



比较法文丛

何勤华 主编

26

华洋共处与法律多元

文化视角下的澳门法变迁

何志辉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



014062001



上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院建设项目
国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目



比较法文丛

何勤华 主编

26

D927.659

22

华洋共处与法律多元

文化视角下的澳门法变迁

何志辉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D 927.659
22



北航

C1749360



图书在版编目(CIP)数据

华洋共处与法律多元:文化视角下的澳门法变迁 /
何志辉著. —北京:法律出版社,2014.9
(比较法文丛)
ISBN 978-7-5118-5997-6

I. ①华… II. ①何… III. ①法制史—澳门 IV.
①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 022584 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/王津京 陈 妮

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/14.25 字数/232 千

版本/2014 年 9 月第 1 版

印次/2014 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5997-6

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

自 1978 年改革开放以来,我国在外国法或西方法的研究方面取得了重大成就。这方面的系列丛书可谓琳琅满目,其中,影响较大的有:商务印书馆的“汉译世界学术名著丛书”(法学部分,1981 年)及“法学译丛”(2004 年)、中国大百科全书出版社的“外国法律文库”(1991 年)、中国政法大学出版社的“当代法学名著译丛”(1990 年)及“美国法律文库”(2001 年)、北京大学出版社的“比较法学丛书”(1998 年)、中国法制出版社的“西方法哲学文库”(2001 年)、清华大学出版社的“比较法学丛书”(2001 年)、上海人民出版社的“世界法学名著译丛”(2001 年)、北京大学出版社的“外国法与比较法文库”(2008 年),等等。

然而,在上述众多的系列丛书中,真正冠以“比较法”字样的丛书还不是很多。的确,在 20 世纪 80 年代到 90 年代期间,我国也先后出版了诸如:茨威格特和克茨的《比较法总论》(贵州人民出版社 1992 年版)、勒内·达维德的《当代主要法律体系》(上海译文出版社 1984 年版)、梅利曼的《大陆法系》(知识出版社 1984 年版)、大木雅夫的《比较法》(法律出版社 1999 年版)等比较法方面的经典。但是,出版这些著作大多都是当时一种零星的、偶尔的出版行为,并非系统策划的比较法系列丛书。

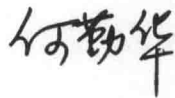
众所周知,21 世纪的中国已步入法制建设的攻坚阶

段。今后,对于外国法的吸收、借鉴和移植将是我国一项大量的、经常性的任务。要顺利完成这一任务,离不开发达的比较法研究。而当下我国比较法著作缺乏出版途径的现状已严重制约了比较法研究的繁荣和发展。因此,加强比较法方面的研究和出版,成为我国学界和出版界一项刻不容缓的工作。

鉴于此,法律出版社高瞻远瞩,勇挑重担,与华东政法大学共同策划、出版一套《比较法文丛》,以期为我国比较法的研究和出版开辟一个新的途径。本文丛以扶植中青年学者,尤其是法学博士、博士后,为这些法学新秀提供一个出版的平台为目的。为此,特选择一批国内最新且富有特色的比较法著作进行出版,同时,也可容纳部分纯粹的外国法方面的译著、专著。

本文丛的主要原则和特色是:在百花齐放、百家争鸣的前提下,坚持质量第一,宁缺毋滥,不定期出版的原则。具体将体现为以下三点特色:第一,本文丛的著作,应属国内学术界没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特色;第二,本文丛的著作,应是国内学术界都很感兴趣,但还没有系统研究或未及时挖掘的课题;第三,本文丛的著作,应具有比较高的文献史料价值,能为学术界进一步研究提供基础性的资料。我相信,《比较法文丛》的出版,一定会为我国比较法研究的进步与发展作出新的贡献。

