

從婚姻法私法化 論美國夫妻分居契約之有效性檢視

呂麗慧*

要目

- | | |
|----------------------------|---------------------------|
| 壹、前言——婚姻法私法化之命題 | 二、實質公平審查標準 |
| 貳、分居契約有效性之影響因素與核心關鍵 | (一)公平標準 |
| 一、三大影響因素與歷史發展之對應 | (二)非不合理 |
| 二、分居契約之特殊性 | 三、有效性檢視之現況與公平審查之落實 |
| 參、公平審查標準之適用與困境 | (一)橡皮圖章的形式審查現況 |
| 一、程序公平審查標準 | (二)公平審查的具體落實方案 |
| (一)適用財產契約審查標準：
詐欺與脅迫之情事 | 肆、美國法與我國法之比評 |
| (二)適用身分契約審查標準：
信任關係原則 | 一、美國法鼓勵分居契約與公平
審查標準之制衡 |
| | 二、我國法之比較與展望 |
| | 伍、結 論 |

DOI: 10.3966/102398202021030164001

* 高雄大學法律學系副教授，美國印第安納大學布魯明頓校區莫勒法學院法學博士。筆者感謝兩位審稿委員寶貴的意見，使本文更臻完善，筆者受益良多，在此一併致謝。

投稿日期：一〇九年八月六日；接受刊登日期：一〇九年十二月十一日

責任校對：林嘉瑛

摘 要

美國法展現「婚姻法私法化」的特色，承認分居契約之有效性，准許夫妻自行規範分居後的權利義務，然因分居契約具身分法之特殊性，美國法對其有效性有特殊的審查檢視，在分居契約不具公平性時，使其較財產契約更易無效。惟就實作以觀，分居契約若僅以程序公平審查標準檢視，不論借助財產契約詐欺與脅迫情事，或傳統身分法「信任關係原則」審查，皆有不足之處，以實質公平審查標準檢視時，基於對契約自由的偏好，多傾向於橡皮圖章式的寬鬆審查，亦使分居契約實質公平理念無法真正落實。本文先從美國分居契約有效性的論理與歷史脈絡探觀，進而切入有效性檢視最核心的程序與實質公平審查標準，逐一論析其適用現況及困境，藉此反思我國法可能面臨的問題，並提出比評，期為參考與借鏡。

關鍵詞：婚姻法私法化、身分法、分居契約、契約自由、公平性、有效性檢視、公平審查標準、揭露義務、信任關係原則

壹、前言——婚姻法私法化之命題

身分法係民法之一部，傳統上雖借用財產法之權利義務概念，但不同於具有對立妥協及目的性的財產法，身分法在本質上，具有事實先行性、¹人倫與公益的性質，其權利義務為一種身分狀態權，只要經法律承認之法定身分關係，其權利義務基本上由法律規定，²亦即，不同於財產法著重契約自由，由當事人自行決定法律效果，身分法效係由法律加以規制，而非依當事人之意思自己決定。然而，早在一八六一年，英國法學家亨利梅因（Henry Maine），在其知名的法學論著《古代法律》（Ancient Law）一書中即提出，社會發展的趨勢，將「從身分到契約」（From Status to Contract），³蓋隨時代變遷、個人自主與人格獨立之需求，經濟生活個人化的社會走向，身分法朝向契約化的趨勢確實可見，惟此潮流並非直線發展，因為國家並未全然脫離掌控身分法的傳統角色，致使身分法在身分狀態權與契約自由間往返波動，美國婚姻法之發展歷程，適可見證此軌跡。

美國傳統婚姻法的契約概念相當薄弱，雖然婚姻也是民事契約，但此種契約僅有「當事人的同意」的要素，一旦進入婚姻，就由法律規範其權利義務，當事人必須遵照之，無法自行改變，⁴故傳統美國婚姻法是身分而非契約的概念。國家對婚姻作此種管控，係因婚姻是大眾深切認知，維繫家庭與社會基石的重要機構，如無

¹ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁4，2014年8月，修訂版。

² 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，頁8，2020年9月，15版。

³ HENRY MAINE, ANCIENT LAW 170 (1861). DOUGLAS E. ABRAMS, NAOMI R. CAHN, CATHERINE J. ROSS & DAVID D. MEYER, CONTEMPORARY FAMILY LAW 837 (2012).

⁴ 1888年美國最高法院認為，婚姻是一種必須全盤接受（Take-It-or-Leave-It）的命題。Maynard v. Hill, 125 U.S. 190, 210-11 (1888).

法維持健全的婚姻制度，人類將無法獲得文明與進步；⁵此外，從保護弱勢的角度，對於無獨立經濟能力的配偶（傳統為妻），或未成年子女，如任其自行訂定契約，因處於弱勢的地位，可能訂出侵害利益的不公平契約，進而製造更多的社會問題。⁶準此，維護制式婚姻的崇高理念，符合當時的公共政策，由國家管控婚姻，當事人不得自行約定與制式婚姻法規定相違的契約，也因此成為基本共識，故凡促使離婚的約定，如本文所探討之分居契約，即會因違反公共政策而無效。⁷

然而，一九六〇年代至一九七〇年代，美國因婚姻家庭隱私權的擴大保障，無責離婚法（No-Fault Divorce）的降臨，以及離婚率普遍的高度成長，上述傳統觀點受到嚴厲的挑戰，⁸一九七〇年代到一九八〇年代，國家管控婚姻與反對離婚的概念逐漸鬆綁，傳統婚姻中共享利他的觀念，漸被個人主義市場競爭的契約自由觀念取代，⁹國家開始承認，分居契約此等類同婚姻解消契約之有效性，進而開啟美國「婚姻法私法化」的序幕。所謂「婚姻法私法化」，意指進入婚姻關係後，不再僅能遵從制式的法律規定，而是如一般人對私法的理解——當事人得本於自己的意思為契約而不受國家的干涉，其主要的論點，係基於婚姻當事人更甚於國家，最能瞭解自身的利益（Parties Have the Best Knowledge of Their Own Interests），故應給予個人相當程度的自由，使最瞭解自己所需的當事人，自行

⁵ *Id.*

⁶ Brian H. Bix, *Private Ordering and Family Law*, 23 J. AM. ACAD. MATRIM. LAW. 249, 260 (2010).

⁷ JOANNA L. GROSSMAN & LAWRENCE M. FRIEDMAN, *INSIDE THE CASTLE: LAW AND THE FAMILY IN 20TH CENTURY AMERICA* 212 (2011).

⁸ ABRAMS, CAHN, ROSS & MEYER, *supra* note 3, at 838-39.

⁹ *Id.* at 839.

決定私人事務的機會，此種尊重自治（*Respecting Autonomy*）的表現，明確表達出要過好的生活，不僅要做對的事，更要能不被強迫「選擇」做對的事，才能彰顯所謂自治（*Self-Government*）的意義；再者，依法律經濟學派（*The Law and the Economic*）的觀點，「婚姻法私法化」之結果，讓最瞭解自己利益的人處理自己的私事，最具有效率（*Efficiency*）；¹⁰此外，由夫妻自行釐清或規劃權利義務，亦能減少未來可能爭訟的機會與勞費。¹¹

當美國婚姻法進入私法化後，契約自由的議題，已不再專屬於財產法領域。誠然，婚姻中契約自由的概念，源於財產法中個體經濟獨立的精神而來，惟因時代演進之社會需求，法律可對財產契約之自由加以限制，以符合公平性，¹²身分契約既借重財產契約之概念而來，對身分契約自由作限制，似亦應類比之，然其問題點在於，身分契約與一般財產契約並不盡然相同，國家究應對兩者等同視之，或因考量身分契約之特殊性，給予特殊之審查機制及標準限制其契約自由，以衡平身分契約之公平性需求？¹³

以本文主題分居契約為例，當事人必為夫妻關係，具有特殊的屬人性，與一般財產契約的當事人，非必為夫妻關係有所不同，此外，國家對不公平的分居契約，後續可能造成扶養與未成年子女的

¹⁰ Bix, *supra* note 6, at 251-53. 例如，國家不能管控強制是否要結婚或跟誰結婚，是否要生小孩或幾個小孩等私人事務。

¹¹ ABRAMS, CAHN, ROSS & MEYER, *supra* note 3, at 839.

¹² 陳聰富，契約自由之限制：國家政策或契約正義，國立臺灣大學法學論叢，32卷1期，頁120，2003年1月。

¹³ 故而，一般財產契約仍有公平性之要求，只是多非針對契約內容實體上是否公平，而是透過訂約程序上，是否有詐欺與脅迫等情事作為契約自由的約制，若無程序上的瑕疵，基本上就推定該契約有效，由此可知，一般財產契約對契約自由的容認度較大，對公平性的要求則相對較小。

社會問題，亦有其公益性的考量，¹⁴促使國家對分居契約，相較於一般財產契約，可能適用更為嚴格的標準審查其有效性，以確保分居契約更具實質之公平性。以美國現今之分居契約以觀，幾乎所有的州，都承認當事人可自由締結分居契約，然而，基於國家利益，各州多會對分居契約要求某種形式的法院准許（Judicial Approval），並訂有適用的標準（The Application of Standards），¹⁵以分居契約的公平性為目標，作為契約自由的最終底限，展現出國家以公平性衡平制約契約自由的一面，其所衍生的眾多法律問題，容於後文中詳論。總之，「婚姻法私法化」，重視身分契約有效性的私法自治精神，已是美國現代婚姻法的特色，但因契約自由與國家管控的衝突仍在，其最重要的問題，在於法律允許此種契約自由到何種程度，此界限至為關鍵，至今仍廣受法官、立法者與學者討論。¹⁶

準此，本文擬先從論理與歷史角度之結合對應，以及分居契約之特殊性，解析影響美國分居契約有效性之因素與核心關鍵，並以此分析研究為前導，接引至本文主題，亦即，當前美國夫妻分居契約最實際也最困擾的問題——分居契約有效性之檢視，究應以一般

¹⁴ Sally Burnett Sharp, *Fairness Standards and Separation Agreements: A Word of Caution on Contractual Freedom*, 132 U. PA. L. REV. 1399, 1405-07 (1984). 分居契約的內容，與一般夫妻法定上的權利義務同，可分為身分上與財產上的效力，就身分部分而言，固屬典型身分契約，若涉及財產部分，因其主體與內容僅限於夫妻間，具有屬人性及其它身分法的特質，與一般純粹財產契約有異，故本文統以身分契約為其上位概念，以資區隔。

¹⁵ Sally Burnett Sharp, *Semantics as Jurisprudence: The Elevation of Form Over Substance in the Treatment of Separation Agreement in North Carolina*, 69 N.C. L. REV. 319, 322 (1991).

¹⁶ ABRAMS, CAHN, ROSS & MEYER, *supra* note 3, at 839. 本文探討美國夫妻分居契約有效性之檢視，將聚焦於分居契約有效與無效之界線判準，其最上位的概念，即奠基於身分法契約化與國家管控間，婚姻法中契約自由與公平性衡平的問題。

財產契約標準，或建立特殊審查標準作為有效性之判準，進一步加以深論，最後回觀我國法之現況並為比評，期能對我國分居契約未來發展之可能性與方向，提供啟引。

貳、分居契約有效性之影響因素與核心關鍵

美國分居契約之有效性，並非一開始就被承認，十九世紀到二十世紀的美國法，都對分居契約存有敵意，認為分居契約實際上破壞婚姻，使夫妻關係成為一種交易，¹⁷此時之美國法傾向於限制分居契約。至二十世紀中葉，因為離婚法的自由化，在更大契約自由的呼聲下，現今幾乎所有的州，都承認當事人在不違反程序公平之原則下，可自由協議任何離婚後的效力，在此潮流下，分居契約的有效性——訂約自由，亦獲更確切之認可，¹⁸惟基於公平性的考量，分居契約的有效性仍有相對的抑制。關於美國分居契約有效性之起落跌宕，可先從論理上的三大影響因素，再輔以歷史發展脈絡觀察對應之，據此鋪陳出本文主題——公平審查標準為現階段分居契約有效性最主要的法律議題，此外，分居契約具身行為之特殊性，係分居契約有效性之核心關鍵，亦可據此導論出公平審查標準中，身分契約與財產契約審查標準應予區隔之上位概念，茲分述於下。

¹⁷ Sharp, *supra* note 15, at 321.

