

從參與中指出基本法的不足

吳國昌*

序 言

從1988年起，早已在澳門基本法起草委員會與諮詢委員會未成立前開始，我便發表關於基本法整體結構的論文。這幾年來，不斷提出建議。從參與基本法諮詢當中，我發現基本法有許多不足。以下，我嘗試從基本法的外在法理支持，基本法第三條的人權保障和基本法第四條的政治體制等三個方面，略述基本法的不足。

（一）基本法的外在法理支持

澳門基本法，作為澳門特別行政區的憲制性法律，在法律體系內，須建基於具有更高憲制地位的中華人民共和國憲法。根據中華人民共和國憲法第三十一條“在特別行政區內實行的制度，按照具體情況，由全國人民代表大會以法律規定”。

這個憲法條文，無疑可以為澳門基本法的存在提供足夠的法理依據，却沒有為基本法內所規定的全部條文的效力，特別是人權保障條文的效力，提供足夠根據。原因包括：

第一、中華人民共和國憲法第三十一條內文只是說，特別行政區的“制度”按照具體情況由全國人民代表大會以法律規定，却沒有說明“制度”（在中國通常指政治行政制度）是否包括在這地區內的居民基本自由和權利以及基本法內所規定的所有東西。

* 澳門立法會議員、澳門基本法諮詢委員會成員

第二、中華人民共和國憲法第三十一條並無聲明憲法內其他條款在特別行政區的有效性和適用性是否受制約。

第三、在澳門基本法草案第一章“總則”內無疑聲明“根據中華人民共和國憲法第三十一條，澳門特別行政區的制度和政策，包括……均以本法的規定為依據”，但基本法作為憲制地位較低的法律，在法理上是不足以反過來限制中華人民共和國憲法的條文的。

這些問題提出來後，澳門基本法起草委員會內的國內法學專家解釋，將來中華人民共和國憲法內所有條文，在澳門特別行政區內都是“有效”的，但如與澳門基本法內容相抵觸，則這些條文在澳門特別行政區內不“適用”。

我對國內草委說，這種“雖然有效，但不適用”的法理解釋，本來可以接受，但問題是這個法理解釋沒有法律上的約束力。

萬一將來另一些對基本法有解釋權的人採用另一些法理解釋，澳門人怎辦？

因此，我在基本法諮詢期間，多次口頭及書面要求草委考慮兩種處理辦法：第一、向中華人民共和國全國人民代表大會常務委員會提議，修訂補充憲法第三十一條，基本法內所規定的全部條文的效力，使獲得足夠法理根據。

第二、倘若修憲不成，仍應建議中華人民共和國全國人民代表大會透過決議說明，確認一般憲法條文在特別行政區“雖然有效，但不適用”的法理解釋。

這些建議，一直未有被接納。

當然，如果從“人治”而非“法治”的觀點看來，最要緊的是國內主政的人和有權解釋基本法的人是否夠開明，而完整的法理依據反而不會被重視。

因此，不重視“法治”觀念的人，可能認為多讚揚基本法的成果，建立跟國內起草委員的良好私人關係，比起向國內起草委員爭取多一點維護澳人治澳的保障，更加重要。

（二）基本法的人權保障

澳門基本法結構上的一個大缺陷，是第三章“居民的基本權利和義務”沒有分節詳寫，過於簡單。人權保障，掛一漏萬。

澳門基本法草案內第三章的“簡寫方案”，原來是抄襲香港基本法的。

一開首，在基本法諮詢初期，我便嘗試從港澳法律體系差異的角度來說明澳門基本法第三章不宜抄襲香港。

香港的法律體系伸延自英國，屬海洋法系。在這種法律體系裏，法律由制定法和判例法構成，法庭判例的理據具有約束力。人權保障就體現在浩如煙海的判例中。英國是實行不成文憲法的海洋法系國家，因而香港人原本在法律體系內獲

得的人權保障，並非來自成文憲法的人權保障條文，而是來自尊重人權的判例傳統和國際監察。

反之，澳門的法律體系伸延自葡國，屬大陸法系。在這種法律體系裏，法律由制定法構成，法庭判例的理據缺乏嚴格的約束力。人權保障須體現於憲法明文規定。澳門人在法理上的人權保障，即來自葡國憲法由第八條至第七十九條詳細的規定。

