

未來特別行政區基本法中澳門法律制度的延續性^①

Jorge Costa Oliveira *

一、聯合聲明和基本法草案所規定的澳門法律制度的延續性原則

葡萄牙共和國與中華人民共和國代表於一九八七年三月二十六日在北京草簽的關於澳門問題的中葡聯合聲明，在其第2條（4）節中規定“法律基本不變”^②。

中葡聯合聲明附件I第3條對此明白無誤地作了如下堅定的闡述：“澳門特別行政區成立後，澳門原有的法律、法令，行政法規和其他規範性文件，除與澳門特別行政區【基本法】相抵觸者外，予以保留。”

《澳門特別行政區基本法草案》在其第8條中亦對該原則作了如下規定：“法律、法令、行政法規和其他規範性文件，除同本基本法相抵觸或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。”

該原則的目的顯然是保障澳門現存生活方式^③的延續性，由此不可能排除社會制度和“其居民基本權利保障制度”^④。這種基本權利保障不僅旨在維護造就了澳門市場經濟特殊體制的法律上層建築的延續性，而且還旨在避免澳門居民可能對明白無誤地以法律確切性的至高無上和司法運作可靠性為基石的法律制度的延續性所產生的疑問。

* 立法事務辦公室主任

①本文文責概由作者自負，文中所維系諸見解、立場純係作者個人之見解立場，與任何機構無關。作者基於其向澳門律師協會於1991年11月主辦的“澳門法律制度”研討會遞交的論文和向里斯本澳門辦事處1992年3月19日主辦的“澳門——過渡時期的問題”的研討會遞交的論文，撰寫了本文。

②1999年後“生活方式”保持不變的廣泛原則的必然結果。

③中葡聯合聲明第2條第（4）節第一句，澳門特別行政區基本法草案第5條。

④中葡聯合聲明第2條。

二、聯合聲明和基本法草案中載明的基本不變的概念內涵的界定問題

保持澳門原有的法律制度，決不是，而且情理上也不可能是不可觸及的同義詞。

爲此，中葡聯合聲明的制定者們規定澳門原有的法律、法令和其他法規基本不變。一些人認爲這裏包含着「一手給予一手索取」的古老的原則。對此我們予以尊重，但我們覺得，應對該原則的內涵進行法學方面的分析和解釋。這種分析解釋必須力圖超越對原有體制基本不變原則的神聖規定的純粹承認。需要確定基本不變原則的內涵，準確地說，需要確定澳門原有法規基本保持不變的內涵。

本人認爲，這種解釋包含着澳門特別行政區機構對原有法規加以變動的可能性，只要這些變動不改變或推翻這些法律文件的基本內容。由此，如果某個法律文件的某些規定對政府而言是在維護被統治者的權利，那麼若採取與此相反的立法政策，對中葡聯合聲明而言就不能認爲是合法的。同理，如果在制訂某項基本法律的含有針對1999年前的條款，對其實施加了種種限制，或將該條款的實施範圍擴展到極其廣闊或不確定的地步，亦是不合法的。

用這種方式限制未來的澳門特別行政區政府在立法政策方面的抉擇自由，是令人懷疑的。然而，我認爲，一方面，不需要對該概念的分析提出更多的實際意義；另一方面，中葡聯合聲明在這方面力圖維護的利益——法律的確定性和可靠性，在1999年12月19日前與後是不對稱的^⑤。

三、基本法與聯合聲明相一致的界定

中葡聯合聲明第2條（12）節規定“上述基本政策和本聯合聲明附件一所作的具體說明，將由中華人民共和國全國人民代表大會以中華人民共和國澳門特別行政區基本法規定之，並在五十年內不變”

由此導致基本法必須與聯合聲明保持一致。這種聯系從一開始就只有在法律上具強制力時才有意義。葡萄牙、尤其是中華人民共和國在聯合聲明中承擔的義務，不能視爲關於澳門前途的純粹原則宣言^⑥，否則將徹底推翻澳門的“生活方

^⑤對稱一詞，可參閱李志高在“聯合聲明，過渡模式及行政改革”一文中的闡述，《行政》雜誌第十一期第77頁至82頁（中文版第171至175頁）。我們有幸拜讀了全文，但我們並不完全贊同作者的觀點。在作者筆下，中葡聯合聲明規定了1999年後的一種對稱模式。

^⑥因此，對政治家們宣稱1999年12月19日（香港爲1997年6月20日）之後中華人民共和國將重新行使其對香港和澳門的主權一事，不會產生任何形式的驚慌，而且沒有必要理會到底是誰。中國對香港和澳門重新行使主權，並不中止中華人民共和國與葡國以及聯合王國簽訂的國際條約的效力——無論是稱之爲“聯合聲明”還是其他名稱的國際條約——，如果中華人民共和國毀約，那麼它將承擔相應的國際責任。

式”五十年保持不變的目標：澳門居民對本地區或特別行政區前途的信心的增強與否，與其政府是什麼樣無關。

在基本法與聯合聲明一致的必要性上，產生了一些不同的論點。論點一不僅認為可以對聯合聲明^⑦載明的原則和政策加以發展，而且認為基本法中與任何這些原則或政策相抵觸的規定，都是不可接受的。

論點二認為，聯合聲明中強調的確定概念或明白無疑的概念，在任何情況下，基本法的起草者們都不應也不能用內涵不同或難以釋義的概念取代之。必須指出，論點一中有一點情況與論點二類似，即在許多地方用“澳門特別行政區永久性居民中的中國公民”的概念取代了“當地居民”的概念。

最後一點重要的論點是，我們認為，無論是通過作為還是不作為，基本法都是不能在不侵犯聯合聲明基本理由的情況下削減聯合聲明規定的基本權利的實質內容，因從其性質來看，這些基本權利包含了對澳門居民的法律保護。特別是在現行的權利、自由和保障這些不作為的基本權利上，尤為如此，即，他們毋需國家賦予任何附帶行為，即可由公民享受之^⑧。對基本權利的限制或者削減，是對聯合聲明中規定的基本權利的實質內容的扭曲，而禁止這樣做是符合澳門居民的基本權利，即通過司法途徑抗衡損害其基本權利的行政行為，這些行為既違反基本法也違反聯合聲明所支持的規範性行為。

基本法與澳門原有法律制度之間的關係，亦是一個不能不提及的方面。

經常聽到澳門的政治家們不厭其煩地談論現行立法必須與基本法一致。這當然是正確的。然而，說不能不反過來檢查一番，同樣也是正確的斷言。基本法將澳門法律制度作為其組成部分，而且澳門法律制度將是個最重要的法律來源之一，從法律的等級體系來說，它僅次於聯合聲明。

另一方面，聯合聲明規定保持澳門原有的社會、經濟制度，保持“生活方式”^⑨以及澳門法律制度的延續性^⑩。鑒此，基本法與將納入基本法的其他法律制度協調一致，不能不是自然的事情了。在一些實質性的方面固然如此，如使用澳門法律制度中規定的概念或在基本權利領域建立起一個價值結構。在形式方面亦然，如使用澳門日常立法中業已定形的概念：為什麼要將與當地居民尤其是司法界業已習慣使用的概念格格不入的不必要的新概念引入澳門的法律制度呢？

基本法與澳門原有法律制度協調一致的最重要的後果之一，是要對基本法徵求意見稿中使用的、從安格魯撒克遜概念學和術語學中引入的概念和術語，加以斷然和善意地拒絕。

⑦我們在此指的是廣義的聯合聲明，即包括聯合聲明組成部分的附件，如基本法草案第6條結尾部分所述。

⑧這些權益係基本權利的自由化理論的產物，該理論認為，基本權利是針對國家的公民自衛權，由此，國家對其實施不應採取任何主動行動；相反，國家應摒棄任何形式的干預，而這些權益的實施或享受僅屬公民司法保護範圍。

⑨參見聯合聲明第2條第（4）節和附件 I 第1條第一自然段。

⑩參見聯合聲明第2條第（4）節和附件 I 第3條第二自然段。

然而，我們需要再次指出的是，基本法同樣也是中華人民共和國法律制度的組成部分，而該法律制度被認為是對立於澳門的法律制度的。因此，我們經常發現一些與澳門的法律制度不一致的概念。在法律文件的結構和技術方面，情況亦是如此。澳門原有的法律文件的所有條文都以數字排序組成，而在基本法中的條文則細分為款，每款分為段，這種技術是中華人民共和國使用的立法技術。但是，與中華人民共和國的情況不同，基本法中的條文本身是根據澳門通行的立法技術按數序排定的，它所遵循的是葡國的模式。

我們認為，法律制度不同而法規相同的這種性質，從立法政策和立法技術的選擇以及法律解釋的角度來看，蘊含着基本法最大限度地兼容兩種法律制度的原則。

四、在基本法草案中，對未來澳門法律制度的描述，及其對全國性法律與澳門法律之間關係的描述

澳門特別行政區基本法草案第18條第1段將澳門法律制度⁽¹¹⁾描述為由基本法、澳門原有的法律⁽¹²⁾以及特別行政區立法機關頒佈的法律所組成。此外，還把下一段中載明的將在澳門生效的全國性法律也納入上述法律之列。