¹⁸ 關於美國分居契約之訂約自由，重點並非夫妻可否作「分居」之協議，而是分居後「權利義務」之協議，相關論述，請參閱呂麗慧，論美國分居制度之法制架構與規範，載：身分法之回顧與前瞻：戴東雄教授八秩華誕祝壽論文集，頁51，2017年8月。本文所論之分居契約及其有效性，亦以分居後「權利義務」之協議為主要探討內容，茲合先敘明。

一、三大影響因素與歷史發展之對應

一般而言，影響美國分居契約有效性有三大因素，第一「訂約能力」（Capacity to Contract），第二「公共政策」（Public Policy），以及第三「詐欺與脅迫」（Fraud and Duress）。第一個「訂約能力」，溯及於傳統普通法時代，已婚婦女並無與丈夫訂約的能力，因為妻子的人格被丈夫所吸收，夫與妻的人格合一（The One），因為自己不可能和自己訂約，故無所謂夫妻訂定分居契約的問題；¹⁹此外，訂約之當事人是否精神健全，亦與訂約能力相關，依據傳統的判準，行為人必須瞭解，在簽約當時自己的行為與結果，故如夫或妻一方當事人，在簽訂分居契約時，欠缺上述能力，此種分居契約為無效。²⁰另補充說明，「約因」（Consideration）為所有契約有效性皆須具備的要件，分居契約自不例外，惟分居契約最典型的約因就是分居本身，亦即，夫妻都同意放棄彼此具有的同居權，²¹故而，分居契約必須在夫妻確為分居的情況下方為有效，自不待言，故本文未將其列為重要影響因素，在此一併敘明。

第二個「公共政策」的影響因素，最主要的問題點，是禁止誘導離婚，²²此論點在於，分居契約簽訂的時點，必須在夫妻已經分居或即將要分居時，若夫妻仍同居，或確定仍要同居時所簽訂的分

¹⁹ WILLIAM P. STATSKY, FAMILY LAW THE ESSENTIALS 140 (2004).

²⁰ *Id.* at 140. 惟此處之瞭解能力，並不包括瘋狂、智能障礙、高齡，或因意外宿醉毒癮等原因導致暫時性的精神錯亂。

²¹ 然而，有些約因不合法，如後文中第二個公共政策的影響因素所述，夫妻彼此同意一方提起離婚訴訟時，他方必須放棄抗辯權，此即為不合法的約因。

²² 在19世紀中葉前，英國多數學者亦認為，分居契約有腐蝕社會結構之嫌，違反公共政策，故應為無效。林誠二，英國分居制度：兼論我國事實分居，載：身分法之理論與實用：陳棋炎先生六秩華誕祝賀論文集，頁310，1980年10月。

居契約，即有誘導離婚之嫌，可能會因違反促使離婚（*Conductive to Divorce*）的公共政策而無效。²³另一個與誘導離婚相關者，是通謀（*Collusion*）的問題，分居契約上的通謀離婚，係夫妻共同為促使離婚而欺騙法庭的詐欺行為，例如，夫妻在分居契約上載明，若日後一方向法院提起離婚訴訟，他方同意不出庭應訊，或即便雙方都知道有抗辯權的存在，也不主張任何抗辯，上述約定，理論上都因通謀或不當促使離婚而無效。²⁴

最後，第三個影響因素「詐欺與脅迫」，與訂約時之意思表示有關。就詐欺而言，對婚姻財產之範圍性質或資訊，作出不實陳述（*Misrepresentation*）或隱匿（*Concealment*），為分居契約詐欺情事之最主要型態，例如，夫妻一方對其所擁有的主要婚姻財產故意為不實的陳述，未揭露（*Nondisclosure*）或低報其主要的婚姻財產，此時作出的分居契約，其意思表示可能會因被詐欺而有瑕疵，使分居契約無效。²⁵至於脅迫，其主要論點在於，契約必須出於雙方當事人的自願（*Voluntarily*），意思表示方無瑕疵，故分居契約如係被脅迫所訂，則應為無效，須注意的是，分居契約書上載明，夫妻雙方皆基於自願而簽訂該分居契約，未必代表沒有脅迫的情事，因為，在分居契約書上載明雙方基於自願簽約，也有可能是在

²³ 例如夫對妻表示：「如果你現在離開我，我給你兩百萬」，此種約定為無效。另一種私自離婚（*Private divorce*）的相類情形，也被認為無效，此乃為避免夫妻未進入法院而自行離婚。例如，夫妻自行約定：「我們宣布婚姻結束，彼此再無牽涉，因我們已分開，故不會對彼此作出任何要求。」倘簽約後或數年後，妻陷入貧窮要求夫扶養，夫不能以此契約主張不扶養妻。STATSKY, *supra* note 19, at 139.

²⁴ 另一種典型的通謀離婚，是在離婚訴訟中，原告錯誤的陳述被告已遺棄原告多年，而被告雖知此乃錯誤陳述，仍然承認或保持緘默。STATSKY, *supra* note 19, at 139.

²⁵ *Id.* at 141.

被脅迫的情況下所為，故仍應視實際情形判斷之。²⁶

再從歷史發展對應觀察，²⁷美國分居契約有效性之歷程，在一九五〇年代前，約可分為二階段，第一階段，與上述「訂約能力」的因素連結，為美國法最初始的傳統觀念，亦即，妻的人格為夫所吸收，不能為權利主體，否認夫妻締結分居契約，²⁸此時否認分居契約，只有契約主體不符合的考量，尚未涉及契約內容本身的問題。接續的第二個階段，與上述「公共政策」的因素連結，基於禁止誘導離婚的公共政策，對分居契約採取排斥的限制態度，其重點是，夫妻不可用契約方式，改變夫對妻之扶養義務，若有免除之約定，該契約為無效，²⁹再者，分居契約係以未來可能離婚為目標所設定的契約，即有促進或鼓勵離婚之虞，故不得為之，³⁰惟以夫優於妻之預設限制夫妻訂約自由，恐有助長男女不平等之虞，分居契約促使離婚無效的法則，亦被批評為不切實際，因為，夫妻在共同

²⁶ *Id.* at 140-41. 更多關於詐欺與脅迫的相關討論，請見下文「參、公平審查標準之適用與困境一、程序公平審查標準(一)適用財產契約審查標準：詐欺與脅迫之情事。」

²⁷ 分居契約有效性之變動歷程，展現出現代身分法擺脫傳統拘束之震盪與衝擊，相關議題，請參見陳惠馨，傳統個人家庭婚姻與國家：中國法制史的研究與方法，頁24-242，2007年12月，2版。施慧玲，論我國家庭法之發展與研究，載：家庭法律福利國家：現代親屬法論文集，頁78-79，2001年2月。

²⁸ Sharp, *supra* note 14, at 1399.

²⁹ 早期美國社會，係由夫對妻負擔扶養義務。Twila L. Perry, *The "Essential of Marriage": Reconsideration Duty of Support and Service*, 15 YALE J.L. & FEMINISM 1, 10-12 (2003).

³⁰ HARRY D. KRAUSE & DAVID D. MEYER, FAMILY LAW 337 (2007). 其後，更是以維持婚姻，避免離婚的公共政策為主要理念，對分居契約作後續的限制，其理由謂，婚姻本質不得改變，且應維護家庭避風港的功能，避免淪為市場競爭型態，亦應保障經濟社會弱勢之妻被優勢之夫剝削，故整體而言，仍傾向限制分居契約。

意願下簽訂涉及未來離婚的分居契約，很難不與促使或鼓勵離婚相涉，故產生政府應減低干預，擴大契約自由，以求兩性更大平等的呼聲。³¹

一九五〇年代後，因應社會與婚姻觀之巨變，隨之而來的第三階段，開始放寬上述公共政策的限制，在「訂約能力」與「公共政策」因素都成為歷史的過去式後，「詐欺與脅迫」因素所衍生出契約公平性問題，開始成為最主要的影響因素。詳言之，此階段對分居契約有效性的肯認日益展開，在一九六〇年至一九七〇年間，政府減少干預婚姻契約，並使其更自由適用一般財產契約原則的需求越為強烈，³²因此時社會主張兩性平等，致使傳統保護機制顯得過時與突兀，而司法審查被視為舊時代家長式的法律制度，對其存在的必要性有更多的質疑，再者，司法裁量易流於主觀，並侵蝕當事人以契約實現最終協議的期待，³³綜上成因，對分居契約自由放寬，實現婚姻契約私法自治之精神，已漸蔚為主流。然而，仍有州政府為了州與婚姻契約當事人的利益，不放棄其在傳統身分法中的管控角色，甚至持續至現今，以不同於一般財產契約之適用原則，採取某些特殊司法審查（Special Judicial Review）限制分居契約，³⁴以「公平標準」（The Fairness Standard）作為審查分居契約的基礎，換言之，夫妻可自由訂定分居契約，惟其內容在所有情況考量

³¹ Judith T. Younger, *Marital Regimes: A Story of Compromise and Demoralization Together with Criticism and Suggestions for Reform*, 67 CORNELL L. REV. 45, 46-48 (1981).

³² Marjorie Maguire Shultz, *Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy*, 70 CALIF. L. REV. 204, 329-30 (1982).

³³ KRAUSE & MEYER, *supra* note 30, at 339.

³⁴ ABRAMS, CAHN, ROSS & MEYER, *supra* note 3, at 839.

下，必須「公平、公正且合理」(Fair, Just and Reasonable)；³⁵此外，亦有具體的「信任關係原則」(The Confidential Relationship Principle)，考量夫妻間特殊的信任關係，或是優勢配偶應負之誠信原則責任(Duty of Good Faith)，給予分居契約特殊的檢視。³⁶故而，從一九八〇年代至今，雖然分居契約放寬限制的呼聲絲毫未歇，甚至越來越迫切，國家監督管控的需求，卻未因此消失，此乃鑑於夫妻間訂約時，存在較多詐欺與脅迫的特殊機會，只有在公平標準的背景檢視下，才能給予較多的契約自由，³⁷換言之，分居契約應透過國家公平標準的檢視，其內容必須符合公平性，才能允許夫妻自由訂定，並承認其效力，準此，公平審查標準之檢視，可謂分居契約自由與有效性之界限指標。

本文認為，美國分居契約有效性的三大影響因素，論理上均存在，但在實際運作上，或因時代變遷及政策轉變，在現今階段並非皆屬關鍵性的重要因素，從上述歷史發展即可對應得證。蓋第一個「訂約能力」的因素，因現今夫妻人格各自獨立，自不會因妻無訂約能力而無效，故訂約能力已非有效性之重點，³⁸第二個「公共政

³⁵ 美國統一結婚離婚法(Uniform Marriage and Divorce Act, UMDA)中亦有明定，分居契約的內容若不合理(Unconscionable)，法院可否定其有效性。Uniform Marriage and Divorce Act Article 306. [Separation Agreement] (b)...the terms of separation agreement...are binding upon the court unless...it finds...that the separation agreement is unconscionable.

³⁶ 關於「信任關係原則」相關概念與問題，請詳本文「參、公平審查標準之適用與困境一、程序公平審查標準(二)適用身分契約審查標準：信任關係原則」。

³⁷ Robert H. Mnookin & Lewis Kornhausert, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950, 957 (1979).

³⁸ 至於當事人是否精神健全，此乃所有有效契約當事人須具備的一般要件，故亦非分居契約有效性之重點所在。

策」誘導離婚禁止的問題，隨著無責離婚法的到來，離婚已非有責離婚法（Fault-Based Divorce）時被抑制，³⁹現今的美國法院，更不願讓促使離婚的分居契約無效，反而在分居契約條款的解讀上，傾向承認其有效性，讓夫妻在面對不可避免的離婚時，善用分居契約作為日後離婚效力之依據。第三個影響有效性的「詐欺與脅迫」因素，亦即訂定分居契約的意思表示是否有瑕疵，相較於前二大因素失其影響力後，是唯一未受到時代變遷改變的影響因素，故而，訂約時夫妻雙方是否處於未被詐欺與脅迫的公平立足點，是否以武器平等方式訂定分居契約，其所衍生出以公平審查標準檢視有效性的問題，遂成為現階段影響美國分居契約有效性最重要的議題，而公平審查標準之具體內容，應區隔身分契約與財產契約審查標準，則可從下節有效性議題的核心關鍵——分居契約之特殊性導出。

二、分居契約之特殊性

契約因當事人意思表示一致而成立，經意思合致自主決定法律關係，此種當事人間的彼此拘束，立基於契約自由之上，為私法自治之重要內涵。⁴⁰財產法與身分法皆為私法之一部，故財產契約與身分契約，理論上皆有上述原則之適用，惟財產契約以目的性為本質，當事人為對立方向的利益交換，身分契約則因當事人具有特殊身分關係，多以信任基礎為前提作利益妥協，故而，身分契約與財產契約相較，更注重倫理道德性、公益性，以及保護弱勢性等身分行為特質，⁴¹致使契約自由的理念適用在身分契約上，相較於一般

³⁹ KRAUSE & MEYER, *supra* note 30, at 283.

