

家庭保護和父母親關係的指導性原則¹

Sofia Miranda Rabelo

律師

Minas Gerais 州立大學法學碩士²

在家庭結構的模式轉變後，因為增加了向司法權所提起的訴訟，故法律面對各種問題，導致法律操作者以及在其他相關部門工作的職業人士需處理各種衝突的問題。

在這篇文章中，是以當代家庭結構中當父母未在一起生活時，子女所處的狀況作為研究的對象。透過法律科學去發展一套可以減少單親子女可能出現災難性後果的方法，並尋找對所有家庭成員有益的解決方案。

家庭關係中特殊的利益，要求法學對那些尋求司法途徑解決的具體案件有一特定立場。由國家開始，找尋已超出私人領域的個人間衝突之解決方法，且要求謹慎地作出決定及一個十分獨特的分析。

巴西法律體系提出了尊重人的尊嚴的原則，重視對基本權利和保障的實現³。該些原則在成文法律秩序中十分重要，除了引入隱約適用於實際情況對每個個案的要求的可能性外，原則亦是對於憲法條文的法律制度和重要基礎的平衡⁴。在現今的法律理論中，原則和規則都為法律規

¹ 家庭保護和父母關係的指導性原則：平等原則、兒童最佳利益原則、家庭共同生活原則和父母親責任原則。

² 循道公會教徒大學及米納米教育和文化基金（FUMEC）教師；於米納米，吉拉斯州巴西律師公會高等學校親屬法技術協調員；CAD民法特別課程協調員——Gama Filho大學法律深造課程。親屬法國際協會成員。

³ 對於Bonavides來說，“原則在前實證法時代是憲法的氧氣。對原則有好處的是憲法制度得到單一性的意義。並獲得其規範命名的意義”。BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional 第259頁。

⁴ 在分析憲法時，通常出現一章，一般是在引言部份，提及法律體系的“基本原則”。

範，其在實際情況中帶來了追求公義的可能性。它們是一個更開放的法律規範，容許適用於特別的爭議。按照在親屬範疇內的理解，作為權利主體的每個人的主觀性必須被尊重。

為了介紹此影響，必須把法律原則的概念作為法律淵源和規範處理。原則的意念長久以來已作出過大量的分析，而其概念亦長期存在爭論。很多理論都把原則評價為法律規範，且研究至今仍在進行。基本上，對原則法律理論的檢驗分為三個階段：自然法、實證法和後實證法階段⁵。

實證法的代表人物Norberto Bobbio提出了把法律一般原則作為自動融入的程序，就如大家熟悉的法律準用一樣⁶。

原則的定義顯示出其職能的規模調整，以達到不同於法律條文的效果，對於實證主義來說，原則可稱之為基本原則（ratio legis）的規範，

葡萄牙法學家Canotilho及Vital Moreira解釋此些原則的位置和功能：“基本原則對於定義和描述政治團體和國家，以及列舉主要的憲政選擇都十分重要...。在各種外延中和發展構成憲法的中心，且統一其內在的同一性。因此，保證所有基本原則在其各種措施中可對抗對憲法的修正。無論在其自身或其各種更佳的外延方面，樹立了對修正的事實限制。”Canotilho, Vital Moreira, Fundamentos da Constituição, 第71頁。

⁵ Paulo Bonavides介紹了原則的理論和學說的發展，從自然法到後實證法。自然法時期是最久遠的；在該段期間，原則內部是抽象的，並結合一個無用的規範，及一個產生司法請求的道德價值外延。在此理論中，原則被認為一般規範或最普通的制度，設想不屬於法律範疇。於1921年Del Vecchio在意大利發表《法律的一般原則》，賦與原則在法律中填補漏洞的功能。且主要地是一個在所有法律制度中協調的功能。在這方面，除了對其他規範作解釋的指導性工作外，原則亦注入了法律和習慣。自然法流派設想法律的原則是“法律公理”或由理性建立的規範。正義原則是由概念法建立的共同規範。界定為“一系列來自人神法的客觀事實”。自一個標準的研究開始後，法學家Riccardo Guastini收集了包括學說和司法見解在內的6種區分原則的概念，如此說：首先，原則一詞是指普遍性高級的規範；第二，原則被界定為不確定的高級規範，且因此須以解釋的方式確實；該作者又肯定地指出原則是綱領性規範；並給與概念繼續性，原則一詞是法淵源位階很高的規範；第五，原則是擔當一個在法律制度或政治制度，或者尚有，在法律體系的次制度中重要和基本的功能；最後，原則該詞用以指出所適用的規範，該適用的特徵是選擇適合各種情況的裝置。自然法的存在直到歷史法學派的出現，從而轉移到實證法時代。在此時期，出現了法典，其權威是無可置疑的，且導致自然法的衰落，並擴大了法律實證主義的學說。原則是作為補充的淵源或，按照Gordillo Ganãs所說，好像“安全閥”以“保障法律的絕對統治”。第三個時期是後實證法時期，出現在近幾十年，作為對過往理論的批判，並提出新的原則觀點。BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional, 第228至266頁。

