

第 69/2016 號案

對行政司法裁判的上訴

上訴人：甲

被上訴人：保安司司長

會議日期：2016 年 12 月 15 日

法官：宋敏莉(裁判書制作法官)、岑浩輝和利馬

主題：— 居留許可

— 刑事犯罪前科

— 適度和公正原則

— 保護家庭團聚

摘 要

一、為批給居留許可，法律明確規定要考慮利害關係人的刑事犯罪前科、經證實不遵守澳門特區的法律，或第 4/2003 號法律第 4 條所指的任何情況，賦予行政當局真正的自由裁量權。

二、除例外情況以外，在行政當局行使自由裁量權的範圍內，

如不涉及須透過被限定的決定解決的事宜，則行政當局所作出的決定不受法院審查。

三、終審法院一直認為在審議行政機關是否遵守適度原則時，只有在行政決定以不能容忍的方式違反該原則的情況下，法官才可介入。

四、看不到被質疑的行政行為有任何偏離第 4/2003 號法律的立法目的之處，而在自由裁量權的行使方面也沒有出現明顯或嚴重的錯誤，我們知道只有在行使該權利時出現明顯錯誤或絕對不合理的情況下才構成對法律的違反，且可以受司法審查。

五、被上訴的行政行為明顯是為了謀求其中一項公共利益，即預防及確保澳門特別行政區的公共秩序和社會安全，利害關係人的個人利益應讓步於這一需要。

六、澳門特區《基本法》以及第 6/94/M 號法律賦予澳門特區居民的對家庭團聚和穩定的保護本身並不足以成為向與澳門特區居民結婚的非本地居民批出居留許可，以保證其家庭團聚的理由。

裁判書制作法官

宋敏莉

澳門特別行政區終審法院裁判

一、概述

甲針對保安司司長於 2015 年 3 月 23 日所作的批示提起撤銷性司法上訴，該批示不批准其在澳門特別行政區的居留許可的申請。

透過 2016 年 4 月 28 日的合議庭裁判，中級法院裁定司法上訴敗訴。

甲不服裁判，向終審法院提起上訴，並提出以下結論：

A) 被上訴的裁判認同有關見解，認為一個過去的行為，即使像本案中的行為一樣已經過去了十多年且僅被科以壹仟港元的罰款，其刑事性質既不會消失也不變弱，因為“從刑事角度所追求的價值與本案從行政方面追求的價值是不同的”，這一見解在大部分司法見解中都存在，雖然對此我們表示應有的尊重，但其沾有致命的瑕疵。

B) 只是從直接主義方面來看，刑事規範與行政規範所追求的利益才是不同的。但事實上，兩者追求的利益是相同的，即在社會中井然有序地生活。

C) 如不這樣認為，則屬於狡辯和邏輯荒謬，因為當從刑法的角度，市民可以且應該被視為已恢復權利—這是所有刑事規範的最終目的之一時，卻在行政方面繼續且將永遠被打上“罪惡”的烙印！

D) 也就是說，從刑事的角度來說，適合在社會中生活，但是從行政的角度來說卻不適合在社會中生活。

E) 事實上，如果說有關價值是安全方面的，且如被上訴的裁判所說的那樣，涉及公共利益的話，那麼刑法中相關的價值又是什麼呢？難道不正是同樣的、必然屬於公共利益的安全價值與其他價值麼？

F) 刑法涉及範圍更廣，在本質上包含了所有重要的行政價值。因此，更加有理由認為，如果某人已經或具備條件將被刑法恢復權利，則同樣應已經或具備條件在法律秩序的任一範疇內恢復權利。

G) 如果不這樣認為，則是在否認刑法乃至任何法律規定的最崇

高和目的性的本質：由於不可剝奪的人類尊嚴，任何人都能夠改過自新這一前提。或早或晚，終究有一個時刻，他必須或可被視為有權或完全能夠行使任何權利。

H) 被上訴裁判背後的見解使上訴人的尊嚴無法完全體現，否定了他享有的公民權利，拒絕了上訴人融入社會，而除應有的尊重外，認為上訴人可以融入別的社會，只不過不能在澳門特區，這樣的論據是站不住腳的。

