

## 第十二章 特定犯罪前科者之就業歧視問題

「人人有從事工作的權利」是當代國際社會共同承認的人權保障內容，為《世界人權宣言》及《經濟、社會及文化公約》所明文承認。有一份正當而穩定的職業，不但能使自己和家人在物質上不虞匱乏，個人更可藉由從事生產，對社會貢獻一己之力。然而對於有犯罪前科而言，已經在監獄中為自己的犯錯服刑了，出獄之後多數的犯罪前科者還必須面對社會一般大眾對他們已經形成的刻板印象與歧視的態度，甚至是不公平待遇。然而，有某些特定犯罪前科的人，適不適合擔任公務人員？專技人員？是不是所有具有犯罪前科者都不適合？限制他們不能擔任公務員或專技人員，是不是對他們的就業歧視？這在我國社會未曾有系統的討論過。

### 第一節 有關犯罪前科規定限制應考資格是否造成犯罪前科者就業歧視

#### 壹、犯罪前科與就業歧視

對於犯罪前科者從事某些工作加以限制之情形，是否構成就業歧視？就業歧視如同前面三種情形，不論是年齡歧視、體格（身心障礙、身高）歧視、性別歧視，這三者有一個共同點，就是「與生俱來無法改變之事實」，換言之，也就是無法用自己的自由意志來加以控制、改變，因此如果雇主僅因為這些「與生俱來無法改變之事實」等因素不雇用某些員工，而不考慮其工作能力及該行業之性質，就構成就業歧視。因此，許多人認為，僅僅關於「與生俱來無法改變之事實」加以限制才構成就業歧視，其他情形對於工作權之限制，不構成就業歧視。國際勞工組織（ILO）對於就業歧視之明確宣示包括：基於種族、膚色、性別、宗教、政治

主張、血統或社會門閥等因素。<sup>1</sup>這裡面所強調的也大多數是「與生俱來無法改變之事實」，蓋一個人的種族牽涉到血統，這不是他自己能夠用自由意志來決定，膚色性別也來自天生，由父母之遺傳所決定，社會門閥是窮是富跟血統關係很大，剩下的宗教跟政治主張跟「與生俱來無法改變之事實」有何相關？蓋宗教在西方基督文明之社會或伊斯蘭社會乃是「與生俱來」之事實，西方基督文明之國家小孩一出生就被父母帶去受洗，日常生活受宗教重大影響；而在這些國家，宗教信仰往往影響一個人的政治主張，甚至許多政黨都是以宗教主張為該黨之核心價值，例如歐洲大陸許多基督民主黨。

犯罪前科限制工作是否造成就業歧視？以一個人曾經犯某些罪與否來加以限制其不能從事某些行業，一般觀念認為，人要不要犯罪乃是可以憑己意控制，因此透過教育及刑罰可以有效防範犯罪，其實跟是不是「與生俱來無法改變」無關，蓋目前並沒有顯著之證據證明「犯罪來自於遺傳」。

犯罪前科來限制某人不能從事某些工作，是否為就業歧視，所考慮的應該是下列重點「人犯錯之後會不會悔改」，一個人犯罪之後，他服刑之後，被放了出來，他是不是悔改了，其實存在一個人的內心，我們旁人無從得知，但是人類社會設置監獄，把某些犯錯的人隔離起來一段時間，又把這些人放出來，而不是選擇把所有犯罪的人跟社會永久的隔離，就是假設「人是理性的，人會自我反省」，否則國家不必設監獄，不必定刑法，大小犯罪一律跟社會永久隔離，因此，現代國家所承認的刑事政策基本假設是「人是會反省的」，因此將刑滿之人使其回歸社會，而不是藉由法律來施以「社會生活之制裁」。既然要使其能夠回歸社會，則必須要讓他可以工作維持生活，而不是限制其工作使其無法立

---

<sup>1</sup>焦興鎧，〈全球化與基本勞動人權之保障〉，《理論與政策》，第 67 期，(2004 年 1 月)，頁 86。

足於社會，需要靠國家之社會福利制度來照顧或是任其自生自滅。一旦喪失了工作的機會，也喪失了再次復歸社會之可能。當法律於犯錯者服滿刑期之後決定寬恕他們，道德的譴責卻如同冬季冷峻的寒風向他們直撲而來。

況且服過刑的人，前科紀錄會跟著他一輩子，他無法用自己的自由意志及以後之努力來改變他曾經犯罪服過刑的事實，前科紀錄雖非「與生俱來」雖不一定跟基因有關，但卻是「無法加以改變」的事實。「具犯罪前科者」之群體應受到憲法更多關愛的眼神，蓋現行法之種種規定使他們處於社會邊緣地位；他們不管在政治、經濟、社會或文化領域都是被漠視的一群。<sup>2</sup>因此，應符合給予「優惠性差別待遇」之條件。

## 貳、法制面分析

現行《公務人員考試法》(2001年12月26日修正通過)限制某些犯罪前科者不得報考公務人員，換言之，具有該等前科之人幾乎一輩子被剝奪擔任公務員之機會，形同剝奪其選擇從事很多種職業之權利，這些前科在《公務人員考試法》有下列三種：(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。

