

從大法官法律保留之解釋 論憲法考試權

董保城*

摘要

本文從我國憲法增修條文第六條第一項之規定出發，肯認於我國憲法秩序下存在考試保留之空間，因此傳統行政權與立法權之互動模式，即難以完全套用在考試權與立法權之互動關係上。專技考試及格標準之制訂，涉及人民職業自由之限制，固應有法律保留原則之適用，然法律在此僅能為框架性之規定。具體之規範內容，於尊重考試保留專業空間之考量下，應由考試機關定之，於此並無授權明確性原則之適用。此外，從機關功能最適原則，亦可同樣推導出考試院基於其組織及程序，對於專技考試及格標準之制訂，乃為最適之機關。

關鍵字：法律保留、考試保留、層級化保留體系、授權明確性原則、機關功能最適原則

* 考選部政務次長 (Political Deputy Minister, Ministry of Examination)

Approaching the Constitutional Right to Examination from the Grand Justice's Interpretation of Legal Reservation

Bau-tscheng Dung

Abstract

On the basis of Article 6, Section 1 of the amended articles of the ROC Constitution, this paper finds that given the leeway for examination reservation provided under the constitutional order, the conventional model of interaction between executive and legislative authority is not completely applicable in regards to the interactive relationships between examination authority and legislative authority. As the setting of Professional and Technical Examination qualification standards involves restrictions on the people's occupational freedoms, principles of legal reservation should apply. However, the law can only function as a regulatory outline in this instance. In consideration of respect for retaining professional leeway in examinations, examination agencies shall determine the contents of detailed regulations. Thus the principle of explicit authorization is not applicable here. In addition, in accordance with the principle of optimality, it can be similarly inferred that in line with its organizational and procedural nature, the Examination Yuan is the best suited agency for setting Professional and Technical Examination qualification standards.

Keywords: Legal Reservation, Examination Reservation, Multi-Level Reservation Structure, Explicit Authorization, Agency Functional Optimality

壹 前言

依憲法第二十三條之規定，對於人民基本權之限制，需符合法律保留原則。憲法第二十三條揭櫫之法律保留原則，並非指基本權之限制僅能由立法機關親自以法律詳為規範（國會保留），而尚包括立法機關得授權行政機關以法規命令予以規定¹。因此，法律保留原則，從基本權保障角度觀之，不僅規範國家與人民之關係，從權力分立角度觀之，亦涉及行政權與立法權之互動²。我國憲政體制下，考試權獨立於行政權之外，故於考試行政領域內，應採取何種密度之法律保留原則，則涉及考試權與立法權之權限分配。相較於行政院在憲法中並無明文規定之職權，憲法增修條文第六條³則明文對考試院之「考試」、「公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休」、「公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項」職權予以列舉保障。然而，憲法一方面賦予考試院上述獨立於其他機關之職權，另一方面亦同時於第八十六條規定：「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」。基於上述憲法之規定，考試院須依法行使其受憲法直接列舉保障而受立法權尊重之職權，因此考試、立法兩權因法律保留原則而產生之權限互動問題，即較行政、立法兩權間之問題更值玩味。

憲法第十一條保障之工作權，其內涵包含人民有從事工作並選擇職業之自由⁴。而專門職業及技術人員考試應採取何種及格計算方式，攸關人民能否取得從事某一職業之資格，自屬對人民職業自由之限制，而有法律保留原則之適用。對此，專門職業及技術人員考試法第十九條列舉三種不同之考試及格方式，至於各該專技考試應採取何種及格方式及總成績計算規則，則授權考試院以命令定之⁵。上開專門職業及技術人員考試法第十九條之規定，對於實質影響考試能否及格並取得執業資格之標準，交由考試院以命令定之，而不採國會保留之規範模式，此種法律保留之密度於憲法上應如何予以評價，無論從基本權保障或考試、立法兩權互動之角

¹ 司法院大法官釋字第443號解釋。

² 司法院大法官釋字第614號解釋。

³ 考試院之職權原規定於憲法本文第83條，惟因憲法增修條文第6條之規定，而凍結適用。

⁴ 參閱司法院大法官釋字第584、634、637、649、659號解釋及其理由書。

⁵ 專門職業及技術人員考試法第19條：「專門職業及技術人員考試得視等級或類科之不同，其及格方式採科別及格、總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格（第一項）。前項及格方式，由考選部報請考試院定之（第二項）。專門職業及技術人員考試總成績計算規則，由考選部報請考試院定之（第三項）」。

度觀之，均有研究之必要。

最高行政法院九十四年度判字第一五四一號判決及司法院大法官釋字第六八二號解釋（九十九年十一月十九日作成）之個案事實，正好涉及專門職業及技術人員考試法施行細則第十五條第二項、專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項以及專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條是否違反法律保留原則之爭議，透過對此一司法判解之分析，應可一窺司法機關對於上開考

試、立法兩權互動問題之態度。以下，本文即以最高行政法院九十四年度判字第一五四一號判決以及司法院大法官釋字第六八二號解釋為引子，帶出本文欲探討之爭點，並詳論立法機關與考試機關何者對專技考試及格標準享有制訂權。須先說明者，乃司法院大法官釋字第六八二號解釋尚涉及比例原則與平等權之問題，惟本文囿於主題，僅討論法律保留原則與考試機關考試權此一部分之爭議。

貳 最高行政法院九十四年度判字第一五四一號判決及司法院大法官釋字第六八二號解釋

一、所涉事實

甲參加民國九十一年專門職業及技術人員特種考試中醫師考試，總成績六十一·二六分，雖總成績滿六十分，惟因「中醫診斷學」科目成績四十三分，「中醫內科學」科目成績四十九分，此兩科未達專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條所定及格標準，致未獲錄取。甲於收受考選部寄發之成績單後，申請複查各科目考試成績。考選部調出其各科目試卷及試卡核對結果，並無漏未評閱情事，且評定成績亦與成績單登載