⁶ BOBBIO, Teoria geral do Ordenamento Jurídico, 第156頁。

亦可以是實證法，就是如此對原則作出解釋，且在確實範圍內進行⁷。

在實證主義理論中，原則成為最大的學說或法律思考的指南，亦可以獲得規範的特性。此理論強調了在作為法律產生方法的原則價值的發現中的法理學功能，使其作為對法官和立法者的指引。

然而，現今新技術對原則的理解作出了革新，突出其規範性。這個新技術的視野無可置疑地增大了原則的影響性，填補了自然法和實證法的不足，但並未放棄法律的實證性。這是一個科學發展的新時期，在這個新時代原則確立了整個法律體系⁸。

被特別關注的問題是法律原則的可操作性，這是因為所給予的巨大普遍性和規則之間的區分標準。

按照優越性去確立一個原則須格外地謹慎和小心。因對一個實際案件的決定將影響未來很多新的情況。原則是規範且適用於所有情況，因為設定了在案件中所涉及的事實和法律狀況的條件。

Ronald Dworkin教導說，原則須被當作法處理。原則就像規則一樣強

⁷ BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional, 第243頁。

⁸ 其中一個原則學的最重要學者是Robert Alexy,《法律論證理論和基本法律理論》的作者。Alexy對原則和規則作出定義，分析了兩者的可適用性，以免出現在實際案件中不相容的情況。其概念是十分清晰的：“原則是在最大限度使命令得以實現的規範，即是說，規則重視效力(是否有效)而原則重視價值”。該作者開始了對解決原則之間衝突的研究，或以他的說法，法律原則之間的抵觸或緊張關係，對他來說，當兩個原則存在抵觸時，其中之一須向另一個讓位，但並非說不被使用的原則為無效。該問題應以“原則的等級”解決，它並非是絕對的，但適用於實際情況。為確定原則的適用，Alexy運用了“衡量(ponderação)”這個概念，當涉及相同等級的抽象利益時，哪一個在實際情況中更為重要。存在多個對衡量的批評，因為有等級的司法自由裁量是危險的。無任何規範和方法去控制。考慮到就衡量作出定義，Alexy說：“如優先性可被理性地確定下來時，衡量是理性的。如此，衡量的理性問題產生在價值或對立原則中所建立的優先性是否可被理性所確定下來的疑問”。為適用衡量，該法學家亦提出了“法律的抵觸”。抵觸是指一個原則只可以滿足於另一個，且因此，須存在一個命令適用於該原則的絕對和無條件的規範。衡量意謂存在一個具有規則性的根本規範，適用於任何情況。因此，即使所有法律規範都為原則所支配，仍存在為實際情況選擇一個原則的條文規定。此“優先性”只有通過理性確定方發生。即是，可優先的原因。Alexy對此原因作出解釋：立法原意、在某些情況有益或有效的結果、學說和司法見解的意見。在衝突解決的重要性概念或者，原則在實際情況，而非單純抽象上的重要性，對決定提出同意或反對。亦作出了研究工作。一些原則較其他存在更多的優越條件。對此，Alexy肯定在原則之間須存在根據初步印象(prima facie)的優先性。該優先性並非絕對的，但較其他存在更強的爭論性。Alexy,《基本權利的理論》，第88頁及後續(意譯)。

加一項法律義務⁹。其著作就規則和原則的區分方面曾是十分有意義的：規則是以“所有或沒有”（an all or nothing）的方式適用。如出現符合一個規則所描述的事實時，此規則將為有效，因為實際情況與規則相容，或者說，規則是以“非此即彼”的方式適用的。而原則就具有一個重量或價值的範圍，此為區分原則和規則最安全的標準。對一個原則的選擇，因其重要性，並不妨礙在其他情況，其會再次被使用¹⁰。

