

中國大陸法制對澳門地區法制的借鑒

多元法律制度下的法律發展途徑¹

米健²

隨着1997年香港的回歸，中國將開始其史無前例的社會、政治制度多元化時代；1999年澳門回歸後，這種社會和政治制度的多元化將會進一步豐富；與此相同，在正常情況下，將來台灣問題的解決，勢必也將循着香港和澳門的模式。這樣，二十一世紀的中國社會，顯然將是一個社會政治制度多元化時代。與此社會政治制度多元化相應，還必然產生一個法律制度的多元化時代。具體說，1999年以後的中國法律體系中，除了國家性的，或是國家層面上的法律體系以外，還將同時存在香港特別行政區法律體系和澳門特別行政區法律體系。作為中國全國法律體系中的組成部分，這兩個地區性法律體系將相對獨立地與國家性法律體系並存。這意味着：基於英國法制和葡萄牙法制建立起來的香港和澳門法制，將相對獨立地存在於中國全國的法律體系之中，從而給中國法律制度帶來了全新的內容，促使中國法律文化進一步得到豐富與發展。於是，中國的法學家們當前就面臨着一個具有世紀性挑戰的問題，即如何從理論上客觀、準確地認識和設計這種法律制度上的多元化，從而在現實中真正、妥當地執行和實現這種多元化。毫無疑問，這個問題解決得好壞，將直接影響到“一國兩制”國策的成敗，並對二十一世紀中國命運產生重要影響。

在對這個問題作思考時，必然的前提無疑是：首先要對港澳兩地現行法律制度從主觀意義上的法權觀念和客觀意義上的法律設置兩方面進行全面地了解。在此基礎上，進一步將其與現今我國大陸的國家法律體系相對較，以期能有所鑑別和評價，並從全局的高度把握國家性法律制度和區域性法律制度之間的關係，使之能相互借鑑、相互促進、共同發展。

如果對當代中國法律制度的發生與發展作一全面考察，我們會清楚地看到，現今中國法律制度（在此指大陸和台灣）所具有的結構、體系、具體法律設置及相應內容與理論，基本上是以西方法律制度為模式建立起來的。這裡說的西方法制，一般指大

¹ 本文乃作者在一九九六年十一月二十八日至二十九日於澳門舉行之「澳門法律與中國法律之異同」研討會上發表之論文，該研討會由法律翻譯辦公室與中國政法大學合辦。

² 中國政法大學教授。

陸法系的法律制度，其中主要是德國、瑞士、法國及在前述國家法律制度基礎上建立的日本法律制度。因此，就法系或法律傳統而言，當代中國法制與歐洲大多數國家基本相同。事實上，這完全是近現代之交際——清朝末年和民國初年傳統中國法制改革的結果。

我國大陸法律制度屬於大陸法系或民法法系，這為我國國家性法律制度和澳門地區性法律制度的並存與交流提供了較有利的法律文化背景和法律技術條件。但這並不意味大陸國家性法律制度與澳門地區性法律制度完全一樣，彼此間已無差異可言。相反，現今大陸國家性法律制度在等級、性質和具體制度及原則諸方面，都與澳門地區性法律制度不同。首先，前者是國家性的法律制度，後者則是地區性的法律制度；其次，前者是以社會主義社會制度為基礎，後者則是以資本主義的社會制度為基礎；再次，兩個法律制度各有其不同的社會、歷史及文化背景，以致在法律觀念、具體制度和原則方面都有許多不同。不過，也許正是因為這些不同，使得對這兩個法律制度進行比較與借鑑成為可能和必要。

就此而言，由於現今我國大陸和澳門同屬大陸法法律體系，故在具體制度設置上，在法律表現形式上，有更多相似及可比之處。概括地講，我國大陸國家性法律體系可在以下幾個方面從澳門法律制度中得到有益和必要的借鑑。

