

論澳門特別行政區的法律體系

吳新平

中國社會科學院法律研究所研究員

內容提要：特別行政區法律體系與國家法律體系不同，它是地方性法律體系。在“一國兩制”的架構下，特別行政區法律體系與國家法律體系之間有著深刻的內在關聯。國家法律體系中的有關內容，直接或間接進入特別行政區法律體系，成為特別行政區法律體系中的重要內容。特別行政區法律體系的形成，受到國家法律體系中有關機制的制約。澳門特別行政區法律體系由憲法適用於澳門特別行政區的有關規定、澳門特別行政區基本法、依照基本法在澳門特別行政區實施的全國性法律、澳門特別行政區法律、適用於澳門特別行政區的國際公約等五個部分構成。憲法適用於特別行政區的規定和基本法一道構成澳門特別行政區法律體系的基礎和核心內容。基本法在澳門特別行政區法律體系中具有十分重要的地位。澳門原有法律中的法令與澳門特別行政區現行法律制度之間存在著不協調的狀況。如何妥善處理法令問題，是澳門特別行政區法律體系建構中迫切需要解決的一個現實問題。

一、特別行政區法律體系的概念

法律體系是指一個國家以憲法為基礎建立起來的，包括憲法在內的，由各部門法律體系構成的，層次分明，協調一致的統一體系。特別行政區作為中華人民共和國不可分離的部分，是否有自己的法律體系，是一個值得討論的理論問題。

法律體系的概念與主權的概念密切相關。一般說來，任何一個主權

國家和主權實體，都有與其主權相關的法律體系。這是因為：第一，主權對內具有最高性，是對內的最高權力，這種最高權力又稱為主權權力。主權權力在習慣上分為立法權、行政權和司法權，其中立法權就是制定、修改和廢除法律的權力。第二，法律體系主要是通過立法權的行使形成且必須以憲法為依據。這樣，憲法就不僅是國家法律體系的重要組成部分，而且也是建立國家法律體系的基礎。第三，憲法是國家主權的體現和實現國家主權的最高法律形式，以憲法為基礎建立起來的法律體系，也就必然與國家主權具有內在的聯繫，成為實現國家主權的保證。第四，根據民主和法治的原則，主權權力屬於人民。人民以適當的民主形式行使主權權力。法律體系以完備的法律規範，建構起適當的民主法治機制，保護人民的民主權利和其他各種權利和自由，從而為人民對主權權力的行使提供了法律上的依據和保障。根據這種分析，可以得出結論：只有主權國家才能有一套以憲法為基礎建立起來的法律體系。

國家結構與主權密切相關。國家結構的形式基本上有兩種：單一制和聯邦制。單一制和聯邦制的區別的實質是主權。

在單一制國家，主權是單一的和統一的。國家的各組成部分都不具有主權實體的地位，不擁有主權權力。國家各組成部分即各行政區域的權力，在性質上都屬於地方權力，是國家主權權力的派生權力，是由國家最高權力以適當的法律形式授予的權力。因此，在單一制國家，全國只有一套統一的法律體系。地方行政區域雖然也有權制定地方性法規甚至地方法律，但是，這種地方性法規或地方法律，是構成國家法律體系的組成部分，它們本身並不能自成一個法律體系。這主要是因為：第一，地方性法規或地方法律，都是根據國家法律和行政法規制定的，其本身並不包含制定這些法規或法律的立法依據。第二，地方性法規或法律所規定的內容，主要是關於國家法律在本地方如何具體實施的問題。除非有最高國家權力機關的特別授權，地方性法規或法律不得直接根據憲法制定，不得包含國家法律沒有規定的事項。第三，地方性法規或法律所規定的只是本地方的有關事務或事宜，從其所規定事項的範圍來看，也不可能構成一個完整的體系。

在聯邦制國家，主權不是統一的和單一的。聯邦制國家的主權是複合主權。在聯邦制國家，國家主權在聯邦和各成員國之間分配。聯邦和各成員都是主權實體，分別行使自己所擁有的主權。以美國為例。獨立以後的各州，都是主權實體。在邦聯時期，各州擁有絕大部分主權權

力，交給邦聯的主權權力則很小。隨著 1787 年憲法的生效和聯邦的建立，聯邦掌握了更多的權力。但是，各州仍然保留著很重要的主權權力。美國最高法院通過解釋憲法，大大地削弱了保留給各州的權力，但是，各州所實際擁有的權力，仍然是舉足輕重的。各州根據其擁有的主權權力，制定各州憲法，並且有一套以州憲法為基礎建立起來州法律體系。因此，在美國這樣的聯邦制國家，不僅聯邦有聯邦的法律體系，各州也分別都有各州自己的法律體系。

我國是單一制國家。我國的主權是單一的和統一的。我國的國家主權統一由最高國家機關行使。我國各行政區域，包括各省、自治區、直轄市和特別行政區，作為國家不可分離的組成部分，都沒有任何主權權力。我國各省、直轄市管理本地方事務的權力，各自治區的自治權，特別行政區的高度自治權，都是國家主權的派生權力，是負責行使國家主權權力的最高國家機關通過一定的法律形式授予的。我國的各行政區域因為沒有主權權力，所以一般說來也就沒有與主權權力密切相關的獨立的法律體系。

