(譯本)

司法上訴期間的計算
因被視為獲證明的事實之遺漏
遺漏起訴
平等原則
自由裁量
理由說明

摘要

一、上訴的適時性問題是上訴階段專有的訴訟前提，在本案中是撤銷性司法上訴的典型前提。在就該先決問題形成訴訟關係上已經確定的案件後，本法院不能再次審理該問題。

二、若沒有考慮對於待決問題確屬重要的事實，就觸犯了《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 b 項的無效。

三、善意原則之前提是行政當局不應當背棄個人／利害關係人對於政府某項行為的信任。

四、只能在合法性的基礎上主張平等之權利，在非法性的基礎上主張平等將損害法治國本身及制度的基石。

五、規範藥房發照的法規 — 9 月 19 日第 58/90/M 號法令 — 賦予行政當局自由裁量權，但受制於該法規詳盡列舉的某些情形的發生。

六、該法規中的某些規範（例如 9 月 19 日第 58/90/M 號法令第 30 條第 4 款規定的按慣例新藥房的所在地，跟一間已存在的藥房不得少於三百米）使得其中規定的發照的相關要件可能不予遵守。

七、在不知道與另一藥房不滿三百米距離的其他藥房獲發牌照理由何在的情況中，如本案中的藥房距其他藥房不足 300 米，則行政當局就應當對其決定說明理由。簡單地援用第 58/90/M 號法令第 30 條第 4 款的要件並不足夠。

八、在不批准利害關係人聲請時，如果不知當局的認知及評估思路以及導致將一項非強制性的標準作為其決定依據之理由何在，則有關批示將被視作理由說明不足夠。

九、標準的變更應當附以理由闡述，闡明導致指引發生變化的理由。

2003 年 12 月 11 日合議庭裁判書

第 88/2003 號案件

裁判書製作法官：João A. G. Gil de Oliveira（趙約翰）

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

一、概述

甲，已婚，持有澳門身份證明司 1998 年 11 月 27 日發出的澳門居民身份證，號碼為 XXX 號，住址為：XXX，適時針對衛生局局長 2001 年 7 月 18 日作出的行為，向行政法院提起司法上訴。局長以不符合 9 月 19 日第 58/90/M 號法令第 30 條第 4 款標準為依據，駁回了設立乙藥房第三分店的發照請求。請求撤銷局長的這項行為。

作出了判決，判決中認為該上訴理由不成立，理由是該批示並不存有指出的任何違法性，維持被上訴的行為。

本上訴針對該判決提起。

甲，現上訴人，遞交理由陳述，陳訴內容簡要如下：

“認為判決沒有按照《民事訴訟法典》第 562 條第 2 款的要求，充分列舉應當被作為獲證明的全部事實。

除了原審法官認為已經確鑿的、且分條陳述之事實以外，還有其他事實，同樣應被視為確鑿（因為沒有答辯，因此沒有被當時的被上訴人爭執）— 按照《行政訴訟法典》第 54 條。

這些事實如下：

— “在 9 月 19 日第 58/90/M 號法令生效後，被上訴實體批准了無數藥房發照請求而沒有遵守該法令第 30 條第 4 款”。

— “在被上訴實體發給的無數牌照中，應強調作為附件一所附清單中所載的藥房（尤其是下列藥房：‘金豐’、‘新豐’、‘萬豐’及‘耀華’藥房）。

— “上訴人藥房與前述藥房清單完全平等”。

— “在藥劑師丙在場的情況下，上訴人與被上訴實體負責人開會，以取得有關諮詢意見”。

— “在此會議中，被上訴實體負責人鑑於法定標準指明了適合開設新藥房的地點”。

— “上訴人按這名公務員的指示，在此區域內尋找適當的設施開設乙藥房第三分店”。

— 因沒有向普通市民作出應遵守之適當指引，行政當局造成“上訴人財產損失，因為已經付了租金以及開設新藥房設施之工程金額”。

從所作之防禦整體加以考慮，有關事實與所作防禦無明顯對立，故可接納對該等事實之自認，且該事實與組成供調查之用之行政卷宗之文件不相抵觸（該卷宗僅為附隨新藥房發照聲請遞交的文件以及從聲請開始直至取得最後決定的多份意見書）。

