

對基本權利和自由的限制與法律保留——對基本權利和自由的“限制的保留”

António Malheiro de Magalhães*

引言

除普遍性原則¹和平等原則²之外，基本法規定的基本權利和自由制度的第三個要點³毫無疑問是該等基本權利和自由僅當法律規定的情況下才可以成為限制的對象。這就是第四十條第二款規範的規定，根據該規範“澳門居民享有的權利和自由，除依法規定外不得限制”。

* 法學碩士，科因布拉大學法律學院助理教授

1. 儘管不可能在澳門特別行政區基本法找到明確地和直接地為基本權利和自由的普遍性原則而設的一個規定——與葡萄牙共和國憲法（第十二條第一款）相反——實際情況是，據我們的理解，只要結合其中的某些規範，解釋者仍然可以得出在該法律中存在該原則的結論。

有趣的是，注意到當葡萄牙共和國憲法第一部份僅提及“基本權利和義務”，緊接著出現普遍性原則作為一連串一般原則的開始，根據該原則，“所有公民享有憲法規定的權利和負有憲法規定的義務”（第十二條第一款），而澳門特別行政區基本法採納的享有基本權利和自由資格的決定性因素不是“公民權”而是“居留權”，作為將一個個人與獨立的“政治群體”澳門特別行政區之間建立聯繫的特殊法律約束。

2. 在基本法中採用的“澳門居民”基本權利自由制度的一般特性中，亦包括平等原則。因此，澳門特別行政區“根本的”規範第二十五條規定“澳門居民在法律面前一律平等，不因國籍、血統、種族、性別、語言、宗教、政治或思想信仰、文化程度、經濟狀況或社會條件而受到歧視”。

3. 在澳門特區基本法規定的基本權利和自由制度的三個特性之後應該再加上第四個，即是，實質司法保護。關於這方面，我們應該借用Alves Correia的說話，“基本法第一百四十三條賦予澳門特別行政區法院有權在審理案件時監察澳門法律體系的規範是否符合基本法，對於保護基本法第三章（參閱第二十四條至第四十四條）規定的澳門居民基本權利尤為重要。可以說，它是Ronald Dworkin思想的一種反映，在他看來，基本權利的保護是一種“對於選擇不敏感或偏好不敏感”（“choice-insensitive”，“preference-insensitive”）的事項，因此，應當由法院而非政治機關擔當”。參閱 Alves Correia, Fernando, *A Fiscalização da Constitucionalidade das Normas do Ordenamento Jurídico de Macau à Luz da Recente Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in *Revista Jurídica de Macau*, Volume IV, N.º 3, 1997, 第26頁。

然而，這裡該限制“制度”的特性要件並未完結。緊接著，再規定“此種限制不得與本條第一款規定抵觸”。即是，作為對基本權利和自由的“法律限制”的“限制”，該規範準用國際公約和國際勞工公約中的規定，據我們的理解，在澳門特別行政區“繼續生效”⁴。

基本法第四十條第二款的規定可以引起多種多樣的問題，其答案肯定要求學理上的小心處理，由於快捷的原因，我們並不打算進行。

這樣，立即將我們的注意力只集中於該法律中基本權利和自由法律制度的“主樑”所附帶的某些特別信號，實際上表現為可能觸及澳門居民基本法律地位的法律“限制的限制特性”（Jorge Miranda）。

另一方面，重要的是當探討對澳門居民基本權利和自由的“限制”問題時，不要忘記，無可避免地要提及整個基本權利和自由體制所建基的“主題原則”集合，特別是，保護基本權利和自由原則和法律體系延續性原則，我們認為後者包含一個繼續享有“所有”基本權利和自由原則，輔以按聯合聲明解釋基本法原則。我們將會看到，當我們面對的特殊問題可能牽涉到一般法律中成文規定的實質基本權利或有的、將來的立法限制時，該援引具有關鍵的作用。

一、限制性法律保留的要件和規章權的行使

現在，對基本法第四十條第二款的規定的第一次閱讀可以立即得出四個推論：一方面，基本權利和自由並不是不可以限制的；另一方面，限制的可能性服從於實質的和形式的法律保留；接著，根據關於這方面內容的相關條文第一款，對基本權利和自由的法律限制不能抵觸適用於澳門特別行政區法律體系的國際法文件的規定；最後，與葡萄牙共和國憲法不同，其第十八條第二款規定“在憲法明確規定的情況下”才可以對權利、自由和保障作出限制，我們認為，在澳門特別

4. 當我們遵從基本法第四十條的規定時，希望引起對該等規定與葡萄牙共和國議會第41/92號決議第五條第二款的文本之間存在的相似性的注意。事實上，這裡亦規定“在澳門對基本權利的限制僅限於法律規定的情況並且以上述國際公約所適用的規定為限”（公民權利和政治權利國際公約與經濟、社會、文化權利國際公約）。

行政區基本法規定了面向一般立法者的對基本權利和自由的“限制的一般條款”⁵。換句話說，立法者無需要根據基本法的規定得到任何明確的批准才可以對基本權利和自由進行限制。

（一）首先，我們面對的是本身意義上的限制。更好地說，在第四十條第二款，基本法有“觸及或影響到”⁶澳門居民所享有的基本權利和自由內容相關的行為，對該等基本個人法律地位的“實質或個人範疇進行壓縮或令其縮少”⁷。

另一方面，據我們的理解，該規定首先和優先以行政當局為對象。意思是，根據基本法，任何旨在限制基本權利和自由的行政介入僅基於法律才可進行，即是，僅當“按照法律規定的情況”進行時才具有正當性。亦即是說，對基本權利和自由的限制服從於一個實質法律保留原則，根據該原則，該等權利和自由“不能被限制（…）除非由法律作出而且不能由規章作出，法律不能將該制度的任何方面授權予規章或批准由規章作出”⁸。這樣，“除法律定義或實現外”，是不可以想像存在有某些限制的可能性，因此，排除了“限制性規章”制定的可能性。正如Jorge Miranda所述，此為一“法律絕對保留原則”，禁止了行政當局在限制性意義方面行動的可能性，“除非根據法律並且行使一受約束權力”⁹。

由此得出，假定的“缺乏立法介入不能因此轉移予行政權制定規範的權限”作為限制基本法中與基本權利和自由相關的規定，“亦

5. Gomes Canotilho和Vital Moreira 強調葡萄牙共和國憲法“明確地排除限制的一般條款”。參閱J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991, 第133頁。

6. 參閱José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987, 第229頁。

7. 參閱J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, *cit.*, 第133頁。

8. 同上, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a Edição revista, Coimbra Editora, 1993, 第154頁。

9. 參閱Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3.^a Edição, Revista e Atualizada, Coimbra Editora, 2000, 第338頁。然而，Jorge Miranda 仍然認為“對權利、自由和保障的法律保留是相對的——因為允許執行性規章”。同上, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, Actividade Constitucional do Estado, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2000, 第199頁。

不令其擁有根據公共利益（公共秩序）的要求限制自由的廣義權限”¹⁰，否則，我們便目睹基本法第四十條的直接違反。

對我們來說，無容置疑的是，由澳門特別行政區立法會的法律負責¹¹，並且僅由其負責在規範上盡可能定義和深化基本權利和自由可能被行政當局限制的“情況”。這樣，並不費力就可肯定對澳門居民基本權利和自由的“限制”的較明顯的“限制”變成法律保留的“基本的”要求。

（二）邏輯上，該內容引導我們走向一個更廣泛的問題，關於基本法中的“規範結構”的定義，法律與行政法規的關係以及相關的法律保留的意義和範圍。沒有可能對該等問題進行至少表面的分析，然而，請允許我們突出某些比較恰當的方面。

現時，僅賦予澳門特別行政區立法會創設實質意義和形式意義上法律的權力，即是說，根據基本法，執行權未被賦予任何立法權限。因此，澳門特別行政區所產生的“法律”只能夠被理解為立法會的實

10. 參閱José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição...*, cit., 第326頁。

11. 鑒於澳門特別行政區政治權力架構和基本法規定的權力的職能上和組織上的分立，沒有理由區分“形式法律保留（“狹義的法律保留”）和“實質法律保留”（“廣義的法律保留”）。因為立法會是“澳門特別行政區“唯一”立法機關”（澳門特區基本法第六十七條），談到存在“實質法律保留”只可能表示“形式法律保留”或“議會保留”。根據Gomes Canotilho，“議會保留”“有時候”被稱為“形式法律保留”，表現為“應當成為議會所制定的立法文件對象的內容或實質範圍的總體”。參閱J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2000, 第706頁。Rogério Soares提及該看法，對他來說“形式法律”、“狹義法律”或“議會法律”是“形式法律保留所要求”。在葡萄牙憲法法律體系，“廣義法律保留”已牽涉到《其他“創制”法的表現》，更好地說，根據憲法賦予政府的“原生法”——法令。參閱Rogério Ehrhardt Soares, *Direito Administrativo I*, Lições sem data (1980?) Policopiadas, Universidade Católica do Porto — Centro Regional, 第82頁和第83頁。

