本人呂麗芳受憲法法庭指定，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：呂麗芳　（簽章）

111年10月31日（日期）

# 專家諮詢意見書

## 案號: 110 年度憲 3 字第 5 號

國立高雄大學法律學系　呂麗慧教授

**111 年 11 月 15 日言詞辯論爭點題綱**

**一、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。**

婚姻自由為人民受憲法第 22 條保障之基本權。依據司法院釋字第 7 4 8 號解釋理由書所示，「憲法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之權利」,已明示將『兩願離婚』納入婚姻自由之範疇。惟上開釋字並未將系爭規定所涉及之『判決離婚』納入，準此，本意見書擬以學理之角度，依以下兩點解析本爭點。

### (一)　婚姻自由包含婚姻解消自由(離婚權)

從婚姻進行的時間探討婚姻自由,若與當事人之自主(自由)權利

結合，可分為三階段，分別是第一階段婚姻成立— 結婚權，第二階段婚姻關係中— 婚姻關係中權利義務自主權，以及第三階段婚姻解消— 離婚權。惟從身分法之本質與發展脈絡，當事人並非自始即全面享有上述三階段之自主權，傳統上，身分法本於身分行為之事實先行性、『狀態權』 (Status)，人倫與社會之重要公益性考量，雖亦借用財產法之契約或權利義務等概念，但多以國家公權力加以控管規範，[1]當事人之自主權相對被壓縮，此時婚姻自由的概念僅存於第一階段，亦即，只有選擇是否結婚，與誰結婚的自由，**一旦進入婚姻，其權利義務關係，皆由國家規範**，非如財產契約可任當事人之意思自由決定，須全盤接受，[2]準此，當婚姻解消時，亦非可恣意離婚，須符合國家制定之嚴格離婚要件方可離婚。

然隨時代變遷，對人格自由的日益重視與保護，個人事務自主決定權之需求與日俱增，身分法的演進，亦如法學家亨利梅茵(Henry Maine)所為的知名預測『從身分到契約』 (From Status to Contract)已然展開。[3]**近代國家對婚姻的掌控日益鬆綁，當事人的自主空間擴大，[4]其中，離婚法之發展至為明顯**，蓋法定的離婚事由，已從嚴格列舉

[1] 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，4 頁，2007 年 9 月，2007 年 9 月修訂版。陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，23-24 頁，2010 年 9 月，9 版。

[2] 美國最高法院在 1888 年即指出，婚姻在法律上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).

[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] 以我國法為例，民國 108 年司法院釋字第 748 號解釋施行法，已承認同性者可自由締結婚姻，民國 91 年夫妻財產制之修訂，法定財產制之內涵，除剩餘財產分配請求權外，幾乎與夫妻分別

的有責主義，走向擴大概括的無責主義(破綻主義)，亦即，只要婚姻有客觀上的破裂即准予離婚，不再侷限於當事人主觀上是否有責，從此種離婚嚴格化走向離婚自由化的脈絡以觀，第三階段的離婚權，在現代法中應被認可，基此，婚姻自由應包含婚姻解消自由(離婚權)。

## (二) 離婚權之認可與限制

由上述人格自主與時代潮流以觀，離婚權在現代法中，應為婚姻自由之一部分，自應受憲法第 22 條基本權之保護。惟憲法第 23 條亦有明文，憲法所保障之自由權利，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，準此，離婚權在特定目的下，非不可被限制，惟離婚權是否受限制之相關問題，在我國離婚法制下，應再作區分探討。

我國離婚法基本上分成兩願離婚與判決離婚兩種，兩願離婚因係『合意』離婚，在雙方自主同意離婚的『契約』模式下，採取相對放任之立法方式，[5]較無限制離婚權的問題，**然系爭規定所涉之判決離婚，原告所主張的離婚權(離婚請求權)，因與被告欲保留婚姻而不願離婚的意思相反，雙方意思無法合致，與上述國家對身分法的『契約』**