一、突出大陸法系的特點——主要法律法典化

最近十幾年來，中國大陸的法律制度也隨經濟體制改革和某種程度上的政治體制改革迅速發展，尤其是在對外開放以後，中國大陸在與西方的各種實際交往中，也從西方國家的現代法律制度中汲取到了一些養份，從而促進了中國現今法律制度的發展進步，這是不可否認的事實。但是，這種學習與借鑑絲毫沒有改變中國當代法制或體系在清末民初法律改制過程中已奠定的基本模式——大陸法律體系的模式。雖然在中國學界，包括大陸和台灣兩地的學者對當代中國法制屬於哪一法系或法律傳統尚有不同看法，但大多數人的意見和客觀的現實都表明當代中國的法律傳統應歸屬大陸法律體系無疑。儘管英美法對大陸和台灣法律的影響十分明顯，但它畢竟只是局部的，具體制度上的；總體上的法律制度模式，包括法制結構或框架、法律體系或法律形態、法律淵源或表現形式、立法與司法的程序和途徑等，均體現大陸法系的特點。所以，現今中國大陸法律制度的特徵仍然應該以屬於大陸法系為定論。在這一前提下，如何使中國大陸法律制度更加大陸法系化，更加具有大陸法系法制的優點，就是一個頗值得思考的問題。

在這方面，葡式澳門法律制度為我們提供了一個非常現成的考察對象。正像我們所看到的，澳門現行法制是一個典型的大陸法系法律制度，從理論上和形式上講，它具備了所有大陸法系法制的特點，並且較為突出和明顯。其中最為直觀和典型的是主要法律或一般法律的法典化。如，由葡萄牙延伸至澳門實施的幾個主要的法典，事實上構成了澳門現行法律制度的基本框架，人們可以比較容易地通過這些法典對其法律制度予以大概了解。對於中國國家性法律制度來講，這是一個十分有借鑑意義的特徵，因為雖然我們一般把中國大陸法制視為大陸法系風格的法制，但事實上，大陸法系法制的最突出特徵之一，即主要法律法典化，在中國大陸至今沒有體現出來。這不能不說是現今中國法制的一大缺憾。前些年，由於條件不成熟，中國中央全國性立法機構，採取了成熟一個制定一個的方針。現在，經過十幾年的發展和積累，中國已基本具備了制定一些主要法典的條件。雖然一些涉及根本的問題尚未解決，但這些問題完全可以在研究制定統一法典的過程中尋求解決或創造條件解決。等到一切問題都解決及一切條件都具備時再考慮制定法典，那就會落後於現實的需要，不能滿足社會發展的需要，更談不上指導法律實踐和社會生活與生產活動。

促進中國國家性主要法律的法典化，不僅是出於突出大陸法系法制的特徵。更重要的是，這是中國國家性法律應該甚至必須具有的形態。這種必要性可以通過以下兩個方面來說明：首先，中國是一個幅員廣大，地方省份眾多的國家，應該而且必須要有統一的普遍適用的主要法律，其最好的形式就是法典。因為法典的特徵在於它的包容性、系統性、科學性、確定性和具體性，這是其他法律形式所不能體現的。對於中國這樣一個大國，尤其應該具備這種統一的普遍適用於所有地方的一般法律（憲法規定的兩個特別行政區除外）。否則，法律規範在法律實踐，特別是司法實踐中的適用及其社會效應，就會大大受到限制，事實上，中國大陸現今的法律實踐已證明了這點。由於沒有這樣幾部各集一類法律規範於大成的法典，現今各地方在具體適用法律的過程中，有時不得不根據較為簡單和概括的國家性法律重新制定相應的實施法，而這些具體的實施法往往也會出現一些不必要的地方之間的差異，從而在一定程度上損害法律的安全性與統一性。這種客觀存在的現象對於一個法律制度的發展顯然是不利的，是必須要加以改變的。其次，由於近現代中國史造就了香港、澳門（台灣亦然）這樣特別的地區，而在1997年和1999年以後，香港和澳門將先後成為中華人民共和國的兩個具有本身相對獨立的社會制度和法律制度的特別行政區。這意味說，當這兩個特別行政區產生之後，中國歷史上劃時代地開始政治制度和法律制度上的多元化時期，這無疑將對未來中國歷史發展產生極為深遠的影響。法律制度方面，除了國家性的法律體系以外，還將先後出現兩個（在可能的情況下甚至三個）與之並存的特別行政區的法律體系。在這種格局下，如果全國性的法律體系中沒有幾個基本的，高度概

