

澳門特區行政法規制定權限爭議及其解決

常 滸*

圍繞澳門特區行政法規制定權限的爭議，歷經 3 年多的研究辯論，終於隨着第 13/2009 號法律即《關於訂定內部規範的法律制度》(2009 年 7 月 14 日獲立法會通過、7 月 15 日獲行政長官簽署公佈)的制定而告一段落。回溯爭議的緣起，探究個中的事實和法律背景，發掘爭議的核心焦點，分析規範的法理依據，並最終豐富和發展澳門法律的相關基本理論，前瞻未來可能發展的前景，顯然具有強烈的現實意義和重要的理論價值。

一、有關行政法規制定權限爭議的演進過程

澳門特區行政長官依照基本法第 50 條第 1 款第(5)項有關行政長官有權“制定行政法規並頒佈執行”的規定，自特區成立至 2006 年年中，先後頒行了約 230 項涉及廣泛事務的行政法規。2006 年 4 月至 2008 年中，澳門特區司法機關先後多次就上述行政法規中的個別內容做出判決，認定有關法規因僭越立法權限制定而無效。由此，圍繞行政法規制定權限的爭議成爲涉及澳門特區政治體制的重大且不容回避的課題。

(一) 若干司法判決涉及的權限爭議

1. 2006 年 4 月 27 日，澳門特區中級法院就兩名在澳逾期居留的外籍工程師因保安司司長張國華根據《禁止非法工作章程》(第 17/2004 號行政法規)規定所作處罰提起的行政訴訟，以 2:1 的合議庭表決結果判決認定，有關處罰所依據的行政法規，行政長官在制定時並未取得特區法律的授權，且不屬於政府行政權限範圍，因而抵觸基本法，該行政法規違法而無效。¹

2. 同年 7 月 20 日，澳門特區中級法院就兩名在澳因辦理投資移民取得臨時居留的內地居民，起訴經

濟財政司司長譚伯源根據《禁止非法工作章程》(第 17/2004 號行政法規)決定因其在臨時居留期間在自己店鋪內工作而給予罰款並取消其投資移民資格的行政決定違法，以 2:1 的合議庭表決判決認定，有關處罰所依據的行政法規，未經立法會事先具體授權而越權制定，屬違法無效。²

3. 同年 10 月中旬，澳門特區行政法院就一名澳門居民因財政局稅務執行處以稅務執行情序向其追收民政總署依據《公共地方總規章》(第 28/2004 號行政法規)對其罰款而提起的訴訟，判決認定依據中級法院判決所確立的原則，未經法律授權、超越政府行政權限範圍而設定財產處罰的行政法規違反基本法，宣告該法規屬於越權制定而無效，不能適用於該案作爲處罰依據，決定撤銷該行政處罰行爲並終止所涉的稅務執行情序。³

4. 該年 11 月 9 日，澳門中級法院再就若干現職警員針對保安司司長張國華依據《澳門保安部隊軍事化人員通則》(曾被第 9/2004 號行政法規修訂)駁回其對調整對其公職服務開始時間計算的方式不服的訴願所提行政訴訟的 8 個案件，分別作出合議庭裁決。裁決認爲，鑒於回歸前澳門總督制訂的法令和立法會制定的法律屬於同一效力層次，回歸後行政長官制定的行政法規比法律效力層次爲低，行政長官無權以行政法規形式修改原以法令形式制定的《澳門保安部隊軍事化人員通則》，相關法規屬於抵觸基本法而無效。⁴

在多個判決中，法官們根據對《澳門基本法》相關條文的理解，提出的核心理據主要是：①立法會是特區惟一的立法機關，行政長官不享有立法權。②行政長官有權制定行政法規，但行政法規的效力低於法律，且不能和法律相抵觸；行政法規只能作爲執行立法會制定法律的細則性規範，或在取得立法會授權條件下，或在政府行政管理職權的範圍內制定。③行政

* 專業法律工作者

法規不得涉及增加民間社會在金錢或人身上負擔的事項，不具有設定行政處罰的權限。^④行政法規的位階低於法律，故不能用以修改回歸後作為澳門原有法律保留的原與法律具有同等效力的法令。

（二）澳門法律學界對此爭議的看法分歧

短時間內，澳門法院接二連三頻繁作出否定行政法規效力的司法判決，必然對澳門特區政府施政帶來很大衝擊，也引發社會各界的普遍關注。更為複雜的是，澳門法律界對相關問題眾說紛紜，公開的激烈爭論集中於關於澳門特區立法權誰屬、行政長官制定行政法規的權限屬於立法還是行政性質、澳門特區立法體制是否存在雙軌並行的情況、法律和行政法規之間應有怎樣的效力位階關係和權限劃分等理論問題；在其背後所隱藏的更為複雜的現實問題主要是：行政長官制定行政法規應該遵循怎樣的規範，行政長官是否具有獨立於立法會立法權之外的制定行政法規權，對已經制定的大量行政法規效力該如何認定，修改回歸前由總督制定的法令該適用怎樣的程序，立法會對制定行政法規應否並怎樣行使監督權，等等。

對相關法院判決提出商榷意見的觀點，集中於闡釋下述主要理由：①立法會制定法律和行政長官制定行政法規，都直接以基本法的相關規定作為根據，基本法並未規定兩者的效力關係，不能依簡單邏輯或內地制度把行政法規推定為效力低於法律，聲稱行政法規的制定必須依據既定的法律並完全從屬於法律且不能與法律相抵觸，缺乏明確的法律依據。行政長官制定的行政法規和立法會制定的法律之間沒有依從關係，不存在效力高低的關係。②行政長官制定行政法規與立法會制定法律一樣，其權力同樣來源於基本法的規定，屬於一項獨立的立法權。考慮到立法具有廣義和狹義的不同含義，不可簡單稱特區實行的是單軌立法，應承認特區仍事實上存在上述兩種並行的雙軌立法體制，行政長官也行使相應的廣義立法權。③行政長官制定的行政法規，效力上至少等同於回歸前澳門總督制定的而回歸後作為原有法律保留適用的法令，因此對這些法令，自然可由行政法規來加以修訂。④澳門實行以行政為主導的政治體制，行政長官具有地區首長和地區行政首長的雙重身份和職權，行政長官主導澳門特區事務的方法之一是制定行政法規，因此行政長官制定行政法規的權限不受法律限制。他們所提出的證據包括，對基本法第 2 條和第 17 條授權特區立法的理解、葡萄牙和法國有關行政機關行使部分立法權的法律學說和實踐情況、澳門回歸前總督和立

法會共同行使立法權等體制實況等。⁵

對上述商榷意見進一步提出反駁觀點者認為：①根據基本法第 67 條和第 71 條(1)項，澳門特區立法會是澳門特區的立法機關，有權制定、修改、暫停實施和廢除法律，沒有規定其他機構可以行使立法權自行制定法律。這說明立法會所享有的立法權是惟一且完全的獨立權屬，其他任何機構制定公共規範的權力都服從立法並以立法為根據，不得與立法相抵觸。②行政長官職權不限於行政權，但也不宜無限擴充，設想行政長官可以代替立法會制定法律或在立法會立法之外另搞一套行政法規體系，都是不妥當的。將行政長官制定行政法規的權力完全等同於回歸前澳門總督制定法令的權力，混淆了兩者的權力性質和規範自身的法律地位，表面上擴大了行政長官的職權，實際上缺乏依法施政的根本邏輯，不利於維護行政長官的權威。③行政法規效力不能等同於法律，否則倘凡是行政長官自行制定行政法規即可確立規範，就會架空立法會的立法權力，同時也會使得立法會通過法律後必須報全國人大常委會備案的機制歸於無效，反而會形成不受中央和特區任何權力監督制約的獨特權力，是與《澳門基本法》所確立的行政主導下的行政與立法互相制約又互相配合的政治體制根本原則不相符合的。④澳門回歸前澳葡體制下的雙軌立法體制，不能用以解釋和規制回歸後特別行政區依據基本法建立起的新型立法體制，後者帶來的歷史性轉變中存在着前者特定的制度軌跡，如必須明確處理保留適用的原有澳督頒佈的法令的相關程序制度等，但確有必要按照基本法制定者(全國人民代表大會)所熟悉的內地一元多層的立法體制的理論來解釋基本法的相關規定，從而確立起特區內部法律和行政法規的恰當制度關係。⁶

（三）特區各方面為解決爭議所做的前期努力

1. 圍繞行政法規制定權限的爭議公開化後，特區政府作為當事方，立即連續針對相關判決提出上訴意見，在細緻闡述一些技術性理據的同時，也就制定行政法規的法律意義做了大量闡述，據瞭解相關意見包括：一是主張政府應分享立法權或行使獨立原始的制規權與立法權並存，以滿足現代社會發展迅速的需要。二是基本法所創設的立法體制，雖未採納原來澳葡時代的雙軌立法體制，但在組織和實質意義上看，規定行政長官具有制定行政法規的權力，取代或起碼在某些領域取代了以往法令的地位和作用。三是有學說認為，制定行政法規屬於獨立、原始的制規權，所形成的是與補充性、執行性規章所不同的獨立性規

章，因而無須事先取得法律的授權。四是認為基本法內無任何規定禁止制定獨立規章，也無明文規定行政法規必須從屬於特定法律。基本法內提到“依法”、“依據法律”、“以法律保護”、“通過法律”等表述處所提才是狹義法律，除此之外的事項行政長官都有權自行制定行政法規。

特區政府還多次公開概括表明自身的原則立場。認為行政長官制定並頒佈執行行政法規的職權，直接源於基本法的規定。基本法沒有列明法律和行政法規各自的權限範圍，故要從基本法關於特區政治體制的總體規定，特別是行政長官為核心的“行政主導”政治模式出發，去理解行政法規的地位和價值。⁷

2. 2007年7月18日，澳門特區終審法院就第28/2006號案件(即特區政府就中級法院對223/2005號案件判決的上訴案)作出判決，撤銷中級法院2006年4月27日判決，並發還中級法院重新審理。終審法院在具體闡述判決理據時，認定“在基本法規定保留以法律規定的事項以外以及不違反法律優先原則(行政法規不得違反高位階的法律規範，尤其是基本法和法律，也不得違反包括行政法一般原則在內的法律一般原則)的情況下，行政長官可謹以基本法為依據核准行政法規。”。終審法院首先專門就“法院對法律是否符合基本法作審查”的權力來源作出論述。認為“法院的這項權力來自對基本法中多項規範的聯合解釋”；接着判決集中論述了特區行政長官具有在沒有預先授權法律的情況下制定獨立行政法規權力的觀點，引證了中國憲法和立法法有關行政法規既可根據法律制定(為執行性行政法規)又可根據國務院行政管理職權制定(為獨立創制性法規)的情況(認為憲法是基本法的立法依據，基本法在許多方面受到憲法理論的影響。《澳門基本法》有關立法機關及其職權、制定行政法規的主體等規定是一致的，判決必須考慮憲法中有關行政法規與法律之間關係的規定、理論和實踐等)，考察了葡萄牙政府可以制定法令並與議會共享立法權的情況和澳葡管治時期雙軌立法的情況(認為這些規範與目前制度在法理上是相通的)，最終認定行政長官雖沒有立法權，但可以制定獨立行政法規的結論。判決還進一步指出，除基本法外，立法會制定的法律在特區法規體系中處於最高位階，行政法規不能違反基本法和特區法律，也不得違反包括行政法原則在內的法律一般原則；基本法有些條文如第6、29、40、84、90條明確規定某些事項屬於法律保留事項，應由法律規定，行政長官和特區政府無權予以規範，但立法會的職權不僅限於這些事項，即使是政府政策

方面的事項，立法會也有權立法；行政長官在基本法規定的法律保留事項之外和不違反法律優先原則的情況下，可僅以基本法為依據制定行政法規，包括沒有任何法律(除基本法外)具體授權的獨立行政法規。⁸

然而，同年12月13日，澳門特區中級法院再度審理遭終審法院判決發還的第223/2005號案件並重新作出裁判、堅持認為行政長官的制定行政法規必須在法律劃定的框架內行使，“《基本法》的原意是行政長官無權制定獨立的創設性行政法規”。裁判書分別以“僅可在同一現行法律體系下進行類推適用”、“公權機構權力權限法定原則、法無明示者不為權”等理據，駁斥終審法院以類推內地及法國的法制觀念以作“適用”根據的觀點，認為不可從基本法沒有明文規定行政法規不能設定針對個人的義務或限制這點，而得出行政長官亦可制定獨立行政法規的結論。裁判書又進一步提出，終審法院相關裁判中所持的法律觀點，已觸及澳門特別行政區的政制與中央與特區關係等問題，而根據《澳門基本法》第144條，澳門特區任何權力機關均無自行更改本地政制的權力。終審法院在對《澳門基本法》第50條第(5)項所定的行政長官制定行政法規權力的條文進行解釋時，似乎已在解釋一條本質上非屬澳門特別行政區自治範圍內的條款，理應在提出前提請全國人大常委會釋法。而終審法院上述的法律解釋，似乎已實質改動了基本法所定的現行澳門政制中有關立法會與行政長官之間在制定法律規範上的權力分配和制約模式，因此終審法院在定出是次法律解釋結果之前，似乎應遵照《澳門基本法》第143條的規定，提請全國人民代表大會常務委員會就基本法中有關行政長官制定行政法規權的條款釋法。⁹

儘管出現司法見解上的明顯分歧，其後特區終審法院又曾作出一系列判決，以技術理由否定中級法院的相關判決，維持相關行政法規的適用效力。¹⁰ 澳門特區終審法院的判決，核心是提出特區行政長官具有在沒有預先法律授權的情況下制定獨立行政法規權力的觀點，為解決相關爭議提供了一個具體的思路，有利於詮釋和鞏固行政長官制定行政法規的合法性和合理性。儘管這種說明有某種程度的牽強，特別是整個判決奠基於該法院自我宣稱“特區法院行使違憲審查權有充分的基本法依據和事實依據”，又牽扯出在基本法沒有明確授權規定的情況下，特區是否有權自行主張行使違憲審查權的複雜問題¹¹，但判決所形成的思路方向對縮窄乃至解決問題大有助益。

3. 面對相互矛盾的司法判決難以達致定紛止爭

的困局，許多有識之士提出眾多解決問題的思路建議，集中起來是兩類可供選擇的方案：其一，由特區行政長官向中央政府提出釋法請求，由全國人大常委會行使基本法解釋權釐清相關規則；其二，制定特區的立法法，自行劃定特區立法會制定法律和行政長官頒佈行政法規的權限，並設立相關制度。在後一方案中，又有主張特區立法必須首先取得全國人大常委會的專門授權和特區可以自主自行立法等不同主張。¹²

產生上述解決思路建議的共同認知，是認為上述權限之爭，屬於特區政治體制的重要內容，涉及到行政長官、立法會、特區司法機關之間權力的設定、劃分和相互關係，單純依賴純粹的政治運作（無論是積極的爭奪還是消極的忍讓）難以形成共同的規則，必須通過立法創制互認的法律秩序才能得以徹底解決。出現兩種解決思路的分歧，在於對權限爭議的性質有不同的認識，有意見認為事涉澳門政治體制的核心內容，特區無權自行立法解決，另有意見認為澳門特區可根據基本法的相關規定自行處理該等問題。

