

我國公務人員考試法消極應考資格規定 合憲性之探討—以平等原則為例

The analysis of Constitutionality of National
Bureaucracy Examination's Negative qualification
by Equal Principle

李以德*

Lee, Yii-Teh

目 次

壹、前言	伍、對公務人員考試法消極應考資
貳、應考試權之內涵界定	格規定之分析與建議
參、平等原則與差別待遇之容許	一、褫奪公權尚未復權者
一、法律執行之平等	二、受禁置產宣告尚未撤銷者
二、法律制定之平等	三、刑法以外之終身褫奪應考試
三、合理的差別待遇	權規定者
四、平等原則與比例原則之競合	陸、結論
肆、公務人員考試法中有關消極應	一、違憲法律應速修正
考資格之規定	二、權利侵害之救濟方式

摘 要

「平等原則」要求「相同事務相同對待，不同事務應不同對待」，公務員考試法限制某些身分的人不能參加考試，所謂「消極應考資格」本身就是一種「區別對待」，這樣的區別對待，是否符合憲法的平等原則，是本文要探討的重點，現代民

* 文化大學政治學研究所博士候選人



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，公務員高普考試受到注意程度頗深，每年報考人數衆多，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，為了保障民衆基本權益，「應考試權」的限制，自不能由立法機關任意為之，而應符合憲法精神。平等原則作為憲法原則自然可作為違憲審查之基準。本文乃是由憲法「平等原則」出發來審查國家考試相關法律規定中對消極應考資格的相關規定合不合憲。本文發現，由「平等原則」來檢視，目前公務員考試法規中，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。

關鍵字：平等原則、國家考試、合理的差別待遇、合憲性基礎、應考資格

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 Equal Principle. We find that many regulations of National Examinations are un-constitutional. These un-constitutional regulations must be amendment.

Key words: Equal Principle, Examination, rational discrimination, constitutionality , National Examination's Negative qualificatory

壹、前言

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

(1) 郭展禮，國父思想，（台北：高立出版），2000年，頁121。



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。依據司法院大法官釋字第五四六號解釋：「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」（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」。

所謂「法治國原則」，意指政府的活動不依靠主觀的個人的任意或專擅，而須依靠客觀的法律規範^[2]，亦即「政府要守法」，以更嚴謹的意義來說，就是「國家權力的行使必須以形式上及實質上都合憲的法律為依據」^[3]，近代成文憲法大抵承認憲法為國家的最高規範，且為普通法律的依據，所以其效力高於普通法律，普通法律如有牴觸憲法，即為無效^[4]。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。

考選者，係以考試的方法為國家選拔人才^[5]。國家考試首重平等與公開競爭，在現代「主權在民」的國家中，一個相當核心的根本問題，就是考試的社會性、公平性的相關問題^[6]。同時平等也是一切基本人權的基礎。中華民國憲法第七條：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」平等權亦稱平等原則，指的是免於遭法律歧視基本人權、排除不合理差別待遇的權利^[7]。因此，有關限制應考資格的相關法規，必須放在「平等原則」的架

[2] 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1。

[3] 吳信華，〈法治國家原則(一)－概說〉，收錄於元照出版社，《月旦法學教室(三)1995-2002公法學篇》，2002年，頁6。

[4] 張明貴，政治學的第一堂課，（台北：書泉），2003年3月，初版一刷，頁98。

[5] 蔡良文，人事行政學－論現行考銓制度，（台北：五南），2003年，第二版，頁231。

[6] Samuel, Krislov and David H. Rosenbloom, *Representative Bureaucracy and the American Political System*. New York : Preager, 1981, p21.



構下來加以檢視，如此方能了解現行考試相關法規，是否具有合憲性。因此，本文將首先由「平等原則」探討起，探究如何才是「平等原則」的意涵，特別是在於消極應考資格的部分，介紹現行規定，最後本文將由平等原則來檢視公務員考試的消極應考資格，是否符合平等原則。蓋「消極應考資格」亦即「不得應考資格」，法律既已明文規定「不得應考」，則係以明文剝奪某些人民的應考資格，對這些人來講係屬於權利的喪失，對人民影響甚鉅，故特別就此一部分加以探討，期能經由本文探討，發現我國公務員考試法規所存在之問題，並提出解決之道，使得考試法規更能保障人民基本權利，能更完善。

