

# 論澳門立法技術標準

范劍虹\*

## 一、問題的由來

澳門回歸逾 13 年了，在法律的推廣、教學及法律的適用中，常常遇到法律語句過長，且隱晦難懂，表達不清晰，抑或中文法律規則之間有潛在的衝突問題，甚至不少法規與規章還有違反基本法之嫌。雖然，這個不完全是立法技術的問題，但是我們不得不承認立法技術在解決這些問題時所具有的重要作用。有道是：拙可寡過，緩可免悔。先探究清楚立法技術的標準問題，從而制定一個《法律形式與立法技術指南》，是一個可參考的解決問題的途徑。

實際上，中國人從古代起就非常重視立法技術。唐太宗謂侍臣曰：“詔令格式，若不常定，則人心多惑，奸詐益生。《周易》稱‘渙汗其大號’，言發號施令，若汗出於體，一出而不復也。……且漢祖日不暇給，蕭何起於小吏，制法之後，猶稱劃一。今宜祥思此義，不可輕出詔令，必須審定，以為永式”。<sup>1</sup> 有關立法技術的理解，近現代的中文文獻也有了不少的論述<sup>2</sup>，比如姚瑞光認為：“立法(含修正法律)技術，指立法能力與立法專門技巧(如何擬定條文，如何分條、分項，如何用‘例示’及‘概括’規定，如何用‘但書’，何種情形用‘適用’，何種情形用‘準用’，如何正確的使用法律上的慣用語，如‘不生效力’、‘不得對抗第三人’等)而言。”<sup>3</sup> 現代，許多歐洲成文法國家均極為重視立法技術。這些國家不但有著作論述<sup>4</sup>，而且也有具體的規定與指南。比如：瑞士政府在 2003 年修訂了立法技術指南(Gesetzestechische Richtlinien des Bundes)<sup>5</sup>，而 2008 年的德國法律形式手冊(Handbuch der Rechtsformlichkeit)<sup>6</sup>不但內容極為詳盡、豐富，而且還附有極為重要的四大附件<sup>7</sup>(包括附件一第三部分的國際條約如何轉換為國內法規的形式要件等)，奧地利聯邦政府也制定了

立法指南(Legistische Richtlinien)。歐盟也制定了 2008 年版的參與歐盟三大機構的法律文本製作人員的共同指南(Gemeinsamer Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die in den Gemeinschaftsorganen an der Abfassung von Rechtstexten Mitwirken)。<sup>8</sup> 當然，本文所涉及的立法技術<sup>9</sup>，主要是指制定法規的專門技術，涉及到的內容就是如何更好地將立法意願文字化，以及如何將一個法規的內涵做出最佳的歸納的問題，不包括其他可能涉及的立法能力、立法技術程序等內容。

然而，世界上有許多立法技術，而大多數立法技術是極具工具性的。正因為如此，一方面，我們在研究這個問題時，可以參考歐洲一些國家的經驗與教訓，這個在比較法和比較法解釋(rechtsvergleichende Auslegung)角度都是有相當的論據的支持；另一方面，當立法技術被設計出不同的組合或者被運用於不同的目的時，也即當它的工具性被放置於特定的條件下時，它就體現出了某種功能與目的。問題是：怎樣的功能與目標才是我們所要追求的呢？換句話說，在澳門，我們應該追求怎樣一個立法技術的標準，以解決上述我們提及的問題呢？

## 二、規範的清晰度是惟一的最高標準嗎？

早在古羅馬時期，蓋厄斯·儒略·凱撒大帝(G. J. Gaius Julius Caesar, 公元前 100-前 44)從少年時期就學習修辭學和演說術，其文筆簡潔流暢早已是傳世佳話。當時的他就已將民法龐雜和冗長的法律用語簡單化了。到了近代法典編纂運動時候，這種將文字簡化的風格得到了歐洲各國的普遍重視。在編纂《法國民法典》時，因革命者希望法典能迅速普及和被接受，

\* 澳門大學法學院教授

建議以簡明、通俗的用語文風來起草。美國法學家梅里曼(John Henry Merryman)曾分析“當時的革命目標之一是要廢除法學家的作用。建立簡單通俗的法律制度。而實現的方法之一，就是清楚、明確、直接的表述法律。”<sup>10</sup> 從編纂過程的角度，《法國民法典》用字簡明的原因出於鞏固革命成果的迫切需要。那時，立法者們根本無暇充分地顧及法典的技術性，他們考慮得更多的是法典的實用意義，從而留下了美中不足之處。以後，奧地利學者Robert Walter在1962年的一篇題為《立法技術學》的論文<sup>11</sup>中仍堅持提出每個法規的最高原則是法規的清晰度(erkennbarkeit)。在此之後有不少追隨者對此觀點進一步地加以發揮<sup>12</sup>，但仍然保持法規的清晰度的觀點。

