

最 高 行 政 法 院 判 決

113年度上字第70號

上 訴 人 刁仁豪

訴訟代理人 簡旭成 律師

被 上 訴 人 國防部陸軍司令部

代 表 人 鍾樹明

上列當事人間退伍事件，上訴人對於中華民國112年11月23日臺北高等行政法院111年度訴字第361號判決，提起上訴，本院判決如下：

主 文

一、上訴駁回。

二、上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

一、緣上訴人為陸軍上尉，於民國109年11月1日調任陸軍航空特戰指揮部（下稱航特部）所屬特戰訓練中心（下稱特訓中心）部本部及勤務連上尉作戰官，因前任職航特部戰情中心上尉作戰官期間，違犯幫助圖利聚眾賭博罪（下稱系爭違失行為），經臺灣橋頭地方法院於109年9月30日以109年度簡字第915號刑事簡易判決處有期徒刑2月，如易科罰金，以新臺幣（下同）1,000元折算1日，並於109年12月4日確定在案（下稱刑事另案）。航特部就系爭違失行為，以109年10月21日陸航特人字第1090009251號令核予上訴人大過1次懲罰；復因遭媒體負面報導，上訴人於檢警偵查期間隱匿案情，且行政調查期間未坦承過犯經過，有損軍譽行為，以109年11月13日陸航特人字第1090010104號令核予記過2次懲罰。其後特訓中心以110年4月8日陸航特正字第1100000686號令核定上訴人109年度考績為丙上（下稱丙上處分，未據救濟）。航特部乃於110年7月14日召開不適服現役人事評審會（下稱系爭人評會），決議上訴人不適服現役之考評結果並通知上訴人。因上訴人申請再審議，航特部於110年8月11日召開不適服現役再審議人事評審會（下稱再審議人評會），

01 仍維持其不適服現役之決定後通知上訴人，並呈經被上訴人
02 以110年9月1日國陸人勤字第11001536701號令（下稱原處
03 分）核定上訴人不適服現役退伍，自110年9月16日零時生
04 效。上訴人不服，循序提起本件行政訴訟，並聲明：訴願決
05 定及原處分均撤銷。經臺北高等行政法院（下稱原審）以11
06 1年度訴字第361號判決（下稱原判決）駁回。上訴人仍不
07 服，遂提起本件上訴。

08 二、上訴人起訴主張與被上訴人在原審之答辯均引用原判決之記
09 載。

10 三、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：(一)上訴人確有
11 系爭違失行為，因此涉犯刑法第30條第1項前段、第268條前
12 段及後段幫助圖利供給賭博場所及聚眾賭博罪，經從情節較
13 重之幫助圖利聚眾賭博罪處斷而由刑事另案判決判處上訴人
14 罪刑，未予宣告緩刑在案；而航特部除核予其大過1次懲
15 罰，及因遭媒體負面報導，認上訴人於檢警偵查期間隱匿案
16 情，於行政調查期間未坦承過犯經過，尚涉及有損軍譽行為
17 而核予記過2次懲罰外，並經航特部核定上訴人109年度考績
18 績等為丙上，上訴人對丙上處分未提起行政爭訟已經確定，
19 關於上訴人主張109年度如經功過相抵，可受考績乙上一
20 節，不得於本案再事爭執。而航特部據以召開系爭人評會、
21 再審議人評會，各該組成暨經上訴人及其原服務單位主官
22 （管）到場陳述意見後投票結果，同意考核不適服現役5
23 票、不同意0票而通過等審議過程，均符合行為時強化國軍
24 志願役軍官士官及士兵考評具體作法（下稱考評具體作法）
25 規定，並無違誤。(二)上訴人在刑事另案調查中辯稱其臺銀帳
26 戶存摺、金融卡及密碼均已遺失，開戶目的是為與陳○遇中
27 校投資股票，惟刑事另案偵查中證人陳○遇則稱曾建議上訴
28 人投資股票，針對網路上有經開戶並寄送存摺、印鑑章、提
29 款卡等資訊，其覺可疑有叮囑上訴人不要配合，且若如上訴
30 人所稱係帳戶資料，一般正常之人必會立即報警或辦理掛失
31 止付，犯罪集團不會冒險使用，再由上訴人開戶當日有設定

