

(譯本)

1. 嫌犯針對本人作為澳門特別行政區終審法院的預審法官，根據《司法組織綱要法》第 44 條第 2 款第(九)項結合第(八)項的規定，在對嫌犯於擔任澳門特區檢察長(而不是擔任助理檢察長)時涉嫌實施之犯罪而展開的第 1530/2015 號偵查程序中，行使司法職能作出科處羈押措施的決定提起上訴¹。

就本人的此一權限，有必要作一些說明。

這是在《司法組織綱要法》生效期間(在時間上與澳門特區成立的時間一致)，第二次發生行使第 44 條第 2 款第(九)項所規定之權限的情況。

第一次是在偵查政府某個司長，以及在之後由終審法院對其進行審判時，行使這些司法職能。當時，由於該名政府主要官員被即時免去職務，我個人對於有權對其行使審判權的法院是存有一些疑問的，因為他是在運輸工務司司長的任上實施被指控的那些犯罪的，但在審判時已不再具有司長的身份。

當時，管轄權規定中所指的是相關人士在實施犯罪時而非在第一審級

¹ “

第四十四條

...

二、終審法院有管轄權：

(九) 在(六)項及(八)項所指案件的訴訟程序中，進行預審，就是否起訴作出裁判，以及行使在偵查方面的審判職能；”

(譯本)

被審理時之身份的觀點占了上風。

這個問題在當時沒有引發任何爭議。不論是嫌犯還是檢察院都沒有提出相反意見，而媒體也沒有提醒本人有人對於終審法院作為第一審級審理此案提出質疑。

無論如何，由於存在先前的判例，而且法律並沒有更改，謹慎的做法是維持之前對此問題的理解，希望今後有立法權的機關能夠在適當的時候就此表明立場。

在終審法院之前已經接受對前一司長擁有司法管轄權的情況下，如果現在拒絕審理處於相同情況的前檢察長，恐怕是沒有人能夠理解的。甚至有可能引起社會恐慌。

這就是應由終審法院對前檢察長行使偵查方面的司法職能，而且如果將來有需要，還要對其進行預審、起訴及審判的原因所在。

2. 有關是否可針對科處羈押措施的決定提起上訴的問題

顯然，被質疑的決定並不涉及案件的根本問題，即嫌犯有罪或無罪的

(譯本)

問題，僅涉及強制措施的科處。

正如本人在之前的案件中所說，在我們的法律制度中，上訴是指向一個高等級的司法機關提出對某一司法決定進行複議的請求。

在刑事訴訟中，*原則上*是可對司法決定提出上訴，不可上訴是*例外的*（《刑事訴訟法典》第 389 條）。

儘管如此，在刑事訴訟中，是不能對某些決定提出上訴的，《刑事訴訟法典》第 390 條、第 31 條第 1 款、第 128 條第 7 款、第 140 條第 3 款、第 263 條第 5 款、第 273 條第 2 款、第 292 條和第 371 條第 2 款均有明示規定不能對那些決定提起上訴。但也有另一些不可上訴的情況，如法律規定其決定為終局的決定（例如《刑事訴訟法典》第 36 條第 2 款、第 43 條第 2 款、第 395 條第 4 款和第 415 條第 2 款）。

基於一項明顯的訴訟法律原則的效力，不得對終審法院作出的決定提起上訴，根據該項原則，*因沒有擬向其提起上訴的機構*，故不能接納對由*某一司法組織中最高級法院*所作出的決定所提起的上訴。

事實上，終審法院不只是澳門特別行政區最高級法院【《澳門特別行政區基本法》（以下簡稱《基本法》）第 84 條第 2 款】，而且澳門特別行政區也享有獨立的司法權，包括終審權（《基本法》第 19 條第 1 款）。

(譯本)

因此可見，對由其審理的案件而言，終審法院擁有最後的決定權，其所作出的決定是終局的，因此，不得就終審法院作出的任何決定向澳門特別行政區或國內的某一司法或政治機關提起上訴，但這並不妨礙那些終審法院不具有管轄權的涉及國家行為的事宜(《基本法》第 19 條)以及遵從由全國人民代表大會常務委員會就《基本法》所作的解釋的事宜，但這些事宜也僅屬於中央人民政府負責或中央機關與澳門特區關係方面的事宜(《基本法》第 143 條)。

