

上訴案件編號：167/2011

合議庭裁判日期：二零一三年五月十六日

主題：

《澳門保安部隊軍事化人員通則》

個人評語

無罪推定

必要訴願

法定形式

可撤銷的行政行為

裁判書內容摘要：

1. 《澳門保安部隊軍事化人員通則》第一百八十七條第一款規定的訴願屬必要訴願。
2. 即使行政機關以未被刑事判決或紀律處分認定的事實為依據作為工作人員工作表現的評核考慮，亦沒有違反《澳門特別行政區基本法》第二十九條第二段規定的無罪推定原則。
3. 治安警察局局長以批示形式而非以《澳門保安部隊軍事化人員通則》第一百八十條第一款所特定的方式對警員作出評核的行為違

法，根據《行政程序法典》第一百二十四條規定應予撤銷。

裁判書製作法官

賴健雄

澳門特別行政區中級法院
行政司法上訴卷宗第 167/2011
合議庭裁判

一、序

A，身份資料已載於卷宗，就保安司司長向於二零一一年一月二十日作出之第 05/SS/2011 號批示，以下述的理由向本中級法院提起司法上訴：

1. 本上訴之標的為請求宣告保安司司長於2011年01月20日作出之第的05/SS/2011號批示無效或可撤銷。該批示駁回現上訴人針對治安警察局局長於2010年12月14日根據通則第177條第3款d)項及94條規定，對上訴人作出「特別個人評語」給予“不合格”及同時立即終止其職務之行為(故此其亦成為被上訴行政行為的組成部份)而提起之必要訴願。
2. 首先，被上訴的行政行為指通則第187條沒有明確指出訴願的屬性，但根據第186條的規定，治安警察局局長具有認可及修改評核的權限，所以該權限為法律賦予局長具縱向確定性的權限，因此可逕行提起司法上訴，即按照通則187條第1款規定向保安司司長提起之訴願為任意訴願。
3. 事實並非如此，只要閱讀上述法律條文的表述已經馬上可以得出結論，行政長官的決定為“終局決定”(decisao final)。行政長官則透過第122/2009號行政命令第1條及第6/1999號行政法規第4條第2款所指附件四，將有關權限授予保安司司長。
4. 根據上述及通則第187條第1款規定，保安司司長對於向其提起有關個人評語之訴願具有作出終局決定之權限及義務，而作出決定之行政行為方具有垂直及水平之確定性。
5. 另一方面，《澳門保安部隊軍事化人員通則》乃一“特別法”，特別法優先於一般法，而第31/2004號行政法規只是取代第87/89/M號法令第161條至第173條，而且更明文指出不影響法律關於特別制度的存在及設立的規定。
6. 除此之外，從尊敬的中級法院受理的第153/2001號及第207/2005號行政上訴案中亦可得知，兩宗關於不同意個人評語案件的上訴人均向保安司司長提出訴

