

澳門法律體系中法律保留

蔣朝陽*

摘要 傳統意義上法律保留是解決議會與政府均有立法權的前提下議會立法事項的歸屬問題，在基本法規定立法權由立法會行使的前提下，法律保留理解為法律先定可能更為合適。制規權（行政法規制定權）由基本法賦予，作為行政管理權的主要內容，也受法律保留（法律先定）原則的約束，在法律保留（法律先定）之外，獨立行政法規的存在有其合理性和正當性。基於特別行政區的法律地位、行政長官的雙重地位和雙重負責，法律保留（法律先定）在有關行政長官直接行使基本法賦予的職權方面存在界限，法律保留（法律先定）原則存在相對性。

關鍵詞 法律保留 法律先定 行政法規制定權 澳門基本法

澳門法律體系中法律保留原則的討論始於特區成立初期至2009年第13/2009號法律頒布之前，其焦點問題是行政法規能否在沒有法律的前提下做出創設性規定。對此，第13/2009號法律確認了獨立行政法規的地位，從而初步厘清了立法會立法權與行政長官制定行政法規的權力（下稱“制規權”）的界限。然而，對澳門法律體系中法律保留的性質和內容如何看待，獨立行政法規在理論上究竟與法律保留是否相抵觸等問題，仍需要進一步分析。這些分析，有助於豐富澳門特區法律體系中法律保留制度。

一、澳門法律體系中法律保留問題的產生及其解決

對澳門法律體系中法律保留問題的討論，是由司法裁判所引發的。從澳門特區成立初期，至2006年，行政長官制定了230多項行政法規。從2005年開始，至2008年，澳門特區行政法院、中級法院在多個針對行政當局所做的行政行為的案件中，認為行政行為所依據的行政法規欠缺法律前提，從而違反基本法的規定而撤銷所訴的行政行為。這就引發了澳門特區法律體系中法律保留問題的討論。這些裁判主要有：中級法院第223/2005號、中級法院第280/2005號、中級法院第43、44、45、48、53、143、144和145/2006號等8份裁判書，以及行政法院第38/05-EF號等裁判。

* 蔣朝陽，澳門大學法學院教授。

最早提出法律保留問題的是澳門中級法院第223/2005號裁判。該裁判就禁止非法工作的第17/2004號行政法規，不得在未經立法會以法律形式授權下，以行政規章方式自行創設或發展一套抵觸現行狹義法律的非法工作懲治制度，其司法見解認為行政法規無法律前提，屬於違反實質合法性原則。

對中級法院的上述司法見解，終審法院在第28/2006號裁判中，做出了相反的見解：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。這樣，終審法院在這一裁判中確立了對違反基本法的法規的附帶性審查權和法律保留之外的獨立行政法規地位。

對終審法院的司法見解，中級法院在第536/2007號裁判中認為，法律與行政法規的關係問題觸及澳門特區的政制與中央與特區關係等問題，而根據澳門基本法第144條，澳門特區任何權力機關均無自行更改本地政制的權力。對此，也有學者主張需要提請“人大釋法”。

特區政府在社會共識的基礎上，決定在基本法框架內通過特區立法解決這一問題。2007年7月，特區政府向立法會提交了《關於法律與行政法規的規定》的法案。特區政府在“理由說明”中認為，該法案不是“分權法”，而是落實基本法賦予的立法權和行政法規制定權。2009年7月，法案經過討論審議，最後獲得通過，成為第13/2009號法律《關於訂定內部規範的法律制度》。這樣，在立法上，厘清了立法權與制規權的界限，確立了獨立行政法規的地位，初步解決了澳門法律體系中法律保留問題。

二、澳門法律體系中法律保留制度的特點

（一）屬於形式法律保留

法律保留即憲法規定的某些事宜的法律制度應由法律及只可由法律規定，不得由其他規範性法源規定。法律保留有兩個層面：一是積極層面：應由法律規定的事宜不得推卸給其他法源；二是消極層面：法律保留的事宜禁止其他法源（執行性規範除外）。

與此同時，澳門法律保留制度中確立法律位階優先原則。行政法規不能違反法律，不能以行政法規填補、變更、中止或廢止法律。

（二）屬於議會保留：立法會保留

法律保留即以立法機關制定的法律來規定的事宜的權限。這與立法會是澳門特區立法機關的憲制地位一致。

（三）引入絕對法律保留

第13/2009號法律第6條確立了澳門法律體系中絕對法律保留制度。

所謂絕對保留是指必須由法律予以規範的事項。根據該法第6條的規定，共有19項屬於由立法會以法律規範的事項。

（四）引入相對法律保留

相對法律保留事項是指既可以由法律規定，也可以由獨立行政法規予以規範的事項。第13/2009號法律第7條第1款規定的獨立行政法規規範的事項屬於相對法律保留的事項，不是“行政保留”。