正如所述，與澳門地區政治組織不同，其組織章程在立法會和總督之間進行了立法權限的劃分，現時，在澳門特別行政區，立法會壟斷了立法職能。然而，我們毫不含糊地支持，立法會立法職能的專屬行使絕對不能夠被基本法明確賦予行政長官〔第五十條第（五）項〕和政府〔第六十四條第（五）項第二部份〕的行政規章權限所影響。

質上和形式上的法律，完全排除了行政長官或政府所作出的立法行為。然而，基本法賦予這些政治權力機關（完全有理由的）制定規範的權限亦是真實的，表現為在行使由其承擔的行政職能時發出規章的權力。但是，此為一行政權，與一九九九年十二月二十日之前的政治體制由相應的組織章程賦予澳門地區總督的立法權限的性質不能比較亦不能混淆，這個機關以法令的形式行使該權限。

因此，澳門現行的政治體制是根據法治國家原則建立的（我們可以肯定），要遵從合法性原則，首先在其法律優越¹²或法律優先方面，要求行政當局的規範性行為不能夠與先前的法律相抵觸。因而，強調執行權制定的行政規章應該遵從先前制訂的法律，包括根據基本法在澳門特別行政區法律體系保留的所有法律，不論其具有狹義法律形式或是法令的形式¹³，都是徒勞的。

此外，我們認為行政合法性原則在基本法第六十五條有明確規定，即使是令人不快的初型，若不是粗糙的話，那裡規定“澳門特別行政區政府必須遵守法律（…）”。適宜強調，面對該規範，政府仍被視作澳門特別行政區公共行政的最高機關，儘管基本法第六十五條的規定明顯地直接表達了其作為執行權“從屬於”立法會的立法權。

然而，我們的意見是“政府”的名稱似乎在基本法中不正確地被使用亦是事實，使用了具有較廣義的組織意義上的公共行政的意思，這樣只可能有利於我們的解釋。正如第六十二條第二款一樣，該處規定“澳門特別行政區政府設司、局、廳、處”。肯定的是，無論如何，我們不能夠想像“基本的”立法者希望將澳門特別行政區公共行政的最高機關置於法律之下，而將作為特區“執行機關”的、本身意義上的“政府”所領導、監管或監察的所有其他機關或行政實體排除出該法律從屬的範圍（基本法第六十一條）。

12. 參閱J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., 第809頁和第810頁。

13. 我們提醒，根據基本法第十八條第一款，“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“僅僅是法律和法令”和澳門立法機關制定的法律”。這樣，該規定正如我們的解釋一樣，一方面，回答了甚麼是現時“現行有效的法律”的問題，另一方面，分開和區分了“實質法律”與行使行政職能時制定的規範——行政規章。

再者，在澳門生效的行政程序法典採用行政合法性原則。這樣，根據該法典第三條第一款，“公共行政當局機關之活動，應遵從法律及法令，且在該機關獲賦予之權力範圍內進行，並應符合將該等權力賦予該機關所擬達致之目的”。另一方面，很明顯我們在這裡遇到明確規定擴大了表述的合法性原則，此為現代實質法治國家的特性，即是，根據該原則，法律是“所有”行政活動的“前題”。鑒於基本法“結合”了先前的法律體系，有理由相信，在某種程度上，基本法亦必須“適應”於法律體系或與其“相符”（Jorge Oliveira）。這就是行政程序法典中規定的合法性原則的價值。因此，當閱讀基本法第六十五條政府“必須遵守法律”時，我們認為該強制命令的解釋亦應該經由行政程序法典第三條的表述“過濾”。更好地說，正如我們所堅持那樣，該強制命令除面向公共行政當局的所有活動外，只可以表示行政當局必須“遵守”已存在的法律，行政活動不可以抵觸該法律（法律優先），亦應以法律存在為前題作為“所有”行政活動的“依據”（法律保留）¹⁴。

再說到“實質法律”¹⁵相對於規章的必要的規範層級優越性似乎含蓄地來自支持法律體系延續性原則的第八條，根據該條，“澳門原有的法律、法令、行政法規和其他規範性文件，（…），予以保留”，還有第十一條第二款規定了基本法相對於內部法的規範層級優越性原則，根據其規定，“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”。

這樣，首先以特別方式援引法律體系延續性原則結合合法性原則，關於絕對禁止行政當局對現行法律或法令所規範的任何內容的法律規定發出相抵觸（部份廢止或修改）的規章，不應存在任何疑

14. 必須記住，“合法性原則的對象包括公共行政當局所有種類的行為，如：規章；行政行為；行政合同；簡單法律事實”。參閱Diogo Freitas do Amaral, *Princípio da Legalidade*, in Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Antropologia – Direito – Economia – Ciência Política, 3, 第984頁。

15. 我們在這裡使用的“實質法律”名稱的範圍如Rogério Soares所指，即是，作為“保留憲法學理上立法性質的法律淵源，即是，對應於某一個要維護的基本價值框架所產生的法律的實質意義”。參閱Rogério Ehrhardt Soares, *Direito Administrativo I*, cit., 第82頁。

問¹⁶。例如，若出現行政規章修改“原先生效的”現仍繼續生效的法令的情況，該規章是非法的因完全違反合法性原則。否則，我們將曲解了“規範結構”，亦曲解了基本法中規定的分權原則，現時還未談及對層級凍結原則的粗暴的攻擊，其內容規定若“一事物由立法行為所規範，該內容的層級被凍結，只可以由另一立法行為對同一內容進行操作，解釋、修改、廢止或填補先前的法律¹⁷。

然而，“勾勒出”該原則主張的唯一方式為著手進行非法律化或“降低層級”的“措施”。換句話說，要求立法者非法律化先前由法律或法令所規範的內容，使行政當局之後可以用規章對該內容產生新的規定¹⁸。正如Gomes Canotilho的教誨，在這種情況下，“法律沒有對該內容進行規範，正式地降低其規範級別，允許該內容可以由規章修改”¹⁹。這樣，“保障了淵源的層級，因為規章進行的廢止或修改是對轉變成為規章的行為所作出，而不再是對立法行為作出。非法律化不是作為對制定規章機關的真正和本身的批准，而是作為規章有效性的條件，缺乏該條件將是違法的”²⁰。

16. Jorge Miranda確定關於“禁止規章的規定修改、中止或廢止法律的規定”不存在任何“疑問”。參閱Jorge Miranda, *Sobre a Reserva Constitucional da Função Legislativa*, in *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, Organização: Jorge Miranda, Volume II, 第895頁。

17. 參閱J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., 第815頁。

18. 根據Jorge Miranda的說法，將“任何內容定性為法律的或規章性的含著立法者的判斷，根據其行為標準和遵守憲法的限制下，該判斷每天都在變化。然而，當明白到在其規範的範圍，他不能夠——由於實質理由和甚至由於簡化手續的理由——撤銷其所作的規定；不能夠將先前由規章轉換為法律的內容降低到規章的水平，刻劃相應的輪廓”。參閱Jorge Miranda, *Sobre a Reserva Constitucional da Função Legislativa*, in *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, Organização – Jorge Miranda, Volume II, 第897頁。

19. 參閱J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., 第815頁。根據Manuel Rebollo Puig的意見，“非法律化的本質在於規章權的行使（…）可以部份廢止法律等級的規定。對此正確的解釋在於非法律化法律使用其本身的效力，否定其他法律或其自身的被動形式效力”。參閱Manuel Rebollo Puig, *Juridicidad, Legalidad e Reserva de Ley como Limites a la Potestad Reglamentaria del Gobierno*, in *Revista de Administracion Publica*, 125, Mayo-Agosto, Año 1991, 第160頁。

20. 參閱Jorge Miranda, *Sobre a Reserva Constitucional...*, cit., loc. cit., 第898頁。無論如何，Gomes Canotilho指出非法律化的兩個功能：一個為“降低級別的功能，因為有非法律化的法律，具有創新規定的規章行為變成違憲或與一法律規範相抵觸”；一

