

國立台灣大學法律學研究所碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master thesis dissertation

專業證照制度之研究：

以專技人員執業資格之考試權與工作權保障為核心

A Study of Professional Licensure System :

Focusing on the Power of Examination Yuan of the
Qualifications for Professional Services and Right to
Work

王文咨

Wang, Wen-Tzu

指導教授：李建良 博士

Advisor : Chien-liang Lee, Dr. iur.

中華民國 101 年 7 月

July, 2012

口試委員會審定書

國立臺灣大學碩士學位論文

口試委員會審定書

專業證照制度之研究

以考試院專業證照管制權與工作權保障為核心

A STUDY OF PROFESSIONAL LICENSURE SYSTEM :

THE POWER OF PROFESSIONAL LICENSURE OF EXAMINATION YUAN
AND RIGHTS TO WORK AS CENTER

本論文係王文咨君 (r98a21026) 在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 100 年 6 月 18 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

李連良

口試委員：

董保城

林子儀

李連良

序言與誌謝

台北大學的四年，在此的三年，投身法律的學涯一晃數載，一路磕磕絆絆，無以名狀的疑慮，講了幾百遍的休學之後，好不容易將這漫長的旅次走完。別人如何我不知道，但對於自己而言，這實為苦寒的征途。

世道往往沒有一條平坦且簡化的康莊大道，眼前總是縱橫複雜的阡陌等著我，它們彼此交織，錯雜，看不到終點。束髮之年以為要以描畫丹青為生，中學以外文為第一志願，很久以前隨意說出的心願，顧盼之間便已成真，我成了所謂的法律人。赫然想起杳渺的警語：「千萬別輕易許下心願，它會有實現的一天。」過往種種似偶然，悠轉的時光裡，灰濛剪影的小女孩，她行過莽蒼世道，越過奔鯨駭流，嘗過俗情冷暖，佛也許只為了讓她從此能快意斬恩仇，恣意拾掇記憶的果實。

學生時代得以圓滿落幕，都要感謝父母經濟上與各方面的鼎力相助，衣食上雖無梁肉八珍，繡羅錦緞，卻不致於野蔬充膳，短褐結衣，質樸的家風就是父母給我最珍貴的傳家寶。尤其是母親的事業讓我有論文题目的靈感，並在撰寫過程中提供我許多資料，分享經驗。

這本論文的完成，希望能替身為記帳業者的母親與其他經過百轉周折，在制度的邊緣生存的記帳人們，換回她們應有的尊嚴。他們具有少說十幾年的豐沛閱歷，並在會計領域有十足把握，卻屢遭國家拒斥。釋字第 453 號解釋如金箍牢牢地戴在這些人的頭上，國家機關動輒把「專業證照化」當作緊箍咒一樣念念有辭，呈現唐僧式的價值合理性盲從，而記帳人的工作權利被制度巧妙地限縮、包裝成國家施捨的「恩惠」。這一本論文，作為一種寧靜的抗議，希望摘下記帳人莫須有的標籤，期望可以在未來讓不合理的限制能稍稍寬鬆。在追求「專業化」卻不知專業底層真實的當代，能多少為這群被排拒的人，發出不平之鳴。

一路上碰碰磕磕的事情太多。HENDRIC WILLEM VAN LOON 說：「寬容是一件奢侈品……中世紀要『說服』異教徒，也只不過使用地牢和緩慢燃燒的火刑柱而已。」幾個月前一紙評論全部的目的只為「說服」我，這個題目與問題意識沒有存在的必要。那時像是亂石崩落，信心幾乎潰堤。如果能夠想起房龍說的話，想必會慶幸自己比中世紀的異教徒好多了。

當批評像熾熱燙人的烈日擱在頭頂上，心情彷彿疲憊地走在高溫無雲的復興

南路上的時候，感謝指導老師李建良老師的指導與鼓勵，並在論文寫作上給予極大的自主空間，如時雨春風，讓我能將種種天馬行空的想法落實於紙上。口試委員林子儀老師對於許多細節的提醒與董保城老師對於專技實務的分享，也讓論文的實踐更往前邁進一步。前塵之不遇，或只為了驗證，那無非是謀適之不用，而非知音之稀。

所有恚恨已沉澱於時光的甕底，所有寫作中的困頓痕跡，也已褪得如衣服水洗過幾百遍的顏色，全非舊時的樣子。唯有朋友的鼓勵與陪伴成為永不褪色的斑斕風景，研究所結識的映如、清凱，在我每一個發表 moment 風雨無阻到場給我鼓勵，特別是與映如一起捱過日文法學名著的四個學期，彼此扶持與鼓勵的點點滴滴是研究所時光特別難忘的人、事。感謝恆翠、郁婷、映岑在我求學歲月裡，不厭倦地聽我心裡偶而颳起的淒風苦雨，與高中以來的死黨齡萱、巍芬、訪日團同伴每一次相聚的歡樂，也給我重回論文征旅的信心。或許妳們只是不經意伸出溫暖的手，卻是我沒有從論文的戰場偃旗息鼓的支持動力。

讀法律的時光占據了青春最菁華的一段，能夠走到這一步，NTPU fertilized the foundation of learning, lighting up my life. 那時校園狹仄，卻載滿笑聲。世上排名與分類何其多，然而山不在高，有仙則名，台北大學的老師們，諸如：大一民總的楊佳元老師儒雅的學風和細緻的教學讓我不致於對法律卻步；吳從周老師妙語如珠，讓每周四堂的民事訴訟法彷彿是一場高潮迭起的演唱會，在課堂中吳老師對我們待人接物的經驗分享，更是一生獲益無窮的收穫；陳愛娥老師的憲法與行政法的教學是最扎實的訓練，愛娥老師用詞精確、治學嚴謹卻又不失談諧的風格成為我嚮往已久的典範。而在台北大學財法系結識的同學與好友們，包括宜諮（椅子）爽朗的笑聲，憶芳（小花）、盈君（小頭）與芷勻的甜美笑容，玫熹、恩濤一同上學的歡樂時光，與芸珮在育樂館彈琴的片段寧靜，善解人意的馨儀（寶咩）、昭伊、映岑、郁婷……你們和諧而溫暖的特質，是我從今以往細心珍藏的瑰寶。

進入研究所的三年，得惠於許多老師。因修習黃詩淳老師的日文法學名著而有機會參加台日交流訪日團，並在北海道大學能夠發表文章，除了要感謝黃老師的推薦信與撰寫研究計畫的建議，也要感謝當時蔡宗珍老師對於發表文章的指導。研究所是個迥異於台北大學的體驗，不論是校園風格或是學習方面。最大的收穫或許是日文的閱讀能力進步了，黃詩淳老師在教授日文法學之餘，更補充許多日

文文法、生活用語；研三下修蔡茂寅老師的日文法學名著四，雖然過程艱辛，卻也不知不覺增進了日文翻譯作品的鑑賞力。人生有許多轉角，在日文法學名著課程獲得的意外收穫，就像人生不可預期的風景處。

儘管自我懷疑常常在我身後如影隨形，競逐的沙場總是悲多於喜，往往失多於得，幾次爭取發表過程的挫敗與理念的不被理解也都邁力跨越了，燕雀的啁啾議論，也早已湮滅於時間的荒徑中。

神は、乗り越えられる試練しか与えない。

師長們的提攜與朋友們的鼓勵，終未讓自己深陷洄轍，原來所有瓶頸只為堅定青雲之志，不因時運之不齊而輕易改弦易轍。

學生時光起伏跌宕，憩於甘棠晉身禹門的榮光時刻容易被記住，而不過的低潮卻往往被忽視。一朝得意的前後，綴連著大大小小的失落，如初秋瀟瀟不絕的雨，伴著幾聲杳遠的雷鳴。感謝啟丹老師與家雯老師幫助我，將「人生勝利組」的標籤與不勝枚舉的要求、重擔卸下，讓我自爭取認同的桎梏當中解脫，妳們讓我知道，儘管外在環境可能永不改變，但心靈有朝一日仍可能雲淡風輕。

前塵恍若眼前事，往事皆成水中萍。縱數前朝因果事，光陰依舊催人行。再會了，輕狂的年少時光；再會了，椰林縫隙間炙熱的太陽。

壬辰年七月，板橋

中文摘要

晚近台灣的專門職業進入高度證照化的時代，特別是因為司法院大法官解釋對於憲法第 86 條第 2 款的解釋，使得專門職業的證照法規範，均設計為考試搭配許可制的模式。專門職業是否須一概設計為，以考試為基礎的許可制，憲法第 86 條第 2 款對於專門職業管制的態度為何，即為本文探討的重點之一。此外，專門職業證照化涉及工作權限制，而此部分長期以來被大法官解釋所忽略，並且工作權限制與憲法第 86 條第 2 款，乃至於考試院的專門職業管制權三者關係，並未被釐清。因此，本文主要從專門職業和證照化的關係出發，進一步探討，憲法對於專門職業證照化的形塑。

關鍵詞：專業、證照、工作權、考試權、記帳士法

英文摘要

Since most occupations are licensed in Taiwan, especially based on the professionalism and the judicial interpretations about article 86, section 2 of the Constitution. The situation above caused the control of professions is designed as licensure which use examinations to identify one's abilities to meet the demands from the judicial interpretations. Though the kinds of regulations absolutely restrict the right to work our judicial interpretations overlooked it. Furthermore, the relation among the right to work, article 86, section 2 of the Constitution and the power of controlling professions which are thought as the power of the Examination Yuan has been neglected for a long time. As a result, I'd like to analyze the problems about professions and its control, and what contents did article 86, section 2 of the Constitution the control of professions.

Key words : profession, licensure, rights to work, the power of Examination Yuan, Certified Public Bookkeepers Act

目錄

口試委員會審定書.....	I
序言與誌謝.....	II
中文摘要.....	V
英文摘要.....	VI
目錄.....	VII
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與研究目的.....	1
第二節 研究範圍.....	4
第一項 專門職業證照化流程.....	5
第二項 專技考試及格證書核發：我國證照制度的觀察.....	12
第三項 專門職業之定義問題.....	13
第四項 研究主題的鎖定.....	14
第三節 研究架構.....	19
第二章 專門職業的問題.....	20
第一節 釋憲實務.....	20
第一項 多數見解.....	20
第二項 評析：多數見解形成的問題.....	23
第二節 專門職業的定義與範圍.....	24
第一項 法學上的定義.....	24
第二項 社會學對專業的觀察.....	28
第三項 社會學家給法學者的提醒：專門職業的定義問題.....	36
第四項 本文立場.....	37
第三節 專門職業定義、形塑權.....	37
第三章 專業證照制度的形塑.....	39
第一節 證照制度於專業的運用.....	39
第一項 專業證照制度的概念.....	39
第二項 專業證照制度的類型.....	41
第三項 從經濟學觀點反省專業證照化.....	41

第四項 專業證照落實於法制度之省思.....	43
第二節 憲法第 86 條第 2 款與專業證照化.....	53
第一項 「請求建立證照考試制度」—基本權制度性保障？—.....	53
第二項 專業的管制.....	56
第四章 記帳專業證照制度的工作權違憲審查.....	73
第一節 工作權.....	73
第一項 工作權內涵.....	73
第二項 工作權違憲審查.....	77
第二節 記帳業證照制度之合憲性.....	86
第一項 記帳業者證照化歷史沿革.....	86
第二項 證照化之後的問題—釋字第 655 號解釋的產生.....	90
第三項 記帳業證照化在憲法上的問題.....	91
第三節 比例原則的審查.....	92
第一項 記帳士法第 2 條第 1 項合憲性審查.....	93
第二項 記帳士法第 34 條之合憲性審查.....	98
第四節 記帳士法第 35 條執業是否違反憲法第 86 條第 2 款.....	100
第五章 結論.....	101
參考文獻.....	103
中文文獻.....	103
專書.....	103
期刊.....	104
學位論文.....	106
網站.....	107
政府公報.....	107
報紙.....	108
外文文獻.....	108
日文文獻.....	108
英文文獻.....	108

第一章 緒論

專業證照制度在學理上涉及兩個核心領域，一為專業主義的興起，二為證照制度的應用。我國關於憲法第 86 條第 2 款以及專業證照的釋憲實務見解，在這幾年的發展則強化了兩者的連結，使得專門職業領域的工作權受到極大限制。特別是釋字第 453 號解釋作成之後，專業證照制度的法制度有了新的面貌。專業在我國憑藉證照考試得以占據優勢位置，排除無照者加入專業市場與其競爭，但是帶來的利益卻似乎不成比例。以下將分別從本文的研究動機與研究目的、研究範圍談起，並界定本文的研究範疇。

第一節 研究動機與研究目的

理論的架構往往來自於對實際問題的疑問，台灣的許多行業邁入專業證照化的時代，許多職業被劃入專門職業領域，必須先經過證照考試才能初步取得執業資格。立法者和某些職業的從業人員相當信賴，證照化對其職業的社會地位、薪資等各方位的提升。然而，並不是所有人都認同證照化的趨勢¹，在我國專業證照的發展史上，對於「國家考試授予執業資格」這件事，其實有二元背立的兩種思維，有一部分人認為，國家應該設置特定職業的專業證照考試制度，以便讓該等從業人員取得證照，其背後動機包括：認為貼上專業的標籤可以提高該職業的社會地位、增加收入，或認為唯有證照考試才能確保執業的權利。而另一部分人則認為證照考試制度過度限制特定職業人員的工作權，因此關於「專業證照化」的爭議一直不斷。專業的興起對某些人或許彰顯了知識系統興起的勝利，但對某

¹ 參考劉淑慧（2006.9），〈超越理性依賴而轉向直觀：迎接心理師證照制度的另一種生存姿態〉，《應用心理研究》第 31 期，頁 3-11。張德聰（2006.9），〈諮商心理師證照引發諮商專業發展與的迷思與建議〉，《應用心理研究》第 31 期，頁 33-35。陶蕃瀛；王增勇（2006.9），〈幫助別人應該專業主義化嗎？〉，《應用心理研究》第 31 期，頁 35-37。

些人而言卻是獨占與不公正的悲哀歷史。²這些歧異也被反映於我國大法官釋憲實務處理專門職業是否需要經過考試銓定方能執業的爭議當中。

我國的立法趨勢不斷將各種專門職業人員予以專業化與證照化之際，社會學的研究早已開始反省專業證照化，並對於專業主義與證照制度提出許多檢討與批評。³反觀法學領域對於證照制度的批評與反省，除了早期吳坤芳在西元 1998 年的法律學系碩士論文《職業證照制度之研究—以證照管制之合憲性為中心—》曾探討證照制度對於職業自由的限制之外，很少正視證照制度的實施對於人民基本權的過度侵害問題，也未曾觀察專業與證照化的關連。特別是前述學位論文完成的時空與現在相隔一段距離，我國專業證照法制的規範樣貌也有了更多的管制措施、更嚴厲的法律效果，法學對於專業證照的研究已經到了該更進一步檢討的時候了。筆者的生命經驗中，父母從事的記帳業則是最真實的例子。記帳業被認定為專業並且證照化之後，原本的從業人員雖然可以依照記帳士法第 35 條繼續執業，然而未獲得記帳士資格者與考試及格的記帳士與會計師被法律強行區分，未獲得記帳士資格者，在社會上的聲譽、收入和執業範圍、方式也連帶受到影響。這更使得筆者開始思考，立法者是否可以毫無限制地將任何專門職業人員均予以證照化？儘管論者有謂：歐美各國不乏以考試做為證照核發的方法，然而本文要強調的是在台灣證照制度的法效果之強大、箝制人民權利的程度長期受到多數人的忽視，而這種狀況應該從憲法保障人民基本權這種較高層次的視角去檢視，若將「證照」以及「證照考試」視為理所當然，將忽視專業證照制度隱藏的問題。

許多關於專業證照化的立法理由都說得冠冕堂皇，總是一再強調證照化有助於維護公眾，保障消費者的權益。這就像很多時候大人們為小孩設下諸多限制，強調「為你好」，然而大多時候這都是為了安慰大人自己的恐懼。已證照化的職業領域，諸如醫師、律師等，並不保證專業服務的消費者不受害，專業社群反而可能躲在專業的保護傘下，用專業自律和專業自主來抵擋消費者受害時的質疑，而被擋在證照制度之外的優秀從業人員卻無法進入市場。這令人不禁懷疑，專業

² See Andrew Abbott (1988), *The system of professions: an essay on the division of expert labor*, Chicago: University of Chicago Press, at 1.

³ 對於證照制度的檢討包括：因應心理師證照化引發的學術討論，參考劉淑慧，前揭註 1，頁 3-11。張德聰，前揭註 1，頁 33-35。陶蕃瀛；王增勇，前揭註 1，頁 35-37。；「社會工作」證照化檢討的文獻包括：莊凱翔（2009），《研究生之死—社工教育中的師生關係》，國立台北大學社會工作系碩士論文。；賴麗芳（2002.6），《建築師證照制與借牌文化》，國立清華大學社會學研究所碩士論文。

證照化的存在究竟為了誰？因此，我們必須重新還原現場，還原專業的真面目，重新建構專業證照立法對社會和人民的影響，重新思考專業證照制度與憲法的關係。

證照管制涉及兩個層面：「證照」與「管制」。「證照制度是許可制的應用，同為許可制，立法者的用語並不一致，有證照、執照、核定、准許、核准等等用語。」⁴不論是證照或執照，其上位概念仍然是許可制。許可制係指某些特定行為先被立法者禁止，但允許人民經過行政機關之審查後為之的一種管制手段。⁵通常行政機關會發給一證明文件作為人民通過主管機關審查之證明。⁶而不論立法者用語為何，均是行政機關以許可方式將禁止的行為解除的管制方式。許可制在經濟活動領域屬於重要且普遍的管制手段，如以「是否以一定資格之取得為許可之要件」做為分類標準，又可分為兩大類型的許可制應用範圍：

一、不須以一定資格之取得為許可要件：這種不以一定資格取得為許可要件之類型，人民是否能獲得許可乃至於許可的事後廢止、撤銷，其掌控權全在於行政機關。在此類型中，又可分為（一）管制特定開業、執業行為，例如：藥事法第 27 條第 1 項規定，凡申請為藥商應申請直轄市或縣（市）衛生主管機關核准登記，繳納執照費，領得許可執照後，方准營業；其登記事項如有變更時，應辦理變更登記。證券交易法第 44 條第 1 項規定，證券商須經主管機關之許可及發給許可證照，方得營業；非證券商不得經營證券業務。（二）關於營業的特定行為：例如：毒性化學物質管理法第 13 條第 1 項規定，製造、輸入、販賣第一類至第三類毒性化學物質者，應向主管機關申請核發許可證，並依許可證內容運作。

二、必須以一定資格取得為許可之要件者：亦即「專門職業證照」。例如：律師、會計師須先獲得資格之銓定，才能取得執業許可。此類型的許可制應用的特別處在於，專業證照許可的標準，植基於個人能力通案且事前的判斷。儘管專門職業人員尚須從職業主管機關取得「執業執照」，可是執業證照之核發，在現行實務與法規範之下，全然取決於專門職業考試及格與否，亦即以考試及格為前

⁴ 陳舒怡（1999），《論營業許可與人民權利保護》，頁 53，國立中興大學法律系碩士論文。

⁵ 陳慈陽（2005.10），《行政法總論 基本原理、行政程序及行政行為》，台北：翰蘆，二版，頁 453。

⁶ 前揭註 4，頁 58。

提。加上憲法規範考試院為「考試」的主管機關，使得考試院對於專業證照的核發權有強烈的參與權限，甚至可說因為考試院相當程度獨占專業考試及格證書之核發權限，使得各該職業主管機關在執業執照核發的准駁判斷時，只是扮演橡皮圖章的角色，而與第一類型的許可制當中，審查標準及准駁係由行政權掌控的情形不同。

本文想要探討的證照制度即針對「必須以一定資格之取得為許可之要件」的許可制度類型，亦即所謂的專門職業證照制度。釋字第 453 號解釋在我國專業證照制度中成為分水嶺。經過幾號相關大法官解釋，對於憲法第 86 條第 2 款的解釋與形塑之後，似乎確立專業證照之管制必須先經由考試院的國家考試，此結果自然會對立法者產生一定影響，也就是將專業證照制度導向考試搭配許可制的模式。這種情形涉及下述議題：（一）權力分立：專業證照核發是否一定要考試院參與？（二）權力分立與基本權交錯：是否因憲法第 86 條第 2 款對於專門職業人員執業資格認定的權限分配而使得「專業證照考試制度」必然符合憲法比例原則？在涉及專門職業的釋憲案裡，大法官未曾處理專業證照考試與工作權限制的關連，此態度是否意味著依據憲法第 86 條第 2 款所建立的專業證照考試制度「當然」不需經過工作權違憲審查，並理所當然合乎工作權與比例原則？（三）前述的專業證照制度是否違反工作權保障與比例原則？討論我國專業證照制度問題時，這三者問題無法脫離彼此，因為我國的專業證照問題本就是以這三個問題盤根錯節地交錯在一起。

目前憲法存在考試院以及憲法第 86 條第 2 款的情形下，本文希望透過探討憲法關於專業證照制度的態度，並對憲法第 86 條第 2 款作更適當的解釋，俾使考試權的職權行使與專業證照下的工作權保障都能受到確保。

第二節 研究範圍

證照制度涉及的層面可以很廣，以下將透過我國專業證照制度的現狀分析及關於憲法基本權保障的各種原則來界定本文的研究範圍。

第一項 專門職業證照化流程

所謂專門職業證照化是指將特定職業界定為專門職業，規範欲從事該職業的人民必須取得一定資格始得合法執業。如學者 Milton Friedman 所言：「國家授與取得一定資格之人民執照做為一種公示方式，不僅如此，人民需從國家權力機關獲得一定執照證明其能力，方得進入一定職業。並且，不具有證照之人不許執業，無照者執業將會受到罰鍰或牢獄之災。」⁷而專門職業證照化的流程可分為：

（一）界定何謂專門職業及其執業範圍

我國憲法第 86 條第 2 款的規定，是界定何種職業屬於憲法的「專門職業人員」的依據，必須先界定何謂專門職業，我們才知道哪些職業之執業資格須經考選銓定。不過，憲法的文義僅提供一個模糊的框架，不足以讓我們明白如何劃分何謂「專門職業」，所以一般而言，專門職業種類往往仰賴立法機關為初步的形成。不過，在我國釋憲實務上，大法官面對專門職業證照化之議題時，曾自創專門職業的定義。⁸此外，光是界定屬於專門職業的職業類別還不足以建立專業證照制度，還必須界定個別專門職業的執業範圍。就專門職業的執業範圍的認定，過去也曾出現過爭議，例如：司法院大法官解釋第 404 號：該號解釋涉及使用西藥為人治病是否為中醫師的執業範圍？該號解釋的結果，司法院認為儘管憲法第 15 條保障人民可以自由選擇其職業，但是人民的職業與公共利益相關並且必須促進公共利益。為強化專業分工、保障病人權益及增進國民健康，使不同醫術領域之醫師提供專精之醫療服務，將醫師區分為醫師、中醫師及牙醫師。醫療法第 41 條規定醫療機構之負責醫師應督導所屬醫事人員依各該醫事專門職業法規規定執行業務，均屬增進公共利益所必要。醫療法第 41 條亦規定醫療機構之負責醫師應督導所屬醫事人員依各該醫事專門職業法規規定執行業務，均屬增進公共利益所必要。因此，該號解釋認為限制中醫師開立西藥處方是必要的限制。

（二）建立證照考試制度

⁷ MILTON FRIEDMAN (2002), CAPITALISM AND FREEDOM, at 144.

⁸ 參考釋字第 453 號解釋理由書：「憲法第八十六條第二款所稱之專門職業及技術人員，係指具備經由現代教育或訓練之培養過程獲得特殊學識或技能，而其所從事之業務，與公共利益或人民之生命、身體、財產等權利有密切關係者而言。」

從過去的釋憲實務⁹以及現行專業證照制度觀察，幾乎大部分專業證照之核發，必須以考試院用國家考試銓定人民的執業資格為要件，使我國證照制度與國家考試密切連結。並且，專門職業及技術人員考試法施行細則第 2 條第 1 項各款所列舉的職業種類，目前僅限於考試院主辦的國家考試才可以銓定其執業資格。此外，專門職業人員考試銓定涉及人民工作權之限制，理論上須符合法律保留原則。不過，關於專門職業人員執業資格法規範的具體化工作，立法者通常均授權給予考試機關很大的形成空間，使得事實上形塑證照考試制度的主導者，往往取決於考試機關。而證照考試制度的三大重要核心，分別為考試、應考資格的設定與錄取標準的設置：

1. 考試：

考試係指出試題查驗考生的程度¹⁰，根據專門職業及技術人員考試法第 4 條，其類型包含筆試、口試、測驗、實地考試、審查著作或發明或所需知能有關學歷、經歷證件及論文等方式，惟該法亦規定，除筆試之外，其他考試類型應採取兩種以上方式為之。目前絕大多數的專門職業人員考試方式為筆試，¹¹這使得專門職業考試主要係測試一個人「know how」，也就是知道怎麼做，但現行考試規則與方式並無法實質了解一個人是否真能夠從事相關工作（doing）。舉例而言，現行的律師考試或許能測試，一個人是否詳知律師所需知悉的法律規範與法律運作方式，但無法從考試中得知通過律師考試者能否實際辦理案件。

2. 設定應考資格：

理論上立法者也可以完全不限制應考資格，但是考量試務機關辦理試務的負荷量，事實上國家無法毫無限制地，允許數以萬計的人民應考。因此每一種專門職業考試均設有一定的應考資格限制。¹²而不可否認的是，應考資格限制也涉及

⁹ 參考釋字第 655 號解釋文：「記帳士係專門職業人員，依憲法第八十六條第二款規定，其執業資格應經考試院依法考選之。記帳士法第二條第二項之規定，使未經考試院依法考試及格之記帳及報稅代理業務人取得與經依法考選為記帳士者相同之資格，有違上開憲法規定之意旨，應自本解釋公布之日起失其效力。」

¹⁰ 薛頌留主編（2000.5），《新編中國辭典》，台北：大中國圖書，頁 1217。

¹¹ 例如：專門職業及技術人員高等考試法醫師考試規則第 6 條第 2 項、專門職業及技術人員高等考試建築師考試規則第 3 條、專門職業及技術人員高等考試獸醫師考試規則第 3 條均規定以筆試方式行之。相較於專門技術人員則採取筆試與術科考試並重。

¹² 李以德（2007），《我國國家考試應考資格法定限制之研究》，中國文化大學政治學研究所博士論文，頁 2。

人民職業自由的限制，¹³應考資格不符者最早被剔除在證照制度之外，無法成為合法執行業務的有照者。對於專門職業人員應考資格的規範，多半授權給主管考試業務的考選部具體化¹⁴，如前所述，應考資格是第一步箝制人民執行業務的門檻，其資格限制是否可由考選部以法規命令訂定，是否符合憲法的法律保留原則，也是一個值得討論的議題。在實務上也有許多爭議係針對應考資格提出疑義。例如：台北高等行政法院 99 年訴字第 1351 號判決的案例事實涉及，依照專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師中醫師考試分試考試規則第 6 條附表 1 規定，公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書者。但國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業者，於本考試第一試及格後，須繳驗經教學醫院評鑑通過，並辦理臨床實作訓練之醫療機構出具之實習期滿成績及格證明後，始得應本考試分試考試第二試。其實習期滿成績及格之認定標準，依醫師法施行細則有關實習規定辦理。而主管應考資格審查的考試院，對於上開有關「實習」之規範認為，只限於在國內教學醫院實習為限，原告聲請將其原報考 99 年第 1 次牙醫師高考（應試全部科目 6 科）類科，更改為 99 年第 1 次牙醫師高考分試第 1 試¹⁵，因原告未補繳「在國內實習證明書」，而遭考選部駁回。

3. 設定錄取標準

既然國家以考試作為專門職業人員執業資格與能力的認定方式，則必須設定一定的錄取標準。錄取標準與應考資格限制規範相同，往往由立法者授權給考試機關訂定。在最近的釋憲實務也出現對於錄取標準不服的案件。釋字第 682 號解釋涉及中醫特考有零分或專科平均或特定科目成績未達規定者，不予及格的規定是否違憲？專門職業及技術人員考試總成績計算規則，涉及人民可否取得執業資

¹³ 前揭註 12，頁 3。

¹⁴ 參考專門職業及技術人員考試法第 14 條第 1 項：「專門職業及技術人員高等考試、普通考試及初等考試之考試規則，由考選部報請考試院定之。」第 2 項：「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。」

¹⁵ 依據專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師中醫師考試分試考試規則之專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師中醫師考試分試考試應考資格表，牙醫師之應考資格：「一、公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書者。但國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業者，於本考試第一試及格後，須繳驗經教學醫院評鑑通過並辦理臨床實作訓練之醫療機構出具之實習期滿成績及格證明後，始得應本考試分試考試第二試。其實習期滿成績及格之認定標準，依醫師法施行細則有關實習規定辦理。」

格，影響人民憲法第 15 條工作權、職業選擇自由。大法官在該號解釋認為對於參加考試資格或考試方法之規定，性質上如屬應考試權及工作權之限制，自應符合法律保留原則、比例原則及平等權保障等憲法原則。惟憲法設考試院賦予考試權，由總統提名、經立法院同意而任命之考試委員，以合議之方式獨立行使，旨在建立公平公正之考試制度；就專門職業人員考試而言，即在確保相關考試及格者具有執業所需之知識與能力，故考試主管機關有關考試資格及方法之規定，涉及考試之專業判斷者，應給予適度之尊重，始符憲法五權分治彼此相維之精神。所以立法者授權給考試機關以法規命令訂定並不違反憲法。

（三）發照機關分流

專門職業人員依法考試及格後，將由考試院核發考試及格證書。但是，僅有考試及格證書尚無法執業，還需由職業主管機關核發執業執照。例如：依記帳士法第 5 條第 1、2 項、記帳士證書核發辦法第 2 條，記帳士考試及格者應向主管機關請領記帳士證書。由此可知，關於專門職業管制機關，在運作上一分為二，產生分流的現象。關於專門職業人員的資格認定，交由考試院，資格認定的方式絕大多數採取筆試；至於專門職業人員的「執業執照」許可仍須回到行政機關，原則上考試院錄取多少人，行政機關即須核發等量的執照。考用分流的情況，使得專門職業就業市場容易一下子產生過多人力，市場無力消耗。¹⁶反觀專門技術人員同樣被規定在憲法第 86 條第 2 款，但是技術士的資格認定採「考用合流」，並採取認證制，由隸屬於行政權的行政院勞委會中部辦公室為主管機關，而資格認定的方式則採取筆試與術科考試，筆試與術科均及格，才能取得證書。¹⁷

（四）區分有照者與無照者並加以管制

在專業證照制度的規制下將形成三種人：有照者、無照者與某些證照制度推動初期，雖未經過考試機關主辦的國家考試及格，但基於過渡條款、信賴保護條款而取得執業資格者。對於證照制度後續的管制則須仰賴行政機關，至於行政機關管制方式，雖然依不同職業類別可能有所不同，以下將分別從幾個部分談起，分別是對執業者的規制效果與對無照者的規制效果、管制的內容、管制手段的寬

¹⁶ 參考考選部編(2011),《專門職業及技術人員範圍定義與考試類科之研究研討會會議實錄》，一版，台北市：考選部，頁 89-90。

¹⁷ 參考技術士技能檢定及發證辦法第 10 條第 1 項：「同一職類級別之技能檢定學科測試成績及術科測試成績均及格者為檢定合格。」

嚴。

1. 對執業者的規制效果

(1) 執業方式的限制：例如：執業地點的限制¹⁸、廣告刊登內容的限制¹⁹等等。

(2) 執業者的義務：各種專業證照法規課予執業者的義務不盡相同，無法窮盡說明各種執業義務，因此以下僅臚列幾種典型的執業者義務。

①在職訓練：許多證照法規往往課予執業者在職進修的義務，例如：心理師法第 8 條、會計師法第 13 條。

②業必歸會：亦即要求執業者非加入公會不得執行業務。例如：記帳士法第 19 條、律師法第 11 條第 1 項、會計師法第 8 條。

(3) 禁止規範：

①禁止將牌照借與無照者：亦即俗稱的「借牌」。專業證照制度目的在於藉由證照核發的形式，達到專業服務市場的控制，因此有照者將證照借與他人自然成為禁止的行為。例如：律師法第 49 條、會計師法第 70 條。

