臺北高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第一庭
113年度訴字第352號
114年6月19日辯論終結

原　　告　蕭鈞議

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（司令）
訴訟代理人　謝文健
　　陳英傑
上　一　人
複　代理人　邱子倩
訴訟代理人　陳鉅孟

上列當事人間陸海空軍軍官士官服役條例事件，原告不服國防部中華民國113年1月25日113年決字第7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：本件原告起訴後，被告代表人由鍾樹明變更為呂坤修，茲據被告現任代表人具狀聲明承受訴訟（本院卷第399-400頁），核無不合，應予准許。

二、事實概要：

(一)原告原係花蓮縣後備指揮部少校動員官，於民國90年10月25日入伍，91年3月13日任官，96年3月13日退伍，97年12月1日再入營。嗣原告任職新竹後備指揮部（下稱新竹後指部）期間，因108年2月至10月間與營外已婚蔡姓女子（下稱蔡女）有不正當言行，於6月間在租賃套房與蔡女共浴及同

宿，遭蔡女前夫向新竹後指部1985專線申訴妨礙家庭，肇生軍民糾紛；並於輪值戰情官期間，密集撥打戰情室公務民線電話與蔡女聯絡；且未經核准擅入服務台與蔡女用餐，違反戰情作業紀律等情，經新竹後指部以108年11月15日後新竹綜字第1080004559號令（下稱108年11月15日令）分別核予大過1次、申誡2次及記過1次之懲罰。原告108年度考績，經北部地區後備指揮部（下稱北區後指部）評列為丙上（下稱108年度考績評定）。原告不服108年度考績評定，提起訴願，遭國防部109年6月8日109年決字第108號訴願決定（下稱109年6月8日訴願決定）駁回。

(二)北區後指部於109年6月16日及109年7月28日先後召開不適服現役人事評議會（下稱人評會）及再審議人評會，考核原告不適服現役，呈經被告以109年11月11日國陸人勤字第1090112473號函（下稱前處分）核定原告不適服現役解除召集，自109年11月16日零時生效。原告不服前處分，提起訴願，遭國防部110年3月15日110年決字第43號訴願決定（下稱前訴願決定）駁回。原告仍不服，提起行政訴訟，經本院110年度訴字第548號判決前訴願決定及前處分均撤銷，被告不服，提起上訴，經最高行政法院於112年6月21日以112年度上字第202號裁定上訴駁回確定（下合稱系爭確定裁判）。

(三)北區後指部即重行於112年7月6日及112年7月27日分別召開人評會及再審議人評會，考核原告不適服現役，呈經被告以112年8月22日國陸人勤字第1120153348號令（下稱112年8月22日令）復以上開人評會及再審議人評會之委員編組不合法為由，請北區後指部重新完成相關作業後另案呈報。北區後指部旋於112年9月19日及112年10月12日陸續召開人評會及再審議人評會，考核原告不適服現役，呈經被告以112年10月26日國陸人勤字第1120198247號函（下稱原處分）核定原告不適服現役解除召集，溯自109年11月16日零時生效。原告不服原處分，提起訴願，遭決定駁回，原告仍不服，提起本件行政訴訟。

三、原告主張略以：

(一)實務上普遍認為記大過處分不影響軍人身分，故不得提起行政訴訟，使原告無法就該處分尋求行政救濟。本件雖僅針對不適服現役解除召集提起行政訴訟，惟行政法院在審查合法性時，仍應一併審查記大過1次的合法性。然108年11月15日令卻誤教示原告得向單位、上級監察部門或國防部參謀本部官兵權益保障會申訴，屬錯誤教示，依行政程序法第99條規定，應視為合法提出救濟，北區後指部應依法將申訴移送至國防部官兵權益保障會，惟未予移送，僅回復原告懲處處分無違失。原告收到後因不諳法律，再次向國防部官兵權益保障會提出救濟申請，卻因逾期遭駁回。國防部官兵權益保障會僅駁回原告第2次救濟申請，未曾受理原告第1次申訴，致使原告第1次申訴未經適當審理，其救濟仍具效力，108年11月15日令之效力亦尚未確定。既然108年11月15日令所載原告記大過1次等懲處尚未確定，北區後指部卻於112年9月19日召開人評會及112年10月12日再審議人評會，委員竟依未確定之懲處進行考評，顯屬違法。

(二)原告因蔡女前夫檢舉，指稱於108年2月至10月期間與蔡女有不正當關係，並於6月間在租賃套房內獨處浴室數分鐘及同住一宿。原任職單位遂於10月29日記小過1次，後因蔡女前夫再度撥打國軍1985申訴專線，改記大過1次。然兩次檢舉及申訴內容均相同，既已記小過1次，即不得任意加重懲處，違反陸海空軍懲罰法第7條第3項及正當法律程序原則。原告得知蔡女於108年6月遭受暴力對待，使蔡女暫時借住於原告租屋處數日，二人僅短暫至浴室交談數分鐘，未發生任何不當行為。原告因協助蔡女處理家暴事宜，方自108年2月至10月與其保持聯繫。原告事後與蔡女前夫達成和解，獲得諒解，違失行為程度尚屬輕微。依陸海空軍懲罰法第8條第1項規定，懲處應衡量違失行為的輕重，並符合比例原則，無法僅憑蔡女前夫申訴即加重懲處。原告未與蔡女發生性關係，被告未予斟酌且未參酌類似案例即加重懲處，違反比例

