

行政行為之（各種）瑕疵

José António Pinheiro Torres

澳門大學法學院助理教授

1. 公益（公共利益）之重要性*

對於解決行政行為（acto administrativo）之各種瑕疵（vícios）之問題，重申公共利益之根本重要性並非多餘¹。

首先，公共利益對於將行政活動定質為職能（função）非常重要。倘將某些權力（poderes）賦予行政機關（Administração），只有同一種公共利益（um interesse público）有關，行政機關方能行使這些權力。為此，可以指出：這些權力並非法律秩序之特許（concessões）噢作為改變既存法律狀況之（各種）權能（faculdades），而具體行使這些權能則由行政人（agente）決定；相反，行使權力之積極狀況須附有滿足公共利益之公共方面之需要之義務。此為權力／義務（poder-dever）² 概念欲體現之意思。

但法律秩序並不滿足於向行政機關強施一個權力／義務。並不滿足於行政機關在面對一公共利益要求時作為，而在為找尋一個解決方案而行使其權力時，要求行政機關找尋最佳之解決方案（a melhor solução），而該解決方案須為滿足一具體公共利益（interesse público concreto）之解決方案。不單向行政人及行政機關強施一個義務（dever），而是一個「特別良政義

* 中文翻譯：馮文莊。

¹ 此為供澳門大學法學院九二／九三學年二年級學生《行政法I》學科教程之撮要。

² 關於公共利益（interesse público）之概念，見由 Rogério Soares 著之《行政法I》噢供波爾圖天主教大學法律課程學生之輔助教材（複印本），第3頁及續後及第43頁；參閱《公法與技術社會》，Atl 滬tida 出版社，科英布拉，1969年第46頁及續後。



務」(boa administração)³，是強制行政人依公共利益觀點而找尋最佳解決方案之義務。

為了達至該目的噢滿足公共利益，法律秩序設定為保護公益所必需之一套規則。這些規則(regras)並不一定是法律規範(normas jurídicas)：在「良政義務限制」(範圍)內立法者強制行政人參考非法律規範(preceitos não jurídicos)；以保障對公共利益之謀求。

如此，公共利益必須是決定行為有效性(validade)之最終標準(critério íltimo)。正是因應公共利益而行政活動受到管制。結果就是：一如稍後所說，應當注意因應公共利益而決定行政作為(actuação administrativa)與管制這種作為之相符與否之可能性效果。

2 正當性(legitimidade)，合法性(legalidade)及合理性(恰當性)⁴(mérito)

對我們所關注之對象來說，行政活動之規範焦點必定為公共利益。

為了謀求(實踐)這些公益，人們相信只有以此方式方能實現，法律秩序將行政人引向一套管制其行為之規範噢以公共利益為考慮焦點。

這樣，須掌握之首個概念為：正當性(legitimidade)概念。正當性指：從公共利益角度言之，行為與管制該行為之規則之相符性(comformidade)；由此假定以此方式能實踐公共利益。這樣，行政行為與管制該行為之規範相符、目的是保護某特定公共利益者，則屬於一個正當行為(acto legítimo)。

可以發生：管制行政活動之規則、確定行政機關權力及其為某種公共利益而行使該權力之條件，並非必定具相同之性質。倘行政活動受法律性質之規範(對外規範(normas externas)及對內規範(normas internas))管制，亦受制於非法律性質之規則，良政規則(regras de boa administração)，藉此實質性地滿足公共利益。

除正當性概念外，還應增加其他兩個概念：合法性(legalidade)及恰當性(mérito)。前者指：行為直接符合一個由法律秩序提供之綱要

³ 按照不同之角度，例依行政機關人員之功能權力角度，但具有相同意思，見 João Al. Faia 著之《公共行政法律制度之基本概念》，第一卷，Almedina出版社，1985年，第431頁及續後。

⁴ 對於第二點之行文，主要參閱由 Rogério Soares 著之《公共利益、合法化及合理性(恰當性)》(科英布拉，1955年)，第259頁及續後，此書成為思想之啟發泉源，甚至在表達方式上亦一樣。

(esquema)，其意思指行為之結構元素 (elementos) 完全符合一條法律規範所要求之特定元素 (elementos típicos)。但合理性 (恰當性) (mérito) 則是指：行政內容與良政規則、非法律規範相符，行政人明示或默示地被要求遵守這些法律規範。在第一種情況下，與法律秩序相符或不符之情況可立即被審定，在第二種情況下，其審定只可透過非法律規範而進行。但在這兩種情況下，任一皆具有一個法律意義 (significado jurídico)。

倘某項**公共利益**是行政活動之焦點，**合法性及合理性 (恰當性)** (mérito) 則是確保保護公共利益之程序，只有為此目的 (fim)，得出行為與法律規範相符之法律後果。

但不能從上文所述中得出：在**正當性** (legitimidade) 層面上，**合法性** (legalidade) 與**恰當性** (mérito) 之重要性 (relevância) 一樣。**合法性**之重要性是直接強制施行，因對行為作出定質之規範是一條法律規範 (norma jurídica)。但**合理性 (恰當性)** (mérito) 之重要性則只是間接地強制，因行為之審定須先透過對“非法律規範” (normas não jurídicas)、彈性規則 (regras elásticas)、良政規範之對照而進行，有一條法律規範要求行政人遵守這些規範，行政人應按每個具體個案作個別化處理。

但這並不表示這些非法律規範拘束性較少及不會產生行為之 (各種) 瑕疵。因欠缺**合理性 (恰當性)** (mérito) 而引致之**不當性** (ilegitimidade) 由每個法定規範指定：該規範放棄完全界定行為之輪廓，給予一定空間予其他性質之原則，並使這些原則具優先性，但須遵守。無論如何，倘違法行為 (acto ilegal) 會引致**不正當** (ilegítimo)，在**合理性 (恰當性)** (mérito) 方面有瑕疵之行為則並不一定如此：這樣，只有一定程度之不相符方可引致**不正當性** (ilegitimidade)。

另一方面，無論關注**合法性**之規範，或要求行政人遵守之**非法律規範**，皆以為**公共利益**服務之意識而決定，**公共利益**所具有之輪廓並非完全一樣，因在面對每個個案裏所持之觀點並不一樣。

為此，為保障**公共利益**之**法律規範**設定其 (公益) 實踐之必須條件，以至行為及其規範間之任何分歧，必引致**不正當性** (ilegitimidade)。

對於這些 (法律) 規範，所考慮的**公共利益**僅就是將一具體狀況之嚴謹及抽象化的框架 (enquadramento rígido e abstractizado)，並產生固定的原理內容。倘對於這些規範而言，**公共利益**必須是真實及具體，即應相當於一實際及現存之公共需要，但不能是完全之需要，當在某個社會生活裏出發現受保護之利益之元素，就需要滿足這些利益。如此，對於法律為保護**公共利益**而強施之要求，須視為作出其所保護之**必需及充足**之條件 (condições necessárias e suficientes)。

當法律要求行政人遵守非法律規則時情況亦一樣。現在，行政人須從

規範中得出**公共利益**，但有在**公益**類別之限制內及在現實裏找出公益之意義及持久性之負擔。應該指出，公共利益並非不同，僅是以不同角度觀之（妨如顯微鏡般觀之），因而消失了那些當與規範作對照可呈現之明顯及骨架性界限。噢借此可在任何情況下作明確決定所強施之要求。何謂公共利益，仍由法律指明，但並非由法律所界定般：只有長期與現實接觸之主體方能捕捉公益。

如此，為了確定與**非法律規範**之不相符，上文所述之**合理性（恰當性）**（mérito）兩個元素具有特殊之意義，即在學習關於**行為內容及其與目的**⁵相符性問題所述之兩個元素。倘知道面對一個公共利益狀況（即承認在具體層面上出現了各種前題），則由行政人負責將組成公益之各種利益作個別化，然後在第二個層面上審議及評價這些利益，使這些利益決定行為之內容（conteúdo do acto）。在第一種情況下，行政人僅面對**將來之原因**（futuros motivos）之框架（範疇）之後，在第二個層面上，按法律為這些原因所定之作用而確定性地**整理這些原因**（arrumação definitiva dos motivos）⁶。

只有面對第二個問題方可提出關於**行為不當性**之問題：只有由此元素起方有在**合理性（恰當性）**（mérito）方面之特定公共利益。可知**合理性（恰當性）**瑕疵（vícios de mérito）這一術語正保留予這些情況。

3. 不完全有效性（invalidade）及不規則性（irregularidade）⁷

不當性（ilegitimidade）之特點為行政機關行為與管制該行為之規範之不相符（分歧），現在需問：在此會產生哪些法律效果，換言之，法律秩序有哪些方法保護一種由一不當行為所損害之**公共利益**？

所有**正當性**之規則、所有管制之規範、所有程序性（工具性）規範，皆以一可能性（possibilidade）之名述及行政活動之一種特質（qualificação），即構成給予行政人一個法律權力及行使該權力之條件之決定（determinações）。由此得出應考慮不遵守這些規範之後果，最低限度直接地加以考慮，所用的借口就是行使這些權力之效果同與公共利益之較大或較少程度之相宜性有關。

