臺北高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第三庭
113年度訴字第1020號
114年5月1日辯論終結

原　　告　蕭秉榮

訴訟代理人　杜俊謙律師
被　　告　國防部陸軍司令部

代　表　人　呂坤修
訴訟代理人　謝文健
　　陳英傑
　　林延宗

上列當事人間退伍事件，原告不服國防部中華民國113年7月31日113年決字第168號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

訴願決定及原處分均撤銷。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔二分之一，餘由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：被告代表人於訴訟進行中，由鍾樹明變更為呂坤修，據新任代表人具狀聲明承受訴訟(見本院卷第107頁至第110頁），核無不合，應予准許。

二、事實概要：原告前係陸軍後勤指揮部(下稱陸勤部)所屬陸軍後勤訓練中心(下稱後訓中心)上校，因前任職陸軍第八軍團指揮部(下稱八軍團)所屬陸軍第四地區支援指揮部(下稱四支部)補給油料庫上校期間，具已婚身份，與下屬林○○上尉違反不當情感關係及性別分際，經八軍團以民國112年9月13日陸八軍人字第1120115948號令核定大過2次懲罰（見原處分卷第52頁至第54頁），原告不服，提起訴願，經國防部

112年12月15日112年決字第315號決定訴願駁回（見原處分卷第56頁至第57頁）。嗣陸勤部據「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），於112年10月12日召開不適服現役人事評審會（下稱人評會），經委員評議為不適服現役，原告申請再審議，同年11月30日召開再審議人評會，委員評議仍為不適服現役，惟不適服人評會及再審議編組委員其一與原告同階級，且年班較資淺，會議紀錄內容未具體討論，並綜合考評原告如何不適服現役，陸勤部於113年1月25日註銷原告不適服現役案（見原處分卷第70頁至第71頁）。其後，陸勤部分別於113年1月29日及2月17日重新召開人評會及再審議人評會，均評鑑原告為不適服現役，被告以113年3月5日國陸人勤字第11300334671號令（見本院卷第13頁至第14頁），核定不適服現役退伍，並自113年3月16日零時生效（下稱原處分）。原告不服，提起訴願，經國防部113年7月31日113年決字第168號訴願決定駁回（見本院卷第15頁至第21頁），原告繼之提起本件行政訴訟。

三、原告主張：被告誤認原告與林○○過從甚密，逕予核定2大過懲罰，惟不當情感屬個人私領域，與不適服現役無關，被告未察上情，亦未考量原告於任職期間工作表現優良事蹟，以原處分評定原告不適服現役，兩者毫無相關性，原告於該期間因工作表現優良獲得事蹟存記142次、記功乙次、嘉獎3次、個人工作獎金約8筆、數次帶領團隊獲得團體獎金及團體加菜金，顯見原告對於任務及工作執行態度積極，原處分並無足認原告工作不力或不適服現役之事實，侵害原告憲法上工作權、隱私權、服公職權及違反一事不二罰、違反比例原則、裁量濫用等，顯然不適法，另再審議人評會組成違法，請予撤銷等語，並聲明：㈠訴願決定及原處分撤銷。㈡確認原告與原處分機關間之公法上類似僱傭契約法律關係存在（見本院卷第161頁至第162頁）。

四、被告則以：原處分所依據大過2次處分事實，案經八軍團完成行政調查屬實，亦經國防部訴願審議會112年決字第315號決定訴願駁回，全案程序合於陸海空軍懲罰法所定規範及裁量範圍。依陸勤部不適服現役人評會及再審議人評會之會議紀錄，經原告到場陳述意見，與會評審委員充分討論，經全體委員綜合考評，均評鑑不適服現役。原告調任陸軍後勤訓練中心研發室主任迄今，對業管事項不熟稔，不知年度重大組織變革試行之管制節點、組織編裝調整會議召開及後續管辦事項等，明顯心思不在部隊，且犯後表現消極，又與部隊同僚疏離，嚴重影響部隊領導統御，顯已不適任，所為不適服現役之考評結果，並無判斷恣意或濫用情形等語，並聲明：原告之訴駁回。

五、本院之判斷：

關於原告訴之聲明第一項部分：

㈠陸海空軍軍官士官服役條例（下稱服役條例）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：…五、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款規定：「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：…四、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。」行為時即113年2月2日修正公布考評具體作法第1點規定：「國防部為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，特訂定本作法。」第4點第3款規定：「具體作法：…(三)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一次受記大過兩次以上，經人評會考核不適服現役者，予以退伍。」第5點第2款第2目規定：「考

