第 8/2019 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：2019 年 3 月 27 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、公正原則和無私原則。

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，副消防區長，針對保安司司長 2016 年 12 月 19 日對其科處撤職處分的批示提起撤銷性司法上訴。

中級法院透過 2018 年 9 月 13 日的合議庭裁判裁定上訴勝訴，以被上訴行為在處分的選擇上存有明顯錯誤及違反適度原則為由將其撤銷。

保安司司長不服，向終審法院提起司法裁判的上訴，指被上訴的合議庭裁判違反了《行政訴訟法典》第 20 條的規定和決策機關對自由裁量權的行使，並稱科處撤職處分沒有任何錯誤。

檢察院司法官發表意見，認為上訴理由成立。

二、事實

被上訴的合議庭裁判認定了以下事實：

已經認定的該案的上訴人(刑事案中的被告，即本案的被上訴人)被歸責的刑事方面的事實：

1. 約自 2010 年 3 月起，被告甲與某姓女性(下稱女方)開始認識及交往，雙方之後成為男女朋友。

2. 2011 年 2 月，女方向被告甲提出分手，但二人分手後仍繼續見面，且有發生性行為。

3. 2011 年 5 月 29 日，在被告甲位於[地址(1)]的住所內，被告甲與女方進行性行為，當時，被告甲預先啟動房內一台手提電腦的攝錄設備，將二人性行為的過程攝錄並儲存起來。

4. 期間，女方發現被告甲用手提電腦的攝錄彼等性行為的過程，其要求被告甲刪除該錄影片段，當時，被告甲假裝答應，但並無刪除該一片段。

5. 2011 年 6 月 11 日，在被告甲位於[地址(1)]的住所內，被告甲與女方進行性行為，當時，被告甲預先啟動放置在房內的 iPhone 手提電話的攝錄設備，將二人性行為的過程攝錄並儲存起來。

6. 2011 年 6 月 19 日，在被告甲位於[地址(1)]的住所內，被告甲與女方進行性行為，當時，被告甲預先啟動放置在房內的 iPhone 手提電話的攝錄設備，將二人性行為的過程攝錄並儲存起來。

7. 進行上述三次攝錄時，被告甲均無得到女方的同意，其行為違反女方的意願。

8. 2011 年 8 月 4 日，司警人員在被告甲的住所內搜獲 1 張 Memory Stick PRO Duo 記憶卡(見卷宗第 26 頁至 27 頁搜索及扣押筆錄)。

9. 經司法警察局電腦法證處鑑定，該記憶卡內有 3 個已經刪除的視像檔案(見卷宗第 56 頁至 60 頁電腦資料法理鑑證及分析報告)。

10. 上述 3 個視像檔案記錄被告甲與女方上述三次性行為的過程(見卷宗第 42 頁視像筆錄)。

11. 被告甲自由、自願及有意識地作出上述行為。

12. 被告甲明知法律禁止及處罰其上述行為。

該案的上訴人(本案的被上訴人)被科處以下刑罰：

1. 對被告甲以直接正犯和既遂方式觸犯《刑法典》第 191 條第 2 款 a 項規定和處罰的三項不法之攝錄罪，每項罪行判處六個月徒刑，三罪競合處罰，合共判處一年徒刑，緩刑兩年執行，緩刑條件為，被告須在判決確定後的三個月內履行本案對其就受害人訂定的賠償責任。

2. 本案判處被告向受害人女方支付非財產損害賠償十萬元澳門元(\$100,000.00)，另加由本案判決日起計至付清期間的法定延遲利息。

在刑事判罰之後，針對該案的上訴人(本案的被上訴人)展開了一項紀律程序，當中有關實體(本案的上訴人)作出了如下處罰批示：

第 XX/SS/2016 號批示

紀律程序編號：X/XX/XX/XXX 及 XX/XX/XXXX-X/XXXXX

嫌疑人：消防局副消防區長編號 XXXXXX，甲

在本案卷中，具充足證據證實消防局副消防區長編號 XXXXXX，甲，於 2013 年 12 月 19 日被初級法院的判決判罪，終審法院於 2015 年 4 月 15 日在第 128/2014 號案中所作的合議庭裁判轉為確定，因觸犯《刑法典》第 191 條第 2 款 a 項所指的不法攝錄及拍攝他人罪名，被法院處以 1 年徒刑，緩期 2 年執行，還須向受害人支付澳門幣拾萬元賠償金。

