

澳門家庭法的改革

奧列菲勒博士

Guilherme de Oliveira

葡國科英布拉大學法學院教授及
澳門大學法學院訪問教授

I

現今制定法律再也不像從前那樣了。社會已經變得複雜，因為在短期內，過去曾經擁有的那種文化的同一性就喪失殆盡了，而我們熟識的所有法典都是在這種文化氛圍中制定的。這是市民階層的啟蒙主義和個人主義的產物，現代所有法律的編纂，都是為圍繞著穩固的體制所組織起來的社會而誕生的，它具有一定的價值規範，帶有清晰可見的等級觀念。

社會的和法律的各類問題總是尋求各種解決的方案，然而，找到一種主宰性的解決方案還是有可能的，它使各種可預見的偏差和相互衝突的力量變小，或在公共表達上變得無足輕重。總之，法律在過去一般是為了相對穩定的社會而設置的。

現今，不知是甚麼原因，造成衝突和需要調解的各類社會問題在數量和力度上都增加了。當代的立法者必須就有關城市規劃和環境，就有關垃圾、狩獵、交通、包裝、廣告、食品的儲藏等問題作出艱難的決定。而這些問題在過去那些偉大法典的制訂者的頭腦裏肯定是想像不到的。

除此之外，眾所周知，我們注定生活在多元化的社會裏，在這樣的社會裏，體制無法實施其過去所有的那種穩定社會的功能，在此，價值

的信用總是受制於選票的結果，所以，一種企圖制約所有人的、明確的法律規範秩序也就無法表現出來。每一個立法的選擇——它既對重大問題有用，也對小問題有用——必須向所謂的社會同伴進行無數的諮詢，而這些人對其社會同伴的最佳利益到底意味著甚麼，可謂麻木不仁，以此達成的解決方案，將永遠不會具有那種滿足所有人的古老追求，或者至少也是那種感應一種主宰性的法律——社會意義的追求。當代的立法者，總是被迫在彼此分歧的意見中獲得妥協，除此之外，幾乎只能信任市民同胞的寬宏大諒，以確保歷盡千辛萬苦得來的法律規範得到貫徹落實。在寬容之中……在牽涉更多的連續不斷的妥協的承諾之中，法律規範的變化，社會的不穩定性，以及制訂法律的艱巨任務正在加快。

II

言歸正傳，家庭法的立法者在過去渡過了輕閑自在的時光。而今，對於我來說，家庭法這一領域是最艱巨之中的一個，而且肯定是全部民法中最艱難的。

六十年代和七十年代的艱難跋涉已經過去——從夫權制到男女平等，從丈夫管理家庭共有財產到夫妻共同管理，從丈夫養家糊口到自由從事職業勞動，從父母恩典到兒女平等。然而，正當人們以為家庭法建立在這種夫妻性的民主和團結互助的模式上的時候，人們則在全世界對二十或三十年前還似乎適當的法律規範展開著討論。

在婚姻法這個涉及結婚的概念和意義的領域內，共同生活的私自化明顯地變得越來越突出了，對結婚的所有外在的合法化程序¹的排斥，無論這是教會，還是國家，這種排斥的結果是，事實結合的人數在不斷增加，他們僅僅因兩情相悅而結合，結合是出於共同生活和互相同意的延續。在此，事實結合在社會上與婚姻體制進行著競爭，向立法者提出挑戰，要求他們司法效力的許可而不損害其事實結合的境況……有的立法者

¹ Théry, Irène——《今日的配偶、親子關係和親屬》（向就業與援助部長、司法部部長提交的報告），巴黎，1998年，32頁。 *Couple, filiation et Parenté Aujourd'hui. (Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice)*, Paris, Ed. Odile jacob/La Documentation Française, 1998年，第32頁。

已經對此種冒險性的平衡作出嘗試，並且給予事實結合以某種婚姻性質的效力，只要他們以掛號信的方式向政府作出聲明，並以寄信收據為證²；換句話說，只要無損名聲，以一種輕鬆的手續作交換，就具備稍許的效力……況且這種事實結合的挑戰性算不了甚麼，正如北歐國家今天的情況那樣，司法體系甚至面對著同性戀婚姻的結婚請求，至少是登記結婚以獲取這種婚姻的特有效力的貫徹。人們關於婚姻延續時間的觀念也顯示出不同尋常的分歧：賦予持續長久的婚姻以一定的效力，在美國是三十年代末，而在瑞典則是在近五年來³……。

