臺北高等行政法院裁定

高等行政訴訟庭第四庭
114年度停字第21號

聲　請　人　周彥廷

訴訟代理人　邱政勳　律師
相　對　人　陸軍第六軍團指揮部

代　表　人　陳文星（指揮官）

上列當事人間聲請停止執行事件，本院裁定如下：

主　文

聲請駁回。

聲請訴訟費用由聲請人負擔。

理　由

一、按「原處分或決定之執行，除法律另有規定外，不因提起行政訴訟而停止。」「行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之。」及「行政訴訟起訴前，如原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或聲請人之聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響者，不在此限。」行政訴訟法第116條第1項、第2項及第3項分別定有明文。上述規定的立法目的，是因為行政機關的處分或決定，在依法撤銷或變更前，具有執行力，原則上不因提起行政救濟而停止執行。然於行政訴訟起訴前，如原處分或決定的合法性顯有疑義，或原處分或決定的執行將發生難於回復的損害，且有急迫情事者，自應賦予行政法院依受處分人或聲請人的聲請，於其針對該處分或決定提起本案行政訴訟終結前裁定停止執行，以兼顧受處分人或聲請人的利益。而所謂「難於回復之

損害」，是指損害不能回復原狀，或不能以金錢賠償，或在一般社會通念上，如為執行可認達到回復困難的程度等情而言，至於當事人主觀認知上難於回復的損害，並不屬於該條所指難於回復的損害。又所謂「急迫情事」，則指情況緊急，須即時由行政法院予以處理，否則難以救濟的情形。暫時權利保護程序與本案救濟程序不同，在時間壓力下，性質上屬於簡略程序，對於停止執行決定之要件事實認定，僅能適用較本案救濟程序審查密度較低的審查模式，是有關事實方面訴訟資料，限於現存的證據方法，應由聲請人就難以回復損害且急迫之情事盡其釋明責任，法院不能於聲請人未為釋明情況下，逕行准許停止執行（最高行政法院109年度裁字第738號裁定意旨參照）。

二、次按「原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行。」訴願法第93條第2項亦有明文。訴願法第93條第2項已規定受處分人得申請受理訴願機關或原處分機關停止執行，理論上得由上開機關獲得救濟，即無逕向行政法院聲請之必要。且行政訴訟係審查行政處分違法之最終機關，若一有行政處分，不待訴願程序即聲請行政法院停止原處分之執行，無異規避訴願程序，而請求行政法院為行政處分之審查。因此應認適用行政訴訟法第116條第3項規定，逕向行政法院聲請停止執行時，必須已向原處分機關或受理訴願機關申請未獲救濟（例如申請被駁回，或原處分機關或受理訴願機關不於適當期間內為准駁），或情況緊急，若不即時由行政法院處理，即難以救濟之情形，否則尚難認有以行政法院之裁定予以救濟之必要，而應認欠缺權利保護之必要而駁回其聲請（最高行政法院109年度裁字第159號裁定意旨參照）。

三、緣聲請人係陸軍○○○○○○○○○及○○○○○○○○，原任職相對人所屬○○○○○○○，於民國112年9月11日上

午10時許，以右手環抱同連林姓下士（下稱林君）左大腿，並以左手撫摸右大腿等行為（下稱系爭違失行為），經相對人查證屬實，認定聲請人上開行為符合陸海空軍懲罰法（下稱懲罰法）第15條第14款所定其他違失行為違反國防部頒布之法令，以及國軍軍風紀維護實施規定（下稱軍風紀規定）第29點第1款後段所定言行不檢之違失行為，乃以112年9月28日陸六軍人字第1120174345號令（下稱原處分一）核予記過2次懲罰。相對人於112年11月28日召開112年軍事職軍官各階人員考績審核會（下稱考績會），以聲請人年度內遭記過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，依國軍志願役軍官士官及志願士兵考績作業規定（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，評列聲請人112年度考績績等為乙上，並以113年1月15日陸六軍人字第1130012204號令（下稱原處分二，並與原處分一合稱原處分）核定聲請人112年度考績績等為乙上，並自113年1月1日生效，聲請人不服，提起訴願經決定部分駁回（原處分二部分），部分不受理（原處分一部分），遂提起行政訴訟。嗣聲請人向服役單位提出志願留營續服現役3年之申請，相對人先以114年2月5日陸六軍人字第1140018853號令予以核准，復以114年2月21日陸六軍人字第1140032416號令（下稱系爭註銷令）註銷聲請人志願留營之核定。聲請人不服，提起訴願，並向本院聲請停止原處分及系爭註銷令之執行。