現所涉及的事宜不屬於上述中的任一項，顯然的是終審法院的決定即為終局決定。

在統一司法見解的情形中，即就同一法律問題，終審法院所作出的兩項決定相矛盾或中級法院的決定與終審法院的決定相矛盾時，確實可以向終審法院提起上訴，由一例外擴大的五位法官組成合議庭參與審理，為此而徵召中級法院院長和該院年資最長的那位法官，再加上終審法院的三位法官(《司法組織綱要法》第 44 條第 2 款(一)項和第 46 條以及《刑事訴訟法典》第 419 條和第 425 條)。

立法者的這一選擇是可理解的，尤其是當終審法院的兩項決定相矛盾時，由於終審法院是澳門特別行政區最高級法院，規定了一項上訴，但仍然是向終審法院提出並徵召另一高等級的法院法官參與以便解決司法見

(譯本)

解的矛盾問題。

但在法律中，只有這一種對終審法院的一項決定向終審法院提起上訴的可能性，沒有其他，而且只有立法者才可以規定上訴的可能性以及創設法庭。

這一原則對以第一審級獨任庭法官的身份審理案件的終審法院法官同樣適用，因為法律從來沒有規定針對獨任庭法官的決定向其所屬的那一級法院上訴的機制。所存在的機制是，在某一上訴案中，針對裁判書制作法官的批示向評議會提起聲明異議(《民事訴訟法典》第 620 條的規定)。但目前被質疑的決定並不是在任何上訴案中作出的，本人的身份是預審法官而不是上訴案中的裁判書制作人。

另外，不能說基於《基本法》第 40 條規定的效力而適用的《公民權利和政治權利國際公約》規定在刑事訴訟中必然有上訴的可能，我們將會看到，不是如此的。

該《公約》第 14 條第 5 款規定：

“凡被判定有罪者，應有權獲得由一個較高級法庭對其過錯和判處之宣告依法進行複審。”

(譯本)

該規範只是規定了在刑事訴訟中所涉及的有罪判決的兩級審理制度，但並不涉及在刑事性質的訴訟中由一法院所作出的所有其他決定，一如嫌犯想對其提出質疑的決定的情形，這也是 A. RIBEIRO MENDES²所教導的：“在這一《公約》中，只是在刑事訴訟中，對有罪判決確立了一項兩級審理的制度”。IRENEU CABRAL BARRETO³在對與之相似的歐洲委員會《公民權利和基本自由保護公約第七附加議定書》第 2 條所作注釋時也持同一觀點⁴：“刑事訴訟中的被判刑者有權向高一級法院提出上訴以對其過錯或判處之宣告進行複審，因此，其前提是一項有罪判決，故此條不適用於不含有就刑事事宜上的控訴是否成立所作決定的程序”。

因此，《公民權利和政治權利國際公約》第 14 條第 5 款與現涉及的決定的可上訴性問題無關，該決定沒有因嫌犯觸犯任何罪行而判處他。

無論怎樣，我們現提前指出，即使終審法院的決定是因嫌犯觸犯罪行而對其作出有罪判決，基於已指出的理由，也不可能提出上訴。

終審法院的決定是終局的和不接納對其提出上訴的。

² A. RIBEIRO MENDES 著：《*Recursos em Processo Civil*》，里斯本，Lex 出版社，1994 年，第二版，第 100 頁，注釋(1)。

³ IRENEU CABRAL BARRETO 著：《*A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*》，科英布拉，科英布拉出版社，第三版，2005 年，第 377 頁。

⁴ 該議定書第 2 條第 1 款內容如下：“被法庭判定為有罪者均有權要求一個較高級法庭對其過錯或判處之宣告進行複審。本權利的行使，包括其行使的依據，將由法律規範。”

(譯本)

