最　高　行　政　法　院　判　決

112年度上字第814號

上　訴　人
即原審原告　甲ＯＯ

訴訟代理人　劉嘉裕　律師
上　訴　人
即原審被告　乙ＯＯＯＯＯＯＯＯＯＯ

代　表　人　劉孝堂
訴訟代理人　林嘉慧
　　劉大可
　　許慈音

上列當事人間撤職事件，兩造對於中華民國112年9月26日高雄高等行政法院111年度訴字第340號判決不利於其部分，各自提起上訴，本院判決如下：

主　文

一、原判決關於駁回後開第二項部分及該訴訟費用部分均廢棄。

二、上開廢棄部分，訴願決定及原處分關於乙ＯＯＯＯＯＯＯＯＯ111年4月11日ＯＯＯＯ字第11100216532號令其中溯及生效部分撤銷。

三、兩造其餘上訴駁回。

四、廢棄改判部分第一審及上訴審訴訟費用由上訴人乙ＯＯＯＯＯＯＯＯＯＯ負擔；駁回上訴部分，上訴審訴訟費用由兩造各自負擔。

理　由

一、事實經過：

(一)上訴人甲ＯＯ係上訴人乙ＯＯＯＯＯＯＯＯＯＯ(下稱ＯＯ部)所屬ＯＯＯＯＯＯＯ第000營(下稱000營)營部及本部連三等士官長通信班長，因於民國109年10月間，在營區待命室見A男情緒低落，語出「你心情不好嗎？要不要叫B男幫你吹一

吹，這樣心情就會好了」之不當言語(下稱違失行為1)；於108年8月至109年3月間，對C女語出「妳怎麼那麼胖？」、「妳有跟男朋友做過嗎？」等不當言語(下稱違失行為2)；於109年10月至11月間，在單位中山室向D男語出「你破處了沒？」及「你現在拿著枴杖，不要用枴杖去弄你女朋友捏」等言語騷擾(下稱違失行為3)；於109年12月上旬，在營部2樓人事辦公室向B男語出「你跟你男朋友做愛時，會不會抹潤滑液？」之言語騷擾(下稱違失行為4)；於109年5月至6月間，以手機在營部1樓K歌室，對C女播放色情網站上性愛影片，致C女感受被冒犯(下稱違失行為5)。經ＯＯＯＯＯＯＯ第000旅(下稱000旅)就違失行為1、2分別以110年3月4日ＯＯＯＯ字第1100013488號令(下稱前懲罰令1)及110年4月7日ＯＯＯＯ字第1100020561號令(下稱前懲罰令2)各核定記過1次懲罰；000營就違失行為3、4以110年2月3日Ｏ000字第1100000025號令(下稱前懲罰令3)分別核定記過1次懲罰。

(二)關於上訴人甲ＯＯ違失行為5，上訴人ＯＯ部以110年3月26日ＯＯＯＯＯ字第11000141161號令(下稱110年3月26日懲罰令)核定大過2次懲罰，上訴人甲ＯＯ申請權益保障，經國防部ＯＯＯＯＯ部110年空議字第27號決議(下稱前審議決議)撤銷並另為適法之處分。嗣經上訴人ＯＯ部以110年10月22日ＯＯＯＯＯ字第1100059788號令(下稱前懲罰令4)核定其大過2次懲罰，復因其1年內累計達記大過3次，上訴人ＯＯ部以110年10月22日ＯＯＯＯＯ字第1100065176號令(下稱前撤職令)核定上訴人甲ＯＯ撤職，停止任用3年，溯及自000年0月00日生效。上訴人甲ＯＯ提起訴願，經國防部111年2月21日111年決字第36號訴願決定(下稱前訴願決定)，撤銷前懲罰令4並另為適法之處分，及前撤職令撤銷。

(三)嗣上訴人ＯＯ部於111年3月24日重新召開懲罰人事評議會(下稱系爭評議會)，就上訴人甲ＯＯ違失行為5，認有行為時(113年7月15日修正前，下同)陸海空軍懲罰法(下稱懲罰法)第15條第14款規定之違反國軍軍風紀維護實施規定(下稱

