

第 28/2006 號案件

行政事宜上的司法裁判上訴

上訴人：甲

被上訴人：保安司司長

主題：判決之無效。欠缺理據。以轉致作為法律理據。訴訟之正當性。辯論原則。出其不意的決定。程序無效。對基本法的違反。訴訟的形式。對行政法規合法性的附帶審理。行政法規。進入及在特區逗留。

裁判日期：2007 年 7 月 18 日

法官：利馬（裁判書制作法官）、岑浩輝和朱健。

摘要：

一、以轉致方式把檢察院司法官根據《行政訴訟法典》第 69 條作出的意見書作為法律理據並不構成《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 b) 項所提到的無效。

二、對不批准兩名勞工在澳門延期逗留的請求的決定，被聘請在

澳門提供服務，且該兩名技術勞工為其工作的企業具有對該決定提起司法上訴的訴訟正當性。

三、針對《民事訴訟法典》第 3 條第 3 款所提到的遺漏而提出質疑的訴訟途徑不是對判決提起上訴，而是在含有所提到之遺漏的案件中提出程序無效的聲明異議，該判決就眾當事人沒有機會發表意見的法律問題作出決定。

四、在呈交予其審判的案件中，即使沒有任何一方提出合法性的問題，法院也不得適用違反基本法或規定其中的原則的、載於法律或行政法規內的規範，但基本法第 143 條之規定除外。

五、當事人提出的請求決定所使用的訴訟形式。

六、在對行政行為所提起的司法上訴中，法官可以根據法規位階原則，基於其本身之主動，對一個行政法規的合法性作出附帶性審理。

七、在被基本法保留以法律作出規範的事項之外(法律保留原則)，以及不違反法律優越原則情況下，行政長官可以僅憑基本法中的規定作為理據核准行政法規。根據法律優越原則，行政法規不得違反具上位

效力的規範性文件，尤其如基本法、法律，亦不得違反包括行政法原則在內的法律一般原則。

八、第 17/2004 號行政法規第 4 條可以被認為是載於第 4/2003 號法律制度的補充規範。

裁判書制作法官

利馬

澳門特別行政區終審法院

合議庭裁判

一、概述

1. 甲對保安司司長於 2005 年 7 月 20 日作出的批示提起撤銷性司法上訴，該批示為不批准上訴人之勞工乙和丙例外延長在澳門的逗留時間，分別為 130 天和 180 天的請求。

透過 2006 年 3 月 9 日之裁判，中級法院裁定上訴勝訴，同時撤銷了所提到的行政行為。

保安司司長不服，向終審法院提起本司法裁判之上訴，並提出如下之上訴結論：

一、抗辯

1. 經分析原案上訴針對的行政行為所涉的事實後，得出的結論是：一審中的上訴人(合營公司)並未處於“上訴所針對的行為所涉及的爭議法律關係”中。

2. 葡萄牙的司法見解針對相應於澳門《行政訴訟法典》第 33 條 a 項的規定，認為對於“直接、個人及正當的利益”的定性，必須採用“直接主義”，即“對上訴人的權利義務範圍有直接影響的好處”。就本案的情節而言，尤其屬本陳述書的第 7 條至第 11 條的情況，以及現在所面對的是一個尚未產生效力的行為，故本案的上訴人並未獲得這種好處。

3. 基於此，根據《行政訴訟法典》第 33 條 a 項的前半部分及後半部分，不能承認上訴人(合營公司)具提起上訴的正當性，故應按該法典第 46 條第 2 款 d 項的規定，駁回在一審中提起的原案上訴。

4. 中級法院未有對“就上訴所針對的行為不可提起上訴”的抗辯發表意見；事實上，由於有關行政行為對外不產生效力，所以根據《行政訴訟法典》第 28 條第 1 款的規定是不可提起上訴的。因此，應撤銷本上訴所針對的合議庭裁判，並按照該法典第 46 條第 2 款 c 項的規定，駁回在一審中提起的原案上訴。

5. 中級法院對於針對保安司司長作出的行政行為所提起的司法上訴，裁定上訴得直，是基於中級法院對第 17/2004 號行政法規的合法性這附隨問題所採取的立場；法院認為本身具管轄權，對合法性事宜作出審查，而該附隨問題是由法院“依職權”作出審查的，司法上訴的任一方當事人均沒有提出如此要求。

6. 經分析澳門特別行政區《基本法》關於法院管轄權的一般規定，以及分析《司法組織綱要法》第 36 條(8)項及《行政訴訟法典》第 88 條關於法院管轄權的專門規範，我們不認為法院具有這種依職權對合法性作出審理的管轄權；我們認為僅在任一具正當性的實體在本身的訴訟程序或在任何從屬的訴訟程序中明確要求對規範提出爭議時，法院才有這種管轄權對有關附隨事項發表意見。

7. 中級法院認為其依職權作出審查的權力是建基於《民法典》第 7 條及《基本法》第 2 條的規定；然而，經分析該等規範後，實在無法直接或間接從任何原則推論出有關的結論，因為此等規範與該審查權無關。

8. 從上述第 5 點至第 7 點可看出本上訴所針對的合議庭裁判違反了根據《行政訴訟法典》第 1 條適用的《民事訴訟法典》第 3 條所定的“辯論原則”；違反了從《行政訴訟法典》第 42 條體現出來的“符合原則”；

違反了“訴訟程序恆定原則”(《民事訴訟法典》第 212 條)；違反了“處分原則”(《民事訴訟法典》第 564 條第 1 款)；違反了補充適用於行政上的司法爭訟程序的《民事訴訟法典》第 7 條所確立的“形式合適原則”(因未有遵守《行政訴訟法典》第 88 條及續後各條的規定)。

9. 《司法組織綱要法》、《行政訴訟法典》的規定及學說(雖然澳門特別行政區特別缺乏關於合法性監督這方面的學說)中清楚顯示，合法性監督旨在對具體適用於法院審理的個案的個別規範進行監督，並非就含有該規範的整部法規進行監督。

10. 由於中級法院在審理違法的問題時並非只就具體受爭議的規範是否合法作出審查，該院忽略了此規範，甚至其他規範的合法性問題，但卻以法規標的之性質為基礎對整份法規是否合法進行審查，顯而易見，該院已超越了本身的權限，是在超越法律所賦予的審理權下作出裁判。

II. 爭執

11. 本上訴所針對的合議庭裁判就行政長官是否有權制定自主的行政法規一事所持觀點(其宣告第 17/2004 號行政法規違法)，無法完全且忠實地反映澳門特別行政區《基本法》所體現的獨有憲制模式。

12. 由於《基本法》並沒有規定法令的存在，這即意味著捨棄了立法權共享的體制(但這裏所謂的立法權僅指狹義的立法權，即僅指制定組織、形式及實質意義上的法律權力)，但《基本法》清楚顯示行政長官是可具“制定規範的權力”，此原始權力體現於藉行政法規創設法律規範(一般性及抽象性的規範)。

13. 本上訴針對的合議庭裁判所持的立場是將葡萄牙學說套用於澳門的行政法規上，而不是適用特區《基本法》的有關規定，該裁判亦未有充分重視《基本法》第5章及第6章以及其他條文所載的規定。

14. 澳門特別行政區《基本法》是明文賦予行政長官及政府制定行政法規的權力，《基本法》未設與《葡萄牙共和國憲法》第115條第7款相應的規定，換言之，《基本法》無任何規定禁止制定獨立的行政法規。

15. 本上訴所針對的合議庭裁判未有深入探討獨立規章(獨立的行政法規)此問題(比如《基本法》是否容許它們存在)，該裁判是大量吸納了最新的、受葡萄牙憲法條文束縛的學說，但未有顧及一九八二年的修憲大大改變了原有的制度，葡萄牙新設的制度是澳門特別行政區《基本法》未設的。如不是這樣的話，正如在上文提及有關學說，便不會持此立場。即使是這樣，這種學說仍然是接納僅經普通法律或憲法授權而制定的獨立行政

法規。

16. 綜觀《基本法》第 1 章、第 3 章、第 4 章、第 5 章及第 6 章的各項規定，尤其是當中的第 4 條、第 6 條、第 40 條、第 43 條、第 50 條、第 64 條、第 65 條、第 71 條、第 103 條、第 115 條、第 116 條、第 118 條、第 121 條、第 123 條至第 127 條、第 129 條、第 130 條及第 132 條，可得出的結論是：《基本法》設定原始的制定規範權(雖然屬單軌體制)的意向是明顯的，而該原始制規權僅受合法性原則約束(指受法律優先原則及法律保留原則約束——第 65 條)。

17. 按照《基本法》的規定，行政長官的行政法規不是為了單純執行一立法機關事先已通過的法律(原則性法律)而制定的，亦無須事先經法律(授權性法律)將主體及客體權限賦予行政長官，他才可制定這些行政法規。當然，這並不表示立法會不能賦予權力給政府讓其在屬立法會權限範圍內的事務上制定規範。

18. 行政長官這種“制定行政法規權”是指直接源於《基本法》的原始制規權(它並非是次要的，它非指僅可制定執行性的行政法規)。

19. 我們可肯定地說，《基本法》第 4 條、第 6 條、第 40 條及第 43

條的規定採用了“依法”、“以法律保護”、“通過.....法律”及“依法”的表述時，“法”、“法律”兩詞在此只可是指狹義的法律(形式上的法律)，這就是《基本法》正式定出關於財產及基本權利事宜是保留給立法會以法律形式處理的事宜，而第 71 條(3)項所規定的事宜亦屬法律保留的事宜。

20. 10 月 4 日第 52/99/M 號法令核准的《行政上的違法行為的一般制度及程序》的第 3 條第 1 款規定，“適用於行政上之違法行為之實體及程序制度，由規定及處罰該等行為之法律或規章訂定”。這就清楚表明第 17/2004 號行政法規的處罰規定無論在實質內容上或程序上均屬合法。

21. 即使終審法院不認同上述觀點，而認為第 17/2004 號行政法規的標的或第 4 條的規定涉及“基本權利”的話，但有關的行政法規仍是合法的，因為《基本法》(第 115 條)對有關事宜是有所規定的；再者，如認為第 17/2004 號行政法規屬執行性的行政法規的話，那麼，《就業政策及勞工權利綱要法》(第 4/98/M 號法律)已授權政府制定該行政法規；如認為第 17/2004 號行政法規屬獨立性的行政法規的話，那麼，根本無須任何原則性法律或授權性法律。

22. 第 17/2004 號行政法規的條文完全符合《基本法》第 115 條的規

定，該行政法規並未有觸及《基本法》保留給立法會以法律形式處理的基本權利事項，反之，《基本法》是以清晰、協調一致的方法授權行政長官/政府制定關於勞工、就業方面的規範。

23. 此外，第 17/2004 號行政法規是經根據第 1/1999 號法律第 3 條的規定而仍生效的第 4/98/M 號法律授權的，尤其考慮到第 4/98/M 號法律的第 1 條(就業政策)、第 6 條的 f 項(泛指居民的失業情況)、第 7 條 a 項(改善僱傭關係之相關法例及修正其處罰制度)及第 9 條(允許僱用外地勞工)所定的內容；根據第 4/98/M 號法律第 10 條的規定(結合第 1/1999 號法律第 16 條所指附件四第四款)，第 17/2004 號行政法規只是執行上述規定。

24. 本上訴所針對的合議庭裁判除未有考慮到本陳述書列出的各項規定及原則外，尚違反或錯誤適用了下述規定及原則：

1) 《行政訴訟法典》第 28 條第 1 款、第 33 條 a 項、第 42 條、第 46 條第 2 款 d 項及第 88 條；

2) 根據《行政訴訟法典》第 1 條的規定而適用的《民事訴訟法典》第 3 條、第 7 條、第 212 條及第 564 條第 1 款；

- 3) 《司法組織綱要法》第 36 條第 8 款；
- 4) 《民法典》第 7 條；
- 5) 《基本法》第 2 條、第 50 條(5)項、第 64 條(5)項及第 115 條；
- 6) 十月四日第 52/99/M 法令第 3 條第 1 款；
- 7) 七月二十七日第 4/98/M 法律第 1 條、第 6 條 f 項、第 7 條 a 項、第 9 條及第 10 條；
- 8) 第 17/2004 號行政法規第 4 條第 2 款。

現被上訴人提交了反駁陳述。

尊敬的**助理檢察長**發出意見書，當中認為：

關於由上訴實體所提出的先置問題：

— 應認為對不批准其僱員在澳門延期逗留的行政行為，僱主有提起司法上訴的訴訟正當性；

— 關於所提出的行為不具對外效力的問題，由於法院同意了檢察院探

討了該問題後所持的立場，故不存在被上訴之裁判遺漏審理的問題；

— 應認為法院可以依職權審理一個行政法規的合法性問題；

— 當只是行政法規的一部分與本案之決定有關，而被上訴之裁判卻認定整個行政法規非法時，該裁判屬過度審理。上訴的這部分，上訴實體有理；

關於實體問題：

— 根據中國憲法，賦予國務院制定行政法規的權力，而立法權則被賦予全國人民代表大會及其常務委員會；

— 在中國法律，制定法規並非必然取決於存在一項形式上的法律，理論界接受獨立法規這一形式；

— 同樣在葡國法律中，獨立或自主性法規也是被接受的；

— 《基本法》並不排除獨立法規的可能性；

— 行政法規應遵守合法性原則，即不能違反法律規範(法律優先原則)，而行政當局所作出的行為必須符合有效法律的規定(法律保留原則)；

—應認為行政長官對屬其職權範圍內而又沒有保留予立法會的事項擁有創設性的制定法規的權力；

—即使認為要存在一項先置法律去授權行政長官制定法規，而在本案中，該法律是肯定存在的，即《就業政策綱要法》(第 4/98/M 號法律)。

二、事實

a) 提出乙和丙在澳門延期逗留的申請後，在卷宗內發出如下意見書：

“意見書

事由：逗留許可

利害關係人：乙

丙

編號：INF.MIGXXX/XXXX/X

緊接著保安司司長對我們 2005 年 5 月 30 日之意見書作出批示後，視

該批示在此完全轉錄，申請人在預先聽證中發表看法，概括如下：

— 他們所從事的工作是‘屬澳門明顯的公共利益’；

— 行政當局在‘對在澳門逗留不加區別地適用法律規定.....直接地影響到(公共)衛生’；

— ‘這一切均因純法律解釋的浮誇之風.....沒有任何理據的解釋’。

— 我們如下的解釋是錯誤的：‘涉及的是一個勞動關係.....不應適用第 5/2003 號行政法規第 12 條’；

— ‘從所提到的第 5/2003 號行政法規第 12 條可見，該權力是為如現在想要解決的例外特別情況所設立的安全閥’；

— 對規定於第 17/2004 號行政法規第 4 條第 2 款作出盲目和封閉性的適用.....使將要作出的決定沾有嚴重的行政瑕疵——權力偏差。

強烈要求許可請求。

他所提出的所有理由均站不住腳。

有必要在此轉錄部分我們於 2004 年 12 月 15 日就這一事宜所提出的意見書：

‘過去，對於如本案的這些不屬於非本地居民工作立法所規範的範圍，也不受任何其他法規所規範，但澳門特區行政當局應給予特別對待的情況，均使用進入逗留澳門的一般制度予以逗留許可’。

‘但第 17/2004 號行政法規在其第 4 條中，我們認為是以補遺的形式，明確地對這些情況作出規範，尤其將這些情況排除在‘非法工作’概念之外〔第 1 款(一)〕，也就是說不把這些情況視為輸入勞工的制度範圍，同時(第 2 款)將其逗留期間限制為在每六個月期間內，連續或間歇性地最多 45 天’。

‘因此，對於那些提供指導性、技術性、品質監控或業務稽查服務類的不定性為輸入勞工的情況，肯定地必須根據第 17/2004 號行政法規第 4 條的規定並以在那所規定的限制條件作出處理’。

‘但對我們來講有點奇怪的是，現正在審理的個案儘管表面上屬於所提到的第 4 條第 1 款(一)規定的情況，並原則上受其所規範，但最後以輸入勞工的一般請求提出，而因實質理由的原因不被批准，這從勞動關係的