但是，隨着立法技術討論的深入，上世紀70年代開始，大陸法系的德國法學家在論述中開始放棄這個法規清晰度的最高標準。他們將法規的功能正義視為最高原則。<sup>13</sup> 立法技術的最高目標不僅僅是讓閱讀者清楚瞭解法規的含義，而且也能使法律的適用者能夠有效地運用法律，因此法規的功能正義(fundtionsgerechtigkeit)應成為最高的原則。換句話說，這個法律是否是一個優質的法律，也包括這個法律是否能在實踐中起到它應有作用。實際上，這裏已涉及到功能正義的概念。具體而言，立法技術一方面需要滿足公民對法規理解的需求，而另一方面，法律適用的正義(anwendungsgerechtigkeit)也具有重要的意義，比如：按照法律，司法與行政在實踐中能否良好地去執行法律。當然，在贊同法規的功能正義的同時，還是有學者保留他們的觀點，比如：學者Kindermann和Ritz在比較研究德、瑞、奧的立法技術一書中，就在適用法律的主體是相關的公民還是雙方的問題發生過爭議。<sup>14</sup> 如果我們原則上贊同了這個功能正義原則作為立法技術的最高原則，那麼，我們就需要探求，怎樣的立法技術標準所制定的法律才在概率上符合立法技術的最高原則呢？為此，本文簡單從規範的體系、規則的佈局、表達的標準與頒佈的要求四個方面提出相關的信息，以拋磚引玉。

### 三、規範體系的要求

大陸法系的民法法系法律規則具有具體化或抽象化、概括化的特徵，這是由於一方面為使法律規則成為司法實踐的指引，不能過分抽象和概括(如刑法)，另一方面又必須使法律規則抽象化、概括化到

適用於一系列同類案件中。為了制定體系化的法典，在19世紀前半期的德意志私法學上，曾出現一場“法典論爭”(Kodifikationsstreit)。<sup>15</sup> 之後，法典所顯示出來的體系效率，不但給民眾帶來信息的方便與透明和成本降低的益處，而且也使法律的適用者思考脈路清晰，專業教學更為體系化，並將法官的判決分歧度控制在原則的範圍內，一定程度保證民意立法不被一些鍾情於造法的法官的肆意誤用。<sup>16</sup> 據說，到目前為止，英美法系，尤其是美國一直設法借鑒法典的體系效率<sup>17</sup>，解決自身的一些問題。<sup>18</sup> 當然，也有人批評《德國民法典》，並建議在內地不需要民法典。實際上，法典是權威時代的產物，《德國民法典》的編纂一直有一個統一國法的政治任務。在中國內地，雖然，在社會轉型與發展中，立法者使用單行法而非法典的形式，是為磨合與中國現實的衝擊，避免硬着陸，爭取軟着陸。但是，將來要完成中國法的真正統一，必須排除現有法的分歧。“在這個範圍內，現實需要與符合目的是決定性因素。只有在這個限制意義上，該任務才是政治任務”。<sup>19</sup> 而將來，如果中國內地像日本、韓國、中國台灣那樣出現德國法意義上的法典的話，那麼除了排除現有法分歧的政治任務之外，立法的規範體系與技術就是預先需要研究的問題。

而就立法技術中的規範體系而言，著名德國法理學家卡爾·恩吉施(K. Engisch)在他的《總論研究》<sup>20</sup>提出內部與外部體系化的分類：

#### (一) 內部體系化

就內部體系化而言，卡爾·恩吉施在1977年的《法律思維導論》(Einfuehrung in das Juristische Denken)認為：一個法律要達到內部體系化，就必須消除以下的各種矛盾<sup>21</sup>：①法規技術矛盾(Gesetzestechische Widersprueche)，比如：同一的概念，在不同的法規中作出不同的法定概念。②規範矛盾(Normwidersprueche)，同一個行為在此法律中是容許的，在彼法律中卻被禁止。③價值上的矛盾(Wertungswidersprueche)，假設：設定了侵犯財產的未遂罪，而沒有設定侵犯身體的未遂罪。④目的矛盾(Teleologische Widersprueche)，假如，立法者試圖用特定的規範來達到特定的目的，卻通過另外的規範來放棄達到上述需要到的目的。⑤原則互相衝突(Prinzipienwidersprueche)。在此，有人會認為，債的合同與無權合同的原則有衝突，並聽到中國內地和澳門的學者對德國的物權合同的質疑，實際上，對於接

受這個抽象原則的國家而言，這不是一個問題，他們的原則之間也沒有矛盾。德國的不當得利法專家雅科布斯，曾用 60 頁的篇幅，論述了題為“物權合同存在嗎？”的專題，也間接證明德國法的適用與理論的正當性。<sup>22</sup>

當然，在體系的安排上，法典的總則非常重要。《德國民法典》在潘德克頓體系中，創設了民法總則編。“總則”是單獨的、實質性的一編，其在法典中的作用是為使“立法者無需為每一項法律行為都重新設定其生效的要件”<sup>23</sup>，即把其後每編的共同元素提取出來放在同一篇內，這樣可以避免重複法律條文。在前面已經提過的，在後面就不用再提了，這樣可以避免篇幅過大、結構臃腫。再者，總則好比先決條件，立法者“預先回答某類前置問題，這些問題的解決將影響和擴展到法律將要訂立的各種個別規範”。<sup>24</sup> 所以，總則是具有指導性的作用，也體現了《德國民法典》講究體系邏輯的特點。而現代的葡萄牙與澳門的民法典是繼受了德國的潘德克頓模式，甚至也繼受了其概念設置。<sup>25</sup> 在此需要提及的是，並不只是大陸法系對體系化加以重視，美國法也非常重視這個問題，但是由於英美法是判例法為主，其對法規體系化的需求不夠強烈，美國法中所作的努力也還只停留在一種法律匯編(compilation)而不是法典編纂(codification)。因此，主流觀點認為，大陸法系的體系效率目前還無法被英美法所代替。<sup>26</sup> 總之，卡爾·恩吉施的體系的內部標準主要是：邏輯上不矛盾、目的確定。

