

澳門特別行政區終審法院裁判

案件編號：9/2000

案件類別：對行政方面司法裁判的上訴

上訴人：保安政務司

被上訴人：甲

問題：在行政司法上訴中，終審法院作為第二審級的審理權。事實審與法律審。合法性原則。自由裁量權。未確定概念。自由決定範圍。禁止進入澳門。強烈跡象顯示屬犯罪集團或與犯罪集團有聯繫。對本地區的公共秩序或治安構成威脅。

會議日期：二零零零年五月三日

法官：利馬（裁判書製作人）、岑浩輝及朱健

摘 要

- 一、 無論是一九九九年十二月二十日時待決的上訴案，還是該日之後提起的上訴案，在行政司法上訴案中，終審法院作為第二審級，只進行法律審。
- 二、 自由裁量權的行使受行政機關合法性原則範圍的限制。
- 三、 那些約束決定者，以便其在多種可能的取向中進行選擇的因素構成了自由裁量的內在約束因素，該等因素使在具體情況下，有些可能取向變為不再可行。
- 四、 平等、適度、公正及不偏不倚原則構成自由裁量的內在約束因素。

- 五、 當審議決定者在享有一定選擇餘地情況下所作出的行為時，才可適用適度原則。
- 六、 適度原則可下分為三個小原則：適當、必要及狹義的適度或平衡。
- 七、 在審議行政機關是否遵守上述法律原則時，只有在行政決定嚴重違反該等原則情況下，法官才進行干預。
- 八、 當行政機關就一特定事宜行使自由裁量權時，有行動自由。但牽涉到未確定概念時，我們則面對一種屬純法律解釋的被限定行為。
- 九、 有與表現為純法律解釋的未確定概念並列的另一組情況，就是被某些理論稱之為真正的未確定概念或純未確定概念，這是法律精神本身設定留給行政機關自由判斷空間。
- 十、 在此情況下，將此未確定概念適用於個案，牽涉到含有預測性主觀因素的判斷，而這種判斷是指對一個人將來的某一行為能力的評估，對某一社會現象未來發展的推測或對將來某一情勢危險性的衡量。
- 十一、 這種預測性判斷是將具體情況置于法律規範範圍內，而不是抽象地解釋該規範。
- 十二、 儘管自由裁量及純未確定概念結構不同，但均適用於同一制度，尤其是對自由裁量權力進行司法性審查及審查限制方面。
- 十三、 對第 6/97/M 號法律第三十三條第一款 b)項中未確定概念（強烈跡象顯示屬犯罪集團或與犯罪集團有聯繫）的適用，純屬法

律規範的解釋，因此法院可對行政機關適用該規範於具體個案進行審查。

十四、以利害關係人為賭場“疊碼”人士及因違反《道路法典》而被法院判罰為由，通過行政行為判定構成強烈跡象顯示該利害關係人屬犯罪集團或與犯罪集團有聯繫，違反了第 6/97/M 號法律第三十三條第一款 b)項規定。

十五、至於第 6/97/M 號法律第三十三條第一款 d)項所指未確定概念（對本地區的公共秩序或治安構成威脅的強烈跡象），是一純未確定概念，其中“公共秩序”及“治安”的含義需要解釋，但對利害關係人是否構成對澳門公共秩序或治安的威脅的判斷為一預測性判斷，不屬法院審查範圍。

十六、但是，法院可以審查行政機關作出該預測性判斷時是否遵守適度原則。

十七、以利害關係人為賭場“疊碼”人士及因違反《道路法典》而被法院判罰為由，判定利害關係人對本地的公共秩序或治安構成威脅，這一行政行為明顯違犯了上述原則，從而出現了違法的瑕疵。

裁判書制作人

利 馬

澳門特別行政區終審法院裁判

1. 1998 年 1 月 8 日，治安警察廳廳長批示決定，禁止上訴人甲進入澳門地區，為期五年。對此批示，上訴人向當時的保安政務司提起必要訴願。1998 年 3 月 30 日，保安政務司行使總督授予的職權，批示否決上訴人的必要訴願請求，但把五年禁止進入澳門的期限改為三年。上訴人以政務司的批示違反法律、越權及形式不當等瑕疵為由，向原高等法院提起撤銷之行政司法上訴。

1999 年 12 月 3 日，原高等法院判決上訴人勝訴，撤銷被質疑的保安政務司的行政行為，因為“在下面展述的，並被認定的事實不構成第 6/97/M 號法律第三十三條第一款 b) 或 d) 項或第 55/95/M 號法令第十四條第二款 c) 項規定的處罰要件。把所提處罰要件適用於該批示後，得出批示在事實和法理前提要件上出現錯誤，或就是具體行政行為內容與強制規範不符而導致出現違反法律的瑕疵，因此決定撤銷該批示。”

關於已認定的事實，下面將簡要摘述，從被質疑的原高等法院裁判中可以看到，“實際上，如果透過預審程序的調查，有強烈跡象顯示上訴人一直進行一般被稱為‘疊碼’的活動——也就是為澳門地區賭場招攬賭客。但是，僅這種活動並非必然顯示上訴人屬於或與犯罪集團有關，特別是黑社會類別。

也就是說，在本地區，在很多情況下，該活動與由犯罪集團或黑社會實施的有組織犯罪有關。

盡管在本地區沒有對‘疊碼’活動作出規範，但也沒有規定其為犯罪，

甚至沒有明示禁止。因此，必須有其它更多一些材料，再加上進行‘疊碼’活動，才可以得出屬於或與犯罪組織有關的結論，此更多一些材料在被上訴實體的預審程序內均未予以調查。”

