

## 釋字第 768 號解釋協同意見書

詹森林大法官提出

**壹、服公職權部分：限制「兼具外國國籍者不得擔任以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師」之審查，至少應採中度之審查標準**

針對「兼具外國國籍者不得擔任以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師」(即系爭規定一及二)之合憲性審查，本號解釋採取相當寬鬆之審查標準。多數意見最主要之理由為：公務人員屬憲法第 18 條公職之範圍，代表國家履行公共任務，與國家恆處於特別緊密的忠誠、信任關係，因而國家就「兼具外國國籍者是否適於擔任公務人員」此一問題，應有較大裁量空間(本號解釋理由書第 9 段參照)。

本號解釋認為，公立醫療機構醫師如係以公務人員身分任用，亦屬公務人員任用法所稱之公務人員，依系爭規定一適用系爭規定二之結果，當然即同受一般公務人員有關兼具外國國籍者擔任公務人員之限制。系爭規定二限制兼具外國國籍者擔任公務人員，已經擔任者應予免職，有維護國家與公務人員間之忠誠與信任關係之考量，目的正當。而限制兼具外國國籍者擔任公務人員之手段並非顯然恣意，與該目的之達成間具合理關聯，因此與憲法第 23 條之比例原則無違，並未牴觸憲法第 18 條保障人民服公職權之意旨(本號解釋理由書第 10 段參照)。

從理由書第 9 段及第 10 段可清楚得知，本號解釋認為系爭規定一及二合憲之重要關鍵，在於多數意見選擇相當寬鬆的審查標準，因而讓「兼具外國國籍者不得擔任以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師」的限制，輕易地側身閃過大法官的看守。質言之，系爭規定一及二之合憲性，關鍵毋寧是審查標準的選擇，而本席認為，限制「兼具外國國籍者不得擔任以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師」之審查，至少應採中度。多數意見就此僅採寬鬆之審查標準，是否妥適，不無疑義。

根據醫療法第 3 條之規定，公立醫療機構係指由政府機關、公營事業機構或公立學校所設立之醫療機構。由於其具有獨立之預算、人事編制、組織法規及印信，行政法上多將其定性為行政機關。本號解釋面對的第一個問題是：公立醫療機構之醫師是否即應為公務人員？現行之狀況如何？立法者將醫事人員人事條例中所稱之醫事人員（如主治醫師）劃屬公職範圍又應如何評價？

根據醫事人員人事條例第 8 條之規定，醫事人員除聘用住院醫師外，經依規定先派代理後，應送請銓敘部銓敘審定。換言之，公立醫療機構中之醫師除約聘之住院醫師外，原則上應以公務人員身分任用，屬公務人員任用法所稱之公務人員，基於憲法上服公職之權利，受制度性保障，同時也因其公職身分，受一般公務人員之相關限制。從憲法層次，究竟應如何看待立法者的此等制度安排，仍須回歸憲法對於醫療制度之想像而定。

憲法第 157 條規定：「國家應普遍推行衛生保健及公醫

制度」，儘管何謂憲法所指之「公醫制度」尚無定論，但可以確定的是，我國憲法對國家之於醫療制度的想像毋寧是「積極」的。建立在此一基礎上，本席認為，立法者若本於「大有為」之目的，廣泛地將公立醫療機構之醫師納入「公職」之體系，在規範上仍是說得過去的。

然而，醫師為醫療行為與行使傳統公權力，仍屬有間。立法者廣泛地將此種非典型之公共任務類型（公立醫療機構之醫師）納入公職範圍，固有其正當性，但仍應考量其伴隨而來之身分改變事涉義務與保障，一方面對醫師之影響程度不小，另一方面亦與一般社會對醫療職業之通念有所不同。本席認為，針對系爭規定一及二「限制兼具外國國籍者擔任公務人員，已經擔任者應予免職」，至少應採中度之審查標準。

在中度審查標準下，立法者抽象地對具雙重國籍之本國人連結至「較不忠誠」，非無恣意之嫌。儘管從司法者的角度，很難直接指摘哪些類型之公職人員必然不能以國籍要件來擬制國家與公務人員間之信任關係。然而，至少在醫療領域，鑑於醫療行為通常僅與病患之身體、健康有關；縱使在公共衛生領域，仍難謂醫師之行為與國家忠誠、信任有直接之關聯性。多數意見以系爭規定一及二將公立醫療機構中以公務人員身分任用之醫師，一律推定須「與國家恆處於特別緊密的忠誠、信任關係」為理由，並據此認定限制「兼具外國國籍者不得擔任以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師」之規定，未違反憲法第 18 條保障人民服公職權之意旨，並非毫無問題。

