

第 42/2022 號案件

對行政司法裁判的上訴

上訴人：保安司司長

被上訴人：甲

裁判日期：2022 年 5 月 13 日

法官：宋敏莉(裁判書制作法官)、司徒民正和岑浩輝

主 題：— 健康檢查委員會的意見

— 確認

— 撤職處分

— 行政行為的利用原則

摘 要

一、健康檢查委員會只是發表意見，按照《澳門公共行政工作人員通則》第 105 條的規定屬於強制性意見書，但根據《行政程序法典》第 91 條的規定，它並不具有約束力，因為未發現法律另有任何相反的明文

規定，強制訂定健康檢查委員會出具的意見書具有約束性。

二、衛生局局長作出的確認行為才是最終確定且具有執行力的行為，對公共行政工作人員產生約束的效果。

三、即使《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 240 條明確規定對該條所述的事實應該科處撤職處分，事實上也還存在對該處分予以特別減輕的可能，只要存在明顯減輕事實的不法性或行為人罪過的情節，或明顯減少處分必要性的情節，則必須科處較輕處分。

四、在本案中，從被訴處罰行為可見，上訴實體認定被上訴人具有減輕情節，尤其是《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 200 條第 2 款 b 項、e 項、h 項及 i 項所指的情節。

五、在被上訴人於 2019 年 5 月 18 日至 9 月 12 日期間及 2020 年 9 月 2 日至 15 日期間不合理缺勤的前提下，上述減輕情節顯然沒有起到特別減輕處分的作用，但如果僅考慮 2020 年 9 月 2 日至 15 日期間的不合理缺勤，上訴實體會否作出不同的考量，賦予該等減輕情節特別的價值呢？顯然，這屬於有權限實體作出相應評價的範圍，行政當局行使其自由裁量權，原則上法院不應介入。事實上，考慮到本案的具體情況，法院無法(也不應該)預判上訴實體一定會作出相同的行為，對被上訴人科

處相同的撤職處分。

六、行政行為的利用原則僅適用於限定性行為的領域，但不能適用於公職紀律處罰的衡量範疇，因為行政當局在此方面有自由裁量空間。

裁判書制作法官

宋敏莉

澳門特別行政區終審法院裁判

1、概述

甲 (A)，身份資料詳見卷宗，針對保安司司長於 2020 年 11 月 11 日作出的對其科處撤職處分的批示提起司法上訴。

透過 2021 年 12 月 16 日作出的合議庭裁判(第 10/2021 號案件)，中級法院裁定司法上訴勝訴，撤銷了被上訴的決定。

保安司司長不服該裁判，向本終審法院提起上訴，認為該裁判違反了《澳門公共行政工作人員通則》第 105 條第 7 款以及《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 240 條 c 項和第 238 條第 1 款及第 2 款 i 項的規定，應被撤銷。

被上訴人甲提交了答覆，認為應裁定上訴理由不成立，維持被上訴裁判的決定。

檢察院司法官發表意見，主張司法裁判的上訴理由不成立，應維持被上訴裁判。

2、事實

中級法院認定了以下事實：

- a) 現被上訴人甲於 1999 年 5 月 29 日加入治安警察局，任職警員；
- b) 現被上訴人提交了 2019 年 5 月 16 日至 2019 年 9 月 12 日的醫生檢查證明—見行政卷宗第 15 頁至第 31 頁；
- c) 現被上訴人於 2019 年 5 月 17 日接受健康檢查委員會的檢查，委員會發表以下意見：「相關專科醫生的工作能力評估結果顯示，該工作人員目前喪失工作能力為 8%。本委員會建議該工作人員可返回工作崗位，並由 17/05/2019 起 180 天內避免劇烈運動，避免長時間站立及避免負重工作。」—見行政卷宗第 5 頁；
- d) 上述意見於同日獲衛生局局長確認；
- e) 2019 年 7 月 12 日，現上訴人接受健康檢查委員會的檢查，委員會認為「相關專科醫生於 16/05/2019 的工作能力評估結果顯示，該工作人員目前喪失工作能力為 8%。本委員會於 17/05/2019 例會中已建議

