

澳門立法改革的種種決定因素與導向力線*

簡天龍**

一、引言

要就“澳門立法改革的種種決定因素與導向力線”進行議論，這件事做起來免不了要冒風險，受批評，有遺漏及出毛病，更何況在目前，澳門的立法機關並沒有作出任何委託要討論這個議題；因此，本文只不過是個人的看法，思考及見解，全屬個人反思。

在進入本文的正題佈局之前，應該申明，在我們看來，首先必須將這個題目放進一個更加龐大更加重要的問題之中，那就是到為期不遠的1999年，這一塊飛地主權的行使，將由葡萄牙共和國移交給中華人民共和國。

事實上，這一移交是一個決定因素，或者也可以稱之為在立法改革中無處不在的先決因素。

但是，移交既非這些改革的唯一的決定性因素，亦非這些改革的唯一淵源。眾所周知，法永遠不會是一個靜止不動的現象，所以，無論澳門移交與否，立法改革總是會進行的。

由此可見，移交雖然是個關鍵，但它並不是也不應該是澳門法律制度進行改革這一複雜而巨大的任務中唯一要尋找的指南。

提出了這些引言性的意見之後，就應該先介紹本文的佈局。我們開始闡述時，將先分析《中葡聯合聲明》的有關規定及由此產生的未來《澳門特別行政區基本法》中的相應條款。事實上，在移交的前景下，它們對立法改革起導向作用，偶然又起制約的作用。

接着，我們將談及其他一些引起立法改革的一般性因素，諸如法律秩序之不能守舊老化而必須適應周圍的社會現實，亦須保存葡國模式的法律。

* 現在發表的全文除作了新資料補充外，基本上與一九九四年十一月在北京舉行的研討會“中國內地與澳門法律制度及其關係研討會”的內容相一致，該研討會由中國國務院港澳辦公室港澳研究所及澳門國際比較法學會合辦。本文內容純屬筆者個人的立場及見解，概與他人無關。

**立法會顧問

談過了這些看法之後，我們將試圖把澳門法制的三大成份即商法，體制性的私法及基本權利這三者彼此分開。這三大成份法理所當然地並不構成澳門整個司法體制，但是對我們來說，隨着發展上的需要，在立法改革的核心上應更關注到這些範疇。

這裡應該提醒一點，那怕是短短說一句，就是要注意到，治理本地區的法律規章是通過甚麼制度產生的。

驟眼看來，也可以說是從體制的角度來看，現行的制度是十分複雜的。事實上，有權限產生或延伸具有法律效力或更高效力的規章的機關有五個：澳門立法會，澳門總督，共和國議會，葡萄牙政府及共和國總統。

如此分散，按理彼此要有效地配合一定會十分困難。然而，這個制度主要是表面上的，隨着1990年《澳門組織章程》的修改，這個制度就與當前的現實相距得甚遠。

仔細再看，我們就意外地發現一個更為簡單更為“地方化”的制度。其實，幾乎只有澳門地區本身的管理機關行使制訂法律的職能，甚至連《澳門組織章程》第三條第二款所規定屬於共和國總統的權限，也一向是授予澳督行使的¹。

此外，通過一年一度的所謂“立法協約”，似乎對立法會與行政當局之間的協調有了某種形式的制度化。

然而，如果從“現實政策”的角度再仔細看，就可以看到還有一位演員——《中葡聯合聯絡小組》——登上舞台，或者不如說走進了這個制度的候見室。有了它，就有了一個事先協商的機制，因而法律領域就成了這個小組工作日程中的一項優先及沉重的任務。

不過，上述的任何一種情況，都談不上有一種清楚確定的，完全實實在在的單一立法改革。

二、在《聯合聲明》框架內的立法改革

《聯合聲明》所確定下來的一條大原則，對我們現在談論的題目，有無可否認的影響，這就是法律制度的延續原則²；另一方面，這份國際條約又是規定和規範澳門主權的移交。如上所述，移交對立法改革起着一個不可抹煞的決定因素。

