

# 司法院釋字第七三〇號解釋抄本



司法院公布令	1
解釋文及解釋理由書	1
李大法官震山提出之協同意見書	3
黃大法官茂榮提出之協同意見書	10
羅大法官昌發提出之協同意見書	12
蘇大法官永欽提出之部分協同部分不同意見書	18
陳大法官新民提出之部分協同部分不同意見書	31

\*\*\*\*\*  
**解 釋**  
\*\*\*\*\*

**司 法 院 令**

發文日期：中華民國 104 年 6 月 18 日

發文字號：院台大二字第 1040016638 號

公布本院大法官議決釋字第七三〇號解釋

附釋字第七三〇號解釋

院長 賴 浩 敏

司法院釋字第七三〇號解釋

**解 釋 文**

學校教職員退休條例施行細則第十九條第二項有關已領退休（職、伍）給與或資遣給與者再任或轉任公立學校教職員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休（職、伍）基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過同條例第五條及第二十一條之一第一項所定最高標準為限之規定，欠缺法律具體明確之授權，對上開人員依同條例請領退休金之權利，增加法律所無之限制，侵害其受憲法第十五條保障之財產權，與憲法第二十三條法律保留原則有違，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。

**解釋理由書**

人民之財產權應予保障，憲法第十五條定有明文。公立學校教職員依學校教職員退休條例（下稱系爭條例）請領退休金之權利，乃屬憲法保障之財產權。對上開權利加以限制，須以法律定之或經立法機關具體明確授權行政機關以命令訂定，始無違於憲法第二十三條之法律保留原則（本院釋字第四四三號、第四八八號解釋參照）。系爭條例施行細則第十九條第二項規定：「前項人員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休（職、伍）基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過本條例第五條及第二十一條之一第一項所定最高

標準為限……。」（下稱系爭規定）係限制同條第一項所指已領退休（職、伍）給與或資遣給與者再任或轉任公立學校之教職員，依系爭條例請領退休金之權利，自應經法律具體明確授權始得定之。

系爭條例第五條第二項前段規定：「一次退休金，以退休生效日在職同薪級人員之本薪加一倍為基數，每任職一年給與一個半基數，最高三十五年給與五十三個基數。」同條第三項前段規定：「月退休金，以在職同薪級人員之本薪加一倍為基數，每任職一年，照基數百分之二給與，最高三十五年，給與百分之七十為限。」其立法意旨係為規定退休金計算之基數，並受三十五年最高退休金基數之限制，惟未明確規定對於何種任職年資應予採計、退休後再任公立學校教職員之再任年資是否併計等事項。另系爭條例第二十一條之一第一項規定：「教職員在本條例修正施行前後均有任職年資者，應前後合併計算。但本條例修正施行前之任職年資，仍依本條例原規定最高採計三十年。本條例修正施行後之任職年資，可連同累計，最高採計三十五年……有關前後年資之取捨，應採較有利於當事人之方式行之。」其立法意旨係為配合該條例第八條有關公立學校教職員退休金制度之變革，解決公立學校教職員於新制施行前後均有任職年資，其年資如何計算之新舊法適用問題，乃明定其修法前後年資應合併計算，惟亦未明確規定公立學校教職員重行退休年資應與前次退休年資合併計算最高採計三十五年。又系爭條例第十四條規定：「依本條例退休者，如再任公教人員時，無庸繳回已領之退休金；其退休前之任職年資，於重行退休時不予計算。」於公立學校教職員依法退休後再任公立學校教職員之情形，係採取分段方式計算任職年資，仍未明確規定公立學校教職員重行退休年資應與前次退休年資合併計算其年資之最高標準。

系爭條例第十四條僅規定退休前之任職年資與再任年資應分別計算，且同條例第五條第二項前段、第三項前段及第二十一條之一第一項均不能作為系爭規定之授權依據，而系爭條例施行細則又僅係依據同條例第二十二條概括授權所訂定，是系爭規定欠缺法律具體明確授權；且無從依系爭條例整體解釋，推知立法者有意授權主管機關就再任或轉任公立學校教職員重行退休年資是否合併計算其最高退休年資之事項，以命令為補充規定。系爭規定就再任或轉任公立學校教職員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休（職、伍）基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過系爭條例第五條及第二十一條之一第一項所定最高標準為限，對其退休金請求權增加法律所無之限制，侵害其受憲法第十五條保障之財產權，自與憲法第二十三條法律保留原則有違。

為實踐照顧退休公立學校教職員之目的，平衡現職教職員與退休教職員間之合理待遇，有關退休後再任公立學校教職員之重行退休制度，其建構所須考量之因素甚多，諸如任職年資採計項目與範圍、再任公立學校教職員前之任職年資是否合併或分段採計、如何避免造成相同年資等條件之再任公立學校教職



從「服公職權」轉換為「財產權」，均有再闡明的必要，爰提本意見書，敬供參考。

### 壹、本件解釋與本院釋字第六五八號解釋大多重複，原因有多端。相關制度與思維若不更迭，類似浪擲並虛耗國力的戲碼，將一再重演

本院曾於民國九十八年四月十日作成釋字第六五八號解釋，認不應以法規命令（按指：公務人員退休法施行細則第十三條第二項規定（註二））規範重行退休年資計算事項，並認該細則：「欠缺法律具體明確授權；且其規定內容，並非僅係執行公務人員退休法之細節性、技術性事項，而係就再任公務人員退休年資採計及其採計上限等屬法律保留之事項為規定，進而對再任公務人員之退休金請求權增加法律所無之限制，與憲法第二十三條法律保留原則有違，應自本解釋公布之日起至遲於屆滿二年時失其效力。」主管機關因而提案修法，並於民國九十九年八月四日修正公布公務人員退休法第十七條第二項，明定「再任公務人員」之退休年資應「合併計算」前後服務年資。（註三）但這只是「頭痛醫頭」之舉措，因為完全比照該遭違憲宣告細則而規定之學校教職員退休法施行細則第十九條第二項並未同步修正，（註四）且續為教育主管機關執法及行政法院審判的依據，因而引起爭議。釋憲聲請人於提起復審、行政訴訟經判決駁回確定後，同樣內容的細則再度成為釋憲客體。推一下才動一下的本位被動心態下，爭議究將伊于胡底！

針對上述是非，依素樸的法感也不難判斷，卻仍勞動本件解釋依本院釋字第六五八號解釋之樣畫葫蘆，縱然葫蘆裏的膏藥已被抽換，解釋的結果仍然相同，復指摘該施行細則之規定：「對退休金請求權增加法律所無之限制，侵害其受憲法第十五條保障之財產權，自與憲法第二十三條法律保留原則有違。」何以會陷於如此既擾民又浪擲社會成本、虛耗國力的窘境，顯然在司法制度下存在著一部「權力絞肉機」，不容分辯地執行一貫的威權。而該機器早在有關公務人員退休金釋憲之本院釋字第一八七號及第二〇一號解釋就發過威，即「甲判例被宣告不再援用，那就援用與甲判例意旨雷同的乙判例，你奈我何」之案。（註五）針對此種狃於寧願維繫既有不正法秩序，吝於追求法實質正義的思考慣性痼疾，本席向來就不以為然，亦曾多次為卸除「共犯結構」的道德愧咎表明立場，（註六）奈何猶如犬向空山吠，此次再鳴不平，也只能求得內心短暫的寧謐。

單就違憲審查而言，若只在形式上宣告命令違反法律保留原則而違憲，並未另再具體指出其內容有何實質違憲之處，亦是造成前述糾結的重要原因之一，因為主管機關往往原封不動地將命令挪移到法律，其他一切照舊，船過水無痕。有鑑於此，本院釋字第六五八號解釋在解釋理由書末段就有相當的提醒，（註七）表面上是尊重立法形成自由，實質上有違憲警告

之意，惟該論知並未受到正視。其原因可能是出自，不同的法令主管機關各自為政，彼此不便越俎代庖，乃至不擅於共採包裹方式提出法律修正案，藉以同步修改相關法令，畢其功於一役。公權力缺乏憲法整全性理念在先，對釋憲效果不尊重在後，機關相互間職務協助精神不足，常生割裂適用法律的矛盾現象，也就見怪不怪。（註八）若需大開大閤，實有針對基本權利保障事件，慎重考慮引進德國「憲法訴願」（Verfassungsbeschwerde）制度的必要性。（註九）就以本件解釋為例，透過「憲法法院」方有可能針對原因案件爭議問題的總源頭，（註十）包括「三十年或三十五年退休年資上限」；「基本權利主體的定位」，例如：服務於公立學校的工友、未具公務人員任用資格的學校職員、經國家考試及格任用之學校職員、學校教師等；以及公營事業員工轉任公務員或教職等有關服公職權保障範圍之憲法爭議問題，直搗黃龍地表示違憲審查者的見解，以彌補專業法院習依「法律」審判而非依「憲法」審判所產生的漏洞，標本兼治地解決問題，以免人民在司法分工的空泛預設下，機關間互踢皮球，致所有風險皆加諸在事件當事人身上的不公現象一再發生。（註十一）

## 貳、針對本件解釋未附理由地將應保障的基本權利從「服公職權」抽換為「財產權」，「承先」之餘究能發揮多少「啟後」的功效，本席甚感懷疑

在「特別權力關係」理論昂揚而暢行無阻的年代裏，就公務人員請領退休金爭議釋憲案，本院釋字第一八七號與第二〇一號解釋，憑藉「有權利即有救濟」的法理，矢志突破「禁止公務人員司法救濟」的桎梏，而僅概括指稱：「公務人員依法辦理退休請領退休金，乃行使法律基於憲法規定所賦予之權利」。前輩大法官在解嚴前，憲法保障人權之理論與實務相對貧乏的環境下，能因陋就簡先求有「訴訟權」再求基本權利保障體系化的策略，縱未指明依附「訴訟權」所應保障之權利屬性，已屬難能可貴而瑕不掩瑜，並不會動搖本席對該等解釋在釋憲史上正面評價的定見。解嚴之後，本院方於釋字第二六六號解釋補充指出，公務人員請領退休金的限制「影響人民之財產權」，並於該號解釋出現「服公職權」與「財產權」雙軌併列的情形，已可觀察到公務員權益保障春風解凍的跡象。（註十二）至就「降低原擬任官等」事件同時涉及公務員身分保障與薪資給付多寡的情形，本院釋字第三二三號及第三三八號解釋，則一併以「於其憲法所保障服公職之權利有重大影響」含括之，有效擴大公務人員權利保障空間。到了公務人員脫離「義務凌駕並淹沒權利」而跨入「後特別權力關係」的時代，本院釋字第四八三號解釋開始引進「憲法上服公職權利所受制度性保障」，並於釋字第五七五號解釋稱：「憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。」釋字第六〇五號、第六五八號解釋隨後跟進。

該種演變趨勢，很明顯地將公務員權利保障由點擴大至面、由個案隨機轉變成通案制度、使服公職保障部分客觀功能主觀化，而將公務人員法制改革推到浪頭上，居功厥偉。

於上述期間，在釋憲者理據的奧援下，各界同步開展軍、公、教、公營事業員工、技工、工友等之服公職權權利主體定位工作，以及公務員定義的分殊化、服公職權保障範圍的精確化，填補國家功能快速遞嬗所生法制不備之空隙。該正面而蓬勃的發展，確有助於公法領域中公務員法制脈絡化、體系化的建立，而「公務人員保障法」的制定及「公務員懲戒法」的修訂，皆與此發展趨勢有密切關係。豈料，本件解釋多數意見倏然以「財產權」取代「服公職權」作為審查對象，回到「特別權力關係」時的原點，不顧多年累積成果，未體察情勢變更、保障意識高漲的人權內涵理論專精化現況，大有捨棄原有方向而另起爐灶分道揚鑣之勢。長期奮進的努力若戛然止於本件解釋，「服公職權」將分別被財產權、生存權、工作權、人格權、人性尊嚴等零碎化，而有歸於無形之虞。大多數同仁率然的決定，除令本席有「今是昨非」的現實錯愕感受外，亦曾一度陷入「眾人皆醒我獨醉」的自我困惑之中。復經努力思索，仍找不到合理的憲法理論，說服自己去同意多數意見。

憲法第十五條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」第十八條規定：「人民有應考試服公職之權。」暫且不論「服公職權」是否需以「應考試權」為前提的爭議問題，茲就「服公職權」保障範圍所及的「身分保障權」言，是與工作權及其內含的職業選擇自由本質無異；至就「服公職權」所保障的俸給、退休金給與等權，則與生存權、財產權內涵難有重大區別。顯見，憲法第十八條的服公職保障若失去第十五條的生存、工作、財產等核心內涵，將成有體無魂的空洞規定。由此推知，憲法第十八條是具問題意識地在一般人民之外，特別為與國家產生公法上職務忠誠關係，而衍生國家對公職人員生活照料義務所特設的規定，並使「服公職權」與「財產權」產生競合。重點是於違憲審查時，究應將何者列為優先審查對象，自應有所本，其標準與要件並非不論因果而可隨興拈來。（註十三）

茲參考德國 Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger 兩位教授合著，具指標意義的國家法（Deutsches Staatsrecht）教科書第三十二版，於論及基本權利競合（Grundrechtskonkurrenz）時，舉出甚多德國聯邦憲法法院見解為佐證後，認為應優先審查「特別基本權利」（spezielles Grundrecht），並就如何分辨「特別」（Spezialität）要件，借用刑法學的競合理論；即當一基本權利的構成要件，含括另一基本權利的構成要件，尚還存立其他構成要件時，則屬特別基本權利。（註十四）據此，「服公職權」相對於「財產權



」，即具有「特別」性質無疑。再就解釋實益言，單從財產權切入之審查，既不能突顯出服公職權的特色，只會予人不願面對權利主體區辨困難致生駝鳥心態的印象。更有甚者，本件解釋針對「財產權的保護範圍及限制」毫無著墨，說服力自不可能憑空獲得。反之，若從服公職權切入，除不會遺漏財產權的審查外，更將細緻化財產權在公務人員領域應有的保障範圍及限制界限，審查態度毋寧是積極審慎且負責的。何況本件釋憲聲請人之一，併同主張生存權、財產權與尊嚴受有侵害，而另一件之聲請人則始終陳明其憲法上所受侵害之基本權利，是「憲法第十八條服公職權所衍生之退休金請求權」，審查相需相成的基本權利，實不容刻意擇一或任意割裂，而是在擇定優先順序後兼籌並顧。立異並不足以鳴高，又何需劃地自限若此，實令本席費解不已！

