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943號
114年10月9日辯論終結

原　　告　岳振豪

訴訟代理人　陳佳鴻　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（兼送達代收人）

陳英傑
黃昱慈

上列當事人間退伍事件，原告不服國防部中華民國113年6月12日113年決字第148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：

本件原告起訴後，被告代表人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（本院卷第63頁、第64頁），核無不合，應予准許。

二、事實概要：

原告前係國防部軍事情報局（下稱軍情局）勤務大隊上士訓練士，因於民國112年7、8月間有未經許可從事foodpanda外送之兼差行為，經軍情局調查屬實而以112年9月14日國報人事字第1120018341號令核予大過1次懲罰，原告不服，提起

訴願經國防部113年1月25日113年度決字第017號訴願決定駁回。嗣軍情局以原告該年度內因未經許可從事兼差行為，以112年12月27日國報人事字第11200277241號令評定原告112年考績績等為丙上。原告不服提起訴願，亦經國防部於113年4月11日訴願決定駁回。其間，軍情局依109年6月20日國防部國人勤務字第1090132549號令修正發布強化國軍志願役軍官士官及士兵考評具體作法（下稱舊考評具體作法）於113年1月5日及同年2月2日召開軍情局112年考績丙上人員檢討不適服現役人事評審會（下稱人評會）及再審議人事評審會（下稱再審議人評會），均評鑑原告不適服現役，呈經被告以113年2月22日國陸人勤字第1130029214號令（下稱原處分），核定其不適服現役退伍，自113年3月1日零時生效。原告不服原處分，提起訴願，經決定駁回後，再提起本件行政訴訟。

三、本件原告主張：

㈠軍情局開會通知單內並未記載113年2月2日國防部國人勤務字第0000000000號令修正發布強化國軍志願役軍官士官及士兵考評具體作法（下稱新考評具體作法）第6點第1款所要求之教示條款，顯有瑕疵，影響原告之陳述意見權，召集再審議不適服人評會程序難謂合法。

㈡被告提出之再審議人評會會議準備簽呈等資料，顯有嚴重瑕疵：

1.被告所附原告前一年獎懲資料，係附在再審議人評會召開會議準備簽呈中，該資料均未見有何主官（管）核閱、簽章，亦未顯示該項會議資料於該份簽呈內之出處。況且，再審議人評會於113年2月2日已召開完畢，然被告所提該份資料卻未見有何歸檔前置作業流程。另參考軍情局人評會全案資料影本及再審議人評會全案資料影本可知，該份資料光會議紀錄即高達26頁，被告提供之再審議人評會會議資料影本僅7頁，且並無具體呈現在人評會、再審議人評會全案資料內，既然被告辯稱：該原告之獎懲資料是於

再審議人評會召開之前製作等語。那是否有將該資料分送再審議人評會與會人員？會議紀錄中亦未實質討論？顯見該份資料係被告臨訟時補充製作之文書，證據資料不足採信。

2.再審議人評會召開準備之簽呈人員簽名時間是113年1月29日9時0分，而原告的獎懲資料的列印時間是同日11時17分，反觀人評會簽呈署押時間是113年1月2日8時20分，原告獎懲資料列印時間是同日8時24分，所以，比對同一位承辦人，豈會遺漏資料長達2小時？抑或是再審議人評會原告獎懲紀錄已透過浮水印修改時間？況再審議人評會全案資料中召開準備之簽呈浮水印日期為113年9月13日，可是再審議人評會會議資料中同一份由許○舒簽名之公文簽呈卻是看不出浮水印，然原告獎懲資料製作日期之浮水印又清晰可見。準此，公文簽呈及所附原告獎懲資料之浮水印尚不連貫，是否有遭到竄改浮水印、或是被告臨訟製作之文書，不無疑問。甚者，再審議人評會全案資料及會議資料中之簽呈明明是同一份資料，卻讓時間較現在近的再審議人評會會議資料中人事室主任的印文變得清晰，而且少了位於紙張四角的BH006浮水印，衡諸常情，同一份資料經過至少2次影印，時間較近之會議資料中人事室主任的印文變得清晰，但卻使BH006浮水印褪色淡到看不清，顯與常情有違。