括化、高度科學化、高度系統化、廣泛包容和普遍適用的主要法律或法典，那麼在國家性法律體系和特別行政區法律體系之間就會發生反常的不和諧甚至失衡現象，即地區性的法律體系中所具有的法律形式或淵源，將要比國家性法律體系中所具有法律形式或淵源更為豐富或等級更高。這不僅會直接說明全國性法律的不足，還會給國家性法律本身的權威性和普遍性帶來問題。在有些情況下甚至會產生地區性法律反過來影響國家性法律的情況，這是我們不能不預見的可能。因此，制定國家性的統一的民法典、刑法典及與其相應的訴訟法典，已成為現今中國國家法律建設的一項當務之急。

二、法律淵源多元化和規範化

法律淵源不只是法律的表現形式，而且還在某種程度上間接地反映一個法律制度的成熟程度和發展水平；反映一個法律制度的內部結構及各部門法律之間的有機聯繫。從目前中國大陸的國家性法律來看，法律淵源無疑也呈現出明顯的多元化。但是在各種法律淵源中，卻沒有一種像法典那樣的基本、主要的法律淵源；同時，各種法律淵源之間的相互或從屬聯繫也不十分明確，中央和地方的法律和法規之間的聯繫與劃分也不是非常的嚴格；更有甚者，法律的形式太多太複雜，名稱也沒有一個嚴格明確的標準。根據大致歸納，現今大陸全國性法律體系中，法律淵源的形式或具有法律拘束力的法律性文件形式約10多種：如法（法律）、法規、規範性解釋和批示等，其中包括條例、規定、補充規定、決定、通知、答覆、解答、批覆、覆函、意見、辦法、實施細則、覆示等等。所有這些規範性文件，其等級效力或彼此間的關係有時並不很清楚；再加上種類繁多，故給法律的適用造成很大困難。其結果必然是影響立法的嚴謹和效果。解決上述問題的途徑之一，不妨認真考察一下澳門的各種法律淵源及其相互間的關係，在此基礎上或許可以有所借鑑。當然，這不是說澳門的法律淵源形式及其結構已盡善盡美，相反，澳門法律的淵源也同樣存在許多問題。如法律形式運用的混亂不清，實際有效的法律不是多以法律的形式出現，而是以法令的形式出現。但是，根據葡國的憲法和有關的基本法律理論，澳門法律的淵源是明確的，在何種場合或何種情況下應採取何種形式，法律淵源的等級與輕重都是有明確法律依據的。簡而言之，法律淵源或法律形式的基本輪廓是清楚的。但由於殖民式統治的弊端，因而造成了立法實踐中法律淵源的偏重和混亂。

對於中國國家性法律來講，由於其調整的範圍、內容和地域及層面很廣泛，故法律淵源的多元是不可避免的。所以，明確各種法律淵源及其相互之間的有機聯繫，就更顯得必要。從目前國家性法律體系中的各種法律淵源來看，首先應該從根本法上明確幾種重要或基本的法律形式或淵源，如法律、法令、規章、規定和條例等，其中較