與此同時，確認獨立行政法規地位。第13/2009號法律未採納嚴格的“法律優位”原則，對無法律事先規定、不能制定行政法規的觀點進行了修正。在基本法賦予行政法規制定的主觀權限和客觀權限下，在絕對法律保留事項之外，無法律事先規定，可依據基本法制定獨立行政法規，可以就法律沒有規範的事宜設定初始性的規範。從性質上看，獨立行政法規事項屬於法定授權，不是“立法許可”。這些事項主要有：基本法規定政府自行制定及執行政策、政府自行制定管理制度或辦法的事項、公共部門的設立、調整及撤銷，以及行政管理不

可或缺的行政違法及其處罰制度等。此外，為充實法律規定的基本制度，也可制定執行性及補足性行政法規。

（五）確立重要事項法律保留原則

1、可能對市民造成較大影響的重要事項，例如基本權利、居留權（同樣是一項基本權利）、刑法及刑事訴訟法、行政程序法等。

2、大陸法體系中的基本法律，這是澳門法律體系中的基石部分，例如民法典、民事訴訟法典、商法典等法律規範。

3、政治上和經濟上的重要事項，涉及基本法規定的基本制度。例如財政預算和稅收、貨幣、金融和信貸活動、議員章程、立法會輔助部門的組織、運作和人員的法律制度、公共行政工作人員的基本制度，以及“法律的格式”等，亦屬於上述所列事項內。此外，也包括了登記法典和公證法典、規範性文件的格式、關於土地、地區整治、城市規劃和環境的法律制度、所有權制度、公用征用和征收制度，以及訂定行政違法行為的一般制度、有關程序及處罰等。

4、“基本法賦予立法會立法權限的其他事項”也屬於重要事項的範疇。例如包括法院及檢察院的組織、職權和運作、市政機關的職權和組成、義務教育、科學技術的研究成果、專利和發明創造的保護、作者的文學藝術及其他創作成果和合法權益的保護等。

（六）基本權利與自由事項的法律保留

1、保留予法律規範的事項包括整個基本權利和自由的制度，而非僅限於對這些權利自由的限制。此外，亦不僅限於居民，而是包括任何人的基本權利和自由。

2、關於公共行政當局及其所有的部門及組織單位的架構和組織，可由獨立行政法規予以規範，但對基本權利和自由及其保障具有直接介入權限的機構，尤其是刑事調查機關，則不能成為這些法規的規範對象。

3、基本權利和自由及其保障源自多種規範淵源：基本法和其他法律以及基本法第40條規定的國際法文件。

4、關於行政違法行為的制度，包括其處罰的訂定。

三、澳門現行法律保留制度的問題

（一）獨立行政法規制定的問題

獨立行政法規是第13/2009號法律引入的新的制度，該法律將行政法規劃分為獨立行政法規和補充行政法規。根據該法的規定，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，得就7個方面事項作出規定，並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。

獨立行政法規的規定，可能產生一系列的理論和實踐問題。獨立行政法規的“獨立”一詞指的是在無立法會法律的前提下，行政長官在遵守基本法和一般法律原則及法律保留的情況下，就法律沒有規範的事宜作出初始規範。獨立行政法規與補充行政法規效力是一致的，都是行政長官制定的行政法規。但由於缺少對獨立行政法規的監督和糾錯機制，獨立行政法規的制定可能在事實上賦予了行政長官高度自由裁量的空間。^[1]在基本法規定的政府擁有專屬立法提案權的情況下，也可能出現某些領域不提交法案而循行政法規來解決的情況。

另外，獨立行政法規與補充行政法規效力關係如何，如何監督獨立行政法規的合法性和正當性，是否需要建立對獨立行政法規的糾錯機制，如何防止獨立行政法規調整事項的法律缺位。這些問題需要認真考慮和研究。

（二）保留事項劃分的問題

第13/2009號法律一方面規定了須有法律規範的19項事項，同時又規定了由獨立行政法規予以規範的7個方面

[1] 常濟：《澳門特區行政法規制定權限爭議及其解決》，載《一國兩制研究》2010年第6期，第61頁。

的事項。這種劃分存在下述問題。

1、劃分方法的問題。該法第7條第1款第（七）項已規定獨立行政法規的事項為“不屬於本法第六條規定的事項”，即獨立行政法規所規範的事項包括法律絕對保留以外的事項，那麼，再專門列舉前述六項由獨立行政法規規範的事項就顯得沒有必要。可能這種劃分反映了政府方面最迫切、最直接的需要，^[2]例如行政違法行為及其罰款的規定。這種做法可能導致立法會制定的法律過度綱要化，必須依賴行政法規才能實施的情況，從而出現立法的碎片化。^[3]

