

澳門特區的法律淵源簡述

趙向陽*

關於法律淵源（又稱法的淵源），中國法學界大致有廣義和狹義兩種理解。持廣義說者認為，“法的淵源一詞在中外法學著述中是一個包括各種涵義的概念。它可指法的實質淵源，即法是根源於國家權力，是自然理性、神的意志、君主意志、人民意志抑或社會物質生活條件；可指法的效力淵源，即法產生於立法機關還是其他主體，即產生法的內容的材料是源於先前的法典、外國的法典，或是來源於政策、習慣、宗教、禮儀、道德、典章、理論、學說；可指法的形式淵源，即法是來源於制定法、判例法、習慣法抑或法學著作；還可指法的歷史淵源，即能夠引起法或法律原則、法律規則產生或改變的歷史現象或事件。”¹

持狹義說者指出，法律淵源又稱“法源”或“法的淵源”或“法的形式”，即“具有法的效力作用和意義的法的外在表現形式。法的淵源主要有以下幾種：制定法、判例法、習慣法、法理、國際協定和條約。”² 德國公法學者亦持大致相同的觀點。³ 本文將據此表述澳門特區的法律淵源。

考察澳門特區的法律淵源，必須以憲法和基本法為依據，同時也必須重視澳門以往的法律傳統和法律特徵。

* 澳門科技大學法學院客座教授。

¹ 張文顯主編：《法理學》（第二版），高等教育出版社，2003年，第66頁。

² 中國社會科學院法學研究所編輯委員會：《法學辭典》，法律出版社，2003年，第314頁。

³ [德]哈特穆特·毛雷爾（Hartmut Maurer）：《行政法學總論》（中譯本），法律出版社，2000年，第55-56頁。

回歸前，尤其是 1976 年《澳門組織章程》實施以前，澳門基本上或主要是適用葡國法律；⁴ 在此之後至回歸前夕仍有若干葡國法律在澳適用。葡萄牙採行大陸法系，以制定法作為主要法律淵源，亦將其締結或加入的國際公約作為一種法律淵源。按照《澳門組織章程》的規定，“澳門地區作為一公法人，在不抵觸共和國憲法與本章程的原則，以及在尊重兩者所定的權利、自由與保障的情況下，享有行政、經濟、財政、立法及司法自治權”。

（第 2 條）“立法職能由立法會及總督行使。”（第 5 條）總督之立法權限以法令行使（第 13 條第一款），立法會行使立法職能以法律為之（第 14 條第一款），兩者具有同等法律效力。因此，回歸前（主要是指 1976-1999 年）澳門制定了為數甚多的法律和法令。而葡國亦將其締結或參加的國際公約大量延伸適用於澳門。對於這些法律法令以及已適用於澳門的國際公約，基本法規定了處理原則和方式，從而使其成為澳門特區的法律淵源。但回歸以後，即中國政府恢復對澳門行使主權之後，葡國法律不再適用於澳門，不能成為特區的法律淵源，這是確定無疑的。

回歸後，立法會根據基本法行使立法權，所制定的法律自然是特區法律淵源之一。而基本法附件三所列之全國性法律，則是位階高於本地立法的法律淵源。此外，中央政府根據基本法規定之原則和程序將其締結或參加的部份國際公約適用於澳門特區。

綜上所述，澳門特區法律淵源為制定法（即不包括判例法或其他法律淵源）；而根據制定主體的不同呈現多樣化特徵，並具有較明確的位階排序。包括：

- 由最高國家權力機關全國人大制定的憲法及憲制法律——基本法；
- 由全國人大或其常委會制定的全國性法律（列於基本法附件三）；
- 適用於澳門的國際公約或國際協議；
- 予以保留的回歸前制定的原有法律及法令，回歸後立法會制定的法律。

現分述如下。

⁴ 規定澳門基本制度的《澳門組織章程》，由葡國立法機關於 1976 年 3 月的第 1/76 號法律訂定；其後於 1979 年、1990 年及 1996 年作出修改。

一、憲法及基本法

（一）關於憲法

中國現行憲法，由第五屆全國人民代表第五次會議於 1982 年 12 月 4 日通過。其後，分別於 1988 年、1993 年、1999 年、2004 年及 2018 年通過五件憲法修正案。憲法是規定中國各項基本制度的根本大法。憲法第 5 條規定，“中華人民共和國實行依法治國，建設社會主義法治國家。國家維護社會主義法制的統一和尊嚴。一切法律、行政法規和地方性法規都不得同憲法相抵觸。一切國家機關和武裝力量、各政黨和各社會團體、各企業事業組織都必須遵守憲法和法律。一切違反憲法和法律的行為，必須予以追究。任何組織或者個人都不得有超越憲法和法律的特權。”因此，憲法具有最高法律效力，其效力範圍及於包括港澳在內的全國各地區。國務院新聞辦公室於 2014 年 6 月發表的《“一國兩制”在香港特別行政區的實踐》白皮書明確指出，憲法和基本法共同構成特別行政區的憲制基礎。中共十九大報告亦對此予以確認。

