

卷宗編號：608/2015

日期：2016 年 10 月 20 日

關鍵詞：舉證、自由裁量權、適度原則、出入境及選擇工作的自由

摘要：

- 根據《行政訴訟法典》第 20 條之規定，在司法上訴中僅審理行為之合法性，其目的在於撤銷司法上訴所針對之行為，或宣告其無效或法律上不存在；但另有規定者除外。
- 在此前提下，司法上訴人在相關行政程序中能證明有關事實的存在，便不得留待司法上訴中才去證明，從而爭議被訴行為存有事實前提錯誤的瑕疵。
- 自由裁量權的行使只有在權力偏差、明顯的錯誤或絕對不合理的情況下才受司法監管/審理。
- 根據澳門《基本法》，司法上訴人有出入境自由及選擇工作的自由，但倘不以澳門為常居地，那不批准其以家庭團聚為由申請女兒居澳的許可也是情理之中，並不存在違反適度原則或任何法律規定。

裁判書製作人

何偉寧

司法上訴裁判書

卷宗編號: 608/2015
日期: 2016 年 10 月 20 日
司法上訴人: A(未成年人, 由父親 B 代表)及 B
被訴實體: 澳門保安司司長

*

一.概述

司法上訴人 A 及 B, 詳細身份資料載於卷宗內, 不服澳門保安司司長於 2015 年 05 月 07 日不批准有關居留許可申請之決定, 向本院提出上訴, 理由詳載於卷宗第 2 至 7 背頁, 有關內容在此視為完全轉錄¹。

¹ 司法上訴人的上訴結論如下:

- a) 首先, 對於被上訴之行政行為認為無跡象顯示第二上訴人即將會以澳門為常居地, 及認為第二上訴人在 2014 年 2 月 1 日至 2015 年 2 月 26 日在澳門居留時間約為 42 天的情況與申請居留的目的 (在澳與父親團聚及讀書) 不符, 這一判斷與事實的真實情況不符。
- b) 事實上, 第二上訴人為澳門居民, 並已於 1995 年取得澳門居民身份證, 但因經營業務的關係, 其經常在澳門及香港兩地往返。
- c) 直至 2009 年年尾, 第二上訴人在香港的業務全部結束, 並開始在澳門找尋工作及居住, 亦希望將家庭生活中心轉移到澳門。
- d) 2010 年 1 月 1 日起, 第二上訴人受僱於澳門 XX 國際拍賣有限公司擔任業務員, 並由公司為其在澳門社會保障基金供款。由於負責對外招攬客戶及接待的工作, 其需經常到中國內地及香港等地方出差。
- e) 但上訴人仍決定以澳門為其生活中心, 並打算申請家人來澳定居, 只是由於第二上訴人與前妻 C 決意離婚, 才將申請家人來澳定居的計劃便暫時擱置。
- f) 2012 年 7 月 12 日中山市人民法院判處第二上訴人與前妻 C 離婚, 並將第一上訴人的撫養權判予第二上訴人行使, 為照顧女兒及父女團聚, 第二上訴人則必須為第一上訴人申請來澳定居, 第一上訴人亦同意及希望跟隨第二上訴人到澳門生活。
- g) 為了與未成年女兒團聚, 第二上訴人為第一上訴人報讀澳門的學校、在澳門租住房屋, 並更向僱主申請調回澳門工作, 其現時之經濟條件亦足以應付其本人及第一上訴人的生活及上學所需。
- h) 2014 年 7 月 15 日以家庭團聚及第一上訴人來澳讀書的理由, 為第一上訴人申請來澳的居留許可並提交了全部所需之文件。
- i) 由於在澳門生活, 第一上訴人亦如其他澳門居民一樣, 申請各項福利, 包括醫療服務養老金及其他長者優惠、交通福利、經濟房屋等等, 且為提升在澳門的就業能力, 第二上訴人還考取了勞工事務局發出的建築業職安卡。
- j) 還需考慮, 第一上訴人現時仍未成年, 且仍需繼續升學, 並沒有任何經濟收入, 亦無任何條件返回內地或香港生活, 其生活及學習所需只能依靠對其行使撫養權的第二上訴人。
- k) 現時, 第一上訴人來澳生活及上學已有一年, 在澳期間其積極融入澳門社會、參加各種活動,

