

條約在澳門特區的履行方式

——實踐視角下對一元的反思

朱林*

一、引言

澳門特區對條約（含國際組織具約束力的決議）的履行，作為將國際承諾付諸實踐的過程，¹ 已經歷 20 年的實踐。適澳條約的履行，是國際法規範在澳門特區內部法律秩序產生效力的過程。²

國際法與國內法（考慮到中華人民共和國不同的司法管轄區域有各自適用國際法的內部法律，本文以下以內部法稱澳門特區本地法律，以區分與通常與國際法相對應的國內法）之間，常常存有緊張關係。“特別是國際人權條約，在國家層面發揮着重要作用，並對國內法產生明顯影響”。³ 這不僅源自遵從國際法的義務，國內法與國際法保持一致性的要求，⁴ 也源自因應履行人權公約，國內法必須不斷修改配合履約要求的壓力。

國際法的履行是由各方面執行而組成。例如有學者認為“履行的定義是在國家法律秩序內使國際法規範生效的行為。履行首先是由國內主管機關完成的行為。這些機關可能是政府行政、立法或司法部門的一部份；正如我們所知，國家法律對權力的分配是決定性的。雖然履行可以被看作是單一

* 前行政法務司司長辦公室顧問。現任職法務局。感謝行政法務司司長辦公室項新先生就本文提出的寶貴意見。文章中的錯誤由本人文責自負。

¹ K. Raustiala, and A.-M. Slaughter, “International Law, International Relations and Compliance”, in W. Carlsnaes, Th. Risse and B.A. Simmons (eds), *Handbook of International Relations*, (Sage Publications, London 2002) 538-558, 539.

² Beenakker, E.B., “The implementation of international law in the national legal order : a legislative perspective”, p. 15. (<http://hdl.handle.net/1887/63079>)

³ “International law, and international human rights treaties in particular, plays an Important role at the national level and has a clear impact on domestic law”. CDL-AD(2014)036, Report on the Implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts, p. 3.

⁴ 《維也納條約法公約》第 26 條規定條約必須信守的原則。

的行為，如上文所提供的定義，但在實踐中，它往往包括若干甚至許多後續行為，這些行為加在一起就構成了‘履行’”。⁵ 國際法⁶（含強行法 *jus cogens*、條約、安理會制裁決議等具約束力的國際法文書）在澳門特別行政區經行政、立法、司法機關的履行，有其普遍性，也有其獨特性。其中，國際法的適用方式無疑是影響履行國際法的決定因素。

今天回顧澳門特區履約實踐，探討澳門特區適用國際法採用的方式為何，仍有現實意義。儘管有學者認為，世界上沒有一個國家真正適用一元，有的僅僅是一元與二元的混合適用，⁷ 但是，無可否認，這種區分對理論研究與實踐具有指導作用，有利於我們把握問題的核心。今天討論一元（*monism*）⁸ 是否是澳門特區適用國際法方式，還有一層意義在於，只有明確澳門特區適用國際公約實踐所採用的方式為何，才可以回答澳門特區目前實務層面採用的方式與其過去是否存在連續性。

⁵ Beenakker, E.B., “A definition of implementation... is: the act of putting into effect a norm of international law within the legal order of the state”. “First, implementation is an act, which will be performed by the competent organ(s) on the domestic level. These organs may be part of the executive, legislative or judicial branch of government; as we have seen, the attribution of powers by national law is decisive. Although implementation could be viewed as a single act, as it is in the definition provided above, in practice it will often encompass several, or indeed many, subsequent acts which together amount to ‘implementation’”. Ibid. 2.

⁶ 《澳門法律新論》下冊，第 1105-1110 頁，將澳門的國際法淵源分為四類：普遍國際法規範、回歸前已適用於澳門經中國政府審查後決定繼續適用於澳門的條約、中華人民共和國締結和加入的並適用於澳門特別行政區的多邊和雙邊條約、澳門政府單獨同外國政府和國際組織簽訂的協定。普遍國際法規定，又稱“一般國際法強制性規範（強行法）”，較新資料參見聯合國法律事務廳（United Nations Office of Legal Affairs）：A/72/10。

⁷ Tzanakopoulos 教授認為，國際上，實踐層面一元與二元之間差異並不大。一方面，採用二元的國家，也不會一律採用轉換方式，例如英國，只是將條約經立法轉換為國內法，國際習慣法無須立法，採用直接適用的方式，另一方面，儘管一元強調立法解決國際條約不具自執行力的問題，“各國通常會通過國內執行法來履行內向型義務，從而在一定程度上消除了考慮較遠的法規來源，即國際法的必要性。” See Antonios Tzanakopoulos, “Domestic Courts as the ‘Natural Judge’ of International Law: A Change in Physiognomy”, p. 8. (ssrn-id1685218)

⁸ “The monist approach (monism) is based on the idea that international law and national law are two components, or two different manifestations, of one and the same legal system. Treaties, as customary rules and general principles of law, may therefore be part of the domestic legal orders, without any need for their transposition by means of national legal instruments. Whether they establish individual rights and/or duties and whether the treaty provisions may be invoked before domestic courts, depends solely on their nature and content, and is not dependent on any prior transposition”. Ibid. 2, p. 7.

作為一種嘗試，本文將結合澳門特區政府、立法及司法履行條約實踐，運用比較法的視角，探討澳門特區實際所採取的國際法適用方式及其特點。

二、棄用“一元”？

香港《基本法》第 39 條的行文，給香港特區法院確立維護國際人權準則的優先地位及賦予其憲法地位方面，起到十分重要的作用。⁹《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》（下簡稱《基本法》）對澳門適用國際法的幾個核心問題，包括國際法的內涵、國際法位階、國際法在澳門特區是否需要轉換才能成為本地法律等，沒有作出規範，《基本法》第 40 條行文與香港《基本法》第 39 條完全相同，導致學者對相關人權公約是否可以直接援引，有相當分歧。¹⁰

這種爭議的核心可歸納為：基於《基本法》第 40 條與香港基本法第 39 條完全相同，要求該條的公約“通過澳門特別行政區的法律予以實施”，澳門特區是否也應照搬香港沿用港英時期的二元（dualism）適用國際法的方式？

⁹ “If article 39 of the Basic Law of the HKSAR had not been drafted in the language in which it now appears (which is partly but not wholly derived from the Sino-British Joint Declaration of 1984 on the return of Hong Kong to the PRC in 1997) and had not referred to the ICCPR in the way it now does, the courts of the HKSAR would most probably have had no room to manoeuvre in terms of asserting the overriding status of international human rights norms and giving them constitutional force”. In Albert H.Y. Chen, “International Human Rights Law and Domestic Constitutional Law: Internationalisation of Constitutional Law in Hong Kong”, p. 49.

¹⁰ 對《基本法》第 40 條規定國際法適用方式作出論述的著作，見饒戈平：《國際條約在澳門的適用問題研究》，《一國兩制文庫》第 17 期，澳門一國兩制研究中心出版。另見饒戈平：《澳門適用國際條約的方式問題——從澳門基本法第 40 條談起》，“葡萄牙議會在其決定將兩個人權公約延伸適用於澳門的決議中，除對公約中的有關條款作出了保留，即聲明排除其在澳門的適用，還明確作出了這樣的規定：‘《公民權利和政治權利國際公約》和《經濟、社會和文化權利國際公約》適用於澳門的規定，將通過尤其是澳門地區政權機構制定的各項單行法律在澳門予以實施’。根據這一決議，兩個人權公約得以在澳門適用，但其適用方式不是直接適用而是被明確規定為間接適用，即通過澳門本地的政權機構（總督和立法會）制定的法律予以實施”。張闊：“多邊國際條約在澳門特別行政區的適用”，《“一國兩制”研究》2014 年第 3 期（總第 21 期），第 62 頁，“澳門回歸前，也是通過本地立法的形式實施‘兩個國際條約’的”。上面這兩種具代表性的觀點，明顯與回歸前葡萄牙政府向聯合國人權事務委員會作出的解釋相反，參見注 13。

以下，我們先複述官方立場，然後，嘗試說明，《基本法》第 40 條與一元之間是否可以共存。

特區成立伊始，中央政府就在聯合國人權委員會共同核心文件¹¹ 中，對人權文件成為澳門特別行政區法律制度組成部份的方式，國際條約在澳門特別行政區的適用作出詳細說明，¹² 向國際社會闡明澳門特區適用國際法的方式。¹³

有關澳門特區的共同核心文件，從一元的角度直接回答了國際法相對內部法而言最重要的三個問題，¹⁴ 可歸納為：

¹¹ 共同核心文件（**common core document**）指締約國向秘書長提交的包含與所有條約相關的該國一般性資訊的文件。澳門特區並不具有條約的締約國資格，有關澳門特區共同核心文件是中央政府向聯合國提交的。

¹² 2000 年 12 月 30 日，聯合國高專辦核心文件中表述國際法在澳門特別行政區採用一元論適用的幾個特點，援引如下：

“244. 在澳門特別行政區內，並不存在着把國際法併合於當地法才使國際法產生效力之需要。但是，在承擔國際義務時所作之保留或聲明，又或國際文件之措辭，可能導致條約之某一或某些條款不能自行執行。

245. 當國際法和當地法兩者之間出現衝突時，適用於澳門特別行政區之國際協約優於當地普通法律（民法典第 1 條第三款）。

246. 一旦履行必須之條件，國際法自然地成為澳門特別行政區法制之一部份，而其執行方式與所有其他法律無異。”

¹³ “The provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights applicable to Macau shall be implemented in Macau, namely through specific laws issued by the Territory’s own organs of government”, “this provision does not, and could not, taking into account the general principles of the hierarchy of sources of law, change in any way the constitutional norms regarding whether or not the provisions, of the Covenant can be directly applied or invoked. This article is intended to emphasize the need for those provisions of the Covenant(s) applicable to Macau to be drafted by local legislating bodies, on the one hand implying that these powers should be transferred from Portugal to Macau, and on the other highlighting the political objective of localizing legislation.” HRI/CORE/1/Add.73, p. 6.

¹⁴ “The three concepts are of crucial importance: validity, rank and direct effect”, p. 35; “The criterion of validity concerns the question whether international law is valid in the domestic legal order, or, in other words, whether it qualifies as law (as opposed to ‘fact’)”; “ ‘Rank’ refers to the place international law occupies in the domestic hierarchy of norms, i.e. whether it is superior or inferior to norms of domestic origin”, p. 36; “International law possesses ‘direct effect’ when individuals can invoke a norm of international law before national courts”. Ibid. 2, p. 37.

