

第十三章 結論

第一節 研究發現

壹、我國目前考試權實際運作之問題

本文透過政治學之途徑分析之結果發現我國現行實際之運作是行政權凌駕考試權，並非如法制上所顯示是兩者平行同為最高機關，換言之，「考用配合」之下因為「任用考試」的制度設計，形成「任用需求領考考選」的結果。

世界各國之公務人員考試皆置於最高行政機關之下，並非獨立於最高行政機關之外之另一個不相統屬之最高考試機關來辦理，我國雖然考試院依據憲法規定為最高考試機關，不隸屬於行政院之下，但是實際運作之結果，已如前述。

由於官僚組織設官分職，且執行絕大多數政務，多數公務人員皆在行政機關掌握之下，「任用考試」之制度設計，因為配合分發之結果，「一個蘿蔔一個坑」的任用情形，考選單位無法不跟用人之行政機關配合而獨自舉辦公務人員考試，因為實際之情形考試舉辦必須配合用人機關之需求，考試單位只負責舉辦考試，因此實際上之任用計畫及考試計畫乃由行政院及用人機關所提出，因此有關於「公務人員國家考試應考資格限制是不是造成就業歧視」，公務部門之招募歧視問題，根源不是考選機關，而在請辦考試之用人機關之態度。

本文認為我國公務人員考試應改採「資格考試」之制度設計，理由如下：

(一) 歷史的經驗而言，我國古代考試都是資格考試，考試及格者並非人人都予以分發任職，因此，資格考試可以讓考選機關，依據成績高低，自行決定擇優錄取，不必配合用人機關人數需求，而「任用考試」之制度選擇下，考試與錄取，充分受到用人需求之控制，不能由考選機關依據成績高低自行決定擇優錄取與否，個人認為，「資格考試」的採行其實有助於提升考選單位在公

務人員考試之錄取人數及錄取分數之自主決定權，不必處處遷就用人機關的缺額來錄取，對於提升考試權之地位，應有相當程度之助益。

況且不論報考人數多寡、考試成績高低，必須按照用人機關缺額之人數錄取然後予以分發任職，其實有違「考試取才擇優錄取」之宗旨，舉例而言，民國77年、78年間，台灣地區股市狂飆衝破12000點，當時幾乎沒有人願意擔任公務人員，公務人員高普考在當時曾經創下超過百分之十的錄取率，遠遠高出高普考試通常之錄取率（約3%~5%）數倍，當時以「任用考試」之制度主導，不得已要錄取那麼多人並分發任職，只好以降低錄取分數之方式因應，則如此類似民國77、78年之狀況，降低錄取標準配合任用需求的結果，「考試」是不是選拔出適合用人機關需求之人才？頗值懷疑。

（二）就先進國家經驗而言，我國其實非常不適合採行「任用考試」之制度。蓋以採用公務人員考試「任用考試」之英國與德國為例，英國的公務人員考試應考資格均與教育制度密切配合，考試內容亦為學校所傳授之課程。¹而德國之聯邦公務人員考試，也是考試本身與教育制度密切配合，甚至低及職、中級職、上級職之公務人員考試第一試以學校之畢業考試取代。²考試結合學校教育理論與實務並重，乃「任用考試」制度國家之一大特色，然我國之公務人員高普考試，並未與教育制度密切結合，甚至高普特考有許多類科的公務人員考試是不要求畢業科系的，只要是學歷符合，哪個科系畢業都可以報考，既然不要求科系，就會發生在學校完全沒學過的科目考試也會考，所學專長跟報考類科不相關之問題，此時只要考的上，就可以分發從事相關工作。以本

¹ 許濱松，《各國人事制度》，台北：中華電視公司，2001年，頁8。

² 同前註，頁639。

人之妻為例，大學乃哲學系畢業、碩士班就讀大眾傳播相關，報考高考「社會行政」類科，有幸獲得錄取成為正式公務人員，卻跟她大學、碩士階段的所學毫不相關。這樣的情形，既然我國公務人員考試跟教育制度本身並無一定之密切相關性，跟採「任用考試」國家之情形不同，似不宜採用「任用考試」之制度設計。

