臺北高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第五庭
113年度訴更一字第54號
114年8月6日辯論終結

原　　告　林政賢

訴訟代理人　王素玲　律師
被　　告　國防部空軍司令部

代　表　人　鄭榮豐（司令）
訴訟代理人　劉斯丞（兼送達代收人）

盛安柔
翁學謙

上列當事人間退伍事件，原告不服國防部中華民國109年11月2日109年決字第227號訴願決定關於駁回之部分，提起行政訴訟，經最高行政法院發回更審，本院判決如下：

主　文

原告之訴駁回。

第一審及發回前上訴審訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、事實概要：

㈠原告原係空軍第○飛行訓練聯隊（下稱第○聯隊）第○戰術戰鬥機大隊第○○○戰術戰鬥機中隊三等士官長，前任職空軍航空科技研究發展中心（下稱航發中心）空軍測評戰研隊飛機機械士期間，於民國108年9月11日與A女（真實姓名詳卷，下稱A女）一同執行專案任務，涉及在營區小木屋內對A女性騷擾，經A女提出申訴，航發中心組成性騷擾申訴會（下稱申訴會），並指定調查小組成員進行調查後，作成調查報告書，認原告對A女實施性騷擾行為屬實，行為過犯屬「中度」，於108年12月16日決議原告性騷擾成立，建議核

予記過2次懲罰。原告不服，提起申復，經被告組成性騷擾申復會（下稱申復會）調查後，認原告行為過犯屬「重度—肢體騷擾」，於109年2月17日決議原告性騷擾成立，建議核予記大過2次懲罰，並以109年2月25日國空人勤字第1090002260號函檢送申復審議決議書（下稱系爭申復決議）予原告。原告不服，提起訴願，經國防部109年6月1日109年決字第109號訴願決定（下稱前案訴願決定）駁回後，原告仍不服，提起行政訴訟，經本院於109年11月26日以109年度訴字第765號判決（下稱前案確定判決）駁回原告之訴，復經最高行政法院於110年3月25日以110年度上字第107號裁定（下稱前案確定裁定，與前案確定判決合稱時則稱前案確定裁判）駁回上訴確定。

㈡航發中心於109年3月16日召開性騷擾懲罰評議會（下稱懲評會），以109年3月24日空航發綜字第1090000446號令對原告核予大過2次之懲罰（下稱系爭記2大過令），原告不服，申請權益保障，經國防部空軍司令部官兵權益保障會（下稱權保會）於109年6月30日以109年空議字第35號決議（下稱109空議35決議）駁回。第○聯隊依行為時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、2款之規定，於109年3月31日召開人事評議會（下稱人評會），聽取原告到場陳述意見後，決議原告不適服現役，並於109年4月8日以空七聯人字第1090001687號令（下稱109年4月8日令）核定原告不適服現役並層報被告，被告即依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，以109年5月8日國空人勤字第1090005403號令（下稱原處分）核定原告不適服現役而令其退伍，並自109年5月16日零時起生效。原告不服原處分，提起訴願，經國防部109年11月2日109年決字第227號訴願決定（下稱訴願決定）駁回後（另原告不服考績處分而經同一訴願決定予以不受理之部分，未據原告不服起訴，是該部分不在本件審理範圍），原告仍不服，向臺中高等行政法院提起本件行政訴訟，前經該

院以110年度訴字第5號裁定駁回，原告不服提起抗告，嗣經最高行政法院以110年度抗字第155號裁定（下稱110抗155裁定）廢棄該院關於原處分部分之裁定，並發交本院審理，後經本院110年度訴字第991號判決（下稱前審判決）撤銷訴願決定關於駁回部分及原處分。被告不服，提起上訴，再經最高行政法院以112年度上字第99號判決（下稱上訴審判決）廢棄本院前審判決，發回本院更為審理。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.本院審理本案自應不受系爭記2大過令所影響：

原告不服系爭記2大過令，向權保會申請權益保障，經權保會109空議35決議駁回。權保會另於109年6月20日以國空督法字第1090001139號函通知原告，依國軍官兵權益保障會審議要點第3點第2項規定，本案涉及身分變更，非權保會受理範圍，應由被告重新審查原處分是否合法妥當。原告當時認為原處分與系爭記2大過令是否再審議為兩回事，故就原處分提起訴願，未對系爭記2大過令申請再審議。本案核心事實為原告有無對A女「親吻、撫摸胸部及私密處之行為」，已在臺灣臺中地方法院刑事庭（下稱中院刑庭）109年度軍侵訴字第15號刑事判決（下稱系爭刑事判決）獲判無罪確定。依司法院釋字第462號及第553號解釋理由意旨，若行政處分或訴願決定所憑之事實基礎錯誤，或判斷有恣意濫用、違法情事，行政法院應予審查。本件原處分及訴願決定係基於錯誤事實，且涉及原告基本權利限制，應採較高審查密度，故應予撤銷。本院審理本案，自應不受權保會109空議35決議駁回原告對系爭記2大過令之申請，以及原告是否提再審議之影響。

