

第 57/2012 號案件

行政事宜上統一司法見解的上訴

上訴人：房屋局局長

被上訴人：甲

主題：統一司法見解·訴訟代理人·指派訴訟代理人的申請·提起司法上訴期間的中止計算·除斥期間·法律漏洞·類似情況·按照法制精神創立規定

裁判日期：2012 年 11 月 14 日

法官：利馬(裁判書制作法官)、宋敏莉、岑浩輝、賴健雄和蔡武彬

#### 摘要：

一、存在法律漏洞的前提是，首先，所尋求的解決方案具有法律本身的特點，而與其它社會規範的領域，如宗教、道德或禮儀無關。其次，在得出了相關事項屬於法律範疇這一結論的情況下，還需要確定這一事項是否應由法律予以規範。

二、當法律(在其可能的解釋限制範圍之內)和習慣法中不含有總

體法律秩序所要求或期待的一種規範，因而對某個法律問題沒有規定出答案時，便存在漏洞。

三、當利害關係人為提起撤銷性司法上訴而申請為其指派訴訟代理人時，在應視該上訴於何時提起的問題上存在法律漏洞。

四、法律所規定的解決未被規範的情況的第一個方法是求助適用於類似情況的規定。

五、情況之間的類似是通過法律訂定解決方案時所依據的理由來判定，因此，當兩種情況內存在的是平行的、同型的或近似的利益衝突時，便可以說兩者是類似情況——這樣，立法者為解決該利益衝突而在其中一種情況裡所採用的價值標準同樣或者更加有理由適用於另一種情況。

六、當利害關係人在待決訴訟中提出指派訴訟代理人的申請時，期間計算的種種情形的規定與當利害關係人申請指派訴訟代理人以提起司法上訴時，提起司法上訴期間的計算的規定之間並不存在類似情況。

七、如無類似情況，則漏洞透過以下的方式進行填補：由法律

解釋者本人，像立法者那樣，按照法制精神，為未規範的個案所屬的那一類情形去創立一個規定。

八、根據法制精神所必須創立的規定應該讓申請指派訴訟代理人的人和想要提起司法上訴而自行尋找並花錢聘請律師的人處於完全相同的境地。

九、對可撤銷行為提起司法上訴的期間由利害關係人提出為其指派訴訟代理人之申請的那一刻起中止，並從其接獲審理該請求的批示的通知起繼續計算，但從行政行為的通知或公佈起計已經過去的期間並不作廢。

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

房屋局局長根據《行政訴訟法典》第 161 條至第 168 條的規定，對中級法院 2012 年 4 月 26 日在第 115/2012 號案中作出的合議庭裁判(下稱“被上訴裁判”)提起上訴，理由是該合議庭裁判與同一法院於 2001 年 5 月 17 日在第 26/2001 號案中作出的合議庭裁判(下稱“作為理據的裁判”)互相對立。

本終審法院透過裁判書製作法官的批示裁定兩個合議庭裁判在以下這一基本法律問題上確實存在上訴人所指的互相對立：

於 2012 年 4 月 26 日在第 115/2012 號案件中作出的被上訴裁判中，合議庭裁定，當上訴人申請為其指派訴訟代理人以提起司法上訴時，在上訴應於何時被視為提起的問題上存在法律漏洞，因為提起上訴的期間屬於除斥期間。該合議庭裁判對這個法律漏洞進行了

填補，創立了一個視司法上訴於提出指派訴訟代理人的申請之日提起的規範。

而於 2001 年 5 月 17 日在第 26/2001 號案中作出的現作為理據的裁判中，合議庭則裁定，對於這種情況應適用 8 月 1 日第 41/94/M 號法令的第 16 條第 2 款，該款就司法援助——眾所周知，當中也包括指派訴訟代理人——的申請作出了如下規定：“提出司法援助請求時所處之期間因司法援助之申請而中止，該期間在通知法院審理司法援助請求之批示時起重新開始計算”。