- 1) 國際法適澳後，即具有同法律一樣的有效性，無須經過立法轉換程序，除非公約規定的內容屬不可自執行性質。
- 2) 適澳的國際法，在位階上優於澳門特區普通法律。
- 3) 國際法在澳門特區法院可被直接援引，行政、立法、司法、法人和自然人都有遵守國際法的義務。

儘管中央政府在國際社會層面為澳門特區作出上述具有單方聲明效力的一元立場表述，¹⁵ 澳門特區的實踐也符合上述三個特徵。但是，在判斷國際法適用方式時，司法機關對上述立場反應並不一致。¹⁶

¹⁵ 在人權報告中表示國際法在本國／本地區的重要地位，是國際慣常的作法。“許多國家在向聯合國人權條約機構遞交國家報告時，紛紛表示人權條約在國內法中具有高於一般法律的優先性。更為重要的是，許多國家在國家報告明確表示，人權條約在國內可以被司法機關和其他公共當局直接援引”。（見戴瑞君：《國際人權條約的國內適用研究：全球視野》(*Domestic Implementation of International Human Rights Treaties: Worldwide Perspective*)，社會科學文獻出版社，2013年10月，第96頁。)

¹⁶ 例如，終審法院第 2/2004 號裁判書並沒有援引中央政府在國際層面為澳門特區作出的一元立場表述，而是從基本法第 138 條解讀出國際法高於澳門普通法律這一結論，有別於中級法院裁判書援引特區政府在核心文件中一元表述。終審法院在此案裁判書指出：“法律的層級效力只低於憲法性規範，只有憲法性規範才可賦予國際公約的高於法律的位階效力，因此《民法典》第 1 條第三款中關於賦予國際公約高於法律的位階效力部份不具任何效力”。Cristina Ferreira 在其“對第 2/2004 號終審法院合議庭裁判中有關國際公約在澳門特別行區法源層階的地位作出之評論”一文中，不贊成終審法院上述觀點，堅持有關《民法典》第 1 條第三款中關於賦予國際公約高於法律的位階效力，在本澳屬具有有效性規定（見《澳門雜誌》〔LEGISIURIS〕第 6 期）。本人認為，正如中華人民共和國民法通則第 142 條規定：“中華人民共和國締結或者參加的國際條約同中華人民共和國的民事法律有不同規定的，適用國際條約的規定，但中華人民共和國聲明保留的條款除外”，憲法性規範賦予國際公約高於法律位階效力，固然理想，但事實上，包括葡萄牙、中國世界上許多國家憲法都沒規定國際條約的法律位階效力。至於終審法院堅持的“沒有任何一項規範可以賦予另一項或一組規範具有高於其本身的法源位階”這一觀點，作為一般常識是正確的，但既然國際法在各國的法律位階，不是由國際法作出統一規定，而由各國自行規定，因此也不排斥或貶低《澳門民法典》、《中華人民共和國民法通則》規定國際法高於本身。更何況，如何解釋荷蘭等國的憲法規定國際條約位階在憲法之上？“(中國著名國際法學者)李浩培先生認為，《荷蘭憲法》在條約與國內法的關係上規定了最先進的制度”，見戴瑞君：《國際人權條約的國內適用研究：全球視野》(*Domestic Implementation of International Human Rights Treaties: Worldwide Perspective*) 第 61 頁。

澳門大學劉高龍教授明確表示，澳門特區適用國際法的方式，由澳門法律基本不變這一原則推導，沿用來自葡萄牙的“完全吸納”而來。¹⁷ 按照澳門特區適用的一元論，適澳國際條約無需經轉換直接有效，具有高於普通法律的地位；¹⁸ 均可在法院被直接援引，也如同本地法律一樣應被遵守。只有不具自執行力的國際法文書，經立法賦予執行力才具必要性。也有人將澳門特區現行國際法適用的方式稱之為半自動吸納的（*recepção semi-automática*）一元制。¹⁹

¹⁷ 見劉高龍：“國際法在澳門的適用及其效力——兼論終審法院第 2/2004 號裁判書”，《澳門大學法律學院學報》第 13 期，第 61-72 頁。另見注 5，劉高龍認為，“澳門特別行政區如何適用國際法特別是國際條約呢？《澳門基本法》並沒有對此作總的規定。根據 1987 年中葡聯合聲明和 1993 年《澳門基本法》第 5 條的精神，澳門現行的法律制度基本保持不變。因此，可以推定，澳門特別行政區適用國際法特別是國際條約的制度並沒有發生改變，仍然延續回歸前澳門的有關制度”（《澳門法律新論》下冊，第 1110-1111 頁）。

¹⁸ 國際上採用一元論的國家，較多主張國際法優於國內一般性法律，有的甚至主張優於憲法；較少主張國內法優於國際法。對澳門特區適用的國際條約優於本地法，學者並不存在爭議。有爭議的是，因終審法院作出的第 2/2004 號裁判書所持推理邏輯，駱偉建教授提出的需要將澳門的國際協議作位階區分，對中央決定適用於澳門特別行政區的國際協議，由於外交權屬於中央，特別行政區無權決定，該國際協議的效力應高於特別行政區立法會制定的法律，即終審法院判決書所持觀點；但如屬特別行政區根據《基本法》自己簽訂的國際協議，其與澳門特別行政區立法會制定的法律是同等地位的，應採用後法優於前法的原則來實際操作（駱偉建：“澳門基本法與國際條約適用澳門的問題”，《澳門大學法律學院學報》第 27 期，2009 年，第 58-59 頁）。至於《基本法》與適澳國際條約之間的位階關係，基本法學者都認為《基本法》高於國際條約，但是，對國際條約與《基本法》條文之間的存在不一性，從國際法角度應如何解決兩者衝突（究竟是不簽約、退出已適用的條約還是修改《基本法》）鮮有深入的分析。對這一問題，根據本人有限的了解，似乎僅有張文斌，郭曉梅：“論國際公約在澳門適用”（《法學家》2000 年第 3 期，第 117 頁）一文，從國際法角度提出“《基本法》不一定優於條約”的觀點。張闊：《多邊國際條約在澳門特別行政區的適用》（《“一國兩制”研究》2014 年第 3 期，總第 21 期）指出：“如果出現適用於澳門特別行政區的國際條約與《澳門基本法》衝突的情況，那麼中央政府就不會將該國際條約適用於澳門特別行政區。從這個角度分析，能夠推論出適用於澳門特別行政區的國際條約應當符合《澳門基本法》這一結論的。”顯然，作者或忽視《基本法》與適澳人權公約衝突的情況（參見人權事務委員會 CCPR/C/CHN-MAC/CO/1,C6: “根據《基本法》第 143 條，《基本法》的解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會。這一事實可能會削弱和破壞法治和司法獨立（第 2 和第 14 條）。”）

¹⁹ 見馮文莊：“將第 3/1999 號法律第 3 條第六款及第 5 條第一款，再配合《民法典》第 1 條之規定，特區吸納國際法之制度為半自動吸納之一元制，只因為唯一須遵守之條件須公佈”，馮文莊：“國際法在特區實施若干問題之反思”，《澳門公共行政雜誌》第 16 卷，總第 62 期，2003 年第 4 期，第 1169 頁。

直接援引本身是條約機構的要求。²⁰ 回歸至今，澳門司法界對人權公約的直接援引並無異議，²¹ 憲法學者強調的《基本法》第 40 條規定的人權公約“不可直接援引”說，並沒有得到澳門特區履行條約實踐的支持。²²

內地學者對這一問題，從國際法角度，較早作出深入分析的，是張文斌、郭曉梅 2000 年發表的“論國際公約在澳門適用”（下稱張郭文）。²³ 《基本法》第 40 條條文前身——香港基本法第 39 條有複雜曲折的起草過程及其背後的中英兩國政府的政治角力。²⁴ 張郭文是從澳門回歸前葡萄牙

²⁰ 2004 年 3 月 29 日第 2187 次會議通過的（負責公民權利和政治權利國際公約履約的）人權事務委員會第 31 號一般性意見中，特別對直接執行作出說明：“委員會注意到，司法部門可適用許多不同方式以有效保證人們享有《公民權利和政治權利國際公約》所承認的權利。其中包括：直接執行《公民權利和政治權利國際公約》”。

²¹ 據統計，僅 2011 年至 2020 年 6 月 30 日，終審法院在 5 個裁判中援引《公民權利和政治權利國際公約》規定，中級法院援引的涉及 27 個裁判。具體個案援引各類公約情況，參見注 86。

²² 饒戈平教授在對澳門特區司法機關援引公約作為審判依據作出分析後，按照二元邏輯得出的結論是：“《澳門基本法》規定的通過轉化方式適用兩公約，並沒有在司法實踐中真正落實。相反，這兩公約在澳門納入適用國際公約的整體環境下，在司法環節上仍然是在採用納入適用”（饒戈平：“國際條約在澳門的適用問題研究”，《一國兩制文庫》第 17 期，澳門一國兩制研究中心出版，第 76 頁）。他所指在司法實踐沒有真正落實，與他所稱澳門特區履約實踐在人權公約方面沒有採取直接適用方式，又相互矛盾。見該文“澳門回歸以來的履約實踐也表明，除人權公約外，國際條約在澳門的實施仍保留其傳統的納入方式，即直接適用方式”。

²³ 張文斌、郭曉梅指出：“如前所述，在政權移交前，適用於澳門的國際條約是作為本地法律的一部份而得到直接適用的。根據聯合聲明法律基本不變和基本法第 8 條的規定，我們可以得出結論說，公約直接適用於澳門的方式不變，無需把它們轉化為本地法律。在政權移交前，曾有一種觀點認為，1999 年 12 月 20 日後公約在澳門將以轉化為本地法律立法的方式適用。其根據是，《基本法》第 40 條規定‘《公民權利和政治權利國際公約》、《經濟、社會與文化權利的國際公約》和國際勞工公約適用於澳門的有關規定繼續有效，通過澳門特別行政區的法律予以實施’。其實，該條的目的是確定人權兩公約及有關勞工公約規定的基本權利與義務在澳門的有效性，而不是規範公約在澳門的適用方式。雖然基本法並未如葡萄牙憲法一樣對國際公約的直接適用方式作出明確規定，但無論是中央政府還是特別行政區政府，都沒有表示出改變這種方式的意思，也沒有通過任何規定或實際行動作出改變。所以，作為一般原則的公約直接適用方式，並不因根據人權兩公約和勞工公約本身的特點只有由特別行政區通過本地立法才能得以具體實施的特殊情況而受到改變，因為這些公約一般屬於那種非自動執行的條約”。“40 條的目的並非是說一定要將兩個國際人權公約轉化為澳門本地法律方能在澳門適用，而是指明澳門需要制定相應的法律（包括行政規章）具體實施兩個人權公約和國際勞工公約”（同注 18，“論國際公約在澳門適用”，《法學家》2000 年第 3 期，第 117 頁）。作為外交部的官員，郭曉梅參與了過渡期中葡雙方就國際協議繼續適澳的談判，因此，她對這一問題研究有相當的深度。

