

行政違法行為若干問題的探討

簡天龍*、鄭偉**

一、引言

關於內部規範的淵源，由自1999年12月20日起開始實施的《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》確立了一個與過去極為不同的制度。

在延續原則下很多事項得到保留，例如法律秩序、基本權利、社會制度、金融制度等等，但在這一方面卻相反，對於這個觸及整個政法制度敏感神經的關鍵點，其選擇是不延續。¹除了其他不同之處以外²，事實上，與保留雙軌立法體制相反，即與立法會和行政長官分別制定同等位階的法律和法令相反，其選擇是僅限於議會能制定法律。

作出這一選擇，即與過去曾運行暢順的制度決裂，其原因並不容易即時被揭示，更不容易被接受。第一眼看上去可能會認為，也許在這個問題上澳門又一次是盲目抄襲香港基本法的受害者。引入一個為香港構思的制度，而這個制度基本上源於英國法律體系傳統的習慣，卻漠視了澳門回歸前的立法模式，並選擇了一個革命式的方案，即廢止政府的立法權，而這沒有任何先例及明顯的益處，至少沒有即時的好處。

* 澳門大學法學院講師，科英布拉大學博士研究生。

** 北京大學法學碩士，澳門科技大學法學博士。

1. 第一常設委員會第3/III/2009號意見書強調，“其次，亦需考慮特區基本法所確立的制度已有別於之前的制度。”載於《關於訂定內部規範的法律制度的法律彙編》，見 http://www.al.gov.mo/collect/col_lei-10/283-426.pdf。
2. 事實上，還有其他的改變，例如為規範性文件創設新的類別，如行政命令，這種完全是外來的規範性文件（香港法律體系中的executive order），其規範性質並非毫無爭議，以及為立法提案權引入重要的限制。

但也有學者提出以下理由：“總督有立法權，其範圍包括所有未保留予共和國主權機關或立法會的事宜，立法會賦予總督立法許可或於解散後，其立法權亦屬於總督，這些權限，行政長官不能享有，將來行政長官沒有立法權，沒有頒佈具有法律效力的法令之權，基本法則不能參考或照搬這些總督職權。現在澳門立法會沒有完全的立法權，1999年後澳門特別行政區立法會享有立法權，……在起草關於行政長官職權的條文時也參考和研究了這些情況。”³

在此有必要提及法律淵源的問題：例如淵源的名稱和種類，在實質及組織權限上的劃分，規範的位階、保留、補充以及相互之間的關係，這些問題在任何國家的任何法律體系中都存在而且是決定性的內容。眾所周知，這些在規範的制定過程中所遇到的一系列核心問題，一般來說都是由憲法規定的。例如：界定規範性文件的種類（至少規定那些主要的，如法律、法令、行政法規及決議等），這些規範性文件的名稱及制定機關，法律保留範圍或少有的行政法規保留範圍，位階設置上的一般規定，如憲法崇高原則、法律優先原則及各位階之間的相互關係（或者在某些情況下，在兩個或多個規範性文件之間並不存在等級關係），在兩個規範性文件之間，如綱要法和實施法令、預算綱要法與預算法之間，可能存在授權關係，例如在作出某個規範性行為之前必須有預先許可。

另外，在有架構、定義及劃分的情況下，一般同時設置對規範性文件的一系列監察機制（絕大多數是透過司法途徑），例如，違憲審查，合法性審查等等。

3. 肖蔚雲：《澳門基本法》，北京大學出版社，2003年版，第78頁。我們熟悉的這位學者還指出：“總督有權提請憲法法院審議立法會作出的規定是否違憲或違法，總督也有立法權，立法會賦予總督立法許可或於解散後，其立法權亦屬於總督。對於這些總督職權，將來的行政長官則不能享有，不能照抄，行政長官沒有立法權，1999年12月20日後澳門特別行政區的立法權屬於立法會。行政長官要有權但須受到制約。在起草澳門基本法的政治體制時，政治體制專題小組討論了一個原則意見，即行政長官要有實權，但又要受到制約和監督。行政長官的權力是較大的，不然他就難以履行職責，發揮行政的效能，但行政長官的權力又不是太大，他要受到立法會的制約。”同上，第230頁。

在澳門，基於曾作為憲法性法律《澳門組織章程》的規定，規範淵源的模式在本地憲法中得以明確及具體化⁴，並且規劃出兩個法律淵源之間的各種關係，例如，法律保留範圍，法令保留範圍，競合範圍，特定法律與法令（例如許可法和被許可的法令）之間的特別關係。這個制度同時伴隨着有效及必要的司法審查機制，它包含各個方面的內容和形式，尤其是對法律規範的憲法性上訴。

而《基本法》規定了較少的憲法性事宜，例如認定法律由立法會制定，明確行政法規和立法會決議，承認已經存在的法律淵源——法令，確立基本法為最高的規範性文件，為此其他所有內部規範必須遵守，以及正式公佈的原則。此外，還零散、非系統地規定了一些法律保留的事項，例如，基本權利，訂定犯罪，訂定稅收，等等。

然且，《基本法》並沒有明文規定地區權力機關之間嚴格的權力劃分，沒有為立法權和行政權設定分水嶺。哪些規則適用於過去遺留下來的規範性文件例如法令？行政命令的性質為何？在學術、司法見解以及特區的政治實踐中很多疑問浮現出來，例如是否存在法律的一般性保留，是否存在行政法規的保留，在行政法規之前是否需要有一個先前的授權法，在預先並無法律的情況下直接基於基本法制定行政法規的正當性，行政法規的種類和性質，以及是否存在用以保障規範性文件位階的合憲性及合法性審查機制，等等。

因此，存在一系列的問題、疑問和不確定，困擾著本地的法律界、政府、法院、政界以及整個社會。在如此重要的及敏感的關頭，這樣一個巨大的改變很難毫無痛楚地實現。所以不需要水晶球就可以預見，很自然的趨勢是行政部門透過行政法規逐漸拓展其制定規範的疆域。⁵

4. 關於《澳門組織章程》以及葡國憲法規定的立法制度，可參見Paulo Cardinal：“過渡期澳門之政治制度：是延續還是銜接？”，《澳門法律學刊》，第四卷，第三期，1997年；Carlos Blanco de Morais，《A organização do poder político-legislativo no território de Macau》，載於《Estudos em Homenagem a Rogério Soares》，1999；António Katchi, *As fontes do direito em Macau*, FDUM, Macau, 2006.