我們認為，在澳門特別行政區的法律制度中，不存在任何違反《公民權利和政治權利國際公約》第 14 條第 5 款的情況，其一般性地規定了可對第一審所作的刑事有罪判決提出上訴。

讓我們看為什麼。

一般來說，高等級法院，即終審法院和中級法院不審理第一審的案件，但有時候也審理【參見《司法組織綱要法》第 44 條第 2 款第(五)、(六)、(七)、(八)、(十一)項及第 36 條第(二)、(三)、(四)、(五)和(八)項】。

當在《司法組織綱要法》第 44 條第 2 款(六)項規定終審法院具權限“審判行政長官、立法會主席及司長在擔任其職務時作出的犯罪及輕微違反的案件，但法律另有規定者除外”時，立法者肯定已經考慮到作為澳門特別行政區法院等級中最高級別的終審法院擁有最具經驗和培訓最好的法官，這是應該推定出的。因此，終審法院作出一審決定，也是最後的決定，對立法者來講並非不可接受。

另一方面，正如由 FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA⁵所引用的 ANDRÉS DE LA OLIVA 及 MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ⁶寫道，“第一

⁵ FERNANDO AMÂNCIO FERREIA 著：《Manual dos Recursos em Processo Civil》，科英布拉，Almedina 出版社，2000 年，第 55 頁。

⁶ ANDRÉS DE LA OLIVA 及 MIGUEL ANGEL FERNÁNDEZ 合著：《Derecho Procesal Civil》，第二卷，第四版，第 534 頁。

(譯本)

審之出現是以其終局性為明顯的意圖的，包括所有確保其決定之公正性的訴訟行為，這一規定也同時考慮到只實行一審的可能性”。

同時，與可能的想法相反，一級或更多級上訴的確立不是以下列想法作為理據的，如第一審沒贏，我們再嘗試一次，以便看我們是否會贏。不是如此的，或者更確切地說，不應是如此的。

正如 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA⁷解釋道“針對一決定向一個上一級的法院提出質疑……其所立足的前提是該法院比起被上訴法院來講，具備更好的條件去審理該案件，這應該是除其他因素外，與組成該上級法院的法官的經驗和成熟性、高等級法院的合議制……以及他們的精力集中於案件的特定方面有關”。

只要最高級的法院作為第一審去審判，應當認為在此一情況下，不但沒有理由設置一級上訴，而且在許多情況下是不可能的，因為該法院沒有足夠的法官，這是由於在上訴審中，那些參與了第一審審判的法官就不能參與上訴審的審理，而終審法院只有三位法官，他們均參與了第一審的審理，只有違背常理的法律才規定針對終審法院所作的裁判向中級法院提起上訴……而法律不能是違背常理的。

⁷ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA 著：《Estudos sobre o Novo Processo Civil》，里斯本，Lex 出版社，1997 年，第二版，第 376 頁。

(譯本)

正因此一理由，如前所述，歐洲委員會《公民權利和基本自由保護公約第七附加議定書》第 2 條才規定刑事訴訟中對有罪判決提起一次上訴的同時，在其第 2 款規定：

“這一權利(上訴權)可被排除.....當利害關係人是被最高級別法院作為第一審審判時.....”。

屬於我們已於前面解釋過的原則的適用，根據該原則，由於沒有擬向其提出上訴的機構，故不得對在某一司法組織中由最高級法院作出的決定提出上訴。

《公民權利和政治權利國際公約》第 14 條第 5 款確實沒有明確地作出這一例外的規定，這可能是由於該公約已是 1966 年的，而上述提到的議定書則相當近期，是 1984 年的，因此是最新的。

但這並不導致一如我們所作出的解釋那樣，對所提到的第 14 條第 5 款所作的必然解釋無效，即是：當第一審審判之法院為終審法院時，並不違反《公民權利和政治權利國際公約》第 14 條第 5 款。

除此之外，如認為澳門特別行政區法律違反了該《公約》，也不能因此而導致有必要接納在法律沒有規定的情況下，在刑事訴訟中，對終審法院作為第一審而作出的任何決定提出上訴。但只導致國際法所規定的違反

(譯本)

