



論離婚法定事由要求之發展與排除 ——歐陸主要規範與我國民法之比較觀察*

林 易 典**

要 目

- | | |
|------------------------|-------------------------|
| 壹、前 言 | 三、中世紀以來之法定事由發展 |
| 貳、離婚法定事由之立法起源與發展 | (一)初期仍得於具備法定事由時離婚 |
| 一、羅馬法至古典時期離婚並無法定事由要求 | (二)天主教教會法制限於具備法定事由時始得別居 |
| (一)離婚無特定事由限制 | (三)新教教會法制限於具備法定事由時始得離婚 |
| (二)不受限制之離婚自由 | 四、受天主教影響之近代國家立法 |
| 二、羅馬法後古典時期始導入離婚之法定事由限制 | (一)1812年奧地利民法與1938年婚姻法 |
| (一)4世紀時離婚法定事由之導入 | (二)1865年與1942年義大利民法 |
| (二)不具備法定事由時仍得離婚但有懲罰機制 | |

DOI : 10.53106/102398202023120175003

* 本論文之完成，作者衷心感謝審查人的悉心審查及建議，使作者能就疏漏部分加以補充與修正。作者並感謝國立臺灣大學法律學研究所碩士班蘇崇斌律師於校對上的協助。

** 國立成功大學法律學系教授，德國美茵茲大學法學博士。

投稿日期：一一二年一月三十日；接受刊登日期：一一二年六月九日

責任校對：鍾淑婷



<p>(三)1889年西班牙民法</p> <p>五、受新教影響之近代國家立法</p> <p>(一)1794年普魯士邦法典</p> <p>(二)1900年德國民法</p> <p>(三)1938年與1946年德國婚姻法</p> <p>(四)1912年瑞士民法</p> <p>六、分析</p> <p>(一)由不受限制之離婚自由到受有法定事由限制</p> <p>(二)來自基督教教義之影響</p> <p>(三)離婚法定事由與別居制度之功能變遷</p> <p>(四)離婚事由自具體有責事由、概括破綻事由到無須具備事由</p> <p>參、近代離婚排除法定事由立法例之再興起與嗣後發展</p> <p>一、法國大革命後離婚法定事由之放棄與嗣後發展</p> <p>(一)1792年大革命時期幾近無法定事由限制之立法</p> <p>(二)1804年法國民法導入具體法定事由</p> <p>(三)1975年具體與概括法定離婚事由並存</p> <p>(四)2004年以別居期間經過作為法定事由</p> <p>(五)小 結</p> <p>二、俄國大革命後離婚法定事由之放棄與再導入</p> <p>(一)大革命前離婚受有法定事由限制</p>	<p>(二)1917年與1918年導入無法定事由限制之立法</p> <p>(三)1926年之立法與1944年命令之承襲</p> <p>(四)1968年概括法定事由之導入</p> <p>(五)1995年俄羅斯現行之承襲</p> <p>(六)小 結</p> <p>肆、近年立法離婚無須法定事由或緩和離婚事由之趨勢</p> <p>一、西班牙民法1981年導入無法定事由限制之離婚</p> <p>(一)1981年始導入離婚機制</p> <p>(二)事實上別居已滿5年時離婚無須具備法定事由</p> <p>(三)2005年導入離婚無須具備法定事由</p> <p>(四)離婚僅受有須結婚滿3個月之限制</p> <p>二、瑞典婚姻法1973年導入無法定事由限制之離婚</p> <p>(一)1920年婚姻法離婚須具備法定事由</p> <p>(二)1973年導入離婚無須具備法定事由</p> <p>(三)1987年婚姻法離婚仍僅受有6個月之反省期間限制</p> <p>三、芬蘭婚姻法1987年導入無法定事由限制之離婚</p> <p>(一)1929年婚姻法離婚須具備法定事由</p>
--	---



(二)1987年導入離婚無須具備法定事由	(二)1971年導入離婚須具備概括破綻事由之規範
(三)離婚僅受有6個月之反省期間限制	(三)實務上運用推定機制來緩和法定事由之要求
四、挪威婚姻法1991年導入無法定事由限制之離婚	伍、離婚無須具備法定事由之規範模式比較與別居制度之功能變遷
(一)1918年婚姻法離婚須具備法定事由	一、離婚無須具備法定事由之規範模式比較
(二)1991年導入離婚無須具備法定事由	(一)發展過程之比較
(三)離婚僅受有1年或2年別居期間之限制	(二)規範範圍之比較
五、瑞士民法1998年導入無法定事由限制之離婚	(三)規範限制上結合一定期間經過之比較
(一)規範上離婚無庸須具備法定事由	(四)排除有責者之離婚請求權之比較
(二)單方離婚僅受有別居2年之限制	(五)以苛刻條款或概括條款排除離婚請求權之比較
(三)別居期間未滿時離婚仍須具備法定事由	二、離婚規範下之別居制度功能變遷
六、德國民法1976年導入推定具離婚事由之規範	(一)緩和逕行離婚之別居制度
(一)離婚仍須具備法定事由	(二)別居滿一定期間亦成為離婚之途徑
(二)以別居一定期間推定具備離婚事由	(三)以別居取代法定離婚事由之要求
(三)法定離婚事由之要求受到緩和	陸、我國導入離婚排除法定事由規範之正當性基礎與配套規範
(四)導入苛刻條款限制離婚	一、離婚規範上採取破綻主義仍有所不足
七、荷蘭民法1971年規範之實務緩和和法定事由之要求	(一)仍造成限制請求離婚一方的效果
(一)1838年離婚須具備具體有責事由之規範	(二)婚姻破綻之要件於經請求離婚時本為具文



(三) 結合別居機制後保障婚姻隱私仍有所侷限

(四) 別居推定破綻機制即肯定離婚無須具備法定事由

二、規範上離婚排除法定事由要求之正當性基礎

(一) 尊重個人之意思與正視婚姻存續基礎已不存在之事實

(二) 維護婚姻隱私與子女保護

(三) 婚姻法制始能真正擺脫來自教會法之影響

(四) 得經此一併捨棄請求離婚者須非有責者之要件

(五) 統一合意離婚與單方離婚之法定要件

三、排除離婚法定事由要求之疑慮

(一) 夫妻間未經成熟思考而倉促離婚的疑慮

(二) 離婚案件增加的疑慮

四、排除離婚法定事由之配套規範

(一) 導入其他配套規範之必要性

(二) 導入須一定期間經過之限制

(三) 維持經法院裁判之體制並有限度開放

(四) 破綻之有責者仍得請求離婚

(五) 陷於生活困難時仍受有保障

(六) 仍得導入苛刻條款排除離婚請求權

柒、結論



摘 要

於單方離婚受有法定事由限制之立法例下，如我國民法第1052條，須具備法定事由始得離婚。惟比較法上亦有無庸具備法定事由即得自由離婚，從而排除離婚法定事由要求之立法例。於立法政策上，經由導入無庸具備法定事由即得離婚之規範，始能尊重個人已無意維繫婚姻之意思，並正視婚姻存續基礎已不存在之事實，此並有助於維護婚姻隱私與子女保護。由於無須具備婚姻破綻即得離婚，規範上即得捨棄就破綻為有責者不得請求離婚之限制，惟仍得加諸別居、結婚滿一定期間或反省期間已經過之限制，並得導入苛刻條款，於離婚將對於他方造成苛刻結果時排除離婚請求權。經此，單方與合意離婚同樣不受法定事由限制，婚姻與離婚法制始能真正擺脫來自教會法之影響。

關鍵詞：離婚、離婚法定事由、破綻主義、有責主義、別居期間、反省期間、婚姻存續期間、苛刻條款



壹、前言

夫妻之一方如無意維繫婚姻時，倘能依民法第1050條與他方達成離婚之合意，且具備書面與二名證人之簽名，並踐行向戶政機關為離婚登記之要件時（「合意離婚」、「兩願離婚」），或係依第1052條之1達成離婚之合意時，即得消滅婚姻關係。此除了達成離婚合意本身與形式要求外，規範上既無須法定離婚事由之要求，且無須經由法院裁判即得行之。

然如夫妻間未能達成離婚之合意，倘欲離婚之一方依第1052條對於他方起訴請求離婚，並取得勝訴判決確定時，仍得經由法院裁判而單方消滅婚姻關係（「單方離婚」、「單意離婚」、「裁判離婚」）。然於此等單方離婚機制下，須符合第1052條以下之法定要件始得為之。一方面，此須具備第1052條第1項或第2項之法定離婚事由，學說上稱此為「法定離婚原因主義」或「有因離婚」。¹另一方面，離婚請求權須未經排除。排除離婚請求權之情形，如係存在著離婚事由之一方者（第1052條第1項本文）、或就破綻係屬有責之一方者（第1052條第2項但書）、除斥期間已經過、或曾為同意、宥恕者（第1053條、第1054條）。此均使離婚請求權於發生上

¹ 史尚寬，親屬法論，頁411-413、420，1964年11月；林菊枝、吳煜宗，臺灣親屬法論，頁103，2017年9月；陳棋炎，民事訴訟程序上有關親屬的身分關係訴訟之訴之性質，載：親屬、繼承法基本問題，頁497、521註31，1976年2月。學說上並強調，現行法除合意離婚之情形外，僅限於法律所定之原因始得離婚。戴炎輝、戴東雄、戴瑪如，親屬法，頁255-256，2021年10月；陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁178，2022年9月，16版。與此相對，合意離婚由於無法定事由之要求，學說上稱之為「無因離婚」、「無因主義」、「自由離婚主義」。林秀雄，我國離婚制度之矛盾，載：家族法論集(三)，頁35、50，1994年10月；史尚寬，同註，頁411、413；林菊枝、吳煜宗，同註，頁103。



或行使上受有限制。

申言之，民法親屬編於1930年制定公布、1931年施行時，單方離婚限於受請求離婚之他方存在著第1052條所列舉的十款事由之一時，始得向法院請求離婚，離婚之法定事由即屬有限。其中有應由受請求離婚之他方負責的事由，即採取「有責主義」（Verschuldensprinzip; Schuldprinzip）者，諸如其為通姦、不堪同居之虐待或遺棄者（具體有責事由）。亦有不問是否應由受請求離婚之他方負責的事由，即採取「破綻主義」（Zerrüttungsprinzip）（「目的主義」）者，諸如其具有不治之惡疾或重大不治之精神疾病的情事（具體破綻事由）。再者，存在著此十款具體離婚事由之一方，依第1052條本文即一概排除其離婚請求權，此不問其有責程度，此時僅他方能請求離婚，而不問其是否亦屬有責與有責程度。

1985年修正第1052條單方離婚規範時，第2項增訂概括事由，於具有第1項以外「之重大事由，難以維持婚姻者」，夫妻雙方均得向法院請求離婚。經此而大幅擴張了離婚之法定事由，且不問受請求離婚之他方就此等概括事由是否應負責，即採取「破綻主義」（概括破綻事由）。惟第1052條第2項但書規定，倘「其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚」，從而排除了就此等概括破綻事由係屬有責之一方的離婚請求權。然依此等概括破綻事由請求離婚時，近年法院實務並非於任何有責之情形均排除其離婚請求權，亦非僅限於完全無責之情形始賦予離婚請求權，而係於請求離婚之一方係唯一有責者，以及雙方均屬有責時係主要有責者之情形，始排除其離婚請求權。換言之，請求離婚之一方係完全無責，以及雙方均屬有責時僅係次要有責者或雙方有責程度相同之情形，仍能被賦予離婚請求權。²

² 1985年增訂第1052條第2項時，總說明與立法說明僅指出：「俾能適應當前社



經此，由於第1052條第2項擴張了單方離婚之法定事由，規範

會之複雜情況，以期公允」與「……爰增列本條第二項上段規定，較富彈性。又如足以構成離婚原因之重大事由，應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚，始屬公允，爰並設但書之規定……。」其並未說明第2項但書是否僅限於排除唯一有責者而不排除主要有責者之離婚請求權。立法院秘書處（編），民法親屬編部分條文修正及民法親屬編施行法修正案（下冊），頁770、822，1985年9月。就此，最高法院95年度第5次民事庭會議決議：「婚姻如有難以維持之重大事由，於夫妻雙方就該事由均須負責時，應比較衡量雙方之有責程度，僅責任較輕之一方得向責任較重之他方請求離婚，如雙方之有責程度相同，則雙方均得請求離婚，始符民法第1052條第2項規定之立法本旨。」學說上支持此一實務見解，主張第1052條第2項但書同時排除唯一與主要有責者之離婚請求權者，陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，同前註，頁193。

惟與此相對，憲法法庭112年3月24日112年憲判字第4號主文與判決段落碼34-36認為，第1052條第2項但書係指排除唯一有責者之離婚請求權，雙方均應負責時本不在其適用範疇內。從而，其並不排除主要有責者之離婚請求權。學說間亦有強調，由於應由夫妻一方負責時，僅他方得請求離婚，故非應由一方負責時，雙方均得請求離婚。即於雙方均屬有責時，主要有責者仍得請求離婚；僅限於請求離婚之一方係唯一有責者時，始排除其離婚請求權。林秀雄，有責配偶之離婚請求——兼評最高法院九十三年度台上字第九八七號判決，月旦法學雜誌，123期，頁240、244、246，2005年8月。學說上同樣認為第1052條第2項但書僅排除唯一有責配偶之離婚請求權者，吳煜宗，難以維持婚姻之重大事由，載：民法親屬繼承實例問題分析，頁23、34，2008年10月，2版；許樹林，親屬法新論，頁189-191，2010年9月，2版；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，同前註，頁276。

就此爭議，如係強調第1052條第2項但書「但其事由應由夫妻之一方負責者」中之「一方」用語，將此解釋為限於「僅」有一方負責，而限於唯一有責者之情形始排除其離婚請求權。雙方均屬有責之情形因非「應由……一方負責」，即不排除主要有責者，其仍能有離婚請求權。然於此一解釋取向下，第1052條第2項但書幾乎無適用之空間。惟如係強調第1052條第2項但書中之「應……負責者」用語，即將「一方」解為「該方」，唯一有責者與主要有責者解釋上均能該當於「應……負責者」之情形，而仍排除主要有責者之離婚請求權。於此一解釋取向下，即能與1912年瑞士民法舊法第142條第2項及1946年德國婚姻法舊法第48條第2項之規範相符。



上即展現出擴大離婚可能性之發展趨勢。然相較於合意離婚，單方離婚卻仍受有多重限制。此除須經由法院裁判外，尚須具備第1052條第1項或第2項中之有責或破綻事由時始得離婚，且須未經第1052條第1項本文或第2項但書排除其離婚請求權者。申言之，倘夫妻之一方已無意維持婚姻，然於不具備法定離婚事由時，或其係存在著第1052條第1項離婚事由之一方，或其係第1052條第2項但書就破綻係屬有責者時，即無法向法院請求離婚，而仍須維持婚姻。

然於前揭擴大離婚可能性之發展趨勢下，立法政策上是否仍須維持須具備有責或破綻事由始得離婚之立法例，或能根本地自此等離婚法定事由中解放出來，改採無須具備法定事由即得離婚之立法例，即排除離婚法定事由之要求者，抑或雖於規範上限於具備法定事由始得離婚，然以其他機制來擬制法定事由之存在，而實質上以此取代法定事由之要件，即值得討論。歐陸主要規範中，即有採取離婚無須具備法定事由之立法例者，法制史上如羅馬法，近代如法國大革命時期、俄國大革命後與前蘇聯時代之舊法規範，現行法如西班牙、瑞典、芬蘭、挪威、瑞士的規範，或相類似者，有以別居一定期間擬制法定離婚事由之存在者，如德國、法國之規範，或於實務上擴大運用推定機制者，如荷蘭之規範。

我國過去修法之官方草案中，曾出現無須具備有責或破綻之事由即得離婚的立法例。2001年行政院通過之第1052條修正草案，第1項保留並簡化具體有責事由，第2項前段亦保留概括破綻事由，惟刪除現行法第2項但書有責配偶不得依此請求離婚之規範。³草案於

³ 學說上指出，民法第1052條第2項但書使離婚事由仍受過失主義之限制，而與德國民法所採之破裂主義有所不同。戴東雄，我國離婚法之現代化，載：親屬法論文集，頁289、318，1993年12月，2版。於立法政策上強調，規範上排除有責配偶請求離婚，將使傳統過失之觀念帶入婚姻不能維持的案例中。高鳳仙，親屬法理論與實務，頁169，2020年8月，20版。於立法政策上建議，



第2項後段增訂，夫妻間經別居達5年者，亦得向法院請求離婚。⁴經此增訂，具有事實上別居滿5年之情事，即與具體有責及概括破綻事由並列為離婚法定事由。⁵由於離婚請求權人即得以別居滿一定期間之事實，來取代有責或破綻事由之要求，此實際上即導入了離婚無須具備法定事由之立法例。僅於別居未滿此等期間或未經別

刪除第1052條第2項但書排除有責配偶請求離婚之規範，而於其請求離婚時，另以苛刻條款加以調和。林秀雄，同註1，頁35、59；林秀雄，同前註，頁240、250。亦有強調不應不由分說排斥有責配偶之離婚請求，而以婚姻之繼續作為懲罰之手段，縱為有責配偶仍得請求離婚者。鄧學仁，離婚法之現代課題，載：親屬法的變革與展望，頁147、160，1997年6月；鄧學仁，親屬法之歷史與課題，載：親屬法的變革與展望，頁3、29，1997年6月。

⁴ 行政院2001年11月7日第2759次會議通過之民法親屬編部分條文修正草案，草案第1052條第2項規定：「夫妻因婚姻破裂而有難以維持共同生活之重大事由者，得向法院提起離婚之訴。夫妻不繼續共同生活達五年以上者，亦同。」總說明中強調，第2項後段增訂離婚事由係為「……解決夫妻長期分居，共同生活業已廢止，但囿於現行裁判離婚事由嚴格，致有名無實婚姻久懸未決所衍生之社會問題。」修正說明中亦強調，「又夫妻不繼續共同生活達一定期間以上，而不願復合時，若任其持續，顯與婚姻共同生活本旨相違。為尊重當事人意願，結束有名無實的婚姻狀態，法律宜賦予當事人有選擇之機會……。」法務部，民法親屬編研究修正實錄——重婚效力、裁判離婚原因及其效果部分，頁503、506、510-511、516-517，2002年4月。

⁵ 學說上亦有於立法政策上建議以別居一定期間作為離婚事由，並增訂苛刻條款者，林秀雄，親屬法講義，頁189，2022年3月，7版。建議以別居一定期間作為離婚事由，林菊枝，我國民法親屬編修正法評論，頁67，1987年1月，2版。建議以破綻主義為離婚原因，並以別居一定期間為破裂之表徵，許澍林，同註2，頁142、187。法務部於草案初稿階段之立法說明中，曾述及此一草案係參考下述德國民法第1065條與第1066條之精神。然草案係規定於別居達一定期間時，即得請求離婚，體例上與1976年德國民法於別居達一定期間時，係擬制存在著離婚法定事由的規定仍有所不同，而實際上較接近下述1998年瑞士民法第114條之立法。於修法之討論會議中，就別居達一定期間之情形，曾有建議規定為視為具有難以維持共同生活之重大事由者，如王海南委員之發言。法務部，同前註，頁322、449、457。



居時，離婚始須具備法定事由。惟此等草案之內容，並未出現在之後的立法過程中。

以下謹參考比較法上，歐陸主要規範中離婚法定事由要求之起源與發展歷程，特別是法制史上與近年所發展出離婚排除法定事由要求的立法例，而探討我國離婚法制修正時，立法政策上導入離婚無須具備法定事由之立法例的可能性，以及其應有之規範內容。

貳、離婚法定事由之立法起源與發展

以下謹就離婚法定事由要件的立法起源與發展加以介紹。首先為羅馬法於後古典時期所發展出離婚須具備法定事由之背景，與於日耳曼法及中世紀以來教會法天主教與新教法制下之發展。其次為介紹近代國家之立法中，有關是否得離婚與離婚法定事由要件之發展。

一、羅馬法至古典時期離婚並無法定事由要求

(一)離婚無特定事由限制

羅馬法視婚姻為社會事實，離婚與結婚均非法律行為，而僅係私人間事實上之過程，夫妻本得隨時離婚。離婚既不受限於特定事由，亦不須經由法院行之。⁶故而，羅馬法至古典時期，即公元3世紀中葉之前，倘夫妻一方或雙方廢止了婚姻之共同生活，並表達出有意識地藉此結束婚姻時，僅經由此等分歧，即能構成離婚。⁷單

⁶ Kaser/Knütell/Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl., 2021, § 69 Rn. 46; Honsell/Fargnoli, *Römisches Recht*, 9. Aufl., 2021, S. 217, 220f.; Honsell/Mayer-Maly/Selb, *Römisches Recht*, 4. Aufl., 1987, S. 387, 399; Kaser, *Das Römische Privatrecht*, Bd. I, 2. Aufl., 1971, S. 81, 326.

⁷ Kaser/Knütell/Lohsse, aaO., § 69 Rn. 46; Kaser, aaO., S. 81, 326; Harke, *Römisches*



方離婚為*repudium*，雙方合意離婚為*divortium*。⁸

(二) 不受限制之離婚自由

此等無須具備特定事由即得逕行單方離婚的基礎，在於羅馬法認為婚姻共同生活僅能以自願之方式，即雙方均具婚姻意願（ *affectio maritalis*）來加以維持。即便羅馬法將婚姻視為終身之共同生活（ *consortium omnis vitae*）（D. 23. 2. 1），然夫妻並無維持婚姻之義務。⁹

此外，古典時期就單方之離婚表示並無形式上要求。¹⁰且於婚姻係屬自由（ *liberum matrimonium*）之要求下，倘夫妻間約定限制離婚自由而令婚姻能存續者，此等約定係屬無效。此包含約定不得離婚，或約定離婚時須受有契約上懲罰的情形。¹¹經此，夫妻之任

Recht, 2. Aufl., 2016, § 17 Rn. 5; HERBERT FELIX JOLOWICZ & BARRY NICHOLAS, HISTORICAL INTRODUCTION TO THE STUDY OF ROMAN LAW 117-18, 235 (3rd ed. 1978); WILLIAM WARWICK BUCKLAND & PETER STEIN, A TEXT-BOOK OF ROMAN LAW FROM AUGUSTUS TO JUSTINIAN 117 (3rd ed. 1963).

⁸ *Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 4, 4. Aufl., 1908, S. 81.

⁹ *Harke*, aaO. (Fn. 7), § 17 Rn. 5; *Honsell/Fargnoli*, aaO. (Fn. 6), S. 217; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, aaO. (Fn. 6), S. 386f.; *Ludyga*, in: *Schmoeckel* (Hg.), Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB, Bd. IV, 2018, §§ 1564-1568b BGB Rn. 4.

¹⁰ *Kaser/Knütell/Lohsse*, aaO. (Fn. 6), § 69 Rn. 48; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, aaO. (Fn. 6), S. 400; *Kaser*, aaO. (Fn. 6), S. 327; JOLOWICZ & NICHOLAS, *supra* note 7, at 235-36. 於後古典時期時，受希臘法制影響始導入離婚函（ *libellus repudii*）之書面要求，於西羅馬帝國則係導入證人之要求。*Kaser/Knütell/Lohsse*, aaO. (Fn. 6), § 69 Rn. 50; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, aaO. (Fn. 6), S. 400.

¹¹ *Kaser/Knütell/Lohsse*, aaO. (Fn. 6), § 69 Rn. 46; *Harke*, aaO. (Fn. 7), § 17 Rn. 5f.; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, aaO. (Fn. 6), S. 399. 此見於查士丁尼大帝於公元529年至534年所編纂國法大全（ *Corpus iuris civilis*）之敕諭彙編（ *Codex*）第8卷第38節第2段（C. 8. 38. 2），公元223年Alexander Severus皇帝對於Menophilus



一方即享有不受限制之離婚自由。僅於濫用離婚自由之情形，始受監察官（Zensor）之道德監督。¹²

二、羅馬法後古典時期始導入離婚之法定事由限制

（一）4世紀時離婚法定事由之導入

惟至羅馬法後古典時期，即公元4世紀時，因受到基督教婚姻不得解消的教義影響，羅馬法之離婚法制即發生變化。雖然羅馬皇帝之立法並未如教會根本地禁止離婚，然世俗立法仍部分地對於基督教教義退讓，而限於具備特定法定事由時始得離婚。¹³

此等對於離婚自由加以限制之規範，首見於公元331年君士坦丁大帝之立法，限於夫構成殺人、毒害、毀損墳墓，或妻構成殺人、通姦、仲介賣淫之重大刑罰行為的特定事由時，他方始得離婚並免受懲罰。¹⁴就不具備法定事由即離婚者，則有嚴厲的懲罰機制。¹⁵規範內容雖持續變動，惟仍須構成重大之不當行為。¹⁶

之敕諭：「自古以來即已承認，婚姻係屬自由（liber matrimonia esse antiquitus placuit）。因此可確定，不得離婚之約定係屬無效，而約定於離婚時即應受有懲罰者亦同。」取自FRED H. BLUME & BRUCE W. FRIER EDS., THE CODEX OF JUSTINIAN, VOL. 3, at 2145 (2016); Otto/Schilling/Sintenis (Hg.), Das Corpus Juris Civilis, Bd. 6, 1832, S. 231.

¹² Kaser/Knütell/Lohsse, aaO. (Fn. 6), § 69 Rn. 46.

¹³ Kaser/Knütell/Lohsse, aaO. (Fn. 6), § 69 Rn. 50; Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. II, 2. Aufl., 1975, S. 175; Ludyga/Heintz, in: Schlunker/Ludyga/Bergmann, Privatrechtsgeschichte, 2019, S. 302.

¹⁴ 此收錄於Theodosian法典（Codex Theodosianus）第3卷第16節第1段（C. Th. 3. 16. 1）。CLYDE PHARR, THE THEodosIAN CODE AND NOVELS, AND THE SIRMUNDIAN CONSTITUTIONS 76-77 (1952).

¹⁵ Harke, aaO. (Fn. 7), § 17 Rn. 7f.; Kaser, aaO. (Fn. 13), S. 176; BUCKLAND & STEIN, supra note 7, at 117.

¹⁶ Kaser/Knütell/Lohsse, aaO. (Fn. 6), § 69 Rn. 50.