相符，旋即於九十一年十一月二十二日以選專字第○九一三三○二二六九號書函檢附成績複查表復知甲。甲不服，向考試院（訴願審議委員會）提起訴願，遭決定駁回⁶，續行向台北高等行政法院提起行政訴訟，亦遭判決駁回⁷，遂向最高行政法院提起上訴。最高行政法院於九十四年九月二十九日作成九十四年度判字一五四一號判決，駁回甲之上訴。甲於窮盡訴訟途徑後，認最高行政法院九十四年度判字一五四一號判決適用之專門職業及技術人員

⁶ 考試院92年考台訴決字第031號訴願決定書。

⁷ 台北高等行政法院92年訴字第1062號判決。

考試總成績計算規則、專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則中關於考試及格標準之規定違憲，向司法院大法官聲請解釋，司法院大法官對此一聲請案，於九十九年十一月十九日作成釋字第六八二號解釋。

甲主張，專門職業及技術人員考試法第十九條第一項定有「科別及格」、「總成績滿六十分及格」、「錄取各類科全程到考人數一定比例」之三種及格方式。該法第十五條⁸雖授權考試院得訂定各種特種考試規則，然授權之範圍並未包括訂定考試及格標準，故上述三種及格方式若有進一步之及格標準，應由法律自為規定，考試院無權定之。「專門職業及技術人員考試法施行細則」、「專門職業及技術人員考試總成績計算規則」及「專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則」，俱屬考試院依專門職業及技術人員考試法授權而訂定之法規命令，其規範之內容自不得逾越母法之規定。依上所述，專門職業及技術人員特種考試中醫師考試採取「總成績滿六十分及格」之方式⁹，若該考試此種及格方式有進一步之及格計算標準，應由法律親自定之，考試院不得制訂命令

予以規範。然而，專門職業及技術人員考試法施行細則第十條第二項卻規定，考試採總成績滿六十分及格者，「若其應試科目有一科成績為零分、專業科目平均不滿五十分、特定科目未達規定最低分數者，均不予及格」¹⁰。同時，專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條第一項亦規定「筆試科目分普通科目及專業科目。採總成績滿六十分及格或以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格者，其應試科目有一科成績為零分，或專業科目平均成績不滿五十分，或特定科目未達規定最低分數者，均不予及格」。針對中醫師特考，專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條第三項亦規定「本考試應試科目有一科成績為零分或專業科目平均成績未滿五十分或專業科目中醫內科學成績未滿五十五分或其餘專業科目有一科成績未滿四十五分者，均不予及格」。上述由考試院制訂之各該法規命令，對於專門職業及技術人員考試法第十九條第一項「總成績滿六十分及格」之及格方式，又進一步規定「有一科成績為零分」、「專業科目平均成績不滿五十分」、「特定科目未達規定最低分數」之不及格標準，係

⁸ 專門職業及技術人員考試法第十五條：「專門職業及技術人員各種特種考試之考試規則，由考選部報請考試院定之（第一項）。前項考試規則應包括考試等級及其分類、分科之應考資格、應考科目（第二項）」。

⁹ 專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第9條第1項：「本考試筆試及格方式，以應試科目總成績滿六十分及格」。

¹⁰ 此一規定於民國97年5月14日修正前，係置於該施行細則第15條第2項；至民國97年修正後，始置於該施行細則第10條第2項，惟條文內容並無改變。故最高行政法院94年度判字第01541號判決適用之專門職業及技術人員考試法施行細則第15條第2項，即係現行該施行細則第10條第2項。

增加授權母法所無之限制，自不應適用，故考試機關以上開不及格標準作為評定考試及格與否之依據，違反法律保留原則。

二、最高行政法院之見解

最高行政法院於九十四年度判字第一五四一號判決中，對於此一爭議所持之見解為：「有關醫師（含中醫師）應如何考試，涉及醫學上之專門知識，專門職業及技術人員考試法及醫師法已就應考資格等重要事項予以規定，至於細節性與技術性事項，自得授權考試機關及業務主管機關發布命令為之補充」。考選部「依據專門職業及技術人員考試法之授權，報請考試院訂定發布專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則，就本項考試之應試科目、成績計算與及格方式等予以規範。揆諸上開各項法規命令之規定，包括『專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則』，均係基於專門職業及技術人員考試法之授權，並經規定程序由考試院訂定發布，其適法性應無疑義。又考試院鑒於中醫師之執業，關係國民生命健康至鉅，而中醫師特種考試之應考人，並無學歷限制，憑自修或參加補習，經中醫師檢定考試及格者即取得參加中醫師特種考試之應考資格，其於中醫師養成教育及臨床實習訓練方面尚有欠缺，為平衡中醫師特種考試及格人員是否具備執業所需技術及能力，與維護國民生命健康之需要，並斟酌中醫之傳統醫學特性」，於專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條

定有及格標準，「俾甄拔適格之中醫師人才，為增進公共利益所必要，符合前開憲法、司法院解釋與專門職業及技術人員考試法之意旨及規範目的」。

三、司法院大法官釋字第六八二號解釋之見解

司法院大法官於釋字第六八二號解釋理由書認為，「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」。「專門職業人員考試之應試科目暨及格標準之決定，關係人民能否取得專門職業之執業資格，對人民職業自由及應考試權雖有限制，惟上開事項涉及考試專業之判斷，除由立法者直接予以規定外，尚非不得由考試機關基於法律授權以命令規定之」。專門職業及技術人員考試法「除規定專門職業人員考試得採『科別及格』、『總成績滿六十分及格』及『錄取該類科全程到考人數一定比例為及格』三種及格方式外，就各類專門職業人員考試應採之及格方式、各種特種考試之考

試規則(包括考試等級及其分類、分科之應考資格、應試科目)、總成績計算規則等,明文授權考試機關本其職權及專業判斷訂定發布補充規定。考其立法意旨,即在賦予考試機關依其專業針對各該專門職業人員考試之需要,決定適合之及格方式暨及格標準,以達鑑別應考人是否已具專門職業人員執業所需之知識及能力之目的。考試院依據上開法律規定之授權,制訂專門職業及技術人員考試法施行細則、專門職業及技術人員考試總成績計算規則,以及專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則,「就中醫師特種考試所採『總成績滿六十分及格』之具體內容,明定尚包括應試科目不得有一科成績為零分、專業科目平均成績不得未滿五十分及特定科目應達最低分數之標準,尚未逾越上開法律授權範圍,與憲法第二十三條法律保留原則尚無牴觸」¹¹。

