

陈广汉 黎熙元 主编

# 當代港澳研究

Studies on  
Hong Kong and Macao

第 4 辑

中山大学出版社

陈广汉 黎熙元 主编

# 當代港澳研究

Studies on  
Hong Kong and Macao

第④辑

中山大学出版社

· 广州 ·

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

当代港澳研究·第4辑/陈广汉,黎熙元主编. —广州:中山大学出版社,2011.9  
ISBN 978-7-306-03984-2

I. 当… II. ①陈… ②黎… III. ①区域经济—经济发展—香港—文集 ②区域经济—经济发展—澳门—文集 IV. ①F127.658-53 ②F127.659-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 191653 号

---

出版人: 祁 军

策划编辑: 李海东

责任编辑: 李海东

书名题词: 廖蕴玉

封面设计: 林绵华

责任校对: 李海东

责任技编: 何雅涛

出版发行: 中山大学出版社

电 话: 编辑部 020-84111996, 84111997, 84113349, 84110779

发行部 020-84111998, 84111981, 84111160

地 址: 广州市新港西路 135 号

邮 编: 510275 传 真: 020-84036565

网 址: <http://www.zsup.com.cn> E-mail: [zdchs@mail.sysu.edu.cn](mailto:zdchs@mail.sysu.edu.cn)

印 刷 者: 广州中大印刷有限公司

规 格: 787mm × 1092mm 1/16 9 印张 214 千字

版次印次: 2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 23.00 元

---

如发现本书因印装质量影响阅读, 请与出版社发行部联系调换

## 学术委员会

(按姓氏字母排序)

陈广汉 封小云  
郭正林 饶美蛟  
王 璿 许学强  
杨允中

## 编辑委员会

(按姓氏字母排序)

陈广汉 陈丽君  
黎熙元 刘祖云  
毛艳华 袁持平  
周运源

主 编：陈广汉 黎熙元

编 辑 部：张光南 郑婉卿

编辑部地址：广州新港西路135号中山大学港澳珠江三角洲研究中心《当代港澳研究》  
编辑部，510275

电 话：(020) 84113236

传 真：(020) 84036749

电 子 邮 件：puhkmac@mail.sysu.edu.cn

网 址：<http://hkmac.sysu.edu.cn>

## 目 录

### 观点争鸣

- 澳门特别行政区行政法规立法监督问题研究…………… 郭天武 陈雪珍 1  
再论澳门特别行政区行政法规性质和地位问题…………… 许 昌 11

### 港澳经济社会研究

- 澳门美食节嘉年华顾客满意度研究…………… 王 心 20  
澳门金融对香港依存度的实证分析…………… 陈章喜 33  
大珠江三角洲城市垃圾焚化发电发展经验对香港的启示…………… 薛凤旋 许志桦 45  
香港金融机构集聚分析…………… 陈 平 颜 超 肖冬红 58  
珠江三角洲地区品牌发展现状分析…………… 蒋廉雄 陈广汉 73  
澳门的社会结构与族群关系…………… 邵宗海 95  
香港人口老龄化对其经济发展的影响研究…………… 刘 洋 106

### 港澳研究系列成果之二:

《教育部人文社会科学重点研究基地重大项目成果丛书》(2006—2010年)

- …………… 《当代港澳研究》编辑部 127

- Contents…………… 131

- 征稿启事…………… 135

- 稿件体例…………… 136

# 澳门特别行政区行政法规立法监督问题研究\*

郭天武 陈雪珍

**摘要：**澳门特别行政区成立以来，行政主导体制在制定法规方面发挥了重大作用，却带来行政法规监督上的难题。通过中央对行政长官的监督，缺乏透明性及有效性；通过立法会制定的法律对行政法规的规制，虽符合现代民主之义，但由于行政长官权力性质的双重性、行政法规内容的相对独立性以及法律与行政法规效力位阶的模糊性，法律监督模式在澳门作用有限。因此，有必要在澳门特别行政区建立健全以审查行政法规是否符合《基本法》为主要内容的司法审查模式，并进一步规范和细化司法审查的主体和相关程序。

**关键词：**《基本法》 行政法规 监督 司法审查

《澳门特别行政区基本法》（以下简称《基本法》）实施以来，行政主导的政治体制在澳门回归后的建设中发挥着至关重要的作用，但也带来了如何监督和制约行政权力的难题。尤其对于行政机关制定的行政法规，鉴于其在澳门特别行政区的特殊地位，现有的各种监督方式都显得捉襟见肘。从澳门特别行政区的《行政诉讼法典》到《关于订定内部规范的法律制度》，虽然对行政法规的地位及监督问题有所涉及，但对于行政长官制定行政法规的监督问题仍缺乏明晰性，不能有效解决现有问题。