### 叁、結論

以宇宙天體運轉為喻，繁多「釋字」依其重要性，分別扮演不離天體運行軌道的行星、衛星、慧星等角色，共同環繞在憲法這顆恒星下互串為星系。若個別星體運行被外力吸引而偏離軌道，將成為快速殞落的流星，吾人只能遺憾地欣賞其一時的閃爍。釋憲理論若依循在基礎紮實及說服力足夠的憲法軌道上，解釋的成案經得起時間考驗的機率就愈大。惟本件解釋並未交代或著墨任何理由，就以「財產權」取代「服公職權」，並刻意刪除有關「細節性、技術性事項」的說理，（註十五）其所生輕率轉變的示範作用，難保不會因大法官成員變更而使前後解釋再變動不羈，若反覆偏離憲法常軌而遭致「大法官解釋像月亮，初一、十五不一樣」之譏評，對釋憲公信力毋寧又是一種斷喪。凡走過必留下痕跡，本席向來不敢小覷表面上水波不興的釋憲案，因為洶湧的暗潮就是逐案累積而成！

註一：民國 99 年 8 月 4 日修正公布之現行公務人員退休法第 29 條第 1 項規定：「公務人員在退撫新制實施前、後均有任職年資者，應前、後合併計算。但退撫新制實施前之任職年資，仍依原規定標準最高採計三十年。退撫新制實施後之任職年資，可連同併計，最高採計三十五年。任職年資逾三十五年者，其前、後年資之採計由當事人取捨。」民國 97 年 8 月 6 日修正公布之公務人員退休法第 16 條之 1 第 1 項規定：「公務人員在本法修正施行前後均有任職年資者，應前後合併計算。但本法修正施行前之任職年資，仍依原法最高採計三十年。本法修正施行後之任職年資，可連同累計，最高採計三十五年。有關前後年資之取捨，應採較有利於當事人之方式行之。」

註二：公務人員退休法施行細則第 13 條第 2 項規定：「前項人員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休（職、伍）金基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過本法第六條及第十六條之一第一項所定最高標準為限，其以前退休（職、伍）或資遣已達最高限額者，不再增給，未達最高限額者，補足其差額。」

註三：公務人員退休法第 17 條第 2 項規定：「曾依本法或其他法令辦理退休（職、伍）、資遣、離



(免)職退費或年資結算核發相當退休、資遣或離職給與之公務人員、公立學校教育人員、公務人員、公營事業人員、民選首長及中華民國八十四年七月一日以後轉任之軍職人員與其他公職人員，於再任或轉任公務人員並依本法重行退休、資遣之年資，連同以前由政府編列預算支付退休(職、伍)金、資遣給與、離(免)職退費或辦理年資結算給與之年資合併計算，以不超過第九條及第二十九條所定最高採計年資為限。」

註四：學校教職員退休條例施行細則第 19 條第 2 項規定：「前項人員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休(職、伍)基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過本條例第五條及第二十一條之一第一項所定最高標準為限，其以前退休(職、伍)或資遣已達最高限額者，不再增給，未達最高限額者，補足其差額。」

註五：釋字第 187 號解釋指出：「公務人員依法辦理退休請領退休金，乃行使法律基於憲法規定所賦予之權利，應受保障。其向原服務機關請求核發服務年資或未領退休金之證明，未獲發給者，在程序上非不得依法提起訴願或行政訴訟。本院院字第三三九號及院字第一二八五號解釋有關部分，應予變更。行政法院五十年判字第九十八號判例，與此意旨不合部分，應不再援用。」依行政法院當時審判實務見解，該解釋中宣告「不再援用之判例」，並不能當然擴及與該判例內容雷同之其他判例，因而可再援用內容實質違憲的判例。本院釋字第 201 號解釋乃進一步指出：「公務人員依法辦理退休請領退休金，非不得提起訴願或行政訴訟，經本院釋字第一八七號解釋予以闡釋在案。行政法院五十三年判字第二二九號判例前段所稱：『公務員以公務員身分受行政處分，純屬行政範圍，非以人民身分因官署處分受損害者可比，不能按照訴願程序提起訴願』等語，涵義過廣，與上開解釋意旨不符部分，於該解釋公布後，當然失其效力。」其實，肩負確保行政機關合乎憲政秩序行政職責的行政法院，並非不得就違憲的命令逕予排斥不用，本院釋字第 137 號、第 216 號、第 407 號等解釋參照。

註六：針對該種「法安定性」優於「法正義」理念支配下的產物，本席曾在本院相關解釋所提之意見書中，一再指摘其為不妥。尤其是最近所作的釋字第 720 號、第 725 號、第 728 號等解釋。

註七：其稱：「為實踐照顧退休公務人員之目的，平衡現職公務人員與退休公務人員間之合理待遇，有關退休後再任公務人員之重行退休制度，其建構所須考量之因素甚多，諸如任職年資採計項目與範圍、再任公務人員前之任職年資是否合併或分段採計、如何避免造成相同年資等條件之再任公務人員與非再任公務人員之退休給與有失衡之情形、是否基於整體公務人員退休權益之公平與國家財政等因素之考量而有限制最高退休年資之必要等，均須相當期間妥為規畫，並以法律或法律具體明確授權之法規命令詳為規定。相關機關至遲應於本解釋公布之日起二年內，依本解釋意旨，檢討修正公務人員退休法及相關法規，訂定適當之規範。屆期未完成修法者，上開施行細則第十三條第二項失其效力。」

註八：茲以與本件解釋原因案件有關的學校教職員任用資格問題為例，本院釋字第 275 號與第 405 號解釋均明確指出：「未經考試及格之職員僅得在原學校任職」，並宣告教育人員任用條例第 21 條第 2 項「並得在各學校間調任」之規定違憲。迄今已逾 19 年，該規定並未修正，不知在這段長期間內，相關機關如何適用已遭違憲宣告之法律而行政或審判，委實難以想像。

註九：德國人民提起憲法訴願的依據為聯邦憲法法院法第 90 條規定：「任何人得主張，其基本權利

或在基本法第二十條第四項、第三十三條、第三十八條、第一百零一條、第一百零三條及第一百零四條所規定之權利，遭受公權力侵害，而向聯邦憲法法院提起憲法訴願。（第1項）對於上述侵害如有其他法律救濟途徑時，僅於其他法律救濟利用之途已窮時，始得提起憲法訴願。在未用盡其他法律救濟途徑前提起憲法訴願，如具有普遍重要性，或因訴願人如先遵循其他法律救濟途徑時，將遭受重大或無法避免之損害時，聯邦憲法法院亦得立即加以裁判。（第2項）依據邦憲法規定，向邦憲法法院提起憲法訴願之權利，不受影響。（第3項）」我國是否應引進類似「憲法訴願」制度，向來有贊成與反對見解，且理由各異。不可諱言的是，若為人民基本權利保障的周延性與有效性，是引進該制度的「光」，但相對地大大增加司法負荷則是它的「影」，但可以肯定的是，要落實司法為民爭取人民信賴，而同時又要減輕司法負擔，恐怕需要大智慧。無論如何，是否引進德式「憲法訴願」的深入本土化學術研究，應受官方積極鼓勵，以免錯失時機。

註十：本件解釋原因案件係2案併同審理，其中1件係聲請人從民國46年10月8日至74年3月10日任公立學校工友職務計27年5個月，領取退職金後再任職同校編制內職員，迄98年1月16日辦理屆齡退休年資共計23年9月餘。聲請人深信在為學校奉獻一生，可在年老時依學校教職員規定辦理退休，以月退休金供給退休後之基本經濟需求，豈知因法令變更及相關函釋類推適用，致使服務23年9個月後卻只能以7年6個月之年資辦理一次退休金。與該聲請人情形雷同之另一案件，當事人於提起復審救濟時，吳登銓、林昱梅、程明修三位公務人員保障暨培訓委員會委員，曾針對「本件復審人曾任工友之服務年資，多數意見認為應併計復審人再任公務人員年資，受退撫制施行前最後採計30年，前後合併最高採計35年規定之限制，復審人無法領取月退休金，僅得核給一次退休金15個基數，於法尚無違誤，應予維持。」之復審決定提出不同意見書。其係基於公務人員之照顧原則（Alimentationsprinzip）及平等原則，認為復審人無法享有領取月退休金之權利，「本會多數意見對本件復審案予以無理由駁回，容有法理未洽之處」，相關論理值得參考，詳見公務人員保障暨培訓委員會96公審決字第730號復審決定書，刊載，《考試院公報》，第27卷第6期，97年7月30日，第39-46頁。經併案審理之另1件則與首件情形類似，差別主要在於係由公營事業單位轉任教職之年資併計受有限制。聲請人並於聲請書中特別提及，最高行政法院95年判字第875號判決，針對由事業單位轉任公務員年資併計問題，勇於面對爭議解決問題令人讚佩，該判決直陳：「限制其最高年資，……，已逾越法律授權訂定施行細則之必要範圍，損及再任公務人員重行退休時之權益，本院於審判案件時，自不受上開施行細則規定之拘束。」且年資併計上限事項，「核屬立法政策事項，涉及再任公務人員請領退休金之權利，似應由法律定之，以符法制。」亦值參考。由上可見，行政救濟機關並非沒有問題意識，但能本於權責於個案爭議中保障人民基本權利者，鳳毛麟角。

註十一：本席曾於本院釋字第682號解釋部分不同意見書（與許玉秀、陳春生大法官共同提出）之註3與註6，以及釋字第690號解釋不同意見書（與林子儀大法官共同提出）之「叁、一」處，表示贊同「憲法訴願」制度之意。此外，尚可重述本席於本院釋字第705號解釋協同意見書結語中的一段話表明心跡：「綜上，在類似釋憲案件中，違憲審查者明晰的憲法意識，以及

維護憲法價值的熱忱，益顯重要；若只冷漠地隱身於『司法分工』的保護傘下，尊重向來就鮮少積極審查命令是否違反法律或不常表示深刻憲法意旨的行政法院見解，久而久之，在河水不犯井水的心態下所形成的三不管地帶，正是成為人民對釋憲者失望，連帶流失對司法信賴所寄存之處，這些作為與態度的是非功過，都將靜待歷史作最後的裁判。」

註十二：釋字第 266 號解釋：「依公務人員考績法所為之免職處分，因改變公務員身分關係，直接影響人民服公職之權利，……惟公務人員基於已確定之考績結果，依據法令規定為財產上之請求而遭拒絕者，影響人民之財產權，參酌本院釋字第一八七號及第二〇一號解釋，尚非不得依法提起訴願或行政訴訟，行政法院四十八年判字第十一號判例與上述意旨不符部分，應不再援用。」

註十三：本席曾於本院釋字第 715 號解釋部分不同意見書之「叁、一」處，認為應以職業選擇自由而非服公職權作為保障依據，因該號解釋係針對國軍志願役專業預備軍官預備士官班考選簡章之應考資格限制，報考人尚未進入國軍訓練或教育體系，難謂已受服公職權保障，但卻當然受職業選擇自由保障。本院釋字第 626 號解釋就警大招生簡章，亦係以平等受教育權為保障依據，並未認為尚未進入警大之報考人受服公職權保障。本件聲請人情形不同，既已擔任公職，又涉及公職年資併計與請領退休金問題，自應以服公職權為違憲審查之依據。

註十四：相關原文載於該書（2008 年）第 203 頁：「Spezialität eines Grundrechts liegt vor, wenn das speziellere Grundrecht alle Tatbestandsmerkmale eines allgemeineren Grundrechts enthaelt und zudem noch mindestens ein weiteres Tatbestandsmerkmal aufweist」；「Spezialität eines Grundrechts in einem weiteren Sinn liegt auch dann vor, wenn das speziellere Grundrecht nicht generell, aber im Einzelfall die Tatbestandsmerkmale eines allgemeineren Grundrechts mit umfaßt.」

註十五：針對此點，本席曾於本院釋字第 682 號解釋意見書（與許玉秀、陳春生大法官共同提出）中指出，「司法自抑或司法恣意」僅是一線之隔，同時亦表明「人權保障遇到權力分立」時，制衡因素的重要性。另於釋字第 705 號解釋協同意見書則表示，對法律保留背後的憲法根本問題不能視而不見，因為「只有真誠面對憲法問題，方能蓄積根本解決問題的能量」，立場已經非常清楚！

## 協同意見書

黃茂榮大法官 提出

關於再任公立學校教職員重行退休年資計算案，本號解釋以：「學校教職員退休條例施行細則第十九條第二項有關已領退休（職、伍）給與或資遣給與者再任或轉任公立學校教職員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休（職、伍）基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過同條例第五條及第二十一條之一第一項所定最高標準為限之規定，欠缺法律具體明確之授權，對上開人員依同條例請領退休金之權利，增加法律所無之限制，侵害其受憲法第十五條保障之財產權，與憲法第二十三條法律保留原則有違，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿一年時失其效力。」就施行細則不宜增加法律所無之實體

事項的規定或增減人民之權利義務，否則即與憲法法律保留原則相違部分，本席敬表贊同。然本號解釋僅從「法律保留」此一觀點處理再任公立學校教職員重行退休年資計算之規範形式的問題，未從退休金實為勞務報酬之一部分的實質觀點，檢討退休金之性質、其給付與提撥之關聯、退休前後之任職關係的獨立性，以釐清退休金給付之最高基數限制以及退休後再任公務人員或公立學校之教職員之所以成為問題的根本所在，誠屬可惜。爰此，本席以協同意見書就退休金給付之規制問題，提出意見，供為退休金制度將來發展之參考。