由法制面判斷這些前科限制是否會侵害到平等原則呢？也就是是否具有差別待遇，答案是肯定的，但是差別待遇是不是具有正當之目的，也就是限制犯罪前科者不能應考，要保護之公益何在？茲以公務人員考試為例，分析之。

### 一、以曾犯內亂外患罪來剝奪應考資格

國家為了執行其任務，必須選拔符合某種條件的國民，成為其為此所設置的「文官制度」的一份子，這些執行國家任務的文

<sup>2</sup>田仁杰，〈「具有犯罪前科者」之群體的平等權保障—從釋字第五八四號解釋之職業平等談起〉，《憲政時代》，第32卷第1期，2006年7月，頁75。

官，吾人習稱之為公務員。<sup>3</sup>以公務人員考試而言，法律明文規定曾犯「內亂、外患」罪者不能報考，亦即不得擔任公務人員，因此亦不能報考及擔任司法官，立法機關以法律明文規定有這兩種情形的不能報考，明顯存在差別待遇，換言之立法者訂立法律區分兩種人，一種是曾犯「內亂、外患」者，永久喪失報考資格；一種是沒有犯過內亂外患者，並未喪失報考資格，此為兩者之區別，然而這兩者都是人，也都是國民，這是其共同點，也都有選擇工作以維持生活之需要，這是兩者「可相提並論」之處，其差別待遇是否有正當性？由於公務人員（包括司法官）係執行國家任務，對國家負有忠實義務，前大法官吳庚說：「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」。他並認為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。<sup>4</sup>

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，國家若不存在則無法透過憲法之司法權制度設計來保障基本人權，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。

差別待遇目的具有正當性則必須檢視手段之合理性，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

<sup>3</sup>陳新民，〈論公務員之忠誠義務〉，《憲法基本權力之基本理論（下）》，台北：元照，2002年，頁140。

<sup>4</sup>吳庚，《行政法之理論與實用》，增訂七版，台北：三民，2001年，頁201-202。

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。<sup>5</sup> 舉例而言，以刑法一百一十一條規定之「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」？況且刑法褫奪公權之規定法官能於審判時衡酌實際犯罪之情狀決定是否宣告褫奪公權，但此處卻是由立法機關立法直接剝奪這些人永久應考試之權利，不論實際的情形，因此而永久剝奪他們選擇公務人員為職業之機會，造成對他們的就業歧視。

個人建議，《公務人員考試法》中，應將「內亂、外患」罪之限制應以詳細列出刑法分則哪些罪屬於公務人員「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，方為適當之手段。

## 二、以曾犯「貪污」罪永久褫奪公務員考試資格

依據公務人員考試法第七條：「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。」不得應考。

此處區別了「曾犯貪污」及「未曾犯貪污」來作為區別的標

<sup>5</sup>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。

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<sup>6</sup>。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」<sup>7</sup>，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。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，就永遠喪失報考司法官考試之機會，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，於考試法規中設定等同「永久褫奪考試資格」之限制，使其就業機會受到不公平對待。

### 三、褫奪公權尚未復權者

對國民的基本權保障而言，褫奪公權之處罰手段極為嚴重，蘊含許多問題。<sup>8</sup>刑法學者林山田甚至認為，出獄人是否具有公

<sup>6</sup>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。

<sup>7</sup>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。

<sup>8</sup>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。

務人員或公職候選人之資格，應規定在《公務員任用法》或《選舉法》，刑法並無必要規定，故他建議刪除刑法中褫奪公權之規定。<sup>9</sup>

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」？立法者立法時以法律區分兩種人，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」，依現行《中華民國刑法》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。」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<sup>10</sup>。前已言之，考試必須伴隨與配合任用，國家機關考選公務人員乃是在服務國家<sup>11</sup>，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

<sup>9</sup>林山田，〈刑法改革與刑事立法政策〉，《月旦法學雜誌》，第92期，（2003年1月），頁23。

<sup>10</sup>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。

<sup>11</sup>蔡良文，《人事行政學—論現行考銓制度》，台北：五南，2003年，頁192。

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<sup>12</sup>。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？

由性質觀之，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。三、追徵、追繳或抵償。」，從刑乃附隨於主刑而存在，本身不得獨立存在，且從刑不得重於主刑，目前為大多數刑事法學者所承認。

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<sup>13</sup>，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<sup>14</sup>。因此，罪刑法定主義下，犯怎樣的罪名應科以何種處罰，應該明文規定，何種行為，構成犯罪，應科以何種之刑，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，以保障個人權利<sup>15</sup>，不論主刑或從刑，皆有罪刑法定主義之適用。

我國刑法在有關於主刑的部分，對於何種行為符合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），但是在有關「褫奪公權」的部分，其「構成要件」是不夠明確的。<sup>16</sup>依據現行《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。宣告一年以上有期徒刑，依犯罪的

