

(譯本)

司法上訴
最初被爭執的行為之代替
因訴訟嗣後不能而消滅程序
《行政訴訟法典》第 79 條第 2 款
《行政訴訟法典》第 87 條 a 項

摘要

在答辯階段，在被上訴實體替代在司法上訴中最初被爭執的行為之情況下，為著訴訟快捷性且不必等待上訴人按《行政訴訟法典》第 79 條第 1 款可能提出的“程序變更”請求，法院可立即按法典第 15 條第 1 款 f 項規定，裁定因訴訟之嗣後不能致上訴程序消滅，但不妨礙對該上訴人適用（如其如此認為）該法典第 79 條第 2 款。

因此，拋開《行政訴訟法典》第 87 條 a 項明文規定之情形，即使在適用該法典第 79 條時，仍有可能宣告因訴訟嗣後不能而消滅司法上訴程序。

2003 年 1 月 30 日合議庭裁判書
第 186/2002 號案件
裁判書製作法官：陳廣勝

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

—

在本中級法院第 186/2002 號司法上訴之本卷宗中，案件的裁判書製作法官在傳喚該被上訴實體後，作出卷宗第 95 頁及其背頁的下述批示：

“批示

1. 甲，身份資料載於卷宗，於 2002 年 9 月 25 日透過本中級法院第 186/2002 號本司法上訴卷宗第 2 頁至第 13 頁的訴狀，針對 2002 年 8 月 14 日經濟財政司司長作出的不批准其提出的許可在澳門臨時居留的請求之批示，提起司法上訴。

2. 經傳喚對訴狀作出答覆，被上訴實體透過卷宗第 76 頁的公函告知本院，透過其 2002 年 11 月 1 日的批示，本司法上訴中的有關行為已被廢止（為此效果附入有關撤銷性批示以及該批示作於其上的意見書之副本，現載於卷宗第 77 頁至第 79 頁，其葡文譯本 — 本院向終審法院院長辦公室依職權要求提供 — 附於卷宗第 86 頁至第 87 頁）。

3. 面對這一情況，駐本法院之檢察院司法官在為他開立的檢閱範疇內，在第 93 頁中，認為由於上訴欠缺標的形成訴訟嗣後不能，致程序消滅。

4. 現在裁定有關問題。

面對著上文簡要敘述的情況的演變，必須得出結論認為，正如檢察院所認為，本訴訟已變成嗣後不能，因為被上訴的行為因為前述撤銷性批示的效果而不再存在，雖然該批示“繼續”不批准臨時居留許可的請求，但這一次所持的理由說明是被上訴實體本身視為已獲補正的理由說明。

因此，經使用《行政訴訟法典》第 15 條第 1 款 f 項賦予的權限，**本席裁定本司法上訴程序由於嗣後欠缺標的造成的訴訟嗣後不能而消滅。**

因為訴訟嗣後不能可歸責於被上訴實體，**而該實體免繳訴訟費用**，故無須繳納訴訟費用（經《行政訴訟法典》第 1 條准用的澳門《民事訴訟法典》第 377 條第 1 款末尾部分以及《法院訴訟

費用制度》第 2 條第 1 款 b 項)。

命令通知上訴人、被上訴實體以及檢察院，同時將第 76 頁至第 79 頁以及第 85 頁至第 87 頁的副本一併送交上訴人供參考。

2002 年 12 月 9 日於澳門。

裁判書製作法官

[簽字]

獲通知該項裁判後，上訴人在卷宗第 97 頁至第 108 頁向本合議庭評議會提起異議，為著有關效果，尤其闡述下列內容（現在將我們視為最有關的部分全文轉錄）：

“（...）

1.（...）

2.（...）

3.（...）

4.（...）

5.（...）

6.（...）

7.因此，如果在司法上訴待決期間已廢止被上訴的批示，並且另一方面，上訴人在針對廢止性行為提起司法上訴的期間內未聲請以廢止性行為標的繼續進行司法上訴，那麼裁判書製作法官當然必須根據第 15 條第 1 款 f 項裁定程序消滅。

