本人 武雄如 受憲法法庭指定，就110年度憲三字第5號等聲請案，提出專業意見，並出席憲法法庭於111年11月15日就本案所行之言詞辯論。謹依憲法訴訟法第19條第3項規定，就相關專業意見或資料之準備或提出，揭露相關資訊如下：

		是/否	如是，其情形
一	相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其代理人有分工或合作關係。	否	
二	相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。	否	
三	其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。	否	

此　致

憲法法庭

陳報人：武雄如 （簽章）

111、11、9 （日期）

110 年度憲三字第 5 號

專家諮詢意見書

政大法學院教授　戴瑀如

爭點題綱

壹、民法第 1052 條第 2 項規定，有該條第 1 項規定以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻一方得請求離婚。同條項但書規定：「其事由應由夫妻一方負責者，僅他方得請求離婚。」上開但書規定（下稱系爭規定）是否限制人民受憲法保障之婚姻自由？其理由為何？如認有涉及其他憲法基本權之限制，亦請一併說明。

一、民法第 1052 條第 2 項裁判離婚之概括事由與但書規定之演進

（一）傳統封建父權社會之離婚法－在家族之團體思想、夫權之優越主義為背景下，以過失之有責主義規範離婚法

我國傳統封建社會，因籠罩在父權主義及夫權優越之下，民間常發生夫家無因將妻趕出家門，充分表現強者遺棄弱者之社會秩序。為糾正此弊端，國家先以禮教，後以律例，不得無故棄妻，而規範離婚法，其分為「和離」、以七出三不去事由之「棄妻」與「義絕」，用以限制離婚。

首先，舊律上之「和離」即現行民法中之兩願離婚，即夫妻雙方合意同意消滅夫妻身分關係[1]。至清代將和離改稱為兩願離。惟和離之性質仍與民法上之兩願離婚不同，兩願離婚乃基於獨立人格而使男女立於平等地位而解消婚姻；反之，舊律上之和離，因妻入夫家，其地位低下，無法以平等地位離婚，而常為夫棄妻之藉口，壓迫妻同意離開夫家[2]。其次，「棄妻」為夫片面棄妻之規定，為避免妻無故被夫家棄妻，故禮教與律例以妻具備七種有責事由時，始作為夫家棄妻之原因（有因棄妻），但妻若有三不去事由者，仍能阻止棄妻，以保護弱勢之妻。七出之事由包括無子、淫泆、不事舅姑（即公婆）、口舌、盜竊、嫉妒與惡疾[3]。三不去之事由則為經持舅姑之喪、娶時賤後貴與有所受無所歸[4]。最後，舊律上所稱義絕乃指夫妻之情意乖離，其義已絕，律例上不能再容忍婚姻關係之維持，由審

[1] 唐律戶婚律義絕離之條。

[2] 參閱戴東雄著，我國離婚法之現代化，載於親屬法論文集，三民，民國 77 年，298 頁。

[3] 舊律上之惡疾乃現今所稱之漢生病，因患有惡疾之媳婦，無法與族人一同奉事宗廟，而成棄妻之事由。

[4] 有所受無所歸係指夫娶妻時有妻有家長之主婚人，但去妻時已無主婚人，亦妻將無家可歸。

判衙門以判決強制離婚。義絕之事由唐律與清律有出入，後者隨時間變遷之因素稍為放寬[5]。義絕事由幾乎基於有責主義、家族團體思想，加上父權之優越所制定，大體可分為三種情形：一為夫犯：夫毆妻之祖父母、父母；殺妻之外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹；夫與妻母姦。二為妻犯：妻毆、詈夫之祖父母、父母；殺傷夫之外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹；妻與夫之緦麻以上親相姦；妻欲害夫。三為夫妻之至親間相犯：夫妻之祖父母、父母、外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹自相殺。

由傳統封建父權之社會，其結婚係上以事奉宗廟，下以繼後世之傳宗接代為核心，因此綜觀舊律中所規定之離婚事由，其中單意離婚之七出事由，無不出於男尊女卑，妻之過失有責及破壞夫家名聲，而由夫家片面將妻趕出家門。在義絕事由上，若因夫妻個人間之事由，僅妻欲害夫而已，其他事由皆出於夫或妻對他方家族身體之冒犯，且呈現夫妻不平等之情形，妻冒犯之事由顯較夫冒犯嚴重。**足見舊律上之離婚法，係以過失有責主義、家族團體主義及夫權優越主義所構成**，而與現代各文明國家之離婚法，以獨立人格及男女平等為基石所規範者，相去甚遠。

於民國 19 年制定民法之前，清政府因受歐陸近代男女平等思想之影響，於清宣統 3 年草擬民律草案，開始萌芽男女平等之離婚法，但因清朝政府立即被推翻，而來不及公布施行[6]。在民法未制定之前，法院之實務見於大理院之判例與解釋例。當時實務之離婚法，雖略有男女平等之觀念，但舊律之七出三不去、義絕之事由，仍不時在大理院之實務出現[7]。

（二）現行民法之離婚法－由有責主義轉向破綻主義的階段修法

1. 注入個人主義色彩的有責主義，並加入若干無責事由

歐陸近代男女平等及獨立人格之思想，在清末民初之大清民律草案及實務上大理院判例、解釋例開始萌牙，使得民國 19 年所編纂之民法，在繼受歐陸法制後，以男女平等思想與獨立人格為基石。於離婚法上，與傳統規範比較後，呈現三種特色。第一為相互平等的離婚請求權：在兩願離婚上，排除男尊女卑的觀念，夫妻以平等之地位，尤其尊重人格之獨立，以夫妻雙方就離婚合致即足。在裁判

[5] 戴東雄著「我國離婚法之現代化」，載於「親屬法論文集」，民國 77 年，三民，297 頁。
[6] 參照戴東雄著「我國離婚法之現代化」，裁於「親屬法論文集」，東大圖書公司，民國 77 年 12 月，300 頁。
[7] 例如大理院解釋例 6 年統字第 591 號：「七出之無子則去，須妻年逾五十以上而達不能生育，其夫又無庶子或前妻之子，尤其不能生育之責任，非妻之因素」。

離婚上，祇要一方有裁判離婚之事由，他方即能訴請法院判決離婚。第二為個人主義之離婚事由：舊律例中不論七出之棄妻或義絕，皆以妨害宗祧繼承、破壞家族聲譽或阻礙團體生活而成為離婚事由，而民法所規範之裁判離婚事由，係夫或妻之一方，有妨害婚姻共同生活之幸福為目的者，他方得訴請離婚，而與破壞家族名聲或阻礙團體生活無關。第三，目的主義之離婚事由：民法規範離婚事由在於破壞婚姻之共同生活，故民法第 1052 條列舉十款事由為訴請離婚之原因，而此十款事由不以有過失為限，除過失有責主義之通姦、重婚、不堪虐待、意圖殺他方等外，尚有以目的主義為基礎，難以繼續婚姻共同生活之事由，亦得訴請離婚。如重大不治之精神病、不治之惡疾、生死不明已逾三年。

綜上，民國 19 年所規定之裁判離婚事由，以民法第 1052 條所列舉之事由為限，一方面限制離婚之發生，除所列舉之十項事由以外，不得以其他事由為之；他方面，為達婚姻共同生活之幸福，離婚事由已不再以過失為要件，仍設有三款目的主義事由，即使雙方對該三款事由所致婚姻生活之妨害並無過失，仍能訴請法院離婚。

