

第 21/2007 號案件

行政事宜司法裁判的上訴

上訴人：甲

被上訴人：保安司司長

主題：法規位階原則·法院依職權審理·新問題·非本地勞工·有利於澳門特別行政區而聘請的具特別資格勞工·未成年子女·自由裁量權·保護兒童國際公約

裁判日期：2008 年 5 月 14 日

法官：利馬(裁判書制作法官)、岑浩輝和朱健。

摘要：

一、對法規位階原則的違反屬於法院依職權審理範圍，因此，即使不是在司法上訴中提出的事宜，也應在司法裁判上訴中對此問題作出審理。

二、在澳門特別行政區，有利於澳門特別行政區而被聘請的具特別資格的非本地勞工不具有其未成年子女在特區逗留的權利。

三、對許可有利於澳門特別行政區而被聘請的具特別資格的非本地勞

工家團成員在澳門逗留，行政當局有自由裁量權，即使有關之家團成員為未成年子女亦然。

四、不批准在特區的非本地居民未成年子女逗留的行政行為並沒有違反保護兒童的國際公約。

裁判書制作法官

利馬

澳門特別行政區終審法院

合議庭裁判

一、概述

甲，對 2006 年 4 月 6 日保安司司長所作的批示提起撤銷性司法上訴，該批示在訴願中確認了治安警察局代局長不批准上訴人的未成年兒子乙在澳門逗留的申請的決定。

中級法院透過於 2006 年 12 月 14 日作出的合議庭裁判，裁定駁回上訴。

上訴人不服上述裁判，向終審法院提出司法裁判的上訴，提出以下結論以結束其上訴陳述：

(一) 本上訴的標的是中級法院的合議庭裁判，該裁判否決了針對保安司司長的決定而提起的司法上訴中的請求；

(二) 上述合議庭裁判在確認被上訴決定時沾有違反法律的瑕疵，尤其是違反第 4/2003 號法律第 8 條第 5 款規範，預審不足或缺陷以及直接和間接地侵犯了組織家庭的權利的瑕疵；

(三) 上訴人是具特別資格的外地勞工，在本地區現時的經濟形勢下，就丁的重要性而言，其聘任無論是過往或現在均有利於澳門特別行政區；

(四) 根據第 4/2003 號法律第 8 條第 5 款的規定，具特別資格的外地勞工是指那些對特定經驗、業務、知識領域或職業等具特定技能或特別知識的工作人員；

(五) 事實上，被上訴行為確實沾有違反法律，就是違反第 4/2003 號法律第 8 條第 5 款規範的瑕疵，因此向原審法院所請求的是單純合法性審查；

(六) 我們現在所談論的就是所謂的受限制的自由裁量權範疇，行政當局必須採取現行法律所維護的立場中較為適當的解決辦法，本案中，即第 4/2003 號法律第 8 條第 5 款的規定；

(七) 因此，行政當局不得考慮到其自由裁量而以其認為最合適的方

式作決定，而應該選擇一個更符合公共利益的解決方法；

(八) 支持不批准批示的意見書內所載的上訴人薪酬資料是未經更新的；

(九) 未成年人的母親獲批准在澳門特別行政區逗留，持有於 2005 年 12 月 6 日發出編號為第 XXXXXX/XXXX 號的非本地勞工身份卡，並獲准以非專業外地勞工的身份為丙先生工作至 2007 年 12 月 6 日止，每月薪金為 2.500,00 澳門元；

(十) 遺漏上述事實可能會導致上訴人的請求不成立，即使認同上訴人在遺漏有關事實方面亦可能須要負上部份責任；

(十一) 預審上的不足是造成一個預審缺陷的原因，結果導致決定無效的錯誤，不單止是遺漏或忽略了法定的措施，而且在預審中亦沒有考慮對作出程序上的決定屬必要的事實，這就是我們指責有關決定的瑕疵和不足；

(十二) 原審法院和被上訴實體應按照澳門適用的法律，尤其是在本案中的利益來作出決定；

(十三) 本案尤其是為了裁定兒童跟隨其父母的權利成立或不成立，眾所週知，從卷宗可見其父母均合法地在澳門生活；

(十四) 本案兒童的父母均獲特別批准在本澳居住；

(十五) 中國中央人民政府在其權力範圍內將保護家庭及兒童權利的基本國際協約適用於澳門特別行政區；

(十六) 通過第 5/2001 號行政長官公告，1989 年 11 月 20 日在聯合國全體會議通過的《聯合國兒童權利公約》在澳門特別行政區適用；

(十七) 透過同樣方式，2001 年 2 月 5 日發佈的第 15/2001 號行政長官公告，將《經濟、社會與文化權利國際公約》適用於澳門特別行政區；

(十八) 上述兩條國際公約代表一套基本原則和規則的綱要，基於其重要性以及其所保護的利益，澳門特別行政區不得以其地區性的政治、行政及司法的權力將該等公約廢除；

(十九) 關於兒童權利及直接被有關決定違反的權利方面，我們特別提出以下規定：

a) 《聯合國兒童權利公約》第 3 條規定的兒童的最佳利益原則；

- b) 《聯合國兒童權利公約》第 2 條規定的禁止差別待遇原則；
- c) 《經濟、社會與文化權利國際公約》第 10 條；及
- d) 《聯合國兒童權利公約》第 9 條。

(二十) 《聯合國兒童權利公約》第 3 條第 1 款非常清楚地規定：“[...]公共或私人的社會福利機構、法院、行政當局或立法機關主持的關於兒童的事務，均應以兒童的最佳利益為優先考慮[...]”；