根据《澳门组织章程》的规定，澳门原有法律体系的渊源有法律、法令、训令和批示。因此，《基本法》中首次出现的“行政法规”成为广受争议的概念。有学者认为，行政法规等同于澳门特别行政区回归前的训令和批示；也有学者认为，行政法规是特别行政区原有法律渊源体系之外的一种新的法律渊源。澳门终审法院法官在解释《基本法》中行政法规的概念时，认为它源于我国《宪法》中的行政法规概念，并与我国内地的行政法规具有相同的地位和属性。《基本法》中出现“行政法规”字眼的条文共有五处，分别是第8条关于制度基本不变的规定、第11条关于现有法律不得与《基本法》相抵触的规定、第50条关于行政长官制定行政法规的职权的规定、第58条关于行政长官制定行政法规须征询行政会的意见的规定以及第64条关于政府草拟行政法规的规定。尽管这些条文都使用了“行政法规”这一表述，“行政法规”所指的含义和范围却不尽相同。本文所讨论的行政法规，仅指第50条第5项、第58条、第64条第5项规定的行政法规，即澳门特别行政区成立后，出于行政管理的需要，由特别行政区政府草拟，行政长官制定并颁布执行的规范性文件。

---

\* 本文是国家社科基金项目“香港基本法实施问题研究”（08CF013）的前期成果。特此感谢国家社科基金资助。

## 一、特别行政区行政法规的中央监督模式

### (一) 由中央监督行政法规立法的可能性

根据《基本法》的规定，中央与特别行政区的关系是中央与地方的关系，在“一国两制”的理论指导下，在保持我国单一制国家体制的基础上，中央授予澳门特别行政区高度自治权。但“自治不能没有限度，既有限度就不能‘完全自治’，‘完全自治’就是‘两个中国’，而不是一个中国。”<sup>①</sup>因此，澳门特别行政区的自治权不具有绝对的独立性和闭合性，必须受到中央的必要和合理的监督。

根据《基本法》的规定，一方面，行政长官是特别行政区的首长，由中央政府任命，对中央负责。这就决定了行政长官制定行政法规的权力受中央监督。中央政府有权向行政长官发出指令，要求行政长官“执行中央人民政府就本法规定的有关事务发出的指令”。<sup>②</sup>另一方面，全国人大常委会拥有对《基本法》的最终解释权，若涉及行政法规是否违反《基本法》的争议时，也可提请全国人大常委会解释《基本法》，通过《基本法》解释权的行使保证行政法规不违反《基本法》的规定。与特别行政区法律一样，行政法规同样受全国人大常委会的监督。

所以，行政长官制定行政法规的权力受中央监督乃中央与地方关系的必然结果，澳门特别行政区虽然享有明显高于我国其他地方的自治权，但中央有权对行政长官的活动进行监督，以保证《基本法》在澳门的有效实施。

### (二) 中央监督方式的局限性

通过中央对行政法规进行监督，可以作为一种辅助方式，但不易在日常的行政法规审查中发挥良好的效果。首先，基于政治等方面的考虑，中央在对待港澳问题上一直保持谦抑的态度，很少直接进行干涉。其次，根据《基本法》有关中央与特别行政区的职权划分，“全国的政权形式与特别行政区地方政权形式是全局与局部的关系，中央不干预特别行政区自治范围的事务”<sup>③</sup>。特别行政区的地方性事务由特别行政区自己管理，若行政法规只是针对澳门特别行政区的自治事项进行规定，实为中央力所不能及。再次，通过中央对行政长官的直接监督缺乏透明性，难以保证让各界信服；通过全国人大常委会对《基本法》的解释进行监督，又不一定能保证及时有效地发现问题；最后，全国人大常委会在发现行政法规与《基本法》不符的情况下，应当通过何种程序进行监督，是直接宣布行政法规无效，还是像立法会制定的法律一般，由其自行修改，都缺

<sup>①</sup> 《邓小平文选》第三卷，人民出版社1993年版，第30页。

<sup>②</sup> 参见《澳门特别行政区基本法》第50条第12项。

<sup>③</sup> 肖蔚云：《行政长官制是单一制下新的澳门特别行政区地方政权形式》，骆伟建、王禹主编：《澳门人文社会科学研究文选》（基本法卷），科学社会文献出版社2009年版，第223页。

乏具体和具有可操作性的程序性规定，难免在实践中造成困惑而难以实行。

## 二、特别行政区行政法规的法律监督方式

### （一）立法权制衡行政权的合理性基础

“为了防止滥用权力，必须通过事务的统筹协调，以权力制约权力。”<sup>①</sup>由代表人民主权的代议机关对行政权进行制约是现代民主的应有之义，对于强调效率优先，强调上行下效，掌握大量社会资源的行政权，如果没有有效的权力机构对行政权及时限制纠正，任由行政权毫无边界地扩大，自由便不复存在，民主便难以求存。因此，“在一个自由国家里，尽管立法权不应钳制行政权，它却有权且应该有权审查它所制定的法律的执行情况”。<sup>②</sup>由民主产生的立法机关对行政权力进行监督，以实现权力对权力的制约，是法治国家的通例。通过立法会制定的法律对行政法规进行监督具有其存在的合理性基础。

### （二）法律监督方式的局限性

相较于香港特别行政区，行政主导的体制在澳门特别行政区得到更加全方位的体现。这虽然有力保障了初创阶段的稳定，但也带来对行政权力，尤其是对行政长官制定行政法规的权力进行监督制衡的难题。