儘管，非法律化“工具”可以面對還是從合法性原則產生的嚴重的障礙，但障礙現在作為法律保留原則的結果，或更確切地說，作為“法律的憲法實質保留”的結果²¹。如此，Jorge Miranda強調並非所有法律“可以被非法律化。必須要遵守內容和權限的憲法保留產生的限制。當有法律保留時，立法者若將那裡包含的內容降到規章水平就超越了其職責。除此之外，不單只非法律化的權限假定要有立法的權限，亦需要存在立法權能和規章權能的對應關係”²²。以我們的理解，葡萄牙共和國憲法第十八條第二款規定的對權利自由和保障限制的內容的法律保留表現為我們剛剛提到情況的完美例子。

將這些學理上的解決方案移植到澳門特別行政區基本法特別範疇，我們說，首先法律優先原則無容置疑地在該“基本”法律結構中生效。接著，看來我們擁有不只足夠的理由作為可以提出設立基本法第四十條中對基本權利和自由的限制的《法律的“基本”實質保

個為“批准功能，因為非法律化法律同時是以規章作實質規定的批准法律”。參閱 J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., 第816頁。然而，看來 Vieira de Andrade根據現行葡萄牙共和國憲法第一百一十二條第六款，表態反對所有內容的非法律化，將該做法與授權性規章或批准性規章的制定相提並論，該等規章“當為修改性、中止性和廢止性（或部份廢止）”時是被上述規定所禁止的。參閱 José Carlos Vieira de Andrade, *O Ordenamento Jurídico Administrativo Português*, in *Contencioso Administrativo*, Livraria Cruz, Braga, 1986, 第63頁和第64頁。Jorge Miranda持相反立場。據其意見，葡萄牙共和國憲法（現行）第一百一十二條第六款“沒有否定非法律化現象，該現象只與授權規章表面上相似”。對該作者來說，此為“不可混淆的現象，甚至是相反的。在授權規章，是規章被提高到法律的職能和效力；在非法律化，是內容被降低至規章的內容。在授權規章，擴大了可以對該等內容立法上進行介入的行為類型的範圍（並因此，擴大了機關的範圍）；在非法律化，限於由法律的內容轉為規章並由立法機關轉為立規機關”。參閱 Jorge Miranda, *Sobre a Reserva Constitucional...*, cit., loc. cit., 第896頁和第897頁。

21. 參閱 J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., 第815頁。根據該作者的教誨，非法律化“在憲法保留予法律的內容遇到限制。每當有法律的憲法實質保留，法律或法令（…）不可以將憲法上保留予法律的內容的規範交予規章”。同上。
22. 參閱 Jorge Miranda, *Sobre a Reserva Constitucional...*, cit., 第899頁。作者再說，不允許立法者“以彈性為借口，對淵源的價值和憲法法律行為產生不穩定性。在立法政策層面，必須要注意到（亦是由於該原因）非法律化可能產生的濫用的機會，即使遵守了形式的限制。移交予規章必須以真實考慮某一內容為規章性質作為支持而不是以任何其他目的導致形式意義上的法律的保障有所減弱”。同上。

留》，阻止任何原先進行該等限制的“實質法律”（法律或法令）的非法律化。嚴格地說，一法律將原先的一限制性實質法律降低至規章級別，為這方面的規章權的介入打開大門的做法是不可思議的，眾所周知，根據基本法的該規定，澳門居民基本權利和自由可以受到限制的“情況”的實質定義僅保留予法律。

（三）然而，通過了該路徑，我們到達了另一個有需要探討的點：法律保留。作為行政合法性原則的第二個方面，法律保留原則規定“沒有任何低於法律的等級的行為可以沒有法律依據而被作出”²³，此為一個規章、一個行政行為、一個行政合同或一個實質操作（Freitas do Amaral）。

回想起二十世紀最初的數十年中行政職能的性質和意義所產生的變化，更好地說，轉變成建設性行政和協調行政，令到對合法性原則再思考，引致法律保留範圍的擴大，包括作為保障個人權利保護的優先方式。確實，“現代行政導致了傳統上交予行政當局自由處理的範疇現時表現為對集體意識極之敏感的話題，要求新的處理方式”²⁴。

法律不再被僅僅視作行政活動的“限制”，變成該活動的“前題”或“依據”²⁵。由此得出，所有的公共行政當局的行為只可以根

23. 參閱Diogo Freitas do Amaral, *Princípio da Legalidade*, in Polis Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Antropologia – Direito – Economia – Ciência Política, 3, 第984頁。

24. 參閱Rogério Ehrhardt Soares, *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, VOL. LVII, 1981, 第182頁；同上, *Direito Administrativo I*, cit., 第77頁和後續頁；*Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, cit., loc. cit., 第175頁和後續頁。無論如何，參閱上述第一部份——引言、第一章 4.3, 4.3.1。對Freitas do Amaral來說“合法性原則的現代表述覆蓋了行政當局所有的表現，包括了給付行政的表現，並不單只是侵犯性行政的表現”。另一方面，強調不可能“構思一個建設性行政或給付行政而沒有以（行政和財政）合法性為根據或依據”。參閱Diogo Freitas do Amaral, *Princípio da Legalidade*, cit., loc. cit., 第989頁和第994頁。

25. 參閱José Carlos Vieira de Andrade, *O Ordenamento Jurídico...*, cit., loc. cit., 第40頁；Diogo Freitas do Amaral, *Princípio da Legalidade*, cit., loc. cit., 第983頁。Esteves de Oliveira傾向於相同的看法，根據“合法性原則的廣義概念”，當規定法律“已經不僅是作為行政當局本身的活動的外在限制，相反，被理解為法律是行政機關被允許行動的唯一意願”。然而，亦突出了“行政當局作為法律預先規定的絕對任務和典型執行的概念已經被削弱”。參閱Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1980, 第302頁和第299頁。

據一法律作出，即是說，法律保留延伸至所有行政活動，特別是所謂給付行政。

面對該新的法律現實，Vieira de Andrade最終斷言，儘管不“可能根據法律保留定義一個規定立法職能和行政職能界限的法律的實質概念，總可以肯定，至少確定構成行政活動目的的公眾利益僅屬於法律，並且行政實體和行政機關之間職責和權限的劃分亦僅屬於法律”。緊接著，我們相信，在這種嚴格的措施下，確認法律保留仍然繼續意味著一個最小限度的立法職能保留總是正當的，一開始便排除了以行政規章的形式對該等實質範疇作最初的或原始的規範。

然而，當將法律保留看作是議會法律的憲法保留時，或者，只看作是議會保留時，在這層面上，與行政職能的行使相比，法律保留要求附加的需求，若不是要求更大的具體化。憲法上規定，該保留“包括禁止議會除明確規定的情況外授權，那裡得出行政當局不可能規範保留的內容，除非透過執行性規章（…）”²⁶。為了加強我們一向贊同的理念，我們應該強調“法律保留原則現時指行政活動需要的法律依據並作為立法規範強度的規則標準：由職能保留規定的最小強度（權限和目的）到議會保留要求的最大強度（本質上，內容的約束）”²⁷。

最後，排除了“完全保留”²⁸的選擇，Vieira de Andrade支持法律保留應該以“整體保留”構思，意思是“需要法理依據並不限於一

26. 參閱José Carlos Vieira de Andrade, *O Ordenamento...*, cit., loc. cit., 第39頁。若我們深入思考，是相對於這種情況Manuel Rebollo Puig提到存在一個“法律憲法保留”，即是，當憲法“規定某些規則只能夠以法律作出”。遵守了確定的和嚴格的限制後，即使這裡，作者沒有排除發出行政規章的可能性。然而，為了這樣的情況能夠出現，必須要“法律全面覆蓋保留的規則，即使沒有以窮盡的、詳盡的方式作出”這樣，該等規章除了“詳述”或“具體化”法律的功能外，不能有其他功能。參閱Manuel Rebollo Puig, *Juridicidad, Legalidad y Reserva de Ley...*, cit., loc. cit., 第124頁和後續頁，特別是第37-141頁。

27. 參閱José Carlos Vieira de Andrade, *O Ordenamento...*, cit., loc. cit., 第39頁和第40頁。

28. 此為對法律保留“激進的”理解，要求“行政當局的所有行為都有一個特殊的立法理由，包括即使是私法行為”。Rogério Soares不同意該等論點，因為，以他的理解，“摧毀了行政當局適應一個經常在變動的現實所產生的要求的能力並等於拒絕一個執行權”。參閱Rogério Ehrhardt Soares, *Direito Administrativo I*, cit., 第80頁。然而，這種態度並不意味著“同意行政當局的任意行為”。更不是放棄“尋求最大限度保障保護市民的適當工具”。確實，Rogério Soares 支持“因為這樣鼓勵了最近增加法律保留領域的努力”。事實上，關於這一時機的原因仍然是“對某一特定社群最敏感的價值的侵犯保留予在憲法法律體制下假定具有更多保障的規範創設形式”。同上，*Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, cit., loc. cit., 第181頁。