## 貳、平等權部分：消失的「立法不作為」審查

### 一、立法作為義務之討論

本號解釋中，針對系爭規定三及系爭條例未設例外排除限制規定是否違反憲法保障平等權之審查，乃立法不作為（或稱立法怠惰）之審查。在此類審查中，是否構成立法不作為，首先必須檢視憲法是否課予立法者立法或修法的作為義務<sup>1</sup>，而此等判斷當然亦與審查標準的採擇有關。一般而言，倘憲法課與立法的義務越高，則立法者對於「是否」要立法的決定空間越小，反之則越大。在判斷立法義務高低的問題上，歸納而言，學說上的幾個不同的判斷模式分別有：以憲法委託的拘束力強弱出發、從基本權功能的角度切入，以及實現平等權面向的觀察<sup>2</sup>。

本號解釋針對系爭規定三及系爭條例是否違反平等權之審查，先說明差別待遇之區別標準為「職業別」，並交代多數意見之審查標準因「公務員與國家間恆處於緊密的信任關係，國家就兼具外國國籍者是否適任公務人員，以及適任何種類公務人員，享有較大裁量空間」，且職業別未涉可疑分類，採取寬鬆審查。然而就差別待遇之目的及手段目的達成間之合理關聯，多數意見僅說明允許兼具外國國籍者擔任教育人員及公營事業人員各有理由，而未正面論述何以公立醫療機構之人員無需如擔任教育人員及公營事業人員一般。最終以「自難比擬」得出無違反憲法第7條保障平等權意旨之

<sup>1</sup> 陳愛娥，立法怠惰與司法審查，憲政時代，第26卷，第3期，2001年1月，頁44-46。；李建良，立法裁量之憲法基礎理論，台北大學法學論叢，第47期，2000年12月，頁153-241。

<sup>2</sup> 整理自許宗力，淺談立法怠惰，收於氏著，憲法與法治國家行政，2007年1月，頁521-528；陳慈陽，立法怠惰與司法審查，憲政時代，第26卷，第3期，頁3-43；李建良，立法裁量之憲法基礎理論，台北大學法學論叢，第47期，2000年12月，頁153-241。

結論。

本席就寬鬆審查之標準選擇雖可支持，惟對於多數意見未正面論述立法者之作為義務，即以「較大裁量空間」為基礎，得出合憲結論，始終令本席有論證不足之惑。

## 二、本席雖認同系爭規定三及系爭條例與憲法保障平等權意旨無違，惟就差別待遇是否合理之論證，認容有疑義

針對平等原則之立法不作為審查，立法義務之重要判斷指標之一即「立法者是否需透過作為，才能排除違反平等權的情況」。由於平等原則具有「相對性」(Relativität)，違反平等原則所生之違憲狀態，須經由立法者「調整」與「修復」，始能達成公平之境地。因此，具體而言，基於實現平等原則而衍生之立法義務係指，立法者必須透過賦與特定一群人合理之差別「利益」，始能實現平等<sup>3</sup>。

然而，立法者是否需制定法律才能排除違反平等權的情況，除涉及差別對待是否合理，同時也涉及國家政策選擇與資源分配的問題，尚不能一概而論，判斷時當然也會考量區別標準對於相競合之基本權所造成的影響<sup>4</sup>。

本席於結論上固可認同系爭規定三及系爭條例與憲法第7條保障平等權意旨無違，惟就差別待遇是否合理之論證，認多數意見未就立法者有無立法義務論述，即進入「不等者不等之」不免循環論證，甚感可惜。

## 參、結論 — 戒慎恐懼！立法裁量絕非大法官的萬靈丹，更

<sup>3</sup> 陳愛娥，立法怠惰與司法審查，憲政時代，第26卷，第3期，2001年1月，頁45。

<sup>4</sup> 鄭伊玲，論立法不作為之違憲審查，收於氏著，現代憲法的理論與現實——李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集，2007年9月，頁885。

## 非人權捍衛者的安眠藥！

本號解釋之結論，認為醫事人員人事條例第 1 條、公務人員任用法第 28 條第 1 項第 2 款本文及第 2 項，及國籍法第 20 條規定，所導致「兼具外國國籍者不得擔任以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師」之差別待遇，並未違背憲法第 18 條保障人民服公職權及第 7 條保障人民平等權之意旨。其理由，一言以蔽之，即為「立法裁量」。

本席以為，本於權力分立原則，釋憲者進行違憲審查，應尊重立法者之裁量，雖屬當然，但於事涉人民基本權保障時，則應戒慎恐懼，固不應動輒以立法裁量為萬靈丹，然縱採寬鬆審查亦不應空泛論述，當法規瀕臨違憲疑慮時，更不得以立法裁量為安眠藥而安心入睡。簡言之，大法官不應讓立法裁量空間成為限縮基本權保障之藉口。