(二十一) 除了原審法院認為行政當局的決定不受澳門特別行政區法院審查，否則將導致‘明顯違反分權原則’外，在兩個基本的層面上違反了《聯合國兒童權利公約》第 3 條第 1 款的規定；

(二十二) 首先，在賦予行政當局完全的自由裁量權去決定有關請求成立與否時，沒有想過要對是否有履行上述兒童最佳利益原則進行司法調查，而我們都知道有關決定的直接對象是一個(兩歲大的)兒童；

(二十三) 其次，由於已考慮到分權原則是作為一個不得逾越的原則，彷彿法院本身由始至終沒有被上述法規賦予合法性及強制性關注未成年人的權利的保護；

(二十四) 在上述基本原則的範疇內，法院的職責在於具體地考量未成年人的利益是否得到保障，眾所週知，這些利益應該被視為高於其他被考慮的利益；

(二十五) 在賦予完全的自由裁量權並裁定行政當局的決定具不可審查性時，法院並沒有履行作為其職責的考慮兒童的利益是否得到保障；

(二十六) 在以上述方式作出決定時，已違反核查是否有實際考慮兒童的最佳利益這方面的權限的特別職責；

(二十七) 同時，《聯合國兒童權利公約》第 2 條第 1 款及第 2 款規定禁止差別待遇原則；

(二十八) 澳門特別行政區現行法律規範中，一個持有非永久本地居民身份證的父親，其權利得延伸至其家團，當中，必然地包括其子女；

(二十九) 相反，根據被上訴機關所作出的決定，在有關兒童的父母雙方均持有俗稱“藍卡”(不是澳門居民身份證)的情況下，即使其父母均在澳門特別行政區合法地居住及工作，仍然將這名兒童遣回其故鄉，使該名兒童遠離在本地謀生及為其兒子的將來拼搏的家長；

(三十) 上述情況對有關兒童構成一種明顯的歧視，該名兒童與其長輩在一起的權利僅根據其父母所持的文件或證據作出評定；

(三十一) 即使有關申請不獲批准而現行的法律亦不得以其他的方式被適用，行政當局及原審法院亦有責任查究所作的批准決定是否導致一種歧視的結果；

(三十二) 眾所週知，這是因為《聯合國兒童權利公約》不得被澳門特別行政區的內部法律排除；

(三十三) 《聯合國兒童權利公約》為一般或普遍國際法律原則位階的組成部份，不得被澳門特別行政區的機關排除；

(三十四) 另一方面，《經濟、社會與文化權利國際公約》第 10 條第 3 款第一部份規定“.....應為所有兒童和少年採取特殊的保護和協助措施，不得因出身或其他理由而有任何歧視.....”；

(三十五) 上述規則，澳門特別行政區亦必須遵守及維護，禁止因其出身而有任何歧視(正如之前詳述的本案的情況)；

(三十六) 儘管可能有疑問，現懇請閣下特別注意，《聯合國兒童權利

公約》第 9 條公然被直接違反的情況；事實上，

(三十七) 上述規則規定：“簽約國得違反父母之意思，保護兒童不與其父母分離，但當局若經法院審查後循合法程序裁定兒童與其父母分離對兒童為有利者，不在此限。兒童父母虐待、遺棄或在父母離異時，該項裁決尤有其必要性，此時，該兒童之住所應一併裁定”；

(三十八) 在本案情況中，剛好與公約本身的意思相反，是澳門特別行政區的行政當局促使一名兩歲大的兒童與其父母分離；

(三十九) 因此，有關決定明顯違反了上述法規，該等法律規範的法律位階高於澳門特別行政區的內部法律，而這些內部法律必須服從該等法律規範的。

檢察院司法官出具意見書，認為應該駁回有關上訴，因為行政當局不能被迫去承擔某些權利的後果，例如那些干涉或與由其批准和管理的有關人口遷徙控制基本政策相違背的權利的後果。

二、事實

被上訴合議庭裁判認定的事實如下：

—2005年10月17日甲請求按照3月17日第4/2003號法律第8條第5款的規定給予其兒子乙逗留的特別許可；

—2005年11月15日勞工事務局就上述未成年人的逗留申請向治安警察局發出不同意的意見，當中，尤其係考慮到上訴人的入息水平，上訴人是丁的非本地勞工，月薪5.560,00澳門元，即使上訴人被視為一名非本地的專業勞工；

—2005年12月6日，上訴人被通知治安警察局入境事務處2005年12月2日第XXX/XXXX/XXX號通知書的內容，著其於10日內對有關通知書內就其請求不獲批准的內容發表意見；

—2005年12月14日，上訴人向治安警察局入境事務處遞交申請信，請求有權當局能考慮其有關未成人的請求；

—2006年1月17日，治安警察局代局長考慮了勞工事務局的不贊成意見後，否決有關逗留的特別許可的申請；

一上訴人就有關決定向保安司司長提起訴願，隨後，被 2006 年 4 月 6 日作出的批示所否決。

這就是被上訴之行為。

三、法律

1. 要審理的問題

1.1. 在第八至三十九項陳述結論中，上訴人提出了他們之前從未觸及的新問題，尤其在司法上訴中。

上訴人認為被上訴裁判違反了：

- a) 《聯合國兒童權利公約》第 3 條規定的兒童的最佳利益原則；
- b) 《聯合國兒童權利公約》第 2 條規定的禁止差別待遇原則；
- c) 《經濟、社會與文化權利國際公約》第 10 條；及

d) 《聯合國兒童權利公約》第 9 條。

然而，司法裁判之上訴旨在對被上訴決定的合理性作出審理，而不是新的問題，除非屬於依職權審理的事宜。

但所提出的新問題與違反法規位階原則有關，屬於依職權審理範圍。

因此對該事宜進行審理。¹

1.2. 另一個要審理的問題是想知道，即使利害關係人——非本地勞工——根據並為第 4/2003 號法律第 8 條第 5 款之效力，應被視為具特別資格勞工，而其聘任有利於澳門特別行政區，行政當局是否有自由裁量權去接受或否決該勞工未成年兒子在澳門逗留的請求。