被訴實體就有關上訴作出答覆，有關內容載於卷宗第 51 至 56 頁，在此視為完全轉錄。

檢察院認為應判處司法上訴人之上訴理由不成立，有關內容載於卷宗第 109 至 110 背頁，在此視為完全轉錄²。

-
- 並為著與第二上訴人團聚及讀書的目的，其亦希望來澳定居，且已視澳門為其生活中心。
- l) 從上述事實足以得出的結論是，第二上訴人一直視澳門為常居地並且也將繼續以澳門為家庭生活中心。
 - m) 被上訴之行政行為僅因第二上訴人的出入境紀錄而否定其在澳門居留的事實，沾有事實前提錯誤的瑕疵，應予撤銷。
 - n) 此外，行政當局在批給居留許可申請中，應充分考慮根據第 4/2003 號法律第 9 條第 2 款所規定之要件，並在行使法律賦予之自由裁量權時，需遵守《行政程序法典》第 5 條第 2 款規定之適度原則。
 - o) 本案中，被上訴之行政行為僅針對第二上訴人在澳門居留時間較短這一事實而不批准第一上訴人的居留許可，但卻無充分考慮兩名上訴人之實際情況及第 4/2003 號法律第 9 條第 2 款所規定之全部要件。
 - p) 因此，違反第 4/2003 號法律第 9 條第 2 款之規定及《行政程序法典》第 5 條第 2 款之適度原則，應予撤銷。
 - q) 最後，根據《澳門特別行政區基本法》第 33 條和第 35 條，澳門居民有旅行和出入境的自由，亦有選擇職業和工作的自由，本案中第二上訴人作為澳門居民因工作關係而需到出境到澳門以外地方亦完全是受到法律保障的，不得因而認定其不以澳門為常居地。
 - r) 因此，被上訴之行政行為因第二上訴人之工作及出入境紀錄，否定其以澳門為常居地的事實，繼而不批准有關居留許可，亦違反《基本法》第 33 條和第 35 條之規定，應予撤銷。

² 檢察院之意見如下：

B, em nome próprio e também em representação da sua filha menor A, em coligação, interpuseram o recurso do despacho lançado pelo Exmo. Senhor Secretário para Segurança na Informação n.º300008/CRSMC/2015P (doc. de fls.18 a 19 do P.A.), imputando-lhe o erro nos pressupostos de facto e a ofensa das disposições nos n.º2 do art.9º da Lei n.º4/2003, n.º2 do art.5º do CPA (princípio da proporcionalidade) bem como arts.33º e 35º da Lei Básica.

*

Repare-se que representada pelo seu pai B, A requereu a autorização de residência em 15/07/2014 (doc. de fls.40 a 41 do P.A.), sendo a finalidade alegadamente consiste em convivência com o pai e estudo em Macau (跟父親團聚和讀書).

Sem prejuízo do respeito pela opinião diferente, tomado em conta que impende exclusivamente a B (pai) o poder/dever de alimentos da A (doc. de fls.53 a 54 verso do P.A.), e à luz do preceito na alínea a) do art.33º e também no art.35º do CPAC, opinamos que os 2 recorrentes, pai e filha, adquirem legitimidade para impugnar contenciosamente o despacho em causa, e não se verifica ilegalidade da coligação.

*

Ora, a Informação n.º300008/CRSMC/2015P refere que no período compreendido de 21/10/2014 a 20/04/2015 (na totalidade de seis meses), a estadia de B em Macau totaliza-se apenas em 31 dias, e a notificação para audiência menciona-lhe que a sua estadia em Macau no período de 01/02/2014 a 26/02/2015 é de só 42 dias, ele sempre fora de Macau nos restantes dias dos apontados períodos.

