

卷宗編號：1252/2019

(司法上訴卷宗)

日期：2020 年 7 月 23 日

主題：保安部隊軍事化人員

違反職業保密及作出顯示不適合擔任官職之行為

撤職處分

摘要

根據《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 238 條第 1 款及第 2 款 h 項的規定，軍事化人員違反職業保密或作出損害本地區或第三人之洩密行為；以及第 2 款 n 項的規定，作出顯示其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，都可被科處強迫退休處分或撤職處分。

在強迫退休和撤職的紀律處分中作出選擇存在一個自由裁量 (見終審法院第 7/2006 號合議庭裁判)。

在本個案中，司法上訴人在未經部門同意下擅自登入治安警察局的電腦系統，先後十二次查核了某些人士的出入境記錄及監控名單記錄，並將有關資料交予同案的另一名前治安警察局首席警員，其行為不但違反保密義務，還有違職業道德和嚴重影響治安警察局的聲譽。

考慮到行政當局在針對違紀行為而選擇哪一處罰種類及處罰幅度的問題上享有一定的自由裁量權，加上當局對司法上訴人科處撤職處分的決定並不存在任何明顯錯誤或絕對不合理的情況，故准予維持被質疑的行政行為。

裁判書製作法官

唐曉峰

中華人民共和國
澳門特別行政區
中級法院合議庭裁判

卷宗編號：1252/2019
(司法上訴卷宗)

日期：2020 年 7 月 23 日

司法上訴人：A

上訴所針對之實體：保安司司長

一、概述

保安司司長於 2019 年 10 月 29 日作出批示，決定對 A（以下簡稱“司法上訴人”）科處撤職處分。

司法上訴人不服，向本中級法院提起司法上訴，並在起訴狀中提出以下結論：

“1. 除了表示應有的尊重外，針對被訴實體對司法上訴人科處撤職處分的決定，司法上訴人認為存有法律適用錯誤的瑕疵。

2. 被上訴決定所引用的法律依據是《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 219 條 g 項、第 224 條、第 228 條以及第 238 條 2 款 h 項及 n 項的規定。

3. 然而，對於應否對司法上訴人科處紀律處分，在尊重不同見解的前提下，司法上訴人認為亦要考慮《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 240 條之規定。

4. 上訴人所觸犯的《刑法典》第 348 條第 1 款所規定之「違反保密罪」法定刑

幅上限為三年徒刑，並不符合上述通則第 240 條 a 及 b 項之規定。

5. 同時亦不合同條 c 項之規定，因為被上訴決定中引用的僅為第 238 條 2 款 h 項及 n 項，而本案案情亦不符合第 238 條第 2 款 c 項、e 項、f 項、g 項、i 項、j 項及 l 項所規定的情況。

6. 除了表示應有的尊重外，司法上訴人的行為並不符合《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 240 條所規定的“撤職”處分的前提。

7. 司法上訴人加入警隊已 26 年，符合《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 239 條第 2 款所規定之強迫退休處分的條件。

8. 根據前後兩份由治安警察局所發出的指控書上的減輕情節部份，載有司法上訴人具有《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 200 條第 2 款 b、h 及 i 項的減輕情節，包括過往行為良好、獲得兩次職務上之嘉獎以及於 2016 年獲得所屬上級所作之良好評語。

9. 可以顯示，司法上訴人過往一直表現良好，是一位模範警員並用心服務警隊。

10. 而且自 2003 年至今十多年，司法上訴人在警隊都沒有出現其他錯誤。

11. 基於此，應給予司法上訴人較輕處分的機會 - 《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 239 條所規定的“強迫退休”處分。

12. 故此，因被上訴決定存有法律適用錯誤，根據《行政程序法典》第 124 條，屬可撤銷，並應改為科處《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 239 條所規定的“強迫退休”紀律處分。

13. 為了訴訟上的謹慎性，若不認同上述觀點，必須指出對司法上訴人科處最嚴厲的撤職作為紀律處分是不符合《行政程序法典》第 5 條第 2 款所規定的適當及適度原則，根據《行政程序法典》第 124 條，被上訴決定亦屬可撤銷。

14. 考慮到相關案情、司法上訴人就事件所表現的悔意、在警隊服務已 26 年及表現良好，以及自 2003 年至今十多年司法上訴人都沒有犯下其他過錯，對其科處“撤職”作為紀律處分明顯過於嚴厲，不符合適當及適度原則。