事實上，“對國家憲法能否在港澳特別行政區生效並適用以及如何適用的問題，自一國兩制構想付諸現實特別是基本法制定和實施以來，即存在着相當多的爭議並從中衍生出形形色色錯誤認識，不僅港澳社會中愛國陣營和反對派陣營之間就此存在尖銳對立，而且即便是愛國陣營內部和內地民眾及學術界內部也並非看法一致，甚至一度影響到中央對港澳政策的正確形成和全面落實。這其中曾長期在香港法律界影響廣泛的流行觀點即認為：‘憲法在香港特別行政區的適用毫無質疑地應由基本法的條文予以確認。一國兩制的內在邏輯表明，規定了一種特定的社會主義經濟制度和共產黨一黨制的政治制度的中國憲法，除非被基本法所援引，否則不能在香港適用。因為基本法是踐行一國兩制的法律工具。基於同樣的理由……基本法特定條款的妥當性不應依賴於憲法。當基本法與憲法衝突時，基本法必須優先適用。這種觀點聽起來像是歪理邪說，但可以證明其正確性——因為基本法力圖建立的是一種與憲法所建立的基本制度不同的獨立制度，全國人大也已經決定基本法是憲法性文件。’⁵ 而且這樣的理論建造乃奠基於香港存在

⁵ Yash Guai : *Hong Kong's New Constitutional Order*, Hong Kong University Press, 1997, Pgs. 361&398.

着一個單獨的‘憲法體制（constitutional system）’或‘憲法秩序（constitutional order）’的假說之上，其話語邏輯可自然推演出以下顯而易見的結論：一是國家憲法基於其社會主義根本性質而不能在不實行社會主義制度的港澳特區生效和適用；二是在一國兩制條件下特區也無必要適用國家的憲法規範；三是港澳基本法分別作為當地的憲法或者‘小憲法’代替了國家憲法成為特區制度的憲政依據；四是中國特色社會主義法律體系不包含港澳台法律這部份內容；等等。這些觀點乃至學說的實質是從憲法和基本法關係上割裂‘一國’對於‘兩制’的基礎和決定關係，抬高基本法的功能而貶低國家憲法的效力，脫離憲法規範來講基本法，脫離‘一國’空談‘兩制’，必然導致本末倒置的謬誤。”⁶

在此基礎上，上文作者進一步論述了“全面準確理解憲法與基本法關係的幾個關鍵問題”包括：（一）在港澳特區完全生效的憲法的適用兼具一般性和特殊性；（二）對幾種現有理論觀點的分析（1. 關於基本法是否構成憲法特別法；2. 關於憲法必須透過基本法才能在港澳適用；3. 關於憲法和基本法的“雙重適用”；4. 關於憲法僅有第 31 條在港澳適用）；（三）國家憲法在港澳特區實施適用的具體形態。⁷ 作者對上述各方面進行了全面分析，且頗能代表目前關於此問題研究的最新成果。

（二）關於基本法

1993 年 3 月 31 日，時任國家主席江澤民發佈第三號《中華人民共和國主席令》：“《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》，包括附件一：《澳門特別行政區行政長官的產生辦法》，附件二：《澳門特別行政區立法會的產生辦法》，附件三：《在澳門特別行政區實施的全國性法律》，以及澳門特別行政區區旗、區徽圖案，已由中華人民共和國第八屆全國人民代表大會第一次會議於 1993 年 3 月 31 日通過，現予公佈，自 1999 年 12 月 20 日起實施。”此次全國人大會議還通過了《關於〈中華人民共和國的特別行政區基本法〉的決定》，明確指出“澳門特別行政區基本法是根據《中華人民共

⁶ 許昌：“國家憲法與港澳基本法關係再研究”，《“一國兩制”研究》2018 年第 1 期（總第 35 期），第 68 頁。

⁷ 許昌：“國家憲法與港澳基本法關係再研究”，《“一國兩制”研究》2018 年第 1 期（總第 35 期），第 69-72 頁。

和國憲法》按照澳門的具體情況制定的，是符合憲法的。澳門特別行政區設立後實行的制度、政策和法律，以澳門特別行政區基本法為依據”。

會議同時通過了《全國人民代表大會關於設立中華人民共和國澳門特別行政區的決定》：“第八屆全國人民代表大會第一次會議根據《中華人民共和國憲法》第 31 條和第 62 條第十三項的規定，決定：一、自 1999 年 12 月 20 日起設立澳門特別行政區。二、澳門特別行政區的區域包括澳門半島、氹仔島和路環島。澳門特別行政區的行政區域圖由國務院另行公佈。”⁸