公約時的後果：或有的國際責任⁸。

結論是：根據現在澳門生效的法規，除法律另有規定外，不能就終審法院在刑事訴訟中作為第一審級所作的決定提起上訴。

但沒有什麼妨礙對法律作出修改，使司法裁判的上訴成為可能(這也是我們法律制度中的規則)，將對主要官員和司法官的一審權交給終審法院以外的其它法院，就像在中國內地和香港特別行政區那樣，並不是由最高級法院負責審理相關人員。

3. 最後，就我們對於《司法官通則》第 33 條之規定(“司法官不得在被起訴前或指定聽證日前被拘留或羈押，但屬可處以最高限度超逾三年徒刑犯罪的現行犯者除外”)的理解，即該條不適用於以定期委任方式擔任其它公職，並不實際行使法官或檢察官職能的司法官，作幾點補充說明。

如果說就本批示第 1 點內所談到的問題，關於何者才是對《司法組織綱要法》第 44 條第 2 款第(六)項和第(八)項的更好理解目前仍然存在疑問的話，那麼坦率地講，對於如何理解《司法官通則》第 33 條，認真專研

⁸ NGUYEN QUOC DINH·PATRICK DIALLIER 及 ALAIN PELLET 合著:《*Direito Internacional Público*》，里斯本，古本江基金會，1999 年，第 204 頁、第 205 頁、第 679 頁及續後各頁。以及 JOAQUIM SILVA CUNHA:《*Manual de Direito Internacional Público*》，科英布拉，Almedina 出版社，第二版，2004 年，第 703 頁及續後各頁。

(譯本)

過該條的人(而不是那些不假思索脫口而出的人)對此是不可能存在任何嚴重疑問的。

簡單講,獲確定委任的法官和檢察官(《司法官通則》第 14 條第 2 款),在擔任職務方面,可能處於以下四種基本情況:

— 實際履行法官或檢察官職務;

— 根據《司法官通則》第 19 條和《澳門公共行政工作人員通則》第 23 條的規定,經法官委員會或檢察長批准,以定期委任方式擔任其它公共職務,但保有原職級;

— 處於短期、長期或因公共利益的無薪假(《司法官通則》第 27 條和《澳門公共行政工作人員通則》第 136 條及後續條文);

— 退休。

顯而易見,法律尤其是《司法官通則》中所規定的法官和檢察官的權利、義務、迴避、福利及豁免依具體的職業狀況(特別是上指四種狀況之一)而有所不同。

有些權利和義務、迴避、福利和豁免適用於所有的職業狀況。還有一

(譯本)

些只適用於其中的某些狀況。

只有通過法律解釋才能得出結論。

例如，已完成為出任法官或檢察官職級而設的培訓課程及實習且成績及格的法官或檢察官獲確定委任，即終身委任(《司法官通則》第 14 條第 2 款)，適用於除退休以外的所有職業狀況。

然而，獨立性(《司法官通則》第 4 條)則只是對實際履行職務之法官的一種保障，而不是對檢察官的保障，後者要聽從上級命令。

獲定期委任的司法官也不具有獨立性，他受上級領導權的約束，其中包括上級發出指令的權力和司法官遵守指令的義務。因為在公共行政當局擔任職務的法官或檢察官就此效力而言屬於公務員，而不是司法官。不是很理解為什麼會存在相反理解.....

司法官以定期委任制度提供的服務時間，為年資及退休的效力，均視為實際履行司法官職務的時間(《司法官通則》第 19 條第 4 款)，這是定期委任的司法官區別於處於無薪假的司法官的一個方面，除非是因公共利益的無薪假，在這種情況下，如果利害關係人繼續作退休金扣除，服務時間仍可為退休之效力計算(《澳門公共行政工作人員通則》第 144 條)。

(譯本)

至於司法官的不得兼任制度，即除屬教授法律、法律培訓或法律學術研究的職務，立法、司法見解或學說上的研究及分析的職務，以及自願仲裁或必要仲裁方面的仲裁員職務外，司法官不得擔任其他公共或私人職務(《司法官通則》第 22 條)，或禁止從事政治活動(《司法官通則》第 24 條)，住所必須在澳門(《司法官通則》第 26 條)，禁止離開澳門(《司法官通則》第 28 條)，只能在司法假期期間享受年假(《司法官通則》第 29 條)，這些規定只有在適用於實際履行職務的法官或檢察官時才是有意義的。

