

拒絕適用憲法的行政法院—釋字第730號解釋評釋

李劍非 理律法律事務所律師

摘要

釋字第 730 號解釋所涉及之實體憲法問題，包括給付行政法律保留之司法審查密度、公立學校教職員退休金之權利所涉及者為憲法第十八條服公職權抑或憲法第 15 條財產權等，皆有其探討價值。惟本號解釋所彰顯更重要之意義，乃是本號解釋從釋字第六五八號解釋以來之司法懈怠事實，即行政法院拒絕於個案中適用憲法及大法官解釋，即使大法官已於前案透過大法官解釋宣告極為類似之法律條文違憲，行政法院還是拒絕參考大法官意旨，為人民於個案中運用合憲解釋或拒絕釋用行政命令等方式，為人民落實個案救濟，本案聲請人仍須透過三級三審後，透過大法官再度以解釋宣告法規違憲，方取得一線救濟之曙光。釋字第 730 號解釋為行政法院淪為大法官說一動做一動之人民敗訴法院，無法落實司法提供及時有效救濟之核心功能，提供最好的啟示。

壹、前言：從釋字第六五八號解釋說起

釋字第730號解釋所涉及者或許並非一般所認為熱區議題之憲法解釋，惟因本文作者從事於公法救濟實務，如由當事人角度觀察本號大法官解釋，或有不同之心得。

本號解釋須從釋字第六五八號解釋談起。釋字第六五八號解釋之聲請人為中科院技術員，於七十七年底按十六年之退休年資標準獲發退職金。其後再任職行政院原子能委員會技術員，於九十四年一月間經銓敘部依其選擇採計退休撫卹新制施行前、後年資分別為九年五個月及九年七個月，核定新制施行前、後年資為九年及十年（合計共三十五年）。該號解釋聲請人因認公務人員退休法施行細則第十三條第二項規定有違憲疑義，故於窮盡行政訴訟救濟後，聲請解釋憲法。

依該案當時公務人員退休法施行細則第十三條第一項規定：「已領退休（職、伍）給與或資遣給與者再任或轉任公務人員，其重行退休之年資，應自再任或轉任之月起，另行計算。」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）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。」該條第二項規定將公務員退休（職、伍）或資遣前之任職年資與再任年資合併計算，並使合併計算之年資受最高退休年資三十年或三十五年之限制，其意旨固在維持年資採計之公平，惟公務人員退休法第十三條僅係規定退休前之任職年資與再任年資應分別計算，且施行細則第二項規定欠缺法律具體明確授權，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，故生與憲法第二三條法律保留原則相違之疑慮。

司法院大法官於九十八年四月十日所公布之釋字第六五八號解釋之解釋文指出：「公務人員退休法施行細則第十三條第二項有關已領退休（職、伍）給與或資遣給與者再任公務人員，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，以不超過公務人員退休法第六條及第十六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。」

公務人員退休法施行細則欠缺法律授權採取退休後再退休公職人員退休金基數或退休年資與前次退休合併計算並非唯一一例，如公立學校教職員依學校教職員退休條例（下稱「系爭條例」）第二一條之一第一項規定：「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。」即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，而依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……。」即採取與公務人員退休法施行細則第十三條第二項相同之立法模式，且亦欠缺立法者之授權。

由於大法官已作成釋字第六五八號解釋，照理而言，行政法院只需參考極為相近之釋字第六五八號解釋之憲法原理，比復援引適用至個案中，基於學校退休條例施行細則第十九條第二項規定違反法律保留原則，當事人即可獲得即時有效之司法救濟。然而，釋字第七三〇號之事實卻非如此，本案當事人因此聲請大法官解釋。

釋字第七三〇號解釋之解釋文指出：「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。」即以系爭條例施行細則第十九條第二項規定違反法律保留原則侵害憲法所保障人民之財產權，而宣告該規定定期一年失效。

本號解釋所涉及之實體憲法問題，包括本號解釋所涉及之憲法基本權利應否包含憲法第十八條服公職權，以及本號解釋所明揭法律保留原則之意義，固有分析探討之意義，故本文以下將於參及肆討論相關內容。惟本文認為，本號解釋所顯示之司法懈怠事實，即行政法院拒絕於個案中適用憲法，而淪為大法官說一動做一動之人民敗訴法院，應更有討論之必要，故以下貳首先就本號解釋所顯示之個案司法懈怠問題提出相關說明。

