高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第三庭
112年度訴字第162號
民國113年11月14日辯論終結

原　　告　羅秀萍
被　　告　空軍第六混合聯隊

代　表　人　楊炳申
訴訟代理人　陳榮源
　　李一德
　　李彥慧

上列當事人間懲罰及考績事件，原告不服國防部中華民國111年3月16日112年決字第076號訴願決定、行政院113年1月18日院臺訴字第1135001227號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面

一、本件於民國111年6月22日修正公布、112年8月15日施行之行政訴訟法施行前已繫屬於本院，於修正行政訴訟法施行後尚未終結，依行政訴訟法施行法第18條第1款前段規定，應適用舊法（即修正前行政訴訟法）審理，合先敘明。

二、被告代表人原為林照川，於本件訴訟審理中變更為楊炳申，業據新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

三、原告起訴後變更及追加其聲明為：「1、訴願決定、再審議、審議決議及記過處分（即被告111年11月7日空六聯人字第0000000000號令，下稱系爭懲罰處分）均撤銷。2.訴願決定及111年度考績處分（即被告112年1月5日空六聯人字第0000000000號令，下稱系爭考績處分，與系爭懲罰處分合稱為原處分）均撤銷。」（本院卷第557至558頁）經核原告訴之

變更追加其請求基礎事實不變，被告亦無異議而為本案之言詞辯論，依行政訴訟法第111條第1項及第3項第2款規定，應予准許。

貳、實體方面

一、爭訟概要：

原告係被告所屬政綜科上尉政治作戰官，因111年10月12日遭查獲將未奉准之手機、筆記型電腦及隨身碟攜入營區之情事（下稱系爭違失行為），經被告於111年11月7日核定記過1次之系爭懲罰處分。嗣被告於111年12月2日召開111年度考績審核評鑑會（下稱考評會），以原告年度內因資安違規之違失行為受記過1次懲罰，且該懲罰記載於品德項，又年度內獎懲紀錄僅有該記過1次懲罰，無獎勵紀錄，爰評列其111年度考績績等為「乙上」。被告遂於112年1月5日以系爭考績處分核定原告111年度考績績等為乙上。原告不服原處分，分別循序提起行政救濟，其中系爭懲罰處分部分，經相當於訴願之國防部再審議決議予以駁回，復經行政院訴願決定不予受理；系爭考績處分部分，則經國防部訴願決定予以駁回。原告仍不服，遂提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

(一)主張要旨：

1、系爭懲罰處分有裁量濫用等情事：

(1)原告於111年10月12日於辦公室辦公時，資安官郭睿豐進來辦公室，室內加上原告尚有5人，嗣辦公室僅剩原告與資安官郭睿豐2人時，其表示訊息偵測器顯示附近有異常熱點訊號，是ANDROID手機，當下原告主動報告原告之IPHONE手機（下稱系爭手機）未安裝MDM程式（即智慧型手機管制程式），原告均配合檢查。

(2)原告將系爭手機、個人筆電及隨身碟攜未經核准帶入營，係因國慶連假與家人參加國慶活動返家過晚，未檢整車上物品即返營，故未報告車內有上述物品。然原告手機、筆記型電腦及隨身碟均無營區拍照、儲存機密圖片等資料，上述物品

經查扣檢查並無資安問題，原告亦已盡速將IPHONE手機安裝MDM程式。

(3)綜觀上情，原告犯後態度尚佳，而系爭手機、個人筆電及隨身碟經檢查亦無軍中相關資訊，未對國防產生危害，並為初犯。被告忽視上情逕予記過，卻未說明不施以較輕之罰薪、檢束懲罰理由，難認符合行為時陸海空軍懲罰法（104年5月6日修正，下稱懲罰法）第10條規定。

