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684號
民國114年11月6日辯論終結

原　　告　周彥廷
訴訟代理人　邱政勳律師
被　　告　陸軍第六軍團指揮部

代　表　人　陳文星
訴訟代理人　李庭御
　　鄭崟元
　　陳彥瑀

上列當事人間陸海空軍懲罰法等事件，原告不服國防部中華民國113年4月11日113年決字第098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

壹、程序方面

㈠本件被告代表人原為李天龍，訴訟中變更為陳文星，業據被告新任代表人陳文星提出承受訴訟狀，聲明承受訴訟（本院卷二第81頁），核無不合，應予准許。

㈡按行政訴訟法第6條第2項規定：「確認行政處分無效之訴訟，須已向原處分機關請求確認其無效未被允許，或經請求後於30日內不為確答者，始得提起之。」第111條第1項至第3項規定：「(第1項)訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意或行政法院認為適當者，不在此限。(第2項)被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。(第3項)有下列情形之一者，訴之變更或追加，應予准許：一、訴訟標的對於數人必須合

一確定，追加其原非當事人之人為當事人。二、訴訟標的之請求雖有變更，但其請求之基礎不變。三、因情事變更而以他項聲明代最初之聲明。四、應提起確認訴訟，誤為提起撤銷訴訟。五、依第197條或其他法律之規定，應許為訴之變更或追加。」所謂訴之追加，係指於起訴後，提起新訴以合併於原有之訴，即於起訴之當事人、訴訟標的或訴之聲明之外，另增加當事人、訴訟標的或訴之聲明之謂。揆其立法意旨在於訴狀送達於被告後，為免被告疲於防禦，導致訴訟延滯，原則上不許原告為訴之變更或追加。因此，追加之訴，除有行政訴訟法第111條第3項各款規定情事，或經對造同意，或行政法院認為適當，否則其追加之訴即不應准許。查本件原告原起訴聲明：「一、先位聲明：㈠確認被告112年9月28日陸六軍人字第1120174345號令(含附件112人勤(官)令字第097號，下稱原處分1)無效。㈡國防部113年決字第98號訴願決定(下稱訴願決定)及被告112年12月29日陸六軍人字第1120236275號令與113年1月15日陸六軍人字第1130012204號令(下稱原處分2)均撤銷。二、備位聲明：訴願決定及原處分1、被告112年12月29日陸六軍人字第1120236275號令、原處分2均撤銷。」(本院卷一第9-10頁)，因先、備位聲明所指被告112年12月29日陸六軍人字第1120236275號令僅為送達證書，經原告於113年12月12日準備程序當庭撤回(本院卷一第424頁)。嗣原告於114年3月6日具狀變更追加聲明為：「一、先位聲明：㈠確認原處分1、原處分2均無效。㈡訴願決定撤銷。二、備位聲明：訴願決定及原處分1、原處分2均撤銷。」(本院卷一第577-578頁)，被告就此聲明變更追加確認原處分2無效部分，先於本院準備程序表示無意見(本院卷一第524頁)，嗣具狀(本院收狀日114年10月22日)表示：原告收受原處分1、原處分2後，均未向被告請求確認原處分無效，以使行政機關先行審查，程序顯不合法，應依行政訴訟法第107條規定駁回起訴等語(本院卷二第13-14頁)，惟行政訴訟法第6條第2項之立法目的在於先由原處分機關自

行審查及自行確認其所作成之行政處分是否無效，是以此種行政程序之踐行，並無嚴格遵守請求確認、未被允許或不為確答等流程之必要，而係以經原處分機關為實質審查確認行政處分並非無效為已足，查原告雖未於本件起訴前，先向被告為處分無效之確答請求，然被告於訴願及本案訴訟程序中，業已審查並確答原處分1、原處分2並非無效，尚可寬認原告提起確認行政處分無效訴訟，核屬符合行政訴訟法第6條第2項規定之特別起訴要件。再者，原告將原先僅訴請撤銷原處分2，變更追加為先位聲明確認原處分2無效，係屬就原處分2違法性程度高低之不同主張，然其就原處分2主張本質上違法乙事則無不同，核認其請求之基礎不變，是原告前開聲明之變更追加，尚屬於法相合，應予准許，由本院就其訴請確認原處分1、原處分2無效部分為實體審理。