<sup>12</sup>黃仲夫，《刑法精義》，台北：浩瀚，1987年，頁216。

<sup>13</sup>劉慶瑞、劉憶如，《中華民國憲法要義》，台北：作者自印，1999年，頁74。

<sup>14</sup>李復甸、劉振鯤，《法學概論》，台北：大中國，1999年，頁247。

<sup>15</sup>黃仲夫，《刑法精義》，台北：浩瀚，1987年，頁10。

<sup>16</sup>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。

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」之精神，況且褫奪公權經宣告之後，沒有明確的復權規定，且易有從刑重於主刑之情形<sup>17</sup>，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，無法通過平等原則的檢視，屬於一種就業歧視措施。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二種公權，似有不妥<sup>18</sup>。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，以程度將二種公權加以區分，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，對屬人民基本權之職業選擇自由與就業平等權保障，較能發揮作用。

<sup>17</sup>張麗卿，同前註，頁 124-125。

<sup>18</sup>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

公務人員考試有個重要目的就是用人，並淘汰不適格人員。<sup>19</sup> 考試必伴隨任用，國家機關考選公務人員乃是在服務國家，<sup>20</sup> 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，民眾也期待公務人員具有優良品德，以忠實的依據法律來為民服務。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，但是是不是因這些缺陷，就必須剝奪其擔任公務人員連同專技人員之資格？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。<sup>21</sup> 然而，因犯罪被判刑而褫奪公權者是不是就完全不會改過自新，需要透過褫奪公權手段來預防其危害社會？這顯然與前述現代刑罰預防理論不符，也造成對犯罪前科者的就業歧視。

### 參、政策為何造成犯罪前科者就業歧視

目前有關於犯罪前科者不得應考資格之限制，乃是規定於《公務人員考試法》，其政策合法性的過程是沒有問題的，既然是合法經立法院通過之法律，並形成國家之政策，但是卻造成對某些犯罪前科者之就業歧視。

本文認為，追本溯源，最大的原因，乃是立法者立法之沿襲立法傳統而未經修正，相沿成習，蓋在 1986 年《公務人員考試法》制定時，草案之說明並無提及其限制前科者不得報考之立法理由，僅說明「本條係參照現行考試法第五條條文擬定」，<sup>22</sup> 而當時係廢止原《考試法》另訂新法，經查原《考試法》於 1929 年制定時，其消極應考資格限制為：「有反革命之行為經證實者、虧空公款尚未清償者、贓私處罰有案者。」<sup>23</sup> 及褫奪公權、破產

<sup>19</sup> 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。

<sup>20</sup> 蔡良文，《人事行政學—論現行考銓制度》，第二版，台北：五南，2003 年，頁 192。

<sup>21</sup> 黃仲夫，《刑法精義》，台北：浩瀚，1987 年，頁 216；張麗卿，《刑法總則理論與運用》，台北：神州，2002 年，頁 463。

<sup>22</sup> 立法院公報，第七十四卷，第一〇四期，院會紀錄，頁 19。

<sup>23</sup> 李震洲，〈公務人員考試法修正草案評析〉，《人事月刊》，第 33 卷 3 期，（2001 年），頁 68。

宣告、吸用鴉片等。<sup>24</sup> 和現行之規定不盡相同，但現有文獻仍然不足以了解當時限制之立法目的及理由。當《考試法》於 1946 年修正時，其第八條消極應考資格為：一、曾犯內亂罪、外患罪，經判刑確定者。二、曾服公務有貪污行為，經判刑確定者。三、褫奪公權尚未復權者。四、受禁治產宣告，尚未撤銷者。五、吸用鴉片及代用品者。<sup>25</sup> 較接近於目前之限制，但是當時亦不見立法理由之說明。也就是這些犯罪前科不得應考之限制，存在時間長者至少 70 餘年，短者至少 60 年時間。

這六七十年時間歷經數次修法，有關犯罪前科者不得應考之規定，幾乎未加以檢討，顯然立法院似乎認為這些前科限制是沒有問題而不需檢討，也就是承認立法傳統之延續，或許亦認為具有前述前科者，其職業選擇自由及就業機會平等權應該給予剝奪。或許因為我國至今並無將考試平等與就業歧視等問題併同思考，立法院沒有深刻思考這些立法傳統所形成之政策，是否造成就業歧視而產生如此結果。

這其實也牽涉到一個我國社會觀念之問題，即普遍認為有犯罪前科者就是「壞人」而其他就是「好人」，「壞人」既然做壞事為何需要給他們平等對待？因此不僅國家考試對於某些犯罪前科者報考設限，一般社會之企業、公司行號等，也對於有犯罪前科者求職給予諸多歧視，導致他們求職常碰壁，無法出獄之後在社會立足。因為社會觀念如此，認為犯了罪都是「壞人」、都不可原諒，立法院在修法之時，當然也不會特別去認為這些政策措施是導致造成犯罪前科者之就業歧視措施而加以檢討。

