最　高　行　政　法　院　判　決

114年度上字第234號

上　訴　人　岳振豪

訴訟代理人　陳佳鴻律師

被 上訴 人　國防部軍事情報局

代　表　人　陳明華

訴訟代理人　劉瑋恩

謝明峻

蔡瑾妍

上列當事人間陸海空軍懲罰法事件，上訴人對於中華民國113年12月26日臺北高等行政法院113年度訴字第355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、上訴人為被上訴人所屬勤務大隊上士訓練士，於民國112年7月22、23、28、29、31日及同年8月1日（下稱系爭期間），未經許可從事Foodpanda（下稱F公司）外送的兼差行為，並領有報酬，違反行為時（即104年5月6日修正公布）陸海空軍懲罰法（下稱懲罰法）第15條第6款及行為時（即104年12月25日修正發布）國軍人員不得在外兼職兼差規定（下稱系爭兼職規定），經被上訴人於112年9月13日召開112年第3次懲罰評議會決議核予大過1次的懲罰後，被上訴人以112年9月14日國報人事字第1120018341號令核定該懲罰（下稱原處分）。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）以113年度訴字第355號判決駁回（下稱原判

決）後，提起上訴，請求判決：㈠原判決廢棄。㈡原處分及訴願決定均撤銷。

二、上訴人起訴主張與被上訴人在原審的答辯，均引用原判決所載。

三、原審斟酌全辯論意旨及調查證據的結果，以：㈠被上訴人督察人員執行營外觀蒐結果，上訴人於系爭期間有駕駛機車執行外送的行為，共計取餐（貨）41次、送餐（貨）44次，上訴人亦不否認有取餐及送餐的事實；上訴人於原審113年8月23日準備程序中，亦不否認被上訴人所提照片中，駕駛設有F公司外送箱之機車執行取餐及送餐的人為其本人，堪認上訴人於系爭期間確有執行外送行為，且非偶一為之，而是具有經常、持續、反覆從事同種類行為的業務特徵。㈡依被上訴人於112年8月15日訪談上訴人時所拍攝上訴人使用的手機照片，並參以被上訴人行動觀搜人員所見，上訴人每次外送均持2支手機，且由上訴人親自操作手機進行接單，顯見上訴人是以註冊於F公司外送平臺的外送人員即其配偶蘇羽婕（下稱蘇君）名義，自行決定是否接單，並執行外送服務，並非單純依蘇君指示，協助取餐及送餐而已。依F公司承攬服務條款可知，註冊於F公司平臺的外送人員如無法於選擇時段執行外送，得選擇於該時段開始前釋出；接單後如需中斷服務，亦可自行設定休息，或通知F公司派單中心協助下線，並無請他人代理接單或協助執行外送的必要。況上訴人自陳外送是蘇君利用正職以外時間所從事的兼職、兼差工作，而配偶的兼職、兼差非屬家務代理範圍，無由上訴人代理蘇君從事該兼職、兼差工作的道理。上訴人於系爭期間以蘇君名義自行接單，從事外送，係為獲取報酬，此不因F公司因契約之故，而將該實際上屬上訴人執行外送應得的報酬，轉匯入接單名義人蘇君所提供的銀行帳戶而受影響。㈢懲罰評議會先由承辦單位陳述案情摘要、督察室報告調查情形後，續由上訴人陳述意見，經主席確認無委員提問後，請上訴人先行離席。再由上訴人任職單位長官報告上訴人平日

生活狀況及工作表現等考核情形，並答覆委員提問後，由與會委員評議。經與會委員就行政調查的事實、應適用的相關懲罰規定、對上訴人有利及不利事項、上訴人違失行為動機、品行、對領導統御及軍事紀律所生的影響、行為後的態度等面向討論後，審酌上訴人違失行為屬兼差領有報酬的態樣，且屬初犯，由與會委員（主席不參與投票）就投票單所列載懲罰種類及懲度予以勾選，票決結果「大過1次」6票，主席遂裁示決議核予上訴人大過1次懲罰，尚無違誤。上訴人為資深士官幹部，為單位宣導兼職兼差規定承辦人，明知國軍人員不得在外兼差兼職，仍於營外下班或假日離營的外宿期間，兼差外送，領取報酬，其違規情節非輕。原處分屬維護軍譽、部隊管理及紀律等目的的必要手段，並未違反比例原則，亦無違反有利不利一律注意原則、不當聯結禁止與平等原則或有裁量逾越、濫用等情事等等，判決駁回上訴人在原審的訴訟。