2.本件並無爭點效之適用：

⑴原告前案性別工作平等法（下稱性平法）事件之訴訟，經本院以前案確定判決、最高行政法院以前案確定裁定予以駁回，與本案爭點雖有相關，但本案已有新事證發生，原

告於111年2月15日本院前審審理時，已呈報系爭刑事判決，原告獲判無罪，並已確定在案。

⑵中院刑庭審理時將A女提出之水壺、內衣、內褲送請鑑定，經法務部調查局（下稱調查局）109年12月15日調科貳字第10923522890號函覆暨所附指紋鑑識實驗室鑑定書函復略以：未發現清晰指紋；另調查局109年12月10日調科肆字第10903406470號函覆暨所附DNA鑑定實驗室鑑定書亦函復略以：扣案水壺DNA不足，未發現原告DNA。又中院刑庭函詢衛生福利部（下稱衛福部）食品藥物管理署（下稱食藥署）關於「Medetomidine」成分，該署於110年1月8日函復：Medetomidine為外消旋混合物，其含有兩種光學立體異構物Dexmedetomidine及Levomedetomidine，衛福部未核含有以Medetomidine為主成分之藥品許可證，惟核有以Dexmedetomidine為主成分之藥品許可證，核准之適應症為「在加護病房治療期間初接受插管及人工呼吸證照護病人之鎮靜作用、非插管病人接受手術或其他程序前及/或手術或程序進行中之鎮靜作」等語。又A女於中院刑庭審理時，已證述其無法確認108年9月12日凌晨回小木屋後是否遭原告撫摸或呼喚其小名等節。

⑶上開新事證均係在前案事實審言詞辯論終結後，所發生之證據及新訴訟資料，本案之原告自無從在前案審理中提出，上開證據資料均足以推翻原告對A女有肢體碰觸、趁機親吻、撫摸胸部及私密處之行為。苟若原告有接觸A女之水壺，理應留下指紋；又若原告有觸摸A女之胸部、私密處、親吻，理應於A女之內衣、內褲有留下DNA，始符常情，然上開物品均無原告之指紋及DNA。再者，依食藥署函復：衛福部僅核有以Dexmedetomidine為主成分之藥品許可證，係存於注射針劑之用，並無以粉末或口服用之型態出現，自不可能投入飲用之水壺內；況依A女於108年9月12日於成大醫院檢驗，該醫院於109年6月24日函復，該檢驗報告未能驗出A女有何含有Medetomidine成份或關聯

成分之情形。故上開新訴訟資料，不僅係發生在前案事實審言詞辯論終結後，且足以推翻前案確定判決之判斷情形，是以，本案並無爭點效之適用。

3.原告並無對A女施以重度肢體騷擾：

A女於109年6月19日偵訊筆錄及110年8月5日中院刑庭審理時均陳述，事發後即至成大醫院檢驗是否被下藥，結果為陰性。扣案水壺、內衣、內褲經調查局鑑定，均未發現原告指紋或DNA，證明原告並無不當肢體接觸。行政爭訟事件雖不受刑事判決拘束，但刑事判決所認定之基礎事實若與實際相符，仍可供行政法院參考。系爭刑事判決已認定原告無罪，且無積極證據證明原告有強制猥褻行為。

4.原處分有違比例原則：

依行政程序法第7條規定，即便原告與A女獨處一室，或未顧及孤男寡女及軍人身分，數次進入小木屋察看A女病情，移動A女之行為有違軍紀，然為適當處罰，即可達到原告反省檢討，日後不再犯，嚴守軍紀等目的，實無必要以撤職強制退伍作為懲罰手段，剝奪原告服軍職權利，故原處分顯與比例原則有違。況原告在營期間表現良好，歷次考績均為甲等、甲上、優等，並獲得1枚勳章、3枚獎章、記功15次、嘉獎40次，在原告即將屆滿役期之際，原處分顯屬過度，不符憲法第23條比例原則。

㈡聲明：訴願決定關於駁回之部分及原處分均撤銷。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.申復會之成員組成及調查、評議程序，均符合108年4月11日修正實行之行為時國軍人員性騷擾處理及性侵害預防實施規定（下稱行為時國軍性騷處理規定）：

被告於受理性騷擾事件申復後，依規定組成申復會，由副參謀長侯少將擔任召集人，納編軍紀督察人員、法制人員、人事人員、國軍人員代表及外聘委員，委由申復會指派成員監察官（女性）、法制官（男性）及外聘委員（女性）等3人