貳、實體方面

一、爭訟概要：

原告原任職被告所屬憲兵連上尉連長，於112年9月11日以右手環抱同連林姓下士(下稱林士)左大腿，並以左手撫摸右大腿等行為，經被告查證屬實，以原處分1核予記過2次懲罰。嗣被告以原告年度內遭記過2次懲罰，屬品德違失，雖已獲記大功1次、記功4次，惟無法功過相抵，且依國軍志願役軍官士官及志願役士兵考績作業規定(下稱考績作業規定)第8點第6款第1目及第9款規定，考績績等不得評列甲等以上，爰以原處分2核定原告112年度考績績等為乙上，並自113年1月1日生效。原告不服，提起訴願，經國防部113年4月11日113年決字第98號訴願決定原處分2部分訴願駁回，原處分1部分訴願不受理。原告仍不服，遂提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.有關確認原處分1無效部分：

⑴原處分1屬品德類記過處分，且無法功過相抵，致原告不符志願留營甄選條件，核屬重大限制或剝奪原告以軍人身

分繼續服役工作權之行政處分，且非顯然輕微之干預，應准原告就原處分1提起行政救濟，以符有權利即有救濟之憲法原則。

⑵原處分1作成前未對原告為任何通知，未予原告就原處分1所引裁量標準或依據及如何裁量之理由，及記過2次屬品德類記過處分，不得功過相抵，以致不符志願留營甄選條件等事項陳述意見機會，且本件應召開評議會給予原告陳述及申辯機會，不得以原告訪談報告書之事實經過簡要說明替代，違反平等原則及正當法律程序之瑕疵，乃具重大明顯，而足徵原處分1屬無效。

⑶原處分1全部內容含備考欄所援引法令依據陸海空軍懲罰法(下稱懲罰法)第15條第14款及國軍軍風紀維護實施規定第29點第1款，均無關於記過2次懲罰屬「品德類」之記過處分，且不得功過相抵，致不符志願留營之甄選條件等規定內容，且無從得知依「言行不檢」規定所核定之記過處分屬「品德類」，原處分1有違行政處分明確性原則。又上開規定均未明確定義「何謂品德類懲處」，而國軍軍風紀維護實施規定屬行政規則，非法規命令，未記載係依何種法律就「何為品德類懲處」之規定或定義、「品德類記過處分不得功過相抵，以致不符志願留營甄選條件」等相關事項予以授權訂定，顯與法律保留原則、法律明確性原則有違。原處分1未詳載何以作成「記過2次懲罰處分」而非檢束或2次申誡之裁量理由，以及該處罰屬品德類記過處分，不得功過相抵，以致不符志願留營甄選條件等規制內容與法效果，依一般合理判斷能力者之認識能力觀之，處於標的不明確或重要觀點無法瞭解等內容不明確狀態，原處分1具重大明顯瑕疵而屬無效之行政處分。又因原處分2係引原處分1予以作成，則原處分1無效，自始不生法律效果，則原處分2失所附麗而有認事用法重大謬誤之處，應予撤銷。

⑷原告爭執原處分1所載事實，當日行為僅係平時玩笑嬉鬧方式互動，並非性騷擾，且林士明確表示不提出性騷擾申訴，本件無從依性別平等工作法或性騷擾防治法等規定認定性騷擾，從而，被告援引性騷擾防治法第25條規定為據，作成查證報告之結論與建議，認事用法洵有違誤，又豈有依國軍人員性騷擾處理及性侵害預防實施規定第27點之性騷擾案件懲罰建議參考表作為懲罰基準之理。另原告之訪談報告書係配合被告調查所作成，內容過於簡略，且非屬原處分1作成前所踐行之正當法律程序。

2.有關確認原處分2無效部分：

⑴陸海空軍軍官士官考績條例(下稱考績條例)、考績作業規定通篇未明確規定有關「於符合何種情形下，考績品德分項應評鑑為乙上」之構成要件與法律效果，且「品德類考績分項列為乙上處分之構成要件與法律效果」，應由法律或依法律具體明確授權之行政命令定之，考績作業規定僅為行政規則，非屬法規命令，原處分2引據考績作業規定顯有違法律保留原則(涉及人民工作權、財產權喪失、變更之處罰性行政處分之構成要件與法律效果，應由法律或法律具體授權之行政命令定之)，且考績條例及考績作業規定至多僅有「年度考績績等」不得評列為甲等以上之構成要件與法律效果，但「年度考績績等」與「考績品德分項」為不同事項，被告主張援引該等規定作成原處分2，致原告不符志願留營甄選條件，顯與法律明確性原則、法律保留原則相違。且原處分2未記載相關法令依據，更無「於符合何種情形下，考績品德分項應評鑑為乙上」之構成要件與法律效果，有違行政處分明確性原則，原處分2具有重大明顯瑕疵而屬無效行政處分。

⑵原處分2考績品德分項評鑑為乙上，致原告預備軍官志願役期滿申請續服時，即不符志願留營甄選條件，則原處分2乃屬重大限制或剝奪原告以軍人身分繼續服役權利之行政處分，然處分內容對於軍人身分產生重大不利影響之規

