

裁判字號：最高行政法院 96 年判字第 1236 號判決

裁判日期：民國 96 年 07 月 19 日

裁判案由：開除學籍

最 高 行 政 法 院 判 決

96年度判字第01236號

上 訴 人 陸軍軍官學校

代 表 人 甲○○

訴訟代理人 丙○○律師

被 上 訴 人 乙○○

上列當事人間因開除學籍事件，上訴人對於中華民國94年12月21日高雄高等行政法院94年度訴字第429號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件被上訴人在原審起訴主張：被上訴人係上訴人電機系4年級（正72期）學生，於民國92年3月3日參加「車輛工程學」考試時，被監考老師認有作弊嫌疑，將被上訴人及其他4位電機系學生葉振邦、陳吉雄、溫啟元、周凱宏交由校方處理，嗣經上訴人以92年5月29日（92）新服字第3197號令核定開除被上訴人學籍。惟被上訴人僅夾帶小抄並未取出，僅屬考試舞弊之預備行為，與其他同時被開除學籍同學之作弊情節並不相同，情節非屬重大，本件開除學籍處分顯有違比例原則及平等原則等情，爰請判決將訴願決定、申訴評議決定及原處分均撤銷。

上訴人則以：本件經學生獎懲委員會審酌全部卷證後，認定被上訴人確有「考試舞弊情節重大」，且「違犯榮譽制度」之事實，乃決議予以開除學籍，上訴人予以核定發布，並無違誤等語，資為抗辯。

原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以被上訴人係上訴人92年班（正72期）電機系4年級學生，於92年3月3日參加「車輛工程學」期末考試舞弊，先遭上訴人退學處分，被上訴人不服，提起申訴，經上訴人所屬申訴評議委員會決議：「原退學處分退回學員生獎懲委員會重議。」嗣後上訴人再於92年5月15日召開學生獎懲委員會，出席之22位委員中，同意開除者有19票，不同意者僅餘2票，廢票1票；上訴人乃以92年5月29日（92）新服字第3197號令核定被上訴人開除學籍。被上訴人不服，提起訴願，前經國防部移請上訴人依學生申訴程序處理。嗣經上訴人召開學生申訴評議委員會，評議結果仍維持開除學籍處分，業據兩造分別陳明在卷，復有上開上訴人令、被上訴人訴願書、國防部訴願審

議委員會93年5月31日訴誠字第0930000377號函及訴願決定書等影本附原處分卷可稽。經查，被上訴人參加上開「車輛工程學」考試時，因未準備充實，又企圖獲取較高成績，竟於事前將該科考試範圍之題目，預先以縮小影印之方式，製成小抄，方便攜帶及隱藏，以利其考試抄寫，嗣當日該科考試已進行約40分鐘時，經監考老師馬榮華依序發現學生陳吉雄、葉振邦、溫啟元、周凱宏及被上訴人於考試中將小抄握於手中或置於考卷下作弊，監考老師立即終止渠等考試，並沒收其小抄等情，業據證人馬榮華到庭證述明確，復有上訴人學指部榮譽法庭訪談紀錄、被上訴人自白書及被上訴人等製作之小抄等原本附卷可稽，洵堪認定。被上訴人雖主張係在作答完後，剛拿出小抄即被老師發現，而終止考試，故屬作弊未遂，其考試舞弊，尚非屬情節重大云云。然查，被上訴人被查獲考試舞弊時，考試已進行40餘分鐘，況且如被上訴人已自行將考題作答完畢，自無再利用小抄之必要，故其所言，未利用小抄即被查獲，顯有矛盾。又上訴人將被上訴人等人送榮譽委員會調查時，該委員會將原試題讓被上訴人等人重新作答，以測試渠等作弊抄寫之程度如何，並作為認定其作弊情節之依據，而渠等竟仍向監考同學（即榮譽委員會主任委員）馬大欣等人要求看講義作答，馬大欣等人因基於同學情誼，亦同意所請，事後馬大欣等人因調查不公，向上訴人自首袒護作弊同學，經上訴人記大過1次處分，亦據證人馬大欣到庭證述甚詳，復有上訴人92年7月8日（92）新服字第4180號令原本附卷足稽，益證被上訴人對考試科目確實未準備充分，而有夾帶小抄抄襲作答之行為，被上訴人主張其屬作弊未遂云云，尚難採信。本件案發當時，被上訴人身兼學生實習團體所屬榮譽委員會主任委員及實習旅長，本應為其他同學之表率，更應謹言慎行，維護學生榮譽制度，然其不僅於考試前不知努力溫習功課，卻花心思預先製作小抄，企圖獲取高分，並於考試作弊被查獲後，由榮譽委員會複試時，仍要求看講義作答，足見被上訴人實無真正悔悟之心，自難謂其考試舞弊情節非屬重大，被上訴人並已嚴重違反學校榮譽制度之規定，是上訴人認定被上訴人考試舞弊情節重大及違反榮譽制度規定，並無違誤。又查，本件考試舞弊事件，係先由學生代表所組織之榮譽委員會進行調查，經榮譽委員會共同討論案情進行表決，結果贊成留校查看7票、開除處分4票、大過2次處分1票；主席以留校查看處分作為結論，報請榮譽委員會執行輔導小組進行審查，該小組之意見認為應退回榮譽委員會重議，經榮譽委員會再次進行討論表決，結果仍維持原決議。因此，由上訴人所屬學指部呈報校部決議，經學校於92年4月2日召開第1次學生獎懲委員會，會中對於被上訴人所涉之案件，經投票表決結果，評議委員21人中，贊成開除6票，贊成記2大過2小過15票，因此決議引用陸軍軍官學校員生學則（下稱學則）第104條第14款規定，建議學校予以「記2大過2小過」處分。上訴人考核科於會議後匯整委員會會議紀錄及決議情形，將全案於同年月7日呈送上訴人校長核定。但上訴人校長之意見認為應予開除，因此批示再議，將