貳、司法消極或司法懈怠？說一動做一動之行政法院

釋字第七三〇號解釋有兩位聲請人（林○子¹與呂○福²），對於上揭系爭法規均有違憲之相關主張，而該兩案聲請原因案件之原審法院之處理則可略整理如下：

一、聲請人林○子於臺北高等行政法院及最高行政法院均曾主張系爭條例施行細則第十九條第二項之規定違反法律保留原則，法院應依照釋字第六五八號解釋，拒絕適用違憲之法令。臺北高等行政法院九十九年度訴字第一〇〇號判決則認為，釋字第六五八號解釋為法規定期失效之違憲宣告解釋，³除僅對於聲請人方具有溯及效力外，於法規定期失效期間內，仍屬有效，故以同樣邏輯認定系爭條例施行細則第十九條第二項之規定屬於有效法規，⁴本案判決經最高行政法院九十九年度裁字第一八一七號裁定維持。

¹ 根據釋字第730號解釋司法院之事實整理，該號解釋之聲請人之一林○子曾任前臺灣省立臺南師範專科學校工友，其於中華民國（下同）74年3月間辦理退職並領取退職金。嗣後，聲請人再任國立臺南大學組員，並於98年1月間退休；惟其重行退休之退休年資採計，依學校教職員退休條例施行細則第19條第2項規定（下稱「系爭規定」），不得超過學校教職員退休條例（下稱「系爭條例」）第5條及第21條之1第1項所定之最高標準。對此，聲請人不服，經用盡審級救濟後，認確定終局裁判所適用之系爭規定，及銓敘部90年4月10日90退三字第2010757號書函，有違憲之虞，故聲請解釋。

² 根據釋字第730號解釋司法院之事實整理，該號解釋另一聲請人呂○福曾先任職於臺電公司，退休後再任國立新竹教育大學教授。而後，聲請人申請於98年間退休，惟其重行退休之退休年資採計，亦同受系爭規定所限制，對此聲請人不服而提起訴訟。經用盡審級救濟後，聲請人認確定終局裁判所適用之系爭規定，及系爭條例施行細則第19條第1項規定，有違憲之虞，故聲請解釋。

³ 釋字第658號解釋為定期失效之違憲宣告解釋：「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。」

⁴ 臺北高等行政法院99年度訴字第100號判決：「……則退休法施行細則第十三條第二項規定違反憲法第二十三條規定之法律保留原則，爰相關機關至遲應於該號解釋公布之日（按，九十八年四月十日）起二年內，依該號解釋意旨，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，退休法施行細則第十三條第二項失其效力。則按司法院釋字第一七七號、一八五號及第一八八號解釋意旨，司法院依人民聲請所為之解釋，對聲請人據以聲請之案件，係以解釋文未明定其失效日者，對於聲請人始有溯及之效力，本件原告既非司法院釋字第六五八號解釋之聲請人，該號解釋亦已明定公務人員退休法施行細則第十三條第二項規定自該號解釋公布之日起至遲於屆滿二年時失其效力，是該號解釋乃係附期限失效，在期限屆滿前，公務人員退休法施行細則第十三條第二項規定仍為有效之法規。而銓敘部業於九十八年四月三日函送立法院審議之公務人員退休法修正草案第十七條第二項中增列，將現行施行細則第十三條規定提升至本位階，以符前開大法官解釋之意旨。準此，上開施

二、聲請人呂○福亦於臺北高等行政法院原審時，主張應依釋字第六五八號解釋之意旨，認定系爭條例施行細則第十九條第二項之規定違憲，最高行政法院一〇〇年度判字第七一三號判決則拒絕參照釋字第六五八號解釋，而依釋字第四八〇號解釋，⁵指出：「教育部依據教職員退休條例第二十二條之授權，所訂定之教職員退休條例施行細則第十九條，對於再任人員再任前後年資應合併受最高採計上限之規範，即係本於學校教職員退休給與制度之整體性及衡平性，並落實學校教職員退休法有關年資採計上限之旨意所訂定，並無逾越法律授權訂定之範圍，本院自得予以援用。」

即使具有相同結構與內容法規之釋字第六五八號解釋已由大法官作成在前，林○子案之行政法院竟以釋字第六五八號解釋係屬法規定期違憲失效之解釋，故於期間內相關法規仍屬合法，且違憲法規對於聲請人以外之人民並不生溯及效力等理由，即認定系爭條例施行細則第十九條第二項規定並無是否違憲而應予拒絕適用之問題。

