上訴案件編號：46/2019

合議庭裁判日期：二零一九年十一月七日

主題：

禁止入境

不確定概念

適度及適當原則

裁判書內容摘要：

1. 第 6/2004 號法律第十二條第三款規定用上了「對公共安全或公共秩序構成實質危險」的不確定概念 (conceito indeterminado)。

不確定概念顧名思義，法律文字表述並非純典型事實描述且其意思亦非對使用的語言有一定掌握的人而言是清楚易明的，而是要求法律適用者在面對一具體個案時，先要評價其面前的事實狀況再必須作出結論性的判斷，以斷定其面對的事實狀況是否符合法律上所指的概念。

因此，第 6/2004 號法律第十二條第三款的概念必須經由行政當局審視具體個案的情況，再經評價事實和最終結論該非本澳居民能自由入境澳門與否對澳門內部的公共安全或公共秩序構成實質的危險。

立法者用上「不確定概念」來作為法律適用的前提並非賦予行政機關有自由裁量權作出決定，相反是對行政當局作出行為時定下約束範圍。儘管在評價具體事實時行政機關有一定判斷空間以確定其面對的具體情況是否符合法律規定的不確定概念的要求，但不失為一受法律約束的行為。

因此，屬於法院可審理的法律問題。

2. 只有當行政機關在定出禁止入境期間時犯有明顯錯誤或以令人不能容忍的方式違反適度和適當原則時，行政法院方可介入撤銷其行政行為。

裁判書製作法官

賴健雄

澳門特別行政區中級法院
行政司法上訴卷宗第 46/2019 號
合議庭裁判

一、序

A，身份資料詳見於本卷宗，就澳門特別行政區保安司司長於二零一八年十月二十五日作出維持治安警察局於二零一八年七月三日批示禁止其入境澳門三年的決定不服，向本中級法院提起上訴，其上訴理由結論如下：

1. 根據澳門保安司司長於2018年10月25日作出之批示，維持澳門治安警察局局長於2018年07月03日按照第4/2003號法律第4條第二款第2)項併合第6/2004號法律第12條第二款第1)項、第三款及第四款之規定，著令對司法上訴人作出三年(由2018年02月09日起計)之禁止入境的決定。
2. 上述批示已通過澳門治安警察局於2018年11月09日發出之第3836/2018-Pº.229.01號公函通知司法上訴人；
3. 上述批示現為最終確定行為，而本司法上訴之提起屬適時，貴院具有權限審理本司法上訴；
4. 首先，在被判刑處有罪判決後至被告知被禁止進入澳門特別行政區前，司法上訴人亦經常進出澳門；
5. 司法上訴人雖被定罪，但在被定罪量刑後至被禁止入境之前，並沒有作出任何不守法規的行為；
6. 過去，適逢澳門博彩業開放，並伴隨著很多大型建築工程陸續開展；基於大型建築項目對於防火技術的應用有著極大的需求，故司法上訴人於2005年在澳門成立B有限公司，並通過其專業知識為澳門大型建設提供防火工程服務訂立不少防火工程合同；

7. 司法上訴人在澳門經營業務之同時，亦與C先生，並在2016年12月23日與C先生設立D有限公司並以此公司在澳門訂立防火工程合同；
8. 直至現時為止，司法上訴人至今仍然正在執行上述合同，並與澳門其他私人實體訂立其他防火工程合同；
9. 故此，不論是現正執行之合同，抑或是已完成但進入保養階段之合同，甚至為將來需要執行之合同，由於公司之其他合作夥伴對防火技術並不熟悉，故司法上訴人必需要親身到澳門監督質量及出席防火工程技術會議；
10. 此外，由於防火工程屬需要面對不同工程技術的融合，倘出現一項或多項工程需要協調時需要即時作出決定時，有必要司法上訴人親自在場且對相關問題進行即時解決；否則，倘若施工過程中稍有閃失將會產生嚴重後果，亦會直接影響該項目的工程質量，更容易產生人員傷亡；
11. 因此，不論在實施防火工程前之準備工作，抑或進行防火工程的過程中，甚至是完成防火工程之保養階段，司法上訴人都是極有需要經常到澳門，以司法上訴人的專業知識監督及視察B有限公司及D有限公司的工程，就防火工程技術問題進行解答，以及就防火工程施工問題提供解決方案；
12. 對於司法上訴人觸犯之罪行，僅因當時工程內某台機器失靈及事出突然而著員工將該器材進行拆卸之行為，而不知即使只為著緊急拆卸都需要持有工作許可才導致。對於因此觸犯刑事法律，司法上訴人亦對發生上述事情感到十分後悔及歉疚；
13. 為表示其歉意以及其改過自新的意願，司法上訴人在上述刑事案審理後隨即承擔由此而產生的全部刑事法律後果及繳清上述案件的訴訟費用及向澳門特別行區作出捐獻；
14. 所以，司法上訴人所觸犯的行為罪過程度較低，惡性輕微，且上述干犯之罪行亦並非有計劃及預謀作出；
15. 按照尊敬的初級法院刑事法庭法官 閣下作出之判決指出對司法上訴人作出譴責已適當地達到懲罰的目的，並決定將司法上訴人之刑罰作暫緩執行，給予司法上訴人緩刑的機會；
16. 同時，通過司法上訴人之合作夥伴及朋友之求情信，亦得知司法上訴人是一個具有責任心、對朋友熱誠之人，觸犯刑法只是全因不知悉澳