(4)又原告所違犯之國軍資通安全獎懲規定（下稱國軍資安規定）第5點第2款第22目「未經核准於非禁制區攜帶或使用民用通信資訊器材、各類公（私）務資訊資產及資訊儲存媒體」事由，相較於同規定第5點第3款第21目規定「未經核准於禁制區攜帶或使用民用通信資訊器材、各類公（私）務資訊資產及資訊儲存媒體」，前者顯較輕微。然參考其他資安事件訴願決定可知，違反較重之國軍資安規定第5點第3款第21目規定，甚至拍照者，僅處以罰薪，但原告所犯情節較輕微且未儲存營內任何資料，卻遭記過處分，顯然違反比例原則、平等原則而有裁量濫用。系爭懲罰處分應斟酌原告為初犯且因產假及育嬰留職停薪約2年才剛復職，被告藉此嚴懲變相解職原告，難認原告受性別工作平等法保障。

2、原告符合行為時懲罰法第8條第2項第2款「自首」規定：原告於資安官未偵測到原告手機之前，即主動報告系爭手機未安裝MDM程式，符合前揭「自首」規定，應可減輕或免除其處罰。惟被告卻認為係資安官偵測到異常訊息而鎖定並查獲原告攜帶未經核准攜帶入營之智慧型手機，不符合自首規定，當有認事用法上之違誤。

3、又依國軍資安規定第6點第5款規定，違反國軍資安規定者應參加國軍資安違規人員講習，然原告未被宣導管制參加講習，原告豈非無違反規定？另依照國軍械彈爆材管理指導要綱第15點第3款第1目、第2目及空軍械彈、爆材管理規定第12條第2項、第3項等規定，械彈管理人員應選派無安全顧慮、避免品德不良人員擔任，則原告執行112年上半年械彈

特清前已確實完成安全調查，被告派品德不良之原告，是否合乎規定？

4、系爭懲罰處分裁量濫用且未適用自首規定，業如前述，是系爭考績處分所依據之基礎事實，已因系爭懲罰處分違法應撤銷而失所附麗，應併予撤銷。

(二)聲明：

1、訴願決定、再審議、審議決議及系爭懲罰處分均撤銷。

2、訴願決定及系爭考績處分均撤銷。

三、被告答辯及聲明：

(一)答辯要旨：

1、原告確有系爭違失行為。國軍資安規定係為維護國軍資訊、通訊安全，整肅人員作業紀律，特訂定之規定，為避免官兵於執行勤（任）務期間不當使用通訊資訊器材而肇生洩密事件，致危害軍事安全，國軍政令一再嚴禁私帶未經核准之民用通信資訊器材入營使用，並予以宣導，原告應知之甚詳。原告因一次查獲3項攜帶未經核准入營之系爭手機、個人筆記型電腦及隨身碟資訊儲存媒體，違反行為時懲罰法第15條第14款及國軍資安規定第5點第2款第22目「未經核准於非禁制區攜帶或使用民用通信資訊器材、各類公（私）務資訊資產及資訊儲存媒體」事由，被告依行為時懲罰法第8條第1項各款所列事項審酌，核予記過1次，並未違反比例原則，亦屬合義務性之裁量。

2、原告違失行為不適用行為時懲罰法第8條第2項第2款「自首」規定：如前所述，本案係由資安官訊號偵測器掃描查獲，原告因訊號查獲而不得不交出違規手機，已與行為時懲罰法第8條第2項第2款「未發覺前」之情形不符，自不適用該條減輕懲處之規定。

3、原告因違反國軍資安規定而經系爭懲處處分核予「記過1次」屬實，致年度功獎不平，依行為時國軍志願役軍官士官及志願士兵考績作業規定（111年8月19日修正，下稱考績作業規定）第8點第6款第2目規定，考評為乙上績等，嗣於111

年12月2日考評會同意考評為乙上，核與行為時考績作業規定相符。被告辦理111年度考績評定所依據之法令及作業程序均符合法規，辦理考績考評客觀公正，原告主張並無理由。

