臺中高等行政法院判決

109年度訴字第38號

）FKT64W1Z1X5L0;@109年6月18日辯

原　　告　黃煥軒

被　　告　臺灣雲林地方檢察署

代　表　人　洪家原

訴訟代理人　周甫學

上列當事人間職務評定事件，原告不服公務人員保障暨培訓委員會中華民國108年12月10日108公審決字第484號復審決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

被告之代表人於原告起訴後，由郭永發變更為乙○○，並經變更後之代表人聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

貳、實體方面：

一、爭訟概要：

緣原告民國107年度年終職務評定案於108年1月9日由被告108年度第1次檢察官職務評定審議會（下稱職評會）審議，機關首長覆評良好，並以108年1月11日雲檢鑫人字第10805000020號函陳報法務部覆評結果，經法務部以108年2月23日法人字第10808503150號函請被告重行考評。嗣經被告於108年3月5日召開108年度第3次職評會再行審酌後，審認原告曾於105年間發生誤將未受判決之人提起上訴、誤認未死亡之人為已死亡之人而寫為上訴理由等兩起嚴重之上訴錯誤案件，

分別以105年度上字第99號、第100號案件撤回上訴，經予以改進之機會後，於107年間提出多件上訴書，法律見解仍多錯誤，經主任檢察官或檢察長努力審核，退回更正，惟仍於107年11月提出之107年度上字第167號上訴理由書，錯誤引用修正前刑法沒收規定之見解，以沒收為從刑作為理由提起上訴，有檢察官職務評定辦法（下稱職務評定辦法）第7條第3項第8款綜合評核原告之學識能力、敬業精神、辦案品質，評列良好顯不適當之事由，於108年3月6日以雲檢永人字第10805000260號函陳報重行審酌結果，經法務部以108年5月1日法人字第10808508690號函核定評列未達良好，再經銓敘部以108年5月24日部特一字第1084819727號函銓敘審定。其間，被告於108年5月6日以公務電子郵件通知原告評列未達良好之事由。嗣後，被告以108年6月4日雲檢永人字第10800214890號職務評定通知書（下稱原處分）通知原告。原告不服，於同年6月21日提起復審，經公務人員保障暨培訓委員會（下稱保訓會）以108年12月10日公審決字第000484號復審決定書駁回其復審。原告仍不服，於是提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.被告重行評定程序並未合法：

⑴被告108年3月5日重行職務評定，僅以會議紀錄陳報首長，未依法填載職務評定表報請首長覆評，其重行職務評定之覆評程序顯不合法。被告之首長嗣由郭永發檢察長繼任，然被告改將原告提案表決為未達良好，卻未依職務評定辦法第10條第1項規定填入職務評定表，報請繼任檢察長覆評，以致繼任檢察長並未依法於職務評定表內意思表示

而為覆評，即變更原告未達良好，處分原告留原俸級不予獎勵，於法未合。

⑵被告108年3月5日重行職務評定，指定之主管人員未將原告未達良好具體事由記載於職務評定表備註及具體優劣事實欄內以供評擬，違反職務評定辦法第7條第4項、第12條第1項第1款規定。

⑶且上述108年3月5日重行職務評定時，職評會同時審議原告107年度任職期間以外之105年度撤回上訴案件，違反職務評定辦法第3條第1項第1款規定，故報請覆評前之改評程序已未合法。

⑷上述108年3月5日職評會提付表決前，有未依職務評定辦法第10條第1項規定，將有關資料交出席委員審閱核議之程序瑕疵。

⑸被告108年3月5日重行職務評定，指定之主管人員仍未依法評擬，程序已於法不合。

⑹被告行政訴訟答辯書第7頁稱已依職務評定辦法第16條第3項，填載覆評結果變更人員清冊，及覆評結果未達良好人員清冊，故重行審酌而變更第1次評定結果，不必填載職務評定表云云。惟查：職務評定辦法第16條係明文規定受評人於收受職務評定結果通知後（第1項），評定機關始得就前項職務評定更正或變更，填具職務評定更正或變更申請表（第2項），然108年3月5日受評人即原告根本尚未收受評定結果通知，被告當時如何能以該條為據而變更評定結果？且該條第3項係規定職務評定變更申請表格式由法務部定之，並非被告所稱之覆評結果變更人員清冊，或覆評結果未達良好人員清冊。另遍查職務評定辦法，亦僅見規定職務評定審議清冊、職務評定清冊（第13條）兩種

清冊，並無被告所稱上述清冊名義存在。而且，依職務評定辦法第16條第1項規定，職務評定結果如有行政程序再開事由，得準用行政程序法相關規定即第128條辦理，應由相對人即原告聲請變更，被告反主張由其適用職務評定辦法第16條第3項而變更評定原告未達良好，遂未依法重行評定。

⑺上級機關於108年2月23日要求被告重行審酌，並於文到15日內之3月6日陳報，被告卻未依職務評定辦法第17條第2項規定，於15日內重行辦理職務評定。而辦法職務評定，依職務評定辦法第12條規定，應依主管評擬、職評會決議、首長覆評程序為之。

2.被告認定原告未達良好之情節前後主張不同，並非準確（職務評定辦法第5條第1項、第12條第1項規定），於法不合：

⑴按檢察官職務評定，係依法官法第89條第1項準用第73條規定辦理，故被告依司法院秘書長105年4月6日秘台人三字第1050008956號函示：「轉發法官職務評定通知書時，請併轉知評列未達良好之理由，有助原告知所改進，原告及被告機關更能聚焦攻防」意旨，原於復審前之108年5月6日，先以前述公務電子郵件，轉知原告評列未達良好之事由。而依該公務電子郵件內容所示，被告係認定原告107年未達良好之具體事由，為105年撤回上訴兩案（被告檢察官105年度上字第99號撤回上訴書、105年度上字第100號撤回上訴書，下稱A、B案），給予改進機會，仍於107年上訴引用舊法乙案（被告檢察官107年度上字第167號上訴理由書，下稱C案），合計共3案，此為被告教示原告之第1種未達良好內容。

⑵惟原告針對上述A、B、C等3案，經被告向保訓會提出復審

明：A、B兩案並非107年度原告之職務表現，而C案原告係依機關指示，奉機關核准，以機關所許見解上訴等情，及被告雖於108年3月5日評定原告錯誤引用舊法上訴，然刑事二審法院嗣於108年4月30日，係認為原告引用最高法院判決為上訴理由，將原審判決撤銷等情，被告卻提出復審答辯書，於該答辯書第4頁向保訓會另舉兩案（106年度蒞字第1846號案、106年度蒞字第3075號案，下稱D、E案），主張原告法律見解錯誤，曾由被告更正（實非原告而係訴外人法律見解錯誤），而該D、E兩案為上述公務電子郵件所述A、B、C等3案以外之兩案，合計達5案，此為被告教示原告之第2種未達良好內容。惟同答辯書第3頁卻又書明：依前述公務電子郵件通知之內容（即A、B、C等3案），原告已「知悉具體事由並聚焦攻防」，則被告既先命原告復審時聚焦攻防於前述公務電子郵件通知之具體事由，何以又於原告依指示，聚焦攻防於A、B、C等3案後，被告又向保訓會另舉D、E兩案，突再攻防？原告實感突襲。被告重行職務評定，未依職務評定辦法第7條第4項，將未達良好具體事由填載於職務評定表，則未達良好之具體事由，究竟有幾，以何為準？

