

釋字第 455 號解釋協同意見書

翁岳生大法官 提出

本件聲請人為行政法院確定終局判決所適用之陸海空軍軍官服役條例施行細則（已於民國八十六年一月一日修正為陸海空軍軍官士官服役條例施行細則）第二十五條與行政院人事行政局六十三年五月十一日（六三）局肆字第○九六四六號函，有違反憲法第七條平等原則之疑義而聲請解釋。本件解釋肯定：「軍人為公務員之一種，自有依法領取退伍金、退休俸之權利，或得依法以中軍中服役年資與任公務員之年資合併計算為其退休年資；其中對於軍中服役年資之採計並不因志願役或義務役及任公務員之前、後服役而有所區別。」實值贊同。惟解釋文與理由書中對於平等原則之闡述著墨未深，且對於行政法院確定終局判決所適用、及聲請人所指摘之（舊）陸海空軍軍官服役條例施行細則第二十五條略而未提，此外，本解釋以限期立法方式諭知有關機關為特定作為，本席認為亟有提出補充說明的必要，爰提出協同意見書，並說明理由如下。

一、現行法律對於公務員之定義，因各該法律之立法目的而互有不同。

按國家對於公務員有給予俸給、退休金等維持其生活之義務，公務員退休法制之基本精神，在於國家應保障公務員退休後之生活，並以酬謝其長期之辛勞，故凡依法令或經任用程序，與國家間發生公法上職務關係者，均應享有領取退休金等之權利，不因職務之性質而有不同。基此，凡為國家、即為全體國民服勤務之人，其為國家服務之期間，均應計入退休年資，以為退休金計算之基礎。軍人係公務員退休法制意義下之公務員，自有依法支領退伍金或退休俸之權利，同時因其服務之對象為國家，亦得依法以其軍中服役年資與任公務員之年資合併計算為其退休年資。義務役軍人雖依據憲法第二十條與兵役法等相關規定而服役，於服役原

因、時間長短及專業知識等方面與志願役軍人或有不同，但其於服役期間所應負之忠誠義務與依法為國家服勤務等特質，與志願役軍人尚無差別，故軍人依法所應享有服務年資計算之權益，不因其役別為義務役或志願役而有異。又退休年資計算與職等比敘年資之計算，前者著重公務員為國家服務之期間長短，至其所服勤務性質是否相同並非所問；後者則注重國家分官設職之功能與職務上之專業分工，兩者之基本原則不盡相同，故法律或相關機關就軍職年資之比敘依事實上差異而為必要之限制，尚非憲法所不許（參見釋字第四一二號）。

二、平等原則為所有基本權的基礎；國家對人民行使公權力時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待，不得有不合理的差別待遇。憲法第五條規定：「中華民國各民族一律平等」，第七條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，明文揭示保障人民之平等權。又憲法增修條文第十條規定國家應促進兩性地位之實質平等，而憲法基本國策章中第一百五十三條、第一百五十五條與第一百五十六條，亦對保障婦女與其他弱勢族群之實質平等設有規定，由此可見我國憲法對平等原則之重視。按平等原則並非保障絕對的、機械的形式平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，此迭經本院大法官解釋所肯定（參見釋字第二一一號、第三四一號、第四一二號），故法律或相關機關就個別案件事實上之差異及立法之目的，作合理之不同處理，並不違背憲法之意旨。至於應如何判斷此差別待遇是否「合理」，乃為違憲審查之難題所在。

本案所涉之爭點厥為服義務役之軍中年資應否合併計入公教人員退休年資之問題。公務員既有支領退休金之權利，則退休年資之計算即攸關公務人員退休金之權益，應為憲法所保障。查舊學校教職員退休條例施行細則第十一條第三款（已於民國八十