2. 對於無照者的規制效果：

(1) 規制面向

專門職業證照法規對於無照者的規制面向可分為兩種：一為禁止直接從事專門職業，其次為限制與該專門職業相關附隨的營業活動，例如：刊登廣告、招攬業務等等。就「與該專門職業相關附隨的營業活動」可以舉出兩個例子說明：

①會計師法第 71 條禁止未取得會計師者以「會計師」、「會計師事務所」或「其他易使人誤以為會計師事務所名義」刊登廣告、招攬或執行會計師業務。而且金

¹⁸ 例如：醫師法第 8 之 2 條，「醫師執業，應在所在地主管機關核准登記之醫療機構為之。但急救、醫療機構間之會診、支援、應邀出診或經事先報准者，不在此限。」；心理師法第 10 條「心理師執業以一處為限，並應在所在地直轄市、縣(市)主管機關核准登記之醫療機構、心理治療所、心理諮商所或其他經主管機關認可之機構為之。但機構間之支援或經事先報准者，不在此限。」

¹⁹ 例如：心理師法第 27 條第一項「心理治療所或心理諮商所之廣告內容，以下列事項為限：一、心理治療所或心理諮商所之名稱、開業執照字號、地址、電話及交通路線。二、臨床心理師、諮商心理師之姓名及其證書字號。三、業務項目。四、其他經中央主管機關公告容許登載或宣播之事項。」

管證 6 字第 0980009856 號行政函釋認為若以「會計記帳士事務所」名義刊登廣告、招攬或執行業務也觸犯會計師法第 71 條。未取得會計師執照者，包括：記帳士以及依記帳士法第 35 條得以繼續執業的記帳及報稅代理業務人，這些人依照專門職業證照法制的意旨本來就不能從事會計師的業務，「刊登廣告」或「招攬業務」這類附隨的營業活動，在會計師法第 71 條與主管機關的詮釋下也受到很大的限制。²⁰

②心理師法第 27 條第 1 項規定，「心理治療所或心理諮商所之廣告內容，以下列事項為限：

一、心理治療所或心理諮商所之名稱、開業執照字號、地址、電話及交通路線。

二、臨床心理師、諮商心理師之姓名及其證書字號。

三、業務項目。

四、其他經中央主管機關公告容許登載或宣播之事項。」第二項規定，「非心理治療所或心理諮商所，不得為心理治療或心理諮商廣告。」心理師法第 36 條對於「非心理治療所或心理諮商所卻刊登心理治療或心理諮商廣告之人」設有處罰規範，可處新台幣三萬元以上十五萬元以下之罰鍰。

上述規範看似可以簡單操作，但實務上並不然。有許多自認「非從事」心理治療或心理諮商者受到該條之處罰，例如：台北高等行政法院訴字第 217 號判決：在該爭議中，原告於部落格上刊登許多廣告，宣稱原告可以利用占星提供心理治療與心理諮商，主管機關行政院衛生署認為這些廣告違反心理師法第 27 條²¹，對於原告裁罰罰鍰。從憲法合憲性審查的角度來看，這樣的案例讓我們可以思考：

（一）法律管制「心理治療或心理諮商」此種專業服務的目的何在？是否具有憲法上正當性？²²（二）原告所為之「占星廣告」是否等同於「心理治療及心理諮

²⁰ 儘管會計師法第 71 條目的在於避免魚目混珠，然而條文的要件其實仍有許多檢討空間。主管機關詮釋的結果使得使用「會計」用語做為招攬廣告或豎立招牌的權利成為會計師的獨佔權利，以會計師法第 71 條的角度出發，其他未取得會計師證照者也成為無照的狀態，包括其他從事類似業務的其他專門職業執業者例如：記帳士。而該規範也擠壓了這類的執業者刊登廣告及招攬業務的自由。

²¹ 心理師法第 27 條規定：非心理治療所或心理諮商所，不得為心理治療與心理諮商的廣告。

²² 參考李建良主編（2011.8），〈實務見解公法類實務導讀〉，《台灣法學雜誌》第 182 期，頁 110。

商廣告」。

(2) 規制手段：對於無照者執業的處罰，不同的專業證照法採取的手段寬嚴也不同，輕者可能僅處以罰鍰，例如：地政士法第 49 條「未依法取得地政士證書或地政士證書經撤銷或廢止，而擅自以地政士為業者，處新臺幣五萬元以上二十五萬元以下罰鍰。」；心理師法第 36 條，「未取得臨床心理師或諮商心理師證照，而使用臨床心理師或諮商心理師名稱，處新臺幣 3 萬元以上 15 萬元以下罰鍰。」重者可能使用刑事處罰手段，例如：記帳士法第 34 條第 2 項，「未依法取得記帳士資格，擅自執行記帳士業務受處分達 3 次，仍繼續從事記帳士業務者，處 1 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 15 萬元以下罰金。」儘管各種專業證照制度，所欲保障的公共利益與達到的公共目的不盡相同，但是仍有必要將證照制度加以類型化，並檢討現行的管制手段，比較不同的專業證照制度所採之手段之後，在未來我們才可能更容易做出適當的管制。例如：處理商業會計業務的記帳士，可能僅涉及人民財產權以及國家稅收多寡之利益，卻使用刑事制裁做為管制手段，與作為接近醫療專業人員的心理師可能涉及更重大的人民之生命身體健康權，兩者相較之下，管制手段是否有輕重失衡，這也是形塑證照制度規範時應該考量的。

從前述的分析，我們可知考試院因為專門職業考試法等規範與大法官對於憲法第 86 條第 2 款解釋的支持，可以對絕大多數的專門職業執業資格的許可權擁有強烈參與權。儘管就法律的制定與形成，立法機關才是有權機關，然而專門職業的考試規範具體化的工作又往往授權給考試機關，使得具有直接民主正當性的立法機關，幾乎無法為人民的工作權把關。在專業證照化的立法潮流與證照考試仰賴考試機關的影響下，要如何建構一個不過度侵害人民工作權的專門職業證照制度，是未來思考的重點。專業證照考試制度的各個流程均可能對人民取得執業資格的權利造成限制，證照制度的流程是一連串設計精密的控制鍊，從決定何種職業應納入規範、應考的資格、錄取的標準，到阻止無照者進入專業服務市場所採取的手段，層層扣連在一起，形成職業入口的事前一般性管制，影響人民的工作權。這種對於人民的能力做一般性且事前的管控，已不只是執業的執行方式等枝微末節的管制，而是在最前端，對於人民職業選擇自由的控制。我國的憲法具有五權分立的特殊規範，憲法第 86 條第 2 款將「專門職業」執業資格交給特別

的憲法機關，即考試院，這是否意味著專業證照制度必然與考試連結在一起？判斷一個人是否有從事某種專業能力，單憑標準化的考試，將導致專業證照制度產生若干盲點，例如：亦即忽略了經驗的重要性，不當地限制了某些優秀的人士進入特定執業的權利。

如前所述，我國的專業證照制度是一連串對人民造成限制的、精密的控制鍊，限於本文的篇幅，本文將只針對以下議題作探討：（一）專業證照化：目前我國以證照考試此事前監督的方式對專門職業為限制手段之情況，以及專業證照化法制的探討；（二）對於無照者的管制面向與管制手段：目前禁止無照者執業的手段各種專業類別有不同的規範，但管制手段的種類從行政罰到刑罰均有之，而各種制裁手段是否均為憲法所肯認，又是否符合比例原則？

第二項 專技考試及格證書核發：我國證照制度的觀察

專業證照制度在我國的實踐，尚可區分為兩者：考試及格證書與執業執照。就考試及格證書而言，並非皆由考試院核發，而執業執照的核發權則屬於各該職業主管機關權限。以下將主要介紹「考試及格證書」的核發機關與情形。

第一款 核發機關

經過釋字第 453 號解釋，專門職業須透過考試院的國家考試加以銓定資格，由考試院核發專門職業考試及格證書。就專門職業及技術人員考試法施行細則第 2 條第 1 項列舉的職業類別，原則上其資格認定的機關為考試院。而專門技術人員的資格認定，依照職業訓練法第 33 條第 2 項授權制定的技術士技能檢定及發證辦法第 47 條第 1 項，由中央主管機關核發。

此外，某些專門職業人員資格認定的核發權限，在這幾年也有從考試院分出的現象，改由職業主管機關核發。例如：航海人員、漁船船員、船舶電信人員分別在民國 93、96 與 97 年改由交通部、行政院農業委員會統一辦理執業資格取得及發證事項。²³

²³ 參考前揭註 16，頁 35。

第二款 資格認定方式

由考試院核發執業資格考試及格證書的職業類別，絕大多數以筆試為之。至於交由職業主管機關核發考試及格證書者，諸如：各種專門技術人員與少部分專門職業人員，則採取筆試與術科考試並重的資格採認方式。例如：技術士技能檢定及發證辦法第 10 條第 1 項：「同一職類級別之技能檢定學科測試成績及術科測試成績均及格者為檢定合格。」

第三款 考用合流與考用分流

專門職業人員的執業執照許可權屬於職業主管機關，可是由於此等人員的資格認定權限在考試院，原則上考試院錄取多少人，行政機關即須核發等量的執照。考用分流的情況，使得專門職業就業市場容易產生過多人力，市場無力消耗，流浪的專業人員油然而生。²⁴反觀專門技術人員，技術士的資格認定屬於「考用合流」，並採取認證制，由隸屬於行政權的行政院勞委會中部辦公室主管，使得專門技術人員比較不會產生人力過多的情形。

第三項 專門職業之定義問題

憲法第 86 條第 2 款的資格管制包含「專門職業人員」跟「專門技術人員」，本文的研究範圍將限縮在「專門職業人員」的考選銓定與執業資格管制部分。所謂專業人員參考行政院主計處的「職業標準分類系統」當中的第二大類，其定義為「從事科學理論研究，應用科學知識以解決經濟、社會、工業、農業、環境等方面問題，以及從事理化科學、生命科學、環境科學、工程、設計、資訊及通訊、法律、醫學、宗教、商業、新聞、文學、教學、社會服務及藝術表演等專業活動之人員。本類人員對所從事之業務均須具有專門之知識，通常需受高等教育或專業訓練，或經專業考試及格者」。²⁵至於「專門技術人員」應可對應到「職

²⁴ 參考前揭註 16，頁 89-90。

²⁵ 參考網址：<http://www.stat.gov.tw/ct.asp?xItem=18814&ctNode=1310>，最後造訪日：9.25.2011。

業標準分類系統」當中第七大類「技藝有關工作人員」，這類人員係指「應用專業知識與技能從事營建，金屬鑄造，金屬架構，工具機設定及操作，機器設備或工具之製造、安裝、保養及修理，印刷，食品、紡織品、木質品、金屬及其他製品之製造或處理，以及手工製作各種工藝品等工作之人員。」²⁶學理上，證照制度係對應專業人員而來，這群專業人士往往先宣稱其服務具有專業性從而主張其有藉證照制度壟斷、獨占市場的正當性²⁷，而這裡所謂的專業，學理上多半指涉的是「應用專門知識之職業」

定義專門職業的實益在於憲法第 86 條第 2 款的適用與解釋，過去的探討都在爭論專門職業的範圍大小，專門職業的範圍越大，所限制的職業選擇自由範圍也越廣。專業主義與證照制度實際上是一體兩面的問題，專業依靠證照制度賦予、並宣示其「合法性」(legitimacy)，質言之，專業主義仰賴證照制度的背書。²⁸我國對於「專門職業人員」的執業資格採取考選的管制模式，涉及的正是專業主義與證照制度結合成為法規範主流的問題。因此，本文在談及憲法第 86 條第 2 款時，主要的研究範圍鎖定在「專門職業人員的執業資格限制」。就憲法第 86 條第 2 款的「專門職業人員」所隱含的「專業主義」，將在後續篇幅中就法律學以及社會學的不同面向分析之。

第四項 研究主題的鎖定

確實，社會上有不同的專業領域，其執業範圍、方式以及所涉及「公益」之間關聯性大小也各有殊異，然而，正因為社會上職業類別繁多，是否應該一律被當作專業並證照化即為本文關注焦點。立法者不分辨職業異同、涉及公益輕重，逐步擴大專業證照化的範圍，以齊頭式地採取「通案」及「事前」的管制，不僅可能過度侵害人民的職業自由，也忽略其他更有效手段以控制當代專業服務所隱藏的風險。因此本文希望以較宏觀的角度，將專業證照制度在憲法審查脈絡下加以檢視、反省。

²⁶ 前揭註 25。

²⁷ JOHN B. CULLEN(1978), THE STRUCTURE OF PROFESSIONALISM: A QUANTITATIVE EXAMINATION, at 6.

²⁸ 前揭註 3，賴麗芳，頁 16。

承前所述，本文所欲探討的「專門職業人員」係指應用專門知識，經過高等教育、專業訓練或經過專業考試及格者。參考行政院主計處對專門職業人員的分類包括：科學及工程人員、醫療保健人員、教學人員、商業及行政人員、資訊及通訊人員、法律、社會及文化人員。在這些類別中，基於時間與篇幅的考量，本文擬特別挑出記帳士、記帳及報稅代理業務人，這類執業人員在我國釋憲史上累積了幾件重要的釋憲案，但是專業證照制度的核心問題卻沒有真的解決，還增加了更多爭議，因此本文希望藉由釋憲實務的回顧與討論，釐清專業證照制度的合憲性。

而專業證照制度產生的憲法問題層面很廣泛，限於篇幅限制，本文想要鎖定幾個問題深入探討：

壹、專業證照化與工作權的違憲審查

憲法保障人民基本權，當基本權受到國家權力的限制時，就必須考量國家的行為是否合乎憲法意旨，國家必須為其行為提出阻卻違憲事由，除非國家可以舉出憲法上正當理由，否則即構成對人民基本權利之違法侵害。²⁹專業證照制度為一種限制人民工作權的手段，這種限制是否具有正當性，應考量的部分包括：形式阻卻違憲事由與實質阻卻違憲事由：

（一）形式阻卻違憲事由：法律保留

我國憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、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。」該條文揭示「法律保留原則」，所謂法律，原則上係指立法院經法定程序通過，總統公布之法律。但法律無法對人民各種權利義務鉅細靡遺地規範，因此法律仍得授權行政機關以命令定之，但此種授權之目的、內容及範圍應具體明確，即所謂的「授權明確性原則」。³⁰

（二）實質阻卻違憲事由

基本權利具有「憲法規範」之位階，限制基本權的國家行為，特別是法律，

²⁹ 李建良（2003.2），〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，二版，台北：學林，頁 87。

³⁰ 李惠宗（2004），《憲法要義》，二版，台北：元照，頁 59。前揭註 29，頁 88-89。

其實質內涵仍須受到基本權利的拘束，稱為「限制之限制」。³¹「法律保留原則」是保護人民基本權利的一種「手段」，並且所謂法律保留原則的意旨不是只以法律存在就足夠了，「法律本身」還必須合乎一定的要求，以免重蹈「法實證主義」的覆轍。法律保留原則的實質內涵主要為法律之內容必須符合「比例原則」，以及不得侵犯權利之「本質內涵之保障」。³²

1.比例原則

所謂比例原則係指從「方法」與「目的」之關連性檢視國家行為的合憲性。依學理與實務之通說，比例原則可分為三個下位原則³³：

(1) 適合性原則：限制基本權利之措施必須能夠達到所預期之目的。

(2) 必要性原則：在適合達到目的之多種手段中，應選擇對人民侵害最少之手段，又稱「最小侵害原則」。

(3) 狹義比例原則：對於基本權利之侵害程度與所欲達到之目的間，必須符合合理且適度的關係，又稱「合比例性原則」，此項原則主要著重在「受限制之利益」與「受保護之利益」之間的利益衡量，以期能達到利益和諧之目的。

2.本質內涵之保障

所謂「本質內涵之保障」係指基本權利之限制不得觸及憲法保障基本權利之「核心」、「本質內涵」或「主要部分」。

現在我國的立法趨勢，希望將諸多職業納入專門職業範圍並證照化，以保障人民在專業服務市場時的權益，而在此部份我們要問的問題是：

一、專業應不應該被證照化：證照化將使從事專門職業的職業自由受到限制，而這種限制的憲法正當化基礎為何？若專業證照化在憲法上不具有正當化基礎卻允許各種證照化的立法，將可能使人民在專門職業領域的職業自由受到過分限制。過去在大法官釋憲的脈絡似乎認為，因為某些職業屬於專門職業，所以理所當然應被證照化³⁴，但我們無法在大法官解釋中看到究竟專門職業與一般職業有

³¹ 前揭註 30，李惠宗，頁 101-102。前揭註 29，頁 90。

³² 前揭註 29，頁 90。

³³ 參考蔡宗珍（1999.12），〈公法上之比例原則初論—以德國法的發展為中心—〉，《政大法學評論》第 62 期，頁 92-97。

³⁴ 且證照化的手段從法規範面來看均為證照考試搭配執照制的形式。

何差別，需特別受到國家的管制。本文認為，專業與證照化不該劃上等號，國家若要將專業證照化，仍應通過比例原則的考驗，而不是僅憑憲法第 86 條第 2 款就足夠，其中包含國家須舉出將「專業」證照化的正當化基礎。

二、證照化的方式為何：證照化的方式也涉及職業自由的限制，學理上，證照化的方式包括認證制與執照制。同樣屬於證照化手段，我國卻侷限在許可制³⁵一途，手段過於侷限將無法因應不同職業類別，作出適當的限制。國家限制基本權的正當化基礎在於，個人外部行為已對他人產生影響時，國家基於全民的託付，必須對此等行為控制，此等控制應採如何方式，首先須符合法律保留原則，然而依法律或行政命令限制基本權不能恣意為之，國家立法限制人民基本權時，仍須受到憲法原則的拘束，此稱為「限制的制限」，亦即基本權利同時構成國家限制基本權利之界限所在。³⁶我國專業證照法規範，均以證照考試搭配執照制作為管制手段，限制職業自由，那麼是否每一種專門職業，都可以用上述方式限制人民的職業自由？專業主義在我國是否被濫用？以證照考試做為我國目前證照取得的唯一方法是否限制人民工作權過苛？質言之，本文的問題意識包括，以證照考試作為保障專業服務的公益目的，是否為最佳的方式，或者其實是過度限制人民職業自由？除了證照考試之外，在專門職業管制領域若有其他可達到目的之手段，證照考試可能會被認為是過於侵害工作權之手段。

貳、考試院的專業證照考試及格管制權內涵

理論上，專業證照制度之建立不一定須與考試作連結³⁷，但由於我國憲法對考試院的規範的重點之一為權限分配，憲法增修條文第 6 條第 1 項：「考試院為國家最高考試機關，掌理左列事項，不適用憲法第 83 條之規定：一、考試。二、公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休。三、公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項。」又憲法第 86 條第 2 款規定：「左列資格，應經考試院依法考選銓定之：一、公務人員任用資格。二、專門職業及技術人員執業資格。」，於是長期以來，多數人對於憲法第 86 條第 2 款的理解，就是專業證照制度必然

³⁵ 或稱執照制。

³⁶ 前揭註 30，李惠宗，頁 101-102。

³⁷ 雖然在台灣多數人會直觀地認為專業證照制度必然要經過一個證照考試為審核與檢驗，然而本文的立場認為專業證照制度未必須要與考試連結。儘管專業證照制度具有使專業人士獨占並排斥業餘者加入該職業的特質，可是排斥的方式不當然需以證照考試為之。

採取證照考試的方式為之，現行實務亦是如此。基此，考試院就專業考試及格管制權一向主張，基於考試權獨立，所以有強烈之參與權。事實上考試院晚近亦積極將各種專門職業人員考試收歸所有³⁸，當立法者將某些職業證照核發權交給考試院以外的機關時，考試院也認為該立法侵害考試權而提起釋憲，而且舉凡法規範設計成，將專業職業考試及格證照授予權交給考試院以外的機關核發，跳過考試院舉辦的國家考試，無一不被釋憲者宣告違憲，例如：釋字第 655 號解釋當中，財政部依記帳士法第 2 條第 2 項，核發記帳士執照給未經記帳士考試及格的記帳及報稅代理業務人，考試院便以「侵犯考試權，違反權力分立原則」³⁹提出釋憲，考試院的主張也受到釋字第 655 號解釋之支持。綜上所述，釋憲者解釋的結果使得目前證照實務呈現專門職業人員的執業資格，以考試院舉行之國家考試及格為要件的狀況更加穩固並且蔚為潮流。考試院究竟是否該在專業證照考試及格管制權限中，具有如此強烈參與權，其問題的實益在於，若沒有憲法第 86 條第 2 款，又或者憲法第 86 條第 2 款的解釋並非多數見解所持，「專業證照制度必然以證照考試之方式為之」，理論上立法者可以根據公益的輕重與人民工作權保障加以權衡，並制定不同的證照制度類型，例如：以考試的方式衡量個別職業的專業能力，其規範效果則可採取認證制或許可制；又或者不以考試的方式衡量，以個別執業者的經驗為依據，衡量其專業能力，並輔以不同的證照管制模式。所以，本文探討的重點之一便是，憲法第 86 條第 2 款的框架是否給予立法者上述的形成空間，又或者真如釋憲者與考試院強調地「考試權不容侵犯」？

叁、憲法第 86 條第 2 款與比例原則的關係

有學者指出「考試保留」⁴⁰係指憲法對於考試權職權採取列舉之保障模式，

³⁸ 陳建文（2008），〈我國專門職業及技術人員管理法制之檢討—法制作業知識管理的思考觀點一〉，收於行政院法規委員會編，《我國專門職業及技術人員管理法制之檢討：行政院 97 年度法制研討會》，頁 181-183，台北：行政院秘書處。

³⁹ 參考釋字第 655 號解釋新聞稿，參考網址：
<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/655%E6%96%B0%E8%81%9E%E7%A8%B F.pdf>，最後造訪日：2012.4.5。

⁴⁰ 有學者指出「考試保留」係指憲法對於考試權職權採取列舉之保障模式，使得考試權相較於行政院，其獨立性之地位更明顯。從而，有學者認為儘管原則上，涉及人民基本權限制之事項須法律保留，但基於憲法增修條文第 6 條第 1 項之規定，憲法將「考試事項」保留給考試權，從而導出在考試事項可以突破法律保留之限制。參考董保城（2010.12），〈從大法官法律保留之解釋論憲法考試權〉，《國家菁英》第 6 卷第 4 期，頁 134、139。

使得考試權的獨立性至為明顯⁴¹。目前學理上有過的探討主要圍繞在「考試事項是否需要法律保留」，而所謂「考試保留」的理路，無非是強調「考試權獨立性」，論者認為特定專門職業既已確定須經考試的前提下，基於考試權獨立性質，關於考試及格等考試事項之法律保留與授權明確性原則應予以鬆綁。⁴²再回到過去涉及專門職業人員是否應該經過考試的大法官解釋，可發現僅有幾號解釋提及與工作權之關係，至於工作權和比例原則的審查，則付之闕如。這會讓人懷疑，釋憲見解是否意味著可以基於考試權獨立的因素，使有關考試之事項均突破憲法第 23 條比例原則之限制。換言之，證照考試制度還需要接受比例原則之檢驗嗎？

第三節 研究架構

本文第一部分從專門職業證照制度建立的流程析論證照制度當中與憲法相關的問題，從界定專門職業到區分有照者與無照者以及對應的管制手段，並對照憲法上相關的問題，例如：證照制度與工作權限制的違憲審查以及當中考試權、行政權與立法權的權力分立問題。

第二章則處理專門職業的定義問題，首先將先討論專門職業如何定義，此部分，本文將先從釋憲實務與國內外學說對於專門職業的定義談起，再從社會學研究專業的觀點分析。另一部分則討論專門職業的定義、形塑權究應歸屬於立法、行政或司法權。

第三章探討專門職業證照的形塑，在這一章本文將介紹專業證照制度的概念與類型，並從經濟學觀點討論專業證照化的利弊，以及檢討專業證照落實於法制度的狀況，包括請求建立證照考試是否為一種基本權制度性保障。

第四章則探討記帳士法此專業證照法規範的工作權違憲審查問題，包括記帳業證照化的歷史，檢討記帳士法第 2 條第 1 項與記帳士法第 34 條是否符合比例原則，以及記帳士法第 35 條，允許記帳士法通過前的執業者，免試繼續執業是否符合憲法第 86 條第 2 款之議題，第五章則為結論。

⁴¹ 前揭註 42，頁 134。

⁴² 前揭註 42，頁 142

第二章 專門職業的問題

關於專門職業的問題包括兩者：其一為專門職業的定義問題，其二為專門職業定義權限歸屬之問題。專門職業定義問題的實益涉及：

壹、憲法第 86 條第 2 款的適用：具體來說，這個適用的疑義包括：一、關於專門職業人員的資格是否需要考試院先審核，或者可逕由行政權底下的職業主管機關管制即可？此涉及考試權與行政權的分權問題。二、專門職業的定義權屬於誰：大法官在釋字第 453 號解釋裡，直接代替立法者為專門職業定義，這裡涉及立法形成自由的界限，就這部分本文將從功能最適原則，分析考試權、立法權、行政權與司法權在這其中的角色。

貳、專業證照化的範圍：依照憲法第 86 條第 2 款，專門職業應依法考選，姑且先不論「考選」的方式為何，該條款從管制面向而言，涉及專門職業人員的工作權限制，因此，專門職業範圍越大，工作權受影響的範圍也越大。在這部分，將先介紹釋憲實務對專門職業的形塑、比較法與國內學者對專業的定義，再從社會學的角度探討專業的形成與內涵。

第一節 釋憲實務

我國釋憲實務對於專門職業的定義，曾多次提出相關態度與立場，特別是釋字第 453 號解釋是一個重要的分水嶺，以下將介紹涉及專門職業的相關實務見解，並分析之。

第一項 多數見解

我國憲法第 86 條第 2 款規定「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」，而目前證照法規絕大多數採取「執業資格認定以考試院國家

考試及格為準」搭配「許可制」⁴³之方式。因此，一旦立法者欲將某一職業納入專門職業的範疇，隨之而來的，即為許可制這種事前監督，且排斥無照者執業之管制模式。從執業者的角度而言許可制是一種工作權的限制，因而常引起執業者的反彈。究竟何種職業屬於專門職業，將影響何種職業被納入專業證照管制的問題。基此，釋憲的歷史上出現多次對於「專業」、「專門職業」定義的爭論，包括：

壹、釋字第 352 號解釋涉及的是土地法第 37 條之 1 第 2 項規定：「土地登記專業代理人，應經土地登記專業代理人考試或檢覈及格。但在本法修正施行前，已從事土地登記專業代理業務，並曾領有政府發給土地代書人登記合格證明或代理他人申辦土地登記案件專業人員登記卡者，得繼續執業，未領有土地代書人登記合格證明或登記卡者，得繼續執業五年」，該條項限制未領有登記卡之業者，僅得再執業五年，聲請人在該法修正實施前，即已實際代理他人承辦土地登記多年，並依法繳納執行業務所得稅，卻未領有登記卡，影響工作權甚鉅。聲請人主張憲法第 15 條之規定，工作權應予保障，申請苗栗縣政府依法補發登記卡，遭苗栗縣政府逾期不再受理予以駁回；聲請人窮盡救濟後向大法官提起釋憲。⁴⁴在該號解釋文：「土地登記專業代理人係屬專門職業，依憲法第八十六條第二款規定，其執業資格應依法考選銓定之。中華民國七十八年十二月二十九日修正公布之土地法第三十七條之一第二項規定，符合上開意旨，與憲法並無牴觸。」解釋理由書：「土地登記涉及人民財產權益，其以代理當事人申辦土地登記為職業者，須具備相關之專業知識與經驗，始能勝任，是故土地登記專業代理人係屬專門職業」。

貳、釋字第 453 號解釋：闡明記帳人為憲法第 86 條第 2 款所稱之專門職業及技術人員，其執業資格應經考選銓定。商業會計法由中央主管機關認可記帳人執業資格⁴⁵違憲。該號解釋文表示「商業會計記帳人」既在辦理商業會計事務，係屬專門職業之一種，依憲法第 86 條第 2 款之規定，其執業資格自應依法考選

⁴³ 參考專門職業及技術人員考試法第 1 條及第 2 條。

⁴⁴ 參考釋字第 352 號解釋聲請書，參考網址：
http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=352&showtype=%AC%DB%C3%F6%AA%FE%A5%F3，最後造訪日：10.17.2011。

⁴⁵ 商業會計法第 5 條第 4 項前段規定：「商業會計事務，得委由會計師或經中央主管機關認可之商業會計記帳人辦理之」

銓定之。商業會計法第 5 條第 4 項規定，委由中央主管機關認可商業會計記帳人之資格部分，有違上開憲法之規定，應不予適用。」

叁、釋字第 547 號解釋文：闡明中醫師檢覈辦法第 6 條規定申請中醫師檢覈者，予以筆試並無違憲。該號解釋文當中：「憲法第 86 條第 2 款規定，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。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，醫師既屬專門職業人員，其執業資格即應按首開規定取得。中華民國 32 年 9 月 22 日公布之醫師法第 1 條明定：「中華民國人民經醫師考試及格者，得充醫師」（81 年 7 月 29 日修正為：「中華民國人民經醫師考試及格並依本法領有醫師證書者，得充醫師」）。」

肆、釋字第 655 號解釋文闡明「記帳士係專門職業人員，依憲法第 86 條第 2 款規定，其執業資格應經考試院依法考選之。記帳士法第 2 條第 2 項之規定，使未經考試院依法考試及格之記帳及報稅代理業務人取得與經依法考選為記帳士者相同之資格，有違上開憲法規定之意旨，應自本解釋公布之日起失其效力。」

大法官認為被劃入專門職業的依據為憲法第 86 條第 2 款，此等執業人員之執業資格，必須經過考試及格且此等權限屬於考試院⁴⁶。觀察前述幾號解釋，大法官對於「專門職業」認定要件可歸納如下：

一、涉及公共利益或人民權益：大法官將專門職業與「涉及公共利益和人民權利」連結從而導出某個職業應被劃歸為專門職業。⁴⁷

二、具備現代教育或訓練獲得特殊知識、技能。⁴⁸

⁴⁶ 持該見解的釋字最明顯的為釋字第 655 號解釋文：「記帳士係專門職業人員，依憲法第 86 條第 2 款規定，其執業資格應經考試院依法考選之。記帳士法第 2 條第 2 項之規定，使未經考試院依法考試及格之記帳及報稅代理業務人取得與經依法考選為記帳士者相同之資格，有違上開憲法規定之意旨」

⁴⁷ 例如：釋字第 547 號理由書：「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，醫師既屬專門職業人員（75 年 5 月 2 日發布之專門職業及技術人員考試法施行細則第 2 條第 3、4 款規定 參照，現行法第 2 條第 3、4 款規定亦同），其執業資格即應按首開規定取得。」；釋字第 352 號解釋理由書、釋字第 453 號理由書參照。

⁴⁸ 參照釋字第 453 號解釋理由書：「憲法第 86 條第 2 款所稱專門職業及技術人員，係指具備現代教育或訓練之培養過程獲得特殊學識或技能，而其所從事之業務，與公共利益或人民之生命、身體、財產等權利有密切關係者而言。」

第二項 評析：多數見解形成的問題

釋字第 453 號解釋自行創設專門職業的定義，產生下列兩個問題：

壹、大法官的定義模糊：

該要件誠如論者批評，現代的各行各業無一不與「公共利益」或人民的各種基本權有關⁴⁹，透過大法官解釋的分析，似乎無法了解憲法第 86 條第 2 款所謂「專門職業」到底所指為何。並且，大法官對於專門職業的定義與認定要件，除了前後不一致之外，其要件在操作上似乎過於寬鬆，使得各行各業均可能被認定為專門職業，進而使其執業資格受限制。⁵⁰此外，從憲法第 86 條第 2 款的文義看來，並沒有將「涉及公共利益與人民權利」做為專門職業的判斷標準。綜觀上述大法官對於專門職業的詮釋，我們仍然無法找尋到定義專門職業的脈絡。

貳、使得立法形成自由被極度限縮：

釋字第 453 號解釋是專門職業爭議的分水嶺，在該號解釋中，大法官代替立法者的判斷，自創專門職業的定義與要件。往後關於專門職業之疑義，也多沿用釋字第 453 號解釋的態度。而大法官的做法並非未曾被挑戰與質疑，例如：釋字第 453 號解釋蘇俊雄大法官不同意見書當中，提出幾點看法，簡述如下：⁵¹