01 約定轉帳帳戶，及存入1,000元後立即提領之舉動，亦可見
02 其當預見交付帳戶後可能無法領回，或因不法使用遭凍結，
03 才盡可能領出帳戶餘額降低損失風險，顯然其具有幫助賭博
04 之不確定故意，且其自身雖未獲得不法利益，但身為資深軍
05 官竟觸犯刑罰法律，犯後猶卸責否認並隱瞞遭調查事實，事
06 後因此遭媒體披露報導，亦嚴重影響軍紀及軍人形象，情節
07 非輕，系爭人評會及再審議人評會因此認定上訴人已達不適
08 服現役，自不違反行政程序法第7條有利不利一律注意原則
09 及比例原則。(三)上訴人雖提出多位長官出具之考評表暨文
10 件，並舉證人張○清證述其工作表現達中上標準且認真負
11 責、態度積極，但系爭人評會、再審議人評會就之已有斟酌
12 酌，針對上訴人109年受記功1次、嘉獎1次之表現，亦認尚
13 不屬特殊功績或卓越表現，故仍認定上訴人身為軍官幹部而
14 有前開之系爭違失行為等，對部隊軍譽及領導統御造成重大
15 傷害，前開表現且不足以抵去造成之傷害，實係從軍事組織
16 運作及軍隊人力資源管理的角度審酌而為其不適服現役之決
17 議，並無誤認其工作表現之情事。另討論中提及上訴人未就
18 刑事另案提起上訴，就前開懲罰令及丙上處分亦未提起行政
19 救濟，及其受處分後心情低落，同時出現公文逾期但個人慰
20 勞假全數休畢等情況，亦僅係就考評具體作法第6點第1款所
21 定要件考評，並無違反不當聯結禁止原則或裁量恣意情事，
22 且其餘個案之情節與態樣、懲處結果均有不同，亦無上訴人
23 主張違反公平原則之情形等語，而判決駁回上訴人在原審之
24 訴。

25 四、本院經核原判決駁回上訴人在原審之訴，並無違誤。茲就
26 上訴意旨補充論斷如下：

27 (一)陸海空軍軍官士官服役條例（下稱服役條例）第15條第1項
28 第5款規定：「常備軍官、常備士官，有下列情形之一者，
29 予以退伍：……五、年度考績丙上以下或因個人因素1次受
30 記大過2次以上，經人事評審會考核不適服現役者。」同條
31 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

01 伍之處理程序，由相關機關或單位依下列規定造具退伍名
02 冊，層報國防部或各司令部核定：……四、依第4款至第6
03 款、第9款或第10款規定退伍者，由所隸單位檢附相關資料
04 辦理。……」準此，常備軍官因年度考績丙上以下，所隸屬
05 軍事單位應就其是否適服現役，召開人評會為綜合考評，經
06 人評會決議考評其不適服現役者，得由該軍事單位層報國防
07 部或各司令部核定辦理退伍，以確保部隊之精良。

