

第 54/2011 號案件

行政事宜司法裁判的上訴

上訴人：甲

被上訴人：經濟財政司司長

主題：創設權利的行政行為·臨時居留申請·轉移·行政行為的廢止·廢止可撤銷行政行為的期間·檢察院提起司法上訴的期間·非官僚化原則和效率原則·受限制行為·善意原則·廢止可撤銷行為的限制和自由裁量

會議日期：2011 年 12 月 14 日

法官：利馬(裁判書制作法官)、岑浩輝和賴健雄

摘要：

一、政府部門批准已去世的人——作為不動產購買者已安排在向貿易投資促進局提交臨時居留申請的輪候名單中——的前妻接替其已去世的丈夫的法律地位的批示是一個創設權利的行政行為。

二、法律並不容許上述結論內所提到的法律地位的轉移。

三、根據《行政訴訟法典》第 26 條第 5 款的規定，如屬非強制性公布之行為，檢察院提起司法上訴的期間自第一次通知作出時起算。

四、正常情況下，當只有一位利害關係人接獲行政行為的通知，檢察院提起司法上訴的期間自該名利害關係人接獲通知之日起計。

五、如被廢止行為於 2007 年 10 月 25 日向居住於本澳的唯一利害關係人作出通知的話，那麼《行政訴訟法典》第 25 條第 2 款 c 項規定的檢察院提起司法上訴的 365 日的期間於 2008 年 10 月 24 日結束。

六、利害關係人能從《行政程序法典》第 12 條所規定的非官僚化原則及效率原則中得到的只不過是一個程序上的反射性法律保護。

七、對於法定的行為，行政當局沒有自由裁量空間或是決定的自由，因此，所提出的存在違反善意、平等、適度或公正原則情況的觀點不能成立。

八、行政當局必須廢止可撤銷的違法行為，不論該等行為對私人是有利還是不利，也不論是否以其他行為將其取代，除非當局決定對其進行補正(改良、轉換或追認)。

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

甲針對經濟財政司司長於 2008 年 10 月 15 日作出的批示提起司法上訴，該批示廢止了其於 2007 年 10 月 15 日作出的、因上訴人丈夫(原居留申請的申請人)的死亡而批准上訴人轉為該投資居留申請的申請人。

透過 2011 年 1 月 27 日的合議庭裁判，中級法院駁回上訴。

甲不服，向終審法院提起司法裁判的上訴。

提出下列有用的結論結束有關上訴陳述：

—經濟財政司司長於 2007 年 10 月 15 日於第 XXXX/2008 號卷宗作出之批准批示(以下簡稱為“批准批示”)所處理的，僅僅是一個基於善意、合理及有效率的行政便利工作、或者說是方便澳門貿易投資促進局適當地接收及處理擬申請投資居留人士提交其正式申請的內部行政安排。

—事實上，“批准批示”本身並沒有給予利害關係人即時產生任何權

利或強加義務，即沒有使上訴人的權利義務範圍內產生任何法律效果，僅僅為一個具“準備性質的行為”，而非本義的“行政行為”。

— 為此，鑑於“批准批示”不是行政行為，即不能成為《行政程序法典》第 127 條及續後各條所規定的廢止行為之標的，被上訴之裁決錯誤適用《行政程序法典》第 110 條、第 127 條和第 130 條之規定。

— 第 7/2007 號行政法規第 2 條第 1 款(三)項及第 2 款之規定並沒有指出“視作申請之例外情況”、也沒有規定“申請”必須以申請人已經具備條件提出申請為前提。相反，在第 2 條第 2 款規定中明確指出“為適用上款(三)項的規定，尚未正式被接納，但已安排在輪候提交申請的名單內，且澳門貿易投資促進局已就此作出登記的申請，亦視為已提出的申請。”

— 作為利害關係人(在本案中即上訴人)並不是獲移轉了與原申請人在個人或人身方面的資格(即申請取得投資居留的條件)，利害關係人獲移轉的僅僅是原申請人獲輪候安排手續的資格(取代了申請人輪候的位置)，因為利害關係人同為有關申請行為的受惠者。