進行調查，於調查完畢後，召開申復會，經全體委員2分之1以上出席，進行公平、公正之審議後，以過半數之同意決議原告性騷擾成立，相關成員組成及調查評議程序，均符合行為時國軍性騷處理規定第15點、第16點、第17點等規定。

2. 申復會調查小組訪談案件相關人員，並綜觀其他客觀事證，經與會委員認原告對A女之肢體碰觸應屬造成冒犯性工作環境之性騷擾態樣，決議性騷擾成立：

原告主張醫務所醫官要求其每小時查看A女病況及喚醒A女，惟經查證人F男及醫務所其他值勤人員，皆表示並沒有交代原告要每個小時查看A女狀況及喚醒A女。另原告於調查期間先表示A女身體情況危急，須在旁陪同，後表示A女只需臥床休息，前後陳述已不一致。且針對調查小組提出A女情況危急，為何未尋求醫療支援，無法回應，原告為合理化頻繁進出A女小木屋，杜撰有此不合理且不符常人基本禮節之行為。況原告將A女所住之小木屋鑰匙攜出，嚴重限制其人身自由，於A女就醫返院後亦未歸還，以便自由進出A女小木屋。比對協助A女送醫之證人證述可知，A女身體當時虛弱不堪，但仍有意識，因此其所描述及感受到觸摸行為確為實況。調查顯示原告對於個人不當行為毫無認知、自我保護意識強，且涉犯強制範疇。原告涉犯性騷擾事件，經申復會比對協助A女送醫相關證人說詞、調閱醫院檢驗報告及雙方LINE對話紀錄，並審酌本案發生之背景、環境、當事人之關係、行為人之言詞、行為及相對人之認知等客觀事證，決議性騷擾成立，行為過犯屬「重度—肢體騷擾」，原告之犯行明確，得為被告行政懲處之依據。

3. 本件認定性騷擾程度由中度提升為重度，係因申訴會漏未將A女之事件經過書納入審議內容，申復會基於新證據而認定更重之違犯事實，作出較重處罰建議，並無違反不利益變更禁止原則。且申復制度係屬內部重新調查之機制，與申訴會係各自調查、各為認定，二者並無上下級從屬關係，申復審議規範內並無「禁止不利益變更原則」之規定，申復會亦非

屬行政救濟機關，原告稱申復會調查決議違反不利益變更禁止原則云云，核不足採。故航發中心於註銷記過2次懲罰後，召開懲評會，並依行為時國軍性騷處理規定之附表7「國軍人員性騷擾案件懲罰建議參考表」有關志願役違犯重度肢體騷擾之懲罰建議，決議核予原告大過2次，認事用法均無悖於法律。

4.本件應受前案爭點效之拘束：

原告性騷擾行為之違犯程度，經申復會決議屬重度肢體騷擾，從形式上觀之，尚無恣意濫用或其他違法情事，基於申復會不可替代性、專業性及法律授權之專屬性及高度判斷餘地，自應尊重其認定。況前案迭經本院前案確定判決、最高行政法院前案確定裁定駁回在案，足認原告之犯行明確，得為被告行政懲處之依據。又本案行政調查旨在認定原告之行為是否構成性平法所規範之性騷擾，與是否需經嚴格證明，方構成刑法上之妨害性自主罪無涉，又行政爭訟事件並不受刑事判決認定事實之拘束。原告從軍19年餘之資歷，未顧及孤男寡女及非醫護專業人員之身分，數次進入小木屋查看A女病情，不僅就軍人禮節已有不妥，甚至與社會一般常情有違，原告於懲評會已承認其行為有所違失，更何況系爭刑事判決所謂A女指述真實性有疑，只是無法證明送鑑定之水壺驗得之Medetomidine成分與A女案發當日身體不適無法連結，卻嚴重忽略A女未服用類似藥物，水壺內莫名出現該成分，是以，原告是否構成性騷擾行為，與其是否構成刑法上之妨害性自主罪應個別視之，自應尊重申復會和申訴會之認定，本案應受前案爭點效之拘束。

5.原處分均依法定程序辦理，於法有據：

⑴常備軍士官依服役條例第15條第1項第5款以「不適服現役」為由而命令退伍者，依同條例第24條第2項規定，僅得支領退伍金，雖不得依同條例第23條第1項第2款規定，選擇終身按月申領退休俸，但國家仍須以1次給付 退休金之方式，給予生活照顧。此與依陸海空軍懲罰法（下

稱懲罰法）規定受撤職處分，或依公務員懲戒法規定，受免除職務處分等，依服役條例第24條第1項第2款、第3款規定均不發退除給與，無從享有國家對其退役後生活照顧之待遇有所不同。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，純粹是從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，以取向於未來的角度探究該軍士官是否適宜留在軍中。