一、專門職業及技術人員的概念，雖在憲法權限分派秩序中，其考選雖然在考試院，但關於「專門職業及技術人員」的定義，仍須由立法者判斷，才符合憲法第 23 條法律保留原則和憲法第 86 條「依法」考選。釋憲機關固然有違憲審查權，可以審查相關法律規範是否合乎憲法第 86 條之規範要求的問題，但亦必須適度尊重立法者的自由形成權限，而不能動輒「替代」立法者從事政策決定。

二、在該號不同意見書中，明白揭示「專門職業及技術人員」的概念與人民之職業自由攸關，所以其內涵需要立法者進一步之評價。多數見解逕將「商業會計人員」定義為專門職業人員，實為忽略了憲法「框架性」之特質。

⁴⁹ 劉孔中（1999），〈專門職業服務解除管制及其競爭規範之研究〉，《律師雜誌》第 241 期，頁 69。

⁵⁰ 前揭註 51，頁 69。

⁵¹ 參考釋字第 453 號解釋蘇俊雄大法官不同意見書，參考網址：
<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/%E5%8F%B8%E6%B3%95%E9%99%A2%E9%87%8B%E5%AD%97%E7%AC%AC%E5%9B%9B%E4%BA%94%E4%B8%89%E8%99%9F%E8%A7%A3%E9%87%8B.pdf>，最後造訪日：2012/07/03

第二節 專門職業的定義與範圍

前述簡介釋憲實務對於專門職業的態度後，以下將分別討論法學上對於專門職業的定義，以及社會學對於專門職業的分析，並試圖藉由這樣的分析，回應前述司法院大法官解釋造成的問題。

第一項 法學上的定義

國內學者引用德國法對於自由業的定義，認為我國的「專門職業」大致與德國法的自由業相符，以下介紹德國法學說與國內學說，並加以分析、檢討。

第一款 德國法學說

國內外學者對於「專業」或者「專門職業」的定義，無非是透過歷史脈絡，企圖歸納出專業的特質並分類出專業的職業類別。我國憲法第 86 條第 2 款規定，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。所謂「專門職業及技術人員」的定義與範圍，曾引起諸多爭議。國內學者引介德國法的自由業，認為我國所謂「專門職業及技術人員」大致與德國自由業相符，⁵²不過德國法對於自由業的定義為何，至今爭論不休，⁵³德國學者間就自由業定義的分歧，係來自於社會變遷、新行業的產生，使舊定義不完全，儘管如此，德國學界仍努力對自由業做出若干定義。⁵⁴

1. Triepel und Feuchtwanger 之見解：

Triepel 提出「國家拘束性職業與半公務員」之概念，國家拘束性職業與半公務員之職業，係指此等職業從事者，依據公法與國家立於一定之關係，雖然這種職業的從業者並不是技術意義上的公務員，但從其執業之限制、職業義務之形成

⁵² 參考許春鎮（2008.12），〈德國專門職業及技術人員管理法制〉，《台灣海洋法學報》第 7 卷第 2 期，頁 25。張哲元（2006.04），〈自由業初探〉，《軍法專刊》第 52 卷第 2 期，頁 53。

⁵³ 姜世民（2004.4），〈第一章 律師職業之本質〉，《律師民事責任論》，初版，頁 26，台北：元照。

⁵⁴ 前揭註 55，頁 29。

與國家之監督而觀，其與公務員具有高度相似性。⁵⁵因此，Triepel 定義此等半公務員是「非公務員，無官職，依據特殊公法法律關係，就其執業向國家或自治體負責。⁵⁶」

2. 割裂性定義：

1956 年 J.F. Volrad Deneke 創造兩個自由業者的定義，分別是「國家經濟性定義」底下的自由業與「社會倫理」底下的自由業。「國家經濟性定義」即稅法定義下的自由業者，乃構成一經濟獨立者，其並用以區辨，某些雖以個人與精神之對價為收入基礎，但經濟上不具獨立性者。另所謂「社會倫理性之定義」，則將從事精神性工作，但屬於經濟上依賴他人關係者也包括在定義指涉之範圍內。⁵⁷

而學者 Fleischmann 則除了在稅法和社會學上為自由業定義，並且創設一個獨立的法定義。自由業的稅法定義係指，「從事一個本質上為精神智力之給付，其並以特定專業教育或創造性之能力為基礎，且具經濟上之獨立性，並屬於個人人格之投入給付者。」⁵⁸而社會學性之自由業者定義，則指涉一個與企業相區別之精神性、創造性工作內容之獨立職業。⁵⁹Fleischmann 並從職業法所發展的定義認為，自由業係指「以精神為基礎之獨立業者，於信賴範圍內為人格之投入，其精神倫理上與實質上獨立於私人或國家之指令，於公益具有特別責任，所從事者並具思想之社會重要性。」⁶⁰

3. 單一性定義：

Deneke 於 1969 年提出一自由業者之單一性定義，依其定義自由業者應包括三個特徵：A. 自由業是精神思想性之給付、B. 個人之給付與個人之成果、C. 此一給付並具有經濟之獨立性。Deneke 並指出上開三特徵所指涉者，非個別之執業者，而係指整體性之職業。⁶¹Michalski 將自由業定義為：「自由業者係一整體特徵所充分之職業團體，其與核心價值相關，具公益重要性之活動，並基於與當事人建立之信賴關係，且其大部分所從事者不具法定之指令拘束，但有經濟之獨立

⁵⁵ 前揭註 55，頁 29。

⁵⁶ 前揭註 55，頁 29

⁵⁷ 前揭註 55，頁 31。

⁵⁸ 前揭註 55，頁 31。

⁵⁹ 前揭註 55，頁 31。

⁶⁰ 前揭註 55，頁 31。

⁶¹ 前揭註 55，頁 31-32。

性。」⁶²於 1995 年 6 月 12 日自由業者聯邦協會之會員大會決議，自由業者之定義為：「自由業者，為一基於特殊職業資格，個人自己負責，且為專業獨立精神思想性給付，並兼顧委託人與大眾之利益，其執業並受一國家立法制定或職業自治團體制定之職業法規所拘束，此等職業法，係為確保與繼續發展專業性品質與自由業者與其委託人之間信賴關係而設。」

第二款 國內學說

國內學者參照德國法上對於自由業的定義，對於自由業舉出若干本質以描述並定義「專門職業」：⁶³

1. 個人之給付履行：

該特徵係用於與一般企業活動做區別，自由業可使用助手或工具履行契約義務，但自由業者就契約義務之履行應負個人責任。舉例而言，我國醫師法第 11 條第 1 項：「醫師非親自診察，不得施行治療、開給方劑或交付診斷書」；律師法第 49 條第 1 項規定：「律師非親自執行業務，而將事務所、章證或標誌提供與未取得律師資格之人使用者，處 1 年以下有期徒刑，得併科新台幣 3 萬元以上 15 萬元以下罰金。」似乎也有這樣的特徵。

2. 思想性之給付：

德國聯邦憲法法院肯認所謂自由業者，其工作係較高級之給付，且用以實現社會生活之思想性價值。雖然自由業也會含有某些非思想性之實務性工作，不過屬於較次要的地位。而現代社會變遷「勞心」與「勞力」的區分已經很難明確劃分，所以也有學者主張將此一特徵刪除。⁶⁴

3. 公共利益取向與利他性：

自由業者不是一般的營利單位，除了應對委託人負責以外，還必須對公益之促進負責，這樣的特徵是來自於德國帝國法院所持的見解。⁶⁵德國的聯邦律師法

⁶² 前揭註 55，頁 32。

⁶³ 前揭註 55，頁 32-38。前揭註 54，張哲元，頁 54-57。

⁶⁴ 前揭註 54，頁 55。

⁶⁵ 前揭註 55，頁 34。

第二條 (§BRAO)；稅務顧問法第 32 條第 2 項 (§32 Abs. 2 StBerG)；會計師法第 1 條第 2 項 (§1 Abs. 2 WPO) 也強調此等職業非營利工商企業，強調其對大眾健康、司法及社會所負之責。⁶⁶

4.專業教育訓練之要求或創造性之職業能力⁶⁷：

傳統的自由業形象，如：律師、醫師、會計師，是典型被認為具有專業訓練的職業，而且都必須經過考試始得執業。不過，值得注意的是不論在德國或我國，由於法規界定的自由業範圍擴張，科技高度發展的當代，許多原本不被列入傳統的自由業之職業，也要求須具備專業的教育訓練，使得此特徵是否能再作為自由業與其他職業的區分標準產生爭議。⁶⁸

5.特殊之信賴關係⁶⁹：

舉例而言，自由業的典型諸如：律師、醫師的執業過程勢必會接觸到委託人、病人的隱私，而委託人、病人係基於對自由業者的信賴關係對其透漏隱私。一般人民對於自由業者的信賴，奠基於自由業者的資格、能力、專業知識與經驗之信賴，並且藉由自由業者的專業知識與經驗之信賴，才能克服無法控制自由業者是否履行義務的疑慮。⁷⁰

6.自由性：

(1) 不受指示拘束性與自己責任

不受指示拘束性是指，雖然委託人得限定委託任務的範圍與限制，但是如何執行仍由自由業者決定與裁量。⁷¹

(2) 經濟自主性

所謂經濟自主性係指，藉由一定報酬之給付確保自由業者之經濟安定性，保障自由業者的獨立性。此一特性係用以與被指示所拘束的公務員和具依賴性的受僱人區別。然而，此特色恐怕不符合受僱於大事務所的自由業者，如：受僱律師，

⁶⁶ 前揭註 55，頁 34。

⁶⁷ 前揭註 55，頁 35。

⁶⁸ 在我國值得關注的是憲法第 86 條第 2 款規定適用過廣的問題，現在實務上須經考試院考試始得執業的職業類別越來越多，是否使得職業自由相對過度限制的問題。

⁶⁹ 前揭註 55，頁 36。

⁷⁰ 前揭註 55，頁 36。

⁷¹ 前揭註 55，頁 37。

不過學者認為，基於受僱律師等自由業者的獨立性仍應受保障。⁷²

(3) 獨立於國家與社會

自由業者執業應獨立於國家、宗教、政治、經濟與意識形態之外，此一自由性是當事人對於自由業者信賴的基礎。例如：律師與國家機關不存在隸屬關係。不過儘管學者肯認自由業者具有獨立性，但基於某些公益取向，這種獨立性有相對化的現象，例如：律師因具有公益性所以其職業仍受若干規範與監督。⁷³

第三款 評析

不論是德國或國內法律學者，對於專門職業的關注，多著重在法釋義學的詮釋，而且學者對於專門職業的定義，其實多從過去歷史脈絡當中，被認定為專門職業的職業進行觀察，進而從這些職業裡抽繹出一些特質做為專業的定義，這種關於專門職業所具特質之論述方式產生的問題在於，並非所有的特質都能完美地鑲嵌於各種傳統被視為專業的職業類別，每個專門職業或多或少並不符合若干特質，這因此造成了詮釋上的困難。⁷⁴法釋義學的文章企圖回答「專業是什麼？」，因此，這些文獻多半圍繞在專業特質的描述，既無法清楚定義專業也無法從中觀察專業背後的結構。法學上對於專業的定義，其實多半依照某些典型的專業，歸納「專業」所應具備的特質，而這樣的討論方式其實對於幫助我們了解專業的定義無益。

第二項 社會學對專業的觀察

如前所述，法釋義學的文章企圖回答「專業是什麼？」，因此，這些文獻多半圍繞在專業特質的描述。至於社會學對於專業的研究與問題意識包括（一）為何專業「應該」控制知識的獲取與運用？（二）為何這些專業團體可以達到並獲

⁷² 前揭註 55，頁 37。

⁷³ 前揭註 55，頁 37-38。

⁷⁴ ANDREW ABBOTT, *supra* note 2, at 4.

得某種權力？（三）專業主義在未來是否將遍及整個職業領域？⁷⁵透過這些問題的探討，或許才能釐清專業主義與專業證照隱藏的利弊，在法規設計上是否應該以專業為理由，建立證照制度，管制人民進入該專門職業領域。

第一款 專業的形成

從社會學的角度而言，專業並非亙古就誕生的產物，專業是社會變遷後的產物，以下將介紹專業的興起、各國專業發展的歷史、不同專業研究典範與專業的基本假定，探討了解專業的形成與現代專業的面貌。

第一目 概說

專業之所以特別被標示出來，而與一般職業有所區分，事實上為一種社會產物，專業的形成，源於現代工業社會來臨與知識系統的運用。當知識與技術擴張，便產生勞動力趨於專業化的現象⁷⁶，學者 Goode 就曾指出：「工業化社會是正在專業化的社會」⁷⁷。社會學上對於某些職業之所以形成一種專業有許多研究，這些研究探究專業的特質與功能，強調專業的興起是因應社會的價值與需要，在此脈絡下，專業化跟現代化息息相關，現代化所強調的科學技術、認知理性的增長、分工越來越細密等要素，使得專業化成為現代化、工業化社會的一種必然趨勢。⁷⁸現代化和工業化社會因為科技的進步，日常生活比傳統社會複雜更多，工業革命與資本主義社會系統的鞏固，創造新領域的職業角色，科學應用於工業與各種生活領域，使得社會上勞力分工的認知基礎被改變了，專業因運而生。⁷⁹

學者季登斯（Giddens）也提出，現代化的激進化對人類行動的「知識技能」（knowledgeability），造成相當大的衝擊。不管在日常生活中從事何種活動，人

⁷⁵ *Id.*, at 2.

⁷⁶ JOHN B. CULLEN, *supra* note 27, at 3.

⁷⁷ *Id.*, at 3.

⁷⁸ 吳嘉苓（2000.7），〈醫療專業、性別與國家：臺灣助產士興衰的社會學分析〉，《台灣社會學研究》第4期，頁193-194。*Id.*, at 3.

⁷⁹ LARSON, MAGALI SARFATTI (1977), THE RISE OF PROFESSIONALISM: A SOCIOLOGICAL ANALYSIS, at 17.

類皆須掌握運用特定的知識與技術，Giddens 稱之為知識技能。⁸⁰並且根據 Giddens 的結構歷程化社會理論觀點，知識技能的重要性在於，它促使個人日常生活順利進行，因而能提供個人「生存的安全感」，若是這種知識技能產生錯誤，會為個人帶來存在的焦慮感。⁸¹知識技能屬於現代社會制度本身的構成元素，透過制度性的機制運作，Giddens 將這種制度性機制稱為「專家系統」(expert systems)，人們的生活被各種專家知識所滲透。⁸²而知識技能又是如何與專業的興起連結在一起的呢？不論是「認知理性」或「專家知識」其背後都隱藏著理性主義的思維，而理性化 (rationalization) 正是專業主義的重要脈絡之一。⁸³並且兩者的關聯表現在下列三個現象：一、科技的成長促使關於人與社會的知識成長；二、支持的價值體系趨向有助於科技知識成長以及知識有效率運用之方向演化；三、個人和集體利用累積的知識以增加他們預言和操縱外部環境的能力。⁸⁴

學者 Larson 則從另一方面詮釋，工業革命使得工作和訓練從家庭與社群分離出來，當專業從兼職的副業變成全職的謀生方式時，為了保障生計，人數變多的專業人才便集結，並要求相對應的勞動分工區域，將議題圍繞在競爭的同質保證。而這種同質保證建立的前提是，它必須由專業人士自己定義，也就是說，專業人士透過宣稱其對優越的專門知識有全然的控制，以建立專業的可信度 (credibility)。⁸⁵

第二目 現代專業的面貌：從不同研究典範觀察

社會學家透過不同的研究典範，描繪出現代專業的面貌，特質論者強調專業的共同特色，而專門化理論則注重為何某些職業得以達到專業的程度，為何某些職業卻失敗，權力論者則提出專業如何透過掌握並控制知識，而達到宰制市場之目的。

⁸⁰ 劉維公 (2001.6)，〈第二現代理論：介紹貝克與季登斯的現代性分析〉，頁 8，《第二現代—風險社會的出路？》，顧忠華主編，台北：巨流。

⁸¹ 前揭註 82，頁 8。

⁸² 前揭註 82，頁 10。

⁸³ JOHN B. CULLEN, *supra* note 27, at 3.

⁸⁴ *Id.*, at 3-4.

⁸⁵ LARSON, MAGALI SARFATTI, *supra* note 81, at 13.

壹、特質論

特質論的問題意識在於，是什麼建立了專業與一般職業的區別，⁸⁶根據 Carr-Saunders 和 Wilson 的定義，「專門職業是運用深奧知識，於具體個案的專家所組成的團體。它們有複雜的教育訓練系統，伴隨著考試或其他進入之門檻限制，且專門職業通常具有專業倫理規範。」⁸⁷特質論的社會學家認為，某些職業之所以成為一種專業，是基於特質的累積，例如：專業者長期經過抽象知識的訓練，取得以專門技術解決問題的能力，並形成專業組織、訂立專業規範、該專業的利他與集體取向⁸⁸。有學者也提出專業有兩個普遍特徵：自我規範(self-regulation)和對於公共利益的意識形態。⁸⁹Millerson 則認為，特質論的定義下，常常反映政治考量，例如：如果一個人不喜歡社會工作，就會容易發現，某些特質將社會工作排除在專業之外的結果，因此 Millerson 在認定專業時，為避免上述情形，對於專業的特質，應採用比較寬鬆的認定方法，例如：具有專業組織、教育、倫理等等。⁹⁰

貳、專業化理論 (professionalization)

某些學者則將焦點放在專門化的問題，認為由於專業地位是最後到達的狀態，所以專業的特質具有多樣性，有些職業則尚未到達這個狀態，當團體逐漸取得所有真正專業所具備的標誌時，隨著時間經過，專業的特質多樣化的問題會漸漸消失。⁹¹

早期專業化的研究，仰賴戰後社會學功能性的假設：專門職業結構裡的不對稱，需要客戶信賴專業和專業尊重客戶及其同僚這兩大因素，這些關係並透過不同制度化的形式被確保，例如：專業協會、證照、專業倫理規範。⁹²但是後續的

⁸⁶ Randall Collins(1990), *Changing conceptions in sociology*, in Rolf Torstendahl and Michael Burrage, ed., *The Formation of professions : knowledge, state and strategy*, at13.

⁸⁷ 吳坤芳 (1998), 《職業證照制度之研究—以證照管制之合憲性為中心—》，頁 89，國立台灣大學碩士論文。

⁸⁸ 前揭註 80，頁 194。

⁸⁹ B.Barber (1965), *SOME PROBLEMS IN THE SOCIOLOGY OF THE PROFESSIONS*, in K. Lynn, ed., *The Professions in America*, at 15.轉引自 Nancy J. Moore (1987), *Professionalism Reconsidered*, *Law & Social Inquiry*, 12, at778.

⁹⁰ ANDREW ABBOTT, *supra* note 2, at 4.

⁹¹ *Id.*, at 4.

⁹² *Id.*, at 5.

理論家則反對這種看法，專業主義真正的特徵，並不在於客戶與專業人士共同掌權或是信賴，而是宰制與自主。⁹³專業化因此被視為一種，權力成功地從掙扎中取得自主性的過程，自我規範團體（self-regulation community）的構成被視為專業化成功的關鍵，而專業人士對於他們的執業行為提出的「利他主義的倫理規範」則是在面臨外來者時的集體認同。⁹⁴

參、 權力論

1960 年代到 1970 年代進一步的研究，則關注專業被視為社會階層體制形成的一部分，且被嚴格的檢視，學者對於以前專業的特質例如：「利他」和「自由化」不再對其稱讚。專業被視為一種權力結構。⁹⁵對於社會階層體制和社會流動的研究強調，透過教育成就獲得了較高地位的事實。並且 Wilensky 的研究模型也強調專業對於訓練和執業許可的控制，權力論者也對於專業教育和專業憑證（credentialling）的建立展開了歷史取徑的研究，透過這些研究證據，證照膨脹的問題也被拿來解釋為，一種不平等的製造並且顯示專業藉此製造社會封閉（social closure）拒絕外來者加入。⁹⁶此外，學者 Andrew Abbott 更進一步提出，觀察職業之所以變成專業，必須看職業團體是如何控制知識和技能。控制知識與技能的方式有兩者：一是強調科技；二是強調抽象的知識。在這個情況，實務上，知識的抽象系統被形成，控制職業在於控制抽象的概念。並且藉由抽象概念知識系統的控制，就可以重新定義它們的問題和任務，以防止無照者（interloper）的入侵。⁹⁷

第三目 各國專業的發展過程

在歐陸，專業發展之驅力主要是民族國家的形成。在拿破崙戰爭時期，普魯士的大學教育官僚體制之形成，導致證照需求擴張到政府職位的獨占。並且在

⁹³ *Id.*, at 5.

⁹⁴ Randall Collins, *supra* note 88, at 13.

⁹⁵ *Id.*, at 13.

⁹⁶ 研究者 Wilensky 1964 的作品也關注藉由權力達到的「職業封閉」，強調隨著專門職業封閉而來的特權，並更加關注歷史的能動性，這種能動性是藉由專業封閉性的發展，特別是在教育憑證系統的擴張當中。*Id.*, at 13-14.

⁹⁷ ANDREW ABBOTT, *supra* note 2, at 8-9.

19 世紀，官僚組織擴展到私部門，菁英職業部門逐漸累積，環繞著過去形成的「地位傳統」的成分。韋伯並據此發展他的官僚定義：藉由經過學術訓練的專家。達到對於部門的獨占，這些專具有區別性的地位殊榮。⁹⁸

而在美國，專業的發展則著重在專業服務市場的獨占，專業的發展獨立於國家之外，專業並非為國家服務，也不是置於國家建立的官僚網絡之內。⁹⁹美國的專業形成是先建立自我規範的組織，亦即專業協會，再尋求國家介入，以獲得更高的專業威信、支持獨占力量、專業協會規範約束其成員的權力。¹⁰⁰也就是說，在歐陸專業的形成是由上而下的政策的結果，而在美國則是由下而上要求國家支持。

專業的發展雖然依照各國的歷史脈絡，而有不盡相同的發展，不過美國與歐陸卻還是有類似的狀況：專業的形成使得職業變成像韋伯所稱的身分團體 (status group)，並且是一種菁英的身分團體。¹⁰¹

第四目 發展專業的關鍵

法律和醫學是專業的代表職業，然而這兩者在 18 世紀末、19 世紀時，人們未必認為它們是一種專業。前述提到專業是工業化、現代化社會的產物，而以下將根據社會學家的研究，分析專業形成的必要因素：

一、必須建立獨特、有區別的商品：為了達到這個目的，專業人士必須充分被訓練，才能夠在市場上交易具有區別性的專業服務。¹⁰²

二、標準化的專業服務，在消費者心中企圖建立穩定的評價標準：透過標準化其實隱藏獨占、減少競爭的意圖。若允許其他評價方式，公眾的偏好無法重新宣稱，並遠離舊時代的消費者忠誠。要達成標準化的目的，勢必仰賴國家的保護和支持，例如：用國家的強制力處罰並排除無照的競爭者。然而，國家無法用強制力強迫客戶移轉其忠誠，迫使客戶尋求專業服務，為了產生需求和競爭評價的一般性基礎，必須透過意識形態來運作。不過意識形態的建立，無法只靠專業人

⁹⁸ Randall Collins, *supra* note 88, at 16.

⁹⁹ *Id.*, at 16.

¹⁰⁰ *Id.*, at 16.

¹⁰¹ *Id.*, at 15.

¹⁰² LARSON, MAGALI SARFATTI, *supra* note 81, at 14.

才的努力，最後必須仰賴社會的轉變。¹⁰³

三、標準化的專業服務勢必要製造生產者一仰賴專業教育：為了促使專業裡的新手做出經濟和社會的犧牲，勢必要保證新手對於教育的投資報酬。這種保證傾向採取獨占的形態，或者由國家對於特定的保護做一些宣示。因此，國家對於專業教育的態度以及是否給予獨占的態度，成了現代專業發展的重要因素。¹⁰⁴並且，標準化的專業產品的基礎仰賴認知的標準化。¹⁰⁵專業知識的標準化，是潛在大眾能辨識專業商品的基礎，而認知標準化則透過一連串的訓練，把專業知識變得具有一致性和同質性，如此才能達到與其他市場上的商品區辨的能力。¹⁰⁶透過認知標準化，達到專業商品標準化的目的，在於使專業知識乃至於專業商品客觀化，看起來合乎科學而具有優越性。認知理性一旦建立，專業團體的優勢就看起來獨立於專業群體的利益與權力，獨占的專業的計畫藉著中立的外觀被合法化。¹⁰⁷也就是說，透過專業商品標準化，遮蓋專業群體分門劃界的企圖。¹⁰⁸要建立專業的結構，必須仰賴認知理性，這種認知理性被囊括於專業訓練、挑選和控制的制度中，例如：專門教育或是證照制度的實行。¹⁰⁹

第二款 對專業主義的批判

專業源於現代化、工業化的社會，並依附工業社會所信仰的「認知理性」，生存在我們的日常生活中。現代生活中，不論是「認知理性」或「專業主義」，看似基於客觀理性，而得以藉此保障我們的生活免於各種人為風險，然而，專業主義仍有其弊，而這些弊端則早已被社會學家所檢討、批判。

第一目 專業市場獨占有害於消費者

當專業獨占相關的知識生產與專業服務生產者的地位，「控制」首先必須先

¹⁰³ *Id.*, at 14.

¹⁰⁴ *Id.*, at 14-15.

¹⁰⁵ *Id.*, at 40.

¹⁰⁶ *Id.*, at 40.

¹⁰⁷ Larson, Magali Sarfatti *supra* note 81 at 41.

¹⁰⁸ *Id.*, at 40.

¹⁰⁹ *Id.*, 43-44.

被制度化到專業服務的生產裡，包括專業人才的培訓。為了達成上述目的，認知的標準化以及認知理性的建立，對於市場控制而言變得不可或缺。¹¹⁰欲建立認知理性，則必須將訓練也獨占。¹¹¹儘管在好的市場裡，公眾還是有權可以選擇要不要使用專業提供的服務，然而不幸的是，由於專業知識的生產與傳播等等權力都掌握在專業人士手中，專業擁有排他的特權，以界定知識的內容和接近使用知識的合法條件，在此情況下，專業濫用其權力的風險相當高。專業人士宣稱：他們提供的服務與那些自由放任市場裡所提供的極度不同，買者自己負責（*caveat emptor*）成為原則，專業倫理與理想的服務正當化消費者的信任。可是事實上，外行的專業服務買者被迫信任賣方，只因為判斷專業服務是否合格的標準，早已被專業人士定義並且標準化¹¹²，消費者沒有任何其他標準化的評價方式。¹¹³現代專業證照制度的立法，常宣稱是為了消費者的資訊不對等，其實專業建立起高高的牆才是資訊不對等的源頭。

第二目 專業化製造不平等

專業相對上是社會的產物¹¹⁴，傳統上諸如：律師和醫師等被認定為專業的職業，儘管在工業革命之前早已產生，然而，在工業革命之前，其實並未與訓練和考試這些 19 世紀才出現的專業模型聯結。¹¹⁵專門化的功能以及創造特定執業體系，或者理論化的知識，是為了累積資源，專業化角色與功能的發展，藉由結構的不平等被廣泛地決定，而這種結構不平等，包括不平等的財富、權力和知識的分配，與專業功能的制度化是不可分的。¹¹⁶

第三目 專業化對降低現代社會風險的作用徒勞無功

專家知識提供人們可以選擇的行動空間，不過，Giddens 指出，畢竟人類社

¹¹⁰ *Id.*, at 48.

¹¹¹ *Id.*, at 48.

¹¹² 在或多或少遙遠的過去，這種能力判斷依靠的是學術系統或官方的證照理事會。*Id.*, at 49.

¹¹³ *Id.*, at 48-49.

¹¹⁴ *Id.*, at 2.

¹¹⁵ *Id.*, at 2.

¹¹⁶ *Id.*, at 2.

會不是密閉且被專家操控的實驗室，專家知識在日常生活中的應用因此充滿不確定性和不穩定性，此外，不同觀點的專家持有不同意見，因此專家系統無法建立在一個穩定的基礎上。¹¹⁷所以 Giddens 認為，專家系統將人類帶入一個實驗環境，可是這種環境卻超出人類控制能力的範圍，將日常生活必成為顯著的冒險活動。

第三項 社會學家給法學者的提醒：專門職業的定義問題

從社會學的觀點可歸納出下列幾個結論：

首先，學理上難以區分專業與一般職業。專業的興起與推行是社會變遷中的結果而不是必然，不僅在 19 世紀之前，一般職業與所謂的專業，並沒有太多差別，隨著工業化時代來臨，被冠上「專業」的職業也只是社會產物，所謂專業，其執業者的專業能力未必比較高。此外，不論是法學對於專門職業的探討，或者社會學最初的研究典範「特質論」，都會淪落為「雞生蛋蛋生雞」的循環論證，因為總會有某些職業無法完全符合專業的各项特質。¹¹⁸法學者在過去一下子就跳入「專門職業」的定義難題，可能未意識到，專業本來就是社會所形塑出來的一種產物，專業與一般職業可能本來就毫無差別的可能性。

此外，專業透過證照產生某種封閉性，而排斥外來者的特質不是必然。專業透過掌控知識的運用，而達到某種獨占力，這種獨占力也往往達到排斥其他執業者加入的作用，甚至很多時候，專業會訴求證照以定義他們自己的地位。¹¹⁹可是，學者也舉出，並非每種專業都會主張國家給予證照，以確立他們的地位，例如：某些新興科學技術專業，是以宣稱具有進一步的專門知識或學術誠律典範，來達到社會對其專業的承認與專業的定位。¹²⁰更重要的是，考量是否建立專業證照制度時，國家應該意識到運用專業證照制度來達到阻止無照者進入，並非一種必然的作法，毋寧只是社會發展的一種可能性而已，所以國家不應該為建立專業證照

¹¹⁷ 前揭註 82，頁 10。

¹¹⁸ 社會學家也不得不承認，要找到對於專業的絕對定義是不可能的，*see* JOHN B. CULLEN *supra* note 27 at 13.

¹¹⁹ *Id.*, at 6.

¹²⁰ *Id.*, at 6.