性質以及其在澳門逗留的目的來看，與由利害關係人所提出的事實和理據相違背’。

‘因此我們有點不解.....故致使我們提出治安警察局向勞工事務局提出澄清請求.....’。

該局作出回覆，概括如下：

‘毫無疑問，現正在處理的個案屬於規範適用的範圍(第 17/2004 號行政法規第 4 條)’。

在我們 2005 年 5 月 30 日的意見書中，我們澄清道：只要逗留請求的理據完全屬勞動性質，就必須適用該第 4 條，排除適用任何其他法規。

我們還進一步指出：

‘肯定的是，在這個個案上，如請求之理據不是從事一項勞動活動，且導致同一請求之目的中有一項屬於期間不超過 45 天的勞動性質的話—儘管在此有所保留，因為我們不信在實際上可被定性為多目的之請求，但仍可接受，那麼我們所有人均同意，根據一般制度，可以給予任何期間的逗留’。

但申請人堅持認為，逗留許可的一般制度可以，且在本案中應該，適用於任何情況，即使屬於第 17/2004 號行政法規第 4 條所規定的情況，也應排除適用之，例外處理之。

而第 17/2004 號行政法規恰恰就是由其對所有與由非本地居民‘提供工作’（以及基於此一理由，為此目的而逗留）以及尤其所有如被認為是‘非法工作’的事宜作出專門規範，排除任何其他法規適用於該範疇。

另一方面，其制度本身也為那些由非本地居民提供工作而不屬於載於第 2 條之主適用範圍的情況創設了例外規定（第 4 條）。

也就是說，專門適用於禁止和遏制非法工作以及因此也與這一目的有關之逗留的第 17/2004 號行政法規創設了其本身之例外規定，並具體、全面和明確地作出框劃，因此，排除了任何其他法規對這些例外情況的適用。

因此，除這一例外制度外，沒有任何理由可以適用另一更加靈活和沒有限制的制度，更不用說是另一個一般性制度了——否則，第 17/2004 號行政法規內的特別制度的規定邏輯便落空了。

要問的是，怎麼可以對因不履行一項具例外、強制性和明確特性的特

別制度而出現的非法性作出補救呢？

恰好同樣不能理解的是，儘管直接與我們無關，為何申請人不如我們所認為應該的那樣，集中努力去實現因其勞動關係的例外性質而獲取其他有權機關的處理，反而在此強求那明顯不可行的呢？

至於‘那些法律解釋的最基本規則’問題，我們要說的是在此不是法律解釋的問題，而是法律淵源的位階問題，‘更確切’地講，是由同樣地位機構制定的規範相矛盾的問題。

極其明顯的是一項法規與另一項法規的矛盾，這一矛盾是由第 5/2003 號行政法規的制定與第 17/2004 號行政法規的生效所引起的！

行政當局怎能根據一項法規給予許可，而根據另一項後來的、定性為特別法律制度的法規則是明顯地不能許可的呢？

‘那些最基本原則’不是法律解釋方面的，而是如下法規衝突的問題：

—後法廢除前法；

—特別法取代一般法；

第 5/2003 號行政法規確實不是‘自行定名’為原則法律，原則法律是第 4/2003 號法律，恰恰因其只列舉出原則，對有關逗留的問題不作出規定，而將此一任務給予第 5/2003 號行政法規。

還要指出的是，從針對現在審議的事宜所發出的意見書，尤其是針對現具體個案，以及保安司司長向來所持立場，我們認為明顯可見的是，對在涉及本案的工程師總體上所擔當的職責對澳門特區的重要性，完全了解，並以小心、快速、坦然、甚至熱情的態度對相關之請求作出決定。

然而，隨著第 17/2004 號行政法規的生效以及上述理由，同時尤其由於行政當局必須履行法律，我們認為在如本案的這些情形中，不能維持這一態度，否則因這一態度而明顯違反該法規。

因此，根據所提出的法律規定，保安司司長行使其所被賦予的職權，建議：

—由於明顯違反第 17/2004 號行政法規，不批准以現申請人仍維持的、開始時所提出的理據(為從事一項勞動活動)為由提出的請求；

—考慮到圍繞本案所出現的特別情況，特別是其對澳門特區所帶來的利益，中止執行不批准的決定，直至由利害關係人尋求到合適的解決辦法為止，出入境事務廳應向他們提供協助，尤其是部門方面的協助。

—為參考和其認為合適之效力，將本意見書之所有內容轉送經濟財政局司長辦公室，該機構為監管主要負責執行第17/2004號行政法規的部門。

這是我們的意見。

謹呈保安司司長決定”。

b) 對此意見書，保安司司長於2005年7月20日作出如下批示：

“同意，不批准，依建議執行”。

這就是被上訴的行政行為。

三、法律

下列是要解決的問題：

- a) 甲是否具有提起司法上訴的正當性；
- b) 被上訴實體在司法上訴的答辯中所提出的、被上訴行為的不可上訴性問題，即直至為現正在審議的情況找到合適的法律解決辦法前，中止不批准之決定，是否由於被上訴之裁判沒有對此一問題作出審理而無效；
- c) 在呈交予其審理的案件中，中級法院是否不可以依職權審理違反《基本法》的問題；
- d) 是否由於沒有讓案件當事人就違反《基本法》的問題發表意見，被上訴之裁判違反了辯論原則；
- e) 是否因沒有履行《行政訴訟法典》第 88 條之規定，被上訴之裁判違反了訴訟形式合適原則或因作出不同於請求之裁判而違反了處分原則；
- f) 是否因被上訴之裁判沒有對適用於現正審議的案件的具體法規的合法性作出分析，卻宣佈整個第 17/2004 號行政法規非法而違反了其本身的審理權；
- g) 是否因被上訴之裁判認為《基本法》不允許制定獨立的行政法規而違反了該法第 2 條、第 50 條第(五)項、第 64 條第(五)項及第 115 條。

A) 先置問題

1. 司法上訴中的訴訟正當性

首先要審理的問題是想知道，甲是否具有提起司法上訴的正當性。

本案涉及的在澳門逗留問題的兩名工程師是該企業僱員，根據該企業與澳門電力公司所簽訂的合同，他們負責電力設施的監督工作以及被委派負責在路環電力生產中心安裝減少排放氧化氮氣體系統的工作。

似乎顯然的是只有逗留在澳門，這些技術員才能開展由他們負責的活動，因為不屬於那些可以遙距能完成的工作。

因此，他們所屬的企業對他們在澳門的逗留有完全的利益，以便可以履行與澳門電力之生產和傳輸企業所簽訂的合同。

而在司法上訴中，除其他外，訴訟的正當性是賦予那些被認為其主觀權利或受法律保護的利益被被上訴之行為侵害的個人或法人，或那些主張

對司法上訴勝訴有直接本人和合法的利益的個人或法人〔《行政訴訟法典》第 33 條 a)項〕。

儘管也承認該等技術員擁有提起司法上訴的正當性，但他們為之工作的企業對上訴勝訴也擁有利益，且屬於直接本人和合法的利益，因此是有提起司法上訴的訴訟正當性。

此外，如檢察院司法官所記得的，在與本案相似的一個案件中(2004 年 4 月 28 日在第 8/2004 號案件所作之裁判)，終審法院決定對為勞動之效力而拒絕某一特定個人在澳門逗留許可的行為，聘請該非本地勞工的利害關係人有對該行為提起司法上訴的訴訟正當性。

裁定所提出的問題不成立。

2. 被上訴裁判因遺漏審理而無效

上訴實體認為，被上訴實體在司法上訴的答辯中所提出的、被上訴行為的不可上訴性問題，即直至為現正在審議的情況找到合適的法律解決辦法前，中止不批准之決定，由於被上訴之裁判沒有對此一問題作出審理而

無效。

一如所知，《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 d) 項第一部分所提到的判決無效(當法官未有就其應審理之問題表明立場.....判決視為無效)與同一法規第 563 條第 2 款所提到的、在判決中規定予法官的義務相關連：法官應解決當事人交由其審理之所有問題，但有關問題之裁判受其他問題之解決結果影響而無須解決者除外。

而現上訴實體在針對司法上訴所提出的答辯中確實提出了被上訴行為的不可上訴性問題，即直至為現正在審議的情況找到合適的法律解決辦法前，中止不批准之決定，因此訴訟沒有意義。

但關於此一事宜，在其初端檢閱中，檢察院司法官發表了如下內容的意見：

“另一方面，賦予執行不批准決定的中止效力及基於此一中止效力，利害關係人/勞工也被當作可以在澳門特別行政區逗留超過所申請延長的期間，僅此一事實並不意味著因認為他們相關之意願已得到滿足從而使訴訟沒有意義而必須拒絕其上訴”。

針對意見書中的這段，被上訴之裁判作如下陳述：

“而且，一如檢察院代表在其初始意見書中所提醒的及所得出的有見地的結論那樣，對上訴人來說，審理其上訴在法律上是肯定有用的，因為在法律層面上，如其上訴勝訴，那麼其實體狀況將完全得到保護”。

也就是說，被上訴之裁判針對所提出的問題發表了意見——儘管有些簡短，因此不能說因遺漏審理而導致無效。

此外，本終審法院已於 2004 年 7 月 14 日在第 21/2004 號上訴案和於 2006 年 9 月 13 日在第 22/2006 號上訴案所作的裁判作出如下宣示：“以轉致方式把檢察院司法官根據《行政訴訟法典》第 69 條作出的意見書作為法律理據並不構成《民事訴訟法典》第 571 條第 1 款 b)項所提到的無效”。

因此裁定所提出的問題不成立。

另一個想要知道的問題是所提到的裁定是否正確，也就是說，被上訴之裁判認為對利害關係企業的意願來講，該行政行為可以被上訴是有用的，這一理解是否有理。但對此一問題，由於上訴實體沒有提出來，而針

對此部分，上訴實體只是提出被上訴之裁判無效的爭辯，故我們不能審理此一問題。

3. 違反辯論原則。程序之無效。

現在讓我們看我們已在 d)項所提到的問題：是否由於沒有讓案件當事人就違反《基本法》的問題發表意見，被上訴之裁判違反了辯論原則。

被上訴裁判確實依職權提出了違反《基本法》的問題，而在上訴和本案內，上訴人沒有提出質疑，也沒有被討論。

表面上應認同的是《民事訴訟法典》第 3 條第 3 款被違反了，根據該項規定，在整個訴訟過程中，法官應遵守以及使人遵守辯論原則；在當事人未有機會就法律問題或事實問題作出陳述時，法官不得對該等問題作出裁判，即使屬依職權審理者亦然，但明顯無需要當事人作出陳述之情況除外。

但是，對《民事訴訟法典》第 3 條第 3 款之違反構成一項程序之無效，該違反為沒有就問題邀請當事人發表意見，該遺漏影響到案件之決定(《民

事訴訟法典》第 147 第 1 款)¹。

也就是說，不是被上訴之裁判本身實施了所提到的程序上的違反行為，當事人被通知了被上訴之裁判後，即知道存在遺漏一項訴訟行為，而該遺漏發生於裁判作出之前，並因該遺漏而將引致一項程序之無效，應當在適當之時間內，透過合適的渠道提出這一無效，即向案件之裁判書制作法官提出一個聲明異議(《民事訴訟法典》第 148 條)——而不是透過上訴向上級法院提出——根據《民事訴訟法典》第 151 條第 1 款。如程序之無效成立，則根據《民事訴訟法典》第 147 條第 2 款規定，致使撤銷無效之後的後續訴訟行為(被上訴之裁判及附屬行為)，以便作出被遺漏之行為，在當事人發表了意見或過了發表意見之期間後，那麼將作出一個新的裁判²，該裁判可以與先前之決定一致或其內容不同。

概言之，必須把一項程序之無效與向上級法院提出的司法裁判之上訴區分開來——前者體現在遺漏一個程序性行為，就其向中級法院案件之裁

¹ A. ANSELMO DE CASTRO:《Direito Processual Civil Declaratório》，科英布拉，Almedina 出版社，1981 年，第三冊，第 109 頁和 M. TEIXEIRA DE SOUSA:《Introdução ao Processo Civil》，里斯本，Lex 出版社，2000 年，第二版，第 54 和 55 頁。

² 正正是這一觀點，參閱 J. LEBRE DE FREITAS、A. MONTALVÃO MACHADO 和 RUI PINTO:《Código de Processo Civil Anotado》，第二冊，科英布拉，科英布拉出版社，2001 年，第 664 和 665 頁和 J. LEBRE DE FREITAS、JOÃO REDINHA 和 RUI PINTO:《Código de Processo Civil Anotado》，第一冊，科英布拉，科英布拉出版社，1999 年，第 351 頁。也參閱 VIRIATO LIMA:《Manual de Direito Processual Civil》，澳門，法律及司法培訓中心，2005 年，第 386 至 389 頁。

判書制作法官提出聲明異議——後者之標的為審判之錯誤，而現正在審議之問題不屬此情況。

因此，所提出之問題不成立。

4. 由法院對法律是否符合《基本法》作審查

現在我們分析第三部分 c)項的問題，是想知道，中級法院是否可以依職權審理行政法規違反《基本法》。

上訴實體對法院可以審理低位階法規違反《基本法》沒有異議，但認為只有在當事人請求而不是依職權的情況才可以，為此，援引了《行政訴訟法典》第 88 條和《司法組織綱要法》第 36 條第(八)項〔應想提及第(九)項〕，提及“審判對規範提出爭執的案件”。

好了。

《基本法》是澳門特別行政區根本性法律，是《中華人民共和國憲法》第 31 條明示規定的特區基本制度，它規定了居民和其他人的基本權利、

特區政治體制以及要執行的政策。

作為根本性法律，對其之修改遵從一個嚴格的程序³：修改提案只能由全國人民代表大會常務委員會、國務院或澳門特別行政區提出，而且必須聽取特區基本法委員會的意見(第 144 條)。

另一方面，《基本法》處於特區法制層的頂端：根據《基本法》第 11 條第 2 款規定，任何法律、法令、行政法規或規範性文件均不得與之相抵觸。

肖蔚雲⁴教授在談及澳門特別行政區《基本法》和我國憲法的關係時明確指出“澳門《基本法》是憲法的具體化、法律化。憲法只在其第 31 條中對‘一國兩制’方針作了原則的規定，而對較為具體的問題則沒有規定，澳門《基本法》則用一個序言、九章、一百四十五個條文、三個附件，對其產生的歷史背景、我國對澳門的基本方針政策、中央與澳門特別行政區的關係，澳門居民的基本權利與義務，澳門的政治體制、經濟、文化等內容作了詳細的規定，這就使憲法關於‘一國兩制’的方針具體化、法律化，使憲法第 31 條得到具體落實和切實可行”。

³ 該嚴格性體現在某些法律內有一限制性修改程序。

⁴ 肖蔚雲：《澳門與澳門基本法》，澳門日報出版社，澳門，第一版，1998 年，第 151 頁。

上述同一教授又指出，“它(《基本法》)既明確規定了屬於中央的職權，堅持了國家的統一、主權和領土完整，又清楚地規定了澳門特別行政區的高度自治權，……允許在堅持‘一國’的前提下，澳門《基本法》的某些規定可以與憲法或法律的某些規定不一致”⁵。

因此，儘管由於澳門特別行政區不是一個國家，《基本法》形式上也不是憲法，但擁有那些與國家政治性憲法相連繫的形式特徵。

《基本法》中也沒有任何條款具體地明示賦予法院對那些位階較低的、載於法律、行政法規或其他規範性文件中的違反《基本法》的法律規範作出審理的可能⁶。

然而，法院的這項權力來自於對《基本法》中的多項規範的聯合解釋。

確實，根據《基本法》第 19 條第 2 款規定“澳門特別行政區法院除繼續保持澳門原有法律制度和原則對法院審判權所作的限制外，對澳門特別行政區所有的案件均有審判權”。

⁵ 尚蔚雲：《澳門……》，第 155 頁。

⁶ 我們知道，在司法覆核的起源國家-美利堅合眾國-沒有任何憲法規定明示賦予法院法律合憲性的審查權(參閱 JORGE MIRANDA：《Teoria do Estado e da Constituição》，科英布拉，科英布拉出版社，2002 年，第 133 頁)。

根據《基本法》第 11 條第 2 款也同樣可見“澳門特別行政區的任何法律、法令、行政法規或其他規範性文件均不得同本法相抵觸”。

而《基本法》沒有設立任何機制，尤其是政治性的機制去解決在司法訴訟中出現的、《基本法》與載於其他生效法規中的法律規範的可能衝突的問題，因此不得不得出由法院在交付其審理的具體個案中，審理這些問題的結論。