---

財產制無異，不再受男女不平等的掣肘，從夫妻財產相涉程度之漸減，亦足見國家對夫妻財產漸不干預之傾向。

[5] 除須有離婚真意外，只須符合民法第 1050 條以書面為之，二人以上之證人簽名，並向戶政機關為離婚登記之形式要件。

**鬆綁模式不同，故而對離婚自由仍保留較大的控管限制，**在雙方無法合意的情況下，由法院判決是否准予離婚，意即，在憲法第 23 條基本權非不得限制之概念下，**此時原告之離婚權受較大的限制— 須具法定離婚事由方可離婚。**

我國現行之判決離婚法，基本上可分兩種法定離婚事由，第一種為有責主義— 被告具有責事由(民法第 1052 條第 1 項)，[6]第二種為破綻主義— 婚姻破裂有難以維持的重大事由(民法第1052條第2項)，具備上述法定離婚事由，法院方得准予原告離婚。以上兩種法定離婚事由，雖有限制原告之離婚權，但未有爭議，蓋如前所述，除依據憲法第 23 條規定，國家在一定條件下，當得對基本權作限制外，更因我國於民國 74 年增訂民法第 1052 條第 2 項破綻主義的立法，雖仍保留同條第 1 項有責主義之條文，但其所導入的破綻主義，已足使嚴格化的離婚鬆綁，朝向離婚自由化之境，故對原告之離婚權而言，係屬放寬限制，故較無疑慮。**惟本系爭規定，係在 1052 條第 2 項破綻主義的條文上，再加上原告為有責者不得離婚的但書規定，此處對原告離婚權所加之限制，係對原有的破綻主義加以箝制，造成離婚又倒回嚴格化，對原告離婚權之限制更形加大，**長久以來已受到諸多評論，對於系爭規定限制人民受憲法保障之婚姻自由-- 婚姻解消自由(離

[6] 民法第 1052 條第 1 項之 10 款法定離婚事由中，其中第 7 款第 8 款和第 9 款為無責事由，惟多數條款為有責事由，故仍以該項為有責主義之概稱，以與第 2 項破綻主義區隔，茲予說明。

婚權)所引起之疑慮，茲於下文以比例原則作進一步檢視。

## 二、系爭規定是否違反比例原則、平等原則？其理由為何？

承上所論，系爭規定於婚姻破裂時限制有責原告訴請離婚，是否侵害原告之離婚權，茲以比例原則檢視之。

### （一）目的性

首先探討系爭規定之目的，其立法理由指出，婚姻破裂之事由若可歸責於原告，限制其離婚之請求『始屬公允』，惟未見進一步論述。學者對系爭規定目的之析論，概可分為三種，第一種，從婚姻制度保障的角度，限制有責原告離婚，可導正有責配偶與宣誓其他配偶**維護婚姻**，有助於維護婚姻存在之公共利益，[7]第二種從原告的角度，若未限制有責原告離婚，有違倫理道德、乾淨手(Clean Hand)原則、誠實信用，並屬權利濫用，非法之所許，故應予否決並為非難**懲罰**，[8]第三種則是從被告的角度，相對於有責原告破壞婚姻，無責配偶遵守婚姻誓言，應保留其婚姻，以示法律對守護婚姻者之**保護**立場，[9]本意

[7] 中川淳『親族法の現代課題』191 頁（世界思想社、1992 年)。

[8] 太田武男「破綻主義」『家族問題——家族法Ⅲ離婚』247-248 頁（中川善之助等編)(酒井、1980 年)。日本民法第 1 條規定：「私權須遵守公共福祉（一項)。權利的行使與義務的履行須遵守信義誠實原則（二項)。權利之濫用不被允許（三項)。」參見中川善之助＝島津一郎「離婚原因」『總合判例研究叢書民法(3)』7 頁（有斐閣、昭和 39 年)。參見大川正人「破綻主義と有責配偶者の離婚請求」阪大法學，5 號，1952 年，99 頁。

