

法律

關於法律的一些思考^{*}

Jorge Miranda ^{**}

一、一系列有關法律的司法 – 政治問題

「——法律作為具有法律效力的行為——或者說與法律效力相關的行為，如國家頒佈法令——構成公共法學說的主題之一，更或者是說，除此以外，還具有政治哲學和司法哲學的命題。

從中古時期，關於法律的本質、基礎和局限，以及它與普通個體或政治實體的原則和政治實體所獲得的權力之間的關係，一直是人們不斷研究的目標。對關於國家和法律的一些最重要概念的不同理解，同樣也反映在人們對法律可能（或應該）的不同理解之中。

下面是近幾個世紀法律的理解：

- 法律是理智的安排；（聖托馬斯·德阿基諾；蘇亞雷斯在某些方面也持如此認為）
- 法律，是統治者意志的表現；（霍布斯）
- 法律，是民眾自由和財產的保證；（洛克）
- 法律關係着權力分配和機構的相互平衡；（孟德斯鳩）
- 法律應是普遍意志的表達；（盧梭）
- 法律是理智的意願；（康德）
- 法律是保證普遍幸福和利益的工具；（邊沁）
- 法律是至高無上權力的迅速表現；（奧斯汀）
- 法律是階級統治的工具；（馬克斯、恩格斯）
- 法律是緊跟憲法之後的一系列標準；（凱爾森）
- 法律是有規律的政治概念。（施密特）¹

^{*} 本文摘自《憲法學注釋》。

^{**} 里斯本古典大學法學院教授

1. 參閱羅格·卡布拉爾的《論法》第十一卷，第1662頁及相關各段；貴多·法索的《法》（通論），引自《法學大百科全書》第二十三卷，（1973年版），第783頁及相關各段；克里斯蒂安·斯塔克的《德國憲法中的法律概念》（西班牙語譯本）（馬德里，1979年版，第159頁及相關各段）；

II ——但是有關法律的這一系列問題却關係着整個權力問題。社會組織與管理社會權力組織之間總是對法律的內容爭論不休。

因此，難怪洛克認為立法權是最基本最初始的權力，正是因為它決定了不同形式的政府²。同樣，盧梭的看法也並非偶然，他堅持說這種分權是相當重要，儘管他反對權力分配，但仍認為在立法權和行政權之間還是有很大區別的³；但孟德斯鳩却主張對這一區別應加以限制⁴。

二、國家發展過程中的法律

I ——對於每種歷史形態的國家，總有某種法律在司法秩序方面與之相適應（幾種流行的理論在這方面相互影響）。在任何一種歷史形態的國家的每一個重大發展進程中，總會出現某些不完美的特性。

卡斯塔涅依拉·內維斯因此在談到立法權的歷史性和條件性時，特意提到了立法權與政治權力的特定關係：不可能永遠擁有一種具有最佳和最有效的權力確定方式的立法；正如今天的情況。一方面，它從16世紀就是“主權的基本和必然的結果”，另一方面，每一種政治權力都對應着某種特定的立法形式——政治權力是這樣，立法也是這樣⁵。

II ——例如，涉及到這一憲法現象，要特別提到從啟蒙主義和法國大革命之前到此後的一段時期之間的立法和政治權力的對立。最根本的原因在於出現實體憲法和形式憲法以及法律的變體⁶。

卡斯塔涅依拉·內維斯的《……判決慣例》，第492頁及相關各段；讓·瑪麗·特里讓的《法律程序：法的哲學元素》，載於《法的哲學檔案》1985年版，第245頁及相關各段；弗朗西斯科·德卡雷拉斯的《關於憲法主義和西班牙憲法的法律》，載於《憲法十年發展－紀念路易斯·桑切斯·阿赫斯塔教授論文集》（全集）（馬德里，1989年版，第289頁及相關各段）；瑪利亞·羅撒利亞·多納羅馬的《法國文化中的法律概念》，載於《法與社會》，1990年版，第467頁及相關各段；若澤·阿德里諾·馬爾代斯的《法律的普遍原則》（里斯本，1991－1992年版），第156頁及相關各段；馬努埃爾·阿方索·瓦斯的《法律和法律的保留範圍》（波爾圖，1992年版），第75頁及關各段；戈麥斯·卡努蒂略的《憲法》，第817頁及相關各段；馬努埃爾·貢撒爾維斯·費雷拉·費略的《論法律程序》（第三版，聖保羅，1985年版），第21頁及相關各段。

2. “政府的存在方式應當依賴立法權這一最高權力。無法相信小的權力或其他任何不是最高的權力能夠制定法律：根據所享有權力的大小來決定是否能夠立法，一個團體組成方式也是這樣”（《再論政府》第五章）
3. “在政體中權力和意志是截然不同的，一個是以立法職能的名義而存在，而另一個則是行使行政職能……立法權屬於人民……政府不過是起人民和主權者之間的聯繫作用”（《社會契約論》第三卷第一章）。
4. “如果，立法權跟行政權同時掌握在同一個人或同一個司法機構手中，就沒有自由可言；因為人們很害怕這君主或這元老院會為進行專制統治而制定專制法律。”（《論法的精神》第十一卷第六章）。
5. 見卡·內維斯，出處同上，第479頁。
6. 出自馬努埃爾·若澤·米蘭達的《論憲法》，第三版（1997年版），第13頁。

