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351號
民國113年8月29日辯論終結

原　　告　何誌文（原名鍾誌文）

訴訟代理人　許雪螢　律師
被　　告　陸軍機械化步兵第三三三旅

代　表　人　馮少毅
訴訟代理人　曾立成
　　劉亞靜
　　趙家瑜
被　　告　國防部陸軍司令部

代　表　人　鍾樹明
訴訟代理人　謝承哲
　　謝文健
　　許仁杰

上列當事人間退伍事件，原告不服國防部中華民國112年8月10日112年決字第242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

本件被告國防部陸軍司令部(下稱被告陸令部)經合法通知，無正當理由而未於言詞辯論期日到場，核無行政訴訟法第218條準用民事訴訟法第386條所列各款情形，爰依原告之聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、實體方面

一、爭訟概要：

緣原告原係被告陸軍機械化步兵第三三三旅(下稱被告第333旅)所屬聯合兵種第一營營部及戰鬥支援連上士組長，因民國111年5月間傳送不雅訊息予訴外人A女，經被告第333旅以111年7月26日陸八海忠字第0000000000號令核定大過1次（下稱系爭1大過處分），原告提起訴願，經國防部111年11月9日111年決字第311號訴願決定駁回。嗣因原告年度受系爭記大過1次以上懲罰而無1次記功或事蹟存記之獎勵，經被告第333旅以112年1月6日陸八海忠字第00000000000號令（下稱系爭考績處分）核定原告111年度考績績等為丙上，並據於112年1月10日召開原告不適服現役人事評審會（下稱人評會），評鑑原告不適服現役。經原告申請再審議，仍評鑑原告不適服現役，並以112年3月28日陸八海忠字第0000000000號令(下稱系爭評鑑決定)將評鑑結果通知原告，並呈經被告陸令部以112年4月12日國陸人勤字第00000000000號令（下稱系爭退伍處分）核定其不適服現役退伍，自112年5月1日零時生效。原告不服，就系爭評鑑決定及系爭退伍處分提起訴願，經訴願決定不受理，遂就系爭考績處分、系爭退伍處分及不受理訴願決定提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.原告未遲誤訴願期間：原告早於112年5月22日已向被告陸令部人事軍務處提出訴願書，且112年5月29日亦有寄送訴願狀並於第1頁表明「撤銷被告陸令部系爭退伍處分」，故不論訴願機關有無電話通知原告補正訴願標的，原告已無訴訟標的錯誤之違誤。

2.被告法制官黃鼎懿前於109年度以未合於法律規定對原告為3大過之處分，後遭原告提出救濟而未能令原告退伍。被告第333旅召開不適服現役人評會時，未給予原告相當就審期間，未保障原告充分答辯、陳述意見之權利；未詢

問被告是否有應迴避之人評會委員成員，顯然侵害原告之訴訟權利，未合於正當法律程序。

3.系爭考績處分部分：

⑴原告雖遭記系爭1大過懲罰，然於111年6月13日獲嘉獎1次、同年6月14日獲嘉獎1次、111年7月底參加南北戰車對抗，擔任保修戰車隊戰車保養組長，表現優異而於同年11月29日獲記功1次。但被告第333旅未依行為時強化國軍志願役軍官士官及士兵考評具體作法（下稱考評具體作法）第6點第1款規定審酌原告整年度之表現、私人問題並無影響原告完成任務及原告之工作態度，作出適切公正之考評，即逕為最差考評之系爭考績處分，有違比例原則、一般公認之價值判斷標準，自屬違法之判斷，可於本件訴訟中就系爭考績處分一併主張不服。

⑵原告與因涉犯刑事案件遭判刑而為「乙等」「乙上」考績之人相較，原告未涉刑事案件，卻遭列「丙上」，有違比例原則及對原告有差別待遇。

⑶原告111年度考核評鑑表之「品德」遭評為「丙上」，已將原告與A女不當情感行為評價在內；復於「績效」亦評為「丙上」，再對原告與A女不當情感問題為評價，顯重複審酌原告行為。

4.系爭退伍處分部分：因系爭考績處分有前開違法之處，據此而為不適服現役之決議，亦有基於錯誤事實而為評議，有違責罰相當之比例原則及一事二罰之違法，原告自不構成陸海空軍軍官士官服役條例（下稱服役條例）第15條第1項第5款規定，則被告陸令部所為退伍處分，於法無據。