— 所以，上訴人在其丈夫死後才以個人名義購入用以申請居留的不動產(我們不排除上訴人是以夫妻共同財產購入用以申請居留的不動產)，絕對不能視作一個新的申請，事實上她是在延續其丈夫作為家團代表提出申請的資格。

— 不論根據第 3/2005 號行政法規抑或第 7/2007 號行政法規，均沒有

禁止行政當局(即澳門貿易投資促進局)將正在輪候提交正式申請之人士由他人(尤其是作為利害關係人的家團成員)代替甚至繼受，亦即是關於上述輪候安排之申請手續方面並不存在任何法例規範和限制。

—在此，被上訴之裁決違反第 7/2007 號行政法規第 2 條第 1 款(三)項及第 2 款之規定。

—經濟財政司司長早已於 2007 年 10 月 15 日作出“批准批示”，其行為已令上訴人對於取代原申請人所處之輪候位置產生合理期望和信任，即上訴人深信其能夠取替原申請人乙的位置和已經依法維持原先的輪候程序。

—上訴人亦於隨後作出了投資居留申請所必須的準備及一切有關行為，例如在澳門購買物業、繳交物業價金及稅項及準備必要之證明文件等等，而其後亦向澳門貿易投資促進局提交了正式申請。

—然而，經濟財政司司長自作出“批准批示”經過 366 日後才針對該“批准批示”作出廢止，這明顯違反了《行政程序法典》第 8 條及第 12 條及所規定之“善意原則”和“效率原則”而應予以撤銷。

—被上訴裁判沒有適用《行政程序法典》第 8 條及第 12 條對以上問題作出審理違反有關法律規定。

尊敬的檢察院司法官出具了意見書，認為上訴理由成立，其理據為被上訴行為是在《行政程序法典》第 130 條第 2 款所規定的期間以外作出的。

二、事實

獲認定的事實如下：

—上訴人與乙於 1989 年 12 月 21 日在中國內地福建省依《中華人民共和國婚姻法》結婚，婚前沒有締結婚前財產協議。

—兩人婚後生下兒子丙(1990 年 1 月 13 日出生)。

—在 2007 年 3 月 21 日前未能證實的日子，乙取得投資促進局辦理不動產投資居留的預約“籌仔”，編號 XXXX，預約遞交申請文件時間為 2008 年 6 月 27 日。

—乙於 2007 年 3 月 21 日因病死亡。

—上訴人便於 2007 年 5 月 16 日要求將其丈夫的申請人資格轉為上訴人，被上訴人於 2007 年 10 月 15 日作出批准批示，貿易投資促進局也重新發予上訴人為申請人的同一編號及同一預約日期的“籌仔”。

— 2008 年 3 月 25 日甲以個人名義購買了位於[地址(1)]價值 1,114,020.00 澳門元的住房。

— 2008 年 6 月 27 日貿易投資促進局收取了甲作為家團代表的投資居留申請文件。

— 該“批准批示”於 2008 年 10 月 15 日被“被上訴之行政行為”廢止。

— 被上訴批示的內容如下：

「建議書編號 XXXXX/GJFR/2008 日期：
13/10/2008

事由：關於廢止已獲准不動產投資居留主申請人身份轉移之事宜

投資居留暨法律處丁經理 閣下：

一、事件經過及分析

1. 已辦理預約排期登記的不動產投資居留申請人，曾有少數個案因不可預見的事件，例如主申請人死亡、失蹤、嚴重疾病，又或主申請人沒有詳細了解作為主申請人之法定要件，使辦理預約排期登記的主申請人，無法如期遞交居留申請。