原則及平等原則。此外，原告因同情蔡女遭受家暴，未能妥善拿捏分際，先後遭記大過1次、申誡2次、小過1次，並調職至花蓮後備指揮部，已受到嚴重懲處及教訓，原告因記大過1次，而衍生不適服現役解除召集，自應撤銷。

(三)原告服役17年，歷年考績多為甲等或甲上，並屢獲記功、嘉獎、獎金及勳章，足證其工作態度認真負責，表現優異，非素行不良或工作不力之人。原告於108年至109年間再度榮獲記功及嘉獎，然人評會卻未納入其109年度獲頒的獎勵，包括109年6月18日嘉獎1次、109年10月14日記功1次、109年10月28日嘉獎1次，以及109年12月1日因執行後備軍人服務工作業務輔檢獲嘉獎2次。人評會及再審議人評會未充分審酌原告受懲處事實所生影響及其他佐證事項，亦未公平公正考評，違反比例原則及平等原則，任職單位對其調職或降職處分已足以達到懲處目的，無須以最嚴厲方式命其不適服現役退伍。

(四)依陸海空軍軍官士官任職條例（下稱任職條例）第9條第1款規定，原告曾因第一次解除召集處分遭免職，嗣經系爭確定裁判撤銷該處分確定。依任職條例第11條第1項第6款規定，原告並無不合於任職條件之情形，被告理應先行指示原告辦理復職。原告既因法院撤銷第一次解除召集處分，免職原因即消滅，被告應依任職條例第11條第1項第6款規定，指示原告復職。原告於108年底考績被評為丙上，北區後指部卻於112年9月重新召開不適服人評會，並於同年10月舉行再審議人評會，已超過考績發布30日的期限，顯違反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）第6點第1項規定。此外，該規定所稱考評前1年內個人平日生活考核，係指召開人評會前1年內之平日生活考核，然原告早於109年11月16日解除召集並遭免職，迄今已逾3年，尚未復職，顯無受考評前1年內或近期之工作表現、懲罰影響及佐證事項可供評估。被告未先行辦理原告復職，卻直接召開不

適服人評會及再審議人評會，進而作出不適服現役解除召集，顯屬違法。

(五)前述考評前1年內個人平日生活考核，係指召開人評會前1年內的考核，即111年9月19日至112年9月19日，以及再審議人評會前1年內的考核，即111年10月12日至112年10月12日。然人評會委員呂紹輝中校、蘇啟晉中校、石靜鈺中校、陳佳蓉中校及巫上校，在考評原告「考評前1年內個人平日生活考核」時，卻頻繁審酌其於108年間所涉違反男女不當關係及違反戰情作業紀律之事項。同樣，再審議人評會委員歐陽理中校、許哲彰中校、黃美慧上校、陳佳蓉中校及黃教昇上校，在考評「前1年內個人平日生活考核」時，亦參酌原告於108年間所涉違反男女不當關係。上述考評內容顯已超出「考評前1年內個人平日生活考核」的範圍，顯示人評會及再審議人評會審酌無關事項，構成恣意濫用之違法行為。依考評具體作法第6點第2款規定，可見無論原告因何種原因未出席，均有權以書面方式陳述意見，此為其依法令享有之權利，與其復職後在部隊的表現並無關聯。然再審議人評會委員陳佳蓉中校卻將原告未出席會議、僅以書面陳述意見，曲解為：「原告復職後，恐難以適應部隊環境」，並據此決議其不適服現役，違反不當聯結禁止原則。

(六)人評會及再審議人評會依考評具體作法第6點第1款第2目規定評估原告「對任務賦予及工作態度」，應以近期表現為主，並詳列其工作表現與獎勵，以供審酌。然而，北區後指部於人評會及再審議人評會僅列舉原告108年度獎懲紀錄，卻未納入其109年度獲頒的獎勵。原告109年10月14日獲記功1次，獎勵識別代號為「V」，依國軍勳賞獎懲作業實施要點第14點規定，該獎勵核給標準係承辦業務對國軍建軍備戰有重大貢獻者。原告109年12月1日獲嘉獎2次，識別代號為「A」，依前述要點第13點規定，「A點」旨在獎勵執行重大專案任務之有功人員。然人評會及再審議人評會未納入原告

109年度獲頒的記功及嘉獎等獎勵，影響考評之公正性，構成基於不完整資訊或錯誤之違法。

(七)原告於「108年後備軍人晉任暨幹部表揚典禮」擔任總承辦人，各科承辦人則分工負責不同事務。動員科代理科長簡維德少校負責協調新竹後備憲兵荷松協會支援交管任務。簡維德少校在未確認相關細節的情況下，擅自向該協會大隊長邱創國承諾提供桌餐，事後亦未回報，導致原告無從知悉此事，最終引發該協會的不滿。然原告並無過失，新竹後指部主官蘇茂嘉卻將此責任推卸至原告，並影響人評會及再審議人評會委員的判斷。此外，原告於108年5月獲記功1次，但該獎勵並非由新竹後指部核給，而是獲國防部後備指揮部評核為北區第一名，原告身為承辦人獲獎。然人評會及再審議人評會委員陳佳蓉中校據此誤認原告私報獎勵、隱匿不報，並指其法紀觀念淡薄，留任恐影響部隊和諧及團結。委員黃教昇上校亦誤認原告所述獎勵與主官考評有所不符，均致人評會及再審議人評會基於不正確資訊進行考評，而有已違法。於再審議人評會召開時，新竹後指部主官蘇茂嘉陳述原告之考評意見，僅針對考評前1年內個人平日生活考核、對任務賦予及工作態度，尚未陳述受懲罰或事實發生所生影響及其他佐證事項時，視訊突然中斷。依正當行政程序，應先由原告之原服務單位主官、副主官完整陳述考評意見後，委員再據以討論是否不適服現役。然人事官與主席卻逕行指示委員開始討論原告是否不適服現役，待蘇茂嘉重新連線後，主席才要求其陳述受懲罰影響及其他佐證事項，隨後由其他委員就四大面向進行考評討論，顯違反正當行政程序，而有違法。

