臺北高等行政法院判決

）FKT64W1Z1X5L0;@108年度年訴字第

109年7月1日辯論終結

原　　告	熊鐵漢等269人（原告姓名及住所均詳如附表一所示）	
共　　同		
訴訟代理人	李漢中　律師	
複代理人	陳漢笙　律師	
共　　同		
訴訟代理人	楊擴舉　律師	
複代理人	何姿穎　律師	
被　　告	國防部陸軍司令部	
		送達地址：
代　表　人	陳寶餘（司令）	送達地址：
訴訟代理人	黃名正	送達地址：
複代理人	洪啟明	送達地址：
訴訟代理人	何彥宗	送達地址：
	賴政宇	送達地址：
複代理人	饒明訓	送達地址：
被　　告	國軍退除役官兵輔導委員會	
代　表　人	馮世寬（主任委員）	
訴訟代理人	楊震宇	
	陳雪芳	
被　　告	公務人員退休撫卹基金管理委員會	
代　表　人	周弘憲（主任委員）	
訴訟代理人	余桂美	
	吳品菱	

上列當事人間陸海空軍軍官士官服役條例事件，原告分別不服國防部如附表二所示之訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序部分：

㈠本件被告國軍退除役官兵輔導委員會（下稱退輔會）代表人原為邱國正，訴訟中變更為馮世寬，業據被告退輔會新任代表人提出承受訴訟狀聲明承受訴訟（本院卷第623至624頁），核無不合，應予准許。

㈡本件被告國防部陸軍司令部（下稱陸軍司令部）代表人原為王信龍，訴訟中變更為陳寶餘，業據被告陸軍司令部新任代表人提出承受訴訟狀聲明承受訴訟（本院卷第761至762頁），核無不合，應予准許。

二、事實概要：

原告原係軍職人員，前經被告陸軍司令部核定於民國107年6月30日前退伍生效，並支領退除給與。嗣被告陸軍司令部依107年6月21日制定公布、107年7月1日施行之陸海空軍軍官士官服役條例（下稱修正後服役條例）第26條及第46條等規定，分別以如附表二所示之原處分重新審定（下合稱原處分），並分年調整渠等自107年7月至117年6月及117年7月起之退除給與（其中，被告陸軍司令部重新審查原告陳婷婷等107人之原處分內容，分別以如附表二所示之後處分變更原處分內容）。原告不服，就原處分提起訴願，分別經如附表二所示之訴願決定（下合稱訴願決定）不受理及實體駁回，原告仍不服，遂提起本件行政訴訟。

三、本件原告主張：

㈠原處分違反法律不溯及既往原則、信賴保護原則：

法安定性原則係憲法上基本原則，任何新制定或修正之法律或命令，均應嚴守，否則即屬無效。上述諸原則在新、舊法律之比較下，最具體者為法律不溯及既往原則，「依舊法已取得之權益」，不致為事後制定或修正之新立法所剝奪，要屬當然。被告陸軍司令部以修正後服役條例之規定獨斷變更應給付退除給與之金額，原告係在條例修正前即已完全實現構成要件，審諸修正後服役條例無視信賴保護原則，遽予變動，顯然違法。又被告陸軍司令部自107年6月23日依修正後服役條例所作原處分之同時或其後，對於在107年6月23日施行前，依據修正前服役條例所作先前處分，並未予以撤銷或廢止，儼然形成處分聯立之狀態。被告既未撤銷或廢止已依舊條例成立之先前處分，故對原告與被告間（國家）雙方具有絕對拘束力，不因修正後服役條例之法令變更而有所影響。從而，本件被告據修正後服役條例所為原處分，當然無效，灼然無疑。被告陸軍司令部修正後服役條例所為原處分，確已違反不溯既往原則及信賴保護原則，自有撤銷必要與實益。

㈡原處分未盡國家之照顧義務，已違反人性尊嚴之保護，侵害原告之財產權及生存權，並違反比例原則：

被告退輔會及被告公務人員退休撫卹基金管理委員會（下稱基金會）依修正前服役條例，有給付原告退除給與之法定義務，非得恣意片面變更。被告陸軍司令部減損原告退除給與數額，未盡國家照顧義務，已違反人性尊嚴之保護。被告陸軍司令部所作成之處分，僅就國家預算支出進行考量，棄退役軍人財產權及生存權於不顧，更違公益原則，況退除給與