軍風紀規定)第31點第2款未尊重性別互動分際情事，核予大過2次懲罰，復因其1年內累計達記大過3次，依懲罰法第17條及第20條第2項規定，決議撤職及停止任用3年之懲罰，並作成111年4月11日ＯＯＯＯ字第11100216532號令(下稱系爭懲罰令)核定大過2次懲罰，溯自000年0月00日生效，及同日ＯＯＯＯ字第11100216533號令(下稱系爭撤職令，與系爭懲罰令合稱為原處分)核定撤職，停止任用3年之懲罰，溯自000年0月00日生效。上訴人甲ＯＯ不服，循序提起行政訴訟，聲明：訴願決定及原處分均撤銷。經高雄高等行政法院（下稱原審）111年度訴字第340號判決（下稱原判決）撤銷訴願決定及原處分關於系爭撤職令部分；其餘之訴駁回。兩造各對其不利部分提起上訴，上訴人甲ＯＯ聲明：㈠原判決駁回撤銷上訴人ＯＯ部系爭懲罰令及命負擔該部分訴訟費用之裁判均廢棄。㈡上開廢棄部分，上訴人ＯＯ部系爭懲罰令撤銷；上訴人ＯＯ部則聲明：廢棄原判決撤銷訴願決定及原處分關於系爭撤職令部分，發回原審更為審理。

二、上訴人甲ＯＯ起訴主張及上訴人ＯＯ部於原審之答辯均引用原判決所載。

三、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：

(一)上訴人甲ＯＯ確有未尊重性別互動分際之違失行為5，上訴人ＯＯ部以系爭懲罰令核定其大過2次，核屬有據：

1. 懲罰法第15條第14款之立法理由，係因軍中生活事實無窮，無法鉅細靡遺地逐一予以規定，為避免遺漏而為概括規定，核與立法目的相符；軍風紀規定第31點第2款後段「未尊重性別互動分際情事」規定因屬「高度屬人性之評定」，屬行政機關之判斷餘地。上訴人甲ＯＯ係000營營部及本部連三等士官長通信班長，以手機對C女播放色情網站上性愛影片，致C女感受被冒犯，有未尊重性別互動分際情事，業據C女於審理時到庭證述伊經過K歌室外面，上訴人甲ＯＯ叫伊過去，把手機畫面給伊看，是一男一女，沒有穿衣服，在做那些畫面的影片，伊感覺很不舒服，礙於他是長官，不知道

怎麼跟其他人講我的感受，回想時間大概109年5、6月間，只有伊跟他在場，沒有其他人在場，事情發生之後，在軍中受到很多別人的言論，當時壓力大到真的有後悔當初不應該出來指證這些行為等語，核與C女於調查時陳述內容相符，具有相當可信度。

2. 上訴人ＯＯ部對上訴人甲ＯＯ上揭違失行為召開系爭評議會，委員針對上訴人甲ＯＯ是否有違規行為、處罰程度為何，發言表示略以：上訴人甲ＯＯ一開始否認此事，後又說C女主動要求要看的，說詞前後反覆，更企圖以C女當下未表示不悅之理由脫罪，犯後態度不佳，無悔過之意；上訴人甲ＯＯ陳述是丙ＯＯ所傳，訊息一位女性頭像（未露點）給C女觀看，但丙ＯＯ訪談紀錄說是網站影片（短短幾分鐘），又丁ＯＯ證稱時間不復記憶，上訴人甲ＯＯ所傳不是影片，是一位華裔外國女生的自拍照等詞，無法證明丁ＯＯ所述與C女所述為同一事件，丁ＯＯ證詞已有可疑；考量該影片涉及身體裸露且撥放音效，對受害者視覺感官衝擊甚大，且感受到不受尊重及不舒服；上訴人甲ＯＯ平時就對C女言語騷擾，C女已因心理不適向單位反映，仍未改善，變本加厲，造成C女多次傷害；上訴人甲ＯＯ為C女直屬班長，其行為嚴重影響部隊領導統御，重度違反性別互動分際，建議核予大過2次等語，並進行記名投票，表決結果一律核予上訴人甲ＯＯ大過2次，其評議程序並無違法，基礎事實無錯誤，表決結果無恣意、濫用，認定之理由具體明確，無與本案無關事項之考量，判斷無違反一般公認之價值判斷標準及比例原則之情事，系爭懲罰令應無違誤。