㈡聲明：

1.被告第333旅系爭考績處分撤銷。

2.被告陸令部系爭退伍處分及訴願決定均撤銷。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

甲、被告第333旅部分：

1.原告已遲誤訴願期間：

⑴就系爭考績處分部分：原告已於112年1月9日收受，然原告未提起訴願，即逕提起本件行政訴訟，其起訴依法不合程式；縱原告迄今再行訴願，亦已逾越法定訴願期限，此部分已不合法。

⑵就系爭退伍處分部分：已於112年4月17日送達原告簽收，竟遲於112年5月29日始提起訴願，顯已逾訴願法第14條第1項所定30日法定救濟期間。至於原告所述於112年5月22日所寄發之訴願書，其訴願標的乃被告第333旅系爭評鑑決定，特此聲明。

⑶就系爭評鑑決定部分：被告第333旅112年3月15日人評會再審議後，已現場告知原告相關救濟之權益；系爭評鑑決定說明第2點亦告以原告相關救濟之權益，故依原告智識程度理應可知悉救濟之權益及方式。是原告稱被告未告以救濟權益保障之方式，致使原告錯以觀念通知函訴願及超過申請救濟期限乙節，容有違誤。

2.被告第333旅召開人評會及再審議會議均適法：

⑴人評會評議委員綜合各項資料審認原告因個性衝動、我行我素，對排組所屬上級常有不服管教、分化團結之情形，多次遭同袍反映，經糾正後仍未有改善，已造成單位內部不睦，對任務賦予及工作態度部分，原告擔任建制單位保養排履車組組長乙職，雖能完成份內工作，惟並無其他特殊或優異之表現，且其自我意識過強，常對排組所屬二級廠負責保修業務之士官長有所糾紛及衝突，即使具一定專業，仍對於工作氣氛、領導統御關係有重大影響。又原告經懲罰後，始終認為自身沒有犯錯，對於各項處分迄今仍堅稱乃遭到上級長官針對，身為資深士官無法以身作則，恐難成資淺士官及士兵之表率。據此，被告第333旅人評會及再審議評議會委員就考評具體作法第6點第1款各目所定事項，逐一審酌考量，最終評鑑決議原告不適服現役，於法無違。

⑵人評會再審議評議會開會通知於112年3月14日上午9時02分送達原告，並於112年3月15日上午9時40分召開，原告親自到場陳述意見，均符合法定程序，且人評會之召開非屬行政調查程序，亦非行政訴訟階段，是否受告知得委請律師更非考評具體作法應行程序。另法制官於再審議評議會召開期間，並非投票決議之委員，且法制官無對原告有施予相關懲罰之權責，縱使其為評議會委員，更無行政程序法第32條各款應自行迴避情事，原告所述不足為採。

3.系爭考績處分係依考績作業相關規定辦理，並無違法：

⑴原告遭訴外人洪○○(下稱洪男)於111年6月3日發現其配偶○○○(即A女)透過Instagram聊天，內容含有「先舔、吃奶、沒有穿的」等曖昧對話，致洪男心生不滿，遂於同年月9日向國防部1985專線申訴，經被告第333旅行政調查屬實，於111年7月5日召開人評會，認原告該當陸海空軍懲罰法（下稱軍懲法）第15條第14款及國軍軍風紀維護實施規定（下稱軍風紀規定）第31點第2款「違反不當情感關係、未尊重性別互動分際」，決議核予原告「大過乙次」，並以111年7月26日令為系爭1大過處分。原告不服，提起訴願，案經國防部111年決字第311號訴願決定書駁回，原告未再提起行政訴訟，則該處分已告確定，不得再行爭執。

⑵基此，依國軍志願役軍官士官及志願士兵考績作業規定（下稱考績作業規定）第8點第8款第2目及第9款規定凡品德違失受記過1次以上處分或懲罰者，均不得以記功以上獎勵或事蹟存記相抵，年度內考績覆考分項之思想、品德或績效，其中有1項評列丙上以下者，不得評列乙等以上(即僅能評列丙上以下)，被告第333旅復於111年11月30日考績審核評審會決議核予原告考績「丙上」，被告並以112年1月6日系爭考績處分送達原告，於法並無不合。