⁴⁰ 王澤鑑，債法原理：基本理論——債之發生、契約、無因管理，頁80，2012年3月，4版。

⁴¹ 林秀雄，親屬法講義，頁9-11，2020年3月，5版。

財產契約，有更多的修正可能。⁴²準此，一般財產契約依循契約自由之精神，原則上國家不予介入，只有在違反公序良俗等重大情事時，才會例外加以干涉，而身分契約雖亦有契約自由之成分，但國家基於上述身分行為特質之考量，或自擬為大家長之角色，對身分契約加以監督或干預，與對財產契約之契約自由極大尊重相較，展現出不同的氛圍。

分居契約為典型的身分契約，符合上述身分契約的特質，具體言之，分居契約處理親權、扶養費、財產分配等問題，與個人及社會都至關重要，且分居契約當事人在訂約時，感情已然破裂，卻又有許多的牽扯未決，在瀕臨離婚邊緣的極度壓力下，以及多年心理及情感依賴的獨特身分關係處境中，與陌生人間，基於市場競爭所訂的財產契約，自有本質上之不同，特別是分居契約簽訂的時間點，通常都在離婚不久前，法律若未對此等特殊時間壓力加以考量，導致因分居契約產生不公平的結果，不但與以分享為基礎的婚姻關係本質不符，並增加社會扶養負擔（Public Charge）的可能性，⁴³故而，美國法分居契約的重點，在於法院對分居契約審查時的干涉程度，不應完全比照一般財產契約，而應給予更嚴格的檢視，有鑑於此，美國法對分居契約，較諸一般財產契約，另有特殊司法審查及實質公平審查標準的對應機制。

以美國現行法而言，在承認分居契約的同時，亦認為應由國家管控分居契約以確保公平性的思維下，當夫妻已訂定分居契約，並

⁴² 王千維，民事財產法影響下的身分法制，台灣本土法學雜誌，90期，頁151，2007年1月。林玠鋒，家事財產法上之契約自由與弱者保護：以扶養子女契約之效力及法院之裁量為中心（上），全國律師，20卷4期，頁67，2016年5月。

⁴³ 分居契約當事人縱未因不公平的契約陷於貧窮，但因不公平分配所產生的怨恨，恐使未來生活無法順利進行，子女也連帶受累，徒增許多社會問題。

向法院提起離婚訴訟時，多數州法院會對其所訂定的分居契約進行特殊的司法審查。⁴⁴當法院對分居契約為有效與否之審查時，若認定分居契約有效，則有以下三種處置方式，第一種是單純被法院同意（Approval），第二種是納入（Incorporated）離婚判決中，第三種是合併（Merged）於離婚判決中，⁴⁵不論上述何種處置，都代表法院已對分居契約作過審查，理論上該分居契約應無不當而有效，準此，此種法院所作的特殊司法審查，可確認分居契約之有效性，其檢視時所適用的公平審查標準，即成為分居契約有效性之關鍵所在。細究之，一般財產契約的公平性標準，多以程序上的公平審查標準檢視，基本上只要確保訂約過程之公平性，就等同於確保契約的公平性，例如，未有詐欺與脅迫等情事，即認為已符合公平性，較少論及契約實質內容是否公平；相對於此，分居契約的公平性檢視，更著重於確保契約實質上的公平性，此時，賦予實質公平審查標準的檢視，不以程序上的公平為已足，契約的實質內容，亦須符合公平性的標準，故實質公平審查標準對公平性之要求可謂更高，⁴⁶與一般財產契約相較，分居契約之有效性自亦更難維持。

綜之，分居契約之特殊性，實為有效性議題的核心關鍵，美國法在分居契約上之特殊司法審查機制，為分居契約有別於一般財產契約之制度，其中的實質公平審查標準，更凸顯分居契約具有特殊

⁴⁴ Sharp, *supra* note 14, at 1408-09. Marlene Eskind Moses & Manuel Benjamin Russ, *Legal Separation Agreement and Their Effect on Divorce*, 56-JAN TENN. B.J. 22, 22-23 (2020).

⁴⁵ 如為單純被法院同意之情形，分居契約仍有其契約之效力，如納入離婚判決，則為契約與判決的混合型態，如合併至離婚判決中，則分居契約成為判決中的一部分，即失其契約之效力。Sharp, *supra* note 15, at 323-24.

⁴⁶ JUDITH AREEN, MARC SPINDELMAN & PHILOMILA TSOUKALA, *FAMILY LAW CASES AND MATERIALS* 1249 (2012). 本段以下所論之程序與實質公平審查，進一步之相關內容，將詳於下章中討論。

身分性的具體表徵。然而，影響重大的公平審查標準，在分居契約之適用上，卻引發許多值得探討的法律爭議，茲於下章深論之。

參、公平審查標準之適用與困境

在美國現今承認分居契約，並以之為主流思潮下，分居契約的重點，已從夫妻是否可以訂定分居契約，到如何訂定一個有效的分居契約，亦即，夫妻基於契約自由所訂定的分居契約，國家將以何種理由及採取何種標準檢視其有效性，以決定其是否得以有效存續。本章將探論美國法之公平審查標準在分居契約的適用，並論析其所面臨的困境與挑戰，最後綜觀美國法對分居契約有效性檢視之現況，以及具體落實公平審查之可能。

一、程序公平審查標準

為確保財產契約之公平，訂約時是否有詐欺與脅迫之情事，係契約有效性之重要審查標準，分居契約雖為身分契約，亦借用此等傳統上財產契約的審查標準，幾乎在所有分居契約的審查中，詐欺與脅迫的問題都會被優先考慮，此外，身分契約審查標準之「信任關係原則」，亦適用於分居契約之檢視，以下分述之。

(一)適用財產契約審查標準：詐欺與脅迫之情事

美國法以訂約時是否有詐欺與脅迫之情事，作為分居契約的審查標準之一，⁴⁷若以詐欺與脅迫此等不正手法損害協商過程，即可

⁴⁷ 雖然UMDA Article 306(b)規定，若缺乏有詐欺與脅迫或不合理的證明，分居契約對法院具有拘束力，惟早期法院的態度卻非如此，只要分居契約的結果呈現出不公平的交易，即便沒有明顯的證據顯示有詐欺與或脅迫的情事，法院也不會讓夫妻忍受此種不公平的契約。STATSKY, *supra* note 19, at 141.

推論分居契約不公平，導致分居契約無效。以詐欺而言，在眾多不公平的分居契約中，是最常見的不正協商手法，且詐欺最不具規則性，各種型態皆有可能，例如，拒絕讓另一方配偶接近律師，聘請假律師，虛報所簽訂分居契約的性質，虛報已採取法律行動，或虛報有意和解，都可能構成詐欺。其中，一方配偶不實陳述、隱瞞婚姻財產的性質與範圍，是最常出現的詐欺類型，⁴⁸因為，分居契約之內容，一般都以夫妻財產的分配為重點，因此，夫妻在訂定分居契約時，對婚姻財產性質與範圍的確實認知，對協商的財產分配是否公平至為關鍵。誠然，配偶對婚姻財產的性質與範圍有相等或至少相當的資訊，應是公平協商過程的先決條件，但只有一方配偶在訂約時掌握資訊，並不一定會影響契約之有效性，⁴⁹因此，僅以配偶間資訊的落差，並不容易被認定有詐欺行為，然而，若對婚姻財產的重要資訊為不實陳述或隱匿，則多會構成詐欺，⁵⁰故而，若夫妻一方對其主要婚姻財產為不實陳述，在此情況下所簽訂的分居契約，會因詐欺而無效；若未揭露或低報其主要的婚姻財產，除非該分居契約的內容對他方並無不公平，許多法院也會因此使分居契約無效。⁵¹

雖然不實陳述或隱匿婚姻財產是詐欺的經典類型，基本上多會使分居契約無效，但進一步分析，法院在實作上，對於是否構成詐

⁴⁸ *Wourms v. Wourms*, 166 Ohio App. 3d 519, 851 N.E.2d 553 (2006).

⁴⁹ 特別是該分居契約已被法院納入或合併作成離婚判決，或契約執行時已無信任關係時。

⁵⁰ 法院認為，有揭露婚姻財產義務卻隱匿未為揭露，與不實陳述同為詐欺。
Dendrinis v. Dendrinis, 58 Ill. App. 3d 639, 642, 347 N.E.2d 1016, 1018 (1978).
Abbate v. Abbate, 82 A.D.2d 368, 377, 441 N.Y.S.2d 506, 514 (1979). Sharp, *supra* note 14, at 1425.

⁵¹ *STATSKY*, *supra* note 19, at 141.

欺行為的判斷並不盡一致，其中，未揭露婚姻財產是否為詐欺的問題最具代表性，法院有不同的認定判準。詳言之，若依一般財產契約原則，未揭露並不構成虛偽陳述，除非法律有規定揭露義務（Duty to Disclosure），⁵²準此，若認為夫妻的信任關係，直到婚姻正式結束前均存在，則夫妻在訂定分居契約時，彼此間立基於信任關係上，即會賦予誠信原則的最高標準，以及公平交易的契約義務，此等義務，包括揭露所有相關資訊及個人的資產與收入，違反者即會構成詐欺；⁵³對之，若認為夫妻的信任關係，在婚姻結束前即已終止，亦即，當夫妻雙方呈現敵對狀況時，例如聘任律師進行離婚訴訟，或一方搬離婚姻住所，即有可能被認定信任關係終止，此時夫妻訂定分居契約，就不存在高標準的揭露義務，⁵⁴則未揭露婚姻財產，未必會構成詐欺使分居契約無效。此外，未揭露婚姻財產是否為詐欺，亦端視各州是否承認獨立於信任關係外，另有揭露責任，若在揭露責任係附隨於信任關係繼續存在的州，只要信任關係不存在，就沒有揭露婚姻財產的責任，未揭露婚姻財產並不構成詐欺；對之，在有獨立揭露責任（非附隨於信任關係）的州，未揭露婚姻財產即可構成詐欺，然而，即便在同一州，上述的認定也未

⁵² CLAUDE D. ROHWER & ANTHONY M. SKROCKI, *CONTRACTS* 291 (2006).

⁵³ 例如，在Palacios案中，夫在與妻訂定分居契約時，未告知妻其於提請離婚訴訟前四天，已中高額的樂透，法院認為該分居契約無效，因夫以詐欺方式隱瞞事實，導致妻所簽下的分居契約，包括同意放棄贍養費，必為妻若知悉中獎事實不會同意簽訂的契約。In re Marriage of Palacios, 656 N.E.2d 107, 112 (Ill. App. Ct. 1995).

⁵⁴ Lancaster v. Lancaster, 530 S.E.2d 82, 84-85 (N.C. Ct. App. 1998). ABRAMS, CAHN, ROSS & MEYER, *supra* note 3, at 892. KRAUSE & MEYER, *supra* note 30, at 338-39. 關於夫妻間的信任關係，請參照本文「參、公平審查標準之適用與困境一、程序公平審查標準(二)適用身分契約審查標準：信任關係原則」。

必一致，⁵⁵故是否為詐欺，因司法上之認定不同，導致預測可能性低，致使以詐欺為由之檢視方式，易流於主觀且欠缺可信任性，無法作為確保分居契約公平之有效檢視方式。

實則，法院並非不知，基於特殊的公平考量，身分法的案件，應有不同於一般財產契約原則之適用標準，故會試圖緩和財產契約原則的適用，放寬傳統對詐欺的認定，使一些較不嚴重的不當行為，即便無信任關係存在時，亦能構成詐欺，然而，若被詐欺的分居契約已被納入或合併於離婚判決中，隨著詐欺認定的放寬，該等離婚判決因被詐欺而廢棄的機會也隨之提高，而離婚判決被廢棄，對既判力之侵害頗大，也進而造成既判力與契約原則兩難的另一個法律困境。⁵⁶

另一個傳統上檢視分居契約的事由，是夫妻在訂約時是否遭到脅迫。⁵⁷契約須出於雙方當事人的自願，故被脅迫而訂定的分居契約應為無效，當分居契約書上載明自願簽約，可推定無脅迫情事之存在，若果有脅迫之情形，則受脅迫的一方可舉反證推翻。⁵⁸尤須注意的是，分居契約簽訂時，通常夫妻感情已破裂，與離婚之距離亦相當接近，而離婚會令夫妻承受重大的壓力與傷痛，在此種極度

⁵⁵ Sharp, *supra* note 14, at 1426. 例如，在阿拉斯加州，法院在Blalock案中，明示隱匿財產為詐欺，但另一法院在Brice案中，卻認為未揭露負債為詐欺。Blalock v. Blalock, 51 Ala. App. 686, 288 So.2d 747 (1974). Brice v. Brice, 340 So.2d 792 (Ala. 1976).