### 一、退休金之性質

退休金不是額外的恩給，與薪資同為勞動報酬的一部分，皆是雇主或國家對於勞工或公務人員、教職員勞務之對待給付的重要部分，二者互有朝三暮四或朝四暮三之消長的關聯。國家除基於社會安全政策，為確保人民退休後之最低生活需要，而有最低退休準備之提撥的干預必要外，並不適合過度介入退休金之高低及其最高基數的限制。其給付關係宜朝年金保險給付的方向規劃。只有在國民中有不能負擔最低年金給付之保險費的情形，其保險費始由國家負擔。其預算財源應來自從薪資課徵之所得稅。超出該部分的退休給付基本上皆應由國民，不論其為勞工、公務人員或教職員，透過契約，自由規劃。

### 二、退休給付與提撥之關聯

當將退休給付定性為年金之保險給付，其提撥自當以保險費的方式為之。從而退休給付之多寡，原則上取決於所繳納之保險費之高低，自保險費積累之本利和支應，其保險意義展現於全體被保險人退休後之餘命的長短：餘命長者，在生存中領取之保險年金總額較多；餘命短者，在生存中領取之保險年金總額較少，二者間互有相互調節之作用，而沒有如現制，介入退休金準備之提撥的必要。

### 三、退休前後之任職關係的獨立性

由於退休金的現制皆有與社會福利年金（國民年金）之機能混淆的因素，所以特別是在以國家為給付義務人之公務人員或公立學校教職員之退休給付，當由於退休準備金之財務管理的缺失，導致國家有依法或依約給付退休金之困難時，便衍生國家各種事後調整退休給付標準的情事，誘發國家信譽及世代利益之磨擦的疑義。例如本案所涉學校教職員退休條例施行細則第十九條第二項規定，退休前後之任職年資應予併計，以利用最高基數之限制來縮減退休人員之退休金請求權。

鑑於退休前後之任職關係有獨立性，退休後之任職關係並非退休前之任職關係的繼續。所以該項關於退休前後任職年資應予併計的規定並不是一個理想的解決方法。正本清源，關於退休金複雜問題之解決，還是首先要與國民年金之思維脫鉤，而後規劃：可以任由勞工、公務人員或公立學

教職員自由選擇投保之年金保險給付。

### 協同意見書

羅昌發大法官 提出

本件涉及公立學校教師及不具公務員身分之公立學校職員退休待遇限制問題。多數意見認為學校教職員退休條例施行細則第十九條第二項有關已領退休（職、伍）給與或資遣給與者再任或轉任公立學校教職員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休（職、伍）基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過同條例第五條及第二十一條之一第一項所定最高標準為限之規定（下稱系爭規定），欠缺法律具體明確之授權；係屬對上開人員依同條例請領退休金之權利，增加法律所無之限制，侵害其受憲法第十五條保障之財產權，與憲法第二十三條法律保留原則有違。本席對其結論敬表同意。由於公立學校所聘用前述兩種不同身分人員受憲法上保障之理由未必相同，且其所涉法律保留原則之基礎是否僅為憲法第二十三條，亦有釐清之必要，爰提出本協同意見書。

#### 壹、本件所涉及兩種不同身分人員

- 一、不具公務人員身分之公立學校職員：本件聲請人之一為在教育人員任用條例施行前所進用不需辦理公務人員或技術人員改任換敘，其職稱列入所服務學校或其附屬機構之編制，經主管教育行政機關核准有案，且屬編制內有給專任職員。此種人員不具公務員身分。
- 二、公立學校教師：本件另一聲請人為公立學校教師。依教育人員任用條例之規定，除公立學校職員之任用應適用公務人員任用條例或技術人員任用條例外，其他教育人員（包括公立各級學校校長、教師、職員、運動教練、社會教育機構專業人員及各級主管教育行政機關所屬學術研究機構研究人員），均受教育人員任用所定任用資格及任用程序之限制。

#### 貳、憲法第十八條服公職權規定於本件之適用

- 一、服公職權之概念與範圍：憲法第十八條規定：「人民有應考試服公職之權。」此規定包括人民應考試之權及其服公職之權。其適用之前提為涉及「公職」之擔任；而其所規定「服公職」之保障，包括人民「擔任公職之權」及對服公職者賦予制度性保障。
- 二、就是否為「公職」而言

（一）符合憲法第十八條所規定「服公職」之「職位」範圍甚廣，但其職位須依法令設置：本院曾解釋憲法第十八條公職之範圍包括所有依法令從事於公務者。例如釋字第四二號解釋載謂：「憲法第十八條所稱之公職涵義甚廣，凡各級民意代表、中央與地方機關之公務員及其他依法令從事於公務者皆屬之。」本院以往解釋，亦有以是否為相關法律所稱之公務人員，決定憲法第十八條之適用。例如本院釋字第四八三號及第六一一號解釋係將憲法第十八條之規定適用於

公務人員任用法下之公務人員；釋字第四九一號解釋將該規定適用於公務人員考績法下之公務人員；釋字第五八三號解釋將之適用於公務員懲戒法下之公務員；釋字第六〇五號解釋將之適用於公務人員俸給法下之公務人員；釋字第六一四號及第六五八號解釋將之適用於公務人員退休法下之公務人員。不論為各級民意代表、中央與地方機關之公務員及其他依法令從事於公務者，其職位均係依法令而設置。

- (二) 職務之主要內涵須為參與公務（即有關國家之治理事項及其他公共事務）：本院釋字第五八三號解釋載謂：「人民有服公職之權，旨在保障人民得依法擔任一定職務從事公務」。釋字第七一五號解釋亦謂：「人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務之權利。」本席在本院釋字第七一五號解釋所提之意見書曾對服公職之概念予以論述：世界人權宣言（Universal Declaration of Human Rights）第二十一條第一項：「人人有直接或通過自由選擇的代表參與治理本國的權利。」（Everyone has the right to take part in the government of his country, directly or through freely chosen representatives.）第二項：「人人有平等機會參與本國公務的權利。」（Everyone has the right of equal access to public service in his country.）另公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)）第二十五條（參政權）亦規定：「每個公民均應享有下列權利與機會，不分第二條所列情形（按即：不分種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他見解、國籍或社會出身、財產、出生或其他身分等任何差異），且不受不合理的限制：……（c）在一般的平等的條件下，參與其本國公務。」（Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions: ……（c） To have access, on general terms of equality, to public service in his country.）此等「參與治理本國」之權（the right to take part in the government）及「參與本國公務」之權（the right of access to public service），在我國憲法體制下，部分屬於憲法第十七條之參政權；部分屬於憲法第十八條之服公職權。其保障之範圍為「國家治理」及「國家公務」；內涵較接近本院釋字第四二號解釋所界定之「依法令從事於公務者」。

- (三) 公立學校教師之工作性質與國家之治理事項及其他公共事務有別：教師之工作在於從事相關教學研究，為國家培育人才。基於憲法第十一條講學自由之規定，大學教師之學術自由，受制度性保障（本

院釋字第三八〇號及第四五〇號解釋參照)。由於教育對象與目標不同，高級中學以下教師與大學教師所享有之學術自由程度固未必完全一致(例如高級中學以下學校教材之採用，有較多之限制)，然其教學內容及方式，以及社會價值與公益理念之傳遞，仍應有相當程度之自由，並在憲法第十一條下，受制度性保障。另依教育基本法第八條第一項之規定，對於各級學校教師，亦應尊重其專業自主權。教學工作係教師基於其學術訓練及專業知識與良知，以自主之方式，對學生傳道、授業、解惑，與國家事務之治理、決策與執行過程，應尋求人民之廣泛參與者，有本質上差異。故公立學校教師之職務，並非憲法第十八條規範及保障對象之公職。但如後所述，由於公立學校教師資格及任用過程均嚴格以法律訂定，其工作之重要性並不亞於公職人員，在待遇上自應比照公職人員所享有之制度性保障。

### 三、就保障人民「擔任公職之權」而言

- (一) 憲法第十八條保障人民得透過擔任公務職位，參與國家治理或其他公共事務。法制健全之後，人民擔任公務職位均係依法定程序為之；例如以應公務人員考試之方式擔任公職。依本院釋字第四二號解釋所示，各級民意代表，亦屬憲法第十八條公職之範圍。故擔任此種公職，係透過選舉程序為之。本院解釋曾有以職位之任命程序及職務之內容，決定是否屬於憲法第十八條所稱之公職。例如本院釋字第七一五號解釋即謂：「志願役預備軍官及預備士官為軍中基層幹部，係依法定程序選訓、任官，並依國防法等相關法令執行訓練、作戰、後勤、協助災害防救等勤務，自屬憲法第十八條所稱之公職。」
- (二) 人民固多係依法定之任用程序擔任一定職位，以參與公共事務，但憲法第十八條並未要求特定之任用程序。在法制健全之前，倘人民擔任公職並非依法定方式為之，只要其職位屬公職之範圍，亦應有憲法第十八條之適用。
- (三) 就此而言，不具公務人員身分之公立學校職員所參與者屬於公立學校之管理事項，故為公務；此與具公務員資格之公立學校職員所參與者為公務，並無不同。雖其係在法制健全之前(即教育人員任用條例施行之前)所進用，而未經公務人員或技術人員考試等法定程序予以任用，然其職位既屬公職，且現行法律亦承認其地位，故甚難謂其不受憲法第十八條之保障。多數意見並未論及此種職員受憲法第十八條保障之情形，本席認為有補充說明之必要。

### 四、就服公職受制度性保障而言



- (一) 憲法第十八條所規定服公職之權，包括對公職人員制度性之保障：本院諸多解釋（如釋字第五七五號、第四八三號及第六〇五號解釋）一再闡明，憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。故服公職者相關權利之保障（包括本件所涉退休金及其計算問題），屬於憲法第十八條規範與保障之範圍。
- (二) 公立學校教師應透過憲法第二十二條比照公職人員權利之保障：本席在本院釋字第七〇七號解釋所提之意見書中曾表示：「公立學校教師與公務人員在性質上及諸多法律適用上，雖多有不同，然兩者間亦有甚多類似之處。公立學校教師與公務人員之任用者均為國家；兩者在任用前均須經相當嚴格的考試或甄選程序；兩者均須具備相當高門檻的任用或聘用資格（實際上，公立學校教師之聘用條件及資格，並不低於一般公務人員）；且兩者均擔負國家職務（公務人員服務國家，並依法履行其職責；公立學校教師在培育國家人才，責任重大）。實際上，軍公教人員在法律規範上，亦曾一體化；其後由於公務人員與教師各有其特殊性且基於尊師重道精神，而使其待遇及保護，在法律層次上，予以分殊化。然由憲法角度而言，公立學校教師，毋寧為一種特殊的公務員類型。公務員諸多法規雖未必均適用於公立學校教師，且公立學校教師在憲法上的保障雖未必高於一般公務人員，然亦絕無低於一般公務人員之理。」「本院釋字第六〇五號解釋載謂：『憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。公務人員依法銓敘取得之官等俸級，基於憲法上服公職之權利，受制度性保障（本院釋字第五七五號、第四八三號解釋參照），惟其俸給銓敘權利之取得，係以取得公務人員任用法上之公務人員資格為前提。』依此解釋，公務人員俸給銓敘權利之取得，係以取得公務人員任用法上之公務人員資格為前提。公立學校教師並非取得公務人員任用法上之公務人員，故公立學校教師未必可直接適用憲法第十八條有關人民有服公職權利之規定；且其非釋字第六〇五號解釋所直接涵蓋之範圍；故難直接由憲法第十八條得到教師亦應受制度性保障之結論。然本席認為，應可透過憲法第二十二條『凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障』之規定，使公立學校教師在憲法上的地位及保障，不低於一般公務人員所受之憲法上所要求的制度性保障。亦即，基於類似情形應受類似保障的基本法理，應以憲法第二十二條為基礎，使公立學校教師之俸給與銓敘等權益，亦受法律層

次的制度性保障。如未能使公立學校教師權益受法律層次的制度性保障，則應與憲法保障人民權利之意旨有違。」本席仍持此項見解，認為公立學校教師之待遇（包括退休金及其計算等），應透過憲法第二十二條之規定，比照憲法第十八條對公職人員制度性保障之內涵，予以保障。

### 參、憲法第十五條保障工作權規定於本件之適用

一、憲法有關人民工作權之保障並不限於民間工作：憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，其內涵包括選擇職業之自由及執行職業之自由（釋字第五八四號、第六八二號解釋參照）。憲法第十五條所稱之工作，並不限於民間工作；政府職務（包括文、武職之公職），亦屬該條所稱「工作」之一環（本席於本院釋字第七一五號解釋所提意見書參照）。

二、服公職權與工作權之「競合適用」或「累積適用」關係

（一）本席於本院釋字第七一五號解釋所提出之意見書曾表示：「在具體個案中，涉及工作權者未必涉及服公職權；例如限制人民擔任計程車司機，屬於對人民工作權之限制，但與服公職權無關（此種情形無『競合適用』或『累積適用』之問題）。然涉及服公職權者，基本上均與工作權有關……。故在擔任公職之情形，將產生憲法第十八條（服公職權保障）與第十五條（工作權保障）之『競合適用』或『累積適用』關係……。本院以往解釋曾提及憲法第十八條之服公職權亦『關係』或『涉及』人民工作權。例如釋字第二六八號解釋謂：『憲法第十八條規定人民有應考試、服公職之權。人民依法參加考試，為取得公務人員任用資格或專門職業及技術人員執業資格之必要途徑，此觀憲法第八十六條規定甚明。此種資格關係人民之工作權，自為憲法所保障之人民權利，不得逕以命令限制之。』釋字第四九一號解釋謂：『憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務之權利，其範圍不惟涉及人民之工作權及平等權……。』然此等解釋並未提及服公職權如何『關係』到人民工作權或如何『涉及』其工作權，且未釐清此二憲法條文之間究應如何適用。」本席在該意見書提出：「應依『公職』之性質，以決定究應以服公職權或工作權之審查標準為依據。如某一職務之政治性較高（如政治性任命）或其職務係依選舉產生，則應較著重服公職之權。於此種情形，憲法第十八條及第十五條應屬競合適用關係。其職務之性質較著重參與國家之治理及公共事務之參與；工作權並非其職務之主要性質；故應重於憲法第十八條服公職之保障，自應僅依一般必要性原則加以審查。然如某一職務之政治性較低且非依選舉產生，雖人民參與該職務仍屬服公職之範圍，故