<sup>24</sup> 考試院，《中華民國考選制度》，台北：正中，1983 年，頁 64。

<sup>25</sup> 《總統府公報》，第 54 號，1948 年 7 月 21 日，第二版。

## 第二節 先進國家之經驗

本節乃是探討先進國家對於特定犯罪前科者之從事公職之限制經驗，由於美國並無統一之刑法法典，刑法乃由各州立法並執行，因此並沒有辦法統一看出美國之經驗為何，因此本節僅以日本、德國來加以討論。

### 壹、日本

日本稱褫奪公權為限制資格，所謂限制資格乃是指，對犯人社會生活上之權利及地位進行剝奪或限制。<sup>26</sup>並非由法院當做一種刑罰來宣告。

其實，日本在舊刑法中關於剝奪公權、停止公權、禁止經營財產等皆有規定屬於從刑，但是在現行刑法制訂之後，這些規定便不再規定於刑法而是轉移到各種特別法之中。因此在這些特別法之中便有了各種各樣為數眾多的限制資格之規定，例如屬於「必要的喪失資格之理由」有：1)、被處徒刑以上刑之人，到執行完畢或宣告不執行為止（包括被判緩期執行者在內），不能擔任國家公務員、地方公務員、法官、檢察官、律師、公證人等。<sup>27</sup>此乃相當合理之規定，蓋受刑人正受到刑罰之執行，身處監獄之中自無法執行上開職務自屬當然。2)、被處徒刑以上刑之人，其執行完畢，或不執行時，在一定期限內仍有可能不能擔任某些職務，例如二年內不得從事撰寫私法文書之職務，三年內不能擔任公議會計士。換言之，刑滿之後之資格限制最多三年，超過三年則不受限。

另外，亦有屬於「裁量的喪失資格事由」，例如被處罰金以上之刑的人，根據事實也有可能不能擔任醫師或藥師，或與「公職選舉法」相關者，有喪失選舉權和被選舉權以及停止公民權之制度；故意犯罪而被處以徒刑以上刑罰，尚未執行完畢，或被處

<sup>26</sup>張麗卿，頁 117。

<sup>27</sup>張麗卿，頁 118。

徒刑以上之刑法，尚未被宣告不執行者，以及由於特定的選舉犯罪而被處以罰金以上刑之人，都沒有選舉權和被選舉權。換言之，依據不同之犯罪性質其相關行業而被限制執行該相關行業之資格。

日本認為不應將限制資格規定在刑法上，限制資格在日本被認為是名譽刑的一種，所以要剝奪犯罪人的公民權是以迫不得已的社會報應感情為基礎。<sup>28</sup>日本的觀念認為，限制資格不僅意味否定受刑人的市民生活，也不利於防止受刑人再犯，因此，不能把限制資格之手段當做刑罰，只能在不限資格即有反覆同樣犯罪行為之可能時，才可以對受刑人之資格加以限制。

## 貳、德國

德國將褫奪公權之性質定位為「附隨後果」，換言之，除了刑罰之外，德國的刑法法典還規定了其他不同的法律後果，而這些法律後果之性質又不是「刑罰」，因此稱為「附隨後果」，也就是因為犯罪之刑罰所附隨產生之結果。

「附隨後果」主要有二：1)、是指「喪失公職資格、選舉權和投票權」(德國刑法第 45 條至 45 條 b)。2)、是德國刑法分則規定的「公開宣佈判決的權限」，以下僅就關於喪失公職資格、選舉權和投票權之情形說明之。

### (一) 喪失公職資格、選舉權和投票權之法律規定

依據德國刑法第 45 條：「因犯重罪受一年以上徒刑之宣告者，在五年內喪失擔任公職資格被選舉之資格，如法律有特別之規定，法院得剝奪受刑人第一項所稱之資格，其期間為二年以上五年以下。喪失擔任公職之權利者，同時喪失其已取得之法律地位和權利。如法律有特別之規定，法院得剝奪受刑人在公共事務中之選舉權或投票權，其期間為二年以上五年以下。」換言之，

---

<sup>28</sup> 同前註。

褫奪公權最少兩年最多五年。

本條是德國關於褫奪公權之基本規定，根據該條規定，法律地位之效果基礎是由於犯重罪被科處一年以上之徒刑，而且取決於判決中所宣告之刑罰，就算刑罰被宣告緩刑，「附隨後果」同樣發生。首先，會喪失擔任公職的資格，亦即擔任聯邦或邦或區官員的資格，且包括在公法中其他團體任職的資格，及做為公證人之地位。現任公職者，還會喪失其現在所擔任之公職。（第 45 條第 4 款）

關於「附隨後果」之宣告，法院應該依據何種要件來裁量、決定，德國之法律並未做規定，德國之實務上一般認為只有犯罪情節嚴重和具有特殊犯罪性質，將之剝奪擔任公職的資格和選舉權，只有在避免公眾因受判刑人繼續參與特定的公共生活，而會失去對國家機關之信任時，始可宣告上述之附隨後果。<sup>29</sup>

