

第 8/2018 號案件

對行政司法裁判的上訴

上訴人：甲

被上訴人：保安司司長

裁判日期：2018 年 3 月 7 日

法官：宋敏莉(裁判書制作法官)、岑浩輝和利馬

主題：—行政行為效力的中止

—對公共利益的嚴重侵害

—因遺漏審理而無效

—遺漏的彌補

—對聲請人造成較嚴重且不成比例之損失

摘 要

一、是否會對《行政訴訟法典》第 121 條第 1 款 b 項所指在具體情況下行政行為所謀求的公共利益造成嚴重侵害，要結合案件的具體情況，考慮行政行為所依據的理據以及雙方當事人所提出的理由作具體分析。

二、如果一名海關人員在執行任務時，在作為公共場所及澳門特別行政區“門戶”之一的路環碼頭，倒轉懸掛中華人民共和國國旗，違反了其職務上的義務，那麼應認為中止相關處罰行為的效力會嚴重侵害保安部隊在普羅大眾面前的尊嚴及聲望。

三、根據《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 d 項的規定，未就上訴人具體提出的應審理的問題表明立場的合議庭裁判無效。

四、根據《行政訴訟法典》第 159 條第 2 款及第 3 款的規定，如被爭議之裁判屬無效，則被上訴之法院有權限按照就上訴所作之裁判重新作出裁判。但此規定不適用於在緊急程序中作出之裁判提起之上訴，在此等情況下，上訴法院應儘量審理案件之實體問題，而不是將案件發回被上訴法院以便作出決定。

五、根據《行政訴訟法典》第 121 條第 4 款的規定，即使法院不認為已具備第 1 款 b 項所指之要件，如符合其餘要件，且立即執行有關行為會對聲請人造成較嚴重而不成比例之損失，則仍得准許中止該行為之效力。

六、為了能夠宣告中止效力，聲請人有責任揭示並證明所謂的嚴重而不成比例的損失。

七、如果基於卷宗所載資料，無法評估上訴人所提出的損失，

也無法在所涉及的私人利益和公共利益之間作出權衡，進而判斷立即執行有關行為會對上訴人造成的損失與該處罰行為在具體情況下所謀求的公共利益受到的嚴重侵害相比是否更為嚴重而且不成比例，那麼根據《行政訴訟法典》第 121 條第 4 款的規定，不應批准中止效力。

裁判書制作法官

宋敏莉

澳門特別行政區終審法院裁判

一、概述

甲，身份資料詳見卷宗，根據《行政訴訟法典》第 120 條及續後數條的規定，向中級法院申請中止保安司司長於 2017 年 12 月 5 日作出的決定之效力，該決定在必要訴願中確認了副海關關長對聲請人—關員編號 XXXXX—科處 80 日停職處分的批示。

中級法院於 2018 年 1 月 3 日作出合議庭裁判，不批准中止效力的請求。

甲對該合議庭裁判不服，向本終審法院提起上訴，並以下列結論結束其理由陳述：

1) 本上訴為針對中級法院於 2018 年 1 月 3 日，對題述卷宗聲請人作出的合議庭裁判(以下簡稱“被上訴裁判”)而提起，其內容在此視為完全轉錄。被上訴裁判主要認定上訴人提起的中止行政行為效力請求不符合《行政訴訟法典》第 121 條第 1 款 b 項的要件，故裁定不批准上訴人提出的中止行政行為效力的請求。

2) 本上訴是以被上訴裁判沾染違反《行政訴訟法典》第121條第1款規定、原審法院未有就其應審理之問題表明立場致使判決無效、及違反《行政訴訟法典》第121條第4款規定的瑕疵而提起。

3) 上訴人向原審法院聲請針對保安司司長於2017年12月5日作出的第XXX/SS/2017號批示，就關於針對上訴人作出80日停職處分的決定，提起中止行政行為效力的保全程序。

4) 基於被聲請中止效力之行政行為具有可訴性、被上訴實體具有應訴之正當性、上訴人具有上訴之正當性及訴之利益、原審法院具有管轄權、且有關的司法上訴已適時被提起，故符合《行政訴訟法典》第121條第1款c項的要件。

5) 國旗被倒轉懸掛的事實一定會侵害“懸掛國旗”這一行為所要追求的公共利益，要分析中止有關行為的效力是否會嚴重侵害公共利益。

6) 在本卷宗內，除了證人乙表示在2017年4月21日早上8時許目睹於路環碼頭的國旗被倒轉懸掛外，至今並沒有其他客觀證據表示在當天曾發生被指控的事實，不論是從網上、報道、坊間、政府部門的消息，更遑論在聲稱之事發當日存有其他曾經看過倒轉國旗的