之刪減，影響所及不僅係有請求權之原告，尚包括仍在職之軍人等。影響層面無以想像。故於國家財政尚未達到無法支應之前提下，貿然刪減退除給與，罔顧國家安全之作法，不符比例原則。修正後服役條例之修改，係假轉型正義之名，行報復之實。被告減損原告退除給與，甚至危及原告生存權之手段，乃為達成彌補及減少退撫基金之虧損，並維護其運作之公益目的，但修正後服役條例之規定非侵害最小之手段，亦有違反比例原則之必要性等要件。

㈢爰聲明求為判決：1.訴願決定及原處分均撤銷。2.被告陸軍司令部應依107年6月21日公布，107年6月23日施行前服役條例所審定之項目及金額，作成給付原告退除給與之行政處分。3.被告退輔會及基金會，在被告陸軍司令部依據前項聲明作成處分後，應依107年6月21日公布，107年6月23日施行前之服役條例，給付原告依107年6月23日施行後之服役條例審定所產生之差額，並自107年7月1日起至清償日止，以及上開差額按年息5%計算之利息。

四、被告陸軍司令部則以：

㈠被告陸軍司令部依修正後服役條例第26條第1項至第4項、第46條第1項至第4項、第47條第1項至第3項規定（下稱系爭規定），重新計算退伍之軍士官人員含月退休俸、優惠存款利息及補償金等退除給與，乃依法行政，原告之請求洵屬於法無據。本件原告退除給與重新計算，乃依修正後服役條例規定，自107年7月1日後發生退休俸所得重新計算之效力，並無及於107年7月1日以前之退除給與。修正後服役條例施行以後之退除給與，揆諸司法院釋字第717號解釋理由，應屬新法規施行後繼續存在之事實或法律關係，並非溯及既往，且本次修法規定之變動確有年金永續之公益考量，衡酌其所

欲達成之公益及退伍或在職現役軍人應受保護之信賴利益，應認本次修法後重新計算退除給與未逾越必要合理之程度，未違反信賴保護原則及比例原則。故被告陸軍司令部依修正後服役條例規定，重新計算原告退除給與之處分，依法並無不當，原告之主張於法不合，無理由甚明。

㈡答辯聲明：原告之訴駁回。

五、被告退輔會則以：

㈠被告陸軍司令部依修正後服役條例相關規定，重新核算軍職退伍人員退除給與，並由被告退輔會依國軍退除役官兵輔導委員會組織法第2條第6款規定及原處分所附退除役人員光碟資料，辦理107年7月退除給與發放作業，並無違誤。關於原告所訴被告退輔會作成之處分違法一節，查被告退輔會依被告陸軍司令部審定退除役人員退除給與重新計算資料，並依「陸海空軍軍官士官士兵退伍除役及退除給與審定作業規定」、「國軍退除役官兵退除給與發放作業規定」等規定，辦理俸金撥付作業事宜，於法並無不合。至於原告訴請被告退輔會給付差額之一般給付訴訟，並非可直接行使請求權，尚須經被告陸軍司令部重新核算軍職退伍人員退除給與，方可為之。原告未經先訴請被告陸軍司令部撤銷原處分確定，並由被告陸軍司令部重新審定之項目及金額，作成給付原告退除給與之處分，逕向被告退輔會提起一般給付訴訟，於法不合，應不受理。又原告訴請被告陸軍司令部撤銷原處分並依修正後服役條例施行前所審定之項目及金額，作成給付原告退除給與之處分，與原告訴請被告退輔會於被告陸軍司令部作成前項處分後，給付原告依修正後服役條例施行後產生之差額，兩者性質不同，並未共同為行政處分；且被告陸軍司令部所為之審定為行政處分，被告退輔會辦理退除給與發放

作業為單純之事實行為，未符訴訟標的合一確定、事實上或法律上有同一或種類相同之原因等情形，非屬行政訴訟法第37條第1項得共同訴訟之範圍，是原告對被告陸軍司令部及被告退輔會提起共同訴訟，於法無據。