5. 對於取消行政長官立法權限的這一真正的變革，曾提出這樣的問題：“只有等到未來，人們才能看到行政法規出台的密度...”，可參見Paulo Cardinal：“過渡期澳門之政治制度：是延續還是銜接？”，《澳門法律學刊》，第四卷，第三期，1997年，第41頁。

實際上，正如全國人大常務委員會副秘書長以及基本法委員會委員長喬曉陽所指出的，“澳門回歸後，由於歷史的慣性，行政機關制定行政法規的權力比較大，去年，澳門特區立法會制定了《關於訂定內部規範的法律制度》，比較好地處理了這方面的問題。”⁶

另一方面，要與一個可以制定獨立法規的權力（即無需通過預先的立法）共存，也是不容易的，這與如何劃定規範權力的界限以及法律保留的範圍無關。

司法爭議本身就是說明在有關事宜上存在不確定及爭論的一個很好的例證。

終審法院一個著名的裁判⁷是一個很好的素材，有助於澄清幾個問題。它指出：“另一個問題與法律優先原則有關，對行政法規而言的，即行政法規不能違反《基本法》和整體上的法律。這一原則載於第11條第2款——對《基本法》（“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”），對一般法律，第65條（“澳門特別行政區政府必須遵守法律……”）。沒有疑問的是這一原則有效。”

終審法院隨後分析了行政長官的批示也是廣義上的行政法規，“《基本法》所使用的行政法規的概念如下：行政機關在行使管理職能中所制定的法律規範。”“因此，經由第3/1999號法律第3條（二）項所創立的、定名為‘行政法規’的規範，僅僅是規定於《基本法》內的行政法規類別中的一種，其實這也是從同一第3/1999號法律第3條（四）、（五）項、第13條第1款、第15條第2款和第16條第2款中所得出來的，該法在創立了‘行政法規’的同時，還創立了由澳門特別行政區行政長官和主要官員作出的‘對外規範性批示’。後者有的以《基本法》第50條為依據，另一些則以同一法律第64條為依據，同樣是規定於《基本法》中的行政法規。”“關於行政法規的表現形式，《基本法》沒有規定，第3/1999號法律第3條規定存在行政長官的行政法規和由澳門特別行政區行政長官和主要官員制定的對外規範性批示。”

6. 喬曉陽：《深入學習研討基本法 努力提高公務員素質》。

7. 第28/2006號卷宗。

終審法院隨後指出，“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的情況下，行政長官可僅以《基本法》為依據核准行政法規。”

該裁判也確認了並不存在行政法規的保留。⁸

二、第13/2009號法律的起源

正如之前所述，存在著困惑、不確定及武斷，在如此結構性、關聯性以及崇高的事宜上，存在著這樣嚴重的情況。⁹

即刻聯想到法案理由陳述中提到的必要性問題，“隨著《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》的深入實施，以及立法活動的數量日益增加和內容更為複雜，法律界、司法界、學術界以及社會各界對特區立

-
8. 也可參見João Albuquerque：《法律與行政法規的一般制度》，澳門大學法學院學報，第27期，第89和90頁，以及Paulo Cardinal，*Notas Breves e esparsas sobre o regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas — Lei Básica e Lei n.º 13/2009*，未出版。此外，引述政府代表在委員會正式會議中的斷言：“即使行政權在可透過獨立行政法規規範的情況下，亦不存在行政法規的保留。”（作者的聲音記錄）。
9. 關於澳門特別行政區立法制度的學術探討，包括立法機構、第13/2009號法律及其立法過程，可參閱鄭偉：《對澳門特別行政區立法權限劃分之探討》；Gomes Canotilho，未出版；António Katchi：《澳門法的淵源》，澳門大學法學院，2006年；畢華盛：《澳門特別行政區立法會立法保留的若干反思》；王禹：《論行政法規的性質和地位》；王禹：《行政法規法律地位再探討》；João Albuquerque：《澳門特別行政區基本法下的法律與行政規章的一般制度》，澳門大學法學院學報第27期；João Albuquerque：《就〈關於法律和行政法規的規定〉法案提供的意見》；João Albuquerque：《就〈關於法律和行政法規的規定〉法案最後文本提供意見》；廉希聖：《略論澳門立法體制之演變——從雙層雙軌制到雙層單軌制》；米健：《澳門行政長官立法權分析》；Lino Ribeiro：《行政程序課程》；Vitalino Canas：《特區的規範性架構》，《澳門大學法學院學報》第27期；Duarte Santos：《法律與法規——行政法規能從此得到法律的授權嗎？》；Lino Ribeiro/Cândido de Pinho：《澳門行政程序法——註解及評論》，澳門基金會、行政暨公職司，1998年；鄭錦耀：《〈關於法律和行政法規的規定〉草案淺析》；鄭錦耀：《關於中級法院裁判值得商榷之處的若干思考》；鄭錦耀：《論行政法規成為行政訴訟對象的可能性》；鄭錦耀：《續析〈關於法律和行政法規的規定〉》；Jorge Baptista Bruxo：《澳門法律與行政程序》；許昌：《澳門特別行政區行政法規制定權限及其解決》，“一國兩制”研究（葡文專集）第一期，2012年1月。

法制度的認識亦更為豐富和多元化，包括對行政法規地位、性質、效力等問題有不同的理解。政府在深入研究及聽取社會各方面意見後認為，應通過立法來明確法律和行政法規的規定事項及相互關係。”¹⁰

在崇高的基本法的框架下，以可能的方式制定一個具有指令性的規範架構來規範有關事宜是必要的，因此提出了立法，而最後成為訂定內部規範法律制度的第13/2009號法律。

也就是說，急迫需要落實及細化基本法。這是讓立法者在所給予的自由選擇的空間內，具體落實基本法所載的憲法性框架的立法，同樣也為填補法律空白提供規範性的解決方案。這裡所說的立法者是廣義的，主要包括立法過程中的兩個主體，即享有提案權的政府及享有通過權的立法會。