在婚姻的個人效力方面——這是最精僻地反映著有關婚姻結合的預先構想模式的領域，無論是以夫權為基礎的古代模式，還是當代的權利平等模式——在三十年前，難道會有人說，配偶的忠誠，至少是夫妻的同居可以取決於相互協定，而非作為一種不言而喻的法律命令來履行嗎？當人們一旦明白，這乃是處罰輕微的法律，又如何會為一種夫妻義務的莊嚴判斷作鬥爭，特別是在那些不斷拋棄著過失性離婚體系的國家？

婚姻的財產效力所構成的領域，自古以來就幾乎總是在篇章條例中表現著私人自主性的地位。這樣的例證精妙絕倫，但卻很少：這種自主性的標誌曾是婚前協議中財產制度的自由選擇——這在葡萄牙法律中立即被後來的不可變易性所禁止；令人安慰的則是夫妻之間財產管理委託的許可，在對公司入股中增加了一些便利等等其他一些東西。

但是，這一同人們熟知的司法體系大致共同的境況，似乎並不能滿足現代商業生活的緊迫需要。現在，人們正在探討實際需要強制性法規的範圍，探討哪些才應該遞至私人自主性領域。司法體系正在為擴展夫妻之間的合約化自由，為著夫妻雙方的每一方及其財產的獨立性，為著財產制度的越來越自由的變更，而精確無誤地踏出步伐。並且，意圖由第三人的保護，由婚姻處於危機時刻夫妻和兒女的保護，並由家庭住宅的監護來限定強制性法規。總而言之，這在立法者方面來看，是夫妻雙方可進行商討性對話境況的一種審慎出路，並且只有在夫妻雙方的基本

² Renchon, Jaen-Lois《婚姻、合法同居與自由結合》- *Mariage, Cohabitation Légale et Union Libre*. In *Liber amicorum Marie Thérèse Meulders-Klein, Droit Comparé des Personnes et de la Famille*, Bruxelles Bruylant, 1998年, 第549-573頁。

³ Agell, Anders - 《歐洲視野中的離婚分產》 *The division of property upon divorce from a european perspective*. In *Liber amicorum Marie Thérèse Meulders-Klein...*, 第15頁。

權利出現爭執，或者需要強迫夫妻雙方對其家庭生活履行一致性的義務的危機時刻，才發生效力。

我推想，這種對婚姻財產效力之控制的縮窄，也是不可避免的。因此，在發達的社會中，絕大部分的婦女都賺一份工資，今天的夫妻組合是兩個極其富有活力的、可以進行商討對話的行為主體，不再像過去的家庭那樣，只有一個賺錢養家的人，只有一個主宰，一個財產管理人。這樣，配偶雙方的一種正常活動，必然造成財產的混淆不清——雙方的工資共同存入同一個帳戶，用共有錢財購買昂貴的私人用品，用雙方的錢投資個人財物，用所有財產的收益購置耐用物品，非直接性的取代，而未說明財產的來源，屬於個人抑或共有性質，對各種財產幾乎未加區分夫妻的債務責任，這類債務伴有毫無效力或不可執行的補償制度等等……。

人們知道，他們不會保存這類文件，至少不會在數十年的生活中鄭重其事地記述帳目，他們並不期待法律在其婚姻的財產生活中可能作出一個明確有效的貫徹。正是這一充足的理由，促使國際上的學說，建議在婚姻中盡量減少干預；在夫妻關係的意義上，將精力集中到一種共同一致而公正的財產分配上面。然而，這即使正確，司法體系卻對其實施的結果表示不滿——事實上，婦女總是處於劣勢，而帶著幼小兒女的婦女的處境比其他婦女更加淒慘⁴。

在離婚方面，立法者們一直對一切可能作出嘗試，有的司法體系甚至同時使用所有的模式，如葡萄牙的司法體系。

訴訟離婚模式，基於對夫妻義務的惡意侵害——我們要說，這是古典模式——正在經歷著危機，並且在許多國家遭到拋棄，如德國、瑞典、美國的一些州和英國。人們早就在談論說，一個“無過失性離婚的時代”⁵，離婚僅僅是建立在客觀原因所確定的婚姻破裂的證實之上，或者是以夫妻雙方的協議為基礎。第一種情況——破裂性離婚——人們對它