但是，我國實行“一國兩制”，即在內地繼續實行社會主義制度，在特別行政區保持原有的資本主義制度不變。“兩制”既包括兩種不同的社會、經濟制度和政治制度，也包括兩種不同的法律制度。

法律體系與法律制度是密切相關的。法律體系是行使立法權的產物。沒有立法，就沒有法律體系。立法制度是法律制度的基本內容之一。立法機關根據法定的立法基礎——這個基礎通常是指憲法或憲法性法律——制訂一系列法律法規，構成以憲法或憲法性法律為核心的法律體系。法律體系既是法律制度的衍生物，同時也是其中的重要組成部分。沒有一套完備的法律制度，就不可能產生出完備的法律體系。同樣，沒有一套完備的法律體系，法律制度也就不可能建立和健全起來。再進一步說，所謂法治國家，其一切活動的基礎就是自成爲一個完整體系的完整的法律。這種完備的法律成爲社會普遍遵行的準則，具有至高無上的權威，它既約束社會各組成部分（包括國家機關、武裝力量、政黨和社會團體、企業事業組織、以及一切個人）的行爲，維護社會的正常運轉，同時也保障社會各組成部分的合法的權力、權利和利益，促進社會的進步和發展。通過這種法律建構起的各種完備的法律機構，使社會像一部精美的機器甚至像一部功率強大的電子計算機，看起來似乎能夠自行運轉，無爲而治。因此，法律體系不僅在法律制度的建設中，而

且在法治的實現過程中，都發揮著十分重要的作用。

既然我國特別行政區的法律制度在“一國兩制”的架構下可以與我國內地的國家法律制度不同，那麼，與這種與內地不同的法律制度相適應，必然會產生與內地不同的法律體系。從這個意義上說，我國既有國家法律體系，也有特別行政區法律體系。由於各特別行政區的法律又自成體系，各有特點，所以各特別行政區的法律體系又各不相同。

二、特別行政區法律體系與國家法律體系的關係

特別行政區法律體系與我國社會主義法律體系並存，是“一國兩制”方針在法律體系上的具體體現。我國的社會主義法律體系，是全國範圍的國家法律體系。特別行政區法律體系是地方性的法律體系。在我國的國家結構之下，特別行政區法律體系與國家法律體系有著密切的關係。特別行政區法律體系不可能只由特別行政區的地方性法律構成。國家的憲法和包括基本法在內的全國性法律在特別行政區法律體系中處於十分重要的地位，發揮著十分重要的作用。因此，特別行政區法律體系與國家法律體系有著十分重要的內在聯繫。這主要是因為：第一，特別行政區法律體系不是一般意義上的法律體系。由於特別行政區是我國領土不可分離的組成部分，是中央直轄的地方行政區域，所以，特別行政區法律，即特別行政區立法機關制定的法律和依照基本法予以保留的原有法律，在性質上就只能是地方法律。由於我國是單一制的國家，我國的任何地方行政區域都沒有作為主權權力之一部分的立法權。特別行政區的立法權，也不是特別行政區的固有權力，而是特別行政區的高度自治權的一個組成部分。特別行政區的高度自治權，不是特別行政區的固有權力，而是由國家以基本法的形式授予的。特別行政區的這種由國家授予的立法權，在性質上屬於地方權力。由它產生的法律，自然就只能具有地方法律的性質。特別行政區的各項地方法律在地位上是平等的，特別行政區地方法律中的任何法律，都不能成為特別行政區立法機關制定法律的立法基礎。而沒有立法基礎的地方法律，是不能構成一個法律體系的。因此，特別行政區的法律體系，就不可能僅僅由特別行政區的地方法律所構成。基本法是特別行政區的立法依據。特別行政區的法律體系只能以基本法為基礎和核心內容而建立或形成。第二，特別行政區法律體系在性質上屬於地方法律體系。地方法律體系在構成上不是一個

完整的體系，更不是一般意義上的與主權密切相關的法律體系。作為一種地方法律體系，它在內容上不可能是一個結構完整的法律體系。法律體系上應該包括的有些內容，在特別行政區法律體系中是不可能有不應該有的。同時，特別行政區法律體系也不是完全獨立的法律體系。它只有相對的獨立性，而不具有完全的獨立性。特別行政區法律體系的這種不完整性和相對獨立性，決定了它與國家法律體系具有不可分割的聯繫。這種聯繫主要表現在兩個方面：

其一，國家法律體系中的有關內容，直接或間接進入特別行政區法律體系，成為特別行政區法律體系中的重要內容。在我國的單一制國家結構之下，有關國家主權、統一和領土完整的法律，有關國防和外交事務的法律，都是由國家統一制定的。在特別行政區的地方法律中，不包含有關這部分內容的法律。因此，國家法律體系中有關這部分內容的法律，就要進入特別行政區法律體系，成為特別行政區法律體系的組成部分。這就產生了有關全國性法律需要在特別行政區實施的必要性。根據基本法的規定，只有列於基本法附件三的全國性法律，才能在特別行政區實施。列於基本法附件三的全國性法律，採取在特別行政區公佈實施和立法實施兩種方式。公佈實施的全國性法律，通過公佈直接進入特別行政區法律體系。立法實施的全國性法律，通過特別行政區立法機關制定有關實施細則或實施辦法，間接進入特別行政區法律體系。

