

## 釋字第六八二號解釋不同意見書

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》

大法官 陳新民

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）之規定：「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制定及格方式，故考選部所制定之「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）；中醫特考考生的不僅每科專業科目都有最低及格門檻，其中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，不能不啟人疑竇：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或事務性細節，容有行政機關自行訂定規範之餘地，而不致抵觸法律授權明確性、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、第六五號、第六四號、第六二二號、第六二號、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 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需「依據法律」獨立審判。本院釋字第五三 號解釋雖承認司法院的規則制定權，但同樣也而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六五五號解釋之立論，「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。

首先系爭母法的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」制定的子法（系爭母法第二十六條）規定所制定之「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，由於母法施行細則需經過立法院的審查，因此，具有更高度的合法性基礎，相對於其他同樣授權制定之法規(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制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條文的語意，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 exclusio alterius)乃釋字第三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<sup>1</sup>。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」。

---

<sup>1</sup> 見翁岳生大法官釋字第四五五號解釋協同意見書。

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<sup>2</sup>。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」，有無牴觸此見解。

由上述（三）所敘及主管機關認為其所制定的系爭考試

---

<sup>2</sup> 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，第四三頁至第四一頁，第二十二期，第九十四頁至第九十八頁。

規則與總成績計算標準，乃「合法授權制定子法」，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」<sup>3</sup>。

這條規定顯然牴觸了母法的規定。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

---

<sup>3</sup> 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。

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，都可以使受規範者的預見之。故系爭母法施行細則第十條第二項之科目最低門檻已牴觸授權明確性原則。

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制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需滿四十五分以上，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，為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」，淪為由三個子法形成的「解釋彈性與從寬」的弊病，本席認為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為考試機關得另定及格方式，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」。細察此新增的條款中的「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」來予解套！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」所為之修正也。

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」行為。相形之下，本號解釋反而仍為考試院之「昨日之非」為背書，豈為妥適乎？

## 二、有無牴觸平等權？

本解釋案另一個顯目的疑點，闕為有無牴觸平等權的問題。本案為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能獲得「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為前提。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「合理關連性」之探討，只有「說詞」—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？有無目的與手段上關連性？—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為，以符合平等權。且不像一般自由權可以為了公益需求，而透過法律來限制之，亦即平等權與公益需求兩者合而為一。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<sup>4</sup>。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連之判斷，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），轉向為拘束法規範之制定（所謂法規範制定之平等）<sup>5</sup>，國民即可由此平等權，取得了

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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。

對抗不公平之法規範的主觀地位<sup>6</sup>。

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：1 國人就診於中醫人數日多，為了保障病人權益，必須嚴格把關；2 中醫的內科學乃中醫之核心，比須對特考滿五十五分作為把關的標準；3 因為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

---

<sup>6</sup> 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.

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生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」最為嚴格，乃要求每科之科目都必須達六十分為及格要件。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。假如此命題為正確，那麼中醫內科學對於高考之考生，是否其在中醫的份量與重要性便隨之而下降？按如中醫內科學既然為中醫的「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<sup>7</sup>。

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

---

<sup>7</sup> 參見 V. Epping, Grundrechte, 3.Aufl., 2007, S.299, Rdnr.691.

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<sup>8</sup>。

### 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連的因素，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

---

<sup>8</sup> 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。



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，有無牴觸平等對待之義務。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，有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，如果僅僅以法規範適用對象有「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

年十月七日德國聯邦憲法法院作出一個重要的判決<sup>9</sup>，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「份量」(Gewicht，即情節輕重大小)，有否足夠到造成差別的待遇。易言之，法規的立法者，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<sup>10</sup>。

第三個階段在一九九三年聯邦憲法法院更創出了新的改良「新模式理論」：檢驗有無牴觸平等權，不僅是針對差別待遇之對象間的差異在「種類」及「份量」上，有否足夠到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<sup>11</sup>。

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<sup>12</sup>。

所謂的「因人而異」而為的差別待遇( personenbezogene

<sup>9</sup> 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。

<sup>10</sup> 參見 V. Epping, aaO., S.306.,Rdnr.707.

<sup>11</sup> BVerfGE 88,87/97；參見 V. Epping, aaO., S.307.,Rdnr.708.

<sup>12</sup> 參見李惠宗，前揭文，第一四五頁以下。

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牴觸平等權？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，而無庸一定需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<sup>13</sup>。

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，對於是否牴觸平等原則只有在「差別現狀存在

---

<sup>13</sup> BVerfGE 93,99/111；參見 V. Epping, aaO., S.310.,Rdnr.715、715、718.

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一九八一年以前所援用之「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——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考生的另一個差別待遇，闕為「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、系養成為對象，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。此中醫特考即成為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。故此差別待遇如認為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，則此要求為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「該項規則的制定為系爭母法之授權，且依法定程序制定為由」。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<sup>14</sup>？特別以保障人民工作權、平等權與比例原則的立場而論，與本案解釋案情較接近為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—以比例原則作為論定平等權是否是否侵害之依據：**

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

---

<sup>14</sup> 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。

號解釋中的論理依據，可分就平等原則及比例原則，都可作為對比本號解釋的矛與盾之關係，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為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為：

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為系爭規定目的與手段間難謂具備「實質關連性」，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？按職業獨佔的用意，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，不必然抵觸平等權。

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合適用性可言，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)，闕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，也承認系爭規定的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。其中又區分為的「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佔權，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者,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佔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——就業市場、消費者多元選擇之價值。

如果比較本院釋字第四六九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」

<sup>15</sup>。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及可以從事此行業，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

---

<sup>15</sup> 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制定理由之一，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。但還當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！

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<sup>16</sup>。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」<sup>17</sup>，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

---

<sup>16</sup> 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，故以九十二年及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%。

<sup>17</sup> 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。

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—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—加以終結或大幅度變更的「修憲意旨」<sup>18</sup>。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式為代價。

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

---

<sup>18</sup> 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，刊載：國家菁英季刊，第三卷第一期，二〇一七年三月，第八十七頁以下，及第九十五頁以下。

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<sup>19</sup>。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<sup>20</sup>。

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？

---

<sup>19</sup> 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。

<sup>20</sup> 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。



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。