貳、應考試權之內涵界定

吾人不妨思考以下問題：人做為一個人在社會中為何要參加考試？這個問題的答案應該是，因為他要取得某些國家認證資格以從事某些工作，從事這些工作可以維持他的生活，但是不從事這些工作他也可以維持他的生活，只是有無資格從事“特定”工作罷了。工作跟一個人之生活相結合，工作是為了生活，工作也是自我之實踐，應考試取得資格其實也是一種自我實踐。

我國憲法上人民之應考試權之內涵為何，目前國內沒有見到有人討論，大法官對應考試權內涵也沒有界定，惟學者李惠宗有對於應考試權之定義：一是國家對個人工作資格之認定，二是國民透過考試，直接取得公務員資格。^[8]他個人認為，前者與工作權相競合，後者則是國民權。然而，這只是說明應考試權之雙重性質，卻不能充分解釋應考試權之內涵。

茲以個人對應考試權之了解，界定其內涵如下：「基本權主體（自然人），為取得一定資格（不論是專門職業與技術人員資格或公務人員資格）以維持其生活，而要求國家機關於特定時間舉辦資格認證之基本權」，因此，應考試權有下列兩層概念：可知參加考試一方面是「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，限制應考試權無形中等於限制職業自由之選擇，有關限制考試資格的法律，具有限制工作權之性質。^[9]考選機關雖然基於職權可以對應考資格加以限制，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

[7] 法治斌，〈司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究〉，《國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學》，六卷一期，1996年，頁38-40。

[8] 李惠宗，《中華民國憲法概要》，初版，台北：元照，2003年，頁125。

[9] 姚立明，〈憲法「工作權」之性質—簡介西德憲法院四個代表性判例〉，《中山社會科學季刊》，第四卷二期，1989年6月，頁134。



決定，原則上應該盡量讓所有人民（基本權主體）都能參加考試。

就另一方面而言，應考試也是「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，這個參加考試之權不受侵害，也就是個人積極要求國家給予考試機會之權利，國家因此而產生「立法義務」，國家有義務立法給人民參加考試，相對的，考選行政機關有舉辦考試之義務，若考選機關拒不舉辦考試則為違憲，因此而基本權主體可以請求救濟，考選行政之機關拒不讓人民公平參加考試也是違憲，人民也可請求救濟，因此而產生「人民是否平等受益」之「法律平等問題」。

因此、應考試權一方面課予國家機關建立完整考試制度之義務，另一方面則禁止國家機關對應考試權做不合理之限制。

參、平等原則及差別待遇之容許

人生而平等，是現代立憲國家所崇奉的基本信條，而國家亦有義務依據平等原則來對待人民，不得恣意予以差別待遇^[10]。前已言之，中華民國憲法第七條即掲載平等原則，所謂「法律之前，人人平等」亦為人耳熟能詳，然而，到底如何才是平等？國家機關可不可以設立差別待遇？這些在憲法中其實都沒有提及，第七條僅以「…，在法律上一律平等」帶過，因此，有必要探求平等原則的真意。

一、法律執行的平等

憲法平等原則，可以分成「執法的平等」與「立法的平等」兩大部分^[11]，平等原則的原始意涵，原本只是前者，也就是法律適用的平等，其拘束的對象是行政及司法機關，要求行政機關執行法律必須遵守法律之前人人平等的原則，行政程序法第六條：「行政行為非有正當理由不得為差別待遇」，即為明証。

所謂「不得為差別待遇」，也就是要求執法者對於「相同案件，給予相同的對待，不同案件應不同對待」，^[12]在行政權力還停留在干涉行政的年代，這種平等權係使人民產生要求國家行政權應有「消極不作為」之「權利」。但是現代的社會，使國家權力不能在處於消極避免介入私社會的狀態。國家為了落實平等，必須主動積極處理私社會中的不平等現象。^[13]這種「給付行政」行為之積極行為亦應受到平等權的拘束，行政權力被要求應該「行政自制」。