四、聲請意旨略以：

㈠原處分及系爭註銷令應屬無效或違法之行政處分：

1.原處分一有重大謬誤，應屬無效：

原處分一應屬品德類之記過處分，無法以其他獎勵或事蹟相抵，惟處分內容通篇未載敘該記過處分屬於品德類，且不得功過相抵，致不符陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則（下稱留營服役規則）所定志願留營之徵選條件等相關內容與事項，對於針對軍人身分產生重大不利影響之相關內

容與事項完全付之闕如，其裁量標準或依據及如何裁量之理由，亦全然未予敘明，況聲請人與林君經事後溝通說明，已誤會冰釋並達成和解，實則無原處分一認定行為不檢之情事。甚者，原處分一之法律依據為104年5月6日修正施行之懲罰法及108年5月8日頒定之軍風紀規定，均無明確規定或記載任何有關品德類懲處之定義，或不得功過相抵，致不符志願留營之甄選條件等相關規定內容，依一般具有合理判斷能力者之之認識能力觀之，仍處於標的不明確或重要觀點無法了解等內容不明確之狀態。再者，相對人於作成原處分一前，未給予聲請人陳述意見之機會，顯然違反憲法平等原則與正當法律原則保障之要求。是以，原處分一具有重大明顯瑕疵而屬無效之行政處分，自始不發生法律效果。

2.原處分二屬無效或違法之行政處分：

陸海空軍軍官士官考績條例及考績作業規定，並無明確規範考績品德分項評鑑為乙上之構成要件與法律效果，而原處分二不僅未記載相關法律依據，亦未載述作成處分所援引之裁（量）罰標準或依據及如何裁量之理由，通篇內容對於軍人身分產生重大不利益影響之相關內容，可謂完全付之厥如，使聲請人處於標的不明確或重要觀點無法瞭解等內容不明確之狀態，相對人據以上開法規作成原處分二，致聲請人不符留營服役規則第3條第1項第2款之志願留營甄選條件，違反明確性原則與法律保留原則，再者，相對人作成考績處分前並未給予聲請人陳述意見之機會，亦違反平等原則及正當法律程序之要求，認事用法顯有違誤，原處分二具有重大明顯瑕疵而屬無效之行政處分，自始不發生法律效果。退步言之，原處分二係依據原處分一之內容作成，原處分一既屬無效之行政處分，自始不生法律效果，則原處分二自失所附麗，從而原處分二認事用法顯有重大違誤，乃屬違法之行政處分，應予撤銷。

3.系爭註銷令違反正當法律程序及明確性原則：

系爭註銷令限制或剝奪聲請人之工作權，相對人作成處分前，卻未給予聲請人陳述意見之機會，並未踐行正當法律程序。再者，處分內容未予載述敘明註銷理由，包括「法令之引述與必要之解釋」、「對案件事實之認定」、「案件事實涵攝於法令構成要件之判斷」、「法律效果斟酌之依據」等重要事項，完全付之闕如，致聲請人無從知悉相對人獲致結論之原因，違反行政處分明確性原則。

㈡原處分及系爭註銷令之執行將發生難以回復之損害，且具有急迫情事：

若原處分及系爭註銷令繼續執行，聲請人將因不符志願留營之甄選條件，而於114年4月21日被迫強制不得繼續留營，喪失軍人身分，縱使日後行政爭訟經法院審認原處分及系爭註銷令為無效或得撤銷之處分，屆時聲請人之年齡將超過留營服役規則第6條規定之年齡限制，已不符甄選條件，不僅無法回復至未退伍之狀態，甚而無法再度入營回復軍人身分，即使被迫退伍後重新入營，亦將無法如期於3年後（即117年4月21日）因服役期滿20年取得領取終身俸之資格，對其權益具有損害且不能回復原狀，在社會一般通念，如為執行可認達到回復困難之程度。又聲請人之服役期限將於114年4月21日屆至，則原處分及系爭註銷令之執行將發生難以回復之損害，且具有急迫情事。

五、本院查：

㈠原處分部分：

1.聲請人固主張已與林君達成和解，無原處分一認定行為不檢之情事，且並無明確法律規範考績品德分項評鑑為乙上之構成要件與法律效果，而原處分一、二亦未記載相關法律依據，有違正當法律程序、法律保留原則及明確性原則云云，惟按停止執行制度係暫時性權利保護，而非本案救濟程序，衡諸暫時權利保護制度之規範目的，係藉由迅速之形式審查以決定是否給予受處分人暫時性之權利保護，並非實質審查系爭函實體內容所作成之終局性決定，則法院應依即時可調