有關於「附隨後果」何時生效？德國法律規定乃是判決確定就生效，「附隨後果」之期間何時起算？德國之法律有明確之規定，由於本文不是專門探討刑法學之論文，因此不詳加介紹，原則上自刑期執行完畢之日起算。且對於「附隨後果」產生之後，被判刑人之資格或權利何時被恢復，德國刑法亦有明確規定，原則上是喪失資格或權利之期間已經過半，且預期受刑人將來不會再故意犯罪之時，由法院宣告。（刑法 45 條 b）

至於「附隨後果」是不是需要存在，目前德國也產生了許多爭論，特別是關於選舉權的喪失就存在有憲法上之疑慮，因為，德國基本法第 38 條第 2 項規定與民主原則連接在一起，保障人民的選舉權，而且基本法第 18 條也沒有規定選舉權可以剝奪，因此，很明顯的，「附隨後果」剝奪人民的選舉權是違背基本法的精神。<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup>張麗卿，頁 120。

<sup>30</sup>張麗卿，頁 121。

### 第三節 我國相關之訴願、判決及大法官解釋

#### 壹、可否提出訴訟來救濟

我國有關於特定犯罪前科者之就業歧視，是否可以透過訴訟程序，來加以救濟，可分成公領域跟私領域來加以探討。

就公領域而言，也就是國家機關的公務員召募過程，若給予某些特定前科者不得報考之規定，則此時具有此依特定前科者欲報考，則考試主辦機關必然給予「不准報名」之表示，在此時，考試主辦機關之此種表示，乃是屬於「行政處分」之性質，依據我國行政法制，此時認為權益被行政處分侵害之人，可以透過行政爭訟程序，以訴願及行政訴訟之方式逐級尋求救濟。

就私領域而言，專門職業技術人員之考試，不屬於公務員之招募過程，但是考試仍由國家機關之考選部主辦，若具有特定犯罪前科者，屬於《專技人員考試法》不得報考之身分時，欲報考者必然得到國家機關之考選部不准予報考之行政處分，因此亦可透過行政爭訟程序來救濟。

#### 貳、相關之案例

相關訴願如下：

##### 1)、彭志豪訴考選部案

本案乃是考試院訴願決定書（八九）考臺訴決字第○四四號

本案訴願人彭志豪因參加八十九年特種考試第一次司法人員考試四等考試監所管理員考試未獲錄取事件，不服考選部之行政處分，提起訴願。本案之事實乃考選部於口試時發現彭君於擔任公職期間涉嫌行賄罪，經函准臺灣桃園地方法院查復，訴願人因貪污等案件經判決處有期徒刑一年四個月，褫奪公權三年，緩刑三年，業於民國八十九年一月二十九日確定，並有該院八十七年度少連訴字第五三號判決書可稽。因此駁回訴願。考試院所持理由

乃認為貪污之前科本來就是屬於《公務人員考試法》所稱之不得應考之事由，考選部乃依法行政而未錄取彭君，並無不當。

目前所能夠查到的有關特定前科而被限制應考（錄取）資格之訴願案例就此一案，或許被褫奪公權或具有其他特定前科者因為這些前科標誌，而不願或不敢去報考公務人員考試或專技人員考試，或許認為反正去報名也沒用，就算能夠參加考試也不會被錄取，沒有去報名自然沒有不准報考或錄取之行政處分之存在，相對的訴願案就少。

相關行政法院裁判如下：

本案彭志豪後來不服訴願向台北高等行政法院提起訴訟，經台北高等行政法院判決彭志豪勝訴。

（一）裁判字號：89 年訴字 2797 號

（二）裁判日期：2001 年 8 月 1 日

裁判主文如下：訴願決定及原處分均撤銷。被告舉辦之八十九年特種考試第一次司法人員考試四等考試監所管理員考試應錄取原告。

裁判要旨：台北高等行政法院認為：按公務人員考試法第七條第二款所指「貪污行為」，是否包括刑法上瀆職罪章所有之犯罪，縱有爭議，惟刑法第一百二十二條第三項之行賄行為，性質上不屬於瀆職罪，其幫助或教唆者亦同，已經司法院大法官會議釋字第九十六號著有解釋，又「行賄行為」不論行賄人之身分如何，其性質均與貪污行為有別，不適用公務人員任用法第十五條第二款之規定，亦經司法院大法官會議釋字第一五八號著有解釋在案，故於刑法之瀆職罪章，內有委棄守地罪、收賄罪、行賄罪、枉法裁判罪……等等，惟其中行賄罪並不被認為係瀆職罪，於貪污治罪條例內有重大貪污行為、較重貪污行為、較輕貪污行為，唯獨將行賄罪另立專條，則行賄行為並非貪污行為，無論就

貪污治罪條例本身之規定或司法院大法官會議解釋均屬毫無疑義。因此以台北高等行政法院判決結果，認定考選部本身把行賄罪跟貪污行為做不當聯結，彭志豪所犯行賄罪不在《公務人員考試法》所列之貪污前科之內。