²⁴ 徐斌：“以基本法吸納國際人權公約——國家主權視野下的〈香港特別行政區基本法〉第 39 條立法爭議”，《人權》2018 年第 3 期。作者認為“從國家主權的視野來看，第 39 條創設了香港居民的實體性權利，同時也為香港政府劃定了權利保障的職能與邊界。《香港特別行政區基本法》將

國際公約一元論適用方式，《基本法》40條照搬香港基本法第39條，而香港適用國際法的方式屬英國式的二元論完全不同於葡萄牙採用的一元論出發，得出“基本法並沒有規定國際公約適澳方式”，《基本法》第40條並“不是規範公約在澳門的適用方式”，“目的是確定人權兩公約及有關勞工公約規定的基本權利與義務在澳門的有效性”這一結論。²⁵

至於《基本法》40條規定“通過澳門特別行政區的法律予以實施”兩項人權公約及有關勞工公約，學者用不具自執行力的概念，²⁶說明由於一元論也要面對公約某些規定不具自執行力，必須立法配合其執行的問題，因此，澳門特區適用一元論方式，與《基本法》第40條規定有關規定並不矛盾。

有學者在承認澳門回歸前適用一元的前提下，提出折中建議，認為澳門特區在落實《基本法》第40條規定時應採用“轉化”方式（二元），其餘條約的適用仍採用原來的一元，以符合《基本法》規定。²⁷然而這種設想缺乏必要論證。正如有葡萄牙學者對持此觀點者所作出的批評：“為將人權公約納入普通立法必要性做辯護，等同於‘顛覆’澳門法律制度的本質特徵之

公約的解釋權部份授予特區法院，從而將國際人權公約的監察權內化為香港特區法院特定的司法監察模式”。

²⁵ 王西安：“關於國際條約在香港和澳門特別行政區適用的若干問題”，《澳門公共行政雜誌》總第65期，2004年第3期，第689-702頁，“但是《基本法》的有關規定似乎為澳門在國際條約適用方式上開創了靈活的餘地，即澳門既可通過直接適用的方式適用國際公約，也可通過間接的方式，即澳門特別行政區立法機關自行立法，將有關國際公約的有關規定予以實施。”其實，這種直接適用（援引）輔以（針對不具自執行力條約的）自行立法，恰恰符合一元論的特徵。

²⁶ 張文斌、郭曉梅指出：“《基本法》40條的目的並非是說一定要將兩個國際人權公約轉化為澳門本地法律方能在澳門適用，而是指明澳門需要制定相應的法律（包括行政規章）具體實施兩個人權公約和國際勞工公約”，同上注18（“論國際公約在澳門適用”，《法學家》2000年第3期）。劉高龍教授指出：“仔細分析，兩個國際人權公約和有關勞工公約中的許多條款屬於非自動執行條款。”（《澳門法律新論》下冊，第1113頁）。

²⁷ 見上注15，饒戈平《國際條約在澳門的適用問題研究》，第65-68頁（《一國兩制文庫》第17期，澳門理工學院一國兩制研究中心出版）。另外，Maria Manuel Branco也認為，《基本法》第40條應當按字面意思，對國際公約採用二元方法立法轉換，見António Malheiro de Magalhães, “The Validity of the Interational Agreements of the Human Rights in the Juridical Order of the Special Administrative Region of Macau”, in Jorge Costa Oliveira and Paulo Cardinal, *One Coutry, Two Systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution*, p. 614.

一”。²⁸ 幾乎肯定的是，整體保持一元同時局部適用二元，將會產生巨大的衝擊和排斥：一方面，要面對成百上千的法律條文相互交錯、縝密有序地編織成的落實核心人權公約的成文法法律體系，在這個體系中，核心人權公約的規定如同大樹一般，其核心價值貫穿到代表澳門法律體系樹根末端，不可逆轉地組成澳門法律人權保護的網絡。²⁹ 另一方面，一元與二元兩者體系，缺乏可兼容性。由於邏輯不同，從技術層面看，整體一元包含局部二元，等同在靠左行車的澳門道路讓一輛車右行一樣具有“顛覆性”。

歸根到底，即使支持對《基本法》第 40 條採用“轉化方式”的學者，從適用國際法角度也沒法說明，在澳門適用國際法整體仍採用一元的前提下，如何局部或例外地對《基本法》第 40 條採用“轉化方式”，何況香港，也有用香港的《人權法案》基本逐字轉換《公民權利和政治權利國際公約》，與用 50 多項條例分散立法的方式落實《經濟社會文化權利國際公約》之別，自動納入內部法與立法轉化國際法的差異，³⁰ 更遑論《公民權利和政治權利國際公約》在香港轉化後具有的等同憲法地位這一結果，正是許多內地學者所詬病的。³¹

2018 年外交部條約法律司編著的《中國國際法實踐案例選編》一書，明確指出：“澳門回歸後，特區沿襲以往的納入做法，條約一經特區履行公

²⁸ António Malheiro de Magalhães, “The Validity of the Interational Agreements of the Human Rights in the Juridical Order of the Special Administrative Region of Macau”, in Jorge Costa Oliveira and Paulo Cardinal, *One Coutry, Two Systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution*, p. 617.

²⁹ 參看 *CCPR-C-CHN-MAC/1*, 288-355 段。僅僅就《公民權利和政治權利國際公約》第 14 條（法律面前平等），澳門特區的報告就援引了《基本法》（共約 32 條）、《刑法典》（1 條）、《刑事訴訟法典》（共 83 條）、《民事訴訟法典》（共約 2 條）、《司法組織綱要法》（1 條）、《法官通則》（30 條）、《律師通則》（1 條）及其他法律共 10 餘條。

³⁰ 見注 9，“就《經濟、社會與文化權利的國際公約》而言，香港特區政府在根據該公約提交的第二次報告中指出，該公約的條款已通過《基本法》的若干條款以及 50 多項在附件的條例納入香港的本土法律。政府認為，‘這種具體措施能更有效地保護《公約》權利，而不是僅僅在國內法中重申《公約》規定本身’”。“普通法規定國際習慣法的規範自動納入國內法，而無需經由任何立法手段，但這些規範可由其他法例推翻，並受制於適用的判例法”，見陳弘毅：“公法與國際人權法的互動：香港特別行政區的個案”，《中外法學》2011 年第 1 期。

³¹ 李薇薇：“《公民權利和政治權利國際公約》在香港的法律地位”，《法制與社會發展》（雙月刊），2013 年第 1 期（總第 109 期）。

佈程序，即成為可適用法律並產生拘束力，無須另行立法或採取其他措施。除非屬於‘不可自動執行’的情況”。³²

不論是否認同用澳門《民法法》規範國際條約位階，公約在澳門特區的位階高於一般法律，本身並無爭議。爭議在於終審法院第 2/2004 號裁判書明確突出了《基本法》第 138 條提及的國際協議高於本地法律，無法解釋以澳門特區名義簽署的雙邊協議的位階問題，造成解釋這類協議位階時，厚此薄彼。³³ 值得指出的是，回歸後，中央人民政府在實踐中形成的落實《基本法》第 94 條的雙授權機制，³⁴ 顯示出中央人民政府對以澳門特區名義簽署的司法協助協議的高度重視，對這種將經中央人民政府授權而簽署協議的法律位階等同特區法律的觀點，宜更深入研究。

在尊重對《基本法》第 40 條的不同觀點的前提下，我們認為，堅持核心文件中向國際社會表明的一元立場，相對（不論是全部或局部採用）二元，有其特殊意義：

³² 《中國國際法實踐案例選編》，世界知識出版社，第 108 頁。值得注意的是，該書強調對香港特區政府而言，兩項核心人權公約不列入適用於香港特區的條約清單，“這並不表示兩項公約本身繼續適用於香港特區”，第 100 頁。相反，1999 年中華人民共和國常駐聯合國代表特命全權大使向聯合國秘書長提交的繼續適用於澳門特區的條約清單中，明確包含了這兩項核心人權公約（附件二，第 20 項、第 21 項）。儘管兩個特區基本法條文相同，外交部的作法有所區別。

³³ 終審法院作出的第 2/2004 號裁判書得出《基本法》第 138 條提及的國際協議高於本地法律邏輯是：“如換一種理解，即如認為該等國際協議於澳門特別行政區其他法源處於同等位階上，也就意味着該等國際協議可以撤銷或修改特區法律，而特區法律也可以修改或撤銷該等國際協議，因為適用後法（或規範）廢除前法的原則。那麼，這種制度將會違反上面提到的載於《基本法》中的原則，就是，涉及如對外事務等屬於國家職權方面，澳門特別行政區不享有自治權，而是由中央人民政府處理。因此，澳門特別行政區的立法機關不得撤銷《基本法》第 138 條所述的國際協議中的規定，否則，會以另一種方式侵犯《基本法》中屬於中央人民政府的職權。當然，在《基本法》第 138 條提及的國際協議與澳門特別行政區內部法源，即法律、行政法規等的位階上，前者優於後者。” 因應終審法院作出的第 2/2004 號裁判書所持推理邏輯，駱偉建教授提出的需要將澳門的國際協議作位階區分，對中央決定適用於澳門特別行政區的國際協議，由於外交權屬於中央，特別行政區無權決定，該國際協議的效力應高於特別行政區立法會制定的法律，即終審法院判決書所持觀點；但如屬特別行政區根據《基本法》自己簽訂的國際協議，其與澳門特別行政區立法會制定的法律是同等地位的，應採用後法優於前法的原則來實際操作（駱偉建：“澳門基本法與國際條約適用澳門的問題”，《澳門大學法律學院學報》第 27 期，2009 年，第 58-59 頁）。

³⁴ 包括談判授權與簽署授權。

第一、有利於完善澳門特區適用國際法制度。這一制度有其內在邏輯上的完整性，得以貫穿行政、立法、司法，避免解釋上的自相矛盾。

第二、有利於證明澳門法律制度基本保持不變。畢竟，作為大陸法系的澳門法律制度，保留原有葡萄牙式的一元，較採用普通法系二元這種對澳門法律界完全陌生的適用國際法方式，更能顯現出其歷史傳承。

三、“公佈”作為納入的唯一要件？

澳門特區對適澳國際法的履行起著至關重要作用的環節，就是作出公佈。

回歸以來，引起最大爭議的是，規範國際法文書在澳門的適用《法規的公佈與格式》（第 3/1999 號法律）的規定，特區公報上公佈而產生法律效力的法規包括以“中國澳門”名義簽訂的有關國際協議；另須公佈適用於澳門特區的國際協議、中央授權澳門特區對外簽訂的司法互助協議等，未提及不公佈不產生效力。

表面上看，上述規定旨在對條約的公佈作出調整，構成澳門民法典第 4 條所確立的任何法律非經公佈不生效規定的例外，有學者將之解讀為“公佈不再是公約生效的條件，公約的公佈不再影響該公約對澳門地區的生效”。³⁵ 雖然，這種解釋有利於避免國防類公約不能同一時間適用於中國與澳門特區，³⁶ 但顯然，它與澳門特區一向奉行的法律公開原則有矛盾，未被核心文件採納，³⁷ 也未被本澳司法判決書採納為判案依據。