四、簡評

最高行政法院九十四年度判字第一五四一號判決於結論上,肯定考試機關對於中醫師特種考試享有考試及格標準之制訂權,故專門職業及技術人員考試法施行細則、專門職業及技術人員考試總成績計算規則以及專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則所定「有一科成績為零分」、「專業科目平均成績不滿五十分」、

「特定科目未達規定最低分數」之不及格標準,並無適法性之疑義。然而,在理由之構成上,本判決之論述較為簡略,其僅概略式地指出系爭各該法規命令有法律之授權,並未正面回應本案原告對於「考試及格標準是否在法律授權之範圍內」、「考試及格標準應由法律或可由考試機關以法規命令定之」等根本質疑。

司法院大法官釋字第六八二號解釋於結論上,亦認為考試院制定之專門職業及技術人員考試法施行細則、專門職業及技術人員考試總成績計算規則以及專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則,規定「有一科成績為零分」、「專業科目平均成績不滿五十分」、「特定科目未達規定最低分數」之不及格標準,符合法律保留原則之要求。至於理由之構成,則直指問題之核心,肯認考試機關之獨立性與專業性,並由此導出考試機關應受立法機關尊重之專業判斷空間,而於法律保留原則之檢驗上採取寬鬆之審查標準。

本文對於釋字第六八二號解釋之結論敬表贊同。至於本號解釋以考試機關之獨立性與專業性作為論理之基礎,本文認為此一出發點應屬正確,然相關細節之論述則尚有可進一步補充之處。以下,擬從考試機關考試權在憲法上之地位出發,提出本文之見。

¹¹司法院大法官釋字第682號解釋同時亦指出,考試院制訂之上開法規命令,亦不違背比例原則及平等權之保障。惟此部分與本文欲探討之內容無關,故不擬深論。

參 考試權在憲法上之地位

一、憲法對「考試保留」事項之明確劃定

我國憲法係採五權分立制度，考試權為憲法明文規定的國家權力之一。為維護考試權之獨立行使，充分發揮考試權之功能，憲法增修條文第六條明定考試院為國家最高考試機關，掌理考試事項。與世界各國憲政體制最根本之相異點，為我國的考試院係獨立於最高行政機關之行政院外，而與行政權、立法權、司法權、監察權取得並列平等之地位。憲法第八十七條復明定考試院關於所掌事項得向立法院提出法律案，益顯制憲者對考試權之重視程度。

於五權憲法架構下，行政院執掌之行政權與考試院執掌之考試權，兩權之性質雖同屬國家行政功能之一脈，但行政院與考試院之職權於憲法條文中卻有迥然不同之規範方式。憲法僅於第五十三條規定行政院為國家最高行政機關，對於行政院不受他機關侵犯之核心職權，則未見清楚

之規定。相較於此，憲法增修條文第六條第一項除規定考試院為國家最高考試機關外，並進一步清楚列舉「考試」、「公務人員之銓敘、保障、撫卹、退休」、「公務人員任免、考績、級俸、陞遷、褒獎之法制事項」為考試院之職權，他機關自應予以尊重¹²。由於憲法對考試院職權採取列舉之保障模式，使得考試院相較於行政院，其獨立性之地位顯然更為清楚，不受侵犯之權限範圍輪廓亦更為明確。於我國憲法規定下，是否存有「行政保留」之空間，或許仍有爭議¹³，然憲法增修條文第六條第一項已肯認「考試保留」事項之存在，則應無疑問¹⁴。此乃思考考試權與立法權之互動關係時，必須特別注意之處，而不能以立法權與行政權之互動模式強行套用之。然司法院大法官釋字第六八二號解釋理由書於論述考試機關考試權於憲法上之地位時，卻完全未提及憲法增修條文第六條第一項之「考試保留」規定，以至

¹²董保城，考試權在台灣之實踐，2010，頁7。

¹³就此參見吳庚，行政法之理論與實用，增訂11版，2010年9月，頁143-146；陳敏，行政法總論，6版，2009年9月，頁179。

¹⁴陳新民大法官於釋字第682號解釋之不同意見書中，則認為「由憲法第八十六條明白的規定，可以輕易地否認有所謂『考試權保留』或『考試特權』理論的存在」。然本文認為，憲法第八十六條之規定，只能視為憲法增修條文第六條第一項「考試保留」與憲法第二十三條「法律保留」彼此折衝之結果，從憲法第八十六條無法得出「完全排除考試保留」或「完全排除法律保留」之結論。換言之，憲法基於第二十三條與增修條文第六條第一項之規定，有意透過第八十六條創設「考試權與立法權共管領域」，兩權對此均有原始之規範權，並無如同「立法權與行政權互動模式」一般，有「憲法授權立法機關，而立法機關可再授權行政機關」之問題。至於立法機關與考試機關於憲法第八十六條之規範領域內應如何「分工」，則屬另一層次之問題，詳後述。

解釋理由書後續之說理仍從傳統「立法權與行政權互動模式」之脈絡鋪陳，殊為可惜。

二、憲法對考試院組織獨立性之保障

考試權之獨立性與專業性，亦彰顯於考試院之組織上，對此司法院大法官釋字第六八二號解釋理由書已清楚肯認。就組織獨立性而言，依憲法增修條文第六條第二項之規定，考試院長、副院長及考試委員，雖經立法院同意後任命，然考試院沒有如憲法第五十七條「…對立法院負責」之規定，亦欠缺類似考試院對立法院決議之法律案提起覆議，以及立法院對考試院重要政策不贊同時，決議移請考試院變更之設計¹⁵，因此「國家最高考試機關」與「國家最高立法機關」彼此相互獨立之性質，甚為明顯，而不同於「國家最高行政