⑵依最高行政法院100年判字第1504號、100年判字第1407號、本院107年度訴字第1052號等判決意旨，「不適服現役」乃不確定法律概念，其人評會所為判斷，法院基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權之專屬性，承認行政機關就此等事項之決定，有判斷餘地，對其判斷採取較低之審查密度，若行政機關判斷並無恣意濫用及其他違法情事時，不得撤銷或變更。人評會決議所參酌之資料及內容，既已針對受懲罰人是否適服現役而為審查，對於平日生活考核、任務賦予、工作績效、工作態度等事項，皆予以具體指明與討論，最後作綜合考核並進行公平、公正之評鑑，基礎事實並無錯誤，且不曾有與本案事項無關之考量，則該人評會對受懲罰人是否適服現役之評鑑，業已踐行法律正當程序，其決議之裁量復無判斷濫用或逾越情事，所為判斷既係基於正確之事實關係，自無將法規適用於不該當之事實。又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，故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，法院自予尊重。

⑶又依最高行政法院110年度上字第515號、第685號等判決意旨，服役條例第15條第1項第5款及行為時考評具體作法第6點第1款等規定，人評會是否作成不適服現役的考評決議，除年度考績丙上以下，還須就受考人就考評前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等項目予以綜合考評。依行為時考評具體作法第1點、第3點之規定可知，此考評制度之訂定，旨在即時考核所屬人員之表現，並及時控制人力，行為人之工作態度如何、平日表現如何、受懲罰事實對單位有何影響、人員是否適合服役，均應考量人員近期之行為表現及對部隊之影響，所為評價方能達到篩選目的。行為時考評具體作法第6點第1款第1目已明定係考評「前1年內」之個人表現，同款第2目至第4目「對任務賦予及工作態度」、「受懲罰或事實發生所生影響」、「其他佐證事項」等考評內容，雖未如同款第1目之規定明定在「前1年內」，惟依服役條例第15條第1項第5款規定有考核不適服現役者予以退伍，解釋上亦可得出應著重於行為人近期之表現為主要考量，至服役期間過往之表現，充其量僅為輔助之參酌因素，自不能反客為主。再者，而人評會判斷就是否不適服現役，除有出於與事物無關之考量外享有判斷餘地，行政法院對其判斷應予尊重，尚難以人評會未以軍士官服役期間整體表現為考量，遽認有基於不完全資訊而為判斷的情形。

⑷本件之人評會，均依規定於開會前完成開會通知送達、人評會委員組成、任一性別比例未少於三分之一，人評會之與會委員亦於會中針對行為時考評具體作法第6點第1款各目所定事項，考量原告考評前1年其個人平日生活考核、對任務賦予及工作態度暨其他佐證事項，並考量原告事發時為單位士官長，服役年資已19年，屬資深士官幹部，應熟稔各項法規及管理規定，且「尊重性別分際」為國軍當前要求的重要命令，竟未能以身作則，原告不適服現役之理由均已詳細說明，應可認人評會之判斷無恣意濫用或違法之情事，作成之原告不適服現役決定並無判斷不當情形，行政法院應予尊重。

㈡聲明：原告之訴駁回。

四、本院之判斷：

㈠前提事實：

前揭事實概要欄之事實，有航發中心申訴審議決議書（乙證卷1第7-9頁，下稱系爭申訴決議）、系爭申復決議（乙證卷1第13-17頁）、前案訴願決定（乙證卷1第103-113頁）、前案確定判決（本院卷第213-221頁）、前案確定裁定（本院卷第223-225頁）、109年3月16日懲評會會議紀錄及投票單（乙證卷1第29-41頁）、系爭記2大過令及送達證書（乙證卷1第21-24頁）、109空議35決議（訴願卷1第93-97頁）、109年3月31日人評會會議紀錄及投票單（乙證卷1第59-73頁）、第○聯隊109年4月8日令及送達證書（乙證卷1第51-52頁）、原處分及送達證書（乙證卷1第77-81頁）、訴願決定（乙證卷1第87-97頁）、最高行政法院110抗155裁定（本院前審卷第13-16頁）、前審判決（本院前審卷第423-445頁）、上訴審判決（本院卷第11-15頁）在卷可稽，堪可認定。

㈡應適用之法令及法理說明：

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。……」服役條例施行細則第15條第1項第4款及第2項規定：「（第1項）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。（第2項）前項經核定退伍之軍官、士官，應發給退伍令。」準此，陸軍常備軍官因個人因素1次受記大過2次以上，應針對其是否適服現役由人評會為綜合考評，經人評會考核決議不適服現役，才由所隸單位層報國防部或司令部核定辦理退伍，以確保部隊的精良。又為因應國軍新一代兵力成軍，武器裝備逐次更新，組織運作及各個職務均以分工合作、分層負責設計，非常需