定的內容，包括所有內容（…）儘管強度有所不同”。若我們深入思考，該立場與Rogério Soares所支持的立場相容，他提出法律保留的擴大的範疇不要求《適用幾何上的公式：此為一個程度上的問題。是一種並不在意於劃分活動範疇或場地的程度，規定類型由“社會保障要求完全的法律保留；至教育要求簡單地說明目的”的法律約束的漸變。要求的是對在一特定歷史時刻或多或少強烈地感受到的價值的每一個潛在侵犯的嚴重性進行審議》²⁹。

（四）然而，我們的意見是，法律保留原則的意義和範圍應以該學理的構造進行審議並將其納入，作為行政合法性原則的一方面，毫無疑問，我們認為屬於澳門特別行政區“基本”法律體系。儘管基本法沒有定義“保留予法律”的內容集合的任何規定，事實是，甚至可以解釋，由於不存在“議會”與“政府”之間劃分立法權限，不可容忍假設法律整體保留原則已從澳門公法中排除出去。

實現該假設的確是不可信的，這樣可能意味著到達“將合法性原則交予行政法的時刻”——與Esteves de Oliveira支持的論點相反³⁰。

這樣，我們認為儘管基本法在規範性行為的“基本”規定方面的特性有缺陷，在澳門特別行政區法律體系，立法會的法律是所有行政活動的理據和前題。即是說，被視作整體保留的法律保留原則不容許在沒有預先的授權法下制定任何行政規章（垂直法律保留），即使不可能有基本法明確規定的法律保留（水平法律保留）³¹。

29. 同上，第184頁。若我們深入思考，載於基本法第五章和第六章，關於“經濟”、“政策”和“文化和社會事務”的很多“法律實質保留”的規定的後果部份都持這觀點。

30. 參閱Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, cit., 第295頁。對作者來說，包括《在“建設性”行政的範疇，即使國家為滿足市民個人和集體需要提供和分配財產與服務時，即使鼓勵和援助私人活動時，即使這樣（…）必須要像其具有侵犯性時一樣服從於法律》。另一方面，“行政當局的給付活動只可能完成滿足立法者賦予的次要的公共利益；若行政當局希望透過一公共部門的設立和運作介入一個法律沒有劃予它的範圍或範疇，它自己本身在承擔（…）該部門作用的評估或次要的公共利益滿足主要的公共利益的評估”。同上，第296頁和第297頁。

31. 根據Gomes Canotilho和Vital Moreira，“水平（實質）法律保留”旨在“根據憲法規範，定義那些透過一具有法律效力和價值的行為應該成為實質規定的對象的內容（…）；垂直法律保留是基本上關於深化與規章活動的行使相關的法律優越或優先原則”。參閱J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, cit., 第515頁。

為了支持該立場——或許過份激進——可以援引立法職能的保留，根據澳門特別行政區基本法訂定的規範政策架構，該職能唯一屬於立法會。這樣，立法規範必須至少定義行政活動的權限和目的（公共利益），由規章（一開始便是執行性的或補充性的）負責進行相關事件實質上的深化³²。

據我們的理解，首先在這樣的情況下，應該值得接受法律優越或優先原則：在任何情況下，必須由立法會的法律負責規定行政當局規章權的行使影響到的內容的“初始的”、“主要的”或“必要的”部份。

即使不可視作有利於該立場的決定性理據，我們認為關於“法規的公佈和格式”的1999年12月20日第3/1999號法律第十三條的規定亦不是完全無足輕重的。事實上，在該條第一款規定《行政法規開始部份的格式為：“行政長官根據《澳門特別行政區基本法》第五十條（五）項（及視情形而定的其他法規條款），經徵詢行政會的意見，制定本行政法規。”。然而，若是本身關於法規格式的法律規定，在基本法第五十條第（五）項（根據該項，賦予行政長官“制定行政法規並頒佈執行”的職責）之外，規章應該援引“視情形而定的其他法規條款”，這是因為所有行政規章必須以一授權法為依據原則作為根據。

32. 我們相信我們的立場可以納入和建基於澳門特別行政區基本法的多個規定。事實是，根據第六十四條第（一）項，政府行使下列職權：“制定並執行政策”，並且，儘管受到批評，根據第七十五條最後部份的規定，“凡涉及政府政策的議案，在提出前必須得到行政長官的書面同意”。無論如何，亦是事實的是，在政府的權限中，包括向立法會“提出法案（…）”〔澳門特區基本法第六十四條第（五）項第一部份〕，在我們看來，該等法案總可以和應該關係到基本法賦予其行政權限範圍內必須要實現的“政策”的“必要”內容（參閱，特別是基本法第五章和第六章）。另一方面，基本法本身在其第七十一條第（五）項規定賦予立法會“就公共利益問題進行辯論”。然而，我們的意見為，儘管其表述有些不精確，對該規定的解釋必須要以這樣的方式進行：行政當局執行的“公共利益”的“初始”定義需要經過立法會法律的“篩子”，立法會不能只限於其相應的“辯論”。最後，即使政府施政方針不需要立法會通過，只需要聽證和“辯論”〔第七十一條第（四）項〕，澳門特別行政區預算“提案”作為行政當局“財政計劃的展示”（Teixeira Ribeiro），根據基本法中規定的公共預算“單軌結構”（Sousa Franco）（與一九九九年十二月二十日之前不同，當時澳門地區總預算擁有“雙軌結構”），由立法機關審核和“通過”〔第七十一條第（二）項〕，並不是完全不重要的。

很明顯，規章權的行使沒有受到質疑，根據基本法無容置疑屬於行政長官〔第五十條第（五）項〕和政府〔第六十四條第（五）項最後部份〕。然而，我們不覺得簡單地斷言在沒有援引任何先前的一般法律下，行政規章是或可以是獨立規章是可行的。首先，基本法完全沒有明確規定獨立規章的存在。接著，據我們的理解，這樣的理解可能會引起立法職能的空洞化，若沒有令其癱瘓，包括違反相應的職能保留。

另一方面，會引致執行權的行政規章權的行使與現時唯一並僅僅賦予立法會的立法權的行使產生混淆。

即是說，在執行權的行政規章權的性質與根據前澳門地區組織章程交予總督負責，其行使以法令的形式³³表現出來的立法權限之間產生混亂。再者，對我們來說，在“新的”政府體系中完全“收回”執行權的“正常的”立法權限是很不合理的，等於批准該執行權獨立的行政規章權限。最後，我們認為，假定的“濫用”沒有法理依據的行政法規意味著令到在澳門行政訴訟法典第八十八條及後續條文規定的，旨在宣佈在行政規章中的規範違法的規範爭議之訴失去了大部份意義。再者，我們認為，根據該法典第八十八條第二款a)項，任何“載於行政法規之下列規範”“不適用爭議制度”：違反“根本法律所載規範或從該法律所體現之原則之規範”。即是，根據現實主義的邏輯，直接違反基本法的規定。

簡而言之，我們相信發出真正的獨立規章的可能性應該根據“對合法性原則更高要求的理解”被排除，該理解“使得允許法律以外的行政規範變得有爭議”。即使接受葡萄牙共和國憲法並沒有禁止獨立規章（現行第一百一十二條第七款第二部份），實際是Vieira de Andrade仍強調“法律是所有行政活動的前題，不可以接受任何授權法律規範以外發出規章”³⁴。

33. 由於該原因，我們的意見為，基本法維持與澳門地區組織章程類似的立法會與政府（或者行政長官）之間立法權的“劃分”是更可取的。

34. 參閱José Carlos Vieira de Andrade, *O Ordenamento...*, cit., loc. cit., 第65頁。根據該憲法規定“如法律內訂明應以規章命令之形式為該法律制定規章，又或係獨立規章者，政府之規章方能以規章命令之形式出現”。儘管第一百一十二條第八款的規定

而Gomes Canotilho認為在法律和行政規章之間的關係的範疇存在“不可勾勒輪廓的（…）點”。這樣，首先，《制定行政法規可以表示突出政府形式的管治，避開議會對“具有準立法價值的行為”的審查》。接著，即使不要求每個個案都要立法授權，要求存在一法律賦予規章權限作為執行憲法（或法律本身）所訂的目標³⁵。

