

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 250 號

解釋日期：民國 79 年 01 月 05 日

資料來源：司法院公報 第 32 卷 3 期 1-2 頁

司法院大法官解釋（四）（98年10月版）第 1-5 頁

相關法條：中華民國憲法 第 140 條

兵役法 第 25 條

解 釋 文： 憲法第一百四十條規定：「現役軍人，不得兼任文官」，係指正在服役之現役軍人不得同時兼任文官職務，以防止軍人干政，而維民主憲政之正常運作。現役軍人因故停役者，轉服預備役，列入後備管理，為後備軍人，如具有文官法定資格之現役軍人，因文職機關之需要，在未屆退役年齡前辦理外職停役，轉任與其專長相當之文官，既與現役軍人兼任文官之情形有別，尚難謂與憲法牴觸。惟軍人於如何必要情形下始得外職停役轉任文官，及其回役之程序，均涉及文武官員之人事制度，現行措施宜予通盤檢討，由法律直接規定，併此指明。

理 由 書： 憲法第一百四十條規定：「現役軍人，不得兼任文官」，係指正在服役之現役軍人不得同時兼任文官職務，旨在防止軍人干政，以維民主憲政之正常運作，至已除役、退伍或因停役等情形而服預備役之軍人，既無軍權，自無干政之虞。

依陸海空軍軍官服役條例第十二條第一項第六款、同條例施行細則第九條第一項第八款及第二項規定，常備軍官在現役期間，經核准任軍職以外之公職者，自核准之日起為外職停役。外職停役人員係服預備役，經層報國防部核定後，通知後備軍人管理機關列入後備管理。依兵役法第二十五條第一款規定，是項停役人員為後備軍人，已無現役軍人身分。如具有文官法定資格之現役軍人，因文職機關之需要，在未屆退役年齡前辦理外職停役，轉任與其專長相當之文官，與現役軍人兼任文官之情形有別，尚難謂與首開憲法規定有何牴觸。

現行陸海空軍軍官服役條例僅有「停役」之規定，並未直接規定「外職停役」，「外職停役」一詞，見之於該條例施行細則第九條第一項第八款、第十條、第十二條等有關規定，而外職停役人員轉任文官後，又得回復現役或晉任軍階，易滋文武不分之疑慮，且軍人於如何必要情形下，始得以外職停役方式轉任文官，其停役及回役之程序如何，均涉及文武官員之人事制度，現行措施宜本憲法精神通盤檢討改進，由法律直接規定，併此指明。

不同意見書：

大法官 劉鐵錚

「命令與憲法或法律牴觸者無效」，憲法第一百七十二條有明文規定。陸海空軍軍官服役條例施行細則第九條第一項第八款規定：常備軍官在

現役期間，爲應國家需要，於軍事無妨礙，且專長有盈餘時，經核准任軍職以外之公職者，自核准之日起停役，此即所謂外職停役。本人認爲此一行政命令違法、違憲，應爲無效，茲說理由如後：

一 外職停役違法。外職停役之制定根據爲陸海空軍軍官服役條例第十二條第一項第六款，茲先引述該條項，「常備軍官在現役期間有左列情形之一者，予以停役：一、失蹤逾三個月者。二、被俘者。三、撤職者。四、因案在羈押中逾三個月者。五、判處徒刑在執行中者。六、因其他事故。必須予以停役者。」前五款爲停役原因之具體規定第六款則爲概括規定。由前述第五款可知，停役係對現役軍人之有違法或不當行爲，所採之停職之權宜措施，暫列入後管理。換言之，停役之原因，係以現役軍人有違法或不當之行爲爲前提，其直接效果則爲剝奪其現職，暫列入後備軍人管理。故第六款之概括規定，僅能在此原因、效果範圍內，補充立法當時所不能預見情況。現該施行細則，竟違背停役之立法旨意，對連現役軍人都不適宜擔任之停役軍人，卻可出任重要公職？寧不怪哉！故外職停役表面上雖似有法律依據，實際在精神上、內容上及違背法律所規定之軍人停役制度，逾越停役之範疇。命令牴觸法律，命令自應無效。

此外，法律對常備軍官何時服現役，何時服預備役，規定極爲明確，作爲二者區別原因者，除前述不光榮之停役原因外，即爲退伍。依陸海空軍軍官服役條例第十三條之規定，常備軍官服滿現役年限、屆滿現役最大年限、員額過剩等，予以退伍。是軍人具有文官任用資格者，本可循退伍方式，以專任文官，乃行政機關竟以違背「停役」精神之外職停役辦法，使現役軍人改爲預備役軍人，規避退伍之規定，明顯爲一脫法行爲，不僅對促進軍人新陳代謝之退伍制度有所妨礙，對未出任公職而退伍者，也非公平。