⑶嗣原告陸續提出補充理由書，向保訓會說明被告評定程序違反上揭職務評定辦法第7條第4項，並將105年度案件列入107年度審議情形，然復審決定書卻引用被告答辯書，記載：原告於107年間提出多件上訴書法律見解錯誤，具體案例即被告答辯書另為攻防之D、E兩案，且有C案引用沒收舊法情形，與105年度之違失行為即A、B兩案無涉，此參復審決定書第6、7頁甚明。則受評人未達良好之具體事由，是否復由A、B、C、D、E等5案，再刪去「無涉」之

105年度A、B兩案，變為C、D、E等3案？此為教示原告之第3種未達良好內容。然保訓會所稱與A、B兩案無涉，顯與被告答辯書第3頁理由三、㈠所稱：原告因此可知悉具體事由並聚焦攻防於公務電子郵件通知之A、B、C等3案矛盾。且該A、B兩案既於答辯書第1、3、5頁，前後又3次教示為原告已有改進機會，107年度仍未達良好之理由，保訓會卻認為無涉，則本件評列良好顯不適之具體事由，究竟有幾？竟眾說紛紜，可添可減？

⑷再僅就上述郵件通知、機關答辯、復審決定三階段均敘及之錯誤引用沒收舊法即C案而論，原告收受保訓會之復審決定書後，始悉決定書第4頁揭示，被告主管之平時考核紀錄表係認定原告：「引用錯誤或較舊之法律見解」，亦未認為原告引用舊法，而係認原告引用法律見解錯誤（實非錯誤，詳下述理由），此為原告獲悉之第4種未達良好內容。則前述之郵件通知、復審答辯與復審決定，主張原告引用舊法，顯然自始即與平時考核表認為原告引用法律見解，出入不一。茲重行職務評定，既未依評定辦法第7條第4項填載職務評定表，而未明確記載未達良好具體事由，則原告未達良好事由究竟為何？係錯誤引用舊法？還是引用錯誤見解？竟莫衷一是？被告所稱較舊之司法實務法律見解，難道就可評定為曾由立法通過，曾由總統公布之舊法？

⑸另復審決定書第4頁雖認為，被告主管之平時考核紀錄表，已於個人具體優劣事實欄記載：「引用錯誤或較舊之法律見解」，然職務評定辦法第7條第4項既明文規定，應將未達良好之具體事實，記載於職務評定表之備註及具體優劣事實欄，則復審決定書遽謂被告已將未達良好之具體事

由記載於平時考核紀錄表，是否已符法制？懇請貴院判斷。且參照保訓會公告之其餘復審決定書，均謂各檢察機關之職評會，改評定為未達良好者，均依法將具體事實以職務評定表之備註具體（優）劣事實欄記載之，本件保訓會卻認被告重行職務評定，改評原告未達良好，雖無職務評定表記載原告未達良好之備註具體優劣事實，得僅具平時考核表，而免與其餘復審決定適用相同之職務評定辦法第7條第4項規定，為何成為法制之例外？又上揭平時考核表所稱之「引用錯誤或較舊之法律見解」（原告實依機關指示，奉機關核准，以機關所許見解始提起上訴），既未記載何案件？或引用何見解？此顯與被告於上揭訴外人某丙之職務評定表，已依法記載具體時、事之未達良好事由有異，顯非具體，否則何以後續原告竟獲上述ABC、ABCDE或CDE，5種案由與4種不同內容之書面教示？此叫原告如何行政爭訟，救濟權利？評定結果依法是否已屬準確？

3.保訓會及被告認定之情節並非事實，而有錯誤：

⑴上述A、B兩案並非107年度原告之職務表現，被告卻列入107年度重行職務評定予以審議考評。

⑵被告認定原告於起訴狀所述C案上訴理由書，錯誤引用沒收舊法乙節，惟查：

①原告就C案已以書面向被告陳明現行法並無依據可資上訴，被告認為該案尚有其他罪嫌，故原檢察長及原公訴主任檢察官核准原告引用補充沒收舊法之最高法院判決，因該判決見解對舊法有所補充，認為有其他罪嫌得另行起訴再予處理槍枝違禁物之沒收，則沒收無必要性。

②刑事二審法院認為該判決部分雖係修正前沒收規定之見解，然有其他罪嫌得另行起訴再予處理違禁物之補充部

分仍有道理，於刑法修正後仍值參酌，故撤銷刑事一審判決。然被告卻先於刑事二審4月間判決原告上訴有道理而撤銷原判決前，即於3月間謂原告錯誤引用沒收舊法故未達好，且改評未達良好後亦未命原告撤回所謂錯誤之上訴而維持之。

③被告未依原告上訴理由書所陳意見，以另案起訴其他罪嫌，並於該案聲請沒收槍枝，與原告上訴理由書所陳意見相同。

④原告起訴主張被告未指明原告之上訴理由書何處？引用何條項？何文字之沒收舊法？被告答辯書即改稱原告係錯誤引用修正前沒收規定之見解，顯已知悉作成原處分時其認定原告引用沒收舊法，係事實認定錯誤，違反職務評定辦法第5條第1項應綜覈名實，準確客觀考評。

⑤被告評認C案原告引用舊法，然刑事二審法院認為原告係引用實務見解而撤銷原審判決確定。本件C案被告原認定原告引用沒收舊法上訴，然原告起訴請求被告指名原告上訴何處引用何條項或文字之沒收舊法後，被告即於答辯書第11頁起改稱原告係錯誤引用修正前刑法沒收規定之見解，顯已知悉其作成原處分時認定原告引用沒收舊法，係事實認定錯誤。且依據臺灣高等法院98年度上易字第789號等見解，判決先例不可割裂引用，被告雖割裂、擷取原告引用之最高法院見解內容，改稱原告錯誤引用修正前沒收規定之見解，仍無解被告原先錯誤認定原告引用舊法，且被告既未依法在職務評定表記載原告具體優裂事實，卻藉此程序瑕疵變更主張原告未達良好事由，為錯誤引用修正前沒收規定之見解，應不合法。

⑥被告辯稱新法具有獨立效果而非從刑之沒收，已不再從屬於各罪主刑宣告之下，有最高法院106年度台上字第3717號判決可參。……刑事二審判決認定原告上訴指沒收為從刑云云並無理等語。惟查：原告因沒收已不再從屬於各罪主刑宣告之下，故自始即向被告陳明法院得單獨宣告沒收搶枝。且上訴書全文並未引用沒收為從刑之舊法，係引用無主刑即無從刑等最高法院判決見解，刑事二審法院亦認為無主刑則無從刑原則，僅現非實務主流見解，而非舊法，原告在法院得單獨諭知沒收槍枝之新法下，只能奉首長及主管核准引用現非主流見解上訴，否則無法源上訴。

⑶原告對D案上訴認為罪數認定應「改」以包括一罪之接續犯評價較為合理，被告認為法律見解錯誤，然該見解卻係起訴時被告所許，而向法院送審主張之見解：

①D案所謂罪數認定應包括一罪之接續犯評價較為合理，係經被告原檢察長、原主任檢察官核准起訴送審時，即已明載於起訴書上之見解，而為被告指揮監督原告公訴之內容與依據，並非原告於上訴認為罪數認定應「改」以包括一罪之接續犯評價較為合理，被告之認定顯有錯誤。

②依檢察機關辦理刑事訴訟應行注意事項第125條規定，公訴檢察官僅得變更起訴法條，並未規定公訴檢察官得變更起訴罪數，而檢察長核准之起訴書見解，本即主張接續犯包括一罪。

③依監察院108司調50號案件調查報告，偵查檢察官起訴書之內容，主任檢察官及檢察長未予更動而核章者，該起訴書之意見即係該署意見，並非僅為起訴檢察官意見

。本件起訴書既主張以包括一罪接續犯評價較為合理，主任檢察官及檢察長對此亦未更動而予核章，該起訴書內容即為原告實施公訴之依據，何能謂係原告主張改以包括一罪接續犯評價較為合理？而見解錯誤？被告答辯書第15頁稱平時考核（表）已認原告引用較舊或錯誤法律見解，然原檢察長調動後，其指揮監督之起訴書見解即較舊或錯誤？原告何所適從？

