

法律本地化

澳門法律本地化的新思考

孫同鵬*

一、澳門法律本地化的成就與問題

自澳門進入過渡期以來，法律本地化與中文官語化、公務員本地化作為事關澳門社會平穩過渡和政權順利交接的三大問題，受到中葡政府和澳門社會的廣泛關注。中葡聯合聯絡小組首任組長康冀民大使曾在聯合聯絡小組會議上，將法律本地化解釋為：“對澳門現行法律進行清理、分類、修訂、翻譯（中譯）和過戶。”¹這一解釋概括了法律本地化的基本內涵和一般要求。澳門政府和社會各界也圍繞法律本地化目標，在立法制度本地化、法律條文本地化、司法官員本地化以及法律在民間的普及等方面取得不同程度的進展。

特別值得一提的是，澳門政府先後成立了法律翻譯辦公室和立法事務辦公室，集中了中葡法律和語言方面的專家，對法律進行清理、分類、修訂、翻譯和宣傳推介。目前，已有一些重要法律，如《刑法典》、《刑事訴訟法典》等經由本地立法機關通過立法程序完成過戶。

在肯定上述成就的同時，也必須充分認識到，澳門回歸在即，而現行法律的清理、分類、修訂和翻譯尚未完成，特別是一些重要的法律如《民法典》、《民事訴訟法典》至今尚未過戶，這無疑增加了法律本地化的緊迫性，從而使過渡後期的任務更加繁重。

但是，如果基於澳門法制建設的長遠目標來考慮，法律本地化就不僅僅是過渡時期的任務，其困難也不僅僅是現有法律複雜、法律及雙語人才缺乏。因為在某種意義上說，過渡時期的法律本地化是在為未來的澳門特別行政區“立法”。根據《澳門特別行政區基本法》，這些“本地化”了的法律，除同《基本法》相抵觸或經澳門特別行政區的立法機關或其他有關機關依照法定程序作出修改者外，予以保留。正是這些法律將構成未來特別行政區法律的基礎。而問題在於，這些“本地化”了的以西方文化背景下的葡國法制為模式的法律，能在多大程度上被以東方背景華人為主體的澳門社會所認同和接受，從而真正扎根於澳門社會而不是停留在紙面上。

倘若承認在澳門法制發展過程中，法律曾長期與民眾隔閡，就不能忽視法律在本地化過程中與廣大民眾的再融合問題。法律規則可以通過翻譯過戶而制

* 澳門立法會法律專家

1 黃漢強、吳志良主編：《澳門總覽》，澳門基金會出版，1996年，第528頁。

定出來，但“對普通公民來說，法律並不是法律規則的滙集，它還常常是他生活的一部分。”² 這些規則如果不能被人們理解和接受，將會被漠視甚至規避，其生命力就會減弱，法制的尊嚴也會受到損害。而這樣的結果則不是人們通常所期望的。

因而，如果可以把立法制度本地化、司法官員本地化、法律語文本地化等制度性安排比作法制建設的“硬件”的話，那麼民眾對法律本身的普遍理解、認可、接受並自覺遵行無疑是法律制度有效運作的“軟件”。離開“軟件”的配合，“硬件”就難以發揮作用。本文正是從法律社會學的角度對法律本地化中的“軟件”建設加以探討，以期對澳門法律本地化工作有所啟示。

二、澳門法制的簡單回顧

歷史學家湯恩比說過“並不是每個歷史都值得學習，歷史只是一面鏡子，我們藉以鑒往知來。”澳門過渡時期面對的是二十一世紀，但是恰當地認識歷史與現實有助於更好地把握未來。

眾所周知，自十九世紀中葉以來，葡萄牙人在澳門逐步推行了一系列殖民統治政策，葡國法律得以直接延伸到澳門適用。儘管為了方便管理，澳門政府也曾對直接適用於澳門的葡國法律加以調適，並根據澳門的實際情況相應地制定了一些法律。但從總體來看，澳門法律無論在法典化、法律淵源、法律體系、法律結構、法律操作以至法律教育方面都與葡國法制亦步亦趨，因而具有明顯的大陸法系傳統，屬於大陸法系。這又在很大程度上決定了澳門社會制度模式。

