

國立政治大學法學院碩士在職專班

碩士學位論文

離婚事件程序法理之研究

Study on Legal Principle of Divorce Proceedings



指導教授：劉明生博士

研究生：陳旭郁撰

中華民國一一〇年一月

謝 辭

首先，最要感謝的是我的指導老師劉明生教授，在撰寫論文過程中，老師循序漸進的帶領我，幫助我如何蒐集相關文獻，教導我，使我對這研究領域有系統、有架構的認識，又在劉老師不斷積極地督促下，使我不因工作繁忙而放棄，使我能順利完成論文，在這過程中，學習到法律的思維與邏輯。除此外，也非常感謝兩位口試委員，國立政治大學許政賢教授與東吳大學陳重陽教授，在百忙中審閱學生的論文，給予許多寶貴的指導與意見，使本論文更加完整。

感謝所有國立政治大學的老師，學生在老師們的悉心教導下，對法律有深入的認識，也感謝國立政治大學同學們相互打氣，使學生白天上班，晚上及假日要上課不僅不覺得辛苦，反而，因有同學們的陪伴，而讓學生感覺重新回到校園的學習特別喜樂。

最後，我要感謝天父賜給我健康的身體，也感謝我的父母、外子及家人的照顧與包容，讓我有機會完成法學院碩士的學業，圓了年輕時未實現的夢想。

陳旭郁 謹識

國立政治大學法學院碩士在職專班

中華民國一一〇年一月

摘要

二十世紀世界人權宣言強調男女平權、婚姻自由，又各國離婚法制之發展傾向尊重個人自由意思，男女對於婚姻期待及忍受程度亦逐漸改變，離婚不再遭受社會歧視，各國普遍離婚率不斷上升。

離婚訴訟常伴隨須一併處理未成年子女之親權酌定、請求剩餘財產分配之半數、家庭生活費用、贍養費、因離婚所生之損害賠償等，其所涉及案件經常較一般財產事件，涉及更多之感情及情緒因素，美國學者 Andrew Schepard 發現當事人與關係人(如未成年子女)在經歷離婚訴訟之過程，彷彿歷經一場離婚戰爭，而感慨說：「每一離婚訴訟都是一個小型文明的死。」為防止「離婚後家庭」紛爭再起，有效運用訴訟資源，依家事事件法，其涉及相關之紛爭有一併處理之必要，得向就其中一家事訴訟事件有管轄權之少年及家事法院合併請求，究應如何一併解決因離婚訴訟事件所生之紛爭？而離婚訴訟事件所生之財產紛爭，是否皆得由同一程序合併統合處理？本文期待藉由整理、分析實務上爭議及學說見解，以描繪出離婚訴訟程序、因離婚所生之財產紛爭及子女親權酌定等事件，其訴訟或非訟程序與法理之適用狀況，希冀對於我國家事事件法未來發展有所助益。

關鍵字：離婚訴訟、離婚之程序法理、合併訴訟

目次

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究方法.....	2
第三節 研究架構.....	2
第二章 裁判離婚相關立法模式之探討.....	4
第一節 有責主義.....	4
第二節 破綻主義.....	5
第一項 積極破綻主義.....	5
第二項 消極破綻主義.....	7
第三項 折衷破綻主義.....	8
第三節 我國離婚法制.....	10
第一項 我國民法第一千零五十二條之立法沿革.....	11
第二項 我國民法第一千零五十二條第一項具體離婚原因.....	13
第三項 我國民法第一千零五十二條第二項抽象離婚原因.....	19
第四節 外國離婚法制.....	28
第五節 本文見解.....	31
第三章 家事事件處分權主義之適用.....	34
第一節 處分權主義之基本法理.....	34
第二節 程序之開啟及起訴前應經調解程序之規定.....	36
第三節 離婚訴訟訴訟標的之界定及其確定判決之效力.....	37
第一項 訴訟標的理論之學說.....	37
第一款 統一概念論.....	37
第二款 非統一概念論.....	39
第二項 我國裁判離婚之訴訟標的.....	41
第一款 學說見解.....	41
第一目 舊訴訟標的理論.....	41
第二目 新訴訟標的理論.....	42
第三目 訴訟標的相對論.....	43
第四目 舊訴訟標的理論與新訴訟標的理論之比較.....	43
第二款 我國實務見解.....	45
第三款 本文見解.....	48
第三項 離婚訴訟確定判決之效力.....	50
第一款 離婚訴訟確定之判決既判力.....	50
第二款 離婚訴訟確定判決之失權效.....	51
第四節 訴訟標的之捨棄、認諾與訴訟上和解.....	53
第一項 訴訟標的之捨棄.....	53

第二項 訴訟標的之認諾.....	56
第三項 訴訟上和解.....	60
第四項 本文見解.....	62
第四章 離婚訴訟裁判基礎資料事實與證據提出之適用.....	65
第一節 離婚訴訟準用民事訴訟法之協同主義或修正辯論主義之論爭.....	65
第一項 離婚訴訟準用民事訴訟法採協同主義之疑問.....	66
第一款 修正辯論主義與協同主義之區別.....	66
第二款 民事訴訟法採修正辯論主義之立法學說與實務.....	67
第三款 本文見解.....	70
第二項 家事事件法第十條第二項立法理由明示採協同主義之缺失....	70
第一款 協同主義之定義具歧義性.....	70
第二款 推論採協同主義之影響.....	74
第三款 本文見解.....	77
第三項 小結.....	77
第二節 裁判離婚在片面職權探知主義與全面限制辯論主義之論爭.....	78
第一項 學說見解.....	79
第一款 片面職權探知主義.....	79
第二款 全面限制的辯論主義(更加徹底之協同主義).....	80
第二項 我國實務見解.....	82
第三項 本文見解.....	90
第五章 離婚訴訟與其他家事訴訟、家事非訟事件之合併與分離.....	92
第一節 家事事件合併審理與裁判之基本法理.....	92
第一項 我國家事事件之合併與分離.....	92
第二項 德國家事事件之合併與分離.....	95
第三項 我國與德國家事事件合併與分離之比較.....	97
第二節 離婚訴訟與其他家事訴訟事件之合併.....	101
第一項 離婚訴訟與其他家事訴訟事件合併之基本原理.....	101
第二項 離婚訴訟與其他婚姻事件合併問題之探討.....	104
第三項 離婚訴訟與家事財產事件合併問題之探討.....	110
第一款 離婚訴訟與剩餘財產分配請求權合併.....	110
第二款 離婚訴訟與因離婚而生損害賠償事件之合併.....	114
第四項 離婚訴訟可否以婚姻關係外第三人為共同原(被)告.....	117
第三節 離婚訴訟與家事非訟事件之合併.....	124
第一項 學說上交錯適用程序之主張.....	124
第二項 交錯適用程序之批判.....	127
第三項 離婚訴訟與酌定未成年子女親權事件之合併.....	129
第四項 離婚訴訟與扶養費請求事件之合併.....	130
第四節 離婚訴訟可否與民事財產訴訟合併問題之探討.....	140

第五節 本文見解.....	144
第六章 結論.....	146
參考文獻(依姓氏筆劃排列).....	151
一、書籍.....	151
二、專書論文.....	151
三、期刊文章.....	153



第一章 緒論

第一節 研究動機

隨著社會生活型態、價值觀念改變、女性受教育程度提高、經濟獨立，又因個人主義盛行、自由主義興盛，離婚逐漸不再遭受社會歧視，男女對於婚姻期待及忍受程度逐漸改變，各國普遍離婚率不斷上升，我國依內政部統計處於二〇二〇年七月十一日通報，二〇一九有偶人口男性離婚率高達百分之十點四二，女性高達百分之十點五六¹。

因離婚訴訟所生之財產紛爭，如請求剩餘財產分配之半數、家庭生活費用、贍養費、因離婚所生之損害賠償等，以及對於未成年子女親權酌定等種種問題，均有一併處理之必要，如何統一解決離婚所生之紛爭，在程序法及實務上究如何處理，又因離婚訴訟所涉及案件經常較一般財產案件，涉及更多之感情及情緒因素，如離婚訴訟伴隨著處理未成年子女之親權酌定，子女最佳利益亦可能因父母親相互對抗、在仇恨的爭訟過程中，受到莫大傷害，許多問題仍向未來持續發展，並不因離婚訴訟終結而結束。

離婚訴訟事件之合併，先前主要依民事訴訟法處理，除依民事訴訟法第五十三條及第二百四十八條規定主、客觀合併之一般性規定外，同法第五百七十二條及第五百七十二條之一就離婚訴訟事件之合併有放寬規定。於二〇一二年公布家事事件法施行後，規範各類型家事事件審理之程序法依據，並於二〇一三年五月八日刪除民事訴訟法第九編人事訴訟程序及非訟事件法第四章家事非訟事件之相關條文。離婚訴訟事件依家事事件法，其涉及相關之紛爭有一併處理之必要，如何統一解決因離婚訴訟事件所生之紛爭？又離婚訴訟事件所生之財產紛爭，是否皆得由同一程序合併統合處理？惟離婚訴訟多涉及當事人間情感、隱私權及對於未成年子女親權之酌定等，究應如何處理較為適當？本文期待藉由整理、分析

¹ 內政部統計處 109 年 7 月 11 日內政統計通報，109 年第 28 週。

實務上爭議及學說見解，以描繪出離婚訴訟程序、因離婚所生之財產紛爭及子女親權酌定等事件，其程序與法理之適用狀況，希冀對於我國家事事件法未來發展有所助益。

第二節 研究方法

離婚訴訟事件，涉及因離婚所生之財產紛爭及對於未成年子女親權酌定等問題，於二〇一二年通過施行家事事件法，就訴訟法理與非訟法理因統合處理而生之爭議，有為數不少之文獻討論此相關議題，本文希望就學者對於此議題之相關討論文獻資料加以整理、分析及分類。

本文架構先從實體法討論，再到程序法運用。在實體法上，就裁判離婚實體法之立法模式，加以分析及整理外國與我國離婚之法制；在程序法上，裁判離婚及因離婚所生財產紛爭與對於未成年子女親權酌定等問題，有一併統合處理之必要，涉及訴訟法理與非訟法理之統合處理，其產生許多爭議，實務上多藉由法律座談會等方式消弭爭議，學者亦提出相關文獻加以討論，本文就實務上具有重大之相關討論及學者之相關文獻，加以分類與整理。本文希望藉由實體法規範角度審視，及裁判離婚相關程序法學之論述，整理及歸類現行家事事件法之相關問題。

第三節 研究架構

在探討離婚訴訟法理之研究，先從實體法探討，再論述程序法，因此，本論文第二章即介紹裁判離婚相關之立法模式，討論有責主義、破綻主義及外國與我國之離婚法制；之後介紹離婚訴訟之程序，分別於第三章介紹離婚訴訟處分權主義之適用、第四章介紹離婚訴訟裁判基礎資料事實與證據提出之適用，以及第五章離婚訴訟與其他家事訴訟、家事非訟事件之合併與分離，第六章為本文最後之結論，綜合前述討論，對於家事事件法關於離婚訴訟有關合併之規定爭議問題提

出建議及對未來展望。



第二章 裁判離婚相關立法模式之探討

在離婚法制，過去西方世界受羅馬天主教會影響，認為結婚儀式乃是結婚當事人在上帝面前訂立盟約，婚姻被視為永恆及珍貴的結合。婚姻關係之建立強調在家族責任、社會責任或宗教責任²，不應因一時的衝動而結束婚姻關係，乃採「婚姻不解消主義」，即禁止離婚。然而，婚姻關係可能因雙方個性或其他因素而有婚姻解消之需要。法國在一七九二年曾廣泛地承認離婚制度，但是，卻在一八一六年，當法國恢復為天主教國家後，又開始全面禁止離婚，直到一八八四年，法國的共和政體才再度又承認離婚制度；英國係直到一八五七年，才開始承認離婚制度，而最晚者係愛爾蘭，其遲至一九九五年才承認離婚制度。離婚制度除兩願離婚制度外，還有裁判離婚，近代歐、美國家³，對於裁判離婚之原因，學理上有：有責主義及破綻主義。

第一節 有責主義

有責主義係指有責的配偶不得請求離婚⁴，換言之，係對於有責配偶予以制裁，及對於無責配偶施予救濟之報應思想，在十六世紀，宗教改革家馬丁路德從聖經中尋找到准許離婚的依據，其首先承認了離婚制度，其以聖經所述不得犯姦淫為由，而以通姦及惡意遺棄為離婚之原因，嗣後又增加了虐待及企圖殺害他方之離婚原因。⁵

美國裁判的離婚原因雖然各州的規定並不完全相同，但仍以通姦、遺棄及虐待為主，在一九六六年以前，紐約州係採最嚴格的有責離婚主義，僅以通姦為唯一的離婚原因，許多人為了能夠離婚，而遷移到採破綻主義的其他州，即「遷徙

² 簡良育，離婚法制沿革及國際發展趨勢之研究，載：徐慧怡等，離婚專題研究，頁 51，2016 年 7 月。

³ 徐慧怡，離婚制度與社會變遷，載：徐慧怡等，離婚專題研究，頁 3-4，2016 年 7 月。

⁴ 林秀雄，有責配偶之離婚請求，載：徐慧怡等，離婚專題研究，頁 149，2016 年 7 月。

⁵ 參閱徐慧怡，同註 3，頁 4-5。

離婚」，或夫妻雙方假裝，其中一方或雙方，與婚姻關係以外之第三人有合意性交（通姦）情事，即「詐術離婚」，有趣的是，紐約州的離婚率並沒有因採嚴格的有責主義而減少，反而高居全國平均以上。⁶

惟離婚並非僅對於有責配偶的制裁，在十八世紀末，普路士將有責離婚原因予以明文規定，增加精神病、不能人道及惡疾等，在一九六〇年代以前，美國亦得以精神病為離婚原因，該類離婚原因皆非對於有責配偶之制裁，實乃「無責事由」，惟該類離婚原因對於婚姻共同生活有所妨害，⁷又關乎無責配偶的幸福，有謂此係近代自由主義的先驅，其雖非積極之破綻主義，然而，面對婚姻關係所追求者，已轉為著重於無責配偶的幸福。⁸

第二節 破綻主義

破綻主義離婚，有「積極破綻主義」、「消極破綻主義」及「折衷破綻主義」，本節就各理論分述如下：

第一項 積極破綻主義

積極破綻主義係婚姻關係在客觀上已產生破綻，致使婚姻目的無法達成，此時，法院應判准離婚，針對積極破綻主義，其論理基礎，就以五個角度分析如下：

9

其一、形骸化之婚姻已不可能回復

婚姻之本質，係以共同生活為目的，真摯地經營家庭生活，若夫妻之一方或雙方已無意繼續維持婚姻生活，共同生活體已不復存在，倘迫使其維持形式上的

⁶ 徐慧怡，同註3，頁5。

⁷ 簡良育，同註2，頁74。

⁸ 徐慧怡，同註3，頁5-6。

⁹ 參閱呂麗慧，論破綻主義離婚法之轉折與突破-兼評最高法院98年度台上字第1233號判決，載：徐慧怡等，離婚專題研究，頁171，2016年7月。

婚姻關係，恐僅存嫌惡與怨懟。¹⁰

其二、近代法之婚姻觀與離婚觀

現今社會之婚姻觀與離婚觀，著重雙方當事人之自由意識，不強制結合，故對於喪失婚姻意願之當事人，倘強制其持續維持婚姻關係，有失道德根據，亦與婚姻之目的相違。¹¹

其三、身分法之事實已確實存在

身分法上之事實已確實存在，法律上應不得不承認，即事實與法律應一致性，準此，婚姻關係如有客觀破綻之事實，亦應以該事實作為法之評價，以符合身分法之事實先行性之法理。¹²

其四、具備正當性與倫理性

破綻之婚姻，夫妻間雖存有夫妻之名，但感情上已生破裂，彼此間摩擦增大，不如將雙方當事人從婚姻中解放，使雙方能從新追求新的幸福生活，其具有正當性與倫理性。¹³

其五、國家制度性保障

婚姻雖受國家制度性保障，但對於已形骸化之婚姻，不具備婚姻生活之目的，已不具有國家以法律保護之利益，且當事人一方或雙方另外再發展婚外情之機率極高，因而，易有婚外性行為或重婚之後果，若能因破綻使其離婚，必能減少上述不法之事例，反更強化國家對婚姻制度保障之意旨。¹⁴

¹⁰ 參閱呂麗慧，同註9，頁171。

¹¹ 參閱呂麗慧，同註9，頁171-172。

¹² 參閱呂麗慧，同註9，頁172。

¹³ 參閱呂麗慧，同註9，頁172-173。

¹⁴ 參閱呂麗慧，同註9，頁173。

第二項 消極破綻主義

消極破綻主義係即便已生破綻之婚姻，有責的配偶仍不得藉此破綻為由，訴請離婚，僅無責之一方得請求離婚，其論理基礎，就以五個角度分析如下：

其一、從婚姻的倫理道德觀與公共利益之角度分析

婚姻之維持，係建立在夫妻雙方為家庭之犧牲奉獻、共同努力與彼此容忍之下，此乃婚姻制度之倫理道德觀，倘因一方之行為招致婚姻破綻，仍允許其得訴請離婚，顯違背婚姻之倫理道德觀，此為國民道德倫理觀所不能接受，且與公序良俗相違背。¹⁵

其二、從誠實信用、權利濫用之角度分析

「誠實信用」與「權利濫用」係民法之重要法律概念，法律上所賦予之權利，須基於公平正義，並符合「誠實信用」及避免「權利濫用」，又身分法係民法之一部分，亦應遵守「誠實信用」及禁止「權利濫用」，倘准予有責配偶得請求離婚，勢必違反社會倫理，且背於公序良俗。¹⁶

其三、從公平性考量乾淨手原則角度分析

「乾淨手」原則係指任何人皆不得因自己的過失而獲得法律上利益，破綻主義離婚法，其性質係離婚之救濟程序，即離婚之當事人得獲得「救濟」之利益，準此，訴請離婚之原告，本身不應有過失，否則，形同因自己在婚姻的過失，仍可獲得破綻主義離婚法之救濟利益，對於他方配偶，欠缺公平。¹⁷

¹⁵ 參閱呂麗慧，同註9，頁173-174。

¹⁶ 參閱呂麗慧，同註9，頁174。

¹⁷ 參閱呂麗慧，同註9，頁175。

其四、從對無責配偶者保護角度分析

被訴請離婚當事人倘係無責之配偶，無責配偶之婚姻破裂，係因有責配偶所造成，而無責配偶謹遵守婚姻誓言，理應受到婚姻之保護，即法律應對其更加保護，若允許有責配偶得訴請離婚，將使無責配偶承受更多不利益，與法律保護無責配偶之立場相違背。¹⁸

其五、從對裁判離婚內在制約之角度分析

法院裁判離婚，係建立在夫妻雙方一人願意離婚，而另一人不願離婚之前提下，因夫妻雙方之意思相反，致須有法定離婚原因，始可判決離婚，以期與「恣意離婚」與「強制離婚」之情形區隔，並兼顧被離婚配偶者之權利。倘有責配偶自己做出離婚之原因事實，致生婚姻破綻，嗣後可再利用該事實使法院承認其離婚，將與離婚原因法定化之原意相違。¹⁹

第三項 折衷破綻主義

積極破綻主義與消極破綻主義各有其立論基礎，遂有折衷破綻主義調和此二學說，就以六類情事分別析論如下：

其一、比較雙方之有責性

倘夫妻雙方皆有責時，則比較原告與被告配偶之有責程度，藉以判斷離婚准駁，在原告有責性較被告更低或相同程度時，不拒絕其訴請離婚；反之，原告之有責性較被告更高時，則否定其離婚請求。有學者進一步主張，倘夫妻之離婚原因除主觀的有責原因外，尚有客觀的離婚原因時，此時，原告之有責程度，不僅須較被告之主觀有責更高，且須超過客觀原因，始可否定原告之離婚請求。²⁰

¹⁸ 參閱呂麗慧，同註9，頁175。

¹⁹ 參閱呂麗慧，同註9，頁175-176。

²⁰ 參閱呂麗慧，同註9，頁176-177。

其二、原告之有責行為乃被告所誘發

若原告之有責行為係因被告之態度或行為所誘發者，此時，仍應准予有責配偶之離婚請求；惟原告因他方配偶行為所誘發產生的有責行為，雖可減輕其有責性，然而，若該被誘發之有責行為，相較他方配偶之行為，顯不對等，或有過當之反應者，仍應否定其離婚之請求。²¹

其三、原告之有責行為與婚姻破綻間無因果關係

原告之有責行為須與婚姻破綻間，具有因果關係，例如，原告雖與配偶以外之第三人合意性交情事，惟其係因婚姻生破綻後始發生者，此時，原告之有責行為，則與婚姻破綻間不具因果關係，則縱使原告配偶另有有責原因，但該有責事由並非婚姻破綻之成因，故婚姻之破綻並非可歸責於有責配偶，則不應否定原告之離婚請求。²²

其四、被告亦有離婚之意思

倘被告亦有離婚之意思，甚至亦提起離婚反訴，其僅因礙於金錢賠償等相關問題而拒絕離婚時，應准予有責配偶訴請離婚。蓋夫妻雙方在婚姻解消上已達成共識，已無婚姻續行之可能，此時，婚姻解消並不違反他方配偶之意思，故應承認有責配偶之離婚請求。²³

其五、有責性之阻卻

有責性之阻卻，有兩種原因：第一種係有責性風化、第二種係權利濫用。所謂「有責性風化」係指加害者對被害者之行為，其有責性已因長期間經過之風化結果而被阻斷，致免除其有責性。另「權利濫用」係被告不同意有責配偶請求離

²¹ 參閱呂麗慧，同註9，頁177。

²² 參閱呂麗慧，同註9，頁177-178。

²³ 參閱呂麗慧，同註9，頁178。

婚之原因，僅係不甘心、報復心態或類似不合理之動機者，故在此種有違公平正義及社會倫理之特別情況時，亦可認為有責配偶之有責性已被阻卻，而准予其離婚之請求。²⁴

其六、苛酷情況之預除

法院是否准予有責配偶離婚，尚須考量他方配偶與未成年子女之利益，例如，原告以精神病事由而請求離婚，倘因離婚對他方配偶或未成年子女有精神上或物質上之苛酷情況時，法院仍可否准其離婚。²⁵

第三節 我國離婚法制

於一九八五年，民法親屬編修正前，我國裁判離婚乃採列舉主義，即夫妻一方有民法第一千零五十二條所定具體離婚原因，他方始得請求判決離婚，故倘不符合該法條所定之原因時，縱使婚姻已生破綻，他方亦無從請求法院判決離婚，此列舉主義過於嚴格，致一九八五年民法親屬編修正時，第一千零五十二條增訂第二項前段規定「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻一方得請求離婚。」

因我國民法第一千零五十二條第一項列舉十項離婚原因，主要多為「有責原因」，而民法第一千零五十二條第二項規定「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚，但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」²⁶，又因該條項但書規定「但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」即係採消極破綻主義，故我國裁判離婚乃採「有責主義」兼採「消極破綻主義」。以下就民法第一千零五十二條

²⁴ 參閱呂麗慧，同註9，頁178-179。

²⁵ 參閱呂麗慧，同註9，頁179-180。

²⁶ 王富仙，有責配偶離婚請求-兼評最高法院九十五年度第五次民事庭會議決議，判解研究彙編，第14期，頁165，2007年7月。

之立法沿革及該條第一項與第二項分別說明如下。²⁷

第一項 我國民法第一千零五十二條之立法沿革

我國於十九年十二月三日制定民法第一千零五十二條，其規定「夫妻之一方，以他方有左列情形之一者為限，得向法院請求離婚：一、重婚者。二、與人通姦者。三、夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者。四、妻對於夫之直系尊親屬為虐待，或受夫之直系尊親屬之虐待，致不堪為共同生活者。五、夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中者。六、夫妻之一方意圖殺害他方者。七、有不治之惡疾者。八、有重大不治之精神病者。九、生死不明已逾三年者。十、被處三年以上之徒刑或因犯不名譽之罪被處徒刑者。」嗣後分別於七十四年五月二十四日、九十六年五月四日及九十六年十二月十九日歷經3次修法，茲以下分別說明該3次修法。

一、七十四年五月二十四日修法

該次修法增列本條第二項規定「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」其修法理由「現行法關於裁判離婚原因之規定，係採列舉主義，僅以本條所列之十種原因為限，過於嚴格。現代各國立法例，多兼採概括主義，以應實際需要。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。」

該次修法亦修正本條第一項第四款為「夫妻之一方對於他方之直系尊親屬為虐待，或受他方之直系尊親屬之虐待，致不堪為共同生活者。」其修法理由「為貫徹男女平等之原則，使夫妻雙方互負尊敬他方親長之義務，且使雙方親

²⁷ 林秀雄，判決離婚，載：徐慧怡等，離婚專題研究，頁128-129，2016年7月。

長亦能愛護晚輩，一家長幼，和睦相處，以締造幸福家庭，爰將第四款修正之。」

二、九十六年五月四日修法

該次修法沈委員智慧曾提出增訂「夫妻不繼續共同生活達5年以上在繼續狀態中者，亦可作為提起離婚之訴的事由」，惟有認為若僅以「夫妻不繼續共同生活達5年以上在繼續狀態中」之客觀事實作為離婚事由，而無考量此事由提起離婚，對於拒絕離婚一方配偶、未成年子女之影響，恐難期公平，爰有建議增訂「公平條款」，乃規定「法院為裁判時，得斟酌拒絕離婚一方配偶、未成年子女之利益，或其他一切情事，於認其婚姻有維持必要時，得駁回離婚之訴」，俾緩和無過失離婚可能帶來之不公平。惟對於沈委員智慧之提案，經黨團協商，基本上認為，若夫妻分居一段時間後，就可提出離婚之要求，將遭有許多婦女團體質疑，這樣的條款是否會變成臺商的條款？葉委員宜律指出，站在大老婆俱樂部立場，其堅決反對沈委員智慧之提案，目前臺商到大陸經商非常普遍，或許一開始配偶係心甘情願讓先生到大陸，但先生5年沒有回來，當回來時，配偶竟發現自己的婚姻狀況沒了，這實在無法令人接受，其嗣後經黨團協商後沒有通過。

該次修法歷經黨團協商後，僅就該法第一項第二款、第五款及第十款酌予文字修正為「二、與配偶以外之人合意性交。五、夫妻一方已惡意遺棄他方在繼續狀態中。……十、因故意犯罪，經判處有期徒刑逾六個月確定。」

三、九十六年十二月十九日修法

該次修法，修正該法第一項第三項為「夫妻之一方對他方為不堪同居之虐待。」其修法理由「第一項第三款係採有責主義，夫妻之一方有該款所列情形者，他方得向法院請求離婚，因原第三款語意有欠明確，爰予修正。」

又修正該法第一項第四項為「夫妻之一方對他方之直系親屬為虐待，或夫

妻一方之直系親屬對他方為虐待，致不堪為共同生活。」其修法理由「第一項第四款僅規範夫妻之一方對他方之直系尊親屬為虐待致不堪為共同生活時，他方得向法院請求離婚，至於夫妻之一方對他方之直系卑親屬虐待致不堪共同生活時，他方並未能依本款請求離婚，有失公允；又考量目前虐童案件頻傳，為兼顧其他家族成員及未成年子女之利益，爰修正本款前段規定。次查原第四款係指夫妻一方之直系親屬虐待他方致不堪為共同生活時，他方得請求離婚，因原第四款後段文字語意未臻明確，易生誤會，爰予修正俾利適用。」

另就該法第一項第五款、第六款及第二項酌予文字修正為「五、夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中。六、夫妻之一方意圖殺害他方。……有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」

第二項 我國民法第一千零五十二條第一項具體離婚原因

我國民法第一千零五十二條第一項明列十項具體之離婚原因，僅要符合任一法定離婚原因，法院即應為離婚之判決，其又稱為「絕對離婚原因」，所列舉之原因以保守的有責主義原因居多，分述如下：²⁸

一、重婚

我國民法之重婚不以成立重婚罪為必要，縱使重婚者相信自己係未婚、無配偶而結婚，或者係在外國重婚者，其雖不成立重婚罪，但仍不失為民法之重婚。

²⁹雖重婚經常會涉嫌通姦，但不以成立通姦罪為要件，即以重婚為事由，提起離婚訴訟者，無須證明有通姦之事實。³⁰

²⁸ 林秀雄，同註 27，頁 128-129。

²⁹ 史尚寬，親屬法論，頁 442，1974 年 9 月。

³⁰ 林秀雄，同註 27，頁 129。

二、與配偶以外之人合意性交

為保障婚姻制度之維持與圓滿，得制定相關規範以約束夫妻彼此雙方互負忠誠義務，所謂合意性交，係以雙方合意為必要，倘被強制性交非屬合意，即非本規定之離婚原因，又納妾雖不構成重婚，但屬本規定之離婚原因，其不以通姦罪被處刑罰為要件。³¹

三、夫妻之一方對他方為不堪同居之虐待

夫妻之一方對他方為不堪同居之虐待，其已達到侵害他方人格尊嚴或人身安全時，此時，即無法期待一方能再與他方繼續共同生活，又所謂「不堪同居之虐待」係包含侵害精神上及身體上，而達到不堪忍受之痛苦，致無法繼續同居者³²，倘於客觀上未達到此類程度，則不容他方以主觀見解任意請求離婚，惟判斷夫妻一方之行為是否達到對於他方為不堪同居之虐待，仍應斟酌雙方當事人之身分地位、教育程度及其他情事。³³

四、夫妻一方對他方之直系親屬為虐待或夫妻一方之直系親屬對他方為虐待

為兼顧他方家族成員及未成年子女之利益，夫妻一方虐待他方之直系親屬，或夫妻一方之直系親屬虐待他方，致無法為共同生活者，他方得向法院請求離婚，所謂「不堪同居之虐待」，包括精神上及身體上之虐待，而所受虐待須客觀上達到不堪繼續共同生活之程度。又所謂「直系親屬」，有採廣義說，認為不以血親為限，包括直系姻親³⁴；有採狹義說，認為不包括直系姻親³⁵。因為，本規定係參考日本舊法第八百一十三條第七、八款之規定而來，該條款不包括直系姻親，故依比較法觀之，宜採狹義說³⁶，不包括直系姻親較為妥當，本論亦採狹義說。

³¹ 林秀雄，同註 27，頁 130。

³² 林秀雄，同註 27，頁 130-131。

³³ 最高法院 32 年度上字第 1906 號判例。

³⁴ 史尚寬，同註 29，頁 427。

³⁵ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁 233，2007 年 9 月。

³⁶ 林秀雄，同註 27，頁 132-133。

五、夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中

夫妻以永久共同生活為目的，組成家庭，若夫妻一方惡意遺棄他方，在繼續狀態中，即難期待能家庭和諧，所謂「惡意遺棄」，其要件分述如下。

(一)惡意遺棄之主觀要件

必須有主觀上有惡意³⁷，即有故意或害意³⁸，不限於直接故意，亦包括未必故意，即遺棄者必須具有積極破壞夫妻共同生活之意思，或容認夫妻共同生活廢止之意思。³⁹

(二)惡意遺棄之客觀要件

夫妻間以永久共同生活為目的，互負同居義務，如夫妻一方無正當的理由，卻拒絕與他方同居，即屬惡意遺棄他方；又夫妻有共同負擔家庭生活費用的義務，如夫妻一方無正當的理由，卻不為支付，致他方不能維持生活，或者夫妻一方於他方無維持生活能力且無謀生能力時，未盡扶養義務者，自屬惡意遺棄⁴⁰。遺棄不限於遺棄者離開原婚姻住所，尚包含將對方逐出家門或使其不得不離家，並拒絕其返家之行為，又惡意遺棄須在繼續狀態中，究為多長期間，並無一定之標準，惟解釋上仍須有持續相當之期間。⁴¹

六、夫妻一方意圖殺害他方

若夫妻一方意圖殺害他方，不僅情感乖離，甚至生命堪虞⁴²，此處之「意圖」與刑法上之意圖不同，近於故意，因此，若他方得證明一方有殺害之故意，縱然，未著手，僅於預備階段，或殺害他方未遂，或教唆他人為之，甚至以無效之方法

³⁷ 最高法院 40 年台上字第 91 號判例。

³⁸ 戴炎輝等，同註 35，頁 234。

³⁹ 林秀雄，同註 27，頁 133-134。

⁴⁰ 最高法院 22 年度上字第 9220 號判例

⁴¹ 戴炎輝等，同註 35，頁 236。林秀雄，同註 27，頁 134-135。

⁴² 陳棋炎，民法親屬，頁 161，三民，1964 年 11 月。

殺害，均屬構成離婚之原因。⁴³

七、有不治之惡疾

夫妻一方染上惡疾，婚姻關係本應要求健康之他方在旁照顧，惟惡疾具有傳染性或遺傳性，若強制繼續共同生活，恐危害他方與其未成年子女之健康，依婚姻之目的，及注意種族衛生之目的，則將不治之惡疾列為離婚原因之一⁴⁴。所謂「惡疾」係指對於身體、機能及健康有障礙，為常情所厭惡之疾病，實務上認為，麻瘋、梅毒、婦人殘廢、白帶或不孕症等均非惡疾。⁴⁵又所謂「不治」，不以絕對的不能治療為必要，係從醫學角度，在可預見之期間內，不能期待其治癒者為已足⁴⁶，至於是否以一定期間之繼續性為必要？則應依惡疾之態樣而為不同判斷，由此可知，並非一方一旦罹患惡疾時，他方即得請求離婚，必須惡疾已至不治之程度，始構成離婚之原因，因此，自罹患惡疾至判斷為不治之期間內，他方配偶仍須負擔夫妻扶養義務，對於惡疾之配偶仍應延醫治療，細心照料，此乃法律規定不治之意義。⁴⁷

八、有重大不治之精神病

夫妻間本應患難相助，一方患有精神病，基於道義上，應期待他方犧牲照顧，然而如此，夫妻間共同生活之目的近於喪失，婚姻關係近於名存實亡，若強制他方與有精神病之一方繼續維持婚姻生活，不但背於人倫道義，亦有礙於優生健康，為保護國人之健康，以重大不治之精神病為離婚之原因。⁴⁸所謂「精神疾病」，依精神衛生法第三條第一項第二款規定「精神疾病：指思考、情緒、知覺、認知、行為等精神狀態表現異常，致其適應生活之功能發生障礙，需給予醫療及照顧之

⁴³ 林秀雄，同註 27，頁 136。

⁴⁴ 史尚寬，同註 29，頁 432。

⁴⁵ 最高法院 23 年度上字第 4051 號判例。

⁴⁶ 史尚寬，同註 29，頁 433。

⁴⁷ 林秀雄，同註 27，頁 136-139。

⁴⁸ 陳棋炎，同註 42，頁 227。

疾病；其範圍包括精神病、精神官能症、酒癮、藥癮及其他經中央主管機關認定之精神疾病，但不包括反社會人格違常者。」又所謂「重大」，係指婚姻共同生活已至不能忍受之程度；至於所謂「不治」，承前所述，依實際上判斷，須經相當期間之治療與觀察，在該期間內，縱使罹患精神病之配偶對他方有失當之行為，亦不能即認為他方已受有不堪同居之虐待。⁴⁹

九、生死不明已逾三年

夫妻以永久共同生活為目的，倘一方生死不明已逾三年，猶責他方獨守婚姻，衡諸人情並非妥當，所謂「生死不明」，係指夫妻一方於離家後，音訊全無，即無從確知其生或死⁵⁰，若僅因戰事阻隔，一時無從查得其行址，則非「生死不明」；若生死不明之一方，於事實審言詞辯論終結前已返家，法院不得仍據以判決離婚，蓋此時，夫妻一方生死已分明，離婚之法定原因已不存在，其離婚請求權當然消滅⁵¹。

十、因故意犯罪經判處有期徒刑逾六個月確定

基本上，應理解為夫妻一方因故意犯罪經宣判處逾六個月之有期徒刑裁判確定者，他方得向法院訴請離婚。然而，倘夫妻一方除「因故意犯罪，經判處有期徒刑逾六個月確定」，又同時有重婚或與配偶以外之人合意性交時，究應如何適用？有認為重婚或與配偶以外之人合意性交為獨立之離婚原因，雖其行為同時構成犯罪行為而被處有期徒刑逾六個月，亦不適用本款之規定⁵²；惟另有認為，應由離婚權利人選擇適用本款或與他款合併主張⁵³。本論文認為，我國民法對於離婚權利人究應如何主張，並無明文限制，故採後說為宜。

⁴⁹ 林秀雄，同註 27，頁 139-140。

⁵⁰ 臺灣高等法院臺中分院 90 年度家上字第 16 號判決。

⁵¹ 林秀雄，同註 27，頁 140。

⁵² 史尚寬，同註 29，頁 439。

⁵³ 戴炎輝等，同註 35，頁 243。林秀雄，同註 27，頁 140-141。

在一九八五年，民法親屬編修正前，我國裁判離婚採列舉主義，限於民法第一千零五十二條所定具體離婚原因，始得請求判決離婚，從而，縱使婚姻已生破綻，亦不得請求判決離婚，惟判斷是否有法定列舉離婚原因時，實務上有少數法官不拘泥於法條文義，依夫妻共同生活之全盤情況觀察，一併考量其共同生活之基礎是否動搖，以防因列舉主義過於嚴格，致同床異夢，禍其枕蓆。以最高法院七十年台上第一九二二號民事判決為例，分述如下：

該判決略以，「被上訴人婚後打上訴人一次，隔一年餘又打一次，乃係偶爾失和，情所難免，不能謂係虐待。而上訴人自己離開被上訴人之家，被上訴人復堅拒與上訴人離婚，亦不能謂被上訴人惡意遺棄上訴人。因而將第一審所為上訴人敗訴之判決，判予維持。雖非全無見地。惟查夫妻共同生活，乃以誠摯的相愛為基礎。此基礎若未動搖，偶而勃谿動手毆打，固難謂為虐待，若已動搖，終日冷漠相對，縱從不動手毆打，亦難謂非虐待。故一方主張受有他方不堪同居之虐待時，必須就雙方共同生活的全盤情況為觀察，以斷定其有無。而不能拘泥於毆打次數之多寡，資為惟一判斷之基礎。被上訴人自稱毆打上訴人，均有原因；其所稱之原因，是否屬實？又承認也打過上訴人之父親（原審卷二六頁），如無極特殊之理由，實已陷上訴人於極難忍受之境地。能否猶謂上訴人未受不堪同居之虐待，自尚有斟酌餘地。而如果上訴人有正當理由離開被上訴人之家，被上訴人於退役回家後復無邀勸上訴人回家相聚之誠意表示者，則時日愈久，復合希望愈微，似此繼續下去，能否謂非惡意遺棄，亦屬有待推敲。上訴人在原審曾謂『須找有名望之人，來我家領我回去』，似有委曲求全之意；而被上訴人謂『如要離婚，上訴人應開出條件』，似反覺絕情。其間真相如何？非更作深入調查難以明瞭。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」⁵⁴

⁵⁴ 最高法院 70 年台上第 1922 號民事判決。

上開判決係原審法院(高等法院六十九年上字第一八二〇號判決)認為「被上訴人婚後打上訴人一次，隔一年餘又打一次，此乃偶爾失和，不能謂係虐待。不符合民法第一千零五十二條第一項第三款『不堪同居之虐待』之法定事由」，惟最高法院七十年台上第一九二二號民事判決認為「不堪同居之虐待」必須就雙方共同生活之全盤狀況為觀察，其共同生活之基礎是否動搖，不能僅拘泥於毆打次數之多寡為惟一判斷基礎，而逕予駁回。」從而，在民法親屬編修正增列民法第一千零五十二條第二項抽象離婚原因前，受限於法定離婚原因，將因法官自由心證而有寬嚴不同之判斷標準。

自民法親屬編修正增列民法第一千零五十二條第二項抽象離婚原因後，訴請離婚之當事人除主張民法第一千零五十二條第一項各款外，亦多一併主張同條第二項之抽象離婚原因，有關抽象離婚原因『難以維持婚姻之重大事由』，其判斷標準係採「客觀事實」，即依客觀事實該婚姻是否已達於倘處於同一境況，任何人均將喪失維持意欲之程度而定。以最高法院一〇六年度台上字第一六九六號民事判決為例，分述如下：

該判決略以，「按民法第一千零五十二條第二項所稱『有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者』，乃緣於七十四年修正民法親屬編時，為應實際需要，參酌各國立法例，導入破綻主義思想所增設。關於『難以維持婚姻之重大事由』，其判斷之標準為婚姻是否已生破綻而無回復之希望。即依客觀事實該婚姻是否已達於倘處於同一境況，任何人均將喪失維持意欲之程度而定。」⁵⁵

第三項 我國民法第一千零五十二條第二項抽象離婚原因

我國民法第一千零五十二條第二項之立法過程，於一九八五年前，民法第一千零五十二條關於裁判離婚，係採列舉原因主義，其僅列有十項離婚原因，倘不符合上開十項法定離婚原因者，則不得請求法院判決離婚，惟該列舉原因主義受