如何理解“澳門原有法律”，將是下一個要闡述的問題。至於澳門特別行政區內的立法，僅把“行政區立法機關”頒佈的法律列入特別行政區法律體系，不能不引起我們的關注，而澳門特別行政區基本法草案多處或明確或含蓄地將立法權限賦予政府，將做出規範性行爲的權限賦予行政長官。講到政府時，澳門特別行政區基本法草案某些條文並沒有提及賦予政府以行政法規的制定權⁽¹³⁾，沒有明確賦予政府以立法權⁽¹⁴⁾。但草案却賦予行政長官以“制定行政法規並頒佈執行”的權限⁽¹⁵⁾，請注意中葡聯合聲明⁽¹⁶⁾和澳門特別行政區基本法草案⁽¹⁷⁾所賦予的規範性行爲的性質。

(11) 係用葡萄牙語擬就，需加以潤色。

(12) “依據本法第8條之規定”。

(13) 參見基本法草案第65條（五）款。

(14) 參見第116條第2段和第129條第1段，或許還有第94條和較為不確定的第125條第1段。

(15) 參見澳門特別行政區基本法（草案）第51條第五款。與基本法草案賦之以“制定行政法規並頒佈執行”（第51條第四點）時的情況不同。我們認為這些行政法規不等於現行澳督所制訂的法令。此外可參閱香港特別行政區基本法第48條第4款中使用的並行術語，他們使用的是“行政命令”。具體到澳門的法律制度，我們認為該提法與現行的總督批示最為接近。這個問題目前正在基本法起草委員會內考慮，應用“批示”一詞取代“法令”的提法。

(16) 參見中葡聯合聲明第2條第（4）節和其附件I的第3條。

(17) 參見基本法草案第8條。

然而，本節中特別引起我們關注的，是全國性法律在澳門的效力，以及這些全國性法律和澳門法律之間的關係問題。

澳門特別行政區基本法草案第18條第2段規定“全國性法律除列於本法附件三者外，不在澳門特別行政區實施”。這就是不對澳門實施中華人民共和國的全國性法律的原則。

上述第2段的第2句這麼寫道：“凡列於本法附件三的法律，由澳門特別行政區在當地公佈或立法實施。”

首先要澄清的，是我們面對的並不是“法律”。只要翻翻附件 III，就可以發現所謂的“全國性法律”(18)指的是非單一性質的規範性行爲。我們覺得，基本法最終文本應採納不同的措辭(19)。然而，出於簡化表述和措辭一致性方面的考慮，我們亦稱之爲“全國性法律”

另一方面，“**要實施**的法律”的提法似乎不太正確(20)——這也是澳門特別行政區基本法草案附件 III 中的提法；將在澳門特別行政區內“生效”的法律的提法，可能比較合適(21)。如此可避免對澳門法律制度內的現行規範性行爲的頒佈原則可能不同所產生的疑問(22)，同時可使基本法中的措辭與澳門法律中的措辭一致

此外，通過“**當地頒佈或立法實施**”(23)並不能完全兌現其目的。在澳門特別行政區基本法草案中的措辭，頒佈之行爲是行政長官“簽署立法會通過的法案，公佈法律”(24)。

在本概念中需予以特別解決的是附件 III 中載明的全國性法律如何在澳門生效的問題。通過特殊的規範性行爲作出規定，將這些法律的效力擴展至澳門（如基本法之情形），即可實現之，而其效力僅取決於這些全國性法律在《澳門政府公報》上的登載。另一種可能的解決辦法，是以“中央當局”，如全國人民代表大會頒發的法令形式取代在基本法中確定之的作法，而得以將這些全國性法律的效力擴展至澳門。這種作法，其效力亦取決於全國性法律在《澳門政府公報》上

(18) 包括3個“法律”、2個條例、2個“決議”和1個“聲明”。

(19) 如中葡聯合聲明（參見附件 I 第3條第2自然段第3行，澳門官印局版）中的措辭，該文本的明確措辭是“澳門原有的其他規範性文件”。

(20) 着重號係本文作者所加。

(21) 我們覺得，第3段第2句開頭的“列入附件三的法律”的表述不正確。一旦在本段的第1句接受了對列入附件 III 的法律加以增減的可能性，那麼第2句的開頭就不應提及“列入附件三的法律”，而是要對“將在澳門生效的全國性法律”作一番表述。

(22) 自1933年的葡萄牙殖民帝國組織憲章生效時起，該原則就已在澳門法律制度中生效，上述憲章由23228號法令頒發，刊登在1933年12月30日的《澳門政府公報》第52期副刊上；據該憲章，從1934年起，不再接受任何例外，即未在《澳門政府公報》上刊登的任何規範性行爲不能在澳門生效。

(23) 着重號係本文作者所加。

(24) 參見第51條（三）款。

的登載。最後一種設想，是通過澳門特別行政區立法機關的接納性立法行爲，將有關的全國性法律在澳門付之生效。這種設想似乎可取，但我們覺得，從規範性行爲的性質和有關的利益來看，這是個最不合適的方案。一方面，中華人民共和國的一項全國性法律的效力，由澳門地區範疇的和內部的公法人機關的行爲確定，是沒有什麼意義的，無論享有多大的自治權都是如此。另一方面，這種方案實際上可能妨礙有關的全國性法律短期內在澳門生效。至於另外兩種方案，我們覺得第二種作法較爲可取，即通過全國人民代表大會在《澳門政府公報》上登載其頒佈的規範性行爲的作法使這些全國性法律得以在澳門生效。這種方案可能享有的首要好處是，這些全國性法律對澳門的擴展不依賴於全國性法律的可能的名稱變動。同時，可以清除對將在澳門生效的全國性法律規定的準確內涵加以確定時可能產生的所有疑問，如果採納第一方案：有關的全國性規範性行爲一旦通過基本法無需補充立法的規定而得以在澳門生效，在澳門解釋該項全國性法律的內涵，難道就不能理解成全國性法律文件在批准基本法之日所認定的內涵？

然而，由於澳門特別行政區基本法草案提出了目前的建議，我們總覺得，立法政策的抉擇僅是局部與前途的對稱延續性的方案吻合。按照第18條第2段結尾部分的準確措辭，有關的全國性法律僅“由澳門特別行政區在當地公佈或立法實施”(25)。此外，如果立法者希望這樣做的話，他可以非常簡明地擬定權力機關的名稱以及用以將中華人民共和國的全國性法律延伸至澳門的規範性行爲的方式。第18條第4段的倒數第2行和第18條的最後一段應引起我們的關注。上述兩處明確寫明了，（一旦在澳門特別行政區內發生危及國家統一和安全而又未能被特別行政區政府控制的動亂，）“中央人民政府可發佈命令將有關(26)全國性法律在澳門特別行政區實施”(27)。對如此相近的規範性條文加以比較只能得出如下的結論：起草人在第18條第2段裏的未確定的意圖是“凡列入本法附件三的法律”的延伸屬澳門特別行政區機關的權限。

不清楚是哪個機關有權實施該延伸，也不清楚該如何實施之。我們認爲，從歸屬邏輯上來看，當爲立法會。通過規範性行爲可以確定澳門法律制度接納有關的全國性法律。我們認爲，沒有什麼能阻止該規範性行爲在立法範圍內實現，譬如立法會的決定(28)。然而，第18條第3段第一句規定“對列入本法附件三的法律作出增減”的權限屬全國人民代表大會常務委員會(29)，這使問題變得不那麼明瞭了。

在此描述的框架大概是這樣的：澳門特別行政區的某個機關將基本法附件Ⅲ中提及的諸法律移植入澳門的法律制度之中；只有全國人民代表大會常務委員會才有權處理這些法律的增減事宜(30)；而且，一旦在澳門頒佈了緊急狀態，那麼就只有中央人民政府才有權實施全國性法律的擴展以規範這種例外的狀態。

(25) 着重號係本文作者所加。

(26) 嚴格措辭應爲“…aplicacao das respectivas…”（“實施那些有關的法律”）。

(27) 着重號係本文作者所加。

(28) 這樣就形成了一個與葡萄牙全國性法律向澳門延伸的現行法律程序相反的對稱面，葡萄牙全國性法律向澳門的延伸是通過立法會以外的規範性行爲，如訓令形式，而得以實現的。