2、劃分標準的問題。該法第7條第1款前六項關於獨立行政法規所規範的事項的列舉，缺少一致標準，導致各事項之間雜亂無章。例如，“充實、貫徹和執行政府政策的規範”與“管理各項公共事務的制度和辦法”，其中政府政策和公共事務管理的如何界定，又如“政府的組織、運作及其成員的通則”與“公共行政當局及其所有的部門及組織單位的架構和組織”如何分別，在實務中是否所有的有關“政府的組織、運作及其成員的通則”可由行政法規規範而不須由法律來規範，都是值得研究的問題。

3、劃分內容的問題。例如賦予獨立行政法規規範“行政違法行為及其罰款，但罰款金額不超過澳門幣50萬元”的規定，在該法的制定過程中，就有觀點認為這種規定違反基本權利與自由法律保留的原則，在沒有法律授權的前提下，由行政機關設定行政違法行為的類型、構成及罰款是有爭議的。^[4]此外，在許多單行法中，行政處罰有警告、社會服務令、中止許可、牌照或准照、終止財政資助等多種方式，大多比50萬元罰款為輕。

（三）對獨立行政法規的監督問題

基本法沒有規定立法會有權撤銷行政法規，也沒有規定行政法規制定後向立法會備案，更沒有規定行政法規向全國人大常委會或者中央人民政府備案。對行政法規的監督，似乎只存在澳門行政訴訟法典所規定的“對規範之訴”的途徑。但在理論上，補充行政法規是依據法律制定的，所依據的法律被修訂，相應的補充行政法規也隨之需要修訂或被法律事實上廢除，但是，對獨立行政法規而言，其本身是在沒有法律規範的前提下來制定的，所以，即使法院來審查獨立行政法規的合法性，不存在獨立行政法規抵觸法律的前提。^[5]

（四）法令修訂制度的問題

第13/2009號法律規定了對原有法令修訂的規則。根據該法第8條，法令所載的規定依下列規則被修改、暫停實施或廢止：（一）屬第六條規定的事項，透過法律為之；（二）屬第七條第一款規定的事項，透過獨立行政法規為之；（三）屬於需制定具體執行性規定的事項，透過補充性行政法規為之。

就上述規定來看，以行政法規修訂法令雖然方便，但在實質上存在以下位法修訂上位法的問題。保留下來的原有法令屬於法律的層級，屬於上位法，而行政法規，無論是獨立行政法規還是補充行政法規，均屬下位法。第13/2009號法律本身也規定了法律優先的位階原則，這種以行政法規來修訂法令的規定本身就違反了位階原則。

（五）基本法第75條實施的問題

基本法第75條規定了特區政府專屬提案權，包含兩個方面：涉及公共收支、政治體制或政府運作的提案由政府提出；涉及政府政策的，如議員提出（包括隨後提案權）要事先取得行政長官書面同意。有觀點認為可能存在“政府通過獨立行政法規而怠於提交法案”，可能導致制規權的擴張。^[6]

（六）法律保留是否有限制？基本法是否存在“政府保留”或者“行政特別保留”

[2] 同上注，第63頁。

[3] 同上注，第62頁。

[4] 需要注意的是，第52/99/M號法令《行政上之違法行為之一般制度及程序》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。”其中，允許規章規定行政違法行為實體和程序制度。

[5] 常濬：《澳門特區行政法規制定權限爭議及其解決》，載《一國兩制研究》2010年第6期，第64頁。

[6] 葉海波：《澳門法律保留制度的完善》，載《學習與探索》2015年第1期，第64頁。

關於“政府保留”（執行權保留），是否存在基本法授予行政長官和特區政府的“政治功能行為”？關於“行政特別保留”，是否存在基本法授予行政長官和特區政府的特定權限？這是因為在基本法中，可以發現行政長官有關職權中不屬於“法律保留”的情形。

四、澳門原有法律中法律保留：議會立法事項保留

上述問題的提出，需要對法律保留這一原則的基本內涵進行重新梳理。法律保留一詞最早由德國學者奧托·邁耶（Otto Mayer）於1895年首次提出。^[7]與此同時，他還提出法律優位（法律優先），以表達法律與行政之間兩種關係。按照現代德國公法學通說，法律優位要求“行政不得違背法律”，法律保留要求“沒有法律根據，不得作出行政行為”。^[8]

