

澳門混合法律體系特徵考察

王瑩瑩*

到目前為止關於羅馬法體系的傳播和殖民地法律體系的問題，沃森、阿古斯蒂尼(Eric Agostini)、魯蘭德(Rouland)和薩科(Rodolfo Sacco)都有過專門的論述。¹ 學者們認同的是關於法律文化輸出的方式可以分為兩種。第一種情況是特定司法技術的輸入是基於一種特意作出的選擇，並依據輸入國的標準而取捨。池巴(Chiba Masaji)認為採納羅馬日耳曼模式的日本和實施社會主義法律的中國屬於這種情況。² 第二種情況是由殖民引起的強制性法律移植，在這種情況下，特定司法模式的輸入是殖民過程的重要組成部分。³ 被植入葡萄牙法律體系的澳門就屬於這種情況。

學者們爭議的問題是法律能不能移植和移植的程度問題。孟德斯鳩認為各個國家的法律適應的是其所服務的人民⁴；薩維尼提出法律產生於習俗和人民的信仰⁵；龐德則認為一種法律制度的歷史多屬於從其他法律制度裏借取法律物料以及吸收法律以外的物料而形成的歷史⁶。沃森的研究肯定了法律的可移植性，他的早期研究提出社會中的人群和法律沒有直接關係，所以才會出現鄰近相關的國家的法律發展以一種不可預期的不同方式，而不鄰近不相關的國家的法律發展路徑卻可以奇怪的相似。尤其是在大陸法系，會存在某些國家或地區可以接受一個和自己本身的經濟、政治和社會完全無關係的另一個國家的法律。他提出法律的相對自治性歸因於法律工作者的決定作用，其專業化的培訓限制了法律的社會性參與，而且在某種形式上使法律不受社會現實的影響。在這個意義上，可以輸入法律標準、模式和制度，並應用於有別於它們得以形成發展的背景的社會制度之中。⁷ 但在晚期的研究中沃森注意到即使立法者希望一個新的開始，他仍然不得受制於法的傳統，因為他們不具備“偽造”一個新的法的秩序的能力。⁸

為甚麼法律文化和思想的流動會呈現如此複雜的現象？單單法律模式運行的移植理論似乎不足以解釋這些現象。尤其是對於後移植國家或地區的法律體系，這種方法側重對狹義的法的觀察，在預設的區分法為本地法和移植法的基礎上，容易引入對法的優劣或者土生外來的靜態判斷。考慮到各個元素在歷史中可能發生的相互影響和重構，承認法律體系中出現的多樣性混合現象，也許是更加客觀和動態的觀察後移植法律體系的態度。

澳門曾經是葡萄牙的殖民管治地區，被植入的是葡萄牙法律體系，1999年之後回歸中國，作為中華人民共和國的特別行政區。從憲政角度觀察，其法律體系屬於中華法系下的區域性法律。歷史造就的澳門法律體系的混合狀態對現在以致將來的影響將是我們觀察澳門法律體系必須面對的事實。

一、多樣性混合法律體系理論

關於法律體系的劃分，因參照的標準不同，學者觀點眾多，勒內·達維德從實效的角度，提出當代具有突出可辨認特徵的是三大主要法律體系：羅馬日耳曼法律體系、普通法體系、社會主義法律體系。⁹ 混合法律體系這個術語經歷了從產生時的以兩種法系為基礎的“混合法域”，到後來的多樣性“混合法律體系”。其最先提出者可追溯到K·雷德(Kenneth Reid)。當英語世界國家的法學家習慣把世界法律體系劃分為大陸法系和普通法系的時候，他們也注意到實踐中出現的為數不多的大陸法系和普通法系混合的法域，於是一個關於混合法域的觀念產生了。K·雷德在其文章《混合法律體系的觀念》中指出：這個觀念的產生是“一個分類失敗的結果”。¹⁰ 後來的S·

* 前澳門大學訪問學者、西北政法大學副教授

T·史密斯(S. T. Smith)更為明確的開始在他的著作中使用“混合法域”的術語。¹¹ 儘管他在後來的著作中使用了“混合法律體系”代替“混合法域”，但沒有改變這個概念在法律體系的選擇上的局限性和選擇性，即混合就是普通法系和大陸法系的混合。蘇格蘭、路易斯安那、南非和魁北克因此一直是他的研究對象。在其後來為《比較法百科全書》撰寫的第六章中，他意識到這個界定的狹隘性，因此他對“混合”專門作了說明，註明沒有考慮到其他的法律體系類型，例如當地習慣法、宗教法與西方法律體系並存的現象等等。¹² 隨着越來越多的法學家開始關注到法系的多樣性的存在，他們傾向於給混合法律體系更為寬泛的界定。V·帕爾默(Vernon Valentine Palmer)提出S·T·史密斯的混合法域理論是一種嚴格或者狹義的界定，還存在關於多樣性的混合法律體系。多樣性的評斷標準是只要在一個地區或者國家的法律體系中存在兩個或者兩個以上的法的類型或者法的傳統，即可構成多樣性。持這一觀點的法學家認為這種法律的多樣性體現在法的不同類型或者淵源的相互作用上，包括本土的和外來的、宗教的和習慣的、西方的和非西方的，這些都足以構成一個混合的法律體系。¹³ 基於這樣的認識被法學家增列入混合法律體系的國家或地區包括：伊朗、埃及、敘利亞、伊拉克、印度尼西亞、澳大利亞、巴斯克地區、阿爾及利亞、香港和歐盟。¹⁴

無論是狹義還是廣義的混合法律體系，爭論其各自的合理性最終要陷入關於法到底是甚麼的爭論，這會偏離混合法系這個法律觀念形成的初衷。混合法律體系的觀念是對現實的包容和接受，是一種觀察法律的方法和角度，它要求人們在觀察一個地區或者國家的法律體系時，不要以一種既定的模式去強硬的把它歸入某一類，而要去掉它的另一類特徵。承認一個法律體系的混合性，就意味着對這個地區存在的各種法的類型和傳統同等的對待。H·馬克奎恩指出，當認為混合中的一部分是好的，而另一部分是不好的時候，這種判斷是違背混合法律體系的精神的。混合法律體系各個組成部分的優劣需要以它們各自歸屬的法系內部的標準來評斷。¹⁵ 正如英國最高法院法官羅傑勳爵解釋的，如果要說混合法律體系具有價值，那它的價值確切的說就在於它是混合的。¹⁶

二、歷史中形成的澳門混合法律體系

(一) 文化的融合

1494年“教宗子午綫”¹⁷的劃分第一次把海洋世界瓜分給了西班牙和葡萄牙，葡萄牙的航海探險從此開始，明中後期葡萄牙人抵達澳門開始貿易和傳教。多數史學家認為直至1557年廣東地方官紳才允許葡人正式定居澳門，故這一年亦為澳門建城之始。¹⁸ 從此澳門的華人、葡萄牙人開始混合居住。1883年香港總督寶雲(George Ferguson Bowen)爵士訪問澳門時，對澳門的印象是“澳門是一副名副其實的圖畫，寂靜而安詳，養活了將近7萬人口，主要是華人，但也包括一些混血種族和大約4,000名葡萄牙人。”¹⁹ 根據法國青年旅行家盧德維出版的《爪哇與廣州》，該書詳盡的描寫了19世紀末期澳門的中西融合的“奇異”情況，他在書中提到當時澳門的廟宇裏的和尚口中的菩薩用的已經是西方宗教中的聖人的名字，有的叫“聖弗朗西斯科”或者“聖奧古斯丁”，不但中國人已經相當地葡化，葡人也已經相當地漢化。²⁰ 直到現在澳門仍然是個由混血的神保佑的城市。矗立在孫逸仙大馬路延伸至外港處的銅觀音像被澳門人稱為“聖母觀音”。²¹

(二) 法律領域的混合現象

1. 兩種法制並行時期

史料記載1557年，“中國國王的執法官前往澳門”。²² 1583年澳門葡萄牙人也自己組建了一個自治機構，議事會，它由2名法官、3名市議員以及1名檢察官和2名治安官組成，其中法官負責審理判決案件。²³ 直至乾隆年間，1749年清政府頒佈了《澳門約束章程》，對澳門華人、葡人犯罪的審判權問題進行了嚴格的界定，對於葡萄牙人實行“夷犯分別解訊”。²⁴ 而葡萄牙人的議事會也認為不能對澳門的華人行使司法權。²⁵ 因此長期以來澳門社會存在着兩個社群，一個是葡萄牙人天主教社群，包括其他外國人；另一個是華人社群，在這樣劃分的基礎上，澳門自葡萄牙佔領以來，一直維持的是華葡社群共處分治的格局，這種格局延續到1849年，其間雖然葡人社區內出現權力從議事會向澳葡總督的轉移，但共處分治的格局沒有受到根本影響。