原審法官因此違反《民事訴訟法典》第 562 條第 2 款的規定，因此，判決無效，因為沒有遵守判決之形式要件。

葡萄牙最高法院第 036732 號案件 1982 年 10 月 13 日作出的合議庭裁判指出（由於葡、澳兩個法律制度在解釋上的相似性而予指出）：“《民事訴訟法典》第 659 條第 2 款（澳門《民事訴訟法典》第 562 條）規定，法官應‘確定認為證實之事實’，最後，‘解釋法律並將其適用於事實（...），如果法官沒有這樣作，將觸犯該法典第 668 條第 1 款 b 項（澳門《民事訴訟法典》第 571 條）的無效，上訴限於法律上的事宜亦然。因為上訴法院不能在事實未查明的情況下審理上訴。”（載於 www.dgsi.pt/）。

因此該判決無效，因為就欠缺獲證明事實之查明的效果而言，可以適用《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 b 項規定的規範，該規範以無效論處。

原審法官也沒有審理上訴人提出的某些問題，這些問題可被視為有關聯並可能影響終局裁判。

尤其關於被上訴之行政行為人違反《行政程序法典》第 8 條的善意原則。

儘管前述事實（它們在被上訴判決中未獲指明）可以指向這種所犯的違反，原審法官沒有就是否具備表態，而它永遠應當就此表態，因為這是案件良好裁判的核心問題。

因為如果具備該瑕疵，將導致撤銷行政行為。

其次，被上訴的判決沒有對於上訴人在訴狀末尾遞交的聲請（卷宗第 8 頁）作出回應，以便通知被上訴實體答覆，以交送有關行政卷宗及“作為附件一所附清單中載明之藥房，發照請求予以批准的全套批示及副本”。

提出後項請求是為著通知被上訴實體交送“作為附件一所附清單中載明之藥房，發照請求予以批准的全套批示及副本”，面對應當視為獲證明的事實，為查明在這種發照請求以及允許對其不批准的其餘請求之間的可能差別，此舉完全有意義。

上訴人有權要求行政當局作出公正的而非任意妄為的決定，而上訴人提出的這些問題是該權利之構成要素。原審法官應當就此表態，如沒有表態，則應當宣告判決無效，理由是具備了《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 d 項的第一部分：“法官未就其應審理的問題表明立場”。

從法院代理穩妥起見，並且在不放棄的情況下還指出：

存在著適用法律之解釋及上訴人提出的法律依據解釋中的錯誤。透過閱讀判決文本清楚可見此點，從而導致原審法院繼續違反平等原則。

上訴人從未指出在批准藥房牌照之其他請求時，因不尊重法定要求而有任何違法性。

這甚至因為，正如陳述書反覆指出，前述法令第 30 條第 4 款賦予法律適用者一項自由裁量權。

由於藥房發照請求符合全部法定要件，但不獲批准，行政當局以不平等的方式處理相同情形。因為其他相同請求即使沒有具備該法令第 30 條第 4 款的法定要件也獲批准。

藥房發照的這種行政行為並非違法，事實上，鑑於法律賦予的自由裁量權，應當用於所有的發照請求，因此，現上訴人的請求應獲批准。

已經證明事實上其他藥房（如果不認為此乃公開及顯著的事實，至少也出自被上訴實體對於上訴狀附件 — 文件所指藥房未作爭辯的事實事宜）在沒有遵守其他現有藥房保持 300 米距離之規則的情況下獲發牌照。

自由裁量權的存在並不意味著行政行為人任意擅斷般地作出決定。

關於自由裁量權其他內部限制，應當強調行政當局應當作為行動指南的法律原則之規定。

按照第 35/94/M 號法令核准的作出被爭執行為之日有效的《行政程序法典》第 5 條及第 6 條的規定，行政當局開展活動應該遵守平等原則、適度原則、公正原則及無私原則。

除了《行政程序法典》第 5 條，現被爭執的平等原則也規定於《澳門特別行政區基本法》第 25 條中：“澳門居民在法律面前一律平等”。

在該法令生效期間以及該法令賦予之自由裁量權範圍內，已經對於其他不符法律“建議”之標準之新的藥房發了准照，此乃明顯及公開的事實，以致司法上訴狀附入此等藥房清單時，行政當局未予爭辯。

