

澳門學者文庫之十

“法治建設與法制完善” 學術研討會論文集



澳門學者同盟出版

“法治建設與法制完善”

學術研討會論文集

澳門學者同盟出版
2010

“法治建設與法制完善”學術研討會論文集

主 編：楊允中

編 輯：梁淑雯、陳慧丹

封面設計：陳慧丹

出 版：澳門學者同盟

出版日期：2010 年 12 月

印 刷：嘉華印刷公司

規 格：155 毫米 × 230 毫米

印 量：1000 本

定 價：澳門幣 80 元

ISBN 978-99965-832-0-9



“法治建設與法制完善”學術研討會於2010年9月17日假澳門理工學院舉行。



澳門特區檢察院何超明檢察長(中)、澳門基金會吳志良主席(右四)、法務局張永春局長(左四)、行政暨公職局朱偉幹局長(右三)、澳門理工學院李向玉院長(左三)、澳門科技大學法學院懷效鋒院長(右二)、澳門法律公共行政翻譯學會曹錦俊理事長(左二)、澳門學者同盟駱偉建常務副會長(右一)及澳門法制研究會陳華強會長(左一)等主持開幕儀式。



澳門學者同盟駱偉建常務副會長(右)代表主辦單位向協辦單位澳門法律公共行政翻譯學會曹錦俊理事長(左)致送紀念品。



主禮嘉賓澳門特區檢察院何超明檢察長(左)向上海交通大學凱原法學院徐向華教授(右)致送與會紀念品。



來自北京、上海、武漢、廣州、深圳及本澳的學者相繼發表論文。



學者發言受與會人士熱烈關注。



向主講專家學者提問。



主講學者回答現場提問。

“一國兩制”與“一國兩制”理論研究

——《“法治建設與法制完善”學術研討會論文集》序

楊允中 *

胡錦濤主席講：“‘一國兩制’在澳門的成功實踐，為澳門發展譜寫出新的輝煌篇章，為國家發展增添了奪目光彩。”澳門特別行政區近十一年實踐“一國兩制”總體上是成功的，富有成效的，可以講初步奠定了繁榮穩定、長治久安的穩定基礎，也增強了特區居民和全國人民對有效驗證“一國兩制”的信心。

早在十多年前，特別行政區建立之始，一個嶄新的政治制度——體現“一國兩制”發展要求的特別行政區制度業已開始實行。特別行政區制度具憲政淵源、憲政保障。特別行政區制度業已由特區基本法加以法制化、具體化。特別行政區制度已有十年以上實踐檢驗。特別行政區制度體現認識論多元化、務實化、合理化，其創新意義價值遠不止特區自身。現在可以理直氣壯地講，這個新型特別行政區制度不僅是新興特區本身的新型政治制度，甚至也是整個國家的基本政治制度之一。

“一國兩制”是基本國策，它的正確實施直接關係到國家核心利益，關係到中國特色社會主義事業的成功。“一國兩制”既是特區最大的制度保障，又是其最大的發展優勢。“一國兩制”是現代發展觀的體現，現代科學發展觀的核心要求是尊重科學規律、尊重人的創造精神。“一國兩制”是社會核心價值的展示，理性價值觀與科學認識論是現代社會進步的重要導向因素。“一國兩制”是百分之百的觀念創新與制度創新，其實踐模式要自覺地加以總結，並力求在實踐中不

* 澳門學者同盟會長、理工學院一國兩制研究中心主任、教授級研究員

斷提升其實踐水平。“一國兩制”絕不是權宜之計，絕不是消極防範，絕不是可有可無、可上可下、可興可廢，更不是落後思維、向資本主義讓步。

體現求同存異、互利共贏、以智取勝、和平發展的“一國兩制”是大思維、大創新。有關“一國兩制”的理論研究方興未艾，但仍有待進一步加溫。因為研究“一國兩制”，就是研究中國特色社會主義理論體系；研究“一國兩制”，就是研究中國國情、中國創新；研究“一國兩制”，就是為確保特區長期繁榮穩定服務；研究“一國兩制”，就是建設中國人文社會科學價值體系、推動民族偉大復興的早日實現；研究“一國兩制”，直接有助於新形勢新思維體系的完善和成熟化。

推動對法制完善與法治建設的關注，推動對社會性法治意識的培育，推動特別行政區“一國兩制”法治進入一個更高實踐水平，這是擺在特區政府和社會各界以至全國理論工作者面前的一項繁重而光榮的探索課題。願我們共策共勉，再接再勵。

