

第 7/2006 號案件

行政司法裁判的上訴

上訴人：甲

被上訴人：經濟財政司司長

主題：上訴。新問題。紀律程序。撤職處分。禁止雙重考量原則或不得重複審理原則。自由裁量。撤銷性司法上訴。完全審判權的訴訟。行政行為利用原則。

裁判日期：2006 年 5 月 10 日

法官：利馬（裁判書制作法官）、岑浩輝和朱健。

摘要：

一、向終審法院提起的司法裁判上訴並非旨在就新的問題作出裁判，因此如問題沒有在下一級法院上訴審中被提出，那麼終審法院不得對其進行審理，但屬依職權審理之事宜除外。

二、在如博彩監察暨協調局的公共部門內，因一位公務員連續 11 天缺勤而需要調整值更表，原則上並不構成《澳門公共行政工作人員章程》

第 283 條第 1 款 b) 項規定的“確實發生損害公共部門之結果”的加重情節，但因存在特別之情節而可以以個案方式考慮者除外。

三、如果認為所存在的加重情節（確實發生損害公共部門之結果）因以構成違紀類別而存在，且已作為案中（在一曆年內，無合理解釋而缺勤 30 天）違紀不法行為類別的組成部分，則基於禁止雙重考量原則或不得重複審理原則，法院不能考慮該加重情節。

四、儘管存在瑕疵而且不把行為視為無效，行政行為之利用原則僅適用於限定性行政行為的領域，而不能用於在強迫性退休和撤職的紀律處分中作出選擇的情況，因此等選擇有自由裁量的空間。

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

博彩監察暨協調局特級督察甲，針對經濟財政司司長 2005 年 6 月 17 日的批示提起撤銷性司法上訴，該批示對上訴人科處撤職處分。

中級法院透過 2005 年 12 月 15 日的合議庭裁判駁回上訴。

甲不服裁判，提起本司法裁判上訴，在上訴理由闡述的最後部分提出以下結論：

1. 被上訴的裁判有多種違法性：(1) 因欠缺依據而導致的形式方面的瑕疵，(2) 因裁判的事實前提錯誤而導致的違反法律的瑕疵，(3) 因違反適度原則和公正原則而導致的違反法律的瑕疵，根據法律的一般規定，這造成裁判可予以撤銷。

2. 僅上訴人的行為本身在客觀上不可能產生任何確實有損於公共部門或一般利益的結果，更不要說上訴人可以或者應當預見到這一後果了。

3. 面對處以強迫退休處分和撤職處分這兩種可能，在沒有有效理據的情況下選擇後者導致裁判無效。

4. 儘管法院不能代替行政當局確定紀律處分的輕重，但這並不是說，在處罰性決定違反了法律規定的分別科酌的一般標準，或者超越了相關的法規界限，或者沒有考慮到對嫌疑人不利或有利的各種情節的情況下，法院不能對該決定的合法性進行審查。

5. 行政當局在確定紀律處分的輕重中享有的自由裁量權，如果屬於這裏所指的嚴重或巨大錯誤的情況，可由法院對其進行審查。

6. 科處的處罰與所犯的過失明顯不適度，從處分批示選擇撤職處分以對違反勤謹義務的行為進行處罰可見，因其違反適當和必要方面的適度原則以及公正原則而存在違反法律的瑕疵，對於這一瑕疵，被上訴的法院本應承認。

7. 被上訴的裁判認為，缺勤逾 30 天，其間並未提供任何解釋，便推定確實產生了損害公共部門或一般利益的結果，這種看法沒有法律依據，

因為確實產生有害結果這一加重情節並不構成其所觸犯的違紀行為種類。

8. 損害公共部門或一般利益的結果的確實發生，不可能單單是由行為人無正當理由的缺勤造成的，這是因為，假若是那樣的話，就不會存在與上述加重情節絕不相同的違反勤謹義務的任何問題了。

