

(譯本)

案件標的—審理及裁判 司法上訴 行為之不可上訴性 上訴權利之失效 公共工程承攬合同 表示意見的行為 行政合同之訴 執行行政合同中的行政行為

摘要

一、當雙方當事人向法院提出特定問題，並在每一步驟訴諸多項理由或依據以舉證其觀點；法院對所提出的問題作出裁定才是重要的；法院不必審理用以支援訴求的全部依據或理由。

二、雖然行為之不可上訴性及上訴權失效問題中的任何一項一旦得直，將使司法上訴標的之審理成為無用之舉，但仍應當首先審理行為之不可上訴性問題，因為，如果有關行為不可提起司法上訴，則研究對該行為的司法上訴權是否失效就沒有意義。

三、公共工程承攬之行政合同指，一位私人（“承攬人”）承擔進行不動產的建築、重建、修繕、修補、保養或改造的義務，而政府作為（另一方）立約人（“業主”），則相對於該私人進行之工作，有支付價金的義務。

四、並非所有對於行政合同所作的行政意思表示都具有行政行為的性質。因為，有關合同的某些行政意思表示，依照法律屬沒有行政行為特定法律效力的合同意思表示。所謂表示意見的行為就是這種情況，《行政程序法典》第165條第1款曾如此規定（7月18日第35/94/M號法令核准；同第110/99/M號法令核准的現行《行政程序法典》第173條第1款的條文）。

五、如政府希望在行政合同範疇中獲得沒有強制性法律效力的法律效果，政府必須（在私人立約方不同意的情況下）透過對該合同的一項訴訟，訴諸澳門行政法院，請求法院裁定產生這種效果——這種訴訟要求司法機關的設立性參與（參閱澳門《行政訴訟法典》第113條，澳門特別行政區《司法組織綱要法》第30條第2款第3項第3目，並結合該法第36條之反義解釋）。

六、同理，私人立約人，在任何情形中均不具有對於政府的當局權力，他在行政合同範疇內基於與政府決定之分歧而產生的訴求，亦須透過向澳門行政法院就該合同起訴而得到滿足，以透過該法院獲得規限政府之法律效力。

七、若涉及政府與私人立約人之間的爭訟，而這爭訟是關於以雙方之行政合同為基礎建立的關係中核定須由政府向上訴人支付義務之金額，如果私人立約人不同意政府的觀點，應當依據澳門《行政訴訟法典》第113條第1款就該合同起訴，在該範疇中以完全司法方式裁定該項爭訟，而不是針對政府發表意見的行為提起司法上訴。因為如此提起的司法上訴，絕對不能解決爭訟。這是因為：鑑於單純合法性管轄原則，審理司法上訴之法院在支付義務之“新金額”作出決定方面，不能夠代替被上訴實體的意思，以作為上訴中可能撤銷該行為之必然結果。

八、當然，在執行諸如私人立約人與政府當時訂立的行政合同時，政府還

可以作出本義上的行政行為（澳門《行政訴訟法典》第 113 條第 2 款也規定了這種情況），在學說中，政府在執行行政合同中享有的主要當局權力有三種：監察權、單方變更權以及科處制裁權。

2002 年 5 月 16 日合議庭裁判書

第 146/2000 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

一、甲，身份資料適當載於卷宗，就澳門特別行政區運輸工務司司長 2000 年 5 月 15 日於 2000 年 5 月 10 日的報告書上出具的批示，向本中級法院提起司法上訴。

起訴狀結論如下：

“（...）

1.上訴人依法以最終核定服務費之名義對有關金額提出異議，被上訴的批示決定不接受向上訴人支付該等金額，因認為並未就核准執行乙安老院重新設置老人病學及精神科服務計劃作出任何正式決定；

2.上訴人已經表明了該計劃獲明示通過的清楚證據，此等證據很難被視作計劃獲默示通過，更何況默示通過被合法規定於《指示》第 13 條第 2 款中，其效果與明示通過所產生的效果絕對相同；

3.政府沒有對以最終核定服務費之名義提出的異議金額提出反辯，並且已經表明計劃（其預算作為該計劃的組成部分，是計算被異議金額之基礎）之執行已獲通過，因此只能得出結論認為上訴人具收取該款項之正當性，且政府有義務對該款項予以結算；