I) 認為再社會化受制於公共秩序和安全，即沒有條件不影響公共秩序和安全的人同樣根本不具備條件再社會化是膚淺的想法。

J) 主張面對的是分開和獨立的價值是沒有意義的，所以說是一種狡辯。只有讓不會危及公共秩序，即社會生活的人再社會化才有意義。

K) 也就是說，任何人有條件再社會化—即從刑法角度恢復權利—都是因為其有條件在社會中生活，遵守社會規範。因此，從定義上來看，並不影響公共秩序，反而是遵守公共秩序。

L) 亦即，對於行政法來說，有關人士不能被視為不受歡迎的！

M) 還要提出的問題是，作為被上訴裁判關鍵性依據的所謂“潛在威脅”是從哪裏看出來的？到底具體及抽象地進行了什麼研究、分析、審查、舉證、證明和核實從而允許得出這樣(不單單是假設性的)的結論？

N) 司法權得以行政當局行使*自由裁量權*的原則作為理由拒絕作出相關行為...並以完全沒有獲得證實的*已考量了法律要求考慮的某些方面*這一原則作為依據。

O) 本案中，看不出已對法律要求考慮的方面作出應有的考量。已知的是，行政當局過於簡單地認為由於有刑事犯罪前科(即便明顯是非常輕微的犯罪)，所以申請人對於澳門特區的公共安全及秩序構成潛在威脅。沒有進行任何其他的考量。

P) 行政當局從未作出任何努力或以任何方式證明有關刑事犯罪前科危及或可危及澳門特區的公共安全和秩序。看不出該危險是顯而易見及眾所周知的。其中一項事實並非是另一項事實的必要前提。

Q) 行政當局簡單地從原則出發，並總是得出結論認為單純的刑事紀錄便構成危及公共秩序和安全的、現存或潛在的跡象或理由。

R) 該見解是不合法且不能成立的。

S) 不能像被上訴裁判那樣，以“在考量該等因素(第 4/2003 號法律第 9 條第 1 款規定的刑事犯罪前科)時的自由裁量權，法院無權予以審查，因為這會侵犯法律賦予行政當局考量或不考量某要件的自由”作為理由。

T) 概括而言：行政當局因擁有自由裁量權而“任意”妄為，被上訴裁判是以行政當局做法正確這個原則為出發點的。

U) 這一思路是危險的，而且似乎更接近於隨意而非自由裁量。事實上，由於行政當局什麼都沒說，所以我們並不知道是如何考量上訴人的刑事犯罪前科的！

V) 不能如此簡單地得出行政當局做法正確的結論，以自由裁量權為基礎來為其行為正名。

W) 這意味著行政當局大部分和重要的行為將不受司法監控，最終會導致對權力分立原則以及(大概民主的)監控機構行為的否定。

X) 權力分立的支柱之一正是不同權力機關之間對彼此行為的

互相審查。

Y) 如果其中一個權力機關因行使自由裁量權(像本案一樣不可能探究該自由裁量內容的情況)而可以不受監督地活動的話，便是在否定設立權力分立原則的理由。

Z) 本案中，所有資料都顯示行政當局不合理地行使了自由裁量權，因為沒有證明也沒有表現出有遵守適度和公正原則，原因是無法知道行政當局是如何考量上訴人刑事犯罪前科這一事實，以及該事實以什麼方式影響澳門特區的公共秩序和安全。

AA) 行政當局只是認為存在一刑事犯罪前科，因此不需要其他理由，該前科影響公共秩序和安全...這並不是立法者所希望和規定的“考量”(見上述規定)。

BB) 基於此，被上訴的裁判仍堅持被上訴的行為中已有的瑕疵，即不尊重《基本法》第38條，尤其是8月1日第6/94/M號法律—《家庭政策綱要法》—第2條所保證的家庭保護。

CC) 被上訴的行為確實損害了上訴人家庭的團聚和穩定，因為不可否認的是，上訴人與一澳門居民結婚，且兩人都是澳門居民的

後代，拒絕給予上訴人居留許可導致其家庭生活的不穩定，並且在一定程度上造成上述家庭的離散。

DD) 雖然可以在或長或短的時間內團聚在一起，但卻不能持續地團聚。事實是如果沒有居留許可，上訴人就不能像澳門居民那樣在澳門工作、獲得收益、實現自身價值以及正常且毫無保留地為家庭生活作貢獻。