㈢無論新舊考評具體作法，均要求受考人之原服務單位亦應由正、副主官（管）提供書面考核資料，並列席說明、備詢。甚者，依本院112年度訴字第132號判決理由，不可僅以書面資料以代出席。是被告所提供之再審議人評會全案資料，並無具備書面考核資料，縱使採信被告說法，再審議人評會會議資料之原告近一年獎懲資料，與考評具體作法所要求之「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」書面考核資料，亦相去甚遠，尚難僅憑1紙獎

懲資料，率爾以偏概全審認原告是否適服現役。被告及軍情局漏未就原告近年獎懲資料、考績資料及其他考評具體作法規定之考核書面資料一併陳列，顯有瑕疵，將導致考評委員裁量濫用違反不當連結禁止等涵攝錯誤，且無法具體且確實而公平考核，應屬重大瑕疵，無法補正。

㈣軍情局於113年2月2日上午10時26分即收到國防部所下達之新考評具體作法，表示該法業已生效，基於行政程序法「從新」原則，於該日下午之再審議人評會本應旋即適用，若未適用，即屬程序違法。又新考評具體作法將個人平日生活考核、任務賦予及工作態度均改為僅考評前1年，本件再審議人評會召開日期為113年2月2日，因此能具體考評原告「前一年」之期間應該為112年2月2日至113年2月2日。觀再審議人評會會議紀錄捌、審議及討論，多數委員都將第五處報告之現況列為考評重點，雖然該考評均未明確指出考評期間，但原告任職第五處期間係自108年起至112年，顯見考評委員對於原告平日生活考核、任務賦予及工作態度等要項所規定的「前一年」均已逾越考評期間，顯有瑕疵甚明。另原告自陳110年任職於軍情局第五處時，曾參加國家安全局職缺甄選，而再審議人審會會議記錄第五處列席人員報告：「原告曾想爭取晉任士官長及調任國安局，國安局甄選部分因考量單位人力狀況無法同意」，雖未記載係原告何時參加國安局之甄選，但比對人評會會議紀錄，同樣是第五處列席人員報告，卻明確指出110年原告有參加國家安全局甄選，但因為人力狀況無法同意。是徵軍情局對原告再審議人評會之考評期間，已逾越113年2月2日往前算1年至112年2月2日之考評期間。

㈤就考評內容，是否有符合本院112年度訴字第132號判決意旨中：判斷是否有違一般公認之價值判斷標準、判斷有無出於與事物無關之考量、判斷有無違反法治國家之原理原則？亦存有疑義！換言之，僅有原告之主官（管）單方面陳述，並無其他書面考核資料供與會考評委員參考，率爾認定原告日

常工作表現平平無特別優異表現，評鑑原告不適服現役，顯有裁量濫用之處。被告漏未就原告有利不利事項一併注意、裁量濫用及違反不當聯結禁止等涵攝錯誤，至為灼然等語，並聲明求為判決：①訴願決定及原處分均撤銷。②訴訟費用由被告負擔。

四、被告則以：

㈠原告112年度考績經評列「丙上」，軍情局簽奉局長楊中將核定，於113年1月5日依舊考評具體作法召開人評會，決議原告「不適服現役」，經簽奉權責長官核定後，113年1月12日以國報人事字第0000000000號令發布考評結果，同（12）日送達原告收執。原告不服，申請再審議，軍情局復於113年2月2日召開再審議人評會，決議原告「不適服現役」，經簽奉權責長官核定後，113年2月15日以國報人事字第0000000000號令發布考評結果，同（15)日送達原告收執，並於113年2月17日以國報人事1130003357號函，報請被告核定原告不適服現役退伍。另軍情局於編組再審議人評會委員時，依舊考評具體作法第7點第2款規定，考量人評會決議無不同意見，除主席係副局長無異動外，餘委員名冊均實施調整。是軍情局依陸海空軍軍官士官服役條例（下稱服役條例）及舊考評具體作法辦理原告不適服現役作業程序適法無誤。

㈡人評會及再審議人評會均邀請原告到場陳述意見，並由軍情局第五處組長（下稱五處代表）、軍情局勤務大隊大隊長及士官督導長（下稱大隊代表）依舊考評具體作法所定考評事項先行提供書面資料，並於會議中列席報告及備詢。雖原告於會議中自述「在職務上忠於職守、善盡本務」、「圓滿達成長官交代任務無嚴重違失」及「繼續留任將能協助單位完成相關任務」等語，然五處代表提及「原告因升遷失利而有偏頗言行」、「曾爭搶績效與同仁不睦」，及大隊代表提及原告「工作上時有缺失需幹部提點」、「原告所任職務並無不可替代性之必要」，足認原告所陳僅為個人觀點，與五處代表及大隊代表認知大相逕庭，是人評會及再審議人評會審