(八)依行政程序法第110條第1項規定，行政處分之效力自送達相對人時發生，法律未明文規定得溯及既往者，行政機關不得逕為溯及適用，否則將侵害原告服公職之權利，並違反法律保留原則。然被告核定時，卻將其溯及至109年11月16日零

時生效，違反前開規定，並違背正當法律程序、法安定性原則、誠信原則及信賴保護原則。

(九)並聲明：訴願決定及原處分均撤銷。

四、被告答辯略以：

(一)原告於112年11月24日提起訴願，其訴訟標的僅限於原處分。而108年11月15日令，原告於108年11月18日簽收送達，所受之懲罰處分，係可各別提起救濟之標的，得由當事人選擇同時或先後提起申訴或權益保障救濟，並依其選擇進入相應程序。原告係先提起申訴，原應於108年12月18日前向管轄之權益保障審議會提出，卻未於法定期限內聲請權保救濟，最終原告遲至109年2月25日始提起申請，業已逾越救濟期限，致該申請不予受理。此不利益結果，係原告未依規定程序行使權利所致，並非程序瑕疵所致。

(二)原告於108年2月至10月間與蔡女有不當言行，並於同年6月間在租賃套房內曾與蔡女獨處浴室數分鐘，並同宿一晚。蔡女前夫遂於108年11月6日逕向國防部1985專線申訴妨礙家庭，進而引發軍民糾紛，嚴重影響軍譽。新竹後指部對原告核處「記大過乙次」。嗣北區後指部核定原告108年度考績為「丙上」，原告申請救濟，遭決定駁回，原告並未進一步提起行政訴訟，顯屬原告自願放棄後續救濟權利，並非因欠缺有效行政救濟途徑，及不可期待其為行政救濟。原告所受之「記大過乙次」懲罰及108年度考績「丙上」處分，均為有效行政處分，並為北區後指部作成「不適服現役解除召集」處分之前提要件，具有構成要件效力。前揭兩項處分之合法性，業經行政救濟程序審查確認，故其他國家機關及法院應予尊重，並以其為判斷基礎。

(三)前處分因被撤銷已溯及既往於109年11月16日失其效力，本件須「重為處分決定（必要處置）」，考評其是否適服現役而召開人事評議會，通知原告到場陳述意見，至於是否陳述意見當由原告自行決定，與原告是否復職無關，而係被告重為處分決定及必要處置所應踐行之法定程序。另陸海空軍軍

官士官並非依據公務人員任用法任職，自不適用「公務人員考績法」暨其施行細則。原告受原不適服現役處分，可依循訴願及行政訴訟以為救濟，有關「撤銷」行政處分「溯及既往效力」，自有行政程序法第118條適用。北區後指部依據系爭確定裁判，重新作成與前處分相同結果之原處分，係就原已存在之原告服役同一事實所重作處分，原告對其有「預見可能性」，亦無損及第三人利益之情形，因前處分已生原告於109年11月16日不適服現役解除召集之法律效果，則具有溯及的可能性，重新作成之原處分之存續力自得溯及至該日。

(四)前處分雖經系爭確定裁判撤銷，北區後指部重新作成與前處分內容相同之行政處分，係就原已存在之原告服役事實所為評價。因此，評價應以原告當時之服役情形為準，並無原告所指評定錯誤之情形。

(五)北區後指部考量原告違失行為，經依「國軍志願役軍官士官及志願士兵考績作業規定」第8點第8項第3款及第9項等規定，決議原告108年考績思想及品德評列「丙上」，於才能、學識、績效評列「甲等」，綜合評鑑考績績等為「丙上」。嗣依據原告108年度「丙上」考績處分所啟動112年9月19日及112年10月12日之不適服現役評議會及再審議評議會，均由6位評議委員組成，男性委員4位，女性委員2位，由指揮官指定副指揮官擔任主席，任一性別比例未少於三分之一，並均依程序完成送達並將原告書面意見納入會議供評審委員審酌，經與會評審委員充分討論後認原告確有違失行為之情形，遂決議核予「不適服現役解除召集」之處分，符合程序。

(六)此等不適服現役會議之考評程序，依考評具體作法第6點第1款所訂四項考評項目進行公平、公正之評議，經出席委員充分討論後，由過半數同意決定之，並無原告所指有所偏頗或係基於錯誤資訊之違法情形。即便因原告中途暫離致委員先行討論，嗣由原服役單位主管補充發言，仍係依據第6點第1