依憲法第十八條之規定應確保人民之平等及合理參與機會；然其更屬人民選擇職業之自由，而受憲法第十五條之保障；於此種情形，憲法第十八條及第十五條應屬累積適用關係，故應同時符合此二條規定之要求。在依憲法第二十三條審查限制第十八條服公職權之法令時，應確認其限制符合一般必要性要件；在依第二十三條審查限制第十五條工作權之法令時，如涉及對主觀條件之限制，應提高審查標準，而應確認其限制符合重要公共利益。至於職務之政治性高低，則應依其任命方式、職務內容、參與政府決策之程度等因素個案認定。」

- (二) 本件情形涉及公立學校職員，其職務之政治性較低；故在審查法令對其退休權利之限制時，應累積適用憲法第十八條有關公職之制度性保障及第十五條有關工作權之保障。惟本號解釋僅觸及法律保留原則之違反，而未處理系爭規定有關合併計算之最高標準，是否與工作權及財產權之保障或與公職人員制度性保障之意旨有違。另就公立學校教師而言，其職務無涉政治性，故除比照憲法第十八條之制度性保障外，亦應有憲法第十五條工作權保障規定之適用。

#### **肆、本件法律保留原則之基礎容有討論餘地**

##### **一、憲法有關法律保留原則之依據**

- (一) 憲法直接或間接提及法律保留原則者有二：其一為憲法第十九條所規定「人民有依法納稅之義務。」該條一方面係對人民課以納稅之憲法上義務；另一方面則要求國家在對人民課以納稅義務時，必須依法律為之。其二為憲法第二十三條所規定：「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。」依後者規定，限制憲法所列各項自由權利之前提，為須以法律為之（某些情況下，亦得以法律明確授權之命令為之）；如非以法律為之，無論其對人民自由權利之限制理由如何正當，仍無法通過憲法第二十三條之檢視。
- (二) 本院解釋就「涉及公共利益之重大事項」額外創設之法律保留原則之類型：釋字第四四三號解釋理由書載謂：「關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」釋字第六一四號解釋亦謂：「給付行政措施如未限制人民之自由權利，固尚難謂與憲法第二十三條規定之限制人民基本權利之法律保留原則有違，惟如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項者，原則上仍應有法律或法律明確之授權為依據，主管

機關始得據以訂定法規命令。」依此等解釋的結果，縱非屬限制憲法上人民基本權利之情形，然如涉及重大事項，仍應有法律保留原則之適用。此法律保留原則之適用，並非依據憲法第二十三條之要求而來，而係基於法治國原則所應有之結論。本席在本院釋字第七〇七號解釋所提之意見書認為：「究竟何種事項屬於公共利益或重要事項，較易產生疑義。例如涉及全國退休公務員優惠存款之事項，由於涉及人數眾多，且又涉及財產給付，故在此等解釋之推論下，即有可能被認為屬於重要事項而必須立法規範。」

- 二、本件多數意見僅以憲法第二十三條之法律保留原則為基礎，有商榷餘地
- (一) 多數意見認為：系爭規定係增加法律對前述人員退休金之權利所無之限制，與憲法第二十三條法律保留原則有違（見本號解釋文及理由書第三段）。而未同時基於其「涉及公共利益之重大事項」，認為屬於法律保留之範圍。
- (二) 不具公務人員身分之公立學校職員人數未必眾多，但因其退休待遇屬於憲法第十八條「制度性保障」之範圍，自屬涉及公共利益之重大事項。另就公立學校教師而言，由於其人數眾多，且在待遇上又應透過憲法第二十二條比照憲法第十八條給予制度性保障，自更屬於公共利益之重大事項。本件自應同時以限制此等人員退休金給付合併計算之最高標準，涉及公共利益之重大事項，而宣告違反法律保留原則。

#### 部分協同部分不同意見書

蘇永欽大法官 提出

本件解釋以學校教職員退休條例施行細則第十九條第二項規定已領退休（職、伍）給與或資遣給與者再任或轉任公立學校教職員重行退休時，其退休金基數或百分比應連同以前退休（職、伍）基數或百分比或資遣給與合併計算，不得超過同條例第五條及第二十一條之一第一項所定的最高標準，欠缺法律具體明確的授權，與憲法第二十三條法律保留原則有違，已構成財產權的侵害。和本院六年前通過的釋字第六五八號解釋審查公務人員退休法施行細則第十三條第二項的規定，可說異曲同工，結論也都認定與法律保留原則有違。但比較其論述即知，在作為審查基礎的基本權上，從服公職權改為財產權，在法律保留原則的審查上，也明確揚棄了施行細則只能對母法作細節性、技術性補充的限制。且未如更近的釋字第七二三號解釋那樣恣意擴張「絕對」法律保留（國會保留）的範疇——連有關請求權時效事項都要求只能以法律直接規定，就此部分，因理由書未作任何說明，本席即以第一、二兩段略作論理上的補強，是為協同部分。但本件解釋雖已把法律保留原則的審查限縮於有無具體明確的授權，因其採取明顯較為嚴格的標準，最後仍導出違反該原則的結論，就此本席終

究還是無法贊同，第三段即再簡單剖析不同意的理由。更大的問題則在於解釋規避了實質的爭議，一如釋字第六五八號解釋，在確認細則的規定違反了法律保留這樣一個形式、程序的原則之後即默然無語，把合併計算有無違反平等原則這樣實質的基本權爭議丟給立法者去決定，聲請人將很難據以得到任何救濟，倒還不是主要問題。在原因案件已經具體反映此一實體憲法問題後，作為釋憲者的本院仍不作實質審查，究竟是有利分權、尊重立法的合理自抑，還是不合理的延滯終局憲法判斷的作成，不利於人民基本權的保障，本席實有深刻的疑慮，因此特以第四段對於此一先後被釋字第六五八號及本件解釋規避的核心問題，提出看法。

**一、服公職權的制度性保障無法涵蓋所有主觀服公職權範圍，此所以不論教師是否為主觀服公職權所及，在審查得否合併計算年資的退休保障時，都只能以涵蓋更全面的財產權為審查基礎。**

同樣處理退休金年資上限規定，就再任或轉任而重行退休的情形如何計算的爭議，釋字第六五八號解釋因為處理的是兩段公務員的年資，在憲法第十八條「公職」的涵攝上向無爭議，因此就延續始於釋字第六〇五號解釋，繼之以釋字第六一四號解釋的服公職權新論述，即把有關公務員身分保障事項，也就是客觀的制度性保障一併納入服公職權的規範意旨，不再以主觀的「參與」公職為限，相較於過去對公務員保障制度的違憲審查也和其他人員一樣以財產權為基礎（如釋字第三一二、四三四、五二六等號解釋），在體系上無疑更可凸顯憲法保障服公職權的完整內涵。但到了本件解釋，兩個原因案件涉及的兩段退休法律關係，不再是單純的公務員退休後「再任」公務員的退休（設若以 A 代表公務員，再任公務員的法律關係實為單純的 A1 與 A2），而是在法律定位有一定差異的兩段退休法律關係，在聲請人林靜子的情形為從公立學校的工友退休後轉任學校編制內職員而至退休（即 B 與 A），聲請人呂阿福的情形則更是從國營事業人員退休後轉任公立大學教師至退休（即 C 與 D）。這樣的差異會不會影響服公職權的涵攝，乃至是否違反法律保留、平等原則的判斷，自應詳為斟酌。

本席在釋字第七一五號解釋提出的意見書中，已對憲法第十八條的服公職權主體不以考試任官者為限，而還包括通過選舉（釋字第一五號、第四二號、第二九〇號、第四六八等號解釋）或依憲法所為政治任命（釋字第三八七號解釋）者做過分析，但認為該號解釋最重大的突破，在於首度肯認在憲法明定的各種服公職管道外，還可能存在其他服公職權的主體，也就是非通過選舉、政治任命，迄今也未通過國家考試即可出任的常業軍職。意見書也從此一基本權的系譜認為服公職權可簡單定性為「人民參與國家公權力運作之權」，並與德國基本法第三十三條第二項、世界人權宣言第二十一條第二項、公民與政治權利國際公約第二十五條第三項所規定

者大體同旨，其規範重心在於保障人民有平等參與統治權運作的機會，並只能依客觀、無私的標準擇優選任。沒有進一步探究的是，服公職權的主體是否還能擴張到其他與公共事務密切相關的職業，如教師、公證人或受委託執行檢驗的人員等。此一問題在現代國家的角色及其與社會的關係一變再變，公權力以各種面貌分散在不同組織和個人手上後，確實已經變得特別迫切：當人民只在一時或一事上成為國家左右手時，憲法是否也要和永久且身分上即為國家左右手的公務員同視？如果仍把公職權的主體限縮於常業文官體系的成員，忽略社會參與公共事務，以及行政趨於多元，乃至公私就某類事物為緊密合作的事實，而僅以一般的平等原則去規範人民參與此類公共事務，無疑將使憲法保障人民服公職權背後藉著具體建構人民「主動地位」（status activus）來落實主權在民原則的深意逐漸削弱。但也正因為國家與社會功能的交錯，在本屬人民自由參與的工作權領域，不能僅因活動範圍有一定的國家因素即一律轉而成為公職權規範所及，對於民間社會的自主動能反而會有不利的影響，因此儘管服公職權的主體逐漸擴散，不再過度拘泥於傳統的、形式的定義，但以德國為例，對於每一次擴張還是經過相當審慎的權衡。以承擔教育工作的教師而言，德國迄今也還不認為其屬公職（öffentliches Amt）的一種（大學則因其公法人化而使作為主要成員的教授例外被認為是一種公職）。我國是不是要把教師當成一種公職，同樣需要深入的論證，不宜僅因其高度的公共性，即輕易認定——雖然無關高權行使這一點也不當然即可排除其屬公職的可能性。

惟無論如何，本席認為在作是否公職的定位時，必須區隔主觀服公職權和對該服公職權的客觀制度性保障，後者在我國憲法特以考試專章規定由具有憲法機關地位的考試院職司公務員的各種事項，一方面課予考試選任的常業文官特別高的義務和責任，另一方面又給予最完整的福利和保障，因此在因應社會變遷而逐步擴張主觀服公職權「參與」面向之際，其正當性並不能延伸到參與之後的制度性保障，比如對接受行政委託或擔任行政助手者也給予完整的公務員保障，其理實已甚明。卻也正是基於常業與保障之間的不可分割性，本席才會在釋字第七一五號解釋的意見書中對於該解釋既肯認常業軍人為公務員的定位，又未能如釋字第二七八號、第四〇五號解釋那樣，堅持此類人員也應通過國家考試才能任職，且對於其所受保障不像常業文官那樣完整，也有正視的必要。反之，如果只是單純主觀服公職權的擴張，憲法僅對其參與的開放性有所要求，還未達到必須提供制度性保障的程度，則仍不能從服公職權推導出國家的保障義務。德國基本法在第七十三條規定專屬聯邦立法事項的第一項第八款就刻意用不同於公職的「公務員」（öffentliche Dienst）概念來描述相關的制度性保障，也就是要限縮可受到完整保障的公職範圍。類此在涵蓋範圍上因規範目的

而作區隔的例子，還可舉我國憲法第八十條和第八十一條的「法官」來說明，本席曾在釋字第七〇四號解釋的意見書第三段有所剖析，指出憲法第八十條受到獨立保障規範所及的，在職業法官之外至少還包括了律師懲戒覆審委員會的非法官委員（釋字第三七八號解釋），以及規劃中未來可能依法參與審判的人民，甚至實授法官職之前的候補、試署法官都是如此，憲法第八十一條規定為強化審判獨立所設的制度性保障，解釋上就不能一併擴及此類人員。

由此可知，不論要不要把教師、工友等納入憲法第十八條保障的公職概念，至少就該條的制度性保障來思考，應該以狹義的常業文官為限。本件解釋看到了所涉人員與釋字第六五八號解釋不盡相同之處，大法官雖早已認知主觀服公職權並非全無擴張及於教育人員的可能，但憲法對公務員身分的制度性保障，在範圍上終不及於非常業公務員，所以才改以財產權為審查基礎的基本權，其背後的考量值得各界注意。

## 二、本件解釋不再輕易擴張「絕對保留」事項，且相對於在審查標的上最接近的釋字第六五八號解釋，本件解釋也明確揚棄了「細節性、技術性」的不當限制，使法律保留原則的操作更符合開放委任立法的憲法意旨。

本件解釋主要是對系爭施行細則作法律保留的審查，由於我國憲法對於國會授權行政部門作規範的補充——委任立法，並無明確的規定，本院解釋實務明顯受到德國基本法的影響，雖然兩國憲法就此有四個常被忽略的重大差異：第一，我國憲法並沒有像德國基本法那樣，對於各基本權得以何種方式加以限制，採列舉式的層級化保護。第二，我國憲法也沒有像德國基本法那樣對於委任立法作一般性的限制（德國基本法第八十條第一項）。第三，我國中央政府的分權非如德國那樣賦予唯一有直接民意基礎的國會較優越的地位，總統也有直接的民意基礎，最高行政首長則由其任命，因此行政部門創設規範應較德國的行政部門有更高的正當性。第四，我國的立法院職權行使法使委任立法一般性的採行「廢止保留」，因此也為行政部門提供了更大的造法正當性。就這樣的結構性差異，法律保留原則的操作不應該受到像德國那樣的層層拘束，更不要說比德國還嚴格。有關這個基本出發點，本席已經在多個解釋的意見書中反覆說明（請參釋字第七〇七、七二三等號解釋），此處不復贅論。但整體而言，可從釋字第四四三號解釋理由書首次作的整理出發，該解釋大體複製了德國基本法所賦予法律保留原則的內涵，就基本權保障部分採層級化的保留，而對委任立法則要求授權應符合具體明確原則。如把前述四個結構性差異充分納入考量，即可逐步對委任立法的空間再予放寬。