行政當局沒有藉這項以前的行為觸犯任何違法，因為立法者允許其這樣作。但是令其創造本身必須服從的先例，否則將淪為自由任意擅斷。

面對相同情形應當作出相同決定。

這項原則自由國家開始以來一直擁有對任何政治制度之指導力或限制力，應當被視為對當局及個人有約束的基本權利。

因此，面對著上文指出的事實及依據，原審法院應當認為行政當局在本案中違反了該原則。

因此，現被上訴的判決沒有遵守該原則，因無依職權審查之。根據《行政程序法典》第 122 條第 2 款 d 項，因其違反《基本法》第 25 條及《行政程序法典》第 5 條，該判決無效。

在對於前述內容不同意的情況下，還應指出法律上的錯誤（無理由說明的形式瑕疵）未視為具備。

原審法官認為不具備該瑕疵，而在聲請發照的藥房設施的選點方面，沒有遵守 9 月 19 日第 58/90/M 號法令第 30 條第 4 款要求的距離之要件。

對於行政當局來說這一要件也不是強制性的，因為在政府在藥房發照的可要求性範圍內獲賦予了自由裁量權。

另一方面，最近開設的有些藥房與其他現有藥房之間距離的實況以及被上訴實體在上訴狀列舉事實中無爭執，這些事實顯示確有按照法令發照的新藥房同樣沒有遵守該要件。

因此，行政當局創設了因在相同情形中由先前作出的決定揭示的先例，因此主張該要件並非絕對要求的。

在本案中，當局沒有遵守本身創造的這些先例，在對現上訴人請求作出決定時，至少應就沒有遵守該先作出適當的理由說明 — 《行政程序法典》第 114 條第 1 款 e 項。

因此，政府應負責就相同案件中未遵循先例作出事實上及/或法律上的理由說明。因為這似乎是上訴人在其藥房發照請求中沒有遵守的唯一要件。

關於每個藥房服務的最低居民數量同樣如此，因為早已不再遵守每個藥房服務 4 萬戶居民的要求 — 參閱上訴人附於卷宗第 19 頁以及供調查之用的行政卷宗同樣所載的文件 3.2。

因此，行為人根本無留意解釋為什麼在違反先前遵循的指引之情況下作出決定的理由，以其

他相同情形中根本未適用的一項規範作掩護。

行為人的漠不關心到了這個程度，以至於沒有遵守現有藥房與 XXX 藥房之間最低距離的要件。因為兩個藥房之間的距離僅為 238 米，該距離是透過步幅而度量 — 參閱上訴人附於卷宗第 19 頁以及供調查之用的行政卷宗所載文件 3.3。

在行政行為人應負責證實可能允許其否決個人請求的事實的情形下，至少可以要求其這樣作。因為所涉及的是準確的事實，所使用的是常規的及標準化的精準證據手段，否則將同樣觸犯證據獲得中的違法性。

應當否決給予上訴人請求得直，儘管其就無理由說明提出有關論據。因此被上訴的判決招致因錯誤解釋《行政程序法典》第 113 條至第 115 條而存有法律上的錯誤。

因此，**結論**是應當判本上訴理由完全成立，相應地被上訴判決應當被宣告無效，或者作為補充相應地予以撤銷。

被上訴實體沒有作出答辯，在本院也沒有作出反駁性陳述。

檢察官作出**意見書**，有依據之陳述內容主要如下：

完全贊同駐行政法院同事意見書中所闡述的審慎考量中關於本案中發生了上訴權失效的抗辯，因此上訴應予駁回。

該裁判認為有關期間在暑假司法假期期間中止是錯誤的，因此在談及司法上訴時，也許出於筆誤才談到“訴訟”，並為此效果不適當地提出了《行政訴訟法典》第 1 條准用的澳門《民事訴訟法典》第 94 條之規定。

《行政訴訟法典》第 1 條僅以補充方式訴諸民事訴訟法。

肯定的是，《行政訴訟法典》第 25 條第 3 款明確規定，可撤銷行為上訴期間之計算，適用《行政程序法典》之規定，而該法規第 74 條規定了有關計算規則，規則中明確表示，期間是連續計算的 b 項，沒有提及司法假期內中止的任何問題。《行政訴訟法典》第 27 條第 1 款則規定：“在因行政決定而使行為不生效力之期間，提起司法上訴之期間中止計算”。