⁵⁶ *Id.* at 1426-27.

⁵⁷ 不當影響（Undue Influence）為相類似的概念，依一般財產契約原則，將其歸成兩類，第一類是乘他人處於弱勢的心理狀態，第二類是違反雙方的信任關係。若基於以上兩種情況所訂定的不公平契約，雖未構成法律上的脅迫，亦可能可使契約無效。ROHWER & SKROCKI, *supra* note 52, at 271. 以本文所探討的分居契約以觀，上述兩種情形都可能符合。

⁵⁸ STATSKY, *supra* note 19, at 140-41.

脆弱的心行情況下訂定分居契約，極易成為不公平談判的契約受害者，尤其，當談判過程倉促簡略，例如，一位律師代表雙方，或一方沒有律師代表，更容易產生夫妻在簽訂分居契約時，遭到脅迫而訂下不公平的契約。⁵⁹

然而，實務在運作上，因脅迫情事而致分居契約無效卻不多見，除了夫妻若於簽約時無信任關係存在，很難證明有受到脅迫外，⁶⁰當夫妻欲以脅迫主張分居契約無效時，法院通常會認為，脅迫並非真正的原因，而是當事人對一個不好的協議（**Bad Bargain**）想要反悔，故法院所持的基本態度是，夫妻不能只因其主張在簽約時承受極大的壓力，就認為有受到脅迫，雖然因不同法院對極大壓力的認定可能會有不同的結果，但只有單純的內在壓力，通常並不會構成法律上的脅迫（**Legal Duress**）。⁶¹此外，一般會造成分居契約脅迫的因素，或可包括是否有獨立的法律諮詢協助，是否已閱讀並瞭解契約的內容與義務，以及是否可對契約草稿作協商調整等，但上述任何因素，都非法院認定脅迫的決定性因素，換言之，即便有上述因素，法院也可能認為並無脅迫情事，例如，紐約法院就曾判決，丈夫在妻子急著出門前，在未有獨立法律諮詢協助下，威脅妻子若未簽妥分居契約即阻其出門，於是妻子匆忙看一下就簽約，法院認為，妻子的匆促簽約雖屬不智，但此等情形並不構成脅

⁵⁹ Sharp, *supra* note 14, at 1428-29.

⁶⁰ 依照信任關係「終止原則」（**Termination Rules**），夫妻有分居事實，可能即認定彼此間之信任關係終止，若依此論，夫妻在簽訂分居契約時，通常會被認定無信任關係。關於信任關係「終止原則」，請參照本文「參、公平審查標準之適用與困境一、程序公平審查標準(二)適用身分契約審查標準：信任關係原則」。

⁶¹ Wilson v. Wilson, 642 S.W.2d 132, 135 (Mo. App. 1982).

迫，故該分居契約仍為有效。⁶²

在此，有一個值得討論的問題，就是威脅訴訟（Threat to Sue）可否構成脅迫，進而使分居契約無效。以一般財產契約原則而言，傳統上認定的脅迫行為，必須是不合法的行為（Wrongful Act），晚期的發展趨勢，則認為雖然行為合法（Lawful），但若此行為出於不法意圖（Collateral Purpose），也可能構成脅迫，⁶³但以身分法而言，似乎未跟上一般財產契約放寬脅迫行為的晚近發展趨勢，以分居契約而言，在訂約時，威脅要以訴訟爭取親權（Threat to Sue for Custody），或威脅要對外遇的第三者提出訴訟（Threat to Sue for the Third Party for Elimination of Affection），一般而言，不會被認為是脅迫而使分居契約無效，理由如下。第一，嚴守傳統一般財產契約原則對脅迫的認定方式，亦即，只有不合法之行為，方為脅迫行為，以訴訟爭取親權，是法律規定的合法行為，對外遇第三者提出心靈慰藉訴訟（Heart-Balm Action），⁶⁴亦是州法規定的訴因，皆非不合法行為；第二，主觀上不法意圖極難證明，在無法證明有不法意圖的情形下，自不會輕易認定有脅迫之情事。上述兩點理由，與一般財產契約原則相關；第三個理由，則偏向身分法的因素，此乃美國司法不成文的傾向，亦即，容許夫妻將有責性因素加入契約中，⁶⁵例如，丈夫外遇具婚姻的有責性，妻

⁶² Morand v. Morand, 767 N.Y.S.2d 523, 525 (App. Div. 2003). ABRAMS, CAHN, ROSS & MEYER, *supra* note 3, at 893-94.

⁶³ ROHWER & SKROCKI, *supra* note 52, at 267-69.

⁶⁴ 此在傳統美國法上為侵權行為的一種，在俗稱通姦（Adultery）的情形，受害者得據此向第三者請求損害賠償，以慰撫其受創之心靈。惟此種訴因在近期美國法中，被認為法律無法管控感情，或憲法保障個人隱私為由，多走向被刪除或限制的命運。KRAUSE & MEYER, *supra* note 30, at 109-10.

⁶⁵ 美國法關於有責性在離婚效力之影響，請參見呂麗慧，論有責性在美國無責離婚法之反動：與我國法之比較論析，法令月刊，69卷8期，頁163-167，2018

以不告外遇第三者為分居契約的談判籌碼，要求更多的婚姻財產分配以為懲罰時，法院通常不會加以干涉。⁶⁶

再以夫妻簽訂分居契約時最常遇到的威脅——以訴訟爭取親權為例，⁶⁷法院通常較不傾向認定此種行為構成脅迫，最重要的原因是，法院很難分辨，以訴訟爭取親權的行為，究竟是真正要爭取親權，還是利用爭取親權為威脅手段，意圖爭取分居契約更有利的結果，⁶⁸此種困難，可從下面案件作進一步的理解。在Link v. link案中，⁶⁹法院認為，本案中威脅以訴訟爭取親權，使他方配偶移轉財產之行為，可構成脅迫使契約無效，因為該行為具有不法意圖，且以訴訟爭取親權與移轉財產間，並無合理的關聯性（Not Related），⁷⁰但法院特別進一步說明，若威脅以訴訟爭取親權，其意為完成分居契約之協議，則因兩者間具有合理的關聯性，在無不法意圖下，並不構成脅迫；⁷¹然而，在In re Marriage of Conlneza案

年8月。徐慧怡，贍養費之理論與實務：以美國法與我國法為中心，頁196，2000年9月。呂麗慧，論美國無責離婚法（No-Fault Divorce）對我國破綻主義離婚法發展之啓示，載：身分法與人格法之民法專題研究(一)，頁126-127，2011年5月。

⁶⁶ 雖然侵權法中的心靈慰藉訴訟已在美國法日漸消失，但通姦在美國婚姻法中，長久以來都被認為是嚴重的婚姻有責事由，離婚時有責配偶亦可能因通姦受到較不利益的財產分配。Peter Nash Swisher, *Reassessing Fault Factors in No-Fault Divorce*, 31 FAM. L.Q. 269, 306-08 (1997).

⁶⁷ 例如：夫可能虛張聲勢威脅妻，若進入法院由法官依法裁判時，妻無法得到如她預期擔任親權人的機會，則妻在簽定分居契約時，就可能願意以得到較少的婚姻財產，或給付夫更多的財產，以獲得更多擔任親權人的機會。

AREEN, SPINDELMAN & TSOUKALA, *supra* note 46, at 1231-32.

⁶⁸ Sharp, *supra* note 14, at 1438.

⁶⁹ 278 N.C. 181, 179 S.E.2d 697 (1971).

⁷⁰ *Id.* at 194, 179 S.E.2d at 705.

⁷¹ 亦即，夫妻在分居契約談判中，只要確實有意爭取親權，即便威脅以訴訟爭

中，⁷²法院罕見的認為，只要威脅以訴訟爭取親權，使他方配偶簽訂分居契約，即可構成脅迫使契約無效，其謂，以訴訟爭取親權時，父母所承受的心理壓力，與威脅提起其它一般民事訴訟相較，兩者不可同論，因而承認，以訴訟爭取親權使他方配偶簽訂不利的分居契約，可構成脅迫。⁷³綜上所論，以脅迫作為確保分居契約公平性之檢視，亦有其侷限與困難。

(二)適用身分契約審查標準：信任關係原則

源於傳統身分法保護概念而產生的「信任關係原則」，⁷⁴此種適用在身分契約上的法則，亦可作為分居契約有效性之檢視方法。其基本理念是，身分關係會產生信任，在婚姻關係中，配偶間基於共同利益會產生互信，故而，一方配偶之行為，應以他方配偶之最佳利益為準則。惟此種夫妻關係之特殊本質，同樣創造濫用此種關係之特殊機會，故此原則致力於「保護」身分法中的信任關係（“Protective” Principles in Domestic Law），以防止信任關係之濫用為其最重要的核心，亦即，一方配偶有公平對待他方配偶的責任（Spousal Duties to Deal Fairly with Each Other），不得使用任何優越的知識或影響力損害他方配偶。⁷⁵

取之，即非無合理的關聯性，或不法意圖。

⁷² Cal. App. 3d 736, 129 Cal. Rptr. 566 (1971).

⁷³ 惟本案僅聚焦於當事人自由意思受到影響，未對合理關聯性作進一步的闡述，仍是惟德不足。

⁷⁴ 相對於「信任關係原則」，「信託責任」是可類比的相似概念。在美國共同財產制的州，「信託責任」來自於配偶管理與控制婚姻中的共同資產；在普通法財產制的州，「信託責任」與「信任關係原則」的差異則經常被忽略，使此兩概念常被互用。Sharp, *supra* note 14, at 1415-16.

⁷⁵ 信任關係或可以「誠信原則」（Good Faith）的概念理解，其所包含的責任範圍雖不盡相同，但大致上相差不遠。

準此，基於夫妻間具有信任關係，法律上會賦予夫妻特殊的責任，適用在分居契約上，最重要者，即為訂約時婚姻財產的揭露義務。⁷⁶具體而言，夫妻具有揭露婚姻財產範圍和種類，以及不虛報或隱匿上述資產之義務，⁷⁷若違反此義務所訂定之分居契約，其公平性自難達成，契約之有效性也會被否定。⁷⁸一般而言，法院會仔細審閱上述義務，相較於一般財產契約，此種審查標準更高，如違反時，也會使分居契約較一般財產契約更易無效，以此觀之，「信任關係原則」似乎對分居契約公平性提供更完善的保護，然而，以「信任關係原則」作為分居契約有效性之檢視，卻不足對抗固有存在於夫妻關係間之不公平協商，最重要的原因，就是以下所要討論的信任關係「終止原則」(Termination Rules)。⁷⁹

依照「信任關係原則」，法律所賦予之責任，僅持續存在於信任關係中，而「終止原則」，是指當雙方配偶之信任不復存在時，信任關係即為終止，此時，夫妻雙方訂立契約，即以各自利益(At Arm's Length)模式展開，不再受「信任關係原則」之保護。⁸⁰然而「終止原則」最大的困境是，信任關係終止的判斷，可能會因某些不相關的事由而被認定，包括訴請離婚，有律師代表，有分居之

⁷⁶ KRAUSE & MEYER, *supra* note 30, at 338. 信任關係、揭露義務，與詐欺之關聯性，請參照上文「參、公平審查標準之適用與困境一、程序公平審查標準(一)適用財產契約審查標準：詐欺與脅迫之情事」之相關探討。

⁷⁷ 財產揭露責任多從普通法中推定，或從成文法中具體規定夫妻間具有信任關係而來。

⁷⁸ Laura A. Ward, *Duties of Fairness Between Separation Spouses: North Carolina Continues to Find That All Is Fair in Love and Divorce*, 67 N.C. L. REV. 1397, 1401 (1989).

⁷⁹ Sharp, *supra* note 14, at 1417-18.