⁵⁵ 最高法院 106 年度台上字第 1696 號民事判決。

到學者批評，其認為我國民法第一千零五十二條採限制的列舉主義法定離婚原因，相較外國立法例為嚴格，然而夫妻共同生活體遭破壞，並不限於上開條文所列之十項離婚原因，若夫妻共同生活體業經破壞，而夫妻人倫秩序上、事實上已不復存在，其僅因不具法定離婚原因，致同床異夢，自非維持家庭和諧之道，故建議離婚限制應予以放寬，宜先列舉若干法定離婚原因，再另外附加概括原因，俾利於法院自由心證時參考。⁵⁶亦即採概括的、抽象的破綻主義。⁵⁷

於民法親屬編修正時，民法研究修正委員會第一九三次會議，范委員馨香認為，現行民法第一千零五十二條採嚴格限制主義，規定法定離婚之原因，係基於立法當時，一方面准許協議離婚，另一方面對法定離婚採嚴格限制主義，二者相距太大，且我國並非全採有責離婚主義，例如重大惡疾等並非一方須負責引起，卻為法定離婚原因，因此，該條文應有概括規定，乃提議參照瑞士民法第一百四十二條規定，增訂第一千零五十二條第十一款前項採無責任破綻主義、後項採有責主義。另楊委員與齡認為，民法第一千零五十二條規定是否太嚴格，應與法官為人處事態度有關，倘法官為人態度正確，對於具體案件斟酌情事為寬、嚴適中之解釋，則該條規定仍不嫌嚴格，又倘採例示主義，宜參考德國法之規定，增列緩和條款。戴委員東雄贊成范委員馨香之概括規定，亦贊成楊委員與齡之緩和條款，進而建議民法第一千零五十二條第二項規定，夫妻之一方雖有前項所列各款事由，然而，為共同子女之利益，有特殊理由足認必須維持婚姻者、或離婚對於被請求之配偶在特殊情節下顯為苛酷，應斟酌他方之利益，以維持婚姻為適當者，法院得不准予離婚。惟錢委員國成雖贊成范委員馨香之意見，卻不贊成楊委員與齡增列緩和條款，其建議該項規定為，有前項以外難以維持婚姻之重大事由者，得訴請離婚，但其離婚原因之重大事由係由夫妻一方負責者，僅他方得訴請離婚。最後，錢委員國成之提案獲得多數委員贊同。⁵⁸民法第一千零五十二條第二項即

⁵⁶ 陳棋炎，關於修改民法親屬、繼承兩編之管見，載：親屬、繼承法基本問題，頁 629-630，1978 年 3 月。

⁵⁷ 林秀雄，同註 4，頁 152-153。

⁵⁸ 法務部編印，民法研究修正實錄(身分部分)，頁 435-439，1984 年 3 月。

以錢委員國成之內容略作修正，有前項以外之重大事由，致難以維持婚姻者，仍應使夫妻一方得請求離婚。此規定較具彈性，又若構成離婚原因之重大事由係由夫妻一方負責者，僅他方得請求離婚，方屬公允，故增列但書規定，「其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」限制有責配偶之離婚請求。⁵⁹

惟雙方當事人對於離婚原因之形成均有過失時，是否應衡量雙方之有責程度，允許責任較輕之一方得向責任較重之一方請求離婚，學說有不同見解，(一)肯定說：民法第一千零五十二條第二項但書規定，解釋上應儘可能本於破綻主義離婚之立法精神，就具體情況予以緩和，在婚姻破綻，夫妻雙方均須負責時，應權衡雙方有責程度，僅允許責任較輕之一方請求離婚，倘雙方有責程度相同，則應許雙方均得請求離婚，又倘認為原告之有責事由，係由被告之行為所誘發者，或緣自於原告之有責事由，或係因其他事由導致婚姻關係發生破綻，亦應容許原告請求離婚。⁶⁰(二)否定說：若將配偶之「有責行為」與「婚姻破綻關係」加以類別化，可分為六類，即 1. 被告配偶為唯一有責者；2. 被告配偶為主要有責者；3. 雙方皆為有責而相同程度者；4. 雙方皆為無責；5. 原告為主要有責者；6. 原告為唯一有責者。依瑞士民法規定，夫妻一方對於婚姻破綻負主要責任者，僅他方得請求離婚，即負主要責任之一方不得請求離婚；即瑞士民法規定唯一有責者，不得請求離婚，即上述情況 5. 及 6. 者，有責配偶不得請求離婚。反觀我國民法規定，其事由係夫妻一方負責者，僅他方得請求離婚，其反面解釋，即其事由非應由夫妻一方負責者，不問雙方有責之程度，雙方均得請求離婚，如此解釋，即我國關於有責配偶訴請離婚之限制，相較於瑞士民法為寬，即上述情況 6.，否定原告之離婚請求，至於上述情況 5.，原告雖為主要有責者，但被告亦非完全無責，此時不符合民法第一千零五十二條第二項但書規定之限制，因此，主要有責者亦可提起離婚訴訟。⁶¹其理由有三：1. 就立法情勢而言，我國民法第一千零五十二條第

⁵⁹ 林秀雄，同註 4，頁 153-154。

⁶⁰ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁 227，修訂 4 版，2004 年 9 月。

⁶¹ 林秀雄，有責主義、破綻主義與有責配偶之離婚請求，家族法論集(2)，頁 90-91，1987 年 3 月。

二項但書之規定與日本民法第七百七十條未盡相同，依日本民法該條第二項規定，雖有前項第一款至第四款之事由，但經裁判斟酌一切情事後，認為維持婚姻較適當時，法院得駁回離婚請求，即日本最高裁判得斟酌一切情事，以定其是否准許離婚或維持婚姻；反觀我國民法第一千零五十二條第二項與日本民法不同，是否得相同之解釋，尚有疑義。2. 就立法文義而言，我國民法第一千零五十二條第二項但書規定，僅限制當離婚事由係由夫妻一方負責者，僅他方得請求離婚，依本條第二項採破綻主義，惟立法者就有責配偶可否請求離婚，另有考慮，而作部分限制，就該限制外，應回歸第二項本文。3. 就實際運作而言，若認為「夫妻雙方均須負責時，應比較衡量雙方有責程度，僅許責任較輕之一方請求離婚」，惟其認定標準為何？並無法律依據，又雙方有責程度須差距多少，始能區分有責任輕重？亦無標準，其易流於法官主觀之認定，倘夫之責任為百分之五十五，妻之責任百分之四十五，夫妻對於婚姻破裂均應負相當之責任，但夫之責任權衡結果較妻為重，致妻得請求離婚，而夫不得請求，是否公平，洵有疑義。因此，若夫妻雙方對離婚重大事由均有責任時，不論其責任輕重，均得請求離婚，較符合民法第一千零五十二條第二項但書規定之意旨。⁶² 本文認為，民法第一千零五十二條第二項但書規定「其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」其明確規定配偶一方為唯一有責者，不得請求離婚，惟肯定說擴大為，權衡雙方有責之程度，責任較重之一方不得請求離婚，即不僅唯一有責者不得請求離婚，甚至擴大為責任較重之有責一方亦不得請求離婚，顯已逾越文義解釋，故宜採否定說為妥。

我國實務上裁判離婚，除民法第一千零五十二條第一項列舉之離婚原因外，有重大事由致難以維持婚姻者，亦得請求離婚，惟該條第二項但書規定「其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」然而，如夫、妻雙方均對於離婚

⁶² 許樹林，夫妻離婚重大事由均有過失得否請求離婚，法官協會雜誌，第4卷第2期，頁56-58，2002年12月。林秀雄，同註4，頁157，2016年7月。

負責時，夫或妻是否仍得請求離婚？實務上有不同見解，有認為「責任較重之一方不得向責任較輕之他方請求離婚」，或認為「夫妻間過失程度相當雙方皆不得請求離婚」，或認為「夫妻就婚姻破綻之發生均有責且程度相同均得請求離婚」，茲分述如下：

一、採責任較重之一方不得向責任較輕之他方請求離婚者

(一)以臺灣高等法院一〇六年度家上字第一二五號民事判決為例

該判決略以，「按民法第一千零五十二條第二項所稱『有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者』，係抽象的、概括的離婚事由，此乃緣於七十四年修正民法親屬編時，為因應實際需要，參酌各國立法例，導入破綻主義思想所增設。但其事由應由夫妻一方負責者，僅他方得請求離婚，是所採取者為消極破綻主義精神，而非積極破綻主義。關於難以維持婚姻之重大事由，其判斷標準為婚姻是否已生破綻而無回復之希望，應依客觀標準，即難以維持婚姻之事實，是否已達於倘處於同一境況，任何人均將喪失維持婚姻意欲之程度而定。至於同條項但書所規定『難以維持婚姻之重大事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚』，乃因如肯定有責配偶之離婚請求，無異承認恣意離婚，破壞婚姻秩序，且有背於道義，尤其違反自己清白（clean hands）之法理，有欠公允，同時亦與國民之法感情及倫理觀念不合因而採消極破綻主義。倘該重大事由，夫妻雙方均須負責時，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，如有責程度相同時，雙方均得請求離婚，始屬公允，故責任較重之一方應不得向責任較輕之他方請求離婚。依上所陳，被上訴人未審度己身已婚，與『淼淼兒』間有不正當之交往，違反夫妻間忠誠義務，引起上訴人之不滿，雙方發生爭執後，被上訴人逕自搬離兩造廈門租屋處，且未為上訴人及未成年子女安排新住處，致上訴人只得另覓新住處暫住，兩造因而分居迄今，均無實質互動，形同陌路，因認兩造之婚姻客觀上確有破綻，雙方主觀上均欠缺誠信及誠摯之感情

基礎，難以回復，對於婚姻之破綻均為有責。惟本院斟酌兩造爭執起因，係被上訴人與『森森兒』有不正當之男女交往關係，嗣後單方面決定不再續租廈門租屋處，且未顧念未成年子女仍有繼續就讀大陸地區幼兒園之需求，未為上訴人及未成年子女妥善安排日後住處，任由上訴人另行覓屋與未成年子女同住，導致兩造間互信基礎破裂，無法同居生活，因認被上訴人對婚姻破裂之有責程度顯較上訴人為高。依前開說明，被上訴人依民法第一千零五十二條第二項規定訴請離婚，亦無理由，不應准許。」⁶³

(二)最高法院九十三年度台上字第一七四七號民事裁定亦採僅責任較輕者得請求離婚

該判決略以，「七十四年六月三日修正公布之民法第一千零五十二條增列第二項規定：『有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚』。該但書部分參照修正理由說明，係為求公允始增設該但書之規定。故難以維持婚姻之重大事由，夫妻雙方均須負責時，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，始符公平。原審本此見解為上訴人敗訴之判決，並無違背法令之可言，附此敘明。」⁶⁴

二、採夫妻間過失程度相當雙方皆不得請求離婚者

(一)以最高法院九十一年度台上字第一五一號民事判決為例

該判決略以，「依民法第一千零五十二條第二項規定：『有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚』等意旨觀之，必構成離婚之重大事由，有可歸責於夫妻之一方，始得由無責任之他方請求離婚。倘該重大事由，係夫妻間共同可歸責之過失行為所造成而其過失程度相當者，即無容夫妻之任何一方依上開規定請求離婚之餘地。查上訴人於原審一再抗辯：被上訴人自始

⁶³ 臺灣高等法院 106 年度家上字第 125 號民事判決。

⁶⁴ 最高法院 93 年度台上字第 1747 號民事裁定。

即無意讓伊回家同居，應對婚姻不睦負最大責任，絕非伊無意回被上訴人之住處居住，此除有被上訴人八十八年九月八日親具書據可證其無意接其返家同住外，並經證人○○○結證伊確有於八十九年四月二十三日回家，但因遭被上訴人禁止進入，且向警方報案，致伊無法回家同居生活云云，徵諸上開『書據』明載，被上訴人此次前來非欲接上訴人返家，而係照原約定交予予上訴人扶養，及被上訴人亦自承，曾將住處門鎖更換，致上訴人無法入內等情，上訴人所辯似非虛妄；而上訴人前曾有返家遭被上訴人之禁止，報警處理致上訴人無法回家同居，亦為原審所認定之事實。果爾，能否謂被上訴人對於上揭原審所謂難以維持婚姻重大事由之致成，無任何可歸責而共同造成該事由之情形？即非無疑。原審未詳勾稽研求，遽為上訴人不利之判決，自嫌速斷。」⁶⁵

三、採夫妻就婚姻破綻之發生均有責且程度相同均得請求離婚者

(一)民國八十九年十一月民事法律問題座談

該座談會之問題要旨：「甲男與乙女於民國八十年間結婚，婚後因財產歸屬之爭執，進而互控偽造文書、傷害、妨害家庭等，夫妻關係已成寇讎，有民法第一千零五十二條第一項所列各款以外之重大事由，難以維持婚姻關係，且係夫妻雙方均有過失，雙方有責程度，難分軒輊，試問甲男與乙女是否均有權依民法第一千零五十二條第二項規定訴請離婚？」⁶⁶

其法律問題：「甲男與乙女於民國八十年間結婚，婚後因財產歸屬之爭執，進而互控偽造文書、傷害、妨害家庭等，夫妻關係已成寇讎，有民法第一千零五十二條第一項所列各款以外之重大事由，難以維持婚姻關係，且係夫妻雙方均有過失，雙方有責程度，難分軒輊，試問甲男與乙女是否均有權依民法第一千零五十二條第二項規定訴請離婚。」⁶⁷

⁶⁵ 最高法院 91 年度台上字第 1511 號民事判決。

⁶⁶ 89 年 11 月民事法律問題座談。

⁶⁷ 89 年 11 月民事法律問題座談。

研討結果：採肯定說。

該座談會指出，「按七十四年六月三日修正公布之民法第一千零五十二條增列第二項規定：有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。其但書部分參照修正理由說明，係為求公允始增設但書之規定。故難以維持婚姻之重大事由，夫妻雙方均須負責時，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，甲男與乙女均有權訴請離婚。」⁶⁸

(二)最高法院九十五年度第五次民事庭會議

該會議討論，夫妻雙方對難以維持婚姻之重大事由均須負責時，得否依民法第一千零五十二條第二項之規定，請求離婚？

經討論結果採肯定說，「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，始符民法第一千零五十二條第二項規定之立法本旨。」⁶⁹

(三)最高法院一〇七年度台上字第二〇九四號民事判決亦採均有責且程度相同均得請求離婚：

該判決略以，「雖不足證明被上訴人與張水城確有通姦行為，然被上訴人多次駕駛張水城之汽車，搭載張水城前往各該飯店而毫不避諱，顯見其與張水城間之互動往來親密程度，已逾越一般朋友或廠商間交往互動之正常限度，堪認被上訴人有違對上訴人所負之夫妻忠誠義務。兩造之夫妻感情長期不睦，上訴人甚至於一〇三年十一月十八日將被上訴人毆打至體無完膚，致其受有右手第五掌骨折、右腓骨骨折等之傷害，復剪其頭髮、以三秒膠塗其傷口而加以凌虐。上訴人以原始、暴力、洩忿之方式解決與被上訴人間之夫

⁶⁸ 89年11月民事法律問題座談。

⁶⁹ 最高法院95年度第5次民事庭會議紀錄。

妻感情問題，復無視系爭保護令存在對被上訴人為非法跟蹤，堪信已達於倘處於同一境況，任何人均將喪失維持婚姻意欲之程度。惟被上訴人亦有違反夫妻忠誠義務之情事，均係造成本件婚姻有重大難以維持之事由之一，足認兩造就婚姻破綻之發生均屬有責且程度相同，被上訴人依民法第一千零五十二條第二項規定請求離婚，即為有理由。又被上訴人依民法第一千零五十二條第二項規定請求離婚既有理由，其依同條第一項第三款規定請求離婚，即無庸審酌，為其心證之所由得，並說明上訴人其餘抗辯及聲明證據為不足取及無須再予審酌之理由，因而維持第一審所為不利上訴人之判決，駁回其上訴。

按民法第一千零五十二條第二項規定係採消極破綻主義，如婚姻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，始符公平之立法意旨。⁷⁰

我國民法第一千零五十二條第二項係抽象的離婚原因，其但書限制規定「其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」然而，當夫、妻雙方均對於離婚負責時，夫或妻是否仍得請求離婚？實務上有不同見解，有認為「責任較重之一方不得向責任較輕之他方請求離婚」，或認為「夫妻間過失程度相當雙方皆不得請求離婚」，或認為「夫妻就婚姻破綻之發生均有責且程度相同均得請求離婚」，而近年傾向為「責任較重之一方不得向責任較輕之他方請求離婚」，該見解將民法第一千零五十二條第二項但書解釋為，不僅唯一有責之配偶不得請求離婚，甚至擴大為，權衡雙方有責之程度，責任較重之有責一方亦不得請求離婚，顯已逾越文義解釋。

⁷⁰ 最高法院 107 年度台上字第 2094 號民事判決。

第四節 外國離婚法制

回教國家從「夫單意去妻」變革為「妻得依法請求離婚」，現今妻雖得依法請求離婚，但男女提請離婚的權力不同，丈夫得單方面宣布離婚，而妻子則需透過法律程序由法官裁定。而其離婚之法定事由以埃及二〇〇〇年個人身分法為例，規定有五種原因：虐待、於物質上及道義上致無法繼續共同生活，妻於夫納妻後一年內得請求、遺棄、婚姻有不適合等請求；而以蘇丹之個人身分法為例，規定有五種原因：身體或精神上的傷害、婚姻有不可摩合的差異、結婚後發現夫有不能醫治之身體機能障礙、夫不給付妻生活扶養費、夫入監或行蹤不明逾一年。⁷¹

義大利、葡萄牙、西班牙及愛爾蘭等國家，原受天主教宗教影響主張婚姻為終身性，惟自一九七〇年以後，其禁止離婚之立法陸續被廢止，例如，愛爾蘭原於一九三七年憲法明定禁止離婚，隨社會變遷及家庭關係多元化與複雜化，考量個人離婚與再婚之自由等，於一九九五年經由全民公投，將憲法第五條增修條文刪除，承認離婚制度⁷²。又在原禁止離婚之天主教國家採行離婚立法後，發展出「以夫妻分居達一定之期間，足證婚姻已有不可挽回之破裂」，例如，義大利離婚法第三條第二項第(b)款規定繼續分居三年、葡萄牙民法典第一千七百八十一條規定繼續分居三年或分居一年且夫或妻對他方提出離婚而不反對者。⁷³

法國、德國、英國及美國等，依法定原因得向法院請求裁判離婚，其原因有綜合採有責、目的、破裂原因者；或單採婚姻破裂原因者，又婚姻破裂之認定有兼採有責、目的、無責、以分居不共同生活之事實推定破裂者，分述如下。

法國雖於一七九二年曾廣泛承認離婚，但因恢復天主教國家後，又全面禁止離婚，直到一八八四年才再度承認離婚，⁷⁴法國民法典第二百二十九條規定，法院裁判離婚之原因有三種：夫妻合意離婚、婚姻共同生活破裂、違反婚姻義務與

⁷¹ 參閱簡良育，同註2，頁70。

⁷² 參閱徐慧怡，同註3，頁4。

⁷³ 參閱簡良育，同註2，頁71。

⁷⁴ 參閱徐慧怡，同註3，頁4。

責任或因重罪而依刑法第一百三十一條之一處有期徒刑者。⁷⁵

德國於一八九六年之離婚法制以有責離婚為主，至一九四六年修正為兼採破綻主義，惟有責配偶請求離婚時，他方得提出異議而阻止，係採消極破綻主義，直到一九七六年始捨棄有責主義，並由消極破綻主義改採積極破綻主義，其離婚原因僅有一個，即婚姻破裂，不過其民法第一千五百六十八條設有苛酷條款規定，婚姻雖已破裂，但為未成年子女之利益或對於拒絕離婚配偶過於苛刻者，並斟酌請求離婚者之利益，認為維持婚姻為宜者，得否准其離婚。⁷⁶

英國直到一八五七年才有離婚制度⁷⁷，其於一九七三年之婚姻訴訟法第一條規定，婚姻破裂為請求離婚之唯一原因，所謂婚姻破裂有：與非配偶者合意性交、因不合理之行為致不堪同居、遺棄二年以上、夫妻同意離婚且分居已達二年、夫妻不同意離婚但分居已達五年等。⁷⁸又於一九九六年制定親屬法，其保留婚姻破裂為請求離婚之唯一原因，但離婚不再係單一事件，而係須經過一段時間，使當事人思考其婚姻是否已達到不可挽回的程度，並進一步對未來離婚後生活做妥善的安排。⁷⁹

美國於一九六〇年代以前，因基督教教義及社會價值觀，多主張婚姻終身性，除夫或妻一方所為已違反結婚之責任與義務，例如，與婚外第三人合意性交、遺棄、虐待暴力等，他方得訴請裁判離婚；或者夫或妻有妨害婚姻共同生活目的之原因，例如，精神病等，得請求法院裁判離婚。此外，離婚請求之一方如是違反結婚之責任與義務者，不得請求離婚。然而，離婚之原因除與婚外第三者合意性交、遺棄、虐待暴力等以外，亦有因夫妻間無法調解或相容之分歧，導致婚姻無法挽回之破裂，又若原告主張他方在婚姻中係有責行為，而訴請裁判離婚時，對

⁷⁵ 參閱簡良育，同註 2，頁 71-72。

⁷⁶ 參閱林秀雄，有責主義、破綻主義與有責配偶之離婚請求，法學叢刊，第 123 期，頁 87，1986 年 7 月。

⁷⁷ 參閱徐慧怡，同註 3，頁 4。

⁷⁸ 參閱簡良育，同註 2，頁 74。

⁷⁹ 參閱林雪玉，離婚法制之比較研究-兼論我國民法親屬之修正，中興法學，第 43 期，頁 362，1997 年 12 月。

簿公堂、互不干休，以法庭為婚姻戰場之延伸，對當事人及利害關係人，尤其對未成年子女顯為不利。於一九六九年，美國加利福尼亞州婚姻法典將訴請離婚之原因，由有責性改採為無責性。且導致婚姻破裂之原因，多難以認定何為不法侵害或不道德行為，從而，造成婚姻破裂無法挽回，不論究屬何者責任，任何一方均得請求離婚⁸⁰，即採積極破綻主義，美國有五十州採破綻離婚主義，但並非每州皆採積極破綻主義。⁸¹由於有一股建立全國性離婚法，以取代各州分歧的法律趨勢，全國統一州法委員會於一九七〇年頒佈統一婚姻與離婚法，其以婚姻破裂為婚姻解消之基礎，其於一九七四年得到美國律師公會代表會議之正式承認，其認為離婚之重點，不是被告有無過失，而是當事人實際之婚姻狀態。⁸²

日本之離婚原因由列舉，修正為抽象的破綻主義，且不限制有責配偶的離婚請求，即在立法過程未經過消極破綻主義之階段，惟其戰後初期之判例，卻創設否定有責配偶離婚請求之法理，致被評為立法先進，判例後退之現象，隨後，判例亦改變見解，採為儘量嚴格適用否定法理。⁸³

二十世紀世界人權宣言強調男女平權、重視人格權、婚姻自由等思潮興起，又家庭結構變遷、女性受教育參與勞動經濟自主力提高、人口移動與國際間互動關係頻繁等因素，各國離婚法制之發展歷程，在宗教禮制、社會制約、尊重個人自由意思、未成年子女與婚姻中經濟弱勢者利益之影響下，在數方利益中謀衡平，縱觀國際發展趨勢主要因，(一)宗教禮制、社會制約漸微，傾重視男女平權與基本人權；(二)重視婚姻本質及當事人自由意思，又離婚原因自「有責性」發展為「以婚姻破裂且不論責任歸屬」，為離婚准駁之認定基礎；(三)為維護社會秩序與公共利益，以公權力介入考量未成年子女之利益及第三人之交易安全，並協助經濟上較弱勢之一方提高謀生之勞動能力以期能自立自足；(四)公權力介入，主

⁸⁰ 參閱簡良育，同註 2，頁 74-75。

⁸¹ 參閱徐慧怡，同註 3，頁 23

⁸² 參閱林雪玉，同註 79，頁 365。

⁸³ 參閱林秀雄，同註 76，頁 87。

要為協助離婚當事人以理性之方式處理，以達成符合未成年子女及其利益之協議，於離婚程序上，益加重視專業諮商及調解。⁸⁴

第五節 本文見解

隨著經濟社會變遷，女性教育程度提升，經濟獨立能力提高，過去，男主外、女主內之傳統家庭分工方式明顯改變，女性不再受傳統家庭觀念所束縛，倘婚姻破裂無法挽回，女性往往不再為家庭而忍氣吞聲，勇於爭取離婚及未成年子女之親權等。

在一九八五年前關於裁判離婚我國採列舉離婚原因主義，受限於法定離婚原因，惟因法官自由心證而有寬嚴不同之判斷標準，以最高法院七十年台上第一九二二號民事判決為例，原審認定「被告(被上訴人)婚後打原告(上訴人)一次，隔一年餘又打一次，乃係偶爾失和，不能謂係虐待。」其經第一審及第二審均判決原告敗訴駁回，直至最高法院判決「夫妻共同生活，乃以誠摯的相愛為基礎。此基礎若未動搖，偶而勃谿動手毆打，固難謂為虐待，若已動搖，終日冷漠相對，縱從不動手毆打，亦難謂非虐待。故一方主張受有他方不堪同居之虐待時，必須就雙方共同生活的全盤情況為觀察，以斷定其有無。而不能拘泥於毆打次數之多寡，資為惟一判斷之基礎。……上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」最高法院認為，須就當事人雙方共同生活之全盤狀況觀察，以夫妻共同生活，誠摯相愛為基礎，視該基礎是否已動搖而判斷，不拘泥於毆打次數之多寡，本論文認為該見解實乃判斷婚姻是否已生破綻，不拘泥於法定列舉離婚原因。從而，在民法增修第一千零五十二條第二項抽象離婚原因前，訴請離婚之當事人縱使婚姻已生破綻，在法定離婚原因主義下，仍難以判決離婚。

二十世紀世界人權宣言強調男女平權，婚姻自由等思潮，各國離婚法制將請求離婚之原因，傾向由「有責主義」改採為「破綻主義」，「破綻主義」如前所

⁸⁴ 參閱簡良育，同註2，頁79-83。

述，區分為「積極破綻主義」、「消極破綻主義」及「折衷破綻主義」，我國離婚法制究採「有責主義」或「積極破綻主義」或「消極破綻主義」或「折衷破綻主義」。以民法第一千零五十二條第一項列舉十項離婚原因觀察，主要多為有責原因，而民法第一千零五十二條第二項規定「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚，但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」乃採「破綻主義」，又因該條項但書規定配偶為唯一有責者，不得請求離婚，即我國係採「消極破綻主義」，故我國裁判離婚乃採「有責主義」兼採「消極破綻主義」。

我國民法第一千零五十二條第二項規定「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚，但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」其明文規定唯一有責之配偶，不得請求離婚。然而，倘夫妻雙方對於婚姻破綻之發生皆有責任者，夫或妻得否離婚？我國實務上有不同見解，如「責任較重之一方不得向責任較輕之他方請求離婚」、「夫妻間過失程度相當雙方皆不得請求離婚」、「夫妻就婚姻破綻之發生均有責且程度相同均得請求離婚」，惟近年傾向認為「責任較重之一方不得向責任較輕之他方請求離婚」，該見解將其解釋為不僅唯一有責之配偶不得請求離婚，甚至擴大為，權衡雙方有責之程度，責任較重之有責一方亦不得請求離婚，顯已逾越文義解釋，故我國實務見解似有變更之必要。

又我國離婚法制增列民法第一〇五二條第二項抽象離婚原因，採離婚破綻主義，但因民法第一〇五二條第一項列舉之十項離婚原因，全部保留，並未刪除，即我國離婚法制採有責主義，兼採破綻主義，造成我國裁判離婚之原因，同時存在絕對之離婚原因及相對之離婚原因，致使我國裁判離婚制度顯得不和諧，又該條文第一項列舉十項具體離婚原因，加上第二項抽象離婚原因，合計有十一項離婚原因，離婚原因雖多，但部分離婚原因適用之機會卻不大，例如，以第一款「重婚」、第四款「夫妻之一方對他方之直系親屬為虐待，或夫妻一方之直系親屬對

他方為虐待，致不堪為共同生活」及第六款「夫妻之一方意圖殺害他方」之離婚原因寥寥無幾，且我國已明定重婚為婚姻無效，又該條第一項之離婚原因，似乎皆可適用第二項解決之，故似乎無須再明定第一項具體離婚原因。

另，我國民法第一〇五二條第二項採婚姻破綻主義，乃法官須先認定婚姻是否已生破綻為前提，準此，法官必須深入瞭解當事人婚姻之細節，始能全盤判斷當事人之婚姻狀況是否達到婚姻破綻，其不僅增加法官之負擔，亦侵害當事人之隱私，因此，許多外國立法例，得以別居一定期間以上作為婚姻破裂之證明，即得以別居一定期間以上為離婚原因，其可以讓已空殼化的婚姻，在法律上順利解消婚姻關係，惟我國於九十六年五月四日修法時，依行政院版之修正草案認為夫妻不繼續共同生活達一定期間以上，又不願復合時，若任其持續，顯有違婚姻共同生活之目的，故得以結束該段有名無實的婚姻關係，其雖有沈委員智慧提案，但，遭受許多婦女團體質疑，在黨團協商後沒有通過，以致無法與國際接軌，誠屬遺憾。

離婚制度之目的，除維護婚姻制度之安定性外，亦保護請求離婚之當事人間不再被空殼化之婚姻關係所綑綁，即當夫妻之婚姻關係已破裂至無復可能時，應考慮雙方能透過公正之方法，解消其空殼化之婚姻法律關係，避免其中一方利用離婚制度，以心存報復之心態綑綁對方，讓雙方在婚姻已嚴重破綻、無復可能時，能適時解消，以免除或減輕雙方當事人因破裂之婚姻關係所帶來之苦楚。

第三章 家事事件處分權主義之適用

第一節 處分權主義之基本法理

處分權主義係將程序開啟、審理對象及程序終結交由當事人決定，其與職權事件適用之職權原則交由法院決定不同。⁸⁵有關離婚訴訟處分權主義之適用，依家事事件法第四十五條第一項及四十六條第一項有特別規定「當事人離婚……或其他得處分之事項得為訴訟上和解，但離婚之和解，須經當事人本人表明合意，始得成立。」及「當事人於言詞辯論期日就前條第一項得處分之事項，為捨棄或認諾者，除法律別有規定外，法院應本於其捨棄或認諾為該當事人敗訴之判決，但離婚事件……有下列各款情事之一者，不在此限：一、其捨棄或認諾未經當事人本人到場陳明。二、當事人合併為其他請求，而未能為合併或無矛盾之裁判。三、其捨棄或認諾有危害未成年子女之利益之虞，而未能就其利益保護事項為合併裁判。」又依家事事件審理細則第六十五條規定「(第一項)當事人得於訴訟中就得處分之事項為訴訟上和解。(第二項)經合併審理之家事非訟事件，得依本法第一百零一條第一項規定為和解或依第一百十條之規定為合意。」從而，當事人於訴訟中就得處分事項，得為和解，離婚事項和解須經當事人本人表明合意，又離婚事項除有家事事件法第四十六條第一項但書情事外，當事人於言詞辯論期日就得處分之事項為捨棄或認諾者，法院應本於其捨棄或認諾，為當事人敗訴之判決。⁸⁶

另，離婚訴訟往往合併處理未成年子女權利義務之行使或負擔事件，依家事事件法第一百零七條規定「(第一項)法院酌定、改定或變更父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔時，得命交付子女、容忍自行帶回子女、未行使或負擔權利義務之一方與未成年子女會面交往之方式及期間、給付扶養費、交付身分證明文件或其他財物，或命為相當之處分，並得訂定必要事項。(第二項)前項命給付扶養

⁸⁵ 劉明生，民事訴訟法實例研習，頁 33，2017 年 9 月。

⁸⁶ 姜世明，家事事件法法理與實踐之虛與實，頁 10-12，2016 年 10 月。

費之方法，準用第九十九條至第一百零三條規定。」據此，法院於酌定、改定或變更父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔事件中，得請求命給付扶養費，若其係由法院依職權開啟者，就理論上，即無審理對象由聲請人處分之要求，此時，是否仍有聲明拘束性之適用，即有疑問。另倘涉有家庭暴力時，法官依家庭暴力防治法第十四條第一項第八款規定「命相對人給付被害人住居所之租金或被害人及其未成年子女之扶養費」，即依聲請或依職權核發扶養費之通常保護令，其可能賦予法官更多之裁量空間，又因聲請人在勾選聲請書表格時，未必有表明特定金額，此時，法官依職權酌定一定之金額，應屬可理解之範圍；然而，依家事事件法第三條戊類事件「給付未成年子女扶養費事件」，依家事事件法第九十九條規定「(第一項)請求家庭生活費用、扶養費或贍養費，應於準備書狀或於筆錄載明下列各款事項：一、請求之金額、期間及給付方法。二、關係人之收入所得、財產現況及其他個人經濟能力之相關資料，並添具所用書證影本。(第二項)聲請人就前項數項費用之請求，得合併聲明給付之總額或最低額；其聲明有不明瞭或不完足者，法院應曉諭其敘明或補充之。聲請人為前項最低額之聲明者，應於程序終結前補充其聲明。其未補充者，法院應告以得為補充。」其立法理由說明「二、審判實務對於金錢債權之爭執事件，本於處分權主義之要求，固課予聲請人需具體表明其請求金額之責任，以方便法院明確審理之目標，並利於相對人妥適行使防禦權。惟於前條所列事件，多由法院依其認定事實結果而為裁量，聲請人請求之際，難期待其得預測法官將來裁判之項目費用金額，故設本條明定聲請人於提出前一項之請求時，雖仍應表明請求之項目費用金額，但除其得採取單獨或分別列明各項費用金額，並表明係屬分別請求之方式外，亦得合併其中數項費用而表明為總額或最低金額之方式。聲請人如表明係為總額之請求者，法院於裁判時即應斟酌關係人陳述意旨及調查證據之結果，於理由內釐清聲請人得主張之費用項目及其金額，並就各項費用之金額不受聲請人聲明之拘束而為斟酌，以利一次解決關係人間有關數項費用之紛爭。惟法院如認為聲請人請求之項目費用

或金額有不明瞭或不完足之處，自應予闡明令其敘明或補充之。三、另為保障聲請人之權利，就其所主張之最低金額請求，如法院依其審理所得心證及裁量權行使之結果，認為聲請人所得請求之金額逾該最低額時，應於程序終結前告以得為補充，並使相對人得表示意見，以保護其防禦權。惟聲請人倘未據此補充時，法院當然僅能依其聲明之最低額裁判。」依據此規定及其立法理由，似可認為在離婚訴訟合併請求扶養費等非訟事件中，雖立法者以總額請求或最低額表明方式，緩和聲明明確化之問題，但，在最高額度之聲明，對於聲明之拘束性，似仍採肯定之見解。⁸⁷另實務見解對於法院如認為兩造約定之扶養費金額過高或過低，是否有聲明拘束性，其亦採肯定見解，不得依職權加以變更之。⁸⁸

第二節 程序之開啟及起訴前應經調解程序之規定

離婚訴訟就訴訟程序之開啟，依家事事件法第三十八條第一項規定「起訴，應以訴狀表明下列各款事項，提出於法院為之：一、當事人及法定代理人。二、訴訟標的及其原因事實。三、應受判決事項之聲明。」據此，家事訴訟事件之開啟，悉由當事人為之，而非法院職權啟動；且因離婚訴訟，基於尊重婚姻自主性，故其程序之開啟亦應尊重當事人。

又依家事事件法第二十三條第一項規定「家事事件除第三條所定丁類事件外，於請求法院裁判前，應經法院調解。」所謂丁類事件係指宣告死亡事件等，屬於家事事件中較無訟爭性，且當事人或利害關係人無處分權限者。從而，原則上，所有家事事件一律都必須強制調解。而關於調解之效力，依家事事件法第三十條規定「(第一項)家事事件之調解，就離婚……其他得處分之事項，經當事人合意，並記載於調解筆錄時成立。但離婚……之調解，須經當事人本人表明合意，始得成立。(第二項)前項調解成立者，與確定裁判有同一之效力。」依其立法理由之

⁸⁷ 姜世明，同註 86，頁 10-12。

⁸⁸ 臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會民事類提案第 25 號。

說明「家事事件性質屬於准許當事人合意處分或形成之法律關係者，例如請求離婚……或其他得處分之事項，不以經調解法院認定當事人主張之請求事由存在為必要，均得由當事人合意成立調解，並自作成調解筆錄時發生效力，以尊重當事人之程序選擇權。至於有關未成年子女權利義務行使或負擔事件，如其成立調解之內容係有利於未成年子女者，亦得成立調解。又離婚……屬於重大身分行為，故設但書明定應由當事人本人就調解內容，向法院表明合意，以求慎重。」⁸⁹

另離婚調解事件，多數合併處理未成年子女之監護問題，於家事事件法第三十條第三項規定「因調解成立有關身分之事項，依法應辦理登記者，法院應依職權通知該管戶政機關。」其立法理由為「就身分事項成立調解時，因自調解筆錄作成時即生效力，倘有涉及依法應辦理戶政登記者，應讓戶政機關知悉，俾使其依相關法令規定辦理，爰仿民法第一千零五十二條之一規定，於第三項明定法院應於調解成立後，職權通知戶政機關。」其明定職權通知戶政機關，並規定生效時點，已杜爭議。

第三節 離婚訴訟訴訟標的之界定及其確定判決之效力

第一項 訴訟標的理論之學說

訴訟標的理論在我國民事訴訟法第二百四十四條第一項第二款未有明確定性，但在學說上有高度爭議，如有統一說及非統一說，統一說係以單一標準決定訴訟標的，而非統一說則以當事人意思、事件類型或程序階段，不採單一標準決定訴訟標的，以下就各訴訟標的理論分述如下：

第一款 統一概念論

舊訴訟標的理論：訴訟標的乃原告主張，其實體法上具體權利，該理論之優點係符合民事訴訟法為確認當事人間權利義務關係之目的論，並與實體法概念連

⁸⁹ 劉宏恩，台灣離婚調解制度的演變-兼論家事事件法關於調解程序的若干疑問，載：徐慧怡等，離婚專題研究，頁44-47，2016年7月。

結，符合法律安定性，攻擊防禦對象特定，較不會對當事人發生突襲之問題；惟其缺點係當有請求權競合之情形，將不同請求權當作不同之訴訟標的，易生程序上不經濟。⁹⁰

新訴訟標的理論：從訴訟法之觀點切入，將訴訟標的解釋為程序上之請求概念，擴大為「受給付地位」或「欲形成之法律關係」，其優點為貫徹「汝給我事實，我給汝權利」之觀點，可避免紛爭再啟；惟其缺點係若有不同觀點，又未適當闡明時，將因判決對象擴大，易造成突襲。新訴訟標的理論主要有一分肢說及二分肢說，分述如下：

一、一分肢說(一個構成要素理論)

從訴訟法觀點界定訴訟標的，訴訟標的之構成要素僅有一個：訴之聲明。即依據原告所提出的訴之聲明為判斷基礎，至於該訴理由之生活事實，乃用來作為解釋訴之聲明，使訴訟標的個別化之標準。⁹¹其認為訴訟上請求，即原告訴之聲明，僅用其為決定訴訟標的之標準，所包括之客體範圍較大。該見解若在物權關係之確認，基本上依此標準可適當界定審理及裁判範圍；惟若在金錢上請求，則易生混淆，有認定不易之問題，例如，原告請求被告係因「給付買賣價金」新臺幣二百萬元，惟在訴訟程序中改稱該請求係因「買賣標的物瑕疵所生之損害賠償」，依一分肢說，就形式觀之，訴訟聲明未改變，故未有訴之變更問題，然而，其事實上，已由給付買賣價金，變為物之瑕疵損害賠償，惟其未藉由訴之原因(事實)變更，如何特定訴訟標的？⁹²

二、二分肢說(兩個構成要素理論)

二分肢說為兩個要素之訴訟標的概念，係德國學說及德國聯邦最高法院之多

⁹⁰ 姜世明，訴訟標的理論及重複起訴禁止中理論與實務爭議之問題提示，載：姜世明等，訴訟標的及重複起訴禁止理論之再省思(民事程序法焦點論壇第三卷)，頁7-8，2018年6月。

⁹¹ 劉明生，對核心點理論之批判，載：姜世明等，訴訟標的及重複起訴禁止理論之再省思(民事程序法焦點論壇第三卷)，頁224，2018年6月。

⁹² 姜世明，同註90，頁16。

數見解，從訴訟法觀點界定訴訟標的。其認為舊訴訟標的理論未顧及確認之訴與形成之訴，且在實體法請求競合之情形有發生多次訴訟之可能性。然而，採二分肢說則可適用於全部權利保護之形式，含給付之訴、確認之訴及形成之訴，構成統一性之訴訟標的概念，即實體法請求權發生競合之所有案例，依訴訟實際上需求總結成訴訟統一之部分。另，二分肢說所理解之生活事實，係依自然觀察方式或交易習慣而構成統一之生活過程或交互緊密結合之事實整體，其放棄將生活事實另依實體法上請求權個別構成要件事實之表明，故僅須表明本訴訟事件之生活事實及其他歷史生活事實至區別程度即可，就此意義而言，該生活事實乃超越一項權利基礎構成要件之事實主張，所有事實係從自然觀察與當事人觀點觀之，依該事實之性質，透過原告提出作為裁判基礎與原告權利保護所要求基礎事實整體，其均屬生活事實。⁹³