在國家法律制度中，全國人大的決定是一項重要的法律淵源。

根據上述主席令、全國人大決定和基本法的規定，可以指出：

1. 必須將基本法及其三個附件、區旗和區徽圖案以及全國人大的兩項決定視為一個完整的法律部門；作為“輔助性”憲制文件的尚包括《全國人民代表大會關於澳門特別行政區第一屆政府、立法會和司法機關產生辦法的決定》、《全國人民代表大會關於批准澳門特別行政區基本法起草委員會關於設立全國人民代表大會常務委員會澳門特別行政區基本法委員會的建議的決定》（兩項決定皆為 1993 年 3 月 31 日第八屆全國人民代表大會第一次會議通過）。後兩個決定對於澳門特別行政區的設立和運作，對於基本法的實施（尤其是對於基本法第 17 條第三款，第 143 條第四款及第 144 條第三款）具有重要意義。
2. 全國人大以專項決定確認其制定的一部法律具有合憲性，乃全國人大有史以來第一次。這既體現了全國人大行使“監督憲法的實施”之職權，也確認了“一國兩制”作為一項基本國策的憲制地位。憲法第 5 條規定，“中華人民共和國實行依法治國，建設社會主義法治國家。國家維護社會主義法制的統一和尊嚴。一切法律、行政法規和地方性法規都不得同憲法相抵觸。一切國家機關和武裝力量、各政黨和各社會團體、各企業事業組織都必須遵守憲法和法律。一切違反憲法和法律的行為，必須予以追究。任何組織或者個人都不得有超越憲法和法律的特權。”據此，在包括港澳在內的中國各地

⁸ 憲法第 62 條第十三項的規定，“全國人民代表大會行使下列職權：……（十三）決定特別行政區的設立及其制度”。

均應實行社會主義制度（即憲法第 1 條的規定），全國人大亦不能制定與此相抵觸的法律。在這種情況下，只有憲法本身作出例外規定（即憲法第 31 條），全國人大獲得憲法性專門授權方可制定體現“一國兩制”方針的港澳基本法，允許在港澳特區實行或更準確地說保留原有資本主義制度和生活方式。全國人大專門作出基本法合憲的決定，旨在從最高國家權力機關即國家主權機關的層面，排除關於港澳基本法合憲性的法律爭議。基於全國人大至高無上的憲法地位，任何公私實體均不能挑戰其決定。

3. 需要特別注意的是，全國人大關於基本法合憲的決定明確指出，“澳門特別行政區設立後實行的制度、政策和法律，以澳門特別行政區基本法為依據”。這與基本法第 11 條的規定一脈相承，並且是以與基本法同時通過的決定明確闡述了此條規定的立法原意；這也是關於基本法憲制地位的立法原意。對此，同樣不能以任何方式予以質疑和挑戰，除非全國人大另行作出其他或相反的決定。
4. 正是基於上述立法原意，基本法第 18 條第一款規定，“在澳門特別行政區實行的法律為本法以及本法第 8 條規定的澳門原有法律和澳門特別行政區立法機關制定的法律。”在這樣一個法律體系中，基本法因其憲制地位而具有最高法律效力，從而確保整個法律體系的存續和統一。
5. 強調基本法在澳門特區法律體系中的地位和作用，不是也不能否定憲法和基本法共同構成澳門特別行政區制度的憲制基礎；而是考慮到：“在港澳地區完全生效的憲法的適用兼具一般性和特殊性”；同時，“部份憲法規範不在特區直接適用，並不能抹殺憲法在港澳特區生效的法律事實”。尤其是“在國家主體繼續保持其實行的中國特色社會主義制度的前提下，允許個別地區如香港、澳門和台灣繼續保持各自原有資本主義制度，五十年不變，這樣長期共存的體制，就要求雙方在維護國家主權、安全和發展利益的根本宗旨下相互尊重，不謀求改變對方的制度，中央不干預港澳地方事務上的高度自治，港澳也要尊重和維護國家體制和內地的制度政策”。⁹

⁹ 許昌：“國家憲法與港澳基本法關係再研究”，《“一國兩制”研究》2018 年第 1 期（總第 35 期），第 70 頁。

6. 當然，在任何情況下憲法都具有無容置疑的最高法律效力，而作為規定國家基本政策的基本法只是一項具有重要意義的“子法”，體現了國家制度創新、管治體系和管治能力現代化的歷史性貢獻。