9. 如果裁判所依據的前提不正確，立法者給予自由裁量權時所指望的自由審查就會落空，核實真正出現的前提要件構成了自由裁量行為的約束機制。

10. 如果在相應等級之內科處的處分出現巨大或嚴重錯誤，那末可對其正確性進行司法監督。

11. 如果說法院不能代替行政當局確定紀律處分的輕重，但這並不意味着，在處罰性決定違反了法律規定的分別科酌的一般標準的情況下，法院不能對該決定的合法性進行審查。

12. 被上訴的裁判主要違反了《行政訴訟法典》第 76 條（最後部分）和《澳門公共行政工作人員通則》第 316 條第 1 款和第 5 款的規定；還違反了《澳門公共行政工作人員通則》第 283 條第 1 款 b 項（在不具備相關前提的情況下適用該條）；最後，違反了適度原則和公正原則。

助理檢察長出具以下意見書：

甲對駁回其司法上訴的中級法院的合議庭裁判不服，向終審法院提起上訴。

上訴人稱被上訴的裁判有多種違法性，提出裁判的事實前提錯誤、選擇撤職處分欠缺依據，以及因違反適度原則和公正原則而違反法律。

上訴人主要在兩方面對被上訴的裁判不服：一方面是，被上訴的裁判認為，嫌疑人在 2005 年內連續缺勤逾 30 天，其間未提供任何解釋，據此可以推定確實產生了損害公共部門的結果；另一方面是關於對其科處撤職處分的適度性和適當性。

讓我們來看一看。

根據《澳門公共行政工作人員通則》第 283 條第 1 款 b 項的規定，“損害公共部門或一般利益之結果確實發生，而公務員或服務人員可以預見或應該預見其行為必然產生此後果”被視為紀律責任的加重情節之一。

上訴人辯稱，其行為本身“在客觀上不可能產生確實有損於公共部門或一般利益的任何結果”，更不要說上訴人“可以或者應當預見到這一後果”了。

但是，卷宗表明，上訴人當時為博彩監查暨協調局特級督察，被編排在澳門數個娛樂場當值。

從 2005 年 3 月 17 日起，至行政預審程序中提起控訴的 4 月 26 日止，上訴人連續缺勤，其間未提供任何解釋。

由於嫌疑人的缺勤而導致必須每天更改值更表，因應其行為和這對部門造成的不便，所以不在值更表上編排上訴人輪值（見被上訴的批示第 20 條）。

行政當局還認為，上訴人“是在自由和有意識的情況下作出上述行為，而該行為顯示其完全失去履行職業義務之意，損害了其作為博彩督察在職務上的尊嚴和名譽”（見被上訴的批示第 26 條）。

因此認為具備《澳門公共行政工作人員通則》第 283 條第 1 款 b 項所指的加重情節。

我們同意這種看法，雖然對不同意見也非常尊重。

顯然，任何公務員或服務人員缺勤，都必須進行相關的替代。

在本案中我們處理的是一個例外情況，上訴人連續缺勤逾 30 天，博

彩監察暨協調局不得不每天更改值更表，最後將其排除在輪值更表之外。

我們必須從這樣的前提出發：所有公務員都是必要和有其作用的，有其本身的崗位，沒有任何人時刻準備着去代替他。

所謂“損害公共部門或一般利益之結果”，可以具有各種性質。

上訴人的行為因其缺勤的期間及其公開(上訴人未對這一加重情節提出爭執)而不能不對公共部門造成負面後果，損害了博彩監察暨協調局所擔負職務的尊嚴和聲譽，因此我們認為，可以說有害的結果已經“確實發生”。

同樣也應當得出結論認為，上訴人可以預見其行為造成的後果。

根據主要就上訴人質疑的批示所作的上述考慮，我們認為，上訴人提出被其質疑的決定因為欠缺理據而有形式方面的瑕疵，這種說法是沒有道理的，這是因為，該行政行為與檢察院司法官在司法上訴中出具的意見書中所闡述的看法完全一致，其理據清楚、充分並具有說服力，表明了對上訴人科處撤職處分的事實和法律方面的理由。

上訴人還主張，雖然他承認行政當局享有在強迫退休和撤職之間進行

選擇的自由裁量權，並非必須要科處其強迫退休的處分，但是，科處其撤職處分不能被視為適度和適當的。

根據《澳門公共行政工作人員通則》第 315 條第 1 款的規定，一般科處強迫退休或撤職處分對引致不能維持職務上的法律狀況的違紀行為，在其第 2 款例舉了一些應科處該等處分的情況，包括公務員或服務人員“在同一曆年內，無合理解釋而連續缺勤 20 日或間斷缺勤 30 日”的情況——見 f 項。

