

# 論“一國兩制”與澳門原有行政法規的延續性基礎

張 強\*

## 一、前言

澳門問題的由來可以追溯至 1553 年葡萄牙人假冒他國請求通商，用賄賂官員的方式獲得暫住澳門的資格，隨後三百年來的歷史演變中，葡萄牙逐漸對澳門進行侵略，最終形成了殖民管治的局面。1974 年 4 月 25 日，葡萄牙發生軍事政變，推翻了專制獨裁政府，建立了民主代議制政權，隨後順應世界“非殖民化”潮流，承認了海外屬地的民族自決和獨立的權利。澳門也不被看作是葡萄牙的殖民地，而是一個特殊的地區。<sup>1</sup> 葡萄牙又在 1976 年通過新憲法，承認澳門是葡萄牙管理下的中國領土，由一個適合其特殊情況的章程所管理。因此，1976 年葡萄牙通過了《澳門組織章程》，成為澳門的憲制性法律，澳門也逐漸形成了一套有本地特色的法律規範。

1999 年 12 月 20 日，中華人民共和國中央人民政府恢復對澳門行使主權，澳門成為中國第二個特別行政區，並且根據《中華人民共和國憲法》，實施了《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》(以下簡稱《澳門基本法》)。《澳門基本法》是澳門特區的憲制性法律，體現了“一國兩制”的偉大理論。所謂“一國兩制”，是“一個國家，兩種制度”的簡稱，是實現“澳人治澳”、高度自治的戰略構想。而如何實現“澳人治澳”、高度自治，最基本的則是治理澳門的規範，最重要的體現就是法律法規。除了《澳門基本法》作為憲制規範外，社會的治理還需要許多具體執行的規範，而數量眾多的行政法規也是其中之一。

由於回歸，涉及兩國的交接問題，更關係到社會治理的法律適用問題。因此，《澳門基本法》第 8 條規定：“澳門原有的法律、法令、行政法規和其他規範性文件，除同本法相抵觸或經澳門特別行政區的立法機關或其他有關機關依照法定程序作出修改者

外，予以保留。”這就從法律形式上做到了法律規範的平穩過渡，保證了澳門社會的穩定和發展。之前的學術研究多集中於法律、法令，而在澳門作為新名詞的行政法規如何理解，需要進一步探討。更重要的問題是《澳門基本法》第 8 條所謂的原有行政法規予以保留如何理解。換句話說，澳門原有的行政法規在從澳葡政府向特區政府的轉化中的連續性的效力來源是甚麼。有觀點認為，《澳門基本法》是承認了《澳門組織章程》的效力，因為原有的行政法規的效力來源是《澳門組織章程》，《澳門基本法》的規定因此保持了行政法規的有效性。這種觀點顯然是站不住腳的，因為《澳門組織章程》在澳門回歸中國時就已廢止，承認已經廢止的法律本身就是矛盾的，更甚的是不符合“一國兩制”的原則。那麼究竟是甚麼，就需要從行政法規的概念以及“一國兩制”的原則入手。

## 二、澳門行政法規的概念辨析

在原先澳門的法律體系中，是沒有行政法規這一概念的。相似的只有原先的《澳門組織章程》第 16 條 C 項的，總督為實施在當地生效但欠缺規章的法律及其他法規而制定規章。這一條文所規定的是行政規章的概念。而《澳門基本法》在第 8、50 條等，都提到了行政法規這一概念。而這一概念本身是源於中國法。在中國大陸，所謂行政法規是指國務院依準立法程序制定規章的活動，所依據的可為憲法和法律或者全國人大常委會的授權，所欲達到的目的是進行行政管理。<sup>2</sup> 前後二者可謂是在不同法律體系下的產物。

