第 71/2015 號案

對行政司法裁判的上訴

上訴人：保安司司長

被上訴人：甲

主題：紀律處分·撤職或強迫退休·職務關係之不能維持·《澳門保安部隊軍事化人員通則》·自由裁量·行政法的一般原則·適度原則·司法審查

裁判日期：2015 年 11 月 4 日

法官：利馬(裁判書制作法官)、宋敏莉和岑浩輝

摘要：

一、每當行政當局將嫌疑人的行為劃定為可科處撤職或強迫退休處分的行為時，應由行政當局透過預測性判斷得出職務關係不能維持的結論，必須承認其中享有寬闊的決定空間。

二、對於《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 240 條中所規定的行為，只能科處撤職處分。

三、行政當局在法定處罰種類和處罰幅度之內所作的紀律處分

原則上是不得透過司法爭訴予以審查的，除非出現明顯的錯誤、明顯的不公正或違反行政法的一般原則，如合法性原則、平等原則、適度原則、公正原則和不偏不倚原則。

四、在自由裁量權範圍內，或者原則上在行政當局被賦予自由評價及決定空間的情況下，不能由法院判定行政當局的決定是否就是假設法院被法律賦予該職責時將會作出的決定。這是一個只能由行政當局作出的考量，法院的職能是要判斷行政當局在行使自由裁量權時，是否有因違反適度或其他原則而出現明顯的錯誤或絕對不合理的情況。

五、當行政當局之決定以不能容忍的方式違反了適度原則時，法官才可對行政機關是否遵守該原則作出審議。

裁判書制作法官

利馬

澳門特別行政區終審法院

合議庭裁判

一、概述

甲，治安警察局助理警員，針對保安司司長 2014 年 6 月 17 日對其科處撤職紀律處分的批示提起撤銷性司法上訴。

中級法院透過 2015 年 5 月 21 日的合議庭裁判裁定上訴勝訴，撤銷了被上訴的行為，並裁定選擇撤職而非強迫退休處分違反了適度原則。

保安司司長不服，向終審法院提起司法裁判的上訴，提出了以下理由：

一 嫌疑人長期在未提供解釋的情況下缺席工作，持續時間遠超 5 天，構成不正當缺勤，而這種情況只要持續 5 天便已經可以對其科處撤職處分；

— 嫌疑人所提出的排除或減輕過錯的理由不能成立，因為身體上的疼痛並不能影響其判斷及思考能力，而從其所遞交的訴訟文書來看，其實嫌疑人知道這是一項職業義務，要想養家，他必須履行此項義務；

— 考慮到嫌疑人對所違反之義務的漠視、行政當局尤其是警隊的慣例，看不到違反了適度原則的任何方面，尤其是違紀的嚴重性與嫌疑人的責任之間的適當性以及相對公平等方面，因此被上訴的合議庭裁判因錯誤適用實體法而存有審判錯誤。

檢察院司法官發表意見，認為上訴理由不成立。

二、事實

A) 被上訴的合議庭裁判認定了以下事實：

2014年6月17日，保安司司長作出如下批示：

“經查閱本紀律卷宗所載資料，具充足證據證明嫌疑人甲，治安警察局首席警員，編號XXXXXX，自2013年8月14日起開始連續5

天沒有合理理由或批准下缺勤，且有關之不當缺勤情況一直維持至今。

為紀律程序之效力及查明事實真相，預審員依職權聽取了嫌疑人的口供，給予嫌疑人十天期間就指控事宜遞交書面答辯，同時考慮其要求的措施聽取了嫌疑人的直屬上司的聲明口供。嫌疑人在書面答辯中承認其違紀行為的事實，惟不接受法律部份的定性，表示他具有21年年資、2次嘉獎、沒有任何紀律處分、行為評語正面、自認違紀行為等均應予考慮的減輕情節，現因身體狀況長期患病，向其科處強迫退休的處分會顯得較為人性化。

