高雄高等行政法院裁定

高等行政訴訟庭第一庭
113年度停字第6號

聲　請　人　李建宏

代　理　人　劉興峰律師
相　對　人　陸軍軍官學校
代　表　人　余劍鋒
代　理　人　邱陽　　送高雄鳳山郵政90602號信箱

上列當事人間聲請停止執行事件，本院裁定如下：

主　文

一、聲請駁回。

二、聲請程序費用由聲請人負擔。

理　由

一、聲請人原為相對人常備軍官班第15期學員，前參與陸軍航空特戰指揮部飛行訓練指揮部(下稱飛訓部)受訓期間，因違犯「陸軍航空部隊空勤人員安全考核精進作法」內容第15條「發現涉及其他違反事件移送法辦屬實者」之規定，經召開臨時空勤人員安全考核鑑定，判定「品德素行」鑑定標準屬「C」等級，綜合鑑定不合格，飛訓部乃依陸軍航空特戰指揮部飛行訓練指揮部學員生修業規則(下稱飛訓部修業規則)第39條第1項第3款規定，於民國113年1月5日以陸航羿作字第1130001453號令核定聲請人退訓之處分。嗣相對人另依飛訓部113年1月17日陸航羿作字第11300003049號函，以聲請人依「軍事學校及軍事訓練機構學員生修業規則」（下稱軍校修業規則）第23條第8款「德行成績經考核不及格」規定，符合退訓條件，乃於113年1月18日以陸官校教字第1130000803號令予以退訓，並自113年1月19日零時生效（下稱原處分）。聲請人對原處分不服，向本院高等行政訴訟庭聲請於其行政爭訟確定前，停止執行。

二、聲請意旨略以：

(一)原處分依飛訓部函文據為核定聲請人退訓處分之依據，然飛訓部函文自始並未令聲請人知悉或送達與聲請人，原處分於核定聲請人退訓處分前，亦未賦予申訴人陳述意見之機會。

(二)依據上開軍校修業規則第23條第1項第8款規定：「學員生有下列情形之一者，應予退學：……八、德行成績經考核不及格」及陸軍軍官學校學生學則（下稱學生學則）第59點第7款：「學生有下列情形之一者，應予退學：……學期德行考核、軍費學生軍事學（術）科或其他非學分必修課程成績不及格。」規定，所謂「德行成績經考核不及格」，應係各學校依據關於德行考核之相關規定及程序加以考評後，評定學生（員）德行考核不及格後，始有依據軍校修業規則第23條第8款規定將學生（員）退學（訓）之餘地。倘未依規定對學生（員）加以考核，即予以退學（訓），即難認有據。原處分並未說明聲請人有何符合軍校修業規則第23條各款或第24條各款規定而應予以退訓之理由與情形；甚且，聲請人亦未經相對人依據學員生德行考核作業之相關規定予以考核，即單憑上揭飛訓部函文逕予對聲請人核定退訓處分，容非適法。

(三)聲請人已就原處分向相對人提出之申訴，業經相對人決議維持原處分，則後續本事件勢將面臨漫長之訴願及行政訴訟程序。縱然聲請人最後獲致勝訴之確定判決，都將導致聲請人無法屆期完訓，且一經退訓，依照招生簡章及學員生修業規則之規定，聲請人都無法再重新報考，甚至須服滿原法定役期外，按就學時間2倍計算延長服現役及依「軍事學校預備學校軍費生公費待遇津貼賠償辦法」及「陸海空軍軍官士官未服滿最少服役年限志願申請退伍賠償辦法」等規定辦理賠償所受領公費待遇、津貼及訓練費用。對於聲請人之財產權、人身自由權，均難謂無重大影響。再者，聲請人現下所受之飛行訓練一經長時間的中斷，未來就算透過訴訟程序爭取到回復受訓學員之身分，均勢須重新接受訓練，導致聲請人無法於今（113）年9月如期取得飛行資格而擔任極高技術

性之工作，並獲取較高之待遇。遑論依照現行規定，縱然聲請人所涉之刑事案件獲致不起訴處分或無罪判決後，均將無從申請復訓，且縱然未來就飛訓部處分透過本案獲得勝訴判決，依照修業規則之規定，經退學、開除學籍者，亦無管道得以申請回復。懇請本院准予聲請人之聲請，就原處分為停止執行之諭知，使聲請人得以先行完成飛行訓練，並俟後續訴訟之結果，再由相對人為適法之處分，以求公益與聲請人權益間之衡平等語。

三、本院之判斷：

(一)依行政訴訟法第116條第5項規定裁定停止執行時，並非僅單純限於「下命處分強制執行」之停止，尚兼及「行政處分效力之暫時遮斷停止」。因此形成處分及確認處分，亦有停止執行制度之適用。本件聲請人於行政訴訟繫屬前，雖未循訴願法第93條第2項規定向受理訴願機關或原行政處分機關申請停止執行，而逕向本院聲請停止執行，惟原處分為退訓處分，屬形成處分，一經送達不待執行即可發生效力，聲請人已釋明其遭飛訓部退訓，即喪失受訓學員身分而必須中止訓練之情事，足認已致聲請人無從依停止執行制度向訴願機關申請而受到應有保護之急迫情事，自應許聲請人逕向行政法院聲請停止執行，合先說明。

(二)又訴訟繫屬前行政法院得依聲請停止執行，分別規定於訴願法第93條第2項、第3項及行政訴訟法第116條第3項，其規定內容依序為：「原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行。」「前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行。」及「於行政訴訟起訴前，如原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響者，不在此限。」上開規定之立法目的，乃因行政機關之處分或決