2. 在第 7/2007 號行政法規生效前，就上述情況，在利害關係人請求下，本局應利害關係人之請求，接受符合主申請人條件的人士作重新預約排期登記。

3. 在第 7/2007 號行政法規生效後(見附件 1)，以投資不動產形式的居留申請，有關申請排期資料(即 2007 年 4 月 4 日至 2008 年 11 月 7 日的有關申請排期資料)，送交廉政公署作備案，期間曾有四個個案出現申請人死亡、嚴重疾病，以及因主申請人沒有詳細了解作為主申請人之法定要件情況，經利害關係人書面請求，應上級指示對上述情況進行研究分析。

4. 本局於 2007 年 9 月 21 日透過第 XXXXX/GJFR/2007 號建議書，其中建議考慮到利害關係人之利益，容許申請擬惠及的配偶直接在原程序中代替原申請人(見附件 2)，其後亦通過第 XXXXX/GJFR/2008 號報告書，匯報有關個案處理情況(見附件 3)，涉及的個案如下

原申請人	請求轉換以其配偶 為主申請人的理由	司長批准 批示時間	轉換後的 主申請人	卷宗編號 及申請時間
乙	因病死亡	2007/10/15	甲	XXXX/2008 2008/06/27

5. 就上述請求經濟財政司司長分別於 2007 年 10 月 15 日及 2008 年 7

月 2 日作出“批准”以及“同意將有關資料送廉政公署備案”之批示(見附件 2 及 3)。

6. 廉政公署於 2008 年 9 月 26 日來函，邀請本局人員進行會議並討論“關於不動產投資居留主申請人身份的轉移”事宜(見附件 4)。

7. 2008 年 10 月 10 日經財政司司長辦公室代表連同本局代表與廉政公署舉行了會議，廉政公署指出：

(1) 在推行工作期間發現政府許可已在澳門貿易投資促局登記的輪候遞交申請的申請人將其申請人地位由有關申請擬惠及的家團成員代替。

(2) 法律規定僅已在澳門貿易投資促進局作出登記的申請人方有資格遞交不動產投資居留申請。

(3) 政府不得在第 7/2007 號行政法規生效後，接受由已登記申請人以外的其他人提出的不動產投資居留申請。

(4) 廉政公署代表亦指出，居留申請人與政府建立的關係是人身關係，申請行為屬人身權利，故基於請求所涉及內容的性質，申請人地位不得轉移他人。

(5) 故廉政公署代表認為政府許可申請人地位轉移的行為與法律構成抵觸，政府應按行政法的規定採取措施令有關情況符合規範。

8 就廉政公署之觀點，經財政司司長辦公室代表及本局代表作說明如下：

(1) 處理利害關係人轉換申請人身份(由申請擬惠及的配偶代替原申請人提出申請)的請求，處理方法是安排進行另一新的申請程序及終止原有的申請程序，故對於申請人轉換申請人身份的請求，政府一向均予以考慮並作出安排。

(2) 然而，隨著不動產投資移民政策於二零零七年被中止，政府不得接受新的不動產投資移民申請，這導致政府在處理轉換申請人身份的請求方面不得不作出形式上的調整：容許申請擬惠及的配偶直接在原程序中代替原申請人。

(3) 不料政府主觀善意決定卻客觀上與法律規定不相兼容。事實上，按法律規定僅獲澳門貿易投資促進局發出預約籌仔的不動產投資居留的主申請人，即預約籌仔的持有人方為準申請人，且僅準申請人方可按第 7/2007 號行政法規的規定遞交投資居留申請。

9. 綜上所述，鑒於第 7/2007 號行政法規生效後，許可主申請人身份轉移的行政行為與法律構成抵觸。故此，經濟財政司司長於 2007 年 10 月 15 日就上述事宜所作之批示是存在瑕疵，依法得予以廢止。