由於上述法律體系上的差異，香港基本法規定可繼續沿用海洋法系的法庭判例並粗枝大葉地寫下19條有關居民權利義務的條文後，便在法理上維護了香港人原有的人權保障，但澳門基本法却必須詳寫人權保障，充份消化吸收葡國憲法第八條至第七十九條適用於澳門的條文，才算是法理上保持澳門人原有的人權保障。

為此，我參與草擬了關於基本法“居民的基本權利和義務”的“八·四二”方案，內容包含8個分節和42個條款，又參與編製了“八·四二方案”漫畫冊，提醒澳門市民。

事實上，來自不同新興團體而要求詳寫基本法第三章的朋友愈來愈多。有些朋友為了嘗試解開一些起草委員民族自尊的情意結，特別強調，消化吸收葡國憲法條文不等於抄襲葡國文化，因為葡國憲法內較先進的人權保障條文，實在是搜羅自其他先進國家長期實踐的人權保障法理研究成果。

經過各方開明人士的長期努力爭取，澳門基本法草案內“居民的基本權利和義務”由原本純粹抄襲香港基本法的19條，略為擴展至22條。算是有3條進帳。

這22條跟澳門人現在本來具有的引伸自葡國憲法的68條保障相比，顯然遠遠不足夠。

很多人注意到，葡國憲法所規定的“在任何情況下均不設死刑”的生命權條款，沒有被採納到澳門基本法內。其實，問題不僅在於這一條沒有被接納。更重要的是，從法理上看，整套人權保障被削弱到漏洞百出。

我們有理由質疑，為什麼99年治權移交要導致法理上的人權保障大幅萎縮。這算不算是更改了澳門人的生活方式？

有許多原有的保障被撤消了。例如生命權、免遭驅逐出境的權利、緊急狀態下仍得保障的權利、集體談判權等等。

有許多權利被抽象地提及，却失去了原來具體的保障。例如被拘留後限時獲提審的權利、結社自由、集會自由、人身自由、新聞自由等等。

這些“失去”的部份，不是可以在澳門特別行政區的一般法律內加以補充嗎？可以。而且，支持把第三章簡寫的人也是持這個觀點。一些人承習中國傳統之“法家”學派的觀點，強調“法因時而變”。認為把條文寫在基本法內，不容易改變，是不利特別行政區政府統治的。

中國傳統“法家”學派在歷史上是有進步意義的。這個學派幫助中央皇朝擺脫古代傳統習慣的約束，施行新的政策。可是，從現代人的觀點看來，“法家”學派的缺點正在於它完全從皇權的觀點出發，缺乏人權的觀念。在中央皇朝統治下，法律隨時靈活變化，當然有利於皇朝的管治，但却完全沒有顧及人民的基本權利和自由。

從現代人的觀點看來，有些法律應該靈活改變，有一些應該審慎地改變，而另一些却是愈難改變愈好。

屬於一般社會經濟政策的法規，應該靈活改變，適應環境。

界定政治行政機構運作的法律，應該有一定的穩定性，在改變時須有審慎的考慮過程。

保障居民基本權利和自由的規定，應該力求穩定。唯有在人類社會文明日益進步的要求下，才緩慢地移動基本權利的自由保障的界綫。

因此，我堅持應該分節詳寫基本法第三章。我認為不應該依賴一般法律去填補基本法人權保障的空白。因為，第一，澳門基本法起草委員有責任去清理層面盡力做到實現一國兩制、澳人治澳和現有生活方式不變。分節詳寫第三章，是維持澳門居民現有生活之權利和自由不因治權移交而受剝奪的必要條件。起草委若把這個責任推諉，是不負責任的。

