

最 高 行 政 法 院 裁 定

114年度上字第603號

上 訴 人 蕭鈞議

訴訟代理人 吳淑靜 律師

被 上 訴 人 國防部陸軍司令部

代 表 人 呂坤修

上列當事人間陸海空軍軍官士官服役條例事件，上訴人對於中華民國114年7月10日臺北高等行政法院113年度訴字第352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、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。又依同法第244條第2項規定，上訴理由應表明原判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實。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之裁判，則應揭示該解釋或該裁判之字號或其內容。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，或其所表明者與上開法條規定不合時，即難認為

01 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
02 難認為合法。

03 二、爭訟概要：(一)上訴人原為花蓮縣後備指揮部少校動員官，前
04 於任職新竹後備指揮部（下稱新竹後指部）時，於民國108
05 年2月至10月間與營外已婚○姓女子（下稱○女）有不正當
06 言行，於同年6月間在租賃套房與○女獨處浴室及同宿，遭
07 ○女當時之配偶向新竹後指部1985專線申訴妨礙家庭，肇生
08 軍民糾紛；並於輪值戰情官期間，密集撥打戰情室公務民線
09 電話與○女聯絡；且未經核准擅入服務台與○女用餐，違反
10 戰情作業紀律等情，經新竹後指部以108年11月15日後新竹
11 綜字第1080004559號令（下稱108年11月15日令或系爭懲罰
12 令）分別核予大過1次、申誡2次及記過1次之懲罰。上訴人1
13 08年度考績，嗣經北部地區後備指揮部（下稱北區後指部）
14 評列為丙上（下稱108年度考績評定）。上訴人不服108年度
15 考績評定，提起訴願，遭國防部109年6月8日109年決字第10
16 8號訴願決定駁回。北區後指部於109年6月16日及同年7月28
17 日先後召開不適服現役人事評議會（下稱人評會）及再審議
18 人評會，考核上訴人不適服現役，呈經被上訴人以109年11
19 月11日國陸人勤字第1090112473號函（下稱前處分）核定上
20 訴人不適服現役解除召集，自109年11月16日零時生效，上
21 訴人提起訴願，遭國防部110年3月15日110年決字第43號訴
22 願決定（下稱前訴願決定）駁回。嗣經臺北高等行政法院
23 （下稱原審）110年度訴字第548號判決前訴願決定及前處分
24 均撤銷，復經本院112年度上字第202號裁定上訴駁回確定
25 （下合稱系爭確定裁判）。(二)其後，北區後指部重行於112
26 年7月6日及同年7月27日分別召開人評會及再審議人評會，
27 考核上訴人不適服現役，經被上訴人112年8月22日國陸人勤
28 字第1120153348號令以上開人評會及再審議人評會之委員編
29 組不合法為由，請北區後指部重新完成相關作業後另案呈
30 報。北區後指部旋於112年9月19日及同年10月12日陸續召開
31 人評會及再審議人評會，考核上訴人不適服現役，經被上訴

人以112年10月26日國陸人勤字第1120198247號函（下稱原處分）核定上訴人不適服現役解除召集，溯自109年11月16日零時生效。上訴人不服，循序提起行政訴訟，並聲明：訴願決定及原處分均撤銷，經原審以113年度訴字第352號判決（下稱原判決）駁回後，遂提起本件上訴。

三、上訴意旨略以：系爭懲罰令所涉上訴人違反男女不當關係等行為而遭懲處之部分，均為人評會依行為時強化國軍志願役軍官士官及士兵考評具體作法第6點第1款第3目所應審酌，對上訴人之權益影響甚鉅，法院自仍應就原處分前階段之行政參與即系爭懲罰令之合法性一併為司法審查。上訴人與○女並未發生性關係，新竹後指部卻對上訴人逕為記大過1次懲罰，已有違反比例原則及平等原則，自屬違法。前處分既已經系爭確定裁判撤銷確定，即便重新作出原處分，均應依行政程序法第110條第1項規定，以原處分重新送達於上訴人始生效力，而不得溯及既往發生效力。況北區後指部重新召開人評會，並非單純補正行政程序而已。北區後指部召開再審議人評會時，新竹後指部指揮官蘇茂嘉僅陳述考評前1年內個人平日生活考核、對任務賦予及工作態度部分，因視訊突然中斷，人事官及主席卻逕行令再審議人評會委員逕為討論、考評上訴人是否不適服現役，再審議人評會之上開情形，已違反正當行政程序。上訴人無論因何種原因而無意願到場，均得以書面陳述意見，此乃其依法令所得享有之權利，與上訴人復職後之在部隊之表現如何，乃屬二事。再審議人評會委員以上訴人不出席會議為由作為上訴人不適服現役之理由，顯有違反不當聯結之禁止原則。依證人邱創國證述，無法事先安排提供給荷松協會桌餐之事，實不應歸責於上訴人。人評會顯有基於錯誤事實而為恣意判斷之違法，原處分自應撤銷。國防部後備指揮部承辦人當時打電話過來詢問上訴人有關科長及承辦人名字時，其並未告知是為了敘獎所用或是有其他用途。惟原判決卻遽為認定蘇茂嘉於原審及人評會、再審議人評會所述可採，並認人評會及再審議人評