機關」對「國家最高立法機關」負責與制衡之互動模式。另就組織專業性而言，憲法第八十八條規定考試委員依據法律獨立行使職權，而考試院組織法第五條第一項並對考試委員定有六年任期保障，以確保個人職位之安定及考試委員依法獨立行使職權之目的。考試委員之組成非僅注重公正性，更特以專業學術為取向¹⁶，典試委員之延聘以及各專技人員考試審議委員會委員亦均以學術專業為主幹，冀得以其學術專長，為國家拔擢優秀專業人才¹⁷。

三、考試院之考試規則制訂權

基於憲法為考試權明確劃定之「考試保留」事項，亦基於考試院組織上之獨立性與專業性，考試院自得以國家最高考試機關之地位，於憲法明定之考試權範圍內，就所掌事項訂定相關考試規則，此向

¹⁵相較之下，依據憲法增修條文第三條第一項及第二項之規定，行政院長及行政院各部會首長之任命雖無須經過立法院同意，然行政院必須對立法院負責。另參酌，湯德宗，權力分立新論，卷二，違憲審查與動態平衡，元照出版，2005年初版，頁358。

¹⁶依考試院組織法第四條之規定，考試委員應具有以下各款資格之一：1. 曾任考試委員聲譽卓著者。2. 曾任典試委員長而富有貢獻者。3. 曾任大學教授十年以上，聲譽卓著，有專門著作者。4. 高等考試及格二十年以上，曾任簡任職滿十年，並達最高級，成績卓著，而有專門著作者。5. 學識豐富，有特殊著作或發明，或富有政治經驗，聲譽卓著者。

¹⁷此觀諸典試法第六條及第七條之規定應不難得知。典試法第六條規定：「高等考試或相當於高等考試之特種考試典試委員，應具有下列各款資格之一：一、具有前條各款所列資格之一。二、任國內外公立或私立專科以上學校教授。三、任國內外公立或私立專科以上學校副教授三年或助理教授六年以上。四、高等考試及格十年以上，任簡任或相當簡任官職或從事專門職業及技術工作，對有關學科富有研究，成績卓著者（第一項）。公務人員簡任及薦任升官等考試典試委員資格，準用前項各款之規定（第二項）」。第七條規定：「普通考試、初等考試或相當於普通考試、初等考試之特種考試典試委員，應具有下列各款資格之一：一、具有前條各款所列資格之一。二、任國內外公立或私立專科以上學校副教授。三、任國內外公立或私立專科以上學校助理教授一年或講師四年以上。四、任國內外公立或私立高級中等學校校長或有關學科教師八年以上。五、高等考試及格十年以上，任薦任或相當薦任官職或從事專門職業及技術工作，對有關學科富有研究，成績卓著者（第一項）。公務人員委任升官等考試典試委員資格，準用前項各款之規定（第二項）」。

來均受司法院大法官所肯認。例如司法院大法官釋字第一五五號解釋理由書：「考試院為國家最高考試機關，掌理考試等事項，為憲法第八十三條所賦與之職權，自得本此職權，訂定考試規則及酌採適當

之考試方式」，第三四一號解釋理由書：「考試院為國家最高考試機關，得依其法定職權訂定考試規則，如未逾越其職權範圍，或侵害人民應考試之權利，即無牴觸」。

肆 基本權限制之法律保留

如上所述，考試院之職權，於憲法增修條文第六條第一項之規定下，享有「考試保留」而不受他機關侵犯之空間，其組織之獨立性與專業性，亦無庸置疑。然而，若因此即謂考試院行使其考試規則制訂權，完全無法律保留原則之適用，則此種結論恐失之速斷。考試院於「考試保留」之範圍內行使職權時，仍必須注意憲法條文本身是否賦予立法權有介入之可能性。就此而言，憲法第八十六條規定，公務員任用資格與專門職業及技術人員執業資格，應經考試院「依法」考選銓定之，已指出法律得對考試事項予以規範。而憲法第二十三條更明確宣示，對人民予以限制基本權，亦屬法律保留之範圍。故考試

院制訂之考試規則，其內容若涉及人民基本權利之限制，亦有法律保留原則之適用¹⁸。司法院大法官釋字第六八二號解釋指出，考試院制訂之考試規則中，關於考試資格與考試方法¹⁹之規定，涉及人民應考試權及工作權之限制，自應符合法律保留。本文探討之專技考試及格標準規定，與考試資格無關，而較不涉及限制人民應考試權之問題，故以下僅就工作權之限制提出討論。

一、專技考試及格標準涉及工作權之限制

(一) 職業自由限制之可能樣態

憲法第十五條保障之工作權，其內涵包括人民有從事工作並選擇職業之自

¹⁸至於要適用何種密度之法律保留，則涉及「考試保留」與「法律保留」二者間之折衝，而屬另一層次之問題，容後再述。

¹⁹須附帶一提者，考試方法雖因涉及人民基本權之限制，而有法律保留原則之適用，然立法機關於立法規範考試方法時，應尊重考試機關之專業判斷空間。專門職業及技術人員考試法第四條規定「各種考試，得採筆試、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行之」。立法機關於本條列舉考試方法之種類，謹守框架立法之界限，至於各該考試應透過上述何種考試方法行之，則屬考試機關之專業判斷空間，應由考試機關決定。司法院大法官釋字第682號解釋理由書對此亦肯認「考試方法之決定涉及考選專業判斷」。

由²⁰，凡人民作為謀生職業之正當工作，均應受國家之保障²¹，此種保障並不因職業之性質究屬公益或私益而有所區別²²。國家對於人民職業自由之限制，依限制內容之不同，可分成以下三種不同之限制樣態²³：第一種限制樣態，乃針對人民從事工作之方法、時間、地點等工作條件予以限制，其所限制者，乃人民「如何執行」職業之自由²⁴。第二種限制樣態，則針對從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格予以限制，例如規定欲從事某項職業者必須具備一定之知識、學位等，其所限制者，乃人民於主觀上「能否選擇從事」某一職業之自由。會採取此種限制樣態，通常係因某一職業之執行（例如醫師），若欠缺專業知能，將對社會大眾造成危險，故限制於主觀上必須具備該專業知識，人民始得選擇從事該職業²⁵。第三種限制樣態，則是針對人民選擇從事某一職業之客觀條件予以限制。此種限制樣態，雖亦涉及人民「能否選擇從事」某一職業之自由，但其決定人民能否選擇從事某一職業之標準，卻與個人是否具備專業