第二、現有澳門居民權利和自由的保障，是由法律體系憲制性層面提供的，原則是優於一般法律的。若以一般法律來代替，便失去了原先的優越性，實質上使保障能力打折扣。

第三、現存於澳門法律體系憲制性層面的保障是比較不容易被更改的，是具有比較強的穩定性的。若改變成一般法律上的保障，便很容易被立法機關隨時更改，缺乏穩定性。

如果缺乏穩定的保障，澳門居民的基本權利和自由，便很容易受有影響力人士的想法所影響。

一些人士的表現是令人疑慮的。例如，新聞界三番四次要求在第三章詳細寫明新聞自由的具體保障內涵，希望將來政府不得隨意干預新聞自由。基本法起草委員們表示理解，但他們的回應却是在第六章內加上一句，規定讓澳門特別行政區政府自行制定新聞政策！

又例如，在基本法完全沒有提及是否施行死刑的情況下，一些基本法起草委員和諮詢委員，却竟然預先警告說，倘若澳門的刑法內寫上“任何情況下均不設死刑”，便是違反基本法！甚至是侵蝕了中華人民共和國全國人民大會的權力！

無疑，也有一些事實是可以抒解疑慮的。“公民權利和政治權利國際公約”和“經濟、社會與文化權利的國際公約”終於在中葡協商下可以在澳門基本法內被引述。

這對於尋求人權保障的人來說，是一個安慰。雖然，另一項被提出要求寫入基本法的“聯合國受刑人最低待遇準則”，却始終未獲基本法起草委員的垂青。

可是，必須明白，兩個國際人權公約獲引述，並不足以補償簡寫基本法第三章所帶來的損失，也不表示有很顯著的實質保障。特別是當中國仍不是自願履行這些國際人權公約的會員國，則國際監督實質上並不存在。

至於引用國際人權公約的內容在澳門自行立法，則縱使基本法不提及這些國際人權公約，只要立法會有共識，也照樣辦不到。反之，只要立法會沒有共識，縱使基本法提及這些國際人權公約，也不會把它們的內容自動透過立法程序成爲本地法律的。

（三）政治體制

我對於基本法“政治體制”的關注，比起對“居民的基本權利和義務”的關注還來得早。1989年我與數位人仕共同草擬了一份關於基本法第四章“政治體制”的建議方案（A方案）。

如果跟澳門基本法草案比較，建議方案與起草委員會所推薦的“政治體制”有幾點重大分別：

- 一、建議方案主張，澳門特別行政區的行政長官，由第二屆起，透過居民一人一票直接選舉產生。起草委員會却抄襲香港基本法規定澳門特別行政區第一至第三屆都是由選舉團推選；在第三屆以後，也不一定考慮直接選舉。
- 二、建議方案主張，澳門特別行政區的立法會議席結構中，由行政長官委任的佔15%到5%；功能界別選舉佔25%到0%；普及直接選舉的佔60%到95%。起草委員會建議規定的立法會議席結構（由第一屆到第三屆）中，行政長官委任的佔30.4%到24.1%由社團間接選舉的佔34.8%到34.5%；普及直接選舉的佔34.8%到41.4%。
- 三、在立法權與執行權之間，遇有行政長官跟三分之二以上大多數立法議員正面對抗，建議方案主張全民投票解決。起草委員會則抄襲香港基本法，讓行政長官解散立法會。
- 四、在立法權與執行權之間，建議方案主張維持澳門立法議員固有的自由提案權利。起草委員會則抄襲香港基本法，不準立法議員提出涉及政治體制或財政收支的議案，也不準立法議員在未經行政長官同意前提出涉及政府政策的議案。
- 五、建議方案主張廢除現時澳門政府的諮詢會。起草委員會同意撤消諮詢會，却抄襲香港基本法設置一個行政會，新瓶舊酒。

必須指出，起草委員會不是全盤抄襲香港基本法。例如，香港基本法規定將來會實行普及直接選舉行政長官，澳門基本法草案却排擠了這項有利於民主化的內容。

另一方面，建議方案的內容其實不乏新穎之處。例如，上述第二點，方案主張採用“功能界別”議席，而反對採用“社團間選”議席。原因是“功能界別”選舉可以是間接的，也可以是直接的，因而留下較多民主化的空間。92年香港總督彭定康提出香港立法局功能界別直接選舉辦法，實際上是同一思路。