Seja voluntária e espontânea, seja forçada por ele precisar de ganhar a vida, torna-se incontroverso que em bom rigor, a situação do recorrente atrás delineada frustra ou, ao menos, não está conforme com a finalidade na qual ele repousou o requerimento da autorização de residência.

O que implica, na nossa óptica, que não surge o assacado erro nos pressupostos de facto, nem há violação do preceituado no n.º2 do art.9º da Lei n.º4/2003, embora não se ponha em dúvida que a recorrente A começou, desde Setembro de 2014, a frequentar o 1º ano no ensino secundário complementar

*

二. 訴訟前提

本院對此案有管轄權。

本案訴訟形式恰當及有效。

訴訟雙方具有當事人能力及正當性。

不存在待解決之無效、抗辯或其他先決問題。

*

三. 事實

1. 早於 1989 年，**B** 便在澳門投資設立公司(當時公司名稱為 **XX, LIMITADA**)，並以此透過投資居留從香港申請來澳。
2. 澳門 XX 國際拍賣有限公司 向澳門財政局因應職業稅而提交的僱員或散工名表(卷宗第 70 至 97 頁)中記載 **B** 自 2010 年起為該

(高中一年級) no LINGNAN Middle School.

*

Importa acentuar que o despacho de indeferimento em escrutínio não produz efeito peremptório – não impedindo o recorrente de voltar a requerer a autorização de residência para a sua filha A, nunca obstando a que a Administração defira o requerimento da autorização de residência desta, novamente apresentado pelo recorrente, quando e se ele satisfizer os pressupostos legal para tal efeito.

De outro lado, convém também realçar que sendo residente permanente de Hong Kong, A (recorrente) pode permanecer sempre em Macau pelo período de um ano (arts.10º n.º1 ex vi 5º, n.º2, alínea 3), do Regulamento Administrativo n.º5/2003), e ainda pode pedir autorização especial de permanência para fins de estudo nos termos do n.º1 do art.8º da Lei n.º4/2003.

Tudo isto significa que o mesmo despacho de indeferimento não prejudica o estudo da recorrente A, e acreditamos com toda a tranquilidade que a Administração estará disposta a assegurar a continuidade do estudo da mesma.

Nesta linha de perspectiva, entendemos que o despacho impugnado não ofende o princípio da proporcionalidade consignado no n.º2 do art.5º do CPA. Com efeito, não descortinamos que tal despacho padeça do erro grosseiro, da total desrazoabilidade ou da injustiça intolerável.

*

Recorde-se que o despacho recorrido consiste apenas em indeferir o requerimento da autorização de residência do recorrente para a sua filha A (recorrente), por entender que a estadia do recorrente em Macau não justificava nem estava conforme com a finalidade por si alegada como fundamento do requerimento da autorização de residência.

Nestes termos, e sem necessidade de explicação desenvolvida, é bem patente que não faz sentido a arguição (do recorrente) de o aludido despacho infringir as disposições nos arts.33º e 35º da Lei Básica. Pois, é óbvio que o qual não afecta nenhuma das liberdades aí previstas.

Por todo o expendido acima, propendemos pela *improcedência* do presente recurso contencioso.

公司之僱員。

3. 上述公司為 B 在澳門社會保障基金供款。
4. B 於 2012 年 07 月 12 日和前妻 C 在中國廣東省中山市第一人民法院調解下協議離婚，當中就子女親權問題達成如下協議：
 - 婚生女 A 的撫養權歸 B，但隨 C 生活；婚生子 D 由 C 撫養；B 及 C 可隨時探望對方撫養的子女；B 一次性向 C 支付 A 及 D 的撫養費共計人民幣 700,000 元。
5. 此外，B 亦分得以下夫妻共同財產：
 - 粵 XXX 號轎車歸 B 所有；C 名下座落於中山市西區藍波灣 XXX 房及中山市西區長樂村 XXX 房均歸 B 所有。
6. 2014 年 07 月 15 日，B 以家庭團聚及第一司法上訴人 A 來澳讀書的理由，為第一司法上訴人申請來澳的居留許可。
7. 根據相關之出入境記錄，B 在 2014 年 02 月 01 日至 2015 年 02 月 26 日期間僅在澳約 42 天。
8. 於 22/04/2015，澳門治安警察局人員作出報告書編號 300008/CRSMC/2015P，有關內容如下：

“...