(二)上訴人甲ＯＯ不符合1年內累計記大過3次之要件，上訴人ＯＯ部所為系爭撤職令，容有違誤：

1. 前審議決議將110年3月26日懲罰令撤銷，顯非程序上之瑕疵原因所致。另依前訴願決定將前懲罰令4撤銷之理由以本案評議委員參考性騷擾懲罰參考表，審認上訴人甲ＯＯ所為違失行為5屬「重度肢體騷擾」，嗣上訴人ＯＯ部重新召開系

爭評議會，實體審查後決議屬「未尊重性別互動分際」，即與原決議認定係屬「重度肢體騷擾」不同，顯見前後2次評議會已「實質審查」上訴人甲ＯＯ行為態樣，決議之基礎實體事實及理由均有不同，並影響該事實在法律上之評價不同，核與陸海空軍懲罰法施行細則(下稱懲罰法施行細則)第10條所定「程序上之瑕疵」不符，系爭懲罰令自不得溯及既往發生效力。是上訴人ＯＯ部以系爭懲罰令與上述處分均「在1年內」累計記大過3次，而作成系爭撤職令，於法即有未合。

2. 系爭評議會決議上訴人甲ＯＯ記大過2次之懲罰後，旋以上訴人甲ＯＯ在1年內累計記大過3次為由，同日逕行決議將上訴人甲ＯＯ撤職，並停止任用3年，且將上述決議陳報權責長官於111年3月25日核定，嗣上訴人ＯＯ部作成系爭懲罰令及系爭撤職令並於111年5月4日送達上訴人甲ＯＯ。足見系爭評議會於111年3月24日決議時，系爭懲罰令尚未陳報權責長官核定發布，亦未作成要式之書面處分送達上訴人甲ＯＯ，記大過2次之懲罰處分尚未生效，則該評議會審議時，上訴人甲ＯＯ並不符合在1年內累計記大過3次之要件，竟逕行決議將上訴人甲ＯＯ撤職，並停止任用3年，即有違反懲罰法第20條第2項規定之情事，上訴人ＯＯ部所為系爭撤職令，亦有違誤。

四、本院查：

(一)關於系爭懲罰令

1. 按懲罰法係為維護軍紀，鞏固戰力，兼顧人權保障，導正陸海空軍現役軍人之違失行為而制定，該法第2條規定：「本法所稱現役軍人，指依兵役法或其他法律服現役之軍官、士官及士兵。」第13條規定：「士官懲罰之種類如下：一、撤職。……四、記過。……」第15條規定：「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。」第20條規定：「（第1項）記過，分記過與記大過。（第2項）記過3次，

視為記大過1次；在1年內累計記大過3次者，軍官、士官撤職，志願士兵廢止原核定起役之處分。」第30條規定：「（第1項）權責長官知悉所屬現役軍人有違失行為者，應即實施調查。（第2項）調查時，對行為人有利及不利之情形，應一律注意。……（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。……（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；……（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。……」第31條規定：「（第1項）前條第6項評議會之專業人員中，應有符合教育部採認規定之國內外大學、獨立學院以上學校法律系所畢業者1人以上……。（第2項）評議會組成任一性別比例不得少於成員總數3分之1。……」第36條規定授權訂定之懲罰法施行細則第7條規定：「（第1項）為審議懲罰案件召開之評議會，由權責長官指定所屬副主官、相關單位主管、與懲罰案件有關之專門學識或經驗人員及符合本法第31條規定人員，5人至11人組成之。（第2項）副主官為評議會之主席。……（第3項）評議會之決議，應有3分之2以上成員出席，出席成員過半數同意行之；同數時，由主席裁決之。」

2. 又國防部為強化國軍軍紀督察工作，以嚴肅軍隊紀律、樹立廉能風尚、保障官兵合法權益，促進國軍團結和諧，以蔚成崇法務實之現代化優質國軍，發布軍風紀規定，行為時該規定第31點第2款後段規定：「風紀違失㈡……未尊重性別互動分際情事者。」準此，士官所為經評議會認定屬於軍風紀規定第31點第2款所稱違失行為，依前述說明，已該當懲罰法第15條第14款所定「其他違失行為違反國防部頒定之法令」之要件，構成應受懲罰之事由。又關於未尊重性別互動分際情事之構成要件，雖係不確定法律概念，惟被上訴人對此法律概念如何的解釋及具體化，並不當然存在判斷餘地，