款規定，於委員討論過程中提供所需說明與答詢。與會委員除參閱書面資料外，亦得就所涉資料提出疑義，由正、副主官說明補充，並接受提問。縱使有臨時恢復視訊發言情形，仍於投票前完成當事人事實陳述、書面資料補充、視訊發言及委員間討論程序，主席確認無需再補充後，始宣布進行投票。投票前各委員均已充分討論各層面議題，前述相關細節皆涵括於整體評議程序中，且無法律上對程序細節設有硬性順序之限制，整體評議程序符合法制，並無原告所指之程序瑕疵。

(七)並聲明：原告之訴駁回。

五、前揭事實概要欄所載，除後述爭點外，為兩造所不爭執，並有個人電子兵籍資料（原處分卷第178-180頁）、新竹後指部108年11月15日令（原處分第4-7頁）、108年度考績評定及109年6月8日訴願決定（原處分卷第149-155頁、本院卷第317-321頁）、前處分（原處分卷第8-12頁）、系爭確定裁判（原處分卷第13-32頁）、北區後指部112年7月6日人評會會議資料（原處分卷第33-44、51-119頁）、北區後指部112年7月27日再審議人評會會議資料（原處分卷第121-220頁）、被告112年8月22日令（原處分卷第227-228頁）、北區後指部112年9月19日人評會會議資料（原處分卷第221-244、245-334頁）、北區後指部112年10月12日再審議人評會會議資料（原處分卷第336-425頁）、原處分（原處分卷第1-3頁）、訴願決定（原處分卷第426-436頁）在卷可稽，並經本院調取系爭確定裁判卷核閱屬實，應可認定。本件爭點為被告以原處分認原告有年度考績丙上以下，經人評會考核原告不適服現役核定退伍，是否適法？

六、本院之判斷

(一)本件應適用之法規及法理

1.行為時陸海空軍軍官士官服役條例(下稱服役條例)第15條第1項規定：「常備軍官、常備士官，有下列情形之一者，予以退伍：一、服滿現役最少年限，志願退伍。二、屆滿現役

最大年限或年齡。三、因病、傷，經檢定不適服現役。四、逾越編制員額。五、年度考績丙上以下或因個人因素一次受記大過2次以上，經人事評審會考核不適服現役。六、退撫新制施行後，晉任將官本階停年屆滿10年，未占上階職缺者。七、停役原因消滅或停止任用期間屆滿，經核定免予回役。八、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。九、依公務員懲戒法規定，受免除職務處分。十、任官服現役滿1年提出申請，並經人事評審會審定。」足見，常備軍官、常備士官有年度考績丙上以下，或因個人因素一次記2大過以上，並經人評會考核不適服現役者，應予退伍。其中，年度考績丙上以下、因個人因素一次記2大過以上之構成要件事實涵義明確，惟所謂不適服現役，則係不確定法律概念。行政機關對於所屬人員之人事考評，有判斷餘地，對此行政法院雖以審查為原則，然採較低之審查密度，僅於行政機關之判斷有恣意濫用或其他違法情事，得予撤銷或變更，其可資審查之情形包括：1.行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或不完全之資訊。2.法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無明顯錯誤。3.對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範。4.行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。5.行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當連結之禁止。6.行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。7.作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。8.行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原則等。

2. 行為時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之：……四、依第4款至第6款、第9款或第10款規定退伍者，由所隸單位檢附相關資料辦理。……」而有關不適服現役之評審程序，為因應國軍新一代兵力成軍，武器裝備迭次更新，組織運作及

各個職務均以分工合作、分層負責設計，亟需優質人力組合，故藉主官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，經人評會議決，以個人之品德、性情、敬業精神為篩選標準，不符要求者，應予持續汰除，以達淨化國軍人員素質，提昇戰力之目的，訂定考評具體作法（參照第1點規定），其中第6點第1款規定：「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30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5人至11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1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1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。 」第2款規定：「召開人評會時，應於1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、第4款：「一般規定：㈠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。惟放棄再審議者，應以書面方式為之。㈡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。……㈣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。」又當事人對於考評結果不服，得於14日內以書面申請再審議，並以1次為限；當事人對國防部或各司令部核定退伍結果不服時，得提起訴願（第7點規定參照），如人評會委員組成及程序均符合規定，即可認已踐行正當程序。上開考評具體作法乃主管機關基於職權所訂定具有細節性及技術性之行政規則，並未對人民權利之行使增加法律所無之限制，亦未逾越母法之限度，因此被告辦理強化國軍志願役軍（士）官考評事宜，予以援用，本院自予尊重。

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

4. 行政處分不溯及既往之法理，主要在保障人民權利免受不可預期之侵害，惟倘退伍處分所依據之基礎事實並未發生改變，前退伍處分僅係因程序上瑕疵遭撤銷，機關再次本於同一事實作成處分時，處分內容對相對人有可預測性，因而溯

及前處分實際辦理退伍時生效，並無不合（最高行政法院111年度上字第13號、99年度判字第441號判決意旨參照）。

5. 再者，前述考評具體作法第6點第1款第1目規定「考評前1年內個人平日生活考核」中，所謂「考評前1年」，固是指人評會召開日前1年之意，惟如前退伍處分因程序上瑕疵遭撤銷，而機關基於同一事實重行考評時，此所謂之考評前1年，係指前退伍處分人評會召開之前1年，自屬當然。否則受考評人因涉懲罰或考績丙上事由，經考評不適服現役退伍，於原退伍處分遭撤銷後再重為考評時，原所發生懲罰或考績丙上事由，均早逾重行考評前1年之時間，惟依服役條例第15條第1項第5款，仍應啟動該等事由之不適服現役考核程序，卻又無法審酌該等事由予以考評，豈非創造制度矛盾，也非事理之平。同理，此款規定之「應於考績命令發布30日內」召開人評會時，於前退伍處分遭撤銷時，重行考評時，也無以認為重行考評時已逾考績命令發布日30日內，即屬違法或不得再考評，況考評具體作法並未規定逾30日召開人評會，會發生不得再考評之效果，故解釋上該規定應屬訓示之規定。原告主張考評前1年指人評會重行考評之前1年，且重行考評時已逾考績命令發布30日內，而有違法云云，要屬無稽。