[10] 廖元豪，〈美國『種族優惠性差別待遇』合憲性之研究—兼論平等原則之真意〉，《東吳法律學報》，第9卷第2期，1996年，頁2。

[11] 陳新民，〈不法的平等—論平等原則拘束行政權之問題〉，收錄於陳新民著，《法治國家論》，學林，2001年，頁409。

[12] 陳新民，〈中華民國憲法釋論〉，作者自印，2002年，頁191。

[13] 許慶雄，《憲法入門 I—人權保障篇》，元照出版社，1998年，頁59。



二、法律制定的平等

然而，若平等權只限在法律執行的平等，立法權可以不受到平等權的拘束，則若法律本身之規定不符合平等原則，則只有法律執行之平等，無法去保障平等原則的真正落實。司法院大法官釋字 211 號「平等原則為所有基本權的基礎；國家對人民行使公權力時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待。」指出了立法機關於立法時候同樣受到平等原則拘束，平等原則由「法律執行的平等」進一步要求「法律制定的平等」。

透過立法權來形成一個符合平等的法秩序，無疑是現代法治國家的重要理念。立法者誠然有廣泛的形成自由權—亦即所謂的立法裁量權—但應該受到平等原則的拘束^[14]。換言之，也就是要求立法機關制定法律的內容平等。^[15]

然而何謂「法律的內容平等」呢？司法院大法官釋字 211 號解釋「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，字得斟酌規範事務性質之差異而為合理的區別對待」。也就是，不論法律執行的平等抑或是法律制定的平等，都要求「相同者，相同對待之；不同者，不同對待之」。^[16]這中間就產生了「差別待遇」^[17]的問題，如果立法者恣意形成差別待遇，則法律的平等原則無法維持，平等原則遭受破壞，然而因為社會多樣，不可能完全無「差別待遇」，此乃在尊重個人人性尊嚴的前提下，為對應人類種種源於先天及後天原因之事實上、社會上原因之當然要求，^[18]司法院大法官釋字第 485 號解釋「故法律或相關機關就個別案件事實上之差異及立法目的，作合理之不同處理，並不違背憲法之意旨」，換言之，「差別待遇」若在合理範圍內，即不違反平等原則^[19]。問題是，合理與不合理之界限何在？如何判斷？

三、合理的差別待遇

[14] 陳新民，〈不法的平等—論平等原則拘束行政權之問題〉，收錄於陳新民著，《法治國家論》，學林，2001 年，頁 410。

[15] 許慶雄，《憲法入門 I—人權保障篇》，元照出版社，1998 年，頁 62。

[16] 陳新民，《中華民國憲法釋論》，作者自印，2002 年，頁 193。

[17] 司法院大法官晚近解釋乃以「合理的區別對待」（例如釋字第 485、526 號解釋）取代「合理的差別待遇」（例如釋字第 430 號解釋），但本文仍採大多數學者之說法，稱「差別待遇」。

[18] 蔡茂寅，〈特別企劃：現代憲法論第六單元—平等權〉，《月旦法學雜誌》，第 46 期，1999 年 2 月，頁 115。

[19] 許志雄，〈殺直系血親尊親屬罪與平等原則〉，收錄於元照出版社，《月旦法學教室(三) 1995-2002 公法學篇》，2002 年，頁 25。



平等要求人皆有之，而差別待遇則為必然存在之客觀事實。憲法第七條既然將平等列為人民各項權利之首，足見制憲者對平等之高度重視，從而有關平等之真義，以及差別待遇之合憲性，即成為探討平等權之核心問題。^[20]德國聯邦憲法法院嘗以一句名言概括闡明平等之意義，「平等原則禁止對於本質相同的事件，在不具實質理由下任意地不同處理，以及禁止對於本質不相同之事件，任意地作相同之處理」^[21]因此「事務的本質」即成為判斷的基準。例如：貪污行為與殺人行為，雖然都是犯罪行為，但是在本質上前者屬於「財產的侵犯」，後者屬於「生命的剝奪」，在本質上具有差異，因此在犯罪行為的處罰上，應有不同，若將兩者同一的處罰，則係將「本質不相同」的事件做「相同的處理」，係屬違反平等原則。同理，若將本質屬於較嚴重的殺人行為之處罰較本質屬於較輕微之貪污行為為輕時，所謂「重罪輕罰」亦屬違反平等原則。