原保安事務政務司就是對上述裁判不服而提起本司法上訴，他的訴訟地位現由保安司司長取代，提出如下上訴陳述結論：

“ 1. 理論上，一般被稱為‘疊碼’的活動是可能獨立地進行，但在澳門，實際上是絕對由犯罪集團所組織和操控的。

2. 由此不可避免地得出結論，就是‘疊碼’活動必然顯示進行這類活動的人屬於犯罪集團，特別是黑社會類別，或與其有聯繫。

3. ‘疊碼’活動與犯罪集團的這種聯繫經本地區警方的調查所肯定，且由警方不斷將此訊息傳遞給作為澳門治安負責機關的上訴人。

4. 原審裁判因沒有將預設規範適用於具體事實中，故違反了七月三十日第 6/97/M 號法律第三十三條第一款 b) 項和 d) 項的規定。”

被上訴人甲提出下列上訴陳述結論：

“行政機關被賦予的自由裁量權絕不能被理解為屬於不受合法性約束的範圍，即使自由裁量權的賦予來源於未確定概念的引伸，這不等同於接受隨意決斷，而是要求行政管理者不但遵守純合法性的規限，還要承認對基本權利原則的遵從。

行政機關不能作出任意性的決定，而是在不偏不倚及公正原則指引下，為實現公共利益，作出唯一可能的決定。

a) 考慮到上訴機關無視已確定的證據，沒有證明其陳述的事實並根據純推斷作出決定，違反了無罪推定原則和‘疑問歸於被告’的原

則，而這些原則應適用於所有具懲罰性質的訴訟案件。

- b) 盡管被上訴批示中引用的規範含有未確定法律概念——因而賦予行政機關一種自由裁量權——這種自由裁量權並不等於不要構成法定要件以及作出決定的前提因素的事實證據，法律要求決定的理據。
- c) 僅憑被上訴人長期從事‘疊碼’活動不足以顯示他與黑社會有聯繫或屬於黑社會，也沒有提出符合法定要件所指的‘強烈跡象’的其他證據。
- d) 至於被上訴行為的理據部分，存在欠缺理據的情況，尤其是證據，所以不能充分說明行政行為的理由。
- e) 還有，被上訴人為香港居民，與本澳一華藉女子結婚，在此擁有居所，其家庭活動中心在澳門。該女子因居留權問題不可以進入香港地區。

婚後有一兒子。

現在審議的批示妨礙了被上訴人扶養其家團及向其提供生活所必需，同時也阻礙了他行使親權及教養其兒子。

此外，自一九九六年十月十五日始，被上訴人一直是設於澳門的‘Sociedade de Investimento Comercial e Imobiliário, Lda’股份有限公司的股東及經理，該公司主營地產及商業投資，因此，由於該批示，他也不可能進行他一直從事的職業活動。

- f) 正在審議的批示的實施，給被上訴人造成了難以彌補的損失。”

在本司法上訴中，檢察院司法官提出如下意見：

“根據我們的觀點，本上訴所提出的問題，已在第七十六至七十九頁的意見書中作出適當闡述，其中的理解基本上被原審判決採納。

因此，在沒有任何新的、令人信服且重要的理據支持的情況下(所謂‘疊碼’與犯罪集團的必然關係是‘經過本地區警方調查所得，且由警方不斷將此訊息傳遞給作為負責澳門治安機關的上訴人’，在沒有任何關於被上訴人本身情況的有效且重要的理據的情況下，是完全無害的)，我們認為應完全維持該理解，因而力爭駁回上訴。”

在司法爭訟中，同一檢察院司法官提出上述意見書，因此有必要在此將其轉錄如下：

“上訴人主要的上訴理據為，基於認定存在上訴人屬於犯罪集團，特別是黑社會類別或與此有聯繫的強烈跡象的事實而對其實施禁止進入澳門的措施，但在他看來，該等跡象事實上並不存在。

我們認為他有理。

確實，預審程序收集到的資料顯示，指控上訴人的事實是，上訴人因無證駕駛及超速駕駛違反《道路法典》被澳門司法機關判處刑罰，再有，上訴人‘被提到’一直在澳門賭場從事‘疊碼’活動。

好了：僅憑上述這些事實，可以得出存在上訴人屬於黑社會犯罪組織——在這裡一般指‘黑社會’或‘三合會’——的強烈跡象嗎？

我們不這樣認為。

盡管通過調查或刑事訴訟，得到一種概念，認為主要屬於為澳門賭場招攬賭客的，一般稱之為‘疊碼’的活動，很多時候是由上述那些組織控制和組織的。

但我們認為，就本案而言，不但沒有具體證據證明上訴人進行了這種活動，只是後來提到他屬於‘疊碼仔’，即使認同這種事實、做法、可能，也不可僅憑這些，沒有其它更多證據，得出如下結論，即任何從事該活動（儘管在澳門沒有對此作出規範，亦不認為是刑事非法）的人都是在這些組織的控制、命令、指令或規則下招聘的。

在本案中，為可適用第 6/97/M 號法律第三十三條第一款 b) 項，應收集更多跡象表明上訴人從事該活動且在從事該活動時屬於或與上提黑社會組織有聯繫。

但顯然不屬這種情況。

無論如何，被上訴實體認為禁止上訴人進入本地區實乃基於認定存在上訴人對本地區公共秩序或治安構成威脅的強烈跡象。

我們先從上述最後一點來分析，一如前述，由於沒有對‘疊碼’活動作出規範，也不認為它是刑事非法活動，因此可以正常地得出結論，該活動本身並不構成對本地區公共秩序或治安威脅的理由。