1. 申請人 B，持《澳門永久性居民身份證》編號：XXX，於 2014 年 7 月 15 日為其女兒 A，持《香港永久性居民身份證》編號：R712770(6)向本廳申請「居留許可」一事，本廳已於 2015 年 3 月 9 日繕寫了第 200031/CRSMC/2015P 號報告書。
2. 由於本廳對該申請之審批意向為不予批准，故本廳按照《行政程序法典》第 93 條及第 94 條之規定(書面聽證)，將報告書擬定之意見以《書面聽證通知書》透過掛號信件形式寄予申請人(B)所申報之地址，該信件已於 2015 年 3 月 19 日被簽收；同時有關通知書亦註明申請人可於接

受通知後的十天內，對建議內容以書面表達意見。【詳閱書面聽證通知書編號:300011/CRSMNOT/2015P】

3. 本廳分別於2015年3月20日及3月23日(法定期間內)收到申請人((B)交來之書面陳述(詳見附件一至附件二)、申請人由澳門社會保障基金發出之養老金批准通知書(附件三)及曾向本廳遞交之申請人在澳工作證明(附件四)，該書面陳述內容大致為:

- (1) 本人女兒A由去年7月至現在於澳門XX中學就讀，即將升上高二；
- (2) 本人居所為友人提供的小房間，非常狹窄，與友人同住亦頗不方便，現幸得房屋處批出候補房屋，已計劃一完成分配便會與女兒入住；
- (3) 本人這幾年在澳門為公司處理香港及中國業務，長期在澳門境外居住，但本人每年均有提供社保；
- (4) 社保局發予本人之養老金，也是本人必然選擇澳門作為退休後與女兒團聚長居的原因之一；
- (5) 本人女兒A現已取消大陸戶口，在香港讀書亦不適應，她現已在澳門完全投入讀書；本人也已七十歲將會退休，又已離婚，所以希望考慮本人及幼女的實際需要，批准女兒居留，讓女兒能在澳門完成學習之餘，也能與本人互相照顧。

4. 經本廳再查核申請人一家最近半年(2014年10月21日至2015年4月20日)之出入境紀錄，證實下列資料:

- 申請人B在澳居留只約31天;
- 申請人女兒A在澳逗留約155天;
- 申請人女兒之母親C在澳逗留只約1天。

5. 雖然申請人遞交在澳工作證明，又表示因公務需要及家庭環境因素導

致現時不能在澳常居，並承諾其本人退休後將在澳居住；但根據出入境紀錄，顯示女兒在澳讀書，申請人卻甚少在澳居留，且申請人並無遞交任何文件以證明其即將會以澳門為常居地，申請人來澳定居亦受其居屋批給情況等客觀因素影響，明顯與是次申請居留許可目的(在澳與父親團聚及讀書)不符。

謹呈上級審批。...”