為“規章應明文標出其本身係為哪一法律而制定，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”，Vieira de Andrade堅持該條第七款第二部份“含蓄地確認第七款〔現時為第八款〕規定的規則的例外，該例外由規章命令的形式的要求所平衡，眾所周知，即是“包含著除總理的簽名外，還要總統的頒佈”。除此以外，適宜強調，根據Vieira de Andrade的說話“允許這種類型的規章不能夠排除在一體制〔正如葡國的〕同一政府擁有正常的立法權（…）”。然而，我們亦不應該忘記，對作者來說，“儘管擁有初始的規定，獨立規章不旨在創新，而是在第二層面執行和具體化已存在的法律秩序”。同上，第67頁。奇怪地，有需要強調其他作者使用憲法規定賦予政府的立法權的理據，但用以說明與Vieira de Andrade所支持的相反的論點。這樣，Esteves de Oliveira支持“在〔葡萄牙共和國〕憲法中所規定的立法權和執行權分立原則，允許政府在沒有保留予議會的內容行使立法權”，支持“從實際的角度出發，沒有需要允許獨立規章”。參閱Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, cit., 第116頁。而Gomes Canotilho和Vital Moreira提醒，面對葡萄牙共和國憲法，若政府擁有“一般立法權，看不到任何可以對其賦予法律以外的規章權的理由”。參閱J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, cit., 第514頁。

35. 參閱J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., 第815頁。Gomes Canotilho和Vital Moreira明顯地支持“不批准完全獨立於法律的規章，即是，免除預先法律依據的規章。獨立規章服從於合法性原則〔參閱（葡萄牙共和國憲法）第三條第二款〕意味著不存在規章權的行使不以一先前的特定法律為法理依據”。對該等作者來說，談到“獨立規章”本身不意味是《“獨立的”、“法律以外的”或“自治的規章”，意思是沒有預先的授權法約束的規章 – 這樣使得它們變成違憲的 – 而是儘管需要“法律覆蓋”，被賦予寬闊的實質操作空間》。因此，遵守“法律優越或優先原則的要求”，總是要求在所有情況下，相對於任何行政規章，至少要有一個“純粹的形式法律保留”。參閱J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, cit., 第513頁和第515頁。Esteves de Oliveira持相同的觀點，當斷言“不允許立法權將不想介入或忘記立法的內容交予規章”。參閱Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Vol. I, cit., 第115頁。對Manuel Afonso Vaz來說，“（…）普遍性地要求所有規章明確具體化其所規範的法律，或者，至少那些為其發出而定義主觀和客觀權限的法律”。根據作者的理解，“獨立規章”的概念在葡萄牙共和國憲法中與僅定義規章的機關（主觀權限）和內容（客觀權限）的授權相關，在這種情況下，規章行為以規章命令的形式作出（…）。參閱Manuel Afonso Vaz, *Lei e Reserva da Lei – A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Teses, Porto, 1992, 第488頁。

再者，我們認為，這是一個較符合以下概念的立場，“該概念將規章構想為承擔立法者為了從認為不舒服的任務脫身，或面對該等任務時覺得沒有裝備好而交予行政當局的負擔的工具。因此，直接適用舊的框架或其無意識的建議，該活動都不應該被視作行政當局自然的活動，而應被視作立法者明示或暗示的授權的結果”。這樣，Rogério Soares教導我們，“立法者必須考慮是否存在一個法律的絕對保留，即是，是否憲法的要求不意味立法者應該在一內容完全制定所有規範，若是否定的，他可以將為一特定範圍尋求規定的責任直接交予行政當局；或在此情況下，維持確認制度的各引導原則，等待行政當局對它們深化”³⁶。

然而，我們並不反對，除了執行性規章和補充性規章外，行政長官或政府可以制定批准性的、授權性的或代替性的規章，肯定的是該可能性只有在基本法本身沒有保留予法律的內容的情況時才是合法的。

事實上，若有立法會法律的“基本”保留，看來行政當局的規章不可以超越僅是法律的執行（執行性的）³⁷，或者，更困難地，作為

36. 參閱Rogério Ehrhardt Soares, *Direito Administrativo I*, cit., 第85頁和第86頁。關於這方面，Jorge Miranda提到“〔葡萄牙〕共和國議會權限的保留不阻礙（執行）規章權的行使，除非當（…）有法律絕對保留”。參閱Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, Tomo V, Actividade Constitucional do Estado*, cit., loc. cit., 第237頁。對該作者，“規範性行為的保留有時是絕對的，有時是相對的。是絕對的當一內容排除任何其他規範性行為或規範性行為類型。是相對的儘管當原則、標準或規範要素或決定屬於憲法上選定的行為類型，允許其他性質或低層的行為的從屬的合作”。同上，第198頁和第199頁。而Gomes Canotilho教導我們《當憲法要求特定內容全部由法律所規範時，存在絕對保留或完全深化保留；當法律只限於定義“依據”或“一般制度”時，有相對保留或者部份深化保留（…），同意其細化由法令或者規章行為進行。嚴格來說，所有內容都是“相對的”因為給予具體化機關（行政或司法）或多或少的介入空間》。參閱J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, cit., 第708頁。

37. 提到在“權利、自由和保障內容”的規章權的範疇或範圍——不單是限制方面——〔葡萄牙共和國憲法第一百六十五條第一款b項〕，Vieira de Andrade一開始斷言儘管“法律保留的規定必定隱含禁止移交和在相應的內容的範圍有特別的法律的深入規範是沒有爭議的，然而，缺少訂定和解釋禁止的程度和深入的命令，並且亦缺乏該等程度是否對保留空間中的任何規範介入必須是相同的”。這樣，結論是“沒有任何一位作者表態以絕對的方式來解釋法律保留，所有都接受，至少在某些情況下和在某些條件下，在權利、自由和保障內容發出規章。另一方面，學理和司法見

其補充（補充性的）³⁸。根據Rogério Soares的教誨，代替性規章為“行使批准法律賦予權限的規章，該法律確定一特定目的，賦予公共行政當局廣泛的規範創新權限”³⁹。儘管，在制定該種行政規範時，“行政當局至少當實質上行使立法職能時完全創新，其創新自由僅由於要遵從授權或批准時設定的目的而受到壓縮”⁴⁰。

（五）如我們所說，當基本法為法律保留某些特定內容的規範時，正如對基本權利和自由的限制的情形，行政當局的規章權應該必然為非常狹窄，若不是被排除的話。在這些情況，該等內容只可能由

解在保留予法律的內容方面亦是一致的，除執行規章外，不允許其他規章，即是，限於澄清和闡明法律的意思或關於使其更好執行的必須細化的行政規範”。參閱José Carlos Vieira de Andrade, *Autonomia Regulamentar e Reserva de Lei – Algumas Reflexões acerca da Admissibilidade de Regulamentos das Autarquias Locais em Matéria de Direitos, Liberdades e Garantias*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, Número Especial, Coimbra 1984, 第11頁和12頁。

38. 至少Vieira de Andrade看來允許在憲法保留予共和國議會法律的內容發出補充性規章，正如根據葡萄牙共和國憲法第一百六十五條第一款b)項，納入共和國議會立法權限的相對保留的“權利、自由和保障”的“內容”一樣。然而，作者提醒“包括在保留內容的情況的制度方面”，立法者可以將其定義交予規章，“但永不能是包含基本選擇的必要的或主要的方面，因該等選擇屬於立法職能的典型核心並因此顯而易見地是立法者本身的和不可放棄的責任”。即使這樣，支持在該憲法規定規範的法律保留“儘管包括所有權利、自由和保障的內容，不總是要求立法者以完全的方式規範的責任，更不因此必然禁止在次要的方面批准補充性規章，以適應或執行法定的制度”。然而，當涉及本身意義上的對權利、自由和保障的限制時，看來作者不接受制定補充規章，當斷言“在權利、自由和保障方面，完全沒有禁止法律可以交予行政規範規定一基本權利的內容的外圍或較次的方面，亦不禁止不意味本身意義的限制和僅僅旨在具體化、界定或推廣權利的介入方式”。同上，第14頁，第15頁和第18頁。

提到在葡萄牙共和國憲法第十八條第二款規定的對權利、自由和保障限制的範疇的“議會立法權限保留——並含法律的實質保留”，Gomes Canotilho和Vital Moreira支持該保留“延伸至權利、自由和保障制度的所有方面，並不只是在限制的情況”，因為憲法第一百六十五條第一款b)項“沒有歧視”。這樣，看來可以得出這樣的定論，在所有權利、自由和保障的內容，作者排除任何行政規章的介入。然而，仍然要提出在“實質法律保留”的情況只能夠允許“嚴格的執行性的和工具性的規章”，即是，在那些“憲法規定只可以透過法律規範特定的內容的情況”。參閱J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, cit., 第154頁和第515頁。