另外，我們還認為，不能從上訴人的“罪犯形象”，得出他有這種威脅：他兩次因違反《道路法典》而被判罰。僅從違例者身份這一點就可以構成對本地區公共秩序或治安威脅的強烈跡象，不知根據的是什麼標準。

據此，我們認為，在作為行政決定基礎的事實部分出現事實要件的錯誤，違反了第 6/97/M 號法律第三十三條第一款 b) 和 d) 項的規定，這一瑕疵應導致撤銷行政行為。”

2. 在被上訴的合議庭裁判中，確認下列事實：

- (1) 93 年 3 月 22 日，在由治安警察廳對本地區多個賭場進行的稽查行動中，邀請了包括上訴人甲在內數位人士到該警務機構，以便進行問話。在問話中，上訴人被識別為從事“疊碼”活動（調查卷宗、附件）。
- (2) 由治安警察廳情報科編號 xxxxxx 的助理警員於 93 年 3 月 23 日編制的情報資料中，上訴人被認為在賭場內從事“疊碼”活動約一年時間，且為由乙領導的“xxx”黑社會組織的成員。
- (3) 因違反當時生效的《道路法典》第四十六條第一款（無證駕駛）規定，在第 385/93 號刑事簡易程序中，於 93 年 4 月 26 日，上訴人被澳門法院判處 26 日有期徒刑或以罰金澳門幣伍佰圓整代替。澳門法院於 93 年 5 月 18 日對上訴人發出拘捕令。
- (4) 97 年 2 月 27 日，在治安警察廳情報科對本地區多個娛樂場所進行的稽查行動中，把包括上訴人在內多位人士帶到該科，在那裡，上訴人被確認為從事“疊碼”活動，之後離去。
- (5) 因違反《道路法典》第二十二條第三款、第七十條第三款、第七十五條第二款 b) 項、第八十九條第一款 a) 項以及《道路法典規章》第二十條規定（超速駕駛），在第 733/96 號違例訴訟案中，上訴人於 97 年 1 月 28 日被澳門普通管轄法院判處 66 日有期徒刑或以罰金澳門幣兩仟圓整代替。97 年 5 月 7 日，該法院發出針對上訴人的拘捕令。
- (6) 98 年 1 月 5 日，治安警察廳情報科主管向治安警察廳廳長提交了由其草擬的第 2/98 號建議案，認為上訴人在澳門逗留可能構

成對本地區安全的威脅，因此應在上級確定的期間內，禁止上訴人進入本地區。

(7) 98 年 1 月 8 日，治安警察廳廳長作出如下決定：

“批示

1. 香港居民甲，持有香港居民身份證編號 XXXXXXXX(X)和英國護照編號 XXXXXXXXXXXX，檔案顯示為本地區賭場的“疊碼仔”，他本人還宣稱為本地一黑社會組織的成員。

因無證駕駛及超速駕駛，對他發出過兩份拘捕令（已執行）。

2. 因此，考慮到近來因屬於不同的有組織犯罪集團間衝突引起的犯罪案件對本地區安寧和公共治安造成的危害；維護本地區形象和經濟的各種需要，根據 7 月 30 日第 6/97/M 號法律第三十三條第一款 b)和 d)項規定，本人決定禁止甲進入本地區，為期五年，並根據 10 月 31 日第 55/95/M 號法令第十四條第二款 c)項規定，將其列入不受歡迎人士名單中。

把本人之批示通知甲，在收到本批示通知起計三十日內，可對本批示提起必要訴願。如違反拒絕入境令，構成《澳門刑法典》規定和處罰的罪行。

一九九八年一月八日

廳長

MANUEL ATNÓNIO MEIRELES CARVALHO

步兵中校”

(8) 98 年 2 月 1 日，上訴人收到上述批示的通知並於 98 年 3 月 3 日向現被上訴實體提起必要訴願。

(9) 98 年 3 月 30 日，被上訴實體作出如下批示：

“批示

事由：必要訴願

被訴願行為：治安警察廳廳長於 98 年 1 月 8 日作出的批示

訴願人：甲

訴願人對治安警察廳廳長於 98 年 1 月 8 日作出的批示提出質疑，該批示決定禁止訴願人進入本地區，為期五年。

訴願人以作出被訴願行為的行為人越權、對訴願人實施的措施不適度以及被訴願行為所依據的事實虛偽為由，提出必要訴願。

好了，‘拒絕入境’是就對有關‘進入、通過和逗留於本地區’的申請行使決定權作出的一種選擇，因此，表達進入本地區的願望的‘非本地居民’受具體審批的合適性的約束。治安警察廳廳長行使合法地賦予他的再授權(1 月 14 日第 6/SAS/98 號批示)，優先考慮了作為形成價值判斷依據的涉及訴願人人格描述的不利推進本地區公共安全政策的警廳檔案資料，該等公共安全政策旨在向本地區居民提供一種安寧的生活方式並同時符合現行法律制度，亦為本地區公共機關認為應予推動的政策，因此拒絕允許上訴人進入本地區。

