

## 婚姻邊緣上的財 — 以澳門婚姻財制背景

梁靜姮

To cite this article : 梁靜姮 (2020) 婚姻邊緣上的財 — 以澳門婚姻財制背景, 원광법학, 36:3, 331-344

① earticle에서 제공하는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 학술교육원은 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다.

② earticle에서 제공하는 콘텐츠를 무단 복제, 전송, 배포, 기타 저작권법에 위반되는 방법으로 이용할 경우, 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

[www.earticle.net](http://www.earticle.net)

# 婚姻邊緣上的財產

## —以澳門婚姻財產制為背景

### 혼인 변연상의 재산

#### -마카오 혼인 재산제도를 배경으로

## Property when the divorce looms large against the backdrop of Macao's matrimonial property system

梁靜姮(Leong Cheng Hang)\*

### 目次

一、引言	
二、同舟共濟之挑戰	四、雨過天晴的守護
三、漸行漸遠之牽扯	五、小結

### ■ 摘要 ■

本文探討的是婚姻邊緣上的財產制度，也就是在不得不選擇離婚時，婚姻財產制度如何將傷害減低。首先從現實出發，分析為何婚姻財產制度的設置有這個需求，然後討論法律的應對，在自治的基礎上進行強制性規範，即在尊重私權利的同時，尋求配偶雙方及家庭利益的平衡。以澳門婚姻財產制為背景，探討在離婚的情況下，婚姻財產的“止痛”功能。

● 關鍵詞：婚姻財產制，離婚，婚姻法，民法

\* 澳門大學 法學院 民法學博士 高級導師, [hugo.miguel.luz@gmail.com](mailto:hugo.miguel.luz@gmail.com)

## 一、引言

民法是特定的歷史文化傳統而逐漸形成的價值理性與形式理性的統一。婚姻家庭法更是一個地區家庭倫理道德取向的集中反映，受自身立法傳統、風俗習慣以及其他思想、文化因素的影響，在婚姻財產立法內容和形式上必定表現出差異。澳門現行民法典是以1966年《葡萄牙民法典》為藍本進行本土化修改而成的，因此具有澳門的本土特色，在婚姻財產方面，意思自治的發展就是其重要體現。

在婚姻法的發展中，越過的第一座高山是兩性平等。

《拿破崙法典》雖然將婚姻視為契約，實現了婚姻的世俗化，但男女在形式上都未能實現平等。一個世紀後的《德國民法典》確立了分別財產制度並在形式上規定了夫妻之間具有平等的地位，彌補了《拿破崙法典》的不足，但實際上並未做到實質的平等。及至晚近，世界人權運動的蓬勃發展和婦女的覺醒極大地推動了夫妻財產制度從形式平等到實質平等的過渡。立法者嘗試以人文關懷的角度設計體現對夫妻財產的平衡，進一步實現夫妻之間的實質平等。

在這種理念下，中國大陸於2001年在新修訂婚姻法時，增加了離婚過錯方須承擔損害賠償責任，並且在2011年對婚姻法作出的第三次修改，是對婚姻中購房一方的保護，也是對婚姻財產關係兩性實質平等方向的邁進，不再將性別作為能力強弱的區分。平等也在2020年中國大陸的新《民法典》得到進一步傳承和完善。在《澳門民法典》中，兩性平等不僅用法條直接規範，並且在夫妻財產管理、親權等事宜上，都具體規範了兩性平等，沒有任何一個性別有特權。

婚姻法在近年，正在跨過另一座高山——保護婚姻自由的同時，減少離婚的後顧之憂，即當離婚不可避免時，在維護家庭利益的基礎上，讓離婚對當事人以及家庭的傷害達到最小。當感情走到了盡頭，需要解決的就是財產與親權。本文嘗試在該基調上探討婚姻財產制在離婚時的止痛作用。

## 二、同舟共濟之挑戰

婚姻作為一人造的概念，我們既可以跟著現行的婚姻制度繼續走下去，也可以根據現在社會人類的需求，對這個規定進行完善、創新，又或者是取代，甚至消滅它。人們認為幾乎無可質疑的一夫一妻制婚姻制度，在澳門僅僅實行了72年（1948年至2020年）。<sup>1)</sup>

1) 《華人風俗習慣法典》，第十條：“第十條丈夫在婚內和離婚後均可納妾。”，該法典在1909年6月17日葡萄牙海軍暨海外事務部為澳門頒佈。該法典以兩廣（廣東、廣西）地區傳統法律規範為依據，對澳