⁴ Habermas, Jürgen - 《法律與民主》，巴黎，加里馬，第450頁和注釋57；*Droit et Democratie*, Paris, Gallimard, 第450頁及備註57；Commaille, Jacques - 《家庭法的政治社會學—壓力中的報告：解放，體制，保護》*Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension: émancipation, institution, protection*. In《Liber amicorum Marie Thérèse Meulders-Klein...》，第83-101頁，第98頁；Glendon, Mary Ann - 《家庭法的轉變》*The Transformation of Family Law*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1996年，paperback, 第206頁。

⁵ Glendon, Mary Ann - 《家庭法的轉變》*The Transformation...*, 第87頁。

所寄予的期待並沒有實現；實際上，對於所有人來說，這是不大常用的方法，正如葡萄牙的統計所表明的那樣，近年來只有4%是破裂性離婚。相反，雙方同意離婚一直是人們喜歡的，佔葡萄牙公布出來的離婚案的64%。

最近，所謂的“雙方被動性同意”也變得流行起來了，這是說，有一份共同的離婚申請，而被告接受原告的請求。

選擇何種制度，是所有立法者的難題。無論如何，其趨勢是眾所周知的形式，結婚幾乎同離婚一樣容易；手續的非正式化並將管轄權移交給民事登記局。然而可以見到，除了對破壞婚姻模式的一種擔憂之外，司法界對無法解決離婚的後果問題的顧慮正在增加，⁶不僅是有關前配偶及兒女的個人後果，還有財產問題。在這個特別的問題上，人們強調對幼小孩子理所應當的撫養資助，而認為強制性的收費體系無效。

最後，在離婚問題上，人們還鄙視一種未經一個中立的第三人所裁決的破裂性離婚，其後果是嚴重的，有可能演變成爲配偶一方對另外一方的純粹侵害。⁷

在親屬關係的確定方面，關於生物遺傳之真實性的絕對優先，還是以社會屬性或親情關係作爲親屬身份的標準來決定每一個案例的討論越來越迫在眉睫了。而且，在一個所有一切均以個人作爲衡量尺度的時代，在一個永遠需要抉擇、沒有任何東西可以預先決定的時代，人們不能預測，這種不確定性會達成一個結局。同時離婚和再次結婚個案數目的增加，使生物遺傳決定親屬身份和親情決定親屬關係的競爭局面成倍增長了。收養養子的親屬關係的增加一直具有同時的效力；而（精子）提供者參與的生育或代替養育的例子，在這方面也佔有一定的份額。可以看到，這些競爭局面一直對親情的親屬關係而非生物遺傳的親緣性賦予首要地位⁸——這在與原家庭親屬關係破裂的過繼撫養的情況下，並在以匿名提供者的精子受孕的情況下，尤其如此。

⁶ Glendon, Mary Ann-《家庭法的轉變》*The Transformation...*, 第181頁。

⁷ Labrusse-Riou, Catherine -《PACS - 法律一種新遊戲的圈套》，載《教育世界》1998年十一月號，第264期，第43頁。PACS, les pièges d'un nouveau jeu de loi. 《Le Monde de L'Éducation》，第264條，1998年版，第43頁。

⁸ Fine, Agnès -《可選擇的親屬關係》，載《教育世界》1998年11月號，第51頁。Parentés (s) électives. 《Le Monde de L'Éducation》，第264條，1998年版，第51頁。

在這個範圍內，人們如何能夠在制訂確立親屬關係的規則上斷然不疑呢？是應該不惜一切代價尋找生物遺傳上的父親，還是應該維持一種長久的親情關係呢？

這些困難就算是無足輕重，另外的困難則開始引起人們的關注：這就是所謂的生物遺傳的真實性，即所謂“真實中的真實”的模式所具有的確實性不再像過去那樣舉世公認了。確實，在過去，人們一想到確定生育的遺傳性真實，就會證實，分娩乃是最明確，最簡單的證明，是在尋找真實性的艱巨的司法工作中可以信賴的東西。然而，現今卵子移植和胚胎移植的可能性表明，一切事情都變得複雜化了：分娩的婦女乃是妊娠生育之母，而另一個貢獻卵子的婦女卻是其血統遺傳之母。而她們之中的哪一個人才更有資格稱得上生物學意義上的母親呢？確實，這種現實在實際個案中所佔比例極低，但其現實性則足以引發家庭法的立法者的疑問。