本文丛的出版,得到了法律出版社沈小英分社长的全力支持和帮助,也得到了华东政法大学外国法与比较法研究院的建设经费资助。在此,特表示诚挚的谢意。



于华政人可居
2010年9月19日

Contents

目录

绪 论 澳门法的存在与变迁	1
第一章 澳门法文化:基本概念的展开	9
一、文化:物质、制度与精神的维度	10
二、法文化:实体性的抑或方法论的	13
三、澳门法文化:一种地方性知识的初步界定	15
第二章 渊源之追溯:主导成分与辅助成分	20
一、澳门法文化的传统形态及特征	20
二、主导成分的形成:中国传统治道	24
三、辅助成分的形成:西方制度渊源	30
四、传教与商贸:澳门法文化的特殊因子	34
第三章 法律多元:明末澳门律例体系与欧陆法统	39
一、律例体系:普天之下的王法所及	40
二、地方规章:因地制宜的特殊规制	42
三、欧陆法统:澳葡内部的宗教规范与世俗规则	50
四、王室法律传统及其在澳门的介入	57

第四章 司法交涉：清初治理格局中的华洋命案问题	61
一、乾隆八年命案始末及其交涉	62
二、“乾隆九年定例”与治理的强化	69
三、乾隆十三年命案：文本与真相	75
四、命案背后的权力较量及其结果	80
五、命案折射的吏治、律例与司法权	92
第五章 《华人风俗习惯法典》：近代殖民管治下的文化妥协	98
一、出台始末：从保留适用到代为立法	99
二、制定原因：情感、文化与经验的启迪	101
三、内容与特点：法典形式下的宗法文化	106
四、世易俗移：法典的撤销及其影响	110
第六章 《澳门基本法》：“一国两制”构想及其宪制性保障	112
一、“一国两制”：创造性构想的形成	113
二、《澳门基本法》：起草背景与制定过程	118
三、《澳门基本法》：文本结构与宪制定位	122
四、特区政制构架：行政主导的新型体制	124
第七章 配合与监督：行政主导体制下的立法会与政府	127
一、行政主导体制下的澳门立法会	128
二、立法会对政府行政权的配合	129
三、立法会对政府行政权的监督	132
四、立法会与政府关系的民主化方向	135
第八章 从法区法院到终审法院：围绕审判权的司法改制	138
一、纠葛丛生：早期澳门司法管辖问题	138
二、《司法组织纲要法》：司法改革新蓝图	141
三、《司法组织新规则》：司法本地化的指引	144
四、关键环节：高等法院的成立及其使命	146
五、终审法院：独立审判权及终审权的定型	152

第九章 从殖民化到本地化:澳门法律教育之变迁	158
一、法律的缺席:早期澳门教育格局	158
二、“生活在别处”:殖民管治下的文化殖民与葡化教育	159
三、迈向本地化:为高度自治奠基的法律教育	167
四、高度自治时期:迈向多元化的法律教育	174
附录一 澳门印痕:孙中山法政思想的时空背景	179
一、途经澳门:批判精神的诱兴	180
二、相聚澳门:维新观念的承转	182
三、遥望澳门:革命思想的践行	185
四、结语:时空背景的研究意义	188
附录二 被误解与被遮蔽的:《生存之道》及其启示	190
一、作为历史事实的“生存之道”	191
二、作为问题意识的“生存之道”	193
三、作为策略性质的“双重效忠”	196
四、作为研究视角的“共处分治”	198
五、作为著述范式的《生存之道》	202
参考文献	204
后 记	218

绪论 澳门法的存在与变迁*

马克思曾就历史科学作出论断:“我们仅仅知道一门唯一的科学,即历史科学。历史可以从两方面来考察,可以把它划分为自然史和人类史。”^①这里所指的历史科学,是就世界与社会的认识途径而言。作为认识对象的人类史的法,亦是一种历史科学意义上的存在。有人类的地方必有人类行为,因行为而须规范所衍化的规则,以及由规则制订与执行所形成的秩序,即构成人类社会赖以维系的制度基础。法在各类规则体系中最具规范意义和强制效力,相对而言也最能保障人类文明在特定时间和空间的繁衍生息。

据此审视澳门法的存在与变迁,正是马克思历史科学意义所指涉的人类史的微观部分。澳门自古是中国的神圣领土,是一个属广东香山管辖的海滨小渔村,在“大航海时代”以来葡萄牙人涉足之前已有悠久的历史。^②

* 本节内容依据2012年12月15日中国人民大学“明德法律文化沙龙”第11期学术报告《共处分治·殖民管治·地区自治——以治理结构为视角的澳门法制史》、2013年6月16日中南财经政法大学“中南外国法学术论坛”第10讲《赌城法踪:澳门历史文化与法制发展》摘要整理而成。谨此感谢中国人民大学马小红教授和中南财经政法大学李栋教授的邀请,感谢程雪阳、邓建鹏、高仰光、李栋、解琨、徐阳光、尤陈俊、张鸿浩等朋友的评议。