雖然這個制度看似大勢所趨，看似世界大一統，看似敲響了所有人心中的共鳴……但這個“和諧”的表象掩蓋下 “一夫一妻制”卻一直面臨著挑戰，並且這樣的挑戰還圍繞在許多人身邊。

人生在世，幾乎可說我們每一次選擇都不是偶然的，而是取決於我們的思維定式。絕大部份健康正常的人，都只能做出我們思想範圍以內的選擇，不會有超越思想範圍以外的行為。思想主導著我們的行動，從某種意義上說，每個人的思想以及思維方式決定每個人的過去、現狀乃至未來；而一群人的領先意識也有力地影響著社會的過去、現狀和未來。

但是否每個人都能堅守要麼單身，要麼就一夫一妻一生一世呢？

澳門2019年有3,724宗結婚登記，離婚登記共有1,435宗。<sup>2)</sup> 中國大陸2018年全國結婚登記數為1010.8萬對，離婚登記數為380.1萬對。<sup>3)</sup> 這個結婚和離婚的比例告訴我們，很難！在我們的多元社會，擁有多種世界觀和價值體系的人們試圖共同生活是和諧假像，我們必須承認很多我們視為是不道德的事情。<sup>4)</sup> 現在大部分社會狠狠地譴責“包二奶”、“第三者”、通姦、嫖妓等現象，卻是當下社會的一些不曾根除的元素。能用法律解決嗎？治亂世，用重典？不，就算在“太平盛世”的今天，這些情事一樣每時每刻都會發生。現在一生一世的一夫一妻制婚姻往往被一系列連續的一夫一妻制取代。“連續的一夫一妻制”是當代生活中一部份人一種歷史悠久的生活模式：在我們的文化中許多受歡迎的領導人都經歷了不止一次婚姻和離婚，和多變的前任的配偶共同分擔作為父母的責任。<sup>5)</sup> 而在娛樂圈中許多明星多姿多彩的私生活，本身就已經被我們看作娛樂了。

中國傳統說：“寧拆十座橋，不拆一樁婚。”在種種觀念的影響下，所有人寧願一直相信婚姻的價值。如果是沒有責任的婚姻，沒有希望的婚姻，充滿了暴力的婚姻，能讓人過得更好嗎？能有幸福可言嗎？相信只有“如人飲水冷暖自知”。

結婚幸福只是對於那類適宜結婚和有美好婚姻生活的人來說的。很多離了婚的人日子依然能過得很好，即使是一些寡居的遺孀也不一定過得不如以前，有些女人擺脫了難纏的丈夫能保持體態輪泰——大部分人依靠朋友和其他可依賴的社會關係也可以活得非常好。

法律不僅要保障結婚和離婚的自由，還要減少離婚所帶來的不安，好讓每個人都有條件真正選擇自己的人生，減少因財產的捆綁而附帶的被動的人身關係。

門華人的婚姻、繼承和收養等問題作出較為詳盡的規定。該法典規定，華人依照中國宗教或傳統儀式締結的婚姻與葡萄牙法律所承認的天主教婚姻和民事婚姻具有完全同等的效力；丈夫可以納妾。該法典於1948年7月24日被葡國政府第36987號法令廢止。

2) 數據來源於 澳門統計暨普查局，2020年3月6日公佈資料。

3) 數據來源於 鳳凰網資訊 <https://news.ifeng.com/c/7mWr10D02Ua>，查於2020年6月14日。

4) Richard Mouw, “Polygamists Should Be Tolerated”, in *Polygamy*, Greenhaven Press, 2009, p12.

5) Richard Mouw, “Polygamists Should Be Tolerated”, in *Polygamy*, Greenhaven Press, 2009, p13.

### 三、漸行漸遠之牽扯

#### (一) 法律謙抑介入

##### 1、對私權利的尊重

在婚姻存續期內，夫妻財產制度不會過多地介入家庭生活當中，在這個階段，婚姻財產制度以自治為主。受到《歐洲人權公約》第八條保護，以確保私人和家庭生活得到尊重，此處充分體現婚姻財產制度在婚姻存續期間的自治。

自治與強制在私法的發展史中一直存在博弈，夫妻財產制的發展史，就是自治與強制的博弈史。捍衛民法典一直是以捍衛個人自由之名義進行的。<sup>6)</sup>《澳門民法典》中的夫妻財產制度，處處體現了意思自治的精神。通過各種條文規範和貫徹意思自治的原則。