強迫退休處分僅針對最少具有為退休之效力而計算的 15 年服務時間的公務員或服務人員，否則科處撤職處分(第 315 條第 3 款)。

根據卷宗中已查明的事實，上訴人在 2005 曆年內連續缺勤逾 30 日而無作出任何解釋，其行為顯然符合上述第 315 條第 2 款 f 項的規定。

另一方面，從卷宗中可以看出，上訴人已有 15 年以上的服務時間。

這樣，可以對上訴人科處撤職處分或者強迫退休處分，因為根據第 315 條第 3 款的規定，不是必須對服務時間滿 15 年的公務員或服務人員科處後一種處分，但對不具備上述條件者則必須科處撤職處分。

因此，既然現在的問題不屬於由被限定的決定所要解決的問題，而行

政當局是在行使其自由裁量權的範圍之內作出決定的，除特別情況外，就不受司法監督。

正如駐中級法院司法官在其意見書中所主張的，“法官的干預僅限於存在嚴重錯誤的情況，或者說，僅限於行政當局所作出的決定由於偏離了必須遵守的公正原則和適度原則而在任何情況下均不可能視為合法，因此出現明顯不公正或者給予的處罰與所犯過錯之間明顯不相稱的那些偶然情況”。

還有，“只有在決定以不可容忍的方式違反了適度原則，法官才應介入對行政當局遵守適度原則問題的審查”，這一點還見《行政訴訟法典》第 21 條第 1 款 d 項，該項規定，“違反法律，包括行使自由裁量權時有明顯錯誤，或絕對不合理行使自由裁量權”是提起上訴的依據之一（見終審法院於 2003 年 10 月 15 日在第 26/2003 號案件中作出的合議庭裁判）。

在本案中，根據卷宗中查明的事實，我們不認為行政當局所科處的撤職處分明顯不適度，沒有違反更沒有以不可容忍的方式違反適度原則和公正原則。

綜上所述，我們認為應駁回上訴。

二、事實

被上訴的裁判認定了以下事實：

經濟財政司司長於 2005 年 6 月 17 日作出以下批示：

“批示

紀律程序

博彩監察協調局局長透過 2005 年 3 月 28 日發出的批示，向該局編制內以確定委任方式任用之第三職階特級督察甲提起紀律程序。

在履行《澳門公共行政工作人員通則》第三百二十八條第一款和第三款，以及第三百二十九條第一款、第二款和第三款的有關規定後，向嫌疑人提起控訴並按照上述通則第三百三十二條第二款的規定在控訴書內分條列出一切可歸責嫌疑人之事實及構成違反義務之行爲。

鑒於嫌疑人下落不明，故必須按照《澳門公共行政工作人員通則》第三百五十三條第二款的規定來處理，即在 2005 年 5 月 4 日第十八期《公報》第二組內和本澳兩份日報上(一份為中文，另一份為葡文)刊登有關控訴書，並予以嫌疑人三十日時間作出書面辯護。

嫌疑人在法定期限內並無爲上述事宜作出書面辯護，亦無聲請進行任何程序行爲。

預審員在其編製的報告書中建議根據《澳門公共行政工作人員通則》第三百一十五條的規定，向嫌疑人採取強迫退休或撤職處分。

因此，本人視控訴書第 90 頁至第 95 頁所載的第一條至第三十條之事實為已經證實之事實，現為著一切法律效力將之轉錄如下：

第一條

嫌疑人甲以確定委任方式於博彩監察協調局擔任第三職階特級督察一職，其員工編號為 XX 號。

第二條

根據值更表所示，特級督察甲被編排於 2005 年 3 月 17 日下午 6:00 時至凌晨零時(00:00)到娛樂場(1)當值。

第三條

2005 年 3 月 17 日當日，嫌疑人預先通知輪值的督察主任乙先生（其編號為 XX)其因患病不能上班後便缺勤。乙先生則將該事實記錄於每日報告書內。

第四條

根據值更表所示，嫌疑人被編排於 2005 年 3 月 18 日凌晨零時 (00:00)至早上 06:00 時於娛樂場(2)當值。

第五條

2005 年 3 月 18 日當日，嫌疑人預先通知輪值的督察主任丙先生(其編號為 XX)其因患病不能上班後便缺勤。丙先生則將該事實記錄於每日報告書內。

第六條

其後，嫌疑人並沒有就 2005 年 3 月 17 及 18 兩日缺勤之事而按照《澳門公共行政工作人員通則》第一百條的規定提交載於其中的任何能合理解釋其病況的檔，以產生同一法規第八十九條的效力。

