憲法法庭112年憲判字第4號判決協同意見書

黃瑞明大法官提出

壹、 聲請人聲請釋憲之主要理由及本件判決之意旨

本件判決之聲請人包括高雄少年及家事法院家事第一庭敏股法官以及二位聲請人，均主張民法第1052條第2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。」[1]（但書規定為系爭規定）此條之立法一般稱之為「消極破綻主義」，亦即「以婚姻破裂為裁判離婚之主要原因，僅限於夫妻雙方皆無過失，但其一方仍有過失者，不得訴請離婚。」與之相對者為「積極破綻主義」，以「婚姻破裂」為唯一裁判離婚之原因，為德國民法自1977年所採行。

聲請人主張系爭規定違憲之主要理由為法官為探求婚姻破綻之程度，須深入了解當事人之個性、隱私，造成更多問題產生，系爭規定只是增加離婚訴訟關係人之困擾以及損害婚姻本身之尊嚴等。

---

[1] 民法第1052條第1項規定：「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。
三、夫妻之一方對他方為不堪同居之虐待。
四、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。
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。
七、有不治之惡疾。
八、有重大不治之精神病。
九、生死不明已逾三年。
十、因故意犯罪，經判處有期徒刑逾六個月確定。」

本件判決認系爭規定「原則上與憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨尚屬無違」「惟其規定不分難以維持婚姻之重大事由發生後，是否已逾相當期間，或該事由是否已持續相當期間，一律不許唯一有責之配偶一方請求裁判離婚，完全剝奪其離婚之機會，而可能導致個案顯然過苛之情事，於此範圍內，與憲法保障婚姻自由之意旨不符。」亦即基本上認為系爭規定為合憲，然而賦予法官個案衡量之權力，如認適用系爭規定不准有責配偶離婚將會產生過苛情事，則法官仍可依有責配偶之請求而判決離婚。本席贊同本判決之結論，另就本判決之理由以及判決所稱「過苛」係指何種情況，提出協同意見如下。

貳、 本席之協同意見

一、本席支持本件判決未宣告系爭規定違憲之理由

（一） 由憲法保障之婚姻自由無法導出配偶之一方有離婚之自由

學者論述有認婚姻自由包括婚姻解消之自由，即離婚權者。本判決理由亦認「憲法保障之婚姻自由，其範圍不僅涵蓋結婚自由、維持婚姻關係，亦包含解消婚姻之自由，即如是否及何時終止（退出）婚姻關係之離婚自由。縱使離婚自由之實現，須繫於雙方意思之合致，惟於意思未合致時，仍不妨礙一方離婚之自由受憲法保障。」（判決理由第 31 段）本席認為如此之論述有必要進一步闡明。

按我國憲法保障婚姻自由的基本前提是二人合意進

入婚姻關係時，國家不應任意干涉阻礙。相同的，當配偶二人合意解除婚姻關係時，國家基本上亦應尊重雙方之意願，亦即婚姻自由以及離婚自由均以婚姻關係中之二人合意為前提，並不存在依單方意願強迫對方結婚的結婚自由，也不存在依單方意願強制對方離婚的離婚自由。當夫妻雙方同意離婚時，若國家對於離婚制度施加限制(例如有些天主教國家禁止離婚)，該限制是否涉及違反人民之離婚自由時自然具有憲法上討論之價值[2]。我國民法規定兩願離婚祇要雙方以書面為之，有二人以上之證人之簽名並向戶政機關為離婚之登記（民法第 1050 條）即生效力，實為簡易。事實上 85.76%之離婚係透過兩願離婚之方式完成[3]，故離婚自由於我國法上應已無問題。有主張婚姻自由包括離婚自由之理論認為於配偶不同意離婚時，將阻礙了請求離婚方另與他人締結婚姻關係之結婚自由，如此之講法，實為過度強調單方之自由，而忽略了他方配偶也有不同意離婚的自由，同意與不同意離婚之意願，均應受到相同之尊重。本席認為婚姻關係中僅有一方想離婚而他方不肯離婚時，國家以公權力強制離婚之合憲性之探究，即應先理解裁判離婚所擬保障之法益為何。

---

[2] 司法院釋字第 791 號解釋對「婚姻自由」之闡釋為「包括個人自主決定『是否結婚』、『與何人結婚』、『兩願離婚』，以及與配偶共同形成與經營其婚姻關係（如配偶間親密關係、經濟關係、生活方式等）之權利」並未包括單方意願之離婚自由。