正如王振民⁷教授在談到澳門特別行政區的違憲審查制度所教導那樣“根據香港、澳門兩部特別行政區《基本法》的規定，在特別行政區享有違憲審查權的主體有兩個，一是全國人大及其常委會，二是特區的法院，這兩個機構都負有監督特別行政區《基本法》在特區實施的職責，是特別行政區的共同違憲審查機構”。

在談到特別行政區法院實施違憲審查的依據時，上述同一學者指出“《基本法》(香港)第 80 條(澳門《基本法》第 82 條)規定，‘香港特別行政區各級法院是香港特別行政區的司法機關，行使香港特別行政區的審判權’。‘司法’的‘法’當然首先包括特區最高法，即《基本法》，特區各級法院負有監督實施《基本法》的職責。加之《基本法》第 158 條(澳

⁷ 王振民：《中國違憲審查制度》，北京，中國政法大學出版社，2004 年，第 339 頁。

門《基本法》第 143 條)賦予香港特區法院在審理案件時對特區《基本法》的條款進行解釋的權力。因此，由特區法院在特區獨立實施違憲審查，就是順理成章的了.....所以，從各方面來看，沒有人懷疑香港特區的法院在香港回歸後應該繼續享有違憲審查權，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”⁸。

這也是來自於《基本法》第 143 條的結論，其第 2 款規定，全國人民代表大會常務委員會授權澳門特別行政區法院在審理案件時對《基本法》關於澳門特別行政區自治範圍內的條款自行解釋，即指不涉及中央人民政府管理的事務(如國防和外交)或中央和澳門特別行政區關係的條款進行解釋。

正如肖蔚雲⁹教授在談到關於澳門《基本法》的解釋權所說“澳門特別行政區法院雖然不享有解釋澳門《基本法》的權力，但是全國人大常委會又特別授予澳門特別行政區法院以部分解釋的權力，即對澳門《基本法》關於澳門特別行政區自治範圍內的條款可以自行解釋，這部分條款的解釋全國人大常委會在澳門特別行政區法院審理的案件中不再進行.....澳門《基本法》所以作出這樣的規定，一方面是因為澳門特別行政區享有高度

⁸ 王振民：《中國.....》，第 356 和 357 頁。

⁹ 肖蔚雲：《澳門.....》，第 215 頁。

自治權，澳門《基本法》應當尊重澳門特別行政區的高度自治權……另一方面，因為澳門特別行政區法院在審理案件時必須適用法律，包括澳門《基本法》在內，而且澳門特別行政區法院享有終審權，也需要解釋法律，如果不解釋法律、適用法律，則審理案件將無法進行”。

那麼，如果法院在審理案件中可以解釋《基本法》，肯定可以得出某些法律規定或行政法規違反《基本法》的結論，在此情況下，必須執行《基本法》第 11 條中的規定：因此，不能適用那些違反《基本法》規定或其中規定的原則的那些法規，但該法第 143 條規定除外。

一如 GOMES CANOTILHO¹⁰解釋道：“如適用於某一個案的兩個法律相抵觸，法官應選擇位階高的法律(等於憲法性法律)，同時拒絕、不適用低位階的法律”。

從上述所說可見，法院的這一權力—義務不能由當事人處置，即使沒有任何案件當事人提出此等問題，法院的這一權力也應依職權行使¹¹，一如在法官可以求諸於憲法的所有法律秩序中那樣，這也是現在在大部分法律制度中的做法。

¹⁰ J. J. GOMES CANOTILHO:《Direito Constitucional e Teoria da Constituição》，科英布拉，Almedina 出版社，2003 年，第七版，第 893 頁。

¹¹ 只要有讓當事人就事宜發表看法的可能性即可。

5. 司法上訴和為具普遍約束力而宣告規範違法所提出的質疑。對行政法規非法性的附帶審理。

我們現在要審查的是，是否因沒有履行《行政訴訟法典》第 88 條之規定(該法規第 88 條至第 93 條提及一種名為對規範提出之爭議的訴訟途徑)——被上訴之裁判違反了訴訟形式合適原則——規定於《民事訴訟法典》第 7 條中，或是否因作出不同於請求的判決而違反了處分原則或訴訟程序穩定性原則。

無論是提出《行政訴訟法典》第 88 條和《司法組織綱要法》第 36 條第(九)項，還是稱之為訴訟形式合適原則——規定於《民事訴訟法典》第 7 條中——或者因所指稱的作出不同於請求的判決而違反處分原則及訴訟程序穩定性原則，所有這些在其理據中，有一個訴訟性質上的誤解。

上訴人所使用的訴訟途徑確實是撤銷性司法上訴——很好——因為其請求宣告一項行政行為無效及撤銷該行為，這來自於《行政訴訟法典》第 20 條中的規定，這是因為現行理論認為當事人提出的請求決定所使用的訴訟形式。

《行政訴訟法典》第 88 條及續後各條所規定的訴訟途徑是其他東西：旨在為具普遍約束力而宣告一項規章性規範違法，也就是說，其目的為在法律秩序中，清除一項違法的規章性規範。

這不是本案中請求的，被上訴裁判也沒有作出如此之決定，裁判僅僅是因行政行為之根據中有非法之規章性規範而撤銷之，但沒有為具普遍約束力而宣告規章性規範違法。即使被上訴裁判之見解成立，第 17/2004 號行政法規也繼續有效且可由行政當局或法院適用於其他個案，所作之決定僅在現正在審理的具體個案內有強制力。

被上訴之裁判所做的是，附帶性地，審理了行政行為所適用的一個行政法規的合法性問題，而“以附帶方式，任何法院均可審理行政法規的合法性問題”¹²，但此一問題從來沒有被爭議過，例如可參閱 MARCELO CAETANO¹³的教程：“不能針對載於命令¹⁴中的規範直接提出上訴，但可以根據在行政法規與該法規所遵從的法律之間存在矛盾而導致的違反法律，對適用該等規範的行政行為提出上訴”。

¹² SANTOS BOTELHO：《Contencioso Administrativo》，科英布拉，Almedina 出版社，第二版，1999 年，第 322 頁。

¹³ MARCELO CAETANO：《Manual de Direito Administrativo》，科英布拉，Almedina 出版社，第九版，第二卷，第 1350 頁。

¹⁴ 這是當時的法律制度。

基於法規位階原則，在一個行政行為的司法上訴中，由法官依職權對一項規章性規範合法性作出附帶性審理，也從來沒有疑問，F. ALVES CORREIA¹⁵跟隨 AFONSO QUEIRÓ¹⁶的教程解釋道：無論是否提出申請，法規位階原則不只是導致法院拒絕適用違反法律的一項規章性規範——而且在具體法律個案中，也不適用那些違反另一項位階較高的規章性規範的規章性規範。

這樣可見，不接受所提出的違反訴訟形式合適原則、處分原則或訴訟程序穩定性原則的質疑。

裁定所提出的問題不成立。

6. 違反法院的審理權

在對案件的實體問題進行審議前，剩下要知道的是，是否因被上訴之裁判沒有對適用於現正審議的案件的具體規範的合法性作出分析，卻宣佈

¹⁵ F. ALVES CORREIA：《A impugnação jurisdiccional de normas administrativas》，載於《Cadernos de Justiça Administrativa》，第16期，第18頁。

¹⁶ AFONSO QUEIRÓ：《Teoria dos regulamentos》，載於《Revista de Direito de Estudos Sociais》，1986年1月-3月，I年(第二組)，第1期，第30頁。

整個第 17/2004 號行政法規非法而違反了其本身的審理權。

但如本案那樣——如法院認為一項法規中的所有規範均沾有非法性瑕疵的話——沒有任何可妨礙一個法院去認定整個法規是非法的。

確實，如法院認為在核准一項規章的程序中存在瑕疵或沒有權力去簽發該法規或認為在沒有一項普通法律許可下，《基本法》不允許制定規章，那麼整個法規均沾有瑕疵而不只是一個或另一個規範。

不存在違反審理權，而其實也沒有提出任何被違反的規範。

所不同的是——在所涉及的行政法規中，儘管存在其他非法規範的情況，但可能有一項規範是作為行政行為的依據——但已涉及案件之實體問題，如屬此等情況，將會適時地對之進行審理。

在此層面上，裁定提出的問題不成立。

B) 案件的實體問題

1. 要審理的問題

根據被上訴之裁判，《基本法》第 50 條第(五)項所賦予的行政機關的制定規章的權力只能在法律範疇內行使，但沒有任何立法會的法律許可行政機關去制定該法規〔被上訴之裁判應想說行政長官而不是行政機關，因為所提到的規範涉及的是行政長官的職權，而根據《基本法》——第 61 條——澳門特別行政區的行政機關是政府，行政長官僅僅是澳門特別行政區政府的最高領導〕。

被上訴之裁判還認為，行政長官只可以制定獨立或自主之行政法規——即不需要立法會制定的預先授權法律或原則性法律——該等法規僅具內部效力，即涉及政府的內部運作(儘管被上訴之裁判不完全明確，似乎所使用的政府的表述是指公共行政當局的部門和機關，而不是作為澳門特別行政區機關的狹義的政府)。

還根據被上訴之裁判，其觀點之理據為：如果政府透過行政法規，可以制定具對外效力的、普遍和抽象的法律規範，或在沒有任何授權性法律的情況下，制定導致民間社會負擔的該等法律規範的話，源自於《基本法》第 2 條所規定的權力分立制度將受到影響，因為政府透過行政法規去行使了立法權。

那麼，要查究的問題是想知道，儘管沒有任何規定，行政長官就某些事項制定規章性規範時，是否必須有立法會制定的法律給予職權，或者還是相反，行政長官擁有普遍的權力，就任何社會關係透過規章來訂定創始性規條，但該等社會關係之事項不包括法律保留之事項，即不包括那些《基本法》規定以(立法會的)法律訂定的事項，也不包括那些不在法律保留事項之內，但已經由法律作出規定(法律優先)的事項。

基本上要分析《基本法》。

然而，為了更好地了解問題的各個方面，首先應從中國憲法所規定的立法制度，尤其是中國憲法角度來作出分析，這具有重要和根本性的指導意義，因為一方面，澳門《基本法》是根據中國現行憲法第 31 條的規定，具體地規定和落實“一國兩制”、“澳人治澳”和高度自治的澳門特區制度的“憲制”性法律，因此，中國現行憲法是澳門《基本法》的立法依據；另一方面，澳門《基本法》是由制定中國憲法的同一立法機關——全國人民代表大會制定的，其在中國法律部門的劃分上，屬於在全國範圍內適用的憲法性法律和基本法律，因此，在許多方面，受中國憲法理論的影響；再次，負責制定澳門《基本法》的基本法委員會中的許多內地成員，曾參與了中國現行憲法的起草和制定工作，該些法律界人士的中國憲法理論思

想肯定均反映在中國現行憲法和澳門《基本法》中；最後，在下面我們將看到，與澳門《基本法》中的規定相似，中國憲法在規定全國人民代表大會及其常務委員會行使國家立法權的同時，也賦予中央人民政府制定行政法規定的權力。

另一方面，由於《基本法》已融入到特定的法律制度中，我們將從葡萄牙的法律以及直至 1999 年 12 月 19 日止的澳門法律中所規定的特點，去分析行政法規存在的可能性問題，而如有需要，也會探討其他法律制度。

探究葡萄牙法律是必須的，這不但由於當在葡萄牙管治之下，澳門地區的法律根植於前者的法律，而且儘管沒有提到，也因為被上訴之裁判在現正在審議的問題上，似乎跟隨葡萄牙法律現行理論中的一種。

對研究澳門法律而言，在 1999 年有效的經 2 月 17 日第 1/76 號法律核准的 1976 澳門《組織章程》具特別重要性，該章程經 9 月 14 日第 53/79 號法律、5 月 10 日第 13/90 號法律和 7 月 29 日第 23-A/96 號法律所修改。

我們將從 1933 和 1976 憲法去分析葡萄牙法律，後者現仍有效。

關於中國憲法，我們將分析 1954、1975、1978 和 1982 憲法，後者仍

在生效。

2. 中國憲法中的行政法規

2.1. 行政法規的概念

現行的中國憲法(82 憲法)第 89 條第一次明確地規定了國務院有權根據憲法和法律規定行政措施，制定行政法規，發布決定和命令。但何為行政法規，法學界大多從行政立法角度予以闡述。對其作出比較權威定義(我們認為)的是“行政法規是我國最高行政機關，即中央人民政府——國務院根據憲法和法律或者全國人大常委會的授權決定，依照法定權限和程序，制定頒布的有關行政管理的規範性文件”¹⁷。

“行政法規是指國務院為領導和管理國家各項行政工作，根據憲法和法律，並且按照行政法規規定的程序制定的政治、經濟、教育、科技、文

¹⁷ 張春生：《中華人民共和國立法法釋義》，全國人民代表大會法制工作委員會，北京，法律出版社，2000 年，第 163 頁。

化、外事等各類法規的總稱”¹⁸。

“是國務院根據憲法和組織法的授權，在其職權範圍內制定的具有普遍約束力的規範性文件，是各類行政機關必須遵守執行的權力依據”¹⁹。

同時，要指出的是，行政法規並非中國內地規範性文件的具體表現形式，而是由國務院制定和頒布的一系列規範性文件如：條例、規定和辦法等的總稱。

2.2. 行政法規的性質

從中國憲法和立法理論上看，行政法規是中央人民政府，即國務院行使行政立法權的結果，而行政立法權是國家立法權的組成部分，“行政立法就是享有立法權的行政機關依法制定規範性文件的活動”²⁰。

此外，行政法規是中國法的淵源之一，是法的表現形式，是具有普遍約束力的規範性文件，“法的表現形式有法律、行政法規、地方性法規、

¹⁸ 馬懷德：《行政法與行政訴訟法》，司法部法學教材編輯部編審，北京，中國法制出版社，2002年，第17頁。

¹⁹ 馬懷德：《行政……》，第17頁。

²⁰ 應松年：《當代中國行政法》，北京，中國方正出版社，2005年，第546頁。

自治條例、單行條例、國務院部門規章、地方政府規章”²¹。

對於行政法規的上述法淵源的性質，李步雲、汪永清不但持有相同的觀點，並進一步明確指出²²，根據我國憲法和有關法律的規定，“法是指：全國人民代表大會制定的憲法和基本法律；全國人大常委會制定的法律；國務院制定的行政法規；國務院各部委(包括直屬局)制定的部委規章……”。

2.3. 中國憲法規定的立法制度及行政法規

從中華人民共和國成立後至今，一共有過四部憲法，分別是 54 憲法、75 憲法、78 憲法和現行的 82 憲法，透過對該等憲法中有關立法機構和立法權的演進的分析，我們可以看出，行政法規，作為一種具普遍約束力的法源之一和行使立法權的表現，是隨著中國憲法所規定的立法制度的發展而出現的。

²¹ 應松年：《當代……》，第 545 和 546 條。

²² 李步雲和汪永清：《中國立法的基本理論和制度》，北京，中國法制出版社，1998 年，第 6 頁。

2.3.1. 54 憲法

中華人民共和國成立後，於 1954 年 9 月 20 日第一屆全國人民代表大會第一次會議通過了第一部《中華人民共和國憲法》，並於當日頒布和生效。該憲法第 22 條明確規定，全國人民代表大會是行使國家立法權的唯一機關，有權制定修改憲法，制定法律和監督憲法的實施(第 27 條)，而全國人民代表大會常務委員會分別有權解釋法律，制定法令以及撤銷國務院的同憲法、法律和法令相抵觸的決議和命令(第 31 條)。國務院只有根據憲法、法律和法令，規定行政措施，發佈決議和命令，並且審查這些決議和命令的執行情況(第 49 條)。顯然，在這部憲法生效期間，作為中央人民政府和國家最高行政機關的國務院只享有規定行政措施、發布決議和命令的權力，僅僅是最高國家權力機關的執行機關(第 47 條)，不但不享有制定行政法規的權力，更不是立法機關。

