臺北高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第七庭
112年度訴字第1295號
114年5月1日辯論終結

原　　告　劉炫麟

訴訟代理人　高宏銘　律師
複 代理 人　廖至中　律師
被　　告　國防部空軍司令部

代　表　人　鄭榮豐(司令)

訴訟代理人　林佑錩

　　盛安柔
　　翁學謙

上列當事人間退伍事件，原告不服國防部中華民國112年9月18日112年決字第253號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、訴願決定及原處分均撤銷。

二、訴訟費用由被告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

本件起訴時，被告代表人為劉任遠，於訴訟進行中變更為鄭榮豐，業經新任代表人具狀聲明承受訴訟(本院卷第285至286頁)，經核並無違誤，應予准許。

二、爭訟概要：

原告原係空軍戰術管制聯隊(下稱戰管聯隊)第一雷達分隊士官長作戰督導士，於民國112年4月15日與民人許君在永和探索旅館發生婚外性行為(下稱112年違失行為)，違反不當情感關係，經空軍戰術管制中心(下稱戰管中心)查證屬實，以

112年5月19日空戰中心字第1120120539號令(下稱系爭懲罰令)核定原告大過2次，戰管聯隊並據於112年5月23日召開不適服現役人事評審會(下稱系爭人評會)，決議同意不適服現役，原告申請再審議，戰管聯隊復於同年6月6日召開不適服現役再審議人事評審會(下稱再審議人評會)，仍決議同意不適服現役，呈經被告以112年6月14日國空人勤字第1120142805號令(下稱原處分)核定原告不適服現役退伍，自112年6月15日零時生效。原告不服，提起訴願，經訴願決定駁回，遂提起本件訴訟。

三、原告主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.系爭懲罰令有以下違法：

⑴原告誤認系爭人評會之審議範圍包括系爭懲罰令，未單獨針對系爭懲罰令提起行政救濟，然系爭懲罰令並非合法，本件應就系爭懲罰令之適法性為審查。

⑵原告近年來婚姻關係名存實亡，於112年4月間透過網路認識許君，並於同年月15日發生親密關係，於同年月28日遭許君提起妨害性自主之告訴，嗣原告於同年5月15日主動向軍隊報告有112年違失行為，合於陸海空軍懲罰法第8條第2項第2款自首之規定，得減輕或免除懲罰，系爭懲罰令卻未依法減免懲處。且該案嗣經臺灣臺北地方檢察署(下稱臺北地檢署)檢察官作成112年度調院軍偵字第8號不起訴處分(下稱刑事另案)，可見原告112年違失行為僅違反配偶忠誠義務，非執行職務上之疏失，無涉公益，系爭懲罰令有判斷出於錯誤事實之違法。復依「國軍人員性騷擾案件懲罰建議參考表」可知，若係猥褻或言語、肢體騷擾，違犯情節屬中度，最重懲罰為大過1次，惟原告並無任何性騷擾或妨害性自主之情事，至多僅有情感不當，違失情節較上揭參考表所列舉之情形輕，卻受有重於猥褻或言語、肢體騷擾之懲罰。戰管中心既未依陸海空軍懲罰法第8條第1項、第2項規定，審酌原告違失情節之輕重、行為動機、違反義務之程度、所生之危

害、行為後之態度，及主動向軍隊報告自首等節，未依同法第10條規定，為合義務性之裁量，逕以系爭懲罰令核定最嚴重之懲罰大過2次，違反比例原則。

⑶原告於105年曾遭檢舉有傳送不雅照片予他人之行為(下稱105年違失行為)，然原告僅係將私密照片傳送給已發生親密關係但分手之交往對象，而遭檢舉報復，難認有「散布」私密照片或成立性騷擾。況原告105年違失行為距112年違失行為已有7年，戰管中心誤認原告為陸海空軍懲罰法第9條之累犯而從重處罰，核定大過2次，亦有違法。

2.原處分有以下之違法：

⑴被告召開系爭人評會、再審議人評會，未待112年違失行為所涉妨害性自主之刑事另案調查結果，逕以原告涉犯該案為審酌因素，作成不適服現役之決議，然該案業經不起訴處分確定，原處分有判斷出於錯誤事實之違法。

⑵原告服役期間考績均為甲等以上，獲記功、嘉獎、獎章無數，系爭人評會、再審議人評會僅據原告獎懲紀錄簡表，認定原告於105年因性騷擾事件遭懲處，本件為第2次違反男女分際，而屬累犯。惟105年違失行為無從認定本件為累犯，112年違失行為業經不起訴處分確定，則系爭人評會、再審議人評會認原告105年、112年違失行為均係違反男女分際，原處分有判斷出於錯誤事實及恣意濫用之違法。