㈡答辯聲明：原告之訴駁回。

六、被告基金會則以：

㈠被告基金會僅係退除給與支給執行機關，有關退除給與之支付悉依法令規定及各人事權責機關審定結果辦理。本案國防部等人事權貴機關依修正後服役條例規定，重新計算原告107年7月1日以後之退除給與，作成原處分，被告依公務人員退休撫卹基金管理條例第2條、修正後服役條例第3條第7款、陸海空軍軍官士官士兵退伍除役及退除給與審定作業規定第3點第3款規定，及原處分審定結果辦理支付，乃為依法行政，於法有據，並無不合。

㈡答辯聲明：原告之訴駁回。

七、本件原告固主張其退除給與所得受憲法第15條關於財產權及生存權保障，修正後服役條例與原處分違反憲法上法律不溯及既往原則、信賴保護原則及比例原則，被告陸軍司令部依據修正後服役條例作成原處分重新審定計算原告每月退休所得有所違誤等語。被告為配合修正後服役條例之施行，以原處分核算原告自107年7月1日起每月退休所得。是本件爭執事項厥為：㈠原告陳婷婷等107人就附表二所示原處分業經後處分變更，其等仍就原處分提起撤銷訴訟，是否具有權利保護之必要？㈡原處分及系爭規定是否違反信賴保護原則、法律不溯及既往原則？㈢原處分及系爭規定是否違反憲法財產權、生存權保障及比例原則？㈣原告請求被告作成訴之聲明第二項所示特定內容之行政處分及補發聲明第三項所示退

除給與之差額是否有據？

八、本院的判斷：

㈠本件應適用之法令：

1.修正後服役條例規定：

⑴第3條規定：「本條例用詞，定義如下：……四、退除給與：指軍官、士官退伍除役時之給與，包含下列項目：（一）退伍金。（二）退休俸。（三）贍養金。（四）退除給與其他現金給與補償金。（五）政府撥付之退撫基金費用本息。（六）生活補助費。（七）勳獎章獎金。（八）身心障礙榮譽獎金。（九）優惠存款利息。……」

⑵第26條規定：「（第1項）退撫新制施行前、後年資之退伍金、退休俸或贍養金給與基準如下：一、退撫新制施行前：依附表一規定及行政院核定之其他給與發給。二、退撫新制施行後：依附表二規定發給。（第2項）本條例修正施行後退伍金、退休俸或贍養金給與基準如下（如附表三）：一、退伍金：以退伍除役生效日，現役同官階俸級人員之本俸加1倍為基數，每服現役1年，給與1.5個基數。其退伍年資未滿1年之畸零月數，按畸零月數比率計給；未滿1個月者，以1個月計。二、退休俸：以退伍除役生效日，現役同官階俸級人員服役期間最後五分之一年資之本俸平均數加1倍為基數，其年資以月計算，畸零日數不予採計，換算後取整數月。服役滿20年者，應核給俸率55%，其後每增加1年增給2%，但軍官核給俸率以不超過90%為限，士官核給俸率以不超過95%為限。其退伍年資未滿1年之畸零月數，按畸零月數比率計給；未滿1個月者，以1個月計。三、贍養金：以現役同官階俸級人員之最後在職本俸加1倍為基數，給與50%。（第3項）依本條例修正施行前給與基準計算之每月支領退休俸、

優存利息及月補償金合計數額，未超過依本條例修正施行後給與基準計算之退休俸者，按原核計數額發給；超過者，其二者間之差額自施行日起10年內，分年平均調降至無差額止，調降方式如附表4。（第4項）本條例修正施行前已退伍者，其退休俸之給與，以現役同官階俸級人員之本俸加1倍為基數內涵。但依前項規定調降差額時，不得低於少尉一級本俸及專業加給合計數額。原支領金額低於少尉一級本俸及專業加給合計數額者，按原支領金額支給。」

