

澳門特別行政區行政法中的行政行為利用原則*

Ana Celeste Carvalho**

一、引言

行政行為適用在葡萄牙法律系統中並不是新的課題，無論是學術界¹，還是行政司法見解中並非不為人知。但是直到今日未有對其進行方法論研究。

在澳門特別行政區亦是如此，雖然被特區的行政法院採用，卻沒有相關課題的學術研究。

葡萄牙1月7日第4/2015號法令通過了葡萄牙新《行政訴訟法典》²，該法典於2015年4月8日開始實施，加上其在實踐上的重要意義，為我們從分析葡萄牙及澳門特區行政法庭的行政司法見解的角度重新審視這一課題提供了契機。

* 此文來自作者的“行政行為利用原則在行政司法見解中適用的幾個途徑”一文，見《向Rui Machete致敬的研究》，Almedina，2015年，第9-44頁。鑒於此課題的重要性，現決定對澳門特別行政區行政法律進行該課題的分析。

** 葡萄牙中央駐南部行政法院法官，葡萄牙行政及稅務管轄協調員及法律研究中心教師。

1. J. C. Vetira de Andrade：《行政行為明示說明理由的義務》，Almedina，第307-336頁；Rui Machete：“葡萄牙行政司法新範例中程序瑕疵對於程序的重要性”，《向António de Sousa Franco教授致敬的法律及經濟研究》III，2006年，第851-878頁；Vitalino Canas：“行政行為形式上的瑕疵”，《法律雜誌》第9/10期，1/6月，AAFDL，1987年，第135-186頁；Pedro Machete：《行政程序中利害關係人的聽證》，天主教大學出版社，1995年，第528-529頁；及“行政行為利用的限制”，《行政公正手冊》第101期，9/10月，2013年，第64-67頁；Isabel Celeste Fonseca：“程序及手續：取消利害關係人基本程序保障（的建議）？”，《行政公正手冊》第100期，7/8月，2013年，第87-97頁；Natália Torquete Moura：“程序有瑕疵的行政行為利用原則的思考”，《法律》第145期，2013年，I-II，第207-250頁；INÊS RAMALHO：《行政行為的利用原則》，參見<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1004-2427.pdf>。
2. 參見http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&nver_sao=。

值得思考的是葡萄牙新《行政訴訟法典》第163條第5款是否會影響到澳門特區法院對行政行為利用原則的適用條款。

提出這個問題是因為由11月15日第442/91號法令通過的葡萄牙舊《行政訴訟法典》並沒有明確規定這個原則，而該舊法典影響了澳門《行政訴訟法典》的通過。

正因此，由於制度的一致性，無論是1991年的葡萄牙《行政訴訟法典》，還是1999年的澳門特區《行政訴訟法典》，都沒有在法律裏明示行政行為的利用原則。

儘管如此，在兩種體制中，行政法院都是承認並適用此原則。

2015年葡萄牙新《行政訴訟法典》第一次規定了行政行為的利用原則，此前只是作為教義的來源以及純粹法理上的使用。³

因此，澳門特區《行政訴訟法典》反映的是葡萄牙司法體制實施新《行政訴訟法典》之前的情形。

由此需要分析葡萄牙新《行政訴訟法典》在澳門特區實施的重要性，特別是此行政法律的一般原則的實行。

新《行政訴訟法典》中對行政行為利用原則的規定改變了行政行為非有效制度，特別是可撤銷性，由此定義了行政行為不產生撤銷性效果的情況。

立法者第一次就行為利用原則的適用表達了立場，並明確地表述了對行為撤銷制度帶來限制的情況。

這對於當局公共權力的行使，以及行政行為有效制度都非常重要，確定了立法者規定與行政司法見解實踐相對立時的利益所在。

換句話說，在葡萄牙實施新《行政訴訟法典》之前，以及在澳門特區，行政行為利用原則具有一種程序的性質，因為沒有法律的規定，並且只能由行政法院實施，公共行政當局並不能採用以廢止行政行為。

3. 行政行為利用理論在其他體制中，在有理論論據及司法見解實踐確認的案例中都是被廣泛的承認的，比如在葡萄牙實施新的《行政程序法典》之前，在澳門特區、法國及德國皆有法律明確的進行了規定。

二、行政行為利用原則的簡要教義框架

行政行為的利用原則，拉丁文表述為*utile per inutile non vitiatur*，也被稱為違反了法律行為瑕疵部份並不影響其有效部份的原則，或者公共行為的經濟原則，在論及行政行為非有效制度以及行政意思的形成及表現程序的重要性時，在學理上被提出。

當將形式及程序與實質的重要性進行比較時，引入對此原則學理上的討論，從而在討論規範形式及程序的規定以及形式上的瑕疵導致無效的規則時，構建了形式和程序有限的重要性，實質與非實質程序，非實質程序的降格或無關等理論。⁴

雖然學理上傾向將其適用範圍延伸到行政作為的其他方式，比如法規、合同和行政當局程序作為的其他方式⁵，但是該原則的學理上的適用在現實中幾乎只體現於導致申訴的行政行為中⁶，這既是澳門特區現行《行政訴訟法典》⁷第20條規定的司法上訴。

考慮到這種現狀，葡萄牙新《行政訴訟法典》在第四部份“行政活動”第二章“行政行為”第三節“行政行為的非有效”中的第163條第5款規定了行政行為的利用原則，該原則亦適用於行政作為的其他方式。