## (二) 外部體系化

此外，規範的體系還需要符合一定的外部標準。比如有目錄(章節)、序言、附錄。當然，大陸法系的許多國家，並不是每個法規都必須需要序言與附錄。形式要件的重點在目錄。目錄一般遵循以下順序：篇、章、節、條、款、句(包括半句)。在章節上，如立法機關對某條款(§100)須有進一步補充的話，也即另立條款時，就需加§100a、§100b……。這樣以後的修改就不會破壞體系上的格局。在這方面，歐洲法制發達國家均有詳細的規定可借鑒，比如：前者提到的問題，在 1979 年的奧地利聯邦政府出台的立法指南(Legistische Richtlinien)的第 64-77 條(Ziff.63-77)就有詳細規定。在這裏，體系正義的原則<sup>27</sup>必須獲得保證。體系的例外只容許具有充分的、實質意義上的、可信的理由的支持。比如，舊德國刑法典第 220a 條只容許種族謀殺無時效限制，而早期的德國第 8 次聯邦議會

的多數代表認為：與納粹時期有關的謀殺也應無時效限制。這個就突破了德國舊刑法典中只容許種族謀殺無時效的限制，而其他犯罪有 30 年的時效期限(包括謀殺)。當然，在時效方面，現代的德國刑法典早已將謀殺等同於種族謀殺。比如，某組織實施了謀殺，而謀殺按照許多國家的刑法是沒有追訴時效限制的。現代《德國刑法典》第 78 條第(2)款就規定：按照第 211 條(謀殺)的罪無時效期[Verbrechen nach §211 (Mord) verjähren nicht]。如果要突破這個界限，而無法提出具有充分的、實質意義上的、可信的理由的支持，那是絕對辦不到的。

此外，法規的目錄的內容需要遵守“實質法律性原則”(Grundsatz der Sachgesetzlichkeit)，簡言之，就要將規範的內容按照其實質上的份量作出合符邏輯的分類。如有規則之外的情況(包括例外之例外)，必須在法條中規定：比如：《德國民法典》第 109 條的另一方的撤銷權是規則，也即“合同未經追認前，合同另一方當事人有權撤回”。而例外就是：如另一方知道未成年人的事實，就無撤回權(第 109 條第 2 款第 1 分句前半句)；而例外的例外是：當未成年人違背真實情況，偽稱已經取得法定代理人的同意時，始得撤回(第 109 條第 2 款第 1 分句後半句)；而例外的例外的例外是：如果合同另一方當事人在訂立合同時，明知其未取得同意，即使未成年人違背真實情況，偽稱已經取得法定代理人的同意的，合同另一方當事人仍不能撤回(第 109 條第 2 款第 1 句後半分句)。此外，法規的重點必須在法規中規定，而不能移到附錄去規定。

## 四、規則佈局的要求

規則的佈局主要有憲法對法規的要求、規則結構的要求、規則密度與內涵的要求四個方面的要求<sup>28</sup>：

### (一) 憲法對規則的要求

對於澳門而言，其法規的佈局要顧及《中國憲法》與《澳門基本法》的框架要求。雖然，沒有必要在具體的法規中規範憲制性的條款，但是制定的法規需要符合憲法與基本法的框架要求。問題是：憲法與基本法可對立法提出哪些具體要求呢？

首先，涉及到按照憲法對法規的司法審核。我們不討論是否有憲法和基本法法院對此的審核，抑或終審法院已有這個權限的問題。至少，憲法與基本法的

司法審核的個案不但是事後的(ex post)，而且審核的個案極為少數。因而，在實體法中，估計還有為數不少的違憲的法規內容。而憲法與基本法的司法的事前審核(ex ante)中的很大一部分是需要通過澳門的法務行政部門進行的，並要以此建立一個具體的審核機制。其次，要禁止對憲法或者基本法的非正式的預先規範的引伸與擴展。當然，從立法的教義學的發展以及法學上的理性評估，這種預先規定的引伸與擴展並不十分不妥。但是，這種對憲法或者基本法的非正式的預先規範的引伸與擴展，並不是憲法或者基本法本身的明確規定，同時有可能漂白憲法或者基本法明確規定的界限，也有可能混淆立法者在立法技術上所期望的價值。眾所周知，由於憲法對立法的強制性要求並不多見，因此，對憲法或者基本法的非正式的預先規範的引伸與擴展，並施加於立法之中，就會偏離本地區民主社會的憲政承諾與重心。以上這些觀點，在法學上有許多支持的理由：比如，需要維護憲法與基本法上的立法權限以及法制國家的原則，包括：法律清晰與明確性原則(grundsatz des normklarheits- und bestimmtheitsgebots)<sup>29</sup> 與實質性原則(wesentlichkeitsgrundsatz)<sup>30</sup>、法律(議會)保留原則(parlamentsvorbehalt)<sup>31</sup>等等。在這裏，人們常談及的比例原則(grundsatz der verhaeltnismaessigkeit)<sup>32</sup>要求我們制定的法律不能在不合理方式下侵犯憲法、基本法的基本權利。當然，在不少國家，立法者的評估特權在很多時候往往跨越比例原則的界限，這是個值得討論的問題。再次，給立法者一個最好的方法去立法，在憲法與基本法意義上不可取，甚至有違憲之慮。立法者需要有一個一般的立法規範，來規定符合憲法與基本法的一般義務，比如，立法者至少應該遵守收集與準備相當專一的決策資料(einschlaegige entscheidungsmaterial)，應該努力去制定易理解的、邏輯一致的法規，並事先對規範的事實情況有足夠的研究，以及承擔相應的立法者的證立義務(verbundene begruepfungspflicht des gesetzgebers)。至少在德國法上，假如違反收集與準備相當專一的決策資料的義務，那麼可視為一種違憲(verfassungswidrig)。