制內容與事項付之闕如，被告或原處分2對於何以作成「考績品德分項評鑑為乙上」之裁量標準或依據等理由也未予詳載，原告於112年度記有大功1次、記功3次，足以功過相抵原處分1，何以該年度考績品德分項評鑑、覆考績等為乙上？以一般具有合理判斷能力者之認識觀之，原處分2有標的不明確或重要觀點無法瞭解等內容不明確情事，有重大明顯瑕疵而屬無效行政處分。又原處分2作成前未予原告對於軍人身分存續產生重大不利益之規制內容陳述意見機會，顯然違反憲法上平等原則與正當法律程序，該瑕疵亦屬重大明顯。104年5月6日修正施行之懲罰法規定對於較輕微之「罰薪」或「悔過」懲罰，應給予陳述意見或申辯機會，遑論原告受處罰較重之原處分2減少發給半個月俸給總額之一次考績獎金，更受有「品德分項評鑑為乙上」以致不符志願留營甄選條件等影響軍人身分存續之情形，被告更應予原告陳述意見或申辯機會，始符平等原則，且不應區分記過或記大過、罰薪或悔過等懲罰種類，均應賦予原告陳述意見機會，始符正當法律程序保障之要求，此觀113年8月7日修正之懲罰法第7條、第18條、第19條、第23條第1項、第47條第1項、第57條第1項、第2項規定甚明。被告未予原告陳述意見機會之瑕疵，係一般具有合理判斷能力者之認識能力所顯而易見之事而具重大明顯，足徵原處分2屬無效行政處分。

3.退步言，縱原處分1、原處分2非屬無效處分，惟基於上開諸多認事用法有重大違誤，亦屬違法處分而應予撤銷。

㈡聲明：

1.先位聲明：⑴確認原處分1、原處分2均無效。⑵訴願決定撤銷。

2.備位聲明：訴願決定及原處分1、原處分2均撤銷。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.原告於112年9月11日對林士所為，涉有性騷擾防治法第25條規定情事，因被害人不提性騷擾申訴，被告乃依國軍人員性騷擾處理及性侵害預防實施規定及國軍人員性騷擾處理流程圖所示「針對被害人不提性騷擾申訴時依相關業管規定辦理」，而依懲罰法及國軍軍風紀維護實施規定，實施行政調查及議處，分別針對林士、原告及其他憲兵連同仁調查詢問，並調取業務辦公室事發時之監視器畫面，足證原告有撫摸林士大腿內側及環抱大腿之行為，經監察部門提出查證報告簽奉時任指揮官葉中將核定，移由人事部門奉核依懲罰法第15條第14款、國軍軍風紀維護實施規定第29點第1款「言行不檢」規定核予記過2次之懲罰，因原處分1係記過2次，非屬懲罰法第30條第4項規定應以評議會決議之懲罰種類，尚無需召開評議會，且依考績條例及其施行細則、考績作業規定，於機關考評所屬人員時，均未有應給予當事人陳述意見機會之規範，況於原處分1作成前已由原告撰寫「上尉周彥廷案件調查報告書」，非未予陳述意見機會。原處分1明載懲罰依據及原告所犯違失行為，符合明確性原則；且經合法送達，亦明確記載救濟方式，原處分1認事用法均無違誤，原告主張原處分1無效，顯有違誤。

2.按懲罰法第8條第1項、第12條規定及依國軍人員性騷擾處理及性侵害預防實施規定第27點之性騷擾案件懲罰建議參考表作為懲罰基準，本案以違反態樣中「肢體騷擾」針對志願役違犯程度，作為懲罰建議之參考標準，並依懲罰法第8條規定視違失行為輕重，於懲罰案件加重或減輕處罰，而112年9月25日懲罰簽呈中已明載審酌理由「周員身為單位主官，理應為單位表率，其違失行為已影響單位領導統御」，及參考類案、懲罰基準表所定懲度後，核予適當懲罰，未逾越裁量範圍，也非未援引裁量標準或依據。另案發當時原告所受原處分1，救濟途徑為國防部陸軍司令部國軍官兵權益保障會。被告送達原告之原處分1中已載明救濟途徑，然原告並未於期限內提起救濟，自行放棄救濟權益，並無其所指不予

行政救濟之機會。至原告與被害人和解係針對刑事告訴及民事請求權之註記，無涉行政責任，且僅得作為懲度裁量因素，非可免除行政責任，原告行為經查證屬實，被告為紀律維持所需，核予懲罰並無違誤。

