

## 釋字第 768 號解釋部分不同意見書

許志雄大法官 提出

陳碧玉大法官 加入

本件涉及雙重國籍與服公職權之爭議，解釋客體包含下列規定：

1. 醫事人員人事條例（下稱系爭條例）第 1 條規定：「醫事人員人事事項，依本條例之規定；本條例未規定者，適用其他有關法律之規定。」（下稱系爭規定一）
2. 公務人員任用法第 28 條第 1 項第 2 款本文及第 2 項規定：「（第 1 項）有下列情事之一者，不得任用為公務人員：……二、具中華民國國籍兼具外國國籍。……（第 2 項）公務人員於任用後，有前項第 1 款至第 8 款規定情事之一者，應予免職……。」（下稱系爭規定二）
3. 國籍法第 20 條第 1 項規定：「中華民國國民取得外國國籍者，不得擔任中華民國公職；其已擔任者，除立法委員由立法院；直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）民選公職人員，分別由行政院、內政部、縣政府；村（里）長由鄉（鎮、市、區）公所解除其公職外，由各該機關免除其公職。但下列各款經該管主管機關核准者，不在此限：一、公立大學校長、公立各級學校教師兼任行政主管人員與研究機關（構）首長、副首長、研究人員（含兼任學術研究主管人員）及經各級主管教育行政或文化機關核准設立之社會教

育或文化機構首長、副首長、聘任之專業人員（含兼任主管人員）。二、公營事業中對經營政策負有主要決策責任以外之人員。三、各機關專司技術研究設計工作而以契約定期聘用之非主管職務。四、僑務主管機關依組織法遴聘僅供諮詢之無給職委員。五、其他法律另有規定者。」（下稱系爭規定三）

多數意見達成上開系爭規定均未抵觸憲法之共識，作成本號合憲解釋，為如下之認定：

1. 系爭規定一與法律明確性原則尚屬無違。
2. 系爭規定一及二適用於具中華民國國籍兼具外國國籍之醫師，使其不得擔任以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師，已任用者應予免職之部分，與憲法第 23 條之比例原則無違，並未抵觸憲法第 18 條保障人民服公職權之意旨。
3. 系爭規定三及系爭條例，未就具中華民國國籍兼具外國國籍者，設例外規定，以排除其不得擔任以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師之限制，與憲法第 7 條保障平等權之意旨，尚無違背。

其中，關於認定系爭規定一及二尚未抵觸憲法第 18 條保障人民服公職權意旨之部分，本席就其合憲結論礙難同意，且認多數意見所呈現之視野、觀點及論理，皆有待商榷。又系爭規定三原則禁止雙重國籍者擔任公職之違憲性問題，本號解釋未予論究，徒就系爭規定三及系爭條例未設例外規

定，認與憲法第 7 條保障人民平等權之意旨尚無違背，亦有不足之處。爰提出部分不同意見書。

### 一、解釋之射程問題

本件之爭議焦點，係兼具外國國籍者得否擔任具公務人員身分之公立醫療機構醫師。從憲法上權利之保障及限制著眼，其攸關服公職權及平等權問題，不待贅言；惟案件中「國籍」因素扮演關鍵性角色，在憲法學上，復涉及「人權之主體」或「憲法上權利之主體」項目之課題。大法官審理時，關注對象除具公務人員身分之公立醫療機構醫師外，並應及於一般公務人員，乃至一切公職人員。探討之範圍，不宜侷限於服公職權之平等保障及限制方面，而應擴大視野，儘可能將權利主體有關之事項全盤納入思考，以期周延，避免見樹不見林之偏失。