之後，公元363年尤利安皇帝（Julian the Apostate）廢除了君士坦丁大帝公元331年的立法。經此，西羅馬帝國於公元421年前、東羅馬帝國於公元438年前曾短暫地回到無須具備特定事由即得逕行離婚之法制。¹⁷公元5世紀時，曾擴張至具備重大事由（*graves causae*）時即得離婚之概括離婚事由，並發展出較為緩和之懲罰機制。惟於查士丁尼大帝頒布國法大全（*Corpus iuris civilis*）後，復限縮離婚事由，並強化離婚之懲罰機制。¹⁸

（二）不具備法定事由時仍得離婚但有懲罰機制

始於君士坦丁大帝之離婚須具備法定事由的體制下，夫妻一方不具備法定事由時並非不得單方離婚，其離婚仍為有效，然有懲罰之機制。¹⁹此諸如妻不具備事由即離婚時，須被放逐於小島上、不得請求夫返還嫁資（*dos*），而夫不具備事由即離婚時，須返還自妻受贈之嫁資與財產、限制或禁止其再婚、再婚受贈之嫁資須由前妻取得。而依查士丁尼大帝所頒布之新律，就妻不具備法定事由即離婚時，須終身流放至修道院，且其財產須移轉至子女、父母或修道院處。此等懲罰機制之後亦擴張至夫。²⁰

惟與此相對，合意離婚（*divortium communi consensu*）原則上

¹⁷ *Ludyga/Heintz*, aaO. (Fn. 13), S. 302f.

¹⁸ *Harke*, aaO. (Fn. 7), § 17 Rn. 9; *Kaser*, aaO. (Fn. 13), S. 177. 即便離婚具備法定事由，過去曾發展出部分情形下仍須受有不利益，部分情形毋庸受有不利益，惟後者經查士丁尼大帝刪除。*Halbwachs*, in: *Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissell/Platschek/Rüfner* (Hg.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, Bd. I, 2023, § 33 Rn. 64f.

¹⁹ *Kaser/Knütell/Lohsse*, aaO. (Fn. 6), § 69 Rn. 50; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, aaO. (Fn. 6), S. 399; *Kaser*, aaO. (Fn. 13), S. 175f.; *Dernburg*, aaO. (Fn. 8), S. 81; *BUCKLAND & STEIN*, *supra* note 7, at 118.

²⁰ *Kaser/Knütell/Lohsse*, aaO. (Fn. 6), § 69 Rn. 50; *BUCKLAND & STEIN*, *id.* at 117-18.



係屬合法且無懲罰。然於君士坦丁大帝時，對其導入了限於特定事由之要求。直到公元542年時，查士丁尼大帝始禁止合意離婚，惟公元566年由Justin二世皇帝所回復。²¹

三、中世紀以來之法定事由發展

(一)初期仍得於具備法定事由時離婚

西羅馬帝國滅亡後，原本適用羅馬法之地區即改用日耳曼法。於古日耳曼法下，雖亦認為婚姻須終身之共同生活，然除夫妻一方被放逐而發生法定離婚之情形外，仍允許夫妻間合意離婚與單方離婚。單方離婚僅夫得為之，而不承認妻有此權利。夫本得任意地單方離婚而不受限制，其後發展為限於具備特定重大事由時始得為之。倘夫於妻不具有通姦或不孕此等重大事由即單方離婚者，婚姻雖仍解消，然夫將受到妻所屬之氏族報復與仇視等不利益。²²

至中世紀初法蘭克王國時期，仍允許合意離婚與單方離婚，且單方離婚仍受有事由限制。妻本無單方離婚之權，然因受到羅馬法影響，逐漸發展出妻於受有重大不當對待等少數情事時，亦得單方離婚。夫之單方離婚則限於妻存在著通姦、意圖殺害夫、無法受孕等法定事由（*ex iusta causa*）的情形。²³倘夫不具備此等特定之法

²¹ Kaser/Knütell/Lohsse, aaO. (Fn. 6), § 69 Rn. 50; Kaser, aaO. (Fn. 13), S. 176, 179; Harke, aaO. (Fn. 7), § 17 Rn. 9; BUCKLAND & STEIN, *id.* at 117.

²² Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, 5. Aufl., 1930, S. 651f.; Konrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 2. Aufl., 1962, S. 37f.; Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. II, 1886, S. 291f.; Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bd. 4, 1893, S. 340; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 3. Aufl., 1961, S. 101; Schwerin, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., 1928, S. 279; Dernburg, aaO. (Fn. 8), S. 81.

²³ Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 5. Aufl., 1912, S. 224; Schröder/Künßberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 6. Aufl., 1922, S.



定事由即單方離婚者，婚姻雖仍解消，然夫須受有財產法上之不利利益，即須移轉財產予妻之親屬。²⁴此等令不具法定事由之單方離婚須受有懲罰，即影響離婚之效果，然不阻礙離婚本身效力的規範態度，大致上與羅馬法後古典時期相同。

惟此等規範態度逐漸發生變化。於公元9世紀初查理曼大帝時期，其將教會法提升為帝國法律後，天主教教會有關離婚之態度遂逐漸影響世俗法。公元10世紀時，教會就離婚事件取得排他的法院裁判權，並僅適用教會法來進行裁判。經此，教會之離婚法制即完全取代世俗之離婚法制。²⁵

(二)天主教教會法制限於具備法定事由時始得別居

羅馬天主教教會自中世紀起，逐漸自國家手中取得婚姻事項的裁判權與立法權。經此，婚姻法制遂逐漸自世俗法中移除，而轉由教會法所規範。再者，相較於日耳曼法與法蘭克王國時期夫妻間本得自行離婚（*Selbstscheidung*）而無庸經由法院行之的立法例，教會首先要求離婚須經由教會法院裁判行之。²⁶此外，教會法於9世紀前並未完全貫徹婚姻不得解消之教義，而仍允許於具備通姦等法定事由時離婚。²⁷

336; *Hübner*, aaO., S. 652f.; *Konrad*, aaO., S. 155f.; *Schwerin*, aaO., S. 279.

²⁴ *Brunner*, aaO., S. 224; *Hübner*, aaO. (Fn. 22), S. 653; *Schwerin*, aaO. (Fn. 22), S. 279; *Ludyga/Heintz*, aaO. (Fn. 13), S. 304.

²⁵ *Brunner*, aaO. (Fn. 23), S. 224; *Hübner*, aaO. (Fn. 22), S. 653; *Dernburg*, aaO. (Fn. 8), S. 81 Fn. 4.

²⁶ *Harke*, aaO. (Fn. 7), § 17 Rn. 10; *Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, 1985, S. 224; *Hübner*, aaO. (Fn. 22), S. 653; *Schwerin*, aaO. (Fn. 22), S. 279f.

²⁷ *Konrad*, aaO. (Fn. 22), S. 156; WILLIAM BURGE, ALEXANDER WOOD RENTON & GEORGE GRENVILLE PHILLIMORE, *BURGE'S COMMENTARIES ON COLONIAL AND FOREIGN LAWS*, VOL. III, at 808-09 (new ed. 1910).



受到公元5世紀初聖奧古斯丁（St. Augustine）學說之影響，教會法基於基督教之婚姻係聖事（*Sakrament; sacrament*），即婚姻除夫妻一方死亡外不得解消的教義，令夫妻間負有維持婚姻共同生活之義務，而逐漸確立了禁止離婚的規範態度。²⁸惟倘夫妻一方有不當行為時，考慮到生活現實，即須有替代離婚之機制，故而導入別居制度，惟此仍須經由法院裁判行之（「法律上別居」、「裁判別居」）。此令夫妻間不共寢與共食（*separatio quoad thorum et mensam*），而解消共同生活義務，惟不解消婚姻關係且不得再婚。最終於16世紀中葉天主教Trent會議決議中，確定別居制度與其內容。²⁹

然進入此等別居之法定事由並非列舉。蓋Trent會議於1563年第二十四次會議中所通過之教規第8條僅指「多種原因」（*multae causae*），而能涵蓋他方成為異教徒（*lapsus in heresim*）、具犯罪傾向（*insitatio ad peccatum*）、虐待（*saevitia*）、罹患傳染病與通姦等情形。僅無過失之一方得對於存在著此等事由之他方請求別居。此外，夫妻間別居合意亦能構成別居之法定事由。³⁰

天主教教會法雖以別居制度替代離婚，然並非僅基於夫妻一方之單方意願即得自由進入別居狀態，僅限於具備法定事由時始得別

²⁸ BURGE, RENTON & PHILLIMORE, *id.* at 808. 教會法大全（*Corpus iuris canonici*）於12世紀之Gratian教令集（*Decretum Gratiani*）第2部分第32事由第7問題第2教規（ii. 32. 7. 2）即確認：「婚姻經有效締結後即不得解消（*Nulla ratione dissoluitur coniugium, quod semel initum probatur*）。」AEMILIUS LUDWIG RICHTER & EMIL FRIEDBERG EDS., *CORPUS IURIS CANONICI*, VOL. I, at 1140 (2d ed. 1959); EDWARD WESTERMARCK, *THE HISTORY OF HUMAN MARRIAGE*, VOL. 3, at 328 (5th ed. 1921).

²⁹ Harke, aaO. (Fn. 7), § 17 Rn. 10; Hübner, aaO. (Fn. 22), S. 653f.; Schwerin, aaO. (Fn. 22), S. 28; Ludyga/Heintz, aaO. (Fn. 13), S. 304f.; HENRY JOSEPH SCHROEDER, *CANONS AND DECREES OF THE COUNCIL OF TRENT 181-82*, 452-53 (1941).

³⁰ Coing, aaO. (Fn. 26), S. 244.



居，且不具備法定事由時即發生不得別居之失權效果。經此，作為替代離婚之別居制度，固仿襲自羅馬法後古典時期與中世紀初期離婚須具備法定事由的規範模式，然並非於不具備法定事由時仍得別居而僅另受懲罰，即有所區別。

(三)新教教會法制限於具備法定事由時始得離婚

於16世紀宗教改革後，受新教影響之國家逐漸擺脫羅馬天主教之影響。新教教會法雖亦將婚姻視為終生之共同生活，然受到自然法影響而認為婚姻係民事契約（*contractus civilis*），並承認婚姻得解消，惟重新導入之離婚制度仍限於受請求離婚之他方具有重大不當行為之情形。其曾一度回復自行離婚而無庸經由法院裁判之機制，然最終仍要求離婚須經由法院裁判行之。³¹

新教教會法承認通姦與惡意遺棄（*desertio malitiosa*）為離婚事由，惟仍保留期間確定或不確定之別居制度。部分教區並透過類推之方式發展出其他離婚事由，如意圖殺害他方（*insidiae alterius coniugis structae*）之情形。惟並不承認雙方合意為離婚原因。³²

新教教會法制允許離婚但受有法定事由之限制，即承襲自羅馬法後古典時期之規範態度。然其令不具備法定事由即不得離婚而發生失權效果，則係仿襲與轉換自天主教教會法不具備法定事由即不得別居的規範態度。故而，新教教會法制並未回到羅馬法受教會影響前，離婚無庸具備法定事由的立法例。其同樣未回到羅馬法受教

³¹ Harke, aaO. (Fn. 7), § 17 Rn. 10; Hübner, aaO. (Fn. 22), S. 654; Schwerin, aaO. (Fn. 22), S. 280. 其中，Calvin教派認為離婚須以宗教法院之裁判行之，Luther教派則認為離婚須以世俗法院行之。Egger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. II/1, 2. Aufl., 1936, Vorbem. vor Art. 137 ZGB (a.F.) Rn. 2.

³² Coing, aaO. (Fn. 26), S. 245; Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. II, 1989, S. 316; Hübner, aaO. (Fn. 22), S. 654; Schwerin, aaO. (Fn. 22), S. 280; Dernburg, aaO. (Fn. 8), S. 82.



會影響後以及日耳曼法下，不具備法定事由時仍得離婚但受有不利利益的立法例。

四、受天主教影響之近代國家立法

近代國家逐漸自教會手中取回婚姻事項之立法權與裁判權，即令婚姻事項世俗化。然受天主教影響之國家於19世紀重新導入民事婚（Zivilehe）之初，仍延續過去由天主教教會所發展出禁止離婚，僅於特定事由下以別居制度來加以替代的規範態度。惟相較於教會法，國家之立法仍擴張了別居的法定事由。³³

(一) 1812年奧地利民法與1938年婚姻法

1812年奧地利民法生效前，依1783年之婚姻命令（Ehepatent）第36條與1787年生效之奧地利民法典第一部分（即Joseph二世民法典）第98條，天主教徒之婚姻不解消而無離婚制度。³⁴1812年奧地利民法承襲此一規範態度，第111條規定，除死亡外，一方或雙方為天主教徒之婚姻並不解消。惟向法院請求法律上別居之制度適用於所有人，而此須經由法院裁判行之，依第103條此得基於雙方合意，或依第107條於具備特定別居事由時基於單方聲請為之。別居事由規定於第109條，包含通姦、犯罪、惡意遺棄、不尋常之生活致危害請求離婚者之財產或家庭道德、意圖殺害或傷害他方、重大不當對待、侮辱、具有持續而有傳染危險的疾病。³⁵

僅非天主教徒或無宗教信仰者之婚姻，始有第115條離婚規範之適用。單方離婚之事由，為通姦、犯罪、惡意遺棄、意圖殺害或

³³ Hübner, aaO. (Fn. 22), S. 654f.

³⁴ Domin-Petruschevecz, Neuere Österreichische Rechtsgeschichte, 1860, S. 128, 132.

³⁵ Krainz/Pfaff/Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II, 4. Aufl., 1907, S. 439f.



傷害他方、反覆為重大不當行為之情形。雙方合意聲請離婚之事由，為無法克制地厭惡他方（*unüberwindliche Abneigung*）之情形，且此需先審理別居程序。第133條之合意離婚規範僅猶太人有適用。³⁶

於1938年之前，奧地利一直維持禁止天主教徒間離婚之規範態度。直到納粹德國合併奧地利後，為統一兩國間之婚姻法制，始於1938年婚姻法（*Ehegesetz*）第46條以下導入具備法定事由時得向法院請求離婚之制度。³⁷於二次大戰後，此等離婚規範之內容大致上被維持下來。

婚姻法於1978年始於第55a條導入合意離婚之機制，即雙方承認具有無法挽回之破綻且經別居即廢止婚姻共同生活滿半年者。就單方離婚之機制，第49條仍規定概括有責事由，即他方有重大之婚姻上不當行為、不名譽或不道德之行為。第50條、第52條則規定具體破綻事由，即因精神疾病所生之行為、傳染疾病或惡疾，第54條就此等情形仍規定苛刻條款（*Härteklause*l），而於特定情事下排除離婚請求權。

婚姻法第55條第1項仍規定概括破綻事由，即經別居滿3年時，得因婚姻存在著重大且無法挽回之破綻而請求離婚。惟就請求離婚之一方係破綻之完全或主要有責之情形，1978年第2項經修正為，倘相較於駁回離婚對於請求離婚之一方，准許離婚對於受請求離婚之他方係較為苛刻，而經後者請求時，仍不得離婚。經此修正，即將苛刻條款與排除主要有責者離婚請求權之機制相結合。

惟依1978年稍晚所增訂之婚姻法第55條第3項，於別居滿6年

³⁶ AaO., S. 444ff.; *Krasnopolski*, Österreichisches Familienrecht, 1911, S. 129ff.; *Anders*, Grundriß des Familienrechts, 1899, S. 22.

³⁷ RGBI. 1938, I S. 807, 812ff. 並參見「貳、五、(三)」。



時，無論如何均應准許離婚。申言之，於別居滿6年後，即無庸檢驗離婚請求權人是否主要有責者與離婚是否造成苛刻之排除離婚請求權情事，亦無庸檢驗婚姻是否存在著破綻之法定離婚事由。³⁸究其實際，此即於別居已滿6年時，實際上導入了離婚無庸具備法定事由的立法例，且即便係破綻之主要有責者及離婚將造成苛刻之結果時，仍不排除其離婚請求權。惟於別居未滿6年時，即仍須具備法定破綻或有責事由始得離婚。

(二)1865年與1942年義大利民法

同為受天主教影響之國家，1865年義大利民法並無離婚制度，僅得向法院請求法律上別居。³⁹第148條規定，婚姻僅得基於死亡而解消。第149條以下為單方請求別居，限於一方於他方具有通姦、惡意遺棄或不當行為（第150條）、犯罪（第151條）、夫居無定所（第152條）等特定法定事由。第158條並有基於雙方合意之別居，此仍須經由法院裁判行之。⁴⁰

於1865年民法制定後，在1871年義大利統一後數十年間，曾數度於國會中討論導入離婚法制，惟相關改革均告失敗。⁴¹1942年重

³⁸ Jesser-Huß, in: *Fenyves/Kerschner/Vonklich* (Hg.), *Kommentar zum ABGB*, §§ 44 bis 136, *EheG und EPG*, Bd. I, 3. Aufl., 2021, § 55 *EheG* Rn. 43; *Nademleinsky/Weitzenböck*, in: *Schwimann/Kodek* (Hg.), *ABGB Praxiskommentar*, Bd. 2, 5. Aufl., 2020, § 55 *EheG* Rn. 23. 學說上有認為，於別居滿6年時，係於法律上不可推翻地推定存在著破綻情事者，*Stabentheiner*, in: *Rummel* (Hg.), *ABGB Kommentar*, 3. Aufl., Bd. II/4, 2002, § 55 *EheG* Rn. 8; *Hinteregger*, *Familienrecht*, 9. Aufl., 2019, S. 102.

³⁹ Vito Librando, *The Reform of Family Law in Italy*, in *THE REFORM OF FAMILY LAW IN EUROPE* 151, 167 (Aleck G. Chloros ed., 1978).

⁴⁰ *Boschan*, *Europäisches Familienrecht (Ausland)*, 1937, S. 115; *Bergmann*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Bd. II, 1926, S. 247f.

⁴¹ Librando, *supra* note 39, at 167.



新制定之義大利民法仍無離婚制度，第149條第1項仍維持婚姻不得解消的規範。⁴²直到1954年重啟改革程序，於1970年始以特別法第898號法律導入離婚制度。⁴³經此，義大利始告別婚姻不得解消之立法例。

(三)1889年西班牙民法

同為受天主教影響之國家，1889年西班牙民法第42條以下將婚姻法制區別為宗教婚與民事婚，惟均無離婚之制度，而僅有法律上別居機制。第73條規定，別居裁判於效果上僅使夫妻間分居。⁴⁴

就夫妻至少一方係天主教徒之宗教婚，民法第80條規定其別居制度，且此須經由教會法院之裁判行之。第75條規定天主教徒之婚姻，尚須適用包括Trent會議決議在內的教會法。而依梵蒂岡1917年教會法典（*Codex Iuris Canonici, CIC*）第1118條規定，婚姻關係除死亡外並不解消，教會法典第1128條以下規定於具有通姦、不當行為、犯罪等有責事由時，得以別居制度行之。⁴⁵

就非天主教徒之民事婚，民法第104條規定亦僅得適用別居制度，此僅廢止夫妻共同生活，而依第103條此須經由民事法院之裁判行之。第105條規定別居僅限於他方具有通姦、犯罪等有責事由時，第106條並僅限於無責之一方始得請求別居。⁴⁶

⁴² Luther (Hg.), *Italienisches Zivilgesetzbuch* (1942), 2. Aufl., 1968, S. 31.

⁴³ Librando, *supra* note 39, at 167.

⁴⁴ *Boschan*, *Europäisches Familienrecht*, 3. Aufl., 1963, S. 428, 440; *Bergmann*, aaO. (Fn. 40), S. 658, 661f.; CLIFFORD STEVENS WALTON, *THE CIVIL LAW IN SPAIN AND SPANISH-AMERICA* 129, 136 (1900).

⁴⁵ *Boschan*, aaO., S. 426, 439; *Bergmann*, aaO. (Fn. 40), S. 658, 661ff.; *TYPIS POLYGLOTTIS VATICANIS, CODIX IURIS CANONICI PII X PONTIFICIS MAXIMI* 210-12 (1917).

⁴⁶ *Boschan*, aaO. (Fn. 44), S. 440; *Bergmann*, aaO. (Fn. 40), S. 666f.



1889年西班牙民法制定後，除於第二共和時期1932年至1939年以離婚法短暫地導入離婚制度外，其一直維持禁止離婚的規範態度。⁴⁷直到1981年，始首度於民法中導入離婚制度，而告別婚姻不得解消之天主教教義羈絆。⁴⁸

五、受新教影響之近代國家立法

於受新教影響之國家，過去由新教教會法制所發展出具備法定事由時始得離婚的規範態度，仍延續至近代國家重新掌握婚姻之立法權與裁判權後，所重新導入的民事婚制度中。申言之，其並未回到離婚無庸具備法定事由的立法例。

18世紀末之國家立法，其盡可能地擴張離婚的法定事由。⁴⁹然19世紀末之立法此經限縮。於20世紀時此再經擴張，與發展出概括離婚事由，並導入破綻主義，而不問受請求離婚之他方就婚姻破綻是否有責。

(一)1794年普魯士邦法典

由於18世紀啟蒙時代將婚姻視為純粹民事法律上的契約，普魯士對於離婚之態度較為友善，亦因婚姻此等民事性格，而認為其應

⁴⁷ 1932年離婚法第2條規定得合意或單方離婚，第3條規定單方離婚事由包括具體有責與具體破綻事由，違背婚姻義務之概括有責事由，與經合意別居滿3年之情形。Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Bd. I, 2. Aufl., 1938, S. 728ff.; Miquel Martín-Casals, Jordi Ribot & Josep Solé, Spain, in EUROPEAN FAMILY LAW IN ACTION, VOLUME I: GROUNDS FOR DIVORCE 50-51 (Katharina Boele-Woelki, Bente Braat & Ian Sumner eds., 2003).

⁴⁸ Huzel, in: Süß/Ring (Hg.), Eherecht in Europa, 4. Aufl., 2021, Länderbericht Spanien Rn. 1, 54. 並參見「肆、一、(一)」。

⁴⁹ Hübner, aaO. (Fn. 22), S. 655.



回歸世俗法院管轄。⁵⁰1749年普魯士Frederick大帝之法典草案，第1部分第2卷第3章第1條§35即就離婚與事由為規範。之後，普魯士經由1782年之命令（Edict gegen die Mißbräuche der überhand genommenen Ehescheidungen）而導入離婚機制。⁵¹

1794年生效之普魯士邦法典（Allgemeines Landrecht, ALR）仍允許離婚，此須經由法院為之，並大幅地擴張離婚之法定事由。學說間有認為，此即係受到啟蒙思潮之影響，並有增加人口之社會政策考量。⁵²亦有認為此係立足於自然法並基於實用主義之觀點，蓋倘過去婚姻既能經由宗教法院宣告別居，即應逕賦予其具民事效果之離婚。於離婚之機制外，普魯士邦法典並無別居之機制。⁵³

普魯士邦法典於第2部分第1章第669條至第718b條規範離婚，單方離婚事由涵蓋了十一種有責與破綻情事及得恣意離婚之事由。此包括通姦、惡意遺棄、拒絕履行婚姻義務、不能人道與身體殘疾、心神喪失、意圖殺害對方、重大犯罪、不正常生活方式、拒絕扶養、改變信仰、以及無法克制地厭惡他方（unüberwindliche Abneigung）（ALR II 1 § 718）。而於無子女時，得合意離婚（ALR II 1 § 716）。⁵⁴其中，就「無法克制地厭惡」的情形，學說上即批評此係於所有離

⁵⁰ Coing, aaO. (Fn. 26), S. 245; Coing, aaO. (Fn. 32), S. 316f.; Dernburg, aaO. (Fn. 8), S. 82.

⁵¹ Project Des Corporis Iuris Fridericiani, 1749, S. 56f.; Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, Bd. III, 3. Aufl., 1874, S. 569; Dernburg, aaO. (Fn. 8), S. 82 Fn. 8; Jacobi, XVIII. Gutachten, S. 110, 155ff.

⁵² Coing, aaO. (Fn. 32), S. 316f.; Dernburg, aaO. (Fn. 8), S. 82.

⁵³ Hübner, aaO. (Fn. 22), S. 655; Ludyga/Heintz, aaO. (Fn. 13), S. 310; Ludyga, aaO. (Fn. 9), §§ 1564-1568b BGB Rn. 32.

⁵⁴ Hübner, aaO. (Fn. 22), S. 655; Koch, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts, Bd. II, 3. Aufl., 1858, S. 598.



婚事由中最为恣意者。⁵⁵

普魯士邦法典雖令離婚受有法定事由限制，然於此等寬廣事由下，實際上已趨近於無法定事由之限制。19世紀普魯士內閣即出現嘗試限縮離婚事由之改革，諸如司法部長Savigny之草案。即便最後未能成功改革，然此等限縮離婚事由之態度，強烈影響了1900年德國民法的離婚法制構造。⁵⁶

(二)1900年德國民法

德國於1871年統一後，宗教上涵蓋信仰新教與天主教之地區，民事法律上主要涵蓋適用普魯士邦法典、法國民法典、1865年薩克森民法典與普通法（*Gemeines Recht*）之地區。於適用普通法之地區中，天主教徒並無離婚而僅有別居的機制。⁵⁷制定於1875年之戶籍證書與婚姻法（戶籍法）（*Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung; Reichspersonenstandsgesetz*），第76條廢止了教會就婚姻事項之裁判權，而僅由法院管轄。第77條並規定構成別居事由時，由法院直接宣告婚姻解消，從而廢止了別居制度。經此，即令婚姻事項統一世俗化，並普遍地導入離婚之機

⁵⁵ Förster, aaO. (Fn. 51), S. 574.

⁵⁶ Coing, aaO. (Fn. 32), S. 317f.; Hübner, aaO. (Fn. 22), S. 655f.; Dernburg, aaO. (Fn. 8), S. 83.

⁵⁷ Planck, Begründung des Entwurfs eines Familienrechts für das Deutsche Reich, 1880, S. 1024. 此諸如1756年巴伐利亞邦法典，其第1部分第6章第40條以下並不允許離婚，而僅得於特定事由下別居。Engelmann, in: Staudinger (Begr.), Staudingers Kommentar zum BGB, Bd. IV/1, 3./4. Aufl., 1908, Vorbem. zu § 1564 BGB (a.F.) Tz. 3; Pfirsinger, Das Bayerische Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht in den Gebieten des bayerischen und preußischen Landrechts, 1883, S. 34; Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, oder Neu Verbessert- und Ergänzt- Chur-Bayrisches Land-Recht, Erster Theil, 1759, S. 68ff.



制。1896年制定，1900年生效之德國民法承襲婚姻法制世俗化之立場，並統一離婚之法制。⁵⁸

1900年德國民法第1564條採取允許離婚但受有法定事由限制之立法例，規定限於具有第1565條至第1569條之事由始得離婚，且此須以法院裁判行之。規範上僅有單方離婚而無合意離婚之機制。離婚事由主要採取有責主義，即被請求離婚之他方就婚姻破綻係屬有責之情形。⁵⁹具體有責事由為通姦、重婚與違反自然之性行為（第1565條）、意圖殺害他方（第1566條）、惡意遺棄（第1567條）的情形。概括有責事由規定於第1568條，即因重大違反婚姻所生之義務或因有不名譽或不道德之行為，而對於婚姻關係之重大破綻係屬有責，致無法期待維持婚姻的情形。唯一採取破綻主義之情形，為第1569條之具體破綻事由，即不治之精神疾病持續達3年，且程度上已達停止精神上共同生活者。

德國民法並就離婚事由加以限縮。蓋其排除了原本於普魯士邦法典下所允許以合意作為離婚事由，並刪除「無法克制地厭惡」之寬鬆事由。⁶⁰經此，而大幅偏離了原先於自然法下放寬離婚事由之規範態度，此被認為係向天主教教會妥協。⁶¹再者，相較於1875年

⁵⁸ Hübner, aaO. (Fn. 22), S. 655; Schwerin, aaO. (Fn. 22), S. 280; Ludyga/Heintz, aaO. (Fn. 13), S. 312f.; Hinschius, Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875, 2. Aufl., 1876, S. 197ff.