#### 1. 行政长官权力性质的双重性

立法权是指国家有权限的机关制定由国家强制力保证实施的规范性文件的权力。<sup>③</sup>早期分权理论赋予议会制定规范性文件的权力，政府则作为议会立法的执行机关，充当“守夜人”的角色。<sup>④</sup>随着经济的发展，政府承担起越来越多的社会管理职能。社会分工越来越细，复杂严格的制定程序和专业技术知识的缺乏使得议会难以胜任日益繁重的立法任务。“将立法权委托行政机关或其他实体行使已势在必行，委托立法由此产生。”<sup>⑤</sup>于是，议会开始将部分立法工作委托政府进行。“把行政机关看成仅仅是立法指令之执行者的行政法理论就不再令人信服了。由于国会（或任何规则制定者）没有能力给出精确的指令或设定毫无异议的目标，以便行政机关将来对具体情形作出有效决定，所以，行政机关高度自由裁量权的产生是不可避免的。”<sup>⑥</sup>

①（法）孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），商务印书馆2010年版，第166页。

②（法）孟德斯鸠：《论法的精神》（上卷），商务印书馆2010年版，第172页。

③ 参见《牛津法律大辞典》“立法职能”条目，光明日报出版社1988年版。

④ 大多数西方国家基于权力分立思想构建政治体制，使行政、立法、司法权力分别由不同的机关执掌。在17—18世纪资本主义发展早期，社会经济简单，社会问题较少，政府的职能有限，“管得最少的政府便是最好的政府”是当时流行的政府评价标准。只有立法机关可以制定法律规范，由行政机关实施，行政机关仅仅是立法指令的执行者。

⑤ 马怀德主编：《中国立法体制、程序与监督》，中国法制出版社1999年版，第73～76页。

⑥（美）理查德·B·斯图尔特：《美国行政法重构》，商务印书馆2002年版，第63页。



故而，在目前的社会中，立法权不再由立法机关独享，“制定法律的机构，除立法机关以外，尚有其他机关”<sup>①</sup>。议会不是“行使国家立法权的绝对唯一的主体”<sup>②</sup>。立法机关和立法主体成为两个不同的概念。例如，在葡萄牙宪法中，国家的立法职能由议会和政府共同行使<sup>③</sup>；法国宪法也规定，议会制定法律，在法律事项外，由政府制定条例<sup>④</sup>。当然，政府不因为行使了立法职能而变成立法机关。“从权力分立的理论和原则来说，一个国家或地区不可以存在两个或以上的立法机关，凡行使立法职能的机构都可以称为立法主体，但是在这些主体中，只能有一个立法机关或称为代议机关。”<sup>⑤</sup>

葡萄牙宪法采取国会和政府分别行使立法权的体制，这一体制延伸至澳门。根据《澳门组织章程》，立法职能由立法会和总督行使，也就是常说的“双轨立法体制”<sup>⑥</sup>，两个不同的主体享有相同性质的立法权，彼此独立。特定的历史条件造就了澳门特别行政区行政长官权力性质的双重性，《基本法》对《中葡关于澳门问题的联合声明》（以下简称《联合声明》）的变动更加证实了这一观点。《联合声明》附件一第3条规定：“澳门特别行政区的立法权属于澳门特别行政区立法机关。”“澳门原有法律、法令、行政法规和其他规范性文件，除与《基本法》相抵触或澳门特别行政区立法机关作出修改者外，予以保留。”《基本法》第67条规定：“澳门特别行政区立法会是澳门特别行政区的立法机关。”第17条规定：“澳门特别行政区享有立法权。”第8条规定：“澳门原有的法律、法令、行政法规和其他规范性文件，除同本法相抵触或经澳门特别行政区立法机关或其他机关依照法定程序作出修改者外，予以保留。”通过两者的对比可以发现，《联合声明》的表述具有排他性，容易被理解为除了立法机关外，其他机关均无立法权，只有立法机关才能对原有法律、法令、行政法规和其他规范性文件作出修改。《基本法》的表述则变更为立法权属于特别行政区，立法机关制定法律，行政机关制定法规，第8条增加“其他机关”作为立法主体。可见，在目前的澳门特别行政区，立法会不是唯一享有立法权的机关。

因此，《基本法》的规定为行政长官的立法权留下了一定的空间。行政长官既是澳门特别行政区的首长，也是特别行政区政府的首长，具有双重身份。其身份的双重性决定了其权力性质的双重性。从澳门特别行政区法律渊源的历史沿革和《基本法》规定的措辞来看，行政长官制定行政法规的权力，并不一定归属于行政权性质，可以简单地由立法会制定的法律进行审查监督。

## 2. 行政法规调整范围的相对独立性

《基本法》仅明确规定，澳门立法会是澳门的立法机关，有权依照《基本法》规定

① 朱志宏：《立法论》，三民书局1985年版，第6页。

② 周旺生主编：《立法研究》（第一卷），法律出版社2006年版，第89页。

③ 参见《葡萄牙共和国宪法》第115条、164条、167条、168条、172条、201条。

④ 参见《法兰西共和国宪法》第34条、37条。

⑤ 骆伟建：《“一国两制”与澳门特别行政区基本法的实施》，广东人民出版社2009年版，第84页。

⑥ “单轨立法”与“双轨立法”的说法在澳门虽然十分流行，但还没有一个明确界定“单轨立法”与“双轨立法”的概念与标准。通说认为，澳门回归前，立法职能由总督和立法会行使，所以就是双轨立法；现行《澳门特别行政区基本法》没有明确规定立法职能由立法会和行政长官行使，所以是单轨立法。