總之，相對於憲法、基本法的規定，澳門正式的中文法律不應該出現不清楚(unklar)、不確定(unbestimmt)、易誤解(misshverstaendlich)、易誤導(irrefuehrend)、自相矛盾(widerspruchsvoll)的條款，以保證憲法與基本法意義上的法律安全與透明性(rechtssicherheit und berechenbarkeit)。簡言之，這些法規不能違背憲法與基本法從禁止專斷

(willkuerverbot)與禁止過渡(uebermassverbot)引伸出來的一些具體要求。

## (二) 規則結構的要求

實際上，規則的結構(包括規則的密度)就是由立法者按照法制與基本權利要求，事先為法律的適用者編制的程序。就規範行為的古典式法條，大體上會有三種結構：

### 1. 純條件預設

這種結構往往使用“如果－那麼－公式”(Wenn-Dann-Schema)。簡言之，如果一個法規的事實構成要件(tatbestand der norm)符合，那麼在規範中顯示的法律後果就實現了。<sup>33</sup>許多請求權條款，都具有這樣的結構。在此，立法者抽象並概括地預設了一種行為規範，其中的“如果”就是在立法者的利益範圍，也即：在條件式的設定中，立法者自己本身對所有情況已作出利益上的斟酌。此外，還有一種是立法者已有決定的沉默，不願司法修法的沉默，是立法的無形界限。但這些僅出現在規範漏洞(normluecke, lacunas de regulamentação)中，而往往不出現在立法者忽視的整部法律中的漏洞與法的領域漏洞。比如，在德國法上，經思考後故意不規定兄弟姐妹間的撫養義務，但是如果法院以為存在漏洞去補充或續造，那麼就會違反立法者無形的界限。<sup>34</sup>

### 2. 條件預設

這種結構往往使用“目的－手段－公式”(zweck-mittel-schema)。簡言之，立法者僅預設一個確定的規範目的，而放棄手段的建構(ausgestaltung der mittel)。比如規定：某區必須在維持城市建築的良好發展與規範下制定城市建築計劃。在此，你具體如何規劃建築計劃，並不在立法者的利益範圍中，但是“維持城市建築的良好發展與規範”是其立法目的，不容違反。比如，在勞工罷工法(Arbeitskampfrecht)領域，部分經濟行政法領域。在這些方面，立法者不做極為詳盡的規定<sup>35</sup>；而在上述第一點提到的純條件預設領域(包括一些傳統法律領域)，法律不但已規定得很邏輯，而且理論與司法也解釋的很系統、很科學，一般而言，哪兒沒有太大的行為、決策與解釋的空間。總之，在終局條件預設的情形中，立法者就給予行政機關相應的“自由空間”。而授權法理與法官填補立法自由空間或者漏洞是放任法學與判例對這些領域的創造，但是司法、行政機關的這類放任也受到憲法<sup>36</sup>與《澳門基本法》第 83 條後半句規定的限制。<sup>37</sup>

### 3. 混合結構

這個結構中的“如果”之中，包含了不確定的法律概念(unbestimmter Rechtsbegriff)，在這個結構的法律後果中，並不包含強制性的一種法律後果，而是提供幾種與立法目的相符的可供選擇的不同法律後果。

總之，即使在純條件預設的結構中，倘若事實構成的前提符合，其法律後果也不是絕對的，可以有不同的設定。立法者也可以對結構作出修正。當然，在“必須”(ist, hat)條款中，法律後果是無迴旋餘地的。在“應該”(soll)條款中，法律後果對所有典型案例有效。當然在特殊的，非典型的情況下又有其空間。在“可以”(kann)“允許”(darf)“有權”(ist befugt)條款中，就給予了不同的選擇，或者僅規定一定的法律目的與手段，並不具體加以設定，尤其是各國均會有“具備重要原因”<sup>38</sup>，“在嚴重情況下”<sup>39</sup>等措詞。這是一種無具體設定的法律技術性概念，還必須進行具體解釋。

### (三) 規範密度的要求

規範密度指的是具體化與抽象化的關係(verhaeltnis zwischen konkretisierung und abstraktion)。假如使用總則性的規定，那麼規範密度較寬，而規則中包含許多具體的規範，那麼規範密度就窄。《澳門民法典》與《德國民法典》經常使用“一般條款”。這類條款由不確定概念組成，其目的在於適應社會的變化，立法者沒有給該概念訂下一個準確的定義，而是留代法律適用者在具體案件中作價值的判斷，例如：誠實信用、善良風俗，這些都是極為抽象的條款(hochabstrakte rechtsnorm)。這樣使法律帶有靈活性，避免立法者遺漏需要規範的法律關係。而且，如此這般還可以通過司法實踐來累積經驗、發展案例類型，來充實這些概念的內涵。又比如“社會合理性”條款，法典中出現的“具備重要原因”的條款。這些條款是立法者有意為了適應複雜的法律生活的發展而設定的。並讓法官去續造或者補充，以服務於不同時期法的政策的目的。<sup>40</sup> 又比如《中國憲法》與《澳門基本法》中的法制、民主出現的概念都需要法律去填補，它不能規範得太具體，以便阻礙憲法、基本法的進一步的發展。相反，雖然政府可經法律授權頒佈行政法規。但是，對此，法律須規定授權內容、目的和範圍，並在頒佈的行政法規中應指明其法律授權根據。如法律規定此項授權可再予以授權的，則此項授權的再授權須由行政法規規定，因此其規範密度不能夠太寬泛。<sup>41</sup>