⁸⁰ 以各自的利益，意味雙方為陌生人般，如同商業上的競爭者，只尋求自己的利益，而不信任對方會對自己的公平性設想。STATSKY, *supra* note 19, at 141.

事實或宣告有意分居，⁸¹都可能造成夫妻間信任關係終止，致使「終止原則」之適用，有以下四點不當之處。第一，配偶若尋求律師建議，即意味其突然且自動退出傳統信任關係之保護，致使尋求律師建議之行為，等同於失去保護之特殊懲罰；第二，只要告知有離婚意思而非真正訴請離婚，信任關係即可輕易終止，惟在許多情形下，此時夫妻間之信任關係，實際上仍然存在；⁸²第三，當一方配偶觸發終止信任關係，並因此卸除責任時，可能正是他方配偶最脆弱沮喪，且最需要揭露責任保護之時，因「終止原則」之適用，反而使他方配偶無法獲得保護；第四，夫妻間不能僅用信任關係與各自利益的二分法，因夫妻經過長時間所建立的信任與依賴，其心理狀態與互動模式很難瞬時消失，依經驗法則，即便有律師為代表，或在長時間分居後，很多配偶仍會濫用信任關係，作出不公平的分居契約，故二分法並非實情。⁸³準此，由於「終止原則」的適用，徒使本具意義的揭露責任失去保護作用，致使傳統身分法上的「信任關係原則」，亦無法提供訂定分居契約時程序上的充足保護。

綜上所論，美國分居契約之有效性檢視方法，不論適用一般財產契約之詐欺與脅迫，或適用傳統身分法所生之「信任關係原則」，均無法提供確保分居契約公平的適當標準，故以下要討論的實質公平審查標準，更顯其重要。

⁸¹ KRAUSE & MEYER, *supra* note 30, at 339. See also Ward, *supra* note 78, at 1401. ABRAMS, CAHN, ROSS & MEYER, *supra* note 3, at 892.

⁸² 就算聘請律師，只要談判過程仍屬友善，他方配偶可能忽略婚姻財產被隱匿等問題，而仍賦予信任。

⁸³ Sharp, *supra* note 14, at 1418-21.

二、實質公平審查標準

如前所述，分居契約具身分契約屬性，實質公平審查標準為其與財產契約審查標準之重要區隔，最重要者，即為「公平標準」，亦即，為確保契約內容具備實質公平性，夫妻雙方所訂定之分居契約，必須符合「公平、公正、合理」的原則，⁸⁴此外，分居契約須「非『不合理』（Unconscionable）」的概念，也與實質公平性相應，在此一併論述。

(一)公平標準

公平標準本身相當抽象，何謂契約內容的公平、公正與合理，並不易具體定義，然而，負面的定義或較易理解，亦即，一方當事人之所得，相較於雙方在欠缺契約時由法院判決的結果，不成比例的過多或過少，可謂為「不公平」。準此，不符合程序公平性的分居契約，例如在訂約過程中有被詐欺與脅迫等情事，幾乎可以確定，該契約不太可能達到實質的公平，但反之卻不必然，蓋一個未有程序瑕疵的分居契約，不能保證其內容一定具備實質公平性，仍有可能簽訂出不符比例的不公平契約，⁸⁵故程序公平與實質公平間，在理論上仍有一條鴻溝，兩者未能必然劃上等號。

然而，美國法院在實際運作上，即便對分居契約有審查權，似乎很少就實質公平性本身（Unfairness Alone）作檢視，仍多以程序公平性為判準。⁸⁶惟如前所述，程序上的公平並不能保證實質上一定公平，故而，美國有些法院，也對此提出修正方案，第一種，若

⁸⁴ ABRAMS, CAHN, ROSS & MEYER, *supra* note 3, at 889.

⁸⁵ Sharp, *supra* note 14, at 1442. Prochazka v. Prochazka, 198 Neb. 525, 527, 263 N.W.2d 407, 409 (1977). Harder v. Harder, 49 Or. App. 582, 619 P.2d 1367 (1980).

⁸⁶ 亦即，當分居契約的內容，所分配的利益與負擔顯然不成比例時，只要無法證明有程序上的不公平，即認定該契約未違反實體公平而有效。

分居契約之內容表面不公平（*Unfair on Its Face*），即推定該契約簽訂時有程序上的不公平，此時分居契約有效的舉證責任，轉由想要執行契約的配偶；第二種，若有明確的情況，顯示分居契約簽訂過程有瑕疵，例如，一方配偶有不當的行為，或無律師代表，仍有可能據此認為分居契約違反實質公平性而無效。儘管美國法院有上述修正模式，大多數法院仍以程序公平性為審查重心，可以擺脫程序公平性審查，就分居契約為實質公平性審查者僅為少數，⁸⁷因此，在美國法上，欲使分居契約得到真正實質公平的理想，在實質公平審查標準很少具體落實的情況下，似有一段距離。

(二)非不合理

另一個較常被提起，並可歸類於實質公平審查標準的概念，是所謂「非不合理」。美國統一結婚離婚法（*Uniform Marriage and Divorce Act, UMDA*）在條文306(b)中，為強化夫妻可自由訂定分居契約，明文規定除非法院發現該契約不合理，否則分居契約中關於財產處置的內容，對法院具有拘束力。其實，不合理並非一創新的概念，在財產契約中，為防護因單方壓迫或突擊的不公平情況，已有使用，⁸⁸適用在離婚的相關身分契約中，則在於防護違反婚姻夥伴關係之公平交易義務下，所產生極不合理財產處置的救濟，一般而言，法院會以訂定分居契約時及訂定分居契約後，配偶經濟狀況等相關情事加以審查，若認定分居契約「非不合理」，就不會更

⁸⁷ *Id.* at 1445-46.

⁸⁸ 不合理（“*Unconscionability*”）和不公平（“*Unfairness*”），其實具有相似的意涵，惟即便在財產法上的應用，因法院對契約自由的偏好，欲以不合理認定契約不公平進而使契約無效，在適用上本就較為困難，然而，隨其發展演進，因不合理而導致契約無效，如今也漸為法院所適用。ROHWER & SKROCKI, *supra* note 52, at 300-02.

動契約內容，反之，若認定分居契約不合理，依UMDA條文306(c)，會提供夫妻進一步協商的機會，⁸⁹若仍不能達到「非不合理」的程度，該分居契約可因此無效。

然而，「非不合理」之審查標準，似乎也無法確保分居契約的實質公平性，最主要的原因是，法院在適用該原則時，除了分居契約內容不公平外，通常還要求證明該契約有程序上不公平的不當行為，⁹⁰且實際上，除非為顯失公平不成比例的財產分配，即所謂極度例外一面倒的分居契約（Exceptionally One-Sided）⁹¹，不論是受到錯誤意見誤導、無獨立律師代表，或一方配偶改變心意的分居契約，⁹²法院通常很少適用「非不合理」審查標準使分居契約無效，⁹³致使本應依身分法保護原理，較為寬鬆適用的「非不合理」審查標準，相較其適用在如消費者保護法等財產法時，反而給予更多的限制。⁹⁴惟值得注意者，在分居契約中，關於未成年子女的相關事項，即便法院發現並非不合理，仍得依UMDA條文306關於扶養的

⁸⁹ AREEN, SPINDELMAN & TSOUKALA, *supra* note 46, at 1250. UMDA係美國統一州法律委員全國會議於1970年公布關於結婚與離婚法之統一規定，雖僅有少數州據此規定立法，但在美國所有的州，UMDA在結婚與離婚法上，都有巨大的影響力，「非不合理」的使用，對美國各地的家事法院都不陌生，即便未以UMDA立法的州，也經常使用。Gelfo v. Gelfo, 198 So.2d 353, 355 (Fla. Dist. Ct. App. 1967). Bailey v. Bailey, 300 So.2d 294, 296 (Fla. Dist Ct. App. 1974).

⁹⁰ KRAUSE & MEYER, *supra* note 30, at 340.

⁹¹ Shraberg v. Shraberg, 939 S.W.2d 330, 331, 333. Thomas E. Crowley III & Stephanie A. Rezens, *Premarital and Marital Agreements in Hawaii Divorces*, 24-JUN HAW. B.J. 4, 11-12 (2020).

⁹² Brennan-Duffy v. Duffy, 804 N.Y.S.2d 399, 400 (App. Div. 2005).

⁹³ ABRAMS, CAHN, ROSS & MEYER, *supra* note 3, at 891.

⁹⁴ 此外，非不合理之適用本身為一抽象概念，法官自由心證的結果，導致當事人在定分居契約時欠缺預測可能性，此為非不合理之適用被詬病的另一重要原因。KRAUSE & MEYER, *supra* note 30, at 339.

規定以及第四章親權與探視權的審查標準，對之進行仔細的審查，不受當事人意定內容的拘束，⁹⁵此時不適用「非不合理」審查標準，係因涉及未成年子女之相關約定，其公益性更為重大，基於子女最佳利益（*The Best Interests of the Child*）之原則，⁹⁶壓縮某些父母以契約自由訂定相關事項的空間，準此，如父母對未成年子女約定的扶養費低於法定標準，則此種約定無效，但若高於法定標準，則仍為有效。⁹⁷

總之，實質公平審查標準，不僅因概念抽象難以界定，在實際適用上，又與程序公平審查標準未細予區隔，且鮮少真正適用，欲彰顯其預期之功能，似有一定的難度，故而，在程序公平審查標準未盡完善之下，實質公平審查標準的最後把關，亦無法發揮應有的作用時，美國法上所稱，分居契約應得到身分契約特殊保護的期待，恐難真正落實。

三、有效性檢視之現況與公平審查之落實

雖然美國法針對分居契約，有上述公平審查的機制，惟法院在實際適用上，並未徹底執行司法審查的職務，故被引喻為僅具橡皮圖章的形式審查外觀，且因著重契約自由，傾向於認許分居契約有效性的實況，也引致既判力問題的現實困境，故產生公平審查具體落實之訴求，與相應方案之對策。

⁹⁵ AREEN, SPINDELMAN & TSOUKALA, *supra* note 46, at 1250.

⁹⁶ Cathy H. Serrette & Jade McDuffie, *It's Time We Consider the Best Interest of the Child When Sentencing Parenting and Caretakers*, 51-OCT MD. B.J. 24, 25 (2018). 關於公權力介入親子關係的強化，請參見鄧學仁，我國親子關係之立法課題與展望，載：身分法之回顧與前瞻：戴東雄教授八秩華誕祝壽論文集，頁143-144，2017年8月。

⁹⁷ KRAUSE & MEYER, *supra* note 30, at 341-42.

(一) 橡皮圖章的形式審查現況

美國法院對分居契約審查的實際情況，並不如理論上的踏實，蓋法院對分居契約之公平性，幾乎很少真正進行審查，通常僅有審查的形式外觀。⁹⁸詳言之，法院本可依職權審查當事人的經濟情況，以確定分居契約是否公平，但多數法院，通常僅依當事人提出的資料為準，並未作進一步的實體審查，甚至有上訴法院表示，一審法院並無獨立的實體審查義務，⁹⁹故多數美國法院，對當事人提出的分居契約，多不會加以阻撓，所謂的審查，充其量僅為形式上的要求，僅有少數的法院，會真正對分居契約進行實體審查。¹⁰⁰此種敷衍且僅具橡皮圖章的審查方式，其背後或許隱藏著對契約自由的偏好，亦即，分居契約至少在表面上，係基於夫妻雙方合意而定，法院就會認為，該分居契約應具公平性，夫妻雙方才會同意簽約，所以不會再去干預，特別在夫妻雙方實際上是同意離婚（Uncontested Divorce）時，更不會去審查此種合意表面下的分居契約是否具公平性，¹⁰¹誠然，此種結果，使分居契約的有效性不易被否定，更不難看出，美國法對分居契約的鼓勵態度。

然而，形式外觀的司法審查，即便有支持身分法契約自由，「婚姻法私法化」的意涵，卻無法避免另一個重大問題，亦即，當事人將分居契約送至法院，無論法院實際上是否真正進行有意義的實體審查，只要法院最後未予干預，維持分居契約的有效性，就會產生保護的幻象，使當事人認為，分居契約已受到法院的檢視，應

⁹⁸ ABRAMS, CAHN, ROSS & MEYER, *supra* note 3, at 888.

⁹⁹ Grigby v. Grigby, 2007 WL 1378460 (Ky, Ct. App. 2007).

¹⁰⁰ Barbara A. Atwood, *Marital Contracts and the Meaning of Marriage*, 54 ARIZ. L. REV. 11, 12 (2012). ABRAMS, CAHN, ROSS & MEYER, *supra* note 3, at 888.