願，在獲得司長最終決定後才向中級法院提起行政司法上訴，而保安司司長亦對該等訴願作出審理。因此，向保安司司長提出的訴願必定具有“必要訴願”的性質。

7. 上訴人被通知被上訴的行政行為批示後方才得悉，治安警察局局長並沒按照通則第180條規定填寫通則第180條第1款所指之附件E《個人評語表》(m-152)，故此上訴人無法得知上述每一項評語的內容，限制了其對評語內容提出聲明異議及訴願的權利。
8. 按照基本法第36條，澳門居民有權訴諸法律。
9. 透過保安司司長於2010年10月25日作出之第44/SS/2010號批示，上訴人被處以撤職處分。
10. 上訴人雖然進入澳門保安部隊提供服務時間尚短，但除了是次被指作出違反行為之外，從來沒有作出違反紀律的事實。
11. 按照澳門特別行政區基本法第29條第2款規定，澳門居民在法院判罪之前均假定無罪，此為無罪推定原則。
12. 現時，上訴人對其科處“撤職”的行政行為向中級法院提起之司法上訴，卷宗編號: 964/2010，仍然處於待決之中，治安警察局對其作出之一連串行為均為推定上訴人有罪的“續後行為”(actos consecutivos)，明顯是違反無罪推定原則的。
13. 因為治安警察局局長並沒使用《個人評語表》(m-152)，上訴人唯有“猜想”上述批示內所指之每一項與《個人評語表》所載的項目相對應，從而提出爭執。
14. 關於上述個人評語表2至第10項、第14至第15項、第17至第19項，上訴人只獲給予1分，根據通則第180條至第181條及治安警察局所使用的(m-152)《個人評語表》，是沒有1分的，所有分數從2分起計，顯示出評核人並非以一客觀之價值判斷對上訴人作出評核，有關行為明顯違反通則第180條至第181條及第180條第4款所指之附件F — 填寫《個人評語表》(BII)之指示第2條第2款第2項第1及第2子項的規定。
15. 通則第189條規定，獲“不合格”註記之軍事化人員之個人評語，應具適當之合理解釋，即說明理由。很明顯，治安警察局局長並沒按照通則第189條規定說明以甚麼依據證明上訴人出現每一項不合格所指的情況。上訴人認為其對於各項評語應其有不少於7分之條件。
16. 本澳的司法見解認為，工作表現評核是行政機關的“技術性的自由裁量權”(discrecionalidade técnica)或“行政上的公正”(justiça administrativa)，是不應該受到法院審查的，否則便會與“分權原則”(princípio da separação de poderes)相抵觸，但是，若出現“重大錯誤”(erro grosseiro)或“明顯不公平”(manifesta injusta)的情況時，法院仍可對有關行為作出審查。

17. 治安警察局局長引用未被確定的事實，以主觀的價值判斷對上訴人作出不合格及缺乏說明理由的評分，及即時終止上訴人職務的行為，明顯存在重大錯誤及不公平，應予撤銷。
18. 綜上所述，治安警察局局長的行為明顯違反了基本法第29條第2款之無罪推定原則及第36條賦予澳門居民訴諸法律的基本權利，同時亦違反通則第180條第1款、第4款所指附件F－填寫《個人評語表》(BII)之指示第2條第2款第2項第1及第2子項、第183條第2款、第184第1款及第189條，按照行政程序法典第122條第2款d)項、f)項及第124條規定，有關行為應為無效及可撤銷。
19. 被上訴實體認為不需填寫上述《個人評語表》及駁回上訴人向其提出必要訴願的行為，除了違反通則第180條第1款、第4款所指附件F－填寫《個人評語表》(BII)之指示第2條第2款第2項第1及第2子項、第183條第2款、第184第1款及第189條、基本法第29條第2款之無罪推定原則及第36條賦予澳門居民訴諸法律的基本權利之外，亦違反了通則第187條第1款的規定，按照行政程序法典第122條第2款d)項、f)項及第124條規定，有關行政行為亦為無效及可撤銷。

四、請求

綜上所述及不妨礙尊敬的法官 閣下按照行政訴訟法典第74條第6款規定採用有別於本司法上訴提出之理據，請求判處如下：

因為被上訴行為沾上多項無效或可撤銷之瑕疵，應廢止駁回上訴人必要訴願及治安警察局局長對其作出特別個人評語及即時終止其職務之行政行為，同時命令治安警察局局長按照無罪推定原則並採用《個人評語表》對上訴人從新作出特別個人評核及使上訴人復職。

經傳喚後，保安司司長提交答辯，提出延訴抗辯，並指出如抗辯理由不成立，則主張上訴理由不成立。

隨後主案法官批示因沒有證據調查需要，命令通知上訴人及被上訴實體提交非強制性陳述。

謹上訴人有提交非強制性陳述，當中重申其上訴狀所陳述的理由及請求。

隨後卷宗交由檢察院作最後檢閱，駐本院的助理檢察長依法作出檢閱，發表法律意見主張法院應予以撤銷被上訴行為。

二、理由說明

根據本司法上訴卷宗及附卷的行政程序卷宗，對審理本司法上訴具重要性的事實可開列如下：

- 上訴人曾為治安警察局警員；
- 上訴人於二零零九年十二月十五日開始擔任警員職務；
- 在擔任警員工作屆滿一年前，治安警察局根據《澳門保安部隊軍事化人員通則》第九十四條一款規定，對上訴人作出個人評語，以決定是否由臨時委任轉為確定委任；
- 上訴人獲得治安警察局局長給予 2.6 分不合格的個人評語；
- 上訴人不服，向保安司司長提起訴願；
- 保安司司長就訴願作出批示駁回；
- 就保安司司長批示不服，上訴人向中級法院提出上訴。