④被告辯稱原告為公訴檢察官，應透過證據調查，發現真實，以追求法院為適法妥當之裁判云云。惟查，原告上訴書原文一㈢「本案被告是否……合為包括一罪之接續犯評價較為合理，除應審酌被告防禦之辯解外，尚應審酌B童之經歷，原審未調查證人B童，即認為該次犯行非3次以外之犯行，或是否屬該3次之接續犯，難認妥適」顯然原告認為應透過證據調查，再判斷原審判決之三罪是否應再增加一罪，或該罪是否與原審判決三罪之中有起訴書所指之接續犯關係，根本非如被告所指，認為罪數認定「應改以」包括一罪接續犯評價較為合理。原告為發現真實，確已聲請調查證據。被告依法得修改原告上訴書，但不應更改原告上訴書原文而增減內容，再提案、評定原告主張改以一罪論。

⑷被告以臺灣高等法院2則判決為由，認E案原告上訴之法律見解錯誤，然被告所引用之臺灣高等法院判決依據，卻與被告之認定相反：

①被告答辯書引用臺灣高等法院2則判決見解，認為依起訴書犯罪事實記載之內容即有管轄權，而認為原告見解錯誤，然被告所引判決內容卻均認無管轄權，與被告之主張竟然相反。

②該案原公訴主任檢察官認為原告之上訴理由可採，亦核章許可上訴而呈閱首長。且原告上訴結果，亦使原審判決撤銷。

③被告答辯原告對於原審法院有管轄權而判決有罪之案件，竟對吳惠森部分以原審無管轉權為理由擬上訴書云云。惟查，原告上訴書明文主張吳惠森確「在雲林縣四湖鄉被告吳某之住所，先向吳某購得槍彈後攜回台南市持有」而有管轄權，刑事二審法院亦認為吳某在雲林販賣槍彈給吳惠森購買為真，故改判售槍者有罪。然該案刑事原審法院判決吳惠森持搶有罪，但判決售槍者吳某無罪，而認定吳惠森獲得槍枝時地不詳，讓購槍者吳惠森獨負罪責，對供出槍枝來源之吳惠森殊非公平，故原審雖判決吳惠森有罪，原告仍認為吳惠森住居所在台南且係於台南持槍被查獲，程序優先實體，有移送管轄法院問題，原審不應判決有罪卻認為買槍時地不詳。職評會卻僅提案、評定原告程序上訴主張時地不詳應移送管轄部分，顯已省略原告亦實體上訴主張吳惠森在雲林購得槍彈並非不詳部分，以此省略方式提案評定原告主張無管轄權，亦非事實等語。

㈡聲明：撤銷復審決定及原處分。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.按職務評定辦法第3條第1項第1款、第5條第1項、第6條第1項前段、第7條第1項、第3項第8款、第10條第1項、第16條第2項、第3項、第17條第2項等規定，檢察官年終職務評定之評擬，係以其平時考評紀錄為依據，按學識能力、品德操守、敬業精神及辦案品質等項，由各地檢察署予以準確客觀

之考評，再循序報經法務部提送檢察官人事審議委員會審議通過，報請部長核定：如其有檢察官職務評定辦法第7條第3項所列各款情事之一或其他違法失職之情事，經綜合評核結果足認評定為良好，顯不適當者，即得評定為未達良好。類此評定工作，富高度屬人性，除對事實認定有錯誤、未遵守一般公認之價值判斷標準、有與事件無關之考慮牽涉在內或有違反平等原則等情事外，對於職務評定審議會評定之判斷，應予尊重。

2.本案所作原處分，係依規定程序辦理並無違法或有恣意濫用之情事：

⑴職務評定為高度屬人性之專業判斷，且被告所為處分，亦無違法或不當：按職務評定辦法第7條規定：「（第1項）職務評定結果分為良好、未達良好。……（第3項第8款）受評人在評定年度內，有下列情形之一者，經綜合評核得評定為未達良好：……八、綜合評核受評人之學識能力、品德操守、敬業精神、辦案品質、辦理事務期間及數量，足認評列良好顯不適當。」足見主管機關對於有檢察官職務評定辦法第7條第3項情形之一者，有裁量權「得」評列為未達良好。參諸最高行政法院97年度判字第290號判決意旨所揭，被告依職務評定辦法第7條第3項第8款規定，認原告評列良好顯不適當，始將原告評定「未達良好」，係本於裁量權所為之行政處分，就該事項之決定有判斷餘地。

⑵被告辦理原告107年年終職務評定之程序，係由檢察長指定之主任檢察官，以其平時考評紀錄為依據，按檢察官職務評定表所列之差假及獎懲紀錄等資料，就其學識能力、品德操守、敬業精神、辦案品質、辦理事務期間及數量等

項目綜合評擬後，遞送職評會初評、檢察長覆評，列冊層報法務部，提送檢察官人事審議委員會審議通過後，報請法務部部長核定，再由被告將上開核定結果，送銓敘部銓敘審定，程序均符合規定，並無法定程序之瑕疵。原告之職務評定表雖曾依被告以108年1月9日職評會初評及檢察長覆評而作成良好結果，惟經被告以108年1月11日雲檢鑫人字第10805000020號函陳報覆評結果，經法務部以108年2月23日法人字第10808503150號函示再予重行審酌後，職評會於108年3月5日重行審酌時，依據原告107年之檢察官平時考評紀錄表，辦案品質、學識能力、品德操守及敬業精神4項評該，每項目A至E計等次之平時評核紀錄等級，其中學識能力曾經評為C級，辦案品質曾經評為B級，且個人具體優劣事實欄經記載：「書類製作易生錯誤，須仔細檢查，容易引用錯誤或較舊之法律見解。」等資料，並參酌其辦案成績、職務評定表、職務評定清冊、差假及獎懲紀錄、具體違失個案及有關資料，就其學識能力、品德操守、敬業精神、辦案品質、辦理事務期間及數量等項目綜合評核，經與會委員充分討論並以無記名投票表決定，決議原告107年年終職務評定為未達良好，並就表決結果評定原告未達良好之依據、原因說明、適用條款、情形說明等細節，填入法務部依職務評定辦法第16條第3項所定之「107度檢察官職務評定覆評結果變更人員清冊」及「107年檢察官職務評定覆評結果未達良好人員清冊」，且將該會議紀錄及相關資料，陳送被告檢察長閱後批示決行，復以108年3月6日雲檢永人字第10805000260號函檢附上開107年度檢察官職務評定覆評結果變更人員清冊及107年檢察官職務評定覆評結果未達良好人員清冊，經由臺灣高等檢

察署報送法務部，提送檢察官人事審議委員會審議，案經該會決議，維持被告覆評結果，且經法務部部長核定後，於同年5月1日函知臺灣高等檢察署並副知被告，且報送銓敘部銓敘審定，程序均無違法及不當。原告主張職評會重行審酌變更第1次評定結果仍應填入職務評定表云云，顯係誤解檢察官職務評定辦法之規定。