被上訴實體沒有提交上訴答辯。

檢察院司法官發表了意見，認為上訴應被裁定敗訴。

已作出檢閱。

現作出審理。

二、事實

卷宗內認定了以下重要事實：

—上訴人接獲不批准其居留許可的通知，內容如下：

“治安警察局

出入境事務廳

通知書

編號：XXXXXXX/CESMNOT/2015P

茲通知甲先生(持第 ZXXXXXXX(X)號香港永久性居民身份證)，關於台端在 2014 年 9 月 11 日遞交申請書，要求批給台端本澳居留許可一事，保安司司長按本局出入境事務廳第 XXXXXXX/CESMFR/2015P 號報告書上所載之意見，於 2015 年 3 月 23 日作出批示—不批准台端之居留申請。

現將上述報告書之意見內容轉述如下：

1. 申請人，男性，已婚，27 歲，出生於香港，中國籍，持香港永久性居民身份證，現請求批准在澳門定居，以便與持澳門永久性居民身份證的配偶團聚。

2. 根據香港警務處簽發的函件編號 CNCCXXXXX/14，證實申

請人在港存有以下刑事紀錄：(非正式註譯)

日期	罪名	結果
*2006/12/12	管有危險藥物	罰款 1000 元

*憑藉《罪犯自新條例》第 2(1)款，這項判罪在香港應視為已喪失時效。

3. 根據上述第 2 點，考慮到申請人存有“刑事犯罪前科”之因素，故本定居申請應不予批准。

4. 經書面聽證程序後，申請人配偶向本廳遞交書面陳述及相關文件。

5. 鑑於申請人聽證階段所陳述的理由並不充分，因此，經考慮第 4/2003 號法律第 9 條第 2 款第 1 項(刑事犯罪前科)的規定，建議不批准本居留申請。

上述行政行為可按照〔行政訴訟法典〕第 25 條之規定向中級法院提起司法上訴。

外國人事務警司處處長

乙警司

丙副警司代行

2015 年 4 月 1 日”

三、法律

上訴人提出的問題是要知道現被上訴的合議庭裁判是否違反第 4/2003 號法律第 9 條第 2 款的規定及適度和公正原則，以及是否不尊重家庭保護。

1. 上訴人欲在澳門特區定居，而這需要獲得本地政府的許可。

根據訂定入境、逗留及居留許可制度的一般原則的第 4/2003 號法律第 9 條的規定，“行政長官得批給在澳門特別行政區的居留許可”。

為批給居留許可，“尤其應考慮下列因素：

(一) 刑事犯罪前科、經證實不遵守澳門特別行政區法律，或本法律第四條所指的任何情況；

(二) 利害關係人所擁有的維生資源；

(三) 在澳門特別行政區居留之目的及其可能性；

(四) 利害關係人在澳門特別行政區從事或擬從事的活動；

(五) 利害關係人與澳門特別行政區居民的親屬關係；

(六) 人道理由，尤其在其他國家或地區缺乏生存條件或家庭輔助。

三、 利害關係人在澳門特別行政區通常居住是維持居留許可的條件。”

同一法律第 4 條規定了非本地居民被拒絕或可被拒絕進入澳門特區的情況，當中包括利害關係人“在澳門特別行政區或在外地被判處剝奪自由的刑罰”或存有“強烈迹象顯示曾實施或預備實施任何犯罪”〔第 4 條第 2 款第(二)及第(三)項〕。

由此可見，為批給居留許可，法律明確規定要考慮“刑事犯罪前科、經證實不遵守澳門特別行政區法律，或本法律第四條所指的任何情況”，要留意的是，只要存有強烈迹象顯示曾經實施任何犯罪就可以導致居留不被批准。

回到本案，從卷宗內可以看到，居留許可的申請是“根據第4/2003號法律第9條第2款第(一)項(刑事犯罪前科)的規定”而不獲批准的，因為根據香港警務處提供的資料，上訴人在香港有刑事紀錄，曾於2006年12月12日因持有危險藥物被判處1,000港元的罰款，而根據香港《罪犯自新條例》第2(1)條的規定，該判罪應被視為“已失時效”。