在啟蒙主義和法國大革命之前，法律的重要性還相對較小（儘管有專制國家的努力）⁷。那時法律和客觀法學還沒有結合，這不僅是因為當時風俗習慣所起的作用，而且還因為當時所接受的某些倫理－司法原則；這些因素在使當時社會變成一個按照階級和職位劃分的等級社會方面，所起的作用遠遠超過法律。法律的權威作用或被貶低或被建立在君主政體傳統合法性的基礎上。

不同的是，從憲法主義開始，法律就試着被用來控制整個的國家司法活動，因此大大減少了法律學家們解釋《聖經》的任務；社會則變成了一個運動着的、充滿着變化、經常變革着的社會，法律伴隨着這種混亂，並在某些混亂中決定着社會；法律開始被人們認為是權力的工具，不斷增加不斷更新；但是其權限很有限，換句話說，它只是用自己來證明自己的合法性⁸。

專制國家的理論，在法律的創建和應用方面，早已在理智和願望之間產生矛盾，而現代主義的衝突則變成了自由和民眾主權之爭。自由就意味着法律涉及到權力分配和個人權利的至高無上；民主主義則認為民眾主權和大多數人的意志至上；這一對矛盾在民主法制國家形態中一直延續。

III ——即使法國大革命之後出現的法律框架能夠一直延續到今天，自由法學時期的法律和二十世紀的法律是有着明顯的不同。

在十九世紀，法律是與對擁有人人自由平等、整齊劃一、權力分配井井有條的社會的看法相聯繫的，它的職能則是根據理智來規定的。而這些標準性的規範則是由其普遍性和抽象性確定。為達到永恒和普遍的目的，法律作為一種中性的工具確實有它的保護基礎，並且通過制定成條文取得最大優勢。而且出自國會，更使其形式獨一無二。

法律最主要依靠理智，因此它的推理和判斷能力則是它唯一的、必需的和內在的限度。但是由幾乎所有標準所構成的憲法，却不僅對大多數法律問題無法干預，甚至不被看作是法律的有效參照物。眾所周知，美國所採用的源於憲法的司法檢察制度，在歐洲現在却並不被看好⁹。

7. 關於葡萄牙的情況，請參閱安東尼奧·馬努埃爾·埃斯巴尼亞的《歷史和社會學前景》，載於《法律行為》（全集）（1986年版），第65頁及相關各段；馬里奧·儒里奧·德阿爾梅依達·科斯塔的《葡萄牙法律史》（第三版，科英布拉），1996年版，第191頁、256頁和294頁及相關各段；安東尼奧·B·奧門的《法律學》，載於《古代政體末期司法模式的概念化》，1996年，第16期，4－6月號，第15頁。

在普通法系統中，只有當國王不得不觸犯某些法令時才會借助於法律（安·馬努埃爾·埃斯巴尼亞，出處同上，第69頁）；在受啟蒙主義影響的專制統治時期，出現增加立法的趨勢，但這只是由於其象徵意義，而並非由於立法原因本身（出處同上，第73頁）。

8. 關於英國和法國的法律情況，請全部參閱莫里斯·霍里奧的《憲法簡論》（巴黎，1929年第224頁和232頁）。

9. 關於自由法學時期的法律，請參閱卡爾·施密特的《憲法理論》（西班牙語譯本，墨西哥，1996年版，第161頁及相關各段）和《法律和合法性》（法語譯本，巴黎，1936年版，第59頁及相關各段）；卡萊·德馬爾伯格的《法律，普遍意願的表達》（巴黎1931年版，於1984年再次印刷）；喬治·布爾多的《論法國法中的法律概念》，載於《法律社會學和法律哲學的檔案》（1939

很自然地，二十世紀的社會（或是社會的意識）就不能不改變法律的地位。立法者——或是議會或是同樣擁有立法權的政府——面對一個越來越成熟、各種團體、利益和政治勢力越來越不一致、越來越充滿衝突和具有各自思想的社會，不得不經常利用法律在社會生活、經濟和文化生活的更多部門進行可能的干涉。其中複雜性變得不可避免，甚至不惜使用法規（Rechtsgesetz）和法律措施（Massnahmengesetz）¹⁰，從而導致立法和行政管理之間的界限越來越模糊。

使用範圍的擴大，立法目的和程序的專門化以及立法決定者的增多——都導致了被稱為立法膨脹的現象——這無助於提高法律的權威。而且恰恰相反：法律的保證功能轉移到憲法上——成為社會基本價值的中心和可立即執行的標準。接受的是憲法的原則，建立的是符合憲法的司法系統，而非法律。同時民眾彼此間廣泛的接觸交流，也使人們開始從屬於按照傳統國際法標準制定的和國際組織自己制定的法律¹¹。