本文的發現，建議我國國家考試朝向「資格考試」之方向修正，如此在錄取人數的多寡考選單位可以自行依分數高低決定錄取人數數量，不必強制一定要配合運用之需求，且可以較寬鬆的設計應考資格限制，參考歷史的經驗及先進國家之作法，本文認為「資格考試」的設計方式是可以考慮之方向。也可以降低用人機關在考試用人過程中的角色影響力，提高考選機關對考試過程的實質影響力。

貳、應考資格限制與職業選擇自由密切相關應全面加以檢討

應考試權之內涵，與人民職業選擇自由密切相關，人參加考試，無非是想取得資格以執行某些業務，只是，他考上了取得資格固然可以從事特定工作，但他若不想考試或沒有通過考試，不能從事特定工作，他也不會因此而影響到他的生活，因此，參加考試與否本身就是一種職業選擇之過程，基於人性尊嚴之觀點，要不要參加考試、能不能參加考試、參加何種考試，其實都牽涉到個人決定選擇某一種行業來從事，並且維持其生活之活動。只是，這些行業有「門檻」限制，必須通過考試才能從事這些行業，公務人員及專門技術人員就是屬於這些有門檻之工作。參加這類考試，除了取得資格以外，對個人來說，也是自我實現及開發生命價值之過程。

許玉秀大法官於釋字 584 號解釋不同意見書嘗言：職業當然是從社會分工的需求而產生的，但在沒有社會分工的需求之前，每個人都有求生存、開發生命價值的基本本能，每個人為了謀生存而反覆實施

的活動，就是職業的前身，從生命的絕對價值觀而言，這種意義下的職業，甚至是基本的生命任務。換言之，應該可以說，職業的本質就是個人藉以安身立命的生命活動。那麼，安身立命又是什麼？不外乎能生存、能發展生命的價值。如果從個人安身立命的基礎審視職業自由，則職業自由的第一個密切關係應該發生在人格發展自由，而不是公共福祉。

既然職業為個人安身立命的基礎，則職業自由影響個人終身生活的發展甚鉅，甚至包括私領域和公領域的發展，職業自由都扮演著決定性的關鍵作用，沒有職業自由，連個人的生存都可能發生問題。

限制應考資格其實等於限制一個人能不能參加考試與能不能從事該工作，因此，限制應考資格之目的，並不在於給考選行政機關，辦理考試事務之方便，而是在於透過應考資格限制，使得真正具有能力，適合從事該工作的人能事先被篩選出來，進而透過考試為國家所用，為人民服務。

參加國家考試，藉以取得國家給予之工作資格之認證，其實乃是人民基於其自由意志，選擇從事哪些工作之先行程序，畢竟，有許許多多之工作，是沒有經過國家機關之資格認證，就無法從事的。

本文研究發現應考資格限制既然跟人民之職業選擇自由密切相關，則有關於應考資格之限制實乃對於職業選擇自由加以限制，因此除非有某些需要保護之公共利益存在，否則在法治國原則下，是不能由國家機關任意加以限制的。

