

臺北高等行政法院裁定

高等行政訴訟庭第五庭

113年度停字第14號

聲 請 人 湯谷

相 對 人 新竹後備指揮部

代 表 人 陳昇陽（指揮官）

上列當事人間因聲請停止執行事件，本院裁定如下：

主 文

聲請駁回。

聲請訴訟費用由聲請人負擔。

理 由

一、按「（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。」訴願法第93條第2項、第3項分別定有明文。次按「（第1項）原處分或決定之執行，除法律另有規定外，不因提起行政訴訟而停止。……（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。」行政訴訟法第116條第1項、第3項分別設有規定。再者，訴願法第93條第2項既規定受處分人得申請受理訴願機關或原處分機關停止執行，自得由上開機關獲得救濟，殊無逕向行政法院聲請之必要。且行政訴訟係審查行政處分違法之最終機關，若一有行政處分，不待訴願程序即聲請行政法院停止原處分之執行，無異規避訴願程序，而請求行政法院為行政處分之審查，故必其情況緊急，非即時由行政法院予以處理，則難以

救濟，否則尚難認有以行政法院之裁定予以救濟之必要，應認欠缺保護之必要，而駁回其聲請；又所謂原處分之執行將發生「難於回復之損害」，係指其損害不能回復原狀，或不能以金錢賠償，或在一般社會通念上，如為執行可認達到回復困難之程度而言，至當事人主觀上難於回復之損害，非屬此所指難於回復之損害；而所謂「急迫情事」，則指情況緊急，須即時由行政法院予以處理，否則難以救濟的情形。

二、事實概要：聲請人為後備軍人，於民國109年4月30日退伍後，經相對人以113年2月1日博愛甲字第231503號教育召集令(下稱原處分)，命聲請人於113年3月16日起至同年月29日接受教育召集，聲請人自認符合申請體位區分標準之性心理異常(項次189)免役之原因，原處分一旦執行將造成難於回復的損害，乃向本院聲請停止原處分之執行。

三、本件聲請意旨略以：聲請人從國中起自我認同便是女生，直到高中加入跨性別團體，收到前輩給予關於就醫指南與免役流程的意見，才第一次聽到跨性別之概念，後來於高中畢業後，109年經徵召入伍，當時不清楚免役程序，也不敢申請免役，所以勉強入伍當兵，聲請人於113年1月18日至新竹國泰醫院首次就診，向醫生說明需取得性別不安之診斷證明作為申請免役之用，醫生告知開立診斷證明至少需時半年以上之時間，加上區公所安排複檢完成，顯然無法於距離教召日2個月期間內完成，顯然時間緊迫，若無法成功取得免役之資格，再次入營教召對聲請人身心顯然易造成無法挽回之損害；兵役法第33條第3項授權訂定之體位區分標準規範項次189規定性心理異常者免役，顯然有意排除此等役男之服役資格，則原處分於醫院完成心理鑑衡及複檢等程序前，貿然徵召聲請人入營顯非妥適，且原處分之執行並未有為維護重大公益所必要之情形，為此聲請裁定停止原處分的執行等語。

四、聲請人雖以前揭情詞主張性別自我認同為女生，於113年2月間驟然接獲原處分，原處分於醫院完成心理鑑衡及複檢等程序前，貿然徵召聲請人入營顯非妥適，倘聲請人入營接受教

01 召恐將造成難於回復之損害等語。惟本院基於下列之理由，
02 認其主張並非可採：

03 1.按兵役法第37條第3款規定：「後備軍人及補充兵應下列召
04 集：……三、教育召集：依軍事需要，於舉行訓練或演習時
05 實施之。」第43條規定：「（第1項）後備軍人及補充兵具
06 有下列情形之一，經國防部所屬權責單位核定者，得免除本
07 次之教育召集、勤務召集、點閱召集：一、患病不堪行動
08 者。二、家庭發生重大事故，必須本人處理者。三、中等以
09 上學校在校之學生。四、民意代表正值開會期中者。五、因
10 事赴國外者。六、航行國外之船員，正在航行中者。七、有
11 犯罪嫌疑在羈押中，或犯罪處徒刑在執行中者。八、其他因
12 特殊事由而無法應召者。（第2項）前項各款之認定標準，
13 由國防部定之。」準此，足見後備軍人除有得申請免除召集
14 之事由，經申請權責單位核定獲准外，依法均有應教育召集
15 接受各項訓練之義務。查聲請人前於109年1月13日服常備兵
16 役，體位業經判定為常備役體位，迄109年4月30日退伍，目
17 前為後備軍人等情，有本院依職權查詢之聲請人個人兵籍資
18 料及戶役政資料等附卷可查，聲請人嗣於113年2月間接獲原
19 處分命其自113年3月16日起至同年月29日接受教育召集，因
20 其已非初次經徵集入營，無庸再經徵兵檢查判定體位（兵役
21 法第33條及第34條規定參照），是聲請人既為後備軍人，相
22 對人按兵役法第37條第3款規定，依軍事需要逕以原處分對
23 其為教育召集，於法並無違誤，聲請人以原處分未待醫院完
24 成心理鑑衡及複檢等程序前，貿然徵召聲請人入營為由，質
25 疑原處分之合法性，容有誤會，要非可採。