[9] 中川淳，『親族法の現代課題』191-92 頁（世界思想社、1992 年)。

見書認為，上述目的雖皆有其正當性，惟以限制有責原告離婚是否有助於目的之達成，尚須逐一檢視。

從婚姻制度性保障以觀，婚姻對個人與社會均有重大功能，為憲法所保障(司法院釋字第 362 號、第 552 號、第 554 號解釋參照)，維護婚姻為人倫社會公共秩序之所需，國家公共利益之所在，有責配偶怠於婚姻義務之履行，並自招婚姻破裂，應拒絕其離婚之請求，以導正有責配偶與宣誡其他配偶維護婚姻之使命。惟上述婚姻之重要功能或價值，均建立在符合婚姻意義的前提下方能達成，蓋婚姻係雙方以感情為基礎，以建立永久共同生活協力經營之關係，此種婚姻方屬法律所認許的一種利益狀態，始能達成國家社會所期待的婚姻功能，然若婚姻已破裂，此時之婚姻並非一種利益狀態，無法達成其原應展現的功能，自欠缺維持之利益。**原告配偶雖為有責者，但摧毀婚姻已為事實，有名無實的婚姻，其存在不再是利益的狀態，已非法律所欲保護具公共利益之婚姻**；再者，**感情為高度人格自主的展現，亦非法律所能控管，即便將有責者留在婚姻中，亦無法強制其履行婚姻義務進而修復回歸原始之婚姻狀態**，[10]故限制有責原告離婚以保留住婚姻，有助於維護婚姻存在之公共利益，此論點容有疑問。至於**藉限制有責原告離婚，宣誡其他配偶不可怠於婚姻義務之履行導致婚姻破裂，而**

[10] 身分行為無法強制履行，民法第 975 條規定，婚約不得請求強迫履行，即為示例。強執執行法第 128 條第 2 項亦規定，夫妻同居判決不得強制履行，是則，若有責原告不履行同居義務，惡意遺棄被告，即便被告請求夫妻同居獲勝訴，亦無法強制有責原告回歸婚姻中與被告同居。

**應恪守維護婚姻之使命，以鞏固社會上更多幸福婚姻存續的公共利益，此於婚姻未為破裂之情形下，或可達其預防性的功能。**

次從原告的角度探討，限制有責原告離婚，亦有彰顯有責者違反婚姻維持義務在先，破壞婚姻後又據此請求離婚之行為，係違反倫理道德、乾淨手原則、公序良俗、誠實信用，並屬權利濫用，為法所不容，並以限制原告離婚避免上述行為，以及達到非難懲罰之立法目的。誠然，限制有責原告離婚可直接避免上述不法情事之發生，就此以觀，自有其立法之正當性，惟上述推論成立之前提，**應先確認『原告有責被告無責』之情形，方能切中其適用的意義**，蓋依原被告是否有責，可區分為四類型，第一型『原告有責被告無責』，第二型『原告無責被告有責』，第三型『雙方均有責』，以及第四型『雙方均無責』，以系爭規定原告為有責者以觀，有前述第一型『原告有責被告無責』與第三型『雙方均有責』兩種，若係**被告亦為有責的第三型，上述所指稱的不法情事，所造成不符公平正義的指責即較難成立**，[11]然第一型『原告有責被告無責』也有其問題，蓋婚姻破裂之責任，在複雜的婚姻關係中，實難以分辨，除非有責事由僅限於傳統法定具體有責行為，例如婚外性行為，家暴等，**在破綻主義引入導致有責事由的擴張下，有責判斷的複雜性更勝以往**，以現行實務上最常採用的『比較雙方有

[11] 民法第 1052 條第 1 項之被告配偶為有責時，並未特別限制原告為有責者不得離婚，或為此理。

責性』即可知，[12]**在婚姻破裂下，很難僅有原告一方有責**，即便可認定原告有責，亦可能為被告所誘發，[13]二者互為因果，準此，**在被告配偶亦可能為有責的情況下，上述立法目的所欲避免之不法情事，即有力道削弱或失準之虞**。至於以限制離婚非難懲罰有責之原告，亦容有質疑之處，蓋**離婚法之世界潮流走向破綻主義，係因有責主義的諸多缺失，故揚棄主觀上有責性之究責，改以客觀上婚姻破裂為法定離婚原因，破綻主義之基本精神在於救贖而非懲罰，正面處斷而非負面的責難，**[14]**此精神不因原告為有責者而有所不同**，故以懲罰有責原告為立法目的，與破綻主義理論相違。

最後就被告角度觀察，若其為遵守婚姻誓言之無責配偶，法律不應剝奪其維持婚姻的意願，而使其承受有責配偶之離婚請求，以及經濟上與感情上各種不利益的衝擊，故限制有責原告離婚，以示法律對無責配偶保護之立場。上述保護無責配偶之立法目的本身並非無正當性，蓋破綻主義最值得被關注的盲點之一，就是當原告為造成婚姻破裂的有責方，被告配偶被迫離婚時，若其為無責及弱勢之配偶，對於此等違反被告意願，無責又處弱勢之配偶，法律對之應如何強化保

[12] 實務見解認為，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。最高法院 94 年度台上字第 2059 號民事判決；最高法院 95 年第 5 次民事庭會議決議參照。