-
- 年版，第7頁及相關各段），和《論政治學》，第二版，第六卷，1973年，第340頁及相關各段；加斯塔涅依拉·內維斯的《……判決慣例》，同上，第26頁及相關各段；古斯塔夫·薩格勒貝爾斯基的《憲法手冊》（1988年版，里斯本）；努諾·比薩拉的《作為憲法原則和理論的權力分立》（科英布拉，1989年版，第155頁）；埃德華多·加爾西亞·德恩德里亞的《法律語言》和《法國大革命之後公共法律的形成》（馬德里，1994年版，第75頁和第114頁及相關各段）；羅貝托·布蘭科·瓦爾德斯的《法國大革命時期的憲法理論中法律的至高無上地位及其後果》，載於《憲法和議會年鑒》（穆爾西亞——譯注：西班牙——地區），第六版，1994年，第77頁及相關各段；瓦斯科·佩雷斯·達席爾瓦，出處同上，第48－89頁。
10. 請參閱其他的區別：在保證法和程序法之間（見若熱·米蘭達的著作《……的合作》第70頁），或在裁定法和促進法之間（見馬努埃爾·費雷拉·費略的《論法律程序》，第249頁和第258頁及相關各段）。
11. 關於二十世紀的法律，請參閱加爾西亞·佩雷霍的《比較憲法》（第八版，馬德里，1967年版，第68頁及相關各段）；若熱·米蘭達，出處同上，第80頁及相關各段；喬治·布爾多，出處同上（第二版，第八卷，1974年版，第451頁及相關各段）；馬里奧·B·肖朗的《論法》，第三卷，第1042頁及相關各段；席爾瓦諾·拉布里奧拉的《法律危機和代表原則》，載於《法與社會》，1983年版，第23頁及相關各段；卡·內維斯，出處同上，第583頁及相關各段；馬努埃爾·費雷拉·費略的《論法律程序》，第21頁及相關各段，和《法制國家與憲法》（聖保羅，1988年版，第19頁及相關各段）；路易斯·卡布拉爾·德蒙卡達的《經濟計劃中的司法問題》（科英布拉，1985年版，第174頁及相關各段）；羅熱里奧·蘇亞雷斯的《現代國家中立法職能的含義和局限》，選自《法律行為》（第431頁及相關各段）；古斯塔夫·薩格勒貝爾斯基，出處同上，第11、12和156頁及相關各段以及《溫和法》（都靈，1992年版，第43頁及相關各段）；波拉斯·納達爾斯的《關於後社會國家理論的介紹》（巴塞羅納，1988年版，第203頁及相關各段）；佛朗西斯科·德卡雷拉斯，出處同上，第293頁及相關各段；努諾·比薩拉的《作為憲法原則和理論的權力分立》，第253頁及相關各段；佛蘭科·莫杜紐和達米亞諾·諾西拉的《法律根源的制度和法律的危機》，載於《法與社會》（1989年，第411頁及相關各段）；戈麥斯·努蒂略的《關於法律理論課程的安排、內容和方法的報告》（科英布拉，1990年版，第43－44頁和48頁及相關各段）；M·阿方索·瓦斯，出處同上，第147頁及相關各段；馬爾塞羅·里貝羅·德索薩的《現代國家的法律》，載於《法律》第11期，1994年10－12頁號，第5頁及相關各段；讓·多明尼戈·馬戒的《法規的地位的問題》，1994年，第70期《Pouvoir》，第133頁及相關各段；瓦斯科達·席爾瓦，出處同上，第83頁；克萊梅·森克萊維的《現代國家的法律》，載於《創世紀——應用行政管理法雜誌》，1996年，第346頁及相關各段；

最後，這其中現在又出現了一些更新的趨勢，如權力的非集中化，法律程序中的參與性甚至契約化，以及非規律化或稱非法制化。在某些方面，這些趨勢很可能預示着一個新的法律國家¹²。

三、實體意義的法律和形式意義的法律

I ——傳統上法律的含義總是跟法權，直接或間接地也跟準則、規則、規定的創建和頒佈有關。

憲法主義認為，立法權過去屬於國會（單獨行使或由君主簽署法律）。但是，與此同時，在確定的形式下通過特定的和外向的程序所產生的法律却出現某種傾向——所有國會活動都是法律（後來，還包括另外的相同職能的機構）。因此要談到實體意義的法律和形式意義的法律（前面我們提到過）。

實體法對應着有着立法功能行為的法律，正如我們在第一章所介紹的，而且如果需要，其也是形式意義的法律。但是，如果不是形式意義的法律則可能具有或不具有立法內容。

II ——在自由法學和法律的實際內容之間，在二十世紀的現狀（無論何種政治制度）和純粹法律形式概念之間建立某種對應是很平常的。

這種看問題的方法應當有所保留。

首先：兩種意義的差異——不僅僅是差異，而且是分離——在十九世紀已經存在（由當時的德國學派提出，儘管很多人認為這是有條件的有限君主論）¹³、¹⁴。

其次、有很多獨樹一幟的作者談論過司法上的求證主義和自由主義的概念，這些概念確定，法律可以對形式上的要素和與其他任何活動相比所具有的至高無上地位進行專屬要求¹⁵。

值得引述的是最後一位作者的一段話（第352頁）“法律不僅是保障和改革的工具，而且還是社會內部融合的工具。法律使居住在確定區域的人們融合並組成一個象徵性集體——在多元化社會裏，法律是暫時地表達政治意願。說暫時因為法律只是在議會上和執行權力機構之間達成的現時的允諾和協商，法律是在這一過程的最後一刻才產生的；這一過程是在國家內部代表各自力量的各種關係相互結合的過程。就其本身而言，這種力量關係總是暫時的和不穩定的。”