主張通過全國人大常委會解釋基本法或由全國人大常委會授權特區自行立法來解決紛爭的原因，是基於對澳門特區能否自行立法解決行政長官和立法會權限衝突一事存有疑問。理由是：基本法是授權法，基本法開宗明義述明全國人民代表大會授權澳門特別行政區依照本法的規定實行高度自治，享有行政權、立法權、獨立的司法權和終審權（第 2 條），並具體說明權限的核心內容（第 16、17、19、50、64、71、82、90 條等），各機關的權限來自基本法的授權，作為政治體制核心內容的權限劃分當然屬於中央事權，特區內部任何機構都無權規定憲制問題。特區行政、立法、司法機關各享有甚麼權力，其邊界在何處，只能由基本法來規定；如果規定有不清楚之處，只能由基本法所規定的享有解釋權的全國人大常委會來負責解釋，特區不能代替中央“立規”，除非得到中央的明示許可。

主張澳門特區可以自主自行立法的理由是：涉及特區政治體制的事項有大小輕重之分，明確行政長官制定行政法規和立法會制定法律之間的特定規則，雖然涉及政治體制的某些事項，但本質上屬於執行基本法的具體事項。此類事項是該屬於中央管理的事務或中央和特區關係的事務，還是該屬於特區高度自治範圍內的事務，可謂仁者見仁智者見智。倘能夠由全國人大常委會做出立法解釋或者對特區自行立法加以授權，固然是上策，但也不排除特區可以發揮積極性、主動性，自行展開立法，解決其中一些相對具體的技術規則問題。同時，從政治層面考慮，全國人大常委

會迄今沒有就《澳門基本法》展開過任何“釋法”行動，就此“釋法”恐對特區政府產生壓力，對社會造成震動，故以採取特區內部解決方式為宜。

（四）特區立法會就相關事務立法的過程

1. 《關於法律與行政法規的規定》的擬定和審議

2007 年 7 月底，澳門特區政府向立法會提交《關於法律與行政法規的規定》法案。該法案僅有簡單的六個條文，沒有就特區立法會制定法律和行政長官頒佈行政法規的全部相關制度提供規範，未涉及行政長官和立法會在立法事務上的實質分權，而僅集中就當前存在嚴重爭議而亟待解決的問題作出原則界定，顯然是旨在立足於特區高度自治權限範圍內自行解決相關問題。特區政府在推介法案時一再申明：該法不是分權法，純粹是為落實基本法賦予立法會立法權和賦予行政長官制定及頒佈行政法規的權限。此舉顯然是基於主張特區自主立法的上述第二種分析判斷，其用心良苦當為各方所不同程度的理解，從此，解決行政法規制定權限的立法工作公開進入實質性操作階段。

2007 年 8 月 3 日，澳門特區政府向立法會引介《關於法律和行政法規的規定》法案，法案所包括的有關標的、位階、法律、行政法規、法令和生效的規定，以內容簡明扼要為鮮明特徵。一是明確法律的主旨是落實基本法關於制定法律和行政法規的規定，表明內容僅涉制定本身，並不涉及整體立法制度特別是行政長官和立法會在立法權限上的劃定；二是規定“如法律與行政法規就同一事項有不同規定的，須適用法律規定，即使行政法規的生效後於法律”。刻意回避就法律和行政法規位階和效力關係做直接規定；三是明確立法會依據《澳門基本法》第 71 條第(1)項行使立法權，涉及居民基本權利和自由的限制等 10 項範疇“應以法律規定”，實際上是承認立法會擁有全面立法權，並劃定嚴格保留予立法會必須由其以法律加以調整而不得由行政長官以行政法規來“立規”的事項範圍；四是明確行政長官根據《澳門基本法》第 50 條第(5)項制定行政法規，對“制定及執行政策、管理各項公共事務的制度和辦法、公共部門的設立、調整和撤銷、行政違法行為和有關處罰和不屬於上條規定的其他事項”共 5 個概括性範疇“作出獨立規定”，還可“就法律的執行或補足事項作出規定”，這就首次在立法中出現獨立行政法規的分類並明確其適用範圍，在廣泛的行政法規制定權限範疇中突出就特定 5 個範疇明確可由行政法規“作出獨立規定”；五是就法令修改的方法作出明確限定，除“應由法律規定”者

“須透過法律為之”外，均“透過行政法規為之”。¹³

儘管上述法案迅即於同年8月10日，以22票贊成、3票反對獲得特區立法會一般性審議通過，但當日和其後的立法會審議提出了大量質疑和反對意見。除有關特區政府草擬法案過程中諮詢各界意見不足等程序性問題外，實質性的異議概括起來主要是：①在專條規定10項必須由立法會制定法律調整的立法會“保留權限”的同時，又專條規定可由行政法規“做出獨立規定”的5個事項範疇，讓人理解後者將屬於行政法規的“保留權限”，尤其是後者內容較為空泛，引發對是否會限制立法會立法權等的擔心。②雖然在特區政府有關法案理由陳述中說“行政法規與基本法之間存在直接的效力關係。”“行政法規不得與基本法相抵觸，也不能違反特區法律的規定。”¹⁴ 陳麗敏司長的即時答覆也承認“法律的位階是高於任何一個行政法規”並“明確了法律優先原則”¹⁵，但相關內容在法案中表述並不清晰。③賦予行政長官制定行政法規事項中的第(5)項“不屬於上條規定的其他事項”，是個開放性列舉，事實上可以範圍甚廣，該由誰的判斷作準，會否是變相的預簽空頭支票，是否會導致行政和立法爭權？¹⁶

隨後將近一年時間，立法會第一常設委員會閉門細則性審議相關法案。在此期間也發生了若干與立法權限爭議相關的標誌性事件。一是特區政府主動修改了若干內容存在與所提交法案不相符問題的法律，其中最典型的是於2008年2月提案《廢止在經濟局範圍內有關刑事警察當局及刑事警察機關身份的法律規定》，糾正了2003年特區政府以第15/2003號行政法規修訂第27/99/M號法令事涉刑事制度方面規定的錯誤。¹⁷ 二是2008年5月到9月，立法會審議特區政府有關修訂《澳門特區立法會選舉法》過程中，針對政府提案就原法中有關議員在刑事訴訟乃至刑事調查程序中享有豁免權規定做出的調整，立法會部分議員提出質疑，並表達了對《議員章程》相關規定只能由立法會自行提案修改的看法，立法會專責委員會意見書甚至指出，“在立法會審議期間，政府承認《議員章程》的內容屬立法會專屬權限，只有這個政治機關才有提案權”。¹⁸ 而此前澳門特區有關官員曾多次重申，《澳門基本法》第77條第2款所規定的立法會自行制定議事規則，僅指現行以立法會決議形式通過《立法會議事規則》，不能包括以法律形式制定的其他有關立法會制度的法律規範，後者屬於基本法第75規定的屬於政府專屬提案的內容。¹⁹ 由此，圍繞立法會自行制定議事規則權限和特區政府就政治體制事項享有專

屬提案權的界定問題，凸顯為爭論的焦點議題。三是在2008年下半年開始，立法會先後通過了一連串由議員聯名提案的法律，包括第10/2008號法律《修改立法會會期的開始日》、第13/2008號法律《修改第3/2000號法律〈立法會立法屆及議員章程〉》、第14/2008號法律《修改〈澳門特別行政區立法會組織法〉》、第15/2008號法律《修改第2/93/M號法律〈集會權及示威權〉》、第1/2009號法律《增加第21/88/M號法律〈法律和法院的運用〉的條文》和第12/2009法律《修改第3/2000號法律〈立法會立法屆及議員章程〉》等共6部法律，其中僅《立法會立法屆及議員章程》在一年內就修訂兩次，其中不乏調整議員薪酬和福利待遇、增加立法會輔助部門人員編制和待遇等敏感事項。²⁰ 據查，從特區建立到2008年上半年，立法會通過的約110件法律中，由議員自行提案者不超過10個，此後短短一年間有如此集中的情況，頗讓人產生“項莊舞劍意在沛公”的聯想。

2. 《關於訂定內部規範淵源的法律制度》法案的提出

2008年10月底，曾有一作為立法會內部工作文本而題名為《關於訂定內部規範淵源的法律制度》的法案納入研究視野。該文本將特區內部規範淵源區分為由立法會制定的法律、基本制度的法律和原則性法律，由行政長官制定的獨立行政法規、補充性行政法規和執行性行政法規，並分別將該6類規範分別涉及的事項做出界定；明確獨立行政法規得就法律沒有規範的事宜設定初始性的規範，並具體列舉了其將適用的多種情況；將必須由立法會以法律形式予以規範的事項從原來的10類大幅度擴展；明確議員就制定立法會議員章程和立法會輔助部門的組織、運作、人員及其行政、財政和財產的法律制度享有專屬提案權；提出修改法令的權限劃分和修改各類規範的法定格式；並提出了處理已生效各類規範的過渡性處理辦法。很顯然，把法律和行政法規各分三類的相關概念甚不清晰且很難實際操作，有關專屬提案權的規定從字面上就與《澳門基本法》第75和77條的規定不相一致，但該文本所表達的立法取向和政策建議乃至行文方法，顯然得到包括特區政府在內的各方面高度重視。

2009年4月31日、5月15日、5月26日和6月8日，特區政府根據立法會細則性審議的結果，先後向立法會提出4份題為《關於訂定內部規範的法律制度》的修訂案。這4份修訂案都共9條，主要內容是：①明確立法的標的和目的，在於界定立法會的法律、行政長官的獨立行政法規和補充性行政法規分別予以規範

的事項範圍；②明確法律、獨立和補充性行政法規和其他內部規範性文件位階和效力規則；明確必須由法律予以規範的 19 項領域、得以獨立行政法規訂定的 7 項範疇；明確法令修改規則和已公佈行政法規在未被修改前繼續生效的規則。立法會第一常設委員會就此多番開會，連續對法案內容進行分析研究，一致認為法案明確“立法權限僅屬立法會”，又“透過法律正式承認獨立行政法規的地位”，“是個平衡、合理和適當的方案，亦符合立法會與政府各自應有的權力範圍，是恪守基本法並對其進行具體細化的體現。”²¹ 期間，立法會和特區政府就一些條文細節問題展開研究並取得一致，如簡化了對立法標的描述，增寫了確認立法會依據基本法有權就特區自治範圍內任何事行使立法權的概括性規定，完善了有關補充性行政法規即為執行法律而訂定具體措施的表述等。

3. 《關於訂定內部規範淵源的法律制度》獲最後通過

2009 年 7 月 14 日，澳門特區立法會最終細則性逐條表決，通過了第 13/2009 號法律，即《關於訂定內部規範的法律制度》，這標誌着圍繞行政法規制定權限的爭議，得到了明確的法律規範層面上的解決，具有重要的政治和法律意義。

二、對行政法規權限爭議核心問題的若干法理分析

從澳門特區產生行政法規權限爭議的事實和法律背景，從行政法規自身性質、地位、作用的應然邏輯，做一理性的法律分析實有必要。

（一）權限爭議有其獨特的事實和法律背景

1. 基本法確立了澳門特區政治體制，但未就立法會制定法律和行政長官制定行政法規的關係直接做出細則性規定。

（1）基本法就澳門特區立法權和立法機關的規定

眾所周知，《澳門基本法》規定涉及立法權和立法機關內容的有四處，一是第 2 條：“中華人民共和國全國人民代表大會授權澳門特別行政區依照本法的規定實行高度自治，享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權。”二是第 17 條：“澳門特別行政區享有立法權。澳門特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。”三是第 18 條第 1 款，“在澳門特別行政區實行的法律為本法以

及本法第八條規定的澳門原有法律和澳門特別行政區立法機關制定的法律。”四是第四章第 3 節的 15 個條文，即第 67 至 81 條，其中最核心的是第 67 條和第 71 條第(1)項：“澳門特別行政區立法會是澳門特別行政區的立法機關”，其職責之一是“依照本法規定和法定程序制定、修改、暫停實施和廢除法律”。

有人敏銳地注意到，作為《澳門基本法》制定的政策依據，在 1987 年簽署的《中葡聯合聲明》附件一第 3 項開宗明義規定：“澳門特別行政區立法權屬澳門特別行政區立法機關。”而基本法並無重複這一規定，而以前述多個條文代之。但聯繫該多個條文的行文表述來看，“立法會”就是“立法機關”，兩者在兩份法律文件的表述中完全是通用的。因此有理由確信，基本法的制定者的立法意圖，就是明確授權澳門特區立法會行使澳門特區的立法權，這是不容置疑的，也是理解《澳門基本法》有關特區立法權和立法制度相關規定所必須首要明確的內容。

當然，指出這一點的前提是，這裏所講的立法權，是指制定作為“法律”這一特定規範形式的狹義立法權，這也是《澳門基本法》和《中葡聯合聲明》兩份法律文件一以貫之的概念界定。從這樣的邏輯出發，把廣義的制定各種公共規範包括行政法規和行政規章的權力與狹義立法權相混淆，撇開基本法本身邏輯而作擴張性解釋，從而聲稱行政長官也享有與立法會並行的“立法權”，是偷換概念的不當之舉。

筆者還注意到，《澳門基本法》第 50 條第 3 款、第 51 條、第 52 條、第 54 條的規定，表明行政長官有權簽署立法會通過的法案，公佈法律；如認為法案不符合澳門特別行政區整體利益，可在 90 日內提出書面理由並將法案發回立法會重議，立法會如以不少於全體議員 2/3 多數再次通過原案，行政長官必須在 30 日內簽署公佈，或者拒絕簽署立法會再次通過的法案及因立法會拒絕通過財政預算案或關係到特區整體利益的法案而解散立法會，但如重選的立法會仍以全體議員的 2/3 多數通過或拒絕通過所爭議的原案，行政長官必須辭職。這些規定賦予行政長官實質性簽署法案的權力，所謂實質性，一是說法案不經行政長官簽署公佈就不生效，二是指行政長官有權將法案發回重審，並以解散立法會等方式實現對立法會的制衡，當然也就可能因為與立法會形成嚴重政治分歧而被迫辭職，從而體現立法會對行政長官的制衡。澳門特區行政長官對法律簽署公佈權，與內地國家主席的形式意義上簽署公佈法律的權力性質有所差別，大致類似於美國總統制下總統對國會參眾兩院通過法案的否決權

和擱置權力。這種權力說明行政長官有權實質性參與立法事務，他的決策對立法產生重要影響。但這是否意味着行政長官和立法會分享立法權，至少一則基本法沒有這樣的明確規定，二則行政長官不能代替或直接參與到立法會的審議，而且這與主張行政長官享有立法權者所認為的行政長官制定行政法規意味着其享有立法權完全不是一個範疇。

(2) 基本法就行政法規和行政長官制定行政法規的規定

基本法規定中出現行政法規字樣共5處：一是第8條規定：“澳門原有的法律、法令、行政法規和其他規範性文件，除同本法相抵觸或經澳門特別行政區的立法機關或其他有關機關依照法定程序做出修改者外，予以保留。”二是第11條第2款規定：“澳門特別行政區的任何法律、法令、行政法規和其他規範性文件均不得同本法相抵觸。”三是第50條第(5)項的規定，行政長官行使“制定行政法規並頒佈執行”的職權。四是第58條規定，“行政長官在做出重要決策、向立法會提交法案、制定行政法規和解散立法會前，須徵詢行政會意見”。五是第64條第(5)項，特區政府行使“提出法案、議案，草擬行政法規”的職權。