3.原告112年考績表係依序實施初考考評，除品德項目因原處分1而評為「乙上」外，思想、才能、學識、績效項目均列甲等，體能項目亦合格，初考官給予「建議不適任現職」意見，復經覆考評鑑會審查，覆考分項品德項評列「乙上」，依考績作業規定第8點第6款第1目規定績等不得評為甲等，決議評列「乙上」，並給予「同意初考官所評」意見。後經審核評鑑會給予「同意覆考評鑑會所評」之意見，再由被告人事部門簽發原處分2送達原告，原處分2之作成既經權責長官逐一審查及考評，屬被告本於人事裁量範圍所為處分，尚無逾越瑕疵。依考績條例第4條、考績作業規定第8點第6款第1目、第9款、陸海空軍軍官士官服役條例第19條第3項授權訂定之陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則第3條第1項、第5款等規定，原告所受原處分1為品德類記過，且該記過不得功過相抵，被告無裁量空間，僅得核予考績績等「乙上」之決定，原處分2於法有據，並無原告所認應予撤銷之理由。

㈡聲明：原告之訴駁回。

四、爭點

㈠原處分1、原處分2是否因未於作成前通知原告陳述意見、行政處分書面未載「品德類記過，不得功過相抵，致不符志願留營甄選條件」等文字及裁量標準，即有行政程序法第111條第7款規定「其他明顯重大之瑕疵」而屬無效處分？

㈡原處分1是否合於撤銷訴訟起訴要件？原處分1、原處分2是否因前開相同爭訟理由而屬違法應予撤銷？

五、本院之判斷

㈠本件應適用之法規

1.懲罰法(104年5月6日修正)

第8條第1項：「辦理懲罰案件，應視違失行為情節之輕重，並審酌下列事項：一、行為之動機、目的。二、行為時所受之刺激。三、行為之手段。四、行為人之生活狀況。五、行為人之品行及智識程度。六、行為對領導統御或軍事紀律所生之影響。七、行為人與被害人之關係。八、行為人違反義務之程度。九、行為所生之危險或損害。十、行為後之態度。」

第12條：「軍官懲罰之種類如下：一、撤職。二、降階。三、降級。四、記過。五、罰薪。六、申誡。七、檢束。」

第15條第14款：「現役軍人有下列違失行為之一者，應受懲罰：十四、其他違失行為違反已送立法院備查或國防部頒定之法令。」

第30條：「(第1項)權責長官知悉所屬現役軍人有違失行為者，應即實施調查。(第2項)調查時，對行為人有利及不利之情形，應一律注意。(第3項)同一違失行為，在刑事偵查或審判中者，不停止懲罰程序。但懲罰須以犯罪是否成立為斷者，得報經上一級長官同意，停止懲罰程序。(第4項)調查結果認為有施以撤職、降階、降級、記大過、罰薪或悔過懲罰之必要時，應由主官編階為上校以上之機關（構）、部隊或學校召開評議會決議之。認為證據不足或無第15條各款違失行為者，應為不受懲罰之決議；其已逾第16條之懲罰權時效者，應為免議之決議。(第5項)前項評議會召開時，應給予行為人陳述及申辯之機會；會議決議事項應陳權責長官核定。權責長官對決議事項有意見時，應交回復議；對復議結果仍不同意時，應加註理由後變更之。(第6項)前2項評議會，由權責長官指定適當階級及專業人員5人至11人組成，並指定1人為主席。(第7項)於國防部以外機關（構）或行政法人任職、服役之現役軍人，其評議會之組成及召集，得依各該組織特性自訂規定辦理，不受前項規定之限制。(第8項)懲罰處分應依權責核定發布並完成送達程序。懲罰處分

應載明處分原因及其法令依據，並附記不服處分之救濟方法、期間及其受理機關。」

2.國軍軍風紀維護實施規定

第1點：「國軍軍紀督察工作，援依國防部組織法、國防部處務規程、行政程序法、陸海空軍懲罰法暨施行細則及公職人員財產申報法等，遂行軍(風)紀維護、案件調查、命令貫徹、官兵申訴處理、監辦與協辦財產申報等作業，以嚴肅軍隊紀律、樹立廉能風尚、保障官兵合法權益，促進國軍團結和諧，以蔚成崇法務實之現代化優質國軍。」

第29點：「違規㈠……言行不檢。」

3.考績條例

第3條：「考績採三級考評，區分為初考、覆考、審核3層次；各級考績官由國防部依單位編組型態定之。」

第4條：「考績項目分思想、品德、才能、學識、績效、體格等6項。」

第5條：「各級考績官對受考官各項之考評，應以平時考核為基礎，並參考年度獎懲記載，予以綜合分析評定。」

第6條：「考績績等，區分為特優、優等、甲上、甲等、乙上、乙等、丙上、丙等、丁等九等。」

4.考績作業規定

第1點：「國防部(以下簡稱本部)為使各單位考績官及考績作業承辦人員，辦理人員考績作業時，對於評鑑考核作業方法能夠符合正確與一致性，以達綜覈名實、信賞必罰、準確客觀之目的。」