和法定程序制定、修改、暂停实施和废除法律；澳门行政长官是澳门特别行政区的首长和政府首长，有权制定行政法规并颁布执行。但《基本法》没有规定法律和行政法规各自的调整对象。

为进一步解决这个问题，澳门特别行政区第13/2009号法律《关于订定内部规范的法律制度》（以下称为《澳门立法法》）对澳门各规范性文件的调整范围作出规定。根据《澳门立法法》第4条，行政法规包含两种类型：一是行政长官的独立行政法规，二是行政长官的补充性行政法规。独立行政法规是行政长官直接依据《基本法》而非一般法律的授权而制定的，可以就法律没有规范的事宜设定初始性的规范；补充性行政法规是为执行法律而制定的，只能规定执行法律所必需的具体措施，不具有独立的调整范围。与补充性行政法规不同的是，独立行政法规有自己的调整范围，可独立于法律规定相关事宜。《澳门立法法》也对独立行政法规和法律各自的调整范围进行了分工，第7条规定了七项属于独立行政法规规范的内容。<sup>①</sup>问题在于，该法第7条对法律和独立行政法规的分工，是否意味着这些事项专属于行政法规，而不能由法律进行调整？

《澳门立法法》第5条规定，立法会有权就澳门特别行政区自治范围内的“任何事宜”制定、修改、暂停实施和废除法律。从字面上理解，“任何事宜”显然应包含第7条规定的由独立行政法规规范的内容。然而，这种理解和“独立行政法规”这一表述方式似有矛盾。笔者认为，不能简单地从字面上理解“任何事宜”与“独立行政法规的事项”的关系，而应该从实质内容上理解两者的关系。

就内地政治体制而言，全国人民代表大会不仅是国家的立法机关，还是权力机关，其他国家机关由它产生并对它负责。但澳门特别行政区的立法会仅是澳门的立法机关，行政长官作为特别行政区的首长，享有广泛的权力，从《基本法》第四章关于政治体制的安排上看，行政长官位于立法会之前，其地位显而易见。所以，综合澳门特别行政区“行政主导”体制来理解，独立行政法规有其保留事项是合理的。根据《基本法》第75条的规定，凡涉及公共收支、政治体制或政府运作的法案，立法会议员不能提出；凡涉及政府政策的法案，议员在提出前必须得到行政长官的书面同意。“当行政长官已经制定了行政法规或认为应该制定行政法规，政府不会向立法会提出法案进行立法，从立法程序上排除了冲突。”<sup>②</sup>可见，《基本法》在实质意义上赋予了独立行政法规相对保留事项。一般而言，行政法规和法律有各自相对独立的规范内容，法律不可能涵盖和指导行政法规的各项规定，进而对行政法规的合法性作出判断。

### 3. 法律与行政法规效力位阶的模糊性

大多数学者认为，由于议会一般由人民选举的议员组成，是人民的代议机关，议会

<sup>①</sup> 分别是：（1）充实、贯彻和执行政府政策的规范；（2）管理各项公共事务的制度和办法；（3）政府的组织、运作及其成员的通则；（4）公共行政当局及其所有的部门及组织单位的架构和组织，包括咨询机关、具法律人格的公共部门、公务法人、公共实体、自治部门及基金组织、公共基金会、其他自治机构及同类性质机构的架构及组织，但不包括属于立法会、法院、检察院、审计署及廉政公署的机构或纳入其职能或组织范围内的机构，以及对基本权利和自由及其保障具有直接介入权限的机构，尤其是刑事调查机关；（5）行政会的组织、运作及其成员的通则；（6）行政违法行为及其罚款，但罚款金额不超过50澳门元；（7）不属于本法第六条规定的其他事项。

<sup>②</sup> 骆伟建：《论澳门特别行政区立法法的几个问题——与内地立法法的比较分析》，《社会科学》2010年第3期，第76页。

采取辩论或多数决议制，具有更高的民主性，因此，“法律为国家意思中的法律效力最强者”，“以法律形式表现之国家意思，优先于任何其他国家意思表示”。<sup>①</sup>有学者据此认为，澳门特别行政区行政法规在澳门法律体系中的位阶也低于法律，当行政法规与法律发生冲突时，应一概以法律为准，并以《基本法》第11条第2款中规定的“法律、法令、行政法规和其他规范性文件均不得同《基本法》相抵触”为依据。笔者认为，这种看法是值得商榷的。