參、中華民國憲法對工作權之保障範圍

工作權是個人藉以維持生存，取得必要資源之基本權利。工作權因此成為一種基本權而被加以保護，在現代國家皆被強調，蓋不如此不足以保護人民之生存。

我國憲法 152 條賦予國家機關義務，就是人民有工作能力

者，國家應給予適當之工作機會，「具有工作能力」乃是可以獨立自主依據自身自由意志來決定從事工作的人。「適當的工作機會」之定義為何？憲法沒有加以明確規定其內容，必須由立法機關立法加以定義，但是提及「適當」就牽涉到比例原則之適當性，所謂「目的」跟「手段」之關係，也就是採取的手段是不是有助目的之達成，且必須考慮到「人性尊嚴」及「自我實現」，換言之，立法機關在決定「哪些人沒有工作能力」？「哪些人適合從事哪些工作」？「哪些人不能從事哪些工作」？都必須基於「人性尊嚴」及「自我實現」依據比例原則來考慮限制人民的工作權是不是適當。換言之如果一個人基於自由意志，欲選擇從事某「他認為適當」之工作，則立法機關要限制他不能從事這個工作，必須要考慮限制的目的為何？採行的手段是否有助達成此目的？方能加以限制。

《中華民國憲法》第 15 條規定：「人民之工作權應予保障」，工作權內容包括職業選擇自由、就業機會均等、積極的工作獲得、消極的工作獲得等權利，其中我國憲法 152 條把積極的工作獲得權特別強調，也就是對於工作權之特別保護，國家機關有義務去實現人民積極的工作獲得權，因此，本文所論述之應考資格限制，既然跟工作資格之取得密切相關，而國家考試應考資格限制牽涉到對人民「職業選擇自由」、「就業機會均等」、「積極地工作獲得」等權，因此本文後續將從這三方面探討國家考試應考資格限制是不是會造成就業歧視。

肆、平等原則之「差別待遇」之真意

本文發現，日本學者伊藤正己，認為司法機關在實施平等原則之違憲審查時，必須注意下列四個要件：首先，需有事實上差異存在；其次，須基於正當目的，所為之不平等差異；其三，須經認定有適用不平等差異之需要；最後，不平等差異之態樣、程

度須為社會概念所能接納之範圍。³ 較接近於本文前章中提出的平等原則檢驗程序，本文認為，因此雖然國家立法機關有權立法給予差別對待，但是差別對待之目的若不是使「社會天生不平等」趨近平等

，則差別待遇即不具有正當目的，換言之差別待遇之「政策目的」乃是在使「天生不平等趨近平等」。

平等原則所謂的差別待遇應該只能限於「優惠性差別待遇措施」，換言之，對於社會經濟地位較不利之人、身心障礙之人因「社會天生之不平等」國家機關應該給予優惠措施，因此所謂的合理差別對待，應該是給予社會上較弱勢的人保護扶助措施使他們能夠跟正常的一般人基於「公平的機會均等」來競爭的措施。因此，本文認為，對社會地位較不利者、身心障礙者，給予「差別待遇」僅限於「優惠之差別待遇」才是符合平等原則之差別待遇措施，而限制社會地位較不利者、身心障礙者不得從事某些人類社會活動之「不利差別對待」並不符合平等原則，從而這樣的差別待遇措施就是不平等的差別對待。

伍、平等原則檢驗步驟與程序之問題

我國目前通說多採用比例原則來分析平等原則，以比例原則之最小侵害來導出平等原則之「合理的差別對待」，最小侵害是不是就等同於「合理的差別對待」？個人認為尚值得討論，特別是有關於限制某些特殊障別身心障礙者不得報考公務人員或男女性分定錄取名額等措施，目前侵害範圍都很小，雖然合乎最小侵害原則但這種「排除規定」是否就是大法官所謂「合理的差別對待」或「實質平等」？因此個人認為現行通說仍有需要加以補充的地方，才能做出更合乎「是否平等」之判斷。

個人認為平等原則應按照如下步驟審查：首先，必須判斷國

³同前註，頁 139-140

家機關之行為是否有差別待遇存在？若有差別待遇並不代表即違反平等原則。其次，要判斷國家機關給予差別待遇這幾方中是否有差異？若有差異，則差異何在？兩者有無相同點？若有，相同何在？最後，判斷這些差異在立法目的上是否具有「重要性」以及相同之處在立法目的上為何不重要？換言之，國家機關是否予以恣意差別待遇？是否反而應給予「優惠性措施」？乃成為判斷平等原則之重要程序。

