的影響可謂既深且巨。

雖然，相關法規未曾有任何一項遭到大法官宣告違憲而應停止適用，然而，不代表未被宣告為違憲的法規，即為合憲，就算已經運作施行數十年，經過本文的分析，認為這些法規乃是違憲的法規，實有速加以修正之必要，如此，方能更落實對於「人民有應考試權」之基本人權的保障。

⁴⁵ 朱敬一、李念祖：《〈基本人權〉》，(台北：時報，2003年)，頁46

參考文獻：

1. 甘添貴 2002，「刑法上『公務之內涵』」，收錄於元照出版社編，月旦法學教室（四）1995-2002 刑事法學篇，頁 120-121，台北：元照。
2. 朱敬一、李念祖 2003，基本人權（初版一刷），台北：時報。
3. 西德聯邦憲法法院裁判選輯（一），司法週刊雜誌社，1990 年 10 月
4. 吳庚 2001，行政法之理論與實用（增訂七版），台北：三民。
5. 李復甸、劉振鯤 1999，法學概論（九版一刷），台北：大中國。
6. 李惠宗 2003，〈憲法工作權保障系譜之再探－以司法院大法官解釋為中心〉，《憲政時代》，第 29 卷第 1 期，頁 121-158
7. 李震山 1986，「西德警察法之比例原則與裁量原則」，警政學報，第九期，頁 6-22
8. 林大洋 2003，民法概要（修訂十五版），台南：世一。
9. 徐有守 1997，考銓制度，（初版一刷）台北：商務。
10. 翁岳生 1990，「論『不確定法律概念』與行政裁量之關係」，收錄於翁岳生著，行政法與現代法治國家，頁 63-95，台北，台大
11. 張麗卿 2003，「刑法褫奪公權制度之存廢」，台灣本土法學，第 46 期，頁 116-128
12. 許志雄 2002，「參政權之限制」，收錄於元照出版社編，月旦法學教室（三）1995-2002 公法學篇頁 56-57，台北，元照
13. 郭展禮，2000 國父思想（初版三刷），台北：高立。
14. 陳怡如，2003〈司法院大法官基本權審查機能之實證探析（下）〉，《法律評論雜誌》，第 69 卷第 1-3 期，頁 13~27。
15. 陳新民，1991 行政法總論，台北：三民
16. 陳新民，2002 「論公務員的忠誠義務」，收錄於陳新民著，憲法基本權利之基本理論（下），頁 139-208，台北，元照。
17. 陳新民，2002 「論憲法人民基本權利的限制」，收錄於陳新民著，憲法基本權利之基本理論（上），頁 182-281，台北，元照
18. 黃仲夫，1987 刑法精義（修訂版），台北：浩瀚。

19. 葉炳煌，2003 「功績制文官考試制度之探討」，人事行政，第 144 期，頁 33-42
20. 葉淑芬，1999 「我國公務人員應考資格之探討－從行政法制之公平原則角度省觀」，人事管理，88 年 11 月，頁 40-62
21. 劉得寬，1982 民法總則（修訂初版），台北：五南。
22. 劉慶瑞、劉憶如，1999 中華民國憲法要義（修訂二版一刷），台北：作者自印
23. 蔡良文，2003 人事行政學－論現行考銓制度（第二版），台北：五南
24. 蔡震榮，1990 「論比例原則與基本人權之保障」，警政學報，第十七期，頁 40-89
25. 鄭銘仁，1994 「褫奪公權制度之檢討」，刑事法雜誌，第 38 卷六期，1994 年 12 月，頁 59-73