⑶原告於111年度無調動經歷1個職務(組長)，分別由建制幹部填具考核評鑑表後，由初考官即被告第333旅所屬聯合兵種第一營戰鬥支援連連長林星宇少校完成初考、續由聯合兵種第一營營長徐榮祥中校綜合年度情形完成覆考後，被告第333旅於111年11月30日召開考績審核評鑑會，同意考評原告年度考績績等為「丙上」，並由旅長林士偉少將簽署核定，相關程序符合考績作業規定第4點考績考評層次編組及第6點之作業期程。

乙、被告陸令部：

1.原告提起之訴願標的已罹於訴願法第14條第1項規定之法定救濟期間：系爭退伍處分於112年4月17日送達原告簽收，原告竟遲於112年5月29日始提起訴願，已逾訴願法第14條第1項所定30日法定救濟期間。而原告所述已於112年5月22日所寄發之訴願書，其訴願標的乃被告第333旅112年3月28日系爭評鑑決定，非系爭退伍處分。

2.被告第333旅均依規定召開人評會及再審議評議會，則最終評鑑決議原告不適服現役，被告陸令部依系爭評鑑決定以為系爭退伍處分核定原告不適服現役退伍，自112年5月1日零時生效，更是於法無違。

㈡聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

㈠原告能否對系爭考績處分再於本件訴訟中為爭執？

㈡系爭退伍處分是否適法？

五、本院的判斷：

㈠前提事實及本件審查標的：

1.如爭訟概要欄所載之事實有原告官兵基本資料、獎懲紀錄（本院卷第174-175頁）、111年5月原告傳不雅訊息予A女之IG談話紀錄（本院卷第70-76頁）、系爭記1大過處分（本院卷第101-103頁）、111年11月9日國防部111年決字第311號訴願駁回決定（原處分卷第43-48頁）、系爭考績丙上處分（本院卷第138-140頁）、人評會112年1月10日

會議紀錄（本院卷第152-163頁）、人評會112年3月15日再審議會議紀錄（本院卷第177-186頁）、系爭評鑑決定（本院卷第187-188頁）、系爭退伍處分（本院卷第190-193頁）及112年8月10日訴願不受理決定（本院卷第196-199頁）等件附卷可稽，洵堪認定。

2.經查，原告就系爭1大過處分前曾提起訴願，經國防部111年11月9日111年決字第311號訴願決定駁回後，因未提起行政訴訟而確定，原告亦未將此列為起訴標的，是系爭1大過處分，非本件審查範圍，先予說明。

3.關於原告不服被告第333旅系爭考績處分部分：

查被告第333旅之系爭考績處分，係就原告111年度考績考列丙上之核定，並自000年0月0日生效，該處分已於說明第3點教示「臺端如不服考績處分，得依訴願法第14條第1項及第58條第1項規定，於收受本處分生效之次日起30日內，繕具訴願書經由本旅向國防部（行政院）訴願審議會提起訴願。」等語（本院卷第138-139頁），且原告已於112年1月9日收受系爭考績處分，有送達證書可稽（本院卷第141頁），則原告若不服系爭考績處分，應自112年1月10日起30日內提起訴願。惟查，原告未就系爭考績處分提起任何訴願救濟，有原告於言詞辯論期日所自承之語（本院卷第464頁），且本件亦無天災或其他不可歸責於原告遲誤事由。從而，原告逕就系爭考績處分提起本件撤銷訴訟，未踐行合法之訴願前置程序，亦顯已逾越法定不變救濟期間，本院無從命其補正，則原告對被告第333旅系爭考績處分提起撤銷訴訟部分，即有起訴不合程式或不備其他要件之情形者，依行政訴訟法第4條及第107條第1項第10款規定，應予裁定駁回。又原告此部分既經以程序駁回，則有關其餘實體上之主張與舉證，即無審酌之必要，併予敘明。