制度而建立，錯把現象當成一種必然。

再者，運用證照制度將強化專業主義的風險。社會學家提出，專業主義並非全然對人類社會有利，專業主義的運用有時還隱藏一些不利之處，例如：專業市場獨占可能有害消費者、專業化形成結構的不公平等等，而運用證照制度強化專業獨占市場的結果，將可能使這種不利無法被導正，並且變本加厲，特別是我國的專業證照制度均採取許可制的情形下，使得專業市場更加封閉，如果意識到上述專業化所帶來的不利益，在建立專業證照制度時，立法者應該更謹慎考量。

第四項 本文立場

回到釋憲者一直試著解釋專業所指為何的主要問題上，從社會學的觀點，一方面，難以找出一致的判斷標準，二方面，釋憲者之所以要定義專門職業，主要是為了解決哪些職業該劃入專門職業證照制度的範圍，然而不僅專業不一定要跟證照化劃上等號，更重要的是，應該衡量專業證照化的利弊，特別是專業證照化之後，更強化了專業領域的封閉性，而該封閉性可能只成就某些專業人士的利益，如此一來，反而對專業服務之消費者有害。

換個角度，證照化以及專業主義並非全盤有益的前提下，釋憲實務過去陷在一個邏輯是，專業必須被管制，並且須經過考選，所以必須先定義何謂專業。但是，本文認為，分析專業受管制的利弊之後，基於專業未必要管制的想法，專業的定義應該被放到管制與工作權保障的利益權衡當中去考量，而不宜如大法官所為，先設定一個抽象又難以操作的專業定義。

第三節 專門職業定義、形塑權

憲法第 86 條第 2 款的適用，前提是須界定該條款所謂「專門職業」的範圍，但是該範圍的界定權，歸屬於誰較適當也是一個重要問題。釋字第 453 號解釋當中，自行創設專門職業，產生立法權與行政權的權限劃分的疑惑。

第一款 立法者初步形成空間

所謂立法裁量，或稱立法形成自由，係指立法機關原則上對於憲法規範的具體實踐，應享有優先評價的權限。¹²¹

首先，此界定權不應交給隸屬於司法權的大法官解釋。僅管司法權擁有違憲審查權，但是從功能最適觀點¹²²，司法者充其量只有能力判定，專業證照化對工作權限制的妥當性，但是就專門職業的定義，司法權不是具備最佳條件以認定的機關。而且，如釋字第 453 號解釋蘇俊雄大法官所言，憲法是具有框架性的規範，專門職業的定義涉及社會實態等各種情況，基於司法權的被動性，並不適合就專門職業的形成作第一次判斷，甚至代替立法者作決定。憲法的框架之下，如何具體形塑應交給立法者，而非司法權。

第二款 行政權在定義專門職業的角色

在職業管制領域，行政權對此有比立法者更好的能力處理。行政權底下的職業主管機關直接管理各該職業的相關業務，應以何種方式管制，諸如：是否證照化、是否以考試審核資格等問題，職業主管機關比立法者更清楚，因此，除了前述提到，司法權不該代替立法者決定，更關鍵的或許還在於，就專門職業管制的議題，行政權應擔負起地一步的形塑責任。例如：某些專門職業的資格認定，可能較適合由職業主管機關掌理，而不宜由手段選項較少的考試院審核的話，行政機關應擔負起考核資格認定的責任，不宜恣意將資格認定的責任，一概界定為考試院職權。

¹²¹ 黃昭元（2000），〈立法裁量與司法審查--以審查標準為中心〉，《憲政時代》第 26 卷第 2 期，頁 159。

¹²² 聯邦憲法法院在西元 1984 年提出功能最適機關結構的觀點，要求國家事務應由內部組織、組成方式、功能與決定方式等方面均具備最佳條件的機關來作成。參考許宗力（2002），〈權力分立與機關忠誠--以德國聯邦憲法法院裁判為中心〉，《憲政時代》第 27 卷第 4 期，頁 9。

第三章 專業證照制度的形塑

專業與其背後的核心思維－認知理性－，在現代生活中被廣泛應用，很多時候，專業及其群體，更會對國家訴求建立「證照制度」以確保其地位和利益，證照制度在專業的應用逐漸成為常態，然而這種情況並非無檢討之處。本章將介紹證照制度在專業領域的應用情形，並從國家與社會二元論檢討「專業證照化」的正當性，再回到憲法第 86 條第 2 款，檢討憲法對於「專業證照化」的態度為何，包括該條款是否能成為「請求建立證照考試」的基本權制度性保障之訴求。

第一節 證照制度於專業的運用

證照制度應用於專業，彰顯國家將知識、技術能力的認定權收歸所有，以下將介紹學理上專業證照制度的概念、類型，並且探討專業證照制度應用於法規範的意義與專業證照化的必要性。

第一項 專業證照制度的概念

證照制度的運作本身與專業本是唇齒相依的兩個議題，在英美，自從 18、19 世紀專門職業開始排斥業餘者與教會的執業者，專門成為全職的工作，並且成為一種謀生的工具之後，更需要進一步的職業分工¹²³，不論是排除業餘者或是職業分工，都仰賴證照制度的實施。從現代專業的發展史來看，自從法國大革命以後，職業看似對一切有才華的人開放，不過法國直到 1830 年代和工業革命以後，才真正走向開放的路，而 19 世紀現代化的專業發展不約而同，採用了競爭性的考試制度¹²⁴。在 19 世紀民主化的浪潮中，中產階級也藉著這波浪潮，利用

¹²³ LARSON, MAGALI SARFATTI *supra* note 81, at 12.

¹²⁴ 但必須強調的是，在專業的發展歷史當中，也有某些專業並未與證照制度連結，*see* JOHN

工作來提升其地位。¹²⁵證照制度的意義在於：進入工業社會人們進入分工體系，意味個人更需仰賴自己全然無法掌握的情境條件，並且在工業社會人們還必須面對人為的風險，即知識和技術可能帶來的風險，國家便透過證照制度以及強化專業主義來消彌人為風險。¹²⁶

證照制度所彰顯之更大的意涵在於，它宣示了一種合法性，¹²⁷在證照制度實施的法制度下，個人的知識、技術必須獲得國家的認同，獲得認同的方式則是以取得證照的方式。在證照制度的社會裡，**knowing how** 與 **doing** 被劃分開來，由不同人司職。沒有證照制度的社會裡，各行各業本不需要證照就可以在市場法則下自由執業，不過證照制度的興起對於職業市場起了劇烈的變化，執業能力與執業資格之認定被國家收歸所有，國家透過證照制度獨占了宣示執業合法性的權力。

128

專業常常透過證照卡位，占據搶奪資源的絕佳位置。證照制度也藉著科技理性所連結的專業主義成為大眾心中，在現代社會理所當然的存在¹²⁹。人們認為可以信賴理性以及理性的產物，憑此便能安心生活。於是，證照制度彷彿成了現代社會的「必要之惡」。換言之，**證照制度在專門職業的應用就是為專業背書**，學者 Eilot Friedson 提出專業與證照的關係，被認為是專業的職業，往往會有特殊的特權，例如：排他的證照，而能夠將這種特殊特權正當化的根據在於，對這些職業有某些假設：¹³⁰

- 一、 這種職業必須大量、堅實智識的訓練，用以解決複雜的判斷。
- 二、 客戶無法充分評價服務的品質，只能信賴那些他們所徵詢的人。
- 三、 客戶的信賴是假定，客戶利益和公共福祉超越執業者的自我利益。
- 四、 這種職業具有自我規範的特質，亦即，執業者被組織起來以確保公益，確保其組織的成員有充分能力，而不違反客戶的信賴，並且公益的訴求超越

B. CULLEN *supra* note 27, at 13.

¹²⁵ LARSON, MAGALI SARFATTI *supra* note 81, at 5.

¹²⁶ 前揭註 3，賴麗芳，頁 16-17。

¹²⁷ 前揭註 3，賴麗芳，頁 16。

¹²⁸ 前揭註 3，賴麗芳，頁 16。

¹²⁹ 類似見解參考林振民(1999)，《職業證照管制的政經分析--土地登記專業代理人之個案》，國立中興大學經濟學系碩士論文，頁 3。

¹³⁰ Nancy J. Moore (1987), *Professionalism Reconsidered*, *Law & Social Inquiry*, 12, at 778.

執業者自己的利益。

第二項 專業證照制度的類型

國家對於人民經濟活動，或職業領域的控制可分為三類，一、登記制（*registration*）：係指想從事特定活動者，必須在官方的登記機關登錄他們的名字和資料，在這種制度下，國家並沒有任何規範，去否定希望登錄的民眾從事特定活動之權利，而通常在登錄的時候會被索取一些費用。¹³¹二、認證制（*certification*）：政府機構會認證某些個人具有一定技能，但這種制度並不會阻止未取得認證者從事該職業。例如：在美國有很多州的會計事務是採取認證制度，並不禁止未取得認證的會計人員從事會計業。¹³²三、執照制（*licensing*）：人民需從一定的權力機關獲取執照才能從事特定行業，執照制度要求的是一個人需要某些能力的實證，或表面上通過一些用來確保能力的考試，才可以從事特定職業。更重要的是，執照制之下，無照者不得執業，否則將受到罰鍰或牢獄之災的懲罰。

¹³³

證照制度強調的是個人的知識、技術必須獲得國家的認同，而取得國家認同的方式，則可能是上述的認證制或執照制。¹³⁴

第三項 從經濟學觀點反省專業證照化

職業專門化並且證照化的情況，以美國為例，從 1950 年代到 1970 年到由 70 種膨脹到 500 種¹³⁵，而證照膨脹的情況，被法學以外的學科思考與反省，並對於專業證照化提出質疑，以下將從經濟學的研究檢討專業證照化的情形。

¹³¹ MILTON FRIEDMAN, *supra* note 7, at 144.

¹³² *Id.*, at 144.

¹³³ *Id.*, at 145.

¹³⁴ 國家營業管制手段中的登記制與證照制度無關，因為人民只要想要從事特定行業在登記制下並沒有取得國家認同其執業知識技能的管道。

¹³⁵ 參考林振民，前揭註 131，頁 11。

第一款 專業證照化無法減少外部性

所謂外部性係指經濟行為中，一部分的利益無法歸自己享有，一部分的成本不須自己負擔的情形。¹³⁶不能享受的利益稱為外部經濟或外部效益，不須自己負擔的成本，則稱為外部不經濟或外部成本。¹³⁷而勞務市場的外部成本，舉例而言，建築的專業服務市場中，因執業者的能力不足導致建築物坍塌，使得交易之外的第三者受害，即為一種外部成本。¹³⁸學理上，早期認為矯正外部性的方法就是政府介入管制，但是這樣的想法並不具正當性，蓋日常生活事事皆可能具有外部性，以減少外部成本做為管制理由，會造成政府無所不管的情形。¹³⁹此外，證照管制還可能造成新的外部成本，例如：造成專業服務的價格上升，使消費者反而不欲從事消費而導致更嚴重的外部成本。¹⁴⁰

第二款 資訊不對稱

資訊不對稱係指交易之一方，擁有另一方所不知道的資訊之狀況，資訊不對稱可分為兩類：一、藏匿的特性（**hidden characteristics**）：即交易一方知道其本身的某些特質，另一方想知道卻無從得知。¹⁴¹二、藏匿的行為（**hidden actions**）：則指一方的某種影響交易成果的行為，另一方無法直接觀察到。¹⁴²專業服務市場可能有的資訊不對稱屬於第一類「藏匿的特性」，蓋消費者無法充分評價，專業服務生產者的服務品質，以及合理的服務價格，而只願以平均價格購買此服務，使得投入高成本的提供者退出市場。¹⁴³

以矯正「資訊不對稱」為由實施專業證照制度，不具正當性的理由在於，幾乎所有交易均存在資訊不對稱的情形，不需政府介入。¹⁴⁴在競爭市場，透過人類

¹³⁶ 張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏合著（2004.），《經濟學—理論與實務》，五版，頁 299，台北：翰蘆。

¹³⁷ 前揭註 138，頁 299。

¹³⁸ 林振民，前揭註 131，頁 12-13。

¹³⁹ 林振民，前揭註 131，頁 13。

¹⁴⁰ 林振民，前揭註 131，頁 13。

¹⁴¹ 前揭註 138，頁 293。

¹⁴² 前揭註 138，頁 293。

¹⁴³ 林振民，前揭註 131，頁 14。

¹⁴⁴ 前揭註 138，頁 296。

的基本道德與重複交易的長期利益，買賣雙方就算不能充分了解實際狀況，也可以相安無事。¹⁴⁵此外，證照管制雖然證明執業者的最低限度能力，但這些執業者的服務仍具有相當差異，品質較高的執業者也可能退出市場。¹⁴⁶證照制度可以提供最低限度品質的資訊，但是較寬鬆的認證制也可以達成一樣的效果。¹⁴⁷

第四項 專業證照落實於法制度之省思

專業證照制度應用在法規範，係作為一種管制手段，儘管在職業領域或國家的許多經濟活動，難免國家具有一些管制手段，然而，專業證照制度的特殊處在於，它是對於人的能力為事前且通案的控制，而這種管制是否有必要性，則是以下將探討的重點。

第一款 專業證照制度在法規範的定位

專業證照制度強調的是，人民的執業資格須受到國家的認同，我們將其定義如下：「某一被認定為專門職業，國家對於欲從事該職業的從業者，要求其事先且通案性地經過特定的審查標準、審查程序，依法授與證書，以證明其具有執業資格。」

專業證照制度，在法學上的意義在於，它是一種管制手段，而這種管制也屬於一種營業管制，根據管制程度可分為：一、單純登記主義：係指從事某種行業前，應先向主關機關申報登記，將擬從事的行為事先報予主管機關知悉，始得為之。¹⁴⁸二、準則制：指國家就各種行業，預先制定一定標準，凡是欲經營此種行業者，只要符合各該條件即可經營，而這些準則，只是營業時的適法要件，行政機關並無對營業的准駁之權。¹⁴⁹三、許可制：許可制或稱核准制，原是指立法者

¹⁴⁵ 前揭註 138，頁 296。

¹⁴⁶ 林振民，前揭註 131，頁 14。

¹⁴⁷ 林振民，前揭註 131，頁 14-15。

¹⁴⁸ 李惠宗（1990.1），〈論營業許可基準之司法審查—兼論我國憲法上營業自由之限制〉，經社法制論叢，第 5 期，頁 237-238。

¹⁴⁹ 前揭註 150，頁 238。

授與行政機關，就某一行業的設立有准駁之權限。¹⁵⁰在行政法領域，各種事項有不同的許可制度，例如：建築執照、公司登記執照的核發，而此類許可事項，係針對「事」，且僅針對「個案」為準駁。

從比較宏觀的營業管制類型脈絡，再回到專業證照制度，所強調的個人的知識、技術必須獲得國家的認同此特點，將之前提及證照制度的學理分類放入營業管制類型，可歸納出，專業證照制度的規範設計方向可包含（一）認證制：認證制在規範上的設計，可能傾向於以登記制的形式呈現，通過相關認證者，在營業登記上註記，俾提供專業服務品質之資訊，並且，認證制與執照制不同之處在於，不能排除未取得認證者執業，雖然在我國的證照法規範並沒有認證制，但想像上仍有操作的可能性。（二）執照制：執照制則相當於許可制，應用於專門職業的許可制，與行政法領域其他許可制不同，在於專業證照制度審查的內容，係對人的某種能力，做事前且通案的審查，並且更重要的是，使用執照制的管制模式，將排除無照者執業的可能，法規範會以行政罰或刑罰等手段，嚇阻並禁止無照者執業，對人民的工作權限制程度較大。

儘管我國的證照法規範，均採取「考試」搭配許可制之規範模式，本文欲特別強調的是，前述定義係採取較寬鬆之描述，跟以往對於證照之定義有強調須以「考試」證明其符合執業資格者比較¹⁵¹，本文認為，「考試」應該只作為執業資格認定的一種方式，以往的定義可能過於狹隘。本文採用的定義，主要為凸顯專業證照制度，屬於一種事前、通案的審查制度。

第二款 專業以證照管制的必要性：從國家社會二元論談起

儘管專業很多時候，伴隨著管制寬嚴不一的證照制度，然而從保障基本權的觀點來看，專業未必要與證照制度劃上等號。從保障人民工作權的角度來看，證照制度至少是一種對於人民工作權的限制，而這種限制應該是一種例外而非原則。一般普羅大眾，或許對於立法建立一套專業證照制度覺得並無不妥，也不覺得有討論的必要，也許每個人對於自由的想像可能不盡相同。過去探討「自由」的理

¹⁵⁰ 前揭註 150，頁 238。

¹⁵¹ 前揭註 89，頁 3。

論眾多，不同學門也有不同的關注重點。並且，在許多基本權審查的議題上，常常碰上「維護公共利益」與個人自由如何平衡的難題。也就是說，在審查許多法規範是否過度侵害基本權時，主流社會常會陷入一種迷思：維護了公共利益，也意味個人權利與自由得以保障，從基本權保障的角度，以下將先從國家與社會二元論的發展切入，釐清專業與證照化的關係，亦即專業是否必然該「證照化」，才能對那些持「證照制度對大眾有益」論點的人，或是那些理所當然地接受任何立法者形塑之制度的人，有所釐清。憲法自由權，是為了個人可以主張對抗國家公權力侵害¹⁵²，「國家的手」到底可以介入到何種程度，是基本權違憲審查的核心。發展由來已久的「國家與社會二元論」可以提供我們相關的線索，去探討國家高權跟人民自由的關係、國家統治與社會自治的關係、公領域與私領域的交錯關係。¹⁵³

第一目 國家與社會二元論的歷史

國家與社會的分立，源自歐洲 18 世紀的社會解放運動，18 世紀初，「社會」與「市民」屬於同一概念，但隨著君主專制與官僚體系的國家形成，新的社民社會逐漸成形，形成「市民社會」與「國家事務」分離的結果。¹⁵⁴西元 1776 年 Adam Smith 提出國富論，除了質疑國家介入社會經濟的做法以外，此論點也指出，自由社會秩序的基本特徵是：在國家以及國家形塑的政治秩序外，發展出一個有獨立結構的生活領域，這個領域可被理解為「社會」。¹⁵⁵

觀察歐洲的歷史，中世紀到近代歐洲，政治與統治型態有極大的轉變。在中世紀存有分散而相互獨立的政治支配權力，到了近代歐洲，分散的政治支配權力逐漸集中在特定人或特定政治層級之上，有計畫地組成統一且廣泛的政治支配權力體系，國家與社會二元結構逐漸形成。¹⁵⁶統一而廣泛的國家權力，取代原本結合社會與高權的中世紀社會型態，人民臣服於國家權力的同時，也形成所謂「非屬

¹⁵² 前揭註 30，頁 80。

¹⁵³ 李建良(2007)，〈自由、人權與市民社會—國家與社會二元論的歷史淵源與現代意義—〉，《憲法理論與實踐（二）》，台北：新學林，二版，頁 4。

¹⁵⁴ 前揭註 155，頁 9。

¹⁵⁵ 前揭註 155，頁 9。

¹⁵⁶ 前揭註 155，頁 9。

國家權力的市民社會」。¹⁵⁷隨著統治權集中化所形成的國家與社會二分結構，國家與社會呈現的關係包括，國家組織的擴展與國家權力的擴大，在社會方面，逐漸脫離封建領主與君主的支配，但是細部的發展因各國的歷史背景而有差異，¹⁵⁸其中法國與德國對於「國家社會二元論」的建構又有些不同。法國人權宣言的前言及第 2 條揭示：「國家目的在於，確保及維護不可侵犯的人權，並且聲明自由、財產、安全及反抗壓迫是天賦人權，神聖不可侵犯」。在此基礎下，國家與社會的區分，在法國的意義，是一種「確保個人自由的機制。」，亦即肯認自由的個人，而國家的存在，是為了確保個人的自由與安全，此種先於國家的個人自由領域構成國家的範圍。¹⁵⁹法國所建構的二元論是個人先於國家存在，亦即國家並不涵蓋社會整體，國家若要對社會有所干預，必須舉證其正當性，而且權力分立原則，是透過對國家權力制衡，達到確保人民自由的國家組織原則。¹⁶⁰

相對於法國，德國 19 世紀「市民社會」的建立，僅為了擺脫國家對人民私法上權利的掌控，而政治上的權利未受到重視。19 世紀德國的憲政發展只是披著「形式法治國」外衣的制度，實質上沒有擺脫專制國家的體質。到 19 世紀後葉，德國君主立憲時期，所呈現的國家與社會二元結構越來越明顯，所謂「社會」，乃是從國家抽離出來的非國家的私領域，藉此做為對抗國家干預的憑藉，以確保人民的自由與財產。¹⁶¹國家與社會二元論，代表 19 世紀德國君主立憲時期的政治特徵，相對於英、美與法國人權與自由思想的開展時期，德國君主立憲制度仍以「君主原則」為基礎，國家權力來自王位。在此前提下，19 世紀德國的憲政主義只是一種君主的自我節制。¹⁶²

第二目 國家與社會二元論的演進

國家與社會之區分始於君主專制時期，國家與社會二元論中的「社會」以私

¹⁵⁷ 前揭註 155，頁 10。

¹⁵⁸ 前揭註 155，頁 10。

¹⁵⁹ 前揭註 155，頁 11。

¹⁶⁰ 前揭註 155，頁 11。

¹⁶¹ 前揭註 155，頁 11-13。

¹⁶² 前揭註 155，頁 15-16。

有制度為核心，「國家」則被視為人為有意創造，具目的理性與統一之秩序。¹⁶³國家與社會區分的理論是由黑格爾普遍化，¹⁶⁴黑格爾認為國家與社會兩者具有相互依存關係，黑格爾將社會視為個人欲望需求與個別利益的體系。在市民社會中，個人均以其自身為目的，但為滿足自身目的，不能不與他人發生關係，透過交易、他人提供的勞動，使其需求得到滿足。從黑格爾的觀點看來，社會以需要為媒介，滿足個人目的，亦即「需要體系」。¹⁶⁵而真正的國家，是客觀精神的展現，是倫理理念之實現¹⁶⁶，國家是群體的結合，個人在此群體內，共同經營倫理生活。個人在國家中，不再為了自己，而係有所自覺，為公眾利益來設想與行動。¹⁶⁷在黑格爾的體系中，國家與個人之間仍有自治團體的存在，例如：地方自治團體、同業公會。¹⁶⁸這些自治團體成為個人與國家功能中行政、司法、立法之中介¹⁶⁹，個人需透過這些自治團體作為媒介，最後才成為國家中有尊嚴公民權的個人，市民社會必須經由此方式在國家中存在。¹⁷⁰

德國法學教授 Lorenz von Stein 的國家與社會區分理論認為，「社會」決定財貨分配、規範勞動組織、推動需求體系¹⁷¹，國家則是共通意思之組織體。Stein 進而指出，國家、社會本於不同之原理原則，社會屬於特殊利益的範疇，社會由「個人與他人間關係」基礎上發展而來；國家係將所有個人意志，提升為人格的統一體，個人超越其個別生活、個別利益、參與國家意志的形成，國家意思形成的原理所要求者，為「一切人之參與」以及將個人提升為平等的自由狀態，¹⁷²所以國家與社會有其矛盾之處。¹⁷³

黑格爾與 Stein 之後，馬克斯也繼受黑格爾的國家社會二元論，不過馬克斯在歷史演變的架構中，將二元論理解為資本主義的產物。¹⁷⁴從歷史的觀點，馬克

¹⁶³ 葛克昌（1994.12），〈國家與社會二元論及其憲法意義〉，《台大法學論叢》第 24 卷第 1 期，頁 124。

¹⁶⁴ 前揭註 165，頁 125。

¹⁶⁵ 前揭註 165，頁 125。

¹⁶⁶ 前揭註 165，頁 125。

¹⁶⁷ 前揭註 165，頁 125。

¹⁶⁸ 前揭註 165，頁 125。

¹⁶⁹ 前揭註 165，頁 125。

¹⁷⁰ 前揭註 165，頁 125。

¹⁷¹ 前揭註 165，頁 126。

¹⁷² 前揭註 165，頁 126。

¹⁷³ 前揭註 165，頁 126。

¹⁷⁴ 前揭註 165，頁 127。

斯認為，市民社會的產生，是階級利益的結果，國家與社會二元對立，是人類社會的特定發展階段，這個階段是「由個人利益發展到階級利益」¹⁷⁵，特殊個人利益與普遍公共利益對立，進一步促成市民社會與資產階級法治國家產生。資產階級法治國家，藉由權力區分、基本權保障、私法自治制度，以限制國家權力，市民社會就是擺脫國家政治干預下的產物。¹⁷⁶從理論分析角度考察，馬克斯認為，隨著社會利益體系區分為私人利益與公共利益兩大體系，社會也分裂為市民社會領域與國家領域。市民社會領域屬於私人活動領域，國家領域是公共活動領域。市民社會是特殊私人利益關係體系，國家是普遍公共利益關係體系，而社會的每個人都擔當著雙重角色。¹⁷⁷馬克斯並斷言，國家與社會的二元分裂，是資本主義市場經濟的產物，並透過政治革命，將經濟活動領域變成免於政治影響的領域。¹⁷⁸此外，國家社會二元論造就免於政治干預的資產階級市場領域，並且成就資產階級法治國制度，馬克斯並進一步分析：¹⁷⁹

（一）國家社會二元論促使產生代議民主制度。

（二）國家社會二元論使得資產階級法治國三權分立制度能被確立，馬克斯認為：「如同官僚是國家在市民社會中的全權代表一樣，各級議會是市民社會在國家中全權代表。」¹⁸⁰

（三）國家與社會二元論確立了人權與公民權制度：馬克斯認為：「人權與公民權不同，所謂「人」權所指涉的「人」正是市民社會的成員¹⁸¹；反之公民權的內容就是參與此共同體，並且是參加政治共同體、參與國家。¹⁸²」

就黑格爾提出的國家社會二元論，馬克斯也提出相關批判，黑格爾認為國家置於社會之上，實際上是社會高於國家，就此馬克斯並不認同，他認為國家與社會的成員是相同的個人，做為國家成員身分的公民，是抽象、人為的，而市民身分的個人，才是真正的人。¹⁸³並且，馬克斯還認為私人利益與公共利益的對立，

¹⁷⁵ 前揭註 165，頁 127。

¹⁷⁶ 前揭註 165，頁 128。

¹⁷⁷ 前揭註 165，頁 128。

¹⁷⁸ 前揭註 165，頁 128。

¹⁷⁹ 前揭註 165，頁 129。

¹⁸⁰ 前揭註 165，頁 129。

¹⁸¹ 前揭註 165，頁 129。

¹⁸² 前揭註 165，頁 129-130。

¹⁸³ 前揭註 165，頁 130。

將隨著階級的消滅而消失，當社會生產力發展到一定階段，階級對立及階級社會消失，國家也隨之消亡。¹⁸⁴

馬克斯預言，國家將隨著階級社會消失而消亡，但無產階級專政並沒有導致國家消亡，儘管如此，馬克斯的法理論，在後來的社會主義國家，依舊在尋求新的解釋方式。¹⁸⁵依據馬克斯理論，國家是建立在市民社會基礎的上層建築，國家與社會在實質上統一，資產階級國家的國家社會二元論，不存在於社會主義國家，社會主義國家內，國家與社會利益間取得客觀的統一與和諧。由於個人與國家和諧一致，在社會主義國家，個人的基本權非如資產階級國家，為個人之消極防禦權或免於國家干預的自治權，也不是個人自主自我決定的主觀自由權；而是與整體共同協力、共同參與、共同分享的權利，並且同時是義務。¹⁸⁶社會主義國家個人與國家社會關係中，特別是個人權利與基本權理解問題，個人基本權利被認為，必須經過馬列主義政黨的領導，人權問題被歸為資產階級的謬誤。不過上述的發展，隨著社會主義非史達林化、國際人權普遍化，以及共產國家的基本人權運動而改變，開始發展出接受市民的法律地位與主觀權利之「平反復權」。¹⁸⁷這顯示在社會主義國家的法理論，依舊發展出國家與社會二元的跡象，並且發展出「重視個人自由與權利、免於國家公權力侵犯、國家權力有限性，以及社會個人生活獨立性」這樣的想法。¹⁸⁸

第三目 國家與社會二元論的存廢

19 世紀發展出的自由法治國，藉限制國家權力，以確保國民自由。自由主義者倡行國家社會二元論，包括教會宗教、藝術、經濟等，都劃歸為社會領域不受國家干預，保護社會領域存在的最重要工具就是憲法的基本權。然而自由法治國最大的缺陷在於，所極力保障的「個人」是資產階級，所謂的社會指的是資產階級社會，議會指的是資產階級代表，選舉權只限於有財產者。¹⁸⁹現代民主國家，

¹⁸⁴ 前揭註 165，頁 130。

¹⁸⁵ 前揭註 165，頁 130。

¹⁸⁶ 前揭註 165，頁 131。

¹⁸⁷ 前揭註 165，頁 132。

¹⁸⁸ 前揭註 165，頁 132-133。

¹⁸⁹ 前揭註 165，頁 133-134。

選舉權普及化，並且由多數政黨與複數利益團體構成國家與人民之間的政治程序，政黨與利益團體成為更有權力的上層建築，政黨與利益團體進入議會，傳統權力分立制度與公共領域，面臨結構上重大變遷。¹⁹⁰當代民主國原則，成為政治制度的基礎，國家與社會二元結構也為之改變，國家與社會彼此關係密切，以民主做為建構基礎的憲政體制，係以人民為主體的制度，人民是所有國家權力的主權者，社會不再自外於國家。¹⁹¹不過，社會與國家的區分，在民主制度下並非沒有意義，從國家與社會二元論理論演進的過程，即便在社會主義強調打破階級之後，個人同時是社會與國家之參與者的脈絡下，個人的自由與權利，也無法完全與國家或整體社會的利益畫上等號，以民主國原則架構的現代國家亦然。就算國家與社會相互滲透、結合，政黨政治與利益團體競逐，所做出的政策與法規範，也未必能保證個人的自由獲得確保。¹⁹²而國家與社會區分，可以使個人保有自由活動的空間，不受國家機制與公共領域的箝制，因此國家與社會二元區分具有「確保自由」的功能。¹⁹³此外，觀察過去歷史也可以證明上述論點，縱使經過民主、選舉程序產生的立法規範，也可能侵害人民的基本權。西元 1933 年希特勒利用「國會」頒布的「為排除人民及帝國緊急狀態授權法」，發布所謂「全國上下一致」的命令，架空各邦權力，並執行全國統合的措施，在這樣的政策執行下，國家與社會趨於合一。¹⁹⁴E.Forsthoff 在其出版的《總體國家》一書中，則具體描述「國家與社會融合」的情境：¹⁹⁵

「總體國家是一種全體負責的國家。國家是要求每個人效忠國家的體現。此項效忠使個人的存在不再具有私的性質。在全體及個人，在他的公開行為與表現，以及在家庭及家宅團體之內，每個人都要為國家的命運負責。¹⁹⁶」

從上述例子，在民主政治體制下，社會與國家的區分仍有其必要性，且必須從保障人民自由的角度加以詮釋。亦即，透過國家與社會的區分，做為一種保護人民自由的基礎，避免因國家與社會的相互滲透與融合，使個人自由形骸化。¹⁹⁷

¹⁹⁰ 前揭註 165，頁 134。

¹⁹¹ 前揭註 155，頁 17。

¹⁹² 關於利益團體之弊，參考前揭註 165，頁 135-136。

¹⁹³ 前揭註 155，頁 17。

¹⁹⁴ 前揭註 155，頁 18。

¹⁹⁵ 前揭註 155，頁 18。

¹⁹⁶ 前揭註 155，頁 18。

¹⁹⁷ 前揭註 155，頁 19。

從國家與社會的功能界分來說，國家的功能在於，統治及決定公共福祉的政策，社會則不以國家、民主的統治為中心，而是個人及團體自我發展、自我決定的領域。社會是自由發展人格、自我決定的領域，其中有不同的好惡、意見、價值觀與世界觀。¹⁹⁸

當代國家任務趨於多元化，國家任務也不再侷限於防禦性質。國家承擔的任務越來越多，使得立法介入人民生活的可能性也越大。例如蘇俊雄大法官於釋字第 472 號協同意見書中提及「近代以來的國家觀，對國家任務的要求已經改變，從而使得傳統國家與社會的界限發生位移。」然而，本文認為，即便國家與社會的界限，會因為國家任務的變化而產生變動，似乎仍不能一概認為，國家介入社會即當然具有正當性。正如許多學者均提到，國家社會二元論從國家與社會的功能上區分的觀點而言，仍有其必要性，¹⁹⁹國家的功能，包括就人民的私法關係，以「規範者」的身分或「監督者」的身分出現，或者以高權的身分，構成國家與社會相對立的關係。國家任務不再如夜警國家一般，只限於防禦危險的功能，國家任務的擴大與多元化，導致人民與人民之間的私法關係常常受國家的規制影響，社會自身的規制作用逐漸退縮，轉移到國家身上。然而，國家可以介入的領域變多，意味著個人依其自由意志，而自我決定的空間也會相對減少，個人自由極可能因此而受限縮。此外，在開放社會中，理念與價值觀的開放與競爭才可能存在，如果屬於「社會」的範圍越來越小，由上而下的、去脈絡化的理念僵硬地貫徹在所有人民身上，自由的範圍會大幅限縮。正如 F.A. von Hayek，對西方世界逐漸形成的國家與社會一致性的趨勢，提出批判，並且正確地指出，一個社會必須表現出多樣的結構。一個發展中的社會，不能由政府「由上而下」地揭糞新理念，而應由社會自身，在一種嘗試錯誤的過程中，找出新的出路。基於上述理由，為避免個人自由形骸化，且從國家與社會功能性區分的角度來看，國家與社會二元論仍有其存在必要。