① [德]马克思、恩格斯著:《德意志意识形态》(节选本),中央编译局选编,人民出版社2003年版,第10页。

② 黄启臣著:《澳门通史》,广东教育出版社1999年版,第22页。

嘉靖三十二年(1553年),远道而来的葡萄牙人获允入居澳门并在此贸易。^①自此直至鸦片战争前,随着华洋人口的增长与中外贸易的勃兴,这一在早期世界贸易体系中似乎难有作为的弹丸之地,一跃成为广州对外贸易的外港和东西方国家进行国际贸易的中转港^②,以其特殊的地理位置逐渐获得世人的瞩目。

从治理与秩序的角度看,在澳门这块弹丸之地逐渐形成华洋共处分治的治理格局,^③即中国政府长期对澳门充分行使主权,居留澳门的葡萄牙人(以下简称澳葡)仅在有限的空间内自我管理;作为主权有机组成部分的司法管辖权,因应华洋共处与分治的现实情况而有变通处理。迭经四个多世纪的演变,作为历史存在的传统格局,既是澳门治理形态的依凭,也是澳门社会秩序的基础。^④回顾澳门治理形态与社会秩序变迁下的法制文明,便是本书致力探讨的主题。

澳门法作为历史科学意义上的存在,这一点在法理逻辑上毋庸置疑。依据法理学关于法的生成原理,有人类行为的地方即有社会规范,有社会规范的地方即有内在秩序,内在秩序既是呼吁法的因素,也是见证法的存在。以此检视澳门法的发生史,正是明清时期澳门华洋共处与分治局面的形成,酿就了中华法系与西方法律文明杂糅一体的早期澳门法;而鸦片战争以来澳葡政府实行殖民管治和推

① 关于葡萄牙人获允入居澳门年代,中外学界聚讼纷纭,主要有“1535年说”、“1553年说”、“1554年说”及“1557年说”等。金国平、吴志良《葡人入据澳门开埠历史渊源新探》一文以中葡原始文献反复对勘研究,得出结论是倾向于“1553年说”。相关考证详见金国平、吴志良著:《东西望洋》,澳门成人教育学会2002年版,第77~128页。本书亦持此看法。

② 费成康著:《澳门:葡萄牙人逐步占领的历史回顾》,上海社会科学院出版社2004年版,第7页。

③ 关于“华洋共处”及其衍生的“共处分治”概念,参见吴志良著:《澳门政制》,中国友谊出版公司1996年版,第23页;吴志良著:《生存之道——论澳门政治制度与政治发展》,澳门成人教育学会1998年版,第9~10页。

④ 关于澳门治理格局的早期状态及其近代嬗变,笔者近年陆续发表的论文主要有“明末葡人居留澳门之历史反思”,载《澳门科技大学学报》2008年12月;“共处分治中的主导治理”,载《澳门研究》2009年总第51期;“《中葡和好通商条约》与澳门地位条款”,载《澳门研究》2009年总第54期;“鸦片战争前后的时局与澳门”,载《澳门研究》2011年总第62期;“明代澳门的特别立法与司法”,载《岳麓法律评论》2012年6月。对此更系统的史事梳理及相关分析,参见拙著《澳门法制史研究》,澳门21世纪科技研究中心2008年版;《从殖民宪制到高度自治》,澳门理工学院一国两制研究中心2009年版;《治理与秩序:全球化进程中的澳门法(1553~1999)》,社会科学文献出版社2013年版。

行葡式法制的做法^①,则使之逐渐转向形式上葡式化的近代澳门法;在双轨立法体制确立之后,澳门法才逐步走出葡式化的樊篱,开始顺应本地实际的社会需求;至中葡建交和澳门问题谈判以来,这种沾染着近代殖民气息的澳门法,便开始卷入声势浩大的三大问题本地化运动(法律本地化、中文官方化和公务员本地化),以此推进和实现它的现代化。正如历史法学派主张法是“民族精神”体现之所言^②,作为华洋共处长达四百多年的历史产物,澳门法在最深层意义上凝聚着不同民族栖息于此的文化精神。