五年一月三十日修正)規定，曾任下士以上軍職年資未核給退伍金或退休俸，經國防部或其所屬總部依權責核實出具證明者，其曾任有給專任年資得合併計算於退休年資。由於(舊)陸海空軍軍官服役條例第二十一條第一款(已於民國八十四年八月十一日修正公布為陸海空軍軍官士官服役條例第二十三條第一款)規定，軍官服現役未逾三年者不發給退伍金，而依據(舊)陸海空軍軍官服役條例施行細則第二十五條第二項規定：「退伍除役軍官轉任公務人員，原合於支領軍官退除給與不願支領而志願併計支領公務人員退休給與者，應俟辦理公務人員退休(撫卹)時，由現職機關檢附原始緩發退伍金支付證或退除給與結算單，層報退休(撫卹)核定機關轉送國防部或各總部按權責辦理軍職年資查證。」由於義務役軍官服役未逾三年，依(舊)陸海空軍軍官服役條例第二十一條第一款規定，不發給退伍金，而無法依本項規定辦理軍職年資查證。又同施行細則第二十五條第三項規定：「志願服現役未逾三年，不合支領退除給與者，其轉任公務人員，得憑任官令及退伍除役令依第二項規定辦理軍職年資查證。」條文中僅限於「志願役」，而不包括義務役在內。因此，上述規定是以役別作為准否辦理軍職服務年資查證之基準，造成義務役軍官無從主張以服役年資計入公務員退休年資的不公平結果。

按(舊)陸海空軍軍官服役條例乃就陸海空軍軍官之服役為統合性之規定，其無意區別役別種類時，法條用語僅稱「軍官」，其有意區別二者時，始明示為「義務役」或「志願役」。而(舊)陸海空軍軍官服役條例施行細則第二十五條第一、二項係規定支領退除給與之標準、以及得支領退除給與之軍官於轉任公職時得如何併計服役年資，並不區分志願役與義務役，獨於第三項針對「不符合支領退除給與之軍官」應如何併計軍中服務年資時，限定「志願役」軍官轉任公務員得併計軍中服務年資，具有「明示

其一，排除其他」之用意，亦即以役別作為是否併計軍中年資之基礎。關於平等原則之違反，恆以「一方地位較他方為有利」之「結果」存在為前提。不論立法者使一方受益係有意「積極排除他方受益」，或僅單純「未予規範」，祇要在規範上出現差別待遇的結果，而無合理之理由予以支持時，即構成憲法平等原則之違反。因平等原則之旨趣在於禁止國家權力在無正當理由的情況下，對於相同類別之規範對象作不同之處理，故平等原則之本質，原就具有雙面性與相對性（ambivalent undrelativ），嚴格而言並非各該「規範本身之違憲」，而是作為差別對待之兩組規範間的「關係」，或可稱為「規範關係之違憲」（verfassungswidrige Normenrelation）（註一）。故本案須進一步探究以役別作為區別退休年資得否併計之規範基礎，是否得認為「合理」。

軍人應為公務員退休法制所保障之對象，不應因志願役與義務役之役別而有不同，已如前述（德國公務人員照顧法第九條第一項，亦有類似之立法例）。因此（舊）陸海空軍軍官服役條例施行細則第二十五條第三項，僅准許志願役軍官辦理軍職年資查證，致義務役軍官之服務年資無法計入公務員退休年資，實不符公務員退休法制之基本精神。此外，軍人及其家屬優待條例第三十二條第一項規定，「後備軍人轉任公職時，其原在軍中服役之年資，應予合併計算。」所謂「後備軍人」，依該條例第二條之規定，並無志願役或義務役之別。另一方面，行政院人事行政局六十三年五月十一日（六三）局肆字第○九六四六號函，允許公務員於服公職期間以留職停薪之方式應召之伍者，允許公務員於服公職期間以留職停薪之方式應召入伍者，於退伍復職後，將軍中服務年資併計退休年資，是以服役時間在任公務員前或任公務員後作為是否併計之區別標準，自非合理。蓋退休年資之計算，應以公務員為國家服務期間之長短為準，不應因任公務員之前、後服役