酌基礎事實，無違反誠信原則情事。另召開期間，經原告、五處代表、大隊代表列席陳述意見，及與會委員充分討論後，審酌舊考評具體作法第6點第1款各目情狀，認「原告法紀觀念薄弱，對於違失行為避重就輕、權責不分，任官19餘年竟對相關工作規範不甚理解，身為士官幹部並無法以身作則，對單位領導威信產生打擊。」，票決結果均決議原告「不適服現役」，全案決議過程及討論事項，均符合舊考評具體作法，於法並無違誤。基此，本案無裁量濫用或違法情事，且參酌最高行政法院108年度上字第241號判決意旨及舊考評具體作法等，依個案為合義務性裁量決定，已充分審酌對原告有利及不利事項，尚無違反比例原則及不當聯結禁止等原則等語，資為抗辯。並聲明求為判決：①駁回原告之訴。②訴訟費用由原告負擔。

五、本件原告因於112年間受記大過1次懲罰，嗣該年度考績評定為丙上，迄於113年1、2月經軍情局人評會審議、再審議程序均評鑑原告不適服現役，被告遂以原處分核定原告不適服現役退伍，原告不服經訴願駁回後提起本件行政訴訟等情，有本院113年度訴字第355號判決（本院卷第153頁至第166頁）、原告考績處分（原處分卷一第1頁至第3頁）、人評會會議記錄及簽到表（原處分卷一第98頁至第118頁）、再審議人評會會議紀錄及簽到表（原處分卷一第159頁至第177頁）、原處分（本院卷第17頁至第20頁）、訴願決定（本院卷第23頁至第30頁）等附卷可稽，兩造就此部分事實且無爭執，應可採為裁判基礎。原告主張被告人評會審議、再審議程序有通知未記載教示條款、會議資料有瑕疵、正副主官（管）未提供書面資料並列席備詢說明、考評內容逾越考評期間等瑕疵，原處分有違誤而訴請撤銷。被告則否認原告主張，並以前開情詞置辨。故本件應予審究者，乃原處分是否有違法瑕疵而不法侵害原告平等服公職之權利？

六、本院之判斷：

㈠被告開啟審議原告是否適服現役程序，於法有據：

1.按服役條例第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者。」同條例施行細則第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、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。……」準此，常備士官年度考績丙上以下，所隸屬軍事單位應就其是否適服現役，召開人評會為綜合考評，經人評會決議考評其不適服現役者，得由該軍事單位層報國防部或各司令部核定辦理退伍，以確保部隊之精良。

2.查原告前於112年7、8月間因有未經許可從事外送兼差行為，經軍情局以112年9月14日國報人事字第1120018341號令核定大過1次懲罰，同年度考績再因曾有前揭大過懲罰且功過無法平衡相抵，經軍情局以112年12月27日國報人事字第11200277241號令評定為丙上等情，乃為兩造所不爭執；另有原告針對上述記大過處分向本院提起行政訴訟，經本院駁回之113年12月26日113年度訴字第355號判決影本卷內可稽（本院卷第153頁至第166頁），故軍情局以原告112年度考績丙上為由而召開人評會審議考核原告是否適服現役，與前開服役條例第15條第1項第5款規定相符。

㈡軍情局所召開之再審議人評會，應適用113年2月2日修正之新考評具體作法：

1.按考評具體作法係主管機關國防部基於職權所訂定具有細節性及技術性之行政規則。（最高行政法院101年度判字第335號判決意旨參照）又行政規則應下達下級機關或屬官。有效下達之行政規則，具有拘束訂定機關、其下級機關及屬官之效力。行政程序法第160條第1項、第161條定有明文。另按作成行政處分之程序，包括行政機關就行政

處分之前提要件進行調查、準備及作成，而對外所為活動。所謂程序從新原則，係指在行政程序進行中，新的行政法規範公布時，尚在進行中的行政程序，適用新的法規範處理。蓋程序上之法律關係乃始自程序開啟，而終於程序終結，在程序進行中發生程序法律變更，則新法原則上得適用於尚未終結之法律關係。（最高行政法院109年度大字第5號判決意旨參照）