該見解認為，訴訟標的係由訴之聲明及請求之事實基礎而決定，訴之聲明雖相同，仍可藉由訴之原因對訴訟標的予以特定。依此說，若一個訴之聲明，僅有一個作為根據之事實，則為一個訴訟標的；若數個訴之聲明，縱僅有一個生活事實作為根據，亦為數個訴訟標的；若一個訴之聲明，有數個不同作為根據之事實，則為數個訴訟標的。⁹⁴

第二款 非統一概念論

因事件之類型繁多，能否僅以一概念適用於所有事件，尚有疑義，而有相對的訴訟標的理論、訴訟標的相對論產生，分述如下：

一、相對的訴訟標的理論

在德國有學者提出相對的訴訟標的理論，認為訴訟標的之概念要配合各個不同之程序，依其所欲達成之目標進行調整。詳言之，在訴訟審理階段中，為判斷

⁹³ 劉明生，同註 91，頁 221-223。

⁹⁴ 姜世明，同註 90，頁 9-15。

某事件是否已繫屬於法院，當事人是否為訴之變更或訴之追加等，應採一分肢說，以較擴張之訴訟標的概念，使原告與被告間儘可能利用同一訴訟程序解決紛爭；然而，判決確定後之階段，則採二分肢說較限縮之概念，判斷訴訟標的及既判力之客觀範圍，對於當事人未主張，法院亦未審理之原因事實，不為既判力效力所及，當事人仍得就此更行起訴。⁹⁵

二、訴訟標的相對論

家事事件法第三十八條第二項第二款規定，原告於訴狀應表明訴訟標的及其原因事實，其立法理由「為提示法院審判對象、預告判決效力之範圍及對他造提示攻擊防禦之目標，防止突襲性裁判，訴狀亦應揭明訴訟標的及其原因事實。」該規定及立法理由，一方面彰顯訴訟標的在訴訟前、後階段均具有重要機能，其限定法院審判對象範圍並凸顯被告之防禦目標；另一方面揭示訴訟標的之範圍，法院不得逾越該範圍而為突擊性裁判，以及本案確定判決之既判力客觀範圍。即家事訴訟審理採處分權主義第二層面內容，承認當事人就本案審判對象為何及其範圍有特定之權責，並禁止法院就當事人未主張訴訟標的為審判。⁹⁶

家事訴訟採處分權主義，基於保障訴訟權，並權衡追求系爭之程序利益及實體利益，依該原則，原告應得為訴訟標的之選擇性、相對性特定，即原告得選擇以某法律關係為訴訟標的，此為權利單位型訴訟標的；亦得選擇以某紛爭事實為訴訟標的，而以紛爭事實予以特定，此為紛爭事實單位型訴訟標的。藉以劃定權衡追求程序利益及實體利益之本案訴訟標的，以避免蒙受因未被容許為訴訟標的之選擇性、相對性特定，而可能招致程序上及實體上不利益。我國家事事件法將人事訴訟程序與家事非訟程序合併立法，統合處理家事紛爭及其他相關之家事事件，以期能妥適、迅速解決紛爭，達到權衡追求關係人之程序利益及實體利益，

⁹⁵ 參閱姜世明，同註 90，頁 19-20。

⁹⁶ 許士宦，家事事件法論，頁 118-119，2019 年 1 月。

是故為貫徹該統合處理家事事件之要求，更應允許當事人選定紛爭事實單位型訴訟標的，尊重其程序處分權及程序選擇權。⁹⁷

第二項 我國裁判離婚之訴訟標的

我國裁判離婚之訴訟標的為何？學理上，主要存有二種不同見解，即舊訴訟標的理論與新訴訟標的理論，分述如下。

第一款 學說見解

第一目 舊訴訟標的理論

採舊訴訟標的理論之學者認為，在民事訴訟法立法之初，受到傳統訴訟標的理論之影響，依民事訴訟法第五十三條及二百五十四條之條文表現上，有認為訴訟標的即為法律關係(權利義務關係)，其認為各個法定離婚原因為不同之訴訟標的，即民法第一千零五十二條第一項各款與第二項所規定各離婚原因，乃各構成訴訟標的，又離婚訴訟為形成之訴，其訴訟標的乃原告對被告以訴或反訴所求判決範圍內，致生某法律效果之權利，所以，離婚訴訟之訴訟標的乃請求離婚之私法上形成權，而非婚姻關係，形成權仍因權利主體或發生事實之不同而有異，從而，請求離婚之形成權乃因其發生之事實不同，在訴訟上即構成不同之訴訟標的。則民法第一千零五十二條所列舉之各種離婚原因，各為不同之形成權，為不同之訴訟標的。⁹⁸

該理論認為各個法定離婚原因，為不同之訴訟標的，似不利於訴訟經濟與紛爭一次解決。在舊法民事訴訟法第五百七十二條及第五百七十三條已從寬使當事人於事實審得為訴之合併、變更、追加或反訴，倘其未為之者，將限制其於前訴訟程序得訴之合併、變更、追加所得主張之事實，再行提起獨立之訴，故實質上，

⁹⁷ 許士宦，同註 96，頁 119。

⁹⁸ 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，頁 263-264，2003 年。姚瑞光，民事訴訟法論，頁 357-358，2004 年。

仍能達到訴訟經濟與紛爭一次解決。⁹⁹

第二目 新訴訟標的理論

新訴訟標的理論乃以紛爭為單位，而特定訴訟標的，在德國主要有一分肢說及二分肢說，倘將其套用於我國民法第一千零五十二條第一項及第二項之離婚事由。一分肢說之訴訟標的係以訴之聲明為準，將其作為訴訟標的，即民法第一千零五十二條第一項及第二項之離婚事由均在同一訴訟標的之範圍內；二分肢說係除訴之聲明外，尚加上事實關係，何謂事實關係？原告若僅主張被告與第三人合意性交，此時不堪同居虐待之事實是否亦為同一事實關係？若非如此，則不堪同居虐待之事實即非審判對象，則法院不得裁判之。¹⁰⁰

有學者認為，離婚訴訟之訴訟標的乃原告起訴請求解除婚姻權利之主張，民法第一千零五十二條規定之各項、各款離婚原因事實，僅係構成原告離婚形成權之原因事實，其認為基於婚姻訴訟之特性，離婚訴訟之訴訟標的應以新訴訟標的理論解釋，如此解釋方能使訴之合併、變更、追加及既判力之客觀範圍，在學理上，獲得對於訴訟標的之範圍及既判力客觀範圍，二者為前後一貫性說明，亦即離婚之目的及原告在訴訟上所追求之法律效果，僅有一個，因夫妻離婚關係係單一而特定，縱使原告提起離婚訴訟時，可主張之離婚原因事實有數個，惟原告之離婚形成權不因而成為多數，如此情形發生形成權原因事實之競合，而非形成權本身之競合，又在事實審之言詞辯論終結前已存在全部離婚原因事實，原告必須全部主張，俾能盡其攻擊防禦方法，不得將各離婚之原因事實作為個別不同之訴訟標的，離婚訴訟之訴訟標的採新訴訟標的理論解決，始能貫徹一次紛爭解決，其可避免當事人訴訟之勞費，亦可維持法院之威信。¹⁰¹至民法第一千零五十二條第二項之規定，其立法意旨已表明因適應時代潮流而兼採破綻主義，自不宜將該條第二項解釋為另一獨立離婚之原因，該條第一項第一款至第十款各為一獨立原

⁹⁹ 楊建華，問題研析民事訴訟法(二)，頁 427-429，1987 年。

¹⁰⁰ 許士宦，家事件法(口述講義-民事及家事程序法第二卷)，頁 269，2020 年 2 月。

¹⁰¹ 許士宦，同註 96，頁 113-114。

因，應解釋為後者(第一項第一款至第十款)僅為前者(第二項)之例示規定，即離婚原因僅有一個，即不能維持婚姻之破裂原因，其訴訟標的亦僅有一個。¹⁰²

第三目 訴訟標的相對論

在離婚訴訟，原告得擇定民法第一千零五十二條第一項各款或第二項所定離婚原因作為訴訟標的，聲明請求離婚；亦得陳述某紛爭事實予以特定為訴訟標的，而表明請求為判決離婚以消滅婚姻關係。就前者而言，原告可先考慮是否將某事項列為訴訟標的，該事項所涉及程序利害輕重大小，再據以抉擇如何特定其請求審判之對象範圍，以避免可能有額外程序上不利益之事項，例如，事證蒐集困難或某事項涉及個人隱私，先自行排除於訴訟標的之外，以適時防免因劃定審判範圍致其系爭外之財產權、自由權、隱私權等基本權遭受損失；就後者而言，將訴訟標的特定為婚姻關係應否裁判離婚本身，而非單以民法第一千零五十二條各款離婚原因為準，分段特定訴訟標的，蓋原告就其所主張之某紛爭事實，以其有無該當離婚事由為判斷，在法律適用之價值判斷，難於起訴時即得預測法院所持之見解、審理狀況或對之有所誤認，倘以其臆測或誤認而貿然特定訴訟標的提起訴訟，其可能遭受敗訴，或增添訴訟中，訴之變更或追加之繁瑣，故基於程序選擇權之法理，貫徹紛爭一次解決，並追求程序利益，僅利用一道訴訟程序解決離婚之紛爭。¹⁰³

第四目 舊訴訟標的理論與新訴訟標的理論之比較

舊訴訟標的理論與新訴訟標的理論於判定離婚訴訟，其訴訟標的之合併、變更、追加、重複起訴及既判力之客觀範圍，將發生不同之結果。

首先，就有無訴之合併而言，在舊訴訟標的理論，乃將民法第一千零五十二條第一項各款及第二項之離婚事由，均視為不同之形成權，在一訴中主張不同之

¹⁰² 許士宦，同註 96，頁 114。

¹⁰³ 許士宦，同註 96，頁 120。

離婚事由，即構成不同之訴訟標的，¹⁰⁴理論上，具有離婚原因而下離婚判決，係以離婚之同一形成效果為目的，基於數個形成原因之請求下，將其解釋為立於選擇之合併關係，即構成訴之客觀合併。如其中一項請求原因被採納，則其他請求原因不必再審判，訴訟即告終結。¹⁰⁵亦即原告在離婚訴訟，如主張民法第一千零五十二條第一項各款及第二項所定之離婚原因合計二者以上，其構成訴之客觀合併，此時，就同一離婚之形成效果主張數個競合之形成權，即數個訴訟標的之選擇合併；反之，在新訴訟標的理論認為，裁判離婚之訴訟標的，皆同為消滅夫妻婚姻關係之同一地位，其不因存在不同之離婚事由，而構成不同之訴訟標的，亦即一訴中提出數項離婚之原因事實，無客觀合併問題¹⁰⁶，離婚訴訟僅有一個訴訟標的，即不構成訴之客觀合併。¹⁰⁷

其次，就是否發生訴之變更、追加而言，在舊訴訟標的理論認為，假如依民法第一千零五十二條第一款之原因提起離婚訴訟後，追加或變更為同條第二款之離婚原因時，採複數訴訟標的之見解者，將其解釋為訴之追加或變更。惟依民事訴訟法第二百五十五條及第四百四十六條對於訴之追加或變更有條件之限制，使法律上對於同種身分關係事件之糾紛得為一次解決紛爭，以達身分關係全面安定性，故於事實審之言詞辯論終結前得自由為之；¹⁰⁸反之，在新訴訟標的理論認為，裁判離婚之訴訟標的，皆同為消滅夫妻婚姻關係之同一地位，其不因存在不同之離婚原因，而構成不同之訴訟標的，即一訴中提出數項離婚之原因事實¹⁰⁹，其訴訟標的並無追加或變更，僅是攻擊防禦方法之補充或更正而已。¹¹⁰

再者，就是否違反重複起訴禁止原則而言，假如原告依據民法第一千零五十

¹⁰⁴ 姜世明，離婚之本訴及反訴與權利保護必要-評最高法院 95 年臺上字第 1026 號民事判決，台灣本土法學雜誌，105 期，頁 92-93，2008 年 4 月。

¹⁰⁵ 駱永家，離婚訴訟之訴訟標的與失權效-最高法院 59 年台上字第 3920 號判決(刊載於司法院公報 13 卷 8 期)評釋，載：駱永家，民事法研究 I，頁 141-142，1999 年 3 月。

¹⁰⁶ 姜世明，同註 104，頁 92-93。

¹⁰⁷ 許士宦，同註 96，頁 114。

¹⁰⁸ 駱永家，同註 105I，頁 141-142。

¹⁰⁹ 姜世明，同註 104，頁 92-93。

¹¹⁰ 許士宦，同註 96，頁 114-115。

二條第一項第一款之離婚原因起訴後，於訴訟繫屬中再依據同法條項第二款之離婚原因提起別訴之情形，在舊訴訟標的理論認為，該二訴之訴訟標的不同，自不違反民事訴訟法第二百五十三條規定重複起訴禁止原則，惟因既以同一離婚之形成效果為目的，又基於合併裁判之公益要求，舊法民事訴訟法第五百七十二條第二項規定採取別訴禁止主義，即要求法院應將後訴移送至前訴法院合併裁判；反之，在新訴訟標的理論認為，前、後二訴之訴訟標的相同，即後訴當然違反重複起訴禁止之規定，依民事訴訟法第二百四十九條第一項第七款規定裁定駁回。¹¹¹

最後，就既判力之客觀範圍而言，倘原告以民法第一千零五十二條第一項第一款之離婚原因提起離婚之訴，受無理由之敗訴判決確定後，在前訴中得主張之其他離婚原因，於嗣後再提起離婚之訴，在舊訴訟標的理論認為，因前後二訴之訴訟標的不同，則後訴不牴觸前訴本案判決之既判力。惟基於一次解決之政策，舊法民事訴訟法第五百七十三條第一項規定，確定判決之失權效，因而，原則上原告不得再起訴，法院應以不合法裁定駁回之；反之，在新訴訟標的理論認為，離婚之訴之訴訟標的僅有一個，後訴當然抵觸前訴本案判決之既判力，原告在前訴得主張而未提出之攻擊防禦方法，均因既判力之遮斷效而不得再行主張，法院亦應依民事訴訟法第二百四十九條第一項第七款規定裁定駁回之。¹¹²

第二款 我國實務見解

我國裁判離婚在實務上係採舊訴訟標的理論，認為裁判離婚之訴訟標的為形成權，其離婚原因事實不同，則為不同之形成權，民法第一千零五十二條所列各項離婚原因，各為不同之形成權，故為不同之訴訟標的，是民法第一千零五十二條第一項各款及同條第二項間之離婚事由並無先後順序之別，僅須其中一項符合離婚要件，即應准予離婚，就其餘離婚事由，即無再審酌之必要，爰

¹¹¹ 許士宦，同註 96，頁 115。

¹¹² 許士宦，同註 96，頁 115-116。

引相關判決供參。

一、臺灣臺北地方法院民事判決一〇〇年度婚字第五十二號

該判決略以，「原告主張兩造婚姻難以維持之事實，為被告所不爭執，其雖辯稱婚姻不能維持之責任在原告。惟查，兩造之朋友即證人徐國林證稱：兩造習氣都不好，經常吵架，個性上各方面都不合，彼此看不順眼。兩造爭執很嚴重的時候，伊會去調解，伊為兩造調解了好幾次，印象比較深刻的一次是九十九年九月十五日，現場電腦摔壞掉，很多東西摔在地上，被告罵原告五字經、罵很不好聽的話，伊將被告帶到外面，勸被告要互相忍讓，家庭才會圓融，被告向伊訴苦，抱怨對原告的不滿，伊勸被告如果真的打原告，就要跟她道歉，不知道被告有無道歉等語，足見兩造平常即因個性不合，彼此看不順眼，而經常吵架，婚姻關係並非和諧，且非原告單方面之問題，……亦有原告提出之臺灣臺北地方法院檢察署檢察官一〇〇年度偵字第三九五四號起訴書可參，感情撕裂，對彼此僅存的只有指責與不滿，毫無情愛可言，夫妻應有之互信、互愛、互諒之基礎，已完全喪失殆盡，婚姻關係確已生破綻，客觀上已難以修復，而婚姻發生破綻之原因，雙方均可歸責，且可責程度相當。從而，原告依民法第一千零五十二條第二項規定，求命判決兩造離婚，即有理由，應予准許。原告依民法第一千零五十二條第一項第三款、第二項規定請求離婚，其訴訟標的雖有數項，但僅有單一之聲明，為重疊之訴之合併，本院既認原告依民法第一千零五十二條第二項規定請求離婚為有理由，就其餘離婚事由，即無再審酌之必要。」¹¹³

二、臺灣士林地方法院家事判決一〇一年度婚字第三二五號

該判決略以，「雙方迄今仍處於分居之狀態，自此未再共同生活已近一

¹¹³ 臺灣臺北地方法院民事判決 100 年度婚字第 52 號。

年，分居期間彼此毫無良性互動，婚姻僅徒具外觀，實質上已無夫妻共同生活可言，核與夫妻以共同生活、同甘共苦、共創幸福家庭生活之本質相悖，兩造欲再共營和諧圓滿之婚姻生活，無異緣木求魚，殊不可得。又兩造對此夫妻感情破裂狀態之造成各執一詞，互指對方不是，毫無退讓溝通之空間，本院認兩造間之感情已嚴重破壞，難以繼續共同生活，婚姻所生之破綻亦無回復之希望，其情形已構成難以維持婚姻之重大事由，而此重大事由於主觀或客觀上足認為已達難以維持婚姻之程度，自無再強求維持婚姻之名，而無婚姻之實之必要。……無法再為良性互動之主要因素，被告就此婚姻破綻事由自屬有責。從而，原告依民法第一千零五十二條第二項之規定，主張有難以維持婚姻之重大事由，據以訴請判決離婚，為有理由，應予准許。另原告依前述理由請求判決離婚，既獲准許，則原告另依同條第一項第三款規定選擇訴之合併型態請求判決離婚，因兩造婚姻關係已達解消之目的，自無庸再予審酌，併此敘明。」¹¹⁴

三、臺灣高等法院臺南分院九十四年家上字第五十七號民事判決

該判決略以，「按所謂選擇訴之合併，謂相同原告對於相同被告，以單一之聲明，主張二以上訴訟標的，請求法院擇一訴訟標的而為其勝訴之判決。法院於判決時，認為其中一訴有理由者，即為其勝訴之判決，他訴即無庸判決。又按我國實務採傳統訴訟標的理論，認為離婚之訴之訴訟標的為形成權，其發生之原因事實不同，即為不同之形成權，民法第一千零五十二條所列各項離婚原因，各為不同之形成權，故為不同之訴訟標的，是民法第一千零五十二條第一項各款及同條第二項間之離婚事由並無先後順序之別，僅須其中一項符合離婚要件，即應准予離婚。本件既認為兩造有民法第一千零五十二條第一項以外之重大事由，難以維持婚姻，而准上訴人離婚之請求，則依上

¹¹⁴ 臺灣士林地方法院家事判決 101 年度婚字第 325 號。

所述，上訴人另以民法第一千零五十二條第一項第三款『受他方不堪同居虐待』為訴訟標的請求離婚，即毋庸再予審認裁判。且本案事證已臻明確，兩造其餘主張陳述及所提之證據，均不影響本案判決，毋庸再予審酌。」¹¹⁵

承上判決觀之，我國實務係採傳統訴訟標的理論，認為民法第一千零五十二條所列各項離婚原因，各為不同之形成權，故為不同之訴訟標的，又民法第一千零五十二條第一項各款及同條第二項間之離婚事由並無先後順序之別，僅須其中一項符合離婚要件，即應准予離婚。

第三款 本文見解

裁判離婚之訴訟標的，在學理上有舊訴訟標的理論與新訴訟標的理論之爭，新訴訟標的理論尚有一分肢說、二分肢說等。

我國實務上僅採舊訴訟標的理論，其認為裁判離婚之訴訟標的為形成權，其因不同之離婚原因事實，而為不同之形成權，民法第一千零五十二條所列各項離婚原因，各為不同之形成權，為不同之訴訟標的，又民法第一千零五十二條第一項各款及同條第二項間之離婚事由並無先、後順序之別，僅須其中一項符合離婚要件，即應准予離婚，就其餘離婚事由，即無再審酌之必要。實務上在該類離婚請求權競合，以其中一項符合離婚要件，即應准予離婚，即逕為採選擇合併。惟依臺灣高等法院 100 年度上更（一）字第 42 號民事判決「基於處分權主義，法院應尊重原告程序處分權之行使，以其意思決定合併型態及排列審理順序，然原告以單一之聲明主張數項不能併存之法律關係，請求法院擇一判決時，法院即應本於法官知法原則，闡明令原告為適當之聲明或陳述，非必受當事人聲明及主張之拘束。」從而，我國離婚訴訟在處分權主義下，當事人有主導權，基於原告行使程序處分權，若有請求權競合情形，例如，原告請求離婚，其離婚原因同時有

¹¹⁵ 臺灣高等法院臺南分院 94 年家上字第 57 號民事判決。

民法第一千零五十二條第一項第二款「與配偶以外之人合意性交」、第五款「夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中」及第二項「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者」，因各離婚原因所涉及的事證蒐集難易不同，本論文認為，法院向原告闡明，並由原告考量其涉及之程序利益及實體利益後，由當事人決定究以第一項第五款，或第一項第二款，或第二項之離婚原因為優先之裁判條件，而非由法院恣意任為選擇。

鑑於我國離婚法制增列民法第一千零五十二條第二項抽象離婚原因，採離婚破綻主義，故有關訴訟標的，宜擴大以生活事實為基礎，就雙方共同生活全盤狀況觀察，判斷其共同生活之基礎是否已生動搖，是否已達婚姻破綻，而宜採新訴訟標的理論。惟新訴訟標的理論主要又有一分肢說及二分肢說，其以紛爭為單位特定訴訟標的，以一分肢說為例，民法第一千零五十二條第一項及第二項之離婚原因均在一個訴訟標的之範圍，原告應在事實審之言詞辯論終結前，就已存在之全部離婚原因事實，為完全之主張，以貫徹紛爭一次解決，減輕當事人負擔訴訟之勞力、費用，該學說之見解雖有利於紛爭一次解決，然而，其僅以訴之聲明為訴訟標的要素，排除以特定生活之原因事實而限縮訴訟標的之範圍，如此，將過度擴大訴訟標的之範圍，造成既判力客觀範圍過度擴大之危險。另，二分肢說之特定訴訟標的係訴之聲明及原因事實關係，即以訴之聲明加上特定生活事實關係為基礎，何謂生活事實關係？假設原告僅主張被告與第三人合意性交，此時其未主張之不堪同居虐待之事實是否亦為同一事實關係？若為否定，則不堪同居虐待之事實即非審判對象，則法院不得裁判之，故二分肢說不會有一分肢說既判力客觀範圍過度擴大之危險。又因民法第一千零五十二條第一項各款及第二項規定皆為解消婚姻關係之原因事由，為有利於紛爭一次解決，宜對生活事實做廣義解釋，採二分肢說以擴大訴訟標的之範圍，就雙方共同生活全盤狀況觀察，判斷其共同生活之基礎是否已生動搖，是否已達婚姻破綻，故本論文建議，有關訴訟標的，宜以當事人之生活事實為基礎，全盤狀況觀察，判斷其共同生活之基礎是否達婚

姻破綻，宜採二分肢說，惟二分肢說較舊訴訟標的理論會擴大訴訟標的之範圍，亦會造成既判力客觀範圍較舊訴訟標的理論擴大，為保障當事人之訴訟權，應配合明確規定，依家事事件法第五十一條準用民事訴訟法第一百九十九條第二項強化法院行使闡明義務，以保障當事人之實體利益及程序利益。

第三項 離婚訴訟確定判決之效力

第一款 離婚訴訟確定之判決既判力

離婚訴訟縱使與家事非訟事件合併裁判，依家事事件法第四十二條第二項規定，原則上仍以判決為之，該判決於確定時發生既判力，又離婚訴訟涉及身分關係，依家事事件法第四十八條第一項第一款及第二項規定「就第三條所定甲類或乙類家事訴訟事件所為確定之終局判決，對於第三人亦有效力。但有下列各款情形之一者，不在此限：一、因確認婚姻無效、婚姻關係存在或不存在訴訟判決之結果，婚姻關係受影響之人，非因可歸責於己之事由，於該訴訟之事實審言詞辯論終結前未參加訴訟。……前項但書所定之人或其他與家事訴訟事件有法律上利害關係之第三人，非因可歸責於己之事由而未參加訴訟者，得請求撤銷對其不利部分之確定終局判決，並準用民事訴訟法第五編之一第三人撤銷訴訟程序之規定。」其立法理由「一、本法第三條所定甲類與乙類事件，均與身分有關，事涉公益，法院就此類事件所為確定之終局判決，自應賦與對世效力，避免在不同人間發生歧異，並期紛爭能一次解決。惟為使第三人權益明確獲得保障，並免生適用上疑義，爰參酌向來已有之民事訴訟法第五百八十二條第二項、第五百八十八條、第五百九十六條第一項但書規定，於本項但書列舉數種涉及重大身分事項之訴訟，其確定終局判決不及於非因可歸責於己之事由不能於該訴訟之事實審言詞辯論終結前參加訴訟之特定利害關係人或非婚生子女。二、第一項但書所定之人，雖係判決效力所不及，固得另行提起獨立訴訟，卻可能致生前後裁判認定之歧異，且其與原當事人間仍有可能就是否為判決效力所及之問題發生爭執。有鑑於此，

為加強對第三人權益及程序權之保障，使其程序選擇權獲得充分保障，並能徹底解決紛爭，應准其得準用民事訴訟法第五編之一第三人撤銷訴訟之規定，請求撤銷對其不利部分之確定終局判決。此外，其他與家事訴訟事件（包含甲、乙類以外之家事訴訟事件及甲、乙類事件除本條第一項所列三款情形外者）有法律上利害關係之第三人，例如婚生子女主張受第一項第三款所指訴訟之判決所影響，倘其屬非因可歸責於己之事由而未參加訴訟者，亦應被賦予事後救濟途徑，容其得提起第三人撤銷訴訟，請求撤銷對其不利部分之確定終局判決，以保障程序及實體權益。又就具有排他性之身分關係，如於第三人撤銷訴訟與原訴訟之認定發生衝突時，當應準用民事訴訟法第五百零七條之四第二項之規定，使原判決全部失效，自不待言。」從而，離婚訴訟經確定之終局判決，不僅有既判力，對於第三人亦有效力，即身分判決所賦予之對世效。¹¹⁶

又離婚確定判決既判力之範圍，蓋因舊訴訟標的理論或新訴訟標的理論而有不同之範圍，舊訴訟標的理論認為，民法第一千零五十二條第一項各款及第二項之離婚原因，係不同之訴訟標的；反之，新訴訟標的理論認為，裁判離婚之訴訟標的為解除夫妻婚姻關係，則民法第一千零五十二條第一項各款及第二項之離婚原因，皆同為消滅婚姻關係之同一地位，即僅有一個訴訟標的，故因採舊訴訟標的理論或新訴訟標的理論，其既判力之範圍將有所不同。¹¹⁷

第二款 離婚訴訟確定判決之失權效

採舊訴訟標的理論，離婚訴訟可構成複數之訴訟標的見解者，又因舊法民事訴訟法第五百七十三條有確定判決之失權效規定，而不得以前訴得主張未主張之離婚原因再提起離婚訴訟¹¹⁸，又於二〇一二年新制定之家事事件法第五十七條規定「有關婚姻關係之訴訟，經判決確定後，當事人不得援以前依請求之合併、變更、追加或反請求所得主張之事實，就同一婚姻關係，提起獨立之訴。但有下

¹¹⁶ 許士宦，同註 96，頁 177-178。

¹¹⁷ 姜世明，同註 104，頁 92-93。

¹¹⁸ 駱永家，同註 105，頁 143。

列各款情形之一者，不在此限：一、因法院未闡明致未為主張。二、經法院闡明，因不可歸責於當事人之事由而未為主張。」其立法理由「為全面解決有關同一婚姻關係之紛爭，以儘早使婚姻關係趨於安定，避免因訴訟反覆提告造成程序上之不經濟，爰參酌日本人事訴訟法第二十五條第一項及擴大我國民事訴訟法第五百七十三條規定，就有關婚姻關係之訴訟，如經判決確定後，不論該判決結果有無理由，當事人均不得援以前訴訟程序，依請求之合併、變更、追加或反請求所得主張之事實，就同一婚姻關係提起獨立之訴，使其發生失權效。又為保障當事人之程序權，如有因法院未依法行使闡明致未為主張；或是雖經法院闡明，但因不可歸責於當事人之事由而未為主張之情形，規定為發生失權效之例外，允許當事人能援以前依請求之合併、變更、追加或反請求所得主張之事實者，提起獨立之訴。」從而，除有家事事件法第五十七條但書之例外情事外，原則上，不得在前訴得主張未主張之離婚原因再提起離婚訴訟，即生確定判決之失權效。

離婚訴訟確定判決之失權效係指確定判決，就同一婚姻之法律關係，不得於後訴為與前訴不同主張之效力，此效力係為求以判決確定之婚姻關係或已解消之婚姻關係，不再動搖能獲全面安定而被承認者，即與別訴禁止相呼應之訴訟終結後之判決效果，在人事訴訟事件，廣泛規定此等失權效，即在離婚之訴、婚姻無效或撤銷婚姻，因無理由而被駁回者，受判決之原告不得再援以前依訴之合併、訴之追加或訴之變更所得主張之事實，再提起獨立之訴。¹¹⁹

失權之效果僅就同一婚姻關係之同種類事件而發生，以及就其與前訴之請求不同之主張而發生，其與既判力之作用不同，既判力係就相同之主張而發生。反之，失權之效果，係撤銷婚姻之訴於判決確定後，不得再提起婚姻無效之訴或離婚之訴。例如，原告主張違反民法第九百八十條規定不適齡婚而提起撤銷婚姻之訴，其與民法第九百八十三條規定近親婚而提起撤銷婚姻之訴，其在採舊訴訟標的理論認為，二者屬不同之請求，故其中一者雖已判決確定，對於他方仍不生既

¹¹⁹ 駱永家，同註 105，頁 143-144。

判力。然而，以失權效而言，原告主張違反民法第九百八十條規定不適齡婚而提起撤銷婚姻之訴，其受無理由駁回判決後，即不得再主張違反民法第九百八十三條規定近親婚而提起撤銷婚姻之訴。¹²⁰

第四節 訴訟標的之捨棄、認諾與訴訟上和解

第一項 訴訟標的之捨棄

訴訟標的之捨棄，於離婚訴訟究有無限制？在舊法民事訴訟法第五百七十四條第一項僅限制認諾之效力，惟在離婚訴訟關於捨棄之效力尚未併明文規定，有學者認為捨棄之效力，在婚姻無效及婚姻成立與否事件，解釋上應不得適用，其理由為民事訴訟之處分權主義與辯論主義，表現於條文中最為顯著者，為捨棄、認諾與自認，捨棄與認諾併列於民事訴訟法第三百八十四條，而舊法民事訴訟法第五百七十四條第一項未就捨棄併作限制，依「明示其一，排除其他」之法理，顯為「有意省略」，當事人是否提起婚姻事件之訴，又提起後是否撤回其訴，仍委諸於當事人自由意思，當事人得自由起訴與撤回起訴，法院即得因原告捨棄而為原告敗訴之判決，況婚姻事件如能維持現狀，有助於法律秩序之安定性。惟有學者認為，起訴後撤回起訴，其所生之法律效果與捨棄不同，法院因原告捨棄而為原告敗訴判決，即生既判力，例如，實為無效或不成立之婚姻，卻因原告捨棄而為其敗訴判決，就法律關係發生積極確認判決之效果，兩造之婚姻關係，因判決確定而成為有效或成立之婚姻，然而，婚姻關係維持現狀仍應以合法成立、有效之婚姻為限，倘無效或不成立之婚姻，應無法律安定性可言。¹²¹

於二〇一二年發布家事事件法，其第四十六條已規定「(第一項)當事人於言詞辯論就前條第一項得處分之事項，為捨棄者，除法律別有規定外，法院應本於其捨棄為該當事人敗訴之判決，但離婚訴訟有下列各款情形之一者，不在此限：

¹²⁰ 駱永家，同註 105，頁 143-144。

¹²¹ 楊建華，問題研析民事訴訟法(三)，頁 493-494，1992 年 4 月。

一、其捨棄未經當事人本人到場陳明。二、當事人合併為其他請求，而未能為合併或無矛盾之裁判。三、其捨棄有危害未成年子女之利益之虞，而未能就其利益保護事項為合併裁判。(第二項)前項情形，本於當事人之捨棄為判決前，審判長應就該判決及於當事人之利害為闡明。」是故，離婚訴訟中訴訟標的之捨棄究有無限制，已無爭議，即離婚訴訟中捨棄不具有完全之處分權限。

我國實務就離婚訴訟，其訴訟標的得否捨棄？於家事事件法施行前、後有不同見解，在家事事件法施行前離婚訴訟適用捨棄，惟在家事事件法施行後離婚訴訟除法律規定限制外適用捨棄，茲分述如下：

一、家事事件法施行前離婚訴訟適用捨棄

以最高法院民事判決八十六年度台上字第六九二號為例

該判決略以，被上訴人起訴主張：兩造為夫妻，上訴人婚後毫不尊重伊之尊嚴，對伊苛責辱罵，且將共同購買之房屋，登記為其所有後，逼伊出走，拒不交付房門鑰匙。又於民國八十四年四月十八日因細故教唆其胞弟林江溪傷害伊，且揚言殺害，已構成不堪同居之虐待，並有民法第一千零五十二條第二項之重大事由，伊得依同條第一項第三款及第二項訴請離婚。上訴原審後，捨棄主張該條第二項之事由，追加同條第一項第五款之惡意遺棄事由，求為准伊與上訴人離婚之判決。¹²²

二、家事事件法施行後離婚訴訟除法律規定限制外適用捨棄

以臺灣基隆地方法院 103 年婚字第 1 號民事判決為例

該判決略以，「原告原尚主張依民法第一千零五十二條第一項第三款、第十款規定請求離婚，惟嗣於一〇三年二月十二日、同年三月十九日已分別捨棄此部分之主張，就此部分本應為原告敗訴之判決，然原告係就本二項離婚事由與前揭

¹²² 最高法院民事判決 86 年度台上字第 692 號。

民法第一千零五十二條第二項離婚事由合併請求本院擇一判決離婚，而本院認原告主張之民法第一千零五十二條第二項離婚事由為理由（詳如後述），依家事事件法第四十六條第一項第二款規定，因未能為無矛盾之裁判，故本院自無從因原告之捨棄而為敗訴之判決。」¹²³

我國實務就離婚訴訟，其訴訟標的得否捨棄，於家事事件法施行前、後有不同見解，其主要原因乃家事事件法第四十六條第一項明文規定，離婚訴訟除法律規定限制外適用捨棄。其立法理由「當事人既可依前條第一項規定就得處分事項為訴訟上和解，應亦得為捨棄，以充分保障其程序選擇權，爰參酌民事訴訟法第三百八十四條規定，明定當事人於言詞辯論期日就上開得處分之事項，為捨棄者，法院應本此逕為該當事人敗訴之判決，不得再行調查證據或認定事實。惟於離婚事件，因屬重大身分行為，其捨棄應由當事人自行向法院表明真意，不許他人代理，倘其未經本人到場陳明者；或因合併提起其他請求，而當事人僅就離婚為捨棄，法院對於合併提起之其他請求又無法為合併裁判或不相矛盾之處理者；或法院認為依當事人捨棄所為裁判結果，有危害其等未成年子女之利益之虞，而未能就子女之利益保護事項依聲請或依職權合併裁判者，即有必要適度限制當事人之處分權，故設但書之例外規定，排除第一項本文之適用，法院並不依當事人之捨棄逕為其敗訴之判決，以求慎重，避免發生同程序裁判歧異，並符合謀求子女利益之立法目的。」從而，家事事件法施行後對於離婚訴訟，其訴訟標的得否捨棄，須進一步考量有無危害未成年子女之利益等公益事項，乃較嚴謹之立法本論文深表贊同。

¹²³ 臺灣基隆地方法院 103 年婚字第 1 號民事判決。

第二項 訴訟標的之認諾

訴訟標的之認諾，乃被告就原告主張之法律關係，於言詞辯論時承認其為有理由之陳述者，法院於被告認諾後，即對於原告所主張之訴訟標的法律要件不再調查其是否具備，以所認諾者為基礎，而為被告敗訴之判決，其判決結果與真實之權利義務是否相符，在所不問。惟涉及公益之婚姻事件並非適宜，例如：在婚姻無效或確認婚姻成立與否之訴，就婚姻之有效與成立，法律上均須具備一定之要件，倘無效或不成立之婚姻，僅因他造認諾而為原告勝訴之判決，將使無效或不成立之婚姻成為有效或成立之婚姻，無異以訴訟方式變更實體法之強制規定，並非適宜；又撤銷婚姻或離婚之訴，在實體法上亦均有法定之撤銷或離婚原因，倘任由被告認諾而為原告勝訴之判決，亦無異使民法上撤銷或離婚原因形同虛設；另履行同居之訴係以有合法婚姻關係為前提，如許被告認諾而為原告勝訴判決，則在無婚姻關係下，將因認諾而使其履行同居義務，均非適宜，故認諾之效力在婚姻事件並不適用。¹²⁴從而，裁判離婚訴訟，當事人不具有完全之處分權限，依舊法民事訴訟法第五百七十四條第一項規定「關於認諾效力之規定，於婚姻事件不適用之」¹²⁵

於二〇一二年發布家事事件法，其第四十六條規定「(第一項)當事人於言詞辯論期日就前條第一項得處分之事項，為認諾者，除法律別有規定外，法院應本於其認諾為該當事人敗訴之判決。但離婚訴訟有下列各款情形之一者，不在此限：一、其認諾未經當事人本人到場陳明。二、當事人合併為其他請求，而未能為合併或無矛盾之裁判。三、其認諾有危害未成年子女之利益之虞，而未能就其利益保護事項為合併裁判。(第二項)前項情形，本於當事人之認諾為判決前，審判長應就該判決及於當事人之利害為闡明。」是故離婚訴訟中認諾當事人不具有完全之處分權限。

¹²⁴ 楊建華，同註 121，頁 492-493。

¹²⁵ 沈冠伶，離婚訴訟中認諾及自認之效力，月旦法學雜誌，87 期，頁 16，2002 年 8 月。

惟就因離婚而生損害賠償事件之認諾效力，尚有爭議。有學者認為，如損害賠償事件係以離婚訴訟之成立與否為前提者，因其與離婚關係具有主從關係，損害賠償部分自不得單獨依被告認諾而為判決。¹²⁶又有學者認為，就損害賠償事件而言，當事人對於訴訟標的之處分權，應比其對於離婚訴訟之訴訟標的大，惟其是否僅因合併於離婚訴訟程序審理，即所適用之處分權主義，亦應受相同限制，尚須討論。¹²⁷另有學者認為，依現行法規定，被告於離婚訴訟中，就「因離婚所生之損害賠償事件」認諾，法院宜先行闡明，被告是否係以原告離婚之訴有理由為前提條件，而就「損害賠償事件」認諾，如經闡明後，被告不附上開條件而逕為認諾者，即仍應依其認諾而為判決¹²⁸。本論文認為，因離婚所生損害賠償事件，雖其實體法上具有關連性，惟程序法上仍各自獨立，無主從關係，因此，該部分之認諾仍應有民事訴訟法第三百八十四條之適用，況當事人就損害賠償之請求，亦得另行起訴，倘因離婚訴訟合併審理，即限制被告認諾之效力，反可能造成原告不願意合併起訴，致無從發揮合併審理制度之機能，是故，基於被告就損害賠償請求所為之認諾，法院就該部分應為其敗訴之判決。

我國實務就離婚訴訟得否認諾？於家事事件法施行前、後有不同見解，在家事事件法施行前離婚訴訟不適用認諾，而在家事事件法施行後離婚訴訟除法律規定限制外適用認諾，茲分述如下：

一、家事事件法施行前離婚訴訟不適用認諾

以最高法院四十四年台上字第二六號民事判例為例

該判例略以，「上訴人因經常受被上訴人之父母打罵虐待，不堪為共同生活，請求離異，此項事實業為被上訴人所自認，並於言詞辯論時為訴訟標的之認諾云

¹²⁶ 楊建華，同註 121，頁 489。

¹²⁷ 許士宦，家事事件之合併，高等法院主辦「家事事件審判理論與實務研討會」研討會論文，頁 18-19，2002 年 4 月 12 日。

¹²⁸ 沈冠伶，同註 125，頁 16-17。

云，無論被上訴人並未供承其父母對上訴人經常打罵，並陳稱『我故意說要三千元可以離婚，因知道他（指上訴人）沒有三千元』等語，有原卷可稽，要之關於認諾效力之規定，於婚姻事件不適用之，關於訴訟上自認及不爭執事實之效力之規定，在離婚之訴於離婚之原因事實不適用之，民事訴訟法第五百七十條規定甚明，上訴人以此為上訴之論據，不能認為有理由。」¹²⁹