首先，嫌疑人被指控之不當缺勤事實，證據確鑿，其行為構成違反12月30日第66/94/M號法令核准的《澳門保安部隊軍事化人員通則》第十三條第二款a)項所載義務的違紀行為。根據上述通則第二百三十八條第二款i)項規定，在同一曆年內不正當缺勤連續五日或間歇十日者，適用不能維持職務關係之處分。

須強調的是，縱使嫌疑人患有脊椎問題，需長期就診服藥，但嫌疑人應按現行公職法律制度處理其患病事宜，絕不應該擅離職守，亦不應不向其所需單位作出交代。與此同時，也須申明的是，針對違反第二百三十八條第二款i)項不正當缺勤的情況，具權限者非必須按第二百三十九條規定對具滿15年服務者適用強迫退休處分。相反，

具權限者具裁量權根據具體情節作出決定。

經考慮指控書的內容以及相關的減輕情節，確信嫌疑人的違紀行為嚴重，嫌疑人不再具備繼續擔任職務的基本條件。

基此，經聽取治安警察局紀律委員會及司法暨紀律委員會意見，且考慮嫌疑人不當缺勤至今已遠超連續五天，以及違紀行為的可譴責性和過往行為表現，本人行使第122/2009號行政命令及《澳門保安部隊軍事化人員通則》第二百一十一條所賦予的權限，以及根據第6/1999號行政法規第四條第二款所指之附件，按該通則第二百三十八條第二款i)項結合第二百四十條c)項的規定，決定對嫌疑人甲，治安警察局首席警員，編號XXXXXX，處以撤職處分。”

B) 下列事實雖然並未載於已認定事實之中，但由於具有已認定事實的性質且被列為被上訴之合議庭裁判的理據，因此推定為已獲認定：

“身為治安警員的上訴人在醫學委員會給予的住院期結束之後，在沒有提供解釋的情況下連續 5 天缺席工作，而且直到紀律程序結束時仍未上班，因此對其科處了撤職處分。

涉案人為治安警察局的首席警員，一直患有「僵直性脊椎炎」

這種具有高度致殘及退化性的疾病，其上級對此知情，並已減輕其工作。此病極痛，涉案人已經因此而多次住院。

涉案人已婚，需供養其妻子及三名年齡分別為 17 歲、16 歲及 5 歲的子女。

涉案人從 18 歲開始在警隊服務，工作時間超過 20 年。在職業生涯中—迄今為止沒有擔任其它工作—曾兩次獲嘉獎，一次是個人嘉獎，另一次為集體嘉獎，且從未被科處任何紀律處分。”

三、法律

1. 要解決的問題

要知道的問題是，被上訴的合議庭裁判裁定被上訴行為選擇撤職而非強迫退休處分違反適度原則的觀點是否違反法律。

2. 本案情況

紀律程序的嫌疑人是治安警察局警員，長期受疾病困擾。但衛

生局通過自身方法認定該病並不會使利害關係人喪失擔任職務的能力，因為雖然他服務的時間有 21 年，但卻未因無能力而被退休。

嫌疑人從 2013 年 8 月 14 日開始不再上班，而且直到 2014 年 6 月 17 日將其撤職的批示作出之前都未再出現。

想必嫌疑人已經不想再回到工作崗位，情願被科處令其離職的處分。

要留意的是，被上訴的合議庭裁判在已認定的事實中並沒有在嫌疑人的缺勤和他患病之間建立起因果關係。

3. 撤職處分和強迫退休處分

根據《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 238 條至第 240 條的規定：

“第二百三十八條

(強迫退休及撤職)

一、強迫退休及撤職之處分一般適用於因紀律違反而引致職務

關係不能維持之情況。

二、上款所指之處分尤其科處於以下之軍事化人員：

a) 在工作地點或公眾場所，侵犯、侮辱或嚴重不尊重上級、同事、下屬或第三人；

b) 使用未由法律賦予之當局權力，或在必須使用強制方法或其他有可能侵犯公民權利之方法時，濫用其職務之固有權力且超越必要之限度；

c) 包庇罪犯或提供可影響或妨礙司法行為之幫助予罪犯；

d) 因虛假聲明對第三人造成損失或有利於武器之挪取；

e) 作出或試圖作出顯示其停留在機構內將產生危險之行為，或作出嚴重不服從或反叛之行為，以及鼓動集體不服從或反叛之行為；

f) 以實行未遂方式、着手未遂方式或既遂方式，實施盜竊罪、搶劫罪、欺騙罪、濫用信任罪、公務上侵佔罪、違法收取罪、不法贈與公務員金錢罪、賄賂罪、貪污罪、匪徒集團罪、吸食及販賣麻醉品罪、偽造文件罪及加入黑社會罪；