被上訴之裁判確實上也沒有審理上訴人在司法上訴中提出的另一個問題(因預審之不足而導致事實要件之錯誤)，但上訴人沒有提出(應由其做的)判決無效之質疑——因為審判遺漏——此一問題並非本法院依職權審理的。

¹ 於 2006 年 11 月 15 日在第 38/2006 號上訴案中所作的合議庭裁判，我們決定不審理該問題。但該案之上訴人沒有適當地強調違反所提到的法律原則。

因此，除前面提到的依職權審理的另一問題外，我們僅審理在被上訴裁判中觸及的問題。

2. 在澳門特別行政區逗留的特別許可·受限制權力和自由裁量權· 不確定概念

上訴人根據第 4/2003 號法律第 8 條第 5 款申請許可其未成年兒子乙在澳門逗留。

該許可被否決了。

被上訴裁判認為屬於在行使自由裁量權過程中所作出的決定。

第 4/2003 號法律規定了在澳門特別行政區進入、逗留和居留許可的制度的一般原則。

第 8 條處理在澳門特別行政區逗留的特別許可。

這條規定：

“第八條

逗留的特別許可

一、對於在高等院校求學、家庭團聚或其他可予考慮的類似情況，可給予在澳門特別行政區逗留的特別許可。

二、為求學目的而提出的逗留許可申請，須附同證明已在澳門特別行政區高等院校報名或註冊的文件，以及證明擬修讀整個課程期間的文件。

三、因求學目的而給予的逗留許可，其期限與擬修讀課程的正常期間相同，並最多可續期一年。

四、如課程為期超過一年，逗留許可須至少每年確認一次；在確認逗留許可時，須考慮學生的實際上課率及學業成績。

五、如聘用具特別資格的外地勞工有利於澳門特別行政區，經聽取有權限許可聘用外地勞工的實體的意見後，可批給該勞工家團成員與該勞工聘用期限相同的逗留許可。

六、在定居申請待決期間，應利害關係人申請，出入境事務廳可一次或多次延長其逗留許可，但不得超過就上述申請作出最終決定後三十日”。

要想知道的是，根據第 8 條第 1 和 5 款作出的決定，是否屬於行政當局自由裁量權或者受限制權力的範圍。

於 2000 年 5 月 3 日在第 9/2000 號上訴案所作的裁判中，本法院有機會就這些概念作出回顧，還就不確定概念與自由裁量進行區別，作出如下陳述：

“10. 為區別行政機關的限制權力和自由裁量權，MARCELLO CAETANO²作出了經典的解釋：‘有時候，法律和規章規定了行政機關應當行使賦予它們的權力的情況，規定它們在法定情況下作出行為，並確定作出作為的方式和內容。

有時候，法規本身給予行政機關分析行使權力的適當性和適時性的某些自由，甚至給予確定行為的方式和內容的自由，允許它們根據法律准許的多種解決辦法和取向中作出選擇。’

第一種情況屬於受限制權力，第二種為自由裁量權。

在此說明，正如一直指出的那樣，原則上沒有完全受限制的行政行

² 參考 MARCELLO CAETANO 的《Manual》上提書卷第 214 頁。

在註腳中所提到的著作和卷冊是《Manual de Direito Administrativo》，第一卷，第十版，Almedia 書局，科英布拉，第 980 頁。

為，也沒有完全的自由裁量行為。在作出任何自由裁量的行政行為過程中，或多或少體現出權力受限制，因其職權和行為目的由法律規定，也就是說，儘管不明示，但在具體個案中，公共利益限制了職權的行使³。

至於法律允許自由裁量權的目的方面，該教授⁴解釋道：‘法律賦予行政機關一定的自由裁量權，等於立法者承認在法規中，不可能預見到所有行政機關可能被要求進行干預的多種多樣的情況，亦不可能預料到針對個案作出的最恰當的決定’⁵。

最後，正如 DAVID DUARTE⁶所述：‘一個自由決定行為餘地的存在，允許對屬不可預料性的情況進評估，留出進行謀劃的空間和時間，這不但承認了行政合法性的一項重要功能，而且發揮了密切決定者和具體情況之間關係的優越性’。

³ 參考 MARCELLO CAETANO 上提著作及卷冊第 490 頁、FREITAS DO AMARAL 上提著作及卷冊第 112 頁及續後各頁(在註腳中所提到的著作和卷冊是《*Direito Administrativo*》，第二卷，里斯本，1998 年)及 DAVID DUARTE 上提著作第 343 頁(在註腳中所提到的著作和卷冊是《*Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*》，Almedia 書局，科英布拉，第 980 頁)。

⁴ 參考 MARCELLO CAETANO 上提著作及卷冊第 214 及 215 頁。

⁵ 由 MARIA DA GLÓRIA F. P. DIAS GARCIA 的著作《*Da Justiça Administrativa em Portugal, Sua Origem e Evolução*》，里斯本，1994，第 645 頁中提到 MARTIM BULLINGER 的《*Verwaltungsermessens im modernen Staat (Deutschland)*》，Baden-Baden，1986，第 149 至 156 頁的講義中說該等目的為：