¹⁰¹ 相對於單意離婚，此種雙方同意離婚的情形，多會被推定雙方在之前分居契約的協議上，均有可接受的共識，才會彼此同意離婚。

不至於有問題發生，而輕忽了可能的救濟機會。特別是有些法院會將分居契約納入或合併至離婚判決中，作為離婚的效力，則該分居契約的內容，已成為判決的內容而產生既判力，若此時才發現虛報婚姻財產等重大事實，獲得救濟的難度更高，機會也更渺茫，¹⁰²是則，若法院無法在分居契約納入或合併至離婚判決前，就作出有意義的實體審查，而產生已受審查保護的假象，若有問題發生，就會產生不是犧牲公平性，就是犧牲既判力的窘境，故落實法院的公平審查，使不公平契約獲得救濟，應在離婚判決之前而非之後。準此，確實賦予法院職權，並以下文所論公平審查的具體落實方案，使法院實際上進行有意義的實體審查，有其重要性。

(二)公平審查的具體落實方案

分居契約的有效性，係以分居契約具有公平性為底線，對此，美國法有公平審查標準把關，但如前文所述，不論程序或實質公平審查標準，都有其適用上的困境，故產生調整修正的建議。其中，針對最重要的婚姻財產問題，有兩個具體的建議，第一，獨立於信任關係外，清楚定義所有配偶對婚姻財產負有揭露義務；¹⁰³第二，採用共同財產制的州適用之信託責任（The Fiduciary Duties），使夫妻須揭露雙方認知內的所有資訊，包括現存的財產，以及其它必要且能合理評價該等財產之相關事實，其優點為，與傳統之「信任關係原則」相較，信託責任可直接從夫妻關係中導出，只要有夫妻關係存在，就不會因任何事件終止信任關係，即可解決傳統「信任關係原則」中「終止原則」的問題，¹⁰⁴再者，美國離婚後

¹⁰² Sharp, *supra* note 14, at 1410-12.

¹⁰³ 如前所述，簽訂分居契約時，未揭露婚姻財產是否構成詐欺，多取決於該州是否採用信任關係而產生不一致的結果，本方案可避免此混亂現象。

¹⁰⁴ 此論點係將夫妻間之信託責任與商業夥伴之信託責任等視。

夫妻財產的分配，不論採共同財產制的州或採普通法財產制的州，均已普遍採用公平分配法（*Equitable Distribution Statutes*），¹⁰⁵而此法之基本理則，即從認許夫妻之夥伴關係而來，亦可顯示，以夥伴關係為基礎的信託責任，於全美各州均有適用之可能。¹⁰⁶

雖然上述建議立意甚佳，但最大的問題卻是，美國法院輕忽其最重要的把關責任，對分居契約僅採取形式上草率敷衍的審查模式，¹⁰⁷故要落實分居契約之公平性，最為重要者，係法院確實對分居契約作出有意義的實體審查。雖有反對者認為，法院若確實就每個分居契約作實體審查，行政成本可能過高，然而，一個不公平的分居契約，其後續司法救濟成本，恐更大於進行實質公平性審查的行政成本，故另一可行的具體作法是，若分居契約之權利義務分配有顯著差異，或係在無律師代表或同時代表雙方的情況下簽訂，法院可特別針對此等契約進行實質公平性審查，要求當事人提出相關資料與合理的解釋，換言之，法院僅須挑出與客觀公平相較，顯然不同或顯有可能不公平的小部分案件進行實質公平性審查，不須就每個案件都予審查，即可緩解法院無法負荷的現實困難，亦可防止後續為解決問題而提出訴訟的更大成本；¹⁰⁸此外，亦有認為，實質公平性本身欠缺明確的標準，法院若無法確實進行分居契約之實質公平性審查，似不應過於苛責，惟此問題並非無解，實可以現行多數州採用的公平分配法，其最常用的五個主要準則：雙方當事人的經濟狀況、對婚姻財產的貢獻、婚姻的長短、當事人之年齡與

¹⁰⁵ Caline Hou, *A Bit-Ter Divorce: Using Bitcoin to Hide Marital Assets*, 16 N.C. J.L. & TECH. ON. 74, 78-82 (2015).

¹⁰⁶ Sharp, *supra* note 14, at 1423.

¹⁰⁷ Mnookin & Kornhausert, *supra* note 37, at 993.

¹⁰⁸ Melvin Aaron Eisenberg, *The Bargain Principle and Its Limits*, 95 HARV. L. REV. 741, 801 (1982).

健康，以及使擔任親權人取得婚姻住所，以上述法定準則作為公平性的初步判斷，再就個案資料加以衡斷，¹⁰⁹標準不明確的問題亦可排除，法院即可透過有標準參照的實質公平性審查，確保分居契約之公平性。

肆、美國法與我國法之比評

分居契約為美國夫妻分居時，得以自主約定分居效力之重要方法，在美國法已有一席之地，反觀我國法，對分居契約的概念尚未具體成形，或因法制發展的不同而有其差異，惟身分法契約化之趨勢，致使「婚姻法私法化」成為時代進化下之產物，分居契約在我國法，或亦有進一步發展之可能。此外，對比我國的兩願離婚，夫妻雙方得自行簽訂離婚契約決定離婚效力，與美國法將分居契約納入或合併至離婚判決，進而構成離婚效力之自主約定效果，有異曲同工之處，故美國法已累積多時的分居契約相關問題，亦可提供我國兩願離婚契約對比檢視與省思。本章將對美國法先為總評，分析其發展的理路與盲點，進而探論其與我國法對比參照的重點，並為我國法現在及未來可能發展的方向提供建議。

一、美國法鼓勵分居契約與公平審查標準之制衡

美國夫妻以雙方所訂定的分居契約，作為分居或離婚效力的依據，已是多數婚姻破裂夫妻的選擇，¹¹⁰致使不透過傳統國家安排，轉而自主解決分居及離婚事項的思潮蔚為主流。¹¹¹分居契約有節省訴訟經濟耗損之優點，避免法庭上正式敵對的程序，並可免

¹⁰⁹ Sharp, *supra* note 14, at 1453-56.

¹¹⁰ AREEN, SPINDELMAN & TSOUKALA, *supra* note 46, at 1249.

¹¹¹ *Id.* at 1229.

除可能導致全有全無的訴訟結果所造成的風險與不確定，節省時間使夫妻雙方生活能順利繼續，且與法院的判決相較，以夫妻雙方都樂於接受的方案，更具長遠實現性，¹¹²故分居契約在美國受到歡迎，其來有自。¹¹³在過往，夫妻若因簽訂分居契約後，變成貧窮或趨近貧窮的情況，即便該分居契約並無被詐欺與脅迫等情事，有些法院仍會加以干涉，避免夫妻忍受分居契約不利交易所產生的後果，¹¹⁴而在現今，如夫妻雙方有完全的財產揭露，也無被詐欺與脅迫等情事，在簽約前都有獨立尋求法律諮詢的機會，¹¹⁵且不會因分居契約變成社會扶養的負擔，則該分居契約基本上都會有效。¹¹⁶雖以目前美國法對分居契約適用的公平審查標準，對分居契約之有效性有一定程度的制衡，似乎未對分居契約採取鼓勵的友善態度，惟如前文所述，在公平審查中，僅偏重於適用程序公平的審查標準，其所產生的漏洞與不足，無法確實提供分居契約之夫妻充分的保護，而實質公平審查標準，理論上為契約內容之實質公平審查，

¹¹² Barbara A. Atwood & Brian H. Bix, *A New Uniform Law for Premarital and Marital Agreements*, 46 FAM. L.Q. 313, 314 (2012). AREEN, SPINDELMAN & TSOUKALA, *supra* note 46, at 1229-30.

¹¹³ 因婚姻破裂而分居之夫妻，已造成彼此及其子女極大的痛苦，如再爭訟，會耗費更大的時間勞力費用，並加深彼此的分裂，但若透過分居契約合意解決相關事務，則不至於雪上加霜，代替爭訟的功能運用得當時，亦能簡化複雜的情況，故具有建設性。林菊枝，美國婚姻法，頁94，1985年12月。

¹¹⁴ 曾有一段時間，妻因簽訂分居契約而無法維生時，法院會推定夫在簽訂該分居契約時，不公平占有妻之利益，因此否認夫如一般商業上陌生人，以自己的利益簽訂契約，然而，隨著婦女地位的演進，法院的態度也有所轉變，不再如此公然保護婦女。STATSKY, *supra* note 19, at 138.

¹¹⁵ 分居契約中，有所謂的鑑於條款（Whereas Clause），此條款係指夫妻在分居契約上載明，雙方已獲得法律諮詢，知悉簽訂此分居契約的利與弊，若有此種條款，通常很難再去挑戰該分居契約的有效性。*Id.*

¹¹⁶ *Id.*

應更可保障分居契約之公平性，惟因其標準模糊，且實際上多僅適用程序公平審查標準或草率為之，繼之產生既判力的不當影響，亦被質疑其應有之把關成效，故以美國法之現行運作以觀，似乎偏重分居契約之契約自由面，國家控管面則相對被輕忽，此種傾斜，或已造成分居契約有效性不易被挑戰，相對地犧牲分居契約公平性的後果。

本文認為，美國法整體而言，的確傾向鼓勵夫妻訂立分居契約，試圖減低國家干預，儘量承認分居契約之有效性，此傾向經本文分析，有以下三點脈絡可循。第一，分居契約係以夫妻兩願合意為前提，不同於無法合意時，只能以國家管控實踐公平性的法定效力，自更著重於契約自由，尊重當事人的自主意願，故在訴求契約自由的彈性度，與國家管控的公平性兩相比較與選擇上，更加展現出往契約自由面傾斜的偏好。第二，契約自由以意思表示為基礎核心，故不難看出，相較於實質公平審查標準，美國法更重視基於訂約時資源與地位平等、資訊對等所引導出意思表示無瑕疵的程序公平審查標準，再者，就實質公平審查標準之設置而言，即便無程序上的瑕疵也要求契約內容須實質公平，相較於程序公平審查標準為高，¹¹⁷對契約自由精神自有更大的牴觸，故美國法意在貫徹鼓勵分居契約維持有效性之法政策，不言可喻。第三，契約自由與公平性雖非絕然兩立，但兩者間之衝突亦難避免，美國法基於對身分契約之特殊性，或傳統上國家對身分法的管控心態，雖有公平審查機制對分居契約管控對應，但實務上多以橡皮圖章的形式審查方式運作，使此等特殊之公平審查呈現有名無實之狀，契約自由在無更大公平性的掣肘下，自享有更大的生存空間，致使分居契約之有效性

¹¹⁷ 更深入之論述，請見下段關於程序公平審查標準與實質公平審查標準寬嚴度之析論。

日益茁壯。

然而，雖如上分析，美國法目前展現出對契約自由偏好的趨勢，但為追求公平性而以公平審查標準所為的制衡，亦非絕然的廢棄，故公平審查標準適用的定位與界線，即成為美國分居契約有效性的重點，¹¹⁸ 基此，本文對美國法現行所採用的程序公平審查標準與實質公平審查標準，作進一步的比較解析，歸納出兩個重點。第一，程序公平審查標準與實質公平審查標準之寬嚴度不同，採用程序公平審查標準，對契約公平性之檢視，多僅止於程序上的公平（例如，訂約時未受詐欺與脅迫），且未顧及身分契約相較於一般財產契約更可能產生實質上的不公平，因此，在程序公平審查標準之檢視下，一旦夫妻訂定分居契約，只要符合程序上的公平，即便契約內容有實質上的不公平，也不易為無效，檢視之標準較寬；對之，採用實質公平審查標準，除了程序公平外，實質上的公平也會被檢視，因此，在實質公平審查標準之模式下，契約內容之客觀公平性，將大於當事人主觀上的契約自由，分居契約之有效性較不易維持，其較嚴格的檢視標準，可能會使分居契約因不符合實質公平性而無效。第二，程序公平審查標準與實質公平審查標準之建構方式不同，以程序公平審查標準而言，基本上是以檢視一般財產契約原則為基礎，並調整該契約原則適用於分居契約上，而實質公平審查標準，則是創建特殊適用於分居契約之檢視方式，審查分居契約在實質上是否公平。

誠然，不論是採用程序公平審查標準或實質公平審查標準，都以確保分居契約的公平性為最終目的，但兩者間仍有區別實益。¹¹⁹ 蓋

¹¹⁸ AREEN, SPINDELMAN & TSOUKALA, *supra* note 46, at 1249.