2.3.2. 75 憲法和 78 憲法

75 憲法和 78 憲法是在中國特殊的歷史時期制定的憲法，儘管對由 54 憲法所確立的立法體制沒有作出很大的改變，但鑒於 1955 年第一屆全國

人民代表大會第二次會議通過了《關於授權常務委員會制定單行法規的決議》，授權全國人大常委會在全國人民代表大會閉會期間，“依照憲法的精神，根據實際需要，適時地制定部分的法律，即單行法規”，這一規定使全國人大常委會實際上獲得了立法權²³。因此，75 憲法只規定全國人民代表大會具有修改憲法，制定法律(75 憲法第 17 條)，再也沒有規定其為行使國家立法權的唯一機關。但該憲法也沒有明確規定全國人民代表大會常務委員會擁有立法權，而是保留 54 憲法中這部分的規定，即全國人民代表大會常務委員會有權解釋法律，制定法令(第 18 條)。國務院即中央人民政府也如 54 憲法所規定的那樣，僅有權根據憲法、法律和法令，規定行政措施，發布決議和命令(第 20 條)，沒有制定行政法規的權力。

於 1978 年 3 月 5 日通過的新憲法基本保留了 75 憲法所設計的立法體制，同樣沒有賦予中央人民政府即國務院制定行政法規的權力。

2.3.3. 82 憲法

1982 年 12 月 4 日第五屆全國人民代表大會第五次會議通過了現仍然

²³ 張春生：《中華……》，第 21 頁。

有效的《中華人民共和國憲法》，一般稱之為 82 憲法。這部憲法是在中國結束了為期 10 年的文化大革命以及決定國家實行對外開放政策後制定的新憲法。在總結了前三部憲法實施的經驗以及配合國家對外開放政策實施所帶來的政治、經濟、文化等發展需要，對國家立法制度作出如下新的規定：

“第 58 條

全國人民代表大會和全國人民代表大會常務委員會行使國家立法權”。

“第 62 條

全國人民代表大會行使下列職權：

(一)修改憲法；

(二)監督憲法的實施；

(三)制定和修改刑事、民事、國家機構的和其他的基本法律”；

“第 67 條

全國人民代表大會常務委員會行使下列職權：

(一)解釋憲法，監督憲法的實施；

(二)制定和修改除應當由全國人民代表大會制定的法律以外的其他法律；

(三)在全國人民代表大會閉會期間，對全國人民代表大會制定的法律進行部分補充和修改，但是不得同該法律的基本原則相抵觸；

(四)解釋法律；

……

(七)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；

(八)撤銷省、自治區、直轄市國家權力機關制定的同憲法、法律和行政法規相抵觸的地方性法規和決議”；

“第 89 條

國務院行使下列職權：

(一)根據憲法和法律，規定行政措施，制定行政法規(劃線為我們所加)，發佈決定和命令；

.....

(十三)改變或者撤銷各部、各委員會發佈的不適當的命令、指示和規章(劃線為我們所加)”；

“第 90 條

各部、各委員會根據法律和國務院的行政法規、決定、命令，在本部門的權限內，發佈命令、指示和規章”。

“第 100 條

省、直轄市的人民代表大會和它們的常務委員會，在不同憲法、法律、行政法規相抵觸的前提下，可以制定地方性法規(劃線為我們所加)，報全國人民代表大會常務委員會備案”。

“第 116 條

民族自治地方的人民代表大會有權依照當地民族的政治、經濟和文化

的特點，制定自治條例和單行條例(劃線為我們所加)。自治區的自治條例和單行條例，報全國人民代表大會常務委員會批准後生效。自治州、自治縣的自治條例和單行條例，報省或者自治區的人民代表大會常務委員會批准後生效，並報全國人民代表大會常務委員會備案”。

從上述有關憲法條文可以看出，現行的 82 憲法對全國的立法制度作出了全新的如下規定：

(一)首次明確全國人民代表大會及其常務委員會皆為國家的立法機關，共同行使國家的立法權；

(二)首次在憲法中引入行政法規和規章這兩種規範性文件；

(三)分別賦予中央人民政府——國務院和其屬下的部和委員會制定行政法規和規章的權力；

(四)第一次由憲法規定省、直轄市的人民代表大會及常務委員會有制定地方性法規的權力；民族自治地方的人民代表大會制定自治條例和單行條例的權力；

(五)在全國人民代表大會和其屬下的常務委員會立法權的劃分上，作

出一些原則性規定：前者制定和修改刑事、民事、國家機構和其他的基本法律，包括決定特別行政區的設立和制度，而後者則有權制定和修改除由前者制定和修改的基本法律以外的所有其他法律。

對於這一種立法制度，主流法學界認為是屬於一種多層次的立法體制，國家立法權和地方立法權分別由不同的機構行使，“根據憲法、全國人大組織法、國務院組織法以及地方組織法和民族區域自治法的規定，我國的立法體制是：國家的立法權由最高國家權力機關全國人大及其常委會行使，全國人大及其常委會制定法律。除此之外，還有不同層次的立法活動：一是國家最高行政機關國務院制定行政法規的活動；二是省、自治區、直轄市以及省會市和較大的市的人大及其常委會制定地方性法規的活動；三是民族自治地方制定自治條例和單行條例。按照全國人大的授權，深圳、廈門等經濟特區制定法規的活動。此外，還有國務院各部門制定部門規章和省、自治區、直轄市及省會市和較大的市的人民政府制定政府規章的活動”²⁴。

因此，“法的制定主體有全國人大及其常委會、國務院及其部門和直屬機構、省級和較大的市、自治州、自治縣的人大及其常委會、省級和較

²⁴ 張春生：《中華……》，第 18 頁。

大的市的人民政府”²⁵。

顯然，透過 82 憲法中的第 89 條、90 條、100 條和 116 條的規定，中國的立法制度呈現出立法主體和法的表現形式的多樣性，而且立法層級也趨複雜，確實，“我國學者雖對目前我國的立法體制，究竟屬兩級立法體制還是多級立法體制一直存有爭議，但對立法主體應包括行政機關在內，始終不曾有大的爭議，並且承認憲法賦予了行政機關固有立法權(劃線為我們所加)。從總體上看，我國立法主體可分為兩大類，即中央立法機關與地方立法機關，在中央立法機關中，除全國人大及其常委會外，其餘的為行政立法主體：國務院和為數眾多的國務院各部、委、直屬機關。地方立法機關包括人大序列的省級人大及其常委會、省會市人大及其常委員、國務院批准較大的市人大及其常委會、經濟特區市人大及其常委會，政府序列的立法主體是與上述人大相對應的人民政府”²⁶。

2.4. 行政法規的制定主體及其表現形式

一如前述，根據現行 82 憲法第 89 條(一)項規定，國務院有權根據憲

²⁵ 應松年：《當代……》，第 545 頁。

²⁶ 劉莘：《國內法律衝突與立法對策》，北京，中國政法大學出版社，2003 年，第 73 頁。

法和法律，制定行政法規。因此，沒有爭議的是國務院，即中央人民政府，也是最高國家行政機關，是行政法規的制定主體，也就是說，只有國務院才有權制定行政法規。

另一方面，前面也已經說過，行政法規不是中國內地規範性文件的具體表現方式，而是由國務院制定頒布的有關行政管理的規範性文件的總稱。其表現形式主要有：條例、規定和辦法等。這顯然與澳門特別行政區第 3/1999 號法律第 3 條(二)項把行政長官行使特區《基本法》第 50 條(五)項賦予的職權所制定的規範性文件直接定名為“行政法規”不同。

2.5. 全國人大及其常委會制定的法律與國務院制定的行政法規之間的關係

2.5.1. 法律優先原則

眾所周知，全國人民代表大會是中華人民共和國最高國家權力機關，其所屬的常務委員會是其常設機關(82 憲法第 57 條)，兩者均為國家的立

法機關，行使國家的立法權(82 憲法第 58 條)，由該兩機構所制定的法律，其效力及於全國範圍並對國內所有機構均具約束力，因此，“在我國多層次的立法體制中，全國人大及常委會的立法權處於最高和核心地位，其他任何機關制定的規範性文件都不得與憲法、法律相抵觸……行政法規不得同憲法和法律相抵觸；地方性法規不得同憲法、法律及行政法規相抵觸；自治條例和單行條例不得對憲法和民族區域自治法的規定作出變通規定，不得違背法律和行政法規的基本原則。全國人大及其常委會立法權的最高和核心地位，要求國家立法權之下的任何一級立法權都必須服從國家立法權，以國家立法權為最高準則”²⁷。

然而，法律優先於行政法規是毫無疑問的，“具體來說，法律優越(優先)原則包括如下兩個方面的含義：(一) 法律的效力等級高於行政立法：法律是指全國人民代表大會制定的規範性文件，行政立法是指行政機關制定行政法規、行政規章的活動。正式法律的效力等級高於行政立法是在我國的行政法律體制中，全國人民代表大會制定的法律具有高於行政法規和行政規章的地位和效力”²⁸。

“對擁有行政立法權的行政機關而言，法律優先包含下列涵義：(1)

²⁷ 張春生：《中華……》，第 19 和 20 頁。

²⁸ 馬懷德：《行政……》，第 43 和 44 頁。

在已有法律規定的情況下，行政法規、規章不得與法律相抵觸，凡有抵觸的，都以法律為準。法律優於行政法規、規章”²⁹。

“在我國，全國人大及其常委會有制定憲法和法律的權力，這是最高層次的立法機構，享有最高的法律效力等級；國務院有制定行政法規的權力，它是全國人大的執行機關，是僅次全國人大及其常委會的第二層的立法機構，相應地行政法規為第二等級的立法”³⁰。

上述法律的優先原則在 82 憲法第 67 條(七)項和《立法法》第 79 條和 88 條中予以明確規定並由全國人大常委會予以執行。

2.5.2. 法律保留原則

從憲法規定的立法權劃分上看，法律保留是某些社會關係，基於其本身的性質或重要性，憲法規定必須由立法機關以法律這一規範表現形式予以規定，其他機關如行政機關等，不能對該等社會關係透過其他規範的表現形式作出規定，因此，法律保留是指“在國家法秩序的範圍內，有某些

²⁹ 應松年：《當代……》，第 87 頁。

³⁰ 應松年：《當代……》，第 572 頁。

事項必由法律來規定，不可由其他國家機構，特別是行政機關代為規定”³¹。

在立法理論上，通常又把法律保留區分為相對保留和絕對保留兩種，相對保留“是指應當作出法律規定的事項，行政機關不得立法，除非有法律的特別授權”³²。絕對保留“是指某些事項，只能由法律作出規定，不得通過授權法授權行政機關作出規定”³³。

根據上述提到的 82 憲法，全國人民代表大會除行使對憲法的修改權外，還有權制定和修改刑事、民事、國家機構的和其他的基本法律；決定特別行政區的設立及其制度(憲法第 62 條)等。全國人大常委會則有權制定和修改除應當由全國人民代表大會制定的法律以外的其他法律(憲法第 67 條)。

上述提到的基本法律，“可以從以下兩個方面理解：一方面，從法律的性質上看，‘基本法律’對某一類社會關係的調整和規範，在國家和社會生活中應當具有全局的、長遠的、普遍的和根本的規範意義。另一方面，從調整的內容上看，‘基本法律’所涉及的事項應當是公民的基本權利和

³¹ 陳新民：《中國行政法原理》，北京，中國政法大學出版社，2002 年，第 35 頁。

³² 應松年：《當代……》，第 576 頁。

³³ 應松年：《當代……》，第 576 頁。

義務關係；國家經濟和社會生活中某一方面的基本關係；國家政治生活各個方面的基本制度；事關國家主權和國內市場統一的重大事項；以及其他基本和重大的事項”³⁴。

至於其他應由法律規定的事項，則大多由全國人大常委會以法律規定之，但全國人大如認為必要，也可以行使立法權。如憲法明確規定應當由法律規定的事項共有 45 處，其表述方式為“由法律規定”、“以法律規定”、“依照法律規定”、“依照法律”和“在法律規定範圍內”等³⁵。對於上述這些在憲法中明確以法律予以規定的事項，國家行政機關就不得主動以行政法規作出規範，否則視為侵犯了全國人大及其常委會的立法權。

除了上述這些在憲法中明示保留予全國人大及其常委會通過制定法律作出規範的事項外，法學理論界一致認為，基於憲法明確規定(憲法第 57 條)全國人大是最高國家權力機關，而常務委員會是其常設機關，同時該兩機關也是行使國家立法權的機關(憲法第 58 條)，因此，該兩機關的立法權限不受限制，也就是說，只要該兩機關本身認為合適，對任何事項都可以行使立法權。

³⁴ 張春生：《中華……》，第 24 頁。

³⁵ 張春生：《中華……》，第 33 和 34 頁。

2.5.3. 行政法規的規範範圍

由於國務院擁有的制定行政法規的權力是憲法賦予的行政立法權，主流意見認為是其本身固有的權力，因此，凡涉及其本身行政管理職權範圍(憲法第 89 條)的事項以及經特定法律授權或為執行具體法律而有需要，即可通過制定行政法規予以規範，但不能就憲法已明示保留予全國人大及其常委會的事項、全國人大及其常委會已透過法律作出規定的事項以行政法規作出規定。

事實上，理論界的這一理解也為後來所制定的《立法法》第 56 條所確認，“如果有上位法的規定，享有行政立法權的行政機關應當根據上位法的規定制定執行性立法；如果沒有上位法的規定，行政立法機關可以在憲法和組織法規定的職權範圍內制定創制性立法”³⁶。

“國務院制定行政法規的權限，包括兩部分：一是憲法規定國務院享有的行政法規制定權，二是全國人民代表大會及其常務委員會授予國務院的行政法規制定權。其中，前一方面的立法權，是直接為實施憲法和法律

³⁶ 應松年：《當代……》，第 577 頁。

而設定的，因此，行使這方面的立法權應當以憲法和法律為根據，單行法律已經作出規定的，行政法規不得作出相反的規定；後一部分的立法權，雖不以國家制定相應的單行法律為前提，但是仍應以憲法的規定為根據，從位階和效力上說，它仍然是從屬性的”³⁷。

“憲法、法律中關於立法主體可以就某些具體事項行使職權的規定，包含着默示了立法主體享有就這些事項立法的職權。例如，中國憲法第 89 條關於國務院行使‘領導和管理經濟工作和城鄉建設’，‘領導和管理教育、科學、文化、衛生、體育和計劃生育工作’的職權這類規定中，就包含着默示了國務院享有就管理這些事項制定行政法規的職權”³⁸。

“國務院的立法範圍，主要是依憲法和其他憲法性法律確定的國務院職權範圍來劃定。憲法第 89 條確定國務院行使 18 項職權，地方組織法規定國務院行使一定的立法監督權。在這些職權範圍內，如有必要，國務院可以通過制定行政法規等形式對各有關事項實行立法調整”³⁹。

³⁷ 李步雲和汪永清：《中國……》，第 187 頁。

³⁸ 周旺生：《立法學》，北京，法律出版社，2004 年，第 133 頁。

³⁹ 周旺生：《立法……》，第 207 和 208 條。

2.5.4. 執行性行政法規與獨立性行政法規

國務院制定的行政法規可以根據其功能分為執行性行政法規和獨立性行政法規，前者是行使執行性立法的結果，後者則是行使創制性立法的結果。

“執行性立法是指行政主體為了執行或實現特定法律和法規或者上級行政主體的規範性文件的規定而進行的立法。執行性立法可以依職權也可以依授權而進行，但不得任意增加或減少所要執行的法律、法規或上級規範性文件的內容。通過執行性立法所制定的行政法規和規章，一般稱為‘實施條例’、‘實施細則’或‘實施辦法’，在所執行的法律、法規或上級規範性文件被消滅時也不能獨立存在。

創制性立法是指行政主體為了填補法律和法規的空白或者變通法律和法規的規定以實現行政職能而進行的立法。其中，為了填補法律和法規的空白而進行的創制性立法，即在還沒有相應法律和法規規定的前提下，行政主體適用憲法和組織法所賦予的立法權所進行的立法，稱為自主性立法”⁴⁰。

⁴⁰ 馬懷德：《行政……》，第199頁。

國務院為具體實施某一法律而制定的行政法規，通常稱之為執行性行政法規；在沒有法律規定的情況下，為履行憲法規定的職權，如第 89 條所規定的行政管理職權而制定的行政法規，以及經全國人大或全國人大常委會特別授權而制定的行政法規，稱之為獨立性行政法規或創制性行政法規。執行性行政法規不能創設新的權利、義務；創制性行政法規可以設立新的權利、義務。