(29) 經向其“基本法”委員會及特別行政區政府諮詢後。

(30) 況且對全國人民代表大會的決議如何執行並沒有加以說明。

由此可以得出的結論是，存在着一種與全國性法律的擴展現狀不對稱的情況。毫無疑問，無論澳門特別行政區將享有的自治權較之其目前的自治權大多少，都會發生同樣的情況。

另一方面，根據只有中央人民政府才擁有外交和國防領域的權限的原則⁽³¹⁾，上述該段規定，這些全國性的法律（包括目前確定的和將納入的法律在內）應與“國防、外交事務”⁽³²⁾相關。基本法附件Ⅲ中規定的法律遵循的就是這條標準，儘管在“中華人民共和國的全國性法律”的納入上可能表現出某些猶豫不決。由此，我們必須對第3段第二句結尾部分為將在澳門生效的全國性法律數量的潛在增加所提出的負面限制標準予以關注。如將所涉及事項與國防、外交領域無關的全國性法律在澳門付之生效，又將發生什麼情況呢？應否理解成是違反基本法的規定呢？這是因為該段結尾部分還允許那些“依照本法規定不屬於特別行政區自治範圍”的法律在澳門生效。是否應將該表述理解成一條允許將所有和任何的全國性法律植入澳門法律制度的條款，只要移植對象“不屬於特別行政區自治範圍”呢？我們認為不是這樣的。如果是這樣的話，那麼，對涉及國防、外交領域的規範性行為的闡述就屬多餘了。另一方面，在中葡聯合聲明規定除在外交、國防外的所有領域授予高度的自治權以及基本法附件Ⅲ規定為數極少的一些全國性法律在澳門生效之後，還認定可在任何其他領域將全國性法律的效力擴展至澳門，我們覺得這是情理上說不通的解釋。那麼，應對該條第3段的結尾部分作何有用的理解呢？我們的看法是，使該條文具有意義，一方面避免上文提及的贅述另一方面避免曲解中葡聯合聲明中載明的（賦予）澳門特別行政區（高度）自治權原則的惟一有用的理解是，認定該條文所涉及的是非實質性的方面，即，僅涉及機構的權限或方式問題，如此可形成基本法與澳門組織章程之間的相互對稱。

最後一點要談的，源於“全國性法律”與“澳門法律”之間的關係，涉及1999年12月19日之後的澳門法律制度的自治形式。

1999年12月19日之後，除基本法外的澳門法律體系將完全自立於中華人民共和國的法律體系之外，這種自治本身是基本法所規定。就是適用於澳門的（中華人民共和國的）全國性法律也要由澳門特別行政區的地方機構通過某一接納這些法律的機制將之納入澳門的法律制度⁽³³⁾。

讓我們來看看圖一和圖二，這兩份圖對目前和1999年12月19日之後兩個時期內的兩種全國性的法律制度與澳門的法律制度之間的關係作了對照。

看過這份圖之後，可以發現，1999年後不存在與1999年之前的全國性法律與澳門法律之間的關係相對稱的模式，儘管對稱模式是其起點⁽³⁴⁾。

⁽³¹⁾ 參見第13條和第14條。

⁽³²⁾ 或以那些明確載明的“不屬於澳門特別行政區自治權範圍”的事務為對象。

⁽³³⁾ 參見澳門特別行政區基本法草案第18條第2自然段。

⁽³⁴⁾ 在兩種情形裏，均是地方法律制度作為相對於全國性法律制度的自治體形態出現的，而且都是僅由一個共同的立法行為“聯結”：今日的澳門組織章程和未來的澳門特別行政區基本法。

如果發現不了，就讓我們繼續往下看。

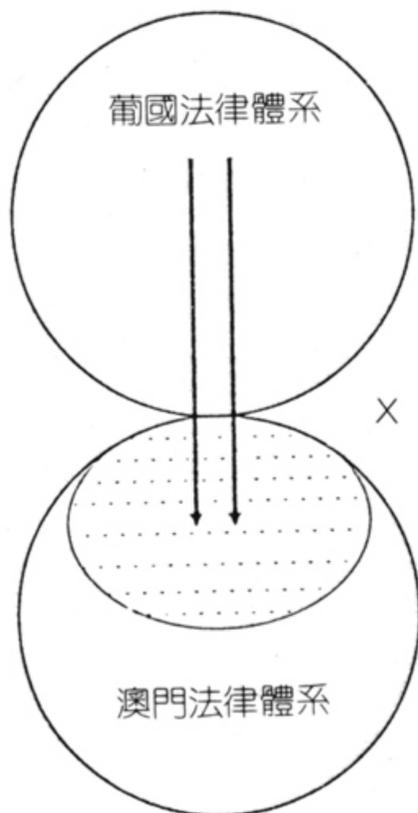
乍一看，似乎澳門原有的葡國全國性法律與1999年後在澳門生效的中國全國性法律只有量的差異。

然而，還有其他的差異，其中最重要的差異是擁有立法權的國家（葡國的和中國的）主權機構與澳門關係的差異。

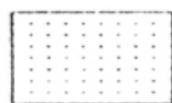
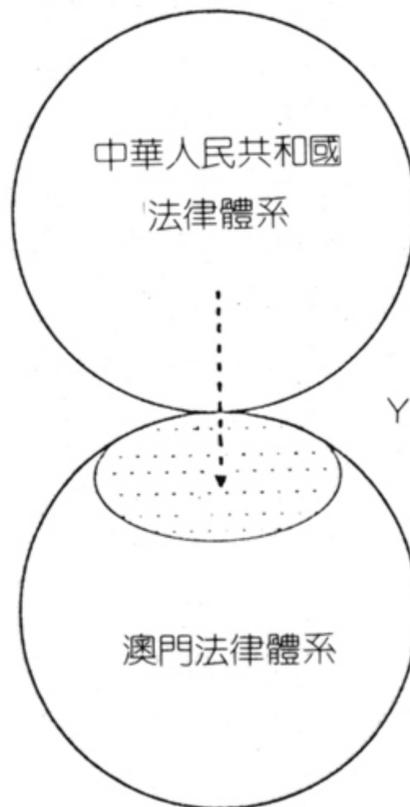
葡萄牙共和國議會和政府可以在任何領域為澳門制定立法文件（有時甚至為澳門而專設的法律⁽³⁵⁾）⁽³⁶⁾，但是，中國全國人民代表大會和中央政府僅在非常有限的情況下可以在澳門實施中華人民共和國的全國性法律。

在這個特殊點上，我們可以發現，由於給予了澳門特別行政區以高度的自治權，對稱的模式是不存在的。

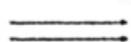
示意圖一
一九九二年十月十五日葡國法律體系同澳門法律體系之間的關係



示意圖二
二〇〇〇年一月一日中華人民共和國法律體系同澳門法律體系之間的關係



全國性法律在澳門生效情況



在任何時候和不受限制的情況下將全國性法律延伸至澳門，或專為澳門立法的可能性



在特定情況下並在澳門立法會的積極參與下，將全國性法律延伸至澳門的可能性。

X 澳門組織章程

Y 澳門特別行政區基本法

⁽³⁵⁾譬如，確定澳門司法體系基礎的權限，就唯一地屬共和國議會所有，參見澳門組織章程第51條第2款。

⁽³⁶⁾儘管事實上並沒有這樣做。參見後面第5點的圖1。

五、法律本地化作為澳門原有法律制度延續性的條件⁽³⁷⁾

5.1. 問題的提出

一些本地政治家、澳門特別行政區基本法起草委員會委員和一些本地法學家都一直認定“澳門原有法律”一語僅包括澳門政府機構本身頒佈的法律文件。葡國主權機構通過的所有法律文件，無論是主要用於葡國本土後又延伸到澳門的，還是用以在海外殖民地，或僅在澳門生效的，均是“殖民”時代的遺迹，因此不能得到中華人民共和國當局的尊重，也不能得到未來中國澳門特別行政區政府的尊重。

因此，一直堅持“法律本地化”的必要性。

看來，一些人甚至認定，如果不搞“本地化”，未來的澳門特別行政區有可能頒佈與“殖民”法律對立的法律，該“殖民”法律在澳門只生效至1999年12月19日，而且會導致該法律的衰落。

這意味着必須由澳門自己的政府機構重新批准澳門現行的一些重要的法律文件（如民法典，商法典，民事訴訟法典，刑法典和刑事訴訟法典）。

若做不到這一點，將意味着澳門法律制度的最重要的部分就無法繼續生效，這對司法運作的可靠性、公民權益的維護和葡國法律模式在這個地區的保持，構成了極其嚴重的損害。

下面我們對中葡聯合聲明中的規定做個法學分析，以弄清實行立法本地化的必要性，弄清葡國當局和擁有立法權限的澳門政府由此所承擔的義務。

5.2. 對象的確定

在上面已提及中葡聯合聲明附件 I 第3節第2段中，對中華人民共和國1999年12月20日後恢復行使其對澳門的主權一事給澳門法律制度造成的影响做了重要的描述。

事實上，澳門法律領域的不可避免的變遷（中葡聯合聲明開創的過渡時期以及基本法在1999年12月20日後50年間生效的事實帶來的變遷），要求我們基於下列設想對澳門的法律安排展開界定工作：確定1999年前後兩個時期生效的法律，是法律確定性和可靠性不可置疑的必備條件。

從另一方面來看，澳門政府和共和國主權機構頒佈的規範性行爲的共存，基於立法“本地化”的政治要求不僅提出了澳門法律制度自治的問題，而且提出了採納源於澳門社會經濟特性的法律模式的必要性問題。