從功能正義的角度，在具體的立法用語上，既要顧及法律對司法中的任意判決有足夠的限制，也要顧及民眾對法典的理解。因此，許多規範要表達得中等抽象(mittlere abstraktionshoehe)。

總之，在法律上可確定、可預見以及有民主合意的範圍，立法者對法律的密度的干預就會強些，相反，在一些需要更進一步理解、預測，以及在法律適用中需要留有餘地與靈活性的部分，立法者對法律規則的密度干預就會弱些。

### (四) 規範內容的要求

規範內容的要求主要體現在：①使用法律規則之外的技術用語，比如：“按照科學與技術發展的狀況”。這樣的話，立法者既不需要就立刻去確定甚麼樣的科學與技術標準，又保證了規範的實體質量(materielle qualitaet)，以適應科學的發展；②使用“某某規則在此適用”的辦法，無須重述相關條款，以保證法典的體系清晰與簡潔。但是，如果處理不好，在有些情況下往往會出現一些質疑。比如，引用某某規章在此適用，就有可能規避“法律須規定授權內容、目的和範圍”的這些前提條件，而當你引用某某行政規章在此適用時，就可能觸及立法與行政的分權的界限。<sup>42</sup>

## 五、規則表達的要求

在範圍上，要遵循節約原則，範圍要集中。當然，縮短規範與質量沒有直接關係，但是太長的規範對被適用者與適用者一定會產生不利；在陳述上，要與陳述的規範對象有關，不能多餘；在精確性上，法的定義盡量統一，要區分實際上的法的概念(如：人、時間、樓)和規範性的、需承載價值的法律概念(如：信賴、能力、善良風俗)。根據德國民法學家卡爾拉倫茨(Karl Larenz)的說法，《德國民法典》的用語滯重或許與立法者的習慣使用拉丁語有關，即使把許多術語翻譯成德語，仍未能擺脫拉丁語的表述風格。<sup>43</sup> 所以，《德國民法典》對於未受過法律教育的人來說，比較難掌握。但因其嚴密性，成為許多法典仿效的對象。在起草人員方面，德國接受了薩維尼的思想，故在編纂方面任命法學家起草。其中最重要的成員溫德希特(Windschcid)認為，為了追求民法典在內容體系上的科學性與在結構形式上的嚴謹性，起草人員放棄《法國民法典》的簡明用語，而是回到日耳曼民族的

邏輯和抽象的用語風格。<sup>44</sup>《法國民法典》的政治及人文價值影響，超出了法典本身的法學意義，而《德國民法典》，則以其法律科學和技術，散發出獨有的法科學的吸引力。與《法國民法典》的革命性、理性主義和輕視技術性相比較，《德國民法典》則是歷史上深具適用性、科學性和專業性的法典。《德國民法典》在制定過程中，也不斷地追求“短小的、容易理解的、在技術上具有一致性的法律用語”。<sup>45</sup>但是，法學作為一門社會科學雖然需要獨有的專業術語，但若過度專業化和抽象，必然妨礙人民對法律與權利和義務的理解。所以，在法律語言的選擇上，要易理解，也就是簡單、規範、簡短，同時又要平衡精確性與易理解性的矛盾。

## 六、頒佈的要求

頒佈的重要性是顯而易見的。沒有頒佈，就不是法律<sup>46</sup>，而頒佈法律本身就是實現法的安全功能(包括法律確定性、法的拘束性)。因此，法律頒佈在哪一類的政府公報、立法會是否需要同時在立法會的公報上公佈、法律生效的時間等等細節都不是無關緊要的小事。這個在一些歐洲國家的立法形式與技術指南中有更為詳細的規範。在此不一一枚舉。

## 七、結論

經過提出問題與論述問題之後，本文最後似乎需要有一個參考結論。這個結論就是：澳門應該選擇功能正義為立法技術(不包括立法能力等)的最高標準，並配置體系、規則、表達與頒佈的相應要求，結合澳門的具體實際，翻譯並參考成文法國家(德、瑞、奧)和歐盟的立法形式與技術標準的指南<sup>47</sup>，盡快由政府與立法部門來制定一個標準的澳門立法形式與技術指南，然後參照這個指南，在符合基本法與相關立法權限的前提下，不斷地修正現有立法中出現的問題，並按照法定的程序，要求立法起草部門、行政法務部門在相關的工作中遵守這個指南。