不應忽視的是，長期以來葡文是澳門唯一的官方語言，中文在法律上無地位。無論是延伸適用還是澳門本地制定的法律都是用葡文寫成。而操葡語的葡萄牙人和土生葡人又佔澳門總人口的極小部分，這就意味着行政架構中絕大多數公務員職位是對葡萄牙人和土生葡人開放的，司法官員職位更是如此，而佔95%以上的以中文為母語的華人不僅難以同管治機構溝通，而且也難以認識了解澳門法律，有的甚至根本不知道自己置身於其中的社會有什麼樣的法律。更為重要的是，以葡國法制為模式的澳門法律在很大程度上稟承了西方文化特別是法律文化傳統，尤其是那些直接延伸適用於澳門的，基於葡萄牙社會及歷史文化而制定的法律，更無法考慮到澳門華人社會獨特的歷史文化和價值觀念，因而無法得到廣泛認同。

可見，在葡萄牙人實際管治澳門的一百多年來，佔人口絕大多數的華人不僅基本上生活於行政架構建制之外，而且由於澳葡政府未能積極設法讓澳門社會共同體的大多數居民了解並主動利用其從葡國移植過來的法律，他們對澳門的法律始終是陌生的，正因如此，有的學者指出，“葡式法律在澳門社會的存在只不過是一種政治力量所維持的規範形式，更多的是結構和體系上的存在。”³ 此說未必完全恰切，却在某種程度上說明了法律與民眾的脫節與隔閡。

誠然，不可能期望社會中的每個人都熟知法律，更不可能期望人人都成為法律專家，畢竟現代社會分工必然地要求法律活動（包括司法活動、法律教育和法律服

2. 米健等譯：《比較法律傳統》，中國政法大學出版社，1993年版，第7頁。

3. 米健等：《澳門法律》，中國友誼出版公司，1996年版，第5頁。

務等) 專門化, 況且在現代社會生活中每個人的精力和知識都是有限的。但是, 佔社會絕大多數的人不了解甚至無緣認識自身所處社會的法律, 畢竟不能說是正常的, 對葡人和土生葡人來講, 對法律知識、職業和語言的壟斷或可解釋為是處於權力和地位壟斷的動機。那麼華人社會生活在什麼樣的秩序和規範當中呢? 對這一問題的把握是理解整個澳門社會秩序的關鍵, 更進一步說, 只有正確地解決了這一問題, 澳門法律本地化工作才能為在澳門建立持久穩定的法治秩序奠定基礎。筆者認為這把鎖匙只能從對生效於澳門社會中的規範的分析中去尋找。

三、澳門社會秩序和行為規範的分析

在回顧澳門法制時, 筆者只是從葡國主權機關和澳門政府制定的正式法律規範着眼, 是它們構成澳門法律秩序的基礎。但正如上所述, 這些正式的法律, 由於語言、社會、歷史文化背景等方面的原因, 沒有得到以華人為主體的澳門社會的廣泛認同, 因而在很大程度上只是“形式或理論上的存在”, 其效力範圍實際上也是有限的。既然如此, 廣大華人居民難道生活在秩序和規範的真空狀態嗎? 答案顯然是否定的。

如果我們不是把法律或法典視為唯一有效的社會行為規範的話, 那麼就應當認識到只要有人類生活的地方就會存在利益的界定問題, 就不可避免地發生各種衝突和糾紛, 當然也就需要解決這些糾紛和衝突的規範和機制。既然政府沒能有效地提供“正式法律規範”的服務, 人們當然會求諸於傳統、倫理、風俗習慣、社會輿論等“非正式規範”所構成的“類法律秩序”。考察人類社會發展過程, 非正式規範無時無處不存在。就澳門特殊社會形態而言, 這種非正式規範的作用是非常大的。否則, 我們就無法理解一百多年來澳門華人基本被排除在行政建制之外又不通曉本地法律情況下穩定的社會秩序。

奧地利法學家埃利希(Eugen Ehrlich, 1862-1922) 在法律研究中曾提出“活法”(living law) 的概念, 指出“活法”是不同於國家制定法或由法院強制執行的法律, 而是一種人類聯合的內在秩序本身。他認為, 一個人生活在無數的法律關係中, 除了少數例外, 他很願意履行這些關係所加予他的義務, 如不干涉鄰居的財產佔有, 清償債務等。他認為人們履行這些義務一般來說並非基於法院強制的考慮, 而是由不同的動機決定的, 如他可能會想到如不履行義務就會與人爭吵、失去地位, 就會違反習慣, 得到不負責任的人的名聲。他還指出, 在社會生活領域, 很少發生爭端, 而且即使發生爭端也往往不是經過判決的制度性手段來解決的。⁴

