(譯本)

紀律程序
舉證責任
事實前提的錯誤
處罰之適當性及適度性

摘要

一、儘管在行政程序中主觀或形式舉證責任不適用。這意味著法官只能考慮各利害關係方陳述及證明的事實。肯定的是，永遠存在客觀舉證責任，因為它基於陳述負擔的適當分配，換言之，為了分配無證據的風險，沒有陳述其程序中堅持的立場所依據的事實一方，承擔不利後果。

二、關於證據審查，生效著自由評價原則，按此原則，行政機關在分析帶入程序之證據資料時不服從嚴格的形式標準。它要求的是作出審慎的價值判斷，絕不忘記合法性、謀求公共利益、保護市民權利、平等、公正及適時等基本原則。

三、無論解釋或者不當適用一項法律規範中之錯誤，還是基於實體上不存在或錯誤分析的事實的錯誤，都屬於違反法律的瑕疵。

四、紀律程序中嫌疑人行為的衡量性判斷，不能在沒有責任的主觀歸責之情況下作出，只證明存在違反法律的行為並不足夠。

五、將事實定性為違紀行為，並納入或代入一般處罰條款是在司法上可審查的。在有關尺度內訂定紀律處分才是司法上不可審查的，法官不能將其審理權凌駕於擁有紀律權的當局之上。因為在該領域，法官的參與僅限於嚴重錯誤的情形，即在科處的處罰與觸犯的錯失之間具備明顯不公正或明顯失度的情形。

2003 年 5 月 15 日合議庭裁判書
第 99/2002 號案件
裁判書製作法官：João A. G. Gil de Oliveira（趙約翰）

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

一、概述

甲，未婚，出生於澳門，葡萄牙國籍，持澳門居民身份證 XXX，1982 年 3 月 10 日發出，居住在澳門 XXX，針對保安司司長 2002 年 4 月 19 日作於第 PD/18/SC-EPM/2001 **號程序**中的 13/SS/2002 號批示提起**撤銷上訴**。該批示根據《澳門公共行政工作人員通則》第 322 條，結合第 6/1999 號行政法規第 4 條第 2 款及附件四 6 項，第 13/2000 號行政命令第 1 條及第 4 條 e 項，對上訴人科處停職 1 年的處分。其結論如下：

按照舉證責任的一般原則，上訴人工作的部門就構成違紀行為的事實承擔舉證責任。

在紀律程序卷宗中，只證實確實進入過互聯網並安裝 Softwares PC Activity Monitor Pro 及 Sub Seven（Cain 和 Trojan）軟件程序。

然而，在保安司司長據以作出重罰決定的該等卷宗中，沒有清楚無誤地證明監獄長下達的命令及作出命令的方式。

另一方面，上訴人對於其行為的不法性有錯誤，並鑑於有關情節該錯誤是可以原諒的。

現上訴人的辯護陳述從未被考慮。

沒有證實上訴人安裝該等軟件及這些軟件程序對於行使職務沒有實用功能。

在將違紀行為歸責於行為人時，處罰性批示違反《澳門公共行政工作人員通則》第 279 條第 1 款，第 2 款 b 項、c 項，第 4 款及第 5 款，根據《行政程序法典》第 124 條可被撤銷。

如果不這樣認為（只是出於法院代理之穩妥起見接納之），那麼該處罰性批示科處的制裁有過度之過。根據《行政程序法典》第 124 條可予撤銷，因其違反該法典第 5 條及《澳門公共行政工作人員通則》第 316 條之規定。

如果認為存在違紀行為，根據《澳門公共行政工作人員通則》第 279 條第 1 款，第 2 款 b 項、c 項，第 4 款及第 5 款，第 301 條及 312 條，科處的適當處罰應當是書面申誡，根據《澳門公共行政工作人員通則》第 317 條應當暫緩執行。

結論是被上訴行為應被撤銷。

根據《行政訴訟法典》第 53 條第 1 款，被上訴人／澳門特別行政區保安司司長針對甲提起的司法上訴遞交**答辯**，歸納如下：

經審查該紀律程序，容易並足以了解上訴人早就違反澳門監獄長發出的禁止進入部門互聯網的命令，並且未經許可，在分配給他使用的電腦中安裝軟件，目的是竊取密碼並控制他人電腦。

在本程序卷宗中已經證實嫌疑人清楚了解其上級，澳門監獄長發出的禁止進入互聯網的命令。

雖然沒有以書面形式向澳門監獄工作人員公佈命令，領導和主管人員已多次解釋命令之內容。

對於嫌疑人來說，監獄長本人直接向其下達了該命令。

禁止進入互聯網是澳門監獄領導層採取的預防性措施，以阻止“黑客”或“推毀者”對澳門監獄資料庫倘有的入侵。在採取該措施時，澳門監獄長自然應當充分意識到該措施不影響澳門監獄的運作以及其對外關係。

嫌疑人向直屬上級解釋了違反上級命令的行為之正當理由，但堅持在不遵守上級命令中沒有過錯。

工作者蓄意違反服從的義務，無可置疑地動搖了上級對其的信任並且削弱了有關等級結構。

嫌疑人作為這個職程中最高等級的資訊技術員，居然不知道在其電腦中安裝有 Cain 和 Trojan 的軟件，這是令人懷疑的。

從卷宗中得出，Cain 是用於破解密碼的軟件，而 Trojan 則是用於取得控制他人電腦權。

結論如下：

— 不存在違法；

— 歸責的違紀行為無可質疑；

— 不存在事實前提的錯誤；

— 沒有削弱或降低嫌犯的辯護權；

— 科處停職處分是適當的及適度的，符合具體審查之違紀行為；

— 不存在導致無效或撤銷的瑕疵；

最後主張上訴理由不成立。

*

上訴人沒有作出最後陳述，被上訴實體實質上維持答辯狀所持立場，表示作出的違紀行為非常嚴重，作出的法律定性正確，已按照作出的事實、個人情節和減輕情節適當地考慮了科處的處分份量。