⑶第46條規定：「（第1項）退撫新制實施前服役年資，依實施前原規定基準核發之退伍金、勳獎章獎金、榮譽獎金、眷補代金及實施前參加軍人保險年資所領取之退伍給付，得由臺灣銀行股份有限公司辦理優惠存款。（第2項）前項退伍金、勳獎章獎金、榮譽獎金、眷補代金及軍人保險退伍給付優惠存款之適用對象、辦理條件、金額、利率、期限、利息差額補助、質借及其他相關事項之辦法，由國防部會商財政部擬訂，報行政院核定之。（第3項）依第1項規定辦理優惠存款者，如有第33條第1項但書或第34條、第40條、第41條規定應停止或喪失領受退除給與情事者，其優惠存款應同時停止辦理，並俟停止原因消滅時恢復。（第4項）退撫新制施行前符合支領退伍金或贍養金者，其退伍金與軍人保險退伍給付之優惠存款利率，依下列規定辦理：一、退伍金與軍人保險退伍給付合計之每月優存利息高於少尉一級本俸及專業加給合計數額者：（一）少尉一級本俸及專業加給合計數額之優存利息相應之本金，以年息18%計息。（二）超出少尉一級本俸及專業加給合計數額之優存利息相應之本金，其優存利率依下列規定辦理：1.自施行日起第1年至第2年，年息12%。2.自施行日第3年起至第4年，年息10%。3.自施行日

第5年起至第6年，年息8%。4.自施行日第7年以後，年息6%。二、退伍金與軍人保險退伍給付合計之每月所得未超過少尉一級本俸及專業加給合計數額，或因作戰或因公致傷、身心障礙，或本條例修正施行前年滿85歲以上之校級以下軍官、士官，支領退休俸或贍養金人員，照年息18%計算。」

⑷第47條規定：「（第1項）軍官、士官在退撫新制施行前，已有之現役年資未滿15年，於退撫新制施行後退伍除役，擇領退休俸者，另按未滿15年之年資為準，每減1年，增給0.5個基數之一次補償金。（第2項）軍官、士官在退撫新制施行前，已有之現役年資未滿20年，於退撫新制施行後退伍除役，其前後服現役年資合計滿15年，擇領退休俸者，依其在退撫新制施行後年資，每滿半年，一次增發0.5個基數之補償金，最高一次增發3個基數，至20年止；其前後服現役年資超過20年者，每滿1年，減發0.5個基數，至滿26年者，不再增減。其增減基數由退撫基金支給。（第3項）本條例修正施行前已依規定領取月補償金者，以其核定退伍除役年資、俸級，依退撫新制施行前原領取之規定，計算其應領之一次補償金，扣除其於本條例修正施行前、後所領之月補償金後，一次補發其餘額。無餘額者，不再補發。」

2.末按司法院有解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第78條所明定，其所為之解釋，有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之（司法院釋字第185號意旨參照）。準此，個案審理應適用之法律，倘經大法官作成合憲解釋，行政法院即應受解釋意旨之拘束，即須以經大法官認為合憲之法律作為審判之依據。又修正後服役條例於106年8月9日制定公布，並自107年7月1日施行，立法委員江啟臣、林德福等多人，認該法相關規定違反

法律不溯及既往原則、信賴保護原則、比例原則，侵害受規範對象之服公職權、平等權、工作權及財產權等，分別聲請釋憲。司法院於107年12月4日、108年5月15日分別召開說明會；並於6月24日、25日進行言詞辯論。言詞辯論後司法院大法官於8月21日至23日舉行第1496次會議，作成釋字第781號解釋在案。其解釋意旨略以：「陸海空軍軍官士官服役條例第3條、第26條第2項第1款、第2款、第3項、第4項前段及第46條第4項第1款規定，無涉法律不溯及既往原則，亦與信賴保護原則、比例原則尚無違背。同條例第26條第4項規定，與憲法保障服公職權、生存權之意旨尚無違背。同條例第29條第2項規定，無涉法律不溯及既往原則及工作權之保障，亦未牴觸比例原則，與憲法保障人民財產權之意旨尚無違背。同條例第46條第5項規定，與憲法保障財產權之意旨尚無違背。同條例第47條第3項規定，無違法律不溯及既往原則，與信賴保護原則及比例原則均尚無違背。同條例第54條第2項規定，與受規範對象受憲法保障之財產權無涉。」