⁵ 見註腳1所述之第一部作品，第299頁及續後，以及由行政暨公職司公布供大校校外課程之行政法學生用之教材：《公共行政機關之意義與限制》。

⁶ 按照文中之角度，前題指：被界定為法律事實或狀況之歷史/環境狀況噢“一經出現，對行政人表示出他應服務之公共利益。”而原因（motivos）是指組成具體公共利益狀況之各種利益（見由Rogério Soares著之《行政法》，第273至第300頁及續後）。

⁷ 特別是註腳4所述之作品，第270頁及續後。

如此，第一個可想像之後果是該行為不能產生欲產生之效果。然可以發生：在嚴重損害這些規範之假設情況下，效果不能直接及確定性地產生，自作出行為之刻起，注定該行為不能履行賦予其角色。可以發生：在其他類型情況下，行為一開始就發生其效果，但稍後成為攻擊之目標，指其犯有瑕疵，可能消滅其所生之效力，引致該行為處於一種倘瑕疵一開始被承認及被提出可能會處於之法律上無能（*impotência jurídica*）之狀況。

在這兩類假設情況下：第一種情況是**無效**（*nulidade*），第二種情況為**得撤銷**（*anulabilidade*）。我們正面對**不完全有效**（*invalidade*）之情況。**不完全有效**指：一行政行為，因與管制該行為之規範出現分歧，不能發生欲產生之效果或不能發生具安定性（*estabilidade*）（最低限度在一段時間內）之效果。

依上所述，倘**不完全有效**是不當性之其中一個可能性後果，須保護之公共利益並不一定要求一個如此嚴格之解決方案。為此，可以發生：在相當部份情況下，與專為行使權力而設定之規範之分歧不會影響行為之持久性（*consistência*），但僅決定其**不規則性**（*irregularidade*）之一種特別定質，可具有間接之後果（*consequência laterais*）。倘屬於輕微損害公共利益之瑕疵，但完全阻止行為正常產生效果之可能性，似有違經濟觀點。規範對公益所提供之保障不大，不及保留行為之持久性所能保障之公益；從其他觀點言之，這種持久性比因該瑕疵而不發生效果更具保障。

由此得出：接受“**引致不完全有效之瑕疵**”（*vícios invalidantes*）及“**非引致不完全有效之瑕疵**”（*vícios não invalidantes*）之區分。

這種區分須考慮所保護之公共利益，而不能僅考慮形式瑕疵或受制於有疑問之價值（作用）之一般性原則。例如當指出：所有手續（*formalidades*）⁸皆是對行政相對人之一種保障（*garantia*），故不遵守任一手續必引致該行為**不完全有效**（*invalidade*）。

事實就是：在可能性（*possibilidade*）方面，管制行政機關活動之規範並非確保對私人作任何的保護，藉此反對行政機關之行為。這種意識（代表警察國家（極權）時代之憂慮之遺傳），今日已由另一個意識取代：隨

⁸ 在行政法之學理上，*formalidades* 之概念並不一致。為此，對於部份學者，這個詞從廣義理解之，表示：“列入行政救濟程序內之所有行為或事實，即使純為形式亦然。”（例：Sérvulo Correia 嘜《行政法概念》，第一卷，Danúbio 出版社，1982年，第382頁；Marcello Caetano 著之《行政法用書》，第一卷，Almedina，科英布拉，第10版，1991年，第469頁及續後；以及Gomes de Pinho 著之《澳門行政法基本用書》，澳門司法官培訓中心出版，1996年，澳門），其他學者則認為：應避免使用*formalidades* 這一術語指同程序有關之問題，應使用這個詞，以狹意指出法律所定之要求，使聲明圍繞各種事實狀況（見在註腳4所述之Rogério Soares之作品，第279頁及續後及第309頁）。



著針對行政作為 (actuação administrativa) 而設定各種法律原則，僅希望將行政作為受制於公共利益之最佳實踐。在任何情況下，即使該原則屬真實，亦必須指出**不完全有效性** (invalidade) 與私人利益之保護間之必然關係 (relação necessária)，即指出**不完全有效** 必定保護私人之利益 (interesses dos particulares)。但事實並非如此。

唯一正確之標準是將對規範之損害與受該規範所保護之公共利益作一比較，並在具體個案中看看**公共利益**在本質上是否受到損害。既使假定在大部份情況下出現這種損害，亦並不排除有關的瑕疵並無重要性 (irrelevância) 的可能性。

如此指出**正當性** (legitimidade) 與**完整有效性** (validade) 兩個概念不一定相符 (一致)。第一個概念僅想指出與某類規範 (certo tipo de preceitos) 相符之一種**靜態狀況** (situação estática)，借助第二個概念 (**完整有效性** 概念) 指出對行為所作之**動態考慮** (consideração dinâmica)，突出其發生正常法律效果之可能性。

然須掌握兩點內容：首先，指某些瑕疵無引致行為**不完全有效** (invalidade) 之後果，並不表示在任何情況下這些瑕疵無關重要。一如在上文我們有機會知道，行為所體現出之**不當性** (ilegitimidade) 不一定引致對已實施之行為產生**不完全有效** (invalidade)。但這並不表示行為不產生任何後果。欲指出的僅是：某些行為，雖然它本身不引致行為**不完全有效**，但不妨礙其他間接效果 (efeitos laterais) 之存在與指損害 (侵犯) 以保障公共利益為目的之規範而產生之效果。例經常發生在**不規則** (irregularidade) 的情況裏，法律秩序在**正當性**之定質方面還加上一個在**適法性** (licitude) 方面之另一個定質。有關之行為，雖保留其正常效果，這個行為仍然存在，故可將其視為一個事實，但由於違反法 (Direito)，故引致其行為人承受各種的懲罰。

另一點內容是：關於“**完整有效性**” (validade) 與“**發生效力**” (eficácia) 兩者之區分所出現之疑問。為此，倘由一**不完全有效** (invalidade) 之行為引致行為**不發生** (其欲發生之) 效果，不可以指出該行為**不發生效力** (ineficaz)，結果就是，何謂**不發生效力**之問題？關於“**完整有效性**”與“**發生效力**” (eficácia) 之區分之問題，我們曾有機會提出了一些意見，請參閱這些見解⁹。

但須緊記：曾有人主張一個“**發生效力**” (eficácia) 之狹義之概念，因這個問題只相對於**完整有效行為** (actos válidos) 方存在。

⁹ 見引述之 Rogério Soares 之作品，第180頁及續後。

4. 因恰當性 (mérito) 瑕疵之不完全有效性 (invalidade)¹⁰

當建立**正當性** (legitimidade) 這個概念時，除了**合法性** (legalidade) 外，在**正當性**中這個概念裏包含一個**恰當性** (mérito) 的元素。按照立法者之理解，對於要求行政人遵守之法律規範或非法律規範之違反所引致之後果必是對公共利益作一種有欠完整之保護 (protecção defeituosa)。但我們已知道，**正當性**對行為之**持久性** (consistência) 可能引起之反應 (reações) 並不一定具相同之性質，在大部份情況下，有可能對行為本身之生命造成決定性影響，將作為發生持久效果之產生效果之工具之行為從法律領域中剔除出來，但在其他情況下，僅引致一種特別之不利定質，僅產生間接之效果 (efeitos laterais)，容許行為擔當其正常性之角色 (**不規則性** 噢 irregularidade)。

倘法律秩序對一種**不當性** (ilegitimidade) 之反應並不一樣，可提出一個問題：因**恰當性**方面 (mérito) 之**不當性**可否引致一種**不完全有效性** (invalidade)？或相反，僅限於引致一種**不規則性** (irregularidade)？對於因**恰當性**方面 (mérito) 之**不當性**的問題給予肯定之答案，不一定引致接受有一種因**恰當性**方面 (mérito) 之**不完全有效性**。

有否理由支持**恰當性** (mérito) 可引致行為**不完全有效性**之學說？

為了回答所提出之問題(今日，大部份之學理給予肯定之答案)，須研究要求行政人遵守之「非法律性規範」而欲保護之公共利益是否要求行為變得無作用時，或相反滿足於實施一些附帶的限制 (limitações anexas)，但又不影響行為之**持續性** (consistência) 及**安定性** (estabilidade)。

但須留意：問題之所在者並非可能因**恰當性** (mérito) 瑕疵之一個行為之**無效** (nulidade)，一如稍後有機會知道，在行政法內，**無效**只在罕有及極特殊嚴重之情況下方可採納。**無效**屬於一種極嚴重之制裁，只在對公益造成難以承受之損害時方可採用。為此，立法者感到必須將「**無效**」確立法律規範內；可以明示或默示之方式作出，但絕不能忘記作如此之規定。所以，行政行為之**無效** (nulidade) 只可因違反一條法律規範所致。

但這個問題仍存在：有否障礙阻卻因抵觸**恰當性**規範 (normas de mérito) 而引致之較不嚴重之**不完全有效**之(各種)形式 (formas menos graves da invalidade)？