2. 官方葡萄牙法律體系與非官方華人風俗習慣混合適用時期

1849年葡督亞馬留(João Ferreira do Amaral)將中國駐澳官員逐出澳門，澳門的管治權完全落入葡萄牙

殖民者手中，其司法體系開始逐步在澳門推行。此後葡萄牙的一些主要法典陸續被延伸到澳門適用，包括大陸法系國家慣常所稱的五大法典，即：《葡萄牙民法典》、《葡萄牙刑法典》、《葡萄牙商法典》、《葡萄牙刑事訴訟法典》、《葡萄牙民事訴訟法典》。此外還有一些小法典，如《民事登記法典》、《物業登記法典》、《殖民地稅收法典》、《農業勞動法典》、《軍事司法法典》、《澳門傭工章程》、《集股有限公司章程》等。²⁶ 葡萄牙法律體系在立法方面延伸適用的同時，配套的司法體制也相繼設立。1863年根據澳門政府的法令，商業法院正式成立。²⁷ 1899年8月，葡萄牙國王諭令，批准將華政廳行使的一切司法權力移交澳門地區大法官。²⁸ 1917年澳門成立華民訴訟署並設立一上訴法院，後其權限在1927年轉歸普通法院。²⁹ 1918年，成立審計兼行政訴訟公署。³⁰

考慮到澳門長期以來社會群體構成的複雜性和維持多年分治共處的習慣，再加上比鄰大中華傳統文化的影響，葡萄牙人在1849年之後沒有採取旨在消滅種族界限，推行同化的激烈行動，而是盡量利用傳統社會治理資源對華人社區進行鬆散的間接控制，這在家庭、繼承法領域體現的最為明顯。1862年，澳門政府曾頒佈法令，華人的遺產在歸葡萄牙籍人所有時，要依照華人風俗習慣辦理，按照遺產贈與人屆時提出的請求行事。在《葡萄牙民法典》延伸適用於澳門的過程中，葡萄牙也注意到了澳門自身的特殊歷史背景與文化環境，對不適合中國風俗習慣的規範作了部分保留。³¹ 就澳門而言，第8條做了如下的規定：“中國人的風俗習慣須在華人事務檢查官權限中予以重視”。後來由於該條沒有明確規定華人的風俗習慣內容，鑒於需要將澳門華人在家庭和繼承方面的一些風俗習慣提高到法律權利義務層次，1909年6月《澳門華人習俗之條例》頒佈，規定婚姻可依照各自所屬宗教禮儀進行，各種方式效果平等。³² 1948年頒佈了《華人屬人法法令》，該法令撤銷了1909年頒佈的《華人風俗習慣法》，同時繼續承認華人依其本身習慣締結的婚姻的法律效力以及在婚姻家庭方面中國風俗習慣的效力。³³ 在商事法律領域，1911年3月澳門政府頒佈第62號訓令：根據澳門華人對在民事及商業糾紛中執法的正當要求，將委任一委員會來研究為華人設立華民訴訟署的問題。³⁴ 是年3月25日，設立一華人商務局，以推行小錢債之例，使民政小署可以理小債案，不至徑投按察司，以數十元之費而收數十元之賧。³⁵ 以往華商遇到商業糾紛，均投訴於鏡湖醫院，後鑒於澳門華商的發展，且長期沒有自

己的獨立性組織，1912年獲澳門政府批准成立澳門商會作為調節商業糾紛的民間組織，同時被授予商事裁判權，“凡事公斷結，視為與官廳判斷無異，無論如何不得上訴”。後日益發展成為與鏡湖醫院慈善會、同善堂並稱的華人重要團體，起到了溝通政府與民間的渠道作用。³⁶

通過上面的考察，可以看到在澳門四百年被葡萄牙殖民的歷史中，比較法學家提出的澳門多樣化文化現象是觀察其法律體系的第一個基點。四百年的東西方文化融合留給現代澳門的仍然是融滙着多種文化和語言的社會。她的文化在不同的領域裏以不同的方式混合着中國傳統文化、華人社會的農業、漁業和第三產業文化、與西方人打交道的典型的貿易轉運站文化、中華民族和葡萄牙民族的混合文化的和宗教的各種調和主義文化；葡萄牙行政管理文化；以及盎格魯撒克遜人在香港的商業文化。³⁷ 這種文化混合現象也普遍的存在於非洲和亞洲的後殖民國家或地區。³⁸

多樣化文化的存在使得澳門法律體系呈現多樣性的混合狀態，被植入的葡萄牙法律體系的骨架與各種非官方形式的規範體系機械的混合到一起，這是思考澳門法律體系的第二個基點。當一個地區在失去主權時，當地人民為了維持他們生活方式就會極力保留他們的人法或者私法³⁹，混合型的法律文化也會由此產生。艾斯曼認為，對於統治者來說允許在其治理下的人民保留它們的人法這常常不是一個選擇的結果，而是維持其統治的必須策略。他還指出征服往往伴隨的是兩種文明在不同形式和程度上的碰撞。這樣的情況發生在當時法國所屬的阿爾及利亞，英國及法國所屬的印度和中國某些地區。⁴⁰ 由於葡萄牙人在澳門近四百年的“不牢固的存在”，“以及對當地利益採取一種默許結盟的戰略來跟溫順的中國人建立關係”，都使得各式各樣的法律關係能在澳門融洽共存多個世紀，這些法律體系，有的以官方形式或非官方形式，甚或純私人公正的形式來施行。⁴¹ 在私法，尤其是人法領域長期存在着非官方規範和非官方糾紛解決機構。蘇保榮的社會調查結果顯示澳門的華人社會在其正常生活中發生的大部分糾紛是通過該社會內部存在的非正規和非官方的解決途徑來處理的。此情況持續至20世紀80年代。華人社會對司法服務的需求曾經是比較少和具有選擇性的。⁴² 官方制度性文化與社會人群的觀念性文化之間存在的鴻溝說明澳門法律體系在歷史上存在混合，但是機械的。

三、澳門現行法律體系概貌

澳門現行法律體系的形成是從 1976 年《澳門組織章程》的頒佈開始的，它賦予了澳門廣泛的立法自治權⁴³，這標誌着澳門法律體系開始脫離葡萄牙法律體系自主的存在發展。根據《中葡聯合聲明》的精神與要求，澳門在回歸前的過渡時期內要對行政、立法和司法制度進行一系列的改革以便同回歸後特別行政區的制度鏈接，為此澳門政府採取了一系列政法改革的措施，主要圍繞的是三化任務，即法律本地化、公務員本地化和語言官方化，其中法律本地化的工作內容主要包括翻譯葡萄牙語的法律，制定本地的法律，並推進雙語立法和司法。在這個過程中，從葡萄牙直接移植而來的“大法典”⁴⁴首先被陸續翻譯完成，形成了今天澳門法律體系的基本架構。

根據池巴的研究，對後移植國家的法律體系的考察方法，可以從三個相對的範疇來進行：通過官方法律和非官方法律、實證法和法的預設價值以及固有法和移植法律。⁴⁵蘇格蘭法學家對蘇格蘭法律體系的考察方面則更為具體，包括混合法律體系的建立、司法制度、法律淵源、法律推理、制定法解釋、商法、程序和證據、普通法的司法繼受、新型法律規範的創制、法學家的態度、語言因素、參考文獻。⁴⁶結合他們使用的方法和澳門自身的特點，重點從法律體系的構成、法的淵源、司法制度、法律解釋、社團組織方面來考察澳門現行法律體系。

（一）法律體系的結構

首先法律的形式主要是成文法，且多以法典的模式制定。⁴⁷依照大陸法系公民法劃分的傳統，屬於私法的法律大體包括：民法典、商法典、公司法典、律師通則、民商及物業登記法以及各種有關民商法律關係的特別法或規章；屬於公法的大體有：基本法、澳門組織章程、立法會議員章程、刑法典、司法組織綱要法、刑事訴訟法典、行政程序法典、稅法、文教衛生法等等；介於公法和私法之間的法律大體有：勞動法、環境法、各種政府有關調控經濟的規章等。葡萄牙延伸到澳門的法律經特區政府接受並經本地化後繼續適用的包括：民法典、刑法典、民訴法典和刑訴法典、商法典、政權機構組織法和司法制度綱要法、公證法、民事登記法、行政程序法典、物業登記法典、商業登記法典、民事登記法典、法院訴訟費用制度、公證法典、工業產權法律制度、行政訴訟法典；還有特區政府根據澳門社會特點制定的法律：2003 年的勞

動訴訟法典，2007 年的道路交通法和 2009 年的勞動關係法。⁴⁸

其次在內容上，從葡萄牙法律體系延伸適用的法律構成了澳門法律體系的骨架，因而澳門現行法律體系也承襲了葡萄牙法本身的羅馬日耳曼法特色，以私法為例說明。澳門《民法典》在結構上沿襲了從羅馬日耳曼法繼承而來的《葡萄牙民法典》的結構，即總則、債法、物權、親屬法和繼承法。在具體制度上融合了拉丁法族和日耳曼法族的共同特色⁴⁹，並對許多制度進行了本地化的重構。例如第 333 條關於強迫性金錢處罰法律制度，起草者指出“該制度是取自葡萄牙現行的同類制度，但有別於葡萄牙的制度，其適用範圍有所擴大，即超越純粹不可替代事實給付的範圍，甚至超越僅限於合同的範圍，從而提供一個適用範圍更廣泛的機制，因此我們期望該制度發揮更大效用”。⁵⁰從起草者的立法理由闡述中可以看到澳門《民法典》雖取自《葡萄牙民法典》，但立法者也在試圖結合澳門的本地情況和當前民法學研究的最新成果對一些制度進行重構。⁵¹