無可否認，該法的立法過程漫長，在技術及政治方面複雜，相關法案曾先後有五個正式版本¹¹，這是史無前例和後無來者的，很艱難地才就確定內部規範及為其劃定邊界的解決方案達成共識。

正如第一常設委員會第3/III/2009號意見書所述，“分析中的法案所載的事宜涉及複雜的法律問題、在討論過程中曾出現重大分歧、法案具有革新性、法案與特區公共組織系統各方面均有關係、法案在將來制定規範方面必然產生一定的影響。”¹²還需特別強調“之前在法律及司法上出現的爭論”¹³。

該份意見書還指出：“基於以上所提及的複雜的法律問題，有必要反覆思考並進行比較法的研究，特別針對制定規範的方式、制定規範——法律及法規——的權力分配、內部規範之間的關係，包括它們之間的位階、配合及區分。此外，亦需對司法見解進行研究。但不容忽視的是，基本法為特區建立了新的憲制模式，這種模式與之前的模式在各個層面上均有所不同。”

10. 載於《關於訂定內部規範的法律制度的法律彙編》。見http://www.al.gov.mo/colect/col_lei-10/283-426.pdf

11. 自然還有很多非正式文本。

12. 載於《關於訂定內部規範的法律制度的法律彙編》。見http://www.al.gov.mo/colect/col_lei-10/283-426.pdf

13. 曹其真：《關於訂定內部規範的法律制度的法律彙編》的前言。

在這裡反覆引述曾被引用的立法會常設委員會的意見書，以便獲得對第13/2009號法律完整的認識。

事實上，為了對現行指令性制度作一總結，委員會在意見書中指出澳門現行憲法制度有以下基礎前提：

“（1）立法職能僅屬於立法會。

（2）政府在行使其行政職能時可制定規範性文件，但這些文件不具有法律的性質或效力。

（3）立法會作為唯一具有立法權的機關，可就澳門自治範圍內的任何事項制定法律。

（4）行政長官作為特區及政府的最高負責人，可就社會生活的一些情況、公共政策或公共活動設定初始性規範而制定行政法規（必須以基本法為依據），以及為滿足公共需要而採取必要的措施。

（5）基本法並沒有將行政法規的範圍僅限於純為執行立法會的法律。

（6）基本法是凌駕於一般法律之上的更高法律，特區任何規範性文件均不得抵觸基本法。

（7）在法律優先的原則下，獨立行政法規在任何情況下均不得優於或抵觸立法會的法律。

（8）有些事項只能由立法會透過法律予以規範。

（9）不存在保留予行政法規的事宜。”

這九項是對於基本法及第13/2009號法律所確立的現行憲制架構一個很好的總結。不管是否喜歡，這就是現行的制度。

這自然不是一個絕對不變的制度，但在其生效期間，必須遵守它。而且須謹記這兩個法律的位階地位以及即將在下文闡述的它們的憲法性功能。

三、第13/2009號法律的功能和價值

第13/2009號法律是落實《基本法》的法律，並為此具有憲法性質。¹⁴基於《基本法》將其較高位階及憲法性質的內容延展到這部架構性法律，其得以充實並清楚表明訂定內部規範的法律制度。

即是說，第13/2009號法律作為一部賦有憲法內容性質的法律，其價值在於成為後法的準則，對於其生效後出現的行政法規亦然。¹⁵

事實上，需要指出的是“另一方面，現擬制定的法律不是，也不可能是一部更改基本法的法律。它是一部一般法，因而必須遵從符合基本法的原則。因此，在落實有關條文時必須依循這部更高法律所訂定的準則。毋庸置疑的是，符合更高的法律——基本法——是使本法在實質上具有合法地位的基本要求。當然，本法亦將成為其所規範的事項所依據的法律，也就是說，它無論如何也是一部為隨後的規範行為提供準則的法律，因而必須為這些規範行為所須遵守，否則便沒有任何作用”。再者，“法案一旦通過將對法律制度的其餘部分產生全面和深遠的影響，影響之深是其他一般法律無可比擬的。基於這部法律的功能、性質及其重要性，不可避免地須面對這樣的問題”。最後，“這部法律如能準確和清楚地訂明關於規範制定的規則，將可發揮積極作用，成為隨後制定規範性文件所依據的（一般）法律”。¹⁶

此外，“這部法律意義重大，它將為日後規範的制定提供非常重要的依據。事實上，考慮到多方面的因素，如：該法涉及極為複雜的法律問題、之前在法律及司法上曾出現的爭論、該法在實質上具有憲法性、其政治影響、在討論過程中曾出現的重大分歧、該法的革新

14. 參考簡天龍的 *Em Torno de Algumas Questões Relativas ao Sistema das Fontes Normativas Internas Estatuído pela Lei Básica e Desenvolvido pela Lei n.º 13/2009*，未出版。

15. 許昌：《澳門特別行政區行政法規制定權限及其解決》，《一個兩制》研究指出“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。”還提出“該法首次明確了法律和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効力規則。《一國兩制》研究(葡文專集)第一期，2012年1月，第108頁。

16. 常設委員會第3/III/2009號意見書，載於《關於訂定內部規範的法律制度的法律彙編》，或於網頁http://www.al.gov.mo/colect/col_lei-10/283-426.pdf 下載。

性、其與特區公共組織系統各方面均有關係、在引介和一般性通過法案的全體會議上的深入討論及提出的相關疑問和建議、該法在將來制定規範方面必然產生的影響，等等，絕對適宜將該法納入立法會的法律彙編系列。”¹⁷

另一方面，第13/2009號法律的標的確實清楚說明：

“第一條
標的

本法旨在根據《澳門特別行政區基本法》的規定，充實關於訂定內部規範的法律制度。”

對此，意見書指出，“委員會同意此一規定，並認為該條具有重要意義，其能即時申明這部法律將訂出內部規範的制度。此外，亦說明該法律乃根據基本法而制定，具體而言，是對基本法所載制度作具體明確和充實的規定。”