⁽³⁷⁾筆者謹此向Luis Mesquita de Melo博士在本領域提供的博學、令人受益非淺的合作表示感謝。

讓我們來預視一下由於相關的政治變化，澳門的法律領域可能發生的變遷，首先着重對聯合聲明作必要的解釋，以弄清這個歷史性的問題。

5.3. 中葡聯合聲明問題

根據中葡聯合聲明（附件 I 第3節第4段），澳門特別行政區法律體系將由基本法、澳門原有的法律以及澳門特別行政區制定的法律構成。“澳門原有法律”的概念，包含狹義的法律，法令、行政法規以及所有的現行規範行爲。韋德霖博士1990年12月10日在澳門的一次研討會上，以“憲法法院司法見解中的澳門”爲題，對此做了精辟的分析⁽³⁸⁾，“聯合聲明這條原則會產生這樣一個必然的結果：無論是本地區政府機構發佈的文件，還是澳門組織章程第72條所指的共和國主權機構明確發佈用於澳門的文件，凡在政權移交之前就已存在的規範性文件都將有效”

因此，有可能對中葡聯合聲明對澳門法律制度的特性以及如何使該法律制度的各組成部分在過渡期中落實等規定所引起的三類問題分別加以分析：

- (1) 1999年12月20日後繼續有效的規範性行爲的類型；
- (3) 在已生效之概念上用以保持法律制度的正式機制；
- (3) 保持原有效力的方式：或自動生效方式，或通過澳門特別行政區立法機構接納之。

中葡聯合聲明根據現行法律無形的標準，解決了上述第一個問題。即，中葡聯合聲明用“澳門原有的其他規範性文件”之措辭，確定了在總體上保持澳門法律制度的原則，而不管構成法律制度的規範性文件的類型和來源。

由此，行政權的移交進程不會波及現行規範性文件的合法性，該合法性的基礎仍然是造就這些文件的原有立法進程。

至於原有規範性文件的失效，首先是由澳門特別行政區基本法抽象地宣佈其無效⁽³⁹⁾，亦可從另一方面着手，由澳門特別行政區的立法機關對其加以撤銷或修改。在上述兩種情況裏，本地區法律體系的變更，或源於強制性（基本）合法性的實現（第一種情況），或源於立法權的行使（第二種情況）。

然而，我們並沒有面臨法律制度界定的“不正常”機制（這種界定可能源發於中葡聯合聲明的框架性條約或規劃性條約的性質）；我們所面臨的首先是與法律制度運作的民主思想相互協調的變更。

由此，我們可以得出這樣的結論，中葡聯合聲明在1999年12月20日之後的受影响的法律制度的界定問題上並沒有規定某種正式標準，而只是採用了

⁽³⁸⁾最近刊登在《行政》雜誌上，1991年，第13 / 14期，第525頁至540頁（中文版第763至775頁）。

⁽³⁹⁾參見基本法草案第143條。

規範性文件的原有效力的標準，這一點構成了我們得以做出下列理解的基本前提：根據聯合聲明，未來的澳門特別行政區對現存法律制度的接受，並不受制於“澳門法律”（本地區政府機構頒佈的法律）的前景，相反，是基於這些文件的現行效力這一簡單的事實、通過保持這些規範性文件而得以實現。

第三個問題涉及如何保持我們提及的規範性文件的效力。

“將保持”之表述，意味着我們面臨的是澳門特別行政區的建立所帶來的自動效應，由此，所採納的方案是保持法律效力連續性的方案，而且這些法律並不需要澳門特別行政區的立法機關採取任何接受或採用，但具相應規範力的特別行爲。

5.4. 香港與澳門的立法程序及法律的延伸

探討1999年（香港1997年）後的澳門法律制度的輪廓時，“澳門法律”之概念是個重要的課題，其立法程序具雙重前景：自主制定，或，涉及源於共和國的法律時，接受之。

讓我們從鄰近的殖民地香港談起。我們發現對“香港法律”概念的定義存在着強烈的關係，反映出本地法律制度爲其能被香港特別行政區“承認”而做出的自主化努力⁽⁴⁰⁾。

在該論述的第一章“闡述與總條例”作者將“法律”一詞界定爲“（……）現行的、具立法效力的、延伸或適用於殖民地的任何法律”。

如此，現行法律將包括“普通法”、“衡平法”、本地制訂的“條例”和輔助性立法，以及其他適用於香港的英國的規範性文件⁽⁴¹⁾。

確定英國規範性文件納入“香港法律”概念的界限，對我們所分析的課題具有極其重要的意義，在“香港法律”中，我們在“適用於香港的英國法律”爲題的附件 I 中找到了該概念的正式依據。

聯合王國規範性文件在香港的適用標準，並不局限於頒佈生效的形式方面。在“英皇制誥”IX條中，爲香港殖民地立法的皇室特權被列入總則，事實上，源於皇室的規範性文件的效力是通過下列措辭而得以實現的：“有效力”（“has effect”）、“授予”（“has conferred”）、“適用於”（“applies

⁽⁴⁰⁾ 在這個意義上，我們認爲，總數31卷本的“香港法律”納入了一個極其廣闊和複雜的司法思考框架，而該框架涉及了一系列的問題，諸如如何確定“普通法”和“衡平法”是否亦屬該概念範疇，延伸至香港的英國法律是否視作香港法律之列，或換言之，香港法律如何撤銷英國法律。有關這方面的進一步闡述，請參閱Michael J. Downey“香港法律”一文，《香港法律報》（1989年），第19卷第2期。

⁽⁴¹⁾ 參見M. J. Downey的上述著作的第155頁。本概念還包括國際領域的法律文件，如條約、協議、協定等。

”)、“已實施於”(“has been applied”)、“已延伸”(“has been extended”)、“已實施但未延伸”(“has been applied but not extended”)(42)。

對這些術語的多樣性加以歸納，就可以確定聯合王國規範性文件在香港生效存在兩種不同的進程。

一方面，某一特定規範性文件可以被宣告為對香港適用，或作為其法律體系的組成部分，或殖民地的法律制度作為聯合王國法律制度的組成部分。另一方面，某一特定文件效力的合法性，可以不出自本源（如第一種情況），而是源於這種事實：認定有必要使其在香港適用而將其納入殖民地的法律制度。

差異是明顯的，影響也是巨大的：聯合王國的規範性文件可以在香港生效，作為英國法律制度的組成部分或香港法律制度的組成部分(43)。

此外，“議會法例”（系英國“成文法”的核心）納入香港，還須經下列途徑之一才能實現：

- (1) 自行明示或暗示其效力，廣泛適用於殖民地或專門用於香港；
- (2) 撤銷別的文件；
- (3) 撤銷某一“樞密院訓令”；
- (4) 撤銷某一地方“法例”（指特殊條款或作為該“法例”中某一泛指規定的結果）(44)。

1997年7月1日後，“香港1985法令”將是惟一適用於在香港發生效力的“議會法例”

在此前景下，香港這塊殖民地的法律制度的自治化，系對構成行使皇室立法權不可分隔部分的規範性文件（如“英皇制誥”、“皇室訓令”、“樞密院訓令”等）的效力表示拒絕的結果，它本身就是選擇納入替代文件的規範性“法例”的必不可少的條件，因此其實施亦屬優先考慮之列。換言之，我們正處在法律本地化進程的法律政治奠基階段，該進程源於中英聯合聲明宣告的法律制度的保持模式。在澳門方面，立法權的行使係由總督、立法會和共和國主權機構分享。

據此，本地區的法律制度係由源於本地的規範性文件和源於共和國的規範性文件組成的。至於這後一類文件，必須強調指出，憲法並沒有限制共和國主權機構為澳門立法(45)，但這種權限落實到制訂規範性文件時究竟適用於葡國還是澳門，或僅適用於後者，是不明確的(46)。

(42) 引自M. J. Downey的上述著作的第176頁。

(43) 規範性文件效力之確定，可能成為這些文件能否在1997年7月1日之後“生存”的決定性因素。

(44) 引自Peter Wesley - Smith的“英國法律在香港之採納”一文，《香港法律報》（1989年），第18卷第2期第197至第189頁。

(45) 係Rui Afonso和Francisco Goncalves Pereira在“澳門的政治狀況和政府機構”一文中的看法，《香港法律報》（1980年），第16卷第1期第28頁始。