39. 參閱Rogério Ehrhardt Soares, *Direito Administrativo I*, cit., 第91頁。

40. 參閱José Carlos Vieira de Andrade, *O Ordenamento...*, cit., 第63頁。

法律規範，最自然的是行政規章只不過是執行性規章⁴¹，因為此為一種“實際上只不過是在重複法律的行政當局規範介入的類型”⁴²。或者，在此情況下，保留可以被說成連該等規章也不應該被允許——實質法律絕對保留⁴³。據我們的理解，這是實際上發生在關於對澳門

41. 關於行政當局規章權行使的“憲法限制”，即是，關於立法者不能準用規章，Gomes Canotilho和Vital Moreira 強調“有一些內容賦予法律設立實質制度，正如憲法明確授予法律規範特定內容的很多情況（法律保留），因而只留下純粹執行的職能予規章（執行性規章），或連這樣的職能也沒有，正如根據憲法只能夠由法律規範的情況，如對基本權利限制的情況、犯罪的法定類型及其相應懲罰的情況、對稅項必要限制的定義的情況（法律完全或絕對保留）”。參閱J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, cit., 第502頁。

重要的是記住根據基本法第一百零六條第二款，規定“澳門特別行政區參照原在澳門實行的低稅政策，自行立法規定稅種、稅率、稅收寬免和其他稅務事項。專營稅制由法律另作規定”。而第七十一條規定“澳門特別行政區立法會行使下列職權：

（3）根據政府提案決定稅收（……）”。然而，結合了兩個規定後，看來產生了合法性和稅項類型法定原則的規定。至少關於稅項的“必要元素”（“徵稅制度”）方面，規定了法律絕對保留的要求。正如Gomes Canotilho和Vital Moreira所述，稅項的創設及其“必要元素”（課徵對象、稅率、稅務優惠和納稅人的保障）的訂定，必須要“載於立法性法規”。對該等作者來說，該規定“意味著類型法定，稅項應在法律中以足夠明確的方式進行描述，使沒有規章的細化空間亦排除對其必要元素的行政裁量”。關於規範“徵稅的其他內容”方面，如清算和徵收的情況，我們認為同樣不能迴避法律保留。然而，我們相信該等“內容”已不再排除發出執行性規章的可能性。參閱J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, cit., 第458頁和第674頁。注意，面對葡萄牙共和國憲法中的規定，對Jorge Miranda來說，“對稅項”的法律保留表現為“絕對保留”。參閱Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, Tomo V, Actividade Constitucional do Estado*, cit., 第199頁。關於這個問題，仍適宜提到，對於基本法“缺乏”一個立法會“權限的絕對或相對的保留體制”，Anabela Ritchie強調“唯一的例外是徵稅制度基本要素的定義，然而，該定義是立法會根據政府的提案作出”。參閱Anabela Ritchie, *Do Conselho Legislativo à Próxima Assembleia Legislativa*, in *Revista Jurídica de Macau*, VOLUME III, N.º 1, Janeiro/Abril, Macau, 1996, 第21頁。

42. 參閱José Carlos Vieira de Andrade, *Autonomia Regulamentar...* cit., loc. cit., 第12頁。

43. 當談及在葡萄牙憲法第一百六十四條規定的議會法律絕對保留的意義和範圍，Gomes Canotilho和Vital Moreira確定，在這方面的內容，葡萄牙共和國議會的法律“必須要詳盡地進行立法規範，因而後來的規章介入，當被允許時（若是法律實質保留的情況，這樣不會出現），應該維持在純粹執行的層面”。同樣情況，強調關於共和國議會的立法權限的相對保留方面，從理論的角度來看，該主權機關“可以詳盡地進行該等內容的法律規範，免除所有任何後來的規章；但看來沒有阻止共和國議會放棄窮盡的規範，明確將執行細節授予政府規章，或許，除了存在實質法律絕對保留的內容，正如對權利、自由和保障的限制的情況（……）”。參閱J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, cit., 第663頁和第671頁。

居民權利和自由限制的法律保留（基本法第四十條）。當規定基本權利和自由“除法律規定的情況外不能被限制”，“基本”立法者規定一個實質法律絕對保留，我們認為，強制設立了“各情況”的“法定類型”（*numerus clausus*），當中基本權利和自由可以被限制，根據 Jorge Miranda 的話，只不過是一個“法律的加大保留”⁴⁴。因而，我們支持在該實質範圍內確定排除將來制定任何行政規章，包括執行性規章的可能性。

（六）但是，若行政權制定限制性規章沒有正當性，是否不允許使用其訂立規章的權限作為聲明或具體化基本權利和自由的“內在限制”？我們認為不允許。

首先，因為以葡萄牙憲法體制為準，除應有的尊重外，Casalta Nabais 所支持的立場引起了很多的疑問，其立場為該種可能性在行政當局的可及範圍內。更好地說，首先，我們認為對權利、自由和保障的“內在限制”的聲明或具體化作為憲法上保留給法律的內容，根據葡萄牙憲法第一百六十五條第一款 b) 項，不可能透過一缺乏法理依據的行政規章所表述⁴⁵。

44. Jorge Miranda 教導我們，在“法定類型”，憲法賦予一般法律權力以訂定“一次性地納入某些規定的現實”，儘管“具有精確的規定和描述”。參閱 Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, Tomo V, Actividade Constitucional do Estado*, cit., 第 197 頁。

45. 我們提醒，根據 Casalta Nabais 的意見，由行政當局聲明內在限制時，“看來免除了”“議會保留”的要件，因為，據他的理解，若公共行政當局可以用制定具體行為來聲明該等限制，“更有理由以規章的方式實現”。然而，仍提醒在“為了要知道我們面對的是內在限制的實現或是基本權利的限制”之間的假定混亂產生的問題。參閱 José Casalta Nabais, *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, Vol. XLV, 1989, 第 77 頁附註 33；同上, *Os Direitos na Constituição Portuguesa*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 400 – Novembro – 1990, 第 24 頁, 附註 (23)。Raquel Carvalho 亦提及關於“內在限制”和“獨立規章”之間“關係”的問題。作者一開始提醒葡萄牙共和國憲法第一百一十二條“要求為了規章的合法性而明確援引法律”。這樣，提出了一個問題，“公共行政當局是否可以透過規章，在沒有預先的法律下解釋“權利、自由和保障”的內容”。據她的意見，疑問“是顯著的，考慮到規定該條文的規範的命令性結構，一旦允許所有法律操作者直接引用憲法，包括公共行政當局”。Raquel Carvalho 看來沒有對提出的問題提供一個明確的答案。然而，若我們深入思考，最後會傾向於否定的意思，因為支持“立法介入”澄清“內在限制”服從於共和國議會的“立法權限的相對保留”〔葡萄牙共和國

面對澳門特別行政區“基本的”法律體系，考慮到合法性原則的現行的概念、法律保留作為整體保留的意思和正在審議內容的本質，我們的意見亦是排除該可能性。

這樣並不意味著在實際情況行政當局被禁止聲明基本權利和自由的“內在限制”和解決它們之間的沖突⁴⁶，甚至因為該等具體行為受到“完全的”司法控制⁴⁷。絕對不應該的是重新對該等限制情況進行規範。因規章為在行政職能範疇制定的法律規範，很明顯給予該等法律狀況穩定性，因此，有混淆以規章方式聲明內在限制與在沒有法律依據下對基本權利和自由內容的本身意義上的限制的風險，正如我們所見，後者增加了對其審查的困難。

因此，我們排除了一行政規章可以聲明對一基本權利或自由的“內在限制”的可能性。若我們深入思考，一開始，當該行政規則以“主要的”或“初始的”形式產生時，是不當的，因違反了合法性原則，正如我們所理解一樣；第一眼所見，當以“執行的”、“工具的”或以更具理由的“補充性的”名義制定時，是沒有理由的，鑑於內在限制的解釋性的或聲明性的性質，肯定，以立法介入已足夠⁴⁸；

憲法第一百六十五條第一款b)項]。參閱Raquel Carvalho, *O Direito à Informação Administrativa Procedimental*, Publicações Universidade Católica, Porto, 1999, 第228頁附註460和第233頁附註470。