《葡萄牙共和國憲法》第 115 條規定了立法行為的類型與層級關係，並對立法者的草擬行為進行了憲法性的約束。將規範性行為分為立法行為與立規行

\* 澳門大學法學院碩士研究生

為，前者包含了共和國議會的法律、政府的法令以及自治區議會立法命令，後者則包含了規章命令。在第2款中規定了法律及法令具有同等效力，政府法規不是法律也不從屬法律。<sup>3</sup> 而澳門的一切又都是仿照葡萄牙憲政的模式。在澳門的歷史上，總督與立法會有着多次的權力的爭奪，諸如1783年，葡萄牙女王瑪麗亞一世頒佈的《王室制誥》，將一切必要的權利轉移於總督，體現了葡萄牙王室不斷加強中央集權的特徵，之後的《澳門組織章程》，也規定了行政主導的政治體制，給予總督大量的權力，尤其體現在立法方面，出現了總督與立法會雙軌制立法的局面，規定了總督的一般權限、競合權限、獲許可的權限和專屬權限，以及立法會的競合權限、相對保留權限和絕對保留權限。《澳門組織章程》中第16條的規定即是與葡萄牙憲政相類似。

澳門回歸後，作為憲制性文件的《澳門基本法》，在第67條中規定，澳門特別行政區立法會是澳門特別行政區的立法機關。這就表明，澳門特區在回歸後已經改變了原有的政治體制，之前的雙軌制立法體制已經變為單軌制，即立法會是澳門特區的惟一立法機關，澳門特區行政長官沒有了原先總督的立法權。根據《澳門基本法》第50條第5項的規定，澳門特區行政長官可以制定行政法規並頒佈執行。這裏所謂的行政法規實際上是一種制定規範的權力。在行政主導為核心，行政與立法相互配合、制約，而司法獨立的政治體制下，行政長官既要對中央政府負責，又要對特區負責，因此《澳門基本法》第50條所賦予行政長官的權力，是為了行政長官更好的執行《澳門基本法》的精神，雙向負責，適應“一國兩制”的需要，又是澳門政治和社會穩定的需要。因此，可以看出《澳門基本法》第50條所規定的行政法規是行政長官制定規範性文件的一種專門法律形式。

在司法實踐中，對行政法規的理解也有不同。澳門中級法院第280/2005號裁判與澳門終審法院第28/2006號裁判就產生了分歧。中級法院認為，《澳門基本法》中的立法體制與原先《澳門組織章程》的規定是不同的，澳門特區立法會是一個享有完全立法權的機構，行政長官不享有立法權。《澳門基本法》第50條第5項對行政長官賦予制定行政法規權，是僅旨在行政法規能以補充性法規之名義，充實原已載於澳門特區立法會所通過的一般原則，行政長官制定行政法規只能等同於原總督制定的“行政規章”。而終審法院則認為《中華人民共和國憲法》是《澳門基本法》的立法基礎，解釋行政法規一詞，需要從憲法的角度

去考慮，是《澳門基本法》規定的行政法規所規範的事項範圍寬廣得多，而原先澳門法律制度中的行政規章類似於《中華人民共和國憲法》第90條所指的國務院各部、各委員會制定的規章。上述兩級法院對行政法規的理解不同，關鍵在於出發的背景不同，中級法院從葡萄牙的理論體系出發，而終審法院則根據制定法律的中國理論體系出發。對《澳門基本法》的解釋，應當根據解釋的內容選擇法律解釋的立法背景。<sup>4</sup> 因此當《澳門基本法》所規定的行政法規是從中國法體系中來時，應當根據中國法的立法背景去解釋。