行為是否未尊重性別互動分際情事，不具高度屬人性、專業性之判斷，也不是考試、測驗的評分或能力、品性的考核事項，而具不可替代性，本件由權責長官指定相當階級及專業人員組成的評議會，亦非屬由法律設置獨立行使職權之合議機構，原判決認國軍機關對此「未尊重性別互動分際情事」法律概念事項之決定，有判斷餘地，固有未洽。然原判決已認定上訴人ＯＯ部針對上訴人甲ＯＯ違失行為5，成立軍風紀規定第31點第2款後段未尊重性別互動分際情事(並詳後述)，上述見解尚無影響此部分涵攝結果，先予敘明。

3. 關於現役軍人懲罰事件，其法律效果之擇定，依懲罰法第8條第1項規定，應視違失行為之輕重，於懲罰案件中適度加重或減輕處罰，以達到法律於個案中適用之準據，應予審酌之事項包括：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。從而，上訴人ＯＯ部對現役軍人違失行為予以懲罰，其裁量權之行使，享有一定程度之裁度推量空間，除非有逾越權限、濫用權力或裁量怠惰之情形，或違反比例原則、平等原則，否則即難指為違法。

4. 另關於懲罰處分之生效，依懲罰法施行細則第10條規定：「懲罰因程序上之瑕疵，經救濟程序撤銷原處分而應另予適法處分時，基於原處分之同一違失行為事實，再為相同內容之懲罰者，其再發布之懲罰處分，溯及原處分生效時發生效力。」是故懲罰處分如因實體上之違法瑕疵，經救濟程序撤銷原處分而應另為適法懲罰處分時，即使基於原處分之同一違失行為事實，再為相同內容之懲罰，該另為懲罰之處分，依法並不得溯及原處分生效時發生效力。尤其現役軍人依懲罰法施以懲罰處分，須循懲罰法第3章所定懲罰程序而行，且調查結果認為有施以撤職、降階、降級、記大過、罰薪或

悔過等懲罰必要時，尚須依同法第30條第4項至第6項、第31條之規定組成評議會，經予行為人（被付懲罰人）陳述及申辯機會，並經評議會審議而決議後，始陳權責長官核定。此為懲罰法對於軍人懲罰所定之正當行政程序，則原記過或撤職之懲罰處分如因實體上違法瑕疵，經救濟程序予以撤銷而須另為適法懲罰處分者，在未經上述正當懲罰程序作成決定前，被付懲罰人應否或當受如何效果之懲罰處分，均非其所得預期，基於法治國信賴保護及法安定性原則，即使另為懲罰處分之懲罰內容與原懲罰處分相同，另為懲罰處分之規制效力亦不得溯及既往生效。

5. 查上訴人甲ＯＯ對其未遵守性別互動分際情事之違失行為1、2、3，分別經000旅以前懲罰令1、2各核定記過1次懲罰，及000營以前懲罰令3核定記過1次懲罰，且未對該等懲罰令提起行政救濟確定等情不爭執，為原審確定之事實，核與卷證相符。關於違失行為4，上訴人甲ＯＯ固有爭執，而經原判決認000營並無向受害人B男查證，僅以訴外人柯浩倫之證詞為據，且受害人B男與柯浩倫均未能到庭證述，前懲罰令3就此部分記過1次之懲罰適法性有疑義，不能作為計入視為記大過之記過次數，尚非無據。惟按，懲罰法第32條第1項規定：「被懲罰人對懲罰處分，如有不服，均得向上級申訴。對撤職、降階、降級、罰薪及悔過之處分，如有不服，得依法提起訴願、行政訴訟。」又依國防部訂定現已停止適用之110年9月7日修正發布之國軍官兵權益保障會審議要點第3點第1項規定：「本要點所稱權益保障案件範圍如下：㈠遭受不當管理措施或處置之案件。㈡其他個人權益受損之案件。……」第6點第1項規定：「權益保障案件之申請審議，應自管理措施或處置送達或知悉之次日起30日內，以書面向管轄之各機關、學校權保會提出申請。」第19點規定：「各機關、學校權保會委員會議審議結果，認申請有理由，而原管理措施或處置不當或違法者，或申請雖無理由，但原管理措施或處置不當或違法者，應撤銷原管理措施或處