g) 直接或經居間人，與任何公共行政部門訂立合同或自任何公共行政部門已訂立或將訂立之合同中獲取利益；

h) 違反職業保密或作出損害本地區或第三人之洩密行為；

i) 在同一曆年內不正當缺勤連續五日或間歇十日；

j) 即使無加快或推遲任何工作或文書處理之目的，但利用其占

有之職位，直接或間接接受贈品、酬勞、利潤之分享或其他財產利益；

l) 經常濫用酒精類飲料、吸食或販賣麻醉品或精神科物質；

m) 為上列數項所定任何犯罪之從犯或包庇人；

n) 即使在執行職務範圍外，亦作出顯示其行為人無能力及不適合擔任官職之行為或作出可引致失去執行職務必須之一般信任之行為。

第二百三十九條

(強迫退休)

一、強迫退休處分尤其適用於缺乏專業資格或缺乏行使職能必須之道德品行之情況。

二、在任何情況下，強制退休處分僅適用於具至少十五年服務時間之軍事化人員，對未滿十五年服務時間之軍事化人員僅適用撤職處分。

第二百四十條

(撤職)

撤職處分適用於以下之軍事化人員：

a) 實施可處三年以上監禁刑罰之任何故意犯罪者，且明顯及嚴重濫用其行使之職能以及明顯及嚴重違反應履行之義務；

b) 即使在執行職務範圍外，亦作出顯示其行為人無能力或作出

可引致失去執行職務所必須之信任之可處三年以上監禁刑罰之故意犯罪；

c) 作出或試圖作出第二百三十八條第二款 c 項、e 項、f 項、g 項、i 項、j 項及 l 項所定之任何行為。”

被上訴的合議庭裁判認為，對於第 238 條第 2 款 i 項及第 240 條 c 項所規定的違紀(在同一曆年內不正當缺勤連續五日或間歇十日)可科處強迫退休或撤職的處分。

這似乎並不是最好的理解。

其實這也是本院於 2015 年 1 月 21 日在第 26/2014 號案的合議庭裁判中所表達的並未十分肯定的觀點。在該裁判中，我們提到：

“從上述轉錄的法律規定可以看出無論是強迫退休處分還是撤職處分都可適用於因違紀而導致職務關係不能維持的情況，原則上來說，這是科處上述紀律處分的前提。

本案中，上訴人被指控連續 11 日不正當缺勤，完全符合《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 238 條第 2 款 i 項的規定。

我們注意到相同的情況，即‘在同一曆年內不正當缺勤連續五日或間歇十日’，同樣被《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 240 條 c 項規定為可科處撤職處分的情節之一。

如果得出‘缺乏專業資格或缺乏行使職能必須之道德品行’的結論，只要軍事化人員具有至少 15 年服務時間，則尤其科處強迫退休處分。

考慮到《澳門保安部隊軍事化人員通則》對‘強迫退休及撤職’(第 238 條)、『強迫退休’(第 239 條)及‘撤職’(第 240 條)分別作出規範，與《澳門公共行政工作人員通則》針對同一事宜僅用一個單獨條文(第 315 條)對適用‘強迫退休及撤職’的前提及情況予以一併規範的做法不同，由此似乎可以推論出立法者的意圖是要求對《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 238 條第 2 款 c 項、e 項、f 項、g 項、i 項、j 項和 l 項所指情況科處撤職處分而非強迫退休處分。

甚至可以認為《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 240 條所規定的是必須科處撤職處分的情況，在該等情況下，無論軍事化人員的行為是否符合第 238 條第 1 款關於職務關係不能維持的一般規定，均應予以撤職。”