門法律所導致；

17. 而最重要的是，經過先前的深刻教訓，司法上訴人自此亦不會再魯莽行事，作出任何事情前必定先會了解澳門法律及法規，確保不會觸犯澳門法律及違規之情況下才作出；
18. 再者，司法上訴人之職業為正當商人，司法上訴人在澳門只是從事商業活動，並同時為澳門建築行業提供專業技術及培訓防火技術的專業人員，並希望為澳門經濟繁榮出一分綿力，為澳門帶來正面的影響；
19. 司法上訴人於香港及澳門有經營防火業務，收入十分穩定，其並不存在任何經濟上之困難及對澳門特別行政區產生任何負擔；
20. 此外，根據第6/2004號法律第12條第二款第1)項、第三款及第四款之規定之規定，“當作出禁止入境的決定，必須以對澳門特別行政區的公共安全或公共秩序確實構成危險為依據”；屬於不確定概念，如何適用此不確認概念多取決於行政當局對其體個案的評估。
21. 雖然司法上訴人被定罪，但有關定罪僅在該個案中顯示司法上訴人觸犯相關罪行。
22. 事發至今，司法上訴人根本沒有作出任何對澳門的公共安全和秩序的行為，亦不具有任何對澳門的公共安全和秩序有侵害性的威脅；因此，司法上訴人根本不符合必要有澳門特別行政區的公共安全或公共秩序確實構成危險為依據，而被拒絕進入澳門；
23. 另一方面，上述所指之批示僅考慮司法上訴人作出有罪判決，當中並沒有充分考慮到其他客觀事實，尤其沒有考慮司法上訴人干犯上述罪行之原因及故意程度。因此，現對司法上訴人作出之決定並非適度及適當，並損害司法上訴人之基本權利，違反《行政程序法典》第5條第二款之規定；
24. 綜上所述，根據《行政程序法典》第124條及《行政訴訟法典》第21條1款d)項之規定，由於該批示之行政行為違反了第6/2004號法律，特別是其中第12條第四款之規定，存在違反法律之瑕疵，屬可撤銷之情況。因此，本司法上訴所針對之實體應考慮司法上訴人依法享有之權利，並撤銷上述行政行為。

五、請求

基於上述原因，懇請法官 閣下裁定本司法上訴所針對之批示之行政行為為可撤銷，應廢止有關批示。

被上訴實體保安司司長依法經傳喚提出答辯，主張被上訴行為不存在任何瑕疵，請求法院裁定上訴理由不成立（見本卷宗第 34 至 41 頁）。

其後經裁判書製作法官批示通知上訴人及被上訴實體作任意性理由陳述。

上訴人維持司法上訴狀的結論陳述而被上訴實體則沒有提交屬任意性的理由陳述。

隨後卷宗依法送交檢察院作檢閱，尊敬的檢察院司法官就上訴的標的問題發表其法律意見，當中指出被上訴的批示並沒有上訴人所指的瑕疵，主張上訴應予裁定為理由不成立。

經兩位合議庭助審法官依法檢閱後，本上訴提交評議會審理。

本中級法院在地域、事宜和層級上具管轄權。

本上訴程序形式正確，且不存在任何有礙本法院審理本上訴並須先作解決的無效情事及先決問題。

各訴訟主體具有訴訟主體的人格及能力，且對本上訴具有正當性。

二、理由說明

根據《行政訴訟法典》第一條準用的《民事訴訟法典》第五百八十九條的規定，上訴標的為上訴狀結論部份所劃定的範圍內的具體指出的問題，以及依法應由上訴法院依職權審理的問題。