㈡原告高金麟等9人就附表二所示之原處分提起本件訴訟，未經訴願前置程序，訴不合法：

1.按「原告之訴，有下列各款情形之一者，行政法院應以裁定駁回之。…十、起訴不合程式或不備其他要件者。」為行政訴訟法第107條第1項第10款所明定。又按同法第4條第1項規定：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾3個月不為決定，或延長訴願決定期間逾2個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」是以，提起行政訴訟法第4條第1項之撤銷訴訟，必須先經訴願程序而未獲救濟者始能提起，未經訴願前置程序者，應認不備撤銷訴訟

之起訴要件。

2.查原告高金麟等9人（附表二編號54之原告高金麟、編號140之原告郭俊宏、編號157之原告談偉華、編號158之原告陳啓文、編號176之原告莊福氣、編號179之原告邢彭、編號208之原告李守德、編號222之原告姜仁山、編號237之原告邵正義）就附表二所示之原處分提起訴訟，未經合法提起訴願前置程序，業經本院函詢國防部查明屬實，有國防部訴願審議會109年3月5日國訴願會字第1090049767號函在卷可參（本院卷第677頁），依前揭規定，其等提起撤銷訴訟均為不合法，依行政訴訟法第107條第1項第10款規定，應予駁回。

㈢原告陳婷婷等107人原處分業經後處分變更，訴之聲明第一項仍訴請撤銷部分，欠缺權利保護必要：

1.按所謂權利保護必要，指尋求權利保護者，准予經由向法院請求之方式，以實現其所要求的法律保護之利益；其乃基於誠實信用原則，主要在維護法院訴訟功能不被濫用。次按提起行政訴訟請求法院裁判者，應以有權利保護必要為前提；且權利保護必要之要件，為法院應依職權調查之事項，倘原告之訴欠缺權利保護必要之要件者，應認其訴為無理由，予以判決駁回（最高行政法院108年度判字第293號判決意旨參照）。次按「按行政訴訟之撤銷之訴，乃是審查原處分之合法性，係以原處分作為審查之對象，倘事實上原處分已不存在，行政法院即應駁回當事人之訴訟，本院27年判字第28號判例著有明文。提起撤銷訴訟之目的在於撤銷原處分，自以原處分之存在為前提，若原處分已經原處分機關自行撤銷而不存在，即無從以撤銷訴訟爭執其應否撤銷，此時如提起撤銷訴訟，顯不備撤銷訴訟要件，其起訴為不合法。如於法院審判中，原處分機關自行將原處分撤銷，則原告提起撤銷訴

訟以撤銷原處分之目的已無庸藉由訴訟達成，故該訴訟已無訴之利益，應以判決駁回其訴。」（最高行政法院100年度判字第703號判決意旨參照）。是提起任何訴訟，請求法院裁判，均應以有權利保護必要為前提，具備權利保護必要者，其起訴始有值得權利保護之利益存在，故又稱為訴之利益，而所謂權利保護必要，乃指欲得勝訴判決之當事人，有保護其權利之必要，亦即在法律上有受判決之利益而言。

2.經查：被告陸軍司令部重新審查原告陳婷婷等107人（附表二編號11之原告陳婷婷、編號12之原告徐棟英、編號22之原告楊恕人、編號25之原告黃智斌、編號29之原告朱嘉南、編號30之原告朱振球、編號34之原告陳志廉、編號45之原告張慶元、編號47之原告王瑞隆、編號48之原告吳德仁、編號50之原告吳致松、編號53之原告鄭榮德、編號54之原告高金麟、編號60之原告傅傳聖、編號63之原告楊祥龍、編號65之原告劉敦揚、編號67之原告陳世餘、編號69之原告張華文、編號71之原告鄭文鼐、編號73之原告朱明庸、編號76之原告蘇育生、編號78之原告謝學斌、編號81之原告孫福華、編號83之原告鄭嘉莉、編號86之原告李明盛、編號87之原告宋瑞堂、編號89之原告陳昌良、編號91之原告鄭文章、編號93之原告錢鑄鈞、編號96之原告李城保、編號99之原告徐契舜、編號101之原告周忠誠、編號104之原告邱明伶、編號107之原告盧友仁、編號110之原告葉瑞平、編號112之原告杜祿運、編號117之原告林永明、編號130之原告魏建民、編號132之原告韓耀忠、編號134之原告徐傳智、編號135之原告吳偉峰、編號139之原告薛忠慈、編號140之原告郭俊宏、編號141之原告陳燿貴、編號142之原告盧斯駿、編號145之原告盧嘉鴻、編號146之原告張志仁、編號148之原告廖中天、編號

