

尋找一個“遺失的制度”——從合憲性審查到“加重合法性審查”

（部分內容之闡述）*

馮文莊

普通管轄法院法官

澳門大學法學院兼職教員

“不成名、卻有所成就，遠比出了名、但無任何成就的好。”

—— A. Pundit 名句

I – 開拓討論的空間

我們在此提出下述的問題、以便作公開和批判性的探討：

a) 現時的合憲性及合法性審查制度與一部描繪澳門社會政制前途的《基本法》、兩者間存在哪些不同之處？

b) 由區域性的機關實體及由非區域性機關實體落實憲法規範，或《基本法》規範的程式，在功能上及方法上有何異同？

倘今日上述內容仍不十分清楚，那麼，它們更不會在將來因主權回歸後而引致的憲政準則轉變時得以解決。我們無意進行詳盡的分析爭論，甚至在方法上我們仍未掌握。立法者不應該創造學說；立法者亦無需嚴酷無情地遵從學說，立法者應注意的是不應在解釋現行法律或即將生效的法律具體行為中、以演繹的方式進行複製。

* 此文為作者在澳門大學法學院 1996/1997 學年度葡文法律碩士課程中《憲法學》這一科目所提交的論文報告。

在任何一個存在一部匯集各種基本價值觀的文本的社會裏，而這一文本文通常被冠以基本法律或其他類同名稱，所追求的亦只不過是各種層面的保障：在制度方面的根本保障及在個人層面上的根本保障。

在第一個範疇裏，旨在建立一套最高的標準，並以此作為所有公共權力行為之原則，確定其行為的積極與消極的界限。這一觀念的產生可追溯至 18 世紀末。後來逐步得以確立，在不同的地緣政治區域內獲得認同，超越了領土及文化的界限，無論在西半球還是東半球，均取得了本身實踐的地域空間。

由此則引發了無論是在法治國家、還是法治社會的憲法的約束或公共權力的根本合法性觀念。基本法律，作為“規範中之規範”，是法律體系中最高級別之規範，確定所有公權力行為之有效性，亦直接約束它們的行為，強制性地要求國家的行為和一般公共機關的行為：遵守法律。

基本法律內的主要內容並不限於此，今時今日，還需尋求落實實施目的、任務、綱領的規範及原則，換言之，要求基本法律扮演一個主動及具有促進作用的角色，並對持續的需求作出不斷的回應。因此，履行及執行這些規範的保障並非主要源於不作為的合憲性或合法性監察，而是存在一個包含權限的根本法律制度，一個強制性地要求公共權力機關履行基本任務的制度。

所有這一切，作為最終的目的，是透過一系列的制度、保障以及旨在從內部和外部確保一個政治地緣空間，對法律的空間適用進行區域性的保護、對自治進行保護、以及對政治法律制度進行保護。

在第二個範疇內，透過具充實性的積極（允許）及消極（禁止）規範嘗試維護一個自治的區域，使每一個人成為自己的主人，反對任意性的侵犯，無論這是侵犯來自於私人還是來自公共機構。

倘所有這些保障皆來自一份具有保障職能的文獻，那麼請問，什麼能保障這份基本文獻？如果我們再一次強調、而且這一點屬實，所有的基本權利是以自身為中心，則只有當這份文獻本身包含有教條式層面的自我保護要素，這種保障方具實效。

毋庸置疑，基本文獻存在這一簡單的事實正代表著它不僅構成對其自身的一種保障，同時也構成了對其所論述的內容的一種根本保障，一個“與之成為一體”的保障，一個“通過其聲明的承諾”，其中承諾所針對的人對它寄予了法律上的期望及信任。毫不誇張地說，基本文獻體

現的承諾並非為一代人，而是為幾代人的承諾……。

既然《基本法》的特性為一門自我保障的法，有必要將制裁的概念與憲法制度相聯繫，並且發展出一個比其他法律部門更廣的制裁概念，因為制裁並非旨在賠償損失或恢復先前的狀況，而是當公共機關在沒有按照法律規定之情況下行使其權限、或職能時，應承擔相應的責任（例如：解散立法機關）。

合憲性監察是遵守根本規範的一種保障，在積極層面上，使法律規範的效力產生活力；在消極層面上，通過制裁的手段對違反法律的行為作出回應。它作為一種預防性的保障，避免出現形式或實質性違反根本法所確立的規則及原則的規範性行為。