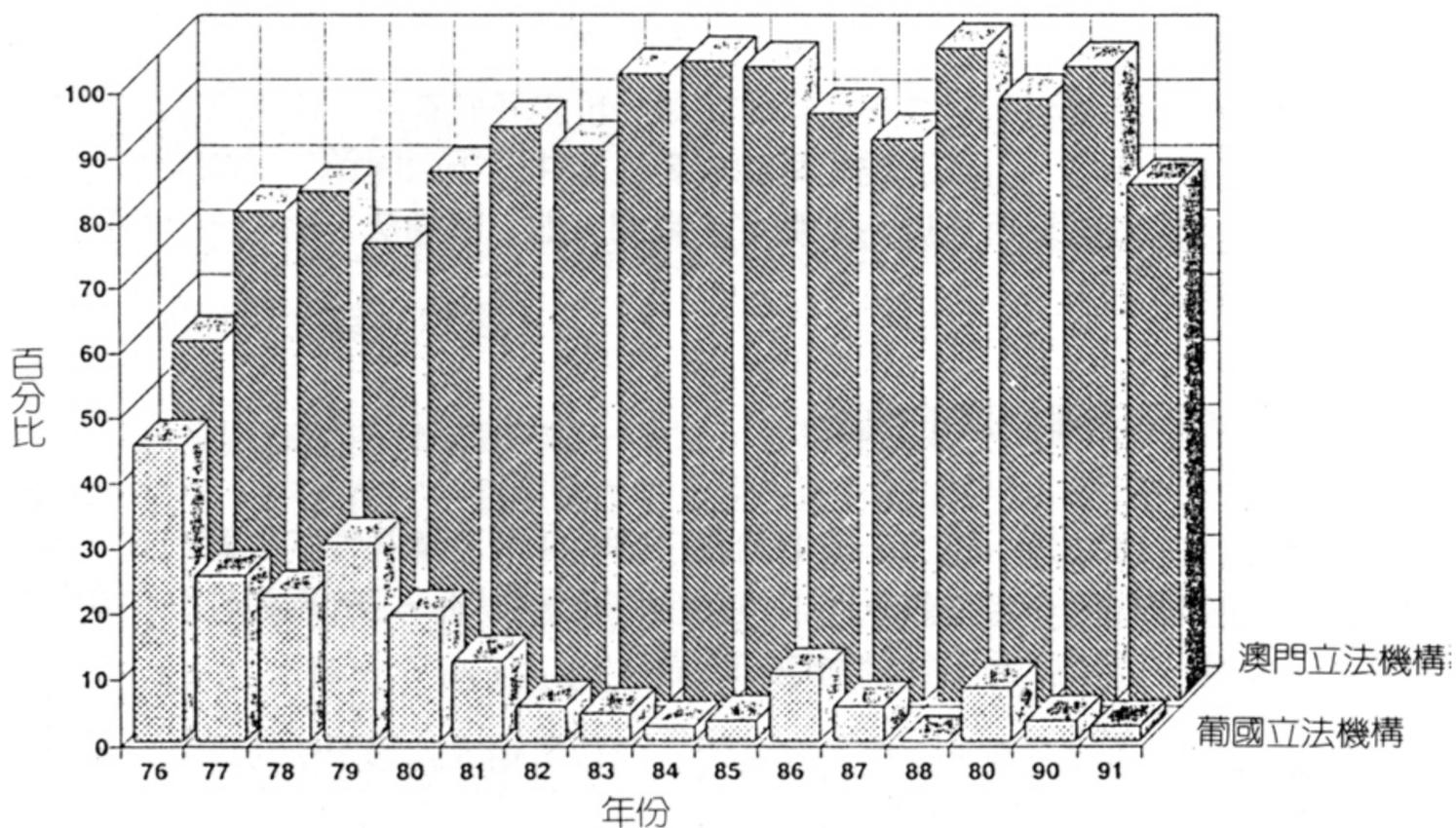
(46) 實際上係依據事項涉及共和國和澳門的共同利益或僅涉及本地區特點而且地方機構尚未就之採取任何規範性行為的不同情況對權限加以確定的。

這樣，我們就在澳門法律制度的廣泛空間覓見了這樣一些規範性文件，它們的法律淵源不同但可以共存。

1976年的澳門組織章程的誕生（1990年做了修訂）⁽⁴⁷⁾及為使地方法律制度適應澳門的社會經濟情況和特點所做的政治努力，消弱了與共和國主權機構立法權的這種政治法律聯系。

附表1有助於我們弄清本地區法律制度在法律淵源本地化方面的切實的自治化程度。

表（一） 澳門政府公報中刊登的不同機構制訂的立法文件百分比



正如人們所能見到的那樣，近幾年來，源於擁有立法權限的共和國主權機構的立法文件逐漸減少到了百分之零與百分之五之間。隨着給予本地區的權力逐步增多和本地區機構權限的加強——主要是立法會的立法權的加強——，這一事實證明澳門的法律制度本地化正在得以逐步而穩妥地實現，並在實踐中逐步超過了澳門的法律制度對葡萄牙共和國法律制度所定的自治權的正式界限。

然而，非常有必要使法律本地化的問題同中葡聯合聲明中規定的保留規範性法例的有效性原則協調起來，因為中葡聯合聲明是個綱要性條約，不僅如此它還是未來的澳門特別行政區的根本的“政治里程碑”

這個問題的技術範圍正在依據中葡聯合聲明來加以解釋，並通過選擇下述兩個關於法律本地化問題其中一個設想加以解決：

(1) ——政治架構。純粹是非做不可的一種手段，由本地政府機構負責使原有法規更好地符合澳門的特殊情況（這是澳門法律賴以生存的前提）。

⁽⁴⁷⁾其作用是將立法權限賦予和 / 或歸還本地區的政府機構。

(2) ——法律和法規架構是強加於本地區政府機構的非得不可的結果。按照聯合聲明的規定，法律本地化成爲澳門法律制度自治化的一種技術性進程。

爲了能從這兩種解決方案中選出一種更好的方案，我們認爲把葡中聯合聲明同英中聯合聲明加以比較將會爲人們提供一個可靠的法律分析標準；通過對這兩個文件的比較，我們就會更加準確地理解關於澳門的聯合聲明和中英聯合聲明文本的含義。

5.5. 中葡聯合聲明和中英聯合聲明的比較

兩個聯合聲明均在正文中載明在過渡時期結束後現行的法律有效，基本不變。

從對兩個聯合聲明的附件一進行的比較分析中我們看到，中葡聯合聲明指出了原有的法律、法令、行政法規和其他規範性文件仍予以保留；而中英聯合聲明在載明仍予以保留的現行法規時則劃定了範圍，即“普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法”。

5.5.1. 保留法律制度的標準

儘管現行的標準是一樣的，但中葡聯合聲明採取了舉例性的列舉方式，總的規定所有的規範性文件均有效，而中英聯合聲明則針對一定的規範性文件明確地進行一一列舉；這樣就提出了針對性的問題。

對現行的法律體系看來沒有多大疑問；問題是組成該體系的法例的性質與來源並由此得出“本地化”的概念。

實際上，下面這種作法便是一種徵兆：在中英聯合聲明的附件中一方面根本不提及適用於香港的或被下令拿到香港來貫徹的“英國國會法例”，也根本不提及其它實質上具有憲制性的規範性文件，如“英皇制誥”、“皇室訓令”和“樞密院訓令”等；另一方面，在所實際列舉的法規中也未包括其餘任何一類應是可以列入的“非本地化”的規範性文件。

由此形成了目前的一種認識⁽⁴⁸⁾，即凡涉及英國現行的原有法律以及那些與香港基本法相抵觸的現行法律，均不屬於要保留的現行法律範圍內。

這就是說，在存在有效性標準的同時，又出現了一個確定規範性文件種類的問題；這個問題涉及確定這些文件的性質和來源的標準。

兩個聯合聲明在處理上述文件所使用的技術和確定這些文件的性質是相互關連的，由此使本文在分析問題時考慮到一個新的方面或新的原則，即作爲有效性標準的解釋性因素而存在的法律本地化原則。

⁽⁴⁸⁾參見Peter Wesley-Smith的著作《基本法和香港的未來》中的“法律制度和憲制性問題”一節，Butterworths 出版社1988年出版，第173頁及其後幾頁。

這首先是一個法律解釋問題，而不是一個建立在忠於英文或葡文文本的前提之下的翻譯問題。兩個聯合聲明都清楚地確定了一個唯一的法律文本，只不過分別包括兩個不同語言的版本。因此，那種認為當中文或英文文本涉及同一問題時可能會有雙重解釋的觀點是沒有法律依據的。

這樣一來，當中葡聯合聲明使用舉例和概括的方式時，中英聯合聲明則具體地列出了那些將繼續有效的規範性文件；對於這一不同作法，一些中英人士一直在進行解釋。

雖然使用了不同的技術，但都使這個或那個聯合聲明中所載明的法律制度在不同範圍的運用合法化了；這種不同的解釋標準看來就是本地化的標準。

這樣，對於香港來說，有效性的標準是同來源標準相結合，反映在“本地化”了的規範性文件上。這意味着現行的但未“本地化”的法規將不會自動地包括到將繼續有效的現行法律制度範圍中去。

如果考慮到這一解釋並以這解釋為前提條件的話，那麼就會提出一個它是否適用於中葡聯合聲明的問題。

關於保留澳門法律制度的唯一標準，根據關於澳門問題的中葡聯合聲明中所使用的公式，已經有了一個解釋性的規定，即在過渡時期施行的法規的有效性原則。

因此，這裏不存在把上述標準同那些重視文件來源的因素結合起來，並允許把“本地化”作為確定現行法律制度是否有效的機制。

由於沒有具體地列舉過渡時期結束後還繼續有效的規範性文件，從而修正有效性標準，所以中葡聯合聲明沒有把本地化作為對一系列希望保留其效力的法規的有效性進行甄別的必要或必須的過濾器。

因此才使用一種剩餘範疇——“規範性文件”——從法律技術上毫無限制地、籠統地指明現存的一切法律規範。

所以，應當強調某些法規本地化並不是中葡聯合聲明所規定的五十年過渡時期內原有法律制度有效的標準，因為重要的是聯合聲明所指的法律體系應包括一切原有的規範性文件，並且對該體系的定義有一個概括性的解釋。

