

訴 願 人 ○○○

原處分機關 臺北市政府兵役處

右訴願人因申請緩徵事件，不服原處分機關八十九年七月二十一日北市兵二字第八九二一五七六五〇〇號函所為處分，提起訴願，本府依法決定如左：

主 文

原處分撤銷，由原處分機關於收受決定書之次日起三十日內另為處理。

事 實

緣訴願人係六十九年次役男，原申請並核准於八十八年七月十六日出境，依役男出境處理辦法第四條第一項第三款規定應於八十八年九月十六日返國，惟迄今未歸，涉及兵役法施行法第七十八條之一第五項及妨害兵役治罪條例第三條第三款之罪嫌，爰經本府以八十九年一月十三日府兵二字第八九〇〇七四三二〇〇號臺北市政府妨害兵役案件移送書移送臺灣臺北地方法院檢察署偵辦。嗣訴願人之父○○○於八十九年五月以訴願人獲得美國○○大學入學許可為由，向臺北市中山區公所申辦緩徵，並於七月十五日以申請緩徵案已移請原處分機關辦理及訴願人已因妨害兵役治罪條例遭起訴等為由，具狀向原處分機關補述申請理由。嗣原處分機關以八十九年七月二十一日北市兵二字第八九二一五七六五〇〇號函復訴願人之父略以，訴願人之情形與兵役法第三十五條第一項等規定未合，不得據以辦理緩徵。訴願人不服，於八十九年八月二十五日向本府提起訴願，十月十九日補充訴願理由，並據原處分機關檢卷答辯到府。

理 由

一、本件雖係由訴願人之父代訴願人申請緩徵，惟因其代為申請緩徵之效果，係直接歸屬於訴願人，即行政機關公權力措施所直接發生法律效果之相對人，故訴願人應為本件緩徵申請案之受處分人。又本件原處分機關函復之內容，已有否准申請之意，參酌司法院釋字第四二三號解釋意旨，該函應視為行政處分。另本件訴願日期為八十九年八月二十五日，雖距原處分書發文日期（八十九年七月二十一日）已逾三十日，惟原處分機關未查明處分書送達日期，訴願期間無從起算，故無訴願逾期之問題。合先敘明。

二、按兵役法第三十五條規定：「應受常備兵現役徵集之役齡男子，具有下列情形之一者，得予緩徵：一、公立或已立案之私立高級中學及其同等以上學校在校之學生。二、犯最重本刑為有期徒刑以上之刑之罪在追訴中者，或犯罪處徒刑在執行中者。前項緩徵原因消滅時，仍受徵集。」

同法施行法第六十條規定：「依兵役法第三十六條第一款緩徵者，應由學生肄業之學校

，於每學期始業時，造具學生名冊，呈經教育主管機關查核後，分別通知其原籍或寄居地縣（市）政府審定，轉報省政府，並彙送團管區司令部。」第六十六條第一項規定：「應受免役及緩徵緩召者，除依有關各條由各機關學校查報並通知其本人外，其他不屬於機關學校者，應由本人或戶長向所屬鄉鎮公所申請之。」第六十八條第一項第一款規定：「依本法第六十五條及第六十六條之規定，業經查報通知及申請免役、禁役、緩徵、緩召者，經縣（市）政府及師管區司令部核定後，依左列規定處理：一、經縣（市）政府核定應予免役禁役緩徵者，由縣（市）政府按名製給證明書，經核定不應免役、禁役、緩徵者，按名製給通知書，分別發由其所屬鄉鎮公所轉交其本人或戶長。」

免役禁役緩徵緩召實施辦法第十三條規定：「依兵役法第三十六條第一項第一款規定應行申請緩徵之學生，在每學期註冊入學前，應由學校以書面通知學生先向所屬鄉鎮區市公所請發『役男徵額歸屬證明書』（格式如附件四），於註冊時繳交學校辦理緩徵申請。」第五十七條規定：「申請免役、禁役、緩徵、緩召，經市、縣（市）政府或師管區司令部核定者，依左列規定處理：一、經市、縣（市）政府依法核定免役、禁役、緩徵者，由市、縣（市）政府按名製給證明書（格式如附件二十五）。經核定不准免役、禁役、緩徵者，按名製給通知書（格式如附件二十六）。分別發由其所屬鄉鎮區市公所轉交其本人或戶長。……」第五十九條規定：「對於免役、禁役、緩徵、緩召之核定有異議者，應於接到證明書或通知書之次日起三十日內，填具『複核申請書』（格式如附件三十二、三十三），檢附有效證件，役男送由鄉鎮區市公所轉報市、縣（市）政府複核。……」

三、本件訴願及補充理由略以：

- （一）訴願人原就讀○○大學農工系，轉學至○○大學電機工程系，該大學為教育部承認之大學，自屬與○○大學同等之學校，依法訴願人得申請緩徵。兵役法第三十五條既未限定在國內就學之役齡男子，解釋上自無限制之依據，且上開條文所謂同等以上學校之在學學生應包括外國學校經我國教育部承認者。又現行役男出境處理辦法所規定者均是出境問題，根本無緩徵召之規定，國外就學之役男，未經緩徵之申請，即得產生緩徵之效果，豈非怪哉。按役男在學，不論在國內或國外，依法即應申請緩徵，基此，上開條文應包括在國外就學之役男較為妥適。
- （二）訴願人已遭市府移送法辦，並經檢察官偵結起訴，現已繫屬在臺灣臺北地方法院。按檢察官起訴之法條為妨害兵役治罪條例第三條，所犯法定刑為五年以下有期徒刑，自屬最重本刑為有期徒刑之犯罪在追訴中，依兵役法第三十五條第一項第二款規定，亦得申請緩徵，訴願人在八十九年七月十五日已具狀補充申請緩徵理由，原處分機關未查，復未針對該補充理由說明，率駁回訴願人緩徵之申請，顯非適法。

四、卷查依前揭兵役法施行法第六十條、第六十六條、第六十八條及免役禁役緩徵緩召實施

辦法五十七條、第五十九條之規定，役男申請緩徵者，如不屬於機關學校者，應由本人或戶長向所屬鄉鎮公所申請之，並經市、縣（市）政府核定之；對於核定有異議者，應於接到證明書或通知書之次日起三十日內，填具複核申請書，檢附有效證件，送由鄉鎮區市公所轉報市、縣（市）政府複核。是依上開條文規定，申請緩徵之核定機關在直轄市為直轄市政府。準此，本件原處分機關逕以其名義否准訴願人所請，姑不論是項處分在實質上是否妥適，其行政管轄終究難謂適法，從而，應將原處分撤銷，由原處分機關於收受決定書之次日起三十日內另為處理。

五、綜上論結，本件訴願為有理由，爰依訴願法第八十一條之規定，決定如主文。

訴願審議委員會主任委員 張明珠
委員 黃茂榮
委員 楊松齡
委員 薛明玲
委員 王惠光
委員 陳 敏
委員 曾巨威
委員 黃旭田
委員 劉興源
委員 曾忠己

中 華 民 國 九 十 年 二 月 十 四 日 市 長 馬 英 九 公 假

副市長 歐晉德 代行

訴願審議委員會主任委員 張明珠 決行

執行秘書 王曼萍 代行

中 華 民 國 九 十 年 二 月 十 四 日