

# 澳門行政法學的新天地 ——以政府規制理論為切入點

何志遠\*

行政法惟一不變是變化。

- Bernard Schwartz<sup>1</sup>

## 一、澳門行政法現狀

### (一) 法制的“克隆”對本土法學理論發展之影響

基於歷史原因，澳門過去長期由葡萄牙管治，葡萄牙屬歐洲大陸法系國家，所以澳門法律(包括行政法)具有大陸法系法律的特點，因此，要瞭解澳門法制無可避免地接觸葡萄牙法律。澳門的法律理論研究一直以葡萄牙的法律學理論為“正統”理論，因此，葡萄牙的法律體系或法學理論往往被視為理所當然地採納，甚至以此等法理作為學術研究的內涵，法學理論的純粹移植，導致澳門法制的依賴性，整體上影響了本土法學理論，雖然“唾手可得”一套相對先進的法律制度，但是否能有效發揮法應有的功能則成疑問。眾所周知，法律規範的制定離不開當地的歷史文化背景。澳門法律沒有屬於自己的“靈魂”，加上語言上的障礙，澳門回歸後依然未有根本改變以葡萄牙語起草法律，翻譯成中文的局面，未能全面發揮語言的傳意功能，這種狀況導致了澳門在法律改革工作上出現困境。套用台灣葉俊榮教授一句話：“法律殖民主義”相當濃厚。事實上，台灣行政法亦曾受法律殖民主義影響，葉俊榮教授指出了台灣法律殖民主義的幾個特色：“①大部分的法學研究者都以在國外留學為進入學術研究生涯的起點，基於語文與法律系統的隔閡作用，往往在學術界各讀各的書，合唸各的詞，各信各的神。②由於學理研究的差距，本地研究學術研究者往往理所當然地所熟悉的‘他國’法律體系或法學理論，直接或間接套用在本地，甚至仰賴語言

熟悉度的比較優勢，以此等外來法理的引介，作為學術研究的主要內涵，造成真正在此一土地上生成發展的法與外國法相互混淆的局面。③本地學者所師法的主要法律體系，大都有其獨特的歷史傳統與政經結構(例如德國與日本長久專制體制影響其法學理論的發展甚鉅；美國基於獨立建國及繼受英國法，也發展出獨特的法律制度)。學者零星引介，在法學理論與文字邏輯外，往往缺乏進一步對台灣歷史傳統及政經社文背景的檢討，即令‘水土不服’亦不自知，甚至有意忽略不論。”<sup>2</sup>

從世界範圍來看，隨着政府職能不斷膨脹及給付行政成為當今各國政府的主要任務，澳門不可亦不能偏離發展的大潮流，尤其是澳門自回歸以來出現了翻天覆地的變化，博彩業帶動了經濟急速增長、經濟產業發展適度多元化、價值衝突亦因社會急速發展而變得頻繁，當務之急是構建一套符合本身發展特色的法學理論，並在此基礎上設計一套能行之有效的制度。若再借用移植的學理，必將與規制實務上的現象與問題嚴重脫節。然而，並非全盤否定引介葡國法學理論在澳門法學發展的過渡階段中所起的作用，適度參考與仿效亦無可厚非。面對回歸後的澳門，我們應正視引進葡國制度對澳門法學發展的“副作用”。

### (二) 澳門行政法的內涵

以大陸法系為根源的澳門法制，行政法的表現形式為：訂立行政規章、作出行政行為及訂立行政合同，在內容方面則包括了特別權力關係、羈束權/自由裁量權、不確定概念、法律保留、行政授權等內容，以及貫徹行政法框架的一般原則，例如，合法性原則、平等原則、適度原則、公正原則、無私原則、善意原則，它們是由一個個法律概念所組成，透過對這些概念的解釋及運用，去解釋行政法律關係所產生的