12. 參見戈麥斯·卡努蒂約《通法理論和刑法理論》（科英布拉，1988年版，第7頁及相關各段）；馬爾塞羅·R·德索薩的《現代國家中的法律》（第15-16頁）。

13. 參見拉邦的著作，出處同上，第345-346頁：“無論在實體意義的法律和形式意義的法律之間，還是在限制意義、從屬意義和廣泛意義的法律之間，都沒有這一類的關係；這兩個概念有着根本不同，每個都有其獨立的特徵——類與其內涵實質有關，而另一類則與表達意念的方式有關。”

14. 關於德國的辨證法理論，參閱克·斯塔克著作，出處同上，第17頁及相關各段；在此我們還引用了路易·曼謝特的《行政管理之爭議》，第691頁；戈麥斯·卡努蒂略的《法律理論中的預算法問題》（科英布拉，1979年版，第7頁及相關各段）。

15. 參見《法蘭西第三共和國理論》，特別是卡雷·德馬爾伯格的《……的法律》，第38-39頁。

第三、除了法律普遍性的問題，對法律的其他實際內容的研究也或多或少地取得了成就，這當中，有對法規的研究，對新穎性的研究，還有對個人自由和財產範疇的干預的研究，及對憲法的立即實施或稱具體化進行的研究。

第四、如果法律特徵的抽象性是導致產生這種情況的原因或因為法律措施 (leis-medidas) 的出現使之遭到拋棄，甚至因此法律的普遍性也不復存在，除非是作為基本屬性（而存在），至少（在拉邦的著作裏¹⁶）還有其他作者¹⁷認為這是法律的自然屬性。

第五、從歷史角度看，如果法律普遍性要求伴隨着的是法律面前人人平等的原則，如果今天對它批評一直集中在即使對冷漠和歧視也能做到真正的有效的平等，那麼可以肯定地說，在法制的社會國家裏，將不出現兩派的對立；但是相反，實際上它們在矛盾中共生，平等地平衡地相互滲透^{18、19}。

III——具體法和通法（與法律的普遍性設有關係）的現象還不能解釋法律措施的含義。這一現象經常表現在預算法、大赦法以及用來宣佈國家所處的狀態，或其他特殊情況。

但是這些法律措施 (massnahmengesetze, leggi – provvedimento) 都跟當今社會越來越深的複雜性和社會生活的加快、國家職能的擴大以及社會和政府權力之間溝通的載體的多樣性有關。在某些具體情況下為了必需的結果，在需要的時候法律也要採取一些應急和防備措施進行干預來解決這些問題，或者用一個著名的模式²⁰在法律中行為受制於理智²¹。

16. 出處同上，第262頁。

17. 請參閱費薩斯維塔爾的《葡萄牙憲法中的法律概念》，載於《立法和法學雜誌》，第55期（年刊），第401頁及相關各段。

18. 見《憲法手冊》第四卷，第104頁，第401頁及相關各段和各有關作家。

19. 關於實體法和形式法，請具體參閱L·杜貴的《論憲法》第二卷，第160頁及相關各段；赫爾曼·黑勒的《魏瑪憲法中的法律概念》（意大利語譯本），1927年版，見《主權和其他作品》米蘭，1987年版，第303頁及相關各段；亨利·杜貝霍的《關於法律的普遍性》，載於《卡雷·德馬伯格》（全集），巴黎，1933年版，第137頁及相關各段；古斯塔夫·英格羅索的《論實體意義法律和形式意義法律的差異》，載於《紀念佛朗西斯科·加梅奧論文集》（全集），1933年版，第701頁及相關各段；卡羅·埃斯博西多的《法律的有效性》，1934年版（1964年重新印刷），第77頁及相關各段；卡爾·施密特的《審法理論》，第170頁及相關各段；巴拉多爾·帕里埃里的《關於意大利現行憲法中權力分配的記錄》，載於《公共法季刊》，1952年，第881頁及相關各段；維西奧·科里薩佛里的《標準行為》，載於《法學大百科全書》，第四卷，1959年版，第245頁及相關各段，及《憲法課程》，第二版，1971年，第18頁及相關各段；科爾森的《法學純理論》，第78頁和79頁；佛朗哥·巴斯，出處同上，第12頁及相關各段，佛朗哥莫多紐的《法律的有效性》，米蘭，1970年版，第157頁及相關各段，及《法律》，載於《法學大百科全書》，第二十三卷，第885頁；馬卡塔諾的《憲法》，第198頁；安盧熱里的《憲法經驗和體制的根源和標準》，都靈，1993年版，第29頁。