為重要的法律還應採用法典的形式；而所謂指示、指令、辦法乃至精神等都應從中國中央一級國家性法律淵源中排除。其次是要對各種法律淵源或形式所調整的範圍、內容及其相互間的有機聯繫作出明確劃分，如法律與法令、規章之間，法令與法律、規章及規定之間的關係或聯繫等等。總之，全國性法律體系的法律淵源也應是多元化，但應將法典作為一種基本形式，同時具備法令、規章及規定等。只有這樣，才能使國家性法律體系輪廓分明，結構嚴謹。這對國家中央立法機構的工作，也會反過來起促進和發展作用。我們在此所說的法律淵源多元，不只是指上述幾種直接確定的法律形式，而且還在一定情況下包括司法判例和法律學說等間接的法律淵源。因為這兩種間接法律淵源在現代立法和法制中起的作用愈來愈重要的作用。特別是在大陸法系的國家中，它們更具有特殊的意義。因而，國家性法律淵源也應象當代大多數民法傳統的國家一樣，將司法判例和法律學說正式納入法律淵源範疇，從而進一步豐富國家性法律淵源。

三、重視法律學說對法制建設的作用

對於任何一個法律制度或法律體系的存在與發展來說，法律學說都是一個必不可少的重要因素。沒有法律學說的法律制度及其體系不可能是一個健全和完善的制度和體系。所以，一個法律制度及其體系的健全與否，與法律學說的發展及其對法律制度和體系所產生的作用有直接聯繫。在大陸法系國家中，法律學說的作用尤其突出和重要，這是自羅馬法以來早已形成的傳統。與此相應，法學家在法律發展與進步的過程中所起的作用也十分積極和重要。直到今天，大陸法系國家中的法學家和法律教授，均在很大程度上影響法律的創制與發展。作為大陸法系中的一個成員。葡萄牙的法律學說也同樣對其法律制度有很大的影響。《葡萄牙民法典》和《葡萄牙民事訴訟法典》中明確規定法律學說也是其法律淵源的一種，這種傳統當然也在澳門法律制度和體系中得到反映。澳門法律制度及其體系的這一特點，無疑應該給予大陸國家性法制及其體系以最直接的啟發和借鑑。中國大陸近年來法律發展很快，其中法律學說無疑產生了巨大的推動作用。但總的講，法律學說在大陸所起得的作用還很不充分。當然，這與大陸目前的社會法治環境或條件及法學的現狀有直接關係。在1949年中華人民共和國建以後相當長的歷史時期內，中國的法治基本上沒有得到保障和實現，法律制度和法學也長期未能得到應有的重視和正常發展；與此相應，法學在國家行政管理、立法以及司法活動中的作用，法學家在社會上的地位都是微不足道的。對於一個現代民主法治的國家而言，無論它的法制是屬於大陸法系還是英美法系，抑或是自成一系，其現代化的標誌之一就是法治的水平或程度；而法治與法律制度的程度與發展水平又直接地體現在法學對國家管理、立法、司法活動的影響，以及法學家在社會上

的地位諸方面。所以，中國大陸不管從哪個方面洩眼，都應更加重視和明確法律學說對立法、司法及行政的深入影響，注意提高法學家的社會地位及其對國家立法與司法活動的直接和間接參與。這無疑將對中國全國性法制的發展產生積極作用，而且法律的進步也將反過來刺激法律學說的發展。特別是中國目前正處在一個政治和經濟實現巨大變革的時期，法學和法律學說的前導性和指導性不僅十分重要，而且還顯得更加迫切。