本文不會去談論移交本身，而只會從移交如何影響到我們所考察的問題這個角度來談論移交。

1. 關於澳門的立法程序，見高德志，梁卓思，簡天龍，韋柏倫合著的〈澳門法律制度概況〉，載於《香港法律學刊》，第23冊，第3部分，1993年，第371頁及續後數頁。

2. 關於此項原則，見高德志的〈未來特別行政區基本法中的澳門法律制度的延續〉，載於《行政》雜誌，第19/20期。

由於有這個移交過程，就確定了一個必要性——凡是來自葡萄牙的法規都必須經本地的機關即經立法會重新通過，以此作為上述延續原則能得到體現的一個必要條件；換言之，唯有在澳門本地產生的法規，方能繼續維持有效。

這樣，就找到了立法改革的第一個決定因素，即形式上的因素。

然而，這並不是一個有效的決定因素，起碼在法律層面來說不是一個有效的決定因素。

事實上，唯有對關鍵性的條文採取陳述式的解釋辦法，方能將這個意思多多少少說得通。但是，從引申廣義上並不存在任何論據，而從狹義上及從反義上允許作出這樣的解釋。

《中葡聯合聲明》第二條第（四）點規定：“法律基本不變”，附件一第三節第二段規定“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《基本法》相抵觸或澳門特別行政區立法機關作出修改者外，予以保留”

從上述規定來看，可見葡萄牙法規之重新通過並不是強制性的，換言之，從法律角度來看，法規並不是非本地化不可的³。

但是，在不排除上述結論下，我們應該知道，由於務實及政治的因素，澳門必須承擔法律本地化這個挑戰，這意味着龐大的工作量，因為現行法律制度有相當大的一部分是由葡萄牙制定的法規構成的，例如《民法典》，《商法典》，《民事訴訟法》⁴，司法行政程序的立法，以至若干具體規定基本權利的單行法以及行政組織方面的法規。

這項工作萬一不能按期亦即在1999年12月19日前完成，那麼，在法律上該怎麼辦？讓立法上留個真空嗎？將另一個法律制度的法規硬塞進來嗎？實施《中葡聯合聲明》中所提出的延續原則嗎？

現在又把話題轉回到法律制度延續原則，我們認為，這條原則對立法改革並不施加任何指揮作用，亦不給予任何導向，而是基於1999年12月以前的立法者有自由處理權為依歸的。換言之，簽署《聯合聲明》的雙方都對直到1999年12月19日為止在澳門有效的法制表示了信心。

三、同《基本法》銜接是否立法改革的決定因素與導向力線

同《基本法》銜接的原則，受到了廣泛的議論。這一原則，如果承認其正當，那麼它就會構成立法改革的一個決定性的因素，也就是說，不應制定同《基本法》相抵觸的法律。為此，形成一條對這些改革起作用的導向力線——制定的法規應以這份由中華人民共和國全國人民大會制定的文件作為藍本。

3. 持此議的有高德志，同上，第35頁及續後數頁；林綺濤，《澳門法律制度本地化進程》第一次研討會論文，第3及4頁。

4. 直到不久前，已出現了《刑法典》及《刑事訴訟法典》。

如此推斷，尤其對一些法學家和基本法起草委員會一些前委員而言，意味着另一個觀念，即《基本法》提早生效。然而，這表明他們在概念上並不十分清楚——銜接並不表示提前生效。

是否現在就可以主張同《基本法》銜接，至少當賦予這種銜接以強制性時，是大可商榷的，因為也可以主張《基本法》同所將要充實⁵而不是要創立或更新的法律制度銜接。

就《中葡聯合聲明》而言，這一主張更為有力⁶。

在任何立法改革中，《基本法》這份文件，都可以用來作為法意 (*mens legis*) 上的參考，它在立法政策方面擁有不可否認和恒久的參考價值⁷，但僅作為參考而已。如果承認必須同該文件的條文保持一致，那就顯然限制了依憲法授與澳門機關的立法權限，說到底也就是限制了葡萄牙機關為本澳地區制定法律時的權限。