(二)聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

(一)被告以原告111年10月12日有攜帶未經核准入營之系爭手機、筆記型電腦及隨身碟等物品為由，作成記過1次之系爭懲罰處分，有無裁量濫用、違反比例原則等違誤？

(二)原告就上開資安違失行為，是否該當行為時懲罰法第8條第2項第2款事由，得減輕懲度或免除其懲罰？

(三)被告以原告受有系爭懲罰處分，認原告有品德項違失，作成原告111年度考績績等為乙上之系爭考績處分，是否適法？

五、本院之判斷：

(一)前提事實：

如爭訟概要欄所示之事實，有系爭懲罰處分（本院卷第29至31頁）、國防部空軍司令部112年空議字第5號決議（再審議卷第13至18頁）、國防部112年9月11日112年再審字第20號再審議決議（本院卷第241至245頁）、被告111年12月2日111年度考績審核評鑑會會議紀錄（本院卷第150至152頁）、系爭考績處分（本院卷第23至25頁）、國防部112年9月16日112年決字第76號訴願決定（本院卷第76至79頁）附卷可稽，堪信為真實。

(二)應適用之法令：

1、行為時懲罰法

(1)第8條第1項、第2項第2款：「（第1項）辦理懲罰案件，應視違失行為情節之輕重，並審酌下列事項：一、行為之動機、目的。二、行為時所受之刺激。三、行為之手段。四、行為人之生活狀況。五、行為人之品行及智識程度。六、行為對領導統御或軍事紀律所生之影響。七、行為人與被害人之關係。八、行為人違反義務之程度。九、行為所生之危險

或損害。十、行為後之態度。（第2項）現役軍人之違失行為有下列情形之一者，得減輕懲度或免除其懲罰：二、於未發覺前自首。」

(2)第10條：「依本法規定從重懲罰或減輕懲度者，應合於比例原則，為合義務性之裁量決定。」

(3)第12條第4款：「軍官懲罰之種類如下：四、記過。」

(4)第15條第14款：「現役軍人有下列違失行為之一者，應受懲罰：十四、其他違失行為違反已送立法院備查或國防部頒定之法令。」

(5)第30條第4項至第6項：「（第4項）調查結果認為有施以撤職、降階、降級、記大過、罰薪或悔過懲罰之必要時，應由主官編階為上校以上之機關（構）、部隊或學校召開評議會決議之。認為證據不足或無第15條各款違失行為者，應為不受懲罰之決議；其已逾第16條之懲罰權時效者，應為免議之決議。（第5項）前項評議會召開時，應給予行為人陳述及申辯之機會；會議決議事項應陳權責長官核定。權責長官對決議事項有意見時，應交回復議；對復議結果仍不同意時，應加註理由後變更之。（第6項）前2項評議會，由權責長官指定適當階級及專業人員5人至11人組成，並指定1人為主席。」

2、懲罰法施行細則第6條：「（第1項）懲罰案件依本法第30條第4項規定應召開評議會者，其決議事項經權責長官依同條第5項規定交回復議時，應再召開評議會。(第2項)懲罰案件經實施調查結果，認有施以撤職、降階、降級、記大過、罰薪或悔過以外之懲罰，於有必要時，得經權責長官核定，由主官編階為上校以上之機關（構）、部隊或學校召開評議會。會議決議事項應呈權責長官核定，權責長官對決議事項有意見時，得交回復議，或加註具體理由後變更之。對於復議結果仍不同意時，應加註具體理由後變更之。(第3項)依前2項規定召開評議會時，應給予行為人合理之準備時間，自開會通知送達行為人起算，至實際召開評議會時止，不少

於24小時，並應給予行為人以言詞或書面方式陳述及申辯之機會。」

3、國軍資安規定（109.11.13修正，本院卷第120至132頁）

(1)第1點：「為維護國軍資訊、通訊安全（以下簡稱資通安全），整肅人員作業紀律，規範獎勵及懲罰相關基準，使各單位對維護資通安全有功人員及違反資通安全規定人員核予適切之獎懲，特訂定之本規定。」

(2)第5點第2款第22目、第3款第21目：「五、懲罰種類及事由如下：（二）有下列情形之一者，依行為人官兵身分核予記過、罰薪、檢束、罰勤或禁足之懲罰：22.未經核准於非禁制區攜帶或使用民用通信資訊器材、各類公（私）務資訊資產及資訊儲存媒體。……（三）有下列情形之一者，依行為人官兵身分核予降階、降級、記大過、罰薪、悔過之懲罰：21.未經核准於禁制區攜帶或使用民用通信資訊器材，各類公（私）務資訊資產及資訊儲存媒體。……」