很不幸的是，自釋字第四四三號解釋之後，本院有關法律保留原則的操作反而在多處呈現嚴重的不一致，而且整體趨勢不但不是放寬委任立法



的空間，反而增加了許多連德國都沒有的限制。以最近的釋字第七二三號解釋為例，竟認為「不論其係公法上或私法上之請求權消滅時效，均須逕由法律明定」，不得授權行政部門訂定，比起涉及生命、人身自由等法益剝奪的刑法都還嚴格（釋字第五二二、六八〇等號解釋可參），卻除了引據釋字第四七四號解釋的先例外，完全提不出來任何憲政法理的論證（其詳可參本席所提不同意見）。另外一個影響更為深遠的則是對授權立法在內容上的一般性限制，也就是授權是否只能到執行法律的細節性、技術性次要事項，不容許把逾越細節、涉及政策的部分也交給行政部門決定？儘管釋字第四四三號解釋理由書對此已經作了相當清楚的論知，釐清之前幾號解釋留下來的謎團，但在釋字第四四三號解釋之後，本院就這個問題表示的見解反而越來越亂，而且對於委任立法的空間也越縮越緊，以致本件解釋最接近的先例釋字第六五八號解釋，在對系爭命令為法律保留原則的審查時，即再次整理先例建立了下列的判準：「上開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（本院釋字第五六八號、第六五〇號、第六五七號解釋參照）。」以如此狹隘的內容限制來審查，會得出違憲的結果實不足奇，人們可能也不禁要問，多如牛毛的法規命令，能通過這樣嚴格審查的又會有多少？這真的是我國憲法為規範行政立法分權，以及基於基本權保障有意加上的緊箍咒嗎？還有哪個現代國家會這樣限縮立法的授權（delegation）？

回到釋字第四四三號解釋，在此之前有關內容限制的解釋，首見於審查營業稅法施行細則的釋字第三六七號解釋所做的整理：「若法律僅概括授權行政機關訂定施行細則者，該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，自亦得就執行法律有關之細節性、技術性之事項以施行細則定之，惟其內容不能牴觸母法或對人民之自由權利增加法律所無之限制，行政機關在施行細則之外，為執行法律依職權發布之命令，尤應遵守上述原則。本院釋字第二六八號、第二七四號、第三一三號及第三六〇號解釋分別闡釋甚明。」其後審查所得稅法施行細則的第四一五號解釋即已不見對授權內容作如此全面的限縮：「主管機關基於法律概括授權而訂定之施行細則，僅得就實施母法有關之事項予以規範，對納稅義務及其要件不得另為增減或創設。」釋字第四四三號解釋對法律保留原則的全面整理，就所謂細節性、技術性事項更採取了完全翻轉釋字第三六七號解釋的立場：「若僅屬與執行法律之細節性、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。」這段話放在「涉及人民其他自由權利之限制」，也就是最低法律保留層次之後，因此是連授權都可省略的「豁免法律保留」領域，換言之，本院當時總結了法律保留原則操作的經驗，試圖建立比較體系化的幾個層次時，是把細節性、技術性次要事項的訂定，當成必須法律保留的「下限」，一旦行政權可決定的內容低到此一層次時，根本已無需任何直接或間接的法律保留，屬於行政部門可以自己決定的範圍，與一年兩個月後通過的行政程序法有關行政規則的規定，正可呼應，且可從同一會期通過的立法院職權行使法有關一般性廢止保留的新規定，為真正的委任立法取得強大民主正當性的挹注。相對於前此釋字第三六七號解釋所持的以「細節性、技術性」規定為行政部門決定「上限」的立場，自可說是旋乾轉坤，顛而覆之。對於現代國家委任立法有研究者大概都會同意，此制的設計不能不防止行政部門凌越立法成為真正的立法者，但防弊一旦到了只許授權作細節性、技術性規定的程度，委任立法背後的功能妥適性分工，乃至因事、因時制宜的考量，已無任何空間，這樣的行政立法分工已經毫無意義。

令人扼腕的是，釋字第四四三號解釋的體系化努力，很快就被同屆大法官相互矛盾的操作稀釋掉，第四五六、四八〇等號解釋又回到了以細節性、技術性補充為授權立法上限的說法，但同一屆大法官到了第五一九號解釋似乎又回了神，上限再被拉回成為下限：「惟法律之規定不能鉅細靡遺，有關課稅之技術性及細節性事項，於符合法律意旨之限度內，尚非不得以行政命令為必要之釋示。」給人強烈的隨個案需要恣意為論證選擇的印象。因此即使立法院依其職權行使法規定審查法規命令不認為有違反、變更或抵觸其議決的法律，本院只要認定其內容已逾越了細節性、技術性的範圍，而增加了法律所無的限制，在授權機關都已經放行的情形下，仍可強以解釋命其失效（釋字第五六六、五八一、六五七等號解釋可參）。千萬不要以為此一大幅限縮授權立法的解釋，影響力僅及於本院自己有限的審查案件，由於本院解釋對於各類各級法院都有拘束力，而任何法官在審理案件時，對於所要適用的法規命令也都可以作先決性的違憲審查，而於認定不符憲法意旨時得不予適用，各級法院受到本院解釋的影響，往往即僅以法規命令的規定已非細節性、技術性規定而不予適用，對於法秩序的穩定及執法效率所造成的傷害，實難以估計。還好本院有關授權內容限制的解釋，到最近幾年已明顯受到節制，比如釋字第七〇五號解釋已明確的指出：「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行政規則為必要之規範」。從這個角度來讀與本件解釋標的十分接近的釋字第六五八號解釋，儘管結論相似，但在審查所用判準上並不相同，因此理由書雖未再次釐清相關法理，兩相對照即可明瞭。

換句話說，在法律保留原則的操作上，本件解釋有意的跳出了近年經

常陷入的兩個重大誤區，至少已經回到釋字第四四三號解釋所標定的基本方向：第一，不像釋字第七二三號解釋那樣，把僅涉及財產利益的消滅時效規定都拉高到必須以法律直接保留的位置。對於顯然比後端時效規定更直接影響人民財產權的本權所受限制，本件解釋仍以其「須以法律定之或經立法機關具體明確授權行政機關以命令訂定」，即達到相對保留即可，並明確指示回到本院釋字第四四三、四八八等號解釋的先例，舉重以明輕，可說已經實質上捨棄了釋字第七二三號解釋的錯誤見解。第二，同樣處理再任、轉任的年資計算問題，本件解釋不再用「細節性、技術性」的內容限制進行審查，一如釋字第六五八號解釋，逕以系爭規定內容「並非僅係執行公務人員退休法之細節性及技術性事項，而係就再任公務人員退休年資採計及其採計上限等屬法律保留之事項為規定，進而對再任公務人員之退休金請求權增加法律所無之限制」，即導出已與憲法第二十三條法律保留原則有違的結論。本件解釋明確跳脫了這兩個法律保留原則的誤區，對於委任立法的理論和實務自有重大意義，因此特為以上說明。但這樣的調整其實也只是回到原點，未來能不能再從我國憲法與德國基本法的結構性差異出發，為委任立法的合理空間作進一步的釋放，還有待更多的努力和觀念上的溝通。

**三、本件解釋仍認系爭規定違反法律保留原則，是以較為嚴格的授權明確性標準審查的結果，相對於其他案件，此處採嚴格標準有何理由，實不得而知。如果回到一般的寬鬆標準，系爭規定應該沒有超越授權範圍。**

本件解釋最後是以系爭施行細則在學校教職員退休條例欠缺具體明確的授權，因此對其請領退休金的權利增加了法律所無的限制，而認定違反了財產權的保障。授權具體明確原則的建立，始於釋字第三一三號解釋，當時僅針對法規命令中有罰鍰規定而設，要求「若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確」，到了釋字第三六七號解釋，標的已經擴大到所有基本權的限制，不一定要與裁罰有關，必須具體明確授權的事項也增加了「目的」：「如法律之授權涉及限制人民自由權利者，其授權之目的、範圍及內容符合具體明確之條件時，亦為憲法之所許」。由於法律保留原則的適用，依釋字第四四三號解釋的整理，不限於憲法第二十三條限制基本權的情形，還另包括給付行政措施中「涉及公共利益之重大事項者」，此類情形的法律保留同樣可以通過授權以命令來完成，這時也要遵循具體明確授權的原則（釋字第六一四、六五八、七〇七等號解釋可參）。至此授權明確性原則已經適用於所有屬於法律保留的領域，更精確的說，只要允許相對保留，授權具體明確就是接下來必須遵守的原則。和德國基本法第八十條第一項針對所有委任立法（不以法律保留情形為限）宣示的授權具體明確原則，雖還有段距離，但也差不

了太多了。

不過正如一般的法律明確原則，需要明確到什麼程度，不能不考慮社會現實和文字的侷限，只有逐漸摸索形成可操作的標準（釋字第四三二、四九一、五二一、五九四、六三六、六九〇等號解釋可參）。授權具體明確原則如果寬鬆的操作，只要屬於授權法規直接間接所及的事項，且不違反該法可客觀理解的規範目的，被授權機關所做的補充規定，通常都不至於違反授權具體明確原則。但如果嚴格的操作，不僅目的、範圍和內容的宣示，授權條款必須在形式上達到一定的可認知度，實質上還需要對被授權者有相當具體的指示，僅留下有限的選擇空間。以這樣的標準去要求，對立法者無疑會增加不小的負擔，就現實法制而言，能通過嚴格標準審查的授權法有多少，恐怕就很難講。本院就此一原則的操作標準，最早區分出嚴格標準者為釋字第五二二號解釋：「至於授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱。刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，如法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。」其明確性的判準為「自授權之法律規定中得預見其行為之可罰」，提高標準的理由則是影響的法益重大。但這是針對母法有沒有作足夠具體明確的授權，所設的嚴格標準。本院審查的大部分案件則是針對被授權訂定的子法，審查的是子法規定有沒有超出授權，實際上是把違反具體明確授權的效果加諸子法身上。此時操作的標準又當如何？如果仔細比對相關的解釋即不難發現，本院一方面必須面對數量可觀的授權立法大多為概括性質，很難期待授權法逐一交代授權目的、範圍及內容的現實，另一方面又確有不少法規命令涉及裁罰，而使人民往往不留意即被下游的命令掃到，此類形式審查既不能陳義過高，以免影響委任立法制度的合理運用，也不能過於妥協，致使人民有太高「誤觸法網」的隱憂，寬嚴之間，的確需要很審慎的拿捏。

第一件以授權具體明確原則審查法規命令的釋字第三九四號解釋，就選擇對形式的可認知度原則上採寬鬆的認定：「若法律僅為概括授權時，固應就該項法律整體所表現之關聯意義為判斷，而非拘泥於特定法條之文字；……建築法第十五條第二項規定：『營造業之管理規則，由內政部定之』，概括授權訂定營造業管理規則。此項授權條款雖未就授權之內容與範圍為規定，惟依法律整體解釋，應可推知立法者有意授權主管機關，就營造業登記之要件、營造業及其從業人員之行為準則、主管機關之考核管理等事項，依其行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範。」此一「整體推知，個別省略」的寬鬆判準，實際上幾乎解除了所有概括授權在形式上不夠明確的危機（釋字第四二六、四八〇、四九七、五〇六、五三八、

五四七、五九三、六〇六、六一二、六四三、六五一、六七六、七一〇等號解釋可參)。沒能通過此一原則的審查的，大概都有特殊的原因。事實上第一件的釋字第三九四號解釋就是在形式要件通過寬鬆標準的審查後，因系爭規定可生撤銷登記證書的效果，具有行政處罰的性質，隨即又拉高了審查的標準，最後還是認定系爭規定欠缺具體明確的授權而應停止適用。其後類此者，尚有釋字第四〇二、六一九、六三八等號解釋。換言之，當涉及裁罰規定時，授權條款就其授權目的、範圍及內容都要有較高的可預見性，以釋字第六三八號解釋為例：「如違反同一行政法上義務者有多數人時，其歸責方式，以按其行為情節之輕重分別處罰為原則（行政罰法第十四條第一項規定參照），若就其是否應負各平均分擔責任等歸責方式，有為不同於上開原則規定之必要者，涉及人民權利限制之程度，亦應另以法律或法律具體明確授權之法規命令為特別規定，始符合憲法第二十三條之法律保留原則。」雖無需達到釋字第五二二號解釋為刑罰所定的「自授權之法律規定中得預見其行為之可罰」，至少也要顯示立法者已有一定的規範意圖，使被規範者可以有所警惕。除了裁罰規定以外，近期的釋字第七一〇號解釋又因涉及人身自由的剝奪，認為「如授權以命令定之，授權條款之明確程度應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱」，從而認定「兩岸關係條例第十八條第六項僅授權內政部訂定強制出境辦法及收容處所之設置及管理辦法，並未明確授權主管機關以前揭強制出境辦法補充規定得暫予收容之事由。前揭強制出境辦法第五條之規定未經法律明確授權，抵觸法律保留原則」。此外，如果授權法在授權的內容上不作比較具體明確的指示，因為法律整體呈現的規範狀態容易造成誤導，使被規範者反而忽略了法規命令足以影響其權益的規定的存在，這時也應例外認為授權法有升高的具體明確義務。本席在釋字第七二三號解釋所提意見，針對健保法制下的請求權消滅時效規定如何以授權具體明確原則審查，即從此一角度肯認應提高審查的標準：「如考量行政程序法第一百三十一條第一項的規定：『公法上之請求權，除法律有特別規定外，因五年間不行使而消滅』，除已一般性的規定了五年時效期間外，並明確規定特別時效期間應以法律規定。此處在立法解釋上自不能排除立法者仍以委任方式為之，但縱令更長或更短的時效期間得以法規命令規定，並不當然違憲，在授權的明確性上恐怕已不能再用寬鬆的標準，否則一般的時效期間明定於立法院議決的法律，該法律又明確要求特別時效期間也以法律規定，則若立法者在此委任立法，應該就有升高的授權明確性要求，否則不啻誤導查詢相關法律者，以為沒有特別的時效規定。」