二、家事事件法施行後離婚訴訟除法律規定限制外適用認諾

以臺灣新北地方法院民事判決原告即反請求被告請求離婚等事件（一〇八年度婚字第六五〇號）、被告即反請求原告請求離婚訴訟（一〇八年度婚字第八一一號）為例

該判決略以，「關於原告、被告各訴請裁判離婚部分：1. 按當事人於言詞辯論期日就離婚、終止收養關係、分割遺產或其他得處分之事項，為認諾者，除法律別有規定外，法院應本於其認諾為該當事人敗訴之判決。但離婚或終止收養關係事件有下列各款情形之一者，不在此限：（一）其認諾未經當事人本人到場陳明。（二）當事人合併為其他請求，而未能為合併或無矛盾之裁判。（三）其認諾有危害未成年子女之利益之虞，而未能就其利益保護事項為合併裁判，家事事件法第四十六條第一項定有明文。參諸該條立法理由明揭：當事人既可依前條第一項規定就得處分事項為訴訟上和解，應亦得為認諾，以充分保障其程序選擇權，爰參酌民事訴訟法第三百八十四條規定，明定當事人於言詞辯論期日就上開得處分之事項，為捨棄或認諾者，法院應本此逕為該當事人敗訴之判決，不得再行調查證據或認定事實，是以除符合該條第一項但書三款事由外，自應本於捨棄或認諾為該當事人敗訴之判決。……被告答辯及主張原告有如前所述造成兩造婚姻破裂之事由，且原告為可歸責之一方等情，據其提出未成年子女張詠琰、張芷寧所書寫之意見書共三紙在卷為佐。經原告本人於本院一〇八年十一月六日言詞辯論期日到

¹²⁹ 最高法院 44 年台上字第 26 號民事判例

場，陳明其認同就兩造婚姻之破綻原告為責任較大之一方，被告才有權訴請離婚等語，並當庭認諾被告就離婚之反請求等情，有本院一〇八年十一月六日言詞辯論筆錄二份附卷可稽，且本件並無家事事件法第四十六條第一項但書所列三款情事，揆諸前開規定，自應就被告反請求部分，依原告之認諾，為原告敗訴之判決。從而，原告依民法第一千零五十二條第二項規定訴請離婚，為無理由，應予駁回；而被告依民法第一千零五十二條第二項規定訴請離婚，為有理由，應予准許。」

130

我國實務就離婚訴訟，其訴訟標的得否認諾，於家事事件法施行前、後有不同見解，其主要原因乃家事事件法第四十六條第一項明文規定，離婚訴訟除法律規定限制外適用認諾。其立法理由「當事人既可依前條第一項規定就得處分事項為訴訟上和解，應亦得為認諾，以充分保障其程序選擇權，爰參酌民事訴訟法第三百八十四條規定，明定當事人於言詞辯論期日就上開得處分之事項，為認諾者，法院應本此逕為該當事人敗訴之判決，不得再行調查證據或認定事實。惟於離婚事件，因屬重大身分行為，其認諾應由當事人自行向法院表明真意，不許他人代理，倘其未經本人到場陳明者；或因合併提起其他請求，而當事人僅就離婚為認諾，法院對於合併提起之其他請求又無法為合併裁判或不相矛盾之處理者；或法院認為依當事人認諾所為裁判結果，有危害其等未成年子女之利益之虞，而未能就子女之利益保護事項依聲請或依職權合併裁判者，即有必要適度限制當事人之處分權，故設但書之例外規定，就上述三者情形，排除第一項本文之適用，法院並不依當事人之認諾逕為其敗訴之判決，以求慎重，避免發生同程序裁判歧異，並符合謀求子女利益之立法目的。」從而，家事事件法施行後對於離婚訴訟，其訴訟標的得否認諾，須進一步考量有無危害未成年子女之利益等公益事項，乃較嚴謹之立法本論文深表贊同。

¹³⁰ 臺灣新北地方法院民事判決原告即反請求被告請求離婚等事件（108年度婚字第650號）、被告即反請求原告請求離婚事件（108年度婚字第811號）。

第三項 訴訟上和解

依我國民法第九百八十八條規定，婚姻不具備法定要式、違反近親結婚限制等，其婚姻應為無效，惟當事人有爭執時，得提起婚姻無效之訴。訴訟上和解乃當事人相互讓步，然而，倘自始、當然、確定不生效力之婚姻，不因當事人相互讓步，而使其成為有效之婚姻；又原為有效之婚姻，亦不因當事人相互讓步，而成為無效之婚姻，其均為法律所不許。¹³¹

「得撤銷之婚姻」與「無效之婚姻」不同，「無效之婚姻」係自始、確定、當然的不生效力，而「得撤銷之婚姻」係有撤銷權者，於不行使撤銷權，其婚姻關係仍繼續有效存在，其逾一定除斥期間仍未行使時，即不得再行訴請撤銷，故如以不行使撤銷權為訴訟上和解為內容，應無不許之理；惟撤銷婚姻之訴為形成之訴，此種形成權之行使，須透過法院以判決形成法律上效果(由法院以裁判消滅兩造之婚姻關係)，自不得由當事人以意思表示為兩造同意撤銷其婚姻關係之和解，訴訟上和解須在處分權主義之範圍內，其成立之內容不得違反法律上強行禁止之規定，因人事訴訟程序涉及公益，當事人之處分權應受限制，故婚姻事件之和解內容，應受相當之限制。即撤銷婚姻之訴、請求離婚之訴，其得否成立訴訟上和解，仍須視和解之內容而定。¹³²

從而，婚姻雖是契約，但不同於一般財產契約，婚姻具有高度公益性，故契約自由在婚姻關係上應受相當之限制，基於公益保護，致無效之婚姻無從由當事人自由處分而成立和解。惟訴訟上得否提起和解離婚？在實務上有爭議，最早係最高法院二十九年上字第二五五號判例採肯定說：「被上訴人如果曾以時受上訴人打罵為原因，向兼理司法之某縣政府提起離婚之訴，並經成立訴訟上之和解，即不得再以和解前時被打罵之事實為請求離婚之理由」。惟該判例於最高法院九十二年度第一次民事庭會議中，以「現已無行政兼理司法制度，本則判決不合時

¹³¹ 楊建華，同註 121，頁 504。

¹³² 楊建華，同註 121，頁 505-507。

宜」為由，決議廢止不再援用。至民國七十四年六月三日公布修正民法第一千零五十條，基於公益考量，並預防夫妻一時意氣用事，貿然簽名同意離婚，而增列「應向戶政機關為離婚之登記」之規定，故實務及學說對於訴訟上和解離婚的見解，顯轉為否定說，認為雙方當事人於訴訟上所為之和解離婚，於雙方共同辦理離婚戶籍登記前，其婚姻關係仍存在，故和解離婚僅具民法合意離婚之效力，沒有確定判決之效力(參照民事訴訟法第三百八十條第一項)，其仍應向戶政機關為離婚之登記，始生效力。¹³³

至於，夫妻之一方可否依離婚和解書(離婚協議書)，請求他方當事人協同辦理離婚登記，甚至可否請求強制執行？實務上¹³⁴採否定說，其理由謂：縱兩造在離婚訴訟中成立和解，其和解內容為「被告願與原告離婚，兩造並願向戶政機關協同辦理離婚登記，如一造拒絕登記，同意由他造單獨辦理」，但因在辦理離婚戶籍登記前，兩造婚姻關係仍存在，自不得容許當事人一造於他造拒不協同辦理離婚登記時，得單獨持該和解筆錄辦理登記，否則不啻剝奪當事人自訴訟上和解後，至辦妥離婚登記前，得冷靜思考是否離婚之緩衝時間，殊有違民法第一千零五十條之修法目的，從而，法院於辦理請求離婚訴訟時，不得為訴訟上和解離婚。故不得僅憑和解筆錄單獨向戶政機關辦理離婚登記，亦不得訴請他方協同辦理離婚登記。¹³⁵

依我國二〇一二年新制定家事事件法第四十五條第一項之立法理由「一、為貫徹統合處理家事事件，圓融解決當事人紛爭，謀求家庭成員全體利益之立法意旨，對家事事件性質上屬於准許當事人合意處分或形成之法律關係者，如請求離婚……或其他得處分之事項，應允許當事人於訴訟上和解，爰設第一項規定。又離婚與終止收養關係屬於重大身分行為，故設但書明定應由當事人本人就和解內容，向法院表明合意，以求慎重。至於當事人係由本人到場或以聲音及影像相互

¹³³ 劉昭辰，離婚的訴訟上和解及調解，載：徐慧怡等，離婚專題研究，頁 251、253-254，2016 年 7 月。

¹³⁴ 最高法院 75 年第 9 次民事庭決議。

¹³⁵ 劉昭辰，同註 133，頁 254-255。

傳送之科技設備等方式表明意思，均無不可。」至家事事件法第四十五條規定「(第一項)當事人就離婚……或其他得處分之事項得為訴訟上和解。但離婚……之和解，須經當事人本人表明合意，始得成立。(第二項)前項和解成立者，於作成和解筆錄時，發生與確定判決同一之效力。(第三項)因和解成立有關身分之事項，依法應辦理登記者，法院應依職權通知該管戶政機關。(第四項)民事訴訟法第五編之一第三人撤銷訴訟程序之規定，於第二項情形準用之。」又依家事事件法第四十五條第三項之立法理由「就身分事項成立和解時，因自和解筆錄作成時即生效力，倘有依法應辦理戶政登記之情形，法院應於和解成立後，通知戶政機關，俾利戶政機關依相關法令規定辦理登記，以生公示作用。例如和解離婚，於作成和解筆錄時，即生與離婚確定判決相同之形成效力與既判力，法院依職權通知戶政機關辦理離婚登記，僅屬報告性質，而非創設性登記。」從而，離婚事件訴訟上和解須製作和解筆錄，於筆錄作成時，發生與確定判決同一之效力，並法院於和解成立後，通知戶政機關，俾利戶政機關依相關法令規定辦理離婚登記。是故，過去有關「兩造在離婚訴訟中成立和解，得否請求另一方當事人協同辦理離婚登記？甚至可否請求強制執行？」該爭議業於家事事件法制定後，已明確規定，離婚事件訴訟上和解具有對世效力，法院依職權通知戶政機關辦理離婚登記，其僅屬報告性質，而非創設性登記。

第四項 本文見解

在離婚訴訟可否為訴訟標的之捨棄或認諾？因舊法民事訴訟法第五百七十四條第一項僅限制認諾之效力，關於捨棄之效力未併明文規定，致學理上在離婚訴訟可否為訴訟標的之捨棄而有爭議，惟實務見解採肯認。

嗣於二〇一二年，現行家事事件法第四十六條已規定「(第一項)當事人於言詞辯論就前條第一項得處分之事項，為捨棄或認諾者，除法律別有規定外，法院應本於其捨棄或認諾為該當事人敗訴之判決，但離婚訴訟有下列各款情形之一者，

不在此限：一、其捨棄或認諾未經當事人本人到場陳明。二、當事人合併為其他請求，而未能為合併或無矛盾之裁判。三、其捨棄或認諾有危害未成年子女之利益之虞，而未能就其利益保護事項為合併裁判。(第二項)前項情形，本於當事人之捨棄或認諾為判決前，審判長應就該判決及於當事人之利害為闡明。」是故，離婚訴訟中訴訟標的之捨棄或認諾究有無限制，已無爭議，即離婚訴訟中捨棄或認諾不具有完全之處分權限，法院尚須進一步考量有無危害未成年子女之利益等公益事項，乃較嚴謹之立法，本論文深表贊同。

另訴訟上得否提起和解離婚？在實務上有爭議，最早係最高法院二十九年上字第二五五號判例採肯定說，惟該判例於最高法院九十二年度第一次民事庭會議決議廢止不再援用。至民國一九八五年六月三日公布修正民法第一千零五十條，基於公益考量，並預防夫妻一時意氣用事，貿然簽名同意離婚，而增列「應向戶政機關為離婚之登記」之規定，故實務及學說對於訴訟上和解離婚的見解，於一九八五年六月三日公布修正民法第一千零五十條轉為否定說，認為雙方當事人於訴訟上所為之和解離婚，於雙方共同辦理離婚戶籍登記前，其婚姻關係仍存在，故和解離婚僅具民法合意離婚之效力，沒有確定判決之效力(參照民事訴訟法第三百八十條第一項)，其仍應向戶政機關為離婚之登記，始生效力。

嗣後於二〇一二年發布家事事件法，該法第四十五條規定「(第一項)當事人就離婚……或其他得處分之事項得為訴訟上和解。但離婚……之和解，須經當事人本人表明合意，始得成立。(第二項)前項和解成立者，於作成和解筆錄時，發生與確定判決同一之效力。(第三項)因和解成立有關身分之事項，依法應辦理登記者，法院應依職權通知該管戶政機關。(第四項)民事訴訟法第五編之一第三人撤銷訴訟程序之規定，於第二項情形準用之。」據此，依現行家事事件法離婚訴訟已肯認得為訴訟上和解，又依上開規定法院應職權通知戶政機關辦理離婚登記，該通知之性質僅屬報告性質，而非創設性登記。

離婚訴訟屬當事人得處分事項，基於處分權主義，除有家事事件法第四十六條但書情事外，應得為訴訟標的之捨棄或認諾，以及訴訟上和解，本論文對於二〇一二年發布家事事件法之規定深表贊同。



第四章 離婚訴訟裁判基礎資料事實與證據提出之適用

離婚訴訟裁判基礎之資料事實與證據提出，依舊法民事訴訟法第五百七十五條係採片面的職權探知主義，惟現行家事事件法第十條第二項但書改採全面限制的辯論主義(或稱更強化協同主義¹³⁶)，該修法是否妥適？又離婚訴訟牽涉複雜，期以統合處理家事紛爭，兼顧程序利益及訴訟經濟，合併審理數家事訴訟事件，或家事訴訟事件，或家事非訟事件，若離婚訴訟合併審理夫妻間財產關係所生之請求時，其屬具有訟爭性之財產上請求，有認為該部分應適用修正辯論主義，亦有認為應適用協同主義；或因離婚訴訟合併審理請求贍養費、扶養費……等，依我國家事事件法將其定性為家事非訟事件，該部分有認為應適用全面性之職權探知原則，以下就上開主義、原則之基本法理，整理如下，並探討實務上就離婚訴訟裁判基礎之資料事實與證據提出之現況與趨勢。

第一節 離婚訴訟準用民事訴訟法之協同主義或修正辯論主義之論爭

家事事件法第十條第二項規定「離婚、終止收養關係、分割遺產或其他當事人得處分之事項，準用民事訴訟法第二編第一章第二節有關爭點簡化協議、第三節有關事實證據之規定。」其立法理由「二、離婚、終止收養關係、分割遺產或其他得處分之事項，因當事人本有處分權限，自得準用民事訴訟法第二編第一章第二節有關爭點簡化協議、第三節有關事實證據之規定，即採行協同主義，原則上有關事實證據之蒐集，應由當事人為之，法院不依職權介入；但為保護當事人程序及實體利益，法院仍得運用訴訟指揮為必要之闡明，或為防止突襲性裁判，

¹³⁶ 劉明生，法院職務上已知事實與事實提出之程序基本原則-以民事訴訟法之財產訴訟事件與家事事件法第十條第二項之事件為中心，月旦法學雜誌，第 239 期，頁 179，2015 年 4 月。

發現真實，於未能由當事人聲明之證據得心證時，在保障當事人辯論或陳述意見之機會下，可以斟酌當事人所未主張而於法院已顯著或為其職務上已知之事實，或依職權調查證據。此外，其事件內容有下列情形之一者，如涉及家庭暴力或可能危害未成年子女之利益；有害當事人或關係人人格權之虞；當事人自認及不爭執之事實，顯與調查之事實結果不符；或是綜合各種具體客觀情事，認為法院不介入探知，將顯失公平時，仍應適用第一項之規定，由法院依職權調查證據、斟酌事實，以維護當事人或關係人之權益。」

第一項 離婚訴訟準用民事訴訟法採協同主義之疑問

依家事事件法第十條第二項規定，離婚或其他當事人得處分之事項準用民事訴訟法，惟其立法理由「離婚或其他得處分之事項，因當事人本有處分權限，自得準用民事訴訟法……，即採行協同主義」，致有學者認為離婚訴訟採協同主義，惟我國實務上，例如最高法院一〇三年度台簡上字第二號民事判決指出民事訴訟法係採辯論主義，而非協同主義。又因傳統之辯論主義將法官定位為司法消極主義被動角色，對於涉及武器不平等之訴訟或因由於當事人主導程序，易生訴訟延宕、不經濟情事¹³⁷，因而我國民事訴訟法採修正辯論主義，故學者認為離婚訴訟準用民事訴訟法採協同主義實有疑問，以下就修正辯論主義與協同主義之區別，及我國民事訴訟法採取修正辯論主義之立法學說與實務，分述如下。

第一款 修正辯論主義與協同主義之區別

修正辯論主義與協同主義等名詞之運用，固未見於立法明文中，但在民事訴訟法之立法上卻有將辯論主義等詞置於立法理由中，例如民事訴訟法第二百七十九條、第二百八十八條及第二百九十八條之修正理由曾出現辯論主義一詞，而在

¹³⁷ 姜世明，當事人程序或法官的程序？-對於修正辯論主義、協同主義論爭之若干提示，載：姜世明等，修正辯論主義與協同主義之時代論爭（民事程序法焦點論壇第一卷），頁30，2017年5月。

家事事件法第十條第二項之立法理由中提及協同主義一詞¹³⁸，究上開二者間有何區別，以下分別自事實自認、事實主張及證據提出方面比較我國修正辯論主義與協同主義。

在事實自認方面：修正辯論主義認為法院職務上已知之事實不包含法官從本案之證據資料，依心證形成而得知之事實。反之，協同主義認為，法院職務上已知事實包含法官從本案之證據資料，依心證形成而得知之事實，其經法官闡明後，即可加以斟酌之。¹³⁹

事實主張方面：修正辯論主義認為，法官原則上對於違反真實之自認予以尊重，法院不得依職權調查證據，而認定該事實之真偽，但若係詐害第三人、違反公知之事實或客觀上顯著之事實，不在此限。反之，協同主義認為，法院縱認為當事人自認事實不合乎真相，法官仍應依自認內容作為裁判之基礎。¹⁴⁰

證據提出方面：修正辯論主義認為，在符合民事訴訟法第二百八十八條要件，例如武器不對等、公益保護等類型化考量，得依職權調查證據，惟有部分學者認為，其不包含依職權調查證人。反之，協同主義認為，在符合民事訴訟法第二百八十八條要件，例如武器不對等、公益保護等類型化考量，得依職權調查證據，其包含依職權調查證人。¹⁴¹

第二款 民事訴訟法採修正辯論主義之立法學說與實務

修正辯論主義有三命題，以下就第一命題、第二命題及第三命題其學說見解與實務簡述如下：

一、辯論主義之第一命題

辯論主義之第一命題：當事人未主張之事實，法院不得作為裁判基礎。惟傳統辯論主義對於武器不平等之訴訟，難免有不正義之詬病，或因當事人主導程序，

¹³⁸ 姜世明，同註 137，頁 4。

¹³⁹ 姜世明，同註 137，頁 52-53

¹⁴⁰ 姜世明，同註 137，頁 52-53。

¹⁴¹ 姜世明，同註 137，頁 52-53。

易生訴訟延宕情事，現行法傾向於修正辯論主義，即除「於法院已顯著」或「法院職務上已知」依民事訴訟法第二百七十八條第一項規定無待當事人提出，法院得在聽審權保障前提下，採用該當事人未主張之事實外，原則上當事人未主張之事實，法院不得作為裁判基礎。¹⁴²在辯論主義之第一命題而言，實務上有明白表示民事訴訟法係採辯論主義，舉例如下。

最高法院一〇三年度台上字第一二六二號民事判決

該判決略以，「按民事訴訟除法律別有規定外，不得斟酌當事人未提出之事實，此為辯論主義之當然結果。法院倘就當事人未主張之事實依職權斟酌，即有認作主張之違法情形。查被上訴人僅抗辯上訴人九十年九月十一日函不生終止效力，系爭協議仍然有效等語，並未提及系爭協議合意終止後，兩造另成立新契約，乃原審認作主張，以兩造於九十年九月十七日後已成立與系爭協議內容相同之新契約，被上訴人非無權占用系爭土地為由，為上訴人敗訴之判決，不無可議。」

¹⁴³

從上開判決觀之，實務上指出民事訴訟法係採辯論主義，而非採協同主義，除法律別有規定外，不得斟酌當事人未提出之事實，如就當事人所主張之事實，逕為職權斟酌，即有判決之違法。

二、辯論主義之第二命題

辯論主義之第二命題：當事人不爭執之事實，法院應作為裁判基礎。在第二命題而言，實務上有認為當事人於訴訟上所為之自認，於辯論主義所行之範圍內有拘束法院之效力，舉例如下。

最高法院一〇五年度台上字第一九〇七號民事判決

該判決略以，「查當事人於訴訟上所為之自認，於辯論主義所行之範圍內有

¹⁴² 吳從周，辯論主義第一命題之界限及法官私知之可利用性，載：姜世明等，修正辯論主義與協同主義之時代論爭(民事程序法焦點論壇第一卷)，頁74、76、82-83，2017年5月。

¹⁴³ 103年度台上字第1262號民事判決。

拘束當事人及法院之效力，法院應認其自認之事實為真，以之為裁判之基礎。上訴人於原審已自認一四五地號等土地上之甲建物為渠等共有，二四〇之二地號等土地上之乙建物為黃春生所有，原審因認該事實為真正，並據以為判決之基礎，於法並無違誤。」¹⁴⁴

從上開判決觀之，其亦指出民事訴訟法係採辯論主義，而非採協同主義，當事人於訴訟上所為之自認，於辯論主義所行之範圍內有拘束當事人及法院之效力，法院應認其自認之事實為真，並以之為裁判之基礎，此乃辯論主義之第二命題。

三、辯論主義之第三命題

辯論主義之第三命題：法院不得依職權調查證據。惟傳統辯論主義對於武器不平等之訴訟，難免有不正義之詬病，從而，在證據提出方面，有修正辯論主義與協同主義，以濟辯論主義之窮，則在符合民事訴訟法第二百八十八條要件，例如，武器不對等、公益保護等類型化考量，得依職權調查證據。然而，在職權調查證人方面，修正辯論主義認為，其不包含依職權調查證人，就該部分修正辯論主義與協同主義之主張有所不同。¹⁴⁵

現行實務職權調查證據，是否包含證人？以臺灣桃園地方法院一〇六年度婚字第七二四號判決為例，因為原告迄至本案言詞辯論終結，均未聲請訊問證人，法院雖難認被告有意圖殺害原告之行為，法院仍未依職權調查證人，據此，實務上係採修正辯論主義，而非協同主義。臺灣桃園地方法院一〇六年度婚字第七二四號判決舉例如下。

該判決略以，「經查，原告主張被告持刀意圖將其殺害，提出之證據僅有原告女兒與被告兒子之 LINE 通訊紀錄，觀諸該訊息，原告女兒稱『你爸現在開始對我媽有拿刀子逼迫和掐脖子的行為』等語。然被告之女兒於事發時並未在場，其在 LINE 上之文字訊息，並非其現場見聞，即使被告確有持刀對向原告之行為，

¹⁴⁴ 最高法院 105 年度台上字第 1907 號民事判決。

¹⁴⁵ 姜世明，同註 90，頁 53。

其目的出於恐嚇原告、傷害原告、抑或殺害原告，均有待原告舉證證明之。本院一〇七年一月三十一日言詞辯論時向原告訴訟代理人闡明提示『關於原告主張離婚之事實，有無證據要提出？』原告訴訟代理人稱『再一併陳報證人。』然迄至本案言詞辯論終結，原告均未再提出證據亦未聲請訊問證人，本院實難僅以被告持刀對向原告之行為，即認被告有意圖殺害原告之行為。另原告提出之全新精神專科診所診斷證明書，亦僅可證明原告罹患「創傷壓力後症候群」、「持續性憂鬱症」，無法證明原告罹患該疾病與是否遭被告持刀相對或是否遭被告虐待有何因果關係。是原告依據民法第一千零五十二條第一項第六款請求離婚，為無理由。」

146

第三款 本文見解

依家事事件法第十條第二項規定，離婚或其他當事人得處分之事項準用民事訴訟法，惟其立法理由指出其採行協同主義，致有學者認為離婚事件採用協同主義，然而，承上所述，我國民事訴訟法之學理上及實務上多採修正辯論主義，而非協同主義，又既然依家事事件法第十條第二項明文規定，離婚或其他當事人得處分之事項準用民事訴訟法，即離婚事項亦應採行修正辯論主義，故學者認為離婚訴訟準用民事訴訟法採協同主義實有疑問。

第二項 家事事件法第十條第二項立法理由明示採協同主義之缺失

第一款 協同主義之定義具歧義性

我國家事事件法第十條之立法理由明示係採協同主義，該協同主義之用語，是否與奧地利之協同主義相同或有相異之處，又其是否與德國修正型協同主義有無異同，分述如下。

¹⁴⁶ 臺灣桃園地方法院 106 年度婚字第 724 號判決。

一、奧地利之協同主義

民事爭訟程序之核心在實體上真實發現，在民事訴訟程序以法院與當事人共同合作為基礎，法院與當事人在訴訟資料就蒐集任務分配，其從辯論主義轉向職權探知主義，當事人與法院共同負有裁判基礎資料之蒐集責任，其民事訴訟法強化法官之權限，並限制當事人對訴訟資料之支配權，如此導致稱謂被緩和之職權探知原則，其與單純之職權探知原則差別僅在於，被緩和之職權探知原則不容許法院一開始在無當事人任何主張下，即蒐集事證，必須先經當事人為必要之事實提出後，始能蒐集事證。¹⁴⁷

法院在訴訟標的之範圍內，基於其實質訴訟指揮義務，與當事人共同完整地解明事實，依奧地利民事訴訟法第二百七十二條第一項規定，可就全部辯論結果加以評價(自由心證主義)，即容許法院就逾越性證據結果予以利用，此即超越當事人主張之範圍，即由證據調查導出之事實，縱使非當事人所主張，其經法院闡明當事人提示意見後，亦可斟酌之。¹⁴⁸

又依奧地利民事訴訟法第二百六十九條規定，法院顯然已知之事實，無庸舉證。其包括公知之事實及法院職務上已知之事實。而法院職務上已知之事實，係指法官在過去訴訟所得知而有記憶之事實，該事實無須再查閱特定資料或卷宗，倘法官係從卷宗直接得知之事實，或從登記簿得知之事實，或從公開刊物獲知之事實，均不足以認定其為法官職務上已知之事實。¹⁴⁹

另法官職務上已知之事實與法官私知有別，何謂法官私知，例如，法官於休假期間，曾目睹某交通事故之過程，此類事證法官或可成為證人，惟倘法官作為證人，則法官有偏頗之虞，即與法官公正審判之性質不相符。反之，若法官係因具有客觀上可被審查之專業知識，例如，可使法官在功能上成為鑑定人，該私知

¹⁴⁷ 參閱劉明生，協同主義之歧義性及其在德、奧二國發展趨向歧異原因之探討，載：姜世明等，修正辯論主義與協同主義之時代論爭(民事程序法焦點論壇第一卷)，頁126-127，2017年5月。

¹⁴⁸ 參閱劉明生，同註147，頁127。

¹⁴⁹ 參閱劉明生，同註147，頁127-128。

之事實即可於認定事實時使用，基於訴訟經濟之考量，法官可省再命鑑定人為鑑定之必要，故奧地利新法民事訴訟法第三百六十四條規定，關於須經兩造當事人同意法院始得使用該私知事實。其經法院與當事人討論該項專業知識，故無當事人聽審請求權受侵害之虞。¹⁵⁰

有關當事人所為之事實自認，對於法院無拘束力，其認為若事實自認對法院有拘束力，將違背民事訴訟追求完整性，並有違符合真實之事實認定原則。再者，就證據提出方面，依奧地利民事訴訟法第一百八十三條之規定廣泛賦予法院得依職權調查證據，或命當事人提出證據之權限，即法院可依職權調查所有證據，縱使兩造當事人反對，法院仍可依職權為之。但其對於證人之訊問及文書提出方面設有若干限制，就證人與文書之證據方法，如兩造當事人均反對者，則法院不得依職權調查之；又文書僅限於當事人曾引用之文書。¹⁵¹

二、德國之修正型協同主義

依德國之修正型協同主義認為，如無當事人主張，而法院從證據資料所得知之事實，法院仍不得作為裁判之基礎。該見解不同於奧地利之協同主義，奧地利之民事訴訟法第二百七十二條第一項規定，法院得依全部辯論結果加以評價(自由心證主義)，即容許法院予以利用上開逾越性之證據結果，此即超越當事人主張之範圍，即由證據調查導出之事實，縱使非當事人所主張，其經法院闡明當事人提示意見後，亦可斟酌之。¹⁵²

依德國之修正型協同主義認為，當事人自認之事實，除有違公知之事實、法院職務上已知之事實、不可能之事實或共謀詐害第三人之事實外，原則上，法院受該等事實自認所拘束。反之，奧地利之協同主義，基於民事訴訟追求完整與符合真實之事實認定原則，對於當事人所為之事實自認，不論係自認人是否明知他

¹⁵⁰ 參閱劉明生，同註 147，頁 128。

¹⁵¹ 參閱劉明生，同註 147，頁 133-134。

¹⁵² 參閱劉明生，同註 147，頁 127、134。

造主張違反真實，其對於法院均無拘束力，法院可更進一步調查證據。¹⁵³

德國之修正型協同主義認為，證人之證據方法，法院不得依職權調查之，其強調辯論主義之當事人自由及自己責任，而其他證據方法，法院得依職權調查之，又法院依職權訊問當事人，須符合補充性之限制。反之，奧地利協同主義認為，法院可就五種證據方法依職權提出之，其包括證人之證據方法，又法院依職權訊問當事人，不受補充性之限制。¹⁵⁴

三、我國之協同主義

我國之協同主義認為，藉由法院之積極協力，包含表明法律見解及公開心證，以當事人得選擇優先追求實體利益或程序利益，防止突襲性裁判，以下就事實自認、事實主張及證據提出方面比較我國之協同主義與奧地利之協同主義。

在事實自認方面：法院縱認為當事人自認事實不合乎真相，惟原則上仍承認事實自認對法院有拘束力。反之，奧地利之協同主義認為，為發現真實之目的，法院可斟酌從證據資料所得知之事實，不受自認事實拘束。¹⁵⁵

在事實主張及證據提出方面：須符合民事訴訟法第二百八十八條要件，例如武器不對等、公益保護等類型化考量，法院始依職權調查證據，另法院職務上已知之事實，經法官闡明後，當事人仍不主張之事實，除非兩造均表意不主張者，否則法院得依職權斟酌之。反之，奧地利之協同主義認為，法院與當事人均有提出事實之權限，從證據資料得知之事實，經法院闡明後得依職權斟酌之。¹⁵⁶

四、協同主義不適合放在立法理由

我國家事事件法第十條之立法理由指出「離婚……或其他得處分之事項，因當事人本有處分權限，自得準用民事訴訟法第二編第一章第二節有關爭點簡化協

¹⁵³ 劉明生，同註 147，頁 134。

¹⁵⁴ 劉明生，同註 147，頁 134-135。

¹⁵⁵ 參閱姜世明，同註 90，頁 51-53。

¹⁵⁶ 姜世明，同註 90，頁 51-53。

議、第三節有關事實證據之規定，即採行協同主義」，其明確指示我國離婚訴訟採協同主義，惟「協同主義」有奧地利之協同主義、德國之修正型協同主義……等等，各協同主義之核心原則有明顯之差異，即「協同主義」之用語本身具有歧義性，其並不適合放在立法理由中定義某核心原則，易滋生疑義。

第二款 推論採協同主義之影響

依家事事件法第十條第二項之立法理由「離婚……其他得處分之事項，因當事人本有處分權限，自得準用民事訴訟法第二編第一章第二節有關爭點簡化協議、第三節有關事實證據之規定，即採行協同主義，原則上有關事實證據之蒐集，應由當事人為之，法院不依職權介入；但為保護當事人程序及實體利益，法院仍得運用訴訟指揮為必要之闡明，或為防止突襲性裁判，發現真實，於未能由當事人聲明之證據得心證時，在保障當事人辯論或陳述意見之機會下，可以斟酌當事人所未主張而於法院已顯著或為其職務上已知之事實，或依職權調查證據。此外，其事件內容有下列情形之一者，如涉及家庭暴力或可能危害未成年子女之利益；有害當事人或關係人人格權之虞；當事人自認及不爭執之事實，顯與調查之事實結果不符；或是綜合各種具體客觀情事，認為法院不介入探知，將顯失公平時，仍應適用第一項之規定，由法院依職權調查證據、斟酌事實，以維護當事人或關係人之權益。」據此，有學者認為，我國家事事件法就離婚訴訟之本案請求裁判所需之事實及證據蒐集原則採協同主義。¹⁵⁷

又依家事事件法第十條第二項規定準用民事訴訟法有關事實證據之規定，即就訴訟資料之事證蒐集，主要準用民事訴訟法第二百七十七條及二百七十八條之規定，依民事訴訟法第二百七十七條規定「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」及二百七十八條第二項規定「前項事實，雖非當事人提出者，亦得斟酌之；但裁判

¹⁵⁷ 許士宦，同註 96，頁 133-134。

前應令當事人就其事實有辯論之機會。」其反面解釋為，就上開二種事實以外，非當事人所主張之事實，則法院不得加以斟酌之，從而，原則上，當事人負有主張事實之責任，法院不得依職權探知事實；在例外規定，法院始得斟酌其職務已知之事實，其包括受訴法院於各該事件之本案審理或證據資料而可知之事實，從證據調查結果所發現之事實，縱非當事人主張者，僅要賦予當事人辯論之機會後，除兩造成立協議簡化爭點而不主張者，則例外得採為判決基礎，以發現真實並促進訴訟，保護當事人之實體利益與程序利益。¹⁵⁸

在離婚訴訟程序，法院得否斟酌當事人未主張，而於證據調查發現之離婚原因事實？舊法民事訴訟法在離婚訴訟採片面職權探知主義，即在舊法民事訴訟法第五百七十五條第一項規定，法院為維持婚姻關係，始得斟酌當事人未提出之事實，該規定乃民事訴訟法第二百七十八條第二項之特別規定。其規定意旨係尊重當事人之程序處分權及自己責任原則等，就涉及隱私之離婚原因事實，當事人對於不堪之隱私未必都想公然攤開於法庭上，其有選擇是否成為判決之基礎，又各離婚事由之舉證難易不同，為衡平當事人之程序利益與實體利益，該立法旨趣於家事事件法制定後亦仍維持之。惟因家事事件法已將離婚訴訟改採為協同主義（全面限制的辯論主義），即使當事人就其裁判基礎之事實，原則上有自由處分權，當法院於證據調查發現當事人未主張之離婚原因事實，就該事實當事人有自由處分權，例如，原告表示異議而不欲主張該離婚原因事實，為貫徹其審理已改採協同主義之立法旨趣，尊重當事人之程序處分權，保障其程序利益，對於不利於維持婚姻之事實，法院不得斟酌當事人未提出之事實。就此而言，依舊法家事事件審理細則第十五條規定「離婚或撤銷婚姻之訴訟事件，就不利於維持婚姻之事實，法院不得斟酌當事人所未提出之事實。」從而，上述原告就證據調查始發現之離婚原因事實，並就該事實表示異議，而不欲使其成為判決基礎者，法院即不得斟酌該當事人未提出之事實；反之，如僅被告表示反對該事實作為判決基礎者，法

¹⁵⁸ 司法院編，「民事訴訟法、民事訴訟法施行法部分修正條文對照表暨總說明」，頁 264-265，2003 年。許士宦，同註 96，頁 134-135。

院仍可據以斟酌成為判決基礎，而不受其反對之意思所拘束。¹⁵⁹

依上開規定，一方面要求法院原則先依當事人聲明之證據調查，乃因當事人負有提出證據之行為責任，並尊重當事人有提出證據之自由；另一方面不禁止法院在一定範圍內依職權調查證據，以因應案情或事件之特殊需要，例如，當事人間存有證據蒐集等攻擊防禦能力之差距，或需要保護公益等事件，法院認為有職權調查證據之必要時，在此情形下，法院負有蒐集事證之責，以貫徹武器平等原則及程序權保障。¹⁶⁰

然而，依家事事件法第十條第二項規定有關事實證據準用民事訴訟法，而民事訴訟之目的主要在保障當事人之主觀權利，從而，當事人之自由權及其自己責任原則在民事訴訟居重要地位，又辯論主義乃當事人自由之保障及自己責任原則之體現，只不過另就辯論主義不足之處，透過法院行使闡明義務及當事人真實義務、完全義務補充之，採修正辯論主義，而非逕放棄辯論主義。¹⁶¹

協同主義認為法院闡明後當事人仍未主張之事實法院亦得斟酌，即將證據資料擴張至當事人未主張之事實，界定我國民事訴訟法第二百七十八條法院職務上已知之事實，就當事人未主張者，法院亦得依職權斟酌之，其將大大破壞當事人事實提出之主導權，並架空當事人之自己責任，而該兩方面立場乃法治國民事訴訟之重要價值。¹⁶²

有協同主義之學者主張就當事人未主張之事實(主要事實、間接事實)，其經法院於程序上預告即不致對當事人發生突襲，故除兩造當事人均表意不主張外，法院亦得將其採為裁判基礎。就此評價為：在踐行防止發生突襲之程序下，則容許法院將非屬當事人自始自發主張之事實(主要事實、間接事實)，採為判決基礎，惟協同主義乃被採用作為防止發生突襲之手段，而非自我目的，因此，在經由訴訟指揮權、行使闡明，已防止發生突襲之範圍內，辯論主義所具防止發生突襲之

¹⁵⁹ 許士宦，同註 96，頁 136-137。

¹⁶⁰ 許士宦，同註 96，頁 137-138。

¹⁶¹ 劉明生，同註 136，頁 159。

¹⁶² 劉明生，同註 136，頁 159。

機能已被法院之闡明所吸收，其採用之目的已達成，自無復予以評價規範，認為其違反辯論主義。然而，當事人未主張之事實，法院不得斟酌採為裁判基礎，係為防止來自法院之突襲性裁判，何以在經法院闡明當事人未主張之事實後，關於法院不能斟酌當事人未主張事實之突襲性裁判，即可透過法院闡明而防止？法院之闡明僅有補充辯論主義之功能，不能代替辯論主義之功能，又事實上，法院闡明後將當事人未主張之事實採為裁判基礎，仍違反當事人之合理預見，造成突襲性裁判，其並未因法院闡明後可吸收辯論主義而防止突襲性裁判之功能。因此，家事事件法第十條第二項之立法理由及部分學者，認為本項所規範事件應採用協同主義，該論點並不妥適。¹⁶³

第三款 本文見解

因協同主義之用語本身具有歧義性，若離婚或其他當事人得處分之事項採用協同主義易生爭議，又因協同主義主張當事人未主張之事實，經法院行使闡明，除兩造當事人均表意不主張外，法院亦得將其採為裁判基礎，然而，當事人未主張之事實，依辯論主義法院不得斟酌採為裁判基礎，係為防止來自法院之突襲性裁判，上開協同主義認為，在經法院闡明當事人未主張之事實後，即可透過法院闡明而防止突襲性裁判，該見解似有不當，法院之闡明僅有補充辯論主義之功能，不能代替辯論主義之功能，且家事事件法第十條第二項前段明定準用民事訴訟法，而我國民事訴訟法係採修正辯論主義，已如前述，豈能因家事事件法第十條第二項之立法理由提及採協同主義，即認為離婚訴訟採用協同主義，故該論點並不妥適。

第三項 小結

我國家事事件法第十條第二項前段規定「離婚……或其他當事人得處分之事

¹⁶³ 劉明生，同註 136，頁 160-161。

項，準用民事訴訟法第二編第一章第二節有關爭點簡化協議、第三節有關事實證據之規定。」據此，家事事件在離婚及其他當事人得處分事項，其爭點簡化、訴訟資料蒐集及提出等準用民事事件法。又依我國家事事件法第十條之立法理由「離婚……或其他得處分之事項，因當事人本有處分權限，自得準用民事訴訟法第二編第一章第二節有關爭點簡化協議、第三節有關事實證據之規定，即採行協同主義」。從而，有學者認為我國家事事件法就離婚及其他當事人得處分事項乃採協用主義。惟有關「協同主義」之用語，其本身具有歧義性，已如前所述，並不適合用於立法理由作為某項原則之定義，否則易生爭議。

並依家事事件法第十條第二項前段明定，離婚或其他當事人得處分之事項準用民事訴訟法，而我國民事訴訟法於學理上及實務上係採修正辯論主義，已如前述，僅因該條文之立法理由指出「採行協同主義」之用語，即認為離婚訴訟採用協同主義似欠允當。

又離婚訴訟在兩造當事人間並不存有證據蒐集等攻擊防禦能力之差距，無須貫徹武器平等原則，雖離婚訴訟相較於一般財產事件涉及公益性較強，惟原則上，離婚訴訟仍屬當事人得處分之事件，仍應適合採辯論主義，僅在涉及公益性部分，則傾向職權探知主義，以補辯論主義之不足，即採修正辯論主義。又對於依我國民事訴訟法第二百七十八條規定法院職務上已知之事實，經法院行使闡明後，當事人仍未主張者，基於當事人事實提出之主導權及當事人之自己責任原則，對於當事人未主張者，法院仍不得斟酌之，是故協同主義主張經法院闡明後，縱當事人未主張之事實，仍得採為裁判基礎並不妥適。本文認為家事事件法第十條第二項規定有關事實證據準用民事訴訟法之部分，應採修正辯論主義較為妥適。