四、本院審查原判決結論，認為沒有違誤，並就上訴意旨補充論述如下：

㈠有關新舊法適用問題：

1.113年8月7日制定公布，114年8月6日施行的軍人權益事件處理法第2條規定：「軍人與其所屬機關（構）、部隊、學校、行政法人或人事權責機關（以下簡稱權責機關）間關於身分、公法上財產請求、獎懲、考績及其他行政處分或管理措施之爭議，除法律另有規定外，適用本法之規定。」第77條規定：「本法施行前，已依其他法令提起救濟而尚未終結之事件，除已繫屬於行政法院之事件依原訴訟程序規定審理外，應依本法所定程序終結之。但已依法定程序進行之行為，效力不受影響。」本件當事人間懲罰爭議，是軍人權益事件處理法施行前，已繫屬於行政法院的事件，仍依原訴訟程序規定審理。

2.懲罰法已於113年8月7日修正公布全文79條，並自114年8月6日施行，修正後懲罰法第7條第2項規定：「行為後本法或應

適用之法令有變更者，適用行為時之規定。但行為後之規定有利於行為人者，適用最有利於行為人之規定。」與修正前懲罰法第35條規定均是參照中華民國刑法第2條規定，採取從舊從輕原則。是有關軍人懲罰的實體規範，以適用行為時的規定為原則。又114年8月6日施行之懲罰法第7條第2項規定的立法理由載明：「原條文揭示『從舊從輕原則』係於原條文第5章『附則』中規範，惟此法律適用原則宜於『總則』中規範，爰將原條文列為第2項。又原規定僅於本法有變更時，始有從舊從輕原則之適用，不及於本法以外之法律、法規命令或行政規則等直接影響懲罰認定之法令變更，基於從舊從輕原則，爰增訂『應適用之法令』有變更之情形。」據此，除法律及法規命令外，有關直接影響懲罰認定的行政規則，於行為後為有利於行為人的變更者，亦應適用最有利於行為人的修正後規定。反之，無涉懲罰認定之實體要件的行政規則，如裁量基準，因僅是權責機關在法定懲罰種類及額度的範圍內，為協助下級機關行使裁量權所訂頒的內部規範，即無從輕原則的適用問題。詳言之，懲罰機關是依懲罰法有關懲罰效果之擇定的規範，審酌違失行為情節的輕重等，為合義務性裁量後，作成懲罰處分。如個案已依法裁量，沒有裁量瑕疵，則縱使裁量基準於懲罰處分作成後為形式上有利於行為人的變更，亦不得以行為後的裁量基準為有利於行為人的變更，而主張應適用修正後的裁量基準，並據此指摘懲罰處分為違法。

3.104年5月6日修正公布的懲罰法第15條第6款規定：「現役軍人有下列違失行為之一者，應受懲罰：……六、不遵法令兼職、兼差。」其修法理由：「軍人應以一人一職為原則，以期專職專任，非有法令依據，不應兼職、兼差，爰配合實需，增列第6款。」此一規定於113年8月7日修正為第6條第1項第6款規定：「軍人非執行勤務而有下列行為之一者，為勤務外違紀行為，仍應受懲罰：……六、未依法令兼職或經營商業。」其修法理由：「本條為軍人勤務外違紀行為，軍

人於執行勤務以外期間之不當行為，且非修正條文第5條第2項所定行為，雖未違反勤務義務或直接影響服役機關內部紀律，但所呈現之人格瑕疵，如已喪失一般社會通念下對軍人之合理期待，且足生影響軍隊信譽或服役機關勤務運作時，權責長官仍得藉由適切之懲罰予以警惕，第1項各款說明如下：……㈥第6款係由原條文第6款移列，並配合公務員服務法第15條第1項及第2項，酌作文字修正。」比較修正前後規定，就現役軍人不得違法兼職的懲罰要件而言，並無二致，換言之，沒有修正後規定較有利於行為人的情形。又行為時懲罰法第8條第1項規定：「辦理懲罰案件，應視違失行為情節之輕重，並審酌下列事項：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。」此於113年8月7日修正為第12條第1項規定：「辦理懲罰事件，應視違紀行為情節之輕重，並審酌下列事項：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。」僅係將原第8條第1項序文的「案件」修正為「事件」，另將「違失行為」修正為「違紀行為」，決定懲罰種類與額度的實體審酌事項則無變動，自亦無修正後規定較有利於行為人的情形。

4. 為實施行為時懲罰法第15條第6款規定，限制國軍人員兼職、兼差，以期專任專責，國防部訂有系爭兼職規定，其第4點規定：「國軍人員不得在外兼職、兼差，從事經營商業或投機事業，其身分及規範不因公餘而中止，亦不因時間而更易。……。」第5點第1款規定：「國軍人員均應一人一