其二，特別行政區法律體系的形成，受到國家法律體系中有關機制的制約。這種制約機制主要有兩種：一是法律備案機制，二是法律解釋機制。特別行政區立法機關制定的法律，根據基本法的規定，須報全國人大常委會備案。備案不影響該法律的生效。但是，全國人大常委會在徵詢其所屬的基本法委員會的意見後，如認為特別行政區立法機關制定的任何法律不符合基本法關於中央管理的事務及中央和特別行政區關係的條款，可將有關法律發回，但不作修改，經全國人大常委會發回的法律立即失效。該法律的失效，除特別行政區法律另有規定外，無溯及力。基本法規定的這種法律備案程序，就是全國人大對特別行政區法律的一種監督機制。這種備案監督是一種事後監督，對於保證特別行政區法律體系的統一具有重要的作用。

法律解釋機制是一種雙重的機制。根據基本法的規定，全國人大常委會對基本法擁有解釋權。同時，全國人大常委會授權特別行政區法院在審理案件中也可以解釋基本法。全國人大常委會對基本法的解釋，在

性質上屬於立法解釋，其法律效力高於特別行政區法院對基本法有關條款作出的解釋。全國人大常委會在解釋基本法時，如遇到特別行政區法律中的任何規定與基本法相牴觸的情況，有權宣佈其無效。這就自然要對特別行政區法律體系的形成產生影響。而且在香港特別行政區法律體系中，還包括依照基本法予以保留的普通法。根據普通法的原則，上級法院的判決對於下級法院具有先例的作用。根據香港基本法第158條的規定，香港特別行政區法院在審理案件時有權對基本法關於自治範圍內的條款自行解釋，全國人大常委會有權對基本法的任何條款，包括自治範圍內的條款作出解釋。香港特別行政區的上級法院，尤其是香港特別行政區終審法院對基本法有關條款作出的解釋，根據普通法原則，具有判例的拘束力。判例作為普通法的重要形式，是構成香港特別行政區法律體系的組成部分。如果全國人大常委會發現香港特別行政區法院，尤其是終審法院對基本法作出的解釋不符合基本法有關條款的含義和立法精神，有權對法院解釋過的條款作出解釋。這就會對判例產生影響，從而也影響到香港特別行政區法律體系的形成。

與香港特別行政區法律體系不同，在澳門特別行政區法律體系中，不包括普通法。由於受葡萄牙法律的影響，澳門的原有法律具有大陸法的特點。澳門基本法的解釋制度，和香港基本法的解釋制度，在兩個基本法的規定上，是完全一樣的。但是，由於澳門特別行政區法律保留了大陸法的特點，澳門基本法的解釋制度在運作上就與香港基本法的解釋制度有很大的區別。這種區別主要表現在：(1) 法院在解釋基本法時，主要是對於基本法有關條款的含義作出說明，或者對於如何在特定案件中適用基本法有關規定的問題提出意見。而香港特別行政區法院在解釋基本法時，根據普通法慣例，既可以對基本法進行上述這種解釋，也可以根據現實需要，包括判決特定案件的需要和已經發展了的社會現實的需要，在尊重基本法有關條款的含義和立法精神的前提下，作出具有一定創造性的解釋。(2) 澳門特別行政區法院，根據大陸法傳統，沒有對法律進行合憲性合法性審查的司法審查意識，在對基本法有關條款進行解釋的過程中，不會像香港特別行政區法院那樣，去特別地關注特別行政區法律是否與基本法有關規定相牴觸的問題。(3) 上級法院尤其是終審法院作出的判決，雖然不能形成判例法而成為特別行政區法律體系的組成部分，但是，對於下級法院還是具有很重要的參考作用和影響。鑒於澳門基本法解釋制度在運作上的這些特點，全國人大常委會在對澳門

基本法的有關規定進行解釋的時候，應該特別關注兩個方面的問題：第一，注意審查特別行政區立法機關制定的法律是否與基本法的有關規定相牴觸，及時宣佈與基本法相牴觸的特別行政區法律無效。第二，注意特別行政區法院或基本法所作的解釋是否符合基本法的有關規定的含義和立法精神，及時否定那些與基本法有關規定的含義和立法精神相牴觸的司法解釋。

三、特別行政區法律體系的構成

法律體系的要點之一，就在於它是一個層次分明，內部協調一致的統一體系。這個體系如何構成，不僅關係到各層次和各構成部分的內部結構，而且也決定著他們的效力級別。研究法律體系的構成，對於法律體系的建構和有效運作都具有重要意義。

前面提到，特別行政區法律體系不能僅僅由特別行政區法律，即由特別行政區立法機關制定的法律和依照基本法予以保留的法律構成。以基本法為基礎構成的特別行政區法律體系，在內容上也不是一個完整的法律體系。有關的全國性法律，需要直接或間接進入特別行政區法律體系之中，成為特別行政區法律體系的組成部分。

此外，根據澳門基本法第 40 條的規定，《公民權利和政治權利國際公約》、《經濟、社會與文化權利的國際公約》和國際勞工公約適用於澳門的有關規定繼續有效，通過特別行政區的法律予以實施。因此，這些適用於澳門特別行政區的國際公約，也是構成特別行政區法律體系的一個部分。