全案退回學生獎懲委員會重新審議。學生獎懲委員會於92年4月10日第2次召開會議，表決之結果贊成開除8票，退學7票、記2大過2小過5票，表決結果再次報請上訴人校長核定，並經核定予以退學處分。因此上訴人乃以92年4月16日（92）新服字第2071號令核定被上訴人退學之處分，被上訴人不服，提起申訴，經上訴人徵詢律師意見後，認為該退學處分有違行政程序法規定，乃於92年5月8日以（92）新服字第2631號令撤銷原處分，回復被上訴人學生身分。嗣後上訴人校部再於92年5月15日召開學生獎懲委員會，參加之22位委員中，同意開除者有19票，不同意者僅餘2票，廢票1票；上訴人乃以92年5月29日（92）新服字第3197號令核定被上訴人開除學籍之處分，業據兩造分別陳明在卷，復有上開上訴人令及榮譽委員會、學生獎懲委員會會議紀錄等原本附卷可稽，洵堪認定。觀之學則設立學員生獎懲委員會目的之整體精神，尤其委員會之決定採多數決而毫無例外（學則第175條第1款），應認為校長對委員均不得影響其獨立判斷，惟有作此解釋，始能使學員生獎懲委員會之決議公平、公正，確保學生合法之權益。上訴人就被上訴人考試舞弊事件交由榮譽委員會、獎懲委員會循序處理，揆諸學員生學則規定，尚無不合。然依學則第175條第1款前段規定，本件學生獎懲委員會於92年4月10日第2次召開會議，表決之結果贊成被上訴人開除8票，退學7票、記2大過2小過5票，表決結果再次報請上訴人校長核定，嗣經核定予以退學處分；因該委員會召開會議雖有應出席委員3分之2以上出席（依學則第174條第1款第4目規定委員共計23員），然此次會議表決結果之懲處方式，並無一方式獲得出席委員3分之2以上同意，故其決議結果已有瑕疵，且該委員會既認定被上訴人考試舞弊，已違反學則第37條第1項第6款考試舞弊，經查獲而有實據情節重大及第9款違犯榮譽制度之規定，則依該條文規定僅能為開除之決議，而上開表決結果報請上訴人校長核定时，亦未發覺上開瑕疵，故予核定退學處分；然上開決議未遵守多數決原則，及上訴人校長核定退學處分，核與學則規定應予開除學籍規定不合，已逾越其核定權限，雖有瑕疵，然此瑕疵之程度僅構成撤銷該處分之原因，尚不符行政程序法第111條規定行政處分無效之情形。按訴願法第81條第1項、行政訴訟法第195條第2項及公務人員保障法第65條第1項等為行政救濟不利益變更禁止原則之規定，所謂不利益變更係指使提起救濟之受處分人處於更不利之法律上地位，在解釋論上不僅適用於自為變更之決定，發回重為處分亦受其拘束。又依大學法第17條第2項、第3項、陸軍軍官學校學員生學則第176條第1、2、3款及第4款第2目等規定，可知學則所規定之申訴制度，亦屬行政救濟之一環，雖學則就申訴制度未明文規定禁止不利益變更條款，然我國在行政救濟制度立法上既採用禁止不利益變更原則，為確保學生行使申訴制度之權利，在解釋論上亦應類推適用訴願法第81條第1項之規定，而有禁止不利益變更原則之適用。再按學校對學生之退學或開除學籍處分，亦屬行政處分之性質，故學校處理學生懲處事務，就其裁量權之行使，