⁵⁹ Engelmann, aaO. (Fn. 57), Tz. 3; Hübner, aaO. (Fn. 22), S. 656; Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches (Hg.), Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Bd. IV, Familienrecht, 2. Aufl., 1896, S. 567.

⁶⁰ Dernburg, aaO. (Fn. 8), S. 83; Schwerin, aaO. (F. 22), S. 280f.; Ludyga/Heintz, aaO. (Fn. 13), S. 310f.

⁶¹ Ludyga/Heintz, aaO. (Fn. 13), S. 310; Hübner, aaO. (Fn. 22), S. 655.



戶籍法捨棄了別居制度，德國民法於離婚機制外，就夫妻一方有權請求離婚之情形，第1575條令其亦得向法院請求法律上別居，且經別居後夫妻雙方依第1576條仍得請求離婚。別居僅廢止婚姻之共同生活（*Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft*）而不解消婚姻關係，且不得再婚。此所重新導入之別居制度，同樣被認為係向天主教教會讓步。⁶²原本於天主教教會法下係作為天主教徒間替代離婚之別居制度，於此等國家立法下係適用於所有人而不區別其信仰，別居遂成為與離婚並行之制度。⁶³

（三）1938年與1946年德國婚姻法

此等就離婚事由加以限縮之規範態度，直到1938年之婚姻法（*Ehegesetz*）始有重大突破。婚姻法中之離婚規範取代德國民法至1976年。婚姻法並於第84條、第98條廢除向法院請求法律上別居之制度。⁶⁴

1938年婚姻法第47條以下規定離婚事由。具體有責事由為通姦（第47條）、拒絕生殖（第48條）。具體破綻事由為基於精神障礙所生之行為（第50條）、精神疾病（第51條）、傳染疾病或惡疾（第52條）與不孕（第53條）。第54條就此四種具體破綻事由規定苛刻條款，即倘請求離婚於道德上不具正當性者，仍不得請求離婚，而婚姻解消對於他方係不尋常之苛刻時，通常可認為具有此一情形。概括有責事由規定於第49條，即其他重大之婚姻上不當行為、不名譽或不道德之行為，致無法期待回復婚姻共同生活之情

⁶² *Hübner*, aaO. (Fn. 22), S. 655; *Schwerin*, aaO. (Fn. 22), S. 280f.

⁶³ *Stobbe/Lehmann*, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 4, 3. Aufl., 1900, S. 353.

⁶⁴ *Hallamik*, in: *Reichsgerichtsräte* (Hg.), BGB-RGRK, Bd. IV, 9. Aufl., 1940, § 1575 BGB (a.F.) S. 312, § 98 EheG (a.F.) S. 408.



形。惟第2句規定，如請求離婚之一方自己有不當行為，而依其性質致請求離婚於道德上不具正當性時，仍不得請求離婚，此特別是其過咎與他方之不當行為間具有關聯者。⁶⁵

此外，婚姻法首度導入了概括破綻事由，惟限於事實上別居已達3年，並排除主要有責者之離婚請求權。第55條第1項規定，於因婚姻關係之重大無法挽回的破綻，致無法期待回復婚姻共同生活，且夫妻間已停止共同生活達3年時，雙方均得請求離婚。惟於請求離婚之一方係完全或主要有責（*ganz oder überwiegend verschuldet*）時，第2項第1句規定，受請求離婚之他方得就離婚加以異議。亦即，破綻之主要有責一方須經他方異議時，始排除其離婚請求權而不得離婚。僅於依婚姻之本質與雙方之整體行為，可認為維持婚姻於道德上不具正當性時，始得例外依第2項第2句無庸考慮此等異議，而仍得離婚。⁶⁶

二次大戰結束後，1946年重新公布之婚姻法，將概括破綻事由與排除主要有責配偶離婚請求權之規範，移列至第48條第1項至第2項。此外，於佔領盟軍蘇聯之要求下，就基於未成年子女利益而應維持婚姻之情形，增訂第48條第3項排除離婚請求權之規定。⁶⁷ 1961年第48條第2項但書再經修正為，倘就離婚為異議之他方配偶不受婚姻之拘束，且就婚姻之繼續並無可期待之意願時，法院仍得宣告離婚。然由於主要有責之一方幾乎無法證明他方具有此等第2項但書之情事，故其離婚之請求經他方異議時，法院多仍依第2項本文排除其離婚請求權。此外，即便規範上並無合意離婚之機制，

⁶⁵ *Hallamik*, aaO., § 49 EheG (a.F.) S. 340f.

⁶⁶ *Hallamik*, aaO. (Fn. 64), § 55 EheG (a.F.) S. 351f.

⁶⁷ *Wüstenberg*, in: *Reichsgerichtsräte und Bundesrichter* (Hg.), BGB-RGRK, Bd. IV/3, 10./11. Aufl., 1968, § 48 EheG Anm. 257; *Ludyga/Heintz*, aaO. (Fn. 13), S. 316.



倘夫妻雙方存有離婚之合意並聲明放棄上訴時，法院實務上多未再調查有責與破綻之情事即允許離婚，故有改革離婚法制之呼聲。⁶⁸離婚法制於1976年經大幅修正，並回歸民法典中。⁶⁹

(四)1912年瑞士民法

瑞士亦為受新教影響之國家，於信仰新教之州固有離婚與別居之機制，然於信仰天主教之州僅有別居而無離婚之機制，並將離婚之立法權與裁判權委由教會行之。直到1874年之聯邦憲法第58條第2項排除了教會就婚姻事件之裁判權後，1874年之聯邦民事戶籍之確認與證書暨婚姻法（民事戶籍暨婚姻法）（*Bundesgesetz betreffend die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe, ZEG*）導入了統一的離婚機制與法定離婚事由，第47條並有概括破綻事由之規定。⁷⁰

制定於1907年，1912年生效之瑞士民法承襲此等立法，第137條以下採取允許單方離婚但受有法定事由限制的體制，惟並無合意離婚之機制。⁷¹又於離婚機制外，如經證明具有離婚事由時，第

⁶⁸ Weber, in: Koch (Hg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 9, Familienrecht I, 9. Aufl., 2022, vor § 1564 BGB Rn. 12; Rauscher, in: Staudinger (Begr.), Staudingers Kommentar zum BGB, §§ 1564-1568, §§ 1568 a+b BGB, Neubearbeitung, 2018, Vorbem. zu §§ 1564 ff. BGB Rn. 24.

⁶⁹ 參見「肆、六」。

⁷⁰ Huber, aaO. (Fn. 22), S. 342, 346, 348f.; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II/1/1/2, 3. Aufl., 1980, Einl. Rn. 11f.; Egger, aaO. (Fn. 31), Vorbem. vor Art. 137 ZGB (a.F.) Rn. 5f.; Pahud de Mortanges, Schweizerische Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 2017, Rn. 380

⁷¹ Homberger, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., 1943, S. 68; Lüchinger/Geiser, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. I, 1996, Art. 142 ZGB (a.F.) Rn. 4; Tuor/Schnyder/Jungo, in: Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch,



143條、第146條有得向法院請求法律上別居之制度，第148條規定於別居期間經過或滿3年後，夫妻一方除係唯一有責者之情形外，即得請求離婚。⁷²

具體之離婚事由包括：通姦（第137條）、意圖殺害他方、不當對待、重大侮辱（第138條）、犯罪、不名譽的生活方式（第139條）、惡意遺棄（第140條）之具體有責事由，與精神疾病（第141條）之具體破綻事由。

概括之離婚事由規定於第142條第1項規定，如婚姻關係發生重大破綻，致無法期待夫妻繼續婚姻之共同生活者，雙方均得請求離婚。由於此不問受請求離婚之他方就婚姻破綻是否有責，即採取破綻主義。⁷³惟第142條第2項規定，如此等重大破綻主要地可歸責於夫妻之一方（*vorwiegend der Schuld des einen zuzuschreiben*）時，僅他方可請求離婚。申言之，即不允許破綻之主要有責者請求離婚，僅非主要有責者（完全無責或次要有責者）始得請求離婚。⁷⁴學說上指出，有責之考量即經此復展現於離婚請求權人之規範中，

14. Aufl., 2015, § 23 Rn. 6. 然於民法制定前，1874年民事戶籍暨婚姻第45條本有合意離婚之機制。Geiser, in: Geiser/Fountoulakis (Hg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 6. Aufl., 2018, vor Art. 111-134 ZGB Rn. 1; Bühler/Spühler, aaO., Einl. Rn. 12; Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., 2000, Rn. 8.06, 9.06.

⁷² 然於1874年民事戶籍暨婚姻法中，並未令別居為獨立之制度，其僅是法院之暫時性措施。Bühler/Spühler, aaO. (Fn. 70), Einl. Rn. 12.

⁷³ Tuor/Schnyder/Jäggi, Das Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 8. Aufl., 1968, S. 143; Bühler/Spühler, aaO. (Fn. 70), Art. 142 ZGB (a.F.) Rn. 4, 41.

⁷⁴ Bühler/Spühler, aaO. (Fn. 70), Art. 142 ZGB (a.F.) Rn. 115. 於1874年民事戶籍暨婚姻法中，並未排除主要有責者之離婚請求權，惟聯邦法院根據「無人得主張自己不法行為而取得法律上利益」之「禁止權利濫用」的一般法律原則，發展出排除主要有責者之相關實務。1912年民法第142條第2項即將此加以明文化。Egger, aaO. (Fn. 31), Art. 142 ZGB (a.F.) Rn. 13.



而使破綻主義受到限制。⁷⁵

於破綻之主要有責者依此等概括破綻事由請求離婚時，第142條第2項條文文字上展現出，法院即應依職權逕行駁回其離婚請求，而此不取決於受請求離婚者的態度。然學說間與法院實務卻強調，此等規範僅係於訴訟上阻礙（*Klageverhinderung*）而非排除（*Klageausschluß*）主要有責者請求離婚，且此等規範係為受請求離婚之無責或次要有責他方的利益而設，其本得放棄此等利益，倘其明白表示同意主要有責者之離婚請求時，即不排除主要有責者之離婚請求權。⁷⁶再者，倘受請求離婚之他方係毫無意義地維持婚姻的形式且並無值得保護之利益，卻主張須排除主要有責者之離婚請求時，學說與實務上認為此構成權利濫用（*Rechtsmißbrauch*），而仍不得為此等主張。⁷⁷於前揭法院實務下，即令主要有責者仍能有機會請求離婚，而實質上大幅限縮了排除主要有責者規範的適用範圍。

1912年同時期比較法之主要規範中，未見以概括破綻事由作為離婚事由的其他立法，瑞士民法此一規範即屬開創性之立法。直到

⁷⁵ *Bühler/Spühler*, aaO. (Fn. 70), Einl. Rn. 31; *Lüchinger/Geiser*, aaO. (Fn. 71), Art. 142 ZGB (a.F.) Rn. 1; *Tuor/Schnyder/Jäggi*, aaO. (Fn. 73), S. 144; *Hegnauer/Breitschmid*, Grundriss des Eherechts, 3. Aufl., 1993, Rn. 9.05.

⁷⁶ *Egger*, aaO. (Fn. 31), Art. 142 ZGB (a.F.) Rn. 15; *Bühler/Spühler*, aaO. (Fn. 70), Art. 142 ZGB (a.F.) Rn. 132; *Lüchinger/Geiser*, aaO. (Fn. 71), Art. 142 ZGB (a.F.) Rn. 16f.; *Tuor/Schnyder/Jäggi*, aaO. (Fn. 73), S. 144; *Hegnauer/Breitschmid*, aaO., Rn. 9.55.

⁷⁷ *Hegnauer/Breitschmid*, aaO. (Fn. 75), Rn. 9.56; *Bühler/Spühler*, aaO. (Fn. 70), Art. 142 ZGB (a.F.) Rn. 144; *Lüchinger/Geiser*, aaO. (Fn. 71), Art. 142 ZGB (a.F.) Rn. 20f. 學說上另有強調，為避免法律對於忠於婚姻者的保護成為幻影，其主張排除主要有責者之離婚請求權時，將此認定為權利濫用的實務即應有所節制。*Tuor/Schnyder/Jäggi*, aaO. (Fn. 73), S. 144.



1998年大幅修正時，始進一步導入經別居滿一定期間時即得離婚，而無庸具備法定事由之立法例。⁷⁸

六、分 析

(一)由不受限制之離婚自由到受有法定事由限制

羅馬法與古日耳曼法均是從自由離婚而不受限制之規範態度，逐步發展為須受有法定事由限制，然不具法定事由時仍得離婚，僅係另受有不利益。天主教教會法首創離婚須經由法院裁判始得為之，之後方禁止離婚而另以別居制度代替，並發展出不具法定事由時即不得別居的失權效果。

與此相對，新教教會法則重新導入了離婚制度，惟並未回到離婚不受限制的規範態度，而仍令離婚受有法定事由限制，並採取不具法定事由時即不得離婚的失權效果。此等新教教會法之規範態度，直接影響了近代國家立法時，採取允許離婚但須受有法定事由限制之立法例。

(二)來自基督教教義之影響

羅馬法至古典時期離婚無庸具備法定事由，夫妻享有完全之離婚自由。令離婚自由過渡到受有法定事由限制，始於羅馬法後古典時期公元4世紀君士坦丁大帝之立法。此乃肇因於基督教婚姻不得解消之教義對於羅馬帝國之影響，惟世俗國家法制並未全面地對於

⁷⁸ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 7. Aufl., 2022, Rn. 467; Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, S. 17, <https://www.bj.admin.ch> (last visited: 2023.01.01). 並參見「肆、五」。



基督教教義讓步，僅令離婚受有法定限制。此等規範態度經由中世紀初期立法與近代新教教會法所承襲，而延續至近代國家之立法中。

（三）離婚法定事由與別居制度之功能變遷

天主教教會於中世紀取得離婚之立法權後，離婚法制再過渡到根本禁止離婚之法制，惟於具法定事由時得以別居替代離婚。16世紀宗教改革後，新教教會法復允許離婚，惟限於具法定事由時始得為之。經此，羅馬法與古日耳曼法所發展出離婚法定事由之要求，效果上遂由不具法定事由時仍得離婚但受有不利益，蛻變為不具法定事由時不得別居，再經演變為不具法定事由時不得離婚。

近代國家立法導入離婚機制者，1900年德國民法、1912年瑞士民法即於離婚制度外，重新導入於制定民法前本已捨棄之向法院請求別居制度。經此，法律上別居於功能上遂由不允許離婚時之替代機制，蛻變為允許離婚時與離婚平行競合之機制。1938年德國婚姻法復廢除法律上別居制度，然於離婚之概括破綻事由下，須兼備此等破綻並經事實上別居滿3年始得離婚。經此，事實上別居即成為離婚之法定要件，而將別居之事實整合入離婚之過程中。

（四）離婚事由自具體有責事由、概括破綻事由到無須具備事由

就離婚法定事由，首先發展出受請求離婚之他方係屬有責之情形，即採取有責主義者。具體有責事由諸如通姦、意圖殺害他方、惡意遺棄、犯罪之情形。之後並發展出概括有責事由，諸如違反婚姻義務、不當行為之情形。惟亦有不問受請求離婚之他方是否有責之事由，即採取破綻主義者。態樣上首先發展出具體破綻事由，諸如精神疾病、傳染疾病或惡疾之情形。

除了18世紀末普魯士邦法典中曾出現以「無法克制地厭惡」作



為離婚事由外，20世紀亦發展出概括破綻事由之立法例，然限於非主要有責者始得請求離婚。1912年瑞士民法、1938年德國婚姻法即導入婚姻關係存在重大破綻時之離婚事由，前者得直接請求離婚，後者尚須兼備已別居一定期間之要求，惟二者均排除破綻主要有責者之離婚請求權。之後更進一步發展出離婚無須具備法定事由之立法例。1978年奧地利婚姻法即導入於別居6年後即得逕行離婚之規定，且不再排除破綻主要有責者之離婚請求權。

表一 離婚是否受有法定事由限制之規範模式

離婚須具備法定事由（受有法定事由限制）	不具法定事由時不得離婚	有責主義	具體有責事由
			概括有責事由
	破綻主義	具體破綻事由	得直接請求離婚，無須別居
		概括破綻事由（排除／不排除主要有責者）	須存在著破綻且經別居一定期間 經別居一定期間即擬制存在著破綻（實際上無須具備法定事由）
不具法定事由時仍得離婚，但受有不利益			
離婚無須具備法定事由（不受有法定事由限制）	仍受有其他限制		須別居滿一定期間
			須結婚滿一定期間
			須待一定之反省期間經過或別居滿一定期間
亦不受其他限制			

參、近代離婚排除法定事由立法例之再興起與嗣後發展

就採取排除離婚法定事由要求之立法例，即離婚無須具備法定事由者，近代首先重現於1792年法國大革命時期、與1917年俄國十月革命後與前蘇聯時代1926年俄羅斯之立法。此等立法固未被維持



下來，其仍成為近代離婚無須具備法定事由的濫觴。以下謹就此等離婚無須具備法定事由之立法與嗣後發展加以介紹。

一、法國大革命後離婚法定事由之放棄與嗣後發展

(一) 1792年大革命時期幾近無法定事由限制之立法

於1789年法國大革命前之舊體制下，由於天主教係國教，教會基於婚姻之不可解消性，認為離婚制度與此概念相違背而不允許離婚，故僅有別居制度。⁷⁹然於大革命至拿破崙掌權前之大革命時期，即過渡時期之法制（*droit intermédiaire*）下，規範有了重大變化。

因婚姻世俗化而使婚姻事件全面歸國家管轄之同時，立法會議（*Assemblée nationale*）於1792年9月20日制定之離婚法（*Loi qui détermine les causes, le mode & les effets du divorce*）中，首度導入離婚制度，第1章第7條並廢除了別居制度。⁸⁰離婚法於前言中視婚姻僅為民事契約（*contrat civil*）。⁸¹從而，除第1章第2條、第2章第1條之合意離婚外，夫妻並有權單方終止該契約逕行離婚，而此等權能係基於個人自由所生。就單方離婚，除第1章第4條、第2章第15條受有不名譽刑之宣告、虐待、道德荒淫之行為、遺棄、心神

⁷⁹ Jacques Foyer, *The Reform of Family Law in France*, in *THE REFORM OF FAMILY LAW IN EUROPE* 75, 101-02 (Aleck G. Chloros ed., 1978).

⁸⁰ JOHN HALL STEWART, *A DOCUMENTARY SURVEY OF THE FRENCH REVOLUTION* 333-37 (1952); JEAN BRISSAUD, *A HISTORY OF FRENCH PRIVATE LAW* 149 (1912); *Ferid*, in: *Ferid/Sonnenberger* (Hg.), *Das Französische Zivilrecht*, Bd. 3, 2. Aufl., 1987, Rn. 4 B 405.

⁸¹ 此源於1791年之憲法第2章第7條規定：「法律上婚姻僅能是民事契約。」 STEWART, *id.* at 230, 234; RODERICK PHILLIPS, *PUTTING ASUNDER: A HISTORY OF DIVORCE IN WESTERN SOCIETY* 176 (1988).



喪失、失蹤等具體有責或破綻事由外，第1章第3條、第2章第8條規定，亦得基於夫妻間「主張脾氣或性格上不相容」（*simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère*）此等概括破綻事由而離婚，而此無庸另外說明其原因。⁸²

申言之，於夫妻雙方達成離婚合意，或於一方逕行主張存在著脾氣性格上不相容時，均構成離婚事由，而能享有離婚自由。⁸³於此二種情形，程序上經召開親屬會議調解而不成立時，依離婚法第2章第5條、第14條即得請求戶政官員頒發離婚證書。亦即，無庸經由法院宣告即得離婚。於「脾氣或性格上不相容」此等幾近不受控制之概括破綻事由下，即便規範形式上仍有法定離婚事由，然實質上已放棄以此限制單方離婚，離婚即不受限制。

(二)1804年法國民法導入具體法定事由

1804年3月制定之法國民法仍維持離婚制度，且有單方離婚與合意離婚之機制，惟均須向法院請求離婚（舊法第234條）。於合意離婚時，尚受限於須能證明不能忍受共同生活，並因此有充分理由離婚之情形（舊法第233條）。於單方離婚時，亦受限於受請求離婚之他方存在著具體有責事由，即通姦（舊法第229條、第230條）、殺害、不當對待或重大侮辱（舊法第231條）與受有不名譽刑之宣告（舊法第232條）。學說上強調，此為大革命前不得離婚體制與大革命時期自由離婚體制間的折衷，與某種程度的對於教會之妥協。⁸⁴

⁸² *Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., 1996, S. 81; *Coing*, aaO. (Fn. 32), S. 317; *PHILLIPS*, *id.* at 178.

⁸³ *Foyer*, *supra* note 79, at 102.

⁸⁴ *Ferid*, aaO. (Fn. 80), Rn. 4 B 405; *Anne Boigeol, Jacques Commaille & Louis Roussel, France*, in *DIVORCE IN EUROPE* 147-48 (Robert Chester ed., 1977).



於離婚機制外，民法復導入於大革命時期經廢除之別居制度。⁸⁵於具有得請求離婚之特定事由時，夫妻之一方亦得向法院請求法律上別居（舊法第306條）。基於妻通姦以外之原因經法院宣告別居3年後，即便是被請求別居者，亦得向法院請求離婚（舊法第310條）。經此，於存在著離婚之法定事由時，別居制度即與離婚制度平行並存。

拿破崙垮臺後之復辟時期，一方面回復天主教為國教，另一方面以1816年5月8日之法律第1條第1項廢除離婚制度，第2項以法院宣告之別居取代離婚。直至第三共和時期1884年7月，在國會議員Alfred Naquet之倡議下，民法始重新導入單方離婚之機制，然仍僅限於通姦、殺害、不當對待或重大侮辱與受刑之宣告具體特定事由。惟基於離婚乃處理婚姻關係之最後手段，並未恢復合意離婚機制。⁸⁶

（三）1975年具體與概括法定離婚事由並存

1975年7月離婚法制經大幅修正。第229條規定，得請求法院離婚之法定事由主要分為三種類型：合意離婚、他方過失、共同生活之破裂（*rupture de la vie commune*）。⁸⁷經此，而重新導入合意離婚制度。

單方離婚之規範結構為有責與破綻事由並列，且均有具體與概括事由。第243條為具體有責事由，即他方受特定刑之宣告的情形。第242條為概括有責事由，即有可歸責於他方之重大且反覆違反婚姻義務的事實，致無法忍受共同生活之存續的情形。第245條並規定，請求離婚一方之過失不阻礙其離婚請求的審查。

⁸⁵ Foyer, *supra* note 79, at 102.

⁸⁶ Foyer, *id.* at 102; *Ferid*, aaO. (Fn. 80), Rn. 4 B 405f.

⁸⁷ Foyer, *id.* at 107; JOHN H. CRABB, *FRENCH CIVIL CODE* 42 (rev. ed. 1995).



規範上最重大的改變，為增訂不問受請求離婚之他方是否有責，而得向法院請求離婚之破綻事由。⁸⁸第238條為具體破綻事由，即他方精神狀態重大改變之情形。惟倘離婚將對於他方之疾病產生重大影響時，法院應駁回原告之離婚請求。第237條為概括破綻事由，即夫妻間事實上別居（*séparés de fait*）已達6年時，夫妻之一方始得以共同生活持續破裂為由請求離婚。亦即，要件上須兼備共同生活破裂與別居期間經過。第240條另有「苛刻條款」之離婚限制，即原告請求離婚時，如考慮到他方之年齡與婚姻之存續期間，離婚將對於他方或子女造成財產或非財產上異常苛刻之情事時，法院應駁回原告之離婚請求。

④2004年以別居期間經過作為法定事由

2004年離婚法制再經大幅修正。第229條將離婚事由區分為：
1. 夫妻雙方合意離婚，而就婚姻破裂與離婚之效果達成合意之情形；
2. 雙方接受婚姻已破裂（*acceptation du principe de la rupture du mariage*），即夫妻僅就婚姻破裂達成合意，然未就離婚之效果達成合意之情形；
3. 他方過失；
4. 婚姻關係已確定改變（*altération définitive du lien conjugal*），即婚姻共同生活存在著破裂。⁸⁹於離婚機制外，就得請求離婚之情形，第296條仍保留了向法院請求法律上別居之制度。第306條規定經別居2年後，夫妻之一方即得請求離婚，第307條規定經別居後，得隨時經合意而請求離婚。

就單方向法院請求離婚，現行法採取概括有責事由與概括破綻

⁸⁸ Foyer, *id.* at 107.

⁸⁹ Junggeburth, in: Kaiser/Schnitzler/Schilling/Sanders (Hg.), *NomosKommentar BGB*, Bd. 4, Familienrecht, 4. Aufl., 2021, Länderbericht Frankreich Rn. 69ff.; Frédérique Granet-Lambrechts, *Introductory note to Family Law*, in *FRENCH CIVIL CODE* 53, 55-56 (Michel Sejean ed., 2020).



事由並列之體例。概括有責事由為須具有可歸責於他方之重大且反覆違反婚姻義務的事實，致無法維持共同生活者（第242條）。概括破綻事由經修正為，須婚姻關係已確定改變時，夫妻之一方得請求離婚（第237條）。而婚姻關係已確定改變，係指於請求離婚時別居（*vivent séparés*）已達1年而停止共同生活者（第238條第1項）。舊法第240條之苛刻條款則經刪除。⁹⁰

其中，1975年舊法第237條事實上別居6年之期間，2004年於第238條縮短至2年，2019年再縮短至1年。⁹¹再者，有別於1975年舊法下，別居6年與婚姻破裂係分別獨立之要件，於2004年與2019年修正後，別居達1年即構成婚姻關係已改變之情事。法國學說上即強調，於此等法定定義下，此僅以別居期間經過之事實作為婚姻關係已確定改變之唯一證據，而使離婚能成為真正的權利。⁹²此即以別居期間之經過作為離婚法定事由，且就別居並未要求須具備法定事由。究其實際，於別居期間經過時，實際上重返1792年至1804年間離婚無須具備法定事由之立法例。

(五)小 結

1792年大革命時期導入離婚法制之初，本係採取幾近無法定離婚事由限制的立法例而享有離婚自由。然於1804年法國民法中，單方離婚限於具備具體有責事由始得為之。1975年增訂之概括破綻事由則尚有須經事實上別居一定期間之要求。2004年規範上逕將概括破綻事由定義為一定別居期間之經過，即以別居期間之經過作為離

⁹⁰ Ferrand, in: *Kaiser/Schnitzler/Friederici* (Hg.), *AnwaltKommentar BGB*, Bd. 4, *Familienrecht*, 2005, *Länderbericht Frankreich* Rn. 42.

