最　高　行　政　法　院　判　決

112年度上字第777號

上　訴　人　國防部空軍司令部

代　表　人　鄭榮豐

訴訟代理人　黃旭田　律師

　　賴秋惠　律師

被 上訴 人　鍾安竑

送達代收人　李彧穎

訴訟代理人　鄭猷耀　律師

　　林裕展　律師

上列當事人間退伍事件，上訴人對於中華民國112年8月31日臺北高等行政法院109年度訴字第363號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決廢棄，發回臺北高等行政法院高等行政訴訟庭。

理　由

一、爭訟經過

㈠被上訴人前於民國103年2月16日起任職國立○○○○高級中學（下稱○○○○）少校一般教官期間，因自103年10月份起與該校高三女學生發展戀情，並發生多次合意性行為，經該生家長發現後，於104年11月5日向○○○○提出調查申請，由○○○○性別平等教育委員會調查後，於104年12月10日作成調查報告，認被上訴人行為顯已違反行為時校園性侵害性騷擾或性霸凌防治準則第7條規定（即「教師於執行教學、指導、訓練、評鑑、管理、輔導或提供學生工作機會時，在與性或性別有關之人際互動上，不得發展有違專業倫理之關係」），建議核予記大過2次之懲處，循序報經教育部以被上訴人未嚴守性別分際，嚴重影響軍訓人員榮譽，依104年5月6日修正公布之陸海空軍懲罰法第15條第14款、行

為時（即101年2月29日訂定發布）高級中等以上學校軍訓人員獎懲作業要點第9點第1款等規定，以105年3月9日臺教學㈠字第1050030721號令核予被上訴人大過2次懲罰（下稱系爭記過處分；被上訴人不服系爭記過處分，循序提起行政訴訟，現由臺北高等行政法院〔下稱原審〕審理中）。其間被上訴人經教育部臺中市聯絡處人事評議會（下稱中市聯絡處人評會）決議建議，由教育部國民及學前教育署（下稱國教署）以105年3月2日臺教國署學字第1050022337號令，自105年3月16日起將被上訴人調至○○學校財團法人臺中市○○高級工業職業學校任職。

㈡被上訴人因受系爭記過處分，依行為時陸海空軍軍官士官服役條例（下稱服役條例）第15條第5款規定，屬應經人事評審會考核檢討是否不適服現役者，遞經中市聯絡處人評會105年3月21日104年度第10次會議、國教署軍訓教官人事評審會（下稱國教署人評會）105年4月7日104學年度第4次會議決議，均建議同意被上訴人續服現役；經教育部以未完整考核退回國教署，國教署人評會106年5月10日105學年度第5次會議決議，仍建議同意被上訴人續服現役（下稱國教署人評會決議），嗣經教育部軍訓教官人事評審會（下稱教育部人評會）於106年10月18日106學年度第1次會議決議被上訴人不適服現役（下稱系爭部人評會決議），被上訴人申請再審議，經教育部人評會108年4月8日107學年度第4次會議決議維持被上訴人不適服現役（下稱系爭部人評會再審議決議），並於108年4月25日通知被上訴人。上訴人依前開決議，以108年8月30日國空人管字第1080009817號函（下稱原處分），依服役條例第15條第1項第5款等規定，核定被上訴人不適服現役退伍，自108年10月1日零時生效。被上訴人不服，循序提起行政訴訟，聲明：訴願決定及原處分均撤銷。經原審以109年度訴字第363號判決（下稱原判決）訴願決定及原處分均撤銷。上訴人不服，遂提起本件上訴。

二、被上訴人起訴主張與上訴人在原審之答辯、聲明均引用原判決之記載。

三、原審為不利上訴人之判決，係以：教育部人評會於106年10月18日召開會議時，並未檢附被上訴人考評前1年內（即105年10月18日至106年10月17日）之個人平日生活考核資料，以供審議，則系爭部人評會決議所為考評，並未將被上訴人考評前1年內平日生活考核相關資訊，納入審酌範圍，有違強化國軍志願役軍官士官及士兵考評具體作法（下稱國軍考評具體作法）第6點第1款第1目規定（下或稱系爭規定）；縱因被上訴人是否「適服現役」具高度屬人性，且服役條例第15條第1項第5款明文以人評會為考核之權責單位，可認教育部人評會所為考評應享有判斷餘地，對其判斷應採取較低之司法審查密度，但因系爭部人評會決議所為考核判斷，有前述出於不完全且資訊錯誤等違法情事，上訴人據以作成原處分，亦應有違反正當法律程序之違法，且已足動搖原處分之合法性；又中市聯絡處人評會、國教署人評會之決議，為教育部人評會審議之重要資料，教育部人評會作成被上訴人不適服現役之決議，未就其何以不採納中市聯絡處人評會、國教署人評會均經決議所為被上訴人適服現役之建議，予以充分討論並載明不採納之理由，係有違失，上訴人據以作成原處分亦有不符合正當法律程序等詞，為其判斷之基礎。