亦應適用行政訴訟法第201條規定，且依行政程序法第4條規定，行政行為應受法律及一般法律原則之拘束，故機關學校之裁量性行政行為有違禁止不利益變更原則，即屬有裁量濫用情況，行政法院於此即得予以審查撤銷之。被上訴人對上訴人前開退學處分不服，提起申訴，經上訴人徵詢律師意見後，認為該退學處分有違行政程序法規定，乃撤銷該處分，回復被上訴人學生身分。嗣後上訴人再召開學生獎懲委員會所作成被上訴人開除學籍之處分，基於行政救濟禁止不利益變更原則，上訴人原退學處分既經申訴決議：「原退學處分退回學員生獎懲委員會重議」，則學生獎懲委員會重議結果，自不得為更不利於被上訴人之處分。上訴人依該委員會重議結果，為被上訴人開除學籍之處分，顯已經使被上訴人處於更不利之法律上地位，該處分既有違禁止不利益變更原則，即屬有裁量濫用情況而違法，申訴評議決定及訴願決定未予糾正，已有未洽，因而將訴願決定、申訴評議決定及原處分予以撤銷，由上訴人另為適法之處分。

上訴意旨略謂：1. 本件上訴人考量學生前途而作成之退學處分，應屬「缺乏事務權限」而作成之行政處分，依法自屬無效，惟原判決一方面認上訴人校長無權限（缺乏事務權限）對考試舞弊學生直接作出「退學處分」，卻又毫無根據認定上開「退學處分」之瑕疵程度，僅構成得撤銷之「違法處分」，而非「無效處分」，其判決顯然毫無根據而有適用法規不當、理由矛盾之違法；況上開退學處分是否屬無效處分，將影響本件是否適用「禁止不利益變更原則」，惟原判決就上訴人所提該退學處分係屬無效之主張，未說明此重要攻擊、防禦方法何以不可採之理由，自有判決不備理由之違法。2. 原判決雖認定被上訴人確有考試舞弊且情節重大之事實，違反榮譽制度規定，惟因被上訴人已就退學處分提出申訴，上訴人嗣後再作成開除學籍處分，顯有違不利益變更禁止原則而應予撤銷。惟按訴願法第81條第1項規定，僅於「訴願有理由」之情況下，始有「禁止不利益變更原則」之適用，本件被上訴人考試舞弊之行為既經原審確認已違反學則第37條第1項第6款、第9款規定，而應予開除學籍，足見被上訴人之申訴及訴願並無理由，自無「禁止不利益變更原則」之適用；況申訴制度係屬上訴人內部審查行政處分是否合法妥當之機制，雖訴願法第81條第1項及公務人員保障法均有適用「禁止不利益變更原則」之規定，然上訴人之申訴制度並無相同規定，且本件亦非適用公務人員保障法之案件，且在原判決多次引用之學者著作中，亦闡釋該原則非公認之法律原則，故立法論上是否加以採用也無定論，則在類推適用時更應謹慎為之。本件就被上訴人之舞弊行為作成之開除學籍處分，既屬上訴人內部審查機制重啟後，依法作成之適當處分，為免行政程序之無益耗費，參考刑事訴訟法第370條有關禁止不利益變更原則之規定，如因原審判決適用法條不當而撤銷之者不在此限，本件先前所為之退學處分，即有適用法條不當之情形，自應類推適用刑事訴訟法第370條之規定，即在類推適用訴願法第81條第1項時，應作目的性地限縮。惟原判決疏

而未察，冒然適用訴願法第81條第1項禁止不利益變更原則之規定，其判決顯有適用法則不當之違法。3.被上訴人違反學則第37條第1項第6款、第9款規定，依法應予「開除學籍處分」，此屬「羈束性行政事項」依法並無裁量空間，法院自無再對本件「開除學籍處分」再作司法審查之空間。惟原判決疏而未察，逕認本件上訴人違反不利益變更禁止原則而有裁量濫用之違法，其判決自有適用法則不當之違法云云。