憲法是國家主權的體現。我國憲法是國家的最高法律，在國家的一切行政區域具有普遍的適用性。憲法對於特別行政區的適用性，自然也是毋庸置疑和必須肯定的。但是，在“一國兩制”的方針之下，憲法有關社會主義制度和政策的規定不在特別行政區實施。根據基本法第 11 條的規定，特別行政區的制度和政策，包括社會、經濟制度，有關保障居民基本權利和自由的制度，行政、立法和司法方面的制度，以及有關政策，均以基本法的規定為依據。這就是說，除有關社會主義制度和政策的規定以外，除基本法第 11 條規定的範圍以外，憲法對特別行政區是適用的。根據“一國兩制”方針和基本法第 11 條的規定，憲法適用於特別行政區的主要是那些有關國家主權、統一和領土完整的規定。既

然我國憲法也適用於特別行政區，那麼，在特別行政區法律體系之中，也就不能不包括我國憲法。

這樣，澳門特別行政區法律體系就有 5 個構成部分：(1) 憲法適用於特別行政區的有關規定；(2) 澳門特別行政區基本法；(3) 適用於澳門特別行政區的全國性法律；(4) 澳門特別行政區法律；(5) 適用於澳門特別行政區的國際公約。

在這 5 個構成部分中，憲法具有最高的法律效力。全國人大常委會曾經專門通過決定，宣佈基本法是根據憲法制定的，是符合憲法的。基本法實施以後對基本法的任何解釋，都不得與憲法相牴觸。

基本法是澳門特別行政區立法機關制定法律的依據。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基本法相牴觸。

列於基本法附件三的全國性法律，也是構成特別行政區法律體系的一個部分，但是必須通過在特別行政區公佈實施或立法實施，才能進入特別行政區的法律體系。特別行政區制定的法律，不得與依照基本法適用於特別行政區的全國性法律相牴觸。

適用於特別行政區的國際公約，也是構成特別行政區法律體系的一個部份，通過特別行政區立法機關專門為制定的有關法律間接進入特別行政區法律體系。

澳門特別行政區法律（廣義上的法律），作為構成特別行政區法律體系的一個部份，主要包括三個組成部分：由立法會制定的法律、由行政長官制定的行政法規和依照基本法予以保留的澳門原有法律。原有法律包括法律、法令、行政法規和其他規範性文件，除同基本法相牴觸或經澳門特別行政區的立法機關或其他有權機關依照法定程序作出修改者外，也屬於澳門特別行政區法律體系的組成部分。

四、基本法在澳門特別行政區法律體系中的地位

在特別行政區法律體系中，基本法處於十分重要的地位，沒有基本法，就不可能構成特別行政區法律體系。基本法在特別行政區法律體系中的這種重要地位，主要表現在基本法與特別行政區法律體系中其他構成部分之間的關係上。這些關係包括：(1) 基本法與憲法的關係；(2) 基本法與在特別行政區實施的全國性法律的關係；(3) 基本法與特別行政

區法律的關係；(4) 基本法與適用於特別行政區的國際公約的關係。在這些關係中，基本法與憲法一道，構成特別行政區法律體系的基礎；基本法是特別行政區法律體系的核心內容；特別行政區法律以基本法為立法基礎；全國性法律的實施和國際公約的適用以基本法為依據。

（一）基本法和憲法一道構成特別行政區法律體系的基礎。

法律體系一般分為綜合性法律體系和部門法律體系。國家法律體系和聯邦制國家的成員國或州的法律體系，都屬於綜合性法律體系。綜合性法律體系由各部門法律體系構成。部門法律體系則由有關該法律部門的基本法律、法律、法規構成。不論是綜合性法律體系，還是部門法律體系，都有一個構成該法律體系的基礎。

法律體系的構成基礎在法律體系中具有重要的意義。首先，在一個法律體系中，作為構成該法律體系的基礎的法律具有最高的法律地位，該法律體系中的一切其他法律法規都不得與之相牴觸。其次，法律體系中的基礎法律是制定該法律體系中其他法律的依據，其他法律的制定不得違反基礎法律中確立的基本原則。第三，法律體系中的基礎法律屬於該法律體系中的普通法律，其他法律屬於特別法律，在承認特別法優於普通法的法律適用原則的國家，這種普通法和特別法的劃分，在司法實踐中具有重要的意義。

與部門法律體系不同，綜合性法律體系的構成基礎是憲法或憲法性法律。憲法是國家的根本法和最高法律，是制定一般法律的立法基礎。綜合性法律體系中的一切法律法規都不得與憲法相牴觸。

特別行政區法律體系也是一種綜合性的法律體系。它的構成，也有一個法律基礎。在我國的單一制國家結構之下，特別行政區的法律在地位上都是平等的，在它們當中不可能包括一個能夠成為構成一個綜合性法律體系的基礎的法律文件。能夠成為特別行政區法律體系的基礎的法律，只能是基本法。但是，如前所述，特別行政區法律體系不是一個完全獨立的法律體系，與國家法律體系有著內在的關聯。在特別行政區法律體系中，不僅包括在特別行政區實施的全國性法律，而且，特別行政區的法律也要受到有關國家法律的制約。不論是在特別行政區實施的全國性法律，還是制約特別行政區法律的有關國家法律，都是根據憲法制定的。這樣，基本法雖然能夠在特別行政區法律體系中發揮基礎法律的作用，但是它只能成為其中的特別行政區法律的基礎，而不能成為在特