-
4. 關於形式瑕疵導致無效的一般論述中，學理上會區分為形式論者與實體論者。對於前者，所有且任一形式上的瑕疵都會導致行為的無效，無論其內容是否符合法律，但是對於後者，如果行為直接或間接引致內容違法，或阻卻對行為內容合法性的審議，形式上的瑕疵才會導致行為的無效，見Vitalino Canas：《行政行為形式上的瑕疵》，第153頁及後頁。體制中大部份情況是，上述論述以折中的方式實行。
 5. 參見Rui Machete：《葡萄牙行政司法新範例中程序瑕疵對於程序的重要性》，第853頁。
 6. 2月22日第15/2002號法律通過的《行政法院訴訟法典》經10月2日第214-G/2015號法令進行了修改，參見：[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=439&nversao=&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra Estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=439&nversao=&tabela=leis)，該法令於2015年12月2日開始實施。其中一項修改即是取消了對普通行政行為與特別行政行為的區分，此區分會導致對訴訟爭議與行政行為及規定爭議的區別對待。這一修改意味着所有非特別形式的主張要以行政訴訟的形式進行，而普通宣告訴訟程序，這一葡萄牙行政訴訟中唯一非緊急訴訟措施大部份情況下以特別形式進行的行政爭議，將以緊急方式進行。關於此議題，參見Ana Celeste Carvalho：“新行政訴訟中的程序規定：與《民事訴訟法典》相似還是相異”，《行政公正手冊》第113期，9/10月，2015年，第13-24頁；以及“新行政訴訟的目的及目的的修改”，《行政公正手冊》第114期，11/12月，2015年，第3-15頁。
 7. 由12月13日第110/99/M號法令通過。

然而，1月29日第18/2008號法令⁸ 通過的《公共合同法典》第283條第4款及第283-A條，規定了合同非有效制度，其包含的合同利用原則，使得司法或仲裁裁判可阻卻合同的撤銷性效果，當考慮到涉及到的公共及私人利益以及導致相關程序行為瑕疵的侵害的嚴重性，合同的取消為不當或違背善意，或明確地顯示瑕疵並不意味所訂立合同主體的改變，亦不意味實質內容的改變。

由此看出，利用原則的適用並不只是針對行為，也可以針對於公共權力作為的其他方式，比如合同方式，在葡萄牙新《行政訴訟法典》實施前的法律體系中，《公共合同法典》中實體法是承認合同利用原則的。

也就是說，立法者認為對於合同是可適用利用原則的，如果明確地顯示瑕疵並不意味所訂立合同主體的改變，亦不意味實質內容的改變時，容許法院並不宣告合同無效。

如此，在葡萄牙司法體系中，實體法在新《行政訴訟法典》規定了對行政行為適用利用原則，在《公共合同法典》中規定了對合同適用利用原則。

雖然行為及合同無效，但在法律規定的情況下，法院可不宣告其非有效，而是保留法律行為的有效性。

對於澳門特區現行法律，雖處於不同的法律框架下，實際情況是相似的。

我們知道澳門的《行政訴訟法典》沒有明確的規定行政行為利用原則，公共權力作為卻是以相同方式體現該原則的適用。

與葡萄牙的情況相似，雖然沒有對行政行為利用原則進行法律規定，但這並不妨礙澳門特區法院在無論是否有明確援引的情況下適用該原則，如下文對司法見解的分析。⁹

8. 參見：http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=2063&nversao=&tabela=leis.

9. 我們對澳門特區最近十五年終審法院司法見解以及最近五年中級法院司法見解進行分析。

在澳門司法見解範圍內，參見澳門特區終審法院12月12日案卷編號第45/2011號合議庭裁判：

“二、在合同性行政程序中，只要（而且隨著）法律（或法規）在形式方面的強制性要求所尋求的特定目的在具體個案中被確定達到，程序上的瑕疵便變得無關緊要了，即便相關目的是通過另一種方式達到亦然。

三、在為公共工程的承攬合同及為直接公益提供勞務的合同的判給而進行的公開招標中，因單純的形式及細節方面的原因而淘汰某個標書或競投者的做法可能構成對適度原則的違反。”¹⁰

如此，在合同形成的行政程序中，程序上的瑕疵被認為“無關緊要”，“只要（而且隨著）法律（或法規）在形式方面的強制性要求所尋求的特定目的在具體個案中被確定達到，……即便相關目的是通過另一種方式達到亦然。”

雖沒有明確指出行政行為利用原則，澳門特區最高級別司法見解採取其理論上的適用，沒有採納在法庭上常見的程序瑕疵導致無效的效果。

這就是說，即使沒有法律明文規定，澳門特區的法庭還是會採用行為的利用原則，包括在合同形成的行政程序中。

儘管在澳門特區沒有《公共合同法典》及行政法對該原則的規定，而生效的法規框架並不一致，兩種體系都採用了類似利用原則的解讀和適用。

在兩種法律及司法體系中，雖沒有法律規定，行政行為的利用原則仍作為行政法一般原則生效且被法院所採用，因直到新《行政訴訟法典》在葡萄牙生效，其解釋及理解一直有影響到澳門特區。

行政行為利用原則與行政法本身一系列核心見解相結合，包括非有效制度、實質、程序與形式的重要性，羈束權力與自由裁量行為的

10. 參見：<http://www.court.gov.mo/sentence/zh-5397c6328b563.pdf>。

行使，且主張多樣地思量，如快捷原則、行政行為撤銷的有用性原則，或者程序或措施節約原則，從而排除撤銷的典型效果。

根據葡萄牙的學說，這一原則與“形式瑕疵有限的重要性的自治層面”相關聯¹¹，雖然並不局限於此類型的瑕疵，因為可能“關聯到行政行為的任何瑕疵，比如涉及到前提或動機的事實或法律上的錯誤引致根本的瑕疵”¹²。

2002至2004年在葡萄牙所開展的行政上訴的改革，將個人主體地位的辯護擴展到更廣闊的層面，在要求命令作出依法應作之行為之訴中有明確的程序要求，使行政訴訟特別具有主體性質，此主張凸顯了與形式及程序法的保護級別的不同。

由於命令作出依法應作之行為中以利害相關人的主張，而不是以行政行為為中心，正如在行政行為申訴中，導致適用可撤銷制度的形式或程序上的瑕疵沒有直接的受到保護，且不構成判決請求理由成立的理據。

雖然澳門特區賦予針對行為的撤銷、宣告無效或法律上不存在¹³的司法上訴特別的突出客體性質的重要性，其中形式及程序瑕疵直接地受到保護，《行政訴訟法典》也規定了要求命令作出依法應作之行政行為之訴。