— 戰略的或策略性安排的自由決定範疇，比如警察部門所為，以便更恰當地對公共秩序和安全的危害作出反應；

— 將法律適用於具體個案的特殊情況的自由決定範疇，比如針對典型個案發生一特殊的建築許可；

— 技術性評估的自由決定範疇，比如以核中心設施專家小組提供的資料為基礎作出的一系列決定；

— 為具體實施法律或相似規範而對計劃作出自由決定範疇(規劃的自由裁量)；

— 靈活優化地提供國家服務的自由決定範疇。

⁶ 參考上提著作第 351 頁。

11. 屬於自由裁量範圍且與本案分析有關的一個重要問題是關於自由裁量權的限制，因為這與對行使自由裁量權進行司法審查有關。

根據不同的標準，自由裁量權的限制可分為下列幾種：

從限制來源標準來看，一般分為來自法律規定的法律限制和自我限制，後者是指行政機關為規範特定自由裁量權的行使而自行制訂的規範文件確定的限制。

另一種是根據內部限制和外部限制標準來劃分。

據 J. M. SÉRVULO CORREIA⁷理解，‘自由裁量的內部限制是那些限定行政機關在多種可能的取向中挑選其中一種的要素，這使某些可能的取向在具體情況下不再可行’。

其它均屬外部限制，它們是行使自由決定權之前和之後監察性的指引
8。

上述這些外部限制中，一般提到最低限度規則。

⁷ 參考上提著作第 499 頁(在註腳中所提到的著作是《*Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos ireito Administrativo*》，科英布拉，Almedia 書局，1987 年)。

⁸ 參考 BERNARDO DINIZ DE AYALA 上提著作第 176 頁(在註腳中所提到的著作是《*O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*》，里斯本，Lex，1987 年)。

有時，基本性法律規定某些事務由法律規定。在此情況下，賦予行政機關自由裁量權的法律應包含一最低限度規則的要求⁹。

但是，不但在法律予以規定的情況下，賦予行政機關自由裁量權的法律中應要求最低限度規則，‘在具體要求一決定憑據的同一方面，合法性原則不僅僅局限於一純決定的許可，同時，基於實體程度的理由，合法性原則要求在決定的理據中，包含一定的預設的合理強度，否則該原則本身的邏輯就會落空¹⁰’。

至於內部限制方面，首要限制為受目標約束，‘自由裁量權的行使要與賦予該權力的法律要實現的公共利益相一致¹¹’。

行使自由裁量權的典型瑕疵為權力偏差。

《最高行政法院組織法》第 19 條規定，‘僅可以權力偏差為由，對行使自由裁量權提出司法性質疑’，‘引致作出被質疑的行為的主要動機與賦予自由裁量權的法律所要達致的目標不相一致時’權力偏差即存在（上提第 19 條唯一段）。

⁹ 參考 BERNARDO DINIZ DE AYALA 上提著作第 176 至 178 頁。

¹⁰ 參考 DAVID DUARTE 上提著作中第 344 頁，進一步認為，規則應予確定，授權決定不可能像 JESCH 所諷刺地運用那樣：“政府擁有為追求公共利益而認為必要作出的行為的所有權力”。

¹¹ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 493 頁，就相同問題，同時參考上提由 MARCELLO CAETANO 編寫的著作第 214 頁。

《行政和稅務法院章程》第 6 條規定，司法上訴僅屬合法性上訴，僅可以權力偏差為由，對行使自由裁量權提出司法性的質疑，據此，法院不得對行政機關作出的屬自由裁量的決定進行實質上的審察。

12. 自由裁量權的其它內部限制方面，我們有興趣指出的是制定行政機關指導其活動的法律原則。

根據經第 35/94/M 號法令通過的在作出現被質疑的行為時有效的《行政程序法典》第 5 及第 6 條規定，行政機關在其行政活動中，應遵循**平等原則、適度原則、公正原則和不偏不倚原則**。

這些屬自由裁量權內部限制，它們限定行政機關在各種可能的取向中作出其選擇。¹²

在該等原則中，與本案有關的是**適度原則和公正原則**，我們的分析也僅涉及這些原則。

《行政程序法典》在它的第 5 條第 2 款規定了**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’。

¹² 關於此問題應參考 M. ESTEVES DE OLIVEIRA 的著作《*Direito Administrativo*》，第一卷，1980 年，Almedina 書局，里斯本，第 225 頁及續後各頁。

在此，對該原則的起源和哲學理據不予回顧。

正如 VITALINO CANAS¹³所述，當審議決定者在享有一定選擇餘地情況下所作的行為時，才可適用適度原則。

法學理論把該原則下分為三個原則：適當性、必要性和狹義上的適度性或平衡。

對一項措施的適當性的評估是純以經驗為依據的，可以下列問題予以概括：所採取的措施足以達致預期的目的嗎？

接受了該措施屬適當後，就去看該措施是否必要。

擔心的核心轉為比較意念。適當性的原則在於尋找某一種類的行政行為與其所要達至的結果之間的因果關係的明證，而必要性的原則主要為對一項適當措施與其它也屬適當的措施進行比較的中心活動，比較的目的在於選擇一項損害較少的措施。

‘狹義上的適度性，在於把限制性或限定性行為所要達到之福祉、利益或價值與由於該行為而要犧牲之福祉、利益或價值加以比較，以知道根

¹³ VITALINO CANAS 在載於《Dicionário Jurídico da Administração Pública》，第六卷，里斯本，1994年，第 616 頁的《Princípio da Proporcionalidade》中提到的與下面分析相近。