別行政區實施的全國性法律的基礎。全國性法律的基礎是憲法。基本法只有和憲法一道，才能構成特別行政區法律體系的基礎。在“一國兩制”的方針下，社會主義制度和政策不在特別行政區實施。因此，憲法關於社會主義制度和政策的規定，不能成為特別行政區法律體系的基礎。

（二）憲法和基本法構成特別行政區法律體系的核心內容。

憲法和基本法成為特別行政區法律體系的核心內容，是由特別行政區法律體系的性質所決定的。特別行政區法律體系是地方性的法律體系。在我國的單一制國家結構下，地方性法律體系不可能只由地方性法律所構成。如前所述，特別行政區的法律不可能自成爲一個法律體系；沒有憲法、基本法和在特別行政區實施的全國性法律的參與，不可能構成特別行政區法律體系。因此，特別行政區法律體系並不是特別行政區的法律所構成的法律體系。憲法、基本法、以及在特別行政區實施的全國性法律也都是特別行政區法律體系的構成部分。其中憲法和基本法由於其性質和內容的緣故，構成特別行政區法律體系的核心內容。在“一國兩制”方針下，憲法關於社會主義制度和政策的規定不在特別行政區實施。所以，憲法的這部分規定不屬於特別行政區法律體系的内容。

根據基本法第 11 條的規定，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，均以基本法的規定爲依據。因此，基本法應該是特別行政區法律體系的核心內容中的主體部分。

（三）基本法是特別行政區法律的立法基礎

基本法作爲特別行政區法律的立法基礎的地位，是基本法第 11 條確立的。根據基本法第 11 條的規定，基本法的立法基礎地位包括兩個方面：(1) 特別行政區有關各項制度和政策的立法，都必須以基本法的規定爲依據。憲法第 31 條授權全國人大按照具體情況以法律規定國家在特別行政區內實行的制度。基本法就是由全國人大根據憲法第 31 條的授權制定的規定國家在特別行政區實行的制度的法律。對於特別行政區的各項制度和政策，包括社會、經濟制度、有關保障居民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，基本法都作了明確的規定。這就爲特別行政區的各項制度和政策提供了基本

法律的依據。從立法方面上來說，這就為特別行政區的立法提供了立法基礎。特別行政區的立法機關在制定有關法律，規定特別行政區的有關具體制度和政策時，必須以基本法關於這些制度和政策的規定為依據。

(2) 特別行政區的任何法律、法規和規範性文件，均不得與基本法相牴觸。首先，從基本法的性質來說，它是國家基本法律。基本法與特別行政區的關係，是國家法律與地方法律的關係。基本法作為國家基本法律，其法律效力高於特別行政區制定的法律。其次，從基本法所規定的內容來看，它規範中央與特別行政區的關係，保障特別行政區居民的基本權利和自由，確立特別行政區法律體系社會經濟制度和政治體制。這些內容一般由憲法或憲法性法律所規定。基本法以國家基本法律的形式來規定這些內容，就表明基本法具有憲法性法律的特點。在特別行政區的法律體系中，基本法實際上就發揮著憲法性法律的作用。一般法律不得與憲法性法律相牴觸，這是憲法學上一個普遍接受的原理。最後，基本法規定的一般都是特別行政區有關的基本問題，確定的都是特別行政區的基本制度，基本法規定的有關政策也屬於特別行政區的基本政策。這些基本問題、基本制度、基本政策，都需要通過特別行政區的立法予以具體化。特別行政區法律關於這些制度和政策的規定，都是對這些基本制度和政策的具體化，自然不得與這些基本制度和政策相牴觸。

(四) 全國性法律的實施和國際公約的適用以基本法為依據

基本法第18條第2款、第3款和第4款對於全國性法律在澳門特別行政區的實施問題作了專門規定。全國性法律在特別行政區的實施，必須以基本法的這些規定為依據。關於有關國際公約在特別行政區的適用問題，基本法第40條規定了一個原則，即“通過澳門特別行政區的法律予以實施”。有關國際公約在澳門特別行政區的實施，以基本法第40條的規定為依據。

五、澳門特別行政區法律體系中的全國性法律

依照基本法在特別行政區實施的全國性法律也是構成特別行政區法律體系的一個部分。這個部分的內容雖然有限，但是，在特別行政區的法律體系中也居於十分重要的地位。沒有這些法律的參與，就不可能構成完整的特別行政區法律體系。