08 (二)國防部為因應國軍亟需優質人力，藉主官(管)對部屬平日
09 生活考核、任務賦予、工作績效、工作態度等綜合考核評
10 鑑，經人評會議決，留優汰劣，以淨化國軍人員素質，提升
11 戰力，訂定發布考評具體作法。其中第4點第3款、第5點第2
12 款第3目、第6點第1款、第3款及第7點第1款分別依序規定：
13 「四、具體作法：……(三)軍官、士官依陸海空軍軍官士官服
14 役條例第15條第5款規定，年度考績丙上以下……，經人評
15 會考核不適服現役者，予以退伍。……」 「五、考評權責：
16 ……(二)各司令部：……3.……尉級軍官……，為少將以上編
17 階主官(管)。」 「六、考評程序：(一)各單位檢討不適服現
18 役案件時，應於受懲罰或考績命令發布30日內，依考評權責
19 召開人評會，由權責長官指定所屬副主官(管)、相關單位
20 主管及職務階級不低於受考人之專業人員5人至11人組成
21 之；原則上任一性別比例，不得少於3分之1。副主官(管)
22 為人評會之主席。……人評會議之決議，應有3分之2以上委
23 員出席，以記名投票方式，就下列事項，進行公平、公正之
24 考評，出席委員過半數同意行之……，簽請權責主官(管)
25 發布考評結果，並附記教示規定，送達受考人：1.考評前1
26 年內個人平日生活考核。2.對任務賦予及工作態度。3.受懲
27 罰或事實發生所生影響。4.其他佐證事項。……(三)經考評不
28 適服現役者，應依第5點之考評權責，檢附相關資料報請國
29 防部或各司令部核定退伍、解除召集或轉服常備兵現役作
30 業。……。」及「七、一般規定：(一)受考人對考評結果不服
31 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

01 書面申請再審議，並以1次為限。……。」各該規定乃國防
02 部本於職權所訂定且未抵觸母法，亦未對人民權利之行使增
03 加法律所無之限制，與法律保留原則無違，被上訴人考評尉
04 級軍官是否適服現役時，自得援為辦理之依據。而前開考評
05 制度之訂定，旨在「即時考核」所屬人員之表現，並「及時
06 控制」人力，對行為人工作態度暨平日表現如何、受懲罰事
07 實對單位有何影響等人員近期行為表現及對部隊影響等事項
08 加以評價，所指應考核之「不適服現役」，屬於不確定法律
09 概念，當由軍事組織運作之順暢與軍隊人力資源管理之客觀
10 目的出發，以取向於未來之角度探究該軍士官是否適宜留在
11 軍中以達成業務之必要性與影響性。故人評會（含再審議人
12 評會）針對受考評人是否「適服現役」之判斷，具高度屬人
13 性，考評機關之決定具不可替代性及法律授權之專屬性，基
14 於權力分立原則，應承認考評機關就此事項之決定有判斷餘
15 地，行政法院對其判斷當採較低密度之司法審查，不以自己
16 之判斷代替考評機關之判斷，只在判斷有恣意濫用及其他違
17 法情事，包括：1.是否出於錯誤的事實認定或不完全的資
18 訊。2.法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無明顯錯誤。3.
19 對法律概念的解釋有無明顯違背解釋法則或抵觸既存的上位
20 規範。4.判斷是否有違一般公認的價值判斷標準。5.判斷是
21 否出於與事物無關的考量，亦即違反不當聯結之禁止。6.判
22 斷是否違反法定正當程序。7.作成判斷之行政機關組織是否
23 合法且有判斷權限。8.判斷是否違反相關法治國家應遵守之
24 原理原則，如平等原則、公益原則等例外情形時，才予撤銷
25 或變更。

26 (三)又行政處分除自始無效外，在未經撤銷、廢止或未因其他事
27 由而失其效力前，其效力繼續存在（行政程序法第110條第3
28 項規定參照）。有效之先前行政處分成為後行政處分之構成
29 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
30 生構成要件效力。當事人如以後行政處分為訴訟客體，而非
31 以有效之先前行政處分為訴訟客體，提起行政訴訟時，則該

01 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
02 理之範圍。固然有存續力之前行政處分，其構成要件效力並
03 非絕對。在前行政處分缺乏有效行政救濟途徑；或者依當時
04 環境，無法期待處分相對人為行政救濟(例如依處分作成當
05 下時空觀察，前行政處分對當事人有利)等情況下，行政機
06 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
07 時，並非不能例外審究前行政處分認事用法之合法性。不過
08 當前處分之當事人有合法救濟途徑，卻任意放棄依該救濟程
09 序為主張，該前行政處分之構成要件效力，即應受到尊重，
10 不得任意排除其適用。