1999年實施的《行政訴訟法典》引入的這一理念既是2004年實施的《行政法院訴訟法典》規定的要求命令作出依法應作之行政行為。

正如葡萄牙行政司法見解中定義的¹⁴，通過要求命令作出依法應作之行為而程序保護得以實現的實體要求作出後，原告權利的實體層

11. 參見J. C. Vieira de Andrade：《行政行為明示說明理由的義務》，第326頁。

12. 同上。

13. 新《行政程序法典》取消了行政行為非有效制度中的法律不存在，只規定了無效及可撤銷性，而《行政法院訴訟法典》的改革取消了爭議之訴標的的法律上不存在，從而該主張需在確認之訴中提出。如此，法律上不存在在實體法被剔除，在程序法中有所保留。

14. 參見最高行政法院2013年1月16日作出的第0232/12號合議庭判決，中央駐南部行政法院2012年2月2日作出的第04275/08號合議庭判決和2013年6月20日作出的第06421/10號合議庭判決，以及中央駐北部行政法院2012年10月12日作出的第00045/05.4BECBR合議庭判決。

面會佔據主導，因此形式或程序上可能的非有效不會顯現，一般來說，不會導致判處有權限實體作出被非法地不作出或迴避的行為。

換句話說，因被駁回，被迴避或被不作為，而要求命令作出依法應作之行為的請求提出後，需要調查原告的主張是否有依據支持，或者說，原告是否有權利要求履行實體性滿足其主張的積極行為，且沒有形式或程序上的瑕疵，這一瑕疵，如果存在，其實體要求將不受到保護。

因此，無論現在還是過去，無論理論上還是實踐中，形式及程序上的瑕疵的重要性，尤其在行政行為的申訴中，既《行政訴訟法典》中的司法上訴中，是針對積極內容行為的非有效，而不只限於對發出行政行為的迴避。¹⁵

因此，無論是在澳門特區，還是在葡萄牙，在行政訴訟法中引入要求命令作出依法應作行為之訴，對於討論行政行為利用原則在法院的適用都是重要的，在擴大行政訴訟的主體性質的同時，限制了形式及程序瑕疵相對於實體瑕疵的程序上的重要性。

由於利用原則與行政訴訟的緊密關係，行政訴訟作為該原則的法理淵源以及行政訴訟在行政法一般原則的提出中起到重要作用也就是順理成章的。

沒有法律條文的規定，而只是作為司法見解，通過具體案例判決適用了行政行為利用原則，正因此，亟需對法院作出的判決進行了解。

三、行政行為利用原則在法律中的幾個層次

既然在法律中沒有明確的規定，也就不必在法律體系的規範中去尋找該原則。

15. 對於不批准或純粹消極內容行為，不能提起申訴，應對消極行為、不作為以及迴避的本身的程序方式為要求命令作出依法應作行為之訴（參見《行政訴訟法典》第103條及第104條，《行政法院訴訟法典》第51條第4款及第66條第1款和第2款）。

法律體系的解讀允許推導出行政行為利用原則的存在，以及其操作上的重要性，無論對於實體法還是形式法，這也說明法理上適用比法律規定優先。

在葡萄牙，《憲法》第266條規定了謀求公共利益原則，該原則由理性、有效及快捷的行政作為來實現，而且在《行政訴訟法典》中很多條款中得以發展該原則，比如謀求公共利益原則、保護公民權利及利益原則（第4條）以及要求行政當局效率、經濟且快捷的善治原則（第5條），以及其他規定¹⁶，其中暗含了利用原則。

在澳門特區，《基本法》沒有作出與上述第266條類似的規定，而是在《行政訴訟法典》中規定行政活動的一般原則，比如第4條規定了謀求公共利益原則及保護居民權益原則，再比如第23條、第126及135條中暗含的原則。

除了上述的實質規定，在形式法也可發現行政行為利用原則，或者更廣義的術語，即法律行為的利用，如葡萄牙《民事訴訟法典》第193條規定了在訴訟形式有誤的情況下程序行為的利用，使被告的保障不被減弱。

澳門特區法律中《民事訴訟法典》第145條規定了類似的原則，根據此原則，“訴訟形式之錯誤僅導致撤銷不可利用之行為；……”。

然而，行政行為利用原則實踐中的重要性體現於行政意思形成，外化及執行的行為和程序的有機整體被實施時的行政程序及相關聯的目的，根據所有法律規定的程序都是關鍵的¹⁷這一原則，遺漏或不遵守將導致行政行為的不法性，但是其適用並不僅限於此。

四、新《行政訴訟法典》中行政行為的利用原則

行政行為的利用原則特別適用於形式及程序瑕疵，比如法律規定

16. 參見第28條（不遵守關於召集會議之規定），第164條（追認、糾正及轉換）及第174條（隨時因明顯的誤算或錯漏更正行政行為的可能性），這些條款與做出改動的澳門特區《行政程序法典》第23條、第126條及135條相對應。

17. 見Freitas do Amaral：《行政法律課程》II，第二版，Almedina，2011年，第387頁。

形式的遺漏及行為實施前或行為發生時的程序的遺漏，常見的是事前聽證的遺漏及無說明理由。¹⁸

在確認實質瑕疵或違法的情況下，大部份司法見解排除適用此原則。

但是，行政行為利用原則的適用範圍並不僅限於程序及形式違法定性，正如新《行政訴訟法典》的立法者所承認的。

新《行政訴訟法典》第163條第5款規定了：

“5. 以下情況並不產生撤銷性效果：

a) 可撤銷行為的內容不可以為其他，因該行為內容受限定，或審理具體案件時只能得出一種法律上可能的解決辦法；

b) 程序或形式要求的目的的缺失可由其它途徑完成；

c) 如果能夠毫無疑問地證明，即使沒有瑕疵，行為仍會以相同內容實施。”

除了第163條第5條b) 項明確提及到形式和程序上的瑕疵，a) 項與c) 項都肯定了，當符合法定規定的前提下，對於具有實質瑕疵的行為適用利用原則。

當因違反規定行政當局組織、運行及作出行為的方式的法規或原則而發生形式、程序的或實質、實體的違法定性，法官可以在第163條第5款規定的情況下容許行為繼續產生法律效果。

