

“一國兩制”文庫 No. 41

澳門特別行政區 法律體系研究

楊允中、王禹 等著



澳門理工學院一國兩制研究中心 出版

澳門特別行政區法律體系研究

楊允中、王禹 等 著

澳門特別行政區法律體系研究

作者：楊允中、李燕萍、姬朝遠、庄真真、王禹、冷鐵勛

主編：楊允中、王禹

責任編輯：庄真真

封面設計：蔣詠珊

電郵地址：CEUPDS@ipm.edu.mo

出版：澳門理工學院一國兩制研究中心

印刷：嘉華印刷公司

規格：15.5cm x 22cm

版次：2015 年 5 月

印數：1,000 本

定價：澳門幣 60 元

ISBN 978-99965-2-108-9

撰稿人（以撰寫章節先後爲序）

楊允中 第一章

李燕萍 第二章

姬朝遠 第三章

庄真真 第四章

王 禹 第五章、第七章及第四章部分

冷鐵勛 第六章

目錄

第一章 澳門特別行政區法律體系的科學認定

一、前言	1
二、原有法律與基本不變	2
三、對特別行政區法律制度的科學認定	8
四、澳門特別行政區法律體系：認定與評估	17
五、完善澳門現行法律的若干思考	20
六、結語：既要科學化、系統化，又要民本化、大眾化	23

第二章 澳門特別行政區法律體系的概念與特徵

一、法律體系的概念	25
二、法律體系與法系	28
三、法律體系的理論意義	29
四、澳門特別行政區法律體系的內涵分析	32
五、澳門特別行政區法律體系的特徵	36

第三章 澳門特區法律體系與中國特色社會主義法律體系的關聯

一、國家法律體系與地方法律體系	41
二、中國特色社會主義法律體系	42
三、澳門特別行政區法律體系是從屬於國家憲法的 地方性法律體系	49

四、澳門特別行政區法律體系爲中國法律體系的發展 增添了嶄新內容.....	58
五、澳門特別行政區法律體系與國家法律體系的區際 法律衝突及其協調	64

第四章 澳門特別行政區法律體系的憲制基礎

一、憲法是澳門特別行政區法律體系的根本憲制基礎	68
二、《澳門基本法》是澳門特別行政區的憲制性法律	73
三、憲法和基本法共同構成澳門特別行政區法律體系 的憲制基礎.....	78
四、全國性法律在澳門特別行政區的實施問題.....	89

第五章 澳門特別行政區法律體系的淵源構成

一、法律淵源的概念和分類	100
二、國家法淵源.....	103
三、本地法淵源.....	110
四、國際協議和區際協定.....	119
五、其他淵源：習慣、統一司法見解和學說	122

第六章 澳門特別行政區法律體系的部門法構成

一、法律體系與部門法的關係.....	126
二、部門法的劃分標準和原則.....	130

三、憲法和基本法在澳門特別行政區法律體系中的 統帥地位	136
四、澳門特別行政區法律體系的部門	141

第七章 澳門特別行政區法律體系建設的成就和挑戰

一、澳門過渡期內法律本地化工作的回顧與總結	150
二、澳門特別行政區成立以來法律體系建設的成就	155
三、進一步落實基本法在澳門特別行政區法律體系 建設過程中的導向作用	160
四、進一步改進澳門特別行政區法律體系的立法技術	162
五、進一步加強澳門特別行政區法律體系的理論建設	168
六、結語	171

第一章 澳門特別行政區法律體系的科學認定

一、前言

《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》（以下簡稱《澳門基本法》或基本法）1993年3月31日正式頒佈至今已整整20個年頭有多，它正式生效、全面實施也有15年之多。在“一國兩制”方針和基本法的指引與保障下，澳門特別行政區法制建設取得了有目共睹的成效，有“一國兩制”特徵的澳門特區法律體系已經形成，特區政府依法施政進入常態化、規範化，廣大居民包括愛國愛澳在內的核心價值觀的調整，以及習法知法、遵法守法的公民意識都有長足進步。這是正確認識澳門當前形勢的一個基本點。