因此，這個冀求，從保持現行憲制秩序的角度來看，是站不住腳的——否則將失去它本來的性質。

假如萬一某個法規同《基本法》處於不一致狀態時，在法律上該怎麼辦？這個法規是不是算有了瑕疵？應如何處置？有甚麼機制可以對此施加控制？回答只能是：這個法規不算有任何瑕疵，也不應受任何處置。常說並非所有的立法工作都需為1999年12月19日後的將來作好準備。

事實上，對於《基本法》提前生效的論點，應該加以否定。《基本法》在1993年3月的通過並不造成該文件提前生效的任何機制⁸，反而應視該法正處於一個“法律待施行” (*vocatio legis*) 時期，其唯一不同之處，只是時間拖長了些。

作為一個局部的結論，我們可以肯定地說，在直至1999年12月20日為止，《基本法》並無制定法的性質，也沒有其實施的法律空間即澳門特別行政區。因此，在此之前，它並不是澳門的法源。

而這個日期之後，它才具有這些性質，是對所有在澳門生效的規範性文件均有基準作用的一份規範性文件。並且根據其第一百四十五條規定，它擁有保護及保障下級規範與之相一致的機制。同時，作為最高法律文件，它在特殊和明確的情形中有追溯適用之效力⁹。

5. 尹思哲，〈聯合聲明中的過渡〉，1993年12月在《澳門人口與發展》討論會上發表的論文；高德志，同上，第23頁及續後數頁；Maria Leonor Assuno，〈基本法範疇內的澳門刑法原則、居民刑事訴訟權利與保障〉，載於《行政》雜誌，第19/20期，第130頁。

6. J.J. Gomes Canotilho 在論述《基本法》與《聯合聲明》之銜接，或換言之，在《基本法》與國際條約之銜接問題時，指出規定基本政策的《聯合聲明》條款有指導性作用。見《言辭與人——中葡聯合聲明之反思》，於澳門召開之研討會上發表，1994年4月，第15頁。

7. 尹思哲，同上。

8. 林綺濤，同上，第7頁；尹思哲，同上；簡天龍，〈行政權高於立法權的兩權分立〉，載於《行政》雜誌，第19/20期，第81頁。

9. 尹思哲，同上。

四、法律制度的現代化

法是一個不斷變化着的現實。然而，這樣一句簡單又普通的話，在負面意義上，又令到澳門法律制度出現了一個嚴峻的現實。

的確，如果我們審視一下這個法律制度的幾大支柱亦即幾部大法典，我們馬上就可以看到，這個法律制度的幾條頂樑柱，除了個別例子，全都是老態龍鍾的。

《商法典》是1888年的；《有限公司法》是1901年的。還有一大批單行法，年齡也都差不多，都是上世紀末本世紀初葉時的，我就不一一列舉了。

這裡還要註明一點，就是相當大部分的《商法典》和其他某些法規，在其原先起源的法律制度中已經不生效了。

那些法規通過之時，離現在已經很久遠，當時為着適應於葡國社會政策的需要和處理辦法，又與現在相異，對之加以修改或廢除，顯然有其必要性與迫切性。

舉個課堂上信手拈來的例子，運輸商務契約在《商法典》第366條中有規定，這規定，我們要提醒一下，是1886年的，它是這樣說的：“如承運人已組成永久性之正規企業或公司，則經陸路，運河或江河運輸之契約能不能被視為商務契約呢？”；經空運之運輸契約能不能被視為商務契約呢？

澳門的法制經歷了一個逐步的，有時很明顯的老化過程。往往無法將責任歸之於這塊飛地的幾屆立法機關，因為過去這些機關缺乏廣泛而有效的立法權限，直到1990年《澳門組織章程》進行修改，才比較令人滿意地擴大了這些權限。要特意一提的是最近通過了一部新的《刑法典》以及一部新的《刑事訴訟法典》。

法制現代化，應該被選來作為正在進行與籌備中的立法改革的一條導向的力線。無論是今天或是在將來，無論是否交還主權，這條導向力線始終應該是給法律制度改革搭起的一條框架的線。過渡對現代化起的是激發與加快的催化作用¹⁰。