該工作人員返回工作崗位，並由 17/05/2019 起 180 天內避免劇烈運動，避免長時間站立及負重工作。」，該意見於同日獲衛生局局長確認一見行政卷宗第 200 頁；

f) 2019 年 9 月 20 日，現被上訴人再次接受健康檢查委員會的檢查，委員會發表意見認為其 2019 年 3 月 8 日至 2019 年 5 月 16 日的缺勤屬具合理解釋的因病缺勤，但 2019 年 5 月 17 日至 2019 年 9 月 12 日的缺勤不能被證實為合理因病缺勤，因此不予確認，該意見於同日獲衛生局局長確認一見行政卷宗第 6 頁；

g) 現被上訴人提交了 2019 年 9 月 12 日至 2019 年 10 月 10 日、及 2019 年 11 月 7 日至 2020 年 5 月 7 日的醫生檢查證明一見行政卷宗第 115 頁至第 174 頁；

h) 2020 年 5 月 15 日，現被上訴人接受健康檢查委員會的檢查，委員會認為「本委員會即日已要求該人員須提交工作能力評估報告，以便確定其 26/09/2019 至 07/05/2020 期間的缺勤是否為合理缺勤。即日已要求該工作人員須遞交醫療報告，以便本委員會評估其 12/09/2019 至 26/09/2019¹期間之缺勤是否為合理缺勤。」，並於同日獲衛生局局長確

¹ 因認為原件存在明顯的筆誤，已改為 2019。

認一見行政卷宗第 113 頁；

i) 2020 年 6 月 26 日，現被上訴人接受健康檢查委員會的檢查，委員會認為「該工作人員的主診醫生於 06/02/2020 和 04/06/2020 兩次的工作能力評估報告均顯示該人員目前喪失工作能力 10%，未能證實該人員由 13/09/2019 至 21/05/2020 期間的缺勤為合理因病缺勤，本委員不予確認。本委員會於 26/06/2020 例會再次通知該人員需返回部門工作，建議貴部門為其安排輕便工作。」一見行政卷宗第 758 頁；

j) 2020 年 1 月 24 日，現被上訴人被提出控訴，控訴書內容載於行政卷宗第 44/45 頁，在此視為完全轉錄；

k) 現被上訴人提出了答辯，其在答辯中要求的部分措施於第 92 頁被命令採取，而第 763/770 頁的最終報告第 10.2 點及第 10.5 點則駁回了上訴人要求的其他措施；

l) 2020 年 9 月 15 日，現被上訴人遭提出控訴，控訴書內容載於行政卷宗第 793 頁至第 796 頁，在此視為完全轉錄。現被上訴人於同日獲通知有關控訴書，並可於 10 日內提出答辯及要求採取證明措施，而現被上訴人保持沉默；

m) 2020 年 11 月 11 日，保安司司長作出以下批示：

“在嫌疑人為治安警察局警員甲(警員編號 XXXXXX)的紀律程序卷宗中，根據控訴書所載的內容，在事實方面已充分證實以下內容(在此視為完全轉錄)：

由於因病缺勤，嫌疑人於 2019 年 5 月 17 日接受健康檢查委員會的檢查。健康檢查委員會就認定嫌疑人喪失工作能力為 8%的專科報告作出決議，認為嫌疑人應返回工作崗位，但建議根據附於卷宗的上述報告，於 180 日內減輕嫌疑人的工作負擔。

嫌疑人雖然已經知悉負有上班的義務，這一點可以根據附於紀律卷宗第 759 頁(第二卷)的文件確認，但卻仍然沒有上班，而是繼續遞交醫生檢查證明，直至健康檢查委員會再次舉行會議，持續缺勤至同年 9 月 12 日。

嫌疑人於 2019 年 9 月 20 日再次到健康檢查委員會接受檢查，委員會認為嫌疑人於同年 5 月 17 日至 9 月 12 日缺勤的醫生證明無效，決定不予確認嫌疑人的病況，從而認為以此種無能力為理由的缺勤屬不合理缺勤，該決議被通知予嫌疑人。

因此，嫌疑人至少自 2019 年 5 月 18 日，即健康檢查委員會第一次會議翌日起開始不合理缺勤，直至同年 9 月 12 日，共計 118 日。

2020 年 9 月 2 日至 6 日期間，嫌疑人沒有到被派駐的外港碼頭邊境站上班，且沒有提交任何有效解釋，不正當缺勤 5 日，此情況至少維持到同月 15 日。

因此，嫌疑人數次違反經 12 月 30 日第 66/94/M 號法令核准的《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 13 條第 2 款 a 項規定的勤謹義務，並因在同一歷年內不合理缺勤超逾連續五日，處於該《通則》第 238 條第 2 款 i 項所指的、關於《公共行政工作人員通則》第 90 條第 2 款及第 105 條第 5 款規定的不正當缺勤的情況。