第七條

2005 年 3 月 19 日，嫌疑人被編排於當日下午 06:00 時至凌晨零時(00:00)在娛樂場(3)當值，然而當日嫌疑人並無上班，事前亦沒有通知督察主任其將缺勤，更無表示其生病。

第八條

根據值更表所示，嫌疑人被編排於 2005 年 3 月 20 日凌晨零時(00:00)至早上 06:00 時在娛樂場(4)當值，然而當日嫌疑人並無上班。

第九條

根據值更表所示，嫌疑人被編排於 2005 年 3 月 22 日下午 06:00 時至凌晨零時(00:00)在娛樂場(5)當值，然而當日嫌疑人再度缺勤。

第十條

根據值更表所示，嫌疑人被編排於 2005 年 3 月 23 日凌晨零時(00:00)至早上 06:00 時在娛樂場(6)當值，然而當日嫌疑人並無上班。

第十一條

根據值更表所示，嫌疑人被編排於 2005 年 3 月 24 日中午 12:00 時至下午 06:00 時在娛樂場(7)當值，然而當日嫌疑人並無上班。

第十二條

根據值更表所示，嫌疑人被編排於 2005 年 3 月 25 日下午 06:00 時至凌晨零時(00:00)在娛樂場(8)當值，但當日嫌疑人再度缺勤。

第十三條

根據值更表所示，嫌疑人被編排於 2005 年 3 月 26 日凌晨零時(00:00)至早上 06:00 時在娛樂場(1)當值，然而當日嫌疑人並無上班。

第十四條

根據值更表所示，嫌疑人被編排於 2005 年 3 月 27 日早上 06:00 時至中午 12:00 時在娛樂場(2)當值，然而當日嫌疑人並無上班。

第十五條

根據值更表所示，嫌疑人被編排於 2005 年 3 月 28 日早上 06:00 時至下午 05:00 時在娛樂場(2)當值，但當日嫌疑人再度缺勤。

第十六條

根據值更表所示，嫌疑人被編排於 2005 年 3 月 29 日上午 11:00 時至下午 05:00 時在娛樂場(9)當值，然而當日嫌疑人並無上班。

第十七條

根據值更表所示，嫌疑人被編排於 2005 年 3 月 30 日中午 12:00 時至下午 06:00 時在娛樂場(8)當值，然而當日嫌疑人再度缺勤。

第十八條

嫌疑人持續缺勤期間並無向上級交代原因，亦沒有呈交任何可作合理解釋的文件。

第十九條

按照 2005 年 3 月份值更表上所編排的輪值更數而論，嫌疑人已連續缺勤 11 日，期間並無呈交任何文件以作解釋。

第二十條

由於嫌疑人的缺勤情況必須每天更改值更表，這對部門造成不便，故上級最終決定不在值更表上編排嫌疑人輪值，但註明其缺勤。

第二十一條

嫌疑人從 2005 年 3 月 17 日起至 4 月 26 日(後者為編製本控訴書之日期)已再沒有上班，亦沒有就其缺勤情況提交任何可作為合理解釋的文件。

第二十二條

儘管部門同事都盡了力嘗試透過電話聯絡嫌疑人，但嫌疑人始終沒有聯絡上級，亦沒有聯絡博彩監察協調局。

第二十三條

嫌疑人於曆年 2005 年內連續(不合理)缺勤逾 30 天，期間並未提供任何解釋。

第二十四條

博彩監察協調局於 2005 年 4 月 19 日接到澳門特別行政區檢察院的通知，獲悉檢察院已向嫌疑人發出非現行犯的拘留命令狀，檢察院並要求博彩監察協調局協助，在發現嫌疑人的蹤影時將之拘留。