人士。

7) 經比對2017年7月3日發生的同類事件，可以得出，即使假設於2017年4月21日早上上訴人在值勤時執行升掛國旗工作存有過失以致國旗被倒轉懸掛(純粹假設，上訴人絕不同意!)，本案事件的嚴重性明顯相對較低，故因2017年4月21日的國旗倒掛事件(即本案)而引致國家、特區政府及部門的聲譽、尊嚴和形象造成損害的程度亦相對於2017年7月同類事件較低。

8) 事實上，在本案，被上訴實體承認司法警察局無法證實涉案相片記錄的日期時間是否實際的拍攝日期，並結合報告內容指出確實存在發生相片記錄日期與拍攝日期不一致的可能性，所以，只能肯定在路環碼頭曾經發生國旗被倒掛的事實。

9) 經比較證人的證言與卷宗內的其他客觀證據，尤其是海上監察廳的公函、IPHONE手提電話的正常相片檔案命令方式等，明顯並不吻合! 因而，倘若證人所言屬實(純粹假設)，唯一能夠解釋的是：在拍攝前，證人乙當時所使用的IPHONE手提電話的日期時間與實際日期時間不符!

10) 此外，即使假設國旗倒掛事件發生在2017年4月21日當天，

但是並不能必然得出是上訴人所為，尤其是證人聲稱之案發時間並不是上訴人當日升旗的當刻時間，並結合案發的時間、案發地點的環境、路環碼頭案發時當天的客流量、當天路環海關站的人手安排、將國旗倒掛的操作時間等因素得出，因其他人為因素(不論是惡作劇或貪玩，抑或是其他不明目的)而引致國旗被倒掛的可能性是確實存在的。

11) 基於此，根本不可以證明上訴人的行為違反道德、職務上之職業道德及影響部門聲譽及形象，以及上訴人應負之義務。

12) 既然如此，對於保障「維護保安部隊之良好形象及一般大眾對於保安部隊人員之間信任關係」的公共利益免受侵害已毫無實際意義，因為公共利益由始至終沒有因上訴人的行為而受到侵害。

13) 最後，值得一提的是，自發現國旗被倒掛後，澳門海關透過檢討及完善現有的升降國旗的儀式及安排，從而達到有效防止同類型事件再次發生，這樣才是有效確保國家、特區政府及部門的聲譽、尊嚴和形象不受侵害的良藥。

14) 總言之，因本案中之具體事實不足以證實中止行政行為會嚴重侵害該行為在具體情況下所謀求的公共利益，故被上訴裁判違反

《行政訴訟法典》第121條第1款規定，應予以撤銷。

15) 上訴人在中止行政行為效力的聲請書(以下簡稱“聲請書”)中的第20至27點曾陳述了若立即執行撤職處分會對其造成難以彌補的損失的事實，當中尤其反映在上訴人維持家庭最基本生活需要及職業生涯的持續方面，同時，在聲請書中的第76至78點，亦陳述了在對上訴人具體狀況之事實作出考慮後，相較於被上訴實體所謀求的公共利益之維護，立即執行撤職處分的決定是必然對上訴人造成極為嚴重而不成比例的損失。

16) 可是，綜觀整份被上訴裁判，原審法院並沒有針對上訴人在聲請書中提出之關於《行政訴訟法典》第121條第4款規定的主張作出任何分析或表明立場，亦沒有解釋任何不予以審理的原因。

17) 故此，除卻應有的尊重及更好的見解外，上訴人認為被上訴裁判遺漏審理上訴人提出的本中止行政行為效力聲請已符合《行政訴訟法典》第121條第4款規定的要件之此部分主張；根據《行政訴訟法典》第1條準用《民事訴訟法典》第571條第1款d項，基於原審法院未就其應審理之問題表明立場，被上訴裁判屬無效。

18) 倘若法官閣下不認為原審法院出現遺漏審理，則被上訴裁判

亦違反了《行政訴訟法典》第121條第4款規定。

19) 依據第66/94/M號法令核准的《澳門保安部隊軍事化人員通則》第222條規定，因執行80日停職處分的決定，必然導致上訴人失去80日的薪俸。

20) 由於上訴人是家庭的唯一經濟支柱，需供養年老及多病的父母、妻子及一名兩歲多的兒子，承擔父母的醫療開支、未成年兒子的醫療開支及托兒所費用、每月的保險費，以及支付城市樓宇租金，及分期向儲金局及澳門互助總會償還貸款等等；且上訴人不具有任何作投資用的動產或不動產，故工作收入是其唯一的收入來源。