2. 增訂概括事由，使離婚法由有責主義轉向破綻主義，但止於消極破綻主義

民國 19 年制定民法以來，台灣家庭社會結構產生重大變化，個人主義滲透家庭的結果，加上女性經濟能力的提升，也使婚姻家庭不再穩固，我國粗離婚率由民國 36 年的千分之 0.53，至民國 60 年降為千分之 0.36 之後，即呈現逐年上升趨勢[8]。而民法第 1052 條之規定，僅列舉十種離婚事由，顯然有意限制離婚，對於婚姻已破裂而無法期待破鏡重圓之怨偶，徒有形式之婚姻，實有違婚姻本質目的在力求共同生活之幸福。有鑑於此，立法院於民國 74 年修正民法時，在男女平等之基礎上，擴大離婚事由，增訂民法第 1052 條第 2 項之規定：「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」。依本條增訂之立法意旨說明：「舊法關於裁判離婚原因之規定，係採列舉主義，僅以本條所列舉之十種原因為限，有限制離婚之意旨明顯，過於嚴格。現代各國立法例就離婚事由已逐漸趨於放寬態度，設法救濟無法定離婚事由，而瀕臨婚姻破裂邊緣，多兼採概括主義，以應實際需要。爰增列本條第 2 項前段規定，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」。

[8] 吳惠林，中華經濟研究院，我國離婚率發展之趨勢、影響及因應作法之研究，內政部委託報告，101 年 12 月，頁 8, 34。

(1) 列舉事由轉為概括事由，使離婚事由彈性化

由於婚姻生活極為複雜，無法繼續維持之原因，不勝枚舉，難以以列舉事由加以涵蓋，例如夫妻個性之差異、感情因素、經濟概況、與子女之關係或夫妻職業等因素，均能影響婚共同生活之美滿。故離婚既以婚姻共同生活無法繼續維持為解消原因，則自此修正規定意旨觀察，離婚事由從嚴格列舉，改為例示概括規定，不以民法第 1052 條第 1 項所列舉之十種事由為限，可與婚姻目的相符合，值得肯定。惟後段但書之規定則仍有檢討空間。

(2) 消極破綻主義的確立－最高法院 95 年度民事庭會議之決議

民法第 1052 條第 2 項之規定，原本已使我國離婚法由有責主義邁向破綻主義，但其但書之規定，為求公允，明定當足以構成離婚之重大事由，應由夫妻一方負責者，僅他方得請求離婚。此一規定係兼採目的主義與過失主義，而未完全採用客觀性目的主義之離婚事由，故又稱消極破綻主義。惟對於雙方皆有責者，應如何處理，有所爭議。有謂依此規定之反面解釋，其事由非應由夫妻之一方負責者，不問雙方之有責程度如何，雙方均得請求離婚，故只有就離婚為唯一有責之一方，方禁止其提起[9]，但依最高法院 95 年民事庭會議之決議，就民法第 1052 條第 2 項但書加以擴充解釋：「夫妻雙方就該事由均須負責者，比較雙方之有責程度。如其責任程度相當者，允許雙方皆得請求離婚。如雙方皆有責，而責任程度有輕重者，僅責任輕之一方請求離婚，責任重之一方，則否」。此一決議將裁判離婚之事由，就責任問題加以擴大解釋，由法官比較夫妻雙方離婚責任之程度，以主觀判斷何方有權決定離婚訴訟，而與法條但書之規定，作不同之解釋，其是否妥當，仍有值得檢討之空間。

綜上，我國有關裁判離婚的制度，本以有責主義出發，而訂定民法第 1052 條第一項之各款規定，雖已有三款內容屬於無責事由，但尚未完全以破綻主義作為離婚制度的原則。後於民國 74 年修正民法親屬編時，增訂第二項之規定，「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」，看似對離婚制度已採取破綻主義，然而卻在該項但書中，基於「自己清白」法理，仍否定單方有責配偶之離婚請求，仍保有對配偶「有責性」的考量。此外，若夫妻雙方對於難以維持婚姻之重大事由均屬有責時，依據實務見解，尚應比較衡量夫妻雙方之有責程度，僅責任較輕之一方得向責任較重之他方請求離婚（最高法院 95 年度

[9] 惟作者於文中更進一步指出本款但書之規定並未達到其為求公允，想要限制有責配偶離婚請求權之立法目的，反增加無責配偶或責任較少者之困擾，參見林秀雄，有責主義、破綻主義與有責配偶之離婚請求，法學叢刊 123 期，86 頁。

第五次民事庭會議決議)。此一結果造成夫妻在法庭上兵戎相見,互揭對方隱私,指責他方過錯,而無法達成破綻主義之目的,亦無法好聚好散,於有共同子女時,更難期待彼此成為友善父母,而損及子女利益。是以,多年來學界早已倡議我國離婚法制應朝向積極破綻主義邁進,引進客觀的分居條款,以一定期間的分居作為婚姻破綻的事由,以排除法院之事實審理,避免侵害當事人之隱私[10]。但亦有基於積極破綻主義對婦女不利為由,持反對見解[11]。

二、破綻主義的離婚法則

現今各國之離婚法,為配合婚姻自由與婚姻美滿為目的,從過失有責主義朝向目的無責主義發展,此客觀無責主義之離婚法,在學理上稱為「破綻主義」。此破綻主義之基本精神,認為一配偶皆為失去婚姻幸福權利之受害者,破綻程序可減當家庭內部之衝突,降低苛責失敗婚姻之痛苦[12]。就各國立法例來說,以「婚姻破裂」為唯一裁判離婚之原因者,稱為「積極破綻主義」。以德國立法例為典型代表,早於 1977 年即採行之。如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,此在學理上稱為「消極破綻主義」,我國民法第 1052 條第 2 項但書規定為典型,其立法仿效瑞士舊民法第 142 條第 1 項與第 2 項之規定[13]。惟瑞士已於 2000 年亦放棄消極破綻主義,避免夫妻為提出對方婚姻破綻有責之證據,陷入過去的婚姻細節爭執中,肇致更不利的結果,而轉為積極的破綻主義,以客觀分居兩年之事實作為婚姻破綻事由(瑞民 114 條)[14]。法國亦在 2005 年修正自 1975 年以來之過失有責主義,改採積極破綻主義,也以分居兩年作為訴請離婚之理由[15]。英國與威爾斯則自 2022 年 4 月 6 日起始揚棄離婚過失主義,適用積極破綻主義[16]。美國各州則已全面採取

---

[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 123 期,88 頁;鄧學仁,離婚之現代法課題,法學叢刊 166 期,5-8 頁。

[11] 文中指出,我國婦女對於離婚承受較大社會壓力,男性外遇比率高於女性等理由,積極破綻主義整體而言對女性不利。參見王如玄,離婚法制之我見,第三屆全國婦女國是會議論文集,4-4,1998,https://taiwan.yam.org.tw/nwc/nwc3/papers/forum444.htm。

[12] 徐慧怡,離婚制度與社會變遷,月旦法學雜誌第 191 期,2011 年 3 月,49 頁。

[13] 瑞士舊民法第 142 條第一項規定,婚姻關係遭受深刻之破壞,致不能強使夫妻雙方繼續為婚姻共同生活者,任何一方皆得訴請離婚。第二項規定,深刻之破壞,應由夫妻之一方負重大責任者,僅他方得訴請離婚。

[14] Hausheer/Geiser/E. Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., 2014, S. 143-144。

[15] Döbereiner, Das französische Scheidungsrecht, ZEuP 2007, S. 521.