二、適用於澳門的全國性法律

（一）列於基本法附件三的全國性法律

這些法律包括：

1. 《關於中華人民共和國國都、紀年、國歌、國旗的決議》，1949年9月27日中國人民政治協商會議第一屆全體會議通過。
2. 《關於中華人民共和國國慶日的決議》，1949年12月2日中央人民政府委員會第四次會議通過。
3. 《中華人民共和國國籍法》，1980年9月10日第五屆全國人民代表大會第三次會議通過。
4. 《中華人民共和國外交特權與豁免條例》，1986年9月5日第六屆全國人民代表大會常務委員會第十七次會議通過。
5. 《中華人民共和國領事特權與豁免條例》，1990年10月30日第七屆全國人民代表大會常務委員會第十六次會議通過。
6. 《中華人民共和國國旗法》，1990年6月28日第七屆全國人民代表大會常務委員會第十四次會議通過。
7. 《中華人民共和國國徽法》，1991年3月2日第七屆全國人民代表大會常務委員會第十八次會議通過。
8. 《中華人民共和國領海及毗連區法》，1992年2月25日第七屆全國人民代表大會常務委員會第二十四次會議通過。
9. 《中華人民共和國專屬經濟區和大陸架法》，1998年6月26日第九屆全國人民代表大會常務委員會第三次會議通過。
10. 《中華人民共和國澳門特別行政區駐軍法》，1999年6月28日第九屆全國人民代表大會常務委員會第十次會議通過。
11. 《中華人民共和國外國中央銀行財產司法強制措施豁免法》，2005年10月25日第十屆全國人民代表大會常務委員會第十八次會議通過。

- 12.《中華人民共和國國歌法》，2017年9月1日第十二屆全國人民代表大會常務委員會第二十九次會議通過。

（二）基本法關於全國性法律的規定

基本法第18條第二至四款規定，“全國性法律除列於本法附件三者外，不在澳門特別行政區實施。凡列於本法附件三的法律，由澳門特別行政區在當地公佈或立法實施。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和澳門特別行政區政府的意見後，可對列於本法附件三的法律作出增減。列入附件三的法律應限於有關國防、外交和其他依照本法規定不屬於澳門特別行政區自治範圍的法律。在全國人民代表大會常務委員會決定宣佈戰爭狀態或因澳門特別行政區內發生澳門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澳門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澳門特別行政區實施。”對於此條規定試作以下解讀：

1. 基本法以列舉排除法的方式，規定未列入附件三的其他的全國性法律不在澳門特區實施。這絕不影響其他全國性法律的效力，而是從法律制度層面彰顯一國兩制的一個重要內容和重要保障。因為不同的社會制度必然體現為不同的法律制度，同一社會制度自然實施同一法律制度。
2. 基本法規定了實施全國性法律的方式：公佈實施或立法實施。公佈實施也就是直接實施，立法實施也就是間接實施。前者，又分為兩種情況，一是確認性規範，例如關於國都、紀年、國歌、國旗的決議，關於國慶日的決議；這些決議的實施無需採取立法行為；事實上，作為中華人民共和國不可分割的一部份的澳門特區自然也必須遵守這些決議。二是相關法律，如外交特權與豁免條例、領事特權與豁免條例、領海及毗連區法、專屬經濟區及大陸架法、外國中央銀行財產司法強制措施豁免等，均屬國家主權範圍，即領土領海和外交方面，屬中央政府權限；其如何實施不能因不同地區而有所不同，故澳門特區亦無需另行立法而應直接實施。後者，既有關於國家標誌和象徵的法律（國旗法、國徽法、國歌法），也有國民身份的法律（國籍法），還有專門為澳門特區制定的法律（駐軍法）。