*

檢察院發出**意見書**，陳述內容基本如下：

關於證據調查，鑑於所提出的內容，必須立即查明，是否確實已將充足的證據資料載入紀律程序，舉出了上訴人作出被處罰之事實之證據，或是否像他所認為的那樣，沒有舉出該等證據，並且從卷宗顯示：對於帶入程序的事宜作了錯誤或有缺陷的解釋，據以認定證據評價欠妥。

眾所周知，在這領域生效著自由評價原則，即行政機關在分析帶入程序之證據資料時不服從

嚴格的形式標準。

在本案中，我們認為批示中作出的核心結論符合紀律程序中調查的證據。

帶入紀律程序之證據資料充分及明確地表明確實發生過有關事宜，上訴人訴諸其行為對於不法性有錯誤（認識）的努力沒有依據：大量明顯的證據資料顯示此人確實知道禁止進入互聯網這個由監獄長本人發出的指引（雖然沒有作成書面）。這一禁令的理由當然是謹慎及預防，尤其旨在避免“黑客”可能入侵監獄的資料庫。此外，以其在資訊範疇內的經驗，上訴人不應不知且知悉倘錯誤使用未經許可安裝的軟件對於監獄帶來的負面後果。

無論在客觀方面還是在主觀方面，記錄的證據事宜足以支持作出的定性及相應一般處罰條款之納入，因為看不到指責的決定所建基的前提錯誤之存在。

關於將事實納入及套入一般處罰條款的審查方面，行政當局的活動須服從法院的審查，處罰的科處其酌科及具體份量之選擇就不能這樣說。在此範疇存在行政當局的自由裁量，其範圍包括作出或不作出制裁行為以及在多個可能的種類及份量之間選擇。

在本案中，對於上訴人具體科處的處分，看不到不適度或明顯不公正。因此，法院不須介入行政當局的活動，因為已查明將事實納入一般處罰條款正確，科處的處分份量正確且公正。

正如容易可見，被上訴實體基於下列事實 — 在刑事範疇內，檢察院因未證實上訴人透過有關手段盜取或洩露澳門監獄機密資料而決定作歸檔處理 — 最終沒有同意紀律程序預審員建議的措施：科處開除處罰。因此，甚至透過這個途徑，亦難以理解認為科處的處罰份量不適度之指稱。

因此，未見發生了被指責的任何瑕疵，或者應當審理的其他瑕疵，**主張本上訴理由不成立**。

*

法定檢閱適時完成。

二、<u>訴訟前提</u>

本院在國籍、事宜及審級方面有管轄權。

訴訟形式適當，不存在無效性。

雙方享有當事人能力及訴訟能力，具有本案中的正當性。

沒有妨礙上訴審理的其他抗辯或先決問題。

三、<u>事實</u>

經批判性及比較性分析供調查卷宗所載文件及文書，基於一般經驗法則，下列相關事實視為確鑿：

上訴人擔任公務員已經有四年，納入編制已有三年。

上訴人是前司法司職員，擔任資訊技術員職務。2000 年 8 月 1 日被移調至澳門監獄資訊部門。

上訴人自開始公職起工作評核一直為優，2000 年為平。

2000 年 12 月 7 日，當澳門監獄資訊組負責人乙，進入行政大樓 XXX 號房（伺服器房）試圖用電話時，發現該電話沒有訊號。

查看後，發現有關電話線被接駁在另一部獨立的電腦上。

乙找來兩名同事 — 丙及丁 — 察看此事。

丁檢查後，證實有關電話線被接駁到一部電腦，同時發現該電腦接駁有資料機，且該電腦與互聯網相連。

乙查證後認定，資料機的安裝未獲許可也未獲批准。

因此，乙製作一份報告書交監獄長。

監獄當局分析了報告書及提供的證據。

因此，2000 年 12 月 13 日監獄長作出批示，命令資訊組負責人及行政暨財政處處長，將有關電腦硬碟複製備份，並將上訴人之個人（安裝在 XXX 房）電腦硬碟複製備份。

懷疑事態嚴重，監獄長於 2000 年 12 月 15 日函請司法警察局長參與調查。

此後，2000 年 12 月 18 日，在上訴人在不場的情況下，將電腦，光碟、文件及資料搬走調查。

這些物件於 2001 年 1 月 5 日退還監獄。

上訴人被邀請到司法警察局協助調查，他立即同意了這個要求。

在司警調查中，從其家裏取走了上訴人的個人電腦檢查。

調查措施結束後，司警將案件移交檢察院。因欠缺證明，透過 2001 年 5 月 3 日的批示將案件歸檔。

上訴人自願、自由及有意識地違反澳門監獄長的命令，在分配給他的電腦中未經許可至少從 2000 年 10 月起，安裝資料機連線進入互聯網，上網行為違反了明文的命令，並證實還在電腦中未經許可安裝並維持了可用來接觸其他職員資料並非法控制第三人個人電腦的軟件。