8.之所以如此，是因為眾所周知，對一項非有效的行政行為的廢止性行為（撤銷性廢止），當其具追溯性地消滅前者的效果時，將使其在法律秩序中消失。由於這種消失，在司法上訴待決期間，在被上訴行為被撤銷的同時，司法上訴的標的也就不復存在，並從而造成訴訟程序嗣後不能，而嗣後不能又造成上訴的消滅（參閱最高行政法院的 1991 年 4 月 23 日及 1991 年 5 月 23 日合議庭裁判等，分別載於《學說判例》，第 371 期及第 373 期）。

9.在司法上訴待決期間，僅當對被上訴的行為予以廢止的同時對有關情況作出新規範或司法上訴所針對之行為被具有追溯效力之另一行為變更或取代（第 79 條第 1 款及第 2 款），且在對司法上訴所針對之行為之廢止無追溯效力或者司法上訴所針對之行為被無追溯效力之另一行為變更或取代的情況下，針對被廢止行為的司法上訴繼續進行時（第 80 條第 1 款及第 3 款），法律方允許請求取代司法上訴之標的。

10.然而，在適當尊重裁判書製作法官所堅持的立場的前提下，我們並不認為現在被異議的批示在本案中作出了一項正確的、嚴格的及公正的法律適用。

11.這是因為 2002 年 11 月 1 日被上訴實體的批示（在遞交其答辯狀期間內作出），不能像裁判書製作法官所認為的那樣，成為被上訴批示之撤銷性批示。

12.確實，首項批示是經濟財政司司長不批准在澳門特別行政區臨時居留請求的批示（該請求是按照 3 月 27 日第 14/95/M 號法令第 1 條及第 2 條 d 項而作出），這項批示作於貿易投資促進局第 XXX 號意見書所含的建議之上，該意見書中指出治安警察局的不贊同意見書，並根據 7 月 11 日第 22/97/M 號法令修訂的 3 月 27 日第 14/95/M 號法令，建議不批准聲請人臨時定居的請求。

13.另一方面，第二份批示完全重複了前一份批示：重申了相同的考慮，並重複了相同的主文內容，所不同的只是含有不批准臨時定居請求的一項更清晰的理由說明，因為它具體表明了這項不批准所依據的規範。

14.而這些在裁判書製作法官的批示中被確認，其中第 95 頁背頁認為：“...由於前述的撤銷性批示的效果，被上訴的批示不再存在，雖然後項批示‘繼續’不批准臨時居留的許可請求，但這一次所持的理由說明是被上訴實體本身視為已獲補正的理由說明”（底線為我們所加）。

15.因此，看不到這個第二項批示何以被定性為被上訴批示的廢止性批示，尤其是希望從中推導出訴訟嗣後不能而消滅程序的效果時。

16.確實，為使第二項批示可被定性為第一項批示（最初被認為違法的批示）的廢止性（撤銷性廢止）批示，必須以其內容作出決定以消滅首項批示之效果，從而使其在法律秩序中消失。或者，在附同對有關情形的新規範的情況下，為了可以被視為首項批示的具追溯力的廢止性批示。或者簡單地被視為變更或替代前項批示的批示，第二項批示必須包含部分或全部不同於前項批示之內容，從而在這裏也發生前項批示效果的部分或全部的消失。

17.然而在本案中，這些情形無一發生：第二項批示全部維持了前項批示所載的規範，只是更好地澄清了不批准所基於的法律依據。

18.第二項批示清楚表明了此點：“鑑於在前述意見書中沒有清楚指出不批准甲提交的臨時定居請求的法律上的理由說明，本人建議經濟財政司司長廢止的2002年8月14日作出的不批准該請求批示，根據已被修訂的第14/95/M號法令第11條的規定，並補充適用第55/95/M號法令第20條a項的規定，不批准甲提出的臨時定居請求。呈上級考慮”（底線為我們所加）。