在此，需要思考採用超越字面上的合法性而限制或避免銷毀違法行為的意義。

18. Vitalino Canas, 同上, 第172頁及後續, 分析了形式瑕疵對於行政行為有效性的影響, 其中包括形式絕對缺失及形式相對缺失造成的瑕疵。對於後者, 還應區分因缺少發起程序還是缺少調查程序(沒有人員的聽證、意見、通知或批准)而造成的瑕疵, 有關理由說明的瑕疵, 有關行為識別部份的瑕疵(沒有行為人的身份, 簽名, 未提及授權, 未提及日期……)等, 認為“最終有關體系的形成取決於法律學說, 而不是司法見解”。

考慮到形式及程序的工具性，此類瑕疵導致無效發生的情況被認為是無關緊要的，當遺漏或不作為不妨礙法律規定的目的的確證，或者因為其他條件使行為重新作出變得無益，因為行為內容不能為其他，或因為即使沒有瑕疵，行為仍以相同內容作出，從這個角度講，對行為的司法撤銷一樣是無益的。

這些情況下都體現出瑕疵的無關，或者關鍵程序的降格或減值，因為法律規定，對於非關鍵程序，為了經濟、快捷、理性以及效率的原因，容許即使行為違法，仍不被撤銷。

根據葡萄牙司法見解，“即使出現違法或形式上的瑕疵，行為仍不被撤銷，只要該瑕疵的存在不會導致對法律所保護的利害相關人造成具體的侵害，也就是說，對於一個程序上的瑕疵，只要它的發生在行政程序上沒有任何反映。”¹⁹

因此，在利用原則適用的情況中，行為好像沒有非有效的問題，或者瑕疵好像不存在，儘管行為違法，仍承認其產生的效果。

在平衡合法性原則與利用原則中包含的價值時，尤其要照顧到效力，成本—效益，以及快捷、效率及經濟方面的考慮，以及涉及到的公共與私人的利益。

根據Paulo Otero的觀點，“如果在普通違法造成的違憲與無效的情況下容許某些效果得以保留，主要基於法律系統中安定、平等和特別重要的公共利益的價值的考量，賦予法官在法律體系中改變或操縱判決效果的權力，那麼需認可法官具有採取以下兩種行為的能力：

——在撤銷行為的時候，保留其導致發生的狀況，將撤銷的效果嚴格限制於可被撤銷行為被‘銷毀’的追溯範圍內。

——儘管承認行為非有效，但是排除撤銷效果，容許行為繼續產生類似有效時的效果。”²⁰

19. 參見最高行政法院2007年5月22日第0161/07號合議庭判決。

20. 《行政法律手冊》I, Almedina, 2014年, 第564-565頁。

行政行為利用原則容許凸顯法官在實現法律時的作用，不只是通過適用成文的法律規定，還可以通過對其中涉及利益與價值的考慮形成判斷。

對於第163條第5款中設定的所有假設，“毫無疑問地”可以肯定，儘管行為含有瑕疵，不會損害公眾利益，亦不會對申訴人造成損害，通過其他途徑可達到其目的，或者因為行為的內容不能為其他，或者證明到行為會以同樣內容作出，那麼，此行政行為不應被廢除。

如果撤銷對公共利益沒有好處，對私人也沒有好處，其中包括對立利害關係人²¹，對於保留行為具正當利益之人，以及申訴人，因不能從撤銷的典型效果中受益，那麼，不存在對撤銷進行申訴的理由。

要作出這一判斷，法官應分析行政當局面對具體案件情況以及法律規定框架會是否作出同樣決定，或者在行為被撤銷的情況下使行為重新作出，應以法律的角度，並視其為法律問題，而不是對事實或事實問題的判斷來回答這些問題。

視為法律問題或者判決的標準，證據方法並不是原則的適用前提。

具體案例中，考慮到行為內容不能為其他，或者行為中發生的具體瑕疵對決定的意義或內容沒有任何影響，法院可以不撤銷行政行為。

第163條第5款c)項中的表述“毫無疑問地”，是要求審判者肯定地確認，排除任何不確定性及疑問，是確定的等級度。

問題是a)項與b)項是否也適用此確認，而這一確認是否應該為同一級別。

儘管立法者沒有明確提出，此確認應適用於第163條第5款所有項，對於a)項與b)項確認的要求並不少於c)項。

21. 對立利害人，指申訴理由成立時可能受到直接損害之人，或對保留被申訴行為具有正當利益之人，為訴訟中的當事人（《行政法院訴訟法典》第57條以及《行政訴訟法典》第39條）。根據終審法院2015年11月4日第121/2014號合議庭判決，“一、明顯不可宥地未有指出對立利害關係人的身份是初端駁回司法上訴的其中一項理由——《行政訴訟法典》第46條第2款f項。”，參見：<http://www.court.gov.mo/zh/subpage/tui-yong?cc=121/2014>。

問題的核心在於是否對於所實施的行為沒有影響的某瑕疵應必然地導致由法院作出撤銷，亦或者可能法院有權力並有義務拒絕作出撤銷，因為其認為瑕疵無關而適用行政行為利用原則。

具體地說，有沒有司法自由裁量權，或者說有沒有不撤銷行為的權利和義務？

在新《行政訴訟法典》實行之前，應該說法官具有不撤銷行政行為的權利或者能力，而適用利用原則地強制性卻是有疑問的。

也就是特別倚重法官的作用，利用原則只是特別的被用於程序層面。

換一種角度講，新《行政訴訟法典》第163條第5條確定了按照法律規定的效果，或者說因為法律的規定而在法律規定的情況下不產生行政行為撤銷的效果。

根據法律規定的條文，不再賦予法官撤銷或不撤銷行政行為的能力，只要符合法律規定的前提，法官受到法律強制不能作出撤銷。

除此之外，伴隨著第163條規定的有關制度，法律規定不僅適用於法院，還適用於公共行政當局，界定了司法或行政上不能撤銷行政行為的情況。²²

因此，不再是程序的層面，如今強調的是利用原則於實體或實質層面的適用，由法律而不是由法官決定，推卻了行為導致撤銷的效果。

法律上的手段澄清了法官介入的範圍，於之前的狀況相比，賦予更多的確定性及司法保障，而之前行政行為利用原則的適用是非常不穩定且不確定的，只能排卻新《行政訴訟法典》第163條第5款a)及c)規定的撤銷效果。