要優質人力組合，所以藉由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，以個人的品德、性情、敬業精神為篩選標準，不符要求的，應該予以持續汰除，以達到淨化國軍人員素質，提昇戰力的目的。因此，國防部依據懲罰法暨其施行細則、服役、任職、考績條例暨其施行細則、陸海空軍軍官士官考績績等及獎金標準、志願士兵服役條例等相關規定，訂定考評具體作法（該作法第1點、第2點參照）。該作法係主管機關基於職權所訂定之行政規則，並未對人民權利的行使增加法律所沒有的限制，也未逾越母法之限度，則被告辦理強化國軍志願役軍（士）官考評事宜，自可援用，且基於平等原則及行政自我拘束原則，相關考評作為亦應受該作法之拘束。

2.考評具體作法第4點第3款、行為時第6點第1款、第3款、第7點第1款分別依序規定：「四、具體作法：……㈢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1次受記大過2次以上，經人評會考評不適服現役者，予以退伍。」「六、考評程序：㈠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，……。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……，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。……㈢經考評不適服現役者，應依第5點之考評權責，應檢附相關資料報請國防部或各司令部核定退伍、解除召集或轉服常備兵現役作業。……」及「七、一般規定：㈠受考人對考評結果不服者，得於第6點第1款收受送達之次日起14日內，以書面申請再審議，並以1次為限。……」就考評前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等項目，作成不適服現役之

考評結果，受考人如有不服，得申請再審議，再審議人評會如仍決議維持人評會不適服現役之考評結果，則由所隸單位層報國防部或各司令部核定退伍。

3. 考評具體作法中所稱「不適服現役」，屬於不確定法律概念，不適服現役人評會（含再審議不適服現役人評會），針對受考人是否「適服現役」的考評判斷，具有高度屬人性，系爭個案是否該當於「不適服現役」，行政法院承認行政機關就此等事項的決定有判斷餘地，而對其判斷採取較低密度的審查，原則上法院不可以自己的判斷，代替不適服現役人評會的判斷，只在判斷有恣意濫用及其他違法情事，包括：⑴行政機關的判斷，是否出於錯誤的事實認定或不完全的資訊。⑵法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無明顯錯誤。⑶對法律概念的解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存的上位規範。⑷行政機關的判斷，是否有違一般公認的價值判斷標準。⑸行政機關的判斷，是否出於與事物無關的考量，也就是違反不當聯結的禁止。⑹行政機關的判斷，是否違反法定的正當程序。⑺作成判斷的行政機關，其組織是否合法且有判斷的權限。⑻行政機關的判斷，是否違反相關法治國家應遵守的原理原則，如平等原則、公益原則等例外情形時，才予以撤銷或變更。

4. 至依服役條例第15條第1項第5款及行為時考評具體作法第6點第1款等規定，人評會是否作成不適服現役的考評決議，除因個人因素1次受記大過2次以上，還須就受考人就考評前1年內個人平日生活考核、對任務賦予及工作態度、受懲罰（處）或事實發生所生影響及其他佐證事項等項目予以綜合考評，且依考評具體作法第1點規定，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；第3點第1項規定之辦理時機為個人違失行為時：就違失行為事實受1次記大過2次以上懲罰命令發布後，即時考評辦理。可知此考評制度之訂定，旨在「即時考核」所屬人員之表現，並「及時控制」人力，行為人之工作態度如何、平

日表現如何、受懲罰事實對單位有何影響、人員是否適合服役，均應考量人員近期之行為表現及對部隊之影響，所為評價方能達到篩選目的。行為時考評具體作法第6點第1款第1目已明定係考評「前1年內」之個人表現，同款第2目至第4目「對任務賦予及工作態度」、「受懲罰（處）或事實發生所生影響」、「其他佐證事項」等考評內容，雖未如第1目之規定明定在「前1年內」，惟依服役條例第15條第1項第5款規定有考核「不適服現役」者予以退伍，解釋上亦可得出應著重於行為人「近期之表現」為主要考量，至服役期間過往之表現，充其量僅是輔助之參酌因素，雖不排除部隊得以參酌，但自不能反客為主。是以就行為時考評具體作法第6點第1款第2目至第4目所應參酌因素其考量期間為何？於考評具體作法未明文規定情形下，基於行為人是否「適服現役」具高度屬人性，倘人評會於考核時，業已參酌個案具體情節，就受考人考評前1年內個人平日生活考核、對任務賦予及工作態度、受懲罰（處）或事實發生所生影響及其他佐證事項等「近期表現」為主要考量，而詳實綜合考評，從而人評會判斷就軍士官是否不適服現役，除有出於與事物無關之考量外，享有判斷餘地，行政法院對其判斷應予尊重，尚難以人評會未以軍士官服役期間整體表現為考量，遽認有基於不完全資訊而為判斷的情形（相同意旨參最高行政法院110年度上字第685號、第515號等判決）。