陸、我國司法實務無法保障人民平等應考試權之問題

就前述之分析，可以發現我國大法官對於憲法之平等原則之檢驗程序與步驟及應考試權之保障範圍，從未加以釐清，甚至誤用比例原則來分析平等原則，使長久以來，我國對於人民平等應考試權無法真正加以落實保障，而我國法學界及政治學界對於平等原則是否遭受國家公權力措施或立法行為侵害之檢驗，長久以來也處於模糊之現象，法學者慣常用比例原則之最小侵害及所導出的禁止恣意來檢驗，而政治學界則常用 John Rawls 之正義原則來分析，在沒有有效且一致的檢驗步驟與方式下，常造成公說公有理之情形，對於平等原則之保護亦無助益。本文認為應將平等原則之檢驗步驟一致化，才能有效判斷相關規範是否符合平等？

綜觀我國大法官關於應考試權及平等原則的解釋可知，1) 沒有說明應考試權平等之內涵為何，並且未將應考試與職業選擇自由及就業保障之問題連結思考，不清楚加以連結其實無法知道是否應考試權被侵害其實是職業選擇自由及就業平等權利之侵害。2) 大法官在保障人民之應考試平等方面雖有進步，但對於平等原則卻無統一的檢驗方法，甚至用比例原則來審查平等原則。3) 大法官一直強調基於「事實上需要」及「舉辦考試」之目的，依法對於應考試權能給予適當的限制，但是對於何謂「事實上需要」？何謂「舉辦考試之目的」都沒有明確加以說明與論證，致使用人

機關認為「有需要」並找出的「理由」就能對應考資格加以限制，但卻忽略要限制應考資格必須有需要被保護之公益存在，也就是限制個人權利乃是基於保護公益之理由，換言之，大法官根本就忽略公益原則之考量，導致司法實務無法真正給予權利被限制者適當救濟。

柒、我國應考資格限制在運作上面臨四大平等問題

我國國家考試應考資格限制，如前所述，運作上會造成四大問題：中高齡就業歧視、身心障者就業歧視、犯罪前科者就業歧視、女性就業歧視等問題。這四大問題所造成之差別待遇，依據平等原則之判斷步驟，可以得知這四大問題都違反了就業機會平等原則，我國國家考試應考資格限制之政策，造成了就業歧視。

這其中，男女平權之問題，已經逐步獲得解決，國家考試對於性別歧視之限男性報考或分定男女錄取名額之措施，已經逐步刪除廢止之中，這要歸功於利益團體不斷鼓吹、遊說，及考選單位之努力促使社會大眾重視性別平等之問題，進而影響國會之立法通過《兩性工作平等法》及考選機關逐步廢止不合理之性別歧視規定，但是目前仍有特種考試（基層行政警察）類科採取男女分定錄取名額之性別就業歧視規定。

有關身心障礙者就業歧視之問題，雖然已有《身心障礙者保護法》規範並強制規定應僱用、晉用一定比例之身心障礙人士，但是或許受限於社會之觀念，普遍認為身心障礙者工作能力不佳或學習不良，至目前為止，《身心障礙保護法》有關身心障礙工作保護方面實施成效不良，包括國家考試之特種考試方面，仍然有許多有關於體格檢查之標準，使許多障別之特殊身心障礙者，無法參加某些類科之國家考試，而就其能力實力與一般人相競爭，證明他們有同等擔任該職務之能力。相當令人遺憾。在這方面，

雖然亦有身心障礙者保護之團體加以鼓吹，顯然社會觀念改變有限。

有關於中高齡就業歧視之問題，在我國目前仍無相關法令規範對中高齡給予就業保護，禁止以年齡歧視之情形下，社會之觀念普遍也還沒有能夠認為年齡歧視是一種嚴重的問題，因此長久以來不管是政府機關考試或民間機構之徵才，所為之年齡上限限制報考之措施，並沒有被提出來檢討，更不被認為是迫切需要解決之問題，但是，中高齡就業歧視之規定，本身就無法符合平等原則，也沒有因為年齡上限而值得保護之公益，換言之，並不會因為中高齡報考公務員而使公益受到危害，因此這些限制之措施是不符合平等原則之不合理差別待遇，應該提出加以檢討解決，以保護中高齡就業者之權利。