法律規範並沒有發生變化，因為第 41/94/M 號法令第 16 條第 2 款繼續有效。

上訴人房屋局局長提出了以下結論：

### **(1) 合議庭裁判互相對立**

中級法院於 2001 年 5 月 17 日在第 26/2001 號合議庭裁判中作出決定：倘若提出司法援助請求時非處於程序期間(即處於訴權期間)，必須適用第 41/94/M 號法令第 16 條第 2 款之規定。

上條所指之合議庭裁判已於 2001 年 6 月 7 日轉為確定。

然而，中級法院於被上訴裁判中作出完全相反之司法見解，其完全採納了中級法院第 839/2010 號合議庭裁判中之判決理由，認定第 41/94/M 號法令第 16 條取決已提起一訴訟，以及該條所規定之期間(即第 16 條第 2 款)必須為程序期間(尤其參見被上訴裁判第 4、5 及 8 頁)，即提出司法援助請求時倘若處於訴權期間，不適用第 41/94/M 號法令第 16 條第 2 款之規定。

被上訴裁判為第二審級之合議庭裁判，根據《行政訴訟法典》第 150 條第 1 款 c 項之規定，不得提起平常上訴。

在上述兩個合議庭裁判中，就同一法律問題所採取之解決方法明顯存在互相對立的情況：中級法院第 26/2001 號合議庭裁判認為根據第 41/94/M 號法令第 16 條第 2 款所規定之期間適用於訴權期間。而被上訴裁判卻認為第 41/94/M 號法令第 16 條第 2 款所規定之期間屬僅適用於程序期間。

同時，該兩個合議庭裁判所適用之法律均為第 41/94/M 號法令《規範司法援助制度》，法律規範並沒有實質變更。

## (2) 實體問題

中級法院於第 26/2001 號合議庭裁判中認定提起司法上訴之期間屬訴權期間，倘若司法上訴人在提起司法上訴前提出司法援助之請求，根據第 41/94/M 號法令 16 條第 2 款之規定，有關期間屬訴權期間，該期間在司法假期內不中止計算。

然而，被上訴裁判卻認為第 41/94/M 號法令中並沒有對訴權期間作出任何規範，故存在法律漏洞，應依法作出填補。

而透過法律漏洞之填補，被上訴裁判卻視請求司法援助以委任訴訟代理人之日為提起有關訴訟之日。然而，上訴人認為第 41/94/M 號法令第 16 條第 2 款規定只適用於訴權期間。

結合第 41/94/M 號法令第 15 條第 1 款之規定，我們可以知道第 41/94/M 號法令第 16 條所指之司法援助請求是可於提起訴訟前或訴訟待決時提起的。

換言之，第 41/94/M 號法令第 16 條第 2 款所指提出司法援助請求時所處之期間的期間完全可以是在提起訴訟前之期間。

事實上，正如中級法院於 26/2001 號合議庭裁判之司法見解及行政法院所採納之見解(例如卷宗編號 876/11-ADM 號之判決書—參見附件二)，即提起司法上訴的期間為訴權期間而非程序期間，規範提起訴訟之期間旨在讓當事人在某一時段內行使訴訟權，訴訟權屬實體方面之權利，如不在有關期間內行使有關權利，實體權利將隨之而消滅，訴權亦將會失效。

因此，我們可以穩妥地得出結論，就是第 41/94/M 號法令第 16 條第 2 款所指之期間不可能僅限適用於程序期間，當中至少亦包括訴權期間，為此，被上訴裁判之理解並不準確，且在有關訴權期間方面不存在法律漏洞情況。

因此，即使假設司法援助法律制度沒有規定有關問題，我們亦不難發現司法上訴的訴權期間計算(無論是否已提起司法援助請求)均適用《行政訴訟法典》第 25 條第 3 款之規定，和延伸適用《行政程序法典》第 74 條之規定，即上述之訴權期間是連續進行。