³⁵ 同上注 23。

³⁶ 張文斌、郭曉梅從同步生效的角度，贊同外交國防類公約在澳門特區生效不受澳門公佈的限制：“這種規定便於確定外交國防類公約在澳門的生效日期。外交國際類公約既然當然適用於澳門特別行政區，那麼，它們就應與對中國生效的日期同時對澳門生效，其生效日期不應受澳門本地生效程序的限制。這無疑有利於公約在澳門特別行政區的及時生效，從而使中央政府避免了承擔因公約未能生效而可能引起的國際責任。”（同注 26）。

³⁷ 同上注 12：

“242. 法律之公開性原則是澳門法制之另一基石。

有批評者指，³⁸ 第 3/1999 號法律立法依據不清楚。因為，不論是以中國澳門名義簽訂之有關國際協議，還是其他因中國參加而適用於澳門特別行政區的國際協議，或者在中央人民政府協助或授權下，與其他國家或地區簽訂的司法互助協議及互免簽證協議，其內部生效的性質都是一樣的。換言之，內部不公佈，法理上所有適澳的國際協議都有對內不能生效的問題。³⁹

實踐層面，中國批准加入的條約，國際層面對中國的生效有時的確會與澳門特區不一致，換個角度，或者可以說，恰好證明公佈對澳門特區的重要性。另外，從比較法的角度看，國際層面生效與域內生效，不同步是一種也是常態。⁴⁰

因此，國際層面條約的生效，的確不取決於澳門特區是否已公佈了該條約。內部生效卻一定取決於澳門特區是否已作出公佈。對於那些國際上已適用於澳門的條約，不論特區是否公佈，都由中國政府承擔相關履約責任。

從一元論方式對國際條約須公佈始生效的角度考慮，至少有以下意義：

第一、按照澳門特區採取的一元論，公佈是條約在特區內容生效的唯一形式要件。第 3/1999 號法律立法者以基本法第 136 條規定的

243. 獲中央人民政府批准或核准適澳之國際協議，或前述有關於適當領域內之國際協議獲行政長官批准或核准，便公佈於‘公報’而立即和自動成為澳門特別行政區法制之組成部份。”

³⁸ 見上注 19，馮文莊法官質疑法院可以援引未公佈的國際條約：“在第 5 條內無訂立不公佈之後果，對此我們更難以理解。有人指立法者對第 5 條之情況不用特別說明，如何處理由特區機關自行處理。這再次印證立法思維及邏輯不當之情況。難道特區法院及其他機關可以引用一條未公佈之國際條約？明顯不能。因為公佈規範性行為乃遵守公示原則之一種方法，而公示原則已是法治社會之其中一個結構性原則，難以想像今日還會有‘秘密法律’之存在！”第 1168 頁。

³⁹ 回歸之前中央政府決定適澳的條約，因時間緊迫，的確在回歸後存在公佈遲延，中國政府採取法律行動和外交行動宣佈條約在澳門繼續生效在先，澳門特區公佈中央政府決定及文本在後，很難以特區的公佈作為公約內部生效時間的問題。也有學者對該法律規定的公佈，得出“以中國澳門”名義簽訂的有關國際協議必須轉化才能生效的二元論解讀，見袁古潔：“條約在中國內地與港澳台適用之比較”，《法學評論》2002 年第 5 期，總第 115 期。

⁴⁰ “Entry into force of a treaty (Article 24 VCLT) signifies the treaty instrument taking legal effect at the international level. That moment rarely coincides with the moment of taking effect in the domestic legal order”, “While the self-executing character of a treaty is a condition for application of a treaty or some of its provisions, in the domestic legal order, such application would generally still be dependent on publication”, Christina Binder, Catherine M. Brölmann, “The Law of Treaties before Domestic Courts and Human Rights Bodies”, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-41, pp. 7-9.

以“中國澳門”的名義簽訂有關協議作為標準，未規定不符該標準的其他國際條約不公佈不產生效力。這樣有可能破壞一元的完整性。

第二、從實務角度，但凡涉及到個人權利、義務的國際條約，不公佈也生效，除了明顯違反民法典“法律未作公佈不產生效力”的規定，也會對行政、司法產生重大的衝擊。⁴¹ 以澳門特區十分注重的對禁毒類國際公約相應新增毒品名目、瀕危野生動植物種國際貿易公約附錄一、附錄二、附錄三的公佈為例，⁴² 毫無疑問，有關禁止或限制的毒品或物種，除非在澳門特區已有公佈，否則執法機關不能以其國際已生效為由，作為罰處澳門特區所謂違法、犯罪行為的法律依據。

第三、公佈作為法律依據的文本：澳門特區公佈條約是一項十分嚴肅的工作。一方面，公佈的必須是由中央人民政府提供的真確文本，不排除個別情況下，澳門特區經自行翻譯（主要針對葡文本的公佈）；另一方面，需要公佈與國際公約有關的所有文件，包括照會、照會收執、中國作出適用於全國或僅適用於澳門或香港的聲明、適用何種文本作為官方文本等等特定資料，如同出生登記制度，是一個系統的條約資料庫。這項工作細膩而完整，包含內在的時間和內容的邏輯性（例如，不能先公佈一項國際法文書的廢止，再公佈其生效）。無疑，澳門特區公佈的條約法文件，為執法機關提供最基本不可缺少的文件保障。

第四、如何理解政治、外交、國防、邊界條約的公佈與生效之間的矛盾：學者普遍認為，中華人民共和國締結和加入的政治（如和平友好條約）、外交、國防和邊界條約。這一類條約是當然適用於澳門特別行政區的。⁴³ 具體區分，這類條約是單純設立國家間關

⁴¹ 同上注 19，“不公佈之後果必然是不產生法律效力，任何實體皆不能引用”，第 1168 頁。

⁴² 瀕臨絕種野生動植物種國際貿易公約 (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, CITES)，CITES 是依據附錄名錄及進出口許可證系統監控及管理國際貿易。澳門特區只有公佈後，才能執行瀕危野生動植物種國際貿易公約附錄的物種進出口限制，才能要求出口商辦理有關許可。

⁴³ 《澳門法律新論》下冊，第 1107 頁。

係，政治、國防、邊界條約，具有國家與國家間關係的外向型規範（outward-looking norms）其性質，必然對整個國家適用。另一方面，由於在澳門特區並不存在法庭被直接援引的問題，不涉及設定個人的權利，在澳門特區公佈與否，都不影響其效力及於整個國家。⁴⁴ 但從實務層面，澳門特區的確需要履行特定的外交類條約，例如，明確外國駐港總領館領區包括澳門特區的中國與外國雙邊領事類協定，⁴⁵ 這類外交類條約，仍然要經內部公佈才生效的程序，不能推定其“當然適用”。

因此，適用條約須經公佈，是一元的最基本要求。不論是何種名義、性質的國際法文書，在澳門特區公佈與否，作為其是否在澳門特區產生內部效力的依據，有其不可或缺的作用。⁴⁶ 剔除公佈這一標準，將無法識別某一項條約（包括其他國際法文書）是否適澳。

四、僅針對“不自執行”條款的立法

在履行國際公約方面，不論採取一元或二元，立法實施公約始終佔據極為重要的角色。採用二元論的國家必須採用立法將國際法轉換（transformation）為國內法，否則國際法不被視為法律，立法的重要性自不待言。另一方面，採用一元論，將國際法與國內法視為一個整體，所謂自動

⁴⁴ 劉高龍教授指出，“這一類條約適用於澳門特別行政區無須在澳門特別行政區經過任何程序，只要這類條約按照《中華人民共和國締結條約程序法》批准或核准後，即對中華人民共和國包括澳門特別行政區產生效力”。但是因特區有公佈要求，劉高龍將“對於中華人民共和國政府所贊成的聯合國安理會通過的對某些國家的制裁決議，中華人民共和國都要執行”，跳過公佈程序，納入直接產生效力之列，並不嚴謹。各國執行安理會決議都有“空窗期”，即時間上的延誤，而且安理會制裁決議要求特區執行，並非屬於外向型規範（outward-looking norms）。另外，劉高龍教授使用“所贊成”的表述亦不够準確，因為對安理會制裁決議表決既使中國棄權，制裁決議只要通過，也要執行。見上注 41，第 1108 頁。

⁴⁵ 例如，《中華人民共和國和日本國領事協定》第 13 條的規定，協定適用於澳門特別行政區。最新數據顯示，領區包括澳門特別行政區或可在澳門執行領事事務的共有 62 個總領事館及 29 個名譽領事館，另外尚有 3 個官方認可代表機構。

⁴⁶ 儘管第 3/1999 號法律有意作出區分，但是學者甚至司法機關都選擇堅持民法典規定，而無視第 3/1999 號法律的規定。例如，劉高龍教授認為，“中央人民政府的決定和有關條約的文本，須根據澳門特別行政區立法會第 3/1999 號法律第 5 條規定在澳門政府《公報》第二組公佈，自公佈之日起開始在澳門發生效力。”（見上注 17）。

納入（automatic standing incorporation），⁴⁷ 並不意味立法可忽略不計。事實上，除了部份條約具有直接適用的特色，其他相當部份的條約，包含要求締約國採取必要措施立法，落實公約規定的內容，或是本身具有框架性質，必須由各國立法。⁴⁸

從國際法角度觀之，國內法對國際法有四層意義：形成新的國際習慣法；解釋國際法；構成對國際法的違反；用以在國內作為履行國際法的國內立法。⁴⁹

按照基本法第 138 條第一部份，⁵⁰ 中央政府徵求澳門特區對國際協議適澳意見，澳門特區通常第一步，是以國際協議對澳門特區有無實用性作為主要考慮因素。⁵¹ 以《國際公路運輸公約》為例，⁵² 即以實用性為理由認為不宜適用澳門特區。中央政府加入《國際公路運輸公約》時，相應作出不適

⁴⁷ 轉引自上注 2，第 36 頁。狄克遜用“轉換”（transformation）一詞來形容國內（立法）行為，即將某一條約納入國家法律體系。在他的《國際法教科書》中，法律中的“納入”（incorporation）一詞是為所謂的“自動納入”（automatic standing incorporation）而保留的。M. Dixon, *Textbook on International Law*, (7th ed. OUP, Oxford 2013) 98-100。

⁴⁸ 經濟社會文化權利國際公約第 20 號一般性意見：“37. 要落實第 2 條第二項，就必須透過立法解決歧視問題。因此，鼓勵締約國透過具體立法，禁止在落實經濟、社會及文化權利方面的歧視。這類法規應以消除形式和實質上歧視為目的，應對公共和私人各方課予責任，並且要包括上面提到的禁止理由。對其他法律也應定期進行審查，必要時進行修正，以確保在行使和享有《公約》權利方面沒有歧視或不導致形式或實質上歧視”。

⁴⁹ “First, the national legislature’s conduct may constitute evidence for the emergence of a new rule of customary international law. Second, domestic legislation may be a useful instrument for the interpretation of treaty provisions. Third, an act by the national legislature may constitute a breach of an international obligation. Fourth, the national legislature may be involved in the implementation of international legal obligations in the domestic legal order.” Ibid. 2, pp. 9-14.