4.在提交計劃後的兩年中因未動工而引致的損害賠償欠款（即《指示》第 12 條第 5 款規定的、相當於判給金額 10%的技術輔助服務金）方面，政府在與其合同夥伴之關係中存有被接受的且可適用的其他解釋方法的情況下，單方面修改對法律規定的解釋，這是上訴人不接受的；

5.接受並且保護上述情形，將造成不確定性及任意性，它們的目的是排斥合同之形成，而後者應以善意原則為主導；

6.政府承認解釋《指示》第 12 條第 5 款有困難，並認定適用兩種截然相反的解釋屬合法，是期望適用在文字結構上對其最為適宜的解釋，完全漠視行政相對人被合法保護的利益，以不適當及失度的方式將其意思強加他人，從而違反了平等及適度原則（澳門《行政程序法典》第 5 條）；

7. 澳門《行政程序法典》第 3 條規定的合法性原則，是政府服從法律之法律命令的必然結果；一切行政活動均須服從法律，概無例外；不能違法作出行為；

8.被上訴的批示明顯違反這一原則，因它採納了某種解釋，漠視規範性命令，損害上訴人之法定權利，不想對他適用法律；

9.另一方面，澳門《行政程序法典》第 4 條規定了公共利益原則及保護市民之權利與利益原則。法律以此方式試圖在謀求一般利益與保障私人權利之要求之間達成和諧。公正原則及無私原則亦謀求這種和諧（澳門《行政程序法典》第 7 條）；

10.被上訴批示沒有顯示上述關注，而是以任意擅斷之形式變更特定合同前提，而該前提是所訂定合同形式階段之構成要素。它侵犯了上訴人之正當權利（即對其適用法律），拒絕對上訴人作出公正的解決辦法，在其行使權利時要求其作出無依據的及不必要的犧牲。

11.從該項批示，上訴人不可能收取因提供的勞務而有法定權利以下列名義收取之金額：（i）確定性服務費之最終核定及（ii）因在提交執行計劃隨後二年內未動工之損害賠償（依照《公共工程項目服務費計算指示》第 11 條第 4 款及第 12 條第 5 款）；

12.被上訴的行為拒絕適用上述條款所載法律制度，以明示方式違反了上述行政法之基本原則，從而存有違法瑕疵，依照澳門《行政程序法典》第 124 條可予撤銷。”

最後請求撤銷被上訴的行為（參閱本卷宗第 65 頁至第 83 頁之起訴狀內容）。

二、經傳喚，被上訴實體作出答辯，結論如下：

“（…）

1.提出本撤銷性司法上訴明顯不合法，因為（尤其）違反澳門《行政程序法典》第 173 條及第 174 條、7 月 6 日第 63/85/M 號法令第 64 條及第 65 條、澳門《行政訴訟法典》第 113 條第 1 款，從而依據澳門《行政訴訟法典》第 46 條第 2 款 c 項，導致相應地駁回上訴；

2.即使不這樣認為——我們並不認同——上訴權利亦已失效，因為澳門《行政訴訟法典》第 25 條第 2 款 a 項規定的期限已經屆滿，這同樣導致其應被駁回——根據該法典第 25 條第 2 款 h 項；

3.無論如何，本案中均不宜適用（指示）第 12 條第 5 款。因為自提交計劃之日起的 2 年期限內未動工，計劃之作者有權獲得的損害賠償金額，僅為技術協助合同規定的服務費金額之 10%。

4.執行計劃未獲政府核准，因此除了合同約定者外，政府未核准任何不同的預算，而為著服務費計算效果之計費基礎，是 1997 年 11 月 28 日訂立之善意合同所規定者。

5.因此，被上訴的批示不存在起訴狀中指責的任何違法性”。

因此認為應駁回上訴，因提起上訴明顯違法。如不這樣認為，應當不受理上訴。（參閱本卷宗第 155 頁至第 168 頁之答辯狀內容）。

三、在最初檢閱範疇內，駐本院檢察院司法官作出下述意見書：

“我們相信，在現被爭執的行為之不可上訴性方面，被上訴實體完全有理。

事實上，此項行為只是贊同有關部門的“報告書”。這與所指稱的應向上訴人支付服務費的一個差額有關，而上訴人是建築師，亦是關於乙安老院重新設置老人病學及精神科服務計劃之政府合同的次立約人。