19.從第二份批示這一摘錄中得出，顯然所發生的只是：由於上訴之提起及理由陳述等原因，被上訴的實體意識到因欠缺指明法律依據而存在形式上瑕疵，並意識到該行為確實存有該瑕疵，從而促使其提出更加完整的理由說明。

20.接著，有關前項批示的第二項批示所包含的，不過是不批准之依據的略為更完整的聲明，即比不批准定居請求略為完善的依據，之所以是略為更完善的理由說明，是因為只是具體指明了被上訴實體決定不批准請求所依據的條文（在前項批示中只指出法規）。

21.眾所周知，按照我們的法律秩序，依據的明示宣告（行政行為的理由說明），除其他要件外，還必須是完整的，換言之，應當附同決定之內容並載於作為該行為之外部表現形式的同一文件中（一併參閱Vieira De Andrade：《O dever de fundamentação expressa de actos administrativos》，Almedina，Coimbra，1991，尤其第39頁起及續後數頁）。

22.雖然如此，不幸地經常發生的是，負有說明理由之法律義務的行政機關不履行這項義務或者履行得不好，並且只是在上訴人個人爭執其行為之後，才“廢止”、“替代”或“改正”這種違法行為，在理由說明方面給它披上一件更為頑固的外衣。

23.（...）

24.然而，這並不意味著如卷宗中的被上訴的實體，不可以對其認為存有違法瑕疵的行為作出反應。

25.確實，行政機關可以或者應當（參閱Freitas Do Amaral，上引《Curso》一書第464頁）對一項被違法行為侵犯的法律秩序進行重新恢復，補正所觸犯的違法行為。

26.眾所周知，這個目的可以透過廢止違法行為之途徑，或者透過補正違法行為或使之有效化的權能而具體達到（參閱澳門《行政程序法典》第126條及第130條），換言之，透過撤銷性行為或者透過對違法行為的追認、糾正或轉換方式而達到。

27.只是有一個重大的區別：被廢止行為隨著撤銷性行為消滅；而追認、糾正或轉換則是消除被追認、被糾正或被轉換行為的一項或多項瑕疵（按照法律行為之利用原則），以維持該行為在法律秩序中的生命力（參閱Freitas Do Amaral，上引《Curso》一書第474頁）。

28.然而，在本案中，在適當尊重對立立場的情況下，在這裏涉及的並不是廢止的概念，而首先並且只是追認的概念，正如某些學說所稱的追認—補正的概念。

29.（...）

30.在本案中，無疑第二項批示是追認批示。

31.確實，從第二份批示作於其上的建議書文本中清楚地得出這一點。該批示中載明，在發現存在理由說明不充分這一形式上的瑕疵的情況下（原文為：“鑑於在前述意見書中沒有清楚指明不予批准的理由說明...”），所希望的是補正被上訴批示的違法性，清除其在理由說明要求方面的不完善之處，使它在法律秩序中全部維持。

32.這與上訴建議書是否在字面上清楚地指出用於“廢止”被司法上訴的批示無關，因為這是一項法律定性（應當說是明顯錯誤的法律定性），這項定性不約束法院。

33. (...)

34.在以其應有的含義將第二項批示視作前項被司法上訴批示之追認批示，以便以該項批示來清除被上訴實體認為首項批示所包含的瑕疵後，這項批示不能夠使得第一項批示消滅，相反具有進行補正違法性的功能。

35.因此，作為司法上訴標的之批示繼續存在，雖然它具有追認批示為其披上的外衣，但絲毫不妨礙司法上訴針對被司法上爭執之批示繼續進行。

36.此外應予補充的是，除了由於據以（依據《行政程序法典》第 115 條）作出不批准時所援引的法律依據不充分，並因而導致欠缺理由說明這一形式上的瑕疵以外，上訴人還以被追認之批示所載的理由說明（不充分）為依據，歸責該批示因違反 10 月 31 日第 55/95/M 號法令第 20 條而存在的實質瑕疵（參閱訴狀第 20 條至第 25 條及結論 9 點至第 13 點及第 16 點）。

37.即使追認批示補正了被上訴批示之形式上的瑕疵，前述實質上的瑕疵仍然存在。因此，在同一訴訟內仍要求審查被上訴批示之合法性。

38. (...)

