

論澳門特區行政長官的刑事特別程序

謝志強*

2013年12月6日，澳門特區政府向立法會提交了《候任、現任及離任行政長官及主要官員的保障制度》法案(以下簡稱《保障法案》)。《保障法案》第4條“刑事程序的適用”第1款規定：“除依照《基本法》第71條(七)項規定的程序予以彈劾，並報中央人民政府決定免除其職務者外，行政長官在任職期間內不適用刑事程序。”¹ 在立法會第二常設委員會審議過程中，有議員認為這一表述不符合邏輯，因為行政長官一旦被免除職務便已經不在“行政長官任期期間”，以“除……外”作限定純屬多餘。為此，特區政府將條文修改為：“行政長官在任職期間內不適用針對其的刑事程序。”² 然而，這一表述卻被社會及輿論解讀為“刑事豁免權”，並引起很大爭議，成為引發2014年5月25日澳門市民反對該法案的大規模遊行的誘因之一。雖然《保障法案》第4條的法條表述有失嚴謹，但從《澳門基本法》的相關規定來看，卻有充分的法理依據。本文擬對此作一探討。

一、性質思辯：行政長官刑事特別程序的憲制分析

從《保障法案》的最初文本看，其第4條“刑事程序的適用”的直接憲制依據是《澳門基本法》第71條第(7)項，即“如立法會全體議員三分之一聯合動議，指控行政長官有嚴重違法或瀆職行為而不辭職，經立法會通過決議，可委託終審法院院長負責組成獨立的調查委員會進行調查。調查委員會如認為有足夠

證據構成上述指控，立法會以全體議員三分之二多數通過，可提出彈劾案，報請中央人民政府決定”的規定。這一規定中，“嚴重違法”顯然包括了“犯罪”。因為，依照法理，“犯罪”本身就是一種嚴重的違法行為。這一點，本文將在第二部分作進一步論述，此處不贅。因此，對這一款關於“委託終審法院院長負責組成獨立的調查委員會進行調查”的程序性質的理解，也是理解行政長官涉嫌犯罪時所應遵循的法律程序的關鍵。對此，學界有幾種不同的理解。

第一種觀點認為，這一權力在性質上屬於“彈劾權”。這一觀點認為，《澳門基本法》第71條第(7)項規定的是立法會的彈劾權。而委託終審法院院長組成獨立的調查委員會進行調查，其目的是“查明彈劾理由的事實是否證據確鑿”³，換言之，這種調查是能否由立法會提出彈劾案的前置程序，立法會行使彈劾權三個階段中的一個重要階段，應當歸屬於立法會彈劾權的組成部分。⁴ 這也是目前學界的通說。

然而，雖然“委託終審法院院長組成獨立的調查委員會進行調查”依附於“提出彈劾案”這一程序，但立法會“提出彈劾案”這一權力與嚴格意義的“彈劾權”相比卻相去甚遠，用“彈劾權”來概括並不十分準確。一般而言，“彈劾”是指“立法機構對政府官員提起的一種刑事訴訟程序。”⁵ 一般包括彈劾調查與彈劾審判兩個程序，其行使主體都是議會。以美國為例，其彈劾程序分為兩個階段。其中，彈劾調查權是由眾議院行使。一旦彈劾對象面臨指控，眾院司法委員會有權對指控證據材料進行審閱，以確定有否開始正式彈劾調查的依據，如通過決議，即向眾

* 澳門大學法學院博士研究生

院動議開始正式彈劾調查。眾院批准啟動彈劾程序的議案後，授權司法委員會進行正式彈劾調查。調查結束，司法委員會如通過正式彈劾條款，將提交眾院全體投票表決。眾院只需簡單多數票即可批准彈劾條款，並選出眾議院代表7人擔任彈劾檢察官，然後將彈劾案送參議院。在彈劾審判階段，參議院全體議員作為陪審員，需要2/3多數票，才能將受彈劾者定罪。在這一過程中，眾議院扮演了檢察官的角色，參議院扮演了法院的角色。如被彈劾的對象是總統，參院的審訊需由最高法院的首席法官主持。一旦參院裁定總統有罪，總統即被罷免，由副總統取而代之。⁶ 日本的彈劾制度同樣如此，需從參眾兩院中互選出20人組成追訴委員會，負責對應受彈劾的官員進行調查，同樣從兩院中各選出7人組成彈劾裁判所，負責審判。⁷ 而澳門特區立法會，享有的只是議員指控違法的“聯合動議權”、立法會“委託調查權”，以及“彈劾提案權”。至於中央接受彈劾案後，採用甚麼方式進行審查，是否可以通過調查補充證據，是否組成審議委員會實行準司法性質的裁判，《澳門基本法》並沒有進一步作出規定，屬於《澳門基本法》實施中可進一步完善的事項。既然立法會既不直接享有對行政長官的彈劾調查權，也不享有彈劾審判權，將《澳門基本法》第71條第(7)項歸納為“彈劾權”就的確存在可商榷的地方。