⑶被告依職務評定辦法第15條規定，於108年6月4日以原處分記載說明：「評定結果未達良好依法不予獎勵」通知原告，並附註提起救濟之方法、期間及受理機關，其格式，均符合法務部所定之格式。另被告於108年5月6日以電子郵件記載：「甲○○檢察官曾於105年間發生誤將未受判決之人提起上訴、誤認未死亡之人為已死亡之人而寫為上訴理由等兩起嚴重之上訴錯誤案件，嗣分別以105年度上字第99號、第100號案件撤回上訴，經予以改進之機會後，仍於107年11月提出之107年度上字第167號上訴理由書，錯誤引用沒收舊法為理由提起上訴。有職務評定辦法第7條第3項第8款綜合評核黃檢察官之學識能力、敬業精神、辦案品質，有評列良好顯不適當之事由」等語之內容，通知原告評定結果未達良好之具體事由，原告亦不爭執已獲得被告上開電子郵件之通知，原告收受電子郵件通知時，已知悉其評定結果未達良好之具體事由，原告因此可知所改進，並聚焦攻防。嗣被告於108年6月4日作成對原告之原處分後，原告向保訓會提起復審，被告於108年7月間，在復審程序中提出答辯書，乃以原告有職務評定辦法第7條第3項第8款綜合評核學識能力、敬業精神、辦案品質，有評列良好顯不適當之事由為核心論述，原告就被告之答辯書所載評定未達良好之具體理由，於復審程序中已有

充分攻防，原告之防禦權已獲保障，被告所為之原處分與行政行為與明確之原則無違。

⑷被告辦理原告107年職務評定案，係評定其當年1至12月任職期間之表現。原告曾於105年間發生誤將未受判決之人提起上訴、誤認未死亡之人為已死亡之人而寫為上訴理由等兩起嚴重之上訴錯誤案件，嗣分別以105年度上字第99號、第100號案件撤回上訴，經予以改進之機會後，於107年間提出多件上訴書，法律見解仍多錯誤，經主任檢察官或檢察長努力審核，退回更正，惟仍於107年11月提出之107年度上字第167號上訴理由書，錯誤引用修正前刑法沒收規定見解，以沒收為從刑之理由提起上訴。107年度內確實有評列良好顯不適當之事由，難謂有參雜與事件無關之考慮而違反平等原則。

⑸原告於107年間提出之多件上訴書，法律見解多錯誤，經主任檢察官核閱時，予以退回更正者，具體案例包括：

①106年度蒞字第3075號案件，對於原審法院有管轄權而判決有罪之案件，竟對被告吳惠森部分，以原審無管轄權為理由擬上訴書，詳述如下：按案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第5條第1項定有明文。而此管轄恆定原則，係以「起訴時」為準，即以案件繫屬法院之日為據（有關管轄恆定原則之見解，有臺灣高等法院106年度上訴字第3155號、104年度上易字第2573號等多件刑事判決可參）。本案起訴時，依據被告106年度偵字第5454、2896、4460號起訴書犯罪事實欄之記載：「吳建文於同年3月某日，在其位於雲林縣○○鄉○○○路居所，將該改造手槍與子彈交與吳惠森」之內容，起訴時，係認定被告吳惠森係自

「雲林縣」上閉地點取得槍枝、子彈，是依上開實務見解，本件就被告吳惠森部分，法院自有管轄權，不因同案被告吳建文等人判決無罪而影響其管轄權。原告於107年5月間，以該案被告吳惠森住居所在臺南市，持有槍彈處亦在臺南市為由，認為原審法院就被告吳惠森部分無管轄權云云，顯與實務通說之管轄恆定原則有違，此部分上訴理由難認妥適，案經主任檢察官核閱時發現，而退回更正。

㈡106年度蒞字第1846號案件，對於原審法院參照最高法院見解，以被告猥褻行為是各次行為犯意而為，分論併罰之案件，竟以被告為接續犯為由擬上訴書。詳述如下：依照最高法院通說見解，被告每次猥褻行為完成後即已滿足其生理需求，再次為猥褻行為顯係另起犯意，並非出於單一之犯罪決意，是各次行為犯意各別，且各具獨立性，應予分論併罰（參照最高法院101年度台上字第2506號刑事判決等實務見解）。本案原審法院依據卷證資料，認定被告於不同之日期對被害兒童為數次猥褻行為，而分論併罰，此部分罪數之認定，並無違法或不當。原告於107年6月間，以該案被告在密切接近之時地實施，侵害同一被害兒童之法益為由，認為原審法院就被告犯罪罪數之認定，應改以包括一罪之接續犯評價較為合理云云，顯與上開最高法院通說見解有違，此部分上訴理由難認妥適，嗣經主任檢察官核閱時發現，而退回更正。至原告固主張：其原以接續犯為理由擬上訴書初稿，係為使刑事二審法院就「無罪」部分改為「不另為無罪」之諭知，以維持辦案之正確性云云。然查，原告為公訴檢察官，本應依職責就被告檢察官起訴之案件

，透過證據調查、交互詰問、言詞辯論等法庭活動，發現真實，以追求法院為適法妥當之裁判，發揮檢察官維護社會正義之功能，而非以追求法院將判決主文之「無罪」改記載為判決理由欄之「不另為無罪之諭知」，以期「無罪」主文之統計數字降低，使統計數字上辦案正確數變高為主要目的，原告此思維方式，除對該案被告犯罪罪數認定與最高法院通說見解相異外，亦難謂其敬業精神已達良好，其主張並無可採。

③原告之上訴書常發生嚴重錯誤情形，雖經主任檢察官或檢察長努力審核，退回更正。惟仍於107年11月提出之107年度上字第167號上訴理由書，錯誤引用修正前刑法沒收規定見解，以沒收為從刑之理由提起上訴。詳述如下：按104年12月17日修正（105年7月1日施行）之刑法沒收新制於修正總說明以及相關修正條文立法理由中再闡釋「沒收為具獨立性之法律效果，此次沒收體制之修正，與現行法將沒收列為從刑之立法體例已有不同」，新法具有獨立效果而非從刑之沒收，已不再從屬於各罪主刑宣告之下，而應分別認定並獨立於主刑項下而為宣告（有最高法院106年度台上字第3717號刑事判決可參）。原告於107年度上字第167號上訴理由書，錯誤引用修正前刑法沒收規定見解，以沒收為從刑之理由提起上訴，業經臺灣高等法院臺南分院以「參酌刑法沒收規定之修正理由，已將沒收定位為獨立的法律效果，並非刑罰之從刑，過往無主刑則無從刑之原則，已非實務主流見解」等理由，判決認定檢察官上訴指沒收為從刑云云並無理由，有臺灣高等法院臺南分院107年度上訴字第1323號刑事判決可證，雖該判決另以「扣案改造手槍仍

屬檢察官偵辦案件之重要證據，倘於本案諭知沒收，勢必妨礙日後案件之偵辦，甚或另案起訴後之審判，故宜靜待檢察官偵辦後結果，再由檢察官另行處理，較為妥適」為由，將原判決關於沒收部分撤銷，惟仍無解於原告上訴理由之違誤。

④至原告以其收受臺灣雲林地方法院106年度訴字第759號刑事判決（一審判決）後，向主管及機關首長表達是否上訴之意見及上訴過程，主張其撰寫被告107年度上字第167號上訴理由無錯誤，而職評會認定之事實錯誤云云。經查，上開刑事案件被告詹○源違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，經臺灣高等法院臺南分院以107年度上訴字第1323號判決（二審判決）無罪確定，而該案扣案之改造手槍，究竟為何人所有，以及被告詹○源有無遭受誣陷等情待追查，故該二審判決將原一審判決關於沒收部分撤銷，嗣該案之檢舉人黃○元因涉犯誣告及違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，經被告檢察官以108年度偵字第5355號案件提起公訴，有上開案件之刑事判決及被告檢察官起訴書可證，依據此案件審理及偵查之結果，反觀107年10月31日原告收受臺灣雲林地方法院106年度訴字第759號刑事判決（一審判決）之初，於同年11月5日以「原判決認事用法並無不當，徵詢起訴檢察官同意，擬不上訴。蓋槍枝上面DNASTR型別與被告不符，且法院得單獨宣告沒收槍枝，而沒收除有特別規定外於裁判時併宣告之」為理由擬不上訴意見時，未考量該判決沒收扣案之改造手槍容有不當等情，意見已欠周詳。嗣經主任檢察官於同年11月6日於判決上批註「本件建議提上訴後再簽分被告黃○元涉犯槍砲條例及誣告罪嫌