這中間必須提出探討的是“行政法規”的概念。鑒於法律用語在同一部規範中應當推定完全一致，上面所提到的後四個條文中所使用的“行政法規”，應界定為澳門特區建立後用以標定特定類型規範的法定名稱，即專門代指行政長官根據基本法第50條第(5)項制定的名為“行政法規”的這一類規範。而第8條“澳門原有的法律、法令、行政法規和其他規範性文件”，所描述的是澳門回歸前的情況，而澳葡時代法律體系中並無“行政法規”這一概念，只能解釋為具有特定內涵的集合概念。當時澳督依照法律可以制定法令、訓令和批示等，而該條文明確將之與法令和其他規範性文件兩個概念並列，顯然不能做同義反覆的交叉界定，究竟怎麼理解，需要聯繫基本法的整體邏輯和其他相關規定做系統性解釋。

(3) 基本法就制定法律和行政法規規則的規定

關於特區立法權的範圍，應可參考《澳門基本法》第18條有關全國性法律“應限於有關國防、外交和其他按照本法規定不屬於澳門特別行政權自治範圍的法律”的規定，明確澳門特區立法機關可以就基本法授予特區自治範圍內的所有事項進行立法。

關於立法會制定法律必須符合的條件，一是根據第11條第2款的規定，任何法律必須符合基本法，即便特區立法涉及特區高度自治範圍內的事務，也不得

與基本法相抵觸；二是根據第17條第3款，“不符合本法關於中央管理的事務及中央和澳門特別行政區關係的條款”即可發回使之無效的規定，特區立法不得限制、削弱或侵犯中央管理澳門的權力。三是根據第71條第(1)項，特區立法必須依照基本法的規定和法定程序，這裏既包括基本法所明示的實體性規範，也包括基本法所規定的立法程序，還包括特區自行制定法律規定的立法程序，以及以立法會決議形式規定的立法會議事規則。

關於行政長官制定行政法規必須符合的條件，一是同樣根據第11條第2款的規定，行政法規也必須符合基本法，不得與其相抵觸。二是第58條所規定的制定行政法規必須事先徵詢行政會意見的法定程序。

由此可見，我們直觀上就可以得出以下看法：第一，基本法對立法會立法權和行政長官制規權是分別加以原則性規定的，但就沒有對兩者的權限邊界和相互關係直接明瞭地做出規定。第二，基本法雖然沒有明確規定行政長官必須依據立法會立法制定行政法規，但就在50條第(2)項明確規定，行政長官“負責執行本法和依照本法適用於澳門特別行政區的其他法律”，這裏執行法律的概念，顯然不包括修改法律和與之並行另立規範的含義；第65條有關特區政府必須“執行立法會通過並以生效的法律”，顯然也意味着作為特區政府首長的行政長官負有執行法律的義務，由此推理出行政長官制定行政法規必須符合特區法律的規定應構成合理的邏輯。第三，基本法明確規定某些事項只能由特區立法會以制定法律方式加以規範，如第23條要求澳門特區禁止危害國家安全的行為“應自行立法”完成，第40條規定兩個人權公約和國際勞工公約適用於澳門的有關規定通過澳門特區的法律予以實施，澳門居民享有的權利和自由除依法規定外不得限制，第107條要求澳門特區的貨幣金融制度由法律規定，第110條要求除法律另有規定外不徵收關稅等，相關的規範就必須通過立法會制定法律的形式加以設定。第四，基本法的表述雖然沒有就法律效力高於行政法規做出直接規定，但從相關條文表述的前後次序看，固定的表述方式是法律先於行政法規而非相反，從一般法律邏輯看，法律的地位高於行政法規必定符合法治規律。

從上述基本法的規定看，有關行政法規制定權限的爭議，在基本法條文表述中雖有某些原則性的指向，但針對具體問題就很難找到完整準確的現成答案和細則規範，需要用其他途徑使之完善、豐富和發展。

2. 澳門特區自行制定的第 3/1999 號法律即《法規的公佈與格式》，對明確行政法規概念有所助益，但其後所制定行政法規的情況則可圈可點、有必要具體加以分析。

該法第 3 條和第 13 條明確將“行政法規”定義為一個單一特定概念，專門用以指行政長官根據基本法第 50 條第(5)項所制定的規範，並將之與可概括為其他規範性文件的各類其他規範包括行政命令、行政長官批示、司長批示等區別開來。從此，行政法規成為澳門法律體系中的特定類別。²² 該法是 1999 年 12 月 20 日午夜制定的重要法律之一，審議的過程相當急促，對外透露的資料也極有限。從最終結果看，早在特區籌備過程中，有關法律草擬者經過研究，決定不再使用“行政法規”的集合概念，而將之專用化、類別化，特指行政長官制定的專門類別的規範性文件。將“行政法規”和法律、立法會決議、特區對外簽訂的國際協議等並列，成為法定格式的法規名稱。但該法僅解決法規的格式和公佈方式等程序問題，對於行政長官應根據甚麼法律原則和規則制定行政法規、在哪些領域才有權制定行政法規、制定行政法規不能涉及哪些事項權限等，並無清晰的法律規定。

從特區建立到 2006 年上半年這 6 年半期間，澳門特區行政長官共制定了約 230 個行政法規，其中 1999 年 12 個，2000 年 29 個，2001 年 35 個，2002 年 36 個，2003 年 41 個，2004 年 42 個，2005 年 25 個，2006 年上半年約 10 多個。這些行政法規不僅數量多，是同期立法會所制定 92 個法律的兩倍半，而且涉及的事項非常廣泛，則其要者大致分類如下：

一是關於實施基本法或特定法律的細則規範。包括《訂定中央人民政府駐澳機構》、《保留土地供中央人民政府駐澳門特別行政區聯絡辦公室使用》、《設置軍事禁區》、《保留土地供中國人民解放軍駐澳門部隊使用》、《訂定對中國人民解放軍駐澳門部隊的軍事設施所作的行政違法行為的處罰制度》、《制定〈行政會委員通則〉》、《制定〈行政會章程〉》、《初級法院法庭的設立及轉換》、《訂定關於國旗、國徽及區旗、區徽的懸掛及展示的規則》、《制定〈澳門特別行政區居留權證明書發出規章〉》、《制定〈澳門特別行政區旅行證件簽發規章〉》、《制定〈澳門居民往來香港特別行政區旅遊證簽發規章〉》、《修訂入境、逗留及定居的一般制度》、《核准澳門特別行政區居民身份證規章》、《核准入境、逗留及居留許可規章》、《訂定關於在民用航空器內擾亂秩序、破壞紀律或進行搗亂的乘客實施的違法行為及運輸違禁物品行為的處罰制度》、《核准公共

地方總規章》、《核准清洗黑錢及資助恐怖主義犯罪的預防措施》等；

二是關於行政機關的組織和公務員管理制度。前者包括《訂定政府部門及實體的組織、職權與運作》、《制定〈政府總部輔助部門通則〉》、《核准行政長官辦公室及司長辦公室通則》、訂定或修訂終審法院院長辦公室、檢察長辦公室、廉政公署、審計署、警察總局、海關及各局級機構等政府機關的組織和運作制度法，訂定或修訂澳門特區其他公法人機構或非法人各類機構及諮詢組織的制度，訂定各類公務人員編制及相關公務員適用制度如《修改〈澳門保安部隊軍事化人員通則〉的若干規定》、等；

三是關於社會事務管理。在居民管理方面，有《核准特別逗留證的式樣》、《核准投資者、管理人員及具特別資格技術人員居留制度》等；在保障社會福利方面，有《修訂〈管制社會居屋之分配、租賃及管理〉》、《修改由房屋局管理且作社會房屋用途的樓宇或房屋的分配程序》等；在教育管理方面，有《訂定〈免費教育津貼制度〉》、《修改私立補充教學輔助中心的發牌及監察制度》、《規範學歷審查》等；在醫療衛生服務管理方面，有《規範防疫接種制度》、《建立傳染病強制申報機制並規定相應的行政處罰》等；在公共交通管理方面，有《核准跨境客運規章》、《核准〈公共泊車服務規章〉》等；在專業公共服務管理方面，有《核准〈註冊核數師職業道德守則〉》、《訂定私人保安業務制度的實施細則》等；在民政事務管理方面，有訂定公眾假期制度、《修改〈法定收藏制度〉》、《設立勳章、獎章和獎狀》等；

四是關於經濟管理。在貿易和行業管理方面，有《對外貿易規章》、《產地來源證明》、《批地溢價金的訂定方法》、《核准〈核數準則〉》、《澳門民用航空活動綱要法規》等；在管理和扶助中小企業方面，有《制定中小企業援助計劃制度》、《訂定工商業發展基金規章》、《制定中小企業信用保證計劃及中小企業專項信用保證計劃制度》等；在博彩業管理方面，有《規範娛樂場幸運博彩經營批給的公開競投、批給合同、以及參與競投公司和承批公司適當資格及財力要件》、《博彩中介人所收取之傭金或其他報酬之需徵稅率給與部分豁免》、《訂定從事娛樂場幸運博彩中介服務的資格及規則》等；在通訊和電子服務管理方面，有《訂定公共電信網絡互聯制度》、《規範發出公共地面流動電信服務臨時牌照的程序》等；在金融和保險業管理方面，有《修改從事保險中介業務的法律制度》等²³

在基本法和澳門本地立法都缺乏就有關行政法規

的性質、地位、制定權限範圍和具體制定程序做出明確規範，各方面對立法會制定法律和行政長官制定行政法規的相互關係及各自權限劃分缺乏明確共識的情況下，澳門行政長官頒佈行政法規數量大大超於立法會制定法律的現實，出現有關行政法規性質、地位和制定權限問題的爭論就不難理解了。

3. 回歸前澳葡立法體制和祖國內地不斷進步的憲政治理理論，作為路徑依賴的出發軌迹和法理背景，仍然不可避免地對特區相關制度選擇發生影響。

(1) 澳門回歸前的立法體制

澳門為葡萄牙借地租住的早期，在中國廣東官府和聚居葡人自組的議事會並行管理之下，即便是1623年首位葡派總督來澳，1783年葡女王發佈《皇室制誥》強化總督權力，1822年葡萄牙首部憲法制定將澳門視為葡領土，澳門葡人體制中始終一體適用葡萄牙統一的法律，本身並不享有地方立法權，其設立的總督及再後出現的政務委員會僅負責行政管理，不涉及立法和司法的權力。1869年葡萄牙“海外屬地管治及行政組織章程”首開“謹慎的分權”，容許海外省總督行使緊急立法權，但不得就經濟、財政、司法組織和基本權利等立法。1917年葡萄牙頒行第二份《澳門省組織章程》，明確規定總督代表中央政府和殖民地當局，行使立法權、執行權、軍事權和財政權，但立法權僅限定在確定本省區劃、部門編制、公務員權利、貨幣和稅務制度等很小範圍，其餘整體性立法權均在葡萄牙有權限機關。其後的體制幾經嬗變，到1963年葡萄牙《海外組織法》修改引發頒佈第六份《澳門省政治行政章程》，成立了具有狹小專屬立法權限的立法委員會，並明確總督享有立法權限和對立法委員會通過法規加以政治否決和法律否決的權限和相應機制。到1972年根據修訂的葡萄牙《憲法》和《海外組織法》而制定新《澳門省政治行政章程》時，就確立起以後在1976年《澳門組織章程》繼續延續的葡萄牙有權限機關和澳門地方有權限機關雙層、總督和立法會雙軌的立法體制。²⁴

隨着《澳門組織章程》的頒佈和三次修改，澳門雙層雙軌立法體制的內容有所調整，筆者僅可以澳門政權交接前最終的情況來說明其特徵。首先看其縱向情況，凡是由葡萄牙主權機構(包括總統、議會、政府和法院)“發出而應適用於澳門地區的法規”只要在澳門《政府公報》上刊登和公佈即在當地生效。²⁵在澳門地區仍受葡萄牙管理時，由適合其特別情況之通則即《澳門組織章程》約束，該章程只能由葡萄牙議會制定和修改。²⁶而澳門地區為一公法人，在不抵觸

《葡萄牙憲法》與《澳門組織章程》的原則，以及在尊重兩者所定的權利、自由與保障的情況下，享有行政、經濟、財政、立法及司法的自治權。²⁷在這樣體制下，葡萄牙主權機關有延伸實施其全國性法律或為特別適用於澳門地區而專門制定各類規範的主動權，澳門本身管理機關有權制定各類規範的權力，並不足以限制和拒絕葡萄牙法律的延伸適用。當然隨着政權移交所提出的法律本地化政治目標的推行，葡萄牙延伸適用法律的舉措越來越少，但其法理機制是堅持始終的。再來看在澳門當地的橫向體制，《澳門組織章程》確認澳門總督和澳門立法會分別行使立法權限。總督的立法權限以法令行使，範圍包括所有未保留予共和國主權機關或立法會的事宜，總督特別在兩個範疇內行使專屬立法權限，一是充實共和國主權機關的綱要法，二是核准執行機關的架構和運作之法規。²⁸立法會行使立法權限是制定法律，而其專屬立法權限分為兩種：一是立法會絕對專屬立法權限，制定立法會選舉制度和議員章程屬於其絕對專屬，不能授權任何人代替行使；二是立法會相對專屬權限，包括限制人身、私人通訊、住所的刑事和保安處分制度、規範總督批給的一般制度、地方行政包括財政制度綱要制度、地方區劃和相互關係體制、當地公共行政制度綱要、設立公職和公務員編制及薪俸制度等8個範疇，涉及事項既可以由立法會自行頒佈法律，也可以通過法定授權許可總督制定法令。其他法定列明的12個範疇是立法會和總督的競合立法權限，既可以制定法律，也可以制定法令，包括：確定人的身份及能力、權利、自由及保障、刑事犯罪及處罰、違紀和輕微違反及行政處分、公用徵收一般制度、租賃一般制度、貨幣及度量衡標準、公共團體及行政當局的民事責任、公共企業綱要制度、司法體制綱要制度、自然生態保護和文化財產保護制度、社會保障和衛生制度等。²⁹這就是學者們概括的所謂雙軌立法的體制，即基於《澳門組織章程》法定實行總督制定法令和立法會制定法律共同行使立法權的立法體制。

撇開解決葡萄牙和澳門雙層立法間權限和效力衝突問題的規則不談，僅在澳門本地立法中，如何既使得並行的兩個立法權相互制衡又不互相交叉衝突，《澳門組織章程》提供了一系列明確的法定規則。首先是各司其職，總督和立法會各自行使自己的專屬立法權限立法，同時各自都可在共享立法權範疇內立法。其次是許可立法，包括在立法會被解散後法定由澳督行使其立法權限，也包括由立法會授予總督立法許可，在訂明的標的、範圍和期限內，由總督制定相應內容