[13] 太田武男「破綻主義の限界」『現代家族法研究』250 頁（有斐閣、昭和 57 年）。

[14] 呂麗慧，論破綻主義之轉折與突破，月旦法學雜誌，192 期，2011 年 5 月，204 頁。

護。[15]然而，縱有上述問題待解決，採取限制有責者離婚的方式，讓原告繼續停留在已破裂的婚姻中，雖可不違無責被告不願離婚的心意，然原告既已提出離婚訴訟，顯對婚姻已無繼續付出的意願與行動，強留其在此空殼化名存實亡的婚姻中，應無法對被告提供任何保護，又或許製造出後續外遇或非婚生子女等更多傷害，上述感情上的不得已，並非不認同無責被告感情上或經濟上所面臨的苛酷情境，只是法律無法以強制力控制屬人性特質的個人感情自主，法律可提供保護者，或可能是在此種任誰也不願意發生的情況下面對現實，提供離婚後無責配偶更充足的金錢保障或賠償，關於其細節，容於下節中論述。

綜上，系爭規定之立法目的雖非全無正當性，然欲以限制有責原告離婚達其目的，容有上述爭議空間。

### （二）必要性

承上所論，系爭規定之立法目的容有質疑之處，惟縱能通過目的性之檢視，尚須就其必要性加以探論。首應討論者，係是否有限制有責原告離婚以外之方法，仍可達到立法目的。觀諸上述立法目的，有維護婚姻，懲罰有責原告與保護無責被告三面向，本意見書認為，從

[15] 美國在進入無責離婚法後，對有責原告可輕易離婚，被迫離婚之被告為無責或經濟弱勢者時，因喪失談判籌碼而造成離婚後經濟窘困等問題，應如何對弱勢無責之被告加強保護，成為重要的法律課題。Karen Turnage Boyd, *The Tale of Two Systems: How Integrated Divorce Laws Cab Remedy the Unintended Effects of Pure No-Fault Divorce*, 12 CARDOZO J.L. & GENDER 609, 617 (2006).

離婚後之財產效果與侵權行為對有責原告為相應的法律制裁，亦或可達到上述三面向之立法目的。本立論之前提，係已破裂的婚姻，無論當事人是否有責、誰為有責或孰輕孰重，皆已無存續之實益，應以符合時代之破綻主義精神，准予離婚，惟當**原告為自招婚姻破裂的有責者若仍准予離婚，並非法律認同其有責行為，而是因為不利益的破裂婚姻不宜維持，但其有責行為在法律上仍應予究責制裁，只是在思考其應負的責任時，或不應僅限於離婚本身的框架中，而是將重心置於離婚後的效果上**，亦即，針對原告之有責行為，強化離婚後財產效果(離婚損害/贍養費/夫妻財產分配)之金錢給付，並搭配侵權行為損害賠償，在懲戒有責原告之餘，亦能同時宣誡其他配偶不為婚姻有責行為，達到維護婚姻的目的，並使無責被告獲得相當的損害賠償，以示法律保護無責被告之立場。

詳言之，法院若判決有責原告離婚，依現行民法有三種財產上的效果，第一種是民法第 1056 條離婚損害賠償，其第 2 項規定，無過失之配偶若因判決離婚而有非財產上的損失，得向有過失之配偶請求損害賠償；第二種是民法第 1057 條之規定，無過失的配偶因判決離婚而無法維生時，得向他方請求贍養費，最後是民法第 1058 條夫妻財產的分配，以最多數的法定財產制言，民法第 1030 條之 1 的剩餘財產分配請求權，可保障離婚後於婚姻中協力的財產平均分配，以

上三種除夫妻財產分配不論當事人是否有責都可適用外，離婚損害賠償與贍養費在『原告有責被告無責』的情況下亦可適用。此外，針對離婚當事人在婚姻中的有責行為，亦有侵權行為法對其不法行為之損害賠償規定，民國 88 年新增的民法第 195 條第 3 項規定，對於重大身分法益受侵害之不法行為，亦得請求損害賠償，實務上已多有相關案例之適用，[16]即便法院准予有責原告離婚，此規定亦可適用，故就現行法以觀，對有責原告的懲罰與無責配偶之保護而言，均非無系爭規定以外之其它方法。

