

釋字第七三〇號解釋協同意見書

李震山大法官 提出

公務人員領取退休（職、伍）給與後再任者，於計算其重行退休年資時，究應在現行齊頭式的三十年或三十五年上限下，¹「分別」或「合併」計算其前後服務年資之有關規定，除影響擇領月退休金或一次退休金之決定而關乎退休金多寡的財產權外，又因退休之贍養而涉及最低生存尊嚴的生存權，更可回溯影響當事人應否重行投入公職的生涯規劃，至關職業選擇自由及人格自我發展權，對實現公務人員服公職權利有重大影響，自非細節性或技術性事項，應以法律定之。縱然得以命令定之，法律授權亦應具體明確且命令內容不能逾越母法規定，方符合憲法法律保留原則。類似案件早經本院釋字第六五八號解釋在案，本件再為雷同之解釋，為確保聲請人基本權利，本席敬表贊同。惟針對相同內容之規範重行解釋，以及解釋之中未附理由地將應保障的基本權利從「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

¹ 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。」

規定²) 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。³但這只是「頭痛醫頭」之舉措，因為完全比照該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，⁴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

² 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。」

³ 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、政務人員、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。」

⁴ 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。」

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。⁵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，⁶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，⁷表面上是尊重立法形成自由，實質上有違憲警告之意，惟該諭知並未受到正視。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

⁵ 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。行政法院五十二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。

⁶ 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。尤其是最近作成的釋字第 720 號、第 725 號、第 728 號等解釋。

⁷ 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。」

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。⁸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。⁹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，¹⁰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

⁸ 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。

⁹ 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。

¹⁰ 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。

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。¹¹

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。¹²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

¹¹ 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「參、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。」

¹² 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。」

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。¹³

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。¹⁴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

¹³ 本席曾於本院釋字第 715 號解釋部分不同意見書之「參、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。

¹⁴ 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。」

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！

參、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恆星下互串為星系。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，¹⁵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！

¹⁵ 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！