[3] 參見法務部 111 年 12 月 5 日法律字第 11103514950 號函檢附「法規範憲法審查言詞辯論意旨補充書」第 2 頁。

（二） 裁判離婚保障之法益：雙方平等之人格權以及公平解消家庭關係之權利

要探討系爭規定對於裁判離婚之限制是否違憲，首應探討裁判離婚制度所擬保障之法益為何，本席認為當配偶之一方不同意離婚，而國家以公權力決定人民婚姻關係之存續與否，其所擬保障之法益應是婚姻關係中雙方當事人之人格權以及因離婚而解消家庭關係之權利義務是否已獲公平滿足。

1、保障雙方平等之人格權

當配偶一方不同意離婚時，國家在一定條件下得以公權力強制解消婚姻關係，其目的並非為保障離婚自由，而應係保障婚姻各方之人格權。畢竟婚姻是雙方所成立具有親密性及排他性之永久結合關係，攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護（司法院釋字第 748 號解釋參照）。當婚姻在精神上、感情上及物質上相互扶持之功能已喪失時，對請求離婚之一方而言已無婚姻之意義，強令該婚姻存續，對其人格權可能造成傷害，故應從保障請求離婚者之人格權之觀點以決定公權力介入之尺度。然而如前所述，不想離婚之一方配偶之人格權亦應受同等保障。婚姻是否尚具有維持之價值，涉及當事人之主觀意願，當二者對於維持婚姻之主觀意願發生衝突時，國家僅從人格權保障之觀點實難以論斷是否應以公權力強制離婚，畢竟人格等值，雙方意願均應受同等尊重，難以論斷主觀意願之對錯。系爭規定以「有責」、「無責」作為國家應否裁

判離婚之依據，實為粗陋，在實務上造成困難。何方負有較大責任，無法輕易論斷。是故本席認為於婚姻破裂之情況下，國家除探究雙方之人格是否已受侵害外，應同時考量因婚姻消滅而解消家庭關係所生權利義務是否已公平滿足之觀點以作為裁判離婚之基準。人格權之尊重與家庭解消所生權利義務之履行應同時一併觀察，以免產生偏頗而造成不公。

2、因離婚而解消家庭所生權利義務是否已獲滿足之考量

雙方結婚後組建家庭不僅在情感上有了依歸，在法律上亦產生了新的權利義務關係，如雙方互負扶養之義務（民法第 1116 條之 1）、同居之義務（民法第 1001 條）以及連帶負擔家庭生活費用之義務（民法第 1003 條之 1）等，在婚姻關係存續期間雙方財產狀況之變化受到法律所規定夫妻財產制度之規範與保障；另外有了子女時，人生步入另一階段，對夫妻之影響更是重大且深遠。司法院釋字第 712 號解釋指出「家庭制度植基於人格自由，具有繁衍、教育、經濟、文化等多重功能，乃提供個人於社會生活之必要支持，並為社會形成與發展之基礎。」顯見家庭於憲法上之重要地位。離婚將解消雙方組建之家庭，影響重大，國家以判決強迫解消雙方所建立之家庭，更不容忽略因此所產生之權利義務關係是否已獲滿足。解消家庭產生之權利義務關係至少包括雙方之情感、子女以及財務三個面向，此三個面向之權利義務之內涵亦有主、客

觀成分，非可完全量化，但比起雙方過失大小或人格權受侵害程度之比較，有較為客觀之審查依據。

（三）目前之法律規定對離婚後弱勢配偶之保障尚有不足

夫妻離婚後雙方間之權利義務，目前民法規定夫妻之一方，因判決離婚而受有損害者，得向有過失之他方，請求賠償（民法第 1056 條第 1 項），但請求非財產上之損害時，限於受害人無過失者為限（民法第 1056 條第 2 項），無過失之一方亦得請求贍養費，但限於「因判決離婚而陷於生活困難者」（民法第 1057 條），其條件均屬嚴苛，且限於請求方必須無過失。另民法規定離婚後剩餘財產之分配（民法第 1058 條），但亦僅限於離婚時之剩餘財產，且請求方尚須證明他方剩餘財產及數量，在實務上困難度極高。現行法有關離婚後法定財產制消滅時，剩餘財產分配之規定，對於結婚後從事家事勞務以及選擇在家照顧幼兒之一方（通常為女性），對家庭付出之整體協力狀況因已列入考量（民法第 1030 條之 1[4]第 3 項），但對該配偶為

