臺北高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第二庭
113年度訴字第1168號
114年7月31日辯論終結

原　　告　方家睿

訴訟代理人　吳淑靜律師
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
　　張君豪

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161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。

訴訟費用由被告負擔。

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，茲據新任代表人具狀聲明承受訴訟(見本院卷第195至198頁），核無不合，應予准許。

二、事實概要：原告前係國防部○○○○○○署後備指揮部（下稱後備指揮部）少校○○○○官，於任職國防部○○○○室（下稱○○○○室）少校○○○○官期間，因將不雅照片上傳於推特社群平臺供他人瀏覽查閱，妨害善良風俗，以及於民國112年1月28日使用未經核准之智慧型手機於營區寢室內拍攝照片，經○○○○室以112年3月1日國督施政字第1120055495號令分別核定大過1次、記過1次懲罰(見本院卷第17至19頁，下稱112年3月1日令)。嗣後備指揮部以113年1月5日全後主計字第1130000786號令，核定原告112年考績績等為

丙上(見本院卷第21至23頁，下稱113年1月5日令)。後備指揮部依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），分別於113年1月25日及同年2月22日召開不適服現役人事評議會（下稱人評會）及再審議人評會，均議決原告「不適服現役」，呈經被告以113年3月28日國陸人勤字第11300475111號令（見本院卷第29至32頁，下稱原處分），核定其不適服現役退伍，退伍日期113年4月16日零時。原告不服，提起訴願，遭國防部113年7月31日113年決字第161號訴願決定書駁回後（見本院卷第35至42頁），提起本件行政訴訟。

三、原告主張：後備指揮部於113年1月25日召開人評會及同年2月22日召開再審議人評會時，均由6名委員組成，其中3名委員同時參與初審與再審議，違反考評具體作法第7點第2款「二分之一委員不得與初審相同」之規定。另於再審議時，原告先後服務之國防部○○○○室○○○○處(下稱○○處)處長及後備指揮部主計室主任均未列席備詢，僅播放錄音，程序有違正當行政程序。關於獎懲紀錄，原告於112年度實際獲記功4次、嘉獎12次，但人評會誤記為記功3次，且在事件發生前已有多次獎勵，卻被委員誤認為「事件後才有獎勵」。原告之行為僅屬上傳私密照片，未涉洩漏機密或影響國安，亦無媒體報導，多數同仁不知情，不應認定影響軍譽甚深，且人評會將違失期間誤延至112年12月，影響情節判斷。再審議委員稱原告僅從事例行或協辦工作，無突出表現，但原告於112年2月至113年2月間獲記功4次、嘉獎12次，其中多數為「V點」（以承辦業務對建軍備戰有重大貢獻者），另於112年12月18日獲「A點」（獎勵執行重大專案任務功績），足見原告有具體績效與特殊貢獻，並非例行事務，人評會與再審議人評會之決議均基於錯誤事實，屬恣意濫用判斷，原處分違法，應予撤銷等語，並聲明：訴願決定及原處分均撤銷。

四、被告則以：後備指揮部於113年1月25日及2月22日召開人評會與再審議人評會，均由符合法定性別比例之6名委員組成並由參謀長主持。會中依考評具體作法程序，參酌原告基本資料、現場陳述及單位長官報告後，認定原告雖服役逾10年、平時考核正常，近一年獲嘉獎12次、記功4次，但多屬例行或協辦性質，無重大特殊表現。原告於違紀時任職○○○○室○○處，卻上傳不雅照片並攜帶未經核准手機入營，違反資安規定，顯示自我約束力不足，影響軍譽與單位領導統御。雖有委員考量其在任務執行態度認真，但仍認其違失恐致媒體放大檢視及潛生資安風險，且法紀觀念偏差，難為官兵表率，決議原告不適服現役，程序合法並兼顧有利不利情形，並無逾越比例原則。另原告上傳不雅照片之行為，業經臺灣臺北地方法院112年度簡字第1797號刑事簡易判決認定構成散布猥褻文字影音罪，足證其違失嚴重，原處分並無違法不當等語，並聲明：原告之訴駁回。

五、本院之判斷：

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109年6月20日修正公布考評具體作法第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3目規定：「五、考評權責：(二)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）。」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）、相關單位主管及適當階級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.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。（二）召開人評會時，應於一日前（不含例假日）以書面通知受評人陳述意見，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：「七、一般規定：（一）受考人對考評結果不服者，得依第六點第一款收受考評結果送達之次日起十四日內，以書面申請再審議，並以一次為限。惟放棄再審議者，應以書面方式為之。（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。…（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三十日內，依法提起訴願。」（見本院卷第43至46頁）各該規定乃國防部本於職權所訂定且未牴觸母法，亦未增加法律所無限制而得援用。

㈡由上可知，國軍為提升戰力，需透過留優汰劣以確保人員素質（考評具體作法第1點規定參見），對於因個人因素年度考績丙上以下情事之常備軍官，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，而原服務單位由正、副主官（管）應列席說明、備詢。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。

㈢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，參謀長室參謀長薛少將係指定之主席兼委員，又會議紀錄前言記載：「一、主席、各位委員，本次會議因副指揮官因傷尚在休養，已依『強化國軍志願役軍官士官及士兵考評具體作法』第6條規定，簽奉指揮官核定指定由參謀長擔任主席，委員納編副參謀長　上校、戰訓處作情科長　上校、計畫科長　中校等3員外，並依上開作業規範納編本部編階中校以上女性軍官計政戰室文宣組長　上校、留守處照護科長　上校等2員，合計6員。…」（見原處分卷第134至135頁及第243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，自應將主席薛少將包括在內。