的法令。其三是兩者相互行使法定的立法否決權，就澳督而言，未經其簽署公佈法律，在法律上視為不存在，一旦拒絕簽署則發回立法會復議，而當取得立法會在職議員 2/3 多數通過後則不得再拒絕簽署，但在立法爭拗影響到公共利益的條件下，總督可以提請葡萄牙總統解散澳門立法會；就立法會而言，總督制定的非屬其專屬權限的法令，立法會可在其公佈後的首五次會議內，經 6 名議員請求，將之納入立法會追認程序，經審查法令內容，可以決定拒絕追認而使其失效或者做出修改。這是一種相互行使的對方立法行為的法定干預機制，從而保證法治整體的統一性和嚴密性。其事前和事後的違憲審查機制，總督和立法會各自有權提請葡萄牙憲法法院審議對方發出的任何規定有否違憲或違法。³⁰ 這樣既有事前授權、又有事中否決，還有事後審查的複雜機制，與雙軌立法權限劃分形成嚴密的配套機制，確實有助於保持法律的統一性和嚴密性。

在澳葡統治時期乃至政權交接過渡期的實際運作中，由於眾所周知的原因，總督制定的法令在數量、重要性上都大大優於立法會，例如目前在澳門法律中起基礎作用的《民法典》、《刑法典》、《商法典》、《民事訴訟法典》、《刑事訴訟法典》、《行政程序法典》、《行政訴訟法典》等，都是總督行使立法權以法令形式頒佈的。立法會制定的法律相對數量少，內容簡單，大量採用立法許可方式交給總督另行制定法令。同時，除總督行使立法權頒訂法令外，總督還可運用執行權來頒佈訓令、規範性批示等規範性文件，作為一般性行政規章也發揮重要作用。

澳門特區建立後，按照基本法建立起以行政為主導、行政與立法互相配合互相制衡、司法獨立的政治體制，從根本上與總督制下舊立法體制徹底告別，但原有制度的體制慣性還存在，在某些具體政策、做法上還難免受到舊有傳統觀念的影響。因此設計澳門立法體制不能簡單割斷歷史，還必須從實際出發，對此不能不有所參考、有所辨別。

(2) 內地有關法律和行政法規關係的憲政理論和法治實踐背景

行政法規概念引入澳門法律體系的始作俑者是《澳門基本法》，該法律的制定者是國家最高權力機關，起草者是由全國人大常委會任命的由內地和澳門人士共同組成的專責起草委員會。研究行政法規的制定權限，離不開立法者特別是起草者們的經驗共識和法律認知，因此不可否認有必要從內地有關法律和行政法規關係的憲政理論和法治實踐背景做一考察。

在內地法律體系中，行政法規是一個廣泛使用、含義複雜的概念，廣義指國家有權機關根據憲法制定的關於國家行政管理的各種法律、法規和其他各類有拘束力的規範，就憲法規定的特定概念而言，則專指根據憲法第 89 條第(1)項所規定由國務院根據憲法和法律制定的名為“行政法規”的特定規範形式。它是中國現行立法體制的一個重要組成部分。

中國現行的立法體制是由中央統一領導下、一定程度分權的、多級並存、多類結合的立法權限劃分體制。³¹ 所謂中央統一領導，指國家最高權力機關及其常設機關即全國人大及其常委會統一行使國家制憲權和立法權，在整個立法體制中處於領導地位，其他任何形式的規範都必須以憲法和法律為依據而不得與之抵觸，全國人大常委會還負責監督憲法和法律的實施、解釋憲法和法律、撤銷國務院制定的同憲法、法律相抵觸的行政法規、決定和命令。所謂一定程度分權，是指國家立法權由不同層級、不同性質的國家機關依法定權限分別行使：國務院制定行政法規；省、自治區、直轄市的人大及其常委會和較大的市(包括省、自治區所在地的市和經國務院批准的較大的市)的人大及其常委會在遵循法定階級規則前提下可制定地方性法規；經濟特區所在地的省、市人大及其常委會可根據全國人大的授權決定，制定經濟特區法規；自治區、自治州、自治縣的人大可制定自治條例和單行條例；國務院各部門可制定行政規章；省、自治區、直轄市和較大的市的人民政府可制定行政規章。³² 這裏的分權涉及作為權力機關的人大及其常委會和作為行政機關的國務院及地方各級人民政府兩類不同性質的機關，分級又涉及中央權力和行政機關和地方若干級別的權力機關和行政機關。在如此複雜的立法體制中如何體現和保證法制統一性呢，一靠法定明確的效力依據和效力位階規則，二靠實行立法監督制度，確立逐級備案監督和撤銷的制度。

在 20 世紀 70-80 年代法制恢復重建的初期，在立法指導思想上曾經有這樣的主張，制定法律要在總結實踐經驗的基礎上進行，對於缺乏實踐經驗的事務，可以先行制定行政法規加以嘗試。這樣的體制忽視法律和行政法規在調整事項性質上的應有區別，於是國務院曾經就大量涉及公民基本權利保障、基礎法律制度、稅收基本法律事項等做出立法，地方性法規調整的事項範圍界定也不十分明確。隨着國家法制體系逐步從“無法可依”走向基本完備，釐清立法權限、理順立法體制、解決立法衝突、完善立法程序、提高立法質量、確保法制統一成為社會共同期待。2000 年 3

月，全國人大正式制定《中華人民共和國立法法》，專門調整法律、行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例的制定、修改和廢止，成爲“法之規範”。

立法法首先確立國家立法權的概念。明確的事項包括：其一，國家法律的制定機關是全國人大及其常委會，只有這兩個中央權力機關行使國家立法權(第7條第1款)；其二，全國人大制定和修改刑事、民事、國家機構的和其他的基本法律，全國人大常委會制定和修改除應由全國人大制定的法律以外的其他法律，在全國人大閉會期間也可對全國人大制定的法律進行部分補充和修改，但不得同該法律的基本原則相抵觸(第7條第2、3款)；其三，確立只能由法律調整的事項範圍，有關國家主權的事項、各級人大、政府、法院和檢察院的產生、組織和職權、民族區域制度、特別行政區制度、基層群眾自治制度、犯罪和刑罰、對公民政治權利的剝奪、限制人身自由的強制措施和處分、對非國有資產的徵收、民事基本制度、基本經濟制度以及財政、稅收、海關、金融和外貿的基本制度、訴訟和仲裁制度以及必須由全國人大及其常委會制定法律的其他事項等10個範疇被確立爲只能由法律調整的事項。在該列舉的範疇內，全國人大及其常委會有義務和權力制定相關法律，國家行政機關、地方人大及其政府、民族區域自治機關等未得特別授權不得僭越權力制定其他規範(第8條)。其四，明確授權立法制度，即在只能由法律規定的10個範疇內，全國人大及其常委會有權做出決定，授權國務院可以根據實際需要，對其中的部分事項制定行政法規，但是有關犯罪和刑罰、對公民政治權利的剝奪和限制人身自由的強制措施和處罰、司法制度等事項不得進行授權立法。授權決定應當明確授權的目的和範圍，國務院應當嚴格按照授權目的和範圍行使該項權力，不得轉授其他機關。授權立法事項，經過實踐檢驗，制定法律的條件成熟時，全國人大及其常委會應及時制定法律。法律制定後，相應立法事項的授權終止。(第9、10和11條)這些規定對於維護國家法制的統一和尊嚴，劃定立法權限，有劃時代的重要意義。

立法法又專章規定了適用於行政法規的一系列規則。其要者：一是行政法規的制定者只能是國務院(第56條第1款)；二是行政法規的制定依據是憲法和法律，不得與憲法和法律相抵觸，否則可由全國人大常委會加以撤銷(第56條第1款和第87條)；三是行政法規適用領域界定爲兩個方面，首先是“爲執行法律的規定需要制定行政法規的事項”，其次是憲法第89條規定的國務院行政管理職權的事項，即規定和統一

領導各部和委員會的職責，統一領導全國地方各級行政機關的工作，規定中央和地方行政機關職權的具體劃分，領導和管理經濟和城鄉建設，領導和管理教育、科學、文化、衛生、體育和計劃生育工作，領導和管理民政、公安、司法行政和監察工作，管理外交事務，領導和管理國防事業，領導和管理民族事務，保護華僑和歸僑權益，改變或撤銷各部和委員會發佈的不適當命令、指示和規章，改變或撤銷地方各級國家行政機關的不適當決定和命令，批准省、自治區、直轄市的行政區劃，批准自治州、縣、自治縣、市的建置和區劃，決定省、自治區和直轄市範圍內部分地區的戒嚴，審定行政機構編制和依法任免、培訓、考核和獎懲行政人員，以及全國人大及其常委會授予的其他權力共18項內容(第56條第2款)。在這兩項法定行政法規規範事項之外，立法法還明確了一項特別規則，即“應當由全國人民代表大會及其常務委員會制定法律的事項，國務院根據全國人民代表大會及其常務委員會的授權決定先制定的行政法規，經過實踐檢驗，制定法律的條件成熟時，國務院應當及時提請全國人民代表大會及其常務委員會制定法律。”(第56條第3款)這是一個與前述授權立法制度相輔相成的專門規則，將國家權力機關及其常設機關的立法主動權和國務院提請立法的建議義務結合起來規定，從實際出發又面向未來，以盡量發揮法律和行政法規相結合又各有其功能的獨特作用。四是法律的效力高於行政法規，行政法規的效力高於地方性法規和規章(第79條)；五是行政法規要報全國人大常委會備案(第89條第(1)項)；六 is 如果認爲行政法規與憲法或法律有抵觸，法定有權機關可以書面提請全國人大常委會審查，由工作機構分送專門委員會審查；其他國家機關、企事業組織及公民也可書面要求全國人大常委會審查，由工作機構研究後認爲必要的交專門委員會審查，審查後依法做出處理(第90、91條)。³³ 上述規定明確了行政法規的地位、效力、規範權限、制定程序和監督程序，爲制定行政法規事務的全面法治化提供了清晰的依據。

《中華人民共和國立法法》雖然是在《澳門基本法》頒佈7年後才制定的，許多規範與《澳門基本法》制定時的理論和實踐相比，有了很明顯地與時俱進的完善和發展，但有關行政法規的概念和適用規則，在內地是早有其一以貫之的確定性理論和實踐基礎的。理解相關學說和實體規範，對於理解基本法原意和進一步釐清基本法所規定的法律與行政法規的關係，有無法替代的重要作用。

(3) 葡萄牙憲政理論的某些影響

前述澳門回歸前葡萄牙統治時期的立法體制，並非無源之水、無本之末，也不能簡單歸結為殖民地統治的特殊烙印，它是與葡萄牙立法體制及其憲政理論學說密不可分的。

澳門雙層雙軌立法體制是與葡萄牙憲法所確立的主權機關“分立及相互依賴”體制一脈相承的。《葡萄牙憲法》就此所做的規定概要包括：①主權機關指共和國總統、議會、政府和法院，並遵守憲法關於分立及相互依賴的規定設立和行使權力(第 113、114 條)。②立法行為包括議會制定的法律、政府制定的法令和自治區制定的區立法命令三類，其中法律和法令同屬適用於全國的一般法，兩者具有同等效力，但須遵從組織法有較強效力、因立法許可而制定的法令及因充實性法律制度大綱而制定的法令具有從屬性等規則。區立法命令作為特定區的規範，僅能涉及該區特定利益，原則上概不得違反共和國一般法(第 115 條)。③共和國總統在涉及立法行為方面的權限包括：頒佈及命令公佈法律、法令及規章命令，聲請憲法法院對法律、法令及國際協約之規範是否合憲進行預防性審查，或宣告法律規範之違憲性並審查因不作為而違憲的情況(第 137 條)。④共和國議會就立法而言，享有絕對保留的專屬立法權限，即只能由其制定法律的領域，還享有相對保留的立法權限，即可以由其自行立法也可許可政府制定法令的領域，即議會除對憲法明確保留予政府專屬立法權限事項不能立法外，對所有事宜都可制定法律(第 164、167 和 168 條)。這就是說，議會制定法律原則上是覆蓋“所有事宜”的，是最主要的立法形式。⑤關於具體的權限劃分：劃定為議會絕對保留的立法權限包括：主權機關的選舉、公民投票制度、憲法法院組織和運作程序、國防事務和軍隊制度大綱、戒嚴和緊急狀態制度、公民資格制度、領海和專屬經濟區及毗連海底制度、政治團體和政黨、教育系統概要、自治區議會和其他權力據位人的選舉制度、主權機關和地方權力機關等憲制機關據位人通則，國家財政預算制度、任命歐盟機構人員制度等 17 項；劃定為議會相對保留的立法權限為：人的身份及能力，權利、自由及保障，對犯罪、刑罰、保安處分的界定及其刑事訴訟制度，違紀處罰的一般制度，公務使用及公共徵收一般制度，社會保障及衛生服務綱要制度，自然保護、生態保護及文化遺產保護的制度綱要，農用和都市不動產租賃一般制度，稅之設定及稅務體系，貨幣體系及度量衡標準，農業政策綱要，法院與檢察院組織與權限及司法官通則，地方自治通

則及財政制度，公職制度綱要，公營企業綱要，公產界定及制度等 25 項(第 167 和 168 條)。⑥共和國政府行使的立法權限從性質上區分為 4 種：一是“涉及政府本身組織及運作事宜，為政府之專屬立法權限”；二是“未保留予共和國議會之事宜”即在劃定為議會和政府的共享權限中，政府可制定法令；三是“經共和國議會許可，就議會相對保留事宜制定法令”；四是在法律規定了制度原則和綱要的情況下，制定補充性法令(第 201 條)。這說明，法令作為與法律效力相同的規範，與法律並行存在，是兩個權力機關各自行使立法權限而形成的規範表現形式。⑦在雙層雙軌立法體制下，維護法律規範的合憲性和統一性至關重要，為此建立了複雜的規則。除前述總統的監督權外，議會有權審議政府制定的法令並行使拒絕追認或修改權(第 165 和 172 條)；設立專責憲法性質事項的憲法法院，就各類規範做違憲性和違法性審查，總統、總理、部長或議會 1/5 在任議員都有權就爭議事項提起預防性審查，各級法院在審理案件過程中如裁判任一規範屬違憲或違反具高效力的規範而拒絕適用時，總統、議會議長、總理、申訴專員、總檢察長和議會 1/10 議員可以提請憲法法院做出具有普遍拘束力的宣告，當事人還可以向憲法法院提出上訴從而引發憲法法院的合憲性及合法性具體監察(第 223、277、278、280 和 281 條)。憲法法院的重要性和權威性自不待言。⑧葡萄牙政府在行使行政職能時，有權限“為着良好執行法律而制定必需之規章”(第 202 條第 C 項)；“如法律內訂明應以規章命令之形式為該法律制定規章，又或系獨立規章者，政府之規章方能以規章命令之形式出現。”“規章應明文標出其本身系為哪一法律而制定，或應明文標出曾對發出本規章之主體權限及客體權限加以界定之法律”(第 115 條第 6、7 款)。³⁴這裏出現了“獨立規章”的概念，但並未提供確切的概念和界定，究竟何謂“獨立”，“獨立”於憲法還是獨立於法律和法令，“獨立規章”制定的依據和監督程序如何，葡萄牙憲法沒有提供完整、明晰的答案，以至於憲法學者都爭論不休，眾說紛紜，其中主流意見認為“政府不必有制定屬創設性規範的獨立規章”。³⁵

根據葡萄牙學者的論述，形成上述結構相對複雜、職權較為交混的憲政體系，是根據“主權機關的分立與互相依賴”原則，摒棄了必須完全以“國家職能的實質定義”為前提劃定權限的陳舊模式，將憲法權限按照實際情況做具體劃分，從而出現“某些擁有不同職能的主權機關”和“某些由不同機關來行使的職能”等複雜情況所建構新型憲制秩序。“憲法不僅