确定不同规范性文件之间的效力，主要有两种标准。一是以立法主体的地位和性质确定效力等级，中国宪法即属于这种类型，全国人民代表大会是国家最高权力机关，所以，它制定的法律的地位高于其他规范性文件。我国《立法法》对规范性文件的位阶作出了明确规定：根据第79条，法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章；根据第88条，当行政法规与法律发生冲突时，全国人大常委会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规。由此可见，我国《立法法》明确规定行政法规不得与法律相抵触。法律效力优先于行政法规具有绝对性。二是以是否行使宪法授予的立法职能为标准确定效力等级，无论是立法机关还是行政机关，只要行使宪法授予的立法职能，制定的规范性文件无高低之分。如法国宪法和葡萄牙宪法，就以立法权的分工为基础，法律和法令（条例）均仅对宪法负责，任何一方违反宪法规定的立法事项都无效。<sup>②</sup>

前文已述，澳门特别行政区的政治体制不同于中国内地，对行政法规地位的理解不能脱离《基本法》规定的政治体制。“以立法主体的地位高低来决定规范的地位和效力的原则与澳门的政治体制不适应，也难以运用。”<sup>③</sup>对于补充性行政法规，是为执行法律，依据法律而订定的，当然不能抵触法律的原有规定。但独立行政法规是行政长官直接依据《基本法》而非一般法律的授权制定的，且从实质上具有独立的调整范围，其效力并不低于法律。

《澳门立法法》第3条规定：“一、澳门特别行政区的法律、独立行政法规、补充性行政法规及其他内部规范性文件须在符合《基本法》的前提下为有效。二、法律优于其他所有的内部规范性文件，即使该文件的生效后于法律。”从第2款来看，确实是确立了法律优先原则。但是，结合第1款来分析，法律优先原则是相对的不是绝对的，因为规范性文件须在符合《基本法》的前提下有效。也就是说，即使独立行政法规和法律就同一问题作出了规定，如果立法会通过某项违反《基本法》的法律，行政长官制定的独立行政法规与该法律相抵触却符合《基本法》的规定，那能因为行政法规与法律相抵触而宣布其无效吗？显然不能。所以，《基本法》在澳门的优先地位是绝对的，法律的优先地位则是有条件的。当行政法规与法律不符时，并不能直接判断哪个有效，而最终的判断标准应为是否符合《基本法》。

① 参见胡建森主编：《公权力研究——立法权·行政权·司法权》，浙江大学出版社2005年版，第132页。

② 例如，《法国宪法》第34条规定：“法律均由议会通过。”第37条规定：“不属于由法律规定的范围事项，其特点由条例来规定。”第40条规定：“在立法过程中，如果发现某提案或修正案不属于法律范围或与第38条的授予相抵触，政府可不予接受。……宪法委员会可应任何一方的请求，在八天内予以裁决。”

③ 骆伟建：《论澳门特别行政区立法法的几个问题——与内地立法法的比较分析》，《社会科学》2010年第3期，第77页。

综上所述,从《基本法》对《联合声明》的改动来看,澳门特别行政区立法会是澳门特别行政区的立法机关,但不是唯一享有立法权的机关。澳门特殊的政治体制导致澳门特别行政区的立法制度具有一定的特殊性,行政长官制定行政法规的权力,在一定意义上是一种与立法会立法权并驾齐驱的立法权。在此基础上,结合对《基本法》的理解,根据《澳门立法法》的规定,澳门特别行政区法律、行政法规之间的效力位阶并不如想象一般清晰,“法律保留”事项的不确定性成为行政长官制定行政法规随意性滋生的温床。因此,仅依靠立法机关与行政机关制约与被制约关系的构建,仅依靠法律对行政法规进行制约,难以取得我们所欲达成的效果。

### 三、特别行政区行政法规立法的司法审查进路

#### (一) 特别行政区法院审查行政法规的必然趋势

根据《美国法律辞典》,司法审查是指法院审查政府的行为以决定其是否在宪法的界限之内的权力……司法审查授权法院审查政府的行为,包括那些立法机关和行政机关的行为,并且在必要时宣告这些行为违宪。<sup>①</sup>本文所称的澳门特别行政区的司法审查,特指澳门法院对法律和行政法规等抽象性规范文件是否符合上位法,尤其是《基本法》而进行审查的活动。

通过上文的分析,澳门特殊的行政主导政治体制带来的是对行政长官制定的行政法规难以监督的问题。通过内部上下级之间的监督,通过中央政府对行政长官的监督,缺乏透明性及有效性;通过立法会制定的法律对行政法规的规制,虽符合现代民主之义,行政法规一般不得与法律相抵触,但法律在澳门的优先地位并不是绝对的,法律与行政法规在内容上具有相对独立性,使法律审查并不能包容所有的行政法规。对行政法规的监督能否另辟蹊径?