第二種觀點認為，這一權力在性質上屬於“立法會調查權”。《澳門基本法》第71條第(7)、(8)項的授權，共同構成了立法會的調查權。⁸ 事實上，從《澳門基本法》第71條所列的立法會各項職權來看，第(7)項是所有職權中惟一出現“調查”字眼的條款。將其視為立法會調查權的組成部分，具有一定合理性。然而，世界各國來所謂“議會調查權”，其行使的主體都是議會本身。依照《澳門基本法》，“委託終審法院院長負責組成獨立的調查委員會進行調查”的規定表明，負責調查行政長官是否有“嚴重違法或瀆職”的調查委員會必須是“獨立”的。所謂“獨立”，意味着它應當獨立於行政權，否則將可能受到行政長官行政權力進行干預，它甚至必須獨立於立法會，以防止立法會陷入“既當運動員又當裁判員”的困境，喪失客觀公正立場，使接下來“全體議員三分

之二多數通過、提出彈劾案”的規定流於形式。從這個意義上說，依照《澳門基本法》規定，立法會擁有的只是“調查委託權”。這種委託不同於普通的民事委託或行政委託，接受委託的人權力來源是多方面的：從形式上看來自立法會委託授權，而實質上卻來源於基本法的法定授權。具而言之，獨立的調查委員會一旦接受委託，就具有獨立調查的義務，只忠實於事實和法律，不受“立法會有全體議員三分之一聯合動議，指控行政長官有嚴重違法或瀆職行為”的影響，既注重收集、核實指控其“有嚴重違法或瀆職行為”的證據，也注重聽取行政長官的辯解，收集、核實“無罪”的證據。獨立的調查委員會的調查行為不受立法會主導，立法會不能因為不滿調查委員會的調查行為而通過決議收回權力，也不能因為對調查結果不滿而轉委託他人另行調查。獨立的調查委員會在調查中必須恪守中立，既收集支持上述指控的證據，也必須收集不支持上述指控的證據，並獨立作出判斷。從這個意義上而言，《澳門基本法》第71條第(7)項之規定並非一般意義上立法會的“調查權”。⁹

第三種觀點認為，這是《澳門基本法》規定的一種“特別程序”。眾所周知，《澳門基本法》規定的特別行政區政治體制是一種“行政主導體制”，在這一政治體制下，行政長官處於權力的核心，既是特別行政區的首長，又是特別行政區政府的首腦，地位高於立法、行政、司法機關，佔據主導地位。¹⁰ 《澳門基本法》之所以確立這樣的政治制度，是因為在“一國兩制”政治體制下，澳門作為單一制國家下的一個享有高度自治權的地方行政區，在享有管理自治事務的同時，也承擔了依法維護國家統一、維護中央權益權威的雙重職責，因此，在中央有效管治與特別行政區高度自治之間，需要一個支點，或曰結合部，這就是行政長官。因此，也就有了“中央管香港(或澳門)，一靠基本法，二靠行政長官”的說法。¹¹ 由於行政長官職責特殊、地位特殊，也是“一國兩制”下中央管治特別行政區的重要途徑，《澳門基本法》賦予了其高於一般地方領導人的職權和法律保障。如負責執行《澳門基本法》和依照《澳門基本法》適用於特別行政區的其他法律、任免法官檢察官、委任部分立法會議員、依法赦免或減輕刑事罪犯的刑罰等。這些權

力，不僅遠遠高於內地的省、市、自治區，從某種程度上而言，甚至高於許多聯邦制國家的地方領導人。然而，由於在“一國兩制”下，澳門特別行政區享有獨立的司法權和終審權，這種“獨立”不僅獨立於特別行政區的行政、立法，也獨立於中央司法權。中央除在國防、外交以及基本法解釋等少數領域作出一定權力保留外，其他基本授權特別行政區司法機關獨立行使，中央不作干涉。為防止行政長官輕易被捲入司法訴訟，影響有效施政，法律必須在“法律面前一律平等”的前提下，對行政長官給予一定的司法保障，為此，《澳門基本法》第 71 條第(7)項對行政長官涉嫌嚴重違法或瀆職，包括涉嫌犯罪的情況下，規定了特別的處理方式和處理程序。筆者認同這一觀點，下文將對此做進一步論述，此處不贅。