前四部法律具有普遍性，最後一部法律具有專門性；在實施過程中需要考慮到澳門特區的具體情況，以本地立法的方式予以實施。當然，本地立法不能違背被實施之法律的基本原則。

3. 基本法規定了增減全國性法律的權限、範圍及程序。首先是列於附件三的全國性法律可以作出增減，從而可以根據情況變化作出必要的調整。其次，作出增減的主體是全國人大常委會，由其行使增減之權。再次，“作出增減並非可以隨意而為，而是應限於有關國防、外交和其他依照基本法規定不屬於澳門特別行政區自治範圍的法律”。即列於附件三的全國性法律不能涉及或干預基本法規定的“高度自治”原則，這也是確保一國兩制方針的重要法律機制，是全國人大常委會行使增減權時必須遵循的原則。最後，全國人大常委會在作出增減決定前必須徵詢其所屬的基本法委員會的意見和澳門特區政府的意見。這是全國人大常委會行使增減權時必須遵循的法定程序。由於基本法委員會十名成員中有半數為澳門人士，因此徵詢該委員會的意見也可以在一定程度上聽取澳門社會的意見。當然，無論是委員會的意見抑或是特區政府的意見，對全國人大常委會並無約束力，這是全國人大常委會的憲制地位所決定的。徵詢意見既體現了全國人大常委會作出增減決定的嚴謹性，也反映對特區政府的尊重，從而使增減決定獲得更廣泛的認同和更有效的執行。
4. 基本法規定了全國性法律在非常情況下的實施，即，“當全國人民代表大會常務委員會決定國家進入戰爭狀態，或特別行政區發生了政府不能控制的危害國家統一或安全的動亂，特別行政區進入緊急狀態時，中央政府發佈命令將有關全國性法律在特別行政區實施，這些全國性法律是與維護國家統一和安全有關的，與基本法第 18 條第三款所列的情況相比有所不同，通過採取特殊的措施和強硬的手段來維護國家統一和安全。第一，無須通過當地公佈或立法實施。第二，因時間緊急，無須徵求基本法委員會和特別行政區政府的意見。第三，被適用法律範圍要寬，不限於國防和外交及中央管理的事務範圍。第四，法律的實施有一定的時間性，如戰爭狀態或緊急狀態結束後，這些法律將停止在特別行政區繼續實施。中央保留決定特別行政區進入緊急狀態的權力，是表明中央維護國家統一和安

全的決心，也是必要的一項權力。任何企圖從事分裂國家，危及國家安全的行為，中央均將不惜代價嚴厲制止，恢復國家的秩序。”¹⁰

三、適用於澳門的國際協議

（一）問題的由來

“條約的適用一般是針對締約國即國際法的基本主體——主權國家而言，因為國家是國際法上主要的締約主體，也只有國家才有充分的履約能力。具體到中國的情況，條約的適用有其特殊之處。……由於 1999 年 12 月 20 日澳門回歸中國，‘一國兩制’開始在澳門實施，作為中國的一部份和一個特別行政區，澳門經由基本法獲得了對外事務的廣泛自主權，擁有對外交往的特定權利能力和行為能力，包括某些締約權和履約權，成為條約在中國適用的一個特殊地區。”¹¹

然而，上述狀況的出現，以及基本法之所以作出相關規定，是有其歷史原因和現實考慮的。在葡萄牙佔領澳門的三百多年間，尤其是葡國 1976 年新憲法頒佈之前，澳門一直與葡萄牙的其他殖民地一起被作為葡國的“海外省”，並無任何對內對外事務的自主權。葡國參加的國際公約直接適用於包括所謂海外省在內的葡國全境。在 1974 年“四·二五”革命基礎上制定的葡國 1976 年新憲法按照非殖民化政策，¹² 明確規定“澳門地區仍受葡萄牙行政管理時，由適合其特殊情況之通則約束”（第 292 條第一款）。這個通則就是葡國議會於 1976 年 2 月頒佈的《澳門組織章程》。據此，“澳門獲得了內部事務的自治權，也獲得了對外事務的某些自主權，能夠以一非主權地區實體，取得參與國際交往的某些權利能力和行為能力。”¹³ 與此同

¹⁰ 駱偉建：《澳門特別行政區基本法新論》，澳門基金會、社會科學文獻出版社，2012 年，第 120 頁。

¹¹ 饒戈平：《國際條約在澳門的適用問題研究》，澳門理工學院一國兩制研究中心，2011 年，第 2-3 頁。

¹² 關於葡國“四·二五”革命與葡國 1976 年新憲法關係，請參閱（葡）J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira：《憲法的依據》（中譯本），澳門大學法學院，2003 年，第 25-27 頁。

¹³ 饒戈平：《國際條約在澳門的適用問題研究》，澳門理工學院一國兩制研究中心，2011 年，第 6 頁。

時，葡國將其參加的國際公約延伸適用於澳門的方式也發生了變化。即以葡國總統令的方式就某個國際公約延伸適用於澳門作出規範。例如：

共和國總統令 第 26/98 號 7 月 14 日

根據《澳門組織章程》第 3 條第 2 款及第 3 款及第 70 條之規定，並為該等條文所定的效力，本人命令將《消除一切形式種族歧視國際公約》延伸至澳門地區，按照葡萄牙共和國在國際上受該公約約束之相同規定適用，該公約係經 4 月 12 日第 7/82 號法律通過而獲批准，且文本已公佈於 1982 年 4 月 29 日第 99 期《共和國公報》第一組。