且結合《民法典》第 320 條之規定亦可知，訴權期間並不因司法援助之請求而中止或中斷。

無論如何，即使被上訴裁判認為存在法律漏洞，也不應適用或

創制如葡萄牙完全相同之法律規範或解決方法。

顯然，澳門現行的司法援助制度(第 41/94/M 號法令)之所以沒有規定“請求司法援助以委任訴訟代理人之日為提起有關訴訟之日”之規定，不是因為立法者疏忽(根據《民法典》第 8 條第 3 款應推定澳門立法者所制定之解決方案為正確，且立法者懂得以適當文字表達其意思)。相反，是立法者不考慮將相關內容適用於澳門。

綜上所述，被上訴裁判是違反了第 41/94/M 號法令第 16 條第 2 款、《行政程序法典》第 74 條及《民法典》第 8 條及第 320 條之規定。

助理檢察長發表意見，認為應統一司法見解，規定第 41/94/M 號法令第 16 條第 2 款的規定適用於提起司法上訴的期限，從而在本案中(考慮到通知指定律師的日期以及相關期間連續計算且並不因司法假期而中止的規則)，提起司法上訴的權利已告失效，應裁定法院正審理的上訴勝訴。

## 二、事實

重要事實有以下幾項：

a) 2009 年 10 月 5 日，甲向被訴實體遞交社會房屋申請表。

b) 2010 年 7 月 21 日，甲就不批准其社會房屋申請的決定向房屋局提起聲明異議。

c) 2010 年 8 月 6 日，被訴實體透過第 XXXXXXXXXXXX/DAH 號公函，將駁回其聲明異議的決定通知甲，並在通知書上指出根據《行政訴訟法典》第 25 條的規定，甲可向行政法院提起司法上訴。

d) 2010 年 8 月 9 日，甲收到上述公函。

e) 2010 年 8 月 20 日，甲向行政法院申請為其指派訴訟代理人，以提起司法上訴。

f) 2011 年 4 月 16 日，獲指派之律師接獲提起司法上訴的委任通知。

g) 2011 年 5 月 25 日，指定給甲的律師向行政法院提起司法上訴。

### 三、法律

#### 1. 要解決的問題

本案要解決的根本問題是，當利害關係人為提起撤銷性司法上訴而申請為其指派訴訟代理人時，該上訴應被視為於何時提起。

#### 2. 以合議庭裁判相互對立為由提起上訴的前提

如前所述，裁判書製作法官透過批示裁定兩個合議庭裁判在同一基本法律問題上確實存在所指的互相對立。

該決定對評議會沒有約束力(《行政訴訟法典》第 166 條第 3 款)，因此，對此問題要再行審議，因為對案中實體問題的決定取決於合議庭裁判之間是否存在互相對立的情況。

根據《行政訴訟法典》第 161 條的規定，本上訴的前提條件是，在法律規範未有實質變更，亦無具強制力的司法見解的情況下，中

級法院的兩個合議庭裁判就同一法律基本問題存在互相對立，其中被上訴的為第二審級的合議庭裁判(又或者，在例外情況下，屬於該條第 2 款所指的第一審級的合議庭裁判)。

讓我們看在所提出的兩個合議庭裁判中是否出現上述的要件。

### 3. 被上訴裁判和作為理據的裁判中的決定

於 2012 年 4 月 26 日在第 115/2012 號案中所作的被上訴裁判中，合議庭裁定，當上訴人申請為其指派訴訟代理人以便提起撤銷性司法上訴時，在上訴應被視為於何時提起的問題上存在法律漏洞，因為提起上訴的期間屬於除斥期間。該合議庭裁判對這個法律漏洞進行了填補，創立了一個視司法上訴於提出指派訴訟代理人的申請之日提起的規定。

而於 2001 年 5 月 17 日在第 26/2001 號案中作出的現作為理據的裁判中，合議庭則裁定，對於這種情況應適用 8 月 1 日第 41/94/M 號法令的第 16 條第 2 款，該款就司法援助——眾所周知，當中也包括指派訴訟代理人——的申請作出了如下規定：“提出司法援助請求時