澳門《商法典》獨立於《民法典》而法典化的作法本身就是羅馬日耳曼法系的傳統。《意大利民法典》雖然民商合一，但在民法典的內容和結構上，商法規範仍然是相對獨立的一部分。澳門《商法典》結構方面採納《德國商法典》和《葡萄牙商法典》的框架和商人法主義，引入了一些現代商業社會新的概念和制度以及國際上通行的商業慣例。⁵²它所包含的公司法在內容上，除以葡萄牙的公司法為模式外，還借鑒了西班牙、法國、德國、巴西和阿根廷的現行公司法例，同時採納了毗鄰的香港地區的普通法系公司法律制度，例如修訂了公司設立及等級機制，設立了公司秘書一職。⁵³

澳門《民事訴訟法典》更為廣泛的受到了整個歐洲大陸司法改革的影響，其中包括 1990 年《葡萄牙民事訴訟法典》草案、《法國民事訴訟法典》、《比利時民事訴訟法典》、西班牙民事訴訟改革、意大利民事訴訟改革，以及 1995 年葡萄牙民事訴訟改革中由當時改革委員會主席瓦萊拉(Antunes Varela)於 1990 年提交的草案。⁵⁴該法典為配合澳門主權移交後所設立的司法組織對法院管轄權章節作出了深入修改，並簡化了上訴程序。⁵⁵

（二）法律淵源

《民法典》第 1 條規定澳門的法律淵源分為直接淵源和間接淵源。直接淵源包括法律、國際公約、

來自澳門地區有權機關或來自國家機關在其對澳門之立法權限範圍的一切概括性規定、統一司法見解⁵⁶；間接淵源包括不違背善良風俗的習慣和衡平原則。⁵⁷

法律淵源在法源位階上根據《民法典》第1條的規定國際公約的效力僅次於《澳門基本法》，而高於普通法律。⁵⁸ 儘管法律沒有明確的規定統一司法見解的法律淵源效力，但是《民事訴訟法典》第583條第2款c)項規定：所作之裁判違反具強制性之司法見解的，不論利益值為何，可以提起普通上訴。並且刑事訴訟法還將司法見解的監督權賦予檢察院，對任何違反具強制性司法見解而宣示之裁判，檢察院必須提起上訴。⁵⁹ 統一司法見解制度繼承自1961年的《民事訴訟法典》，體現在葡萄牙法律制度中即各法院具有一般強制力的學說價值的“統一的見解(Assentos)”。後規定在澳門《民事訴訟法典》、《刑事訴訟法典》和《行政訴訟法典》中。並且立法者在繼承葡萄牙法的統一司法見解制度的基礎上作出了擴張：根據《民事訴訟法典》第583條的規定，不僅對最高級法院的相互對立的裁判可以提起統一司法見解，對於同一中級法院或者兩中級法院之間的相互對立的裁判，也可向最高法院提起上訴。⁶⁰

從統一司法見解這個制度來看，可以看到澳門法律體系在法律淵源上對大陸法系和普通法系傳統的混合跡象。由於大陸法系的法院在審案中不適用普通法系法院的遵循先例的原則，因而判例僅具有說服力價值，不能成為澳門法院的審判依據。法院的司法見解並不受先前所定的理解所約束。法官作出一裁判時，採用先前曾採納的理解，並不表示基於先前判決曾作出此一理解而取得權威，事實上先前判例並不具有強制力。因此法官在隨後的裁判中完全可能改變之。改變先前理解的做法既不影響司法結構，也不會影響其各項原則。只有當司法見解被法官視為優質時方能生存和繼續為法官所引用，在原則層面上，法官不能變成立法者，這些理念是在大陸法系國家所追求的。⁶¹ 但是由於不同法官對同一法律問題可能有不同的理解，從而作出結果不同的裁判，這樣會使當事人質疑司法的公正。為了解決這個問題，統一司法見解制度被澳門的立法者接受並發展。

(三) 司法機制

根據《澳門基本法》，澳門的司法機構依法獨立行使司法權。⁶² 法院分為三級，即：第一審法院，包括初級法院、行政法院；中級法院；終審法院。特區

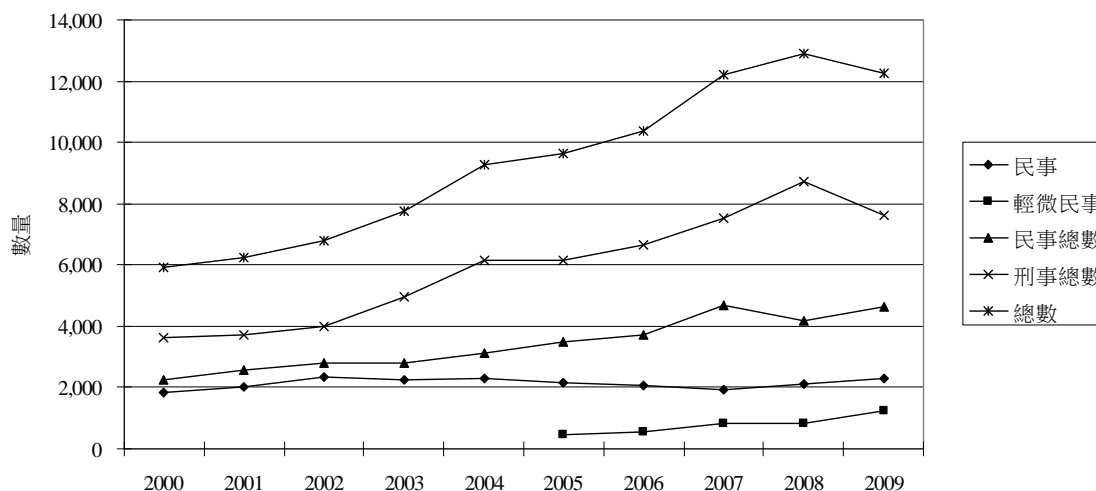
檢察院採用一院建制，在三級法院內派駐檢察官履行檢察職能。在司法機關的設置、職權、活動準則和人員組成等方面，特區司法制度具有較為典型的大陸法系特徵。⁶³ 為確保《澳門基本法》的實施，特區檢察院被賦予了一項新的權限：根據訴訟法律的規定，行使監督《澳門基本法》實施的職責。

與立法本地化同時進行的是司法本地化，這體現在司法程序的運作和司法文書的雙語化。初級法院在當事人為華人的時候，可以直接使用中文審理和製作判決書。法庭配有葡文和中文的同聲傳譯。為了提高司法效率，澳門法院2005年設立了輕微民事案件法庭，負責受理標的在澳門幣5萬元以下的案件，其種類包括買賣、分期付款買賣、消費借貸、承攬、管理費、租賃、服務的提供、財貨的供應，這部分案件的審理和文書製作幾乎都在中文的平台上運作。對司法機制運行狀況的最好說明應該是社會對訴訟的認知程度。為此我們調查了澳門初級法院受理案件的情況。

圖1顯示了2000到2009年初級法院受理案件的總體情況。民事案件受理案件數從2000年的2,266件增長到2009年的4,642件，其中普通民事案件從1,858件增長到2,298件；輕微民事案件2005年還只有474件，這個數量經過四年的增長到2009年已達到1,238件，將近2005年的三倍。由圖1直觀可見：2000年到2003年，民事案件的受案量雖然在逐步上升，但幅度不大；2004和2005年均有較大幅度的增長，原因是2004年和2005年分別將勞動民事和輕微民事案件從民事案件中分離了出來，適用更加簡易的程序審理，從而引起了受案數量的整體增長。

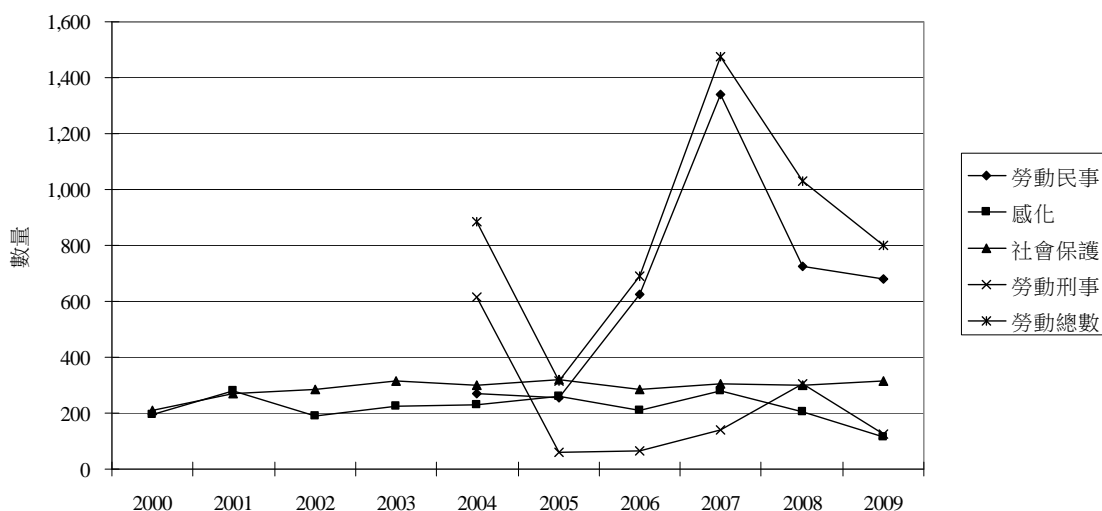
在圖2中，勞動民事案件的數量也是逐年遞增的趨勢，2004年是271件，2009年678件；感化和社會保護案件數量基本保持相近。同時圖2中有一個值得思考的現象：勞動民事案件數量在2005年與2009年之間出現急劇的反覆。通過分析我們認為，圖中勞動民事案件數量折線急劇上升的2006、2007年部分，反映了開設勞動民事法庭以後，大量原來由民間組織解決的糾紛湧入法庭的情況，這一情況在圖1的“民事總數”折線中也有明確的體現。對於這條折線2008年急劇下降的部分，反映了澳門司法力量與民眾對法律需求之間的矛盾。大量原本由民間組織解決的糾紛進入官方的法律體系尋求解決之道，但官方法律體系的消化能力的提高不可能一蹴而就，並不能完全滿足這個要求。在這種情況下，解決糾紛的民間機制便又回到了人們的視野，同時減輕了法院的壓力。同樣的，這一點在圖1中也有明確體現。