(一) 全國性法律在特區實施的理論依據

在特別行政區實施的全國性法律主要是關於國家主權、統一和領土完整的國家法律。這些法律在特別行政區實施，首先是國家主權的體現。主權的特性決定了體現主權、統一和國家領土完整的全國性法律必須在特別行政區實施。主權對內具有最高性、普遍性和統一性的特點，對外具有獨立性、排他性和不可侵犯性的特點。就對外來說，主權是獨立的，任何外國勢力和國際組織，非經主權國家通過適當形式表示的同意，不得對一個主權國家施加任何義務。主權對外還有排他性的特點，任何外部勢力無權干涉一個主權國家的內政，無權對一個主權國家的內部事務進行干預。主權具有不可侵犯性，一個國家的主權、統一和領土完整受到國際社會的尊重和國際法的保護，任何其他國家、國際勢力和國際組織都不得以任何藉口和形式，侵犯或妨害一個國家的主權、統一和領土完整。同時，主權對內具有最高性、普遍性和統一性的特點。一個國家的主權對內是最高的、統一的和普遍有效的。國家領土範圍內的一切地區、組織和個人，都毫無例外地受到主權的管轄。對於一個主權國家來說，有權制定有關維護國家主權、統一和領土完整的法律，這些法律對於國家領土內的一切地區、組織和個人都具有法律效力。香港和澳門本來是中國的領土，中國對香港和澳門擁有主權。但是，由於英國和葡萄牙的佔領，中國無法對香港和澳門行使主權。特別行政區成立以後，有關國家主權、統一和領土完整的國家法律，理應在香港特別行政區和澳門特別行政區實施。

其次，全國性法律在特別行政區的實施，是由中央與特別行政區的關係所決定的。中央與特別行政區的關係，是中央與地方的關係。根據基本法的規定，特別行政區是中央直轄的地方行政區域。一般地說，國家的法律應該在國家的一切行政區域實施。但是，由於實行“一國兩制”，社會主義的制度和政策不在特別行政區實施，特別行政區保持原有的資本主義制度和生活方式不變。國家在特別行政區實行的制度，以基本法為基礎。所以，我國有關社會主義經濟制度、政治制度和法律制度以及有關政策的各項法律，都不在特別行政區實施。但是，根據基本法，國防和外交不屬於特別行政區的自治範圍，由中央人民政府負責管理。這兩個方面的事務都直接與國家主權密切相關。中央人民政府在管理國防和外交事務時，自然要適用有關國防和外交方面的法律。因此，有關國防、外交和其他依照基本法不屬於特別行政區自治範圍的全國性

法律，就應該在特別行政區實施。

（二）全國性法律在特區實施的原則

由於特別行政區的制度和政策以基本法為依據，全國性法律在特別行政區的實施必須以基本法為依據。對於全國性法律如何在特別行政區實施的問題，基本法規定了以下幾項原則：(1) 未列於基本法附件三的全國性法律不在特別行政區實施。這裏所指的全國性法律，是就廣義的法律概念而言的。它不僅包括全國人大和全國人大常委會通過的基本法律、法律和決議，而且還包括國務院制定的行政法規。所有這些基本法律、法律、決議和行政法規，未列於基本法附件三的，一律不在特別行政區實施。(2) 列於附件三的全國性法律，由特別行政區在當地公佈或立法實施。列於香港基本法附件三的全國性法律包括：《關於中華人民共和國國都、紀年、國歌、國旗的決議》；《關於中華人民共和國國慶日的決議》；《中華人民共和國國籍法》；《中華人民共和國外交特權與豁免條例》；《中華人民共和國領事特權與豁免條例》；《中華人民共和國國旗法》；《中華人民共和國國徽法》；《中華人民共和國領海及毗連區法》；《中華人民共和國香港特別行政區駐軍法》。列於澳門基本法附件三的全國性法律，除駐軍法以外，其他法律與列於香港基本法附件三的法律相同。列於附件三的全國性法律，採取公佈實施和立法實施兩種辦法。所謂公佈實施，是指由行政長官根據基本法規定的職權，將有關全國性法律在特別行政區公佈，經公佈的法律，自公佈之日起在特別行政區生效。所謂立法實施，是指由特別行政區的立法機關根據特別行政區的具體情況和有關全國性法律的特點，特定實施辦法或實施細則，通過這些實施辦法或實施細則，使有關全國性法律在特別行政區得到實施。(3) 列於附件三的法律限於有關國防、外交和其他不屬於特別行政區自治範圍的法律。對於列於附件三的全國法律，可以根據需要增加或減少。根據基本法的規定，增加或減少列於附件三的全國性法律的權力屬於全國人大常委會。全國人大常委會在徵詢其所屬的基本法委員會的意見後，可以對列於附件三的法律作出增減。但是，列於附件三的法律限於有關國防、外交和其他依照基本法規定不屬特別行政區自治範圍的法律。這是對列於附件三的全國性法律作出增減的原則。(4) 在緊急狀態下，中央人民政府可發佈命令將有關全國性法律在特別行政區實施。香港基本法和澳門基本法都在第 18 條第 4 款規定，在全國人大

常委會決定宣佈戰爭狀態或因特別行政區內發生特別行政區政府不能控制的危及國家統一或安全的動亂而決定特別行政區進入緊急狀態時，中央人民政府可發佈命令將有關全國性法律在特別行政區實施。這裡所指的有關全國性法律，主要是指《中華人民共和國戒嚴法》。戒嚴法是一個不同於一般法律的特別法律。一般法律一經公佈，就在公佈之日或在法律規定的日期生效。而戒嚴法在正常狀態下並不生效，只是一個備用的法律。只有在宣佈緊急狀態時，戒嚴法或其部分條款根據宣佈緊急狀態的命令生效。在緊急狀態撤銷，恢復正常狀態時，戒嚴法即停止生效。