四、本院查：

㈠按服役條例第15條第1項第5款規定：「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1次受記大過2次以上，經人事評審會考核不適服現役者。」又現行（107年6月28日修正發布時新增）服役條例施行細則第12條第6項、第7項規定：「人評會決議及相關審查資料應層報國防部或各司令部核定。」「國防部以外機關（構）或行政法人任職、服役之現役軍人，其人評會之組成及召集，得依各該組織特性自訂規定辦理。」第15條第1項第4款（107年6月28日修正發布前之原條次為第12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……規定退伍者，由所隸單位檢附相關資料辦理。」可知，常備軍官、士官因個人因素1次受記大過2次以上，應針對其是否適服現役由人評會為綜合考評，經相關機關之人事評審會進行考核決議不適服現役者，才由所隸單位層報國防部或各司令部核定辦理退伍，以確保部隊之精良。倘若受考評人是在國防部以外機關（構）或行政法人任職、服役之現役軍人，其人評會之組成及召集，得依各該組織特性自訂規定辦理。

㈡國防部為因應國軍亟需優質人力組合，藉主官（管）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，本諸職權訂定國軍考評具體作法。而依104年8月6日修訂之國軍考評具體作法第3點第1款規定：「三、辦理時機：㈠個人違失行為時：就違失行為事實受一次記大過2次以上懲罰命令發布後，即時考評辦理。」第4點第3款規定：「四、具體作法：……㈢軍官、士官依陸海空軍軍官士官服役條例第15條第5款規定，年度考績丙上以下或因個人因素1次受記大過2次以上，經人評會考評不適服現役者，予以退伍。」第5點規定：「五、考評權責：㈠國防部及所屬機關（構）、部隊、學校：…… 3.中、少校級軍官、尉級軍官、士官長，為少將以上編階主官（管）。……。㈡各司令部：……3. 中、少校級軍官、尉級軍官、士官長，為少將以上編階主官（管）。……。㈢行政法人機關：……。」第6點第1款、第2款、第3款規定：「六、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；……。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3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，應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8點規定：「八、其他事項：㈠各人評會委員應就受考人全案資料，依第6點第1款各目事項翔實綜合考評，以留優汰劣。㈡原服務單位應對受考人平日生活確實考核並提供完整資料供人評會委員考評，如有資料不實，致人評會委員審查不全者，應視情節檢討議處。……。」可知，有考評權責者應於受懲罰或考績命令發布30日內，召開人評會以檢討不適服現役案件，並就受考人之考評前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項目，綜合評價作成是否不適服現役之考評結果，且「原服務單位」應對受考人平日生活確實考核並提供完整資料供各人評會委員考評，經考評不適服現役者，即應由上開第5點規定之「考評權責」者，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。又考諸國軍考評具體作法第6點第1款第1目於102年9月18日修正為上開用字（現行條文文字亦同）之修正理由為：「修正本具體作法第6點第1款第1目佐證資料之蒐整範圍及期間，以符明確性。」另參酌於113年2月2日修正之現行第6點第1款第2目，係比照同點第1款第1目而酌作文字修正為「考評前1年內對任務賦予及工作態度」，其修正理由載明：「修正規定第1款第1目及第2目之『考評前1年內』，係指人評會召開日往前追溯1年之時間，併予敘明。

」足知，國軍考評具體作法第6點第1款第1目規定所稱之「考評前1年內個人平日生活考核」，應指人評會召開日往前追溯1年內之時間的個人平日生活考核甚明。經核上開國軍考評具體作法係主管機關（即國防部）基於職權所訂定之行政規則，並未對人民權利之行使增加法律所無之限制，亦未逾越母法之限度，上訴人辦理強化國軍志願役軍（士）官考評事宜，自可援用。至於受考人如為在國防部以外機關（構）或行政法人任職、服役之現役軍人，考評權責人評會之組成及召集，固得依各該組織特性自訂規定辦理，惟有關人評會對受考人應考評之項目及範圍，自應受國軍考評具體作法之相關規定所拘束，以翔實綜合考評，留優汰劣。