二、多維解構：《澳門基本法》第 71 條第(7)項的內涵與效力

筆者認為，可以從以下幾個層次理解《澳門基本法》第 71 條第(7)項的規定。第一，《澳門基本法》第 71 條第(7)項是對行政長官涉嫌嚴重違法或瀆職應如何處理作出了規定。第二，這一規定，是《澳門基本法》的特別規定，其效力要優於普通規定。換言之，這一規定對普通規定具有排他性的效力，是處理行政長官涉嫌嚴重違法或瀆職的必經程序。所謂“必經程序”，是指這一程序是調查在任行政長官涉嫌嚴重違法或瀆職問題必須經過、不能替代、不能省略或越過的程序。第三，這一規定只適用於“嚴重違法或瀆職”的情形，行政長官涉嫌一般違法或瀆職的處理，不適用這一規定。以下筆者嘗試論證之。

(一)《澳門基本法》第 71 條第(7)項的內涵——拒絕辭職的處理程序還是嚴重違法處置程序？

表面上看，《澳門基本法》第 71 條第(7)項的規定僅僅針對“行政長官有嚴重違法或瀆職行為而不辭職”這一情形，其落腳點在“不辭職”，但聯繫《澳門基本法》上下文規定以及《澳門基本法》的立法邏輯，卻不難發現，該規定試圖解決的，並非“辭職”

問題。事實上，這一規定的核心字眼或說重心應該是“嚴重違法或瀆職”。換言之，該規定確立的是行政長官“嚴重違法或瀆職的處置程序”，而不僅僅是“拒不辭職的處置程序”。

首先，《澳門基本法》並沒有將“嚴重違法或瀆職行為”作為行政長官法定的辭職理由，“不辭職”作為第 71 條第(7)項的落腳點缺乏合理的邏輯起點。從行政長官的任職條件上看，《澳門基本法》第 46 條只規定了“年滿 40 周歲”、“在澳門通常居住連續滿 20 年”、“永久性居民”、“中國公民”幾個條件，其他條文也並未將“沒有違法記錄”作為任職的條件之一。換言之，依照《澳門基本法》，只要具備上述條件，即使是涉嫌嚴重違法而正被司法機關調查的人，只要未被剝奪政治權利，就有權當選為行政長官(雖然實踐中嚴重違法者當選為行政長官的可能性幾乎不存在)。因此，“嚴重違法”不構成擔任行政長官的阻卻性理由。

其次，《澳門基本法》第 54 條規定了行政長官必須辭職的三種情形¹²，其中並未包含“嚴重違法或瀆職”這一情形，如果將“不辭職”作為第 71 條第(7)項的落腳點，顯然缺乏合理的邏輯結點。《澳門基本法》關於行政長官辭職的規定有一點尤其值得注意，那就是《澳門基本法》並未對行政長官違反第 54 條之規定，也就是應當辭職而不辭職作出規範，其理由非常簡單，因為中央對行政長官擁有任免權，如果行政長官拒不辭職，中央完全可以直接將其免職，法律無須對此作出規範。這表明，在“行政長官拒不辭職”的情況下，依照《澳門基本法》的規定並不存在程序上的障礙。因此，行政長官任期內涉嫌“嚴重違法或瀆職而不辭職”，既不是行政長官必須辭職的法定理由，也不構成《澳門基本法》必須專門設計一個彈劾程序進行規範的理由。

再次，從《澳門基本法》第 71 條第(7)項的規定看，即使調查委員會經調查後，認為有足夠證據構成上述指控，立法會也以全體議員 2/3 多數通過並提出彈劾案，其最終的程序也並非以“行政長官必須辭職”或類似的強制性規範作為法條的邏輯結點，相反，該項的規定是一種任意性規範，在該情形下須“報請中央人民政府決定”，至於中央人民政府是責

令行政長官辭職，還是按程序免職，或決定行政長官繼續任職，法律未作進一步規定，而是賦予中央人民政府充分的自由裁量權。從這個角度而言，行政長官涉嫌“嚴重違法或瀆職”只是“辭職”的酌定性條件，而不是確定性條件。因此，對《澳門基本法》第71條第(7)項的理解，不應被簡單理解為行政長官拒絕辭職的處理程序，而應當結合《澳門基本法》上下文的有關規定，更深入地理解立法的真正用意。