，待起訴後讓2人對質」，及檢察長於同年11月7日就該判決批註「本案請簽分黃○元涉誣告及槍砲等依法偵辦」，並於送閱簿上批註「本件建議上訴」，指正原告意見，原告始對上開刑事判決提起上訴，惟撰寫被告107年度上字第167號上訴理由書時，竟添加「扣案之改造手槍縱屬違禁物，祇能在俟無罪部分判決確定後，由檢察官單獨聲請宣告沒收」等指沒收為從刑之修正前刑法沒收規定見解，益徵其法律見解未能與時俱進。嗣臺灣高等法院臺南分院以107年度上訴字第1323號判決無罪確定，並就沒收部分撤銷原審判決，足證被告主任檢察官及檢察長於107年11月間建議上訴係正確之方向，原告所撰寫之被告107年度上字第167號上訴理由書，雖經主任檢察官及檢察長核閱而製作，然主任檢察官及檢察長所核閱之書類及公文數量繁多，未必每一件書類均能鉅細靡遺，且檢察官本應具有法學素養及專業知能，主任檢察官及檢察長既已於建議上訴時，具體指出上訴理由方向，原告撰寫上訴理由書時，即應謹慎書寫，原告主張該上訴理由書送閱時，未經主任檢察官及檢察長挑出見解之謬誤，且未命其撤回上訴為由，論證其上訴理由即無錯誤，顯為卸責之詞。

⑤原告曾於105年間發生誤將未受判決之人提起上訴、誤認未死亡之人為已死亡之人而寫為上訴理由等兩起嚴重之上訴錯誤案件，嗣分別以105度上字第99號、第100號案件撤回上訴，經被告予以改進之機會後，理應更加惕勵，惟於107年間對本職學識經驗及常識、認事用法仍未周全，而於107年間有上述書類認事用法多所違誤之情形（包括107年度上字第167號上訴理由謬誤，以及已

列入平時考核之106年度蒞字3075號、106年度蒞字第1846號案件之原上訴理由草稿之謬誤）。因此，被告於107年間檢察官平時考評紀錄，針對其107年間之表現，學識能力部分經評為C等，且有職務評定辦法第7條第3項第8款綜合評核原告之學識能力、敬業精神、辦案品質，有評列良好顯不適當之事由，並非參雜與事件無關之考慮，而與平等原則無違等語。

㈡聲明：駁回原告之訴。

四、爭點：

㈠被告重行評定程序是否違法？

㈡被告評定原告未達良好之理由，前後有無不同？

㈢被告所為原處分是否出於錯誤之事實認定？有無不當連結、恣意濫用之情事？

五、本院的判斷：

㈠前提事實：

上揭事實概要欄所載之事實，除前列之爭點事項外，其餘為兩造所不爭執，並有被告108年度第1次檢察官職務評定審議委員會會議紀錄及附件影本（不可閱，本院卷第167-176頁）、被告108年1月11日雲檢鑫人字第10805000020號函（稿）及附件影本（本院卷第177-179頁）、法務部108年2月23日法人字第10808503150號函及附件影本（本院卷第181-186頁）、被告108年度第3次檢察官職務評定審議委員會會議紀錄及附件影本（不可閱，本院卷第187-201頁）、被告108年3月6日雲檢永人字第10805000260號函及附件影本（本院卷第203-205頁）、法務部108年5月1日法人字第10808508690號函及附件影本（本院卷第207-210頁）、被告108年5月6日公務電子郵件影本（本院卷第69-75頁）、原處分影本（本

院卷第53頁）復審書（復審卷第550-578頁）、保訓會108年公審決字第484號復審決定書影本（本院卷第87-94頁）等附卷可稽，此部分事實堪以認定。

㈡被告重行評定程序並無違法：

1.應適用的法令：

⑴法官法第73條第2項規定：「法官職務評定項目包括學識能力、品德操守、敬業精神及裁判品質；其評定及救濟程序等有關事項之辦法，由司法院定之。」第89條第1項規定：「本法……第73條至第75條……之規定，於檢察官準用之；……。」

⑵法務部依法官法第89條第1項準用第73條第2項授權之規定，發布職務評定辦法第3條第1項第1款規定：「職務評定種類如下：一、年終評定：指對同一評定年度任職滿1年者，評定其當年1至12月任職期間之表現。……」第5條第1項規定：「各機關辦理職務評定時，應本綜覈名實，綜合其學識能力、品德操守、敬業精神及辦案品質等予以準確客觀考評，並據以填載職務評定表。」第6條第1項前段規定：「職務評定應以平時考評紀錄及檢察官全面評核結果為依據……。」第7條第1至4項規定：「（第1項）職務評定結果分良好、未達良好。（第2項）受評人在評定年度內，有下列情事之一者，其應評定為未達良好：……（第3項）受評人在職務評定年度內，有下列情事之一者，經綜合評核，其職務評定得評定為未達良好：……八、綜合評核受評人之學識能力、品德操守、敬業精神、辦案品質、辦理事務期間及數量，足認評列良好顯不適當。（第4項）依前2項規定評定為未達良好者，應將具體事實記載於職務評定表備註及具體優劣事實欄內。」第10條第1、2

項規定：「（第1項）職務評定審議會審議職務評定議案時，應將平時考評紀錄、職務評定表、職務評定清冊及有關資料交各出席委員審閱、核議，並提付表決，填入職務評定表，由主席簽名蓋章後，報請機關首長覆評。（第2項）職務評定審議會初評議案有疑義時，得調閱有關資料，必要時並得通知受評人、有關人員或其主管到會備詢，詢畢退席。」第12條規定：「（第1項）職務評定應本綜覈名實、公正公平之旨，依下列程序準確客觀評定：一、評擬：由受評人現辦事務所在之機關首長或其指定之主管人員，以受評人年終最後銓敘審定之職務，依職務評定表之項目評擬受評人之表現。……二、初評：由現辦事務所在之各級法院及其分院檢察署檢察官職務評定審議會就評擬結果辦理之。……三、覆評：除下列各目情形外，由機關首長就初評結果辦理之：……四、核定：前款覆評結果，除……外，其餘由受評人職缺所在機關列冊報送法務部，提送檢察官人事審議委員會審議通過，報請法務部部長核定。……（第2項）法務部部長對檢察官人事審議委員會審議結果有意見時，得簽註意見，交檢察官人事審議委員會復議。法務部部長對復議結果，仍不同意時，得加註理由後變更之。」第13條第1項第2款規定：「職務評定經法務部核定後，應由下列機關將職務評定結果及相關統計資料報送銓敘部依法銓敘審定：……二、各級法院及其分院檢察署主任檢察官、檢察官：由受評人辦理職務評定時之職缺所在機關報送。」第17條第2項規定：「評定機關有違反本辦法、評定結果顯不適當或有重行審酌必要者，上級機關或法務部得退還原評定機關於文到15日內，另為適法之處理、重行辦理職務評定，或由法務部逕予變更職

