

各行政規章的位階及各自的規範範圍研究

鄭錦耀*

一、概述

雖然澳門現行成文法中並未對行政規章進行定義，然而學理上有對行政規章作出定義：行政規章為行政當局在行使行政權力時所發出的法律規範¹。學界普遍認為，回歸前由總督制定的訓令、章程、批示和各部門的規範性文件以及回歸後由行政長官制定的行政法規、行政命令、行政長官批示和各部門的規範性文件都是行政規章。《行政程序法典》第 105-109 條對行政規章作出綱領性的規定，但是並沒有規定不同種類的行政規章之間的法律位階，第 13/2009 號法律《關於訂定內部規範的法律制度》也僅在第 3 條中規定了“法律、行政法規及其他內部規範性文件須符合《基本法》”和“法律優於其他所有的內部規範性文件”，但是沒有規定行政法規、行政命令、行政長官批示總督訓令、總督批示和回歸前後各部門的規範性文件之間的位階高低，而且《澳門基本法》以至澳門各成文法都沒有規定。在“下位法抵觸上位法者無效”的法理下，各行政規章之間的位階會直接影響到行政規章的有效與否，是具有重要性的問題；除此之外，不同類型的行政規章各自的規範範圍也沒有成文法規定過。為此本文僅對以下問題進行探討：第一，回歸前和回歸後各行政規章之間是否存在位階；第二，各行政規章之間沒有位階會有甚麼弊端；第三，行政規章之間應有的位階排序。

二、回歸前和回歸後各行政規章之間是否存在位階

回歸前行政規章位階問題一般並無爭議，回歸後行政規章的位階情況較複雜：學理上認為存在位階之分，立法實務則認為沒有。

在特區政府成立前，各行政規章之間存在位階。澳葡政府履行行政職能的行為形式主要有：訓令、章程、批示。順序排列為：第一是訓令，指履行行政職能最莊嚴的形式，內容通常是針對特定具體情況。第二是章程，由具有普通性及抽象性的規範組成，必定以法律為依據，即只有法律明文容許的情

* 澳門大學哲學博士(憲法、基本法與行政法學專業)

況下方得制定行政規章。第三是批示，通常指針對具體情況而作出的決定，一般以法律或行政章程為依據，故其地位必定從屬於法律或章程。² 在特區成立前的澳門法律規範，按效力的高低排列如下：第一是適用於澳門地區的《葡萄牙憲法》規範；第二是一般國際法及法源條約；第三是《澳門組織章程》與效力高於澳門地區所制定法律的葡萄牙法律；第四是澳門立法會法律與總督的法令；第五是形式為訓令的行政規章；第六是形式為批示的行政規章，及地方自治團體、行政公益法人與被特許實體所發出的行政規章。³ 以上的學理也有當時有效的成文法的支持：根據《澳門組織章程》第 16 條第 2 款的規定，訓令和批示都是總督行使執行職能的表現形式，不過根據公佈方式的莊嚴性，仍可以看出訓令的位階在批示之上。⁴ 由此可知回歸前行政規章的種類是訓令、規範性的總督批示、由其他行政當局制定的規範性批示，至於位階排序則是：訓令 > 規範性的總督批示 > 由其他行政當局制定的規範性批示。

回歸前的行政規章位階較易辨認，但回歸後沒有成文法規定各行政規章之間的位階，而在行政法學的學理上通常認為各行政規章之間存在位階：“在不同的規章中原則上不存在任何位階關係，它們均具有同等的效力。然而必需指出，不同的形式價值結果是源自一連串的法律規定(如第 3/1999 號有關法規公佈和格式的法律的規定)，從這差別中區別出規章或高或低的地位：在首位的為(政府)行政法規，根據上述法律第 6 條第 1 款由行政長官命令公佈，必需徵詢行政會的意見；之後為行政命令，亦由行政長官命令公佈，但無需徵詢行政會的意見；接着為規範性的行政長官批示，很多時(只)具備針對個人和具體個案的效力，同樣可為一般性和抽象性的(這情況的批示在本質上為行政規章)，可以只具對內效力(而我們只關心的是那些具對外一般性和抽象性的規章)。最後，為由主要官員作出的對外規範性批示(各司長、廉政專員、審計長、警察總局局長和海關關長)，根據上述法律第 6 條第 3 款由主要官員自己命令公佈——適用上述規範性的行政長官批示有關效力的部分。”⁵ 總而言之，現時行政法學學理上認為回歸後行政規章的位階是：行政法規 > 行政命令 > 規範性的行政長官批示 > 規範性的司長批示 > 規範性的各部門批示。

三、立法實務上認為行政規章之間不存在位階

在立法實務上的見解與學理的主張不同，行政規章的位階被認為只要制定主體相同，彼此之間就不存在位階。這見解在立法會討論第 5/2013 號法律《食品安全法》條文內容的立法會會議紀錄中有所呈現。