\* 浙江大學光華法學院博士研究生，澳門特別行政區政府保安司司長辦公室顧問

問題。“傳統行政法學關注的是行政活動的適法性，往往對行政活動的評價限於合法與非法兩種，然而一方面應對公共行政的效率(更關注結果和績效)要求，傳統行政行為缺乏一套可操作的評估工具；另一方面，由於司法審查的結果無論是判令撤銷、重作、履行還是確認違法，最終行政問題的解決仍然不可避免的依賴於行政機關的實體政策過程，哪怕是對裁量權進行審查的合理性原則，也需仰賴正當、理性、考慮相關因素等等不確定法律概念和判斷餘地理論。”<sup>3</sup> 換句話說，法律操作者只要將具體個案套在預設的法律程序——上述概念系統，便能獲得一個正確答案。這是否意味着行政法的運用就這般輕而易舉？公法學家早已提出，“公法是一種複雜的政治話語形態；公法領域的爭論是政治爭論的延伸”<sup>4</sup>，“每一種行政法學理論背後，皆蘊藏着一種國家理論”，與市民生活的相對穩定性相應的民事法律相比，行政法則深深根植於它所在於其中的社會、政治、經濟、文化和歷史背景。<sup>5</sup> 因此，“行政法的操作，如果無視於隱藏於後的一些基本理念，將成爲沒有方向感也沒有生命的邏輯操作。行政法的內容仍必須藉助許多理念來潤滑。例如：①大政府與小政府之辯：當今政府施政是朝向擴大中央政府職權與擴大公共支出的大政府，或是朝向精簡與緊縮公共支出的小政府。②規制成本的敏感度：規制措施的實行是否應考慮財務負擔與成本有效性？③國會相對於行政的規制正當性：行政規制措施的正當性究竟以國會授權爲主，還是指向行政程序本身？④市場機能的尊重程度：偏向尊重市場機能的‘市場優位’或偏向政府干預的‘行政優位’？重視命令控制式的規制或不斷試圖運用經濟誘因？⑤私規制的利弊：是否應放手讓社區、民間團體、工會等自行規制，行政規制作爲備位規制，還是採取統合主義，由行政機關主導，只有在必要時才採用有條件的私規制？”<sup>6</sup> 台灣學者所提出的關於政府規制的理念，其焦點在於從動態角度對行政法進行分析，政府規制可被視爲“活化”行政法法學發展的元素。上述“潤滑劑”對澳門行政法學理論的發展具有雙重意義，一方面，針對上述理念展開論證研究，結合澳門實際情況，以最終構建一套澳門本土行政法學理論爲目標，在此基礎上，澳門行政法的設計不因偏離本土實情而遭摒棄，另一方面，爲現行行政法的運用與操作帶來煥然一新的氣息，不再局限於純粹的法律技術操作，在技術操作層面滲入政府規制元素，無疑令行政決定更具說服力與公信力。中國台灣地區學者葉俊榮教授也將現代行政法的功能定位在兩個

方面：第一個方面定位於私人權益的保障，這種功能定位以司法救濟爲中心，是當前行政法的主流；第二個方面定位於公共福祉的制度體現，它並不全然以法官進行合法性審查爲主軸的司法救濟爲中心，而是借由整體制度的設計，促進公共福祉的體現，傳統的案例分析和行政法學研究的關注焦點是法律和程序，其要義在於將既有的制度設計和政治結果作爲一個靜態不變的鑄鏑(常量)，在靜態框架內進行合法性考量。但是現代行政法的第二個功能卻要求我們將原本作爲常量的法律規範、政治過程以及政策選擇當成問題本身(變數)予以考量，惟其如此，才能從制度和政策層面體現和承載公共福祉。<sup>7</sup>

行政法學自己提出問題並自己解決問題的時代已經走到了它的終點……這門學科的基本變數和範圍已經被限定，而行政法學者所提出的問題在這些變數和框架內已經不能得到完美的回答……政府規制學的意義就在於此。<sup>8</sup>

## 二、行政法的動態分析 ——以澳門博彩法個案爲例

在提倡以政府規制作爲行政法內容的“潤滑劑”的思路下，我們以個案問題着手，嘗試對澳門行政法進行動態分析，從政府規制視角檢驗行政法的缺位問題。

### (一) 未成年人在賭場獲獎“派彩”

一名香港 16 歲少女於 2007 年 2 月 20 日往澳門賭場耍樂玩角子機中獎，但後來被發現未成年而被賭場驅趕，未領彩金。有關方面經過 3 日的研究後，澳門政府終於指令金沙賭場必須向女事主派彩 74 萬港元。事件在澳港兩地引起軒然大波，輿情分爲“賠”與“不賠”兩種立場。

上述事件中政府、未成年人、博彩公司任何一方都沒有得益，出現了三輸的局面，首先，未成年人父母親帶未成年女兒進入賭場，此舉在子女心中樹立了壞榜樣，不勞而獲的觀念無聲無色地灌輸入心智不成熟的未成年人的腦海中，其次，未成年人由於被傳媒廣泛報導，受到同學和校方的關注，爲學習帶來困擾，並承受着因進賭場影響校譽而可能遭到校方處分的壓力，獎金未到手，煩惱事件接踵而來；在博彩公司方面，暫且不論扣起彩金的做法是否正確，但對博彩公司的形象造成打擊，間接地影響了澳門博彩業的