“宪政的基本前提是政府应当受到限制。这些限制在不应被政府干预所侵犯的普通人权的要求中被奉为神圣。”<sup>②</sup>但“光有宪法不能算有宪政,只有宪法得到切实实施才会有宪政。”<sup>③</sup>在澳门,《基本法》向有“小宪法”之称,我们姑且不论这一名称是否恰当,可以肯定的是,《基本法》在澳门特别行政区具有不可动摇的根本性地位,《基本法》必须得到有效实施。能否实施的关键,并不在于我们有多大的决心与意愿,而在于制度的保障,司法审查便是《基本法》实施的核心制度保障。据统计,在全世界142部成文宪法中,明文规定司法审查的就有40个,暗含规定的有24个。也就是说,在全世界现有64个国家实行这种宪法监督方式。<sup>④</sup>作为“最小危险部门”,澳门法院应当是

① (美)彼得·G·伦斯特洛姆编:《美国法律辞典》,中国政法大学出版社1998年版,第20~21页。

② 斯特凡·冯·森格·埃特林:《欧洲地区比较宪政研讨会讨论摘要》,宪法比较研究课题组编译:《宪法比较研究》(3),山东人民出版社1993年版,第139页。

③ 童之伟、姜光文:《日本的违宪审查制及其启示》,《法学评论》2005年第4期,第110~117页。

④ 参见 Henc van Maarsveen and Ger Van de Tang, *Written Constutions Oceana Publication, N. Y.*, 1987, p. 77.

澳门公权力机关中，最适合于制约立法权和行政权的主体。司法权固有的特征使其最有可能保证对正义的信守，“对颇具侵犯性和扩张性的立法权和行政权实施中立的矫正，以修复它们自身对公正的背离”<sup>①</sup>。

## （二）特别行政区法院审查行政法规的可能性

### 1. 司法审查——《基本法》解释权的逻辑节点

澳门法院是否享有对行政法规的司法审查权，应当从《基本法》中寻找答案。《基本法》虽没有明确规定法院拥有对《基本法》的审查权，但也没有否认这项权力，对此，需要通过对《基本法》的全面分析寻找答案。

根据《基本法》第143条，“全国人民代表大会常务委员会授权澳门特别行政区法院在审理案件时对本法关于澳门特别行政区自治范围内的条款自行解释”，但是享有解释《基本法》的权力是否就意味着拥有审查其他法律是否符合《基本法》的权力？这在逻辑上并没有必然联系。应当说，对《基本法》的解释权是司法审查的前提，但有了解释权，并不必然能推导出司法审查权的存在。结合《基本法》第11条第2款，《基本法》在澳门享有最高地位，任何法律、法令、行政法规和其他规范性文件，均不得与《基本法》相抵触。据此可以认为，与《基本法》条文相违背的法律法规不得适用。既然澳门法院享有《基本法》的解释权，必能解释行政法规是否与《基本法》的原意相抵触，如若发现行政法规不符合《基本法》，该行政法规自然是不能适用的。但能不能据此宣布行政法规无效，则不能从《基本法》找到明确答案。

《基本法》赋予澳门法院对自治条款的解释权，虽然不能推导出澳门法院的司法审查权，但“至少可以保证基本法没有禁止法院行使司法审查权，并为法院承担此项职能预留了必要的空间”<sup>②</sup>。美国是司法审查制度的创始国，《美国宪法》也没有明确规定法院的司法审查权，只是在第6条第2款规定：“本宪法与依照本宪法制定的合众国法律，及以合众国的权力所缔结或将缔结的条约，均为全国的最高法律，即使与任何州的宪法或法律有所抵触，各国法官均应遵守。”由于澳门特别行政区的任何法律、法令、行政法规或其他规范性文件均不得同《基本法》相抵触<sup>③</sup>，法院在审判过程中通过对《基本法》的解释，对行政法规行使司法审查权的可能性是存在的。

### 2. 司法传统——历史角度的考察

支持澳门法院拥有司法审查权的观点认为，根据《基本法》第19条第2款规定的“澳门特别行政区法院除继续保持澳门原有法律制度和原则对澳门法院审判权所作的限制外，对澳门特别行政区所有的案件均有审判权”，回归前的澳门法院就有违宪审查权，回归后的澳门也理应享有对立法行为、抽象行政行为的司法审查权。

澳门回归前，根据《葡萄牙共和国宪法》第207条，对正在审判的诉讼，法院不得适用违反宪法规定的法律规范，或违反宪法原则的法律规范，澳门法院也有对不符合

① 汪习根主编：《司法权论》，武汉大学出版社2006年版，第19页。

② 何超明：《论澳门特别行政区司法制度的主要特征及运作》，《中山大学法学论坛》2002年第12期。

③ 参见《澳门特别行政区基本法》第11条。

宪法的法律的拒绝适用权。第118-A99号共和国总统令规定澳门法院拥有原专属于葡萄牙宪法法院的权力，但当澳门总督和澳门立法会彼此认为对方制定的规范性文件违反宪法或者《澳门组织章程》时，只能向葡萄牙宪法法院提出诉讼。所以，除去澳门总督和澳门立法会向葡萄牙宪法法院提起诉讼的情况，法院应当是有根据普通当事人在诉讼中提出违宪审查请求而作出附带性审查的权力的。

虽然澳门回归后，法律制度、法院的组织都发生了本质的变化，澳门原有的违宪审查制度不可能再原封不动地套用于现有的司法制度，但历史的传承为司法审查这一制度在澳门的存续创造了至关重要的条件。