有人認為不可能。因為當立法者欲滿足公共利益時，認為最恰當之解決方案為將(公益)內容之選擇及其要求受制於**恰當性** (mérito) 之規則，因為正是希望借此給予這些規則一種特別的重要性 (um relevo especial)。

¹⁰ 尤其見由 Rogério Soares 著之在註腳4所述之作品，第331頁及續後。



並不存在立法者對此內容毫不在意之問題，相反，十分關注及擔心法律可以干涉對最佳解決方案之選擇，故將“發言權”交予這些“非法律性規則”（*regras não jurídicas*）。從**根本性公共利益**（*interesse público primário*）角度言之，並非立法者之一次“辭職”，而只是一項授權（*delegação*）。並無任何特別障礙（*impedimento*）（阻卻）使人相信**恰當性規則**（*regras de mérito*）之準用可引致一個**直接不完全有效**（*invalidade directa*）（得撤銷性噢 *anulabilidade*）。

部份相當頑固的立場認為引致**不完全有效之恰當性規則**（*regras de mérito*）乃源自方法錯誤（*defeito metodológico*），在本課程期間一直都強調這點，該方法錯誤乃指採用私法框架去建立行政法，忘記了在私法（*direito privado*）及行政法範疇內各自有不同的要求，甚至在某些方面兩者完全相反。

在私法方面，非法律性規則無須經立法者作獨立地考慮，因為其使用、好與壞，只要屬於成文規則設定之範圍、並成為**主體自治**（*autonomia do sujeito*）之組成部份則可。**適法性目的**（*fins lícitos*）之不可審查性必引致方法之**不可監督性**（*incontrolabilidade dos meios*），並容許私人由立法所定之（某些）限制（範圍）內排除“一般人”（*homem médio*）之模式標準，私人之行為是否符合經濟效益對法律而言無關重要。不足驚奇的是：在私法方面，唯一具相當重要性的考慮是**合法性**（*legalidade*），而**不完全有效**（*invalidade*）乃一項**違法性**（*ilegalidade*）之必然後果。但在行政法方面情況則不同，一如我們曾有機會指出，立法者所關注的並非任何一個解決方案，而是一個可能屬於最佳之解決方案。為此，**合理性（恰當性）**（在行政法內）（*mérito*）有一種在私法方面無的價值（*valor*）噢不得不承認（這一點）。

另一方面，我們認為不應接受這樣的一種論據：**不完全有效之判斷**（*juízo de invalidade*）必假定由一個有別於作出有關行為之另一個當局作出審查（*verificação*），此同**恰當性**（*mérito*）判斷所體現之價值判斷不協調。此為有待指出之內容：**不完全有效性之宣示與價值判斷**（宣示）之不相容性必使因恰當性方面（*mérito*）之**不完全有效**之問題變得無用。認同這個觀點之理由在於考慮：一如在私法方面，**不完全有效性**只可透過裁判上訴（*recurso jurisdicional*）方可作出，而裁判上訴只可採用審查方式。倘如此，我們只應接受這個（正在探討之）學理。但留意：運用非法律性規範並非裁判審理以外之事情，即使在私法方面亦然；另一方面，不應忘記，在意大利法律內承認一種針對**恰當性**（*mérito*）之司法監督，並在這方面作出一個真正之撤銷（*anulação*）。最後，有人提出，在行政法方面，可有完全不取決於裁判上訴（*recurso jurisdicional*）之撤銷（*anulação*）。



最後，不應持下述的論據：視因**恰當性**方面之**不完全有效**(invalidade por mérito) 是給予行政機關一個極危險之工具，她可藉此危及法律之安定性 (segurança jurídica)，摧毀行政行為之持續性 (Papallardo 之理論)。因**恰當性**方面 (mérito) 之**不完全有效**絕不可表示容許行政管理人只要願意則可“食言”。倘這種**不完全有效**可由法律體系接納，法律體系應在公共利益方面決定因**恰當性** (mérito) 之**不完全有效**之各種限制及明確其範圍。

如上所述，由於因**恰當性**瑕疵之**不完全有效** (invalidade por vício de mérito) 原則上並無被排除，現在我們須知道法律體系如何接納這種可能性，是否給予**恰當性** (mérito) 創設一種狀況之能力¹¹，而我們須承認這種狀況為**不完全有效**內之**得撤銷** (anulabilidade) 的情況。

肯定地，在葡萄牙法律體系內，因**恰當性**之**不完全有效** (invalidade por mérito) 並不受制於爭訟審理¹²。但有否其他情況，因一個行政行為與**恰當性** (mérito) 之規範不相符，因而引致其法律持續性面臨解體？

有人認為存有這種情況。可以出現在「核准之行為」(acto de aprovação)、**「依職權之撤銷」**(anulação oficiosa) 及「行政訴願」之情況裏。在這些情況裏，因違反非法律性規範，可憑這個**依據** (fundamento) 自始 (ab initio) 消滅該行為之效力。

在第一種情況裏**核准之行為**，是一種事後監察，但某種程度屬於預防性監察，因直至實施行為之時，**待核准之行為** (acto a aprovar) 之效力 (之發生) 仍被中止¹³。在此制度內，體現出一種**合法性** (legalidade) 及基本上是屬於**恰當性之監察** (controlo de mérito)，因為倘無任何違法性 (ilegalidade)，但僅因**恰當性** (mérito) 之原因而拒絕作出核准，毫無疑問有條件談及存在一個**不完全有效**：這種監察確定性地禁制該行為之生命，因為承認行為有一個內在瑕疵 (vício intrínseco) 自始使該行為處於一種脆弱及無能之狀況。

如上所述，因**恰當性**瑕疵之**不完全有效性** (invalidade por vício de mérito) 所投影之另一個範疇為「**依職權之撤銷**」(anulação oficiosa) 由行政機關本身作出之撤銷。但這個制度並不一定和諧地被接納，尤其是，

¹¹ 即使對這些情況給予其他名稱亦然。例如撤銷性發生摧毀被廢止行為之效果，即使這些效果已發生亦然 (見由 Freitas do Amaral 著之《行政法》第三卷，第 359 頁)，具同一意思的是《行政程序法典》第 122 條第 1 款及第 125 頁第 2 款。

¹² 對於 Freitas do Amaral (《行政法》，第二卷，第 41 頁)，良政之義務是一個非完整義務，因為不包含一個裁判之解決方案。

¹³ 見《行政程序法典》第 129 條第 1 款 c 項。

因受偏見之影響：認為**不完全有效**只可在司法方面作出宣告。事實上司法機制乃專注於保護行為之**完整有效性** (validade do acto) (今日我們的法律體系接受對「**權利或正當利益之承認之訴**」之制度¹⁴) (acção de reconhecimento de direito ou interesse legítimo)，但並不表示這個機制是達至這個目的之唯一機制；而事實就是此並非唯一的機制。

對**輔助性公益** (interesse público secundário) 有意確保之保護引致設定一種雙重方法噢所持之理由並不相同。一方面，承認**公共利益**可與**私人利益**相容，以致滿足一種利益涉及實踐另一種利益。如此，設定一個機制：當預先設定對私人之保護時，亦確保對公益之保護。

但這種程序有兩種重要之限制 (limitações)。一方面，寄托於私人之措施，另一方面，在我們之體系內，監察只限於對損害公共利益之監察 (controlo) 噢該損害體現在對法律規範之侵害。這種限制危及對公共利益之保障，為此須承認可有**能力克服上述各種限制之另一個監察**。

為此，須承認行政機關對自己行為作自我監察之能力 (capacidade de auto-controlo)，以便藉此恢復可能受損之公共利益。在這種情況下，無任何東西阻止該監察可引伸至因**恰當性** (mérito) **瑕疵**而引致之損害。

最後我們握要提之「**行政訴願**」 (recurso hierárquico)¹⁵。等級 (hierarquia) 是為了保障公共利益而預先設定之一個程序，為此，不應僅限於維持形式之保護 (tutela formal)，相反，應認同上級權力包括對行為之**恰當性** (mérito) 之「受理」。此外，須承認上級有以行為與**恰當性規範**不符為基礎而撤銷該行為之能力，否則該權力不能完滿地履行其工作(任務)噢**保護公共利益**。

在這三類情況的任一類裏，可以發現存在三個**基本要件** (requisitos essenciais) 噢致使我們可以談及因**恰當性** (方面之) (mérito) **瑕疵**而作出撤銷：(1) 因違反了非法律性規範；(2) 屬於一個受制於**恰當性監察** (mérito) (制定) 之行為；(3) 最後，這個監察有權僅以**恰當性瑕疵** (vício de mérito) 為基礎自始消滅該行為。

握要言之，可以指出：對於本文一開始所提出之問題，即對於可否存在因**恰當性**方面之**不完全有效** (invalidade por mérito) 之可能性，不能不給予一個肯定的答案，因為**不完全有效**不表示必由司法裁判界定。但須補