結論：

根據中國現行 82 憲法及憲法規定的立法體制：

—中央人民政府即國務院具有行政立法權，該立法權是國家立法權的組成部分；

—國務院通過制定行政法規來行使行政立法權；

—行政法規是中國法淵源之一，是法的表現形式之一；

—行政法規是國務院制定的各種規範性文件的總稱；

—行政法規所規範的事項不能含有憲法和法律明確保留予全國人大及其常委會通過制定法律作出規範的事項；

—行政法規之效力低於由全國人大及其常委會制定的法律，亦不得與之相抵觸；

—國務院為履行憲法第 89 條所賦予的職權或經全國人大及其常委會特別授權，可以制定設置權利、義務的獨立行政法規(創制性)；為執行法律制定執行性或從屬性行政法規，該等行政法規不能創設新的權利和義務。

3. 葡萄牙和澳門法律制度中的行政法規

3.1 行政法規的概念

行政法規是行政機關在行使行政職能過程中制定的法律規範。⁴¹對此

⁴¹ AFONSO QUEIRÓ：《Lições de Direito Administrativo》，科英布拉，講義，1976 年，第 409 頁和 ESTEVES DE OLIVEIRA：《Direito Administrativo》，科英布拉，Almedina 出版社，1980 年，第一冊，第 103 頁。與這一概念分別不大，MARCELO CAETANO：《Manual de Direito Administrativo》，科英布

概念，幾乎所有的作者均同意，可以說構成了一個起碼的共同定義。

有時候，根據從這一制度中所採取的角度，某些作者對概念附加一些要素，而另一些⁴²則提出不但公共行政當局的機關可以頒布規章規範，而且其他不包含在行政當局內，但有時執行一些實質上屬行政性工作的公共實體也可以——如議會，當其批准有關公民出席國會全會的規則時——或甚至一些私人實體，如體育聯會。

行政法規是法律規範，也就是說，應具有普遍性和抽象性的特點。作為法律規範的特徵，普遍性是指規範不針對特定對象，而是或多或少的普遍的人。抽象性是指調整或規範某不特定數目的事件、一類範圍或寬或窄的情況，而不是特別針對特定的事件、情況或假設⁴³。

“行政法規並不是立法職能的一種體現，其實是行政職能的規範性表現”⁴⁴。

拉，Almedina 出版社，第十版，重印，1980 年，第一卷，第 95 頁，認為行政法規是由行政當局就其本身職權事宜制發的、具一般和持續執行性特徵的法律規範。

⁴² DIOGO FREITAS DO AMARAL：《Curso de Direito Administrativo》，科英布拉，Almedina 出版社，2001 年，第二冊，第 151 頁及續後各頁。

⁴³ 正如我們於 2005 年 5 月 4 日在第 5/2005 號案合議庭裁判中指出，對某些作者來講，當談及法律規則的抽象性時，通常是指由規則所規定的事實和情況並不必然已經出現；是那些預料將來出現的事實或情況。然而，支持這一最後概念的作者認為抽象性並非法律規範的特徵，具普遍性特徵足以成為法律規範。

⁴⁴ J. J. GOMES CANOTILHO：《Direito Constitucional e Teoria da Constituição》，.....，第 833 頁。

3.2. 制定法規權力的理據

我們從歷史上的理據出發。

隨著舊制度的崩潰，自由國家和憲法國家的出現，由它們的理論家所設想的權力分立原則在現實運作上，碰到了實際困難。確實，馬上發現立法權不能確保有對具體生活而言必不可少的法規數量，因此允許“執行權不光有執行職能，而且擁有法規職能中的一大塊，而從合適原則或權力分配的組織範疇與實質範疇相一致原則的本義來看，後一些職能應全部劃歸立法權力”⁴⁵。“但這由於實際上不可行而沒有出現；因此，緊接著法國大革命後的幾年，法律即承認行政當局(尤其在 VIII 年憲法中)在某些範圍內，擁有制定一定的、即使是次級或級別低於法律的法律規則。因此，歷史上，制訂行政法規的權力來自於純粹的權力分立原則在實踐運作中的不可性”^{46 47}。

至於行政法規權的實際上的理據則是，除了立法者遠離社會生活的具

⁴⁵ AFONSO QUEIRÓ：《Teoria.....》，第 5 和 6 頁。

⁴⁶ DIOGO FREITAS DO AMARAL：《Curso.....》，第二冊，第 174 和 175 頁。

⁴⁷ 就這一問題，見 J. M. FERREIRA DE ALMEIDA：《Regulamento administrativo》，載於《Dicionário Jurídico da Administração Pública》，里斯本，1996 年，第 194 頁。

體情況外，國會也沒有技術手段制訂出具有能穩妥地執行所必需的完善程度的法規⁴⁸，而且立法者不可能全面預測所有情況，這樣必須由行政當局在稍後參與其中，以便填補由法律有意或非願意情況下所留下的空白⁴⁹。

AFONSO QUEIRÓ⁵⁰還給出另一項理由：“在那些國會在行使其立法職權方面被定性為被動角色而執行權又沒有競合立法權的憲法制度中，為‘整體上良好地執行法律’而制定獨立的行政法規是特別被理解的”。

最後，基於對合法性原則的尊重，行政法規制定權的現行法律理據體現於憲法和法律之中。

在葡萄牙和澳門法律中，在存在制定行政法規權力的理據方面，根本上建基於憲法，但每一具體行政法規的依據可以來自於法律(即立法文件，包括法律和法令)^{51 52}。

⁴⁸ AFONSO QUEIRÓ：《Teoria.....》，第6頁。

⁴⁹ DIOGO FREITAS DO AMARAL：《Curso.....》，第二冊，第174頁。

⁵⁰ AFONSO QUEIRÓ：《Teoria.....》，第7頁。

⁵¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL：《Curso.....》，第二冊，第175頁，J. J. GOMES CANOTILHO：《Direito Constitucional e Teoria da Constituição》.....，第834頁，J. M. FERREIRA DE ALMEIDA：《Regulamento.....》，第199和200頁及AFONSO QUEIRÓ：《Teoria.....》，第15頁。

⁵² 作為此一原則的例外，內部行政法規是行政當局組織性規章，只針對機構、機關及行政人員，在行政當局外不產生效力，而行政當局合議機構的規章，認為該等機構在沒有法律明示許可的情況下，可以通過其組織和運作規章。參閱AFONSO QUEIRÓ：《Teoria.....》，第12和13頁以及DIOGO FREITAS DO AMARAL：《Curso.....》，第二冊，第176和177頁。

3.3. 制定行政法規的職權和形式

在葡萄牙法律中，有權制發行政法規是共和國政府、自治地區本身的政府機關、地方市政機關、中央政府在地區中的代表和公務法人以及公共團體的機關。

在澳門法律中，總督擁有制定規章的權力〔《組織章程》第 16 條第 1 款 c)項〕，經總督根據《組織章程》第 16 條第 4 款授予制定規章權的政務司也擁有這一權力⁵³。

法律也賦予其他實體，如地方市政機構和公務法人制定規章的權力。

在葡萄牙法律中，政府有權制定的規章的表現形式為規章令、訓令和規範性批示，致於內部規章方面，其形為指令和通知。

澳門總督的行政規章採用了訓令和規範性批示的形式(《組織章程》第 15 條第 2 款)。

3.4. 法律與行政法規之間的關係

⁵³ AFONSO QUEIRO :《Teoria.....》，第 16 頁。

3.4.1. 議會和政府的立法職權

在葡萄牙和(受葡萄牙管理的)澳門的法律中由議會和政府分享立法職權。

自 1945 憲法修正案開始，葡萄牙政府確實開始擁有與國民議會競合的立法職權——透過法令方式——但不影響憲法保留了一些只可以由國會以法律核准的事項(1933 憲法第 93 條和第 109 條第 2 款，這些條文在經 8 月 16 日第 3/71 號法律核准的憲法修正案內)。但涉及那些非保留的事項，法令擁有與國會法律同樣的價值和位階，可修改或廢止法律。

這一制度在 1976 憲法中予以保留(在 9 月 20 日第 1/97 號憲法性法律文本內的第 164、165 和 198 條)。

在澳門，立法職權也是由立法會和總督行使的，根據澳門《組織章程》第 5 條：“立法職能由立法會及總督行使”。

根據《組織章程》第 13 條第 1 款：“總督之立法權限以法令行使，其立法範圍包括所有未保留予共和國主權機關或立法會的事宜，但不得違

反第 31 條之規定”。

《組織章程》第 31 條第 1 款規定了立法會專屬立法權限事項(絕對保留)，第 2 款也是立法會的專屬立法權限的事項，但可以是授予總督立法許可的標的(相對保留)；同條第 3 款則列舉了立法會和總督的競合立法事項，因此，對於這些事項，法律可以修改和廢止法令，相反亦然。

3.4.2. 法律和規章規範之事項

是否基於其本身之性質，有些事項必須由法律予以規定，或者原則上，任何事項均可以透過法律或行政法規作出法規化的規定，對此一直存有爭議⁵⁴。

20 世紀初，某一理論認為由法律來作原則性規定，由行政法規規定細則。

但很快發現區分的標準是不可行的，因為細則的概念是相對的。

⁵⁴ 就這一問題，DIOGO FREITAS DO AMARAL：《Curso.....》，第二冊，第 166 頁及續後各頁和 MARCELO CAETANO：《Manual.....》，第一卷，第 96 至 98 頁。

第二項標準立足於法律的創新性，而行政法規則沒有。但仔細分析有關問題後發現，規定於法律制度中的獨立的行政法規以及對最為嚴格的理論來講，只需一項授權法律而出現的那些行政法規就排除於此一標準之外了。而這些行政法規並不以那些作出原則規定的法律為前提的。

第三項標準則認為法律和行政法規規定之事項相同，原則上沒有保留予法律或行政法規的事項，兩者只可以在形式和機關層面上予以區分。

葡萄牙和澳門的法律制度採用了後一制度。

無論法律還是行政法規，均為法律規範，只是因其制定的機關的不同地位以及體現這些規範的文件的不同價值而有所不同，因此法律可以廢止行政法規，但後者不能廢止法律。

“從現行的成文法來看，所有來自於具有立法權的機關且其表現形式為法律的文件均為法律，即使該等文件之範圍僅涉及個案和含有規章特點的規範亦然；所有來自於具有制定規章權限且其表現形式為行政法規的文件均為行政法規，即使其為獨立或自主法規而具創新性亦然”⁵⁵。

⁵⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL：《Curso.....》，第二冊，第 169 頁。

3.4.3. 法律保留。法律優先。

儘管如此，在葡萄牙和澳門法律中，存在一項法律保留原則，其意為立法會保留立法職權，也就是說有些事項保留予代表機構。

如前所述，議會和政府均有立法職權，即兩者均核准法律，儘管政府之法律定名為法令。

根據 1976 憲法第 164 條和第 165 條，有些事項僅可以由共和國議會的法律去規定，其中有些完全禁止政府以法令予以核准，即使議會授權亦然(絕對保留)。其他保留予議會的事項是相對的，這意味著通過議會授權，政府可以以法令作出規範。

直至 1999 年 12 月 19 日，同一制度在澳門有效，某些特定的事項絕對保留予立法會，其他則為相對保留，餘下則是立法會和總督的競合立法權限(《組織章程》第 31 條)。

因此，那些保留予立法會的法律規範的事項方面，不承認執行權對其有任何固有的規範權。

同樣沒有爭議的是存在法律優越原則：法律高於和優越於行政法規，

規章性規範抵觸法律即無效。這來自於葡萄牙憲法第 266 條第 2 款，其中規定行政當局直接服從法律，但同時也是基於法律的統一性和確保法律內在一致性的需要⁵⁶。“儘管對某一情況有矛盾的規定，但這些規定作為統一法律體的一部分就能保證對該情況而言，只有一項規定的結果是正確和適當的(法律秩序不相矛盾的原則)⁵⁷。

當然，如存在行政當局之保留(保留予執行權，限制立法權及立法權力必須給予尊重)的話，那麼法律優越原則就會出問題了。⁵⁸

最後，有必要講明的是，均接受行政法規也不能“違反行政法的一般原則，理論界承認這些原則具有與法律相同之位階價值(當這些原則沒有規定於憲法中時)”⁵⁹——法律可以與它們相抵觸，但行政法規不能。作為行政遵從法律的合法性在此被理解為整體合法性或法制化⁶⁰。

⁵⁶ J. J. GOMES CANOTILHO 和 VITAL MOREIRA：《Constituição da República Portuguesa Anotada》，科英布拉，科英布拉出版社，第三修訂版，1993 年，第 922 和 923 頁和 LUÍS P. PEREIRA COUTINHO：《Regulamentos independentes do Governo》，載於 JORGE MIRANDA 主編的《Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição da República》，科英布拉，科英布拉出版社，1998 年，第 1011 頁。

⁵⁷ AFONSO QUEIRÓ：《Licções.....》，第 513 頁。

⁵⁸ 參閱 LUÍS P. PEREIRA COUTINHO：《Regulamento.....》，第 1013 頁。

⁵⁹ SÉRVULO CORREIA：《Legalidade de Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos》，科英布拉，Almedina 出版社，1987 年，第 230 頁。

⁶⁰ LUÍS P. PEREIRA COUTINHO：《Regulamento.....》，第 1016 及續後各頁。

3.4.4. 執行性行政法規和獨立性行政法規

3.4.4.1. 概念

行政法規分為執行性行政法規和獨立性行政法規。

執行性行政法規旨在為法律制定實施細則，其他為獨立性行政法規，後者之目的不是充實或細化一項法律。

對於獨立性行政法規，爭議的是，儘管沒有任何規範對某事項作出規定，是否必須有一法律授權，政府才可以對該事項制定行政法規，還是“相反，政府從憲法處獲得了普遍的權力就所有及任何不包含在法律保留內的社會關係以行政法規訂定創始性規條”⁶¹。

3.4.4.2. 1933 葡萄牙憲法中的獨立性行政法規

在 1933 憲法生效時期，關於第 109 條第 3 款，其規定賦予政府“為

⁶¹ SÉRVULO CORREIA：《Legalidade.....》，第 230 頁。

良好地執行法律，制定命令、行政法規和指令” ，享有不可爭辯權威性的 MARCELO CAETANO⁶² 論述道：

“1933 憲法第 109 條第 3 款說賦予政府 ‘為良好地執行法律，制定命令、行政法規和指令’ 的權力，因此就得出行政法規是執行先前某一特定法律的規範，即是對法律中的基本規定的充實嗎？我們認為不是，規定的字面本身並不允許得出這一結論，因為必須得出結論，即也只有當為執行某一法律而需要時，才可以制定非規章性的命令，這顯然是不正確和違反一般和國內的做法。當憲法提及 ‘為良好地執行法律’ 是指由形式上稱之為法律的那些高等級規則所確立的遵從法律秩序而得出的國家某種活動，一句話，憲法制定者恰恰想表達的意圖是：行政法規，正如和簡單的命令、指令一樣，是管理活動的形式，因為從同樣第 109 條第 4 款一開始就可見，管理活動首先就是被構想成一個執行職能，‘因此，為良好地執行法律不是執行每項法律，而是對法律秩序的發展’ ”。

L. S. CABRAL DE MONCADA⁶³ 對這一段進行解釋時認為，可以存在

⁶² MARCELO CAETANO：《Manual.....》，第一卷，第 98 頁。

⁶³ L. S. CABRAL DE MONCADA：《Lei e Regulamento》，科英布拉，科英布拉出版社，2002 年，第 1016 和 1004 頁，註釋(1566)，除了前述註譯中提及的作者、著作和地點，還引用 FEZAS VITAL：《Hierarquia das fontes de direito》，載於司法部公報，第 III 年，第 15 期，第 411 頁。但相反的觀點，LUÍS P. PEREIRA COUTINHO：《Regulamento.....》，第 1006 頁中所引述的 AFONSO QUEIRÓ 在 1933 憲法生效期間提出的意見。

獨立性行政法規，首次對某些事項作出規範，同時提到這是自第一次世界大戰後期法國憲法實踐對葡萄牙法律的影響。

3.4.4.3. 1976 葡萄牙憲法(最初文本)中的獨立性行政法規

隨著 1976 憲法的通過及在其最初文本〔第 202 條 c)項〕針對性地規定“賦予政府在行使管理職能過程中”“為良好地執行法律，制定必需之行政法規的職權”，理論界出現了分歧。