然而，此時此刻，我需要申明：這個結論實際上並不是結論，它僅僅是提供了一個解決問題的途徑與標準，更是預示真正的問題的開始。正如德國法學家拉倫茨在“論作為科學的法學的不可或缺性”演講中所說的那樣：“在法學，就像在任何其他學科：只有初涉者才相信所有問題均已解決，而最終，人們會發現，幾乎一切都是有疑問的。而無論在哪里，問題都是科學發展的動力。如何才能公正地解決各種各樣的利益衝突呢？如何才能為共存而建立有益的秩序呢？人類一天不停止地作着這樣的追問，法學就會一台內一天地存在，就會對人類(不僅由於它對實踐的功用，而且作為人類精神的一種重要表達)不可或缺。”<sup>48</sup>

## 註釋：

<sup>1</sup> 吳兢：《貞觀政要》卷八，《赦令第三十二》，上海：上海古籍出版社，1979年，第251-252頁。

<sup>2</sup> “立法技術是指制定、修改和廢止法律的技術。通常着重是指制定法律的技術而言。”見吳大英、劉瀚等：《中國社會主義立法問題》，北京：群眾出版社，1984年，第188頁。“立法技術，關於立法活動的規程和方法的總稱。具體包括：(1)由甚麼國家機關或統治者個人行使立法權；(2)行使立法權的程序；(3)法律規範的邏輯結構和文字表達的規格。立法技術是立法實踐經驗的總結，具有科學性。”見《法學詞典》，上海：上海辭書出版社，1989年，第239頁。“法典編纂則是使法律規範系統化的一種立法活動。在重新審查某一法律部門中的全部現有法律規範的基礎上編纂該部門的法典，既要整理已有的規範，添補空白，加強規範間的協調，使之形成一個基於某共同原則，有內在聯繫的統一體。法典編纂是國家重要的立法活動。”見《法學詞典》，上海：上海辭書出版社，1989年，第661頁。“法律規範性文件的編纂，是由立法機關重新審查某一類的全部法律規範性文件是否符合實際需要，然後分別進行修改、補充或廢止，法典編纂則是使法律規範、使各個法律規範之間相互協調，並規定在一個法律規範性文件之中。因此，它是國家的立法

- 活動。”見孫琬中主編：《立法學教程》，北京：中國法制出版社，1990年，第248頁。“在長期的立法實踐活動中，人們逐漸摸索、形成許多立法方法和技術，我們將這些方法、技巧的總和稱為立法技術，它包括制定、修改、廢止法律、法規三個方面的內容。”見孫琬中主編：《立法學教程》，北京：中國法制出版社，1990年，第170頁。
- <sup>3</sup> 姚瑞光：《淺論立法技術與法律常識》，載於《司法新聲》，第98期，見網站：<http://ja.lawbank.com.tw/lastStage.aspx>。
- <sup>4</sup> Kirchner, H. und D. Pannier (2008). *Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*. 6. Auflage. Berlin: De Gruyter Recht. List, K.-H. (2007). *Einfach gut formulieren: Kurz, klar und korrekt schreiben - für Chefs und Personaler*. 1. Auflage. Nürnberg: Verlag Bildung und Wissen. Schäfer, A. (2008). *Abkürzungen, Begriffe, Zitiervorschläge (Akronyme - internationale Einführung und umfangreiche Abkürzungssammlung)*. 1. Auflage. Wien: Verlag Österreich. Walter, T. (2009). *Kleine Stilkunde für Juristen*. 2. Auflage. München: Beck Verlag. Walter, T. (2007). *Sprache und Stil in Rechtstexten in JR*. S. 61-65. Wesel, U. (2007). *Fast alles, was Recht ist: Jura für Nichtjuristen*. 8. Auflage. Frankfurt am Main: Eichborn Verlag.
- <sup>5</sup> 見瑞士政府網站：[http://www.bk.admin.ch/themen/gesetz/00050/index.html#sprungmarke\\_0\\_5](http://www.bk.admin.ch/themen/gesetz/00050/index.html#sprungmarke_0_5)。
- <sup>6</sup> Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) (2008). *Handbuch der Rechtsförmlichkeit*. 3. Auflage. Köln: Bundesanzeiger.
- <sup>7</sup> 附件一：Richtlinien fuer die Fassung von Vertragsgesetzen und vertragsbezogenen Verordnungen (Richtlinien nach §73 Absatz 3 Satz 1 GGO - RiVeVo, 2007)；附件二：Leitsaetze zur Erforderlichkeit bußgeldrechtlicher Sanktionen, insbesondere im Verhaeltnis zu Maßnahmen des Verwaltungszwangs vom 2. Maerz 1983；附件三：Pruefliste für bessere Rechtsetzung；附件四：zu Rn 273.
- <sup>8</sup> 德、英、葡等文本載於：<http://eur-lex.europa.eu/de/techleg/index.htm>。
- <sup>9</sup> 立法技術(technik der gesetzgebung)和法規技術(gesetzestechnik)的內涵基本上是一致的。
- <sup>10</sup> [美]梅里曼：《大陸法系》，顧培東、祿正平譯，北京：知識出版社，1984年，第31、32頁。
- <sup>11</sup> Walter Robert (1963). *Die Lehre von Gesetzestechnik*. *Österreichische Juristenzeitung*. S. 85.
- <sup>12</sup> Krüger, U. (1969). *Der Adressat des Rechtsgesetzes: ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot. S. 88ff. Schwacke, P. und R. Uhlig (1979). *Methoden des Verwaltungshandels*. Köln, Stuttgart, Berlin, Hannover: Deutscher Gemeindeverlag, Kohlhammer.
- <sup>13</sup> Böhret, C. und P. Fricke (1980). *Gesetzgebungspraxis und Gesetzgebungslehre: ein Erfahrungsaustausch über die Verbesserung von Rechtsnormen*. Speyer: Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung. S. 124; Baden, E. (1977). *Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozess- Studien zur jur. Hermeneutik u. zur Gesetzgebungslehre*. Baden-Baden: Nomos-Verlagsgesellschaft, S. 65, 79, 230.
- <sup>14</sup> Kindermann, H. (1979). *Ministerielle Richtlinien der Gesetzestechnik : vergleichende Untersuchung der Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland*. Berlin: Springer. S. 40ff. Frank (1981). *DriZ*, 176 (181).
- <sup>15</sup> 簡言之，即圍繞着需否制定一部統一的民法典而展開的論戰。當時，德國學者蒂波特(Thibaut)在1814年發表《論制定德國普通民法典的必要性》，呼籲當盡快制定一部“理性法思想”的統一民法典，解決法律混亂的困局。見陳華彬：《外國物權法》，北京：法律出版社，2004年。附錄一“十九、二十世紀的德國民法學說史”。而以薩維尼(Savigny)為首的歷史法學派對此作出評擊，薩認為“法不是立法者任意創造的，也非純理性的產物，而是世代相傳的民族精神的體現。民法典的編纂應該在德國法的歷史上研究，當時德國法學家缺乏對歷史精神的理解，因而沒有能力制定出一部優秀的法典。”(見王玄璋：《法、德民法典之比較》，載於《雲南大學學報法學版》，2001年)，即一方面認為制定民法典的時間尚早；另一方面，即指出立法應以理論和研究先行。這場史上有名的“法典論爭”(Kodifikationsstreit)，已非僅僅是一場應否馬上立法編纂民法典的爭論，而是，法學學術上，“自然法”與“習慣法”的一場對立式爭論。
- <sup>16</sup> Mattei, U. (1998). *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor: University of Michigan Press. 207-210.
- <sup>17</sup> Cook, C. M. (1981). *The American Codification Movement: a Study of Antebellum Legal Reform*. Westport, Conn.: Greenwood Press. 234. Gordon, R. W. (1983). *Book Review of the American Codification Movement*. In website of the Yale Law School: <http://digitalcommons.law.yale.edu>.
- <sup>18</sup> Pound, C. F. (1956). Roscoe, Codification in Anglo-American World. In Schwartz, B. (Ed.). *The Code Napoleon and the Common-Law World: the Sesquicentennial Lectures Delivered at the Law Center of New York University, December 13-15, 1954*. New York: New York University Press. 288-290.

