臺北高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第七庭
113年度訴字第218號
114年4月17日辯論終結

原　　告　張家維
被　　告　國防部陸軍司令部

代　表　人　呂坤修(司令)

訴訟代理人　陳英傑

　　謝文健
　　江佳蓉

上　一　人
複 代理 人　黃昱慈

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12月15日112年決字第309號訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、程序事項：

本件起訴時，被告代表人為鍾樹明，於訴訟進行中變更為呂坤修，業經新任代表人具狀聲明承受訴訟(本院卷第129、130頁)，經核並無違誤，應予准許。

二、爭訟概要：

原告原係陸軍後勤指揮部(下稱陸勤部)所屬陸軍汽車基地勤務廠(下稱汽基廠)儲備庫士官長，因民國105年至106年間多次竊取庫儲軍品料件交付廠商並收受賄賂，經臺灣新北地方

檢察署(下稱新北地檢)檢察官認原告有違背職務收受賄賂、竊取公有財物及利用職務機會詐取財物，違反貪污治罪條例等罪嫌，於108年3月16日以106年度偵字第22032號、第29761號及107年度偵字第32092號提起公訴(下稱刑事另案)。陸勤部於108年5月17日召開評議會，決議核予原告撤職，並停止任用3年。陸勤部依陸海空軍懲罰法第17條規定，於108年5月27日以陸後綜人字第1080009250號令核定撤職懲罰(下稱前處分)；復依陸海空軍軍官士官任職條例(下稱任職條例)施行細則第55條第4款規定，於同日以陸後綜人字第1080009282號令核定撤職(下稱108年5月27日9282令)，並呈經被告依陸海空軍軍官士官服役條例(下稱服役條例)第14條第1項第6款及服役條例施行細則第9條第1項第6款規定，以108年5月27日國陸人勤字第1080012730號令核定原告撤職停役(下稱停役處分)，原告不服前處分及停役處分提起訴願，經國防部108年9月16日108年決字第207號訴願決定駁回。原告於111年8月9日向新北市後備指揮部申請辦理回役復職，經被告以112年5月26日國陸人整字第1120098061號令復新北市後備指揮部等以：因刑事另案尚在審理中，且停役已滿3年未回役應逕行辦理退伍。原告再於112年6月5日填具「軍官士官士兵支領退伍除役給與申請書」、「陸海空軍軍官士官停役人員辦理因停退伍調查表」申請退伍及發給退除給與(下稱系爭申請)，經新北市後備指揮部以112年6月6日後新北管字第1120008521號函呈轉被告，被告遂以112年7月12日國陸人勤字第11201270981號令(下稱原處分)重新審定原告因停退伍，於111年5月27日零時生效，依規定不發退除給與。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.原告因涉刑事另案，雖經陸勤部以前處分核予撤職，然該案嗣經臺灣新北地方法院(下稱新北地院)刑事庭於112年8月23日以108年度軍訴字第3號判處原告有期徒刑2年，緩刑5年，

緩刑期間付保護管束，並向公庫支付新臺幣(下同)30萬元，提供120小時之義務勞動，褫奪公權2年。則原告所受撤職處分之原因事實，經判決宣告緩刑，已不符合服役條例第24條第1項第1款所定「判處有期徒刑之刑確定而未宣告緩刑」應不發給退除給與之要件，被告自應於核定退伍時發給退除給與，被告拒絕發給，顯然違法。

2.原告所受撤職處分與刑事另案之事實基礎相同，原告既因同一行為，經刑事另案判決處罰，應有禁止重複處罰原則之適用，被告以原處分拒絕發給原告退除給與，亦違反行政罰法第26條第1項規定。

㈡聲明：

1.訴願決定及原處分均撤銷。

2.被告應依原告系爭申請，作成核定退除給與(89年11月3日起至108年5月27日止)之行政處分。

四、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.原告任職汽基廠期間，涉犯貪污治罪條例，經陸勤部召開懲罰評議會並決議撤職及停止任用3年，被告復核定撤職於108年5月27日零時生效，並停止任用3年。原告對撤職之前處分提起訴願，經國防部駁回訴願，故被告對原告核定撤職之前處分，應為合法。

2.原告於111年8月9日提出回役及復職申請，惟原告因涉犯貪污治罪條例而經撤職，依任職條例第12條規定，不能復職，亦屬服役條例第15條第1項第8款所定「停役滿3年未回役」，應予退伍。被告復依服役條例第24條第2款前段規定，以原告在現役期間，依陸海空軍懲罰法規定受撤職處分，以原處分不發給原告退除給與，適法有據。

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「軍官士官士兵支領退伍除役給與申請書」、「陸海空軍軍官士官停役人員辦理因停退伍調查表」(即系爭申請)(本

院卷第99、101頁)、原處分(本院卷第17頁)、訴願決定(本院卷第21頁至29頁)在卷可稽，堪信屬實。本件爭點為原告依服役條例，請求被告作成核定發給退除給與之行政處分，是否有據？被告以原處分重新審定原告因停退伍，自111年5月27日生效，不發給退除給與，是否適法？