第四目 從國家與社會二元論看專業證照制度

¹⁹⁸ 前揭註 155，頁 20-21。

¹⁹⁹ 前揭註 155，頁 34。前揭註 165，頁 138。

晚近台灣的專業證照制度，朝向將各種職業納入專業，並均予以證照化的趨勢發展，證照化的範圍日漸膨脹，各個職業類別也劃分得越來越細，以法規範將專門職業自由領域，透過證照制度加以掌控，無疑是國家之手，強力介入社會領域的結果。此外，國家似乎認為專門職業管制的方式，以考試取得執業資格此種一般性、事先許可的證照制度，為最適合保障社會公共利益的方式，國家揭糶了這種單一性的理念，以面對日益複雜的專門職業領域。本文正是要提出疑問：國家由上而下，形塑專業證照制度，果真如立法者所想像的，對保障公共福祉是最適當的方式嗎？在國家還未形塑專業證照制度之前，社會領域中的職業自由領域，本來就先於國家、先於證照法制存在，以法規範強行將社會上的職業擬制、並分門別類的管制做法²⁰⁰，無疑是忽略了社會本有其控制執業者的方式。此外，民主制度下，仍不足以使國家權力豁免於基本權保障的審查，如前所述，國家與社會的區分，是個人權利與自由保障的基礎，即便民主體制下，國家與社會有相當程度的融合，卻無法保障個人權利免於多數暴力的可能。國家係以實現公共福祉為鵠的所建構的統治體系，在民主體制下形成具有普遍性的公共意志。而且國家權力的行使受制於憲法，亦即，憲法是國家權力的來源及正當性基礎。相對於此，社會在法律功能及秩序體系，原則上以「自由」與「自治」為根基。²⁰¹人民在自由民主制度之下，是國家權力的所有人，也是國家權力的規範對象。在多元社會中，社會利益並不是處於和諧的狀態，個人的權利與自由，極可能與多數決的決定衝突。²⁰²所謂民主政治，必須基於保障基本權，給予個人一定自我決定的空間，此空間不能由立法者恣意為之。傳統上，此領域被視為憲法中所保障的自由基本權利，透過基本權的保障，以確保個人自由及自我決定空間，方能作為人格尊嚴及意志自由的主體。²⁰³儘管當代社會日趨複雜，現代社會自由往往仰賴國家的給付，然而此種人民依附於國家的關係，不代表可以改變國家統治和人民自由

²⁰⁰ 例如：心理師法就「心理諮商」、「心理輔導」此一般性概括的範疇硬性劃分出兩種職業領域，亦即「臨床心理師」與「諮商師」，究竟「心理師」(psychologist)與「諮商師」(counseling)要如何區分學界意見其實很分歧。此外，就算在諮商師的類別中，對於諮商所涉及的業務到底偏向「醫療病理治療」或者「促進正常發展取向」在諮商學界也有極大的歧異，然而，心理師法的規定模式將諮商師定義為「醫事人員」適用嚴格的管制模式，在2001年心理師法公布後，仍有許多爭議。參閱黃素菲(2009.9)，〈心理師法現形記〉，《應用心理研究》第31期，頁21。王麗斐、簡華姣(2009.12)，〈他山之石，可以攻錯？—從國際視野談台灣諮商心理師的專業發展與證照甄選制度〉，《國家菁英》，第五卷第四期，頁89。

²⁰¹ 前揭註155，頁28-29。

²⁰² 前揭註155，頁30。

²⁰³ 前揭註155，頁30。

領域的區隔。此種區隔的維持，是人民自由保障的前提，以避免國家成了監護國家。²⁰⁴

近年來我國專業證照化法制，均強調證照制度對於公共利益與公共福祉的保護，並主張未證照化之前的專業服務，會使得「專業產品的服務」品質參差不齊影響消費者權益²⁰⁵，因此立法者積極地，透過民主體制下的立法程序，實踐證照制度。然而，立法權作為國家權力，由上而下地貫徹其「認為專業證照制度可以降低，人民在各項證照職業中可能遭受的風險、減少人民生命財產等權利的損失」的價值觀，此做法並非全無可議之處。儘管當代國家任務日趨複雜，或許使得國家擔負起更多公共利益的監督責任，若國家權力沒有節制，將使國家透過越來越密切的監督，稀釋社會自身的調節功能，特別是立法機關透過法律，產生國家對社會的支配效應，將漸漸改變社會的規制功能。²⁰⁶國家與社會二元論提醒我們，「國家」或者「多數決定」之政策，也可能危及人民自我決定、自我負責的領域，從而使人民的人性尊嚴以及職業自由受到侵害。

從國家二元論的觀點，證照化既然是一種基本權的限制，理應為一種例外，因此，專業與證照化不存在「專業必然須證照化」的關係。

第二節 憲法第 86 條第 2 款與專業證照化

以下將探討憲法第 86 條第 2 款，是否可成為「專業證照化」的憲法上依據，而倘若憲法真有專業應該證照化的立場，又是否有其界限呢？

第一項 「請求建立證照考試制度」—基本權制度性保

²⁰⁴ 前揭註 155，頁 31。

²⁰⁵ 例如：立法院第四屆第五會期第十四次會議議案關係文書（2001.4.28 印發），〈院總 1799 號，委員提案第 3587 號〉，頁 0617。不僅立法者有該想法，業者有時也會認為開放的專門服務市場會造成素質良莠不齊，參考自由時報（5/25/2012），業者：成本增兩成 盼延特考緩衝期，A7 版。

²⁰⁶ 前揭註 155，頁 31。

障？—

在我國證照制度的發展歷史上，對於「國家考試授予執業資格」這件事，其實有二元背立的兩種思維，有一部分人認為，國家應該設置特定職業的專業證照考試制度，以便讓該等從業人員取得證照，其背後動機包括，為了提高該職業的社會地位、增加收入，或認為唯有證照考試才能確保執業的權利。而另一部分人則認為，證照考試制度不當限制了特定職業從業人員的工作權，原本自由的領域被國家收歸管制，並抗議國家證照考試的立法。²⁰⁷前者的思維，或許源於憲法關於考試規範，而且似有望文生義之嫌，因此，以下本文想先釐清，人民是否有請求國家設置證照考試制度，以便獲得專業證照的執業資格的「權利」，蓋人民有「請求設置證照考試基本權」與否，整個專業證照制度，和憲法關於專業證照的解釋，會有截然不同的答案。具體而言，如果有「請求設置證照考試基本權」，則似乎可能導出如大法官的想法，證照考試制度由考試院獨占，憲法第 86 條第 2 款所謂依法「考選」也可能因此被限縮成以「考試」為唯一的證照授予手段。所以，除了憲法當中「考試職權」以外，「請求設置證照考試」，在憲法當中是否為一種基本權，此問題對於證照制度，與憲法第 86 條第 2 款解釋，具有重要性與探討之實益。

從過去到現在，許多職業的從業者，常將職業證照化當作一種訴求，認為唯有將職業證照化，他們的尊嚴與權益才能獲得保障，似有將考試當作一種權利的想法。憲法將「考試權」交由特定的權力機關，且在憲法中強調專門職業人員的執業資格之認定，對照憲法第 18 條「人民有應考試服公職之權」，能否從中導出請求設置證照考試的權利？若具有這種權利，其行使可能需要仰賴國家形成一套考試制度，才得以實現，而它的內涵為何？是否隱含著國家須建立一套證照考試制度，讓人民得以應考的規範內涵，亦即是否含有基本權制度性保障²⁰⁸之性質？按某些基本權的實現，必須仰賴國家形成某些制度，形成此種基本權的內涵，並保障基本權的實現，因為制度性保障具有積極要求立法者，建立相關制度的功能，

²⁰⁷ 前揭註 131，頁 11。

²⁰⁸ 制度性保障係指從制度面而言，某些生活領域早於國家成立而存在，國家應透過立法與以保障並規制。國家立法機關應制定出一套制度來形成基本權的內涵並保障該基本權的實現。參考李惠宗，憲法要義，頁 85。前揭註 29，頁 19。

若立法者未積極形成制度，以致於喪失「建立制度保障基本權」的意義和目的，則屬於違憲²⁰⁹。

更重要的是，若「職業證照化」構成一種基本權的訴求，那麼配合憲法第 86 條第 2 款，關於考試院對於，專門職業執業資格的考試及格管制權，證照考試的類型便可能無所不包，而考試院在目前釋憲者的支持下，也可能無所不管，且得以獨占考試權限。

從以下幾個角度來看，憲法第 18 條所謂的「應考試」，並非指涉一種「請求設置考試制度的基本權」，設置考試制度也不具有「權利」性質。首先，考試與權利的特質相違背：考試不是對人民自由權利的保障，毋寧是一種障礙。制度性保障目的是為了確保基本權的存在與實現²¹⁰，若謂國家應該建立各式各樣的證照考試制度，則反而有戕害人民的工作權之虞。若以保護人民的自由權利為出發點，而企圖建立證照考試制度，應該回歸到各種自由權保護的內涵，例如：為了人民的健康權、生命權，而認為對於醫師必須有事前的、通案的執業許可制，則應該回歸到憲法第 15 條生命權，或憲法第 22 條概括自由權討論其妥適性。此外，也有學說主張，從憲法第 18 條應考試權的結構、憲法體系解釋與我國傳統歷史的觀點而言，認為憲法第 18 條所謂「公職」不該做狹隘的解釋，而認為該條文所指涉的基本權「應考試權」也是其中之一，因此應考試權與服公職權是兩種獨立的基本權。²¹¹多數學者在過去認為，憲法第 18 條應做連貫解釋，將「應考試」視為構成要件，而「服公職」為法定效果，²¹²而我國釋字第 546 號解釋則認為應考試與服公職為兩種基本權，具有不同的內涵。²¹³但本文認為，基於憲法解釋仍然是一種法學解釋方法的應用，儘管有許多法學解釋方法，在憲法的解釋當中可以應用，然而，憲法解釋也為一種法學解釋的應用，因此運用各種解釋方法時，文義的可能字義範圍成了解釋的界限。公職是一種具有總量管制的職業，憲法為確保服公職之公平性，而在憲法裡規定必須以「應考試」之方式為之，因此應考試與服公職，在憲法中被強烈連結，從憲法第 18 條的文義與結構界限而言，其

²⁰⁹ 前揭註 30，頁 85。

²¹⁰ 前揭註 29，頁 68。

²¹¹ 蕭文生、謝文明（2008.03），〈應考試權之價值與保障〉，《國家菁英》第 4 卷第 1 期，頁 46-49。

²¹² 前揭註 30，頁 295。

²¹³ 參考許育典（2008），《憲法》，二版，頁 300-301，台北：元照。

規範意旨應該是，憲法保障人民應考試取得「擔任公職」的權利。²¹⁴有論者雖然努力想要開展出，應考試權獨立的基本權內涵²¹⁵，然而有關人民應考試的相關權利保障，其實已可被程序基本權所涵蓋，而不需詰屈聱牙地從憲法第 18 條導出。所以，本文的立場認為，憲法第 18 條仍然是在規範服公職的權利內涵，而非包含「請求建立證照考試制度」。

因此，本文認為憲法第 18 條所謂的「應考試」，並非指涉請求建立證照考試制度，建立證照考試制度也無基本權的性質。是故，人民並沒有主張國家建立證照考試制度的請求權，是否建立證照考試制度，屬於立法者的形成自由。

第二項 專業的管制

隨著國家任務變多，社會趨於複雜，國家不可避免地，擔負起比以往更多的管制責任，以維護人民權益。但是，管制與人民自由存在著某程度的緊張關係，管制或多或少，影響並限制人民的自由。在專門職業這領域，何種管制屬於適當，即為以下要探討的重點。從釋字第 453 號解釋，奠定專門職業應經考試院以考試審核資格的立場，將專門職業的管制相當程度地，限制在「考試」此一手段，以下將從司法院實務見解以及其他不同意見談起。

第一款 釋憲實務觀察

過去針對憲法第 86 條第 2 款，釋憲實務曾出現許多爭議，以下將從釋憲實務針對該條款所闡明的見解與立場出發，並提出本文對於考試院專業證照管制權內涵的分析。

第一目 司法院大法官解釋多數見解

如前所述，關於專門職業的管制，從釋字第 453 號解釋即建立起，堅定且一

²¹⁴ 這也涉及憲法將考試權從行政權獨立出來的目的，當初是基於避免行政權在錄用公務人員時產生任用上的不公平之故，所以試圖形塑一個考試用人為原則的公務員任用制度。

²¹⁵ 前揭註 213，頁 46-49。

貫的立場，亦即專門職業的管制方法要以考試為之，以下將更進一步探討，大法官多數見解的細部態度與立論。

壹、建立證照考試制度

從過去的釋憲實務²¹⁶以及現行證照法制度²¹⁷觀察，專業證照制度似乎以考試院主辦的國家考試為限，並且搭配許可制，透過證照制度將從業者劃分成「無照者」和「有照者」兩種，由國家宣稱某些執業人員的合法性²¹⁸，使得執業權不再取決於市場機制或個人自由，而是政府，²¹⁹上述狀況使證照制度與國家考試因此密切連結。此外，專門職業及技術人員考試法施行細則第 2 條第 1 項第 14 款設有概括條款，從該條文義來看，專門職業似乎可以無所不包，考試院在釋憲者的支持下，可以將所有職業的職業許可權均納為己有。

而證照考試制度的兩大重要核心，一是應考資格的設定，二是錄取標準的設置：

1. 設定應考資格：

理論上，立法者可以完全不設定應考資格，開放所有人應考，但是考量試務機關負擔試務的能力，事實上國家無法毫無限制地允許數以萬計的人民應考，因此每一種專門職業考試均設有一定的應考資格限制。²²⁰但是不可否認的是，應考資格限制也涉及人民職業自由的限制，²²¹應考資格不符者最早被剔除在證照制度之外，無法成為合法執行業務的有照者。在釋憲實務尚無類此爭議，但在行政法院實務上已有許多爭議係針對應考資格提出疑義。例如：台北高等行政法院 99 年訴字第 1351 號判決的案例事實涉及依照專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師中醫師考試分試考試規則第六條附表一規定，公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書者。但國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業者，於本考試第一試及格後，須繳驗經教學醫院評鑑通過並辦理臨床實作訓練之醫療

²¹⁶ 參考釋字第 655 號解釋。

²¹⁷ 參考專門職業及技術人員考試法施行細則第 2 條第 1 項各款。

²¹⁸ 前揭註 3，賴麗芳，頁 16。

²¹⁹ 前揭註 3，賴麗芳，頁 34。

²²⁰ 前揭註 12，頁 2。

²²¹ 前揭註 12，頁 3。

機構出具之實習期滿成績及格證明後，始得應本考試分試考試第 2 試。其實習期滿成績及格之認定標準，依醫師法施行細則有關實習規定辦理。而主管應考資格審查的考試院對於上開有關「實習」之規範認為只限於在國內教學醫院實習為限，原告聲請將其原報考 99 年第 1 次牙醫師高考（應試全部科目 6 科）類科，更改為 99 年第 1 次牙醫師高考分試第 1 試²²²，因原告未補繳「在國內實習證明書」，而遭考選部駁回。

對於專門職業人員應考資格的規範多半授權給主管考試業務的考選部具體化，應考資格是第一步箝制人民執行業務的門檻，其資格限制是否由考選部以法規命令訂定即符合憲法的法律保留原則，也是證照制度問題的一環。

2. 設定錄取標準

既然國家以考試作為專門職業人員執業資格的銓定方式，則必須設定一定的錄取標準。錄取標準與應考資格限制規範相同，均由立法者授權給考試機關訂定。在最近的釋憲實務也出現對於錄取標準不服的爭議。釋字第 682 號解釋涉及中醫特考有零分或專科平均或特定科目成績未達規定者，不予及格的規定是否違憲。專門職業及技術人員考試總成績計算規則涉及人民可否取得執業資格，影響人民憲法第 15 條工作權，大法官在該號解釋認為，對於參加考試資格或考試方法之規定，性質上屬應考試權及工作權之限制，自應符合法律保留原則、比例原則及平等權保障等憲法原則。惟憲法設考試院賦予考試權，由總統提名、經立法院同意而任命之考試委員，以合議之方式獨立行使，旨在建立公平公正之考試制度；就專門職業人員考試而言，即在確保相關考試及格者具有執業所需之知識與能力，故考試主管機關有關考試資格及方法之規定，涉及考試之專業判斷者，應給予適度之尊重，始符憲法五權分治彼此相維之精神。所以立法者授權給考試機關以法規命令訂定並不違反憲法。

²²² 依據專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師中醫師考試分試考試規則之專門職業及技術人員高等考試醫師牙醫師中醫師考試分試考試應考資格表，牙醫師之應考資格：「一、公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書者。但國外大學、獨立學院牙醫學系、科畢業者，於本考試第一試及格後，須繳驗經教學醫院評鑑通過並辦理臨床實作訓練之醫療機構出具之實習期滿成績及格證明後，始得應本考試分試考試第二試。其實習期滿成績及格之認定標準，依醫師法施行細則有關實習規定辦理。」

從前述的分析，我們可知考試院因為大法官解釋的支持，透過憲法第 86 條第 2 款、專門職業及技術人員考試法等規範可以將所有關於執業資格的許可權均納為己有。儘管就法律的制定與形成，立法機關才是有權機關，然而專門職業的考試規範具體化的工作又往往授權給考試機關，使得具有直接民主正當性的立法機關幾乎無法為人民的工作權把關。

貳、專業管制內容被限縮

釋字第 453 號解釋除了自行定義專業之外，大法官強烈堅持憲法第 86 條第 2 款的意旨係指專門職業應依法「考試」始得取得執業資格²²³，似乎頗贊同專門職業以考試取得執業資格且以執照制作為職業入口管制的立法模式。若立法者想將專門職業的管制權交給行政機關²²⁴，或者將專門職業的執業資格以其他方式核定並授予²²⁵，則極可能會被認定為違憲。如果沒有大法官對憲法第 86 條第 2 款的立場，理論上立法者自然有權並有空間為我國專門職業形塑不同制度與類型的證照制度，例如：完全不以考試的方式授予執業資格，又或者雖然採取考試方式，但僅為一種認證的手段，而不完全限制人民進入該職業。但是，由於以前釋憲的結果和專門職業及技術人員考試法之規範使然，我國證照制度被侷限在以考試作為標準並連結「許可制」的立法模式。換言之，問題的重點不在於考試院與行政院對於專門職業管制之分權，而在於一旦該職權劃入考試院管轄範圍，基於憲法增修條文第 6 條第 1 項第 1 款²²⁶對於考試院職權的限制，考試院只能用考試之判斷方式對專業證照加以管制。若專業證照管制之權限本就不限於考試院，行政院也有管制權限，則立法者就有更多寬嚴不同之手段因應不同的專業類別。不過這種立法形成空間在現行釋憲實務下已被扼殺。

具體而言，立法者形塑特定職業的證照制度時，可能出現下列幾種可能：(一) 立法者規定某一職業的執業資格須依法考試及格才能取得；(二) 立法者以考試

²²³ 參考釋字第 453 號解釋理由書：「執行商業會計記帳業務之人，仍必須對記帳及稅務會計有相當之專業知識與經驗，始足以勝任。因而商業會計記帳人既在辦理商業會計事務，屬專門職業之一種，應經依法考試或檢覈始能取得執業資格。商業會計法第五條第四項將之委由中央主管機關認可商業會計記帳人之資格部分，有違上開憲法之規定，應不予適用。」

²²⁴ 例如：釋字第 453 號解釋所涉及的商業會計法第 5 條第 4 項。

²²⁵ 例如：釋字第 655 號解釋涉及的記帳士法第 2 條第 2 項。

²²⁶ 憲法增修條文第 6 條第 1 項第一款：「考試院為國家最高考試機關，掌理左列事項，不適用憲法第八十三條之規定：一、考試。」

以外的方式作為證照制度的管制手段，例如：採取「以訓代考」方式定期訓練專門職業人員，以參與訓練做為核發執照之要件；（三）立法者也可能將特定職業認定為「非」專門職業人員，而不需依法考選。從過去幾號證照制度釋憲的脈絡觀察，大法官解釋專門職業人員的定義時單以憲法第 86 條第 2 款作為依據，所以似乎只有第一種情形會獲得大法官的認可，若立法者以其他手段管制執業者則很可能被認定違反憲法²²⁷，此種釋憲的見解形成一種特別的權力分立配置，許多號大法官解釋的脈絡存有一種「獨尊考試」的立場，多號解釋的結果鞏固了考試權的權限，似乎導致立法權在「證照管制」領域的立法形成自由被極度限縮，只要遇到「考試」，立法權就必須退讓。如果大法官的立場持續堅定，我們可以預料，若下次有關專門職業的爭議，大法官的結論已可被預期。儘管表面上立法者可以對於是否建立證照制度以及劃定專門職業之範圍為第一次判斷，然而這種第一次判斷受到釋憲實務的影響，使得立法者對專業的管制內容與方式早已限縮成狹隘的以考試為基礎的許可制。

參、對於考試之態度

有關憲法第 86 條第 2 款，大法官的論理傾向認為專門職業依法考試或檢覈²²⁸取得執業資格之必要性²²⁹²³⁰，並強調專門職業既涉及人民權益，此等執業者必須具備一定的專業能力而必須用考試對其專業能力加以評估與監督。²³¹從大法官的論述，大法官肯認考試能夠充分評估執業者之專業能力。此外，釋憲背景事實涉及的規範均為「考試及格」再輔以「許可制」的規範模式，大法官雖未明白表示專門職業證照制度限於許可制，但似乎默認此管制模式合乎憲法規範。而大法官

²²⁷ 從過去的釋憲歷史即可看出此脈絡，例如：釋字第 453 號解釋與釋字第 655 號解釋的案例事實：釋字第 453 號解釋涉及立法授權行政機關核發執照是否違憲；釋字第 655 號解釋涉及立法以其他配套措施核發證照給未經考試及格之執業者是否違憲。從上述例子，立法者的「第一次判斷」因為沒有將證照權劃歸給考試院而遭到違憲宣告。

²²⁸ 檢覈的規定主要針對具備某些資格條件者得予以免試取得執業資格，但目前所有專門職業的檢覈規範都已被廢除。

²²⁹ 參考釋字第 453 號解釋理由書：「執行商業會計記帳業務之人，仍必須對記帳及稅務會計有相當之專業知識與經驗，始足以勝任。因而商業會計記帳人既在辦理商業會計事務，屬專門職業之一種，應經依法考試或檢覈始能取得執業資格。」

²³⁰ 前揭註 213，頁 48。

²³¹ 參考釋字第 547 號解釋理由書：「憲法第八十六條第二款規定，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。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，醫師既屬專門職業人員（七十五年五月二日發布之專門職業及技術人員考試法施行細則第二條第三、四款規定參照，現行法第二條第三、四款規定亦同），其執業資格即應按首開規定取得。」

支持考試作為對專門職業事前監督的方式，並認為考試為唯一認定專業能力之途徑，上述論點單從憲法文義能否一望即知又是否符合憲法第 86 條第 2 款之精神？所以，前述關於立法形成空間被限縮的檢討也應一併探討證照制度以考試作為事前監督方式的妥當性。

肆、釋憲未解決的問題：工作權與證照制度的關聯

在前述的五個解釋中，其中只有釋字第 404 號解釋、釋字第 682 號解釋明確談到專門職業人員執業資格限制涉及工作權，然而大法官始終沒有對「工作權限制的違憲審查」多加著墨，因而形成考試權優於基本權保障的印象。換句話說，原本從憲法保障基本權的角度來看，大法官本應正面解釋考試作為限制專門職業人員執業的手段是否符合比例原則等憲法的原則，但是大法官往往援引憲法第 86 條第 2 款，形成只要被視為「專門職業人員」，國家就理所當然得以考試之手段限制人民的工作權之結論。²³²然而大法官多數見解並非未曾被挑戰，釋字第 655 號解釋之大法官林子儀部分協同意見書當中表示：「多數意見忽略立法者將這些業務規定為專門職業，亦涉及人民選擇職業自由之限制，其規定是否未牴觸憲法第 23 條，而無違於第 15 條保障人民職業自由之意旨，亦應予以審查。多數意見就此並未加以審查闡釋，已有疏漏。」

第二目 其他大法官見解

在釋字第 453 號解釋蘇俊雄不同意見書中，即提到司法院大法官解釋多數意見產生的問題：「所有社會上的職業活動多多少少都具有一定之「專業性」、且都與公共利益相關的情況下，由於考試院的統一考選銓定，對於許多職業活動的管理而言，其實並不是「適切」而「必要」的管制措施，因此對於憲法第八十六條所定基本原則的憲法解釋，毋寧更不能拘泥於概念文義的僵硬理解，而應該容認立法者對於憲法上所稱「專門職業及技術人員」此項規範概念的具體化，擁有相當程度的判斷與決定餘地，俾使立法者能夠追求合乎比例原則的管制秩序。就此而言，多數意見對於「專門職業及技術人員」的概念詮釋與界定，不僅未能適

²³² 參考李建良(2009.3)〈專門職業人員之依法考選與記帳士之執業資格/釋字第 655 號解釋〉，《台灣法學雜誌》第 124 期，頁 194。

切地釐清憲法第八十六條的規範意旨，而且其以概念邏輯推理的方式逕自認定某特定行業屬於專門職業人員、必須交由考試院考選銓定的作法，恐怕更已侵犯到了立法者的政策形成權限，而有違憲法解釋與規範審查的基本分際。」²³³

第二款 考試院專門職業考試及格管制權之內涵

誠如釋字第 453 號解釋蘇俊雄不同意見書強調，專門職業的管制應適度尊重立法形成自由，然而釋憲多數見解卻驟下定論以為，專門職業必須以考試為管制手段。因此以下將先討論考試院專門職業考試及格管制權之內涵開始，確立考試院管制的內容與限制後，再檢討專業管制可以有哪些手段與面向。

專業證照化意味著，國家對於個人的知識技術，有事先審查的權限，憲法第 86 條第 2 款所謂，「專門職業人員，應經考試院『依法考選』銓定之」，從釋憲實務觀察，該條款似乎是我國專業證照化的憲法上依據，考試院也屢次依照該條款主張，其對於專門職業的管制權限，特別是以該條款捍衛「考試」此管制手段，該條款的詮釋，也影響考試院對於專門職業管制權限之內涵。此外，憲法第 86 條第 2 款不僅涉及考試院職權之解釋，上述職權之內涵與運作也會與基本權產生關聯，若憲法第 86 條第 2 款彰顯「專業需證照化」的立場，符合該立場的立法，是否一概屬於合憲地限制人民工作權之方式？我國憲法有特殊的權力分立設計，亦即將考試權也提升為，與行政、立法、司法同一階級的國家權力，創造出所謂的「五權憲法」。憲法第 83 條規定，考試院為國家最高考試機關，掌理考試等事項，憲法第 86 條更規範，公務人員以及專門職業及技術人員的資格，必須經過考選銓定，此兩條核心規範從憲法的規範體系與架構來看，位於權力分立的篇章，而在適用上，又屢屢與基本權的規範發生競合關係，²³⁴我們是否能說，基於上述特別的權力配置，憲法第 86 條第 2 款成了工作權和比例原則審查的豁免條款？觀察專業證照制度的法規範與相關釋憲實務，目前的專業證照法規範均設計為，「以考試為取得執業資格唯一方式」的許可制，這些規範被大法官認為，符合憲法第 86 條第 2 款，但這些規範卻未必符合工作權保障與比例原則。而某些會被

²³³ 參考蘇俊雄大法官不同意見書，參考網址：
<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/%E5%8F%B8%E6%B3%95%E9%99%A2%E9%87%8B%E5%AD%97%E7%AC%AC%E5%9B%9B%E4%BA%94%E4%B8%89%E8%99%9F%E8%A7%A3%E9%87%8B.pdf>，最後造訪日：2012/7/11。

²³⁴ 前揭註 30，頁 273。

大法官認為違反憲法第 86 條第 2 款的規範，或許才比較符合工作權保障與比例原則。因此，令人產生憲法第 86 條第 2 款，成了工作權和比例原則審查的豁免條款的印象。換句話說，憲法是否預設一個價值立場：「假如憲法第 86 條第 2 款是希望，將所有專門職業納入管制，提供國家一個事前監督之依據，那麼符合上述內涵的規範，就『一定』符合工作權保障與比例原則」。

上述狀況凸顯兩個問題：

一、憲法第 86 條第 2 款對於，專業證照制度形塑的憲法框架為何：憲法第 86 條第 2 款僅表示：「專門職業人員應經考試院『依法考選』銓定之」，憲法字義既未明示，專門職業人員未經考試及格就不得執業，且從字面看來，亦無法直接得出憲法欲採取「許可制」，但目前根據憲法所制定之專門職業證照法規，均設計成許可制，而這種規範往往受到釋憲者支持，那麼上述規範內涵是否就是憲法第 86 條第 2 款唯一的解釋及適用可能性。

二、憲法第 86 條第 2 款對於專業證照管制權之權限分配與內涵：大法官一再強調，基於憲法第 86 條第 2 款，專門職業之資格認定屬於考試院權限，且似乎由於憲法第 83 條規定，考試院為國家最高考試機關，掌理「考試」等事項，因此將專業證照的認定權劃進考試院的權限，意味著以考試之方式方能取得專業證照，在專業證照實務上也呈現，考試院對於專業證照管制權有強烈的參與權，舉凡允許未經考試即得授予專業證照的法規範²³⁵，無一不被釋憲者宣告違憲，例如：釋字第 655 號解釋當中，財政部依記帳士法第 2 條第 2 項，核發記帳士執照給未經記帳士考試及格的記帳及報稅業務代理人，考試院便以「侵犯考試權，違反權力分立原則」²³⁶提出釋憲，考試院的主張，受到釋字第 655 號解釋之支持，究竟憲法是否賦予考試院如此強烈的參與權，如果考試院對專業證照的核發具有參與權，其依據為何？此外，考試院參與形式包含哪些？「考試及格」是否為許可要件的唯一可能？立法者依據憲法第 86 條第 2 款，制定專門職業及技術人員

²³⁵ 這些規範的特色在於法律排除考試院參與的可能性。

²³⁶ 參考釋字第 655 號解釋新聞稿，參考網址：

<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/655%E6%96%B0%E8%81%9E%E7%A8%BF.pdf>，最後造訪日：2012.4.5.

