

不能本地化 (憲法過渡範圍內)

João Nuno Riquito

澳門大學法學院助理教授

“應做就去做，
我們就可重新建造符合我們風格的紀念碑。
建造用的石塊雖然一樣，但要花的功夫亦不少。”

Marguerite Yourcenar，Adriano 的回憶

I、前言：標的定義、次序理由。

一、我們建議討論的主題，在某一程度上，已超越本研討會的範圍。¹

本主題旨在對私法範圍內法律本地化程序方面作出思考，法律本地化過程是澳門地區法律政治過渡程序的“典型現象”。

對於思考的問題，我們會主要討論在公法範圍中出現的傳統問題。

事實上，需要承認，該思考足以成為我們再次在此會議廳進行討論的原因。

¹ 本主題是我們其中一個大型研究的思考目標，亦是澳門大學法學院五年級一般理論科目一直教授的課題。為了是次研討會，我們決定製作本文，嘗試在有限的時間內完成所有的要求。因此，本文基本上不會介紹任何參考書籍名稱，除了那些直接引用某一作家思想的情況外。希望各位有機會和時間去欣賞它，以及接受各位對有關研究工作的“公開批評”。

二、然而，我們很榮幸被法學院領導層邀請出席這個重要的場合。我們相信在已成功舉行了的以公法中澳門法律體系本地化為題目的兩個研討會中，已完成了艱辛的研究工作。而現時我們在私法中思考同一問題：本地化之限制。這個問題或許令人喜愛，且可能不會過於乏味。

三、這樣，就需要鑑定一些術語的準確性，定出分析的客觀限制，以及指明分析在方法學及學理上的前提。

四、有關這方面，首先要指出的是，在詞義上“本地化”一詞的定義是局限於將“源自葡萄牙共和國和現時在澳門生效的規範性行為由本地立法機關通過的程序”²，

眾所周知，要有良好的實踐，就要瞭解上述本地化程序的準確意思與法律體系配合程序之間的緊密（雖然不是必然的）聯繫。亦需注意，這兩個程序在思想及政治層面上的多元化關係，以及這些關係所交織出的一個複雜網絡。

此外，一如我們有機會在下文中指出，從某個角度看來，本地化程序的限制可以對澳門地區生效的法律體系範圍的配合性或配合程序造成限制。

然而，我們嘗試基本遵守上述詞義的準確性，且意識到該準確性有其獨特理由，這是由於本文標的所受到的限制及界定範圍的要求之故。

五、本地化程序在此視為澳門地區法律政治（在這意義上，是指憲法）過渡程序中出現問題的答案。

因此，這答案必須被理解為該過渡過程的一個本身因素，或更簡單地說，是程序提出的一項要求。

稍後，我們將有機會對這個本地化的要求在學理上所體現的要求作出思考。

現時，需要闡明問題的所在，簡單地，就是：

“對於澳門地區所界定的憲法過渡的模式，有哪些規範是不可本地化的？”

² “來自葡萄牙共和國的規範性行本地化”載於 Jorge Oliveira在澳門大學法學院舉行有關本地區法律本地化研討會上發表的演詞中。

六、嚴格地說，提出這條問題是由於本地化程序可以受到由訂定澳門地區主權移交過程的規範性準則所限制：有關澳門問題的《中葡聯合聲明》、《葡萄牙共和國憲法》、《中華人民共和國憲法》、以及稍後我們將會看到的《澳門組織章程》和《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》。

七、就是這樣，所以各位應該明白，對於“不能本地化”的話題，任何可能超出法律範圍外的意見，我們將不予考慮。在此，一些問題不會直接使我們感到憂心，如某些法律本地化的政治時機、政治上界定本地化程序所涉及的組織，或者將來可能對本地化造成限制的憲法標準解釋的政治性決定因素。