然而，法規雖受違憲定期失效，並不影響其屬於違憲法規之本質，此已經釋字第七二五號解釋所明揭：「本院宣告違憲之法令定期失效者，係基於對相關機關調整規範權限之尊重，並考量解釋客體之性質、影響層面及修改法令所須時程等因素，避免因違憲法令立即失效，造成法規真空狀態或法秩序驟然發生重大之衝擊，並為促使主管機關審慎周延立法，以符合本院解釋意旨，然並不影響本院宣告法令違憲之本質。」雖然該號解釋中大法官對於非原因案件當事人得否如案件聲請人依釋字第七二五號解釋就定期違憲失效之法規提起救濟有不同見解，⁶惟實務如最高行政法院一〇三年度判字第六五六號判決⁷及臺北高等行政法院一〇三年度訴更一字第四三號判決均明確認為，即使非釋字第七一六號解釋之聲請人，亦得主張因個案法規屬於定期違憲失效之法規，⁸而得請求相關救濟。⁹ ¹⁰對於人民就司法救濟之期待，司法實在不應吝於給予非聲請人以外當事人，就定期違憲失效之法規給予救濟之機會。¹¹

至於呂○福案，釋字第四八〇號解釋僅係重申第四四三號解釋所揭示之層級化保留原則，對於細節性或技術性之命令，無須法律授權，¹²惟呂案法院對於系爭施行細則第十九條第二項之規定為何屬於細節性、

行細則之規定，雖與法律保留原則有違，但於二年期限屆滿前，仍屬有效之規定；就此最高行政法院九十八年度裁字第一七五三號裁定意旨……可資參照。教職員退休條例施行細則第十九條因有與公務人員退休法施行細則第十三條相同之規定，基於公教人員退撫權益衡平一致考量，公務人員退休法施行細則第十三條第二項規定現仍為有效之法規，本件被告依現仍有效之教職員退休條例辦理退休之人員，辦理原告之退休案，並無違誤，是原告此部分之主張，委無可採。」

⁵ 釋字第 480 號解釋理由書：「國家對人民自由權利之限制，應以法律定之且不得逾必要程度，憲法第二十三條定有明文。但法律內容不能鉅細靡遺，一律加以規定，其屬細節性、技術性之事項，法律自得授權主管機關以命令定之，俾利法律之實施。行政機關基於此種授權，在符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內所發布之施行細則或命令，自為憲法之所許，此項意旨迭經本院解釋在案。惟在母法概括授權情形下，行政機關所發布之施行細則或命令究竟是否已超越法律授權，不應拘泥於法條所用之文字，而應該就法律本身之立法目的，及其整體規定之關聯意義為綜合判斷。」

⁶ 參釋字第 725 號解釋包括葉百修大法官及羅昌發大法官之意見書，並參李劍非，釋字第七二五號解釋：憲法訴訟的第一哩路，月旦裁判時報，33 期，2015 年 3 月，80-88 頁。

⁷ 最高行政法院 103 年度判字第 656 號判決：「上訴人主張原處分違法並侵害其權利而提起之撤銷訴訟，原應依原處分時之法律為判斷基準，然依上說明原處分所依據法律之裁罰規定既經宣告違憲，且立法院已依解釋意旨就裁罰規定為修正，又法官適用法律為審判，自應以合憲法律為基準，故本件應以修正後合憲之利益衝突迴避法第十五條為裁判始適法，原處分依修正前之利益衝突迴避法第十五條裁罰，訴願決定予以維持，均有違誤，原判決未及適用修正後之利益衝突迴避法而維持原處分及訴願決定，亦有未合。」

⁸ 即 89 年 7 月 12 日之公務人員利益衝突迴避法舊法第 15 條之規定：「違反第九條規定者，處該交易行為金額一倍至三倍之罰鍰。」該條經釋字第 716 號解釋宣告違反比例原則而違憲。

⁹ 臺北高等行政法院 103 年度訴更一字第 43 號判決：「雖司法院釋字第七一六號解釋同時為定期失效之諭知，亦即宣告利益衝突迴避法第十五條規定，自該解釋公布之日起（一〇二年十二月二十七日），至遲於一年屆滿時失其效力，仍不影響利益衝突迴避法第十五條『依交易行為金額之一倍至三倍之罰鍰』之處罰規定違憲之本質（最高行政法院一〇三年度判字第六五六號判決意旨參照）。」