因此，這是在合同關係範疇內作出的行為，涉及有關合同條款的解釋及執行。該行為因此不具確定性及執行力之特徵，正如澳門《行政程序法典》第 173 條所明確規定，此類行為被分類為“表示意見之行為”。

因此，當涉及對上訴人與被上訴實體所訂立的合同之解釋及執行時，這些問題應提交澳門行政法院，一切均按照澳門《行政程序法典》173 條第 1 款、第 174 條第 1 款以及 7 月 6 日第 63/85/M 號法令第 64 條第 1 款，第 65 條第 2 款之聯合效果。

肯定的是，上述法令第 65 條第 1 款規定：

“對判給人在訂立書面合同後所作關於合同的事宜之決定及決議，不可提起司法上訴。”

在此背景中，我們面臨與行政合同之解釋及執行有關的行為，而非此合同之形成或執行方面的行為。我們必須作出結論認為，有關批示不可上訴，因此，按澳門《行政訴訟法典》第 46 條第 2 款 c 項，本上訴應予駁回。（參閱卷宗第 189 頁至 190 頁）。

四、依據澳門《行政訴訟法典》第 61 條第 1 款之規定聽取意見後，上訴人在卷宗第 192 頁至第 203 頁主張初端駁回現被上訴實體在答辯狀中提出的、阻礙上訴之審理的問題。其爭辯內容核心如下：

— 考慮到上訴人當時透過直接磋商被選擇，故 7 月 6 日第 63/85/M 號法令不適用於本案，理由是，根據其第 1 條第 3 款之規定，該法規定只適用於應先行競投且未予豁免競投之合同之形成；

— 上訴人不接受被上訴批示視為表示意見的行為及因此不被視為一項行政行為，因為經閱讀該批示可見，該批示未對上訴人與被上訴實體之間訂立的合同之解釋事宜及有效性表明立場；

— 因為，被上訴的批示對於合同之外的法律規定及合同條款作了解釋，在被上訴批示作於

其上的意見書全文中，以傾向性方式對雙方自願受約束的合同條款解釋不多，但對可適用的法律規定本身則解釋甚多；

— 因此，考慮到行政行為的法律定義（澳門《行政程序法典》第 110 條），無疑面對一項真正的確定性及可執行的行政行為，據此可以被上訴，中級法院亦因此有權限審理上訴。

— 關於上訴權失效之問題，被上訴實體對於有關問題之事實所作解釋是完全違法的，故不應得直，因為永遠應認定 2000 年 8 月 1 日之前的任何通知不生效力，這是符合行政行為通知要件之法律規定之唯一結論。

五、對於上訴人的此番見解，駐本院之檢察院司法官聲明，全部維持其前述意見書的內容。

六、法定檢閱已畢，茲首先審理被上訴實體提出的下述兩個問題：

其一：被上訴行為之不可上訴性；

其二：上訴權之失效；

七、雖然此等問題任何一項的可能成立，將不可彌補地使本司法上訴標的之審理成為無用之舉，但我們仍認為應當首先審理所指稱的被上訴行為之不可上訴性問題，它構成對該行為上訴之權利失效問題之必然邏輯前提，因為，如果有關行為不可提起司法上訴，則研究對該行為的司法上訴權利是否失效就沒有意義。

在這樣做時，我們必然想到 Alberto dos Reis 教授的下述學說（《Código de Processo Civil Anotado》，第五卷，第 658 條至第 720 條，重印本，Coimbra Editora, Lim.，1984 年，第 143 頁）：“當雙方當事人向法院提出特定問題，在每一步驟訴諸多項理由或依據以舉證其觀點；法院對所提出的問題作出裁定才是重要的；法院不必審理用以支援訴求的全部依據或理由。”這一見解（尤其）在本中級法院 2000 年 9 月 21 日第 127/2000 號對司法裁判之上訴案件中已被遵循。