如果說‘疊碼’活動本身不構成犯罪是事實的話，該活動確也不屬於本地區職業活動表內任一類型的職業。如果它對本地發展的好處尚待證明的話，那麼，不幸的是，經驗越來越表明它（疊碼）與反對甚至違反法律制度的社會組織體系有聯繫這一現實。本案中，把訴願人的活動與不履行法定義務聯繫起來，包括需要運用‘拘捕令’以便執行 1993 年和 1996 年的司法判決，同時顯示其屬於犯罪組織，本人認為有力地證明了所實施措施的合理性，因為該措施非常符合公共利益。其實，‘一旦涉及公共秩序、安寧和安全時，完全自由決定是否接

受或驅逐非本地居民’ 屬於一獨立國家或自治地區的特權，這項原則也越來越被國際法所確認。

儘管承認與其他相同性質個案相比，存在不均衡情況，故決定訴願部份成立，且把禁止入境之期間減至三年（根據《行政程序法典》第一百五十三條第一款），但維持被質疑的行政決定的其它部分，尤其是法律理據部分。

把本決定通知訴願人，且本人是基於九月十九日第 239/96/M 號訓令所賦予的職權作出本決定的，故如對決定不服，可根據八月二十九日第 112/91 號法律（《澳門司法組織綱要法》）第十六條向最高行政法院上訴。

保安事務政務司辦公室，一九九八年三月三十日於澳門

政務司

Manuel Soares Monge”

上述就是被質疑的行政行為，且已透過治安警察廳廳長 98 年 4 月 2 日第 87/98 號公函通知了上訴人。

(10)上訴人於 93 年 11 月 8 日在澳門婚姻和死亡登記局與丙結婚。

(11)93 年 8 月 21 日，於澳門大堂區，上訴人之子丁出生。

(12)上訴人為設於[地址]的 “Sociedade de Investimento Comercial e Imobiliário, Limitada” 商業股份有限公司的股東—經理之一。
(第 57 頁)

3. 被上訴當局，即本案上訴人，在其上訴陳述第一條即開宗名義地說：“上訴人與中級法院的立場分歧主要在於事實部分以及想知道僅一般稱之為‘疊碼’的活動是否顯示被上訴人屬於犯罪組織或與之有聯繫，因

為被上訴人一直在澳門從事該活動。”

好了，關於第一部分，也就是在上訴陳述的結論部分中的首三點，亦即事實部分的分析，本法院不可以進行審理。

一如本法院於 2000 年 2 月 16 日在對 5/2000 號上訴案所作的裁判中所述“假如由原高等法院全會審理本上訴案，它的審理僅限於法律審，被禁止進行事實審。這毫無疑問是來之於經四月二十七日第 129/84 號法令核准的《行政和稅務法院章程》第二十一條第三款（原文）和第二十四條 a)項、經八月二十九日第 112/91 號法律核准的《澳門司法組織綱要法》第十六條以及五月二十四日第 20/99 法令第一條第二款的規定。

另一方面，在澳門特別行政區司法制度中，十二月二十日第 9/1999 號法律《司法組織綱要法》第四十七條規定：

‘第四十七條

審理權

一、在作為第二審級審判上訴案件時，終審法院審理事實上及法律上的事宜，但訴訟法律另有規定者除外。

二、在非作為第二審級審判上訴案件時，終審法院僅審理法律上的事宜，但訴訟法律另有規定者除外。’

但經十二月十三日第 110/99/M 號法令核准的《行政訴訟法典》第一百五十二條就《司法組織綱要法》第四十七條第一款提及的規範，針對行政上的司法爭訴作出了特別規定：

‘第一百五十二條

（對中級法院以合議庭裁判提起之上訴）

對中級法院之合議庭裁判提起之上訴，僅得以違反或錯誤適用實體法或訴訟法，或以被爭議之裁判無效為依據。’

據此，自 1999 年 12 月 20 日始，對中級法院在行政司法爭訴的上訴案中作出的合議庭裁判提起的新的行政司法上訴¹，終審法院僅進行法律審。

那麼，關於未審結的上訴案呢？

經適當配合並根據《司法組織綱要法》第四十四條第二款（四）項，適用《行政和稅務法院章程》第二十一條第三款（原文）和第二十四條 a）項、原《澳門司法組織綱要法》第十六條第一款，第 20/99/M 號法令第一條第二款，第 110/99/M 號法令第九條第三款的規定。

也就是說，對未審結的上訴案，終審法院的審理權的規則與規範原高等法院全會的規則，規範終審法院對 99 年 12 月 20 日後提起的上訴案的審理權規則相似。”。

結論是，在本案中，僅進行法律審。

因此，不可對下列事實問題進行審理：

“1.理論上，一般被稱為‘疊碼’的活動是可以獨立進行的，但事實上在澳門，這種活動絕對是由犯罪集團組織和控制。

2.由此不可避免地得出結論，‘疊碼’活動必然顯示進行這類活動的人屬於犯罪集團，特別是黑社會類別，或與此有聯繫。

3. ‘疊碼’與犯罪集團的必然聯繫是經本地區警方的調查所肯

¹ 第 110/99/M 號法令第九條第一至三款。

定，且由警方不斷將此訊息傳遞給作為澳門治安負責機構的上訴人。”

被上訴的合議庭裁判認為：“實際上，如果透過預審程序的調查，有強烈跡象顯示上訴人一直進行的一般稱為‘疊碼’的活動——也就是為澳門地區賭場招攬賭客，但是，僅這種活動並非必然顯示上述人屬於或與犯罪集團有關，特別是顯示黑社會類別。