將本總統令連同上述通過公約之法律及公約之文本公佈於《澳門政府公報》。

1998 年 7 月 2 日簽署

命令公佈。

共和國總統 沈拜

奧

1987 年 7 月 14 日第 160 期《共和國公報》第一組-

A¹⁴

《澳門組織章程》第 3 條第二款規定，“與外國發生關係及締結國際協定或國際協約時，代表澳門之權限屬共和國總統，而涉及專屬本地區利益的事宜，共和國總統得將代表澳門之權限授予總督。”第三款規定，“未授予上款所指之權限而締結的國際協定或國際協約在當地施行時，應聽取當地本身管理機關的意見”。“當地本身管理機關是指總督和立法會（《澳門組織章程》第 4 條）”。由此可見，在回歸前即使處於葡國實行行政管理時期，澳門都不是獨立的國際法主體（在這一點上中葡兩國的立場是一致的，雖然原因有所不同）；但在葡國新憲法尤其是《澳門組織章程》頒佈之後，

¹⁴ 王西安：《國際條約在中國特別行政區的適用》，廣東人民出版社，2006 年，第 127 頁。

澳門的確獲得了與其利益相關的有限度和有條件的對外交往權。雖然，“澳門從《澳門組織章程》可獲得的對外交往權儘管時間不長、範圍有限，但已構成回歸前澳門社會制度和對外聯繫的一部份，這種歷史的和現實的情況將成為‘一國兩制’在澳門實施時必須考慮的主要因素”。¹⁵

需要指出的是，“在《澳門組織章程》頒佈之前，在澳門適用的葡萄牙締結或參與的公約約五十項”；¹⁶ 而到了 1999 年 7 月，適用於澳門的國際公約增至一百二十餘項。¹⁷ 這在很大程度上歸功於《中葡聯合聲明》公佈後中葡雙方的共同努力。尤其是，“中方對國際公約適用澳門態度一貫是，凡有利於澳門的發展與穩定的國際公約，中方均積極支持延伸或繼續適用澳門”。¹⁸

（二）基本法的規定

基本法第一章（總則）第 1 條規定，“澳門特別行政區是中華人民共和國不可分離的部份。”這是國家主權最集中的體現。第二章（中央和澳門特別行政區的關係）開宗明義地規定（第 12 條），“澳門特別行政區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”。這是對澳門在中國憲制下的法律地位的明確界定。在此基礎上，基本法第 13 條對有關澳門的外交事務和對外事務作出分別處理：“中央人民政府負責管理與澳門特別行政區有關的外交事務。中華人民共和國外交部在澳門設立機構處理外交事務。中央人民政府授權澳門特別行政區依照本法自行處理有關的對外事務”。對外事務，就包括適用國際公約（協議）事務。

¹⁵ 饒戈平：《國際條約在澳門的適用問題研究》，澳門理工學院一國兩制研究中心，2011 年，第 7 頁。

¹⁶ 王西安：《國際條約在中國特別行政區的適用》，廣東人民出版社，2006 年，第 125 頁。

¹⁷ 參見“中葡聯合聯絡小組第 36 次會議新聞公報”，《人民日報》1999 年 7 月 18 日，第 2 版。

¹⁸ 王西安：《國際條約在中國特別行政區的適用》，廣東人民出版社，2006 年，第 130 頁。

基本法設專章（第七章）規定對外事務，其中與國際協議適澳直接相關的主要有第 136 條和第 138 條。第 136 條規定，“澳門特別行政區可在經濟、貿易、金融、航運、通訊、旅遊、文化、科技、體育等適當領域以‘中國澳門’的名義，單獨地同世界各國、各地區及有關國際組織保持和發展關係，簽訂和履行有關協議”。第 138 條規定，“中華人民共和國締結的國際協議，中央人民政府可根據情況和澳門特別行政區的需要，在徵詢澳門特別行政區政府的意見後，決定是否適用於澳門特別行政區。中華人民共和國尚未參加但已適用於澳門的國際協議仍可繼續適用。中央人民政府根據情況和需要授權或協助澳門特別行政區政府作出適當安排，使其他與其有關的國際協議適用於澳門特別行政區。”

從上述兩條規定可以看到：

1. 中央人民政府總體性授權澳門可以在不涉及外交的若干適當領域，單獨地同世界各國、各地區及有關國際組織簽訂和履行有關協議。
2. 澳門特別行政區只能和必須以“中國澳門”的名義作出以上行為。換言之，簽訂和履行有關協議可產生的義務只能由澳門特別行政區自行承擔。
3. 就國家締結的國際協議是否適用於澳門，規定了必須遵循的原則（“可根據情況和澳門特別行政區的需要”）和程序（“在徵詢澳門特別行政區政府意見後”）。
4. 就國家尚未參加的國際協議適澳問題作出分別處理。其一，國家尚未參加但已適澳的國際協議可繼續適用，這主要是指回歸前已經適澳的情況保持，並由中國政府致聯合國秘書處外交照會所附清單列出。¹⁹ 其二，國家尚未參加且回歸前也未在澳門適用的國際協議，中央政府根據情況和需要授權或協助澳門特區政府作出適當安排使其適用於澳門。在這個過程中，中央始終處於領導或主導地位，這是由國家主權所決定的。事實上，在中央政府的授權或協助下，至 2018 年 3 月適澳國際協議已達 156 項，²⁰ 即比回歸前增加了 36 項。