由於法律規定了不產生撤銷效果的情況，在可撤銷性制度及實體或實質層面選擇的範圍內，法律規定不僅適用於法院，還適用於行政

22. 新《行政訴訟法典》將行政撤銷與司法撤銷區分對待，單純司法申訴期限的經過並不使可撤銷行為有效，有些情況下，容許對司法上不可申訴行為作出行政撤銷。有效行為的廢止被廢止、非有效行為的廢止被行政撤銷所替代（澳門特區《行政程序法典》第129條及第130條）。

當局，澄清了有關不撤銷的權力和義務，不再依靠司法見解來解決法律只進行一般性及空泛性規定的情況。

葡萄牙新《行政訴訟法典》將影響澳門特區行政法適用，因為兩種法律制度十分相似。

在有共同根源的法律體制中，而且一般的情況下比較法會在幾個司法體系發生影響的背景下，這種影響會自然地發生。

考慮到澳門特區現行程序法的根源，葡萄牙行政法律中的一些舉措被採納也是很正常的。

五、行政司法見解一覽：批判性分析

以學說為基礎，司法見解對於行政行為利用原則具有實踐上的意義，特別是當在法律體系中沒有明確的說明，需要進行司法裁判的分析而找到其適用空間。

在被分析的司法裁判中，對於如利用原則的適用範圍，或者其產生及司法見解適用的理由等重大問題上，也會遇到司法見解上的分歧。

（一）作為法律一般原則的行政行為利用原則

關於作為法律一般原則的行政行為利用原則，在葡萄牙行政法院有非常多樣的合議庭判決。

一致認為此原則來自法律體制，並具有不同的名稱，法官可以根據不同的理據適用此原則。

——最高行政法院2002年2月7日第046611號合議庭判決：

“行政行為的利用原則是在審理行政行為非有效性時，對公共行為經濟原則的推論，也是‘*utile per inutile non vitiatur*’（違反了法律行為瑕疵部份並不影響其有效部份的原則）中表述的法律一般原則的反映，作為不採取對於申訴人不能實際實現的決定的利益所在，因

為措施的經濟本身亦是一種司法價值，是公共利益不可忽略的層面之一……。”²³

——最高行政法院2007年10月11日第01521/02號合議庭判決將司法見解引用的論據進行了整理：

“……在最高行政法院的司法見解裏，並不總是認為違法會導致非有效，因以下幾種不同理由：

(i) 有很多不同案例都體現了（非有效的）行為產生的效果以及對於同樣的前提條件產生未來的判決 — 參見1997年5月28日合議庭判決，第37051號上訴；1993年6月8日，第31832號上訴；1994年10月18日，第33966號上訴；以及1997年3月2日，第27930號上訴；

(ii) 有些案例中，面對雙重理由說明，事實或者法律上錯誤的無關被用來作為引用行為利用原則的原因，理據之一為確切的並推斷行為的合法性 — 1988年5月12日合議庭判決，第25001號上訴；2002年1月23日第45967號上訴；1982年7月22日第16746號上訴，以及1997年3月20日第27930號上訴；

(iii) 還有些案例中，事實或者法律上錯誤的無關是基於行為受限定前提的重合（受法律規定限制的決定）— 1999年4月28日，第35821號上訴；1987年3月24日第23576號上訴；1987年10月15日第18585號上訴；1997年4月3日第21232號上訴以及1998年2月10日第42216號上訴；

(iv) 有些案例中，理由是遺漏非關鍵程序的降格—參見1998年5月28日第41522號上訴以及1998年5月14日第41373號上訴；

(v) 最後還有些並不常見的情況，基於假設的被非有效行為侵害的權利的消失的緣故 — 參見2001年3月21日第25107號上訴的第二部份……”

23. 在最高行政法院2007年5月22日第0161/07號及2007年7月12日第0383/07號合議庭判決中提到：“司法行為保留原則是法律的一個基本原則，來源於羅馬法，後來展開表述為‘*utile per inutile non vitiatur in actibus dividuis et separabilibus est vulgate regula*’(可分割行為中違反了法律行為瑕疵部份並不影響其有效部份為通行規則)。”

本最高法院的某些司法見解認為所有上述案例都論述了“*utile per inutile non vitiatur*”（違反了法律行為瑕疵部份並不影響其有效部份原則），如第041291號上訴2003年11月12日全體大會的合議庭判決第一部份：“本最高行政法院常常以這樣或那樣的方式和說法（如瑕疵的不可操作性原則，反程式原則，公共行為的經濟原則以及行政行為的利用原則），適用拉丁短句‘*utile per inutile non vitiatur*’（違反了法律行為瑕疵部份並不影響其有效部份原則）所表述的法律一般原則。”

在葡萄牙，利用原則也會出現在中級行政法院和中央行政法院的表述中。²⁴

如此，雖然以不同方式被引用，各法院以法律體系中不同的表述而一致承認行政行為的利用原則為法律的一般原則。

雖在各案例中因具體情況不同而採用不同的理由陳述，在不妨礙違法性的情況下，其適用使得法律系統中行政行為得以保留。

（二）適用範圍：受限定行為及自由裁量行為

行政行為的利用原則制度中關鍵的內容為其適用範圍。

儘管承認不存在絕對的受限定行為，亦不存在絕對的自由裁量行為，我們仍試圖回答利用原則是否可以適用於在行使自由裁量佔主導的權力時而實施的行為中，還是，如一些學說所倡導以及一些司法見解中所提到的，只適用於嚴格根據受羈束權力而實施的行為中。