2.本件軍情局考評原告是否適服現役，先係於113年1月5日召開人評會審議後經投票表決認定原告不適服現役，原告不服申請再審議，軍情局乃另於113年2月2日（下午2時）召開再審議人評會，此有被告所提出該兩次會議之資料影本可參（本院卷第179頁至第210頁）。又查關於考評國軍是否適服現役之新考評具體作法於113年2月2日修正，並於同日中午12時19分許下達於軍情局，有國防部公文檔案管理系統頁面影本在卷可稽（原處分卷三第33頁）。新考評具體作法既已於再審議人評會開會前有效下達軍情局，基於前揭程序從新法理，軍情局所召開之再審議人評會，自應適用新考評具體作法之規定。

㈢新考評具體作法中所稱「不適服現役」，屬於不確定法律概念，其人評會所為判斷，行政法院基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權之專屬性，固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之審查密度，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，始得予撤銷或變更，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（司法院釋字第382號、第462號、第553號解釋理由參照)。申言之，經認定為「不適服現役」對行為人之權益變動影響甚鉅，故於尊重人評會之專業性之前提下，法院對考評決定作成之程序及實質合法性仍應予以具體審查，而個案中法院對此判斷餘地之具體審查項目包括「程序合法」及「實質合法」之二個層面，前者包括：有無違反法定正當程序、組織是否合法且有判斷之權限；後者包括：有無出於錯誤之事實認定或不完全之資訊、有無涵攝錯誤、解釋有無違背解釋法則或抵觸既存上位規範、判斷是否有違一般公認之價值判斷標準、判斷有無出於與事物無關之考量、判斷有無違反法治國家之原理原則（如：平等原則、公益原則等）。其中，「程序合法性」部分，法院審查密度應予較高密度之審查，因此乃建構專家意見予以尊重及信賴之重要前提，蓋唯有透過「合法及嚴謹之組織及程序」及「充分之專家意見形成過程」，方屬司法審查應予尊重之範疇。而在有關判斷「是否適服現役」，由新考評具體作法第1點之目的：「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……」以及新考評具體作法針對「考評權責」、「考評程序」等分別訂定詳細之規定得見，其相關規定乃為提供是否適服現役時相關人評會及再審議人評會之召開程序遵循之標準及必要流程，若違背上開新考評具體作法者，其程序即屬不合法，而所為之判斷亦屬違法。

㈣軍情局所召開之再審議人評會有違反新考評具體作法之瑕疵：

1.按「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）、相關單位主管及職務階級不低於受考

人之專業人員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.考評前1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。」、「召開人評會時，應於24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。」新考評具體作法第六點第1、2款定有明文。又前述「考評前1年」係指人評會召開日往前追溯1年之時間，亦據該新考評具體作法修正理由載明，有新考評具體作法第1點、第6點修正對照表卷內為憑（本院卷241頁）。

2.基於前開說明，本件軍情局召開再審議人評會對原告進行考評時，關於「個人平日生活考核」及「對任務賦予及工作態度」兩項，應限定於人評會113年1月5日召開日往前追溯1年（最高行政法院112年度上字第777號判決意旨參照），即112年1月5日至113年1月4日期間內。查：比對軍情局113年2月2日再審議人評會之會議資料（本院卷第189頁至第199頁）關於「前一年內個人平日生活考核」、「對任務賦予及工作態度」部分，依該會議資料所記載考核期間，係自112年1月1日起「至今」（應指會議召開日前之意，見本院卷第196頁、第197頁），已逾越新考評具體作法第6點第1款第2目所定「考評前1年」之期間。

七、綜上所述，本件軍情局再審議人評會所進行之程序，因未適用新考評具體作法，其就考評期間違背新考評具體作法第6點第1款第2目規定，有違反法定正當行政程序之違法。從而，被告基於違法程序所作成之再審議人評會之考評結果，並以原處分核定原告不適服現役退伍，自屬違法，訴願決定未予糾正，亦有未洽。原告訴請撤銷，為有理由，應予准許。

八、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本院斟酌後，核與判決結果不生影響，無一一論述的必要，一併敘明。

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　　11　　月　　5　　日

審判長法　官　許麗華

法　官　郭淑珍

法　官　吳坤芳

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	1.上訴人或其代表人、管理人、法定代理人具

形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	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　　11　　月　　5　　日

書記官　何閣梅