最　高　行　政　法　院　裁　定

114年度抗字第258號

抗　告　人　周彥廷

訴訟代理人　邱政勳　律師

相　對　人　陸軍第六軍團指揮部

代　表　人　陳文星

上列當事人間聲請停止執行事件，抗告人對於中華民國114年4月23日臺北高等行政法院114年度停字第21號裁定，提起抗告，本院裁定如下：

主　文

一、抗告駁回。

二、抗告訴訟費用由抗告人負擔。

理　由

一、抗告人是○○○○○○○○○○○及○○○○○○○○○，原任職相對人所屬○○○○○○○，經相對人查證有於民國112年9月11日上午10時許，以右手環抱同連林姓下士左大腿，並以左手撫摸右大腿等行為（下稱系爭行為），認屬國軍軍風紀維護實施規定（下稱軍風紀規定）第29點第1款後段所定言行不檢之違規行為，有陸海空軍懲罰法第15條第14款所定其他違反國防部所頒布法令之違失行為，乃以112年9月28日陸六軍人字第1120174345號令（下稱原處分一），核予記過2次懲罰。嗣相對人經軍事職軍官各階人員考績審核會審核後，評列抗告人112年度考績績等為乙上，由相對人以113年1月15日陸六軍人字第1130012204號令（下與原處分一合稱原處分）核定之，並自113年1月1日生效。抗告人不服，循序對原處分提起行政訴訟。後抗告人向服役單位提出志願留營續服現役3年之申請，相對人先以114年2月5日令予以核准，復以114年2月21日陸六軍人字第1140032416號令（下稱系爭註銷令）註銷前核准抗告人志願留營之核定。抗告人不

服，提起訴願，並於訴願決定前，向臺北高等行政法院（下稱原審）聲請停止原處分及系爭註銷令之執行，經原審以114年度停字第21號裁定（下稱原裁定）駁回，抗告人不服，提起本件抗告。

二、抗告意旨略謂：㈠軍風紀規定違反法律保留原則，原處分及系爭註銷令欠缺對抗告人軍人身分有重大不利影響之相關內容，且未記載所援引裁（量）罰標準及如何裁量理由，違反行政處分明確性原則，有一望即知之重大明顯瑕疵。㈡相對人作成系爭註銷令前未予抗告人陳述意見機會，未踐行正當法律程序，系爭註銷令具重大明顯瑕疵而屬無效。㈢系爭註銷令既屬無效行政處分，抗告人無庸踐行訴願前置程序，即得提起確認行政處分無效之訴，並向法院聲請停止執行，原裁定稱本件對系爭註銷令聲請停止執行乃規避訴願程序，增加法律所無之限制。㈣原處分及系爭註銷令之繼續執行，將使抗告人不符志願留營甄選條件，被迫喪失軍人身分，縱日後行政爭訟勝訴，抗告人年齡亦將超過志願留營入營之年齡限制，無法回復至未退伍留營狀態，即使重新入營，亦無法於3年後即因服役期滿20年而取得領取終身俸資格，抗告人軍職身分之存續非金錢足以彌補，對抗告人權益造成不能回復原狀之損害，且具有急迫情事等語。

三、本院查：

(一)訴願法第93條第2項、第3項：「(第2項)原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行。(第3項)前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行。」行政訴訟法第116條第2項、第3項：「(第2項)行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之。(第3項)於行政訴訟

起訴前，如原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響者，不在此限。」可知，必須原處分之合法性顯有疑義，或原處分之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事，非即時由行政法院處理，難以救濟者，行政法院始可裁定停止執行，否則尚難認行政法院有裁定停止執行予以暫時權利保護之必要。而所謂「難於回復之損害」，係指損害不能回復原狀，或在一般社會通念上，如為執行可認達到回復困難之程度，且其損害不能以相當金錢填補者而言，至於當事人主觀認知上難於回復之損害，並不屬於該條所指難於回復之損害。

(二)經查，抗告人雖主張原處分及系爭註銷令有重大明顯瑕疵而屬無效，惟其所主張之違法瑕疵是否存在及是否達於重大明顯之程度等，均有待法院於本案訴訟程序中，審酌兩造之主張並依相關證據綜合判斷，依現有事證，尚難認原處分及系爭註銷令有不待調查顯然即知之違法，未符合「原處分合法性顯有疑義」之停止執行要件。又抗告人如於本案爭訟程序獲有利之訴願決定或判決確定，原處分經法院撤銷後，尚得由相對人對抗告人既存過去表現重為考績評定；系爭註銷令若經訴願機關或法院撤銷後，即得回復抗告人前經相對人核准自114年4月21日起留營3年之狀態，難認有抗告人所稱軍職身分存續將受難以回復損害之急迫情事。至其間因記過、不利考績處分、未能志願留營等，間接導致其所得或收入之減損，非不能以金錢賠償或回復之，難認屬難以回復之損害，或有何急迫之情事。綜上，抗告人聲請本件停止執行，核與行政訴訟法第116條第2項及第3項規定要件不合，原裁定駁回抗告人停止執行之聲請，理由雖略有不同，結論並無違誤，抗告人之抗告難謂有理由，應予駁回。

四、據上論結，本件抗告為無理由。依行政訴訟法第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　　19　　日

最高行政法院第三庭

審判長法官　蕭　惠　芳

法官　林　惠　瑜

法官　李　君　豪

法官　林　淑　婷

法官　梁　哲　瑋

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　19　　日

書記官　曾　彥　碩