在某些人看來，既然“保持原有資本主義制度和生活方式五十年不變”，那麼，特別行政區各領域事務同回歸之前就沒有甚麼兩樣。這其實是一種十分明顯的誤讀誤判。澳門回歸是一場不折不扣的社會大變革，是名副其實的“改朝換代”，而且特區推行的又是史無前例的“一國兩制”發展模式，故此，保持原有資本主義制度不變只是特區社會生態的一個重要內容而非全部內容，而且被保留的原有制度本身也要與時俱進。更何況根據基本法所設計的特別行政區制度，無論政治法律、經濟民生、文化社會以及對外事務都要按照建設“一國兩制”新政權的需要不失時機地抓好制度建設與理念調整。在實踐“一國兩制”的偉大進程中，同樣適用於鄧小平的“三個有利於”（即是否有利於發展社會生產力、是否有利於增強綜合國力、是否有利於提高人民生活水平）標準，具體地講，就是能否實實在在推動國家與本地區同步發展進步且令廣大民眾實際獲利，包括政治上民主參與空間的擴大和經濟上民生改善程度的提高。

開放的時代、開放的特別行政區，要求人們建立相應的開放思維。自上世紀80年代以來，中華人民共和國靠改革開放走出了中國特色社

會主義的新路，祖國河山和人民命運同步發生了根本性變化。正如習近平所講：“中國特色社會主義之所以具有蓬勃生命力，就在於是實行改革開放的社會主義。”“我國過去三十多年的快速發展靠的是改革開放，我國未來發展也必須堅定不移依靠改革開放。”“中國特色社會主義在改革開放中產生，也必將在改革開放中發展壯大。”¹

新制度、新體制、新機制的驗證需要有一個適應期，而身份與心態的調整同樣需要有一個適應期，如日方中的“一國兩制”事業也需要進一步提升其實踐水平。以衡量社會進步的一項最重要指標——法制建設來講，特區成立後迄今為止的成效，恐怕只能認定是萬里長征走完了第一步，擺在特區政府與社會面前的挑戰依然繁重而嚴峻，其中，對甚麼是特別行政區法律制度、甚麼是特別行政區法律體系的認知，恐怕仍有待全面關注並加以深入認真的探討。

二、原有法律與基本不變

“我國政府在一九九七年恢復行使對香港的主權後，香港現行的社會、經濟制度不變，法律基本不變，生活方式不變，香港自由港的地位和國際貿易、金融中心的地位不變，香港可以繼續同其他國家和地區保持和發展經濟關係。”² 這是鄧小平 1984 年 6 月 22 日在《一個國家，兩種制度》一文中作出的莊嚴承諾，也是中央政府制定基本國策時的一項重要原則。在上述“四個不變”中“法律基本不變”在一定意義上直接決定另外三個不變，亦即另外三個不變都要靠基本法以及原有“法律基本不變”來加以認定和保障。這樣，正確理解“法律基本不變”就具有十分突出的重要性。

（一）何謂原有法律

“法律基本不變”中的法律當然指原有法律，但原有法律的概念、意義、價值又何在呢？“法律與社會的關係，是社會需要決定法律的

產生，法律的存在服務於社會需要。”“法律與社會之間的關係，既要穩定又要發展。所以，法律不能朝令夕改，也不能一成不變。”³ 依據《全國人民代表大會常務委員會關於根據澳門基本法第 145 條處理澳門原有法律的決定》（下稱《決定》）的精神，凡在 1999 年 12 月 19 日前，在澳門有效實施的本地規範性文件，原則上均可列入原有法律的範圍內。原在澳門實施的法律中，原由葡萄牙主權機構制定、體現葡萄牙的國家意志，代表葡萄牙的主權，與中國對澳門恢復行使主權和基本法相抵觸，當然不能被採用為特區法律。另一部分由葡萄牙制定、經過過渡期本地化，即由澳門自身的立法機關進行修改、通過，不與基本法抵觸者，則可採用為特別行政區的法律。至於由回歸前原本地立法機關制定的法律，只要不抵觸基本法，一般均可被採用為特別行政區的法律。