某些學者宣稱，獨立性行政法規不能作為某些事項的原始規範。

其中，GOMES CANOTILHO 後來認為，憲法接受獨立性的行政法規，但這些行政法規是“那些法律(行政一直受到具體法律約束)僅僅指定可以或應該制定行政法規的機構以及行政法規涉及的事項”⁶⁴。而為了不存在疑問，補充道：“如果法律還沒有對某些事項作出規範而行政法規提前將之法規化規定，則法律優先或法律至上這一原則就變成僅具形式而已。而實際上，這幾乎是行政當局不受具體法律約束理論所允許的”⁶⁵。

⁶⁴ J. J. GOMES CANOTILHO :《Direito Constitucional》，科英布拉，Almedina 出版社，第二版，1980 年，第 409 和 410 頁。

⁶⁵ J. J. GOMES CANOTILHO :《Direito Constitucional》.....，第 410 頁。

還在憲法最初文本生效時期，GOMES CANOTILHO 和 VITAL MOREIRA⁶⁶在對第 202 條註釋時認為：

“三、儘管文本字面如此，‘為良好地執行法律而必需的行政法規’〔c)項〕不僅包括那些稱之為執行性的行政法規，而且也包括那些獨立性行政法規。

前者是純執行法律(嚴格上講：具體法律)的行政法規；後者是那些在法律僅確定客體職權(即行政法規可以涉及的事項)和主體職權(即制定行政法規的有權限實體)的情況下制定的行政法規。不能有純獨立性的、即沒有提到任何法律的行政法規”。

ESTEVEZ DE OLIVEIRA⁶⁷同樣持相同的觀點，認為“在立法權不想參與或忘記立法的事項方面，不應接受行政法規”。

不同的是，AFONSO QUEIRÓ⁶⁸卻認為，在欠缺法律或法令時，“根據廣義理解的憲法第 202 條 c)項規定，‘為執行法律’，政府行使其本身權力去制定行政法規”，而所出現的是“.....在此情況下，制定行政法規

⁶⁶ J. J. GOMES CANOTILHO 和 VITAL MOREIRA：《Constituição da República Portuguesa Anotada》，科英布拉，科英布拉出版社，1978 年，第 390 頁。

⁶⁷ ESTEVES DE OLIVEIRA：《Direito.....》，第 115 頁。

⁶⁸ AFONSO QUEIRÓ：《Teoria.....》，第 13 頁。

的權力是基於執行權本身的一項權力，如還存在依法原則的話，也是非常弱和很難被理解的，嚴格來講，所出現的是獨立行政法規的制定權是在遵守議會法律充分允許的範疇內被行使，也只有此意義上，可以說是‘為執行法律’而行使該權力的”⁶⁹。

SÉRVULO CORREIA⁷⁰也同樣接受存在以憲法為依據的政府行政法規的可能，不必有一項普通法律作為其基礎。

3.4.4.4. 1976 葡萄牙憲法(1982 年的修訂)中的獨立行政法規

3.4.4.4.1. 沒有預先授權法即沒有獨立行政法規的論點

然而，在 1982 年，1976 葡萄牙憲法被第 1/82 號憲法性法律所修訂，在第 115 條內增加了下列兩項規定：

“6. 當作出規範的法律確定，以及在獨立行政法規的情形中，政府

⁶⁹ AFONSO QUEIRÓ：《Lições.....》，第 425 和 426 頁。

⁷⁰ SÉRVULO CORREIA：《Noções de Direito Administrativo》，I，里斯本，1982 年，第 108 頁。

之行政法規以法規命令方式表現出來。

7. 行政法規應明確指出旨在予以進一步規範的法律或確定制定行政法規的主體職權和客體職權的法律”。

這兩項規範仍然有效並構成了現行第 112 條第 7、8 款。

透過這一規定，明釋了獨立行政法規的概念，可以說在這次憲法修訂中，憲法確立了如 GOMES CANOTILHO 和 VITAL MOREIRA 所主張的觀點，即獨立行政法規是那些在法律僅確定制定的客體職權——行政法規所要規範的事項，和主體職權——有權制定行政法規的實體的情況下制定的行政法規。

正因如此，在新版《憲法註釋》中，GOMES CANOTILHO 和 VITAL MOREIRA⁷¹對第 115 條註釋時寫道：

“從第 6 和 7 款整體來看，明確得出的是，第 6 款所提到的獨立行政法規是那些其本身之授權法律只確定‘制定行政法規之主體和客體職權’的行政法規(第 7 款)，在此情形中，法律是一項純轉致性法律或轉致

⁷¹ J. J. GOMES CANOTILHO 和 VITAL MOREIRA：《Constituição da República Portuguesa Anotada》，科英布拉，科英布拉出版社，第三修訂版，1993 年，第 513 和 514 頁。

到行政法規的法律；而此時，法律僅僅是一項立法性規範而已。

因此，再也沒有任何稱之為自主性行政法規了(有時它們也被稱為‘獨立性行政法規’)，意即沒有根植於憲法所賦予的假定的固有權力(參閱第 202 條 c)項：‘賦予政府為良好地執行法律而制定必需之行政法規的職權’)，不提及任何特定法律，而是整體法律秩序的行政法規了……

同樣，提出以憲法第 202 條 g)項作為政府制定獨立行政法規的假定權力的直接和獨立理據也是毫無意義的，該項賦予政府‘為推動社會—經濟發展及滿足集體所需而作出一切行為和採取一切必要之措施’……的職權。

此外，由於政府已擁有固有之立法權，看不到還有什麼理由在法律之外，還賦予其制定行政法規的權力”。

同樣 GOMES CANOTILHO 在 1982 憲法修訂案後，在其參考書中維持相同之理解⁷²。

其他作者也加入此一觀點⁷³，這一論點也被憲法法院分別於 1989 年 2

⁷² J. J. GOMES CANOTILHO :《Direito Constitucional e Teoria da Constituição》……，第 838 頁及續後各頁。

⁷³ J. M. COUTINHO DE ABREU :《Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da

月 1 日和 1991 年 3 月 13 日在第 184/89 號和第 61/91 號案件內所作的裁判所肯定，分別刊登於 1989 年 3 月 9 日和 1991 年 4 月 1 日《共和國日報》第 II 組內。

支持這一觀點的主要論據如下：

a) 現行憲法第 112 條第 7 和 8 款的字面要求任何獨立性行政法規要指明確定制發行政法規的主體和客體職權的法律。

這一規範意味著沒有預先的一項特定的法律作為法律依據，就不會有行使制定行政法規的權力。⁷⁴

而這一法律不能是憲法，否則在主體職權方面，憲法之指明就太過無足輕重的了⁷⁵。

關於要求指明授權法律方面，有人接受一項行政法規的普遍法律授

Legalidade》，科英布拉，Almedina 出版社，1987 年，第 74 頁及續後各頁，VITAL MOREIRA：《Administração Autónoma e Associações Públicas》，科英布拉，科英布拉出版社，1997 年，第 186 頁，註釋 265，MANUEL AFONSO VAZ：《Lei e Reserva de Lei》，波爾圖，葡萄牙天主教大學，1996 年，重印，第 488 頁及續後各頁，DIOGO FREITAS DO AMARAL：《Curso.....》，第二冊，第 182 頁，LUÍS P. PEREIRA COUTINHO：《Regulamentos.....》，第 1022 頁及續後各頁以及 L. S. CABRAL DE MONCADA：《Lei.....》，第 987 頁及續後各頁。

⁷⁴ J. J. GOMES CANOTILHO 和 VITAL MOREIRA：《Constituição.....》，第三版，第 512 頁。

⁷⁵ L. S. CABRAL DE MONCADA：《Lei.....》，第 1003，註釋(1565)。

權，而不必每一個案都有法律依據⁷⁶。

b) 由於政府擁有本身的立法職權，故政府不必制定屬創始性規範的獨立行政法規⁷⁷。

因此，由於政府擁有立法職權，當必須首先透過規範予以規定時，應透過立法方式進行，而不是以行政法規方式。否則將讓政府有擺脫某些要求的可能性，如來自於對法令作合憲性預先審查要求的可能，而這是不適用於行政法規的⁷⁸。

c) 民主原則與將一項即使屬低於法律的、普遍制定規範權單純地轉移至政府是不相容的⁷⁹。

在此應提醒的是，即使對於上述所展述的觀點來說，就內部行政法規而言，提及授權法律這一原則是不適用的——這些行政法規為行政當局的組織法規，只涉及機關、機構和行政人員，在行政當局以外不產生效力⁸⁰。

⁷⁶ LUÍS P. PEREIRA COUTINHO：《Regulamento.....》，第 1040 和 1041 頁。

⁷⁷ 這一觀點，J. J. GOMES CANOTILHO：《Direito Constitucional e Teoria da Constituição》，.....，第 839 頁，J. J. GOMES CANOTILHO 和 VITAL MOREIRA：《Constituição.....》，第三版，第 514 頁，L. S. CABRAL DE MONCADA：《Lei.....》，第 998 和 1003 頁。

⁷⁸ L. S. CABRAL DE MONCADA：《Lei.....》，第 999 頁。

⁷⁹ J. J. GOMES CANOTILHO：《Direito Constitucional》，科英布拉，Almedina 出版社，第二冊，1981 年，第 53 頁。

⁸⁰ L. S. CABRAL DE MONCADA：《Lei.....》，第 1063 和 1064 頁。

但只要其影響到第三者，就應被認為是對外的行政法規，因此而產生相關之後果，如對其提出訴訟質疑。

這些行政法規可以是組織方面的行政法規或指引性的行政法規(指令和通知)。至於那些涉及權力特別關係的行政法規：軍人、公務員、囚犯、某些公共機關的使用人士、如公共教育機構的學生等，傳統上被認為屬於內部行政法規，但現在此一理解也不一致了⁸¹。

3.4.4.4.2. 接受在沒有預先授權法律的情況下也有獨立性行政法規的觀點

SÉRVULO CORREIA 在其重要的博士論文⁸²中繼續認為可以存在以憲法為直接依據的行政法規。

為此提醒到，從憲法第 115 條所提出的理據並非決定性的，因為如第 6 款(現行第 112 條第 7 款)只是提到政府之行政法規的話，那麼第 7 款(現

⁸¹ 就這一問題，見 DIOGO FREITAS DO AMARAL：《Curso.....》，第二冊，第 163 頁及續後各頁，J. M. COUTINHO DE ABREU：《Sobre os Regulamentos.....》，第 95 頁及續後各頁。

⁸² SÉRVULO CORREIA：《Legalidade.....》，第 210 頁及續後各頁。

行第 112 條第 8 款)提到的是法律制度中所有的行政法規⁸³，因此，這些行政法規中，許多有普通法律而不是憲法所確定的主體和客體職權作為其基礎的，而第 7 款所提及是這些職權。

關於沒重複必要的理據(因為政府已擁有正常的立法職權，這是在歐洲其他法律制度中所沒有的，它們原則上，只是在緊急和國會立法許可的情況下才接受的)，所提到的作者予以排除，提出相對於立法程序而言，制定規章性命令的方式更加靈活⁸⁴。

反對此一理據的還提出，如果憲法賦予政府立法職能層面的職權，另一方面又同時規定在行政職能層面上有制定法規的權力，但使後者受制於不同的制度的話，那麼這些權力適用於不同職權時就等於沒有了，應當被理解為不同性質權力的表現⁸⁵。如 MANUEL AFONSO VAZ⁸⁶所言“對規章命令來講，整個法令的程序和相互關係的法律制度揭示了一種不同性質的法規安排”。

另一方面，在非議會制度中——如葡萄牙的——民主原則屬過度且不

⁸³ 這一觀點，見 J. M. CARDOSO DA COSTA：《A jurisprudência constitucional portuguesa em matéria administrativa》，載於《Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares》，科英布拉，科英布拉出版社，2001 年，第 199 和 200 頁，同樣提出憲法性司法見解來支持這一觀點。

⁸⁴ 也見 LUÍS P. PEREIRA COUTINHO：《Regulamento.....》，第 1032 和 1033 頁。

⁸⁵ LUÍS P. PEREIRA COUTINHO：《Regulamento.....》，第 1032 和 1033 頁。

⁸⁶ MANUEL AFONSO VAZ：《Lei.....》，第 494 頁。

能運作——在這些制度中，政府不但從議會中獲取合法性，而且也從一位直接全面選舉而產生的總統處獲取合法性，並在政治上對後者負責。

關於政府管理職權方面，SÉRVULO CORREIA 也提出憲法第 202 條 g)項〔現行第 199 條 g)項〕作為固有的制定行政法規權的理據——根據該項，賦予政府“為推動社會—經濟發展及滿足集體所需作出一切行為和採取一切必要之措施的職權”。⁸⁷

還進一步指出，為有效和恰當地追求公共利益，接受獨立行政法規是唯一的方式，尤其是在如經濟管理和提供服務領域，現實發展與立法程序不可避免的滯後不相符。⁸⁸

由於所提到的這一項，使理據得到加強——與同條的其他項的大部分不同——免除行政法規提及法律，而以追求某些目的代替之：推動社會—經濟發展和滿足集體需要。

但也不乏輕視這一理據的人士，他們認為該項所具有的價值比驟眼看來的要小，由於經字面解釋，賦予了政府在極廣泛範圍內制定獨立行政法

⁸⁷ SÉRVULO CORREIA:《Legalidade.....》,第 208 頁及續後各頁,同一觀點,見 AFONSO QUEIRÓ:《Teoria.....》,第 12 頁,PAULO OTERO:《O Poder de Substituição em Direito Administrativo》,里斯本, Lex 出版社,第二冊,1995 年,第 613 頁及續後各頁以及《Legalidade e Administração Pública》,科英布拉, Almedina 出版社,2003 年,第 455 頁及續後各頁。

⁸⁸ MANUEL AFONSO VAZ:《Lei.....》,第 486 頁。

規的權力，而在合法性方面，只需提及法律即可，這除了法國的情況外，在歐洲其他憲法文本中是沒有的⁸⁹。同樣進一步指出：“不能只是賦予一項普遍性職能就可以導致其行使特定的職權或運用特定的手段或憲法方法”⁹⁰。

支持不提及法律而制定獨立行政法規的還進一步指出，行政當局不能直接依據憲法開展某一活動的理念今天是行不通的，但不妨礙繼續受包含在整體合法性之內的一般原則所限⁹¹。

在這些可以直接以憲法為依據的行政活動範疇內，在那些不屬法律保留而議會又忘記予以立法的領域，有必要強調以法律以外的方式來行使。

其他一些學者也來支持存在直接依據憲法的獨立行政法規的相同理解⁹²。

⁸⁹ L. S. CABRAL DE MONCADA：《Lei.....》，第 996 頁。

⁹⁰ J. J. GOMES CANOTILHO 和 VITAL MOREIRA：《Constituição.....》，第三版，第 514 頁。

⁹¹ PAULO OTERO：《O Poder de Substituição.....》，第 571 頁及續後各頁。

⁹² VIEIRA DE ANDRADE：《O ordenamento jurídico administrativo português》，載於《Contencioso Administrativo》，布爾阿加，1986 年，第 65 頁及續後各頁，JORGE MIRANDA 和 RUI MEDEIROS：《Constituição Portuguesa Anotada》，科英布拉，科英布拉出版社，第二卷，2006 年，第 724 頁及續後各頁，PAULO OTERO：《O Poder de Substituição.....》，第 571 頁及續後各頁以及《Legalidade》，第 455 頁及續後各頁和第 733 頁及續後各頁。

3.4.4.4.3. 獨立行政法規可以設定針對個人義務或限制

SÉRVULO CORREIA⁹³特別仔細地研究了這一問題，就是想知道獨立行政法規是否可以設定針對個人的義務或限制，其結論是，憲法沒有任何規定可以得出結論認為政府實施任何剝奪性行為的職權只能由法律或法令來設定。