如非這個情況，必須駁回上訴，除非原審法官認為瑕疵的發生可能使行為無效，經過被質疑的判決之實體分析可見，顯然本案不是這樣。

無論如何，我們認為（在發生無效的情形中）面對著依職權審理的範疇，因此本法院不能免予審查。

因此，且由於沒有發現其他瑕疵表明有關非有效（無效）為合理，得出的唯一推論應當是確實發生檢察院提出的、導致駁回上訴的上訴權失效之抗辯。

如果不這樣理解，**結論**是：原判違反了《行政訴訟法典》第 25 條第 2 款 a 項，第 46 條第 2 款 h 項以及澳門《行政程序法典》第 73 條，這導致判決的廢止。

二、事實

下列有關事實視為確鑿：

2001 年 3 月 26 日，上訴人聲請發給經營藥房的准照（卷宗第 21 頁）。

2001 年 5 月 22 日，鄭艷紅，稽查暨牌照處處長製作 2289/212/DIL/DAF/2001 號報告書（卷宗第 32 頁及背面的報告書及文件）。

在該報告中，藥物設施暨活動牌照技術委員會作出下列意見書（卷宗第 32 頁背頁）。

“經審議本牌照程序，本技術委員會意見是：未遵守 9 月 19 日第 58/90/M 號法令第 30 條（開設新藥房之必要性評估標準）第 4 款規定的（300 米）間距要件。

因此，技術委員會的觀點是乙藥房第三分店藥房牌照之發放未符合法定要件...。

簽名...

2001 年 7 月 11 日。

*應當認為考慮到現有藥劑師數量的減少，不足以支持澳門藥房的運作，新藥房發牌將加劇藥劑師短缺這個可被視為公共健康的問題。”

2001 年 7 月 18 日，局長閣下作出現被質疑的批示，內容如下：

“同意 CTLEAF 之意見”；（參閱卷宗第 32 頁）。

2001 年 7 月 27 日，上訴人收到有關行為之通知（參閱卷宗第 35 頁及第 36 頁）。

在此將前述全部行為及文件的內容視為轉錄。

從視為確鑿的文件中得出下述經文件證實的事實（卷宗第 13 頁）：

現上訴人／利害關係人於 2001 年 7 月 18 日獲通知該批示，內容如下：

“知會台端：台端簽署的乙藥房設立請求不予批准。

乙藥房不具備發牌照的適當條件，因為根本不符合 9 月 19 日第 58/90/M 號法令第 30 條第 4 款所含的標準。

還知會台端：依據 12 月 13 日第 110/99/M 號法令 — 《行政訴訟法典》第 25 條 2 款之規定，可以在三十天期間內針對本行政行為提起司法上訴。

順頌台安。

藥物事務廳代廳長。”

下列事實視為確鑿：

— 在 9 月 19 日第 58/90/M 號法令生效後，被上訴實體批准了無數藥房牌照請求而沒有遵守該法令第 30 條第 4 款。

— 在被上訴實體發給的無數牌照中，應強調作為附件一所附清單中所載的藥房（尤其是下列藥房：‘金豐’、‘新豐’、‘萬豐’及‘耀華’藥房）。

— “上訴人藥房與前述藥房清單完全平等”。

— “在藥劑師丙在場的情況下，上訴人與被上訴實體負責人開會，以取得有關諮詢意見”。

— 在此會議中，被上訴實體負責人鑑於法定標準指明了適合開設新藥房的地點。

— 上訴人按這名公務員的指示，在此區域內尋找適當的設施開設乙藥房第三分店。

— 因沒有向普通市民作出應遵守之適當指引，行政當局造成上訴人財產損失，因為已經付了租金以及開設新藥房設施之工程金額。

三、依據

本上訴標的 — 應確認或廢止第一審法院作出的判決 — 即分析上訴人陳述中必然限定的下列問題：

- 上訴逾期；
- 遺漏應當被證實的事實；
- 遺漏起訴；
- 平等原則；
- 自由裁量；
- 理由說明。

*

（一）提起上訴逾期作為利害關係人上訴權失效的原因，是法院依職權審理的一項問題。

但在本案中，由駐第一審法院之檢察官提出之，已經被具體審議並裁定上訴符合時間規定。

儘管認為有關判決錯誤地認為上訴期間在暑假之司法假期中止，且不適當地為此提出《行政訴訟法典》第 1 條准用的澳門《民事訴訟法典》第 94 條規定，因為存在著排除這種補充適用的明示規範，諸如《行政訴訟法典》第 25 條第 3 款（規定：可撤銷行為上訴期間之計算，適用《行政訴訟法典》），而《行政程序法典》第 74 條明確規定：期間連續進行（b 項），司法假期不予中止。而《行政訴訟法典》第 27 條第 1 款僅規定：“在因行政決定而使行為不生效力之期間，提起司法上訴之期間中止計算。”不贊同駐第一審法院之檢察官的立場：即使第一審法院已經裁定這個問題，因該問題是依職權審理，得重新審議。