㈢系爭申復決議認定原告對A女所為屬「重度─肢體騷擾」而成立性騷擾行為，建議核予記大過2次懲罰之原因事實，應為前案確定裁判既判力之確認效所及：

1. 依行政訴訟法第4條第1項規定，撤銷訴訟之訴訟標的應為「原告所為行政處分違法且侵害其權利或法律上利益之主張」，且依同法第213條規定，上開撤銷訴訟之訴訟標的，於確定之終局判決中經裁判者，有確定力。是原告提起撤銷訴訟如經判決駁回確定者，該判決之確定力（既判力）自及於確認「原告所主張之行政處分並無違法或侵害原告之權利

或法律上利益」。準此，對行政處分提起撤銷訴訟，在其主張的原因事實範圍內，該處分之合法性為撤銷訴訟訴訟標的之內容，如撤銷訴訟經法院實體判決認處分並無違法而駁回原告之訴確定者，行政處分之合法性已經裁判而對該原因事實涵攝於法律後之法律效果之確認有既判力，該撤銷訴訟之當事人均應受其拘束，後訴訟法院於法律與事實狀態均未變更之情況下，即應以前訴訟判決關於訴訟標的所為之確認作為其裁判基礎，不能為相反於該確定判決內容之判斷，此即撤銷訴訟判決既判力之確認效（最高行政法院109年度判字第561號、第436號等判決意旨參照）。

2. 原告前揭主張要旨中所爭執系爭申復決議認定其於108年9月11日與A女一同執行專案任務，有在營區小木屋內對A女所為屬「重度—肢體騷擾」而成立性騷擾之行為，建議核予記大過2次懲罰之情形，先前已經原告不服該系爭申復決議，循序提起行政爭訟，經本院以前案確定判決駁回原告之訴，嗣原告對該判決提起上訴，再經最高行政法院以前案確定裁定駁回上訴而確定，該確定裁判就原告有於108年9月11日與A女一同出發至第一戰術戰鬥機聯隊執行專案任務，期間A女指稱原告於小木屋內，對渠施以肢體碰觸等情，使A女感受不舒服及冒犯之工作環境，其性騷擾事實成立，嗣提交申復會於109年2月17日召開審議會，經該會全體委員2分之1以上出席審議後，決議性騷擾成立，其違犯程度為「重度—肢體騷擾」，建議核予記大過2次懲罰之情形，並無違誤，而不採認原告所主張並無碰觸A女胸部或下體，將記過2次改為記大過2次係違反不利益禁止變更原則等情，已依據相關事證，詳為論斷，此有前案確定判決（本院卷第213-221頁）及前案確定裁定（本院卷第223-225頁）在卷可稽。揆諸前開說明，可知前訴訟之行政處分即系爭申復決議認定原告於108年9月11日與A女一同執行專案任務，有在營區小木屋內對A女所為屬「重度—肢體騷擾」而成立性騷擾之行為，建議核予記大過2次懲罰之情形之合法性，已經前案確定裁判

確認，前案訴訟對原告於108年9月11日與A女一同執行專案任務，有在營區小木屋內對A女所為屬「重度─肢體騷擾」而成立性騷擾之行為，建議核予記大過2次懲罰之原因事實涵攝於法律後法律效果之確認有既判力，因而於本件訴訟就此部分，在法律與事實狀態均未變更之情況下，本院不得為與該前案確定裁判意旨相反之判斷。

3.至原告所涉妨害性自主罪之刑事案件，固經系爭刑事判決無罪確定，然稽之原告於該刑案所涉罪名乃陸海空軍刑法第76條第1項第7款之罪，應依刑法第224條之1、第222條第1項第4款之以藥劑犯強制猥褻罪嫌論處，該刑事判決係以檢察官所舉證據尚不足使刑事法院達於通常一般之人均不致有所懷疑而得確信其為真實之程度，而不能證明原告有公訴意旨所指犯行，而諭知無罪判決（本院前審卷第131-144頁），此與認定屬於軍職人員之行為人應否負擔性騷擾之行政責任係以性平法第12條、行為時國軍性騷處理規定第2點第1項、第3點第1款、第4點等規定之要件為準據者，尚有不同。況我國於刑事訴訟與行政訴訟設有不同之裁判系統，刑事法院與行政法院，各有其權限，關於事實之認定得各本其調查所得之訴訟資料，分別作不同之認定。故行政法院對繫屬案件事實之認定，固可參考相關刑事判決所認定之事實，惟並不受拘束，仍應依法自行認定事實。則以前案確定裁判既未經原告循行政訴訟法提起再審之訴或聲請再審所推翻，自難認屬法律與事實狀態已有變更之情況，是依前述，前案訴訟對原告於108年9月11日與A女一同執行專案任務，有在營區小木屋內對A女所為屬「重度─肢體騷擾」而成立性騷擾之行為，建議核予記大過2次懲罰之原因事實涵攝於法律後法律效果之確認有既判力，因而於本件訴訟就此部分，本院自不得為與該前案確定裁判意旨相反之判斷。從而，原告執前揭主張要旨2.⑴、⑵、⑶、3.各節所認，核屬其一己歧異見解及反於既判力事項之再事爭執，並不足採。