嫌疑人故意且不可原諒地違背了一項其有義務履行的決定。特別是經過與其同事在公共部門中的普遍表現相對比，其缺勤行為尤其因違反履行職務時應遵守的勤謹義務和待命義務而顯示其不具備維持職務聯繫的條件。儘管有著十五年以上的服務時間，但鑑於其堅稱自己處於未經診斷證明的身體無能力狀態的行為所表現出的頑固態度，以及第二次缺勤期間對履行義務表現出的漠不關心，且其行為的嚴重性顯示出在道德及法律方面具有高度的譴責性，應排除對其科處強迫退休的開除性處分。

綜上，經聽取司法暨紀律委員會的意見，保安司司長就《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 211 條所指附件 G 所賦予的紀律懲戒權限而行使第 182/2019 號行政命令第 1 款所賦予的執行權，同時考慮到控訴書中

所載的減輕情節，尤其是上述《通則》第 200 條第 2 款 b 項、e 項、h 項及 i 項所指的情節

根據《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 219 條 g 項、第 224 條、第 238 條第 2 款 i 項和第 240 條 c 項的規定，對嫌疑人治安警察局編號為 XXXXXX 的警員甲科處撤職處分，產生第 228 條的效力。—見行政卷宗第 822 頁及第 823 頁。

3、法律

在本案中，上訴實體主要因現被上訴人於 2019 年 5 月 18 日至 9 月 12 日期間及 2020 年 9 月 2 日至 15 日期間不合理缺勤而根據《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 219 條 g 項、第 224 條、第 238 條第 2 款 i 項及第 240 條 c 項的規定，對被上訴人科處撤職處分。

中級法院認為，關於 2019 年 5 月 18 日至 9 月 12 日期間的缺勤，健康檢查委員會的意見並不具有真正的行政行為的性質，只有衛生局局長作出的確認該意見的行為才是行政行為，因此利害關係人在未接獲該確認行為通知的情況下的缺勤不應被視為不合理缺勤。換言之，直至知悉衛生局局長作出的確認行為的那一刻，利害關係人都並非強制性地必須

於翌日返回所屬部門上班，仍然可以根據《澳門公共行政工作人員通則》第 100 條 a 項的規定繼續提交醫生檢查證明以對其因病缺勤作出合理解釋，至於 2020 年 9 月 2 日至 15 日期間的缺勤則為不合理缺勤，現被上訴人理應受到紀律處分，故裁定現被上訴人提起的上訴勝訴，撤銷被上訴行為。

上訴實體則指被上訴裁判違反了《澳門公共行政工作人員通則》第 105 條第 7 款以及《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 240 條 c 項和第 238 條第 1 款及第 2 款 i 項的規定。

3.1. 關於 2019 年 5 月 18 日至 9 月 12 日期間的缺勤

上訴實體的觀點認為，現被上訴人在此期間的缺勤因被視為不合理缺勤，在知悉健康檢查委員會的意見書後，被上訴人為證明其缺勤屬合理而提交的醫生證明已不再重要，因此如果健康檢查委員會宣告其適合上班，被上訴人應該於知悉意見書的翌日返回所屬部門提供服務，否則即是不合理缺勤。

本終審法院曾於 2022 年 1 月 28 日在與本案類似的第 141/2021 號上訴案件中就同一問題發表如下見解：

「有關公職人員因病缺勤的情況，《澳門公共行政工作人員通則》第 100 條規定，因病缺勤須透過呈交醫生檢查證明、住院及休養聲明或健康檢查委員會聲明作為合理解釋。

如果證實因患病而缺勤達六十日，則工作人員應接受健康檢查委員會的檢查，該委員會負責行使第 81/99/M 號法令第 27 條第 2 款 a 項所賦予的權限，“根據法律之規定，審查及確認公共部門人員之病況，以解釋缺勤之原因又或確定因病或意外引致無能力之情況”，就工作人員返回部門工作的能力發表意見(《澳門公共行政工作人員通則》第 105 條第 1 款 a 項和第 104 條第 1 款 a 項)；如果病況未經健康檢查委員會確認，則缺勤之日數視為不合理缺勤(《澳門公共行政工作人員通則》第 105 條第 5 款)。

根據《澳門公共行政工作人員通則》第 105 條第 7 款的規定，“健康檢查委員會之意見書應在當日通知工作人員及經確認後立即送交有關部門”，而根據第 81/99/M 號法令第 8 條第 2 款 f 項的規定，“確認各醫學委員會之意見書”(包括健康檢查委員會的意見書)屬衛生局局長的權限。

.....