這一目標由立法和司法機關落實最為有利。

在立法權方面，要求立法機關履行將立法決定優化的義務，簡言之，就是研究出最佳的立法決定，從而有助於目標的實現或有助於基本法律所凝聚的根本性的規範或原則。此外，採用公正的程式，選擇恰當、適度及必需的方式乃理性立法政策的必然要素，是深入解釋及充實基本規範的方法元素。

在這個層面上，考慮到立法者有一項“根本義務”，它涉及到根本性目標的優化方法和解釋方法，即立法者的任務是為得到最好的結果而選擇最好的方式，看起來好像強迫地開啓了一道法律（廣義概念）監督之門：從法律開始孕育到成長，從程式的監督再到結果的監督。

相反，不僅要求司法權在每個案件中透過法律解決私人利益與公共利益的衝突，亦要求司法權承擔部份保障憲政制度模式的責任，它不只是“守夜人”，更是“全天候的看守人”。

並非無理由，當人們說：如果我們對今日的概念不瞭解，就不可能認識昨天。時間的流逝通常是一條直線，但是人類留下其存在的蹤跡、繼而形成的軌跡卻幾乎總是一條曲線。我們正在尋找的明天的道路、很有可能是那條我們曾經經歷過的路。

接著我們將要分析現存的審查制度。

* * *

II – 現時的制度(有漏洞)

1) 具體、分散及附隨監察

此為《澳門組織章程》第41條所規定之一種機制：

“法院對於交予其審理的事宜，不得適用違反憲法規則、本章程規則或兩者所定的原則之規定。”

這裡訂定了所有司法機關的一項根本義務（審查）。

Gomes Canotilho教授認為：在《澳門組織章程》中的眾多規範裏，無論是在法哲學層面上、還是運作模式層面上，這一機制與葡國憲定制度的規定最為接近¹。

2) 預防性監察(《澳門組織章程》第40條3款)

“如總督不同意頒佈是基於有關法規與憲法規則，本章程規則，或與共和國主權機關發出且係當地本身管理機關不得違反之規定有抵觸，但有關法規已被確認時，則應將之送交憲法法院，以便審定有否違憲或違法，而立法會及總督均應依從有關裁判。”

只有澳門總督的法令方能被立法會作出追認(而該追認機制在1997年修憲後已經從葡國憲法制度中消失)，拒絕追認是基於違反憲法、與《組織章程》不一致或違反法律為由。但是，並不是所有澳門總督制定的法令皆可成為追認的標的，《澳門組織章程》第15條2款就規定了例外的情況。

這是一種強制性的監察方式，只要符合所有的前提，澳門總督就有義務將法令送交憲法法院作審查。

基於該構思，Gomes Canotilho教授認為：

a) 不存在像《葡國憲法》第281條規定的請求作出違憲的宣告，但是需要把相關合憲性問題提交葡國憲法法院；

b) 如果違憲性或違法性宣告之效力是確認拒絕追認之法令，又或者違憲性或違法性宣告發生在確認拒絕追認法令之後，如同《葡國憲法》第282條的效力，問題並不清晰。

¹ 參考《澳門規範的合憲性監察》，刊登於《檢察院雜誌》上。

3) 普遍抽象監察：

《澳門組織章程》第 11 條 1 款 e) 項及第 30 條 1 款 a) 項共同規定之一個機制：

“除第 3 條所指的一般代表資格外，總督的權限為：

(…)

e) 提請憲法法院審議立法會發出的任何規定有否違憲或違法；”

第 30 條 1 款 a) 項：“立法會權限為監視在當地對憲法規則、本章程規則及法律的遵守、並提請憲法法院審議總督發出的任何規定有否違憲或違法。”

提請對立法會的法律進行監察的權限屬於總督，另一方面，對總督的規範性行為（法令和行政規章）則由立法會進行監察，無需聲請作出違憲宣告（《葡萄牙憲法》第 281 條），但只需進行相應的“審議”（Gomes Canotilho 教授認為）。

監察的對象只可以是本地區的法律規範——指立法會制定的法律和總督制定的規範性文件——，但並不包括那些由葡萄牙制定、延伸至澳門適用的法律與澳門的憲法性原則相衝突或者違反《澳門組織章程》的情況（也不包括《澳門組織章程》違法憲法的情況）。