把立法職能賦予具代表性的議會(即傳統上所指的‘立法權’),亦賦予擁有‘執行權’的政府”,將政府的立法職能、規範職能、計劃職能、行政職能和軍事職能並列,以全面進行公共事務管理,並由總統、議會和政府組成“三角形聯結”,三者“相互依賴並各自擁有用以相互牽制的權力和反權力”,這是葡萄牙憲政體制的突出特色,並因此而概括為“議會—總統混合制”。³⁶

很顯然,《澳門組織章程》對澳門立法體制的原則、設置和基本規則,特別是授權立法會和總督雙軌立法,並區分立法會絕對保留、相對保留和總督絕對保留權限,並劃定兩者共享權限的安排,與葡萄牙憲政體制相類似,兩者具備共同的理論基礎。《澳門組織章程》只不過是將同類規範按照澳門地域特點做某種程度的適應化調整。在解決行政法規權限爭議過程中,某些深諳這套邏輯思維的人士提出林林種種強化雙軌立法體制的思維乃至方案,其理論源頭不外於此。

(二) 對行政法規權限爭議核心問題的若干法理分析

1. 關於立法權屬和立法體制

所謂立法權,是和執行和運用公共規範的行政權、根據法律處斷爭訟糾紛的司法權並行存在的公共權力。在民主政體下,立法權是代表和反映民意的國家權力,是滙集和體現民意而創制規範的國家權力,以民主為價值取向和權力基礎,以公開性和民眾參與為行事原則,其作用是為行政權和司法權提供合法性的依據和基礎。³⁷ 這是當代憲政體制下對立法權概念的本質界定。其他各類各級國家機關在運作過程中也會產生大量需普遍遵守的公共規範,其中最典型意義是行政機關制定的各類規章,始終處於憲法和議會法律之下,應與之構成在邏輯上和諧一致的等級秩序,並被包涵於國家法律體系之內。但這些規章及其制定者所行使的制規權,必須服從於國家憲法和議會制定法律,因為後者是全民立憲權和複決權與代議民主權力的產物,任何未經人民選舉所產生的機構且未經公開民眾參與而形成規範,只能置於法律效力層級之下並接受其效力支配。

基於對作為公共規範的法律存在着廣狹不同含義的理解,對立法權也有相應的不同界定。如果從法律的一般意義上理解,法律是一種由國家強制實施的規範或命令,是一種普遍的強制秩序,是一種按照憲法至上、不同層級效力位階排列的規範體系,那麼立法權就是產生該規範體系的不同權力的集合體。如果從

法律的特定性質來理解,法律專指由代議民主立法機關即議會所制定的稱之為“法律”的特定規範,則立法權當然僅歸屬議會專權。兩者在中文概念中容易混淆,但在外文中是有明確分別的,如英語中,前者是 law-making power,後者是 legislative power;其他外語的表述方式也基本是如此。

立法體制是指“立法權限的確立和劃分,表明哪些國家機關具有哪些性質、哪些範圍的立法權力,及由此派生並依附於立法權上的制定其他法律規範性文件的權力,以及這些權力之間的相互關係。”³⁸ 決定一國立法體制的主要因素是國家的性質和國家形式,特別是國家結構形式。在聯邦制國家,通常都有聯邦立法和組成邦各自立法的縱向立法分權體制;在單一制下面積小、人口少的國家,才有實行中央集中統一立法體制實行的可能;在眾多內部管理事務複雜繁多的大國,又普遍實行以授權立法、委任立法為特徵的行政立法制度,五花八門,各具特色,並無統一的行事習慣和定規。前文所述的中國現行的由中央統一領導下、一定程度分權的、多級並存、多類結合的立法權限劃分體制,葡萄牙實行的根據“主權機關的分立與互相依賴”原則建立的兩級雙軌立法體制等,都是不同國家根據本身歷史習慣、法治化水平乃至政策選擇等主客觀因素決定的,有其深厚的國情基礎。

確立和詮釋澳門特區的立法體制,一要從嚴格按照《澳門基本法》辦事,從國家授權特別行政區實行“一國兩制”、高度自治的制度依據出發,有利於保證中央支持和監督特區依法施政;二要緊扣澳門特區作為高度自治的直轄於中央的地方行政區域的性質,從“以行政為主導、行政和立法互相配合互相制衡”的政治體制出發,有利於維護澳門特區的良好管治;三要在深刻理解基本法給澳門政治體制帶來的根本性變革的基礎上,參考基本法立法者即全國人大對法律和行政法規關係的理解,參考澳門原有體制的制度慣性思維,從實際出發尋找最有利於澳門特區需要的制度模式。

2. 關於行政法規的性質和特徵

《澳門基本法》規定行政長官制定行政法規的相關制度,無論是行政長官基於中央任命和澳門特區選舉和協商產生的機制,抑或是行政長官作為特區首長和特區行政機關首長的地位和作用,再或是行政長官負責執行基本法和澳門特區適用法律的權限與制定行政法規的職權關係,甚或是行政長官聽取行政會秘密會議意見後頒佈行政法規的程序,都決定了行政法規屬於代議立法機關公開立法以外的制規權產物,屬於

通常意義的行政立法範疇。

行政立法通常稱為委任立法或者授權立法，根據授權者和授權方式的不同又有許多分類，有的是制憲機關通過憲法加以授權，有的是立法機關制定法律加以授權，有的授權性法律只提供一般性原則要求行政機關依照法律制定細則性實施性規範，有的則是法律委任行政當局制定具有法律內容和法律同等效力的法規。行政立法這種特殊的立法形式自古有之，近現代則有普遍擴張的趨勢，究其原因，有從視政府為“必要的惡”、“越少干預越好”到期待“萬能政府”盡可能多地維護社會公眾利益的公眾觀念轉變，有早期資本主義自由競爭階段發展為壟斷和危機階段強化行政干預經濟的政府政策調整，有經濟飛躍、科技進步、職業分工精細、社會關係複雜而帶來的必須不斷加強國家調控職能的實際需要，更有立法機關能力有限、知識不足、時間不夠、大量“骨格式立法”需要填充可操作規則、程序繁雜、難以應付緊急情況的需要等自身缺陷³⁹，西方主要國家行政立法無論從數量還是從重要性都顯著提高。

論及行政立法的好處，法學家提到的主要方面包括：一是立法機關行使立法權可以專注基本原則，而不捨本逐末；二是允許行政立法，可使立法機關節省時間以監督行政；三是行政立法更易修改以適應情勢變遷；四是避免使行政權受到法律細節的掣肘而左右為難；五是行政人員經年累月處理各種事務，有豐富經驗來制定便於適用的法規；六是由行政立法對具體事項做出詳密規定，可以防止行政人員濫用權力；七是行政立法可以增強法律的明確性；等等。⁴⁰ 論及行政立法的必要性，英國大臣權力委員會早在 1932 年的一份報告就指出：議會立法時間有限，現代立法內容極具技術性，對於緊急事件有急速處理的必要，行政立法可面對新情況有較大的適應性，行政立法有從容實驗、不斷完善的機會，行政立法是應付緊急情況、保障人民利益的需要。⁴¹

在現代民主憲政體制下，行政立法無論基於甚麼形式的授權產生，其效力依據和基礎都是來自授權，既需要遵從憲法和法律優先的規則，又要接受具體授權法律的規限，還要接受代議民主議會的監督。雖然行政立法在法律體系中發揮不可或缺的重要作用，但其不可能替代或等同於立法機關制定的法律，即便是葡萄牙雙軌立法體制中，也明確存在着“法律保留、法律優先”的重要原則，對行政立法採取事前授權、事後追認程序等監督措施，從而保證法律的內在一致性和效力體系。難怪乎作為中國歷史上第一部憲法文

件、100 年前清王朝頒佈的《欽定憲法大綱》就明文規定，法律由議院議決，由君上詔命批准頒佈；“已定之法律，非交議院協贊奏經欽定時，不以命令更改廢止。法律為君上實行司法權之用，命令為君上實行行政權之用，兩權分立，故不得以命令改廢法律。”（君上之權第 3 條和第 11 條）⁴² 這說明，1908 年滿清憲政改革中，已經認識到在君主立憲體制下，君主的行政權也不能代替和否定立法權的行使，君主頒佈的行政規條和命令也不能修改和廢止法律。

考察澳門特區行政法規存在的必要性和合理機制，兩個方面的價值取向都是十分明顯且具有說服力。一方面，澳門作為一個基於特殊歷史背景而建立的特別行政區，轄域僅 30 平方公里左右，人口不過 50 餘萬，採取獨一級別設置立法、行政和司法機關，其地方行政區域的簡單性質客觀上提供了採取簡單一元立法體制的可能性和必要性。另一方面，澳門原有法律體系外來移植的特點所形成的法治不完備和民眾對法律內容的疏離感與異體感，行政主導體制下澳門政府人力和技術資源相對豐裕並行使優先提案權，而立法機關則在能力、經驗和技術保障方面相形見絀並在提案權方面受到法定限制，從有利於澳門政府根據中央授權對特區實現有效管治的需要出發，法定授權允許行政法規發揮重要作用也是可行並明文寫入基本法的。關鍵是在基本法授權立法會全面行使立法權等體制下，立法會制定法律和行政長官制定行政法規該有怎樣的權限劃分關係，是包容型還是分立型，是絕對分立型還是相對分立型，恰是上述兩種價值取向向不同方向施展張力而互相作用的平衡結果，必須從澳門社會實際、歷史習慣和當局的政策偏好去具體問題具體分析，才能確立符合基本法和澳門政治體制內在邏輯的立法體制。

3. 關於行政主導體制中的立法會制定法律和行政長官制定行政法規

眾所周知，澳門特別行政權政治體制的設計指導原則和突出特徵是以行政為主導、行政與立法互相配合互相制衡，司法獨立。這體現於政治體制的各個方面，也必然反映在立法體制上。那麼在立法事務上行政主導的具體體現有哪些呢？根據基本法和澳門特區相關法律概括而言：一是特區政府掌控重要立法事項的提案權。凡“涉及公共收支、政治體制或政府運作的議案”，只能由政府提交法案，不涉及這些事項者才能由立法會議員個別或聯名提案；“凡涉及政府政策的議案”，也主要由政府提案，由議員提出的必須“事先得到行政長官的書面同意”（基本法第 75 條）；

《澳門特區立法會議事規則》進一步將前者明確為“提案權的保留”，明確特區政府對此“享有專屬提案權及隨後提案權”，從而要求在立法會審議過程中對相關法案的任何修改，同樣不得由議員個別或聯名提案做修訂，而只能由特區政府專屬提案再行修訂。“公共收支”、“政治體制”和“政府運作”是三個概括性極強的集合概念，覆蓋着公共行政的重要方面，再加上“政府政策”這個更為寬泛的集合概念，涉及的事項範圍更為寬廣。這樣的規定對於確保政府管治政策的有效推行，確保行政主導社會的全面實現，意義非常重大。二是行政長官對立法會通過的法律行使實質性簽署權和發回重審權，一旦認為法案內容不符合澳門特別行政區整體利益，即可發回重審，並隨之在激烈政策衝突情況下甚至會引發解散立法會或行政長官被迫辭職的法定情況(基本法第 50 條第(3)項、第 51 條、52 條和 54 條)。這是法定賦予具有中央任命和特區內部選舉和協商產生的行政長官與依法選舉和委任產生的立法會之間針對立法事項發生政策矛盾的正式解決機制，首先是政治運作中的折衷妥協，同時不排除系統性更新的手段，最終要以民意為依歸、遵從民主選舉和決策的結果，但行政長官的判斷和決策是主導整個過程的重要方面。三是政府提案優先列入立法會審議的程序性保障。基本法明確立法會主席行使職權，“應行政長官的要求將政府提出的議案優先列入議程”，或“應行政長官的要求召開緊急會議”(第 74 條)，這使得政府議案優先得到處理具備制度保證。四是人事和制度方面施加影響。行政長官有權委任議員進入立法會，作為立法會的重要組成部分和其他選任議員一樣行使票決權，在政治上有利於維護和推行行政當局的政策(第 50 條第(7)項和第 68 條)；行政長官有權委任部分立法會議員擔任行政會委員，協助長官決策，同時擔當溝通行政和立法機關關係的作用，在瞭解行政意圖的情況參與立法審議過程並發揮積極影響(第 57 和 58 條)；行政長官和各級官員可以主動或應邀向立法會報告施政情況，列席立法會會議並聽取意見，解釋政府政策並答覆議員質詢等(第 64、65 和 71 條)。所有這些，都從體制、機制上保證了特區立法過程中行政長官發揮積極主導作用，有利於行政長官履行其在處理中央和特區關係、處理特區內部各政權機關的關係方面的各項職責，是與其職務地位和性質相符相稱的。

但是行政主導體制畢竟不是行政集權，不是長官獨裁。基本法所建立的特區政治體制基於國家授權產生，並建立於權力分工的基礎之上，行政權絕不能代

替或者吸收立法權或司法權。上述法律制度保證了行政長官在立法事務上有充分的權力和程序保障去主導立法取向，形成強有力的行政主導，故此完全沒有必要在既有立法機關制定法律體制外搞並行的與法律同效力的行政法規制定體制，簡單地主張行政長官制定行政法規可以代替立法會制定法律，說行政法規的地位等同於或者高於法律，顯然是將行政主導誇張到無以復加的程度。是與現代民主法治的要求背道而馳的。某些被人詬病的立法亂象，如公眾利益與管理者權力不相平衡、部門利益法律化或部門借立法擴權卸責、行政機關自由裁量權過大缺乏監督、決策民主化法治化程度低且缺乏監督，在澳門相關法律和行政法規中也時有出現。實現依法施政、法治行政，必須切實解決某些混淆當政者思維的錯誤指導思想，完整準確地理解和執行“以行政為主導、行政與立法互相配合互相制衡”的精神，不能以行政代替一切，由行政單方面要求配合並完全排斥制衡，要切實有效的以法律約束和監督行政立法乃至整個依法施政的全過程，實現授權與限權的統一，這才符合現代法治所要求的依法行政的根本路向。

4. 關於如何劃定立法權限

承認法治的基礎是憲法和立法機關制定的法律，承認行政立法存在的必要性和可行性。就必須首先解決其權限劃分問題。劃定立法權限的根本依據，是立法體制如何解釋法律與行政法規的關係，不同體制決定了不同的立法權限劃分模式。

在聯邦制國家，由於其聯邦和組成邦之間的權力形成和運用機制不同，首先要劃定的是聯邦和組成邦各自擁有的專屬權限，然後確定倘有的兩者共享權限，並確立剩餘權歸屬的處理規則。在單一制國家倘為中央集權的統一立法內，則需要明確劃定立法機關制定法律的權限範圍和行政立法的權限範圍並規定其相互關係。在單一制國家中央和地方立法分權且各自包涵立法機關立法和行政立法兩類規範的情況下，則問題就相對複雜多了。