八、相反地，這問題將被視為法律問題來處理。

履行這項工作，需要以包含及解釋不可本地化的意思為分析性前提，這前提體現了我們將過渡程序視作憲法程序的理解。

正因如此，前提就此定下。由於時間的關係，我們將有關前提的分析和真偽交由賢者自行評論。

第一部份問題在此完結。我們在得到各位的協助下，將會指出哪些事宜是不能本地化的。

II、在澳門地區憲法過渡中瞭解本地化程序作為前提

九、本人建議各位有限制地接納以下前提：

- a) “一國兩制”方針是中華人民共和國內憲法性規定的一項原則，體現在一九八二年憲法第三十一條的規定內；
- b) 該原則被視為配合澳門地區法律政治過渡過程之國際雙邊法律準則；
- c) 《澳門特別行政區基本法》解答了中華人民共和國內憲法性規定的問題，在規範上強化了“一國兩制”的原則，因此，具有憲法性質。

從這角度來看，遵守《基本法》的問題是中華人民共和國憲法性的問題；

- d) 《基本法》的制定與《中葡聯合聲明》的配合及協調等是源於《中葡聯合聲明》中的內容。

從另一觀點來看，遵守《基本法》可以體現為中華人民共和國遵守國際協定責任的問題；

- e) 無論是從中華人民共和國憲法的觀點，或是從國際責任的觀點上來看，對於在澳門生效的法律體系，其延續性原則成為體現特別行政區一般自治原則的工具；
- f) 倘若將澳門法律體系延續性原則理解為澳門特別行政區生效的法律體系自治原則的（特別）工具性原則上文明確指出這點，這是因為該延續性原則來自《聯合聲明》，遵守該原則是雙方在協定中的責任；
- g) 在承認延續性原則作為（遵守）澳門特別行政區法律體系自治原則的工具時，就界定了：對於葡萄牙一般法律體系和中華人民共和國一般法律體系，澳門的法律體系就分別屬於“遞進式對稱性”（Gonçalves Pereira）及“飛地”（Gomes Canotilho）的模式；
- h) 在以上的模式中，本地化的程序應理解為葡萄牙遵守《中葡聯合聲明》的責任之一；
- i) 然而，本地化程序成為分析葡萄牙共和國至過渡期結束前在澳門地區“管治”的因素之一；
- j) 本地區“管治”體現了葡萄牙主權的行使，因此，須遵守憲法上所界定的限制和規定；
- l) 《葡萄牙共和國憲法》生效時，是澳門地區單一的規範性行為，而《澳門組織章程》作為《共和國憲法》的“功能性替代品”（Easton）。

十、從以上闡明的前提索引中，我們希望強調一點。

我們了解，本地化的程序是葡萄牙在負責澳門管治時的義務，這義務來自有關澳門問題的《中葡聯合聯絡聲明》。

如不使用過於技術性的術語，本地化程序是指對確保在澳門生效的法律體系的自主性和延續性的一般程序的分析。

十一、有關這點，在進行界定“不能本地化”之前，我們仍須對兩方面多作思考。

首先我們知道，由於本地化程序在此的理解是這樣的，所以本地化的要求與“現時”經常提出的是否維持源於殖民色彩的法律這個問題無關。

問題不是權限歸屬的問題（但如理解成這樣，在憲法性過渡方面，就會出現嗣後組織性違憲的情況）；相反地，問題與憲法過渡模式之一般問題有關，而該模式指出澳門法律體系逐漸走向自主。

另一方面（這個問題更需多加考慮），我們認為，非本地化並不表示隨著澳門特別行政區成立³，“王國法律”必須失效。肯定的是，非本地化並不表示葡萄牙共和國不須遵守國際的義務，以及不遵守共和國憲法第二九二條規定的法律的義務。

十二、無論如何，我們覺得有疑問的是：可否從《中葡聯合聲明》附件一第三段和《澳門特別行政區基本法》第八條中載明的形式的延續性原則中，發現對法律體系“直通車”的保障。