憲法第七條之平等權，多半與其它基本權競合使用，例如租稅公平，即為財產權與平等權之競合；又如考試公平，即為應考試權與平等權之競合。惟倘從另一個角度觀之，租稅公平未嘗不可解作租稅的政策目的必須符合平等原則，考試公平亦未嘗不可視為考試政策目的不可違反平等原則。足見平等權不但可定位為基本權，亦可將之視為違憲審查基準，以免公權力或第三人行為因違反平等原則而侵犯到平等權。按釋字第 485 號解釋文及釋字第 526 號解釋理由書謂：「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……。」足見大法官將平等權定位在「法律地位之實質平等」，而「實質平等」之探究，則必須兼從憲法價值體系、立法目的、規範事實、規範事物本質等要素作考量，以做出「合理的區別對待」，如此方可謂達到「實質平等」之要求^[22]。

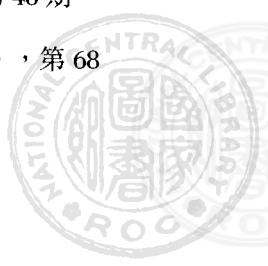
四、平等原則與比例原則之競合

所謂「實質平等原則」，大法官乃將之定位在「合理的區別對待」上（釋字第四八五、五二六號），自此亦可窺出其具有比例原則的考量。申言之，比例原則三階論證過程所要求者，係「目的正當性」、「手段必要性」與「限制妥當性」（釋字第四七六號）。如以國家行為是否侵犯平等權、是否符合實質平等原則為例，即

[20] 法治斌，〈司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究〉，《國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學》，六卷一期，1996 年，頁 46。

[21] 蔡茂寅，〈特別企劃：現代憲法論第六單元－平等權〉，《月旦法學雜誌》，第 46 期，1999 年 2 月，頁 115。

[22] 陳怡如，〈司法院大法官基本權審查機能之實證探析（上）〉，《法律評論雜誌》，第 68 卷第 10-12 期合刊，2002 年 12 月，頁 16-31。



需考量「區別對待之目的是否正當」、「區別對待本身是否必要」、「區別對待所欲達成之公益目的與區別對待本身所限制之基本權間，彼此利益（價值）是否衡平妥當」。茲分述如下：^[23]

1.有關「區別對待之目的是否正當」方面，乃需考量以下三要素：

- (1)區別對待必須確實有助於公權力目的之達成，亦即「目的符合性」、「目的切合性」之考量，此亦具有「不當聯結禁止原則」的味道在其中。
- (2)該當目的必須符合「法治國原則」，不僅形式上必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，實質上亦應符合實質平等原則、正當法律程序原則、信賴保護原則、徵收補償原則等，始具合憲合法性。
- (3)該當目的實質上必須符合「公益原則」，此等公益概念除須吻合憲法上所明定的一般公益條款（憲法第二十三條之「防止妨礙他人自由」、「避免緊急危難」、「維持社會秩序」、「增進公共利益」）與特別公益條款（如憲法第一四二、一四三、一四五、一四五、一四九、一六二、一五三、一五六、一六五條等規定），更需與憲法整體價值體系相契合（含一般性根本規範及個別性根本規範），如此方具實質合憲合法性。

2.在「區別對待本身是否必要」方面，即須對該當事實中所為的區別對待（手段），是否予平等權最小侵害作觀察，是否不為此等區別對待將導致更大的不平等，以探究是否有必要為此等區別對待。

3.在「區別對待所欲達成之公益目的與區別對待本身所限制之基本權間彼此利益（價值）是否衡平妥當」方面，即對此等區別對待是否具「比例性」進行探究，至於如何始符合「比例性」，則宜參酌事物本質作考量，如此方可調和目的所欲實現的法益及區別對待所限制的法益。

平等原則之內涵在憲法第七條並無詳述，學者許宗力在「從大法官解釋看平等原則與違憲審查」^[24]，一文中提及平等原則就是判斷差別待遇或相同處理是否合理之問題，平等原則保障等者等之，不等者不等之，許宗力認為平等原則只有在「政策目的所造成之差別待遇」方能用比例原則來加以審查。本文所探討之應考資格限制，並非平等原則之「同者同之」，也非「不同者不同之」（蓋不同者不同之乃是給予弱勢族群之優惠差別待遇），而是具有政策目的之差別待遇^[25]，而政策

