

臺北高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第一庭
112年度訴字第958號
113年11月21日辯論終結

原告 王家偉
被告 國防部陸軍司令部

代表人 鍾樹明（司令）
訴訟代理人 謝承哲
謝文健（兼送達代收人）

陳鉅孟

上列當事人間退除給與事件，原告不服國防部中華民國112年6月14日112年決字第159號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主 文

原告之訴駁回。
訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

行政訴訟法第111條第1項、第2項規定：「（第1項）訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意或行政法院認為適當者，不在此限。（第2項）被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。」查原告起訴時，聲明係為「訴願決定及原處分均撤銷。」嗣於本院審理期間，原告經本院行使闡明權後，追加其訴之聲明第2項為「被告應依原告民國112年3月9日之申請，作成核給原告退伍除役給與之行政處分。」（本院卷第119頁）被告就原告訴之追加並不爭執，故上述原告訴之追加應予准許，合先敘明。

二、事實概要：

01 (一)原告前係陸軍步兵第302旅（下稱302旅）第1營兵器連上士
02 班長。其於94年12月6日入伍為義務役士兵，96年3月28日退
03 伍，98年8月12日志願再入營。109年2月29日凌晨4時30分
04 許，原告騎乘機車為警攔檢並實施酒測結果為呼氣酒精濃度
05 為每公升0.26毫克，302旅乃先後以原告涉有酒後駕車、電
06 話驗證具報不實、涉足易肇生危安場所等情，核定大過2
07 次、記過1次、記過2次之懲罰，旋以原告1年內累計記大過3
08 次，再經陸軍第十軍團指揮部（下稱十軍團）核定其撤職，
09 自109年3月17日零時生效，並停止任用5年。原告對上開懲
10 罰、撤職等處分並未提起行政爭訟。

11 (二)原告於112年3月9日填具軍官士官士兵支領退伍除役給與申
12 請書（下稱退除給與申請書）及免予回役申請書，以其服役
13 年資10年6月20日，申請退除給與。經被告以112年3月17日
14 國陸人勤字11200457431號令（下稱原處分）核定其解除召
15 集，自112年4月1日零時生效，並依規定不發退伍給與。原
16 告不服，提起訴願遭決定駁回後，向本院提起本件行政訴
17 訟。

18 三、本件原告主張：

19 (一)本件訴訟標的為原處分之合法性，故原處分法規依據之各要
20 件事實，均在司法審查範圍內。被告依陸海空軍懲罰法（下
21 稱懲罰法）第20條第2項規定作成前處分，係以原告1年內受
22 有3次懲罰令，累計記滿3大過為其要件事實，故適用3次懲
23 罰令之違失事實及其懲罰決定，構成原處分要件事實之一部
24 分，自屬本院司法審查範圍所及，亦即，基於審查原處分合
25 法性之必要範圍內，當然及於原處分構成要件事實一部分之
26 各次懲罰令。復按被告以原告受有第1次、第2次、第3次懲
27 罰令之前處分，累計3大過，再據以作成原處分：有前後階
28 段之連貫性，依司法實務之違法性承繼理論，前階段之前處
29 分係屬違法，則後階段之原處分亦承繼前處分之瑕疵，亦同
30 屬違法，亦即各懲罰令皆係原處分之前階段行為，倘未具合
31 法性，其瑕疵將構成原處分之違法事由。又據以累計記大過

01 3次之各次記過，本質上也是懲罰種類法律效果選擇的結
02 果，既經評價為不同的違失行為，於此各次記過之裁量理由
03 即須各別觀察，所應考量的則是各該次的記過，是不是合義
04 務裁量。

05 (二)本件原告並無上開3次懲罰令所指之違失行為：

06 1.302旅第1營以原告於109年2月28日晚間9時30分，電話回
07 復連長稱其當晚並無邀約，屬具報不實為由，核定記過1
08 次懲罰。然原告於上開時日，根本未曾接獲連長之來電，
09 亦未曾向連長表示「當晚並無友人邀約」等語，何來具報
10 不實之情？302旅第1營以此為由，對原告記過1次，顯係
11 未釐清事實，該處分與事實不符，顯有違誤。

