最　高　行　政　法　院　裁　定

113年度上字第46號

上　訴　人　陳語喬

訴訟代理人　陳佳鴻　律師

被 上訴 人　國防部陸軍司令部

代　表　人　呂坤修

訴訟代理人　謝承哲

　　謝文健

上列當事人間退伍事件，上訴人對於中華民國112年10月5日臺北高等行政法院112年度訴更一字第2號判決，提起上訴，本院裁定如下：

主　文

一、上訴駁回。

二、上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、被上訴人代表人由鍾樹明變更為呂坤修，茲據新任代表人具狀聲明承受訴訟，核無不合。

二、按對於高等行政法院判決之上訴，非以其違背法令為理由，不得為之，行政訴訟法第242條定有明文。依同法第243條第1項規定，判決不適用法規或適用不當者，為違背法令；而判決有同條第2項所列各款情形之一者，為當然違背法令。是當事人對於高等行政法院判決上訴，如依行政訴訟法第243條第1項規定，以高等行政法院判決有不適用法規或適用不當為理由時，其上訴狀或理由書應有具體之指摘，並揭示該法規之條項或其內容；若係成文法以外之法則，應揭示該法則之旨趣；倘為司法院大法官解釋或憲法法庭裁判，則為揭示該判解之字號或其內容。如以行政訴訟法第243條第2項所列各款情形為理由時，其上訴狀或理由書，應揭示合於該條

項各款之事實。上訴狀或理由書如未依此項方法表明者，即難認為已對高等行政法院判決之違背法令有具體之指摘，其上訴自難認為合法。

三、爭訟概要：

㈠上訴人原係陸軍南區專長訓練中心（下稱南訓中心，嗣於民國110年1月1日改制為陸軍步兵第117旅）本部連上士後勤士，其因於106年10月中旬至11月中旬，任職被上訴人所屬戰備訓練處（下稱戰訓處）期間，多次與同單位已婚男性友人單獨留宿於北投慈安八村職務宿舍，違反性別互動分際，除遭調任南訓中心外，並經戰訓處以107年1月31日國陸戰綜字第1070000363號令核定記大過1次之懲罰。

㈡嗣南訓中心就上訴人107年度考績評列為丙上後，旋召開不適服現役人事評審會（下稱人評會），決議上訴人不適服現役，而先後以108年1月23日陸八南訓字第1080000082號令、同年3月8日陸八南訓字第1080000225號令（下分別稱108年1月23日令、108年3月8日令）初審、再審議評鑑核定上訴人為「不適服現役」。惟因案內人評會開會通知單通知會議召開時間與實際開會時間不符，且查無相關通知紀錄；另未納編單位正、副主官（管）列席備詢，說明上訴人前1年內個人平日生活考核、對任務賦予及工作態度、受懲處或事實發生所生影響與其他佐證事項供委員考評，被上訴人乃以108年5月1日國陸人勤字第1080010349號令命南訓中心註銷原核定之初審及再審議不適服評鑑命令，待重新完成相關作業後另案呈報。

㈢南訓中心爰以108年5月9日陸八南訓字第1080000424號令註銷原核定之其108年1月23日令及108年3月8日令，再於同年5月21日重新召開人評會，評鑑上訴人續服現役，並以108年5月28日陸八南訓字第1080000474號令（下稱108年5月28日令）核定上訴人續服現役，並副知陸軍第八軍團指揮部（下稱八軍團指揮部）核備。案經八軍團指揮部認南訓中心人評會未依「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）實施考評，以108年6月26日陸八軍人字第1080007808號令（下稱108年6月26日令）請南訓中心註銷續服現役令，重新召開人評會。

㈣南訓中心旋以108年6月27日陸八南訓字第1080000554號令註銷108年5月28日令（續服現役），並於同年7月4日重行召開人評會，繼於同年月25日召開不適服現役評鑑人事再審議評議會（下稱再審議人評會），均評鑑上訴人不適服現役，經南訓中心呈由八軍團指揮部以108年9月6日陸八軍人字第1080011224號呈被上訴人後，經被上訴人以108年9月23日國陸人勤字第1080023559號令（下稱原處分）核定上訴人不適服現役退伍，自108年10月1日零時生效。上訴人不服，循序提起行政訴訟，經臺北高等行政法院（下稱原審）109年度訴字第528號判決（下稱前審判決）駁回後，上訴人不服，提起上訴，經本院110年度上字第34號判決將前審判決廢棄，發回原審更為審理。經原審112年度訴更一字第2號判決（下稱原判決）駁回其訴，上訴人仍不服，提起本件上訴。

四、上訴人對原判決提起上訴，主張略以：㈠原判決認定之事實，包括南訓中心108年7月4日人評會、108年7月25日再審議人評會考量所謂「不會做些部分犧牲」、「平時每日正常外散宿」、「無法體認無償的付出」、「原告（即上訴人）的陳述感覺有所保留未全盤托出等情」等情，然上開情事無非係上訴人於法定權益範圍內所為之行為，尤其考量所謂「原告的陳述感覺有所保留未全盤托出」，已侵犯上訴人不自證己罪特權，故有裁量瑕疵。㈡八軍團指揮部審認南訓中心108年5月21日人評會存有「未於開會前3日通知上訴人」及「考評內容僅考評上訴人近1年平日生活考核」等瑕疵，前者應屬程序瑕疵，然後者卻屬考評內容之瑕疵，依本院110年度上字第712號判決見解，應基於對判斷餘地之尊重，由南訓中心另組人評會，對原考評結果先行決議撤銷後，一併治癒程序瑕疵，再依考評具體作法組成人評會予以考評，原判決認為八軍團指揮部可基於行政監督權限逕予撤銷南訓中