針對台北高等行政法院判決，考選部不服，向最高行政法院提出上訴，結果如下：<sup>31</sup>

(一) 裁判字號：91 年判字第 1957 號

(二) 裁判日期：民國 91 年 10 月 31 日

(三) 裁判主文：彭志豪勝訴

(四) 裁判要旨：查原判決業已敘明雖司法院大法官會議作成釋字第一五八號解釋係就《公務人員任用法》第十五條第二款（現修正為第二十八條第四款）之規定作成之解釋，惟該條之規定與《公務人員考試法》第七條第二款之規定內容完全相同，且依《公務人員考試法》第三條第二項規定，特種考試錄取人員僅取得申請舉辦特種考試機關及其所屬機關有關職務任用之資格，其位階顯較公務人員之任用為低，司法院大法官會議釋字第一五八號解釋對曾犯行賄罪者既已作成解釋認不適用公務人員任用法之規定，同理曾犯行賄罪者，亦不適用公務人員考試法第七條第二款之規定。

換言之，最高行政法院維持高等行政法院之見解，認為考選部對於行賄罪與貪污行為本身做了不當之聯結，因此判決考選部敗訴。

不過，這個案例是在尋求司法救濟「行賄罪」跟「貪污行為」是不是相同，也獲得勝訴，確保考生權益，但目前為止並沒有針對這些《公務人員考試法》之不得應考前科限制適不適當來尋求司法救濟，甚至請求大法官解釋。

<sup>31</sup> 司法院，《最高行政法院裁判要旨索引彙編 第三輯》，台北：司法院，(2005 年 12 月)，頁 603。

以法律來規定某些前科者不能從事某些工作，不僅在《公務人員考試法》中規定，其他尚有許多法律亦有類似的規定，其中有關《道路交通管理處罰條例》對計程車駕駛人執業資格之限制，也是以前科限制為主，規定某些前科者不能擔任計程車司機，針對此，有計程車司機因為被剝奪執業資格而尋求大法官救濟，大法官因而作出釋字 584 號解釋，雖然不是針對應考資格前科限制合憲與否的解釋，但是卻是以法律限制某些前科者工作權之解釋，頗值參考與探討，看看大法官對於「以法律限制某些前科者不得從事某些工作」的態度是如何？

#### 釋字 584 號解釋

解釋日期：2004 年 9 月 17 日

解釋文：人民之工作權為憲法第十五條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由。人民之職業與公共福祉有密切關係，故對於從事一定職業應具備之資格或其他要件，於符合憲法第二十三條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制。中華民國八十八年四月二十一日修正公布之道路交通管理處罰條例第三十七條第一項規定：「曾犯故意殺人、搶劫、搶奪、強盜、恐嚇取財、擄人勒贖或刑法第二百二十一條至第二百二十九條妨害性自主之罪，經判決罪刑確定者，不准辦理營業小客車駕駛人執業登記。」乃基於營業小客車營運及其駕駛人工作之特性，就駕駛人個人應具備之主觀條件，對人民職業選擇自由所為之限制，旨在保障乘客之安全，確保社會之治安，及增進營業小客車之職業信賴，與首開憲法意旨相符，於憲法第二十三條之規定，尚無抵觸。又營業小客車營運之管理，因各國國情與治安狀況而有不同。相關機關審酌曾犯上述之罪者，其累再犯比率偏高，及其對乘客安全可能之威脅，衡量乘客生命、身體安全等重要公益之維護，與人民選擇職業應具備主觀條件之限制，而就其選擇職

業之自由為合理之不同規定，與憲法第七條之平等原則，亦屬無違。惟以限制營業小客車駕駛人選擇職業之自由，作為保障乘客安全、預防犯罪之方法，乃基於現階段營業小客車管理制度所採取之不得已措施，但究屬人民職業選擇自由之限制，自應隨營業小客車管理，犯罪預防制度之發展或其他制度之健全，就其他較小限制替代措施之建立，隨時檢討改進；且若已有方法證明曾犯此等犯罪之人對乘客安全不具特別危險時，即應適時解除其駕駛營業小客車執業之限制，俾於維護公共福祉之範圍內，更能貫徹憲法人民工作權之保障及平等原則之意旨，併此指明。

依據釋字 584 號解釋，大法官認為「道交條例禁曾犯特定罪者駕計程車規定違憲？」的答案是否定的，也就是認為「以法律限制曾犯特定罪者駕計程車」的規定不違憲，不侵害人民之工作權及平等原則。但是並非所有大法官對此都採取一致的意見，分別有許宗力大法官提出《協同意見書》、林子儀及許玉秀大法官提出《不同意見書》，分別對於解釋提出各自部分或全部不同之觀點。

以前述平等原則的檢驗步驟來看，法律區分「曾犯特定罪者」與「不曾犯特定罪者」來作為區別是不是能從事計程車這種行業的限制標準，被區分的這兩者到底有何相同或不同？其不同點就在於是否有「法定特殊前科」？而相同點就在於兩者都是人，都具有「工作獲得報酬以求生活」的人類基本需求。

就「從事計程車業」的工作要求來說，需要的是良好的駕駛技術，能夠遵守道路交通安全規則，確保車上的乘客能平安到達目的地及路上的人車都能平安不致發生車禍，計程車駕駛工作本身的特質在此，工作上重要的是「駕駛技術好不好」及「能不能遵守交通規則而平安行車」，是不是具有《道路交通管理處罰條例》第 37 條之前科，對於計程車駕駛的工作性質而