¹⁰ 惟須注意，最高行政法院 104 年度裁字第 378 號裁定卻認為：「再審原告提起本件再審之訴所主張之第七二五號解釋，係於一〇三年十月二十四日公布，且再審原告並非該號解釋之聲請人，原確定判決亦非據以聲請第七二五號解釋之原因案件，則依上述司法院解釋及說明，第七二五號解釋對原確定判決之事件，並不能發生溯及之效力。亦即一〇三年十月十八日之原確定判決未適用當時尚未公布之第七二五號解釋，並不生所適用之法規顯然不合於法律規定或與司法院現尚有效之解釋顯然違反之適用法規顯有錯誤情事。」似採相反見解。

¹¹ 對於釋字第 725 號解釋羅昌發大法官及蘇永欽大法官意見書所提出之獎勵理論之回應，敬請參考李劍非，同註 6，80-88 頁。

¹² 釋字第 443 號解釋理由書指出：「至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由

技術性條文，並未見其說明，而對於與本案相近法規已經宣告違憲之釋字第六五八號解釋於本案為何不予適用，或應如何區別適用，則無相關分析。

事實上，法官於個案中遇到法規可能違憲時，可有以下幾種處理方式：

一、參考相關大法官解釋或憲法之意旨，運用合憲解釋方式限縮解釋相關法規之定義或範圍，¹³使法規產生實質合憲之結果，即透過個案法官對於法規之合憲性適用，達成避免法規被宣告違憲之結果。

二、關於法律之部分，依照釋字第三七一號解釋，雖認為「故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用」，惟學者則有不同看法，如黃茂榮教授認為法官審查法規合憲與違憲之標準與能力依屬相同，則無理由僅具合憲審查能力，而不具備違憲審查之義務；¹⁴李念祖教授則指出，憲法第一七一條斷無不許法官自行解釋法律牴觸憲法，卻容許法官自行解釋法律不牴觸憲法之理。¹⁵且實務如雲林地方法院九十二年度家訴字第三九號判決亦曾基於勘亂時期軍人婚姻條例之相關法規屬於違憲而予拒絕適用。¹⁶故法官應依憲法之要求，得審查法律違憲而拒絕適用。關於命令，依照釋字第一三七、¹⁷二一六號解釋¹⁸及八十九年十一月十日大法官第一一五三次不受理決議，¹⁹法官則得逕行拒絕適用違憲之命令或規則。

三、法官得因對於相關法規具有違憲之確信，依照釋字第三七一、²⁰五七二²¹及五九〇號解釋²²之意旨停

者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；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。」¹³所謂合憲解釋，可參陳春生大法官於釋字第 653 號解釋之部分不同意見書：「德國聯邦憲法法院，很早即援用此一法理。所謂法律合憲性解釋，指某一法律規定，在其文義範圍內，可能有不同解釋，且並非所有解釋均合憲，但只要有解釋合憲可能，則最高釋憲機關並不宣告該法律部分無效，而是確立何種解釋該法律合憲，何種解釋與憲法不符。亦即依德國聯邦憲法法院之見解，若某一規範存在多種解釋，其部分解釋與憲法不符，部分解釋與憲法相符，則該規範合憲，必須為合憲解釋。法律合憲性解釋原則，乃有利於立法者之原則，但如果系爭法律無論如何解釋均與憲法不符時，則不適用，因為此一法律合憲性解釋原則，乃在規範解釋多種可能意義下，部分與憲法不符部分與憲法相一致情況下適用，此為法律合憲性解釋原則之本質。」此外，王澤鑑前大法官於釋字第 437 號解釋意見書亦可參考。

¹⁴ 黃茂榮，法學方法與現代民法，1993 年，290-2 頁。

¹⁵ 李念祖，從美國最高法院 Marbury v. Madison 判決論我國大法官釋字第 9 號、第 371 號解釋之推論基礎，收錄於：司法者之憲法，1998 年 9 月，90-1 頁。

¹⁶ 雲林地方法院 92 年度家訴字第 39 號判決：「Ⅲ、如果一般法院法官認定法律違憲，無權拒絕適用，只能聲請大法官解釋，則一般法院法官的憲法素養勢必因制度的被置於大法官的『監護』下而沒有機會獲得發展，進而慢慢的萎縮下去。Ⅳ、如果一般法院法官認為法律違憲時，只能聲請大法官解釋，無權逕行拒絕適用，顯然是對法官的違憲判斷能力不信任。……Ⅹ、換言之，法院對某一法律之違憲性若已獲有確信而無疑義或者關於憲法的適用，並無在兩個以上機關間發生相持不下的爭議，則該法院或該機關自得自為解釋。且依司法院大法官會議法第四條第一項第一款之文義觀之，在無疑義或無爭議之情形，該法院或該機關可能根本便不得聲請大法官會議解釋憲法，而應自為解釋。這種見解，在關於命令之違法性或違憲性的審查上，已為司法院所接受。這個見解在法院之法律違憲性審查問題處理上也應予貫徹。」