⁵⁰ 澳門回歸後實務證明，中央政府依照基本法第 138 條第 1 段，往往並非是針對字面上所寫的“中華人民共和國締結的國際協議”，而是就“已簽署但尚未批准的國際協議”徵求澳門特區意見。換言之，這類公約並非先適用於中華人民共和國，後適用於澳門特區。

⁵¹ 除實用性外，也會考慮適用國際協議“一國”因素，以上海合作組織教育文化類協議為例，一方面這類協議規定的合作，是國與國之間開展的，不一定涉及澳門特區的參與；另一方面，即使適澳，也不會產生與內部法之間衝突，澳門特區也沒有立法配合其履行的義務。

⁵² 澳門特區缺乏與國際公路運輸連接，澳門海關只能查驗從內地或香港特區公路入境的貨物，因此，該公約旨在免除過境國家海關對貨物實施開箱查驗或者提交關稅擔保等繁雜的過境措施，對澳門特區並沒有任何實際意義。基於此，澳門特區認為該公約不宜適用於澳門特別行政區。

用於港澳特區的地域保留。⁵³ 但也不排除有些條約適澳，是基於保持整個法律體系完整角度，並非從地理環境、實用性考慮。⁵⁴

在澳門特區認為國際條約適用對澳門特區有益的前提下，第二步應考慮的重點是，澳門特區現行法律與條約的兼容性：是否具有依照現行法律落實條約的可能？立法是否有必要？⁵⁵ 立法與適用的先後順序，先立法後適用？⁵⁶

國際條約有的包含直接適用條款的“造法性條約”（law-making treaties），即具有普遍及反覆使用的法律特點，⁵⁷ 例如《維也納條約法公約》，本身已包含有關條約定義、解釋等完整規則；又例如，1949年8月12日《日內瓦四公約關於保護非國際性武裝衝突受難者的附加議定書》（第二議定書）（1977年6月8日訂於日內瓦）第15條。⁵⁸ 這類條約的相關規定，因具有“即時產生法律效力”（immediate legislative purpose）或旨在“自執

⁵³ 相對應地，中華人民共和國作出不適澳門特區的領土適用保留（https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-A-16&chapter=11&clang=_en#EndDec）。

⁵⁴ 例如，亞太區打擊清洗黑錢組織（APG）對澳門特區進行評估表示，澳門特區在實施《制止向恐怖主義提供資助的國際公約》方面存在缺口。按照其建議，澳門特區應將包括《制止危害大陸架固定平台安全非法行為議定書》延伸適澳，才能在國際文書方面取得完全合規的評級。

⁵⁵ 例如，《國際衛生條例（2005）》是2007年6月15日起於全國生效，該條例所要求的防疫法，澳門特區在2004年已完成（第2/2004號法律傳染病防治法）。

⁵⁶ 例如，《上海合作組織反極端主義公約》要求各方對極端主義採取包括立法在內的各項措施（見第9條第一款一至八項），然而，澳門特區現行法律並不能滿足這一要求，主要表現在對極端主義缺乏相應的刑事立法。另外該公約有關刑事司法協助的規定，要求引渡和提供司法協助時“應遵守雙重犯罪的原則”（見第11條第四款），突出了澳門特區缺乏相關刑事立法時，該公約所規範的刑事司法協助規定在操作時將面對的困難。全國人民代表大會常務委員會關於批准《上海合作組織反極端主義公約》的決定（2018年12月29日第十三屆全國人民代表大會常務委員會第七次會議通過）表明：“在中華人民共和國政府另行通知前，《上海合作組織反極端主義公約》暫不適用於中華人民共和國香港特別行政區、澳門特別行政區。”

⁵⁷ 同上注2，“造法條約不同於其他條約，因為前者載有適合普遍和反復適用的規則”。原文照錄：“Law-making treaties differ from other treaties because the former contain rules that are suitable for general and repeated application”, p. 41.

⁵⁸ “對含有危險力量的工程或裝置，如堤壩和核發電站，如果對之進行攻擊可能引起危險力量的釋放，從而在平民居民中造成嚴重的損失，即使這類物體是軍事目標，也不應成為攻擊的對象。”

行力”（self-executing），⁵⁹ 因此，作為一元論適用國際條約者，無需另行立法，該等條約直接適用國內法院及行政機關。⁶⁰

另外一些國際條約屬“合同性質條約”（treaty-contracts），包含合同雙方的責任。這一類條約，可能規範的是純屬國家之間的事宜，例如，邊界領土。對合同性質條約，⁶¹ 通常認為，只有當其內容涉及締約國司法管轄問題時，才需要立法。⁶² 除了條約，國際法重要組成部份——國際習慣法，按照通說，某些習慣法內容，例如種族滅絕、酷刑等國際犯罪，也要求採取內部立法。⁶³

回歸後，因應國際法文書啟動澳門特區的內部立法，即，按照一元論，判斷擬適澳的國際法文書是否具有自執行力。具有自執行特點的公約，無需立法，即等同於立法機關制定的法律，在法院以及行政部門得到同樣的遵

⁵⁹ 內地學者，習慣上使用“自動執行”（self-executing）這一表述。考慮到英文有 self-automatic 之分，本文仍沿用澳門常用的表述。

⁶⁰ “Law-making treaty is an awkward notion. For one thing, it is questionable whether law-making has a received meaning in the context of treaties. It refers to the substance of the norms, which would be statutory rather than contractual. In the words of Sir Gerald Fitzmaurice: law-making treaties stipulate integral obligations (that is, they have to be performed as such and in their entirety), and they establish a regime towards all the world rather than towards particular parties. Such in contrast to the reciprocal or concessionary obligations of a contract treaty, which provides for a mutual interchange of benefits between the parties, with rights and obligations for each involving specific treatment at the hands of and towards each of the others individually”, Catherine Brölmann, “Law-Making Treaties: Form and Function in International Law”, p. 1. (Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1334266>).

⁶¹ Ibid. 2, p. 42.

⁶² “a treaty may not require implementing measures if it does not intend to regulate subject matter within the jurisdiction of a state”. Ibid. 2, p. 42.

⁶³ 例 “the prohibition of torture and genocide and its implied obligations to adopt domestic implementing measures providing for, as an example, the criminality and punishment by adequate penalties of these crimes on the domestic level, may be scarce examples of customary international law as a source of obligation to adopt national (legislative) implementing measures”. Ibid. 2, p. 55.

守。⁶⁴ 如不具自執行力，決定採取相應的立法令其有可執行性。⁶⁵ 某種程度上，這項工作的性質可表述為，從立法角度對內部法與國際法的兼容分析⁶⁶（review of the compatibility of domestic law with one of the selected treaties）。

基於上述的思維邏輯，澳門特區就國際法文書適澳，所採取的立法，目的在於解決各類適澳公約存在的不具自行力的問題，其中較為典型的包括以下幾類：

第一、已適澳國際法文書，針對其不具自行力進行立法：這類國際法文書特點在於，一方面，已在澳門特區公佈生效，另一方面澳門特區不具備相關配套法律，有關條約就不能執行。例如，《承認及喪失難民地位制度》（第 1/2004 號法律），⁶⁷ 《預防及控制吸煙制度》（第 5/2011 號法律），⁶⁸ 《禁止不法生產、販賣和吸食麻醉藥品及精神藥物》⁶⁹（17/2009 號法律）。第 1/2004 號法律為執行《關於難民地位的公約》，設立了相應的配套制度，包括專門的委員會。⁷⁰ 另外，配合安理會第 1373 號決議的澳門特

⁶⁴ 按照通說，包含個人標準 A personal criterion: “條約設定的個人權利與義務，個人必須可在國內法院直接援引。國際條約必須為個人特別創設權利或義務”及事物標準 A material criterion: “有關規範必須相當精確和清晰，無須國內採取履約措施也可執行。對國際規範的執行，解釋的空間也小到不生歧義”。參見 <https://www.peaceandjusticeinitiative.org/implementation-resources/dualist-and-monist>。

⁶⁵ 例如《煙草控制框架公約》第 8 條規定：“每一締約方應在國家法律規定的現有國家管轄範圍內採取和實行，並在其他司法管轄許可權內積極促進採取和實行有效的立法、實施、行政和／或其他措施，以防止在室內工作場所、公共交通工具、室內公共場所，適當時，包括其他公共場所接觸煙草煙霧。”

⁶⁶ 見 Jorge A. F. Godinho: “打擊犯罪的財產策略：澳門特別行政區現狀”，《法律及公民權利系列研討會》，第 101-126 頁。文中詳盡介紹了澳門特區跟進打擊犯罪的國際公約、國際法文書而採取的刑事立法情況。我們可以看到，澳門特區的相關立法與葡萄牙立法、公約所採取的英美法的概念之關的關係與互動。

⁶⁷ 2005 年 5 月 22 日公佈《關於難民地位的公約》中文譯本。該公約於 1951 年 7 月 28 日在日內瓦簽訂。上述公約之正式文本為法文。該文本連同相關的葡文譯本刊登於 1960 年 10 月 29 日的《政府公報》第 44 期內；而中華人民共和國將上述公約適用於澳門特別行政區的通知書刊登於 2001 年 1 月 10 日第二期《澳門特別行政區公報》第二組內。

⁶⁸ 2003 年 5 月 21 日日內瓦世界衛生組織《煙草控制框架公約》，2006 年 3 月 29 日刊登。

⁶⁹ 2001 年 2 月 23 日公佈《聯合國禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約》（1988 年 12 月 20 日訂於維也納）。

⁷⁰ 澳門特區負責對於如何在澳門特別行政區履行該公約及議定書，根據《基本法》規定的“一國兩制”原則，自行立法，包括制定確認難民身份的程序，確保公約內沒有條件自行實施的規定能在

區第 6/2016 號法律凍結資產執行制度，⁷¹ 用來解決執行聯合國打擊恐怖主義決定，澳門特區必須配備凍結資助恐怖主義資金的手段之難題，即，作為大陸法系的澳門特區法制中，只有司法手段的扣押和查封，澳門特區本身並沒有英美法的凍結資產概念。⁷²

第二、解決國際法文書與澳門特區政府組織法銜接的問題。聯合國安全理事會制裁決議，一旦通過，即刻在國際層面具有自執行力、立即執行的特點，但是，如果沒有內部法銜接，其執行會遇到相當大的困難。因此，澳門特區《關於遵守若干國際法文書的法律》（第 4/2002 號法律）作為制度建設的必要立法，解決國際法文書適澳，與現行政府部門權限結合的問題。⁷³ 澳門特區執行聯合國安理會制裁決議的立法，並非簡單照搬決議內容，而是充分利用決議具自執行力的規定，令澳門現行法律與決議合一，澳門特區採用路向顯然不同於採用二元論的香港特區。⁷⁴