不只是葡萄牙司法見解關於這一問題沒有一致的看法，而且學術層面也有分歧。²⁵

對於一些葡萄牙司法見解，行為的性質與該原則的適用無關。

24. 參見中央駐北部行政法院2011年6月22日第00462/2000-Coimbra號合議庭裁判。

25. J.C.Vieira da Andrade否認對自由裁量行為適用利用原則的可能性，只承認如果法官“認為按照法律只有一種方案，如此排除行政當局通過有正當理由的行為作出其他的決定的可能性”，因此，“如果有自由裁量的權力或行政選擇的空間，法官不能採用形式上有瑕疵的行為，因為不具備條件宣稱該內容為唯一正當決定”，《行政行為明示說明理由的義務》，第330至331頁。

有關認為對自由裁量行為可適用此原則的，我們摘抄了以下內容：

——最高行政法院2002年2月7日第046611號合議庭判決：

“關於行使自由裁量權而實施的行為總是被排除其適用的事宜，其實，其適用範圍並不是機械地取決於約束——自由裁量這一對立關係。我們只是討論（前提條件或法律基礎上的）錯誤，因為涉及的瑕疵是這類型的，存在涉及行使自由裁量權而實施的行為上的錯誤的情況，行政法官考慮到有關的理由，可以適用該原則而免除宣告行為撤銷。即使在這個範圍，法院可以否認錯誤的撤銷性，而無需承擔替代行政當局的風險²⁶，因為行為內容以及司法調查的要求，我可以毫無疑問的肯定事實或適用法律的錯誤不會干擾行政決定的內容，因為沒有影響在自由裁量範圍內包含的（已作出的或潛在的）考量或選擇。”

——最高行政法院2007年10月11日第01521/02號合議庭判決：

“最常見的理由說明卻是承認程序瑕疵的無關性，只要所採取的措施是唯一的可能，即使行使自由裁量權而實施的行為，比如可以參見第46.661號上訴中的2002年2月7日合議庭判決……。”²⁷

在上述判決中，法院肯定利用原則既可以適用於行使羈束權力而實施的行為，亦適用於行使自由裁量權而實施的行為。

然而，也有不同的理解，大部份葡萄牙司法見解認為其只適用於受限定行為：

——最高行政法院第2006年5月23日第01618/02號合議庭判決（全體大會）：

26. 參見Afonso Queiró教授，《立法與司法見解雜誌》第117期，第148頁及後續。

27. 參見中央駐北部行政法院2011年6月22日第00462/2000-Coimbra號合議庭判決：“該原則賦予審判者否認行政錯誤（無論形式或實質的違法）撤銷性的能力，即使對於行使自由裁量權而實施的行為，因行為的內容及司法調查的要求，我可以毫無疑問的肯定事實或適用法律的錯誤不會干擾行政決定的內容，因為沒有影響在自由裁量範圍內包含的（已作出的或潛在的）考量或選擇，或者存在充足確切的理據支持行為的有效性（比如，根據法律實施的行為的羈束性產生的），或者還因為對於申訴人作出撤銷不存在具體的實際而有效的益處，因存在的瑕疵不會侵害相關行政決定內容的實質，而撤銷沒有任何意義或重要性。如果證明和顯示上訴人被接納的候選人順序不會被違法性所改變，從而該違法性不影響競投的結果，那麼被上訴行為的撤銷性即為無關或無效的。”

“只認為行政法院放棄宣告行為的撤銷，當行為事前沒有履行聽證的義務，因為法律約束力的原因沒有其他的（事實或法律上的）解決方案，除非另有法律規定，也就是說，當這一選擇為絕對無可避免的時候：沒有自由裁量的空間的法定狀態，法律解釋上或者事實前提確定的困難，這些都是促使法院採取利用行為的情況。”²⁸

對司法解釋的分析顯示在葡萄牙大部份法院認為利用原則只適用於行使羈束權力而實施的行為。

對於儘管沾染了瑕疵仍被實施的這類行為，適用該原則是不安全的，為了謹慎的行使司法權力，拒絕按照以類似行政權力的見解行事，排除了對適時性及行政價值的判斷，拒絕對自由裁量行為適用該原則的原因就在於此。

即使為了法律的確切性與安定性，法律關係的穩定性，行政快捷有效，措施程序的利益與經濟，而且根據法律行為的保留原則，更容易有理由作出對受限行為的保留，但是被申訴行為的性質也不應被強調或作為不適用法律一般原則的原因。

這一司法見解大多數的意見是必要的，因為行政當局有自由決定的空間來排除適用行為利用原則，而該原則僅限於受限行為，和沒有自由裁量空間的行為——參見最高行政法院2006年12月12日第0282/06號，1995年3月30日第032214號以及2000年2月2日第045623號合議庭判決。

考慮到這樣的司法見解，第163條第5款a)項規定適用的行為需為受限或不存在行政自由裁量權，但是不排除b)項以及特別是c)項裏規定的情況，既行為不完全為受限，也容許對自由裁量行為適用利用原則。

根據新《行政訴訟法典》，無論受限或自由裁量，行為的性質本身不構成行政行為利用原則適用與否的標準。

關於澳門特區的司法解釋，顯示利用原則僅適用於行使羈束權力而實施的行為。

28. 同一理解，參見最高行政法院2006年7月4日第0418/03號，2006年11月22日第0425/06號，2008年5月29日第0779/07號以及2009年3月5日第01129/08號合議庭判決。

終審法院在2013年12月18日第77/2013號案件中提到：

“行政行為的利用原則 — 即儘管相關行為存在瑕疵，亦不將其判為無效 — 僅適用於限定性行為的領域，但不能適用於公職紀律處罰的衡量範疇，因為行政當局在此方面有自由裁量空間。”²⁹

在這之前，該法院在2012年7月25日第48/2012號，以及2012年4月25日第11/2012號案件中判決：

“面對行政當局行使被限定的權力的情形，只要法院透過事後判斷能夠得出行政當局所作的決定是在具體情況下唯一可能的決定的結論，那麼規定於《行政程序法典》第93條第1款的對利害關係人的聽證便降格為行政程序中的非根本性手續。……對此一直以來的看法是，根據行使被限定的權力所作的行政行為的利用原則，如果行為的決定內容是法律所強制要求的，那麼即便是存在違法瑕疵（或是其他瑕疵），法院亦不應裁定行政行為無效。”³⁰