Dworkin分析了解釋理論的發展，並建議繼續保留在法律體系中原則的填補作用。就算對於已預先建立的規則亦然。對於法學家來說，在法律操作者之間的分歧須以理論而非經驗解決¹¹。且讓人們討論甚麼是法律真正的意義和它怎樣使原則填補法律體系。

新學理的誕生及在法律世界的轉變都證明對原則在規範金字塔中的優越性和對統治力的確認。

原則是鞏固法律不可或缺的基礎規範。原則對法律秩序之影響日趨顯見，特別是在當代憲法體系中檢驗其功能和表現時¹²。

至高無上的原則已拼入憲法中，從而成為最高級別的規範，並成為所有法律秩序的基礎。在分析了1988年聯邦憲法後，推論出原則被規定於法律秩序中，成為超級淵源或規範中之規範。

結論是至高無上的憲法帶出了原則的完整效力。詳細對研究作出說明，接近的分析是，主要的原則指引家庭和父母親關係的保護。著手處理男女間權利和義務平等原則，父母親責任原則、家庭共同生活原則以及兒童和少年最佳利益原則。但亦不會忘記其他對於親屬法具重要性的論題，例如人的尊嚴和社會團結原則。

自這些原則開始，親屬法隱約可見的工作是關注社會範圍內其持久的轉變，且容許法律科學可以包含規則，但須遵照每個情況的特殊性，在實際情況中尋找公正。

無意結束此文章的原則學研究，但在力求公正的情況下要重申其在所有法領域的重要性，及必要性。

要突出的是男女間權利和義務平等原則，這不僅是為了建立一個新

⁹ DWORKIN, Taking Right Seriously, 第44頁。

¹⁰ DWORKIN, Taking Right Seriously, 第27頁。

¹¹ DWORKIN強烈地提醒說：“我們需如同科學般鍛鍊法律的思維，觀察法律本能的結構與其他人們對政府和司法信賴的不同之處。” DWORKIN, O Império do Direito, 第7頁。

¹² BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional, 第260頁。

的社會姿態，亦是因為其造成了無數的法律後果。平等是一個由社會和文化改變而產生的要求，在現代世界獲得了相當大的勝利。在巴西，直到1962年，已婚婦女的能力仍只是相對的，且一家之主的地位仍專屬於丈夫所有。

平等在親屬關係中仍有不耗費亦不耗盡的效果。1948年聯合國憲章宣佈人與人之間的權利平等。但它並非最早提出的。因為此觀點已在古代古典時期討論過。在教會時期，獲得了一個新的且神聖的外延。在法國大革命、維吉尼亞自由宣言、麻薩諸塞獨立宣言中亦有提及。對平等的論述還聯繫到另一概念：市民法（*cidadania*）。

平等原則建立在大部份法律體系中，由在哥斯達黎加於1993年召開的聯合國大會及於1995年在北京召開的世界婦女大會確立下來。在這些大會中，對那些全球領先的立法進行了大量的探討和論證。肯定的是就算是在那些擁有較完善法律的國度，亦缺乏由國家機器實施該制度，此情況削弱了針對不平等的修補性規範的效果¹³。

權利和種類平等問題不是單單在立法內容中可以解決。巴西的最高法律確認平等；但是事實和法律之間存在一個距離。按照文化反映，平等在其要素中未被實現，仍須繼續就家庭關係和其個人方面的平等作出討論。

為了對平等作出分析，須由不平等開始說起。對平等權利的達成不同，該不同意味著構建一個真實的市民法（*cidadania*），並總是尊重不同的權利主體的差異性。明顯地，如果所有都是平等的話，就不用對平等作出研究。當考慮不同之處，可以對平等和存在一個公平社會重新思考。

平等的意念與公平的意念相聯繫，是民主制度中規則中的規則。故此，如沒有平等就說不上公平。Ruy Barbosa就所有法律科學，並可以完整地解釋平等的說法是：“隨著各種的不相同，平等規則包括不平等地分享不平等”¹⁴。平等是一個比例的問題，或者說，須以相對比例的公平去實現。法律上的平等不可能是數學上的絕對，亦不可能具有差異，但可以是一個平衡的系統。