[16] 英國歷經半世紀的討論,終在 2022 年正式由有責主義走向完全的破綻主義,離婚不再需要舉證對方有責,亦無需有長達一年的等待期。過去有離婚意願的當事人必須要提出對方外遇、或有無可忍受的行為而無法再共同生活或是無正當理由的離家長達兩年,或是在雙方合意離婚下分居滿兩年以上,方得離婚。當一方無上述行為時,他方則要等待五年方可離婚,使得他方必須千方百計僱用私家徵信社來蒐證,或是彼此通謀虛偽,製造假證據。英國離婚法的修正一

破綻離婚主義，最早採行者為加州，於 1969 年，最晚則為 2010 年的紐約。至於如何證明婚姻有不能挽回之破綻，有由當事人提出事證，或是以分居達一定期間為之[17]。足見積極破綻主義已成為歐美多數國家採用的方式。以下以德國為例，說明積極破綻主義下的立法建制，與可能遭受的違憲爭議。

（一）德國立法例之積極破綻主義與苛刻條款

1. 德國立法例之積極破綻主義

德國民法第 1565 條第 1 項第 1 段規定以客觀的「婚姻破裂」，為唯一離婚之原因，即婚姻一旦破裂，夫妻任何一方皆得訴請離婚。同條第 1 項後段解釋所稱「婚姻破裂」，係「夫妻共同生活已廢止，且無法期待重新回復婚姻」。德國離婚法之破綻主義，具有三點特色：其一，婚姻在追求美滿生活，婚姻已破裂而無法期待恢復者，任何一方得訴請離婚。其二，以分居之概念，分別結婚與分居期間之長短，輔助法院判斷「無法期待恢復」婚姻生活之困難。其三，以緩和條款調整離婚所造成過於苛刻之情況。

德國離婚法之修正，以破裂（Scheitern）取代舊婚姻法中「無可挽回之決裂」（Unheilbare Zerrüttung）之用語，此在德文解釋上，夫妻之一方或雙方，因或多或少違反婚姻共同生活之義務，而發生婚姻之失敗[18]。修正後所用之「破裂」，其本義為船舶之觸礁。引申其義為婚姻之失敗，有時不能歸罪於配偶任何一方，或因二人個性不合，日積月累所造成。此好似一條孤船遭遇大風浪而觸礁，此非人力所能左右。因此，婚姻之目的在力求共同生活之美滿，如配偶間共同生活已廢止，且無法期待此一目的之恢復者，不問造成婚姻破裂之過失或責任在夫妻何方，均得訴請離婚。又夫妻共同生活已廢止，乃客觀的事實關係，法官極易認定。惟夫妻是否已無法期待婚姻生活之恢復，卻屬於夫妻主觀之意思，法官極難認定。立法者為避免法官細究夫妻婚姻生活之一五一十，不但曠日費時，而且增加夫妻之對立，對破鏡重圓之效率不彰。是以，立法者為解決該認定上之困難，以其客觀之結婚與分居期間長短，推定無法期待破鏡重圓之可能，以避免法官之擅斷。

依據德國民法第 1565 條與 1566 條之規定，在夫妻婚姻破裂之後，允許夫妻

來因應歐洲離婚法的趨勢，二來由於離婚率的不斷攀升，所造成對法院的過度負擔。於 2020 年制定的法案（Divorce, Dissolution and Separation Act 2020）中允許當事人向法院聲明婚姻已具備不可挽回的破綻而無需將責任歸咎於任何一方，即可離婚，同時向法院以分居為由提出離婚之聲請時，亦無庸再舉證分居之事實。參照 https://www.nau.ch/politik/international/england-liberalisiert-das-scheidungsrecht-66149060。

[17] 徐慧怡，離婚制度與社會變遷，月旦法學雜誌第 191 期，2011 年 3 月，50 頁。

[18] 參見西德聯邦政府「婚姻暨親屬法第一次修正理由書」，104 頁。

提出離婚之聲請。所謂「婚姻之破裂」指夫妻間已無共同生活之情形，且無法期待恢復者（德民 1565I）。至於婚姻破裂之推定，則有如下兩種情形：一為夫妻分居滿一年後，雙方均提出離婚之聲請，或一方提出聲請，而他方同意者，即夫妻雙方對離婚有達成合意的狀況；一為夫妻分居已滿三年者，婚姻推定為破裂，夫妻任一方可向法院提出離婚之聲請，縱使他方不願離婚亦然（德民 1566）。此外，就夫妻分居未滿一年者，聲請之一方配偶，因他方個人之事由，致繼續維持婚姻，對其過於嚴苛時，始得請求離婚（德民 1565II）。總而言之，德國民法在離婚制度上已採取積極的破綻主義，以分居滿一定期間作為婚姻破綻的依據，而可向法院請求離婚。從而分居期間之解釋，在德國離婚法上，扮演重要角色。為此以民法第 1567 條規定分居相關事宜。當夫妻已無家庭共同生活，且夫妻之一方，以拒絕婚姻之共同生活，表明不願繼續維持夫妻關係者，為夫妻之分居。夫妻雖有共同之婚姻住所，但於其住所內分開生活者，亦為共同生活之廢止。若夫妻以復合為目的而為短暫共同生活者，第 1566 條所定之期間，不因之中斷或停止。

此外，德國民法為支持「分居」在積極破綻主義所扮演之角色，分居在德國民法上自成一體系，包括得由夫妻之一方訴請法院別居（德家事非訟法 266）；分居時家庭用具應如何分配（德民 1361-1）、分居時之婚姻住所如何決定（德民 1361-2），尤其分居期間如何扶養（德民 1361）。而分居中之扶養義務，為配合離婚法之積極破綻主義，亦完全改採客觀之目的主義，使原規定之有責原因完全排除。其立法意旨認為分居期間，如仍採過失有責主義，夫妻之一方為提出扶養請求或為免除扶養義務，須盡力指摘他方對分居原因之過失責任。準此以解，勢必增加夫妻間之對立，加深彼此之裂痕，終至婚姻破裂，故應配合離婚原因之破綻主義，分居期間亦應擺脫有責主義，而採客觀之目的主義。原本舊法要求夫妻別居者，其一方得對他方請求扶養，以合於公平原則為限；於此情形，尤應斟酌分居之原因、生活之需要及財產與營業之狀況。惟現行法則明定夫妻分居者，其一方依共同生活之程度、職業及財產狀況，得向他方請求適當之扶養。未就業之夫妻一方，依其個人之情況，尤應考量婚姻關係存續期間，視其以前之就業狀況及夫妻雙方之經濟情形，可預期其再就業而能自己扶養者為限，始不得向他方請求扶養。由此可見，分居期間之扶養，在去除有責主義下，也不再以分居原因之過失作為扶養義務之依據，而以夫妻雙方之經濟條件作為請求扶養之主要依據。

2. 積極破綻主義下的苛刻條款

德國法在積極破綻主義下，仍設有一苛刻條款，作為緩和離婚採破綻主義之後可能帶來之不公平現象，與考量對未成年子女所衍生之重大影響，而賦予法院

有斟酌裁量之權。依據德國民法第 1568 條之規定，對於已被推定破裂的婚姻，於下列兩種情形者，不得離婚：一為考量由此婚姻所生之未成年子女的利益，其有極特殊之原因，例外必須繼續維持婚姻之情形者；二為拒絕離婚之他方配偶，因有例外特殊情況，離婚將對其造成極端苛刻情事，但同時亦須考量維持婚姻對離婚聲請之一方配偶在此特殊情狀下之利益。

苛刻條款在立法論上，係屬比例原則衡量的特殊規定，而作為請求離婚的要件之一。依照德國民法第 1564 條第三項之規定[19]，苛刻條款為在離婚要件上作為最後衡量之標準，並具有強行法規的性質。此外，苛刻條款之任務不只在於減輕因離婚所可能造成的嚴苛情形，尚給予法官於個案中得有調整的空間。