從嚴格邏輯意義上看，在金字塔般效力位階明確的法律體系中，排除聯邦制地方固有權限等特殊因素，在中央立法效力高於地方立法、立法機關制定的法律高於行政機關制定法規的基本規則指導下，通常設定立法權限的方法是，先確定中央立法的保留權限，特別是中央立法機關立法的保留權限，全部立法權限減去中央立法保留權限即形成允許地方自行立法的權限範圍，中央立法保留權限減去中央立法機關立法的保留權限即構成允許中央行政機關制定法規的權

限範圍，則是不言而喻的。在具有特殊的前提下，專門明確中央行政機關或地方立法權限的某些特殊內容也是不鮮見的，但需要切實做好邏輯上的銜接一致。

至於如何劃定一國內立法機關制定法律和行政機關制定法規的權限，是個既決定於憲政邏輯，又取決於歷史經驗的複雜問題。通常而言，屬於國家立法機關專屬權限的事項範圍，必定包括以下方面：一是有關國家主權方面的事項，如疆域管轄權的確立、國民國籍、國防和外交、戰爭與和平事務等；二是公民權利和義務的基本制度，如基本權利的確立、保障和限制條件，本國法和國際法的適用規則，兵役和賦稅制度等；三是有關國家基本政治制度方面的事項，如國家立法、行政、司法機關和軍隊的設置、權限及相互關係，政黨制度、國家結構形式，地方自治和社會團體自治制度等；四是有關國家基本法律制度方面的事項，如立法體制和程序制度，行政職能、體制和一般程序的基本制度，行政區劃制度，司法制度和保障國家法治統一性的各種制度等；五是有關國家基本經濟制度方面的事項，如財政和稅收制度、貨幣金融制度、產業和貿易制度，經濟管理和調控制度，財產所有制和國有資產及資源的保護與經營管理制度等；六是有關語言、文字、曆法、度量衡等必須由國家統一規範的事項。至於具體權限劃分的內容，則須具體體察各國憲法和相關法律的規定，而這又是根據各國自身政治、社會的現時狀況和需要所決定的。

澳門特區立法體制由於僅屬地方一級立法體制，僅需要解決法律和行政法規的權限劃分，所以問題相對簡單，理論上只需要首先明確立法會對特區高度自治範圍內所有事項享有創設規範的權力，並劃定只能由立法會立法的專屬立法權限，特區高度自治立法權限減去立法會專屬立法權限之後的事項範圍就屬於行政長官制定行政法規時和立法會的共享權限，至於再進一步的細緻分類則完全視有否特殊強調的必要而另行確定。

總而言之，確定行政法規地位和權限問題，是和相關立法體制的制度設計原則和規則緊密相連的，有其內在的理論和現實邏輯，既不能主觀臆定，也不可簡單承襲。澳門特區的立法體制必須以基本法為依據，以澳門現實需要為基礎，否則難以自圓其說。

三、澳門特區第 13/2009 號法律提供的答案

澳門特區立法會 2009 年 7 月 14 日制定的第

13/2009 號法律，即《關於訂定內部規範的法律制度》，標誌着圍繞行政法規制定權限的爭議，有了明確的法律規範層面上的解決，也為本文的研究提供了實在法的結論。

(一) 第 13/2009 號法律主要內容

該法共 11 條，除引言和生效時間的規定外，主要內容是：

1. 明確該法的宗旨，是根據《澳門基本法》的規定，充實關於訂定內部規範的法律制度。而立法的目的尤其在於：一界定須由法律予以規範的事項；二界定由獨立行政法規予以規範的事項；三訂定可由補充性行政法規予以規範的情況；四設定行政法規的類型；五確定關於法律和行政法規的制度原則；六訂明和規範法令的修改、暫停實施和廢止的制度。(第 1、2 條)

2. 明確三類規範性文件的類型和基本內容，一是立法會的法律，要求法律應有確定、準確和充分的內容，應清楚載明私人行為應遵守的法律規範、行政活動應遵循的行為規則以及對司法爭訟作出裁判所應依據的準則；二是行政長官的獨立行政法規，得就法律沒有規範的事宜設定初始性的規範；三是行政長官的補充性行政法規，得為執行法律而訂定所必需的具體措施。(第 4 條)

3. 明確了法律與行政法規的效力規則：一是重申基本法所規定的各類規範必須在符合基本的前提下方為有效的規定，二是明確法律優先於其他一切規範的規則，三是規定獨立行政法規不得就法律所載條文做出具有對外效力的解釋、填補、變更、暫停實施或廢除性的規定，即不得變更法律。(第 3 條)

4. 確立立法會的立法權限包括一般立法權限和保留權限：一般立法權限指立法會有權依據基本法就澳門特別行政區自治範圍內的任何事宜制定、修改、暫停實施和廢除法律；保留權限指 19 項必須由法律予以規範的事項，包括基本權利和自由及其保障、居民資格、居留權制度、登記和選舉制度、犯罪和刑罰相關制度、行政違法一般制度、立法會議員章程、立法會輔助部門制度、民商法、行政程序法、訴訟和仲裁制度、登記和公證法、法規公佈制度、公共行政工作人員基本制度、財政預算和稅收制度、關於土地、地區整治、城市規劃和環境的法律制度、貨幣、金融和外貿制度、所有權制度、公用徵用和徵收制度以及基本法賦予立法會立法權限的其他事項。(第 5、6 條)

5. 確定獨立行政法規和補充性行政法規適用對象和公佈格式。獨立行政法規得就 7 個方面的事項做

出規定，並應在文件開始部分標明為“獨立行政法規”。具體列舉的適用事項包括：一是充實、貫徹和執行政府政策的規範，二是管理各項公共事務的制度和辦法，三是政府的組織、運作及其成員通則，四是公共行政當局及其所有部門及組織單位的架構和組織但不包括屬於立法會、法院、檢察院、審計署及廉政公署的機構或納入其職能或組織範圍內的機構，以及對基本權利和自由及其保障有直接介入權限的機構，尤其是刑事調查機關；五是行政會的組織、運作及成員通則，六是行政違法行為及其罰款但罰款金額不得超過澳門幣 50 萬元，七是不屬於本法第 6 條規定的其他事項即不屬於立法會專屬權限的其他事項。補充性行政法規應在文件開始部分標明為“補充性行政法規”，並“明確指出需由行政法規擬規範的法律的規定”，從而“就具體執行相關法律訂定的事宜作出規定”。(第 7 和 9 條)

6. 規定法令所載規定的修訂方式：內容涉及立法會專屬權限的，以法律修訂；內容屬於可由獨立行政法規規定的事項，以獨立行政法規修訂；內容屬於制定具體執行性規定的事項，以補充性行政法規修訂。(第 8 條)

7. 對既有行政法規的效力確認。“在本法生效前已公佈的行政法規，即使未符合本法訂定的制度者，在新的法規對其做出修改、暫停實施或廢止前，有關行政法規繼續生效。”(第 10 條)⁴³

(二) 第 13/2009 號法律重要意義

1. 該法的最終制定，具有顯著的法治意義：不僅解決了由於司法判決帶來的部分行政法規效力不確定的事實問題，有利於鞏固特區政府依法施政的法制基礎；同時進一步釐清了澳門特區政治體制中立法會制定法律和行政長官制定行政法規的關係，明確相關的權限劃分規則和位階效力準則，調整和規範與之相聯繫的細則制度，特別是進一步以立法形式明確立法會有權就特區自治範圍內的一切事宜立法、法律效力高於行政法規和其他規範性文件、行政長官有權就尚無法律調整的事項制定作為初始性規範的獨立行政法規，從而為澳門特區在相關領域進一步正確實施基本法奠定實在法形式的規範依據，對澳門法治在基本法軌道上不斷完善和進步指明發展方向提供規範基礎。

該法的最終制定，還具有突出的政治意義：一方面，由特區自行立法解決事關落實基本法所規定的政治體制中的某些具體問題，顯示了“一國兩制”條件下中央支持和保證特區高度自治的原則堅定性和運用

靈活性。確定特區政治體制根本原則和制度的權力在授權特區高度自治的中央權力機關，這是基本法明確規定而且經過全國人大常委會若干解釋和決定確立憲政慣例所反覆證明的，但這並不是說，澳門特區不能就涉及中央和特區關係的地方權力機關組織職權的具體問題在符合基本法的前提下制定法律以創設規則。解決問題首要的是清晰界定相關的權力來源和權屬性質，將立法涉及的事項局限於具體操作層面，任何靈活性不可抵觸原則性。儘管外界對在該法的制定過程中，中央有關機構是否有及多大程度上有所參與，完全無從所知，但從該法的立法結果看，不啻為解決相關問題的一次有益嘗試，其正反兩方面的經驗教訓都值得認真總結。另一方面，在解決爭議的進程中，澳門特區行政和立法機關之間溝通和交流了事關基本法正確實施的多方面的重要議題，司法機關也通過審判表明了法律意見，全社會共同面對基本法實施過程中出現的新情況新問題，在法案審議過程中逐漸縮小爭議尋求共識，這是澳門行政主導體制下合作解決爭拗的典型案列，也是在基本法實施中不斷探索研究完善澳門法律體系的重要里程碑。

2. 該法所確立的相關制度，明確了特區立法體制中一系列重要規則。

首先，明確澳門特區立法會享有全面的立法權。基本法沒有明文規定立法會的全面立法權，儘管相關含義可以從基本法的立法原意和大量相關文獻中推導出來，該法律首次將之開宗明義莊重規定出來，這意味着從理論和實踐的角度，澳門特區都依據基本法建立起完全不同於澳葡時代雙軌立法體制的新型制度。雙軌立法體制下總督專屬立法權限並未以任何形式轉化為行政長官的專屬制規權限，特區立法會對高度自治範圍內的任何事項均有權制定法律，包括明確訂明可由行政長官制定獨立行政法規的具體列舉範圍內的事項也可以法律加以調整，這就形成一個在立法事務上包羅萬有的兜底條款。相關的改變，有利於維護法律體系的完整性和統一性，也是對澳門原來總督與立法會雙軌立法同效並存所引起的法律體系內在混亂深刻教訓的記取和糾正，是符合行政主導下、行政與立法互相制衡互相配合、司法獨立的政治體制的，也是符合一般權力設置和界定原則的。

其次，進一步明確界定行政長官制定行政法規權，特別是確認獨立行政法規的地位和適用對象，這是從澳門實際出發所作的靈活安排。基本法條文規定行政長官有權制定行政法規，該法進一步將行政法規分為獨立行政法規和補充性行政法規，這是具有創設

規範意義的舉措；不僅如此，該法還進而界定兩類行政法規的適用規則，把學術研究中的特定分類前未有地規定為實體規範。類似情況，在內地 20 世紀 80 年代法治建設初期有過實際的做法，但不曾如此明確地制定規則；在澳葡原有立法體制乃至葡萄牙憲政理論中，也沒有完全一致的規定。這種獨具一格的安排，是整部法律最引發高度關注、最需要不斷深入研究、完善的制度特徵。

再次，進一步明確了法律和行政法規的位階關係。基本法將法律和行政法規的制定權分別加以規定，沒有直接提供有關其效力關係的明確規則，該法首次將之具體加以規定，從正(規定法律優先)和反(規定行政法規不得修訂法律)兩個方面反覆強調法律優於行政法規的位階關係，構成澳門特區立法體制中帶有根本性的效力規則。

最後，明確了解決歷史遺留的法令和既有行政法規的處理規則。法令是回歸前澳門總督行使立法權所制定的效力等同於法律的規範形式，作為澳門原有法律的一部分，被全國人大常委會審查並保留採用為澳門特區的適用法律。由於在原有法律制定過程中，總督制定法令的數量和內容大多於立法會制定的法律，如起基礎核心作用的澳門刑、民、訴訟、行政法典都是以法令形式頒佈的。澳門回歸後法令的數量雖然不再增加了，但仍然發揮重要的規範作用。而在適用中如何修訂和廢止變成了欠缺法律調整的明顯空白。同樣，行政法規在該法律生效前已經成為廣泛使用的規範形式，在欠缺法律調整的情況下積累了大量問題，事實上已經先後出現了法院判決不予適用的事實，成為政府非常頭疼不能不直面的困局。該法不僅就這些規範的合法性做出“兜底”式的鞏固，而且清晰規定了相關處理機制和規則，對解決上述無法可依的問題提供了完整的規範。

3. 該法滿足了各方的實際需要，縱觀該法的立法過程，我們會發現特區政府、立法、司法機關的政策取態各有側重，社會人士乃至議員們意見眾說紛紜。有的非常重視維護和鞏固行政長官制定行政法規的合法權力，極力主張各方承認既有行政法規具備充分合法性；有的則執着於更多地確立法律的保留權限，要求明確全面立法權和法律優先原則及位階地位；終審法院提出確立“獨立行政法規”的制度思路後，則有意見寄望承認行政長官創設初始性規範的特殊權力，甚至在某種程度上立法恢復確立雙軌立法體制；更有意見希望借此進一步全面明確澳門特區立法體制和法律體系的構成及效力規則，還有意見擔心制定的法律

內容侵犯中央對特區政治體制的決定權。這中間的複雜情形，有記者曾作專題論述。⁴⁴ 該法所確立的各項制度，恰正在相當程度上反映各方政治利益的妥協一致，連法律名稱也捨棄一度傳聞的“立法法”以回避相關依據問題，最終求得皆大歡喜、各得其所的政治效果，這是取得各方難能可貴支持的根本原因。

上述分析說明，該法歷史地造就了其在澳門法律體系中的特定地位和作用，勢將成為研究澳門特區法律體系和立法制度的重要文件。

(三) 對該法尚存若干問題的初步探究

根據前述理論和實踐思考中的應然邏輯，對照第 13/2009 號法律的具體內容，筆者不期然發現一些問題，在此也直率提出並作初步研究探討。

1. 關於獨立行政法規的性質和相關制度

獨立行政法規是該法引入的新概念。我們從法條中可知獨立行政法規“得就法律沒有規範的事宜設定初始性的規範”，但“不得就法律所載的條文做出具有對外效力的解釋、填補、變更、暫停實施或廢除性的規定”；可知獨立行政法規可就 7 項明訂的範疇做出規定。人們很自然會追問，甚麼是“獨立行政法規”，“獨立”的確切含義是甚麼，獨立行政法規和補充性行政法規內容不同而效力是否相同，“獨立行政法規”必須顯著標示出來的法定要求在具體實踐中能否切實做到，誰來監督“獨立行政法規”的合法性和正當性，是否存在對“獨立行政法規”的糾錯機制，如何防止出現“獨立行政法規”所調整事項的法律缺位情況等？

由於上述問題牽扯到十分複雜的法律背景，筆者不得不返回頭來引用較早較權威提及相關問題的澳門終審法院就第 28/2006 號案件的判決，該判決在大量羅列反對或主張獨立行政法規的學者意見之後，曾經專門說出以下“結論：在葡萄牙理論界，就政府在沒有一項普通法律給予授權的情況下，直接依據憲法制定含有創設性規範的獨立行政規章的可能性，仍存在爭議。對此可能性，憲法法院持否定意見。”該判決反覆強調了在澳葡體制下總督可以制定“獨立訓令或對外規則性批示”，但却忽略了這類規範性文件是在總督有權制定與法律同效的法令的前提下使用的某種效力層級很低的規範形式，很難將之與行政長官制定行政法規的重要性相提並論。⁴⁵ 但該判決建立起一套獨特的邏輯，判決聲稱：只有當政府不享有立法職能時，政府的制定獨立行政法規權才合乎邏輯，“政府不能正常地立法，因而需要手段對某些情況做出規範