查之事證為調查以認定事實。本案實體爭議係相對人以聲請人有違反懲罰法第15條第14款及軍風紀規定第29點第1款後段所定言行不檢之違失行為，以原處分一核予記過2次之懲處，並以原處分二考評112年度考績績等為乙上，聲請人雖援引與林君簽立之和解書為憑，主張並無系爭違失行為，惟觀諸該和解書係載明林君不願追究聲請人之刑事責任，且雙方同意以新臺幣11萬元達成和解（本院卷第241頁），至聲請人是否有為相對人所指之系爭違失行為，相對人認事用法是否有所違誤，暨是否踐行正當法律程序等，均核屬本案實體爭議，客觀上仍待法院審酌兩造在本案訴訟攻防或為證據調查後，始得綜合判斷，尚難僅憑聲請人之前揭主張及現有事證，遽認其聲請符合「原處分合法性顯有疑義」之停止執行要件。

2.再者，關於本件原處分之執行，如何將發生難於回復之損害乙節，聲請人並未提出可供即時調查之證據以為釋明，僅稱其於114年4月21日被迫強制不得繼續留營，喪失軍人身分，且無法因服役期滿20年取得領取終身俸之資格，對其權益具有難以回復之損害且有急迫情事云云，惟查，聲請意旨所稱遭強制不得繼續留營、喪失軍人身分或領取終身俸之資格等，均與原處分之法律規制效力無涉，顯非原處分所致，尚難依此推認原處分之執行將造成其難以回復之損害，且有急迫之情事。至聲請人另主張將於3年後服役滿20年，而取得領取終身俸之資格，因原處分將遭剝奪其退除給與云云，縱認屬實，然如聲請人於本案訴訟獲有利之判決確定，原處分經法院撤銷後，其間縱因記過或不利考績處分間接導致其所得或收入之減損，仍非不能以金錢賠償或回復之，要難認屬難以回復之損害，或有何急迫之情事。

㈡系爭註銷令部分：

第查，相對人於114年2月5日本已核准聲請人自114年4月21日起留營3年，嗣又於114年2月21日作成系爭註銷令，聲請人固已於同年3月25日（相對人收文日）針對系爭註銷令提

起訴願，惟經本院依職權向訴願機關查詢結果，聲請人所提訴願現仍在審理中，且其並未向訴願機關申請停止執行等情，此有本院電話紀錄、訴願書及其上所蓋相對人收發章戳附卷可稽（本院卷第325頁、第327至336頁），是本件聲請人就系爭註銷令所提起之訴願，刻由國防部審議中，惟並未依訴願法第93條第2項規定向訴願機關請求暫緩系爭註銷令之執行，並無因訴願機關或相對人對停止執行之申請案拒為受理，或遲未為准駁，造成非即時聲請由行政法院處理則有難以救濟之緊急情況。是以，聲請人逕向本院聲請停止系爭註銷令之執行，無異規避訴願程序，而請求行政法院為行政處分之審查。依前揭規定及說明，聲請人此部分之聲請，已難有權利保護之必要。又況，相對人既已針對系爭註銷令提起行政救濟，如經認有理由而嗣後經訴願機關或法院撤銷系爭註銷令，即得足以回復其原先相對人已核准其自114年4月21日起留營3年之狀態，與其主張留營服役規則第6條規定之年齡限制等甄選條件無涉，自亦無從僅憑其片面之詞認定系爭註銷令之聲請停止執行已符合「有避免難以回復損害之急迫必要性」。

㈢本件原處分一、二經訴願程序後，聲請人仍為不服，提起行政訴訟以資救濟（本院113年度訴字第684號），並於該案審理中聲請上開原處分一、二於本院113年度訴字第684號判決確定前停止執行（即為本案）。另就相對人原先核准之留營3年人事命令予以註銷，於該註銷命令仍在訴願救濟程序中卻逕向本院聲請該令之停止執行，既系爭註銷令之本案訴訟尚未繫屬，亦與本院113年度訴字第684號之聲明並無關連。原處分一、二與系爭註銷令之停止執行應僅為客觀合併聲請事項，附此敘明。

㈣綜上，本件聲請顯不符合停止執行之要件，應予駁回。

六、結論：本件聲請為無理由。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　4　　月　　23　　日

審判長法　官　陳心弘

法　官　畢乃俊

法　官　鄭凱文

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本裁定，應於送達後10日內，向本院高等行政訴訟庭提出抗告狀並敘明理由（須按他造人數附繕本）。

三、抗告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.抗告人或其代表人、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，抗告人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，抗告人或其代表人、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.抗告人之配偶、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.抗告人為公法人、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，抗	

告人應於提起抗告或委任時釋明之，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　　4　　月　　23　　日

書記官　高郁婷