⁹¹ Döbereiner, in: *Süß/Ring* (Hg.), aaO. (Fn. 48), *Länderbericht Frankreich* Rn. 165.

⁹² Hugues Fulchiron, *The New French Divorce Law*, in *INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW* 201, 245-46 (Andrew Bainham ed., 2005 ed. 2005).



婚法定事由。此即部分地導入離婚無須具備法定事由之立法例，並展現出放寬離婚可能性的立法趨勢。

二、俄國大革命後離婚法定事由之放棄與再導入

(一)大革命前離婚受有法定事由限制

俄國與所信仰之東正教教會本允許離婚，離婚相較於同時期之西歐國家容易。由世俗法所發展出之離婚事由不僅未受到東正教教會的反對或質疑，反而影響東正教教會對於離婚的態度。再者，俄國亦未發展出相當於天主教國家中向法院請求別居之制度。⁹³

於莫斯科大公國時期，即發展出包括通姦在內之離婚事由。至帝俄時期，離婚仍由國家管轄，惟19世紀時逐步限縮離婚事由。1832年公布，於1835年生效之法規匯編（Svod zakonov）第10卷第1部分為民法規範，第37條將離婚事項委由東正教教會管轄，之後移列至第45條而就通姦、受刑之宣告與失蹤等離婚事由為規範。1850年東正教教會確立了離婚事由限於通姦、性無能、經刑事法院剝奪配偶地位、失蹤5年或進入修道院之具體事由，且離婚僅能經由教會法院裁判行之。⁹⁴亦即，大革命前之俄國雖允許離婚，惟受有法定事由之限制。再者，國家亦滿足於將離婚交由教會管轄，並

⁹³ WESTERMARCK, *supra* note 28, at 333-34; *Engelmann*, *Russland*, S. 708, 746. 於東正教教會下，別居僅是暫時性的措施。BURGE, RENTON & PHILLIMORE, *supra* note 27, at 812.

⁹⁴ WILLIAM E. BULTER, *RUSSIAN FAMILY LAW* 6-7 (2015); FERDINAND J. M. FELDBRUGGE, *A HISTORY OF RUSSIAN LAW: FROM ANCIENT TIMES TO THE COUNCIL CODE (ULOZHENIE) OF TSAR ALEKSEI MIKHAILOVICH OF 1649*, at 937-38 (2018); VLADIMIR GSOVSKI, *SOVIET CIVIL LAW*, VOL. 1, at 19 (1948); V. Foucher, *Code civil de l'empire de Russie*, Rennes, Blin, 1841, p.13; *Klibanski*, *Codex des Civilrechts (Russisches Zivilgesetzbuch)*, 1902, S. IV, 7; *Gebhard*, *Russisches Familien- und Erbrecht*, 1910, S. 18.



就教會法院之裁判賦予效力。⁹⁵

(二)1917年與1918年導入無法定事由限制之立法

1917年俄國十月革命後，12月俄羅斯首先頒布命令，令民事婚為唯一的婚姻形式，即令婚姻事項自教會移轉至國家管轄。此外，並就離婚單獨頒布命令，第1條與第2條令單方或合意離婚由地方法院管轄，惟合意離婚亦得由婚姻登記主管機關管轄。⁹⁶學說上強調，於此一命令下，法院無須審酌離婚之原因即得宣告離婚，而不得駁回離婚之聲請。⁹⁷此即成為近代無須具備法定離婚事由即得單方請求離婚之濫觴。

於此基礎上，1918年9月制定之民事身分、婚姻、家庭與監護法規定，離婚得由夫妻一方或雙方行之，且無庸說明其理由，單方離婚須經由法院裁判，合意離婚則依第91條得向法院或婚姻登記主管機關為之。⁹⁸由於第88條以下單方離婚並無法定事由之要求，而導入了不受限制的離婚自由。⁹⁹

⁹⁵ PETR IVANOVICH SEDUGIN, *NEW SOVIET LEGISLATION ON MARRIAGE AND THE FAMILY* 50 (1973); WILLIAM E. BULTER, *SOVIET LAW* 203 (2d ed. 1988).

⁹⁶ YURI AKHAPKIN, *FIRST DECREES OF SOVIET POWER* 63 (1970); RUDOLF SCHLESINGER, *THE FAMILY IN THE U.S.S.R.* 30 (1948); *Sverdlov*, *Das Eherecht der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken*, S. 561, 601.

⁹⁷ Tibor Pap, *The Reform of Family Law in the Socialist States*, in *THE REFORM OF FAMILY LAW IN EUROPE* 227, 242 (Aleck G. Chloros ed., 1978); GSOVSKI, *supra* note 94, at 111.

⁹⁸ BULTER, *supra* note 95, at 204-05; *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Bd. I, 1971, S. 367; *THE RUSSIAN SOVIET GOVERNMENT BUREAU, THE MARRIAGE LAWS OF SOVIET RUSSIA* 42 (1921); GSOVSKI, *id.* at 20; *Bergmann*, aaO. (Fn. 40), S. 587.

⁹⁹ *Zweigert/Kötz*, aaO., S. 367; *Freund*, *Das Zivilrecht in der Sowjetunion*, Abt. I/1, 1927, S. 12.



經此，欲離婚之一方即得逕行解消婚姻。學說上強調其規範背景，為對於大革命前迫於經濟等事由而結婚之婦女而言，此等完全的離婚自由即特別重要。過去立法所造成婦女於婚姻與家庭中之性別不平等，將能因導入離婚自由而使其自此等枷鎖中解放出來。再者，立法者亦欲揮別大革命前對於個人自由之限制，特別是於離婚程序對於女性尊嚴之傷害。¹⁰⁰

(三) 1926年之立法與1944年命令之承襲

1922年蘇聯成立後，1926年11月俄羅斯重新制定之婚姻、家庭與監護法仍維持離婚自由的規範態度。再者，無論是單方或合意離婚，均得逕向婚姻登記主管機關為登記，而由其取得完整之管轄權。惟夫妻間是否進行此等離婚登記，規範上係採取彈性之態度，離婚登記僅具宣示與舉證之效果。經此，規範上將婚姻更進一步「去國家化」，離婚基於夫妻間合意或單方逕就其生活為特定之事實上安排即已足。¹⁰¹

1926年俄羅斯婚姻、家庭與監護法第18條規定，婚姻得基於夫妻雙方合意或單方之主張而解消。申言之，離婚既無須經由國家之裁判或登記等協力，亦無列舉之法定離婚事由的要求。¹⁰²亦即，透過事實上別居即得解消婚姻關係。而此等經夫妻之一方請求即自動發生離婚效果之機制，學說上視為此等立法的特徵。¹⁰³經此，離婚僅須處於事實上別居狀態即已足，既無庸具備法定事由，亦無

¹⁰⁰ SEDUGIN, *supra* note 95, at 10, 50-51.

¹⁰¹ BULTER, *supra* note 95, at 206; Zweigert/Kötz, aaO. (Fn. 98), S. 369; Freund, aaO. (Fn. 99), S. 17.

¹⁰² Sverdlov, aaO. (Fn. 96), S. 601ff.; Freund, aaO. (Fn. 99), S. 30; CO-OPERATIVE PUBLISHING SOCIETY OF FOREIGN WORKERS IN THE USSR, THE SOVIET LAW ON MARRIAGE 15 (1932); Bergmann, aaO. (Fn. 47), S. 677.

¹⁰³ SCHLESINGER, *supra* note 96, at 18.



須經由主管機關登記或法院裁判，而使離婚更為自由。

然此等規範並未被維持下來。首先，蘇聯於1944年7月8日所頒布之命令第23條以下，令單方離婚重新導入須以法院裁判行之，此並於1945年導入俄羅斯婚姻法第18條以下。¹⁰⁴此外，政策上亦相當程度地緊縮了離婚之可能性。1944年命令中固未要求離婚須具備特定之事由，惟法院實務上卻要求須形成新的關係時始得離婚，而此等法院實務直至1950年代始經鬆綁。再者，於下述1968年修法時，合意離婚重新導入了須向婚姻登記主管機關為登記之要件。¹⁰⁵

(四)1968年概括法定事由之導入

蘇聯於1968年制定婚姻與家庭基本法，各共和國如俄羅斯即於1969年據此制定其法制。就單方離婚，於1968年基本法下，夫妻之一方得於第14條第8項特定事由下逕行申請離婚登記，即所謂「行政離婚」(administrative divorce)。¹⁰⁶此等事由包括他方經法定程序宣告失蹤、因精神疾病經宣告無行為能力、經判處3年以上有期徒刑者。¹⁰⁷

然單方離婚於其他之情形，僅得透過法院裁判行之。第14條第4項規定，法院僅於夫妻未來之共同生活與維繫家庭係屬不可能時，始得宣告離婚。其他限制則規定於第14條第5項，於妻懷孕中

¹⁰⁴ SCHLESINGER, *id.* at 374; SEDUGIN, *supra* note 95, at 52; GSOVSKI, *supra* note 94, at 122-23; VLADIMIR GSOVSKI, *SOVIET CIVIL LAW*, VOL. 2, at 246-48 (1949).

¹⁰⁵ BULTER, *supra* note 95, at 206; *Zweigert/Kötz*, aaO. (Fn. 98), S. 369.

¹⁰⁶ Masha Antokolskaia, *Divorce Law in a European Perspective*, in *EUROPEAN FAMILY LAW*, VOL. III, at 41, 62 (Jens M. Scherpe ed., 2016).

¹⁰⁷ BULTER, *supra* note 95, at 210; SEDUGIN, *supra* note 95, at 55; *Geilke*, in: *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hg.), *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, 90. Lieferung, 1986, Länderbericht UdSSR S. 57f.



或分娩後1年內，如未經妻之同意，夫不得請求離婚。¹⁰⁸經此修正，夫妻之一方限於須具備概括破綻事由時，始得向法院請求離婚，而告別了自1918年以來無須具備法定事由的離婚自由狀態。

(五)1995年俄羅斯現行法之承襲

蘇聯解體後，俄羅斯1995年制定之聯邦家庭法大致上仍承襲1968年之離婚規範。第19條規定向婚姻登記主管機關為離婚登記之情形，第1項規定雙方合意離婚且無未成年子女者。第2項規定單方請求為離婚登記，仍限於他方經法院宣告失蹤等具體特定事由。¹⁰⁹

第21條以下規定向法院請求離婚之情形。第23條第1項為雙方合意離婚但有共同未成年子女者，且規定法院無庸審酌離婚之理由。第22條為單方請求離婚，第1項仍規定，法院於夫妻未來之共同生活與維繫家庭係屬不可能時，始得宣告離婚。¹¹⁰經此，現行法就單方向法院請求離婚之情形，仍須具備概括破綻事由，而未回復至1918年至1969年間不受法定離婚事由限制的狀態。

(六)小 結

俄國大革命前之單方離婚本須具備特定之離婚事由，1918年至1968年間則揚棄離婚事由之限制，1926年至1944年間更無庸經法院裁判。俄羅斯1995年現行法之單方離婚區分為兩種情形：向法院請求離婚時，須具備概括破綻事由；向主管機關請求為離婚登記時，則限於具體事由。經此，現行法係處於革命前須具備具體事由與革

¹⁰⁸ BULTER, *id.* at 210; SEDUGIN, *id.* at 53; PROGRESS PUBLISHERS, FUNDAMENTALS OF LEGISLATION OF THE USSR AND THE UNION REPUBLICS 337, 343 (1974); Ferdinand J. M. FELDBRUGGE, RUSSIAN LAW: THE END OF THE SOVIET SYSTEM AND THE ROLE OF LAW 298 (1993); Geilke, aaO., Länderbericht UdSSR S. 57.

¹⁰⁹ BULTER, *supra* note 94, at 63-65.

¹¹⁰ *Id.* at 69-71.



命後無庸離婚事由之折衷立法例。

肆、近年立法離婚無須法定事由或緩和離婚事由之趨勢

近年之立法再度出現離婚無須具備法定事由之趨勢。此有要求須經別居一定期間者，如前述奧地利1978年之立法，與下述西班牙、挪威、瑞士之立法，或有要求結婚須滿一定期間者，如西班牙之立法，或有規定離婚於反省期間經過後始生效者，如瑞典與芬蘭之立法。德國1976年規範上以別居一定期間經過來擬制存在著破綻，而荷蘭於法院實務上廣泛運用推定制度，此實質上均緩和了離婚規範中之法定事由要求。以下謹就此等規範加以闡述。

一、西班牙民法1981年導入無法定事由限制之離婚

(一) 1981年始導入離婚機制

制定於1889年之西班牙民法本無離婚制度，僅1932年至1939年間曾短暫地以特別法導入離婚機制。¹¹¹於政體轉換後，1978年起就婚姻事項開啟了世俗化之過程，1981年於民法中導入離婚制度。¹¹²第85條規定，婚姻因夫妻一方之死亡、死亡宣告與離婚而消滅。

於離婚機制外，第81條仍保留了向法院聲請法律上別居之制度，包括第1款結婚已滿1年且經夫妻雙方合意聲請，及第2款由一方聲請而他方構成第82條遺棄、通姦、侮辱、受刑之宣告等具體有責別居事由。¹¹³此形成離婚與別居制度平行並存之狀態。

¹¹¹ 參見「貳、四、(三)」。

¹¹² *Ibán*, Einführung in das spanische Recht, 1995, S. 209, 211f.; *Reckhorn-Hengemühle*, in: *Kaiser/Schnitzler/Friederici* (Hg.), aaO. (Fn. 90), Länderbericht Spanien Rn. 2.

¹¹³ *Ibán*, aaO., S. 211; *Peuster*, Códico Civil: Das Spanische Zivilgesetzbuch, 2002, S.



(二)事實上別居已滿5年時離婚無須具備法定事由

第86條規定五款離婚事由，而採取離婚受有事由上限制的規範態度。第86條第5款為得直接請求離婚之情形，即他方意圖殺害配偶、其直系尊親屬或卑親屬而經終局判決確定者，此屬具體有責之離婚事由。¹¹⁴第86條第1款至第4款則規定，倘經法律上或事實上別居滿一定期間並符合相關要件時，亦得離婚。此即大幅擴張了離婚之可能性。¹¹⁵

別居一定期間經過始得離婚之情形，第86條第1款與第2款分別為夫妻雙方合意與單向法院聲請別居，且均須自聲請別居時起停止婚姻共同生活持續滿1年者。於第1款雙方合意聲請別居之情形，並須結婚已滿1年。第86條第3款a點為夫妻雙方合意為事實上別居，b點為夫妻一方逕為事實上別居而他方構成別居之事由，且均須停止婚姻共同生活連續滿2年者。¹¹⁶第86條第4款為停止婚姻共同生活滿5年時，夫妻任一方即得請求離婚。學說上強調，由於第4款之單方離婚方式極為簡便，實際上已成為無庸具備法定事由且無庸先向法院聲請法律上別居之自由離婚。¹¹⁷

經此，單方離婚即呈現出，倘未經別居或別居未滿前揭期間時，限於具備他方意圖殺害之法定事由的情形，始得離婚。倘經法律上別居滿1年，或經事實上別居滿2年但未滿5年時，別居須具備

67ff.; JULIO ROMAÑACH, JR., CIVIL CODE OF SPAIN 35-36 (1994).

¹¹⁴ Gabriel García Cantero & Joaquín Rams Albesa, *Spain*, in INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS, FAMILY AND SUCCESSION LAW, VOL. 4, at 130 para. 193 (Walter Pintens ed., 1999).

¹¹⁵ *Ibán*, aaO. (Fn. 112), S. 212.

¹¹⁶ *Reckhorn-Hengemühle*, aaO. (Fn. 112), Länderbericht Spanien Rn. 16; García Cantero & Rams Albesa, *supra* note 114, at 128-29 paras. 188-91.

¹¹⁷ García Cantero & Rams Albesa, *supra* note 114, at 129 para. 192.



第82條之具體有責事由者，始得離婚。僅事實上別居滿5年時，無庸具備任何事由即得離婚。

(三)2005年導入離婚無須具備法定事由

2005年離婚法制再經大幅修正。現行法第86條規定，於符合第81條別居規範之要件時，基於夫妻間單方聲請或雙方合意，由法院裁判離婚。¹¹⁸單方離婚即不再規定須別居一定期間，僅準用下述別居規範之要件，且離婚與別居規範均已刪除法定事由之要求。經此，既無庸經別居，亦無庸具備法定事由即得離婚。又依2015年增訂之第87條，夫妻雙方亦得透過簽署和解契約或公證契約來離婚，而增加了法院裁判外之離婚途徑。¹¹⁹

(四)離婚僅受有須結婚滿3個月之限制

申言之，離婚所準用別居規範，第81條規定倘有未成年子女時，別居須經由法院裁判為之。第81條第1項第1款與第2款規定於結婚滿3個月後，夫妻間得合意與單方聲請別居。惟如請求別居者或子女之生命、身體、自由、精神或性自主受有危險時，單方聲請別居即不受此一結婚期間之限制。又依2015年所增訂之第82條規定，倘無未成年子女時，於結婚3個月後，亦得透過簽署和解契約或公證契約來進行別居。¹²⁰

由於離婚所準用之別居規範僅有須結婚已滿3個月之要件，離婚因此僅受有須結婚已滿3個月之限制。¹²¹現行法就單方離婚即呈

¹¹⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA, SPANISH CIVIL CODE 34 (2016 ed. 2016); *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch, 6. Aufl., 2019, S. 48; *Huzel*, aaO. (Fn. 48), Länderbericht Spanien Rn. 62.

¹¹⁹ *Huzel*, aaO. (Fn. 48), Länderbericht Spanien Rn. 67.

¹²⁰ *Huzel*, aaO. (Fn. 48), Länderbericht Spanien Rn. 55, 58.

¹²¹ *Huzel*, aaO. (Fn. 48), Länderbericht Spanien Rn. 62; *Reckhorn-Hengemühle*, in:



現出，倘結婚已滿3個月時，離婚無須具備任何法定事由。僅於結婚未滿3個月而欲立即離婚時，始須具備生命身體受有危害之法定事由。

二、瑞典婚姻法1973年導入無法定事由限制之離婚

(一)1920年婚姻法離婚須具備法定事由

制定於1915年，1920年重新公布之瑞典婚姻法（*Giftermålsbalken*）舊法，離婚法制規定於第11章。¹²²得請求立即離婚（*immediate divorce*）之情形，為他方具有惡意遺棄、通姦、意圖殺害、不當對待或精神疾病等之具體有責或具體破綻事由（第11章第5條至第13條）。須經別居一定期間始得請求離婚之情形，首先為曾由法院裁判別居且經法律上別居滿1年者（第11章第3條）。再者，於婚姻具有破綻且經事實上別居滿3年時，亦得請求離婚（第11章第4條前段），然僅一方欲離婚時，倘考量到其行為或其他特別情事，可認為不離婚係屬公平者，法院仍得駁回離婚之請求（第11章第4條後段）。經此，即導入基於概括事由而排除離婚請求權的機制。於離婚機制外，如婚姻具有破綻且夫妻雙方合意時（第11章第1條），或於具備具體有責事由或具備破綻時（第11章第2條），並有向法

Kaiser/Schnitzler/Schilling/Sanders (Hg.), aaO. (Fn. 89), *Länderbericht Spanien* Rn. 31.

¹²² Maja Kirilova Eriksson & Johanna Schiratzki, *Sweden*, in *INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS, FAMILY AND SUCCESSION LAW*, VOL. 4, at 20 para. 12 (Walter Pintens ed., 2001); LESTER BERNHARDT ORFIELD, *THE GROWTH OF SCANDINAVIAN LAW 291-92* (1953); Maarit Jänträ-Jareborg, *Sweden*, in *EUROPEAN FAMILY LAW IN ACTION, VOLUME I: GROUNDS FOR DIVORCE 52* (Katharina Boele-Woelki, Bente Braat & Ian Sumner eds., 2003).



院請求法律上別居之制度。¹²³

經此，單方離婚即呈現出，雖得基於法律上或事實上別居一定期間經過而請求離婚，惟此等別居本須具備有責或破綻事由，離婚即仍受有法定事由之限制。於未經別居一定期間時，僅限於具備法定事由始得離婚。故而，離婚均須具備法定事由。

(二) 1973年導入離婚無須具備法定事由

1973年修正時，刪除了離婚法定事由之要求，而於第11章第1條至第3條導入了離婚無須具備法定事由之規範，離婚僅受有6個月之反省期間（*betänketid*; *reconsideration period*）限制。蓋立法者認為，婚姻繼續存續之基礎在於夫妻之自由意願，而應尊重夫妻一方欲解消婚姻之意思。¹²⁴再者，認定與調查離婚事由之存否，將傷害夫妻與子女之未來生活並侵害其隱私。¹²⁵此外，向法院請求法律上別居之制度亦經刪除。¹²⁶

¹²³ *Boschan*, *Europäisches Familienrecht*, 5. Aufl., 1972, S. 457f.; *Bergmann*, aaO. (Fn. 47), S. 625ff.; *Simson*, *Das Eherecht Schwedens*, S. 171, 203ff.; *Nesemann*, *Die schwedische Familiengesetzgebung von 1734 bis zu den Reformgesetzen von 1915 bis 1920 und deren Einfluss auf die Gesetzgebungsprojekte der Weimarer Republik*, 2003, S. 443, 468-471; *Lind*, *Das Zivilrecht der nordischen Länder*, Abt. I/4a, *Schwedisches Familien- und Erbrecht*, 1939, S. 13f., 74f.; *Ake Lögdberg*, *The Reform of Family Law in the Scandinavian Countries*, in *THE REFORM OF FAMILY LAW IN EUROPE* 201, 204-05 (Aleck G. Chloros ed., 1978); *Jan Trost*, *Sweden*, in *DIVORCE IN EUROPE* 35 (Robert Chester ed., 1977); *Johan Thorsten Sellin*, *MARRIAGE AND DIVORCE LEGISLATION IN SWEDEN* 54, 78-80, 136-38 (1922).

¹²⁴ *Eriksson & Schiratzki*, *supra* note 122, at 75 para. 97; *Lögdberg*, *id.* at 203, 205; *Lars Tottie*, *Family Law*, in *AN INTRODUCTION TO SWEDISH LAW* 179, 182 (Stig Strömholm ed., 1981); *Åke Saldeen*, *Family Law*, in *SWEDISH LAW: A SURVEY* 359, 361 (Hugo Tiberg, Fredrik Sterzel & Pär Cronhult eds., 1994).

¹²⁵ *Lögdberg*, *id.* at 205-06.

¹²⁶ *Jänterä-Jareborg*, *supra* note 122, at 52.



(三) 1987年婚姻法離婚仍僅受有6個月之反省期間限制

現行瑞典婚姻法（Äktenskapsbalken, ÄktB）制定於1987年，而於1988年生效，仍承襲1973年之規範。依婚姻法第1部分第1章第5條，婚姻因死亡或離婚而解消。¹²⁷其於尊重夫妻間解消婚姻意思之基礎上，仍令離婚無須受有法定事由限制。惟於單方離婚或有未成年子女時，令離婚之時點受有限制，即須待6個月之反省期間經過。¹²⁸除反省期間外，離婚既無須經別居滿一定期間，且未限制須結婚滿一定期間，亦無須具備法定事由。學說上並強調，法院不得依職權調查離婚之原因。¹²⁹於離婚機制外，並無法律上別居之機制。¹³⁰

於單方聲請離婚之情形，依第5章第2條須待反省期間經過後始得離婚。於夫妻間合意離婚之情形，如夫妻之一方有同住且對之享有親權之十六歲以下子女時，或夫妻間合意請求適用反省期間之規定時，依第5章第1條，亦受有反省期間之限制。學說上強調，此無須是夫妻之共同子女，亦無須雙方對之共同享有親權。¹³¹倘夫妻於合意離婚之情形無此等子女時，即不受反省期間限制，經向法院聲請即得離婚。¹³²

¹²⁷ Giesen, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hg.), aaO. (Fn. 107), 222. Lieferung, 2017, Länderbericht Schweden S. 55.

¹²⁸ Firsching, in: Süß/Ring (Hg.), aaO. (Fn. 48), Länderbericht Schweden Rn. 130.

¹²⁹ Lars Tottie, *Family Law*, in AN INTRODUCTION TO SWEDISH LAW 201, 204 (Stig Strömholm ed., 2d ed. 1988).

¹³⁰ Eriksson & Schiratzki, *supra* note 122, at 75 para. 96; Gunilla Olsson & Johan Sarvik, *Sweden*, in FAMILY LAW: A GLOBAL GUIDE FROM PRACTICAL LAW 1025, 1033 (James Stewart ed., 5th ed. 2021).

¹³¹ Firsching, aaO. (Fn. 128), Länderbericht Schweden Rn. 135; Tottie, *supra* note 129, at 204.

¹³² Firsching, aaO. (Fn. 128), Länderbericht Schweden Rn. 131.



反省期間依第5章第3條第2句為6個月。其規範目的係為避免倉促離婚，並使夫妻間能有機會進行和解。¹³³於此等反省期間內，並未要求夫妻間須為別居。¹³⁴依第5章第3條規定，反省期間係自離婚聲請送達他方時或共同聲請離婚時起算。於反省期間經過後，須由夫妻之一方對於法院提出其仍欲離婚之聲請時，法院始得為離婚之判決。如自反省期間起算時起1年內未為此等聲請時，原離婚之聲請即失其效力。¹³⁵

惟第5章第4條規定，於夫妻間已別居2年時，不受6個月之反省期間之限制。亦即，並無於特定事由下得免受反省期間限制之規範。瑞典學說上即強調，即便係受到他方不當對待時，仍須待反省期間經過始得離婚，而無法如舊法下得立即離婚。¹³⁶

經此，單方離婚並未受有法定事由之限制。然於未為事實上別居或別居未滿2年時，仍須於6個月之反省期間經過後始得離婚。僅於別居滿2年時，始無庸受此等反省期間之限制。

三、芬蘭婚姻法1987年導入無法定事由限制之離婚

(一)1929年婚姻法離婚須具備法定事由

制定於1929年之芬蘭婚姻法（*avioliittolaki*），離婚本受有法定事由之限制，第70條以下規定得立即離婚之具體有責事由與精神疾病等具體破綻事由。又於婚姻具有破綻且經事實上別居滿2年之

¹³³ Eriksson & Schiratzki, *supra* note 122, at 75-76 para. 98; Saldeen, *supra* note 124, at 361.

¹³⁴ *Firsching*, aaO. (Fn. 128), *Länderbericht Schweden* Rn. 136; Tottie, *supra* note 129, at 204-05; Lögdberg, *supra* note 123, at 203; Saldeen, *id.* at 361.