46. 這個問題將我們帶到另一個問題：（不）直接適用規定基本權利和自由的基本法規定。然而，必須記住，基本法為一行使憲法職能的“法律”；鑑於放棄“規範自由”理論；考慮到大部份基本法中規定的基本權利和自由有足夠的確定性或內容確定，可以由其擁有者援引；我們認為有條件確定大部份在基本法中闡述的基本權利和自由都可直接被適用。某些社會權利因要求立法介入以確定其內容而除外。即使這樣，眾所周知，該等社會權利不能夠被澳門特別行政區一般立法者簡單地部份廢止。
47. 參閱José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição...*, cit., 第326頁附註（36）。
48. 無論如何，我們認為關於對基本權利和自由聲明“內在限制”方面，不絕對排除發出行政規章，只要該可能性僅僅在該等規範性行為擁有“執行”性質，或者，最多是“補充性的”性質的情況中表現為可行的。然而，這樣並不意味著接受法律放棄盡可能詳細地規範該內容。另一方面，我們認為即使是澳門特別行政區一般立法者本身，若想對基本權利和自由“實現”某些“內在限制”時會遇到強烈的限制，因為必須要在該要求和需要遵守法律體系延續性原則之間謹慎地“調和”和衡量。否則，這種介入可能變成顛覆或空洞化“原先在澳門生效的法律規定的”保護基本權利和自由原則。

當假定一行政規章對該內容進行“初始的”規範時，對澳門居民來說是有害的。因不存在預先的授權法並因為是一個或許可能“違反”一基本法規範或其基本原則的規章，迴避了行政規範的爭議制度，不能以普遍約束力被宣佈為非法的〔澳門行政訴訟法典第八十八條第二款a)項〕⁴⁹。

二、對澳門居民基本權利和自由的法律限制 的限制——關於對“原先生效法律”規定的實質 基本權利強加法律限制的問題

(一) 分析了這個場景，最容易看見的演員是行政當局，我們遇到的另一個“討厭的”角色落到限制性立法者的身上，作為保障澳門居民基本權利和自由的方式，對其應設立某些“限制”。現時提出另一個關於“基本”立法者和一般立法者之間的直接關係的問題，但該等關係間接地在“背景”描繪出來，我們若深入思考，顯示出中葡聯合聲明、特別是在澳門法律體系生效的與基本權利相關的國際公約所

49. 這時，我們只考慮那些與初始的規章權的行使相關的限制情況，那裡產生直接與基本法中規定的規範或原則相關的“獨立”規章，但僅與基本權利和自由的內容有關。若該規章偶然違反該等規範或原則，將產生“基本的”或“加重的”違法，在行政審判面前不能成為爭議的對象。正是因為這樣，面對或有的接受以“獨立規章”對澳門居民基本權利和自由聲明“內在限制”，我們採納了這個理據作為增強我們的不同意。

儘管這樣，仍然是真實的是，這樣的意見並不阻止當涉及不同的內容時，其他規章（即是，執行性規章、補充性規章或批准性規章）正是以相同的理由被排除出爭議制度。然而，在我們看來，同樣肯定的是，一般性地允許發出規章而不需要任何先前的授權法律可能會大幅增加澳門行政訴訟法典第八十八條第二款規定情況的可能性。即使是這樣，在任何情況下，總會剩下法院根據基本法第一百四十三條第二款的規定所賦予的解釋基本法的權力，不適用該等規章規範的可能性，據我們的意見，正如當立法會制定的含有“基本的”或“加重的”非法問題的一般法律應該發生的情況一樣。

無論如何，我們應該承認，以我們的理解，上述澳門行政訴訟法典的規範的目的並不是為目前澳門特別行政區生效的政治法律制度而設，而是為了1999年12月20日前的憲法法律制度而設，即是，考慮到由葡萄牙憲法法院對當時澳門地區制定的規範進行合憲性監察的制度。

派生出的對該限制行為的限制。對我們來說，當牽涉到對澳門特別行政區生效的法律所規定的實質意義上的基本權利強加法律限制時，該問題值得特別關注，在我們看來，正如行政程序的資訊權的情況一樣。

正是因為將保護基本權利和自由原則與法律體系延續性原則的意思納入其內——作為澳門居民基本權利和自由體制的“主題原則”——若觀察基本法第四十條第二款第一部份的字面，可以令我們產生一個疑問。因為，根據該法第八條，澳門“原有”法例“保留”在澳門特別行政區法律體系生效，該等法例包含有大部份居民的基本權利和自由的規定，預先設定了相應的“限制”，仍然是正當的是，詢問該原則與後來對澳門特別行政區負責“依法”“保障”（基本法第四條）的該等基本權利和自由設立其他“限制”的“法律”強制如何結合⁵⁰。

兩者其一：或者粗暴地違反法律體系延續性原則並因此違反保護居民基本權利和自由原則；或者第四十條中規定“限制”可能性的規範若不是阻止〔行政當局〕除原先“在法律規定”的“情況”外，對基本權利和自由進行“限制”，就沒有其他意思，因為假定該原先生效的“法例”應該“保持”不變。在第二種情況，看來正審視的“基本”規定，儘管在保障基本權利和自由的領域的作用未被剝奪，只不過是一絕對“密閉”的規範，令到“限制”內容的任何將來立法“癱瘓”。肯定，是一條無容置疑地禁止其他“限制”超越“法律規定的情況”的規則，但只是過去的立法選擇的宣佈性質的和穩定性質的規則，若不說成是固定化的話。

由於合理性的原因，我們認為首先不應該採納最後一種解決方案。然而，接受對該等牽涉到澳門居民基本權利和自由體制的“主題原則”的全面違反亦導致一種完全相反的意思。

這樣，我們僅剩下支持一個折衷立場，阻止違反該等原則，同時，當“社會活動”的某些偶然事件要求立法者對基本權利和自由定義另外的“限制”時，對澳門特別行政區現行立法者授予一定程度有

50. 若我們深入思考，基本法的該等規範的理解與中葡聯合聲明第二點第(4)項和附件一第五部份第一段的預先閱讀是分不開的。

節制的“寬鬆”，對其要求為此對該等原先生效的“法律規定的情況”進行一個謹慎的“修訂”。

確實，我們相信我們提出的問題的答案不要求一個“所有或完全沒有”的解決方案。相反，變成遵守某些“要求”，即使沒有在基本法中明確規定，該等要求在限制性工作中約束將來的立法者。這樣，那個疑問必須在對基本權利和自由的“限制的制限”（Gomes Canotilho）的層面下解決。另一方面，我們不漠視允許立法者的“操作空間”並不在所有的情況下都具有相同的寬度，對其的約束或多或少，對此我們可以稱為“基本法的保留”，有些情況下是絕對的，有些情況下是相對的⁵¹，總是根據按聯合聲明解釋原則實現。

51. 經適當的配合後，我們將“憲法的相對保留”和“憲法的絕對保留”的概念適用於澳門特別行政區基本法中的基本權利和自由制度獨特的結構。一開始我們就可以說，原則上，我們遇到了基本權利和自由的“基本”保留，不僅是形式意義上的基本權利和自由，亦包括實質意義上的基本權利和自由（根據基本法第四十條和第四十一條）。因此，我們認為當想提及“在有條件下，可以成為處分性（限制性）立法介入的對象”的基本權利和自由的“內容的範圍”時，支持有“基本法的相對保留”並不誇張；同樣當希望提到作為“阻止所有立法授權”的“障礙”的基本權利和自由的“核心內容”時，支持有“基本法的絕對保留”亦不誇張。參閱Manuel Afonso Vaz, *Lei e Reserva da Lei...*, cit., 第297頁。

堅持實質意義上的基本權利和自由內容的訂定納入“基本法保留”可能會令人覺得冒險。然而，鑒於澳門特別行政區“基本”法律規範綜合體的特性，可以肯定，根據基本法第四十條和第四十一條，該等由國際法文件或由“原先生效”的一般法律規定的權利和自由“等同於”形式基本權利和自由。這樣，當將它們“採納作為自己的”，賦予其“基本的”名稱，基本法將該等權利和自由的內容“收為己有”，主要是將其相應的“必要內容”插入其“保留”中。由於該原因，粗略地屬於“實質”基本法，約束一般立法者。由於條約國際法相對於一般法律享有優勢，很清楚在國際法文件中成文規定的權利和自由已經完全約束立法者。關於在“原先生效”的法律規範由成文規定的權利和自由，首先由基本法的一個規定所“強制”，變成約束立法者，即是第四十一條。