3. 德國有關離婚採積極破綻主義的相關釋憲案

在德國有關離婚採取積極破綻主義的釋憲案中[20]，可觀察德國憲法法院尊重立法者的權限，並認為採積極破綻主義有實質上的理由，包括維護個人的人格權，防止法官對於夫妻婚姻生活的隱私過度干預，而無違憲之虞。此外，反過來對設有苛刻條款是否限制了婚姻自由，而有違憲之虞，亦在一案中作出解釋[21]，認為基本法第 6 條第 1 項對於婚姻與家庭所享有的特別保護中，雖認為婚姻原則上為終生結合的共同生活關係，但僅為「原則上」，並非絕對不能解消，又憲法所保障的婚姻制度並非抽象的，而是由法律所建制的具體內容。是以，憲法肯認配偶一方在符合法律規定下，可以離婚，並取得其再婚的自由（BverGE31, 58, 82f.），但同時立法者亦可決定，當婚姻未有破綻時，不得使該婚姻解消（BverfGE 53, 224, 248）。同時，依基本法第 6 條第 1 項所保障的婚姻，也包括以永久結合為前提的婚姻，必須給予不想離婚的一方配偶一定保障，防止他在不適當期間的離婚，以及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.），故在有此一情形，離婚並非在憲法保障的婚姻自由範圍內，故苛刻條款的設置並未違憲。

綜上所述，德國在採取完全破綻主義與增設苛刻條款之下，仍要面對是否有違反憲法保護婚姻與家庭之基本權的疑慮，反過來若採消極破綻主義下是否亦會面臨有侵害人民婚姻自由權的情形？以下則要由歐洲人權法院相關案例，說明與我國同樣採取消極破綻主義離婚法則的波蘭，是否有違反歐洲人權公約有關第 8 條對於私人與家庭生活以及第 12 條對於締結婚姻自由的保障。

---

[19] 德國民法第 1564 條第三項之規定：「關於請求離婚之要件，依本條以下規定為之。」

[20] BVerfGE 53, 224, https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv053224.html

[21] BVerfG, Beschluß vom 11.6.2001-1 BvR 2148/99, NJW 2001, 2874.

（二）歐洲人權法院之相關案例（Babiarz gg. Polen,Urteil vom 10.1.2017, Bsw. 1955/10）[22]

本案為波蘭籍的原告甲於 1997 年與其妻乙結婚，於 2004 年結識丙女後，離開婚姻住所而與丙女同居，並生下一女丁。甲於 2006 年向波蘭法院提出合意離婚之聲請，但乙拒絕同意。於是甲於 2009 年訴請裁判離婚，但被法院駁回，因甲之外遇，為該離婚之唯一有責者，故依據波蘭家庭法第 56 條第 3 項之規定，甲不得請求離婚，該案於波蘭上訴審皆被駁回，因此甲向歐洲人權法院提起訴訟，認為違反歐洲人權公約第 8 條保障私人與家庭生活以及第 12 條之婚姻締結的權利，因為法院拒絕其離婚，阻斷甲與丙再婚的可能。

歐洲人權法院表示波蘭法上有關離婚採消極破綻主義並未違反歐洲人權公約第 8 條保障私人與家庭生活以及第 12 條婚姻締結的權利，理由如下：

由於聲請人對違反歐洲人權公約第 8 條與第 12 條的訴求，在於內國法院拒絕保障其離婚的自由，雖然第 8 條之立法目的有防止個人不受國家措施的恣意侵害，但國家此項消極任務，仍然寓有積極的注意義務，在私人與家庭生活的範疇下仍應兼顧個人與他人之間權利的保障，此正反映在內國離婚法的建制上，而使得內國有較寬廣的裁量空間，得以在離婚自由的保障與限制上，於個人之間會產生相衝突的利益時，對於為達成公約所保障的私人與家庭權利，可以階段性的逐步完成。至於第 12 條締結婚姻的自由中，歐洲人權法院重申，其所保障的為一男一女締結婚姻與組成家庭的自由。保障締結婚姻的自由會在社會、個人與法律層面上帶來重大影響，締約國若要對該自由予以限制，不得侵害其基本保障的核心要素。惟針對離婚的自由，有鑑於尊重歐洲各國不同文化對於婚姻價值的維護，歐洲人權法院早已決定其並不在第 8 條與第 12 條所保障的範圍之中，此在歐洲人權公約制定當時已然確立的原則。然而歐洲人權法院卻也一再不斷強調，歐洲人權公約係活的工具（lebendiges Instrument），隨時能因應現今社會的脈動，而給予新的詮釋。因此歐洲人權法院認為第 12 條確實有保障離婚者再婚之權利，前提是內國法上允許離婚，並非由歐洲人權公約所為之要求。從而，歐洲人權法院並未排除當裁判離婚所要求的期限過長而不適當時[23]，或是內國法制儘管婚姻

[22] Babiarz gg. Polen, NLMR 1/2017-EGMR, Österreiches Institut für Menschenrechte, Jan Sramek Verlag, S. 1-3.

[23] 本案原告已離婚兩次，於 1983 年與第三任配偶，其於 6 週前認識，而於婚後第 14 天雙方合意要離婚，當事人向洛桑民事法院提出離婚之聲請時，被法院以違反瑞士民法第 150 條之規定予以駁回。該條規定為，離婚之聲請於有責配偶上，設有法定期間為一年或最高兩年，若有責事由為外遇者，更可延長至三年而禁止離婚。就此歐洲人權法院認為對有責離婚者設有等待期之規定，其立法目的雖在於鞏固婚姻的穩定性與保障與離婚者再婚配偶的權益，惟此一方式是

的共同生活已有「無可挽回之決裂」情形，但卻欠缺經無責配偶同意之機制，皆成為有責配偶請求離婚之不可逾越障礙者，仍有可能落入第 12 條保障的範疇中。然而本案非屬上述兩種情形。

本案與 Johnston u.a./IRL 一案[24]中相比，既無內國法上所施加的一般限制，或是相應的一般禁止性規定，原告所遭遇的情形，並非依波蘭法有絕對禁止離婚的規定，而是經內國法院拒絕其離婚之聲請。歐洲人權法院確認在波蘭法上就離婚有細緻的實體法與程序法之相應規定，供法官決定是否同意離婚。尤其依波蘭家庭法第 56 條第 3 項規定[25]之目的，是為了保護相對弱勢的一方配偶，對抗有惡意意圖主動發動離婚的他方配偶。為此，內國司法實務在適用該法之規定時，於離婚程序中，不論是無責配偶一方或使婚姻共同生活破裂之有責他方配偶，皆應共同參與程序。而在本案中，無論是一審法院或是上訴審法院，法官皆有針對法律所規定的要件詳細審酌，並調查足夠的證據，原告也有時充分的機會在庭上進行說明並提供證人，同時法院也詳加權衡兩方利益，並在拒絕離婚時鉅細靡移地敘明理由。

歐洲人權法院也很清楚知道本案的原告已與同居人生有一女兒，顯然彼此也

否可達到該目的，實有所存疑，況且德國於 1976 年，奧地利於 1983 年皆已廢除再婚期間的限制，故承認本案不當限制原告離婚之權利，而有違反歐洲人權公約第 12 條之規定。F gegen Schweiz, Nr. 11329/85, EGMR 1987, Urteil vom 18. Dezember 1987, EGMR-E 3, S. 724-730, N.P. Engel Verlag.