4.關於系爭退伍處分是否已合法提起訴願程序部分：

經查，系爭退伍處分已於112年4月17日送達原告，惟原告卻誤繕被告第333旅112年3月28日函即系爭評鑑決定為訴願標的，而於112年5月22日向被告陸令部提起訴願書，並於112年5月29日訴願狀內方補正被告陸令部112年4月12日系爭退伍處分亦為訴願標的等情，有系爭退伍處分送達證書（本院卷第194頁）、原告112年5月22日訴願書（本院卷第201-202頁）、112年5月29日訴願聲請狀（本院卷第211-219頁）及被告陸令部人事軍務處112年6月5日國陸人勤字第0000000000號函（本院卷第35頁）等件附卷可稽。由原告歷次訴願書狀所載內容可知，原告自始對退伍一事已有表示不服之意，縱然訴願標的記載錯誤，惟其已合法向原處分機關即作成系爭退伍處分之被告陸令部提起訴願，應認訴願已合法繫屬，則本件訴願期間30日自處分送達之次日即112年4月18日起算，扣除原告居住於屏東縣之在途期間6日，應於112年5月23日屆滿。則原告於112年5月22日向被告陸令部提起訴願，自應認系爭退伍處分之撤銷訴願已合法提起，本件亦應為系爭退伍處分適法性之實質審理。

㈡原告不適服現役考評及核定流程係為適法：

1.按「常備軍官、常備士官，有下列情形之一者，予以退伍：……五、年度考績丙上以下或因個人因素一次受記大過2次以上，經人事評審會考核不適服現役。……」服役條例第15條第1項第5款定有明文。同條例施行細則第15條第1項第4款規定：「本條例第15條所定退伍之處理程序，由相關機關或單位依下列規定造具退伍名冊，層報國防部或各司令部核定：……四、依第4款至第6款、第9款或第10款規定退伍者，由所隸單位檢附相關資料辦理。……」

2.國防部為因應國軍亟需優質人力組合，藉主官對部屬平日生活考核、任務賦予、工作績效、工作態度等綜合考核評鑑，經人評會議決，留優汰劣，以淨化國軍人員素質，提升戰力，有行為時（109年6月20日發布條文，下同）考評

具體作法(第1點參照）。按考評具體作法第5點第2款第4目規定：「考評權責：……㈡各司令部：……4.士官、士兵，為上校以上編階主官（管）。」第6點第1款、第2款、第3款規定：「考評程序：㈠各單位檢討不適服現役案件時，應於受懲罰或考績命令發布30日內，依考評權責召開人評會，由權責長官指定所屬副主官（管）、相關單位主管及適當階級專業人員5人至11人組成之；原則上任一性別比例，不得少於3分之1。……人評會議之決議，應有3分之2以上委員出席，以記名投票方式，就下列事項，進行公平、公正之考評，出席委員過半數同意行之；可否同數時，由主席裁決之，簽請權責主官（管）發布考評結果，並附記教示規定，送達受考人：1.考評前1年內個人平日生活考核。2.對任務賦予及工作態度。3.受懲罰或事實發生所生影響。4.其他佐證事項。㈡召開人評會時，應於1日前（不含例假日）以書面通知受評人陳述意見，如受考人無意願到場得以書面陳述意見，及原服務單位亦應由正、副主官（管）依前款各目考評事項，提供書面考核資料，並列席說明、備詢。㈢經考評不適服現役者，應依第5點之考評權責，檢附相關資料報請國防部或各司令部核定退伍、解除召集或轉服常備兵現役作業。」第7點第1款、第2款、第4款：「一般規定：㈠受考人對考評結果不服者，得依第6點第1款收受考評結果送達之次日起14日內，以書面申請再審議，並以1次為限。惟放棄再審議者，應以書面方式為之。㈡為期使再審議制度之公平、客觀性，各考評權責單位召開再審議人評會時，考評權責主官（管）指定再審議人評會主席及委員時，應適時調整委員編組，其委員組成二分之一不得與初審委員相同，並應依原評審結果保留不同意見委員相同比例人數，以確保官兵權益。……㈣受考人對國防部或各司令部核定退伍、適服現役、解除召集或轉服常備兵現役結果不服時，得於收受處分書之次日起30日內，依法提起訴願。」上述規定係