讓我們來看下面兩個問題：

—對於第 240 條中所規定的行為，應該科處撤職處分，而不是可以選擇科處強迫退休或撤職處分嗎？

—假設第一個問題的回答是肯定的，那麼須由行政當局證明顯示職務關係已不能維持的事實嗎？

有關第一個問題。

法律訂出了四項規則。

在第一項規則(第 238 條第 1 款)中，規定強迫退休及撤職的處分一般適用於因違紀而引致職務關係不能維持的情況。

在第二項規則(第 238 條第 2 款)中，列舉(“尤其”)了一些可被科處這些處分的行為。

在第三項規則(第 239 條第 1 款)中，規定強迫退休處分尤其適用於缺乏專業資格或缺乏行使職能必須之道德品行的情況。

在第四項規則(第 240 條)中，通過三個分項，特別規定了一些要科處撤職處分的行為。其中，在第 240 條的前兩項中規定了實施故

意犯罪的情況。在 c 項中，僅規定了第 238 條第 2 款中的某些行為(第 238 條第 2 款 c 項、e 項、f 項、g 項、i 項、j 項及 l 項)。

這只能意味著，對於第 240 條所規定的那些事實，只能科處撤職處分，不能在強迫退休和撤職處分之間進行選擇。

而對於第 238 條第 2 款的其他幾項(a 項、b 項、d 項、h 項、m 項及 n 項)，則可以根據事實的嚴重性選擇科處強迫退休處分或撤職處分。

然而，在紀律性法規中，有什麼原則妨礙規定固定的處分嗎？

沒有。

根據《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 232 條的規定，在科處處分時應考慮違法行為的性質及嚴重性、違法者的職級或職位、過錯程度、個人品格、文化水平及任何不利或有利於嫌疑人的情節。

此外，在第 200 條及第 201 條中，還規定了一些因減輕嫌疑人的過錯性或降低事實嚴重性而減輕紀律責任的情節和因提高嫌疑人的過錯性或事實不法程度而加重紀律責任的情節。顯然，在屬固定處分的情況中，減輕或加重情節是起不到增減處分程度的作用的，

但不妨礙可以對處分予以特別減輕，如果存在明顯減輕事實的不法性或行為人罪過的情節，或明顯減少處分必要性的情節，則必須科處較輕處分(《刑法典》第 66 條第 1 款)。

另外，還有一些阻卻或排除紀律責任的情節(第 202 條及第 203 條)。

在以上的規定中，沒有任何一條排除對特定行為只能科處一項(固定)處分的可能性，但不妨礙可以因為特別減輕處罰而科處較輕處分，甚至因為發生阻卻或排除紀律的情節而不科處任何處分。

4. 職務關係不能維持

在第 240 條所規定的行為中，須由行政當局證明顯示出職務關係已不能維持的相關事實嗎？

還是，當第 240 條所規定的某一行為被認定時，應由利害關係人負責證明不存在職務關係不能維持的情況？

我們一直認為，職務關係不能維持作為一個不確定的概念，是

從歸責於嫌疑人的事實中得出的結論且導致作出一項開除性處分，屬於一般性條款而不是一個需要證明的事實(2015年1月21日第26/2014號案的合議庭裁判等)。

並認為，關於是否符合不能維持職務關係的一般要件，是行政當局透過預測性判斷完成的任務，必須承認其中有寬闊的決定空間(2005年6月29日第15/2005號案的合議庭裁判等)。