⑶系爭人評會、再審議人評會以原告工作易被取代，為不適服現役之考量因素，惟此應與原告得否續任軍職無關，原處分有出於與事務無關之考量的違法。

⑷原告於112年5月15日向軍隊提及遭提起告訴，戰管聯隊於未查明事實之情況下，逕將原告自臺北調至宜蘭戰管中心，再於距離不足1周之時間，即決議原告退伍，過程草率，僅為息事寧人，以避免影響其他長官，顯為違法。

⑸國軍過往有諸多情感不當案例，違失情節更嚴重，且涉案軍官之官階遠高於原告，所受懲罰卻較原告輕微，原告僅因一時失慮而有112年違失行為，亦於事後獲配偶原諒、主動向

軍隊詳述經過，違失情節較輕，卻遭更嚴厲之最嚴重懲罰，原處分亦有違反比例原則及平等原則之違法。

㈡聲明：訴願決定及原處分均撤銷。

四、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.系爭懲罰令由戰管中心作成，無排除構成要件效力之例外情形，被告為戰管中心以外之行政機關，應予尊重。原處分以系爭懲罰令為基礎事實，自應受該令拘束。原告前未針對系爭懲罰令提起行政救濟，應已確定，非本件訴訟標的，行政法院應受系爭懲罰令構成要件效力之拘束。

2.系爭人評會及再審議人評會業經踐行正當法律程序，合於陸海空軍軍官士官服役條例(下稱服役條例)及113年2月2日修正發布前即行為時之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)之規定。復無判斷出於錯誤事實、就本件事項無關之考量，或裁量濫用、逾越之情，基於系爭人評會及再審議人評會之不可替代性、專業性、法律授權之專屬性及具高度裁量餘地等情，行政法院應予尊重。

3.原處分據系爭人評會及再審議人評會考評決定，核定原告不適服現役退伍，並無違誤：

⑴原告112年違失行為違犯不當情感關係等性別分際違失，經系爭懲罰令核予原告懲罰大過2次，戰管聯隊復依考評具體作法第3點第1款規定，依序於112年5月23日及同年6月6日召開系爭人評會及再審議人評會，上開會議均由副聯隊長擔任會議主席，評審委員共6位，包括男性委員4位、女性委員2位，任一性別比例未少於三分之一。會中均先由相關單位進行報告或說明，再由原告陳述意見及回應委員提問後，由前及現單位主官依考評事項，就原告前一年平日生活考核、對任務賦予及工作態度、受懲罰或事實發生所生影響、其他佐證事項等四大面向，提供書面考核資料向委員報告，並回應委員提問，再由各委員進行討論，程序均無不當。

⑵系爭人評會及再審議人評會作成不適服現役決議所應著重考量者，包括原告近期表現即近一年平日生活考核、工作態度及後續所生影響等各事項，服役期間過往之表現，則作為輔助參酌之因素，並認原告於任職期間與同仁相處融洽，上班之餘以家庭為重，近一年獎勵計4點及獎金4筆，屬職掌業務之一般性功績；然身為資深士官之領導職幹部，肩負教育所屬領導統御之責，仍肇生具已婚身分卻於營外與民人發生性關係之嚴重違失，實難為資淺官兵之表率，恐生官兵效仿等情事，對部隊內部管理紀及軍譽影響重大；復審酌原告已服役19年餘，對相關軍紀規定應甚熟知，且原告前於105年間有傳送不雅照片予民人之行為違失，已遭懲罰記過2次等關於品德、性情、敬業精神篩選標準為綜合判斷，又原告工作無特別表現亦無不可取代性，其身於側重領導統御之軍事體系，已不適於留在軍中，爰決議原告不適服現役，並無違法。

⑶戰管聯隊已告知系爭人評會及再審議人評會各評審委員刑事另案處理流程，與本件不適服現役無關，故原處分未審酌原告112年違失行為涉嫌妨害性自主部分，僅參酌原告違反不當情感關係之行為，無事實認定錯誤之違法。