¹³⁵ Eriksson & Schiratzki, *supra* note 122, at 75-76 para. 98; *Firsching*, aaO. (Fn. 128), *Länderbericht Schweden* Rn. 136, 139.

¹³⁶ Lögdberg, *supra* note 123, at 205.



情形，第76條第2項規定得請求離婚，惟於1929年制定時，就請求離婚者係主要有責且無重要理由者，曾有排除其離婚請求權之規範，而此一排除規範後經刪除。¹³⁷於離婚機制外，1948年修正時始增訂法律上別居之機制。¹³⁸第69a條增訂，如婚姻具有破綻且經夫妻雙方合意之情形，或於具備具體有責事由或其他實際破綻之情形，得向法院請求別居。如經法律上別居滿1年時，第76條第1項並增訂得請求離婚。¹³⁹經此，單方離婚即呈現出，無論係立即離婚或經別居一定期間而離婚，均須具備法定事由。

(二)1987年導入離婚無須具備法定事由

1987年婚姻法經大幅修正後，無須具備任何法定事由即得離婚。申言之，婚姻法第25條規定，夫妻於反省期間經過後，即得聲請離婚。第26條第2項規定，反省期間為6個月。第28條第1項規定，離婚得基於雙方合意或單方之意思，向法院請求之。¹⁴⁰經

¹³⁷ *Boschan*, aaO. (Fn. 123), S. 118f.; *Bergmann*, aaO. (Fn. 47), S. 182f.; *Hakulinen*, *Das Eherecht Finnlands*, S. 337, 358ff.; *Matti Savolainen*, *Finland*, in *EUROPEAN FAMILY LAW IN ACTION, VOLUME I: GROUNDS FOR DIVORCE 29* (Katharina Boele-Woelki, Bente Braat & Ian Sumner eds., 2003); *Martti Rautiala*, *Outline of Family Law*, in *THE FINNISH LEGAL SYSTEM* 173, 175 (Jaakko Uotila ed., 1966); *Kirsti Anntila*, *Finland*, in *DIVORCE IN EUROPE* 7, 12 (Robert Chester ed., 1977).

¹³⁸ *Matti Savolainen*, *Finland*, in *INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS, FAMILY AND SUCCESSION LAW, VOL. 2*, at 60 para. 111 (Walter Pintens ed., 1998); *Aulis Aarnio*, *Family Law and the Law of Succession*, in *THE FINNISH LEGAL SYSTEM* 164, 167-68 (Jaakko Uotila ed., 2d ed. 1985).

¹³⁹ *Savolainen*, *supra* note 137, at 29; *Rautiala*, *supra* note 137, at 176; *Anntila*, *supra* note 137, at 12; *Boschan*, aaO. (Fn. 123), S. 117f.; *Korkisch*, in: *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hg.), aaO. (Fn. 107), 103. Lieferung, 1989, *Länderbericht Finnland* S. 28ff., 59f.

¹⁴⁰ *v. Knorre*, in: *Süß/Ring* (Hg.), aaO. (Fn. 48), *Länderbericht Finnland* Rn. 45, 49; *Markku*, in: *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hg.), aaO. (Fn. 107), 216. Lieferung, 2016,



此，即能尊重夫妻個人關係之隱私。¹⁴¹而別居機制於1987年修正時經刪除。¹⁴²

申言之，規範上將離婚之有責與破綻事由全數移除，而導入了一經請求即得離婚（*divorce on demand*）的機制，使夫妻享有絕對之離婚請求權。於單方請求離婚之情形，第28條第2項規定，受請求離婚之他方有權請求須經法院審理。¹⁴³

（三）離婚僅受有6個月之反省期間限制

經此修正，離婚除無須具備任何法定事由外，亦未要求須結婚滿一定期間始得離婚。¹⁴⁴再者，亦不要求須別居滿一定期間始得離婚。離婚僅受有6個月之反省期間限制，並令單方與合意離婚同受此等限制。僅於別居2年之情形，依第25條第2項始無庸受反省期間之限制。

第26條規定，反省期間自共同聲請離婚時或單方之離婚聲請送達他方時起算，於6個月之反省期間經過後，基於雙方或單方之再次聲請，法院始得為離婚之判決。夫妻雙方於反省期間經過後均有權請求離婚，此無庸係原先聲請離婚之一方。¹⁴⁵此時，原先聲請

Länderbericht Finnland S. 39; Ministry of Justice, Finland, Marriage Act (234/1929; amendments up to 1226/2001 included), https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1929/en19290234_20011226.pdf (last visited: 2023.01.01).

¹⁴¹ TUULIKKI MIKKOLA, FAMILY AND SUCCESSION LAW IN FINLAND 52 para.122 (2d ed. 2022).

¹⁴² Savolainen, *supra* note 138, at 62 para. 120.

¹⁴³ *Id.* at 60-62 paras. 113-14, 118.

¹⁴⁴ MIKKOLA, *supra* note 141, at 53 para. 126; Urpo Kangas, *Family Law and Inheritance Law, in AN INTRODUCTION TO FINNISH LAW* 199, 222 (Juha Pöyhönen ed., 1993).

¹⁴⁵ Savolainen, *supra* note 138, at 61 para. 117.



離婚之一方即不得撤回原先離婚之聲請。¹⁴⁶然如自反省期間起算時起1年內未為此等聲請時，原本離婚之聲請即失其效力。¹⁴⁷

學說上並強調，如反省期間已經過，即便離婚會對於他方或子女於精神上或經濟上造成苛刻的結果，或雙方未能就子女之親權、扶養或夫妻間之財產達成協議，或雙方表示將繼續同居，法院仍無權拒絕其離婚之請求。¹⁴⁸

四、挪威婚姻法1991年導入無法定事由限制之離婚

(一)1918年婚姻法離婚須具備法定事由

挪威於1790年後，於傳統具備特定有責事由即得離婚之法制外，發展出經法律上或事實上別居一定期間後，亦得離婚之機制。¹⁴⁹1909年制定之離婚法制，為1918年所重新公布之婚姻締結暨離婚法（lov om indgaelse og opløsning av egteskap; ekteskapsloven）承襲。立即離婚規定於第45條以下，於具備具體有責事由或精神疾病等具體破綻事由時，得逕向法院請求離婚。此外，並有經法律上別居滿1年且雙方合意時，或經法律上別居滿2年而由一方請求時，向地方自治團體首長請求離婚之規範（第43條第1項），與無法回復婚姻共同生活且經事實上別居滿3年時，向法院請求離婚之規範

¹⁴⁶ Hikka Salmenkylä, *Finland*, in FAMILY LAW: A GLOBAL GUIDE FROM PRACTICAL LAW 297, 304 (James Stewart ed., 5th ed. 2021); MIKKOLA, *supra* note 141, at 52 para. 124.

¹⁴⁷ v. Knorre, aaO. (Fn. 140), Länderbericht Finnland Rn. 50ff.; Savolainen, *supra* note 138, at 60-61 paras. 114-16.

¹⁴⁸ Savolainen, *id.* at 61 para. 116.

¹⁴⁹ Tone Sverdrup, *Norway*, in EUROPEAN FAMILY LAW IN ACTION, VOLUME I: GROUNDS FOR DIVORCE 45 (Katharina Boele-Woelki, Bente Braat & Ian Sumner eds., 2003).



(第43條第2項)。¹⁵⁰

於離婚的機制外，就夫妻間無法繼續婚姻共同生活時，雙方得合意向地方自治機關首長請求法律上別居（第41條），或於具備具體有責事由或具備破綻時，得單向法院請求法律上別居（第42條）。¹⁵¹經此，單方離婚即呈現出，無論係立即離婚或經別居一定期間而離婚，均須具備法定事由。

(二)1991年導入離婚無須具備法定事由

1991年重新制定之婚姻法（lov om ekteskap; ekteskapsloven），第19條規定婚姻因離婚而解消。¹⁵²此包括經法律上或事實上別居一定期間後，依第21條與第22條即得離婚，而就離婚與別居均未再要求須具備法定事由。惟於具備特定之法定事由時，依第23條得免經別居而立即離婚。

於離婚機制外，現行法仍保留法律上別居之制度。第20條第1項規定，夫妻之一方認為其無法繼續共同生活者，即得請求別居。¹⁵³亦即，法律上別居無須具備客觀法定事由。於程序上，離婚或別居依第27條得向法院或向地方自治團體首長（statsforvalteren）請求

¹⁵⁰ Lövdold, Das Eherecht Norwegens, S. 225, 256ff.; Boschan, aaO. (Fn. 123), S. 351f.; Bergmann, aaO. (Fn. 47), S. 442ff.; Korkisch, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hg.), aaO. (Fn. 107), 107. Lieferung, 1991, Länderbericht Norwegen, S. 22f., 53ff.

¹⁵¹ Jan Erik Kristiansen, Norway, in DIVORCE IN EUROPE 53, 54 (Robert Chester ed., 1977); THE DANISH COMMITTEE ON COMPARATIVE LAW, DANISH AND NORWEGIAN LAW 49-50 (1963).

¹⁵² Peter Lødrup, Norway, in FAMILY LAW IN EUROPE 493, 504 (Carolyn Hamilton & Alison Perry eds., 2d ed. 2002).

¹⁵³ Id. at 505; Ministry of Children and Families, Norway, The Marriage Act, <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/1991-07-04-47> (last visited: 2023.01.01); Sperr, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hg.), aaO. (Fn. 107), 193. Lieferung, 2011, Länderbericht Norwegen, S. 82.



之，而採取法院裁判與行政決定並行的雙軌機制。

(三)離婚僅受有1年或2年別居期間之限制

依第21條於向法院或地方自治團體請求法律上別居，經別居滿1年時，或依第22條經停止同居即事實上別居滿2年時，即得請求離婚。經此，即未再區別單方或合意離婚之別居期間。惟第23條第1項規定，於配偶意圖殺害他方或其子女，或惡意對其為重大之不當對待，或造成有採取此等行為之虞的重大恐懼時，得立即請求離婚。¹⁵⁴申言之，於具備此等事由時，無庸經別居即得離婚。

經此，現行法即呈現出，於別居期間經過時，無須具備法定事由即得離婚。然具備法定具體有責事由時，無須別居一定期間即得離婚。換言之，於別居期間未滿或未經別居時，離婚始須具備法定事由。

五、瑞士民法1998年導入無法定事由限制之離婚

(一)規範上離婚無庸須具備法定事由

如前所述，1912年瑞士民法舊法下之單方離婚，須具備法定事由始得為之。¹⁵⁵惟1998年修正，2000年生效之現行法，第114條規定經別居一定期間即得離婚，而改採無庸具備法定事由的立法例。現行法並刪除舊法下之離婚破綻與有責事由，且未要求此等別居須具備法定事由。再者，第111條首度導入共同向法院請求離婚之合意離婚機制。於離婚機制外，就得請求離婚之情形，第117條仍保留向法院請求法律上別居之制度，並規定別居不影響請求離婚之權。

¹⁵⁴ Lødrup, *supra* note 152, at 505-06; Else-Marie Merckoll, *Norway, in* FAMILY LAW: A GLOBAL GUIDE FROM PRACTICAL LAW 867, 875 (James Stewart ed., 5th ed. 2021).

¹⁵⁵ 參見「貳、五、(四)」。



於第111條與第114條之合意與單方離婚規範下，固未要求須具備任何法定事由始得離婚。惟立法理由與學說上仍強調，現行法仍係建立在破綻主義之基礎上。蓋立法者認為，於達成離婚合意或別居滿一定期間時，婚姻即已存在著破綻且無法加以推翻，法院即無庸審查是否具有破綻。¹⁵⁶

(二)單方離婚僅受有別居2年之限制

單方離婚規定第114條，僅要求於起訴離婚時已別居滿2年，夫妻之一方即得請求離婚。¹⁵⁷此以事實上別居即已足。其不問受請求離婚之他方是否有責，亦不要求請求離婚之一方須是無責。經此修正，即與舊法於概括破綻事由下排除破綻主要有責者之規範有所不同。¹⁵⁸

單方離婚僅受有別居2年之限制，規範上既未以婚姻具有破綻為要件，亦未就別居本身要求須具備法定事由。惟立法理由與學說上強調，於別居期間經過後，婚姻即已具有終局之破綻，法院受此等擬制之拘束，請求離婚之一方無庸證明此等破綻之存在與回顧婚姻史。此外，亦不得以反證證明婚姻並無破綻。¹⁵⁹立法理由並強調，由於別居期間之經過係屬客觀且於一般情形下係可輕易加以檢

¹⁵⁶ Botschaft vom 15. November 1995, aaO. (Fn. 78), S. 83, 90; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, aaO. (Fn. 78), Rn. 468; Fankhauser, in: Schwenzler/Fankhauser, Scheidung, Bd. I, 3. Aufl., 2017, Art. 114 ZGB Rn. 3; Althaus/Huber/Steck, in: Geiser/Fountoulakis (Hg.), aaO. (Fn. 71), Art. 114 ZGB Rn. 3; Hegnauer/Breitschmid, aaO. (Fn. 71), Rn. 9.04.

¹⁵⁷ 2000年至2004年間第114條規定之別居期間為4年，2004年6月修正為2年。

¹⁵⁸ Althaus/Huber/Steck, aaO. (Fn. 156), Art. 114 ZGB Rn. 3, 6.

¹⁵⁹ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, aaO. (Fn. 78), Rn. 473; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, aaO. (Fn. 71), § 23 Rn. 23; Althaus/Huber/Steck, aaO. (Fn. 156), Art. 114 ZGB Rn. 3; Botschaft vom 15. November 1995, aaO. (Fn. 78), S. 90.



驗，即能避免離婚事由是否存在的爭議，且無庸爭執就何人是否有責，而能避免法院間見解之歧異。¹⁶⁰

(三)別居期間未滿時離婚仍須具備法定事由

第115條規定，於2年之期間經過前，夫妻之一方因不可歸責於己之重大事由，致無法期待其維持婚姻者，得請求離婚。實務上之案例類型，如來自他方之重大人身攻擊、精神疾病、煩擾與跟蹤等。¹⁶¹經此，別居未滿2年或未經別居時，仍得基於概括破綻事由請求離婚，惟破綻可歸責於己時仍排除其離婚請求權。

經此，現行法即呈現出，於別居滿2年後，無庸具備任何法定事由即得離婚，且未排除破綻有責者之離婚請求權。然於別居未滿2年或未經別居者，須具備法定事由即具有破綻時始得離婚，且排除破綻有責者之離婚請求權。

六、德國民法1976年導入推定具離婚事由之規範

(一)離婚仍須具備法定事由

1938年德國移列至婚姻法之離婚法制，1976年再經大幅修正並回歸民法中，於1977年生效。第1564條第1句規定，離婚僅得基於夫妻一方或雙方之聲請，而經由法院裁判行之。此即導入舊法所無之合意離婚機制。再者，此闡明於未經聲請或未經法院裁判下不得逕為離婚。¹⁶²第3句規定，聲請離婚之要件須依第1564條以下之規定。此強調離婚法定要件係強行與排他規定。¹⁶³

¹⁶⁰ Botschaft vom 15. November 1995, aaO. (Fn. 78), S. 90.

¹⁶¹ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, aaO. (Fn. 78), Rn. 480.

¹⁶² Weber, aaO. (Fn. 68), § 1564 BGB Rn. 1ff.; Rauscher, aaO. (Fn. 68), § 1564 BGB Rn. 1.

¹⁶³ Weber, aaO. (Fn. 68), § 1564 BGB Rn. 7, 10, 15; Rauscher, aaO. (Fn. 68), § 1564



第1565條第1項第1句規定離婚之要件，於婚姻已經破裂（*die Ehe gescheitert ist*）時，始得離婚。第2句就破裂加以定義，即夫妻間不存在著共同生活且無法期待夫妻回復共同生活者。經此，離婚規範雖刪除有責事由，然仍有概括破綻事由，離婚即仍受有法定事由之限制，而無法僅因具有離婚之意願而逕行離婚。¹⁶⁴法定離婚事由係採取破綻主義，於婚姻客觀上已破裂時即得離婚，而不問受請求離婚之他方就婚姻破裂是否有責。¹⁶⁵

惟就別居未滿1年之情形，除本須具備第1565條第1項婚姻破裂之要求外，第2項並規定，須基於存在於受請求離婚之他方的個人事由，且婚姻之存續對於請求離婚者係屬無法期待的苛刻（*unzumutbare Härte*）時，始得離婚。此等進一步之限制，係為避免輕率地離婚。¹⁶⁶惟如事由係存在於請求離婚之一方時，仍排除其離婚請求權。¹⁶⁷學說上強調，現行法並未完全除去有責之因素，蓋所要求須存在於他方的個人事由，往往係屬有責之行為。¹⁶⁸

(二)以別居一定期間推定具備離婚事由

第1566條第1項規定，於合意請求離婚或一方請求而經他方同意時，如夫妻已別居滿1年，推定婚姻已經破裂且無法加以推翻。第1566條第2項規定，如夫妻間別居已滿3年，推定婚姻已經破裂且

BGB Rn. 97.

¹⁶⁴ *Weber*, aaO. (Fn. 68), vor § 1564 BGB Rn. 15.

¹⁶⁵ BT-Drucks. 7/650, S. 104; *Weber*, aaO. (Fn. 68), vor § 1564 BGB Rn. 14, § 1564 BGB Rn. 11, § 1565 BGB Rn. 1.

¹⁶⁶ *Weber*, aaO. (Fn. 68), § 1565 BGB Rn. 4, 81; *Rauscher*, aaO. (Fn. 68), § 1565 BGB Rn. 8.

¹⁶⁷ *Weber*, aaO. (Fn. 68), § 1565 BGB Rn. 91.

¹⁶⁸ *Rauscher*, aaO. (Fn. 68), Vorbem. zu §§ 1564 ff. BGB Rn. 27; *Weber*, aaO. (Fn. 68), vor § 1564 BGB Rn. 14, § 1564 BGB Rn. 11f., § 1565 BGB Rn. 1.



無法加以推翻。經此，於別居期間已經過時，即便規範上仍有婚姻破裂之法定事由要求，然於此等推定無法加以推翻之規定下，請求離婚之一方即無庸證明婚姻已破裂，他方或法院亦不得以婚姻並無破綻之反證來推翻，而實屬擬制。學說上有強調，此係強制性的證據規則。¹⁶⁹

(三)法定離婚事由之要求受到緩和

於別居期間經過而擬制婚姻已破裂時，即不再檢驗是否婚姻已破裂，而僅得檢驗別居是否已滿一定期間。而此較易證明與檢驗，且未曝露當事人婚姻中之隱私。學說上將此稱為「別居原則」(Trennungsprinzip)或「期間原則」(Fristenprinzip)。¹⁷⁰申言之，一方面就別居本身並無法定事由之要求，另一方面於此等別居期間經過即擬制具備離婚法定事由的規範下，其緩和了離婚法定事由之要求，此實際上與離婚無庸具備法定事由之立法例並無不同。僅於夫妻間未別居或別居未滿此等期間時，始須另外證明婚姻已破裂之法定事由存在。

經此，現行法即呈現出，於別居滿3年時，即以別居期間經過之事實，來取代規範中婚姻已破裂、無法期待回復共同生活之法定事由要求。¹⁷¹此外，亦不排除破綻有責者之離婚請求權。於別居未滿3年時，離婚始須具備此等法定事由之要求。且於別居未滿1年時，離婚尚須具備婚姻存續對於請求離婚之一方係屬苛刻，與破綻事由係存在於他方之要件，從而排除破綻有責者之離婚請求權。

¹⁶⁹ Weber, aaO. (Fn. 68), § 1566 BGB Rn. 25f., 37; Rauscher, aaO. (Fn. 68), § 1566 BGB Rn. 2, 51, 75.

¹⁷⁰ Weber, aaO. (Fn. 68), vor § 1564 BGB Rn. 16, § 1565 BGB Rn. 4, § 1566 BGB Rn. 10, 25f., 33.

¹⁷¹ Weber, aaO. (Fn. 68), § 1566 BGB Rn. 37.



(四) 導入苛刻條款限制離婚

婚姻法概括破綻事由下主要有責者經他方異議時即不得請求離婚之規定，於1976年修正時經刪除，惟仍保留基於未成年子女利益而排除離婚請求權的規定，同時並導入苛刻條款。民法第1568條規定，婚姻雖已破裂，然如基於由婚姻所生之未成年子女的利益，維持婚姻因具特別理由而例外地係屬必要者，或如對於被請求離婚而拒絕離婚之他方而言，離婚基於不尋常之情事而屬重大苛刻（schwere Härte），以致於一併考量到請求離婚者之利益下，應例外地維持婚姻者，即不得離婚。經此，即便婚姻存有破裂或擬制有破裂，將因存在著苛刻情事而排除離婚請求權。1976年第1568條第2項尚有經別居超過5年時，即排除苛刻條款適用之規定，惟此於1980年經聯邦憲法法院宣告違憲，而於1986年經刪除。¹⁷²

七、荷蘭民法1971年規範之實務緩和法定事由之要求

(一) 1838年離婚須具備具體有責事由之規範

1838年生效之荷蘭民法，第254條第4款規定婚姻解消之原因包括裁判離婚，惟第263條規定不允許合意離婚。第264條規定單方離婚之法定事由，僅通姦、惡意遺棄、受有刑罰、重大傷害或危害生命此四款具體有責事由。¹⁷³第254條第3款並有於法律上別居後，經由裁判解消婚姻之機制。依第255條規定，別居滿5年時得向法院

¹⁷² BVerfG, Beschluß vom 21. 10. 1980, 1 BvR 1284/79. 聯邦憲法法院強調，由於經別居5年之情形時，法院毫無例外地無庸考量仍可能存在之苛刻情事，即得為離婚之判決，此違背德國基本法第6條第1項對於家庭與婚姻之保障。Rauscher, aaO. (Fn. 68), § 1568 BGB Rn. 5f.

¹⁷³ Jan de Ruiter, *The Reform of Family Law in the Netherlands*, in *THE REFORM OF FAMILY LAW IN EUROPE* 19, 36 (Aleck G. Chloros ed., 1978); Gerrit Kooy, *The Netherlands*, in *DIVORCE IN EUROPE* 97, 103 (Robert Chester ed., 1977).



請求解消婚姻。

於離婚機制外，第288條與第291條並導入於具有離婚事由、浪費、不當行為、重大侮辱之有責事由時，或結婚已滿2年而經雙方合意時，得向法院請求法律上別居之制度。¹⁷⁴此呈現出，於具備法定離婚事由時得立即離婚，惟如具備法定別居事由時，亦得於別居一定期間經過後解消婚姻，此均須具備法定事由。

此外，荷蘭最高法院於1883年所發展出寬鬆之實務，於一方主張存在著法定離婚事由且未經他方否認時，法院即無庸再調查證據，而應認為此等主張係屬真正並宣告離婚。故即便規範上之離婚事由有限，然於此等法院實務下，實際上於他方亦同意離婚時，由於無庸再調查原告所主張之事由的真實性，而能於一切情形下離婚。¹⁷⁵經此，即緩和了規範中之法定離婚事由要求。

(二)1971年導入離婚須具備概括破綻事由之規範

現行荷蘭民法第1編人法與親屬法於1970年生效，1971年再就離婚法制進行修正。第1編第149條仍規定婚姻解消包括第c款裁判離婚，與第d款法律上別居後經由裁判解消婚姻。

第1編第150條規定，於夫妻間未經別居之情形，法院得基於單方或雙方合意聲請而宣告離婚。¹⁷⁶此即導入舊法所無之合意離婚制度。第151條規定單方離婚須婚姻持續具有破綻。第154條規定合意離婚，須夫妻共同於離婚聲請中主張婚姻持續具有破綻。¹⁷⁷經

¹⁷⁴ Boschan, aaO. (Fn. 40), S. 141f.; Bergmann, aaO. (Fn. 47), S. 418ff.; P. H. Haanebrink, *Code civil Néerlandais*, Bruxelles, Bruylant, 1921, p.45-46, 48, 54.

¹⁷⁵ de Ruiter, *supra* note 173, at 36; Kooy, *supra* note 173, at 103-04; *De Grooth/Asser*, *Das Eherecht des Königreichs der Niederlande*, S. 753, 789.

¹⁷⁶ HANS WARENDORF, RICHARD THOMAS & IAN CURRY-SUMMER, *THE CIVIL CODE OF THE NETHERLANDS* 62 (2d ed. 2013).

¹⁷⁷ de Ruiter, *supra* note 173, at 37-38; Tea Mellema-Kranenburg, *The Family, in THE*



此，離婚法定事由即擴張至概括破綻事由。

就離婚之限制，第1編第156條曾有婚姻存續期間之要求，即除有特殊情事外，結婚未滿1年且法院確信有無法加以諒解之事由時，不得宣告離婚。惟此已於1993年經刪除。再者，第152條曾就請求離婚者係婚姻破綻之主要有責一方，且離婚經他方異議時，排除前者之離婚請求權，其僅得另依第179條先經法律上別居滿3年後再請求解消婚姻。¹⁷⁸此使離婚法制仍受有責因素之影響，過去於學說上備受質疑。¹⁷⁹此一規定亦已於1993年經刪除，現行法即不再排除主要有責者之離婚請求權。¹⁸⁰

於離婚機制外，規範上仍保留向法院請求法律上別居之制度。法定別居事由規定於第1編第169條，於具有離婚事由時，得以相同之方式單方或合意聲請別居。第179條第1項規定，經別居滿3年後，法院基於一方之聲請得宣告解消婚姻。第181條規定，經別居

LEGAL SYSTEM OF THE NETHERLANDS 47, 50 (Alain A. Levasseur, J. Randall Trahan & David Gruning eds., 2020).

¹⁷⁸ de Ruiter, *id.* at 36-37, 40; Weber, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hg.), aaO. (Fn. 107), 109. Lieferung, 1991, Länderbericht Niederlande S. 65; L.-F. Ganshof/C. Petit, *Nouveau code civil néerlandais, Livre 1, Droit des personnes et de la famille*, Deventer, Kluwer, 1972, p.40-41, 47-48.

¹⁷⁹ Madzy Rood-De Boer, *Family Law*, in INTRODUCTION TO DUTCH LAW FOR FOREIGN LAWYERS 39, 48 (Jeroen M. J. Chorus, Petrus H. M. Gerver, Ewoud H. Hondius & Adriaan Kornelis Koekkoek eds., 2d ed. 1993).

¹⁸⁰ Gregor van der Burght & Jaap E. Doek, *The Netherlands*, in INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS, FAMILY AND SUCCESSION LAW, VOL. 3, at 58 para. 104 (Walter Pintens ed., 2002); Katharina Boele-Woelki, Olga Cherednychenko & Lieke Coenraad, *The Netherlands*, in EUROPEAN FAMILY LAW IN ACTION, VOLUME I: GROUNDS FOR DIVORCE 193 (Katharina Boele-Woelki, Bente Braat & Ian Sumner eds., 2003).