圖 1 初級法院受理案件分類數量



資料來源：澳門法院網站。

圖 2 勞動案件與社會保護案件數量



資料來源：澳門法院網站。

表 1 2008 年 7 月份受理的輕微民事案件

編號	案件類型	標的(澳門幣)	案由	受案時間	結案時間
1	履行金錢債務	37,500	交通意外損害賠償	01/07/2008	04/12/2008
2	履行金錢債務	5,500	交通意外損害賠償	02/07/2008	18/09/2008
3	管理費	10,530	拖欠物業管理費用	01/07/2008	09/09/2008
4	管理費	48,776	拖欠物業管理費用	02/07/2008	10/10/2008
5	履行金錢債務	23,476	交通意外	09/07/2008	18/11/2008
6	管理費	9,560	拖欠物業管理費用	04/07/2008	10/07/2008
7	管理費	21,780	拖欠物業管理費	02/07/2008	24/07/2008
8	管理費	9,180	拖欠物業管理費用	04/07/2008	03/10/2008
9	履行金錢債務	11,000	交通意外	24/07/2008	11/09/2008
10	管理費	33,557	拖欠物業管理費	29/07/2008	29/10/2008

表1是筆者調查的2008年7月份受理的輕微民事案件的一組數據，以此來觀察市民對這個法庭的認同感。其特徵是訴訟標的很低，有的只有幾千塊；訴訟成本比較低；審理的時間相對都比較短。

從澳門法院回歸後受理案件的總量和各自類型的數量變化，尤其是輕微民事案件的信息，與蘇保榮在20世紀80年代調查的數據比較，發現兩者相比出現很大反差：在回歸前的司法活動從1960年到1985年都是很少的，直到1989年民事訴訟案件總量才達到1,250件，其中從1985年到1989年出現的增多是由於回歸引起的請求法院證明身份的案件增多引起的；而回歸後的民事案件數量有了成倍的增長，訴訟的原因涉及到個人生活的方方面面。⁶⁴ 這個反差顯示訴訟方式正在被市民社會所接受，人們對於發生在生活中的極小的糾紛已經有了訴諸法律的意識。這當然與回歸後穩定的政治局勢和經濟的發展息息相關，更直接的原因是澳門推行本地化的效果，通過司法本地化直接表現為訴訟成本的降低和程序的簡化，以及人們對法律的可獲知程度的提高；這也證明了回歸後制度性文化與市民社會的觀念性文化的距離在縮小，司法機制的社會認同度在逐步升高。

(四) 法律解釋

羅馬日耳曼法體系的骨架不僅僅體現在所繼承來的成文法和法律的運作機制中，它更深刻的體現在法律工作者在司法活動中解釋法律的推理過程。在中級法院和終審法院公佈的案例和律師的訴訟文書中，法官在解釋法條和概念時常常會援引葡萄牙的權威學說和已有的判例。在這些文書中，法學家的學說和判例雖不是強制性的規範，但它們對法官的裁判的影響是非常強大的。⁶⁵ 以一個終審法院的判決書中法官的裁判書論證過程為例：法官針對行政方面的司法裁判的上訴作出的判決，爭議的焦點是中級法院是否以當事人上訴書的一個形式瑕疵就可駁回上訴。終審法院法官認為根據有利訴訟原則，法官有權利和義務要求當事人對上訴狀進行糾正或補充，而不能僅作純形式的裁判，為了解釋有利訴訟原則的含義，法官引用了1985年葡萄牙立法改革的內容和學者對改革內容的解釋，其中傳達的是關於遏制法官不做出實質性裁判而以純形式的裁判結束訴訟程序的傾向；並列舉權威學說來解釋有利訴訟原則；再列出終審法院曾經就相同問題出具的合議庭裁判。薩科指出民法典編纂前的羅馬法的特點主要表現在法學家的法與實在法的互動，前者具有特權的位置，然後才是理性法和法

典化運動。⁶⁶ 注重學說和法學家的作用是羅馬法形成時就有的傳統，羅馬法也正是通過這種方式在法學家的手中得以不斷的被解釋和重構，在適應社會的發展中保持住它的基本原則，這種傳統在法律推理中表現為法律解釋者對學說和法學家的尊崇。

(五) 社團組織

澳門現有社團逾6,000個，平均每百居民有一社團，其密度可能是世界之最較其他公民社會發達的國家如法國、美國都要高。⁶⁷ 這與澳門長期以來歷史中存在的官方治理機構與民間社會之間的鴻溝形成的非官方自治傳統有關。在可供居民選擇的非正規支配社會體系中，社團成為主要的替代性制度安排。澳門社團組織主要是建立在社會分工基礎上按利益區域劃分的具有代表性的組織體，即所謂“功能性代表團體”。⁶⁸ 在1980-1989年間，澳門華人社團隨着政府全力配合民間力量拓展福利事業獲得迅速發展。另外，社工司內部設立輔助機構部，具體地執行政府資助民間社團舉辦福利工作的有關事務。回歸後澳門居民的結社自由獲得更加充分的法律保障，社團不僅與行政部門合作提供公共物品，並參與社會管理和社會政治事務。⁶⁹ 例如，依照第6/1999號、第11/2001號等行政法規成立的經濟委員會，其職責是就澳門特區經濟發展方針發表意見，在其成員中包括了經濟利益團體的代表；依照第59/97/M號法令，第6/1999行政法規而設立運作的社會協調常設委員會，其職責是就澳門特區社會勞動政策發表意見，尤其是就有關工資、勞動制度、促進就業和社會保障方面，其組成包括政府、僱員和勞工三方代表；依照第52/86/M號法令、第6/1999號行政法規運作的社會工作委員會，其職責是就社會工作的整體性計劃與發表意見，其成員包括母親會主席、“街總”主席、“工聯”主席；依照11/91/M號法律、第15/92/M號法令、第6/1999號行政法規成立運作的教育委員會，其職責是對教育制度改革方面的教育政策問題提供意見、建議和解決方法，其成員包括近十四個教育社團的主席或代表。⁷⁰ 類似的諮詢機構還有旅遊發展委員會和交通諮詢委員會、體育委員會、青年事務委員會、文化諮詢委員會。通過這些功能性團體，特區政府在社會保障、公共衛生、文化教育各個領域都得到了社會各界的廣泛合作和參與，社團提供的諮詢意見也可提高公共政策的有效性，緩解了回歸時的制度性文化與市民社會的距離。

通過觀察澳門法律體系的這幾個方面，發現它具

有下面幾個特徵：

第一，混合特徵明顯。⁷¹ 比較法學家說混合的過去意味着混合的未來。⁷² 澳門法律體系在被植入的葡萄牙法律體系的歷史基礎上，經過本地化的過程，被再造成現行法律體系，其中融合了中國傳統風俗習慣、香港的商業習慣和國際慣例；在法律淵源上國際條約具有高於本地法律的效力，並賦予終審法院的統一司法見解以約束性效力；在法理解釋上尊崇學說和法學家的權威，並借鑒已有的判例；與官方制度性文化相對存在的還有規模龐大的非官方社團文化。

第二，羅馬日耳曼法系的傳統構成該混合法律體系的骨架。成文法的法律形式、立法主導司法為輔的法律體系運作機制、主要法典的內容和結構、法律解釋和法律匯編方法這些都是澳門法律體系從葡萄牙法律體系繼承而來的羅馬日耳曼法系的傳統。

第三，法律體系中的異質元素的混合正在從回歸前的無機轉變為有機，澳門社會的制度性文化與市民的觀念性文化在趨向協調。澳門初級法院從 2000 年到 2009 年間受理民事案件的數量變化和輕微民事案件的抽查信息都顯示出社會人群對訴訟觀念的轉變，其轉變證明了回歸前官方治理機構和市民社會的分離在經過立法、司法和公務員本地化後得到改善，原訴諸於非官方手段解決的糾紛在逐漸被導入官方司法渠道。

四、澳門混合法律體系的維持與發展

關於澳門法律體系的發展方向，學者們也有一些共識：“那種認為澳門回歸後法律應當推倒重來的想法，那種認為葡萄牙法律觀念均應捨棄的觀點，都是不切合實際的，不利於社會穩定，也不符合‘一國兩制’的精神。同樣，那種認為原有的葡萄牙法律觀念均不可觸動，甚至視其為澳門傳統一成不變的守舊觀點，也是與澳門社會的發展要求格格不入的”。⁷³ 學者提出要充分借鑒多樣化的適合於澳門本土的優秀法律文化⁷⁴；澳門特別行政區的法律制度必須以澳門社會為立法背景，代表澳門大多數民眾的民意，依據澳門中國人的文化傳統並保持羅馬日耳曼法系的傳統⁷⁵；並且在考慮澳門法律體系的發展時，還不能忽略澳門博彩業的法律文化元素。⁷⁶ 這些共識中傳達出的法律文化的多樣化與本文提出的多樣性混合法律體系的本質是相通的。筆者認為多樣性混合法律體系在澳門的維持發展有其可行性因素，但也存在着需要