㈡聲明：原告之訴駁回。

五、本件如爭訟概要欄所載之事實，業經兩造分別陳明在卷，並有系爭懲罰令(本院卷第99頁至101頁)、原處分(本院卷第105、106頁)、訴願決定(本院卷第111頁至117頁)、戰管聯隊系爭人評會及再審議人評會簽到表、會議紀錄、投票單、考評提報資料、開會通知單、委員編組表(本院卷第119頁至126頁、原處分卷第68頁至90頁、第93頁、第110頁至149頁、第152頁)、原告112年6月14日核發軍官士官士兵退除給與審定名冊(本院卷第107、108頁)、原告退伍令(本院卷第109頁)等件在卷可稽，堪信屬實。

六、本件爭點：

㈠系爭人評會、再審議人評會決議原告不適服現役，是否適法？

㈡被告依據系爭人評會、再審議人評會決議，以原處分核定原告不適服現役退伍，是否適法？

七、本院之判斷：

㈠應適用之法令及說明：

1.服役條例第15條第1項第5款規定：「常備軍官、常備士官，有下列情形之一者，予以退伍：□年度考績丙上以下或因個人因素1次受記大過2次以上，經人事評審會考核不適服現役。」服役條例施行細則第15條第1項第4款、第2項規定：「(第1項)本條例第15條所定退伍之處理程序，由相關機關或單位依下列規定造具退伍名冊，層報國防部或各司令部核定：□依第4款至第6款……規定退伍者，由所隸單位檢附相關資料辦理。(第2項)前項經核定退伍之軍官、士官，應發給退伍令。」

2.考評具體作法第1點規定：「目的：因應國軍亟需優質人力，藉主官(管)對部屬平日生活考核、任務賦予、工作績效、工作態度等綜合考核評鑑(以下簡稱考評)，經不適服現役人事評審會(以下簡稱人評會)議決，留優汰劣，以淨化國軍人員素質，提升戰力。」第3點第2款規定：「辦理時機：……㈡年度考評時：就全年平時考核評鑑，結合年度考績作業辦理。」第4點第3款規定：「具體作法：㈢軍官、士官依陸海空軍軍官士官服役條例第15條第5款規定，年度考績丙上以下或因個人因素1次受記大過2次以上，經人評會考核不適服現役者，予以退伍。」第5點第2款第3目規定：「考評權責：㈡各司令部：3.中、少校級軍官、尉級軍官、士官長，為少將以上編階主官(管)。」

3.服役條例及考評具體作法所稱「不適服現役」，屬於不確定法律概念，且事關國軍人力素質是否適服現役，繼續在軍中發揮組織編制員額內防衛國家安全目標的合理性考量，屬於軍事人事行政權核心領域的高度屬人性判斷，基於尊重此

屬人性判斷的不可替代性、專業性及法律授權的專屬性，固然應承認軍事行政機關就此等事項的決定，有判斷餘地，司法審查應採較低的審查密度。惟基於法治國原則，及憲法第16條對訴訟權的保障，如有判斷程序違背法令、判斷所根據之事實認定有誤、判斷恣意或怠惰等違法情事，包括：⑴行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或不完全之資訊。⑵法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無明顯錯誤。⑶對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範。⑷行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。⑸行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當聯結的禁止。⑹行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。⑺作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。⑻行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原則等情形時，仍得予撤銷或變更(司法院釋字第382號、第462號、第553號解釋理由意旨參照)。是為避免軍事機關內部因各層級命令服從關係森嚴，不當影響不適服現役決定所專設之正當行政程序，基於平等原則及行政自我拘束原則，軍事機關所屬人評會於進行「不適服現役」考評時，就服役條例及考評具體作法之上述規定，均應嚴格加以遵守，人評會如有上述8項判斷程序違背法令、判斷所根據之事實認定有誤、判斷恣意或怠惰等違法情事，所為不適服現役之考評決定，難謂合法。

4.再者，考評具體作法第6點第1款及第3款規定：「考評程序：㈠各單位檢討不適服現役案件時，應於受懲罰或考績命令發布30日內，依考評權責召開人評會，由權責長官指定所屬副主官（管）、相關單位主管及適當階級專業人員5人至11人組成之；原則上任一性別比例，不得少於三分之一。副主官（管)為人評會之主席。但副主官(管)出缺，或因受訓、差假等事不能召集或出席時，由權責長官就委員中單位主管一人，指定為主席。人評會議之決議，應有三分之二以上委員出席，以記名投票方式，就下列事項，進行公平、公正之