[23] 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 年 3 月，頁 13-27。

[24] 此文乃「第二屆憲法解釋之理論與實務」學術研討會所發表之論文，中研院社科所主辦，88.3.20，21 日，頁 1-36。

[25] 參見司法院大法官釋字第 205 號解釋、211 號解釋、547 號解釋。

目的之差別待遇其目的必須先加以審查，是否符合憲法二十三條之四大目的。學者李惠宗認為，目的是否正當，應由客觀第三者予以審查，經由客觀第三者予以審查後，如果能確認立法目的已欠缺正當性，即不必再考慮所使用的手段是否合乎比例性，對立法進行合法性審查，首須確認某一立法措施具有「正當目的」之後，才考慮所使用之手段是否合比例性^[26]。

因此，實質平等所要求的「合理區別對待」，必待通過此等比例原則三階理論之檢證，方可謂該「區別對待」具備「合理性」，而與「實質平等原則」無違。換言之，倘政策目的為實現實質平等，即意謂非以「合理區別對待」不足以達到實質平等之目的；倘政策目的非在實現實質平等，亦可確保政策目的實踐結果不違反實質平等。故不論公權力目的是否在於實現平等權，其所為的區別對待均要具合理性（合乎比例原則），如此方可體現法律地位之實質平等，而不致造成抵觸憲法第七條的結果。

肆、公務人員考試法有關消極應考資格之規定

中華民國憲法第八十五條規定：「公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度，非經考試及格不得任用」，中華民國憲法八十六條規定：公務人員任用資格與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。

我國的公務人員考試，其法律依據乃是依據憲法八十五條而來制定公務人員考試法，依法舉辦考試，而在公務人員考試法中，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，不得由立法機關，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^[27]。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，乃是明文以法律設定「差別待遇」，對人民權益之影響最大。

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、曾服公務有貪污行

[26] 李惠宗，〈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，2003年7月，頁137。

[27] 徐有守，《考銓制度》，台北：商務，1997年，頁143-158。



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。

伍、對公務人員考試消極應考資格規定之分析與建議

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」，造成差別待遇，自應通過平等原則的檢驗，前已言之，平等原則可以跟比例原則相競合來分析^[28]。同時限制應考資格，其實也等於選擇職業自由之限制，因此，若由職業自由之「三階理論」^[29]來觀察，國家對於人民職業自由之限制，非不可用立法來規範，然而依據其規範密度，可以區分為對於職業經營階層之限制、對於職業選擇階層之主觀限制及對職業選擇階層之客觀限制三種^[30]，這三種不同層次其對人民職業自由之限制不同，規範密度不同，在違憲審查所需要滿足的公益標準自然不同，就我國公務人員考試而言，對應考資格之限制乃是屬於（一）基本條件（國籍、年齡、體格）（二）消極資格（某些犯罪前科，屬於道德要求）（三）積極資格（學歷、科系），這三種應考資格之限制，就其限制之性質，應屬職業選擇自由之主觀領域限制，因為這每一項都牽涉個人條件與能力，將之界定為主觀條件限制，應頗為恰當。^[31]如此則本文將採用與主觀條件相對應之違憲審查基準來判斷相關法規對公務員考試消極應考資格之限制是否合憲。換言之，此處應採較嚴格之中度審查基準，要限制人民之消極應考資格必須有特別重要之公益存在方能為之。

運用三階理論，其實牽涉到比例原則之應用，有關比例原則之適用，首先需判斷「差別待遇之目的是否具有正當性」，這牽涉到立法機關可以用多大的規範密度來限制人民權利？立法機關限制人民權利之時其所主張之公益為何？若立法機關限制人民權利之理由或原因並非公益或無相當之公益理由，此時為「立法恣意」，其所訂立之法律或法律所為之授權，應為無效。換言之，公權力的行使若限制或剝奪人民自由權利，而未能以法律並基於比例原則的公益考量為之（第二十三條），即構成違憲。^[32]

[28] 吳庚，〈憲法的解釋與適用〉，第三版，台北：三民，2004年6月，頁189。

[29] 乃德國憲法法院在藥房案（Apothekenurteil）所提出。

[30] 劉建宏，〈工作權〉，《法學講座》，第二十三期，2003年11月，頁4。

[31] 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。見大法官釋字五八四號解釋理由書。

[32] 蘇永欽，〈試釋違憲〉，《台大法學論叢》，第24卷2期，1995年6月，頁213。



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」？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？蓋公務人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^[33]。考試必伴隨任用，國家機關考選公務人員乃是在服務國家^[34]，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），以方便服務民衆，民衆也期待公務員具有優良品德，以忠實的依據法律來為民服務，謀求民衆的福祉，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^[35]。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^[36]。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^[37]，而成為刑法