而不必等待議會立法者做出宣示或賦予它必要之立法許可”；“在澳門的法律制度中，行政長官沒有立法權，因此他可以制定獨立行政法規，即使沒有任何法律——除《基本法》外——具體地為此給予授權，是完全合理的”；“效率原則也導致必須承認政府有制定獨立行政法規的權力”；“因此結論是，在基本法規定保留以法律規定的事項以外以及不違反法律優先原則(行政法規不得違反高位階的法律規範，尤其是基本法和法律，也不得違反包括行政法一般原則在內的法律一般原則)的情況下，行政長官可僅以基本法為依據核准行政法規”。⁴⁶ 這段論述的基礎邏輯(政府沒有立法權，就必須享有獨立行政法規制定權一說)似乎有些強詞奪理，但其從實際出發推導出的結論，是筆者所見對獨立行政法規存在必要性的最直接明瞭的公開闡述。

讓我們反過來看第 13/2009 號法律的規定。根據該法的內容，筆者大致梳理出對前述問題的某些答案。第一，獨立行政法規的制定權屬於行政長官，制定的程序制度一如補充性行政法規，都是由澳門特區政府草擬，由行政長官聽取行政會意見後加以頒佈。第二，所謂“獨立”，應不是獨立於整個澳門特區法律體系，而是必須服從基本法的相關規定和第 13/2009 號法律所確立的“法律優先”原則，在不具有一般法律授權的前提下就尚未具備法律調整的事項創設的初始性規範，或者可以相對確切地詮釋為“獨立”於法律，即行政長官在無法可依情況下的依照法定程序自主制定行政法規。第三，獨立行政法規和補充性行政法規並行存在，適用於不同對象，具有同等效力，相互抵觸時依據特別法優於一般法、後法優於先法的效力規則去處理，獨立行政法規的修改廢止仍需要用同樣規範格式去處理，補充性行政法規僅就具體執行相關法律訂定的事宜作出規定。第四，在現有立法體制尚未規定立法許可、立法追認和行政法規備案審查制度的情況下，各級權力機關包括全國人大常委會、國務院等中央權力機關以及澳門特區立法會對於行政長官行使制規權的內容和程序都並不具備法定的監督和糾錯機制加以控制，事實上出現了行政長官高度自由裁量的空間。第五，該法雖然明訂了立法會制定法律的保留權限，對行政長官制規權給予了法定的許可空間，但綜合考慮行政長官主導甚至掌控政府向立法會提案權的特殊機制，倘若行政長官不採取積極提交立法的政策取向而事事求諸制規權解決問題的話，有可能形成特定的行政法規與法律並存的立法體制，兩者雖然效力有高低之分，但在涉及領域不相交的前提

下，事實上會形成某些領域依法辦事、某些領域只能依行政法規辦事的奇怪現象。

如前所述，在事實上和法律上，澳門特區行政長官在澳門政治體制乃至社會生活中具有核心地位和重要作用，作為地方首長，為維護良好管治，在某些緊急情況下對於尚未建立明確法律規範加以調整的事項，制定具有法律拘束力的特定規範，是完全必要的而且可行的。筆者對此非常認同，而且可以舉出具體實例加以證明。如 2003 年春夏之交發生的“非典型性肺炎”期間，若不及時採取嚴格的隔離防疫措施後果不堪想像，但澳門特區尚未制定相應的緊急衛生防疫法，立法會也不可能緊急召集迅即完成立法程序，只能靠行政長官及時發佈有關批示頒行必要的管理制度來解決迫切面臨的嚴重問題。但這種情況在法律相對健全、法治水平比較完備的地方甚少出現，澳門雖然回歸近 10 年，尚存在一些法律不盡人意、不適應本地情況的問題，但實事求是說，完全無法可依、漏洞百出有法不能依的情況並不多見，筆者多方調研也並未統計出很多特殊領域中的特殊問題屬於完全無法可依的情況；有意見認為，面向未來，存在着目前尚不可知、尚未經法律規範的眾多問題，如克隆人的法律地位、基因改造的法律後果、生態環境保護的諸多問題等，但眾所周知這些問題多數必須而且可以在條件成熟後用立法來加以調整，極少出現緊急到無法立法必須由行政法規即時處分的情況。筆者望天打卦、苦思冥想，無論怎樣都看不出存在着很多必須勞神行政長官應用獨立行政法規才能處理的問題空間。依筆者理解，該項法律的宗旨和目的當不是縱容和鼓勵行政法規特別是獨立行政法規的隨意制定，而是規範調整甚至依法限制行政法規的制定和適用。筆者寧願相信，獨立行政法規只能作為一種法定的例外機制，在難以用法律調整的極為特殊的情況下，存在並使用；作為通例，特區政府有必要和可能，運用政府草擬、行政長官提案、立法會審議的法定立法機制，來處理大量現實存在的創設法律規範的問題。後者才是符合民主治理、公開程序、正當性原則的恰當辦法，是基本法所規定的依法治澳的康莊大道。

2. 關於法律和行政法規的權限劃分的方法和具體內容

承接前述的分析，筆者認為，按照客觀事實和慣常邏輯，表述法律和行政法規的權限劃分的可行方法，既可以按照法律、補充性行政法規和獨立性行政法規的順序加以規定，也可以採取明訂立法會制定法律的保留權限，將之從全面立法權限中減除，所劃出

的事項領域內，立法會可以制定法律，行政長官也可以制定行政法規。這是因為既然立法會享有全面的立法權，行政長官不得就立法會保留權限的事項制定行政法規(這當然是指獨立行政法規，因為倘有法律授權或明文規定，行政長官就可以根據立法會制定的法律制定補充性行政法規)，故而以法律確立公共規範應當也必須成為創制公共規範的最主要最常見的方式；而只要有特定法律需要明訂執行細則，則可以在指明擬規範法律規定的前提下，制定行政法規，這也必然是適用普遍且廣泛採用的立規形式，至少會比獨立行政法規應用的機會多許多；惟有獨立行政法規，只可就法律沒有規範的事宜設定初始性的規範，如前所述在法治相對健全的今天，註定不可能成為使用範圍廣泛的法規形式，只會在很有限的範圍內使用。

但該法採用兩類列舉並行的方式，在確立法會全面立法權的前提下，一方面規定須由法律規定的 19 項事項，實際確立了法律的專屬權限；另一方面又規定可以由獨立行政法規作出規定的 7 個法律範疇。雖然就兩類列舉表述內容大有差別，前者是“須由”即必須遵循的強制性規範，後者是“得就”即可以由行事者(即特區政府尤其是行政長官)自主決定的選擇，但仍然不免引起外界的猜測，擔心因雙重劃線而導致權力之爭。按照筆者的理解，在此值得討論的至少有以下幾個問題。第一，通過將獨立行政法規適用對象的第(7)項規定為“不屬於本法第六條規定的事項”，事實上已然將制規權範圍最大化地界定為除了法律保留權限以外的所有事項。那麼是否還有必要再專門列舉其他六項適用範圍呢？在內地立法法中確有其必要，因為內地國務院制定行政法規的權限不僅需要與立法權限做出劃分，還要與地方立法權限做出劃分，不專門列舉是難以清晰的，而澳門特區在一級立法體制下則無此需要。第二，專門點出 6 項制規權適用對象的表述目的，顯然是為了滿足特區政府希望強化自身行政管理權限內制規的合法性，特別是應對外界對既有行政法規合法性質疑而做出的特殊安排，毋庸置疑反映了行政當局目前最迫切、最直接的需要。第三，在兩類列舉並行的表述下，原本值得討論的立法會專屬權限是否還應細分為絕對專屬和相對專屬的爭論被忽略了，依照簡單的形式邏輯推論，即便立法會章程和輔助部門組織事項，倘立法會倦勤而授權行政當局制定行政法規以補充實施法律，也是可行的，更妄論居民基本權利保障等立法了。澳門在回歸前，就出現過將法律虛化而將大量實體規範以法令形式頒佈的情況；回歸後，由於種種原因也出現過法律過度

綱要化、必須依賴行政法規的實體規範否則難以實施的情況。該法是會加劇這種情況還是有所抑制，端看政府立法取向。第四，考慮到澳門法治狀況，實際存在法律空白的事項多數是某些特殊領域的特殊部分，鮮見整個領域、整個制度無法可依的局面。故此，倘若僅將這些沒有法律規範的細微事項專門挑選出來以標示為“獨立行政法規”的規範形式加以處理，並把其他內容相關但已經具備現成法律調整而僅須制定執行性具體措施者作為另類法規處理。澳門的法律規範將因此而人為地變得支離破碎，更大的可能是立法實踐中根本難以精確地作出劃定和處理。基於以上綜合的因素，筆者認為該法就規範適用對象所做規定的方式是值得商榷的。

規定立法會制定法律的保留權限，決定性的因素相對比較充分，可供參考的資料也相對較多。一是基本法明確規定必須“以法律加以規定”、“依法”從而必須由法律調整的事項；二是特區高度自治範圍內政治、經濟和司法制度的基本內容，特別是有關居民基本權利的保障和法定限制事項；三是有關立法會本身制度和特區法律體系的基本規範；四是參照其他法治國家或地區必須由議會立法調整的事項範圍中符合地區政權性質的內容。對於這個方面的內容，該法律的相關規定沒有引起太大的爭議，反映了各方利益協調一致的看法。

列舉行政法規特別是獨立行政法規可以調整的事項，本身就屬於多此一舉且費力不討好的事。內地 2000 年制定立法法時，圍繞國務院根據憲法和法律規定制定行政法規的“根據”問題展開過深入的討論。主張“職權說”者提出法定行政機關有權在憲法和法律賦予的職權範圍內，根據需要制定行政法規；也就是說，行政機關制定行政法規不僅可以根據憲法和法律，而且可以根據法定職權，在職權範圍內，沒有具體授權也可以制定行政法規。主張“依據說”者則認為，行政機關制定行政法規，必須遵守憲法和法律的要求，即應有直接的根據和具體的授權，因為制定行政法規不是行政機關的固有權力，也不是行政機關行使職權的形式，否則就改變了行政機關執行權的性質，改變了國家機構的法定分工，不利於法制統一。最終的分析認為，從實際情況來看，“職權說”的觀點失之過寬，把行政機關的管理職權不加分析，全部當成行政法規的權限範圍，混淆了行政權和立法權的性質；而“依據說”又失之過窄，不適應客觀需要和調動行政立法的積極性，不適應現時多變的社會環境。⁴⁷ 根據這樣的理性認識和實事求是的態度，立法

法專條規定了使行政法規與法律和地方性法規相區別的立法權限，首先是為執行法律規定需要制定行政法規的事項，其次是憲法規定的國務院行政管理權限範圍內的事項，再次是全國人大及其常委會授權的事項。這樣的界定既概括又簡要。反觀第 13/2009 號法律對獨立行政法規適用範圍的列舉，既非“職權說”，也非“依據說”，內容較為雜亂。“充實、貫徹和執行政府政策訂定規範”和“管理各項公共事務的制度和辦法”相當寬泛，政府和行政會的“組織、運作及其成員通則”以及公共機關“架構和組織”則相當具體，似乎缺乏貫穿一致的邏輯。尤其是有關行政違法行為及其不超過 50 萬澳門元罰款的規定，爭論最多。有人認為這違反了保障基本權利和自由方面的法律保留原則⁴⁸，因為在沒有法律授權的前提下，由行政機關設定行政違法行為的構成和類型並確定處罰方式是值得爭論的；也有人提出，按照澳門現行法律，行政處罰方式包括警告、參與社會服務令、中止許可、牌照或執照效力、對非居民科處兩年內禁止在特區從事任何勞務活動、中止財政資助等多種形式，大多比罰款 50 萬為輕，為甚麼單獨點出罰款 50 萬可以用獨立行政法規來設定。⁴⁹ 比較合理的表述方式是將各類行政處罰方式逐類列舉至罰款 50 萬元為限。

3. 行政法規的監督和防止濫用

對公共權力的任何設定，都要相應建立對其加以法定控制的機制，這是現代民主政治的內在要求和實質體現。第 13/2009 法律首次在澳門政制史中創設行政長官制定獨立行政法規制度，配合基本法有關行政法規草擬、審議和頒佈的制度加以實施，但完整考察其運行過程，我們發現其欠缺有效的監督機制，一旦出錯難以及時糾正甚至各方都無能為力，這是在現有法律機制下難以解決的致命問題。

獨立行政法規，顧名思義是行政長官自行制定的，而且是在只依據基本法前提下，對沒有法律規範的情況，在立法會全然不會參與下創設初始性規範，其獨立性或曰自主性不可謂不強了。這種由行政機關在特例情況下創設規範確有其必要性，但更應接受各方的嚴格監督和制約。在葡萄牙雙軌立法體制下，政府頒佈法令或者需要取得議會的事先許可(就屬於議會相對保留立法權限而言)，或者頒佈後法定期限內需要接受議會追認程序的審查和修訂，還要接受憲法法院事中和事後的違憲審查，一系列監督制約的法定制度為保證其合法性提供了現實的依據。在內地，國務院根據全國人大及其常委會的授權制定行政法規時，也要遵循一系列法定制度：一是授權決定應明確授權

的目的和範圍，被授權機關應當嚴格按照授權目的和範圍行使授權並不得轉授給其他機關；二是授權立法事項，經過實踐檢驗，制定法律的條件成熟時，由全國人大及其常委會及時制定法律，法律制定後，相應立法事項的授權終止；三是對上述事項，國務院應當及時提請全國人大及其常委會制定法律；四是凡國務院制定的行政法規，包括執行性行政法規、行使憲法規定職權而制定的行政法規和授權性行政法規，在公佈後 30 日內，都必須報全國人大常委會備案，交付審查；五是全國人大常委會有權撤銷同憲法和法律相抵觸的行政法規。這樣嚴格的法定程序對於維護國家法制的統一性和嚴肅性是至關重要的。

然而由於種種原因，無論是《澳門基本法》還是特區自行制定的相關法律，都不曾就立法會授權行政長官制定相關法規的制度、行使追認權審議行政法規的程序、法院行使違憲或違法審查的權限等做出規定；行政訴訟法第 88 條規定的規範爭議審理制度，還刻意撤除了有關法規違反憲制性法律規範的情況；而且既然獨立行政法規聲稱是在無法律規範的情況下制定的，也就排除了審查其與法律相抵觸的實質前提。在這樣的法制背景下，筆者極而言之做出假設，無論是今後行政長官出於何種目的大量使用獨立行政法規去調整尚未由法律規範的事務而不提交立法會立法，無論是行政長官制定獨立行政法規的內容在理論和實際上存在甚麼瑕疵甚至錯誤，除非他自行修正和完善，其他權力機構將很難干預和糾正，即便法院有權行使司法審查權也會因缺乏法律依據而無能為力。這是一種極為不正常的權力安排，特區立法會集體議決制定的法律，尚且需要按照基本法提交全國人大常委會備案並可能因為法定原因而發回重審使之無效，行政長官個人決策而制定的行政法規却可以無須向任何機關備案而接受制約，這其中的危險性可想而知，不得不引起關注和警惕。