受害人是嫌疑人的前度女朋友，兩人曾經交往，雖然不能再上訴，但事實已經載於判決中以及轉載於指控書中，訴訟文書在此完全轉錄，尤其是發生的時間及方式情節。

此不法行為，嫌疑人嚴重違反《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 12 條第 1 款及第 2 款 f 項及 o 項所載端莊義務，作出的行為令所屬部隊失去威信，深深地損害消防局在社會及市民中的形象。

嫌疑人作出此行為仍能維持與保安部隊轄下其所屬消防局的職務聯繫難以成立，部隊不能容忍對良好及健康架構的核心價值有如此大的蔑視的人員。

因此，儘管存在減輕情節，尤其是《澳門保安部隊軍事化人員

通則》第 200 條第 2 款 b 項及 h 項規定的行為良好以及能力認可，但實情是部隊就事實、其客觀嚴重性以及強烈程度，以道德—法律上的譴責性判斷，量度出來的過錯強度，行為具備《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 201 條第 2 款 d 項規定的加重情節，使嫌疑人無能力及不適合維持職務，以及難以採用較輕的處分以及強迫退休處分。

按照《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 318 條第 1 款 e 項的規定，聽取紀律委員會的意見。

基於此，行使《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 211 條所指附件 G 賦予本人的權限，及參照第 111/2014 號行政命令第 1 款的規定，並根據《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 238 條第 2 款 n 項及第 228 條的規定，科處嫌疑人，消防局副消防區長編號 XXXXXX，甲，撤職處分。

關於藥物對嫌疑人的影響，可能影響其睡眠，將第 XX/XX/XXXX-X/XXXXX 號卷宗的資料歸檔，因《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 202 條 b 項所規定的阻卻之情節，以衛生局給予的解釋為準。

這就是被上訴的行為。

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是否存有上訴人所指控的違法情況。

2. 對《行政訴訟法典》第 20 條的違反

看不出被上訴的合議庭裁判存有任何違反司法上訴是以撤銷被上訴行為或宣告其無效或法律上不存在為宗旨的單純合法性上訴的原則之處。

3. 適度原則

此處涉及到的問題是要判斷對被上訴人科處撤職處分的行政行為是否違反了適度及適當原則。

行政行為的處罰依據是行為人被已轉為確定的判決裁定以直接正犯及既遂方式觸犯 3 項《刑法典》第 191 條所規定及處罰的“不法錄製品及照片”罪，每項判處 6 個月徒刑，三罪併罰，合共判處 1 年徒刑的單一刑罰，緩期 2 年執行。

相關犯罪的刑幅上限為 2 年徒刑(而非如被上訴裁判所言為 1 年徒刑)或 240 日罰金。

現在讓我們來回顧一下本院在 2015 年 11 月 4 日第 71/2015 號案的合議庭裁判中就某保安部隊人員被科處撤職處分的情況所作的以下決定：

「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。”

.....

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。

.....

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、公正原則和無私原則(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，我們在 2000 年 5 月 3 日第 9/2000 號案的合議庭裁判中談到：

「《行政程序法典》在它的第 5 條第 2 款規定了適度原則：“行政當局之決定與私人之權利或受法律保護之利益有衝突時，僅得在對所擬達致之目的屬適當及適度下，損害該等權利或利益。”

在此，對該原則的起源和哲學理據不予回顧。

正如 VITALINO CANAS¹所述，當審議決定者在享有一定選擇餘地情況下所作的行為時，才可適用適度原則。

法學理論把該原則下分為三個原則：適當性、必要性和狹義上的適度性或平衡性。

對一項措施的適當性的評估是純以經驗為依據的，可以下列問題予以概括：所採取的措施足以達致預期的目的嗎？

接受了該措施屬適當後，就去看該措施是否必要。

¹ VITALINO CANAS 著：《Dicionário Judiciário da Administração Pública》，第六卷，里斯本，1994 年，第 616 頁中的適度原則一詞，與隨後的分析相近。