9. 澳門保安司司長於 2015 年 05 月 07 日在上述報告書內作出以下批示：“根據載於本報告書意見所述之理由，不予批准”。
10. 在提起本司法上訴時，A已在澳門居住及生活一年多，已完成澳門嶺南中學高中一年級課程，並將升讀高中二年級。
11. 在澳期間，A積極適應及融入澳門的學習及生活環境，與學校老師同學相處融洽。
12. A之內地戶籍已經被取消。

*

四.理由陳述

兩名司法上訴人認為被訴行為存有以下瑕疵：

- 存有事實前提之錯誤；
- 違反第 4/2003 號法律第 9 條第 2 款及《行政程序法典》第 5 條第 2 款所規定之適度原則；
- 違反《基本法》第 33 條和第 35 條關於澳門居民有出入境和選擇工作方面。

現在逐一審理有關上訴理由是否成立。

1. 就存有事實前提之錯誤方面：

第二司法上訴人認為被訴實體單憑其於 2014 年 02 月 01 日至 2015 年 02 月 26 日期間留澳日數只有約 42 天便認定其不以澳門為常居地存

有錯誤，其只是因工作的關係才長時間不在澳門，並沒有改變其以澳門為常居地的事實。

為此，第二司法上訴人提交了由澳門 XX 國際拍賣有限公司發出的職位證明書、租住澳門羅神父里信誠第一期 XX 樓 X 單位的租約及人證。

根據《行政訴訟法典》第 20 條之規定，在司法上訴中僅審理行為之合法性，其目的在於撤銷司法上訴所針對之行為，或宣告其無效或法律上不存在；但另有規定者除外。

在此前提下，司法上訴人在相關行政程序中能證明有關事實的存在，便不得留待司法上訴中才去證明，從而爭議被訴行為存有事實前提錯誤的瑕疵。

申言之，不得將司法上訴人可以在行政程序中證明但沒有證明的事實，在司法上訴程序中作出證明。

就同一見解，可參閱《行政訴訟法培訓教程》的中文譯版(原作者為簡德道，由法律及司法培訓中心出版，第 97 頁，相應的葡文版(第一版)頁數為第 119 頁)、終審法院於 2004 年 06 月 02 日在卷宗編號 17/2003 作出之裁判及中級法院於 2012 年 10 月 25 日在卷宗編號 23/2012 作出之裁判。

由於第二司法上訴人在行政程序中作出舉證但並沒有作出，該等證據不得在本司法上訴程序中被接納為證據，茲因被訴實體沒有審議過相關的證據，從而沒法判斷被訴行為是否在審議證據中出錯，從而存有事實前提的錯誤。

即使不認同上述見解，我們也認為第二司法上訴人在本司法上訴案中所提交的證據不足以證明其說法是成立的。

根據澳門 XX 國際拍賣有限公司向澳門財政局因應職業稅而提交的僱員或散工名表，該公司共有 10 多名員工，但奇怪的是所有登記的澳

門員工均是以現金支付薪金，而公司卻沒有任何這方面的會計記錄。

就針對第二司法上訴人的實際個案而言，按其所言，除了領取基本工資外，還可以按照找到的生意提成。然而，本法庭在聽取證人的證供時卻發現澳門 XX 國際拍賣有限公司沒有任何這方面的會計記錄。

此外，既然長期需出差在外，理應需向公司申報差旅費用，但澳門 XX 國際拍賣有限公司同樣沒有這方面的會計記錄。

作為一個正常營運的公司，缺乏這等會計資料和數據，如何計算自己的營運成本和經營狀況？

這明顯是不正常的，有違一般經驗法則。

因此，本法庭對第二司法上訴人是否真的是該公司的員工存疑，故僅認定“澳門 XX 國際拍賣有限公司向澳門財政局因應職業稅而提交的僱員或散工名表(卷宗第 70 至 97 頁)中記載 B 自 2010 年起為該公司之僱員”，而沒有認定第二司法上訴人為該公司的員工。

再者，第二司法上訴人因離婚而分得位於內地的兩幢房屋及一輛轎車。相反，其在澳門卻沒有任何自置物業，僅居於一個友人提供的狹窄小房間。第二司法上訴人自 1989 年已投資移民澳門，當時澳門的樓價並不像現在那麼高，假如第二司法上訴人真的以澳門為常居地，為何不在澳門置業？此外，第二司法上訴人在內地中山有汽車使用而在澳門卻沒有。