中國學者對上述概念的理解比較複雜，大致有四種觀點。一是將“保留”理解為“專屬”，將“法律保留”理解為“立法權專屬”。^[9]例如，認為《立法法》中國家專屬立法權即為法律保留，就是社會生活中某些最重要的事項，只能由法律規定，其他任何法的規範都無權規定。立法權專屬在中國範圍縱向專屬和橫向專屬，但法律保留主要指向國家權力橫向維度，即立法與行政關係，主要強調某些事項的立法權專屬於全國人大或常委會，將國務院及其部門排除在外。^[10]二是在立法權專屬的前提下，將法律保留理解為議會保留，從而將其分為絕對保留和相對保留，即可授權的部分稱為相對保留，不可授權的稱為絕對保留。^[11]三是將法律保留理解為“行政法定”，類似於憲法規定中的“由法律規定”，或者罪刑法定、稅收法定這一類的憲法原則。^[12]四是將法律保留理解為“法律先定”，指向法律和行政的先後關係，^[13]即先有法律規定，然後才有行政活動。

其實，上述前三種對法律保留的觀點可能忽略了法律保留所產生的立法權主體歸屬的背景。法律保留是一個主要處於憲法框架而非行政領域的問題，是對議會和政府立法權劃定界限。^[14]這就是說法律保留在立法事項上主要解決擁有立法權的議會與擁有立法權的政府之間權限劃分問題。在中國憲法中，國家立法權屬於全國人大及其常委會，國務院的行政立法權從屬於國家立法權，因此，可能不存在以上述理解的法律保留在立法事項上適用的空間。

從澳門法律體系中曾經存在的法律保留制度而言，主要也是解決當時的法律和法令之間的權限問題。對此，需要追溯至澳門回歸前的《澳門組織章程》所規定的法律保留制度。

1、澳門回歸前的立法權由立法會和總督行使

《澳門組織章程》第5條規定，“立法職能由立法會及總督行使。”第13條規定：“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。”

2、確定立法會專屬立法權限和總督專屬立法權限，明確授權禁止事項、可以授權事項

屬於總督立法專屬權限的是，《澳門組織章程》第5條第三款的規定，總督具專屬權限充實共和國主權機關

[7] 王貴松：《行政活動法律保留的結構變遷》，載《中國法學》2021年第1期，第125頁。

[8] 劉志鑫：《從法律保留到法律先定》，載《中外法學》2022年第6期，第1646頁。

[9] 同上注，第1641頁。

[10] 同上注，第1642頁。

[11] 同上注，第1643頁。

[12] 同上注，第1645頁。

[13] 同上注，第1649頁。

[14] [葡]迪奧戈·弗雷塔斯·亞瑪勒著：《行政法（第二卷）》，黃顯輝等譯，社科文獻出版社2020年1月版，第29頁。

的綱要法，以及核准執行機關的架構和運作之法規。

授權禁止事項為屬於立法會專屬立法權限，不得授予總督立法許可的事項：根據第31條第一款的規定，對下列事宜之立法，為立法會之專屬權限：a) 立法會的選舉制度，尤其是關於被選要件、選民登記、選舉資格、間接選舉所代表的社會利益的界定、選舉程序及選舉日期等；b) 《議員章程》。

可以授權事項是屬於立法會專屬立法權限，可以授予總督立法許可的事項，包括：a) 羈押、住所搜索、私人通訊保密、相對不定期刑及保安處分等制度，以及有關前提；b) 屬總督權限的批給之一般制度；c) 稅務制度的要素，訂定每種稅項的課征對象與稅率，以及給予稅務豁免的條件；d) 當地行政區劃；e) 地方行政法律制度的大綱，包括地方財政在內；f) 當地中央行政機關與地方行政機關之關係的法律制度，以及地方行政機關得被總督解散的情況；g) 當地公共行政制度綱要；h) 設立公職新職級或職稱，修改訂定該等職級的表，並訂出編制人員薪俸、工資及其他報酬的方式。

此外，還有競合立法事項，也就是立法會與總督均可以行使立法權限的事項。根據第31條第三款的規定，即：a) 人的身分及能力；b) 權利、自由及保障，但抵觸上款a項之規定者除外；c) 對犯罪、刑罰及有關前提，以及刑事訴訟程序之訂定，但抵觸上款 a 項之規定者除外；d) 違反紀律之處罰、輕微違反之處罰、違反行政上秩序之行為之處罰，以及有關程序等之一般制度；e) 公用使用及公用征收之一般制度；f) 租賃之一般制度；g) 貨幣體系及度量衡標準；h) 公共團體、被管理者的保障，以及行政當局的民事責任；i) 公共企業通則的大綱；j) 澳門司法體系的綱要；l) 自然、生態平衡及文化財產的保護系統；m) 社會保障系統及衛生系統。