10. 須指出的是，容許申請擬惠及的配偶直接在原程序中代替原申請人，僅屬第 XXXXX/GJFR/2007 號建議書中的部份內容，故此除上述內容

外其餘部份應予保留。

二、法律依據及建議

1. 根據《行政程序法典》第 124 條、第 125 條、第 130 條及第 133 條第 2 款之規定(見附件 5)，就上述存有瑕疵的行政行為得予以廢止。

2. 根據《行政程序法典》第 131 條第 1 款之規定(見附件 5)，經濟財政司司長具有廢止該行政行為之權限。

3. 根據《行政程序法典》第 130 條第 1 款之規定以及《行政程序法典》第 25 條第 2 款 c 項之規定(見附件 5)，自可撤銷性行政行為作出後，行政當局可在 365 日內依法予以廢止。

4. 經濟財政司司長於 2007 年 10 月 15 日作出有關行政行為，基於上述規定於 2008 年 10 月 15 日前依法可廢止該行政行為。如上述期間屆滿，則使可撤銷的行政行為轉為有效。

5. 綜上所述，鑒於許可利害關係人甲轉為申請人之請求並在原申請程序中代替原申請人之行為違反第 7/2007 號行政法規第 2 條規定，建議經濟財政司司長根據上述之規定，廢止 2007 年 10 月 15 日就第 XXXXX/GJFR/2007 號建議書第 6.1.1 及第 6.1.2 內容所作之批示，以及廢止 2008 年 7 月 2 日就第 XXXXXX/GJFR/2008 號報告書第 1 及第 2 點內容所作之批示，而上述建議書及報告書其餘部份建議予以保留。

三、跟進工作及處理措施

1. 若經濟財政司司長同意上述廢止之建議，則建議採取相應的跟進工作及處理措施如下：

.....

(3) 就第 XXXX/2008 號申請，通知利害關係人甲其獲准作為主申請人之批示與法律有抵觸，按照廉政公署意見，經濟財政司司長作出廢止批示。鑒於原申請人乙因病死亡，故有關申請將建議作行政程序消滅處理(已草擬通知公函，詳見附件 8)。

.....

(5) 此外，若上述利害關係人甲具備第 3/2005 號行政法規規定的專業技術人員、管理人員或重大投資規定的要件，則可重新提出臨時居留許可申請。

2. 鑒於在是次事件中，廉政公署給予寶貴意見，故建議以公函向廉政公署作回覆(已草擬通知公函，詳見附件 10)。

3. 須指出基於上述廢止行為，亦可能引致上述利害關係人依法提起訴訟。

4. 上述意見呈上級考慮及決定。

高級技術員

(戊)

2008 年 10 月 13 日」

「同意本建議書內容，考慮廉政公署意見，自第 7/2007 號行政法規生效後，許可利害關係人甲轉為申請人之請求並在原申請程序中代替原申請人之行為與法律構成抵觸，建議經濟財政司司長根據《行政程序法典》相關之規定，廢止 2007 年 10 月 15 日就第 XXXXX/GJFR/2007 號建議書第 6.1.1 及第 6.1.2 內容所作之批示，以及廢止 2008 年 7 月 2 日就第 XXXXXX/GJFR/2008 號報告書第 1 及第 2 點內容所作之批示，而上述建議書及報告書其餘部份建議予以保留。

此外，為跟進上述工作，已草擬相關的通知公函以及對廉政公署的覆函。

呈執行委員會代主席已 閣下審閱。

丁/投資居留暨法律處經理

2008 年 10 月 14 日」

「意見：同意是項建議，呈經濟財政司司長閣下作批示。

己/代主席

2008 年 10 月 14 日」

「批示：同意及批准建議。

2008 年 10 月 15 日」

三、法律

1. 要審理的問題

要審理的是，被廢止的行為是否不屬於一個行政行為因而不能被廢止，以及是否違反了第 7/2007 號行政法規第 2 條第 1 款(三)項和第 2 款及第 3/2005 號行政法規第 3 條、第 5 條、第 8 條和第 9 條的規定及善意原則和效率原則。

2. 行政行為

第 3/2005 號行政法規對投資者、管理人員及具特別資格技術人員和不動產購買人等多種人員的臨時居留制度進行了規範(第 1 條)。

當中包含符合第 3 條所定的關於價值及其他方面要件的不動產購買人【第 1 條第(四)項】。

第 7/2007 號行政法規第 1 條中止了第 3/2005 號行政法規第 1 條(四)項及第 3 條的效力。

第 7/2007 號行政法規第 2 條規定如下：

“第二條
過渡規定

一、上條規定的中止不適用於：

(一) ...