¹⁹ 王西安：《國際條約在中國特別行政區的適用》，廣東人民出版社，2006 年，第 256-260 頁。

²⁰ 參見外交部澳門特派員公署網頁，2018 年 3 月 5 日。

對此，有學者指出，“通過這些規定，澳門作為一個地區性的非主權實體從國家中央權力機關獲得廣泛的對外事實體的授權，其自主的範圍，幅度和種類不但遠遠超過其自身在回歸中國前的權限，遠遠超過中國內地的省市自治區，超過一般單一制結構國家內的地方行政區域，甚至也超過聯邦制國家的成員邦或州。可以說，基本法為澳門回歸後的發展，為‘澳人治澳’，高度自治創設了最大限度的國際活動空間”。²¹

（三）國際協議的適用方式

國際協議在澳門的適用包括直接適用和立法適用兩種方式，並以前者為主。基本法對於其他國際協議如何適用未作限制，但第 40 條明確規定“《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，通過澳門特別行政區的法律予以實施。澳門居民享有的權利和自由，除依法規定外不得限制，此種限制不得與本條第一款規定抵觸”。這主要是取決於葡萄牙將兩個人權公約適用於澳門時所作出的決議。經中葡聯合聯絡小組磋商並達成共識後，葡萄牙議會於 1992 年 12 月 7 日通過了將兩個人權公約延伸適用於澳門的決議，其中第 5 條規定，“《公民權利和政治權利國際公約》和《經濟、社會與文化權利的國際公約》在澳門適用的規定，將通過尤其是澳門地區政權機構制訂的各項單行法律在澳門予以實施。在澳門對基本權利的限制，以法律所規定的情況為限，且以上述兩個公約的適用規定為其界限”。²² 事實上，上述基本法及葡國議會決議的規定，其意義已超過如何適用相關國際公約的範圍，而是提出了更深層次的立法原則問題。²³

除了基本法第 40 條明確要求以立法方式適用相關國際公約適用於澳門的有關規定外，澳門在適用其他國際協議時，也有根據需要而制定相關法律的情況。

²¹ 饒戈平：《國際條約在澳門的適用問題研究》，澳門理工學院一國兩制研究中心，2011 年，第 9 頁

²² 王西安：《國際條約在中國特別行政區的適用》，廣東人民出版社，2006 年，第 131-132 頁

²³ 參閱趙向陽：《澳門選舉制度》，澳門基金會、社會科學文獻出版社，2013 年，第 35-37 頁。

（四）國際協議的法律位階

中國憲法及基本法均無明確規定國際公約（協議）的法律位階，但 1999 年 8 月頒佈的《澳門民法典》第 1 條第三款規定，“適用於澳門之國際協議優於普遍法律”。即適用於澳門的國際協議之法律位階高於本地法律。

然而，澳門終審法院於 2004 年 6 月 2 日制作的第 2/2004 號裁判書中明確指出，“法律的層級效力只低於憲法性規範，只有憲法性規範才可賦予國際公約高於法律的位階效力，因此《澳門民法典》第 1 條第三款中關於賦予國際公約的位階效力高於法律的部份不具有任何效力”。當然，終審法院並非否定國際公約的效力位階高於法律，而是認為此事只能或應由憲法性規範予以訂定。裁判書指出，基本法是澳門的憲制性法律，儘管基本法對此問題缺乏“明示條款”，但仍可以從基本法涉及國際協議的條款中尋找出國際協議在澳門法律位階的原則。經詳細分析之後，裁判書指出，“在基本法第 138 條提及的國際協議與澳門特別行政區內部法源，即法律，行政法規等的位階上，前者優於後者”。對此，有學者認為，由於適用於澳門的國際協議的情況有所不同，故不可一概而論。²⁴

四、澳門原有法律和澳門特區法律

（一）澳門原有法律

澳門原有法律是指澳門自 1976 年根據《澳門組織章程》行使立法職能後，至 1999 年 12 月 19 日之間，由立法會制定的法律和總督制定的法令；共計有 2123 項，約四萬個條文。基本法有三個條文直接涉及原有法律：