考試法，專門職業人員需經考試及格領有證書始得執業，²³⁷釋憲者也肯認所謂考選銓定，就意味須經考試及格²³⁸。然而，考試院行使專業證照管制權的內涵是否僅限於，以考試作為專門職業人員的事前監督手段？當立法者將專業證照管制權賦予考試院以外的機關，是否違反憲法第 86 條第 2 款？

第一目 專門職業人員資格認定之方式：「考選銓定」之詮釋

憲法第 86 條第 2 款規範，專門職業人員應經考試院依法考選銓定，我國的法規範與釋憲實務，似乎都將考選銓定限縮在「考試」一途，不僅如此，當專業證照法制規劃朝向非考試的方式，往往會有侵犯考試院職權的疑慮。²³⁹然而從文義解釋而言，「考選」之原義係指銓舉職官之義，²⁴⁰其重點在於「揀選與推薦」，強調的是銓選的程序，不在於限縮銓選之方法。因此縱使專門職業人員的資格認定，以考試之外的方式為之，從文義而言，亦不違反憲法第 86 條第 2 款之意旨。所以資格認定方式，若以經過一定時數的訓練、或以執業年限等方式與標準為要件，也符合「考選銓定」的意旨。現行實務將憲法第 86 條第 2 款，限縮於考試一種途徑有所不妥，不僅憲法文義上並未如此限縮，考試此種事前監督方式是否為最妥適的方式，也不無疑問。考試只能測試一個人書本上的知識，卻無法測試專門職業人員實際工作的能力。此外，考試及格也只代表及格那一刻的基本知識水平，不能保證考試及格者的專業服務不會危害公益，亦不能確保及格者日後具有足夠的實作能力²⁴¹，而實作能力只能仰賴經驗累積，不是考試能夠測試出來的。既然確保專門職業服務符合公益、保障大眾之目的，無法用考試與測驗達成，憲法第 86 條第 2 款所謂「考選銓定」，若侷限在「考試」的形式，其實是不當地限

²³⁷ 參考專門職業及技術人員考試法第 2 條：「本法所稱專門職業及技術人員，係指依法規應經考試及格領有證書始能執業之人員；其考試種類，由考試院定之。」

²³⁸ 參考釋字第 655 號解釋理由書：「憲法第八十六條第二款規定，專門職業及技術人員執業資格，應經考試院依法考選之。基於上開規定，專門職業人員須經考試院依法辦理考選始取得執業資格。專門職業及技術人員考試法第二條亦明定：「本法所稱專門職業及技術人員，係指依法規應經考試及格領有證書始能執業之人員；其考試種類，由考試院定之。」

²³⁹ 像是律師法第三條修正草案試圖放寬非經考試轉任法官的門檻，法務部的看法認為關於證照考試原則上應該尊重考試院因為是考試院的職掌。參考立法院秘書處編（2011），立法院公報委員會紀錄，第 99 卷第 17 期，法務部吳陳鑽次長發言頁 413。

²⁴⁰ 前揭註 10，頁 1501。

²⁴¹ 相關實證研究參考邱美玲（2009），《證照考試、專業能力與工作權的關係：以土地登記專業代理人為例》，東海大學社會學研究所碩士論文，頁 50。

縮了考選銓定的解釋。

此外，雖然憲法第 86 條第 2 款，將公務人員與專門職業人員並列在同一條當中，然而就專門職業人員的「考選銓定」而言，並非為了將所有專門職業均納入「執照制」之模式，解釋上亦不以執照制為限。我國憲法考試權獨立規範的特色，係受到孫中山先生的思想²⁴²以及中國隋唐時期開始的科舉制度影響²⁴³，而民初時期也延續這樣的觀點，例如：民國元年的臨時約法的 11 條規定，「人民有應任官考試之權。」、訓政時期約法的 23 條規定，「人民依法律有考試之權。」、五五憲草第 20 條規定：「人民有依法律應考試之權。」過去的中國從漢代察舉制、九品中正制到科舉制，任用官員的標準，從德行轉換成以文詞為主的科舉制，這種轉變來自於，原本任用官員制度常產生流弊，²⁴⁴所以隋唐以來發展成依據考試成績，選拔人才的科舉制²⁴⁵，企圖建立一個公平的機制。科舉制度在中國歷經一千三百多年，階級的社會流動全仰賴科舉考試，更甚者，在過去的封建時代，階級向上流動的唯一管道，只有擔任政府的官吏、晉升士族階級。因此，漢代察舉制與魏晉時期九品中正制無法做到公平，還產生選拔官員的流弊，在歷史的洪流中也就被遺棄了。隋唐時期開始發展、直到宋代大致完備的科舉制度特色就在於，「允許舉子『投牒自舉』²⁴⁶，統一考試」²⁴⁷，很大程度地使階級流動的門戶大開，而不再完全掌握在政府機構手中。如前所述，我國憲法極大程度受到孫中山先生的五權憲法理論影響。²⁴⁸而孫中山先生會如此讚許考試制度，恐怕也是基於前述的歷史經驗。

歸結當初我國憲法將考試權獨立出來的理由，不外乎為使考試權脫離行政權

²⁴² 張家興（1982.6），《由考試權獨立論我國人事機構之體制》，國立台灣大學三民主義研究所碩士論文，頁 19。

²⁴³ 前揭註 213，頁 47。

²⁴⁴ 龔延明（2006），《中國古代職官科舉研究》，北京：中華書局，頁 318。

²⁴⁵ 前揭註 246，頁 333。

²⁴⁶ 亦即任何人都可以參與選拔官員，自由報考。漢代察舉制薦舉取士的主要權限在郡國，而到了魏晉時期九品中正制為了改善察舉制「地方官吏掌握貢士之權，東漢時期更演變成地方官舞弊的工具」這樣的流弊，開始從中央派官員察舉各地賢良，可是終因派往地方的中正與當地官僚豪族勾結使得選士大權成為地方門閥的囊中之物。不論是察舉制或九品中正制都由政府掌控誰可以參與選拔，而到了科舉制的實施才允許人民可以自由報考不受限於國家權力。前揭註 246，頁 331-332。

²⁴⁷ 前揭註 246，頁 330。

²⁴⁸ 參考林紀東（1993），《中華民國憲法逐條釋義（三）》，台北：三民，七版，頁 139。

的控制，減少用人之弊端。²⁴⁹而考試用人的理由歸納如下：

「一、考試用人最為公平，足以消除世祿貴族制度。

二、考試用人足以選拔真才。

三、考試用人可補就選舉之不足。」²⁵⁰

從中國對於科舉制度「考試用人」推崇的歷史經驗以及理由可知，考試用人最大的目的，是為了達到讓每個人都能「公平」地往社會上層流動。但是，時代已經從封建時代走到了自由開放的社會，人民在社會中往上形成階級流動的方式，早已不限於擔任政府公職一途，在開放的社會中，憲法關懷的焦點，也必然與以前不同，應該著重在，國家權力如何減少干預人民的自由權利，特別是在選擇職業，進入何種職場。所以本文認為，前述支撐考試用人的理由和歷史經驗，已不足以將公務人員的任用資格與專門職業人員之執業資格等同視之、等同對待。從上述的理由可知，公職人員的資格任用，確有其必要以「考試」以及許可制做為一種確保公平任用、避免政治酬庸之目標，而這些目標都與專職人員的執業能力沒有關連。因此，憲法第 86 條第一款與第二款的效力，也應該分別以觀。制憲者當時的意向，雖然也是憲法解釋的參考資訊之一，但它可能不是解釋憲法的可靠方法，在解釋憲法時，更重要的或許是，掌握憲法規範的時代性與現實性²⁵¹，以及輔以多種憲法解釋方法，才能探求出，符合憲法保障人權的規範意旨。從憲法解釋方法的角度解釋，公務人員與專門職業人員的資格與考試的問題，應該分別以觀。亦即，就專門職業人員的執業資格而言，憲法存在一個比釋憲者想法更大的空間，不僅專門職業人員的執業資格的認定方式不以考試為限，專門職業的執業資格和證照制度也非以許可制為限：

一、從體系解釋而言：體系解釋係指「將所擬解釋之法規，置於整體法規體系下，觀察其與前後規定的總體意義關連」²⁵²，憲法第 85 條規定，「公務人員之

²⁴⁹ 前揭註 244，頁 21-22。

²⁵⁰ 前揭註 244，頁 22-24。

²⁵¹ 蘇俊雄（1998），〈從「整合理論」（Integrationslehre）之觀點論個案憲法解釋之規範效力及其界限〉，收於劉孔中、李建良主編，《憲法解釋之理論與實務》，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所，頁 22。

²⁵² 前揭註 30，頁 23。

選拔，應實行公開競爭之考試制度」²⁵³以及憲法第 18 條「人民有應考試服公職之權」，從體系解釋看來，憲法第 86 條第 1 款，應該與憲法第 85 條與憲法第 18 條合併觀察，只是再次強調，公務人員應該採取考試用人之原則。而憲法第 86 條第 2 款，關於專門職業與技術人員的執業資格，與第一款的公務人員任用資格並列，恐怕只是基於便宜行事在同一條中並列，但不代表兩款的「考選銓定」都要做同一解釋。公務人員的任用資格，涉及國家官箴的維持，為避免政治分贓影響吏治等因素，或許有必要採取嚴格的考試用人制度，也就是未經國家考試及格不得擔任公職。但是專門職業人員的執業資格，不須以考試來控制專門職業人員之資格，換言之，對於專門執業人員的控制強度不需強烈到，非得用「非以考試及格不得執業」之執照制（licensing）不可。

二、目的性解釋：「目的解釋是從整體立法之客觀的意旨與目的，以探討規範的真正意旨。」²⁵⁴「憲法第 86 條本來就是依據憲法第 85 條而來，表彰『考試用人』的立場。」²⁵⁵不過，憲法既已在第 85 條表示過考試用人的原則，憲法第 86 條就有重複規定的疑慮。²⁵⁶前面已述及考試用人的緣由，而考試用人的理由包括：「一、考試用人最為公平，足以消除世祿貴族制度。二、考試用人足以選拔真才。三、考試用人可補就選舉之不足」，²⁵⁷而這些理由均來自於避免公務員任用會出現的弊端，而那些考量，自然無法套到專門職業人員的執業資格的問題上。²⁵⁸並且，公務人員的職位數量有其限制，所以為求公平，而有必要以考試達到，公平錄取之目的。但是，專門職業人員在自由市場，本就可以自由執業，並無總量管制，其生存完全取決於市場淘汰機制，與考試要追求的公平性無關。綜上所述，公務人員的任用資格與專門職業人員的執業資格，雖然都規範在憲法第 86 條，但應該有不同的詮釋。換句話說，公務人員的任用之所以用考試為標準，有前述的背景因素，但這些背景因素不足以支持，專門職業人員的執業資格以考試為唯一核准之標準的結論。

憲法考試權規範當中，「考試用人」的規範重點在於，公務人員的任用資格，

²⁵³ 憲法增修條文第 6 條第 3 項僅停止適用憲法本文第 85 條，按省區分別規定名額，分區舉行考試之規定。憲法第 85 條前段關於「公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度」仍有效。

²⁵⁴ 前揭註 30，頁 25。

²⁵⁵ 前揭註 250，頁 165。

²⁵⁶ 前揭註 250，頁 165。

²⁵⁷ 前揭註 244，頁 22-24。

²⁵⁸ 類似見解並參考前揭註 40，頁 188-189。

且連結憲法第 18 條的文義可知，基於避免公務員任用可能產生之流弊，而規定公務員的任用資格必須以考試為標準，公務人員以考試任用的正當化理由，放在專門職業人員執業資格的問題上，都不足以支撐，「只以」考試做為執業資格認定唯一途徑之正當性，因此專門職業的執業資格，無須如同公務人員任用資格，做同等嚴格的解釋。綜上所述，本文認為就專門職業人員的執業資格而言，憲法第 86 條第 2 款，不應解釋為「專門職業人員經考試及格始得取得執業資格」的結論。

第二目 考試院的專業考試及格管制權—考試院獨享權限—？

憲法對考試院的規範的重點之一為權限分配，憲法增修條文第 6 條第 1 項：「考試院為國家最高考試機關，掌理左列事項，不適用憲法第 83 條之規定：一、考試。二、公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休。三、公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項。」憲法第 86 條第 2 款規定：「左列資格，應經考試院依法考選銓定之：一 公務人員任用資格。二 專門職業及技術人員執業資格。」因此，向來論者均強調考試院的地位與行政、立法、司法權並立，且考試權具有獨立性²⁵⁹。此外，針對本文探討的專業證照制度，不僅考試院向來堅持「專業證照考試」專屬於考試院職權²⁶⁰²⁶¹，大法官向來依據憲法第 86 條第 2 款，肯認上述主張。而所謂「考試權獨立性」的意義為何，是否表示考試院獨占專業考試及格管制權？該問題不僅在釋憲實務上一直是爭論的焦點²⁶²，其具有的實益在於，若沒有憲法第 86 條第 2 款，也沒有釋憲者與考試院堅持的「考試權獨立」，理論上立法者可以根據公益的輕重，與人民工作權保障加以權衡，並制定不同的專業證照制度類型，例如：以考試的方式衡量，個別職業的專業能力，但可能採取認證制或許可制；又或者不以考試的方式衡量，以個別執業者的經驗為依據，衡量其專業能力，並輔以不同的證照管制模式。但問題是，憲法是否給予立法者上

²⁵⁹ 參考前揭註 244，頁 82。並參考前揭註 42，頁 134。

²⁶⁰ 參考釋字第 655 號解釋新聞稿，參考網址：
<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/655%E6%96%B0%E8%81%9E%E7%A8BF.pdf>，最後造訪日：2012.4.5。

²⁶¹ 前揭註 40 頁 181-183。

²⁶² 參考釋字第 453 號解釋、釋字第 655 號解釋。

述的形成空間？又或者真如釋憲者與考試院強調地，「考試權不容侵犯」？這個問題還是必須回到，考試院對於專業證照的權限內容為何。

學者指出「考試保留」²⁶³係指憲法對於考試權職權，採取列舉之保障模式，使得考試權的獨立性至為明顯²⁶⁴。目前學理上有過的探討主要圍繞在「考試事項是否需要法律保留」，而所謂考試保留的理路無非是強調「考試權獨立性」之因素，認為基於該因素，法律保留原則適用在考試事項時，可考慮放寬。此外，釋憲實務以往，也只憑憲法第 86 條第 2 款之規定，即全盤否定關於專門職業人員的執業資格交由行政權加以管制的可能，似乎也是極力強調考試權獨立此特殊因素，所做出的結論。本文對於這樣的想法，保持懷疑的態度，以下析論之：

如前所述，我國憲法關於考試權的規範，係受到孫中山先生的思想²⁶⁵以及中國隋唐時期開始的科舉制度影響²⁶⁶，而這種強調考試制度，必須由獨立機關行使的立場，係建立於過去封建時代，封閉的社會階層流動，全仰賴科舉考試晉升士族地位。因此，制憲者或許基於該歷史背景，而強調「考試權獨立」的概念。然而，制憲者當時的意向，雖然也可做為憲法解釋的參考資訊，卻不是解釋憲法的可靠方法，再解釋憲法時，也必須掌握憲法規範的時代性與現實性²⁶⁷，不論是強調考試用人或考試權獨立，其最大目的在於，使每個人都能「公平」的往社會上層流動。而這種公平性的訴求，在專門職業的領域未必如同公職人員那樣強烈。公務人員的任用資格，涉及國家官箴的維持，為避免政治分贓、影響吏治等因素，或許有必要將此等人員的錄用，交給獨立機關行使，但是在專門職業領域，即使將專門職業的資格認定權，賦予考試院以外的機關也能確保公平性，蓋現代法治國可透過法律保留、法律明確性原則，建立一套公平的遊戲規則。憲法第 86 條第 2 款，並無意將「專門職業人員的執業資格之認定權限」形塑成一個，「考試權優先」或「考試保留」的權力配置。憲法第 86 條第 2 款的制憲精神，旨在避免公務人員任用上的流弊，故而採取**考試用人**的方式，並強調考試權獨立的概

²⁶³ 有學者指出「考試保留」係指憲法對於考試權職權採取列舉之保障模式，使得考試權相較於行政院，其獨立性之地位更明顯。從而，有學者認為儘管原則上，涉及人民基本權限制之事項須法律保留，但基於憲法增修條文第 6 條第 1 項之規定，憲法將「考試事項」保留給考試權，從而導出在考試事項可以突破法律保留之限制。參考前揭註 42，頁 134、139。

²⁶⁴ 參考前揭註 42，頁 134。

²⁶⁵ 參考前揭註 244，頁 19。

²⁶⁶ 參考前揭註 213，頁 47。

²⁶⁷ 蘇俊雄，前揭註 253，頁 22。

念。可是，專門職業人員之資格認定，並不涉及公務人員任用流弊的防範，且專門職業是自由開放的社會行為，原則上執業者數量並無總量管制，所以，即便將專門職業人員的執業資格，交由行政權來認定，也無公務人員任用資格交給行政權可能產生之疑慮，所以不違反憲法第 86 條第 2 款。

第三目 考試院專業考試及格管制權的界限：比例原則 與立法形成自由之空間

釋憲實務對於專門職業資格認定之議題，均略過工作權限制的審查，而直接以憲法第 86 條第 2 款作為主要解釋的對象，似乎隱含了憲法第 86 條第 2 款可突破憲法第 15 條與第 23 條要求的立場。憲法第 86 條第 2 款雖給予考試院，對於專業證照有一定程度的參與權，以確保考試權一定的獨立性，然而憲法僅賦予一個抽象並寬廣的框架，國家權力的基礎是國民所付託²⁶⁸，而這種付託旨在使個人的權利與利益，在社會共同體肯認的共識秩序下作最大發展，這種共識秩序的形成，在代議民主制度下，應該委由立法者依照當前對社會的認知，制定符合比例原則的法規範具體形成。²⁶⁹所以，並不能因為考試權獨立的精神，即認為有關考試之事項，可理所當然地突破憲法比例原則與法律保留等要求。

因此，憲法第 86 條第 2 款所賦予考試院的專業證照管制權，並非一開始即將專門職業應如何管制的形塑權限，全部交由考試院以考試的方式獨占，就專業證照管制權的形塑，本就應該因應不同職業類別，衡量人民的自由與所維護的公益，交由立法者為第一次判斷。所以，例如：釋字第 655 號解釋當中，立法者允許記帳及報稅代理業務人換領記帳士執照，原則上並不會違反憲法第 86 條第 2 款，除非考試院能舉證，該專門職業非得以考試及格授予執照之手段，始能維護所欲達到的立法目的。所以，違憲審查機關如欲審查這樣的規範是否違憲，答案並不在憲法第 86 條第 2 款，仍須回到憲法第 15 條與第 23 條審查。

第四目 小結

²⁶⁸ 前揭註 30，頁 13。

²⁶⁹ 前揭註 30，頁 14。

憲法第 86 條第 2 款涉及，考試院對於專業證照管制權的參與權限內容與限制，本文認為憲法第 86 條第 2 款的解釋應如下：

一、「考選銓定」的解釋應係強調銓選的程序，不在限縮銓選之方法。並且，考選銓定之解釋，也不能僅限縮在「考試」此一事前審核的手段。

二、即便從考試權獨立的精神，專業證照之核發，並非齊頭式地均要求須經過考試院國家考試之方式介入始得核發，蓋專門職業人員的資格認定，並不若公務人員錄用資格，須要嚴格由獨立機關介入，以確保錄用公平性。

三、至於哪些專門職業資格認定須經考試，哪些可以其他方式審核，哪些專門職業的資格認定，須經過考試院介入，則應尊重立法者形成自由。所以，違憲審查機關，在審查專門職業證照法規範時，所要判斷的重點應為，工作權的限制與比例原則的適用，無法只從憲法第 86 條第 2 款就能得到答案。

綜上所述，專業管制不限於考試院舉辦的國家考試，專業的管制手段應交由立法者形成，並且應該盡可能形成，不同寬嚴程度的管制手段，以因應不同的專業類別。

第二款 當前專業的管制手段檢討

目前我國專門職業的管制，絕大多數傾向以核發考試及格證書加上執業執照之方式，就考試及格的核發，細部的觀察也可發現，這些考試絕大多數以筆試為之，考試的內容也與專業的實際操作距離較遠。不過值得關注的是，僅管「考試院國家考試」，為大多數專業管制方式，仍有少數專業並非由考試院的國家考試管制，例如：航海人員、漁船船員、船舶電信人員分別在民國 93、96 與 97 年改由交通部、行政院農業委員會統一辦理執業資格取得及發證事項。²⁷⁰某些專門職業，從考試院移轉到行政院職業主管機關，凸顯並非所有專門職業均適合交給考試院管理，因此必須討論兩者的差別在哪裡。

隸屬於考試院國家考試的專門職業，以筆試為主要管制手段，考試題目多數由學者出題，使得考試本身就與實務運作有落差，使得考試及格者無法應付實務

²⁷⁰ 前揭註 16，頁 35。

工作。²⁷¹考試院基於該問題的解決，也在過去針對幾類專門職業人員作調整。可見，專門職業考試與實務產生落差，不僅在文獻上有所紀錄，國家權力機關也早已意識到。

反觀專門技術人員的考試，則用術科考試彌補考試與實務運作落差的問題，而收到較好的審核資格之效果，值得專門職業考試借鏡。

再者就考試的效果而言，專門職業人員的管制強度也比專門技術人員強，在專門職業法規多半規定，未經考試及格者不得執業，違者將受到懲罰。但在專門技術人員的部分，因採取「檢定」的形式，未通過考試者仍得以執業。如果考試的結果是一種，提供消費者資訊的方式，那麼針對無照者的管制，未必要提高到「禁止執業」的程度。進一步來說，將無照者的裁罰刪除，也無礙於提供消費者適當資訊的目的。因此，本文認為專門職業的管制，在無照者這一部分有必要檢討並適度放寬管制，以平衡與人民工作權。

此外，專門職業納入以考試為基準的證照制度，其法規的目的多半很抽象空泛，這影響專門職業是否須經考試的判斷，因此有必要詳盡研究各該職業考試化、證照化的目的。證照考試的目的約可分為，提供消費者專業服務資訊與防堵素質差的服務者進入市場，造成公益的危害或風險。國家基於擔保責任，雖然須負起一定的保護義務，可是並不是所有專門職業的風險管控，都要提高到最大的強度，因此，本文認為未來專門職業也應該有程度不同的風險管控，某些專門職業，國家只須做到提供消費者資訊的義務即可，這部分即便要求執業者須考試，也只須將考試效果規範為認證效果即可，無須限制無照者執業；某些涉及特別重大公益的專門職業，才須提高風險管控，禁止無照者執業。

因此，本文認為專業的管制，應該如同層級化法律保留的概念一般，依照所涉公益輕重，建立不同密度的管制，而不該將所有專業的管制，均齊頭式採取以考試為基礎的許可制。

²⁷¹ 前揭註 243，頁 40-41。

第四章 記帳專業證照制度的工作權

違憲審查

證照制度首當其衝限制人民的工作權，以下將針對工作權違憲審查，分析證照制度的合憲性。

第一節 工作權

我國憲法第 15 條保障人民的工作權，釋字第 404 號解釋與釋字第 411 號解釋並進一步說明，所謂工作權是指「人民得自由選擇工作及職業，以維持生計」²⁷²。在專業證照制度的議題上，國家透過證照制度，對於人民選擇專業做為工作的自由造成限制，這種限制在憲法上是否正當，首先須先釐清工作權的內涵並檢討工作權的違憲審查。

第一項 工作權內涵

憲法第 15 條：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障」，而對於工作權的內涵，本文擬從比較法與我國釋憲實務作分析。

²⁷² 參考釋字第 404 號解釋理由書，參考網址：
http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=404，最後造訪日：2012 年 5 月 22 日。

第一款 比較法

工作權為基本權，從相關比較法的介紹，工作權的內涵以及保障的範圍，包括職業自由²⁷³與營業自由²⁷⁴。

第一目 職業自由

「職業自由」中的「職業」，依據德國聯邦憲法法院的見解，係指為持續經營，並得藉以獲取及維持生活基礎，且為社會所容許，具有經濟意義，個人得以藉此，對社會公益提供貢獻之行為。²⁷⁵從上述定義可知職業的特徵包括下列幾個：一、職業是個人維持生活基礎的行為，不問其是否為主業或副業，長期或短期。²⁷⁶二、職業係具有一定程度之持續性行為，在判斷上包括，以主觀上行為人具有持續從事的意圖，客觀上必須有持續從事的可能。三、職業係具有經濟意義及社會貢獻之行為。四、職業係價值中立的行為，只要合乎社會本質的限制，即屬於此意義的活動。²⁷⁷

德國基本法第 12 條的規定：「所有德國人均有自由選擇職業、工作職位與教育地點之權利。職業之執行得依法律或基於法律授權而規定之。」根據該法，德國在詮釋職業自由保護範圍時，認為包含如下：

一、職業能力養成教育請求權

此係指職業訓練地點自由，為工作權的前階段權利。此階段的權利包含取得該訓練地位的各種考試的機會，例如：參加職業學校或大學入學考試之機會，均屬於職業能力養成教育請求權，為職業自由保障範圍。²⁷⁸

二、職業能力資格取得權

²⁷³ 參考李惠宗（1998.6），〈憲法工作權保障之系譜〉，收於劉孔中、李建良編，《憲法解釋之理論與實務》，頁 351，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。並參考前揭註 30，頁 217。

²⁷⁴ 參考前揭註 30，頁 219。並參考前揭註 150，頁 235。

²⁷⁵ 前揭註 4，頁 84。

²⁷⁶ 前揭註 4，頁 6。

²⁷⁷ 前揭註 4，頁 6-7；並參考前揭註 215，頁 273。

²⁷⁸ 參考前揭註 275，頁 360；李惠宗（2005.1），〈職業自由主觀要件限制之違憲審查〉，《憲政時代》第 33 卷第 3 期，頁 260。

職業能力雖然不以一定能力為要件，但自由經濟的職業市場，若未具備一定能力，常因此不能獲得期望中的肯定，而對於人格之健全發展將有妨害。所以特定職業能力之資格取得機會也屬於職業自由範圍。²⁷⁹

三、職業選擇自由

係指人民選擇特定行業從事的自由，基本上指涉的是職業種類的選擇，例如：選擇計程車司機、自行經營商店等等。²⁸⁰

四、職位選擇自由

係指「具體的職業工作關係」之選擇與維持的自由，職位選擇自由和職業選擇自由具有包含的關係，職位選擇屬於職業選擇的一部分，因此，對於職位選擇自由加以限制，也必然對職業選擇自由有所限制。²⁸¹有文獻指出，區別職業選擇自由與職位選擇自由之實益在於，對其限制應有不同的審查角度，職位選擇自由限制之立法裁量權限較大。²⁸²

五、職業經營自由

職業經營自由的範圍很廣，包括營業時間自由、營業地點自由、營業方式自由、廣告自由、營業內容自由等等。²⁸³

六、廢業自由

係指自然人或法人終止其職業或營業之自由，此屬消極工作自由，例如：退休、歇業。²⁸⁴

第二目 營業自由

自由，係指免於干涉。而憲法層次的自由首重免於國家干涉的行為。營業自

²⁷⁹ 參考前揭註 275，頁 360；前揭註 280，李惠宗，頁 260-261。

²⁸⁰ 前揭註 275，頁 361；前揭註 280，頁 261。

²⁸¹ 前揭註 30，頁 218。

²⁸² 前揭註 280，頁 262。

²⁸³ 前揭註 30，頁 219。

²⁸⁴ 前揭註 280，頁 262；並參考前揭註 215，頁 273。

由係指，營業之行為免於國家干涉。²⁸⁵所謂「營業」，學者認為係指以營利為目的，而有反覆意思之依定型為，且不以供應不特定多數人之需要為限。²⁸⁶許多國家的憲法並未明文營業自由的保障²⁸⁷，在各國憲法中常見的則有「選擇職業的自由」。²⁸⁸因此許多學說遂開始探討：職業自由是否包含營業自由？

一、德國基本法

德國基本法第 12 條第 1 項規範，人民有職業選擇自由與職業活動自由²⁸⁹，而德國通說與實務均肯定，從此條項可以導出營業自由²⁹⁰，且認為營業自由不僅屬於客觀法價值決定，也是主觀公權利，有拘束立法機關的作用，故人民可以主張，其職業自由受到侵害而請求救濟。²⁹¹並且營業活動對於個人，不但是生活的基礎，且透過營業活動，個人才可以對社會整體成就，貢獻一己之力，同時營業自由亦可自人格發展自由的規定（基本法第 2 條第 1 項）中導出。²⁹²

二、日本憲法上之營業自由

日本憲法第 22 條規定：「任何人於不違反公共福祉的範圍內，有居住、遷徙及職業選擇之自由」，在文義上並沒有「營業自由」，不過日本通說均認為包括營業自由。²⁹³日本學者今村成和，將營業自由區分為廣義與狹義，狹義的營業自由包括「開業自由、營業維持自由、廢業自由」，廣義的營業自由包括「營業活動的自由」。今村成和認為，日本憲法第 22 條的規定只包括狹義的營業自由，廣義的營業自由則屬於日本憲法第 29 條財產權保障。²⁹⁴

²⁸⁵ 前揭註 150，頁 230。

²⁸⁶ 前揭註 150，頁 230。

²⁸⁷ 例如：德國基本法、日本憲法均未明文營業自由，我國憲法亦然。

²⁸⁸ 例如：1919 年威瑪憲法第 111 條規定人民有選擇職業之自由。日本憲法第 22 條亦同。參考前揭註 150，頁 230。

²⁸⁹ 許志雄（2010.2），〈職業規制與保留的違憲審查（上）〉，《法學新論》第 19 期，頁 13。德國基本法第 12 條第 1 項：「所有德國人均有自由選擇其職業、工作地點及訓練地點之權利。職業之經營得由立法規定之。」參考前揭註 150，頁 230。

²⁹⁰ Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl., 1984, S. 162; Maunz-Dürig, Komm.z. GG. 6. Aufl., 1987, Art. 12, Rdnr. 6, 136; BverfGE 7, 377. 轉引自前揭註 150，頁 231，註 11。

²⁹¹ 前揭註 150，頁 231。

²⁹² 前揭註 150，頁 231。

²⁹³ 樋口陽一、佐藤幸治、中村睦男、浦部法穂共著，注釋日本國憲法上卷，青林書院新社，昭和 59 年初版，513 頁。轉引自前揭註 150，頁 231。

²⁹⁴ 今村成和「『營業の自由』と公權的規制」，ジュリスト 460 號，41 頁。轉引自前揭註 150，頁 231。

日本實務也認為職業選擇自由包括營業自由，例如：最高裁判所昭和 47 年的零售市場許可制的判決中，認為日本憲法第 22 條第 1 項，作為人民基本人權之一，保障職業選擇自由，而職業選擇自由當中，也包含保障所謂的營業自由在內。²⁹⁵

第二款 釋憲實務

我國憲法第 15 條「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」工作權在我國憲法與憲法草案的用語上有些微不同，在民國元年的臨時約法和民國 3 年的中華民國約法稱為「營業自由」，1923 年中華民國憲法草案稱為「職業自由」²⁹⁶，並且我國大法官釋憲實務上，也常以「職業自由」指涉相關爭議。²⁹⁷ 許多文獻亦曾討論，憲法第 15 條的工作權、「營業自由」與外國法所稱的「職業自由」三者之區辨，²⁹⁸ 早期司法院對於工作權的內涵與性質並未著墨太多，但是到了釋字第 404 號解釋起，大法官從自由權角度立論，將工作權與職業自由和營業自由連結。²⁹⁹ 例如：釋字第 514 號解釋文認為：「人民之營業自由為憲法上之工作權與財產權所保障。」；釋字第 584 號解釋文認為：「人民之工作權為憲法第 15 條規定所保障，其中包含人民選擇職業之自由。」觀察大法官的解釋，工作權是上位概念，包括職業自由與營業自由。

第二項 工作權違憲審查

我國憲法第 15 條固然明定工作權受保障，然而工作權並非全然不能限制，而何種限制方式、何程度之限制方屬合憲，則涉及工作權的違憲審查問題，以下分別從比較法的觀察與我國釋憲實務探討並評析。

²⁹⁵ 參考最大判昭 47.11.22 刑集 26-9-586。

²⁹⁶ 前揭註 30，頁 212。

²⁹⁷ 例如：釋字第 584 號解釋「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」（粗體字部分為筆者所加）。

²⁹⁸ 前揭註 150，頁 234-237，註 25 到註 35。

²⁹⁹ 前揭註 291，頁 4-5。

第一款 比較法

比較法上，德國法關於職業自由，從著名的「藥房判決」發展出三階說，並曾為我國釋憲實務引用。而對於工作權的另一大內涵「營業自由」，其違憲審查，在日本實務曾有幾個著名的判決可供我們省思。

第一目 職業自由的違憲審查

如同其他自由基本權，國家基於公共利益的理由可加以限制。但是何種限制才合憲，德國聯邦憲法法院 1958 年的「藥房判決」，發展出所謂的三階說，³⁰⁰三階說係指「執業執行自由的限制」、「職業選擇主觀許可要件」和「職業選擇客觀許可要件」。³⁰¹

該判決的事實背景如下：

依巴伐利亞藥師法規定，開設藥局須經許可，於已關閉的藥局欲重新開業時亦同。該法第 3 條規定如下：「於合乎下列兩項要件時，得對新設藥局予以許可：

(1) 藥局之開設，依其藥品供給能確保國民生活，合乎公共利益者。(2) 為確保新設藥房之經濟基礎，使藥局營業能合法獲得最大保障，於認為無損鄰接藥局經濟基礎時。並且在許可時，為確保藥品的均衡供給，並得課予在一定場所開設藥局之義務。」³⁰²本件憲法訴願人係合格藥劑師，重新申請營業許可時，被邦政府認定不符合公共利益，駁回其申請，而邦政府具體基準是「防止過度競爭」。該藥劑師以該邦政府處分，違反職業自由和侵害人格發展自由，提起本件訴願。

³⁰³聯邦憲法法院在該判決中，提出了三階說理論，分述如下：

一、職業執行自由之限制

³⁰⁰ 參考錢建榮(2006.1)，〈終身不得考領駕駛執照合憲性之檢討—兼論釋字第五三一號解釋〉，《月旦法學雜誌》第 128 期，頁 79。並參考盛子龍(1989)，《比例原則作為規範違憲審查之準則—西德聯邦憲法法院判決及學說之研究—》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 85。

³⁰¹ 李惠宗，前揭註 280，頁 263。

³⁰² BverfGE7,377 ff.轉引自前揭註 150，頁 245。

³⁰³ 前揭註 150，頁 246。

若只涉及職業執行的規則，不涉及職業入口管制的選擇自由，立法者有較大的自由形成空間，此類限制包括營業方式、營業時間、執行業務的方式。³⁰⁴

二、職業選擇主觀許可要件

職業選擇主觀許可要件係指，自然人或法人在進入職業市場應具備的要件，係職業個人屬人要件，此種主觀的許可要件，只有為保護「重要的社會共同利益」，才能合理化。³⁰⁵這種主觀許可要件包括，個人一身專屬的個人特性、能力、是否完成相當訓練、年齡或體能要件等等。³⁰⁶