心108年5月21日人評會決議，顯已違反行政自我拘束原則及誠信原則，且有判決理由矛盾、不備之違法。㈢考評權責之上級機關，常藉行監督之名，行審查人評會考評內容之實，藉「合法監督包藏違法指導」之方式，將致使考評委員心證遭到污染，難以作出妥適之評價，被上訴人未基於行政監督審查南訓中心就108年5月21日人評會是否存有瑕疵，而及時要求南訓中心補正，率爾單憑南訓中心108年7月4日人評會決議而為審查，顯有裁量怠惰，原判決罔顧原處分作成過程中此一瑕疵，難謂適法。㈣依規定考評應有四大要項，被上訴人僅就單一事件考評上訴人，僅因上訴人觸犯國軍「天條」即應失去工作權，原處分有出於恣意、判斷濫用、違反平等原則及比例原則等情事，原判決未查，認事用法顯有違誤。㈤本件是否適服現役之人評會係因上訴人涉有「未尊重性別互動分際」受有大過乙次之懲罰而起，依司法院釋字第785號解釋意旨，屬於對軍人身分之重大影響，本得依法救濟，然該懲罰評議會就諸多懲罰涵攝之不確定法律概念，均未見討論，率爾核定上訴人大過乙次，原判決漏未審查該懲罰是否妥適，顯有重大瑕疵，與法有違等語。

五、經查，原判決已敘明：㈠基於行為人是否「適服現役」具高度屬人性，倘人評會於考核時，業已參酌個案具體情節，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「近期表現」為主要考量，而翔實綜合考評，則人評會判斷就軍士官是否不適服現役，除有出於與事物無關之考量外，享有判斷餘地，行政法院對其判斷應予尊重。㈡細觀南訓中心108年7月4日人評會會議紀錄及同月25日再審議人評會會議紀錄可知，上訴人之原服務單位即南訓中心本部連，已由正官連長陳少校，於人評會及再審議人評會會議中列席，就各考評事項予以說明並答詢，人評會及再審議人評會之與會委員業已參酌個案具體情節，就上訴人考評前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

及其他佐證事項等項目為考評。再審議人評會委員陳上尉於會議中論及上訴人105年、106年及107年之記功及嘉獎事蹟等情，固非屬上訴人之近1年內個人平日生活考核事項，惟仍屬上訴人於服役期間過往之表現，並非不得為輔助的參酌因素予以綜合考評。又縱使再審議人評會之個別委員於108年7月25日會議中，針對「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」等各考評項目尚有未逐一具體論述者，惟108年7月25日再審議人評會與會委員之討論內容既已包括上開各考評項目，則衡情與會之各別委員自可經由其他委員於會議中就上開各考評項目之整體發言，供作其等思辯之資訊，並進而為表決。堪認人評會及再審議人評會確已就上訴人近1年個人平日生活考核、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，並決議上訴人不適服現役，核無出於與事物無關之考量，亦無基於不完全資訊而為恣意判斷的情形，法院對此判斷應予尊重。㈢八軍團指揮部108年6月26日令係指明南訓中心108年5月21日人評會會議紀錄有下列缺失：「㈠陳員不適服人評會開會通知單發文字號為108年5月20日……，惟開會日期為108年5月21日，顯未依上述規定於會議召開前3日送達受評人，屬重大程序瑕疵。㈡送達證書上開會通知發文字號為108年5月16日……，與開會通知單之發文字號108年5月20日……不同，究以何者為真，請貴單位查明。㈢評審委員針對單位主官報告是否有無提問，會議紀錄均未顯示，另各評審委員僅針對受考人近1年生活狀況及工作表現實施研討，並未對受懲罰後所生影響及其他佐證實施考評，且未綜合四項考評內容實施總結考評。」「為免因程序不合、作業瑕疵而衍生後遺，請依上開說明註銷原核定之續服現役命令，重新召開不適服評鑑會議，……，對陳員續留現役與否，進行審慎評估，重新完成相關作業。」八軍團指揮部108年6月26日令僅係本於其行政監督權，針對該次人評會之程

序事項予以糾正，並非自行針對該次人評會所決議之實體事項表示同意或不同意，核其性質並非屬加註任何實體上之理由而交回復議，亦非屬逕為撤銷變更該次人評會之決定，自非法所不許。南訓中心依據八軍團指揮部108年6月26日令之行政監督意旨，而自行註銷原核定之續服現役命令，並於108年7月4日重新召開人評會，對上訴人有利與不利之情形一併予以注意及調查後而為決定，於法尚無不合。㈣上訴人107年度考績丙上，經人評會考核為不適服現役，被上訴人依陸海空軍軍官士官服役條例第15條第1項第5款規定，作成原處分核定上訴人不適服現役退伍，其認事用法，並無違誤等語甚詳。上訴意旨雖以原判決違背法令為由，惟核諸上訴理由無非重述其在原審提出而為原審所不採之主張，復執陳詞為爭議，並就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當，暨援引與本件判決結論無關之本院另案判決見解，泛言原判決不適用法規及認定事實違反證據法則，復誤認本件不適服現役之人評會係因上訴人受有大過1次而起，指摘原審漏未審查該懲罰是否妥適，而非具體表明合於不適用法規、適用法規不當、或行政訴訟法第243條第2項所列各款之情形，難認對原判決之如何違背法令已有具體之指摘。依首開規定及說明，應認上訴人之上訴為不合法。

六、據上論結，本件上訴為不合法。依行政訴訟法第249條第1項前段、第104條、民事訴訟法第95條第1項、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　20　　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　林　秀　圓

法官　陳　文　燦

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　20　　日

書記官　章　舒　涵