授權禁止事項可以理解為絕對法律保留，可以授權事項和競合立法事項在某種意義上可以理解為相對法律保留。

3、對於可以授權事項，通過立法許可的程序進行

按照《澳門組織章程》第14條的規定，“一、立法許可的法律應訂明許可之標的、意義、範圍及期限，而期限得被延長。二、立法許可不得使用超過一次，但可局部使用。”同時，對於總督專屬立法權限以外的事項，設定了立法會的追認程序。第15條規定，“一、除行使第十三條第三款所指權限而獲准制定的法令外，其他法令在公布後的首五次立法會會議內，經六名議員請求，得置於立法會的追認程序。二、如拒絕追認時，該法令應自立法會的決議在《政府公報》公布之日起失效；但如不同意追認是基於該法令與憲法規則、本章程規則、或與共和國主權機關發出且系當地不得違反之規定有抵觸時，則應遵守第四十條第三款之規定。三、該法令經修改後得被追認，如出現此情況時，在有關法律公布前，法令仍然有效，但經立法會三分之二在職議員議決中止實施該法令時，則不在此限。”

從上述情況看，澳門原有法律中的法律保留指的是保留於議會立法權規定的事項。法律保留既是政府立法權（法令）的界限，也是行政規章的界限。在立法者與行政當局的關係內，憲法禁止政府對某些事宜進行立法制定法令，行政當局也不能透過獨立行政規章對法律保留事宜做出規範，僅能制定執行性規章。^[15]

五、澳門基本法下法律保留：法律先定

在澳門基本法下，由於特區立法體制存在單一性的特點，傳統意義上以解決議會和政府立法權限劃分的法律保留原則在客觀上喪失了適用的空間。

一是明確立法會專屬立法權限顯得沒有必要。澳門特區立法機關是澳門特區立法會。作為高度自治權的重要內容，澳門基本法賦予澳門特區的立法權，澳門基本法第17條規定，澳門特別行政區享有立法權。同時規定，澳門特別行政區的立法機關制定的法律須報全國人民代表大會常務委員會備案。備案不影響該法律的生

[15] 同上注，第29頁。

效。與此同時，基本法也規定了在澳門特區實行的法律的範圍。根據基本法第18條的規定，在澳門特別行政區實行的法律為基本法以及基本法第八條規定的澳門原有法律和澳門特別行政區立法機關制定的法律。更為明確的是，基本法第67條規定，澳門特別行政區立法會是澳門特別行政區的立法機關。在基本法第71條規定的澳門特別行政區立法會行使的職權第一項就是，依照基本法規定和法定程序制定、修改、暫停實施和廢除法律。從上述規定來看，除澳門特區立法會之外，不存在第二個立法主體。從基本法的規定來看，澳門特區不實行澳門回歸前“雙軌立法”體制，而是回歸到立法權由特區立法會行使的本源。這是對原澳門立法體制的根本性變革。所以第13/2009號法律第5條就規定，“立法會行使《澳門特別行政區基本法》賦予的職權，有權就澳門特別行政區自治範圍內的任何事宜制定、修改、暫停實施和廢除法律。”在這個前提下，規定立法會專屬立法權限就顯得沒有必要。

其次，規定獨立行政法規的事項並沒有改變行政法規從屬於法律的地位。行政長官制定行政法規屬於立法權還是行政管理權，曾經在理論界有過激烈的爭論。一種觀點認為，它屬於立法權範疇；另一種觀點則認為，它屬於行政管理權範疇。如果從廣義的立法（實質性法律規範）來看，似乎屬於廣義的立法權，但從基本法的規定來看，制規權只能也必須是行政管理權的行使。基本法第50條第5項規定，行政長官制定行政法規並頒布執行。通過該條規定，似乎不能界定制規權的性質，但是，結合基本法規定，行政法規的需要來自兩個方面：一是執行基本法。基本法第50條規定，行政長官負責執行基本法，因此為執行基本法需要制定行政法規予以實施；二是來源於基本法第65條的規定，特區政府為了執行法律的需要。

上述情況可以看出，行政長官行使制規權，一方面是執行基本法的需要，這涉及行政長官作為特區首長和政府首長的職權，另一方面，則是執行立法會通過並已生效的法律，在這一方面，行政長官制定行政法規屬於行政管理權行使的範疇。因此，制規權無論屬於職權立法還是授權立法，都不能構成用來否定行政法規從屬於法律的地位，^[16]從行政與立法的一般關係來看，制規權屬於行政立法，當然與法律存在從屬關係。與此同時，基本法第65條規定了特區政府對立法會負責的條款，其中就有執行立法會通過的法律。即使基本法第117條和129條直接賦予特區政府的職權，也不能因此改變行政法規從屬於法律的地位。^[17]當然，如果將行政法規與法律視為沒有位階關係，則在根本上抵觸基本法第11條的規定，破壞特區法律體系的統一性。所以，無論是補充行政法規還是獨立行政法規，均從屬於法律。