職，除法令另有規定外，應遵守下列規定：㈠合於兼職規定者，應於事前填具申請書併檢附相關證明文件向服務機關申請許可。機關首長需應向上級主管機關申請許可。」第6點規定：「兼職、兼差懲罰（處）基準一覽表，如附表。」其附件「國軍人員兼職兼差懲罰（處）基準一覽表」（下稱系爭附表）項次1及項次11規定：軍官、士官、士兵未經許可擅自兼職、兼差，經查屬實者，初犯記過1次、再犯記過2次；兼職兼差領有報酬者，初犯記大過1次、再犯記大過2次檢討不適服汰除。又系爭兼職規定已於114年8月6日修正發布名稱及全文，名稱修正為「國軍人員兼職處理要點」，其第2點第5款規定：「本要點用詞，定義如下：……㈤兼職：指同時從事二項以上職務或在本職以外另行擔任職務，或以部分工時兼任之非全職工作。」第3點第1項規定：「國軍人員應一人一職，不得兼職。但有下列情形之一，且經向所屬機關（構）、部隊、學校……申請同意者，不在此限：……。」第10點規定：「違規兼職及經營商業懲罰基準一覽表如附件二。」該附件二「國軍人員違規兼職及經營商業懲罰基準一覽表」項次1規定：志願役軍官、士官、士兵未經同意或報請單位備查，擅自兼職，無論是否領有報酬，經查屬實者，記過1次至記過2次；附記第3點規定：「本基準表僅供懲罰參考，視個案情形得依陸海空軍懲罰法第12條規定，酌予適切之懲罰，並敘明理由。」比較修正前後規定，有關現役軍人應一人一職，除依法令或經所屬單位同意外，不得兼職、兼差的原則，並無二致。惟就裁量基準部分，修正後的規定，不問是否領有報酬，違法兼職（差）者，記過1次至記過2次，相較於修正前領有報酬者，初犯即記大過1次的標準，形式觀之，修正後的規定較有利於行為人。然如前所述，裁量基準的變更並無113年8月7日修正後懲罰法第7條第2項規定的適用。有關懲罰種類與額度的決定，仍應由權責機關依行為時懲罰法第8條第1項（或113年8月7日修正

後第12條第1項）規定為合義務性的裁量，並據以判斷懲罰處分的合法性。

㈡上訴人於系爭期間騎乘後座設有外送平臺F公司外送箱的機車執行外送，共計有80餘次的取、送餐（貨）行為，均是由上訴人使用註冊於F公司的配偶蘇君名義，親自操作手機，自行決定是否接單後，進而為取、送餐（貨）行為，非如上訴人主張是單純依蘇君指示協助執行取、送餐（貨）而已；依F公司承攬服務條款可知，外送人員無法於選擇時段執行外送時，得選擇於該時段開始前釋出；接單後需中斷服務者，亦可自行設定休息，或通知派單中心協助下線，無請他人代理接單或協助執行外送的必要；又縱為配偶的兼職、兼差，亦非家務代理的範圍，無由上訴人從事之理；上訴人於系爭期間有重複性、密集性執行外送服務的事實，已非偶一為之，而是有經常性、持續性，以及反覆從事同種類行為的業務特徵，並有F公司支給報酬轉入蘇君帳戶，足見上訴人於系爭期間以蘇君名義自行接單，從事外送，係為獲取報酬，不因報酬是轉匯入接單名義人即註冊外送人員蘇君提供的銀行帳戶而有差別，堪認上訴人確有違法兼差，並領有報酬等情，為原審依法認定的事實，核與卷證相符，沒有違反證據法則、經驗法則及論理法則的情形，所持法律見解亦屬正確。上訴人主張：所謂兼職、兼差領有報酬，是指行為人於職務外從事非屬職務範圍內的勞務提供，並因此獲得受領勞務者以行為人為對象的勞務對待給付，上訴人沒有和F公司簽立外送合約，並非F公司的外送員，且F公司給付報酬的相對人為蘇君，不是上訴人，上訴人並無因外送的勞務付出而取得對待給付，原審罔顧債之相對性，逕認上訴人兼職受有報酬，均有違誤等等，無非是以其主觀見解，對於已經原判決詳為論駁的事項再為爭執，並就原審依職權取捨證據後所為的事實認定為指摘，均不足採。又陸海空軍軍官士官任職條例第18條規定：「軍官、士官兼職如左：一、不得兼任軍職以外之公職或業務。但法令有規定者不在此限。二、為

