臺中高等行政法院裁定

）FKT64W1Z1X5LO;@110年度全字

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

上列當事人間聲請假處分事件，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「於爭執之公法上法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」行政訴訟法第298條第2項有明文規定。次按行政訴訟法第298條第2項規定之定暫時狀態之處分，須於爭執之公法上法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要為要件。又於爭執之公法上法律關係，所為定暫時狀態之處分，其本案之請求，應即為該「爭執之公法上法律關係」者，始足當之。又定暫時狀態假處分既係為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要，且於爭執之公法上法律關係尚未經確定終局裁判前所為，在一定範圍內會造成達到本案勝訴判決之相同結果，故其要件需合致行政訴訟法第298條第2項之規定即⑴公法上法律關係發生爭執；⑵為防止發生重大之損害或避免急迫之危險；⑶行政法院認為有定暫時狀態之必要始得為之；且依行政訴訟法第302條、第297條及民事訴訟法第526條第1項等規定，聲請人對上開要件應為釋明，苟未能釋明，其聲請自難准許。而所謂「重大之損害」應依利益衡量原則，就聲請人因該假處分所獲得之利益或防免之損害，是否逾相對人因該假處分所受之不

利益或損害，以及該假處分對公共利益之維護，再斟酌社會經濟等其他主、客觀因素，為綜合判斷；而所稱「急迫之危險」係指危險刻不容緩，無法循行政爭訟程序處理者而言（最高行政法院95年度裁字第742號及104年度裁字第1778號裁定意旨參照）。此外，關於假處分之請求及原因，應釋明之，為行政訴訟法第302條及第297條準用民事訴訟法第526條第1項所明定。所謂釋明，係指當事人對於其事實上之主張，得用可使法院信其主張為真實之一切證據，惟依證據之性質不能即時調查者，不在此限（行政訴訟法第176條準用民事訴訟法第284條規定參照），且依行政訴訟法第301條規定，非有特別情事，不得命供擔保以代釋明。因此，關於聲請人因防止發生重大之損害或避免急迫之危險，而有聲請定暫時狀態處分之必要性等情形，聲請人於提出聲請時，均應就其假處分之請求及原因提出可供法院即時調查之證據以為釋明，如未能加以釋明，則其聲請自難准許（最高行政法院106年度裁字第106號裁定意旨參照）。

二、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，向本院提起本件定暫時狀態處分之聲請。

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）。然連長擅自將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。縱認聲請人知情，僅到部隊1週，並不清楚部隊當前任務，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。

㈢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）。然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，第2次申誡非屬適法。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，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）。然聲請人剛到部隊1個月，且體格分類表需14天作業時間及個人之身分證字號始能登入取得，聲請人無上開5員之相關聯絡資訊，況最後亦將該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乙次非屬適法。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，尚未發文卻已將送達證書送達予聲請人，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，並經核定於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；嗣經告知機動戰備計畫由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）。然依程序而言向軍團向上陳報係旅部承辦軍官而非聲請人之權責，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，歸由聲請人承擔，其懲處顯有可議。再者以事件全部經過而論，其懲處對象亦與權責歸屬有違，第4次申誡非屬適法。又送達證書上之黃政瑋簽名根本非其本人親簽，係他人偽造，且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，第4次申誡並未合法送達至聲請人，自始不生效力。

㈥本件訴訟勝訴之蓋然性極高，有定暫時狀態處分之必要性：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，應均屬違法。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作成原處分，該處分之合法性顯有疑義，故聲請人主張撤銷原處分並請求作成甲等考績處分訴訟勝訴之蓋然性極高，有定暫時狀態處分之必要性。

㈦原處分已對聲請人造成重大損害或急迫危險：

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年甲等方才能提出留營申請，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，且律定各項報名資料需要在11

0年3月15日至4月16日內呈報，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，致無法報考砲兵正規班深造教育。若不藉定暫時狀態處分及時提供暫時保護，日後縱聲請人獲撤銷原處分並給予聲請人考績甲等處分，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，難謂非急迫之危險。

㈧綜上，原處分顯有適用法令之重大違誤，應足認聲請人本案訴訟之勝訴蓋然性極高，且依利益衡量原則，聲請人因本件聲請所獲得之利益或防免之損害，顯已逾越相對人因本件聲請所受之不利益或損害，自有必要准予定暫時狀態處分，以免將來之本案訴訟緩不濟急，故依行政訴訟法第298條第2項請求暫先作成聲請人考績甲等之處分，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：相對人於訴願程序確定前，應暫先作成聲請人考績甲等之處分。

三、相對人陳述意見略以：

㈠第1次申誡符合法定要式且有效，第2、3、4次申誡均不列入109年考評項目：

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。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。又第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重大損害或急迫危險：

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，其聲請定暫時狀態處分應認欠缺權利保護必要等語。

四、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。次按「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。」「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。」「年終考績、另予考績績等及獎金標準，由國防部定之。」亦為陸海空軍軍官士官考績條例第5條、第6條及第8條第2項所明定。又陸海空軍軍官士官考績績等及獎金標準第3點規定：「考績年度內獲重大獎勵，其考績績等之評定依下列規定：一、獲頒通用獎章以上，且未受懲罰或懲戒處分者，不得評列甲等以下。二、記大功以上，且未受懲罰或懲戒處分者，不得評列乙上以下。」是年終考績係各級考績官對受考官以平時考核為基礎，並參考年度獎懲之記載，予以綜合分析後所為之裁量評定，僅於符合規定情形時，不得為甲等以下之考評。

㈡經查，聲請人固謂其役期將於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」，因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重大損害及急迫危險云云，然於行政機關對於處分之作成具有裁量權之情形，法院在本案訴訟除於主管機關裁量縮減至零之情形外，原無權命主管機關作成特定之處分，何能在假處分程序，未能釋明主管機關裁量縮減至零時，為暫時作成特定處分之定暫時狀態處分？本件聲請人所爭執之公法上法律關係，係「109年度考績處分評定乙上」之合法性，而尚非聲請人「志願留營之申請」或「砲兵正規班之申請」經否准之情形，是聲請人固指摘相對人於申誡處分作成上之瑕疵，但就相對人裁量決定其109年度考績之處分，依如何之事證，裁量縮減至零，而僅有一種決定（即認相對人僅能作成考績甲等以上之決定）為正確，未予釋明，其聲請定暫時狀態假處分，即難認有理由。

㈢又倘聲請人本案訴訟勝訴，原處分經撤銷，則聲請人仍得於其服現役期滿之3個月前，提出留營申請，由服役單位陳報權責長官核定。而砲兵正規班之申請是否獲准，亦非本件定暫時狀態處分所保全之本案爭訟標的之公法上法律關係，更非聲請人欲繼續從事職業軍人職業之必要條件，縱使未獲砲兵正規班之資格，仍不影響聲請人服役之狀態。準此，對於如不許聲請人定暫時狀態處分之聲請，聲請人將發生何等重大損害或無法循行政爭訟程序處理之急迫危險，聲請人亦未予釋明。

㈣綜上所述，聲請人未能釋明本件相對人裁量縮減至零，亦未能釋明有何欲防止之重大損害或急迫危險，而有定暫時狀態

之必要，其聲請定暫時狀態之處分，核與行政訴訟法第298條第2項所定要件不符，應予裁定駁回。至相對人謂本件聲請欠缺權利保護必要乙節，應係對於暫時權利保護之制度有所誤解，尚無從採認，併為敘明。

五、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