所以說，它是一部對規範程序具有指令性並凌駕於其它法律之上的法律。¹⁸作為落實《基本法》的法律，其它內部規範性文件必須以該法為準繩。¹⁹

17. 曹其真：《關於訂定內部規範的法律制度的法律彙編》的前言。

18. 另一簡單的例子是第3/1999號法律《法規的公佈與格式》。在該法被修改前，絕不能接受某一法律的公佈不遵守該法關於公佈的指令，尤其必須於《公報》內公佈，又或須遵守標題或格式的規定。值得注意的是，《基本法》規定了法律公佈的強制性（第七十八條及第五十條第三款），但沒有指出一份官方刊物，甚至沒有提及它的存在。這樣，假如有一部法律在最後的條文規定自己在兩份中文報章及兩份葡文報章中公佈，卻免除於《公報》內公佈，從法律的角度應如何解決？它並沒有違反《基本法》的文字表述，但明顯地違反了由《基本法》及第3/1999號法律共同構建的憲法體系。公佈原則直接由《基本法》規定，再由格式公佈的法律去充實和具體化，該法當然保留著憲法的實質性方面，並因此在面對其他法律時，賦有基準的價值。請參閱例如Paulo Otero統籌的《Comentário à Constituição Portuguesa》，其中由Alexandre Sousa Pinheiro對第一百一十二條所作的注解，Almedina出版，2008年，第153及154頁。

19. 同樣認為該法律屬強效法，及 / 或具有補充《基本法》的功能，還請參閱João Albuquerque的《Regime Geral das Leis e Regulamentos Administrativos》第77頁及簡天龍的Notas Breves e Esparsas sobre o Regime Jurídico de Enquadramento das Fontes Normativas Internas — Lei Básica e Lei n.º 13/2009。

需要指出的是，一部一般法律被賦予基準價值，在比較憲法範疇內並不是一種變革。而且事實上，除了在瞬間即可想到的眾所周知的例子如回歸前的澳門、葡國及中華人民共和國之外，還可以輕易地找到更多不同的例子。

正如剛才所述，以上的問題在比較憲法的層面並非全新的事情。就其功能和性質而言，與第13/2009號法律最接近的，可能是意大利關於訂定政府規範權的法律。²⁰而且可以肯定的是，在歐洲那個立法體制中，有關法律被視為制定規範程序的準繩而一直被遵守，相關的研究及參考也是不可避免的。²¹

四、第13/2009號法律的概述

需要進一步指出的是，這雖然是一部非常重要的法律，但同時卻相對地簡短，只有大概十多個條文。²²在以下短短數頁，我們將專注於某幾個條文，尤其是那些與本文關注的問題最直接相關的條文。

第一條確定了法律的標的，並成為在解釋該法的性質及功能時珍貴且必不可少的要素。對此，在上一部分我們已經作了分析。

第三條的標題為位階和優先，規定了一些重要的創新，首先，“澳門特別行政區的法律、獨立行政法規、補充性行政法規及其他內部規範性文件須在符合《基本法》的前提下方為有效。”該指引性原

20. 參考1988年8月23日第400/1988號法律，*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*（此法律之後曾經過修改），與澳門有關的主要是其第三章，關於政府的規範權力，特別是第十四條至第十七條。

21. 參考例如《*Diritto Costituzionale e Pubblico*》中Lucio Pegoraro的《*Le fonti del diritto*》，Giappichelli出版，2005年，第105頁及後；及Romina Gallo的《*I regolamenti di delegificazione per l'organizzazione ministeriale*》。特別指出，根據其他作者所述，曾有過擴大政府作出一般規範行為的主張，不管是第一規範還是第二規範，藉此把政府的規範權擴張至憲法模式所容許情況下的最大程度，參考Enzo Cheli的《*Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*》。

22. 雖然比法案第一正式文本不能再少的條文數目已有明顯增長，增加差不多一倍，由六個條文增至十一條，另外亦對原有的所有條文明顯地充實其內容、擴大其範圍。例如，關於法律保留事項的列舉，由第一文本到相應的最終文本，有關內容同樣增加了一倍，由十項增至十九項。

則獲得當然的明示確立，並以地方法律的方式得以充實，排除了一切可能的疑惑。另一方面，第二款清楚落實“法律優於其他所有的內部規範性文件，即使該等文件的生效後於法律”，而同時第三款亦澄清“獨立行政法規不得就法律所載的條文作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。”解釋者應從這裡提煉出一些重要元素，塑造出所涉行政法規的性質及其與居首的規範性文件之間的關係，即與法律之間的關係。

對於我們所關注的問題，第四條是問題的關鍵，猶如引力運行的真正軸心。事實上，該條正式列明主要規範性文件的類型，共有以下幾種：立法會的法律、行政長官的獨立行政法規及行政長官的補充性行政法規。

與立法過程中所出現的情況相反²³，現在法律應有確定、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。這是法律的充分原則—或者說，法律的一體性原則—的強制性表現，它在於不可以留下重要的規範空間由補充性行政法規去填補。即法律不再僅限於能夠合理地規定確定和準確的內容，法律不可以就立法事項單單規定其法律制度根本必須的內容，更不能只規定制度的基本含意、標的及範圍，而將其具體規範放進補充制度或讓之後的補充性行政法規具體訂定。²⁴

這是第13/2009號法律制度設計中最根本的要點，但似乎有時被遺忘，又或者轉換一種形式，似乎試圖重現法律不需要有確定、準確和充分的內容，而是僅限於一般性地訂定某一制度的基本含意、標的及範圍。但其實並非如此，這也不是提案者（政府）和通過者（立法會）最終共同的選擇。

從另一個角度來講，第四條同時規定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，而另一種行政法規，即補充性行政法規，不得與之混淆，補充性行政法規僅得為執行法律而訂定所必需的具體措施。

23. 請參閱2009年3月29日的法案正式文本。

24. 同上。

值得強調的是，同樣是依據法律充分性原則，補充性行政法規不再被賦予充實和補充法律一般性規定的權能。²⁵

可見，無論從法律的文字表述，還是從立法的準備工作，以及透過法案各正式文本所反映出的立法演變過程，甚至意見書及全體會議上的討論，這一點都是十分清楚的。

五、行政違法的規範問題

現在，我們將具體討論關於行政違法的規範問題。

第六條以“法律”為標題，舉例式列出屬於法律保留的事項，其所列出事項的數目比法案最初文本多出一倍。

對於我們所關注的問題，以下的條款尤其重要：“下列事項須由法律予以規範：（六）訂定行政違法行為的一般制度、有關程序及處罰，但不妨礙第七條第一款（六）項的規定。”