據實質或價值參數，所犧牲之利益是否可接受、可容忍。有些情況下，這種考量看來近似於對決定所帶來的負擔/收益進行經濟分析。如負擔(即犧牲某些財貨、利益或價值)與收益(得到某些財貨、利益或價值)處於可接受的比例範圍，那麼措施在狹義上屬適度^{14 15}。

《行政程序法典》第 6 條規定‘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’。

13. 無論是法學理論還是司法實踐，對法院可以審查對平等原則、適度原則、公正原則和不偏不倚原則的遵守，向來沒有提出異議。問題在於想知道法院在何種情況下才應介入。

DAVID DUARTE¹⁶提到狹義上的適度性時認為‘它包含了審查上明顯錯誤的技術，在評估方面，該法司法技術除了對事實評定錯誤外，還包括在環境情況與目的之間作出的不均衡決定中反映了使用一適度決定標準。在對事實作出適當決定的監查方面，作為對決定內容的監控，審查上的明顯錯誤是法官對行政自由裁量進行干預的最高形式。因此，只有在明顯不均衡情況下才進行干預¹⁷’ (加重線為我們所作)。

¹⁴ 參考 VITALINO CANAS 上提著作第 628 頁。

¹⁵ 由 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 75 頁中提到“關於法國國家委員會計算適度原則中，使用負擔－收益（或利益）”，並在其著作第 114 頁及續後頁提出了與上述所提相似的原則標準要素。

¹⁶ 參考 DAVID DUARTE 上提著作第 323 頁。

¹⁷ 同一作者在上提著作中第 323 頁，註釋 205，認為為了解一項不適度決定在什麼情況下才可被法院

MARIA DA GLÓRIA F. P. DIAS GARCIA¹⁸持同樣觀點並辯護道‘面對原則的多變性(適度原則、平等原則、公正原則)，只有那些以不可容忍方式違反了上述這些原則的行政決定才可被司法審查¹⁹’(加重線為我們所作)。

關於司法上訴理據方面，儘管不適用於本案，但新的《行政訴訟法典》第 21 條第 1 款 d)項提到‘行使自由裁量權時有明顯錯誤，或絕對不合理行使自由裁量權’。

14. 現在要區分自由裁量權和未確定概念。

為此，從自由裁量權的性質出發比較合適。

對此問題，主要存在三種論點²⁰。

其一認為，自由裁量權是賦予行政機關解釋模糊和未確定概念的自

審查時，引用了一個 1945 年的英國司法判決(Associated Provincial Picture House Ltd, v. Wednesbury Corporation)，該判決創立了一項適用司法干預准則，認為“if an authority’s decision was so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it, then the courts can interfere”。

¹⁸ 參考上提書籍第 642 頁。

¹⁹ 同樣觀點，可參考 M. ESTEVES DE OLIVEIRA 上提著作第 256 及 257 頁及 J. C. VIEIRA DE ANDRADE 的著作《O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos》，Almedina 書局，科英布拉，1991，第 137 頁。

²⁰ 參考 ANDRÉ CONÇALVES PEREIRA 上提著作第 216 及續後各頁(在註腳中所提到的著作是《Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo》，里斯本，Ática，1962 年)、MARCELLO CAETANO 上提著作書卷第 215 頁、刊登於葡國司法部公報第 370 期有關 MARIA LUÍSA DUARTE 的著作《A Discricionarieade Administrativa e os Conceitos Jurídicos Indeterminados》第 42 頁及 BERNARDO DINIZ DE AYALA 上提著作第 108 頁。

由。

另一種論點認為，行政機關主要受非法律規則的約束，該等規則可以是技術、科學或其它良好行政管理方面的規則。

第三種論點為法學理論界普遍認同的，即認為自由裁量權是法律賦予行政機關作決定的自由，其目的為讓行政機關在各種可能的決定中，選擇一種認為對實現公共利益最為恰當的決定。

現我們分析未確定概念。

正如 ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA²¹所言，未確定概念一詞是指那些具有一定程序不明確的概念。與此相反的是已確定概念，那些涉及計量(米、升、小時)或幣值(澳門元、美元)的很確定的概念。

幾乎所有的法律概念都有一定程度的不明確，故 PHILIP HECK²²強調，絕對確定的概念在法律中是罕見的。

立法者把未確定概念作為一項措施使用，基於許多原因，如‘使規範

²¹ 參考 ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA 的著作《“Conceitos indeterminados” no Direito Administrativo》，Almedina 書局，科英布拉，1994，第 23 頁。

²² 在刊登於 1985 年 11 月出版的 *Revista de Direito Público* 第一年度第一期第 34 頁中的 F. AZEVEDO MOREIRA 的著作《*Conceitos Indeterminados: Sua Sindicabilidade Contenciosa Em Direito Administrativo*》。

適合於予以規定的複雜事項，適合個案的特殊性或形勢的變化，或者在法律與社會論理准則中起一種滲透作用，又或者許可考慮商業習慣，或最後，允許作出一種「個案性」的解決辦法²³。

ROGÉRIO SOARES²⁴強調，面對現代社會的複雜性，立法者大量地使用未確定概念。

那麼，自由裁量權和未確定概念的主要區別在於：在前者，針對特定情況，行政機關享有一定的行動自由；在後者，我們面對一種受限制活動，一種以法律意識為手段去解釋法律。

在此，在未確定概念中，沒有自由，一旦知道哪種才是對法規正確的解決——和在法律中，針對個案，僅有一種正確的法律解釋——適用法律者必須遵從這種解釋。

因此，ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA²⁵提到：‘法律解釋完畢，自由裁量權立即開始’。