除非可能發生使行為歸於無效之瑕疵，方可依職權審理之，但本案並非如此，因本案僅屬只能造成可撤銷之行為前提之內。

只有在問題未經審理或者已經針對就該問題作出之判決提起上訴，才發生這種情況。

檢察院沒有對於如此裁定的問題提起上訴，故對該問題形成既判案。對於各項問題形成既判案，以及核心問題仍然沒有確定的事實，並不表示未就程序性質的其他問題形成既判案。

提起上訴的適時性問題是上訴階段專有的訴訟前提，在本案中是撤銷性司法上訴的典型前提¹。

這樣，在對於該先決問題形成訴訟關係上已經確定的案件後，本法院不能漠視已經確定及沒有被爭執的內容，否則將損害法律安全性最基本的規則。

此乃先前有效之《行政法院訴訟法》第 110 條 b 項的明確規定，它規定由上訴法院審理轉為確定的先決問題或抗辯，並遵守下述見解，即：在就該事宜進行的訴訟程序中尊重訴訟關係上已確定的案件。

這也是《民事訴訟法典》第 429 條第 2 款，按照學說中對先前有效的《民事訴訟法典》第 410 條所作見解而作出的明確規定²。

這亦是澳門終審法院司法見解³以及葡萄牙最高行政法院司法見解⁴中所體現者，其中堅稱：“司法裁判的上訴目的是變更訴諸上訴的裁判，而非審理新的事宜，除非涉及依職權審理且判決尚未轉為確定的事宜。”

該問題之依職權審理，使得法院可以審查而不需當事人陳述，但不能允許隨時變更已經就此確定的裁判。

(二) 還應當分析指責原判的瑕疵。

現上訴人提出了關於判決中應當視為獲證實的事實沒有具體列舉的問題，而這是《民事訴訟法典》第 562 條第 2 款所要求的。

除了第 71 及第 72 頁所載的事實，根據證據自由審查原則，尤其鑑於被上訴實體在卷宗中所持的立場，尚有當時的行政行為為上訴人列舉的其他應被視為確鑿，這些事實為：

— “在 9 月 19 日第 58/90/M 號法令生效後，被上訴實體批准了無數藥房牌照請求而沒有遵守該法令第 30 條第 4 款”。

— “在被上訴實體發給的無數牌照中，應強調作為附件一所附清單中所載的藥房（尤其是下列藥房：‘金豐’、‘新豐’、‘萬豐’及‘耀華’藥房）。

— “上訴人藥房與前述藥房清單完全平等”。

— “在藥劑師丙在場的情況下，上訴人與被上訴實體負責人開會，以取得有關諮詢意見”。

— “在此會議中，被上訴實體負責人鑑於法定標準指明了適合開設新藥房的地點”。

— “上訴人按這名公務員的指示，在此區域內尋找適當的設施開設乙藥房第三分店”。

— 因沒有向普通市民作出應遵守之適當指引，行政當局造成“上訴人財產損失，因為已經付了租金以及開設新藥房設施之工程金額”。

經傳喚答辯，現被上訴實體未作答辯。因此這些事實沒有被質疑。

《行政訴訟法典》第 54 條規定：“不作答辯或不提出爭執，視為自認司法上訴人所陳述之事實；但從所作之防禦整體加以考慮，該等事實與所作防禦明顯對立者，又或該等事實系不可自認或與組成供調查之用之行政卷宗之文件相抵觸者除外”。

這些事實與整體上考慮的防禦不明顯對立，可就其作出自認，且與組成供調查之用之行政卷宗之文件不抵觸。

該等事實於違反平等原則及善意原則之審理不能不屬重要。

因此，在此階段，被上訴裁判中必須就此事宜採取立場。

被上訴實體則表明沒有充分的事宜作出比較，以查明行政當局在處理其他個人遞交的請求中的行為是否違反某些行政法律原則；沒有帶出事實表明行政當局在評估上訴人請求中對上訴人選擇了不公正的標準；在其他情形中所犯的違法性或不合規範性，行政當局不能在本案審議中自動