在此需要簡要說明的是，行政違法行為的實質內容——一般制度、有關程序及處罰——是法律保留的事項。然而，基於這同一條文，在有限的範圍內，允許一種法律與獨立行政法規權限競合的狀況，即第七條第一款（六）項規定：“一、獨立行政法規得就以下事項作出規定：（六）行政違法行為及其罰款，但罰款金額不超過澳門幣\$500,000.00（五十萬元）。”²⁶第13/2009號法律清楚地表明，這僅限於獨立行政法規，而不是補充性行政法規，它們是兩種不同的規範性文件。

接下來我們開始闡述這個比較麻煩的問題。這個問題之所以麻煩，只可能是由於不準確、不恰當地具體適用由《基本法》和第13/2009號法律共同建立的法律制度。

25. 請參閱上述2009年3月29日的法案正式文本，正如文本中所出現的，即是說，補充性行政法規可支配的規範空間，比原來法案文本明顯地縮小了。

26. 這一立法選擇曾被一眾學說批評，認為所有關於行政違法行為的事項，即使僅規範小額罰款，都應全權以法律形式訂定，因為這關乎到財產權的限制，關於這一點，根據《基本法》的規定，不應由行政法規作出。這一學說觀點，雖支持議會法律保留的範圍應更廣泛，但沒有被第13/2009號法律所採納。

過往已多次提出，不論是第13/2009號法律的文字表述，還是它的立法原意，甚至是專責委員會的意見書及全體會議上的辯論，包括政府代表確鑿無疑的發言，全都指向同一個結論，那就是：法律上不允許補充性行政法規對有關行政違法行為的事宜作出規範。這是一個現實，一個現行法律的現實，一個由政府提案、經立法會通過、行政長官簽署、於《公報》內公佈並報全國人民代表大會常務委員會備案而確定下來的現實。

正如我們所看到的，這是一部基礎性的法律，在我們的法律體系中佔據著結構性的地位，它一方面明晰了《基本法》內立法會職權保留的含意，另一方面允許行政當局，對議會法律保留範圍以外的事項，可以透過獨立行政法規設定初始性的規範予以干預。這是該法第一條的結論，在此有必要再一次提醒。

問題的解決，主要取決於如何理解立法會就行政違法行為的保留權限的範圍，以及明確給予政府在遵守特別的法定限制（例如，只可訂定金錢處罰而絕不可另創附加處罰）的前提下，透過獨立行政法規²⁷對行政違法行為進行規範的“空間”，其實這並不困難。

也就是說，競合權限的開放只可透過獨立行政法規的方式落實，只可作金錢處罰而且金額不可超過澳門幣五十萬元。或者反過來說，就是禁止以補充性行政法規訂定行政違法行為，禁止以獨立行政法規規範非金錢性的行政制裁，例如禁止從事某種職業或關閉場所，而不論以主處罰還是附加處罰的名義²⁸，另外亦禁止規定罰款金額高於澳

27. 對於現行的法律文本，有人大膽的認為，“為執行法律……所必需的”的表述所涉及的範圍十分廣泛，足以使將來或許能夠透過補充性行政法規規範行政違法行為。理由是甚麼？還有，面對第六條（六）項及第七條第一款（六）項所明確規範的制度，這一斷言的意義有多大？

28. 關於這一點是很明顯的。為此，最近關於《機場合格審定》的第18/2012號行政法規，無容置疑地處於違反法律的狀況。因為不論是否接受以一獨立行政法規去補充另一獨立行政法規，該行政法規制定非金錢性質的處罰，體現對基本權利的直接限制干預，在某些情況下限制工作權，其中第十五條規定：“三、如對組成卷宗或對維護民用航空的運行安全屬必要，民航局得以具適當理據的決定採取即時中止機場總監職務的保全措施”，同一條的第五款亦談及因第10/2004號行政法規《澳門民用航空活動綱要法規》第二十條而喪失擔任職位資格。第10/2004號行政法規，由於先於第13/2009號法律，或者可能可以視為不受法律保留影響，但對此並未有任何支持。然

門幣五十萬元，更不可能規定不確定的罰款金額，例如以百分比計算。再一次重申，補充性行政法規絕不受惠於第13/2009號法律對特定種類的法規所作的開放。²⁹

換言之，這一點對於區分獨立行政法規和補充性行政法規具有重要的作用，這是無可爭議的，更不會互相混淆。它們是兩種不同的規範性文件，各有其自身的制度和不同的限制。這也同時使它們需要具備各自不同的法定格式，以免造成混亂。

為此，“我們現在分為兩種，我想剛剛委員會主席都說了，行政法規將來會有兩種，一種叫獨立性的；一種叫補充性的，（……）這個是兩回事來的，（……）獨立行政法規與補充性行政法規是兩大類的行政法規，將來在我們這個法律若果通過之後，會是我們將來的澳門特別行政區的分成法律與法規，行政法規分獨立行政法規與執行性補充法規的，所以這兩件事情是不可以‘撈’在一起，沒可能我們在獨立行政法規再跟做一個補充性的行政法規，沒可能的。”³⁰