12 2.302旅第1營復以原告於上開時日與友人至「Bar Easy Tai
13 chung酒吧」飲酒聊天，係涉足易肇生危安場所，核定記
14 過2次懲罰。然原告當日前往之酒吧，應非屬「易肇生危
15 安之場所」之範圍。按軍風紀實施規定第31點第3款及第3
16 2點第6款第1目條文文義及發布意旨觀之，所定「涉足易
17 肇生危安之場所」，應係指備有舞伴、服務生陪侍或有
18 男、女陪侍之場所，始足當之。原告於該日前往之「Bar
19 Easy Taichung酒吧」，係環境單純之聊天飲酒空間，並
20 無提供舞伴、男、女陪侍等服務，並非複雜之環境，應非
21 屬有女色、可能涉及毒品等酒店或夜店等龍蛇雜處，易肇
22 生危安之場所。又被告研議原告之懲罰種類及程度時，應
23 按懲罰法第30條第2項規定審酌懲罰法第8條所列各款之客
24 觀因素後，予以適度之懲罰，本件被告以原告於上開時
25 日，與一名同性友人涉足易肇生危安場所為由，即對原告
26 核定記過2次，實屬過重。蓋本件原告於該日僅單純與一
27 名同性友人至該處飲酒聊天，並非如至聲色場所開派對等
28 情，且原告全程未與不熟識之陌生人交際，亦無於該場所
29 肇生任何危安事件，僅單純與熟識友人小酌聊天，要無任
30 何有損軍紀、軍榮譽、官箴等行為。本件上開處所環境單
31 純，並無男、女陪侍等，是否屬「易肇生危安場所」已有

01 疑慮，又如與一名同性友人單純至酒吧小酌聊天即屬違
02 紀，不僅已經過度限制國軍官兵休閒、飲食等需求，而非
03 屬維護軍紀與軍譽所必要，且亦與一般社會通念不合。復
04 參相類似案件，該案之原告為軍事情報機關之人員，且涉
05 足有女陪侍之酒店，事後尚且攜酒入營，才僅受記過一
06 次；反觀本案原告，並非情報機關人員，涉足之場所亦無
07 女性侍陪，且亦未攜酒入營，竟遭記過2次，基於平等原
08 則、比例原則，本件該懲罰令以原告「涉足易肇生危安場
09 所」之事由，對原告記過2次之懲罰，實屬過重。

10 3.302旅第1營因原告於上開時日酒駕，逕予原告記大過2次
11 之懲罰，未審酌個案之違反義務程度、所生危險或危害等
12 情，有違比例原則及裁量怠惰：原告於上開時日雖有飲酒
13 後駕車，惟原告之呼氣酒精濃度每公升僅0.26毫克，且並
14 未肇事，然該懲罰令並未依本案個案之情形，審酌本件原
15 告違反義務之程度、行為所生之危險或損害等，亦顯未充
16 分斟酌原告酒醉駕車違反軍紀及影響軍譽之情節是否重大
17 等相關事項，依立法目的為合理之判斷。該懲罰令僅依酒
18 精濃度達每公升0.26毫克，即處罰原告大過2次，有違比
19 例原則。且該懲罰令就原告系爭懲處，僅依原告之酒測數
20 值，即逕予記2大過懲罰，而未就其他因素酌量，亦屬裁
21 量怠惰。

22 4.綜上，上開3次懲罰令之事實認定或法律適用均有瑕疵，
23 原處分以上開3次懲罰令作為原處分之基礎，而上開3次懲
24 罰令為原處分之前處分，兩者具前後階段之連貫性，依司
25 法實務之違法性承繼理論，前階段之前處分係屬違法，則
26 後階段之原處分亦承繼前處分之瑕疵，亦同屬違法，亦
27 即，上開各懲罰令皆係原處分之前階段行為，倘未具合法
28 性，其瑕疵將構成原處分之違法事由，故本件之原處分應
29 屬違法。

30 (三)縱認本件原告確有上開違失行為，然本件原告之違反情節尚
31 非嚴重，原告雖有於該日與一名同姓友人至酒吧小酌，惟原

01 告當日並未過量飲酒，亦未酒後失態，更無因飲酒肇事引發
02 事端，且無任何有損軍紀、軍譽、官箴等行為，被告竟因此
03 分別核予原告記過1次、記過2次、記大過2次之懲罰，致原
04 告因而累計3大過，而遭撤職，且還不得請領退伍金，原告
05 僅因一個晚上之一次飲酒行為，即遭3次懲罰，不僅被剝奪
06 工作，且本可領得之退伍金保障亦遭剝奪，瞬間歸零，故上
07 開3次違失懲罰令及原處分，對於原告受憲法保障之工作權
08 及財產權嚴重侵害，顯屬過苛，有違比例原則。