### 3. 实践先行——特别行政区法院的探索

根据《澳门特别行政区行政诉讼法典》，法院拥有对行政机关施政行为的审查权，澳门特别行政区法院有审查行政法规是否违反法律规定，以及在条件成就时宣告违法的行政法规之规范失去普遍约束力的权力。<sup>①</sup>在司法实践中，澳门中级法院和终审法院在多个司法案件的判决中明确表示，在对行政行为所提起的司法上诉中，法官可以对一个行政法规的合法性作出附带审理，“如果法院在审理案件中可以解释基本法，肯定可以得出某些法律规定或行政法规违反基本法的结论，在此情况下，必须执行基本法第11条中的规定。因此，不能适用那些违反《基本法》规定的原则的那些法规，但该法第143条规定除外”<sup>②</sup>。澳门法院的实践虽不能证明司法审查的合理性基础，法院判决书中对司法审查权的承认并不代表司法审查制度在澳门特别行政区的确立，但为未来制度的建构提供了有益探索及实践经验。

#### （三）终审法院审查模式的具体制度构想

综上所述，虽然《基本法》并没有直接规定法院对行政法规的监督职能，但基于维护澳门法律体系统一性的需要和不得违反《基本法》规定的要求，法院应有权对行政法规是否符合《基本法》作出审查判断。虽然关于澳门各级法院的司法审查权在理论上仍需进一步探讨，但自回归后，澳门各级法院依据《基本法》的有关规定，在行使审判职能的过程中，结合澳门原有法律法规，通过多个典型案例逐渐明确了法院对行政法规的监督，以及司法权对立法权和行政权的制约。但目前没有相关立法对司法审查制度作出明确规定，因此，有必要对此问题进行充分探讨并且加以规范。

合宪性审查模式大致分为两种类型：一是欧陆模式的主要审查，二是美国模式的附带审查。目前，澳门法院的司法审查权仍处于探讨阶段，澳门法院对行政法规的审查应是权利救济不得已而为之的手段。所以，在澳门的司法审查，应以附带审查模式进行构建，对行政法规是否符合《基本法》的审查只能作为具体争议内容的一部分而不能作

<sup>①</sup> 《澳门特别行政区行政诉讼法典》第88条规定：“对规范提出争议系旨在宣告载于行政法规之规范违法，而该宣告具普遍约束力。”第90条规定：“对在三个具体案件中被任何法院裁定为违法之某项规范，又或属无须透过行政行为或司法行为实施即可立即产生效力之规范，得请求宣告其违法。如申请人为检察院，得请求宣告该等规范违法而无须符合前款之要件。”

<sup>②</sup> 参见澳门特区中级法院28/2006号案件判决书。此外，17/2004号案件判决书，223/2005号案件判决书也有所涉及。

为主要争议问题提出来。

由于对行政法规的附带审查都是在一般案件中提起的，由熟悉案件情况的各级法院对行政法规进行及时的审查，有利于迅速有效地解决问题。同时，为了保证审查结果的统一性及权威性，涉及司法审查内容的案件应最终提交到终审法院，由终审法院作出终局性判断。若审查的内容涉及中央人民政府管理的事务或者中央和澳门特别行政区的关系，应由终审法院提请全国人大常委会进行审查。

《基本法》赋予澳门终审法院终审权，对于自治范围内事项的条款效力的最终审查权也应当由终审法院享有，由其宣告相关违反《基本法》的行政法规条款无效。同时，为切实保证司法监督的效果，这一司法裁决应具有普遍效力而非仅适用于个案，相应的行政法规条款自此无效。

行政法规是当代社会行政权力膨胀、社会管理日趋专业化的必然产物，特别是在行政主导的澳门特别行政区，其存续有其合理性和必要性。但是，行政法规需要受到必要的规制。行政法规在澳门特别行政区的地位和规范内容的相对独立性，决定了对行政法规的审查应当以其是否符合《基本法》为主要标准；司法机关作为“最小危险部门”，是目前权力分立体制下最适宜审查行政法规合法性特别是是否符合《基本法》内容的权力机关。未来的立法和司法实践中，逐渐明确司法机关对行政法规“违宪审查”的职权和程序，将为行政法规的进一步规范化和体系化发挥重要作用。

作者单位：中山大学法学院

## 再论澳门特别行政区行政法规性质和地位问题

许 昌

**摘 要：**澳门特别行政区立法制度包括立法会行使立法权制定法律和行政长官制定行政法规等相关制度，立法会颁布法律将行政法规又进一步细化为独立行政法规和补充性行政法规，该法的内容及实施的情况，使得原已引发的关于行政法规性质和地位的争议在新的规范平台上展开。唯规范解读、学理分析和实证研究的结果，都进一步确立行政法规应当依法制定并在效力上服从于法律的结论，要求有权机关在运用法律时减少随意性，增强依法施政的自觉自为。

**关键词：**独立行政法规 法律 行政长官 效力地位 澳门特别行政区

澳门特别行政区（简称澳门特区）第13/2009号法律即《关于订定内部规范的法律制度》的制定，不仅使澳门特区成立以来围绕行政法规制定权的争议有了初步结论，而且首次在澳门法律体系中引入了独立行政法规概念及其相关制度。笔者曾就此写下《澳门特区行政法规制定权限争议及其解决》<sup>①</sup>，介绍了该法制定的事实背景，同时也对独立行政法规的性质、制定权限划分和监督问题提出一些探讨。该法生效迄今，特区政府共制定了41个行政法规，其中6个为补充性行政法规，其余35个都是独立性行政法规，相关制度实践无疑进一步增加了对行政法规性质和地位问题的认识和研究的重要性。