三、職業選擇之客觀許可要件

職業選擇之客觀許可要件係指，「個人對該要件之成就完全沒有影響力」之要件，德國聯邦憲法法院認為，用這種要件作為限制人民進入某一職業市場的條件，可能嚴重違反基本人權，因此，在藥房判決中表示：「一般而言，只有為防禦對於重大公眾法益構成，可證明的且顯然非常嚴重的『危險』³⁰⁷時，才可合法化這種要件限制。」³⁰⁸

並且，學說上認為，只有在使用第一階段「職業執行自由的限制」時，仍不能達到所追求的公益時，才能使用「職業選擇之主觀許可要件」和「職業選擇之客觀許可要件」。³⁰⁹質言之，只須基於「合理的公益考量」，即足以正當化職業執行自由的限制，對職業選擇自由之主觀許可要件的限制，則須「特別重要的社會利益」；對職業選擇自由之客觀許可要件的限制，則須在「保護特別重要的社會利益，免受可證明的危害或嚴重危害」時使得使用。³¹⁰

然而，上述的三階說理論並非完美的公式，其操作可能性也曾遭到學者的批判，例如：B.-O. Bryde 指出，聯邦憲法法院自己也承認，某些客觀的職業許可限制，對個人影響可能較輕微³¹¹，但某些主觀的職業許可限制卻可能對人民自由

³⁰⁴ 前揭註 30，頁 225；並參考前揭註 215，頁 275。

³⁰⁵ 前揭註 280，頁 263-264。

³⁰⁶ 前揭註 280，頁 264。

³⁰⁷ 雙引號為筆者所加。

³⁰⁸ 前揭註 280，頁 264。

³⁰⁹ 陳愛娥（2003），〈憲法工作權涵義之演變—我國與德國法制之比較〉，收於台大政治學系主辦，《「全球化與基本人權：政治學與公法學之對話」學術研討會》，參考網址：http://140.112.150.151/news/921226_8.pdf，最後造訪日：2010.11.21。

³¹⁰ Fr. Ossenbuhl, a.a.O.(Fn. 7), AöR 115/1990, S. 8-9.轉引自前揭註 311。

³¹¹ 例如：限制人民從事第二項職業。

影響更為重大。³¹²德國學者 H.-J Papier 也認為，三階的區分不是目的，只是立法者對於職業自由限制程度的指標而已。³¹³且德國學者 F.R Ossenbuhl 也強調職業選擇和職業執行很難區分，此等劃分的前提來自遵守既有的職業形象，而用來正當化職業自由限制的公共利益也很抽象，以至於無法合理檢視相關限制程度與「公共利益」的關連性。因此，三階說理論不過是比例原則運用在職業自由限制的一種論證模式，但對於運用比例原則的權衡而言，無法提供精確判準。³¹⁴

第二目 營業自由的違憲審查模式

基本上，德國的營業自由保護仍從德國基本法第 12 條，有關職業自由的條款導出，學者也認為，關於營業許可基準的司法審查，也是依照德國的藥房判決的三階論。³¹⁵而在日本，營業自由為學說與實務肯認為基本人權，但仍受憲法第 22 條「公共福祉」之限制。但是，公共福祉如何認定各有不同的說法³¹⁶，日本學界多圍繞在三則關於營業自由判決討論：

一、公眾浴場距離限制事件

日本公眾浴場法第 2 條第 2 項規定：「公眾浴場的設置場所配置不恰當者，都道府縣知事得不予許可」³¹⁷，而所謂「配置不恰當」的標準，從當初公眾浴場法第 2 條第 2 項提案理由觀之，係指距離限制³¹⁸，福岡縣根據公共浴場法和福岡縣條例 54 號 3 條，課予上訴人不許可之處分，上訴人主張公共浴場法和福岡縣條例 54 號 3 條，違反日本憲法第 22 條。³¹⁹

最高裁判所認為，公共浴場係帶有公共性的厚生設施，若其設立氾濫，將產生不必要的競爭和經營的不合理，且難保浴場經營設備不因此而低落。亦即，公共浴場濫行設立，屬於違反公共福祉，因此以此理由不許可其經營公共浴場，與

³¹² BVerfGE 21, 173/181; 54, 237/246 轉引自前揭註 311。

³¹³ H.-J. Papier, a.a.O.(Fn. 3), DVBl. 1984, S. 803, 804-805. 轉引自前揭註 311。

³¹⁴ Fr. Ossenbuhl, a.a.O.(Fn. 7), AöR 115/1990, S. 10-12. 轉引自前揭註 311。

³¹⁵ 前揭註 150，頁 245。

³¹⁶ 前揭註 150，頁 250。

³¹⁷ 最大判昭 30.1.26 刑集 9 - 1 - 89。

³¹⁸ 前揭註 150，頁 250。

³¹⁹ 前揭註 319，頁 89。

憲法第 22 條不牴觸。³²⁰

二、零售商業調整特別措制法事件

依日本零售商業調整特別措制法第 3 條第 1 項規定，零售業必須得到都道府縣知事的許可，該法設有罰則。大阪府又規定各零售市場間，應相距 700 公尺以上。上訴人主張，該法係以保護既存零售市場內的零售商為主要目的，與憲法第 22 條的「公共福祉」無關，此種規定應屬違憲無效。³²¹

最高裁判所認為，本法係為實施保護中小企業政策而制定，鑑於零售商在國民中的數量，及其於國民經濟的功能，且本法第 1 條旨在適正地確保，經濟基礎弱小的零售商從事商業活動的機會，為去除妨害零售商正常秩序的因素，在這樣的判斷下，這樣的政策係為避免零售市場氾濫設立、過度競爭，帶來零售商一同倒閉之結果，且這樣的政策賦予零售商，在流通市場的獨占利益的同時，並未犧牲一般消費者的利益。³²²最高裁判所因此認為，該法是國家從調和社會經濟發展之觀點，所採取對中小企業保護的政策，具有合理性，且其規制手段、態樣亦無明白顯著不合理之處。³²³

三、藥事法距離限制事件

日本昭和 38 年 7 月修正的藥事法第 6 條第 2 項規定：「藥局設置之場所，主管機關如認其配置有欠妥當，得不予許可。」而配置是否妥當，日本藥事法授權給都道府縣制定條例。廣島縣則據此制定藥局配置基準條例規定，「在已設的藥局 100 公尺內，不得再新設藥局。」³²⁴

最高裁判所認為，該藥事法的規定違憲無效，其理由為：「藥事法根據憲法 22 條，為求取公共福祉之目的，而做的規制是否可以被認可，不能一概而論，要檢討具體規制的目的、必要性、內容、據此被限制的職業自由的性質、內容和限制程度，必須比較考量後慎重地決定。上述的檢討和考量，是立法者的權限與義務，法院在立法機關合理的裁量範圍內，應該尊重立法者的判斷。但是對於合理的裁量範圍，事情性質理所當然可能存在著廣狹之別，法院參照具體規制的目

³²⁰ 前揭註 319，頁 89。

³²¹ 前揭註 150，頁 252。

³²² 前揭註 150，頁 253。

³²³ 前揭註 150，頁 253。

³²⁴ 前揭註 150，頁 254。

的、對象、方法等性質和內容有權判斷。³²⁵職業許可制是對於滿足法定條件者，給予許可其從事特定職業的權利，對於未經許可者，禁止其從事的制度，是公權力限制職業自由的態樣之一。許可制設置之理由有很多種，在憲法上能否被認可如前所述，不能一概而論。若超越單純的職業活動內容與態樣的限制，而達到職業選擇自由這種強烈的限制，若要得到合憲的肯定，必須是為了重要公共利益所做的必要合理的措施。並且許可制不是為了經濟政策積極之目的，而是消極的警察措施。許可制適用於職業自由領域，對於職業活動的內容和態樣，必須緩和限制並充分達成上述目的，才被允許。再者，許可制的要件是，不僅僅關於許可制內容應被要求，許可制採用本身被認可的場合，根據個別的許可條件，更必須參照上述要件判斷其妥當性。³²⁶」

前述兩個判決法院均使用寬鬆的審查模式，日本在營業自由的限制上，採取積極社會經濟政策手段，承認可以對人民職業自由加以限制，並且對於個人經濟活動自由之限制，容認為立法裁量的問題，法院只有在規制措施顯不合理時，才有違憲審查之權。³²⁷不過，同樣都涉及營業距離限制，晚近的藥事法距離限制判決，卻明顯採取較嚴格的審查模式，顯示日本在營業自由的審查態度上，有所改變。

第二款 釋憲實務

首先，我國大法官肯認，憲法第 15 條工作權的保護範圍，包含職業選擇自由、職業活動自由與營業自由。例如：釋字第 584 號解釋文、釋字第 634 號解釋文都提到：「人民之工作權為憲法第 15 條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由。」，而釋字第 404 號解釋有關，中醫師可否使用西藥為人醫病，可歸類為營業方式的自由，釋字第 411 號解釋則提到，經濟部以函釋規範各技師的執業範圍，涉及營業內容自由的限制。

再者，對於工作權違憲審查的標準，則必須對形式阻卻違憲事由與實質阻卻

³²⁵ 最大判昭 50.4.30 民集 29 - 4 - 572。

³²⁶ 前揭註 327，頁 572。

³²⁷ 佐藤英善（1990），《經濟行政法—經濟政策形成と政府介入手法—》，成文堂，頁 109 轉引自前揭註 4，頁 36-37。

違憲事由分別探討：

第一目 形式阻卻違憲事由

國家限制工作權的方法必須符合法律保留原則，然而所欲規範的事物重要性不同，法律保留亦有層級的劃分，即「層級化法律保留」，此已經由釋字第 443 號解釋所建構。³²⁸

釋字第 514 號解釋曾提及，工作權的法律保留原則適用：「有關營業許可之條件、營業應遵守之義務及違反義務應受之制裁，依憲法第 23 條，均應以法律定之，其內容更須符合該條規定之要件。若其限制『性質上得由法律授權以命令補充規定時』，授權之目的、內容及範圍應具體明確。」本號解釋肯認工作權的限制有法律保留之適用，但並未明確闡釋何種限制需要國會保留，何種限制又可授權以命令補充。³²⁹不過，學者從該解釋文推論可知，從性質的劃分上得出有某些「性質上不得由法律授權」的營業許可條件，屬於國會保留事項。³³⁰

第二目 實質阻卻違憲事由：德國三階說之檢討

國家權力措施須同時具有形式合憲性與實質正當性，而實質正當性或所謂實質阻卻違憲事由指涉，國家任何行為均應受到憲法自由民主價值秩序的拘束，而這也涉及國家可基於何種理由，限制人民自由以及能夠限制到何種程度。³³¹

國家干預人民的工作權，必須出於公共利益，事實上，國家做任何事情，當然必須出自於公共利益，但判斷公共利益的實質正當性的審查基準為何？早期大法官關於工作權的解釋中，並沒有特別對「審查標準」著墨，釋字第 404 號解釋文：「憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。惟人民之工作與公共福祉有密切關係，為增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之限制，此

³²⁸ 前揭註 280，頁 265。

³²⁹ 前揭註 280，頁 265。

³³⁰ 前揭註 280，頁 265。

³³¹ 前揭註 280，頁 267-268。並參考前揭註 215，頁 58-59。

觀憲法第 23 條規定自明。」。從釋字第 584 號解釋開始，大法官才開始談到工作權的審查標準：「人民之工作權為憲法第 15 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 23 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（本院釋字第 404 號、第 510 號解釋參照）。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。」³³²，釋字第 649 號則更加明確地，採取了德國法的三階說：「又按憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，人民從事工作並有選擇職業之自由，業經本院釋字第 404 號、第 510 號、第 584 號、第 612 號、第 634 號與第 637 號解釋在案。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。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃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，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而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，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。」

第三款 小結

就工作權的內涵而言，其包含職業自由與營業自由，而觀察工作權違憲審查比較法上的例子時，可以得知在工作權違憲審查時可能產生的盲點，日本法的判例大多只著墨於，法規範所欲保護公益之闡釋，卻忽略了限制基本權的目的正當性固然重要，卻只是違憲審查當中，比例原則操作的一部分而已。違憲審查並不

³³² 參考釋字第 584 號解釋理由書。

只是簡單的類型化出不同的審查標準，在判斷個案是否違憲，也不是抽象地操作審查標準而已。不論是零售商設置距離限制³³³、藥局設置距離限制³³⁴或者我國釋字第 584 號解釋，關於前科者終身不得擔任計程車司機之案例³³⁵，立法者都有一套合乎公益的說法，多數人也很容易被立法者關於公益的說法說服，而忽視了並不是所有限制只要冠上「為了公共利益」的名義，便成為理所當然的事情。在審查國家行為是否侵害人民權利時，只找出法規範追求的「公共利益」，並不足以正當化限制基本權之行為，公益也不該成為限制基本權的豁免條款。

至於德國法的三階說，雖然提供了一個審查的指標，然而運用上未必能劃分地很清楚，例如：職業執行之干預若過於強烈，可能質變為「職業選擇之限制」³³⁶。我國釋憲實務雖援引德國法的三階說，然而在個別釋憲案中，是否確實依據三階說，給予適當嚴密程度的審查，尚有爭議。例如：釋字第 584 號解釋多數意見，看似對於職業選擇主觀要件規定之違憲審查，應採取較嚴格的審查，但學者也批評，就本案而言，看不出來大法官是「如何嚴格審查」。³³⁷並且，正如釋字第 584 號解釋林子儀大法官不同意見書，也具體表明，釋字第 584 號解釋多數意見不當之處，並在該不同意見書當中說明，應如何嚴格審查³³⁸：

一、嚴格審查應體現於，要求立法者提出更重要之立法目的，且必須為實質有效且侵害較小之手段。

二、相關政府機關無合憲推定的權利，必須對於立法目的之重要性、手段的實質有效性和侵害程度，是否為人民可接受等問題負具體之舉證責任。但是釋字第 584 號解釋多數意見，卻背離上述審查方式，僅單純在解釋中強調系爭法律所維護之公共利益，須「更為重要」、手段須屬「必要」。此外，所謂更為重要的公共利益，其標準往往流於抽象，難以區別審查標準之嚴密。至於，系爭案件關於手段必要性的審查，多數意見亦呈現出相當寬鬆之標準，與寬鬆審查無所區辨。

綜合上述，工作權的違憲審查重點，既不在「複述」國家限制基本權之公益目的，也不應抽象地、形式地操作違憲審查標準。為確實檢視國家限制基本權之

³³³ 前揭註 319，頁 89。

³³⁴ 前揭註 327，頁 572。

³³⁵ 參考釋字第 584 號解釋。

³³⁶ 前揭註 302，頁 80。

³³⁷ 前揭註 280，頁 272。

³³⁸ 參考釋字第 584 號解釋。

正當性，適度地要求立法者舉證，應為必要的。

第二節 記帳業證照制度之合憲性

宥於篇幅，且證照制度之合憲性涉及各種職業類型與管制手段細節，不同職業可能有不同考量，以下將針對我國記帳業證照制度，是否合乎我國憲法第 15 條工作權，試分析之。

第一項 記帳業者證照化歷史沿革

我國對於稅務代理及記帳的職業領域，並非一開始即設定欲以證照考試，加以規範，關於稅務代理及記帳業的立法沿革，可分為下列幾個時期：³³⁹

第一款 自由執業的階段

我國的企業以中小企業為主，這些企業基於成本考量，而產生對於記帳及稅務處理服務的需求，記帳業則應運而生，提供代替中小企業記帳、稅務代理等服務的業者，實務上習慣稱之為「記帳業者」。³⁴⁰因此，後續本文所指涉的「記帳業者」均指涉，從事代替中小企業記帳與稅務代理服務之業者。

如果從記帳業相關的法規範³⁴¹觀察，或許可以更清楚理解記帳業，在過去歷史的定位。記帳業所提供的服務，如前所述，包括：代企業從事記帳與代為申報稅捐等服務，與這些服務攸關的法律包括：商業會計法和相關稅法，在早期這些法規範，並沒有禁止「代理企業記帳」。並且，早在民國 45 年，相關法規範即允許，納稅義務人得將稅務事項委託給代理人辦理，民國 52 年所得稅法的修正，

³³⁹ 余明芳（2005.7），《從委託人、會計師與記帳業者之認知探討記帳士法頒布之影響》，國立政治大學會計研究所碩士論文，頁 8-10。

³⁴⁰ 前揭註 341，頁 1。

³⁴¹ 相關涉及的法律包括：商業會計法、所得稅法等。

更將代理人的範圍，從原本的會計師擴大到其他合法代理人。³⁴²直到商業會計法在民國 84 年的修正之前，長期以來，財政部與稅捐機關，仰賴記帳業者作為與業者溝通的對話窗口，是一個不爭的事實，稅捐機關透過內部登記代理記帳者的資料，而得以實際管理記帳業，例如：實務上，在公司行號第一次領取發票以及每次申報稅捐、公司開立扣繳憑單³⁴³時，稅捐機關透過內部的工作記錄，要求提供公司行號所委託的記帳業者的聯絡資料，而得以追蹤所有的記帳業者以及其稅務代理業務的狀況。因此，若謂民國 84 年以前記帳業沒有受到管理，恐怕是一種不符事實的說法，充其量民國 84 年以前財政部主管機關，對記帳業的管理，只是涉及法律保留的問題而已。

民國 44 年 12 月 13 日，所得稅法第 100 條第 1 項修正，雖在條文中表示，「納稅義務人對於本章規定各節，有關應行估計、改正估計、報告、申報或申請復查等事項，得委託會計師代為辦理。」但並沒有將申報稅務之服務納入會計師的特許職業，因此民國 44 年以前，稅務代理的服務無庸置疑地，是人民可以自由從事的行業。³⁴⁴

記帳業者真正產生「合法性」爭議，是商業會計法於民國 87 年 10 月 13 日修正後，依照修正的商業會計法第 5 條第 5 項：「商業會計事務，得委由會計師或依法取得代他人處理會計事務資格之人辦理之；其登記及管理辦法，由中央主管機關定之。」³⁴⁵，自此，由於記帳業涉及商業會計事務，依該條項的規定，只有會計師以及依法取得資格者得從事。不過，雖然在此時，尚未形成一套稅務代理業許可管理制度，但是行政機關仍實際透過各種內部工作記錄，對記帳業者為實質的管理。

³⁴² 前揭註 341，頁 1。並參考民國 52 年 1 月 15 日修正所得稅法第 102 條第 1 項：「納稅義務人對於本章規定各節，有關應行估計報告、申報或申請復查、訴願及行政訴訟等事項，得委託會計師或其他合法代理人代為辦理；其代理辦法，由財政部定之。」

³⁴³ 依據所得稅法第 89 條第 1 項第 2 款，關於「執行業務所得」，扣繳義務人為事業的負責人。因此，記帳業者既為公司行號從事記帳服務，公司行號之負責人須針對記帳服務的給付依法開立扣繳憑單。

³⁴⁴ 前揭註 341，頁 8 當中，認為民國 44 年所得稅法第 100 條的修正是將會計師列作稅務代理唯一合法代理人之見解，恐怕對於法條解釋與理解有所錯誤。

³⁴⁵ 商業會計法第 5 條第 5 項的修正係因應釋字第 453 號解釋將商業會計法第 5 條第 4 項：「商業會計事務，得委由會計師或經中央主管機關認可之商業會計記帳人辦理之；其認可及管理辦法，由中央主管機關定之。」宣告違憲而來的。

第二款 研擬立法規範稅務代理人時期（釋字第 453 之前）

民國 87 年由立法委員提出，「報稅代理人法草案」，此時出現提案的成因，包括：一、考察外國制度：日本在 1942 年，創制報稅事務的專業代理人，並在 1951 年制定，以考試作為許可標準的「稅理士法」，韓國於 1961 年，亦制定稅務代理人法，美國在 1966 年公布，「美國內地稅局管理納稅代理人規則」，採取申請登記的管制模式，對於納稅代理人的學識、品格、經驗等，均列為審查重點。³⁴⁶鑒於各國紛紛將稅務代理人法制化，我國在民國 87 年也提出，是否該將這個職業領域法制化的討論；二、協助納稅義務人完成納稅義務：基於稅務法令繁多，為避免納稅義務人，因不諳法令而受罰，有必要推動專業代理人的制度，協助納稅義務人；三、減輕稅捐稽徵機關工作負荷、增進效率；四、設立報稅代理人，可為不同需求的納稅人服務，並配合所得稅法第 102 條的修正；五、將現有的記帳報稅代理業納入管理：記帳業輔導中小企業處理帳證稅務，足可證明社會對此職業的需求，稅務會計記帳代理業職業工會，針對會員訂有嚴謹約束規定，並配合政策政令宣導推動租稅相關事務，所以應該建立制度，將已存在的記帳業合法化、制度化。³⁴⁷

第三款 記帳士法立法階段

釋字第 453 號解釋再度強化，憲法第 86 條第 2 款的效力，讓證照考試的趨勢更加穩固，所以記帳士法因應大法官解釋，而朝向將記帳業納入證照考試制度的立法。以下將從立法背景、立法目的等部分說明之。

一、立法背景

記帳士法立法背景源於，因應釋字第 453 號解釋，將商業會計人員認定為專門職業，而認為應該依憲法第 86 條第 2 款，以考試銓定執業資格，並因應釋字

³⁴⁶ 立法院秘書處編（1998），〈報稅代理人法草案總說明〉，《立法院第 3 屆第 5 會期第 22 次會議議案關係文書》，頁 0569。

³⁴⁷ 前揭註 348，頁 0569-0571。

第 453 號解釋，商業會計法跟著修正³⁴⁸，在民國 88 年開始研擬記帳士法。

二、立法目的

記帳士法的目的可以從當時的提案說明觀察，例如：立法院第四屆第 2 會期的院總第 1768 號、委員提案第 2705 號表示，在於輔導管理記帳業者³⁴⁹，而在民國 89 年院總第 1768 號、委員提案第 2847 號則強調，中小企業受限成本考量，未雇用專任會計人員，報稅記帳事宜，多半委託代客記帳業者，該業者以低廉收費、勤快服務，對中小企業成長與經濟發展貢獻良多，但財政部對於該業者缺乏管理法規，以致於該業收入少有申報影響稅收，所以應該將該業法制化。³⁵⁰從當時的提案說明可發現，記帳士法的制定，除了方便管理記帳業者之外，還有一個目的，是為了國家的稅捐收入。

三、資格取得

在不同法案版本中，有些版本將稅務士區分為，甲種稅務士與乙種稅務士，對其執業資格的要求，前者要求須通過專門職業高等考試之位階，後者只須通過專門職業普通考試即可，而關於執業範圍，乙種稅務士除不得執行所得稅簽證外，其餘均不受限制，³⁵¹而有的版本則認為，從事稅務服務者應該通過專門職業高等考試。³⁵²不論如何，因應釋字第 453 號解釋的結果，須考試取得執業資格的大方向已然確立。最後通過的記帳士法第 2 條規定：「中華民國國民經記帳士考試及格，並依本法領有記帳士證書者，得充任記帳士。」

四、立法前已執業者的信賴保護條款

對於記帳士法立法前的執業者而言，記帳士法直接衝擊他們的工作權，關於立法前執業者的信賴保護條款，也是立法過程中爭議頗大的一部分。在草案當中一開始採取，有限制地允許這些從業者繼續執業一段時間，但一定期限之後，仍

³⁴⁸ 商業會計法於民國 87 年 10 月 13 日修正商業會計法第 5 條第 5 項：「商業會計事務，得委由會計師或依法取得代他人處理會計事務資格之人辦理之；其登記及管理辦法，由中央主管機關定之。」

³⁴⁹ 立法院秘書處編（1999），《立法院第 4 屆第 2 會期第 8 次會議議案關係文書》，頁 0659。

³⁵⁰ 立法院秘書處編（2000），《立法院第 4 屆第 2 會期第 16 次會議議案關係文書》，頁 0385。

³⁵¹ 立法院秘書處編（2000），〈稅務士法草案總說明〉，《立法院第 4 屆第 3 會期第 31 次會議議案關係文書》，頁 0177-0178。

³⁵² 前揭註 352，頁 0385。

須應考試取得執業資格。³⁵³而最後通過的記帳士法第 35 條則允許，本法施行前已從事記帳及報稅代理業務滿三年，且均有報繳該項執行業務所得者，只須每年固定接受 24 小時以上的專業訓練，即可繼續執業。³⁵⁴

五、利益團體的衝突

在記帳士法立法過程中，也能看到會計師與記帳業，兩個利益團體的衝突，例如：在提案說明裡強調會計師的功能，並直觀地將記帳業描述為『素質良莠不齊』³⁵⁵，在委員會審查記帳士法時，也討論到會計師與記帳業者之間業務的衝突，使得一開始，會計師團體強烈反對將記帳士法的制定。³⁵⁶最初會計師團體反對將記帳業者法制化，以避免記帳業者光明正大地分食稅捐服務的市場，一直到會計師團體與記帳業者，在立法過程中彼此協商，終於使記帳士法通過的過程當中，我們可以發現，表面上記帳士法的立法目標，是為了健全稅捐行政，但其中也隱藏了不同的利益團體彼此利益折衝。

第二項 證照化之後的問題—釋字第 655 號解釋的產生

記帳士法制定後，記帳業者的管制一分為二，一為依照記帳士法第 2 條考試及格的人，稱之為記帳士；二為依據記帳士法第 35 條³⁵⁷繼續執業之記帳及報稅業務代理人。兩種管制程度有所不同，依照記帳士法取得執照的記帳士，須向主

³⁵³ 參考民國 87 年立法草案的院總第 1768 號、委員提案第 2232 號草案第 33 條第 1 項「已從事報稅代理業務連續滿三年且均有報繳執行業務所得，並加入稅務會計記帳代理業職業工會者，得充任報稅代理人」，第 33 條第 2 項「本法施行前已從事報稅代理業務連續滿三年且均有報繳執行業務所得，得自本法施行之日起，繼續執業七年。」，第 33 條第 3 項「第二項人員經中央主管機關核發證明，且具有高中、高職以上學校畢業資格者，得應報稅代理人特種考試。」，第 33 條第 4 項「前項特種考試於本法公布施行後七年內辦理五次。」；民國 91 年立法草案的院總第 1768 號、政府提案 8464 號在草案第 35 條亦採取一樣的立法。

³⁵⁴ 參考記帳士法第 35 條第 1 項及第 2 項。

³⁵⁵ 前揭註 351，頁 0659-0660。

³⁵⁶ 立法院秘書處編(2003)〈立法院第 5 屆第 4 會期財政委員會第五次全體委員會議記錄〉，《立法院公報》，第 92 卷第 48 期，頁 199。

³⁵⁷ 記帳士法第 35 條第 1 項：「本法施行前已從事記帳及報稅代理業務滿三年，且均有報繳該項執行業務所得，自本法施行之日起，得登錄繼續執業。但每年至少應完成二十四小時以上之相關專業訓練。」記帳士法第 35 條第 2 項：「前項辦理專業訓練之單位、訓練課程、訓練考評、受理登錄之機關、登錄事項、登錄應檢附之文件及其他相關事項，其管理辦法由主管機關定之。」

管機關登錄、並加入公會，關於記帳士行為的管制，則交由記帳士懲戒委員會³⁵⁸，記帳士並無在職進修之義務。而依據記帳士法第 35 條，繼續執業之記帳及報稅業務代理人，依照「記帳士法第 35 條規定之管理辦法」第 22 條，每年須完成一定時數之專業訓練，未完成專業訓練者，則依照記帳士法第 35 條規定之管理辦法第 27 條第 1 項³⁵⁹，於次年度不得繼續執業。此外，依記帳士法第 35 條規定之管理辦法第 31 條，記帳及報稅代理業務人得籌設公會。但是加入公會並非一種法律上義務，與記帳士法不同。

一種專門職業，卻有兩類不同從業人員，管制的模式也不同，因此立法院在民國 96 年，開始研擬將記帳士法制定前，已從事記帳業的記帳及報稅業務代理人，納入記帳士法的適用與管制，在民國 98 年修正通過記帳士法第 2 條第 2 項：「依本法第 35 條規定，領有記帳及報稅代理業務人登錄執業證明書者，得換領記帳士證書，並充任記帳士。」希望比照地政士證照化的前例³⁶⁰，讓記帳及報稅業務代理人也能換領記帳士證書，將其納入記帳士法的專業自律與懲戒的管制。³⁶¹記帳士法第 2 條第 2 項通過後，財政部依據系爭法律，換發數千張的記帳士證書，給予記帳及報稅代理業務人，但考試院認為系爭條文侵犯考試院職權，因此提起釋憲，司法院隨後作成釋字第 655 號解釋，將記帳士法第 2 條第 2 項宣告違憲，財政部隨後依照釋字第 655 號解釋之意旨將換發之記帳士證書予以廢止，因此引發已換領證書之業者不滿，中華民國記帳及報稅代理業務人公會全國聯合會，發動會員進行救濟，在一天內送出 3000 多份訴願書。³⁶²

第三項 記帳業證照化在憲法上的問題

記帳業證照化的問題，從憲法的層次來觀察，可分為下列二者，分別為比例原則、以及依記帳士法第 35 條，「免試」執業是否符合憲法第 86 條第 2 款之意

³⁵⁸ 參考記帳士法第 26 條以下。

³⁵⁹ 參考記帳士法第 35 條規定之管理辦法第 27 條第 1 項：「記帳及報稅代理業務人未依本法規定完成專業訓練課程、時數或經考評不合格者，次年度不得繼續執業；其擅自執行業務者，依本法第三十四條規定辦理。」

³⁶⁰ 立法院秘書處編（2007），《立法院第 6 屆第 5 會期第 6 次會議議案關係文書》，頁 0088。

³⁶¹ 記帳士法第 2 條第 2 項立法說明，參考前揭註 362，頁 0090。

³⁶² 自由時報（4/23/2009），證書被廢 記帳業者提三千多訴願書抗議，參考網址：<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/apr/23/today-e3.htm>，最後瀏覽日：2012/5/27。

旨：

第一款 記帳業納入「許可制」與比例原則問題

以考試及格為基礎的許可制模式，作為記帳業的管制方式，此種管制方式與其他管制模式相較，是否符合比例原則？

比例原則要求，包含限制基本權的目的，必須具憲法正當性，且限制手段必須適合於目的之達成，其次必須屬於限制最小的手段，最後達成目的所獲得利益，必須大於對私人基本權所造成損害。³⁶³ 記帳業成為管制的職業，其目的為何？該目的是否具有憲法正當性？倘若該目的不具有正當性，記帳業從合憲性的角度來看，也許完全不加以限制，才是符合憲法保障人民工作權的意旨。縱使，該目的具有憲法上正當性，其他諸如：以訓代考、認證制、登記制等管制模式若足以達成該目的，且比許可制限制人民自由的程度更輕，而立法者卻不以較輕之手段取代之，那麼許可制即可能違反憲法第 23 條之比例原則。

第二款 記帳及報稅代理業務人依照記帳士法第 35 條執業是否違反憲法第 86 條第 2 款之意旨

立法者為因應社會變遷、新興之公益目的，可能將本為自由放任的職業領域納入管制，如同之前將地政士法制化，記帳士法制定後，已執業的業者其工作權保護，應該如何處理則成為問題。而此處本文關心的是，允許立法前已執業者「免試」繼續執業的規範，是否符合憲法第 86 條第 2 款之意旨？

第三節 比例原則的審查

我國的專業證照制度，多數為考試及格為基礎的許可制，記帳士法也不例外。

³⁶³ 許宗力（2007.1），〈比例原則之操作試論〉，《法與國家權力（二）》，頁 122-123，台北：元照。

在第三章，本文已先確立憲法第 86 條第 2 款，對於專門職業的安排並非侷限於，形塑一個以「考試及格為基礎的許可制」之執照制度，在此基礎上，接下來要處理的問題，則會聚焦在，以考試及格為基礎的許可制，應用於管制記帳業的情形，是否符合比例原則，如果還有手段更輕微的管制模式，又能夠達成管制記帳業的目的，那麼目前記帳士法的許可制，可能是一種過度侵害人民工作權的手段。