鑑於特別行政區的憲法模式包括本地化義務，該義務並不會隨著葡萄牙在澳門地區管治的終止而結束。

III、不能本地化

A、本地化的限制作為過渡期“憲法自主權”的限制

十三、了解所指憲法過渡程序框架本地化程序的模式後，本地化有其限制。

部分的限制是由於澳門地區法律體系屬於沒有憲法自主權的體系

³ 有關問題，參閱Jorge Oliveira的上述著作，以及《未來特別行政區基本法中澳門法律體系的延續》，《行政雜誌》第19/20期。

格局。在這情況下，沒有重要的自主權即時便被看成沒有憲制自主權。

如果這點是由於憲法歷史，或是由於國際公法對澳門地區“發明”的決定性因素造成，肯定的是，這些因素亦會導致《葡萄牙共和國憲法》以及《澳門組織章程》不能本地化。

十四、上述的命題，意思含糊，但在學理上是有重要影響的。

澳門憲制多元化是法律體系的第一個癥結所在，解釋了“澳門地區的管治”是葡萄牙共和國行使主權的表現。

而我們的愚見認為，無論在法律體系，或在司法組織上，本地化的程序在此出現各種限制。

十五、在我們講課中，一直支持憲法的管轄權不能本地化。

就法律合憲性集中監督本地化的問題，不論建議的組成格局如何（例如，在澳門高等法院設立一個專科；或假設在特別行政區成立前在終審法院設立一個專科）問題是涉及某些行為合憲性的監管，而葡萄牙共和國對這些行為行使主權。

肯定的是，現時的考慮並不涉及界定監管行為的實質標準，對於不是由澳門本地區政府機關在行使本身權限時產生的規範性行為，或在任何情況下不應適用於澳門地區政府。

然而，在確認《澳門組織章程》在形式上具憲法性質時，就需要說明所有在憲法標準多元性和（我們在此維護的）監管合憲性的組織單位之間出現的衝突。

即是，就上述問題，僅葡萄牙共和國一般法規在澳門地區生效的這個事宜（特別是對澳門地區本身管理機關沒有處分權的有關法規），就足以證明需要將合憲性監管程序的集中單位設於憲法法院內。

十六、有關這題目，仍然存在三個問題，需要各位考慮的。

首先，為了解釋我們堅持的論點，我們相信，《葡萄牙共和國憲法》和《澳門組織章程》規定的作為澳門地區司法組織特質及專有的自主權，並且包括法院之監督權，因此，不應是那些憲法性規定所指的屬於總統命令之標的。

其次，我們要承認，有些論題實際上引伸出各種問題，首先是一九九九年十二月二十日前，在「世紀之路」出現的待決卷宗轉移的問題。

然而，在這些實際的限制中，出現一些令我們感到安慰的東西，如稍後我們有機會指出的一樣，由於“遞進式對稱性”及配合《特別行政區基本法》原則的要求，支持憲法法院有管轄權似乎亦有理由。

十七、按照我們所支持的相同理由，對澳門總督行為提出的司法上訴，最高行政法院司法管轄權的本地化亦是不可能的。

對於針對作為共和國主權機關代表的總督，上述權限現時載於《澳門司法組織綱要法》，我們可以在屬於憲法性法律地位的《澳門組織章程》內找到其理由。

再次，涉及的問題是澳門地區的憲法沒有自主權，特別是制定澳門總督作為葡萄牙共和國行使主權的本地代表。

這方面亦並不難以理解，在統治權移交日期前，將在最高行政法院中待決的卷宗作出轉移是不可能的，因為不會必然地導致排除這些上訴的一切法律實際效力的結果，這情況與呈交憲法法院審議的程序有所不同。

十八、由於相同的理由，我們亦支持共和國總統的職責，並不具備可以本地化的性質，因此，不論他對澳門地區所履行的一般憲法性工作，又或是根據《共和國憲法》或《澳門組織章程》內規定的特別職責，均不可本地化。