考評，出席委員過半數同意行之；可否同數時，由主席裁決之，簽請權責主官(管)發布考評結果，並附記教示規定，送達受考人：1.考評前一年內個人平日生活考核。2.對任務賦予及工作態度。3.受懲罰或事實發生所生影響。4.其他佐證事項。……㈢經考評不適服現役者，應依第5點之考評權責，檢附相關資料報請國防部或各司令部核定退伍、解除召集或轉服常備兵現役作業。」第7點第1款、第2款規定：「一般規定：㈠受考人對考評結果不服者，得依第6點第1款收受考評結果送達之次日起14日內，以書面申請再審議，並以1次為限。……㈡為期使再審議制度之公平、客觀性，各考評權責單位召開再審議人評會時，考評權責主官(管)指定再審議人評會主席及委員時，應適時調整委員編組，其委員組成二分之一不得與初審委員相同，並應依原評審結果保留不同意見委員相同比例人數，以確保官兵權益。」第8點第1款規定：「其他事項：各人評會委員應就受考人全案資料，依第6點第1款各目事項翔實綜合考評，以留優汰劣。」可知因應國軍亟需優質人力，留優汰劣，以淨化國軍人員素質，提升戰力，對於有因個人因素1次受記大過2次以上情事之常備士官，是否應命其退伍，所隸單位應就其是否適服現役，召開人評會為綜合考評，如受考人對考評結果不服者，得提起再審議，經人評會或再審議人評會考評不適服現役者，應由權責單位層報國防部或各司令部核定以其不適服現役為由辦理退伍，以確保部隊精良；然而另方面考評是否不適服現役，設有人評會及再審議人評會兩次委員會決議程序，並明定決議以記名投票之合議制方式決定，應有三分之二以上委員出席，出席委員過半數同意；於再審議人評會並有調整委員編組之規定，透過不同委員的組成，以達到實質重新審議之效果，防止人評會及再審議人評會藉形式上之議決，侵害軍人之工作權。從而，人評會及再審議人評會一旦就不適服現役同意與否進行表決，無論是否同意通過，會議主席即應依表決結果宣示之，即使人評會及再審議人評會本身亦不得

於未經法律許可之正當程序及條件下，撤銷前決議，準此方能多重確保官兵權益，符合相關正當法律程序。

㈡原處分所據之再審議人評會不適服現役考評決定有判斷程序違背法令之違法，應予撤銷：

1.經查，原告原係戰管聯隊第一雷達分隊空軍作戰督導士，編階為士官長，前於90年8月13日入伍，92年7月11日任官，有原告個人電子兵籍、經歷資料可參(本院卷第131頁至142頁、原處分卷第25頁至36頁、第79頁)。其因112年違失行為之個人因素，經戰管中心於112年5月19日核定大過2次，原告未就系爭懲罰令單獨提起行政救濟，嗣經戰管聯隊於112年5月23日召開系爭人評會，系爭人評會表決結果決議同意原告不適服現役。原告不服，申請再審議，再審議人評會於同年6月6日召開，表決結果仍決議同意原告不適服現役，被告乃於同年6月14日以原處分核定原告不適服現役退伍等情，有上開所引證據可證。本件系爭懲罰令業已確定而具構成要件效力，即符合服役條例第15條第1項第5款所定因個人因素1次受記大過2次，而須經人評會考核不適服現役之情形。系爭人評會及再審議人評會就原告是否不適服現役所為之考評決定，固有判斷餘地，惟本院仍應審究人評會及再審議人評會有無判斷程序違背法令、判斷所根據之事實認定有誤、判斷恣意或怠惰等違法情事。

2.觀諸再審議人評會之會議紀錄，會議係先由相關單位進行報告，再由原告陳述意見，嗣由前、現任單位主官分別就原告前一年平日生活考核、對任務賦予及工作態度、受懲罰或事實發生所生影響、其他佐證事項等四大面向委員報告，再由委員評審討論，討論時，各委員均一一針對上述四大面向逐一表示意見，最後進行記名投票表決(見原處分卷第111頁至132頁)。其中就表決程序，委員出席人數含主席共6位(見原處分卷第110頁)，可知欲作成同意受考人不適服現役之決議，應達過半數即4票以上之同意。再審議人評會於首次表決是否同意原告不適服現役時，以出席人數6人，表決結果3

票同意、2票不同意、主席暫不投票，而未達出席人數過半數(下稱第1次表決)，承辦單位以：「本次會議含主席有6位委員過半數為4票，建議各位委員可以思考再提出討論，接續重新投票」，主席續稱：「請各位委員可以針對單位幹部提報及會議資料重新思考」等語為由，使與會委員重行討論、表決，以出席人數6人，表決結果為4票同意、1票不同意，達出席人數過半數，而決議同意不適服現役(下稱第2次表決)(見原處分卷第120頁至122頁)。