15. 考慮到上述理由，結合《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 200 條第 2 款 b、h 及 i 項的減輕情節，以及同一通則第 239 條及《行政程序法典》第 5 條第 2 款所規定的適當及適度原則，應改為科處強迫退休紀律處分。

基於此，謹請 法官閣下根據《行政訴訟法典》第 55 條第 1 款，要求保安司司長提交行政卷宗之正本及一切與司法上訴之事宜有關之其他文件以附入本司法上訴之卷宗，並就中止行政行為效力之保全程序所作之裁判確定後，根據《行政訴訟法典》第 125 條第 1 款，將有關卷宗併附於本司法上訴之卷宗內。

同時，謹請 法官閣下裁定本訴訟理由成立，作出以下判處：

1. 撤銷保安司司長於 2019 年 10 月 29 日所作出的對司法上訴人科處撤職紀律處分的決定。

最後，謹請 法官閣下一如既往，作出公正裁決。”

*

上訴所針對之實體在答辯時提出以下結論：

“Pela adequação e proporcionalidade da pena de demissão aplicada, do que decorre a estrita legalidade da decisão, não se antolhando que a mesma esteja ferida de qualquer vício que afecte a respectiva validade jurídica.

Nestes termos, e nos demais de direito que V. Exa suprirá, deve ser negado provimento ao presente recurso contencioso, confirmando-se o acto administrativo recorrido.”

*

司法上訴人適時提交非強制性陳述，並重申有關立場。

*

本院依法將卷宗送交檢察院檢閱，尊敬的檢察院助理檢察長就上訴發表以下寶貴意見：

“Na petição inicial, a recorrente solicitou a anulação

do despacho n.º 086/SS/2019 do Exmo. Sr. Secretário para a Segurança (cfr fls. 826 a 827 do P.A. que se dá aqui por integralmente reproduzido), assacando-lhe a violação de lei e dos princípios da adequação e da proporcionalidade.

*

A pretexto da violação de lei, a recorrente arguiu que o despacho em escrutínio contende com o disposto no art. 240.º do EMFSM aprovado pelo D.L. n.º 66/94/M, que prescreve categoricamente: A pena de demissão é aplicada ao militarizado que: a) Tiver praticado qualquer crime doloso punível com pena de prisão superior a três anos, com flagrante e grave abuso da função que exerce e com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes; b) Tiver praticado, ainda que fora do exercício das funções, crime doloso punível com pena de prisão superior a 3 anos que revele ser o seu autor incapaz ou indigno da confiança necessária ao exercício da função; c) Praticar ou tentar praticar qualquer acto previsto nas alíneas c), e), f), g), i), j) e l) do n.º 2 do artigo 238.º.

Note-se que nos termos do n.º1 do art. 238.º do EMFSM, as penas compulsiva e de demissão são aplicáveis, em geral, por infracções disciplinares que inviabilizam a manutenção da relação funcional, e o seu n.º 2 enumera, de forma exemplificativa, as hipóteses das penas.

A interpretação sistemática e coerente dos arts. 238.º

a 240.º leva a concluir que do verbo "é" neste 240.º decorre que este normativo prevê as demissões vinculadas e obrigatórias (vide Acórdãos do TUI nos Processos n.º 71/2015 e n.º 11/2019), e de outro lado, as enumerações no art. 240.º não são taxativas, mas meramente exemplificativas, por isso pode ser aplicada a pena de demissão nas hipóteses não encaixadas no mesmo comendo - o que importa é que à luz da prudente avaliação prognóstica, se mostra convincentemente a inviabilidade da manutenção da relação funcional.

Nesta linha de perspectiva, inclinamos a entender que não infringe o disposto no sobredito art. 240.º o despacho recorrido que consubstancia em aplicar a demissão à recorrente ao abrigo das disposições nas alíneas h) e n) do n.º 2 do art. 238.º do EMFSM.

Recorde-se que "De acordo com os n.ºs. 1 e 3 do art. 315.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (ETAPM), se o agente reunir o período mínimo de 15 anos de serviço contados para efeitos de aposentação, a entidade com competência disciplinar pode optar por puni-lo com as penas de demissão ou aposentação compulsiva; se tiver menos que aquele tempo de serviço ou se não puder ser aposentado, a mesma entidade tem de aplicar a pena de demissão." (vide Acórdão do TUI no Processo n.º 22/2004, sublinha nossa)

A brilhante orientação jurisprudencial acima transcrita denota que é discricionária a escolha, pela Administração com competência disciplinar, entre a demissão e a aposentação compulsiva quando o agente reunir o período de 15 anos de serviço contados para efeitos de aposentação.