澳門監獄長曾經數次在會議中指出，禁止在澳門監獄使用互聯網，因為上網將損害澳門監獄資訊安全，可能引致對該設施保安體系的摧毀及攻擊。

隨後，2001 年 5 月 24 日透過監獄長的批示針對上訴人開立 PD18/SC-EPM/2001 號紀律程序。

在該程序中，作出了認為必要的措施後，上訴人被指控作出下列事實：

— 違反上級命令，使用獨立的電話線，透過伺服器房（XXX 房）的電腦及其個人電腦進入互聯網；

— 進入該設施某些公務員的機密檔案；

— 安裝 Cain 和 Trojan 軟件破解其同事進入電腦的個人密碼—該事實被 software PC activity Monotor Pro 記錄了下來。

— 使用該軟件盜取密碼並控制他人電腦（該軟件是“黑客”經常使用的）；

— 從電腦硬碟資料記錄中，發現其安裝了 Sub Seven 軟件程序；

— 沒有報告或請求許可，以安裝前述軟件程序，沒有證實其有必要性，而這些軟件通常被“黑客”使用；

— 頻繁進入互聯網，ICQ 以及電郵。

在開立的紀律程序範疇內，報告書結論中建議對違紀者／現上訴人科處撤職處分。

在針對嫌疑人甲（澳門監獄高級資訊技術員，以確定委任制度在澳門監獄任職）之 PD18/SC-EPM/2001 號紀律程序範疇內作出的報告書內容如下：

“報告書

本紀律程序是根據澳門監獄獄長以 2001 年 5 月 24 日的批示命令提起，並任命本人進行紀律程序之預審。另外，獄長又以 2001 年 9 月 26 日的批示命令進行紀律程序補足證明措施，以查清嫌疑人的紀律責任；

現根據 1989 年 12 月 21 日第 87/89/M 號法令核准通過，並經 1998 年 12 月 28 日第 62/98/M 號法令所修改的《澳門公共行政工作人員通則》中第 338 條第 1 款、第 337 條第 1 款及第 2 款的規定，再根據以下依據草擬報告書；

紀律程序之預審階段在法定限期內開展，並已將有關事宜向《澳門公共行政工作人員通則》中第 328 條第 3 款規定之人士作通知（參見第 8 頁及第 9 頁文件）；

實施了《澳門公共行政工作人員通則》中第 329 條所規定的措施，以及採取了其他有助查明事實真相的必要措施，尤其是將嫌疑人之紀律記錄證明書附於筆錄內（參見第 13 頁及第 14 頁文件）；

完成了預審階段之措施後，預審員草擬了控訴書，並根據《澳門公共行政工作人員通則》中第 333 條第 1 款規定向嫌疑人作出通知，而同時指定了期間讓嫌疑人提交書面答辯（參見第 26 頁至第 29 頁及第 32 頁文件）；

嫌疑人在指定期間內提交了書面答辯，在其書面答辯中，概括地針對控訴書的內容陳述了一些理由及個人見解，但並沒有列出證人名單，也沒有對控訴書的內容提交任何文件或要求的證明措施（參見第 32 頁文件）；

基於嫌疑人在其書面答辯中並沒有列出證人名單，也沒有對控訴書的內容提交任何文件或要求的證明措施。因此，預審員在法定期限內完成本紀律程序的報告書，並根據法定程序將卷宗送交命令提起紀律程序的澳門監獄獄長（參見第 39 頁文件）；

由於報告書內建議對嫌犯人科處的處罰的權限屬於保安司司長，因此，澳門監獄獄長根據《澳門公共行政工作人員通則》中第 337 條第 3 款的規定，將卷宗轉送予保安司司長作出裁定；

不過，保安司司長在分析有關程序後，為著能明確所科處的紀律處分所依據的事實及法律前提，於是著命監獄當局採取補足之證明措施，查清有關嫌疑人違紀行為並將有關資料附於卷宗內，同時撰寫補充控訴書及進行有關的聽證（參見第 41 頁及第 42 頁文件）；

澳門監獄獄長根據保安司司長的命令，委任本人及監獄資訊組負責人乙先生對本紀律程序採取補足之證明措施（參見第 43 頁文件）；

當監獄資訊組負責人乙先生完成有關補足之證明措施後，提交並將有關嫌疑人安裝可破解密碼的軟件及破解員工個人密碼等的相片、摘錄文件及電腦硬碟等證明文件及資料附於卷宗內（參見第 44 頁至第 95 頁文件）；

本人再就乙先生提交並附於卷宗內的資料先後對監獄首席行政文員戊，三等行政文員己，財政科科長庚及嫌疑人進行聽證（參見第 96 頁、第 98 頁、第 100 頁及第 102 頁筆錄）；

完成有關的聽證程序後，根據所得的能進一步證明嫌疑人違紀行為的事實向獄長作報告並撰寫了一份補充控訴書（參見第 104 頁至第 106 頁及第 108 頁至第 110 頁文件）；

就補充控訴書的內容，並根據《澳門公共行政工作人員通則》中第 333 條第 1 款規定向嫌疑人作出通知，而同時指定了期間讓嫌疑人提交書面答辯（參見第 111 頁及第 112 頁文件）；

在 2001 年 11 月 20 日，嫌疑人的代表律師在其辦事處內利用 48 小時查閱了有關卷宗。而在資訊組負責人乙的協助下，嫌疑人又於 23 日在監獄內查驗了作為證物之一的電腦硬碟內的資料（參見第 111 頁至第 153 頁文件）；

