

釋字第七三〇號解釋部分協同、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704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707、723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諭知，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，惟其內容不得抵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，惟其內容不能抵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，只要屬於授權法規範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的，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。在上一情形，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。