因此，可以看出回歸後《澳門基本法》第50條第5項所規定的行政法規與回歸前《澳門組織章程》第16條C項所規定的行政規章的理解是不能等同的，行政法規的內涵是比行政規章寬廣的。而《澳門基本法》第8條所規定的“行政法規”，由於澳門之前並未有此概念，總督所做法令具有法律的性質，那麼“行政法規”應當理解為總督頒佈的訓令以及對外規範性的批示。由於行政法規一詞在《澳門基本法》中的含義不完全相同，有學者提出，採用行政性法規代替廣義的行政法規，通常所說的行政法規則是狹義的行政法規，是指《澳門基本法》第50條第5項、第58條和第64條第5項的概念。而《澳門基本法》第8條所說的“原有的行政法規”，是指原有的行政性法規，包含總督制定的訓令和批示。<sup>5</sup> 筆者認為，理論上可以將其做如上的區分，從而更加明確行政法規一詞在《澳門基本法》中不同處的理解，避免同字不同義的結果所造成的誤會。在1999年澳門特區《回歸法》通過前的全體會議上，對此問題也有討論，最終認為澳葡政府沒有行政法規，《澳門基本法》取消了原澳葡政府訓令的法律形式，而是採用了行政法規，《回歸法》也應統一，可以把訓令理解為行政法規。<sup>6</sup>

在學術界還存在對“行政法規”是集合名詞還是專有名詞的爭論。有學者認為行政法規是一個集合名詞，一方面是指回歸前總督頒佈的訓令以及對外規範性的批示，另一方面是指回歸後行政長官行使《澳門基本法》第50條第5項之職權制定的行政法規，現在將它作為一個特定名稱來使用是不合適的。<sup>7</sup> 還有學者認為，《澳門基本法》中的行政法規概念是一個專有名詞，不是集合名詞，它不是指行政方面規範性文件的總稱，也不是由政府制定的規範性文件，而是特指由行政長官根據《澳門基本法》的規定制定的具有普遍約束力的規範性文件。<sup>8</sup> 筆者認為，《澳門基本法》中，行政法規在不同處確實有不盡相同的含

義，在第8條中所指的原有行政法規是指總督頒佈的訓令和批示，而其他各處所指，尤其是第50條第5項所指的行政法規確實是行政長官依據《澳門基本法》規定制定的具有普遍約束力的規範性文件。而行政法規本身並不是一個規範性文件的總稱，理論上也符合中國大陸對行政法規一詞的解釋，實踐中也在不斷的運用，綜合考慮都應當是一個專有的規範性文件。澳門特區立法會2009年7月14日通過的第13/2009號法律，即《關於訂立內部規範的法律制度》中，明確規定了澳門的規範性檔案類型包括立法會的法律、行政長官的獨立行政法規和行政長官的補充性行政法規，這就更加能夠表明回歸後行政法規作為一個專有的規範性檔案類型，在澳門的法律體系中佔有重要的地位。

### 三、“一國兩制”視角下行政法規延續邏輯

#### (一)“一國兩制”的理論邏輯

“一國兩制”是解決澳門問題的原則與精神，那麼在行政法規延續的合法邏輯問題上也應當從“一國兩制”原則的邏輯出發，以“一國兩制”的精髓去作為評判的標準。所謂“一國兩制”，是“一個國家，兩種制度”的簡稱，其中“一個國家”是前提，也是“兩種制度”的基礎，“兩制”是為“一國”而服務的。否則，如果“兩制”是前提與基礎，那麼“一國”就將遭到質疑，與所謂澳門回歸祖國就是矛盾的。因此，維護國家統一是最根本的，是不能動搖的，這是中華民族的共同心願，符合了中華民族悠久的歷史中大一統的思想，又是中華民族的根本利益所在，只有國家統一，才有利於國家的利益與澳門的利益取得共贏的局面。鄧小平曾指出：“如果不收回，就意味着中國政府是晚清政府，中國領導人就是李鴻章！人民沒有理由信任我們，任何中國政府都應該下野，沒有別的選擇。”<sup>9</sup>因此，堅持“一國”的原則是解決澳門一切問題的原則，只有保證國家主權的實現，才能談及“兩制”的發展，才能實現“一國兩制”的目的。那麼在行政法規延續的問題上，也必須肯定“一國”的原則，以維護國家主權為首要任務。而怎麼去實現“一國”，中國政府選擇了以和平的方式，這就兼顧了中國大陸與港澳居民的利益，實現回歸的目的而又不改變現狀，以最小的代價贏得最大的收穫。這在行政法規的問題上所引發的啟示就在於，通過最簡易的程序讓澳門的行政法規平穩過渡，穩定澳