也就是說，在本地區，在很多情況下，該活動與由犯罪集團或黑社會實施的有組織犯罪有關。

盡管在本地區，沒有對‘疊碼’活動作出規範，但也沒有規定其為犯罪，甚至沒有禁止。因此，必須有其它更多一些材料，再加上‘疊碼’活動，才可以得出屬於或與犯罪組織有關的結論。此更多一些材料在被上訴實體的預審程序內未予以調查。”

根據上述提到的理由，本法院不可對被上訴裁判所得出的事實部分的結論進行審查。

4. 唯一要分析的問題是：以其認定的事實為基礎作出的被上訴合議庭裁判是否違反了第 6/97/M 號法律第三十三條第一款 b) 和 d) 項。

該條規定如下：

‘第三十三條

(禁止進入本地區)

一、禁止非本地區居民進入本地區，當彼等有下列事項的資料時：

a).....

b) 存在強烈跡象顯示屬犯罪集團或與犯罪集團有聯繫，特別是黑

社會類別者，即使沒有在本地開展任何活動；

c).....

d) 存在對本地區的公共秩序或治安構成威脅的強烈跡象；

二、.....’

行政機關認為，對於被上訴人來說，符合第 6/97/M 號法律第三十三條第一款 b)和 d)項規定的、禁止非本地居民進入澳門的規定的前提要件。

被上訴裁判作出了相反決定。

本司法上訴所要解決的核心問題是：政府將上述規範適用於具體個案進行的判斷是否可被法院審查，或者說，法律賦予政府的權力是否屬於自由裁量權，如果不屬於，則法院可以審議政府所作的判斷。

在展述該問題前，有必要澄清適用的法律。

在實體法方面，所適用的法律是作出被上訴的行政行為時生效的法律，因為撤銷性行政司法爭訴的性質屬合法性²審查，故必須把行政行為與作出行政行為時生效的規範和法律原則相對證³。

在程序法方面，根據第 110/99/M 號法令第九條第三款規定，適用的是現行《行政訴訟法典》之前的法律。

現進行展述。

5. 一如前述，問題核心是知道法院是否可以審查政府把第 6/97/M

² 根據《行政和稅務法院章程》第六條，同時現行的《行政訴訟法典》第二十條。

³ 參考 J. C VIEIRA DE ANDRADE 的著作《A Justiça Administrativa (Lições)》，第二版，Almedina 書局，科英報拉，1999，第 255 頁及續後各頁，認為有別於原則的幾種情況，但因第 6/97/M 號法律第三十三條繼續有效，故不屬本案情況。

號法律第三十三條第一款 b)和 d)項適用於甲的行為時所作出的分析，根本問題是分析前面提到的規範賦予政府的權力的性質，尤其是，是否把該等權力列為自由裁量權。

因眾所周知，原則上⁴，法院不能對自由裁量權的行使進行審查。

我們的分析將通過對自由裁量權和相近概念、主要是未確定概念和自由審議範圍或行政決定⁵等制度的回顧來進行。

6. 首先，有必要分析一下行政合法性原則。

因為對於諸如 GARRIDO FALLA⁶等學者來說，除受制於目標這一例外情況外，自由裁量權不受合法性原則所限。

一如 ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA⁷所指出：“除它的目標外，即使自由裁量活動完全自由，我們也認為不能因此而構成合法性原則的例外——否則就是忘記了是由法律賦予權力和確定自由裁量權。”

公共行政的自治⁸是屬於政府合法性原則限制範圍內的。

我們來分析這項原則。

⁴ 例外情況一如屬真正例外情況—稍後將予以分析。

⁵ 基於經濟原則，我們對稱為非正式的自由裁量問題不作論述，因與現分析的規範涉及的自由裁量權沒有直接聯繫。

⁶ 參考 ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA 在其著作《*Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*》，里斯本，阿提喀，1962，第 24 及 25 頁中提及由 GARRIDO FALLA 編寫的著作《*Tratado de Derecho Administrativo*》，1958，第一冊，第 206 及 207 頁。

⁷ 參考 ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA 上提著作第 25 頁。

⁸ 參考 BERNADO DINIZ DE AYALA 的著作《*O(Défi) de Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*》，里斯本，Lex，1995，第 66 頁。該作者在所提著作的第 25 至 28 頁中，把公共行政的自治概括為根據一授權法例、由有權限實體、在行使相關的行政權時自行作出產生法律後果的空間。這一概括部分地被 J. M. SÉRVULO CORREIA 在其著作《*Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*》，科英報拉，Almedina 書局，1987，第 470 頁中接受，認為使用“公共行政自治，以便在行政行為和行政合同範圍內，根據法律規範、由有權限實體在行使相關行政權時，作出產生法規未預先確定的法律後果的自由決定空間。”

7. 政府合法性原則或行政合法性原則，與盎格魯撒克遜的傳統 rule of Law⁹相似，是自由主義的歷史性產物¹⁰。

確實，在警察國家時期，可分為兩個階段¹¹。

在第一階段，政府行政由絕對自由裁量意念所主導，實際上的真正專斷。

在警察國家的第二階段，儘管繼續存在純粹的、完全自由裁量的行政機關，但可以區分出一種與稅務活動相適應的、為保護國民財產利益而原則上受司法監察的爭訴性行政機關。

但僅在法律自由國家時期，合法性原則才以完全認同方式被確定為法律概念。

起初，行政合法性原則表現為相容性原則：政府行政行為不得違反適用於它的法規，稱為法律至上原則。

“與個人一樣，政府有它本身的活動範圍，且僅受不違反法律的法律義務的約束。”¹²

後來，合法性原則演變為要求政府的每一行政行為符合生效法律的具體規定，政府行政行為與法律規定相一致，被稱之為法律規定原則。

13 14

⁹ 參考 DAVID DUARTE 的著作《Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório》，Almedina 書局，科英報拉，1996，第 337 頁。