形象，博彩公司在管理上的疏忽為在澳門落腳的美資賭場蒙上污點<sup>9</sup>；最後，澳門政府要求博彩公司向當事人派彩了事，這種沒有法理依據的情況下，對澳門法制與威信無疑是沉重的打擊；事件突顯了澳門法律的不完善與政府規制的不完善。

## （二）監管制度設計的“失靈”

從法律上分析，未成年人獲獎“派彩”這一問題涉及了多重法律關係，當中涉及多個的法律問題，首先，未成年人與博彩公司之間的法律關係，其次是博彩公司與政府的關係。前者(未成年人—博彩公司)屬於一種私法上的關係，後者則屬於公法上的關係。在私法關係中，雙方法律主體處於平等地位，個案中未成年人在違規<sup>10</sup>情況下進入賭場博彩贏錢，博彩公司在核實中彩者身份後，以中彩者未成年及違規進場為由拒絕派彩，對於中彩者或拒絕派彩者的立場而言，雙方均有法理上的依據，從中彩者角度來看，她與博彩公司的合同關係是成立的，博彩公司的邀約(提供博彩產品/設施/服務)與未成年人的應約(在賭場內享用博彩產品/設施/服務)，未成年人按照博彩公司為博彩產品設定的遊戲規則進行博彩並中獎，並無以欺詐手段博彩，換句話說，未成年人並無“出老千”，因此，整個合同的履行並未受到任何瑕疵的影響，合同是有效的，否則，博彩公司不派彩的行為構成不當得利。<sup>11</sup> 對於博彩公司而言，拒絕派彩的理由在於，未成年人在法律上被視為無行為能力<sup>12</sup>，因此，因不具備締約能力而合同被視為可撤銷。輿論意見亦傾向支持博彩公司的立場：凡是違法下產生的利益都屬違法。然而，假設未成年人不是贏錢，而是輸錢，可否基於其未成年人身份撤銷合同而不用賠錢？

實際上，由外表看來純粹民法問題引伸出另一層面的問題——政府對博彩公司的監管問題，博彩公司與政府之間的法律關係則屬公法法律關係，具體而言，是行政合同法律關係。<sup>13</sup> 第 16/2001 號法律，對於博彩公司在疏忽情況下讓未成年人進場的處理，監管實體束手無策，理由在於現行博彩法中沒有訂明違反准入賭場的禁止性規定的法律後果，相反，在第 16/2001 號法律生效前的法規，就違規進入賭場的事實對博彩公司作出罰款處分，1961 年第 1469 號立法性法規第 51 條規定：“在下列情況下，被特許人受處罰：七、如第二十三條規定禁止進入賭場之人士進入賭場，則按每人計科處澳門幣一百元之罰款。附款一：如在一年內累犯，則罰款提高至兩倍。”有關規定於 1964 年被第 1649 號立法性法規第 51 條修改為：

“被特許人被科處之罰款不得低於下列數額，而合同應至少訂明下列情況：五、如被禁止進入賭場之人士進入賭場，則按每人計科處澳門幣二百元之罰款”。自第 16/2001 號法律生效後，第 1469 號立法性法規第 51 條被廢止。然而，新法律並無就任何關於違反准入賭場規定設定罰則，博彩監管機制出現失靈。

為此，政府考慮將進入娛樂場和工作者年齡一併提升至 21 歲，亦未知是否標本兼治的解決方案，這一提議反映出政府並未通盤考量整個對監管未成年人的准入某類場所的制度。事實上，政府制訂任何政策，都不能、也不應該背離本地法律原則和社會現實。