所處之期間因司法援助之申請而中止，該期間在通知法院審理司法援助請求之批示時起重新開始計算”。

就同一法律問題，兩個合議庭裁判存在明顯、正面的互相對立。

被上訴裁判認為，一經提出指派訴訟代理人的申請，司法上訴便應被視為已經提起；而作為理據的裁判則認為，指派訴訟代理人的申請僅中止提起司法上訴的期間，該期間在上訴人接獲法院就指派訴訟代理人的申請所作的批示的通知時起繼續計算。

法律規範沒有出現變更，因為第 41/94/M 號法令第 16 條第 2 款仍然有效。

關於此問題沒有訂定具強制力的司法見解。

作為理據的裁判已轉為確定。

因此，明顯的是已符合所有要件以便可以對實體問題進行審理。

#### 4. 法律漏洞

正如《民法典》第 291 條第 2 款所述，除斥期間指的是那些當中涉及某個應在一定期間內行使之權利的期間。因此，原則上來講，提起訴訟的期間適用失效規則<sup>1</sup>。從而，無可爭議的是，《行政訴訟法典》第 25 條第 2 款所規定的對可撤銷行為提起司法上訴的期間屬於除斥期間<sup>2</sup>。

提起司法上訴的期間相對較短，視乎利害關係人是否居於澳門而分為 30 日或 60 日，由公布或通知決定之日起開始計算。因此，當上訴人以經濟能力不足為由申請指派訴訟代理人，亦即申請法院為其委任一名律師以提起司法上訴時，相關期間如何計算的問題就顯得格外重要。

指派訴訟代理人，作為司法援助的一種，受第 41/94/M 號法令規範。

就有關申請司法援助的問題，第 41/94/M 號法令第 16 條第 2 款

---

<sup>1</sup> PIRES DE LIMA 和 ANTUNES VARELA 合著：《Código Civil Anotado》，科英布拉出版社，第一卷，第四版，1987 年，第 272 頁。

<sup>2</sup> JC. VIEIRA DE ANDRADE 著：《A Justiça Administrativa (Lições)》，科英布拉，Almedina 出版，第二版，1999 年，第 221 頁；以及 FERNANDO BRANDÃO FERREIRA PINTO 和 GUILHERME DA FONSECA 合著：《Direito Processual Administrativo Contencioso》，波爾圖，Elcla 出版社，1991 年，第 83 頁。

規定如下：“提出司法援助請求時所處之期間因司法援助之申請而中止，該期間在通知法院審理司法援助請求之批示時起重新開始計算”。

與被上訴裁判一樣，我們也認為，第 41/94/M 號法令第 16 條第 2 款所指的期間是在訴訟中正在進行的程序期間，而不是提起訴訟的期間。當就某一待決訴訟，在規範某一附隨事項的問題上，法律提到所處的期間時，它所指的肯定是正在進行的程序期間。如果想要提及的是訴權失效期間又或者是權利的時效期間，那麼它肯定會選擇其它的表述方式。

而如果是這樣的話(事實也確實如此)，我們同樣也贊成被上訴裁判的以下說法，即法律對相關問題並未作出規範，或者說，法律對於當利害關係人請求法院為其指派訴訟代理人以提起司法上訴時，上訴應被視為於何時提起的問題未作出規範。

法律漏洞與法律不予明示並非同義詞。有可能出現雖然法律不予明示，但卻不存在法律漏洞的情況。存在法律漏洞的前提是，首先，所尋求的解決方案具有法律本身的特點，而與其它社會規範的領域，如宗教、道德或禮儀無關。其次，在得出了相關事項屬於法

律範疇這一結論的情況下，還需要確定這一事項是否應由法律予以規範<sup>3</sup>。

正如 KARL LARENZ<sup>4</sup>所說：“或許可以認為，只有而且只要法律……對某種特定的情形沒有訂定出任何規則，換言之，即對此‘不予明示’，就存在‘法律漏洞’。但其實也有法律‘有意義的不予明示’的情況存在……。因此，‘法律漏洞’與‘法律的不予明示’並不是同一回事。

‘漏洞’一詞指出了不完整性。只有當法律在特定領域尋求某種程度上的完整規範時，才有可能稱得上法律‘漏洞’。

(……)