09 (四)被告訴訟代理人業已於開庭時自承，「應是被告機關人員對
10 陸海空軍軍官士官服役條例（下稱服役條例）規定內容之誤
11 認，因而對原告作出錯誤之指示」，可證原告所述為真。本
12 件原告於109年3月接獲遭撤職、停役處分時，因深信被告機
13 關人員之指示，只要被告受管制3年，縱經撤職無法回役，
14 仍可照常領取退伍給與及榮民證，直至3年後，原告聽從指
15 示申請退伍除役給與遭駁回，原告始驚覺受騙，唯已為時已
16 晚。被告未予基層人員正確之法律概念，致其等因而給予原
17 告錯誤之教示救濟，不僅侵害原告受憲法保障之訴訟權，更
18 嚴重侵害原告之工作權及財產權等語，並聲明求為判決：①
19 原處分及訴願決定均撤銷。②被告應依原告112年3月9日之
20 申請，作成核給原告退伍除役給與之行政處分。③訴訟費用
21 由被告負擔。

22 四、被告則以：

23 (一)原告109年間酒駕等3次違失行為懲罰、撤職及停役處分，分
24 於109年3月6日、3月10日及3月17日送達原告知悉，原告未
25 於行政處分送達30日內之法定不變期間提起行政救濟，該等
26 處分已告確定，不得再行爭執，故原告稱於109年間酒駕等3
27 次違失行為懲罰令，屬本案司法審查範圍，於法不合。再
28 者，302旅係於完成調查後，就原告身為資深上士領導幹
29 部，肇生酒後駕車及涉足易肇生危安場所等2個違失行為，
30 均依規定召開懲罰評議會，由與會委員按懲罰法第8條第1項
31 各款事項充分討論後，分別核予記大過兩次及記過兩次懲

01 罰，另就原告經連長電話訪查回報不實之違失行為核予記過
02 乙次懲罰，故原告訴稱302旅僅就單一飲酒行為，對原告於1
03 年內核予累計記大過3次懲罰，認被告所核定之懲罰顯屬過
04 重，有違比例原則及有裁量怠惰之主張，容屬無稽。

05 (二)原告上開109年間3次違失行為，分別受記大過兩次、記過乙
06 次、記過兩次之懲罰，因1年內累計記大過3次之懲罰，經被
07 告核定其撤職停役，自109年3月17日零時生效，並停止任用
08 5年，依服役條例第24條第1項第2款規定，不發退除給與。
09 是被告以原處分核定原告解除召集，自112年4月1日零時生
10 效，不發退除給與，於法並無不合等語，資為抗辯。並聲明
11 求為判決：①駁回原告之訴。②訴訟費用由原告負擔。

12 五、本件原告前因涉酒駕遭懲罰，累計記大過3次而撤職，嗣於1
13 12年3月9日申請免予回役並請求支領退除給與，經被告以原
14 處分核定解除召集、依規定不發退伍給與，原告不服，訴願
15 遭駁回後提起本件行政訴訟等情，有退除給與申請書（訴願
16 卷一第39頁，頁碼以右上角為準，下同）、302旅步兵第一
17 營109年3月10日陸十虎一字第0000000000號令（下稱記過1
18 次令，訴願卷一第29頁至第31頁）、302旅109年3月17日陸
19 十虎人字第0000000000號令（下稱記過2次令，訴願卷一第2
20 4頁至第26頁）、302旅109年3月6日陸十虎人字第000000000
21 0號令（下稱大過2次令，並與前述記過1次令、記過2次令合
22 稱懲罰令，訴願卷一第34頁至第36頁）、陸軍第十軍團指揮
23 部109年3月17日陸十軍人字第0000000000號令（下稱撤職
24 令，訴願卷一第20頁至第22頁）、臺中市後備指揮部112年3
25 月13日後臺中管字第0000000000號呈（訴願卷一第40頁）、
26 原處分（本院卷第81頁至第87頁）、訴願決定（本院卷第25
27 頁至第33頁）等附卷可稽，兩造就此部分事實且無爭執，應
28 可採為裁判基礎。原告爭執109年間因酒駕所遭懲罰之合法
29 性，主張當時係因誤信撤職後3年即可申請退伍並請領退除
30 給與，始未對前揭懲罰提起行政爭訟，其因原處分否准支領
31 退除給與權利，本院應得於本件審查前階段處分即上述懲罰