¹⁴ 見由7月16日第267/85號法令通過之《行政法院程序法》第69及第70條。但屬於一種輔助性方法噢當其他申訴方法，包括關於執行判決，不能確保權利或利益之司法裁判時，方可使用 (第69條第2款)。

¹⁵ 我們認為亦是Freitas do Amaral之立場噢《行政法》，第41頁，他接受對行政行為之合理性 (適當性) (mérito) 可在救濟程序中作出監督。



充：對這個問題之答案不可能在法律內找尋，在某些情況下，法律可排除對**恰當性監察** (controlo de mérito) 之可能性。

5. 不完全有效之類型 (tipos de invalidade)¹⁶

現在是對形式問題、即回答**不完全有效類型** (tipos de invalidade) 之問題之時刻了，以便接著下來解決同這個問題有關之另一個：**不當性之模式** (modos de ilegitimidade) 與**不完全有效之形式** (formas de invalidade) 兩者間之連繫性噢現在開始分析。

對我們來說，正確提出問題的方式是為針對**不完全有效之類型** (類別)，而非設定**不完全有效之範籌** (categorias)。事實上，要知道一個行為是**完整有效** (válido) 或**不完全有效** (inválido) 並不要求使用邏輯的原理，而是認識法律秩序欲提供之一個特別的答案。在行為違反法(律)之情況下，法之反應並非以精確方式進行，而是在該特殊狀況下按照對保護利益之要求而進行。為此，須“詢問”成文法，以便知道對於抵觸法 (Direito) 之行為之反應為何。只有如此方能對**不完全有效之類型** (tipos de invalidade) 給予一個解決方案。

在行政制度內噢一如我們這個，在**不完全有效**方面，法律體系之特定反應有兩種：行為**自始**不能發生其(欲發生之)正常效力，或可發生其效力，但只要**不完全有效**被一有權限機構(機關)作出如此宣告，其效力可能自始消失。在第一種情況裏，指該行為為**無效** (nulo)；在第二種情況裏，屬「**得撤銷**」(anulável)。

無效 (nulidade) 及**得撤銷** (anulabilidade) 是在我們這個體系內**不完全有效** (invalidade) 所具備之兩種特定形式，唯一區別的地方為是否需要由一個有權限之實體作出宣告，以便**不完全有效**發生效果。換言之，**無效**行為無需任何宣告便出現其效果不能產生的情況，而**得撤銷**之行為，其效力之不發生取決於由有權限機關所作之**不完全有效**之宣告。

作為區分**無效**及**得撤銷**而常提及之其他特點，例**反抗無效行為之可能性**¹⁷ (resistência aos actos nulos)，或**得撤銷之相對性** (relatividade anulável)

¹⁶ 主要是Rogério Soares 噢見註腳4所述之作品，第270頁及續後，以及Sérvula Correia之《行政法概念》，第362頁及續後。

¹⁷ 近來有人提出關於私人應否遵守無效行為之問題，可否被動地阻止對此行為之執行，而該所作出的阻止行為又不被視為違令。仍有爭議之問題是公務員可否不服從這些包括在無效行為內之命令，而這個不服從又不會構成紀律違反。給予肯定答案的有Marcello Caetano噢《行政法用書》，第二卷，第735頁。



(尤其是司法撤銷 (anulação judicial)，以及在某些情況下，由行政機關所作之撤銷，但受一定期間限制)，僅構成正常之元素，其價值判斷須因應每一類制裁所涉之特殊情況而定。所述之**不完全有效**之制度只不過是一般性原理。

從法律秩序反應之特定形式中排除了**混合性不完全有效** (invalidadas mistas)之制度，但只有將這種形式視為一般性範疇方有這種混合性情況的存在。屬於立法者以所述之其中一種制裁之特定制度制裁某特定瑕疵，但在其內加入另一個制度之特點，按此觀點，典型**不完全有效**會引致**無效** (不論有否無效之宣告，皆不發生效果) 或得**撤銷** (須有這種宣告)。

無論如何，我們看看上述之**不完全有效**之每一類型之特點。

5.1. 無效 (nulidade)

無效與立法者對損害公共利益較嚴重之情況而使用之制裁(方式)，如上所述，體現在該行為自始不發生任何法律效果。伸言之，這些行為不發生、不變更或不消滅任何法律關係。**無效**完全依法 (de pleno direito) 發生，即由作出該行為之時起。

這樣，視為**無效**之行為妨如從未作出。即使該行政行為妨如從來不存在，並不表示**無效** (nulidade) 及**不存在** (inexistência) (或稱**不發生**) 屬同一種實況 (關於**不存在**這個概念 (制度) 我們已有機會探討，當時我們否定這種制度¹⁸)。最終有人指出：該行為，雖然屬**無效**，但一定可被視為一個事實¹⁹ (facto)，在這個尺度上，可引發法律後果，尤其是在**不法性** (ilicitude) 方面。

作為**無效** (nulidade) 之特點是無需作出致使該行為不生效果之宣告²⁰，但此不表示不能適當地獲得一個司法或行政宣告 (declaração judicial ou administrativa)，尤其是對於私人而言，甚至有人認為，當行政機關執行**無效**行為時，私人負有提出申訴之負擔 (ónus de deduzir impugnação) 噢透過「作無效宣告之司法上訴」 (recurso contencioso para declaração da nulidade) (GARCIA ENTERRIA 學者)。此表示作無效之宣告之行為必定為一個僅具**宣示效力 (作用) 之行為** (acto meramente declaratório)，而非一個**構成性 (創**

¹⁸ 見由 Rogério Soares 著之《行政法》，第 233 頁及續後。接受“不存在”這個概念者，有 Gomes do Pinho 之作品，第 95 頁，及 Fereitas do Amaral 在註腳 11 引述之作品，第三卷，第 335 頁及續後，請恕直陳，所引述之例子並不能使人信服：倘出現問題為一個由非行政機關實施之行為，該行為是一個行為，但並非行政行為！

¹⁹ 見《行政程序法典》第 115 條第 3 款。

²⁰ 見《行政程序法典》第 115 條第 1 款。

設性) 行為 (acto constitutivo)。換言之，僅限於宣告一種已出現之絕對不具效力之狀況。

可於任何時間以任何方法主張**無效**。此表示以獲得宣告為目的而提起之上訴可由任何利害關係人提出，並不受制於任何期限²¹。亦表示可以**起訴途徑 (por via de acção)** (透過為此目的而提起之訴訟) 或**抗辯途徑 (作為辯護之方法) (por via de excepção)** 而提出。此外，**無效**可為依職權受理，即不取決於主張 (提出)。

5.2. 得撤銷 (anulabilidade)

我們在上文已指出**得撤銷指 (得撤銷) 行為**自實施之時 (或自發生效力之時，當作出行為與發生效力之時間不一時) 發生其效力之一種**不完全有效**的形式，但是，倘有權限實體作出撤銷之宣告，並指明自作出行為起計，則其效果自始消失。換言之，行為效果之發生取決於有否一個**撤銷性行為 (acto anulatório)**之存在，由此引致行政機關有執行該行為之可能性，甚至用強制方式執行，甚至受損害之私人不能合法地作出反對。此亦表示 (無這種情況不能視為一種不完全有效之形式) 撤銷之效果溯往至被撤銷行為構成之時刻 (momento constitutivo do acto anulado)。溯往地摧毀一個法律狀況與被撤銷之行為之效果暫時性地存在。這樣，**撤銷行為 (acto de anulação)** 是一個**構成性 (創設性) 行為 (acto constitutivo)**，因為當摧毀至此仍存續之法之效果時創設一種新之法律狀況。

另一方面，只可在訴訟途徑之**司法上訴**過程中或在**行政自我監督**方面主張「**得撤銷性**」(anulabilidade)。在司法上訴程序內，只可由檢察院 (《行政法典》第 821 條)、**對訴訟請求有直接及正當利益之擁有人 (titulares de interesse pessoal, directo e legitimo)** (《行政法典》第 821 條第 2 款) 提出，及在**民眾訴訟案 (acção popular)** 中，由“任何選舉人或納稅人” (《行政法典》第 822 條) 提出。

另一方面，在葡萄牙，**撤銷**受制於 7 月 16 日之第 267/85 號法令第 28 條所定之期限，而在澳門，受制於《澳門組織章程》第 18 條第 5 款²²之規定 (譯者註：這一款已被廢止)。即在葡萄牙的期限為兩個月、四個月或一年，而在澳門，期限為 45 日²³。

²¹ 見《行政程序法典》第 115 條第 2 款。

²² 本文章之原文是指 3 月 23 日第 23/85/M 號法令第 39 條第 1 款及第 2 款 (《行政行為制度》) 與這份法規被《行政程序法典》廢止，但該法典無規範申訴事宜，僅限於指向行政申訴之立法 (第 117 條第 2 款)。