通常提及的“原有法律”應理解為廣義概念，泛指回歸前包括法律、法令和其他規範性文件，當然以法律（含法令）為主體。如果使用“原有的法律”則只能是狹義概念，即不包括法律（含法令）之外的規範性文件。至於“基本不變”所指的原有法律，重點顯然仍在於居原有法律體系主體地位的法律和法令。

（二）對“基本不變”的正確理解

1. 以全國人大常委會所作決定為依歸

法律不僅是最核心的社會規範，也是屬於直接維護某一政權合法性、正當性的規範體系，故此，對原有法律的過瀘、審查就成為政權順利交接、平穩過渡的一項基本原則和重要內容。澳門特區籌委會法律小組負責審查的原有法律（包括原立法會制定的法律和原總督制定的法令）共 855 件，“絕大多數的法律通過作出必要的變更、適應、限制或例外以及通過解釋、名稱詞句替換等原則解決，從而使這些法律均可採用為特別行政區法律。”⁴

在“基本不變”方針指引下，上述原有法律中的大多數包括在過渡期經過本地化的法律基本上都獲准坐直通車過渡到特別行政區，所

以，“基本不變”就是指原有法律中多數不變，成文法傳統不變，體現原法制傳統的進步成份和做法不變。但對“基本不變”的認定要以全國人大常委會作出的相關決定為依據，因為全國人大常委會是最高國家權力機關的常設機關，擁有解釋憲法和法律、制定和修改除應當由全國人民代表大會制定的法律以外的其他法律的職權⁵，由它作出的決定具有同基本法相同的法律效力。

根據全國人大常委會的《決定》，屬於其附件一所列即因抵觸基本法而不被採用的原有法律共 12 件，屬於附件二因抵觸基本法而不被採用，但在特區制定新法律前可按基本法所確定原則參照原做法處理相關事務的法律共 3 件，屬於附件三因部分內容抵觸基本法而不被採用的原有法律共 18 件。三項共佔被審查原有法律的比例為 3.86%，其中全面廢除的只佔 1.75%。採用為澳門特區的原有法律，如“以後發現與基本法相抵觸者，可按照基本法的規定和法定程序修改或停止生效”（《決定》第十項）。“從某種意義上說，澳門今天的法律基本上仍是昨天的法律。”⁶ 特區成立之後除全國人大常委會《決定》附件一、附件二所列法律已被廢止外，附件三所列部分內容對基本法構成抵觸已基本上被修改。這充分說明“基本不變”政策的包容性、寬鬆性，也說明“一國兩制”基本國策的前瞻性和預見性。

2. “基本不變”不等於永遠不變

保持法律規範的相對穩定性，是立法者和廣大民眾的共同願望和期盼，但個別法律規範以至整部法律又必須在實踐檢驗中與時俱進、適時完善。任何法律都不可能一成不變、一勞永逸，在回歸前特殊立法環境下形成的法律規範更不例外。要做到“基本不變”，一是必須強調原有法律制度、法律體系不抵觸基本法前提下的相對穩定性；二是以特區籌組期間特區籌委會進行審查的時間為界限，以當時做出的認定為主要依據，日後如發現抵觸基本法情況者另行處理；三是除全國人大常委會決定要求的適應性措施、名稱詞句替換外，原有法律的中譯質量欠妥者必須進行適度文字優化。

對於被保護下來的原有法律，作為原有資本主義的重要價值符號，

總體觀察，對於建構澳門特區“一國兩制”法律體系是相當有利的，澳門社會也應把它看成是一份有益文化遺產，做到古為今用、外為中用。但事物不能絕對化，基本不變不等於長期不變，更不等於永遠不變。可以被特別行政區新社會常態化的只能是法治大方向大原則，而不是某一件具體法律法規或某一具體法律規範。