Gomes Canotilho 教授認為審查的標準是《葡萄牙憲法》、《澳門組織章程》及葡國制定的強效法律，但《澳門組織章程》第 30 條 1 款 a) 項似乎亦包括本地的法律（澳門立法會的法律），葡國憲法法院的監察權限亦包括對總督的規章是否違反法律進行監察。學理上對行政規章的監察主張一種限制性的解釋。

學理上把這種相互監察的模式定性為交叉監察制度。

所有這些構成了合憲性、《澳門組織章程》及“加重合法性審查”的框架。《葡萄牙憲法》首先肯定了《澳門組織章程》的憲法性質，但是允許葡萄牙共和國議會透過普通法律對其作出修改。

不足為奇的是，立法者對其他同樣重要的事項保持沉默：

- 1) 對於不作為之違憲性，這一制度可見於葡國憲法第 283 條的規定，無訂立任何規範；
- 2) 對澳門總督制定法令的預防性審查，無訂立任何規範；
- 3) 對於由葡國延伸至澳門生效之法律規範，無規定澳門政府機關有權主動提出抽象及持續性審查；
- 4) 對於澳門法院認定違憲的裁判，無規定可以到憲法法院進行上

訴的制度。

有人認為(例如 Gomes Canotilho 教授)《葡國憲法》規定的合憲性監察制度，只在《澳門組織章程》無規定時方能引用該規範進行補充的解釋，而不能與組織章程的原理互相矛盾。對澳門法律規範的審查只能依據《澳門組織章程》提出，《澳門組織章程》規定的制度相對於《葡萄牙憲法》而言，是一種特別的制度。如果上述分析屬正確，那麼，面對實踐中引發的問題，憲法法院求助於《葡萄牙憲法》以便對現實生活中出現的問題進行有效的回答也是正確的。這在某種程度上表明了憲法法院地位的靈活性，例如，涉及原告訴訟正當性之內容——憲法法院於1997年公佈的判決中允許葡國議會議員針對8月16日頒佈的第437/75號法令（關於引渡）、聲請憲法法院作出具有普遍約束力的違憲宣告（《葡萄牙憲法》第281條），這一法令早已不在葡萄牙生效（已經被廢止多年），但仍在澳門生效和適用。

對於多少關注葡國憲法制度涉及澳門情況的人而言，應知道澳門現行的審查制度並非一蹴而就，而是一步一步地形成，循序漸進摸索、及發展完善起來。首先，根據最初的文本，《澳門組織章程》並沒有指出哪個法院有權限就澳門政府機關的規範性行為與《澳門組織章程》及憲法性原則及規則的相符性進行審查，儘管憲法法院求助於葡萄牙憲法規定的機制來解決有關問題。

根據上面針對現今制度的描述，有關未來的情況我們仍無十分可靠的把握。

一個有意開放的規範空間只有經過理性的填補後才屬合理。基於此，本文圍繞這一主題嘗試作出一種可能（或不可能）的討論，嘗試建立一種能實現上述目標的邏輯。

有關的答案只能從澳門《基本法》中去尋找。在融合基本法律至高無上原則與公共權力的規範性文件符合基本法原則的過程中，立法者為將來制定了一套法律制度。

在立法者的思想中一直存有兩個觀點。其一是較高的形式合法性，即《基本法》是最基本的立法規範；其二是基本規範的實質標準，即所有的公共權力的規範性文件在實質上應符合效力更高的法律規範所確立的規範及原則。

* * *

III – 推想為未來而構建的制度……

1 – 跨域、集中、法律及政治審查機制

“全國人民代表大會常務委員會在徵詢其所屬的澳門特別行政區基本法委員會的意見後，如認為澳門特別行政區立法機關制定的任何法律不符合本法關於中央管理的事務及中央和澳門特別行政區關係的條款，可將有關法律發回，但不作修改。經全國人民代表大會常務委員會發回的法律立即失效。該法律的失效，除澳門特別行政區的法律另有規定外，無溯及力。”（《基本法》第17條第3款）