不能從相對保留予共和國議會就權利、自由和保障事項進行立法這一事宜〔1982 憲法文本第 168 條第 1 款 b)項，現行憲法第 165 條 b)項〕中可以得出支持如下觀點的理據：即否定行政法規可以設定針對個人的義務或限制的可能性。其實如是這樣的話，只能透過立法許可，這一職權的授予才可以透過法令來實現了。正如該作者所提到的⁹⁴“無論怎樣，不能把上述規定包括在共和國議會相對保留的立法權內的權利、自由和保障事項進行立法，對與任何剝奪性措施的法律規則方面的規定相混淆，這還等於接受‘來自於一個幾乎絕對私人自治理念的自由準則，把每項規範看作是對個人權利的限制⁹⁵’”。

同一教授還提到，“如在我國及其他國家那樣，當法治國家的社會核

⁹³ SÉRVULO CORREIA：《Legalidade.....》，第 247 頁及續後各頁。

⁹⁴ SÉRVULO CORREIA：《Legalidade.....》，第 249 頁。

⁹⁵ VIEIRA DE ANDRADE：《Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976》，科英布拉，1983 年，第 225 頁。

心導致負擔與受益常常不可分割及為保障個人範疇的尊嚴而使社會負擔重要性增加時，在針對獨立行政法規中就設定被動主觀法律狀況和限制主動主觀法律狀況規定方面維持一個保留是沒有意義的”⁹⁶。

結論：

— 在葡萄牙理論界，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始性規範的獨立行政法規的可能性仍存在爭議。

— 對此可能性，憲法法院認為是否定的。

— 沒有爭議的是，獨立性行政法規不能含有保留予(絕對和相對保留)共和國議會職權事項的創始性規範。

— 同樣沒有爭議的是，行政法規受制於法律的高位階權力和行政法的一般原則(整體合法性)——法律優先原則。

⁹⁶ SÉRVULO CORREIA：《Legalidade.....》，第 250 頁。

3.4.4.5. 1976 澳門《組織章程》中的獨立行政法規

葡萄牙理論界中的激烈爭論對澄清現在分析的澳門法律制度的問題非常有益，這不但我們將會看到，而且同樣由於在葡萄牙法律制度中，部分直接涉及這一事項的規範與澳門的相似，法律環境——即構成一個法律制度脊柱的一系列原則——在兩個法律制度中是相同的，而且有一種理論和司法見解涉及這兩種法律制度。

澳門《組織章程》由第 1/76 號法律所核准，是一部憲法性法律，一直認為是葡萄牙法律制度中的一部憲法性法律。⁹⁷

對澳門法律制度來講，《組織章程》也是被認為實質上的憲法性法律，因為其本身的規範履行了一個憲法本身的職能，佔據了這一制度的最高點，對其修改受制於與它相聯繫的特別嚴格的規定，普通的立法者不能抵觸這些規定。⁹⁸

無論是立法會還是總督均擁有正常的立法權，這是《章程》第 5 條所

⁹⁷ J. J. GOMES CANOTILHO 和 VITAL MOREIRA：《Constituição da República Portuguesa Anotada》，第三版，第 1076 和 1077 頁和 CARLOS BLANCO DE MORAIS：《A organização do poder politico-legislativo no Território de Macau – durante e após a transição para a soberania chinesa》，載於《Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares》，科英布拉出版社，2001 年，第 140 頁。正如載於同一著作第 131 頁的註釋中提到，該論文於 1999 年撰寫。

⁹⁸ VITALINO CANAS：《Relações entre o ordenamento constitucional português e o ordenamento jurídico do Território de Macau》，載於司法部公報單行本，第 365 期，第 24 頁。

規定的：

“第五條

立法職能由立法會及總督行使”。

總督的立法權載於第 13 條：

“第十三條

一、總督之立法權限以法令行使，其立法範圍包括所有未保留予共和國主權機關或立法會的事宜，但不得違反第三十一條之規定。

二、當立法會賦予總督立法許可或於解散後，其立法權限亦屬於總督。

三、總督具專屬權限充實共和國主權機關的綱要法，以及核准執行機關的架構和運作之法規。”

關於立法會，第 30 條 c)項和 d)項作出規定，賦予立法會：

“c) 對於未保留予共和國主權機關或總督的一切事宜制訂法律，但不得違反第三十一條之規定；

d) 授予總督立法許可”。

立法會對規定於第 31 條第 1 款中的事項擁有絕對保留的立法權，載於同條第 2 款中的事項是其相對保留的立法權，這意味著在此範圍內，可以許可總督立法。

第 31 條第 3 款中的事項，立法會和總督的立法權是競合的。

對第 13 條第 3 款中的事項，總督同樣擁有一項重要的保留立法權(法令保留)。

至於執行職能，第 6 條規定：

“第六條

執行職能由總督行使，並由各政務司輔助。”

且根據第 16 條第 1 款 b)項和 c)項總督有權：

“b) 領導整個公共行政；

c) 為實施在當地生效但欠缺規章的法律及其他法規而制訂規章”。

根據第 16 條第 2 款的規定，總督制定行政法規的方式為訓令和規範性批示：

“二、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。”

而根據第 17 條第 4 款的規定，經總督授權後政務司同樣有制定規章的權限⁹⁹：

“四、政務司有行使總督以訓令授予或第十三條第三款所指組織法規賦予的執行職能之權限”。

葡萄牙憲法中賦予政府制定行政法規的主要規範載於 1997 憲法修訂文本的第 112 條第 7、8 款和第 199 條 c)和 g)項¹⁰⁰〔相當於 1982 修訂文本中的第 115 條第 6、7 款和第 202 條 c)和 g)項〕。

沒有爭議的是葡萄牙憲法中的這些規範在澳門法律制度中不適用。¹⁰¹

從對憲法第 199 條 c)項〔在行使其管理職能時，賦予政府：c)為良好

⁹⁹ 這一觀點，AFONSO QUEIRÓ：《Teoria.....》，第 16 頁。

¹⁰⁰ 在本節中我們所提到的是 1997 憲法文本，因為它是在 1999 年 12 月 19 日正在生效的憲法。

¹⁰¹ VITALINO CANAS：《Relações.....》，第 14 頁及續後各頁和 CARLOS BLANCO DE MORAIS：《A organização.....》，第 144 頁及續後各頁。

執行法律制定必要之行政法規〕與《組織章程》第 16 條第 1 款 c)項〔總督有權……c)為實施在當地生效但欠缺規章的法律及其他法規而制訂規章〕作比較開始，馬上就會發現《組織章程》的規定比葡萄牙憲法中的規定廣得多。

第 16 條第 1 款的該 c)項似乎指出總督有對任何法律——當然是指立法文件，包括形式意義上的法律和法令——均有權制定行政法規——儘管這些法律文件沒有一件一件地授權總督去制定行政法規亦然。也就是說，《組織章程》的字面比葡萄牙憲法中的相應規定還廣——包含總督僅需提出《組織章程》賦予他的職權而不需要另一個普通法律具體地授權，就可以制定其行政法規的意思。

在此順帶一提，章程第 13 條第 3 款賦予總督的職權“充實共和國主權機關的綱要法”其實是一項立法職權，如前所述，保留予法令的，因此根本不可能用行政法規去做的。

那麼，所提出的、總督制定行政法規的權力，除了《組織章程》外，不需要許可性法律的觀點，似乎也為 AFONSO QUEIRÓ¹⁰²所支持，關於此款，他說道：

¹⁰² AFONSO QUEIRÓ：《Teoria……》，第 16 頁。

“澳門《組織章程》沒有限定總督制定執行性行政法規的職權，只要一項法律，即使一般上而言，需要細則化，總督予以行政法規化就合法”。

其實這也是澳門地區立法者的理解，明示在 1999 年 12 月 19 日有效的、8 月 20 日第 47/90/M 號法令第 5 條第 6、7 款中：

“第五條

(格式)

一、應在每一法規之開始部份指明發佈機關，及法規根據澳門憲章、法律或法令之何種規定公佈。

.....

六、屬補充訓令或對外規則性之補充批示時，應表述如下：

a) 『總督根據 月 日第 / /M 號法律（或法令）第 條之規定及澳門憲章第十六條第一款 項之規定，命令：』

b) 『.....政務司根據 月 日第 / /M 號法律（或法令）第 條、澳門憲章第十七條第四款及 月 日第 / /M 號訓令第 條之規定，命令：』

七、屬獨立訓令或對外規則性之獨立批示時，應表述如下：

a) 『總督行使澳門憲章第十六條第一款 項所賦予之權能，下令：』

b) 『……政務司行使澳門憲章第十六條第一款 項所賦予之權能及根據 月 日第 /M 號訓令第 條之規定，下令：』

……”

確實，當補充性或執行性行政法規(如所述的，是那些直接地執行法律的)必須要具體地指出所要執行的法律(第 5 條第 6 款)的話，那麼在獨立性行政法規方面，第 5 條第 7 款只要求指出《組織章程》中直接賦予總督職權的規範即可〔第 16 條第 1 款 c)項〕。

據此可見，澳門的立法者認為不必普通法律授權總督，總督也可以依據《組織章程》制定含有創始性規範的獨立行政法規。

還有補充性論據支持這一理解。

關於現正在審理之問題，一如所提及的在葡萄牙理論界之爭論那樣，不能有創始的獨立性行政法規這一觀點的支持者的主要論據是 1982 憲法

修訂案增訂的第 115 條第 7 款——即現行第 112 條第 8 款所提供的，根據該款“行政法規應明確指出旨在予以進一步規範的法律或確定制定行政法規的主體職權和客體職權的法律”。

然而，一如已經指出，葡萄牙憲法的這一規範並不在澳門生效，而《組織章程》中也沒有與其相似的規範，因此，對澳門地區法律制度而言，否定存在該類獨立行政法規的觀點的主要理據是不成立的。

那麼，考慮到《組織章程》第 16 條第 1 款 c) 項之明確規定以及除了因政府(總督)擁有本身之立法權而沒有必要制定創始性規範的獨立行政法規這一理據外，也沒有發現支持這後一種立場的其他論據，我們提出如下結論：根據 1976 澳門《組織章程》，總督可以僅依據該章程賦予他的職權制定獨立性行政法規，但不能以行政法規去進一步規範共和國主權機構制定的綱要性法律(法令保留)，也不能以行政法規去進一步規範那些保留予立法會立法職權範圍內的事項(第 31 條第 1、2 款)¹⁰³和載於同一章程第 31 條第 3 款的、與立法會競合的總督的本身立法職權的事項(立法行為保留)。

另一方面，法律和行政法的一般原則具有高於和優先於總督和政務司

¹⁰³ 當然也包括保留予葡萄牙共和國主權機關的職權範圍內的事項。

所制定的行政法規，所有違反前者的規章性規範均無效——法律優先原則——因為從載於憲法第 266 條第 2 款的行政合法性原則(規定行政機關和行政人員必須服從法律)中得出前一原則¹⁰⁴，且原適用於澳門¹⁰⁵。

4. 澳門特別行政區法律制度內的獨立行政法規

4.1. 政治體制和澳門特別行政區政治機關的權力

《基本法》明確規定只有立法會擁有立法權(第 67 條)，因此，無論是行政長官、政府和行政會均不可以制定法律。毫無疑問的是《基本法》也同樣規定行政長官可以制定行政法規〔第 50 條(五)項〕。

但《基本法》中沒有任何條文規定那些屬法律的事項，那些屬於行政法規的事項，《基本法》中也沒有任何總體性規範去確定立法會保留的立

¹⁰⁴ J. J. GOMES CANOTILHO 和 VITAL MOREIRA：《Constituição.....》，第三版，第 922 和 923 頁和 LUÍS P. PEREIRA COUTINHO：《Regulamentos.....》，第 1010 頁。

¹⁰⁵ 這一觀點，VITALINO CANAS：《Relações.....》，第 16 和 17 頁和 CARLOS BLANCO DE MORAIS：《A organização.....》，第 146 頁。事實上，《組織章程》第 2 條命令葡萄牙憲法中的各項原則(以及權利、自由和保障)適用於澳門。

法職權或行政長官保留的規範職權。

所有的是由分散於《基本法》內的多種條文來確定某些事項應以法律規定(立法會的形式上的法律)。

因此，為可以就法律和行政法規的範圍、只以《基本法》為依據而不是其他法律而可以制定含有創始性規範的行政法規作出結論，必須首先對《基本法》的政治體制、政治機關的職權及它們的制定規範的職權作出分析，從而得出某些結論。

特區的政治體制由四個實體組成：行政長官、立法會、行政會和政府。

行政長官主持行政會¹⁰⁶並任命行政會委員(《基本法》第 58 和 57 條)，是特區的首長(第 45 條)，也是政府的最高領導(第 62 條)。

行政長官對中央政府負責(第 45 條)，經選舉委員會選舉後(《基本法》附件一)，前者由後者任免(第 15 條)。

行政長官——儘管作為政府的領導人以定期向立法會作施政報告和答覆立法會議員質詢的方式向立法會負責(第 65 條)——既不受制於立法

¹⁰⁶ 行政會為一協助行政長官決策的諮詢機構(第 56 條)，該等決策為向立法會提交法案、制定行政法規和解散立法會等(第 58 條)。

會的政治不信任案，也如所見，不由立法會選舉產生。

行政長官擁有受到限制的解散立法會的權力¹⁰⁷(第 52 條)。

行政長官對由立法會通過的法律，擁有中止生效的否決權¹⁰⁸(第 51 條)。

行政長官委任部分立法會議員〔第 50 條(八)項〕。

只有立法會擁有立法權，即只由立法會制定、修改、暫停實施和廢除法律〔第 67 條和 71 條(一)項〕。

行政長官和政府沒有立法權，這也是與在 1976《組織章程》管轄下的澳門法律制度的不同一面，後者中，總督擁有正常的立法權。

政府是特區的行政機關(第 61 條)，除其他職權外，賦予其制定並執行政策、管理各項行政事務、編制並提出特區的財政預算、決算(第 64 條)。

行政長官有權制定行政法規，第 50 條(五)項規定賦予行政長官“制定行政法規並頒佈執行”，第 64 條(五)項賦予政府“草擬行政法規”。

¹⁰⁷ CARLOS BLANCO DE MORAIS :《A organização.....》, 第 171 頁。

¹⁰⁸ CARLOS BLANCO DE MORAIS :《A organização.....》, 第 171 頁。

還有必要指出的是政府有權向立法會“提出法案、議案”〔第64條(五)項〕。

4.2. 法律和行政法規

4.2.1. 法律保留和法律優先，行政法規之保留

一如一般的根本性法律和一般的憲法也沒有規定那樣——《基本法》沒有確定何為法律，何為行政法規。

但可從《基本法》中得出〔參閱第71條(一)項、第74條(二)項、第75條、第77條和第78條〕，法律是由立法會通過的法規，在特區規範文件中處於最高位階，屬於法律形式的概念，這與澳門《組織章程》時代相似。

至於行政法規，考慮到第50條(五)項和第64條(五)項(在那規定行政長官可以制定行政法規，政府可以草擬行政法規)，我們可以得出的結論

是《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。

但應在此指出的是，在現行中國 82 憲法中所使用的行政法規，其內涵和外延廣得多，它是國務院行使憲法賦予的行政立法權的體現，在內地實踐中，其所規範的範圍遠比澳門法律制度中的“行政規章”要廣，許多原有法令所規範的事項，在中國內地，皆由國務院的行政法規予以規定。

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。

基本法也沒有集中一條規範確定那些事項應為法律的標的，那些事項應為行政法規之標的。

有些條文指明某些事項應由法律規定，例如第 6 條的內容規定“澳門

特別行政區以法律保護私有財產權”，第 40 條第 2 款規定“澳門居民享有的權利和自由¹⁰⁹，除依法規定外不得限制……”，第 84 條第 3 款(澳門特別行政區法院的組織、職權和運作由法律規定)，第 90 條第 4 款(檢察院的組織、職權和運作由法律規定)，或者儘管根據政府的提案，立法會有權“決定稅務”〔第 71 條(三)項〕。

同樣，應由法律規定犯罪和相應之刑罰處罰(第 29 條)。

對上述這些事項，行政長官和政府顯然無權予以規範(法律保留)。

從《基本法》似乎沒有明示有行政法規的保留，即保留予政府作出規範的事項，以排除於立法會立法權之外。¹¹⁰

肯定的是“凡不涉及公共收支、政治體制或政府運作的議案，可由立法會議員個別或聯名提出”(第 75 條第 2 款)，從中可得出明顯相反的結論：這些事項只有在政府提出法案的情況才可以作為法律的標的，但也不能因此而保留予行政法規。