¹ Ribeiro Mendes :《Recursos em Processo Civil》，1994 年，第 150 頁及 Vieira de Andrade :《Justiça Administrativa》，2002 年，第 231 頁。

² Lebre de Freitas :《Código de Processo Civil Anotado》，第 2 版，2001 年，第 370 頁。

³ 終審法院第 12/2002 號案件的 2002 年 11 月 27 日合議庭裁判。

⁴ 最高行政法院第 39535 號案件的 1999 年 5 月 20 日合議庭裁判。

重複，否則就淪為“平等主義”。

還因為不批准的依據是沒有遵守地理上距離的要件，而這是 9 月 19 日第 58/90/M 號法令第 30 條第 4 款所要求的：

“按慣例新藥房的所在地，距一間已存在的藥房不得少於三百米”。

經遵守這個規定後，其他問題都沒有意義。

這個立場欠缺道理，因為，如果說在違法性之上不存在平等性（此乃澳門法院宣告的原則之一），同樣可以說，該規範是一項開放規範，儘管規定了一項原則／規則，但鑑於其中所用的“原則上...”之表述，對於其他不具備該要件的其他情形仍然敞開了大門。肯定的是，當事人／利害關係人努力以充分的事宜證明這種規範的開放性，指出在某些個案中在沒有具備這種指導性要件的情況下向具體指明的藥房發出了牌照。

陳述的事宜不能不是重要的：述稱行政當局在預備性程序中指明一處認為適宜開設藥房的地點，隨後又說該地點不具備要件。

根據《民事訴訟法典》第 562 條第 2 款及第 631 條第 2 款，判決必須詳列載明視為具體獲證明的事實。

因此，若沒有考慮對於先決問題確屬重要的事實，就觸犯了澳門《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 b 項的無效。

（三）關於遺漏審理。

還指出原審法官沒有審理就上訴人提出若干問題：

一 被上訴的行政行為人違反澳門《行政程序法典》第 8 條規定的善意原則（它表現為下列事實：在遞交發照請求之前，諮詢了被上訴實體，以選擇將來藥房的適當位址，在藥劑師丙在場的情況下，上訴人與被上訴實體負責人開會，以取得有關諮詢意見。在此會議中，被上訴實體負責人按照法定標準指明了適合開設新藥房的地點。上訴人按這名公務員的指示，在此區域內尋找到適當的設施開設乙藥房第三分店。作為相信公共實體言論之普通市民，他對被上訴之批示感到極度失望）。

一 被上訴判決對上訴人訴狀末尾提出的請求未作出答覆，末尾部分要求通知對當時被上訴當局送交“作為附件一所附清單中載明之藥房，發照請求予以批准的全套批示及副本。

我們承認上訴人所提問題中的第一項問題，作為因遺忘指導公共行政之一項基本原則而導致倘有的違法性的問題，似乎損害了信任原則及善意原則。因為行政當局最初對行政相對人表示某個地點適宜設立藥房，隨後又說這不是適當的地點而不批准請求。

事實上，善意原則之前提是行政當局不應當背棄個人／利害關係人對於政府某項行為的信任。⁵

在違反行政程序結構性原則的情況下，作為個人要求，行政當局作出公正及非任意性決定之權利的負面構成要素，原審法官應當對其表態，否則判決應被宣告無效。因具備《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 d 項首部之規定：“法官未就其審理之問題應表明立場”。

關於批准其他藥房發照請求整套批示方面前述資料的發送要求，上訴人無理。因為屬於證據調查範圍內，且上訴人坐視相關調查程序階段進行而無動於衷，甚至在最後陳述中未提出這項遺漏，故不視其為決定性的。

無論如何，該第一項問題應予審理，遺漏審理構成了《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 d 項的判決無效的原因。