而以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，有過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。

由於仍有這四大就業不平等問題存在，因此我國應考資格限制必須加以適切之檢討，使得政策更能消弭就業歧視。

捌、先進國家對於就業歧視之解決值得我國借鏡

美、日、德等民主先進國家，對於工作權之保護及消弭就業歧視之努力，乃是值得我國借鏡與學習的。不論是年齡歧視、體格檢查之歧視、性別歧視等，美、日、德這三國對於這三種就業歧視之問題，都已經有相當的成果與數十年之經驗，因此可作

為我國日後修法、立法之參考。畢竟除了性別歧視之改善，我國國家考試目前較有成效之外，不論是年齡歧視、體格檢查歧視（身心障礙及身高），我國國家考試目前有關於這兩者之就業歧視，考選機關仍然認為自己沒有錯誤而不認為應加以檢討修正。其實以先進國家之經驗來看，這兩者亦應該立法禁止為就業歧視。

至於特定犯罪前科者之就業歧視，仍應該參考日本德國有關於褫奪公權之相關規定，加以修正。如此方能實現人民工作權之保障。

玖、權利受侵害者應能有效加以司法救濟以符法治國原則

有權利侵害必有救濟，乃憲法上不易的鐵則，亦為法治國原則之基本內涵。⁴ 既然上述應考資格限制會造成四大就業平等問題，這些人的就業權被歧視，則此限制應考資格之政策所造成之差別待遇，必然對於人民之權利有所侵害，必須能加以司法救濟。

很遺憾的，如前所述，我國目前司法實務對於應考試權之「保障範圍」並沒有清楚釐清，對平等原則的解釋所採用之方法與步驟大法官也沒有前後一致的標準，以至於司法實務上對於人民之平等應考試權之維護採取寬鬆之審查基準，以至於立法行為或考選機關之公權力措施，對於應考資格及應考試權所為之限制，幾乎都被認為是符合平等原則而不需加以修正，致人民之平等應考試權無法用司法實務之救濟方式來獲得保障。前大法官吳庚曾指出，我國大法官對考試機關發布有關實施考試之法規，其合法性向採較寬鬆之審查密度（基準）：有關考試的各種法規命令、行政規則或附屬規定，或者涉及用人機關業務需要、或者屬細節性技術性規範，行政法院或大法官趨向採較寬的審查尺度。⁵ 寬鬆審查的結果，自然容易獲得合憲解釋之結果。

⁴ 黃俊杰，〈特別權力關係與國家賠償—評台北地院七一國0一二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。

⁵ 吳庚，《憲法的解釋與適用》，第三版，台北：作者自印，2004年，頁304-305

原本依據正常程序，前述權利受侵害之人，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。

然而因為我國大法官之解釋無法保障人民在國家考試之應考資格限制下免受就業歧視，致使前述救濟方式救濟之結果，仍然無法有效維護人民之工作權利。

拾、有關限制應考資格造成的四大不平等問題政策上應加以修正

本文發現，我國國家考試應考資格會造成這四大不平等問題，根源在於行政及立法機關對於法治國原則下之「國會保留」原則之忽視，蓋上述四大就業歧視問題中，除犯罪前科限制乃法有明文規定，形式上符合「國會保留原則」之外，有關於中高齡就業歧視、身心障礙就業歧視、及性別就業歧視等相關之應考資格限制，皆未經有立法權之立法院立法明文通過，而是以國會授權之方式授權行政機關決定，但是這些授權卻沒有符合「授權明確性」之要求，而導致行政機關基於空白授權任意形成政策。