上訴實體認為，被上訴裁判中存在錯誤適用實體法的情況，特別是

錯誤適用了《澳門公共行政工作人員通則》第 105 條第 7 款的規定。

對上訴人而言，所涉及的並非一項狹義上的確認行為，而僅僅是一項具有確認健康檢查委員會發出的有約束力的技術意見書之性質的行為。

問題在於健康檢查委員會發出的意見書的法律性質，以及相應地，衛生局局長的確認行為的法律性質。

從根本上講，本案的關鍵在於要釐清相關確認行為是否如被上訴法院所認為的那樣構成一項最終確定且具有執行力的行為，還是與此相反，如上訴實體所辯護的那樣，健康檢查委員會已經作出一項具有執行力的行為，衛生局局長的確認行為只屬於單純的確認(或追認)。

從《澳門公共行政工作人員通則》第 105 條第 7 款的規定和第 81/99/M 號法令第 8 條第 2 款 f 項的規定中可以清楚地看到，法律將健康檢查委員會的行為稱為“意見書”。

關於“意見書之種類”，《行政程序法典》第 91 條規定如下：

“一、法律要求之意見書為必需意見書，反之為任意意見書；有權限作出決定之機關必須遵從意見書之結論時，該意見書為有約束力之意見

書，反之為無約束力之意見書。

二、法律所提及之意見書視為必需且無約束力之意見書，但另有明文規定者除外。”

法學理論認為，“意見書是針對科學、技術或法律問題作出的具備理由說明和相關結論的研究，由職能上(僅或亦)致力於諮詢工作的行政部門、團體或機構編制，按照法律規定或者應具權限進行相關程序之預審或決策的機關的要求而發出，以便協助該決策的作出(或解決其他程序性的問題)。”²

Diogo Freitas do Amaral 教授持有相同的見解，他將意見書定義為“某些知識領域的專家或具諮詢性質的合議機構所作出的表達意見的行為”。³

並由此作出總結認為，“作為一項具備理由說明的意見，正式意見書(的內容)可以透過所謂的確認行政行為轉變為決定。

² 見 Mário Esteves de Oliveira、Pedro Costa Gonçalves 與 J. Pacheco de Amorim 的合著《Código do Procedimento Administrativo》，第二版，第 442 頁及第 443 頁。

³ 見 Diogo Freitas do Amaral 的著作《Direito Administrativo》，第三冊，1989 年，第 136 頁。

不論所涉及的是強制性意見書還是非強制性意見書，是有約束力的意見書還是無約束力的意見書，都是如此。不同之處僅在於，有約束力的意見書(在其具有約束力的部分)必須獲得確認—經查明符合發出該意見書的程序性(及形式)要件。

一經確認，意見書的理據就成為了行政行為的理據，而相關結論則成為了後者的決定。”

不過嚴格來講，“並非所有被法律稱為意見書的行為都能被視為真正意義上的意見書，就像有絕對約束力的意見書時常發生的情況，此類意見書具有決議的結構，其作用並非輔助作出決定，而是已經包含了決定。要作出區分並不容易，取決於該等行為以何種方式存在於相關程序之中：這樣，在主要的都市化程序中，往往將‘有約束力的意見書’和行政部門之間的許可及核准予以一併處理。

因此，尤其是那些在發出此類意見書的(非諮詢性)機關所屬的實體不同於具決定權限的機關所屬的公法人的情況下，要弄清楚這些意見書是否並非真正的行政行為，以及在沒有專門制度的情況下，它們所適用的制度是否為《行政程序法典》第108條第1款所規定的制度，而對此