（四）存在著個人／利害關係人／現上訴人陳述的、應予分析的瑕疵，因為當時的行為，如該等瑕疵導致行為之撤銷，該審理將妨礙將卷宗移送第一審法院重新審判前述問題。

關於陳述的**平等原則**，上訴人述稱，從未表示在批准其他藥房發照請求中，因未遵守法定要件而沾有任何違法性。

這甚至因為，正如在最初訴狀中一再堅稱，關於藥房發照，法律賦予其適用者自由裁量權。

⁵ João Caupers：《Introdução ao Dto Administrativo》，2001 年，第 83 頁。

並非藥房發照的此等行政行為屬違法的，實情是面對著法律賦予的自由裁量權，本來應當對於所有發照請求使用相同標準，因此，現上訴人的請求也應當被批准。

經審查這一問題可見，澳門特別行政區法律秩序中確有平等之基本原則的深刻印記，禁止行政當局：“（...）[享有特權、受惠、受損害，或剝奪其任何權利或免除其任何義務]，（...）” — 參閱《行政程序法典》第 5 條第 1 款，《聯合聲明》附件一第 5 款以及《基本法》第 25 條 — 以及公正及無私原則，該等原則要求：“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。” — 澳門《行政程序法典》第 7 條。

同樣真實的是，只有在合法性的基礎上才存在平等權，如果在違法性的基礎上主張平等，將危及法治國本身及制度的基石。確實，如果其他藥房被違法發行牌照，就不能僅僅基於相同對待之基本原則要求上訴人的藥房亦被如此對待。

確實，不知道在具備了卷宗情形中請求發照要件的情況下，其他藥房不獲發牌照的理由何在。正如上文所見，其中部分原因是利害關係人在程序進展中不作為的立場，儘管其作出了調查證據的最初請求。

因此，很難說相同情形中不平等對待，因為完全可以發生這樣的情況：行政當局確有理由對其他藥房而非本卷宗藥房發出牌照，這一行為仍屬自由裁量權行使範圍內作出的。

規範藥房發照的法規 — 9 月 19 日第 58/90/M 號法令 — 賦予行政當局自由裁量權，但受制於該法規詳盡列舉的某些情形的發生：

該法令第 29 條關於藥房的開設必要性之評審準則範疇內，規定藥房開設的許可是視乎是否具備下列一般的要件：

- “a)申請人居住或設址在澳門，倘為法人須按法律組成；
- b)有需要開設藥房，以彌補對公眾供應藥物的不足或改善該種供應；
- c)申請人或其管理人員、行政人員或領導人皆不從事提供醫療服務的活動，尤指從事醫生及相關的職業；
- d)申請人及管理人員、行政人員或領導人（倘為法人）具備從事藥物活動的適當民事資格；
- e)按本法例確保藥房的技術指導；
- f)將在藥房工作的員工，具備法例所要求從事有關職務的要件；
- g)藥房的設施及設備，具有按本法例及其他關於商業場所的安全、清潔及衛生的法例所指的適當條件。”

第 30 條規定：

- “一、每四萬居民需有一間藥房。
- 二、每間藥房座落的位置，必須考慮人口的分佈。
- 三、在沒有藥房的地區，優先處理准照的發給。
- 四、按慣例新藥房的所在地，距一間已存在的藥房不得少於三百米。”

9 月 19 日第 58/90/M 號法令第 30 條第 4 款規定的按慣例新藥房的所在地，跟一間已存在的藥房不得少於三百米，以及其他要件，則屬開放性的。而該要件可不予遵守。

關於自由裁量權，Freitas do Amaral 認為⁶：

“原則上，沒有完全受約束的行為，也沒有完全自由裁量的行為。所有行為都是部分受約束及部分自由裁量的。因此，在流行語言中提及受約束行為時，根本上考慮的是主要方面受約束的行為（或者考慮的是這些行為受約束的方面）；在談到自由裁量行為時，根本上考慮的是主要方面自由裁量的行為（或者考慮的是此等行為中自由裁量的方面）。

（...）

行政當局選擇權受到約束公共行政當局的一般原則及規則的限制（尤其平等原則、適度原則及無私原則），因此行政機關必須為公共利益找到最佳方案。”

在相近含義上，Vieira de Andrade 認為，行政當局不能憑其意志作出決斷，那怕十分謹慎，

⁶ 《Curso de Dto Administrativo》，2002 年，第 78 頁起及續後數頁。

也不能將作出的決定基於其意志之上。行政決定必須是理性的，因為不能是一時衝動或任性的結果，而是必須符合最好地服務法定公共利益的解決方案。自由裁量並不阻礙行為人為本案尋找單一的解決辦法：即從公共利益角度有依據地認為屬於最佳的方案。