解決的問題；澳門在享受它帶來的未來廣闊發展空間的同時，在當前也需要付出艱辛的努力。

(一) 文化的包容

文化的包容性一直都是中華文化所具有的品質。古代的法律本來是屬人主義的，中國疆域廣大，所包含的民族極多。強要推行同一的法律，勢必引起糾紛。所以自古即以“不求變俗”為治。⁷⁷ 正如陳寅恪先生所主張的中國是文化大於種族，他在《唐代政治史論述稿》中指出“漢人與胡人之分別，文化較血統尤為重要。凡漢化之人即目為漢人，胡化之人即目為胡人，其血統如何，在所不論。”他認為文化和族群的聯繫比血統和族群的聯繫更為深刻。華夏文明向來講求“和而不同”。⁷⁸ 綜觀歷史，這種海納百川，有容乃大的氣度使得華夏文明從一形成就能夠以開放的姿態吸收消化異質文明，最終以頑強的生命力形成了多元統一的文化體系。正是在這樣的包容性文化傳統的基礎上孕育出了中國“一國兩制”的法律文化，這也是澳門文化所具有的品質，是混合法律體系得以存在的土壤。

(二) 政治的保障

《澳門基本法》維持法律基本不變的承諾是澳門混合法律體系存在發展的政治保障。薩維尼提出觀察法律的生成和發展的方法是，首先法律是社會存在整體中的一部分，他將法律與民族的一般存在間的這種聯繫稱為“政治因素”；其次法律是掌握於法學家手中的獨立的知識分支，即為“技術因素”。⁷⁹ 《澳門基本法》第 5 條和第 8 條的規定確立了澳門法律體系隨着其政治制度和生活方式將在 50 年保持不變。這奠定了澳門法律體系作為中華法系下的特別法域的法律基礎。第 9 條規定了澳門行政機關、立法機關和司法機關的中文葡文雙語制，這為源於葡萄牙法律體系的羅馬日耳曼法系下的澳門混合法律體系的延續和發展提供了語言載體。維持法律基本不變的承諾，以及澳門特別行政區在立法、行政和司法方面享有的高度自治，都是為了維持和延續澳門特色而實施的政策保障。

(三) 經濟的需要

澳門的經濟發展的自身需要和對祖國大陸的窗口作用是澳門混合法律體系存在發展的經濟基礎。首先，澳門作為中國與拉丁語系國家經濟交流的橋樑自古有之，淵源深厚。香港主要是和英語世界國家交

流，而與拉丁語系國家的交流很弱。澳門在中國同歐洲、拉美、非等各大洲的貿易和文化聯繫中一直起着重要作用。世界上拉丁語系國家或通用拉丁語(葡、法、意、西、羅)的國家超過 80 個，主要分佈在南歐、拉美和非洲，佔世界國家總數 1/3，比通用英語的國家還多，而法、西、葡是僅次於英語的國際通用語言，在聯合國佔有重要地位。葡萄牙文、意大利文和西班牙文的差異近似於中國地方方言的差異。這些國家多數仍處於發展中階段，經濟發展潛力極大，例如巴西，其國土居世界第五，人口居世界第六。2003 年中國和葡語國家的貿易額剛過 100 億美元，2008 年已達 770 億美元，其中澳門所起的交易平作用不容忽視。其次澳門可以作為中國大西南經濟開發的紐帶，帶動整個大西南的對外經濟交流，既可緩解香港的城市壓力，也可為交通閉塞、經濟封閉的大西南提供一個對外開放門戶。⁸⁰ 澳門的作用正如溫家寶總理在中葡論壇第三屆部長級會議開幕式上的致辭中所闡述的：“充分發揮澳門的合作平作用。澳門擁有東西方文化交融的獨特優勢，擁有完善的基礎設施、完備的金融服務體系和自由開放的商業環境，擁有大量中葡雙語專業人才，正在成為中葡經貿合作的重要平台。中國政府全力支持澳門與葡語國家的經貿交流，鼓勵中國企業借助澳門平台與葡語國家企業開展多種形式的交流合作”。毫無疑問雙語制載體上的混合法律體系將為澳門發揮合作平作用提供最大的優勢。

(四) 法系的力量

羅馬日耳曼法系傳統中的法的精神是澳門混合法律體系發展的內在力量。這個體系從它的產生和在後世民法典國家中的傳播顯示出了巨大的包容性。時代發展，政治和經濟體制都發生了巨大變化，羅馬法通過法典編纂運動前的法學家法和實體法的平衡，在理性法的發展基礎上開始的法典化運動，又經過了法國的法典化、文本分析運動、體系化研究運動，最後在歷史法學派的基礎上發展出概念、原則和體系，最終在德國的民法典運動中得到全面展示。⁸¹ 歷經 20 多個世紀的發展，羅馬法依然或多或少存在於各個國家的法律體系之中，並傳輸着法的基本原則，它並沒有隨着羅馬帝國的衰落而衰弱，這個過程本身充分的證明了法律發展中的內在力量，正如薩維尼所說的法律完全是一種在其自身潛伏的默默無聲的力量，這種力量並非法律制定者的意志所能形成的，這種力量將會推動法律自身在政治經濟之外發展出某種具有持

續性的法律文化。這種力量表現為自羅馬法以來形成的法的一般原則，經過後世民法典的重構，與德國本土法結合形成了羅馬日耳曼法系傳統，與法國本土法結合形成了羅馬拉丁法系傳統，在這些重構中民法典具有的共同精神仍然存在；同時重構的成果，即《德國民法典》和《法國民法典》又再一次的成為了世界法典文化的主要輸出者。作為民法典後起之秀的《阿根廷民法典》，它的修訂者說“整部阿根廷民法典屬於羅馬法系的直系傳人。此外，西班牙和法國法律對它的貢獻在某種程度上也就是羅馬法的貢獻。”⁸² 《阿根廷民法典》影響了《烏拉圭民法典》、《巴拿馬尼亞民法典》、1950 年的《菲律賓民法典》、1898 年《日本民法典》、1904 年《尼加拉瓜民法典》以及後來的《西班牙民法典》還採用了《阿根廷民法典》的幾個條文，而巴拉圭共和國直到 1986 年適用的都是《阿根廷民法典》。⁸³ 一部在西班牙通過殖民傳播到南美的羅馬共同法《七章律》的基礎上形成的民法典最終成為了世界民法典文化的輸出者，並重構着羅馬法的精神，這個歷史現象本身證明了羅馬法系的內在力量，也給後移植國家的法律發展一種啟示。

五、面臨的困難與解決出路

由於幾百年來的澳門法律體系都是機械的混合，在短期內這種機械混合遺留的問題會持續存在。

(一) 亟待解決的司法效率問題

根據澳門律師公會主席華年達在 2010 司法年度開幕典禮上的報告，初級法院 2010 年新受理 11,588 宗案件，較上一年減少了 1,200 宗。然而，從上一年還遺留下 13,100 宗案件，因而去年初級法院總共有 24,700 宗案件需要解決，其中 15,153 宗案件已審結，結案率為 61.4%。雖然與前一年 48.5%的結案率相比，去年的結案率大大提升，但這也意味着中級法院的案件數量增加了約 20%，而其結案率卻跌至 50.2%(前一年的結案率為 60.3%)。其中一宗在 2003 年 8 月份作出的刑事檢舉，現在正進行審判；一宗在 2001 年 8 月作出的刑事舉報，審判聽證日期被定在 2011 年 5 月份；另一宗在 2004 年展開的程序，現在正在初級法院審判中。⁸⁴

這些數字反映出司法體系面臨的困難。該問題也被學者廣泛的關注討論，有學者因此對現行的法律體系產生質疑，提出現行的澳門法律體系的主要癥結出

在葡萄牙法律傳統和語言帶來的影響和負擔上。⁸⁵ 是不是可以如此單純武斷的看待這個問題？根據前文分析到的澳門法律體系的情況和法院受理案件的數據，若從結案率偏低否認澳門整個法律體系在回歸後所作出的巨大改善是有失偏頗的。結案率偏低現象出現的直接原因是法院的受案率在逐年的上升，而司法人員相對不足。民事案件受案率上升這個現象本身就是官方法律體系與社會民眾法律觀念逐漸協調融合的最有力證據。這點在前文已經證實。顯而易見的是如果澳門法律體系還像蘇保榮調查的 20 世紀 80 年代末時的情況，人們都不願意選擇訴訟的話，當然不會出現結案率偏低的問題。問題的癥結出在哪裏？正如華年達設問的：如何要求三十多名法官處理去年入案的 16,696 宗案件連同從再上一年遺留下來的數目相當的案件；同樣地，要求另外三十多名的檢察院法官在一年內處理超過 11,000 宗案件，而同一時間，需要他們參與不同的訴訟程序，尤其是在聽證及詢問中消耗所剩無幾的時間？⁸⁶