國防部為協助下級機關、各部隊辦理有關不適服志願軍官、士官及士兵的評審，能有一致性之辦理時機、評量基準及考評程序，並揭示機關內部自省程序、受考人享有陳述意見、受公正考評及得循訴願程序救濟等程序保障事項，所為之行政規則，尚無違反服役條例第15條第1項第5款及行政程序法有關規範，亦未對人民權利增加法律所無之限制，被告據以援用，應無違誤。又依上述規定可知，士官依服役條例第15條第1項第5款規定，因年度考績丙上以下者，所屬單位即應於考績命令發布30日內召開人評會，就受考人考評前1年內個人平日生活考核、對任務賦予及工作態度、受懲罰或事實發生所生影響及其他佐證事項等為詳實綜合考評；經考評不適服現役者，應報請上級核定退伍，並解除召集，以達留優汰劣，提升國軍人員素質，提升戰力之目的。

3.服役條例第15條第1項第5款及考評具體作法所稱「不適服現役」，屬於不確定法律概念，須考量受考人考評前1年內個人平日生活考核、對任務賦予及工作態度、受懲罰或事實發生所生影響及其他佐證事項等因素後，為綜合的評價，事關國軍人力素質是否適於繼續在軍中盡保家衛國、服從軍紀、指令之責的合理性考量，具高度屬人性判斷，基於尊重此屬人性判斷的不可替代性、專業性及法律授權的專屬性，應承認軍事行政機關就此等事項的決定，有判斷餘地，司法審查應採較低的審查密度，僅於行政機關的判斷有恣意濫用及其他違法情事時，始予以撤銷或變更，其可資審查的情形包括：⑴判斷是否出於錯誤的事實認定或不完全的資訊。⑵法律概念涉及事實關係時，涵攝有無明顯錯誤。⑶對法律概念的解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存的上位規範。⑷判斷是否有違一般公認的價值標準。⑸判斷是否出於與事物無關的考量，而違反不當連結禁止原則。⑹判斷是否違反法定的正當程序。⑺作成判斷的行政機關，其組織是否合法且有判斷權限。⑻判斷是否

違反法治國家應遵守的原理原則，如平等原則、公益原則等(司法院釋字第553號解釋理由書參照，另參酌最高行政法院108年度判字第78號判決、100年度判字第1504號判決意旨)。

4.經查，原告因傳送不雅訊息予A女，經被告第333旅先為系爭1大過處分，嗣後核定原告111年度考績績等為丙上，並依服役條例第15條第1項第5款及考評具體作法第3點第2款、第6點第1款規定，於112年1月10日召開人評會。由被告第333旅代表人指定由上校副旅長黃閔靖擔任主席，另指定委員6人(不含主席)組成人評會，其中女性委員3人，男性委員4人(含主席)，任一性別比例未少於3分之1，合於考評具體作法第6點第1款有關人評會的組成規定。經委員7人(含主席)出席聽取原告及原告單位主管的說明後，逐一就原告受考評前1年內個人平日生活考核、對任務賦予及工作態度、受懲罰或事實發生所生影響及其他佐證事項等進行討論，最後以記名投票表決(主席不參與投票)，5人認為原告已不適服現役，認為不適服現役者已達出席成員過半數同意，此有評鑑委員編組名冊、上開簽到表、會議記錄、投票單附卷可證(原處分卷第79-99頁)，均符合考評具體作法第6點第1款及第2款有關人評會出席、決議比例、審議事項及受評人陳述意見之規定。

5.次查，被告第333旅以112年2月16日陸八海忠字第0000000000號令（本院卷第164頁）將原告經評鑑核定為「不適服現役」之考評結果通知原告，原告不服，依考評具體作法第7點第1款規定申請再審議。被告第333旅於112年3月15日召開再審議人評會，由被告第333旅代表人指定由副旅長楊竣任擔任主席，另指定委員6人(不含主席)組成再審議人評會，其中女性委員3人，男性委員3人(含主席)均與原人評會不同，符合考評具體作法第7點第2款有關再審議人評會之組成規定。經委員6人(含主席，旅部參謀主任未出席)出席聽取原告及原告單位主管之說明後，逐一就原

告受考評前1年內個人平日生活考核、對任務賦予及工作態度、受懲罰或事實發生所生影響及其他佐證事項等進行討論，最後以記名投票表決(主席不參與投票)，5人認為原告已不適服現役，且認為不適服現役者已達出席成員過半數同意，被告並以112年3月28日系爭評鑑決定通知原告再審議評鑑核定結果仍為「不適服現役」等情，有評鑑委員編組名冊、再審議人評會簽到表、會議記錄、投票單及系爭評鑑決定附卷可證(原處分卷第106-124頁)。