澳門特別行政區施行。澳門特區立法，包括對公約實體性規定的直接援用（公約第 1 條，其法律地位：公約第 12 條，禁止驅逐出境原則：公約第 32、33 條，職業活動、福利：公約 17、22 條等）和遵守，不以內部法作更改或縮減。因此，該立法設立一個簡單、快捷及公平的程序，既維護公眾利益又不損害給予承認難民地位申請人和難民的基本權利及保障，而委員會設置，確保專門機構向行政長官提供意見，也確保與中央的溝通。最後，該法律設立相應的司法程序，確保對當事人的公平公正。

⁷¹ 據安理會第 1373 號決議要求，有關各會員國必須立法以建立相關凍結財產的機制在澳門並有為此而作出立法。2001 年 10 月 24 日，澳門特區公佈聯合國安理會通過第 1373 號決議，到 2016 年 8 月特區頒佈第 6/2016 號法律，歷時近 15 年。

⁷² 澳門特區缺乏反資恐金融法律四個支柱：識別 (identifying) 和指認 (designating)，凍結 (Freezing) 和禁止 (prohibitions) 資金。澳門特區第 6/2016 號法律包含了這四個方面的內容，兼顧程序公正 (due process)：包括除名 (Delisting) 和解除凍結 (unfreezing)，取得凍結資金 (a access to Frozen funds)，同時還設立行政措施，設置委員會：規定行政長官的權力。

⁷³ 立法體現簡約的一元立法特徵：1) 基於現有：基於已有的組織法設定的權限、功能、人員。2) 對號入座：適澳國際法文書一經頒佈，各監督實體的人員須主動查找與自己部門相關內容並執行之，與內部法律生效執行無異。另外，還確立了單一性原則（自適用的國際文書的規定在《澳門特別行政區公報》公佈之日起及在中華人民共和國在國際上受該國際文書約束期間，本法律的規定與適用的國際文書的規定兩者視作單一法規）。對執法者提出較高要求：政府各部門必須跟蹤新公佈的決議，對號入座，主動調整。從效果分析：未增設新的組織協調機構，現有各部門負責執行各自範疇的工作。

⁷⁴ 香港《聯合國制裁條例》（第 537 章）第 3(1)條，行政長官須訂立規例以執行所接獲的指示。所訂規例可訂明觸犯規例條文的罰則，但有關罰則須符合《制裁條例》第 3(3)條所訂明的最高刑罰

第三、執行國際人權類公約過程中發現，或接受人權履約審議委員會的結論性建議（concluding recommendation），採取立法配合，包括修法甚至立法的情況。這一類的立法或修改法律，主要是配合執行人權公約的需要，具有不斷演變、動態發展的特點。當中較為典型的有：調整（第 9/1999 號法律第 38 條）司法組織綱要法；⁷⁵ 第 2/2016 號法律（預防及打擊家庭暴力法）。⁷⁶

第四、先立法再適用國際公約：提前調整好內部法，為適用國際條約創造條件。以國際刑事條約為例，其一旦適用，就產生立即執行的效果，內部法必須先行立法，將違反國際刑事條約的行為定為犯罪（*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*）。因此，配套立法應與該等條約在澳門特區生效同步進行，否則，就會產生無法操作的難題。例如，配合《制止向恐怖主義提供資助的國際公約》的《預防及遏止恐怖主義犯罪法》，配合關於預防、禁止和懲治販運人口特別是婦女和兒童行為的補充議定書，⁷⁷ 建立 3P（預防 prevention，保護 protection，檢控 prosecution）體系的《打擊販賣人口犯罪》（第 6/2008 號法律）。

回歸後，澳門特區為配合國際法文書的適用採取了一系列立法。由於既要面對過渡到特區過百項條約，其中相當數量公約的公佈問題，也要回應回

條例可轉授權力予行政長官會同行政會議（即行政長官經諮詢行政會議的意見），就條例實施的細節訂立規例。香港是由條例授權行政長官逐一頒佈規例落實制裁。

⁷⁵ 修改中級法院管轄權，把立法會主席及司長等主要官要的犯罪案件，第一審裁判由終審法院改為中級法院，令其有上訴權。從滿足公約要求角度分析，這樣的修改有利於確保《公民權利和政治權利公約》第 11 條規定的上訴權。

⁷⁶ 人權事務委員會第 107 屆會議通過的關於中國澳門初次報告的結論性意見（2013 年 3 月 11 日至 28 日）CCPR/C/CHN-MAC/CO/1,C,10,“中國澳門應繼續致力於消除家庭暴力，通過防止家庭暴力法，加強為受害者提供的服務和補救辦法，並對中國澳門家庭暴力現象的嚴重程度和根源進行研究。”經濟、社會和文化權利委員會，關於中國(包括中國香港和中國澳門)第二次定期報告的結論性意見（2014 年 5 月 23 日），UN Doc E/C.12/CHN/CO/2，第 27 段“締約國應加快起草和通過全面的立法，消除一切形式的家庭暴力，在這種立法中，各種形式家庭暴力和性別暴力將被定性為犯罪，並給予適當的懲罰”。

⁷⁷ 解決澳門特區法律“只能處罰由本地販賣人口到外地的情況，而無法處罰從外地販賣人口到澳門的行為和澳門境內販賣人口的行為；因有關規定載於《有組織犯罪法》內，而無法適用於自然人所作出的販賣人口行為”。見澳門特別行政區立法會會刊，第 III-89 期，2008 年 2 月 27 日，第一組，第 12 頁。

歸後大量適用於澳門特區的國際法文書在澳門特區公佈，因此，澳門特區配合國際法文書的立法工作，有一定的滯後性。

總體而言，在針對適澳的國際法文書立法時，特區堅持一元下立法的基本路向。其特點是：針對已公佈適澳或可能適澳的國際法文書，從澳門本身現有的法律制度出發，審視其與現有法律之間是否存在衝突、現行法律是否需要作出相應調整、是否必須立法配合執行國際法文書，以滿足國際法適澳的需要。

五、直接在法庭援引公約？

法院如何適用國際條約，是學者關注的問題，⁷⁸ 對人權機構而言，其一般性建議對法庭直接援引條約的要求有增無減，⁷⁹ 除了關注是否有必要的法律配合條約履行，更注重違反者是否受到應有的制裁。⁸⁰ 澳門回歸以來參加多次人權報告審議，各項人權公約是否可以在法庭直接援引，援引公約者是否勝訴，都是聯合國人權條約機構關注的焦點。無疑，司法在保護人權方

⁷⁸ “Although the implementation of international law could be entrusted to multiple organs of the state, the interest of scholars has been selective and primarily focused on the activities of national courts, in particular in the way they apply international law”. Ibid., p. 2-3.

⁷⁹ 例如，人權事務委員會（Human Rights Committee）對各締約國執行《公民權利和政治權利國際公約》，是否必須援引公約的觀點的演變過程：上世紀 80 年代起，委員會並不要求各國必須將該公約納入國內法之中，只要能確保公約條約直接援引即可；後來，委員會開始要求二元論國家必須對該公約規定的權利制定成文法，相關成文法能夠在法院援引（間接援引）；最後，委員會不僅關注該公約的規定是否納入國內法，該公約是否能夠間接援引，更關心該公約條文本身是否能夠直接在法院援引。同時委員會要求該公約的地位應高於憲法，或應納入憲法中，確保公約的地位高於普通法律。參見 2004 年 3 月 29 日第 2187 次會議通過的人權事務委員會第 31 號一般性意見：“委員會注意到，司法部門可適用許多不同方式以有效保證人們享有《公約》所承認的權利。其中包括：直接執行《公約》、實施類似憲法或其他法律規定，或在實施國內法時對《公約》做出解釋”。另見人權理事會 2019 年 3 月 21 日通過的《在所有國家實現經濟、社會及文化權利問題》第 40/12 號決議：“在確定賦予《經濟、社會及文化權利國際公約》所載各項權利以國內法律效力的最佳方式時，有必要考慮可訴性”（A/HRC/RES/40/12）。

⁸⁰ “on the one hand, setting up a legislative framework aimed at preventing and punishing ill-treatment by private individuals and, on the other hand, when aware of an imminent risk of ill-treatment of an identified individual or when ill-treatment has already occurred, to apply the relevant laws in practice, thus affording protection to the victims and punishing those responsible for ill-treatment”. Ibid. 2, p. 89.

面，扮演的作用更加重要。⁸¹ 澳門特區法院回歸後也作出的相當數量的援引國際法的判決書。⁸² 實際上，不僅是澳門特區，香港特區回歸後援引國際法的司法判決，遠遠超過97年回歸前，⁸³ 而且內地近年來，儘管中國憲法未對國際條約在國內法律體系中的地位做出規定，司法可否適用國際人權條約一直有爭議，司法實踐已經出現多起法院主動適用國際人權條約的案例。⁸⁴

儘管在研究澳門特區法院援引條約方面，仍有一些困難，⁸⁵ 從公開網頁檢索到部份判決內容，⁸⁶ 難免掛一漏萬，本文仍嘗試作出一些粗淺的分析。

⁸¹ 德國丹寧教授（Erhard Denninger）道出政府在維護與侵害人權的微妙地位：“威脅人權與最終唯一能夠有效保護人權的，其實是同一個國家權力”。某種意義上，正因為法院對有關基本人權條約的援用，才能令 Paulo Cardinal 所謂的“影蔭下的基本權利”得以重見天日，而不是長眠不醒。見 Paulo Cardinal：“在基本權利的層面，我們可以作一個小結：有些權利是在陽光下所取得，直接載於《基本法》文本，而其他的權利——及其部份——則是在影蔭下產生，例如《葡萄牙共和國和中華人民共和國有關澳門問題的聯合聲明》或《公民權利和政治權利國際公約》，即使或許有時昏暗，仍有着憲法的居所。當然支持它們的還有在不同層面的延續不變原則”。“澳門刑事訴訟法形成的點滴，從延續不變原則到維護人格尊嚴原則說起”，《法律及公民權系列研討會》文集第 71 頁。

⁸² 我們無從掌握澳門特區法院直接援用國際法判案依據的具體數據。

⁸³ 見上注 10，第 56-57 頁，“事實上，與 1997 年以前香港法院的記錄相比，1997 年以後的香港法院在人權法領域使用國際和比較材料方面比以前更加開放、積極和容易接受。”第 13 頁，1991-2009 年之間，香港法院重要判決援引公民權利和政治權利公約有 255 個個案，援引人權事務委員會檔有 46 個個案，援引世界人權宣言的有 13 個個案，援引經濟社會文化權利國際公約有 41 個個案，援引歐盟人權公約的有 150 個個案，援引加拿大人權與自由憲章的有 61 個個案。