我們認為答案應當是肯定的。”⁴

在有約束力的意見書之中，“部分意見書具有絕對約束力，無論相關內容是什麼，因為最終決定必須始終遵循其結論，而其他意見書僅具有相對約束力，如意見書得出某種(否定或肯定的)結論，而具決定權限的機關不同意其結論，則可按照其認為最適合於實現所涉及之公共利益的方式來‘自由’採取行動。”⁵

然而，必須注意的是，“在我們的法律中，一般規則為：如法律並未另有規定，則意見書為強制性意見書，但無約束力。

如果法律規定需要取得一份意見書，但卻並沒有指明具體條件，那麼在存有疑問時要適用的一般規則是，該意見書為強制性意見書，但無約束力。

某個諮詢機關或某位專家的意見書對有權作出決定的機關具約束力的情況屬於例外情況。”⁶

⁴ 見 Mário Esteves de Oliveira、Pedro Costa Gonçalves 和 J. Pacheco de Amorim 的合著《Código do Procedimento Administrativo》，第二版，第 442 頁。

⁵ 見 Mário Esteves de Oliveira、Pedro Costa Gonçalves 和 J. Pacheco de Amorim 的合著《Código do Procedimento Administrativo》，第二版，第 444 頁。

⁶ 見 Diogo Freitas do Amaral 的著作《Direito Administrativo》，第三冊，1989 年，第 140 頁及第 141

在本案中，我們認為健康檢查委員會只是發表意見，按照《澳門公共行政工作人員通則》第 105 條的規定屬於強制性意見書，但根據《行政程序法典》第 91 條的規定，它並不具有約束力，因為未發現法律另有任何相反的明文規定，強制訂定健康檢查委員會出具的意見書具有約束性。

另一方面，儘管確認的概念可能含有不同的含義(狹義上的確認、核准性確認以及追認性確認)⁷，然而在我們看來，本案所涉的衛生局局長的確認應被視為狹義上的確認。

一如 Freitas do Amaral 教授所言，狹義上的確認“指的是採納其他機關所提交的建議書或意見書中的理據和結論的行政行為”⁸，此見解來自於 Marcello Caetano 教授給出的定義，根據相關定義，確認是“決議機關接納某一諮詢機關所提出的建議並將之轉換為其自身決定的行政行為。這樣，確認的內容即為獲得確認的建議。後者具有意見書的性質，

頁。

⁷ 見 Diogo Freitas do Amaral 所著文章，載於《O Direito》雜誌，第 102 年度，第 142 頁及後續數頁；Marcello Caetano 的著作《Manual de Direito Administrativo》，第一冊，第十版，第 462 頁，注釋 1；以及 José Gabriel Queiró 的著作《“Homologação” em Dicionário Jurídico da Administração Pública》，第五冊，第 91 頁。

⁸ 見 Diogo Freitas do Amaral 的著作《Curso de Direito Administrativo》，第二冊，2001 年，第 265 頁。

只有確認才賦予它確定且具執行力之行為的性質”。⁹

衛生局局長作出的確認行為才是最終確定且具有執行力的行為¹⁰，是該行為對公共行政工作人員產生約束的效果，而並非健康檢查委員會作出了一項決定。

概言之，我們不認為存在上訴實體所指稱的錯誤解釋及適用法律的瑕疵。」

我們認為，上述觀點應予以維持。簡單來說，健康檢查委員會的意見書在經過衛生局局長的確認後才對公共行政工作人員產生約束力，公共行政工作人員在接獲經確認意見書的通知後，應於翌日返回所屬部門上班，否則構成不合理缺勤。

在本案中，上訴實體沒有指出被上訴人於何時獲通知經衛生局局長確認的意見書。根據被上訴法院認定的事實，健康檢查委員會發表的有關上訴人的缺勤不能被證實為合理因病缺勤的意見於同日獲衛生局局長確認，但未能證明被上訴人於當日(或何時)接獲通知。

⁹ 見 Marcello Caetano 的著作《*Manual de Direito Administrativo*》，第一冊，第十版，第 461 頁及第 462 頁。

¹⁰ 此觀點亦見於中級法院在第 74/2014 號案和第 1015/2020 號案作出的合議庭裁判。

基於上訴實體沒有提出對相關確認行為作出了必要通知，在法院認定的事實中亦未見相關內容，所以不能肯定地說被上訴人沒有履行於翌日向所屬部門報到的義務，從而自該日起不合理缺勤。¹¹