2010年9月於濠江陋室

目錄

“一國兩制”與“一國兩制”理論研究 ——《“法治建設與法制完善”學術研討會論文集》序 楊允中	III
法治建設	
精神與制度——論澳門法制建設..... 黎曉平	3
完善人大釋法機制之相關問題的探討..... 劉海波	10
從“五一”遊行看完善澳門司法審查機制的必要性..... 趙國強	27
《澳門基本法》實施現狀評析 ——以公權力的配置為視角..... 郭天武、孫末非	38
澳門法制建設的統一原則 ——以《維護國家安全法》為例的分析..... 葉海波	53
法制完善	
澳門法律的葡萄牙化與本地化研究..... 徐向華	67
論澳門法律改革中的公眾參與..... 冷鐵勛	77
對規範合法性審查的限度..... 蔣朝陽	89
德國博彩業監管法律制度及其對澳門的啓示..... 喻文光	101
關於完善澳門特別行政區法律制度之建議..... 李煥江	110

澳門特區中文立法語言之失範與矯正	姬朝遠	121
健全粵港澳緊密合作相關機構安排的構想	慕亞平、王佩琳	132

人才與發展

澳門法律人的養成	唐曉晴	149
論澳門的法學教育		
——以法學教員的聘用及培養為探討課題	陳淦添	179
關於對澳門法律人才培訓工作的展望	邱庭彪	199
對證人在刑事程序中權利之保護	麥興業	203
試論調解及其對解決司法爭議的幫助	陳華強	208

法治建設

精神與制度

——論澳門法制建設

黎曉平 *

時下普遍奉行的是實證主義法律觀。如同人們所知道的，這種法律觀其核心觀點就是只承認緣自合法之權威機構的規章與制度為法律，且堅定地否定法律與道德、正義諸價值之關聯。最後合乎其邏輯地得出一個十分危險的結論：“法律就是法律”，“惡法亦法”，並且在實踐上也導致了一系列災難性後果。這是一種“規則論”和“功能論”的法律觀。對法學研究而言，其最大的問題是局限了法學的視野；對法律生活而言，其最大的問題是切斷了人們對法律的信仰。作為對法律實證主義的回應，我在這裏提出一個筆者關於法的看法。一個社會的法律絕然不只是所謂出自於權威的實在法規則，還是一個三維的“存在”或“現象”。首先，一個社會的法首先是一“現實”或謂之“實證”的存在，屬於現實的、可感知的社會生活的領域。然，這一“現實”的存在亦絕然不停留在法律文本上，也不只體現為規則和制度，它必然包含了法律的活動，特別是司法活動、法律的實施過程以及更重要的是法律的實現——亦即社會的公平與正義之實現。如此，我們不承認僅有規則和制度的社會，哪怕是具有完美的規則和制度的社會，為有法的社會。法只存在於有公平正義的社會。其二，法不只是現實的存在，同時也是一種精神的存在，法也屬於精神的領域。精神領域是一個信仰、理想、應然、理性的世界。“法律如果不被信仰，就形同虛設”，就是針對這個世界而言的。任何人為之物，尤其是出自政治權威的規則是永遠沒有指望成為“信仰”的對象。法

* 澳門科技大學法學院教授

作為“精神”的存在，恆表現為一個社會的信仰和理想，一個民族的人心與人性的追求與嚮往。而這些往往又是由一個社會或一個民族最偉大的智慧，例如偉大的哲學家、政治家表達出來，形成為一整套的思想、觀念、學說、理論，形成為黑格爾稱之為“法理念”的事物。一個社會、一個民族從來就不是依據既定的法律規則，而是根據法之理念來觀察和解釋法律事物，體驗法律生活，改善社會法制的。換言之，是根據信仰、理想、應然、理性來解釋世界並且按照它們來生活的。由此可說，作為“精神之存在”的法較之“現實存在”的法，是一種高級法。位階高，效力亦然。其三，除了“現實的”、“精神的”之存在外，法亦同時是一個“歷史”的存在。“歷史”對一般人而言是過去的故事，對哲學家而言，是一種用實例教授的哲學或一種智慧。對法學家而言，歷史乃是各種基本法則的總稱，這些法則內在的、本質的是現在的，而不是過去的。它們總會被一個社會現存的法則保持，保持在該社會法之現在的深處。澳門法或西方社會的法從來就不是澳門社會或西方社會形成的原因，恰恰相反，而是各該社會之歷史和傳統的產物。保持在一個社會法之現在的深處的是那些過去是、今天依然是該社會或該民族文明和文化傳統的事物或民族精神的事物。這就是我們為甚麼必然要在一個社會或一個民族的歷史中尋求對它的法的解釋，以及在該社會或民族過往的法中尋求對其今天的法的解釋。可見，任何社會的法都有“歷史”的面相，不可不識之。

縱觀言之，“現實的”、“精神的”與“歷史的”乃是三位一體的，它們的有機結合才構成一個社會的法之鮮活的生命體。

以上屬於舊話重提，大約在10年前，我作專文對之進行過討論。這些年來，我也一直致力於更充分、更完善地來表達我的法律觀。我堅信這一法律觀提供了一個有效的、有價值的解釋工具，或者說對一個社會的法進行分析的理論框架。我嘗試用之於觀察澳門法制建設，我將從多個方面對澳門法制建設進行觀察。此處則僅就精神與制度談些看法。