門的社會秩序，有利於澳門社會的發展。

有了“一國”才有“兩制”。所謂“兩制”，是說原有的資本主制度、生活方式不變，實現“澳人治澳”、高度自治。具體的說原有的資本制度為何，難以有標準的答案。而在《澳門基本法》第11條中所涉及的“澳門特別行政區的制度和政策，包括社會、經濟制度，有關保障居民的基本權利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有關政策”，應當是原有資本主義制度的描述。那麼實行“澳人治澳”、高度自治，就包含了以原有的法律制度作為社會規範的這一內涵，不必要以完全嶄新的法律制度去作為代替。這樣既保證了澳門高度自治，又保證了平穩過渡，一舉兩得。

#### (二)“承認論”的謬誤

回歸到澳門原有行政法規延續性的邏輯問題本身，本文在開始提到了一種錯誤的解釋方法，即所謂《澳門基本法》承認了《澳門組織章程》的效力，因此才保證了原有的行政法規在回歸後繼續生效。以“一國兩制”作為評判標準來看，首先需要明確這個說法是否符合“一國”的原則。《澳門組織章程》不在《回歸法》附件中應當廢止的法律規範條列中，那麼它是否是《澳門基本法》第8條所說的“原有法律”，應當保持不變？顯然，澳門的“原有法律”是指由澳門當地立法機關或其他機關指定的法律、法令、行政法規和其他規範性文件，不包括延伸適用到澳門的葡萄牙法律以及葡萄牙專門為澳門制定的法律<sup>10</sup>，因為後者的實質是葡萄牙主權的象徵，如果保持原有的葡萄牙法律和葡萄牙專門為澳門制定的法律，就是在承認葡萄牙在澳門的主權，極大的破壞了“一國”的原則。而《澳門組織章程》就是葡萄牙專門為澳門制定的憲制性規範，如若保持不變，那麼必然會損害中國在澳門行使主權，破壞了“一國兩制”的基礎，因此《澳門組織章程》本身就是被廢止的。

而上述說法所認為的《澳門基本法》承認《澳門組織章程》，就是又間接的以全國人大制定的《澳門基本法》承認了葡萄牙在澳門的主權行為，否定了澳門回歸中國的事實，背離了“一國兩制”下，國家統一的首要任務是堅持中國國家的領土完整和行使主權。即使說，“一國兩制”中，兩種制度能夠保證澳門的社會穩定和經濟發展，但是兩種制度本身所蘊含的只能是在堅持一個中國的原則下進行的，具體的社會制度可以不同，但不能說根本的政治立場也可以不同。承認一個已經是被否定的法律本身也是應當被否

定的，因此這套邏輯是環環錯誤的。

### (三) “一國兩制”下的邏輯展開

“一國兩制”是澳門回歸中國以及成立特別行政區的總體思路和原則，那麼就理應以“一國兩制”的邏輯去思考行政法規的延續性問題，在此邏輯下展開的解釋方法才是行之有效的。

以1999年12月20日為分界綫，這一天之前屬於澳葡政府，整個澳門社會的憲制性基礎是以《澳門組織章程》為規範的。根據《澳門組織章程》第16條的規定，澳門總督有指導澳門總政策以及領導整個公共行政等職能，並且可以為實施在當地生效但欠缺規章的法律及其他法規而制定規章。總督除了可以頒佈法令等法律性質的規範外，在行使行政權方面，還可以頒佈訓令、批示等規範性文件，即如上文所述，被後來理解為《澳門基本法》中所規定的原有的行政法規。在回歸前，這些行政性法規理應是被適用於整個澳門地區的，從法理上講沒有甚麼爭議。