本上訴不存在須由本法院依職權審查的問題。

據上訴人在其上訴狀結論所言，其提出的問題可歸納為以下兩個問題：

- 一、 法律前提錯誤；及
- 二、 違反適度及適當原則。

根據卷宗所載的資料，下列對審理本上訴具有重要性的事實得被視為獲得證實：

- 上訴人 A 為香港特別行政區居民；
- 上訴人因觸犯了第 6/2004 號法律第 16 條第 1 款第 1 部份所規定之一項非法僱用罪，而被澳門初級法院判處有期徒刑 5 個月，緩刑 1 年 6 個月；
- 根據治安警察局局長於二零一八年七月三日作出批示，其內容如下：

批示

事由：禁止進入澳門特別行政區的措施

A，男性，出生日期：19XX年XX月XX日，持有香港永久性居民身份證編號：EXXXXX8(7)，曾在澳門作出以下行為，具體如下：

A因觸犯了第6/2004號法律第16條第1款第1部份所規定及處罰的一項僱用罪，於2017年05月12日，被澳門初級法院判處了有期徒刑5個月之刑罰，緩刑1年6個月。

鑑於上述客觀事實及其犯罪情節，倘其踏足本地區，將對本特區的公共秩序及治安構成危險。為了維護本地區的公共利益以及履行治安警察局的特定職責，本人行使保安司司長轉授予的權限，根據第4/2003號法律第4條第2款第2項併合第6/2004號法律第12條第2款第1項、第3及4款之規定，著令禁止上述人士在3年內(由2018年02月09日起計)進入澳門特別行政區。

就本決定可向保安司司長提出必要訴願。並通知利害關係人倘不遵從現時實施的措施，則屬觸犯第6/2004號法律第21條之規定及會受到徒刑處罰。

2018年07月03日於治安警察局。

澳門治安警察局局長

- 上訴人就上述批示不服，向保安司司長提出訴願；
- 保安司司長根據治安警察局局長就上訴人提出的訴願而製作內容如下的報告書，接納當中的理據並同意當中的建議，決定維持被上訴的批示：

報告書

事由：必要訴願，禁入境措施

訴願人：A

1. 訴願人A，香港永久性居民身份證編號：EXXXXX8(7)，就本人於2018年07月03日在報告書編號349/2018-Pº.229.04作出之批示，關於禁止入境措施於2018年08月03日向保安司司長 閣下提出必要訴願，以下為訴願人提起必要訴願之內容：
 - 訴願人表示其無意觸犯被判處的一項非法僱用罪，當時進行工程時某台機器失靈，因事出突然，便著員工將該器材進行拆卸，卻不知即使只為著緊急拆卸都需要持有工作許可；
 - 訴願人是在不懂澳門法律之前提下才產生有關法律結果，但其後一直深感後悔及歉疚；
 - 法院亦決定將其刑罰暫緩執行，給予訴願人緩刑的機會；亦於2017年06月21日已繳清案件的訴訟費用及向澳門特別行政區作出捐獻；
 - 訴願人之行為不能對澳門地區產生“公共安全或公共秩序構成危險”；“公共安全或公共秩序構成危險”是不確定概念，並非行使自由裁量權的活動，而是在法律定出不可逾越和受約束的空間，分析和衡量具體個案的條件或情況以決定具體個案中的條件是否符合法律所要求的前提；
 - 被訴願之批示亦違反適度原則；
 - 綜上所述，訴願人認為應廢止被訴願所針對之批示。
2. 根據本訴願之內容，訴願人於2005年便在澳門成立B有限公司，事實證明訴願人於澳門已經從事相關事業十多年時間，另外，作為僱主，訴願人有義務知道非法僱用在澳門是一個罪行，實難以其不懂法律為由，作為免卻法律後果的理由，作為一般正常人，都應該清楚知道此為不法行為，更何況訴願人身為僱主；
3. 第9/2000號澳門特別行政區終審法院裁判曾指出，“在澳門，“公共秩序”、“治安”等未確定概念尚待解釋，對它們的抽象理解方式可被法院審理。但根據事實要件作出的判斷，也就是說，利害關係人是否對澳門公共秩序或安全構成威脅，屬於一預測性判斷，因為涉及對利害關係人將來假設行為的一種評估。也就是說，根據對規範的解釋，得出如下結論：法律的意圖是賦予行政機關自由審議空間，法院不應對其實質進行調查。”，姑勿論是否屬於行政機關之自由裁量權，根據事實分析及衡量過後，亦認為訴願人所作出的行為是符合到對公共秩序構成危險此一法律前提；

