臺中高等行政法院裁定

）FKT64W1Z1X5L0;@110年度停字

聲　請　人　黃政瑋

相　對　人　陸軍機械化步兵第二三四旅

代　表　人　賴政豐

上列當事人間聲請停止執行事件，聲請人聲請停止原處分之執行，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「（第1項）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。……。（第3項）於行政訴訟起訴前，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訴願人之聲請，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3項分別定有明文。而所謂難於回復之損害係指其損害不能回復原狀，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之程度而言。所稱回復原狀，非謂應回復原有狀態，亦非指權利形態與內容之完全一致，而著重在經濟上之等價性，故在財產權損害之情形，除有難以金錢估計者，原則上能以金錢填補，不得據以聲請停止執行。是其損害若得以金錢填補，原則上即非所謂難於回復之損害，至當事人主觀上難於回復之損害，當非屬該條所指之難於回復之損害（最高行政法院91年度裁字第344號、92年度裁字第1322號及92年度裁字第864號裁定意旨參照）。又所謂急迫情事，則指原處分或決定已開始執行或隨時有開始執行之虞，且其急迫

情事非因可歸責於聲請人之事由所造成而言。

二、次按行政訴訟之暫時權利保護制度，係為實踐憲法保障人民訴訟權之意旨，並確保個別主觀公法權利之有效保護而設立之制度，行政訴訟法依訴訟種類不同分別設其救濟制度，一為行政處分之停止執行，一為保全程序（假扣押及假處分），其中假處分相對於行政處分之停止執行具有補充性。申言之，對於撤銷訴訟，因其訴訟之目的係請求法院撤銷違法之行政處分，而行政處分一經生效即具有執行力，故以停止執行制度提供暫時權利保護；至於其他訴訟種類例如課予義務訴訟及一般給付訴訟，則以保全程序中之假處分制度提供暫時權利保護，二者適用之對象並不相同，此觀行政訴訟法第298條、第299條、第116條之規定即可明瞭（最高行政法院102年度裁字第1806號裁定意旨參照。）。簡言之，若聲請人提起之本訴訴訟類型係屬課予義務訴訟及一般給付訴訟，其暫時權利救濟程序應以定暫時狀態假處分為之，不能以停止執行方式為之，否則難認有聲請停止執行之利益。

三、聲請意旨略以：

㈠聲請人原為相對人聯兵二營（下稱第二營）上尉防空官，因受營長指派擔任代理訓練官乙職，因故遭該營依陸海空軍懲罰法第15條第1款規定核予4次申誡，嗣聲請人109年度考績並經相對人以110年2月23日陸十天人字第1100021372號令（下稱原處分）評定為乙上。聲請人不服，提起訴願並向國防部訴願審議會申請停止執行，並於訴願決定前，向本院提起本件停止執行之聲請。

㈡聲請人受營長指派擔任代理訓練官期間，負責規劃第二營各連隊每週之課表排定，於109年7月27日至同年8月2日週課表中，就同年7月31日星期五之課程聲請人原排定之營級課表

為週保養，然各連連長卻擅自變更成通識課程講習。第二營即以聲請人未適時向第二營營長回報課表變更，且未善盡督導連長擅自更改課表之責，以其他違紀事件為由發布109年8月18日陸十天信字第1090000206號申誡1次之懲處（下稱第1次申誡）。聲請人身為代理訓練官，僅負責排定週課表之主要方向，然連長卻擅自將109年7月31日原定週保養之課表內容變更為通識課程講習，且未向營部回報，聲請人並不知情，又縱認聲請人知情，惟僅到部隊一週，並不清楚部隊當前任務為何，聲請人相信連長之行為係特殊考量或是部隊特性，並信賴連長變更課表後應及時會向營部回報，況上開主動管制追蹤課表內容事項並非由聲請人負責辦理，故造成課程變更事故發生之主因係連隊違反營部所下達之課程指示且未向上回報，以及業務士張宇翔上士未適時追蹤課程之最新變化，聲請人之行為並不符合陸海空軍懲罰法第15條各款要件，又該字號與國軍人力資源管理系統上之發布文號0000000000不同，係重大明顯之錯誤，故該第1次申誡非屬適法。