第二十五條

有跡象顯示嫌疑人觸犯一項或多項罪行；其現時之行蹤不詳。

第二十六條

嫌疑人是在自由和有意識的情況下作出上述行為，而該行為顯示嫌疑人完全失去履行職業義務之意，嫌疑人損害了其作為博彩督察在職務上的尊嚴和名譽。

第二十七條

根據上述事實，嫌疑人作出的行為已讓其處於不能維持其職業法律狀況的地步。

第二十八條

嫌疑人犯下嚴重過錯，其行為違反了《澳門公共行政工作人員通則》第二百七十九條第二款 g 項和第九款規定的勤謹義務；同一法規第三百一十五條第二款 f 項規定可就該等違反處以強迫退休或撤職處分。

第二十九條

嫌疑人工作十年以上，且工作評核均為“良”；根據《澳門公共行政工作人員通則》第二百八十二條 a 項的規定，此屬對嫌疑人有利的減輕情節。

第三十條

根據澳《門公共行政工作人員通則》第二百八十三條第一款 b 項和 i 項的規定，損害公共部門或一般利益之結果確實發生和違紀行為之公開均為不利於嫌疑人的加重情節。

嫌疑人於 2005 年曆年內連續缺勤逾 30 天，期間並未向上級提供任何理由

以排除其行為之不法性或過錯，同時，嫌疑人是在自由和有意識的情況下缺勤，其行為顯示其完全無意履行職業義務。

嫌疑人犯下嚴重過錯，其行為違反了《澳門公共行政工作人員通則》第二百七十九條第二款 g 項和第九款規定的勤謹義務；而同一法規第三百一十五條第二款 f 項規定可就該等違反處以強迫退休或撤職處分。

根據《澳門公共行政工作人員通則》第二百八十三條第一款 b 項和 i 項的規定，分別是損害公共部門或一般利益之結果確實發生和違紀行為之公開均為不利於嫌疑人的加重情節。

嫌疑人工作十年以上，且工作評核都為“良”；根據《澳門公共行政工作人員通則》第二百八十二條 a 項的規定，此屬對嫌疑人有利的減輕情節。

嫌疑人身為公務員且作為博彩督察，其必須持莊重態度履行職務，防止其所屬部門的目的和任務不被尊重或名譽受損。

嫌疑人的行為顯示其完全失去履行職務上義務的意思；嫌疑人不尊重其所屬部門，該部門的其中任務正是監察、監督和監管娛樂場、博彩廳、博彩區域及其他供經營娛樂場幸運博彩或其他方式博彩的區域的入場情況及運作，以及監察對娛樂場幸運博彩或其他方式博彩的各類博彩方式的經營的法律規定、法規規定及合同規定的遵守情況；嫌疑人使自己處在不能維持其職業法律狀況的處境。

決定：

經全面考慮後，本人現決定：

1. 現按照《澳門公共行政工作人員通則》第三百二十二條的規定，並行使刊登於 2000 年 2 月 28 日第九期《澳門特別行政區公報》第一組內的 2 月 28 日第 12/2000 號行政命令所賦予的權限，對博彩監察協調局編制內以確定委任方式任用之第三職階特級督察甲科處《澳門公共行政工作人員通則》第三百一十五條第一款和第二款 f 項規定的撤職處分，並產生上述通則第三百一十一條的效力。

2. 將本紀律程序送交博彩監察協調局局長，由該局根據《行政程序法典》的適用規則將本批示內容通知嫌疑人並執行有關決定的隨後事項。”

這就是被上訴的行為。

三、法律

1. 要審理的問題

要審理的問題如下：

一個問題為要想知道，當被上訴之行為選擇了撤職處分時，因在違例行為（自 2005 年 4 月 17 日始連續缺勤而沒有任何解釋）與所作的處分間存在明顯的不適當，是否違反了適度和公正原則。

關於此一問題，有必要說明的是我們將不會審議在本司法裁判上訴中提出的另一個問題，即要想知道，可以在強迫退休和撤職處分之間作選擇的情況下，被上訴之行為是否要解釋為何選擇後一種處分而不是前者。由於上訴人在司法上訴中沒有提出該問題，而根據本法院一貫的司法見解，即向終審法院提起的司法裁判上訴並非旨在就新的問題作出裁判，因此如問題沒有在下一級法院上訴審中被提出，那麼終審法院不得對其進行審

理，但屬依職權審理之事宜除外，而本案不屬這種情況（2005年6月29日在第15/2005號上訴案中所作的裁判），因此我們將不會審理此一問題。

另一個要審理的問題是想知道，除了缺勤外，在沒有證明任何其他事實的情況下，認為“確實產生了損害公共部門或一般利益的結果”這一加重情節是否違反了《澳門公共行政工作人員章程》第283條第1款b)項的規定。