[24] 本案原告與其妻於 1952 年依愛爾蘭教會法規定結婚，生有三子。1965 年與其妻分居，兩人皆認為彼此婚姻已完全破綻。兩人在知情與合意下，各自與第三人同居。但依愛爾蘭法律原告不得離婚，而無法與其同居人再婚。為了確認原告是否要依第 12 條所延伸出的離婚權利，歐洲人權法院必須就該條文義於其立法目的下進行檢驗。該條中所謂的「締結婚姻」權利指的應為開展一婚姻的共同生活，而非解消之意。從而此一字義也連結至內國法制，即便其透過離婚的禁令而限制再婚的自由，歐洲人權法院亦不認為在確立單偶制的國家中，會侵害到第 12 條所保障的權利核心。對於第 12 條的解釋應依其立法目的，此於制定歐洲人權公約時，即已確立。原本草案的內容為「有結婚能力之男女，有不受種族、國籍或宗教的限制而締結婚姻與組成家庭的權利，其在婚姻的締結、婚姻關係存續中與婚姻解消皆具有同等之權利。」，其後將後段刪除，原因即在於該條只想保障婚姻締結的權利，而不及於婚姻締結後之權利。因此歐洲人權法院並不認為第 12 條之規定包含離婚的權利。原告雖強調在社會的變遷中，與歐洲人權公約制定的背景已有不同，尤其是破綻婚姻的比例攀升。雖然歐洲人權法院同意，公約的內容解釋應與時俱進，但法院無法對於文義以演進的詮釋方式所導出的權利，是一開始並未涵蓋在內的範圍，尤其是此處，於制定之初即已明確將之排除的情形。此外，也必須提及，離婚的權利並未規定於歐洲人權公約中，其議定書明確表明確保保障婚姻有解消的可能並非締約國之義務。因此在本案中，歐洲人權法院不認為原告有依第 12 條所導引出的離婚權利。Johnston u.a. gegen Irland, Urteil vom 18. Dezember 1986, EGMR-E 3, S. 356-375, N.P. Engel Verlag.

[25] 依波蘭離婚法之規定，離婚之要件為當婚姻具備完全與不可回復之破綻者，夫妻得向法院提出離婚之聲請，並設有苛刻條款，當離婚將侵害共同所生之未成年子女利益，或是基於其他理由與社會共同生活的一般秩序相牴觸者，則禁止之。又當提出聲請的配偶一方，應為婚姻完全破綻單獨負責者，禁止離婚，但經配偶他方同意，或是配偶他方拒絕同意與一般社會共同生活秩序相違背者，不在此限。參照 https://e-justice.europa.eu/45/DE/divorce_and_legal_separation?POLAND&member=1

有經營一穩定的共同生活關係，且內國法院也承認原告的婚姻生活已具備完全不可回復之破綻，但此一情況並無法排除上述之考量，否則等於無視內國在實體法與程序法上有關離婚之規定，而可任一方配偶任意離家與他人生子。在依據歐洲人權公約第 8 條所保障的實質家庭關係下，並不表示原告享有特別被法律承認的保障。縱使法院拒絕其離婚聲請，並使其婚姻繼續存在，並未影響原告可透過認領與該子女建立法定親子關係的權利。歐洲人權法院進一步表示，依波蘭法之規定拒絕原告的離婚聲請並非有既判力(res iudicata)，原告仍有可能在情事變更以後，向法院提出新的離婚聲請（例如其配偶之同意）。是以，歐洲人權法院認為原告的締結婚姻自由並未被侵害，第 8 條所賦予的積極義務並無使波蘭法院有同意原告離婚聲請之義務。

綜上所述，歐洲人權法院對於公約第 12 條締結婚姻的權利是否有包括離婚的權利採取比較保守的見解，此受限於當初制定公約時，明確表達的意圖有關，也表明尊重各國文化對於婚姻價值的看法，而對於離婚採取保留態度。其後，雖強調公約的解釋應與時俱進，但亦只對於連續離婚者設有再婚期間之限制，認為屬第 12 條的範疇而宣告違反公約，或是對於絕對禁止離婚之規定有可能在現時亦宣告有違反公約之虞，其餘則放任各國仍有自由決定其離婚法制之空間，不論是採積極破綻主義或是消極破綻主義。

三、憲法第 22 條所保障的婚姻自由權

（一）婚姻自由權的內涵

婚姻權，在我國屬於憲法上未列舉之權利，僅能以第 22 條規定「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序及公共利益者，均受憲法之保障」，以及透過司法院大法官在具體個案中的解釋，進一步肯認[26]。

觀察大法官歷年來所作解釋中，其中多號釋字涉及締結婚姻的自由，而對於婚姻的要件進行解釋。早期處理甚多案件在於養子女與本生子女是否有違反禁婚親的規定（12、32、34、58、91 號），大法官必須處理傳統習俗中「將女抱男」與童養媳制度，與現代民法收養制度所產生的衝突。大法官會議最終認為，當養父母收養養子女時本有使其與婚生子女結婚之真意者，即不受現行民法不論是有關 983 條近親禁止結婚之規定，或是終止收養規定之限制，而承認「將女抱男」或是「童養媳」制度為民法收養制度外的另一種收養制度[27]。之後，則處理有關

[26] 李震山，憲法意義下之「家庭權」，國立中正大學法學期刊，2004，66-68 頁。
[27] 陳惠馨，憲法解釋對身分法制發展之影響，憲政時代，32 卷 1 期，2006，42-46 頁。

重婚的問題（242、362、552 號），於釋字 242 號首度提及婚姻受到憲法第 22 條等關於自由權利應受保護之基本價值理念的保障；釋字 362 號肯定之，認為婚姻自由包含結婚自由以及與他人相婚之自由。釋字 552 號則闡明，「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障。民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，即本此意旨而制定。婚姻自由雖為憲法上所保障之自由權，惟應受一夫一妻婚姻制度之限制。」就此，確立我國憲法有保障婚姻自由權，但該自由仍有限制，禁止重婚之規定，在婚姻制度樹立一夫一妻之原則下，並不違憲，惟在後婚相婚人有信賴利益的情況下，不得限制其締婚自由。而在釋字 552 號中進一步強調，於此情形將使前後婚姻關系同時存在，為維護一夫一妻制度，究應解消前婚姻或後婚姻、婚姻被解消之當事人及其子女應如何保護，屬立法政策考量之問題，應由**立法機關衡酌信賴保護原則、身分關係之本質、夫妻共同生活之圓滿及子女利益之維護等因素**儘速檢討修正。

至於婚姻在我國是否享有制度性保障，於釋字 554 號有關刑法是否對通姦與相姦者處以罪刑中加以肯認，「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照本院釋字第 362 號、第 552 號解釋）。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」就此，其後作成通姦除罪化之釋字第 791 號解釋雖並未對於第 554 號所解釋之婚姻，其本質係維護共同生活之忠誠義務予以變動，並重申婚姻係配偶雙方自主形成之永久結合關係，除使配偶間在精神上、感情上與物質上得以互相扶持依存外，並具有各種社會功能，乃家庭與社會形成、發展之基礎，婚姻自受憲法所保障（系爭解釋與本院釋字第 748 號解釋參照），但同時也承認隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化。從而針對釋字第 554 號解釋中，就性行為之自由，應受婚姻與家庭制度之制約，肯認以通姦罪為告訴乃論罪及對通姦罪附加訴追條件，為立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成之空間，與憲法第 23 條比例原則之規定尚無違背之結論加以變更，進一步強化性自主權，認為其與個人人格有不可分離之關係，為個人自主決定權之一環，與人性尊嚴密切相關，亦為憲法第 22 條所保障

之基本權，故當國家以刑法介入處罰通姦行為來維護婚姻制度或個別婚姻關係時，一來此為配偶一方違背其婚姻之承諾，是否已明顯損及公益，須以刑法制裁，顯然有所疑慮，二來以刑罰規範直接限制人民之性自主權，於追訴審判程序中必然干預人民隱私，於手段上有過當而不適宜，與憲法第 23 條比例原則不符而違憲。另外就刑事訴訟法第 239 條但書，對於配偶撤回告訴者，其效力不及相姦人之規定亦違憲，認為婚姻撤回告訴之效力與婚姻關係之維持，並無實質關聯性，反而因為在長期訴訟過程中，夫妻二人反覆之攻防辯論，同時將其記載於判決書中，並公告於世，使夫妻婚姻生活之隱私一一曝露，更可能加深配偶間之裂痕。