㈡又聲請人於109年8月13日受命參加裝訓部協調會，第二營營長於會議前指示聲請人於會中反應裝訓部訓部輔訪當日與陸軍司令部後勤職能鑑測日程衝突之事項，因會議中程序進程過快致聲請人無法提出。相對人以聲請人未在上開協調會中提出反應事項，以其他違紀事件發布109年8月25日陸十天信字第1090000216號申誡1次之懲處（下稱第2次申誡）。軍團帶隊官陳盈儒少校於聲請人參加裝訓部之會議中表明若各單位有任何問題待會議結束後再找承辦人員，且會議進行過快導致聲請人不及反應營長交代之日程衝突事項，而聲請人於會議結束後立即依照指示向作戰官反應，惟作戰官卻僅答覆請聲請人請其旅部高勤致電訓部高勤協調，聲請人第一時間

立即向營長回報作戰官之答覆。且在裝訓部訓部輔訪與陸軍司令部後勤職能鑑測當日亦以不妨礙鑑測下完成訓部輔訪，未影響到裝訓部訓部輔訪之任務完成，考量軍人服從上級指令之特性，聲請人完全遵照陳盈儒少校於會議後反應，故不應僅以聲請人未依照營長指示於會議中提出反應事項，而認定聲請人有其他違紀事件，聲請人本次行為並不符合陸海空軍懲罰法第15條各款要件，故第2次申誡亦非屬適法。又該處分發文日期為109年8月25日，而送達證書送達日期卻為109年8月24日，亦即第二營尚未發文卻已將送達證書送達，該送達證書有重大明顯之瑕疵，第2次申誡未合法送達至聲請人，自始不生效力。

㈣聲請人單位之副營長少校劉文凱於109年8月28日上午9時參加旅部所召開受訓管制會議時，因單位尚未繳交第二營一兵陳緯等5員體格分類表，惟聲請人於會議後確實補齊上開體格分類表相關事項，並未為任何不實之回報。惟相對人以聲請人未確實掌握實際情況、回報錯誤訊息，以其他違紀事件發布109年9月7日陸十天信字第1090000250號申誡1次之懲處（下稱第3次申誡）。聲請人固未向上呈報該5員之體格分類表，然聲請人剛到部隊1個月，尚未與長官、同事和部屬熟識，而體格分類表又因需14天作業時間，以及個人之身分證字號始能登入取得，聲請人無上開5員之聯絡電話，亦不知悉其身分證字號取得他們的體格分類表，且最後亦將該5員之體格分類表均予呈報，未有任何違反陸海空軍懲罰法第15條第8款規定之情事，第二營予以聲請人申誡1次非屬適法。又該處分發文日期為109年9月7日，而送達證書送達日期卻為109年9月1日，送達證書上之浮水印亦為0000-00-00，亦即第二營尚未發文卻已將送達證書送達予聲請人，故該送達

證書有重大明顯之瑕疵，第3次申誡未合法送達至聲請人，自始不生效力。

㈤聲請人於擔任代理訓練官時，於109年9月陳報旅部作戰科有關同年10月8日至16日之營區戰備機動計畫，由第二營機步二連陳弘昇擔任指揮官，並核定於10月15日備置2輛輪甲車由竹坑至天山教練場實施戰備機動值勤；嗣於109年10月6日經機步二連參三下士楊博敦告知聲請人須於同年10月15日機動戰備計畫由2輛輪甲車增派至6輛值勤，聲請人於當日即已上傳予旅部電戰官增派輪甲車之情事，並再於109年10月8日前往旅部作戰科向作戰官中尉張英杰再次確認修正內容，故相關之作業程序聲請人已本於職責，迅速辦理，惟相對人以「黃員……未與旅部承辦人確認修正，導致戰備部隊機動車輛無法派遣。」係怠忽職守為由發布109年10月19日陸十天信字第1090000370號申誡1次之懲處（下稱第4次申誡）。聲請人已依作業程序於109年10月6日陳報增加輪甲車執行機動戰備至上級旅部，且10月8日又前往旅部再次確認修正內容，而旅部作戰科作戰官張英杰中尉亦承諾聲請人會即時向軍團向上陳報，然聲請人時至10月14日核對隔日工管表並與作戰官張英杰中尉聯絡後，作戰官張英杰中尉始告知聲請人先前因適逢雙十連假，時間過於急迫未能與軍團完成修正。就依程序而言旅部須向軍團向上陳報，軍團同意後始得增加至6輛輪甲車執行機動戰備，故向軍團向上陳報係旅部承辦軍官張英杰中尉之權責，不屬於聲請人之權責，第二營將該營機步二連受命執行之戰備計畫未及時經軍團核定一節，認定係聲請人未與旅部承辦軍官確認所致，實係將旅部承辦軍官未及報軍團部核定之程序，歸由擔任第二營訓練官之聲請人承擔，其懲處顯有可議。再者以事件全部經過而論，執行戰