21) 現時上訴人的積蓄不足澳門幣6,000元，在現時物價高漲的社會，倘不中止針對上訴人作出的撤職處分，毫無疑問，將使上訴人在執行停職期間完全喪失收入來源，不但對上訴人及其家人的生活水準及質素造成嚴重影響，也使他們連最基本的生活需要亦無法維持。

22) 《行政訴訟法典》第121條第4款，對私人利益及公共利益的權衡問題上體現了比例原則，現時立即執行撤職處分的行為將使上訴人及其家人無法維持最基本的衣食住行的生活需要，確實地對上

訴人的個人及家人產生直接且即時的影響，而本案中被考慮的公共利益在現階段卻未見有緊迫性的影響產生。

23) 因此，在本案中，經全面權衡後，上訴人因執行行政行為而遭受的損失確實為較嚴重且不成比例地高於中止行政行為對公共利益的侵害，故被上訴裁判因違反《行政訴訟法典》第121條第4款規定，應予以撤銷。

被上訴實體提交了上訴答辯，並提出如下結論：

1) 有關的中止效力聲請不符合《行政訴訟法典》第121條第1款b項規定的法定要件。

2) 在中止行政行為之效力的程序中，應審視的不是事實事宜。

3) 上訴人因在執行懸掛國旗任務時疏忽及缺乏熱心，以致國旗在公眾地方被不正確地展示。

4) 對社會大眾來說，這有失對國家及其象徵的尊重及敬意，尤其當有關行為是由一個執法部門—海關的人員作出時，情況變得更為

嚴重。

5) 上訴人的不當行為引致社會大眾對海關的負面評價，嚴重損害了海關的聲譽及形象。

6) 為維護海關的聲譽及形象，重整紀律及彰顯遵守紀律的重要性和必要性，以確保部門的良好運作，有需要立即執行相關處分。

7) 不同意立即執行停職處分將會對上訴人造成較嚴重而不成比例之損失。

8) 雖然上訴人提交了一些文件，試圖證明其財政困難，但並不能證明上訴人及其家庭成員僅擁有上述文件所顯示的財產。

9) 即使有關情況屬實，根據《澳門保安部隊軍事化人員通則》第226條第5款，停職處分的科處並不影響上訴人依法享有醫療服務的權利，上訴人亦有權獲得家庭津貼。

10) 而且，與有關紀律處分所追求的公共利益相比，對上訴人所造成的損失不屬於“嚴重而不成比例”。

11) 因此，不符合《行政訴訟法典》第121條第4款所規定的情況。

檢察院司法官出具了意見書，認為法院認定不具備《行政訴訟法典》第 121 條第 1 款 b 項規定的消極要件的結論並未沾有任何瑕疵，此外，雖然本案存在因遺漏審理而導致無效的情況，但在對該遺漏進行補正時，亦應裁定基於《行政訴訟法典》第 121 條第 4 款所提出的中止理由不成立。

已作出檢閱。

現予以裁決。

二、事實

經審查組成中止效力案的卷宗資料後，中級法院認定了以下對案件的裁判屬重要的事實：

—保安司司長透過2017年12月5日第XXX/SS/2017號批示，在必要訴願中確認了對聲請人甲(關員編號XXXXX)科處80日停職處分的決定，該批示認為聲請人於2017年4月21日早上在路環碼頭執行升起

中華人民共和國國旗的任務時(根據被聲請實體針對相關證據所作的自由心證，聲請人於當日早上將國旗倒轉懸掛)，違反了12月30日經第66/94/M號法令核准的《澳門保安部隊軍事化人員通則》第6條第2款a項、第8條第1款及第12條第2款f項規定的服從、熱心和端莊義務。

三、法律

被上訴合議庭裁判被指責沾有以下瑕疵：

—違反《行政訴訟法典》第121條第1款的規定；

—裁判因遺漏審理而無效—《民事訴訟法典》第571第1款d項；及

—違反《行政訴訟法典》第121條第4款的規定。

3.1. 違反《行政訴訟法典》第121條第1款的規定

上訴人稱，卷宗所載的具體事實不足以證明中止相關行政行為的效力會嚴重侵害該行為在具體情況下所謀求的公共利益，因此被上訴合議庭裁判違反了《行政訴訟法典》第 121 條第 1 款的規定。