11 (四)原判決以系爭人評會及再審議人評會綜合考評上訴人「不適
12 服現役」，有判斷餘地之適用，並肯認相關審議暨結論均符
13 合規定，所為原處分適法之論斷，應無違誤：

14 1.原判決係依不適服現役人評會及再審議人評會之各該委員
15 編組表、簽到冊、會議紀錄及投票單等資料，認定各該人
16 評會均有依法組成及按程序為考評決議。而針對各該人評
17 會之審議情形，原判決則參採系爭人評會及再審議人評會
18 之會議紀錄，除敘明上訴人到場陳述時自承確有系爭違失
19 行為，交付帳戶金融卡及提供密碼時，就對方背景一無所
20 知而有心存懷疑，嗣後經警方、司法約詢時確亦未回報至
21 服務單位，經發覺後於109年5月6日尚受有言詞申誡，110
22 年度並無獎勵，調任至特訓中心期間因知要被汰除，心生
23 反感而有表示不要找其研討業務之舉動等情外，並再具體
24 論明：關於上訴人平日生活考核、對任務賦予及工作態
25 度、受懲處或事實發生所生影響、其他佐證事項及綜合考
26 核各項，於110年7月14日考評時，有據上訴人自109年11
27 月1日調任後所任職特訓中心前長官林中校及現任長官張
28 中校、蕭中校列席分別說明：上訴人情緒低迷，餘均正
29 常；上訴人雖曾表示「我已經被國家汰除不要找我」，但
30 實際生活中仍盡忠職守，公文雖逾期，要求後會按規定辦
31 理；其調任後已有較好調適，對任務賦予態度正向積極等

01 語。另調任前原服務之戰情中心長官陳上校則表示：上訴
02 人工作表現平平，因情緒低落等影響工作表現及生活態度
03 等語。嗣後討論過程，評審委員有分別表達：上訴人調至
04 特訓中心後較輕忽，部分業務執行不至於達到表現優異或
05 獎勵，只屬一般，109年雖受獎勵，工作能力普通，無特
06 別優越，但身為軍官幹部卻違反部隊重大軍風紀案件，對
07 部隊軍譽、領導統御及軍紀等傷害或影響極大等意見，最
08 後才經評審委員綜合考評及投票結果認為上訴人不適服現
09 役，110年8月11日之再審議人評會結論亦同等情（原判決
10 第12頁第7行至第13頁第20行），此為原審依調查證據及
11 辯論結果而依法確定之事實，經核且與卷證相符，原判決
12 因而認定系爭人評會及再審議人評會之考評結論暨判斷，
13 並無基於事實認定錯誤或恣意、違反行政程序法第9條規
14 定、比例原則及公平原則等違誤，自無不合。

15 2. 而由前開系爭人評會及再審議人評會列席者之陳述，及各
16 該評審委員表達意見等審議過程，足證前開考評已有針對
17 考評前1年內上訴人之平日生活考核、工作態度，及考績
18 丙上相關之受懲罰事實等所生影響等事項，具體討論並審
19 議；上訴人調任前原服務單位之戰情中心長官陳上校到場
20 陳述意見，亦係依考評具體作法第6點第2款後段規定而辦
21 理，更無違反同點第1款第1目或出於與事務無關考量之違
22 誤。又雖然其間列席人員有如上訴人所述曾表達：上訴人
23 態度主動積極、仍完成交付事項，未因懲罰影響工作，甚
24 或應以上訴人長期表現斷定其適服現役等有利上訴人之評
25 語，惟依法仍須經評審委員就相關事項綜合考評，方能決
26 定上訴人是否不適服現役，而本件既經評審委員整體考量
27 後仍為上訴人「不適服現役」之評價，有判斷餘地之適
28 用，復如前述，在考評結果難認有何恣意或判斷濫用、逾
29 越等違法，亦無違反一般公認價值判斷標準、比例原則等
30 情事下，原判決肯認原處分對上訴人所為不適服現役決定
31 係合法，即無違誤。至於各該人評會審議中，雖尚詢問上