(二) ...

(三) 本行政法規生效前已向澳門貿易投資促進局提出的申請。

二、為適用上款(三)項的規定，尚未正式被接納，但已安排在輪候提交申請的名單內，且澳門貿易投資促進局已就此作出登記的申請，亦視為已提出的申請。”

上訴人的丈夫已安排在前述第 2 條第 2 款所提到的輪候名單內。雖然其申請尚未被正式接納，但卻在輪候名單之內——可能是由於可歸責於行政當局的事實所致——，法律為了對其不適用由第 7/2007 號行政法規所訂定的中止居留制度的效力，將其等同為已正式提出的申請。

在輪候提出申請，亦即根據第 7/2007 號行政法規第 2 條第 2 款的效力，視為已提出居留申請的情況下，上訴人的丈夫在對其申請未有任何決定之前死亡。

應上訴人提出的申請，根據 2007 年 10 月 15 日的批示，被上訴實體批准將上訴人的去世丈夫的法律地位轉移予上訴人，令其成為居留申請的申請人。

顯然，這一批准行為構成了一個具真正和實質意義上的行政行為，因其目的是依據公法之規定，在一個別具體情況中產生法律效果(《行政程序法典》第 110 條)。這甚至是一個典型的行政行為，因為它對於上訴人而言屬於創設權利的行為，令上訴人成為居留申請的申請人，而在 2007 年 10 月 15 日批示之前上訴人並不具有這一地位。

3. 輪候名單·不中止第 3/2005 號行政法規的效力

剩下來要知道的是，被上訴行為，即廢止 2007 年 10 月 15 日批示的 2008 年 10 月 15 日批示，是否違反了第 7/2007 號行政法規第 2 條第 1 款(三)項和第 2 款及第 3/2005 號行政法規第 3 條、第 5 條、第 8 條和第 9 條的規定。

上訴人認為上述所提到的兩項行政法規均沒有禁止已在輪候名單中的申請人的地位被他人代替或繼承。因為，根據他的觀點，上訴人的狀況並不屬於這一輪候狀況。

嚴格來說，上訴人說申請居留的狀況並不屬於輪候狀況是有道理的。但是，法律為了不損害已安排在輪候名單中的申請人的利益，才將這些可能是由行政當局自身的原因所導致的輪候狀況視為等同已正式提出申請。因此，法律並沒有將第3/2005號行政法規效力的中止適用於該等申請人，保留了他們在澳門定居的可能性，而如果不是認為他們已提出申請的話，他們是不能在澳門定居的。

一如前述，根據第7/2007號行政法規第2條第2款的效力，上訴人丈夫在視為已提出居留申請的情況下死亡。

4. 臨時居留申請人的變更

現在要查明2007年10月15日批准將上訴人去世丈夫的法律地位轉移予上訴人，令其成為居留申請的申請人的批示是合法的還是違法的。

一個法律關係的持有人的變更，即權利的轉移，必須要有一個合法原因，一個法律訂明的、容許該轉移的法律依據，如透過法律行為、合同、繼承、取得時效(在一定時間內占有一物)或其他法律規定的途徑。

因此，投資者、管理人員及具特別資格技術人員以及不動產購買人臨時居留申請人的資格，要從法律上轉移給他人的話，必須要由法律訂明。

然而，無論是規範有關居留制度的第 3/2005 號行政法規，還是其他法律或行政法規，尤其是第 7/2007 號行政法規，均沒有對資格轉移作出規定。

眾所周知，一般來說財產性權利是可以轉移的，雖然我們知道存在不得因死亡而轉移的財產性權利，如用益權(《民法典》第 1377 條和第 1380 條)，以及其他一些無論是在生者之間還是因死亡均不得作出轉移的財產性權利，諸如使用權和居住權(《民法典》第 1414 條)。