㈣系爭記2大過令之構成要件效力應受到尊重，不得任意排除其適用：

1.按行為時懲罰法第15條第13款規定：「現役軍人有下列違失行為之一者，應受懲罰：……十三、實施性侵害、性騷擾或性霸凌，經調查屬實者。」復按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，而非以有效之先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（最高行政法院109年度上字第875號、110年度上字第511號、110年度上字第738號、112年度上字第591號、第649號、113年度上字第70號、第113號、第686號等判決參照）。

2.經查，航發中心就系爭申復決議認定原告對A女所為屬「重度—肢體騷擾」而成立性騷擾行為，建議核予記大過2次懲罰之情形，於109年3月16日召開懲評會，以系爭記2大過令對原告核予大過2次之懲罰，原告不服，申請權益保障，經權保會於109年6月30日以109空議35決議駁回，而該決議最末亦載明：申請人不服本會之決議者，應於決議書送達次日起30日內，附具決議書影本、不服之理由及收受決議書之年、月、日，以書面向國防部官兵權益保障會提起再審議等語，且該決議已於109年7月27日合法送達予原告等情，有系

爭記2大過令（乙證卷1第21-23頁）、109空議35決議（訴願卷1第93-97頁）及送達證書（本院卷第237頁）在卷可憑，而原告就上情均不否認，僅主張：原告認為縱然沒有提起再審議，也不會影響本院對此事件的判斷，還是要以主要的基礎事實為準。依據司法院釋字第462、553號解釋意旨，對於此類行政訴訟的救濟，行政法院可以審查判斷基礎事實有無錯誤，如果有錯誤的話，就應該依據正確的基礎事實判斷，不應該受到其他案件的影響，原告在意的是當時能否順利退伍，原告的法律知識不是很充分，經濟能力也有限，所以當初才僅對本件的原處分提起訴願等語（本院卷第284頁）。準此，可認原告就系爭記2大過令不服所循之行政救濟，並無缺乏有效行政救濟途徑，或依當時環境有無法期待其為行政救濟之情況，而係仍有合法救濟途徑，原告卻任意放棄依該救濟程序為主張，是依前開規定及說明，系爭記2大過令之構成要件效力應受到尊重，不得任意排除其適用，該令復又無經撤銷、廢止或因其他事由而失其效力之情形，其效力繼續存在，則該令之實質合法性，已非本件所得審理之範圍。從而，原告執前揭主張要旨1.所認，並無足採。

㈤109年3月31日人評會所為之考評結果，應屬合法：

1.按常備軍士官依服役條例第15條第1項第5款以「不適服現役」為由而命令退伍者，依同條例第24條第2項規定，僅得支領退伍金，由此可知，因不適服現役而命令退伍者，雖不得依同條例第23條第1項第2款規定，選擇終身按月申領退休俸，但國家仍須以1次給付退休金之方式，對因此命令退伍之常備軍士官，就其執干戈捍衛社稷之長年奉獻退役後給予生活照顧。此與依懲罰法規定，受撤職處分，或依公務員懲戒法規定，受免除職務處分等，依服役條例第24條第1項第2款、第3款規定，均不發退除給與，無從享有國家對其退役後生活照顧之待遇有所不同。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。是否「適服現

役」審查程序的性質純粹是從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，以取向於未來的角度探究該軍士官是否適宜留在軍中。此與軍人、公務員等公職懲戒處分之目的，是在維飭公職務紀律合義務的秩序，懲戒處分之功能在導正具有公職身分之人，使其整體人格圖像符合公職務身分關係所生的職務倫理期待，使服公職之人藉由懲戒處分，滌淨其違法失職行為所呈現人格圖像不符職務倫理期待的瑕疵，進而能與公職務任用主體維持任用關係的職務身分下，繼續實踐憲法所委託的國家公共任務，或者在其違失情節嚴重，以致其人格圖像之瑕疵已失去能符合公職務倫理期待的信賴時，藉由懲戒處分（例如免職、撤職等）逕予終止公職務身分關係，以維繫整體公職務紀律秩序的合義務性等，兩者考量顯有不同。依服役條例第15條第1項第5款以「不適服現役」而命令退伍者，其性質只是出於國軍組織合於建軍備戰、應戰等國防公任務需求的人事組織行政上措施，並非為維飭國軍公職紀律之目的，就常備軍士官主觀可責的違失行為給予規訓懲戒的軍事或廣義公務員懲戒措施。因此，關於是否不適服現役的考評決定，如前所述，所應考量者，除因個人因素1次受記大過2次以上，還須考量考評具體作法第6點第1款所列考評事項，此與行為時懲罰法第8條所列懲罰輕重應審酌事項，有所不同（相同意旨參最高行政法院110年度上字第685號判決）。準此，關於「不適服現役」人評會之召開及考評，既係依服役條例第15條第1項第5款、考評具體作法第4點第3款、行為時第6點第1款、第3款等規定之明文要件而來，且依此等規定所考評並核定不適服現役而命令退伍之處分，亦與記大過之懲戒處分在追求之目的、性質、考評考量因素等，均屬有別，是兩者處分之作成雖有時間先後之別，但並無所謂一事二罰之情形，合先敘明。