²³ 參考 J. BAPTISTA MACHO 的著作《*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*》，Almedina 書局，科英布拉，1995，第 114 頁。

²⁴ 在刊登於科英布拉的 *Revista de Legislação e Jurisprudência* 第 127 期第 230 頁中的 ROGÉRIO SOARES 的著作《*Administração Pública e Controlo Judicial*》。

²⁵ 參考 ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA 上提著作第 217 頁。

據此，當得出結論認為，要執行的任務主要為解釋法律時，法院即可對行政機關實施法律情況進行審查。

但是，法學理論界很早就發現，在存在僅屬對法律解釋的未確定概念的同時，存在另一種未確定概念的情況，表現出立法意圖本身是希望‘讓行政機關在已為模糊或未確定概念訂定的前提條件中作出選擇²⁶’。

後一種情況被 J. M. SÉRVULO CORREIA²⁷ 稱為真正的未確定概念或純未確定概念。

從五十年代，德國法學理論界已開始創立一種法學理論，以便界定出那些不受法院審查的、牽涉到行政機關本身分析能力的行使的運作來確定概念的情況。

正因如此，BACHOF 提出了自由審議空間的著名理論，並將其定義為賦予行政機關就其作出決定的前提要件進行自由審議的空間。對該德國教授來說，並非所有未確定概念都賦予行政機關自由審議空間，乃由立法者對可能出現的情況作出選擇。²⁸

²⁶ 參考 M. ESTEVES DE OLIVEIRA 上提著作第 246 頁。

²⁷ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 332 頁。

²⁸ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 122 頁。

後來，WALTER SCHMIDT 捍衛道：‘為把具體個案適用於法規設定的未確定概念中，對構成個案的要件的評估僅限於對問題的預測，無論是屬對人或物的資格的評估，還是直接對將來的社會進程演變的估計……’

根據這一論述，「自由決定空間」僅限於自由裁量和預測性概念的單獨適用的情況：對法律規範中的所有「Tatbestand」的其它要素的適用完全可以被法院審查²⁹。

遵從 WALTER SCHMIDT 的理論，J. M. SÉRVULO CORREIA³⁰明確表示：‘將某類未確定概念適用於具體個案(Anwendung)牽涉到無可避免地包含主觀因素的價值判斷的表述，該等主觀因素許多屬預測性的。預測是通過對將來某一活動能力的評估、對某一社會進程將來演變的推斷或對將來某一具體事件危險性的衡量作出的判斷。’

預測判斷即把規範(Tatbestand)預設的概念適用於個案中，與抽象地解釋該概念無關，例如，在聯邦共和國(德國)有一法規規定，當事實(Tatbestand)證明一申請者沒有獲得對他從事酒店經營活動足夠信任(Zuverlässigkeit)的假設，即應對他提出的設立酒店場所的許可予以拒絕。

「信任」這一未確定概念應予以解釋，而對其抽象的理解方式可由法院再

²⁹ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 131 至 136 頁。

³⁰ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 119 頁。

審。但面對事實要件作出申請人是否值得足夠信任的判斷，是一預測性判斷，因為這牽涉到對申請人所期望從事活動的將來假設行為的一種評價’。

此外，該作者認為，第一類未確定概念，亦即不涉及預測判斷的未確定概念，均可被確定，因通過規則——推理方法可獲知其內涵。³¹

另外，第二類未確定概念，亦即其用意為賦予行政機關自由審議空間的未確定概念，應適用那些前面已研究過的關於其限制和對自由裁量權的行使進行司法審查的規則³²，他同時宣稱，盡管兩者有結構性區別，但自由裁量權和未確定法律概念在法律制度的上可以統一³³。

3. 自由裁量權的範圍·平等、適度和公正原則

我們已具備條件將上述之見解適用於本案。

可以許可因有利於澳門特別行政區而聘請的具特別資格的非本地勞工之家團成員在澳門特別行政區逗留。

³¹ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 136 頁。

³² 就此參考 DAVID DUARTE 上提著作第 368 頁及 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 499 頁。

³³ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 136 頁中引用的 WALTER SCHMIDT。

在審定具特別資格勞工的概念上，儘管屬於有一定的不確定性，但行政當局沒有任何自由審定的空間，沒有顯示法律留給行政機關去選擇概念要件的意圖，在此，行政當局所作之解釋可受法院審查。

在規範的第二部分中(有利於澳門特別行政區利益而聘請的勞工)，也沒有賦予任何自由裁量權，法院可以查究被許可在澳門從事其活動的勞工，其中是否有利於澳門特別行政區。

但即使行政當局得出結論，認為非本地勞工具特別資格，且其聘請有利於澳門特別行政區，也並非一定要許可其家團成員在澳門逗留，第4/2003號法律第8條第1款，尤其所使用的“可以”一詞顯示出其意為賦予行政當局許可或不許可勞工之家團成員在澳門逗留的權力，這是很好理解的，因為基於安全或其他理由，在特區，家庭成員可以是不受歡迎的。另一方面，自由裁量決定也必須考慮到非本地勞工的工作是否有利於澳門特別行政區，正因如此，保安機構作出決定之前，負責許可聘用非本地勞動力的有權限實體應當發表意見(第4/2003號法律第8條第5款)。

也就是說，勞工如要獲許可，必須是具特別資格的勞工，但一如所知，有些工作專業性多些，有些工作專業性少些，這一事實也將具體地被考慮到，如果屬於一位高度專業的勞工，對澳門特別行政區利益而言屬於重要