第二節 裁判離婚在片面職權探知主義與全面限制辯論主義

之論爭

第一項 學說見解

第一款 片面職權探知主義

離婚訴訟之本案請求裁判所需之事實及證據蒐集原則，依舊法民事訴訟法第五百七十五條第一項規定「法院因維持婚姻……得斟酌當事人所未提出之事實。」舊法民事訴訟法係採片面的職權探知主義，從而，法院得依職權斟酌當事人所未提出之事實，惟其僅限於維持婚姻之事實，至於離婚之原因事實則不適用。依職權斟酌之事實，即無論法院係依何方法知悉，例如，調查證據之結果、因辦理其他事件而知悉、自私人聞見所及或第三人訴訟外陳述，均無不可，即其不限於法院已顯著或其職務上已知，亦不限於訴訟上而知之。¹⁶⁴

離婚訴訟採取片面的職權探知主義，其理由乃認為，婚姻在公益上應予維持，傳統上以維持婚姻為貴，應顧全當事人及其家屬間之和諧幸福。惟就得依職權斟酌之事實，因法院不知有此而職權未行使，或雖知其職權而怠於行使之情形，受敗訴判決之當事人得否據此為上訴理由？有論者認為，法院依職權斟酌與否，固屬其自由意見定之，法院如係不知有此職權而未行使，自得為上訴第三審之理由。亦有論者認為，舊法民事訴訟法第五百七十五條第一項係規定「得」斟酌當事人未主張之事實，故當事人不得以法院未行使此項職權，據為提起上訴之理由。¹⁶⁵

舊法民事訴訟法第五百七十五條第一項雖僅就法院得斟酌當事人未提出之事實為規定，惟學說多擴張該項規定，解釋至法院得依職權調查證據，因其認為，法院斟酌當事人未提出之事實，須有心證始得認定該事實，而心證即為應斟酌調查證據之結果，故法院因維持婚姻，除得斟酌當事人未提出之事實外，就該事實得依職權調查證據。然而，另有學者認為，職權調查事實與職權調查證據係屬二

¹⁶⁴ 王甲乙等，同註 98，頁 817；石志泉(楊建華增訂)，民事訴訟法釋義，頁 656，1982 年；吳明軒，民事訴訟法(下)，頁 1795，2009 年。

¹⁶⁵ 王甲乙等，同註 98，頁 817；石志泉(楊建華增訂)，同註 164，頁 656；吳明軒，同註 164，頁 1794。

事，依職權調查之事實當事人仍負有舉證責任，故離婚訴訟不因上開規定而免除當事人之舉證責任，其僅因該條項規定得斟酌當事人未提出之事實，其事實因須得有心證，而有民事訴訟法第二百八十八條第一項規定得依職權調查證據之必要情形而已。在婚姻事件法院未依職權調查證據者，仍不能認為其判決有不適用法規之違法。¹⁶⁶

另法院為維持婚姻之片面目的，無論係依職權斟酌當事人未提出之事實，或依職權調查當事人未聲明之證據，均屬片面的職權探知主義。惟為避免發生突襲性裁判，保障當事人之辯論權，舊法民事訴訟法第五百七十五條第二項規定，法院斟酌當事人所未提出之事實時，於裁判前，應給予當事人有辯論之機會。又依民事訴訟法第二百九十七條第一項規定，調查證據之結果，應曉諭當事人為辯論。從而，法院依職權斟酌當事人未提出聲明之事實及調查證據之結果，若採為判決基礎卻未給予當事人有辯論之機會，其判決當然違背法令，得為上訴第三審之理由¹⁶⁷。

第二款 全面限制的辯論主義(更加徹底之協同主義¹⁶⁸)

二〇一二年制定家事事件法，就離婚訴訟，依家事事件法第十條規定「(第二項)離婚……或其他當事人得處分之事項，準用民事訴訟法第二編第一章第二節有關爭點簡化協議、第三節有關事實證據之規定。但有下列各款情形之一者，適用前項之規定：一、涉及家庭暴力或有危害未成年子女利益之虞。二、有害當事人或關係人人格權之虞。三、當事人自認及不爭執之事實顯與事實不符。四、依其他情形顯失公平。(第三項)第一項情形，法院應使當事人或關係人有辯論或陳述意見之機會。」

¹⁶⁶ 楊建華，問題研討民事訴訟法(三)，頁 501，1992 年 4 月。

¹⁶⁷ 楊建華，同註 166，頁 501。

¹⁶⁸ 學者劉明生老師稱其為「更加徹底之協同主義」，同註 136，頁 179。

家事事件法並「未」以「是否有助於維持婚姻之事實」為區分，而採取不同之程序原則。故有學者認為家事事件，原則上當事人未主張之事實，法院不得斟酌；惟亦有學者認為，就離婚訴訟乃採取當事人得自由處分之對象，採協同主義，當事人自認，原則上發生效力，且依家事事件法第十條第二項之立法理由明白指出，本項規範情形採協同主義，即有關事實證據之蒐集，由當事人為之，法院不得依職權介入，但為保護當事人之程序利益及實體利益，法院得為必要之闡明，以避免突襲性裁判，若未能由當事人所聲明之證據得心證時，為發現真實，在保障當事人陳述意見之機會下，得斟酌當事人未主張而於法院已顯著或職務上已知之事實或依職權調查證據。¹⁶⁹從而，就訴訟資料之事實蒐集而言，依家事事件法第十條第二項準用民事訴訟法第二百七十七條及第二百七十八條之規定「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」及「(第一項)事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，無庸舉證。(第二項)前項事實，雖非當事人提出者，亦得斟酌之；但裁判前應令當事人就其事實有言詞辯論之機會。」另準用民事訴訟法第二百八十八條規定「(第一項)法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據。(第二項)依前項規定為調查時，應令當事人有陳述意見之機會。」即法院得斟酌其職務所已知之事實，包括受訴法院於各該事件之本案審理或證據中所已知之事實，縱非當事人所主張者，只要賦予當事人辯論之機會，亦得例外採為判決基礎，以保護當事人之程序上及實體上利益。依此規定，一方面，因當事人負有提出證據之責任，故原則上，法院應先依當事人所聲明之證據調查，尊重當事人提出證據之自由；另一方面，不禁止法院在一定範圍內依職權調查證據，俾能因應案情或事件類型之特殊需求。亦即，倘當事人間存有事證蒐集等攻擊防禦能力差距，而欠缺武器平等，或為保護公益、集團利益等事件時，認有依

¹⁶⁹ 許士宦，家事審判之事證蒐集原則(下)，月旦法學教室，第134期，頁49-51，2013年12月。

職權調查證據之必要者，此時，法院亦應負有蒐集證據之責任，以貫徹武器平等原則並保障當事人之程序利益。¹⁷⁰

除此外，家事事件法更進一步擴大法院蒐集事實與證據之權責，即使屬於當事人得處分之事項進行訴訟，倘其事件內容涉及家庭暴力、未成年子女利益、當事人或關係人人格權等，仍應要求法院介入探知其事證，發現真實，以保護該等實體利益。因此，家事事件法比民事訴訟法更加採用協同主義，亦更加重法院與當事人共同蒐集事證之權責，此可謂係全面限制的辯論主義。¹⁷¹

第二項 我國實務見解

一、目前實務採全面限制的辯論主義

離婚訴訟之本案請求裁判所需之事實及證據蒐集原則，依舊法民事訴訟法第五百七十五條第一項規定「法院因維持婚姻……得斟酌當事人所未提出之事實。」舊法民事訴訟法係採片面的職權探知主義，從而，法院得依職權斟酌當事人所未提出之事實，惟其僅限於維持婚姻之事實，至於離婚之原因事實則不適用。惟二〇一二年制定家事事件法，其第十條之立法理由稱離婚訴訟採協同主義，有學者認為協同主義，乃法院為發現真實之必要，即可依職權調查證據¹⁷²，從而，法院為發現真實，不限於維持婚姻之事實，縱使離婚之原因事實法院亦得職權調查，以最高法院一〇一年度台上字第一五三九號民事判決為例，舉例如下。

該判決略以，「按離婚事件，準用民事訴訟法第二編第一章第二節有關爭點簡化協議、第三節有關事實證據之規定；又法院不能依當事人聲明之證據而得心證時，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據，家事事件法第十條第二項本文準用民事訴訟法第二百八十八條第一項規定甚明。本件上訴人於事實審屢次主

¹⁷⁰ 許士宦，離婚請求之訴訟標的選定及其裁判基礎之事實證據蒐集，載：民事及家事程序之新建構，頁187，2015年10月。

¹⁷¹ 許士宦，同註169，頁49-51。

¹⁷² 許士宦，同註96，頁133-134。

張：『被上訴人交友之異常，及種種逼迫離婚之行徑觀之，顯見被上訴人之有責程度較高』、『被上訴人於九十六年間隻身前往美國約三個月，期間與訴外人居住於大陸地區廖姓男子發生通姦行為十數次』、『廖姓男子不斷地慫恿被上訴人與上訴人離婚，並與被上訴人計劃想藉由與我國女子假結婚，取得入境台灣之身分資格，進而繼續維持該二人間不倫之姦情……被上訴人自九十六年底時常藉故與上訴人發生爭執，並阻撓上訴人返回兩人位於基隆住所之真實目的，僅為設計上訴人同意與其離婚』、『兩造間難以維持婚姻之重大事由，是被上訴人與他人通姦所導致』，並提出電子郵件為證。上訴人未舉證證明合法取得上開電子郵件，應係以侵害被上訴人隱私權之手段而取得，欠缺證據能力，固為原審認定之事實，惟為發現兩造間婚姻相處及有無難以維持之真實情形，法院自有必要依職權調查證據。」¹⁷³

承上判決觀之，法院為發現兩造間婚姻相處有無難以維持之真實情形，當法院不能依當事人聲明之證據而得心證時，為發現真實必要時，自有必要依職權調查證據，其係採全面限制的辯論主義。本論文認為，兩造間婚姻相處多涉及隱私，當事人未主張或未聲明證據，或許是不願將其隱私完全地公開於法庭上，應尊重當事人事實提出之主導權，除非有維持婚姻之事實，否則法院不宜斟酌當事人所未提出之事實，建議採片面的職權探知主義。

二、臺灣高等法院暨所屬法院一〇一年法律座談會民事類提案第二十號之法律問

題討論亦採全面限制辯論主義

(一)該座談會討論之問題

「若夫對妻為家暴行為，妻向法院聲請核發保護令並訴請離婚，於此離婚合併保護令事件，妻若於離婚並未主張民法第一千零五十二條第一項第三款不堪同居之虐待時，法院得否審酌其於職權調查保護令事件所得知之毆打情節，依民法第一千零五十二條第一項第三款規定判決兩造離婚？」¹⁷⁴

¹⁷³ 最高法院 101 年度台上字第 1539 號民事判決。

¹⁷⁴ 臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會民事類提案第 20 號。

(二)該座談會審查意見之內容

「法院因受理核發保護令事件，知悉夫對妻有家庭暴力行為，依家事事件法第十條第二項第一款規定，法院得依同條第一項規定斟酌該家庭暴力之事實，並依第三項規定使當事人或關係人有辯論或陳述意見之機會，法院並應適當行使闡明，經曉諭發問後，仍應由妻追加民法第一千零五十二條第一項第三款為訴訟標的，法院始得審酌是否符合該款規定而准予判決離婚。按起訴狀應表明訴訟標的及其原因事實，而民法第一千零五十二條第一項各款及第二項所列每一離婚原因，均屬獨立訴訟標的，而有其獨立不同之事實，如妻未以該款規定為訴訟標的，依家事事件審理細則第十五條規定，法院不應逕依該款規定判決兩造離婚。」¹⁷⁵

(三)該座談會之研討結果採乙說

「法律規定之內容不可能鉅細靡遺、面面俱到，所以例外允許立法機關得授權行政機關發布行政命令為補充規定。然法律授權，係屬例外，故應有其限制與界限，其內容包括：1. 有關實現立法目的之核心事項應以法律規定 2. 重要事項應以法律明確授權 3. 法律概括授權僅限於次要事項之規範；亦即授權之目的、內容及範圍應具體明確，且須具備可瞭解性、可預見性、可審查性等要素，才符合授權明確原則。若法律僅概括授權行政機關訂定施行細則者，該管行政機關於符合立法意旨且未逾越母法規定之限度內，自亦得就執行法律有關之細節性、技術性之次要事項以施行細則定之，惟其內容不能牴觸母法或對人民之自由權利增加母法所無之限制。家事事件法第十條第一項規定：法院審理家事事件認有必要時，得斟酌當事人所未提出之事實，並依職權調查證據。但法律別有規定者，不在此限。其立法理由為『家事事件多與身分關係有關，並涉及公益，故在審理程序中，為求法院裁判與事實相符，並保護受裁判效力所及之利害關係第三人，及便於統合處理家事紛爭，爰採行職權探知主義，於本條第一項明定法院得視個案

¹⁷⁵ 臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會民事類提案第 20 號。

具體情形所需，斟酌當事人所未提出之事實，並於未能由當事人聲明之證據獲得心證時，得依職權調查證據。惟法律另有特別規定時，則應限制法院依職權斟酌事實或調查證據之權限。」同法第一百九十九條雖規定：家事事件審理細則、本法施行細則，由司法院定之。惟該授權司法院制訂審理細則、施行細則應屬概括授權，其細則之規定應不得逾越母法規定之限度，且僅得就執行法律有關之細節性、技術性之次要事項加以定之，不得牴觸母法之規定。家事事件審理細則第十五條規定：離婚或撤銷婚姻之訴訟事件，就不利於維持婚姻之事實，法院不得斟酌當事人所未提出之事實。此細則規定已逾越、牴觸家事事件法母法第十條第一項之規定，又無法律之明確授權，顯然違反授權明確性原則。故本題妻若於離婚並未主張民法第一千零五十二條第一項第三款不堪同居之虐待時，法院於合併審理之保護令事件調查得知該事實，雖該事實係不利於維持婚姻之事實，且為當事人所未提出，但依家事事件法第十條第一項規定，法院審理家事事件認有必要時，得斟酌當事人所未提出之事實，自得判決兩造離婚，不受家事事件審理細則第十五條規定之限制。」¹⁷⁶

(四)就上開法律座談會民事類提案第二十號之評析

家事事件法第十條係對於家事事件蒐集事證任務分配之規定，其強化法官職權調查之可能，並對於辯論主義之第一命題「當事人未主張之事實，法院不得職權審酌」，第二命題「當事人不爭執之事實，法院應作為裁判之基礎」，及第三命題「法院不得依職權調查證據」加以限制。¹⁷⁷

上開座談會之研究問題，法院因受理核發保護令事件，而知悉夫對妻有暴力行為，依家事事件法第十條第二項但書第一款規定，涉及家庭暴力者適用同條第一項規定「法院審理家事事件認有必要時，得斟酌當事人所未提出之事實」，從而，法院得依同條第一項規定斟酌該暴力事實，並依第三項規定給予當事人辯論之意見。又經法院行使闡明，經曉諭後，仍應由妻(原告)追加民法第一千零五十

¹⁷⁶ 臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會民事類提案第 20 號。

¹⁷⁷ 姜世明，家事事件法論，頁 208，2016 年 8 月。

二條第一項第三款「夫妻之一方對他方為不堪同居之虐待」為訴訟標的，法院始得加以審酌，其是否符合該款規定而准予判決離婚，蓋基於處分權主義，又依民事訴訟法第二百四十四條第一項規定，起訴狀應表明訴訟標的及其原因事實，在舊訴訟標的理論，民法第一千零五十二條第一項各款及第二項所列離婚原因，均為獨立之訴訟標的，各有獨立不同之原因事實，如果妻(原告)未追加該款離婚原因為訴訟標的，法院不應逕依該款規定判決離婚；倘若在新訴訟標的理論之一分肢說，各種離婚原因事由僅係攻擊防禦方法，則對於該暴力事實依家事事件法第十條第二項但書第一項規定，仍得予以審酌，惟因其係不利於婚姻維持依舊法家事事件審理細則第十五條規定，則不應予以職權審酌，¹⁷⁸因離婚事件應採片面職權探知主義，而非協同或全面限制辯論主義，¹⁷⁹其經法院闡明後，當事人若仍不積極主張，追加訴訟標的，則法院不應審酌之。¹⁸⁰

就辯論主義之第一命題「當事人未主張之事實，法院不得職權審酌」及第三命題「法院不得依職權調查證據」¹⁸¹，又依舊法民事訴訟法第五百七十五第一項規定「法院因維持婚姻或確定婚姻是否無效或不成立，得斟酌當事人所未提出之事實。」其反面解釋為對於婚姻維持不利之事項，法院不能職權審酌，上開規定在德國民事訴訟法原亦如此規定，嗣後其於家事事件暨非訟事件法亦納入規定之。惟我國於二〇一二年，家事事件法因匆促立法，因而有部分狀似完整，卻有規範不適當之情形，家事事件法第十條有關離婚訴訟未區分「有利於婚姻維持」與「不利於婚姻維持」，而採全面限制辯論主義，難道未來法院得依職權審酌未經當事人所提出對於婚姻維持之不利事項？婚姻關係因家庭關係萬端，常夾雜感情及情緒，當事人提出離婚訴訟時，其是否願意將所有婚姻生活狀況全面攤開於法庭上？又家庭暴力之定義甚廣，難道當事人在家庭中各種肢體、言語等大小暴力行為，

¹⁷⁸ 姜世明，同註 177，頁 209-210。

¹⁷⁹ 劉明生，家事訴訟事件與家事非訟事件之區分-從家事事件程序基本原則之觀點考察，月旦法學雜誌，第 227 期，頁 188，2014 年 4 月。

¹⁸⁰ 姜世明，同註 177，頁 210。

¹⁸¹ 劉明生，同註 85，頁 34-35。

均無處分諱隱之權利？其均得由法院職權調查與審酌？國家對於人民之婚姻是否宜介入如此深？且其涉及社會上對於婚姻典範之確立與變遷問題，可否任由法院窺伺與揭露當事人於婚姻關係中之不堪？由法院以之審認是否有破綻存在？又其對於應自規範計畫中排除因素卻未予排除，可視為規範有隱藏性漏洞，其可透過目的性限縮予以限制，而將家事事件法第十條第一項及第二項但書之適用範圍，排除對於婚姻維持不利之事項，並對家事事件法第十條第一項本文準用民事訴訟法第二百八十八條及第二百七十八條規定係部分限制。¹⁸²

舊法家事事件審理細則第十五條規定「離婚或撤銷婚姻之訴訟事件，就不利於維持婚姻之事實，法院不得斟酌當事人所未提出之事實。」該規定係目的性限縮解釋之產物。上開研究意見認為「法院因受理核發保護令事件，知悉夫對妻有家庭暴力行為，依家事事件法第十條第二項第一款規定，法院得依同條第一項規定斟酌該家庭暴力之事實，並依第三項規定使當事人或關係人有辯論或陳述意見之機會，法院並應適當行使闡明，經曉諭發問後，仍應由妻追加民法第一千零五十二條第一項第三款為訴訟標的，法院始得審酌是否符合該款規定而准予判決離婚。按起訴狀應表明訴訟標的及其原因事實，而民法第一千零五十二條第一項各款及第二項所列每一離婚原因，均屬獨立訴訟標的¹⁸³，而有其獨立不同之事實，如妻未以該款規定為訴訟標的，依家事事件審理細則第十五條規定，法院不應逕依該款規定判決兩造離婚。」以舊訴訟標的理論出發，透過法院之闡明義務，在當事人未追加下，不予審酌。依一分肢說，各項婚姻破綻事由皆僅係攻擊防禦方法，對於家庭暴力事實，依家事事件法第十條第二項但書規定，仍得予以審酌，惟因其係不利婚姻維持事項，依舊法家事事件審理細則第十五條規定，不應職權審酌，故其經法院闡明後，當事人仍不積極主張者，法院不應予以審酌。¹⁸⁴

惟舊法家事事件審理細則第十五條，依臺灣高等法院暨所屬法院一〇一年法

¹⁸² 姜世明，同註 177，頁 208-209。

¹⁸³ 王甲乙等，同註 98，頁 263-264。姚瑞光，同註 98，頁 357-358。

¹⁸⁴ 姜世明，同註 177，頁 209-210。

律座談會民事類提案第二十號乙說之見解認為「家事事件審理細則乃依家事事件法第一百九十九條授權司法院訂定，屬概括授權，家事事件審理細則之規定不得逾越母法規定之限度，並僅得就執行法律有關之技術性、細節性之次要事項加以定之，且不得牴觸母法之規定。惟舊法家事事件審理細則法第十五條規定「離婚或撤銷婚姻之訴訟事件，就不利於維持婚姻之事實，法院不得斟酌當事人所未提出之事實。」其規定已逾越並牴觸家事事件法(母法)第十條第一項之規定，又無法律明確之授權，顯然違反授權明確性原則。」¹⁸⁵爰於二〇一七年我國修正家事事件審理細則第十五條「(第一項)法院處理涉及未成年子女之家事調解、訴訟或非訟事件時，得連結相關資源，通知未成年子女之父母、監護人或其他協助照顧子女之關係人，接受免付費之親職教育、輔導或諮商；參加者表明願自行支付費用時，亦得提供付費資源之參考資料，供其選用參與。(第二項)父母、監護人或關係人參與前項親職教育、輔導或諮商之情形，得作為法院處理相關家事事件之參考。(第三項)法院審理家事事件，依職權調查證據，斟酌當事人未提出之事實時，應使當事人或關係人有辯論或陳述意見之機會。」其立法理由為「一、為保障未成年子女之最佳利益，其父、母或監護人得提升所需具備之親職知能，及瞭解友善父母之角色、功能，實務上已有法院辦理涉及未成年子女之家事調解、訴訟或非訟事件時，連結相關資源，通知父、母或監護人接受免付費之親職教育、輔導之情形。又現代社會父母常因工作或其他原因，而將未成年子女委由祖父母或其他親友(含同居人)照顧，參照民法第一千零五十五條之一第一項第五款規定，亦宜增進此支持系統所涉關係人之親職能力，以利法院審酌未成年子女最佳利益、是否具備友善或合作式父母、一定親職能力(含支持系統)時參考。另考量部分當事人或擬自行付費接受其認為更適合之專業服務，爰增訂第一項，以因應實務需要。二、法院處理涉及未成年子女之家事調解、訴訟或非訟事件時，為審酌子女之最佳利益，除參酌社工訪視報告、程序監理人報告建議或家事調查官

¹⁸⁵ 臺灣高等法院暨所屬法院一〇一年法律座談會民事類提案第二十號。

報告外，亦宜參考其父、母、監護人或關係人參與第一項親職教育、輔導或諮商等之情形（含意願、參與態度等），爰增訂第二項。」

有關家事事件審理細則第三項將原規定「離婚或撤銷婚姻之訴訟事件，就不利於維持婚姻之事實，法院不得斟酌當事人所未提出之事實。」予以刪除，顯然新法已放棄舊法所採之片面職權探知主義。

我國家事事件法第十條第二項但書第二款規定「但有下列各款情形之一者，適用前項之規定：……二、有害當事人或關係人人格權之虞。」即有害當事人或關係人人格權之虞者，法院得依職權斟酌之。然而，我國裁判離婚之事由中，民法第一千零五十二條第一項第三款規定「夫妻之一方對他方為不堪同居之虐待」，亦涉及人格權之侵害，如請求離婚之原告不主張該等事實，在舊訴訟標的理論下，原告未追加該款離婚事由（訴訟標的），此時，若法院職權調查，將有違處分權主義，亦不尊重原告之意思，故應認為法院仍不得斟酌該等事實。反之，若有助於婚姻維持之事實者，例如：依民法第一千零五十三條規定「對於前條第一款、第二款之情事，有請求權之一方於事前同意，或事後宥恕或知悉後已逾六個月，或自其情事發生後已逾二年者，不得請求離婚。」民法第一千零五十二條第一項第一款、第二款規定「夫妻之一方，有下列情形之一者，他方得向法院請求離婚：一、重婚。二、與配偶以外之人合意性交。」該等婚姻維持與離婚事由有關之事實，依家事事件法第十條第二項本文規定「離婚……或其他當事人得處分之事項，準用民事訴訟法第二編第一章第二節有關爭點簡化協議、第三節有關事實證據之規定。」法院不得依職權斟酌，惟若該等事實符合家事事件法第十條第二項第四款「依其他情形顯失公平」，則須進一步解釋，然而，其可能因不同法官而有不同之解釋。再者，如被告主張原告有事前同意或事後宥恕，並經原告自認者，縱使，其與真實顯不相符，惟原告於訴訟上已原諒被告，法院應加以尊重，就婚姻維持應尊重兩造當事人之意思，法院應不再依家事事件法第十條第二項但書第三款規定，依職權認定該等事實之真偽，而破壞兩造當事人之婚姻。基此，若有助

於婚姻維持之事實，未來宜修法明定，法院得依職權斟酌，惟法院斟酌前應保障當事人之聽審權，賦與其陳述意見之機會，並就有助於婚姻維持事實之自認，法院應予以尊重。¹⁸⁶

第三項 本文見解

二〇一二年新制定家事事件法第十條立法理由指出「離婚……或其他得處分之事項，因當事人本有處分權限，自得準用民事訴訟法第二編第一章第二節有關爭點簡化協議、第三節有關事實證據之規定，即採行協同主義」，其主張採協同主義，故有學者認為就離婚訴訟，乃採取協同主義。惟依家事事件法第十條第二項前段規定，離婚及其他當事人得處分事項，準用民事訴訟法之事實證據及爭點簡化協議等規定，又基於當事人事實提出之主導權及當事人之自己責任原則，故其原則上應採修正辯論主義。

離婚訴訟之事實證據，可區分為「有利於婚姻維持之事實」與「不利於婚姻維持之事實」，依舊法民事訴訟法第五百七十五條第一項規定「法院因維持婚姻……得斟酌當事人所未提出之事實。」即舊法民事訴訟法係採片面的職權探知主義，據此，法院限於維持婚姻，得依職權調查斟酌當事人未提出之事實。二〇一二年新制定之家事事件法第十條規定，完全未慮及離婚訴訟事實提出之特性，亦未區分「有利於婚姻維持之事實」與「不利於婚姻維持之事實」，對於當事人未主張之事實，經法院給予當事人或關係人陳述意見或辯論之機會後，法院即得依職權調查證據並斟酌之，原則上，採全面限制的辯論主義。

惟離婚訴訟之離婚原因事實，多涉及個人隱私，當事人對於不堪之隱私未必都想公然攤開於法庭上，基於當事人事實提出之主導權及當事人之自己責任原則，就涉及隱私之離婚原因事實，當事人得選擇是否為判決之基礎，法院應予尊重；又離婚訴訟在兩造當事人間並不存有證據蒐集等攻擊防禦能力之差距，無須貫徹

¹⁸⁶ 姜世明，同註 177，頁 209-211。劉明生，同註 85，頁 117-118。

武器平等原則，雖離婚訴訟相較於一般財產事件涉及公益性較強，惟原則上，離婚訴訟仍屬當事人得處分之事件。從而，對於家事事件法第十條第二項有關離婚訴訟，建議未來宜修正，自始即區分「有利於婚姻維持」與「不利於婚姻維持」兩種不同之事實，如涉及維持婚姻之事實，當事人未主張法院得依職權斟酌，但斟酌前應先闡明告知當事人及關係人，使其有表達意見之機會；如為不利於婚姻維持之事實，當事人未主張，則不得職權斟酌，又對於有助於婚姻維持事實之自認，法院應予尊重，不應再依職權認定該事實之真偽，未來宜採用片面職權探知原則。



第五章 離婚訴訟與其他家事訴訟、家事非訟事件之 合併與分離

第一節 家事事件合併審理與裁判之基本法理

第一項 我國家事事件之合併與分離

我國家事事件之合併依家事事件法第四十一條第一項有所規定，又依家事事件法第七十九條就家事非訟事件之合併，亦準用家事事件法第四十一條第一項規定。據此等規定，家事事件中甲類、乙類及丙類事件可無限制地合併，惟家事非訟事件欲與家事訴訟事件合併，則須有基礎事實相牽情事，至於家事非訟事件與家事非訟事件之合併，似亦無須何等限制。¹⁸⁷又因家事事件具有糾紛複雜性與牽連性等特性，以夫妻離婚為例，該糾紛可能涉及夫妻共同財產之認定與分割，以及未成年子女親權酌定，監護、撫養費請求等，致家事事件合併有利於紛爭一次性解決。¹⁸⁸

家事事件法第四十一條規定「(第一項)數家事訴訟事件，或家事訴訟事件及家事非訟事件請求之基礎事實相牽連者，得向就其中一家事訴訟事件有管轄權之少年及家事法院合併請求，不受民事訴訟法第五十三條及第二百四十八條規定之限制。(第二項)前項情形，得於第一審或第二審言詞辯論終結前為請求之變更、追加或為反請求。(第三項)依前項情形得為請求之變更、追加或反請求者，如另行請求時，法院為統合處理事件認有必要或經當事人合意者，得依聲請或依職權，移由或以裁定移送家事訴訟事件繫屬最先之第一審或第二審法院合併審理，並準用第六條第三項至第五項之規定。」其中第三項規定「法院為統合處理事件認有必要」，委由審理之法院依個案斟酌之，例如：當事人於言詞辯論即將終結時，始提出請求者，則多可認為不具有統合處理之必要；又例如：有些移送合併審理

¹⁸⁷ 姜世明，同註 86，頁 3。

¹⁸⁸ 陳愛武，論家事事件之程序合併，月旦民商雜誌，第 60 期，頁 20-21，2018 年 6 月

之事件，若未經第一審裁判，基於保護當事人之審級利益，法院自應審酌合併審理之實益，是否高於當事人之審級利益或無損及其審級利益，方得謂有統合處理之必要。除此外，法院亦應給予當事人陳述意見之機會，始得依該條項規定裁定移送合併審理之。我國家事事件原則上應合併審理、合併裁判，節省法院審理成本及當事人之勞力、費用，且避免裁判矛盾，以貫徹統合處理之立法意旨。¹⁸⁹

為貫徹家事事件法第一條及第四十一條統合處理之立法意旨，於第一百零五條第一項規定「婚姻或親子訴訟事件與其基礎事實相牽連之親子非訟事件，已分別繫屬於法院者，除別有規定外，法院應將親子非訟事件移送於婚姻或親子訴訟事件繫屬中之第一審或第二審法院合併裁判。」其立法理由「婚姻或親子訴訟事件與其基礎事實相牽連之親子非訟事件，如已分別繫屬於不同法院，基於此類事件有統合處理之必要者，並避免裁判歧異，除別有規定外，上開事件應合併由婚姻或親子訴訟事件繫屬之第一審或第二審法院處理之，並由受理親子非訟事件之法院依職權裁定移送。」又第一百零三條規定「第九十九條所定事件程序，關係人就請求所依據之法律關係有爭執者，法院應曉諭其得合併請求裁判。」而第九十九條所定事件為「請求家庭生活費用、扶養費或贍養費」，從而，關係人請求合併審理時，除關係人為求程序更為快速、簡易之進行而合意適用家事非訟程序外，法院應裁定改依家事訴訟程序，由原法官繼續審理。¹⁹⁰另第一百零七條第二項規定，命給付扶養費之方法，準用第一百零三條規定，又依第一百零三條之立法理由「關於請求家庭生活費、扶養費或贍養費事件，如關係人就請求所依據之前提法律關係是否存在有爭執時，法院應曉諭關係人得就前提法律關係合併請求裁判，以便統合處理紛爭，以貫徹家事事件法第一條及第四十一條之立法意旨。」至於家事非訟事件之合併、變更、追加或反聲請，依第七十九條規定「家事非訟事件之合併、變更、追加或反聲請，準用第四十一條、第四十二條第一項及第四

¹⁸⁹ 劉明生，家事事件之合併與分離-以其要件、審理與救濟程序為中心，載：吳瑾瑜，兩岸民事法理論與實務發展現況，頁388-389，2014年5月。

¹⁹⁰ 沈冠伶，新世紀民事程序法制之程序正義：以民事訴訟及家事程序為中心，臺大法學論叢，第41卷特刊，頁1141，2012年11月。

十三條之規定。」其立法理由「為統合處理家事非訟事件，避免裁判歧異，以符合程序經濟原則，爰規定其合併、變更、追加或反聲請或程序之停止，準用家事訴訟程序關於合併審理、合併裁判之規定。」¹⁹¹

另，家事事件法第四十二條第一項但書規定「下列各款情形之一者，得分別審理、分別裁判：一、請求之標的或其攻擊防禦方法不相牽連。二、兩造合意分別審理、分別裁判，經法院認為適當。三、依事件性質，認有分別審理、分別裁判之必要。」其立法理由「法院就第四十一條第一項至第三項之數事件，原則上應合併審理、合併裁判，爰設第一項本文規定，以求貫徹統合處理之立法意旨，節省法院及當事人之勞費，並避免裁判矛盾。惟法院如認數事件之請求標的或其攻擊防禦方法並無牽連關係，或經兩造合意分別審理、分別裁判，或法院斟酌事件之性質，認有分別審理、分別裁判之必要者，如仍強行合併審理、合併裁判，恐將延滯程序之進行，抑或忽視當事人之程序選擇權，乃設但書規定，准許法院得就該等情形分別審理、分別裁判。」

我國家事事件法，就數家事訴訟事件，或家事訴訟事件及家事非訟事件請求之基礎事實相牽連者，得合併請求，又得於第一審或第二審言詞辯論終結前請求變更、追加或為反請求。¹⁹²其經法院對於統合處理事件認有必要或經當事人合意者，得依聲請或依職權為之，移由或以裁定移送家事訴訟事件繫屬最先之第一審或第二審法院合併審理之。惟法院如認數家事事件之請求標的或其攻擊防禦方法無牽連關係者，或經兩造合意分別審理與裁判，或經法院斟酌事件之性質，認有分別審理與裁判之必要者，倘強行合併審理與裁判，有延滯程序進行之虞，法院得就該等情形分別審理與裁判。¹⁹³

¹⁹¹ 劉明生，同註 189，頁 389。

¹⁹² 沈冠伶，家事事件之類型及統合之處理(一)，月旦法學教室，第 118 期，頁 73-75，2012 年 8 月。

¹⁹³ 劉明生，同註 189，頁 390。

第二項 德國家事事件之合併與分離

德國家事法及非訟事件程序法第二十條規定「法院若認為有關聯時得將程序合併或分開」，其立法理由係為充分整理資料、促進程序透明及確保證據調查與證據評價一致性，該程序合併或分開乃賦予法官裁量權，惟此規定在婚姻及家事訴訟事件不適用之。¹⁹⁴

德國家事事件法與非訟事件程序法明確規定何類事件間可以合併請求、合併審理與合併裁判，又明確規定何類情形應分別審理與分別裁判。例如：德國家事事件法第一百三十七條第一項規定，離婚訴訟與結果事件須合併辯論與裁判。蓋此等結果事件與離婚訴訟具有不可分離之關係。德國新法將結果事件區分為兩類型：其一為第一百三十七條第二項第一款至第四款之事件；其二為子女關係之事件，基於保護子女之利益，設有排除規定，而採分別審理與裁判。又本條合併之規定僅限於第一審，不適用於第二審，且原合併之事件，亦可能於嗣後被分別審理與裁判。上述兩類事件之合併皆有法定提起時間之限制，前者須於第一審言詞辯論開始前十四日提起；後者須於第一審言詞辯論終結前提起¹⁹⁵。

就子女關係之結果事件而言，依德國家事事件法第一百三十七條第三項規定，當夫妻一方於離婚事件訴訟程序中，於「第一審言詞辯論終結前」聲請將下列在離婚訴訟追加合併審理者，係屬結果事件。其包含：子女關係事件中移轉或剝奪父母之照顧權、與夫妻雙方共同之未成年子女會面交往或交付該子女事件、夫或妻一方與未成年子女之會面交往等事件。惟法院基於保護子女最佳利益，認為將其合併審理不適當者，不在此限。例如：因父、母對未成年子女施行暴力或父母之一方對自己未成年子女施行暴力，由父、母行使親權並不適當，而由第三人行使監護權較為妥當者。避免對於子女之心理上、精神上或身體上有危害之虞，且

¹⁹⁴ 參閱姜世明，同註 177，頁 231。

¹⁹⁵ 參閱劉明生，同註 189，頁 378-379。

為使子女關係事件可迅速獲得解決，以防因離婚訴訟尚未達裁判成熟程度或其他附隨事件，致子女關係事件之審理與裁判受延宕，故此類情形子女關係事件應與離婚訴訟自始分離。又依情形，夫妻間之部分離婚事由，例如：夫妻一方與配偶以外之第三者有性交事實，基於保護未成年子女之利益，避免影響未成年子女之身心發展，不宜使未成年子女參與離婚訴訟之程序。此外，除上述對未成年子女之利益有危害之情形，尚須特別留意父母對子女照顧之酌定，其往往也是構成其他結果事件之前提，例如：未成年子女之扶養請求、未成年子女交付或會面交往，對於未成年子女照顧之酌定，須與離婚訴訟分離獨立處理，其附隨之子女扶養與會面交往等事件，亦應與離婚訴訟分離而獨立處理。¹⁹⁶

德國家事事件法第一百三十七條規定，婚姻之當事人如何在離婚訴訟合併提起結果事件，但其並未強制當事人必須提起此等附隨事件。然而，律師卻多會選擇對於律師費用方面較有利之合併審理，尤其在有訴訟費用救助之情形。又德國家事事件法第一百三十七條第二項第一款至第四款之事件，有法定期間限制，最晚須於第一審言詞辯論開始前十四日提起，以避免因該等事件太晚提起而造成全體事件延宕，尤其造成離婚訴訟遲延。另德國家事事件法第一百三十七條第三項之子女關係結果事件，其法定期間較寬，於第一審言詞辯論終結前提起即可。但法院為保護未成年子女之最佳利益亦可拒絕合併。若當事人未於上開法定期間提起前述結果事件，其法律效果如何？學說上存有爭論。有學者認為，法院應認該事件不合法而直接駁回；尚有學者認為，其仍為結果事件，只不過法院應命其分別審理；又有學者認為，其變成獨立之家事事件。¹⁹⁷本論文認為，不能認為該等事件不合法而逕予駁回，亦不能逕認其變成獨立之家事事件，蓋其仍從屬於離婚之結果事件，只不過其可與離婚訴訟分別審理與裁判，而無合併審理與合併裁判之適用。

法院裁判之結果主要仍依主要請求(離婚請求)而定，此乃將其定性為結果事

¹⁹⁶ 參閱劉明生，同註 189，頁 379-380。

¹⁹⁷ 參閱劉明生，同註 189，頁 380-381。

件之特色。如法院認為離婚請求無理由，婚姻關係繼續維持，結果事件則失其附麗。在離婚訴訟發生既判力之前，結果事件不發生既判力，避免裁判彼此矛盾(德國家事法第一百四十八條)，倘若變成獨立之家事事件，則無上述結果事件從屬性相關規定之適用。惟就子女關係事件而言，如有危害未成年子女利益者，則可認其為獨立之家事事件，而非從屬性之結果事件。由此可知，在德國法下，法院所為分開審理之裁定，不會影響該事件為結果事件，又結果事件有可能合併審理或分開審理，二者為不同層次之問題。¹⁹⁸

結果事件只能在離婚訴訟之第一審合併或追加提起，如果離婚訴訟已在第二審，則不能再合併或追加提起新的結果事件。然而，如果法院將離婚訴訟發回第一審，此時，應認可追加提起結果事件。如結果事件在離婚訴訟繫屬前已在其他「第一審法院」繫屬，則該法院應將該事件移送至離婚訴訟之法院。但若離婚訴訟已至第二審，則無須將在第一審提起之結果事件，移送至審理離婚訴訟之第二審法院。又德國法規定，須於法定期間提起結果事件，以避免造成離婚訴訟遲延。基此，可避免結果事件因一造當事人於第二審追加請求或因法院將其由第一審移送至第二審而造成當事人喪失一個審級之不利益。¹⁹⁹

第三項 我國與德國家事事件合併與分離之比較

家事事件合併有別於財產訴訟事件之合併，其須考量未成年子女之利益，如有危害未成年子女利益之情形，應認為離婚訴訟不能與未成年子女親權酌定等事件合併，因此，判斷家事事件合併之容許要件時，應綜合考量各請求間之牽連性及相關特定人利益之保護，在德國家事事件法第二百六十六明文規定，何類事件為其他事件，並且就家事事件之合併盡可能透過類型化而明確規定，又為保護相關程序之參與者與未成年子女之利益，明確規定何類家事事件間可以合併之容許要件，即明定具體類型與狀況。反之，我國家事事件法第四十一條第一項係採取