八、現在，我們具體審理被上訴實體所指稱的行為的不可上訴性。需要轉錄摘自 2000 年 5 月 10 日運輸工務司司長辦公室法律顧問之報告書的下述部分（參閱本卷宗第 131-133 頁），— 上訴人現予爭執的批示乃作於其上（該批示內容僅為“同意”，簽字及 2000 年 5 月 15 日之日期）：

“報告書

“事項：乙安老院重新設置老人病學及精神科服務計劃—設計師關於核定最終服務費之申請

1. 設計師甲提交申請，要求就上述計劃的服務費作最終核定，金額為他所計算的澳門幣 126,700.71 元，相當於所陳述的、1997 年 11 月 8 日訂立之合同所載之最初金額之 8% 的補加金額，上述金額由因計劃之執行獲得通過而計得之金額澳門幣 114,030.64 元及技術輔助之補加金額澳門幣 12,670.07 元總計而得。

設計師還堅持要求支付合同第 2 條第 1 款 d 項所載的技術輔助階段之全部金額，計為澳門幣 167,000 元，再加上該條第 3 款規定的以遲延補償名義計得之澳門幣 3,431.50 元。

2. 1997 年 11 月 8 日與設計師訂立的合同中，並無關於此類最終服務費核定或調整的任何規定，因合同第 1 條而適用的土地工務運輸局的招標細則（1998 年版本）中亦無此類規定。

3. 因此，應將澳門《公共工程計劃服務費計算指示》（下文簡稱《指示》）視作適用。該《指示》係由公佈於 1972 年 8 月 12 日《澳門政府公報》第 33 期的前澳門總督 1972 年 8 月 10 日之批示命令適用，並由公佈於 1979 年 6 月 23 日《澳門政府公報》第 25 期的前澳門總督之批示予以更新。

4. 該《指示》對政府機構委託私人實體的最高服務費金額以及訂定計劃中的技術規範作了規定，在與本案情形有關（因工程未得以實施）的第 11 條第 3 款規定：‘為著計算服務費之效果，下列金額被視作相關百分比之計費基礎：

a) 訂立合同時：工程預算之概算金額；

- b) 計劃執行階段：由設計者提交並由工程業主核准之預算或估算；’
- 5.該條第 4 款還規定，‘服務費根據核准之預算及估算、判給價金及工程結算金額將陸續修正。’
- 6.《指示》第 12 條第 5 款亦屬重要，它在其第一段規定，‘如果自提交計劃之日起兩年內未動工，則服務費以工程業主核准之預算為基礎予以結算。’
- 7.還應注意，根據《指示》第 7 條第 2 款 d 項，‘以測量工作之數量及質量為基礎的預算’是執行計劃的組成部分。
- 8.總之，黃金準則是設定最終所欠的服務費的百分比計費基礎，永遠是事先由工程業主核准的。這是容易理解的，因為否則的話就會造成設計師單方面變更合同約定之價金的權能。
- 9.在本案中，根據 1997 年 12 月 29 日提交的發票，已經根據合同第 2 條，對應予支付的三期計劃價金（分別為澳門幣 167,000 元、澳門幣 835,000 元及澳門幣 501,000 元）進行了結算（尾款將用於倘有之技術輔助階段）。奇怪的是，設計師未利用這一時機提出對服務費進行最終核算的請求。
- 10.可以肯定的是，根據前述合同第 2 條第 1 款 c 項，現已作出結算的第三期付款本應在計劃被核准後到期。同樣肯定的是，根據設計師（在其 1999 年 12 月 13 日第 97.48 號信函中）的推論，該款項之支付不等於計劃確實獲得核准。
- 11.這是因為，一方面，絲毫不妨礙一筆付款可在其到期前被支付（到期指自該時刻起款項可被要求支付），另一方面如果尚未對核准作出決定，則有關付款在提交計劃相關階段（圖則）之日起的 90 日後視作到期（參閱《指示》第 13 條第 2 款）。
- 12.經查閱與本計劃有關的相關程序，不論在澳門焚化中心暨污水處理站現有的程序中，還是在衛生局存文件的文件案中，均查實未就計劃之核准作出過任何正式決定，相應地亦未對第 7 點所指的作為計劃組成部分的預算概算作出過任何正式決定。
- 13.無論如何，《指示》第 7 條第 2 款 d 項所指的‘以測量工作之數量及質量為基礎的預算’，肯定不是設計師現在提交的聲請所附的概括型總結所指出者，後者是設計師期望對服務費作最終核算之基礎。
- 14.除了工程業主與設計師雙方訂立之合同所載者之外，並不存在任何由設計師提交的、並由工程業主核准之預算或估算。因此必然的結論是：為著服務費計算之效果，計費基礎仍然是 1997 年 11 月 28 日所訂立的善意合同所規定者。
- 15.因此，鑑于合同第 2 條第 1 款 a、b 及 c 項所指之服務費已經被及時結算，在這一範疇內並無其他需要結算的款項。
- 16.在技術輔助方面（該合同條款 d 項），我們認為，根據我們對《指示》第 12 條第 5 款所作的解釋（運輸工務司司長 2000 年 5 月 2 日之批示贊成這一解釋並已透過 5 月 3 日第 262/SOPT/2000 號公函告知了利害關係人），設計師僅有權獲得預算金額的 10%，即澳門幣 16,700 元。