那麼，是否可以就此對澳門基本法中是否存在“法律保留”產生懷疑？例如基本法中規定的“以法律”、“依法律”等條款究竟是什麼意思？

客觀地說，在澳門基本法制定的時候，法律保留的觀念並沒有廣泛、嚴格地作為一項法律原則在基本法起草的時候提出過，這從基本法中沒有“法律保留”的明確規定，尤其是行政法規與法律的關係沒有做出規定就可以看出。實質上，中國憲法中法律保留觀念的挖掘是從立法法制定時才引入，中國立法法在2000年3月15日由全國人大通過，2015年作了修訂。由此觀之，在基本法起草的上個世紀80年代至90年代初期，對法律保留不可能有全面和嚴格的界定。但是，澳門基本法的起草者以及立法者全國人大對自覺或不自覺地在基本法的條文中對法律保留的精神進行了規定，儘管沒有用法律保留這個名詞。

基本法下的法律保留並不是傳統意義上法律保留的意思。就行政與法律的關係而言，在行政領域中，法律保留是行政合法性原則的組成部分，指的是行政合法性的依據，任何位階低於法律的行為，如沒有以法律規範、法律原則和既有權利為依據，則不得做出。^[18]這樣，法律保留意味著法律前提、法律根據，就行政與法律

[16] 鄭偉：《論澳門立法會的立法權和行政長官的立法職能》，載《基本法研究》第1期，澳門濠江法律學社2008年12月，第75頁。

[17] 同上注，第83-88頁。

[18] [葡]迪奧戈·弗雷塔斯·亞瑪勒著：《行政法（第二卷）》，黃顯輝等譯，社科文獻出版社2020年1月版，第28頁。

的先後關係而言，法律先定，行政依法為之。

因此，基本法下法律保留體現“法律先定”的意思。基本法中有四個方面規定了“法律先定”。1、必須由法律規範的事項。包括：基本法附件一、附件二、基本法第71條有關立法會制定法律的職權和第75條有關法案提案權的規定。此外，全國人民代表大會常務委員會關於《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》附件一第七條和附件二第三條的解釋（2011年12月31日第十一屆全國人民代表大會常務委員會第二十四次會議通過）第2條規定：修改行政長官產生辦法和立法會產生辦法的法案，應由澳門特別行政區政府向立法會提出。2、以“法律”、“依法律”的詞句表明必須由法律規定的事項。這些條文比較多，例如基本法第6條規定“澳門特別行政區以法律保護私有財產權”，第24條第3款規定“澳門特別行政區非永久性居民為：有資格依照澳門特別行政區法律領取澳門居民身份證，但沒有居留權的人”等等。3、“自行立法”中體現以法律予以規範。例如基本法第23條、第106條第2款規定“澳門特別行政區參照原在澳門實行的低稅政策，自行立法規定稅種、稅率、稅收寬免和其他稅務事項”等。4、“依法”、“依照法定程序”、“合法”、“非法”中的“法”，大部分屬於要由法律予以規範的事項。例如基本法第26條規定“澳門特別行政區永久性居民依法享有選舉權和被選舉權”等等。第13/2009號法律第6條所規定的必須由法律規定的事項也補充了基本法“法律先定”的範圍。

六、基本法下法律先定與獨立行政法規的關係

法律先定有三層表述即“先由法律授權行政規定”、“先由法律明確規定”、“只由法律規定”，分別對授權行政（立法）、授權明確、授權禁止三層內涵。^[19]在這個意義上，獨立行政法規的地位就有了正當性。

首先，制規權來自於基本法的授權。確立獨立行政法規，是恪守基本法並對其進行具體細化的體現。立法權僅屬於立法會。立法會除了制定法律的一般權限外，還有對基本法明確規定的某些事項予以規範的專屬權限。另一方面，政府有法規制定權，包括制定獨立法規的權限，但不享有立法權。這既是平衡、合理和適當的方案，亦符合立法會與政府各自應有的權力範圍，是恪守基本法並對其進行具體細化的體現。^[20]政府制定獨立法規的權力，由基本法賦予合法性，並由第13/2009號法律明確具體落實。在此範圍內，法規制定權的行使，無須法律明確授權，因該權力是由更高法律直接賦予政府本身的權限。因此，這項制定獨立法規的權力不是一項“受法律操控的權力”，但是，它當然應遵循合法性原則，首要的當然是遵守基本法。^[21]