⁸⁴ 見戴瑞君：“我國對國際人權條約的司法適用研究”，《人權》2020 年第 1 期。作者認為，儘管中國憲法未對國際條約在國內法律體系中的地位做出規定，國內法院在司法實踐中可否適用國際人權條約的問題一直有爭議，甚至學界主流意見認為法院不能直接適用人權條約，近年中國內地司法實踐已經出現多起法院主動適用國際人權條約的案例。具體數據詳見該文。

⁸⁵ 困難主要在於，缺乏澳門特區法院裁判書適用國際法數據統計，包括：公約援引，被直接作為判決依據，法官主動援引，律師援引，公約條款作為勝訴依據，援引其他國家／國際組織適用國際法案例或文獻作為參考的數據。檢索主要障礙是，澳門特區法院現有裁判書中，未必可查到所有援引公約的裁判書，另外，即使律師援引條約規定，判決書中不一定提及。

⁸⁶ 從澳門特區法院網站，本人檢索到以下主要援引條約的裁判書（內容相同的，未完全列出）：1、終審法院第 36/2007 號案，援引《公民權利政治權利公約》第 14 條第二、三款規定。2、終審法院第 56/2010 號上訴案，援引《公民權利政治權利公約》第 12 條第一款規定上訴人有權享受遷徙自由和選擇住所自由的基本權利，第 23 條第一款規定，家庭是天然的和基本的社會單元，並應受社會和國家的保護。3、終審法院第 60-A/2015 號判決，“參照歐洲委員會《公民權利和基本自由保護公約第七附加議定書》第 2 條第二款的規定，現行有關特區主要官員和司法官方面所作的刑事司法管轄權的安排並不違反《公民權利和基本自由保護公約》第 14 條第五款。4、中級法院第 570/2012 號司法上訴卷宗 “《公民權利和政治權利國際公約》第 12 條第一款規定，上訴人

國內法院適用國際法，其主要意義表現：一方面，一改傳統國際法規範國家與國家間關係的外向型規範（outward-looking norms）的特點，現代國際法更側重於以域內司法管轄為核心對個人施加義務或權利保護的內向型規範（inward-looking norms）。Antonios Tzanakopoulos 這樣表述：“內向規範，或向內要素的規範，可以是要求（1）該國在其國內管轄範圍內作為或不作為；（2）對之前未作規範的行為，國家應禁止、管制或允許在其管轄範圍內的某些行為。（3）在國內管轄範圍內對自然人和法人實體施加某些

有權享受遷徙自由和選擇住所自由的基本權利，按照同一公約第 23 條第一款規定，“家庭是天然的和基本的社會單元，並應受社會和國家的保護”。5、終審法院第 38/2006 號案“《兒童權利公約》第 7 條第一款、第 9 條第一款、尤其是第 10 條第一款規定”。6、終審法院第 21/2007 號案件《兒童權利公約》第 3 條規定的兒童的最佳利益原則；b) 第 2 條規定的禁止差別待遇原則；c)《經濟、社會與文化權利國際公約》第 10 條；及 d)《兒童權利公約》第 9 條。7、終審法院第 130/2019 號案統一司法見解的非常上訴“《公民權利和政治權利國際公約》第 14 條第五款的規定，‘凡被判定有罪者，應有權由一個較高級法庭對其定罪及刑罰依法進行複審’”。8、中級法院第 278/2006 號案（司法上訴案）“《兒童權利公約》、《消除一切形式種族歧視國際公約》、《公民權利和政治權利國際公約》以及《經濟、社會、文化權利國際公約》亦應視為適用於上訴人為香港居民。”9、中級法院第 258/2004 號案件《世界人權宣言》第 23 條第二及第三款規定把雙務契約的薪俸定為勞動合同的根本條件。《經濟、社會文化權利國際公約》第 6 及第 7 條規定勞動合同。10、中級法院上訴案第 203/2007 號聯合國反腐敗公約。11、中級法院第 49/2003 號、第 301/2003 號案件適用《統一匯票本票法》合議庭裁判書，援用《維也納條約法公約》。12、終審法院第 2/2004 號有關適用《統一匯票本票法》合議庭裁判書。13、中級法院第 11/2013 號合議庭判決（刑事上訴案）《國際交通公約》。14、中級法院第 202/2001 號合議庭判決（民事案）《統一國際航空運輸某些規則的公約》。15、中級法院第 643/2013 號案的合議庭裁判 1961 年海牙《關於取消外國公文認證要求的公約》。16、中級法院第 11/2013 號合議庭判決（刑事上訴案）《國際交通公約》。17、中級法院第 202/2001 號合議庭判決（民事案）《統一國際航空運輸某些規則的公約》。18、中級法院第 643/2013 號案的合議庭裁判 1961 年海牙《關於取消外國公文認證要求的公約》。19、終審法院第 36/2007 號判決，《公民權利和政治權利國際公約》第 14 條第二款、第三款，《聯合國反腐敗公約》第 20 條，歐盟《關於搜查、查封和沒收犯罪收益公約》（即斯特拉斯堡公約）第 6 條第二款 b) 項。20、終審法院 58/2020 號判決，《公民權利和政治權利國際公約》第 21 條集會權的限制。21、中級法院刑事上訴案第 794/2011 號裁判書（僅有葡文版），涉對《公民權利和政治權利國際公約》第 14 條第七款一罪不二罰原則是否構成強制性國際法（*ius cogens*）的分析。22、中級法院第 203/2007 上訴案，直接援引《聯合國反腐敗公約》。23、中級法院第 491/2011 號裁判書（僅有葡文版），法官主動援引基本法 40 條及《經濟、社會、文化權利國際公約》第 7 條。24、初級法院獨任庭普通刑事案第 CR4-17-0194-PCS 號判決書，“適用於本特區的《公民權利和政治權利國際公約》第 21 條也有就和平集會的權利作出了相關規定，當中指出除卻在按照法律的情況下及在民主社會中為維護國家安全或公共安全、公共秩序、保護公共衛生或道德或他人的權利和自由的需要的的情況下，否則不得對和平集會的權利加以限制。”

限制”，⁸⁷ 或稱之為縱向與跨國的條約，⁸⁸ 法院承擔此類案件自然法官的角色。另一方面，私人也只能借助法院，才能令國際法賦予其的權利得到滿足或救濟。⁸⁹

按照條約內容的不同，有些條約行政部門承擔履約義務，⁹⁰ 有些則直接為司法機關設定執法的依據。作為司法機關的審判的法律依據，毫無例外地涉及個人權利及義務。一方面是人權類條約，另一類是商法、私法、刑事類條約，總之，內向型規範是其主要特點。⁹¹

必須強調的是，雖然特區執行國際法、尤其人權條約，要求儘可能援引條約，但是，法院援引條約與實際用司法維護人權並不一定成正比關係。主要原因是，大量的司法裁判書是依據維護人權的內部法律作出的，內部法比條約法更具有可操作性，儘管實質上也是維護了當事人的基本權利，但並不一定會涉及到條約條款的直接適用。

⁸⁷ “Domestic Courts in International Law: The International Judicial Function of National Courts”, 34 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 133 (2011). Available at: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol34/iss1/7>, p. 138-139.

⁸⁸ "Horizontal treaty provisions regulate relations between states; vertical provisions regulate relations between states and private parties; and transnational provisions regulate relations among private parties that cut across national boundaries. Domestic courts are rarely invited to apply horizontal treaty provisions. However, private parties frequently seek access to domestic courts to vindicate rights that arise from vertical and/or transnational treaty provisions", David Sloss, "Treaty Enforcement in Domestic Courts: A Comparative Analysis". (Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1326711>)

⁸⁹ "Insofar as treaties create private rights without granting private parties access to international tribunals, the effective enforcement of transnational and vertical treaty provisions may depend on the willingness of domestic courts to enforce treaty-based rights on behalf of private parties". *Ibid.*, p. 83.

⁹⁰ 以海牙《關於取消外國公文認證要求的公約》為例，中國政府聲明為：“根據公約第 6 條的規定，指定澳門特別行政區行政長官、行政法務司司長和法務局局長為澳門特別行政區簽發公約第 3 條第一款所指證明書的主管當局；在上述範圍內，該公約當事方的國際權利和義務將由中華人民共和國政府承擔。”

⁹¹ “國際法的一些領域，如國際人權法、國際經濟法、國際投資法、國際刑法、國際人道主義法、國際海洋法、國際環境法，以及一些國際組織，主要是聯合國在通過安全理事會採取行動時的派生（或次要）法（*droit dérivé*），要麼完全由這種內向型規範組成，要麼在很大程度上包含這些規範”。同上注 87，第 140 頁。

整體而言，澳門特區司法審判中，雖然有時存在某些模糊不清的情況，但基本上堅持了一元適用國際法的立場，堅持了對內部法與適澳國際法作一致性解釋。⁹²

主要表現在：

第一、直接援引：對直接援引國際條約，未見法院有質疑或否定其作為法律依據。如上所述，我們知道，一元與二元的最大區別，是能否直接援引。我們並沒有看到法院裁決書中直接否定律師援引適澳條約的情況。

第二、國際法的優先（*supremacy*）：人權類的條約，其被視為“造法條約”。學者認為，人權條約是造法條約的一個例子：“在 *Fitzmaurice* 的術語中，造法條約是造固有條約的一個子類別。評注中提到人權條約是造法條約的一個例子；海洋法公約是設立系統條約的例子；勞工組織公約是制定標準條約的例子”。⁹³ 澳門特區法院在維護人權方面，扮演着保護人權的重要角色。澳門回歸後，終審法院就行使集會權的爭議，多次判決政府一方敗訴，就是其中的例證。⁹⁴ 從審視澳門特區法律是否符合人權公約要求角度看，司法層面是基於個案引起的問題作出“分散審查”審查。⁹⁵ 從 2003 年、2004 年中級法院、終審法院對適用《統一匯票本票法》作出裁判書，到中級法院（第 258/2004 裁判書）援引經濟、社會文化權利公約，對勞工局以沒有法律規定的報酬數額可申報為由，拒絕向外國教會牧師來澳工作發出本澳勞動

⁹² Tzanakopoulos 教授認為，不論一元或二元，採用國內法與國際法一致解釋（*consistent interpretation*），是司法機關適用國際法的最基本要求。見上注 7，第 8 頁（*ssrn-id1685218*）。

⁹³ “In the terminology of Fitzmaurice, law-making treaties are a sub-category of inherent treaties. The commentary mentions human rights treaties as an example of law-making treaties; maritime regimes as an example of system creating treaties; and ILO conventions as one example of standard setting treaties”. *Ibid.* 60, p. 5.