就上訴實體提出延訴抗辯，主張被上訴行為應是治安警局局長於二零一零年十二月十四日作出評語，而非保安司司長駁回上訴人訴的批示。

因此，因錯誤識別被上訴行為及被上訴實體，應根據《行政訴訟法

典》第四十六條第二款 f 項予以駁回。

一如尊敬的助理檢察長就本延訴抗辯發表法律意見，《澳門保安部隊軍事化人員通則》乃特別法，因此，立法者就公職法律制度近年的修改，尤其是第 8/2004 號法律第六條及第七條和第 31/2004 號行政法規等，均不能具有廢止上述通則的特別法的條文。

根據《澳門保安部隊軍事化人員通則》第一百八十七條第一款規定「在得知評核已獲認可之日起十五日內，得向行政長官提出上訴，而行政長官應在提起上訴之日起十五日內作出有依據之終局決定」。因此，在本個案中，向保安司司長提起的屬必要訴願。

事實上，一如本院曾於二零一三年四月十八日及五月二日，分別在 618/2012 及 32/2012 號上訴卷宗的合議庭裁判中所言，如法律賦予一下屬機關一定的職權作出一特定行為時，若無提及必須向其上級提起訴願者，則屬可直接向行政法院提起上訴的確定性行政行為。

如立法者的意思是該下屬運用法律賦予的職權作出的行為不屬確定性的行為，須先作必要訴願後方可成為可向行政法院上訴時，則自應當以明示的方式規範之。

雖然《澳門保安部隊軍事化人員通則》第一百八十七條只用上「訴願」，而非「必要訴願」的表述，但明顯地立法者的意思是指「必要訴願」，皆因任意訴願屬常規，除非法律明文排除之一見《行政程序法典》

第一百五十三條。

因此，被上訴實體的延訴抗辯理由不成立，以下本院着手審查上訴人提出可歸納為如下各問題：

- 違反《澳門特別行政區基本法》第二十九條規定；
- 欠缺理由證明；
- 違反法定行為形式；

就上述各問題，尊敬的助理檢察長發表了如下精闢的法律意見：

分析司法上訴人A在起訴狀與陳述書中所作的結論，可以發現她提出的訴訟理由之一是：由於沒有採用《個人評語表》(m-152)，而且給出了《個人評語表》中不存在的1分，治安警察局局長的評核批示(despacho de classificação)限制和侵犯了她獲《基本法》第36條賦予的“訴諸法律”的基本權利；依《行政程序法典》第122條第2款d)項，有關行政行為屬於無效。

我們認為這個論點明顯不成立，理由在於：

- 確實，治安警察局局長對A的評核沒採用第66/94/M號法令核准的《澳門保安部隊軍事化人員通則》附件E格式，即《個人評語表》(m-152)，而是於2010年12月14日作出的批示(其“完整文本”及其譯本，見卷宗第39及40頁；該批示之通知書，見卷宗第39及40頁)。

該批示第2點清晰指明了評核的目的與法律依據(即《澳門保安部隊軍事化人員通則》第94條及第177條第3款d)項)，其第3和4點不僅對評核項目給予了具體分數，而且解釋了打分的根據。這些分數是否公正合法、相應的根據是否真實準確，另當別論。但是毫無疑問，上述批示足以令A明白得知對其作出的每一項評核的內容。

再者，即使假設治安警察局局長的評核批示由於未採用《個人評語表》而影響她知悉對其作出的每一項評核的內容，但可以肯定的是：衡諸常識和法理，由未採用《個人評語表》而產生的缺陷(deficiência)絕不會達到“侵犯基本權利之根本內容”的嚴重程度。