而1999年12月20日及之後，中國恢復對澳門行使主權，根據“一國兩制”的思路，澳門特別行政區不實行大陸的社會主義制度，基本不適用大陸的法律規範，而是實行“澳人治澳”、高度自治的方針，給予澳門行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權，這樣澳門可以根據自身的情況，實行與大陸有別的法律規範。同時為了保證社會平穩過渡，防止澳門居民擔憂以及外來勢力的干擾，從效率的原則出發，澳門原有的法律適合當時澳門的發展情況，有利於澳門社會穩定和經濟發展，那麼適用這些規範就顯得很有必要。吳邦國委員長在談到把握基本法實質問題上強調，“實行資本主義制度，高度自治，是保持香港長期繁榮穩定的必然要求。保持繁榮穩定，是‘一國兩制’方針、貫徹實施基本法的目的，中央政府始終把保持香港長期繁榮穩定作為處理涉港事務的根本出發點和落腳點。在實踐‘一國兩制’的過程當中，凡是有利於香港繁榮穩定的事，就要堅決去辦；凡是不利於香港繁榮穩定的事，就絕不能辦。”<sup>11</sup> 這段話同樣適用於澳門特區。既然使用原有的法律有利於澳門繁榮穩定，那麼就應使用。接下來的問題在於如果在使用原有法律的同時體現“一國兩制”，更重要的是要體現“一國”原則，不能簡單的承認原有法律本身的效力，這樣是否定了“一國”原則的，原有的、給予葡萄牙和澳葡政府權力的法律在回歸時就應當廢止失效。

古往今來，國家創制法的方式有兩種，一是制

定，二則是認可。前者是指有權限的國家機關根據相關程序創制成文法的活動，是一種從無到有的方式；後者則是指有權限的國家機關根據社會需要，賦予社會中已經存在的某些習慣、禮儀等規範以法律的效力，是一種從非法律規範到法律規範的方式。<sup>12</sup> 這兩種方式雖然做法上有所不同，但是從本質上看都是國家立法機關對法律的一種創制，是國家主權行使的體現。因此，如若運用“採用”這種方式創制法律，既適應了當地的社會習慣，又體現了國家行使主權的要求。《澳門基本法》第8條規定的關於“除同本法相抵觸或經澳門特別行政區的立法機關或其他有關機關依照法定程序作出修改者外，予以保留”的做法正是“採用”方式的體現，一方面保留了原有的大量法律規範，另一方面對法律規範進行審查，使得保留下來的法律規範都是符合《澳門基本法》規定的，這樣的做法即是符合了上述的兩個要求。

是不是所有的原有法律都需要審查，都可以保留？上文也已指出，所謂的原有法律是指由澳門當地立法機關或其他機關指定的法律、法令、行政法規和其他規範性文件。如果是葡萄牙主權機關延伸適用於澳門，或專門為澳門制定的法律本身就不需要審查，應當直接予以廢止。原有的行政法規是總督做出的訓令、批示等規範，而總督是當時的澳門當地機關，其所做出的行政性法規，應當是可以被審查的，在符合了《澳門基本法》的要求下，是被通過“採用”的方式，創制成為澳門特區的法律規範的。

也就是說，澳門原有的行政性法規，如訓令、批示等，在澳門回歸當日就已經結束了其作為澳葡時期權力的體現，而在回歸當日，那些符合《澳門基本法》規定的原有行政性規範被賦予了新的效力，可以被適用於澳門特區。換句話說，原有的行政性法規是一個“起死回生”的過程，在舊的政權下已然死亡，而那些符合《澳門基本法》或經過修改的規範被新的政權賦予了新的生命，從而具有普遍的社會約束性。因此，澳門原有的行政法規的延續性是一個符合“一國兩制”要求的：通過“採用”的方式，篩選那些符合《澳門基本法》或經修改後符合的行政法規，是中國國家行使主權的體現，符合了“一國”的要求，是一切法律規範得以保留的基礎；同時，保留的在這些規範，適應澳門特區的基本概況，有利於澳門特區的社會穩定和經濟發展，有力的佐證了“兩制”的差別，實現了“一國兩制”在法律規範下的追求。