而，一部2012年的行政法規，即使是以某種方式作援引，都不可能訂定這樣的一種行政處罰。此外，對該處罰的性質亦毫無疑問。

29. 第一常設委員會第3/III/2009號意見書，“在此亦有需要提及行政違法行為的問題，全體會議通過的法案最初文本並沒有將之納入法律保留之列，而是將其作為獨立行政法規規範的標的，而現在關於行政違法行為的制度，包括其處罰的訂定，均屬立法會的權限”。‘獨立行政法規得就以下事項作出規定：（……）（六）行政違法行為及其罰款，但罰款金額不超過澳門幣\$500,000.00（五十萬元）。’”“關於上一點已提到行政違法行為的問題，在此需強調的是，除本條規定的有限和特殊的情況外，行政違法行為現已明確被列入立法會法律保留事項之列。委員會認為，基於某些處罰的嚴重程度和性質，相關的規範不得透過法規為之，而應以法律（有民意代表機關的參與）的形式訂定。”然而，考慮到政府在其行政職權範圍內需作出初始性規範的現狀，尤其需對從事某些重要經濟活動作出規範（例如涉及公共批給的經濟活動），因此，認為某些行政違法行為及其相關的不超過某個金額的金錢性質的處罰（即罰款）可由獨立行政法規規範。但獨立行政法規不得規範高於有關金額的罰款，以及其他非金錢性質的制裁，例如從事職業的禁止或場所的關閉”。以上是就行政違法行為問題權限分配的流程提要，首要的位置留給了法律，並對獨立行政法規給予一定程度的開放和靈活性。在概要中並未有提及分配權限予補充性行政法規。這固然是法律所具有的唯一客觀的含義，同時亦與立法者的意向相符合。
30. 2009年7月14日全體會議討論中主席的發言，載於《關於訂定內部規範的法律制度的法律彙編》。

事實上，除在法律層面，事實層面亦支持上述的結論，即自第13/2009號法律生效以來，多項涉及行政違法行為且已獲通過的法律³¹，全都無一例外地自行規範涉及行政違法行為的事宜，而沒有將這些事宜留給/授與/交予補充性行政法規處理，即使是很輕微的違法行為亦然。³²在已收到的多項涉及行政違法行為的法案³³之中，也沒有任何一項把行政違法行為的事宜留待補充性行政法規處理。不論訂定罰款金額高於或低於五十萬元的規範或以不同百份比訂定罰款的規範等，沒有一項是由補充法規處理的。

-
31. 在所通過的法律中，涉及規範行政違法行為的法律有：第21/2009號法律《聘用外地僱員法》、第3/2010號法律《禁止非法提供住宿》、第4/2010號法律《社會保障制度》、第5/2011號法律《預防及控制吸煙制度》、第6/2011號法律《關於移轉居住用途不動產的特別印花稅》、第10/2011號法律《經濟房屋法》、以及第2/2012號法律《公共地方錄像監視法律制度》（其處罰制度援引第8/2005號法律的相關規定）。
32. 可以標出一個所謂的例外情況。重申，是假想出來的，因為關於這一假設的“允許”，讓補充性行政法規規範行政違法行為，在法律中根本沒有任何提述，從法律中甚麼都不能表明。我們所指的是補充第21/2009號法律《聘用外地僱員法》的第8/2010號行政法規《聘用外地僱員法施行細則》。為了規範行政違法行為，該法律專門開設了完整的一節，其第四十二條“補充法規”中亦沒有對行政處罰的事項向將來的補充性行政法規作出任何允許，相反，充其量只提及行政程序。但相關的行政法規最後竟然在第二十一條及續後條文有一章規範行政違法行為！然而，參閱第三常設委員會份內的意見書——第5/III/2009號意見書，記載的完全是另一種意思，顯示出這些事項都應成為法律完整一體的組成部分。意見書指出：“二是大家都認同由立法機構制定的規範聘用外地僱員的法律中應載有相關的核心內容而不是單單訂定原則，將有利於加強有關法律制度的清晰度和連貫性。為此，對應該由法律規範的事宜進行了選取工作。但選取工作隨著由第13/2009號法律通過的《關於訂定內部規範的法律制度》於八月十五日起生效而增加了壓力，因為根據該法律的規定，就法律規範的事項制定行政法規之權已深受限制。因此，為使法律訂定的聘用外地僱員法律制度更加完善，委員會努力不懈，將屬程序性的事項交由法規規範，同時，為使有關法律制度與某些經濟行業或企業規模相配合且基於法律本身特性而必需的事項則交由法律規範。由此，法案的條文增加了大約一倍。”再者，“完整的處罰制度。除為違反本法案的規定設定範圍甚廣的行政違法行為之外（第三十二條），還將違法的責任延伸至法人（第二十九條及第三十條）。處罰制度中規定了僱主（第三十二條第一款至第四款）、職業介紹所（第三十二條第三款）及外地僱員本身（第三十二條第五款）要承擔的責任。此外，又規定了不同的附加處罰，目的是使處罰與有關的違法行為的嚴重性、行為人的過錯及受損僱員的數目相吻合（第三十三條）。”這樣，該行政法規關於行政違法的規定直擊違法的情況。
33. 在最近提交到立法會的法案中，涉及規範行政違法行為的有：《規範進入娛樂場和在在內逗留及博彩的條件》法案、《舊區重整法律制度》法案、《食品安全法》法案、《存款保障制度》法案、《文化遺產保護法》法案、《承諾轉讓在建樓宇的法律制度》法案、以及《航空意外事故調查及航空安全資料保護法》法案。

對此，第52/99/M號法令亦不能反映甚麼。引用這一法律文件實在毫無作用，它除了先於第13/2009號法律，更是早於《基本法》生效之前的法律。試圖期待用一個來自不同憲制的法令作為現在否定澳門特區一個基礎法律的借口，顯然不合乎法理也沒有正當性。無論是基於法律在時間上的適用，還是一般法（上述法令）與特別法（第13/2009號法律關於行政違法行為之專門規定）之間的關係，甚至基於法律的位階及對《澳門特別行政區基本法》的尊重，第13/2009號法律都永遠優於上述法令。³⁴

亦有人認為，根據第52/99/M號法令，行政處罰制度可以由法律或法規（行政法規）訂定，這其實是自相矛盾的。因為根據“後法優於前法”的原則，第13/2009號法律具有優越的地位，在這種情況下得出的結論肯定是行政違法行為的一般制度只能由法律訂定，但如果最後認為關於行政處罰的訂定可採取另一個不同的方式，那絕對是自相矛盾、違反因果邏輯關係及沒有任何理據的！為甚麼這樣？怎麼來的？這樣的理解絕對毫無法律科學的支撐。