首先，這種自治體現了《澳門民法典》在夫妻財產領域對於私權利的尊重以及維護；

第二，《澳門民法典》中所體現的夫妻財產制內的自治是一種受限制的自治。

婚姻財產制領域的自治是節制的，例如在《澳門民法典》的四種婚姻財產制度中，包括：取得財產分享制、取得共同財產制，一般共同財產制和分別財產制，即使是自由度最大的分別財產制，夫妻雙方依然受到夫妻雙方負責債務、夫妻財產管理、家庭居所等制度的牽絆；婚姻財產制領域的強制是謙抑的，在沒有大矛盾的夫妻關係存續期間，法律不會主動介入，但當自治可能影響到公序良俗或者讓財產制度顯失公平時，強制就出現來限制這樣的自治；當強限制了夫妻雙方的自由或者不能跟上社會經濟發展的步伐時，自治就會作為補充，而當自治出現問題時，強制又會出現，導出最終的解決方案。

基於夫妻財產關係的特殊性，主要在於其建立在身份的基礎之上，涉及身份法的範疇，但從規範財產關係的角度而言，其又脫離不了財產法的調整。

謙抑從字面上可以理解為謙讓、自我抑制之意。自從日本刑法學者最先提出“刑法謙抑性”這一概念以來，刑法謙抑精神或刑法謙抑主義得到了越來越多的刑法學者的支持，並已成為一種基本的刑法理念和刑法原則，指導著當代各國的刑法改革運動的方向。後來憲法學、行政法學等公法部門也逐漸接受“謙抑性”這一概念，謙抑性原則逐漸演進為一項公法原則。而婚內的夫妻財產關係雖立足於私法之上，卻也顯現出不少公法的特性，承擔了一些公法的職能。

婚姻家庭法主要是身份法，它調整的是具有特定親屬身份的人之間的人身關係和財產關係。夫妻、父母子女、兄弟姐妹等特別的人倫關係不是出於功利的目的而創設和存在的，而由親屬身份所派生的財產關係，也不體現直接的經濟目的，它所反映的主要是親屬共同生活和家庭職能的要求，帶有鮮明的“公法”秩序和社會保障、社會福利的色彩，保護“弱者”和“利他”價值取向直接納入權利義務關係之中。婚姻家庭的團體性特點決定了

6) 唐曉晴：《民法法典化和部門法化的背景、危機與出路》，載於《中國政法大學學報》，2013年01期。

婚姻法不可能完全以個人為本位，必須考慮夫妻共同體、家庭共同體的利益<sup>7)</sup>，與普通司法中的個人本位主義完全不同。

因此，家庭財產關係主要還是受婚姻家庭自我關係的調整。婚姻存續期間的非約定財產分割，既要發揮作為財產基本法應有的規範和指導作用，但同時在家庭財產關係面前又應當保持一定的謙抑和理性，在調整家庭財產關係過程中對於夫妻以及家庭關係本身應給予尊重和謙讓。適當的取捨和制度上的迴避絕對不能少。

但需要強制時，法律並不會坐視不理，家庭財產立法對於婚內財產的調整選擇了聲請才處理的態度，例如關於婚姻存續期間分產的制度，（《澳門民法典》第1624條），究其原因不僅在於深受重家庭本位、輕個體利益的傳統固有法影響，還在於私人領域與公共領域的倫理規則不同。私人領域與公共領域以家庭作為劃分標準，私人領域中的家庭成員都是基於自然的生物性情感而發生聯繫，彼此不是目的性利益關係，利他主義始終構成其倫理的主要規則。愛情、血緣和親情關係可以在很大程度上包容彼此的缺點，甚至可以對彼此的侵權持寬容的態度。

公共領域中的成員是基於一種工具性的需要而發生聯繫，在利己主義規則支配下人們錙銖必較，需要國家權力對公共領域進行嚴密監控。<sup>8)</sup>因此法律對公共領域和私人領域的權利保障採取了雙重標準，只制裁發生在公共領域的侵權行為，而對私人領域的侵權行為採取了迴避態度，婚姻只有走到離婚、分產或分居時，被侵害的財產權益才能夠得到法律的介入和保護。

## 2、家庭利益的平衡

中國自古即有“法不入家門”之觀念，由家長對家庭內部事務進行自治管理，因此一直以來法律對家庭成員之間的糾紛總是退避三舍，“清官難斷家務事”就是社會對這類糾紛抱有的疏遠態度的真實寫照。但是法律不主動干涉夫妻財產關係的具體事宜，並不意味著其對家庭財產關係領域的不關注。如果家庭成員之間的財產利益嚴重失衡，法律對此不可能無動於衷。因此，在必要的情況下，只要有合理的理由，法律將介入到家庭財產關係領域中，該介入為一種適度的介入。