儘管由於埃利希的學說沒有講清國家法和“活法”的關係, 並且設想“活法”可以離開國家獨立發展, 可以不顧國家立法和司法活動, 而受到指責。但他提出的“活法”概念, 作為一種“尚處於與其他各種形式的社會規範未分離的狀態”(川島武宜語), 的確在某種程度上形象地表達了國家制定法以外的社會行為規範的作用, 這些“活法”儘管未被制定成為法律條文, 但却在很大程度上支配着生活

4. 沈宗靈:《現代西方法理學》,北京大學出版社,1992年版,第274頁。

本身。如果簡單地考察澳門人口和社會文化的構成，也許不難看出“活法”在整合社會、形成秩序中所發揮的功能。

澳門雖然只是一個數十萬人的小城，然而其文化社會多元化的特徵却很明顯。在人口構成中，外籍居民（主要為葡人）只佔少數，他們當然遵奉西方傳統，保留原有習俗。95%以上居民為華人，廣東省籍居多，其中又有新舊居民之分。在華人中存在不同的風俗習慣，有的崇拜關帝、娘媽，有的信奉天主教、基督教、佛教、回教等，此外人們又往往歸屬於不同的利益團體，如雇主、勞工利益團體、慈善團體、文化、教育、聯誼等團體。

顯然，如果承認自葡人居澳，特別是葡人直接管治澳門一百多年來，中葡居民能和平共處、相安無事，共同維持了澳門比較穩定社會秩序的事實，就無法忽視上述“活法”的作用。事實也證明，一個靠習俗、傳統等人與人之間非正式規範制約的社會並不一定就是混亂無序的，因為那些不成文的、心照不宣、約定俗成的東西一樣可以使人們的社會行為呈現出某種規則性，人們一樣可以按照大家都同意的方式相互交往。澳門的社會現實有力地證明了這一點。

當然，筆者在此強調非正式規則在形成澳門秩序特別是規範華人行為中的作用，並不意味着完全否認法律這種正式規範的重要性。畢竟澳門社會是一種“法定秩序”下的存在。一方面，除了從葡國延伸至澳門適用的法律，澳門政府也根據澳門實際情況制定了一些行之有效的法律，另一方面民間發生了重大的利益糾紛和衝突也往往只能通過正式法律途徑解決。很難設想，沒有這些正式規範存在，澳門秩序會怎樣。

從法律社會學觀點來看，非正式規範雖在方便交往，穩定社會等方面有其自身的重要價值，但其過於靈活的不確定性又難以實現現代經濟社會交往中各方的穩定預期，有的時候，“君子協定”不如一紙合同那樣明確可靠——如果發生重大糾紛的話。而正式的法律規範在這一方面無疑具有明顯的優越性，它體現了現代經濟、社會的發展對法治的必然要求。從這種意義上講，合理審慎地對待社會生活中的非正式規範，特別是那些體現華人傳統文化和習俗的東西，使之與葡式法律規範相協調融合，必是一項長期、艱巨的任務，而這也恰恰是法律本地化的應有之義。

四、澳門法律本地化的新要求

十九世紀德國歷史法學派代表薩維尼認為，法律就像語言、風俗、政治一樣，具有民族特性，是民族精神的體現，法律主要體現為習慣法，它是最有生命力的，其地位遠遠超過立法。迄今為止，鮮有人再持這樣極端的主張。但如果承認他的話有些許道理的話，那麼就應該記住“法律是一種文化的表現形式，如果不經過某種本土化的過程，它便不可能輕易地從一種文化移植到另一種文化”。⁵而澳門的法律本地化恰恰包含着相當的法律移植的成份，這就使本地化工作的難度大大增加。

5. 米健等譯：《比較法律傳統》，中國政法大學出版社，1993年版，第7頁。

筆者注意到，澳門法律本地化的工作從不同層面展開並取得不同程度進展。但是這種進展在很大程度上還是限於一種法律的簡單對接，從法律的實施及效果，特別是從法律社會學角度對法律移植問題進行深層分析研究還遠遠不夠。