01 訴人關於其前提供人頭帳戶之經過、動機等情，此亦係為
02 斟酌上訴人就系爭違失行為等發生後之事後態度，依考評
03 具體作法第6點第1款第3、4目須評估其所受影響暨相關佐
04 證事項之需要而來，上訴人僅擷取片段而謂前開考評並未
05 針對其近期表現審酌，有出於錯誤事實認定、不完全資訊
06 或與事務無關考量等判斷違法，原判決未予糾正，且有理
07 由不備之違法云云，均不可採。

08 3.上訴人雖再指摘被上訴人依服役條例第15條第1項第5款規
09 定對其考核不適服現役時，憑據之丙上處分因其109年間
10 亦有嘉獎、記功各1次之獎勵，功過相抵後考績應為乙上
11 等，原判決卻未一併審查丙上處分之合法性，謂有判決理
12 由不備之違法云云。然原判決業已指駁：上訴人自承對丙
13 上處分並未提起行政爭訟，已經確定，所主張如經功過相
14 抵可受考績乙上，不得於本件再事爭執等理由（原判決第
15 11頁第31行至第12頁第7行）。參酌軍人為廣義之公務員
16 或公務員之一種（司法院釋字第430號解釋、第781號解釋
17 參照），而本件上訴人於110年4月8日經核予109年度考績
18 丙上處分時（原審卷第93至94頁、訴願一卷第22頁），10
19 8年11月29日公布之司法院釋字第785號解釋理由業已公布
20 多時並揭示：「……本於憲法第16條有權利即有救濟之意
21 旨，人民因其公務人員身分，與其服務機關或人事主管機
22 關發生公法上爭議，認其權利遭受違法侵害，或有主張權
23 利之必要，自得按相關措施與爭議之性質，依法提起相應
24 之行政訴訟，並不因其公務人員身分而異其公法上爭議之
25 訴訟救濟途徑之保障。……」等旨，且原審所認定核予上
26 訴人109年度考績之丙上處分（原審卷第93至94頁、訴願
27 卷一第22頁），亦清楚載明上訴人不服，得依法提起訴願
28 之教示內容。上訴人既自承未曾就丙上處分提起行政救
29 濟，依當時環境，復難認上訴人就此有何缺乏有效救濟途
30 徑，或無法期待其為行政救濟等情事，揆諸前揭說明，上
31 訴人本有合法救濟途徑卻任意放棄對丙上處分之行政救

01 濟，原判決因而為丙上處分已有構成要件效力，上訴人於
02 本件不得任意排除其適用而再事爭執之論斷，核無違誤。
03 至於上訴意旨尚舉本院110年度上字第738號判決為指摘部
04 分，該判決之個案事實，乃針對受1次記2大過懲罰之救濟
05 而言，且亦指明該懲罰處分於108年12月2日作成時，司法
06 院釋字第785號解釋甫公布且行政法院尚未有穩定見解，
07 方認該個案情節有難以期待救濟之時空環境，得適用應一
08 併審查該懲罰處分合法性之法理，與本件不適服現役考評
09 則係基於有教示救濟之考績丙上處分，時間亦在後等時空
10 環境，明顯不同，自無從比附援引為有利上訴人主張之認
11 定，爰予敘明。

12 (五)綜上所述，上訴人之主張均無可採，原判決駁回上訴人在原
13 審之訴，核無違誤。上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違背
14 法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

15 五、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1
16 項、第98條第1項前段，判決如主文。

17 中 華 民 國 113 年 12 月 26 日

18 最高行政法院第二庭

19 審判長法官 陳 國 成

20 法官 簡 慧 娟

21 法官 高 愈 杰

22 法官 蔡 如 琪

23 法官 林 麗 真

24 以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

25 中 華 民 國 113 年 12 月 26 日

26 書記官 邱 鈺 萍