《澳門基本法》之所以針對“有嚴重違法或瀆職行為而不辭職”作出規定，其更深刻的意義在於，法律必須解決“嚴重違法或瀆職行為”這一前提是否存在這一問題。依照《澳門基本法》，中央對行政長官享有任命權，這種任命權是實質性的，這意味着中央對行政長官的任免並非簡單的程序性審查，而必須在全面考量政治、法律、國家安全等眾多因素後，慎重作出決定。因此，面對“立法會全體議員三分之一聯合動議，指控行政長官有嚴重違法或瀆職行為而不辭職”的情形，中央不可能直接作出責令辭職或直接免職的決定，因為，在事實真相未查清之前，任何決定都過於草率。換言之，在行政長官涉嫌嚴重違法或瀆職行為的情況下，首要的任務是調查事實、查明真相。依照《澳門基本法》，行政長官的產生遵循“選舉+中央任命”的程序，行政長官必須同時對特別行政區、中央負責，這一特點，也決定了調查行政長官“涉嫌嚴重違法或瀆職”不宜完全由中央單方面負責，理想的模式依然必須由特別行政區和中央共同完成。因此，《澳門基本法》第71條第(7)項對此作出了制度設計，那就是由立法會委託獨立的第三方，即終審法院院長組成獨立的調查委員會進行調查，經立法會全體議員2/3多數通過提出彈劾案後，由中央作出最終決定。在這個過程中，特別行政區有調查指控的權力而無決定權，中央擁有最終決定權而不介入調查，這種模式既可以保障中央在程序中的客觀和超脫，高門檻、獨立的調查程序也能夠避免行政長官動輒被捲入訴訟。

(二)《澳門基本法》第71條第(7)項的效力——排他性效力還是選擇性效力？

既然《澳門基本法》第71條第(7)項的核心是確

立行政長官“嚴重違法或瀆職的處置程序”，那麼接下來必須解決的問題是：這種程序是排他性的，還是選擇性的？換言之，當任行政長官涉嫌嚴重違法或瀆職時，是必須而且只能依照《澳門基本法》第71條第(7)項處理，還是可以依照普通的行政程序或司法程序處理？筆者認為，這一問題的答案是清晰的：這一規定是具有排他性法律效力的。理由如下：

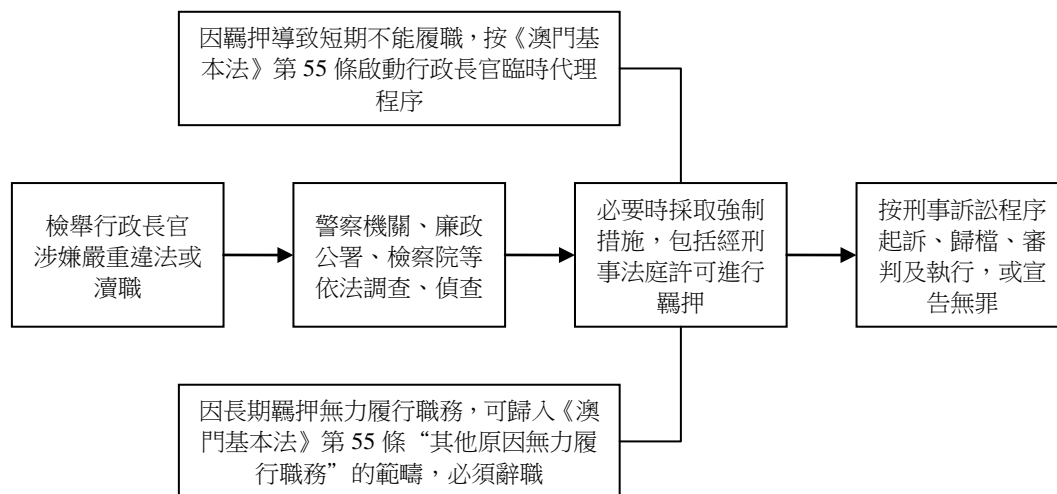
1.《澳門基本法》第71條第(7)項作為憲制性規定，效力優於特區本地立法

《澳門基本法》是澳門特別行政區的憲制性法律，與憲法共同構成澳門特別行政區的憲制法律基礎。¹³ 澳門特別行政區的制度和政策，均以《澳門基本法》的規定為依據，任何法律、法令、行政法規和其他規範性檔均不得同《澳門基本法》相抵觸。¹⁴《澳門基本法》第71條第(7)項明確對行政長官涉嫌嚴重違法或瀆職的處理作出了規定，這一規定具有憲制性法律效力，特別行政區的本地立法相關內容不得與其相抵觸。如本地立法對此未作規定，或者作出的規定與此不相符合，應適用《澳門基本法》的規定。

事實上，如果依照本地立法規定的普通程序處理行政長官嚴重違法或瀆職問題包括刑事犯罪，可能出現程序的衝突，最終導致《澳門基本法》第71條第(7)項的規定淪為虛設。(如圖1)