²³ 我們認為《澳門組織章程》第 18 條第 5 款所述之期限僅適用於由澳門公共行政機關實施



倘這些司法上訴期(除斥期限)過後而無提起上訴,致當時仍發生正常效果之行為(雖屬於暫時性,即可被“攻擊”)則維持其不可申訴性,不能向法院對該行為作出攻擊。指該行為變成不可申訴性不表示該行為變成一個完整有效之行為(acto válido)。藉行為之補正(sanação)後(此概念之意思是:因期限過去而無撤銷,該行為轉為有效行為),該瑕疵亦被補正,即自這一刻開始,不能以此瑕疵為基礎而不視該行為為發生效果之行為,不能從合法性或恰當性(mérito)瑕疵方面得出同行為之正常及直接效力有關之後果。但此不表示該瑕疵已消失;倘行為屬於違法(ilegal),例由一個無權限之機構作出,並不會因為期限過去而令該行為與法律相符,在這個例子裏不可能將原先無權限之當局變成有權限;另一方面,倘屬於一個不適時或不適宜之行為,僅因一段時間之過去²⁴而變成適宜。換言之,嚴格言之,期限之過去不發生補正行為之效果;而事實是該瑕疵不再被法律秩序考慮。申言之,並不因為行為變成不可申訴之行為不再是不完全有效(válido),或必定不再如此。

行為之補正有效(validação do acto)只有透過瑕疵之補正(sanação de vício)而進行,但只可針對得撤銷之行為(acto anulável)(故與得撤銷性相關),尤其是透過行政機關之一個行為(確認(confirmação)、追認(ratificação)、修正(reforma)等²⁵),或由私人明示或默示地接受該行為。

一方面,必須考慮期限已過原則上只影響在司法上訴方面對該行為提起申訴之可能性。換言之,除創設權利之行為(actos constitutivos de direitos)外,不得以「得撤銷」為理由而攻擊該行為,因為司法上訴期過後²⁶,對於所有行為,行政機關保留撤銷之可能性。

6. 瑕疵行為(actos viciados)與不完全有效之類型(tipos de invalidade)之關係²⁷

解決了不完全有效之形式後噢構成不完全有效之類型,現待處理另一

之司法上訴,這種解釋似乎建基於《行政行為制度》第39條(該條文已被廢止,但這個學理仍包含在被通過的《行政程序法典》之序言之第2條內。此表示:關於澳門居民,對由共和國當局實施之行政行為之司法上訴期限為四個月噢見《行政法院程序法》第28條第1款b項。該項規定似乎源自該規範對《澳門組織章程》所定之期限之保留,同時結合b項噢對澳門居民仍維持四個月之期限。

²⁴ 雖然在此不能不視時間(tempo)之因素具決定性重要,但可提供一個因機緣而產生之“補正有效”(convalidação)之元素。

²⁵ 見《行政程序法典》第118條。

²⁶ 本文章原本本是指《行政行為法律制度》第22及第23條,現在應指《行政程序法典》第122條。

²⁷ 主要參考書目:在註腳4引述之Rogério Soares之作品;註腳8所述之Sérvulo Correia之作品,第358頁及續後及第368頁及續後。



個同這個問題有關之行為：不當性與不完全有效類型之關係。

這裏亦一樣，學理並非經常正確地提出這個問題：上條目所述之錯誤亦見於本章（內容）內，乃由於有缺陷之解決方案所致。在邏輯／教條理論基礎上，曾經有人深信，每一類不當性應相當於一類之制裁。這樣，所述之問題互相混淆。

肯定地，在這方面亦須以目的考慮（*consideração teleológica*）為主，不當性及不完全有效之類型兩者間之關係不得以不當之標準或純形式標準而建立，因明顯此為不完滿之方式。這種關係不能是純邏輯之關係，應是一種意思連繫之關係，且趨向於一種非必然之關係。

在現行行政法體系內有一個一個規則：原則上行政行為為僅得撤銷²⁸，但不能由此得出結論：認為只要法律無明示列出適用之不完全有效之類型，我們應該對得撤銷性視而不見。因為倘立法者可明示制定無效（*nulidade*）之制裁，一般及詳盡之規定則並不可能，尤其是當有意作出這種規定或訂出詳盡類列時，或對於損害公共利益之某種狀況作一種較適當之處理被關上大門時，故應透過上訴將發見瑕疵之根本性（*essencialidade*）或嚴重性（*gravidade*）之工作交予解釋者，不是僅作形式方面之考慮，而是考慮是否屬於一個對公共利益造成不可承受之損害之範疇。

這樣，可批評下述觀點：無效之情況只限於法律明示界定之情況，以及法律擴張適用之情況（尤其是嘗試將第100/84號法令之規範（確立《地方自治團體通則》擴張至中央行政機關²⁹之行為），以及擴張至犯罪行為之情況³⁰（FREITAS DO AMARAL）或損害受憲法保障之自由、權利及保障³¹（JORGE MIRANDA），一如現行葡萄牙學理所主張般。藉「得撤銷原則」（*princípio da anulabilidade*）之適用，所有其他行為皆僅為得撤銷。

所採用之標準必是公共利益之標準及損害嚴重性之標準（因行為與管制該行為之規則不相符而引致之損害）。這樣，不能不考慮法律，所有因本身之瑕疵之嚴重性及以難以承受方式（嚴重性之標準或 *critério de gravidade*）侵害公共利益之行為皆為無效行為（*actos nulos*）。

此標準應由處於一種從屬地位的另一標準加以調節：明顯標準（*critério da evidência*）。

面對公共利益造成的嚴重及明顯（外顯）之損害，制裁應具有無效之

²⁸ 見《行政程序法典》第116條。關於這個原則在學理上之不同意思，見Vieira de Andrade著之《行政行為之明示理由說明》，1991年，科英布拉，第286頁及續後。

²⁹ 這種引述只對葡萄牙法律有用。

³⁰ 見《行政程序法典》第114條第2款c項。

³¹ 同上，見c項。



嚴重形式。只有這樣得撤銷之規範才介入。但我們不應忘記：並非所有瑕疵、並非所有不正當性必有相應的**不完全有效**之一種類型，可以僅屬於一個「**不規則**」(irregularidade)之情況。

可從上述觀點得出，不可以亦不應該率先將**行政行為之瑕疵分類**³²。一如我們學理般，透過對十九世紀法國判例模式(擴大受理之個案)之引進，進一步擴大接受因**越權**而提起上訴之(典型)依據，即提出撤銷違法之行政行為之上訴。尤其是希望借助所建議之制度包括所有行為可有之瑕疵，計有：**無權限**(incompetência)(欠缺作出有關行為所需之權力)，**形式瑕疵**(vício de forma)(無遵守法律要求之形式或手續)；**權力偏差**(desvio do poder)(當行使自由裁量權之決定性原因與法律設定這些裁量權之目的不相容時)及**違反法律**(violação da lei)(前題及行為之內容與適用之規範不相符)，還有**越權**(usurpação de poder)：指行政機關作出屬於司法權³³職責內之行為。

為此，倘**不當性**及**無效**乃源自行為之一個內部瑕疵，從**行政行為瑕疵**中建立之理論必須按**行政行為之結構性元素**而分析。

所建立之模式結構應是以滿足實踐需要為目的，一方面，考慮一種科學性之需要，但另一方面亦要考慮行政活動所處之不同實況。這樣，援引「**違反法律**」(violação da lei)清楚體現出這種意思，但**違反法律**(過於空泛)卻包括一切。

這樣，對於**行政行為瑕疵**所建議之原理，須同行為之結構相連繫，但絕不應僅限於此。在每個行為之結構元素內，趨向包括一個可能性損害之範疇，以便在第二時間內，經考慮有關的損害後，決定其後果。一如曾有機會指出，同瑕疵有關者僅為一種趨勢。為此，排除稍後所述之形式³⁴，故**嚴重性**及**明顯標準**應在此發揮作用。

7. 行為之結構。同瑕疵之關係³⁵。

如上所述，**行政行為瑕疵**之問題同行為之結構(estrutura)有密切連繫。我們無需再重覆此內容，重要的是記起行政行為之重要元素。須緊

³² 此為葡萄牙現行學理之見解，在法律及司法見解上得到支持，不單在葡國，在澳門亦一樣。

³³ 嚴格言之，屬於列入立法權或司法職責內之行為(見Cândido de Pinho之作品，第103頁，Freitas do Amaral之作品，第3卷，第296頁)。關於所實施之行為之類別，司法權與行政權較接近，但與立法抽象行為相對，故無需多述。

³⁴ 見條目8。

³⁵ 我們跟隨Rogério Soares之《行政法》之教材(第229頁及續後)。

記：一如當時曾忠告一樣，將行為分解成一組配件或組成元素並不能滿足建立理論之好奇，但是，除此之外，有意指出決定或有損害之地方（元素所在之位置）。

可從三個構成元素或角度分析行為：**主體**（sujeito），**客體**（objecto）及**規定（命令）**（estatução）。我們分析法律（Direito）對每一個元素所作之分解。