¹⁹⁸ 參閱劉明生，同註 189，頁 381。

¹⁹⁹ 參閱劉明生，同註 189，頁 381-382。

一般性及抽象性之規範方式，以「請求基礎事實相牽連」之確定規範要件，而授權法官依個案解釋，致部分法官可能作過大性解釋，使原本不能合併之事件，變成可以合併，例如，若合併使未成年子女之利益受不當侵害時，離婚訴訟即不能與未成年子女關係事件合併，縱使未成年子女之關係事件與離婚訴訟具有請求基礎相牽連，惟基於保護未成年子女之利益，未成年子女之關係事件仍不能與離婚訴訟或其他婚姻事件合併，就此，我國家事事件法第四十一條第一項規定，認為只要符合「請求基礎事實相牽連」之要件，即得容許合併，其未充分考慮未成年子女之保護，而予以明確性排除合併之情況，有立法上缺漏之處。²⁰⁰

在婚姻事件而言，德國法僅承認各種不同婚姻事件，如確認婚姻關係存在或不存在、撤銷婚姻事件或離婚訴訟間之合併離婚訴訟與第一百三十七條結果事件之合併，至於婚姻事件與第二百六十六條其他家事事件之合併，乃採較為限制之立場；又就婚姻事件亦受家事事件法第一百二十六條之限制，如屬不能合併者，其變更請求或追加請求仍受同樣限制（於第二審亦同），原告得於婚姻事件範圍內為請求變更或追加，例如，將撤銷婚姻事件變更為離婚訴訟或追加離婚訴訟，除此外，除有第一百三十七條離婚訴訟與結果事件，或婚姻事件與第二百六十六條婚姻事件與其他家事事件合併情形外，無法為其他請求之變更或追加，故就家事事件類型之變更或追加係採較限制之立場，與財產事件採較放寬之立場不同；²⁰¹再者，德國新法將結果事件區分為兩類型：其一為第一百三十七條第二項第一款至第四款之事件；其二為子女關係之事件，基於保護子女之利益，設有排除規定，可分別審理與裁判。惟本條之規定僅適用於第一審，不適用於第二審。上述兩類型事件又有合併審理之容許要件，前者係限於第一審言詞辯論開始前十四日提起；後者限於第一審言詞辯論終結前提起²⁰²。反之，我國家事事件法第四十一第二項規定，僅要符合請求之基礎事實相牽連，即可追加，對於結果事件之提起，例如，

²⁰⁰ 劉明生，同註 189，頁 393-395。

²⁰¹ 劉明生，同註 189，頁 395-396。

²⁰² 劉明生，同註 189，頁 378-379。

扶養費事件、夫妻財產分配事件、親子非訟事件等，並未設有於第一審之法定期間提起的限制，因而，造成結果事件太晚提起，致離婚訴訟遭遲延之不利情事，又因其容許於第二審追加該請求，或將第一審之結果事件移送至第二審之離婚訴訟合併審理，致造成當事人審級利益受到不當之侵害，如此，即使離婚事與結果事件之請求具基礎事實之牽連性，惟為避免造成身分關係事件遲延及保障當事人之審級利益，仍不宜容許第二審追加結果事件之請求，或將第一審之結果事件移送至第二審之離婚訴訟合併審理。²⁰³

德國家事事件法第一百四十四條明確規定何種情形，法院得命分別審理及裁判，尤其原先已與離婚訴訟合併之親子非訟事件，嗣後於程序進行中發生危害未成年子女利益之情況，基於保護未成年子女之利益，法院得命為分別審理及裁判，又德國家事事件法第一百三十七條第三項規定，基於保護未成年子女最佳利益之理由，法院得認為未成年子女關係之聲請自始不符合合併要件，而依獨立之家事事件審理及裁判。反之，我國家事事件法第四十二條第一項但書第一款規定「請求之標的或攻擊防禦方法不相牽連，法院得分別審理、分別裁判。」該條項解釋上，其適用前提乃法院依第四十一條第一項至第三項所定得合併請求、變更、追加或反請求之數宗事件，倘請求之標的或攻擊防禦方法不相牽連者，即不符合家事事件法第四十一條第一項之要件，即自始不得合併審理與裁判，其解釋上適用似有疑義。又縱使依我國家事事件法第四十二條第一項但書第三款雖有規定事件性質認有分別審理與裁判而法院認為有必要之情形，其仍未如同德國家事事件法第一百四十四條明確規定，何種情形法院得命為分別審理與裁判。²⁰⁴

德國家事事件法就法院之裁判統一以「裁定」為之，其救濟程序適用抗告及再抗告程序，惟救濟期間與民事訴訟之上訴期間相同，在婚姻事件與家事事件，例如，扶養事件與夫妻財產分配事件，實質上仍受上訴程序保障，採必要之言詞程序。反之，我國家事事件法第四十二條第二項規定「法院就前項合併審理之家

²⁰³ 劉明生，同註 189，頁 395-397。

²⁰⁴ 劉明生，同註 189，頁 397-398。

事訴訟事件與家事非訟事件合併裁判者，除別有規定外，應以判決為之。」從而，原則上統一以判決為之，並未作成任何裁定。然而，我國家事事件法第四十四條第三項規定「當事人或利害關係人僅就家事非訟事件之第一審終局裁定全部或一部聲明不服者，適用該家事非訟事件抗告程序。」既然，合併裁判，原則上以判決為之，未作成任何裁定，又何以依家事事件法第四十四條第三項規定提起抗告；此外，該條之立法理由指出「第一審法院如依第四十二條但書規定分別裁判，而當事人就各該家事訴訟事件及非訟事件之裁判均聲明不服者，第二審法院仍宜合併審理、合併裁判，並應適用上訴程序，以保障當事人之程序利益。」然而，除當事人就不符合家事事件法第四十二條但書規定，法院命為分別審理及裁判而不服外，分別審理及裁判之必要性，在第二審可認為繼續存在，尚難認為繫屬第二審後，即由分別審理及裁判，變成合併審理及裁判；且我國家事事件法第九十四條第一項規定「對於第一審就家事非訟事件所為裁定之抗告，由少年及家事法院以合議裁定之。」何以抗告法院非高等法院，而係家事法院合議庭？另同條第二項規定「對於前項合議裁定，僅得以其適用法規顯有錯誤為由，逕向最高法院提起抗告。」為何就抗告裁定聲明不服提起救濟時仍提起「抗告」？依妥適理解上應係「再抗告」，又對於再抗告，我國家事事件法限於適用之法規顯有錯誤。然依德國家事事件第七十條規定之再抗告，原則上，採許可抗告，限於該事件具有原則上重要性，或有由再抗告院從事法續造或為確保一致性必要者為限。故德國法就「再抗告」之適用較我國法更為限縮。

我國家事事件法第四十一條規定「(第一項)數家事訴訟事件，或家事訴訟事件及家事非訟事件請求之基礎事實相牽連者，得向就其中一家事訴訟事件有管轄權之少年及家事法院合併請求，不受民事訴訟法第五十三條及第二百四十八條規定之限制。(第二項)前項情形，得於第一審或第二審言詞辯論終結前為請求之變更、追加或為反請求。」從而，家事非訟事件之第二審，家事訴訟事件及家事非訟事件只要符合請求基礎事實相牽連，即可變為家事訴訟事件，或由家事訴訟事

件變為家事非訟事件。上開規定並不妥當，因我國現行家事事件法規定，家事非訟事件之第二審管轄法院乃家事法庭之合議庭，而非高等法院，然家事訴訟事件之第二審管轄法院為高等法院，非家事法院合議庭，又倘無他造當事人或聲請相對人同意，即使符合請求基礎事實相牽連要件，亦應不容許，否則將侵害他造當事人或聲請相對人之審級利益。²⁰⁵反觀，德國新法將結果事件區分為兩類型：其一為第一百三十七條第二項第一款至第四款之事件；其二為子女關係之事件，基於保護子女之利益，設有排除規定，仍可分別審理與裁判。惟本條之規定僅適用於第一審，不適用於第二審。其值得我國立法參考。²⁰⁶

第二節 離婚訴訟與其他家事訴訟事件之合併

第一項 離婚訴訟與其他家事訴訟事件合併之基本原理

家事訴訟事件之訴訟標的範圍仍由當事人所決定，聲明之拘束性及訴外裁判禁止原則仍適用於家事訴訟事件，例如，當事人主張一定之事實請求離婚，法院不得在當事人未變更聲明及訴訟標的之情況下，因法院認為該事實該當婚姻撤銷事由，而逕判決撤銷婚姻²⁰⁷。惟為期統合處理，擴大家事訴訟之合併範圍，依家事事件法第四十七條第六項規定「依當事人之陳述得為請求之合併、變更、追加或反請求者，法院應向當事人闡明之」，允許當事人在事實審言詞辯論終結前為請求訴之變更、追加及反請求，並加重法院闡明之義務，以兼顧當事人之程序利益與實體利益。惟經法院闡明後，當事人仍不予變更或追加者，法院仍不得加以裁判。²⁰⁸

又離婚訴訟屬家事事件法第三條規定之丙類事件，關於家事訴訟事件之合併於家事事件法第四十一條第一項規定「數家事訴訟事件，或家事訴訟事件及家事

²⁰⁵ 劉明生，同註 189，頁 405-406。

²⁰⁶ 劉明生，同註 189，頁 378-379。

²⁰⁷ 姜世明，同註 86，頁 109。

²⁰⁸ 姜世明，同註 177，頁 145-146。

非訟事件請求之基礎事實相牽連者，得向就其中一家事訴訟事件有管轄權之少年及家事法院合併請求，不受民事訴訟法第五十三條及第二百四十八條規定之限制。」數家事訴訟事件之合併是否須各請求之基礎事實相牽連？依上開條文已明確規定，只要是數家事事件即可合併，不以請求之基礎事實相牽連為要件，僅在家事訴訟事件及家事非訟事件合併時，始要求具備請求之基礎事實相牽連要件。

²⁰⁹其為何有該不同要件之規定？乃因數家事訴訟事件均依家事訴訟程序審理及裁判，惟家事非訟事件原依家事非訟程序審理及裁判，其非訟程序較簡易迅速，而訴訟程序較慎重周延，倘合併該兩類事件，因須程序一元化，程序進行須統一，故須將非訟事件併入訴訟程序處理，致非訟事件合併於訴訟事件後，程序之進行須依訴訟程序，原非訟裁判之迅速可能即遭到影響，故須具有請求事實之基礎相牽連為要件。因此，數家事事件之合併，不以請求之基礎事實相牽連為要件，亦即離婚訴訟與家事財產訴訟事件之合併，不以請求之基礎事實相牽連為要件。²¹⁰

又因上開條文規定，數家事訴訟事件合併不受民事訴訟法第五十三條及第二百四十八條規定之限制，故縱使合併之家事訴訟事件有專屬管轄者，其合併時，受訴法院雖只就其中一家事訴訟事件具管轄權，其因而取得關連審判籍，即就其他家事訴訟事件亦取得管轄權，如此，在家事事件中，在一定情形容許當事人以合併方式改變專屬管轄。²¹¹

家事訴訟法之離婚事件係乙類事件，依家事事件法第五十一條規定「家事訴訟事件，除本法別有規定者外，準用民事訴訟法之規定。」惟民事訴訟事件有通常訴訟、簡易訴訟及小額訴訟事件，因各類事件行使不同種之程序，如簡易訴訟程序較通常訴訟程序更要求迅速，而小額訴訟程序又較簡易訴訟程序更要求簡速，因而，原則上不同種事件不得合併，故依民事訴訟法不得合併；然而，依家事事件法不論家事財產事件係通常訴訟、簡易訴訟或小額訴訟事件均

²⁰⁹ 許政賢，人事訴訟的典範變遷？！，載：吳瑾瑜，兩岸民事法理論與實務發展現況，頁 247，2014 年 5 月。

²¹⁰ 許士宦，同註 100，頁 330-331。

²¹¹ 許士宦，同註 100，頁 331-332。

可合併，蓋依家事事件法第四十一條第一項規定，數家事訴訟事件合併請求，不受民事訴訟法第二百四十八條規定之限制。²¹²

家事事件法第四十一條第一項所謂之合併，包含客體合併及主體合併。民事訴訟法就客體合併及主體合併設有限制，惟家事事件法加以放寬之，例如，甲對乙起訴請求離婚，丙對丁起訴請求離婚，該二事件均為家事訴訟事件，其可否合併？甲、丙為原告，而乙、丁為被告，因該二事件乃不同之家事訴訟事件，依家事事件法第四十一條第一項規定，數家事事件得合併請求，故其得為合併，然而，原告或被告彼此間，其訴訟標的之法律關係究有無相關聯？有無訴訟標的之權利義務共同？皆沒有，因甲係基於自己之裁判離婚請求權，而丙係基於自己之裁判離婚請求權，又二者間究有無牽連關係？倘若甲主張乙有通姦事實，丙亦主張丁有通姦事實，又乙丁二人通姦，則二者間具有牽連關係；惟如乙、丁分別與不同人通姦，則二者間不具牽連關係。若甲、丙合併起訴，法院是否要合併裁判？依家事事件法第四十二條第一項規定「法院就前條第一項至第三項所定得合併請求、變更、追加或反請求之數宗事件，應合併審理、合併裁判。」從而，合併請求、變更、追加或反請求之數宗事件，原則上應合併審理及裁判，但依家事事件法第四十二條第一項但書有例外規定，例如，請求之標的或攻擊防禦方法不相牽連者、兩造合意分別審理及裁判經法院認為適當者、依事件之性質有分別審理及裁判必要者。因此，前述舉例，乙、丁分別與不同人通姦，其離婚原因事實不是同一亦非相牽連，即可分別起訴審理及裁判。反之，若乙丁二人通姦，二者間具有牽連關係，惟兩造合意分別審理及裁判，其經法院認為適當者，原則上，尊重當事人程序選擇權之行使，但是，當分別審理及裁判易生裁判歧異者，則採合併審理及裁判以避免裁判矛盾，以達到統合處理之目標，是故並非只要經當事人合意即可，兩造合意固屬當事人之

²¹² 許士宦，同註 100，頁 332。

程序選擇權，程序選擇權係處分權主義之延伸，惟處分權主義不能影響公益，故仍須經法院認為妥適始可。²¹³

第二項 離婚訴訟與其他婚姻事件合併問題之探討

在德國法，婚姻事件並非純粹家事非訟事件，其亦與其他家事訴訟事件不同，不適用家事事件及非訟事件程序法之部分總則性規定，而適用民事訴訟法總則及邦法院前之程序規定。首先，婚姻事件採限制性處分權主義，關係人對於婚姻存續無處分權，關係人對此亦無認諾之餘地，又對於和解之可能性，在離婚之訴、確認婚姻關係存否之訴及撤銷婚姻之訴，因非屬得處分事項，故其適用性較低；其次，婚姻事件採職權探知主義，就婚姻存否之事實主張，亦無自認或擬制自認之適用，在採職權調查原則下，排擠民事通常程序中之當事人提出主義，因而，有家事事件暨非訟事件程序法第一百二十七條規定，在婚姻事件，法院為對判決重要之事實確認，應為職權調查。在離婚或撤銷婚姻事件，僅限於維持婚姻之事實，法院得審酌關係人未提出之事實，或僅於相對人未聲明異議時，始得審酌之。又在離婚訴訟，對於民法第一千五百六十八條規定之特殊情況，即關於存在婚姻破綻，卻因若准許離婚，將對於拒絕離婚者有過苛情形者，得不准許離婚，在該情況下，僅於拒絕離婚一造關係人提出者得審酌之。²¹⁴亦即將婚姻事件中職權審酌當事人未提出之事實限於對於婚姻維持友善之事實，而法院對於判決重要性之事實，得職權調查不受關係人主張所拘束。關係人之行為亦納入自由心證之評價範圍，法院若欲取得鑑定報告或傳訊證人，應依嚴格證明程序。若法院職權調查關係人未主張不利於婚姻維持之事實，僅得在聲請人未異議下始得審酌；又確認婚姻關係存否之訴，採無限制地適用職權調查原則；另在婚姻事件適用言詞審理原則，但無須與親子事件一般，不急於開庭，訴訟加速原則不完全適用於婚姻事

²¹³ 許士宦，同註 100，頁 333-334。

²¹⁴ 參閱姜世明，同註 177，頁 176。

件，惟言詞審理前應給予關係人準備時間，而言詞審理時不行公開審理程序。²¹⁵

我國舊法民事訴訟法原規定在撤銷婚姻之訴與離婚之訴，法官不得就不利婚姻維持事項審酌當事人未提出之事實，惟二〇一二年新制定家事事件法第十條第二項之規定，我國學者認為就離婚訴訟，當事人可自由處分，從而，當事人之自認，原則上亦可發生效力。其立法理由指出「離婚……或其他得處分之事項，因當事人本有處分權限，自得準用民事訴訟法第二編第一章第二節有關爭點簡化協議、第三節有關事實證據之規定，即採行協同主義」，又因有家事事件法第十條第二項但書之存在，故較民事訴訟法更採用協用主義²¹⁶。惟，另有學者認為，民事訴訟之財產事件並非採用協同主義，而係採用修正辯論主義，其主張上述學者之見解，認為家事事件法第十條第二項之事件應比照民事財產訴訟事件適用「協同主義」，不具有正當化基礎，且協同主義乃強調法院職權色彩，經法院闡明後，即得斟酌當事人未主張之事實，然而，家事事件法第十條第二項本文之規定，卻係強調當事人在事實提出之主導權色彩，二者並不相容。²¹⁷

又該學者進一步主張，離婚訴訟不應仿照民事訴訟之財產訴訟事件建構其基本原則，而應自始區分「有利於婚姻維持之事實」與「不利於婚姻維持之事實」為基本原則以建構其程序基礎。家事事件法第十條第二項本文與但書之規定，完全未慮及離婚訴訟事實提出之特性，亦未區分「有利於婚姻維持之事實」與「不利於婚姻維持之事實」，如涉及維持婚姻之事實，當事人未主張者，法院得依職權斟酌，但斟酌前應先闡明當事人，惟在離婚訴訟事件，應採用不同於民事財產訴訟之程序，應採用片面職權探知原則。²¹⁸

婚姻事件除離婚之訴外，尚有確認婚姻無效之訴、確認婚姻關係存在或不存

²¹⁵ 姜世明，同註 177，頁 179。

²¹⁶ 許士宦，離婚請求之訴訟標的選定及其裁判上基礎之事實證據蒐集(下)，月旦法學教室，第 138 期，頁 43-48，2010 年 8 月；沈冠伶，家事事件之類型及統合之處理(二)，月旦法學教室，第 119 期，頁 58 以下，2009 年 1 月；劉明生，同註 85，頁 113-114；劉明生，同註 136，頁 169-170。

²¹⁷ 姜世明，同註 177，頁 201 以下；劉明生，同註 85，頁 114-115。

²¹⁸ 劉明生，同註 85，頁 115；劉明生，同註 136，頁 170-171。

在之訴、撤銷婚姻之訴及夫妻同居之訴等，在同一婚姻關係涉及上述各類訴訟，其得否併存處理？茲分別例示說明如下：情況一，如夫妻間，婚姻關係存在或不存在不明確，原告提起確認婚姻關係存在之訴，並同時請求被告履行同居義務，此二婚姻事件得同時併存。情況二，確認婚姻無效之訴，婚姻無效為自始的、確定的當然不生效力，無待法院為宣告無效之形成判決，惟撤銷婚姻之訴及離婚之訴，均在消滅婚姻關係，故確認婚姻無效之訴，其與撤銷婚姻之訴、離婚之訴、夫妻同居之訴顯屬不能併存。情況三，撤銷婚姻之訴與離婚之訴，均在消滅婚姻關係，如婚姻經撤銷，即不得再請求判決離婚，其亦有不能併存之情形。情況四，夫妻同居之訴係以婚姻合法存在為前提，其與確認婚姻無效之訴、確認婚姻關係存在或不存在之訴、撤銷婚姻之訴及離婚之訴，自不能併存。²¹⁹

對於不得同時併存之婚姻事件，該不得同時併存之婚姻事件，得採預備合併，例如，先位請求確認婚姻無效之訴，備位請求離婚。²²⁰若對於不得同時併存之婚姻事件，他造如有不同主張時，該不得同時併存之婚姻事件，他造之不同主張亦得同時請求法院裁判，例如：原告提起確認婚姻無效之訴、確認婚姻關係存在或不存在之訴、撤銷婚姻之訴或離婚之訴，惟被告主張婚姻有效，婚姻關係成立、無撤銷或離婚之原因，自得請求履行同居義務；反之，原告訴請履行同居義務，惟被告亦得主張婚姻無效、或有得撤銷、離婚等原因，請求法院為裁判，即得同時請求法院裁判。²²¹

同一婚姻關係涉及數項紛爭，有些紛爭得同時併存，亦有些紛爭不得同時併存，在得同時併存者，得由原告合併起訴；而在不得同時併存者，被告得在本訴程序中提起反訴，又原告對於事實經過不甚明瞭、或有舉證困難、或有關法律上效果判斷不明者、或其他有訴之合併必要者，例如：依舊法民法結婚採儀式婚，原告對於婚姻是否具備公開儀式，在法律上判斷不明時，即得同時提起確認婚姻

²¹⁹ 楊建華，問題研析民事訴訟法(一)，頁 479-480，1985 年 5 月。

²²⁰ 姜世明，同註 177，頁 142。

²²¹ 楊建華，同註 219，頁 480。

無效之訴與離婚之訴；如對於有無離婚原因有舉證困難者，於離婚之訴，不妨同時提起履行同居之訴。²²²

另有關婚姻事件，若當時結婚方式未具備結婚要件，其法律效果，各國規定尚有差異，我國稱之為不完全婚姻，依實體法規定，有「無效婚姻」及「得撤銷婚姻」兩類，依程序法規定，在舊法民事訴訟法第五百六十八條尚包含確認婚姻「不成立」之訴，然而，婚姻無效與婚姻不成立二者是否相同？尚有爭議，有採「不區別說」，其認為該二者之主張及效力上並無不同，因為婚姻無效係自始的、絕對的、當然的無效，自無須經由法院判決予以宣告無效，故其效果與婚姻不成立相同，無區別之必要，該見解認為，即當婚姻關係屬民法第九百八十八條規定之情事，其效果為無效，惟若係民法第九百八十八條以外之婚姻不存在情形，其效果亦應以婚姻無效處理為宜²²³；亦有採「區別說」，依舊法民事訴訟法第五百六十八條規定，既有婚姻不成立與婚姻無效兩種不同訴訟類型，即有加以區分之必要，其主張法律行為不成立係指未具備成立要件，而不生法律效果，其與法律行為無效係因欠缺生效要件，而無從發生法律效力，二者並不相同²²⁴；另尚有學者認為婚姻無效與婚姻不成立是否區分，須從實體法與程序法之規定綜合觀察。²²⁵我國民法第九百八十八條規定有三款結婚無效之類型，有關結婚無效之類型是否僅以該三款情形為限，學說上亦有「限制說」與「非限制說」之爭，無論採「限制說」或「非限制說」，就實質功能觀之，其共同點均係主張違反婚姻要件情節重大者，不應賦予發生法律效力，以貫徹婚姻制度維繫社會安定之功能，因此，以婚姻有效之整體相對概念觀之，一些不符合婚姻要件之婚姻，例如，違反民法第九百八十八條之規定，應認為無效；惟若屬違反民法九百八十八條以外者，例如，當事人無結婚之真意，係屬婚姻不存在，因不存在，自無發生法律效力，應

²²² 楊建華，同註 219，頁 480-481。

²²³ 陳棋炎，親屬繼承法基本問題，515-517 頁。

²²⁴ 陳棋炎等，同註 60，113-114 頁。

²²⁵ 陳重陽，婚姻無效與不成立衍生之剩餘財產分配請求權-評高等法院 104 年度重家上字第 8 號民事判決，月旦裁判時報，54 期，頁 30，2016 年 12 月。

與婚姻無效為同一處理，因此，雖民法有婚姻無效婚姻不存在之概念，惟就功能上，最終目的仍係維持符合婚姻要件之婚姻之「有效性」，對於「非有效」之婚姻類型，則包括婚姻無效及婚姻不成立，在家事事件法第三條甲類事件規定「確認婚姻無效、婚姻關係存在或不存在事件」，其立法理由「此類事件有：確認婚姻無效、婚姻關係存在或不存在事件(含向來實務上訴請確認婚姻是否有效或是否成立之事件在內)」，換言之，在家事事件法下屬於民法第九百八十八條所定之婚姻無效類型，當事人可依家事事件法第三條甲類事件提起確認婚姻無效之訴，而若屬民法第九百八十八條以外之婚姻不成立事件，其亦可依同條規定提起確認婚姻不成立之訴。²²⁶

在有數項婚姻事件而為訴之合併，如有數項離婚原因，而僅有同一聲明請求離婚，即為重疊(競合)訴之合併；惟如確認婚姻關係存在或不存在及請求履行同居義務等訴之合併，則為不同聲明，而有牽連關係之單純合併。學者認為數訴合併應依論理之順序，或為邏輯之順序解決之，例如：確認婚姻無效之訴、撤銷婚姻之訴及離婚之訴合併提起者，應先就婚姻無效或撤銷婚姻之訴為調查，若論理上無當然之順序者，則依原告指定之順序辦理。²²⁷

於離婚訴訟程序中，倘法院從當事人聲明或陳述中知悉可能該當婚姻無效(例如：近親婚)，又其對於裁判結果具有重要性，法院應向當事人闡明是否變更、追加或反請求(家事事件法第四十七條第六項)，其對兩造同生後訴訟禁止之效力，法院如僅向被告闡明是否為反請求，惟被告未為反請求確認婚姻無效或不存在，但兩造之攻擊防禦均集中於婚姻是否無效，最後，法院經實質審理後，認定婚姻為無效，而駁回原告之離婚請求，原告受敗訴判決確定後，假設原告又向法院請求命被告給付家庭生活費用或履行同居義務者，不僅被告不能再為反請求確認婚姻無效，就婚姻無效一事，原告亦應受前訴之判決理由之判斷所拘束，於後程序，

²²⁶ 陳重陽，同註 225，頁 29-31。

²²⁷ 楊建華，同註 219，頁 481-482。

法院亦不得再為相反之判斷。²²⁸

我國實務上，離婚訴訟與確認婚姻無效事件、確認婚姻關係存在或不存在事件，為不同之訴訟標的，亦為不得同時併存之婚姻事件，以臺灣高等法院臺中分院一〇四年家上字第二十五號民事判決為例，當事人先位主張確認婚姻關係不存在，備位請求離婚之訴為例。

該判決略以，「本件兩造主要爭執在於兩造間婚姻關係是否不存在？陳士軒依民法第一千零五十二條第二項請求裁判離婚有無理由？(一)陳士軒主張前揭結婚書約上所載證人陳毅光、楊語欣非親見或親聞兩造結婚真意之人，該二名證人縱已在結婚書約上簽名，仍不能謂兩造之結婚已合於法定要件，兩造之婚姻並不成立之事實，為陳翔翎所否認。按結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記，民法第九百八十二條定有明文。該條所稱之證人，僅須對於結婚之合意到場聞見，或知悉當事人間有結婚之合意，即足當之，故二人以上證人之簽名，當不限於作成結婚證書時同時為之。……足見證人陳毅光、楊語欣於兩造在結婚書約上簽名，並有結婚書約影本在卷可稽，而合意結婚時，雖未在场見聞，然於兩造分別至證人陳毅光、楊語欣住處，各向其等表明兩造有結婚之合意，並請該二證人作證，而拿出業經兩造簽名之結婚書約，由該二證人各於該結婚書約上證人欄處簽名、蓋章作證時，證人陳毅光、楊語欣即已知悉兩造間有結婚之合意屬實。則兩造結婚，即有二人以上證人於結婚書約簽名，而合於法定要件無訛。……婚姻是否已生破綻而無回復之希望，並從主觀上即當事人是否已喪失維持婚姻意願，及客觀上難以維持婚姻之事實，是否已達於倘處於同一境況，任何人均將喪失維持婚姻意願之程度。又依民法第一千零五十二條第二項但書規定，重大事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。故無責之一方得請求離婚，固無疑義，至若夫妻雙方均為有責時，有責程度

²²⁸ 沈冠伶，同註192，頁78。

較重之一方自無許其向責任較輕之他方請求離婚之餘地。經查：……參諸陳田於本院表示強烈反對兩造婚姻，顯係欲使陳士軒逃避人夫之責任，……亦未盡人夫之責，對陳翔翎身心受此重大折磨亦未聞問，態度冷漠，使兩造感情益加疏離，陳士軒顯難辭婚姻破綻應負較大之過失責任。(三)按夫妻雙方均為有責時，有責程度較重之一方自無許其向責任較輕之他方請求離婚之餘地。……從而，陳士軒依民法第一千零五十二條第二項之規定，請求准予判決離婚，不應准許。綜上所述，陳士軒先位之訴請求確認兩造婚姻關係不存在，及備位之訴，請求離婚，均無理由。」²²⁹

承上判決觀之，離婚訴訟與確認婚姻關係不存在之訴，為不同之訴訟標的，亦不得同時併存，當事人採預備合併，先位主張確認婚姻關係不存在，備位請求離婚，法院於先位主張無理由後，再行審理備位請求離婚。

第三項 離婚訴訟與家事財產事件合併問題之探討

第一款 離婚訴訟與剩餘財產分配請求權合併

當事人合併請求離婚及剩餘財產分配請求權，其分別屬家事事件法第三條所定乙類事件第二款及丙類事件第三款之家事訴訟事件，應適用同種類之家事訴訟程序，依家事事件法第四十一條第一項及第四十二條第一項規定，當事人得向有管轄權之家事法院或家事法庭合併請求，法院應合併審理、合併裁判。²³⁰

我國剩餘財產分配請求權(民法第一千零三十條之一)，其與日本之財產分與制度(民法第七百六十八條、第七百七十一條)性質不同，日本之財產分與制度乃離婚時夫妻間財產關係的總合調整機制，日本採分別財產制，婚姻關係存續中所取得之財產，各自保有所有權，但因婚姻關係中，夫妻之參與、消費、費用之分擔義務等程度不同，於離婚時雙方間如有不公平情事，則應由法院調整之，其性

²²⁹ 臺灣高等法院臺中分院 104 年家上字第 25 號民事判決。

²³⁰ 吳明軒，家事訴訟事件請求之合併，月旦法學教室，第 133 期，頁 21，2013 年 11 月。

質通說認為含有夫妻間財產關係之實質清算與離婚後之扶養，亦有認為含離婚慰撫金損害賠償性質。財產分與權利於離婚時，其抽象權利當然發生，惟具體權利內容則由夫妻以協議為之，協議不成時，則法院以審判形成處分代替之(日本民法第七百六十八條第二項)，法院審判處分時，應考量當事人對於所得財產協力程度等一切之情事，以定其分與金額及方法，日本最高裁判所認為財產分與請求權乃形成性質。財產分與金額及方法之決定，係當事人協議事項或法院裁量處分事項，反之，我國剩餘財產分配請求權係以夫妻相互剩餘財產之半數為請求標的，此並非法院得任意裁量者，二者性質不同²³¹。又日本最高法院認為，在離婚訴訟中附帶請求財產分與時，只要抽象的請求分與即可，無須將財產分與之額度與方法具體特定，反之，我國訴請分配剩餘財產係屬民事訴訟，其雖得與離婚訴訟合併請求，惟其仍適用辯論主義，法院僅能在當事人訴之聲明範圍下，做判決的基礎，對於當事人未聲明之利益，不得斟酌之。²³²

離婚訴訟合併剩餘財產分配請求權，乃以法院准予離婚之勝訴判決為前提，如法院駁回離婚請求時，則剩餘財產分配請求權即無裁判之餘地，又離婚判決係形成之訴，在判決確定前，不生離婚之法律效果，因此，理論上，尚難以其為財產分配之原因，而且在法院判決確定前，財產關係仍有可能變動，自剩餘財產分配請求權之立法意旨觀察，其立法意旨在保障家事勞動價值。因此，如夫妻一方浪費成習或不務正業，對於他方配偶財產之增加無任何貢獻，依平均分配將顯失公平，則法院得予以酌減其分配之金額或不予分配。另夫妻提起離婚之訴，雙方間之協力或對他方財產之增加，如已無貢獻者，法院得依民法第一千零三十條之一第二項規定酌減分配額，自不待離婚判決確定後始予以酌定²³³。且依民法第一千零一十條第二項規定「夫妻難於維持共同生活，不同居已達六個月以上時，法

²³¹ 參閱魏大曉，家事訴訟與非訟之集中交錯-以對審權與裁量權為中心，月旦法學雜誌，第94期，頁95，2003年3月。

²³² 參閱林秀雄，同註239，頁113，輔仁法學，21期，2001年6月。

²³³ 王育珍，論剩餘財產分配請求權之合併請求-最高法院88年台上340號判決評釋，法令月刊，頁102以下，52卷第2期，2001年2月。

院因夫妻他方之請求，得宣告改用分別財產制」，此即財產關係消滅原因之一，得行使剩餘財產分配請求權。從而，一經提起離婚之訴，即可認為有重大事由，當事人得於離婚之訴中合併提起剩餘財產分配請求權，法院亦得行使闡明，曉諭訴訟當事人於離婚訴訟一併提起剩餘財產分配請求權，又當事人於法院離婚判決前，可能承擔因財產變動所生之利益或不利益，故民法第一千零三十條之四增訂，其計算以起訴時為準。²³⁴

又確認婚姻無效之訴，其剩餘財產之婚後財產起算時點究以何時為準？因婚姻當事人於婚後曾有共同生活之事實，惟有「婚姻無效」之事由，若經當事人請求確認婚姻無效之訴，該婚姻係自始、當然無效，若貫徹此規定，則等同抹煞當事人間曾建立共同生活之事實，包括類似夫妻與子女之關係，均因婚姻無效而受極大傷害，因此，為保護當事人及相關人之實質生活關係利益，依民法第九百九十九條之一規定「第一千零五十七條及第一千零五十八條之規定，於結婚無效時準用之。」即婚姻無效時，當事人仍得主張準用民法第一千零五十八條而適用剩餘財產分配請求權之相關規定，然而對於判斷其婚後財產之起算時點未有明文規定，有待透過解釋補充之，由於剩餘財產分配請求權制度之目的原在保護婚姻中經濟弱勢之一方，使其對於婚姻之貢獻得以彰顯，在財產制關係消滅時，使弱勢之一方具有最低限度保障，參酌司法院大法官釋字第620號解釋，夫妻剩餘財產分配請求權乃立法者就夫或妻對於家務、教養未成年子女等共同生活貢獻之法律評價。因此，在判斷婚後財產價值之起算時點，應與婚姻共同生活貢獻之法律評價息息相關，換言之，當婚姻之基礎發生動搖時，即難以期待一方對於他方財產之增加有協力或貢獻，故應以提起離婚訴訟(或確認婚姻無效之訴)時為準。²³⁵

另法院審理請求離婚及剩餘財產分配請求權之順序，須請求離婚有理由時，始生是否得請求剩餘財產分配請求權，即以判決離婚為得請求剩餘財產分配差額之停止條件，易言之，請求離婚部分為主請求，而請求剩餘財產分配差額部分為

²³⁴ 魏大曉，同註 231，頁 95-96。

²³⁵ 陳重陽，同註 225，頁 31-32。

從請求，法院合併審理之結果，有以下二種情形，其一，若原告之主請求為不合法者，則以裁定駁回之，若主請求為無理由者，則以判決駁回之，在主請求為不合法或無理由下，即停止條件不成就，法院無須就從請求裁判。其二，若主請求為有理由者，應以原告勝訴判決，此時，停止條件成就，法院應同時就從請求合併審理，合併裁判，如被告僅對於主請求受敗訴判決部分提起上訴，從請求部分視為一併提起上訴，即一併受上訴審法院審判(舊法民事訴訟法第五百七十二條之一、第五百八十二條之一)。²³⁶

我國實務見解認為，剩餘財產分配請求權係以起訴離婚時為計算剩餘財產分配數額之基準，又夫妻相互剩餘財產之半數為請求標的，法院不得任意裁量，惟在有顯失公平時，法院始得依民法第一千零三十條之一第二項規定酌減分配，以最高法院民事判決一〇三年度台上字第一三〇七號為例。

該判決略以，「姜照明於九十八年十月十六日提起離婚之訴，經原法院九十九年度家上字第三八號判決兩造離婚確定，其婚後財產價值之計算，即應以九十八年十月十六日起訴離婚時為計算剩餘財產分配數額之基準。……高敏絃因與姜照明意見相歧因而失和，自九十六年十二月起即攜姜宏昇離家出走，復陸續以低價出售其名下四二三二建號房地，及姜宏昇名下之一四六一號建物房地。高敏絃既明知姜宏昇無法靠己力維持生活，自應保護其名下財產，卻以低於市價出售他人，並加以花用，致增日後姜照明扶養姜宏昇費用之負擔；高敏絃卻於離家後，短期內急於將前揭不動產脫手，賤價賣出，致家庭財產蒙受損失，實難認無浪費財物之嫌。若平均分配剩餘財產，對姜照明實不公平，應調整高敏絃分得比例，酌減為三分之一為當。……老舊國軍眷舍之原眷戶於承購眷改條例興建之住宅時，可獲配政府給與輔助購宅款者，係本於該條例所定原眷戶身分關係而享有之權益，並非以自己原有財產為對價換購取得，……足見其購屋款項主要來自國家恩惠補

²³⁶ 吳明軒，同註 230，頁 22。

助，與純以自費或自己財產交換有償取得者有別，就該補助金額部分，當屬無償取得之財產。乃原審認該財產不屬無償取得，將之列入姜照明之剩餘分配財產，進而計算兩造剩餘財產之差額，並以之做為審酌平均分配是否顯失公平之因素，於法自有未合。」²³⁷

承上判決觀之，剩餘財產分配請求權常伴隨著離婚訴訟而請求，故其與離婚訴訟有合併請求之實益，又計算剩餘財產分配數額係以起訴離婚時為基準，對於夫妻相互剩餘財產之半數為請求標的，法院不得任意裁量，惟在有顯失公平時，法院始得酌減分配。

第二款 離婚訴訟與因離婚而生損害賠償事件之合併

夫妻一方提起離婚訴訟，合併請求他方賠償因離婚所生之損害，兩者分別屬家事事件法第三條乙類及丙類事件，惟其請求之基礎事實相牽連，則合併起訴係以一訴主張兩項訴訟標的，依家事事件法第四十一條第一項規定，法院得依家事訴訟程序合併審理、合併裁判。在一般民事訴訟程序，原告以一訴主張數項訴訟標的，為訴訟經濟，法院得命之合併裁判，或分別裁判，均無不可。惟離婚訴訟與訴請賠償因離婚所生之損害，兩者雖各自獨立，並得為歧異之裁判；惟離婚訴訟與因離婚所生損害賠償事件，兩項訴訟標的之基礎事實互相牽連，有密切之主從關係，即原告是否得向被告請求因離婚所生損害賠償，應以該離婚訴訟有理由為前提要件，法院合併審理，自有定審判順序之必要，其與一般訴訟程序不同，即原告請求因離婚所生損害賠償，乃以離婚請求有理由為條件，於條件成就時，始有進行之必要，申言之，法院認為原告離婚請求有理由時，始有就因離婚而生損害賠償事件部分進行審理之必要。如因離婚而生損害賠償之請求亦有理由，法院應同時為原告全部勝訴之判決；如原告所為離婚請求為無理由，法院應為其敗訴之判決，就因離婚而生損害賠償之部分無須調查，而逕行與離婚之訴合併以判

²³⁷ 最高法院民事判決 103 年度台上字第 1307 號。

決駁回之。²³⁸惟關於因離婚而生之損害賠償(民法第一千零五十六條)，多數國家已刪除之，例如，我國立法時所參考之瑞士民法，業已於二〇〇〇年刪除離婚損害賠償之規定²³⁹，我國學者亦認為，離婚損害賠償請求者自己請求法院判決離婚，卻又主張離婚造成自身損害為由，而一併請求離婚而生之損害賠償，有邏輯上的矛盾。²⁴⁰

另有關離婚訴訟合併請求損害賠償上訴第三審之問題，依民事訴訟法第四百六十六條第一項規定「對於財產權訴訟之第二審判決，如因上訴所得受之利益，不逾新臺幣一百萬元者，不得上訴。」該上訴利益金額經司法院依同法條第三項規定，以命令自二〇〇二年起增加為一百五十萬元，假設原告提起離婚訴訟外，合併請求因離婚而生損害賠償一百萬元，其經第二審法院就原告離婚及損害賠償之請求均為其勝訴判決，被告就離婚部分，因其非財產權上請求，得提起第三審上訴，固無問題，惟對於因離婚而生損害賠償部分僅為一百萬元，未逾一百五十萬元，是否得上訴第三審法院？在實務上尚有爭議，該問題終經最高法院六十三年二月二十六日民庭總會決議(一)認「財產權上之請求與為其先決問題之非財產權上請求，同為訴訟標的，經第二審法院合併判決，而當事人對於判決中關於非財產權上請求及財產權上請求兩部分均上訴，或僅對於判決中關於非財產權上請求部分上訴者，不適用民事訴訟法第四百六十六條第一項之規定；若僅對於判決中關於財產權上請求部分上訴，則適用該條項之規定。」²⁴¹從而，被告對於第二審法院之判決全部提起上訴，雖其中命被告賠償一百萬元部分之上訴利益未逾一百五十萬元，惟其對離婚部分一併上訴，無法合併計算，放寬其限制，許其上訴第三審，旨在於顧慮准予離婚部分經第三審法院發回更審時，此時，有關於損害