務評定結果。」

2.依上開規定可知，檢察官之年終職務評定，係由檢察官現辦事務所在之檢察署檢察長或機關首長於每年年終辦理後，報送法務部核定及銓敘部審定。其職務評定之評擬由受評人現辦事務所在之機關首長或其指定之主管人員，依職務評定表之項目評擬受評人表現，再由職評會就評擬結果辦理初評，機關首長就初評結果辦理覆評，覆評之結果除檢察長由上級機關列冊外，其餘由受評人職缺所在機關列冊報送法務部，提送法務部人事審議委員會審議通過，報請部長核定。法務部部長對法務部人審會審議結果有意見時，得簽註意見，交法務部人審會復議；部長對復議結果，仍有不同意見時，得加註理由後變更之。故評定機關有評定結果顯有不適當或有重新審酌必要者，法務部得退還原評定機關另為適法之處理、重行辦理職務評定，或由法務部逕予變更職務評定結果。又檢察官年終職務評定第1階段之「評擬」，係以其平時考評紀錄為依據，按學識能力、品德操守、敬業精神及辦案品質等項，由受評人現辦事務所在之檢察署檢察長或其指定之主管人員予以考評；而第2階段之「初評」，係由各檢察署職評會接續就評擬結果辦理之，為職務評定程序前後之不同階段，參與考評之人員及方式，均有不同。

3.經查，被告辦理原告107年年終職務評定之程序，係由檢察長指定之主任檢察官，以其平時考評紀錄為依據，按檢察官職務評定表所列之差假及獎懲紀錄等資料，就其學識能力、品德操守、敬業精神、辦案品質、辦理事務期間及數量等項目綜合評擬後，遞送職評會初評、檢察長覆評，列冊層報法務部，提送檢察官人事審議委員會審議通過後，報請法務部部長核定，再由被告將上開核定結果，送銓敘部銓敘審定。

其中，原告之職務評定表雖曾依被告以108年1月9日職評會初評及檢察長覆評而作成良好結果，惟經被告以108年1月11日雲檢鑫人字第10805000020號函陳報覆評結果，經法務部以108年2月23日法人字第10808503150號函示再予重行審酌後，被告之職評會於108年3月5日重行審酌時，依據原告107年之檢察官平時考評紀錄表，辦案品質、學識能力、品德操守及敬業精神4項評該，每項目A至E計等次之平時評核紀錄等級，其中學識能力曾經評為B、C級，辦案品質曾經評為B級，且個人具體優劣事實欄經記載：「書類製作易生錯誤，須仔細檢查，容易引用錯誤或較舊之法律見解。」等資料，並參酌其辦案成績、職務評定表、職務評定清冊、差假及獎懲紀錄、具體違失個案及有關資料，就其學識能力、品德操守、敬業精神、辦案品質、辦理事務期間及數量等項目綜合評核，經與會委員充分討論並以無記名投票表決定，決議原告107年年終職務評定為未達良好（未達良好4票、良好1票），並就表決結果評定原告未達良好之依據、原因說明、適用條款、情形說明等細節，填入法務部依職務評定辦法第16條第3項所定之「107度檢察官職務評定覆評結果變更人員清冊」及「107年檢察官職務評定覆評結果未達良好人員清冊」，且將該會議紀錄及相關資料，陳送被告檢察長閱後批示決行，再以108年3月6日雲檢永人字第10805000260號函檢附上開107年度檢察官職務評定覆評結果變更人員清冊及107年檢察官職務評定覆評結果未達良好人員清冊，經由臺灣高等檢察署報送法務部，提送法務部檢察官人事審議委員會審議，案經該會決議，維持被告之覆評結果，經法務部部長核定後，於同年5月1日函知臺灣高等檢察署並副知被告，且報送銓敘部銓敘審定，評定程序符合職務評定辦法之相關規定，

並無違法之情事。

4.原告雖主張：被告108年3月5日重行職務評定，指定之主管人員未依法評擬，未將原告未達良好具體事由記載於職務評定表備註及具體優劣事實欄內以供評擬，違反職務評定辦法第7條第4項、第10條第1項、第12條第1項第1款、第17條第2項規定；被告108年3月5日重行職務評定，僅以會議紀錄陳報首長，未依法填載職務評定表報請首長覆評，其重行職務評定之覆評程序顯不合法等語。惟查：

⑴原告107年度年終職務評定原已經其上級長官顏郁山主任檢察官評擬為「良好」，並於108年1月9日由被告之職評會審議初評為「良好」，再經機關首長覆評為「良好」等情，有檢察官職務評定表附卷可證（本院卷第175頁）。嗣經被告以108年1月11日雲檢鑫人字第10805000020號函陳報法務部覆評結果，經法務部以108年2月23日法人字第10808503150號函請被告重新檢討評定，請被告依職務評定辦法第7條第2項及第3項規定，重行就受評人評核年度之學識能力、品德操守、敬業精神、辦案品質、辦理事務期間及數量等因素，再覈實檢討有無應（得）評列「未達良好」人員，並就下列情形詳加檢視：⑴請假日數、辦理事務期間、數量、全年收案件數、結案、未結及逾期未結案件數、平時考核表，⑵有無案件未實質進行，⑶平時考核紀錄表之任一評核項目紀錄有「C」、「D」、「E」等級或評語不佳，暨檢附「107年度檢察官職務評定覆評結果變更人員清冊（範例）」、「107年檢察官職務評定覆評結果未達良好人員清冊（範例）」及「107年檢察官職務評定結果補充說明表」，亦有各該函文附卷可資佐證（本院卷第177-186頁）。

⑵由上開法務部108年2月23日法人字第10808503150號函文內容可知，法務部係函請被告再重新檢討所屬檢察官有無應（得）評列「未達良好」人員，並將檢討結果及有關資料陳報上級機關及副知該部，即係依職務評定辦法第17條第2項規定，認為評定結果顯不適當或有重行審酌必要，而退還被告於文到15日內，另為適法之處理或重行辦理職務評定。而關於原評定機關收到上級機關或法務部退還之評定結果後，是否須重新歷經主管評擬、職評會初評、機關首長覆評等程序，職務評定辦法並無明文規定。本件被告收到上述法務部108年2月23日函文後，認為無須再經主管評擬程序，而於108年3月5日召開職務評定審議委員會決議是否變更評定結果，再將決議結果陳報檢察長覆評，茲因原有之第1階段主管評擬程序並非無效，亦未經撤銷，故本院認為尚無違反評定辦法第12條第1項第1款之情事。此外，再由法務部係檢送「覆評結果變更人員清冊」、「覆評結果未達良好人員清冊」等表冊供被告填載，可知法務部係要求被告重行覆評，並未要求被告須重新辦理直屬或上級長官之評擬程序，亦未要求被告應重新填載檢察官職務評定表。

⑶被告之職評會於108年3月5日重行審議評定原告未達良好，並就表決結果評定原告未達良好之依據、原因說明、適用條款、情形說明等細節，填入法務部依職務評定辦法第16條第3項所定之「107度檢察官職務評定覆評結果變更人員清冊」及「107年檢察官職務評定覆評結果未達良好人員清冊」，且將該會議紀錄及相關資料，陳送被告檢察長閱後批示決行，實質上已變更108年1月9日職評會第1次初評及機關首長覆評之結果，且上述清冊實質上亦已取代檢

察官職務評定表，自無再將原告未達良好具體事由記載於職務評定表備註及具體優劣事實欄之必要。原告主張：被告違反職務評定辦法第7條第4項、第12條第1項第1款、第17條第2項規定，其重行職務評定之覆評程序顯不合法等語，容屬其個人主觀見解，並不可採。