我們將首先審理後一個問題，因為如果此一問題成立（意思為：被上訴之行為不能如已作出的決定那樣，認定其為一個加重情節），我們就不能對在作出撤職處分中違反適度和公正原則這個問題進行審理。

2. “確實產生了損害公共部門或一般利益的結果”的加重情節

那麼讓我們看看，被上訴之合議庭裁判認為存在“確實產生了損害公共部門或一般利益的結果”這一加重情節，是否違反了《澳門公共行政工作人員章程》第283條第1款b)項的規定。

上訴人因無合理解釋而連續缺勤30天而被處以撤職處分。

確實，《澳門公共行政工作人員章程》第 315 條規定：

“第三百一十五條

(強迫退休或撤職)

一、強迫退休或撤職處分一般對引致不能維持職務上之法律狀況之違紀行為科處。

二、尤其可對下列公務員及服務人員科處上述之處分：

a) ...

b) ...

c) ...

d) ...

e) ...

f) 在同一曆年內，無合理解釋而連續缺勤二十日或間斷缺勤三十日者；

g) ...

h) ...

i) ...

j) ...

l) ...

m) ...

n) ...

o) ...

三、...”

此外，《澳門公共行政工作人員章程》第 283 條規定：

“第二百八十三條

(加重情節)

一、紀律責任之加重情節為：

a) ...

b) 損害公共部門或一般利益之結果確實發生，而公務員或服務人員係可以預見或應該預見其行為必然產生此後果；

c) ...

d) ...

e) ...

f) ...

g) ...

h) ...

i) ...

j) ...

1) ...

二、...

三、...

四、...

五、...”

然而，從整個處分批示的理據來看，除了被上訴批示中有關結論性內容外，我們找不到任何有關因上訴人的缺勤而給部門帶來損害的具體內容。

在司法上訴的抗辯中，被上訴實體確實提出了控訴書中的第 20 條內容——在處分行為中被視為認定的事實。而在該條中，在敘述了有關的缺勤後，寫道：

“第二十條

由於嫌疑人的缺勤情況必須每天更改值更表，這對部門造成不便，故上級最終決定不在值更表上編排嫌疑人輪值，但註明其缺勤”。

也就是說，即使在被上訴實體看來，所提到的、載於第 20 條中的事實是唯一載於處分決定中的、可能構成確實產生了損害公共部門或一般利益的結果的加重情節的事實。

即便是該第 20 條的事實，也必須作出恰當的區分。上訴人確實自 2005 年 3 月 17 日至 4 月 26 日連續缺勤，但僅被編進 2005 年 3 月 17 日至 31 日的值更表內，因為之後，他就在值更表內被除名了。也就是說，一如載於控訴書第 19 條——在終局行為內被視為認定的事實——根據 2005 年 3 月值更表內所確定的輪值次序，嫌犯在沒有提交任何解釋的情況下，連續缺勤 11 天。

這樣就足以認定確實產生了損害公共部門或一般利益的結果嗎？

不足以。

在如博彩監察暨協調局那樣的公共部門內，因一位公務員缺勤而導致有必要變動值更表，不可能構成確實產生了損害公共部門或一般利益的結果，除非出現了特別的情況，但沒有提出來，而且對該等特別情況也只能作個案分析。

確實，博彩監察暨協調局擁有一組督察以便應付偶然缺勤的情況，而

事實上，每天都有公務員因病或其他原因而在沒有預先通報的情況缺勤。

那麼，公共部門必須，而且肯定作出準備以確保有人予以頂替，因此，純因有需要而對值更表作出調整不能構成所提到的加重情節，但特定情況除外，只是沒人提出。

3. 禁止雙重考量原則或不得重複審理原則

更不能說——一如被上訴裁判所做那樣——因為“嫌犯在沒有提交任何解釋的情況下連續缺勤 30 天...就推定——其對公共部門造成損害的結果”。

首先，即使如被上訴實體所理解那樣——載於有關抗辯書內——僅涉及嫌犯已被編入值更表內的 11 天缺勤，而不包括其他 30 天。

其次，如果上述觀點正確的話，其所導致的結果是明顯違反法律的。

即是，如果在沒有提交任何解釋的情況下連續缺勤 30 天，就推定其對公共部門造成損害的結果的話，那麼我們必將此情節歸入到《澳門公共行政工作人員章程》第 315 條第 2 款 f) 項所載的違紀類別內了。