[33] 葉炳煌，〈功績制文官考試制度之探討〉，《人事行政》，第144期，2003年六月，頁33-42。

[34] 蔡良文，《人事行政學—論現行考銓制度》，台北：五南，2003年，頁192。

[35] 黃仲夫，《刑法精義》，台北：浩瀚，1987年，頁216。

[36] 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》，頁56-57，台北：元照，2002年，57。

[37] 劉慶瑞、劉憶如，《中華民國憲法要義》，台北：作者自印，1999年，頁74。



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^[38]。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^[39]，不論主型或從刑，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^[40]。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」。刑法三十七條規定，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，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。褫奪公權限制應考資格的規定明顯違反「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，且易有從刑重於主刑之情形^[41]，無法有效保障人民權益。以褫奪公權手段來限制應考資格，在手段上明顯不具適當性，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^[42]。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

[38] 李復甸、劉振鯤，《法學概論》，台北：大中國，1999年，頁247。

[39] 黃仲夫，頁10。

[40] 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。

[41] 張麗卿，同前註，頁124-125。

[42] 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。



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⁽⁴³⁾。「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⁽⁴⁴⁾。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，不論是擔任公務人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⁽⁴⁵⁾。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平等原則之檢視，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

[43] 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。



報考公務員考試，形成不同待遇，有必要加以檢視。

(一)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，但在公務人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^[46]。舉例而言，以刑法一百十一條規定之「刺探蒐集國防祕密罪」，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人員考試，不能擔任公務人員，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，乃是手段過度，實乃違憲之行為，與比例原則相牴觸，個人建議，公務人員考試法中，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

[44] 林大洋，《民法概要》，台南：世一，2003年，頁44。

[45] 劉得寬，《民法總則》，台北：五南，1982年，頁80。

[46] 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。



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，方為適當之手段。

(二)以曾犯「貪污」罪永久褫奪公務員考試資格

此處區別了「曾犯貪污」及「未曾犯貪污」來作為區別的標準，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「貪污治罪條例」之意法意旨，在嚴懲貪污、澄清吏治^[47]。貪污治罪條例所規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，依據公務人員考試法，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」^[48]，無法透過考試擔任公務人員，等於說公務人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人員考試之機會，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，乃屬手段過度，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「公務人員考試法」明文規定，犯某種貪污行為者，褫奪考試權多久，明確區分不同犯罪態樣，如此方符合比例原則，也較能符合人權之保障。

[47] 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)1995-2002 刑事法學篇》，台北：元照，2002年，頁121。

[48] 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。



陸、結論

一、違憲法律應速修正

「平等原則」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^[49]。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，現行公務人員考試法規中，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，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，方能更落實憲法十八條「人民有應考試、服公職之權」之基本人權的保障。

二、權利受侵害之救濟方式

有權利必有救濟，乃憲法上不易的鐵則，亦為法治國原則之基本內涵。^[50]既然上述法律或規則屬違憲之法規，則其所造成之差別待遇，必然對於人民之權利有所侵害，必須加以救濟。

前述權利受侵害之人（具有公務人員考試法所定之某些犯罪前科者），在相關法律條文及考試規則未修正前，若因前述原因，而被考選部拒絕報名或錄取，可以該決定違法損害人民權利為理由，提起行政訴訟救濟及主張國家賠償，甚至在確定終局判決仍堅持引用前述侵害人權之法條或考試規則作為裁判之依據時，最後亦得申請憲法解釋，請求大法官依據憲法一百七十一條及一百七十二條宣告前述法條或考試規則無效，以落實有權利必有救濟之憲法精神。

[49] 朱敬一、李念祖，基本人權，（台北：時報），2003年，頁46。

[50] 黃俊杰，〈特別權力關係與國家賠償—評台北地院七一國〇一二及台灣高等法院七一上國十二民事判決〉，《月旦法學雜誌》，第29期，（1997年10月），頁118-125。