從圖1我們不難看出，依照普通程序，一般居民、社團等都可以向刑事警察機關提出檢舉，刑事警察機關也可以自行發現犯罪線索，經檢察官批示後開立刑事卷宗。相對而言，普通程序門檻低、啟動容易、要求簡單。甚至依照澳門《刑事訴訟法典》所規定的“預審制度”，只要有人向檢察院或廉政公署等執法機構舉報某人違法，即使最終調查後發現與事實不符或查無實據，檢察院或廉政公署決定作出“歸檔”處理，只要“輔助人”提出預審申請，刑事起訴法庭接納後，某人就成為“嫌犯”，將面臨預審法庭的審判。¹⁵ 這些規定，與《澳門基本法》第71條第(7)項要求必須滿足“立法會全體議員三分之一聯合動議”，“經立法會通過決議”，“委託終審法院院長負責組成獨立的調查委員會”等諸多條件才能進行調查相比，差距極大，完全不可相提並論。

圖 1 按本地立法規定的普通程序處理行政長官嚴重違法或瀆職



事實上，在不考慮《澳門基本法》第 71 條第(7)項規定的情況下，依照普通程序已經足以對行政長官採取強制措施，使其陷入因“無力履行職責”而必須辭職的境地。理由很簡單，假設行政長官涉嫌“嚴重違法或瀆職”時適用的是普通程序，這裏有必要對“嚴重”一詞作出強調，因為違法或犯罪情節的“嚴重性”，考慮到行政長官所擁有的職權足以對抗偵查，一旦進入司法程序，依照法律被司法機關決定羈押的可能性極大，這一後果足以導致行政長官“必須辭職”（現行法律甚至還足以解決行政長官被羈押、無力履行職務、出缺後的一系列問題）。那麼，為甚麼《澳門基本法》還對行政長官“嚴重違法或瀆職”作出專門規定呢？惟一的解釋就是，這一規定並非針對“辭職”本身，而是通過這種特別規定排除普通程序的適用。與世界上許多國家和地區法律賦予國家元首刑事豁免權是相類似，《澳門基本法》第 71 條第(7)項之所以對行政長官涉嫌嚴重違法瀆職問題設定那麼高的門檻，目的就是為了避免適用普通程序的負面效應，避免行政長官輕易被捲入訴訟，陷入繁複的訴訟程序不能自拔，進而影響施政的效率、品質和成效，對特別行政區的尊嚴和形象也是一種傷害。¹⁶

因此，《澳門基本法》第 71 條第(7)項規定與普通程序並不相容，依照憲制性規定優於普通規定的原則，在行政長官涉嫌嚴重違法或瀆職時，應適用《澳門基本法》的規定。

2.《澳門基本法》第 71 條第(7)項作為特別規定，效力優於基本法的一般性規定

特別法優先主義的傳統可以較早地追溯至 1842 年德國學者 Krug 有關故意殺人罪與故意傷害罪的法條競合適用關係的論述，他提出應當採取“特別法排除一般法的適用”。1886 年德意志法院開始在刑事判決中明確了特別法優先適用的規則。¹⁷ 意大利《刑法》第 15 條的規定：“當不同的法律或同一刑事法律中的不同法條調整同一問題時，特別法或法律中的特別條款優於普通法或法律中的普通條款。”¹⁸ 這一原則也成為大陸法系國家處理法條競合或法律衝突的基本原則之一。中國《立法法》也以立法的形式確立了這一原則：“同一機關制定的法律、行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例、規章，特別規定與一般規定不一致的，適用特別規定；新的規定與舊的規定不一致的，適用新的規定。”¹⁹ 《澳門基本法》作為全國人大制定的全國性法律，受《立法法》規則規制。《澳門基本法》第 25 條規定，澳門居民在法律面前一律平等，不因國際、血統、種族、性別、語言、宗教、政治或思想信仰、文化程度、經濟狀況或社會條件而受到歧視。行政長官作為澳門永久性居民，如涉嫌違法，與普通澳門居民一樣必須受到法律的追究，但這並不意味着在程序上也必須和普通居民相同。行政長官作為特別行政區、特別行政區政府的雙重首長，承擔執行基本法、向特別行政區和中央雙重

負責的重大責任，其職責神聖、地位特殊，基本法有必要對其履職提供充分的保障，正如《澳門基本法》第80條規定“立法會議員非經立法會許可不受逮捕”一樣，對行政長官任職期間的嚴重違法和瀆職，規定特別的調查程序，這不僅有利於保障案件調查結果的公正性，也有利於保障行政長官集中精力發展經濟、改善民生、推進民主、促進和諧，維護特別行政區社會、政治的穩定。這是法律針對特定事項作出的特別規定，與“法律面前一律平等”原則並不衝突。