上述司法見解應予維持。

因此，每當行政當局將嫌疑人的行為劃定為可科處撤職或強迫退休處分的行為時，應由行政當局透過預測性判斷得出職務關係不能維持的結論，必須承認其中有寬闊的決定空間。

綜上所述：被上訴合議庭裁判在裁定對涉案的違紀行為可科處強迫退休或撤職處分時，違反了法律。

5. 適度原則

儘管如此，我們還是來看一下行政當局對嫌疑人科處撤職處分

的做法是否違反了適度原則。

關於行政當局在其紀律懲戒權方面的權力，特別是在處分的選擇及份量確定方面的權力，本院曾數次發表意見。

同樣，關於行政當局自由裁量權的內容以及法院對它的審查權，我們也發表過意見。

關於適度原則的內容以及行政當局能以何種方式影響私人的地位，我們也曾作出裁定。

我們來回顧一些裁判，在此重申相關見解。

首先，本院司法見解一貫認為，行政當局在法定處罰種類和處罰幅度之內所作的紀律處分原則上是不得透過司法爭訴予以審查，除非出現明顯的錯誤、明顯的不公正或違反行政法的一般原則，如合法性原則、平等原則、適度原則、公正原則和不偏不倚原則(尤見2004年7月28日第27/2003號案的合議庭裁判，及2015年1月21日第26/2014號案的合議庭裁判)。

我們還一致認為，在自由裁量權範圍內，或者原則上在行政當局被賦予自由評價及決定空間的情況下，不能由法院判定行政當局

的決定是否就是假設法院被法律賦予該職責時將會作出的決定。這是一個只能由行政當局所作出的考量。法院的職能是要判斷行政當局在行使自由裁量權時，是否有因違反適度或其他原則而出現明顯的錯誤或絕對不合理的情況(2014年11月19日第112/2014號案的合議庭裁判，及2015年1月28日第123/2014號案的合議庭裁判)。

另外，我們也在大量裁判中反覆強調，當行政當局之決定以不能容忍的方式違反了適度原則時，法官才可對行政機關是否遵守該原則作出審議(尤見2015年1月21日第20/2014號案的合議庭裁判、2013年11月13日第23/2013號案的合議庭裁判、2012年12月14日第69/2012號案的合議庭裁判，以及2012年7月25日第8/2012號案的合議庭裁判)。

關於適度原則的內容，參照本院2000年5月3日於第9/2000號案中所作的合議庭裁判。

6. 再次回到本案

在給予應有尊重的前提下，我們認為，被上訴的合議庭裁判未對嫌疑人行為的嚴重性作出應有的考量，低估了保安部隊中嚴格紀

律的必要性，過分看重了嫌疑人個人及家庭方面的情況，而這些方面的重要性有待商榷。

嫌疑人在未提交任何解釋的情況下離開了警隊，再也沒有回來。

嫌疑人是警察部隊軍事化人員。

不能將隨便一個因無故缺勤數日而可被科處強迫退休或撤職處分的公務員的行為的嚴重性，同一名沒有任何交代就再也不來上班的保安部隊成員的行為的嚴重性相提並論。

眾所周知，軍人擅離職守的行為嚴重性極高，即使在和平時期也受到嚴厲的刑事處罰。

先撇開應有的差異不談—因其並非一名軍人—不能僅僅因為嫌疑人需供養三個未成年子女而且患有身體(而非精神)疾病就低估其脫離警隊行為的嚴重性。

而正如上文所述，被上訴的合議庭裁判在已認定的事實中，沒有在嫌疑人的缺勤與其患病之間建立起因果關係。

法律保護患病的公職人員，前提是所患疾病得到應有證明。

然而本案的情況是，嫌疑人出於只有其自己知道的原因，想放棄工作。

如果警隊的成員都再也不來上班，並期待其上級能夠理解，那我們將舉步維艱。

我們不想把不同的情況作比較，但還是要指出，在最近的一宗案件中，我們裁定對一名無故缺勤 11 日、離開澳門去度假的警察處以撤職處分並未違反適度原則，確認了中級法院的裁判(2015 年 1 月 21 日第 26/2014 號案的合議庭裁判)。

我們不能指責對未作任何解釋便確定性地放棄工作的軍事化人員處以撤職處分的決定。

未見有任何違反適度原則的情況，更遑論以不能容忍之方式違反該原則了。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定司法裁判的上訴勝訴，撤銷被上訴的合議庭裁判，並裁定司法上訴敗訴。

兩個審級的訴訟費用由被上訴人負擔，中級法院和終審法院的司法費分別訂為 8 個和 6 個計算單位。

2015 年 11 月 4 日，於澳門。

法官：利馬（裁判書制作法官）— 宋敏莉 — 岑浩輝

出席評議會的檢察院司法官：高偉文