本件解釋審查教職人員重行退休時年資計算的規定其授權條款是否符合具體明確原則，既無關行政處罰，也無關人身自由的剝奪，為單純財產

權的保障問題，而其整體呈現的規範狀態也不至於對系爭退休金計算問題發生任何誤導，因此採一般的寬鬆標準應該無誤。惟在實際審查時，並未就作為授權基礎的學校教職員退休條例去作整體推知，認定依其整體規範目的及規範事項，是否可認為施行細則的規定仍在可預見範圍，而非已達到一般人會認為有突襲的情形，果如此即應認定其授權尚未欠缺具體明確。由於月退休金的給付在年資採計及額度上定有上限，已見於該條例第五條的規定，立法者也已預見少數再任而有重行退休的情形，可從該條例第十四條得知，則重行退休是否合併計算年資，是否仍如非再任者受到最高年資、額度的限制，在施行細則裡作進一步規定，無論採何種決定，都不能說其授權有欠具體明確，而系爭規定已逾越授權範圍。只有當提高審查標準時，才需要逐一檢視授權法的相關條文，有無對系爭規定的內容有何具體的方向指示（應否合併，是否同受上限），以避免被規範人如僅閱讀法律而忽略施行細則，其重大法益將受到不利。如果一般寬鬆標準的操作也都要深入到這樣的程度，回頭看過去以整體推知方法去審查的解釋先例，如釋字第四八〇、五四七、五九三、六一二、六四三、七一〇等號解釋，不論從被規範者對法規命令內容的可預見性之低，或法規命令相關規定內容的政策含量之高，都等同或遠超過本件解釋，應該無一可以通過審查，何以這些先例都被認定未違反授權明確原則，本件解釋反而無法通過審查？就舉同樣涉及退休金規定的釋字第六四三號解釋為例吧，授權法根本通篇未提退休制度！因此若要合理說明本件解釋所採的審查方式和審查結果，只能另外論證本件解釋涉及的是和裁罰規定或人身自由保護同等的重大法益，因此才會採高標準的審查，最後也才會推出授權有欠具體明確的結論。但這樣的論證顯然十分困難，即使認為這裡涉及的不只是一般的財產利益，而與人民服公職權的保障有關，而且本席剛好在釋字第七一五號解釋的意見中也確曾表明基於主觀服公職權攸關主權在民的憲法原則，其考選資格如授權以命令訂定，授權具體明確的標準也應提高，儘管該解釋最後僅採一般標準，並認定系爭考試簡章尚未違反法律保留原則，本席仍應一貫支持提高審查標準的少數見解。只是釋字第七一五號解釋涉及的公職考試確實在憲法第十八條所保障的主觀服公職權範圍，此部分的提高標準是否意味其客觀制度性保障的部分也應以高標準審查，恐怕未必。故以此觀點來看釋字第六五八號解釋，所稱服公職權實僅為對公職人員的客觀制度性保障，無關主觀服公職權與主權在民的落實，以其重在保障財產利益的內涵能否與行政裁罰或人身自由的剝奪在法益權衡上等量齊觀，已經不無可疑，更何況本件解釋涉及的人員未必都能涵蓋於公職，也因此才會改以財產權作為審查基礎，已於第一節做過分析，此處更無理由以其涉及服公職權即主張應於審查授權具體明確原則時，一律採嚴格標準。



故本席無法認同本件解釋最後得出違反法律保留的結論，其整體論理主要還是依循釋字第六五八號解釋的先例，雖然在審查基礎上已經從服公職權改為財產權，在法律保留原則的審查上，也走出了釋字第七二三號解釋和釋字第六五八號解釋方法上的誤區，可惜最終還是沒有看到釋字第六五八號解釋在審查授權具體明確原則時選用標準的失衡，偏離了本院從釋字第三九四號解釋以來相當務實而一貫的解釋方法，因此才不能不正本清源的一次說清楚。整體而言，本院從引進授權具體明確原則到逐案實踐發展至今，不斷面臨要不要堅持形式主義的分權信仰，還是更深入體會民主憲政在此處必然要作的權衡，結果和美國處理委任立法在十九世紀初期建立的「禁止授權原則」(nondelegation doctrine)一樣，搖搖擺擺了兩百年，卻找到越來越多實際的理由否定禁止的必要，到今天為止真正被最高法院以此原則宣告授權法違憲而不用，也只有兩個案例，實非無故。本席不能不擔心本院的解釋實務在法律保留原則的操作上，儘管在方法論的理論層次已經取得了一定的覺悟，但某種莫名的、源於論理怠惰的形式主義信仰仍如不散的幽靈恣意飄盪，實質的憲政主義反而離我們越來越遠。

**四、本件解釋一如釋字第六五八號解釋，規避了平等原則的審查，無法以審查簡約主義來合理化。更因本件所涉再任工作的性質改變，平等原則的審查更不容迴避。僅以法律保留原則作形式上的審查，既未回應聲請人的主張，也使立法者陷入解釋後仍無所適從的困境。**

最後，本件解釋和前此的釋字第六五八號解釋一樣，其實是費了很大力氣去回應一個假問題：系爭規定有沒有超出母法的授權？卻迴避了原因案件確已暴露、聲請人也認真主張的真問題：把兩次退休的年資合併計算後置於一次退休者的年資與額度上限之下，有沒有違反平等原則？司法自抑可以是一種美德，但也只有當比較核心的爭議獲得處理後，再對其他問題做出任何判斷都不足以改變結果時，把這些可以留到其他案件再處理的問題擱置不決，既不影響求助司法者得到救濟，也可以讓更多人更有時間考量更多事實和觀點而做出更符合公平的答案。反之，如果擱下實質爭議的理由，只是爭議法規範在產生程序上的瑕疵得到確認，而可排除其效力，這時反而因為沒有對主要的爭議做出判斷，不僅必須填補規範漏洞的立法者無法確定，只要排除立法程序上的瑕疵即可，內容上大可重來一遍？還是必須改弦易轍，否則仍可能因內容而再被宣告違憲？即使對「勝訴」的聲請人而言，系爭規定違憲的既只是形式的不足，要想據以請求法院以特別程序給予救濟，法院仍然欠缺實體的理由，結果還是白忙一場。

釋字第六五八號解釋和本件解釋對系爭規定在實質內容上有無違憲的疑義不作判斷，很明顯不是有意義的司法自抑，道理其實已經很清楚。釋字第六五八號解釋的原因案件涉及同一人兩段公務生涯退休年資的計算問



題，行政法院甚至為此爭議舉行研討會，有從退休年資依據的是執行公職的法律關係，對於再任者採計的退休年資如把前一公職關係也強加進來，和非再任者相比當然是不平等。也有從同一人從事公務，如僅因中斷再任而可在年資採計上受到較小的限制，對於未中斷者顯屬不當的差別待遇。該號解釋未就此做出憲法判斷，法院即仍然莫衷一是。認定違憲的雖然是施行細則的規定，但其憲法瑕疵實際上是在母法授權的不夠具體明確，則有義務排除該瑕疵的還是立法者，此時在解釋未就平等問題作成決定的情形下，排除了程序瑕疵的新法仍可能再度面對挑戰，而使本院在不久以後必須再度作成解釋。更不要說，聲請人在系爭規定失效後，仍然無法得到救濟。如前所述，釋字第六五八號解釋處理的兩段關係因屬再任而可用 A1 和 A2 來表達，本件解釋的兩個原因案件則都是改變工作性質的轉任，因此是差異更大的 B 和 A，以及 C 和 D，所涉平等原則的爭議，也可能會和釋字第六五八號解釋得到不同的憲法評價，本院繼續保持緘默的結果，實際上只會造成更大的混亂，絕對是司法的不完全給付，而非可以自抑來自我告慰的美德。

本席認為平等原則的審查，恆應從差別待遇的認定出發，然後才從實質平等的角度評價此一差別待遇是否已達到無法合理化的程度。差別待遇又有源於作為和不作為之分，前者指國家對條件相同的人民給予不同的對待，後者則指國家對條件不同的人民給予相同的對待。在前一情形，只要確認條件相同而待遇不同即可，後一情形必須認定國家有無應作為而不作為，容任不同條件者應得而未得不同的待遇。正因人與人間恆有各種不同之處，何時才構成不同條件而屬應得而未得不同待遇，即不像作為的差別待遇可直接認定，此類不作為的差別待遇實際上已經預設了「應得」的憲法評價，必須在作有無差別待遇的認定時，即先由司法者加以評價。本席在釋字第六九六號解釋的意見書中已就此類不作為差別待遇的認定方法表達過意見，簡單說即從反映民意的立法者對於何種條件的差異有其意義應有較大的裁量空間，本院則仍應就條件的差異從憲法觀點去作評價，肯認其差異是否更能落實憲法的價值。以釋字第六五八號解釋和本件解釋處理的爭議而言，聲請人從平等原則提出的疑義，都是從不作為的差別待遇出發，換言之，不是施行細則的系爭規定直接造成了什麼差別待遇，而是該規定應該區隔不同的退休法律關係卻未區隔，才間接造成了差別待遇。因此本院首先應該就聲請人主張的不同條件去作第一次的評價，也就是這裡是否存在應區分而未區分的差別待遇，被指稱的不同條件是否在立法上加以區分更符合憲法的意旨？前面分析的 A1/A2（再任），以及 A/B 和 C/D（轉任），就可能出現都有區分必要、都沒有區分必要和僅其中之一有區分必要的三種答案，在確認有區分必要而未區分，從而有差別待遇存在後

，才和作為差別待遇一樣，進入差別待遇有無合理目的及關聯的第二次評價，以做出是否違反平等原則的判斷。

從系爭規定是否違反平等原則的不同立場去分析即知，此處所謂的不同條件，有從職務關係的角度切入，認為再任和轉任之間有應予區分的差異，因此合併而一律適用同一基數上限，就是一種差別待遇。也有從承擔職務的人的角度切入，認為既是同一人，則再任和轉任之間的區分就不那麼重要，因此不存在應區分而未區分的差別待遇。可見當我們在關係和人的因素間，選擇何者放在較高的位置時，就會得到不同的評價。而再任和轉任之間又拉大了關係的差距，可能影響這樣的選擇，比如就釋字第六五八號解釋處理的公務員再任問題，認為同一人的事實比較重要，而不認為這裡有差別待遇，但在本件解釋處理的轉任問題，不同職務關係的事實又比較重要，因此認為這裡的確存在應區分而未區分的差別待遇。本席即以此說最有說服力，從憲法課予國家照顧人民生活義務的觀點來看，再任和轉任之間確實有其不同，因此認為本件解釋比起釋字第六五八號解釋就平等原則的核心爭議而言，更有積極作成判斷的價值。

不過縱使肯認了差別待遇的存在—不論對釋字第六五八號及本件解釋，或僅對本件解釋—，仍只是判斷是否違反平等原則的起步。接著要問的是，國家作這樣的差別待遇有沒有合理的目的和關聯？釋字第六五八號解釋和本件解釋分別審查的公務人員退休法施行細則及學校教職員退休條例施行細則，其系爭規定背後的理由都在於兩點：合理減輕國家財務負擔，以及合理所得替代率可避免打擊工作士氣。若從此處國家儘管面對的法律關係不盡相同，但都是以國家為雇主，而基於照顧民生的憲法義務去為退休人員提供必要的照顧，以上兩個不能說言之無物的政策理由，對於再任和轉任這兩種情形確實都有其合理性，則除非採嚴格的標準，否則應該都可以通過平等原則的審查。而不論基於憲法第七條的列舉重大事項，或本院過去建立嚴格標準的原因，一般的給付行政都還不是採取嚴格標準的事由，因此整體而言，應該可以判斷系爭規定尚未違反平等原則。從而立法者在依本解釋（和釋字第六五八號解釋）匡正授權不夠具體明確瑕疵的同時，如仍維持施行細則所訂的政策，固無其他憲法的疑慮。未違反平等原則的判斷，當然也不至阻止立法者回應多數民意，重作政策上的評價，比如認為再任、轉任的不同情形應在某個環節上做出不同的對待。合憲判斷無意拘束主管機關於單一的政策選擇，剛好相反，超過憲法要求的「更多」差異化，正凸顯了民主政治可貴之處。此所以在修正公務人員退休法時，如果考量工友待遇微薄，在退休照顧上應作更有利的考量而排除轉任併計的範圍，也不會有任何憲法上的疑慮。

本席向來反對本院的違憲審查不當限縮政治部門回應民意作政策裁量

的空間。但對於假自抑之名，搪塞實質憲法爭議不作決定的作法，同樣無法贊同。

部分協同部分不同意見書

陳新民大法官 提出

**你的生涯半度，時針移動，你的心兒在顫抖！它久久徘徊的踱步，尋而未得——它在猶疑什麼？**

德國大哲學家 尼采

本號解釋的標的——學校教職員退休條例施行細則第十九條第二項（以下簡稱系爭規定），乃規定曾退休者再任教職後，再度退休，其得請領退休金之基數如何計算（包括最高標準）的問題。其性質與本院釋字第六五八號解釋，幾乎完全一樣，只不過釋字第六五八號解釋是以一般公務員為對象，本號解釋則以公立學校教職員為對象，而其所涉及者亦為再領退休金的計算及最高基數之問題。

此外，本號解釋且同樣涉及以子法（施行細則）來規範退休金計算的標準——包括最高基數在內，以致引發有無逾越法律保留原則之問題。兩案獲致的結論——違憲，也無二致。故乍看之下，本案實為一個簡單的釋憲案例。特別是我國常年以來，悉將「軍、公、教」視為一體，舉凡權利、義務及福利的法制，皆系出同源，更易導出此兩號解釋結論的同質性。

然則，本號釋憲案提出（民國九十九年十二月八日）至今已屆四年半之久。按理說，本號解釋如只援引六年前作出釋字第六五八號解釋之立論，即可迅速且輕易的作成結論，何以延宕至今？是否在論理上已有更易？值得略加闡述。爰提部分協同意見以闡明此「貌似尋常」的案件，其實已有「袖裡乾坤」之新意也。另外，聲請人指摘「銓敘部九十年四月十日九〇退三字第二〇一〇七五七號書函」，亦違反法律保留原則部分，多數意見（見理由書第五段），則以該書函並未為原因案件及確定終局裁判援用為由，而予以不受理之決定。本席認為這種認定違背事實，歉難贊同之。