應軍事需要，在不妨礙本職任務下，得命兼任其他軍職。」其立法理由：「明定軍官、士官兼職之限制，以免妨礙本職。」行為時懲罰法第15條第6款規定將「不遵法令兼職、兼差」列為現役軍人的違失行為，應受懲罰，其立法目的亦在於軍人以一人一職為原則，以期專職專任，除有如陸海空軍軍官士官任職條例第18條規定等法令依據外，不應兼職、兼差。此與公務員服務法第15條規定：「（第1項）公務員除法令規定外，不得兼任他項公職；其依法令兼職者，不得兼薪。（第2項）公務員除法令規定外，不得兼任領證職業及其他反覆從事同種類行為之業務。但於法定工作時間以外，從事社會公益性質之活動或其他非經常性、持續性之工作，且未影響本職工作者，不在此限。（第3項）公務員依法令兼任前2項公職或業務者，應經服務機關（構）同意；機關（構）首長應經上級機關（構）同意。（第4項）公務員兼任教學或研究工作或非以營利為目的之事業或團體職務，應經服務機關（構）同意；機關（構）首長應經上級機關（構）同意。但兼任無報酬且未影響本職工作者，不在此限。（第5項）公務員有第2項但書及前項但書規定情形，應報經服務機關（構）備查；機關（構）首長應報經上級機關（構）備查。（第6項）公務員得於法定工作時間以外，依個人才藝表現，獲取適當報酬，並得就其財產之處分、智慧財產權及肖像權之授權行使，獲取合理對價。（第7項）第2項、第4項及第6項之行為，對公務員名譽、政府信譽、其本職性質有妨礙或有利益衝突者，不得為之。（第8項）公務員兼任第3項所定公職或業務及第4項所定工作或職務；其申請同意之條件、程序、限制及其他應遵行事項之辦法，由考試院會同行政院定之。」較廣泛地在一定要件下容許公務員兼職、兼差，截然不同。考量國軍人員雖為廣義公務員，然工作性質、作息及所擔負責任與一般公務員具有相當差異，為避免兼職、兼差影響戰備執勤情事及衍生相關軍民（勞資）糾紛，致影響國軍整體形象及戰力，立法者有意區隔文

武職公務人員的兼職、兼差標準，尚屬合理的差別待遇，即不宜任意比附援引公務員服務法及其相關解釋函令標準，作為行為時懲罰法第15條第6款規定的解釋依據。此外，公務員服務法第14條第1項及第2項規定：「（第1項）公務員不得經營商業。（第2項）前項經營商業，包括依公司法擔任公司發起人或公司負責人、依商業登記法擔任商業負責人，或依其他法令擔任以營利為目的之事業負責人、董事、監察人或相類似職務……。」其立法目的在禁止公務員同時具有事業經營者的身分，以避免為求私利而影響公務的情事發生。原判決認定上訴人以配偶蘇君名義為F公司從事外送勞務，而受有報酬，已如上述，並未認定上訴人或蘇君有經營商業行為。因此，上訴意旨主張：陸海空軍軍官士官任職條例第18條及行為時懲罰法第15條第6款規定無法含括公務員服務法第14條有關禁止經營商業的要求，惟系爭兼職規定第4點規定不僅限制兼職、兼差，亦禁止從事商業行為，係增加陸海空軍軍官士官任職條例及懲罰法所無的考量；依銓敘部76年2月23日76台銓華參字第82025號函可知，公務員於公餘時間為同居共財的親屬協助經營商業，在不影響公職本務的前提下，尚非兼職或經營商業，系爭兼職規定對於現役軍人於公餘時間協助親屬經營商業，亦應類推解釋；參酌系爭附表項次7「因家屬借用其名義從事商業行為，經查屬實」及項次9「經證實確屬繼承關係，而成為公司股東或持有公股份」等，亦可知系爭兼職規定不排除存有於公餘時間牽涉家庭、家屬關係的兼職、兼差行為，應為從輕處罰，以顧及家庭權等等，均不可採。

㈢上訴人雖主張：系爭附表項次11「兼職兼差領有報酬」，是否含括附表所列其他禁止態樣並領有報酬的情形，或僅指系爭附表項次1「未經許可擅自兼職、兼差」而領有報酬的情形，容有疑義，如為後者，沒有涵蓋其他項次的禁止樣態，則違反項次11的禁止態樣者，記大過乙次，而其他項次的禁止樣態同時領有報酬者，卻僅記過兩次，輕重失衡；從事直