- <sup>19</sup> [德]霍爾斯特·海因里希·雅科布斯：《十九世紀德國民法科學與立法》，王娜譯，北京：法律出版社，2003年，第126頁。
- <sup>20</sup> Engisch, K. (1975). *Studium Generale*. S. 173ff.
- <sup>21</sup> Engisch, K. (1977). *Einführung in das juristische Denken*. 7. Auflage. Stuttgart: Kohlhammer. S.160ff.
- <sup>22</sup> 同註19，第160-219頁。
- <sup>23</sup> [德]迪特爾·梅迪庫斯：《德國民法總論》，邵建東譯，北京：法律出版社，2004年，第30頁。
- <sup>24</sup> Noll (1963). *Zur Gesetzestchnik des Entwurfes eines Strafgesetzbuches*. Tübingen: Mohr Siebeck. 297; [葡]馬沙度：《法律及正當論題導論》，黃清薇等譯，澳門：澳門大學法學院，2007年，第89頁。
- <sup>25</sup> 關於葡萄牙法如何借鑒《德國民法典》，見[德]茨威格·克茨：《比較法總論》，潘漢典、米健、高鴻鈞、賀衛方譯，北京：法律出版社，2003年，第166-168頁。此中文版是根據1984年的第二版德文版翻譯為中文，也可參閱1996年的第三版德文版原文：Zweigert K. and H. Koetz (1966). *Einfuehrung in die Rechtsvergleichung*. 3. Auflage. Tuebingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Rn. 126ff。
- <sup>26</sup> 與英國人對待法典編纂的遲疑、勉強和保守的態度相比，美國人則表現得較為肯定、開明和熱情。他們已意識到普通法和法典編纂不是從根本上對立的，普通法本身所固有的一些難以克服的弊病需要以法典編纂的形式對之加以改造和完善。在美國，除奉行民法法系傳統的路易斯安那州外，還有25個州制定了民事訴訟法典，5個州有民法典，某些州還有刑事訴訟法典，所有的州都有刑法典。但是，美國人所理解的法典和法典編纂的概念，與大陸法系意義上的法典和法典編纂的概念還是相去甚遠的。在一個普通法國家，對於不是來自判例的規定總會被看成是一種單純的滙集工作，而不是像羅馬日耳曼法系各國把法典看成是制定與發展一部新法的起點。判決不引用審判先例而單純適用法律的是極少數的例外。從美國現行的法典編纂制度來看，《美國法典》和《美國聯邦行政法典》在很大程度上相當於我們一般所認為的綜合性法律滙編。法典按照50個主題分別排列組合而成，是一種包納特定立法主體(如國會、聯邦政府)在一定時期內頒佈的所有法律或法規的相關內容，類似於“法律全書”式的綜合性法律文件。另外，美國的法典編纂也不是一個創造新法的過程，而是局限於一些純粹技術性的分類、拆解、重新組合等工作。稍微涉及到一些實質性內容的事項，就必須報經國會審議通過。承擔美國法典編纂工作的機構和人員是立法主體內部的職能機構和專業人員，而不是大陸法系意義上的“法典起草人”。美國的法典編纂，處於大陸法系和普通法系法典編纂範疇的邊緣或交叉地帶，它雖然更貼近於普通法系的做法，但在編纂法典的過程中也融入了大陸法系法典的系統性、全面性和確定性精神，在很大程度上實現了大陸法系法典編纂所追求的精簡法律(simplify)、統一法律(unify)和法律易於理解(understandable)、法律的可預測(predictable)、便於公眾查詢和引用(accessible)的目的。但是，美國法典的產生方式、內部構成、在其法源中的真實地位以及編纂過程中所體現的指導思想和文化內涵等諸多因素決定了美國法典不是真正意義上的“拿破崙式法典”或“潘德克頓式法典”，它無非是披上了大陸法系法典形式的外衣。從其性質上看，我們贊同美國路易斯安那州民法學者卡拉倫斯·莫洛(Clarence J. Morrow)的觀點：美國的法典編纂是將特定領域的相關制定法收集在一起，經過一些技術處理之後成冊出版。這種做法完全忽視或是誤解了編纂法典的真正含義，它只是一種法律滙編(compilation)而不是法典編纂(codification)。載於燕南網：<http://www.yannan.cn>。
- <sup>27</sup> Noll, P. (1973). *Gesetzgebungslehre*. Reinbek (bei Hamburg): Rowohlt. S. 223. Degenhart, C. (1976). *Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat*. 1. Auflage. München: C. H. Beck. 也可參閱德國憲法法院判例對此問題的支持觀點，BVerfGE 13,331(340)。
- <sup>28</sup> Hill, H. (1982). *Einführung in die Gesetzgebungslehre*. Heidelberg: C. F. Müller.
- <sup>29</sup> 見德國憲法法院的判例：BVerfGE 1,16(45); 5, 25(31); 21, 73(79); 25, 213(227); 37, 132(142); VGH Baden-Wuerttemberg, VBIBW 1981, 323(324)。
- <sup>30</sup> 這個原則是德國憲法法院(Bundesverfassungsgericht)創設與發展，意謂：在子法規的規範領域(im bereich deruntergesetzlichen normsetzung)，其實質的決定必須由議會作出。
- <sup>31</sup> 法律保留原則是指對於影響人民自由權利之重要事項，沒有法律之明確授權，行政機關即不能合法作成行政行為。換言之，社會生活中某些重要的事項，應保留給立法機關以法律規定之，其他任何法的規範都無權規定，行政權非有法律依據不得為之。故法律保留原則，也就是保留給法律去規定原則。《中華人民共和國立法法》第8條就規定10項事項只能由法律制定。