二 外職停役違憲。憲法第一百四十條規定：「現役軍人不得兼任文官。」按本條立法意旨，固在建立文人政府，防止掌握軍隊指揮權之軍人，以武裝力量，干預國政，左右政局，妨礙民主憲政之正常運作。惟現役軍人之技術軍官或下級軍官，依本條規定，自亦不得兼任文官，可見防止軍人干政，固爲本條主要之立法理由，但避免文武官員身分混淆、職權衝突，以及一人不得兼任性質不相容之二職，毋寧亦爲本條立法精神之所繫。姑不論外職停役係違法而無效，即就其本身規定言，實也牴觸憲法第一百四十條。按有關法令雖規定，外職停役人員係服預備役，列入後備管理，已無現役軍人身分。但外職停役者，依前述施行細則第十條之規定，外職被免除後，經其服務之外職機關證明無不良情事者，即得回役復職。是則，由於此一規定，軍人既可擔任文官，於不擔任文官時，又可隨時回役復職。故外職停役之軍人，雖無現役軍人之名，實有現役軍人之實。

再者，在同爲文官系統之人員調任職務時，猶需辭去原職，不能停職（役），例如終身職之最高法院法官出任大法官之情形，一旦大法官九年任期屆滿未獲連任時，彼也不能復職回任最高法院法官，二者相比較，對憲法有明文禁止兼任文官之現役軍人，豈是特別優待？僅因

外職停役之一紙行政命令，就能使憲法之規定成為具文？對他人造成不公平之待遇？故外職停役不僅牴觸憲法第一百四十條，實也與憲法上平等原則有所違背。

憲法第七十五條規定：「立法委員不得兼任官吏。」立法委當然不會制定「立法委員擔任文官，暫停本職之法律」；即使制定，也不因其為法律而非行政命令，即得逃避違憲之命運，殆可斷言。立法委員出任文官，未辭退立法委員本職者，司法院大法官會議曾作成釋字第一號解釋：「立法委員依憲法第七十五條之規定不得兼任官吏，如願就任官吏即應辭去立法委員，其未經辭職而就任官吏者，亦顯有不繼續任立法委員之意思，應於其就任官吏之時視為辭職。」處於民國卅八年政局動盪不安、情勢混亂之時際，司法院第一屆大法官猶能作出此種維護憲法、合乎法理、不模稜兩可、不瞻前顧後、明快果斷、擲地有聲之解釋，誠令人對前輩司法同仁之學養、風範，敬佩不已！

最後本人願強調者，人民有應考試服公職之權，為憲法第十八條所明定。常備軍官於服畢法定役期退伍後，如具有文官任用資格，願意擔任文職者，為促進文武交流、人盡其才，不僅為法律所不禁，且更受到憲法之保障。惟若常備軍官捨法律所規定出任文官之正當途徑而不為，假藉不榮譽之「停役」制度，以外職停役方式，規避現役軍人不得兼任文官之憲法禁令，則非實行憲法、貫徹法治之正道。爰為此不同意見書。

#### 抄台北市議會聲請書

受文者：司法院

主 旨：關於軍人外職停役擔任文職官吏，與憲法第一百四十條「現役軍人，不得兼任文官」之規定，有無牴觸，本會在適用上發生疑義，請轉請鈞院大法官會議解釋，俾便遵循，並杜爭議。

說 明：一、查憲法第一百四十條規定：「現役軍人，不得兼任文官」，其主要目的在於禁止軍人干政，厲行文武分治。惟台北市歷任工務局長，均由現役軍人以「外職停役」方式擔任之。然茲所謂「外職停役」與除役、退役範圍是否相同，其所涵蓋意義如何，有無牴觸憲法第一百四十條之規定，滋生疑義，爰依大法官會議法第四條第一項第一款規定，函請鈞院解釋。

二、本件係依據本會第五屆第六次定期大會第四次會議審議議員臨時提案之議決事項辦理。

三、檢附前述議員臨時提案影本乙份。

議長 張建邦

臺北市議會第五屆第五次大會議員臨時提案

提案人：顏○福 王○和 周○倫

案 由：請本會函請司法院大法官解釋：「軍人外調停役，與解職退役是否相等意義」。

理 由：一、憲法第一百四十條：現役軍人不得兼任文官。

- 二、潘禮門先生以中將之軍職外調停役，主掌臺北市政府工務局長，上任之徐○餘局長亦然。有違憲法之基本國策精神。
- 三、軍人兼文官是違憲。
- 四、工務局長是軍人是違背基本國策。
- 五、我們絕對反對軍人干政。

辦 法：如案由

議 決：照案通過

參考法條：中華民國憲法 第 140 條 (36.01.01)

兵役法 第 25 條 (63.07.12)

陸海空軍軍官服役條例 第 12 條

陸海空軍軍官服役條例施行細則 第 9、10、12 條