其次，獨立行政法規體現“先由法律授權”。從理論上分析，“法律先定”的起點是幹預公民自由私產的授權行政。在曆史脈絡中，“法律先定”僅是相對的先定，僅在有限範圍內具有“無授權不行政”的規範內涵。^[22]根據特區政府關於第13/2009號法律的法案理由說明，確立由獨立行政法規予以規範的事項是“基於行政長官作為地區首長和政府首長的憲制地位，以及其必須承擔的憲制責任，基本法第50條（五）項所指行政法規，可就立法會保留權限以外的其他事項作出自主性或獨立性規定。^[23]上述“立法會保留權限以外的其他事項”可以轉換為“法律先定之外的事項”。

再次，獨立行政法規的制定體現了“授權明確”和“授權禁止”。獨立行政法規所規範的必須是法律先定範圍以外的事宜。“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。”換言之，這項規定排除了，

[19] 劉志鑫：《從法律保留到法律先定》，載《中外法學》2022年第6期，第1657頁。

[20] 立法會第一常設委員會第3/III/2009號意見書，澳門特區立法會編：《關於訂定內部規範的法律制度的法律匯編》，第51頁。

[21] 同上注，第51頁。

[22] 劉志鑫：《從法律保留到法律先定》，載《中外法學》2022年第6期，第1654頁。

[23] 澳門特區政府：《關於法律和行政法規的規定（法案）理由陳述》（送立法會第一文本），2007年7月。

對直接依據基本法而無需一般法律事先授權的行政法規存在的可能性和正當性的任何疑問。^[24]

具體而言，在獨立行政法規規範的事宜中，關於行政違法行為及其罰款的問題，第13/2009號法律第7條第1款第（六）的規定是有限和特殊的情況，這是因為行政違法行為已明確被列入立法會“法律保留”事項之列。從立法精神來看，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。^[25]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），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。^[26]

此外，關於公共行政當局及其所有的部門及組織單位的架構和組織，可由獨立行政法規予以規範的問題，僅限於政府具體組織架構，不包括屬於立法會、法院、檢察院、審計署及廉政公署的機構或納入其職能或組織範圍內的機構，以及對基本權利和自由及其保障具有直接介入權限的機構，尤其是刑事調查機關。這是基於行政管理權與立法權、司法權的分工，以及對基本權利和自由的保障。

在這個意義上，葡萄牙傳統行政法所強調的不能透過獨立行政規章對法律保留事宜做出規範，僅能制定執行性規章的理論，實質上意味著不能透過獨立行政規章對法律先定事宜做出規範，而並沒有排除獨立行政規章的地位。

七、法律先定含義下澳門法律保留制度的發展

法律先定事項包含基本法規定的以法律事先規定的事項，也包含第13/2009號法律第6條規定的以法律規定的事項，同時，第13/2009號法律也一攬子對補充行政法規和獨立行政法規事項進行了授權。其中，法律先定事項構成了授權禁止。從上述情況看，雖然在法律提案權方面政府擁有基本法第75條賦予的專屬權力，但在立法權的實際運行中，行政法規超越法律先定，或者以行政法規取代法律的現象似乎難以產生。所以，這種擔心似乎過於憂慮。

需要考慮的是澳門法律體系中法律保留是否存在界限的問題，也就是說法律先定是否約束行政長官直接行使基本法賦予的職權。法律保留（法律先定）解決的是行政領域內法律與行政活動的先後問題，以及行政合法性。與制規權、行政管理權的行使要遵守法律先定的不同，行政長官直接行使基本法賦予的職權在某種意義上不受法律保留（法律先定）的約束，而是受基本法的直接約束。這些直接行使的職權主要有：（1）簽署立法會通過的法案，公布法律；簽署立法會通過的財政預算案，將財政預算、決算報中央人民政府備案；（基本法第50條第（三）項）（2）提名並報請中央人民政府任命下列主要官員：各司司長、廉政專員、審計長、警察部門主要負責人和海關主要負責人；建議中央人民政府免除上述官員職務；（基本法第50條第（六）項）（3）委任部分立法會議員；（基本法第50條第（七）項）（4）執行中央人民政府就本法規定的有關事務發出的指令；（基本法第50條第（十二）項）（5）代表澳門特別行政區政府處理中央授權的對外事務和其他事務；（基本法第50條第（十三）項）（6）決定政府政策，發布行政命令（基本法第50條第（四）項）（7）任免行政會委員；（基本法第50條第（八）項）（8）批准向立法會提出有關財政收入或支出的動議；（基本法第50條第（十四）項）（9）根據國家和澳門特別行政區的安全或重大公共利益的需要，決定政府官員或其他負責政府公務的人員是否向立法會或其所屬的委員會作證和提供證據。（基本法第50條第（十五）項）。此外還有行政長官與立法