[4] 民法第 1030 條之 1：「（第 1 項）法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但下列財產不在此限：

一、因繼承或其他無償取得之財產。

二、慰撫金。

（第 2 項）夫妻之一方對於婚姻生活無貢獻或協力，或有其他情事，致平均分配有失公平者，法院得調整或免除其分配額。

（第 3 項）法院為前項裁判時，應綜合衡酌夫妻婚姻存續期間之家事勞動、子女照顧養育、對家庭付出之整體協力狀況、共同生活及分居時間之久暫、婚後財產取得時間、雙方之經濟能力等因素。

（第 4 項）第一項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。

家庭付出致未能在職場發展，所喪失之時間與機會成本卻未有所補償之規定。目前剩餘財產分配請求權之規定，即使能夠實現，充其量也祇能計算到離婚日為止雙方全部之財產，且離婚後配偶於婚姻關係存續中所累積之職業年金非屬軍公教退休年金者，尚未能互惠享有請求分配之權利。犧牲職場機會的一方卻無法分享得以全心在職場發展者日後之所得，對於為了家庭而犧牲職涯者顯不公平。

誠如上述，目前國家之法律規定對於離婚後經濟弱勢配偶之保障尚有不足。本件判決理由指出系爭規定「系爭規定為維護婚姻之法律秩序及國民之法感情，就婚姻有不能維持之重大事由時，優先保障無責配偶維持婚姻之權利，而限制唯一有責之配偶向法院請求裁判離婚之權利，原則上與憲法保障婚姻自由之意旨無違。」（判決理由第 36 段）本席支持此立場，但本席另外認為在弱勢配偶之經濟地位之保障尚未充分前，貿然宣布系爭規定違憲，恐剝奪了弱勢配偶最後之防線，讓弱勢者於被迫離婚後淪為更弱勢，因此本席贊同本判決之結論，但認為理由部分應就此為補充。

二、如何判斷不准離婚造成「過苛」之參考標準

本件判決另外開啟了個案過苛時，法院可允許有責配偶請求裁判離婚之門，但個案何時「過苛」？自有論究之必要。

（第 5 項）第一項剩餘財產差額之分配請求權，自請求權人知有剩餘財產之差額時起，二年間不行使而消滅。自法定財產制關係消滅時起，逾五年者，亦同。」

本席認為亦可由前述情感、子女及財務三方面綜合判斷，申論如下。

國家以公權力強制不願離婚者離婚，應先對婚姻破裂之情況下仍然不願離婚者之心理及顧慮有所理解，始能判斷不肯離婚者之堅持是否對求去者「過苛」。按本件釋憲聲請案之原因案件有甚多情形因外遇或另組家庭，而被視為有責，而他方仍然堅持不願意離婚。故以此類型探討在何種情況之下構成「過苛」應具參考價值。

（一） 未成年子女之利益之考量

如前所述，照顧未成年子女為夫妻雙方組建家庭後之重要責任，在家庭尚有未成年子女時，國家是否強制解消家庭，首先自然要先考慮未成年子女之利益。本判決理由提到「過苛」時舉例說明為「亦可能不利長期處於上開狀態下之未成年子女身心健全發展」（判決理由第 39 段）另本判決於建議應考慮採用德國之「苛刻條款」時，則舉例稱「例如為婚姻所生之未成年子女利益，因有特殊原因，有必要繼續維持婚姻者……該婚姻即使已破裂，仍不得離婚」（判決理由第 41 段）可見在婚姻已難以維持之情況下，同樣是為了維護未成年子女之利益，可能同時有「維持」或「解消」婚姻之不同作法。申言之，在難以維持之婚姻下，究竟是早日離婚，讓子女脫離宛如地獄般的家庭環境，對未成年子女可能較有利，然而也有可能拒絕離婚的原因是為了「讓小孩子在成長階段有一個完整的家」，縱然是「已破裂僅具形骸化外觀的婚姻」，