第 8 條，“澳門原有的法律、法令、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機關依照法定程序作出修改者外，予以保留”。第 18 條第一款，“在澳門特別行政區實行的法律為本法以及本法第 8 條規定的澳門原有法律和澳門特別行政區立法機關制定的法律”。第 145 條第一款，“澳門特別行政區成立時，澳門原有

²⁴ 劉高龍：“國際法在澳門的適用及其效力”，《2009 年兩岸四地法律發展學術研討會論文集》，澳門大學高級法律研究所，2009 年，第 35-39 頁。

法律除由全國人民代表大會常務委員會宣佈為同本法抵觸者外，採用為澳門特別行政區法律，如以後發現有的法律與本法抵觸，可依照本法規定和法定程序修改或停止生效”。

第8條規定了原有法律在符合基本法前提下“予以保留”的基本原則；第18條第一款規定了“予以保留”的原有法律構成澳門特區法律的重要部份；第145條第一款規定了審查原有法律是否符合基本法的基本程序：澳門特別行政區成立前由全國人民代表大會常務委員會作一次性審查，澳門特別行政區成立之後由立法會或行政長官按照基本法和法定程序作出相應處理。1999年10月31日第九屆全國人大常委會第12次會議通過了《全國人民代表大會關於根據〈中華人民共和國澳門特別行政區基本法〉第145條處理澳門原有法律的決定》。根據該決定附件一，不採用為澳門特區法律者，計有3項法律、16項法令及1項立法會決議；根據決定附件二，有1項法律、三項法令“不採用為澳門特區法律。澳門特區在制定新的法律前，可按基本法規定的原則和參照原有作法處理有關事務”；根據決定附件三，有6項法律、12項法令中的若干條款，因抵觸基本法而不採用為澳門特區法律；決定附件四規定了，採用為澳門特區法律的澳門原有法律中的名稱或名詞在解釋或適用時須遵循的替換原則。

事實上，在基本法框架內保留原有法律具有十分重要的意義。首先，這是“一國兩制”方針的題中應有之義。基本法第5條規定，“澳門特別行政區不實行社會主義制度和政策，保持原有的資本主義制度和生活方式，五十年不變”。這種原有的制度和生活方式主要是由原有法律予以體現和保障。同時，“原有法律予以保留，僅涉及在特別行政區高度自治範圍內的事務，既不會對國家管理的國防、外交和其他中央權力範圍內的事務造成影響，更不會對實行社會主義制度的國內其他地區造成影響。相反，由此形成的一國多法域並存的局面，產生了全國性法制和香港/澳門法制相互協作、借鑒和促進的新型關係”。²⁵ 其次，這是維護和發展法律體系的必要基礎。以五大法典（《刑法典》、《民法典》、《刑事訴訟法典》、《民事訴訟法典》、《商法典》）為主要標誌的原有法律體系，既具有和發揮了廣泛和主要的社會功能，更體現了法治社會的基本原則。同時，一種已被社會廣為接

²⁵ 許昌：《澳門過渡期法律問題論集》，亞洲（澳門）國際公開大學，1998年，第13頁。

受的法律體系應維持其穩定性和延續性，並在此基礎上予以發展；而且也只有以此為基礎進行發展才符合法律體系的內在邏輯，才能夠促進法律體系的不斷完善。再次，這是維護澳門繁榮穩定和居民權利自由的基本條件。經濟繁榮和社會穩定取決於諸多因素，一套較為完整的法律體系則是其中最重要的因素之一，尤其是“以法律保護私有財產權”（基本法第 6 條）更具有根本性的作用。對居民權利和自由的保護亦是如此，基本法關於居民基本權利的規定均需要具體的法律規定（包括原有法律和特區法律）予以實體和程序上的保障。最後，這是特區政府依法施政的法律要件。事實上，原有法律雖然存在不少需要改進完善之處，但畢竟建立了一套涉及方方面面的規範體系；因此，特區政府依法施政首先是嚴格遵守和執行基本法，同時也必須以本地區法律規範政策的制定和執行，規範行政運作和社會管理。在這個過程中，基本法作為憲制性法律不可能也不必要就各項具體制度作出規定，而在符合基本法前提下保留原有法律就為特區政府依法施政提供不可或缺的法律要件。

（二）澳門特區立法會制定的法律

這是指 1999 年 12 月 20 日澳門特區立法會成立以來，根據基本法第 71 條（一）項按照基本法規定和法定程序通過並由行政長官根據基本法第 78 條簽署、公佈而生效的法律。據統計，自 1999 年 12 月 20 日至 2019 年 12 月 20 日共計 293 項。這一部份構成澳門特區法律淵源的主要部份，對此法律界和社會有廣泛認識，故在此不再展開分析。