這裡所牽涉的是第 121 條第 1 款 b 項的規定。

《行政訴訟法典》第 121 條規定了提出中止效力申請的正當性及要件：

“一、同時具備下列要件時，法院須准許中止行政行為之效力，而中止效力之請求得由有正當性對該等行為提起司法上訴之人提出：

a) 預料執行有關行為，將對聲請人或其司法上訴中所維護或將在司法上訴中維護之利益造成難以彌補之損失；

b) 中止行政行為之效力不會嚴重侵害該行為在具體情況下所謀求之公共利益；

c) 卷宗內無強烈跡象顯示司法上訴屬違法。

二、如有關行為被判決或合議庭裁判宣告無效或法律上不存在，而該判決或合議庭裁判正被提起上訴，則只要具備上款 a 項所指之要件，即可中止該行為之效力。

三、對於屬紀律處分性質之行為，無須具備第一款 a 項所指之要件，即可准許中止其效力。

四、即使法院不認為已具備第一款 b 項所指之要件，如符合其餘要件，且立即執行有關行為會對聲請人造成較嚴重而不成比例之損失，則仍得准許中止該行為之效力。

五、第一款所指之要件雖已具備，或出現上款所指之情況，但對立利害關係人證明中止有關行為之效力對其所造成之損失，較執行該行為時對聲請人所造成之損失更難以彌補，則不准許中止該行為之效力。”

眾所周知，第 121 條第 1 款數項中所規定的中止行政行為效力的幾項要件必須同時成立，只要其中一項不成立便不能批准保全措施，除非出現第 2 款、第 3 款及第 4 款所規定的情況。

本案中所涉及的無疑是一個具有紀律處分性質的行為，因此為批准中止效力，並不要求滿足第 1 款 a 項所規定的要件。

現被上訴合議庭裁判認為根據第 121 條第 3 款的規定無須具備 a 項的要件，並認為不滿足第 121 條第 1 款 b 項所指的要件，因此決定不批准中止效力的請求。

上訴人主張 b 項的要件成立。

經分析本案的情況，我們認為被上訴的合議庭裁判並無不妥。

相關要件要求中止行政行為的效力不會嚴重侵害該行為在具體情況下所謀求的公共利益。

一如本終審法院歷來所認為的那樣，是否會對公共利益造成嚴重侵害要結合案件的具體情況，考慮行政行為所依據的理據以及雙方當事人所提出的理由作具體分析。¹

任何紀律處分行為所謀求的具體的公共利益的重要性根據紀律處分之目的而定。這些處分“猶如其他任何處分那樣旨在糾正和預防：糾正就是要讓因有關事實受處分之行為人感悟到自己做事行為的不當及改善其行為的必要性；而預防，不僅要避免被處罰之行為人再次失職，還要對所有其他人起到警示作用，向他們展示不良行為之後果。如此，透過對行為人及時作出行動，適用紀律處分的目

¹ 見終審法院 2010 年 5 月 10 日第 12/2010 號案及第 14/2010 號案中所作的合議庭裁判。

的在於維護相關工作不受不遵守紀律之影響及完善其運作和提高效率，保持工作信守相關目的”²。

本案中，從卷宗中可以得知，2017 年 4 月 21 日早晨，上訴人作為海關關員，在路環碼頭執行升起中華人民共和國國旗的任務時，將國旗倒轉懸掛，其行為違反了服從、熱心及端莊義務，因此被科處停職 80 日的紀律處分。

應強調，儘管上訴人針對被歸責的事實的真實性提出質疑(結論第 6 點至第 11 點)，認為根據卷宗所載證據資料，完全無法證明其行為違反職務道德以及應負的義務，令行政機關的名譽及形象受損，也就是無法證明致使其被科處紀律處分的違紀行為，但是本上訴並非討論證據問題或者處罰決定正確與否的適當程序，這些問題將在司法上訴中審理。

正如本終審法院於 2009 年 5 月 13 日第 2/2009 號案件的合議庭裁判中提到的，為審查是否滿足《行政訴訟法典》第 121 條第 1 款 b 項規定的要件，“明顯地應把被質疑的行為視為確定內容，以便確定該行為追求的公共利益，分析不立即執行行為會產生多大的損

² MARCELLO CAETANO 著：《*Manual de Direito Administrativo*》，科英布拉，Almedina 出版，第二卷，第九版，第 819 頁。

害。

因此，在本預防程序中討論作為被質疑決定依據的事實的真實性是沒有意義的，否則將偏離本訴訟形式的範圍，忽視其性質和設定的目的。事實上，現在的問題不是被質疑行為的合法性，而是不立即執行一個具有特定內容和決定意向的行為是否正確。”

而從上訴人的陳述中可以看到，上訴人指責被上訴裁判存在違反《行政訴訟法典》第 121 條第 1 款的瑕疵，所依據的主要是對證據及事實事宜的質疑，因此，如果不能在本中止效力程序中提出上述質疑，且該質疑不具有重要性，那麼相關瑕疵理由不成立。