20. 由佛斯托夫所傳播。

21. 最近的一個例子是97年1月27日的第3 / 97號法律，用於減輕幾個星期前於里斯本市政廳發生的火災所引起的後果。另一個例子是97年4月18日頒佈第85 / 97號法令，關於亞速爾群島，尤其是在受不利天氣條件影響的地區，承包公共工程的特殊執行制度。

立法者為滿足公民的經濟社會和文化的權利總是力圖領導經濟和改造社會，這就使他不得不採用一種制度化的和點點滴滴的形式，從上至下，具體到個人，具體到不同的情況，具體到某種可能，具體到地點和程度——放棄了行政管理職能以實現他所渴望的效果和結果²²。

法律措施的自然屬性引起了很大爭論。有人提到與有效的國家相對應的是法律的貶值²³；另外有人認為，與執行機關所行使的權力標準相比，立法機關出現了行政化的現象²⁴；還有人則推崇法律措施的特別的方面如它的決策、它的目的、目標對象的範圍及它存在的有效性和例外性²⁵。

無論如何，法律措施都不會脫離立法職能的範圍，因為它基於政治選擇²⁶而非行政管理。在它們實施過程中，不會（永遠不會）與用於生活狀態的行為混為一談。

IV——如果在這條或那條針對某個人的可執行命令的後面能夠找到某條規定或某個總的原則；同樣也就可能存在某些獨立存在的，真實地或從直觀上看作是獨立存在的法律²⁷。

所有這一切都在於，無論是否所頒佈這些具體和個體的措施的原因（比如法律面對的是靈活的憲法）是企圖給自身一些普遍性，是否能夠符合一種客觀的感覺，

22. 參閱阿方索·蓋依洛的《行政管理法教程》，第342頁。

23. 參閱布爾多，出處同上，第八卷，第451頁。

24. 請再次參閱阿方索·蓋依洛的著作，第343頁。

25. 請參閱卡爾·施密特的《Der Hüter der Verfassung》，西班牙語譯本《捍衛憲法》（巴塞羅納，1931年版，第147頁及相關各段）；克斯坦蒂諾·莫爾塔蒂的《預防法》，米蘭，1968年版；厄內斯特·佛斯托夫的《預防法》，載於《變化中的法學地位》（意大利語譯本），米蘭，1973年版，第103頁及及相關各段；克里斯蒂安·斯塔克，出處同上，第77頁，第341頁及相關各段；E·A·羅維拉的《法規及職權分配》，引自《西班牙憲法雜誌》，1986年，9-12月號，第141頁及相關各段；安東尼奧·納戴斯的《葡萄牙共和國憲法中的法規及法律概念》（從未發表），里斯本，1986年版；戴維·杜阿爾特的《法規及社會民主》，引自《司法學》，1992年版，第328頁及相關各段；馬努埃爾·阿方索·瓦斯，出處同上，第357頁至385頁，第509和510頁；戈麥斯·加諾蒂略的《論憲法》，第821頁和828至829頁；迭哥·瓦依阿諾的《行政管理職權中的保留事務》，米蘭，1996年版，第29頁及相關各段。此外，還有若熱·米蘭達的《……的合作》，第83頁；米格爾·特里斯的《法律》，第十一卷，第672頁；M·里貝羅·德索薩的《憲法》，第256頁；塞爾伍拉·克雷雅的《行政管理法中的概念》，里斯本，1980年版，第85頁；M·德奧里維拉的《行政管理法》，第20頁及相關各段；加斯塔涅依拉·內維斯，出處同上，第136頁和137頁；保羅·博納維德斯的《政治和憲法》，里約熱內盧，1985年版，第329頁；L·加布拉爾·德蒙加達，出處同上，第174頁及相關各段；羅倫索·卡拉薩雷的《法的保障和預防法》，載於《憲法學》，1986年版，第1488頁及相關各段；戈麥斯·奧法內爾，出處同上，第217頁及相關各段；努諾·比薩拉，出處同上，第225頁及相關各段；M·費雷拉·費略的《論法律程序》，第261頁及269頁；保羅奧特羅的《憲法中……的權力》，第267至628頁。

26. 參閱科·莫塔蒂的《預防法》，第43頁及相關各段。

27. 此外，如果存在有形式上的或是表面上的是個體而在實質上是普遍的，那麼就同樣存在那些表面上是普遍的而在某些情況下最後以個體形式出現的法律。

一種普遍的原則；而且法律通過那種措施而使其範圍擴大，或相反，由於喪失任何一種新的合法價值而範圍縮小以至消亡²⁸。

對於普遍性的本質，一個很不明確或很不直接的問題是個體法律^{29、30}；另一個問題是在法律的形式下的行政管理行為；這是一個在具體和個體情況下的簡單決定，應該（或本應該）是一個先前存在的規則的簡單應用，且只有跟這些規則相一致的情況下才有效。但同時，這一特點並不總是容易區分，也並不常能做到。

在法制國家中，在某種情況下，能夠被許可的是那些專有的和權利受約束的個體法律。如果有那些法律（如憲法規定），那麼其普遍性將不得不包括其相應的預見性，並一定得準確無誤地直接地表現出來³¹。