而禁止創新先例就能解決一切問題的辯護更不是那麼簡單易行——用（精子）提供者的精子受精或者妊娠代育合同——因為這總是給人這樣的印象，法律並非萬應良方，當人們對一種禁止性法律鬆懈下來的時候，結果便是將所有的事實納入一種非法的自動調節，這常常會給當事人造成難以想像的傷害。

在父子關係方面，確切說是在父權方面，不但立法有困難，而且在現行條例的實施上找到一種有效的平衡方面也有困難。

子女章程的“個人化”現象⁹迫使父母以極其困惑的形式來擔任其保護人的角色，這就是，他們必須在所有的表現上尊重未成年子女的自主性。而在一種上千年的權威傳統和尊重未成年子女的物質利益及人格之間，行使保護人的權力，並不是那麼輕鬆自如的。界定所謂“特殊的多數性”的所有問題都與這個議題有關。另一方面，還有確定政府對父母與子女關係方面的干預的尺度和界限，乃是永恒的話題。從一種完全自由主義的立場出發，一種公共干預只要合法，就留有寬廣的領域，人們必須在其中找到公正的那一點，以保障國家而非其自己的家庭對未成年人的保護得到承認。

⁹ Théry, Irène - 《今日的配偶，親子關係和親屬》*Cuople, Filiation et Parenté Aujourd'hui...*, 第35頁。

III

澳門家庭法的改革在這一領域是如何表現的呢？

我相信，負責制訂新法律的各位專家，對葡萄牙《民法典》具有完整的認識。葡萄牙《民法典》是組織完備、清晰的一部法典，在很長時間內都可以立於不敗之地。事實上，這部法典的編纂者們尊重了法典格式的特徵，試圖將無論是時代還是地點所銘刻的現代化引入這部法典；而且我相信這種現代化乃是適當而慎重的。

與現行法典不同的地方首先是對民事婚姻的專門強調。葡萄牙的體制是以 1940 年同羅馬教會簽訂的協議為基礎的，是以這個特殊的現實作為合法依據的，儘管如此，它依然面臨著一個世俗國家，相對於天主教會而言所表現出來的特權引起的問題。人們對同一個體制在一個極富區別的地域被歪曲的擔心是絲毫不奇怪的。因為在這個地域上，交織著各種各樣的文化與宗教信仰。世俗的婚姻制度對這種中立性的選擇，為人所深深理解。

另一方面，人們試圖對事實結合下一個定義，並界定其重要性的基本條件。我認為，在一種令人費解並以巨大的不協調與不確定性為標識的進展當中，建立一個標準，還是可以被人接受的。制訂的法規是慎重的，首先它們並不想解決事實結合是否屬於家庭關係的知識問題：立法者維持家庭關係的傳統定義，根據情況慎重規範事實結合。

在結婚和離婚的問題上，建議追隨從單方面減少婚姻無效原因的普遍傾向，使離婚簡便易行，特別是在簡化雙方同意離婚的訴訟手續方面以及減少關係破裂離婚的實際分居期方面。這在我們熟悉的其他法律體系中並非無所發現。

在夫妻財產關係方面，採用了夫妻雙方獨立的當代傾向和不作法律規範的傾向。當然，主要的標誌是贊同取長補短以作為替補制度的法律制度。這在幾十年前就在歐洲一些國家和拉丁美洲實行了，這種制度以至吸引了負責制訂 1966 年法典的葡萄牙法學家的關注¹⁰。這是一種

¹⁰ Pereira, Gonçalves - 《財產制度》，載《司法部公報》，1996 年，第 122 期，第 264-270 頁。

保障夫妻獨立、便利夫妻每一方財產的主動性、簡化管理和出讓手續而又照顧到夫妻協作的一種制度——它將婚姻的結束轉變為夫妻雙方對共同生活的經濟參與。

並且遵循婚前合約和繼受財產制度之可變性的幾乎一致的規則。確實，葡萄牙的體制早已獨自禁止改變婚姻財產制度。放過這個拋棄一種越來越難以證明自己正確的規則的機會，那將是艱難的。