評權責：(二)各司令部：… 2.上校級軍官，為中將以上編階主官（管）。」第6點第1款至第2款規定：「六、考評程序：（一）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三十日內，依考評權責召開人評會，由權責長官指定所屬副主官（管）、相關單位主管及職務階級不低於受考人之專業人員五人至十一人組成之；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.考評前一年內對任務賦予及工作態度。3.受懲罰或事實發生時所生影響。4.其他佐證事項。（二）召開人評會時，應於二十四小時前以書面通知受考人陳述意見，如受考人無意願到場得以書面陳述意見，及原服務單位亦應由正、副主官（管）依前款各目考評事項，提供書面考核資料，並列席說明、備詢。」第7點第1款、第2款及第4款分別規定：「一般規定：(一)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。…(二)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2分之1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。…(四)受考人對國防部或各司令部核定退伍、適服現役、解除召集或轉服常備兵現役結果不服時，得於收受處分書之次日起30日內，依法提起訴願。」由上可知，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，對於因個人因素1次受記大過2次以上情

事之常備軍官，是否應命其退伍，應送經人評會議決，並應符合正當法律程序之要求。召開人評會，並以記名投票方式，經3分之2以上委員出席，出席委員過半數同意議決通過定案，且應通知當事人陳述意見，而原服務單位亦應列席說明、備詢。又人評會係由權責長官指定一定性別比例、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，由權責副主官(管)或指定委員中單位主管1人為主席，當事人對於考評結果不服，得以書面申請再審議，並以1次為限；而考評權責主官(管)指定再審議人評會主席及委員時，應適時調整委員編組，委員組成2分之1不得與初審委員相同；當事人對國防部或各司令部核定不適服現役退伍結果不服時，得提起訴願。此應可謂已具正當法律程序之要件，如再審議人評會委員之組成不符合上開規定，即不能認已踐行正當程序。

㈡按98年10月21日修正公布考評具體作法第8點「一般規定」第1款、第3款規定：「（第1款）受考人對考評結果不服者，得於第7點第1款收受送達之次日起10日內，以書面申請再審議，並以1次為限。…（第3款）人評會委員由權責長官指定適當階級及專業人員5至11人組成，並指定1人為主席。」嗣考量各單位不適服現役人評會及再審議人評會成員，似多為相同成員，難以期待再審議人評會能客觀作成審議決定，影響受考人權益甚鉅，於102年9月18日變更點次，修正為第7點「一般規定」第1款、第3款規定：「（第1款）人評會委員由權責長官指定適當階級及專業人員5至11人組成，並指定1人為主席；原則上任一性別比例，不得少於3分之1。…（第3款）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2分之1不得與初審委員相同，以確保官兵權益。」可知，主席是人評會委員組成人員之一，人評會議之決議，應有3分之2以上委員出席，出席委員過半數同意行之，可否同

數時，由主席裁決之，主席具有關鍵性之決定權。為期使再審議制度之公平、客觀性，在計算再審議人評會委員組成比例是否有2分之1與初審委員相同時，自應將主席包括在內，始得確保官兵權益（最高行政法院112年度上字第349號判決理由參照）。徵諸卷內再審議人評會委員編組表，指揮官室副指揮官游玉堂少將係指定之主席兼委員，又會議紀錄前言記載：「本次會議編組委員係簽請指揮官選派適當階級及專業人員，組成委員計有(含女性委員2員)，實到6員(男性委員4員、女性2員)，出席委員達法定人數2/3，符合開會規定…」(見原處分卷第105頁及第112頁)，亦係將主席列入委員計算。是以，計算再審議人評會委員組成比例是否有2分之1與初審委員相同時，自應將主席游玉堂少將包括在內。

㈢查原告為陸勤部所屬後訓中心上校主任，因前任職八軍團所屬四支部補給油料庫上校庫長期間，與已婚林○○上尉有身體親密接觸之事實，有臺灣彰化地方法院112年度訴字第207號民事判決、臺灣高等法院臺中分院112年度上易字第500號民事判決理由在卷可按（見本院卷第65頁至第79頁），經八軍團以112年9月13日陸八軍人字第1120115948號令核定大過2次懲罰（見原處分卷第52頁至第54頁），嗣陸勤部於113年1月29日召開人評會，由副指揮官游玉堂少將主持，5名委員出席，分別為參謀長劉青勳少將、政戰室主任辜麗都少將(女性)、副參謀長蔡逸峰上校、保修處處長梁永坤少將、政戰室組長劉秀貞上校(女性)，列席人員則有花防部副指揮官李上校、後訓中心參謀長徐上校、法律事務組劉上校、督察室吳上校、綜計處人行科科長葉中校等，經原告到場陳述意見及接受委員詢答，原任職單位及現職單位主官(管)則就平日生活考核、任務賦予及工作態度、事後發生所產生影響、綜合評鑑等項，分別說明原告在部隊之狀況，並接受委員詢答後，由與會委員實施討論及綜合評鑑，經記名投票表決結果(主席未參與投票)，5票全數通過原告不適服現役之議決，有陸勤部不適服現役人評會委員編組表、開會通知單、