六、本院之判斷：

㈠服役條例第14條第1項第6款規定：「常備軍官、常備士官，在現役期間，有下列情形之一者，予以停役：□依法停止任用或不得再任用。」第15條第1項第8款規定：「(第1項)常備軍官、常備士官，有下列情形之一者，予以退伍：□依前條第1項第3款至第5款、第6款依法停止任用、第7款及第8款規定，停役滿3年未回役。」又第24條第1項第1款、第2款規定：「軍官、士官在現役期間有下列情形之一者，除其他法律有特別規定外，不發退除給與：□犯內亂、外患、刑法瀆職罪章、國家安全法第5條之1、國家機密保護法第32條第1項、第33條第1項、第34條第1項或第2項、國家情報工作法第30條第1項或第2項、第30條之1第1項或第2項、第31條第1項或貪污治罪條例之罪，判處有期徒刑之刑確定而未宣告緩刑，或因案判處死刑、無期徒刑確定。但犯刑法瀆職罪章之罪，經判處有期徒刑未滿7年確定者，依第25條第1項第2款至第4款規定，減少退除給與。□依陸海空軍懲罰法規定，受撤職處分。但因過失或連帶處分而撤職者，不在此限。」明定軍士官在現役期間，遭依陸海空軍懲罰法規定受撤職處分者，於退伍除役時原則上不發給退除給與。

㈡經查，原告原係陸勤部所屬汽基廠儲備庫士官長，於105年至106年間多次竊取庫儲軍品料件交付廠商並收受賄賂，經新北地檢檢察官認原告有違背職務收受賄賂、竊取公有財物及利用職務機會詐取財物，違反貪污治罪條例等罪嫌，於108年3月16日以106年度偵字第22032號、第29761號及107年度偵字第32092號提起公訴，陸勤部於108年5月17日召開評議會，決議核予原告撤職，停止任用3年。陸勤部依陸海空

軍懲罰法第17條規定，於108年5月27日以前處分核定撤職懲罰；復依任職條例施行細則第55條第4款規定，以108年5月27日9282令核定撤職，並呈經被告依服役條例第14條第1項第6款及服役條例施行細則第9條第1項第6款規定，以停役處分核定撤職停役，並停止任用3年，原告不服前處分及停役處分提起訴願，經國防部108年9月16日108年決字第207號訴願決定駁回等情，有陸勤部108年5月17日懲罰評議會簽到表、會議紀錄(原處分卷第16頁至31頁)、陸勤部前處分(本院卷第103、105頁)、108年5月27日9282令(原處分卷第37、38頁)、被告停役處分(本院卷第115頁至117頁)、國防部108年9月16日108年決字第207號訴願決定(原處分卷第49頁至55頁)在卷可稽。經核，原告為士官，在現役期間有依陸海空軍懲罰法第17條規定受撤職處分(即前處分)之情事，依服役條例第24條第1項第2款規定，不發給退除給與，至為明確，則原告依服役條例，提出系爭申請，申請退伍及發給退除給與，另原告於本件訴訟請求被告作成發給退除給與之行政處分，即與前開規定不符，難以准許，被告以原處分不予發給退除給與，並無違誤。

㈢原告主張其所涉刑事另案，經新北地院刑事庭於112年8月23日以108年度軍訴字第3號判處有期徒刑2年，緩刑5年，緩刑期間付保護管束，並向公庫支付30萬元，提供120小時之義務勞動，褫奪公權2年，亦即其所受前處分之原因事實，經判決宣告緩刑，已不符合服役條例第24條第1項第1款所定「判處有期徒刑之刑確定而未宣告緩刑」等應不發給退除給與之要件，被告不應拒絕發給退除給與等語。然原告上情雖非屬服役條例第24條第1項第1款所定「犯貪污治罪條例之罪，判處有期徒刑之刑確定而未宣告緩刑」應不發給退除給與之情形，即原告於刑事另案經判處有期徒刑確定，係受有緩刑宣告，惟原告仍有依陸海空軍懲罰法受有撤職處分(即前處分)，且非因過失或連帶處分而撤職之情事，則依同條項第2款規定，亦為不發給退除給與之法定事由。陸勤部所

為撤職懲罰之前處分，經原告提起訴願後，國防部以108年9月16日108年決字第207號訴願決定駁回，有該訴願決定可參（見原處分卷第49頁至55頁），原告未再提起行政訴訟，則前處分既未經撤銷、廢止或其他事由而失效，即有存續力及構成要件效力，自應作為審核是否發給退除給與之事項，被告據此否准系爭申請，於法核無不合，原告主張，並無可採。

㈣原告再主張其所受撤職懲罰之前處分與刑事另案之事實基礎相同，原告既因同一行為，經刑事另案判決處罰，應有禁止重複處罰原則之適用，被告以原處分拒絕發給原告退除給與，違反行政罰法第26條第1項規定等語。惟服役條例第24條規定於一定條件下，對於現役軍士官不發給退除給與，係基於維護公法給付公平性及正確性之公益考量，屬於「管制性之不利處分」，此與行政罰法第2條所稱之「裁罰性不利處分」，係以違反行政法上義務，而對於過去不法行為所為之行政制裁不同，自無行政罰法相關規定之適用(最高行政法院109年度上字第603號判決意旨參照)。從而，原告以其犯刑事另案貪污治罪條例之罪，業經受刑事另案判決處罰，指摘被告再為原處分，剝奪其領受退除與給之權利，已違反行政罰法第26條第1項規定及禁止重複處罰原則等語，依上開說明，亦無可採。

㈤綜上所述，原告起訴主張各節，均無可採，被告以原處分重新審定原告因停退伍，自111年5月27日零時生效，而否准系爭申請，不發給退除給與，認事用法並無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合。原告訴請撤銷原處分與訴願決定，及執前詞請求被告作成核定發給退除給與之行政處分，為無理由，應予駁回。

七、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斟酌後，認與判決結果不生影響，無一一論述的必要，附此敘明。

八、結論，本件原告之訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　22　　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非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當	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。

者，亦得為上訴審訴訟代理人	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　　5　　月　　22　　日

書記官　劉聿菲