### 一、行政法规性质及其适用规则的规范解读

如众所知，《澳门特别行政区基本法》（以下简称《基本法》）规定提及“行政法规”字样者共5处，即第8条、第11条第2款、第50条第5项、第58条和第64条第5项。其中除明确行政法规由特区政府草拟、行政长官制定并颁布执行外，还有对规范性文件以“法律、法令、行政法规和其他规范性文件”所作排序，而对行政法规的概念、性质、效力地位、适用规则未作进一步细致的规定。

澳门特区自行在此基础上两度确立规范。一是第3/1999号法律即《法规的公布与格式》，该法第3条和第13条将“行政法规”明确定义为一个单一特定概念，专门用以指行政长官根据《基本法》第50条第5项所制定的规范，并将之与可概括为其他规范性文件的各类其他规范包括行政命令、行政长官批示、司长批示等区别开来。但该法仍然没就行政法规的性质、效力地位和适用规则作清晰规定，以至于很长一段时间特别是2006年以后围绕行政法规合法性问题争议不断。二是第13/2009号法律即《关于订

<sup>①</sup> 署名常许，载《一国两制研究》第6期，澳门理工学院一国两制研究中心2010年10月，第44～64页。



定内部规范的法律制度》，该法进一步将“行政法规”概念一分为二，即“得就法律没有规范的事宜设定初始性的规范”的“独立行政法规”，和“得为执行法律而订定所必需的具体措施”的“补充性行政法规”（第4条）<sup>①</sup>这两个类型，并分别规定了两者的适用对象和标示格式。该法首度明确澳门特区法律的位阶规则：一是“法律、独立行政法规、补充性行政法规及其他内部规范性文件须在符合《基本法》的前提下为有效”，二是“法律优于其他所有的内部规范性文件，即使该等文件的生效后于法律”，三是“独立行政法规不得就法律所载的条文作出具有对外效力的解释、填补、变更、暂停实施或废除性的规定”。（第3条）该法还以确立立法会“一般立法权限”和明确列举“须由法律予以规范”的立法会保留权限的方式，确立立法会制定法律的相关制度。前者明确“立法会行使《澳门特别行政区基本法》赋予的职权，有权就澳门特别行政区自治范围内的任何事宜制定、修改、暂停实施和废除法律”（第5条），后者则逐项列举了19项只能由立法会以制定法律方式确立公共规范的内容。此外，该法还列举了7项“得由行政长官制定独立性行政法规”的事项范畴，并行列于规定“须由立法会制定法律”调整事项的条文之后。

上述规则本质上是对《基本法》创立的澳门特区立法体制补充以具体适用的制度，至少是对特区立法会制定法律的权限和行政长官制定行政法规的权限作了相对细化的规制，特别是初始性地创设出“独立行政法规”这类《基本法》不曾提及的概念和相关制度，因此意义非常重要。<sup>②</sup>但由于该法的内容乃至审议过程中观点纷乱杂陈，法案起草者采用的立法技术尚包含着某些令人费解甚至引发歧义的方式，故以不同的立场和观点对既成规范加以解读会形成很不一致的理解，适用该法过程和学界研究中出现争论也就在所难免。

不同的规范解读首先集中于法律和行政法规的关系上，并由此引发一系列相互对立的见解。

第一类观点主要认为，澳门特区立法会制定法律和行政长官制定行政法规都是行使立法权，法律与行政法规效力位阶上有模糊性，行政法规与法律具有同等效力，行政长官制定行政法规具有独立于法律调整的相对保留权限等。他们举出的证据最直接的即第13/2009号法律将法律和独立行政法规的适用对象分别并列条规定，强调两者都是根据《基本法》的直接授权制定，行政法规可以在无直接立法依据的条件下制定，变相维持了澳门回归前总督制定法令与立法会制定法律并存并行的体制。澳门特区政府提交的法案理由陈述中个别表述似乎对前述理解有所支持。该陈述专门指出：“特区享有的立法权，可就高度自治范围内的所有事务制定法律……立法会是特区的立法机关，有权依照《基本法》的规定和法定程序制定、修改、暂停实施和废除法律。基于行政长官制定行政法规的权力来源于《基本法》的授权，行政法规与《基本法》之间存在直接

<sup>①</sup> 该法相关引文均引自澳门政府印务局文本，[http://bo.io.gov.mo/bo/i/2009/30/lei13\\_cn.asp](http://bo.io.gov.mo/bo/i/2009/30/lei13_cn.asp)，2011年5月1日查。

<sup>②</sup> 有关特区立法会可否自行立法解决行政长官与立法会之间的权限争议、创设独立行政法规等规则的问题，相关法院也曾经提出质疑，建议提交全国人大常委会就此解释《基本法》。但从全国人大常委会对该立法案而无所动作的情况看，其正当性和合法性迄今并未受到有力的挑战。