第 5/2013 號法律《食品安全法》第 7 條第 3 款有如此規定：“食品安全標準由補充性行政法規訂定，但在緊急情況下，可由公佈於《澳門特別行政區公報》的行政長官批示修改。”該條款在立法會第二常設委員會審議時，曾被質疑以位階低於行政法規的行政長官批示去修改行政法規是否恰當：“委員會擔心，如果現在規定以某一位階低於行政法規的行為去修改行政法規，那麼以行政長官批示修改食品安全標準必然會引致修改訂定該標準的補充性行政法規之內容，需要留意，在這種情況下，

在淵源上，作為規範性行為的行政法規在政府採用的行為當中所處的位階最高。”後來特區政府代表主張行政法規和行政長官批示之間並不存在真正的位階，理由是兩者均由行政長官制定：“政府再次說明之所以採用這一特別處理方法，是為了確保‘食品安全標準’的法律制度能夠回應現實發生的問題，而訂定規範性行為的程序要求一定時間，往往不能夠及時回應到現實出現的問題，即使這一規範性行為是一項由同一機關制定的行政法規亦然。此外，政府亦指出，在政府看來，在該兩種規範性行為之間並不存在一個真正的位階，因為兩者均由行政長官制定，雖然在制定時可能存在程序上的分別。”後來立法會同意了政府的觀點：“委員會已將政府的立場作適當記錄，並接納政府建議的規定。”⁶

從中可見，在立場相反的成立法制定出來之前，“只要制定主體相同，行政規章之間就不存在位階”的觀點已為行政和立法兩權之間接受。現時立法實務上，行政規章的位階是：行政法規＝行政命令＝規範性的行政長官批示＞規範性的司長批示＞規範性的各部門批示。

姑勿論位階是否存在，不能否認的事實是：澳門至今未有成文法規規定各行政規章的位階，而且回歸前的行政規章與回歸後的行政規章之間也沒有位階排序。下文開始探討下一個問題：各行政規章之間沒有位階會有甚麼弊端？

四、行政規章沒有區分位階的弊端

各行政規章之間沒有位階的第一個弊端是：行政長官可以藉批示方式制定合自己意的法規，規避行政法規需要行政會討論的機制，變相架空行政會。

從前文可知，行政和立法兩權對各行政規章之間位階的認知是以制定主體為區分標準，制定主體地位較高的行政規章位階高於制定主體地位較低的行政規章，而同一制定主體的不同類型行政規章(例如行政法規、行政命令、行政長官批示)之間不存在位階。但是這認知存在兩大缺點：第一，地位相同的不同主體各自制定的行政規章，位階高低無法以上述的標準來識別，例如假設行政法務司司長以司長批示的方式制定了《澳門公共行政工作人員通則》第110條及續後條文規定的“因在職時意外而缺勤”的認定標準，同時某司司長也以司長批示的方式制定了另一套“因在職時意外而缺勤”的認定標準，兩份內容不同的司長批示法律效力孰高孰低無從判斷，該司下轄的局級部門屆時就會不知應遵守哪一個司長批示才是正確。第二，行政法規、行政命令和行政長官批示如果內容出現不一致甚至矛盾，由於彼此之間的效力無高低之分，只能以新法優於舊法的法則去判斷應適用哪項行政規章，但是行政法規的制定程序尚包括會同行政會討論，比行政命令和行政長官批示的制定程序嚴格得多，如果行政命令和行政長官批示可以廢改行政法規，行政長官就可以繞過行政會去制定效力等同行政法規的行政規章，使行政法規形同虛設，不符合《澳門基本法》設立行政會的初衷。而且彼此之間不存在位階會令這三類行政規章沒有差別，令人感到行政法規、行政命令和行政長官批示這三個分類沒有意義。