39.裁判書製作法官以因嗣後欠缺上訴標的造成的訴訟嗣後不能為由，裁定針對被上訴批示的司法上訴程序消滅，而實際上上述消滅原因並不存在。因此，裁判書製作法官違反了據以作出現被異議之批示的第 84 條 e 項、第 87 條 a 項及第 15 條第 1 款 f 項的規範。

為此，祈望法官閣下們作出不可欠缺的補正，對本異議應予考慮並聲請送交作出合議庭裁判，以便如屬此種情況，可以按照一般方式對其提起上訴。

(...)"

按照《行政訴訟法典》第 1 條准用的澳門《民事訴訟法典》第 620 條第 1 款末尾部分的規定，就本項異議聽取意見後，被上訴實體在卷宗第 111 頁至第 115 頁表明下述立場：

“ (...)

1.異議人認為裁判書製作法官閣下不應裁定程序消滅，因為在其看來沒有發生被上訴行為的廢止。

2.（其認為）所發生的只是對該行為的追認 — 補正，因此不能適用《行政訴訟法典》第 84 條 e 項及第 87 條 a 項之規定，這些規範排他性地適用於廢止。

3.我們相信異議人不持理據，正如下文將予證明。為了方便闡述及閱讀，我們將 2002 年 8 月 14 日的批示稱為“首項行為”，2002 年 11 月 1 日的批示稱為“第二項行為”。

4.我們符合邏輯地提出的首項問題，是試圖確定第二項行為是構成異議第 28 條所主張之補正 — 追認，還是如 2002 年 10 月 23 日澳門貿易投資促進局第 XXX 號建議書明確所說之廢止。經濟財政司司長之第二份批示同意該建議書，並贊同其依據。

5.確實，我們不試圖對這個問題作出答覆，理由很簡單，我們認為這個答覆對於異議的裁判是不必要的。

6.確實，不論我們面臨著一項廢止，還是面臨一項追認 — 補正，解決辦法都是相同的，因為這兩種情況均導致司法上訴標的之喪失。

7.並相應地，只要上訴人不希望根據《行政訴訟法典》第 79 條或者第 80 條替代上訴的標的，也會因為訴訟嗣後不能而導致終結程序。

8.確實，《行政訴訟法典》第 87 條 a 項只指出廢止是因訴訟嗣後不能而終止程序的原因，並且異議人堅持不存在廢止。然而，經與第 79 條第 2 款及第 80 條第 3 款的內容相對照，我們應當合乎邏輯地得出結論認為，第 87 條 a 項之字面表達少於本來應有之含義且不僅應當適用於純粹及簡單的廢止，而且在因另一項具有相同效果的行為替代或變更被上訴的行為而使上訴標的喪失時亦應被適用。

9.如果一方面，法律賦予上訴人在行為之廢止變更或替代情形中可聲請替代上訴標的之可能性（第 79 條第 1 款、第 2 款及第 80 條第 1 款、第 3 款），另一方面，又規定只有前者（即廢止）才是嗣後不能的原因（第 80 條 a 項），那麼這是沒有任何道理的。

10.如果這樣，那麼，因為變更或者替代行為而喪失上訴標的效果是什麼（因為無可爭辯的是，在這種情形中，也喪失標的，因為法律容許利害關係人聲請替代之）？

11.應當注意，第 79 條第 1 款提及的廢止，恰恰是因替代的廢止，因為在首項行為沒有被其他行為替代時，不能簡單而純粹提出上訴標的之替代問題。

12.在廢止及補正 — 追認之間的衝突方面，我們不應當不贊同異議人，他作出這項最後的分類（異議第 28 條等），以得出結論認為裁判書製作法官在裁定程序終止時完全正確。