言，並不是那麼重要。「駕駛技術好不好」這很難判斷，但是可以由「是不是具有駕駛執照」來合理推論計程車駕駛具有「合法」且「國家認證」的基本駕駛技術。然而，很遺憾的，釋字584號解釋對於平等權的審查，仍舊以「合理之不同規定」的萬用公式帶過幾乎不見其理由的闡述，令人無法信服。<sup>32</sup>

個人無法贊同大法官多數意見認為的合憲解釋，蓋計程車開在路上，其對於「公益」可能的危害，並不是主要對於搭乘的乘客是不是可能被「性侵或搶奪等」危害。蓋計程車雖屬大眾運輸業，但是並非絕大多數人都會天天搭計程車，搭計程車是一種「趕時間」不得不的措施，因為對大多數人的經驗而言，計程車費率是遠遠高於公車或捷運等大眾運輸系統，因此搭計程車其實是少數人的不得不的特殊需求，但是計程車開在路上，對於公益的較大危害乃在於行車時候，同時間、同地點出現在路上的其他不特定人、車，蓋若計程車超速、酒駕、蛇行、任意變換車道等「危險駕駛」之行為，有極大之可能會造成計程車附近出現的不特定人、車的死傷，因此計程車駕駛是不是超速？是不是駕駛酒後駕車？是不是蛇行？這些行為對於車上乘客及車外的其他人、車的生命財產危害性遠大於「是不是具有某些特定前科」對於公益所造成的危害，如果要終生禁止從事「計程車工作」則應該是禁止曾有危險駕駛的紀錄的計程車駕駛，而非「具有特定前科」的計程車駕駛。

具有特定前科」的計程車駕駛對於公益固然有危害，但其危害性遠小於超速、酒駕、蛇行等危險駕駛之行為，因此大法官沒有充分的考慮「工作的特性」與「公益的危害性」而做成合憲解釋，本文認為，依據平等原則的分析步驟，這些「特定前科」終生不得從事計程車駕駛工作的限制對於公益的危害性

<sup>32</sup> 田仁杰，〈「具有犯罪前科者」之群體的平等權保障—從釋字第五八四號解釋之職業平等談起〉，《憲政時代》，第32卷第1期，2006年7月，頁74。

還沒有超速、酒駕、蛇行等危險駕駛來的大，因此只禁止《道路交通管理處罰條例》37條所列舉之前科終身不得擔任計程車司機，而不禁止有超速、酒駕、蛇行等危險駕駛紀錄者終身不得擔任計程車駕駛，乃是「不適當」的限制。應該認為是違憲的條文。學者李惠宗亦認為，本案採取「合憲性解釋」作為「現階段」合理化禁止有特定前科之人終身從事計程車職業，並不恰當。<sup>33</sup>他同時認為不論是從比例原則或平等原則來看，此種制度都通不過檢驗。<sup>34</sup>

#### 第四節 先進國家經驗之啟示

日本德國對於褫奪公權制度有不同之作法，德國有關褫奪公權之規定較類似於我國，但兩國制度仍有相當之不同。

日本之褫奪公權稱為資格限制，其限制資格以公職方面而言，有國家公務員、地方公務員、法官、檢察官、律師等，這些被限制資格的時間乃是被處徒刑以上刑的人，到執行完畢或宣告不執行為止，換言之，執行完畢之後不再剝奪擔任公務員之資格。另有一種是被處徒刑以上刑的人，到執行完畢或宣告不執行，之後再額外限制其資格最長為三年。

德國將褫奪公權稱為「附隨後果」，隨著犯罪的性質不同而有不同的剝奪權利及資格的規定。例如犯重罪受一年以上徒刑之宣告者及當然喪失公權五年；如果其他法律有喪失公權之特別規定，得宣告喪失公權兩年以上五年以下，對於已經矯治而認為沒有必要繼續褫奪公權之人，亦設有回復權利之規定。

反觀我國，目前有關有期褫奪公權的期限是一年以上十年以下，且沒有復權之相關規定，我國有關於褫奪公權之期間，明顯高於日本跟德國甚多。而且褫奪公權依據我國刑法乃是剝奪擔任

<sup>33</sup>李惠宗，〈職業自由主觀要素之違憲審查—司法院大法官釋字第五八四號解釋評析〉，《憲政時代》，第30卷3期，2005年1月，頁286-287。

<sup>34</sup>同前註，頁287。

1)、公務員之資格。2)、公職候選人的資格。依據「明示其一，排除其他」之解釋方式，除此之外擔任其他職務不屬公權自然不在被褫奪之列，然而，我國除公務員資格及公職候選人資格之外，在《專技人員考試法》中對於擔任專技人員之可能性亦予以褫奪，則明顯過度擴張了褫奪公權之範圍，使被褫奪公權者連職業選擇之自由都沒有，這對照日本、德國，我國褫奪公權禁止參加的考試範圍失之過寬。