的，如沒有其他個人理由而必須否決的話，其家團成員很有可能被許可在澳門逗留。如勞工為澳門特別行政區帶來之利益並非明顯，那麼考慮到澳門面積和地理上的特別條件(面積小而人口稠密地區，下面將會提到)，有關之請求很可能被否決。

即是，儘管一位勞工在澳門是必要和有利的，但對保安機構來講，該勞工的特定家庭成員在澳門可能沒有意義。這樣，就由勞工去選擇是否留在特區。

被上訴之裁判認為行政當局根據有關規範第二部分作出的決定屬於一項自由裁量權的行使，並沒有違反法律。

上訴人提出，從平等原則、家庭團聚以及組織家庭權利來講，有關之行政決定並非最好的解決辦法。

但不由法院去說是否為最好的解決辦法，因為法院不從事行政管理工
作。

只由法院——根據上述準則——去查究是否違反了自由裁量權的範圍。

但在行使所提到的自由裁量權過程中，沒有顯示出任何明顯錯誤或完全不合理之處，也沒有發現可能存在違反平等原則之處。

4. 兒童權利的保護

4.1. 最後我們來分析，被上訴之裁判是否違反了有關兒童歧視、將兒童與父母分離或者保護兒童的國際公約。

這一問題從未被本法院審議，但之前決定了一個與其相關的問題，故有必要在此予以回顧。

於2007年1月10日在第39/2006號上訴案所作裁判中，關於第4/2003號法律同一第8條，決定：在澳門特別行政區不屬特別資格的非本地勞工不具有其未成年子女在特區逗留的權利。

在該裁判中，陳述如下：

“上訴人認為當被上訴之決定——沒有許可其兒子們在澳門逗留時——即違反了8月1日第6/94/M號法律第1條第1、3款，特別是法律賦予市民組織家庭的權利。

毫無疑問的是基本法賦予澳門居民婚姻自由、組織家庭的權利以及生育自由(第 38 條第 1 款)。

組織家庭的權利意味著性別不同的兩個人，在達到生育年齡時，有權建立共同生活的關係。

要提醒的是，根據《公民權利和政治權利國際公約》第 23 條第 1 款規定‘家庭是天然的和基本的社會單元，並應受社會和國家的保護’，同時該公約第 23 條第 2 款還規定‘已達結婚年齡的男女締婚和成立家庭的權利應被承認’。

儘管組織家庭的權利已意味著自由生育權，但基本法還明確承認後一權利。

上述所提到的權利被承認是賦予居民，而在此，居民是指永久性居民和非永久性居民。永久性居民有權在澳門特別行政區定居，而非永久性居民則不享有此一權利(《基本法》第 24 條)。

為著享有規定於《基本法》第三章中的居民權利和自由之效力，該法第 43 條把那些身處澳門特區的非居民等同於居民。

但是，在居民與非居民所享有的、規定於基本法的基本權利方面，存在一個重要差異：對居民來講，一般法不能限制規定於《基本法》內的權

利內容，除非該法明示允許該限制，但就可以對非居民加以限制，因為根據所提到的第 43 條，非居民是「依法」享有基本權利的。對於非居民，法律——在此之表述被認為是由立法會制定的形式上的法律——可以在居民與非居民之間作出區別性規定，因此，在居民和非居民之間，可以對等同原則作出例外和限制性規定。

無論如何，即使上訴人是一位居民——其實不是——只要其兒子本身不擁有在特區居留的權利，如本案，那麼上訴人也不享有其兒子在澳門逗留的權利。

如果肯定的是，無論是《基本法》(第 38 條)，還是《家庭政策綱要法》第 1 條第 1 款(8 月 1 日第 6/94/M 號法律)均承認所有人均享有組織家庭的權利，但該權利不包含其子女在澳門逗留的權利。

承認居住於澳門或在澳門逗留的人享有婚姻的自由和生育的自由是一回事，但居民和非居民在澳門擁有其子女的權利是另一回事，一般來講，後一權利是不存在的，除非法律中有規定。

其實，一如**助理檢察長**所言，並不妨礙上訴人返回其本國以便照管其子女，同時行使其家庭團聚的權利。

另一方面，在其他國家或地區——如葡萄牙——在享有基本權利方面，也承認國民與非國民或無國籍人等同原則，而在該等權利中也有組織

家庭的權利(《葡萄牙憲法》第 36 條第 1 款)，認為‘在國家領土內合法居住的外國人或無國籍人的子女並不自動享有在葡萄牙居住的憲法權利’。³⁴

另一方面，承認家庭作為社會基本要素的家庭政策綱要法第 3 條也似乎沒有取代該規範(第 4/2003 號法律第 8 條第 5 款)的可能，而其實是後於前者的，該第 5 款只接受具特別資格的非本地勞工家團在澳門逗留的許可”。

4.2. 那麼我們看，行政行為或被上訴之裁判是否違反了保護兒童的國際公約。

上訴人所提出的那些保護兒童的國際公約讓人相信其出發點是澳門特別行政區有義務去保護全世界的所有兒童，但(特區)沒有，也不可能有這一義務。要提醒的是上訴人是一位在澳門提供工作的非本地居民，因為他願意而不是澳門特別行政區強迫他的，其配偶也是如此，因為根據陳述，其配偶也是一位非本地居民，他的兒子，即案中之兒童，也是一位非本地居民。

³⁴ JORGE MIRANDA 及 RUI MEDEIROS，《*Constituição Portuguesa Anotada*》，科英布拉，科英布拉出版社，第一卷，2005 年，第 424 頁。