簡而言之，在自由裁量中，法律沒有給予有權限的行政機關以選擇任何符合規範目的之解決方案自由，而是約束其按照行政行為的法律原則尋找最佳方案以滿足公共利益。

在本案中，儘管不知道與另一藥房不滿 300 米距離的其他藥房獲發牌照理由何在，但如本案中的藥房距其他藥房不足 300 米，行政當局就應當對其決定說明理由。簡單地援引第 58/90/M 號法令第 30 條第 4 款的要件並不足夠，該要件本身並不解決有關問題。

在此應當進入上訴人提出的另一個問題：無理由說明。

(五)聲稱行政當局創造了相同情形中先前作出的決定揭示的一項先例，因此主張該要件並非絕對要求的。

在本案中，沒有遵守行政當局本身創造的先例，應當至少就偏離相同情形中先前遵守的指引，不批准發照請求說明理由。因為此乃上訴人在藥房發照請求中未遵守的唯一要件。

確實，法律在本案中規定有對決定作出說明理由的意義，這是從《行政程序法典》第 144 條第 1 款 c 項明確得出的。

10 月 11 日第 57/99/M 號法令核准的《行政程序法典》第 114 條第 1 款 a 項規定：“除法律特別要求說明理由之行政行為外，對下列行政行為亦應說明理由：以任何方式全部或部分否認、消滅、限制或損害權利或受法律保護之利益，又或課予或加重義務、負擔或處罰之行政行為。”

關於理由說明的要件，《行政程序法典》第 115 條第 1 款規定：“說明理由應透過扼要闡述有關決定之事實依據及法律依據，以明示方式作出；說明理由亦得僅透過表示贊成先前所作之意見書、報告或建議之依據而作出，在此情況下，該意見書、報告或建議成為有關行為之組成部分。”及第 115 條第 2 款規定：“採納含糊、矛盾或不充分之依據，而未能具體解釋作出該行為之理由，等同於無說明理由。”

現在經分析有關批示，面對提出的有關疑問，據以作為不批准之標準的，只是欠缺“與其他藥房距離”這一要件，我們確實不明白為何這一要件具有決定性，因為在其他情形中並非如此，而且法律本身沒有要求此乃發出牌照的決定性要件。

應當注意，原審法官抓住的依據僅此而已，該依據也是對上訴人通知中所指出的獨一依據，儘管該批示與一項意見書相符合（在該意見書的附註中，無法明確知悉是否以補充、輔助或邊註的方式提出了另一項未獲通知且未顯示於卷宗中的理由，即欠缺藥劑師）。換言之，鑑於批示的形式內容、在意見書上所作的附註內容、意見書的製作方式以及通知本身的內容，無法知道這個其他理由是否構成被上訴批示的組成部分。

在不批准利害關係人聲請時，不知當局的認知及評估思路以及導致將一項非強制性的標準作為其決定依據之理由何在，因此遞交的理由說明儘管明確但不足夠。

在此，查明其他藥房獲發執照的理由已不重要；在遞交的聲請理由本身不足以支持發照時，必須清楚及透明地指出不發照的理由，更何況我們已知道在其他情形下並非如此。

確實，只有藉其他理由才能理解行政當局的上述行為，包括在不歧視方面，亦如此（正如上文所見，在不歧視方面應尊重平等及無私原則 — 《行政程序法典》第 5 條及第 7 條）應注意：“在自由裁量權行使中作出的行政行為，應當適當考慮對於相同之情形採取了不同的解決辦法的先例之存在，並以此或有情形及客觀理由為基礎，排斥遵守慣例。這種理由不能基於第 5 條第 1 款作為禁止歧視之假設基礎而規定的任何準則之上。

如是偏離或變更的以前的決定、指引或慣例行為，理由說明之必要性更加緊迫。因為欠缺理由說明行為可引致任意妄為之嫌疑。透過理由說明可察覺行政偏頗或無私，理由說明可揭示行為人的理據是否不屬依法保護的公共利益，或者是否適當考慮本應決定的依法保護的具體利益（...）。

標準的變更應當附以理由闡述，闡明導致指引發生變化的理由”。⁷

綜上所述，認為行政行為存有無理由說明的形式瑕疵，按《行政程序法典》第 122 條及第 144 條，這導致可撤銷該行為。

四、決定

綜上所述，認為提起的上訴理由成立，合議庭裁判廢止原判並撤銷作出的行為。因被上訴實體之豁免而免繳訴訟費用。

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

⁷ Lino Ribeiro 及 Cândido de Pinho:《Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado》，第 631 頁。