通過這一條規範，立法者創立了一個域外的審查機制，透過一個中華人民共和國最高國家機關作出最終監察，這屬於一個對結果的監察。

在閱讀該基本規範後，我們嘗試對一系列的細節作出相關的分析。

1) 關於訴訟積極正當性，人大常委會作為審查機構，當收到特別行政區送交備案的法律時、或者稍後之時間，只要法律仍然處於生效狀態，人大常委會依職權作出審查。無什麼規定阻止通過法律的機關（澳門立法會）提請人大常委會注意其中一些條文規則是否與《基本法》一致。

2) 審查的範圍是一個有限的範圍，僅限於特別行政區機關無尊重中央的權限、以及中央和特別行政區的關係的事宜，它不屬於普遍性的審查。在法律實體規範的層面上需要著重指出的是，有必要界定“中央的權限”和“中央與特別行政區”概念的含義及範圍，對我們而言，有關的解釋內容只能透過中華人民共和國的憲政規範作出。

3) 將法律發回必引致法律停止生效。儘管《基本法》並無特別說明，但該解決辦法似乎合理。為了維護該發回法律決定的有效性，該決定應該解釋原因及在澳門特區政府公報上刊登，將問題陳述清楚、並分析基於何種原因而作出有關發回之決定。

公開原則並不僅限於因為實踐方面的考慮，更是為了保障該決定的可操作性，否則，如何能夠使有權解釋、適用法律並促使法律制度富有活力、為實現公正的司法機關及時理解“發回法律的事實”？

另一個疑問是決定“發回之法律”應採用何種形式？是採用“決定或通知”？或是採用“決議”的形式？這是一個可以公開爭議的問題，相信將來會有答案。

4) 另外一個疑問為發回的法律是否全部失效？抑或是這一決定僅適

用於“有問題的規範”？

關於這個問題，我們應對中華人民共和國法律制度作出一些分析。中國的法律制度並不是建立在“規範”的概念上（在法律技術意義層面上言之），而是建立在“法律”的含義上，這對於解釋法律規範會有很重要的作用（在我們看來）。

另一方面，在不同的規範層面上，使用“…依照本法的規定”這種表述，例如，第3條、第15條和第145條等，使我們得到的結論為：當使用第17條所指的“法律”（發回）一詞時，它指的是一個整體的意思，換言之，它指的是整體性的規範性行為，而不是構成該整體規範的其中一項規範。

但由此可得出兩種可能的解釋：

第一種解釋認為發回的法律，是發回其整體，即法律全部失效，原因是因為該法律與高位階的法律準則不一致，這裡不存在任何“斬件”（事實及法律上）的概念。

第二種解釋主要來自中國某一派的學術理論，我們從一些曾到澳門講授碩士課程的教授口中得知，可將法律規範解剖，立法者的焦點僅放在退回法律文件的“瑕疵部分”，這一種解釋的合理性在於維護立法經濟原則。

5) 上引規範的最後部份向澳門特區的立法者強施一個保留²。事實上，該保留並不容易透過法律去解決。不應忘記：問題牽涉到中央管理的事務和中央與特區間的關係。關於前者（中央管理的事務），我們並不認為澳門特區的機關可以處理這些事宜。關於後者（中央與特區間的關係），有關制度已由《基本法》第12條及隨後條款規定，其修改權屬於中央，澳門特區也不大可能作出規管。

6) 事實上，這一條規範所定的規範性範圍非常有限，似乎僅指出立法者只可以指出當法律被發回時法律規範失效的時間（該法律無被修改）（這也體現了對特區自治的尊重）。

7) 在我們看來，“發回法律的決定”就是一種“既決案”，雖然是透過沉默和間接的形式作出，但其效力相等於“具普遍約束力”。

* * *

² 根據對基本法草案的評析，就如何完善其行文提出若干建議，例如：訂定期間予有權機關作出決定，並要求該機關指明退回法律文件的理由等。

2 – 具體、分散及附帶審查

另外一個審查機制可見於《基本法》第 143 條 3 款，其中規定：

“澳門特別行政區法院在審理案件時對本法的其他條款也可解釋。但如澳門特別行政區法院在審理案件時需要對本法關於中央人民政府管理的事務或中央和澳門特別行政區關係的條款進行解釋，而該條款的解釋又影響到案件的判決，在對該案件作出不可上訴的終局判決前，應由澳門特別行政區終審法院提請全國人民代表大會常務委員會對有關條款作出解釋。如全國人民代表大會常務委員會作出解釋，澳門特別行政區法院在引用該條款時，應以全國人民代表大會常務委員會的解釋為準。但在此以前作出的判決不受影響。”