四、引進判例的補充立法機制

眾所周知，傳統大陸法系法制的最突出特徵就是其法律以成文法，即制定法為主要表現形式，這是大陸法系所以同英美法系相區別的重要依據。但是自19世紀末，尤其是本世紀中葉以來，大陸法系和英美法系這兩大法系卻越來越明顯地呈現出一種所謂“趨同”現象。一方面，英美法系逐漸開始採用成文法的形式，以緩解其案例日益浩繁冗贅之累，並且同時也以此提高其在某些領域的立法和法律通用效率及其穩定性。另一方面，大陸法系則也愈來愈多地以案例的形式對其既有的制定法予以補充和改進，從而在保持其法律穩定性和安全性的同時也不斷地引進新的法律原則和精神，以使法律在整體上能夠及時適應社會發展的需求。於是便產生了大陸法系和英美法系在法律形式方面逐步接近的現象，是所謂法系的“趨同”現象。作為大陸法系家族的一員，葡萄牙法律及以葡萄牙法律為基礎的澳門法律也自然依循洩這一時代的發展方向，而且在某些方面比其它大陸法系國家要為突出，其原因正如我們前面已經闡述的，即葡萄牙法律在很多方面都借鑑了德國、意大利等大陸法系國家的立法經驗，並且還考慮了現代社會發展的需要。《葡萄牙民法典》第2條明確規定判例是法律淵源的一種，這在大陸法系國家中是比較進步的規定。由於澳門本地區的司法系統正式開始運作只是近幾年的事，所以司法判例尚不發展，而且既有的判例在何種程度上可作為具有法律拘束力的法律淵源尚在模糊之中。但作為大陸法系法律制度中的一個重要環節，澳門法律體系中的判例仍不失其重要性及其對大陸法例的借鑑意義。

從上面我們已經知道，在目前中國大陸國家性法律體系中，法律表現形式雖然多種多樣，但彼此間的聯繫及其運用還不太規範和嚴格。而司法判例無論是在實踐中還是在理論上及立法上，都還沒有作為一種確定的法律淵源。不過，目前我國法院、檢察院系統內部的答覆、批覆、覆函及解答等等，都是對下級法院具有拘束力的規範性文件。但是它們和判例不同，首先，它們不是以法院或特定法院合議庭裁判的形式出現；它們產生的程序不是司法程序，而是行政程序；再次，它們形成的依據大多不是法理學說，而是政策、指示精神和其它政治上的因素。所以，從法治的需要和發展去

認識並從專業角度去評價這種現狀，就知道這並不是一種可取的長久之計，應該適時和逐步地予以改變。當然也必須看到，就目前我國司法領域的實際情況來看，如法官的專業素質、審判的程序、判例的制作經驗及水平、司法機構與立法機關的關係等等，將判例作為一種具普遍有拘束力的法律淵源還有一定的條件限制；但是不管怎樣，作為大陸法系國家之一，作為一個地域廣闊，省份眾多的大國，作為立法和司法正處在發展改革過程中的國家，全國性的法律體系無疑也應該考慮通過司法實踐影響和促進立法質量與水平，具體說就是應嘗試逐步以判例來調整和改進我國既有的成文立法，這對我國法律建設尤其具有十分重大的現實意義。因為它可以在某一領域的全面立法條件尚不具備或修改既有成文立法條件尚不成熟時，使司法部門根據法律的精神和原則，對具體的情況以個別判例的形式，確立對其它類似情況具有拘束力的法律原則或具體規定。這種司法立法已是現代法制改進與發展的常用手段，而處在極需不斷改進和完善過程中國家性法制及其相應體系，更有必要利用這種手段。

從上述幾個方面來看，澳門法律體系雖然在1999年之後將只作為國家性法律體系中的一個組成部分，但是由於它特殊的歷史發展過程和特殊的法律文化構成，由於它的法律制度所具有的個性或特徵，由於它將在整個國家性法律體系中相對獨立地存在並將與後者形成客觀上的對照，因而國家性法律需要而且應該從這個從屬它的、但又相對獨立於它的地區性法律體系中汲取一些有益的借鑑，以使其本身得到豐富、改進和加快發展。從空間上講，這是以地區或局部促進和增益全國或整體；從時間上講，這是從現時放眼於未來；從文化上講，這汲取其他民族的文化之長來豐富本民族的文化；從政策上講，這是“一國兩制”的深刻內涵之一；從立場上看，這是樂觀自信，積極進取；從方法上講，這是以多元強化一元，以個別充實一般；最後，從歷史上講，這則是任何一個民族、文化及其相應社會制度自我發展與完善，從而在各種進化競爭中作為強者的必由之路。