㈢陸海空軍軍官士官任職條例第17條本文規定：「軍官、士官得依需要調軍事單位以外之機關（構）任職。」又高級中等教育法第31條規定：「高級中等學校置軍訓主任教官、軍訓教官；其編制、員額、資格及遴選事項之辦法，由中央主管機關會同國防部定之；其職掌、介派、遷調、進修、申訴及其他相關事項之辦法，由中央主管機關定之。」教育部依上開規定授權訂定之高級中等學校軍訓教官編制員額資格遴選辦法第2條規定：「本辦法所稱軍訓教官，指經教育部（以下簡稱本部）會同國防部遴選，由本部介派至高級中等學校（以下簡稱學校）服務之軍職人員。」暨教育部組織法第2條第6款規定：「本部掌理下列事項：……六、……學校軍訓教官與……之管理及輔導。」準此可知，軍訓教官係由教育部會同國防部遴選，並由教育部介派至軍事單位以外之高級中等學校任職服務，教育部乃職掌軍訓教官之管理及輔導的權責機關。又因軍訓教官所服役之機關學校，與國防部及所屬機關（構）、部隊、學校、各司令部或行政法人機關等並無隸屬關係，則教育部對軍訓教官為人事考核時，即無適用國軍考評具體作法有關「考評權責」組成及召開人評會等程序規定之餘地。而教育部為使各機關學校所設軍訓教官人事評審會（下稱軍訓人評會）辦理其軍訓教官人事作業符合

公正、公平及公開之要求，特訂定軍訓教官人事評審會設置要點（下稱教官人評會設置要點）。按中市聯絡處人評會、國教署人評會、教育部人評會作成決議時所適用之107年8月23日修正前的教官人評會設置要點第2點規定：「二、各級軍訓人評會置委員7人至25人，均為無給職，任一性別委員應占委員總額3分之1以上，並由相關業務主管或軍訓主管擔任召集人，其成員如下：……。」第3點第1款、第2款第5目規定：「三、本部軍訓人評會規定如下：㈠組成：置委員23人，由當然委員10人及票選委員13人，依下列規定組成：……。㈡職掌：……5.其他有關軍訓教官人事事項之審議及建議。」第4點第1款、第2款第5目規定：「四、除本部軍訓人評會外，各級軍訓人評會規定如下：㈠組成：1.本部國民及學前教育署軍訓人評會，置委員25人，由當然委員11人及票選委員14人，依下列規定組成之。……。2.各直轄市政府教育局及縣（市）軍訓人評會之組成，應報本部國民及學前教育署備查。……。㈡職掌：……5.其他有關軍訓教官人事事項之審議及建議。」第5點第1款及第4款規定：「五、評審規定：㈠審議事項除特殊案件外，均以會議方式行之。……㈣軍訓人評會之決議，提供上級政策參考及軍訓主管採擇施行之。」又按教育部人評會作成系爭部人評會再審議決議時所適用之107年8月23日修正的教官人評會設置要點第3點第2款第6目規定：「三、本部軍訓人評會規定如下：……㈡職掌：……6.本部依陸海空軍懲罰法第30條第7項規定、陸海空軍軍官士官服役條例第15條第5款規定應召集之評議會議，得併入本部軍訓人評會辦理之。」第5點增列第5款規定：「五、評審規定：……㈤各級軍訓人評會之職掌劃分，依附表之規定。」其附表即「各級軍訓教官人事評審會權責劃分明細表」第6項次規定，就「陸海空軍軍官士官服役條例第15條第5款規定應召集之評議會議」項目，「聯絡處、直轄市政府教育局」、「國教署」層級之軍訓人評會分別僅有「建議及陳報」、「審核、建議陳報」權限，教育部人評

會則有「決議、核定」權限。依上開規定可知，於軍事單位以外之機關學校服役之軍訓教官，如有符合行為時服役條例第15條第5款所規定應召集人事評審會考核不適服現役之情事，對之有考評權責者，係依主管機關（即教育部）訂定之教官人評會設置要點規定，組成及召集之各級軍訓教官人事評審會（含教育部人評會、國教署人評會、聯絡處或直轄市政府教育局軍訓教官人評會），逐級經「聯絡處、直轄市政府教育局」、「國教署」之軍訓人評會為考評決議，再循序陳報教育部，遞經教育部人評會作成終局決議，再由核定權責之教育部依據該部人評會決議完成核定。至於聯絡處人評會、國教署人評會決議所為之建議，均僅提供教育部人評會參考，教育部人評會經審認後作成決議，教育部具有最終核定權限，不必受中市聯絡處人評會、國教署人評會決議之建議所拘束。上開教官人評會設置要點係主管機關（即教育部）基於職權所訂定之行政規則，性質上屬程序性細節規定，並未對人民權利之行使增加法律所無之限制，亦未逾越教育部組織法規定之職權範圍，教育部所屬各級教官人評會為辦理軍訓教官考評事宜，自可援用。惟因教官人評會設置要點並未就各級教官人評會進行考評之考評事項及範圍有何特別規定，則依前揭說明，自應依國軍考評具體作法所規定之考評事項及範圍予以綜合考評。如軍訓教官經前述考評權責考評為不適服現役，教育部應依服役條例施行細則第15條第1項第4款規定，造具退伍名冊檢附相關資料，層報請國防部或各司令部核定退伍。