但作为澳门法范畴的澳门法制史,是否也能视为历史的存在,以及有否探究的必要,则仍需要先行辩证。实际上,迄今或许仍有人质问:真的存在“澳门(的)”法制史吗?这种困惑来自对于澳门之主体性的存疑,即认为澳门在中国历史上既属“王土”,则普天之下的王法所及,使这里不可能生出别样的法律秩序;在葡萄牙历史上既属“属地/殖民地”,则宗主国法制的海外延伸,也使这里不可能再有其他的法律秩序。另外也仍有人存在这类困惑,即认为迈入“一国两制”的当代澳门早已与中国传统法和葡式殖民法断绝关联,因而探究已成陈迹的澳门法制史,只有知性的价值而无研究的必要。显然,如果不将其也视为历史的存在,意味着“澳门法制史”根本不具有主体性,进而意味着对它的探究也变成无本之木。

然而,历史上的澳门从来就没有缺少“法”的踪影,历史上的澳门法从来就是澳门历史与文化的有机组成部分。即使历史存在的“澳门法”从来没有像今天这

① 对于近代澳门“殖民管治”问题的分析,需要结合1887年《中葡和好通商条约》关于澳门地位的条款分析。关于该条约在中国近代史上的地位,几乎所有研究澳门史者都有类似结论。代表性文章可参见王昭明:“鸦片战争前后澳门地位的变化”,载《近代史研究》1986年第3期;黄庆华:“澳门与中葡关系”,载《中国边疆史地研究》1999年第2期;黄启臣:“澳门主权问题始末”,载《中国边疆史地研究》1999年第2期;柳华文:“1887年《中葡和好通商条约》国际法简析”,载《澳门研究》1999年第10期;等等。近年国内出版的代表性论著,参见吴志良著:《生存之道——澳门政治制度与政治发展》,澳门成人教育学会1998年版,第173~189页;黄启臣著:《澳门通史》,广东教育出版社1999年版,第302~303页;黄鸿钊著:《澳门史》,福建人民出版社1999年版,第292~301页;邓开颂等编:《澳门历史新说》,花山文艺出版社2000年版,第274~276页;费成康著:《澳门:葡萄牙人逐步占领的历史回顾》,上海社会科学院出版社2004年版,第198~201页;黄庆华著:《中葡关系史》,黄山书社2006年版,第816~824页;等等。笔者对此展开的分析,参见何志辉著:《治理与秩序:全球化进程中的澳门法(1553~1999)》,社会科学文献出版社2013年版,第174~198页。

② 关于历史法学派及其主张的法是民族精神之产物,参见[德]萨维尼著:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版。对此作出的系统评价及延伸分析,参见谢鸿飞著:《法律与历史——体系化法史学与法律历史社会学》,北京大学出版社2012年版。

样发展为真正属于“澳门”地区独有的一套规则体系和秩序架构,而是始终杂糅着不同民族对于规则体系和秩序架构的不同理解,区别仅在不同时期它们所占比重、所起作用 and 所具意义有所不同,但作为凝聚着深厚的文化精神的历史存在,它的客观性和真实性毋庸置疑,绝不是后世人们的主观虚构。迄今为止,中外学界关于历史上的澳门法研究,也都从不同层面验证了它的历史性、客观性和真实性。上述两类(实际还不止)认识既无视法作为历史产物和历史存在的事实,又割裂法的现代性与传统有着似断实连的关系,从而既不可能对澳门历史及其中作为澳门法之源流的澳门法制史有所认识,也不可能真正深入了解正在鲜活生长的当代澳门法及其未来的基本走向。本书的使命之一即在于澄清类似的质疑和减少类似的误解。