2000 年 5 月 10 日，於澳門特別行政區運輸工務司司長辦公室
法律顧問
（簽名）”

九、在法律的層面上，經仔細分析上述報告書的內容，應當得出結論認為：被上訴的實體在上述報告書第一頁右上角作出批示時，正是對上訴人根據當時與政府簽訂的行政合同而聲請的服務費的核定作出決定。而這一決定正是依據報告書對該合同條款的解釋甚至其他“合同以外的法律規定”（用現上訴人的術語）之解釋而作出的（很自然，這些解釋是按照政府的方式及見解為之）。而政府認為因適用某些合同條款（如第 1 款），這些法條已併入合同成為其組成部分。

作為佐證，看看被上訴之批示作於其上的有關報告書第 1 點至第 3 點的下述內容，即告足夠。

“1.設計師甲提交申請，要求就...服務費作最終核定，金額為他所計算的...，相當於所陳述的、1997 年 11 月 8 日訂立之合同所載之最初金額之 8%的補加金額，上述金額由...金額...及...

金額...總計而得。設計師還堅持要求支付...該條第3款規定的以遲延補償名義計得之...。

2.1997年11月8日與設計師訂立的合同中，並無關於此類最終服務費核定或調整的任何規定，因合同第1條而適用的土地工務運輸局的招標細則（1998年版本）中亦無此類規定。

3.因此，應將《公共工程計劃服務費計算指示》視作適用...(…)”

確實，政府與上訴人之間當時訂立的合同，按照 P.Gonçalves 的觀點（“Contrato Administrativo (A instituição contractual como forma de actuação da Administração Pública)”），是在1996年10月澳門大學行政法延伸課程第五班學生的講義基礎上編撰的論文，澳門行政暨公職司1997年出版，第18頁至第19頁），可以被定性行政合作合同（公共工程承攬合同的一種子合同）。透過這項合同，一位私人（承攬人）承擔進行不動產的建築、重建、修繕、修補、保養或改造的義務，而政府作為（另一方）立約人（“業主”），則相對於該私人作出之工作，有支付價金的義務（尤其參閱12月13日第110/99/M號法令核准之現行澳門《行政程序法典》第165條第2款a項）。

因此，從上文的評論中可見，正如上文轉錄的檢察院意見書所洞察，事實上所面對的不是一項可以提起司法申訴的行為，而是與上訴人根據當時與政府訂立的行政合同所提起的“服務費校正”問題有關的政府表達意見的行為，且僅此而已。因此，只有在對上述行政合同可能提起的有權限訴訟中方可審查，而該訴訟需根據澳門《行政訴訟法典》第113條、12月20日第9/1999號法律（澳門特別行政區《司法組織綱要法》）第30條第2款3項3目，並結合該法第36條（作“反義”的解釋）向行政法院提起。

此外，在此方面，正如今天在本院第116/2000號行政上訴卷宗中就相同於本案問題所作裁判中所作法律觀點上之闡述，應當關注這位學者在上述引著作中提示的下列問題（上引著作第40頁至第41頁）：