作為國家的最高代表，共和國總統對於澳門地區的職責明確實現在本地區沒有憲法自主權上。這些職責具不可本地化的特性，對於我們來說（我們曾在其他的著作中亦支持這點），甚至導致憲制的準限制：由於共和國總統對澳門地區的相當一部分實現為行使“管治”職責，轉為屬於共和國政府的工作範圍，因此不能將“澳門問題”重新理解為有利於葡萄牙參與國際關係秩序的問題。

十九、另一方面，在界定澳門地區憲法自主權時所出現的限制，似乎是與適用於範圍是以人為依據的國際公約的規範性有關。

現在，我們考慮葡萄牙是國際公約締結國，雖然澳門並沒有參與這些公約，但其在空間範圍上的適用是以人為基礎的，並在某程度上受制於葡萄牙所行使的主權，而主權的行使並非（主要地）以各締約國對有權行使主權的空間或地域為基礎。

二十、當從另一角度看這問題時（稍後我們對此將舉出實例），我們必須承認，在某些國際公約中存在的現行規範，它們的效力範圍以人為基礎，並不包括地域效力的意思，因此，本身也是不能本地化的。

我們試舉下列例子。

無論是關於引渡的《歐洲公約》，或是《馬成條約》，均不在澳門地區生效（在本文中，我們不會談及有關是否由於葡萄牙憲法將有關條文納入權利、自由和保障的保護範圍內，而使有關第一份公約變成得以適用。）

然而，不論在國內或國際法的層面上，上述兩份公約對葡萄牙構成履行的義務，這些義務不只局限於憲法上名稱為“葡萄牙領土”的空間上，對於該實體在行使權力的其他空間上亦然。在具體的角度來看，規範這些權力的行使亦得受所述公約約束。

但由於這些公約不能飛越到澳門（由於締約實體要遵守的限制），因此，毫無疑問的是，對於有關領域，有效的法律規範的延續性將被中斷，但不妨礙特別行政區的法律的隨後補充。

二十一、最後，在規範性行為的領域中，我們找到本地化所受到的限制。它被理解為，澳門法律體系不具憲法性自主權，根據《共和國憲法》規定，有關行為屬於共和國議會專屬立法權限之保留，並沒有轉到澳門地區本身管理機關的立法權限內。

二十二、眾所周知，澳門總督和澳門立法會是否可以在這方面立法，及在理論或實踐分析中是以哪些立法措施等問題均具很大的爭議性。

同樣，我們亦知道，《澳門組織章程》最後一次的修訂中，由於沒有消除可能的爭議，因此，其適當性實質上減少了。

總體而言，現時須指出的是，在《葡萄牙共和國憲法》肯定的國家單一性的理解中，難以支持是否再次修改《澳門組織章程》，從而使其他規範轉為屬於本地機關的權限。

如這說法是有理由，合理界定“非本地化”的範圍似乎亦屬有理。

**B、對本地化的限制，如同對澳門特別行政區憲法自主權的限制：
配合《基本法》的原則。**

二十三、在我們試圖指出本地化的限制作為未來特別行政區憲法自

主權限制的“預先投影”時，我們可以發現，在過渡期部份這些限制是可以視為澳門地區不具主權的憲法本地化的限制。

我們對有關發現沒有感到驚訝，簡潔的理由是：“遞進式對稱性”的模式解釋了這個巧合。

二十四、因此，除了以上所指的事宜外，我們甚至可以在非本地化的兩個理由的共同空間中，指出象徵國家的規範性模式（旗幟和一般的國家象徵）、澳門在國際上法律人格的規範性界定、和外交及領事權等是不能本地化的。

二十五、然而，“非本地化”在某範疇中對於未來特別行政區憲法自主權有特別意思。

在此，我們這樣說，由於《澳門特別行政區基本法》，或甚至《中華人民共和國憲法》規定現時適用於澳門地區的法律具延續性的解決方式，因此“王國法律”，雖然形式上可以本地化，但相對於其他致力確保本地法律體系延續的法律，其本地化程序是不會成功的。