[24] 立法會第一常設委員會第3/III/2009號意見書，澳門特區立法會編：《關於訂定內部規範的法律制度的法律匯編》，第54頁。

[25] 同上注，第58頁。

[26] 同上注，第58頁。

會關係的條款等。這些職權的行使不屬於立法會與行政關係中的執行權範疇，也不好以行政特別保留來分析。它們大多屬於行政長官行使的特別行政區首長的權力，是行政長官雙重法律地位、雙重負責所必須直接行使的權力。

除此之外，就法律保留制度的實踐而言，存在下述發展的指向。

1、確立獨立行政法規制定的必要性前提。第13/2009號法律規定了獨立行政法規的事項，沒有規定在什麼情況下可制定獨立行政法規。一般認為，獨立行政法規是個例外機制，在澳門回歸初期，出現需要制定大量行政法規以備依法施政之需，而在澳門回歸後20多年的今天，仍繼續將獨立行政法規作為常態機制，其中出現的問題，將不利於基本法規定的立法權由立法會行使的政治體制的運行。因此，要在法律中明確獨立行政法規制定的前提，即：在特定情況下、或者在緊急情況下，現有法律出現空白，而不能通過解釋性法律和其他方式解決，不違反授權禁止，非制定獨立行政法規不可的，才啟動獨立行政法規的制定。

2、完善行政法規的制定程序。獨立行政法規是行政法規的一種，是根據基本法規定的程序來制定的。由於行政法規的制定不像立法程序那樣，事先公布法律草案，並經議員審議。而獨立行政法規可以設定行政違法行為及其罰款，如果市民事先不知曉，則有“以罰代管”、缺少民意基礎之嫌。為此，就必須增加一個程序，這就是，涉及對基本權利與自由有減損的，尤其是規定行政違法行為和罰款的行政法規，其草案需要在生效前公布，征求社會和市民的意見。

3、必要時將行政法規提升為法律。就獨立行政法規所規範的事項，在制定法律的條件成熟時，特區政府應及時向立法會提交法案，制定法律，在法律通過後及時廢止或者修訂相關的行政法規。

4、明確法案的完整性標準。為避免法律、行政法規兩張“皮”所帶來的立法碎片化問題，需要完善法案提出的完整性標準，也就是考慮立法的時機和成熟度，法案的條文內容需要具體化完整化，盡量避免綱要性立法、而將大量具體規定交付行政法規予以補充規定的做法。為此，需要在立法會議事規則中明確法案的完整性標準。

5、修改法令的修訂規則。鑒於以行政法規修訂法令存在以“下位法”修訂“上位法”的問題，應修改法令的修訂程序，即需要修訂的法令，先提交立法會廢止，然後依據第13/2009號法律所規定的法令修訂規則，屬於可由獨立行政法規和補充行政法規修訂的，才制定相關的行政法規。

6、適時檢討第13/2009號法律的實施情況，啟動該法的修訂。第13/2009號法律實施以來，已經過了十多年的實踐。為此，有必要適時檢討該法的實施情況，發現實施當中的問題及其效果，以及如何修訂，需要列入政府立法研究的日程。

總的來看，傳統意義上法律保留是解決議會與政府均有立法權的前提下議會立法事項的歸屬問題，在基本法規定立法權由立法會行使的前提下，法律保留理解為法律先定可能更為合適。制規權（行政法規制定權）由基本法賦予，作為行政管理權的主要內容，也受法律保留（法律先定）原則的約束，在法律保留（法律先定）之外，獨立行政法規的存在有其合理性和正當性。基於特別行政區的法律地位、行政長官的雙重地位和雙重負責，法律保留（法律先定）在有關行政長官直接行使基本法賦予的職權方面存在界限，法律保留（法律先定）原則存在相對性。也許，這也正是揚棄澳門原有法律制度的法治觀、確立基本法的法治觀的一個有益的嘗試。

Abstract: Traditionally, reservation of law is to solve the problem of attribution of legislative matters to parliament on the premise that both parliament and government have legislative power. On the premise that the Basic Law provides that legislative power is exercised by the Legislative Council, it may be more appropriate to interpret reservation of law as the requirement of a statutory provision. The power to formulate regulations (the power to formulate administrative regulations) is granted by the Basic Law, as the main content of administrative management power, and is also subject to the principle of reservation of law (requirement of a statutory provision). Based on the legal status of the Special Administrative Region and the dual status and dual responsibility of the Chief Executive, there is a boundary between the reservation of law in the direct exercise by the Chief Executive concerned of the functions and powers conferred by the Basic Law. This suggests the relativity of the principle of reservation of law.

Key words: Reservation of Law; the Requirement of a Statutory Provision; the Power to Formulate Administrative Regulations; the Basic Law of Macau SAR

(責任編輯：勾健穎)