第二個弊端是：各行政規章的內容不一致時，公眾不知道應遵守哪一個才正確，公共部門也不確定用甚麼類型的行政規章對舊法規進行廢改才屬正確。

眾所共知的是，廢改某一法規需要透過同位階或更高位階的法規進行。然而由於各行政規章之間的位階沒有成文法予以劃分，所以在不同的行政規章之間進行廢改並不少見，總督訓令由行政法規或行政命令廢改都有實例，令人無從判斷訓令的位階應等同行政法規還是別的行政規章，以《郵政服務收費及罰款總表》為例，第 88/99/M 號法令第 39 條第 2 款規定了《郵政服務收費及罰款總表》由訓令核准，在回歸前《郵政服務收費及罰款總表》是透過第 450/99/M 號訓令核准，回歸後則由第 62/2005 號行政命令廢止了第 450/99/M 號訓令及核准了新的《郵政服務收費及罰款總表》，並且曾經透過第 33/2009 號行政命令、第 91/2010 號行政命令、第 32/2013 號行政命令及第 24/2014 號行政命令進行修改。又例如第 257/97/M 號訓令《核准修改車輛使用牌照稅規章附件 II 所載之標誌式樣》，是被第 24/2017 號行政法規《〈車輛使用牌照稅規章〉附件二所載的標誌的新式樣》修改。以行政長官批示廢改訓令也發生過，例如第 248/2006 號行政長官批示廢止了第 68/91/M 號訓令和第 69/91/M 號訓令。至於行政長官批示廢改總督批示就更不罕見，例如第 234/2006 號行政長官批示修改了第 45/GM/95 號批示；第 201/2006 號行政長官批示廢止了第 164/GM/99 號批示。甚至連行政命令修改法令的例子也有，例如第 48/2010 號行政命令修改了第 11/98/M 號法令。上述訓令分別是被行政法規、行政命令和行政長官批示廢改，這不但令人們難以了解訓令的位階是等同行政法規、行政命令還是行政長官批示，而且也辨不到訓令、總督批示、行政法規、行政命令和行政長官批示之間的位階孰高孰低，當各行政規章的內容不一致時，公眾會無所適從。

五、解決方案：制定《行政規章法》和作出位階排序

為了解決上述的問題，本文認為有需要揚棄“只要制定主體相同，行政規章之間就不存在位階”的觀點，改為明文規定不同的行政規章之間有不同的位階。而要為各行政規章訂立位階，應當以成文法方式確立(該擬制訂的成文法，本文姑且稱之為《行政規章法》)。考慮到只有高位階法規才可以訂立低位階法規的位階，以及行政法規、行政命令和行政長官批示之間因為位階高低未明所以未能斷言三者之間哪個位階較高之故，《行政規章法》應以法律方式制訂為宜。至於行政規章之間的位階排序，本文傾向認為需遵守以下三個標準。

第一，以制定主體決定位階高低。在《澳門基本法》的憲制框架下，行政長官擁有澳門特區在高度自治範圍和《澳門基本法》規定下所有的行政權，各主要官員根據第 2/1999 號法律第 17 條擁有受其領導或監督的實體或部門的組織法規及其他法規所規定的職權，因此在考慮行政長官、主要官員以及各局級領導的行政等級之間的服從和競合權限因素後，行政規章之間的位階首先需要根據制定者的行政等級來劃分，即行政長官制定的行政法規、行政命令及規範性的行政長官批示等位階高於主要官員的規範性批示，而主要官員的規範性批示位階高於受其領導或監督的實體或部門的規範性批示。

第二，以該規範的類型是否由《澳門基本法》所確立來決定位階高低。行政法規和行政命令分別由《澳門基本法》第50條(四)項和(五)項確立，具有憲制性質的法律根據，行政長官批示並沒有《澳門基本法》的規定確立，與回歸前總督批示由《澳門組織章程》的規定確立的情況不同⁷，所以行政法規和行政命令的位階應高於規範性的行政長官批示。行政法規和行政命令雖然都由《澳門基本法》所確立，然而行政法規的制定過程有行政會參與，形式最莊嚴，而且內容有經過行政會的討論再制定，行政命令則無行政會的參與，僅由行政長官一人決策制定。考慮到決定內容的嚴謹性和形式的莊嚴性，行政法規位階應高於行政命令。

第三，由行政層級相同的不同制定主體制定的行政規章，應視乎行政規章的內容是否屬該制定主體的法定職權範圍內。⁸ 如果是制定主體的法定職權範圍內，其他行政層級相同的制定主體制定的行政規章效力不能高於它。如果不屬制定主體的法定職權範圍內，其效力只應及於制定主體之內。例如假設行政公職局制訂了內容是關於《澳門公共行政工作人員通則》第110條及續後條文規定的“因在職時意外而缺勤”認定標準的規範性批示，其他與之平級的政府部門制定的規範性批示效力不能高於它。又例如假設某司制定了相同內容的規範性的司長批示，如果該司是行政法務司，基於第2/1999號法律《政府組織綱要法》第17條的緣故，該規範性的行政法務司司長批示效力應及於各司級或以下的政府部門；如果該司是其他司長，效力應只及於該司及轄下的政府部門。若與行政法務司司長制定的規範性批示內容不一致，應以行政法務司司長制定的規範性批示為優先。

在遵守上述規則下，如仍有適用上的爭議，制訂實體具行政上的決定權，法院的司法見解為最終決定。簡而言之，將來《行政規章法》應將回歸後的各行政規章的位階定為：行政法規>行政命令>規範性的行政長官批示>規範性的司長批示>規範性的各部門批示。