在 2001 年 12 月 3 日，嫌疑人透過其代表律師在指定期間內提交了書面答辯，在其書面答辯中，以分條方式針對控訴書的內容陳述了一些理由及個人見解。雖然沒有列出證人名單，但對控訴書的內容提交一些文件及資料，同時提出要求的證明措施（參見第 154 頁至第 204 頁文件）；

就嫌疑人提出的證明措施，對澳門監獄獄長進行了聽證。而其中與電腦資訊有關的內容，本人要求監獄資訊組負責人乙協助完成，其並於 2001 年 12 月 21 日提交了有關的報告（參見第 209 頁至 267 頁文件以及第 207 頁筆錄）；

在資訊組負責人乙的報告書中，基本能回應嫌疑人提出的所有證明措施內容，對就有關內容進行了詳細分析，而且就部分軟件的技術問題向 Computing Age Co.要求協助測試，並得到相關資料（參見第 209 頁至第 267 頁文件）；

由於，預審員在完成的報告書內，再次建議對嫌疑人科處的處罰的權限屬於保安司司長，因此，澳門監獄獄長根據《澳門公共行政工作人員通則》中第 337 條第 3 款的規定，將卷宗轉送予保安司司長作出裁定（參見第 268 頁至第 276 頁文件）；

不過，保安司司長在分析有關程序後，為著不會構成削弱嫌疑人行使辯護權的事實及欠缺執行有關聽證，於是著命監獄當局將會採取補足之證明措施內查清的事實及有關資料，向嫌疑人展示有關資料並指定期間讓其提交書面答辯或進行聽證（參見第 277 頁至第 282 頁文件）；

在 2002 年 2 月 1 日，嫌疑人在指定期間內提交了書面答辯，在其書面答辯中，以分條方式針對控訴書的內容陳述了一些理由及個人見解。同時亦列出證人名單以及對控訴書的內容提交一些文件及資料，另外又提出要求的證明措施（參見第 283 頁至第 288 頁文件）；

就嫌疑人提出的證人名單及證明措施，預審員先後對澳門監獄員工辛、壬、癸、甲甲以及乙等人進行了聽證。另外與電腦資訊有關的措施，預審員則要求監獄資訊組負責人乙協助完成，其並於 2002 年 2 月 20 日提交了有關的報告（參見第 289 頁至第 305 頁文件及筆錄）；

完成上條所指的措施後，預審員基於並未發現任何新的事實或資料能實質改變 2002 年 1 月 7 日所提交報告書的內容，而決定維持該報告書的內容不變。並將上述決定分別通知嫌疑人及其代表律師，同樣指定了提交書面答辯期限（參見第 306 頁至第 307 頁文件）；

雖然嫌疑人及其代表律師都先後提出查閱卷宗的要求，但有關要求獲批准後，只有嫌疑人在 2002 年 3 月 19 日親身查閱了本紀律程序卷宗的所有內容（參見第 308 頁至第 313 頁文件）；

在 2002 年 3 月 22 日，嫌疑人在指定期間內提交了書面答辯，在其書面答辯中，以分條方式針對控訴書的內容陳述了一些理由及個人見解。但並沒有列出證人名單或對控訴書的內容提交任何文件及資料，也沒有提出任何證明措施（參見第 314 頁至第 316 頁文件）；

在補足之證明措施的辯論階段後，得以證實值得考慮的事實：

在 2000 年 12 月 7 日，當澳門監獄資訊組負責人乙進入監獄行政大樓的 XXX 號房（即 SERVER －伺服器房）處理事務時，在使用該房內的直線電話時，便發現該電話沒有訊號，其初時以為是電話線鬆脫，但查看後卻發現有關電話線被接駁在另一部獨立的電腦上，而該電腦是通過連線接駁到監獄電腦的“伺服器”上。因此，隨即找兩名同事丙及丁來核實此等事宜（參見第 5 頁文件，第 20 頁及第 22 頁筆錄）；

經澳門監獄高級技術員丁檢查後，證實有關電話線被接駁到房內的一部電腦上，同時發現該電腦是接駁有資料機，並發現該電腦有連接互聯網（參見第 20 頁至第 22 頁筆錄）；

由於澳門監獄獄長曾在多次會議中提及並強調，在監獄範圍內是禁止使用互聯網，因為這樣會影響監獄資料的安全性，甚至會引致監獄的保安系統被攻擊及破壞可能（參見第 210 頁及第 211 頁文件，第 17 頁、第 20 頁、第 22 頁、第 24 頁、第 25 頁及第 207 頁筆錄）；

為求證監獄範圍內是否出現違反使用互聯網一事，經資訊組負責人乙查證後，發現此資料機之安裝是未獲獄方批准及許可。同時也不是接駁至財政局之專線，而財政局之專線是透過另一套獨立的專線系統連接（參見第 20 頁筆錄）；

因此，於 2000 年 12 月 13 日，資訊組負責人乙將此事件向獄長作書面報告。同時，根據獄長的指示，資訊組負責人乙將資料機之接駁情況拍照存證（參見第 5 頁文件，第 20 頁及第 207 頁筆錄）；

基於監獄當局經分析有關資料後，能初步推斷行政大樓 XXX 號房的電腦所接駁的資料機，及利用該電腦連接互聯網的人最有可能是本案的嫌疑人。因此，獄長於 2000 年 12 月 13 日作出批示，命令資訊組負責人乙及行政暨財政處處長辛，將上述電腦之硬碟拷貝備份，以及將嫌疑人之個人（行政大樓 XXX 號房）使用電腦中的硬碟拷貝備份，以防萬一（參見第 6 頁文件，第 20 頁、第 25 頁、第 207 頁及第 210 頁筆錄）；

