

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，從而無需再以法律保留、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，使其進入需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，此部份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。就此大法官在第 453、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。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, 而要求其需通過中醫師的考試, 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, 以該行業在台灣近年的發展, 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。