理解这一前提之后,便是如何分析作为历史存在之澳门法制的演进状态。这个问题涉及学理层面上的历史分期问题。历史分期是对历史的连续性和断裂性的主观认定,虽然这种连续或断裂都是客观的历史存在,但由于人们所秉承的历史感不同,所处的观测点有异,所具的判断力不一,历史分期往往见仁见智。在澳门史尤其是参照政治发展而对法律发展所作的历史分期上,已有足够的例证可资证明分歧的程度。有的将其简单分为两阶段,即以1974年葡萄牙“四二五革命”为界而进行分期。有的将其分为三阶段,即混合管辖权时期(1557~1849年)、殖民时期(1822~1974年)与葡萄牙管辖的中国领土时期(1974年以来)。有的将其分为四阶段,即租地时期(1553~1849年)、殖民时期(1849~1976年)、管治时期(1976~1987年)和过渡时期(1987~1999年)。相对而言,以下两种观点更具有参考价值:一种是将其分为四阶段^①,即封建法制阶段(1553~1845年)、殖民法制阶段(1845~1976年)、双重法制阶段(1976~1987年)与过渡法制阶段(1987~1999年)。另一种将其细化为六个阶段^②,分别是中葡早期交往(1513~1583年)、议事会时期(1583~1783年)^③、议事会衰落期(1783~1849年)、殖民管

① 刘高龙、赵国强主编:《澳门法律新论》(上卷),社会科学文献出版社2011年版,第3~12页。

② 吴志良著:《生存之道——论澳门政治制度与政治发展》,澳门成人教育学会1998年版,第12~16页。

③ 议事会(Leal Senado),或称议事局、议事公局、议事公会。关于议事会在早期澳葡殖民政府架构中的地位,参见叶农:“澳葡殖民政府早期政治架构的形成与演变”,载吴志良、林发钦、何志辉主编:《澳门人文社会科学研究文选·历史卷》(下),社会科学文献出版社2010年版,第1133~1150页。对“议事会”与“议事亭”之关系的详细辨证,金国平《“议事亭”历史》一文考订甚详,参见金国平、吴志良著:《过十字门》,澳门成人教育学会2004年版,第149~176页。

治时期(1849~1976年)、葡管中国领土下地区自治时期(1976~1988年)和过渡时期(1988~1999年)。

综观上述关于澳门历史分期的观点,共同之处是都以中葡两国与澳门发展的关系为主要参数,使澳门法的历史演进打下鲜明的政治烙印。这些划分固然各有相对合理的成分,作为政治发展史的伴生物,澳门法在整体上与前者保持基本的协调性,但由于任何时代和任何地方的“法”自身的演变总会有着相对的独立性和滞后性,尤其是当“法”由制度逐渐漫延成文化状态时,这种独立性和滞后性更显突出,以致单纯套用通常所见的中国史分期固然失之偏颇,套用上述政治学与法学领域研究者的任一分期也不过是削足适履。由是观之,对澳门法进行历史分期,参照澳门政治发展史的变迁是必要的,但不是唯一的;更重要的是寻找和辨析不同阶段二元乃至多元法律文明在此变迁中的位置。

鉴于法在社会与生活诸领域的历史演进中的相对独立性,从澳门法自早期格局形成之始至回归祖国前夕的法律多元结构入手,依据不同时期这些成分在澳门社会内部的比重和互动关系,探究它们在澳门社会与生活中的运作与影响,或许有助于重新理解作为历史存在的澳门法制史。据此大致可作如下四阶段的历史分期:

一是中华法系主导下的早期澳门法(1553~1845年)。该阶段是明清政府对澳门享有完全的主权,尽管此时中国并未产生类似西欧文艺复兴以来近代国际法意义上的“主权”观念或意识,但明清政府通过各种立法、司法和其他治理手段,对澳门行使包括行政、军事、商贸、海关诸领域在内的管理权,从而在规则体系与秩序架构的层面,体现中华法系的主导性。但这种状态并非铁板一块,居葡萄牙人最初谋求社区内部自治的心愿因缘际会得以实现,后来则在葡萄牙王室对华政策的敦促和支持下得寸进尺,借助东西方一时难以打破的文化区隔状态,不断动摇中华法系在澳门社会生活中的主导地位。直至鸦片战争爆发后,澳葡政府在清政府面对欧美列强懦弱无能而无暇多顾澳门之际,试图将事先于葡国宪法中向西方世界单方宣布澳门为其“海外殖民地”转化为既成事实,于是才有趁火打劫、软硬兼施的谈判要求。但清政府并未让其彻底如愿,使葡萄牙政府不得不再度调整对华外交政策,并开始对澳门采取进一步的殖民主义性质的管治行动。