（三）在特區實施的全國性法律的地位

全國性法律在特別行政區法律體系中處於重要的但又是特別的地位。一方面，作為全國性法律，其地位高於特別行政區的法律。另一方面，由於特別行政區的制度和政策以基本法為依據，全國性法律在特別行政區的實施必須依照基本法的有關規定。全國性法律的這種特別的地位，在實施中具有十分重要的意義。首先，作為國家法律，全國性法律的效力毫無疑問要高於特別行政區法律。特別行政區的任何法律都不得與特別行政區實施的全國性法律相牴觸。其次，特別行政區法院有權解釋基本法，也有權解釋特別行政區的法律，但是沒有被授權解釋全國性法律。全國性法律的解釋權屬於全國人大常委會。最高人民法院在如何具體適用法律的問題上，可以對全國性法律進行解釋。特別行政區在審理案件時如需對全國性法律或其有關條款作出解釋，須報請全國人大常委會或最高人民法院作出解釋。最後，列於附件三的全國性法律在特別行政區的實施，必須依照基本法的有關規定。究竟哪些全國性法律需要公佈實施，哪些需要立法實施，在基本法上並沒有作明確規定。應該根據有關全國性法律的實施特點和特別行政區的具體情況決定。特別行政區的立法機關在制定實施有關全國性法律的辦法或細則時，既不得與該全國性法律的立法精神相牴觸，也不得與基本法相牴觸。

六、澳門特別行政區法律體系中的法令問題

根據基本法第8條的規定予以保留的澳門原有法律，包括法律、法令、行政法規和其他規範性文件，也是澳門特別行政區法律體系的一個

組成部分。其中法律是由澳門原立法會制定的；法令是由總督制定的；行政法規和其他規範性文件是由有關政府部門和其他有權機關制定的。但是，在基本法確立的政治體制中，只有立法機關有權制定法律，行政長官有權制定行政法規，而並沒有規定任何機構有權制定法令。這就使法令在特別行政區法律體系中的存在，與基本法所規定的澳門特別行政區法律制度之間出現不相協調的狀況。這樣就產生了一個問題：當需要對原有法令中的這一個部分進行處理（修改或廢除）時，究竟應該由哪個機構負責處理，是由立法會依照立法程序制定法律呢，還是由行政長官和行政機關依照行政法規的制定程序制定行政法規？這個問題在形式上似乎只是一個簡單的技術性問題，然而其中卻包含著若干需要在理論上澄清的問題。這些問題包括：(1) 法令的概念；(2) 總督法令的性質；(3) 立法權和行政權的界限等等。如何妥善處理法令問題，是澳門特別行政區法律體系建構中迫切需要解決的一個現實問題。

首先就法令的概念來說，在學理上應該是非常明確的。它是有權機關依照法定程序制定的規範性文件，是一種廣義上的法律。它的效力低於法律，高於行政法規；它可以在法院適用，也是法院判決案件的依據。在我國 1954 年憲法、1975 年憲法和 1978 年憲法上，都有法令的規定。在這幾部憲法上，法令的概念是非常明確的。只有全國人大常委會才有權制定法令，它的效力低於全國人大制定的法律。在 1982 年憲法上，取消了法令的概念，全國人大常委會和全國人大制定的規範性法律文件統稱法律。所不同的是，全國人大有權制定和修改刑事、民事、國家機構的和其他的基本法律。全國人大常委會只能制定和修改除應當全國人大制定的法律以外的其他法律。根據憲法第 62 條第 15 項的規定，全國人大可以行使應當由最高國家權力機關行使的其他職權。憲法所規定的基本法律和法律，只是立法權限上的劃分，在法律效力上沒有區別。

在基本法所規定的澳門特別行政區立法體制上沒有使用法令這一概念，就是為了在法律概念的使用上與憲法的規定保持一致。

其次，就總督法令的性質來說，它是比較模糊的。中葡聯合聲明簽署以前，在澳門適用的是葡萄牙的法律。但是，葡萄牙法律不可能對澳門所有事務都有現成的規定。所謂總督法令，就其內容來說，主要是依據葡萄牙法律對澳門本地的事務作出規定。由於總督根據澳門原有體制擁有立法權，這就使總督法令在性質上毫無疑問具有法律的性質。但

是，總督同時也是澳門的最高行政長官，負有行政管理的職能，這就使總督法令不僅規定了一部分應由地方法律規定的問題，而且也規定了一些本來應由行政法規規定的問題。這就使總督法令的性質含糊不清。如果確認它為行政法規，其中又有一些本應由法律規定的內容，且不論法令的概念本來就具有法律的含義。

最後，就立法權和行政權的界限問題來說，在理論上似乎是明確的，然而很少有人能夠對它作一個明確的界定。尤其是委託立法或授權立法的廣泛使用，使行政權和立法權的界限更加模糊。在很多情況下，凡是法律沒有規定的問題，都可以制定行政法規。實踐上的這種狀況和理論上對這種狀況的默認，似乎使總督法令問題的處理失去了可以遵循的準則和依據。