4. 被訴願之批示亦未有明顯之不適度、不適當；建議駁回本必要訴願；
謹呈上級 閣下審閱

- 上訴人就保安司司長的批示不服，向本中級法院提出上訴。

一. 法律前提錯誤

上訴人主張其之所以被判罪和判刑是基於急需處理機器失靈問題而無意間觸犯了非法僱用罪，並指出事後已深感後悔及歉疚，且罪過程度低，惡性輕微，有關判罪已使其領受教訓等，認為行政機關對其作出禁止入境澳門三年的決定，有違第 6/2004 號法律第十二條第二款第(一)項、第三款及第四款的規定，故該決定應予以撤銷。

首先，本院必須明確指出，上訴人是被法院裁定故意犯罪，而非其在上訴狀所言的無意間實施了導致其被判罪的事實。

以下讓我們審查行政機關的決定有否違反法律規定。被上訴行政行為所依據的法律條文為第 4/2003 號法律第四條第二款第(二)項，以及第 6/2004 號法律第十二條第二款第(一)項、第三款及第四款規定。

第 4/2003 號法律第四條規定如下：

第四條 入境的拒絕

一、非本地居民因下列理由被拒絕進入澳門特別行政區：

(一) 曾依法被驅逐出境；

(二) 根據適用於澳門特別行政區的國際法文書的規定而被禁止在澳門特別行政區入境、逗留或過境；

(三) 按照法律規定被禁止進入澳門特別行政區。

二、非本地居民因下列理由可被拒絕進入澳門特別行政區：

(一) 試圖規避逗留及居留的規定而經常短暫進出澳門特別行政區且未能適當說明理由；

(二) 曾在澳門特別行政區或在外地被判處剝奪自由的刑罰；

(三) 存有強烈跡象，顯示曾實施或預備實施任何犯罪；

(四) 不能保證返回所來自的地方或有充分理由懷疑其旅行證件的真確性，或者不擁有在預定的逗留期間所需的維生資源，或無返回來自的地方所需的運輸憑證。

三、拒絕入境的權限屬行政長官，而該權限可授予他人。

第 6/2004 號法律第十二條規定：

第十二條 禁止入境

一、被命令驅逐出境的人士，在被驅逐出境後，禁止於驅逐令中所定的期間內進入澳門特別行政區。

二、在下列情況下亦可禁止入境：

(一) 如根據第 4/2003 號法律第四條第二款(一) 至(三) 項的規定，拒絕入境的理由證明須延長拒絕入境措施的時間的，可作出預防性或連續性的禁止入境；

(二) 按上條第一款的規定，逗留許可被廢止者。

三、以第 4/2003 號法律第四條第二款(二) 及(三) 項所載理由，作出禁止入境的決定，必須以對澳門特別行政區的公共安全或公共秩序確實構成危險為依據。

四、禁止入境的期間須與引致禁止入境行為的嚴重性、危險性或可譴責性成比例。

對行政機關而言，導致其結論有需要對上訴人作出禁止入境的決定是基於上訴人因故意犯罪被判罪及判刑，因此，該判罪及判刑導致行政當局認為為了確保澳門特別行政區的公共秩序或公共安全，有必要對上訴人施以三年禁止入境的命令。

根據卷宗內的資料，上訴人因實施僱用未獲許可在澳門工作的人士而被判處五個月徒刑，暫緩一年六個月執行。

這一事實符合第 6/2004 號法律第十二條第二款第(一)項所規定的形式前提。

就實質前提而言，第 6/2004 號法律第十二條第三款規定：

三、以第 4/2003 號法律第四條第二款(二)及(三)項所載理由，作出禁止入境的決定，必須以對澳門特別行政區的公共安全或公共秩序確實構成危險為依據。

立法者用上了「對公共安全或公共秩序構成實質危險」的不確定概念 (conceito indeterminado)。

不確定概念顧名思義，法律文字表述並非純典型事實描述且其意思亦非對使用的語言有一定掌握的人而言是清楚易明的，而是要求法律適用者在面對一具體個案時，先要評價其面前的事實狀況，再必須作出結論性的判斷，以斷定其面對的事實狀況是否符合法律上所指的概念。