二是澳葡殖民管治下的近代澳门法(1846~1976年)。该阶段是葡萄牙调整对华外交政策后逐步推行全面葡萄牙化的殖民主义管治时期,具有标志性意义的起点是1846年澳门总督亚马留上任。在谋求类似于中英、中美、中法不平等条约

而终告失败后,葡国王室一面向西方世界单方宣布澳门为“自由港”,一面派出在葡国被奉为“独臂将军”的亚马留出任澳门总督,从此开始对澳门进行强硬的殖民主义管治,早期澳门法之中华法系的主导地位随之受到前所未有的挑战。自1849年亚马留遇刺后,中葡交涉逐渐卷入欧美列强联袂而来置中国于半殖民地半封建社会之境的历史洪流。其间,葡方围绕澳门主权问题处心积虑数次谋求谈判而不得,直至1887年借助英法等国的幕后力量才得以“如愿”谋得一纸《中葡和好通商条约》。葡方对澳门地位条款所涉“永居管理”及“属澳之地”等问题罔顾实义,在加紧侵夺澳门地界和不断扩展殖民管治范围的同时,将葡萄牙本土追随欧陆国家的法典法体系全面延伸适用于澳门。即使这套体系与澳门华人社会对规则与秩序的实际要求几乎格格不入,仍无法扭转葡萄牙法在澳门的全面殖民化趋势,直至1974年葡萄牙政变与推行非殖民化运动后诞生1976年《澳门组织章程》时才转向下一阶段。

三是双轨立法体制下的现代澳门法(1976~1987年)。该阶段源于1976年,因葡国新宪法规定“葡萄牙管理下的澳门地区,依适合其特殊情况的章程进行管理”,同年2月17日葡萄牙总统以第1/76号法律颁布由当时的葡萄牙革命委员会制定的《澳门组织章程》,赋予新成立的澳门立法会以本地立法自主权。在与澳督通过颁行法令分享对澳门社会生活诸领域的立法权后,立法会顺应澳门本地实际需求进行立法,使长期以来纯粹由葡国延伸适用的殖民法制掌控澳门社会生活的局面得到很大程度的改观。在此期间,中葡建交与澳门问题谈判的顺利展开,“一国两制”方针的构想及其付诸实践的努力,都使人们意识到澳门法必须逐步摆脱近代葡萄牙法律体系的掌控,转向真正顺应澳门本地实际需求的现代形态。正是在此阶段,真正适合澳门本地实际需求的一系列重要法律陆续出台,尤其是关于社会经济、对外贸易和劳工等方面的本地立法,对澳门社会与经济发展起到了极大的推进作用。

四是过渡期本地化的当代澳门法(1987~1999年)。该阶段以1987年4月17日中葡两国在北京正式签署《中葡联合声明》为标志,使葡萄牙人在澳门长达一百多年的殖民管治转入历史性的过渡期。中葡双方在此期间协力合作,作为“三化”任务之一的法律本地化由此展开。澳门法的本地化不仅是对殖民管治时期近代葡式法的全面改造,也是对这种近代性质法律体系的现代化。其间,不仅于1990年依据葡萄牙新修宪法对《澳门组织章程》予以修订颁行,又于1991年颁行《澳门司法组织纲要法》,更重要的是1993年《澳门特别行政区基本法》的颁

行,标志着澳门法进入以之为据建设特别行政区高度自治型法制的准备期。随着五大法典和其他法律法规紧锣密鼓的本地化,澳门法不仅基本消退了近代澳门法的殖民色彩,还在力所能及的范围内全面实现转型,成为当代澳门法中占据重要地位的有机组成部分。

就整体而言,中华法系主导下的早期澳门法,在澳门史上延续时间最为长久,其基质与结构也相对最为稳定。随着明清中国政府与澳门葡人对澳门进行治理的政治角力和法律适用,澳门社会也逐渐形成一种极为特殊而特色鲜明的华洋共处的社会结构,中国政府对澳门长期进行的主导治理和澳门葡人内部实行的有限自治,构成了澳门自允准葡萄牙人居留至鸦片战争时期的共处分治状态,其时澳门社会的法制文明所呈现的便是主次分明而特色鲜明的法律多元化格局。^①