¹⁰ 參考 J.M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 16 頁。

¹¹ 參考 FREITAS DO AMARAL 的著作《Direito Administrativo》，第二卷，里斯本，1988，第 120 頁及續後各頁。

¹² 參考 ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA 上提著作第 20 頁。

¹³ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 18 頁及續後各頁。

¹⁴ 考慮到這種合法性原則的實證流派，MARCELLO CAETANO 在其著作《Tratado Elementar de Direito

在根據權力分立原則組織的國家中，相容原則體現在承認選舉產生的國民或民眾代表機構對被管理者生活尤為重要的事務方面的專屬或優先立法權。

“在實體立法事務上的議會至上體現在法律形式上的等級優先上。”¹⁵

在自由主義時期，法律規定原則或與法律相一致原則主要表現為對自由和財產權方面的干預受法律規定。

因此，法律規定既是立法職能上的規定，也是法律規定，因為以法律予以規定的事務與創制法律範疇相一致。¹⁶

在法律自由國家，“國家的組織和運作主要立足點為捍衛個人權利、承認個人自由和財產權這一根本特征，強調法律面前平等，通過權力分立來限制權力，禁止政府違反法律和規定政府對個人範疇主要方面的干預必須經立法者授權，保證獨立的法院對行政機關遵守法律至上和法律規定的監察。”¹⁷

8. 第一次世界大戰後，法律自由國家演變為法律社會國家。

不但不能完全保證法律上的平等，尤其是在擴大直接選舉權方面所遇到的困難，這是當時國家成為向國民提供財貨和服務者的角色的需要

Administrativo》，第一卷，1941，第 27 頁中提到“在我們的法律中，公共行政機關在法律規定和允許範圍內活動：它不可以作出所有法律不禁止的行為，這和其他個人一樣；它只能在法律明確定下活動，它只能作出法律允許和希望作出的行為。”在著作《*Manual de Direito Administrativo*》，第一卷，第十版，Almedina 書局，科英報拉，1980，第 30 頁中認為“根據合法性原則，任何公共行政機關和人員，沒有作出與其他利益相衝突的行為的權力，除非作出行為前的總規範允許。”

¹⁵ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 20 頁。

¹⁶ 參考 BERNARDO DINIZ DE AYALA 上提著作第 69 頁。

¹⁷ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 190 及 191 頁。

使然。

後來，上述形式上的要素與實體上的要素結合起來，概括為由國家負責落實和保障社會公正¹⁸。

法律保護領域從集中於自由和財產的個人保護擴大到了包括“通過國家可以准許或拒絕的、對個人生活影響不淺的屬於經濟、社會和文化性質的服務領域”¹⁹。

9.最後，關於此問題，有兩點要說明。

首先，法學理論界一直認為合法性原則發揮三種功能：

- 保障功能（被管理者的權利方面）；
- 眾多政治性代表機構發出的政策方向和指引的工具；
- 行政行為的公正和合理的要素²⁰。

第二點要提醒的是，合法性的概念並非靜止的，而是動態的，受不同法律制度的獨特性的影響而其內涵和價值有所不同²¹。

在澳門法律制度中，行政合法性原則在經 7 月 18 日第 35/94/M 號法令核准的《行政程序法典》第三條中予以規定，並繼續在經 10 月 11 日第 57/99/M 號法令核准的同一法典的同一條中予以保留。

法律規定原則的內涵和價值的具體形式，尤其是對行政規章和行政規範文件方面²²，對本案分析沒有大的作用，故不予分析。

¹⁸ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 191 及 192 頁。

¹⁹ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 193 頁。

²⁰ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 188 頁。

²¹ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 132 頁及援引了 CARLASSARE E RUI MACHETE 的理論，並進一步指出，主要的區別可在法律規定的形式上找到。

²² 如本案所適用之法律為現行有效的話，應當觸及《基本法》規定的“法律”形式含義問題，應先探求《基本法》中使用的“法律”一詞的各種含義。僅舉一些例子，《基本法》第二十一條、第二十五條和

10. 為區別行政機關的限制權力和自由裁量權，MARCELLO CAETANO²³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²⁴。

至於法律允許自由裁量權的目的方面，該教授²⁵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。”²⁶

第二十九條中使用的法律分別是指中華人民共和國的法律或規範性文件（第二十一條）、澳門法律制度（第二十五條）和立法會制訂的法律（第二十九條）。

²³ 參考 MARCELLO CAETANO 的《Manual》上提書卷第 214 頁。

²⁴ 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 頁及續後各頁及 DAVID DUARTE 上提著作第 343 頁。

²⁵ 參考 MARCELLO CAETANO 上提著作及卷冊第 214 及 215 頁。

²⁶ 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《Verwaltungsermessen im modernen Staat (Deutschland)》，Baden-Baden，1986，第 149 至 156 頁的請義中說該等目的為：

一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；

最後，正如 DAVID DUARTE²⁷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。”

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 CORREIA²⁸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²⁹。

上述這些外部限制中，一般提到最低限度規則。

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

—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出一特殊的建築許可；
—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。

²⁷ 參考上提著作第 351 頁。

²⁸ 參考上提著作第 499 頁。

²⁹ 參考 BERNARDO DINIZ DE AYALA 上提著作第 176 頁。

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³⁰。

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。”³¹

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。”³²

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》第十九條規定，“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（上提第十九條唯一段）。