#### 四、小結

綜上所述，回歸到文章一開始所提出的問題，如何理解澳門的行政法規與原有行政法規，如何理解原有行政法規的延續的效力。可知，澳門《澳門基本法》所賦予行政長官制定行政法規的權力中所講的行政法規是一種專有的規範形式，是行政長官形式權力的體現，但不具有法律的性質，與之前總督的行政規章或者法令都不同；而澳門之前沒有行政法規的概念，因此原有的行政法規實際上是指之前總督在為實施法律規章時制定的訓令、批示等文件。原有的行政法

規得以延續，不是《澳門基本法》承認了《澳門組織章程》的效力，而是說《澳門基本法》通過採用的方式，使得原有的行政法規在舊政權結束的時候失效，而新政權又賦予其新的效力。這種方式既符合了“一國”的要求，又體現了“兩制”的優越性，相得益彰。因此，在理解澳門特區的相關問題時，應當秉持“一國兩制”思想，順承“一國兩制”的邏輯，做出有利於保證“一國兩制”實施的答案，否則其他邏輯下的結果必然是矛盾的，是不利於澳門社會穩定和經濟發展的。

#### 註釋：

- <sup>1</sup> 1974年9月13日的新聞發佈會上，時任葡萄牙外交部部長蘇亞雷斯指出，“準確的說，不應將澳門看成葡萄牙的殖民地”，“澳門問題自然地要與中國進行雙邊磋商，以確立新地位。”轉引自何志輝：《從殖民憲制到高度自治——澳門二百年來憲制演進述評》，澳門：澳門理工學院一國兩制研究中心，2009年，第94頁。
- <sup>2</sup> 姜明安主編：《行政法與行政訴訟法》，北京：北京大學出版社、高等教育出版社，2005年，第49頁。
- <sup>3</sup> 何志遠：《論澳門特別行政區行政法規與法令的關係》，載於駱偉建、王禹主編：《澳門人文社會科學研究文選·基本法卷》，北京：社會科學文獻出版社，2009年，第118-120頁。
- <sup>4</sup> 駱偉建：《澳門特別行政區基本法新論》，北京：社會科學文獻出版社，2012年，第418頁。
- <sup>5</sup> 王禹：《法律、法令和行政法規的爭議再思考》，載於中國憲政網：<http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=7625>，2013年9月30日。
- <sup>6</sup> 《1999年12月16日全體會議摘錄》，載於澳門立法會網站：[http://www.al.gov.mo/lei/col\\_lei-02/cn/01.htm](http://www.al.gov.mo/lei/col_lei-02/cn/01.htm)，2014年1月15日。
- <sup>7</sup> 趙向陽：《澳門特別行政區基本法》短期課程講義，第5頁；轉引自何志遠：《一國兩制下法律體系延續原則的挑戰》，載於《法學》，2011年第3期，第75-83頁。
- <sup>8</sup> 同註4，第244頁。
- <sup>9</sup> 鄧小平：《我們對香港問題的基本立場》，載於楊允中主編：《中華人民共和國澳門特別行政區憲政法律文獻匯編》（增訂版），澳門：澳門理工學院一國兩制研究中心，2010年，第194-198頁。
- <sup>10</sup> 楊允中：《澳門基本法釋要》（修訂版），澳門：澳門法務局，2003年，第40頁。
- <sup>11</sup> 吳邦國：《深入貫徹落實香港特別行政區基本法，把“一國兩制”偉大實踐推向前進——在紀念中華人民共和國香港特別行政區基本法實施十週年座談會上的講話》，載於楊允中主編：《中華人民共和國澳門特別行政區憲政法律文獻匯編》（增訂版），澳門：澳門理工學院一國兩制研究中心，2010年，第232-239頁。
- <sup>12</sup> 許昌：《澳門過渡期重要法律問題研究》，北京：北京大學出版社，1999年，第28頁。