會決議並無基於不正確資訊而為判斷之違法，顯有應調查證據未予調查之違法。北區後指部於112年9月19日人評會會議資料，僅臚列上訴人之108年度獎懲紀錄及考績，卻漏列上訴人於109年所獲得之獎勵紀錄，人評會決議顯有基於不完全資訊而為判斷之違法情形，原判決維持原處分，自屬判決違背法令等語。

四、惟查，原判決理由已論明：(一)上訴人本有合法救濟途徑卻任意放棄對108年度考績評定之行政救濟，已生構成要件效力，上訴人於本件不得任意排除其適用。108年11月15日令之懲罰事實雖亦屬人評會考評審議資訊範圍，然與是否符合不適服現役考核依據並開啟考核程序之合法性不生影響。本件應無庸審酌108年11月15日令之各懲罰是否已確定及是否符合比例、平等原則。(二)倘退伍處分所依據之基礎事實並未發生改變，前處分僅係因程序上瑕疵遭撤銷，機關再次本於同一事實作成處分時，處分內容對相對人有可預測性，因而溯及前處分實際辦理退伍時生效，並無不合。系爭確定裁判係基於前處分作成之程序上瑕疵撤銷，北區後指部旋重行召開人評會進行考核之基礎事實並未發生改變。雖蘇茂嘉上校於說明過程發生連線中斷問題，然仍於委員於投票前完成其陳述，且經主席於投票前再次向委員及列席人員詢問：還有需要補充說明的嗎？經各委員表示無，方進行投票表決等情，堪認委員於投票前均已充分了解所欲考評之事項始進行考評，難認有違反何明文規定之程序瑕疵、有出於錯誤之事實認定或不完全之資訊可言。參以人評會及再審議人評會委員於考評時，考量上訴人108年考績評定丙上之違失行為，並就涉及「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」充分討論與陳述意見、提出書面發言單，除主席外均全數贊成通過考評上訴人不適服現役。人評會及再審議人評會並無判斷違法情事。準此，被上訴人以原處分對上訴人所為不適服現役退伍之決定，並溯及於前處分原已發生效

01 力之時，依前揭說明，並無不合。再審議人評會陳中校主要
02 以上訴人執未讓其復職作為不出席會議為由之事後態度，作
03 為是否不適於服役之考量之一，難認已構成不當聯結。(三)關
04 於上訴人辦理108年後備軍人晉任暨幹部表揚典禮，上訴人
05 辦該活動確有疏失及私報獎勵情事，上訴人主張其辦理該活
06 動無疏失，僅是據實告知國防部後備指揮部承辦人，伊係該
07 活動承辦人即獲獎云云，顯與事實不符，上訴人主張之敘獎
08 程序，也核與一般行政機關敘獎流程不符，自無足採。蘇茂
09 嘉於人評會及再審議人評會所為陳述，經人評會及再審議人
10 評會審酌，並無基於不正確的資訊為判斷。上訴人前主管前
11 新竹後指部陳副旅長、前花蓮縣指揮官李上校，就上訴人近
12 期表現則有向人評會分別說明。且承辦單位於再審議人評會
13 報告，並由前花蓮縣指揮官李上校，就上訴人近期表現向再
14 審議人評會說明，難認委員有未充分審酌上訴人近期對任務
15 賦予及工作態度、事實發生所生影響事項。被上訴人以原處
16 分核定上訴人不適服現役退伍，並無違誤，因之判決駁回上
17 訴人在原審之訴等語。上訴意旨雖以原判決違背法令為由，
18 惟核其上訴理由，無非重述其在原審提出而為原審所不採之
19 主張，及就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為
20 不當，並就原審已論斷或指駁不採其主張之理由，再事爭
21 執，泛言原判決違背法令，而非具體表明合於不適用法規、
22 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，
23 難認對原判決之如何違背法令已有具體之指摘。依首揭規定
24 及說明，應認其上訴為不合法，應予駁回。

25 五、據上論結，本件上訴為不合法。依行政訴訟法第249條第1項
26 前段、第104條、民事訴訟法第95條第1項、第78條，裁定如
27 主文。

28 中 華 民 國 115 年 5 月 28 日

29 最高行政法院第四庭

30 審判長法官 王 碧 芳

31 法官 張 國 勳

01

法官 鍾 啟 煒

02

法官 陳 文 燦

03

法官 王 俊 雄

04

以 上 正 本 證 明 與 原 本 無 異

05

中 華 民 國 115 年 5 月 28 日

06

書記官 張 玉 純