149之原告黃國明、編號150之原告武龍韜、編號151之原告張華娟、編號156之原告林啓正、編號157之原告談偉華、編號158之原告陳啓文、編號161之原告陳經維、編號164之原告林志忠、編號167之原告白蘞民、編號168之原告邱天來、編號169之原告周忠雄、編號170之原告周克輝、編號174之原告謝玉華、編號175之原告吳中道、編號176之原告莊福氣、編號179之原告邢彭、編號181之原告吳建興、編號186之原告陳聲賦、編號187之原告匡緯武、編號189之原告張文彬、編號190之原告陳永瑞、編號192之原告張至誠、編號194之原告徐輝慶、編號195之原告雷澤興、編號197之原告羅振錡、編號199之原告陳朝安、編號203之原告林筱光、編號204之原告王舜民、編號206之原告劉麗卿、編號208之原告李守德、編號211之原告陳枝清、編號220之原告吳政穎、編號221之原告郭國基、編號222之原告姜仁山、編號226之原告彭志浩、編號227之原告俞祉倫、編號229之原告蔡吉昌、編號231之原告閻超雄、編號232之原告黃淑姬、編號233之原告梁正直、編號234之原告桂平宇、編號235之原告陳勇乾、編號236之原告陳亞清、編號237之原告邵正義、編號252之原告趙炳元、編號253之原告郭明德、編號254之原告吳慶煌、編號255之原告彭素蓉、編號256之原告程源誠、編號258之原告李貴君、編號259之原告王保森、編號260之原告郭偉山、編號261之原告王東平、編號262之原告張大綱、編號263之原告呂育龍、編號264之原告盧清城、編號266之原告馮明超、編號268之原告洪瑞鴻、編號269之原告李夢君）如附表二所示之原處分內容，分別以如附表二所示之後處分變更原處分內容，此有原處分及後處分在卷可稽。是原告陳婷婷等107人爭訟之原處分，既因被告陸軍司令部重新作成

後處分而變更，則原處分之效力已不復存在，揆諸前揭最高行政法院判決意旨，應認原告陳婷婷等107人就此等原處分（後處分部分詳後述）提起本件撤銷訴訟即欠缺權利保護要件已無訴訟實益，而上述原告訴請如訴之聲明所示，為無理由，應予以判決駁回。

㈣原告主張原處分及修正後服役條例系爭規定有前揭爭點所列之違憲爭議部分：

本件原告固主張修正後服役條例與原處分違反憲法上信賴保護原則、法律不溯及既往原則、比例原則，並違反憲法所定財產權及生存權之保障云云，然依據司法院釋字第781號解釋認修正後服役條例系爭規定並未違憲，茲就原告主張之違憲爭議，析述理由要旨如下：

1.原處分及系爭規定並無違反憲法所定財產權及生存權之保障：

憲法第18條規定人民服公職之權利，包含由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。軍公教人員因服公職，取得國家為履行對其退伍除役、退休後生活照顧義務而為之給與，為具有財產權性質之給付請求權。然因不同給與之財源不同，其請求權受保障之程度，應有差異；亦即應依其財源是否係軍公教人員在職時所提撥，而受不同層級之保障。政府負最後支付保證責任意旨在於，於採行開源節流手段仍不足以維持退撫基金收支平衡時，政府應另以預算為撥款補助支應。」系爭條例有關最低保障金額之設定，係考量軍職人員職業特殊性與服役年限之限制，軍官（非士官）之第一階少尉一級之本俸及專業加給合計數額，作為退休所得最低保障金額　即3萬8,990元（即2萬380元+1萬8,610元）∨高於維持退休公教人員之基本生活所需（即編制內委任一職等一級