參考文獻

中文部分

- 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》，台北：元照，頁 120-121。
- 2.朱敬一、李念祖，2003，《基本人權》，台北：時報。
- 3.吳庚，2001，《行政法之理論與實用》，台北：三民。
- 4.吳庚，2004，《憲法的解釋與適用》，台北：三民。
- 5.吳信華，2002，〈法治國家原則(一)—概說〉，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，頁 6-7。
- 6.李復甸、劉振鯤，1999，《法學概論》，台北：大中國。
- 7.李惠宗，2003，《中華民國憲法概要》，台北：元照。
- 8.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（7 月），頁 121-158。
- 9.林大洋，2003，《民法概要》，台南：世一。
- 10.法治斌，1996，〈司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究〉，《國家科學委員會研究彙刊：人文及社會科學》，六卷一期（1 月），頁 35-50。
- 11.姚立明，1989，〈憲法「工作權」之性質—簡介西德憲法法院四個代表性判例〉，《中山社會科學季刊》，第 4 卷 2 期（6 月），頁 134-144。
- 12.徐有守，1997，《考銓制度》，台北：商務。
- 13.張明貴，2003，《政治學的第一堂課》，台北：書泉。
- 14.張麗卿，2003，〈刑法褫奪公權制度之存廢〉，《台灣本土法學》，第 46 期（5 月），頁 116-128。
- 15.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 24-25。
- 16.許志雄，2002，〈殺直系血親尊親屬罪與平等原則〉，收錄於元照出版社編，《月旦法學教室(三)公法學篇》，台北：元照，頁 56-57。
- 17.許宗力，1999，〈從大法官解釋看平等原則與違憲審查〉，「第二屆憲法解釋之理論與實務學術研討會」論文，中研院社科所主辦，3 月 20, 21 日。
- 18.許慶雄，1998，《憲法入門 I—人權保障篇》，台北：元照。
- 19.郭展禮，2000，《國父思想》，台北：高立。
- 20.陳怡如，2002，〈司法院大法官基本權審查機能之實證探析(上)〉，《法律評論雜誌》，第 68 卷第 10-12 期（12 月），頁 16-31。
- 21.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 期合刊（3 月），頁 13-27。
- 22.陳新民，2001，〈不法的平等—論平等原則拘束行政權之問題〉，收錄於陳新民著，《法治國家論》，學林。
- 23.陳新民，2002，《中華民國憲法釋論》，台北：作者自印。
- 24.黃仲夫，1987，《刑法精義》，台北：浩瀚。
- 25.黃俊杰，〈特別權力關係與國家賠償—評台北地院七一國〇一二及台灣高等法院七一上國十二民事判決〉，《月旦法學雜誌》，第 29 期，（1997 年 10 月），頁 118-125。
- 26.葉炳煌，2003，〈功績制文官考試制度之探討〉，《人事行政》，第 144 期，（6 月），頁 33-42。
- 27.廖元豪，1996，〈美國『種族優惠性差別待遇』（Racial Affirmative Action）合憲性之研究—兼論平等原則之真意〉，《東吳法律學報》，第九卷，第二期（8 月），頁 1-44。
- 28.廖元豪，2000，〈歐洲人權公約對平等權的保障—以歐洲人權法院判決為中心〉，《憲政時代》，二十五卷三期（1 月），頁 83-98。
- 29.劉建宏，2003，〈工作權〉，《法學講座》，第二十三期（11 月），頁 1-8。
- 30.劉得寬，1982，《民法總則》，台北：五南。
- 31.劉慶瑞、劉憶如，1999，《中華民國憲法要義》，台北：作者自印。
- 32.蔡良文，2003，《人事行政學—論現行考銓制度》，台北：五南。
- 33.蔡茂寅，1999，〈特別企劃：現代憲法論第六單元—平等權〉，《月旦法學雜誌》，第 46 期（3 月），頁 111-117。
- 34.鄭銘仁，1994，〈褫奪公權制度之檢討〉，《刑事法雜誌》，第 38 卷六期，（12 月），頁 59-73。
- 35.蘇永欽，1995，〈試釋違憲〉，《台大法學論叢》，第 24 卷 2 期，（6 月），頁 205-237。

英文部分

- 1.Krislov, Sumuel, and Rosenbloom, David H, 1981. *Representative Bureaucracy and the American Political System*. New York: Preager.