（三）對“基本不變”的誤讀誤判

1. 法典法說

澳門在 1999 年 12 月 20 日回歸前長期受葡萄牙及葡萄牙傳統法律的管治。葡萄牙是一個十分典型的大陸法系國家，素以成文法作為法律的主要淵源，故其法律體系相對來說比較完備。這種以成文法構成的完備嚴謹的法律框架特徵在澳門原有法律體系中也得到了充分的體現。⁷ 大陸法系對“五大法典”（民法典、刑法典、民事訴訟法典、刑事訴訟法典和商法典）推崇備至。既然澳門特區保持原有法律基本不變，除業已本地化的同名“五大法典”外，澳門尚有多部次級法典和多部綱要法以及常用的程序法典和登記法典，構成實體法與程序法的骨幹。因而，認定澳門當前法律制度時，部分人士依然堅持法典法觀點。澳門原有法律包括“五大法典”絕大多數經本地化後均直接延伸下來，其中，一些重要領域的法律以法典形式頒佈，這是事實。但當前澳門法律體系中居最高位階的基本法和 11 部在澳門特區適用的全國性法律絕對不可簡單化地納入歐陸法典法體系。故此，與其說澳門特區保留原法典就是實行法典法，倒不如說澳門特區“一國兩制”法律體系保留了法典法特點。

2. 民法主導或民商法主導說

歐陸法系有時亦被某些學者稱之為民法法系或民商法系，民商法受到法學界格外關注與重視，強調民法某種意義上意味着對保障公民基本權益的重視，這在當代亦構成備受重視的一項憲政原則。葡萄牙 1974 年 4 月 25 日革命後重新頒佈憲法，全面移植以德、法為首等歐陸國家法制現代化積極成果，在一定意義上也導致澳門法律體系的更新

與逐步現代化。1987年《中葡聯合聲明》簽署後，法律本地化更成為澳門過渡期三大要務或三大難題之一，通過推動法律本地化進一步為原有法律基本不變創造了條件。回歸之後，業經本地化的民法典和商法典無疑仍有其不可取代的重要地位，但說成了由它來主導顯然言過其實。在澳門特區法制領域，唯一起主導作用的只能認定為居特區本地法律位階最高的基本法。基本法是“一國兩制”的具體化、法制化，顯而易見，確保長期繁榮穩定、長治久安靠的正是基本法。

3. 原有法律主導說

20世紀70年代中期以來同葡萄牙新政權推動對內政治民主化，對外非殖民化兩大新政相適應，澳門形成了一個立法高峰期，1987年《中葡聯合聲明》簽署後法律本地化成為中葡雙方和澳門各界一大關注點。經共同努力，到澳門回歸時除極少數原有法律因同國家恢復行使主權的要求不相適應而被全國人大常委會宣佈廢除外，大部分原有法律均得以延續下來。由於原來是雙軌立法，由總督頒佈的與法律具有同等效力的法令又佔多數，加之，立法原則和技巧等多方面因素影響，法律亂象紛呈，政府清理至今仍未了斷此事。要講原有法律主導說，恐不符澳門特區當前現實。

當然，那種認為澳門回歸後法律應當推倒重來的想法，那種認為葡萄牙法律觀念均應捨棄的觀點，都是不切合實際的，不利於社會穩定，也不符合“一國兩制”的原則和精神。同樣，那種認為原有的葡萄牙法律觀念均不可觸動，甚至視其為“澳門傳統”死抱不放的守舊觀點，也是與澳門社會的發展要求格格不入的。⁸ 原有“法律基本不變”不等於進入特別行政區時代的澳門仍要靠原有法律主導，這種判斷既是對原有法律得以保留的認知失據，更是對“一國兩制”和基本法以及澳門特區社會現實存有偏見的一種表現。

4. 原有法律受保護說

根據“原有法律基本不變”原則，澳門原有法律絕大多數因不抵觸基本法得以延續下來，某種意義上也可以講受到基本法的保護，這是事實。但不容忽略的另一面是，構成澳門特區法律體系基本組成部