在嘗試達到一個本質的平等方面，巴西法確認保障所有人的平等。為了消滅不平等，須制定特定的不同處。正如在憲法中制定平等概念的

¹³ 參閱DAHL, O direito das mulheres: uma introdução do Direito Feminista, 第3至24頁。

¹⁴ BARBOSA, Oração aos moços, 第31頁。

這個唯一的方式所產生的效果一樣。這須主要地作出分析。

對於家庭關係，在行使親屬權時需實現權利和義務的平等，考慮子女最佳的利益，為了達致平等，須對每個親屬法的要點做出分析，例如在父母親責任領域¹⁵。

按照上述分析，社會出現由同居和在不同及特別的情況影響下產生的家庭新狀況。現在所指出的父母親關係是根據為關注保護家庭和子女的各種不同狀況而構建的。為了對父母親關係出作分析，須把子女福利及父母責任的平衡作為指導方向。為鞏固此規定，須考慮父母權利義務和未成年人最佳利益的平等。

然後出現之前所提到的家庭共同生活、父親和母親責任的原則。焦點是關係的平衡。關注子女福利的獲得，指的是尊重家庭共同生活及父親和母親照顧其子女的使命。結論是原則由接近現代家庭的新話題所聯繫。

為顯示以社會為根基的家庭的重要性，1988年憲法特別授與其國家保護，並且如絕對優先般建立家庭共同生活的權利¹⁶。

在該概念中，原則尋求獲得對未成年人身心最適合的發展，且確立不單止與父母共同生活，還有在父母親關係中有效的、物質上和非物質上的責任。

兒童和少年通則——第8069/1990號法律——的出現推動了憲法的規定，且讓未成年人成為法律主體，產生新的部門法：兒童和少年法¹⁷。

¹⁵ Giselda Hironaka教導：“歷史的發展隱約地展現出在家庭中男女權利的平等 - 亦包括父子之間，在這個世界將是重要的。但在該段長時間中須確定展示權利平等的概念，亦以某些方式確定作為一種父母義務中的父親責任，以代替親權”。HIRONAKA, Restousabilidade Civil na relação Paterno- filial, 第412頁。

¹⁶ 第226條，家庭，作為社會的根基，獲國家特別的保護。
第227條，除了要排除因疏忽、歧視、剝削、侵犯、殘忍和壓迫而產生的危險外，賦與生命、健康、扶養、教育、家居、專業技能、文化、尊嚴、尊重、自由及與家庭和大眾共同生活的權利亦是家庭、社會和國家為保護兒童和少年的絕對優先的義務。

¹⁷ 根據Antônio Fernando do Amaral e Silva所說，所論及的是一個更科學、更法律化的部門，針對所有兒童和少年，以其內容所針對的對象命名。新法建立了專門針對並非只是部分而是全部兒童和少年的規範和制度。賦與在法律秩序完全保障的學說；集合、系統化和規範化由聯合國主張的保障。對於Tânia da Silva Pereira來說，Antônio Fernando do Amaral e Silva的論點適用於法律世界。該作者說一個從1988年憲法產生的新部門，在完全保障學說中啟發，並由兒童和少年通則所規定下來。固定一般原則、法律技術規則、法律概念，尋找公正、公共利益和平衡的實現”。PEREIRA, Direito da Criança e do adolescente; uma Proposta interdisciplinar, 第36至37頁。

兒童和少年通則，在其第4條，重申聯邦憲法中人的尊嚴和父母親責任的原則基礎，為所有兒童和少年建立在一個家庭中生長和教育，家庭共同生活的權利，在健康的環境下保障家庭和社會的共同生活。

在成為法律規定的權利前，既然認為家庭是具獨立構造的地方，家庭共同生活的權利就是對兒童和少年的一個根本的需要¹⁸。由家庭產生的影響和社會因素對兒童和少年發展是至關重要的。

一方面，良好建立的家庭在兒童生活中的重要性是無可爭議的。另一方面，兒童對家庭亦具重要性，特別是對於父母來說，家庭是子女所須的感情、安慰、照顧和安全的中心¹⁹。

根據於1989年11月由聯合國大會²⁰通過的兒童權利公約國際文件²¹對家庭共同生活權利作出改革，在該公約序言中，確認“為充分配合兒童人格的發展，他必須在家庭中，在一個快樂、愛護和瞭解的環境中成長”，且在第19條宣示兒童與其父母生活的權利，除非與其最佳利益不符²²。

Costa形容在1990年9月30日於紐約聯合國總部內舉行的世界兒童問題首腦會議中所作出關於兒童的生存、保護和發展宣言內，宣告家庭角色的重要性就如“由對兒童、幼兒至少年的扶養和保護所產生的主要責任者”。Costa亦確認“兒童在社會的文化、價值和規範的開始源於家庭。為著其人格的完整和和諧發展，兒童須在家庭環境、在快樂、愛護和瞭解的環境中生長。因此，所有社會機構都須尊重和支持父母以及其他在家庭環境中扶養及照顧兒童的負責人的努力”。

然後，其總結認為“所有努力須為避免兒童與其家庭分離。當該分離的發生是因不可抗力或為兒童的更高利益時，必須採取措施，以使兒

¹⁸ 參閱COSTA, O direito à convivência Familiar.