如果是這樣的話，那麼被上訴裁判就不能把對公共部門內造成損害的結果作為載於《澳門公共行政工作人員章程》第 283 條第 1 款 b) 項的加重情節那樣來認定了，因為那樣就與載於《刑法典》第 65 條第 2 款的禁止雙重考量原則或禁止重複審理原則相衝突了¹——根據《澳門公共行政工作人員章程》第 277 條而補充適用——根據該等原則，法院在量刑時，只能考慮那些不構成罪狀的情節。

4. 自由裁量。撤銷性司法上訴。完全審判權的訴訟。

最後，被上訴之合議庭裁判還進一步提出另一理據，以便即使所提到的加重情節存在，也不具重要性，該理據是，認為提出該情節是多餘的，因為根據《澳門公共行政工作人員章程》第 315 條第 2 款 f) 項規定，沒有合理解釋而缺勤已足以對其處以撤職的處分。

那麼，即便認為在一曆年內，在沒有任何其他情況下，僅無理缺勤 30 天已經構成了撤職處分的要件觀點正確——對此問題不必進行審理——在如我們的法律制度中，司法機關在撤銷性司法上訴案，尤其是紀律程序上

¹ 關於此原則，參見 J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, Parte Geral, II, As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias 出版社, 1993, 第 234 頁及續後各頁, 及 GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Parte Geral, III, Teoria das Penas e das Medidas de Segurança*, Lisboa/São Paulo, Editorial Verbo 出版社, 1999, 第 135 和 136 頁。

訴案中的干預是有限制的，因此認為該加重情節屬多餘的理解是沒有法律依據的。

確實，一如我們於 2003 年 12 月 17 日在第 29/2003 號上訴案內所作的合議庭裁判所言“在對處罰行為提起的撤銷性司法上訴中，如果法院認為處罰所依據的兩個事實中的一個不存在，那末就必須撤銷該行為，而不得宣稱以另一個已認定事實作為該處罰的依據。在執行撤銷性判決方面，行政當局有權作出相關評價，原則上說，行政當局既可以維持也可以減輕原處罰，甚至不科處任何處罰。²法院不應侵犯屬於行政當局的領域，因為我們涉及的並非具完全審判權的行政訴訟的範疇，也不是被限定的領域，而是在一個行政當局擁有自由決定空間的領域中，因此絕對不存在行政行為利用原則的問題^{3 4}”。

該等看法經必要變更後，適用於本案。儘管在作出撤職處分時，已經考慮了一個不存在的加重情節，但僅應由行政當局去考慮應否維持已作出的處分。

也就是說，在強迫退休和撤職的紀律處罰中作出選擇存在一個自由裁

² 原則上說，只是不得加重處罰。

³ 人們知道，行政行為利用原則，即雖然有瑕疵存在也不使行為無效，僅在被限定行為範圍內起作用，而在衡量紀律處分領域則不然，這一領域有自由裁量空間。

⁴ 提供大量的司法見解資訊並詳細闡述這一問題，見 o *Boletim do Ministério da Justiça* 第 490 期，第 102 頁至 103 頁。

量—法律把此等決定權保留予行政當局—如果認為不存在一個加重情節，而作出處分的行為又不當地予以認定的話，法院不能決定應作出哪種處分。在此情況下，僅應當以違法為由，撤銷行政行為—在司法上訴中，法律賦予法院此等職能—交還給行政當局去審理此等情況，由行政當局去履行對此作出審理的法律職能，而此職能構成了行政當局的自由裁量權。

結論是，無論是被上訴的合議庭裁判，還是被上訴之行政行為，均違反了《澳門公共行政工作人員章程》第 283 條第 1 款 b) 項的規定，並因此而廢止前者，撤銷後者。

四、決定

綜上所述，廢止被上訴之合議庭裁判，並撤銷被上訴之行政行為。

兩審中均不科處訴訟費用。

2006 年 5 月 10 日，於澳門。

法官：利馬（裁判書製作法官）— 岑浩輝 — 朱健

出席評議會的檢察院司法官：宋敏莉