在大多數情況下，當我們談到法律漏洞時，並不是指某個個別法條的不完整，而是指整體規範的不完整，也就是說，它對於某個依據法律本身的調整意向本應被規範的問題沒有訂立任何的規則。我們稱此種漏洞……為‘規範的漏洞’。這並不是說，如果不對其進行補充而逕自適用法律的話，我們將完全無法獲得答案；可以，但

<sup>3</sup> J. OLIVEIRA ASCENSÃO 著：《*O Direito, A Introdução e Teoria Geral*》，科英布拉，Almedina 出版，2005 年，第十三版之重印，第 435 頁。

<sup>4</sup> KARL LARENZ 著：《*Metodologia da Ciência do Direito*》，里斯本，古本江基金會出版，第五版之葡譯本，1989 年，第 448 頁及續後各頁。

這個答案將必然是：該問題未被規範，從而相關事實情況不產生任何法律後果。然而，如果這屬於一個法律本意欲規範的、並不想令其落入法外空間的問題，那麼法官給出這樣的答案無異於是在拒絕主持正義。

(.....)

無論是規定的漏洞，還是規範的漏洞，都屬於法律本身調整脈絡範圍內的漏洞。要想知道是否存在漏洞，必須從法律本身的觀點、法律根本的調整意向、法律所追求的目標以及立法‘計劃’出發來進行判斷。法律漏洞是一種‘違反法律計劃的不圓滿’”。

BAPTISTA MACHADO<sup>5</sup>也發表了相同的意見：“漏洞總是一種不完整、一種缺陷或差錯。但是，不完整是相對於什麼而言的呢？不完整是相對於傾向完整的東西而言的。因此我們說，漏洞是一個‘違反計劃的不完整’（‘planwidrige Unvollständigkeit’）。

因此，所謂的法律漏洞，便是一種與現行法的計劃相悖的不完整，而這種不完整要根據總體法律秩序所能揭示的標準來確定。當

---

<sup>5</sup> BAPTISTA MACHADO 著：《Introdução do Direito e ao Discurso Legitimador》，科英布拉，Almedina 出版，第八次重印，1995 年，第 194 頁。

法律(在其可能的解釋限制範圍之內)和習慣法中不含有總體法律秩序所要求或期待的一種規範時——或者:對某個法律問題沒有規定出答案時,便存在漏洞”。

## 5. 具體個案中的漏洞

第 41/94/M 號法令對司法援助作出了一個相對詳細的規範,從預付金及訴訟費的免除到訴訟代理人的指派。

其中,有多個條文涉及指派訴訟代理人之申請的提出以及該申請的提出對正在進行的期間所產生的相關後果。第 13 條規範在訴訟進行期間請求指派訴訟代理人以便其提出司法援助申請的情況,當中規定,該申請的提出將導致訴訟程序中止進行,相關期間由通知有關決定之日起再完全重新開始計算。第 16 條,前文已經提到,規定正在進行的司法期間隨司法援助申請的提出而中止,並由通知有關決定之日起繼續計算。而第 27 條規範的則是指定訴訟代理人的自行迴避申請,當中規定,自行迴避申請的提出將導致訴訟程序的中止進行,而所處的期間則由通知有關決定之日起再完全重新開始計算。

在以上所有的這些情況中，訴訟程序都已處於待決狀態。而對於那些當指派訴訟代理人的目的在於提起有訴權期間限制的訴訟又或提起司法上訴時可能發生的、與訴訟代理人的指派和迴避有關的種種情況，法律則明顯欠缺規定。

因此，法律制度存在不完整性，所以，存在法律漏洞。

## 6. 法律漏洞的填補

法律漏洞的填補規定於《民法典》第9條，相關內容如下：

### “第九條

#### (法律漏洞之填補)

- 一、法律無規定之情況，受適用於類似情況之規定規範。
- 二、法律規範某一情況所依據之理由，於法律未規範之情況中亦成立時，該兩情況為類似。
- 三、無類似情況，則以解釋者本人定出之規定處理有關情況；該規定係解釋者假設由其本人根據法制精神立法時，即會制定者。”