為著進一步調查及了解有關事件對監獄當局的影響及損害，於 2000 年 12 月 15 日，監獄獄長函請司法警察局局長要求該局介入調查，而該局並於同月 18 日，將上條所指的電腦設備、電腦光碟、文件及一些資料搬走調查。並在 2001 年 1 月 5 日將上述物件退回監獄（參見第 3 頁至第 4 頁文件，第 17 頁、第 20 頁、第 22 頁及第 207 頁筆錄）；

同時，司法警察局亦曾邀請嫌疑人前往該局協助調查，期間又在嫌疑人家中搬走其私人電腦。經調查後，司法警察局並將案件移交檢察院處理。然而，嫌疑人於本年五月份接獲檢察院之通知，上述之案件因沒有足夠證據顯示，其曾將監獄資料外泄及嫌疑人能為其上互聯網作出合理解釋而檢察院決定將有關卷宗歸檔處理（參見第 17 頁以及第 207 頁筆錄）；

不過，嫌疑人卻承認自 2000 年 10 月份開始，其便開始在監獄內使用互聯網，並表示除了由互聯網下載一些如防毒軟件及印表機驅動等工作所需而下載之軟件外，亦有到一些如新聞及消閒性網站瀏覽。而且，用以連接互聯網的資料機是其私人購買回監獄安裝的（參見第 17 頁、第 52 頁至第 54 頁、第 61 頁、第 64 頁及第 68 頁筆錄）；

嫌疑人在未經澳門監獄當局許可的情況下，擅自將資料機接駁到監獄當局的電腦設備上，並藉以經常連線上互聯網及使用 ICQ，如 quote.e-finet.com、macau.ctm.net、softsecurity.com、regnow.com、ctmgsm.com、yahoo.com、Sina.com、hkitexpo.com、iimacau.org.mo 等（參見第 46 頁至第 48 頁、第 51 頁、第 52 頁、第 53 頁、第 61 頁、第 62 頁、第 64 頁及第 68 頁文件）；

另外，嫌疑人除在監獄行政大樓的 SERVER 房內，使用獨立的電話線上網外，其亦經常使用 Wimoute 及 Wingate（gatekeeper）軟件設定之迴路，在其房間內透過 SERVER 房內電腦的電話線上網（參見第 210 頁至第 211 頁文件）；

嫌疑人多次在未經得其他同事許可的情況之下，藉著使用軟件 CAIN 而進入澳門監獄部分員工的一些具保密性的檔案，如當時財政科科長戊、三等行政文員己等人具保密性的檔案（參見第 49 頁至第 58 頁、第 64 頁、第 211 頁、第 212 頁、第 228 頁、第 238 頁、第 239 頁、第 242 頁、第 244 頁、第 247 頁及第 248 頁文件）；

嫌疑人曾使用軟件 CAIN 破解同事使用的密碼並開啟具保密性的檔案等行為被 PC Activity Monitor Pro 軟件程序記錄了下來（參見第 73 頁至第 93 頁，及第 261 頁至第 267 頁文件，第 102 頁及第 103 頁筆錄）；

根據文獻資料介紹，PC Activity Monitor Pro 軟件程序能記錄使用電腦的每一個過程，而 Sub Seven 軟件程序是一個出色的密碼盜取及控制他人電腦的軟件程序。同時，也是“黑客”經常使用的軟件之一（參見第 73 頁至第 93 頁，及第 261 頁至第 267 頁文件）；

同時，在嫌疑人使用的電腦硬碟的資料記錄中，亦確實能發現其裝載有 Sub Seven（Sub 7）等程序；同時，嫌疑人亦曾登入提供 PC Activity Monitor Pro 軟件程序的 Softsecurity.com 網站並選取”PC Activity Monitor－（PC ACME Pro）v4.0 Pro (build 1777)”程序（參見第 53 頁、第 74 頁、第 75 頁、第 210 頁至第 212 頁及第 261 頁至第 267 頁文件）；

不過，嫌疑人在其使用電腦中裝載上條所述軟件，從未知會澳門監獄當局，更未經澳門監獄當局許可，也未能在其日常工作上體現其裝載上條所述軟件的必須性。而且，有關軟件亦是“黑客”經常使用的軟件（參見第 73 頁至第 93 頁文件，第 207 頁筆錄）；

嫌疑人提供資料，尤其是有關使用 ICQ 所發放的純屬私人資料如嫌疑人的學生編號後，推斷得出澳門監獄資訊組提交的文件摘錄是出自嫌疑人所屬電腦使用的記錄（參見第 69 頁至第 71 頁、第 210 頁文件，及第 102 頁及第 103 頁筆錄）；

另一方面，資訊組負責人乙根據獄長的指示，將兩份硬碟備份之內容開啟，其發現兩份硬碟備份中有多次使用互聯網、ICQ 對話及電子郵件之紀錄，但未能閱讀電郵的內容（參見第 210 頁文件、第 20 頁及第 207 頁筆錄）；

經資訊組負責人乙了解所得，電腦硬碟備份中存有的軟件 CAIN 為破解密碼之軟件，而軟件 TROJAN 則為取得別人電腦控制權之軟件。最後，資訊組負責人乙將上述的紀錄報告予獄長，並交由獄長處理（參見第 20 頁及第 212 頁筆錄）；