另一方面，在本案的情況中，所涉及的不是一個財產法律關係，而是人身法律關係，申請人的死亡並不能產生對該關係主體的繼承(《民法典》第 1864 條)，因為，原則上，人身關係是不會因為死亡而產生轉移的。

因此，在程序進行期間死亡的申請人的資格轉移的批准與否，不屬於行政當局的權力。

行政當局的行為是受到限制的，應為不批准轉移資格。

這樣，2007年10月15日的批示便沒有法律依據了，即等於說是違法的，該批示違反了法律且在《行政程序法典》第124條規定之下屬可撤銷的。

5. 廢止可撤銷的行政行為

“僅得以可撤銷行政行為之非有效作為依據，在可提起有關司法上訴之期間內，或在司法上訴所針對之實體作出答覆前，將可撤銷之行政行為廢止。”（《行政程序法典》第130條第1款）

如就司法上訴規定不同期間，則以最後屆滿之期間為準。（《行政程序法典》第130條第2款）

可撤銷性被廢止的行為是可以以其無效性為據而被廢止——正如已被廢止那樣。

剩下要知道的是，有否遵守法律規定的期間，該期間以最後屆滿的期間為準。

對可撤銷性行為提起司法上訴的期間如下：

a) 30 日，如司法上訴人於澳門居住；

b) 60 日，如司法上訴人於澳門以外地方居住；

c) 365 日，如司法上訴人為檢察院，又或屬默示駁回的情況。(《行政訴訟法典》第 25 條第 2 款)

被上訴合議庭裁判提到上訴人於 2007 年 10 月 25 日接獲被廢止行為的通知。

上訴人針對該行為提起上訴的期間(如具有正當性，但並不是本案的情況)應為自通知日起計 30 日(《行政訴訟法典》第 26 條第 2 款 a 項及《行政程序法典》第 68 條)，上訴人可在 2007 年 11 月 24 日以前提出上訴。

如屬非強制性公布的行為，即本案的情況，檢察院提起上訴的期間自第一次通知作出時起計(《行政訴訟法典》第 26 條第 5 款)。

第一次和唯一的通知是向上訴人作出的，因為行政行為一般來說是不會向檢察院作出通知的。

因為上訴人於 2007 年 10 月 25 日接獲通知，所以檢察院提起上訴的 365 日的期間於 2008 年 10 月 24 日完結。

由於該廢止行為是在 2008 年 10 月 15 日作出的，故符合《行政程序法典》第 130 條第 1 及第 2 款所規定期間內作出的規定。

6. 善意原則和效率原則

我們看看被上訴行為是否違反了善意原則和效率原則。

首先必須駁回對《行政程序法典》第 120 條規定的非官僚化原則和效率原則存在任何形式的違反的觀點，根據該規定公共行政當局應以使部門親民為目的，且以非官僚化的方式，建立架構及運作，藉此確保其能以快捷、經濟及有效率的方式作出決定。

正如 MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA、PEDRO COSTA GONÇALVES 和 J. PACHECO DE AMORIM 所說：“這些都不過是令利害關係人在程序上獲得反射性法律保護的原則，作為程序性原則，它們所具備的更多是理論意義，而非法律上的懲罰性”¹

¹ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA、PEDRO COSTA GONÇALVES 和 J. PACHECO DE AMORIM 合著：《Código do Procedimento Administrativo Comentado》，科英布拉，Almedina 出版，第二版，1997 年，

然而，就違反《行政程序法典》第 8 條規定的善意原則所提出的質疑，應當得到較大的關注。

這條規定：

“第八條
(善意原則)