- 對《個人評語表》第2-10項、第14-15項、第17-19項，治安警察局局長的評核批示僅給予1分。雖然《個人評語表》的欄目中沒有1分、表面看來是以2分為起點，然則《通則》第180條第2款明確規定“在《個人評語表》中，每一因素可分為

對應於2分、4分、6分、8分及10分五個基本等級，但不影響有關中間分數之使用，且最後分數為相對每一因素所獲分數之平均值。”(橫線著重號為此處所加)

據此，任何被評核人的行為若低於2分，評核人當然可以只給予1分。姑且不論1分的評價是否公正合法，但此分數(即1分)絕對不會導致A無法對評分內容提出聲明異議或訴願，也不致於侵犯她獲《基本法》第36條賦予的“訴諸法律”的基本權利。

*

基於《通則》第180條第1款，個人評語(評核)須(será)使用《個人評語表》(m-152)。無疑，第180條第1款是“命令規範”(norma imperativa)，它沒有賦予(評核人)裁量權。如上所述，治安警察局局長對A的評核(個人評語)沒採用《個人評語表》(m-152)。鑒於此，A認為治安警察局局長的評核批示患“絕對不依法定方式作出”的形式瑕疵，依《行政程序法典》第122條第2款f)項歸於無效。

關於“絕對欠缺法定方式”的含義，學者舉例指出(Lino Ribeiro, José Cândido de Pinho: Código do Procedimento Administrativo -Anotado e Comentado, p.714) : Assim, há nulidade por vício de forma: se a lei impõe que o acto revista a forma escrita e a decisão foi oral; se a lei exige portaria ou decreto e o acto foi praticado por despacho; se a lei exige uma reunião formal do órgão colegial e a deliberação foi tomada num simples convívio.

在同一著作中，他們精闢地提醒(pp.714-715) : Mas não se deve confundir estas situações com aquelas em que a lei exige uma declaração escrita obedecendo a certas formalidades e só estas foram preteridas. Neste caso, estamos perante simples irregularidades que provocam a anulabilidade.

參照該觀點，我們認為：作為《通則》附件E的《個人評語表》(m-152)，僅是一種表格(impresso)，它所確立的只是評核行為的“格式”(fórmula) - 評核人之(意思)書面宣告(declaração escrita)需要遵守的法定格式，算不上評核行為的“方式”(forma)，而“批示”是評核行為的適當方式。

鑒於此，在充分尊重其他見解的前提下，我們認為：一方面，治安警察局局長對A的評核行為不採用《個人評語表》不產生《行政程序法典》第122條第2款f)項規定的瑕疵，質言之，不採用《個人評語表》不至於導致“絕對缺乏”法定形式。另一方面，依據《行政訴訟法典》第74條第6款，A對此瑕疵之法律效果的錯誤定性不導致敗訴，法官閣下得“撤銷”被訴行政行為。

司法上訴人A提出的另一個訴訟理由在於，治安警察局局長的評核批示違反《基本法》第29條第2款規定的無罪推定原則。對此，首先需要指出，治安警察局局長之評核批示的第3點清楚顯示：在對那裡所提及的評核項目給予評分時，治安警察局局長的確以A“在一個服食過毒品的狀況下執行其的巡邏工作”為基礎。儘管如此，在充分尊重其他見解的前提下，我們認為這個論點同樣不成立。

依照《通則》第263條第2款與第3款，刑事訴訟中的確定性有罪判決 (condenação) 在紀律程序中構成“既判案” (caso julgado)，轉為確定的無罪判決 (sentença absolutória) 僅構成簡單法律推定。據此，在評核行為作出時，雖然沒有轉為確定的司法裁判就A是否曾服食過毒品作出宣判，但這不引致治安警察局局長的評核批示違反《基本法》第29條第2款規定的無罪推定原則。

此外，不能不指出：針對保安司司長2010年10月25日之撤職處分，A提起司法上訴- -第964/2010號司法上訴程序；中級法院於2012年2月9日在該程序中作出裁判，宣判A敗訴。雖然該裁判尚未轉為確定，但可以印證治安警察局局長的評核批示不違反《基本法》第29條第2款規定的無罪推定原則。