第4點：「考績考評層次編組：軍官、士官、士兵按組織系統，由審核單位依權責編組，軍官考評之初考官由各級主官（管）擔任，士官、士兵由士官督導長擔任，覆考及審核層級則成立評鑑會辦理考績。若受考人直屬長官僅有一級時（或因特殊情形），則不設評鑑會，得由其直屬長官逕行考評。」

第5點第1款第2目、第3目：「考績考評原則：(一）國軍軍、士官及志願士兵考績作業，其作業方式如下：……2.各初考單位按分配之績等，依各受考人年度內之平時考核及綜合考評結果，並參考近5年考績績等，作為初考官辦理初考之依據。各初考單位完成初考作業後，呈送覆考單位。3.覆考官（覆考評鑑會）應就受考人之初評績等，參考評核之綜合因素，依單位任務、特性、整體工作績效及其工作職掌與獎懲紀錄等，依績等管制比率及相關限制條件完成覆考；覆考官（覆考評鑑會）考評初考單位所評各階績等與分配績等相符時，送審核評鑑會（審核官）簽署認定。……」

第7點第1項：「考評項目：(一)軍、士官及志願士兵區分思想、品德、才能、學識、績效、體格等6項；初考官應依受考人之表現，以勾記方式及完成各分項績等，尤對重要職務人員之均衡發展建議（如：指揮、幕僚、專業），於考績表及考核評鑑表內初考官考評意見欄與考核評鑑表背面重要記載事項欄中敘明，提供各級考績官參考。……。」

第8點第6款第1目、第9款：「績等管制：(六)年度內有下列情事之一，其考績績等不得評列甲等以上：1.覆考分項之思想、品德或績效，其中有1項評列乙上者。……(九)凡品德違失受記過1次以上處分或懲罰者，均不得以記功以上獎勵或事蹟存記相抵。」

㈡先位聲明請求確認原處分1、原處分2無效，為無理由

1.按行政程序法第111條規定：「行政處分有下列各款情形之一者，無效：一、不能由書面處分中得知處分機關者。二、應以證書方式作成而未給予證書者。三、內容對任何人均屬不能實現者。四、所要求或許可之行為構成犯罪者。五、內容違背公共秩序、善良風俗者。六、未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者。七、其他具有重大明顯之瑕疵者。」其中第1款至第6款為例示規定，第7款則為概括規定，用以補充前6款例示規定所未含括的情形。所謂重大明顯的瑕疵，並非依當事人主觀見解，亦非依受法律專

業訓練者的認識能力來判斷，而是依一般具合理判斷能力者的認識能力決定，即一般人一望可知其瑕疵的程度。換言之，該瑕疵須猶如刻在額頭上般明顯。如行政處分的瑕疵未達到重大、明顯的程度，一般人對其違法性的存在與否猶有懷疑、不確定，基於法安定性的維護，則不應逕認處分無效，在該處分被廢棄前，依然有效，僅係得撤銷而已，尚不得訴請確認為無效之行政處分。

2.原告前開主張原處分1、原處分2諸多無效事由云云，然原處分1明確記載作成處分之被告機關名稱、原告之姓名、相關服役單位、兵籍號碼、級職等足資特定受處分人之資料、懲罰事由、種類、所依據之法令等項(本院卷一第205-207頁)，形式上足使一般人認識原處分1係有權機關即被告作成而對原告產生記過2次懲罰規制效力之行政處分，另原處分2亦明確記載被告為處分作成機關、核定包含原告在內等10員之112年度考績及生效日、原告之姓名、相關服役單位、兵籍號碼、級職等足資特定受處分人之資料、年度考績評鑑項目之覆考績等(品德乙上、其餘項目甲等、體格合格)、審核績等乙上等項(本院卷一第217-218、222頁)，原處分2形式上亦足使一般人認識原告於112年度考績結果為乙上，況以原告前開主張事由，尚需經實質審查始能知悉有無違法情事，顯非猶如刻在額頭上般明顯，非普通社會一般人一望即知行政處分有明顯之瑕疵，並無瑕疵已達到重大、明顯程度之情事，自不符合行政程序法第111條第7款規定之重大明顯瑕疵。是以，參照前開說明，原告所指原處分1、原處分2的瑕疵未達到重大、明顯的程度，一般人對其違法性的存在與否猶有懷疑、不確定，基於法安定性的維護，自不應逕認處分無效，是原告訴請確認原處分1、原處分2無效，當無理由，應予駁回。