後，法院基於雙方之聲請即得宣告解消婚姻。¹⁸¹

經此，就單方離婚即呈現出，於具備法定離婚事由時除得逕行離婚外，基於相同事由亦得先經法律上別居，再請求解消婚姻，而此均須具備法定離婚事由。

(三)實務上運用推定機制來緩和法定事由之要求

離婚要件上雖須具備概括破綻事由，惟規範上並未以經一定期間之事實上或法律上別居來推定破綻之存在。惟荷蘭學說上強調，因法院實務上接受當事人未附證據而逕行主張婚姻具有破綻，請求離婚者即無庸證明離婚法定事由之存在。¹⁸²由於法院實務上無須證明法定事由之存在即得離婚，究其實際，此即與離婚無須具備法定事由之立法例並無不同。

一如舊法下之法院實務，學說上強調，倘一方主張婚姻存在著破綻而未經他方否認時，法院得推定破綻之存在，而無庸調查與引述此等破綻之證據。¹⁸³即便此經他方否認時，法院仍得以曾經事實上別居一定期間，或如立法過程中之說明所強調，即便法律未明文規定，法院仍得以一方所主張諸如他方通姦之事實，逕行推定破綻之存在，而無庸調查破綻之存否。¹⁸⁴學說上指出，即便破綻經他方否認，倘請求離婚之一方仍堅持存在著破綻時，法院實務上多

¹⁸¹ Nieper/Westerdijk, *Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 1 Personen- und Familienrecht*, 1996, S. xxi, 116, 119f.; de Ruiter, *supra* note 173, at 39-40.

¹⁸² Paul Vlaardingerbroek, *General Trends in Dutch Family Law*, in UNDERSTANDING DUTCH LAW 217, 249 (Sanne Taekema ed., 2004).

¹⁸³ de Ruiter, *supra* note 173, at 37; Paul Vlaardingerbroek, *Family Law*, in INTRODUCTION TO DUTCH LAW 141, 154 (Larissa van den Herik, Ewoud Hondius & Wim Woermans eds., 6th ed. 2022).

¹⁸⁴ de Ruiter, *id.* at 37.



仍接受其主張而推定存在著破綻。¹⁸⁵

經此，荷蘭規範上雖以婚姻存在著破綻作為法定離婚事由，由於法院實務寬鬆地運用推定機制，而緩和了法定離婚事由之要求，實際上得僅因一方無意維繫婚姻而逕行離婚。

伍、離婚無須具備法定事由之規範模式比較與別居制度之功能變遷

就採取排除離婚法定事由要求之立法例，即離婚無須具備法定事由者，以下自發展過程、規範範圍、規範限制等，來比較規範間之差異。再者，由於此等規範下，有與事實上或法律上別居相結合，令別居一定期間後離婚即無須具備法定事由或擬制具備法定事由，故就離婚規範下此等別居機制之功能變遷一併進行比較。

一、離婚無須具備法定事由之規範模式比較

(一)發展過程之比較

羅馬法於古典時期之前的規範下，夫妻一方本得自由地單方離婚而無須具備特定事由，離婚無法定事由限制之立法例即發軔於此。惟至羅馬法後古典時期始令離婚須具備法定事由，而受有此等限制。古日耳曼法亦係由得任意離婚，發展為須具備特定事由始得離婚。近代立法之發展過程中，同樣有先採取離婚無須具備法定事由，之後始改採須具備法定事由之立法例者。法國於1792年至1804年間曾導入離婚幾近無法定事由限制之立法，俄國與前蘇聯於1917年至1968年間之離婚法制亦不受法定事由限制。此二者規範固未能延續下來，惟仍開啟了近代離婚無須具備法定事由之立法先河。

¹⁸⁵ van der Burght & Doek, *supra* note 180, at 58 para. 104.



然與此相對，現行法採取離婚無法定事由限制之多數立法，如瑞典（1973）、奧地利（1978）、芬蘭（1987）、挪威（1991）、瑞士（1998），發展過程則係先採取離婚須具備法定事由，之後再導入離婚無須具備法定事由之立法例者。特殊情形為西班牙，1889年民法係根本禁止離婚，1981年即逕導入經事實上別居滿5年時，離婚即無須具備法定事由之規範，2005年再改採結婚滿3個月時，離婚即無須具備法定事由之規範。

（二）規範範圍之比較

就規範範圍而言，有令單方離婚全面無須具備法定事由，而不限於特定情狀者。如俄國與前蘇聯舊法（1917-1968）之規範。相類似者，荷蘭（1971）之規範實務係透過廣泛運用推定具有破綻之機制，而實際上緩和了法定離婚事由之規範要求，以及法國大革命時期（1792-1804）幾近不受控制之概括事由規範，均未限定於特定情狀，亦屬此一類型。

然與此相對，亦有限於特定情狀下，離婚始無庸具備法定事由者，如奧地利（1978）、挪威（1991）、瑞士（1998）、西班牙舊法（1981-2005）限於別居已滿一定期間之情形，西班牙（2005）則限於結婚已滿一定期間之情形，瑞典（1973）、芬蘭（1987）則限於反省期間或別居期間須已經過之情形。於不具備此等特定情狀時，有即不得離婚者，如瑞典、芬蘭之規範；亦有仍得離婚，惟須具備法定事由者，此於挪威、西班牙為具體有責事由，即意圖殺害或不當對待，於瑞士為概括破綻事由，於奧地利為概括有責事由與具體及概括破綻事由。

相類似者，德國（1976）亦僅限於事實上別居滿一定期間時，始擬制婚姻已存在破裂，法國（2004, 2019）係將婚姻關係已改變定義為事實上別居滿一定期間，而於此等情狀下，即事實上導入了



離婚無須具備法定事由之立法例。然別居未滿此等期間時，於德國仍能於證明具備概括破綻事由時離婚，於法國則為概括有責事由。

(三) 規範限制上結合一定期間經過之比較

採受限於特定情狀時，離婚始無須具備法定事由者，規範要件上仍有所差異。首先，限於別居一定期間後，離婚始無須具備法定事由者，挪威（1991）為法律上別居1年或事實上別居2年，瑞士（1998）為事實上別居2年，西班牙舊法（1981-2005）為事實上別居5年，奧地利（1978）為事實上別居6年。然即便別居未滿此等期間，仍得於具備法定事由時逕行離婚，而免除別居期間之限制。

再者，有限於結婚滿一定期間後，離婚即無須具備法定事由者，如西班牙（2005）為結婚須滿3個月。然即便結婚未滿此等期間，倘具備生命、身體等受有危害之事由時，仍得逕行離婚，而免除結婚須滿一定期間之限制。相類似者，荷蘭（1970-1993）於實務廣泛運用推定機制，致實際上離婚無須具備法定事由之背景下，曾於規範上導入須結婚滿1年或不滿1年但有可諒解之事由時，法院始得宣告離婚的規定。

此外，尚有要求須一定反省期間經過後，始得離婚且無須具備法定事由者，如瑞典（1973）、芬蘭（1987）均為6個月之反省期間，惟於別居滿2年時，得免除反省期間之要求。然於此二者規範下，並無於特定事由下得免除反省期間而逕行離婚之規定。於6個月反省期間未經過且未曾經別居滿2年時，仍不得離婚。



表二 離婚法定事由限制與要件上限制之立法例

得 離 婚	離 婚 不 受 法 定 事 由 限 制	亦不受有其他要件上限制	羅馬法古典時期之前、法國大革命時期（1792-1804）、俄國與前蘇聯（1917-1968）	完全的離婚自由
		仍受有其他要件上限制	事實上或法律上別居須滿一定期間：西班牙舊法（1981-2005）、奧地利（1978）、挪威（1991）、瑞士（1998）	不符合此等要件時，仍得於具備法定事由時離婚
			事實上別居滿一定期間時，擬制具有法定離婚事由，致實際上無須具備法定事由：德國（1976）、法國（2004, 2019）	
			實務廣泛運用推定機制，致實際上無須具備法定事由：荷蘭（1838, 1971），結婚須滿一定期間：荷蘭（1971-1993）	
			結婚須滿一定期間：西班牙（2005）	
	須待一定之反省期間經過或別居滿一定期間：瑞典（1973）、芬蘭（1987）	不符合此等要件時，即不得離婚		
離 婚 受 有 法 定 事 由 限 制	不具備法定事由時仍得離婚，但受有不利益	羅馬法後古典時期、古日耳曼法、法蘭克王國時期	離婚自由受有限制	
	不具備法定事由時，即不得離婚	新教教會法、比較法多數規範、我國民法第1052條		



不得離婚／法律上別居	別居有法定事由限制	不具備法定事由時，即不得別居	無	無離婚之權
	別居有法定事由限制	不具備法定事由時，即不得別居	天主教教會法、法國大革命前與1816年至1884年間、奧地利1938年前、義大利1970年前、西班牙1981年前	

四、排除有責者之離婚請求權之比較

於離婚須具備法定事由之立法例下，存在著具體離婚事由之一方，無論係具體有責或具體破綻事由，以及存在著概括有責事由之一方，本被排除離婚請求權，而僅得由他方行使之。然於概括破綻事由之規範中，有排除有責者之離婚請求權者，如我國民法（1985）、奧地利（1938）、瑞士舊法（1912-1998）、芬蘭舊法（1929-1948）、德國舊法（1938-1976）、荷蘭舊法（1971-1993）。於概括破綻事由之規範中，亦有未排除有責者之離婚請求權者，如法國（1975）、荷蘭（1993）、俄羅斯（1995）、挪威舊法（1918）、瑞典舊法（1920）、前蘇聯（1968）之規範。

再者，日本1898年民法舊法第813條本無概括破綻事由，惟於1947年修正後，現行法於第770條第1項第5款導入概括破綻事由，且規範上並未排除有責者之離婚請求權，惟法院實務上，則由排除其離婚請求權，逐漸發展至有條件允許其離婚。¹⁸⁶ 韓國1958年民

¹⁸⁶ 1987年以前，日本最高法院實務係基於權利濫用與違反誠信原則，而排除有責配偶依第770條第1項第5款之離婚請求權。直到最高法院1987年9月2日大法庭判決（最高裁判所民事判例集41卷6號1423頁）後，各級法院實務始於已別居相當期間等特定要件下，肯定有責配偶之離婚請求權。Kitagawa, in: Bergmann/Ferid/Henrich (Hg.), aaO. (Fn. 107), 95. Lieferung, 1988, Länderbericht



法於第840條第6款規定概括破綻事由，且規範上同樣未排除破綻有責者之離婚請求權，法院實務上同樣由排除其離婚請求權，發展至有條件允許其離婚。¹⁸⁷

然與此相對，於離婚無須具備法定事由之立法例下，即便婚姻具有破綻且請求離婚者即為破綻有責者，現行法包括瑞典（1973）、奧地利（1978）、西班牙（1981, 2005）、芬蘭（1987）、挪威（1991）、瑞士（1998, 2004），其於一定別居期間、反省期間或婚姻存續期間經過而離婚無須具備法定事由時，即不排除有責者之離婚請求權。其中，瑞士係於別居未滿2年，致離婚仍須具備概括破綻事由時，始要求破綻須不可歸責於己，而排除有責者之離婚請求權。西班牙與挪威係結婚或別居未滿一定期間，致離婚仍須具備具體有責事由時，始排除該有責者之離婚請求權。奧地利則係於別居滿3年但未滿6年，而依概括破綻事由請求離婚時，始於離婚造成苛刻之情形排除破綻有責者之離婚請求權。

相類似者，於別居一定期間即擬制為具有離婚法定事由，致離婚實際上無須具備法定事由之立法例下，德國（1976）與法國（2004）亦未見排除有責者離婚請求權之規定。其中，德國民法（1976）於別居已滿3年而能擬制具有破綻，或別居已滿1年但未滿3年之情形，均未排除有責者之離婚請求權。僅於別居未滿1年之情形，始

Japan S. 20 Fn. 4; SATOSHI MINAMIKATA, FAMILY AND SUCCESSION LAW IN JAPAN 99 para. 212 (3rd ed. 2020); 神谷遊，§ 770，二宮周平（編）『新注親民法』，親族(1) §§ 725-791』有斐閣439、468、479頁（2017年10月）。

¹⁸⁷ 1987年以前，韓國最高法院實務係排除有責配偶依第840條第6款之離婚請求權。惟1987年後最高法院實務已於受請求離婚之他方亦有意離婚與無法回復婚姻關係等特定要件下，肯定有責配偶之離婚請求權。Chang, in: *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hg.), aaO. (Fn. 107), 115. Lieferung, 1993, Länderbericht Korea S. 44f. Fn. 73.



要求離婚須基於存在於他方之事由，從而排除有責者之離婚請求權。

(五)以苛刻條款或概括條款排除離婚請求權之比較

於離婚須具備法定事由之立法例下，有基於具體事由，即於離婚將造成苛刻之結果時，以苛刻條款排除離婚請求權者。此有於離婚具備具體破綻事由的情形，如奧地利（1938）、德國舊法（1938-1976）、法國舊法（1975-2004），亦有於離婚具備概括破綻事由且經別居一定期間的情形，如奧地利（1978）、法國舊法（1975-2004）。

再者，亦有基於概括事由，以概括條款排除離婚請求權者。此係於離婚具備概括破綻事由且經別居一定期間的情形，或有基於未成年子女利益而認為應維持婚姻者，如德國舊法（1946-1976），或有基於請求離婚者之行為或其他特別情事而可認為不離婚係屬公平者，如瑞典舊法（1920-1973）。此外，日本民法於1947年修正後，於離婚具備第770條第1項第1款至第4款之具體有責或具體破綻事由的情形，導入第2項排除離婚請求權之概括事由，即令法院於考量一切情事後認為維持婚姻為適當者，得駁回離婚之請求。¹⁸⁸

然於離婚無須具備法定事由之立法例下，即便離婚將造成苛刻之結果，現行法包括瑞典（1973）、奧地利（1978）、西班牙（1981, 2005）、芬蘭（1987）、挪威（1991）、瑞士（1998），均未見以苛刻條款來排除離婚請求權之規範。僅於別居滿一定期間即擬制具有離婚法定事由之立法例下，始見德國（1976）導入苛刻條款，且其適用範圍不限於別居已滿一定期間之情形。與此相對，法國（2004）雖亦於別居滿一定期間時擬制具有離婚法定事由，然

¹⁸⁸ 惟日本學說上有認為，此一授予法院概括裁量權之規定，有時將造成法院恣意駁回離婚請求，而此可能對於請求離婚者造成苛刻之結果。MINAMIKATA, *supra* note 186, at 100 para. 214.



現行法即刪除了1975年所導入之苛刻條款。

二、離婚規範下之別居制度功能變遷

(一)緩和逕行離婚之別居制度

於中世紀天主教教會法與國家婚姻法制採取禁止離婚的立法例下，如奧地利（1812-1938）、法國（1816-1884）、義大利（1865-1970）、西班牙（1889-1981），別居制度本係用以取代離婚而停止共同生活之機制。於啟蒙時代後，國家婚姻法制陸續重新導入允許離婚規範之同時，立法例上即有廢除向法院請求法律上別居之制度，而僅得請求離婚者，如普魯士（1794），以及法國（1792-1804）、瑞士（1874-1912）、德國（1875-1900）於制定民法前之規範狀態。之後德國（1938）、奧地利（1938）、瑞典（1973）、芬蘭（1987）亦廢除法律上別居之機制。

惟立法例上亦有於離婚規範外，保留向法院請求法律上別居之制度者，如法國（1804-1816, 1884）、荷蘭（1838, 1971）、瑞士（1912, 1998）、挪威（1918, 1991）、西班牙（1981, 2005）之規範，以及德國舊法（1900-1938）、瑞典舊法（1920-1973）、芬蘭舊法（1948-1987）之規範。由於法律上別居僅停止共同生活但不解消婚姻關係，別居機制即成為逕行離婚外之平行選擇，而具有緩和離婚之功能。

(二)別居滿一定期間亦成為離婚之途徑

除具備法定離婚事由時，得逕行請求離婚之機制外（表三[1]），規範上並有發展出經法律上或事實上別居一定期間後，亦得請求離婚之機制（[3]-[7]）。此令別居滿一定期間即得離婚，而創設出新的離婚途徑。經此，別居功能上即由對於離婚之緩和，變遷為對於離婚之放寬。



此等經由別居一定期間而離婚之機制，規範態樣上首先有仍須具備法定事由者（[3]-[4]）。其中，有於向法院請求法律上別居時，即須具備別居之法定事由，待別居期間經過即得請求離婚者。此諸如荷蘭舊法（1838）、挪威舊法（1918）、瑞典舊法（1920）、芬蘭舊法（1948）、西班牙舊法（1981）之規範（[4]）。亦有得逕為事實上別居，然於別居期間經過而請求離婚時，須具備法定事由者。此諸如挪威舊法（1918）、瑞典舊法（1920）、芬蘭舊法（1929）、德國舊法（1938-1976）、奧地利（1938）、法國（1975-2004）、西班牙舊法（1981）之規範（[3]）。

（三）以別居取代法定離婚事由之要求

此等經由別居一定期間而離婚之機制，規範態樣上亦有令此等別居無須具備法定事由者（表三[5]-[7]）。經此，由於離婚僅須別居一定期間而無須具備法定事由，此實際上即以別居一定期間經過取代法定離婚事由，而進一步擴大離婚之可能性。

此諸如奧地利（1978）、西班牙舊法（1981）、瑞士（1998）經事實上別居一定期間之規範（[5]），與挪威（1991）經法律上或事實上別居一定期間之規範（[7]、[5]）。相類似者，為於別居滿一定期間時即擬制具有離婚法定事由，且就別居本身未要求須具備法定事由者。此諸如德國（1976）與法國（2004, 2019）經事實上別居一定期間之規範（[6]）。

表三 別居與法定離婚事由間之關係

[1]須法定離婚事由		逕行離婚／免經別居一定期間	多數規範、我國民法第1052條（1930）、法國（1804-1816, 1884-1975）、德國（1900-1938）、瑞士（1912-1998）、前蘇聯與俄羅斯（1968-）、荷蘭（1971）
------------	--	---------------	--



[2]無須法定離婚事由			不受任何限制：羅馬法古典時期之前、法國（1792-1804）、俄國與前蘇聯（1917-1968） 仍受反省期間限制：瑞典（1973）、芬蘭（1987） 仍受結婚滿一定期間限制：西班牙（2005）
[3]須法定事由	事實上別居	離婚須經別居一定期間	挪威舊法（1918）、瑞典舊法（1920）、芬蘭舊法（1929）、德國舊法（1938-1976）、奧地利（1938）、法國（1975-2004）、西班牙舊法（1981）
[4]須法定別居事由	法律上別居		荷蘭舊法（1838）、挪威舊法（1918）、瑞典舊法（1920）、芬蘭舊法（1948）、西班牙舊法（1981）
[5]無須法定事由	事實上別居		奧地利（1978）、西班牙舊法（1981）、挪威（1991）、瑞士（1998）
[6]擬制具有離婚法定事由，致實際上無須具備法定事由	事實上別居		德國（1976）、法國（2004, 2019）
[7]無須法定別居事由	法律上別居		挪威（1991）

陸、我國導入離婚排除法定事由規範之正當性基礎與配套規範

以下謹就我國民法第1052條令離婚須具備法定事由的規範不足之處，包括採取破綻主義仍造成限制請求離婚一方的效果，及於一方請求離婚時婚姻即具有破綻而本為具文等加以檢討。並就導入



排除法定事由要求之離婚規範的需求加以闡釋，此包括尊重個人意思與正視婚姻存續基礎已不存在之事實，並能兼顧婚姻中之隱私與子女保護之需求。最後並就於立法政策上導入無須具備法定事由之離婚規範時，相關規範要件之內容加以闡釋，如仍得導入其他一定期間經過之限制、令有責者仍得請求離婚、導入苛刻條款等加以說明。

一、離婚規範上採取破綻主義仍有所不足

(一)仍造成限制請求離婚之一方的效果

離婚須具備法定事由，且採取有責主義之立法例，係以受請求離婚之他方就婚姻破綻係屬有責的情狀作為法定離婚事由，他方無責時其即免受離婚之對待，離婚遂成為他方有責時之懲罰機制。惟於法制發展上，離婚事由逐漸改採破綻主義之立法例，此不問受請求離婚之他方就婚姻破綻是否有責，婚姻存在著破綻本身即能作為法定離婚事由。離婚即成為婚姻破裂時的救濟機制。此除擴張至受請求離婚之他方係屬無責時仍得請求離婚外，離婚事由亦自具體特定事由擴張至概括抽象事由，從而擴大了離婚可能性。

惟無論係採取有責主義或破綻主義，且即便要件上擴張至概括事由，仍須婚姻存在著破綻時始得離婚，離婚仍受有法定事由之限制。此諸如我國民法第1052條第2項難以維持婚姻之重大事由的規範。故倘夫妻之一方主觀上已無意維持婚姻，然客觀上婚姻不具有破綻，即仍須維持婚姻而不得離婚，從而限制了欲請求離婚之一方之退出婚姻自由。亦即，破綻主義之離婚規範雖不再以准予離婚來懲罰受請求離婚之他方，然仍以不存在著破綻即不得離婚來懲罰欲請求離婚之一方。此實際上使原先已捨棄之懲罰機制，仍以離婚須具備法定事由之形式繼續存在。



(二) 婚姻破綻之要件於經請求離婚時本為具文

於採取破綻主義之離婚規範下，須婚姻具有破綻時始得請求離婚。然於夫妻一方向法院提起離婚訴訟時，雙方間即不存在著共同維繫婚姻之合意，婚姻即因請求離婚本身而發生破綻。且隨著訴訟之進行，再次確認了此等破綻之存在與婚姻共同生活之無法回復。

申言之，破綻主義下之婚姻具有破綻，係指於婚姻關係存續中存在著破綻，而此本不限於須存在於起訴前，存在於起訴時與事實審言詞辯論終結前亦屬之。由於起訴請求離婚之本身即能構成破綻，實際上所有離婚訴訟均能具備離婚法定事由。亦即，離婚之婚姻破綻要件本為具文，而本無須以此作為法定要件。離婚規範僅須以夫妻一方向法院請求離婚為要件，夫妻一方具有離婚之意思即已足。

故而，離婚規範採取破綻主義之本身，即係對於以破綻作為離婚法定事由之否定。此毋寧採取離婚無庸具備法定事由之立法例，始能反映出婚姻本已於請求離婚時具有破綻的現實。

(三) 結合別居機制後保障婚姻隱私仍有所侷限

離婚規範採取概括破綻事由者，首先有未與別居機制相結合之規範態樣。此諸如我國民法（1985）、荷蘭（1971）、俄羅斯（1995）、以及瑞士舊法（1912-1998）、前蘇聯舊法（1968）之規範。與此相對，亦有與別居機制相結合，待別居期間經過後始得主張婚姻具有破綻而請求離婚之規範態樣。由於二者要件須兼備，即便別居期間已經過，仍須證明破綻之存在始得離婚。此諸如奧地利（1938）、挪威舊法（1918）、瑞典舊法（1920）、芬蘭舊法（1929）、德國舊法（1938-1976）、法國舊法（1975-2004）之規範。於此二種規範態樣下，夫妻即須於離婚訴訟中暴露婚姻之隱私。



近年規範上另有發展出，於別居一定期間後即擬制婚姻存在著破綻之規範態樣。此諸如德國（1976）與法國（2004, 2019）之規範。於此等擬制機制下，由於無庸向法院證明破綻與揭露其原因事實，而能於別居期間經過後維護夫妻間之婚姻隱私，並兼顧子女之保護。此外，此亦得避免因不願暴露婚姻之隱私，致無法證明破綻而無法離婚之弊病。然於未經別居與別居期間未經過前即須請求離婚之情形，諸如受有虐待、傷害之重大情事時，即仍須證明此等情事，而暴露婚姻之隱私。此一規範態樣即仍無法顧及此等情形，經此所維護之婚姻隱私仍有侷限。

故而，毋寧根本地捨棄離婚之法定事由限制，而改採取離婚無須具備法定事由之立法例。經此，夫妻之一方無意維繫婚姻時即能不受限制地離婚，而能全面地保障夫妻間之婚姻隱私。

（四）別居推定破綻機制即肯定離婚無須具備法定事由

於比較法上，有於規範上導入以別居一定期間之經過，來推定或擬制存在著破綻之機制，即德國（1976）與法國（2004, 2019）之立法例。其規範背景上，離婚固仍須具備法定事由，然透過此等機制，僅須別居期間之經過即得逕行離婚。此以別居期間之經過取代了離婚法定事由之證明與調查，從而離婚實際上即無須具備法定事由。

申言之，此等推定機制之導入與存在本身，一方面即係就離婚受有法定事由限制之立法例加以否定，而肯定離婚無須具備法定事由之規範需求。另一方面，此並肯定得導入其他機制、要件上之限制，來取代離婚法定事由之限制。經此，於離婚之實體要件中，本得捨棄法定離婚事由之要求，於具備單方之離婚意思，與諸如別居期間、反省期間或婚姻存續期間之經過即已足。



二、規範上離婚排除法定事由要求之正當性基礎

(一) 尊重個人之意思與正視婚姻存續基礎已不存在之事實

婚姻之存續基礎，本建立於夫妻間均有意願經營婚姻共同生活，而達成結婚之合意，並於結婚後基於維持婚姻之合意經營婚姻共同生活。如結婚時並無結婚之合意，即無法有效成立法律上婚姻關係。倘係於婚姻關係存續中不具備維持婚姻之合意，即無法經營婚姻共同生活，並經此喪失婚姻之存續基礎。

亦即，倘夫妻之一方欲離婚時，即不存在著維持婚姻之合意與婚姻共同生活，婚姻之存續基礎即不復存在。倘規範上係採取須具備法定事由始得離婚之立法例，即於不具備法定事由時仍不得離婚。然於後者之情形，將導致欲請求離婚之一方於婚姻之存續基礎已不存在之情形下，仍須繼續維持法律上婚姻關係。此一方面未能尊重個人已無維持婚姻關係之意願，另一方面亦忽視了已不存在婚姻共同生活，致婚姻存續基礎已不存在之事實。

故而，離婚規範上即須採取排除法定事由要求之立法例，令離婚不受法定事由之限制。此使夫妻之一方於無意維持婚姻時即得離婚，而能尊重個人無維持婚姻關係之意願，並正視婚姻之共同生活與存續基礎已不存在的事實。經此，法律上婚姻關係之存續，始能夠與婚姻之存續基礎、婚姻共同生活及維持婚姻之合意間係屬一致。

(二) 維護婚姻隱私與子女保護

近年比較法規範上所導入之離婚法定事由，多已自有責主義擴張至破綻主義，且於要件上採取概括破綻事由，如我國民法1985年於第1052條第2項所增訂難以維持婚姻之重大事由的要件。然即便係於概括破綻事由之規範下，請求離婚之一方仍須於訴訟中向法院