- <sup>32</sup> 范劍虹：《歐盟的比例原則及在澳門的借鑒》，載於米健、李麗如主編：《澳門論叢》，北京：法律出版社，2001年。
- <sup>33</sup> Noll, P. (1973). *Gesetzgebungslehre*. Reinbek (bei Hamburg): Rowohlt. S. 252; Bender, ZRP 1976, 132(133).
- <sup>34</sup> Rüethers, B. (2007). *Rechtstheorie*. München: C. H. Beck. Rn. 838.
- <sup>35</sup> Rüethers, B. (2007). *Rechtstheorie*. München: C. H. Beck. Rn. 835 .
- <sup>36</sup> 《中華人民共和國憲法》第5條第3-5款。
- <sup>37</sup> 在民主的國家秩序的問題上，《德國基本法》第20條第3款也明顯地表示：司法受法律和法的拘束，也即受法律的價值決擇(*gesetzliche Wertentscheidung*)所拘束。
- <sup>38</sup> 比如，《德國民法》第626條，原文見：Schöenfelder, (1997). *Deutsche Gesetze*. Art. 626 BGB. München: C. H. Beck .
- <sup>39</sup> 比如中國1997年刑法第243條。
- <sup>40</sup> Rüethers, B. (2007). *Rechtstheorie*. München: C. H. Beck. Rn. 836 .
- <sup>41</sup> 見《德國基本法》第80條第1款。
- <sup>42</sup> Schenke (1980). NJW, 743 (745f).
- <sup>43</sup> 盧謙：《德國民法專題研究》，北京：法律出版社，2008年，第9頁。
- <sup>44</sup> 王玄瑋：《法、德民法典之比較》，載於《雲南大學學報法學版》，2001年第3期。
- <sup>45</sup> 同註19，第124頁。
- <sup>46</sup> 見外國憲法法院的陳述：BverfGE 7,330(377)。
- <sup>47</sup> 瑞士政府在2003年修訂了立法技術指南(*Gesetzestechische Richtlinien des Bundes*)、2008年的德國法律形式手冊(*Handbuch der Rechtsfoermlichkeit*)、歐盟2008年版的參與歐盟三大機構的法律文本製作人員的共同指南(*Gemeinsamer Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die in den Gemeinschaftsorganen an der Abfassung von Rechtstexten mitwirken*)、奧地利聯邦政府的立法指南(*Legistische Richtlinien*)。
- <sup>48</sup> 卡爾·拉倫茨：《論作為科學的法學的不可或缺性——1966年4月20日在柏林法學會的演講》，趙陽譯，載於《比較法研究》，2005年第3期。