在澳門，無論你選擇哪一種婚姻財產制度，在夫妻關係存續期間原則上不允許單方面分割夫妻共同財產。但是在一些特殊情況下，根據《澳門民法典》第1624條和第1625條，當夫妻一方因他方對財產管理不善以致有受到相當損害之虞，如一方私自轉移、變賣夫妻共有的財產、揮霍浪費家庭財產、不支付家庭生活費用等，而另一方尚無解除婚姻關係的意願，此時應當允許終止原定財產制而進行分產，改變婚內的財產分配，以此保護婚姻當事人和債權人的財產利益。

分產制度突破了傳統民法的共有理論，為改變現有的夫妻財產制模式提供了可能，即

7) 馬億南：《婚姻家庭法的弱者保護功能》，選自《法商研究》，1999年第4期，第14頁至第16頁。

8) 周安平：《家庭暴力的法理學分析》，選自《中共南京市委黨校，南京市行政學院學報》，2005年，第6期，第37-39頁。

允許夫妻一方正常性的情況下可以不解除夫妻關係而分割共有財產。是對家庭財產關係領域的謙抑介入。維護了家庭穩定的同時，也保護了家庭利益。

自治是夫妻財產制度對於個人意思的尊重，而強制則是維護整個社會的利益以及平衡。自治與強制就像是夫妻財產制這艘船的兩頭，任何一邊過重，船都容易沉沒。

從古代法到近代法的進化，是英國法律史學者梅因提出的“從身份到契約”（from status to contract）的變化。夫妻財產制是一面能反應夫妻身份關係以及信仰、偏見等的鏡子，而不是一種簡單的法律制度。從身份到契約是夫妻財產制度從傳統社會走向現代社會的大方向。

在羅馬法時期，父權貫穿整個家庭法，從而衍生出來的夫權則主宰著夫妻身份關係，在這種身份關係下的夫妻財產制度與這樣一種身份關係共進退，從身份上的從屬關係控制著財產上的從屬關係，當夫權慢慢讓位於女性地位的發展，藏在背後的財產關係問題便漸漸顯露。女性在接受了財產之後，能否保存其管理權、處分權，可以保留多久，這些問題在平等意識喚起後都逐漸被法律所重視。社會法帶有強制意識，而市民法則伴隨著自由的價值，他們之間存在的是一種互補的關係。

## （二）法律趨人之急

### 1、現實——“系列婚姻”的出現

在歐洲許多國家，婚姻曾經的兩個基本問題，即婚姻必須是異性才可以締結，以及婚姻必須是兩個人締結的，現在都面臨崩潰。年輕一代擇偶標準趨於務實，擇偶方式體現出越來越強的自主性。從表層走向深層，他們既注重婚姻的穩定性、更注重婚姻的質量，對婚外戀的態度既表現出極鮮明的傳統性、又體現出寬容趨勢等。雖然現行法律制度也很難對結婚率下降，離婚率上升承擔具體的責任。但有人責怪說寬鬆的離婚理由是導致婚姻結束的關鍵，該觀點明顯不能成立，離婚理由的寬鬆是法律人性化的表現，而且離婚越來越趨於無須理由的方向，婚姻本應就是自主的組合。

然而，維護婚姻一直是婚姻法律制度的主要目標之一，但能否起這樣的作用，是否真的需要起這樣的作用令人懷疑。且離婚制度中還有一個固有的矛盾，就是一方面它要維護婚姻的存續，另一方面又要保證婚姻盡可能順利的終結。

就傳統觀念和政府方面，主張都是極力維護婚姻制度，因為它給社會帶來一種潛在的安穩，同時還為孩子健康成長創造一個最有利的環境。雖然許多單親家庭和未婚夫婦也可以和正常的家庭一樣很好地撫養孩子，但婚姻仍是撫養孩子比較穩定的基礎，仍然是現今社會大部分人的共識。

民主制度的實行影響了人們的傳統觀念，人們不必長期忠於一種社會制度，也並不要求一個人要長期忠於某一個人。民主制度的發展滲透到了社會生活的各個領域。因此，很自然地改變了人們的婚姻意識——要求人們長期忠於社會的婚姻制度，但並不要求一個