5.6. 小結

由於中葡聯合聲明——主要是它的附件——是過渡時期的基本模式，所以我們認為關於我們所述的保留澳門現行法律制度的方式就包含在其中，無論是從其設計和規範而言，都是毫無疑問的。這就是說，中葡聯合聲明作為國際條約，不要求在澳門法律制度中強制實行法律本地化。

“本地化”却產生於中葡聯合聲明確定的各項目標，隨着澳門組織章程的修改產生於本地區政府機構立法權限的擴大，也產生於那種應該指導有關各方對澳門問題的政治參與的理智。這一法律本地化的過程是立法現代化和立法適應我們所述的政治框架的要求。

六、關於適用於澳門的國際法文件的延續性以及由此而產生的限制

這個問題在基本法草案和中葡聯合聲明的好幾個條款中都提到了。然而很明顯的是，這些文件都只考慮到了那些從實質上或表面上涉及某些事務的國際法文件，而排斥了那些旨在參與某些國際組織的國際法文件。

中葡聯合聲明中確定的原則不能不是保持延續性的原則；因此，這一原則被移植到了澳門特別行政區基本法草案中了(49)。

對於澳門特別行政區基本法草案，首先可以質疑的是，適用於澳門的國際法文件是否在中葡聯合聲明附件中所述的澳門原有的“其它規範性文件”之中。

然而，澳門特別行政區基本法草案第137條，根據中葡聯合聲明附件一第三點第三段之精神，對於這個問題作了明確的規定。該條第二段這樣規定到：中華人民共和國尚未參加但已適用於澳門的國際協議仍可繼續適用。[…]

從該規定所指的範圍來看，似乎它不僅適用於中華人民共和國尚未參加的國際協議，而且也適用於所有在1999年12月19日已適用於澳門的國際協議，不管中華人民共和國是否參加了這些協議。

另一方面，當在該條款中規定“協議”可以繼續適用(50)時，那麼又應該如何來理解這一問題呢？

我們從來認為，適用於澳門的國際協議繼續有效的這一可能性並不意味着需要澳門特別行政區或中華人民共和國的權威性當局採取任何行動。

但是，他們可以在任何時候根據每一個國際法文件中的規定宣佈廢除協議。

(49) 當前，把某些國際法文件在澳門實施或延伸到澳門實施的問題，通常都由中葡雙方根據中葡聯合聲明事先進行協商和談判，最後以“會談紀要”形式簽署協定。在這些協定中確定這樣的國際文件適用於澳門的範圍，中華人民共和國表示同意保障這些文件在協定的範圍內的延續性。

(50) 這一法規的來源是香港特別行政區基本法第153條。該條在其第二款的開頭規定：“中華人民共和國尚未參加但也適用於香港的國際協定可以繼續在香港特別行政區適用。”

我們認為，鑒於在澳門特別行政區基本法草案這一章中使用這一起草技術是很普遍的，所以應當認識到在有關的國際條約或協議中，除了那些被廢除的和因其它國際法原因而停止實施的外，其餘的均繼續有效。

然而，要是仍在這個領域內把法律制度的延續性原則明確地加以肯定的話就更好了。

另一方面則又沒有必要把國際法的重要性作為澳門原有法律制度的延續性手段來加以強調，特別是如果考慮到在簽署或批准某個國際法文件時只能對該國際文件持保留意見的話。而且還存在以下兩個風險：一是在立法過程中對適用於澳門的有關國際法文件會有雙重決定出現⁽⁵¹⁾；二是由於這些國際法文件的內容的普遍不可改變性而有可能決定廢止它們。

最後一點，如果適用於澳門的國際法文件中載明的法規違背基本法之規定的話，以什麼法律來解決這個問題呢？

根據我們所了解的情況，在中華人民共和國憲法保持沉默的情況下，中華人民共和國民法“總則”的第142條的第二段中規定：當中華人民共和國批准或同意的某個國際條約⁽⁵²⁾中包含有與中華人民共和國民法中的規定相抵觸時，中國將只實施那些除它提出保留以外的條款。

根據對我們探討過的理論的理解，在該規定基礎上進一步指出了關於國際法優先於國內法的問題。張鑫和朱華澤認為，“這樣就澄清了由全國人民代表大會常委會批准的國際條約相對優於全國人民代表大會頒佈的一些基本法律。”⁽⁵³⁾

七、關於由原有法律所承認的合法性需要檢查而產生的限制

澳門特別行政區基本法草案第144條對1999年之前適用的法律制度的延續性做了另一種限制。該條規定說：“澳門特別行政區成立時，澳門原有法律除由全國人民代表大會常務委員會宣佈為同本法抵觸者外，採用為澳門特別行政區法律，如以後發現有的法律與本法抵觸，可依照本法規定和法定程序修改或停止生效。”

⁽⁵¹⁾合乎邏輯的應該是，在中葡聯絡小組的範圍內建立一個下屬的國際組織工作小組。

⁽⁵²⁾這裏是從廣義上理解的，即是說包括由“中華人民共和國同別的國家簽訂的或中華人民共和國同意的一切國際文件，如狹義的條約、協議、公約、章程、協定、議定書、換文或聲明等”。參見張鑫和朱華澤的著作《中國法律概況》第6頁，中國法律（出版者）學會和東亞開發學院出版，1989年，香港。

⁽⁵³⁾參見上述著作第78頁。

這是一個對非典型性的承認合法性的事後檢查。目前，除要求原有的法律要符合基本法之外，這個對法律的基本合法性的控制在以下幾個方面尚不清楚。譬如在“採用”原有的法律方面不清楚；用以控制的中介手段也不清楚；在宣佈不符合基本法後而引起的後果方面仍不清楚。

該規定引起的第一個問題是要知道把澳門原有法律“採用”為特別行政區的法律是否包含着對這些法律的性質進行某種“更新”。我們認為並不包含這層意思，儘管從對法律術語的使用要求來看，葡文版本中所用的術語並不怎麼準確。但如果同澳門特別行政區基本法草案的第8條和第18條結合起來看，特別同中葡聯合聲明附件一中的第三點結合起來看，這一解釋使我們得出結論：現行的立法文件和規範性文件⁽⁵⁴⁾在1999年12月19日之後按其本來面目繼續有效。

另一方面，說明宣佈某一法律同基本法相抵觸會產生什麼樣的後果又是很重要的。澳門特別行政區基本法草案第144條第一段的最後一段落並未對被宣佈同基本法相抵觸的法律做出某種具體的規定，只是對這種情況提出了兩種選擇的辦法：這些法律“應當修改”或“停止生效”。這使我們得出如下結論：這種宣佈不能自動產生效力，要是會自動產生效力的話，那它就只能產生一個特定的效果，很可能引起有關法律停止生效。這樣的起草措辭必然意味着當全國人民代表大會常務委員會宣佈澳門原有的某一法律同基本法相抵觸時，還會同時宣佈其後果。我們認為，這些後果可能要比有待研究的這一段所指的情況要多得多。

還有一個問題是關於擴大全國人民代表大會常務委員會修改澳門的原有法律的權力問題。現在人們不清楚的是，賦予全國人民代表大會常務委員會的權力是否大致限於在澳門特別行政區基本法草案第17條中載明的法定否決權所特有的發回機制中規定的那些權力，或者說這些權力是否擴大到了當宣佈不符合時就有權進行直接的修改。我們認為，從系統的解釋來看，指的是第一種情況。

負責檢查法律是否符合憲法或是否承認其合法性的機構的職能不能超出那些隸屬於它監督之下的規範性文件宣佈某些法律是否合法或失效。否則，職權性的控制就會超出這個領域並涉及立法領域。在這種情況下，如果中華人民共和國的主權機構本身不能自行決定把全國性的法律擴大到澳門的話，那麼中華人民共和國的法律制度同澳門特別行政區的法律制度之間的關係的隸屬性次序就可能被顛倒⁽⁵⁵⁾，中華人民共和國的主權機構也就沒有理由“干預”澳門特別行政區的擁有立法權的立法機構的立法程序了。

⁽⁵⁴⁾我們在這裏明確提及規範性文件，這是因為第144條第一段僅提及“現行法律”。我們還認為：在這個上下文對“法律”的提及就涉及所有的法規，因而也包括其它的規範性文件。

⁽⁵⁵⁾參見我們上述的第4點末尾部分以及插圖一和插圖二。

八、關於對澳門特別行政區基本法的解釋⁽⁵⁶⁾

澳門法律工作者根據某些總則的規定⁽⁵⁷⁾，習慣於把對法律和法規的解釋看作是法官和所有權威的法院所承當的一項任務。因此，澳門特別行政區基本法草案第142條中的規定在澳門法律工作者中引起了某些驚驚奇，甚至某些反响。

該條第一段規定：“本法的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會。”⁽⁵⁸⁾

但是，該條第二段接着又把這一立法機構的解釋權相對化了。該段規定：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本法關於澳門特別行政區自治範圍內的條款自行解釋。”