¹⁷ 釋字第 137 號解釋：「法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，或為認定事實之依據，或須資為裁判之基礎，固未可逕行排斥而不用。」

¹⁸ 釋字第 216 號解釋：「法官依據法律獨立審判，憲法第八十條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，本院釋字第一三七號解釋即係本此意旨；司法行政機關所發司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，僅供法官參考，法官於審判案件時，亦不受其拘束。惟如經法官於裁判上引用者，當事人即得依司法院大法官會議法第四條第一項第二款之規定聲請解釋。」

¹⁹ 大法官第 1153 次不受理決議：「又對行政機關頒布之命令或規則，法官得依法表示適當之不同見解，並不受其拘束（本院釋字第一三七號解釋參照）。此種命令或規則自非本院釋字第三七一號解釋中法官得聲請解釋之標的，法官於審理案件時，對相關命令或規則，認有牴觸憲法、法律之確信者，應不予適用（本院院解字第四〇一二號及釋字第二一六號解釋參照），尚無聲請本院解釋之餘地。」

²⁰ 釋字第 371 號解釋：「惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。」

²¹ 釋字第 572 號解釋：「按法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官解釋，業經本院釋字第三七一號解釋在案。其中所謂『先決問題』，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，

止訴訟程序聲請大法官解釋。

無論是於林○子案或呂○福案，系爭條例施行細則第十九條第二項規定或被認為無合憲解釋之空間，惟因大法官已做成釋字第六五八號解釋，明揭相似之公務人員退休法施行細則第十三條第二項規定將公務員退休（職、伍）或資遣前之任職年資與再任年資合併計算，並使合併計算之年資受最高退休年資之限制，違反法律保留原則，則行政法院之法官縱使認為釋字第六五八號解釋對於非聲請、不同條文之他案不具拘束力，而認為該號解釋對於系爭條例施行細則第十九條第二項規定不具拘束力，惟仍得參考釋字第六五八號解釋之意旨，直接適用法律保留原則認定系爭條例施行細則第十九條第二項因屬違憲之行政命令而予拒絕適用。詳言之，無論釋字第六五八號解釋所宣告違憲法規之效力是否及於林○子案或呂○福案，行政法院法官本有依憲法審判之義務，法律保留原則乃係憲法第二三條之要求，具有憲法位階應無疑義，²³則法律保留原則當無是否僅得為釋憲原因案件聲請人適用之問題，法院實無對於明確違反法律保留原則之命令不予拒絕適用之理。拒絕適用違憲之命令係法院之義務，並非特權，法院如無正當理由，僅以他案釋字係定期違憲失效解釋此種似是而非之理由即卸除其作為憲法三權機關之一之依憲法獨立審判之義務，可謂是司法懈怠，而不能濫用司法消極主義²⁴之名掩飾司法漠視憲法之事實。

而縱使法院對於拒絕適用或存有疑慮，亦可考慮當事人於冗長司法程序中所造成之犧牲，以及預見當事人將來聲請釋憲必然之曠日費時，法院亦得依職權停止審判程序聲請釋憲，為當事人省去部分釋憲之時間。根據司法院官方網站統計，以一〇三年為例，三百五十八件釋憲聲請案件中，僅二十九件為法官聲請，一〇二年之四百三十二件釋憲聲請案中，僅十九件為法官聲請，²⁵比例均不過僅占釋憲聲請之百分之十上下，顯見我國法院除少有拒絕適用違憲之法規及命令外，亦少有停止審判聲請釋憲者，使人民皆必須等待漫長之訴訟程序後，方得提出釋憲聲請，並於大法官作成解釋後，需再度提出再審救濟程序。

對於本號解釋所顯示之行政法院說一動做一動之憲法怠惰，李震山大法官亦於本號解釋之協同意見書中同樣無奈地指出：「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。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，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！……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。」李大法官因而認為，應透過憲法訴願制度，²⁶方能解決法院習慣依法律而非憲法審判之陋習。²⁷

顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂『提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由』，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。本院釋字第三七一號解釋，應予補充。」

²² 釋字第 590 號解釋：「法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。此所謂『法官於審理案件時』，係指法官於審理刑事案件、行政訴訟事件、民事事件及非訟事件等而言，因之，所稱『裁定停止訴訟程序』自亦包括各該事件或案件之訴訟或非訟程序之裁定停止在內。裁定停止訴訟或非訟程序，乃法官聲請釋憲必須遵循之程序。惟訴訟或非訟程序裁定停止後，如有急迫之情形，法官即應探究相關法律之立法目的、權衡當事人之權益及公共利益、斟酌個案相關情狀等情事，為必要之保全、保護或其他適當之處分。本院釋字第三七一號及第五七二號解釋，應予補充。」

²³ 釋字第 443 號解釋：「若欲對人民之自由權利加以限制，必須符合憲法第二十三條所定必要之程度，並以法律定之或經立法機關明確授權由行政機關以命令訂定。」

²⁴ 司法消極主義乃指行使違憲審查權時，應對立法部門及行政部門等政策決定者之絕對，採取最大限度之謙讓與敬意立場，許志雄，司法消極主義及司法積極主義，月旦法學雜誌，2 期，1995 年 6 月，40 頁。

²⁵ 大法官案件統計網站：<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p05.asp>（最後瀏覽日：2015 年 12 月 12 日）。

²⁶ 德國之憲法訴願制度係使德國聯邦憲法法院得對於裁判進行違憲審查，吳志光，憲法訴願，月旦法學教室，53 期，2007 年 3 月，91-97 頁。關於我國應否引進德國憲法訴願之正反討論，參蘇永欽，裁判憲法訴願？——德國和台灣違憲審查制度的選擇，法令月刊，58 卷 3 期，2007 年 3 月，302-320 頁；李念祖，重訪釋字第一七七及三七一號解釋——論大審法修正草案排斥憲法訴願政策背後的價值配置，月旦法學雜誌，224 期，2014 年 1 月，151-170 頁。

²⁷ 李震山大法官於釋字第 730 號解釋之協同意見書：「若需大開大闢，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。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，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

李大法官主張透過法律引進憲法訴願之意見固值贊同，惟本文以為，縱使我國引進憲法訴願，使大法官成為終極審之憲法法院，如下級審法院僅適用法律而不依憲法審判個案，現況所存之問題仍未解決。無論有無憲法法院、大法官，法院或法官均應依憲法審判，因為這是憲法課予司法機關之義務，人民訴訟權實現之當然且唯一之結論，上級審或專職憲法解釋機關之存在，不因此卸除法院之憲法義務。

參、給付行政抑或行政措施之法律保留？

由於退休事項一般可被歸類為屬於給付行政領域事項，²⁸而給付行政之法律保留，依照釋字第四四三號解釋，僅於涉及公共利益之重大事項，方適用法律保留；²⁹釋字第六一四號解釋則將重大事項明列包括實現人民基本權利之保障。³⁰

釋字第七三〇號解釋所涉及之公立學校教職員之退休年資計算事項，亦涉及退休金之給付，而屬於給付領域事項，該號解釋審查系爭條例施行細則第十九條第二項規定，以該規定欠缺法律具體明確之授權而違反法律保留原則，宣告違憲：「……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。」

就本號解釋於法律保留原則之意義，大法官間有不同之解讀，陳新民大法官認為，自釋字第七〇七號解釋開始，大法官已揚棄「給付行政」之概念，而以「政府之行政措施」取代之，³¹使法律保留審查之重點不在於系爭事項是否屬於給付行政，而適用較低密度之法律保留審查，而在於系爭事項是否具有公益重要性。³²

羅昌發大法官則於本號解釋外，進一步補充本件所涉事項為何屬於涉及公共利益之重大事項：「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。」³³

蘇大法官則與多數意見及羅昌發大法官持不同看法，其認為教職人員重行退休時年資計算之規定既無關

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。」

²⁸ 參見如釋字第 614 及 658 號解釋。

²⁹ 釋字第 443 號解釋理由書指出：「又關於給付行政措施，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。」

³⁰ 釋字第 614 號解釋：「憲法上之法律保留原則乃現代法治國原則之具體表現，不僅規範國家與人民之關係，亦涉及行政、立法兩權之權限分配。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（本院釋字第四四三號解釋理由書參照）。」