6.綜上，112年1月10日人評會及112年3月15日再審議人評會委員，皆已聽取原告及原告單位主管之陳述，綜合考評原告考評前1年內個人平日生活考核、對任務賦予及工作態度、受懲罰或事實發生所生影響及其他佐證事項後，方以過半數(均為5票)評鑑原告不適服現役。由此可知，本件作成原告不適服現役之人評會決議程序，並無違法。

㈢原告主張不適服現役人評會違反正當法律程序部分：

1.被告法制官黃鼎懿是否有應迴避事由而未迴避部分：

⑴按行政程序法第32條、第33條規定：「公務員在行政程序中，有下列各款情形之一者，應自行迴避：一、本人或其配偶、前配偶、四親等內之血親或三親等內之姻親或曾有此關係者為事件之當事人時。二、本人或其配偶、前配偶，就該事件與當事人有共同權利人或共同義務人之關係者。三、現為或曾為該事件當事人之代理人、輔佐人者。四、於該事件，曾為證人、鑑定人者。」「（第1項）公務員有下列各款情形之一者，當事人得申請迴避：一、有前條所定之情形而不自行迴避者。二、有具體事實，足認其執行職務有偏頗之虞者。（第2項）前項申請，應舉其原因及事實，向該公務員所屬機關為之，並應為適當之釋明；被申請迴避之公務員，對於該申請得提出意見書。（第3項）不服行政機關之駁回決定者，得於5日內提請上級機關覆決，受理機關除有正當理由外，應於10日內為適當之處置。（第

4項）被申請迴避之公務員在其所屬機關就該申請事件為准許或駁回之決定前，應停止行政程序。但有急迫情形，仍應為必要處置。（第5項）公務員有前條所定情形不自行迴避，而未經當事人申請迴避者，應由該公務員所屬機關依職權命其迴避。」係就公務員對待決事件應自行迴避與當事人得申請迴避之事由分別之規定。

⑵原告主張被告第333旅法制官黃鼎懿前曾於109年度對原告懲罰，然經原告救濟後遭撤銷該懲罰，顯不適合再擔任不適服現役人評會之委員，應予迴避云云。經查，先不論原告所述法制官黃鼎懿對其為3大過懲罰一節是否屬實，依上揭法規定可知，原告之主張應是認法制官黃鼎懿有行政程序法第33條第1項第2款「足認其執行職務有偏頗之虞者」之申請迴避事由，而非自行迴避情事。然法制官黃鼎懿所參與之112年1月10日不適服現役之人評會，原告亦有參與，惟於會前或會中未見原告以法制官黃鼎懿有執行職務偏頗之虞事由申請迴避，被告第333旅自無從對此為任何處置等情，有該日會議紀錄附卷可稽（本院卷第152-163頁）。則原告既已知悉法制官曾參與109年度懲罰，並主觀認定其參與112年人評會之評議有執行職務偏頗之迴避事由，卻未即時提出，已生程序失權效果，更無由於嗣後訴訟過程中以法制官有偏頗之虞，應迴避而未迴避，而主張其所參與人評會之決議有違反正當法律程序，是原告主張，核不足採。

2.112年1月10日之人評會是否給予原告法定答辯期限部分：

查，112年1月10日下午5時30分召開之不適服現役人評會，已經被告第333旅於112年1月9日下午4時50分將開會通知送達原告，有送達證書在卷可參(本院卷第146頁)。則人評會112年1月10日之開會通知顯已於1日(24小時)前送達原告，無違上揭考評具體作法第6點第2款規定，而原告亦親自到場陳述意見(見原處分卷第89-90頁)，符合法

定程序。原告以不適服現役之人評會召開未給予合理答辯、就審期間，與正當法律程序有違云云，並無足採。

㈣系爭退伍處分認事用法，尚無違誤：

1.承上所述，原告既因111年度考績丙上，並經人評會考核不適服現役在案，被告第333旅即檢附相關資料層報被告陸令部核定退伍，爰經被告陸令部112年4月12日以系爭退伍處分核定原告不適服現役退伍，自112年5月1日零時生效，核與服役條例第15條第1項第5款及同條例施行細則第15條第1項第4款規定無違，自屬適法有據。