這一規定在該條第三段得到了補充和完善。該段規定澳門特別行政區法院“在審理案件時對本法的其它條款也可以解釋”。“但是”，該段繼續說，“如澳門特別行政區法院在審理案件時需要對本法關於中央人民政府管理的事務或中央和澳門特別行政區關係的條款進行解釋，而該條款又影響到案件的判決，在對該案件作出不可上訴的終審判決前，應由澳門特別行政區終審法院提請全國人民代表大會常務委員會對有關條款作出解釋。”“如全國人民代表大會常務委員會作出解釋，澳門特別行政區法院在引用該條款時，應以全國人民代表大會常務委員會的解釋為準。但在此以前作出的判決不受影響。”但這一規定應同基本法草案第19條第一段緊密連系起來加以分析。在那段中規定：“澳門特別行政區法院對國防、外交等國家行為無管轄權。”

那段進一步規定到：“澳門特別行政區法院在審理案件中遇有涉及國防、外交等國家行為的事實問題，應取得行政長官就該等問題發出的證明文件，上述文件對法院有約束力。行政長官在發出證明文件前，須取得中央人民政府的證明書。”⁽⁵⁹⁾

⁽⁵⁶⁾ 關於圍繞着如何解釋基本法的問題，請參見Daniel R. Fung的文章“中華人民共和國香港特別行政區基本法：解釋問題”，該文刊登在《國際法及比較法季刊》上，第37卷，1988年6月出版，第701頁至第714頁；還請參見Trevor M. Morris的文章“關於根據香港特別行政區基本法第158條進行憲制性解釋的某些問題”，刊登在《香港法律雜誌》第21卷第一本上，第78頁至第99頁。

⁽⁵⁷⁾ 特別是載於民法第9條中的總則。

⁽⁵⁸⁾ 但是，在這條最後一段的規定中却說：“全國人民代表大會常務委員會在對本法進行解釋前徵詢其所屬的澳門特別行政區基本法委員會的意見。”

⁽⁵⁹⁾ 關於“國家行動”的概念，是源於香港的普通法。請參見Peter Wesley-Smith的著作《香港的憲制性法律和行政法。文本和材料》第一卷，香港，《中國和香港法律研究》，1987年，第135頁至第150頁。

從對澳門特別行政區基本法草案這兩條、特別是第142條的分析中看出，基本法似乎有三類規定可以產生澳門特別行政區法院在審理案件過程中可能做出的兩種回答：

- (1) ——凡涉及“澳門特別行政區自治範圍內”的基本法條款，澳門特別行政區法院有權自行解釋；
- (2) ——凡涉及基本法中不屬“澳門特別行政區自治範圍”的其它條款；除了下面所述第三種情況之外，還可以由特區法院來解釋；
- (3) ——凡涉及基本法中“關於中央人民政府管理的事務或中央和澳門關係”的條款，澳門特別行政區法院應該事先得到全國人民代表大會常務委員會對這些條款的解釋。

對基本法進行解釋的一個基本方面在於確立哪些必須由全國人民代表大會常務委員會干預的各種情況。

根據Morris的意見⁽⁶⁰⁾，我們認為有兩個方面的問題應引起足夠的重視。

一方面，儘管基本法草案第142條第二段的行文不完全清楚⁽⁶¹⁾，但是應當認為這一段真正提供的唯一標準是包含在該條第三段內的：基本法各種不同條款所涉及的事項的性質。

這一規定最終導致確立由屬於澳門特別行政區職權的澳門法院的權限標準。

另一方面，即需要予以足夠重視的第二方面，是關於需要事先解釋的決定應當根據每個案件的具體情況一個一個地做出來。

很明顯，基本法要是能列出“關於中央人民政府或中央和澳門特別行政區關係”的條款⁽⁶²⁾的話，那就更令人滿意了。

但是，可以理解的是，在許多情況下無疑地難以把基本法某些條款包括進或排斥出那個目錄，而這又不取決於有關的條款，而是取決於審理案件過程中出現的某個需要解釋的特殊情況⁽⁶³⁾。

正如我們所看到的，對關於“中央人民政府管理的事務”的條款的解釋實際上導致對屬於中央政府或中國國家職責的解釋。

⁽⁶⁰⁾ 參見該作者上述作品第90頁至第96頁。

⁽⁶¹⁾ 這裏所指的是“澳門特別行政區自治範圍內的條款”。

⁽⁶²⁾ 從某種意義上說，有點類似澳門特別行政區基本法附件三中所載的“法律”目錄。

⁽⁶³⁾ 在這個意義上，請參見Morris的上述著作第95頁。

這樣一來，有關問題會分屬澳門特別行政區和中國國家或中央政府的不同職責之中。

或許可以說這是一個高尚的制度，因為如果某個特定的事務不包括在澳門特別行政區的職責範圍內，那麼特區法院對該事項就無發言權。

然而，起草者們並不這樣認為。在他們看來，有許多問題，究竟是屬於特區職責範圍以內還是以外，難以解釋清楚。

如果我們不認真研究澳門特別行政區的職責，這一問題無論如何也不能得到深入的解決。

這個問題之所以變得更加複雜，部分原因還在於澳門特別行政區的權力界限是根據中華人民共和國憲法或澳門特別行政區基本法草案明確標定的。然而又要以某種形式保持現狀的延續性，即要考慮到目前澳門地區的職責是由澳門組織章程第二條確定的，也是通過本地區的政府機構——主要是立法會——的職責或通過澳門組織章程中所載明的其它特殊規定⁽⁶⁴⁾而間接確定的。還要考慮到澳門地區的職責是建立在載入某些綱要法——如澳門司法組織綱要法——中的某些原則基礎上的⁽⁶⁵⁾。

在中葡聯合聲明第二條第二款中規定：“澳門特別行政區 [……] 除外交和國防事務屬中央人民政府管理外，享有高度的自治權。澳門特別行政區享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權。”該原則在同一聯合聲明的附件一的第一點中得以重申和確立：“澳門特別行政區 [……] 除外交和國防事務屬中央人民政府管理外，**享有高度的自治權**⁽⁶⁶⁾。澳門特別行政區享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權。”

澳門特別行政區基本法草案實際上重複了這一公式，規定“中華人民共和國全國人民代表大會授權澳門特別行政區依照本法規定實行**高度自治**⁽⁶⁷⁾，享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權。”

從這些規定看來，似乎澳門特別行政區的職責極其廣泛，因為授權它享有高度的自治權。只有當它的職責同明文規定屬於國家的權力相抵觸時，它的權力才受到限制。如國防和外交事務明文規定不屬於澳門特別行政區，而屬於國家或屬於中央，主要是屬中央人民政府管理。

⁽⁶⁴⁾ 參見第 3, 5, 6, 11, 12 (相反的), 13, 16, 30, 31, 51, 54, 55, 56, 61, 62, 63, 64, 75 (相反的) 各條。

⁽⁶⁵⁾ 請特別參見 1991 年 8 月 29 日第 112 / 91 號法律第 1 條和第 2 條。

⁽⁶⁶⁾ 着重號係本文作者所加。

⁽⁶⁷⁾ 着重號係本文作者所加。

根據這些考慮，應該解決Morris (68)提出的一個問題：基本法中許多以“[澳門]特別行政區享有”或“[澳門]特別行政區可以”(69)的措辭開頭的規定是否構成特區自治權特點的機制，或者相反，這些規定是否在國家或中央政府和特別行政區之間確立一種上下關係，因為通過基本法中國國家的最高機構以授權的形式把特別的權力授予澳門特別行政區。根據我們從中葡聯合聲明和澳門特別行政區基本法草案中得到的認識，我們感到那種認為通過基本法的渠道向澳門特別行政區授權意味着一切有關這些權力的問題都體現在基本法關於中央人民政府管理的事務或關於中央和特別行政區關係的條款之中的說法是不能接受的，甚至是違背澳門特別行政區在法律領域享有高度自治的原則的。

現在讓我們來分析一下，澳門特別行政區基本法草案第142條中確立的解釋機制實質上變成了什麼。

按照該條規定，當法官需要解釋那些屬於中央人民政府權力的條款(70)或那些規定國家機構和特別行政區機構的組織關係的條款時，法院就不得不把權威性的解釋當作一個“先決問題”從審理過程中扣除。

在進一步展開論述這點之前，讓我們來研究一下上述規定把這個尚未解決的問題的事先定性權授給了誰。由於基本法未確切指明哪些條款是關於中央人民政府的管理職責或關於中央和特別行政區關係的，所以弄清楚給尚未解決的問題事先定性的權限究竟屬於誰這一點是十分重要的(71)。非常有趣的是，現在還弄不清楚某個特定的條款是否僅通過第142條本身的解釋就從屬於該條規定，——第142條當然無疑是確定中央和特別行政區關係的條款之一。

我們認為(72)，從澳門特別行政區基本法草案第142條第三款(73)的明確規定看來，似乎推動事先解釋的義務並未取消或廢除法官給尚未解決的問題事先定性的權限。這一權限繼續屬於法官。

(68) 請參見該作者的上述著作第91頁至第93頁。

(69) Morris 對載於香港特別行政區的許多法規中的“The HKSAR shall”(香港特別行政區可以)措辭進行了分析。

(70) 譬如，如果被控告在任命一名屬基本法第15條中規定的官員時違背必要的任命條件而犯有嚴重錯誤的話；或如果對包括在根據第22條第四段第二部分批准到澳門定居的名單中的某個特定的人有疑問的話。