3.至原告於先位之確認無效訴訟，請求撤銷訴願決定乙節，因確認無效訴訟並不以訴願前置程序為必要，該訴願決定並非源自於確認處分無效訴訟之前置程序，且確認處分無效訴訟

係在確認行政處分是否存有無效事由致其自始當然確定無效，是原告於確認處分無效訴訟中，訴請撤銷訴願決定，並無權利保護必要，併予駁回。

㈢備位聲明請求撤銷原處分2部分，為無理由，訴請撤銷原處分1部分為不合法

1.原告訴請撤銷原處分1部分，不備起訴要件，為不合法：

⑴現役軍人依懲罰法受記過之懲罰處分，對其考績、考績獎金、任官、任職、調訓、勛獎等服公職之權利或法律上利益，已直接發生不利影響之法律效果，屬行政程序法第92條、訴願法第3條所稱之行政處分，且此等對其權利或法律上利益之不利影響，並非顯然輕微之干預，受此等懲罰處分之現役軍人有所不服，參照司法院釋字第785號解釋理由書意旨，當得依行政訴訟法第4條之規定，提起撤銷訴訟，以資救濟。又按原告之訴有起訴不備要件，而不能補正者，行政法院應以裁定駁回原告之訴，為行政訴訟法第107條第1項第10款後段所明定。次按行政訴訟法第4條第1項：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾3個月不為決定，或延長訴願決定期間逾2個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」訴願法第14條第1項、第2項：「(第1項)訴願之提起，應自行政處分達到或公告期滿之次日起30日內為之。(第2項)利害關係人提起訴願者，前項期間自知悉時起算。但自行政處分達到或公告期滿後，已逾3年者，不得提起。」是依上開規定，提起撤銷訴訟前，須先經合法之訴願程序或相當於訴願之程序，如未踐行合法訴願前置程序，其起訴即屬不備要件。

⑵又國防部鑑於最高行政法院112年度抗字第82號及第114號裁定，依司法院第785號解釋意旨，軍人受記過懲罰，應循訴願、行政訴訟程序提起救濟，並經行政院訴願審議委員會113年7月10日113年度第26次會議決議，有關國軍記

過、申誡懲罰，均非屬顯然輕微之干預而為行政處分，得提起訴願救濟，而函知所屬各級單位政令宣導，官兵不服單位核予記過及申誡懲罰，原循官兵權益保障審議程序提出救濟，現依上開司法見解及行政院訴願審議委員會之決議意旨，即日起官兵經單位核予記過及申誡懲罰，改提起訴願救濟，有該部113年8月5日國訴願會字第11302095711號令可稽(本院卷一第233頁)，可知國防部就軍人受記過、申誡懲罰事件，於113年8月5日始調整救濟途徑而改依訴願程序為之。然查，原處分1係於112年9月28日作成，於112年10月7日合法送達原告本人，有原處分1、被告送達證書可參(本院卷一第73-75頁、訴願卷第187頁)，係國防部調整救濟途徑前已生之記過事件，且原處分1說明三明確教示：「被懲罰人如果不服本懲罰，得於本令送達之次日起30日內，依下列方式之一救濟：1.依國軍軍風紀維護實施規定循申訴管道以書面或電話向國防部陸軍司令部監察官、陸軍第六軍團指揮部督察室或國防部1985諮詢服務專線等提出申訴；2.依國軍官兵權益保障會審議要點以書面向國防部陸軍司令部國軍官兵權益保障會申請權益保障。」等救濟途徑，是原告如對原處分1記過2次之懲罰有所不服，自應積極依前開途徑提出救濟，然原告並未尋求上開任一救濟方式，業據被告答辯明確(本院卷一第126頁)，且未據原告爭執，則顯然原告未於法定期間內踐行相當於訴願之前置程序。又原告雖於國防部調整記過事件救濟途徑前之113年2月16日向國防部訴願審議會遞送訴願書(訴願卷第13頁)，然原告既於112年10月7日經合法送達原處分1，遲至113年2月16日始提起訴願，顯已逾越法定訴願期間，仍未合於起訴前應先經合法訴願程序之要件，是原告訴請撤銷原處分1，核屬不備起訴要件，其訴為不合法，應裁定駁回，本院毋庸就原處分1為實體審查。