而有所區別。再則銓敘部七十九年十二月二十四日（七九）臺華法一字第○四八七○九七號函，計算公務員休假年資時，不論所服軍職係為志願役或義務役，均許其於轉任公務員後，准予比照公務人員請假規則第九條第二項規定，併計休假。按立法者於制定法律時，於不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正義。而體系正義之要求，應同為立法與行政所遵守，否則即違反平等原則（註二）。比較（舊）陸海空軍軍官服役條例施行細則第二十五條、軍人及其家屬優待條例、上開行政院人事行政局與銓敘部函釋，顯見主管機關於考量義務役軍中服務年資併計問題時，並未遵循法律體系所確立的基本原則，自有違體系正義，與平等原則有所抵觸。

或謂以區別義務役與志願役併計退休年資的方式，給予志願役軍人較優惠待遇，能進一步達成鼓勵國民從軍之目的，但此手段與目的之間的關連性，頗令人存疑。因本案所涉僅為退休年資之問題，故僅允許志願役軍人得併計服役年資於公務員退休年資，應非提昇國民服志願役意願之必要手段。如因考量國家財政負擔，而有限制公務員退休年資計算之必要，亦不應以此全面否定公務員所應享有之權益，況且現今公務員退休法制已改採共同提撥制，由政府與公務員共同撥繳費用，設立基金支付退休給與，以便同時於法定範圍內運用資本生息，有關機關如妥為規劃，將義務役軍人納入制度考量，對國家財政之影響當可減少。另依法無須服兵役者如於此期間任公務員，得計入退休服務年資，然服義務役軍人同樣為國家服勤務，卻限制其服役年資併計退休年資，其因盡憲法義務而反受較不利之對待，有失公平。總之，軍人於服役期間所投入之勞力或所承擔之勤務，並未因志願役或義

務役及任公務員前、後服役而有不同，卻於計算年資時強調其差異，實難認為合理。

三、關於本解釋以限期立法之方式，諭知有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，逕以法律規定或由行政院會同考試院，依軍人及其家屬優待條例第三十二條第二項之授權妥為訂定，亦有若干須補充之處。按憲法為國家最高規範，法律、命令或省法規（以下通稱法規）牴觸憲法者無效，法規與憲法有無牴觸發生疑義時，由司法院大法官解釋之，此觀諸憲法第七十八條、第七十九條第二項、第一百十六條、第一百七十一條至第一百七十三條規定甚明。惟宣告法規無效時，若其將使現行法秩序發生紊亂，或對公共利益造成重大影響者，自不宜率然為之，而有容許其暫時存在之必要，以避免造成法真空狀態，並維持法安定性。本院於解釋憲法時，曾多次對牴觸憲法意旨之法規，僅宣示其牴觸憲法之意旨而未宣告其立即失效（例如釋字第二一〇號、第二八八號解釋），或採定期失效之方式（例如釋字第二一八號、第二二四號、第二五一號、第三六五號、第四〇二號、第四五二號解釋等），即係本於此項旨趣。

近來因國家職能之擴張，給付行政漸受重視，以法律給予人民一定利益或賦予人民向國家請求給付之權利等情形亦日益增多，人民據此所取得之權利與其信賴利益，應受保障。而給付行政因涉及國家財政資源分配，於不違背憲法之原理原則之前提下，立法者得作合理的調整。故當此類法令經釋憲者評價為違憲時，基於人民既有權利之維護與立法者形成自由之尊重等考量，對其效力宣告之方式不應一成不變，以因應時代潮流。此於其係違反憲法之平等原則時，尤有必要。按具有給付性質之法規，如因授予特定對象特權而被釋憲者認為違反平等原則時，因此本屬額外利益之給予，由釋憲者以宣告該法規無效之方式除去此違憲

狀態，固無不可。然若該法規所規範者係國家應為之給付，而立法者僅賦予一部分人權利，就其他應予包括者則排除在外或漏未規定，此時，由於受益者本有依法請求給付之權利，釋憲者如斷然宣告此法規失效力，一併剝奪原受益者之權利，將更不符合憲法意旨。如前所述，憲法平等原則之旨意，乃在禁止國家權力對人民為不合理之差別對待，故因法規違反平等原則所造成之違憲狀態，有時尚須有關機關之調整與修正，方能完全除去，以真正達成平等之法秩序。至於此等違憲狀態之除去，究應（一）刪除原有賦予權利之規定、（二）將受不利對待者納入目前有利之規範中、或（三）重行規定賦予權利之要件，原則上立法者應有其自由形成的空間，釋憲者應斟酌個案情形，不宜一律宣告該規範無效或逕自將受不到待遇者納入有利之規範中，以免侵害原受益者之權益或干預立法者之形成自由。