V —— 下面將要強調法律的實體性和其形式——非實體法的形式並不能減少其普遍性（或其他任何物質因素）的出現和喪失。而且不得不在國家職能的總體框架內加以面對，正如我們一直所做的。

具有實體內容的法律不僅是被賦予普遍性的法律，而且，我們一直強調，作為政治功能的和直接限制於憲法行為的法律。如果沒有這種定位，沒有對普遍利益的前瞻性思考，沒有對政治一致性的廣泛視角，沒有其固有的自由決定的特性，也就不存在法律。

總括之，法律是一種關於社會生活權力的基本行動的工具和手段³²。可以通過法律自身的規定，計劃和推動一種政治——社會秩序的建立；可以在司法中使國家整體政策合法化和正規化³³。與法律的形式相適合和相適應的內容在開始時對於其特殊性和 / 或其一致性來說將一定有其特有的重要性³⁴。

因此，規章制度不能算是具有實體意義的法律³⁵。而具也很少能夠以廣泛的強制力宣佈司法標準的非憲法性和非法性；或者說這本應該是最高法院承擔的事情。

28. 參見巴拉多爾·帕雷里的著作，出處同上，第819頁及相關各段，以及《法令》，第125頁；加斯帕爾·阿里紐·奧爾蒂斯的《單獨法及單獨情況適用法》，載於《公共管理雜誌》，1989年，第57頁及相關各段；努諾·比薩拉的《……的保留》，第20頁及相關各段。

29. 比如關於撫恤、養老金的發放；對傑出人士的授勳；對不公事件的修正；對於財稅收益的特別許可。

30. 在這裏就可以看出，區別個體法律和單獨法律的必要性（從羅馬法體系看，這與法的基本原則相矛盾而被認為是特別法）；參閱聖馬諾的《單獨法》，第87頁及相關各段；佛朗哥·莫多紐的《單獨法、特別法和特例法》，載於《法學大百科全書》，1978年版，第二十八卷，第507頁及相關各段；奧里維拉·阿斯森松的《法學》，第445頁及相關各段。