再引述意見書：“關於上一點已提到行政違法行為的問題，在此需強調的是，除本條規定的有限和特殊的情況外，行政違法行為現已明確被列入立法會法律保留事項之列。委員會認為，基於某些處罰的嚴重程度和性質，相關的規範不得透過法規為之，而應以法律（有民意代表機關的參與）的形式訂定。然而，考慮到政府在其行政職權範圍內需作出初始性規範的現狀，尤其需對從事某些重要經濟活動作出規範（例如涉及公共批給的經濟活動），因此，認為某些行政違法行為及其相關的不超過某個金額的金錢性質的處罰（即罰款）可由獨立行政法規規範。但獨立行政法規不得規範高於有關金額的罰款，以及其他非金錢性質的制裁，例如從事職業的禁止或場所的關閉。”³⁵

34. 我們省略對第52/99/M號法令進一步作解釋法理論上的分析，因為以該法令來否定由《基本法》及第13/2009號法律共同建立的制度，明顯不恰當。同樣，亦不需要在本文中試圖展示法令中的哪些條文因抵觸《基本法》及第13/2009號法律而失效。事實是，法令中部分條文依然生效，但隨著第13/2009號法律的正式生效，更是有部分條文不再生效。

35. 第一常設委員會第3/III/2009號意見書。

現在，再看全體會議中的討論：“至於行政違法行為的問題，基本上，規範與行政處罰有關的事項屬於立法會的權限。但是，世界上很多國家的做法都是，凡涉及尖端技術、經濟活動或破壞環境活動之事宜，尤其是重要的經濟活動，如批給標的，**這些活動都是由政府通過獨立行政法規來規範的**。因為這些都是技術層面的事宜，涉及很多方面的知識，例如技術方面以及對經濟有重大影響方面。正因為如此，規範這些事宜屬行政當局的權限，因此，政府**通過獨立行政法規**訂定了合理的罰款金額為不超過澳門幣五十萬元。不要忘記我們有第52/99號法令的一般制度規範行政違法行為的”。這是政府代表³⁶所作的解釋，並且解釋得很好。

之後，政府代表再解釋：“所以，沒有人質疑立法會有權限規範這事項的原則。今次訂定罰款金額不超過澳門幣五十萬元屬例外情況，因為之前沒有法律規範這事宜，所以這個規定是沒有問題的。”

基於以上所述，透過補充性行政法規訂定行政違法行為將違反第13/2009號法律的規定，同時意味著行政法規是違法的。既然如此，就可以對該等行政規範提起司法申訴。³⁷

36. 根據政府代表在委員會會議中作出的解釋和發言，面對具有確定、準確和充分內容的法律，餘下給補充性行政法規規定的僅只是“表格”。事實上，政府代表清楚說明：“這一特別指出，對立法會的法律不起作用，僅針對獨立行政法規的內容。即是說，當大家說……法律應有確定、準確和充分的內容，就是說，只留給行政法規那些正如通過表格等等的事項、那些執行事項，在此政府知道在立法會的這個法律之下，所擁有的空間更小”（作者的聲音記錄）。再次提醒，在第13/2009號法律最後文本的第四條清楚要求，唯一一種現存的法律，是具有確定、準確和充分內容的法律，這樣，如2009年3月29日的法案正式文本中所設置的可能性消失了，法律不可以僅規定法律制度的實質內容，法律更加不可以僅限於訂明制度的基本含意、標的及範圍。

37. 對此，查閱《行政訴訟法典》的規定，主要是第八十八條（對規範提出爭議之性質及目的）：“一、對規範提出爭議係旨在宣告載於行政法規之規範違法，而該宣告具普遍約束力。”第八十九條（宣告規範違法之效力）：“一、宣告一項規範違法，自該規範開始生效時起產生效力。二、基於衡平或格外重要之公共利益之原因而屬合理時，法院經適當說明理由，得指定有關宣告之效力在有關裁判確定之日或裁判確定前之某一日產生。三、宣告一項規範違法，引致其所廢止之規範恢復生效；但在宣告前已出現使被廢止規範之效力終止之另一原因者除外。四、因第一款及第二款規定而產生之追溯效力，不影響裁判已確定之案件以及在法律秩序中已確立之行政行為；但法院以有關規範涉及處罰事宜且其內容對私人較不利為依據而作相反裁判者除外”。有意見指出，但“行政訴訟法第八十八條規定的規範爭議審理制度，還刻意撇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

這很容易理解的，除以上所指出的理由以外，當然還有一個值得關注的方面，那就是處罰制度的完整性（或全部由法律規範，或全部由獨立行政法規規範）。良好的立法技術必然注重完整性，尤其是在涉及到會影響個人權利義務範圍的處罰事宜時。

基於同樣的考慮，還有例如第三常設委員會的第3/IV/2011號意見書，“法案包含了適用於違反其所規定義務及責任的完整處罰制度。不僅包括一項具刑事性質的規範，也包括純粹涉及違反或不遵守法律所設的預防性規定的所有不法事實（按十月四日第52/99/M號法令核准的行政上之違法行為之一般制度及程序，第二條關於行政上之違法行為之概念）”。³⁸

另外，以下對通常用以捍衛補充性行政法規得以規範行政違法行為的兩個非法律角度的論點作簡略的闡述。第一個是令人不太樂意接受的論點，就是以行政長官在地區政治體制中的優越性作為理據。即使如此，這種優越高上的地位又能為我們的問題說明甚麼呢？甚麼都說明不了，又或者說能凝聚成一個焦點，到最後可能單靠行政權的優越性足以顛倒規範性文件位階的金字塔。如果這樣的一種優越能夠成立，那麼此優越性理應不可避免地表現在法律淵源制度中，並因而使得行政法規的位階高於法律。除此之外，很自然地還應存在一個廣闊的行政法規保留事項的範圍。但現在的問題是，正如眾所周知的，以上所說的情況無一出現在第13/2009號法律中，更沒有在《基本法》中表現出來。毫無疑問，在澳門特別行政區現行法律體系中仍是堅持法律優先原則。今後都是如此。

另一被濫用的論點是看似無所不通，其實是一竅不通，就是聲稱行政法規的制定程序比法律的制定程序更加方便快捷。從表面上看這是無可置疑的，我們亦不應感到不快或震驚。雖然在很多情況下這可能是事實，但如果基於這一點，還有甚麼有用的應當從憲法和法律中提煉呢？因為快捷所以不用理會澳門特區法律體系內如法律保留原則