置之全部或一部，並得視事件之情節，自為處置或由管理措施或處置機關，於2個月內另為適法之處理；認無理由者，應駁回其申請。」第21點第1項規定：「申請人不服各機關、學校權保會委員會議之申請駁回或不受理決議者，應於決議書送達之次日起30日內，附具決議書影本、不服之理由及收受決議書之年、月、日，以書面向國防部權保會提起再審議。」可知，權保會乃基於軍事統帥權，為保障國軍官兵受到不利處置時有救濟之機會，而由國防部依法定職權（官兵權益保障之規劃及執行），仿照訴願審議委員會所設置審議申訴事件之內部單位，且依前述法令規定，倘若權保會審議結果認原管理措施或處置不當或違法，即應撤銷該不當或違法之原管理措施或處置。又軍人為廣義之公務員或公務員之一種（司法院釋字第430號解釋、第781號解釋參照），而上訴人甲ＯＯ受前懲罰令3，係在司法院釋字第785號解釋108年11月29日公布生效後110年2月3日，依該號解釋理由書意旨，應得依法訴願並提起行政訴訟。復該部分之懲罰，形式上並無令任何人一望即知之重大明顯瑕疵或其他無效事由，行政處分之規制效力繼續存在，而上訴人甲ＯＯ於110年12月23日遭國防部110年再審字第38號再審議決議駁回之當時環境，非無法期待其尋求行政救濟，使有權審查機關得以撤銷前懲罰令3該部分記過之效力，然上訴人甲ＯＯ遲至111年9月28日始以起訴狀針對此部分為不服等情，兩造於原審言詞辯論時陳明各自引用先前書狀及準備程序所言內容，並據原審言詞辯論筆錄載明，依行政訴訟法第307條之1準用民事訴訟法第476條第2項規定，本院得斟酌該再審議決議書、上訴人甲ＯＯ起訴狀及於112年2月1日準備程序之陳述。則本件於審究系爭撤職令之合法性時，自難例外一併審查前懲罰令3該部分記過之合法性，而逕行否定該部分記過所生之法律效果。原判決就該部分記過納入一併審查而認適法性有疑義，不能作為計入視為記大過之記過次數，於法未合，惟縱扣除該部分記過1次之懲罰，尚無影響上訴人甲ＯＯ前述違

失行為1、2、3各記過1次業於1年內累計3次合致記大過1次之要件，是原判決此部分之理由不影響其結論。

6.次查，上訴人甲ＯＯ係000營營部及本部連三等士官長通信班長，於109年5月至6月間，因在營部1樓K歌室，以手機對所屬C女播放色情網站上性愛影片，致C女感受被冒犯，遭上訴人ＯＯ部於111年3月24日召開系爭評議會，認有軍風紀規定第31點第2款未尊重性別互動分際情事，作成系爭懲罰令核定大過2次之懲罰，並溯及自110年3月26日生效，為原審依法確定之事實，核與卷內證據資料相符。

7.原判決斟酌C女於上訴人ＯＯ部調查時及原審經具結擔保其真實性之證述等調查證據及全辯論意旨結果，論明：上訴人ＯＯ部重新召開系爭評議會，由副指揮官擔任主席，並由相關單位主管與懲罰案件有關之專門學識或經驗人員等5名委員組成並出席，其中女性2名及法制官1名，上訴人甲ＯＯ受通知後雖未出席，惟已提出書面陳述，其主管邱泰源少校及陳琮文均列席說明，經與會委員充分討論及表達意見後，依上訴人ＯＯ部提出之事證（含丁ＯＯ及丙ＯＯ之陳述）及上訴人甲ＯＯ陳述及申辯內容，依懲罰法第8條第1項規定，綜合判斷上訴人甲ＯＯ有未尊重性別互動分際情事，情節重大，投票表決結果一律予上訴人甲ＯＯ大過2次，評議程序符合懲罰法第30條、第31條及懲罰法施行細則第7條之規定，認定懲罰之事實並無錯誤，表決結果並無恣意、濫用，也無違反一般公認價值標準及比例原則，作成系爭懲罰令核予大過2次之懲罰，應無違誤；依C女之證述，並無顯然不一致之瑕疵情形，自屬可信，且C女受此侵害後，因上訴人甲ＯＯ係其直屬班長，在職場環境居於弱勢地位，為維持工作上順利，隱忍至無法忍耐之程度，而有向外宣洩之念頭，衡情為求軍職生涯順利發展及維護自身名聲，若非承受其指訴之受侵害事實，尚無誣指上訴人甲ＯＯ之理，C女感受轉變之過程，符合一般人遇職場異性騷擾時之心理反應與轉折，可作為C女前揭指訴之補強證據等語，核無不合。上訴人甲