2.原告訴請撤銷原處分2及其訴願決定，為無理由

⑴依前開考績條例、考績作業規定等規範內容，考評軍官、士官之思想、品德、才能、學識、績效等平時各項表現及態度等，非藉由親身經歷，並長期觀察部屬具體表現之單位主管為之，殊難正確判斷與綜合評價，故該等軍職人員之評鑑考核具有高度屬人性，非他人所能擅代，行政法院承認行政機關就此等事項之決定有判斷餘地，而對其判斷採取較低密度之審查，原則上法院不可以自己之判斷代替考核機關之判斷，只在判斷有恣意濫用及其他違法情事，包括：1.行政機關之判斷，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，也就是違反不當聯結之禁止。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、公益原則等例外情形時，才予以撤銷或變更。

⑵經查，原告前任職被告所屬憲兵連上尉連長(本院卷一第141頁)，因被告查證其「於112年9月11日以右手環抱林士左大腿，及以左手撫摸林士右大腿」等違失行為屬實，而以原處分1核予記過2次懲罰。因之，六軍團參謀長尹昌榮擔任初考官，於原告112年1月1日起至112年12月31日止之112年度考核評鑑表記載：「考評項目『品德』之績等『乙上』，考核內容為『依112.9.28陸六軍人1120174345號言行不檢記過兩次』」，獎懲欄分別為嘉獎5次、記功4次、記大功1次、記過2次(本院卷一第213頁)，復於原告考績表初考分項評列「品德」績等乙上、「思想、才能、學識、績效」等分項均為甲等，體格項目評列為合格，並為「建議不適任現職」之意見及績等乙上之初考結果，其後經112年11月28日覆考評鑑會審查原告記過懲處屬品德

項，覆考分項品德項評列「乙上」，依考績作業規定第8點第6款第1目、第9款等規定，績等不得甲等，決議評列「乙上」，並經覆考評鑑會意見表示「同意初考官所評」而評列原告績等「乙上」，經覆考官即六軍團副指揮官劉暐欣簽署核章，送請審核評鑑會審核意見表示「同意覆考評鑑會所評」、績等「乙上」，復由審核官即六軍團指揮官李天龍簽署核章，且於考績表之「重要記載事項欄」敘明相關考績作業規定、原處分1之懲處事由及112年11月28日覆考評鑑會之決議情形等，有陸海空軍軍官士官及志願士兵考績表可按(本院卷一第211-212頁)，應認原告112年度考績業經被告依考績作業規定按考評層次、考評原則、考評項目等規定辦理完成，而原告因原處分1懲處事由為肢體騷擾林士，該違失行為雖因林士不願提出申訴(本院卷一第189頁)，而未依國軍人員性騷擾處理及性侵害預防實施規定開啟性騷擾申訴會之調查處理程序，然依懲罰法第30條第1項規定權責長官知現役軍人有違失行為，應即實施調查，以發揮領導統御之能，是被告依業管規定辦理，且原告經調查後確有肢體接觸騷擾林士之情事，而該違失行為之本質係具有性意味且使林士心生害怕，核屬性騷擾行為，是該違失行為應認該當於考績作業規定第7點規定附件一國軍幹部考核評鑑指標所定評鑑項目「品德」，考評分項「品行榮譽」之具體考核指標內容「性騷擾，經查證屬實」(本院卷一第498頁)，從而，原告112年度考績經初考官、覆考評鑑會、審核評鑑會等依上開規定認原處分1記過2次之懲罰事由屬品德項目，而審酌該違失行為之懲罰，應核予「品德」分項乙上之績等考評，並無基於錯誤之事實認定或不完全資訊，亦無違一般公認之價值判斷標準、裁量濫用之情事。

⑶又查，原告因肢體騷擾林士之事實，經初考、覆考考評「品德」分項為乙上，依考績作業規定第8點第6款第1目規定，其考績績等不得評列甲等以上，且第8點第9款復明

定品德違失受記過1次以上懲罰者，不得以記功以上獎勵或事蹟存記相抵，是原告縱於當年度另有記功、記大功等獎勵紀錄，亦無從相抵原處分1之記過2次懲罰，其覆考之品德分項仍因受有原處分1之記過懲罰而為乙上，是被告之考評符合考績條例、考績作業規定等相關規定，並無違法。