分的還有特區立法機關自行制定的新法律和涉國家主權及中央與特區關係而在特區生效實施的部分全國性法律。故此，絕不宜因受到基本法保護而把原有法律說成是一成不變，或有意無意地把保持“基本不變”的原有法律認定是特區法律的代名詞。需要充分肯定的一點是，原有法律絕大多數作為法治文明成果有其存在價值，有對其合理利用的必要性，但所有法律都面臨與時俱進、及時完善的課題，即使特區立法機關制定的新法律假以時日也要修改完善，更遑論立法背景與時代環境均與當前脫節的原有法律。一個可以預期的前景是：原有法律在特區法律體系所佔比例將會越來越低，屬此消彼長，而特區立法機關制定的新法律所佔比例會逐漸增大，恰恰是此長彼消，雙方結構比例是逆向發展。這表明原有法律在特區的社會功能處遞減趨勢，從另一層意義上講也是特區發展進步所使然。

5. 資本主義法律當道說

這是對原有法律認知的另一種傾向。在某些人士看來，既然特區保持原有資本主義制度 50 年不變，那麼作為原有資本主義產物的原有法律當然也要 50 年不變。故只能將計就計，甚至無可奈何。這類判斷的片面性、簡單化是十分明顯的。一方面，法律本身是動態性很強的剛性社會規範，它必然隨社會演進而演進，另一方面，原有法律總體上可以延續適用，但其規範度、完善度絕未達到令大多數居民滿意地步。因此，肯定不等於絕對化，自我封頂或被動封頂即不想改、不願改、不讓改的心態，都是不妥的。原有法律要分期分批在審慎有據前提下納入其規範化、完善化日程，是歷史發展的客觀要求，具體做法上肯定要慎之又慎，成熟一件修訂一件，循序漸進，逐步推進完善進程。總之，包括“五大法典”在內的原有法律其基本適用性應予肯定，對其中大部分以至整體的存在價值不容懷疑，但對部分過時、過寬或過嚴或有欠嚴謹的規範包括文字上做出優化，絕不是多餘的過分要求。

三、對特別行政區法律制度的科學認定

（一）制度與社會制度

制度是在一定歷史條件下形成的政治、經濟、文化等方面的運行規範體系。在過去的一百年間隨着社會主義思潮的廣泛傳播，特別是1917年俄國十月革命成功，在全球範圍內逐漸形成兩種針鋒相對的社會制度：社會主義與資本主義。其實，“社會主義與資本主義最本質的區別不外乎兩條：一是社會財富由誰佔有及如何分配，二是國家公權力由誰來行使。社會主義強調‘一公二共’，即在社會財富的佔有和分配上強調公有制，強調共同富裕，而國家公權力掌握在以工人階級為首的勞動人民及共產黨手裏；資本主義則強調‘一私二資’，即私有制天經地義，神聖不可侵犯，而國家公權力由資產階級及其政黨來掌握。”⁹ 這本是常識性問題，但卻往往被人淡忘。

實行任何一種社會制度和發展模式，是不同國家或地區人民自行作出的選擇，但這種制度所以能夠得以實施，首要條件便是由其最高權力機關或立法機關制定相關法律加以保障，因此，制度以法律確認為前提，由法律確認的制度便成為剛性全民行為規範：由政府到民間，由中央到地方都要加以維護。故法律制度既是社會制度的核心和基礎，又是其靈魂和價值所在。

（二）法律制度與法律傳統

法律制度在學理上有廣義與狹義解釋。廣義上主要指某一國家、地區所實行的法律體系歸屬，如按法系認定的大陸法制度或海洋法制度，按建立原則認定的成文法制度或判例法制度，按社會制度認定的社會主義法律制度或非社會主義法律制度。而狹義上則泛指某一具體領域的制度，如審判制度、出入境管理制度、教育制度、勞動保護制度、公職人員制度等等。

法治作為人類文明的一項積極成果已成為現代國家的重要標誌。但不同國家、不同民族因歷史與社會原因均有各自不同的文化傳統包

括法律傳統，法治實現程度也各不相同，強調法治與人治、形式上的法治與實質上的法治，仍是最大分水嶺。西方國家更有法學家法與法官法的不同法律傳統，前者強調制成法的權威性和學者的法理主張，後者則強調法官的權威性和判例的廣泛適用性。