5.關於原告主張：108年3月5日重行職務評定時，職評會同時審議原告107年度任職期間以外之105年度撤回上訴案件，違反職務評定辦法第3條第1項第1款規定，故報請覆評前之改評程序已未合法乙節。經查，被告之職評會僅係參酌原告曾於105年間發生誤將未受判決之人提起上訴、誤認未死亡之人為已死亡之人而寫為上訴理由等兩起嚴重之上訴錯誤案件，分別以105年度上字第99號、第100號案件撤回上訴，經被告予以改進之機會後，原告對本職學識經驗及常識、認事用法仍未周全，於107年度平時考核紀錄，學識能力部分經評等為C等，且有107年度上字第167號、106年度蒞字第1846號及106年度蒞字第3075號案件等具體錯誤，有評列良好顯不適當之事由，而提請討論。故被告之職評會僅係強調、參酌原告曾於105年度發生兩起嚴重之上訴錯誤案件，經被告予以改進之機會後，原告並未積極改進，學識能力平時考核記錄仍有列為C等，且於107年度發生3件具體案件錯誤之情節，並非單純將原告105年度2件撤回上訴案件列為評定未達良好之審議案件，尚無違反職務評定辦法第3條第1項第1款之規定。

6.至於原告主張：108年3月5日職評會提付表決前，有未依職務評定辦法第10條第1項規定，將有關資料交出席委員審閱核議之程序瑕疵一事。經查，依108年3月5日職評會會議紀錄記載（本院卷第187頁），會中檢附參考資料包括：附件

1107檢察官職務評定審查清冊（含職務評定表）、附件2被告107年度平時考評紀錄表（1-4月）、附件3被告107年度平時考評紀錄表（5-8月）、附件4被告107年度檢察官辦案成績清冊等資料，符合職務評定辦法第10條第1項之規定。原告此部分主張，顯與事實不符，自不足採。

㈢被告評定原告未達良好之理由，前後並無不同：

1.行政程序法第114條第1項第2款規定：「違反程序或方式規定之行政處分，除依第111條規定而無效者外，因下列情形而補正：……二、必須記明之理由已於事後記明者……」。

2.關於原告另主張：被告於復審前之108年5月6日，先以公務電子郵件轉知原告評列未達良好之事由，係認定原告107年未達良好之具體事由，為105年撤回上訴兩案（被告檢察官105年度上字第99號撤回上訴書、105年度上字第100號撤回上訴書），給予改進機會，仍於107年上訴引用舊法乙案（被告檢察官107年度上字第167號上訴理由書），合計共3案；嗣被告提出復審答辯書，卻向保訓會另舉2案（106年度蒞字第1846號案、106年度蒞字第3075號案），主張原告法律見解錯誤，合計達5案乙節。

3.經查，依108年3月5日職務評定審議委員會會議紀錄記載，職評會審議原告未達良好之具體事由，包括：⑴106年度蒞字第3075號案件，對於原審法院有管轄權而判決有罪之案件，原告竟對該案被告吳惠森部分，以原審無管轄權為理由擬上訴書，⑵106年度蒞字第1846號案件，對原原審法院參照最高法院見解，以被告猥褻行為是各次行為犯意而為，分論併罰之案件，原告竟以該案被告為接續犯為由擬上訴書；⑶107年11月提出之107年度上字第167號上訴理由書，錯誤引用沒收舊法為理由提起上訴；⑷107年間平時考核紀錄，學

識能力部分經評為C等。評議會並參酌原告曾於105年間發生誤將未受判決之人提起上訴、誤認未死亡之人為已死亡之人而寫為上訴理由等兩起嚴重之上訴錯誤案件，分別以105年度上字第99號、第100號案件撤回上訴，經被告予以改進之機會後，原告對本職學識經驗及常識、認事用法仍未周全。

4.次查，被告於108年5月6日以電子郵件通知原告：「甲○○檢察官曾於105年間發生誤將未受判決之人提起上訴、誤認未死亡之人為已死亡之人而寫為上訴理由等兩起嚴重之上訴錯誤案件，嗣分別以105年度上字第99號、第100號案件撤回上訴，經予以改進之機會後，仍於107年11月提出之107年度上字第167號上訴理由書，錯誤引用沒收舊法為理由提起上訴。有職務評定辦法第7條第3項第8款綜合評核黃檢察官之學識能力、敬業精神、辦案品質，有評列良好顯不適當之事由」，雖漏未告知106年度蒞字第3075號、106年度蒞字第1846號案件及107年間平時考核紀錄，學識能力部分經評為C等之事由，嗣於原告提起復審後，被告旋即於復審答辯時補充上述漏未告知之事由，尚無礙原告之防禦。而且，被告評定原告未達良好之理由，前後並無不同，亦無違明確性原則。

㈣被告所為原處分並無出於錯誤之事實認定，亦無不當連結、恣意濫用等違法情事：

1.依檢察官職務評定辦法第3條第1項、第7條第1項至第3項、第10條第1項規定，足見檢察官職務評定辦法係將「未達良好」之事由區分為2大類型，其中有第7條第2項情形之一者，「應」評列為未達良好，此種情形並無裁量空間。如有第7條第3項情形之一者，則「得」評列為未達良好，此種情形則屬主管機關之裁量職權。參諸最高行政法院97年度判字第290號判決意旨所揭：「行政法院對行政機關依裁量權所為

行政處分之司法審查範圍限於裁量之合法性，而不及於裁量行使之妥當性。至於不確定法律概念，行政法院以審查為原則，但對於具有高度屬人性之評定（如國家考試評分、學生之品行考核、學業評量、教師升等前之學術能力評量等）、高度科技性之判斷（如與環保、醫藥、電機有關之風險效率預估或價值取捨）、計畫性政策之決定及獨立專家委員會之判斷，則基於尊重其不可替代性、專業性及法律授權之專屬性，而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，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得予撤銷或變更（司法院釋字第462號、第553號解釋參照）。」系爭職務評定係依檢察官職務評定辦法第7條第3項第8款規定，認評列良好顯不適當，始將原告改評定為「未達良好」，則依前開說明，在司法審查上，應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，僅於行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，得予撤銷或變更（最高行政法院108年度判字第167號判決意旨參照）。

2.被告主張原告於107年間提出之多件上訴書，法律見解錯誤，經其所屬主任檢察官核閱予以退回更正，具體案例包括：

⑴106年度蒞字第3075號案件，對於原審法院有管轄權而判決有罪之案件，竟對該案被告吳惠森部分，以原審無管轄權為理由擬上訴書：

㈠按案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第5條第1項定有明文。而此管轄恆定原則，係以「起訴時」為準，即以案件繫屬法院之日為據。本案起訴時，依據被告106年度偵字第5454、2896、4460號起訴書犯罪事實欄之記載：「吳建文於同年3月某

日，在其位於雲林縣○○鄉○○○路居所，將該改造手槍與子彈交與吳惠森」之內容，起訴時，係認定該案被告吳惠森係自「雲林縣」上閉地點取得槍枝、子彈，是依上開實務見解，本件就被告吳惠森部分，臺灣雲林地方法院當有管轄權，並不因同案被告吳建文等人判決無罪而影響其管轄權。

㈦原告於107年5月間，卻忽視上述雲林縣為「犯罪地」之事實，而以該案被告吳惠森住居所在臺南市，持有槍彈處亦在臺南市為由，認為原審法院就被告吳惠森部分無管轄權，以原審無管轄權為理由擬上訴書，顯與實務通說之管轄恆定原則有違，此部分上訴理由自有未合，嗣經主任檢察官核閱時發現，而退回更正，有該上訴理由書附卷可證（本院卷第191頁）。