本院查：按行政程序法第111條第6款規定：「行政處分有下列各款情形之一者，無效：．．．6.未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者。」上開規定，並無擴大行政處分無效範圍之意，參酌同條第7款所定「行政處分具有重大明顯之瑕疵者，無效」之意旨，同條第6款所稱「缺乏事務權限」，係指「無事務權限」之機關所作成之行政處分為無效，不包括「逾越事務權限」作成之行政處分或「有事務權限之機關」適用法規錯誤而作成之行政處分在內。本件依原判決所認定之事實，上訴人之學生獎懲委員會於92年4月10日第2次召開會議，表決之結果贊成被上訴人開除8票，退學7票、記2大過2小過5票，表決結果報請上訴人校長核定，嗣經核定予以退學處分；因該委員會召開會議雖有應出席委員三分之二以上出席（依學則第174條第1款第4目規定委員共計23員），然此次會議表決結果之懲處方式，並無一方式獲得出席委員三分之二以上同意，故其決議結果已有瑕疵，且該委員會既認定被上訴人考試舞弊，已違反學則第37條第1項第6款考試舞弊，經查獲而有實據情節重大及第9款違犯榮譽制度之規定，已如前述。上訴人對被上訴人之違規行為，依其學則規定，本得為適當之懲處，難認上訴人對被上訴人所為之處分係屬無事務權限之行為，而上訴人先前對被上訴人所為退學之處分，應係適用法規（學則）錯誤，屬於違法得撤銷之處分，尚非無事務權限之處分，自不符合行政程序法第111條第6款所定行政處分無效之情形。原判決認本件係屬逾越核定權限，容有未洽，惟其結果尚無不同。上訴人訴稱本件先前所為之退學處分應屬無效，既屬無效之處分，即無禁止不利益變更原則之適用云云，殊無足採。次接受不利處分之人提起行政救濟，旨在請求除去對其不利之處分，受理行政救濟之行政機關（包括作成原處分之機關）如就原處分加以變更，但其結果較原處分對其更為不利，則有失受處分人提起行政救濟之本意，因此應加以禁止，此即「禁止不利益變更原則」。本院31年判字第12號及35年判字第26號判例即揭示不得於訴願人所請求範圍之外，與以不利益之變更，致失行政救濟之本旨。又依訴願法第81條第1項後段規定：「．．．但於訴願人表示不服之範圍內，不得為更不利益之變更或處分。」行政訴訟法第195條第2項規定：「撤銷訴訟之判決，如係變更原處分或決定者，不得為較原處分或決定不利於原告之判決。」均無類似刑事訴訟法第370條但書對於「適用法條不當而撤銷」，則無適用禁止不利益變更原則之規定。換言之，原行政處分係適用法規不當而予變更時，並無得排除適用「禁止不利益變更原則」之

規定。上訴人所為開除上訴人學籍之處分，既有違反禁止不利益變更原則，則被上訴人循序申訴及提起訴願均應認為有理由，申訴評議決定及訴願決定未予糾正，即有未洽，從而原判決將訴願決定、申訴評議決定及原處分予以撤銷，由上訴人另為適法之處分，於法並無不合。上訴人主張本件訴願應屬無理由，且在類推適用訴願法第81條第1項之規定時，應參考刑事訴訟法第370條但書排除適用禁止不利益變更原則之規定云云，亦無可採。再查，上訴人所為開除被上訴人學籍之處分，雖無違誤，且被上訴人違反學則第37條第1項第6款、第9款規定，依法本應予「開除學籍處分」，上訴人亦無裁量之空間。惟因本件係違背禁止不利益變更原則而無可維持，核與上訴人有無裁量濫用無涉，原判決贅述上訴人有裁量濫用情況而違法，自有未洽，惟尚不影響於判決之結果，仍應予維持。上訴論旨，執前述理由，指摘原判決違誤，求予廢棄，難認有理由，應予駁回。

據上論結，本件上訴為無理由，爰依行政訴訟法第255條第1項、第98條第3項前段，判決如主文。

中 華 民 國 96 年 7 月 19 日

第四庭審判長法官 鍾 耀 光

法官 姜 仁 脩

法官 王 德 麟

法官 黃 清 光

法官 吳 慧 娟

以上正本證明與原本無異

中 華 民 國 96 年 7 月 19 日

書記官 蘇 金 全