下制定的，也就排除了審查其與法律相抵觸的實質前提。”許昌：《澳門特別行政區行政法規制定權限及其解決》，“一國兩制”研究（葡文專集）第一期，2012年1月，第110頁。

38. 關於第10/2011號法律《經濟房屋法》的意見書。

這樣的基礎原則？假如面對新的、緊急的情況就可以創設罪狀？這樣的論調再進一步，可極端地證明可以完全不需要法律。其實恰恰相反，這種論點甚麼都證明不了。這並不是法律理據。另一方面，假如情況真的十分緊急，議事規則中有一制度恰好能夠回應這一類情況，不用沖破合憲性及合法性所構建的保護網，而是透過在立法程序中啟動緊急程序。³⁹此外，還可以根據《基本法》第七十四條（二）項的規定，應行政長官的要求將議案優先列入議程。

六、結論及提議

基於以上所述，尤其得出以下結論：透過補充性行政法規訂定行政違法行為是違法的，以獨立行政法規進行規範亦受法律限制。

這兩個是在尊重現行憲制及法制前提下得出的有效結論。相反的結論，特別是維護以補充性行政法規規範行政違法行為者，最後必定演變成公然違反現行法律，同時亦意味著必然違反合憲性原則、合法性原則、法律保留原則、補充性行政法規規範的有限性原則、以及規範性文件分類原則。

倘若政府將來認為第13/2009號法律使其權力受到限制需要調整，或者以《基本法》為基礎的規定不能反映現實，應認真研究有關問題，將來對這部落實《基本法》的基礎性法律提出可行性的修改。但這部法律可是經多方共同努力，特別是立法會與政府共同努力、意見一致的成果。

概括而言，如有需要，請修改法律，但不要違反法律。也就是說，如果渴望如擴大補充性行政法規的規範空間，並相應減少法律的規範密度——正如其中一個法案文本中所載的那樣——那麼，請對第13/2009號法律進行適當的修改，即有節制的及在《基本法》容許的範圍內進行修改。

39. 參閱立法會議事規則第一百五十五條及隨後條文，尤其是：“第一百五十五條（標的）一、任何法案或議案均得成為緊急程序的標的”，“第一百五十七條（議決的效力）如全體會議決定適用緊急程序，得決定：a）免除有關委員會細則性審議；b）免除發給有關的委員會作最後編訂，或縮短有關期限”。

另一方面，以上分析也充分顯示出，越來越有需要和適宜建立一司法機制，以監控行政法規和法律是否符合《基本法》。⁴⁰它對於解決法源衝突的必要性及授予現行法律應有確切性都是無可置疑的，且應強制約束私人、法院及行政當局。許多學術研究對此都有說明。

這一機制是完整的制度設計及完善的法源體系不可或缺的部份。⁴¹此外，這一機制存在於回歸前的澳門，亦普遍存在於大陸法系的法律體系中，並在香港特別行政區得以實踐。它的缺失意味著制度的不完善和不完整。

之前曾提出：“然而，有一重要的問題依然處於開放的狀態，這就是法律法規的合憲性和合法性司法監督。由於並沒有一個一般性的專門司法程序，學術界多主張建立這樣的一個機制，通過第13/2009號法律之後亦然。學界關於這方面的文獻有例如簡天龍的‘Região de Direito — alguns tópicos sobre fiscalização da constitucionalidade e jurisdição da liberdade num Direito (também) em Língua Portuguesa’、趙國強的《試論基本法實施過程中的監督途徑》、郭天武及陳焯的《論港澳基本法對中國法制的拓展和啟示》、António Malheiro Magalhães的《未來澳門特別行政區基本法中的分權原則》、以及王愛民的《試論澳門的基本法監督制度的完善》。所有這些文章都提及政治‘監督’機制，例如《基本法》第十七條規定法律的備案機制——只是法律，並不包括行政法規——及第一百四十三條確立的官方解釋權，另外，行政訴訟法中雖然對行政法規的合法性監督作出了規範，但在範圍上作了限制，尤其是不得宣告法規內的規範直接違反《基本法》的

40. 同時，可以考慮完善由《行政訴訟法典》所提倡的現有監督機制，確保法規符合法律。

41. 另外，參閱許昌：《澳門特別行政區行政法規制定權限及其解決》，“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。”“一國兩制”研究（葡文專集）第一期，2012年1月，第110頁。

規定（當允許行政法規的公佈直接依據《基本法》，問題就變得更為尖銳）。然而，這些機制明顯地不足。”⁴²

此外，最近有學者認為，“有必要在澳門特區建立健全以審查行政法規是否符合《基本法》為主要內容的司法審查模式”，還有其他例如郭天武與陳雪珍⁴³、João Albuquerque⁴⁴和趙向陽⁴⁵的一些學說研究。

總之，必須妥善地落實《基本法》及第13/2009號法律所建立的制度，這是一直以來成功的做法。

然而，假若認為一合理地認為一補充規範的空間過於受限，那就進行適當的調整。

基於對第13/2009號法律的修改不能單方面、有失平衡地作出，其現行制度中的憲制內容，如需修改，必須顧全整個法律體系⁴⁶，不應剝奪立法會制定法律的主要職能，不應將法律壓縮成短短幾條空泛的一般原則，不可設定行政法規保留事項，應對立法提案的保留事項這一重要事宜進行規範，尤其是關於立法會的保留事項，另外，基於規範的合法性，完全有必要設立一司法監察機制，以監督法律、法規是否符合《基本法》。

42. 簡天龍：Notas Breves e Esparsas sobre o Regime Jurídico de Enquadramento das Fontes Normativas Internas – Lei Básica e Lei n.º 13/2009（未出版）。

43. 《澳門特區行政法規立法監督問題研究》——理工學院“科學施政與制度建設”學術研討會論文，2011年6月23日。

44. “如果不建立司法監督機制來監管行政長官制定獨立（及獲授權）行政法規的活動，就算為立法會編制最詳盡的法律規範事項目錄也是從勞無功。”參考前述《法律及行政法規的一般制度》的中文版第100頁。

45. 趙向陽：《行政規範之初步探討》，載於《行政》第二十四卷，總第九十三期，2011年，中文版第626頁。

46. 參考前述João Albuquerque的《法律及行政法規的一般制度》。