五、法律制度的調整適應

對法律制度加以調整，使之適應周圍的社會結構，是另一條為澳門立法改革搭起框架的導向線。

澳門的法制，在很大程度上是從外面引進的，而且是從一個社會與文化都同澳門大不相同的歐洲國家引進的。因此，就無怪乎許多現行規範都同其所調節或其所企圖調節的現實大相徑庭。

我們在這裡並不是對那些關於各種法制模式之流轉與傳播的論點及其能否言之成理提出質疑¹¹。對於這些論點是否具有充分的，特別是本身自足的力量，我們的

10. 高樹德，〈參照本地區其他歐洲式法律制度之事例對制定澳門法律大策之建言〉，載於《澳門法律學刊》，第2卷，第1及2期，1995年。

11. 關於這個問題及其是否適用於澳門，參看J.A. Oliveira的〈論澳門法律制度之可行性〉，載《行政》雜誌，第13 / 14期，第541頁及續後數頁。

確毫不隱瞞自己的懷疑，何況在某些地區，社會現實同法律現實之間顯然存在着很大距離。

澳門即其一例。在調整及解決衝突時，澳門有無數所謂平行法律之例子：從住房租金之漲價（法律明文規定予以禁止）到黑社會內部衝突之排解，以至勒遷訴訟中街坊會的積極調解工作。

如果想保持現行法制的企圖不至於落空，那就必須調整澳門法制使之適應它所規範的社會的需要。這一需要的泛例，就是《家庭法》，《繼承法》，《商務法》及《國籍法》等部門法。

綜上所述，這就是給立法改革的一條導向力線，這條力線已因《家庭法》與《繼承法》的修訂在望而得到了具體的落實，此外還有一些類似的例子可援引來為我們的說法作註腳。

說到這裡，還要補充一句，就是：既要調整適應，似乎就應着手淘掉一些多餘的，在本澳地區不那麼適用也不重要的法例與規制，例如《水域所有權制度》，《牧業合夥經營制度》，《鄉村土地租賃制度》或是《捕鯨制度》。

六、保留葡萄牙模式及所屬的法系

首先，保留葡萄牙模式是《中葡聯合聲明》承諾澳門生活方式不變的一個必然結果。

它是維持澳門自身特色的一個組成部分，又是葡萄牙人在此留下的一筆重要歷史遺產。因此，保留葡萄牙模式是立法改革的一條導向力線。

既然要維繫葡萄牙的法律模式，澳門法律制度也就必然要保留在羅馬－日耳曼法系亦即大陸法系之中。澳門並不是這一法系在本區域的唯一一家，但卻是這一法系在本區域內最忠實的代表。所以，不應把這筆法律資本糟蹋掉。

這個制度在法源、解釋方法、整理匯編等方面的構架特點都必須保留下來。循這條導向力線，就不能苟同例如那些主張對法制加以“簡化”也許是“減化”的觀點，他們尤其主張放棄整理匯編的工作，代之以一些短促的，對法制某一分支的一般原則申述一下的法律。

其所以不應棄本絕源，還有一個附帶的理由，就是中華人民共和國的法律制度正日漸向大陸法系邁進，由此可產生出對雙方都有利的結果以及某程度的和諧化。不妨看一看澳門的行政訴訟法或是中華人民共和國有關合營事業的立法這兩個事例，這些都是兩個法制所應考慮到的比較法的潛在成份。

七、法律上的確實性與安全性

法律上的確實性及安全性是葡國法律制度最可貴的傳統價值。所以，無怪乎這兩者總是立法者追求的目標，而且，儘管一直在爭取，這個目標卻總是不能完全達到。

然而，這個目標在澳門的勢頭，卻顯得很不令人滿意。這一點是可以理解的，因為我們只消注意一下這一大堆的法源和這一批主管立法機關組成的模糊體系就可想而知。更何況許多法規已經陳舊，再經種種修改與公佈單行法規而產生許多空白，處處殘缺不全。