在上述的解釋文中，對於婚姻的保障原則上仍然維持在傳統異性婚的架構下，直至釋字第 647 號解釋率先展開對於一夫一妻以外之其他形式的共同生活是否亦應納入法律保障的論辯。此一釋字中涉及遺產暨贈與稅法第 20 條限制配偶間贈與免稅，是否有違反憲法平等原則，而大法官認為對於欠缺婚姻法定要件，而未成立法律上婚姻關係之異性伴侶，仍無法享有與配偶同等之待遇，係因該規定為維護法律上婚姻關係之考量，目的正當，手段並有助於婚姻制度之維護，自難認為與憲法第 7 條[28]之平等原則相違背。惟理由書中最後亦增添說明，有鑑於異性伴侶與具法律上婚姻關係之配偶間之相似性，立法機關自得本於憲法保障人民基本權利之意旨，斟酌社會之變遷及文化之發展等情，在無損於婚姻制度或其他相關公益之前提下，分別情形給予適度的法律保障。釋字第 647 號解釋雖然目前仍選擇保護固有之婚姻制度，但已授予立法機關，在未來應適度對於僅同居生活之人，給予法律的保障，而就擴張婚姻家庭型態，踏出了重要的第一步。僅接著釋字第 748 號解釋更挑戰同性間締結婚姻組成家庭的可能性，而認為結婚自主權，不應因性傾向而有差別對待。當同性別二人想要經營共同生活，成立具有親密性及排他性之永久結合關係時，亦攸關其人格健全發展與人性尊嚴之維護，自應同受憲法第 22 條婚姻自由的保障。由司法院釋字第 748 號解釋的內容觀之，其所強調者乃在於，同性之間的永久親密共同生活型態，應比照異性婚姻納入法律保障，其與釋字第 647 號解釋相比，就擴張婚姻家庭的概念上，更邁進一大步，直接認為同性別二人組成永久親密之共同生活並無損於婚姻制度或其他相關公益，而命立法機關限時修法或制定相關法律以保障之。自此號大法官會議解釋之後，我國法制實已邁向擴張婚姻家庭型態的道路上闊步前行[29]。

綜上所述，由歷次有關婚姻之釋憲案中，可看出大法官明確認為婚姻與家庭

---

[28] 憲法第 7 條之規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」

[29] 戴瑀如，大法官解釋 748 號的立法因應，台灣法學雜誌，328 期，2017，49-50 頁。

制度為社會發展與形成之基礎，應受憲法制度性之保障，以及婚姻自由係屬憲法第 22 條所保障之基本權利，包含了結婚自由以及與他人相婚之自由。其對於婚姻觀念之本質與婚姻生活之目的功能，亦有清楚闡明，不過從中可發現有些許轉變。由原本婚姻係一夫一妻為營永久共同生活，並使雙方人格得以實現與發展之生活共同體，到強調婚姻係夫妻以人格獨立、人性尊嚴，自由結合之共同生活，**使婚姻關係中個人人格自主之重要性，更加受到肯定與重視**。而在婚姻關係存續中，對於夫妻仍肯認相互負有忠誠義務，並不因通姦除罪化而有所影響，且應在精神上、物質上相互協助，以保持共同生活之美滿，但不應以刑法作為增強人民對婚姻尊重之法意識，來維護婚姻與家庭制度之倫理價值。就婚姻制度的社會功能而言，亦由維護人倫秩序、男女平等、養育子女等，隨著社會自由化與多元化之發展，**婚姻所承載之社會功能也趨於相對化**。

（二）婚姻自由權有無包括婚姻解消的自由？

過去大法官對於締婚自由的另一面向，即離婚之自由與限制，也有不少著墨，包括釋字 18 號、147 號、372 號以及 452 號，其中 18 號[30]、147 號[31]與 452 號[32]皆與夫妻間履行同居義務有關，連帶影響是否構成惡意遺棄而得為裁判離婚的事由，使得已成立之婚姻面臨必須解消的結果，其中包括一方歸寧不返尚不屬惡意遺棄，因夫納妾而離家之妻有不為履行同居義務之正當事由，或是履行同居義務之場所不應以婚姻住所地作為認定之標準等。至於第 372 號釋字則是處理有關裁判離婚事由中所謂不堪同居之虐待的認定標準，對於最高法院 23 年上字第 4554 號判決先例中，「對於夫妻之一方受他方不堪同居之虐待，固得請求離婚，惟因一方之行為不檢而他方一時忿激，致有過當之行為，不得即謂不堪同居之虐待。」認為該過當之行為經斟酌當事人之教育程度、社會地位及其情事，尚未危及婚姻關係之維繫者，即不得以此認為受他方不堪同居之虐待而訴請離婚。惟此判例並非承認他方有懲戒行為不檢之一方權利，若一方受他方虐待已逾越夫妻通常所能忍受之程度而有侵害人格尊嚴與人身安全之情形，仍不得謂非受不堪同居之虐待。

---

[30] 針對婚後歸寧不返家同居是否合於民法第 1052 條第 5 款之規定而構成惡意遺棄的離婚事由，本號釋字認為夫妻一方僅歸寧不返，迭經他方託人邀其回家同居，而夫妻一方仍置之不理尚不構成惡意遺棄他方，仍須於同居之訴判決確定後仍不履行同居義務於繼續狀態中，又無不能同居之正當理由者，方合惡意遺棄之情形。

[31] 針對夫納妾是否為不履行同居義務的正當理由，本號釋字肯定之，由於夫納妾違反夫妻互負之貞操義務，在該項行為終止前，妻主張不履行同居義務，即有正當理由。

[32] 本號解釋雖針對夫妻住所以單方意思決定之規定是否違憲，但其主要內容涉及夫妻住所之設定是否為夫妻應履行同居義務之場所，進而影響一方配偶可否以未於夫妻住所地履行同居義務而以惡意遺棄為由訴請離婚。首先本號解釋認為夫妻住所地之指定權屬於夫之規定違反平等及比例原則違憲。又夫妻住所之設定與夫妻應履行同居之義務不同，夫妻縱未設住所，仍應以永久共同生活為目的，而互負履行同居之義務。

以上皆屬對於裁判離婚事由之認定方式，惟自內容觀之，多屬於對構成裁判離婚事由之限制，儘量維持婚姻關係的存續，對於有無離婚自由多無闡明。直至釋字791號認為在婚姻制度之社會功能已逐漸相對化後，憲法應保障人民享有不受國家恣意干預之婚姻自由，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。明確指出婚姻自由包括兩願離婚的自由，惟其是否進一步擴及於裁判離婚之自由，猶待釐清，也是本次釋憲案必須處理的問題。