我們將進一步詳細地分析所提出的規範。

所提出的於 1990 年 1 月 26 日在紐約簽署的《兒童權利公約》(下稱《公約》)的條文規定如下：

“第二條

1. 締約國應尊重本公約所載列的權利，並確保其管轄範圍內的每一兒童的均享受此種權利，不因兒童或其父母或法定監護人的種族、膚色、性別、語言、宗教、政治或其他見解、民族、族裔或社會出身、財產、傷殘、出生或其他身份而有任何差別。

2. 締約國應採取一切適當措施確保兒童得到保護，不受基於兒童父母、法定監護人或家庭成員的身份、活動、所表達的觀點或信仰而加諸的一切形式的歧視或懲罰。

第三條

1. 關於兒童的一切行動，不論是由公私社會福利機構、法院、行政當局或立法機構執行，均應以兒童的最大利益為一種首要考慮。

2. 締約國承擔確保兒童享有其幸福所必需的保護和照料，考慮到其

父母、法定監護人、或任何對其負有法律責任的個人的權利和義務，並為此採取一切適當的立法和行政措施。

3. 締約國應確保負責照料或保護兒童的機構，服務部門及設施符合主管當局規定的標準，尤其是安全、衛生、工作人員數目和資格以及有效監督等方面的標準。

第九條

1. 締約國應確保不違背兒童父母的意願使兒童與父母分離，除非主管當局按照適用的法律和程序，經法院審查，判定這樣的分離符合兒童的最大利益而確有必要。在諸如由於父母的虐待或忽視、或父母分居而必須確定兒童居住地點的特殊情況下，這種裁決可能有必要。

2. 凡按本條第 1 款進行訴訟，均應給予所有有關方面以參加訴訟並闡明自己意見之機會。

3. 締約國應尊重與父母一方或雙方分離的兒童同父母經常保護個人關係及直接聯繫的權利，但違反兒童最大利益者除外。

4. 如果這種分離是因締約國對父母一方或雙方或對兒童所採取的任

何行動，諸如拘留、監禁、流放、驅逐或死亡(包括該人在該國拘禁中因任何原因而死亡)所致，該締約國應按請求將該等家庭成員下落的基本情況告知父母、兒童或適當時告知另一家庭成員，除非提供這類情況會有損兒童的福祉，締約國還應確保有關人員不致因提出這類請求而承受不利後果”。

《經濟、社會與文化權利國際公約》(下稱《公約》)第 10 條規定如下：

“第十條

本公約締約各國承認：

一、對作為社會的自然和基本的單元的家庭，特別是對於它的建立和當它負責照顧和教育未獨立的兒童時，應給以儘可能廣泛的保護和協助。締婚必須經男女雙方自由同意。

二、對母親，在產前和產後的合理期間，應給以特別保護。在此期間，對有工作的母親應給以給薪休假或有適當社會保障福利金的休假。

三、應為一切兒童和少年採取特殊的保護和協助措施，不得因出身或

其他條件而有任何歧視。兒童和少年應予保護免受經濟和社會的剝削。僱用他們做對他們的道德或健康有害或對生命有危險的工作或做足以妨害他們正常發育的工作，依法應受懲罰。各國亦應規定限定的年齡，凡僱用這個年齡以下的童工，應予禁止和依法應受懲罰。

4.3. 關於《公約》第 2 條，根據該條，締約國承諾尊重本《公約》所載列的權利，並確保其管轄範圍內的每一兒童均享受此種權利，不因其種族、膚色、性別、宗教等而有差別。看不到澳門特別行政區在哪些方面歧視上訴人的兒子，因為他也沒有提出澳門特別行政區對其他種族、膚色、性別、宗教的非本地居民的子女採取不同的做法。

關於《公約》第 3 條，根據該條，關於兒童的一切行為，不論是由公私社會福利機構、法院、行政當局或立法機構執行，均應以兒童的最大利益為一種首要考慮，也看不出有違反之處。

澳門特別行政區是一個有約 28 平方公里的細小地區，超過 500,000 人在此長期居住，因此是一個人口密度最高的地區之一，再加上每日數以萬計的遊客——澳門不可或缺的。

基於此一條件，無論是根本法律，即《基本法》，還是其他內部法或特區要遵守的國際公約，都不要要求澳門特別行政區必須接受本身在澳門沒有居留權的居民的子女在澳門居留，因為地方如此有限，到一定程度開始，就不可能確保人們的安全、教育、衛生、住房和交通了，尤其是涉及內部安全問題。

如果對本地居民的子女是如此的話，那麼非常易明的是，來澳門為了工作的非本地居民更不具有與其未成年子女共同居住的權利。逗留取決於澳門機構的批准與否，而肯定的是屬自由裁量之決定，也如前述，必須考慮到非本地居民的工作對澳門特別行政區所帶來的利益。

《公約》第9條確保不違反兒童父母的意願使兒童與父母分離，這並非明顯適用。澳門特別行政區並沒有強迫上訴人與其兒子分離，只是其兒子在澳門沒有居留權，只要上訴人放棄在澳門的工作，返回其原居住國，就可以繼續與其兒子生活了。

關於《公約》第10條，締約國有義務保護家庭方面，在此，前面轉錄的在2007年1月10日合議庭裁判內所作的見解有效。

結論是沒有顯示出違反了所提出的法規。

四、決定

綜上所述，駁回上訴。

訴訟費用由上訴人負責，司法費訂為 6 個計算單位。

2008 年 5 月 14 日，於澳門。

法官：利馬（裁判書制作法官）— 岑浩輝 — 朱健

出席評議會的檢察院司法官：宋敏莉