在上訴人看來，被上訴法院沒有對法律要求考慮的方面作出應有的考量，而只是過於簡單地認為由於有刑事犯罪前科(即便明顯是非常輕微的犯罪)，所以上訴人對於澳門特區的公共安全及秩序構成潛在威脅。

被質疑的行政決定是根據第4/2003號法律第9條第2款第(一)項的規定而作出的，該規定允許行政當局在考慮利害關係人的刑事犯罪前科及該項所提及的其他因素後，不批准居留許可的申請。

可以看到，法律說的是“刑事犯罪前科”，完全沒有提到利害關係人實施犯罪或被判罪的地點，也沒有具體說明所指的是哪些刑事犯罪前科及其嚴重程度如何，因此實施犯罪和判罪的地點以及犯罪的嚴重性都無關緊要。

利害關係人犯罪及被判處刑罰的嚴重性明顯不妨礙居留不被批准，因為立法者甚至要求對存有強烈迹象顯示曾實施或預備實施任何犯罪加以考慮(下劃綫為我們所加)。

另外，判罪已依法“失效”的事實同樣不妨礙為批給居留許可而考慮該判罪。

關於法律上的恢復權利(類似於香港的判罪“失效”)及司法恢復權利的問題，本終審法院一直強調“規定在入境、逗留和居留許可制度，即第 4/2003 號法律中的給予居留許可的條件的基礎和刑事紀錄制度的不同。前者更加注重澳門特區居民的公共秩序和安全，後者則注重通過恢復權利讓在特區被刑事判罪的不法份子再社會化。可見，所要保障的利益是不同的。因此，不能簡單地把一個制度的規定適用於另一個制度”¹，認為無論是否存在法律上的或司法

¹ 見終審法院於 2007 年 12 月 13 日、2011 年 6 月 10 日及 2015 年 1 月 28 日分別在第 36/2006 號案、第 13/2011 號案及第 123/2014 號案中所作的合議庭裁判。

恢復權利，為批給居留許可而考量刑事犯罪前科的行政決定都是正確的。

事實上，恢復權利制度的宗旨在於讓被刑事判罪的不法份子重新融入社會，而居留許可制度則更為重視澳門特區整個社會的公共秩序和治安，兩者截然不同。

自實施犯罪及被判罪起經過的時間同樣不重要，在此我們引用本終審法院的下列司法見解：“無論在刑事判罪之後經過了多少時間，犯罪紀錄是一個在審查居留許可申請時必須考慮的因素”，此外，“在立法者的眼中，之前的刑事判罪，以及可以構成拒絕非澳門特區居民入境原因的已經實施或準備實施任何罪行的強烈跡象(第4/2003 號法律第4 條第2 款d 項)，對特區的公共秩序和安全必然是一個警號”²。

為批給居留許可，行政當局最注重的毫無疑問是社會秩序和治安這些公共利益，這是很好理解的。

行政當局有權採取必要的措施(包括不批給居留許可)來避免非澳門居民的入境、逗留或獲准居留可能會對澳門特區公共秩序及社

² 見終審法院於 2007 年 12 月 13 日在第 36/2006 號案中所作的合議庭裁判。

會安全帶來的任何風險。

澳門特區行政當局沒有義務向所有提出申請的利害關係人批出居留許可，即使他們與澳門有非常密切的聯繫並以家庭團聚的名義提出申請，正如本案中上訴人的情況一樣。這涉及的是行政當局制定的移民政策，不屬於司法監督的範圍。

在該領域內，行政當局行使自由裁量權，沒有什麼妨礙其考慮利害關係人的刑事犯罪前科這個法律規定在批給在澳門特區居留許可時需要考慮的其中一個因素，對個案作出判斷並對利害關係人的具體情況作出評估，以決定是否批給居留許可。