³¹ 釋字第 707 號解釋理由書指出：「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）。」

³² 陳新民大法官於釋字第 730 號解釋之部分協同、部分不同意見書：「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，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。」

³³ 參羅昌發大法官於釋字第 730 號解釋之協同意見書。

行政處罰，³⁴亦與人身自由之剝奪無涉，³⁵屬於純粹財產權保障之問題，故主張本件應採寬鬆之法律保留審查標準即為已足。³⁶

觀察釋字第六一四、六五八及七三〇號解釋之多號解釋，吾人應可認為，即使是給付行政之退休金或立法裁量之事項，因影響人數眾多，或涉及重要之公共利益，故仍應適用相對之法律保留，即須立法明定或明確授權，方得就公職人員之退休金為相關之設計。

肆、服公職權抑或財產權？

關於本件教職人員重行退休時年資計算之規定所影響之憲法基本權，釋字第七三〇號解釋定位為憲法第十五條之財產權：「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……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。」

依蘇永欽大法官於本號解釋意見書之觀點，本號解釋所呈現者，乃是無論是否將教師、工友納入憲法第十八條之公職概念，憲法服公職權之制度性保障應以常業之文官為限，而不及於非常業公務員，本案解釋所涉及因係教師及非教師之教職相關人員退休金利益，故多數意見選擇以財產權作為審查基礎之基本權。³⁷陳新民大法官亦認為，本號解釋選擇財產權作為審查之基本權，即已「排除公立學校教職員屬於憲法服公職之範疇」，且顯示「在規範教職員之薪俸及複利等事項，立法者仍然保有相當之立法裁量空間」³⁸。

相對於此，李震山大法官則認為，「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」，並認為服公職權相較於財產權而言，具有特別之性質，而本號解釋如亦能從服公職權切入，將能更細緻化財產權在公務人員領域應有之保障範圍及限制界線。³⁹羅昌發大法官亦同樣指出，只要人民所擔任之職位屬於公職範圍，即應有憲法第十八條之適用；而於憲法第十八與十五

³⁴ 釋字第 638 號解釋理由書：「行政罰之處罰，以違反行政法上義務為前提，而實施處罰構成要件行為之義務主體，自屬依法處罰之對象。立法者並非不得就他人違反行政法上義務之行為，課特定人防止之義務，並因其違反此一防止義務而使其成為行政處罰之對象。是行政處罰之處罰對象規定，亦涉及人民權利之限制，為符合法治國家處罰法定與處罰明確性之要求，除有法律或法律具體明確授權之法規命令為依據外，不得逕以行政命令訂之。又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。至各該法律或法規命令之內容，均應符合比例原則，自不待言。」

³⁵ 釋字第 710 號解釋：「中華民國九十二年十月二十九日修正公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例第十八條第一項規定……（該條於九十八年七月一日為文字修正）除因危害國家安全或社會秩序而須為急速處分之情形外，對於經許可合法入境之大陸地區人民，未予申辯之機會，即得逕行強制出境部分，有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第十條保障遷徙自由之意旨。同條第二項規定：『前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容……』（即九十八年七月一日修正公布之同條例第十八條第三項），未能顯示應限於非暫予收容顯難強制出境者，始得暫予收容之意旨，亦未明定暫予收容之事由，有違法律明確性原則；於因執行遣送所需合理作業期間內之暫時收容部分，未予受暫時收容人即時之司法救濟；於逾越前開暫時收容期間之收容部分，未由法院審查決定，均有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第八條保障人身自由之意旨。又同條例關於暫予收容未設期間限制，有導致收容人身自由遭受過度剝奪之虞，有違憲法第二十三條比例原則，亦不符憲法第八條保障人身自由之意旨。」

³⁶ 蘇永欽大法官於釋字第 730 號解釋之部分協同、部分不同意見書：「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。」

³⁷ 蘇永欽大法官於釋字第 730 號解釋之部分協同、部分不同意見書：「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。」

³⁸ 參照陳新民大法官於釋字第 730 號解釋之部分協同、部分不同意見書。

³⁹ 參李震山大法官於釋字第 730 號解釋之協同意見書。

條之適用關係上，羅大法官引其於釋字第七一五號解釋之意見書，而主張於職務政治性質較高時，應以競合關係處理兩條，第十八條優先適用，倘職務政治性較低且非依選舉產生，則應累積適用憲法第十八及十五條，即兩條規定之基本權均應審查。⁴⁰