²³⁸ 吳明軒，離婚事件與因判決離婚而生損害賠償事件之合併，月旦法學教室，第182期，頁16-18，2017年12月。

²³⁹ 參閱林秀雄，離婚訴訟中剩餘財產分配與損害賠償之合併請求-最高法院87年台上字第25號判決評釋，頁119，輔仁法學，21期，2001年6月。

²⁴⁰ 林秀雄，親屬法講義，頁213，2011年。

²⁴¹ 最高法院63年2月26日民庭總會決議(一)。

賠償部分之判決業已確定，其可能陷於裁判矛盾之窘境。²⁴²

我國實務見解，對於夫妻一方提起離婚訴訟，其得否合併請求他方損害賠償？有關離婚損害分有「離因損害」及「離婚損害」，以臺灣高等法院一〇七年抗字第九七五號民事裁定為例，其主張離婚損害賠償事件之管轄法院，家事事件法並未規定，非訟事件法亦無得準用之條文，依家事事件法第五條，應準用民事訴訟法關於因侵權行為涉訟之管轄規定，即由行為地之法院管轄，如此離婚訴訟可能與離婚之損害賠償分由不同之管轄法院審理，致無從合併審理，惟有關「離婚損害」乃因離婚而生之損害賠償，其與離婚訴訟，此兩項訴訟標的之基礎事實互相牽連，有密切之主、從關係，法院應為合併審理，若分別審理將有裁判矛盾之危險，以下以臺灣高等法院一〇七年抗字第九七五號民事裁定為例。

該裁定略以，「相對人周家復、胡乃苙自民國一〇四年八月間起同遊國，共同侵害伊之配偶權。當時伊與周家復居所地均在臺北市南港區，且離婚訴訟刻正於原法院審理中。本件請求相對人賠償離因損害，應專屬原法院管轄。原裁定將本件移送臺灣桃園地方法院(下稱桃園地院)，有所違誤等語。因離婚之損害賠償事件，為丙類家事事件，此觀家事事件法第三條第三項第二款規定自明。該類事件之管轄法院家事事件法並未規定，非訟事件法亦無得準用之條文，依家事事件法第五條，應準用民事訴訟法關於因侵權行為涉訟之管轄規定。又民事訴訟法第十五條第一項規定，因侵權行為涉訟者，得由行為地之法院管轄。所謂行為地，凡為一部實行行為或其一部行為結果發生之地皆屬之。抗告人起訴主張：周家復為其配偶，竟自一〇三年九月起，與胡乃苙出國同遊近十次，共同侵害伊之配偶權，爰依民法第一百八十四條第一項、第一千零五十五條之二(應係第一千零五十六條第一項或第二項之誤)規定，請求相對人連帶賠償離因損害及離婚損害總計新臺幣一百萬元等情，核係因侵權行為涉訟。依抗告人所訴事實，其在九十六

²⁴² 吳明軒，同註 238，頁 18。

年間至一〇五年二月，居於臺北市南港區研究院路；其配偶權自一〇三年九月間起遭相對人共同侵害。準此，本件侵害行為之一部結果發生地，即抗告人遭受侵害時之所在地，係在原法院管轄之臺北市南港區，原法院自有管轄權。是以，原定將本件訴訟移送桃園法院管轄，自有未洽。抗告意旨指摘原裁定不當，聲明廢棄，洵屬有據。」²⁴³

本文認為，上開裁定之見解，其主張離婚損害賠償事件之管轄法院，家事事件法並未規定，非訟事件法亦無得準用之條文，依家事事件法第五條，應準用民事訴訟法關於因侵權行為涉訟之管轄規定，即由行為地之法院管轄，如此可能離婚訴訟與離婚之損害賠償事件分由不同管轄法院審理，致無從合併審理，然而，有關「離婚損害」乃因離婚而生之損害賠償，其與離婚訴訟，該兩項訴訟標的之基礎事實互相牽連，有密切之主、從關係，本論文認為法院應為合併審理，若分別審理將有裁判矛盾之危險。

第四項 離婚訴訟可否以婚姻關係外第三人為共同原(被)告

婚姻關係外之第三人得否於離婚訴訟中為共同原告或共同被告，其涉及具有牽連關係事件利用一程序合併處理之必要界線如何劃定問題，因合併雖能一次解決紛爭，保障當事人之程序利益及避免裁判矛盾，惟因多數事件合併審理，易增生程序進行複雜致生程序延滯之不利益。²⁴⁴

在日本之裁判先例，承認得於離婚訴訟併同對於相姦人請求損害賠償，其學說上亦予贊同，而成為通說。²⁴⁵惟我國實務上，多將舊法民事訴訟法第五百七十二條第三項規定之「合併提起」嚴格解釋，限於相同當事人，即離婚訴訟之夫、

²⁴³ 臺灣高等法院 107 年抗字第 975 號民事裁定。

²⁴⁴ 沈冠伶，同註 192，頁 79。沈冠伶，離婚訴訟中得否列夫妻以外之第三人作為共同當事人？，月旦法學教室，第 111 期，頁 27，2012 年 1 月。

²⁴⁵ 參閱沈冠伶，同註 192，頁 79。

妻間之客觀合併，不包括主觀合併，第三人於離婚訴訟得否為共同原告或共同被告之容許性，我國實務上持續採取否定見解，例如：最高法院八十六年度台上字第三七九二號判決表示，不允許將夫妻以外之第三人列為共同被告，請求侵權行為之連帶損害賠償²⁴⁶、最高法院九十四年度台上字第二六七號判決表示，不允許夫妻以外之人，如未成年子女為共同原告，請求扶養費。²⁴⁷我國學說上有認同實務見解，認為舊法民事訴訟法第五百七十二條第三項規定，得與婚姻事件合併之非婚姻事件，限於夫妻間之訴訟，若夫妻以外第三人之訴訟，例如未成年子女對父母一方請求扶養費，或對相姦人請求連帶損害賠償責任，皆不許將其與離婚訴訟合併請求。²⁴⁸然而，亦有學說持肯定見解，認為不應將離婚訴訟與子女扶養費請求事件過分分離，致二者不能結合，否則違反立法旨趣。²⁴⁹

舊法民事訴訟法第五百七十二條第三項迭經修正，其對於可於婚姻訴訟合併請求之事件，逐漸擴大範圍，從一九三一年舊法民事訴訟法第五百三十八條第二項規定，僅「以交付子女、返還財物或扶養之請求，或由訴之原因事實所生損害賠償請求為限」，於一九六八年修正舊法民事訴訟法第五百七十二條第二項增列「給付家庭生活費用」，又於一九九九年修正舊法民事訴訟法第五百七十二條第三項增列「給付贍養費」，並增訂舊法民事訴訟法第五百七十二條之一「附帶請求」關於未成年子女權利義務行使負擔之事項，例如給付扶養費、會面交往等，其增訂之立法理由為「當事人提起撤銷婚姻或離婚訴訟之情形，如嚴格限制當事人須俟撤銷婚姻或離婚判決確定後再另案聲請法院裁定，非但增加當事人及法院勞費，同時亦使當事人與法院無法於撤銷婚姻或離婚訴訟中，併就未成年子女權利義務行使或負擔問題通盤考量，自嫌未洽，爰增訂之。」又增訂舊法民事訴訟法第五百七十二條之一雖具有承認父、母得為未成年子女有所請求，其具有訴訟

²⁴⁶ 最高法院 86 年度台上字第 3792 號判決。

²⁴⁷ 最高法院 94 年度台上字第 267 號判決。

²⁴⁸ 吳明軒，同註 164，頁 1774。

²⁴⁹ 許士宦，家事事件之合併，審判對象與適時審判，頁 301-302，2006 年。沈冠伶，同註 192，頁 79。

擔當人之性質，但該條規定並未明文限制未成年子女不得於離婚訴訟中，以自己名義請求扶養費，因此，解釋上可承認婚姻關係以外第三人(未成年子女)得為共同當事人。²⁵⁰

婚姻關係以外第三人，如非未成年子女，固然無舊法民事訴訟法第五百七十二條之一規定之適用，但舊法民事訴訟法第五百七十二條第三項規定「非婚姻事件之訴，以夫妻財產之分配或分割、返還財物、給付家庭生活費用或贍養費或扶養之請求，或由訴之原因、事實所生損害賠償之請求為限，得與第一項之訴合併提起，或於第一審或第二審言詞辯論終結前，為訴之追加或提起反訴；其另行起訴者，法院得以裁定移送於訴訟繫屬中之第一審或第二審法院合併裁判。」其並未明文排除民事訴訟法第五十三條，對夫妻之一方與相姦人之侵權行為損害賠償請求，該當於民事訴訟法第五十三條第二款之情形，在證據調查、事實認定及法律適用上均具有同一之部分，如合併請求，亦符合舊法民事訴訟法第五百七十二條第三項修正理由「為期相牽連之事件，得於同一訴訟程序解決」，且減少法院與當事人於程序進行之勞力、時間及費用。²⁵¹

家事事件法第四十一條規定「數家家事事件」之情形，由屬於同種類之事件，已不同於舊法民事訴訟法之分類，又家事事件法第四十一條規定「不受民事訴訟法第五十三條……之限制」，可知立法者有放寬合併限制之意，並且，家事事件法第三條所列之家事事件，未明定限於須具有一定的身分關係間所生之事件，例如：1. 依家事事件法第三條丙類事件第二款規定「因離婚之損害賠償事件」，並未明文限於僅對於夫或妻一方請求，解釋上亦得包含對於相姦人請求。2. 依民法第一千零二十條之一規定「(第一項)夫或妻於婚姻關係存續中就其婚後財產所為之無償行為，有害及法定財產關係消滅後他方之剩餘財產分配請求權者，他方得聲請法院撤銷之。但為履行道德上義務所為之相當贈與，不在此限。(第二項)夫或妻於婚姻關係存續中就其婚後財產所為之有償行為，於行為時明知有損於法定

²⁵⁰ 沈冠伶，同註 192，頁 79-80。

²⁵¹ 沈冠伶，同註 192，頁 80-81。

財產關係消滅後他方之剩餘財產分配請求權者，以受益人受益時亦知其情事者為限，他方得聲請法院撤銷之。」其包含對婚姻關係外之受益人行使撤銷權。3. 依民法第一千零三十條之三規定，對婚姻關係外之第三人就不足清償應得之剩餘財產分配額請求返還。從而，第三人雖非婚姻關係之人，惟涉及事件為丙類事件，得依家事事件法第四十一條第一項列為共同當事人。²⁵²

參考外國立法例，德國新法係以建立「家事法院」為立法政策，意圖將因婚姻或家庭之社會結合體所生相關事物之法律紛爭²⁵³，均由同一管轄權法院(家事法院)處理，解決德國舊法之程序遲延、停止或一再進行的問題，我國家事法院之建立，亦採上述類似立法政策，以我國家事事件法丙類事件為例，在德國新法亦全列為家事事件，即所謂「其他家事事件」(德國家事及非訟事件法第二百六十六條)，其明定包含對於婚姻關係外之特定第三人請求，例如：情況一，現存婚約關係彼此間，或曾有婚約於婚約終結時有關之請求，及依德國民法第一千二百九十八條、第一千二百九十九條關於解除婚約所生之損害賠償，且包括對第三人請求之事件。情況二，基於婚姻有關之請求，例如：因婚姻生活被侵害之侵權行為損害賠償請求或不作為請求，其包括對夫妻以外之第三人請求。情況三，在夫妻間、曾為夫妻間、或夫妻與夫妻之父母一方間，與分居、離婚或婚姻撤銷有關之請求。情況四，基於父母、子女關係所生之請求。此等事件在德國舊法下，係民事訴訟事件由民事法院審理，而在新法下，被列為家事事件，適用家事法院一併處理。我國家事事件法雖未如德國立法明文規定，惟基於家事法院之設立目的，係為避免事件區別之爭議及分別進程序之問題，故應本於此立法意旨而為適當解釋。²⁵⁴

我國於二〇一二年制定家事事件法後，在實務原則上，離婚訴訟不會對婚姻

²⁵² 沈冠伶，同註 192，頁 81。

²⁵³ 德國家事及非訟事件法之立法理由，參見德國聯邦眾議院公報。

²⁵⁴ 參閱沈冠伶，同註 192，頁 81-82。

關係外之第三人列為共同原告或共同被告，惟若涉有牽連關係事件，為保障當事人之程序利益，並避免裁判矛盾，則將婚姻關係外之第三人列為共同原告或共同被告，以臺灣新北地方法院一〇八年度婚字第 253 號、一〇八年度婚字第 813 號民事判決為例，簡述如下。

臺灣新北地方法院一〇八年度婚字第 253 號、一〇八年度婚字第 813 號民事判決

該判決之原告甲○○訴請與乙○○離婚，而本訴之被告乙○○除請求原告之訴駁回外，亦提起反請求請求判准與反請求被告(本訴原告)甲○○離婚，並且請求反請求被告(本訴原告)甲○○與反請求被告戊○○依民法第一百八十四條第一項、第一百八十五條、第一百九十五條規定請求非財產損害。

該判決略以，被告依民法第一百八十四條第一項、第一百八十五條、第一百九十五條規定請求非財產損害部分：按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。又不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額，民法第一百八十四條第一項前段、第一百九十五條第一項前段分別定有明文。被告主張原告於婚姻關係存續中與反請求被告戊○○外遇通姦情事侵害其配偶權乙節，業據本院於上開五(一)2.(3)中認定被告所提事證無法證明原告與反請求被告戊○○有上開情事，業如前述，是被告就此請求原告與反請求被告戊○○連帶給付非財產損害二百萬元，非有理由，應予駁回。從而，原告訴請離婚為無理由，應予駁回。被告反請求訴請離婚，及請求原告給付如主文所示之損害賠償十五萬元暨自本件離婚判決確定翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之法定遲延利息，為有理由，應予准許；逾此部分及對原告與反請求被告戊○○連帶給付二百萬元之請求，則均無理由，應予駁回。²⁵⁵

承上判決觀之，被告反請求請求判准與反請求被告(本訴原告)甲○○離婚，

²⁵⁵ 臺灣新北地方法院 108 年度婚字第 253 號、108 年度婚字第 813 號民事判決。

並且請求反請求被告(本訴原告)甲○○與反請求被告戊○○依民法第一百八十四條第一項、第一百八十五條、第一百九十五條規定請求非財產損害賠償，依我國實務見解以臺灣高等法院一〇七年抗字第九七五號民事裁定為例，其主張離婚損害賠償事件之管轄法院，家事事件法並未規定，非訟事件法亦無得準用之條文，依家事事件法第五條，應準用民事訴訟法關於因侵權行為涉訟之管轄規定，即由行為地之法院管轄，如此可能離婚訴訟與離婚之損害賠償事件分由不同管轄法院審理，致無從合併審理，然而，有關「離婚損害」乃因離婚而生之損害賠償，其與離婚訴訟，該兩項訴訟標的之基礎事實互相牽連，有密切之主、從關係，本文認為法院應為合併審理，若分別審理將有裁判矛盾之危險。

有關與配偶以外第三人合意性交，若涉有不法取證部分，法院是否應以欠缺證據能力而排除？以臺灣新北地方法院民事判決一〇七年度婚字第六五一號為例。

臺灣新北地方法院民事判決一〇七年度婚字第六五一號

該判決略以，「原告提出原證 1 之被告二人 LINE 對話紀錄，被告二人主張係不法取證，不得作為證據云云。按訴訟權之保障與通信自由權、隱私權之保護，兩者有發生衝突可能，因侵害通信自由權而取得之證據，或以不法方式取得之證據，法院應否以欠缺證據能力，予以排除問題，在民刑事訴訟程序應以分別看待，持不同之審查標準。違法取得之證據於民事訴訟程序中是否具有可利用性，學說上有所謂分離原則，即證據取得是否違反實體法，與該證據可否於訴訟程序中提出並被利用，應分別予以評價。對違反實體法所取得之證據應否禁止於訴訟程序中被利用，應探求被違反之法規範所欲保護之法益，及違法取證者於訴訟上利用該證據之程序利益，加以權衡後決定之。蓋在民事訴訟程序，對立之兩造立於公平地位，於法院面前為權利之主張與防禦，證據之取得與提出，並無不對等情事，較無因司法權之強大作用可能造成之弊端，因此證據能力之審查密度，應採較寬鬆態度，非有重大不法情事，否則不應任意以證據能力欠缺為由，為證據排除法

則之援用。再者，證據禁止之審查，其標準主要為誠信原則與法規範目的，而利益衡量則為其方法，在通姦或破壞婚姻事件應注意其事件特殊性，亦即在此等案例中，涉及被害人之家庭圓滿期待權、配偶權及為實現其權利保護之證明權，與被指通姦或相姦者之隱私權、通訊自由、住宅自由、財產權及肖像權等權利間之衝突。實體法既承認夫妻於婚姻關係存續中有家庭圓滿期待權、配偶權，又依社會現實情況，妨害他人婚姻權益之不法行為，常以隱秘方式為之，並因隱私權、住居權受保護之故，被害人舉證極度不易。在此前提下，當不法行為人之隱私權、住居權與被害人之訴訟權發生衝突時，兩者間應為一定程度之調整，並應容許一定程度之不貞蒐證權。……不法侵害他人基於配偶關係之身分法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額，是倘夫妻任一方與他人間存有逾越結交普通朋友等一般社交行為之不正常往來，已達破壞婚姻制度下共同生活之信賴基礎程度，即構成侵害他方基於配偶關係之身分法益，其情節重大者，仍應負非財產上之損害賠償責任，並不以有相姦行為為必要。至其情節是否重大，應視個案侵害程度、損害狀況、被害人痛苦程度及忍受能力等個別情事，客觀判斷之。本件被告二人自一〇五年一月十日前某日起至一〇五年十月二日間之往來，已逾越一般異性朋友之正常交往範圍，而有親暱之男女感情交往行為，已構成對原告與被告甲○○夫妻間共同生活之圓滿、安全及幸福之侵害，係不法侵害原告本於配偶關係之身分法益，並致原告在精神上受相當程度之痛苦之非財產上損害，二者具有因果關係；且其上開行為干擾原告婚姻關係，情節自屬重大，原告依據民法第一百八十四條第一項前段、第一百八十五條第一項、一百九十五條第三項請求被告連帶賠償非財產上損害賠償，即屬有據。再按不法侵害他人之人格權，被害人受有非財產上損害，請求加害人賠償相當金額之慰撫金時，法院對於慰撫金之量定，應斟酌實際加害情形、所造成之影響、被害人痛苦之程度、兩造之身分地位經濟情形及其他各種狀況，以核定相當之數額，最高法院四十七年台上字第一二二一號、五十一年台上字第二二三號判例意旨可資參照。本件經調

取兩造近三年之稅務電子匣門財產所得調件明細資料，……。另參酌原告於本院審理時具狀陳稱：我的學歷為技術學院畢業，月入三萬二千元，……本院審酌兩造上開學歷、職業、經濟能力及被告二人交往程度等一切情狀，認原告請求被告給付精神慰撫金三十萬元容屬過高，應以十五萬元為適當，逾此金額之請求，尚難認原告受有此損害額。綜上，原告依侵權行為法律關係，請求被告二人連帶賠償精神慰撫金十五萬元，及自起訴狀送達之翌日起，按年息百分之五計算之利息，為有理由，應予准許；逾此範圍之請求，為無理由，應予駁回。」²⁵⁶

承上判決觀之，有關與配偶以外第三人合意性交，若涉有不法取證部分，法院是否應以欠缺證據能力而排除？其主張民、刑事訴訟程序應予分別看待，民事訴訟程序對立之當事人立於公平之地位，不因司法權強大作用而可能造成弊端，其證據能力之審查密度採較寬鬆態度，非有重大不法情事，不任意以證據能力欠缺為由而排除，該見解可以避免當事人因不法取證致證據能力被排除，而導致當事人有嚴重之舉證困難。

第三節 離婚訴訟與家事非訟事件之合併

第一項 學說上交錯適用程序之主張

以「本質論」之角度分類，第一類，本質上非訟事件，家事事件法將其明定為非訟事件；第二類，本質上非訟事件，但家事事件法將之明定為訴訟事件；第三類，本質上訴訟事件，但家事事件法將之明定為非訟事件。如此分類方法可對照於家事事件法第三十七條所相應之分類。²⁵⁷

一、第一類事件

若其本質係非訟事件，家事事件法亦規定其為家事非訟事件，則適用家事非

²⁵⁶ 臺灣新北地方法院民事判決 107 年度婚字第 651 號。

²⁵⁷ 許士宦，同註 100，頁 457。

訟事件，惟其是否均無適用於家事訴訟程序之餘地？因非訟事件適用非訟程序，為簡速裁判，乃以迅速、經濟，及適用職權裁量法理裁判，如容許當事人得合意選用訴訟程序，即會增加法院之負擔、費用及時間，影響公益之訴訟經濟，故當事人不得合意改用訴訟程序。但並非完全沒有適用家事訴訟程序之機會，依家事事件法第四十一條第一項規定，非訟事件及訴訟事件之請求基礎事實具相牽連者，為貫徹統合處理，雖當事人不可合意將非訟事件改依循訴訟程序，但透過合併方式，即得將非訟事件與訴訟事件合併，非訟事件在合併審判之必要範圍內，適用訴訟法理(家事事件法第四十四條)。惟畢竟係非訟事件，縱然合併至訴訟事件，也僅部分交錯適用訴訟法理，在合併審判之必要範圍始適用家事訴訟程序，適用家事訴訟法理，另在法律未特別規定下，依家事事件法第四十一條第六項規定，非訟事件回復其原應適用之非訟法理。²⁵⁸

二、第二類事件

本質為非訟事件，然而家事事件法卻將其規定為訴訟事件，而適用家事訴訟程序，但就非訟事件之性質部分，仍須交錯適用非訟法理，因此在該訴訟程序交錯適用部分之非訟法理，例如丙類為訴訟事件，然而家事事件法第三條第三項第六款遺產裁判分割事件，就如何分割，毋寧是授權法院考量，以分割後物盡其利，對於全體繼承人公平，而由法院職權裁量而為妥適予以迅速判斷，依家事事件法三十七條規定，家事訴訟事件除非別有規定，原則上應適用家事訴訟程序，又家事事件法第七十四條規定，其他家事非訟事件除非別有規定，適用家事非訟事件，此，類事件本質為非訟性，仍需適用非訟法理，故仍應交錯適用因應該非訟性所需之非訟法理。例如遺產分割事件，因分割結果及所有權人之所有權範圍，須為更慎重及正確之裁判，故為使當事人在訴訟程序獲得更為保障之程序，將非訟事件訴訟化，而列為訴訟事件此為立法政策之考量，及法制沿革息息相關，因民事

²⁵⁸ 許士宦，同註 100，頁 458-459。

訴訟法亦於第十條第一項規定，將共有物分割事件予以訴訟化。²⁵⁹

三、第三類事件

本質上訴訟事件，但家事事件法規定為非訟事件而採非訟化審理者，即於非訟程序中交錯適用部分之訴訟法理，此類事件稱為真正訟爭事件，其與第二類非訟事件訴訟化審理相反。雖其性質上係訴訟事件，家事事件法卻將其列為非訟事件，故原則上應適用家事非訟程序，惟為因應其訴訟性質之特殊需求，在家事非訟程序須交錯適用部分之訴訟法理。依家事事件法第三十七條規定「家事訴訟事件，除別有規定外，適用家事訴訟程序之規定。」該別有規定即為家事事件法第七十四條，亦即在家事非訟程序中交錯適用部分訴訟法理。²⁶⁰

雖其性質為訴訟事件，就其訟爭性仍適用訴訟法理，然而，為滿足其簡速裁判之特性需求，須適用家事非訟程序始能達成。因家事非訟程序採行簡易主義，其裁定、抗告等，在第一審級、第二審級皆於家事法院或地方法院之家事庭，至第三審級始於最高法院，相較於訴訟程序之判決、上訴等裁判方式及審級，家事非訟程序較為迅速而經濟。家事非訟程序為迅速保護弱勢者之權利，而訂有整套配套規定，惟訴訟程序無如此規定，原則上，須經判決確定時始生效力，倘欲提前執行須宣告假執行，又其假扣押、假處分及定暫時處分等，須依聲請而不得依職權為之，並且須提供擔保，如欲執行須另行聲請，相較無法符合簡速裁判以盡快保護弱勢者權利之要求。²⁶¹

家事事件法第九十條第一項規定「暫時處分之裁定有前條所定情形之一者，法院得依聲請或依職權，在失效範圍內，命返還所受領給付或為其他適當之處置。但命給付家庭生活費用或扶養費未逾必要範圍者，不在此限。」在暫時處分失效之回復原狀事件，例如，X 聲請 Y 給付扶養費，法院於裁定前定暫時處分，命 Y

²⁵⁹ 許士宦，同註 100，頁 460。

²⁶⁰ 許士宦，同註 100，頁 461。

²⁶¹ 許士宦，同註 100，頁 462-463。

每月支付給 X 五千元，若暫時處分嗣後失效，X 之請求經法院駁回確定時，X 已受領者即須依不當得利規定返還。惟依家事事件法第九十條第一項規定，法院得依聲請或依職權裁定命給付之，則本例中得命 X 返還 Y。該類暫時處分失效之回復原狀事件屬不當得利返還事件，其性質屬訴訟事件，惟家事事件法第九十條第一項將其非訴化，而以裁定程序處理之。²⁶²

第二項 交錯適用程序之批判

交錯運用程序之設計，即交錯運用訴訟與非訟法理之適用法律過程，係家事事件法之重大變革之一，其究應以何種解釋或論證方法，頗具探究，易言之，對於家事事件法是否已明定該程序法理交錯運用，於非訟事件中得適用訴訟法理，或於訴訟事件中得適用非訟法理，容有爭議。對於交錯適用程序之法理持肯定論者，就有關交錯運用訴訟與非訟法理之論述，其試圖在家事事件法中建構特定概念內涵及體系定位；惟對此論者引發學者重大質疑，其認為有論理錯誤及矛盾之處，以下簡述其在方法論上之疑義。²⁶³

質疑論者認為，肯定論者²⁶⁴主張家事事件法第三十七條所指「其他家事訴訟事件」，包括本質上屬訴訟性的家事非訟事件，例如，宣告終止收養關係事件依家事事件法第三條第五項第十三款及第七十四條規定屬於家事非訟事件，原無疑義，惟同法第四十五條第一項規定「當事人就離婚、終止收養關係、分割遺產或其他得處分之事項得為訴訟上和解。但離婚或終止收養關係之和解，須經當事人本人表明合意，始得成立。」又依第四十六條第一項規定「當事人於言詞辯論期日就前條第一項得處分之事項，為捨棄或認諾者，除法律別有規定外，法院應本於其捨棄或認諾為該當事人敗訴之判決。但離婚或終止收養關係事件有下列各款

²⁶² 許士宦，同註 100，頁 463-464。

²⁶³ 許政賢，程序法理交錯運用的迷思與反思-最高法院一〇〇年度台抗字第九九號民事裁定，月旦裁判時報，第 29 期，頁 25-26，2014 年 10 月。

²⁶⁴ 許士宦，家事非訟之程序保障，月旦法學雜誌，210 期，頁 137-139，2012 年 11 月。

情形之一者，不在此限……。」及第四十七條第四項規定：「離婚、終止收養關係、分割遺產或其他當事人得處分之事項，有前項情形者，準用民事訴訟法第一百九十六條第二項、第一百六十八條之二第二項、第二百七十六條、第四百四十四條之一及第四百四十七條之規定。」上述規定均編列於第三編家事訴訟程序，且與「終止收養關係」並列，惟離婚(第三條乙類事件)、分割遺產(第三條丙類事件)、撤銷收養(第三條乙類事件)、撤銷終止收養(第三條乙類事件)，均屬家事訴訟事件，唯獨「終止收養關係」卻屬戊類非訟事件，如此一來，質疑論者乃提出其有體系定位誤植的質疑。²⁶⁵

又質疑論者認為，若採肯定論者見解²⁶⁶，認為終止收養關係具家事訴訟性質，屬家事事件法第三十七條所稱「其他家事訴訟事件」，得在非訟化審理之必要範圍內，一方面適用家事訴訟程序及相關家事訴訟法理，且依家事事件法第五十一條規定「家事訴訟事件，除本法別有規定者外，準用民事訴訟法之規定。」惟就此質疑論者認為，其似有「陷於訴訟法理與非訴法理二元分離適用之窠臼」之疑，蓋法律概念之建構具有工具性格，其功能在於為特定法律知識體系奠基，其概念不得任意定義，尤其是法律概念，因為法律概念承載實務運用之實踐功能，不同於詩意風格之文學藝術。²⁶⁷以家事事件法運用特定概念之方式而言，其訴訟事件主要係指該法第三條第一項至第三項所指甲類、乙類及丙類，三類事件，將之定性為訴訟事件者，其法院審級及程序特性與非訟事件不同，至同法第三十七條所指「其他家事訴訟事件」，應係除家事事件法明文列舉甲類、乙類及丙類事件以外，其他應由少年或家事法院處理之家事訴訟事件而言，準此，終止收養關係事件依家事事件法第三條第五項第十三款明文定性為戊類非訟事件，其屬立法定性

²⁶⁵ 許政賢，同註 263，頁 27。

²⁶⁶ 許士宦，同註 264，頁 138。

²⁶⁷ Ingeborg Puppe 著，蔡聖偉譯，法學思維小學堂-法學方法論密集班，頁 5，2010 年 1 月。

為非訟事件，惟肯定論者²⁶⁸卻又認定為其屬「其他家事訴訟事件」，即與立法定義有違。²⁶⁹

學說上主張打破「訴訟」與「非訟」之藩籬，試圖在家事事件法建構交錯運用訴訟法理與非訟法理，其具有學術性之開創價值，惟因疏於技術細節部分，致有扭曲概念或矛盾衝突情事，²⁷⁰故宜就質疑論者之主張深思考量。

第三項 離婚訴訟與酌定未成年子女親權事件之合併

夫妻於離婚訴訟中，同時對於未成年子女親權事件亦有爭議，而有一併處理之必要時，易言之，原告於離婚訴訟(家事訴訟事件)合併請求酌定未成年子女親權事件(家事非訟事件)等，即家事訴訟程序中合併審理家事非訟事件，有訴訟程序交錯適用非訟法理之情形，就離婚訴訟事件，除家事事件法總則規定外，適用家事訴訟程序(家事事件法第三十七條至第五十一條)，至於其合併請求未成年子女之親權事件採家事非訟程序，²⁷¹並採善意父母原則酌定親權，因離婚事件中親子關係可能會面臨重新調整，未成年子女的快樂童年可能在父母之親權爭奪戰中消逝，其面對父母相互攻訐的子女，被迫選邊，或選擇逃避，為降低未成年子女在父母離婚過程中受到不利影響，即採所謂善意父母原則。²⁷²

又如當事人就家事訴訟事件及家事非訟事件之裁判均聲明不服者，原則上，依家事事件法第四十四條第一項規定一併適用上訴程序，例如：離婚訴訟事件與未成年子女親權酌定事件合併裁判，當事人或利害關係人對於第一審法院之裁判不服，併向高等法院提起第二審上訴，惟當事人或利害關係人僅就家事非訟事件之第一審裁定為全部或一部聲明不服者，依家事事件法第四十四條第三項規定其適用家事非訟事件之抗告程序，即對家事非訟事件之第一審所為裁定抗告，係由

²⁶⁸ 許士宦，同註 264，頁 138。

²⁶⁹ 許政賢，同註 263，頁 27-29。

²⁷⁰ 許政賢，同註 263，頁 33。

²⁷¹ 沈冠伶，同註 216，頁 62-63。

²⁷² 鄧學仁，善意父母原則於離婚親權酌定之運用，月旦法學雜誌，第 265 期，頁 111，2017 年 6 月。

家事少年或家事法院之合議裁定(家事事件法第九十四條第一項),若又就該合議裁定不服時,僅得以其適用法規顯有錯誤,逕向最高法院提起抗告(家事事件法第九十四條第二項)。倘當事人於家事訴訟事件之第二審(高等法院),始為追加或反訴請求者,則該第二審法院就家事非訟事件所為之抗告,由最高法院裁定之(家事事件法第九十四條第三項)。²⁷³

第四項 離婚訴訟與扶養費請求事件之合併

離婚訴訟為一次性紛爭解決,傾向合併請求扶養費,而請求扶養費事件,有請求已代墊之扶養費,或請求依約定給付扶養費,或請求酌定扶養費者,茲分述如下。

一、請求已代墊之扶養費

請求已代墊之扶養費性質,係家事訴訟事件或家事非訟事件,尚有爭議,實務見解採家事非訟事件,以臺灣高等法院暨所屬法院一〇一年法律座談會民事類提案第二十四號為例,簡述如下。

該座談會討論之問題1,討論內容略以,「夫或妻之一方,以他方未對未成年子女盡扶養義務,而依不當得利規定,請求他方給付未成年子女之扶養費,應屬家事訴訟事件或家事非訟事件?」²⁷⁴

(一)該座談會決議採家事非訟事件。

其理由為,依家事事件法第九十八條規定,給付家庭生活費用及扶養費事件,均屬婚姻非訟事件。再依家事事件審理細則第九十五條第二項規定,上開法文所定之給付家庭生活費用及扶養費事件,復係包含已到期而未支付或給付之費用在內。²⁷⁵

²⁷³ 沈冠伶,同註216,頁63。

²⁷⁴ 臺灣高等法院暨所屬法院101年法律座談會民事類提案第24號。

²⁷⁵ 臺灣高等法院暨所屬法院101年法律座談會民事類提案第24號。

(二)學者評析

夫妻一方，對於他方就未成年子女之扶養義務，依民法第一百七十九條不當得利之規定，請求他方給付其應負擔已到期部分之扶養費。究應屬家事訴訟事件或家事非訟事件？因其法律關係係「不當得利」，故過去實務上，向來以一般財產法事件處理。惟於家事事件法施行後，其實際上無法自家事事件法第三條或其立法理由明確推得該事件之性質屬性，就此學說容有爭議，有學者認為，夫或妻一方向他方請求過去代墊之扶養費或離婚後未成年子女之未來扶養費，應屬家事非訟事件，縱使，其代墊之扶養費於實體法上係依不當得利規定請求返還，惟其不應分別進程序，故應將之予以非訟化處理，即不論聲請人所依據之實體法上請求權基礎，以避免因所依據實體法上權利規定之不同，而產生未能於同一程序處理之問題。²⁷⁶惟該學者卻另指出，請求婚姻關係存續中所代墊之扶養費，其本質上係訴訟事件，應歸為「其他家事訴訟事件」(家事事件法第三十七條)，就其所涉及之事實與理由，法院須依其言詞辯論終結時之訴訟資料與證據資料予以判斷，如有數額爭議、或已清償、或時效等抗辯，對於此類過去事實之認定，仍得適用爭點簡化協議、自認，亦得成立訴訟上和解，並準用民事訴訟法之相關規定。

²⁷⁷

實務上，指出請求給付未成年子女扶養費事件，於家事事件法施行後，依家事事件法第三條第五項第十二款、第一百零四條第一項第一款及家事事件審理細則第九十五條第二項規定，已列為家事非訟事件。²⁷⁸學者進一步指出，倘無扶養義務人代替負此義務之人所支付費用之返還或求償，應以不當得利或無因管理之法律關係請求，故其法律關係之爭執，所涉及法律要件之認定，仍應以訴訟程序處理為當。故家事事件法第一百零三條第一項、第二項所稱法律關係，應限於家庭生活費、贍養費或扶養費請求之法律關係。²⁷⁹

²⁷⁶ 沈冠伶，同註 192，頁 66。

²⁷⁷ 沈冠伶，同註 216，頁 62-63。

²⁷⁸ 最高法院 102 年台抗字第 315 號、102 年台抗字第 726 號民事裁定。

²⁷⁹ 姜世明，同註 177，頁 107-108。

(三)本文見解

本論文認為請求他方給付代墊扶養費，乃一方支付他方所應分擔之扶養費，他方無法律原因受有利益，致一方受有損害，符合民法第一百七十九條不當得利之要件，其本質應屬民事訴訟，然而，因涉及家事事件，故應將其定性為家事訴訟事件，而非家事非訟事件，本論文贊同學者見解。

二、請求依約定給付扶養費

請求依約定給付扶養費之性質為家事訴訟事件或家事非訟事件，尚有爭議，實務採家事非訟事件，又法院如認為兩造約定之扶養費金額過高或過低，得否依職權加以變更？以下以臺灣高等法院暨所屬法院一〇一年法律座談會民事類提案第二十四號及第二十五號為例，簡述如下。

(一)臺灣高等法院暨所屬法院一〇一年法律座談會民事類提案第二十四號

該座談會討論之問題2略以，「夫或妻之一方，以他方未對未成年子女盡扶養義務，而依不當得利規定，請求他方給付他方未依兩造協議書之約定，給付未成年子女之扶養費，而依該協議書之約定請求給付扶養費，應屬家事訴訟事件或家事非訟事件？」²⁸⁰

1. 該座談會決議採家事非訟事件。

其理由為

- (1)依家事事件法第九十八條規定，給付家庭生活費用及扶養費事件，均屬婚姻非訟事件。再依家事事件審理細則第九十五條第二項規定，上開法文所定之給付家庭生活費用及扶養費事件，復係包含已到期而未支付或給付之費用在內。
- (2)夫妻協議離婚，並以離婚協議約定夫妻之一方應給付他方有關未成年子女扶

²⁸⁰ 臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會民事類提案第 24 號。

養費，而未依約履行，他方依離婚協議書之約定，請求給付未成年子女扶養費，其本質為夫妻對於未成年子女權利義務之行使或負擔事件（民法第一千零五十五條第一項前段），非屬家事事件法第三條第五項第八款『定對於未成年子女權利義務之行使負擔事件』或第十二款『扶養事件（指除未成年子女請求父母扶養事件以外之扶養事件）』（參照該條立法理由說明），而應屬同條第六項之其他應由法院處理之家事事件。

(3)依家事事件法第一百零四條第一項第六款規定觀之，未成年子女扶養請求事件係屬親子非訟事件。」²⁸¹

2. 學者評析

請求扶養費事件，假如請求人係依兩造已合意之給付數額請求者，應屬一般債務履行事件，無待法院行使裁量權之性質，係民事訴訟事件，仍須依民事訴訟程序之法理解決（如處分權主義、辯論主義），以類推適用家事事件法第四條之方式處理。²⁸²

又以聲明之拘束性而言，請求離婚協議書中所約定之扶養費，其聲明有最高額度之拘束性，即於未來給付型扶養費家事非訟程序中，有最高額聲明之拘束性，其原則上，依家事事件法第九十九條及第一百條之規定，應認在聲明額度上，法院僅係限於聲明額度內有裁量權，及就給付方式有裁量權而已，除非經法院闡明後，聲請人擴張請求，否則不得逕為超過請求額度之裁判。²⁸³

3. 本文見解

離婚協議書中所約定之扶養費，係兩造已合意之給付數額，一方不履行義務，應屬一般債務履行事件，無待法院行使裁量權，仍應適用民事訴訟程序之

²⁸¹ 臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會民事類提案第 24 號。

²⁸² 姜世明，同註 177，頁 108。

²⁸³ 姜世明，同註 177，頁 111。

法理，例如，處分權主義、辯論主義，同理對於其最高額之聲明，法院僅限於聲明額度內有裁量權，除非經法院闡明後，聲請人擴張請求，否則不得逕為超過請求額度之裁判

(二)臺灣高等法院暨所屬法院一〇一年法律座談會民事類提案第二十五號

該座談會討論內容為，「甲夫乙妻於民國九十九年十月一日協議離婚，並以離婚協議約定兩造所生現年三歲之未成年子女A女由乙監護，甲願自九十九年十月十五日起至A女成年日止，按月於每月十五日給付乙關於未成年子女之扶養費新臺幣（下同）二萬元。詎甲自一〇〇〇年二月十五日起即未再給付扶養費，則乙於家事事件法一〇一年六月一日施行後起訴請求甲履行離婚協議書之約定，按月給付子女扶養費二萬元，問：本事件究屬訴訟事件或非訟事件？法院如認為兩造約定之扶養費金額過高或過低，得否依職權加以變更？」²⁸⁴

1. 問題 1：本事件究屬訴訟事件或非訟事件？

該座談會決議採非訟事件

其理由為，「請求給付子女扶養費係屬家事事件法第三條第六項所規定其他應由法院處理之家事事件(依該條立法理由說明，不屬於戊類第八款或第十二款之事件)，因其事件之性質涉及未成年子女之利益，故不論是以子女之名義而為請求，或係依父母之協議而為請求，亦不論當事人之協議是否約定扶養費之金額，均應認係家事非訟事件，此從家事事件法有關家事訴訟部分，並未就給付子女扶養費部分有所規定，亦足徵之。」²⁸⁵

2. 問題 2：法院如認為兩造約定之扶養費金額過高或過低，得否依職權加以變更？

該座談會決議採否定說

²⁸⁴ 臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會民事類提案第 25 號。

²⁸⁵ 臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會民事類提案第 25 號。

其理由為，「原告既係基於履行離婚協議契約之法律關係請求被告依契約約定給付金錢，兩造均應受契約約定之拘束，法院自亦不能依職權任意予以提高或減低，亦無家事事件法第九十九條規定之適用。」²⁸⁶