惟多數意見極力縮小解釋之射程，刻意減低因本號解釋而可能受影響之範圍。此從解釋文及下引解釋理由書之內容可以窺知：「查聲請人係以『醫事人員』之憲法權利遭受侵害為由，聲請解釋。然醫事人員之範圍甚廣，除醫師外，另有中醫師、牙醫師、藥師、醫事檢驗師、護理師……等（系爭條例第 2 條參照）。又公立醫療機構之醫師，包括具系爭條例第 4 條資格而任用並取得公務人員身分之醫師（下稱以公務人員身分任用之醫師）、依聘用人員進用之法律規定所聘用之住院醫師（系爭條例第 9 條及聘用人員聘用條例參照）以及以約用方式聘請之醫師（例如依衛生福利部所屬醫療機

構約用人員進用及管理要點約用者)等。聲請人係以公務人員身分任用之醫師，故本解釋僅以具公務人員身分之醫師為解釋範圍，合先敘明。」依理，本號解釋既為合憲解釋，對現行法制及實務不至造成衝擊，應無過於謙抑節制之必要。多數意見所以如此戒慎恐懼、戰戰兢兢，似乎擔心解釋範圍若加大，及於非以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師或其他公職，會有未盡妥適之處。其中，隱然蘊含不安之感。

本席認為，多數意見以聲請人本身之醫師進用方式為由，將解釋範圍限縮在以公務人員身分任用之醫師，固非無據。然公立醫療機構之醫師，依其他方式進用者更多，而且醫事人員之種類及人數不少，同為系爭條例之適用對象，亦有是否依系爭規定二或三，雙重國籍者不得擔任之疑義。尤其，系爭規定三明定原則上雙重國籍者不得擔任公職，實乃問題癥結之所在，多數意見採取鋸箭法，略而不談，不免有避重就輕之嫌，愈發引起雙重國籍者不得擔任公職原則之違憲疑慮，並導致本號合憲解釋之合理性受到質疑。

## 二、國籍與憲法上權利之主體

近代憲法之權利保障體系係以國民國家構造為前提，基於此一理解，「國民」為憲法上權利之主體，自屬當然。惟理念上，人權乃個人與生俱來、身為人當然享有之權利。對於不是「國民」之「人」，亦即外國人（不具有我國國籍者，含無國籍者），尤其是居住於主權國家領域內之外國人，其權

利問題，憲法不能漠不關心<sup>1</sup>。如今，僅少數論者採取消極、否定立場，主張憲法存在於國家與國民之間，而外國人並非憲法直接規定之對象，因此不具權利主體性。憲法學多數說則主要以人權之固有性及普遍性為論據，採取積極、肯定之立場，承認外國人具有人權之主體性。憲法保障之權利，凡性質上有適用之可能者，外國人亦享有之。問題是外國人受保障之權利範圍及程度為何，猶待具體判斷。總之，時至今日，憲法學已從探討憲法人權保障條款於外國人是否亦有適用之時代，推進至應具體究明何種人權於何種程度外國人亦受保障之時代<sup>2</sup>。嚴格言之，這種演變趨勢與雙重國籍者之服公職權並無直接關聯，但對本件而言，其蘊含之意義與精神具有啟示作用，頗堪吟味。

向來外國人不受保障之權利，以參政權、社會權及入國自由最具代表性。其他自由權、平等權及受益權，外國人享有之，但其保障之程度及界限未必與國民完全相同<sup>3</sup>。事實上，就立憲國家之實務觀之，無論參政權、社會權或入國自由皆已出現變化，朝外國人在一定條件下亦受保障之方向發展。學說更是推陳出新，擴大保障外國人之主張儼然成為一種潮流<sup>4</sup>。本席認為，此乃人權普世價值觀念之反映，值得重視。