（二）澳門本地法律人才的斷層

薩科和考斯塔在研究法律移植問題時都強調法律制度的延續必須靠法律工作者，沒有在新模式中培訓專門的法律工作者，有效的移植是很困難的。⁸⁷ 造成澳門法律人才斷層的原因是歷史的，機械混合的法律體系形成的兩套並行的社會管理機制沒有為澳門本地法律人才的產生提供土壤。1996 年 9 月前澳門還沒有當地法官和檢察官，直到 1999 年由澳門法官培訓中心培養出了 10 名當地法官和 12 名當地檢察官。長期以來的澳門律師制度發展也十分緩慢，一直到 1981 年時全澳僅有律師 21 個，隨着 1991 年的《澳門司法組織綱要法》和《澳門律師通則》的頒佈，澳門開始有了本地區的律師制度。之後律師人數穩步提升，直至 1997 年已到百餘人。截止到 2010 年 10 月 20 日，澳門律師工會的註冊律師有 189 名，其中 59 名會說中文，這些律師開設了 60 所律師事務所，還收納了 125 名實習律師，當中 93 名以中文為母語，32 名以葡萄牙語為母語。⁸⁸

應該肯定的是澳門在回歸前後通過十幾年的法律本地化、公務員本地化和語言官方化措施，已經培養出了一批本地法律專業人才，他們當中的許多人如今已經分佈在澳門立法、司法、保安、行政和法律教育等部門的重要崗位上；澳門法律的法學研究也正在起步中，根據澳門大學法學院 2010 年 12 月底的對老師出版或者發表的有關澳門法律的書籍和文章的統

計結果，從 2000 年到 2010 年法學院老師共出版專著 43 部、參編章節 77 節、發表論文 191 篇、研討會提交論文 64 篇、報刊文章 86 篇、翻譯作品 29 部。澳門大學法學院培養的本地本科畢業生留校任教的人數是 10 名，任兼職教師的有 20 名，離職的有 28 名。解決本地法律人才斷層問題需要從兩方面着手，一方面是繼續加強本地法律人才的培養，這點學術界和政府已有深刻認識⁸⁹；另一方面為解決現實困難應該考慮聘請一定數量的外地司法官來解決目前澳門司法官數量不足的現狀，這點在澳門律師工會主席的報告中也被一再的呼籲。⁹⁰ 包容性是多樣性混合法律體系的品質，這也包括對法律人才來源的開放態度。

（三）法律文化的民族性

法律文化具有民族性，它是一種客觀存在的事實。各民族的法律文化都有其產生、生長、發展、變化的內在根據和歷史原因，抽象的對其進行優劣評判是主觀的，如果要對其進行價值判斷的話，只有把它們置入具體的社會形態和歷史環境中，去分析它是否有利於該民族的成長和發展，是否有利於推動社會的進步。⁹¹ 法律文化的民族性無論是在主動繼受還是被動移植的法律體系中都會使得被植入的法律體系混合程度增加。以日本為例。日本自 1868 年明治維新開始，將其法律予以徹底地西方化，在這個過程中立法界已經就法國法、德國法以及後來的英美法加以選擇和坦然的折衷。但是在進行審判和解決個人間衝突的實際程序中，具有兩千年歷史的儒家思想模式常常要勝過西方模式。⁹² 正如日本法文化學家千葉正士指出的：“日本人主要以非官方法律規則和非官方法律原理以及某些官方法律條款的形式，來保存他們的固有法律文化，同時，他們又移植了帶有普遍性特徵的現代西方法律文化，以便建立官方法律規則和官方法律原理的國家體系。如果每一方都過分相信自己的文化價值的話，沒有彼此的同化和衝突，固有的法律文化和移植的法律文化都不能共存。”⁹³

費孝通認為中國傳統社會是鄉土社會，並且中國正處在從鄉土社會蛻變的過程，在這個過程中，原有對訴訟的觀念還是很堅固的存留在廣大的民間，也因而使現代的司法不能徹底推行。⁹⁴ 市民社會與訴訟文化的隔閡是中國在繼受法典化傳統的基礎上進行現代法治建設的過程中存在的普遍現象。這種隔閡在澳門同樣存在，蘇保榮的調查結果驗證了這一點。⁹⁵ 多數學者對澳門出現這種現象的解釋，歸因於主要人羣對法律語言和法律體系的不通。但是這個判斷無法解

釋一種有代表性的現象：即使當事人訴諸法律解決問題，其訴訟程序雖與葡萄牙法律相同，但訴訟之通常目的並非旨在利益衝突的司法解決，而僅是該衝突當事人雙方同意的解決，然後再通過司法判決去裁定。這種現象被一位葡萄牙學者關注，他通過比較研究繼承法在澳門的適用情況，發現在眾多的涉及家庭繼承的案件中，當事人都會達成協議，中國傳統的風俗習慣雖然在成文法之外，但實踐中婚姻家庭法的適用情況只是使得已經登記的情況合法化，而不是真正規範當事人的行為。⁹⁶

制度性法律文化代表的是一個社會的立法者希望實現和達到的社會秩序狀態和理想目標，常常會由於該社會的經濟、政治條件和社會成員文化心理觀念上的不相協調而難以實現。⁹⁷ 因此在不斷進行法律本土化以完善制度性法律文化的同時，應該重視市民的法律文化心理和法律價值觀的培養和教育，使其觀念性法律文化和制度性法律文化相協調，實現中國傳統儒家文化與西方法典化文化的整合。要麼使一些固有法吸收到官方法中，要麼修正一些繼承法以便與固有法相適應，要麼就是在實際應用時將不能互相適應的固有法和移植法的各自管轄範圍分開，即從中將固有法作為與法律無關的東西從官方範圍內驅逐出去。⁹⁸ 特別值得提到的是在 1987 年澳門政府設立了一個在社會經濟問題上推行對話和協調的組織，即社會協調常設委員會，在這個諮詢機構中有政府、僱主和勞工三方的代表，旨在確保所有人都能參與社會、經濟方面重大問題的討論，從而找出協調解決各方利益的方法。這個組織的設立和澳門的社團傳統對於思考法律文化的民族性在混合法律體系中發揮作用的方式是一個有益的啟示。

(四) 法律的更新問題

有些法律不能及時的更新跟上社會的發展，這主要表現為已有法律規範的陳舊和對新的社會需要的法律規制空白；或者法律雖經修改但因受限於傳統而變得保守。以建築物分層所有權制度的修改過程為例。由於澳門地域狹小，人口密度很大，住房緊張，因而使得建築物分層所有權制度在法律修改的呼聲中尤為強烈。雖然《民法典》中已有分層所有權制度的規定，但是很不具有實踐操作性，關於業主大會的具體議事規則、管理規章的制定、大會的召集、分層所有人大會或者管理委員會的法律人格、法律責任等等問題都需要法律明確的規定，否則會引起紛爭並增加操作成本。雖然政府也注意到這個問題，但因受限

於《民法典》的系統性和完整性，在 2005 年通過的行政法規中僅增加了房屋局對私人物業管理活動的協助和輔助職能，未能從根本上解決分層所有權制度的問題。⁹⁹ 事實上如果考慮到來自地廣人稀的歐洲民法典傳統中的分層所有權制度可能一直不曾面臨過澳門這樣的問題，就毋需再受限於民法典的體系和傳統，而應更靈活的適應澳門社會現實。還有目前正在熱議的《刑事訴訟法典》中存在的浪費司法資源的程序問題¹⁰⁰，回歸後澳門和內地之間的經濟合作、司法合作、舊城區改造的重建工程方面以及在博彩業中由於賭權開放引起的新的交易關係的規制都急需進行法律的更新。¹⁰¹ 不局限於概念、傳統的區分，包容各個來自不同法域但適應社會現實的制度，以此來保持法律的更新和社會發展的同步，這正是混合法律體系的優勢。

(五) 雙語問題

語言是人類思想表達的工具。多樣性文化的維持依靠的是多樣化的語言。比較法學家考斯塔依據池巴和胡克(Hooker)對法律模式交流的比較分析肯定了法律對語言的依附關係。¹⁰² 因此語言問題自聯合聲明簽訂以來，就被社會各界廣泛關注，法律的本地化和公務員的本地化每一個過程都和語言息息相關。目前進行的本地化和語言官方化不能是製造一種雙語社會的假像，或者用一種新的官方語言代替舊的語言，而是要推動一系列措施，以便達到個人向政府行使權力時，並不取決於其引用法律時所使用之語言為何，即在法院可安全地引用葡中文本的法律，也包括以中文行使訴訟權利及知悉法院裁判的依據及意義。要使澳門的混合法律體系能夠繼續存在，單純的把成文法從葡文翻譯成中文是遠遠不夠的，還需要雙語立法、司法和執法；要使澳門大部分居民得以閱讀其生活的法律；在翻譯中注意建立一套澳門法律本身的中文法律詞匯；培養和引進更多的中拉雙語人才；鼓勵澳門葡裔居民學習中文，鼓勵澳門人從幼兒園就開始學習雙語。

目前的現狀仍然是佔社會絕大多數的華人群體不會講葡萄牙語，佔少數的土生葡人不會讀寫中文，這說明雙語制在澳門一直未能有效的實現。然而必須考慮的是如果雙語制不能在社會徹底的推行，僅僅在法律領域實施，法律體系在回歸之前是單一的葡萄牙語運作，經過一段時期後當所有法律都以中文設計和通過的時候，就會單一的以中文運作，而那個時候作為混合法律體系所維繫的雙語載體將會消失，澳門法