¹¹⁹ 一般稱分居契約的公平性，係指契約內容之公平，應可等同於契約之實質公平，而契約之程序公平，雖非直接等同於契約之實質公平，但透過訂約程序

兩者適用標準的寬嚴度不同，在法政策上，各可提供確保契約自由與國家控管偏好的選擇，如認為契約自由在分居契約中更具重要性，則採用程序公平審查標準，亦即，以一般對財產契約檢視之標準，配合身分法的特殊性略加修正已足，但若認為分居契約有其特殊性，因此種身分契約有別於一般財產契約，則應著重實質公平審查標準，建立身分法上特殊的適用標準，以確保分居契約之實質公平性。本文認為，若細觀分居契約之特殊性，不論是當事人在婚姻破裂時的心理壓力，簽約時可能面對時間匆促的現實，或因具信任關係及社會結構的框架下，產生的種種訂約上強弱優劣勢，致使此種具屬人性及公益性的身分契約，有別於市場競爭主義下，當事人擁有較大自由度的財產契約，是則，建立身分法上特殊的適用標準，確保分居契約之實質公平，應能切合實際，真正保障分居契約功能之發揮，減低因不當使用分居契約所造成個人及社會成本之侵害，基此，不難理解何以美國法在此議題上，仍有透過國家以特殊司法審查的管控規範，以及落實強化的相應機制，試圖以實質公平審查標準之適用，達到公平性之需求，迎戰身分法日益契約化下，「婚姻私法化」所蘊生之契約自由理念；再者，法院適用實質審查標準檢視分居契約，因其內容分配比例懸殊而有違反公平性之虞時，當事人若可提出合理的解釋，¹²⁰亦非一定為無效，且若非所有內容皆違反公平性時，只有違反的條款無效，並非全部契約皆無效，則以實質公平審查標準之適用，遏阻不公平分居契約的理念，並不會絕然侵蝕契約自由的理念，故而，實質公平審查標準若能適

的公平（例如，未被詐欺與脅迫之契約），較可能達到契約內容之公平，故而，維持分居契約之程序公平，也是為維持實質公平。

¹²⁰ 例如，因一方配偶協助他方獲取學位，獲得較大比例的財產分配，或因擔任親權人而分配到價值較高的房屋以利照顧子女，都可能是看似不成比例的分配，但實質上因有合理解釋，故仍為公平的分居契約。

切的建構與落實，以達到維護分居契約之契約自由，又不失公平性之底限，或能使分居契約有效性之界點，更能確切精準不偏不倚。

二、我國法之比較與展望

相較於美國法對分居契約的重視，我國法對分居契約的概念，仍多停留在夫妻可否訂定分居契約的階段，基此，目前我國法關於分居契約之有效性，圍繞著兩個議題，其一，夫妻訂定分居契約須有正當理由，¹²¹其二，僅可訂定暫時性的分居契約，¹²²違反上述兩個限制要件時，分居契約為無效，相較於美國法對分居契約明確地承認並傾向鼓勵的態度，我國法對分居契約顯然較為抑制。再者，因我國法對分居契約未有明確的肯認，故對其有效性的相關問題，少有如本文所探論美國分居契約的各種問題，究其因，除「婚姻法私法化」在美國法較為盛行外，¹²³我國法對分居制度的概念與發展，至今仍未有具體的雛形，¹²⁴不似美國法已行之有年，因此對分居契約的概念，相較之下更為薄弱；此外，美國法院可將夫妻自訂的分居契約納入或合併至離婚判決中，使之成為離婚後效力

¹²¹ 林秀雄，同註41，頁115-116。最高法院17年上字第28號判例參照。

¹²² 黃宗樂，協議別居與訴請別居，台灣本土法學雜誌，6期，頁171，2000年1月。戴炎輝等，同註1，頁141。陳棋炎等，同註2，頁122-123。

¹²³ 除本文所探討的分居契約外，同居契約（Cohabitation Agreement）、婚前契約（Premarital Agreement），以及婚後契約（Postnuptial Agreement），在美國身分法上都存有一席之地。Adrienne Hunter Jules & Fernanda G. Nicola, *The Contractualization of Family Law in the United States*, 62 AM. J. COMP. L. 151, 159-66 (2014). ABRAMS, CAHN, ROSS & MEYER, *supra* note 3, at 839.

¹²⁴ 有關我國分居問題之相關探討，請參見戴東雄，德國新親屬法上之別居制度與我國民法須要別居之規定，載：親屬法論文集，頁286-287，1988年12月。王如玄，別居法制化之探討：兼論應否創設事實別居離婚條款，律師雜誌，294期，頁90-95，2004年3月。

的規範，又因離婚判決具有既判力，更凸顯分居契約之重要性，故對其公平性的要求，更勝於一般財產契約，而我國法並無將分居契約納入或合併至離婚判決的問題，為維護既判力而加強對公平性檢視之需求，並無美國法迫切。

然而，二〇一〇年，我國立法院一讀通過的「分居法草案」，其中提及協議分居的概念，雖最後未能立法成功，但分居契約日後在我國法條明文出現，似非無可能，故對分居契約的進一步研究，有其必要性與重要性。¹²⁵準此，本文認為，藉美國法之示例，日後我國法之分居契約若有所發展，除應注意契約自由之理念外，鑑於身分法有別於一般財產法之特殊性，在分居契約有效性的檢視上，或可如美國法般給予一定程度的公平性制衡。惟兩國法制不同，欲同美國法院對分居契約進行特殊司法審查之方式，恐有其困難度，惟在當事人對分居契約有不公平疑慮而進行訴訟時，法院可以現行一般財產法對契約之檢視方式，並因身分法之特殊性，作某種程度的彈性適用，以確保更大程度的公平性，據以作為分居契約有效性之準則，或為我國現行法下可以期待的發展方向。

另一值得延伸思考與比評者，係關於兩願離婚契約的問題。美國法在形式上並無兩願離婚制度，因其認為婚姻事關公益，應由國家作規範管控，故婚姻的解消——離婚，無論是離婚的成立或離婚效果，基本上都應經由法院方為之，惟美國法現已採行無責離婚制度，法院對夫妻是否離婚，實質上已無管控力，¹²⁶故離婚效力

¹²⁵ 2010年由黃淑英立委提案，在立院一讀付委通過之「分居法草案」，與2012年吳宜臻立委之再度提案，雖有提及協議分居的概念，惟草案中之協議分居，與本文所論之分居契約是否相同，仍可再為研究，而草案中亦未對協議分居實質內容之效力等相關問題加以規範。

¹²⁶ 相較於有責離婚，無責離婚不需他方配偶的同意即可離婚，即便有責者也可以輕易走出婚姻，雖各州多以無法挽救之破裂（Irretrievable Breakdown）為離

的進一步鬆綁，委由夫妻以契約自訂分居或離婚效力，不再以傳統的控管方式為之，也可謂隨潮流之所趨；對之，我國法有兩願離婚制度，夫妻離婚可以不經過法院，不論形式上或實質上，離婚原因更為自由，夫妻如自行訂定兩願離婚契約，規範離婚效力等相關事項，不同於美國法至少形式上須經由法院把關，我國法對規範離婚效力之兩願離婚契約，採取相對放任的態度，¹²⁷就此面向以觀，我國身分法對契約自由的概念，似乎較美國法更勝一籌。然而，在我國兩願離婚契約高度落實契約自由理念時，公平性的概念，相對更為欠缺，蓋我國兩願離婚在離婚效力上，除財產分配有法條的規範外，其它如離婚損害賠償或贍養費的規定都付之闕如，¹²⁸以贍養費為例，兩願離婚的夫妻，如未自行約定離婚後的贍養費，在無法定請求依據的情況下，即無法向法院請求贍養費之給付，如自行訂定贍養費，亦因無約定不成可轉依法條請求作為後盾，並以法條客觀公平之標準作為給付範圍的參考，在談判的空間上，自可天馬行空，則因地位等差籌碼不足，簽訂不公平契約的機率就可能更大。

故而，本文認為，欲以美國法作比照，探論我國分居契約有效

婚原因，但只要夫妻一方訴請離婚，很難不認定其婚姻已破裂，故美國之無責離婚，其實已近似單意離婚（Unilateral Divorce），有些州則以夫妻有一定期間的分居事實，就能准予離婚。呂麗慧，同註65，頁125-126。呂麗慧，同註18，頁45。Pamela Laufer-Ukeles, *Reconstructing Fault: The Case for Spousal Torts*, 79 U. CIN. L. REV. 207, 218-20 (2010). KRAUSE & MEYER, *supra* note 30, at 286.

¹²⁷ 吳煜宗，以分居作為離婚法制內容之考察，法令月刊，63卷1期，頁62-64，2012年1月。

¹²⁸ 我國民法第1058條，關於離婚時財產分配之規定，未區分兩願離婚或判決離婚，惟同法第1056條之離婚損害賠償與第1057條贍養費之規定，都僅限於判決離婚，兩願離婚時不得據以請求。

性檢視之重點，應可拓展至兩願離婚契約上，蓋如前所述，我國分居契約的概念，在目前無分居制度的情形下，實際上的案例較少，但兩願離婚契約關於離婚事項之約定，則相對為多，僅因我國法制上，對兩願離婚效力傾向採取不干涉的態度，此等與分居契約本質相同，亦為「婚姻法私法化」概念下的兩願離婚契約，顯然是被忽略的區塊，而美國法已發展多時，可併入離婚判決產生離婚效力之分居契約，對其有效性與公平性的衡平方式，恰可資參照與比評。此外，我國法未來若有分居相關制度的導入，或「婚姻法私法化」進一步的發展，則透過兩願離婚契約的相關研究，為分居契約先行建立穩固的架構，或為其它身分契約提供示例，亦有相當的價值，惟因主題與篇幅所限，相關之深入研究，容留日後進一步探論。

伍、結 論

美國分居契約之有效性，從因違反維護婚姻的公共政策被否認，到因契約自由之需求被承認，再因分居契約具身分法之特殊性而產生公平性的要求，在分居契約不具公平性時，使其較一般財產契約更易無效，從此歷史脈絡以觀，美國分居契約之效力，仍擺盪於有效與無效之間。經本文研究，此等因「婚姻法私法化」，進而產生契約自由與國家管控的衡平問題，其中最關鍵者，實為美國法院檢視分居契約有效性所適用的公平審查標準。惟以公平審查標準實踐分居契約公平性的理念，在美國法之現實運作下，似不易達成，首先，分居契約若僅以程序公平審查標準檢視，不論以一般財產契約之詐欺與脅迫情事為審查，或傳統身分法的「信任關係原則」審查，即便因身分法概念作出某些修正，仍無法確實保障分居契約之公平性；其次，再就實質公平審查標準而言，因實質公平本身為一模糊概念，法院常借助程序公平審查標準為其判準，姑不論

程序公平審查標準，本身已無法確實保障分居契約之公平性，與程序公平審查標準未予區隔之結果，亦使實質公平審查標準未能發揮其用；再者，分居契約可納入或合併至離婚判決中，若未在離婚判決前就具體落實公平審查標準的適用，不但使分居契約之實質公平性難以達成，並造成更大的既判力問題；最後，由於鼓勵分居契約，尊重當事人自治解決紛爭的風潮，已蔚為美國身分法現今之主流，法院在實作上，習以橡皮圖章的方式，未確實對分居契約作有意義的實體審查，此種寬鬆之審查，較少據以否定分居契約有效性之結果，致使分居契約之實質公平性無法真正確保，故而，賦予法院職權，責實對分居契約之公平審查，而非以身分法契約自由的潮流偏好，僅致力於維護分居契約之有效性，對須兼顧的公平性保障至為重要。

在美國法對分居契約有效性以公平性制衡的同時，反觀我國法，分居契約概念尚屬萌芽階段，對夫妻是否可以成立分居契約，未有明確肯認或鼓勵的態度，進而對其實質內容可能涉及的有效性檢視等相關問題，亦未多有著墨與探論。惟日後若分居契約在我國法漸進發展時，藉美國法之示例，亦可初步定出可資依循的方向，亦即，基於身分契約的特殊性，在判斷分居契約有效性時，對公平性的要求應更為重視，期使「婚姻法私法化」的同時，兼顧契約自由與公平性之兩大主軸。