因此，第 6/2004 號法律第十二條第三款的概念必須經由行政當局審視具體個案的情況，再經評價事實和最終結論該非本澳居民若能自由入境澳門會否對澳門內部的公共安全或公共秩序構成實質的危險。

立法者用上「不確定概念」來作為法律適用的前提並非賦予行政機關有自由裁量權作出決定，相反是對行政當局作出行為時定下約束範圍。儘管在評價具體事實時行政機關有一定判斷空間以確定其面對的具體情況是否符合法律規定的不確定概念的要求，但不失為一受法律約束的行為。

因此，屬於法院可審理的法律問題。

在本個案中，基於上訴人確實有實施刑法規定被列為犯罪行為的故意事實。

我們知道，基於澳門特別行政區的現實狀況，僱用非本地居民在澳門特別行政區工作必須先獲得行政許可，否則便會構成刑事不法行為。

而立法者將此等行為列為犯罪的目的是為保障澳門特別行政區社會的安全和社會經濟活動正常進行和發展所依賴的法益。

對本院而言，作為治安當局負責人的被上訴實體基於上訴人有在澳門特別行政區實施故意犯罪而被判罪和判刑而作出禁止其三年內再入境的決定實未見得如何有違第 6/2004 號法律第十二條第三款所規定的不確定概念。因此，這部份的上訴理由不成立。

二、違反適度及適當原則

上訴人指出儘管其有實施犯罪，但情節屬情節輕微，故認為對其作出禁止入境三年的措施明顯違反行使自由裁量權和適當及適度原則。

就相同法律問題，終審法院曾經明確指出：

在以違反例如適度或公正原則為由撤銷在行使自由裁量權時作出的行為時，只有在明顯以不能容忍的方式違反該等原則的情況下，法院才進行干預。……法院沒有權限判斷對上訴人所訂定的禁止入境的期間是否與引致禁止其入境行為的嚴重性、危險性或可譴責性成比例，也不能假設當法律賦予法院該職責時，法院又是否會訂定該一期限，這是一個專屬由行政當局所作出的考量。法院的職能是要判斷在行使自由裁量權時，有否因違反適度或其他原則而出現明顯的錯誤或絕對不合理的情況。（見終審法院於二零一四年十一月十九日在第112/2014號上訴卷宗的合議庭裁判。）

然而，上訴人沒有具體指出行政機關在定出禁止入境期間時犯有明顯錯誤之處，和如何以令人不能容忍的方式違反適度和適當原則。

根據上述終審法院的司法見解，在本個案中，本院亦未見存在這些足以讓法院介入和撤銷被上訴行政行為的嚴重錯誤和違反基本原則的情事。

結論：

1. 第 6/2004 號法律第十二條第三款規定用上了「對公共安全或公共秩序構成實質危險」的不確定概念 (conceito indeterminado)。

不確定概念顧名思義，法律文字表述並非純典型事實描述且其意思亦非對使用的語言有一定掌握的人而言是清楚易明的，而是要求法律適用者在面對一具體個案時，先要評價其面前的事實狀況再必須作出結論性的判斷，以斷定其面對的事實狀況是否符合法律上所指的概念。

因此，第 6/2004 號法律第十二條第三款的概念必須經由行政當局審視具體個案的情況，再經評價事實和最終結論該非本澳居民能自由入境澳門與否對澳門內部的公共安全或公共秩序構成實質的危險。

立法者用上「不確定概念」來作為法律適用的前提並非賦予行政機關有自由裁量權作出決定，相反是對行政當局作出行為時定下約束範圍。儘管在評價具體事實時行政機關有一定判斷空間以確定其面對的具體情況是否符合法律規定的不確定概念的要求，但不失為一受法律約束的行為。

因此，屬於法院可審理的法律問題。

2. 只有當行政機關在定出禁止入境期間時犯有明顯錯誤或以令人不能容忍的方式違反適度和適當原則時，行政法院方可介入撤銷其行政行為。

三、裁判

綜上所述，中級法院民事及行政上訴分庭合議庭通過評議會表決，裁定上訴理由不成立。

由上訴人支付訴訟費用，當中包括 8UC 司法費。

通知各訴訟主體。

二零一九年十一月七日，於澳門特別行政區

賴健雄

米萬英

馮文莊

何偉寧