*

作為訴訟理由，A認為：治安警察局局長的評核批示違犯《通則》第180條第1款，第180條第4款所指附件F之第2條第2款第2項第1及第2子項，第183條第2款，第184條第1款，第189條與第187條第1款；依據單一反駁原則，此等瑕疵導致被訴行政行為可撤銷。

治安警察局局長對A的評核行為沒有採用《個人評語表》是毋庸置疑且顯而易見的事實，因此，同一評核批示不符合《通則》第180條第1款自然也是顯而易見的。卷宗第38頁的第189/DRH/DGR/2010號通知書令人相信，行政當局也沒有遵守《通則》第183條第2款。我們認為，這兩項缺陷(*deficiência*)只是 一般形式瑕疵，質言之，只是導致可撤銷。

在答辯狀第17-20條，被訴實體對“不採用《個人評語表》”作了辯解，核心 在於：僅以填寫《個人評語表》的方式難以滿足《通則》第189條的規定(依據這一條文，對“不及格”或“優”之個人評語，須予以適當之合理解釋，其實質是要求理由說明)。

我們尊重但不認同“僅以填寫《個人評語表》的方式難以滿足《通則》第189 條的規定”的論點，原因在於：在《個人評語表》中，設有專門欄目 (coluna)供第189條規定的用途；如果該欄目的空間 (espaço)不夠，自然可以增加“附頁” 但不應當完全不理會《個人評語表》。

歸納言之，由於完全不理會《個人評語表》，治安警察局局長對A的評核批示違犯《通則》第180條第1款，相關行政程序也沒有遵守《通則》第183條第2款，由此產生形式瑕疵；針對A提起的必要訴願而做出的本案被訴行政行為吸納了治安警察局局長的評核批示，因此屬於可撤銷。

*

綜上所述，謹此建議法官 閣下：裁決本案之司法上訴理由成立，撤銷被訴行政行為。

事實上，被上訴實體在駁回上訴人的必要訴願時，即表示其完全同意治安警察局局長對上訴人作出的個人評語，因此，基於被上訴行為患有不採用法定形式作出行為的瑕疵，根據《行政程序法典》第一百二十四條規定，應予撤銷。

此外，被上訴的批示就給予上訴人「不合格」的評語時，僅指出「個人評語表」中的第2至10項、第14至15項、第17至19項之所以給予一分及二分是與其在執行職務時被發現曾吸食氯胺酮有關。

然而，本院則認為在工作期間被發現曾吸食違禁藥物的事實屬嚴重和足以支持撤職處分的理由，但如要以此為據來給予一分或二分的極低的工作評核分數，評核機關應說明其吸食違禁藥物的事實如何影響被評核人在有關項目應得的評核，即如何影響其耐勞性、靈活性、情緒穩定性、品格之健全、責任感及犧牲精神、紀律性、判斷及思考、社交、外表及舉止、適應能力、專業進修、負責態度、專業知識和自信及自制等方面的得分。

事實上，根據《澳門保安部隊軍事化人員通則》第一百八十九條規定「獲“不合格”或“優”註記之軍事化人員之個人評語，應具適當之合理解釋」。

在本個案中，本院不認為被保安司司長肯定的治安警察局局長的評核批示的簡單表述符合上述條文所指的「適當合理解釋」。

因此，基於欠缺法律要求的適當理由說明，故根據《行政程序法典》第一百二十四條規定被上訴行為亦應予撤銷。

綜上所述，並採納上文轉載的尊敬的助理檢察長的法律意見為據，裁定撤銷保安司司長於二零一一年一月二十日作出的批示。

三、裁判

綜上所述，中級法院民事及行政分庭合議庭通過評議會表決，裁定上訴人 A 提起的上訴理由成立，撤銷保安司司長向於二零一一年一月二十日作出之第 05/SS/2011 號批示。

被上訴實體依法獲豁免支付上訴費用。

依法作登記，隨後通知各訴訟之主體。

二零一三年五月十六日，於澳門特別行政區

賴健雄

蔡武彬（僅同意第二觀點，認為不按《個人評語表》進行評核並不導致法定形式的不遵守）

趙約翰

Estive presente

Mai Man Ieng