四、消極破綻主義之離婚事由與釋憲解釋上婚姻本質之目的不相符合

（一）消極破綻主義對積極破綻主義在法理上之矛盾

從比較法之觀點，德國現行離婚法上之積極破綻主義，乃針對舊婚姻法上離婚之事由，以有責主義為主，兼採目的主義之折衷主義[33]，加以全面改革。二次大戰後，德國立法機關，一方面，大眾對婚姻自由之意識提高，他方面，消極破綻主義對積極破綻主義而言，因二者乃對立之概念，如同時並存，在法理上似有不相一致之嫌，若以目的主義出發，婚姻一旦發生不可回復之破綻，即無法達成婚姻目的，則無論有責與否，結果都相同，而大幅度修正離婚法，改採純粹之破綻主義（積極之破綻主義），而放棄過失有責主義[34]。瑞士法早在1907年制定離婚法時，與當時其他國家還採有責主義相比是相當前衛的，除了列舉特殊兼具有責與目的主義之離婚事由外（舊瑞民137-141），亦增訂婚姻共同生活有不可修復之破綻者，亦得離婚之概括事由（舊瑞民142），但仍有對於主要有責者限制其離婚之規定。但瑞士在長年的司法實務運作中發現，婚姻發生破綻之原因隨著社會變遷與價值觀的改變，使得列舉事由已然過時，當事人多以概括事由訴訟離婚。而以概括事由訴請離婚時，對於婚姻破綻之認定，為了避免進行婚姻細節之爭執，維護共同所生子女利益，法院也儘可能多以客觀的事實加以審酌，使得有責與否在破綻主義下漸失其立足之地，故瑞士民法於2000年廢止列舉事由，與消極破綻主義下對有責配偶的離婚限制，而採取積極破綻主義，僅以分居兩年推定婚姻破綻，配偶一方即可向法院訴請離婚（瑞民114條）。甚至對配偶一方有特殊嚴苛事由者，尚可不受分居兩年的限制（瑞民115條）[35]。由於我國在離婚實務上亦有類似瑞士發展的背景，包括離婚事件多以第二項概括事由主張，並就雙方有

[33] 德國舊婚姻法所規定之離婚事由為通姦。其他婚姻過咎、精神錯亂、精神病、傳染病等事由，兼採有責主義與目的主義，以列舉性規定離婚事由。

[34] Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl., S.225-226, 228-229.

[35] Hausheer/Geiser/E.Abel-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 143-144頁。

責下仍須爭執責任輕重時，亦有檢討如此規範所生之重大負面影響，甚至損及子女利益，亦無法落實破綻主義之精神，故此一立法發展，實值得我國借鏡。

此外，學者亦指出我國法上消極破綻主義之矛盾，一方面是破綻主義的自我否定，一方面又因融合有責主義與破綻主義之思想，而兼具兩者之缺點，同時指出若要限制有責配偶訴請離婚，其基本精神應在於婚姻之道義性與公平之原則[36]，而非計較其有責與否，深感贊同。

（二）憲法解釋下的婚姻本質與目的

在歷次大法官針對婚姻與家庭制度所作出的解釋可知，對於婚姻觀念的核心在於為經營永久共同生活，於精神與物質上相互協助，而讓雙方人格得以實現發展來看，婚姻一旦有了不可回復之破綻，是無法構成上述婚姻的本質，在早年的解釋上，或許仍注重婚姻家庭人倫秩序的面向，尤其婚姻家庭所具備維護男女平等與養育子女的功能，此明顯受到過去家團主義的影響，婦女多以婚姻家庭為依歸，若任由一方解消將對其經濟與社會地位帶來顯著不利，社會對於失婚婦女的負面評價，也使女性對於解消婚姻卻步，此從上述婚姻解消的釋憲案中多為限制離婚，實則為了保障婦女的婚姻權可知。惟今日的我國社會，對於婚姻家庭的價值觀已由過去家團主義的影響，大量注入個人主義的色彩，並在落實男女平等原則下，要依附婚姻家庭來保障個人權利，特別是婦女的需求也漸漸失去其正當性。是以，當婚姻家庭一旦去除為宗、為家的功能以後，使得徒有形式的婚姻，失卻婚姻的本質與目的，即應讓其解消，轉而加強保障離婚後之生活，以讓當事人重新建立新生活的美滿，此對社會秩序之安定性，將更有貢獻，或許這正是大法官所言，隨著社會自由化與多元化之發展，**婚姻所承載之社會功能也趨於相對化，而離婚法制亦應與時俱進。**在近代各國離婚法制已逐漸從過失之有責主義趨向於客觀之破綻主義下，其中限制有責配偶離婚請求實為過渡時期的產物[37]，我國雖於民國 74 年即採破綻主義，惟仍仿效瑞士法附加對有責配偶之限制，時至今日，在瑞士法亦揚棄消極破綻主義，我國也脫離傳統婚姻家庭以家團主義為中心的包袱，實應回歸到婚姻生活的本質，以配偶雙方共營的共同生活為核心，若欠缺此一要件，婚姻有客觀破綻之事實，即應讓該婚姻有解消的可能，如此方符合憲法解釋下的婚姻本質與目的。

至於我國法秩序下的婚姻自由是否有包括離婚自由，特別是裁判離婚的自由？

[36] 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 123 期，86 頁。
[37] 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 123 期，87 頁。

歐洲人權法院中的相關案例，將離婚自由予以限縮，基於歐洲人權公約第 12 條保障締結婚姻的權利，就其如何詮釋有其自身的脈絡，與我國不同。我國對於婚姻家庭價值觀上，與歐美國家相異，未有宗教因素，反在於父權社會下對於婚姻家庭制度所扮演的功能，故在離婚的事由上，多以家族為本，並以夫權為重。因此在現行民法去除父權社會影響下，對於離婚的限制，所考量的僅在於個人權益的保障與公平性而已，是以，若以不合個人主義下的婚姻本質與目的為由，應有解消之空間，而能承認有離婚之自由，況且我國法上有關合意離婚的要件向來寬鬆，國家公權力無介入空間，當事人一旦意思合致，符合法定要件，即得解消婚姻，就裁判離婚而言，亦不應限制過多。

（三）殘存夫妻身分之安定性與再婚追求婚姻之美滿，孰輕孰重？

民法第 1052 條第 2 項但書之消極破綻主義之規定，令造成婚姻破裂有責之夫妻一方，禁止為離婚之提出，其主要可能的原因為，有責之一方配偶，亦能訴請離婚，有違反公平正義之原則，或是對於無責之他方配偶，因離婚所產生之不利益，對之保障不周[38]。

上述理由雖有部分正當性，但從大法官釋憲案之本文與理由書所表明之婚姻本質與婚姻生活的目的而言，仍有檢討之空間。若為公平正義，禁止有責配偶一方提出，則婚姻關係已發生破裂，無法再期待破鏡重圓，只追究過去之過錯，維持殘存之婚姻，實與婚姻目的背道而馳，僅成為懲罰有責配偶之手段而已。惟如何保障無責配偶在婚姻解消後的權益，確實為走向完全破綻主義必須考量的最重要法益，而應由苛刻條款的設立或是加強離婚效力之規定著手，包括損害賠償、贍養費、子女之扶養與夫妻財產之分配等[39]，此待後述。

針對此一問題，大法官也曾在釋字第 552 號解釋有過類似評價，在特殊重婚的情形，為了保護後婚當事人的信賴利益，使得後婚不因重婚無效，但卻形成同時存在的兩個有效婚姻，而有違一夫一妻制度，究應解消前婚姻或後婚姻、婚姻被解消之當事人及其子女應如何保護，屬立法政策考量之問題，而責成立法機關必須衡酌信賴保護原則、身分關係之本質、夫妻共同生活之圓滿及子女利益之維護等因素決定之。其後立法機關增訂民法第 988 條之一，選擇解消前婚，前婚自後婚成立時視為消滅，但準用離婚之規定，以補償前婚配偶犧牲婚姻的代價。至

[38] 呂麗慧，有責配偶離婚請求之否定－兼論分居為破綻表徵與苛酷條款，台灣法學雜誌 161 期，2010.10.01，119-120 頁。

[39] 吳煜宗，難以維持婚姻的重大事由，民法親屬繼承實例問題分析，五南，2009 年，32-33 頁。鄧學仁，離婚法之現代課題，法學叢刊 166 期，6 頁。

於保護後婚配偶的原因，其於草案中說明婚姻關係之本質，以男女雙方感情、維持家庭生活和諧為本質，前婚既有離婚之過程，雙方感情雖非完全破裂，但產生一定嫌隙在所難免，考量上仍以維持後婚存在為適當[40]。