人長期忠於某一個配偶的“系列婚姻”觀念在一些地區盛行。

“系列婚姻”觀念的盛行，使越來越多的人，把婚姻關係看成是有利於個人成長和個人完善的方式，並且還逐漸地傾向於把婚姻關係看成是鼓勵自己去發揮個人所獨有的潛能，同時又能與配偶一同成長的最佳方式。選擇伴侶的觀點在不斷地發生變化，所以使“白頭偕老”、“共度餘生”的婚姻觀念被新型的“系列婚姻”觀念取代。“系列婚姻”觀念的深入發展，使人們認識到了婚姻關係並不能確保兩個人的共同生活一定要延續到白頭偕老，它只不過是給人們提供了一次使自己的生活的幸福美好或不幸的痛苦的选择，而不是對人的一生進行了一勞永逸的安排。

“非過失”離婚制度代替“過失”離婚制度是“系列婚姻”戰勝了“終生婚姻”的標誌。《澳門民法典》規定了澳門的離婚包括兩願離婚和訴訟離婚，而提起訴訟離婚的理由，可以是《澳門民法典》第1635條規定的過錯違反夫妻義務，也可以是與過錯無關的，《澳門民法典》第1637條共同生活的破壞的客觀原因。當今一些較傳統的國家，也實行著“過失婚”的離婚制度。在“系列婚姻”盛行的地區，經濟生活問題在婚姻關係中的價值遭到貶低，追求愛情與婚姻的結合成為了婚姻生活的實質。把婚姻和愛情結合在一起，可以使人得到感情的滿足，婚姻也是建立精神支柱的重要方式。與愛情相結合的婚姻關係，夫妻生活美滿，而夫妻間無愛情的生活有時並不比單身好。

不同時代的人對於婚姻生活的要求是不同的。在同一時代不僅是不同政治經濟地位的人對婚姻的要求不同，即使同一政治經濟地位乃至同等文化程度的人，由於具體處境的不相同，由於身體素質、性格脾氣、興趣愛好、生活習慣、審美觀念上的差距，對於婚姻問題的認識理解及對婚姻生活的要求也是不盡相同，每個人對於自己婚姻的滿足度也千差萬別。所以每個人的婚姻觀念和婚姻生活也千姿百態。

婚姻生活的幸福度也受國家政局的穩定與否，經濟情況等因素影響。隨著民主制度的健全完善及個人自由的高度發展，夫妻間的婚姻生活與每個人的行動自由之間的矛盾突出了，婚姻關係一定程度也限制了個人自由，為獲得個人自由而擴大了單身者的隊伍，未婚同居的流行使得性生活要求容易得到滿足，一夫一妻制的家庭的社會職能也隨著社會各方面服務的發展而受到削弱。

法律是調整社會關係的規則，如果一部法律不能反映社會的真實需求，那麼它就不能有效地調整社會關係。<sup>9)</sup>在這種情況下，法律如何應對呢？

## 2、應對——自治基礎上的強制

在婚姻財產制度隨著婚姻自治的趨勢而走向自治的同時，不可忽略一個婚姻家庭利益的保護。婚姻狀態並非法律所強求的，但保護家庭、保護作為父親和作為母親的權利、保護兒童等，都是法律希望維護的價值。

離婚在痛苦的同時，也是對於幸福的追求。

9) 崔文玉：《人工智慧商主體地位探析》，載於《中國政法大學學報》，2020年01期。

法律在保護婚姻財產制度內意思自治的同時，也強調了背後保護的利益還有家庭和兒童。在某種程度上，法律在離婚尤其是財產分割的過程中，需要起“止痛”的作用。

對於婦女利益的保護問題上，如果一個社會中強制執行法律責任（例如贍養的責任）這種機制非常弱，甚至沒有發展起來之前，離婚就可能導致一些年長或者不再有生育能力，又缺乏獨立生活能力的，被離異的婦女陷於生活沒有保障的境地。中世紀的法律就既承認婦女有與丈夫分居但仍然由丈夫贍養的權利，又承認受虐待的婦女有與丈夫分居但仍然由丈夫贍養的權利。<sup>10)</sup>家庭經濟學的文獻強調，在婦女改善了工作機遇並有交織緊密的社會安全網絡的社會中，婚姻的私人價值已經衰落了，因此婚姻的穩定性也就衰落了。<sup>11)</sup>有可能存在，婚姻中的一方從婚姻中獲得的利益減少了，也就會更少在婚姻中投入，配偶雙方的經濟獨立性的增加，無論是更多的市場收入還是更多的社會收入，都有可能降低彼此努力改善夫婦不和的意願。