但随着鸦片战争后国际局势的变化,葡萄牙趁清政府面临乱局惊慌失措之际调整对华外交政策,并通过殖民宪制及指示亚马留政府强制推行殖民管治措施,再通过谈判方式与清政府签订《中葡和好通商条约》(1887年)来确立葡萄牙“永居管理”澳门的权力,使近代以来葡萄牙对澳门的殖民管治措施从事实状态转向法律状态。在此层面上可以说,1846~1887年是葡萄牙为侵夺主权寻找法理根据与葡式法律的强硬推行的关键时期。澳门社会虽仍保持着华洋共处的社会结构,治理形态上却由往昔的分治状态转向了葡萄牙通过澳葡政府对澳门实行的殖民管治状态,法律秩序则呈现出葡国法制全面移植或延伸适用的大陆法系文化特征。

殖民管治状态延续到《澳门组织章程》(1976年)颁行之后再次变化,因应其时的国际形势及葡萄牙国内民主化发展而使澳门打开通往地区自治之门,此后经由中葡建交与澳门主权问题谈判而形成的《中葡联合声明》(1987年),明确了澳门回归中国之后成立特别行政区并全面实施“一国两制”方针,由此衍生出一场规模浩大的法律本地化运动,最终形成的便是以大陆法系法制秩序为基础的澳门特别行政区法律体系。1999年12月19日午夜,中国与葡萄牙在澳门文化中心花园馆隆重举行澳门政权交接仪式,这标志着澳门法从此全面迈进“一国两制”的新时期。

以上简要介绍了澳门法制史之历史分期,大致可以透视四个多世纪以来澳门

^① 关于法律多元的一般理论,参见[日]千叶正士著:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,范愉等译,中国政法大学出版社1997年版。

治理格局与法律秩序的面貌,但关于澳门法制史的研究其实不仅仅只是对历史的还原描摹,它还应肩负另一种警示后人和启迪当下的学术使命。前者属于描述性的法史学工作,需要通过严密的考证和审慎的逻辑,对这一去不返的历史本原进行重构。后者属于阐释性的法史学工作,赋予人们足够的理解自由和想象空间,但这种理解和想象必须立足于客观存在的基础。^① 由于所见的一切历史遗留物,都已是碎片化的东西,因此,任何时候的史学研究者,都只能做他所处时代力所能及的“还原”,而不能确保这种“还原”一定绝对真实可靠,有时还会因为新资料的发掘,导致既往定论的全盘推翻;由此所作的一切阐释,也因之变得风险重重,必须时刻面对和接受历史真实的检验。这是我们在从事一切法史研究时都应当注意的问题。

① 关于描述性和阐释性的法史学视角,参见胡旭晟著:《解释性的法学史:以中国传统法律文化的研究为侧重点》,中国政法大学出版社2005年版。

第一章 澳门法文化:基本概念的展开*

时至今日,“文化”(Culture)概念及其研究早已枝繁叶茂,由此分别在“法学”与“澳门学”领域衍生出“法律文化”、“法文化”与“澳门文化”之类概念,且涌现出数量相当可观的研究成果;但从学理上专题探讨“澳门法文化”这一复合型概念的文章并不多。在澳门法文化研究中,人们习惯于将“澳门法文化”视为一个不证自明的概念,而真正在具体使用时又往往各有指涉。这种状况非但没有推进研究的纵深发展,反而可能因为加剧认识上的混乱,导致研究的盲目或重复;更有甚者还会趁势抛出否定性质问:真的存在所谓的“澳门法文化”吗?

鉴于此,本书试图回答这类质疑,并从学理上专题探讨“澳门法文化”的概念。纷繁复杂的澳门法是一个客观存在的文化现象,作为一种文化现象的“澳门法文化”同样亟待被抽象和提炼成一套概念。这种界定必然包含如下基本要素:它既指一种客观的制度文化,亦指一种延续的精神文明,镶嵌于16世纪以来欧洲殖民主义东扩中土所致的早期全球化进程中,作为东西方文化在澳门交汇、冲撞和裂变的产物,其内涵与流变均值得我们继续深入探究。

* 本章内容原为应邀参加2011年3月30日澳门基本法推广协会举办的“纪念澳门基本法颁布18周年学术研讨会”之会议论文,收入本书时有修订。