知能等主觀條件無關²⁶，而純屬客觀上個人難以透過後天努力達成之條件。例如依據毒品危害防制條例第四條之規定，人民不得從事「製造、運輸、販賣毒品」之職業；對於非視障者而言，禁止其從事按摩業，亦屬對其選擇職業自由之客觀條件限制²⁷。

（二）專技考試及格標準涉及對選擇職業自由主觀條件之限制

就從事某項職業之主觀條件而言，個人是否具備應有之專業知能，而得以避免在從事該職業時對公眾造成危險，國家對此得透過考試予以認定。專門職業及技術人員考試法第一條規定：「專門職業及技術人員之執業，依本法以考試定其資格」，同法第二條規定：「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」。考試院於專門職業及技術人員考試法施行細則第二條第一項列舉各種專門職業及技術人員之考試種類，人民若欲從事該項規定所列舉之職業，必須具備一定之專業知能並通過考

²⁰參閱司法院大法官釋字第584、634、637、649、659號解釋及其理由書。

²¹司法院大法官釋字第462號解釋理由書。

²²司法院大法官釋字第659號解釋理由書。

²³此種分類，乃德國聯邦憲法法院於1952年之藥房案判決中提出（BVerfGE 7,377 ff.），並據以建構出著名之「三階段理論」（Dreistufentheorie）。此種分類方式及推演而出之三階段理論，亦為司法院大法官於釋字第649號解釋理由書所援引接受。

²⁴Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 18. Aufl., 2002, Rn. 834.

²⁵Jörn Ipsen, Staatsrecht II Grundrechte, 5. Aufl., 2002, Rn. 616.

²⁶Jörn Ipsen, Staatsrecht II Grundrechte, 5. Aufl., 2002, Rn. 616; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 18. Aufl., 2002, Rn. 826.

²⁷司法院大法官釋字第649號解釋理由書參照。

試，始取得執業資格。因此，能否從事各該專技人員之工作，取決於能否通過各該專技人員考試，而能否通過各該專技人員考試，則與各該專技人員考試之及格方式與及格計算標準息息相關。就此而言，考試院於專門職業及技術人員考試法施行細則第十條、專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條、專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條所規定之及格與不及格之計算標準，攸關人民能否通過專技考試，受國家認定具備從事某一職業應有之專門知能，從而取得執業資格從事專技人員之工作。上開法規命令所定考試及格與否之計算標準，自屬對人民選擇職業自由主觀條件之限制。

二、專技考試及格標準之制訂適用法律保留原則

法律保留原則乃法治國原則具體內涵之一²⁸。然法治國原則下之法律保留原則，概念本身僅指「無法律，即無行政」，而尚未觸及「何種事項屬於法律保留之領域」此一爭議²⁹。何種事項屬於法律保留事項，涉及憲法對立法機關權限之賦予，亦涉及憲法對國家其他權力機

關職權行使之限制，故應從憲法條文中探求³⁰。就此而言，目前較無爭議者，應屬憲法第二十三條明文規定之「干預保留」。憲法第二十三條規定，國家權力之行使欲對人民基本權利造成限制，必須以法律為之，明文允許立法機關得於符合比例原則之要求下，制訂法律限制人民之基本權利，而使「基本權限制」因此被憲法劃歸至法律保留之範疇。考試院於法規命令中訂定之專技考試及格標準，既對人民工作權（職業自由）造成限制，依憲法第二十三條之規定，即有法律保留原則之適用。學者湯德宗針對考試權與立法權彼此間之關係，從釋字第155號解釋（將實習界定為考試程序之一部，而認為考試院在職權範圍內得以「命令」代替「法律」）與釋字第268號（考試法施行細則有關同時取得公務人員考試及格與專技人員考試及格之資格，增設法律所無之規定）得到結論則是大法官或可容任考試院於法律未有授權時，逕以命令規範考試事項，但絕不容許考試院以命令抵觸法律之規定，亦即「法律保留」酌予放寬，「法律優位」則不容逾越³¹。

²⁸司法院大法官於釋字第614號解釋開門見山指出：「憲法上之法律保留原則乃現代法治國原則之具體表現」。

²⁹Hans D. Jarass, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, GG, 6. Aufl., 2002, Art. 20, Rn. 45.

³⁰就此而言，立法機關透過中央法規標準法第5條之規定，自行界定法律保留之範圍，即不無球員兼裁判之嫌。

³¹湯德宗，前揭文，頁359。

伍 當法律保留遇上考試保留

專技考試之及格標準，應由立法機關以法律定之，或由考試機關以考試規則定之，涉及前述「法律保留」與「考試保留」此二種憲法價值間之緊張關係。一方面，專技考試之及格標準構成對人民工作權（職業自由）之限制，故依憲法第二十三條之規定，應有法律保留原則之適用。另一方面，於專技考試規則中制訂及格標準，此屬「考試事項」之範疇，而「考試事項」依憲法增修條文第六條第一項之規定，則為憲法保留給考試院而為「考試保留」之事項。當專技考試及格標準之制訂，同時被法律保留及考試保留所涵蓋，此時應考慮者，乃法律保留原則之適用，究應採取何種密度。

一、釋字第四四三號解釋理由書建構之層級化保留體系

除憲法第八條之人身自由採憲法保留之限制模式外，國家欲對其他基本權予以限制，依憲法第二十三條之規定，均有法律保留原則之適用。然而，憲法第二十三條要求之干預保留，並非意指一切涉及基本權限制之事項均須由法律鉅細靡遺親自規定，此處毋寧存在寬嚴不同之保留密度³²。對此，司法院大法官於釋字第四四三