㈣原告為後備指揮部少校○○○○官，有個人電子兵籍資料（見本院卷第47頁），因前任職國防部○○○○室少校○○○○官，於112年1月28日使用未經核准之智慧型手機於營區寢室內拍攝照片，以及將不雅照片上傳於推特社群平臺供他人瀏覽查閱，妨害善良風俗，有臺灣臺北地方法院112年度簡字第1797號刑事簡易判決在卷可按（見原處分卷第72至74頁），經國防部○○○○室調查屬實，以112年3月1日令核定原告記過1次及大過1次懲罰(見本院卷第17至19頁)，嗣後備指揮部以原告上開違失行為於113年1月5日令核定原告112年考績績等為丙上，有113年1月5日令在卷可稽（見本院卷第21至23頁）。後備指揮部遂於113年1月25日召開人評會，由參謀長室參謀長薛少將主持，5名委員出席，分別為參謀長室副參謀長李上校、動員管理處副處長孫上校、文宣心戰

組組長黃上校(女性)、後勤管理科科長林上校(女性)、計畫科編裝官潘中校(女性)，列席人員則有督察室法制官林中校、督察室監察官邱中校、人事軍務處處長程上校、人事軍務處科長曾上校、人事軍務處行政士林士官長等(見原處分卷第107頁、本院卷第213至214頁)，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，有後備指揮部不適服現役人評會委員編組表、開會通知單、後備指揮部不適服現役人評會簽名冊、會議紀錄、投票單、後備指揮部113年2月5日全後人管字第1130004540號令在卷可按(見本院卷第25至26頁、原處分卷第5至128頁)。原告不服，申請再審議，由副指揮官朱志保少將指定參謀長室參謀長薛少將(初審委員)、參謀長室副參謀長李上校(初審委員)、文宣心戰組組長黃上校(初審委員/女性)、作戰情報科科長孫上校、計畫科科長唐中校、照護科科長周上校(女性)組成再審議人評會，於113年2月22日召開再審議人評會，由參謀長室參謀長薛少將主持，5名委員全數出席，列席人員有督察室法制官林中校、督察室監察官邱中校、人事軍務處副處長邱上校、人事軍務處科長曾上校、人事軍務處行政士林士官長等，其中前○○處處長宋上校請假、前主計室主任梁上校因公缺席，宋上校同意授權採書面方式提供考評意見，梁上校未授權故由時任副主任劉上校與會提供考評意見，經原告到場陳述意見及接受委員詢答，原任職單位提供書面資料及現職單位主官(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，有後備指揮部不適服現

役再審議人評會委員編組表、開會通知單、後備指揮部不適服現役再審議人評會簽名冊、會議紀錄、投票單、後備指揮部113年3月6日全後人管字第1130007717號令在卷可按(見本院卷第27至28頁、原處分卷第131至266頁)。參照前述最高行政法院112年度上字第349號判決意旨，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，應將主席包括在內，本案人評會及再審議人評會之委員均6人且均出席會議，其中參謀長室參謀長薛少將係主席兼委員，與參謀長室副參謀長李上校、文宣心戰組組長黃上校共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。至原告主張人評會與再審議人評會決議係基於錯誤事實，屬恣意判斷等部分，因原處分有程序瑕疵而應撤銷已如前述，自無再行審酌之必要，附此敘明。

㈤另考評具體作法第6點針對應進行考評的事項，僅於第1款明定包含考評前1年內個人平日生活考核事項，基於此考評制度旨在「即時考核」所屬人員之表現，並「及時控制」人力，對行為人工作態度暨平日表現如何、受懲罰事實對單位有何影響等人員近期行為表現及對部隊影響等事項加以評價，由軍事組織運作的順暢與軍隊人力資源管理的客觀目的出發，以取向於未來之角度探究該軍官是否適宜留在軍中以達成業務之必要性與影響性，除行為時第6點第1款第1目對個人平日生活考核事項設有1年的特定時間設限外，第6點第2款後段針對應列席說明備詢的原服務單位，未設有時間限制，只須列席的原服務單位正、副主官(管)，就所詢受考人各該應考評事項得以清楚提供、說明相關資訊，有助人評會

對受考人「近期表現」能詳實綜合觀察以達到正確評價、篩選之目的即足，並無列席之原服務單位正、副主官(管）須以受考人「考評前1年內」者為限之規定(最高行政法院112年度上字第857號判決理由參照)。是以，原告主張考評前1年內受考人的服務單位有更動，其前服務單位主官未列席備詢，違反考評具體作法第6點規定，惟依前揭說明，考評具體作法第6點第2款規定並無要求不同時期的服務單位正、副主官（管）均應列席備詢說明，本件前○○處宋處長已提供書面資料，且原告現服務單位副主官劉上校亦就各項考評事項清楚說明並提供資訊供與會委員審酌，程序並無違法，原告此部分主張，自不足採。

六、綜上所述，被告以原處分核定原告不適服現役退伍，於法尚有未洽，訴願決定予以維持，亦有未合，原告請求撤銷訴願決定及原處分為有理由，應予准許。

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

八、據上論結，本件原告之訴為有理由，依行政訴訟法第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　28　　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　　8　　月　　28　　日

書記官　黃品蓉