31. 此處都引自加斯帕爾·A·奧爾蒂斯的著作，同上，第71和77頁。

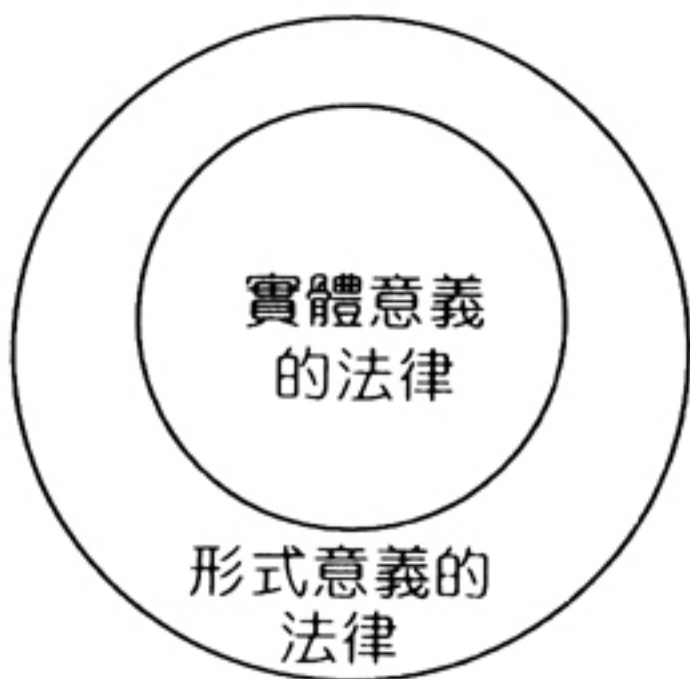
32. 布爾多，出處同上，第224頁。

33. 卡·內維斯，出處同上，第481頁和487頁。

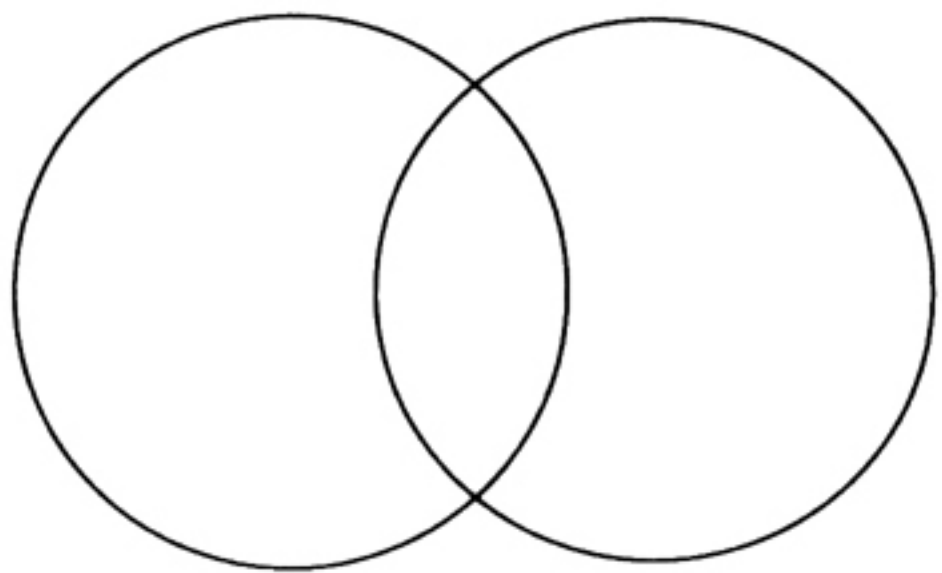
34. 努諾·比薩拉的《作為憲法原則和理論的權力分配》，第258頁。

35. 參閱克里斯蒂安·斯塔克，出處同上，第242和243頁。

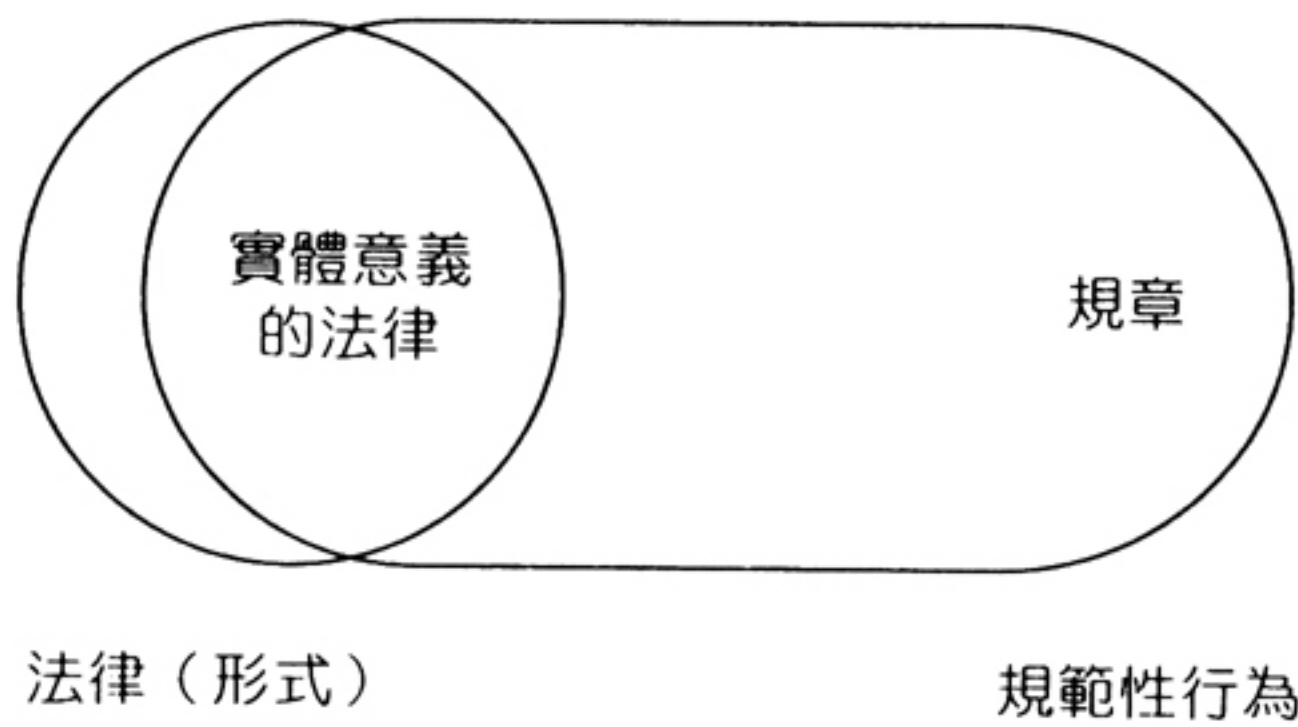
正如下圖所示，實體意義的法律和形式意義的法律的關係應建立在這兩個同心圓的基礎上。



而不是建立在兩個相交圓上。



兩個相交的圓則分別是法和規範性的行為。



四、澳門的立法體制

——澳門——1999年12月20日之前由葡萄牙管理的地區——目前執行的是一種自己特有的司法體制，這是由憲法的基本原則和被賦予憲法地位的政府組成章程，具體說就是96年7月29日的第23 – A / 96號法律共同要求的³⁶。

36. 參閱《憲法手冊》，第二卷，第303頁及相關各段，第三卷，第249頁及相關各段。

這裏就出現一個二元論：立法的產生和一種複雜的立法體制，這種體制的建立在某些條件下源於葡萄牙國家法律³⁷，同時還由於澳門本地政府機構——澳門總督和立法會——所頒佈的法律³⁸。