面對這樣的行為：

本案嫌疑人甲違反了 1989 年 12 月 21 日第 87/89/M 號法令核准通過，並經 1998 年 12 月 28 日第 62/98/M 號法令所修改的《澳門公共行政工作人員通則》中第 279 條第 1 款，第 2 款 b、c、d 及 e 項，第 4、第 5、第 6 及第 7 款，第 314 條第 2 款 d、j 及 l 項，第 315 條第 1 款及第 2 款 b、d 及 h 項之共同規定可被科處強迫退休或撤職處分；

嫌疑人甲不適用《澳門公共行政工作人員通則》所規定的減輕情節，但是，適用第 283 條第 1 款 a、b、c 及 j 項所規定的加重情節；

結論：

*1.經整體考慮嫌疑人的減輕及加重情節後，以及基於本報告第 17 條所述的事實，我們建議應根據《澳門公共行政工作人員通則》第 316 條第 1 及第 2 款，第 315 條第 3 款末段的規定，**應對嫌犯人甲科處撤職處分**；*

2.根據《澳門公共行政工作人員通則》中第 280 條，第 322 條以及第 13/2000 號行政命令第 1 款之共同規定，科處上款所適用的處分之權限屬保安司司長。

2002 年 4 月 3 日，於澳門監獄。

預審員

（XXX）”

保安司司長 2002 年 4 月 19 日作出第 13/SS/2002 號下列批示：

“*在針對嫌疑人，澳門監獄二等高級資訊技術員甲提起的紀律程序中，充分證實嫌疑人在自願、自由及有意識的情況下，違反監獄獄長發出的指令，未經取得許可，至少自 2000 年 10 月起將自資購買的資料機安裝到分配其使用的電腦進行”上網”活動，此外，亦同時發現他擅自在有*

關電腦設備上安裝了對工作毫無幫助，相反可作為盜取及可不法控制他人電腦主機設備的電腦軟件。

嫌疑人作為行政當局的工作人員，在擔任其獲聘任之職務時，除須熱心遵守共同的一般義務外，更應為所屬部門提供專門的公共利益服務，作出這種違背部門利益及了無貢獻的事情，只會令其領導及主管人員失去對其的信任。

面對上述被歸責的事實，充分反映出嫌疑人，故意違反監獄長曾多次向部門主管及其本人下達不可進行"上網"活動的正當指示，及沒有將交託其屬行政當局的電腦工具財產用作履行本身職責的預定目的。

然而，鑑於在分析經多次重整的紀律程序調查取證、聽證等措施後，仍無法充分證實嫌疑人曾盜取及洩露了任何監獄的保密資料，（正如司法機關的歸檔批示上所作陳述），如此，因考慮到紀律程序的處分效力的適時性，以及在不妨礙對倘有之現未能被歸責違法行為可適當提起紀律程序的事宜。

基於此，因證實被歸責的嚴重違法行為，違反了載於 12 月 21 日第 87/89/M 號法令核准的《澳門公共行政工作人員通則》第 279 條第 1 款、第 2 款 b、c、d 項，相應於同一條款、第 4 款、第 5 款及第 6 款規定的義務，經衡量適用載於同一通則第 283 條第 1 款 b 及 h 項規定的加重情節，本人現決定行使根據《澳門公共行政工作人員通則》第 322 條及第 6/1999 號行政法規第 4 條第 2 款所指附件 4 第 6 項及第 13/2000 號行政命令第 1 款規定賦予的權限，及按照上述通則第 314 條第 4 款 e 項的規定，酌科處嫌疑人一年的停職處分。

通知嫌疑人可就本批示在三十天法定期限內向中級法院提起司法上訴。

2002 年 4 月 19 日於保安司司長辦公室

保安司司長

張國華"

2002 年 4 月 24 日，該批示附同前述報告書副本通知上訴人。

四、<u>依據</u>

本上訴的標的，被上訴的行為應否被撤銷 — 表現為下列問題之審理：

— 對於違紀行為的構成事實之舉證責任；

— 為著對嫌疑人／現上訴人科處處分而舉出的依據之分析，以及是否存在事實前提的錯誤；

— 科處的處罰之適當性及適度性。

*

（一）上訴人爭執保安司司長 2002 年 6 月 19 日批示 — 該批示在紀律程序後對其科處停職 1 年的處分。上訴人首先表示，按照舉證責任的一般原則，行政當局對於構成違紀的事實負有舉證責任。

本法院已經多次堅稱[1]，儘管在行政程序中主觀或形式舉證責任不適用[2]（這意味著法官只能考慮各利害關係方陳述及證明的事實），但肯定的是，永遠存在客觀舉證責任，因為它基於陳述負擔的適當分配，換言之，為了分配無證據的風險，沒有陳述其程序中堅持的立場所依據的事實一方，承擔不利後果。但是，行政行為合法性推定原則要求在遵守無私、平等、公正、適度原則的框架內，考慮行政當局應以其選擇的合司法性以及行為理由說明之強制性作為行動框架，這意味著必須對不利於利害關係人的裁判所依據的事實前提負有舉證責任，以遵守公正及平等原則。

在這個角度可以繼續認為，即使在撤銷性上訴範疇內，舉證責任也應由陳述事實者承擔[3]，即認為"行政當局對其行為（受約束的）法定前提之具備負有舉證責任，尤其當其行為是進攻性的（正面及不利的）行為時；相應地，如果顯示具備這種前提，行政相對人應當遞交足夠證據證