揭露婚姻中之隱私情事，以證明此等法定事由之存在。¹⁸⁹亦即，婚姻中之隱私，將因離婚須具備法定事由而無法被維護，且不因係採取有責主義或破綻主義，或係採取具體列舉事由或概括例示事由而有異。

再者，原本就婚姻中之相關情事不知情之未成年子女，即可能經由此等訴訟過程知悉父母婚姻中之隱私。此將影響未來子女與父母間之互動，而不利於子女之保護。故而，倘離婚規範能改採無須具備法定事由之立法例，即便此仍須向法院提出訴訟，然由於不須具備法定事由即得向法院請求離婚，此將有助於維護婚姻隱私，並有助於子女之保護。

(三) 婚姻法制始能真正擺脫來自教會法之影響

令離婚須具備法定事由，而受有法定事由限制的規範模式，與婚姻之本質無涉，此係源於公元4世紀時國家世俗之法制對於基督教不得離婚之教義妥協的結果。又於比較法上，德國民法1976年修正時，即便於第1353條第1項將婚姻定義為締結終生（auf Lebenszeit）之契約，惟規範上仍有離婚制度，且經別居一定期間即擬制具有法定離婚事由，致實際上無庸具備法定事由即得離婚。故而，尚無法自婚姻之本質或定義係永久結合關係，而推導出限於

¹⁸⁹ 學說中有強調，相較採取具體有責主義之規範下，法院僅須審查所規定之原因是否存在，於採取概括破綻主義之規範下，更容易暴露夫妻間之私生活與隱私，其弊害有時反而更大。林秀雄，有責主義、破綻主義與有責配偶之離婚請求，載：家族法論集(二)，頁67、76，1987年3月；林秀雄，同註5，頁249。學說上強調破綻主義規範下造成夫妻雙方互責之情形者，呂麗慧，論破綻主義離婚法之轉折與突破——兼評最高法院九十八年度台上字第一二三三號判決，月旦法學雜誌，192期，頁201、211，2011年5月。學說上強調，唯有採取不伴事實審理之破綻主義，離婚始能竟其功，黃宗樂，歐洲各國破綻主義離婚立法之開展，載：身分法之理論與實用，頁211、256，1980年10月。



法定事由始得離婚的結論。經由導入離婚無須具備法定事由的規範，婚姻法制始能真正擺脫來自教會法之影響。

再者，倘完全貫徹婚姻係永久結合關係之本質與定義，現行婚姻規範中即根本不應存在著離婚制度，亦不應存在得允許離婚但受有法定事由限制的規範模式。然於法制發展上，離婚制度仍被維持或重新導入。亦即，婚姻具有永久結合的本質，僅係令婚姻制度之導入與存在具有正當基礎，而此等本質並不排斥離婚制度的導入與建構。故而，離婚機制之存在與具體要件，本得與婚姻之本質或定義脫鉤處理，而無礙於規範上採取離婚無須具備法定事由的規範模式。

④得經此一併捨棄請求離婚者須非有責者之要件

一如我國民法第1052條第2項但書之規範，就離婚採取概括破綻事由之立法例者，比較法上亦有一併導入離婚請求權人須非破綻之有責者的要件，而排除破綻有責者之離婚請求權。瑞士舊法（1912-1998）、芬蘭舊法（1929-1948）令有責者即不得依概括破綻事由請求離婚。德國舊法（1938-1976）與荷蘭舊法（1971-1993）較為緩和，尚須有責者經他方異議時，始排除其離婚請求權。於現行法下，奧地利（1938, 1978）於別居未滿一定期間之情形，就有責者且離婚將對於他方構成苛刻之情事時，始排除其離婚請求權。德國（1976）與瑞士（1998, 2004）則於別居未滿一定期間時，要求離婚須基於存在於他方之事由或不可歸責於己之事由，從而排除破綻有責者之離婚請求權。

如於立法政策上導入離婚無須具備法定事由之規範，由於離婚不再以婚姻具有破綻為要件，規範上即得一併捨棄請求離婚者須非破綻之有責者的要件，而使破綻有責者仍得請求離婚。經此導入，離婚請求權人即得擺脫於現行法下，存在著第1052條第1項具體事



由之一方不得請求離婚的枷鎖，與擺脫第1052條第2項但書與法院實務下，破綻之主要有責者不得請求離婚的限制。

(五)統一合意離婚與單方離婚之法定要件

於第1049條以下之合意離婚機制下，於夫妻間達成離婚合意，並踐行書面、二人以上證人之簽名與經戶政機關登記的形式要件時，即得離婚。申言之，合意離婚規範上並無法定離婚事由之要求，而不問婚姻是否存在著破綻，亦不問是否夫妻一方就婚姻之破綻係屬有責。實質上此係以離婚合意係取代單方離婚機制下之法定離婚事由，即以達成離婚合意作為離婚事由。

就單方離婚機制，規範上倘能捨棄包括婚姻破綻在內之法定事由要件，即能統一單方離婚與合意離婚間之實體要件，使二者均無法定離婚事由之要求。經此，二者機制間之差別，僅在於離婚係基於單方意思或雙方合意，與形式要件上係向法院請求離婚或向戶政機關為登記。

三、排除離婚法定事由要求之疑慮

(一)夫妻間未經成熟思考而倉促離婚的疑慮

如離婚規範改採排除法定事由要求之立法例，而不受法定事由之限制，離婚僅須夫妻一方具有離婚之意思即得向法院請求之，而無法以是否具備法定事由來加以過濾。此除造成原本不具備法定事由之情形即得離婚外，亦造成夫妻一方可能因一時衝動即向法院起訴請求離婚之結果，此即有未經成熟思考而倉促離婚之疑慮。

惟單方離婚仍須經由法院裁判行之，而於判決確定前，請求離婚之一方仍有機會撤回離婚訴訟。經此，即能部分地緩和倉促離婚之疑慮。再者，規範上亦得透過同時加諸其他要件上限制，此諸如須待一定別居期間、反省期間之經過，或限制須結婚滿一定期間後



始得離婚，以緩和倉促離婚之疑慮。¹⁹⁰於此等期間經過前，擬請求或已請求離婚之一方即有機會重新思考是否欲進行或續行離婚之程序。經由導入等待期間之機制，夫妻間即能有機會重新確認離婚之意願，與有機會達成和解而放棄離婚。

(二)離婚案件增加的疑慮

於採取無須具備法定事由即得離婚的立法例下，因無法以是否具備法定離婚事由來過濾離婚之請求，將導致原先因不具法定事由而無法離婚之情形，於此等立法例下即仍得請求離婚。經此，實務上離婚案件之增加乃必然的結果。

惟於夫妻之一方向法院請求離婚時，婚姻之存續基礎即已不存在。導入無須具備法定事由之離婚規範後，即便離婚案件經此有所增加，然此卻能令已喪失存續基礎之婚姻能浮出檯面，而真實披露此等狀態。與其強令已不具存續基礎之婚姻仍須維持法律上婚姻關係而減少離婚，毋寧於規範上經由捨棄法定離婚事由之要求，使其能透過離婚機制加以解消。經此，方能使法律上之婚姻關係與其存續基礎間歸於一致。

四、排除離婚法定事由之配套規範

我國民法第1052條之單方離婚規範，如於立法政策上改採排除法定事由要求之立法例，令離婚不受法定事由之限制，夫妻之一方於欲離婚時，經向法院起訴即得離婚。由於離婚即不問婚姻是否存在著破綻，即無庸具備任何有責或破綻事由，亦不問受離婚之他方就婚姻破綻是否應負責。此實際上係以夫妻一方之離婚意思作為離婚的法定要件，而能享有隨時解消婚姻關係的自由。

¹⁹⁰ 參見「陸、四、(二)」。



採取此等立法例時，離婚固不受有法定事由之限制。惟於具體規範要件上，是否仍得令離婚受有其他要件上限制，以及於不符合此等要件時，是否即不得離婚，或者仍得於具備法定事由時離婚，此等配套規範之內容即值得加以討論。

(一) 導入其他配套規範之必要性

法制史上採取離婚不受法定事由限制之立法例者，如羅馬法古典時期之前、法國大革命時期（1792-1804）、以及近代俄國與前蘇聯（1917-1968）之規範，係採取亦不受有其他要件上之限制的規範模式，而能擁有完全的離婚自由。然現行法採取離婚不受法定事由限制之立法例者，則係採取仍須受有其他要件上限制的規範模式，此主要係與一定期間之經過相結合。

此等離婚不受法定事由限制但須一定期間經過之立法例，於具體態樣上包括別居期間、結婚須滿一定期間、反省期間之限制。以離婚須經事實上別居1年為要件說明之，離婚規範上僅須規定「婚姻經別居滿一年時，夫妻之一方得向法院請求離婚」，且規範上未就此等別居要求須具備法定事由者，即能捨棄離婚須具備法定事由要求之立法例。

採取於一定期間經過後，離婚始無須具備法定事由的規範模式者，如前述瑞典學說上所強調，其規範目的係為避免倉促與輕率離婚，並使夫妻雙方仍有重新溝通與和解之可能。¹⁹¹固然，即便係於離婚須具備法定事由之立法例下，本得再加諸須待一定期間經過之限制。然於離婚無須具備法定事由之立法例下，加諸此等一定期間經過之限制成為避免輕率離婚的最後防線，其具有重大實益，而有導入之必要性。經此，於具備離婚之意思外，尚須待一定期間經

¹⁹¹ 參見「肆、二、(三)」。



過始得離婚，而無法於一方無意維持婚姻時即得立即請求離婚。

再者，於採取尚須待一定期間經過後，離婚始無須具備法定事由的規範模式下，即便夫妻一方於欲離婚時此等期間尚未經過，然此於未來必將經過而仍得離婚。與此相對，於採取離婚受有法定事由限制之立法例下，個案中不具備法定離婚事由時，即無法離婚。故相較於後者，令一定期間經過後離婚始無須具備法定事由，其對於離婚自由的限制程度即屬有限，而具有規範正當性。

經此，於導入離婚排除法定事由之要求，但仍受有一定期間限制之規範下，法院於准否離婚之聲請時，即僅須審查請求離婚之一方是否確有離婚之意思，與是否存在著此等期間已經過之事實。

(二) 導入須一定期間經過之限制

1. 導入別居期間之限制

於立法政策上所可能導入之其他要件上限制，首先為採取經事實上或法律上別居滿一定期間時，離婚始能不受法定事由限制的規範模式。惟就未別居或別居未滿此等期間之情形，即仍須具備法定事由時始得離婚。比較法上，於奧地利（1978）、挪威（1991）、瑞士（1998, 2004）之規範中，或相類似者，於德國（1976）、法國（2004, 2019）擬制婚姻具有破綻之規範中，須經1年（挪威、法國）、2年（挪威、瑞士、法國舊法）、3年（德國）、4年（瑞士舊法）、6年（奧地利）不一的別居期間。

倘立法政策上係仿照此等須經別居滿1年至6年時，離婚始能不受法定事由限制的規範內容，欲離婚之一方即仍受有相當之限制。蓋於此等不算短之別居期間要求下，別居未滿此等期間之情形即不在少數，離婚即仍須具備法定事由，此導致離婚無須具備法定事由的規範無法完全被貫徹。故而，如欲於立法政策上導入此等別居期間之限制時，即有必要再就別居期間加以縮短，以減少個案中別居



未滿此等期間之情事的發生。

2. 導入結婚須滿一定期間之限制

此外，此亦可能採取須結婚已滿一定期間時，離婚始能不受法定事由限制之規範模式。惟結婚未滿此等期間時，則僅限於具備特定之法定事由始得離婚。比較法上，此見於西班牙（2005）結婚須滿3個月之規範。

倘於立法政策上係採取此一規範內容，並採取如比較法上之結婚滿3個月之限制者，此對於欲請求離婚者之限制最小，而能享有最大幅度之離婚自由。蓋一方面於結婚已滿3個月後始欲請求離婚者，其即無須受有其他限制。另一方面，個案中結婚未滿3個月即欲離婚之情形本屬有限，且等待至結婚滿3個月後再請求離婚亦非難事。此外，即便係於結婚未滿3個月之情形，並非一概不得離婚，其仍得於具備法定事由時立即離婚。究其實際，於導入離婚不受法定事由限制之規範時，縱同時導入結婚須滿3個月之期間限制，其對於欲離婚之一方之限制程度極為有限。

3. 導入反省期間之限制

再者，亦有可能採取須待反省期間經過後，始得離婚且不受法定事由限制之規範模式。比較法上，瑞典（1973）、芬蘭（1987）均為自離婚請求送達他方後，尚須經6個月之反省期間，僅於事實上別居已達2年時始不受此限制。申言之，於反省期間已滿6個月或別居已滿2年時，即得離婚且不受法定事由限制。然如反省期間尚未經過，亦不具備別居滿2年之情事時，即仍無法離婚。

倘立法政策上係仿照此等比較法上之規範內容，於未滿6個月反省期間且未曾經別居滿2年時係不得離婚，此即無於特定事由下仍得逕行離婚之彈性空間，而仍相當程度限制了其離婚自由。故而，如欲導入此等反省期間之限制時，即有必要再縮短反省期間，以減少未滿反省期間而無法離婚之情形。再者，就未滿反省期間之



情形，一如前揭別居或結婚須滿一定期間的規範模式下期間未滿之情形，仍應規定於特定法定事由下仍得逕行離婚。

(三)維持經法院裁判之體制並有限度開放

現行規範就單方離婚之情形，除挪威（1991）亦得向地方自治團體之行政機關請求為離婚之行政決定，及前蘇聯（1968）與俄羅斯（1995）得於特定之離婚事由下得逕向行政機關為離婚登記外，多數規範均仍要求單方離婚須經法院之裁判行之。

如立法政策上採取離婚無須具備法定事由之立法例，而所導入之其他要件上限制，係須經事實上別居滿一定期間者，為避免事實認定之爭議，即仍須維持經由法院裁判之體制，而由法院審查是否具有別居之事實與別居期間是否已經過。惟如所導入之其他要件上限制，為結婚須已滿一定期間，或離婚之請求於送達他方後須已滿一定之反省期間，或根本未導入其他要件上之限制，由於此等事實之證明與檢驗較為容易，即得有限度地開放欲離婚之一方逕向戶政機關請求為離婚登記，而無庸經由法院之審理與裁判。

(四)破綻之有責者仍得請求離婚

於離婚規範採取無須具備法定事由之立法例下，婚姻於個案中仍可能具有破綻，且請求離婚之一方亦可能係該破綻之唯一有責者或主要有責者。於立法政策上改採此等立法例下，是否須於規範上排除此等破綻有責者之離婚請求權，而僅限於無責或非主要有責者得請求離婚，即值得加以討論。比較法上，於離婚無須具備法定事由之瑞典（1973）、奧地利（1978）、西班牙（1981, 2005）、芬蘭（1987）、挪威（1991）、瑞士（1998）規範，或於別居滿一定期間時即擬制具有離婚法定事由之德國（1976）與法國（2004）規



範，即未見排除破綻有責者之離婚請求權的規定。¹⁹²

規範上採取離婚無須具備法定事由之立法例者，無論婚姻是否存在著破綻，於夫妻一方已無意維繫婚姻致婚姻存續基礎不存在時，即賦予其離婚請求權而能享有離婚自由。此迥異於採取破綻主義或有責主義之立法例下，仍要求婚姻須存在著破綻始得請求離婚。經此，即無庸承襲於後二者立法例中，所發展出排除有責一方或排除存在著離婚事由之一方離婚請求權的規範態度。規範上既已根本捨棄婚姻破綻之要件，即無庸再要求如婚姻具有破綻時，請求離婚者須為無責或非主要有責者。

再者，倘於婚姻具有破綻時，排除就破綻係屬有責者的離婚請求權，即與此一立法例欲賦予離婚自由與擴大離婚可能性之規範目的有所偏離。此外，倘因就破綻係屬有責即無法請求離婚，將造成婚姻之存續基礎已因其欲請求離婚而不存在，然仍須維持著法律上婚姻關係的結果。經此，規範上令有責者仍得請求離婚，始能符合採取離婚無須具備法定事由立法例之規範目的。

(五)陷於生活困難時仍受有保障

因法院裁判離婚而陷於生活困難者，無論係受請求離婚之他方或請求離婚之一方，如其就離婚係無過失者，於現行法下本得依第1057條向前配偶請求相當之贍養費。如其就離婚係有過失時，於現行法下本排除其贍養費請求權。

故而，即便離婚規範經修正，而改採離婚無須具備法定事由之立法例，此僅係將請求離婚之一方於不具備法定離婚事由的情形，由不得請求離婚變動為可請求離婚。然於此等不具備法定離婚事由的情形，由於無法於婚姻中尋得任何有責或破綻事由，無論係受請

¹⁹² 參見「伍、一、四」。



求離婚之他方或請求離婚之一方就離婚必然係屬無過失，倘其因離婚而陷於生活困難時，必然能符合第1057條中之無過失要件而得請求贍養費。

申言之，夫妻於現行法下因不具備法定離婚事由而本無法離婚者，於離婚規範經修正為無須具備法定事由而得離婚後，其本屬無過失者而得於生活困難時請求贍養費。亦即，即便改採離婚排除法定事由要件之立法例，其僅係由未離婚而仍受有扶養之狀態，轉換至得離婚且得請求贍養費，其陷於生活困難時仍能受有保障，並不因導入此等離婚規範而受有影響。

（六）仍得導入苛刻條款排除離婚請求權

於離婚無須具備法定事由的立法例下，即便離婚將對受請求離婚之他方造成重大苛刻之情事，比較法上未見以苛刻條款來排除離婚請求權之規定。¹⁹³其中，瑞士1998年修正時之立法理由即強調，其拒絕於規範中導入苛刻條款，係為避免有責之因素滲入離婚規範中。¹⁹⁴僅於擬制具有法定離婚事由的立法例下，德國於1976年導入苛刻條款，且其適用範圍不限於因別居期間已經過而擬制具有法定離婚事由之情形。

與此相對，於離婚須兼備概括破綻事由與經別居一定期間的立法例下，德國舊法（1946-1976）係於離婚將影響未成年子女利益之情形，始排除離婚請求權。奧地利（1978）於導入苛刻條款之初，即限於離婚請求權人係屬破綻之主要有責者之情形始適用之。¹⁹⁵同年並增訂別居已滿6年時仍應准予離婚，從而大幅限縮苛

¹⁹³ 參見「伍、一、(五)」。

¹⁹⁴ Botschaft vom 15. November 1995, aaO. (Fn. 78), S. 91.

¹⁹⁵ BGBl. Nr. 280/1978, S. 1663, 1664.



刻條款之適用空間。¹⁹⁶法國舊法亦曾於1975年至2004年間導入苛刻條款，實務上並於1980年初期廣泛運用，然之後法院即限縮其適用並強調，此須是離婚本身而非因別居本身所造成之苛刻。¹⁹⁷惟法國已於2004年刪除苛刻條款之規範。

即便立法政策上令離婚規範改採無須具備法定事由之立法例，倘受請求離婚之他方因離婚而陷於生活困難者，如前所述，現行法下其本得以第1057條請求贍養費之規定來加以救濟，從而減少了導入苛刻條款之需求。然而，如離婚將對於受請求離婚之他方造成經濟事由以外之苛刻，如於人格上或心理上造成苛刻時，即無從經此加以救濟。再者，苛刻條款之導入與存在，其規範目的係強調對於受請求離婚之他方的存續保障，而與離婚規範是否採取須具備法定事由之立法例間並無本質上的關聯。

故而，即便係採取離婚無須具備法定事由的立法例下，仍能同時導入苛刻條款之規範。經此，於離婚將對於受請求離婚之他方造成重大苛刻之情形，即能有救濟的途徑，而經此排除離婚請求權。惟為避免過度適用苛刻條款而限制離婚自由，得參考奧地利婚姻法於1978年所增訂婚姻法第55條第3項與德國民法1976年至1986年間之第1568條第2項規範，令別居滿一定期間時即不得以苛刻條款排除離婚之請求，從而限制苛刻條款之適用範圍。

惟無論請求離婚之一方是否有責或受請求離婚之他方是否無責，此與受請求離婚之他方是否因離婚而受有重大苛刻之間，本無必然之關聯，導入苛刻條款既不當然納入有責因素之考量，亦不當然導致排除有責者之離婚請求權。¹⁹⁸故於實務操作上，即須避免

¹⁹⁶ BGBl. Nr. 303/1978, S. 1727.

¹⁹⁷ Ferrand, aaO. (Fn. 90), Länderbericht Frankreich Rn. 42.

¹⁹⁸ 前揭2001年11月7日行政院第2759次會議通過之民法親屬編部分條文修正草案



將請求離婚之一方係屬有責或受請求離婚之他方係屬無責之情形，逕行解釋為離婚對於他方構成苛刻之情事，並應避免將請求離婚之一方係屬無責或受請求離婚之他方係屬有責之情形，逕行解釋為不存在著苛刻之情事。¹⁹⁹經此，以避免苛刻條款之導入，實際上成為排除有責一方離婚請求權之機制，導致消極破綻主義重現於離婚無須具備法定事由的規範中。

柒、結 論

於羅馬法古典時期之前，夫妻之一方無須具備法定事由即得自由地單方離婚，至公元4世紀之後古典時期，因受基督教不得離婚之教義影響，始發展出離婚須具備法定事由之要求，然不具備法定事由時並非不得離婚，其仍得離婚然須受有不利益。於中世紀天主教教會法制下，即完全禁止離婚。至近代國家自教會手中重新取回

中，草案於第1052條第3項導入苛刻條款，並以「公平條款」相稱，適用範圍上僅限於依第2項概括破綻事由或經別居一定期間而請求離婚的情形。立法說明中提及，蓋於此兩種離婚事由下，「……離婚請求人主觀上之責任因素及對未成年子女之影響，則非所問，此時若不賦予法院有斟酌裁量之權，恐難期公平。」法務部，同註4，頁510-511、517。此一草案說明似將請求離婚之一方係屬有責之情事，納入離婚是否顯失公平的考量中。

¹⁹⁹ 學說上強調，如於立法政策上導入苛刻條款（公平條款），若不謹慎適用，夫妻雙方為證明顯失公平必相互攻訐，經由別居而離婚之無責性即可能被破壞殆盡，成為過失責任之回復。徐慧怡，離婚制度與社會變遷，月旦法學雜誌，192期，頁45、58-59，2011年4月。學說上亦有強調，於揚棄否定有責配偶離婚請求下，苛刻條款之適用更須審慎，以免離婚相對人據此而作為報復之合理理由，從而影響破綻主義之核心價值與功能。呂麗慧，有責配偶離婚請求之否定——兼論分居為破綻表徵與苛刻條款，台灣法學雜誌，161期，頁119、122，2010年10月。另有強調婚姻已貌合神離時，導入苛刻條款（緩和條款）可否補救婚姻而有疑義者，許樹林，裁判離婚原因立法趨勢之研究，載：身分法之理論與實用，頁175、188，1980年10月。



婚姻事項之立法權後，規範態度上固有採取禁止離婚者，惟採取允許離婚者，即承襲離婚須具備法定事由之立法例。然其受新教教會法制之影響，於不具法定事由時即不得離婚，而發生失權之效果。經此，比較法上即便離婚規範之法定事由自具體有責與破綻事由、概括有責事由，發展至概括破綻事由，而逐步擴大離婚之可能性，惟離婚仍須受有法定事由之限制，如我國民法第1052條之規範。

於比較法上，亦有發展出回到無須具備法定事由即得離婚，而能享有離婚自由之立法例。近代之立法中，此濫觴於18世紀末法國大革命時期的立法，與20世紀初俄國大革命與前蘇聯於1968年之前的立法，此並陸續為瑞典、西班牙、芬蘭、挪威、瑞士之規範所採納。相類似者，即便於離婚須具備法定事由之立法例下，或有於規範上以別居期間之經過擬制存在著法定事由，如德國、法國之規範，或有於法院實務上放寬適用推定機制，如荷蘭之實務，此均使離婚實際上無庸具備法定事由，而緩和規範中之法定事由要求。經此，而能回復至夫妻間自由離婚之立法例。

於我國現行法採取離婚受有法定事由限制之立法例下，不具備法定事由時即發生排除離婚請求權之效果。然於夫妻之一方向法院請求離婚時，雙方即已不存在著共同維持婚姻之合意，而無法經營婚姻共同生活，婚姻之存續基礎即不復存在。如規範上仍令不具備法定事由時即不得離婚，將使此等已不具存續基礎之婚姻仍須於法律上存續，此實際上即懲罰了欲請求離婚之一方。即便現行法已將離婚法定事由放寬至破綻主義，並於要件上採取概括破綻事由，婚姻於夫妻一方提出離婚請求時事實上已具有破綻，實無庸於規範上再以婚姻須具備破綻來限制離婚請求權，而得捨棄離婚之法定事由要求。

於立法政策上，離婚規範經由導入排除法定事由要求之立法例，而令離婚無須具備法定事由，始能尊重個人已無意維繫婚姻之



意思，並有助於維護婚姻隱私與子女保護。而於具體要件上，由於無須具備婚姻破綻即得離婚，規範上即得一併捨棄就破綻係屬有責者不得請求離婚之限制，惟要件上仍得導入須經別居一定期間、結婚滿一定期間或反省期間經過之限制，並得導入苛刻條款，而於離婚將對於他方造成苛刻之結果時排除離婚請求權。經此導入，即能使單方與合意離婚之要件同樣無須具備法定事由，而使婚姻法制能真正擺脫來自教會法之影響。



參考文獻

一、中 文

1. 史尚寬，親屬法論，1964年11月。
2. 立法院秘書處（編），民法親屬編部分條文修正及民法親屬編施行法修正案（下冊），1985年9月。
3. 吳煜宗，難以維持婚姻之重大事由，載：民法親屬繼承實例問題分析，頁23-35，2版，2008年10月。
4. 呂麗慧，有責配偶離婚請求之否定——兼論分居為破綻表徵與苛酷條款，台灣法學雜誌，161期，頁119-126，2010年10月。
5. 呂麗慧，論破綻主義離婚法之轉折與突破——兼評最高法院九十八年度台上字第一二二三號判決，月旦法學雜誌，192期，頁201-214，2011年5月。
6. 林秀雄，有責主義、破綻主義與有責配偶之離婚請求，載：家族法論集(二)，頁67-96，1987年3月。
7. 林秀雄，我國離婚制度之矛盾，載：家族法論集(三)，頁35-63，1994年10月。
8. 林秀雄，有責配偶之離婚請求——兼評最高法院九十三年度台上字第九八七號判決，月旦法學雜誌，123期，頁240-250，2005年8月。
9. 林秀雄，親屬法講義，7版，2022年3月。
10. 林菊枝，我國民法親屬編修正法評論，2版，1987年1月。
11. 林菊枝、吳煜宗，臺灣親屬法論，2017年9月。
12. 法務部，民法親屬編研究修正實錄——重婚效力、裁判離婚原因及其效果部分，2002年4月。
13. 徐慧怡，離婚制度與社會變遷，月旦法學雜誌，192期，頁45-63，2011年4月。
14. 高鳳仙，親屬法理論與實務，20版，2020年8月。
15. 許樹林，裁判離婚原因立法趨勢之研究，載：身分法之理論與實用，頁175-193，1980年10月。
16. 許樹林，親屬法新論，2版，2010年9月。