7.1. 主體（sujeito）

公共主體係法人，法律秩序給予其實踐公共利益之責任噢透過對其所享有之權力承認而進行。如此，法律秩序對一法人（主體）之承認體現在對一種或多種根本利益之“中心說明”。為了表示**公共利益**與主體間之關係，採用**職能**（função）這一概念噢在法律上界定為**職責**（atribuição），借此希望指出法律將一種或多種職務交予一個“人”（法人）。欲知道所作出之行為是否屬於主體之職責內，需要研究在主體方面是否有行為之瑕疵。

但仍不足夠，因為每種職能由多種特殊平衡之利益組成，故需識別履行職能之行為原理：按照職能所體現之各個層面，繼而建立可承受特定行為之歸責之組織性概念（機關）或抽象之框架（總督、司長、市政機關主席等）。還要考慮作為履行職能之一套行為與各種人物概念之連繫，即賦予其實施行為之權力。此稱為**權限**（competência）。一個機關是一個有一定權限之組織與實施行為之機關有否實施該行為之權力是一個同**職責**問題無關之問題，但可以決定行為與管制該行為（目的是實踐公共利益）之規則是否相符。

在主體方面，可提出第三個問題，但不會同上述問題混淆。可以發生：只有有一個行為或事實發生後一個機關方可作為（actuar），或相反，發生某特定事件後該機關不得再作為。例如：法律將一個行為之實施取決於另一機關之許可（autorização），或（在一般情況下）須有據位人之就任³⁶，例如行政人對其介入之行為作出迴避之情況³⁷或合議機關欠缺法定人數之情況。在全部所述的例子裏，並不包括全部可發生的情況，我們面對的某些情況是：機關享有權限，但不得作為，只要不發生法律所取決之事實（作為之積極正當化噢 legitimação positiva），或相反，因事實之發生，不可再行

³⁶ 在此確保事實公務員之狀況（關於這個概念，見 Marcello Caetano 之《行政法用書》，第 2 卷，第 643 頁及續後）。

³⁷ 見《行政程序法典》第 44 條及續後。



使該權限（消極正當化噢 *legitimação negativa*），無論如何，並非無權限之問題，而是正當化欠缺之問題。

這樣，行為與管理該行為之規範不相符可出現在職責（*atribuições*）方面、權限（*competência*）方面或作為正當化（*legitimação*）方面。結果可談及職責欠缺之瑕疵、無權限之瑕疵或欠缺作為正當化之瑕疵。當行為機關實施一行為、但並非為滿足法人職責內之利益時，即使在抽象上指其有權限實施該類行為，亦出現此屬於第一類之瑕疵情況。無權限之瑕疵是指：在無超越法人職責範圍之情況下，超越法律賦予有關機關之權力。最後，欠缺作為正當化：行為仍屬於主體職責內之行為，且無跨越機關權限之限制，但基於種種理由，不得行使這個權限。故指出，該機關為有權限機關，但不具備作為之正當性，因欠缺這方面之許可。

7.2. 客體（*objecto*）

分析行為之第二“觀點”為客體。客體指：“直接承受行為效果之實體”³⁸。在此意思上，客體指一物或一人噢承受由行為所生之法律轉變（*transformações jurídicas*）。

在客體上，有「可能性」（*possibilidade*）之問題：客體應為可能之客體（*objecto possível*）。此表示事實之可能性（*possibilidade de facto*）。欠缺人員要素之客體則為不可能（例不能委任一已死之人任公務員），又或物質基礎欠缺（例不能將一已不存在之不動產列作文物分類）。但亦可以表示法律上之可能性（*possibilidade jurídica*）。此可源自法律之內在邏輯（例：廢止一無效（*acto nulo*）或已被撤銷之行為（*acto anulado*）³⁹）。但亦可發生：這種法律上不可能源自客體之不稱當性（*inidoneidade*）噢指（不能）承受行為欲發生之效果。例如：公有財產之轉讓噢屬於不可處分之財產。客體本身屬可能，以及行為之效果在法律上亦獲承認，但這些客體（物質上屬行政人支配之範圍）不能承受這些特殊效果，但只要是同其他財產有關，則為法律秩序所承認。此所述者僅為對客體／內容關係之不承認。

³⁸ 見由Rogério Soares著之《行政法》，第263頁及續後。一如這位學者忠告般：客體（*objecto*）一詞在學理上用以表示稍後我們所稱之目的（滿足某種公共利益），或表示行為之內容，即行為引致之法律變更。廣泛之意思涉及後述之意思，見《行政程序法典》第105條第1及第2款。

³⁹ 見《行政程序法典》第120條第1款a項及b項。法律並無明示指出，但明顯屬於一個不可能之情況：不可能希望“擦除”一行為之效果（指本質上不能發生效果之行為噢無效行為（第115條第1款）或其效果已被一先前之司法判決“擦除”噢得撤銷行為）。

關於因客體之不稱當性 (por inidoneidade do objecto) 之法律上之不可能性，例如有一個行為或事實將某個狀況責歸一個客體，但該客體變成不稱當。例如可想像：接受某人參加考試，對這位投考人可實施一連串之接續行為，無論是列入成績名單內及對其作出 (可能性) 之委任。對於這些情況，同主體正當化一樣，可保留正當化這一術語。只要認為正當化必述及主體，故可指出有「客體正當化之事實」(factos legitimantes do objecto)。

這樣，除了客體之(事實或法律)不可能及不稱當性外，還須考慮正當性之欠缺 (falta de legitimação)。

7.3. 命令 (規定) (estatuição)

最後要說的是命令 (規定)。即狹意之行為：主體以法律變更為目的所作之表示 (declaração)，以便確定客體之法律狀況。

有別於上文所述，對命令 (estatuição) 元素之分析涉及識別出某些元素與這些元素突出在法律上重要之狀況，即法律秩序對表示 (declaração) 所作出之要求，以及這些要求會反映在不同的層面上。此使我們對命令之研究分成目的 (fim)、程序 (procedimento)、內容 (conteúdo) 及形式 (forma)。

關於目的 (fim)，須記起：行政行為，即命令，有意達至一種法律變更與解決某一種被識別為一種公共利益之需要。在這些元素裏，值得強調者為公共利益對行為所產生之自主及直接影響。所有行政行為，只有為一項真正之公共利益服務方具意義 (意思)。

如此，行為之前提 (pressupostos) 具有特殊之意義。換言之，被界定為法律事實或狀況之“歷史環境狀況”，一經成就 (發生)，對行政人而言表示存在一個他應服務之公共利益。然而，由於立法者在抽象層面上作為，而行政機關則在具體層面上作為，須區分：假設之前提 (pressupostos hipotéticos) 及現實或事實之前提 (pressupostos reais ou de facto)，以便表示：藉第一種前提，立法者所作之假設要求行政人 (作出) 一個行為，即指出一種抽象之公共利益；借助第二類前提，生活之某些片段與抽象框架相符，構成一個“可塑性證據”：立法者希望被實踐之公共利益就在其中，在這個時刻內有一個滿足公共利益之需要。只有兩者在現實裏相一致，即現實前提與假設前提相一致，行政人方可行使為滿足公益狀況而設定之權限。

為此，明白到可識別出關於目的之多種瑕疵 (vícios)。行為與管制該行為之規範之不相符可體現在：假設前提欠缺之瑕疵 (falta de pressuposto hipotético) 與指絕對欠缺法律基礎之情況，行為之作出及行政人之行為純基於虛構之現實前提或欠缺這種前提。只要由立法者假定之狀況不存在或不能併入由立法者假定之狀況即屬此情況。

在程序 (procedimento) 之元素裏—此為一已學習之課題，須強調：行為之逐步形成有一個意義噢涉及其命令 (規定) (estatução) 之價值。在這個觀點上，即使否定程序具實體意思 (此為過去曾有人支持之立場)，行為之創設及發展模式並非無關重要。

當法律訂定一必要程序 (procedimento necessário) 時，必有之意思是：主要行為 (acto principal) 只有符合所有被要求之步驟及履行這些要求時方不受譴責。但當程序屬於任意性 (procedimento voluntário) 時，行政機關因應主要行為之需要而實施其他法律無要求實施之各種行為並非無關重要，因為，當實施這些行為時，正在確認一個觀點：這些行為對確定主要行為之輪廓亦十分重要。此為須考慮判斷之內容。但偶有之不相符性，在一種或另一種情況裏所產生之重要性並不相同。在首種情況下，不遵守所要求之程序環節表示不履行法律命令，故引致一種違法性 (ilegalidade)。但在任意程序裏，所強調的是：並非直接不服從立法者，而是由行政機關下令核實是否存有一個瑕疵，出現此種瑕疵是因各種元素本身有瑕疵，或因為嘗試違反程序之邏輯。在任何情況下，作為出發點的假設是：行政行為 (作為實踐公共利益之工具 (方法))，只有伴隨一個無瑕疵之程序方有作用。但我們並非借此表示這些瑕疵必決定行為不發生效果。

此表示：在這一方面，以程序為觀點對命令進行分析，可發現與法律秩序之不符性。基本上，這種瑕疵有兩類：程序瑕疵噢在必要程序內，不履行法定步驟 (trâmites)；在任意程序裏，無遵守程序之邏輯；在程序行為內之瑕疵具相當的重要性，因在任意程序內，體現出行為有瑕疵地發生效力。