再從比較法之角度為例，美國離婚法在 1985 年各州都採行某種形式的無責主義後，在無責體系的離婚法下，離婚本身即不再追究當事人有責與否的問題，在有責主義時代與系爭規定相似，被告得為防禦的『反責』(Recrimination)，也在無責離婚法的發展下，近半世紀以來幾乎失其適用的機會，[17]在不限制有責原告離婚的情況下，**即便針對最被詬病的『原告有責被告無責』離婚，產生許多被迫離婚之被告感情上的突擊與不公，以及與其子女遭受經濟上不利等問題，亦多認為在無責離婚法下，不應將有責問題再倒回置入是否離婚的爭執中，而是將有責因素放置於離婚後的財產效果(贍養費/夫妻財產分配)上，**

[16] 最高法院 93 年度台上字第 1162 號民事判決；臺灣高等法院 99 年度重上字第 106 號民事判決參照。

[17]Douglas E. Abrams/Naomi R. Cahn Catherine J. Ross/David D. Meyer, CONTEMPORARY FAMILY LAW 438-39 (2012). Harry D. Krause/David D. Meyer, FAMILY LAW 252-53 (2007). Judith Areen/Marc Spindelman/philomila Tsoukala, FAMILY LAW CASES AND MATERIALS 707-10 (2012).

[18]**或是在離婚效果亦完全淨空有責，只以婚姻侵權(Marital Torts)處理有責問題，**[19]可供我國參考研究。

綜之，人格自主在婚姻中的重要性與日俱增，限制原告離婚權的系爭規定，與上開所述其它方法相較，應非最小侵害手段。

### （三）衡平性

最後要檢視限制有責原告之離婚權所造成的損害，與欲達成維護婚姻、懲罰原告與保護被告婚姻之利益是否顯失均衡。首先探討限制原告離婚權所造成的損害，其最顯著者，即為對人格發展與尊重造成的抑制，司法院釋字791解釋理由謂，結婚自由(離婚權)之自主決定，「攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，為重要之基本權，應受憲法第22條之保護」，準此，限制有責原告離婚，基本上已侵害憲法層級所欲保護之權利，損害自為重大，且參前論述，原告為有責者，應未因此失去憲法對其離婚權之保護利益，反因其為有責者，限制其不得離婚恐造成更大的損害，蓋不同於一般財產契約，當債務不履行發生時，或得以強制履行達其契約目的，又或得解除契約，即便無法合意解除契約，或不符合法定解除事由而無法解除契約時，亦不妨礙當事

[18] Peter Nash Swisher, *Reassessing Fault Factors in No-Fault Divorce*, 31 FAM. L.Q. 269, 275-76 (1997).

[19]呂麗慧，論美國離婚法之婚姻有責損害賠償- 以婚姻侵權之交錯為探討中心，10-46 頁，收錄於氏著，《離婚法專題論文集－有責性與損害賠償》，新學林，2021年2月。

人再度締結新的契約，反之，婚姻有高度屬人性的人格意涵，且具有身分行為專屬性特質，如將有責原告留在其已無意維持的破裂婚姻中，亦無法強制其履行婚姻義務，再以一夫一妻制的理則，除非可以解除婚姻，原告亦無法再度締結新的契約(再婚)，故限制有責原告離婚，使其在無法如約履行原有婚姻下，亦無法再重啟締結婚姻，對其婚姻自由、人格的損害應為重大。

再者，系爭規定所造成的損害，尚不限於原告，並擴及整體破綻主義離婚法的失焦與被架空。自系爭規定的實際適用以觀，有兩大問題，第一，系爭規定以原告有責為法院拒絕離婚的要件之一，另一要件為婚姻破裂(有難以維持婚姻的重大事由)，然攻防上必將焦點置於原告有責，而非婚姻是否破裂上，蓋即便婚姻破裂，只要原告有責即無法離婚，況且原告既做出有責行為，該婚姻很難不破裂，故決斷性因素仍在原告有責上，使本應以婚姻破裂為主的破綻主義因此失焦。其次，系爭規定本應限於『原告有責被告無責』的類型下，方有其立法的意義，其它類型『原告無責被告有責』、『雙方均有責』或『雙方均無責』的情形下，理論上應無系爭規定適用的餘地，自應回歸民法第 1052 條第 2 項本文，以是否有婚姻破裂為審理重心，惟在實際適用上恐非如此，蓋如前所述，破綻主義離婚法擴大法定離婚事由，致使有責事由亦抽象化，在有責事由因而擴張的結果下，幾乎使每對婚