3.經核，前開再審議人評會於第1次表決同意票為3票，既未達過半數即4票以上之同意，且無可否同數之情形，即應作成未通過同意不適服現役之決議，然本件主席未即為前揭表決結果而為決議之宣示，反續稱：「請各位委員可以針對單位幹部提報及會議資料重新思考」，即重行討論、表決，而於第2次表決達4票同意，作成同意不適服現役之決議。關於在考評過程經表決已作成之決議，卻於決議後發現原決議內容違背法令，或因情事變更，或因發現新事實、新資料而認有重行表決之必要時，衡理應非不得撤銷先前決議，進行重行決議。然自本件再審議人評會之會議紀錄，並無上揭有重行表決必要的事由存在；又會議規範係內政部為輔導社會民眾或團體組織於舉行會議時有可資遵循之運作規範，其性質雖非中央法規標準法所稱之法規命令，不具有強制性，然於行政程序個別法規未有規定時，仍可作為參考，本件考評具體作法，未就如何為復議或重行表決之程序制定相關規定，參考內政部會議規範第61條：「重行表決：出席人對表決結果，發生疑問時，得提出權宜問題，經主席認可，重行表決，但以一次為限。」第78條：「提請復議之理由：議案經表決通過或否決後，如因情勢變遷或有新資料發現而認為原決議案確有重加研討之必要時，得依第79條之規定提請復議。」第79條：「提請復議之條件：(第1款)決議案之復議，應具備左列條件：㈠原決議案尚未著手執行者。㈡具有與原決議案不同之理由者。㈢須提出於同次會或同一會期之

下次會，提出於同次會，須有他事相間，提出於下次會，須證明提出人係屬於原決議案之得勝方面者，如不能證明，應得議決該案之會次出席人十分之一以上之附議，並列入再下次會議事日程。(第2款)前款附議人數，如另有規定者，從其規定。」等規定。是再審議人評會對於是否同意原告不適服現役，一旦表決結果未通過，即應決議不同意不適服現役，對內即具有一定拘束力，除循前開正當程序，提起復議或重行表決，以表彰新決議之民主正當性高於前決議，否則，倘任意重行表決而作成新決議，進而否定前決議，將使再審議人評會制度流於形式，形塑有利特定人意志之表決結果，成為為該意志背書之工具，不僅侵害受考人之服公職權、對程序正當性之信賴，亦與設置考評制度之立法目的有悖。

4.被告於本院辯論時陳稱：因為票數沒有過半，等於會議沒有實質結果，如果再次投票結果票數仍未過半，就會請主席投票，第1次決議跟第2次決議所考慮之事實、證據沒有不同等語(見本院卷第371、372頁)，可知主席促請重新投票係因第1次表決結果之同意票及不同意均未過半，而認審議未達成實質結果。然依考評具體作法第6點第1款規定，再審議人評會就原告是否不適服現役，若未符合「過半數同意」之要件，即屬未通過，並非為複數選項之表決型式，故非謂同意或不同意票必須有任一票數過半數，才形成決議，被告所持見解，係對法令之誤會，並不足採。

5.從而，再審議人評會所為原告不適服現役之考評決議，既有違反正當法律程序之違誤，則原處分據以核定原告不適服現役退伍，亦屬違法。

八、綜上所述，被告作成原處分，應有違誤，訴願決定未予糾正，予以駁回，亦有未合，原告指摘訴願決定及原處分違法，請求撤銷，為有理由，應予准許。

九、本件判決基礎已經明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，故不逐一論述，併

此敘明。

十、結論：本件原告之訴為有理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　12　　日

審判長法　官　侯志融

法　官　傅伊君

法　官　郭淑珍

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院高等行政訴訟庭提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內補提理由書；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（均須按他造人數附繕本）。

三、上訴未表明上訴理由且未於前述20日內補提上訴理由書者，逕以裁定駁回。

四、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書（行政訴訟法第49條之1第1項第3款）。但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人（同條第3項、第4項）。

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所　需　要　件
㈠符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
㈡非律師具有右列情	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二

形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	親等內之姻親具備律師資格者。 2. 稅務行政事件，具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4. 上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合㈠、㈡之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出㈡所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　12　　日

書記官　劉聿菲