（四）以分居長短之客觀事實作為判斷婚姻有無破綻

消極破綻主義的最大缺點在於追究婚姻破裂責任之有無或輕重，將加深夫妻之裂痕，競向指摘對方違反忠誠義務或其他婚姻生活之不是，使雙方更為對立。加上法院為釐清責任歸屬避免擅斷，不得不進行審訊調查，求得婚姻破裂責任歸屬之真象，而曠日費時，造成司法資源的浪費，亦使個人隱私權受到侵害。此也正是外國立法例由有責走向完全破綻主義的重要原因。因此以分居一定期間的客觀事實取代消極破綻主義中當事人的證明，故成為各國立法例紛紛採取之方式。

我國民法之制定係繼受德瑞民法為主軸，在離婚法上，雖仿效瑞士民法例制定民法第 1052 條第 2 項但書，有關就婚姻破裂有責之一方，不得訴請離婚，但卻在實務的解釋下，強化責任的比重，而無法貫徹婚姻本質目的在於追求夫妻共同協力，婚姻生活之美滿與幸福。隨著時代的演進，多數國家在離婚法制上皆已放棄有責主義，有鑑於此，應仿效德國立法例，引入以「分居」之客觀期間，於夫妻婚姻已破裂，共同生活已廢止時，作為判斷無法期待破鏡重圓之依據，尤其不應再論及婚姻破裂之責任歸屬。如此修正，始能與大法官釋憲案第 372 號、第 362 號、第 552 號、第 748 號等解釋文，就婚姻目的在於闡明婚姻共同生活達到美滿與幸福相吻合，而非對於婚姻破裂之過錯予以懲罰[41]。

五、相關制度之配套

（一）以苛刻條款調整離婚之極端困境

在採完全破綻主義中，是否應留有一定空間，作為調整無責配偶被離婚的公平與否？在對目前將民法第 1052 條第 2 項刪除但書之規定，增訂以「分居」作為婚姻破綻之客觀事實有所疑慮者，或許有以苛刻條款調整因離婚造成極端困難之情形，兼顧無責配偶離婚之公平性，以及得以考量未成年子女之利益，並不失為一良方。雖有學者擔憂苛刻條款雖可用於緩衝，但是否會成為另一個否定有責配偶離婚請求之「變身」，而難以貫徹積極破綻理念[42]？在觀察德國法多年來運行

[40] 立法院公報，96 卷，38 期，院會紀錄，70-71 頁。
[41] 鄧學仁，離婚法之現代課題，法學叢刊 166 期，6 頁。
[42] 呂麗慧，有責配偶離婚請求之否定－兼論分居為破綻表徵與苛酷條款，台灣法學雜誌 161

的經驗，苛刻條款不會對離婚破綻主義帶來走回頭路的結果，此係德國法一來對於苛刻條款，以「極特殊原因」、「有特殊情況」、「造成極端苛刻」之構成要件，並在法院的實務操作配合下作極度限縮的解釋，二來嚴格區別因分居所推定的婚姻破裂與宣告離婚所造成的效果，僅有後者方為苛刻條款適用的範圍，並強調僅因離婚而對他方配偶或小孩造成極度嚴苛之特殊個案上，方得禁止離婚，從而僅為過渡條款之性質。此使得德國在實務上的離婚案件，因苛刻條款而禁止離婚者，寥寥可數，其功能確實只在調節當下離婚對於無責配偶的嚴苛，並非使該已破綻之婚姻能夠永續存在。

（二）加強離婚後生活保障之周全配套措施

我國離婚法制若要走向積極破綻主義時，前提在於應對無責配偶於離婚後的權利有周全保障。我國雖然針對離婚後的財產上效力，包括離婚後的損害賠償、夫妻財產於婚姻關係解消後的分配、贍養費、子女扶養費，甚或退休金等，已有相關法制的建制，然而實際上仍無法完全去除可能產生不公平之處。對於投入完全心力於婚姻家庭的一方配偶而言，因他方配偶所導致的婚姻破綻，得以解消時，如何補償該一方配偶於婚姻中所付出的貢獻，成為建立新生活的基礎，則為積極破綻主義下必須具備的配套措施。我國現行法中，無論在夫妻財產之分配上，贍養費之請求、子女扶養費之請求，以及退休年金給付權利的分配，仍有不完備的地方。首先，在夫妻財產之分配上，無明確對於請求剩餘財產分配時要求配偶他方對其財產之揭露義務，或是在剩餘財產分配保全措施上，對於配偶他方惡意處分財產的舉證困難等，皆造成配偶的權利主張不易。不過可期待在增訂民法第1030-1 條第三項，使法官在調整免除剩餘財產之分配額時，應綜合衡酌夫妻婚姻關係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的久暫以及雙方的經濟能力後，能給予無責配偶更為適當的評價；在贍養費中，現行法之規定要件過於嚴格，不但要求權利人無過失，亦僅能於判決離婚時請求，而失去贍養費制度之設計在於填補婚姻關係存續中扶養請求權之喪失，以及肯定對婚姻貢獻的補償，而有修法必要。針對子女扶養費之請求，考量積極破綻主義下，一旦不再限制有責配偶請求離婚，則會受到影響的尚有其未成年子女，如何確保未成年子女的扶養費不致請求落空，現行法之規定不夠明確，由欠缺請求扶養費數額的明確標準，至執行上的困難，皆使得子女權益保障有所不足。最後在退休年金給付權利的分配上，我國法制並不完全，只有部分職業別得以請求配偶他方之退休給付權利，應促進各職業別退休金之立法，讓離婚配偶

期，2010.10.01，125 頁。

得向各保險單位請求進行分配，方符合平等權。

綜合以上說明，在大院對婚姻自由的詮釋下，當婚姻家庭制度注入個人主義色彩，強調當事人的意思自治，國家僅在涉及公益的情況下予以介入時，則在保障婚姻自由的範圍上，除了締結婚姻的自由以外，亦應包括離婚的自由，故我國既已採破綻主義，卻又加諸對有責配偶離婚之限制，婚姻一旦發生不可回復的破綻，即失去配偶於婚姻共同生活齊心協力的可能，若再禁止其離婚，實侵害有責配偶的離婚自由，進而與他人再婚建立美滿共同生活的自由，從而系爭規定應有違反婚姻本質，而有違憲之虞。惟在宣告違憲之後，仍應敦促立法機關制定周延的配套措施，以兼顧無責配偶離婚後的權益，尤其是為婚姻作出貢獻而不願解消婚姻之配偶一方。

貳、系爭規定是否違反比例原則、平等原則？其理由為何？

依憲法第 23 條規定，以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。本條但書之規定，若參酌波蘭家庭法之類似規範，其有保護相對弱勢的一方配偶，對抗有惡意意圖主動發動離婚的他方配偶，在個人相衝突的利益中，波蘭法選擇限制他方配偶的離婚自由，而為該國對婚姻家庭價值的評價，歐洲人權法院認為其屬於維持社會秩序之一環，仍應尊重內國的裁量空間，不認為侵害原告的締結婚姻權，然此一見解亦有基於該條保障婚約締結權的內在限制。

我國法既已由有責主義邁向破綻主義，在歐陸法的繼受下，採取過渡階段的消極破綻主義，一來所繼受的國家已紛紛轉為積極破綻主義，二來我國在傳統婚姻家庭的轉型過程中，已歷經社會結構的變遷，而積極落實男女平等原則下，再以該規定繼續維持不合婚姻本旨，已然破綻之婚姻，實失去對於過去傳統婦女固守家庭而應有特別保護的必要，加之為釐清有責程度之輕重，而於司法程序上過度侵害個人隱私的危害，從而使得系爭規定違反比例原則，我國之離婚法制應是時候，朝向積極破綻主義前行，惟於立法政策上仍應儘力維護無責配偶於離婚之後的權益。