根據中華人民共和國《澳門特別行政區基本法》第八條規定：“澳門原有的法律、行政法規和其他規範性文件，除同本法相抵觸或經澳門特別行政區的立法機關或其他有關文件依照程序作出修改外，予以保留。”

對於法規的本地化，倘部份內容抵觸《澳門特別行政區基本法》的規定或原則，就絕不會保確有關效力的延續性，如我們所說一樣。

二十六、請大家不要從我們的說話中，得到這個一般概念：支持那些尋求將《基本法》的主導配合原則變為該法具“預先效力”的解決方法的立場。

這樣做在政治上雖然可以是適當的，但在過渡程序中將大量法規本地化（對機關作出功能上的配合）時，就不應該包括有權為（或在）澳門地區立法的實體。

我們談及意思由我們所賦予的“非本地化”的意思時，只局限於制度明確“不可過渡”的情況，如我們說過，這些情況已由《基本法》和中華人民共和國一般性憲法體系界定了。

作為例子，我們可以指出：政治團體、澳門總檢察長、雙重國籍

的公民（葡萄牙和中華人民共和國國家公民）和澳門居民等通則是不可過渡的。

二十七、我們需要承認，這些事宜，可能是政治的 “*esprit de finesse*” 而不是幾何式預測的問題。在“即使天崩地裂也要申張正義”與將請辭的不在地主義，需要將良好地實踐本地化。

C、本地化的限制，作為法律體系適合性的限制

二十八、我們在開始這冗長的演詞中曾指出，希望盡可能保持本地化本身狹義的概念，即“由本地立法機關核准由葡萄牙共和國制定的規範行為”。

然而，我們不得不考慮我們關注的問題，在某一時刻，特別是在這研討會中，廣義的本地化不斷出現。

二十九、現時我們要知道的問題是，過渡程序是否可以對澳門地區生效的法律體系的本地化／配合性加以限制，這些限制是指對體系配合性的限制。

驟眼看來，可以說這問題與我們剛剛指出的問題之間沒有獨立性，即：界定未來特別行政區憲法自主權的範圍。

但我們認為並不是這樣的，現在就讓我們對這些問題的另一面作出考慮。

按照“世代公約”（Gomes Canotilho）建議的《中葡聯合聲明》明確規定，推定未來澳門特別行政區法律體系具有穩定性（延續性及自主），這穩定性是透過對來自“葡萄牙的法律”的“備忘錄”而得到支持。

三十、然而，不得不承認，“來自葡萄牙的法律”的概念可延伸至（實際上已本地化或不可本地化的）“葡萄牙的法律”的概念。急需要問的是，就簽訂有關澳門問題的《中葡聯合聲明》的日期前，締約國可否將非假設的規範性解決方法本地化（是否可透過配合而設定這些解決方法）？

三十一、如果這問題在實踐中可以產生疑問，那麼，對於這些適時的疑問，我們就以中華人民共和國面對由英國和北愛爾蘭政府對今天已不存在的香港海外地區引進的“政治改革方案”立場的備忘錄作為回答。

三十二、或許不需以過於悲觀的態度面對有關問題。讓我們和各位在討論時，一起去思考。如各位同意，我們就提出下列的問題：

- 在葡萄牙生效的家庭關係事宜的法規，是否可以保持葡國的特色而得以過渡及本地化？
- 由於葡萄牙商法部份改革而引入的“破產”和“無償還能力”之間的差別，是否可以過渡及本地化？
- 隨著新《民事訴訟法典》的生效，葡萄牙的民事訴訟引入的新規定，是否可以過渡及本地化？

四、結束

我們之目的並不是要分析整個本地化過程的成功之處，也不是詳細地限制本地化的範圍。

首先在我們的理解中，我們只是想重申對於有關程序的解釋：按照由《中葡聯合聲明》定出的延續性和自治的一般性模式，確保遵守澳門法律體系延續性的承諾。

但世上每樣東西也有其限制，我們和各位的能力亦有限，我們亦不需過於介懷。

發言完畢。