銷、保險，且已達專員或經理級以上人員，必自所營直銷、保險事業受有報酬，系爭附表項次4僅規定初犯者記過兩次，而項次11卻規定初犯者大過乙次，輕重失當；上訴人受配偶蘇君要求協助外送，非個人親自接單，且上訴人未註冊為F公司外送員，僅是偶發、暫時性協助親屬，未自F公司受領勞務對待給付，惡性及對部隊的實害，較系爭附表項次2「假借職務上之權力、機會或方法，以達推介之目的因而獲利」、項次3「違反善良風俗，影響國軍軍譽」及項次5「將直銷或保險引入軍中」等禁止態樣，顯然較輕，而違反上開禁止態樣的初犯僅記過兩次，均較項次11的記大過乙次為輕，亦有裁量瑕疵；參酌系爭附表項次7「因家屬借用其名義從事商業行為，經查屬實」初犯記過乙次，當事人不知情者，得減輕或免除懲罰，以及項次9「經證實確屬繼承關係，而成為公司股東或持有公股份」免予處分等規定，可知系爭兼職規定不排除存有於公餘時間牽涉家庭、家屬關係的兼職、兼差行為，應為從輕處罰等等。然而，系爭附表是國防部為協助下級機關或屬官辦理行為時懲罰法第15條第6款的違失事件時，有可資參考的基準而為規範，性質上屬於裁量基準的行政規則。被上訴人於個案中固可參考援用，但仍不得牴觸懲罰法有關規定。又依行為時懲罰法第8條第1項規定，辦理懲罰案件，應視違失行為情節的輕重，並審酌行為的動機、目的、行為時所受的刺激、行為的手段、行為人的生活狀況、行為人的品行及智識程度、行為對領導統御或軍事紀律所生的影響、行為人與被害人的關係、行為人違反義務的程度、行為所生的危險或損害、行為後的態度等，為符合比例原則的合義務性裁量決定。從而，被上訴人對上訴人的懲罰，享有一定程度的裁量空間，但非毫無界限；其固得參據系爭附表，但不受此拘束，除不可逾越法定裁量範圍外，亦不可違背法規授權的目的，並應符合比例原則，為合義務性的裁量決定。經審查，被上訴人就上訴人違法兼職的違失，已於112年9月13日召開懲罰評議會，先由承辦單位陳

述案情摘要、報告調查情形；續由上訴人陳述意見後先行離席；再由上訴人任職單位報告上訴人平日生活狀況及工作表現等考核情形，並答覆委員有關上訴人任職勤務大隊前的任職單位、行為後表現及態度、是否影響領導統御、平時是否有較佳的行為或態度、上訴人對於兼職兼差的規定是否瞭解、單位是否宣教周知、上訴人兼職兼差有無向單位報告、訪談時的配合程度等提問；承辦單位報告行為時懲罰法第8條、系爭兼職規定、強化國軍志願役軍官士官及士兵考評具體作法、國軍志願役軍官士官及志願士兵考績作業規定等法令內容，以及包括上訴人近5年考績、懲罰及獎勵紀錄等有利與不利上訴人的事項後，由出席委員評議；經與會委員審酌上訴人為資深士官幹部，亦為單位宣導禁止兼職兼差規定的承辦人，知悉國軍人員不得在外兼差兼職，仍於營外下班或假日離營期間兼差外送，領取報酬，嚴重影響軍譽及損害軍紀，又行為後態度避重就輕，未見自我檢討，行為後態度不佳，且身為資深幹部，未能以身作則，影響單位領導統御等情，以投票方式，一致決議應處以大過乙次的懲罰，以上為原審依法認定的事實，核與卷證相符。是以，懲罰評議會就上訴人違法兼差之違失行為的審議，並非僅以系爭附表內容而為決議，而是依行為時懲罰法第8條第1項規定各款情狀為審酌後作成決定，並未排除依個案情節而為合義務性裁量，亦無違反比例原則或有何裁量瑕疵的情形。上訴人執系爭附表所列各項次的違失情狀及懲罰種類為比較，在此範圍內主張規範的輕重失衡及原判決違背法令等情，均不可採。

㈣綜上所述，原判決駁回上訴人在原審的訴訟，沒有違誤。上訴意旨指摘原判決違背法令，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

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

中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　23　　日

最高行政法院第二庭

審判長法官　陳　國　成
法官　高　愈　杰
法官　林　秀　圓
法官　李　明　益
法官　楊　坤　樵

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異
中　　華　　民　　國　　115　　年　　1　　月　　23　　日
書記官　高　玉　潔