備單位即第二營機步二連之連長及業務士官均未被懲處，而受理第二營陳報並以旅部名義送請軍團核定之旅部承辦軍官亦未懲處，從事將第二營戰備機動計畫陳報至旅部之聲請人卻受懲處，實與權責歸屬有違，第4次申誡非屬適法。又送達證書上之黃政瑋簽名非聲請人本人親簽，係他人偽造，此觀其他申誡處分送達證書黃政瑋簽名筆跡自明，再細觀送達證書上浮水印係0000-00-00，而送達證書卻於109年10月19日送達予聲請人，顯不合理，更證明簽名為事後他人補簽，非本人之簽名，第4次申誡並未合法送達至聲請人，未符合陸海空軍懲罰法第23條申誡應以書面或言詞為之規定，自始不生效力。

㈥上開4次申誡均不符合陸海空軍懲罰法第23條之法定要式而無效。縱使有效，因聲請人之行為均不符合陸海空軍懲罰法第15條之各款要件，上開4次申誡均屬違法。在上開4次申誡無效或違法合法性容有疑義情況下，相對人根據上開合法性容有疑義申誡事件作成原處分，該處分之合法性顯有疑義，聲請人在法律上主張非顯無理由。

㈦原處分將造成聲請人難於回復之損害且情事急迫：

1.聲請人為大專考選之預備役軍官，與國軍簽訂5年合約，合約期滿後，依陸海空軍軍官士官志願留營入營甄選服役規則（下稱甄選服役規則）規定，考績考核需近3年甲等方能提出留營申請，惟聲請人因原處分未能符合上開留營之規定。

2.聲請人如欲繼續從事職業軍人職業，需報考110年陸軍砲兵訓練指揮部「砲兵正規班」深造教育，其召訓簡章內資格限制第3條規定，報訓人員於開訓前須尚有1年以上役期，不足者須完成留營作業，聲請人役期至110年9月份到期

，未達1年以上役期須完成留營作業，因原處分無法提出留營的申請，導致無法報考110年陸軍砲兵訓練指揮部「正規班」深造教育。

3.最後，依據110年陸軍砲兵訓練指揮部「砲兵正規班」召訓資格表，內律定各項報名資料需要在110年3月15日至4月16日內呈報，係屬情事急迫，非即時由行政法院予以處理則難以救濟，且如原處分未停止執行，聲請人即未能取得申請留營之資格，無法報考正規班深造，日後縱獲撤銷原處分，對於聲請人而言亦無任何實益，仍將喪失職業軍人之身分，侵害聲請人憲法第18條服公職權甚鉅，無任何回復獲得以金錢賠償之可能性，難謂非造成聲請人難於回復之損害。又原處分為聲請人在軍隊1年間表現之評鑑，僅涉及聲請人之考績個人利益，完全與公共福祉無涉，對公共利益未有任何重大影響。

㈧綜上所述，在聲請人在法律上主張非顯無理由，若原處分繼續執行將造成聲請人難於回復之損害且有急迫情事，況且原處分與重大公共利益完全無涉等語，故依行政訴訟法第116條第3項規定，聲請停止執行，讓聲請人能完成留營作業，報名深造教育並得以繼續從事職業軍人之職務等語，並聲明：原處分於訴願決定前，應停止執行。

四、相對人陳述意見略以：

㈠聲請人就聲請停止執行，顯無理由：

1.依陸海空軍懲罰法第23條、行政程序法第100條前段、第110條第1項及第4項規定，本件第1次申誡明確核定申請人處分事由，並於109年8月18日送達懲罰令，符合法定要式並發生效力。