律體系所具有的混合性特質也會隨之衰弱，澳門本身的多元化包容的特質和與外界交流的優勢也將無所依存，澳門能稱其為澳門的特色又將如何？

雙語問題是澳門面臨的一個巨大困難，也是最容易被放棄的任務，因為其和每一個社會個體的利益都息息相關，要求人們客觀的看待雙語制本身就是一件十分困難的事情。在這個問題上加拿大的經驗值得借鑒，儘管在加拿大掌握法語的人數和掌握英語的人數也是比例十分懸殊，但是政府出於經濟文化交流 and 國家團結統一的主旨對雙語制極力支持和推廣，人們也意識到掌握雙語意味着將來更多的工作機會和報酬，這樣在政府的支持和民眾的願望作用下，加拿大的雙語教學經歷了三十多年的發展，取得了相當的成功¹⁰³，魁北克成為以雙語制運行的混合法律體系的典範。而根據前文對葡語世界國家的經濟力量和發展潛力的分析，有理由相信葡語給澳門人帶來的未來空間不會遜色於法語給魁北克人帶來的空間。也可以相信掌握雙語的澳門人在世界的競爭力以及澳門作為港

口城市的優勢都會得到增強。

因此我們不能因為語言的隔閡，法律人才的暫時缺乏或者為了實現司法活動的簡單化，就放棄努力而輕率的斷開歷史，應該深入的認識澳門的情況，使得制度性文化和社會的觀念性文化更緊密的結合，從法律的多樣性角度思考看待現實中可能發生的各種衝突，並以包容的態度對待和解決問題。接受在多樣化文化基礎上維持和繼續發展具有澳門特色的多樣性混合法律體系，當前會產生一些社會問題和增加社會成本，但這種模式帶給澳門的積極影響將是長遠的，它的混合性品質決定了它可以為澳門社會提供合適的法律制度和更廣濶的發展空間，為祖國大陸的法典化進程提供最為貼切的經驗，為羅馬日耳曼法系提供澳門式的法律文化典範。

[本文為筆者作為澳門大學博士後研究員的研究項目成果。]

註釋：

- ¹ Watson, A. (1974). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Charlottesville: University Press of Virginia. Watson, A. (1981). *The Making of the Civil Law*. Cambridge: Harvard University Press. Watson, A. (1988). *Failures of the Legal Imagination*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. Agostini, E. (1988). *Droit Compré*. Paris: Presses Universitaires de France. Rouland, N. (1988). *Anthropologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France. Sacco, R. (1994). *Introduzione al Diritto Comparato*. Torino: UTET.
- ² Chiba, M. (1986). *Asia Indigenous Law in Interaction with Received Law*. London: Routledge & Kegan Paul.
- ³ [葡]奧利維里拉·若查(J. A. Oliverira Rocha)：《論澳門法律制度之可行性》，載於《行政》，1991年第3/4期(總第13/14期)，第777-789頁。
- ⁴ [法]孟德斯鳩：《論法的精神》(上冊)，張雁深譯，北京：商務印書館，1959年，第370-379頁。
- ⁵ [德]薩維尼：《論立法與法學的當代使命》，許章潤譯，北京：中國法制出版社，2001年，第10頁。
- ⁶ Pound, R. (1938). *The Formative Era of American Law*. Boston: Little Brown and Company.
- ⁷ Watson, A. (1974). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Charlottesville: University Press of Virginia. Watson, A. (1983). Legal Change: Source of Law and Legal Cultural. *University of Pennsylvania Law Review*. 131ss.
- ⁸ Watson, A. (1988). *Failures of the Legal Imagination*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. XIV.
- ⁹ [法]勒內·達維德：《當代主要法律體系》，漆竹生譯，上海：上海譯文出版社，1984年，第24頁。
- ¹⁰ Reid, K. G. C. (2003). The Idea of Mixed Legal Systems. *Tulane Law Review*. Volume 78. 5-40.
- ¹¹ Reid, K. G. C. (2005). While One Hundred Remain: T. B. Smith and the Progress of Scots Law. In E. Reid and D. L. C. Miller (Eds.) *A Mixed Legal System in Transition*. Edinburgh: Edinburgh University Press. 1-29.
- ¹² Lawson, F. H. (Ed.) (1973). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Volume 6 Property and Trust. Tübingen: Mohr. 115.
- ¹³ Palmer, V. V. (2008). Two Rival Theories of Mixed Legal Systems. *Electronic Journal of Comparative Law*, Volume 12.1. 1-28.

- Chiba, M. (2002). *Legal Cultures in Human Society*. Tokyo: Shinzansha International. 182. Griffith, J. (1986). What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism*, Volume 24. 1-56.
- ¹⁴ Tetley, W. (2000). Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (Codified and Uncodified). *Louisiana Law Review*, Volume 60. 677-738. Özüoğlu, E., E. Attwooll and S. Coyle (1996). *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*. London: Kluwer Law International.
- ¹⁵ MacQueen, H. L. (2003). Looking Forward to a Mixed Future: A Response to Professor Yiannopoulos. *Tulane Law Review*. Volume 78. 411-418.
- ¹⁶ Lord Rodger of Earlsferry (2003). “Say Not the Struggle Naught Availeth”: The Costs and Benefits of Mixed Legal Systems. *Tulane Law Review*. Volume 78. 419-434.
- ¹⁷ 教皇亞歷山大六世在 1493 年簽署敕書，稱亞速爾群島至佛得角以西 100 海里得經綫為某點，劃分出貫通南、北極的分界綫，規定此綫向西、向南發現的所有島嶼和陸地歸西班牙國王所有，此綫以東所有找到的和將來找到的一切地方屬於葡萄牙。見科爾特桑(Jaime Cortesao):《葡萄牙的發現》第四卷第四章，第 974-975 頁，轉引自吳志良等：《澳門編年史》(第一卷)，廣州：廣東人民出版社，2009 年，第 4 頁。
- ¹⁸ 吳志良等：《澳門編年史》(第一卷)，廣州：廣東人民出版社，2009 年，第 113 頁。
- ¹⁹ 英國檔案局：CO129/210，1883 年 6 月 13 日“香港總督寶雲爵士訪問葡屬殖民地”第 26 號，轉引自傑弗里·C·岡恩：《澳門史》，北京：中央編譯出版社，2009 年，第 80-81 頁，轉引自吳志良等：《澳門編年史》(第四卷)，廣州：廣東人民出版社，2009 年，第 1924 頁。
- ²⁰ 德立·龍巴(Denys Lombard):《德·波瓦公爵在澳門：1867 年 2 月》，李長森譯，載於《文化雜誌》，第 23 期，1995 年。
- ²¹ 1999 年，葡萄牙設計師 Cristina Rocha Leiria 留下這個作品時說：“我想要觀音菩薩永遠保佑澳門人。”這座雕塑的奇特之處在於她眉心的朱砂取自觀音，而她微微歪着頭的表情和頭飾、衣擺，卻更像一個聖母，因而得名聖母觀音。
- ²² Jordao de Freitas (1988). *Macau: Materiais para a Sua Historia no Seculo XVI*. Macau: Instituto Cultural de Macau. 20.
- ²³ 吳志良等：《澳門編年史》(第二卷)，廣州：廣東人民出版社，2009 年，第 203-204 頁。
- ²⁴ 同上註，第 964 頁。
- ²⁵ 同上註，第 1009-1010 頁。
- ²⁶ 施白蒂：《澳門編年史：19 世紀》，姚京明譯，澳門：澳門基金會，1998 年，第 1906 頁。見《澳門政府憲報》1911 年 4 月 8 日第 14 號。
- ²⁷ 同上註，第 153 頁。
- ²⁸ 施白蒂：《澳門編年史：20 世紀》，姚京明譯，澳門：澳門基金會，1999 年，第 1 頁。
- ²⁹ 同上註，第 109 頁。
- ³⁰ 同上註，第 122 頁。
- ³¹ 米健：《澳門法律》，北京：中國友誼出版公司，1997 年，第 26 頁。
- ³² 同註 26，第 176-177 頁。[葡]葉士朋：《澳門法制史概論》，澳門：澳門基金會，1996 年，第 56 頁。吳志良等：《澳門編年史》(第四卷)，廣州：廣東人民出版社，2009 年，第 1802 頁。見《澳門政府憲報》1909 年 9 月 4 日 36 號。
- ³³ 見《華人習俗條例》，載於 1937 年《澳門商業特輯》，澳門大學圖書館藏。
- ³⁴ 見《澳門政府憲報》1911 年 3 月 25 日第 12 號。
- ³⁵ 見《華字日報》1911 年 4 月 3 日。
- ³⁶ 見《澳門中華總商會成立 75 週年紀念特刊(1913-1988)》，第 7 期。
- ³⁷ [葡]蘇保榮(Boaventura de Sousa Santos):《論司法與澳門社會：過渡時期的社會問題、行政當局與社會組織》，載於《行政》，1991 年第 3/4 期(總第 13/14 期)，第 705-725 頁。
- ³⁸ Esmein, A. (1950). *Cours Élémentaire d'Histoire du Droit Français*. Paris. 50-51.
- ³⁹ Palmer, V. V. (2008). Two Rival Theories of Mixed Legal Systems. *Electronic Journal of Comparative Law*, Volume 12.1. 1-28.
- ⁴⁰ Esmein, A. (1950). *Cours Élémentaire d'Histoire du Droit Français*. Paris. 50-51.
- ⁴¹ [葡]簡秉達(Eduardo Cabrita):《澳門之法律翻譯——給予法律一把聲音之雙語法律》，該文為作者在 1996 年 2 月 7 日在澳門舉行的“同化與差異——非西方背景下的西方法律”研討會上的發表的論文。