㈣國軍考評具體作法中所稱「不適服現役」，屬於不確定法律概念，不適服現役人評會（含再審議人評會）針對被上訴人是否「適服現役」之考評判斷，具有高度屬人性，系爭個案是否該當於「不適服現役」，行政法院承認行政機關就此等事項之決定有判斷餘地，而對其判斷採取較低密度之審查，原則上法院不可以自己之判斷，代替不適服現役人評會之判斷，只在判斷有恣意濫用及其他違法情事，包括：1.行政機

關之判斷，是否出於錯誤之事實認定或不完全之資訊。2.法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無明顯錯誤。3.對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範。4.行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。5.行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，也就是違反不當聯結之禁止。6.行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。7.作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。8.行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原則等例外情形時，才予以撤銷或變更。

㈤經查，被上訴人於105年3月9日受系爭記過處分懲罰時，為少校一般教官，符合行為時服役條例第15條第5款所規定應召集人事評審會考核其是否不適服現役之情事，遞經中市聯絡處人評會於105年3月21日召開104年度第10次會議、國教署人評會於105年4月7日召開104學年度第4次會議，均決議同意被上訴人續服現役，經教育部以未完整考核退回國教署，國教署人評會於106年5月10日決議，仍建議同意被上訴人續服現役，嗣經教育部人評會於106年10月18日作成系爭部人評會決議被上訴人不適服現役，被上訴人申請再審議，經教育部人評會作成系爭部人評會再審議決議予以維持系爭部人評會決議，為原審依調查證據之辯論結果所確定的事實，核與卷內證據相符。而揆諸前開教官人評會設置要點規定及說明可知，對被上訴人是否適服現役有考評權責者，乃為各級軍訓教官人事評審會（含中市聯絡處人評會、國教署人評會、教育部人評會），並非僅限於最終級考評權責者之教育部人評會。至於中市聯絡處人評會、國教署人評會決議所為之建議，均僅提供教育部人評會參考，教育部人評會經審認後作成決議，教育部具有最終核定權限，不必受中市聯絡處人評會、國教署人評會決議之建議所拘束。是以，中市聯絡處人評會於被上訴人受系爭記過處分懲罰發布30日內，旋即依其考評權責召開會議，以檢討不適服現役案件，核與

國軍考評具體作法第6點第1款本文規定無違。且解釋上系爭規定所稱「考評前1年內個人平日生活考核」之考評項目，應指具最初考評權責之「中市聯絡處人評會」召開日往前追溯1年內之時間，而非指最終級「教育部人評會」召開日往前追溯1年內之時間；否則，遞經中市聯絡處人評會、國教署人評會作成決議，再逐級陳報至教育部後，實難期待「教育部人評會」有於懲罰命令發布30日內召開之可能。原審未詳究系爭規定及前揭教官人評會設置要點規定之本旨，逕以教育部人評會於106年10月18日召開會議時，未檢附有關考評前1年內（即105年10月18日至106年10月17日）被上訴人之個人平日生活考核資料以供委員審議，則系爭部人評會決議所為考評，並未將被上訴人考評前1年內平日生活考核相關資訊予以納入審酌範圍，有違系爭規定，教育部人評會所為考評有出於不完全且資訊錯誤等違法情事，上訴人據以作成原處分，亦應有違反正當法律程序之違法，已影響原處分之合法性；且以教育部人評會作成被上訴人不適服現役之決議，未就其何以不採納中市聯絡處、國教署召開人評會均經決議所為被上訴人適服現役之建議，予以充分討論並載明不採納之理由，係有違失等情由，據以撤銷原處分，尚有未洽，有判決適用法規不當之違法。

㈥綜上所述，原判決既有上揭違背法令事由，且其違法情事足以影響判決結果，上訴意旨據以指摘，求予廢棄，為有理由。又系爭部人評會決議所為之判斷是否尚有恣意濫用或其他違法情事，上訴人據以作成原處分是否亦有違誤，被上訴人訴請撤銷訴願決定及原處分是否有理由，須由原審再為調查審認，本院自無從自為判決，爰將原判決廢棄，發回原審高等行政訴訟庭更為審理。

五、據上論結，本件上訴為有理由。依行政訴訟法第256條第1項、第260條第1項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　15　　日

最高行政法院第三庭

審判長法官　蕭　惠　芳
法官　梁　哲　瑋
法官　李　君　豪
法官　廖　建　彥
法官　林　淑　婷

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異
中　　華　　民　　國　　114　　年　　10　　月　　15　　日
書記官　徐　子　嵐