法律的使命是如何在保障夫妻雙方財產利益意思自治最大化的情況下，給予婚姻家庭背後的利益必要的保護。

法律無法約束人的內心，但卻可以規管人的財產，而人的需求又是有可代替性的，因此對離婚的傷痛其中一種重要的止痛藥就是財產。

## 四、雨過天晴的守護

### （一）時間的助力

離婚財產效力時間點的推移，就是對離婚財產分割的一個特別規定。這個規定主要體現在《澳門民法典》第1644條和第1645條。第1644條第一款規定的是：“一、離婚效力，自有關判決確定或有關決定成為確定性決定之日起產生，但對於夫妻間之財產關係，離婚效力追溯至程序開始之日。”也就是說，離婚的效力原則是判決變成確定之日起才會產生效力，但此處允許將財產效力追溯到訴訟開始之日，也就是提起離婚訴訟之日，以保障離婚雙方的財產有條件提前獨立。

第1644條離婚的效力，分為兩個時間點，一個是“判決確定或有關決定成為確定性決定之日”，另一個就是“程序開始之日”。因為離婚的程序可能比較漫長，在澳門訴訟離婚一般需要幾年時間，因此提起訴訟到最後判決確定，夫妻各自的財產都有可能發生非常大的變化。在這個階段，如果一方惡意製造一些需要夫妻雙方負責的債務，則容易讓對方配偶在離婚後，依然需要與前配偶一起償還這些債務，而該類債務有可能成為一方對另一方的報復。

10) Richard A. Posner, *Sex and Reason*, 蘇力譯，中國政法大學出版社，2002年版，第333頁。

11) Richard A. Posner, *Sex and Reason*, 蘇力譯，中國政法大學出版社，2002年版，第335頁。

第1644條的第二款更在第一款的基礎上進一步規定：“二、如在有關程序中證實夫妻已不同居，則任一方均得要求將離婚之效力追溯至完全或主要因他方之過錯而造成終止同居之日，而該期日應在判決中確定。”即可以將離婚的財產效力，進一步提前到“終止同居之日”，是對夫妻雙方各自財產的進一步保護。

《澳門民法典》第1465條是關於離婚財產分割的限制，“夫妻中被宣告為唯一或主要過錯人之一方，在財產分割中所取得之財產，不得多於如按取得共同財產制結婚時會取得之財產。”在實際情況中，如果用分別財產制來計算的，其實是有可能會多於如按取得共同財產制結婚時會取得之財產。這條條款是對唯一或主要過錯人之一方的一個制裁或者是懲罰。

無過錯的離婚制度，減少了法律對於婚姻的限制，增加了意思自治下婚姻的自由度。但無過錯的離婚制度，並不代表在分割財產時不問過錯。財產的分割會更偏袒婚姻中的無過錯方或非主要過錯方，這是一個正義的原則的實現。

在古羅馬家庭形態的轉變，在父權削弱的同時，一個正義的原則正在逐步實現中，這就是各得其所（*Suum cuique*）。<sup>12</sup>這是一個在考察古羅馬夫妻財產制度發展的過程中，不難發現其對於夫與妻之間的關係尤其是財產關係上，不停地往“各得其所”這個原則上靠攏，直至今日，這依然是我們考量夫妻財產制度的關鍵。這個原則存在於是一個超越地域、國度和民族，甚至超越時空的人際層面，是本來屬於整個人類的理念和規範，並在此基礎上尋求並促進人與人、民族與民族、國家與國家之間越來越普遍深入的交往。無夫權婚姻在夫妻財產制度上，開始對個體的單獨的利益（法益）作為關係目的來進行分析。只有個體的單獨利益得到保護，意思自治才有載體。

可見，法律在保護離婚人身自由的同時，又利用財產制度維護了無過錯方或非主要過錯方的利益，是對於婚姻中無過錯方或非主要過錯方的守護。

## （二）精神的撫慰

離婚的非財產損害之彌補，規範在《澳門民法典》第1647條，其第一款規定“一、被宣告為唯一或主要過錯人之一方，及以第一千六百三十七條c項所指之理由而請求離婚之一方，應向他方彌補因解銷婚姻而造成之非財產損害。”此處有兩類人可以在離婚中提出精神損害賠償：

第一類，相對於“唯一或主要過錯人”而言的，無過錯或非主要過錯方，該過錯主要以夫妻義務來判斷。如：因家庭暴力而受到的嚴重的身體損害的受害者。

第二類，則不論過錯，該條文是准用到《澳門民法典》第1637條c項不需要過錯則可以提起訴訟離婚的規定中的“c）對方之精神能力發生變化逾三年，且因其嚴重性導致不

12) “各得其所”（*sum cuique*）公式是由西塞羅創立。轉引自 A. Kaufmann, W. Hassemmer: 《當代法哲學和法律理論導論》，法律出版社，2002年版，第68頁。