[1] 中級法院第 1222 號案件的 12 月 5 日合議庭裁判及第 193/2000 號案件的 3 月 7 日合議庭裁判。

[2] Vieira de Carvalho：《A Justiça Administrativa, Lições》，1999 年，第 268 頁

[3] Marcello Caetano：《Manual de DA》，第 2 版，1972 年，第 1351 頁。

明行為之不正當性”[4]。

在本案中，如果同意上訴人工作的部門負有違紀行為資料的舉證責任，而上訴人也沒有在卷宗中帶入或許證明處罰決定建基於前提錯誤上的任何證據並推翻已調查之證據，那麼就尤其必須評估所調查的證據及其是否足以證明該決定有理。

關於這個事宜，應當記取本法院同樣載明下述意義上的見解：“關於證據審查，生效著自由評價原則，按此原則，行政機關在分析帶入程序之證據資料時不服從嚴格的形式標準。它要求的是作出審慎的價值判斷，絕不忘記合法性、謀求公共利益、保護市民權利、平等、公正及適時等基本原則”，此外。“在司法上訴中，法院不受制於行政機關對搜集之證據之審查，而應就程序提供的事實及資料作出本身的適當判斷”。[5]

（二）提出的問題在於了解，在針對甲開立的紀律程序後，在作出現被上訴的、並且以停職處分告終的行為中，是否存在事實前提的錯誤。因為上訴人述稱不存在歸責於嫌疑人的事實之證據，理由是紀律程序中將不符合卷宗中現有證據的事實視為獲證實，具體而言，*只證實確實進入互聯網並安裝有關軟件*，沒有*確定無誤地證實監獄長發出的命令以及發出命令的方式*，也沒有證明上訴人*安裝該軟件，以及這些軟件對於行使職務無用*。

另一方面，上訴人對於行為的不法性有錯誤，因此，鑑於情節，該錯誤可原諒，從而沒有違反被指控其違反的義務，沒有作出任何違紀行為。

還指責被上訴的行為違反《澳門公共行政工作人員通則》第 279 條第 1 款、第 2 款 b 項及 c 項、第 4 款及第 5 款，根據《行政程序法典》第 124 條可予撤銷，因此存有違法瑕疵，因沒有證實對其指控的大部分事實的事實前提錯誤，還存在對其他事實以及對其主觀責任本身所作的有缺陷的解釋。此外，還認為科處的具體紀律處罰本身不適度，認為明顯過重。

（三）從行為的撤銷角度看 — 本上訴是單純合法性的上訴，目的是撤銷被上訴的行為或者宣告其無效或法律上不存在（《行政訴訟法典》第 20 條）— 因錯誤地解釋有關紀律行為規範以及事實前提錯誤的方式的違法瑕疵。

違法瑕疵表現為“*行為的標的或內容與適用於行為的法律規範之間的分歧*”[6]，儘管該瑕疵通常發生於受約束的權力行使過程中，肯定的是，當違反限定或限制行使自由裁量之一般原則，例如無私、平等、公正、適度等原則時，仍然可以發生在自由裁量權之行使中[7]。

按某種見解，無論解釋或者不當適用一項法律規範中之錯誤，還是基於實體上不存在或錯誤分析的事實的錯誤，都屬於違反法律的瑕疵。對於決定所依據之事實前提的虛假認識屬違法，因為，如果權力是自由裁量性的，那麼考慮到“存在著某些情節，而對此等情節的分析將*導致行為人在多個可能的決定之間選擇其認為最適合合法目的實現。如果它們最終沒有以所設想的方式存在，法律精神就被違反*”[8]，該法律就不會賦予這些權力以便行使之。

儘管有前述立場，仍有人堅持認為存在著事實前提錯誤的獨立瑕疵，這些只在自由裁量活動範疇內有意義[9]。

無論如何，在本案中，按照所陳述，由於決策機關的忽略或者有缺陷之知悉錯誤源自將不符合調查證據的事實視為獲證實，這導致與意思不符，而這在行為撤銷範疇內屬於重要。

（四）上訴人不滿意沒有就兩項事實舉證：澳門監獄長作出的關於不容許在澳門監獄進入互聯網的命令以及嫌疑人安裝了有關的軟件。

對於這個基本的論據，如果說確實沒有證實嫌疑人安裝軟件的行為的話，那麼由卷宗中查明的事實亦清楚可見，至少這種軟件已處於被安裝好的狀態，且明令禁止在澳門監獄進入互聯網已屬事實，指稱無書面文件禁止進入互聯網根本無任何作用，而且這一手續也是不必要的。在此方

---

[4] Vieira Carvalho，同上註，第 269 頁。
[5] 中級法院第 193/2000 號案件的 3 月 27 日合議庭裁判。
[6] Freitas do Amaral：《Dto Adm》，第 2 卷，2002 年，第 390 頁背頁。
[7] Freitas do Amaral：《Dto Adm》，同上註，第 392 頁。
[8] Marcelo Caetano：《Man. Dto Adm》，第 10 版，第 1 卷，第 504 頁背頁。
[9] 中級法院的 2000 年 1 月 27 日合議庭裁判，載於《裁判匯編》，2000 年，第 1 卷，第 7 頁；Freitad do Amaral：《Dto Adm》，1989 年，第 3 卷，308 頁。

面，其他資訊技術員以及該部門主管指出，任何人不能使用互聯網，這個問題在多個會議上已被研究，其中一人甚至不能帶手提電腦進入澳門監獄，這些話很能說明問題（調查卷宗第 20 頁、第 22 頁、第 24 頁及第 25 頁）。監獄長在會議上已解釋了禁止上網理由是出於安全理由避免澳門監獄公務員電腦中所含的資料受到攻擊，這些話也能說明問題（調查卷宗第 207 頁）。