一、在任何形式之行政活動中，以及在行政活動之任何階段，公共行政當局與私人均應依善意規則行事及建立關係。

二、遵守上款規定時，應考慮在具體情況下需重視之法律基本價值，尤應考慮：

- a) 有關活動使相對人產生之信賴；
- b) 已實行之活動所擬達致之目的。”

要判斷廢止前一行為的被上訴行為是否違反善意原則，尤其是上訴人對批准批示所產生的信任，以致其為獲批給居留申請而購買不動產，以及很有可能要承擔其他費用。為此，必須先解決一個先置問題，即撤銷性廢止，或者說，以被廢止行為的違法性為由的廢止對行政當局而言是一個受限制行為還是自由裁量行為；換言之，即行政當局是否有廢止該等違法行為的義務。²

第 131 頁。

² 至於狹義上的廢止，即以行為不合適而非存在違法情況為由對行使自由裁量權時作出的行為進行廢

如這一撤銷性廢止(行政撤銷)構成一個受限制行為，那便不能說對善意原則——或其他如平等、適度或公正原則——有任何違反了，因為，從這一角度來看，廢止是唯一必須作出的決定，因為針對行政當局而言沒有任何自由作出決定的空間。

而如果廢止屬於行政當局根據具體所涉及的公共及私人利益作出判斷後，可作或可不作的自由裁量行為，那麼從抽象上來講該行政撤銷行為便有可能違反善意或其他原則。

因此，必須首先解決所提到的根本問題。

7. 撤銷性廢止的自由裁量或限制

在採用執行性行政體制的國家裡，這個問題不論在學說上還是在司法見解上都是極富爭議的，而眾所周知的是我們的行政行為廢止制度是受法國的影響。

終審法院從來沒有機會就這一問題作出決定。

止不是行政當局的義務，這點是沒有爭議的。

傳統學說認為行政當局並沒有撤銷(廢止)違法行為的義務。MARCELO CAETANO³和 FRETIAS AMARAL(後者在其較早以前的著作中⁴)均指出行政當局可以在廢止行為或補正行為之間作出選擇，並得出廢止並非一個受限制行為，而是一個自由裁量行為的結論。

與之相反的觀點則認為，合法性原則要求“不僅要依法行政，而且要在發生違反合法性的情況下要重新恢復合法性。對合法性的事後彌補是唯一能夠確保行政機關對法律的完全及真正服從的方法，這是法制國家合法性原則的要求”。⁵

用 ROBIN DE ANDRADE⁶的話說，即應當“……承認堅持合法性這一抽象利益本身便足以成為撤銷性行為有效的理由，而如果堅持合法性的利益與某個具體的公共利益不符或相衝突的話，那麼前者應該永遠優於後者。”

³ MARCELLO CAETANO 著：《Manual de Direito Administrativo》，第一卷，第十版，Almedina 出版，科英布拉，1980 年，第 544 頁和第 545 頁。同一觀點，見 ROGÉRIO SOARES 著：《Interesse Público, Legalidade e Mérito》，科英布拉，1955 年，第 456 頁。

⁴ FREITAS DO AMARAL 著：《Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico》，第一卷，科英布拉，1984 年，第 81 頁及《Direito Administrativo》，第三卷，綜合影印本，里斯本，1989 年，第 400 及 401 頁。

⁵ PAULO OTERO 著：《O Poder de Substituição em Direito Administrativo》，里斯本，Lex 出版，1995 年，第二卷，第 582 頁。同樣的觀點，見 J. J. GOMES CANOTILHO 著：《Direito Constitucional e Teoria da Constituição》，科英布拉，Almedina 出版，第七版，2003 年，第 266 頁；RUI MEDEIROS 著：《A Decisão de Inconstitucionalidade》，里斯本，天主教大學出版社，1999 年，第 201 及 202 頁以及 MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO 著：《Considerações Sobre a Reclamação Prévia ao Recurso Contencioso》，里斯本，1983 年，第 12 頁及續後各頁。

⁶ ROBIN DE ANDRADE 著：《A Revogação dos Actos Administrativos》，科英布拉出版社，第二版，1985 年，第 263 頁。