定，在依法撤銷或變更前，具有執行力，原則上不因提起行政救濟而停止執行。然於行政訴訟起訴前，如原處分之合法性顯有疑義（此情形在行政訴訟法第116條第3項未明文規定），或原處分之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，而其情況急迫，非即時由行政法院予以處理，即難以救濟之情形，自應賦與行政法院依受處分人或訴願人之聲請，於其針對該處分提起本案行政爭訟終結前裁定停止執行，俾兼顧受處分人或訴願人之利益。而所謂「難於回復之損害」，係指其損害不能回復原狀，或不能以金錢賠償，或在一般社會通念上，如為執行可認達到回復困難之程度等情而言，至當事人主觀上難於回復之損害，當非屬該條所指之難於回復之損害。而所謂「情況急迫」，則指原處分或決定已開始執行或隨時有開始執行之虞。從而，行政法院於審查停止執行之聲請時，依即時可得調查之事證判斷，如聲請人之本案訴訟顯會勝訴（即行政處分之合法性顯有疑義），即得裁定停止執行；惟如聲請人之本案訴訟顯會敗訴（法律上顯無理由），則應駁回其聲請；至如聲請人之本案訴訟並無顯會勝訴或敗訴之情形，則應審究原處分之執行是否會發生難於回復之損害，且有急迫情事，以及停止執行對公益有無重大影響等要件，以決定之。

(三)經查，聲請人原為相對人常備軍官班第15期學員，前參與飛訓部培養飛行員之訓練，受訓期間，因有違犯「陸軍航空部隊空勤人員安全考核精進作法」之行為，經召開臨時空勤人員安全考核鑑定，被判定「品德素行」鑑定標準屬「C」等級，綜合鑑定不合格，飛訓部乃於113年1月5日以陸航羿作字第0000000000號令核定聲請人退訓之處分。嗣相對人以聲請人依軍校修業規則第23條第8款「德行成績經考核不及格」規定，符合退訓條件，乃予以退訓，並自113年1月19日零時生效等情，有原處分附卷可稽（本院卷第17-19頁），並經調取本院113年度停字第2號卷核閱屬實。其次，相對人對聲請人之違失行為作成退訓之處分，是項處分係屬形成處

分，一經送達不待執行即發生效力，惟依學生學則第66條規定：「(第1項)學生不服退學、開除學籍或類此足以改變學生身分之處分時，經向本校提起申訴未獲救濟者，得依法向國防部訴願審議會提起訴願。（第2項)前項行政處分，因違法或不當，經國防部訴願審議會決定撤銷者，應於期限內另為適法之行政處分。(第3項)依前項另為適法之行政處分而復學之學生，應就其復學前之離校期間，補辦休學手續。」是以，原處分如日後經國防部訴願審議會決定或行政法院判決認定為違法或不當時，相對人應另為處分准予聲請人復學，則聲請人之學生身分尚得以回復，難認有聲請人所稱將發生難以回復之重大損害情事及急迫之情形；再者，聲請人為現役軍人，隸屬於嘉義空軍第四聯隊，退訓後回到原單位即嘉義空軍第四聯隊，其現役軍人身分及薪俸均未變動，此亦有本院書記官於113年度停字第2號聲請停止執行事件中與飛訓部之監察官蕭景降對話之電話紀錄單附卷可參(參113年度停字第2號卷第213頁)；況如聲請人將來本案勝訴，依一般社會通念，其所受損害亦非不能以金錢賠償，自難謂有難於回復之情形。聲請人主張原處分核定聲請人退訓，使聲請人喪失一生僅有一次之受訓機會，受有無法回復之損害云云，並不足採。

(四)再者，聲請人前於飛訓部受訓時因有上開違失行為，經召開臨時空勤人員安全考核鑑定，經判定「品德素行」鑑定標準屬「C」等級，綜合鑑定不合格，飛訓部乃依飛訓部學員生修業規則第39條第1項第3款規定，核定聲請人退訓之處分。嗣相對人再以聲請人之上開違失行為，符合軍校修業規則第23條第8款之退訓條件，乃以原處分將聲請人予以退訓，是相對人僅為後續之執行單位，其對於飛訓部召開安全考核鑑定所作成之退訓處分，並無審查判斷之餘地。況且，縱本院對於原處分予以停止執行，仍無法改變聲請人遭飛訓部核定退訓而處於停飛之狀態，對於其飛行並無任何實益，反有礙飛行軍官養成教育之目的，致無法貫徹對飛行軍官之紀律要

求，而衝擊對公益之重大影響，亦難謂有符合停止執行之要件。

四、綜上所述，聲請人本件聲請，核與行政訴訟法第116條所定停止執行之要件不符，無從准許，應予駁回。

五、結論：聲請無理由。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　2　　月　　29　　日

審判長法官　李　協　明

法官　孫　奇　芳

法官　邱　政　強

以上正本係照原本作成。

一、如不服本裁定，應於裁定送達後10日內以書狀敘明理由，經本院向最高行政法院提出抗告（須按對造人數附具繕本）。

二、抗告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）

三、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.當事人或其代表人、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。 2.稅務行政事件，當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格。 3.專利行政事件，當事人或其代表人、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。
(二)非律師具有右列情形之一，經本	1.當事人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。

案之行政法院認為適當者，亦得為訴訟代理人。	2.稅務行政事件，具備會計師資格。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人。 4.當事人為公法人、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。
是否符合（一）、（二）之情形，而得為強制律師代理之例外，當事人應於提起抗告或委任時釋明之，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　　2　　月　　29　　日

書記官　黃　玉　幸