13.裁判書製作法官的上述裁定乃是根據葡萄牙最高法院大量及記載的司法見解，其中我們列出下列三個充分說明的例子（類似的例子很多，均載於 <http://www.dgsi.pt>）（底線為我們所加）：

14.1) “在法律秩序中追認 — 補正行為替代被補正之行為，因此，造成針對已經成為補正目標的首項行為而提起的司法上訴缺少原始標的”（第 046953 號案件的 2001 年 12 月 5 日合議庭裁判）。

15.2) “因此，追認 — 補正行為，正如廢止一樣，導致針對被追認行為之上訴標的喪失，並相應地因為訴訟嗣後不能而終止程序 — 如果沒有對它提起司法爭執的話”（第 021186 號案件的 1989 年 12 月 19 日合議庭裁判）。

16.3) “追認 — 補正不僅僅在欠缺理由說明的情形中方有可能，在理由說明不充分的情形中也有可能，因此在重新作出首項行為的決定性內容並在現在使它擁有了視為充分的理由說明時，在法律秩序中便替代了首項行為，並決定了針對首項行為之司法上訴標的之喪失，這是程序消滅的原因”（第 048184 號案件的 2002 年 4 月 24 日合議庭裁判）。

17.因此，無可爭辯的是，應由上訴人承擔聲請繼續進程序的責任 — 按照《行政訴訟法典》第 79 條（根據《行政訴訟法典》第 1 條而補充適用），這與民事訴訟中的由利害關係方推動程序進行的現行原則是協調的。

18.法院不負責依職權替代司法上訴的標的。

因此，應當判異議理由不成立，並維持以訴訟程序嗣後不能為由而裁定消滅程序的批示。

(...)”（參閱第 111 頁至第 115 頁原文）。

在檢閱範疇內，駐中級法院之檢察院司法官作出第 117 頁的下述：

“意見書

關於異議，我們贊同被上訴實體嚴謹的評論，我們謹不再予以復述。

確實，姑且不論我們面臨的是真正廢止有關行為（如作出行為者本身所稱）還是對該行為的追認／補正，下述結論都是清楚的，即：因訴訟嗣後不能而將導致程序消滅的上訴標的，已透過這一或那一途徑而喪失。因此應當由異議人，如果這樣認為，推動程序的繼續進行 — 根據《行政訴訟法典》第 79 條。

因此，沒有必要作更多的解釋，我們的意見是主張本異議理由不成立。

2003 年 1 月 24 日

(...)”

隨後，因裁判書製作法官的決定，有關異議被送交現以評議會形式召開的本合議庭立即審理。由於將裁判的問題之簡單性，免予檢閱。

因此，應當按照上文搜集的卷宗資料，以下列方式審理上訴人的異議。

二

在分析上訴狀內容（本卷宗第 2 頁至第 13 頁）、卷宗第 76 頁被上訴實體就 2002 年 8 月 14 日被上訴批示之“廢止”而送交本中級法院的告知（參閱第 76 頁）、以及該實體於 2002 年 11 月 1 日繕立的“廢止性批示”（參閱第 77 頁至第 79 頁及第 86 頁至第 87 頁）後，應當認為裁判書製作法官在 2002 年 12 月 9 日作出的、現被上訴人異議之裁判（參閱第 95 頁及其背頁），符合在該裁判中所引用的可予適用的法律規定，因為無論上訴人在有關異議中就被上訴實體的前述