2. 查109年3月31日人評會，係第○聯隊對於原告於108年9月11日與A女一同執行專案任務，有在營區小木屋內對A女所為屬

「重度─肢體騷擾」而成立性騷擾之行為，而受有1次記2大過之系爭記2大過令發布後而召開一節，業如前述，並有該次會議開會通知單及簽到簿（乙證卷1第55-57頁）在卷可參，顯合於服役條例第15條第1項第5款、考評具體作法第3點第1項、第4點第3款之規定。再者，觀之兩造所不爭執會議委員組成等形式要件之109年3月31日人評會會議紀錄（乙證卷1第59-73頁），於會議中亦請受考人即原告之原服務單位空軍測戰隊政戰處長陳豪中校、斯時服務單位第○聯隊第○戰術戰鬥機大隊第○○○戰術戰鬥機中隊隊長劉劍鴻中校，依行為時考評具體作法第6點第1款各目考評事項，列席說明及備詢，也給予原告到會陳述意見及對各該委員所詢為申辯之機會，於詢答完畢後，再由該7名委員針對行為時考評具體作法第6點第1款規定，亦即：⑴考評前1年內個人平日生活考核。⑵對任務賦予及工作態度。⑶受懲處或事實發生所生影響。⑷其他佐證事項等各目考評事項，逐一進行詳細討論及充分表達意見，最後經過記名投票表決結果，投票委員計7員，同意不適服現役退伍：7票，決議原告不適服現役等情，有109年3月31日人評會會議紀錄及投票單（乙證卷1卷第59-73頁）在卷可憑，顯皆合於行為時考評具體作法第6點第1款、第2款之規定，雖未顯示有參酌原告服役期間之過往整體表現，然依前開說明可知，此僅為輔助得予參酌之因素，自不能反客為主，是於考評具體作法就此並未明文規定情形下，基於行為人是否「適服現役」具高度屬人性，則109年3月31日人評會於考核時，業已參酌個案具體情節，就受考人即原告之考評前1年內個人平日生活考核、對任務賦予及工作態度、受懲處或事實發生所生影響及其他佐證事項等「近期表現」為主要考量，而詳實綜合考評。從而，109年3月31日人評會判斷就原告是否不適服現役，尚難認有出於與事物無關之考量，自享有判斷餘地，本院對其判斷應予尊重，尚難以該人評會未以原告服役期間之過往整體表現為考量，遽認有基於不完全資訊或誤認事實而為判斷之情形，

堪認該人評會會議各委員綜合考評後決議原告不適服現役之結果，核其判斷並無濫用或逾越之情事，亦無違反一般公認的價值判斷標準或法治國應遵守之相關原理原則或違反憲法第23條比例原則等情事，復無組織不合法、未遵守法定程序之違法。則原告執前揭主張要旨4.所認，尚無可採。

㈥被告以原處分核定原告不適服現役而令其退伍，應屬合法：

綜上所述，系爭申復決議認定原告對A女所為屬「重度—肢體騷擾」而成立性騷擾行為，建議核予記大過2次懲罰之原因事實，應為前案確定裁判既判力之確認效所及，且系爭記2大過令之構成要件效力應受到尊重，不得任意排除其適用，以及109年3月31日人評會所為之考評結果，均屬合法，業如前述，是被告據此作成原處分核定原告不適服現役而令其退伍，自屬合法，則原告執前揭主張要旨各節所認，均無足採。從而，訴願決定關於駁回之部分遞予維持原處分，與法亦無不合。

㈦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，均與判決結果不生影響，而無一一論述之必要，併予說明。

五、結論：原處分合法，訴願決定關於駁回之部分予以維持，亦無不合，原告訴請如其聲明所示，為無理由，應予駁回。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　27　　日

審判長法　官　鍾啟煌

法　官　蔡如惠

法　官　林家賢

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　　9　　月　　3　　日

書記官　張正清