26 2.再者，聲請人如因性別認同之緣故，認原處分令其於前揭期
27 間接受教育召集入營，將對其造成難於回復之損害，而有符
28 合兵役法第43條各款所定得免除教育召集之事由，本得於收
29 受原處分後，於召集日前3日內填具免除召集申請書，並檢
30 附有關證明文件，向縣（市）後備指揮部提出申請，此可觀
31 諸原處分應召須知第2點所載內容即明（本院卷第24頁），

01 是已難認本件有何情況緊急，非即時由行政法院處理，難以
02 救濟之情事，況聲請人不服原處分，亦得於提起訴願後，依
03 訴願法第93條第2項同時向訴願機關申請停止執行，則其怠
04 於申請免除教育召集，復未循訴願程序為相關行政救濟而逕
05 向本院聲請停止執行，無異規避訴願程序，而請求行政法院
06 為原處分之審查，是依前揭規定及說明，聲請人停止原處分
07 執行之聲請，應認欠缺權利保護之必要，難認有據。

08 3.末按訴願法第93條第2項及第3項所謂「合法性顯有疑義」係
09 指依行政處分之形式觀之，其違法係明顯，且不待調查即得
10 認定而言，並非謂行政處分有違法事由，即當然構成該條項
11 所稱「合法性顯有疑義」。又停止執行制度係暫時性權利保
12 護，而非本案救濟程序，衡諸暫時權利保護制度之規範目
13 的，係藉由迅速之形式審查以決定是否給予受處分人暫時性
14 之權利保護，並非實質審查原處分實體內容所作成之終局性
15 決定，則法院應依即時可調查的事證為調查以認定事實。衡
16 諸本件聲請意旨，聲請人固自認符合申請體位區分標準之性
17 心理異常（項次189）免役之原因，縱未及於徵召入伍前申
18 請免役，然於109年4月30日退伍後，理應有充分時間接受相
19 關之檢查及申請醫事機構之證明，以供日後申請免除教育召
20 集之用，卻怠於為任何積極作為，及至收受原處分前即113
21 年1月18日始首次至新竹國泰醫院就診，向醫生說明須取得
22 性別不安之診斷證明，此為聲請人所是認（參本院卷第10
23 頁），觀諸其提出之新竹國泰醫院診斷證明書固載稱聲請人
24 「疑似性別不安」，然醫師囑言亦同時敘明「個案因上述原
25 因於113年1月18日至本院身心科求診，安排心理衡鑑評估，
26 建議需半年至1年追蹤以評估其適應性」等語明確（本院卷
27 第17頁），足見聲請人前揭有關屬免役體位之主張尚需時診
28 斷評估，目前尚未能斷言，聲請人之主觀論斷認其有難於回
29 復之損害，自非可採。從而，原處分是否有聲請人所指未慮
30 及其屬免役體位之違法情事，客觀上仍應經實質調查、審理
31 認定始得判斷，尚無從依聲請人之主張及現有資料，即得認

其聲請符合「原處分的合法性顯有疑義」之停止執行要件。
況後備軍人教育召集入營接受各項訓練，乃軍事機關依軍事需要，於舉行訓練或演習時實施之，與國防安全息息相關，倘於原處分行政救濟程序終結前停止原處分之執行，亦難謂對公益無重大影響。

五、綜上所述，聲請人所為本件停止執行之聲請，欠缺權利保護必要，且與行政訴訟法第116條第3項所定要件不相符合，業如前述，其聲請為無理由，應予駁回。

六、依行政訴訟法第104條、民事訴訟法第95條、第78條，裁定如主文。

中 華 民 國 113 年 2 月 27 日

審判長法官 陳心弘

法官 畢乃俊

法官 鄭凱文

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本裁定，應於送達後10日內，向本院高等行政訴訟庭提出抗告狀並敘明理由（須按他造人數附繕本）。

三、抗告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
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1. 抗告人或其代表人、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，抗告人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，抗告人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為

01

	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	1. 抗告人之配偶、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. 抗告人為公法人、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(一)、(二)之情形，而得為強制律師代理之例外，抗告人應於提起抗告或委任時釋明之，並提出(二)所示關係之釋明文書影本及委任書。	

02

中 華 民 國 113 年 2 月 27 日

03

書記官 高郁婷