“...並非所有對於行政合同所作的行政意思表示都具有行政行為的性質。

影響行政合同的效力的當局權力在行使時有兩種例外：一種來自意思表示的本身內容（換言之，涉及到合同意思表示不具行政行為法律效力的情況，不論合同的性質如何。）另一項例外來自適用於合同的法律制度或者來自其性質（換言之，適用於這種合同類型的法律或者合同性質部分或全部排除了與合同有關的當局行政權力之行使。

讓我們進一步看看上述每項例外的外延及內涵：

a)有關合同的某些行政意思表示，是“依法”沒有行政行為特定法律效力的合同意思表示（沒有執行力），因此未經另一方私人立約人同意，政府只能夠訴諸司法爭訟獲得希望的結果（...）。

所謂表示意見的行為就是這種情況，澳門《行政程序法典》第165條第1款對此規定如下（筆者註：7月18日第35/94/M號法令核准；同第110/99/M號法令核准的現行的澳門《行政程序法典》第173條第1款的條文）：

“解釋合同條款或就合同條款是否有效表明意見之行政行為，屬不確定且不具執行力的行政行為；因此，如未經共同訂立合同人同意，行政當局須透過向有管轄權之法院提起訴訟，方獲得其所主張之效果。”

只要政府的合同意思表示在法律上或合同上不具有行政行為的性質，那麼此等意思表示自然也不具有行政行為典型的法律效力，換言之，沒有強制性和執行力。（...）”（底線為我們所加）。

事實上，關於行政合同司法爭訟範疇內之行政合同的有效性、解釋及執行之訴，這位學者還認為（上引著作第49頁至第50頁）：

“對政府而言，當（或在相關部份中）政府不具有作出行政行為的權力（其意思表示只是單純的法律行為之意思表示，且不具有執行行為的法律效力時）提起這種性質的訴訟的利益是明顯可見的，以迫使私人/共同立約人接受其訴求。

如政府希望獲得沒有強制性法律效力的法律效果，政府必須（在私人立約方不同意的情況下）訴諸法院，請求法院裁定由政府決定產生這種效果——這就要求在行政意圖的合法性控制甚至在有關適時性控制方面，有司法機關的“設立性參與”。

至於私人立約人，只要他希望能夠產生法律效果以資限制政府，便可訴諸法院，對合同提起一項訴訟；在任何情形中均不具有對於政府的當局權力，他基於與政府之分歧而產生的訴求（如屬此等情況），須透過司法參與得到滿足。

應當指出，私人立約人不使用這種司法爭訟途徑以“爭執”有關合同執行的行政行為；這種訴訟手段是一種“完全司法”手段，而不是一種爭執手段，在後一種情況中，法官具有有限權力（僅僅是廢止性的）；（...）”（底線為我們所加）

按照這種邏輯，必須指出本案涉及的是一項政府與上訴人之間的真正爭訟，這爭訟尤其關於以行政合同為基礎建立的雙方合同關係中確定須由政府向上訴人支付之服務費，因此，任何一方作為另一方的共同立約人，均不可以將自己對有關問題的觀點未經對方同意強加於另一方。

因此，被上訴實體在作出被上訴人爭執的決定時，實際上並不是在作出一項行政行為，而是確定作為有關行政合同中產生的義務，應向上訴人支付多少錢。未就該合同訴諸必要的司法訴訟前，這種確定顯然不能單方面強加給上訴人。

因此，出於上述理由，如果上訴人不同意政府的觀點，亦應當將爭議的問題提交有權限的司法訴訟，而不是就上述政府發表意見的行為提起司法上訴。因為現在提起的司法上訴，即使其勝訴且滿足上訴人，也絕對不能解決爭議。這是因為：鑑於澳門《行政訴訟法典》第 20 條規定的單純合法性管轄原則，並且上訴人之具體個案不能納入這一條文首部規定的任何一種例外情況，因此本法院在上訴人異議的服務費“新金額”作出核定方面，不能夠代替被上訴實體的意思，不能夠代替被上訴人就之意思，作為現予聲請的可能撤銷 2000 年 5 月 15 日被上訴的實體所作行為之必然後果。

正因為如此，故在此重申，現上訴人必須透過向行政法院提起訴訟的途徑來解決案件，以便在行政法院範疇內（至少在一審法院中），就被提起異議的服務費金額的爭訟作出確定裁判（澳門《行政訴訟法典》第 113 條第 1 款）。