01 令之合法性，並訴請撤銷訴願決定、原處分，且判命被告作
02 成核給退伍給與之行政處分。被告則主張懲罰令、撤職令因
03 原告未提起行政爭訟，均已確定而不得於本件再行爭執，而
04 原告因1年內累計3大過遭撤職，依服役條例第24條第1項第2
05 款規定，不發退除給與，故原處分並無違誤等情置辯。故本
06 件應審究者，乃為原告於109年間因被記3次懲罰而遭撤職，
07 再致原處分否准核發退除給與，本院審查原處分之合法性
08 時，得否併為審查懲罰令、撤職令之合法性？原告訴請撤銷
09 原處分，及判命被告應作成核給退伍給與之行政處分，是否
10 適法有據？

11 六、本院之判斷：

12 (一)原告於109年間所受懲罰令、撤職令均已確定，並對原處分
13 發生構成要件效力：

14 1.按行政處分除自始無效外，在未經撤銷、廢止或未因其他
15 事由而失其效力前，其效力繼續存在（行政程序法第110
16 條第3項規定參照）。有效之先前行政處分成為後行政處
17 分之構成要件事實之一部分時，則該先前之行政處分因其
18 存續力而產生構成要件效力。當事人如以後行政處分為訴
19 訟客體，而非以有效之先前行政處分為訴訟客體，提起行
20 政訴訟時，則該先前行政處分之實質合法性，原則上並非
21 該受訴行政法院審理之範圍。固然有存續力之前行政處
22 分，其構成要件效力並非絕對。在前行政處分缺乏有效行
23 政救濟途徑；或者依當時環境，無法期待處分相對人為行
24 政救濟（例如依處分作成當下時空觀察，前行政處分對當
25 事人有利）等情況下，行政機關或法院事後審查以前行政
26 處分為基礎之後行政處分合法性時，並非不能例外審究前
27 行政處分認事用法之合法性。不過當前處分之當事人有合
28 法救濟途徑，卻任意放棄依該救濟程序為主張，該前行政
29 處分之構成要件效力，即應受到尊重，不得任意排除其適
30 用。（最高行政法院109年度上字第875號、110年度上字
31 第511號判決參照）。

01 2.原告前於109年間，因酒駕及相關連之具報不實、涉足易
02 生危害場所等情，遭其所屬之302旅步兵第1營、302旅分
03 別核予記過1次、記過2次、記大過2次等懲罰，再因累計
04 達3大過而為陸軍第10軍團核定撤職等情，已如前述，原
05 告於前述懲罰令、撤職令作成時，並未於法定期間內提起
06 行政爭訟，迄經3年後始於本件而為爭執，依據前開最高
07 行政法院見解，自應審究原告在前處分即懲罰令、撤職令
08 之時空環境下，是否欠缺有效行政救濟途徑，或無法期待
09 其為行政救濟，以判斷本院得否例外對前處分進行審查。

10 (1)查上述記過1次令、記過2次令、大過2次令及撤職令，
11 均經合法送達原告，有送達證書卷內可稽（訴願卷一第
12 23頁、第27頁、第28頁、第32頁、第33頁、第37頁、第
13 38頁），各該懲罰令、撤職令之函文內容，且明確記載
14 如何救濟之教示，堪認原告收受上開懲罰令、撤職令
15 時，能夠知悉救濟途徑；再對照原告自陳係因有長官告
16 稱撤職後管制3年即可辦退伍領取退伍金，始未提起行
17 政爭訟等語（參本院卷第116頁、第162頁），更可見原
18 告所以未提行政爭訟，係出於自身任意之決定，原告並
19 非因欠缺有效救濟途徑始未爭訟。

20 (2)原告所稱依長官意見而未救濟之事，被告則回應主張：
21 「（原告）應該是誤認系爭服役條例第15條第1項第8款
22 規定之內容而自行的解釋，依該條款之規定，若只是單
23 純的停役，在停役滿3年後可以退伍，領取退除給與，
24 如果不是遭撤職停役，就可以領到這些待遇，但於本件
25 原告是經過撤職、停役處分的，就不能適用上開規定而
26 領取退除給與了。」等語（本院卷第117頁、第118
27 頁）。參諸服役條例第15條第1項第8款規定「常備軍
28 官、常備士官，有下列情形之一者，予以退伍：……依
29 前條第1項第3款至第5款、第6依法停止任用、第7款及
30 第8款規定，停役滿3年未回役。」，以及原告確係於撤
31 職停役滿3年後，申請免予回役並請求支給退伍給與，