## 三、政府規制研究——行政法學的新發展

從以上個案分析，反映出立法者對整個博彩業監管的設計有所缺失，作為控權法的傳統行政法，着眼於行政相對人權益的保障，以司法救濟為最終手段，行政法的發揮已沒有新意——僅僅限於對法律的刻板解釋與套用，從而判斷行政機關的決策合法與不法，但是，今天我們所面對的行政活動是帶有複合型的特點，一個決策的形成是包括了一個以上的行政活動，若只對行政過程中的某一個行政活動進行法律上的價值判斷而忽略其他，這對行政問題的解決顯然不夠全面。“傳統行政法僅僅把注意力集中於憲法、行政法與行政程序是遠遠不夠的，行政法規範以外的東西，諸如行政規制的性質以及其實質上的範圍等問題，對於行政法的研究而言，也是同樣重要的。因為就整個政府規制活動來講，它不僅僅具有政治與法律意義，不僅僅是一個對權力進行劃分、在權力之間達成制衡、為權利提供保障的過程，它同時也具有社會和經濟意義，它還是一個講究規制的科學性、講究對社會的合理調控、講究官僚效率的實現的過程。這兩類問題是政府規制活動共生共存的兩個方面，忽略任何一個方面，對於政府規制的正常有效運行、達致人們所期望的狀態都是有影響的。但是，從行政法學的發展來看，傳統行政法學所真正能提供的、能夠對行政規制的實質內容進行有效分析的專業‘話語’太少了，可以說，這是一片嶄新的領域。”因此，應從根本源頭入手，深入到政府運作內部，了解決策的背景，設計出一套符合實況的制度以滿足公共利益，這就是政府規制對行政學發展的意義所在。<sup>14</sup> 規制理論並不是新鮮事物，早於 1887 年，美國國會首創了第一個現代規制機構——州際貿易委員會，政府規制理

論於美國的鍍金時代(gilded age)<sup>15</sup>拉開了序幕，該理論最初用於遏制當時盛行的鐵路建設事業中的投機現象。“自 1960 年代中期開始，聯邦規制機構的數量與規制活動的範圍，有了極大的拓展。聯邦政府開始規制油價以及能源生產的其他方面，對環境污染予以顯著的控制，對工作場所、公路以及消費者產品的安全進行規制。它還增強了對投資者，包括養老金領取人與商品交易者的規制性保護。”<sup>16</sup> 政府規制理論是從經濟學、政治學及社會學等角度來分析及研究政府的規制措施成效，自然成爲了政治家、社會學家、經濟學家以及文化人類學家的研究對象，由此可見，政府規制理論並不是行政法學研究的“這杯茶”。自 1990 年代起，規制理論<sup>17</sup>才漸漸引起美國行政法學界的關注，試圖將行政法從傳統的法學上的研究視野釋放出來，引領行政法進入一個新的研究境地。

#### 四、結語

傳統的行政法學研究已不能滿足於現實社會急速發展的需要，行政法學者正不斷尋求行政法學的發展路向，於 19 世紀誕生的政府規制理論引起了行政法學者的高度關注，行政法學者在不斷傳統的行政法學的框架內，對政府規制的背景、原因、考量及成效

作深入分析，通過全盤掌握政府規制模式，行政法的設計更爲“貼心”，大大提升了行政法解決實際問題的能力，回應社會需求，除美國外，英國、日本以及台灣地區亦積極從政府規制角度來研究行政法學。澳門法律制度由於一直受葡萄牙法律制度影響，在法學方面的理論建設與制度設計均從葡萄牙“來料加工”。此刻，澳門現正如火如荼進行法律改革，在此法律變革的時期，行政法學的研究亦應有所作爲，相信以政府管制理論爲切入點，爲行政法的改革尋找新的路向。我們似乎可以確信：“下一代行政法學者應當會見證從司法衛護的行政程序向着由立法者和官僚設計的管制項目的轉變”，即不僅僅從司法審查的角度對行政機關(管制機關)的行爲進行合法性考量和裁量權控制，而同時面向行政實體，對行政法上游——立法和行政的環節予以必要的關懷。具體說來，應當就宏觀制度程序的架構、管制策略的選擇等方面斟酌考量。尤其應當引進政府管制的相關理論成果，以填補傳統行政法在實體問題上的“缺位”。然而，我們同樣不能走得太遠，這包含了兩方面的意蘊：第一，傳統的司法位相的行政法研究仍然不可或缺，甚至應一度維持其主流地位；第二，在將政府管制相關理論成果融入行政法學研究的過程中，充分發揮行政法學者熟悉政府建構規則的優勢以及特有的法學分析框架，設計成功的制度結構和管制策略。<sup>18</sup>