---

<sup>1</sup> 樋口陽一著，憲法，創文社，1992年，頁170。

<sup>2</sup> 芦部信喜著，憲法學II，有斐閣，1994年第1版第2刷，頁124。

<sup>3</sup> 芦部信喜著、高橋和之補訂，憲法，岩波書店，2005年第3版第7刷，頁90-94。

<sup>4</sup> 關於外國人是否具有憲法上權利之主體性，傳統無論消極（否定）說或積極（肯定）說，均採「國民國家典範」，認國民為國家之構成員、主權之主體；因國籍為判別國民與外國人之標識，而人權主體又與主權主體息息相關，故探討人權主體時，莫不以國籍為主要考量因素。近來不少論者超脫「國民國家典範」，改採「國民國家相對化典範」，強調全球化時代國家主權相對化，思考人權主體時，不應拘泥於國籍因素，甚至應與國籍切割，而重視「居留」、「永久居留」或「市民主權」等因素，藉以體現人權之價值。兩種典範下之主張，又可區分為多種類型，詳參中谷實著，外國人之人權—7つのアプローチと2つのパラダイム，ジュリスト第1244號，2003年5月，頁158以下。本席認為，當代國家呈現相對化走向，固為不爭之事實，但國民國家所承擔之任務，特別是作為個人權利保障者之角色，不僅沒有消失，恐怕還有增無減。詳參許志雄著，

以參政權為例，其為國民參與自己所屬國家政治之權利，性質上原本國民方能享有，故選舉罷免等權利不及於外國人。惟地方自治團體與住民之生活關係最為密切，若於地方層級之選舉，承認具永久居留權（資格）之外國人享有選舉權，應無不可（容許說）。服公職權固屬廣義之參政權，但與選舉權等狹義之參政權有異，尤其公職之種類繁多，未必與國家政策之形成或公權力之行使有關，故無外國人禁服一切公職之道理。至少調查性、諮詢性、技術性或教育性之公職，與公權力之行使無涉，或對國家政策少有直接之影響，似可考慮容許具永久居留權（資格）之外國人擔任。

如上所述，當代立憲國家對外國人權利之保障日漸強化。惟不可諱言，以國民國家或主權國家為前提而建構之民主立憲體制下，論辯憲法上權利議題時，必然會就國家之真正構成員（國民）與非真正構成員加以劃分；兩者之間，其憲法上權利保障之範圍及程度出現差異，殆難避免<sup>5</sup>。一般外國人不是國家之構成員，具有永久居留權之外國人，亦非國家之真正構成員。關於精神自由、人身自由、經濟自由、受益權及平等權，外國人即使受保障，仍難與國民等量齊觀，一般只要具合理之理由，即可予以限制，或為差別待遇<sup>6</sup>。至於參政權、社會權及入國自由，通常僅在法律容許之範圍內，外國人方能享有，服公職權亦然。

---

憲法秩序之變動，元照，2010年2版，頁159-165。尤其，我國處境特殊，國家定位及認同猶待建立與鞏固，無寧更應正視且肯認國民國家之重要性。因此，採取「國民國家典範」，依通說見解，承認外國人之權利主體性，並按照各種權利之性質、外國人之類型（國籍非唯一因素，如有無居留權、是否具難民身分，該國與我國之關係如何，皆宜納入考量），認定外國人是否受保障，以及保障之程度，較為允當。

<sup>5</sup> 柳井健一著，外國人の人權—權利性質說の再検討，收於愛敬浩二編「(講座 人權論の再定位 2) 人權の主體」，法律文化社，2010年，頁175。

<sup>6</sup> 柳井健一著，同註5，頁166。

雙重國籍者儘管兼具其他國家之國籍，仍係我國國民，為國家之真正構成員，不能定位為外國人。雙重國籍之國民應與其他國民同享主權者及人權主體之地位，乃理所當然之事。凡一般國民受憲法保障之權利，雙重國籍者亦享有之。容或基於某種特殊考量，對雙重國籍者之權利加以限制，並非全然不可，但仍應注意限制之程度，不能因限制之結果，致使雙重國籍者實質喪失國家真正構成員之地位，否則將構成違憲。本件系爭規定限制雙重國籍者之服公職權，合憲與否，此為關鍵所在。