本件系爭之行政院人事行政局六十三年五月十一日（六三）局肆字第○九六四六號函，關於「留職停薪之入伍人員，於退伍復職後，依規定須補辦考績，並承認其年資」，致服義務役軍人僅得於任公務員後服役者始得併計公務員退休年資，固與憲法第七條平等原則之意旨不符。惟前開函釋係給予擔任公務員後服役之義務役軍人併計年資之權利，是以若宣告上開函釋失其效力，將使此等人員一併喪失併計年資之權利，於其既得權利之維護，自有未周，故本件解釋僅指出上開規定不合憲法之意旨，而未宣告其失去效力。然本件解釋僅單純宣告系爭函釋違背憲法平等原則之意旨，係基於對法規制定者形成自由之尊重，並保障受益者之既得權利，非可謂立法者或有關機關得任令此種違憲狀態繼續存在。是以有關機關對於系爭函釋與憲法第七條平等原則意旨不符之部分，本應從速檢討修正，以除去其違憲狀態。惟為恐有關機關怠於執行修法或立法之職責，致有損人民權益，允宜附加期限，

課予有關機關修法或立法之義務。本件解釋諭知有關機關於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，逕以法律規定或由行政院會同考試院，依軍人及其家屬優待條例第三十二條第二項之授權妥為訂定，即係本此意旨，以限期立法之方式，課予有關機關訂定相關規定之義務。有關機關如未能於此期限內妥為訂定相關規定，將有國家賠償責任與其他複雜而嚴重之法律責任等問題。而在此情形，各級法院於審理有關案件時，亦得基於本解釋之意旨，自行作成合憲之裁判，以維護人民之權利。

司法院大法官審理案件法第十七條第二項規定：「大法官所為之解釋，得諭知有關機關執行，並得確定執行之種類及方法。」此項規定旨在使大法官得諭示適當、有效之方式，以實現解釋之意旨，確保其解釋意旨之實效性。是以，該項規定所稱之「執行」，係指實現大法官解釋意旨之所有必要措施而言，非僅限於義務不履行時之強制執行。本解釋依司法院大法官審理案件法第十七條第二項，諭知有關機關於本解釋公布之日起一年內妥為訂定，即本於前開意旨所為之諭示，為實現本解釋意旨之必要措施。

四、又由於本件解釋並未宣告系爭函釋無效，而僅以限期立法之方式，課予有關機關訂定相關規定之義務。故本件聲請人無法依據本解釋提起再審之訴，獲得法律救濟（參見釋字第一七七號、第一八三號、第一八五號解釋），本席就此深感遺憾。惟司法院修正司法院大法官審理案件法時，已於修正草案中規定，據以聲請解釋之案件，其受不利確定終局裁判之聲請人，得以該解釋為理由，依法定程序請求救濟，不受解釋中所定期間之影響（司法院大法官審理案件法修正草案第二十三條第三項），對上開情形有所補救。此項草案經立法院法制、司法委員會聯席會議於民國八十七年五月二十日審查通過，業已完成第一讀之立法程序，本項法案如能順利完成第二、三讀程序，將可提供此等聲請人法律救濟之機會，

併此說明。

(註一) 李建良，論法規之司法審查與違憲宣告：德國聯邦憲法法院裁判之分析，歐美研究第二十七卷第一期，民國八十六年三月，頁一一六。

(註二) 李惠宗，從平等權拘束立法之原理論合理差別待遇之基準，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，民國七十七年六月，頁九八-一〇二；陳恩儀，論行政自我拘束原則-以平等原則為基礎，國立中興大學法律學研究所碩士論文，民國八十六年一月，頁三八-四〇。