任何社會制度均是源於人性的選擇與設置，因之本質地、內在地就是某種人類精神或民族精神的表達形式。這方面最典型的事例就是

中國古代的法典。例如《唐律疏議》、《宋刑統》、《大明律》等，這些古老的法典無一不是精神與制度最為完美的結晶。它們淵源於遠古時代，成就於中國民族數千年的生命體驗和生存實踐，忠誠地、活潑地體現和傳承着偉大的文化傳統和民族精神。反過來說，也正是數千年的文化傳統和偉大的民族精神形塑了這些不朽的法典。這些法典之義涵，遠超越於西方實證主義所定義的法律。我曾說過，像《唐律疏議》是不能單純地作為刑典看待的。它是一首具有法意的中國文明的詩篇和中國民族精神的禮贊，它同時也是絕好的中國民族的倫理學教科書。因此，它是真正屬於中國人的法典。

然，觀乎今日中國兩岸四地社會的法律，則多為沒有精神、沒有實質、沒有方向的制度空殼。中國民族淪陷於法律與制度的危機已有一百餘年的時日了。原因很簡單，這些法律與制度多為被迫接受的西方事物，而非基於民族性情、精神與信仰的選擇與設置。當然，我深深知道，這是不得不然的事。

現在我們來觀察澳門法律。澳門法的歷史可追溯到四百多年前，但澳門法律體系之形成則是相當晚近的事。在約前三百年的歷史中，澳門沒有獨立的法律體系，適用的是明清時代的中國法律，居澳的華人與葡人均受中國法律之管轄，儘管葡人社會被允許適用葡萄牙的法律。1860年代始，葡萄牙法律延伸適用於澳門，其後的百餘年，亦不存在嚴格意義上的澳門法律。1976年《澳門組織章程》可視為澳門法產生的標誌，因其第一次賦予澳葡政府及立法機構為當地“立法”的權力。在一定意義上可說，澳門法律體系的形成過程是伴隨着澳門法律之本地化而展開的，而“本地化”則是以澳門回歸中國為前提和目的的。

澳門法律體系形成的歷史邏輯相當清晰，但澳門法律或澳門法律體系本身則是一相當複雜的事物，原因是淵源複雜：有源自葡萄牙的法律、源自澳葡政府的所謂“原有法律”、源自內地的法律如基本法、源自國際條約的法律、甚至源自香港與台灣的法律等等。所有這些法律所產生的社會歷史背景、政治經濟環境以及所依據的法律精神是不相同的，甚至大相徑庭，但共同構成了澳門的法律體系。因此，事實

上，澳門法律體系就很難成為精神與制度的有機體。

澳門法律基本上不是在澳門人的歷史和社會生活中生成的，是外來的。故而在回歸前以及回歸後，法律之“本地化”就成為第一要務。然“本地化”之作業，本質上是實證主義式的，亦即停留在制度與技術層面，所謂“中文化”、“司法人員的本地化”及“法學教育的本地化”，等等。這些作業雖然必不可少，亦頗有成就，但均未觸及澳門法制建設的精神層面。

有人說，澳門社會的主體——華人，在過去的時代中，基本上生活在葡萄牙人的法律之外。也有人說，回歸後，法律是澳門人最少獲益的領域。這些現象，是我們在從事澳門法制建設的時候必須認真對待的，必須進行更深層次的思考。

澳門法律體系雖然淵源繁雜，但在制度層面上，亦可說是博採各方之長。澳門法的主體部分源於葡萄牙、源於歐洲，應該說是很現代、很西方化或很歐洲化的法制。我們知道，現代人類社會的法制，均淵源於歐洲，或者是以其為模範的。歐洲的法制當然是形神兼備的現代法制，但何以來到中國的土地上，就變成了制度空殼，不能成為中國人生活的法律呢？

這的確是一個重大而艱難的問題。澳門法包括今天(中國大陸與台灣的法)大體是以歐洲大陸法為其歷史淵源的，而歐洲大陸法又是以羅馬—日耳曼法為傳統發展起來的法律體系。這一法律體系經歷了兩千多年的歷史發展，其外在的形式常為人們津津樂道，而其豐厚的內涵卻鮮有評說。作為這一法律體系之基礎和根本精神的，既非羅馬的《國法大全》、日耳曼民族的習慣，亦非後來的法、德民法典，而是這些法律背後的事物，那就是希臘哲學所培育的理性精神，希伯來宗教所賦予的神聖信仰、啓蒙思想所闡揚的自由理念以及歐洲大陸諸民族之嚮往與追求。而所有這些，又被一代一代的歐洲的傑出的哲學家、法學家們表達為系統的思想、理論、觀念。在恢弘的歐洲大陸法律體系背後或與之並立的是更為恢弘的學說體系。制度體系與學說體系共同構成歐洲大陸的法律體系，而學說體系則是這一法律體系最核心、最根本的部分。沒有學說體系，歐洲大陸法也只能是制度空殼。