01 堪信原告確係基於對前述規定之主觀誤解而因應遭懲
02 罰、撤職境況。本院衡諸撤職、停役乃使現役軍人喪失
03 身分之行政處分，其對受處分人權益有重大影響，自不
04 待言，縱原告確實從軍中同僚處獲得上述法令認知，惟
05 其未另向權責機關如人事單位、或具法律專業知識者徵
06 詢、求證，即逕拋棄救濟權利之行使，非無輕忽之慮，
07 本院認為依前處分作成時環境，尚未達無法期待原告尋
08 求行政救濟程度，基於前揭說明，應尊重前處分即懲罰
09 令、撤職令之構成要件效力，不得排除其適用。

10 (二)原處分於法並無違誤：

- 11 1.服役條例第14條第1項第6款規定：「常備軍官、常備士
12 官，在現役期間，有下列情形之一者，予以停役：……
13 六、依法停止任用或不得再任用。……」第15條第1項第8
14 款規定：「常備軍官、常備士官，有下列情形之一者，予
15 以退伍：……八、依前條第1項第3款至第5款、第6款依法
16 停止任用、第7款及第8款規定，停役滿三年未回役。
17 ……」第17條「常備軍官、常備士官預備役，應召再服現
18 役人員，於再服現役期滿或具有第14條第1項、第15條第1
19 項各款情形之一者，予以解除召集。」第24條第1項第2款
20 規定：「軍官、士官在現役期間有下列情形之一者，除其
21 他法律有特別規定外，不發退除給與：……二、依陸海空
22 軍懲罰法規定，受撤職處分。但因過失或連帶處分而撤職
23 者，不在此限。……」
- 24 2.本件原告於109年間因累計記3大過而經撤職、停役，迄11
25 2年間原告申請免予回役，依據前揭服役條例第15條第1項
26 第8款之規定，原告應予以退伍，又因原告係96年間義務
27 役退伍後應召再服現役，故原處分依據服役條例17條規定
28 核定原告解除召集，於法並無不合。
- 29 3.末查，原告在現役期間因1年內累計3大過，經依懲罰法第
30 20條規定撤職，則依服役條例第24條第1項第2款前段規

01 定，不發退除給與，原處分核定原告解除召集後不發退伍
02 給與，亦無違誤。

03 七、綜上所述，原告於109年間因酒駕所受之懲罰令、撤職令，
04 均已逾行政救濟法定期間，查原告亦無得於事後再為爭執之
05 例外事由，前述懲罰令、撤職令之構成要件效力應予尊重，
06 則原告於102年解除召集後，既仍該當服役條例第24條第1項
07 第2款前段之規定，原處分核定不發退伍給與，於法尚無違
08 誤，訴願決定遞予維持，亦無不合。原告前述各項爭執，俱
09 非可採，其請求撤銷訴願決定及原處分，以及判決如訴之聲
10 明第二項所示，乃無理由，應予駁回。

11 八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及陳述，經審酌
12 後認與判決結果不生影響，爰不予一一論述，附此敘明。

13 據上論結，本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第98條第1項
14 前段，判決如主文。

15 中 華 民 國 113 年 12 月 5 日

16 審判長法官 蕭忠仁
17 法官 許麗華
18 法官 吳坤芳

19 一、上為正本係照原本作成。

20 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
21 提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內
22 補提理由書；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，
23 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
24 繕本）。

25 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，
26 逕以裁定駁回。

27 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
28 法第49條之1第1項第3款）。但符合下列情形者，得例外不
29 委任律師為訴訟代理人（同條第3項、第4項）。

30 得不委任律師為
訴訟代理人之情

所需要件

形	
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	<ol style="list-style-type: none"> 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。
(二)非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	<ol style="list-style-type: none"> 1. 上訴人之配偶、三親等內之血親、二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。
<p>是否符合(一)、(二)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(二)所示關係之釋明文書影本及委任書。</p>	

中 華 民 國 113 年 12 月 5 日

書記官 何閣梅