ＯＯ主張原審就本件未尊重性別互動分際採較寬鬆緩和採證標準，係屬無據，以偏概全，有適用法則不當及判決不備理由之違法云云。惟證據資料如何判斷，為證據之評價問題，在自由心證主義之下，其證據價值如何，是否足以證明待證之事實，事實審法院有衡情斟酌之權。原判決就此部分之事實認定，並未違背論理法則、經驗法則或證據法則，不過其證據之取捨與上訴人甲ＯＯ所希冀者不同，致其事實的認定異於其主張，上訴意旨無非以其一己主觀見解再事爭議，委不足取。

8. 上訴人甲ＯＯ指摘原審未調查審酌丁ＯＯ及丙ＯＯ之訪談紀錄，而為不利於上訴人之認定，違反職權調查原則且判決有不備理由違法云云。然原審業依上訴人甲ＯＯ之聲請，依行政訴訟法所定較行政程序訪談嚴謹之程序，傳訊丁ＯＯ及丙ＯＯ到庭作證，復經兩造當庭直接詰問以檢驗其證詞可信性，且就渠等證詞為意見陳述及辯論，已足確保上訴人甲ＯＯ訴訟權之行使，原判決據此敘明：依證人丁ＯＯ及丙ＯＯ之證述，關於上訴人甲ＯＯ提供手機畫面予C女觀看之女子穿著、拍攝角度及相片型態，與上訴人甲ＯＯ所述有顯著差異；況證人丙ＯＯ對其親自傳送予上訴人甲ＯＯ之檔案究係影片或照片一節，說詞反覆，尚難採信；法院多次請證人丁ＯＯ或丙ＯＯ提供上述手機畫面或網址、女性頭像，皆諉稱110年1月9日上訴人ＯＯ部強制要求手機重製，現無資料提供，然經上訴人ＯＯ部否認，且上訴人甲ＯＯ給C女觀看之手機畫面既源自於影片平台或臉書網頁，屬公開資料，其手機瀏覽、下載網路上之資訊雖已刪除，而在網路上輸入關鍵字或網址查閱，應非難事，渠等證述，難認屬實；依所查丁ＯＯ資料可知，丁ＯＯ於案發當時並未在現場，丁ＯＯ證述內容，應屬另一事件等語，核無違反證據、經驗、論理法則及判決不備理由之違法。上訴人甲ＯＯ之主張，無非就原判決證據取捨、認定事實之職權行使，指摘其為違法或不當，以及就原判決已詳予論斷者，泛言不備理由，均不足採。

9. 惟查，上訴人甲ＯＯ所為違失行為5，上訴人ＯＯ部原以110年3月26日懲罰令核予大過2次之懲罰，惟遭前審議決議撤銷，其理由以上訴人ＯＯ部參酌性騷擾懲罰參考表，認上訴人甲ＯＯ行為屬重度肢體騷擾，然未見評議會委員就該參考表之態樣及違犯程度充分討論，判定本件屬重度之標準，違失情節是否嚴重以致須藉由懲罰終止軍職關係；嗣經上訴人ＯＯ部以前懲罰令4再對上訴人甲ＯＯ作出2大過之懲罰後，前訴願決定將之撤銷之理由，係以評議委員參考性騷擾懲罰參考表，審認上訴人甲ＯＯ所為違失行為5屬「重度肢體騷擾」，惟與該懲罰令附件懲罰事由欄所載違失行為5屬「未尊重性別互動分際」不同，則其所為違失行為5，究係構成對C女肢體騷擾，而應參考性騷擾懲罰參考表，抑或屬未尊重性別互動分際情事，並非無疑等情，為原審依法確定與卷內證據相符之事實。