況且、受褫奪公權尚未復權者，不僅無法擔任公務人員、專技人員考試無法應考而被剝奪其選擇以專門職業技術人員為工作來維生之自由，同時，依各有關之法規，更被限制為特定之執業。例如《工業團體法》規定不得為工業團體之會員代表；《合作社法》規定不得為合作社之社員，《私立學校法》規定不得為私立學校董事，《農會法》規定不得為農會會員；《漁業法》規定不得為漁會會員等，同時若因「內亂、外患」或「貪污、瀆職」經判刑確定，就算沒有被褫奪公權，也依各該法律終身不得擔任前述職務。

我國被褫奪公權者不僅不能擔任公職、公務員、專技人員連上述之資格也失去，形成對其職業選擇自由之剝奪，「人人皆應有工作之權利」乃《世界人權宣言》所明文規定，然而在我國被褫奪公權者被剝奪的乃是職業選擇自由權而非僅僅是公權，明顯跟憲法 152 條規定：「人民有工作能力者，國家應給予適當之工作機會」不符合。

更嚴重者，依據「明示其一，排除其他」之法學解釋方式，沒有被褫奪公權者，不應該被剝奪擔任公務員之資格，換言之，也就是既然沒有被褫奪公權，則代表該人能夠參加公務員考試進而取得公務員資格成為國家之公務員，然而，就我國現行《公務人員考試法》規定，除了「褫奪公權尚未復權者外」，有兩種特

定前科之受刑人是不論有沒有被褫奪公權？被宣告褫奪公權之期間多久？都終身禁止參與公務員考試，這兩種特定前科包括「內亂、外患」及「貪污」，若認為這兩種前科者不適合擔任公務員，則應該於刑法中強制規定這兩種前科者終身褫奪公權，如此自然不能報考，而不應在考試之法律、法規中，擴張褫奪公權的範圍，使沒有被宣告褫奪公權者因為《考試法》之不當擴張而失去擔任公務員之機會。

我國褫奪公權之內容已經過於廣泛，其實對於特定之犯罪前科者回歸社會相當不利，蓋其出獄要回歸社會，卻發現因為褫奪公權之緣故，許多工作都不能做，而這些工作跟公權之內容無關，卻剝奪其職業選擇自由，對這些過度擴張褫奪公權內容之規定，應速加以檢討修正。

## 第五節 小結

特定犯罪前科者之就業歧視而言，不能僅因為某人具有某樣犯罪前科，即認為該人不適合從事某些工作，目前對犯罪前科者所為之考試限制措施，必須要有其欲保護之公益存在。且對於特定犯罪前科者給予永久不得報考國家考試之限制，乃是根本從觀念上認為，有這些犯罪前科者是不會悔改、不會改正其行為，而需要將他們從某些工作中隔離，使其不再危害社會，但是，這樣之觀念跟思考，並不符合現代之刑法思潮。況且相關規定之不合理處已如前述，因此這些措施也是不合理的差別待遇措施。

跟日、德的經驗比起來，我國的褫奪公權範圍均較日、德兩國時間長且範圍大。有關特定犯罪前科者之就業歧視問題，目前我國尚無相關之利益團體加以鼓吹認為是不合法，需要重新加以檢討，也因為沒有利益團體之鼓吹，使社會觀念仍然無法形成足以要求國會重新檢討這些立法不當措施之氣氛與壓力，因此長久

以來這些不合理措施一直存在，被視為理所當然，而沒有被檢討過，不過，這些不合理之差別待遇應該需要加以檢討以保護犯罪前科者之就業權利。蓋有犯罪前科者也都是人，凡是人都需要工作維持生活，因此其就業之權利及選擇職業之權利也應該加以保護不應被任意的擴張限制。

我國現行法律對有前科者的從事公職的禁止，應當說就社會通念來說是不無道理，但也存在一些問題。主要的問題是法律不區分有前科者所犯前罪的種類與性質，也不考慮有前科者所犯前罪與其職業的關係，從而導致禁止面過寬。本文認為是應該對有前科者從事公務員進行一定的限制，但要根據其所曾犯罪的種類與性質來做不同的限制，並非只以概括的例如「內亂」、「外患」罪等來加以限制，應更仔細對於目前內亂外患罪之內容加以釐清，哪些是屬於真正忠誠義務之範圍而需要在公務人員考試中加以限制的。

就業歧視是有前科者面臨的主要問題，能否找到工作，常常決定有前科者能否開始新的生活。就業與否不僅是生活的物質基礎也是婚姻等問題的必要條件，因而成功就業是有前科者能否真正恢復社會地位，再社會化成功的重要標誌。在目前那麼多的沒有犯罪的人失業的情況下，有前科者的就業困難無疑就更大了。一些有前科者出獄後就業遭挫，從而很容易失去信心並產生逆反心理、冒險心理，舊病復發，又重新滑向犯罪的深淵。因此，國家在規定對有前科者的從業禁止的同時，是不是也應當在有前科者的就業問題上採取更積極的政策和措施呢？這不僅是人道主義的要求，也是防止有前科者重新犯罪必不可少的。