#### 註釋：

- <sup>1</sup> Schwartz, B. (1993). Some Crucial Issues in Administrative Law. *Tulsa Law Journal*, Vol. 28. 793.
- <sup>2</sup> 葉俊榮：《行政法案例分析與研究方法》(第 2 版)，台北：三民書局，2003 年，第 44 頁。
- <sup>3</sup> 駱梅英：《行政法學的新臉譜——寫在讀葉俊榮〈行政法案例分析與研究方法〉之後》，載於羅豪才主編：《行政法論叢》(第 9 卷)，北京：法律出版社，2006 年。
- <sup>4</sup> 馬丁·洛克林著，鄭戈譯：《公法與政治理論》，北京：商務印書館，2004 年，第 8 頁。
- <sup>5</sup> 卡羅爾·哈洛、理查·羅林斯著，楊偉東等譯：《法律與行政》，北京：商務印書館，2004 年，第 1 頁。
- <sup>6</sup> 同註 2，第 26-27 頁。
- <sup>7</sup> 唐明良：《行政法研究疆域的擴展——以案例分析爲切入點》，載於《政法論壇》，第 4 期，2005 年。
- <sup>8</sup> 同上註。
- <sup>9</sup> “當今世界博彩監管制度的主流模式來源於內華達……賭權開放爲我們請來了幾家美國內華達的投資者”，見王五一：《澳門博彩監管的制度瓶頸——美國內華達州的啓示》，載於《澳門研究》，第 40 期，2007 年。
- <sup>10</sup> 根據現行《澳門民法典》第 111 條規定：未滿十八歲者爲未成年人。另根據第 16/2001 號法律第 24 條規定，未滿十八周歲之人禁止進入博彩廳或區域。
- <sup>11</sup> 根據現行《澳門民法典》第 467 條第 1 款規定：無合理原因，基於他人受有損失而得利者，有義務返還其不合理取得之利益。

- <sup>12</sup> 根據現行《澳門民法典》第 112 條規定：未成年人無行為能力，但另有規定者除外。
- <sup>13</sup> 根據第 16/2001 號法律第 7 條規定：“澳門特別行政區保有幸運博彩之經營權，僅可由在特區成立並獲得批給之股份有限公司從事，而有關批給係按照本法律規定以行政合同為之。”現行《澳門行政程序法典》第 165 條規定：行政合同為一合意，基於此合意而設定、變更或消滅一行政法律關係。
- <sup>14</sup> 董炯：《政府管制研究——美國行政法學發展新趨勢評介》，載於《行政法學研究》，第 4 期，1998 年，第 73-80 頁。
- <sup>15</sup> 1870-1920 年是美國資本主義發展的“鍍金時代”，美國完成了向工業資本主義的轉型，但也為此付出了巨大的代價，美國社會轉型的經驗表明，政府如何通過推動立法來幫助弱勢群體，關係到整個社會的穩定發展，正是在 20 世紀中葉以前，這種對社會不公正的訴求的途徑在美國得到基本解決，才有了後來 60 年代“偉大社會”構想的提出，最近，20 世紀 60 年代美國總統林登·詹森提出的“偉大社會”的構想又引起了國內一些學者的關注。這個以保障民權、向貧困宣戰的構想對美國的持續發展無疑產生了重要的作用，見任東來：《“鍍金時代”付出巨大代價——美國“偉大社會”構想提出》，載於中國經濟網：[http://www.ce.cn/culture/history/200703/22/t20070322\\_10780820.shtml](http://www.ce.cn/culture/history/200703/22/t20070322_10780820.shtml)，2011 年 11 月 23 日。
- <sup>16</sup> 史蒂芬·布雷耶著，李洪雷、宋華琳、蘇苗罕、鍾瑞華譯：《規制及其改革》，北京：北京大學出版社，2008 年，第 1 頁。
- <sup>17</sup> 今天，政府規制在行政法學的研究百花齊放，作為政府規制的開拓者的美國，在行政法角度下研究政府規制的代表人物及權威著作計有：Stephen Breyer 的 *Regulations and it's reforms*(中譯本：史蒂芬·布雷耶著，李洪雷、宋華琳、蘇苗罕、鍾瑞華譯：《規制及其改革》，北京：北京大學出版社，2008 年)和 *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulations*(中譯本：史蒂芬·布雷耶著，宋華琳譯：《打破惡性循環——政府如何有效規制風險》，北京：法律出版社，2009 年)；Cass R. Sunstein 的 *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*(中譯本：凱斯·R·桑斯坦，鍾瑞華譯：《權利革命之後：重塑規制國》，北京：中國人民大學出版社，2009 年)；英國 Anthony I. Ogus 的 *Regulation: Legal Form and Economic Theory*(中譯本：安東尼·奧格斯著，駱梅英譯：《規制：法律形式與經濟學理論》，北京：中國人民大學出版社，2009 年)；日本大橋洋一的《行政法學結構性變革》；以及台灣葉俊榮：《行政法案例分析與研究方法》(第 2 版)，台北：三民書局，2003 年。
- <sup>18</sup> 同註 7。