6. 至考評具體作法第6點第1款第2目「對任務賦予及工作態度」及第4目「其他佐證事項」部分，並未明定應以「考評前1年內」為限，而且考評是否「不適服現役」，是審究受考評人「是否不適合」繼續於軍中服役，所應考量的內容，不只是受考評人是否適合擔任軍職，還包括其擔任軍職對於軍方任務達成的必要性及影響性，換句話說，是從軍事組織運作的順暢及軍隊人力資源管理的客觀目的出發，以取向未來的角度，審究受考評人是否「不適服現役」。因此，除法有明文限制之外，應將受考評人軍職生涯中「對任務賦予及工作態度」及「其他佐證事項」等「近期表現」的整體人格圖像予以綜合觀察，才能作出正確的評價，此乃判斷「是否

不適服現役」的當然之理（最高行政法院112年度上字第545號判決意旨參照）。

(二)本件原告108年度考績評定丙上之處分經訴願後未提起行政爭訟，已經確定乙節，均經兩造陳明在卷(本院卷第578-579頁)。參酌軍人為廣義之公務員或公務員之一種（司法院釋字第430號解釋、第781號解釋參照），而被告於109年1月15日核予108年度考績丙上處分，原告提起訴願後，經109年6月8日訴願決定駁回，訴願決定並已教示得於收受決定書之次日起2個月內向本院提起行政訴訟（本院卷第317-322頁），且108年11月29日公布之司法院釋字第785號解釋理由業已公布多時並揭示：「……本於憲法第16條有權利即有救濟之意旨，人民因其公務人員身分，與其服務機關或人事主管機關發生公法上爭議，認其權利遭受違法侵害，或有主張權利之必要，自得按相關措施與爭議之性質，依法提起相應之行政訴訟，並不因其公務人員身分而異其公法上爭議之訴訟救濟途徑之保障。……」等旨。是原告既自承未就丙上處分提起行政爭訟，依當時環境，難認原告就此有何缺乏有效救濟途徑，或無法期待其為行政救濟等情事，揆諸前揭說明，原告本有合法救濟途徑卻任意放棄對丙上處分之行政救濟，已生構成要件效力，原告於本件不得任意排除其適用。則北區後指部考量原告108年度考績評定丙上以下，遂送人評會考核原告是否不適服現役，應無違誤。至該丙上處分綜合考核範圍縱使包含其前另曾核予懲罰等事項，惟該懲罰究非前開規定所指須為不適服現役考評的要件本身，又108年11月15日令之懲罰事實雖亦屬人評會考評審議資訊範圍，然與是否符合不適服現役考核依據並開啟考核程序之合法性不生影響。本件應無庸審酌北區後指部108年11月15日令之各懲罰是否已確定及是否符合比例、平等原則，則本件原告主張108年11月15日令有尚未確定及各懲罰有違法情事，北區後指部即進行考核，而有違法云云，難謂有據，合先敘明。

(三)經查：

1.原告108年度考績評定丙上，北區後指部前經召開人評會及再審議人評會考核不適服現役，被告作成核定退伍之前處分，固經系爭確定裁判撤銷確定，惟系爭確定裁判係基於前處分作成之程序上瑕疵撤銷，本件北區後指部旋重行召開人評會進行考核之基礎事實並未發生改變，依前所述，適用考評具體作法第6點第1款「考評前1年內個人平日生活考核」規定，應以前退伍處分人評會召開109年6月16日之前1年內原告個人平日生活為考核(系爭確定裁判本院卷一第203頁)。是經考評權責機關北區後指部於112年9月19日及112年10月12日分別召開人評會及再審議人評會，人評會之組成經由權責長官指定含主席6名委員，其中女性委員2名，已達3分之1，其中再審議委員組成僅有主席及1名委員與初審委員相同，並於112年9月18日、112年10月11日將開會通知書送達於原告通知其陳述意見，雖經原告當場拒收，惟不影響通知之效力，並由原告提供其書面陳述意見、再審議聲明書納為人評會及再審議人評會會議討論資料(原處分卷第221-425頁)。

2.觀之人評會及再審議人評會會議紀錄，原告前主管前新竹後指部指揮官蘇茂嘉上校、前新竹後指部陳副旅長及前花蓮縣指揮官李上校，均列席人評會分別說明：「本案是因為在蔡女的丈夫大約是在108年10月初與女兒在聊天時，女兒透漏蕭員(即原告，下同)與蔡女在浴室裡獨處及共住一室……自108年2月起即與已婚蔡姓民女過從甚密，遭蕭妻查閱手機發現親密對話文字及圖片後，即承諾不再與蔡女連繫；惟仍不思悔改……後遭蔡女丈夫周先生發現後，於11月6日逕向國防部1985專線申訴妨礙家庭，肇生軍民糾紛，嚴重影響軍譽……蕭員於108年4至9月期間，利用輪值戰情官時機以戰情室公務民線電話與蔡女密集連絡達152次，通話時間合計約8萬6,783秒（概算約24.1小時），違反戰情作業紀錄。蕭員亦曾擔任戰情業務承辦人，深知戰情公務係緊急連繫及公務使用……核予申誡兩次處分……蕭員亦曾於108年10月5日