在2011年6月10日第23/2011號案件中，終審法院判決：

“行政行為的利用原則 — 即儘管相關行為存在瑕疵，亦不將其判為無效 — 僅適用於限定性行為的領域……，如果法院認為處罰所依據的兩個事實中的一個不存在，那麼就必須撤銷該行為，而不得宣稱以另一個已認定事實作為該處罰的依據。在執行撤銷性判決方面，行政當局有權作出相關評價，原則上說，行政當局既可以維持也可以減輕原處罰，甚至不科處任何處罰。法院不應侵犯屬於行政當局的領域，……而是在一個行政當局擁有自由決定空間的領域中，因此絕對不存在行政行為利用原則的問題。”³¹

終審法院還在2007年4月30日第10/2007號案件中判決：

“五、如果一項司法決定本身承認行政行為之含意就是根據法令和所適用之法律所作出的，而且該法令中用於解決個案之規範沒有被有關之行政法規所修改，則該司法決定不能以行政法規修改法令屬非

29. 參見：<http://www.court.gov.mo/sentence/zh-53590d0e290ba.pdf>。

30. 參見：<http://www.court.gov.mo/sentence/zh-53590d07ba67f.pdf>。附表決聲明。

31. 參見：<http://www.court.gov.mo/sentence/zh-5397c632813f6.pdf>。

法為理據而撤銷行政行為。六、如果在撤銷性司法上訴中，利害關係人不具有其所主張之權利，根據在行使限制性權力過程中作出的行政行為利用原則——據此原則，儘管確認有違反法律的瑕疵，如果行政決定之含義就是正確之法律所要求的，則不應將行政行為宣告為無效——即使行政行為適用法律不正確或援引了不適用的法律規範或法規，也應駁回司法上訴。”

在中級法院的多個判決也有同一理解，比如2013年2月28日第588/2012號案件：

“對於被限定行為，且為了行政行為利用原則及效率原則，利害相關人聽證的程序降格為行政程序中的非根本性手續，因此，其缺失不會沾污行政程序，亦不會導致有關行政行為無效。”³²

如此，葡萄牙司法見解對於行使被限定權力而實施的行為與行使自由裁量權而實施的行為適用上存在分歧，而澳門特區法院的司法見解是統一地認為只有被限定行為適用該原則。

（三）續：形式—程序瑕疵與實質瑕疵

對於行政行為利用原則是否只適用於形式或程序瑕疵的問題，在葡萄牙司法見解中也存在一些猶疑，兩種意見都存在。

無疑，利用原則，基於其性質與範圍，更多適用於存在形式或程序上的瑕疵的情況，這些瑕疵是來自行為外部要件的缺失。

實質瑕疵的適用情況很複雜，司法見解中有不同意見。

承認行政行為利用原則適用於形式瑕疵以及實質瑕疵的，如：

——最高行政法院2007年5月22日第0161/07和2007年10月11日第01521/02號合議庭判決：

“因此原則而不導致行為被撤銷，即使含有違法或形式上的瑕疵，當該瑕疵對法律規定所保護的利害相關人不造成具體侵害，也就

32. 參見：<http://www.court.gov.mo/sentence/zh-53590d02ac395.pdf>。葡語原文參見：<http://www.court.gov.mo/sentence/pt-53590d460e800.pdf>。

是說，當一個程序瑕疵對行政程序不造成任何影響……當在具體的情況肯定不會對利害相關人的程序權利造成侵害，因為根據法律，在程序中不會影響判決的作出時，不必導致行為的撤銷。”

——最高行政法院2009年10月28日第0121/09號合議庭判決：

“……在不同的理由說明中，當某個或某些理由為確切並足夠證明行為的合法，如本最高法院2002年1月23日第45967號上訴；1982年7月22日第16746號上訴以及1997年3月20日第27930號上訴，本最高法院根據“行為利用原則”認為事實或法律上的錯誤無關，在第27930號上訴中提到“……該原則使得保留行為的有效性，儘管還有一個不合法的理據，而其他合法的理據使得得到法律主張的效果”。³³

我們認為此種理解是正確的，利用原則應不只適用於有形式或程序瑕疵的行為。

嚴格來說，只有第163條第5款b)項規定了含有形式或程序瑕疵行為的狀況，這並不妨礙a)與c)項規定實質上的瑕疵。

有關澳門特區法院的司法見解，顯示含有形式及程序瑕疵的行為適用該原則，如中級法院2014年4月24日第483/2012號案件中的合議庭判決：

“一、當行政活動的某組成措施為非必要而引證有用的事實及新資料以作最後決定，利害相關人的聽證措施則會被降格，行政當局不應只為利害相關人可能會透過提供事實、理由或目的而改變駁回發放房屋津貼的請求，從而有助於作出另一決定而採用無用的行為，特別是當行政當局是受法律解釋的限定。”³⁴

在澳門特區的司法解釋中沒有發現明顯違法律的瑕疵適用該原則。

33. 在中央駐北部行政法院2011年6月22日第00462/2000-Coimbra號合議庭判決書中，提到：“該原則賦予審判者否認行政當局的錯誤（無論形式或實質的違法）撤銷性的能力，……因行為的內容及司法調查的要求，我可以毫無疑問的肯定事實或適用法律的錯誤不會干擾行政決定的內容……。”

34. 參見：<http://www.court.gov.mo/sentence/pt-53708d939cd11.pdf>。

（四）續：可撤銷行為及無效行為

是否行政行為的利用原則可適用於無效行為，也是值得探討的問題。

在葡萄牙，在最高行政法院2005年4月7日（小組會議）及2006年6月22日（全體大會）作出的第0805/03號案件，明確否定這種可能性，其中有一張落敗票。

在最高行政法院全體大會作出的合議庭判決中，分析了無效是否可導致宣告“其效果不應被排除或限制”。

這個問題可用行政行為利用原則來解釋，根據該原則，“如果即使肯定沒有瑕疵的新的行為仍會導致針對被申訴行為的決定的內容，那麼不能宣告有瑕疵行為的撤銷。”