況且，上訴人本人的聲明也表明如此，他只是強調解釋上的問題，下文在違紀行為的主觀要素範疇內將分析之。

關於安裝軟件，按照上述第三點認為確鑿的事實，不能不認為與安裝有關的事實相對於至少已處於被安裝狀態這一事實而言，已經沒有了意義。

此外，就違反義務而言，處罰性決定主要是基於違令進入互聯網，正如卷宗第 75 頁背頁第二段所得出。

（五）在事實前提範疇內審查行為之客觀部分後，我們看看行為人的主觀要素。

在紀律程序中生效著過錯原則，因此該原則是違紀行為主觀前提。

紀律程序中嫌疑人行為的衡量性判斷，不能在沒有責任的主觀歸責之情況下作出，只證明存在違反法律的行為並不足夠。

請注意上訴人說，對於不法性有錯誤，故可以原諒。

經考慮描述的事實，已經證實在這裏按“善良家父”準則評定的正常程序，就容易認定他不具理據，只要考慮到在進入互聯網的指引的內部表現形式就夠了，所有人就足以理解並看到這種限制之理由 — 保安理由，不僅僅是澳門監獄的伺服器網路中的資料，還有該部門每名公務員電腦所含資料本身的保安理由。

嫌疑人的過錯因此必須基於對其行為的不利判斷，該判斷來自所指稱的在安裝該資料機時對本應服從的謹慎義務之違反，以及不遵守禁令要求的規則。

嫌疑人／現上訴人以上文描述的、被上訴批示考慮的行為，違反了《澳門公共行政工作人員通則》第 279 條第 2 款 b、c、d 項及第 1 款，參考第 4、5、6 款規定的熱心、服從及忠誠義務。

按照上述理由，面對查明的事實，顯示有關違紀行為之主客觀要素已經具備，故看不到被上訴實體法律納入有錯誤。

（六）行文至此，我們同樣開始審理針對其行為的嚴重性及應受之譴責而科處的處罰是否公正及適當。

將事實定性為違紀行為，並納入或代入一般處罰條款是在司法上可審查的[10]。在有關尺度內訂定紀律處分才是司法上不可審查的，法官不能將其審理權凌駕於擁有紀律權的當局之上。因為在該領域，法官的參與僅限於嚴重錯誤的情形，即在科處的處罰與觸犯的錯失之間具備明顯不公正或明顯失度的情形[11]。

紀律權是自由裁量的，雖然有受約束的方面，其中之一與真正的事實之法律定性有關。[12]

上訴人被指責違反多項義務，表現為抽象地較為嚴重效果的行為。

面對著作出的事實，我們似乎不認為在科處的處分中有明顯及嚴重錯誤，完全理解描述的事實情狀符合《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 314 條第 4 款 e 項所載的規範，造成一種揭示職位之據位人無尊嚴及尊榮之情形。

（七）儘管上訴人表述不完善，但沒有顯示違反適度原則。

按照上文所述，紀律處罰的適度只能基於明顯或嚴重錯誤而爭執[13]。

作為行政法概念（因其屬於兩個重要方面正相關的概念），行政決定所產生的好處（這些好處有益於決策機關所謀求之公共利益）（這些代價按私人之固有犧牲評定）。

---

[10] 中級法院第 72/2001 號案件的 2003 年 4 月 3 日合議庭裁判。

[11] 葡萄牙最高行政法院下列合議庭裁判：1986 年 6 月 11 日，《葡萄牙司法公報》，第 362 期，第 434 頁；1990 年 6 月 5 日，《葡萄牙司法公報》，第 398 期，第 355 頁；1990 年 10 月 2 日，《葡萄牙司法公報》，第 400 期，第 712 頁；第 32586 號案件的 1995 年 3 月 23 日合議庭裁判及第 41159 號案件的 1998 年 9 月 24 日合議庭裁判。

[12] 行政中央法院第 211898 號案件的合議庭裁判，http//www.dgsi.pt。

[13] 最高行政法院第 40991 號上訴案的 1999 年 9 月 28 日合議庭裁判， http//www.dgsi.pt。

在本案中，查明所謀求的是公共利益的謀求，行為符合對公共利益的謀求，也可以理解為著所尋求維護的公共利益的重要性而犧牲私人利益[14]。

這一項因違法瑕疵而具備的違法性構成對適度原則的違反的情況下，在此範疇內，上述展開的立論視為轉錄。

（八）上訴人還述稱（雖然不是在結論的範疇內），被上訴批示沒有考慮嫌犯遞交的辯護。

在這裏上訴人仍然沒理據，因為批示中所載的理由說明，默示含有對所指稱的依據的分析，無論在其被歸責的事實的證明事宜方面，還是在這些事實的定性方面。

此外，還對全部個人性質的情節及減輕情節的考量加以了認定，還足以證明所科處的處罰低於紀律程序報告書作者所建議的紀律處罰，也明確指出了該程序中作出的聽證及無其他更嚴重後果（如盜竊及洩露澳門監獄之機密資料）。

因此，無須其他考慮，結論是上訴理由不成立。因認為不能以錯誤解釋法律概念及法律原則及事實前提錯誤而造成的違法為由撤銷被上訴的行為。

五、<u>決定</u>

基於上述理由，**合議庭裁定駁回上訴**。

訴訟費用由上訴人承擔，司法費定為 5 個計算單位。

João A. G. Gil de Oliveira（趙約翰）（裁判書製作法官）— 陳廣勝 — 賴健雄

[14] João Caupers：《Int. ao Dto. Adm》，2001 年，第 80 頁。