⁹⁴ “澳門《集會權及示威權》法律實施狀況探析——以權利行使的限制與保障為視角”，莊真真：《“一國兩制”研究》2016 年第 1 期（總第 27 期）第 105-111 頁。

⁹⁵ 見上注 3，第 3 頁：“domestic courts can set in motion a ‘diffuse review of compatibility’ between domestic legal acts and international human rights treaties. This term makes reference to the review carried out by domestic courts concerning the conformity with human rights treaties; it is usually called a ‘review of conventionality’”. *Ibid.* 3, p. 3.

許可證，判勞工局敗訴，都體現了國際法優先本地普通法律原則。

第三、運用“和諧解釋”（*harmonising interpretation*），補充現行法不足：⁹⁶ 從澳門本身一元角度考驗，較難面面俱到地為適澳的國際人權設定對應的內部法律，運用“協調解釋”的工具，法官在認為本地應履行國際條約設定的基本權利，國內法又缺乏相應立法時，法官有權依照人權條約規定，採用對當事人一方與人權條約規定相一致的規定（見中級法院第 491/2011 號裁判書，法官援引基本法 40 條及《經濟、社會、文化權利國際公約》第 7 條，對非本地勞工的補償，因缺乏相應法律保障，依照平等原則，適用澳門法律為本地勞工訂立的標準）。某種意義上，這也是一致性解釋所要求的。⁹⁷

第四、確保包括習慣法在內的國際法遵守：儘管《基本法》對澳門適用國際法的內涵未作規定，但按照公認的學說和見解，適澳的國際法本身包括習慣國際法。中級法院刑事上訴案第 794/2011 號裁判書，法官對《公民權利和政治權利國際公約》第 14 條第 7 款一罪不二罰原則，是否構成強制性國際法（*ius cogens*）作出分析。⁹⁸

第五、開放、交流的特點：條約作為審判依據，有其完整的解釋體系，同時不可避免地，要對其他國家相關的判例和學說進行分析比較，對其他條約進行引證。⁹⁹ 從有限的資料可看到，澳門特區法

⁹⁶ “‘*harmonising interpretation*’ of the domestic norm with the international provisions”. *Ibid.* 3, p. 35.

⁹⁷ 《經濟社會文化權利國際公約》第 9 號一般建議第 15 段“人們普遍認為，對國內法應儘可能以符合一國國際法義務的方式加以解釋。因此，當國內決策者面對着對國內法的解釋將該國置於違背《公約》地位或符合《公約》地位的兩種選擇時，國際法要求選擇後者。平等和不歧視的保障應儘可能朝向促進經濟、社會及文化權利之充分保護的方式，加以解釋。”

⁹⁸ 澳門中級法院判決書（TSI 794/2011）指出：“應該承認，沒有強制性的國際法規則（絕對法）規定國家間一罪不二审的義務。該原則的適用取決於國際條約的內容。我們發現，這一原則源自人權條約和涉及刑事事項司法合作事項的雙邊或多邊條約的規定”（原文為葡語）。

⁹⁹ 見上注 10，第 14 頁“除了《歐洲人權公約》的判例外，香港法院在裁決人權案件時，也不時參考和依賴其他各種國際和比較法律資料，包括 (a) 條約監督機構（特別是人權事務委員會）的一般性意見和其他條文；(b) 香港政府根據《公民權利和政治權利國際公約》提交的定期報告；(c) 判例法，主要來自 (1) 主要普通法國家，如英國、加拿大、美國、澳大利亞、紐西蘭等司法管轄

官在判案過程中，有極為開闊的國際法視野，作為參考，也關注到其他國家，尤其歐盟的司法實踐及文獻資料，使適用國際法判案成為真正意義上司法對話，¹⁰⁰ 而並非閉門造車式自說自話。

第六、與國際人權條約機構有關指引的一致性：以經社文公約為例，雖然與公民政治權利公約區別，有第一代與第二代人權之分，甚至第二代公約不能直接援引的理論，然而，澳門法院援引經社文公約判案的實例，恰好印證了經社文委員會一般性指引的要求。¹⁰¹

第七、司法援引條約的積極效果：適用國際法的域內判決，本身有兩層意義，¹⁰² 除作為司法機關適用國際法的實例，還可用以確定國際習慣法，起到準立法的特殊功能。有關案件在媒體公開，有利於樹立澳門市民正確的核心價值。¹⁰³

澳門特區司法機關在援用國際法判案時，面對較為困難的情況是內部法規定明顯不符合國際法的情況。理論上，很容易理解，一致性解釋可以在

區；(2) 領先憲法法院，諸如南非憲法法院等憲法法院，以及 (3) 國際法庭，如國際法院和美洲人權法院；(d) 軟性法律，關於限制和克減《公民權利和政治權利國際公約》條款的錫拉庫薩原則。”

¹⁰⁰ 歐盟人權法院 2006 年開始，在其網站公佈系列人權判例，命名為“法官對話”。(<http://www.echr.coe.int>)

¹⁰¹ 第十九屆會議（1998 年）第 9 號一般性意見：《經濟社會文化權利國際公約》在國內的適用：“為了滿足《公約》的要求，對其提供某種形式的司法救濟似乎是絕對必須的。換言之，在任何情況，若沒有司法機構的作用便不能充分有效實施《公約》所載權利時，司法救濟措施就是必要的”。“關於公民與政治權利，一般認為對侵權行為提供司法救濟是必要的。令人遺憾的是，人們經常對經濟、社會及文化權利，傾向作出相反的假定。無論從這類權利的性質，或是從《公約》有關規定觀察，這樣的差距都不應產生。

委員會已經明確地表示，《公約》的許多條款可以直接執行。在第 3 號一般性意見（1990）中，委員會例示引述了第 3 條、第 7 條第一款第一點、第 8 條、第 10 條第三款、第 13 條第二項第一款、第 13 條第三項、第 13 條第四項及第 15 條第三項。”

¹⁰² Anthea Roberts, “Comparative International Law? Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, (ICLQ vol. 60, January 2011, pp. 57–92), *Cambridge Journals*: “This duality of national court decisions—representing evidence of State practice and a subsidiary means of determining international law—is unique in the doctrine of sources.”

¹⁰³ 見上注 71，第 111 頁：“按照 2015 年 5 月澳門理工學院一國兩制研究中心進行的‘一國兩制’綜合指標民意調查”，“受訪居民認為‘以人為本、尊重人權’是澳門社會的核心價值，在 10 項排名中，位居第 7 位。認為‘公正、法治’是澳門社會核心價值，位列第 9 位。由此可見，目前，尊重人權、及公正法治等核心價值尚未深入居民意識。”

任何情況下發揮其作用。¹⁰⁴ 但司法實踐中，一方面“不得以法律無規定、條文含糊為藉口拒絕審判”（民法典第 7 條第 2 款），另一方面，卻因為特區法律與國際法無法作出一致性解釋，而必須在適用國際法與內部法之間作出選擇。¹⁰⁵ 援引條約時，學者批評內地法院的常見問題，例如“法院對當事人援引國際人權條約的舉動不置可否，採取了忽略或回避態度”，¹⁰⁶ 判決中對援引的條約條款缺乏深入研究，完全沒有國際相關判決的比較分析，無法形成“證成適用國際人權條約的一條完整法律鏈條”，也存在於澳門法院某些裁判書。

儘管澳門特區司法機關在適用條約方面取得相當的經驗，但與條約經過立法才能視為本身法律¹⁰⁷ 的香港特區相比，尤其與香港特區法院與普通法系國家在適用國際公約方面的互動相比較，澳門特區司法機關似乎應加強適用國際法判案的自覺意識，¹⁰⁸ 完善條約適用。

¹⁰⁴ “Even when not incorporated or transposed, international norms may operate domestically through the application of a presumption of conformity of domestic law with international obligations incumbent on the State, which then requires that domestic law be construed consistently with international law if at all possible (consistent interpretation)”. Ibid. 80, p. 143.

¹⁰⁵ Gerrit Betlem and André Nollkaemper, “Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts: A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation”, *EJIL* (2003), Vol. 14, No. 3, pp. 576-577. “Since it is primarily a rule of national law that is applied and the courts accordingly do not usurp any legislative powers, the requirement of specificity is not decisive”, “in the absence of such transposition — the problem situation — and where there is some discrepancy between the wording of the rule and the implementing legislation, the application of supra-national law does call for a certain judicial creativity”.

¹⁰⁶ 見上注 81。作者用此描述內地法院對當事人援引國際公約的反應，用於澳門法院個別判決，似乎也比較恰當。

¹⁰⁷ “條約在立法施行之前，不算是香港本地法律的一部份，但仍可影響普通法的發展。舉例來說，法庭可引用某條約，以助解釋法例。”香港律政司網頁 <https://www.doj.gov.hk/chi/legal/index.html>。

¹⁰⁸ 有學者評論“實際上終審法院同樣不是基本權利的守護者”，見《澳門特別行政區基本法中基本權利的制度》，法律及司法培訓中心，2015 年出版，第 144 頁，José Meio Alexandrino 著，劉耀強譯。

六、小結

港澳回歸後，在“一國”之下，香港、澳門特區按照原有的法律制度，形成各自的履約制度。澳門特區行政、立法、司法 20 多年適用國際法的實踐，證明一元作為適用國際法的方式，基於澳門法律基本不變原則，在澳門特區實踐中基本上仍然得到遵守。

雖然基本法學者至今大多堅持《基本法》第 40 條不可直接援引的立場，然而，國際法學者相反，認為一元完全可以解釋並且落實《基本法》第 40 條規定。澳門特區政府的核心文件也印證這一觀點。從方法論分析，二元適用基本法人權條約，與澳門繼續採用葡萄牙式的“完全納入”一元論方式，缺乏最起碼的銜接。

另一方面，儘管終審法院第 2/2004 號裁判書選擇依照《基本法》第 138 條，並非核心文件的立場，得出國際法高於澳門普通法律這一結論，但並沒有否定一元作為澳門特區適用國際法方式。各級法院判決均有直接援引《基本法》第 40 條規定涉及的核心人權公約。

公佈作為一元唯一要件，澳門特區堅持條約公佈工作的嚴謹性。實踐證明，應回歸民法典第 4 條規定的法律公佈才生效的基本制度，公佈成為國際法文書適澳的唯一形式要件。

一元下立法的特點，是基於已有的法律，從條約不具有自執行力規定入手，採取相應的立法或修法，增加條約或國際法文書的可操作性。由於澳門特區採用的並非二元轉換，因此，對於已公佈的條約具自執行部份，公佈後即產生法律效力。國際法中部份涉及不具自執行的，澳門特區應儘可能爭取立法在前、公佈生效在後，避免造成中國政府因澳門特區內部法不配合，而在國際上承擔相應無法履約責任的情況。

澳門特區司法機關，直接援引條約尤其是人權類條約，作出司法救濟，是保障人權條約規定的基本權利的重要環節。在內部法與國際法的關係上，司法機關應堅持採用一致解釋（consistent interpretation）這一底線。