《行政和稅務法院章程》第六條規定，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。

³⁰ 參考 BERNARDO DINIZ DE AYALA 上提著作第 176 至 178 頁。

³¹ 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。”

³² 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。

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》第五、六條規定，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。³³

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》在它的第五條第二款規定了適度原則；“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。”。

在此，對該原則的起源和哲學理據不予回顧。

正如 VITALINO CANAS³⁴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

³³ 關於此問題應參考 M. ESTEVES DE OLIVEIRA 的著作《Direito Administrativo》，第一卷，1980，Almedina 書局，里斯本，第 225 頁及續後各頁。

³⁴ VITALINO CANAS 與下面分析相近

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。”³⁵ ³⁶

《行政程序法典》第六條規定“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 DUARTE³⁷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

³⁵ 參考 VITALINO CANAS 上提著作第 628 頁。

³⁶ 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 頁及續後各頁提出了與上述所提相似的原則標準要素。

³⁷ 參考 DAVID DUARTE 上提著作第 323 頁。

在明顯不均衡情況下才進行干預”³⁸（加重線為我們所作）。

MARIA DA GLÓRIA F. P. DIAS GARCIA³⁹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”⁴⁰（加重線為我們所作）。

關於司法上訴理據方面，盡管不適用於本案，但新的《行政訴訟法典》第二十一條第一款 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。⁴¹

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。

³⁸ 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審查時，引用了一個 1945 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”。

³⁹ 參考上提書籍第 642 頁。

⁴⁰ 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，科英報拉，1991，第 137 頁。

⁴¹ 參考 ANDRÉ CONÇALVES PEREIRA 上提著作第 216 及續後各頁、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 Discricionariedade Administrativa e os Conceitos Jurídicos Indeterminados》第 42 頁及 BERNARDO DINIZ DE AYALA 上提著作第 108 頁。

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 SOUSA⁴²所言：“未確定概念一詞是意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（澳門圓、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 HECK⁴³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。”⁴⁴

ROGÉRIO SOARES⁴⁵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。

⁴² 參考 ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA 的著作《*Conceitos indeterminados*》 no *Direito Administrativo*》，Almedina 書局，科英報拉，1994，第 23 頁。

⁴³ 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*》。

⁴⁴ 參考 J. BAPTISTA MACHO 的著作《*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*》，Almedina 書局，科英報拉，1995，第 114 頁。

⁴⁵ 在刊登於科英報拉的 *Revista de Legislação e Jurisprudência* 第 127 期第 230 頁中的 ROGÉRIO SOARES 的著作《*Administração Pública e Controlo Judicial*》。

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 PEREIRA⁴⁶提到：“法律解釋完畢，自由裁量權立即開始。”

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。”⁴⁷

後一種情況被 J. M. SÉRVULO CORREIA⁴⁸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。⁴⁹

後來，WALTER SCHMIDT 捍衛道：“為把具體個案適用於法規

⁴⁶ 參考 ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA 上提著作第 217 頁。

⁴⁷ 參考 M. ESTEVES DE OLIVEIRA 上提著作第 246 頁。

⁴⁸ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 332 頁。

⁴⁹ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 122 頁。

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。”⁵⁰

遵從 WALTER SCHMIDT 的理論，J. M. SÉRVULO CORREIA⁵¹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

⁵⁰ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 131 至 136 頁。

⁵¹ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 119 頁。

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。⁵²

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⁵³，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上可以統一。⁵⁴

15.我們已接近本案了。

第 6/97/M 號法律第三十三條規定：

‘第三十三條

(禁止進入本地區)

一、禁止非本地區居民進入本地區，當彼等有下列事項的資料時：

a).....

b) 存在強烈跡象顯示屬犯罪集團或與犯罪集團有聯繫，特別是黑社會類別者，即使沒有在本地開展任何活動；

.....

d) 存在對本地區的公共秩序或治安構成威脅的強烈跡象；

.....’

關於 b)項，規範既沒有賦予行政機關評估行使該權力的恰當性和時機以及行使的方式和內容的任何自由，也不允許行政機關在各種可能的取向和解決辦法中進行選擇。

⁵² 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 136 頁。

⁵³ 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。

⁵⁴ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 136 頁中引用的 WALTER SCHMIDT。

因此，不存在賦予任何自由裁量權的規範問題。

但規範中“強烈跡象”一詞包含一定程度的未確定性。

可是，根據所有理解，這屬於我們前面所說的第一類未確定概念，亦即問題純粹是對法律規範進行解釋。⁵⁵

問題是存在上述法律第一條、第二條和《刑法典》第二百八十八條規定和處罰的罪行的強烈跡象。

在刑事訴訟法律的許多條文中，都使用了實施犯罪的強烈跡象這一概念（如《刑事訴訟法典》第一百八十六條），法院每天都適用該等條文，也有豐富的理論和司法見解。

在此情況下，基於上述已提到的理據，沒有——也不可能有——賦予行政機關任何自由審議空間的法律意圖。

確實，上述規範中提到“.....強烈跡象.....與犯罪集團有聯繫.....”，但是，既然法律僅懲處推動、創立、屬於或支持犯罪集團，而不懲處僅與該等集團有聯繫，那麼，這裡就似乎不存在實施犯罪的問題了。