擔任戰情官期間，未經核准離開逾20分鐘與蔡女於營門口旁服務台用餐，違反戰情作業紀律……核予記過乙次處分……蕭員任職期間工作表現一般，另查於108年5月分曾獲記功乙次獎勵，非單位給予，係因當年1月分單位辦理後備軍人晉任暨幹部表揚典禮獲上級（國防部後備指揮部）評核北區第一名，因蕭員係後服科承辦人，在未經單位後服科長、政戰處長及指揮官同意下，逕將獎勵建議名冊回報上級承辦人納入議獎，俟單位收獲國防部後備指揮部發布之獎勵命令始發現上情……蕭員未能落實工作管制，協調連繫多有疏漏，如：協調新竹縣後備憲兵荷松協會支援典禮交管任務及表演單位等，連繫初期即承諾提供桌餐，因蕭員疏忽未落實轉達餐敘組並管制是否規劃渠等用餐桌位，衍生後憲支援人員心生怨懟，肇生嫌隙，復經單位指揮官、政戰處長、後服科首席連絡官何少校等人多方協處解決，始能圓滿達成任務或化解嫌隙……考量單位已圓滿達成該任務，蕭員雖無顯著功勞，亦有辛勞之處，顧及單位團結向心及蕭員顏面，故不予追究蕭員私自回報勵建議及要求上級註銷重新檢討……蕭員接受調查期間即說詞反覆、言行不一……平日工作表現平平、值勤時多次明知故犯違反戰情作業紀律，實已不適任軍職。」、「蕭員迄今並未對本人表示他自己所作的行為有悔改的地方……蕭員自108年2月起與蔡女過從甚密，經蕭妻發現後承諾不再犯，惟不知悔改，持續利用戰情電話與蔡女密集聯繫，且擅雖職守，至服務臺與蔡女用餐，可見其品德操守有瑕庇……蕭員對上級交付之任務及工作態度有待加強，另抗壓性不足……蕭員身為具國軍深造教育學歷之中高階幹部，確不遵規範，實屬不該……一再辜負其妻，不思反省，不遵守相關規範，影響軍譽甚鉅。」、「蕭員調至花蓮之後工作表現平常，後來是因為發現戰情民用電話費暴增，查詢了一下相關通話紀錄之後，發現蕭員在值勤期間仍有撥打電話給在之前單位發生狀況的民女……有跟同事反應已經私底下跟民人和解，表示沒有任何的過錯……平時工作表現正

常，為人相處跟聊天和諧融洽，惟說話態度油腔滑調。……對本部所要求及賦予之任務均能完成，……表現尚可，或許是為求表現，時常指導科室同仁，工作態度平平。……蕭員在單位常向同仁表示，他個人與民人達成和解之後，他就沒有任何過錯，顯見當事人並未能深刻檢討自己……蕭員仍違背當初與妻子保證不再與民女聯繫之約定，於109年3月至4月期間，多次使用本部戰情民線電話撥打給民女，時間長短不等，顯見蕭員在個人品德及操守上有明顯瑕庇。」，嗣於再審議人評會也列席說明，蘇茂嘉並於人評會及再審議人評會提出其書面意見供委員參酌(原處分卷第299-315、385-401頁)。雖蘇茂嘉上校於說明過程發生連線中斷問題，而改由前新竹後指部陳副旅長及前花蓮縣指揮官李上校接續說明，待第2位委員表示意見時始回復連線而繼續說明，然仍於委員於投票前完成其陳述，且經主席於投票前再次向委員及列席人員詢問：還有需要補充說明的嗎?經各委員表示無，方進行投票表決等情，堪認委員於投票前均已充分了解所欲考評之事項始進行考評，難認有違反何明文規定之程序瑕疵、有出於錯誤之事實認定或不完全之資訊可言。況蘇茂嘉業提出書面意見供委員審酌(原處分卷第414-416頁)，難認委員就考評事項之理解，會因其說明之中斷而產生不利影響，原告主張此屬程序瑕疵云云，要屬無據。

3. 參以人評會及再審議人評會委員於考評時，考量原告108年考績評定丙上之違失行為，亦即於108年違反男女關係肇生軍民糾紛、於輪值戰情官期間密集撥打戰情室公務民線電話與蔡女聯絡及未經核准擅入服務台與蔡女用餐違反戰情作業紀律等事實，並就涉及「考評前1年內個人平日生活考核」、「對任務賦予及工作態度」、「受懲罰或事實發生所生影響」及「其他佐證事項」充分討論與陳述意見、提出書面發言單，且於投票單補充意見，由與會委員以記名投票方式，除主席外均全數贊成通過考評原告不適服現役(原處分卷第245-330、385-401頁)。且原告長官即當時新竹後指部