### 三、服公職權之限制及違憲審查

憲法第 18 條規定人民有服公職之權利，其所稱公職，涵義甚廣，凡各級民意代表、中央與地方機關之公務人員及其他依法令從事於公務者皆屬之（本院釋字第 42 號及第 764 號解釋參照）。公職之種類繁多，性質不一，立法者建構服公職權相關制度時，具有廣泛之政策形成空間。釋憲機關就其法律進行合憲性審查時，自應對立法者之決策保持適度之尊重，原則上採取較寬鬆之審查立場。惟立法之政策形成或立法裁量仍有界限，譬如憲法本身就法制度之基本原則已有設定，立法者於決定制度之具體內容時，即不得違背該基本原則。又立法所為之限制，涉及服公職權之本質時，亦應採取較嚴格之審查基準。

按服公職權兼具工作權、參政權及平等權之性質，爰要求國家應建立平等保障人民依法令從事公務之工作權之制度（本院釋字第 491 號解釋參照）。是平等為服公職權之本質內涵，亦為立法者形成相關制度時必須遵守之基本原則，若

有違反，即屬服公職權之侵害，構成違憲。本件系爭規定對雙重國籍者擔任公立醫療機構醫師乃至其他公職之限制，攸關國民平等服公職之問題，已涉及服公職權之剝奪，屬服公職權之本質性及基本原則問題，允宜採取較嚴格之審查基準。

惟解釋理由書稱：「依公務人員任用法任用之公務人員，屬憲法第 18 條公職之範圍，其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，因此國家就兼具外國國籍者是否適於擔任公務人員，應有較大裁量空間。其限制之目的如屬正當，且其手段與目的之達成間具有合理關聯，即不至於違反比例原則。」「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，亦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，已任用者應予免職，有維護國家與公務人員間之忠誠與信任關係之考量，目的洵屬正當。其限制兼具外國國籍者擔任公務人員之手段亦非顯然恣意，難謂其與該目的之達成間，無合理關聯。系爭規定二依系爭規定一適用於兼具外國國籍之醫師，使其不得擔任以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師，已任用者應予免職之部分，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。」多數意見顯然採取寬鬆之審查基準，徵諸前述，難謂妥適。再者，多數意見將國籍與忠誠掛勾，直接懷疑或否定雙重國籍國民之忠誠，失諸武斷。況忠誠之概念模糊、廣泛，且攸關個人之思想及信念，普遍用於公務人員任用法所稱公務人員乃至其他公職人員適任性之考量



因素，既非允當，亦有侵害個人內在精神自由之虞<sup>7</sup>。此外，非以公務人員身分任用之公立醫療機構醫師，以及其他非依公務人員任用法任用之公職人員，其與國家之關係如何？有無忠誠之要求？有關審查基準為何？多數意見未置一詞，留下難解之疑團。

尤有甚者，國民僅因具有外國國籍，即全面剝奪其服公職權，無異於將雙重國籍者視同外國人、非國家之真正構成員，實難通過國民主權原理之檢驗。本席認為，依國民主權原理，凡國民皆有參與國家政治過程之權利，部分公職（如外交人員）因職務性質特殊，於理由充分之前提下，例外限制雙重國籍者擔任，尚無不可。惟系爭規定三規定，雙重國籍者原則上均不許擔任公職，少數公職方例外排除限制，容許擔任。其將「原則允許—例外禁止」模式轉換成「原則禁止—例外允許」，已嚴重背離國民主權原理。回到人權領域，這不但屬人權各論內之服公職權及平等權問題，更是人權總論內之人權主體問題。茲事體大，豈容寬鬆審查，讓系爭規定輕騎過關？

---

<sup>7</sup> 過去美國實施 Loyalty Order（1947 年杜魯門總統發布之行政命令），要求聯邦政府人員對政府忠誠；其經調查後認定欠缺忠誠者，予以解職。這種忠誠調查與思想良心自由正面衝突，且調查之範圍廣泛，危及其他相關人士之自由權利，備受批評，可為殷鑑。