因此，應裁定上訴人提出的該部分上訴理由不成立。

3.2. 關於 2020 年 9 月 2 日至 15 日期間的缺勤

中級法院認同被上訴人於該期間內不合理缺勤，應該受到紀律處分。

現上訴實體質疑被上訴裁判撤銷被訴處罰行為的決定，認為應維持對被上訴人科處撤職處分的處罰行為，因為有關被上訴人於該期間內不合理缺勤的事實也導致上訴實體適用撤職處分，根據《保安部隊軍事化人員通則》第 240 條 c 項及第 238 條第 1 款和第 2 款 i 項的規定以及終審法院的司法見解，我們所面對的是一項“固定的處分” (pena fixa)，在本案中不可能適用其他的紀律處分，因為本案的有權限實體並未考慮任何特別減輕處罰的情況；同時，根據行政行為的利用原則，如果行為被

¹¹ 參閱終審法院 2022 年 1 月 28 日在第 141/2021 號上訴案件中作出的合議庭裁判。

撤銷後有權限實體仍被限定作出法律強制其作出的相同行為，則撤銷該行為沒有正當理由。

在本案中，從被訴處罰決定可以看到，上訴實體基於以下理由對現被上訴人科處撤職處分：

- 被上訴人於 2019 年 5 月 18 日至 9 月 12 日期間及 2020 年 9 月 2 日至 15 日期間不合理缺勤；

- 被上訴人數次違反《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 13 條第 2 款 a 項規定的勤謹義務，並因在同一歷年內不合理缺勤超逾連續五日，處於該《通則》第 238 條第 2 款 i 項所指的、關於《公共行政工作人員通則》第 90 條第 2 款及第 105 條第 5 款規定的不正當缺勤的情況；

- “儘管有著十五年以上的服務時間，但鑑於其堅稱自己處於未經診斷證明的身體無能力狀態的行為所表現出的頑固態度，以及第二次缺勤期間對履行義務表現出的漠不關心，且其行為的嚴重性顯示出在道德及法律方面具有高度的譴責性，應排除對其科處強迫退休的開除性處分”；

- 同時考慮到控訴書中所載的減輕情節，尤其是上述《通則》第 200 條第 2 款 b 項、e 項、h 項及 i 項所指的情節；

- 根據《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 219 條 g 項、第 224 條、第 238 條第 2 款 i 項和第 240 條 c 項的規定，對被上訴人科處撤職處分。

在本上訴中，上訴實體認為，即使僅考慮被上訴人於 2020 年 9 月 2 日至 15 日期間不合理缺勤的情況，亦應對其科處撤職處分，不存在科處其他處分的可能，並且上訴實體並未考慮任何特別減輕處罰的情況。

對於本案討論的《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 240 條所規定的撤職處分，本終審法院曾在上訴實體引述的 2015 年 11 月 4 日第 71/2015 號及 2019 年 3 月 27 日第 8/2019 號合議庭裁判中發表了如下見解：

「…… 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。

.....

根據《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 232 條的規定，在科處處分時應考慮違法行為的性質及嚴重性、違法者的職級或職位、過錯程度、

個人品格、文化水平及任何不利或有利於嫌疑人的情節。

此外，在第 200 條及第 201 條中，還規定了一些因減輕嫌疑人的過錯性或降低事實嚴重性而減輕紀律責任的情節和因提高嫌疑人的過錯性或事實不法程度而加重紀律責任的情節。顯然，在屬固定處分的情況中，減輕或加重情節是起不到增減處分程度的作用的，但不妨礙可以對處分予以特別減輕，如果存在明顯減輕事實的不法性或行為人罪過的情節，或明顯減少處分必要性的情節，則必須科處較輕處分(《刑法典》第 66 條第 1 款)。

另外，還有一些阻卻或排除紀律責任的情節(第 202 條及第 203 條)。

在以上的規定中，沒有任何一條排除對特定行為只能科處一項(固定)處分的可能性，但不妨礙可以因為特別減輕處罰而科處較輕處分，甚至因為發生阻卻或排除紀律的情節而不科處任何處分。」

換言之，即使認為《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 240 條所規定的撤職處分屬於“固定的處分”，因為法律規定對該條所述的那些事實應該科處撤職處分¹²，事實上也還存在“對處分予以特別減輕”的可能，只