《行政規章法》尚有一個內容需要制定：規定訓令、規範性的總督批示、由其他行政當局制定的規範性批示的位階，應該對應回歸後的哪種行政規章。本文認為考慮到《澳門組織章程》第48條的規定⁹，由於諮詢會(在澳葡政府的地位和作用近似現在的行政會)並不必然會參與訓令的制定，所以訓令的位階不能與需會同行政會制定的行政法規相等，而總督與行政長官的地位角色近似，所以規範性的總督批示與規範性的行政長官批示位階應相同。《行政規章法》將回歸前和回歸後各行政規章的位階進行排序時，本文認為應該是：行政法規>行政命令=訓令>規範性的行政長官批示=規範性的總督批示>規範性的司長批示=政務司制定的規範性批示¹⁰>規範性的各部門批示=由其他行政當局制定的規範性批示¹¹。

六、指引的效力

在結束本文之前，本文欲藉此機會闡述一個行政規章上的老問題：指引的法律效力。指引不一定是透過上述的行政規章發佈，更多的是以行政部門的內部文件方式發佈，制作實體可以是司長，也可以是局長。然而指引始終是內部文件，沒有刊登在《澳門特別行政區公報》，又沒有法律明文規定過指

引的法律效力，令指引的法律拘束力和遵守義務成為法學界和公共行政實務上的一個各方爭鳴的課題。

終審法院在 2017 年 2 月 20 日作出了第 81/2016 號裁判，對指引的概念、法律效力和沒有遵守的後果，為以上的問題作了司法見解。判決認為“指引是上級發出的讓下級遵守、從而使他們可以在無法確切知道將會如何出現的將來情況中採取行動的指令。違反指引可能令下級觸犯職務義務，但它不是法的淵源，因此利害關係人不能以違反指引作為撤銷行政行為的理由。違法是撤銷行政行為之請求的理由，是標的和前提違背其應遵守的法律規定的行政行為所存有的瑕疵。指引不屬於規範性行為的法律規定，因此違反指引不構成撤銷行政行為的理由”¹²。在未來的《行政規章法》中，宜將以上司法見解納入內容，以成文法方式規定指引的法律效力。

註釋：

- ¹ Jose Eduardo Figueiredo Dias：《澳門行政法培訓教程》，關冠雄譯，澳門：法律及司法培訓中心，2008 年，第 103 頁。
- ² 何志遠：《論澳門特別行政區行政法規與法令的關係》，《法域縱橫》2001 年第 10 期，第 69-70 頁。
- ³ 何志遠：《論澳門特別行政區行政法規與法令的關係》，第 70-71 頁。
- ⁴ 條文原文：“在行使其執行職能時，總督發出訓令後應命令在《政府公報》內公佈，而作出批示後得按其性質訂定公佈方式。”
- ⁵ Jose Eduardo Figueiredo Dias：《澳門行政法培訓教程》，第 115-116 頁。
- ⁶ 引號內的內容見載於第二常設委員會第 1/IV/2013 號意見書，第 58-59 頁，載於澳門立法會網站：http://www.al.gov.mo/uploads/lei/leis/2013/2013-05/parecer_cn.pdf。
- ⁷ 回歸前澳門總督可以制定批示是根據《澳門組織章程》第 16 條第 2 款的規定，回歸後《澳門基本法》未有確立行政長官和各官員的規範性批示。
- ⁸ 例如第 24/2011 號行政法規《行政公職局的組織及運作》第 2 條(8)項規定了行政公職局對公職一般制度的解釋和適用具職權。
- ⁹ 該條規定：“一、對於總督送交諮詢會的關於總督權限或關於一般當地行政的事項，諮詢會有發表意見的權限。二、對於下列事項，必須聽取諮詢會的意見：a)總督提交立法會的法律提案；b)總督將公佈的法令之草案；c)在當地生效的法規之執行規章；d)對當地經濟、社會、財政及行政政策總方針的訂定；e)對於因國民或外國人之存在引致內部或國際秩序出現嚴重不適宜時，為着公共利益得拒絕其入境或根據法律驅逐其出境之情事，但當事人有權向共和國總統提出訴願；f)法律給予的其他事宜。三、諮詢會有制定其規程的權限。”
- ¹⁰ 考慮到政務司與現時各司長的職權範圍不一定相等，所以司長規範性批示是否可以廢改政務司規範性批示的問題，應視乎批示內容所涉的職權是否屬司長所有而定。

- ¹¹ 除了訂明行政規章的位階外，尚有一個重要問題：各行政規章各自規範的範圍和事項是甚麼？曾有學者對此作出歸納和見解，詳見趙向陽：《行政規範之初步探討》，《行政》2011年第3期，第629-630頁。
- ¹² 終審法院第81/2016號裁判，第83頁。