記帳士法第 2 條第 1 項：「中華民國國民經記帳士考試及格，並依本法領有記帳士證書者，得充任記帳士。」同法第 34 條第 1 項：「未依法取得記帳士資格，擅自執行第 13 條第 1 項第 1 款至第 3 款及第 5 款規定之記帳士業務者，除依第 35 條第 1 項或其他法令規定得執行報稅業務者外，由主管機關處新臺幣 3 萬元以上 15 萬元以下罰鍰。」第 2 項：「前項所定之罰鍰，經限期繳納，屆期仍不繳納者，依法移送強制執行。」第 3 項：「受第 1 項處分三次以上，仍繼續從事記帳士業務者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 15 萬元以下罰金。」記帳士法限制人民從事記帳業，涉及工作權的限制，在此有兩個層面的限制：一是對於未通過記帳士考試及格者，限制其從事記帳業，主要涉及採取「以考試為基礎」的許可制的合憲性；第二個層次是，假使肯認「以考試為基礎」之許可制合憲，用來嚇阻無照者的法律規範，亦即，記帳士法第 34 條是否過於嚴格。

第一項 記帳士法第 2 條第 1 項合憲性審查

記帳士法第 2 條第 1 項，將記帳業納入專業證照化之範疇，並規定欲擔任記帳士者，須先經過考試及格，該規範涉及人民工作權的限制，而該限制是否符合憲法上比例原則，首先須先探討，針對該規範應以何種審查密度審查。

第一款 違憲審查密度的決定

記帳士法第 2 條第 1 項涉及工作權的限制，過去釋憲實務，對於工作權的違憲審查採取三階說，將職業自由的限制區分為，職業執行自由的限制、職業選擇

之主觀許可要件與職業選擇之客觀許可要件，並分別適用寬嚴不同之審查標準³⁶⁴，以過去大法官的態度，記帳士法第 2 條第 1 項，涉及「從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格」，將被歸類為職業選擇之主觀許可要件，而適用中度審查標準。然而，本文認為，誠如學者對於三階說的檢討³⁶⁵，系爭條文的違憲審查標準，不該簡化為僅僅是三階說的選擇。學者對於違憲審查標準提供了所謂的判斷參數，包括：一。立法涉及的事務領域：基於功能最適觀點，司法應從寬審查的領域有（一）涉外與國防領域事務（二）經濟政策領域之立法：此類事務屬於，快速因應多變的國內外複雜經濟環境，而法院對此類事務並不在行，宜留給政治部門較大空間。³⁶⁶（三）財政與社會給付領域之立法：涉及國家有限資源之分配與國民財富重分配，基於功能最適觀點，宜留給立法者足夠形成空間。³⁶⁷二、立法涉及之基本權種類：涉及基本權行使基礎、影響民主體制健全發展的基本權，或者涉及人類生存基本需求的基本權，都應該從嚴審查。³⁶⁸此外，對基本權限制程度越強的法規範，也應該從嚴審查。³⁶⁹三、法律所欲防禦之公益的性質：限制人民自由之立法目的，當然必須是合憲的立法目的，而防禦第三人基本權、國家安全或社會秩序等公共利益免於遭受侵害，雖可能為合憲的立法目的，但公益遭受危害之迫切性，會影響審查標準之選擇，學者有認為所欲防禦之危險越嚴重，立法越有權採取預防措施，即使危險發生的蓋然性低。³⁷⁰

工作權不僅是表面上保障一個人選擇職業之自由而已，工作權對於個人而言，還具有「自我實現」之人格發展的意義，換言之，工作權具有人格發展自由的特質。³⁷¹此外，記帳士法第 2 條第 1 項，以考試及格為基礎的許可制，對於欲從事記帳業者的人民，形成最前置的管制，屬於職業入口管制，對工作權的限制程度不可謂不強。因此，對於記帳士法第 2 條第 1 項的違憲審查標準，應以較嚴格的審查標準審查，不能單純因為記帳士法第 2 條第 1 項之限制屬於，職業選擇的主

³⁶⁴ 參考釋字第 649 號解釋理由書。

³⁶⁵ 參考前揭註 302，錢建榮，頁 80。

³⁶⁶ 許宗力（2005），〈違憲審查程序之事實調查〉，國際刑法學會臺灣分會主編，《民主·人權·正義：蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 358-359，台北：元照。

³⁶⁷ 前揭註 368，頁 358-359。

³⁶⁸ 前揭註 368，頁 359。

³⁶⁹ 前揭註 368，頁 359。

³⁷⁰ 前揭註 368，頁 360。

³⁷¹ 前揭註 280，頁 258。

觀許可要件，而適用比職業選擇客觀許可要件更寬鬆的審查標準。³⁷²

第二款 目的正當性

記帳士法第 1 條宣示立法目的：「協助納稅義務人記帳及履行納稅義務」，而記帳士法提案之相關說明，更可以看出記帳士法制定的具體目標包括：輔導管理記帳業者³⁷³，增加記帳業人員的稅收³⁷⁴。所謂「輔導管理」，對主管機關而言，其根本目的在於，確實稽徵記帳業者執行業務所得之收入³⁷⁵；而在相關草案的總說明中，則可發現管制之目的也有藉執業資格之限制，排除被認為不適格的業者，以確保執業者之專業能力，並企圖建立稅務代理人制度，以稅法專家的地位，保障納稅人權益³⁷⁶。綜合上述，記帳業證照化具有兩層目的，一為確實稽徵記帳業者之收入，增加稅收；二為建立專業稅務代理人制度，確保執業者具有足夠之專業能力。

關於目的性審查，憲法第 23 條雖揭櫫四種合憲之目的：「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者」，不過學者也認為，憲法第 23 條揭櫫的四大目的，極度空泛、概括，所以檯面上的立法目的，幾乎很少因為立法目的，而無法通過合憲性審查。³⁷⁷比例原則當中之目的合憲性審查包括消極面與積極面，消極面是禁止立法者追求明顯違憲的目的，積極面是要求

³⁷² 參考林子儀大法官不同意見書：「惟本席以為，在審查政府對職業選擇自由的限制之合憲性時，所以不能採取寬鬆的審查標準，而必須採取較嚴格的審查標準的理由，主要原因在於職業選擇自由對個人發展自我與實現自我，具有重要的意義。在現代民主社會中，職業不僅提供個人現實生活所需的經濟基礎條件，也是個人得藉以發展能力與實現理想生活型態的屏障與途徑，乃至於個人建構其存在意義與自我認識的要素之一。故而經由保障人民職業的選擇自由，人民方得以自由地發展自我、實現自我與完成自我。由於職業的選擇自由與個人人格的自由發展密不可分，政府如欲對其加以限制，自應以較嚴格的審查標準審查其合憲性，以免政府過度且不當的限制。」

³⁷³ 前揭註 351，頁 0659。

³⁷⁴ 在民國 89 年院總第 1768 號委員提案第 2847 號則強調中小企業受限成本考量未雇用專任會計人員，報稅記帳事宜多半委託代客記帳業者，該業者以低廉收費、勤快服務，對中小企業成長與經濟發展貢獻良多，但財政部對於該業者缺乏管理法規以致於該業收入少有申報影響稅收，所以應該將該業法制化。參考前揭註 351，頁 0659。

³⁷⁵ 前揭註 352，頁 0385，在審查會議中提到：「報稅記帳事宜多半委託代客記帳業者，該業者以低廉收費、勤快服務，對中小企業成長與經濟發展貢獻良多，但財政部對於該業者缺乏管理法規以致於該業收入少有申報影響稅收……。」

³⁷⁶ 參考立法院秘書處編（2000），《立法院第 4 屆第 3 會期第 18 次會議議案關係文書》，頁 0182-0183。

³⁷⁷ 前揭註 365，頁 123-124。

立法目的需符合憲法預設並允許的基本權限制目的，³⁷⁸就「稽徵業者收入、增加稅收」而言，雖然不是明顯違憲之目的，不過僅為了追求更多稅收是否為一個憲法允許的基本權限制目的，不無疑義，稅收的增加跟公共福祉相距甚遠，稅收本身也不是一個公共福祉的追求。另一方面，「建立專業稅務代理人制度」作為立法目的，旨在藉由提升執業者的專業能力，以維護納稅人權益、提升租稅環境³⁷⁹，最終目的是為了確保記帳業的專業服務品質，不論是消極面與積極面都符合目的合憲性審查。因此，以下對於記帳士法第 2 條第 1 項之目的與手段審查，將以「提升專業能力」、「維護納稅人權益及提升租稅環境」與「確保專業服務品質」作為衡量基準。

第三款 手段適合性之審查

適合原則，主要係審查限制基本權的手段，必須適合於目的之達成。而認定手段是否適合目的之達成，涉及事實的認定或預測，必須搭配立法事實的調查。³⁸⁰記帳士法第 2 條第 1 項將記帳業納入「以考試為基礎的許可制」範圍，該手段是否能達成「提升專業能力」、「維護納稅人權益及提升租稅環境」，並確保專業服務品質之目的，尚有疑問。一方面，執照制度未必能確保專業服務，執照制度塑造一個封閉的市場，而在封閉市場中，又要確保服務品質，其實是仰賴「從事該服務的能力，只能由執照要求的考核程序被確認」與「未經考核的服務是危險的」兩種假設。³⁸¹然而，具有執照的服務者，不僅未必真如前述的假設，具有優質的能力，更重要的是，無執照者提供好的服務的可能性是存在的，在封閉市場中，欠缺替代的服務提供者，可能反而使得消費者權益受損。另一方面，系爭條文的考核方式，係以考試為標準，而考試不能確保執業者的能力與服務品質，特別是記帳業的服務品質與實作能力息息相關，而相關實作能力又必須透過經驗累積，實非目前的考試制度³⁸²可以測試得出來³⁸³，以考試作為確保專業能力的方式，

³⁷⁸ 前揭註 365，頁 123-124。

³⁷⁹ 前揭註 378，頁 0180。

³⁸⁰ 前揭註 365，頁 126。

³⁸¹ 前揭註 89，頁 118。

³⁸² 目前我國專門職業人員的相關考試方式均以筆試為主，典試委員也都為學者而無實際執業經驗。

將使得通過國家考試的人不會執業，會執業的人通不過考試之奇怪現象。³⁸⁴另一方面，提升執業者專業能力的最終目標，是為了維護納稅人權益，如果基於此目的，根本無需以考試此種事前監督手段。蓋記帳士尚未證照化時，財政部與相關稅務機關早有一套監督記帳業者與公司行號的機制³⁸⁵，遠比考試此監督手段更有效率。從而，本文認為系爭條文要求人民通過考試，始得從事記帳業之限制，並不符合手段適合性原則。

第四款 手段必要性之審查

必要原則係要求，立法者應在所有同樣適合達成目的之手段中，選擇限制最小者為之。³⁸⁶這部分的審查包括，其他手段相同有效性判斷與較少限制性判斷。首先，其他手段的相同有效性判斷，且必須先確定可供比較的其他手段。就這部分，司法者應該採取職權主義，主動調查有哪些手段，而這些手段也必須對目的達成有效，並且與系爭手段的有效性至少具有實質相同價值。³⁸⁷至於是否應該考量手段的成本耗費，通說認為需要，但學說上有不同見解。³⁸⁸其次關於較少限制性的判斷必須考量：

1. 所涉及基本權的相關狀態：學者認為，這部分必須判斷的因素包括，基本權保護領域的核心或外圍，若限制手段所觸及，接近基本權保護領域的核心，即表示限制越大，反之若越趨外圍，即意味限制越小。³⁸⁹例如：在職業自由領域，德國聯邦憲法法院發展出，職業選擇客觀許可條件、職業選擇主觀許可條件與單純執業規定三個階層，客觀許可條件階層限制最強，若具有相同有效性的其他手

³⁸³ 外國的稅務代理人法制多半有考試及格以外的資格取得方式，例如：美國允許在稅務局從事稅務工作達五年以上者、日本允許有兩年以上租稅或會計工作經驗者可以取得稅務代理人執業資格。參考余明芳，前揭註 341，頁 14-15，表 2-4。並參考吳坤芳，前揭註 89，頁 120。

³⁸⁴ 而且儘管記帳士法公布後已有通過考試的記帳是可供消費者選擇，但仍維持委任原本未通過考試之記帳業者的委託人仍占多數，而未因為記帳士法施行而改變。可見，消費者對於記帳業者「帳務處理」之專業能力的判定並不是由執業者能否通過國家考試而定。相關實證資料參考余明芳，前揭註 341，頁 48。

³⁸⁵ 特別是今日稅務稽徵均已電腦化的今日，稅捐機關透過每季報稅時勾稽時，即可監督記帳業者是否有違反稅法、幫助逃漏稅等問題。因此，「考試」實為一種多餘的監督手段。

³⁸⁶ 前揭註 365，頁 127-128。並參考前揭註 302，盛子龍，頁 59。

³⁸⁷ 前揭註 365，頁 127-128。

³⁸⁸ 前揭註 365，頁 128。

³⁸⁹ 前揭註 365，頁 129。並參考前揭註 302，盛子龍，頁 84-85。

段屬於單純職業規定，系爭手段就違反了必要原則。³⁹⁰此外，有時也必須考量涉及之權利的狀態，究屬於已實現的既得權或尚未實現的期待權，基於信賴保護的立場，對既得權的侵犯會被認定為較嚴重的侵犯。³⁹¹而從人性尊嚴與民主原則在基本權與憲法價值秩序中所居地位觀察，權利涉及人性尊嚴與民主原則之實踐者，即越重要，對此種權利的侵犯也會被認為越嚴重。³⁹²

2.手段對基本權侵犯的強度考量：此一層次需考量的因素例如：侵犯持續時間之長短，時間越長，侵犯越嚴重。除了侵犯持續的時間外，侵害時間點的選擇，也是考量因素之一，例如：對基本權之限制選在對公益發生明白立刻危險之時點實施，與選在發生危險之虞的時點，前一時間點的選擇就明顯為較小侵害之手段。

393

3.相對人的數量也是「較少限制性」的判斷因素之一，受影響的相對人數量越多，表示基本權受影響的程度越嚴重。³⁹⁴

就系爭條文而言，「縱使」考試作為限制手段，能通過手段適合性要求，在手段必要性原則之要求下，亦非侵害最小之手段。首先，與登記制、以訓代考這種單純職業執行要求之方式相較，以考試之事前監督手段達成系爭條文目的，似乎過於侵害工作權的核心。再者，系爭條文造成的限制，其時間點過於前置，阻擋未通過考試者進入該職業，而且僅僅只是為了防止無照者危害公益、不符專業服務品質之風險，就限制人民的工作權，該手段顯得過於強烈。而且，即使記帳業採取考試及格的執業管制之後，財政部跟稅務機關仍然無法免除相關的事後監督機制，以確保納稅人義務跟國家財稅行政的健全，可見，考試及格的執業管制，根本是多餘的限制。綜上所述，本文認為記帳士法第 2 條第 1 項不符合手段必要性原則。

第二項 記帳士法第 34 條之合憲性審查

³⁹⁰ 前揭註 365，頁 129-130。並參考前揭註 302，盛子龍，頁 85-87。

³⁹¹ 前揭註 365，頁 131。

³⁹² 前揭註 365，頁 131。

³⁹³ 前揭註 365，頁 131-132。

³⁹⁴ 前揭註 365，頁 132。

記帳士法第 34 條第 1 項：「未依法取得記帳士資格，擅自執行第 13 條第 1 項第 1 款至第 3 款及第 5 款規定之記帳士業務者，除依第 35 條第 1 項或其他法令規定得執行報稅業務者外，由主管機關處新臺幣 3 萬元以上 15 萬元以下罰鍰。」
第 2 項：「前項所定之罰鍰，經限期繳納，屆期仍不繳納者，依法移送強制執行。」
第 3 項：「受第 1 項處分三次以上，仍繼續從事記帳士業務者，處 1 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 15 萬元以下罰金。」

記帳士證照制度建立之下，該法並透過刑罰的手段，嚇阻無照者進入該職業，其根本目的係為了確保，進入該職業領域的執業者，均具有相當之專業能力，該立法背後具有一種假設：無照者執業對納稅人與租稅環境可能產生風險。換言之，以刑法禁止無照者，係為了避免公益危害的「可能性」與「風險」。首先，就審查標準而言，工作權涉及自我實現的人格發展，並且用刑罰作為工作權限制的手段，其限制的程度非常強烈，所以應採取較嚴格的審查標準。以較嚴格的審查標準審視，記帳士法第 34 條關於刑罰的部分，本文認為無法通過比例原則，其理由如下：

1. 刑事處罰乃國家權力最強烈之作用，若一種行為不會對個人法益或社會造成侵害或危險，即不應以刑法相繩。³⁹⁵不僅無照者執業對於人民的不利，僅為一種可能之風險³⁹⁶，立法者以刑法管制，對人民權利之侵害程度極強烈，卻未提出更多實際數據資料佐證，無法通過較嚴格的審查標準。

2. 無照者執業是否造成，對公益造成危害的風險無法證明：即便是有照者執業，也可能造成對於公益的危害，有照者也可能以違反法律、危害租稅行政的方式執業，執照制之下的有照者，不過是彰顯其具有最低限度的能力，不代表其執業，就必然不會造成危害消費者之風險。³⁹⁷此外，國家雖得為了降低風險而介入³⁹⁸，然而，實證上根本無任何研究顯示，無照者執業具有極大的風險，系爭法律的介入實際上是不當地介入。

³⁹⁵ 參考李惠宗（2001.1），〈論比例原則作為刑事立法的界限--大法官釋字第五一七號解釋評釋〉，《台灣本土法學雜誌》第 18 期，頁 30。

³⁹⁶ 現行法制度下也存在著未經考試的「記帳及報稅業務代理人」執業的情形，可見，未經過考試及格的「無照者」執業所可能產生的不利與危害也只是構成「風險」之程度而已。

³⁹⁷ 前揭註 131，頁 14。

³⁹⁸ 參考李仲軒（2007），〈風險社會與法治國家-以科技風險之預防為立法核心〉，台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 168。

第四節 記帳士法第 35 條執業是否違反 憲法第 86 條第 2 款

記帳業經過釋字第 453 號解釋，確立記帳業須以專業證照制度管制，記帳士法第 35 條³⁹⁹雖係為了保障記帳士法通過以前執業者所為之信賴保護，既然立法者將記帳業納入專門職業的範圍，允許立法前已執業的業者，「免試」繼續執業從事專門職業，這也涉及憲法第 86 條第 2 款的適用與解釋。這部分如本文考試院專業證照管制權與比例原則的關係：立法形成自由之空間的分析，專門職業的資格認定未必限於考試一途，其他銓選手段亦能達到資格認定的效果，仍符合憲法第 86 條第 2 款之意旨，所以系爭條文以「定期訓練」方式，衡量「記帳及報稅代理業務人」之資格，仍屬合憲。



³⁹⁹ 記帳士法第 35 條第一項：「本法施行前已從事記帳及報稅代理業務滿三年，且均有報繳該項執行業務所得，自本法施行之日起，得登錄繼續執業。但每年至少應完成二十四小時以上之相關專業訓練。」

第五章 結論

專業與證照化在台灣被緊密連結，本文的研究發現，這樣的做法只是一種迷思。專業主義並非全然對人民有利，對於降低現代風險的效果也有限，更甚者，專業主義還會造成一些不利益。本文認為專業不一定非得證照化不可。

憲法第 86 條第 2 款，儘管凸顯制憲者對於專門職業的重視，然而並不意味所有專門職業，均須納入證照化的範疇，也不表示專門職業證照化只限於證照考試一途。首先，專業是否該證照化以及專業應採何種管制的判斷，行政權基於其主動的特性，有積極形塑的義務，接著才由立法者作判斷，司法權不該代替行政立法決定專業管制的具體內容，釋字第 453 號解釋為專業法制度設下一個，過於狹隘的框架，不僅不合時宜，更不符合憲法第 86 條第 2 款之意旨。面對專業管制的憲法爭議時，應該聚焦於人民基本權保護的審查上。

本文認為，憲法第 86 條第 2 款應該予以重新詮釋，該條款從各方面，並不希望建立一個，將所有專門職業均納入證照考試的制度，也並非希望將專門職業的管制，均劃入考試院的職權範圍。本文認為憲法第 86 條第 2 款所謂「考選銓定」係指銓選的程序，不在限縮銓選之方法，現行規範與釋憲實務將考選銓定解釋為「以考試取得資格認定」，實為過於限縮憲法第 86 條第 2 款的文義範圍。而且該條款並非為了將所有專門職業，均納入「執照制」之模式，憲法第 86 條雖將公務人員任用資格，與專門職業人員資格認定規範在同一條，然而兩者未必要為相同之規範設計與解釋。公職人員的資格任用確有其必要以「考試」以及許可制，做為一種確保公平任用、避免政治酬庸之目標，而這些目標都與專職人員的執業能力沒有關連。因此，憲法第 86 條第一款與第二款的效力，應該分別以觀，因應兩者資格認定追求目的之差異為不同的規範效果。

因此，本文認為就專門職業資格認定而言，「考選銓定」之解釋可能性，比釋憲者想法具有更大的可能，不僅專門職業人員的執業資格，不限於考試一認定

方式，專門職業的執業資格和證照制度也非以許可制為限。

關於考試院專門職業考試及格管制權的內容，特別是專門職業是否非得由考試院執掌，本文認為即便我國憲法強調考試權獨立的特質，這種訴求在專門職業的領域，不如公職人員那樣強烈。憲法第 86 條第 2 款無意在專門職業人員的資格認定領域，賦予「考試權優先」的權力配置，因此，就算將專門職業人員的執業資格，交由行政權來認定，也不違反憲法第 86 條第 2 款。此外，本文重新探討考試院職權與考試權獨立等概念後，認為考試權的特殊性並不足以排除比例原則的限制，憲法第 86 條第 2 款所賦予考試院的專業證照管制權，並非一開始即將專門職業應如何管制、如何形塑的權限，全部交由考試院以考試的方式獨占，專門職業的管制雖與考試院職權相關，仍須受到比例原則的檢驗。

最後，本文藉由記帳業證照化為例，認為記帳士法證照化的規範有違憲疑慮，並應檢討。關於記帳士法第 2 條第 1 項的規定限制人民工作權，且為極前置的職業入口管制，不論在手段適合性或手段必要性，都不符合比例原則。蓋考試不能確保執業者的能力與服務品質，而且考試的手段實屬多餘，記帳士尚未證照化時，財政部與相關稅務機關，早有一套事後監督記帳業者與公司行號的機制，遠比考試更有效率。更何況「縱使」考試作為限制手段，能通過手段適合性要求，在手段必要性原則之要求下，亦非侵害最小之手段，與登記制、以訓代考這種單純職業執行要求之方式相較，以考試之事前監督手段達成系爭條文目的，似乎過於侵害工作權的核心。而且系爭條文造成的限制時間點過於前置，阻擋未通過考試者進入該職業，在僅只是危害公益、不符專業服務品質風險之際，就限制人民的工作權，對於人民工作權的限制過於強烈。

至於記帳士法第 34 條，針對無照者執業，最嚴重手段以刑罰方式制止，法規範的背後具有一種假設：無照者執業對納稅人與租稅環境可能產生風險，本文以較嚴格的審查標準，審視記帳士法第 34 條關於刑罰的部分，認為無法通過比例原則，其理由如下：

1. 刑事處罰乃國家權力最強烈之作用，不應動輒以刑罰作為管制風險的手段。無照者執業僅為一種風險，而且實際上並沒有確切的數據顯示，無照者執業的風險高低，反之，有照者也可能以違反法律、危害租稅行政的方式執業，國家以刑罰作為風險管控的手段，限制無照者顯得不具有正當性。

參考文獻

中文文獻

專書

- 林紀東（1993.1），《中華民國憲法逐條釋義第一冊》，七版，台北：三民。
- 姜世民（2004.4），《律師民事責任論》，初版，台北：元照。
- 許育典（2008），《憲法》，二版，台北：元照。
- 許宗力（2007.1），〈比例原則之操作試論〉，《法與國家權力（二）》，台北：元照。
- 許宗力（2005），〈違憲審查程序之事實調查〉，國際刑法學會臺灣分會主編，《民主、人權、正義：蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 358-364，台北：元照。
- 陳慈陽（2005.10），《行政法總論 基本原理、行政程序及行政行為》，台北：翰蘆，二版。
- 薛頌留主編（2000），《新編中國辭典》，台北：大中國圖書。
- 李建良（2003.2），《憲法理論與實踐（一）》，二版，台北：學林。
- 李建良（2007），〈自由、人權與市民社會—國家與社會二元論的歷史淵源與現代意義—〉，頁 3-53，《憲法理論與實踐（二）》，台北：新學林，二版。
- 李惠宗（2004），《憲法要義》，二版，台北：元照。
- 李惠宗（1998.6），〈憲法工作權保障之系譜〉，收於劉孔中、李建良編，《憲法解釋之理論與實務》，頁 347-392，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。
- 陳建文（2008），〈我國專門職業及技術人員管理法制之檢討—法制作業知識管理的思考觀點—〉，收於行政院法規委員會編，《我國專門職業及技術人員管理

法制之檢討：行政院 97 年度法制研討會》，頁 167-304，台北：行政院秘書處。

劉維公（2001.6），〈第二現代理論：介紹貝克與季登斯的現代性分析〉，頁 1-15，《第二現代—風險社會的出路？》，顧忠華主編，台北：巨流。

張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏合著（2004.），《經濟學—理論與實務》，五版，台北：翰蘆。

龔延明（2006），《中國古代職官科舉研究》，北京：中華書局。

蘇俊雄（1998），〈從「整合理論」(Integrationslehre) 之觀點論個案憲法解釋之規範效力及其界限〉，收於劉孔中、李建良主編，《憲法解釋之理論與實務》，台北：中央研究院中山人文社會科學研究所，頁 1-31。

期刊

王麗斐、簡華姣（2009.12），〈「他山之石，可以攻錯？」－從國際視野談台灣諮商心理師的專業發展與證照甄選制度〉，《國家菁英》，第五卷第四期，頁 85-109。

李惠宗（2005.1），〈職業自由主觀要件限制之違憲審查〉，《憲政時代》第 33 卷第 3 期，頁 255-293。

李惠宗（1990.1），〈論營業許可基準之司法審查—兼論我國憲法上營業自由之限制〉，《經社法制論叢》，第 5 期，頁 227-264。

李惠宗（2001.1），〈論比例原則作為刑事立法的界限--大法官釋字第五一七號解釋評釋〉，《台灣本土法學雜誌》第 18 期，頁 23-38。

李建良主編（2011），〈實務見解公法類實務導讀〉，《台灣法學雜誌》第 182 期，頁 105-131。

吳嘉苓（2000.7），〈醫療專業、性別與國家：臺灣助產士興衰的社會學分析〉，《台灣社會學研究》第 4 期，頁 191-268。

張哲元（2006.04），〈自由業初探〉，《軍法專刊》第 52 卷第 2 期，頁 53-65。

張德聰（2006.9），〈諮商心理師證照引發諮商專業發展與的迷思與建議〉，《應用心理研究》第 31 期，頁 33-35。

許春鎮(2008.12),〈德國專門職業及技術人員管理法制〉,《台灣海洋法學報》第7卷第2期,頁23-79。

許志雄(2010.2),〈職業規制與保留的違憲審查(上)〉,《法學新論》第19期,頁1-33。

黃素菲(2009.9),〈心理師法現形記〉,《應用心理研究》第31期,頁19-23。

陶蕃瀛;王增勇(2006.9),〈幫助別人應該專業主義化嗎?〉,《應用心理研究》第31期,頁35-37。

陳愛娥(2003),〈憲法工作權涵義之演變—我國與德國法制之比較〉,收於台大政治學系主辦,《「全球化與基本人權:政治學與公法學之對話」學術研討會》,參考網址:http://140.112.150.151/news/921226_8.pdf,最後造訪日:2010.11.21。

黃昭元(2000),〈立法裁量與司法審查--以審查標準為中心〉,《憲政時代》第26卷第2期,頁156-185。

葛克昌(1994.12),〈國家與社會二元論及其憲法意義〉,《台大法學論叢》第24卷第1期,頁121-142。

董保城(2010.12),〈從大法官法律保留之解釋論憲法考試權〉,《國家菁英》第6卷第4期,頁127-145。

錢建榮(2006.1),〈終身不得考領駕駛執照合憲性之檢討—兼論釋字第五三一號解釋〉,《月旦法學雜誌》第128期,頁69-93。

劉淑慧(2006.9),〈超越理性依賴而轉向直觀:迎接心理師證照制度的另一種生存姿態〉,《應用心理研究》第31期,頁3-11。

劉孔中(1999),〈專門職業服務解除管制及其競爭規範之研究〉,《律師雜誌》第241期,頁66-93。

蔡宗珍(1999.12),〈公法上之比例原則初論—以德國法的發展為中心—〉,《政大法學評論》第62期,頁75-103。

蕭文生、謝文明(2008.03),〈應考試權之價值與保障〉,《國家菁英》第4卷第1期,頁43-56。

學位論文

博士論文

李以德（2007），《我國國家考試應考資格法定限制之研究》，中國文化大學政治學研究所博士論文。

碩士論文

余明芳（2005.7），《從委託人、會計師與記帳業者之認知探討記帳士法頒布之影響》，國立政治大學會計研究所碩士論文。

李仲軒（2007），《風險社會與法治國家-以科技風險之預防為立法核心》，台灣大學法律學研究所碩士論文。

吳坤芳（1998），《職業證照制度之研究—以證照管制之合憲性為中心—》，國立台灣大學碩士論文。

邱美玲（2009），《證照考試、專業能力與工作權的關係：以土地登記專業代理人為例》，東海大學社會學研究所碩士論文。

林振民（1999），《職業證照管制的政經分析--土地登記專業代理人之個案》，國立中興大學經濟學系碩士論文。

陳舒怡（1999），《論營業許可與人民權利保護》，國立中興大學法律系碩士論文。

張家興（1982.6），《由考試權獨立論我國人事機構之體制》，國立台灣大學三民主義研究所碩士論文。

盛子龍（1989），《比例原則作為規範違憲審查之準則—西德聯邦憲法法院判決及學說之研究—》，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

莊凱翔（2009），《研究生之死—社工教育中的師生關係》，國立台北大學社會工作系碩士論文。

賴麗芳（2002.6），《建築師證照制與借牌文化》，國立清華大學社會學研究所

碩士論文。

網站

自由時報 (4/23/2009)，證書被廢 記帳業者提三千多訴願書抗議，參考網址：<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/apr/23/today-e3.htm>，最後瀏覽日：2012/5/27。

網址：<http://www.stat.gov.tw/ct.asp?xItem=18814&ctNode=1310>，最後造訪日：9.25.2011

政府公報

立法院秘書處編 (1998)，〈報稅代理人法草案總說明〉，《立法院第 3 屆第 5 會期第 22 次會議議案關係文書》。

立法院秘書處編 (2011)，立法院公報委員會紀錄，第 99 卷第 17 期。

立法院秘書處編 (1999)，《立法院第 4 屆第 2 會期第 8 次會議議案關係文書》。

立法院秘書處編 (2000)，《立法院第 4 屆第 2 會期第 16 次會議議案關係文書》。

立法院秘書處編 (2000)，〈稅務士法草案總說明〉，《立法院第 4 屆第 3 會期第 31 次會議議案關係文書》。

立法院秘書處編 (2003)，〈立法院第 5 屆第 4 會期財政委員會第五次全體委員會議記錄〉，《立法院公報》，第 92 卷第 48 期。

立法院秘書處編 (2007)，《立法院第 6 屆第 5 會期第 6 次會議議案關係文書》。

立法院秘書處編 (2000)，《立法院第 4 屆第 3 會期第 18 次會議議案關係文書》。

報紙

自由時報 (5/25/2012), 業者：成本增兩成 盼延特考緩衝期, A7 版。

外文文獻

日文文獻

最大判昭 30.1.26 刑集 9 卷 1 號第 89 頁。

最大判昭 50.4.30 民集 29 卷 4 號 572 頁。

最大判昭 47.11.22 刑集 26 卷 9 號第 586 頁。

英文文獻

Abbott, Andrew (1988), *The system of professions : an essay on the division of expert labor*, Chicago : University of Chicago Press.

Cullen, John B. (1978), *The structure of professionalism : a quantitative examination*, New York : PBI.

Collins, Randall (1990), *Changing conceptions in sociology*, in Rolf Torstendahl and Michael Burrage, ed., *The Formation of professions : knowledge, state and strategy* London : Sage.

Friedman, Milton (2002), *《Capitalism and freedom》*, Chicago : University of Chicago Press.

Larson, Magali Sarfatti (1977), *The rise of professionalism : a sociological analysis*, Berkeley : University of California Press.

Moore, Nancy J. (1987), *Professionalism Reconsidered*, *Law & Social Inquiry*, 12, 773-789.