還應該提及一個比較新近的現象。隨着葡萄牙的立法機關同澳門的相對疏遠，我們往往看到，有些法規已在澳門生效，但對這些法規加以修改或予以廢除的新法規並不延伸生效於澳門，反之，對別的法規加以修改或予以廢除的新法規，卻反而延伸生效於澳門！

特別容易在法律上產生不確實性與不安全性的領域，就是行政法的立法¹²，但是，已經朝向兩大傳統價值的具體落實邁出了踏實的一步：通過了行政訴訟法，它進入了與傳統幾大法典並駕齊驅的行列，並且首尾連貫地、和諧地規範行政當局的活動及其同被管理者的關係。

這些就是我們心目中的那些給立法改革導向的總的或籠統的力線，這些力線是改革的大導線。

往下我們還要抽選出在改革中需要特別的導向線或需要賦與的力線以不同的力度的幾大方面。

八、在商務法領域的導向力線

我們在這裡主張分出來的第一個大方面，就是商務法。所謂商務法，應理解為包括商法，銀行法，稅法，若干登記法，等等。

在這一堆法制分支當中，感到的需要，顯得十分迫切，有特殊的理由要着手去辦，更不必說前面已經提到過的現代化以及法律上的確實性與安全性方面的理由了。

澳門周圍有區域性與世界性貿易的幾個要塞，尤其是香港和中華人民共和國特別是它的幾個經濟特區；加上其他的經濟體如新加坡和馬來西亞。

由於這些理由，澳門不可能離群獨處，在法制上同這些強大的近鄰格格不入。否則，吸收外部投資就會困難重重，舉步維艱。試想一下，如果這幾個法制都有一個共通的法律原理，但澳門卻沒有，一旦要求使用這一原理時，麻煩就來了。

普通法就是一個佔優越地位的模式，它的影響甚至擴展到中華人民共和國的經濟特區以及日本的法律領域，日本是由於美國介入而受影響的。

如果不想讓澳門的經濟面對周邊格局而陷於有害的孤立狀態，在商務法領域內實行立法改革的導向力線，就是要向普通法的處理辦法以及向中華人民共和國的處理辦法靠攏，但同時不丟掉自己的本色，特別是在法規匯編方面要堅持。

12. 簡天龍，〈行政訴訟與法規整理〉，載於《法》，第2期，第18和19頁；高德志，《法律本地化：朝向未來》，載於《澳門》雜誌，第2組，第5期，第63頁。

這條力線的一個實例，就是公司法典的草案，它在理由說明書中宣佈了向香港及新加坡公司法靠攏的意圖，例如修訂了公司設立及登記機制，設立了公司秘書一職。

另一個相當有意義的事例，就是自願仲裁的制度化方案，這意味着朝以一種在中國法制中有牢固傳統的辦法解決糾紛邁出了一步。

九、體制性私法領域的導向力線

所謂體制性私法，這裡指的是那些對社會體制加以規範的部門法的總和；亦即是家庭法和繼承法。

這部分的法律是在一定空間的社會與文化特性中扎根最深的。正是在這一領域，可以更容易發現對法律規則的排斥現象。

在澳門，這方面的法制並不完全符合本地區的社會特性，尤其是在補充財產制和在以宗教儀式結婚之民事效力方面。

在這個領域中進行立法改革，應該採取的導向力線是靠攏與適應澳門居民的特點與需要。

為此，應該強調《民法典》第三十一條的條文修改，通過修訂，統一了適用於全體居民人身地位的法律。現正對《澳門民法典》中的家庭法與繼承法的內容進行修訂的準備工作，可以肯定的是將會按照這一導向為之。

十、基本權利領域的導向力線

在澳門的法律制度的這一方面中，可以發現，有一些價值和宗旨，使得這方面可以單獨分出來。當然這是因為澳門的立法者們對它賦與了優先地位，尤其是在關於公民與政治權利及經濟，社會及文化權利的國際公約延伸來澳之後¹³。眾所周知，雖然公約是重要的，但它只具有一般指引的作用，通常我們只確認它的象徵意義。