參考文獻

一、中 文

1. 王千維，民事財產法影響下的身分法制，台灣本土法學雜誌，90期，頁143-172，2007年1月。(Qian-Wei Wang, *Family Law Influenced by Property Law*, 90 TAIWAN LAW JOURNAL, 143-172 (2007).)
2. 王如玄，別居法制化之探討：兼論應否創設事實別居離婚條款，律師雜誌，294期，頁84-111，2004年3月。(Ru-Xuan Wang, *Research on the Legalization of Separation: Legalization of Actual Separation Terms*, 294 TAIPEI BAR JOURNAL, 84-111 (2004).)
3. 王澤鑑，債法原理：基本理論——債之發生、契約、無因管理，4版，2012年3月。(Ze-Jian Wang, *Principle of Obligation Law—Basic Principle—Sources of Obligations, Contracts, Management of Affairs Without Mandate*, 4th ed. (2012).)
4. 吳煜宗，以分居作為離婚法制內容之考察，法令月刊，63卷1期，頁59-77，2012年1月。(Yu-Zong Wu, *Observations on Divorce Law from the Prospective of Separation*, 63(1) THE LAW MONTHLY, 59-77 (2012).)
5. 呂麗慧，論美國無責離婚法（No-Fault Divorce）對我國破綻主義離婚法發展之啟示，載：身分法與人格法之民法專題研究(一)，頁115-142，2011年5月。(Li-Hui Lu, *The Enlightenment of the No-Fault Divorce Law in the United States to the Development of the Principle of Breakdown of Marriage Divorce Law in Taiwan*, in: FAMILY/SUCCESSION LAWS AND PERSONALITY LAW (I), 115-142 (2011).)
6. 呂麗慧，論美國分居制度之法制架構與規範，載：身分法之回顧與前瞻：戴東雄教授八秩華誕祝壽論文集，頁41-52，2017年8月。(Li-Hui Lu, *Research on the Legal Structure and Norms of the Separation System in the United States*, in: A RETROSPECTIVE AND PROSPECTIVE REVIEW OF TAIWAN'S FAMILY AND SUCCESSION LAW: SYMPOSIUM FOR CELEBRATING PROFESSOR DUNG-SHIUNG DAI'S 80TH BIRTHDAY ANNIVERSARY, 41-52 (2017).)

7. 呂麗慧，論有責性在美國無責離婚法之反動：與我國法之比較論析，法令月刊，69卷8期，頁156-173，2018年8月。(Li-Hui Lu, *Research on the Counter-Reform of U.S. No-Fault Divorce: Analyzing and Comparing with Taiwanese Divorce Law*, 69(8) THE LAW MONTHLY, 156-173 (2018).)
8. 林秀雄，親屬法講義，5版，2020年3月。(Xiu-Xiong Lin, *Family Law Handout*, 5th ed. (2020).)
9. 林玠鋒，家事財產法上之契約自由與弱者保護：以扶養子女契約之效力及法院之裁量為中心（上），全國律師，20卷4期，頁65-85，2016年5月。(Jie-Feng Lin, *Freedom of Contract and Protection of the Weak in Property Under Family Law: Based on the Effect of Child Support Contract and Court Discretion (I)*, 20(4) TAIWAN BAR JOURNAL, 65-85 (2016).)
10. 林菊枝，美國婚姻法，1985年12月。(Ju-Zhi Lin, *American Family Law* (1985).)
11. 林誠二，英國分居制度：兼論我國事實分居，載：身分法之理論與實用：陳棋炎先生六秩華誕祝賀論文集，頁307-328，1980年10月。(Cheng-Er Lin, *The Separation System in the UK: Actual Separation in Taiwan*, in: THE THEORY AND PRACTICE OF THE FAMILY AND SUCCESSION LAW: SYMPOSIUM FOR CELEBRATING MR. CHI-YAH CHEN'S 60TH BIRTHDAY ANNIVERSARY, 307-328 (1980).)
12. 施慧玲，論我國家庭法之發展與研究，載：家庭法律福利國家：現代親屬法論文集，頁35-88，2001年2月。(Hui-Ling Shi, *Development and Research on Taiwan's Family Law*, in: FAMILY LAW WELFARE STATE: COLLECTED PAPERS ON MODERN FAMILY LAW, 35-88 (2001).)
13. 徐慧怡，贍養費之理論與實務：以美國法與我國法為中心，2000年9月。(Hui-Yi Xu, *Principles and Practice of Alimony: Focused on American Law and Taiwanese Law* (2000).)
14. 陳惠馨，傳統個人家庭婚姻與國家：中國法制史的研究與方法，2版，2007年12月。(Hui-Xin Chen, *Traditional Family Marriage and the State: A Study and Method of the History of China's Legal System*, 2d ed. (2007).)
15. 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，15版，2020年9月。(Qi-Yan Chen, Zong-Le Huang & Zhen-Gong Guo, *A New Theory of Family Law*, 15th ed.

(2020).)

16. 陳聰富，契約自由之限制：國家政策或契約正義，國立臺灣大學法學論叢，32卷1期，頁119-164，2003年1月。(Cong-Fu Chen, *Restraints on Freedom of Contract: State's Policy or Contractual Justice*, 32(1) NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW JOURNAL, 119-164 (2003).)
17. 黃宗樂，協議別居與訴請別居，台灣本土法學雜誌，6期，頁170-172，2000年1月。(Zong-Le Huang, *Separation Agreement and Separation Suit*, 6 TAIWAN LAW JOURNAL, 170-172 (2000).)
18. 鄧學仁，我國親子關係之立法課題與展望，載：身分法之回顧與前瞻：戴東雄教授八秩華誕祝壽論文集，頁123-144，2017年8月。(Xue-Ren Deng, *Legislative Issues and Prospects on Parent-Child Relationship in Taiwan*, in: A RETROSPECTIVE AND PROSPECTIVE REVIEW OF TAIWAN'S FAMILY AND SUCCESSION LAW: SYMPOSIUM FOR CELEBRATING PROFESSOR DUNG-SHIUNG DAI'S 80TH BIRTHDAY ANNIVERSARY, 123-144 (2017).)
19. 戴東雄，德國新親屬法上之別居制度與我國民法須要別居之規定，載：親屬法論文集，頁261-290，1988年12月。(Dong-Xiong Dai, *The Separation System in the New Family Law in Germany and the Regulation of Acquired Separation in Civil Law in Taiwan*, in: COLLECTED PAPERS ON FAMILY LAW, 261-290 (1988).)
20. 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，修訂版，2014年8月。(Yan-Hui Dai, Dong-Xiong Dai & Yu-Ru Dai, *Family Law*, 2d ed. (2014).)

二、外 文

1. Abrams, Douglas E., Cahn, Naomi R., Ross Catherine J. & Meyer, David D. (2012), *CONTEMPORARY FAMILY LAW*, Minnesota: West Publishing.
2. Areen, Judith, Spindelman, Marc & Tsoukala, Philomila (2012), *FAMILY LAW CASES AND MATERIALS*, New York: Foundation Press.
3. Atwood, Barbara A. & Bix, Brian H., *A New Uniform Law for Premarital and Marital Agreements*, 46 FAM. L.Q. 313 (2012).
4. Atwood, Barbara A., *Marital Contracts and the Meaning of Marriage*, 54 ARIZ. L.

- REV. 11 (2012).
5. Bix, Brian H., *Private Ordering and Family Law*, 23 J. AM. ACAD. MATRIM. LAW. 249 (2010).
 6. Crowley III, Thomas E. & Rezens, Stephanie A., *Premarital and Marital Agreements in Hawaii Divorces*, 24-JUN HAW. B.J. 4 (2020).
 7. Eisenberg, Melvin Aaron, *The Bargain Principle and Its Limits*, 95 HARV. L. REV. 741 (1982).
 8. Grossman, Joanna L. & Friedman, Lawrence M. (2011), *INSIDE THE CASTLE: LAW AND THE FAMILY IN 20TH CENTURY AMERICA*, Princeton: Princeton University Press.
 9. Hou, Caline, *A Bit-Ter Divorce: Using Bitcoin to Hide Marital Assets*, 16 N.C. J.L. & TECH. ON. 74 (2015).
 10. Jules, Adrienne Hunter & Nicola, Fernanda G., *The Contractualization of Family Law in the United States*, 62 AM. J. COMP. L. 151 (2014).
 11. Krause, Harry D. & Meyer, David D. (2007), *FAMILY LAW*, Minnesota: Thomson/West Publishing.
 12. Laufer-Ukeles, Pamela, *Reconstructing Fault: The Case for Spousal Torts*, 79 U. CIN. L. REV. 207 (2010).
 13. Maine, Henry (1861), *ANCIENT LAW*, London: John Murray.
 14. Mnookin, Robert H. & Kornhausert, Lewis, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979).
 15. Moses, Marlene Eskin & Russ, Manuel Benjamin, *Legal Separation Agreement and Their Effect on Divorce*, 56-JAN TENN. B.J. 22 (2020).
 16. Perry, Twila L., *The "Essential of Marriage": Reconsideration Duty of Support and Service*, 15 YALE J.L. & FEMINISM 1 (2003).
 17. Rohwer, Claude D. & Skrocki, Anthony M. (2006), *CONTRACTS*, Minnesota: Thomson/West Publishing.
 18. Serrette, Cathy H. & McDuffie, Jade, *It's Time We Consider the Best Interest of the Child When Sentencing Parenting and Caretakers*, 51-OCT MD. B.J. 24 (2018).
 19. Sharp, Sally Burnett, *Fairness Standards and Separation Agreements: A Word of*

Caution on Contractual Freedom, 132 U. PA. L. REV. 1399 (1984).

20. Sharp, Sally Burnett, *Semantics as Jurisprudence: The Elevation of Form Over Substance in the Treatment of Separation Agreement in North Carolina*, 69 N.C. L. REV. 319 (1991).

21. Shultz, Marjorie Maguire, *Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy*, 70 CALIF. L. REV. 204 (1982).

22. Statsky, William P. (2004), *FAMILY LAW THE ESSENTIALS*, New York: Delmar Center Learning.

23. Swisher, Peter Nash, *Reassessing Fault Factors in No-Fault Divorce*, 31 FAM. L.Q. 269 (1997).

24. Ward, Laura A., *Duties of Fairness Between Separation Spouses: North Carolina Continues to Find That All Is Fair in Love and Divorce*, 67 N.C. L. REV. 1397 (1989).

25. Younger, Judith T., *Marital Regimes: A Story of Compromise and Demoralization Together with Criticism and Suggestions for Reform*, 67 CORNELL L. REV. 45 (1981).

From the Privatization of Marriage Law to Research on the Review of the Validity of Separation Agreements by Husband and Wife in the United States

Li-Hui Lu^{*}

Abstract

Most American spouses who live apart tend to arrange the consequences of their separate lives with separation agreements. Apart from the traditional rules of denying separation agreements, American legal systems currently admit the validity of separation in terms of respecting autonomy, which demonstrates the privatization of Marriage Law. However, due to the unique nature of separation agreement for its belonging to the family law, the validity of such agreement is subject to special review under U.S. law. When the contents of a separation contract are unfair, it—as opposed to any other contract—is more likely to be invalidated by the court in order to protect fairness. In practice, however, If separation contracts are examined solely by the standard of

^{*} Associate Professor, Department of Law, National University of Kaohsiung; S.J.D. Indianan University Maurer School of Law- Bloomington.

Received: August 6, 2020; accepted: December 11, 2020

procedural fairness—whether by means of ordinary contract review fraud and duress or by the traditional family law of “confidential relationship principle,” there will be deficiencies. Also, courts cannot properly review the separation agreements under the substantial fairness standard since they usually rely solely on the procedure fairness standard without actually using the substantial fairness standard. Additionally, in an attempt to promote the freedom of contract, most American courts review separation agreements in a perfunctory way. It is therefore difficult to implement the fairness on separation agreements as American courts tend to hold the validity of separation agreements. This article first explores the theories and the history of the validity separation agreements in the United States, and analyzes the special characters of separation agreements. It then examines the procedure and substantial standards—the core issues on the validity of separation agreements—and discusses the current application of the above standards as well as the difficulties in applying in real cases respectively. Finally, the article provides insight into the related issues in Taiwan and offers suggestions by comparing the differences between the American and Taiwanese law. It is hoped that this article can improve the possible development of the separation agreements.

Keywords: The Privatization of Marriage Law, Family Law, Separation Agreements, Freedom of Contract, Fairness, The Review of the Validity, The Review of the Fairness Standard, Duty to Disclosure, The Confidential Relationship Principle