當然，在執行諸如現上訴人與政府當時訂立的行政合同時，政府還可以作出本義上的行政行為（《行政訴訟法典》第 113 條第 2 款也規定了這種情況），正如，Diogo Freitas do Amaral 教授所教導（《Direito Administrativo》，第 3 卷，里斯本，1989 年，第 458 頁）：“政府在執行行政合同中所享有的主要當局權力有三種：監察權、單方變更權以及科處制裁權。”

只是，肯定地說，現被上訴人質疑的行為不屬於上述任何一種情形。因此，不能也不應當將該行為視為可在本訴訟中提起司法爭執的行為。

即使我們認為，根據 7 月 6 日第 63/85/M 號法令第 1 條第 3 款之規定，且鑑於有關的行政合同未經公開招標，上訴人有理由堅稱規範政府獲得財產及服務的上述法令第 64 條及第 65 條之規定不適用於他與政府所訂立之合同的具體情況，我們在前文得出的結論，即不可透過司法上訴途徑對本案批示予以爭執這一結論仍然有效。因為：我們的上述見解本身獨立地基於行政上的司法爭訟中的一般原則，即政府對於合同條款或其有效性發表意見的行為不可被提起司法上訴（規定於舊澳門《行政程序法典》第 165 條第 1 款，亦即現行澳門《行政程序法典》第 173 條第 1 款）。

故應當裁定被上訴實體在答辯書中就行為的不可上訴性所爭辯的第一項問題理由成立。從而，所提起的關於上訴權的失效問題之審理成為無用之舉，同時對本司法上訴的標的的審理也應當被駁回。

十、摘要及結論：

上訴人就運輸工務司司長 2000 年 5 月 15 日於其辦公室法律顧問 2000 年 5 月 10 日所作的報告書上出具的批示提起司法上訴，請求取消該批示。

被上訴實體在答辯狀中爭辯這一行為之不可上訴性及上訴權失效，主張立即駁回上訴。

雖然上述兩個問題中的任何一項一旦得直，將使本司法上訴標的之審理成為無用之舉，但仍應當首先審理行為之不可上訴性問題，因為，如果有關行為不可提起司法上訴，則研究對該行為的司法上訴權是否失效就沒有意義。

需要注意的是，當雙方當事人向法院提出特定問題時，在每一步驟均會訴諸多項理由或依據

以舉證其觀點；法院對所提出的問題作出裁定才是重要的；法院不必審理用以支援訴求的全部依據或理由。

具體審理行為之不可上訴性問題後，經仔細分析載有現被上訴之批示的意見書內容，必須確認：被上訴的實體在上述報告書第一頁右上角只書寫了“同意”並簽署了 2000 年 5 月 15 日的日期，故正是對上訴人根據當時與政府簽訂的行政合同而異議的服務費金額作出決定。而這一決定正是依據報告書對該合同的解釋，甚至依據政府認為因適用合同的某一條款而視作包含於合同條款之中的其他法律規定之解釋而作出的。

由此可見，現被上訴的批示不是一項可以提起司法申訴的行為，而是與上訴人根據當時與政府訂立的行政合同所提起的“服務費最終核正”問題有關的政府表達意見的行為，且僅此而已。因此，只有在對上述行政合同可能提起的有權限訴訟中方可審查，而該訴訟需根據澳門《行政訴訟法典》第 113 條、12 月 20 日第 9/1999 號法律（澳門特別行政區《司法組織綱要法》）第 30 條第 2 款 3 項 3 目，並結合該法第 36 條（作“反義”的解釋）向行政法院提起。

政府與上訴人之間當時訂立的這一合同，可以在學說上被定性為公共工程承攬之行政合同。透過這項合同，一位私人（承攬人）承擔進行不動產的建築、重建、修繕、修補、保養或改造的義務，而政府作為（另一方）立約人（“業主”），則相對於該私人作出之工作，有支付價金的義務（尤其參閱 12 月 13 日第 110/99/M 號法令核准之現行澳門《行政程序法典》第 165 條第 2 款 a 項）。