本文以為，本號解釋所審查是否應涉及憲法第十八條服公職權之關鍵在於，適用憲法服公職權及財產權制度性保障於本號解釋是否會得出不同之結論，或審查密度有無不同。如兩者得出結論相同，即本號解釋所涉及之法規均屬違反法律保留而違憲，則服公職權之制度性保障是否得擴及公立學校教職人員似乎亦非重要之問題。換言之，人民在乎者，應係其權利有無獲得即時有效之救濟、國家對於其有無照護義務，大法官如願意以相同心力注意人民是否確實於各個案中均獲得及時有效之司法救濟，將更能落實我國人權之保障，而究竟是財產權或服公職權，於人民可以獲得救濟之前提下，對於聲請救濟之人民而言，或許並無實益。

伍、結論

釋字第七三〇號解釋之內容，固對於法律保留及服公職權各有其憲法上之意義，惟其真正突顯者，乃係我國行政院實務怠於主動依憲法審判之嚴重問題。即使大法官已於前案透過解釋宣告與本案結構極度相似之法規違憲，行政院仍不願意以合憲解釋或拒絕適用行政命令之方式使人民獲得即時有效之司法救濟，本號解釋聲請人仍難逃三級三審之輪迴宿命，需再次出動憲法導師大法官，以「說一動做一動」之方式告知行政院相關法規之違憲性。

一如多號大法官解釋，本案解釋再次「美中不足」者，乃是未就解釋聲請人之個案救濟為特別之諭知，⁴¹僅於解釋中宣告：「相關機關至遲應於本解釋公布之日起一年內，依本解釋意旨，檢討修正系爭條例及相關法規，訂定適當之規範。屆期未完成修法者，系爭規定失其效力。」定期宣告系爭規定違憲失效，惟聲請人是否得以確實依本號解釋獲得救濟仍在未定之天，畢竟聲請人是否已因提起本號解釋而罹於行政訴訟法所定之再審救濟五年時效，⁴²再審法院是否會依本號解釋給予救濟等，⁴³皆係當事人最終得以獲得救濟之變因。而對於人民而言，聲請解釋之最終目的並非僅協助國家形塑憲政客觀秩序，如經過漫漫訴訟程序乃至於聲請大法官解釋之程序，最終獲得一號貌似有利之大法官解釋，卻無法獲得實質救濟，則大法官解釋內容無論如何精闢有見地，由聲請人角度觀之，亦只不過是救濟落空之紙上證明而已。

正如同本號解釋所顯示之意義，國家如應當照顧公職人員及教職員，司法即應盡力落實人民及時有效之司法救濟權利，而無論是一般法院或大法官，對於人民此一「及時有效」救濟期待之落實，皆仍有繼續進步之空間。

⁴⁰ 參羅昌發大法官於釋字第 730 號解釋之協同意見書。

⁴¹ 大法官特別諭知之方式，如釋字第 610 號解釋：「惟於修正前，公懲會應按本解釋之意旨，以是類受懲戒處分人知悉相關刑事裁判確定之日，作為其聲請再審議期間之起算日。至於本聲請案已受公懲會駁回再審議聲請之聲請人等，得依本解釋之意旨聲請再審議，該期間自本解釋送達之日起算。」

⁴² 行政訴訟法第 276 條規定：「再審之訴自判決確定時起，如已逾五年者，不得提起。但以第二百七十三條第一項第五款、第六款或第十二款情形為再審之理由者，不在此限。對於再審確定判決不服，復提起再審之訴者，前項所定期間，自原判決確定時起算。但再審之訴有理由者，自該再審判決確定時起算。」

⁴³ 如最高行政法院 104 年度裁字第 378 號裁定認為：「再審原告提起本件再審之訴所主張之第七二五號解釋，係於一〇三年十月二十四日公布，且再審原告並非該號解釋之聲請人，原確定判決亦非據以聲請第七二五號解釋之原因案件，則依上述司法院解釋及說明，第七二五號解釋對原確定判決之事件，並不能發生溯及之效力。亦即一〇三年九月十八日之原確定判決未適用當時尚未公布之第七二五號解釋，並不生所適用之法規顯然不合於法律規定或與司法院現尚有效之解釋顯然違反之適用法規顯有錯誤情事。」如以相同邏輯適用於所有大法官解釋聲請人，均已可以因該等聲請人非釋字第七二五號解釋之聲請人，因此仍無法就定期違憲宣告之法規提出救濟，行政院此一見解，實屬荒謬，藐視憲法及大法官之意思，清楚可見。