FREITAS DO AMARAL⁷目前的觀點是，面對一違法行為，若有權限機關不決定以明示行為對其進行補正，便有義務將其廢止。但沒有既不補正又不廢止的自由裁量權。

至於 MARCELO REBELO DE SOUSA 和 ANDRÉ SALGADO MATOS⁸的觀點，儘管可能同上面的觀點相似，但還是存在著一些細微的差別，他們談到：“如果可以通過補正、替代或是變更的方式來消除某一影響到行政行為的瑕疵，那麼行政當局在採取以上的任何一種行為以及撤銷行為之間便有自由選擇權(A. Marques Guedes, P. Otero)。而如果行政行為的瑕疵在具體的情況下只能透過廢止的方式來消除，那麼廢止便屬被限定行為了，因為此時的自由裁量空間已降為零(上述作者，第一卷，第 9-40 頁)。但這並不排除在某些情況下，上述自由裁量空間的削減帶來的結果是必須補正而不能廢止相關行為(例如在有些情況下廢止並非為必要，如廢止將導致違反適度原則)。”

同樣 MÁRIO AROSO DE ALMEIDA⁹亦認為當一個行政行為無效的問題被正式提出之時，行政當局便有義務對違法作出的行為採取行動，要

⁷ FREITAS DO AMARAL 著：《Curso de Direito Administrativo》，科英布拉，Almedina 出版，2001 年，第二卷，第 463 及 464 頁。

⁸ MARCELO REBELO DE SOUSA 和 ANDRÉ SALGADO MATOS 合著：《Direito Administrativo Geral》，里斯本，Dom Quixote 出版，2007 年，第三卷，第 191 頁。

⁹ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA 著：《Anulação de Actos Administrativos e Relações Emergentes》，科英布拉，Almedina 出版，2002 年，第 237 頁及續後各頁。

麼令該行為有效，要麼將其從法律秩序中剔除，不論是否代之以另一行為。

ESTEVEES DE OLIVEIRA¹⁰亦認為，不論被廢止的行為對私人是不利還是有利，違法行為的廢止都具有被限定性。¹¹

對於現行法律來講，我們認為這個是比較好的觀點，原因便是我們上面提到的那些，尤其是從行政機關應當遵從合法性原則(《行政程序法典》第3條)上看。

當然我們也不否認若採用注腳11中所描述的解決方案在本案中可能會造就更為公平的結果。

既然我們的結論是被上訴行為是一個受限制行為，亦即必須廢止批准行為，那麼所提出的存在違反善意原則情況的觀點便不能成立。

¹⁰ M. ESTEVES DE OLIVEIRA 著：《Direito Administrativo》，第一卷，1980年，里斯本，Almedina 出版，第612頁及續後各頁。

¹¹ 對於那些有利於個人的被廢止行為，如果個人處於善意狀態，且已享用被廢止行為所給予的好處，又或正在行使被廢止行為所賦予的權力或權能，而違法情況又是由行政當局所導致的，一直有觀點認為，應當修訂現行的制度，轉而採用與德國法相類似的解決方案，即給予有權限機關在對公共及私人利益作出具體衡量的基礎上進行自由裁量的權力，以便允許其利用善意及適度原則，選擇不廢止違法行為。參閱J. C. VIEIRA DE ANDRADE 著：《Revogação do Acto Administrativo》，載於《Direito e Justiça》，第六卷，1992年，第59頁和 FILIPA URBANO CALVÃO 著：《Revogação dos Actos Administrativos no Contexto da Reforma do Código do Procedimento Administrativo》，載於《Cadernos de Justiça Administrativa》，第54期，第36及37頁。

四、決定

綜上所述，駁回上訴。

訴訟費用由上訴人負擔。

2011年12月14日，於澳門。

法官：利馬（裁判書製作法官）— 岑浩輝 — 賴健雄

出席評議會的檢察院司法官：高偉文