3. 如行政長官涉嫌嚴重違法或瀆職允許適用普通程序，不利於實現程序正義

依照《澳門基本法》，行政長官既是澳門特別行政區的首長，同時又是澳門特別行政區政府的首長，領導澳門特區政府。在行政程序上，特別行政區的行政執法機關，包括警察總局、治安警察局、司法警察局、海關等，都在行政長官領導下開展工作。眾所周知，澳門特別行政區實行的是“授權制”的行政運作模式，政府各司、各局的職權，除來自法律授權外，更多的還是來自行政長官的授權。²⁰ 政府主要官員、各局局長以及特區政府其他公務人員，依照程序層層獲得授權，層層向行政長官負責。行政長官不僅是特區政府的領導者，也是行政權力的享有者、授予者。即使是具備一定獨立地位的廉政公署、審計署，也必須向行政長官負責，其獨立也只相對於特區政府其他部門而言。顯而易見，在行政長官涉嫌嚴重違法或瀆職的情況下，由特別行政區任何行政執法部門、警察部門或廉政公署進行調查都是不合適的。這不僅違反了“被授權者向授權者負責”的政治倫理，在程序上，更陷入“下級查辦上級”、“被領導者查辦領導者”、“自己領導下級查自己”的逆向悖論，這在程序正義上無疑是一種嚴重的缺陷。

此外，如行政長官涉嫌嚴重違法或瀆職適用普通程序，還可能造成程序的衝突。例如：在司法機關已經對按普通程序對行政長官立案偵查的情況下，如果立法會委託終審法院院長對行政長官進行調查，司法權與獨立委員會調查權何者優先？依照國際通行的禁止雙重危險原則，國家不得對同一罪名進行重複追訴，對已經被判處無罪的被告人，國家無論在甚麼情況下都不得基於同一事實啟動追訴和審判程序。司法

機關、獨立調查委員會這兩個不同主體同時對行政長官相同違法事實進行調查，是否與這一原則相衝突？兩個不同調查主體同時展開偵查、調查，出現相互干擾、相互影響甚至相互衝突的情況下，卻缺乏協調的機構，該如何處理？調查結束後，如司法機關與獨立調查委員會得出的結論截然相反，應如何處理？這些問題，《澳門基本法》並沒有給出解決的途徑。顯然，這並不是《澳門基本法》的缺漏，而是立法者在作出《澳門基本法》第71條第(7)項的制度設計時，已經從立法邏輯上排除了普通程序的適用，法律無須對此規定解決的途徑。

三、程序銜接：完善澳門本地立法的幾點建議

依照中國刑事理論，“犯罪”是一種嚴重的違法，刑事違法性是犯罪的法律特徵。在罪刑法定原則下，沒有刑事違法性，也就沒有犯罪，刑事違法性是犯罪的基本特徵。因此，從概念上看，《澳門基本法》第71條第(7)項規定的“嚴重違法”顯然包括了“刑事犯罪”。2014年，在《保障法案》立法過程中，“行政長官在任職期間內不適用針對其的刑事程序”這一規定之所以成為社會爭議的焦點，特區政府在立法時缺乏必要的理論宣傳鋪墊、社會對此存在誤解固然是一個重要因素，長期以來，本地立法缺乏與《澳門基本法》第71條相銜接的刑事特別程序也是一個重要原因。未來特區有必要通過完善本地立法，建立針對行政長官任職期間嚴重犯罪的特別刑事程序。筆者的設想如下：

(一) 制定一部《行政長官嚴重違法及瀆職行為調查法》

對行政長官嚴重違法或瀆職規定特別的調查程序並非《澳門基本法》首創。澳門回歸前，澳門總督由葡萄牙總統任免和授權，在澳門是“共和國主權機關的代表”，在政治上向葡萄牙總統負責。為保障總督能夠排除當地勢力的干擾、不屈從當地政治勢力的影響，在政治上效忠於葡萄牙，回歸前的《澳門組織

章程》規定。“總督或政務司在任職期間為民事或刑事訴訟的被告時，只能在里斯本法區提起訴訟。”²¹ 回歸後，澳門成為國家一個享有高度自治權的地方行政區域，國家將獨立的司法權和終審權賦予了特別行政區，《澳門基本法》也無法再參照《澳門組織章程》，規定針對行政長官的刑事訴訟由北京的法院審理。但由於行政長官與總督一樣，作為特別行政區“雙首長”，必須效忠中華人民共和國和澳門特別行政區。他既不能屈從外部勢力、地方具備利益而損害整體國家利益，也不能屈從各省、市、自治區的壓力而損害特區長遠利益。行政長官這一特點，客觀上要求法律提供一套保障機制，確保行政長官能夠排除政治干擾，忠誠於國家，忠誠於特區。²²

然而，雖然《澳門基本法》第 71 條第(7)項對此作了規定，但從目前特別行政區本地立法來看，還缺乏專門的法律與此相銜接。未來，有必要制定《行政長官嚴重違法及瀆職行為調查法》，對此作出規範。筆者認為，該法律至少應包含以下內容：