¹⁹ 參閱COSTA, O direito à convivência Familiar.

²⁰ 關於兒童權利的國際公約-聯和國-89-99.710/90命令。

²¹ 參閱FRANK, RUBELLIN-DEVICHI的著作《兒童和國際公約》(L'enfant et les conventions internationales)。

²² 聯合國兒童權利宣言，1959年11月，確認第六個原則：“為完整和配合其人格的發展，兒童需要愛和理解。在可能的範圍內，照顧兒童是父母的責任，且在任何的情況、應使他們在感情及精神和物質安全的環境中成長；除非在特別的情況下，幼兒不可離開母親。社會和公共當局有責任在兒童沒有家庭且缺乏生存的適當環境時給與特別照顧。可要求官方援助和提供其他有利於人口多的家庭子女的維繫”。

童接受已轉變的家庭保護”²³。

“兒童的最佳利益”²⁴稱為“the best interest of the child”原則，由英國提出²⁵。在14世紀，以國家親權（*parens patriae*）制度的方式，出現了保護兒童的政策，是皇帝和國王の特權，且其後亦出現對兒童利益的保障²⁶。最佳利益的原則在家庭觀念方面作出了改變，當今被認為是為確定所涉及的未成年人情況的模式和規則²⁷。

最佳利益以達成兒童和少年福利為目的，未成年人為作出決定的焦點，即是，須由國家確保對兒童作出最佳的考慮。

某些因素可以作為最佳利益的考量，例如未成年人情感和身體需要、兒童所顯示出的偏愛和意願，而避免操縱。對於考慮到感情聯繫的基本權利，習慣上給與指導及在公眾中共同存在。但值得提出的是兒童最佳利益是主觀的，因此須給以極度謹慎及在其他知識範疇的人士的幫助下去分析。

再一次，必須記著家庭是私人的地方，但國家在保護未成年人和為其最佳利益時總是須介入其中。

為了使此些原則確定下來，需要作出開放式規範以交與司法權。且為了完成現在的話題，再次指出基本問題，Villela形容：“權利是在社會

²³ COSTA, O direito à convivência familiar, (於1995年7月，美國加州，Warms Sprigs市所作出的報告)。

²⁴ 參閱PEREIRA, O melhor interesse da criança, 第1至101頁，LEITE, Famílias moço parentais, 第196至204頁。

²⁵ 參閱CRAFFE, 《在英國法的親權：傳統方案的歷史發展》(La puissance paternelle en droit anglais: evolution historique solutions traditionnelles), 第43至184頁。

²⁶ TÂNIA DA SILVA PEREIRA, 於《聯邦憲法，特別和微體系法律》，兒童最佳利益原則的歷史源自於英格蘭，直到在國際文獻中確立這原則，作為在巴西立法的參考。作者介紹了兩個由Lord Mansfield法官作出的判決：Rex告Delaval案，而Blissets開啟了在英格蘭習慣法中兒童利益優先的先例。只在1836年，“最佳利益”原則產生效力。在美國，於1813年，在“Commonwealth告Addicks”案中引入該原則，Pensilvânia法院決定看守一個觸犯通姦罪的母親，然而，以適當的方式滿足對兒子最佳利益。在此情況，引入Tender Years Doctrine，作為母親對幼兒優先的推定。在20世紀，母親優先的指導性規則被“Tie breaker”學說所改變，或者，中立地適用最佳兒童利益。除此之外，在第14次憲法修正確定權利義務平等的效力。PEREIRA, 《兒童的最佳利益》第1至101頁。

²⁷ 參閱DINIZ, 保障兒童和少年的措施。《巴西民法教程》，第532-560頁。
VILELLA, 《今天的家庭》，第82頁。

生活的文化產物 ”²⁸。藉此，以對在人類關係中必須控制的自由作出適當的負責和保護的方式，存在一個對於研究親屬法重要原則更大和明顯的證明。

²⁸ 參閱DINIZ，〈保障兒童和少年的措施〉，《巴西民法教程》，第532-560頁。
VILELLA，〈今天的家庭〉，第82頁。

教 材