號解釋理由書指出：「何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異」。最嚴格之法律保留，「諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之」。若非涉及生命權之剝奪或身體自由之限制等特別嚴重之基本權干預，則「亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則」。至於「若僅屬於執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許」。

特別嚴重之基本權干預，屬國會保留事項（絕對法律保留）。一般之基本權干預，屬重要事項，原則上應由法律自為規定，惟於符合授權明確性之要求下，亦可由法規命令為補充規定（相對法律保留）。至於執行法律之細節性、技術性事項，則屬次要事項（不重要之事項），可由主管機關以命令定之（無法律保留）。於上述三種寬嚴程度不同之法律保留密度下，主管機關在「相對法律保留」與「無

³²吳庚教授稱此為層級化保留體系。參見吳庚，行政法之理論與實用，增訂11版，2010年9月，頁106-107。

法律保留」之事項中，雖均享有命令制訂權，然在「相對法律保留」領域內，其得制訂者，為法律之「補充規定」，性質上可視為法律規定之延長，因此必須有法律授權始得定之（亦即僅能制訂法規命令），且有授權明確性原則之適用。相較之下，主管機關在「無法律保留」之領域內，其得制訂者，則為「細節性、技術性」之規定，其性質並非法律之延長，而僅為主管機關如何執行法律之規範。由於此種「細節性、技術性」之規定無須法律授權，故主管機關亦得依職權以行政規則定之³³，當然亦無授權明確性原則之適用，而僅須注意不得違背法律優位原則（不得牴觸法律或增加法律所無之限制）³⁴。

二、專技考試及格標準制訂之法律保留密度

（一）專技考試及格標準並非執行法律之細節性、技術性事項

如上所述，法律保留之密度，取決於規範事項之內容。就考試規則之規範內容與法律保留密度之關係，大法官曾於釋字第五四七號解釋指出，「醫師法已就應考資格等重要事項予以規定，其屬細節性與技術性事項，自得授權考試機關及業務主管機關發布命令為之補充。關於中醫師考試，醫師法對其應考資格已定有明文，至於中醫師檢覈之科目、方法、程序等事項，則授權考試院會同行政院依其專業考量及斟酌中醫之傳統醫學特性，訂定中醫師檢覈辦法以資規範，符合醫師法與專門職業及技術人員考試法之意旨，與授權明確性原則無違」，而將中醫師考試之考試科目、方法、程序等事項視為細節性、技術性事項³⁵。釋字第五四七號解釋所涉及者，乃中醫師檢覈辦法將回國補試方式由「面試」改為「筆試」，屬於考試技術之變更，故將該等規定視為細節性、技術性事項之規範，應無疑義。然而，現行專技考試規定中之及格與不及格計算標準，則

³³行政機關於此可透過行政規則（而非法規命令）規定細節性、技術性事項，為司法院大法官所肯認。司法院大法官釋字第635號解釋理由書指出：「有關課稅之技術性及細節性事項，尚非不得以行政命令為必要之釋示。…財政部八十二年十月七日臺財稅第八二一四九八七九一號函…乃主管機關本於法定職權，就土地稅法第三十九條之二第一項規定所為具體明確之解釋性行政規則」。

³⁴司法院大法官釋字第658號解釋理由書：「應以法律規定之退休年資採計事項，若立法機關以法律授權行政機關發布命令為補充規定時，其授權之目的、內容、範圍應明確。若僅屬執行法律之細節性、技術性次要事項，始得由主管機關發布命令為必要之規範，惟其內容不得牴觸母法或對公務人員之權利增加法律所無之限制」。

³⁵前述釋字第443、635、658號解釋，將「補充法律之規定」與「執行法律之細節性、技術性規定」嚴格區分，「補充法律之規定」必須以法規命令為之，且法律之授權必須符合授權明確性原則；而「執行法律之細節性、技術性規定」則可以制定行政規則予以規範，由於無須法律授權，故授權明確性原則於此並不適用（但不得違背法律優位原則）。相較之下，釋字547號解釋之論理則似嫌凌亂，其一方面肯認考試行政有細節性、技術性之次要事項，另一方面卻又認為細節性、技術性事項之規定亦屬補充法律之規定，必須有法律授權，且適用授權明確性原則。

恐與考試技術變更（例如面試改為筆試）不可相提並論。

專門職業及技術人員考試法施行細則第十條、專門職業及技術人員考試總成績計算規則第三條、專門職業及技術人員特種考試中醫師考試規則第九條，將「有一科成績為零分」、「專業科目平均成績不滿五十分」、「特定科目未達規定最低分數」定為考試不及格之標準，在性質上應屬專門職業及技術人員考試法第十九條第一項「總成績滿六十分及格」此一及格方式之補充規定，換言之，其功能乃在填補「何謂總成績滿六十分及格」之實質內涵³⁶。因此，此種考試及格或不及格之規定，應該視為專門職業及技術人員考試法第十九條第一項之延長，而非僅係執行專門職業及技術人員考試法第十九條第一項

之細節性、技術性而已。

（二）考試保留對授權明確性原則之鬆綁效力

「有一科成績為零分」、「專業科目平均成績不滿五十分」、「特定科目未達規定最低分數」此種考試及格或不及格之標準，由於性質上並非細節性、技術性之次要事項，而屬專門職業及技術人員考試法第十九條第一項「總成績滿六十分及格」此一及格方式之補充規定，因此若依照司法院大法官釋字第四四三號解釋理由書之意旨，此種規定原則上應由法律自為規範，若要授權主管機關以法規命令定之，則必須遵守授權明確性之要求，亦即授權之目的、範圍、內容應具體明確。換言之，屬於「相對法律保留」之事項領域。然而，釋字第四四三號解釋理由書中所處