⑷原告主張被告作成原處分2前，未給予原告陳述意見機會乙節，查被告作成所屬人員年度考績之程序雖屬行政程序之一種，然關於考績結果之作成既另訂有前開考績條例以為依循，則考績之作成程序即應依考績條例為之，而考績條例並無明定應於作成年度考績乙上績等前給予受考人陳述意見機會，且考績作業規定亦無受考人陳述意見之辦理程序規定，再按考績條例第6條所定考績績等共分成9等，原處分2所評列原告112年度考績績等乙上之考績結果，尚屬位列中等之評核結果，且考績條例第8條規定年終考績考列乙上以上者，發給考績獎金；丙上以下者，始依人事狀況，予以調職查看或辦理退伍，另考績條例施行細則第8條後段規定：「核予退伍處分前，應給予當事人陳述意見之機會。」可知於考績條例之規範觀點下，當年度考績考列乙上者，並未直接涉及軍職人員之職務調整或身分變更，而未明定應予受考人陳述意見之機會，則本件被告作成原告考績乙上結果前未予原告陳述意見，自難謂有違法定必要程序。又縱行政程序法第102條規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第39條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定。」然同法第103條第5款規定：「有下列各款情形之一者，行政機關得不給予陳述意見之機會：……五、行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者。」則作為考績評價之基礎事實若已臻明確，並無非經當事人陳述意見不能釐清查明之情形者，無從徒以考績處

分作成前，未通知當事人陳述意見為由，即指摘其具有應予撤銷之程序瑕疵，查原告因肢體騷擾林士經查證屬實，而於品德分項經考評為乙上，復依上開考績作業規定，其年度考績績等不得評列甲等以上，且無從功過相抵，業如前述，原處分2作成所依據之基礎事實客觀上已明白足以認定，則被告作成原處分2前，未給予原告陳述意見之機會，依前揭行政程序法第103條第5款之規定，尚難指為違法。再者，原處分2係年度考績處分性質，並非懲罰處分，原告比擬104年5月6日修正懲罰法之「罰薪」或「悔過」懲罰，訂有給予陳述意見機會，本件有違平等原則與正當法律程序云云，實無可採。又原告一再爭執原處分2，致原告不符志願留營甄選條件而影響其以軍人身分繼續服役之權利乙節，查原處分2雖核定原告112年度考績績等乙上，然原告並非因考績評定，即直接遭剝奪軍人身分，而係因陸海空軍軍官士官服役條例第19條第3項授權訂定之陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則之相關規定，致不符志願留營甄選條件，此核屬另一行政程序，是原告以此爭執被告未於原處分2作成前給予陳述意見機會有所違誤乙節，尚無足採。

⑸另原告爭執考績條例、考績作業規定未明訂「考績品德分項應評鑑為乙上」之構成要件及法律效果，有違法律明確性原則、法律保留原則云云，惟正因為軍職人員之年終考績係依前開各項考評項目而綜合分析該等人員自當年1月至12月連續任職服勤期間之績效，其高度屬人性之評鑑性質，且非針對單一行為或事件為個別規範評價，自難以透過立法方式僵化規定所謂品德、思想、學識才能、績效等分項考評為乙上之構成要件如何，而應由考評機關依其職務特性、紀律要求、人員適才以達機關功能績效等面向而訂其考核評鑑指標，是原告所執法未明文規定品德類考績分項列乙上處分之構成要件，有違法律明確性、法律保留原則云云，並不可採，況國防部為求考績作業能符正確與

一致性，以達綜覈名實、信賞必罰、準確客觀之目的，而制定考績作業規定，於考績作業規定第8點第6款第1目已訂明覆考分項之品德評列乙上者，其考績績等即不得評列甲等以上，非無明確標準，且品德類分項考列乙上本身，並不涉及人民工作權或財產權喪失變更之法律效果，亦無原告所指應由法律或法律授權命令訂之等規範要求。另原告係因陸海空軍軍官士官服役條例第19條第3項授權訂定之陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則等相關規定，而不符志願留營甄選條件，並非因原處分2考列原告112年度考績乙上，即逕生喪失工作權之效果，業如前述，前開考績相關規定實無違反法律明確性、法律保留原則之情事。又原處分2就原告112年度考績已載明各評鑑項目之覆考績等及審核績等，明確表示原告當年之考績結果(本院卷一第219頁)，且該考績結果並不直接產生剝奪原告軍人身分之效果，原處分2無論自規範觀點或考績實務運作觀點，均無記載對軍人身分產生重大不利影響之規制內容等項之必要，是原處分2並無欠缺行政處分明確性。

㈣綜上所述，原告所訴，均無可採，其先位聲明訴請確認原處分1、原處分2無效及撤銷訴願決定，均無理由，備位聲明訴請撤銷原處分1為不合法，本應以裁定駁回，另原處分2於法並無違誤，訴願決定予以維持，核無不合。為求卷證齊一及訴訟經濟，爰就本件請求併予判決駁回之。

㈤本件判決基礎已經明確，兩造其餘的攻擊防禦方法及訴訟資料經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，無一一論述的必要，併予敘明。

六、結論：原告先位之訴無理由，備位之訴一部不合法，一部無理由。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　4　　日

審判長法　官　楊得君

法　官　黃翊哲

法　官　楊蕙芬

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　　12　　月　　4　　日

書記官　林慈恩