¹² 在終審法院 2021 年 1 月 27 日於第 201/2020 號上訴案件作出的合議庭裁判中，甚至載有“第 240 條所規定的甚至可以稱之為‘強制’科處撤職處分”的表述。

要存在明顯減輕事實的不法性或行為人罪過的情節，或明顯減少處分必要性的情節，則必須科處較輕處分。

根據《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 219 條的規定，“處分之等級”分別為口頭申誡、書面申誡、罰款、停職、強迫退休及撤職。《澳門公共行政工作人員通則》第 300 條所規定的處分等級與此類似。

《澳門公共行政工作人員通則》第 316 條第 2 款也規定了“經衡量在程序中證實之減輕或加重情節之特別價值後”而“特別減輕或加重處分，科處比原來可科處於該個案者較低或較高之處分等級”的可能性。

另一方面，於 2021 年 9 月 15 日開始生效的第 13/2021 號法律(《保安部隊及保安部門人員通則》)第 155 條在對“撤職或解除公職僱傭聯繫”作出規範的同時，亦未排除特別減輕處罰的可能，行政當局“經適當說明理由”，可特別減輕處分，立法者為此明確規定了可變更紀律責任的減輕情節(第 156 條)。

應該說，我們所面對的並非限定性行為，因為與行使自由裁量權所作的行為相反，當決定者沒有自由決定的空間，行為只存在唯一可能的

方向時，行為的內容才受限定。¹³

在本案中，從被訴處罰行為可見，上訴實體認定被上訴人具有減輕情節，尤其是《澳門保安部隊軍事化人員通則》第 200 條第 2 款 b 項、e 項、h 項及 i 項所指的情節。

在被上訴人於 2019 年 5 月 18 日至 9 月 12 日期間及 2020 年 9 月 2 日至 15 日期間不合理缺勤的前提下，上述減輕情節顯然沒有起到特別減輕處分的作用，但如果僅考慮 2020 年 9 月 2 日至 15 日期間的不合理缺勤，上訴實體會否作出不同的考量，賦予該等減輕情節特別的價值呢？

顯然，這屬於有權限實體作出相應評價的範圍，行政當局行使其自由裁量權，原則上法院不應介入。

事實上，考慮到本案的具體情況，法院無法(也不應該)預判上訴實體一定會作出相同的行為，對被上訴人科處相同的撤職處分。

關於上訴實體以其仍被限定作出相同的處分行為為前提而提出的行政行為的利用原則，在此有必要重申本終審法院在 2006 年 5 月 10 日第

¹³ Viriato Lima 與 Álvaro Dantas 合著：《Código de Processo Administrativo Contencioso Anotado》，法律及司法培訓中心，2015 年，第 310 頁。

7/2006 號合議庭裁判提出的並被之後的其他合議庭裁判引用¹⁴的以下觀點：

「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。¹⁵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^{16 17}”。

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。

¹⁴ 如終審法院 2013 年 12 月 18 日第 77/2013 號合議庭裁判及 2021 年 3 月 3 日第 129/2019 號合議庭裁判。

¹⁵ 原則上說，只是不得加重處罰。

¹⁶ 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。

¹⁷ 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。

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。」

在 2013 年 12 月 18 日於第 77/2013 號上訴案件作出的合議庭裁判中，本終審法院也明確指出：“行政行為的利用原則—即儘管相關行為存在瑕疵，亦不將其判為無效—僅適用於限定性行為的領域，但不能適用於公職紀律處罰的衡量範疇，因為行政當局在此方面有自由裁量空間”。

在本案中，我們所面對的不僅僅是是否考慮一個加重情節的問題，而是作為上訴實體作出撤職處分的事實前提發生改變的問題，這種改變是否會引致處分行為的變更，應由有權限的行政當局進行考量，法院不應侵犯屬於行政當局擁有自由決定空間的領域，取代行政機關去作出判斷，否則有違權力分立原則。

被上訴法院作出的撤銷被訴處罰行為的決定並無可予指責及應予糾正之處。

4、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴敗訴，維持被上訴裁判。

上訴實體因享有法定豁免而無需承擔相關訴訟費用。

宋敏莉

司徒民正

岑浩輝

2022 年 5 月 13 日

出席評議會的檢察院司法官：鄧澳華