事實上，並非所有對於行政合同所作的行政意思表示都具有行政行為的性質，因為有關合同的某些行政意思表示，是“依法”沒有行政行為特定法律效力的合同意思表示。所謂表示意見的行為就是這種情況，7 月 18 日第 35/94/M 號法令核准之舊的澳門《行政程序法典》第 165 條第 1 款以及第 110/99/M 號法令核准的現行的《行政程序法典》第 173 條第 1 款對此規定如下：“解釋合同條款或就合同條款是否有效表明意見之行政行為，屬不確定且不具執行力的行政行為；因此，如未經共同訂立合同人同意，行政當局須透過向有管轄權之法院提起訴訟，方獲得其所主張之效果。”

因此，如政府希望獲得沒有強制性法律效力的法律效果，政府必須（在私人立約方不同意的情况下）訴諸法院，請求法院裁定由政府決定產生這種效果——這就要求在行政意圖的合法性控制甚至在有關適時性控制方面，有司法機關的“設立性參與”。而至於私人立約人，只要他希望能夠產生法律效果以資限制政府，便可訴諸法院，對合同提起一項訴訟；在任何情形中均不具有對於政府的當局權力，他基於與政府之分歧而產生的訴求（如屬此等情況），須透過司法參與得到滿足。但應當指出，在這種司法爭訟途徑中，私人立約人對有關合同執行的行政行為的爭執，是一種完全司法手段，而不是一種爭執手段，在後一種情況中，法官具有有限權力（僅僅是廢止性的）。

本案涉及的是一項政府與上訴人之間的真正爭訟，這爭訟尤其關於以行政合同為基礎建立的雙方合同關係中核正須由政府向上訴人支付金錢的義務，因此，任何一方作為另一方的共同立約人，均不可以將自己對有關問題的觀點未經對方同意強加於另一方。

因此，如果上訴人不同意政府的觀點，亦應當將所提出的服務費問題提交有權限的司法訴訟，以便在行政法院範疇內就被提起的爭訟作出確定裁判（澳門《行政訴訟法典》第 113 條第 1 款），而不是就上述政府發表意見的行為提起司法上訴。因為現在提起的司法上訴，即使其勝訴且滿足上訴人，也絕對不能解決爭議。這是因為：鑑於澳門《行政訴訟法典》第 20 條規定的單純合法性管轄原則，並且上訴人之具體個案不能納入這一條文首部規定的任何一種例外情況，因此本“司法上訴”法院在核定上訴人的服務費的確定方面，不能夠代替被上訴人的意思，作為現予聲請的可能撤銷 2000 年 5 月 15 日被上訴的實體所作行為之必然後果。

當然，在執行諸如現上訴人與政府當時訂立的行政合同時，政府還可以作出本義上的行政行為（澳門《行政訴訟法典》第 113 條第 2 款也規定了這種情況），學說上認為政府在執行行政合同中所享有的主要當局權力有三種：監察權、單方變更權以及科處制裁權。

肯定地說，現被上訴人質疑的行為不屬於上述任何一種情形。因此，不能也不應當將該行為

視為可在本訴訟中提起司法爭執的行為。

關於本案之批示不得被異議的上述結論，本身獨立地基於行政上的司法爭訟中的一般原則，即政府對於合同條款或其有效性發表意見的行為不可被提起司法上訴（規定於舊澳門《行政程序法典》第 165 條第 1 款，亦即現行澳門《行政程序法典》第 173 條第 1 款。即使我們認為，根據 7 月 6 日第 63/85/M 號法令第 1 條第 3 款之規定，上訴人有理由堅稱上述法令第 64 條及第 65 條之規定不適用於他與政府所訂立之合同的具體情況，這一結論仍然有效。

因此，應當裁定被上訴實體在答辯書中就行為的不可上訴性所爭辯的第一項問題理由成立。從而，所提起的關於上訴權的失效問題之審理成為無用之舉，同時對本司法上訴的標的的審理也應當被駁回。

十一、綜上所述，合議庭裁判駁回上訴，判令上訴人承擔訴訟費用。司法費定為 2 個計算單位（《法院訴訟費用制度》第 89 條第 1 款首部）。

陳廣勝（裁判書製作法官）—Sebastião Póvoas（白富華）—賴健雄