至於在起訴狀第 24 條及第 25 條所載的事實方面(即“而僱主亦於本年 4 月份正式批准及安排第二上訴人調回公司總部辦事處負責包裝及運輸業務，可長時間留在澳門照顧第一上訴人，而月薪亦調整為固定薪金澳門幣 15,000 元”及“此外，為給女兒提供舒適及長久安定的居住環境，第二上訴人在本年 4 月份租住位於羅神父街 3 號信誠大廈 XX 樓兩房一廳的住所”)，由於該等事實從沒有在相關的行政程序中被提及，故本法庭不能在本案中予以考慮，況且有關租約

的租期僅為 10 個月，並不足以證明第二司法上訴人欲以澳門為常居地，而澳門 XX 國際拍賣有限公司所發出的證明書，本法庭基於前述的理由，並不認為其具有證明力。

以上種種，足以印證被訴行為認定第二司法上訴人並不是以澳門為常居地這一結論不存在任何事實前提錯誤的瑕疵。

2. 就違反法律方面：

根據《行政程序法典》第5條第2款之規定，“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”。

上述原則的出現是為了避免行政當局在行使自由裁量權中濫權，不當及過度地損害市民的合法權益。

澳門《基本法》第 33 條及第 35 條賦予澳門居民有出入境自由及有選擇職業和工作的自由。

而根據第 4/2003 法律第 9 條之規定，行政當局在批給居留許可時，需考慮一系列因素。

第 4/2003 號法律第 9 條規定如下：

一、行政長官得批給在澳門特別行政區的居留許可。

二、為批給上款所指的許可，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。

從上述轉錄的第 4/2003 號法律第 9 條之規定可見，行政當局在審批居澳申請時，享有一定的自由裁量權。

而自由裁量權的行使只有在權力偏差、明顯的錯誤或絕對不合理的情況下才受司法監管/審理。

就同一法律觀點，終審法院及本院均在不同的卷宗中已多次強調³。

在本個案中，我們不認為被訴實體在行使有關自由裁量權時存有權力偏差、明顯的錯誤或絕對不合理的情況。

第二司法上訴人有出入境自由及選擇工作的自由，但既然並不以澳門為常居地，那不批准其以家庭團聚為由申請女兒居澳的許可也是情理之中，並不存在違反適度原則或任何法律規定。

就女兒(即本案的第一司法上訴人)在本澳讀書方面，也不會因被訴行為受到損害。如檢察院在其意見書中所言，第一司法上訴人持有香港身份證，每次進入澳門均可依法逗留最長一年(見行政法規第 5/2003 號第 5 條第 2 款第 3 項及第 10 條第 1 款之規定)，完全足以讓其在澳門完成學業。

*

五.決定

綜上所述，裁判本司法上訴不成立，維持被訴行為。

*

訴訟費用由司法上訴人們承擔，司法費定為每人 4UC。

由於第二司法上訴人在離婚訴訟中分得位於內地的兩幢房屋及一輛

³ 見終審法院分別於 2012 年 07 月 31 日、2012 年 05 月 09 日、2000 年 04 月 27 日及 2000 年 05 月 03 日在卷宗編號 38/2012、13/2012、6/2000 及 9/2000 作出之裁判書，以及中級法院分別於 2012 年 07 月 05 日、2011 年 12 月 07 日及 2011 年 06 月 23 日在卷宗編號 654/2011、346/2010 及 594/2009 作出之裁判書。

轎車，且可以一次性支付前妻人民幣 700,000 元的撫養費，其理應具有相當不錯的經濟能力。本法庭不知道相關的情況在澳門申請有關經濟房屋時是否已作出申報。因此，於本裁判確定生效後，寄送本裁判及廣東省中山市第一人民院所作出的離婚調解書的證明書予澳門房屋局作適當處理。

作出適當通知及採取適當措施。

*

2016 年 10 月 20 日

何偉寧

簡德道

唐曉峰

Fui presente

Mai Man Ieng