³⁶關於專門職業及技術人員考試法第19條第1項「總成績滿六十分及格」之實質內涵，考選部於釋字第682號解釋作成前，曾對該憲法解釋案提出書面意見，認為「專門職業及技術人員考試法第19條第1項所稱之『總成績滿60分及格』，索解法條文義，其中『總成績滿60分』與『及格』應係兩組分立概念。蓋若『總成績滿60分』等於『及格』，則立法者只消規定『總成績滿60分』即可，無需另有『及格』之贅語，故解讀字義，所謂『總成績滿60分及格』者，係指除總成績滿60分外，尚須達一定之『及格』標準。再從立法意旨及規範體系以觀，『總成績滿60分及格』非僅是形式上單純為『總成績滿60分』即予『及格』，否則法律即毋庸授權專門職業及技術人員考試總成績計算規則，以為補充之規定」。「另查於88年12月29日修正公布，並自90年1月1日施行之專門職業及技術人員考試法第19條條文，其第1項所定三種及格方式之一原為『各科目平均滿60分及格』。嗣為維持專技人員之執業水準，其專業科目成績允宜占較高之比重，爰於90年5月16日修正為『總成績滿60分及格』，以彰顯專技人員考試重視專業之精神，有效提昇專技人員之執業水準。因此，專門職業及技術人員考試法施行細則第15條、專門職業及技術人員考試總成績計算規則第3條，於90年7月23日將『各科目平均滿60分及格』修正為『總成績滿60分及格』；另專門職業及技術人員考試總成績計算規則第4條並配合就採『總成績滿60分及格』或『以錄取各類科全程到考人數一定比例為及格』者，在計算成績時，以普通科目成績加專業科目成績合併計算之，其中普通科目成績以每科乘以百分之十後之總和計算之，專業科目成績以各科目成績總和除以科目數再乘以所占剩餘百分比計算之。此外，並須未有專門職業及技術人員考試總成績計算規則第3條『專業科目平均不滿50分』、『特定科目未達規定最低分數』等之限制規定，始符合及格標準。揆諸上開修法之立法意旨，即在加重其專業科目比重，維持專業科目衡鑑之一定水準。是以，在如何之情形下始謂『及格』之實質內涵，繫於專門職業及技術人員之專業特性，不宜定於一尊，允應由具有獨立性、專業性及社會回應性之考選機關視需要決定之」。

理者，乃立法權與行政權於「相對法律保留」領域內之關係，其並未特別考慮立法權與考試權於「相對法律保留」領域內應如何互動之問題。

如前所強調，基於考試權在我國憲法上之特殊地位，恐不可將行政權與立法權之互動模式，生硬套用在考試權與立法權之關係上。蓋授權明確性是大法官受到德國基本法的影響，該法第80條第1項要求法律授權行政機關發布法規命令時，必須有明確之內容（Inhalt）、目的（Zweck）及範圍（Ausmass）³⁷，而德國是三權分立的內閣制，相對於我國是五權分立的半總統制³⁸。是以，立法權與考試權之互動，不能比附援引立法權與行政權，必須有五權分治平等相維之精神。基於憲法增修條文第六條第一項之規定，「考試」乃憲法明文賦予考試院享有之權限，此與行政院在憲法上並無明文列舉保障之權限不同。雖然憲法增修條文第六條第一項規定「考試」事項屬考試保留事項，但同時憲法第二十三條也規定基本權之限制屬於法律保留事項，因此，考試事項若涉及人民基本權利之限制者，尚不至於因憲法增修條文承認考試保留而對法律保留產生完全排除

之效力，否則憲法增修條文第六條第一項與憲法第二十三條將產生規範衝突。考試保留雖不能完全阻絕法律保留原則之適用，但對於授權明確性原則之要求，卻具有鬆綁之效力。行政權與立法權之互動，於「相對法律保留」事項之領域內欲對基本權利進行限制，原則上必須由法律親自定之，而在符合授權明確性的要求下，才例外得由行政機關以法規命令予以規範，此係因憲法並無明文規定行政保留之空間所致，故僅以憲法第二十三條之規定為考量。至於考試權與立法權之互動，於「相對法律保留」事項之領域內欲對基本權利進行限制，不但必須考量憲法第二十三條之規定，亦必須考量憲法增修條文第六條第一項之規定。將此兩個憲法條文合併觀察，再搭配憲法第八十六條「專門職業及技術人員執業資格應經考試院『依法』考銓」之規定，於體系解釋上，可得出之結果為：考試事項涉及人民基本權利之限制者，立法機關的確對此享有立法規範之權限，但此一規範權限之行使僅得制訂框架性、概括性之立法³⁹，至於規範之具體內涵「應」（而非「得」）交由考試機關定之，質言之，立法機關對於考試事項規範

³⁷吳庚，前揭書，頁293。

³⁸法治斌、董保城，憲法新論，2010四版，頁320。

³⁹林子儀大法官於釋字第682號解釋之協同意見書中，亦持相同見解：「就考試方法如應考科目、及格標準、評分標準等，立法者如以法律規定者，其規範應以框架性規定為宜」。然若立法機關未遵守框架立法之界限，而對應屬考試機關專業判斷之領域，以立法之方式「先占」，則此時應如何解決？林子儀大法官認為，此時仍應採取立法優位原則，考試院不得抵觸立法之規定，但其亦承認，此種觀點「並非沒有討論的餘地」，參見林子儀大法官所提釋字第682號解釋之協同意見書，註釋7。

之具體內涵「非不為也，實不能也」⁴⁰。之所以如此，乃是因為，法律將考試事項規範之具體內涵交由考試機關定之，性質上並非立法機關「授權」考試機關，蓋考試事項規範之制訂本屬憲法增修條文第六條第一項之考試保留事項，立法機關對此根本無權可授⁴¹，更遑論有授權明確性原則之適用。由立法機關對考試事項為框架性、概括性之規定⁴²，並由（而非授權）考試機關對考試事項之實質內容進行規範⁴³，乃法律保留與考試保留相互折衝之當然結果。是故，專門職業及技術人員考試法第十五條第一項以及第十九條「由考選部報請考試院定之」之規定，並非「立法機關對考試機關之授權條款」，而係回應憲法「立法機關對考試機關職權應予尊重」之要求。