“法律所規定的解決未被規範的情況的第一個方法是求助適用

於類似情況的規定。(.....) 情況之間的類似是通過法律訂定解決方案時所依據的理由來判定，而非依從單純形式上的相似性”<sup>6</sup>。

BAPTISTA MACHADO<sup>7</sup>說，“當兩種情況內存在平行的、同型的或近似的利益衝突時，便可以說兩者是類似情況——這樣，立法者為解決該利益衝突而在其中一種情況裡所採用的價值標準同樣或者更加有理由適用於另一種情況”。

J. OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>8</sup>則認為，“類推建立在類似情況相同對待的要求之上，而對於這個要求，現如今的理念是極為敏感的。類推本身是一個一般性的思維過程，而填補漏洞則是這個思維過程的法律應用之一。

如果某一規則以某種方式規範某種情況，那麼對於與之類似的情況，即便法律沒有規定，也自然要用相同的方式去解決。

(.....)

然而，要判斷何時存在真正的類似情況，而何時又不存在類似

---

<sup>6</sup> PIRES DE LIMA 與 ANTUNES VARELA 合著：《Código Civil Anotado》，科英布拉出版社，第一卷，第四版，1987年，第59頁。

<sup>7</sup> BAPTISTA MACHADO 著：《Introdução ao Direito.....》，第202頁。

<sup>8</sup> J. OLIVEIRA ASCENSÃO 著：《O Direito.....》，第446及447頁。

情況，這便是一項艱巨的任務了，對此法律解釋者必須慎之又慎。僅僅存在情況外部形態上的相似性是不夠的：還必須在法律效果的層面存在相似性。正因為此，《民法典》第 10 條<sup>9</sup>才告訴我們說，當法律規範某一情況所依據之理由，於法律未規範之情況中亦成立時，該兩情況為類似。這便是邏輯類推和法律類推的區別：後者已經超越了單純的存在，帶有哲學上的價值論或評價論的特點。

當然，要求已規範的情況的立法理由在未規範的情況中成立是有些誇張的，因為，如果已規範的情況的立法理由在另一情況中全部成立，那麼兩者便不是類似情況，而是完全相同的情況了<sup>10</sup>。未規範的情況與已規範的情況之間必然存在不同之處。這是相對的類似，但同樣，也是相對的不同。存在類似的前提條件是相似之處比不同之處更為重要。在兩者之間有一個根本的核心內容要求對它們作出同等規範。如果這個根本的核心內容比差異更為重要，那麼我們便可以說兩者之間存在類似。

由此得出，只有透過一個以發現該情況之本質為宗旨的評估過程，我們才能得出存在類似的結論。所有單純表面性的思維過程都

---

<sup>9</sup> 指 1966 年的《民法典》，對應前文提到的澳門《民法典》的第 9 條。

<sup>10</sup> 此觀點見 KARL LARENZ 著：《Metodologia.....》，第 461 頁。

是不夠的”。

## 7. 借助類推

那麼，在我們現在要解決的問題中存在法律所規定的類似情況嗎？

前面我們已經談到，法律對於在訴訟進行期間由當事人所提起的指派訴訟代理人的申請(第 41/94/M 號法令第 13 及 16 條)或者由訴訟代理人提出的自行迴避申請(第 41/94/M 號法令第 27 條)作出了規範。

然而在這些情況與申請指派訴訟代理人以提起撤銷性司法上訴的情況之間並不存在本質上的類似性。事實上，被指派為當事人提起司法上訴的律師所要做的工作與在訴訟的進行過程中，某個作出(訴訟)行為的程序期間已開始計算的情況下被指派的律師要做的工作有著本質的不同。從根本上來講，後者要作出的行為有著更重的法律成份。而被指派為當事人提起訴訟或司法上訴的律師所要做的工作