就算是犯罪前科者限制，本身雖然符合形式上之國會保留原則，但究其實質，卻是沿襲自六七十年前之立法，立法機關沿襲這些傳統，沒有隨時代變遷而檢討修正其內容，形成國會之怠惰。

不論何種情形，若認為上述應考資格限制之「事前篩選措施」仍有必要存在的話，國家機關應積極加以檢討如何能夠透過法治國原則來解決這四大就業平等問題，避免因為應考資格限制造成就業之歧視，以達到法治國原則下對人權之保護。如果國家機關檢討之結果無法用法治國原則來解決應考資格限制所造成之四大

不平等問題，那政策上即應主動將這些造成就業歧視之應考資格限制措施加以檢討。

第二節 研究建議與結語

我國有關「公務門招募過程」之考試所產生之就業歧視問題，目前尚屬於待開發待研究之領域，期望日後能有更多人投入這個領域之研究，本文只是提出目前存在之現象與實際問題，但是仍有許多法制上問題有待解決。

公部門所造之就業歧視，由於牽涉到行政法上之「行政處分」，可以用訴願及行政訴訟手段加以救濟，但是目前由於用領導考之實際運作結果，考選機關針對年齡上限不准報考之處分、對於體格檢查規定不合格不得錄取之處分等，雖然做成處分機關是考選部，依我國目前之行政訴訟程序應向考選部提出訴願，但是這些行政處分，考試單位乃是依據用人機關需要所會銜訂定，卻只由考試單位來承擔訴願之責？用人機關卻不用承擔訴願責任，這個問題本文前已提出，但是有待後續研究者繼續探討，要用如何之方式，才能確實使用人機關擔負法制上應負之責任？否則以行政訴訟手段無法保障在考試中的人民基本權，公務人員考試中的就業歧視問題形同無解？要如何使我國的考試單位不是只變成代替行政機關辦理考試之單位？如何使最高考試機關名實相符，對於考試事務有實際決策權？或是考用關係彼此應如何互動與建立？都尚有待開發、研究。

有關人民應考試權限制跟就業平等之問題關聯性為何，在國內仍然是個需要開發之領域，相關研究幾乎由考試權之角度來加以探討，由工作權角度切入的有如鳳毛麟角，在「人權立國」聲浪高漲下，有關應考試權限制及就業歧視之關聯的研究更應該清楚釐清其性質，否則，錯誤的理解無助於人權保障之與時俱進，反而造成似是而非的錯誤認知。

我國公務人員國家考試每年皆有數十萬人參加，公務人員高普考每年大約皆有十萬人報考，至於其他各類科之特種考試也有合計數萬人報考，考試種類亦非常眾多，應考資格的限制，牽動許多人是否能參加考試取得公務人員任用資格，不當的限制或錯誤的認知，往往使許多人尚失其原本應享有之應考試權而不自知，也不知透過行政救濟之手段來維護自己之權益，致使長久以來，積非成是，致相關法條及考試規則對應考資格限制被認為理所當然。

如果我國行政用人機關不能夠把應考資格限制與人民職業選擇自由與就業機會平等之間加以連結思考，單純只是認為考試就是考試，則對於本文所提出之應考資格限制造成四大就業歧視問題，是無法有效加以解決的，唯有觀念上體認到限制應考資格等於限制人民之職業選擇自由與就業機會平等，則應考資格限制才能不造成就業歧視。

本文之研究只是拋磚引玉，蓋除了公領域之國家考試之外，在私領域有更多就業歧視之現象存在，唯有更多人投入有關就業歧視問題之研究，就業歧視之問題方能獲得解決，而人民之工作權之保障在我國台灣地區才能落實，或許實際能受益的人不多，但是這樣的改革方能顯示我國之社會夠文明進步，對於較弱勢者之權益給予基本之尊重，唯有如此，「人權立國」方有其意義。