司法院大法官釋字第六八二號解釋雖未如本文明確主張憲法上存在「考試保留」之領域，而仍以「立法機關『授

權』考試機關」之基調進行審查，但其在本號解釋中肯認考試機關對考試事項享有專業判斷空間，已足以使本號解開放棄進行「授權明確性」之審查。司法院大法官於過去進行授權明確性之審查時，多會提及「授權之目的、範圍、內容應具體明確」、「授權明確性之要求，不得拘泥於法條之文字，應以法律本身之立法目的及其整體規定之關聯意義為綜合判斷」等⁴⁴，而判斷立法機關是否有善盡具體明確授權之憲法要求，然這些敘述於釋字第六八二號解釋中均不復存在。釋字第六八二號解釋不再以授權明確性原則審查立法機關之立法是否有欠具體明確，足證司法院大法官亦已體認到，立法機關對考試事項實難進行「具體明確之授權」，如本文前述，立法機關對考試事項之具體規範「非不為也，實不能也」。

（三）機關功能最適原則之適用

上述之結論，係以憲法明文規定之

⁴⁰至於立法機關不得介入，而「應」由考試機關制訂之考試事項具體內涵，包括哪些具體事項？依本文之見，立法機關對此已透過典試法第十一條第一項預先劃定考試事項框架立法之界限，並清楚宣示（而非授權）考試機關對於考試事項具體內涵規範權所及之範圍：「下列事項由典試委員會決議行之：一、命題標準、評閱標準及審查標準之決定。二、擬題及閱卷之分配。三、考試成績之審查。四、錄取或及格標準之決定。五、彌封姓名冊、著作發明及有關文件密號之開拆與核對。六、錄取或及格人員之榜示。七、其他應行討論事項」。與本文主題相關者，例如第四款「錄取或及格標準之決定」，即屬「由典試委員會決議行之」之事項，立法機關於典試法第十一條第一項第四款作框架性之宣示後，其具體內涵即由考試機關定之。

⁴¹司法院大法官釋字第682號解釋理由書則認為「及格標準之決定…涉及考試專業之判斷，除由立法者直接予以規定外，尚非不得由考試機關基於法律授權以命令規定之」，而仍將問題置於傳統「立法機關授權行政機關」之脈絡中，並未慮及憲法增修條文第六條第一項對於考試保留之規定。

⁴²例如於專門職業及技術人員考試法第十九條第一項規定專技考試之三種及格方式。

⁴³例如考試機關於各該法規命令中規定何種專技考試採取何種及格方式，以及各該及格方式實質上之及格與不及格標準。

⁴⁴見司法院大法官釋字第394、506、650號解釋。

法律保留（憲法第二十三條）與考試保留（憲法增修提文第六條第一項）作為基礎而得出。其實，若從不成文之「機關功能最適」理論⁴⁵出發，亦可推導出一樣之結論。依據機關功能最適理論，權力分立之目的在於使國家之決定盡可能地正確，換言之，由組織、功能、程序等條件上最佳之機關擔當之⁴⁶。考試院在台灣今年剛渡過八十週年生日，八十年來多半時間在台灣累積了特有的台灣經驗，從「功能最適觀點」來看，考試院的獨立性與高度專業性，在為國掄才上，也最能正當而有效率完成憲法與增修條文所賦與之任務。

將考試事項交由專業之考試機關決定，其決定之正確性，當然遠較由政治性格濃厚之立法機關決定為高。專技考試之及格標準，事涉專業之考試事項，由機關功能最適原則之角度觀之，立法機關對此恐不宜作高密度之立法，而應由考試機關依其專業判斷規範之。司法院大法官釋字第六八二號解釋理由書指出，「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」，即寓有機關功能最適原則之考量。

陸 結語

於公法學中，法律保留原則向來被歸類為涉及行政權與立法權互動關係之議題。各種由法律保留原則延伸而出之法治國原則要求（例如授權明確性原則），亦係立基於「行政權對立法權負責」此一出發點。然而，考試權雖實質上亦屬行政權之一脈，其在我國憲法上卻有極其特殊之地位，甚至享有憲法明文列舉之考試保留空間。是故，於我國憲法秩序下，思考法

律保留原則應如何適用於考試行政之領域時，恐不能生硬套用傳統行政權與立法權之互動關係。專技人員考試之及格或不及格標準，應由立法機關還是由考試機關定之，此一問題正是思索法律保留與考試保留二者如何折衝之最佳試金石。無論從考試保留的鬆綁效力或是從機關功能最適原則觀之，考試機關對於此種考試事項（如典試法第11條之規定命題標準、評閱標

⁴⁵法治斌、董保城，憲法新論，2010年四版，頁54以下；Fritz Ossenbühl, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DVV 1980, S. 548 f.

⁴⁶BVerfGE 68, 1 (86)。許宗力大法官於多號解釋意見書中，亦援引機關功能最適原則作為論理之依據（參見許大法官於釋字第578、584、585、596、613、669、680號解釋提出之意見書）。

準及錄取及格標準等)之實質規範內容，應有決定之權限，而不宜由立法機關以法律規定，縱使如釋字第682號解釋理由書中指出「…上開事項(應試科目暨及格標準之決定)涉及考試專業之判斷，除由立法者直接予以規定外…」，立法者如直接予以規定，也僅能為框架性之規範。最後

欲強調者，乃考試保留之鬆綁效力，僅是在形式合憲性上，跳脫傳統法律保留「立法權與行政權之互動模式」，但於實質合憲性上，考試機關之決定內容仍應符合比例原則等憲法要求，而不得因披上專業之外衣即恣意為之⁴⁷。

⁴⁷李震山、許玉秀、陳春生三位大法官於釋字第682號解釋之不同意見書中，憂心「若只強調尊重獨立、專業的憲法保護傘，而忽略同為憲法法治國原則『依法』的民主意涵，不正視其鐘擺幅度之調控，正是專業恣意溫床形成的有利條件」。三位大法官之擔憂並非無據，令人感佩。惟如上述，因承認考試機關於憲法上之專業獨立地位，而導致法律保留部分之鬆綁，此僅涉及形式合憲性(法律保留)之審查不依循傳統「立法權與行政權之互動關係」，並非謂考試機關之決定內容即可因此逃避實質合憲性(例如比例原則)之審查。