4、陸海空軍軍官士官考績條例

(1)第2條第1項第1款：「本條例考績區分如下：一、年終考績：於每年年終辦理其當年1至12月連續任職期間之考績。」

(2)第4條：「考績項目分思想、品德、才能、學識、績效、體格等6項。」

(3)第5條：「各級考績官對受考官各項之考評，應以平時考核為基礎，並參考年度獎懲記載，予以綜合分析評定。」

(4)第6條：「考績績等，區分為特優、優等、甲上、甲等、乙上、乙等、丙上、丙等、丁等九等。」

5、行為時考績作業規定第8點第6款第1目、第2目：「八、績等管制：（六）年度內有下列情事之一，其考績績等不得評列甲等以上：1.覆考分項之思想、品德或績效，其中有一項評列乙上者。2.年度內未獲嘉獎或事蹟存記1次之獎勵或受懲罰處分，經平衡之功獎相抵後（大過1次須獲記大功1次、記過1次必須獲記功1次、申誡2次必須獲1次記嘉獎2次相抵，

累計者不予計算；惟獲較高獎勵，得逕以所代表之獎勵點數扣抵），未再獲嘉獎或事蹟存記1次獎勵者。」（111年8月19日修正，本院卷第143至148頁）

(三)原告就記過1次之系爭懲罰處分得提起撤銷訴訟

按軍人為廣義之公務員或公務員之一種（司法院釋字第430、781號解釋參照），與國家之間具有公法上之職務關係，於涉及軍人因其身分與其服務機關或人事主管機關發生公法上爭議，認其權利遭受違法侵害之事件，司法院釋字第785號解釋理由書意旨亦應有其適用。軍人受記過之懲罰，應屬影響其權利之具體措施，且非顯然輕微之干預，依前揭說明，自得依法向行政法院提起撤銷訴訟，以落實憲法保障之訴訟權（最高行政法院112年度抗字第114號裁定、111年度上字第218號判決、110年度上字第316號判決意旨參照）。查原告對系爭懲罰處分提起審議、再審議（再審議卷第1至5頁、第13至18頁），112年9月11日作成之再審議決定於同年月15日送達原告（再審議卷第139頁），已相當於訴願程序，符合提起本件撤銷訴訟之合法性要件（原告嗣後向行政院提起訴願，遭不受理，亦無影響），程序上應為適法，先予敘明。

(四)原告有系爭違失行為，系爭懲罰處分並無違誤

經查，原告對於111年10月12日9時許遭被告資安官查獲正在使用未經核准攜帶入營之系爭手機，嗣於原告車內又查獲攜帶未經核准攜帶入營之個人筆記型電腦及隨身碟資訊儲存媒體等3個違規品項之事實，並不爭執（本院卷第236頁），並有卷附保密安全檢查查扣單、原告檢討報告及訪談紀錄在卷可稽（本院卷第395、397至398頁），應可認定。證人即被告資安官郭睿豐亦到庭具結證稱：我的工作主要負責基地的資安業務，會做例行性的資安巡檢。當日有配發WiFi偵測器，會從附近的辦公室開始巡檢，在原告的辦公室發現有異常的熱點訊號，當下除了原告還有其他二名人員，我依照訊號依序篩選，檢查其他二人的手機，均無異狀；檢查過程