指揮官證人蘇嘉茂於本院證稱：戰情電話是公務聯繫使用，原告使用的是民線，僅一支，供緊急通聯、對警察消防等協調聯繫，經查詢結果，原告打152、154通電話，時數合計長達24小時多，都是打給蔡女，私人使用後需要的人就無法打進，屬於私人行為；戰情官應值勤24小時，可透過警監系統掌握營區狀況，還有接聽緊急上級命令及地方重大事故，一次1個人24小時，隔天會補休，離開以不超過20分鐘為原則，若離開太久應先向總執行官報告，在未向長官報告情況下帶蔡女去大門口旁服務台用餐上洗手間，約30分鐘，等到蔡女離開才返回；原告明知蔡女已經結婚，他自己也已結婚，且承諾太太不再聯繫蔡女，卻無信用，經處分原告後，108年11月將他從新竹調到花蓮後備指揮部，他一樣在花蓮用戰情電話撥給蔡女等語(本院卷第508-509頁)，足認原告上開違失行為影響平日生活考核或任務賦予、工作態度，抑或事實發生所生影響，均非屬輕微而不適服現役，人評會及再審議人評會並無判斷違法情事，本院應予尊重。準此，被告以原處分對原告所為不適服現役退伍之決定，並溯及於前處分原已發生效力之時，依前揭說明，並無不合。原告主張委員違反考評具體作法第6點第1款規定，考量逾重行考評前1年內之個人平日生活，原處分溯及生效違法云云，應無可採。

4. 原告雖主張陳中校於再審議人評會將原告僅提供書面意見而未出席會議，曲解為難以適應部隊環境，違反不當聯結禁止原則；原告辦理108年後備軍人晉任暨幹部表揚典禮，並無過失，蘇茂嘉將責任推卸予原告，影響委員之判斷；原告因為該典禮之承辦人而於108年獲記大功，委員誤認原告係私報獎勵，係基於不正確資訊；人評會及再審議人評會未考量其109年度獲頒之109年6月18日嘉獎1次、109年10月14日記功1次、109年10月28日嘉獎1次、109年12月1日嘉獎2次，未充分審酌近期對任務賦予及工作態度，及事實發生所生影響、其他佐證事項云云。惟查：

⑴依憲法第20條規定，人民有依法律服兵役之義務，然並未授予人民有服兵役之權利。由於軍人負有保衛國家安全對外作戰武裝任務，對軍令有服從義務，關於「軍隊人事管理與勤務」此等國軍統帥權行使，攸關軍紀是否嚴明，軍令得否貫徹，事涉國家安全，軍方基於專業考量，因應戰爭或承平時期、以及士官兵服役單位或所擔任職務種種因素，於解釋人事管理與勤務相關規定時，本得採取較嚴格之標準，留優汰劣，樹立必要之軍紀權威，此種必要嚴格之標準，於憲法所保障之基本權並無妨礙。因此，軍方對於服役條例第15條第1項第5款規定「不適服現役」不確定法律概念之適用，只須適用之際，並非基於錯誤之事實或與事件無關之考量、或組織不合法、未遵守法定程序，或顯然違反平等原則及一般公認之價值判斷標準者外，行政法院採取低密度審查標準，高度尊重其判斷餘地，已如前述。

⑵又適服現役與否，所應強調者非限於個人是否適合擔任軍職之判斷，更應討論的是其擔任軍職對於軍方達成業務之必要性與影響性。依人評會及再審議人評會考評提報資料及前揭會議紀錄內容，可知已審酌原告書面意見、上述原告前長官蘇茂嘉之書面意見、104-108年考績及108年獎懲紀錄、蔡女先生申訴資料、108年11月15日令及108年度考績評定等事實，並於會議中，原告隸屬單位之前後3位長官也到場報告如前述之會議紀錄所載內容，且是經委員參酌後予以討論，以記名投票方式，主席外之全數委員均認原告不適服現役，核上開人評會所參酌者及委員發言內容整體觀察，確實依考評具體作法第6點考評程序第1款規定，就原告之平日生活考核、對任務賦予及工作態度、受懲罰或事實發生所生影響等事項為綜合考評。再審議人評會陳中校係陳稱：原告自述未復職而不願出席會議，顯見原告對於會議通知是非常的漠視，若真的復職之後，是否會以相同態度面對部隊，這樣的態度令人堪憂等語(原處

分卷第399頁)，係針對原告所提會議發言單陳述：再一次聲明未收到復職令，顯見本人身分並非軍職，與貴單位有何權利義務關係，而得要求民眾配合出席會議等語而來(原處分卷第402-403頁)，主要以原告執未讓其復職作為不出席會議為由之事後態度，作為是否不適於服役之考量之一，核非原告所主張以提供書面意見而未出席會議為曲解云云，難認已構成不當聯結。