另一方面，可以理解的是我們僅提及那些擁有確定的或可確定內容的基本權利，正如根據先前的組織章程第二條在澳門適用的葡萄牙共和國憲法規定的權利、自由和保障一樣。正是因為這個原因，我們將在基本法中規定的社會基本權利排除出該等考慮之外（例如第三十八條和第三十九條）。實際上，規範該等權利的規定的“內容”“和相應的期望除極小部份外，不是由基本法所規定”，“基本上基於一般立法者的意願”。關於經濟、社會、文化權利國際公約中所載的大部份權利亦一樣。關於這個問題，參閱José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição...*, cit., 第301頁。同樣看法，Manuel Afonso Vaz斷定當憲法〔基本法〕中的內容不確定並且只有當一般立法者自動介入時才可對其定義時，不可能提到“憲法內容保留”〔我們說“基本的”保留〕。參閱 Manuel Afonso Vaz, *Lei e Reserva da Lei*, cit., 第304頁。

(二) 明顯地，我們所述的那個“操作空間”應該根據澳門居民的基本權利和自由的種類及相應的性質而變化，在本章中我們將會闡述。從比較多的“約束”情況到比較少的“約束”情況，我們將描繪出以下漸進的架構：

1. 首先出現1999年12月30日前任職的公共行政工作人員的基本的“既得”權利。在該層面，鑒於基本法第九十八條明確規定的禁止，“倘有”的法律限制是無效的。

2. 緊接著，“通訊自由和通訊秘密”在該漸進架構佔有非凡的地位。事實上，根據基本法第三十二條，“除因公共安全和追查刑事犯罪的需要，由有關機關依照法律規定對通訊進行檢查外，任何部門或個人不得以任何理由”侵犯該基本權利自由。“基本”立法者對此一基本權利免除了附加的保護，因為對一般立法者訂立限制的可能性設立了明確的、更緊的限制，這種情況一般沒有在其他形式意義上的基本權利和自由發生。我們認為由第三十二條得出，當強制“由有關機關對通訊進行檢查”時，該基本權利才會成為法律限制的對象，但在嚴格的措施下，“因公共安全和追查刑事犯罪的需要”該限制才被覺得是必需的。換句話說，根據基本法，在該確定情況並且以保障群體的其他基本的法益為目的，一般立法者才可以對其作出限制，但要遵守適度原則。

3. 之後，緊接著的是在國際公約和國際勞工公約中規定的基本權利和自由，不論其（亦是）正式在基本法中規定或不是，若它們偶然地被澳門特別行政區一般法律所“規範”，不能成為比在這些國際法文件中的規定更大的“限制”的對象，更不能被它們所部份廢止（基本法第四十條第一款和第二款第二部份）⁵²。同時在公民權利和

52. 以在澳門生效的國際法文件規定的實質意義上的基本權利和自由為準，根據基本法第四十條第一款，很明顯，經適當配合後可以對它們適用Gomes Canotilho和Vital Moreira對性質與“國際法文件中規定的”權利、自由和保障類似的基本權利的情況提出的解決方案（葡萄牙共和國憲法第十六條第一款和第十七條）。對該等作者，“承認由國內法吸收的國際法優越的規則（…）那麼它們不能夠被國內法規範所消滅或者限制”。參閱J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, cit., 第132頁。據我們看，這樣並不意味著那些權利和自由完全不能夠被內部一般立法者所限制。然而，只能夠根據該等協議國際法文件的規定來限制。另一方面，在這些文件和基本法中同時規定的權利和自由不能夠被一般法律所部份廢止亦是明顯的，首

政治權利國際公約和基本法規定的權利中應該突出，例如，“自由發表意見的權利”，其內容“包括尋求、接受和傳遞各種消息和思想的自由”（公民權利和政治權利國際公約第十九條第二款），該權利只受到“某些限制（…）由法律規定並為下列條件所必需：（甲）尊重他人的權利或名譽；（乙）保障國家安全或公共秩序，或公共衛生或道德（第三款）”；“和平集會的權利”（公民權利和政治權利國際公約第二十一條）；“有權享受與他人結社的自由，包括組織（…）工會（…）”（公民權利和政治權利國際公約第二十二條）。正如以上所述，該等基本權利和自由已經固定在基本法第二十七條。在經濟、社會、文化權利國際公約應該突出罷工權的表述〔第八條第一款（丁）項〕和“人人有權組織工會和參加他所選擇的工會”的表述〔第八條第一款（甲）項〕。

4. 在第一眼看去較少要求的層面，但潛在的限制方面並不因此而剝奪了強烈的立法“限制”，表現為所有一整套在澳門原先生效的法律所規定的和實現的實質意義上的基本權利和自由。關於假定可以觸及該等基本權利和自由的法律限制的範圍，必須要強調，保護基本權利和自由原則與法律體系延續性原則加上依聯合聲明解釋基本法原則的存在以一種非常獨特的方式在這裡負起極重要的作用⁵³。

儘管沒有完全禁止對該等實質基本權利和自由進行限制（第四十一條），根據我們對基本法第四十條中的規範所作的解釋，澳門特別行政區一般立法者亦絕對不能夠不遵從或至少影響規範它們的

先，因為簡單的事實是它們是形式意義上的基本權利和自由。應該對《公民權利和政治權利國際公約》第五條第一款的規定作一與該問題直接相關的特別引用，根據該款，“本公約中任何部份不得解釋為隱示任何國家、團體或個人有權從事於任何旨在破壞本公約所承認的任何權利和自由或對它們加以較本公約所規定的範圍更廣的限制的活動或行為”。

53. 不是不可以使用國際公約允許對一基本權利或自由內容更廣泛的限制作為理據來反對該觀點，即當它們被其中一個國際公約所承認，同時，即使在澳門“原先”生效的法律中以更大範圍承認，或者該權利和自由沒有在上述國際公約中規定而允許對其部份廢止。據我們的理解，公民權利和政治權利國際公約與經濟、社會、文化權利國際公約第五條第二款中的規定提及該觀點，其內容為《對於本公約任何締約國〔任何國家經濟、社會、文化權利國際公約〕中依據法律、慣例、條例或習慣而被承認或存在的任何基本人權，不得藉口本公約未予承認或只在較小範圍承認而加以限制或克減》。

“原先生效”的法律規定的必要內容，在我們看來，亦不能對它們強加不成比例的限制，即使該“限制性”行為旨在保護其他法益或基本權利。

三、聯合聲明規定“法律基本不變”〔第二點第（4）項〕並且澳門特別行政區“依法保障澳門原有法律所規定的（…）各項權利和自由（…）”（附件一第五部份）。我們亦意識到基本法在遵從該道路，規定“澳門特別行政區依法保障（…）居民（…）的權利和自由”（第四條）；“澳門原有的法律、法令、行政法規和其他規範性文件（…）予以保留”（第八條）；以及“澳門居民享有澳門特別行政區法律保障的其他權利和自由”（第四十一條）。

面對該規範體制架構，澳門居民的基本權利體制的一個重要部份的“曲線的”保護和保障因廣泛地或不受限制地接受一般立法者將來的限制性介入（假定來自於基本法第四十條第二款的規定），實際上變得脆弱，因而毫無意義。否則，在該場景承認了箴言“一隻手給予而另一隻手拿走”的適用，Jorge Oliveira堅持不認同（而且很好）。若該作者支持澳門的法律體系並不是不可“觸碰的”，但仍然是“基本不變的”⁵⁴，對“原先生效”法律規定的基本權利和自由的限制方面，我們亦支持立法者不應成為規範窒息的受害者，另一方面，不能被視作對澳門居民基本權利和自由體制的繼續保障進行擾亂的首領，而該體制由“政治過渡”現象旨在以更高的規範法律水平保障。

對我們來說，除了我們上面主張的折衷解決方案外，不能有其他方案。只有這個結局可以允許協調遵從保護基本權利和自由原則和澳門法律體系延續性原則所強加的規定，與因“社會活動”產生需要而要求法律相適應，要求立法者的限制權具有生命力⁵⁵。

54. 參閱Jorge Oliveira, *A Continuidade do Ordenamento Jurídico de Macau na Lei Básica da Futura Lei Básica da Região Administrativa Especial*, in *Administração, Revista da administração Pública*, Número 19-20, Macau, 1993, 第23頁。我們提醒，關於“被管治者的權利優先於行政當局”方面，作者一開始就不“認為對中葡聯合聲明而言是合法的，若〔將來〕採取與〔先前〕相反的立法政策”。因此，不允許將來的規範修改顛覆先前的“法規”本身的“必要內容”。因此，為了保障法律體系的延續性，接受對“澳門特別行政區政府的機關訂定立法政策的自由”作出限制。同上。

55. 該調解的姿態沒有支持，就算是極少也沒有，淡化澳門特別行政區立法權“阻遏”創新的義務，同樣中華人民共和國本身直接來自於一九八七年中葡聯合聲明所承擔的承諾亦有責任。