另一方面，“凡涉及政府政策的議案，在提出前必須得到行政長官的

¹⁰⁹ 涉及《基本法》第三章所指之居民基本權利的規定。

¹¹⁰ 所講的例外情況而可以支持行政法規保留的是第 129 條所指的事項：“澳門特別行政區政府自行確定專業制度，根據公平合理的原則，制定有關評審和頒授各種專業和執業資格的辦法”。

書面同意”（第 75 條第 3 款）。

那麼從這一規定可見，立法會的立法職權不只限於那些《基本法》明確以法律規定的事項，因為即使是政府政策方面的事項，立法會也有權立法，儘管在此情況下，需要行政長官的預先書面同意。

一如前述，行政長官對由立法會通過的法律，擁有中止生效的否決權，但《基本法》內沒有一個與在原澳門地區制度中存在的對法令追認的相應制度（對總督的立法規範作議會審查）。也就是說，立法會無權追認行政法規，但似乎可以廢止行政法規，不可以直接修改行政法規，因為《基本法》沒有賦予其行政職權。但可以廢止行政法規，並將先前由行政法規規定之事項由法律作出規定。¹¹¹

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¹¹²。

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”），

¹¹¹ 此一觀點，在葡萄牙法律方面，SÉRVULO CORREIA：《Legalidade.....》，第 219 頁，其論據也適用於澳門法律制度，因為在澳門特區——一如在葡萄牙法律中——立法會沒有行政職權。

¹¹² 參閱 3.4.3., 3.4.4.4.3.和 3.4.4.5.中所提到的原則。

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¹¹³。

4.2.2. 行政長官和政府制定行政法規的權力

1. 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。

2. 例如在法國，政府沒有立法權，1958 憲法列舉了由法律規定的範圍，而在第 37 條中則規定所有不規定由法律規定的範圍則以規章的特性予以規範。

也就是說，根據法國憲法，執行權制定行政法規的權力延及所有沒有在憲法中規定由法律保留所包含的範圍。

3. 在葡萄牙法律制度中，那些支持在沒有一個確定行政法規之客體和主體職權的普通法律的情況下，政府不能制定具創始性規範的獨立行政

¹¹³ 參閱楊允中：《澳門基本法釋要》，澳門基本法推廣協會，1998 年，第 72 和 73 頁。

法規的人士的其中一個重要論據是在如葡萄牙的制度中，這一權力沒有必要，因為在此等制度中，政府擁有正常的立法權。

說道：“現在從一個新的觀點來看，在如我們¹¹⁴那樣的法律秩序中，如果接受政府擁有正常的立法職權而在另一個秩序中則沒有的話，那麼獨立行政法規這種規範形式就不具有相同之含義和內容，只有在後一秩序的情形中，獨立行政法規所具有的含義才可以理解的，以免出現立法者沒有規範的空白區域。也就是說，從一個運作上的觀點來看，在此等條件下，獨立行政法規有一定的合理性¹¹⁵”。

同樣指出，只有當政府沒有立法職能時，“政府的制定行政法規權(嚴格來講，獨立行政法規)才合乎邏輯，政府不能正常地立法，因而需要手段以對某些情況作出規範而不必等待議會立法者作出宣示或賦予它必要之立法許可”¹¹⁶。

而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

¹¹⁴ 指葡萄牙法律制度。

¹¹⁵ L. S. CABRAL DE MONCADA：《Lei.....》，第 998 頁。這一觀點，亦見 J. J. GOMES CANOTILHO：《Direito Constitucional e Teoria da Constituição》.....，第 839 頁，J. J. GOMES CANOTILHO 和 VITAL MOREIRA：《Constituição.....》，第三版，第 514 頁。

¹¹⁶ L. S. CABRAL DE MONCADA：《Lei.....》，第 1003 頁。

權，是完全合理的。

4. 在澳門，立法會沒有可與政府比擬的技術力量以使其可以制定足夠數量的具必要質量的法律規範。

還有必要指出的是立法者與日常生活的具體個案有一定的距離，其也不可能全面預測所有情況，這樣必須由行政當局參與其中，以便填補由法律所留下的空白¹¹⁷。

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，一如 MANUEL AFONSO VAZ¹¹⁸所明言那樣，在那些政府沒有立法權的制度中，面對我們今天要國家作出指引和詳細規定的憂慮而議會機構卻不適應時，這些論點是完全站得住腳的。

楊允中及其他人士¹¹⁹談到行政法規時，加強了同一意見：“澳門特別行政區的效率很大程度上取決於這些行政法規的制定和頒佈”。

5. 另一方面，在《基本法》中沒有任何與葡萄牙憲法第 112 條第 7

¹¹⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL：《Curso.....》，第二冊，第 174 頁。

¹¹⁸ MANUEL AFONSO VAZ：《Lei.....》，第 493 頁。

¹¹⁹ 楊允中及其他作者：《One Country, Two Systems and The Macao SAR》，澳門大學澳門研究中心，2004 年，第 312 頁。

款相似的規定，根據該規定：“行政法規應明確指出旨在予以進一步規範的法律或確定制定行政法規主體職權和客體職權的法律”，這一規定構成了那些否定在葡萄牙法律制度中存在創始性獨立行政法規可能性的觀點的支持者們的主要理據。

6. 《基本法》賦予政府非常大的自治權去推行其政策，一如與第 64 條(一)項相應的、第 107 條及續後各條所特別指出的那樣。我們也已看到，涉及政府政策的事項，立法會議員只有在政府事先書面同意的情況下，才可以提出法案和決議案(第 75 條)。那麼，在該等事項方面，行政長官和政府需要法律的許可才能對其制定行政法規是不能認同的，因為是立法會需要行政長官的許可才能對其立法，這也是支持獨立行政法規的另一個理據。

7. 被上訴之裁判認為，如果政府透過行政法規，可以制定具對外效力的、普遍和抽象的法律規範，或在沒有任何授權性法律的情況下，制定導致民間社會負擔的該等法律規範的話，源自於《基本法》第 2 條所規定的權力分立制度將受到影響，因為政府透過行政法規去行使了立法權。

但不是這樣的，在許多穩固地確立了權力分立的制度的國家中，如作為這一原則的部分理論家，以及在某種意義上說，其實際施行的搖籃的法

國，政府透過獨立行政法規，就憲法沒有保留予議會立法職權範圍的事項，行使了廣泛的創始規範權力。

而在葡萄牙制度中走得更遠，因為是行政機關本身擁有立法權，也沒有因此而聽到對權力分立原則有疑問的聲音。

其實，如在 II, B), 3.2. 中所說，關於制定法規的權力的歷史上的理據，其出現的原因正是由於發現立法權不能確保有對社會生活而言必不可少的法規數量，因此，緊接著法國大革命後的幾年，法律即承認行政當局制定一定的法律規則。

8. 最後而且最為重要的是，基於下列幾方面的理由，在審理本案時，我們必須考慮中國憲法中有關行政法規與法律之間關係的規定、理論和實踐：

— 中國現行 82 憲法和澳門特區《基本法》同為全國人大制定的憲法性法律，前者在中國法律體系中具有最高法律地位，後者是依據前者第 31 條所制定的，兩者均在全國範圍內生效；

— 許多參與 82 憲法起草的法學家也同時參與了澳門特區《基本法》

的起草工作，他們關於行政法規與法律之間關係的理論肯定有相當程度的關聯性；

—82 憲法和澳門特區《基本法》中有關立法機構及職權、制定行政法規之主體等規定是基本一致的：

82 憲法第 58 條：全國人民代表大會和全國人民代表大會常務委員會行使國家立法權。

第 62 條(三)項(全國人民代表大會行使下列職權)：制定和修改刑事、民事、國家機構的和其他的基本法律。

第 67 條(二)項(全國人民代表大會行使下列職權)：制定和修改除應當由全國人民代表大會制定的法律以外的其他法律。

第 67 條(三)項(全國人民代表大會行使下列職權)：在全國人民代表大會閉會期間，對全國人民代表大會制定的法律進行部分補充和修改，但是不得同該法律的基本原則相抵觸。

第 89 條(一)項(國務院行使下列職權)：根據憲法和法律，規定行政措施，制定行政法規，發佈決定和命令。

澳門《基本法》第 50 條：澳門特別行政區行政長官行使下列職權：(五) 制定行政法規並頒佈執行。

第 67 條：澳門特別行政區立法會是澳門特別行政區的立法機關。

第 71 條：澳門特別行政區立法會行使下列職權：(一)依照本法規定和法定程序制定、修改、暫停實施和廢除法律。

— 中國憲法及立法理論一致認為，行政法規是中國法淵源之一，是中央政府行使行政立法權的表現，國務院既可以根據具體法律的規定制定從屬性或執行性行政法規，也可以對憲法第 89 條所規定的其職權範圍內的事項制定具創設性規範的獨立行政法規而不需全國人大或其常委會具體法律的授權；

— 《基本法》中行政法規這一法規制度來自於中國 82 憲法，不同於原澳門法律制度中的行政規章，前者所規範的事項範圍寬廣得多，後者類似於 82 憲法第 90 條所指的國務院各部、各委員會制定的規章；

— 上述關於法律與行政法規關係的理解已被全國人大常委會於 2000 年 3 月 15 日所通過的《立法法》予以規定；

—事實上，國務院所制定的行政法規涉及範圍非常廣泛，數量非常多，許多是具創設性規範的獨立行政法規並含有對個人和法人的各種義務、負擔和限制方面的內容。自中國改革開放到 2000 年底，所制定的行政法規有 800 多件，而由全國人大及其常委會制定的法律才 271 件¹²⁰；

應在此指出的是，被上訴裁判中所引用的著作¹²¹中的段落以支持其理解的所說的明顯與其理解相反，該段落說，在中國憲法法律中，可以制定獨立的行政法規：

“……

—《行政法規和規章具有法律效力，必須具備一定的條件。一般來說，可以分為實質要件和形式要件兩方面。實質要件包括：(1)其制定機關必須是依法享有行政立法權的機關，無權機關的所謂‘立法’是一種越權行為，沒有法律效力；(2)其規定的內容，必須限於制定機關的權限範圍之內，超出權限範圍的，沒有法律效力（劃線為我們所加）；(3)其內容不得與憲法、法律及上位階的法規相抵觸。形式要件包括：(1)制定程序合法；(2)採用書面表示，注明制定、批准的機關名稱及發佈時間，結構、語言

¹²⁰ 應松年：《當代……》，第 563 頁。

¹²¹ 應松年和朱維究：《行政法與行政訴訟法教程》，北京，中國政法大學出版社出版，1989 年，第一版，第 156 頁。

等符合規範化的要求》；

……

— 《從立法目的和內容來說，行政立法可以分為以下四類：

……

3. 自主性立法。這是行政機關為履行法律賦予的職權，確定管理對象一定的行為規則而進行的行政立法活動。它是行政機關根據憲法和組織法的有關規定，在自己的職權範圍內，對法律或其他法規未規定的事項獨立地、自主地進行立法活動，因此叫做自主性立法或者獨立性立法。行政立法中大量的的是自主性立法。例如，憲法第八十九條規定了國務院的各項職權，國務院就可以在自己的職權範圍內進行自主性立法，不需要全國人大及其常委會授權（劃線為我們所加）。

……”

因此，行政法規需要一項預先法律給予授權的要求是沒有法律依據的。

9. 同樣，不能從《基本法》的任何規定中可以得出行政法規不能設定針對個人的義務或限制的結論，根據第 40 條規定，行政法規所不能做的是，不能對《基本法》第三章所提及的基本權利，以及該第 40 條所提到的國際公約所規定的權利施加限制，這些事項應以法律予以規定。因此，只要有關事項並非保留予立法會法律，就不能阻止行政法規可以設定針對個人的義務或施加限制。

理解 SÉRVULO CORREIA¹²²所作之解釋，我們認為當法治國家的社會核心導致負擔與受益常常不可分割及為保障個人範疇的尊嚴而使社會負擔重要性增加時，在獨立行政法規中就被動主體法律狀況和主動主體法律狀況的限制的設定規定方面維持一個核心保留也是沒有意義的。

10. 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。

這也是澳門理論界的理解，原澳門行政法院法官，LINO

¹²² SÉRVULO CORREIA：《Legalidade.....》，第 250 頁。

RIBEIRO¹²³(譯名：李年龍)認為：“關於獨立行政法規的可接受性問題，我們的立場是，在保留予立法會立法權以外的領域，行政長官和政府擁有制定具創始性規章規範的職權：其主體職權來自於第 50 條第 5 款和第 64 條第 5 款；而在賦予政府‘自行’決定特定政策的權力的規定中，含有其客體職權”。

同時，JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS¹²⁴寫道：“承認行政長官和政府在制定行政法規上擁有廣泛的職權是與由《基本法》所設定的制度非常協調的，即使針對行政法規內所特定規定的事項，沒有法律給予他們授權，他們也可以制定行政法規”。

僅此就必須撤銷被上訴之裁判。

5. 第 17/2004 號行政法規

我們在上一點已得出結論認為不必有一項授權法之後才能有獨立的

¹²³ LINO RIBEIRO：《Curso de Procedimento Administrativo》，澳門，行政暨公職局，2001 年，第 138 頁。

¹²⁴ JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS：《Manual de Formação de Direito Administrativo de Macau》，法律及司法培訓中心，澳門，2006 年，第 180 頁。

行政法規。

被司法上訴之行政行為適用了規定於第 17/2004 號行政法規第 4 條第 1 款(一)項和第 2 款的規範，該規範調整有關非本地居民在沒有獲許可為他人從事活動的情況下，從事有或無報酬之活動而在特區逗留之事宜。

這一事項不受法律保留所限，故行政長官可以制定所提到的行政法規。

6. 第 4/2003 號法律(入境、逗留及居留許可制度的一般原則)

但即使接受被上訴之裁判之觀點，即所有行政法規必須有一普通法律作為其依據，儘管這樣，中級法院之決定也是不能接受的。

事實是澳門特別行政區入境、逗留及居留許可制度的一般原則由一立法文件作出規定，具體地講是由 3 月 17 日第 4/2003 號法律規定的。

在所提到的第 4/2003 號法律第 7 條中，對在特區的逗留的限制作出了規定。

第 8 條允許為求學、家庭團聚或其他可予考慮的類似情況而給予逗留的特別許可。

另一方面，4 月 14 日第 5/2003 號行政法規是對由第 4/2003 號法律所規定的澳門特別行政區入境、逗留及居留許可制度的一般原則作出補充規定。

在該行政法規第 7 條中，具體規定了特區進入、逗留許可的程序，而在第 9 條和續後各條中，具體規定了在特區逗留的條件。

儘管案中的第 17/2004 號行政法規規定了禁止非法接受或提供工作，以及訂定相關的處罰制度，但事實也是在其第 4 條——正是與本案情況有關——對我們前面已提過的、第 4/2003 號法律第 8 條中提到的為類似情況之人士在特區逗留作出規範。

明顯地第 17/2004 號行政法規第 4 條可以被視為載於第 4/2003 號法律中的制度的補充規範，而在後者的第 15 條規定了之後由行政法規作補充規定。

僅此就必須認為適用於本案情況的規範有一立法行為作為其基礎。

也就是說，當對審理在特區逗留的請求所涉及的有用規範與非法工作無關，更與非法工作的處罰無關，同時儘管與在澳門提供工作或服務有聯繫，但該規範只是對涉及有關人士在特區逗留作出規定的話，第 17/2004 號行政法規有規定禁止非法接受或提供工作，以及訂定相關之處罰制度均完全無關緊要的了。

因此，在本案中，並不涉及任何非法工作的行政處罰，故不明白為何被上訴之裁判觸及如下之問題：在涉及處罰制度方面，第 17/2004 號行政法規是否可以廢止載於 2/90/M 號法律(《秘密移民法》)中的制度。

同樣基於這一理由而必須撤銷被上訴之裁判。

四、決定

綜上所述，撤銷被上訴之裁判，如沒有其他阻礙性原因，中級法院應對司法上訴的上訴人所提出的問題作出審理。

沒有訴訟費用。

2007年7月18日，於澳門。

法官：利馬（裁判書製作法官）— 岑浩輝 — 朱健

出席評議會的檢察院司法官：宋敏莉