不適用於那些定期委任的司法官，他們受所屬部門的組織章程的約束，也不適用於處於無薪假或已經退休的司法官。

還有許多例子……

下面我們專門對《司法官通則》第 33 條所規定的職務特權以及它是否適用於上訴人作出分析。

嫌犯目前並不履行助理檢察長的職務。

事實上，嫌犯獲行政長官任命以定期委任方式擔任刑事法律制度研究委員會主任(2015 年 2 月 1 日第二組《政府公報》)。

根據 8 月 11 日第 85/84/M 號法令第 10 條的規定，該委員會具有項目

(譯本)

組性質，並非必須由司法官擔任主任。可以是司法官，也可以不是司法官。

該委員會的宗旨是：

- 1) 跟進刑事法律領域的法律及司法改革的發展，並就此提出建議或修改意見；
- 2) 監察上項所指改革的實施情況；
- 3) 開展社會法律領域的研究計劃，以持續完善刑事法律制度；
- 4) 開展刑事政策研究，以協助有權限機關制定相關政策；
- 5) 就開展的活動，每年向檢察長提交一份綜合報告。

也就是說，上訴人在行政當局以定期委任的方式在一個研究委員會履行主任的職務，儘管該委員會的後勤及技術方面的保障是由檢察長辦公室提供。

事實上，第 85/84/M 號法令訂定了澳門公共行政當局組織結構的一般基礎。因此，依據該法令第 10 條所建立的項目組顯然隸屬公共行政架構範疇。出於事物本身的性質，司法官只能以定期委任或無薪假方式在項目組內任職。

(譯本)

一名司法官，作為司法官，並不在行政當局履行職務。如果以定期委任或無薪假方式履行公職，那麼就一般效力而言，他屬於一名公務員，而不是一名司法官。

因此，不享有《司法官通則》賦予司法官的那些職務特權。

也就是說，上訴人以定期委任制度履行司法官以外的其他職務，與其他以定期委任制度在政府或局或等同於局的機構(如項目組)擔任公職的司法官一樣。

因此，在目前所涉及的問題上，上訴人的狀況與一名處於無薪假的司法官無異。

嫌犯的名字被列入檢察官年資表並不出奇，因為他仍保有檢察官的身份，一如前文所述，司法官以定期委任制度提供的服務時間，為年資及退休的效力，均視為實際履行司法官職務的時間。

在這種情況下，上訴人顯然不享有除非屬可處以最高限度超逾三年徒刑犯罪的現行犯，否則不得在被起訴前或指定聽證日前被拘留或羈押的職務特權，因為，為享有該項特權，當事人必須實際履行司法官的職務。

這是對司法官職務的保護及保障，而不是給予那些只有職銜而沒有實

(譯本)

際履行職務的司法官的一項完全沒有理由的階級特權。

實際上，現在的制度已經不再是舊制，不再是上述職務特權構成真正意義上的身份特權，例如管轄權特權可以延伸至司法官遺孀的那個年代⁹。

最後，接受終審法院有權就針對前檢察長的偵查程序行使司法職能與認為前檢察長現在並不行使可使其享有除非屬特殊情況否則不得被羈押之特權的職能之間並不存在任何對立。

法律規定就法院的刑事管轄權而言重要的是行為人在顯示迹象的事實發生之日所擔任的職務是一回事，同一法律或其它法律規定只有正在實際履行該等職務的司法官才享有免於被羈押之權利是另一回事。這是兩個不同的規定，具有各自的特別理由。

4. 綜上所述，決定不受理上訴。

2016年4月8日，於澳門

法官：利馬

⁹ ANTÓNIO PEDRO NARBAS HOME M 著：《*Judex Perfectus, Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal*》，Almedina 書局，科英布拉，2003年，第734頁，第3136項注釋。