上述的這些變化，在其自身方面要求或期待著其他的變化。然而，現行的文本忽略了有關夫妻合約的特別和限制規則，而以一般性法則來管轄。在原則上限制夫妻經雙方所承擔的商業債務，幾乎總是允許財產的自由放棄，允許夫妻之間財產轉讓的一般授權許可，並准許夫妻之間恰當報酬的即時收取。

改革的內在關聯性在於法律規定的這種整體，它們使夫妻每一方的經濟生活變得更加簡易而獨立。我相信，這種選擇的清晰性在於認識到，這類財產制度將在不知不覺間受到盎格魯·薩克遜制度所影響的範圍內實施，它具有個人主義和非官僚主義特色，正如在香港所實行的制度那樣。然而，這一切並沒有喪失葡萄牙夫妻同心協力的歐洲大陸思想，它一向在婚姻中購買有價值物品的出資中得到證實。為確保婚姻的協作性，根據購買財產的出資制度進行的財產分配就在於此。

按照婚姻的含義談論協作性，強調新文本中的一個新內容則是公正的：對於未成年子女的一種權利的規定，試圖超越傳統的撫養義務而加強對滿足兒童基本需求的保障。

在父子血親關係的法律方面，澳門的法典保留了葡萄牙現行法律，保持了它的嚴密結構和清晰性。在主要趨勢的導向上，它也引進了慎重的變化。

另一方面，它尊重確定血統的生物原則。可以說，強調這個原則的原因，是因為對丈夫證實父親身份訴訟的有效期限以及對此進行調查的期限未作規定；是以對原告合法性的開放以證實丈夫的父親身份為結果的，而這在傳統上是受到限制的，以尊重婚姻生活的和平。最後，是因為取消收養成年人作為繼子的許可特權。

然而，如果法律體系在這個意義上更加傾向於生物學的話，那麼，對親屬關係的證明也會造成障礙，只要這種證明與雙方當事人所期待的那種對子女的長期擁有相抵觸。就算是象徵性的，這最終是一種社會學標準的表現，它使生物學上的真實性得到調解。這一表現更加傾向

於不斷增長著的事實的重要性、親情的重要性、個人選擇的重要性、反對法規的專制或人的生物本性的專制。

在確立父子血親關係的這個方面，我相信，納入一小組有關輔助生育的法規也是值得喝采的。民法對這方面的內容作出規範是必要的，至少要有基本的與和平的規定，正如澳門法典所做的那樣。

在引入的規定上，可以說，今天只有禁止父親死後的人工受孕是最富爭議的。幾年前，這種禁止還是平和的；然而，最近國際輿論較為贊同，特別是死亡發生之前，已經孕育了一對夫妻的胚胎。

一旦懷疑法律訴訟所花費的一切努力的動力出於對兒女或對生身父親的財產的覬覦，面對家庭關係的個人價值所強烈地表現出來的最終的精神標誌，就在於確立父子血親關係的所謂“財產無效性”。一種後來的、帶有功利性質的父子血親關係的確立，對於當事人沒有金錢的好處。

女士們，先生們：

不要請求家庭法的立法者完美無缺而富有成效的改革。

在這個處理婚姻關係的財產變動的內容上，整個世界都在討論著非確定性——甚至有人建議立法者將規範婚姻的法律剔除¹¹。一般而言，法律不再具備其他時代的追求，要讓人作為一部世俗的道德教理問題及自己的思想模式來對待，當今，在各種相互競爭的體系所形成的一個社會的格局中，它只不過是其中的一種引導模式而已，其中每一個體系都有它自己的規則與活動。

如果這並非我們所有的人所期待的那種改革——事實上，沒有任何改革可以獲得一致的讚賞——請讓我們尊重其意圖，給它時間以表現其弱點，並證實甚麼東西有價值。

最後，無論其成績和過失如何，同這遼闊大地的壯麗，同這大江在日落時分、從氹仔方面看去，與那些深沉的音調相比較，都不過是渺小的細節而已。

¹¹ 請參閱 Wardle, Lynn D - 《同性戀婚姻及合法多元化的限度》，載《Eekelaar, John; Nhlapo, Thandabantu 編：家庭的變遷》，Oxford, Hart Publishing，第381-396頁及387頁。