17. 陳棋炎，民事訴訟程序上有關親屬的身分關係訴訟之訴之性質，載：親屬、繼承法基本問題，頁497-548，1976年2月。
18. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，16版，2022年9月。
19. 黃宗樂，歐洲各國破綻主義離婚立法之開展，載：身分法之理論與實用，頁211-272，1980年10月。
20. 鄧學仁，親屬法之歷史與課題，載：親屬法的變革與展望，頁3-47，1997年6月。
21. 鄧學仁，離婚法之現代課題，載：親屬法的變革與展望，頁147-171，1997年6月。
22. 戴東雄，我國離婚法之現代化，載：親屬法論文集，頁289-320，2版，1993年12月。
23. 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，2021年10月。

二、日 文

- 二宮周平（編）『新注積民法(17)，親族(1) §§ 725-791』有斐閣（2017年10月）。

三、外 文

1. Aarnio, Aulis (1985), *Family Law and the Law of Succession*, in Jaakko Uotila ed., THE FINNISH LEGAL SYSTEM (2d ed.). (Helsinki: Finnish Lawyers Publishing).
2. Akhapiin, Yuri (1970), *FIRST DECREES OF SOVIET POWER*, London: Lawrence & Wishart.
3. Anders, Josef Freiherr von, *Grundriß des Familienrechts*, 1899.
4. Anntila, Kirsti (1977), *Finland*, in Robert Chester ed., *DIVORCE IN EUROPE*. (Leiden: Martinus Nijhoff).
5. Antokolskaia, Masha (2016), *Divorce Law in a European Perspective*, in Jens M. Scherpe ed., *EUROPEAN FAMILY LAW, VOL. III*. (Cheltenham: Edward Elgar).
6. Babusiaux, Ulrike/Baldus, Christian/Ernst, Wolfgang/Meissel, Franz-Stefan/Platschek, Johannes/Rüfner, Thomas (Hg.), *Handbuch des Römischen*



- Privatrechts, Bd. I, 2023
7. *Bergmann, Alexander*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Bd. II, 1926.
 8. *Bergmann, Alexander*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Bd. I, 2. Aufl., 1938.
 9. *Bergmann, Alexander/Ferid, Murad/Henrich, Dieter* (Hg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 6. Aufl., Stand der 225. Lieferung, 2018.
 10. *Blume, Fred H. & Frier, Bruce W.* eds. (2016), THE CODEX OF JUSTINIAN, VOL. 3, Cambridge: Cambridge University Press.
 11. *Boele-Woelki, Katharina, Cherednychenko, Olga & Coenraad, Lieke* (2003), *The Netherlands*, in Katharina Boele-Woelki, Bente Braat & Ian Sumner eds., EUROPEAN FAMILY LAW IN ACTION, VOLUME I: GROUNDS FOR DIVORCE. (Antwerpen: Intersentia).
 12. *Boigeol, Anne, Commaille, Jacques & Roussel, Louis* (1977), *France*, in Robert Chester ed., DIVORCE IN EUROPE. (Leiden: Martinus Nijhoff).
 13. *Boschan, Siegfried*, Europäisches Familienrecht (Ausland), 1937.
 14. *Boschan, Siegfried*, Europäisches Familienrecht, 3. Aufl., 1963.
 15. *Boschan, Siegfried*, Europäisches Familienrecht, 5. Aufl., 1972.
 16. *Brissaud, Jean* (1912), A HISTORY OF FRENCH PRIVATE LAW, Boston: Little, Brown, and Company.
 17. *Brunner, Heinrich*, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 5. Aufl., 1912.
 18. *Brunner, Heinrich*, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. I, 3. Aufl., 1961.
 19. *Buckland, William Warwick & Stein, Peter* (1963), A TEXT-BOOK OF ROMAN LAW FROM AUGUSTUS TO JUSTINIAN (3rd ed.), Cambridge: Cambridge University Press.
 20. *Bühler, Walter/Spühler, Karl*, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II/1/1/2, 3. Aufl., 1980.
 21. *Bulter, William E.* (1988), SOVIET LAW (2d ed.), London: Butterworths.
 22. *Bulter, William E.* (2015), RUSSIAN FAMILY LAW, London: Wildy, Simmonds & Hill.
 23. *Burge, William, Renton, Alexander Wood & Phillimore, George Grenville* (1910), BURGE'S COMMENTARIES ON COLONIAL AND FOREIGN LAWS, VOL. III (new ed.),



- London: Sweet & Maxwell.
24. *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, oder Neu Verbessert- und Ergängt- Chur-Bayrisches Land-Recht, Erster Theil, 1759.
25. Coing, *Helmut*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, 1985.
26. Coing, *Helmut*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 1989.
27. Co-operative Publishing Society of Foreign Workers in the USSR (1932), *THE SOVIET LAW ON MARRIAGE*, Moscow: Co-operative Publishing Society of Foreign Workers in the USSR.
28. Crabb, John H. (1995), *FRENCH CIVIL CODE* (rev. ed.), Littleton: Rotheman.
29. De Grooth, G./Asser, T. M. C., *Das Eherecht des Königreichs der Niederlande*, in: *Leske, Franz/Loewenfeld, William* (Begr.), *Das Eherecht der europäischen Staaten und der aussereuropäischen Staaten*, 3. Aufl., 5. Lfg., 1967, S. 753ff.
30. de Ruiter, Jan (1978), *The Reform of Family Law in the Netherlands*, in Aleck G. Chloros ed., *THE REFORM OF FAMILY LAW IN EUROPE*. (Deventer: Kluwer).
31. Dernburg, *Heinrich*, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, Bd. 4, 4. Aufl., 1908.
32. Domin-Petruschevecz, *Alphons von*, *Neuere Österreichische Rechtsgeschichte*, 1860.
33. Egger, *August*, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd. II/1, 2. Aufl., 1936.
34. Engelmann, *J.*, *Russland*, in: *Leske, Franz/Loewenfeld, William* (Hg.), *Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien*, 1904, S. 708ff.
35. Eriksson, Maja Kirilova & Schiratzki, Johanna (2001), *Sweden*, in Walter Pintens ed., *INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS, FAMILY AND SUCCESSION LAW*, VOL. 4. (The Hague: Kluwer).
36. Feldbrugge, Ferdinand J. M. (1993), *RUSSIAN LAW: THE END OF THE SOVIET SYSTEM AND THE ROLE OF LAW*, Dordrecht: Martinus Nijhoff.
37. Feldbrugge, Ferdinand J. M. (2018), *A HISTORY OF RUSSIAN LAW: FROM ANCIENT TIMES TO THE COUNCIL CODE (ULOZHENIE) OF TSAR ALEKSEI MIKHAILOVICH OF 1649*, Leiden: Brill.



38. Fenyves, Attila/Kerschner, Ferdinand/Vonklich, Andreas (Hg.), Kommentar zum ABGB, §§ 44 bis 136, EheG und EPG, Bd. I, 3. Aufl., 2021.
39. Ferid, Murad/Sonnenberger, Hans Jürgen (Hg.), Das Französische Zivilrecht, Bd. 3, 2. Aufl., 1987.
40. Förster, Franz, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, Bd. III, 3. Aufl., 1874.
41. FOUCHER (V.), *Code civil de l'empire de Russie*, Rennes, Blin, 1841.
42. Foyer, Jacques (1978), *The Reform of Family Law in France*, in Aleck G. Chloros ed., THE REFORM OF FAMILY LAW IN EUROPE. (Deventer: Kluwer).
43. Freund, Heinrich, Das Zivilrecht in der Sowjetunion, Abt. I/1, 1927.
44. Fulchiron, Hugues (2005), *The New French Divorce Law*, in Andrew Bainham ed., INTERNATIONAL SURVEY OF FAMILY LAW (2005 ed.). (Bristol: Family Law).
45. GANSHOF (L.- F.), PETIT (C.), *Nouveau code civil néerlandais, Livre 1, Droit des personnes et de la famille*, Deventer, Kluwer, 1972.
46. García Cantero, Gabriel & Rams Albesa, Joaquín (1999), *Spain*, in Walter Pintens ed., INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS, FAMILY AND SUCCESSION LAW, VOL. 4. (The Hague: Kluwer).
47. Gebhard, Richard, Russisches Familien- und Erbrecht, 1910.
48. Geiser, Thomas/Fountoulakis, Christiana (Hg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 6. Aufl., 2018.
49. Granet-Lambrechts, Frédérique (2020), *Introductory note to Family Law*, in Michel Sejean ed., FRENCH CIVIL CODE. (Paris: LexisNexis).
50. Gsovski, Vladimir (1948), SOVIET CIVIL LAW, VOL. 1, Ann Arbor: University of Michigan Law School.
51. Gsovski, Vladimir (1949), SOVIET CIVIL LAW, VOL. 2, Ann Arbor: University of Michigan Law School.
52. HAANEBRINK (P.-H.), *Code civil Néerlandais*, Bruxelles, Bruylant, 1921.
53. Hakulinen, Y. J., Das Eherecht Finnlands, in: Leske, Franz/Loewenfeld, William (Begr.), Das Eherecht der europäischen Staaten und der aussereuropäischen Staaten, 3. Aufl., 2. Lfg., 1964, S. 337ff.



54. Harke, Jan Dirk, *Römisches Recht*, 2. Aufl., 2016.
55. Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina E., *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 7. Aufl., 2022.
56. Hegnauer, Cyril/Breitschmid, Peter, *Grundriss des Eherechts*, 3. Aufl., 1993.
57. Hegnauer, Cyril/Breitschmid, Peter, *Grundriss des Eherechts*, 4. Aufl., 2000.
58. Heusler, Andreas, *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, Bd. II, 1886.
59. Hinschius, Paul, *Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875*, 2. Aufl., 1876.
60. Hinteregger, Monika, *Familienrecht*, 9. Aufl., 2019.
61. Homberger, Arthur, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 2. Aufl., 1943.
62. Honsell, Heinrich/Fagnoli, Iole, *Römisches Recht*, 9. Aufl., 2021.
63. Honsell, Heinrich/Mayer-Maly, Theo/Selb, Walter, *Römisches Recht*, 4. Aufl., 1987.
64. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Bd. I, 1996.
65. Huber, Eugen, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes*, Bd. 4, 1893.
66. Hübner, Rudolf, *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*, 5. Aufl., 1930.
67. Ibán, Iván C., *Einführung in das spanische Recht*, 1995.
68. Jacobi, Leonard, XVIII. Gutachten, in: *Schrifführer-Amt der Ständigen Deputation* (Hg.), *Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages*, Bd. II, 1889, S. 110ff.
69. Jänterä-Jareborg, Maarit (2003), *Sweden*, in Katharina Boele-Woelki, Bente Braat & Ian Sumner eds., *EUROPEAN FAMILY LAW IN ACTION, VOLUME I: GROUNDS FOR DIVORCE*. (Antwerpen: Intersentia).
70. Jolowicz, Herbert Felix & Nicholas, Barry (1978), *HISTORICAL INTRODUCTION TO THE STUDY OF ROMAN LAW* (3rd ed.), Cambridge: Cambridge University Press.
71. Kaiser, Dagmar/Schnitzler, Klaus/Friederici, Peter (Hg.), *AnwaltKommentar BGB*, Bd. 4, Familienrecht, 2005.
72. Kaiser, Dagmar/Schnitzler, Klaus/Schilling, Roger/Sanders, Anne (Hg.),



- NomosKommentar BGB, Bd. 4, Familienrecht, 4. Aufl., 2021.
73. Kangas, Urpo (1993), *Family Law and Inheritance Law*, in Juha Pöyhönen ed., AN INTRODUCTION TO FINNISH LAW. (Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing).
74. Kaser, Max, *Das Römische Privatrecht*, Bd. I, 2. Aufl., 1971.
75. Kaser, Max, *Das Römische Privatrecht*, Bd. II, 2. Aufl., 1975.
76. Kaser, Max/Knütel, Rolf/Lohsse, Sebastian, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl., 2021.
77. Klibanski, Hermann O., *Codex des Civilrechts (Russisches Civilgesetzbuch)*, 1902.
78. Koch, Christian Friedrich, *Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts*, Bd. II, 3. Aufl., 1858.
79. Koch, Elisabeth (Hg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 9, Familienrecht I, 9. Aufl., 2022.
80. *Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches* (Hg.), *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Bd. IV, Familienrecht, 2. Aufl., 1896.
81. Konrad, Hermann, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. I, 2. Aufl., 1962.
82. Kooy, Gerrit (1977), *The Netherlands*, in Robert Chester ed., *DIVORCE IN EUROPE*. (Leiden: Martinus Nijhoff).
83. Krainz, Josef/Pfaff, Leopold/Ehrenzweig, Armin, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Bd. II, 4. Aufl., 1907.
84. Krasnopolski, Horaz, *Österreichisches Familienrecht*, 1911.
85. Kristiansen, Jan Erik (1977), *Norway*, in Robert Chester ed., *DIVORCE IN EUROPE*. (Leiden: Martinus Nijhoff).
86. Lind, Erik, *Das Zivilrecht der nordischen Laender*, Abt. I/4a, *Schwedisches Familien- und Erbrecht*, 1939.
87. Librando, Vito (1978), *The Reform of Family Law in Italy*, in Aleck G. Chloros ed., *THE REFORM OF FAMILY LAW IN EUROPE*. (Deventer: Kluwer).
88. Lødrup, Peter (2002), *Norway*, in Carolyn Hamilton & Alison Perry eds., *FAMILY LAW IN EUROPE* (2d ed.). (London: Butterworths).
89. Lögdberg, Ake (1978), *The Reform of Family Law in the Scandinavian Countries*,



- in* Aleck G. Chloros ed., *THE REFORM OF FAMILY LAW IN EUROPE*. (Deventer: Kluwer).
90. Lövold, Arne, Das Eherecht Norwegens, in: *Leske, Franz/Loewenfeld, William* (Begr.), *Das Eherecht der europäischen Staaten und der aussereuropäischen Staaten*, 3. Aufl., 2. Lfg., 1964, S. 225ff.
91. Luther, Gerhard (Hg.), *Italienisches Zivilgesetzbuch* (1942), 2. Aufl., 1968.
92. Martín-Casals, Miquel, Ribot, Jordi & Solé, Josep (2003), *Spain*, in Katharina Boele-Woelki, Bente Braat & Ian Sumner eds., *EUROPEAN FAMILY LAW IN ACTION, VOLUME I: GROUNDS FOR DIVORCE*. (Antwerpen: Intersentia).
93. Mellema-Kranenburg, Tea (2020), *The Family*, in Alain A. Levasseur, J. Randall Trahan & David Gruning eds., *THE LEGAL SYSTEM OF THE NETHERLANDS*. (Durham: Carolina Academic Press).
94. Merckoll, Else-Marie (2021), *Norway*, in James Stewart ed., *FAMILY LAW: A GLOBAL GUIDE FROM PRACTICAL LAW* (5th ed.). (London: Thomson Reuters).
95. Mikkola, Tuulikki (2022), *FAMILY AND SUCCESSION LAW IN FINLAND* (2d ed.), Alphen aan den Rijn: Kluwer.
96. Minamikata, Satoshi (2020), *FAMILY AND SUCCESSION LAW IN JAPAN* (3rd ed.), Alphen aan den Rijn: Kluwer.
97. Ministerio de Justicia (2016), *SPANISH CIVIL CODE* (2016 ed.), Madrid: Ministerio de Justicia.
98. Neseemann, Urte, *Die schwedische Familiengesetzgebung von 1734 bis zu den Reformgesetzen von 1915 bis 1920 und deren Einfluss auf die Gesetzgebungsprojekte der Weimarer Republik*, 2003.
99. Nieper, Franz/Westerdijk, Arjen S., *Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 1 Personen- und Familienrecht*, 1996.
100. Olsson, Gunilla & Sarvik, Johan (2021), *Sweden*, in James Stewart ed., *FAMILY LAW: A GLOBAL GUIDE FROM PRACTICAL LAW* (5th ed.). (London: Thomson Reuters).
101. Orfield, Lester Bernhardt (1953), *THE GROWTH OF SCANDINAVIAN LAW*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.



- 102Otto, Carl Ed./Schilling, Bruno/Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand (Hg.), Das Corpus Juris Civilis, Bd. 6, 1832.
- 103Pahud de Mortanges, René, Schweizerische Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 2017.
- 104Pap, Tibor (1978), *The Reform of Family Law in the Socialist States*, in Aleck G. Chloros ed., THE REFORM OF FAMILY LAW IN EUROPE. (Deventer: Kluwer).
- 105Peuster, Witold, Código Civil: Das Spanische Zivilgesetzbuch, 2002.
- 106Pfirstinger, A., Das Bayerische Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht in den Gebieten des bayerischen und preußischen Landrechts, 1883.
- 107Pharr, Clyde (1952), THE THEODOSIAN CODE AND NOVELS, AND THE SIRMUNDIAN CONSTITUTIONS, Princeton: Princeton University Press.
- 108Phillips, Roderick (1988), PUTTING ASUNDER: A HISTORY OF DIVORCE IN WESTERN SOCIETY, Cambridge: Cambridge University Press.
- 109Planck, Gottlieb, Begründung des Entwurfs eines Familienrechts für das Deutsche Reich, 1880.
- 110Progress Publishers (1974), FUNDAMENTALS OF LEGISLATION OF THE USSR AND THE UNION REPUBLICS, Moscow: Progress Publishers.
- 111Rautiala, Martti (1966), *Outline of Family Law*, in Jaakko Uotila ed., THE FINNISH LEGAL SYSTEM. (Helsinki: The Union of Finnish Lawyers Publishing).
- 112Reichsgerichtsräte (Hg.), BGB-RGRK, Bd. IV, 9. Aufl., 1940.
- 113Reichsgerichtsräte und Bundesrichter (Hg.), BGB-RGRK, Bd. IV/3, 10./11. Aufl., 1968.
- 114Richter, Aemilius Ludwig & Friedberg, Emil eds. (1959), CORPUS IURIS CANONICI, VOL. I (2d ed.), Graz: Akademische Druck- u. Verlagsanstalt.
- 115Romañach, Jr., Julio (1994), CIVIL CODE OF SPAIN, Barton Rouge: Lawrence Publishing.
- 116Rood-De Boer, Madzy (1993), *Family Law*, in Jeroen M. J. Chorus, Petrus H. M. Gerver, Ewoud H. Hondius & Adriaan Kornelis Koekkoek eds., INTRODUCTION TO DUTCH LAW FOR FOREIGN LAWYERS (2d ed.). (Deventer: Kluwer).
- 117Rummel, Peter (Hg.), ABGB Kommentar, 3. Aufl., Bd. II/4, 2002.
- 118Saldeen, Åke (1994), *Family Law*, in Hugo Tiberg, Fredrik Sterzel & Pär Cronhult



- eds., SWEDISH LAW: A SURVEY. (Stockholm: Jurisförlager).
- 119Salmenkylä, Hikka (2021), *Finland*, in James Stewart ed., FAMILY LAW: A GLOBAL GUIDE FROM PRACTICAL LAW (5th ed.). (London: Thomson Reuters).
- 120Savolainen, Matti (1998), *Finland*, in Walter Pintens ed., INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS, FAMILY AND SUCCESSION LAW, VOL. 2. (The Hague: Kluwer).
- 121Savolainen, Matti (2003), *Finland*, in Katharina Boele-Woelki, Bente Braat & Ian Sumner eds., EUROPEAN FAMILY LAW IN ACTION, VOLUME I: GROUNDS FOR DIVORCE. (Antwerpen: Intersentia).
- 122Schlesinger, Rudolf (1948), THE FAMILY IN THE U.S.S.R., London: Routledge.
- 123Schlinker, Steffen/Ludyga, Hannes/Bergmann, Andreas, *Privatrechtsgeschichte*, 2019.
- 124Schmoeckel, Mathias (Hg.), *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. IV, 2018.
- 125Schröder, Richard/Künßberg, Eberhard v., *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 6. Aufl., 1922.
- 126Schroeder, Henry Joseph (1941), *CANONS AND DECREES OF THE COUNCIL OF TRENT*, St. Louis: B. Herder Book Co.
- 127Schwenzer, Ingeborg/Fankhauser, Roland, *Scheidung*, Bd. I, 3. Aufl., 2017.
- 128Schwerin, Claudius Freiherr von, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 2. Aufl., 1928.
- 129Schwimann, Michael/Kodek, Georg (Hg.), *ABGB Praxiskommentar*, Bd. 2, 5. Aufl., 2020.
- 130Sedugin, Petr Ivanovich (1973), *NEW SOVIET LEGISLATION ON MARRIAGE AND THE FAMILY*, Moscow: Progress Publishers.
- 131Sellin, Johan Thorsten (1922), *MARRIAGE AND DIVORCE LEGISLATION IN SWEDEN*, Philadelphia: University of Pennsylvania.
- 132Simson, Gerhard, *Das Eherecht Schwedens*, in: *Leske, Franz/Loewenfeld, William* (Begr.), *Das Eherecht der europäischen Staaten und der aussereuropäischen Staaten*, 3. Aufl., 2. Lfg., 1964, S. 171ff.



- 133Sohst, Wolfgang, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch, 6. Aufl., 2019.
- 134Staudinger, Julius von (Begr.), Staudingers Kommentar zum BGB, Bd. IV/1, 3./4. Aufl., 1908.
- 135Staudinger, Julius von (Begr.), Staudingers Kommentar zum BGB, § 1564-§ § 1568, 1568 a+b BGB, Neubearbeitung, 2018.
- 136Stewart, John Hall (1952), A DOCUMENTARY SURVEY OF THE FRENCH REVOLUTION, New York: Macmillan.
- 137Stobbe, Otto/Lehmann, Heinrich Otto, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 4, 3. Aufl., 1900.
- 138Süß, Rembert/Ring, Gerhard (Hg.), Eherecht in Europa, 4. Aufl., 2021.
- 139Sverdlov, G. M., Das Eherecht der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken, in: Leske, Franz/Loewenfeld, William (Begr.), Das Eherecht der europäischen Staaten und der aussereuropäischen Staaten, 3. Aufl., 4. Lfg., 1965, S. 561ff.
- 140Sverdrup, Tone (2003), Norway, in Katharina Boele-Woelki, Bente Braat & Ian Sumner eds., EUROPEAN FAMILY LAW IN ACTION, VOLUME I: GROUNDS FOR DIVORCE. (Antwerpen: Intersentia).
- 141The Danish Committee on Comparative Law (1963), DANISH AND NORWEGIAN LAW, Copenhagen: Gad.
- 142The Russian Soviet Government Bureau (1921), THE MARRIAGE LAWS OF SOVIET RUSSIA, New York: The Russian Soviet Government Bureau.
- 143Tottie, Lars (1981), Family Law, in Stig Strömholm ed., AN INTRODUCTION TO SWEDISH LAW. (Deventer: Kluwer).
- 144Tottie, Lars (1988), Family Law, in Stig Strömholm ed., AN INTRODUCTION TO SWEDISH LAW (2d ed.). (Stockholm: Norstedts).
- 145Trost, Jan (1977), Sweden, in Robert Chester ed., DIVORCE IN EUROPE. (Leiden: Martinus Nijhoff)
- 146Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Jäggi, Peter, Das Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 8. Aufl., 1968.
- 147Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Jungo, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., 2015.



- ¹⁴⁸Typis Polyglottis Vaticanis (1917), CODEX IURIS CANONICI PII X PONTIFICIS MAXIMI, Rome: Typis Polyglottis Vaticanis.
- ¹⁴⁹van der Burght, Gregor & Doek, Jaap E. (2002), *The Netherlands*, in Walter Pintens ed., INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS, FAMILY AND SUCCESSION LAW, VOL. 3. (The Hague: Kluwer).
- ¹⁵⁰Vlaardingerbroek, Paul (2004), *General Trends in Dutch Family Law*, in Sanne Taekema ed., UNDERSTANDING DUTCH LAW. (The Hague: Boom juridische uitgevers).
- ¹⁵¹Vlaardingerbroek, Paul (2022), *Family Law*, in Larissa van den Herik, Ewoud Hondius & Wim Woermans eds., INTRODUCTION TO DUTCH LAW (6th ed.). (Alphen aan den Rijn: Kluwer).
- ¹⁵²Walton, Clifford Stevens (1900), THE CIVIL LAW IN SPAIN AND SPANISH-AMERICA, Washington, D. C: W. H. Lowdermilk & Co.
- ¹⁵³Warendorf, Hans, Thomas, Richard & Curry-Summer, Ian (2013), THE CIVIL CODE OF THE NETHERLANDS (2d ed.), Alphen aan den Rijn: Kluwer.
- ¹⁵⁴Westermarck, Edward (1921), THE HISTORY OF HUMAN MARRIAGE VOL. 3 (5th ed.), London: Macmillan.
- ¹⁵⁶Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996.
- ¹⁵⁷Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. I, 1971.



The Development of Requirement of Legal Ground for Divorce and Its Abandonment: A Comparative Observation of the Main Legislations in Continental Europe and Art. 1052 of the Civil Code of Taiwan

Yi-Tien Lin^{*}

Abstract

Under the legislation where legal grounds are required for divorce, such as those regulated under Art. 1052 of the Civil Code of Taiwan, divorce is not permitted while no legal ground exists. However, there exists legislation in comparative law in which couples enjoy the freedom of divorce for that divorce is still permitted while no legal ground such as a fault or irretrievable breakdown of the marriage exists. By introducing such kind of mechanism, the free will of individuals not to maintain marriage can be respected. Meanwhile, the nonexistence of the foundation of marriage can also be truly evaluated. This is also

^{*} Professor of Law, National Cheng Kung University; Dr. iur. of the University of Mainz, Germany.

Received: January 30, 2023; accepted: June 9, 2023



helpful for the protection of the privacy of the marriage and children. While the requirements for legal grounds to divorce are abandoned, the regulation to exclude the responsible party's right to claim for divorce can also be abandoned. Yet the requirement for the period of separation, reconsideration, or continuance of marriage can be introduced as supplementary measures. Besides, the hardship clause can be introduced to exclude the divorce application while the divorce itself could result in a hardship situation. By abandoning the requirements for legal grounds to divorce, unilateral divorce therefore requires no legal grounds as consent divorce. The regime of marriage and divorce can thus truly be free from the influence of ecclesiastical law.

Keywords: Divorce, Legal Grounds for Divorce, Irretrievable Breakdown, Fault Divorce, Separation Period, Reconsideration Period, Continuance Period of Marriage, Hardship Clause