不管怎樣，正如被上訴裁判所述，應該認為，考慮到上訴人在執行任務時，在作為公共場所及澳門特區“門戶”之一的路環碼頭倒轉懸掛中華人民共和國國旗的違紀行為的嚴重程度，該具體行為“無疑損害了海關在公眾面前的聲望”。

事實上，需要強調的是，這裡牽涉到一個國家的象徵，一項應當十分莊嚴的公共展示行為。

作為海關關員，保安部隊的成員，上訴人本應謹慎執行其任務，以正確方式升起國旗。

上訴人的行為導致一面倒掛的國旗展示在公眾面前。

應採納被上訴裁判的見解，該裁判認為這不是僅具有內部影響的行為，而是對任何經過路環碼頭並看到國旗的人都具有可見影響，而隨著記錄倒掛國旗的相片在網上曝光，上述影響的公眾性進一步提升。

事實上，相關行為在網上公開之後，遭到輿論的強烈批評和譴責，這屬於明顯事實，而海關的形象、尊嚴及聲望也因此受到損害。

另外還考慮到紀律處罰行為在具體情況下所謀求的公共利益，用上文所引述的 Marcello Caetano 的表述，即修正和預防，我們不認為在本案中中止相關處罰行為的效力不會嚴重侵害該行為在具體情況下所謀求之公共利益。

這部分的上訴理由不成立。

3.2. 裁判因遺漏審理而無效

上訴人認為，對於其中止效力聲請中援引《行政訴訟法典》

第 121 條第 4 款的規定所提出的請求，被上訴裁判沒有表明立場，該問題是上訴人在聲請中提出的，本應得到被上訴法院的審理，因此，根據《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 d 項的規定，未作審理導致裁判無效。

上訴人有道理，確實還援引了第 121 條第 4 款的規定作為其中止效力請求的理由。

這並非僅僅是相關請求理由之一，而是一項應得到獨立審理的問題，被上訴裁判確實未審理該問題，也沒有解釋為何不予以審理。

存在所指出的無效。

根據《行政訴訟法典》第 159 條第 2 款及第 3 款的規定，如被爭議之裁判屬無效，則被上訴之法院有權限按照就上訴所作之裁判重新作出裁判。

但上述規定不適用於在緊急程序中作出之裁判提起之上訴，即本案情況，在此等情況下，有關上訴法院應儘量審理案件之實體問題，而不是將案件發回被上訴法院以便作出決定。

因此，為彌補遺漏，我們來看是否應批准上訴人基於第 121 條

第 4 款的規定所提出的中止效力請求。

3.3. 違反《行政訴訟法典》第 121 條第 4 款的規定

根據第 121 條第 4 款的規定，“即使法院不認為已具備第一款 b 項所指之要件，如符合其餘要件，且立即執行有關行為會對聲請人造成較嚴重而不成比例之損失，則仍得准許中止該行為之效力。”

法律要求立即執行有關行為對聲請人造成的損失與中止效力對公共利益的侵害相比更為嚴重而且不成比例。

這裡所涉及的是利益權衡原則。

為了能夠宣告中止效力，上訴人有責任揭示並證明所謂的較嚴重而不成比例的損失。

上訴人稱，立即執行有關處罰行為意味著喪失 80 日的薪俸，而他的薪俸是他和家人的唯一收入，這將導致其家庭基本需求得不到滿足，影響他與家人的生活質素。

為證明相關主張，上訴人提交了現載於卷宗的文件(第 50 頁至第

61 頁)，包括一份由其妻子簽署的聲明、關於其年邁父親病情的醫生報告(但並未提到醫療費用)、銀行存摺副本等。

即便考慮上述文件，我們亦不認為透過這些資料能夠證明上訴人及其家庭沒有其他收入來維持家庭生活，滿足基本需求。

從卷宗第 60 頁關於 2017 年 12 月收支的文件甚至可以看到，除薪俸之外，上訴人還有其他收入，因為有多筆銀行存款記錄，每筆金額均在一萬元以上。

不管怎樣，卷宗所載資料不足，無法評估上訴人所提出的損失，也無法在所涉及的私人利益和公共利益之間作出權衡，進而判斷立即執行有關行為會對上訴人造成的損失與該處罰行為在具體情況下所謀求的公共利益受到的嚴重侵害相比是否更為嚴重而且不成比例。

因此，這部分的上訴理由也不成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴敗訴。

訴訟費用由上訴人承擔，司法費訂為 5 個計算單位。

澳門，2018 年 3 月 7 日

法官：宋敏莉（裁判書制作法官）—岑浩輝—利馬

出席評議會的檢察院司法官：蘇崇德