應當記住，《基本法》第四十條中規定的一些繼續性條款及假定（或任何延續）¹⁴，是提交草案前的原文與所通過的最後文件之間最具象徵性的演進之一。

已實行的立法改革，其構架方針，是要賦予澳門一套以範圍廣闊，條目詳盡，消除漏洞，保障切實為特點的規範。

這一過程的根本決定因素，就是上述國際公約的生效已清楚表達延伸公約的決議中所包含的指令，更準確地說，是它的第五條第一款。這一規定的特徵是它明文確認，建設澳門居民之未來這一崇高使命¹⁵。

13. 關於這個問題，見高德志的〈國際人權公約在澳門的延伸〉，於《第13屆亞洲法律大會（Lawasia）》上發表的論文，斯里蘭卡，1993年，第30頁及續後數頁。

14. 有些似乎是由於所述條約的不能直接應用性（及不可援引性）的法則而造成。

15. 林綺濤，《過渡期內澳門立法會的角色若干思考》，共和國議會所舉辦的座談會上發表的論文，1993年3月。

將現行的憲法規定以一般法的形式明確下來¹⁶，是一條我們不妨稱之為主要的及優先的導向力線。要記得，現行的憲法規定，到了主權之行使移交之後，就不再生效了。

將關於人權的國際性的合法文件應用於澳門應為另一條優先的導向力線，因它可加強此一範疇的力量。

對於補救措施，或者說，對於基本權利之保障方式及防止損害的特別關注，導致基本權利的保護機制之引入。因此，《司法組織綱要法》規定了上訴，更準確地說，規定了上訴制度¹⁷。

這一機制在基本權利之保護方面發揮重大作用，而且隨着違憲監察的具體法律機制之淡化，其作用將與日俱增，並在某種形式接近中國對基本權利進行保護的制度的類別¹⁸。

的確，隨着葡萄牙憲法在澳門各種法源的全面中消失，很重要的一件事就是通過別的法源將這一套豐富的基本權利固定下來並具體落實。然而，為了達到這個目標，在餘下的時間，我們除了必須考慮某些要點外，同時亦要具體落實這個目標。

這樣做，再加上同《中葡聯合聲明》及《基本法》相互結合與補充，法制中有關基本權利的這一大方面，到澳門特別行政區成立後，將會顯示出法制延續的標誌。

然而，若我們只停留在《基本法》的文字內¹⁹，將不會取得這延續性，因這法例並沒有全面注意到一些諸如怎樣行使基本權利的原則及規章——今天已在葡國憲法不同法規內諸如第十八及第十九條有所提倡。

可以舉出的近期例子有《新聞出版法》，《通訊保密及私生活隱私保護法》，《司法組織綱要法》第十七條，《集會示威權利法》，《請願權利法》，《家庭綱要法》及《行政訴訟法典》，《刑法典》及《刑事訴訟法典》。

然而，還有很多工作要進行。

值得提及的一些例証是，有關宗教及信仰自由的立法，工會自由的立法，罷工法，行政訴訟法，有關缺陷人士法，兒童法和引渡的立法。

關於這個問題，如同其他問題一樣，但這裡比較尖銳，必需讓其對象及各部門各執行法律者知悉他們擁有的基本權利。

通過將基本權利這個概念傳送出去，我們將得益不小，為了達到這個目標，可參照鄰近地區的宣傳活動。

落實兩制的部分亦由此而起。

16. 簡天龍，《澳門基本權利的近期演變及展望》，在里斯本法學院發表的講稿，1993年。期望將來對司法組織法例的修訂不會為我們帶來負面的意外，諸如縮減澳門居民基本權利的保障。

17. 參見J. J. Gomes Canotilho, 〈言辭與人……〉，同上；簡天龍，〈比較法與澳門法律體系中基本權利的保護上訴〉，載於《法律學刊》，第3卷，第1期，1996年。

18. J. J. Gomes Canotilho, 《保護替代控制》，澳門，1994年3月。

19. J. J. Gomes Canotilho, 〈言辭……〉，同上，第14及15頁。