(71) 特別是關於這一機制的未來實施和運行的範圍。

(72) 總是帶有我們現在看到的文本原文為中文的葡文版本的限制。

(73) 這裏所指的是“如果澳門特別行政區法院在審理時需要【……】”等措辭。

但是，看來Morris持有不同的見解(74)。要是法院越來越多地懷疑基本法某某條款是否需要事先由全國人民代表大會常務委員會進行解釋，那麼就將有必要等待其做出決定。這樣做不是沒有道理。但如Morris本人承認的那樣，“法院失掉時間和上訴失掉機會是一定不能被忽視的問題”(75)。

要是這一認識佔上風的話，特別行政區法院在任何情況下都要同時把事先定性的問題和解釋的問題提出來。

這種權威性解釋的隨附事項顯然是由中華人民共和國現行的關於“官方解釋”(76)——這種解釋具有約束力——的原則產生的必然結果。

實際上，目前在中華人民共和國存在着三種“官方解釋”：(1)立法的；(2)司法的；(3)行政的。在這種官方解釋中，根據我們掌握的資料(77)，只有“立法的官方解釋”受到重視，並以法律的力量予以實施，即是說，在他們管轄的範圍內的一切方面都具有約束力。司法的行政解釋在某些具體的場合具有約束力，權威的司法機構或行政機構被授予以解釋的權力。

在澳門特別行政區的特定情況中，儘管令人懷疑這種解釋是否是一種立法解釋情況或司法解釋情況，但如果考慮到澳門特別行政區將享有的高度自治權，那麼把權威性解釋的隨附事項交到中華人民共和國最高人民法院去處理就將是不合乎邏輯了；雖然目前找到的這種解決辦法在一個社會主義法制內(78)來說是唯一合乎邏輯的了。

實行適當的三權分立以保障法院和司法官團的獨立性是中葡聯合聲明明確規定的維持澳門“資本主義制度”的基本支柱。但從上面所引述的段落中確實難於找到解決辦法。

(74) 參見該作者的上述文章第92頁。但是在該文章的第93頁中，作者又承認可以有另一種類似於基本法第19條之規定的正確理解。這點雖然對我們的研究並不重要，但使我們感到奇怪。當我們把第19條中規定的明確範圍同第142條第三段之規定相比較時，似乎就會清楚地發現，在第一種情況中法官的權力較小。因此他不得不努力尋求事先得到一個“關於事實問題的證明書【……】，只要在審理案件中提出了這樣的問題”（着重號係本文作者所加）。與此同時，在第142條規定的情況中，則任何一方提出問題都是不夠的。再說，即使任何一方都不提出問題，如果法官認為為了解決正在考慮之中的問題尚缺乏基本法中關於中央人民政府管理的事務或關於中央和澳門特別行政區關係的規定的解釋，也應當提請全國人民代表大會常務委員會事先進行解釋。

(75) 參見該作者上述著作第92頁。

(76) 關於中華人民共和國的“法律”解釋，請參見Daniel R. Fung的上述文章，“中華人民共和國香港特別行政區基本法：解釋問題”。該文刊登在《國際法及比較法季刊》上，第37卷，1989年7月，第701頁至第714頁，特別是第702頁至第704頁。

(77) 同上。

(78) 請回憶我們前面所述的關於基本法的混合性質，即兩種立法制度所共有的立法行為。

基本法起草者們却認為：中華人民共和國很難接受解釋基本法條款的權力專屬澳門特區法院這一意見。一方面，這是因為這樣會違背中華人民共和國憲法第67條第四款(79)之規定。另一方面也必須承認，將批准通過特別行政區基本法的機構排斥於對該基本法進行權威性解釋之外是不合乎邏輯的。最後一點是因為澳門特別行政區權力之外的事務，特區法院將是不能解釋的。儘管應當承認，在這些情況下必須相信特別行政區法院是能夠做出某種正確的解釋，就像現在澳門法律制度在對關於法院的國際權限的訴訟程序法規做過解釋一樣。

最後，還應當分析一下法院應在什麼情況下和在什麼時候提請人大常委會進行事先解釋。

澳門特別行政區基本法草案第142條規定：“[……]在對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由澳門特別行政區終審法院提請[……]作出解釋。”

我們認為該草案葡文文本對這一條的表述比香港特別行政區基本法第158條英文文本的相應表述要清楚些(80)。

但不管怎樣，對“不可上訴的終局判決”概念的理解仍存在一個疑問。看來很明顯，該規定包括對終審法院的各種法庭所審理的、但並未超出終審法庭權限範圍的案件所作出的判決。

但是，該規定是否還包括那些訴訟值高於終審法庭管轄權之訴訟值的案件，而任何一方都不決定對判決提出上訴嗎？從這一規定起草的範圍內(81)看來，似乎可以合乎情理地推斷：立法者希望在這些情況下被審理的案件不要受到影響。當然這並不意味着在審理案件的過程中法官一定要通過終審法院提請人大常委事先做權威性解釋，即使涉案的任何一方有疑問而未提起上訴。

九、澳門法律制度卓有成效的延續的其它制約因素。法律的宣傳。法律工作者

澳門法律制度卓有成效的延續還有賴於其它因素。這些因素中，我們在這裏主要強調對法律的宣傳和有一批熟悉本地區法律制度的法律工作者。

(79)該條規定，“全國人民代表大會常務委員會行使下列職權：【……】（四）解釋法律；【……】”。

(80)關於這一行文所產生的疑問，請參見 Trevor Morris 的上述作品，第96頁至第99頁。

(81)還應考慮到澳門法律制度的總則，根據這一原則解釋者認識到立法者善於用恰如其份的術語來表達自己的思想。（民法第9條第3款）

關於法律宣傳問題，必須採取各種措施搜集別的國家和地區在這方面的好經驗，以促進市民更大程度地了解澳門的法律。一種不為其最後受益的人們熟悉的法律必然會消亡，更為嚴重的是，它甚至會被作為面紗掩蓋和助長某種地下的或並行的法律制度的產生和施行。

另一方面，在執法方面，法律體系的延續性十分有賴於一批熟悉現行法規和法律機構的法律工作者。這一適用於任何一種法律制度的原則，對正處在飛速變化和自治化過程中的澳門法律制度顯得尤為突出。我們始終認為這一論點會帶來下面兩個結果：（1）在司法官團方面，應該找到一些有利於在本地區形成一批待目前正在進行的立法改革結束之後就能留在本地行使職能的人材機制；（2）還是在關於司法官團方面，我認為有必要統一某些認識來，招聘一批精通漢語書面語言並在澳門常住的雙語法律人材來充當本地區的司法人員，以平穩過渡。（3）在從事法律職業、特別是律師職業方面，應該提供機會讓從業人員及先經過法律文化的培訓和實習而熟悉澳門的法律制度，防止他們在從事其職業的過程中逐漸偏離澳門法律制度。

在澳門大學法律學系獲得學士學位的專業法律人材應該為建立一支精通本地區制度的法律工作者隊伍做出最為突出的貢獻。從本屆的和以後幾屆的學士中期望產生出這樣的法律人材。澳門法律制度的有效延續性非常有賴於他們⁽⁸²⁾。這種相互依賴性意味着法律系和澳門政府及其某些機構之間的相互聯系會更加密切。

十、結論

- （1）澳門特別行政區基本法草案根據中葡聯合聲明規定了澳門原有法律制度的延續性原則；
- （2）這一原則將其基礎優先建立在法律的準確性和可靠性上，從而必然導致基本上維持本地居民的法律保護範圍；
- （3）澳門原有法律制度的延續性原則有各種不同的限制；
- （4）法律制度的延續性原則不意味着它的不可觸動性；
- （5）維持規範性文件基本不變是就其基本的內容言的；

⁽⁸²⁾關於這個問題，請參見Oliveira Rocha的文章“論澳門法律制度之可行性”，該文刊登在澳門政府雜誌《行政》上，1991年第13 / 14期，第541頁至第557頁（中文版第777至789頁）。

- (6) 法律制度的延續性一定要在使基本法同中葡聯合聲明保持必要的協調一致中加以實現；
- (7) 組成澳門地區現行法律體系的立法文件和規範性文件，在澳門特別行政區中將原封不動地予以保留，不需要做任何更新；
- (8) 因在澳門實施中華人民共和國的全國性法律而引起對澳門現行法律制度的限制將只發生在澳門特別行政區基本法草案的第18條中規定的各種例外情況之中；
- (9) 法律的本地化並不是澳門原有法律制度的卓有成效的延續性從法律方面所要求的條件，而它應該根據政治性的要求加以實現；
- (10) 在澳門地區實施的國際法文件將繼續在該地區適用，儘管中華人民共和國尚未參加簽署這些協議文件；
- (11) 對澳門現行法律的解釋權將繼續屬於澳門特別行政區法院；法院的權限是由該地區的權限界定的，在某些情況下，法官應該提請全國人民代表大會常務委員會對某些條款事先做權威性解釋；
- (12) 一些因素大大地制約着保留1999年之前生效的法律制度；在這些因素中特別重要的是對法律的宣傳和有一批能夠保障實現法律制度的延續性的法律工作者。