公務人員月俸額），尚稱合理，與憲法保障服公職權之意旨尚無違背。對原退休所得低於最低保障金額者，即使不予補足，尚與憲法所保障之生存權無違。退撫基金係退撫新制（自86年1月1日起施行）退休所得之財源，退伍除役人員老年經濟生活安全之憑藉，於潛藏負債逐增，基金發生入不敷出，可預見未來發生財務危機時，適時調升撥繳費用之基準，以延長基金用盡年限。此基金用盡年限之延長，自屬重要公共利益。系爭條例第29條第2項、第46條第5項、第54條第2項等規定，無涉工作權之保障，與憲法保障人民財產權之意旨尚無違背。

2.原處分及系爭規定並無違反法律不溯及既往原則、信賴保護原則及比例原則：

新法規所規範之法律關係，跨越新、舊法規施行時期，而構成要件事實於新法規生效施行後始完全實現者，除法規別有規定外，應適用新法規。退除給與係指軍官、士官退伍除役時之給與（第3條第4款參照）。一次性之退除給與法律關係，例如請領（一次）退伍金，且未辦理優惠存款之個案，固於受規範對象受領給付時終結；非一次性之退除給與，於完全給付前，該法律關係尚未終結。查系爭條例規範之退除給與法律關係，跨越新、舊法規施行時期。於系爭條例施行後，始依系爭條例規定之退伍除役要件及所得計算基準，核定原退休所得是否超過依新基準計算之退休所得。上開規定係將新法規適用於舊法規施行期間內已發生，且於新法規施行後繼續存在之退除給與法律關係，並非新法規之溯及適用，無涉法律不溯及既往原則。信賴保護原則所追求之法秩序安定，以及現代國家面對社會變遷而不斷衍生之改革需求，必須依民主原則有所回應，兩者同屬憲法保護之基本價值，應

予調和。又任何法規皆非永久不能改變，受規範對象對於法規未來可能變動（制定、修正或廢止），亦非無預見可能。立法者為因應時代變遷與當前社會環境之需求，在無涉法律不溯及既往原則之情形下，對於人民既存之權益，原則上固有決定是否予以維持以及如何維持之形成空間。然就授予人民權益而未定有施行期間之舊法規，如客觀上可使受規範對象預期將繼續施行，並通常可據為生活或經營之安排，且其信賴值得保護時，須基於公益之必要始得變動。且於變動時，為目的之達成，仍應考量受規範對象承受能力之差異，採取減緩其生活與財務規劃所受衝擊之手段，始無違信賴保護原則與比例原則（本院釋字第525號及第717號解釋參照）。原對退伍除役人員較為有利之退撫制度有其時代背景，嗣因社會變遷而衍生諸多未必合理之現象。對原退除給與作適度之調降係為達成平緩服役年資相同、職階亦相同之退伍除役人員，因服役期間之不同，退休所得之顯著差異等目的，整體而言，係為追求高於個人信賴利益之重要公共利益，且上開規定已設有適度減緩受規範對象之生活與財務規劃所受衝擊之措施。是所採手段未逾越必要之程度，得認與信賴保護原則、比例原則尚無違背。

㈤原告未曾依法向被告申請作成特定內容之行政處分，且無公法上請求權，請求被告給付退除給與差額並無理由：

1.按「（第1項）人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。（第2項）人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序

後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」行政訴訟法第5條有明文規定。是以，提起行政訴訟法第5條之課予義務訴訟，必須先經向行政機關依法提出申請，該機關於法令所定期間內不予置理，或否准其請求，復經申請人依訴願程序提起訴願而未獲救濟者始能提起。惟行政機關怠於作為或予以駁回，仍應依訴願法提起訴願，未獲救濟，始得提起行政訴訟。倘未踐行該程序而逕行提起課予義務訴訟者，應認起訴不備其他要件，依行政訴訟法第107條第1項第10款規定，以裁定駁回之。

2.本件原告訴之聲明第二項「命被告陸軍司令部應依107年6月21日公布，107年6月23日施行前服役條例所審定之項目及金額，作成給付原告退除給與之處分。」經本院於準備程序時闡明此項聲明之訴訟種類及請求權依據，是否曾向被告依法申請，原告複代理人當庭答稱略以：「訴之聲明第二項之訴訟種類為課予義務訴訟，實體法上的請求權依據為修法前陸海空軍軍官士官服役條例第23條。原告沒有向被告請求過，但是在訴願時有一併聲明，訴願決定也沒有針對此部分作成決定。」等語（見本院卷第732至733頁）。是原告未經申請，即向本院提起本件課予義務訴訟，揆諸首揭規定，其起訴屬不備要件，且其情形不能補正，應予駁回。