也沒有什麼妨礙行政當局在僅考慮利害關係人的刑事犯罪前科後，如認為其行為對澳門特區公共秩序及社會安全帶來潛在風險的話，作出不批給居留許可的決定。

2. 上訴人指違反了適度和公正原則。

根據《行政程序法典》第5條第2款確立的適度原則，“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”。

同一法典第 7 條確立的公正原則及無私原則要求“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”。

根據適度原則，對個人權利和利益的限制必須是對確保以公權力作出的行為所欲達致的目的來說屬合適且必需的。

這就要求行政當局所採用的措施，對於追求決定的目的來說是適當和必需的，而對相關的公共利益來說是適度的。

適度是針對在限制性或限定性行為中，將所追求的物質、利益或價值與由這一行為所犧牲的物質、利益或價值相比較來確定。

也就是說，要求對具體行為所追求及犧牲的物質、利益或價值進行考慮和比較。

統一的見解是，在考量第 4/2003 號法律第 9 條第 2 款第(一)項所指的情節批給居留許可的問題上，立法者賦予行政當局真正的自由裁量權。

眾所周知，除例外情況以外，在行政當局行使自由裁量權的範圍內，如不涉及由被限定的決定解決的事宜，則行政當局所作出的決定不受法院審查。

司法見解亦是遵從這個觀點的，終審法院一直認為在審議行政機關是否遵守上述法律原則時，只有在行政決定以不能容忍的方式違反該原則的情況下，法官才可介入。³

在本案中，我們認為，考慮到維護可能因批給該居留許可而帶來危險的澳門公共秩序和安全的整體利益，不批准居留許可而給上訴人帶來的犧牲並非不能接受和不能容忍的。

要考慮上訴人的具體情況，眾所周知，作為香港特區的永久居民並持有香港永久性居民身份證，上訴人可在澳門特區逗留最長一年時間〔第5/2003號行政法規第10條第1款結合第5條第2款第(三)項〕，這意味著上訴人要作的犧牲更少了。

同時，我們無意漠視上訴人請求批給居留許可的個人及家庭利益，這是值得尊重的，但在由行政當局作出的決定中，並未看到明顯不公正的情況。

³ 參見終審法院合議庭裁判，如2003年10月15日在第26/2003號案中所作的合議庭裁判。

事實上，看不到被質疑的行政行為有任何偏離第 4/2003 號法律的立法目的之處，而在自由裁量權的行使方面也沒有出現明顯或嚴重的錯誤，我們知道只有在行使該權利時出現明顯錯誤或絕對不合理的情況下才構成對法律的違反，且可以受司法審查(《行政訴訟法典》第 21 條第 1 款 d 項)。

被上訴的行政行為明顯是為了謀求其中一項公共利益，即預防及確保澳門特區的公共秩序和社會安全，利害關係人的個人利益應讓步於這一需要。

我們看不出如何以不能容忍的方式違反了適度和公正原則。

如果承認法院可代替行政當局作出應由其作出的評估判斷，並介入行政當局自身活動範圍的話，那便意味著違反了權力分立原則。

3. 上訴人還提出澳門特別行政區《基本法》第 38 條，尤其是第 6/94/M 號法律(《家庭政策綱要法》)第 2 條所保證的家庭保護，認為被質疑的行為損害其家庭的團聚和穩定。

首先，我們沒有看到任何違反《基本法》第 38 條的情況，該條

文旨在保護：i)澳門居民的婚姻自由、成立家庭和自願生育的權利；
ii)婦女的合法權益；以及 iii)未成年人、老年人和殘疾人。

儘管包括現上訴人妻子在內的澳門特區居民的婚姻自由和成立家庭的權利受到保護，但可以肯定的是，法律並不保證居民在澳門的家庭團聚，更不用說家庭的穩定了，因為眾所周知，家庭穩定受很多因素的影響。

即使考慮到第 6/94/M 號法律中同樣以家庭的團聚及穩定為宗旨的第 2 條的規定，也不能說為了家庭的團聚和穩定，法律始終保證向與澳門居民結婚的非本地居民批出居留許可。

總而言之，我們認為被上訴的裁判並無不妥之處。

四、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴敗訴。

訴訟費用由上訴人承擔，司法費訂為 5 個計算單位。

澳門，2016 年 12 月 15 日

法官：宋敏莉（裁判書制作法官）－岑浩輝－利馬

出席評議會的檢察院司法官：蘇崇德