關於行為之內容 (conteúdo) 噢即行為所生之法律變更，即其效力，區分羈束行為 (actos vinculados) 與自由裁量行為 (actos discricionários) 具有特別的重要性。在第一種情況下，立法者並不限於向行政人指出公共利益，亦指出立法者希望見到之行為，即約束行政人實施一個具某特定內容之行為。在此種假設情況下，即羈束情況下，由立法者本人訂立行為內容與目的之關係，為此，內容之瑕疵之重要性作用不大；所針對者乃行政人用有別於立法者所定之方式而作為。

但關於自由裁量行為，或更正確言之，關於行為之自由裁量部分⁴⁰，立法者要求行政人享有 (以較大或較少程度) 選定其認為更利於公共利益之

⁴⁰ 請筆記：在澳門現行體系內，一如在大陸法系內般，行政行為之典型內容為行政機關只可採用已預定之行為模式。為此，自由裁量體現在選擇將實施之行為噢在此情況下，有關效果將按法律特定的模式而發展，或給行為之特定內容增加特殊條款噢有助於劃定最後之內容，但不影響內容之特定部份 (見在註腳 4 引述之 Rogério Soares 之作品，第 281 頁及第 283 頁)。



內容之可能性。現在的要求是：除了法律內容外，行為之內容須理智及可能。似乎很明顯，法律秩序並不認同不能實現之要求或不能實現之目的⁴¹。相反，（法律）要求這些目的為適法（lícito）⁴²。

在自由裁量行為方面，上文所述之合理性（恰當性）（mérito）之瑕疵具有特殊的重要性。在這方面，有別於羈束行為（actos vinculados），決定（自由裁量）內容與（羈束）目的（fim）之關係的是行政人。

如何進行？首先，衡量出現問題之公共利益之真正意義，以及識別組成公共利益之各種利益；之後將這些利益按其滿足公共利益之優先順序排列。在此我們再次觸及原因（motivos）之概念。即行政人所承擔、並經適當考慮之利益喚作為找到行為內容之決定性因素。可以發生：所援引之原因不存在或與現實利益不相符；亦可發生：原因不協調或涉及思維之錯誤，故不構成所選擇之內容之理由。這樣，假動機（motivação falsa）或在動機上欠缺連繫，皆屬於自由裁量內容之瑕疵。此為在司法方面可受監督之瑕疵，因並無決定對解決方案之正確性之監督（行為之合理性（恰當性）（mérito），亦非監督行政人所作之衡量，僅限於指出行政人無適當地識別各種利益喚組成該公共利益狀況之各種利益（在第一種情況下），或在第二種情況下，引致作出決定之程序本身犯有瑕疵。在任何情況下，仍是對目的之合法性（legalidade do fim）之監督⁴³。

最後，須注意：這是一個選擇及處理原因（arrumação dos vícios）之問題，在這方面，意思瑕疵（vício da vontade）亦可有重要性。在故意（dolo）之情況下，行政人刻意選擇有別於法定目的⁴⁴所要求之內容作為其行為之原因（motivo）；錯誤（erro）喚行政人錯誤地認識某些原因，深信這些原因同法定目的有關；還有脅迫（coacção）⁴⁵。

最後，關於形式（forma）喚指行政行為外顯之模式（ROGÉRIO SOARES）⁴⁶。

⁴¹ 例如：在一項特許（批給）（concessão）內詳述特許甚麼，又或將軍事權力授予一私人（見曾引述之 Rogério Soares 之作品，第 284 頁）。

⁴² 法律秩序不能對從事一種違法之職業之資格作出承認（見曾引述之 Rogério Soares 之作品）。

⁴³ 關於這個內容，並作更廣泛之探討，見註腳 1 所述之第二部作品。

⁴⁴ 注意：傳統之“權力偏差”（desvio de poder）並不包括故意（dolo）之全部情況。為此，在這種情況裏，所主張之懲罰只是：成為行使自由裁量權之決定性原因與法律設定這些權力之目的不符。行政人考慮之目的與法定目的不符之情況皆不入此列，但這些目的並不構成決定性的原因。

⁴⁵ 當有脅迫時，應理解為必有一種違法性：在這種情況下，具特別意義者乃脅迫（行為）本身喚作為行政人非以自由決定方式作為之跡象。對於這些情況，對脅迫之法定制裁是無效（nulidade）喚見《行政程序法典》第 114 條第 2 款 e 項。

⁴⁶ 在澳門生效的一個原則，即行政行為要遵守書面形式之原則（見第 104 條第 1 及第 2 款），



嚴格言之，在這一方面可提出之問題應僅同有否遵守法定形式有關之問題。但會發生：往往法律要求實施行為之公共機關在行為內加入非顯現行為之元素，而是導自同作出該行為有關之狀況⁴⁷。在這裏有一些提示：容許將行為歸責某個主體或使介入有關行為之機關變得明確，並指出實施行為之時間及地點，指明相對人 (destinatário) 等。所述的這些內容與並非命令 (規定) (estatução) 之組成部分，但對於理解行為之價值非常重要，為此，雖不構成狹意之形式，但列入及視為形式之元素。為此，形式瑕疵並非僅指法定形式 (forma legal)，亦指法定手續 (formalidades legais)⁴⁸。

如此，當不遵守作出行為所要求之形式及其他由法律要求之手續時，亦構成形式瑕疵 (vício de forma)。形式瑕疵可體現在“法定形式之絕對欠缺” (carência absoluta de forma legal) (第114條第2款f) 或“無遵守應先遵手續” (preterição de formalidades)。

在上述法定要求中，行政行為須附有理由之說明之義務具特別的重要性⁴⁹。在遵守該義務時，行政人須指出兩個不同之聲明，其中一個同前提 (pressupostos) 有關，另一個同原因 (motivo) 有關⁵⁰。

首先，要有說明理由 (justificação)，即指出有意為之理由；透過法定前提之具體發生之指明而進行；第二方面為動機 (motivação) 與以詳述行為之內容為目的之聲明與指出視為最佳實踐公共利益之各種利益之考慮⁵¹。在此可出現之瑕疵須同欠缺說明理由之 (falta de fundamentação) 有關或同有瑕疵之理由說明 (fundamentação defeituosa) 有關與是指說明理由時含糊、不協調或不足⁵²。

但合議機關所作出之行為則例外。對於立法抉擇之批評，見由 Rogério Soares 著之《關於一個立法草案：救濟行政程序法典》(公布在《立法及司法見解雜誌》(RLJ)，第3694、3695、3699、3702、3703、3716及3720期內)。

⁴⁷ 關於這個意思，見《行政程序法典》第105條。

⁴⁸ 但留意：在學理上傳統是將關於程序之法定要求列入形式 (手續) (formalidades) 內 (見條目8)。自然地，我們不認為這是關於形式 (forma) 之問題，亦非如文本所述之廣泛意思之形成。

⁴⁹ 見《行政程序法典》第106條。意思是指無理由說明之行為構成形式瑕疵，見 Marcello Caetano 之《行政法用書》第一卷。

⁵⁰ 見註腳28所述之 Vieira de Andrade 之作品，第20頁。

⁵¹ 自然地，這種行為之相對比重因應所作出之行為是行使羈束權力或自由裁量權力而有所不同。

⁵² 關於這些術語之意思及作為說明理由之可明瞭之審議標準 (正常或合理相對人之標準)，見註腳28所述之作品，第232頁及續後。

8. 有瑕疵行為與不完全有效類型之關係。結論。

完成了關於行為結構之問題後，其中之目的是指出分析行為之各個元素及法律秩序對每個元素所作之要求，現有待作出結論，嘗試訂出行政行為瑕疵與法律秩序因應這些事件之發生而定之後果兩者間之關係，尤其是體現在行為**不完全有效**之後果。

然而，須先記起先前關於法律秩序對由行為引致之不當性所作出之反應所時述之內容：我們建議分析的這個問題並非透過先驗標準及純形式標準之盲目適用而解決，相反應以目的考慮 (considerações teleológicas) 為標準，我們主張建立之關係並非純形式之關係，相反是觀念 (意識形態) 之關係，但並非必然，而是一種趨向性之關係。在邏輯連貫性方面，我們不能不以法律為準，尤其是**得撤銷性原則** (princípio da anulabilidade)。我們不能放棄法定的解決方案，但不能拘泥於她。

上文所述之第一個結構性元素為主體。當時我們有機會指出：法律秩序之要求是針對三方面：**主體之職責** (atribuições do sujeito)，**機關之權限** (competência do órgão) 及**作為之正當化** (legitimação para agir)。後果就是：(其中)可想像之瑕疵會有：**無職責之瑕疵**，**無權限之瑕疵**及**作為正當化欠缺之瑕疵**⁵³。

關於第一類瑕疵**無職責**，通則是該行為**無效** (nulo)。在這一點內容上，我們之立場同法定解決方案相一致 (見《行政程序法典》第114條第2款b項)。但與法律相反者並非不能想像：在某些情況下，由於**職責與職責之間之相近性**及其限制之流動性，**無效** (nulidade) 可被排除，取而代之的是**得撤銷性** (anulabilidade)。