既然總督法令的性質含混不清，在立法權和行政權的界限劃分上又找不到一個可以遵循的準則，那麼，就只能到基本法上去尋找依據。按照基本法所設計的體制，總督法令問題的處理至少有以下幾種辦法：

- (1) 由全國人大常委會通過解釋基本法明確規定法令的處理問題；
- (2) 由行政長官以行政命令取代原有的總督法令；
- (3) 由立法會以法律授權行政機關對澳門原有法令中純屬行政管理的事項進行處理，但經立法會修改的法令除外。
- (4) 由行政長官發佈命令，授權行政機關就需要修改的法令提出法案或起草行政法規。

第一種辦法是有法律依據的。根據基本法第143條的規定，基本法的解釋權屬於全國人大常委會。對於基本法第8條所規定的法令作何理解的問題，可以由全國人大常委會通過解釋基本法予以明確；對於法令如何處理的問題，由全國人大常委會在解釋基本法時作出規定。

第二種辦法也有一定的依據。基本法第50條第4項賦予行政長官發佈行政命令的權力，行政長官可以通過行使這項權力，做應當由行政長官做的事情。那麼，究竟哪些事情是行政長官應該做的呢？行政長官是否可以以行政命令的形式制定條例和規章，以代替原有的總督法令呢？這就需要弄清除行政命令的性質和行政長官發佈行政命令的權限。行政命令是有權發佈命令的官員依照法律賦予的權力就行政管理上的特定事項發佈的書面指令，是行政活動中的一種正式法律文件，是接受命令者從事行政活動的依據。行政命令在司法訴訟中可以接受為法律憑

據，但不能成為法院判決案件的法律依據。行政長官發佈行政命令的權力，來源於行政長官作為特別行政區行政機關首長的地位，在性質上屬於一項行政權力。而法令則是法律的一種，是可以在司法上予以適用的，是法院審判案件的依據。在一個正常的法治社會，司法機關在審判案件中適用的只能是立法機關制定的法律，而不能適用由行政機關發佈的命令，不能根據由行政機關發佈的命令去量刑定罪。如果以行政命令取代法令，就會使法院在審判案件時在有些方面遇到無法可依的情況。由此可見，以行政長官發佈的行政命令來代替澳門原有法律中的法令是不適當的。

第三種辦法的依據是立法機關的地位和立法權的行使原則。特別行政區立法會是特別行政區的立法機關。立法機關在行使立法權時，可以進行委託立法或授權立法，這在理論上和實踐上都是受到廣泛承認和接受的。全國人大就曾授權國務院在經濟體制改革中根據需要制定行政法規。這種授權立法的權限，比國務院本來就有的制定行政法規的權力要大得多。根據全國人大的這個授權，對於那些本來應該由全國人大或全國人大常委會制度法律的事項，在制定法律的條件還不成熟的時候，可以先由國務院制定行政法規，在取得經驗，條件成熟時再制定法律。在處理澳門特別行政區法律體系中的法令問題時，委託立法也不失為一種可供選擇的辦法。委託立法並不等於立法機關放棄對有關方面事務的立法權。如果立法機關認為應該制定法律的，仍然可以對於已經授權行政機關制定行政法規的立法領域進行立法。

第四種辦法在基本法上的法律依據是很明確的。行政長官根據基本法 50 條第 1 項和第 2 項的規定，負有領導特別行政區政府和執行基本法的職能；根據第 50 條第 5 項負有制定行政法規並頒佈執行的職能。行政機關根據基本法第 64 條第 5 項負有提出法案、議案，草擬行政法規的職能。行政長官作為行政機關的首長，有權命令行政機關對於需要修改或廢除的法令，以提出法案或草擬行政法規的形式進行處理。在行政長官的命令中，還應明確以行政法規的形式處理法令的界限，規定下列事項必須以提出法案的形式予以處理：(1) 涉及居民的權利和義務的事項；(2) 需要直接依據基本法作出規定的事項；(3) 基本法已有規定的事項。

以上四種處理辦法雖然各有依據，但是，第二種辦法是不適當的。第一種辦法雖然有一定的可行性，但可行性也很小。從澳門特別行政區

成立以來的實踐來看，中央嚴格執行基本法的規定，不干預特別行政區的內部事務。法令作為基本法中的一個術語，雖然可以通過基本法的解釋來決定對其進行處理的辦法，但是，對於原有法律，在特別行政區成立時，全國人大常委會已經作了處理。特別行政區成立以後發現的問題，根據基本法第 145 條第 1 款的規定，應該依照法定程序進行修改或停止生效。而這種修改或停止生效的工作，一般屬於特別行政區的內部事務，應由特別行政區自行處理。

第三種辦法和第四種辦法的法律依據和理論依據都是很充分的，而且具有很強的可行性，是可供選擇的兩種適當辦法。從工作的便利來說，這兩種辦法可以同時採用，可以獲得相輔相成的效果。既有立法機關委託立法的授權，又有行政長官的命令，有利於行政機關有關部門對於法令進行認真研究，根據法令的內容決定哪些法令需要以法律的形式進行修改，哪些法令需要以行政法規的形式進行修改。這對於妥善處理法令問題是有益的。