⑶關於原告辦理108年後備軍人晉任暨幹部表揚典禮，其長官即當時新竹後指部指揮官蘇茂嘉證稱：原告為承辦人，簡維德是負責交通管制協調，新竹後指部當時人力不充分，請憲兵荷松協會協助交通管制，協調過程是否有承諾桌餐部分，我當下並不清楚，憲兵荷松協會交管人員有請簡維德少校安排桌餐，但典禮當天是給予便當未安排他們用桌餐，以致有些不愉快，典禮結束後我也親自向荷松協會人員致歉、表揚感謝他們，並請他們吃飯，才圓滿結束，原告為總承辦人未掌握到這些人如何用餐與經費，均應檢討；107年底已訂有該典禮相關執行計畫，有提及相關議獎對象，原告是總承辦人，自應很清楚，這次活動國防部後備指揮部表示我們評比第一名，承辦人直接打給原告問敘獎名單，原告未經同意，直接將首功給自己報出去，亦未依正常流程告知、回報科長、處長及我，直到後備指揮部獎勵下來後我才知道有此事；原告雖是總承辦人，但在每次工作管制會議中，很多疏漏都是被知道的、被要求的，到後來我跟處長需要各自處理，如果我重新考核議獎對象，因整個單位只會有一個首功，不會給原告首功，我會給後防科，但嗣後為兼顧單位團結及和諧，才未註銷重發首功等語(本院卷第504-508頁)。並有該表揚活動實施計畫及所附專案獎勵基準表在卷可稽(本院卷第519-547頁)。堪認原告辦該活動確有疏失及私報獎勵情事，原告主張其辦理該活動無疏失，僅是據實告知國防部後備指揮部承辦人，伊係該活動承辦人即獲獎云云，顯與事實

不符，原告主張之敘獎程序，也核與一般行政機關敘獎流程不符，自無足採。雖憲兵荷松協會聯絡人邱創國證稱蘇茂嘉有承諾供該協會人員用桌餐，惟蘇茂嘉係證稱沒印象有承諾此事，邱創國又改稱沒有辦法確定是簡維德還是蘇茂嘉說的(本院卷第510-514頁)，也難認有原告主張之蘇茂嘉係將其過錯推給原告情事。況該典禮有桌次表，原告為承辦人，一開始就知用餐狀況，不論交管人員是吃桌餐或便當，原告都對於狀況掌握未嚴謹之情，復經證人蘇茂嘉證述綦詳(本院卷第514頁)，是原告辦理該活動難認無何疏失。從而，證人蘇茂嘉於人評會及再審議人評會陳明同上述，經人評會及再審議人評會審酌，並無基於不正確的資訊為判斷。

⑷關於原告主張其於109年6月18日嘉獎1次、109年10月14日記功1次、109年10月28日嘉獎1次、109年12月1日嘉獎2次，尚非屬前退伍處分人評會召開109年6月16日之前1年內個人平日生活為考核。而原告前主管前新竹後指部陳副旅長、前花蓮縣指揮官李上校，就原告近期表現則有向人評會分別說明：「蕭員迄今並未對本人表示他自己所作的行為有悔改的地方」、「蕭員調至花蓮之後工作表現平常，後來是因為發現戰情民用電話費暴增，查詢了一下相關通話紀錄之後，發現蕭員在值勤期間仍有撥打電話給在之前單位發生狀況的民女……有跟同事反應已經私底下跟民人和解，表示沒有任何的過錯……蕭員對本部所要求及賦予之任務均能完成，不管是晉任表揚、輔導工作會議及各級後服會報，該員表現尚可，或許是為求表現，時常指導科室同仁……蕭員在單位常向同仁表示，他個人與民人達成和解之後，他就沒有任何過錯，顯見當事人並未能深刻檢討自己……蕭員仍違背當初與妻子保證不再與民女聯繫之約定，於109年3月至4月期間，多次使用本部戰情民線電話撥打給民女，時間長短不等」(原處分卷第306-310頁)。且承辦單位於再審議人評會報告：「蕭員91年至109

年獎懲紀錄如下：勳章1，為年資滿10年，10年考績有1次甲上所獲之忠勤勳章、獎章3枚，為累滿3大功之寶星、景風、弼亮獎章、大功1次，104年任職國防大學期間，綜辦林傑教育合作協議簽約專題講演計畫策訂、協調、管制全般事宜，獲國防大學核定大功乙次，其事由與蕭員自述有所出入、一般功績記功16次、嘉獎46次；另處分記大過1次，記過1次，申誡4次，其電子兵資及兵表獎勵影本已提供各位委員參閱」(原處分卷第392頁)，並由前花蓮縣指揮官李上校，就原告近期表現向再審議人評會說明：「蕭員在單位常向同表示，他個人與民人已經達成和解之後，他就沒有過錯……於109年3月至4月期間，多次使用本部戰情民線電話撥打給民女，時間長短不等，顯見蕭員在個人品德及操守上有明顯瑕疵，這部分在當初109年第一次不適服人事評議時就有詢問過蕭員，該員也有承認這個部分的一個聯繫。」(原處分卷第395頁)，難認委員有未充分審酌原告近期對任務賦予及工作態度、事實發生所生影響事項。是原告此部分主張，也不足為其有利之認定。

七、綜上，本件人評會及再審議人評會針對原告是否適服現役為審查，組織合法，已踐行正當程序，基礎事實並無錯誤，難認有資訊不完足或與本案事項無關之考量，所為不適服現役之考評結果，並無判斷恣意或濫用情形，亦無違反一般公認之價值判斷標準、平等原則及比例原則情事。被告以原處分核定原告不適服現役退伍，並無違誤。原告所訴各節，均無可採。訴願決定遞予維持，亦無不合，原告訴請判決如聲明所示，為無理由，應予駁回。

八、本案事證已明確，兩造其餘攻擊及防禦方法，均與本件判決結果不生影響，爰不一一論駁，併予敘明。

本件原告之訴為無理由，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　　7　　月　　10　　日

審判長法　官　蕭忠仁

法　官　吳坤芳

法　官　羅月君

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，	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。

亦得為上訴審訴訟代理人	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　　7　　月　　10　　日

書記官　陳又慈