陸勤部不適服現役人評會會議簽到表、會議紀錄、投票單、陸勤部113年1月31日陸後綜人字第1130021519號令在卷可按(見原處分卷第72頁至第99頁)。原告不服，申請再審議，由指揮官洪虎焱中將指定副指揮官游玉堂少將(初審委員)、參謀長劉青勳少將(初審委員)、政戰室主任辜麗都少將(初審委員/女性)、政戰室副主任劉德昌上校、綜計處副處長林裕盛上校、軍備局202廠副主任桂曉潔上校(女性)組成再審議人評會，於113年2月17日召開再審議人評會，由副指揮官游玉堂少將主持，5名委員全數出席，列席人員有花防部副參謀長李上校、後訓中心副指揮官龔上校、法律事務組劉上校、督察室楊中校、綜計處人行科科長葉中校，經原告到場陳述意見及接受委員詢答，原任職單位及現職單位主官(管)就平日生活考核、任務賦予及工作態度、事後發生所產生影響、綜合評鑑等項，分別說明原告在部隊之狀況，並接受委員詢答後，由與會委員實施討論及綜合評鑑，經記名投票表決結果(主席未參與投票)，5票全數通過原告不適服現役之議決，有陸勤部不適服現役再審議人評會委員編組表、開會通知單、陸勤部不適服現役人評會會議簽到表、會議紀錄、投票單、陸勤部113年2月20日陸後綜人字第1130031088號令在卷可按(見原處分卷第105頁至第137頁)。由上可知，人評會及再審議人評會之委員均6人，且均出席會議，其中副指揮官游玉堂少將係主席兼委員，與參謀長劉青勳少將、政戰室主任辜麗都少將共3人同時為人評會及再審議人評會之委員，則再審議人評會委員組成有2分之1與人評會委員相同，核與行為時考評具體作法第7點第2款規定不符，尚難認已踐行正當程序，再審議人評會決議通過原告不適服現役，非由合法組成之合議制會議所為，自屬於法有違，被告據此決議所為之核定原告不適服現役退伍之原處分即有違反正當法律程序之瑕疵，訴願決定未予糾正，亦有未恰，應予撤銷。

關於原告訴之聲明第二項部分：

㈠按行政訴訟法第6條第3項規定：「確認訴訟，於原告得提起或可得提起撤銷訴訟、課予義務訴訟或一般給付訴訟者，不得提起之。」此為學理上所稱確認訴訟之補充性。法律關係因行政處分而發生，當事人如有爭執，本應以撤銷訴訟訴請撤銷原處分，則該法律關係自然失其附麗，隨之而變更或消滅。如怠為之，主張因行政處分而生之法律關係存在或不存在，則行政處分之效力永遠處於不確定狀態，將使撤銷訴訟成為多餘的制度，並有害法律秩序的安定。

㈡原告因不服被告113年3月5日核定不適服現役退伍之決定，提起本件行政訴訟，除聲明第1項請求撤銷該決定外，並於聲明第2項請求確認兩造間公法上類似僱傭契約法律關係存在。查軍人是公務員之一種，不適服現役退伍之決定，形成終止原告與國家間的公務員關係，原告如有不服，提起撤銷訴訟的判決效力，遠較確認訴訟之判決具有實際效果。是以依上開規定及說明，關於原告前揭聲明第2項部分，應認違反確認訴訟之補充性而於法未合，並因原告聲明第1項已訴請撤銷原處分，其聲明第2項確認兩造間公法關係存在之請求，亦應認欠缺進行訴訟之正當利益，併此說明。

六、綜上所述，原告聲明第一項請求撤銷訴願決定及原處分部分，為有理由，應予准許。聲明第二項請求確認兩造間之公法上類似僱傭契約法律關係存在部分，於法未合，為無理由，應予駁回。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，經核亦與本件判決結果不生影響，故不逐一論述，併此敘明。

八、據上論結，本件原告之訴為一部有理由、一部無理由，依行政訴訟法第104條、民事訴訟法第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　5　　日

審判長法　官　蘇嫊娟

法　官　林季緯

法　官　鄧德倩

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
(一)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。
(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. 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。
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。	

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　5　　日

書記官　黃品蓉