擔心的核心轉向比較方面。適當性的原則在於尋找某一種類的行政行為與其所要達致的結果之間的因果關係的證明，而必要性的原則主要為對一項適當措施與其他也屬適當的措施進行比較的中心活動，比較的目的在於選擇一項損害較少的措施。

“狹義上的適度性，在於把限制性或限定性行為所要達到之福祉、利益或價值與由於該行為而要犧牲之福祉、利益或價值加以比較，以知道根據實質或價值參數，所犧牲之利益是否可接受、可容忍。有些情況下，這種考量看來近似於對決定所帶來的負擔/收益進行經濟分析。如負擔(即犧牲某些財貨、利益或價值)與收益(得到某些財貨、利益或價值)處於可接受的比例範圍，那麼措施在狹義上屬適度。”^{2 3}

《行政程序法典》第 6 條規定“公共行政當局從事活動時，應以公正及無私方式，對待所有與其產生關係者。”⁴

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA · PEDRO COSTA GONÇALVES

和 J. PACHECO DE AMORIM⁴還指出“適度原則，或稱為禁止過度原

² 參考 VITALINO CANAS 上提著作第 628 頁。

³ 由 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 75 頁中提到“關於法國國家委員會計算適度原則中，使用負擔－收益(或利益)”，並在其著作第 114 頁及續後頁提出了與上述所提相似的原則標準要素。

⁴ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA · PEDRO COSTA GONÇALVES 與 J. PACHECO DE

則，是自由裁量之行政活動的一項內部限制，它意味著行政當局不僅要追求公共利益—即實現立法者擬實現的目標，而且要以一種對私人的法律地位造成最少傷害的方式實現。

.....

行政活動(其與行政相對人的法律地位相衝突)的適度原則要求決定必須：

— **適當**(適當原則)：對行政相對人法律地位的侵害必須表現出與對擬實現之公共利益的追求相適應、適合；

— **必要**(必要原則)：對這些地位的傷害必須表現出具有必要性或可要求性(因任何其他途徑都無法達至擬實現之公共利益)；

— **適度**(狹義上的適度原則)：行政相對人所遭受的侵害與為公共利益所獲取的益處相比應該是適度且合理的(成本與收益之比的適度性)。”

AMORIM 合著：《Código de Procedimento Administrativo Comentado》，第二版，Almedina 書局，科英布拉，1997 年，第 103 頁及第 104 頁。

4. 本案情況

被上訴人因被判觸犯了三項犯罪而被科處撤職處分。

這幾項犯罪的刑幅上限為 2 年徒刑或 240 日罰金。

被上訴人因這三項犯罪中的每項被判處 6 個月徒刑，三罪併罰後合共被判處 1 年徒刑的單一刑罰，緩期 2 年執行。

相關罪行不是在執行職務時所犯下的。

被上訴人的職務為副消防區長，屬於基礎職程(即最低職程)中的第二職級(第 24/2001 號行政法規第 30 條第 1 款所指之附件 B)。

被上訴人曾受過表揚或獲發勳章，且之前表現良好。

事實具有一定的嚴重性。若是不嚴重也不會被判刑了。但這些罪行並不是極其嚴重的犯罪，因為刑幅的上限只不過是 2 年徒刑或 240 日罰金。

適度原則的要求是禁止過度。

考慮到科處撤職處分的好處與壞處，我們認為，該處分對於實

現恢復受被上訴人的行為所破壞的保安部隊的聲譽這一目標而言是非必要的，因為一名消防員所具備的多年服務經驗對於市民而言無疑是一筆不可估量的財富，而且可以通過科處其他處分來實現前述目標。

因此，我們認為在本案中科處撤職處分是過重的，不論是就私人利益而言還是就公共利益而言都是不適度的。

所以結論是，處分行為因違反適度原則而應被撤銷，司法裁判的上訴理由不成立。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定司法裁判的上訴敗訴。

無須繳納訴訟費用。

2019年3月27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：蘇崇德