II ——那些法律文件是源於葡萄牙主權機構而應用於澳門的？

儘管這些法律文件表現得不是很明顯，但也應被看作已應用於澳門：

a) 關於主權機構的保留事務的立法文件（第13條第1款和第30條第1款c項）——或者說關於大赦和普通赦免的事務（第30條第1款l項，和第69條第4款）；而且如果這些領域有必要進行立法，如對外安全和葡牙對於澳門所承擔的責任等（第12條第1款和第60條第1款）³⁹。

b) 關於法制國家的前景所確定的最敏感事務的立法文件——如關於權利、自由、各項保障、人民的狀態和能力；刑法和刑事訴訟法（第31條第2款a項和第3款a和i項）——這些文件的地位都優先於源自澳門本地立法機構的文件，除非澳門本地出現特殊的形勢，但也不得與那些立法文件的準則的內容相衝突（第41條第2款）。

c) 關於澳門立法會在保留事務方面的立法權限的法律文件（第31條第1款，和第2款，除了a項），以及關於立法會和澳門總督在普通立法職權的法律文件（第31條第3款j, l, n項），在這些範圍，澳門本地法律文件處於優先地位。

d) 關於其他事務的源自葡萄牙主權機構的基礎法律（第13條第3款第一部分）。

在任何情況下，這些法律文件都必須通過刊登在“澳門政府公報”的方式對外頒佈（第69條第1款）⁴⁰；關於大赦和普通赦免的法律——其憲法性是不確切的——則應在立法會得到通過（第69條第4款，1996年之後）⁴¹。

III ——在此要強調的是，在源自主權機構的法律和源自澳門政府機構的法律之間的那種關係，無論如何也不像葡萄牙共和國的通法與各自治地區法律之間的關係；這就體現澳門政府組成章程的主要作用；而且主權機構所承擔的保留事務也遠遠不同於共和國議會針對各地區立法會所需要保留的事務。

國家主權機構和自治地方機構都屬於同一個憲法機構的框架，而且它們各自的法律活動也都處於同一個系統之內。對澳門來說，做超範圍的事是不合法的——其

37. 這可以通過法律延伸現象或通過形式上（或偶然，從實體上）接受來實現。

38. 請參閱1991年6月12日第12期的《行政》（澳門發行的雜誌）。關於立法會實踐，見若熱·莫爾比的《澳門——1999——過渡時期的挑戰》（里斯本，1990年版，第106頁及相關各段）。

39. 與1976年和1990年版的組成章程相比，現在的版本在保留事務這部分已有了很明顯的縮小。

40. 只有在“政府公報”上刊登後，法律文件才能在澳門正式實施（第69條，第2款和第3款）。

41. 葡萄牙議會（在大赦和普通赦免方面擁有保留職權的機構）的作用在縮小，這在憲法中却沒有規定。議會在修改或代替基本法律方面受到立法會和澳門總督的限制（第292條，第3款和第4款），但並不適用於其職權範圍的其他部分。然而，從另一個角度說，這一於澳門有關的保留職權範圍也僅僅依從於這些基本法律。

自治與國家的統一完整無關，而且其社會環境、文化環境、經濟環境和政治環境都與葡萄牙本土的情況大相徑庭。

相反，除了所有這一些以外，那些由共和國主權機構所制定、應用於澳門而且與共和國憲法準則相一致的法律文件將繼續有效，直至澳門本地機構根據其職權的要求制定和頒佈可代替上述法律文件的新法律文件。

IV——與澳門政府組織章程⁴²的最初版本（1976年版）相反，通過1990年5月10日的第13 / 96號法律和1996年第23 – A / 96號法律的修改，現在的組織章程規定澳門的普通立法權限屬於澳門總督。總督可以對所有事務立法，但不能對屬於共和國主權機構的保留事務和屬於立法會保留事務進行立法（如果立法會未被解散）（第13條）。

立法會的法律職能是一項特定的權限。它只能針對某些事務，它有時可能與總督的意見有絕對或相對的保留（第31條第1款和第2款）；有時又會相一致（第31條第3款）。但是，除了這些直接作用以外——它還對批准法令的慣例起到某種作用，儘管間接，但很廣泛（第15條）。

V——關於澳門總督的法律權限，需要強調指出：

- a) 絕對保留的法律權限（但是沒有否決和修改立法會決定的權力）；——這可以在共和國主權機構的基本法律的制定過程中及在對執行機構的架構和功能的法律文件的批准上表現出來（第13條第3款）。
- b) 潛在的絕對保留的法律權限——所有不屬於立法會職權範圍的事務；但立法會有拒絕批准和修改的權力（第31條）。
- c) 派生的立法權限——通過批准立法會對與此有關的保留事務的立法來實現（第31條第2款）。
- d) 可替代的立法權限——如立法會解散，所有屬於立法會權限範圍內的事務（第13條第2款第2部分）。

VI——澳門總督與立法會的協調合作可通過下列方式實現：

- a) 立法會議員和總督都可以在立法會提出立法倡議（第39條）；
- b) 澳門總督簽署法律和法令（第11條第1款b項）；
- c) 總督對法律的否決權——可以是暫時的否決（第40條第2款），也可以是轉移否決至憲法法院（第40條第3款）；
- d) 根據相關法令，立法會可在除總督的絕對保留職權以外，對總督的拒絕改變和修改法律的後果進行評價（第15條）。

42. 參閱《國家的功能、機構和行為》（里斯本，1990年版，第261頁及相關各段）及憲法法院1990年12月13日的第332號判決，載於《共和國公報》，第二組，第65期，1991年3月19日。