一是明確行政長官涉嫌犯罪時，依照特別程序進行。“5·25”遊行的發生，與澳門市民將《保障法案》中對行政長官刑事程序的規定理解為“刑事豁免”不無關係。制定《行政長官嚴重違法及瀆職行為調查法》時，有必要對此作出澄清。誠如前文所述，《澳門基本法》第 71 條第(7)項規定，並不是刑事豁免權，而只是對行政長官嚴重違法或瀆職的特別調查程序。這一程序分為四個部分，由不同的主體享有：①啟動權。由立法會及其議員享有，包括由立法會全體議員 1/3 聯合動議，對行政長官提出涉嫌嚴重違法或瀆職行為的指控；經全體會議表決通過委託終審法院院長組成獨立的調查委員會進行調查等。②調查權：由獨立調查委員會享有。獨立的調查委員會由終審法院院長負責組成，在調查過程中，有權調取支持或不支持指控的各種證據。③判斷權：由立法會享有。立法會對獨立調查委員會的調查結論進行審議，須以全體議員 2/3 多數通過，提出彈劾案等。④決定權：由中央人民政府享有。在這一過程中，啟動權、調查權、判斷權和最終的決定權是相分離的，各程序是相互銜接、相對獨立，一個程序未能完成將導致下一個程序無法啟動。換言之，行政長官在任期內涉嫌嚴重違法

犯罪，並不享有豁免權，他可能必須面臨來自獨立調查委員會的調查。只是，法律對啟動調查程序規定了相當高的門檻，將調查的啟動權、調查結果的判斷權交由立法會行使，只要未能達到法定條件，就無法啟動調查。誠如前文所述，由於特別調查程序具有程序的排他性，在這種情況下，司法機關只能等待行政長官任期屆滿後，才能對其啟動司法追訴。

二是明確調查委員會的組成和權力。法律應當明確調查委員會組成人員的條件。從《澳門基本法》的立法精神來看，調查委員會應當具有公正性和客觀性。調查委員會組成人員除了年齡、品格、操守等一般性要求外，組成人員應當具有一定的代表性。筆者建議可由三部分人員組成：①立法會議員代表。依照《澳門基本法》，立法會對政府有從確保調查公正性、避免調查委員會先入為主的角度出發，參與聯合動議，對行政長官作出指控的議員不宜成為調查委員會成員。②全國人大、政協委員代表。澳門特區全國人大代表、政協委員是中央聯繫特區的重要紐帶，參與調查委員會，可行使必要的監督職責。上述兩類代表的主要職責是對調查行為提出建議、進行監督。③司法官。《澳門基本法》規定了司法獨立的原則，司法官獨立於政府、立法會之外，其公正性、客觀性毋庸置疑。並且，司法官，尤其是檢察官在刑事訴訟中承擔偵查職能，參與調查委員會，有利於提高調查取證的客觀性、公正性和專業性。關於調查委員會的職權問題，筆者認為，由於調查委員會的調查具有準司法調查的性質，其權力可參照刑事訴訟法規定的偵查權來設定，可以擁有包括詢問、傳召證人作證、調取書證物證等職權，有關公共機構和實體有配合的義務。調查委員會也可以根據案件需要，採取偵查強制措施，但一些強制措施，如羈押、限制離境等，不宜適用。

三是明確調查結論的法律效力。調查結論僅作為立法會審議表決的參考，相關當事人不得提起上訴或異議。

(二) 完善《刑事訴訟法典》相關規定

澳門現行《刑事訴訟法典》制定於回歸前的 1996 年，由於立法局限性，立法者並未考慮到與《澳門基

本法》銜接等諸多複雜問題，從而將這一問題遺留給回歸後的澳門特區政府。筆者認為，《刑事訴訟法典》有必要作出相關規定，與《澳門基本法》第71條第(7)項的有關內容相銜接。主要包括：

一是明確在任行政長官涉嫌嚴重犯罪時，依照《澳門基本法》第71條第(7)項的有關規定處理。行政長官非經彈劾程序並報中央免除職務，不得依照普通刑事程序調查，但輕微刑事犯罪除外。

二是明確調查委員會證據的法律效力。由於調查委員會並非《刑事訴訟法典》所規定的偵查主體，因此，其受立法會委託調查獲取的證據，不能作為刑事證據使用，直接在法庭上出示和質證。但由於調查委員會具有準司法性質，避免重複調查、節約司法資源，可以考慮修改《刑事訴訟法典》，賦予相關證據在刑事訴訟中的法律效力。