⑵106年度蒞字第1846號案件，對於原審法院參照最高法院見解，以被告猥褻行為係各次行為犯意而為，分論併罰之案件，卻以被告為接續犯為由擬上訴書：

㈠依最高法院通說見解，被告每次猥褻行為完成後即已滿足其生理需求，再次為猥褻行為顯係另起犯意，並非出於單一之犯罪決意，是各次行為犯意各別，且各具獨立性，應予分論併罰（最高法院101年度台上字第2506號刑事判決意旨參照）。

㈡本案原審法院依據卷證資料，認定被告於不同之日期對被害兒童為數次猥褻行為，而分論併罰，此部分罪數之認定，並無違法或不當。原告於107年6月間，卻以該案被告在密切接近之時地實施，侵害同一被害兒童之法益為由，認為原審法院就被告犯罪罪數之認定，應改以包括一罪之接續犯評價較為合理，顯與上開最高法院通說

見解有違，此部分上訴理由並不妥適，嗣經主任檢察官核閱時發現，而退回更正，亦有該案上訴理由書附卷可佐（本院卷第192-193頁）。

㈥原告雖主張：其原以接續犯為理由擬上訴書初稿，係為使刑事二審法院就「無罪」部分改為「不另為無罪」之諭知，以維持辦案之正確性等語。然查，原告擔任公訴檢察官，本應依職責就被告檢察官起訴之案件，透過證據調查、交互詰問、言詞辯論等法庭活動，發現真實，以追求法院為適法妥當之裁判，發揮檢察官維護社會正義之功能，而非以追求法院將判決主文之「無罪」改記載為判決理由欄之「不另為無罪之諭知」，以期「無罪」主文之統計數字降低，使統計數字上辦案正確數變高為主要目的。原告此部分主張，並非正當理由。

㈦至於原告提出最高法院99年度台上字第4462號刑事判決，據以主張其見解並非錯誤一事。觀之最高法院99年度台上字第4462號刑事判決發回意旨略以：「本件原判決認定上訴人於98年5月20日1時30分之後某時段，違反甲女的意願，在花蓮縣○○市○○000號『新民石材大理石工廠』旁佐倉公墓旁，以手指、陰莖插入甲女之陰道而為性交。上訴人為湮滅精液等跡證，將甲女載往附近之河川清洗下體，清洗完畢後，又以同一手法而為強制性交，再命甲女清洗下體，復將甲女載往花蓮縣新城鄉『亞洲水泥廠』後方小路的山區，將陰莖插入甲女口腔中，為口交直至射精等情。則上訴人之上開3次強制性交，係基於一個犯罪之決意，或分別起意之犯罪行為？其犯罪之時間差距，能否強行分開？地點是否密切接近？上開事項攸關上訴人犯罪罪數之認定與法律之適用，

原審未加調查審認，遽依數罪併罰之規定論處罪刑，調查職責，尚有未盡。上開違誤或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決關於強制性交3罪部分，有撤銷發回更審之原因。」等語，可知最高法院係因該案3次強制性交均發生在「同一日」，時間緊接，究係基於一個犯罪之決意，或分別起意之犯罪行為，容有再詳加調查之必要，乃予以廢棄發回。而本件被告臺灣雲林地方檢察署106年度蒞字第1846號案件，該案被告則係分別於「不同之日期」分別對被害兒童為數次猥褻行為，時間顯非密切接近，二案情節顯有不同。而且，上述最高法院99年度台上字第4462號刑事判決廢棄發回後，經臺灣高等法院花蓮分院99年度上更㈠字第51號刑事判決結果，仍認定該案應成立3個強制性交罪，而非接續犯之包括一罪，經該案被告提起上訴，最高法院100年度台上字第4723號駁回上訴確定在案。

⑶原告於107年11月提出之107年度上字第167號上訴理由書，錯誤引用修正前刑法沒收規定之見解，以沒收為從刑之理由提起上訴：

㈠按104年12月30日修正公布（105年7月1日施行）之刑法沒收新制，於修正總說明以及相關修正條文立法理由中闡釋「沒收為具獨立性之法律效果，此次沒收體制之修正，與現行法將沒收列為從刑之立法體例已有不同」，新法具有獨立效果而非從刑之沒收，已不再從屬於各罪主刑宣告之下，而應分別認定並獨立於主刑項下而為宣告（最高法院106年度台上字第3717號刑事判決意旨參照）。

㈡原告於107年度上字第167號上訴理由書，錯誤引用修正

前刑法沒收規定之見解，以沒收為從刑之理由提起上訴，業經臺灣高等法院臺南分院以「參酌刑法沒收規定之修正理由，已將沒收定位為獨立的法律效果，並非刑罰之從刑，過往無主刑則無從刑之原則，已非實務主流見解」等理由，判決認定檢察官上訴指沒收為從刑並無理由，有臺灣高等法院臺南分院107年度上訴字第1323號刑事判決附卷可證（本院卷第345-347頁）。雖該判決另以「扣案改造手槍仍屬檢察官偵辦案件之重要證據，倘於本案諭知沒收，勢必妨礙日後案件之偵辦，甚或另案起訴後之審判，故宜靜待檢察官偵辦後結果，再由檢察官另行處理，較為妥適」為由，將原判決關於沒收部分撤銷，並不影響原告上訴理由之違誤。

㈣原告雖主張：該上訴理由書送閱時，未經主任檢察官及檢察長挑出見解之謬誤，且未命其撤回上訴等語。惟查，原告所撰寫之被告107年度上字第167號上訴理由書，雖經主任檢察官及檢察長核閱，然主任檢察官及檢察長所核閱之書類及公文數量繁多，未必每一件書類均能鉅細靡遺，一一指正其錯誤之處，且檢察官本應積極充實法學素養及專業知能，事前謹慎撰寫相關書類，遇有疏漏之處，事後亦應勇於承擔責任，方屬正論。原告以該上訴理由書送閱時，未經主任檢察官及檢察長挑出見解之謬誤，且未命其撤回上訴為由，主張其上訴理由無錯誤，誠屬卸責之詞，自不可採。

3.綜上，原告於107年間提出之上訴書，多件確有法律見解錯誤之情形，而原告不但未深切檢討改進，且迄今似乎仍堅持其見解無誤，縱有錯誤亦是經上級長官核章者，如此態度若予以評列良好顯不適當。從而，被告參酌原告曾於105年間

發生誤將未受判決之人提起上訴、誤認未死亡之人為已死亡之人而寫為上訴理由等兩起嚴重之上訴錯誤案件，分別以105度上字第99號、第100號案件撤回上訴，經被告予以改進之機會後，理應更加惕勵，惟原告於107年間對本職學識經驗及常識、認事用法仍未周全，而有上述書類認事用法多所違誤之情形（即107年度上字第167號、106年度蒞字3075號、106年度蒞字第1846號等案件），及被告於107年間檢察官平時考評紀錄，針對原告107年間之表現，學識能力部分有評為C等者等情，認為有職務評定辦法第7條第3項第8款綜合評核原告之學識能力、敬業精神、辦案品質，評列良好顯不適當之事由，而以原處分評定為未達良好，實屬有據，並無出於錯誤之事實認定，亦無不當連結、恣意濫用等違法之情事。

㈤本件判決基礎已經明確，兩造其餘的攻擊防禦方法及訴訟資料經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，無一一論述的必要，併此敘明。

六、結論：原處分並無違誤，復審決定予以維持，亦無不合。原告訴請撤銷為無理由，應予駁回。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　2　　日

臺中高等行政法院第三庭

審判長法官　莊　金　昌

法　官　楊　嵩　琇

法　官　陳　文　燦

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）；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（須附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書，但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人：

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.上訴人或其法定代理人具備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。

(續上頁)

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　　109　　年　　7　　月　　2　　日

書記官　林　昱　妏