工作則不同。M. TEIXEIRA DE SOUSA<sup>11</sup>說：“起訴狀的遞交是原告律師前期準備工作的結果，而且在很多時候，是對多項策略進行選擇的結果。這些工作包括查明對支持其當事人的觀點具有重要意義的事實以及探尋其當事人可以使用的證據方法。不論是哪一項工作都需要當事人與其訴訟代理人之間相互溝通；而主導溝通的則應該是訴訟代理人，因為只有他才知道應該找尋什麼以及應該如何進行取捨。在所獲得的結果的基礎之上，律師要去判斷訴訟是否具備勝出的條件，同時不應忘記遵守當事人必須遵守的據實陳述義務(見第456條第2款的a項及b項)<sup>12</sup>以及不爭辯明文法律和拒絕為不公平的事情做訴訟代理的職業義務(見《律師組織章程》第78條的b項及c項)<sup>13</sup>。而要作出這個判斷，訴訟代理人通過與對方當事人的律師進行信函往來的方式瞭解對方觀點也是至關重要的。

如果訴訟代理人認為訴訟有勝算，那麼他還要判斷的是，權衡訴訟成本以及可能獲得的收益，其委託人是否會因勝訴而得到確實的益處，是否應該選擇在可能的情況下以協商的方式解決爭議，又

---

<sup>11</sup> M. TEIXEIRA DE SOUSA 著：《*Estudos Sobre o Novo Processo Civil*》，里斯本，Lex 出版，第二版，1997年，第268頁及第269頁。

<sup>12</sup> 對應澳門法典的第385條第2款a項和b項。

<sup>13</sup> 律師不爭辯明文法律和拒絕為不公平的事情做訴訟代理的職業義務分別載於《律師職業道德守則》的第12條第2款和第2條，該守則由刊登於92年12月31日《政府公報》第一組第五副刊上的第121/GM/92號法令通過。

或者，是否應該為其當事人尋求以其它方式解決爭議的辦法(如仲裁或調解)。如果訴訟代理人決定提起訴訟，那麼他還要判斷，在提起訴訟之前，是否應該申請一個保全措施(見第 381 至 427 條)<sup>14</sup>，或者是否有必要申請提前調查證據(見第 520 及 521 條)<sup>15</sup>”。

我們認為，在第 41/94/M 號法令第 13 條、第 16 條及第 27 條所規範的情況與本案情況之間並不存在類似，因為本案情況，即法律未規範的情況，從本質上來講不同於法律已規範的情況。

因此，必須進行填補法律漏洞的第二個步驟。

## 8. 借助創立規定的方式，假設需要根據法制精神立法

“如無類似情況，則漏洞透過以下的方式進行填補：由法律解釋者本人，像立法者那樣，按照法制精神，為未規範的個案所屬的那一類情形去創立一個規定。不是求助於自然法或是法律制度的主導性原則，而是由解釋者自行制定補充性法律”<sup>16</sup>。

---

<sup>14</sup> 對應澳門法典的第 326 條至第 368 條。

<sup>15</sup> 對應澳門法典的第 444 條及第 445 條。

<sup>16</sup> PIRES DE LIMA 與 ANTUNES VARELA 合著：《Código.....》，第 59 頁。

根據法制精神創立規定的關鍵在於，讓請求法院為其指派訴訟代理人的上訴人處於與那些無需法院指派而可以立即聘請律師的上訴人同等的地位。而似乎這也正是被上訴裁判在作出以下的表述時所力求達到的目標，該裁判認為：“這樣才能確保公平，讓那些想要行使自身權利，但卻因為沒錢聘請律師而請求法院為其委任律師的人處於與那些可以立即自行聘請律師的人完全相同的境地”。

事實上，我們認為這正是解決問題的正確途徑：讓請求指派訴訟代理人的人和想要提起司法上訴而自行尋找並花錢聘請律師的人處於完全相同的境地。

因為，(因經濟能力不足)而需要請求法院指派訴訟代理人的事實不應令被代理人相對於那些自行聘請律師的人而言處於劣勢。然而，它同樣也不能令被代理人相對於那些沒有公設代理人的人而言處於優勢。