可能尚具有勉強撐到「子女上大學的那一天為止」的殘餘價值。實則，同樣是難以維持婚姻之家庭，依父母之修為及人生觀，可能呈現不同之家庭樣貌，非可一概而言，離或不離對小孩子比較好，就有賴法官判斷的智慧，此時所謂過苛應是指婚姻之勉強維持對未成年子女不利而言。當然若是沒有子女或是子女均已成年時，此方面之顧慮就減少了。

（二） 對離婚後之財務分配之考慮

目前國家法律規定對於離婚後經濟弱勢配偶之經濟保障尚有不足，對家務勞動及照顧幼兒而喪失之時間及機會未獲充分考量，已於前述。在此情況下，法院仍可綜合判斷在婚姻存續期間，雙方對家庭之付出以及財務狀況，以判斷拒絕離婚者之財產要求是否過度，或者請求離婚者對於拒絕離婚者之財務補償是否有所不足以判斷過苛。

（三） 情感上因素之考量

有責配偶想離婚而無責配偶不肯放手，其中當然可能有情感之因素，例如忘不掉當年相互照顧之情景而期待對方回頭者；較為極端者，則可能抱著玉石俱焚、絕不輕易成全對方之報復心理，複雜萬端，未能輕易歸類評價。於後者之情形，有責配偶淪為被報復之對象，法院自可判斷維持婚姻對有責者過苛；於前者之情形，即情感上無法放手者，國家若以判決強制其離婚，恐怕是對無責的那一方過苛。德國聯邦憲法法院於判決苛刻條款並未違憲的理由包括「必須……給予

尚未準備好離婚的一方配偶，減輕對於因離婚而必須立即改變生活模式的壓力，暫時能有調適轉換的空間」（BverGE 53, 224. 250f）[5]其中所稱的調適轉換的空間應該包括生活模式以及心理上之調適而言，本件判決亦指出「難以維持婚姻之重大事由發生後，是否逾相當期間，或該事由是否已持續相當時間」亦即期待以時間治癒心理之創傷，均可作為法院判斷是否「過苛」之參考。

（四）「唯一有責」或「有責」與否於判斷是否「過苛」時已不具重要性

外遇或有其他異性密友常被視為「唯一有責」或是「有責」之一方而依系爭規定無法獲准裁判離婚，如此之判斷恐過度簡單化了造成婚姻難以維持之「有責」之意涵。本件判決理由指出「婚姻瀕臨破綻形成之原因，通常係日積月累而成，其成因及可歸責程度亦有多端」（判決理由第 39 段）即以外遇而言，其背後亦有多種不同之原因，例如妻子因丈夫遊手好閒又家暴而出逃，賺錢撫養幼子，遇人互相安慰而日久生情，當然亦有夫妻創業艱苦，一旦飛黃騰達，即棄糟糠之妻於不顧或另築愛巢者，其「有責」之程度不一而足，若是一概以外遇者即為唯一有責者加以論斷，未必能獲事理之衡平，因此於判斷離不離婚是否過苛時，對於外遇有責者亦不應僅執著於外遇此一因素，而仍應衡量其全部前因後果。正因為婚姻決裂之過失責任難

[5] 參見戴瑀如，本件聲請案專家諮詢意見書，第 8 至 9 頁。

以判斷，採取積極破綻主義之國家才會放棄對於婚姻破裂過失責任之探討，此亦為本判決併此敘明部分所建議者（判決理由第 41 段）。事實上，目前民法規定判決離婚之非財產上損害賠償（民法第 1056 條第 2 項）以及贍養費之給與（民法第 1057 條）請求方亦均以無過失為要件，造成裁判離婚訴訟雙方在法庭上互揭隱私擴大傷害之情形，因此為了避免原本關係已不良之夫妻在離婚訴訟中更加雪上加霜，除檢討修正系爭規定外，亦應同時對民法第 1056、1057 及 1058 條等規定一併檢討修正，並增加對弱勢配偶之保障，已如前述。至於更進一步之修法，自應參考 CEDAW 第 29 號一般性建議[6]。至於對於歸責事由之探討，及其過失責任之比重，於判斷否准離婚是否過苛時，已不具重要性。

[6] 參見官曉薇，「消除對婦女一切形式歧視公約」第 29 號一般性建議，收於行政院性別評委員會，CEDAW 教育訓練及宣導計畫（109-112 年）相關講義及教材案例 。