4. 立法會提案權問題

在相關立法過程中涉及到的立法會提案權問題，本質上也涉及立法會立法和政府的關係問題。其緣由是：澳葡雙軌立法體制下，立法會提案權只受立法專屬權限制，凡屬於共享權限範圍的立法事項，立法會議員和政府共享提案權；凡屬於立法會絕對專屬權限者，立法會議員享有提案權，這是與雙軌立法體制相伴而生、相輔相成的制度。《澳門基本法》引入以行政為主導的體制，參照《香港基本法》為香港特區設計的立法體制，在確認立法會全面立法權等同時，將提起立法事項的提案權中涉及“公共開支、政治體制

或政府運作”的議案提案權，規定為專屬政府提案權，立法會議員個人或集體不享有提案權；而對涉及政府政策的議案，立法會議員提案“在提出前必須得到行政長官的書面同意”。在澳門特區具體立法實踐中，不僅相關提案較少而且更難於得到行政長官的書面同意，特區立法會還自定議事規則，規定有關提案權限制不僅適用於引發立法事項的初始提案權，而且適用於審議過程中提出修改法案的隨後提案權。這樣的實踐在一定程度上引發了立法會一方的心理不適，一方面曾經就何謂“政治體制或政府運作”展開討論，另一方面希望在立法會就本身事務立法上爭回提案權。

有意見提出，基本法第 77 條第 2 款規定：“立法會議事規則由立法會自行制定”，對“議事規則”概念應當廣義理解，不僅包括有關立法會運作的程序性規範，尚應包括有關立法會議員的權利、特權與豁免以及薪酬待遇等《議員章程》規定的事項以及有關立法會內部組織方面的其他事項，即按照澳葡時期《立法會章程》和《立法會組織法》所界定的範疇來理解。如此這般的理由之一是基本法中文本所稱的“議事規則”，在葡文本被表述為“立法會本身制度”⁵⁰；理由之二是立法會在 2000 年制定《立法屆和議員章程》時就是根據議員集體提案審議立法的，早就突破了相關法律的規定。在立法會方面的強勢主張下，第 13/2009 號法律審議中的政府提案中，確曾一度出現立法會議員就立法會議員章程和立法會輔助部門的組織、運作和人員制度享有專屬提案權的規定，而且立法會在 2008-2009 立法年度兩度以議員提案方式修訂《立法屆和議員章程》，並修訂了《立法會組織法》，前者在短短 10 餘天內給立法會議員加薪和提高相關待遇，後者增加輔助機構編制和福利，在澳門當地引起不小反響。

筆者認為，在基本法相關規定沒做修改的前提下，任何人無權就現實存在的法律規範做實質性變通、曲解或突破，不能片面擴大屬於立法會決議性質

的議事規則為屬於法律性質的立法會議員章程和立法會組織法，也不該把由於行政和立法關係某些不協調所體現出的運作中的問題歸咎於制度設計和法律安排，更不妥當的是選擇性接受基本法對一方有利的規定而否定對自身限制的內容。在這個問題上，第 13/2009 號法律捨棄了在法案審議階段的某些設想，所作的政策和制度選擇無疑是符合基本法的相關規定正確舉措。

5. 個別用語表述值得改進完善

第 13/2009 號法律雖然是以中文為主導的雙語立法，但相關條文的個別內容乃至中文表述仍存在值得商榷和改進之處。例如，法律標題和正文都明確界定為“訂定內部規範的法律制度”，但實際上只處理了法律、獨立行政法規和補充性行政法規三種規範形式的相關制度，隻字未提屬同類性質的“其他規範性文件”如行政長官批示、司長批示等的相關制度。⁵¹ 如果由於各種複雜的原因無法做全面規範的話，是否可以換個標題以避免“大帽子、小身子”名實不符的問題。再如，第 7 條第 1 款第(3)項規定了“政府的組織”字眼，而第(4)項再度出現“公共行政當局及其所有部門及組織單位的架構和組織”，兩者似乎指代的是同一回事，為甚麼同義反覆，似乎不符合形式邏輯。同樣的問題還出在第(6)項，對罰金限額出現了“澳門幣 \$500,000.00”和(50 萬元)兩個並列的表示方法，似乎相當怪誕，本可只用一種語言方式就規定清楚了，何必重複。還有第 6 條多項表述中，有些使用“法律制度”，有些簡化為“制度”，第 4 條第 2 款“應清楚載明”後的三個賓語應屬並列一致並以分號相區隔，現使用逗號則可能出現歧義，都是應該加以完善和改進的技術瑕疵。

筆者不厭其煩地絮叨萬言，目的是希望把嚴肅的政治問題、權限衝突，置於嚴格的學術研究和探討之中，以尋求更為接近客觀理性邏輯的結論，並避免陷於政治和人事的衝突之中，但願這一目的能如期達到。

註釋：

¹ 見中級法院對案號 223/2005 案件的判決書，載於澳門法院網站：<http://www.court.gov.mo/>。

² 見中級法院對案號 280/2005 案件的判決書，載於澳門法院網站：<http://www.court.gov.mo/>。

³ 見行政法院對卷宗編號 38/05-EF 案件的判決書，載於澳門法院網站：<http://www.court.gov.mo/>。

⁴ 見中級法院對案號 43/2006、44/2006、45/2006、48/2006、53/2006、143/2006、144/2006 和 145/2006 等 8 個案件的判決

書，載於澳門法院網站：<http://www.court.gov.mo/>。

- 5 奇雲：《法律界人士認中院裁決書一些觀點可商榷 基本法賦予行政長官立法權》，載於《澳門日報》，2006年5月12日，第B06版；奇雲：《探討立法權廣義與狹義 法律界有不同看法》，載於《澳門日報》，2006年5月13日，第A06版；駱偉建：《對澳門特區立法體制的反思》，載於《澳門日報》，2006年12月4日，第B08版；冷峰：《行政法規適用爭議的再思考》，載於《訊報》，2006年8月12日，第01版。
- 6 楊允中：《立法·立法權·立法體制》，載於《澳門研究》，第37期，2007年，第1-10頁；永逸：《法律是上位法行政法規是下位法兩者效力不相等》，載於《新華澳報》，2006年5月15日；王禹：《論行政法規的法律地位》，載於《澳門日報》，2006年7月30日，第01版；王禹：《再論行政法規的法律地位》，載於《訊報》，2006年10月21日，第05版；王禹：《三論行政法規的法律地位》（共三篇），載於《澳門日報》，2007年3月14日，第F03版；2007年3月21日，第E08版；2007年4月4日，第E03版。
- 7 行政法務司司長陳麗敏於2006年底出席立法會辯論時曾有相關的表態，見《公地規章被判無效提上訴 陳麗敏認無法律真空》，載於《澳門日報》，2006年10月23日，第A01版。
- 8 見《澳門特別行政區終審法院合議庭裁判》第28/2006號案，載於澳門法院網站：<http://www.court.gov.mo/pdf/tui/tui-s-28-2006-vc.pdf>，2009年8月3日。
- 9 見中級法院對第536/2007號案件的判決書，載澳門法院網站：<http://www.court.gov.mo/>。另見《澳特區無權自行更改本地政制 中院認終院觀點應提請人大釋法》，載於《澳門日報》，2007年12月25日，第B07版。
- 10 《裁決多宗涉判行政法規違法上訴 終院指中級法院過度審理》，載於《澳門日報》，2008年5月2日，第B08版。
- 11 楊允中認為特區法院不具有認定法律或行政法規失效的權力，司法權限不可跨越立法領域。見楊允中：《立法·立法權·立法體制》，載於《澳門研究》，第37期，2007年，第1-10頁。
- 12 同註11；悟塵：《中級法院裁決激起社會廣泛關注討論 有認需制定〈立法法〉釐清權限》，載於《華僑報》，2006年5月19日，第23版；永逸：《從中級法院司法裁決看制定立法法的必要性》，載於《新華澳報》，2006年5月12日，第01版。
- 13 法案原文見澳門立法會網站關於相關法案審議的資料匯集，載於澳門立法會網站：<http://www.al.gov.mo/proposta/lei/proposta-cn.pdf>，2009年8月3日。
- 14 引自特區政府關於法律和行政法規的規定(法案)理由陳述，載於澳門立法會網站：<http://www.al.gov.mo/porposta/lei/nota-justificativa-cn.pdf>，2009年8月3日。
- 15 引自立法會審議《關於法律和行政法規的規定》時會議記錄，載於《澳門特別行政區立法會會刊——第一組》，第III-68期，第19頁和第III-70期，第9頁。
- 16 見劉焯華、歐安利、楊道匡、吳國昌、區錦新等議員於2007年8月3日和10日在審議《關於法律和行政法規的規定》時的發言，載於《澳門特別行政區立法會會刊——第一組》，第III-68期和第III-70期。
- 17 該法律最終定名為第4/2008號法律《廢止六月二十八日第27/99/M號法令有關刑事訴訟及刑事性質的規定》文本載於澳門立法會網站：<http://www.al.gov.mo/lei/leis/2008/04-2008/cn.htm>，有關審議記錄載《澳門特別行政區立法會會刊——第一組》，第III-90期。
- 18 見澳門立法會2008年5月30日和6月2日的會議記錄，立法會第一常設委員會第5/III/2008號意見書，載於《澳門特別行政區立法會選舉制度》第二版(修訂及更新)，澳門：澳門立法會，2008年，第657-710頁。
- 19 見行政暨公職局局長朱偉幹於2008年8月1日在立法會第一常設委員會細則性審議修改立法會選舉法法案時的發言。
- 20 相關法律文本，載澳門立法會網站相關法規的網頁。
- 21 引自第一常設委員第3/III/2009號意見書，載於澳門立法會網站：<http://www.al.gov.mo/porposta/lei/parecer-cn.pdf>，2009年8月3日。
- 22 時至今日，對行政法規概念是否有統一理解的問題仍然受到質疑。2007年7月18日終審法院第28/2006號案件判決中，對行政法規仍給予狹義和廣義兩個定義。判決在多數時候將行政法規定義為行政長官制定的名為行政法規的一類規範形式；但在論述中，不止一次指出“行政法規的表現形式，基本法沒有規定”，“行政長官的行政法規僅是其類別中的一種”，至少還應包括“由行政長官和特區主要官員制定的對外規範性批示”。
- 23 上述行政法規名稱，均引自澳門特別行政區政府“澳門法例資料查詢系統”網站。

- 24 蕭偉華：《澳門憲法歷史研究資料(1820-1974)》，澳門：法律翻譯辦公室、澳門法律公共行政翻譯學會，1997年。
- 25 引自《澳門組織章程》第69條，載於《澳門法律滙編》，北京：中國社會科學出版社，1996年，第8頁。
- 26 引自《葡萄牙共和國憲法》第292條，載於《澳門的憲政制度及司法組織》，澳門：法律翻譯辦公室，1995年，第76頁。
- 27 引自《澳門組織章程》第2條，載於《澳門法律滙編》，北京：中國社會科學出版社，1996年，第3頁。
- 28 引自《澳門組織章程》第12條，載於《澳門法律滙編》，北京：中國社會科學出版社，1996年，第3頁。
- 29 引自《澳門組織章程》第31條，載於《澳門法律滙編》，北京：中國社會科學出版社，1996年，第5頁。
- 30 引自《澳門組織章程》第11、13、14、15、30、31、36、40條等，載於《澳門法律滙編》，北京：中國社會科學出版社，1996年，第3-6頁。
- 31 周旺生：《中國現行立法體制》，載於新華網：http://news.xinhuanet.com/ziliao/2003-08/21/content_1038023.htm，2009年8月3日。
- 32 楊景宇：《我國的立法體制、法律體系和立法原則》(第十屆全國人大常委會法制講座第一講)，載於新華網：http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2003-11/04/content_1159807.htm，2009年8月3日。
- 33 以上條文均引自《中華人民共和國立法法》，載於張春生主編：《中華人民共和國立法法釋義》，北京：法律出版社，2000年，第267-285頁。
- 34 以上所涉葡萄牙憲法的各項規定，見1976年頒佈、經1982、1989和1992年修改的文本，均引自法律翻譯辦公室：《葡萄牙共和國憲法》，澳門：澳門印刷署，1993年。
- 35 有關爭議意見在澳門特區終審法院就第28/2006號案判決關於“葡萄牙和澳門法律制度中的行政法規”部分的大量闡述，見《澳門特別行政區終審法院合議庭裁判》第28/2006號案，載澳門法院網站：<http://www.court.gov.mo/>。
- 36 Gomes Canotilho、Vidal Moreira 著，馮文莊、黃顯輝、歐陽琪譯：《憲法的依據》，澳門：澳門大學法學院，2003年，第151-153、166、172頁。
- 37 李林：《立法理論與制度》，北京：中國法制出版社，2005年，第二章“立法權與立法民主化”。
- 38 見《中國大百科全書》(精粹本)，北京：中國大百科全書出版社，2002年，第857頁。
- 39 同註37，第三章“行政合法原則與行政立法”。
- 40 詹姆斯哈特(James Hart)：《行政法概論》英文版，第154-155頁，轉引自註37。
- 41 詹寧斯著，蓬勃譯：《英國議會》，北京：商務印書館，1959年，第489-490頁。
- 42 見百科百度編輯詞條網站：<http://baike.baidu.com/view/73632.htm>。
- 43 見澳門印務局網站所公佈的法律文本：<http://bo.io.gov.mo/bo/i/2009/30/lei13-cn.asp>，2009年8月3日。上述內容是筆者根據自己的理解歸納出來的，法律原文並無出現“立法會的保留權限”、獨立行政法規“適用對象”等術語，筆者標出某些關鍵字眼，旨在強調立法中應有的邏輯。
- 44 悟塵：《立法法立法過程上演新舊思維角力》，載於《華僑報》，2009年8月17日，第14版。
- 45 該判決中“行政法規”、“行政規章”等概念的使用比較含混，出現一詞多義、相互混用的情形，須特別小心區別。
- 46 見《澳門特別行政區終審法院合議庭裁判》第28/2006號案，載澳門法院網站：<http://www.court.gov.mo/pdf/tui/tui-s-28-2006-vc.pdf>，2009年8月3日。
- 47 張春生主編：《中華人民共和國立法法釋義》，北京：法律出版社，2000年，第164-166頁。
- 48 見Joao Albuquerque發表於2009年7月15日葡文《句號報》上的文章。
- 49 澳門法學協進會：《對“關於訂定內部規範的法律意見”法案的意見》，載於澳門立法會網站：<http://www.al.gov.mo/proposta/lei/parecer-cn.pdf>，2009年8月3日。
- 50 應當承認基本法第77條葡文本對議事規則的翻譯文字“definir, por si própria, o seu regimento”(意即本身制度)，確與中文本不一致，這是翻譯過程中出現的差錯，只能按照全國人大常委會“有關基本法葡文本的決定”中所明確的“葡文本中的用於的含義如果與中文本有出入的，以中文本為準”的法定規則加以處理。
- 51 鄭錦耀提出了包含處理相關事項的“法律規範法法案”，參照附錄於第一常設委員第3/III/2009號意見書的相關文章，載澳門立法會網站：<http://www.al.gov.mo/porposta/lei/parecer-cn.pdf>，2009年8月3日。但現時的立法取向相信是爲了避免涉及澳門立法會是否有權就涉及整個立法體制問題自行立法這個憲政敏感問題而採取的處理方案。