被上訴裁判創立了一個視司法上訴於想要提起司法上訴的人提出指派訴訟代理人的申請之日提起的規定。

恕我們直言，被上訴裁判的謬誤正在於此。

因為，一個想要提起司法上訴的人，其訴權期間並不會在其尋找律師、聘請律師以及請其提起上訴的時候中斷。該期間只有在律師向法院遞交上訴狀的那一刻才告中斷。

澳門本地居民有 30 天的期限去提起司法上訴。如果他在接獲行政行為通知後的第 25 天才去請律師，那麼司法上訴並不會被視為在該日提起，他的律師只有 5 天的時間去準備上訴狀。

這樣的話，相對於那些不申請指派訴訟代理人的當事人而言，被上訴裁判所創立的規定便明顯對申請指派訴訟代理人的當事人更為有利。

這個規定似乎並不符合法制的精神。

那麼好了，為使兩種狀況處於平等，我們認為，當利害關係人請求法院為其指派訴訟代理人時，提起司法上訴的期間顯然應該在其提出申請之日中止，並在法院為其指派律師後繼續計算。該律師只有剩下的期間去準備司法上訴，然而自行聘請律師的情況也別無二致，他只擁有法定期限屆滿前的剩下的時間，在其委託人接獲通知以及律師接受委託代理之間已經流逝的期間不能再從頭計算。

但是需要說明的是，如果獲指定的律師不履行委任，不提起司法上訴，那麼遭受損害的是利害關係人自己。這點是肯定的，但當事人自行聘請律師的情況也是一樣。在兩種情況下，律師都要被起訴，被追究民事責任(非合同責任或合同責任，依具體情況而定)，而如果存在失職的話，都要接受紀律處罰。問題在於，目前提起司法上訴的期間似乎過短，而不是涉及請求指派訴訟代理人之期間的條文有什麼問題。

因此，上訴勝訴，只是相關理由與上訴人所提出的有些不同。

#### 四、決定

綜上所述，裁定上訴部分勝訴並：

甲) 根據《司法組織綱要法》第 44 條第 2 款第(一)項以及《行政訴訟法典》第 167 條第 4 款的規定，訂定統一司法見解如下：

對可撤銷行為提起司法上訴的期間由利害關係人提出為其指派訴訟代理人之申請的那一刻起中止，並從其接獲審理該請求的批示

的通知起繼續計算，但從行政行為的通知或公佈起計已經過去的期間並不作廢。

乙) 裁定就本案標的所提起的上訴理由成立，廢止被上訴的合議庭裁判，以便維持以逾期提起為由駁回司法上訴的第一審之批示。

訴訟費由被上訴人支付。

裁判轉為確定後，在《特區公報》上刊登本裁判。

2012 年 11 月 14 日，於澳門。

法官：利馬（裁判書製作法官） — 宋敏莉 — 岑浩輝 —

賴健雄（本人具表決聲明） — 蔡武彬

出席評議會的檢察院司法官：高偉文

(譯本)

## 第 57/2012 號案

### 表決落敗聲明

本人認為在本案中並不存在法律漏洞，因為 8 月 15 日第 41/94/M 號法令第 16 條第 2 款提到的是進行中的期間，並沒有明確指出其僅限於某個待決訴訟或待決上訴的訴訟期間。這樣，如果法律並沒有作出區分，那麼法律的解釋/適用者便也不應該作出區分。因此，該款的規定適用於對行政行為提起撤銷性司法上訴的期間，此類上訴，作為對已經是針對某一法律問題所作的決定(儘管是行政決定，卻猶如是在某一訴訟程序待決期間所作的決定一樣)提出司法爭執的方式，理應得到與一般的訴權失效制度有些許不同的對待，後者適用於那些行使公權力的機關對某個法律問題尚未作出任何審理的情況。

8 月 15 日第 41/94/M 號法令第 16 條第 2 款中的“……重新開始計算”這一表述應該被理解為期間的中斷，也就是說，完全重新開始計算，正如該法令第 13 條第 3 款所規定的一樣，後者的標題也是不恰當地使用了“中止”一詞，實際上立法者真正想要說的是“中斷”。

這些便是導致本人在上面的合議庭裁判的表決中落敗的原因。

澳門特區，2012年11月14日

助審法官

(簽名)

賴健雄