(三) 完善《司法組織綱要法》相關規定

如前文所述，《澳門基本法》第71條第(7)項蘊含了行政長官在任期內不接受普通程序調查的立法內涵。而依照目前《司法組織綱要法》，卻未能體現這一點。該法第44條規定，終審法院直接管轄“行政長官、立法會主席及司長在擔任其職務時作出的犯罪及輕微違反案件，但法律另有規定者除外”。未來有必要對此作出修改，明確終審法院只管轄行政長官在擔任職務時的輕微刑事案件，嚴重刑事案件應由立法會依照《澳門基本法》提出彈劾、並由中央人民政府免職後，才接受審判。

由於筆者對《澳門基本法》及本地法律研究不深，在此僅提出的僅為一個粗淺的思路，權作拋磚引玉，求教方家。

註釋：

- ¹ 《候任、現任及離任行政長官及主要官員的保障制度》法案最初文本，載於澳門立法會網站：http://www.al.gov.mo/proposta/chefe/proposta_cn.pdf。
- ² 《候任、現任及離任行政長官及主要官員的保障制度》法案修改文本，載於澳門立法會網站：http://www.al.gov.mo/proposta/chefe/Proposta_cn0512.pdf，2014年12月19日。
- ³ 駱偉建：《澳門特別行政區基本法新論》，北京：社會科學文獻出版社、澳門基金會，2012年，第317頁。
- ⁴ 劉高龍、趙國強主編：《澳門法律新論》，北京：社會科學文獻出版社、澳門基金會，2010年，第122頁。
- ⁵ 《美國的彈劾程序》，載於新華網，http://news.xinhuanet.com/ziliao/2007-03/28/content_5905887.htm。
- ⁶ 同上註。
- ⁷ 同註3，第317頁。
- ⁸ 葉海波：《香港立法會調查權的法律界限》，載於《港澳研究》，2011年冬季號(總第24期)，第45頁。
- ⁹ 朱孔武：《香港立法會調查權的法理探析》，載於《政治與法律》，2009年第8期。該文中即持此觀點，認為議會調查權具有政治性、準司法性的特徵，《香港基本法》關於委託終審法院院長進行調查的條款是授權立法會行使對行政長官的彈劾權，而非一般意義上立法會的“調查權”。
- ¹⁰ 同註3，第75頁。
- ¹¹ 蕭平：《曉明講話，正本清源》，載於《中國日報》，2015年9月19日。
- ¹² 《澳門基本法》第54條規定的三種法定辭職情形分別是：①因嚴重疾病或其他原因無力履行職務；②因兩次拒絕簽署立法會通過的法案而解散立法會，重選的立法會仍以全體議員2/3多數通過所爭議的原案，而行政長官在30日內拒絕簽署；③因立法會拒絕通過財政預算案或關係到澳門整體利益的法案而解散立法會，重選的立法會仍拒絕通過所爭議的原案。其中，“其他原因”或許可以包含違法的情形，但也必須滿足“無力履行職務”這一條件。

- ¹³ 2014年6月，國務院新聞辦公室公佈的《“一國兩制”在香港特別行政區的實踐》對此有明確權威的闡述：“憲法和香港基本法共同構成香港特別行政區的憲制基礎……香港基本法是根據憲法制定的、規定香港特別行政區制度的基本法律，在香港特別行政區具有憲制性法律地位。”這既是中央的宣示，也是權威的理論概括，相關表述同樣適用於澳門。見《“一國兩制”在香港特別行政區的實踐》(白皮書)，北京：人民出版社，2014年，第32頁。
- ¹⁴ 見《澳門基本法》第11條。
- ¹⁵ 回歸以來，被捲入預審程序最終查無實據的政府高官並不鮮見，前任行政法務司司長陳麗敏所涉嫌的“墓地門”案件，民政總署管委會主席譚偉文等捲入“瀆職案”等就是例證。相關事件始末見《前臨時澳門市政局批出十幅永久墓地事件的調查報告》，載於澳門廉政公署網站：http://www.ccac.org.mo/cn/news/rpt110908_cn.pdf，2015年2月21日。
- ¹⁶ 朱永強：《談談賦予行政長官刑事豁免權問題》，載於《澳門日報》，2014年5月24日。
- ¹⁷ [日]山火正則：《法條競合の諸問題(一)》，載於《神奈川法學》，第7卷第1號。
- ¹⁸ [意]帕多瓦尼：《意大利刑法原理》，陳忠林譯，北京：法律出版社，1998年，第408頁。
- ¹⁹ 見《中華人民共和國立法法》第92條。
- ²⁰ 依照第85/84/M號法令《澳門公共行政組織結構大綱》第3條第1款，“總督得將其對有關公共部門全部或部分事務之執行權限授予保安部隊總司令及各政務司，或授予直屬於總督之個部門司長。”
- ²¹ 見《澳門組織章程》第20條。
- ²² 同註16。