爰提出部分協同與部分不同意見書於次，敬抒淺見，以申其理。

## 一、部分協同意見書

### （一）違反法律保留原則的徵象，十分明確無疑

本號解釋多數意見的結論，認定系爭規定違反法律保留原則，實乃明確且無疑義的判斷。任何人只要詳觀系爭規定的內容：「有關已領退休（職、伍）給與或資遣給與者再任或轉任公立學校教職員重行退休時，其退休金基數或百分比連同以前退休（職、伍）基數或百分比或資遣給與合併計算，以不超過同條例第五條及第二十一條之一第一項所定最高標準為限」，明顯地即可得知，該系爭規定將所有「已

領退休（職、伍）給與或資遣給與者」，而再任教職員時，皆納入規範。按母法（學校教職員退休條例）關於再任公教人員之年資與退休金計算之條文，僅有第十四條：「依本條例退休者，如再任公教人員時，無庸繳回已領之退休金；其退休前之任職年資，於重行退休時不予計算。」故子法有關再任教職者的範圍，應當不能逸出母法第十四條的範圍，亦即僅限於「依本條例退休者」而已。

如今，系爭規定卻將適用範圍及於依母法退休的教職員外，還延伸至依其他法律「退休」（一般公務員、公營事業人員）、「退伍」（軍人），以及「退職」（政務人員），明顯地有「子法逾越母法」之嫌。

按系爭規定對適用對象範圍的不當擴張，固已侵犯法律保留原則，且系爭規定之內容又涉及再任教職者退休金的計算方式，核屬確定退休金額的重要事項，而非純技術性與細節性的規定，必須由法律明確規定，或明確授權由行政機關以命令定之。後者，本號解釋雖未如釋字第六五八號解釋明白闡釋，但不影響系爭規定明顯抵觸法律保留原則的認定也。

## **（二）本號解釋的法益，不在於保障人民服公職之權，而在保障教職員的財產權**

本號解釋多數意見最值得重視的創見，乃在改弦更張，確認本號解釋的標的是確保憲法所保障公教人員的財產權之上。

按我國大法官歷年來的釋憲實務，並未能正視人民擔任公務員後，依法獲得之薪給可以視為憲法所保障的公法上財產權。此從大法官打破行之有年的特別權力關係，所作出的釋字第一八七號解釋，即可看出此端倪。在該號解釋中，對公務員請領服務年資證明的權利，該號解釋僅泛泛地提出「公務人員依法辦理退休請領退休金，乃行使法律基於憲法規定所賦予之權利，應受保障」。其次，是在「訴訟救濟」方面，認為「在程序上非不得依法提起訴願或行政訴訟」，來實踐上述的「權利保障」。

然而，吾人不禁會有疑問：在「公務人員依法辦理退休請領退休金」以及「行使法律基於憲法規定所賦予之權利」之間，顯然「請領退休金」應當是「憲法所賦予之權利」。但大法官在該號解釋卻導出了「保障訴訟權」的結論。如果該退休公務員請領服務年資的證明，目的不是為了計算退休金，那麼保障其訴訟權所為何事？難道是為了滿足「人生志業」或為「面子」而奮爭？答案當然是極為明顯的。本席在釋字第七〇七號解釋協同意見書中，已經提出此質疑矣。而大法官卻隱晦地不明指此訴訟目的，乃出於保障該退休金的財產法益，以

致於影響後續的數號解釋（註一）。

這恐怕也是當時大法官普遍的認知係請領退休金的權利與服公職權不可分所致。其顯著代表者，係「衍生說」——請領退休金的權利衍生自憲法第十八條保障服公職之權，以釋字第六一四號解釋的論述最為清晰。

釋字第六一四號解釋理由書第二段即已言明：「憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金請求等權利。國家則對公務人員有給予俸給、退休金等維持其生活之義務」。因此，此薪俸權未能獨立視為憲法財產權保障的範圍，而是從屬於服公職之權後，所衍生的「法定權利」（註二）。

然而，當否將公務員的薪俸獨立視為憲法財產權保障的範圍，由於在我國憲法中未將公務員的權利義務，有別於一般國民予以特別規定，而係與一般人民相同對待。雖可導出立法者可以區分一般國民與公務員，而享有不同之法律上的權利義務。但即使法律對公務員為有異於一般人民的限制基本人權之規定，仍然須適用比例原則及公益原則。質言之，立法裁量的空間，亦有憲法的界限也。故人民進入公職，其應獲得薪俸的高低、資格與限制，固是立法裁量範圍所及，但仍應受到憲法相關理念的拘束，財產權的保障理念即是其中之一也（註三）。

本號解釋未再援引釋字第六一四號及第六五八號解釋的「衍生論」，而專提及保障教職員的財產權的另一個寓意，當係否認人民擔任公立學校教職員工作，屬於憲法第十八條所保障人民「服公職」之權利。在邏輯上，只要排除了擔任教職員屬於「服公職」之權利，而係同屬憲法所保障的職業權或工作權，即可「釜底抽薪」地免除了「衍生論」的負擔，光明正大地援引受憲法保障的「工作所得」的財產權，作為審查的標準也。

這是大法官擺脫了過去解釋上一貫將公立學校教職員視同公務員，即人民服公職權利的實現，並將之「正常化」為一般職業與工作權的定性，不能不說是一個巨大的改變，只可惜乎本號解釋在理由書中，並未特別提到此種與傳統見解「分道揚鑣」的理念歧異。

當然，本號解釋這種創見，也含有兩個意義，第一，只是排除公立學校教職員屬於憲法服公職的範疇而已，至於公務員的薪俸是否能夠獨立視為財產權保障之範圍，而毋庸與服公職權相掛鉤，固為本號解釋效力範圍所不及，還有待大法官繼續努力澄清之。第二，此種教職員與服公職的公務員在基本權利適用種類定位的「分流」，並非表

示立法者得將若干規範公務員權利、義務、甚至福利的法制，施於教職員之上。亦非否認立法者應當負有儘量照顧教職員的憲法義務，此觀諸憲法第一百六十五條，國家應保障教育工作者的生活，並依國民經濟的進展隨時提高其待遇。同時，在規範教職員的薪俸及福利等事項，立法者仍然保有相當的立法裁量空間，但必須遵循平等原則（依規範對象本質不同，而為合理差別待遇）、比例原則及法律保留原則（如本號解釋、釋字第七〇七號及第六五八號解釋），是為當然。本號解釋破除了過去立法上將軍公教一體看待，並在相關立法上也相互抄襲、援引，甚至民間也無法區分彼此的差異，這種「大混元一體」的立法體例。立法者應當儘速檢討，分別立法。本號解釋可視為此種分別而詳盡的立法之催生者矣（註四）！

### （三）薪俸權不再視為國家的給付行政

如上所述，本號解釋已十分清楚地確認了教職員的薪俸權可視為財產權保障的立論。就此而言，如比較與本號解釋之標的性質甚為接近——高級中學以下教師的待遇，且公布時間亦頗為接近（民國一〇一年十二月二十八日）的大法官釋字第七〇七號解釋，將更顯出本號解釋的正確。

釋字第七〇七號解釋的優點，乃是仔細援引憲法第一百六十五條之規定，闡述國家應當妥善照顧教育工作者的薪俸。這是本號解釋所欠缺者。同時，也正式提到高級中學以下教師的待遇屬於財產權之保障，亦屬涉及公共利益之重大事項，應適用法律保留原則。則是與本號解釋前後呼應（註五）。

此外，釋字第七〇七號解釋亦有異於往昔見解，但卻十分迂迴的表明——即將教師薪俸權認定屬於「行政措施」，而非釋字第六一四號解釋所明白提及的「給付行政」的概念。由於釋字第七〇七號解釋在理由書中，一開始即提及：「基於憲法上法律保留原則，政府之行政措施雖未限制人民之自由權利，但如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項者，原則上仍應有法律或法律明確之授權為依據，主管機關始得據以訂定法規命令（本院釋字第四四三號、第六一四號、第六五八號解釋參照）。」

此處援引的三號解釋中都涉及到法律保留的密度問題，除了釋字第六五八號解釋涉及公務員退休年資的計算，該號解釋認定為重要事項，必須適用法律保留原則，已於前述外，另外兩號解釋（釋字第四四三號、第六一四號解釋）則特別指出關於「給付行政」的領域及適用較低度法律保留原則的問題。尤其是釋字第六一四號解釋的立論——對公務人員退休金的計算事宜（公營事業人員轉任公務員年資合

併計算問題)認為屬於「給付行政措施」，並不涉及人民權利之限制，可由子法逕行規定——，很容易令人聯想到該號解釋會被廢續下來。

然而，這只是虛驚一場，釋字第七〇七號解釋提出了「基於憲法上法律保留原則，政府之行政措施雖未限制人民之自由權利……」，似乎與釋字第六一四號解釋一脈相承！但，細觀釋字第七〇七號解釋卻說明為「政府之行政措施」，顯然未再援用「給付行政措施」，此處刪掉了「給付」兩字，恐非無心之作，乃寓有深意焉！

誠然，儘管屬於給付行政的範疇，可以適用密度較低的法律保留原則，但一旦涉及重要事項，且與公益有關，仍應適用法律保留原則（釋字第四四三號解釋之意旨）。因此，釋字第七〇七號解釋採納釋字第四四三號解釋的「公益重要性」意旨，儘管同樣地與釋字第六一四號解釋，都面臨了母法不備的窘境（註六），但立論的重心，已偏向規範事項具有「公益重要性」之認定，至於該退休金的計算事宜，是否仍屬給付行政的概念，已不是關鍵因素矣。故才會導出釋字第七〇七號解釋與釋字第六五八號解釋一致地作出違憲論（分別為三年失效及二年失效），而不同於釋字第六一四號解釋採取容忍的合憲論。這也是釋字第七〇七號解釋在用語上輕描淡寫地易「給付行政措施」為「行政措施」，並未具有影響解釋結論的重要性，而僅是避免不必要的困擾而已（註七）。

本號解釋就此點而言，則是更進一步，完全避談公教人員薪俸權利，是否為行政措施或給付行政的性質，可以避免釋字第六一四號解釋所犯下的錯誤：其誤解了「給付行政」為「行政給付」，且給付行政並非和民法的「給付」同其意義！且其與民事與行政訴訟法的「給付之訴」亦非同義。「給付行政」是一種新興的行政法學術語，有別於傳統的高權行政與秩序行政，而係描述國家針對一般或特殊國民所為福利、公共建設、水電等民生供應措施（註八），而非著眼於國家或政府的「支付行為」（註九）。故本號解釋將退休金視為財產權保障之客體，祛除了釋字第六一四號解釋「給付行政措施」的敗筆與概念糾纏不清，更是明智之舉。

## 二、部分不同意見書

本席對多數意見不表贊同之處，乃是對理由書第五段所通過的不受理部分。此處不受理主要是針對銓敘部九十年四月十日九〇退三字第二〇一〇七五七號書函（下稱系爭書函），並未為確定終局裁判（臺北高等行政法院九十九年度訴字第一〇〇號判決）所援用，而作為不受理之理由。

然而，以該系爭書函的內容而論：「依公務人員退休法施行細則第十



三條規定，且為避免政務人員、教育人員或公營事業人員退休（職）後轉任公務人員重行退休時，要求援引比照不受最高採計年資之限制，並避免對於久任公務人員其任職年資超過最高採計上限者，產生不公，工友退職再任公務人員重行退休者，其已領取工友退職金年資，仍應併計受三十五年限制」。很明顯地，本書函是以「公務人員退休法施行細則第十三條」之規定作為解釋標的，原則上不應適用在公務員或教職員退休後，仍再任教職員的事項之上。然而，原處分的依據，以及系爭確定判決，皆引為判決之依據，故其已援用，只是屬於不當與違法的援用。

原因案件中復審決定書（九八公審決字第○三五五號），亦於理由一中明白提及：「又八十四年七月一日退輔新制施行前，工友退職轉任公務人員後，依公務人員退休法辦理退休時，其已領取工友退職金年資，仍應併計受三十五年限制，業經銓敘部九十年四月十日九○退三字第二○一○七五七號書函釋在案……」，同樣的敘述，一字不漏地又出現在確定終局判決的判決理由書中，作為說明原處分的合法性理由之一。顯見復審決定及系爭終局判決作成的理由，或許多端，但無疑地已將系爭函釋列為判決理由，恐係難以推辭的事實也。

這也反映出當時銓敘部將公務員退休的規定，一概適用到教職員的退休事務之上，例如，銓敘部曾行文教育部就類似的學校教職員依事務管理規則領取退休金的最高基數或百分比，也是援引公務人員退休法及施行細則的規定辦理之（九十年十二月十九日銓敘部九十退三字第二○九三九四六號函；九十二年四月三十日部退三字第○九二二二三九二三八號函等，不勝其數）。

這種將公務員退休金計算的子法，用於教職員之上，顯然違反法律保留原則。然而，本號解釋多數意見卻認為終局判決未作為判決的依據而不予受理，顯然違背事實。

其一，判決必須附具理由，行政處分亦然。本號解釋原因案件對於聲請人服務年資的計算依據，一定有所本。在受理的部分，已經明確地違反法律保留原則，並無疑義。則此些依循違憲且無母法授權的系爭規定，如何自圓其說而振振有詞地認定其法源依據，其來有自？原處分機關、復審決定及確定終局判決，有無「自創法理或法源依據」？顯然沒有。質言之，相關機關適用此函釋，早已視為理所當然，且得心應手，豈有懷疑其合憲性及摒斥不用之理乎？

更何況，行政訴訟中法官的裁決必須附具理由，受到依法行政、法律保留及法治國家原則的嚴格拘束，法官裁判的法源依據，常以成文法規為準，此不似民事法官，在法律無明文規定時，還必須努力「尋找法源」，甚至援引法理、習慣、學說，甚至個人理念，作為判決依據，故享有甚大的「法官造法」之空間。