可將上述規定分成兩個範疇：

2.1. 自主式監察：

所謂自主式的監察是指在特區本身的制度內完成全部的審查程序，無需特區以外的任何機關介入。

在這一領域裏，並無牽涉到任何特區與中央關係的事務、以及中央管理事務的權限(例如：基本權利內容)，由澳門法院根據《基本法》第 143 條 2 款規定作出審查，這一制度的運作前提是不存在第 3 款所述之情況。接著，我們分析第 3 款。

2.2. (第二個機制) 一種域外反致的審查機制：

這種審查模式的運用需具備下述三個要件：

- (1) 在法院有權限審理的案件內提出涉及合法性監察的爭議；
- (2) 是一個與中央政府的責任或中央與特別行政區的關係有關的爭議問題；
- (3) 根據訴訟法的規定，有關案件的裁判是不可提出平常上訴的終局判決。

事實上，在這裡並無訂定一個審查機制，而是依據上述規定，訂定一個反致的機制，旨在得到一個“實質標準”——其內容對提請的法院具絕對的約束力。對於訂定有關標準的機關而言，原則上，它無機會就審查的標的表態；相反，對請求相關準則（解釋的結果）的法院而言，完全失去訂定解釋性準則的機會。然而，這是一種異類的審查模式，其特點在於“強制性適用有關標準”的機關還享有一定調整空間。

符合上述前提條件後，案件的法官必須運用“先決問題之反致”機制，把解釋有關規範的任務通過澳門特別行政區終審法院交予人大常委會。

1) 有關問題的關聯性，是否可由案件法官依職權提出、或由案件的當事人提出，應由法官針對問題的關聯性進行分析，決定是否啟動該機制。在此，涉及到審判者的判斷觸覺，最主要的是充實相關的概念，例如國家行為，其具體的解釋將會對未來產生巨大的實用價值，這一點一定不會被敏感的法學家所忽視。

2) 對於這一類問題，似乎並不存在障礙的是：倘在初審法院內無人提出，在上訴時還可以提出。

3) 關於有權限的人大常委會作出的解釋，仍然存有一個疑問，即該解釋僅對個案產生效力或對所有的其他類似情況皆有約束力？

一旦出現《基本法》第 143 條第 3 款所述的問題，“行為的機關”（人大常委會）對普通的規範進行分析，如果認為它不符合《基本法》，可以不運用第 143 條第 3 款的機制、或即使透過該機制，也可使用第 17 條的機制，將不符合《基本法》的法律發回。對於同一情況運用兩種機制，從而終止某些法律規範的有效性。

還有另外一個疑問就是：在《基本法》第 143 條的葡文版本中使用“…中央負責的事務”，而第 17 條內則使用：“中央管理的事務”；但在中文版本內，兩個條文中都使用相同的表述：“管理的事務…”。除非有更好的理解，我們認為後一種表達方式更為符合立法者的真實意願，並代表著較佳的立法技術。

IV – 結論…

這就是本人對《基本法》粗淺、也許不成熟的解讀。基本法律這一文獻將一個地區未來 50 年的情形作出了規劃，我們在這個地區建構了我們的“家園”，可以預見的改變激勵我們需作出更好的準備。

一個普通的陶器，在沒有雕琢之前，很難成為一件藝術品，更不用說成為一件珍品。只有經悉心及精細雕刻後，它才能成為一件具有藝術價值的真品。這正應了中國的諺語：“玉不琢不成器。”

規範性文件中沒有明確闡明的並不總代表法律漏洞，重要的是揭示立法者“思考的世界”，應該懂得如何從立法者有意採用的堅決沉默態

度中獲益，此可謂“無聲勝有聲”，重要的是應該知道怎樣利用“無聲”。

關於語言的問題，我們在此借錄《鏡子國中的愛麗絲》這本書兩個人物的一段對話。

胖矮人說：“當我用一個詞時，它能準確地表達出我想要表達的意思，不多也不少”。

愛麗斯回答：“問題是你是否能使得詞語有如此不同的含義。”

另一人回答：“問題是誰有權力！…”。