關於**無權限之瑕疵**，通則 (regra) 是僅引致**得撤銷** (anulabilidade)，這個解決方案同法定解決方案相一致，引用《行政程序法典》第116條之原則。但我們認為：對於在**地域上無權限** (incompetência territorial) 之情況，法定解決方案應是另一個：在此引用上文已述之「嚴重性及明顯性標準」，有足夠理由引用「**無效**」這個解決方案。肯定地，這個問題在澳門之重要性不大，因地域限制較少，但無論如何，我們不能不視此為對公共利益造成嚴重損害之情況，尤其是考慮到地方市政機關是以地域及居民為基礎之公共主體⁵⁴，一市政機關之一個機構可超越其權限之地域範圍，倘無

⁵³ 按照開放式個案之角度，主體瑕疵屬於無權限之瑕疵 (無職責、狹意之無權限及欠缺正當性之某些情況) 及屬於違反法律之瑕疵範圍內 (其餘欠缺正當性之情況)。關於可列入違反法律之瑕疵之名單，見註腳12所述之Freitas do Amaral之作品，第三冊，第340頁及續後。

⁵⁴ 關於葡萄牙法內之地方自治機關，見Marcello Caetano之作品，第一冊，第308頁及續後。

適時作出反應，這個行為會妨如一個有效完整之行為 (acto válido)。

關於**正當性欠缺**之瑕疵，通則是**得撤銷**(anulabilidade)。但並不排除**欠缺**作為**正當化**之嚴重之情況，例如：一合議機關無召集會議⁵⁵、或行政人無就任(而作為)，皆可引致**無效**(nulidade)之制裁。相反，有別於法律之規定(《行政程序法典》第114條第2款g項)對於機關之合議法定人數之欠缺而定之「**得撤銷**」之解決方案，我們並不反對接受。這個解決方案某種程序取材自《行政程序法典》第22條第2款噢其中將法定人數這個法定要求之根本價值作相對化的處理。

我們現在談**客體之瑕疵**(vício do objecto)。如上所述，這些瑕疵可以是**客體不可能**(impossibilidade do objecto)，**無稱當性**(falta de idoneidade)及**無正當化**(falta de legitimação)⁵⁶。

關於**客體不可能**，我們與立法者意見一致(見《行政程序法典》第114條第2款c項)，即通則是行為**得撤銷**。其他情況則本質上屬無效(FREITAS DO AMARAL 學者)，即“基於法律邏輯；行為不得不是無效”⁵⁷。

關於其他行為，無稱當性或無正當化，通則是該行為應是**得撤銷**。

現在有待看看**命令(規定)**(estatuição) **瑕疵**，按接近傳統學理之見解，我們可作以下的分析：**實質瑕疵**(vícios substanciais) 噢指關於**目的及內容**之瑕疵，**形式瑕疵**(vícios formais) 噢此概念包括**程序瑕疵**及**狹意之形式瑕疵**。

關於**目的之瑕疵**(vícios relativos ao fim)，須先留意：只在**羈束行為**方面具有重要性。關於**自由裁量行為**，前提欠缺之重要性投影在「**內容與目的**」之關係上，只在對行為之內容構成影響方面具重要性(動機變形)。當自由裁量出現在前提部份，我們面對一種不當內容(conteúdo ilegítimo)之情況。

作出這點補充後，我們指出：關於行為**目的之瑕疵**僅限於前提之欠缺。在假定前提欠缺之情況下噢則行為欠缺法定基礎，行為之作出及行政人之作為基於虛構或欠缺現實前提，只要立法者所定之狀況不存在或所主張之具體前提不能併入所假定之狀況內，在此兩類情況下，**不完全有效**之類別通則是**得撤銷**(anulabilidade)。

在關於**內容**(conteúdo)之瑕疵方面，須先指出體現在**不可能性**(impossibilidade)及**不法性**(ilicitude)方面之瑕疵，在此情況下通則是該行

⁵⁵ 但須留意《行政程序法典》第21條之規定。

⁵⁶ 或按照傳統之角度，屬於違反法律。但須留意：學理並無在客體方面作個別化，但客體不能之瑕疵則例外。

⁵⁷ 見引述之作品，第三冊，第333頁。

為無效 (nulidade)。關於其他情況，須指出的是關於自由裁量內容之瑕疵：體現在對出現問題之利益作了一種有瑕疵之識別或衡量，原則上此引致得撤銷⁵⁸。

在結束之前，我們看看**形式瑕疵** (vícios formais)。首先考慮到在今日的葡萄牙學理內，在那些無遵守手續、但不阻止實現預期目的之情況下⁵⁹，出現一個將**主要形式** (formas essenciais) 降格為**非主要形式** (formas não essenciais) 之運動，同時接受：主要形式之目的是保障私人或「良政」(boa administração)，有人認為，倘能確保這兩個目的中之任何一個，對具完整有效內容之行為視為**不完全有效毫無意思**(特別是在欠缺具羈束內容之行為之情況下)⁶⁰。

我們所述是關於**程序之瑕疵**。第一個可想像之可能性是作出一個行為，但事先未經有關程序，尤其是法律要求之程序，或者本質上不應排除之程序。在這些情況下，有人認為適當之制裁是該行為**無效** (nulidade)。這個解決方案似乎得到法律之支持，最低限度得到某個學理的支持⁶¹ 噢例：**絕對欠缺法定形式**之情況。

之後，須考慮**程序之瑕疵** (vícios do procedimento)：性質可為非常多，為此在決定較適當之制裁之界限時有較大之困難。這樣，倘通則必是得**撤銷性** (anulabilidade) (例：欠缺法律強制性要求之一個程序行為)，並不排除嚴重損害公益之狀況，為此，應以**無效** (nulidade) 加以制裁 (例：欠缺對私人之聽取之嚴重情況⁶²)。但亦不排除通則之例外情況：為此可以發生：考慮到對公益損害之輕微性，一程序行為之欠缺可僅引致一種“**不規則**” (irregularidade) 之情況。

在關於**程序之瑕疵**方面，須指出在程序行為內之瑕疵，例：發現有一個不規則的評審或一個有瑕疵之衡量。在此情況下，瑕疵本身無自主的重要性，僅對行為造成影響方具有重要性。一般程序行為 (尤其是預備行為 (actos preparatórios)) 之目的是使行政管理人有作出最後決定所需之全部元素 (elementos)，可以發生的事情是：瑕疵具有決定性的作用，或無任何重要性。在任何情況下，受制裁者並非程序行為內之瑕疵 (vício no acto do

⁵⁸ 行為之自由裁量內容之瑕疵並不限於傳統之“權力偏差” (desvio do poder)。

⁵⁹ 關於這個程序，見 Vieira de Andrade 之作品，第 306 頁及續後。

⁶⁰ 見在註腳 16 所述之 Sérvulo Correia 之作品，第 386 頁。

⁶¹ 見由 Esteves de Oliveira, Pedro Gonçalves, Pacheco de Amorim 合著之《行政程序法典評釋》，第二卷，Almedina，1995 年，對第 133 條之註釋，第 157 頁。

⁶² 在這種情況下，我們是否面對一個“法定形式絕對欠缺”之瑕疵，仍存有疑問，但註腳 61 所述之作者持相反的意見。



procedimento)，而是在最後行為上所出現之反射（reflexos）。

現只剩下關於**形式瑕疵**之問題。須記起：可以是**法定形式之絕對欠缺及手續之欠缺**（preterição de formalidades）。

關於第一種情況，通則是**無效**（nulidade），在這點內容上我們與法律一致（見《行政程序法典》第114條第2款f項），亦與學理一致。在這方面出現之困難（性質不同）是：那類瑕疵可列入此範圍內。除了（所述之）程序之**絕對欠缺之瑕疵**及嚴重不遵守程序之手續（我們在其他地方探討）外，似乎亦包括：**不遵守莊嚴之形式**（não acatamento de forma solene）噢屬於法律強制要求之形式；對部份學理來說，其中亦包括：非屬依職權之行為在事先無人提出申請之情況下作出，合議機關在正式會議以外、或非正式會議或同類情況下所作之行為⁶³。

關於其他瑕疵，可導致得**撤銷**或構成一般之“**不規則性**”，對行為效果之發生無影響。屬於這種假設情況的有：無提及《行政程序法典》第105條所要求之引述，同樣地，違反**說明理由**之義務（第106條）。關於後述之情況，須緊記兩點內容：第一，屬於一個形式義務噢指明作出具某種內容之行為（與現實相符之內容），但不屬於形式瑕疵；第二點：**說明理由**（fundamentação）時所持之理由為不足、含糊及不協調等同於**無說明理由**⁶⁴。在任一情況下，通則是得**撤銷**（anulabilidade）。

⁶³ 見第157頁。

⁶⁴ 已被廢止之《行政行為制度》第8條第2款之意思十分明確。