3. 學者評析

關於扶養費之協議履行請求之訴，可能涉及該協議是否成立、生效及內容解釋等爭議問題，其本質上係爭訟性事件，依家事事件法第三條之規定無法當推得此類事件應歸類為家事非訟事件，其可能歸類為其他家事事件，並使其納入家事事件法第三十七條之其他家事訴訟事件之類型，基本上，對於此類協議履行之訴，係基於契約約定所提之給付之訴，法院無藉助非訟程序裁量權限之必要，例如：在非訟事件訴訟化類型，如分割共有物事件之協議，當事人提起履行協議分割之訴，法院無另裁量其他分割方案之權限，同理，在請求履行扶養費協議之訴，法院豈能另行裁量決定其他更高或更低之數額？尤其此協議係夫妻間之協議，又依民法第一千一百一十六之二規定「父母對於未成年子女之扶養義務，不因結婚經撤銷或離婚而受影響。」夫妻離婚後對於未成年子女之扶養義務，立於同一順位，並按其資力負扶養義務，即夫妻因離婚而不能任親權人時，未任親權一方之扶養義務仍不能免除，若夫妻約定由一方負扶養義務時，其僅係夫妻間(父母)內部分擔之約定，該約定並不因此而免除父母對未成年子女保護、教養費用負擔之外部義務。除未成年子女另行請求扶養費之情形，可有法院介入之空間外，若係夫妻間(父母)家務支出或扶養費之分擔協議，認為其係子女扶養關係之性質，於起訴履行協議之訴中將其打回原形，在法理上似有欠周延。亦即與代墊費之請求類似，勉強將其納入家事非訟事件，有何實益？又其為何欲藉助非訟法理？難道其聲明不具拘束性？惟若將其解釋為家事訴訟事件，其適用上並無當然會造成當事人程序利益或實體利益受侵害之問題，其重點在於法理之適用及如何適用而已，因而，

²⁸⁶ 臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會民事類提案第 25 號。

該座談會之結論，對於其定性部分，在理論上有所不妥；雖有認為可以依民法第一千零五十五條第二項規定，認為夫妻離婚關於未成年子女扶養之請求，並無拘束力。惟民法該條項係以不利於未成年子女為前提，因而，原則上對於協議仍採拘束性之見解。又若引用民法第一千一百二十一條之規定「扶養之程度及方法，當事人得因情事之變更，請求變更之。」而認為上開協議無拘束性者，惟該條文係以當事人請求及情勢變更為前提，並非指法院在此事件上，可如一般非訟事件，當然取得裁量權。²⁸⁷

3. 本文見解

兩造已合意約定協議書，惟一方未依協議書之約定，給付未成年子女之扶養費部分，其性質乃屬債務不履行，本質上為民事訴訟，因涉及家事案件，應將其定性為家事訴訟事件，而非家事非訟事件，即當事人就其訴訟資料及證據資料，應採修正辯論主義，準用民事訴訟法之相關規定適用爭點簡化協議、自認，法院不得依職權裁量之，本論文贊同學者見解。

三、請求酌定扶養費

有關夫妻離婚對於未成年子女權利義務之行使或負擔，我國實務見解認為，僅夫妻離婚對於未成年子女權利義務之行使或負擔，其未為協議或協議不成者，法院始得依請求或依職權酌定；又對於給付未成年子女扶養費之金額及方法等關於未成年子女權利義務之行使或負擔事項，倘已經達成協議者，惟負給付扶養費之一方不履行協議，他方依協議請求給付時，自應尊重當事人處分權，法院除就給付之方法得命為一次給付或分期給付或有情事變更情形外，自不許任意變更夫妻間協議給付未成年子女扶養費之金額；又法院為酌定、改定或變更父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔時，均應以未成年子女之利益為依歸，以最高法

²⁸⁷ 姜世明，同註 177，頁 126-128。

院一〇二年台抗字第四五三號民事裁定為例。

該裁定略以，「惟按夫妻離婚者，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依協議由一方或雙方共同任之。未為協議或協議不成者，法院得依夫妻之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權酌定之。前項協議不利於子女者，法院得依主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權為子女之利益改定之。行使、負擔權利義務之一方未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者，他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人得為子女之利益，請求法院改定之。前三項情形，法院得依請求或依職權，為子女之利益酌定權利義務行使負擔之內容及方法，民法第一千零五十五條定有明文。依此規定，夫妻離婚，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，未為協議或協議不成者，法院始得依請求或依職權酌定；雖有協議，但協議不利於子女者，法院方得依請求或依職權改定；行使、負擔權利義務之一方未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者，法院始得依請求改定之。次按法院於『酌定、改定或變更』父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔，而命給付子女扶養費時，其『給付扶養費之方法』，固得依家事事件法第一百零七條第二項，準用同法第一百條第一項、第二項之規定，審酌一切情況，命為一次給付、分期給付或給付定期金，不受聲請人聲明之拘束。惟家事事件法第一百條第一項規定，僅就『給付扶養費之方法』究採總額給付（一次給付或分期給付）或定期金給付，設有限制或排除當事人處分權主義之規範而已，若夫妻離婚，對於包括給付未成年子女扶養費金額及方法等未成年子女權利義務之行使或負擔事項，已經達成協議，因負給付扶養費之一方不履行協議，他方依協議請求給付時，本身即具有高度訟爭性，自應尊重當事人處分權。於此情形，法院除就給付之方法得命為一次給付或分期給付或有情事變更情形（民法第二百二十七條之二規定）外，應不許任意依上開規定，變更夫妻間協議給付未成年子女扶養費之金額。又觀諸民法第一千零五十五條、一〇二年五月八日修正刪除前非訟事件法第一百二十七條及家

事事件法第一百零七條規定之立法意旨，法院為酌定、改定或變更父母對於未成年子女權利義務之行使或負擔時，均應以未成年子女之利益為依歸，如無特別情事，法院更不得任意變更較父母協議給付金額為低而有背於未成年子女之固有扶養權利之有利事項。」²⁸⁸

本論文認為，上開實務見解原則上對於協議採拘束性之見解，僅在民法第一千零五十五條第二項協議不利於未成年子女時，始依職權為未成年子女之利益改定之，深表贊同。

四、扶養費之金額認定有困難時

夫或妻一方提起離婚訴訟，一併請求家務支出、定未成年子女權利義務行使及負擔、不當得利、扶養費等請求權，其可能有不同評價，以代墊為例，實務上，認為屬一般訴訟事件，惟當金額認定有困難時，有依民事訴訟法第二百二十二條第二項類推適用；亦有由法院審酌具體情形後，自行裁量酌定，不一而足。在家事事件法施行後，關於請求代墊費，係依據不當得利，其可能面臨兩情況，其一，原告主張其有如何具體之生活費、教育費及住宿費等支出，並主張他方有支付一半之義務；其二，原告未主張具體之支出，僅抽象主張他方應對於過往之支出負不當得利返還之責任。就兩類型，若原告對於其支出有具體之明細，而婚姻存續中扶養未成年子女之支出，尤其係醫療費用與教育費用等類，法院是否仍有自行裁量之空間？即此類事件是否以家事訴訟事件理解較為妥適？另，倘未主張具體支出者，此類請求雖較類似於對過去扶養義務之確認，較有以家事非訟事件理解之空間，惟因此類回溯型代墊扶養費之請求，經常須調查其實際支出之金額，及確認相對人抗辯已支出扶養義務，其扣抵或抵銷之範圍，均須實質上審查，此類代墊扶養費(過往型)之請求，其裁判與將來型不同，在將來型之裁定以非訟裁定理解，其有助於嗣後彈性變更之可能，但對於過往型則應使其有既判力，以較符

²⁸⁸ 最高法院 102 年台抗字第 453 號民事裁定。

合其本質之需求，因而，即使此一抽象性請求類型，仍應將之歸類為家事訴訟事件為妥，如此，若原告同時請求代墊之扶養費及將來扶養之給付，前者係家事訴訟事件，而後者係家事非訟事件，二者合併裁判則以判決行之，惟各請求則分別適用家事訴訟程序法理與家事非訟法理，又前者對於夫妻在共同扶養義務分擔比例依民法第一千一百一十五條第二項之法理，法院有酌量之空間，另對於扶養費高、低，法院無論係類推民法第二百二十二條第二項或兼採非訟事件法官裁量權，該部分均有援用非訟法理之可能。²⁸⁹

以聲明之拘束性而言，請求代墊費之聲明有最高額度之拘束性，原則上，依家事事件法第九十九條及第一百條之規定，應認在聲明額度上，法院僅係限於聲明額度內有裁量權，及就給付方式有裁量權而已，除非經法院闡明後，聲請人擴張請求，否則不得逕為超過請求額度之裁判。²⁹⁰

若夫妻離婚，請求相對人應分擔對未成年子女之扶養費，惟就其確有支出扶養費之事實不能證明數額者，我國實務上，法院依調查證據之結果，審酌一切情況，得援引民事訴訟法第二百二十二條第二項規定，依其所得心證定該數額，以最高法院一〇三年度台抗字第三號民事裁定為例。

該裁定略以，「查相對人為韓國人，其依不當得利之法律關係，請求再抗告人就兩造之子程○○扶養費用應分擔部分為給付。關於不當得利部分，……我國民法第一百七十九條規定，均以無法律上原因而受利益，致他人受損害，構成不當得利，應負返還其利益之責。再抗告人為程○○之扶養義務人，就其扶養義務、扶養程度及應分擔部分，自應依我國法之規定。原法院認再抗告人對程元道有扶養義務，相對人於上開期間支出程元道之扶養費用，再抗告人應分擔二分之一，相對人得依不當得利之法律關係請求返還，理由雖有未盡，結論尚無不合。次按當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困

²⁸⁹ 姜世明，同註 177，頁 109-110。

²⁹⁰ 姜世明，同註 177，頁 111。

難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，民事訴訟法第二百二十二條第二項定有明文。此項規定於家事事件法所定家事非訟事件雖無明文或予準用，惟仍應以之為訴訟法理而予援用。相對人確有撫養程○○而支出扶養費之事實，其不能證明其數額，原法院依調查證據之結果，審酌一切情況，依所得心證定其數額，要無不合。」²⁹¹

本論文認為，當事人往往不諳法律常識，亦未有蒐集證據之習慣，致離婚訴訟一併請求他方應分擔對於未成年子女之扶養費，對於確有支出扶養費之事實，易發生難以提出證據之困境，上開實務主張法院依其調查證據之結果，審酌一切事證，依其所得之心證定該數額，本文深表贊同。

第四節 離婚訴訟可否與民事財產訴訟合併問題之探討

不同訴訟合併有一定之限制，即不同種訴訟程序之數宗訴訟，原則上，不得由同一法院合併審理與裁判，依舊法民事訴訟法第五百七十二條第三項規定「非婚姻事件之訴，以夫妻財產之分配或分割、返還財物、給付家庭生活費用或贍養費或扶養之請求，或由訴之原因、事實所生損害賠償之請求為限，得與第一項之訴合併提起，或於第一審或第二審言詞辯論終結前，為訴之追加或提起反訴；其另行起訴者，法院得以裁定移送於訴訟繫屬中之第一審或第二審法院合併裁判。」又家事事件法施行後，家事事件法第四十一條第一項規定「數家事訴訟事件，或家事訴訟事件及家事非訟事件請求之基礎事實相牽連者，得向就其中一家事訴訟事件有管轄權之少年及家事法院合併請求，不受民事訴訟法第五十三條及第二百四十八條規定之限制。」惟對於當事人以一訴狀向家事法院及非屬家事訴訟事件之財產權訴訟，家事法院得否合併審判？家事事件法未有明確規定。²⁹²

假設原告妻訴請離婚，同時主張被告夫與第三人共同侵占其夫妻關係中之財

²⁹¹ 最高法院 103 年度台抗字第 3 號民事裁定。

²⁹² 李太正，民事事件可否併入家事事件統合處理，裁判時報，第 28 期，頁 38-39，2014 年 8 月。

產，有關被告夫侵占夫妻關係中之財產部分，其可認為係家事事件法第三條第三項丙類事件第三款所定「其他因夫妻財產關係所生請求事件」，而第三人部分，原告依民法第一百八十四條第一項前段及第一百八十五條規定，主張第三人應與其夫負連帶賠償責任，此事件為民事事件，並非家事事件法第三條所定丙類家事訴訟事件，離婚訴訟得否與民事事件合併，尚有爭議，其有採肯定見解，理由為依家事事件法第五十一條規定準用民事訴訟法，依家事事件法第五十三條第一款規定「為訴訟標的之義務，為其所共同者」，為易於原告起訴，自許原告對被告夫與第三人一同起訴，該家事法院對於該第三人亦有管轄權。²⁹³惟採否定見解，理由為家事事件法所定丙類家事訴訟事件，其須與身分調整有密切關係者，且所適用之程序法理與一般財產權事件未盡相同，非家事訴訟程序有統合解決之必要，故難以將民事事件併入家事事件，由家事法院統合處理。²⁹⁴

家事事件法本身並未對家事事件明確定義，家事事件法第三條僅是規範類別與範圍，其定性之權限依家事事件法第七條規定「由司法院為之」，依司法院秘書長秘台廳少家二字第一〇一〇〇一五四一七號函「一、按家事事件法第七條第二項規定，同一地方法院家事法庭與民事庭之事務分配，由司法院定之。二、家事事件法之制定，係為協助民眾利用法院有效解決家庭紛爭，並使家事法庭法官依該法之目的、專責、專業、迅速、妥適、統合處理家庭成員間衝突所生紛爭及其他相關家事事件，以促進程序經濟，平衡保護當事人及關係人實體利益與程序利益，並兼顧未成年子女、弱勢族群之最佳利益及家庭和諧。至於不涉及家庭成員間紛爭核心問題之普通財產權事件，仍宜由民事庭處理，以達由專業家事法庭專責處理家事紛爭之立法目的。家事事件於立法過程中，立法委員及學者專家咸認為確保家事法庭專業處理家事事件之定位，避免家事法庭財產法院化，不應將債權人銀行代位行使夫妻間剩餘財產分配請求權或因配偶外遇所生對第三人請求損害賠償等財產事件，納入家事事件中，最終並達成修改現行家事事件法第四

²⁹³ 臺灣高等法院高雄分院 102 年度家抗字第 8 號判決。

²⁹⁴ 最高法院 102 年度台抗字第 802 號裁定。

十一條第一項之共識，使家事庭與民事庭法官各依專業各司其責，分別發揮調整家庭關係、解決私權紛爭之功能。三、家事事件之類型繁多，難以一一列舉，舉凡民法親屬編、繼承編或其特別法所規定而性質上屬家事事件者，自應由受理之法官依家事事件法審理之，家事事件法第三條第六項特別定有明文，至於非親屬編、繼承編或其特別法所規定之事件，例如親屬間之借款等糾紛，或依民法第二百四十二條代位行使債務人之權利，或依強制執行法第十四條或第十五條所提起之異議之訴，性質上主要為普通財產紛爭等事件，多無以家事程序法理審理此類事件之必要，亦無選任程序監理人、命家事調查官為調查之必要，更無法院職權調查或依裁量而為裁定之空間，應認非屬家事事件。是關於同一地方法院民事庭與家事庭事務分配，請依附件所示家事事件法及家事事件審理細則相關規定及前開意旨辦理，以期有效發揮家事法庭應有之功能。」²⁹⁵

在家事事件審理階段，得否追加合併請求民事事件，自擴大統合處理機制、保障當事人程序利益觀之，固可資贊同，惟家事事件法立法後，家事事件業已與民事事件各據一方，目前我國區分有：民事、刑事、家事、行政、智財等不同事務管轄，其與司法一元化之國家，法官統籌審理各類案件不同，因此，以刑事案件附帶民事訴訟為例，其通常移由民事庭審理，鮮少自為裁判，此乃涉及法官專業與國家司法資源分配，尚難統合處理解決之。再依家事事件法第一條規定「為妥適、迅速、統合處理家事事件」，家事事件法第二十六條第三項及第四項規定「(第三項)合併調解之民事事件，如已繫屬於法院者，原民事程序停止進行。調解成立時，程序終結；調解不成立時，程序繼續進行。(第四項)合併調解之民事事件，如原未繫屬於法院者，調解不成立時，依當事人之意願，移付民事裁判程序或其他程序；其不願移付者，程序終結。」家事事件法第四十一條規定合併審理僅限於「數家事訴訟事件，或家事訴訟事件及家事非訟事件」，民事事件得合併於家事事件，應僅限於「調解」程序。故從法條之體系上解釋觀之，尚難認

²⁹⁵ 司法院秘書長秘台廳少家二字第 1010015417 號函。

為得將繫屬於民事庭之民事事件移送至家事法庭合併審理。²⁹⁶

原則上，民事事件不得併入家事事件合併審理，惟就家事事件法之相關規定，尚有部分民事事件被准許併入家事事件，其一，因家事事件法第四條定性不明事件，經合意由家事法院審理者。其二，依家事事件法特別列入者，如配偶一方打傷他方，他方依民法第一百八十四條規定請求侵權行為損害賠償，其雖為民事事件，惟該侵權行為構成不堪同居之虐待，係離婚之原因者，依家事事件法第三條丙類第二款因離婚之損害賠償事件，其立法理由亦明定包括離婚原因所生之損害賠償。其三，因實體法規定者，例如：民法第一千零三十條之三第二項規定剩餘財產分配對第三人請求之情形。其四，透過解釋，將疑為民事事件定性為家事事件，以避免有得否合併審理民事事件之爭議，例如：實務上²⁹⁷戶籍登記甲、乙為被繼承人之子，被繼承人死後，其所有土地登記為甲、乙二人共同共有，惟嗣後甲發現乙為非婚生子，而提起確認親子關係不存在及繼承權不存在之訴，並合併請求塗銷地政機關之登記，法院裁定認為，該請求塗銷地政機關之登記，屬家事事件法第三條丙類之家事訴訟事件。²⁹⁸

如前所述，被定性為民事事件者，除少數情事外，將難以併入家事事件，由家事法院統合一併審理，惟依家事事件審理細則第四條規定，似認為對於非屬家事事件之民事事件，可透過當事人合意，將其合併由家事法院審理。該細則未注意了母法，家事事件法第四條之當事人合意，限於「消極之爭未決」為前提，即家事事件法第四條須有民事法院與家事法院，有管轄權衝突之前提時，而家事事件審理細則第四條之文義，並不以管轄權衝突為要件，當事人即可合意由家事法院受理，其未就整體觀察與體系解釋納入思考，將紛擾民事事件可否併入家事事件合併審理。²⁹⁹

²⁹⁶ 李太正，同註 292，頁 43。

²⁹⁷ 臺灣新竹地方法院 101 年度家訴字第 51 號家事裁定。

²⁹⁸ 李太正，同註 292，頁 44-45。

²⁹⁹ 李太正，同註 292，頁 45-46。

第五節 本文見解

離婚之影響，往往不僅於雙方當事人，尚牽涉未成年子女等關係人之權益，又離婚訴訟，除離婚時對於剩餘財產之分配，及離婚後對於未成年子女之扶養費給付等，以及雙方當事人各自情感關係、經濟狀況、未成年子女不斷成長等變化下，若未妥善合併審理，可能雙方會再次對於「離婚後家庭」延續紛爭，為貫徹紛爭一次解決，依家事事件法第四十一條統合處理離婚訴訟與剩餘財產分配請求權、因離婚而生損害賠償請求權、請求未成年子女扶養費、酌定未成年子女親權事件等，致節省法院與當事人勞費，並避免裁判矛盾，且達紛爭一次性解決。惟有關因離婚所生之損害賠償事件，依我國實務見解以臺灣高等法院一〇七年抗字第九七五號民事裁定為例，其主張離婚損害賠償事件之管轄法院，家事事件法並未規定，非訟事件法亦無得準用之條文，依家事事件法第五條，應準用民事訴訟法關於因侵權行為涉訟之管轄規定，即由行為地之法院管轄，如此可能離婚訴訟與離婚之損害賠償事件分由不同管轄法院審理，致無從合併審理，然而，有關「離婚損害」乃因離婚而生之損害賠償，其與離婚訴訟，該兩項訴訟標的之基礎事實互相牽連，有密切之主、從關係，本文認為法院應為合併審理，若分別審理將有裁判矛盾之危險。

又父母對未成年子女之扶養義務不因離婚而免除，為訴訟經濟、避免裁判矛盾則離婚訴訟合併審理未成年子女之扶養費，惟扶養費究為家事訴訟事件或家事非訟事件？依我國實務見解以臺灣高等法院暨所屬法院一〇一年法律座談會民事類提案第二十四號見解為例，認為請求「他方給付應分擔之已到期部分扶養費」及「以他方未依兩造協議書之約定，給付未成年子女之扶養費」，皆應屬家事非訟事件，惟本文認為請求「他方給付應分擔之已到期部分扶養費」之部分，乃一方支付他方所應分擔之扶養費，他方無法律原因受有利益，致一方受有損害，符合民法第一百七十九條不當得利之要件，其本質上為民事訴訟，惟涉及家事案件，故應將其定性為家事訴訟事件，而非家事非訟事件；另「以他方未依兩造協議書

之約定，給付未成年子女之扶養費」部分，其性質乃債務不履行，本質上為民事訴訟，因涉及家事案件，故亦應將其定性為家事訴訟事件，而非家事非訟事件，即當事人就其訴訟資料及證據資料，應採修正辯論主義，準用民事訴訟法之相關規定適用爭點簡化協議、自認，法院不得依職權裁量之。

另負舉證責任之當事人，往往不諳法律常識，亦未有蒐集證據之習慣，致離婚訴訟一併請求他方應分擔對於未成年子女之扶養費，雖確有支出扶養費之事實，惟不能提出相關收據以證明其數額，我國實務以最高法院一〇三年度台抗字第三號民事裁定為例，主張法院依其調查證據之結果，審酌一切事證，依其所得之心證定該數額，本文深表贊同。又關於離婚訴訟合併審理侵害配偶權，若涉有不法取證部分，法院是否應以不法取證欠缺證據能力而排除？以臺灣新北地方法院民事判決一〇七年度婚字第六五一號為例，其主張民、刑事訴訟程序應予分別看待，民事訴訟程序對立之當事人立於公平之地位，並不會因司法權強大作用而可能造成弊端，其證據能力之審查密度係採較寬鬆態度，若未涉有重大不法情事，不以該不法取證欠缺證據能力為由而排除，本文亦表贊同。

第六章 結論

隨著經濟社會的演變，家庭價值觀之改變，女性學歷普遍提高，經濟獨立能力提高，過去「男主外、女主內」之傳統家庭分工觀念減弱，女性不再受傳統家庭觀念所束縛，時至今日，女性透過社經能力之提高，進一步追求自我解放，倘婚姻破裂無法挽回，女性往往不再為家庭而忍氣吞聲，離婚不再是一觸不可及的選項，甚至還會勇於爭取未成年子女之親權等。

又世界人權宣言強調男女平權，婚姻自由等思潮，各國離婚法制將請求離婚之法定原因，傾向由「有責主義」改採為「破綻主義」，「破綻主義」又有「積極破綻主義」、「消極破綻主義」及「折衷破綻主義」，我國離婚法制究採「有責主義」或「破綻主義」？以民法第一千零五十二條第一項列舉十項離婚原因觀察多為有責原因，而於一九八五年增修之民法第一千零五十二條第二項規定「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚，但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」乃採「破綻主義」，又因該條項但書規定唯一有責之配偶，不得請求離婚，即我國係採「消極破綻主義」，故我國裁判離婚乃採「有責主義」兼採「消極破綻主義」。

我國增修民法第一千零五十二條第二項後，裁判離婚不再受限於法定離婚原因，若夫妻間誠摯相愛之共同生活基礎已生動搖，即婚姻已生破綻，縱未有法定離婚原因，亦得依第一千零五十二條第二項請求離婚。惟我國民法第一千零五十二條第二項但書規定唯一有責之配偶，不得請求離婚，即係採「消極破綻主義」，明定唯一有責之配偶為，不得請求離婚。然而，倘夫妻雙方對於婚姻破綻之發生皆有責任者，夫或妻得否請求離婚？我國實務上有不同見解，如「責任較重之一方不得向責任較輕之他方請求離婚」、「夫妻間過失程度相當雙方皆不得請求離婚」、「夫妻就婚姻破綻之發生均有責且程度相同均得請求離婚」，近年來實務上傾向主張「責任較重之一方不得向責任較輕之他方請求離婚」，該見解解釋為不僅唯一有責之配偶不得請求離婚，甚至擴大為，權衡雙方有責之程度，責任較

重之有責一方亦不得請求離婚，顯已逾越文義解釋，又離婚制度之目的，除維護婚姻制度之安定性外，亦保護請求離婚之當事人間不再被空殼化之婚姻關係所綑綁，當夫妻之婚姻關係已破裂至無可恢復時，應考慮雙方有機會得透過法院，以公正地解消該空殼化之婚姻關係，以避免其中一方利用離婚制度，心存報復的綑綁對方，使雙方在婚姻已嚴重破綻時，當事人得請求離婚以免除或減輕雙方當事人因破裂婚姻關係而生之苦楚，故民法第一千零五十二條第二項但書規定，不宜擴大解釋，我國實務見解有變更之必要。

又我國離婚法制增列民法第一〇五二條第二項抽象離婚原因規定，採離婚破綻主義，並對於民法第一〇五二條第一項列舉之十項離婚原因，全部保留，則我國離婚法制採有責主義，兼採破綻主義，使我國裁判離婚之原因，同時存在絕對離婚原因與相對離婚原因，致使我國裁判離婚制度顯為不和諧，且雖離婚原因高達十一項，卻有部分離婚原因適用機會卻不大，而且該條第一項第一款「重婚」，在我國已明定重婚為婚姻無效，致該離婚原因已無實益，並且許多離婚原因似乎皆可適用第二項解決之，故似乎無須再明定第一項具體離婚原因。

另，我國民法第一〇五二條第二項採婚姻破綻主義，致法官須先認定婚姻是否已生破綻，準此，法官必須深入瞭解當事人婚姻之細節，始能全盤判斷當事人之婚姻狀況是否達到婚姻破綻，其不僅增加法官之負擔，亦侵害當事人之隱私，因此，許多外國立法例，以別居一定期間以上作為婚姻破裂之證明，惟我國於九十六年五月四日修法時，依行政院版之修正草案認為夫妻不繼續共同生活達一定期間以上，又不願復合時，若任其持續，顯有違婚姻共同生活之目的，故得以結束該段有名無實的婚姻關係，其雖有沈委員智慧提案，但，遭受許多婦女團體質疑，在黨團協商後沒有通過，以致我國離婚法制無法與國際接軌，誠屬遺憾。

我國實務上離婚訴訟之訴訟標的，採舊訴訟標的理論，其認為裁判離婚之訴訟標的為形成權，其發生之離婚原因事實不同，為不同之形成權，民法第一千零五十二條第一項各款及第二項所列各離婚原因，各為不同之形成權，為不同之訴

訟標的，又各離婚原因並無先後順序之別，僅須其中一項符合離婚要件，即應准予離婚，就其餘離婚原因，即無再審酌之必要。即實務上就離婚訴訟逕採為請求權競合之選擇合併，當其中一項符合離婚要件，即應准予離婚，不再審酌其他離婚原因。惟各離婚原因所涉及的事證蒐集難易不同，例如，原告請求離婚，其離婚原因有民法第一千零五十二條第一項第二款、第五款及第二項等，各離婚原因之構成要件不同，法院應向原告行使闡明，由原告考量各離婚原因之舉證能力，即由原告考量其程序利益與實體利益後，由其決定究以民法第一千零五十二條第一項第二款或第五款或第二項之離婚原因為優先之裁判條件，而非由法院恣意決定之。

依外國立法例，離婚法制傾向採破綻主義，我國離婚法制亦增列民法第一千零五十二條第二項抽象離婚原因，採離婚破綻主義，故有關訴訟標的，宜擴大以當事人之生活事實為基礎，就其共同生活全盤狀況觀察，判斷其共同生活之基礎是否已生動搖，是否已達婚姻破綻，而宜採新訴訟標的理論。惟新訴訟標的理論主要又有一分枝說及二分枝說，其以紛爭為單位特定訴訟標的，因二分枝說之特定訴訟標的係訴之聲明及原因事實關係，故二分枝說不會有一分枝說既判力客觀範圍過度擴大之危險，且民法第一千零五十二條第一項各款及第二項規定皆為解消婚姻關係之原因事由，在對生活事實做廣義解釋下，有利於紛爭一次解決，故採二分枝說以擴大訴訟標的之範圍，就雙方共同生活全盤狀況觀察，判斷其共同生活之基礎是否已生動搖，是否已達婚姻破綻，故本論文建議，有關訴訟標的，宜以當事人之生活事實為基礎，全盤狀況觀察，判斷其共同生活之基礎是否達婚姻破綻，宜採二分枝說，惟二分枝說較舊訴訟標的理論會擴大訴訟標的之範圍，亦會造成既判力客觀範圍較舊訴訟標的理論擴大，為保障當事人之訴訟權，應配合明確規定，依家事事件法第五十一條準用民事訴訟法第一百九十九條第二項強化法院行使闡明義務，以保障當事人之實體利益及程序利益。

又有關離婚訴訟之裁判基礎事實與證據提出原則，於二〇一二年新制定家事事件法第十條立法理由指出「離婚……或其他得處分之事項，因當事人本有處分權限，自得準用民事訴訟法第二編第一章第二節有關爭點簡化協議、第三節有關事實證據之規定，即採行協同主義」，其主張採協同主義，就此有學者認為離婚訴訟採協同主義。惟依家事事件法第十條第二項前段規定，離婚及其他當事人得處分之事項，準用民事訴訟法事實證據、爭點簡化協議等規定，又基於當事人事實提出之主導權及當事人之自己責任原則，故本文認為離婚訴訟原則上仍應採修正辯論主義。

另離婚訴訟之事實證據，有「有利於婚姻維持之事實」與「不利於婚姻維持之事實」，依舊法民事訴訟法第五百七十五條第一項規定「法院因維持婚姻……得斟酌當事人所未提出之事實。」即舊法民事訴訟法採片面的職權探知主義，法院限於維持婚姻，始得依職權斟酌當事人未提出之事實。惟二〇一二年新制定家事事件法第十條之規定，完全未慮及離婚訴訟事實提出之特性，對於當事人未主張之事實，不分其是否有利於婚姻維持，只要經法院給予當事人或關係人陳述意見或辯論之機會後，法院即得依職權調查證據，並斟酌之，原則上，採全面限制的辯論主義。然而，離婚訴訟之離婚原因事實，多涉及個人隱私，當事人對於不堪之隱私未必都想攤開在法庭上，又基於當事人事實提出之主導權與當事人之自己責任原則，當事人有行使事實提出之決定權，當事人得選擇是否為判決之基礎，法院應予尊重。爰此，對於家事事件法第十條有關離婚訴訟，建議未來宜修正，自始即區分為「有利於婚姻維持」與「不利於婚姻維持」兩種不同之事實，如涉及維持婚姻之事實，縱當事人未主張，法院亦得依職權斟酌，但斟酌前應先闡明告知當事人及關係人，使其有表達意見之機會；反之，如為不利於婚姻維持之事實，當事人未主張，法院則不得職權斟酌，建議採用片面職權探知主義。

且因婚姻關係乃社會關係之重要基礎，涉及高度之人倫秩序，父母對於未成年子女之扶養義務並不因離婚而免除，夫妻在婚姻存續關係下之財產狀況亦因離

婚而有所變動，除離婚時對於剩餘財產之分配，及離婚後對於未成年子女之扶養費給付、扶養方式、會面交往方式等，以及雙方當事人各自情感關係、經濟狀況、未成年子女不斷成長等變化下，若未妥善合併審理，可能雙方會再次對於「離婚後家庭」延續紛爭，為貫徹紛爭一次解決，現行家事事件法基於「妥適、迅速、統合處理家事事件」之理想，放寬合併之條件，惟合併後究應如何進行程序，未周延考量，以致引發學者諸多討論及實務操作上之爭議，故家事事件法在未來乃有改進或修正之空間，建議須特別考量有無危害未成年子女利益之情事，並且如數家事事件間完全無牽連性，不應合併審理，以保護相關程序參與者之利益及使個別身分關係得以迅速確定。



參考文獻(依姓氏筆劃排列)

一、書籍

1. 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，2003年。
2. 石志泉(楊建華增訂)，民事訴訟法釋義，1982年。
3. 史尚寬，親屬法論，1974年9月。
4. 吳明軒，民事訴訟法(下)，2009年。
5. 林秀雄，親屬法講義，2011年。
6. 姚瑞光，民事訴訟法論，2004年。
7. 姜世明，家事事件法論，2016年8月。
8. 姜世明，家事事件法法理與實踐之虛與實，2016年10月。
9. 許士宦，家事事件法論，2019年1月。
10. 許士宦，家事事件法(口述講義-民事及家事程序法第二卷)，2020年2月。
11. 陳棋炎，民法親屬，三民，1964年11月。
12. 陳棋炎，親屬繼承法基本問題，1976年。
13. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，修訂4版，2004年9月。
14. 楊建華，問題研析民事訴訟法(二)，1987年。
15. 楊建華，問題研討民事訴訟法(三)，1992年4月。
16. 劉明生，民事程序法爭議問題研究，2020年2月。
17. 劉明生，民事訴訟法實例研習，2017年9月。
18. 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，2007年9月。

二、專書論文

1. 吳從周，辯論主義第一命題之界限及法官私知之可利用性，載：姜世明等，修正辯論主義與協同主義之時代論爭(民事程序法焦點論壇第一卷)，頁

- 59-102，2017年5月。
2. 呂麗慧，論破綻主義離婚法之轉折與突破-兼評最高法院 98 年度台上字第 1233 號判決，載：徐慧怡等，離婚專題研究，頁 169-192，2016 年 7 月。
 3. 林秀雄，判決離婚，載：徐慧怡等，離婚專題研究，頁 127-148，2016 年 7 月。
 4. 林秀雄，有責配偶之離婚請求，載：徐慧怡等，離婚專題研究，頁 149-167，2016 年 7 月。
 5. 姜世明，當事人程序或法官的程序？-對於修正辯論主義、協同主義論爭之若干提示，載：姜世明等，修正辯論主義與協同主義之時代論爭(民事程序法焦點論壇第一卷)，頁 1-58，2017 年 5 月。
 6. 姜世明，訴訟標的理論及重複起訴禁止中理論與實務爭議之問題提示，載：姜世明等，訴訟標的及重複起訴禁止理論之再省思(民事程序法焦點論壇第三卷)，頁 1-58，2018 年 6 月。
 7. 徐慧怡，離婚制度與社會變遷，載：徐慧怡等，離婚專題研究，頁 1-30，2016 年 7 月。
 8. 許政賢，人事訴訟的典範變遷？！，載：吳瑾瑜，兩岸民事法理論與實務發展現況，頁 229-255，2014 年 5 月。
 9. 許士官，離婚請求之訴訟標的選定及其裁判基礎之事實證據蒐集，載：民事及家事程序之新建構，頁 153-195，2015 年 10 月。
 10. 陳棋炎，關於修改民法親屬、繼承兩編之管見，載：親屬、繼承法基本問題，頁 581-652，1978 年 3 月。
 11. 劉明生，協同主義之歧義性及其在德、奧二國發展趨向歧異原因之探討，載：姜世明等，修正辯論主義與協同主義之時代論爭(民事程序法焦點論壇第一卷)，頁 103-152，2017 年 5 月。
 12. 劉明生，家事事件之合併與分離-以其要件、審理與救濟程序為中心，載：

- 吳瑾瑜，兩岸民事法理論與實務發展現況，頁 371-411，2014 年 5 月。
13. 劉明生，對核心點理論之批判，載：姜世明等，訴訟標的及重複起訴禁止理論之再省思(民事程序法焦點論壇第三卷)，頁 203-275，2018 年 6 月。
 14. 劉昭辰，離婚的訴訟上和解及調解，載：徐慧怡等，離婚專題研究，頁 245-272，2016 年 7 月。
 15. 劉宏恩，台灣離婚調解制度的演變-兼論家事事件法關於調解程序的若干疑問，載：徐慧怡等，離婚專題研究，頁 31-50，2016 年 7 月。
 16. 駱永家，離婚訴訟之訴訟標的與失權效-最高法院 59 年台上字第 3920 號判決(刊載於司法院公報 13 卷 8 期)評釋，載：駱永家，民事法研究 I，頁 137-149，1999 年 3 月。
 17. 簡良育，離婚法制沿革及國際發展趨勢之研究，載：徐慧怡等，離婚專題研究，頁 51-91，2016 年 7 月。

三、期刊文章

1. 王富仙，有責配偶離婚請求-兼評最高法院九十五年度第五次民事庭會議決議，判解研究彙編，第 14 期，頁 165-190，2007 年 7 月。
2. 沈冠伶，離婚訴訟中認諾及自認之效力，月旦法學雜誌，87 期，頁 16-17，2002 年 8 月。
3. 沈冠伶，家事事件之類型及統合之處理(一)，月旦法學教室，第 118 期，頁 56-82，2012 年 8 月。
4. 沈冠伶，家事事件之類型及統合之處理(二)，月旦法學教室，第 119 期，頁 54-75，2012 年 9 月。
5. 沈冠伶，離婚訴訟中得否列夫妻以外之第三人作為共同當事人？，月旦法學教室，第 111 期，頁 27-29，2012 年 1 月。
6. 沈冠伶，新世紀民事程序法制之程序正義：以民事訴訟及家事程序為中心，

- 臺大法學論叢，第 41 卷特刊，頁 1117-1173，2012 年 11 月。
7. 李太正，民事事件可否併入家事事件統合處理，裁判時報，第 28 期，頁 37-46，2014 年 8 月。
 8. 吳明軒，家事訴訟事件請求之合併，月旦法學教室，第 133 期，頁 21-23，2013 年 11 月。
 9. 吳明軒，離婚事件與因判決離婚而生損害賠償事件之合併，月旦法學教室，第 182 期，頁 16-18，2017 年 12 月。
 10. 林秀雄，有責主義、破綻主義與有責配偶之離婚請求，法學叢刊，第 123 期，頁 79-92，1986 年 7 月。
 11. 林秀雄，離婚訴訟中剩餘財產分配與損害賠償之合併請求-最高法院 87 年台上字第 25 號判決評釋，輔仁法學，21 期，頁 105-125，2001 年 6 月。
 12. 林雪玉，離婚法制之比較研究-兼論我國民法親屬之修正，中興法學，第 43 期，頁 349-412，1997 年 12 月。
 13. 陳重陽，婚姻無效與不成立衍生之剩餘財產分配請求權-評高等法院 104 年度重家上字第 8 號民事判決，月旦裁判時報，54 期，頁 27-34，2016 年 12 月。
 14. 陳愛武，論家事事件之程序合併，月旦民商雜誌，第 60 期，頁 19-33，2018 年 6 月。
 15. 姜世明，離婚之本訴及反訴與權利保護必要-評最高法院 95 年臺上字第 1026 號民事判決，台灣本土法學雜誌，105 期，頁 91-100，2008 年 4 月。
 16. 許政賢，程序法理交錯運用的迷思與反思-最高法院一〇〇年度台抗字第九九號民事裁定，月旦裁判時報，第 29 期，頁 23-33，2014 年 10 月。
 17. 許士宦，家事非訟之程序保障，月旦法學雜誌，210 期，頁 134-141，2012 年 11 月。

18. 許士宦，離婚請求之訴訟標的選定及其裁判上基礎之事實證據蒐集(下)，月旦法學教室，第 138 期，頁 36-48，2014 年 4 月。
19. 許士宦，家事審判之事證蒐集原則(下)，月旦法學教室，第 134 期，頁 39-52，2013 年 12 月。
20. 許士宦，專題講座/家事事件專題研究系列之二-家事非訟之程序保障(摘要)，月旦法學雜誌，第 210 期，頁 134-141，2012 年 11 月。
21. 許樹林，夫妻離婚重大事由均有過失得否請求離婚，法官協會雜誌，第 4 卷第 2 期，頁 45-59，2002 年 12 月。
22. 劉明生，法院職務上已知事實與事實提出之程序基本原則-以民事訴訟法之財產訴訟事件與家事事件法第十條第二項之事件為中心，月旦法學雜誌，第 239 期，頁 156-180，2015 年 4 月。
23. 劉明生，家事訴訟事件與家事非訟事件之區分-從家事事件程序基本原則之觀點考察，月旦法學雜誌，第 227 期，頁 176-197，2014 年 4 月。
24. 劉明生，家事事件之合併、追加與移送，月旦法學教室，第 143 期，頁 21-23，2014 年 9 月。
25. 劉明生，法院職務上已知事實與事實提出之程序基本原則-以民事訴訟法之財產訴訟事件與家事事件法第十條第二項之事件為中心，月旦法學雜誌，第 239 期，頁 156-207，2015 年 4 月。
26. 鄧學仁，善意父母原則於離婚親權酌定之運用，月旦法學雜誌，第 265 期，頁 110~119，2017 年 6 月。
27. 魏大曉，家事訴訟與非訟之集中交錯-以對審權與裁量權為中心，月旦法學雜誌，第 94 期，頁 84-104，2003 年 3 月。

四、其他

1. 內政部統計處 109 年 7 月 11 日內政統計通報，109 年第 28 週。
2. 司法院編，「民事訴訟法、民事訴訟法施行法部分修正條文對照表暨總說明」，2003 年。