3.再按「行政訴訟法第107條第1項各款係屬訴訟合法要件之規定，如有欠缺而不能補正或得補正經定期命補正而不補正者，法院應以裁定駁回之。至於原告提起應為行政處分之訴訟，如無公法上之請求權存在，則為其訴是否欠缺關於訴訟標的之法律關係之要件，並非欠缺訴訟合法要件。而原告提起行政訴訟是否欠缺關於訴訟標的之法律關係之要件，則須審酌當事人之實體上法律關係始能判斷，屬其訴有無理由之問

題，依行政訴訟法第195條第1項及第200條第2款、第3款及第4款規定，應以判決行之。」最高行政法院97年度裁字第2148號裁定意旨可資參照。又行政訴訟法第5條課予義務訴訟乃以原告對於行政機關享有請求作成行政處分之公法上請求權為前提，否則其提起課予義務訴訟即因欠缺公法上之請求權基礎，而不應准許。查原告主張請求被告陸軍司令部作成前揭行政處分之實體法依據為修法前服役條例第23條規定，惟該規定既因修正後服役條例已於107年6月21日修正公布、107年7月1日施行，原規定已失其效力，自不能認原告有何公法上請求權，得援引為原告此部分請求之依據。從而，原告無向被告陸軍司令部請求作成前揭特定內容行政處分之公法上請求權基礎。綜上，原告未曾依法申請，起訴已不合法，又況，原告並無公法上之請求權，其起訴請求判決如前開聲明所示，為無理由，應併以判決駁回。至原告另以訴之聲明第三項請求被告退輔會及基金會補發退除給與差額部分，經本院於準備程序時闡明此項聲明之訴訟種類及請求權依據，據原告複代理人當庭答稱略以：「訴之聲明第三項訴訟種類為行政訴訟法第8條第1項給付訴訟，公法上原因引用的是最高行政法院107年度判字第176號判決所認定之公法上不當得利請求權。是以訴之聲明第二項有理由為前提。」等語（見本院卷第733至734頁）。是以，原告訴之聲明第三項既是以課予義務訴訟有理由為前提，被告退輔會及基金會始有給付之義務，而原告訴之聲明第一項、第二項均經本院予以駁回，業如前述，則原告訴之聲明第三項自亦失所附麗，應一併予以駁回。

九、原告高金麟等9人部分就原處分提起本件訴之聲明第一項之撤銷訴訟，惟未經訴願前置程序為不合法；原告陳婷婷等10

7人原處分部分業經後處分變更，效力不復存在，其等訴之聲明第一項仍訴請撤銷部分，欠缺權利保護必要，已無訴訟實益，應予駁回；其餘被告所為之原處分所依據之法律業經司法院釋字第781號解釋作成合憲解釋，被告依前開法令規定重新計算原告自107年7月1日起之退休所得如原處分附表，於法並無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合。原告猶執前詞，訴請判決如訴之聲明所示，均無理由，應予駁回。又原告訴之聲明部分不合法，部分無理由，惟為求卷證合一，避免救濟途徑歧異，併以判決駁回。

十、本件事證已臻明確，兩造之其餘攻擊防禦及陳述，經本院詳加審究，或與本件之爭執無涉，或對本件判決之結果不生影響，爰不逐一論述，附此指明。

據上論結，本件原告之訴為一部不合法，一部無理由，依行政訴訟法第98條第1項前段、第104條、民事訴訟法第85條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　22　　日

臺北高等行政法院第四庭

審判長法　官　林　惠　瑜

法　官　洪　遠　亮

法　官　鄭　凱　文

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀並表明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須按他造人數附繕本）。

三、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第241條之1第1項前段）

四、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同

條第1項但書、第2項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
㈠符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
㈡非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合㈠、㈡之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出㈡所示關係之釋明	

文書影本及委任書。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　22　　日

書記官　吳　芳　靜