10. 依此，上訴人ＯＯ部針對上訴人甲ＯＯ違失行為5作出之懲罰令，第1次遭前審議決議撤銷，顯係因違失行為之懲罰裁量，有裁量怠惰之裁量瑕疵實體違法理由。而第2次遭前訴願決定撤銷，亦係因評議會係根據上訴人甲ＯＯ對C女播放性愛影片之事實決議，核與決議結果認構成重度肢體騷擾不符，且決議認定成立重度肢體騷擾與作成懲罰令係以未尊重性別互動分際之事由，亦不相符，屬實體上之違法瑕疵。上訴人ＯＯ部循法定正當程序再次作成系爭懲罰令前，上訴人甲ＯＯ應否或當受如何效果之懲罰處分，也非其所得預期，參照前開規定及說明，系爭懲罰令本不得溯及發生懲罰之規制效力。原判決認前審議決議及前訴願決定係因實體而非程序上之瑕疵，撤銷原針對違失行為5先後作成之110年3月26日懲罰令及前懲罰令4，與懲罰法施行細則第10條所定「程序上之瑕疵」不符，是上訴人ＯＯ部再作成系爭懲罰令自不得溯及既往發生效力等語，核無不合。上訴人ＯＯ部以前訴願決定未指摘上訴人ＯＯ部事實認定有違誤或事實有不明須待釐清，並不妨害同一事實之認定或有變更同一事實情事，

系爭評議會再作成同樣核予2大過決議，並未變更違失行為之認定，原判決認系爭懲罰令不得溯及生效，違反懲罰法施行細則第10條要件云云，無非以其主觀之見解，重述其於原審業經主張而為原判決所不採之陳詞，尚難認原審此部分有何判決違背法令之情形，其上訴意旨自無可採。從而，原判決認上訴人ＯＯ部再作成系爭懲罰令不得溯及既往發生效力，固無違誤，惟未於主文撤銷此部分處分之違法，而於主文第2項駁回上訴人甲ＯＯ此部分之訴，應有未合，並與判決結論有影響。是就此部分上訴人甲ＯＯ求予廢棄，應認為有理由，依原審確認之事實，本院已可自為判決，並認系爭懲罰令溯及既往生效部分之違法，尚不致影響其效力之全部，爰判決訴願決定及原處分關於系爭懲罰令其中溯及生效部分撤銷。至上訴人ＯＯ部以系爭懲罰令核予上訴人甲ＯＯ記2次大過之懲罰，應無違誤，原判決予以維持而駁回上訴人甲ＯＯ此部分之訴，實無不合，上訴意旨求予廢棄，為無理由，應予駁回。

(二)關於系爭撤職令

1. 按懲罰法第17條規定：「撤職，軍官、士官除撤其現職外，並於一定期間停止任用，其期間為1年以上5年以下。」

2. 承上，上訴人ＯＯ部前所作成之前撤職令，既因前懲罰令4遭撤銷，與懲罰法第20條第2項要件已不相符而失所附麗，嗣經前訴願決定予以撤銷，依相同理由，也屬實體上原因之違法而遭行政爭訟救濟程序予以撤銷，即使上訴人ＯＯ部在前懲罰令4遭撤銷後另為適法懲罰令之處分，使上訴人甲ＯＯ又合於懲罰法第20條第2項所定1年內累計3大過以上之撤職、停止任用的要件，參照前開規定及說明，與懲罰法施行細則第10條規定得溯及生效之要件仍屬不符，則上訴人ＯＯ部在前撤職令遭撤銷後，再依懲罰法第20條第2項規定作成相同內容之撤職、停止任用處分，其規制效力亦不得溯及既往。然上訴人ＯＯ部卻逕依懲罰法施行細則第10條規定，作成撤職、停止任用溯及自110年3月26日(即違失行為5第1次

作成懲罰時)生效之系爭撤職令，自屬違法。更何況，系爭懲罰令溯及既往生效部分，既有違法瑕疵而應予撤銷，原判決因此認系爭懲罰令不構成與前懲罰令1、2、3在1年內累計記大過3次之情形，是上訴人ＯＯ部據以作成系爭撤職令，於法未合，核無違誤。從而，原判決認定此部分之理由雖略有不同，惟認定上訴人ＯＯ部作成系爭撤職令，於法未合，而撤銷訴願決定及原處分關於系爭撤職令部分之結論(即原判決主文第1項)，並無不合。上訴人ＯＯ部，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

五、據上論結，上訴人甲ＯＯ之上訴一部有理由、一部無理由，上訴人ＯＯ部之上訴為無理由，依行政訴訟法第255條第1項、第256條第1項、第259條第1款、第98條第1項前段、第104條、民事訴訟法第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　22　　日

最高行政法院第四庭

審判長法官　王　碧　芳

法官　王　俊　雄

法官　鍾　啟　煒

法官　陳　文　燦

法官　羅　月　君

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　22　　日

書記官　林　郁　芳