À luz das doutrinas e jurisprudências firmemente adquiridas no que digam respeito aos poderes discricionários e ao significado do princípio da proporcionalidade, afigura-se-nos que o despacho in quaestio não eiva do erro grosseiro nem da injustiça intolerável, por isso mesmo, não viola o princípio da proporcionalidade ou o da adequação.

Por todo o expendido acima, propendemos pela improcedência do presente recurso contencioso.”

本法院對此案有管轄權，且訴訟形式恰當。

雙方當事人享有當事人能力、訴訟能力、正當性及訴之利益。

不存在可妨礙審理案件實體問題的延訴抗辯及無效之情況。

二、理由說明

根據本卷宗及行政卷宗所載的資料，得以認定以下對審理本司法上訴案屬重要的事實：

司法上訴人自 1993 年起擔任治安警察局警員。

司法上訴人因觸犯十二項《刑法典》第 348 條第 1 款規定的

“違反保密罪”，於 2018 年 7 月 23 日被澳門初級法院合共判處 2 年 9 個月徒刑，暫緩 3 年執行。(見行政卷宗第 533 至 656 頁，在本裁判中視為完全轉錄)

治安警察局針對司法上訴人提起紀律程序。

澳門保安部隊司法暨紀律委員會根據第 66/94/M 號法令核准的《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 318 條第 1 款 e 項及第 2 款的規定，於 2019 年 10 月 21 日召開了會議，會後一致認為應對司法上訴人科處撤職處分。(見行政卷宗第 820 至 823 頁)

保安司司長於 2019 年 10 月 29 日作出第 086/SS/2019 號批示，內容如下：(見行政卷宗第 826 及 827 頁)

“Processo Disciplinar n.º 139/2017

Arguida: Guarda Principal n.º ..., A, do CPSP

Resulta dos presentes autos de processo disciplinar que a arguido, Guarda Principal n.º ..., A, do Corpo de Polícia de Segurança Pública, foi condenada por Acórdão, com trânsito em julgado, proferido no Processo Comum Colectivo n.º CR4-17-481-PCC, do 4º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Base.

A condenação definitiva em acção penal constitui caso julgado em matéria disciplinar quanto à existência material e autoria dos factos, nos termos do disposto no artigo 263º do Estatuto dos Militarizados das Forças de segurança de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/94/M, de 30 de Dezembro sendo nesses factos, que fundamentaram a condenação da arguida e que aqui, por brevidade, se dão como inteiramente reproduzidos que de fundamenta o presente despacho.

A arguida foi, pois, condenada na pena de 2 anos e 9 meses de prisão,

suspensa na sua execução pelo período de 3 anos, pela prática de 12 crimes de violação de segredo profissional – 348º n.º 1 do Código Penal -, traduzida na pesquisa e revelação a colegas seus, de dados relativos aos registos de movimentos fronteiriços de cidadãos, com o objectivo, que bem conhecia, daqueles urdirem procedimentos fraudulentos de facilitação ilícita da entrada e saída na RAEM desses mesmo cidadãos, em violação das leis de migração.

Esta conduta criminal afecta de forma afrontosa o dever geral de prosseguimento do interesse público – artigo 5º n.ºs 1 e 3 do EMFSM -, a que a militarizada está sujeita, negando em absoluto o respeito pela legalidade e o sentimento de confiança que a sua actuação no dia-a-dia, quer esteja em funções ou fora delas, deve projectar no seio da sociedade. Além disso, ao praticar os crimes supra referidos o arguido constitui-se em infracção ao dever de aprumo do artigo 12º do citado estatuto, na formulação que lhe confere a alínea o) do seu n.º 2, bem como ao dever de sigilo, previsto nas alíneas a) e c) artigo 10º.

Este comportamento da arguida é revelador da sua incapacidade para se inibir de comportamentos que possam atingir a dignidade e o prestígio da corporação a que pertence, afecta a confiança que é suposto as forças de segurança induzirem na população, como reserva de um conjunto de valores estruturantes do interesse público, em geral e da segurança pública, em particular, em caso algum devendo dar causa a que o cidadão comum reveja nos seus agentes a degradação da imagem dos poderes públicos, como o fazem os factos que lhe são comprovadamente imputados.