第二份批示之定性所闡述的觀點是否公正（其核心摘要見其異議第 28、30、33 及 34 點），肯定的是，從司法程序上講，該實體的首項批示已經不再存在，這恰恰是因為它已被該實體的第二份批示所替代，這足以使得裁判書製作法官按照現被異議的批示中所載的決定，宣告上訴人當時提起的司法上訴程序消滅。而與異議中所傳達的內容相反，這項裁判根本不能妨礙在同樣是本卷宗的範圍內，相同的司法上訴程序繼續進行（在本案中乃指“重新進行”），條件是上訴人尤其根據《行政訴訟法典》第 79 頁第 2 款的規定，以此最為快捷及經濟的訴訟方式來保障其訴訟權利及利益，而不是必然且按照邏輯地在另一項獨立的程序中，針對被上訴實體的第二項批示提起倘有及可能的相關司法上訴 — 按照《行政訴訟法典》第 79 條第 3 款容許並保障的方式為之。

此外，甚至正是出於對《行政訴訟法典》第 79 條第 2 款的關注，裁判書製作法官在預見到上訴人可能使用該規範賦予的權能的情況下，並為著程序快捷性，才斷然裁定針對被上訴實體所提起的首項司法上訴程序終止。

在此方面，甚至《行政訴訟法典》第 79 條之全部規範的本身字面，也表明法院有權作出裁定程序消滅的裁判，而沒有必要等待司法上訴的上訴人可能將作出的“程序變更”之請求。該條內容如下：

“第 79 條

（對司法上訴所針對之行為作出具有追溯效力之廢止）

一、在司法上訴待決期間，如就司法上訴所針對之行為作出具有追溯效力之廢止性行為，且同時對有關情況作出新規範，則司法上訴人得聲請司法上訴以該廢止性行為為標的繼續進行，並有權陳述新依據及提出不同之證據方法，只要：

a) 上述聲請係在可對該廢止性行為提起司法上訴之期間內，且在裁定司法上訴程序消滅之裁判確定前提出；及

b) 法院有管轄權審理對該廢止性行為提起之司法上訴。

二、如司法上訴所針對之行為被具有追溯效力之另一行為變更或取代，亦適用上款之規定。

三、即使裁定司法上訴程序消滅之裁判已確定，仍可按一般規定對廢止性行為提起司法上訴。”（底線為我們所加）。

應當指出，立法者使用了“在裁定程序消滅之裁判已確定之前”（底線為我們所加），而不是“在裁定程序消滅之裁判之前”，由此得出，不能先驗地認定，在上訴方按照《行政訴訟法典》第 79 條或第 80 條採取立場前便裁定程序消滅的裁判違反該法典第 87 條 a 項[該項規定，在下列任一情況下，司法上訴因嗣後出現訴訟屬不可能或無用之情況而消滅；//a]，司法上訴所針對之行為被廢止，且不適用第 79 條及第 80 條之規定；//b]... (...)”]，因為從邏輯上講，這一規範只是錢幣的一面，因為根據我們基於上述理由而形成的見解，即使在適用《行政訴訟法典》第 79 條規範時也可以存在因案件嗣後無用或不可能而消滅上訴程序，（在此意義上，因其相關性，也可參閱被上訴實體在第 112 頁至第 115 頁中提出的對異議之答覆第 8、9、17 及 18 點，該答覆也獲得了第 117 頁檢察院意見書的支持）。

因此，應當維持 2002 年 12 月 9 日的裁判書製作法官的批示，我們認為該批示沒有違反上訴人在異議最後部分提出的任何規範，但顯然不妨礙可以對上訴人適用 — 如果他也這樣認為 — 《行政訴訟法典》第 79 條第 2 款，條件是具備了為此效果的全部法律條件。

三

按照上文闡述，合議庭裁判駁回本異議。

訴訟費用由上訴人／異議人承擔，司法費定為 3 個計算單位 — 根據《法院訴訟費用制度》第 87 條及第 89 條第 1 款訂定。

陳廣勝（裁判書製作法官）— João A.G. Gil de Oliveira（趙約翰）— 賴健雄