2.第2次、第3次申誡因未合法完成送達，業經第二營以110

年3月16日陸十天信字第1100000251號及110年3月17日陸十天信字第1100000254號令更正重發並重新完成送達在案，依據前揭規定，經合法送達後始生效力，故不列入109年度考績績等之考評項目。

3.第4次申誡除未合法完成送達外，第二營於行政調查釐清責任歸屬後，業經第二營以110年3月26日陸十天信字第1100000277號令撤銷並於同日完成送達在案，亦不列入109年度考績績等之考評項目。

㈡原處分並未對聲請人造成難於回復之損害且急迫情事：

1.聲請人109年度獎懲紀錄計嘉獎1次、申誡4次，其中第2、、3及第4次申誡均不列入109年考績績等之考評項目，故聲請人109年度內經平衡之功獎相抵後，未再獲嘉獎或事蹟存記一次獎勵，故按國軍志願役軍官士官及志願士兵考績作業規定第8點第6款，其考績績等不得評列甲等以上，亦即最高僅能評定乙上。

2.又聲請人役期管制至110年9月6日，倘日後聲請人獲撤銷原處分，按甄選服役規則第5條規定，聲請人僅需於110年6月6日前提出留營申請，由服役單位陳報權責長官核定即可，並不會造成聲請人立即喪失軍人之身分，甚至是侵害其憲法第18條之服公職權，難認有發生難於回復之損害及有急迫等情事。另正規班係進修教育並非聲請人欲繼續從事職業軍人職業之必要條件，縱使未獲正規班學資，仍不影響聲請人服役之狀態。

3.聲請人以原處分合法性顯有疑義為爭執，惟原處分是否有聲請人所指之無效或違法情事，客觀上並非不經實質審理即能判斷，亦非僅以聲請人所述即認原處分之合法性顯有疑義。

㈢該聲請欠缺權利保護必要性：

聲請人已於110年2月4日向國防部訴願審議會就原處分提出訴願及申請停止執行，惟參照訴願法第93條第2項規定，聲請人既得由原處分機關或訴願機關獲得救濟，殊無逕向行政法院聲請之必要，且本件並無因訴願機關遲未對停止執行之申請為准駁，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，其聲請應認欠缺權利保護必要等語。

五、本院判斷如下：

㈠按「軍官、士官志願留營甄選條件如下：一、……。二、考績考核：最近1年至3年考績均在甲等以上，且考績品德分項評鑑在甲等以上。但初任官第1年度考績得為乙上。」、「軍官、士官志願留營，應於服現役期滿3個月前，向服役單位提出申請，由服役單位陳報權責長官核定。……」甄選服役規則第3條第1項第2款及第5條定有明文。準此可知，申請志願留營之軍官、士官，其最近1年至3年之考績均需在甲等以上，且考績品德分項評鑑亦須在甲等以上。

㈡次依聲請意旨可知，聲請人之所以不服原處分核定其109年度考績為乙上，係因其役期將於110年9月份屆滿，需於110年6月前提出志願留營之申請、並欲報考陸軍砲兵訓練指揮部「砲兵正規班」，然無論係志願留營抑或「砲兵正規班」之申請，均以最近1年（至3年）之考績在甲等以上為甄選條件，因而欲尋求救濟，以避免未能取得申請留營之資格、無法報考正規班深造，甚至喪失職業軍人身分之損害。是故，聲請人雖聲明：原處分於訴願決定前，應停止執行等語，然其目的實係欲請求相對人作成對其更有利之考績甲等之行政處分，而非僅停止原處分之執行。蓋若僅停止原處分之執行者，即僅回復聲請人109年度考績未經考核之狀態，顯與聲

請人尋求權利保護之目的相違背，參酌前述說明，本件停止執行之聲請，不符其聲請暫時權利保護之實效需求。從而，聲請人依行政訴訟法第116條第3項規定聲請停止原處分之執行，難認有權利保護之實益，其聲請於法不合，不應准許，應予駁回。

六、依行政訴訟法第104條、民事訴訟法第95條、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　3　　月　　31　　日

臺中高等行政法院第三庭

審判長法　官　王　德　麟

法　官　詹　日　賢

法　官　林　靜　雯

以上正本證明與原本無異。

如不服本裁定，應於裁定送達後10日內以書狀敘明理由，經本院向最高行政法院提起抗告（須依對造人數附具繕本）。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　3　　月　　31　　日

書記官　李　孟　純