- 42 同註 37。
- 43 1976 年《澳門組織章程》規定澳門地區為一國內公法人，在不抵觸共和國憲法與本章程的原則，以及在尊重兩者所定的權利、自由與保障的情況下，享有行政、經濟、財政及立法自治權。
- 44 被稱之為“大法典”的包括《行政程序法典》、《刑法典》、《刑事訴訟法典》、《民法典》、《民事訴訟法典》，見 José Alberto Correia Carapinha：《澳門的政治及立法過渡》，載於《行政》，1997 年第 1 期(總第 35 期)，第 205-212 頁。
- 45 Chiba, M. (1993). Legal Pluralism in Sri Lankan Society toward A General Theory of Non-Western Law. *Journal of Legal Pluralism*, Volume 33. 197-212.
- 46 Palmer, V. V. (2001). *Mixed Jurisdiction Worldwide: The Third Legal Family*. Cambridge: Cambridge University Press.
- 47 葡萄牙的很多法律也都以法典命名。他們的傳統認為法典應該是統一規定一個法律領域，要概括着該法律領域的基本原則，並且是系統而科學的。關於葡萄牙法律中的法典術語的傳統，見 José de Oliveira Ascensão (1987). *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 293；註 31，第 10、24 頁。
- 48 關於澳門法律的詳細內容，可見已有的中文著作：《澳門法律概述》(多人合著)，北京：中國政法大學出版社，1993 年。註 31。劉高龍、趙國強主編：《澳門法律新論》，澳門：澳門基金會，2005 年。
- 49 見《葡萄牙民法典》，唐曉晴譯，北京：北京大學出版社，2009 年，序言。
- 50 [葡]烏布拉諾(Luis Miguel Urbano)：《理由簡述》，載於《民法典(葡文本)》，澳門：印務局，1999 年，第 XXIV 頁，
- 51 何志遠：《澳門〈民法典〉與葡萄牙〈民法典〉關於強迫性金錢處罰法律制度的比較》，載於《行政》，2007 年第 4 期(總第 78 期)，第 1061-1075 頁。
- 52 蔣恩慈：《澳門商法本地化和現代化的發展》，載於《法域縱橫》，第 6 期，1999 年，第 95-102 頁。
- 53 米也天：《澳門民商法》，北京：中國政法大學出版社，1995 年，第 245 頁及以下。
- 54 祈東耀、安達禮：《第三屆澳門法律體系本地化進程：私法及相關問題研討會》，載於《法律縱橫》，第 4 期，1998 年，第 309-317 頁。
- 55 何志遠：《淺析〈澳門民事訴訟法典〉的執行程序制度》，載於《行政》，2008 年第 2 期(總第 80 期)，第 307-322 頁。
- 56 見《民事訴訟法典》，第 583 條第 2 款 c) 項、第 652 條；《刑事訴訟法典》，第 419 條；《行政訴訟法典》第 161 條第 1 款。
- 57 見《民法典》，第 1 條。
- 58 《民法典》第 1 條第 3 款是無效力的：“第 1 條……三、適用於澳門之國際協約優於普通法律……”
- 59 見《刑事訴訟法典》，第 419 條。
- 60 見《民事訴訟法典》第 583 條第 2 款。
- 61 Carlos Ferreira de Almeida (1994). *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra: Almedina. 48-51.
- 62 見《澳門基本法》，第 19 條：“澳門特別行政區享有獨立的司法權和終審權。”
- 63 何超明：《澳門特別行政區司法制度的主要特徵及其運作》，載於《人民檢察》，2007 年第 2 期。
- 64 同註 37。
- 65 見《中級法院判例匯編》、《終審法院判例匯編》。根據筆者調查的澳門初級法院的圖書館，其收藏的書除了歷年的裁判文書之外，絕大部分都是葡萄牙文的學說著述。司法官和律師經常會在遇到問題的時候查閱。
- 66 Sacco, R. (1994). *Introduzione al Diritto Comparato*. Torino: UTET. 218-242.
- 67 婁勝華：《澳門法團組織的法律制度分析：歷史與現實》，載於《行政》，2006 年第 2 期(總第 72 期)，第 459-487 頁。
- 68 婁勝華：《澳門法團主義體制的構建》，載於《行政》，2004 年第 2 期(總第 64 期)，第 381-398 頁。
- 69 見《澳門基本法》，第 121、123、127、128 及 131 條。
- 70 同註 67。
- 71 這裏指的是廣義上的混合法律，見 Palmer, V. V. (2008). Two Rival Theories of Mixed Legal Systems. *Electronic Journal of Comparative Law*, Volume 12.1. 1-28.
- 72 MacQueen, H. L. (2003). Looking Forward to a Mixed Future: A Response to Professor Yiannopoulos. *Tulane Law Review*. Volume 78. 411-418.
- 73 劉高龍、趙國強主編：《澳門法律新論》，澳門：澳門基金會，2005 年，第 23 頁。
- 74 同上註。

- 75 米健：《“一國兩制”原則下澳門法律制度面臨的挑戰》，載於《行政》，1999年第4期(總第46期)，第1207-1212頁。
- 76 Tong Io Cheng (唐曉晴) and Wu Yanni (吳雅尼) (2010). *Legal Transplant and the On-going Formation of Macau Legal Culture*. Paper submitted to the XIII International Congress on Comparative Law Macau Regional Reports. Macau. 61.
- 77 出自《禮記·曲禮》，轉印自呂思勉：《呂著中國通史》，上海：華東師範大學出版社，2005年，第166-182頁。
- 78 陳寅恪：《唐代政治史論述稿》，上海：上海古籍出版社，1997年，第1-17頁。
- 79 同註5，第10頁。
- 80 汪海：《澳門：中國大西南的開放之門》，載於《行政》，1993年第4期(總第22期)，第1009-1017頁。
- 81 Sacco, R. (1994). *Introduzione al Diritto Comparato*. Torino: UTET. 218-242
- 82 [阿根廷]路易斯·F·P·雷瓦·費爾南德斯(Luis F. P. Leiva Fernandez)：《阿根廷共和國民法典：過去、現在與未來》，宋旭明譯，該文是其在廈門大學的講座發言稿。
- 83 同上註。
- 84 澳門律師公會主席華年達在2010司法年度開幕典禮上的講話。
- 85 謝耿亮：《法律移植、法律文化與法律發展》，載於《比較法學研究》，2009年第5期。
- 86 同註84。
- 87 Sacco, R. (1990). *La Circulation des Modèles Juridiques*. Presented in Comunicação Apresentada No XIII Congresso Internacional de Direito Comparado. Montréal, Canada. Cost Alberto (1989). *Contributo para Definição de uma Política do Direito para Macau a' Luz de Outra Experiências de Raizeuropeia na Região*. 11-22.
- 88 同註84。
- 89 唐曉晴：《法學、法學教育與澳門法律人的養成》，發表於2010年兩岸四地法律發展學術研討會，台北：台灣中央研究院，2010年6月10-14日。
- 90 同註84。
- 91 劉作翔：《法律文化理論》，北京：商務印書館，1999年，第168-169頁。
- 92 埃爾曼：《比較法律文化》，賀衛方、高鴻鈞譯，北京：清華大學出版社，2002年，第39頁。
- 93 [日]千葉正士：《法律多元——從日本法律文化邁向一般理論》，強世功等譯，北京：中國政法大學出版社，1997年，第213頁。
- 94 費孝通：《鄉土中國》，北京：三聯書店，1985年，第36頁。
- 95 同註37。
- 96 José Maria Moreira da Silva：《繼承法在澳門適用之困惑》，載於《行政》，1994年第1期(總第23期)，第163-171頁。
- 97 同註91，第273頁。
- 98 同上註，第265-295頁；註94，第30-36頁。
- 99 簡萬寧：《澳門現行物業管理法律制度的檢討與修改建議》，載於法律改革諮詢委員會網站：http://www.grj.ccrj.gov.mo/cn/research_content.asp?id=3，2010年12月25日。
- 100 趙琳琳：《論澳門刑事訴訟法修改的難度及對策》，載於《行政》，2010年第1期(總第87期)，第19-30頁。
- 101 趙國強：《走理性、務實的法律改革之路》，載於澳門基本法推廣協會網站：http://www.basiclaw.org.mo/content.php?artical_id=650，2010年12月25日。Tong Io Cheng (唐曉晴) and Wu Yanni (吳雅尼) (2010). *Legal Transplant and the On-going Formation of Macau Legal Culture*. Paper submitted to the XIII International Congress on Comparative Law Macau Regional Reports. Macau. 61. 李昌道：《評議澳門依法改革博彩業》，載於《東方法學》，2010年第1期。
- 102 Cost Alberto (1989). *Contributo para Definição de uma Política do Direito para Macau a' Luz de Outra Experiências de Raizeuropeia na Região*. 11-22.
- 103 陳喜榮：《試析加拿大的雙語教學》，載於中國加拿大研究網：<http://www.canadastudies.com.cn/cs/64101.html>，2010年12月25日。