可能繼續共同生活。” 如夫妻中一方(如：丈夫)變成精神病有三年的話，那麼另一方(即妻子)就可以以此為依據件提起訴訟離婚，這是一個人道考慮的條款，也就是說男女之間結婚的時候都沒有問題，都是正常的，互相之間對對方都有照顧的義務並且承諾將此義務保持下去，如果因為生活種種丈夫變成精神病患者，那麼三年以後妻子就有這樣一個權利結束與他的婚姻關係。雖然在這種情況下，看似有些不近人情，但是合法的。而且這裡已經有一個時間上的要求——三年，也就是說妻子已經嘗試著陪伴有精神疾病的丈夫三年，並且丈夫的病情依然非常嚴重的情況下，立法者沒有權利要求妻子在這樣的情況下延續婚姻關係，因為如果丈夫的病情是沒有好轉機會的話，為什麼還要妻子在這樣一個狀況下去繼續“受罪”下去？就法律的角度，如果出現這樣的一個情況，夫妻中間的一方可以因為他們的共同生活已經被破壞了，申請訴訟離婚。在這種情況下，可以得到精神損害賠償的，就是精神能力發生變化超過三年這一方了。

在澳門，離婚請求精神損害賠償的事宜上，具有類型的限制。僅限於《澳門民法典》第1647條規定的兩種類型，並且該離婚的非財產損害賠償在法律性質上具有撫慰金的功能，意味著撫慰離婚中無責的一方，以及對於人道主義的考量。

### (三) 生活的保障

就生活的保障而言，主要分為扶養和家庭居所的居住權利。

在扶養權方面，《澳門民法典》第1857條及須後數條，對該權利進行了規範。在離婚訴訟中，可以要求對方提供扶養的權利人包括：

- 1、無過錯方或非主要過錯方；
- 2、精神能力發生嚴重變化超過三年，被提起訴訟離婚的一方；
- 3、兩願離婚或雙方均被視為有同等過錯的，任何一方都有機會。

然後法院再基於衡平理由，尤其經考慮婚姻關係之存續期，定出扶養給付時，法院還需要考慮夫妻雙方之年齡、健康狀況、從事職業之能力及受僱之可能性，可能須用於養育由兩人所生之子女之時間、雙方之收益及收入，以及一切會影響接受扶養方之需要及影響提供扶養方之給付能力之情況。

家庭居所的居住權利，主要規範在《澳門民法典》第1648條“基於考慮夫妻中每一方之需要、子女之利益及其他應予考慮之原因，法院得應任何一方之請求而命令將家庭居所之房屋租予該方，而不論此房屋屬雙方共有或屬他方個人擁有。”這裡主要考慮三方面的因素：1、每一方之需要；2、子女之利益；3、其他應予考慮之原因。法院可以應一方的申請，將家庭居所的房屋租給該方，而不論該不動產的歸屬。在這種情況下已經不需要考慮過錯了，任何一方都有權向法院提起。因為家庭居所對於家庭而言具有特別意義的。

“家”的意義不只是一個不動產，家庭居所還代表著人和居所之間以情緒為基礎的關係，是一處個人可預測的安全地方。家庭居所也是人類最親密關係的隱含所在。

立法者用扶養保障了離婚後可能會處於弱勢的一方或非主要過錯方的生活所需，又用家庭居所的規範，保障了當事人不至於流離失所。

#### (四) 贈與之歸還

因結婚而作之贈與失效的問題，規範在《澳門民法典》第1619條第一款b)項和第1622條b)項。

在該規定中可以總結出，受贈人之離婚，且其在離婚中被視為唯一或主要過錯人。無論是第三人為他們結婚而作出的贈與還是夫妻之間基於結婚而作的贈與都需要歸還。贈與之失效，因為前提為結婚而作出，若受贈人離婚，並且在離婚中其是違反夫妻義務的唯一或主要的一方，那麼該贈與失效，贈與人可以取回其贈與物。

教會法時期，當婚姻被升華到作為一種聖事時，夫妻家庭關係便被納入了教會法的範圍。結婚後雙方要拿出各自的財產，這種習慣混合了古羅馬新娘嫁資的傳統和新郎交付聘金的習俗。<sup>13)</sup>在歐洲一些國家，婚姻締結之後配偶雙方的財產合二為一，在婚姻存續期間共同使用，另一些國家的情況是一種折衷的形式，即婚後取得的財產由雙方共有，婚前各自的財產不被認為是共同財產。<sup>14)</sup>丈夫要負責管理這份財產，13世紀的德意志法律稱之為守護權利(Sachsenspiegel)。<sup>15)</sup>但近現代的因婚姻而作出的贈與，本質上是一種贈與，但此種贈與系建立在當事人對婚姻和共同生活的期待的基礎上，具有長期合作性、互惠性以及共用性的特點，因此又與一般贈與有所不同。如果受贈人背叛了這種贈與的價值理念，該贈與則失效，符合了公平正義原則。