這種行政法院法官必須找到法源依據作為判決之本，並有詳盡說明之義務（Die Begründungspflicht），也強制了法官必須找到「正確的法規依據」。

或認為行政實務上，包括本號解釋原因案件的復審決定與終局判決，本不應適用系爭函釋，但卻適用了，乃是屬於法官「認事用法」，並非是大法官所審查的範圍。否則大法官將之宣布失效，是否使其原本應當產生規範的事項，反而無法可依？質言之，儘管法院作成終局判決，是援引錯誤的法律或法令，亦非釋憲範圍所及。

這種見解，首先通不過釋憲的目的，乃是審查「終局判決所依據的法令」是否具有合憲的品質。因此，不管是實質或形式援用，都應列入審查的範圍。甚至，終局判決竟然「因陋就簡」地將未規範或不充足規範的法律，擴充適用到不妥適的事項，亦可能造成牴觸法律保留原則或「規範不足」、「保護不足」的違憲後果；或是終局判決有意或無意逃避成為違憲審查的標的，將相關函釋或行政命令，略而不引，是否即可了遂其願？答案是否定的。這也是本院大法官為了避免釋憲制度可能形成被規避與淪為具文，故自釋字第三九九號解釋以還，已經採行「重要關聯理論」（同見釋字第四四五號、第六六四號、第七〇三號、第七〇九號解釋），將確定判決所持的法律見解，儘管僅是一部分作為判決理由，或是作為駁斥的立論，也儘管未使用相同的用語，但只要有「思路上的脈絡」可尋，即可將之納入審查的範圍（註十）。

故認定是否要採行重要關聯理論，權屬大法官之裁量，但為了體系正義以及「凡作為判決理由者，即應接受審查」的客觀性，本席認為應當從寬認定，以合理加大基本人權保障網的射程（註十一）。

因此，尤不可以法院終局判決援引錯誤的法規，作為判決基礎，卻可以躲入「法院認事用法」的保護傘之下，而釋憲機關卻束手無策，眼睜睜目睹釋憲權的淪喪。如此一來，以後各級法院大可援引錯誤法律，來取代正確法律，但有違憲之虞的條文，反而可規避違憲審查之利。這種「認事用法說」的想法，其弊之大，是否會印證目前外界已形成強烈的呼籲：我國釋憲制度應當要增加「裁判憲法訴願」的機制，以強化保障人民權利與法治國家原則的必要性，且將釋憲範圍，至少應及於終局判決適用法律的見解、援引法條與法規範的正確性之上，其次才推及判斷證據力的取捨，甚至及於裁量權運用是否妥適之上乎？

### 三、結論—莫令教職員有「年老方憂稻粱謀」之嘆

本號解釋能夠務實地承認教職員福利與待遇的事宜，具有財產權價值，屬於重大事項，應受到法律保留原則的拘束。這是進步的說法。但本號解釋對此法益為何具有重要性，似乎擬同一般人民的財產權，要受到國家的保障而已。未能如釋字第七〇七號解釋強調國家應當對教職員的待遇，

提升到憲法的義務，從而立法者不僅僅是要將法律當作規範教職員薪俸權利的工具而已，以滿足形式的「法律保留原則」，而是立法者還必須「隨時注意」提高教職員的待遇（憲法第一百六十五條）（註十二），讓教職員能以全力培養國家下一代，並藉以提振學術、教育與文化的發展，教職員從事此領域的工作，都是「利他」而無「利己」也。

國家必須善盡照顧公務員及教職員，免有「老境淒涼」之嘆，使其能夠同享唐朝大詩人白居易樂天的「退休觀」——臨老仍不憂稻粱謀。故能悠悠的詠出這一句令天下讀書人欣羨的名句：「少年猶不憂生計，老後誰能惜酒錢？」（白居易，《與夢得沽酒閒飲且約後期》）。

職員與教員同樣是服務在傳道授業的神聖場所，在庠序內共同承擔培育英才的任務。雖然任務有別，但理應懷有類似的志業抱負。國家對此教職員都應善盡照顧之義務，莫使其一入教職之門，卻始終懷有「蓄財以備終老之思」！且現代法治國家的崇文教禮的時代精神，也不再容許有出現清末文學大師龔自珍的《詠史詩》內之「著書都為稻粱謀」。由此名句的上一句乃是「避席畏聞文字獄」，已透見其乃反映「國之不國」的悲慘現象也。

因此，國家應當致力於建立較為優渥的退休金法制，來回饋教職員一生奉獻教職的付出。倘若不然，當教職員齒危髮禿之際，猶有斷炊之憂；或是臨老待退之時，還要為過時與殘缺的退休法令與公門纏訟，其處境之可憐可憫，表示國家斯文不振（註十三）。我不禁想起了德國大哲學家尼采一首小詩《懷疑論者的話》：「你的生涯半度，時針移動，你的心兒在顫抖！它久久徘徊的踱步，尋而未得——它在猶疑什麼？」（註十四）」頗可描寫此種「蒼淒晚景」的心境於萬一。

將心比心，本席壯年以還即入教職，似也從未曾有過蓄謀財貨以備老時之思。故今睹兩教職員逢此際遇，不覺同悲，爰補綴數語，一則既贊同本號解釋創新、務實與非高調的見解；二則期盼國家立法機關日後形塑教職員權利法制，能存有「獎文教禮」的一絲心念，則國家下一代在此風薰陶下，能培養出優美與好禮的人格，即有望焉矣！

註一：其中間有承認公務員的保險養老給付，涉及人民財產權之保障者，例如釋字第四三四號解釋：

「公務人員保險法於第十六條第一項關於養老給付僅規定依法退休人員有請領之權，對於其他離職人員則未規定，與憲法第十五條保障人民財產權之意旨不符，應即檢討修正。」但這是基於被保險人已經繳付了一定比例的負擔，故方有侵犯其財產權之立論，此觀乎該號解釋的理由：「公務人員保險法規定之保險費，係由被保險人與政府按一定之比例負擔，以為承保機關保險給付之財務基礎。而保險費經繳付後，即由承保機關運用於該保險事務之中，並於保險事故發生時，作為保險給付之基金……」甚明。與公務員請領退休金之條件中，並無支付類似保險費之情形不同，自非可相比也。而至於較為強調與財產權之保障有密切關聯的解釋，則有釋字第二六六號解釋：「依公務人員考績法所為之免職處分，因改變公務員身分關係，直接影響人

民服公職之權利，依本院釋字第二四三號解釋，得許受處分之公務員提起行政訴訟。……惟公務人員基於已確定之考績結果，依據法令規定為財產上之請求而遭拒絕者，影響人民之財產權，參酌本院釋字第一八七號及第二〇一號解釋，尚非不得依法提起訴願或行政訴訟，……」，是乃曇花一現的少數解釋。

註二：將公務員的薪俸權視為法定權利，亦非不能充分的享受憲法保障，憲法第二十二條可作為依據。只不過用語上容易誤解立法者擁有極大的裁量餘地，應受釋憲機關的尊重。實則，公務員的權利應當受到所謂「贍養原則」（Die Alimentationsprinzip）之拘束，亦即國家具有法律與道德義務，妥善照顧公務員及其家屬，作為其對國家忠誠與服勤之義務，尤其是終身任職的公務員。這具有憲法位階的原則，可以拘束立法者，也因此公務員的福利與薪俸法制，具有憲法制度性保障的位階與特徵。見 P. Badura, Staatsrecht, Aufl.6, D.105. 另就薪俸權是否為基本人權，抑或法定權利，為此，德國聯邦憲法法院在最近的二〇一二年二月十四日所作出的關於聯邦教授薪俸改革法違憲案之判決，特別指出基於這種國家的贍養原則，立法者有義務制定合適的薪俸法，是屬於公務員的「與基本權利相同的權利」（Das grundrechtsgleiche Recht），見 BVerfGE 130, 263.

註三：在比較憲法制度上，德國基本法對於公務員薪俸權的保障，並不源於財產權，而係源於基本法第三十三條第五項所明白規定「傳統公務員體制」，故即可導源出公務員薪俸權利可享受憲法位階規範的保障。可參見本席在釋字第七〇七號解釋協同意見書，特別是註十五處的討論。

註四：這種對於公教人員權利義務與法制，應當就公務人員退休法整體規定一體看待。從而對於解釋相關條文時，特別是子法的規範，要由立法者的真意，以及體系正義來觀察，以認定這種子法對適用範圍的「擴充」有無符合制度本意，而毋庸斤斤計較子法的措詞。可參見徐璧湖大法官、葉百修大法官在釋字第六五八號解釋所共同提出之不同意見書。

註五：釋字第七〇七號解釋：「……教育為國家社會發展之根基，教師肩負為國家造育人才之任務，其執行教育工作之良窳，攸關教育成敗至鉅，並間接影響人民之受教權。為使教師安心致力於教育工作，以提昇教育品質，其生活自應予以保障。憲法第一百六十五條即規定，國家應保障教育工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇。教師待遇之高低，包括其敘薪核計，關係教師生活之保障，除屬憲法第十五條財產權之保障外，亦屬涉及公共利益之重大事項。是有關教師之待遇事項，自應以法律或法律明確授權之命令予以規範，始為憲法所許。……」。

註六：由於釋字第七〇七號解釋涉及教育部以子法（公立學校教職員敘薪辦法）規定教師薪級、薪額、計敘標準、本職最高薪級以及在職進修取得較高學歷之改敘等，事涉上開教師待遇之所得事項。而母法卻從缺（教師法第十九條授權行政院以命令規定實施日期，但當時尚未實施），形成抵觸法律保留原則之現象。其情形與釋字第六一四號解釋頗為類似。該號解釋涉及對公營事業人員轉任公務員後，其退休時的退休金年資合併計算之認定問題。該號解釋認為此問題事屬給付行政措施事務，主管機關所受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆。在此類法律制定施行前，曾任公營事業人員無從辦理年資之併計，主管機關自得發布相關規定為必要合理之規範，以供遵循。故主管機關發布命令，對上述公營事業轉任公務員後退休的服務年資計算，與曾任政務人員、教育人員、軍人或公務員轉任公務員後，其退休的服務年資計算縱有所差異

，即不屬恣意而有牴觸平等權之虞，亦未違反法律保留原則而違憲。

註七：可參見本席在釋字第七〇七號解釋所提出的協同意見書二處的批評。

註八：給付行政的概念中，也會有涉及「行政給付」的事實與現象，例如，政府設立的獎助金、貸款或紓困措施，這些情形可能成為行政訴訟中的給付訴訟之內容。例如，大法官釋字第三四八號解釋，即涉及學校與公費生締結行政契約，即可產生對待給付的權利義務。即係以行政契約達成給付行政，並形成行政機關有為給付的義務也。

註九：這是釋字第六一四號解釋囿於給付行政的字面（給付），所導出來的錯誤見解。就此本席早即主張應當將「給付行政」譯為「服務行政」，否則連本號解釋多數意見都會誤用此概念，遑論不諳德文的莘莘學子矣。然而，積非成是，本席這種呼籲恐怕「石投淺井」，只有回聲一二而已。請參見陳新民，服務行政與生存照顧的原始概念——談福斯多夫的「當作服務主體的行政」，刊載：氏著，公法學劄記，三版，二〇〇五年，第四十五頁以下。

註十：可參見徐璧湖，釋憲實務有關「重要關聯理論」之研析，刊載：月旦法學雜誌第二二八期，二〇一四年五月，第七十四頁以下。

註十一：可參見陳新民，憲法學釋論，修正八版，民國一〇四年五月，第七百九十七頁。

註十二：這個見解，如同德國聯邦憲法法院早在一九七七年三月二十日所作的判決，所顯示的意旨。該案乃就公務員及公立學校教育人員（該案指大學教授）的薪資是否適切的違憲爭議，聯邦憲法法院的見解認為：雖然公教人員的薪資乃由立法裁量決定之，但立法者亦有義務應給予其符合職務高低與責任程度的薪資，能過著符合社會地位與社會關係的生活，俾使其能夠將其全副精力貢獻給憲法所賦予之任務。BVerfGE 44, 249/265. 惟德國係將公立學校教員視為公務員，因此與一般公務員皆包含在憲法（基本法第三十三條第五項）所明白規定「傳統公務員體制」的權利與義務範圍之內。嗣後，德國聯邦憲法法院作出甚多號解釋，規定立法者對於公務員與教職員的薪俸等級、兒童與地區津貼及其他補助事項，都可質疑立法者的判斷有無符合國家的贍養原則。見 P. Badura, Staatsrecht, Aufl.6, D.105.

註十三：德國聯邦憲法法院在前註的判決中，還特別指明國家應當妥善照顧公務員及教職員的生活義務，不僅僅止於滿足衣食住行的生活所需，還要以社會的標準，使其能過著「起碼的舒適生活」（ein Minimum an Lebenskomfort），法院特別指明類似：能過著電氣化（收音機與電視機）的生活，能支付報紙、雜誌、觀賞電影及其他藝術活動，買得起私家車、渡假及支付貸款與疾病、人壽保險、繼續在職進修，及參與其他社會、政治及休閒活動的經費。因此，國家的贍養原則，不僅是只要保障公教人員過著清寒的生活水準，還要讓其能夠超越社會一般舒適生活水準之上。德國聯邦憲法法院雖然承認國家行政機關（公教人員之雇主）與立法機關擁有政策形成權力，但國家課予此二個機關在善盡此決策權時，必須考慮上述「生活水準」的支出，不能不說是令人敬佩的見解矣。相形之下，我國儒家思想一貫強調「居陋巷，一簞食，一瓢飲」的所謂「安貧樂道、君子謀道不謀食」的理想，以鼓舞公教人員習於清貧生活，是否已經是過於泥古與僵化的道德主義之訴求？

註十四：尼采著，周國平譯，尼采詩集，北京作家出版社，二〇一二年，第一百七十五頁。

（相關聲請書及裁判請上司法院大法官網站連結「大法官解釋」閱覽，網址：  
<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt>）