是，我先請他們出示手機中MDM的畫面，且有確認已經上鎖，上鎖時間是早上進入營的時間，所以排除這二人，請他們離開。因原告當時在用電話講公務沒有立即檢查，待其他二人離開後訊號還在，我才斷定原告有違規事實，等原告公務電話講完後，我檢查原告的手機確實沒有安裝MDM程式。當下先就該違規事實查核，但因為訊號是三星手機的訊號，原告拿的手機是IPHONE品牌，在我檢查完原告手機後，偵測器上的三星手機訊號消失，我用口頭詢問原告，原告說車上有三星手機，經檢查這個三星手機是合格的，但因為熱點訊號已經消失，無法再追查等語（本院卷第522至524頁）。酌以證人與原告並無恩怨，經具結擔保所述為真，復無其他不可信之情況，應認上開證述為實在。原告違反行為時懲罰法第15條第14款及國軍資安規定第5點第2款第22目「未經核准於非禁制區攜帶或使用民用通信資訊器材、各類公（私）務資訊資產及資訊儲存媒體」應可認定。又原告於遭查獲系爭手機前，即已遭證人即資安官持WiFi偵測器發覺，並排除在場之其餘二人後鎖定原告涉違反國軍資安規定，不能認為原告有懲罰法第8條第2項第2款「自首」之適用。至多僅能認為原告就上開3個違規品項配合調查，行為後之態度良好，被告亦已依行為時懲罰法第8條第1項各款所列事項審酌，裁量理由可以支持（本院卷第559頁）。綜合上情，本院認被告依本件情節核予記過1次，裁量並無瑕疵，亦未違反比例原則。原告主張，應無理由。原告雖主張因產假及育嬰留職停薪遭受歧視、其他案例處罰較輕等語，然其上開違失行為明確，其又無對遭受歧視乙節提出實質合理之說明，案例事實各有不同之處罰尚難比附援引，其主張自無可採。

(五)系爭考績處分亦無違誤

依陸海空軍軍官士官考績條例第4條、第5條規定可知，志願役軍官年終考績，其考評項目分思想、品德、才能、學識、績效、體格等6項，應以平時考核為基礎，參考年度獎懲記載而為綜合分析評定。又行為時考績作業規定第8點第6款第

1目、第2目規定：「八、績等管制：（六）年度內有下列情事之一，其考績績等不得評列甲等以上：1.覆考分項之思想、品德或績效，其中有一項評列乙上者。2.年度內未獲嘉獎或事蹟存記1次之獎勵或受懲罰處分，經平衡之功獎相抵後（大過1次須獲記大功1次、記過1次必須獲記功1次、申誡2次必須獲1次記嘉獎2次相抵，累計者不予計算；惟獲較高獎勵，得逕以所代表之獎勵點數扣抵），未再獲嘉獎或事蹟存記1次獎勵者。」上開考績評定具高度屬人性及法律授權之專屬性，應認行政機關就此等事項之決定，享有判斷餘地。行政法院基於權力分立原則，對其判斷應採取較低審查密度，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，始得予撤銷或變更，行政法院原則上尊重其判斷。經查，系爭考績處分經被告考評會開會審議（本院卷第150至152頁），組織及程序並無違誤。原告既有系爭違失行為，屬於品德項之違反保密、資安規定，被告據以考評原告品德為乙上（系爭考績處分訴願卷第55至61頁），依考績作業規定第8點第6款第1目、第2目規定，不得評列甲等以上，被告作成系爭考績處分，審核原告績等為乙上，查無判斷瑕疵或其他違法情形，本院自應尊重其判斷。原告主張，並無理由。

六、綜上所述，原告主張各節，均無可採，被告所為原處分，並無違誤，審議決議、再審議決議、國防部訴願決定分別予以維持，亦無不合。因再審議決議已相當於訴願決定，行政院訴願決定不受理，亦無違誤。原告仍執前詞，訴請撤銷，為無理由，應予駁回。另兩造其餘攻擊防禦方法均與本件判決結果不生影響，故不逐一論述，併此敘明。

七、結論，原告之訴為無理由。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　11　　月　　28　　日

審判長法官　林　彥　君

法官　黃　堯　讚

法官　黃　奕　超

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，向本院高等行政訴訟庭提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內補提理由書；如於本判決宣示或公告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（均須按他造人數附繕本）。

三、上訴未表明上訴理由且未於前述20日內補提上訴理由書者，逕以裁定駁回。

四、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49條之1第1項第3款）。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3項、第4項）。

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、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，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
(二)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(一)、(二)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(二)所示關係之釋明文書影本及委任書。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　11　　月　　29　　日

書記官　李　佳　芮