最高行政法院全體大會決定利用原則不適用於較嚴重的違法行為，包括無效的情況，以及與此情況相關聯的“透過解釋性方式，特別嚴重的具有可撤銷性的情況”，還有“受特別重要的實體法支配的程序規定”，因為在這些情況下，體系自身的基礎出現了問題，造成無效的行為“法治國家的法律體系中不能接受的扭曲”的法律效果。

為此，葡萄牙司法見解拒絕對無效行為適用利用原則。

在澳門特區，對相關時段內的案件分析後，沒有發現涉及此問題。

在葡萄牙新《行政訴訟法典》第163條中提到“可撤銷行為和可撤銷性制度”，以及在第5款中規定了“撤銷性效果”，無疑，只是涉及到可撤銷行為以及可撤銷性制度的情況。

因此，根據第163條第5款，不適用於無效行為也是毫無疑問地，法官沒有任何考量決定的空間來保留無效行為，而是只能宣佈其無效，沒有適用利用原則的可能。

無效行為的法律制度既如此，無論宣告與否，都不產生法律效果。³⁵

35. 為了保護信任、善意、適度以及其他憲法性法律原則，具體地說，隨著時間的發展，可能會賦予來自無效行為的事實狀況的法律效果（葡萄牙新《行政訴訟法典》第162條第3款）。

由於第163條第5款局限於可撤銷性行為，關於無效行為的事實狀況產生的某些效果是否可利用這一問題並沒有加以詳細的論述。

新《行政訴訟法典》改變了無效行為制度，開始接受無效行為的糾正及轉換。³⁶

也就是說，關於無效行為，開始可能清除其中非法的部份，並保持合法的部份，如此以便利用違法行為中的有效部份，形成另一個行為。

無效行為的這種新制度，對於一個無效行為，從“不產生任何法律效果”變為容許可以利用有效部份，如果可能修正或消除行為違法的部份。

無論是糾正，還是轉換，都是行政行為利用原則的體現，使得次要行為直接以主要行為為目的，類似於賦予行政當局的權力，修正行為中與法律衝突的部份，全部或部份地保留在法律體系中，而不是行使行政撤銷。

正如學說中提到的，“無效或不存在的行為的追認、糾正或轉換的不易作出類似在行政法中法律上的不可能，在實踐中（……）不是一個法律命令或禁止，無效行為，如可撤銷行為一樣，也可以作為補救的對象，這是沒有被禁止的——只是在民事法中，有關無效行為的減縮和轉換是被禁止的（《民法典》第292條及第293條）。無效（或不存在的）行為的違法性的事實不能被補救不意味着不能利用其中產生的程序步驟或手續，以將他們作為一個新的合法行為的程序要件。”³⁷

雖然第163條第5款將該原則的適用限制於可撤銷性行為，但是由於新《行政訴訟法典》第164條規定了新法律制度，從而沒有禁止對無效行為的某些效果利用的可能性。

通過糾正或轉換的實施，有可能保持或利用無效行為中沒有違法的部份，使得利用原則不只限於適用於可撤銷性制度，對無效行為也可發生作用。

36. 參見第166條第1款a)以及第164條第2款。

37. M. Esteves de Oliveira / Pedro Costa Gonçalves / J. Pacheco Amorim：《行政訴訟法典》，第二版，Almedina，第663-664頁。

澳門特區《行政訴訟法典》沒有反映出行政行為非有效制度的演化，無論對於可撤銷行為，還是無效行為，現行制度參照葡萄牙舊《行政訴訟法典》，加劇了兩種行政程序法體系之間的區別。

六、結論

行政法院在行政行為申訴案件以及有關撤銷的司法上訴範圍內適用利用原則，容許行政非有效產生的效果保留有效，利用的理由在於為了快捷及有效的行為或措施的經濟原則，決定的作出不應不作出對實際、真實以及益處的考慮，是否產生不必要的效果涉及有關公共及個人重要的利益。

在學說及司法見解中，行政行為利用原則的意義及範圍並沒有達成一致，有關其範圍的核心部份都存在分歧。

在受限定行為及非自由裁量行為範圍內，葡萄牙法院及澳門法院在實踐上都是有節制地使用該原則，尤其是涉及到形式及程序上瑕疵。

對司法見解的分析可看出受限定行為及自由裁量行為的二元對立很常見，以及形式與程序瑕疵與實體瑕疵的二元對立亦為常見。

大多數情況下，法院對受限定行為或毫無行政自由裁量權的情況才適用利用原則，以及對有形式或程序瑕疵的情況適用，而傾向排除對自由裁量行為及沾染實體瑕疵的行為適用該原則。

並非這些區別界定了行政行為利用原則適用範圍，該原則本來就可以在在某些及另一些情況下適用，如大多數學說及某些司法見解所承認的以及立法者在新《行政訴訟法典》中規定的。

關於利用原則適用的可能性，根據新《行政訴訟法典》第163條第5款，當行為的內容只可以如此的情況，即形式或程序的要求的目的只能由其他方式實現，或即使沒有瑕疵行為只能以同樣內容完成，會涉及到可撤銷行為。

新《行政訴訟法典》提供給制度法律上的定義，有利於法律的確切性及安定性。

在新《行政訴訟法典》實施前，對於是否可論及真正的行為利用的義務是存疑的，只能說是法官適用該原則的一種權力。

如此，在明確的法律規定缺失的情況下，行政行為利用原則處於程序法律的層面或性質。

現如今，新《行政訴訟法典》明確地確立了一種實體或實質性質的制度，即規定了在法律列明的情況下利用原則適用的法律效果。

根據新《行政訴訟法典》，在葡萄牙不再提到司法自由裁量，或不撤銷的“能力”，而是說在法律前提確定的制度下，需行使不撤銷的義務。

法律體系中法律規定的引入沒有減少司法見解的重要性，還需其完成將法律規定的一般及抽象的情況具體化的任務。