然而，我們也認為這部分純屬對法律概念的解釋，而解釋過程乃屬受約束並可被法院作司法審查的活動，下面將對這一點加以分析。

16.一直認為存在實施犯罪的強烈跡象，根據該等跡象，應當認為被告極可能被判有罪，因為刑事訴訟的初步階段並非要查清事實真相，而只是搜集跡象。

被上訴合議庭裁判認為對上述一詞（強烈跡象）的解釋應與其它

⁵⁵ 就此參考本法院於 2000 年 4 月 27 日在第 6/2000 號案件中作出的合議庭裁判。

法規中相同法律詞彙的解釋一致，這一認定很正確。

根據被上訴合議庭裁判所認定的事實，不能認為被上訴人屬於犯罪集團。在此重申，本法院不能對這類上訴案進行事實審，故在此範圍內，不能對該裁判中所得出的事實方面的結論進行審查——該等結論即本案上訴人從事疊碼活動，也就是說，一般來說就是為本地賭場賭廳招攬顧客，以及因違反交通法律兩次被法院判處有罪。

可以因此認為他與犯罪集團有聯繫嗎？

首先，有一個確切的範疇：聯繫必須是與本人的聯繫，任何人不應當因為與某個屬於該等犯罪集團的人有親屬或朋友聯繫而受到牽連（在後一種情況中，他至少應從事一種與該友情無涉的職務）。

上述規範提到的聯繫應以與上面提到的犯罪活動有一定直接關係為前提。

例如，一個人與這些組織有經濟關係，而該等組織與上述提到的犯罪活動有聯繫。但如該人僅與該等組織的成員或領導層保持經濟或商業方面的關係，但與犯罪活動沒有關係時，則不屬此情況。如有人在上述情況下建立一定的經濟或商業關係，而因該等情況的存在讓普通人推定與犯罪活動有聯繫時，則可能屬於規範規定的情況。

那麼，已認定的事實——本案被上訴人從事疊碼活動，且因違反交通法律兩次被法院判處有罪——不能確認他與犯罪集團之間建立了任何直接關係。

總之，被上訴行為違反了第 6/97/M 號法律第三十三條第一款 b) 規定，因此，關於這部分，不應對被上訴合議庭裁判作任何更改。

17.現在要探討的是，對被上訴人而言，是否可以得出存在對澳門的公共秩序或治安構成威脅的強烈跡象。

至於這一規範，根據一些學者的劃分，我們認為是第二類或純未確定概念。⁵⁶

確實，在屬 b)項的情況下，行政機關的判斷主要是根據該人過去的行為作出的，在 d)項情況中，問題的核心是對其將來活動的評估判斷，是對包含主觀因素的價值判斷的表述，其中許多主觀因素屬於預測性的。正如在第 14 點中看到的那樣，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。

正如 J. M. SÉRVULO CORREIA⁵⁷所主張的那樣，預測性判斷即把規範預設的概念適用於個案中，與抽象地解釋該概念無關。

因此，聯繫到前面第 14 點所舉的關於在德意志聯邦共和國內設立酒店場所的許可的範例，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查。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。⁵⁸

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。

⁵⁶ 在本法院於 2000 年 4 月 27 日在第 6/2000 號案件中作出的合議庭裁判，我們得出同樣的結論。

⁵⁷ 參考 J. M. SÉRVULO CORREIA 上提著作第 119 頁。

⁵⁸ 關於把“公共秩序”、“公共治安”、“擾亂公共秩序”歸類為純粹未確定概念，可分別參考 BERNARDO DINIZ DE AYALA 上提著作第 126 頁及 F. AZEVEDO MOREIRA 上提著作第 58 頁。

公共秩序是一整套確保國家或地區運作的規則，維持和平和秩序，維護共同福祉，滿足集體需要⁵⁹，更狹義地講，是指街道的安寧，以便排除所有可能滋擾市民的混亂狀況。

澳門治安是指一整套防止各機構不穩定的措施。

18.正如我們在第 14 點中所主張的，對於第二類未確定概念，亦即其用意為賦予行政機關自由審議空間的未確定概念，適用那些前面已研究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，因為自由裁量權和未確定法律概念在法律制度上是可以統一的。

我們在第 13 點指出，無論是在法學理論還是司法實踐方面，對法院可以審查行政機關遵守適度原則的情況，向來沒有提出異議。

在第 12 點中，我們強調，基本法律原則構成了自由裁量權的內在限制，這些因素限定了決定者從各種可能的取向中作出自己的選擇。

前面也說過，《行政程序法典》在第五條第二款規定了適度原則，確定“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。”

上述適度原則或禁止過度原則，在適度的狹義方面，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，以知道根據實質或價值參數，所犧牲之利益是否可接受、可容忍。

本案的答案是，指控利害關係人的事實並不嚴重（違反《道路法

⁵⁹ 香港終審法院於 99 年 12 月 15 日的裁判（香港特別行政區訴 Ng Kung Siu 及 Lee Kin Yun）。

典》) 以及疊碼活動根本不被禁止，禁止他進入澳門，為期三年，屬明顯過度。

結論是，相對於實施被上訴行為而要獲得的好處而言，利害關係人所受到之損害顯然不適度的。

法院以已認定的事實為基礎，如果認為行政機關所作之評價明顯錯誤，可對行政機關作出的審議進行審查。

因此，被上訴行為構成了違反法律的瑕疵。

據此，盡管與被上訴裁判之理據不完全相同，認為被上訴行為應予撤銷。

19.綜上所述，合議裁定本司法上訴敗訴。

不科處訴訟費。

二零零零年五月三日，於澳門

Viriato Manuel Pinheiro de Lima (利 馬)

岑浩輝

朱 健

出席評議會檢察院司法官：

高偉文