誠然，由於歷史原因，澳門法律本地化存在許多困難，如人才缺乏、法規繁多混亂、時間短促等。在這種情況下，要求在除對現行法律進行清理、分類、翻譯和過戶之外還過多地考慮深層次的文化、社會、傳統等因素，要求似乎過於苛刻，況且，所謂文化、社會和傳統等因素又往往很抽象！但也正因如此才愈顯其不可忽略，因為在許多情況下，非正式規範的傳統、習俗往往比正式的法律規範更加根深蒂固、更難更改，它們往往是數千年歷史的沉澱，已經潛移默化在人們的一言一行和思維方式之中。如果不充分考慮這些因素，法律就可能被視為外來物而受到頑強抵制。從這層意義來講，中文地位官方化和公務員本地化或許相對容易。極端一點說，公務員的更迭，可以在一朝一夕完成，公務員本地化必然相應帶動中文官語化，而作為一種制度建設的法律本地化則很難一蹴而就。制定和通過法律固然不易，而欲使之真正在人們觀念中確立則更為困難，因為沒有任何社會是如此可塑，以至可以忽略對一種制度有效運行起決定作用的那些“非正式規範” “任何法律和政令的貫徹，如果沒有習慣的支持，就需要使用更多的國家強制力，而且即使如此，也未必能貫徹下去。”⁶

儘管由於政體形式和法律語言等原因，華人社會長期以來對法律漠不關心，但隨着澳門社會和經濟急速發展，市民對法律的需求不斷增加。特別是在過渡時期，居民會更加關注政治、社會和法律變遷的資訊。在這種情況下，無論立法者還是法律研究人員都擔負着一種歷史責任去做扎實細緻的工作。過渡期是短暫的，但法律本地化的過程則是漫長的，也許需要幾代人才能完成。困難眾多、道路漫長，但也正因此我們的工作才有意義，我們可以藉此為澳門的法治秩序奠定良好的基礎。否則，就可能出現一種形式完備、結構嚴謹，但脫離現實、缺乏實效的“紙上法律”。

五、澳門法律本地化的前景

自現在至1999年澳門主權回歸僅剩一年多的時間，過渡期總會結束，法律本地化工作無疑也會繼續取得進展。但正如上所述，我們還應更多地着眼於澳門回歸後，經過“本地化”了的法律的實際運作。

儘管筆者在上文分析闡明了澳門法律本地化工作的複雜性、艱巨性和長期性，但對其前景却充滿信心。這不僅僅是因為《中葡聯合聲明》和《澳門特別行政區基本法》對原有法律基本不變所作的制度上的保證，也因為法律移植和借鑒並非無先例可循，更重要的是在澳門這個東西方經濟文化交流融合的中心，中葡人民和平共處四百多年的歷史為現行法制的保留和發展奠定了比較穩定的社會、文化和心理基礎。

6. 蘇力：《法治及其本土資源》，中國政法大學出版社，1996版，第35頁。

從全中國範圍來看，清末民初開始的法律改革的趨向就是參照西方法制尤其是大陸法系模式建立現代法制，其後雖經曲折，中國法律發展的方向或模式始終沒有改變。今日，大陸法系作為當代中國法制的一個重要因素是一個不爭的事實，而大陸法系在我國台灣的影響則更為直接和明顯。這些事實未必得出澳門法律本地化成功與否的結論，但它們至少可以表明人類社會生活的共性所決定的那部分普遍行為方式和觀念決定了在特定的歷史條件下，一個民族的法律文化對另一個民族的法律文化發生影響和滲透直至被部分繼受或移植是完全可能的。澳門社會是以華人為主體，其文化具有中國屬性，但由於有了四百多年中葡共處的歷史基礎，又恰逢特殊的歷史機遇，尤其是現行澳門法制並非一種全新切入，所以有理由斷言，在法律本地化的過程中，遇到的阻力會較突然切入一種新法律小得多，所需的磨合期也會相應縮短。只要經過努力，去尋找葡式澳門法制與中國傳統文化的契合點，澳門法律本地化以至澳門法制的前景就會是光明的。