贈與物之歸還，也體現了婚姻中負載著一定的社會責任和倫理義務，公序良俗作為私法中的一項基本原則，是概括性與強制性的結合，是裁判夫妻財產制度的基本前提之一。

## 五、小 結

本文探討的是婚姻邊緣上的財產，即當離婚已經不可避免時，法律如何在財產上使離

13) D. Herlihy, 'The medieval marriage market', *Medieval and Renaissance Studies VI* (1976). In fourteenth-century Venice, women contributed from their property not only to raise dowries for their daughters but other female relatives as well: see S. Chojnacki, "Dowries and kinsmen in early Renaissance Venice", in *Journal of Interdisciplinary History I* (1975), P571-600.

14) Shulamith Shahar, *The Fourth Estate: A History of Women in the Middle Ages*, 林英譯，廣東人民出版社，2003年版，第98-99頁。

15) Shulamith Shahar, *The Fourth Estate: A History of Women in the Middle Ages*, 林英譯，廣東人民出版社，2003年版，第99頁。

婚對家庭的傷害達到最小。

在傳統婚姻制度受到挑戰的時候，法律需要更進一步為之前可能踏進了不幸婚姻的人，提供條件使其可以選擇是否離開該段關係。但在正常的婚姻關係存續期間，婚姻財產制度又選擇謙抑的路徑，給予當事人最大的意思自治權利，當婚姻關係出現問題時，尤其可能侵害到家庭利益時，法律則會維護家庭利益。

在“系列婚姻”出現的今天，自治基礎上的強制，是婚姻財產制對於現實狀況的一種應對。應對的方式主要包括：對離婚效力中婚姻財產效力時間點的調整；對無過錯方、非主要過錯方或弱者的一方，提供精神的撫慰；對生活的保障，包括扶養費和家庭居所的居住權利；以及贈與之歸還。

婚姻制度趨向自由，所以夫妻財產制度也趨向更自由的方向發展。法律的使命是如何在保障夫妻雙方財產利益意思自治最大化的情況下，給予婚姻家庭背後的利益必要的保護。

## ■ 参考文献 ■

1. Richard Mouw, "Polygamists Should Be Tolerated", in *Polygamy*, Greenhaven Press, 2009.
2. Richard A. Posner, *Sex and Reason*, 蘇力譯, 中國政法大學出版社, 2002年版。
3. A. Kaufmann, W. Hassemer: 《當代法哲學和法律理論導論》, 法律出版社, 2002年版。
4. Shulamith Shahar, *The Fourth Estate: A History of Women in the Middle Ages*, 林英譯, 廣東人民出版社, 2003年版。
5. 唐曉晴: 《民法法典化和部門法化的背景、危機與出路》, 載於《中國政法大學學報》, 2013年01期。
6. 崔文玉: 《人工智慧商主體地位探析》, 載於《中國政法大學學報》, 2020年01期。
7. 馬億南: 《婚姻家庭法的弱者保護功能》, 選自《法商研究》, 1999年第4期。
8. 周安平: 《家庭暴力的法理學分析》, 選自《中共南京市委黨校, 南京市行政學院學報》, 2005年第6期。

■ ABSTRACT ■

**Property when the divorce looms large against the backdrop of  
Macao's matrimonial property system**

Leong Cheng Hang

This paper revolves around the marital property system when the divorce looms large. Hence, immediately before the divorce comes into play. The overriding goal of this paper is to ferret out a manner through which Macau's marital property system can assuage the harm inflicted upon couple when the marriage heads towards its end. Firstly, premised on a real-world analysis, this paper endeavours to analyze the underlying reasons that have premised the enactment of such a regulation in Macau's marital property system. Secondly, premised on a legal analysis, this paper is to engage on the discussion of the legal response to the foregoing issue with a view to set forth a proposal to implement mandatory regulations on the basis of autonomy while respecting the gist of the spouses' private rights. The sweeping objective of this proposal is to strike a balance between the interests of both spouses and their extant family. In the realm of Macau's marital property system, this paper is to delve into the exploration of the "pain-relieving" function of marital property when the divorce draws near.

\* Key Words: marital property system, divorce, marriage law, civil law.