（三）澳門特區實行的是特別行政區制度

澳門實行的特別行政區制度，包括法律制度在內，都以基本法的規定為依據：“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，包括社會、經濟制度，有關保障居民的基本權利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度，以及有關政策，均以本法的規定為依據”（第 11 條）。由最高國家權力機關——全國人民代表大會所制定的基本法，其崇高權威性不容挑戰：“澳門特別行政區的任何法律、法令、行政法規和其他規範性文件均不得同本法相抵觸”（第 11 條）。特別行政區制度既不是百分之百的原有資本主義制度，也不是百分之百的社會主義制度，而是由基本法指引與保障，從澳門社會現實出發、體現理論創新與制度創新的“一國兩制”新型制度體系。

人們完全有理由相信，既具歷史延續性又具時代創新性的澳門特區法律制度與法律體系，是具有自身特色的，甚至也具有明顯的相對優勢。當然，澳門法律的發展完善與科學化，路仍漫長。但“只要我們敢於正視現實，立足本地，解放思想，以新思維、新模式去應對未來的挑戰，就一定能使澳門法律跟上社會發展的步伐，不斷走向成熟，最後形成一個具有澳門特色的符合澳門實情的先進的法律制度。”¹⁰

（四）澳門特別行政區現行法律制度舉例

從宏觀上觀察，澳門特區正在實行的法律制度只能被認定為具“一國兩制”特徵或具澳門自身特色的新型法律制度，簡稱為“一國兩制”法律制度。以下從微觀層面討論幾個具體法律制度。

1. 規範中央與特區關係的法律制度

根據憲法，規範中央與地方關係的條文包括總綱第 30 條，第三章國家機構的第 59、62、89 條以及第五節地方各級人民代表大會和地方各級人民政府第 95-111 條，第六節民族自治地方的自治機關第 112-122 條，此外，全國人民代表大會組織法、全國人大和地方各級人大代表法、全國人大和各級人大選舉法、地方各級人大和地方各級人民政府組織法等全國性法律也均作出相應規定。

由於實行“一國兩制”，中央與澳門特區關係在憲法第 31 條授權下由基本法第一章總則的部分條文和第二章中央和澳門特區關係共 12 個條文作出具體規範與指引。這些具憲政規範性質的規定清晰而堅定地表明：①澳門特別行政區的法律定位，它是中華人民共和國不可分離的部分，是中華人民共和國的一個享有高度自治權的地方行政區域，直轄於中央人民政府。中央與特區是上下級、領導與被領導的關係；②中央政府行使的公權力，凡體現國家主權的事務如外交權、防務權、對行政長官及主要官員任免權、對特區立法機關制定法律的監督權、決定全國性法律在特區實施等權限，屬中央政府；③特區的高度自治權，凡屬高度自治權範圍的行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權，由全國人大及其常委會或中央政府授予的其他權限由特區所享有；④中央與特區之間是良性互動關係，中央所屬各部門、各省、自治區、直轄市不得干預特區內部事務，而特區應自行立法實行“三禁止”：禁止任何叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆中央人民政府及竊取國家機密行為，禁止外國的政治性組織或團體在特區進行政治活動，禁止特區的政治性組織或團體與外國同類組織或團體建立聯繫。中央關心、支持特區，而特區維護中央尊嚴、維護國家主權、安全、發展利益，雙方良性互動、同步發展是“一國兩制”基本宗旨所要求。這個極不尋常的創新設計，開創了國家行政管理上最具中國特色的新型制度。

澳門特別行政區成立一開始即通過《回歸法》（第 1/1999 號法律）、《政府組織綱要法》（第 2/1999 號法律）、《法規的公佈與格式》（第 3/1999 號法律）、《就職宣誓法》（第 4/1999 號法律）、《國旗、國徽及國歌》（第 5/1999 號法律）進行配套跟進。2009 年 2 月《維護國