A arguido tornou, com muitos anos de serviço, conhecedora do rigor que a sua corporação coloca na execução das leis de migração, tinha a obrigação de saber, no mínimo questionar, que a finalidade dos registos pedidos e informados

a terceiros, visavam comportamentos fraudulentos, pelo a sua conduta ilícita subsumível às previsão da alínea n) do n.º 2 do artigo 238º do EMFSM, por inviabilidade da relação funcional, mesmo que ponderada uma atenuante geral do bom comportamento anterior aos factos – alínea b) do n.º 2 do artigo 200º daquele estatuto.

O Secretário para a Segurança, no uso dos poderes executivos que lhe advêm do n.º 1 da Ordem Executiva n.º 111/2014, com referência à competência disciplinar atribuída pelo Anexo G ao artigo 211º do EMFSM;

Ouvido o Conselho de Justiça e Disciplina;

Pune a arguida, Guarda Principal n.º ..., A, do Corpo de Polícia de Segurança Pública, com a pena disciplinar de DEMISSÃO, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 219º, alínea g), 224º e 238º n.º 2 als h) e n), com os efeitos do artigo 228º, todos os normativos citados do EMFSM.

Notifique a arguida do presente despacho e de que do mesmo pode recorrer contenciosamente para o Tribunal de Segunda Instância, no prazo de 30 dias após a respectiva notificação.”

*

現在讓我們就司法上訴人提出的問題作出分析。

司法上訴人因觸犯十二項《刑法典》規定的“違反保密罪”而被澳門初級法院合共判處 2 年 9 個月徒刑，暫緩 3 年執行。

司法上訴人認為撤職處分只適用於《澳門保安部隊軍事化人員通則》(以下簡稱“通則”)第 240 條所規定的情況，但由於案中情況並不符合該規定，因此認為有關行政行為沾有違反法律的瑕疵。

《通則》第 238 條規定：

“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。(下劃線為我們所附加)

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。”

而《通則》第 239 條規定：

“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。”

另外，《通則》第 240 條又規定：

“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。”

終審法院第 71/2015 號合議庭裁判提出以下見解：

“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。”

按照終審法院對上述條文的理解，本院認為即使司法上訴人所實施的違紀行為並不符合《通則》第 240 條款 c 項所列出的情況，但亦不妨礙對作出違紀行為的軍事化人員科處強迫退休處分或撤職處分。在此情況下，行政當局須認定存在因違紀行為而引致出現職務關係不能維持的情況，也就是說，符合《通則》第 238 條所規定的一般要件即可。

基於此，上訴所針對之實體引用《通則》第 238 條，而非第 240 條的規定，對司法上訴人科處撤銷處分，相關決定不存在錯誤適用法律的情況，從而並無沾有違反法律的瑕疵。

*

另一方面，司法上訴人表示其加入警隊至今已 26 年，符合強迫退休處分的條件，加上其過往行為良好、受過嘉獎及上級對其有良好的評語，認為上訴所針對之實體應對其科處強迫退休的紀律處分。

司法上訴人又主張被訴的行政行為違反了《行政程序法典》第 5 條第 2 及第 3 款所規定的適當及適度原則。

事實上，在強迫退休和撤職的紀律處分中作出選擇存在一個自由裁量（見終審法院第 7/2006 號合議庭裁判）。

另外，終審法院第 8/2019 號合議庭裁判亦提到：

“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，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)。

根據《通則》第 238 條第 1 款及第 2 款 h 項的規定，軍事化人員違反職業保密或作出損害本地區或第三人之洩密行為；以及第 2 款 n 項的規定，作出顯示其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，都可被科處強迫退休處分或撤職處分。

在本個案中，司法上訴人在未經部門同意下擅自登入治安警察局的電腦系統，先後十二次查核了某些人士的出入境記錄及監控名單記錄，並將有關資料交予同案的另一名前治安警察局首席警員，其行為不但違反保密義務，還有違職業道德和嚴重影響治安警察局的聲譽。

考慮到行政當局在針對違紀行為而選擇哪一處罰種類及處罰幅度的問題上享有一定的自由裁量權，因此不得透過司法爭訴予以審查。加上被訴的行政行為並無出現任何明顯錯誤或絕對不合理的情況，故此亦不存在對適度原則的違反。

基於此，准予維持被質疑的行政行為。

三、決定

綜上所述，本院合議庭裁定司法上訴人 A 針對保安司司長提起的司法上訴理由不成立，予以維持被質疑的行政行為。

司法上訴人須負擔八個計算單位的司法費。

登錄及作出通知。

澳門特別行政區，2020 年 7 月 23 日

唐曉峰

李宏信

賴健雄

米萬英