2.原告主張系爭退伍處分係基於錯誤之事實即「考績丙上」而為認定部分：

⑴系爭考績處分具構成要件效力：

按行政處分除自始無效外，在未經撤銷、廢止或未因其他事由而失其效力前，其效力繼續存在（行政程序法第110條第3項規定參照）。有效之先前行政處分成為後行政處分之構成要件事實之一部分時，則該先前之行政處分因其存續力而產生構成要件效力。當事人如以後行政處分為訴訟客體，而非以有效之先前行政處分為訴訟客體，提起行政訴訟時，則該先前行政處分之實質合法性，原則上並非該受訴行政法院審理之範圍。固然有存續力之前行政處分，其構成要件效力並非絕對。在前行政處分缺乏有效行政救濟途徑；或者依當時環境，無法期待處分相對人為行政救濟等情況下，行政機關或法院事後審查以前行政處分為基礎之後行政處分合法性時，並非不能例外審究前行政處分認事用法之合法性。不過當先前行政處分之當事人有合法救濟途徑，卻任意放棄依該救濟程序為主張，則該先前行政處分之構成要件效力，即應受到尊重，不得任意排除其適用。

⑵經查，系爭考績處分係為人評會考核原告不適服現役之基礎事實，並據此所為評鑑結果自為系爭退伍處分之構成要件事實。然如前所述，原告就系爭考績處分未於教

示時效內提起訴願救濟，使有權審查機關無法得以撤銷或廢止該考績效力，依上揭說明，本院尚不得逕自否定其效力，應予尊重。況參酌前揭人評會會議紀錄及再審議人評會會議紀錄，委員是依考評具體作法第6點第1款規定，綜合原告考評前1年內個人平日生活考核、對任務賦予及工作態度、受懲罰或事實發生所生影響及其他佐證事項後，作成原告不適服現役之決議，並非僅因原告有考績丙上以下即為系爭退伍處分。是原告此部分所指，尚屬無稽。系爭退伍處分之認事用法，自無違誤。

3.原告復主張人評會所為原告不適服現役之考核決定，有違比例原則、一事不二罰原則等，致使系爭退伍處分核定亦有錯誤部分：

惟查，人評會及再審議人評會係就原告考評前1年內個人平日生活考核、對任務賦予及工作態度、受懲罰或事實發生所生影響及其他佐證事項等為綜合考評，觀察原告是否不適服現役，以達留優汰劣，提升國軍人員素質，提升戰力的目的，已如前述。此一審查程序性質係自軍事組織運作之順暢與軍隊人力資源管理之客觀目的出發，以取向於未來之角度探究士官兵是否適宜留在軍中，與陸海空軍懲罰法係對現役軍人過往之違失行為，施以規訓懲戒之懲罰措施，以導正回歸軍事紀律所期待人格圖像目的不同。因此，人評會於原告年度考績丙上以下，再以軍隊行政管理角度，綜合考評原告人力素質不符合國軍備戰服役的要求，而評價為不適服現役決定，性質與懲罰令不同，無一事二罰而違反比例原則之問題。則被告陸令部據人評會考核原告不適服現役之結果，予以系爭退伍處分之核定，亦屬有據，是原告此部分主張，尚非可採。

六、綜上所述，原告聲明請求撤銷被告第333旅系爭考績處分部分，為不合法；另聲明請求撤銷被告陸令部系爭退伍處分及訴願決定部分，因被告陸令部對原告所為不適服現役退伍處分，認事用法俱無違誤，訴願決定以原告逾期提起訴願而為

不受理決定，固有未洽，惟結論並無不同，原告訴請撤銷，於法無據，應予駁回。本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，經本院詳加審究，核與本件判決結果不生影響，爰不一一論駁，併予敘明。

七、結論：原告之訴一部不合法、一部無理由，併予判決駁回。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　9　　月　　19　　日

審判長法　官　林　彥　君

法　官　廖　建　彥

法　官　黃　堯　讚

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　　9　　月　　20　　日

書記官　林　映　君