姻出問題的雙方配偶，都難逃有責的情事，特別在訴訟攻防上，**原告為求離婚勝訴，必控被告有責，以求不適用系爭規定(非『唯一有責』)，[20]被告則為求勝訴以無持婚姻，亦必全力指控原告有責，以求適用系爭規定，導致『雙方互控有責』變成判決離婚案件的常態，[21]姑不論在法庭上互揭隱私對人格利益的傷害，法官被迫將審理重點放在雙方有責性輕重的判斷上(參我國實務採行之『比較雙方有責性』方式)，作為離婚判准與否的決斷點，致使判決離婚因系爭規定，變異為幾乎所有案件都聚焦於有責攻防的惡性鬥爭，再次架空破綻主義離婚法之精神，並使法院裁量權無法預測等問題產生，擴增系爭規定造成損害的層面。**

上述因系爭規定而產生的相互攻擊模式，對已出問題的婚姻而言，無疑是加劇破裂的速度與力道，雪上加霜的使損害更加擴大，陷入『婚姻越破裂越不能離婚』的困局中。倘若無系爭規定，**原本不欲離婚的被告應是證明『婚姻並無破裂尚可挽回』，而非指責原告有責，即不致於陷入上述反擊互攻的惡性循環中，反之，系爭規定使被告須證明原告有責，除造成被告『自證婚姻破裂』的矛盾外，被告再揭被**

[20] 有學者認為，系爭規定在立法落伍與不當之情形下，在文義解釋上應限縮適用，亦即僅限原告為『唯一有責』時，方有適用，而非如實務所採之『比較雙方有責性』，於原告為『主要有責』時不得請求離婚。參見林秀雄，有責配偶之離婚請求——兼評最高法院九十三年度台上字第九八七號判決，月旦法學雜誌，123 期，2005 年 8 月，250 頁；林秀雄，親屬法講義，196 頁，2013 年 2 月，3 版。又，『唯一有責』之概念與本文前述第一型『原告有責被告無責』同，併予敘明。

[21] 最高法院 111 年度台上字第 1356 號民事判決；臺灣高等法院 110 年度家上字第 145 號民事判決參照。

**有責原告傷害的傷口，其痛苦情境可以想見，即便最後留住婚姻，可能也只是破裂更深的空虛婚姻，雙輸局面已無可避免**，惟法院若判斷婚姻已破裂，即不再以責任問題影響離婚與否的判定，則解消一段不幸婚姻，或能創造日後兩段幸福的婚姻，對在破裂婚姻中痛苦的兩人，或能有注定雙輸以外的其它新局。是以，參酌外國法，曾與系爭規定相類之立法與實務運作，如德國(1938 年婚姻法第 55 條第 2 項)[22]、瑞士(1907 年瑞士民法第 142 條第 2 項)[23]、日本(最高法院在昭和 62 年 9 月 2 日大法庭判決前的實務見解)，[24]雖行之有年但現均已廢棄，[25]亦可知系爭規定之存在必造成相當之損害，欲以避免之情形與歷程，諸國皆同。

相較於上述因系爭規定所致的損害擴大，被告(或社會)之婚姻保護利益則相對式微。以系爭規定之立法目的以觀，不論是懲罰原告與保護被告婚姻，皆以維護婚姻為最終目標，誠然，婚姻的功能與重要性，在現今社會仍是憲法制度性保護的層級，惟其與近代對個人人格

[22] 德國 1938 婚姻法第 55 條第 2 項規定：「請求離婚之配偶，就婚姻之破裂須負完全或主要責任者，他方得提出異議。但正確判斷婚姻之本質及夫妻雙方之一切行為，認婚姻之繼續在道德上為不當時，他方之異議則不予考慮。」黃宗樂，歐洲各國破綻主義離婚立法之展開，陳棋炎先生六秩華誕祝賀論文集・身分法之理論與實用，1980 年，230 頁；門坂正人，歐米諸國における破綻主義立法の新展開—離婚原因法について中心にして，中川善之助追悼・現代家族法大系 2 婚姻・離婚，昭和 55 年，127 頁。

[23] 瑞士 1907 年民法第 142 條第 2 項規定：「惟深刻之婚姻破裂應由一方配偶負主要責任者，僅他方配偶得訴請離婚」

[24] 加藤美穗子，有責配偶者離婚請求問題への疑問，續現代民法學の基本問題，1993 年，509 頁。

[25] 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 年 10 月，120-121，123-124 頁。

權之重視相較，兩者比重已呈傾斜之趨勢，司法院釋字 791 號解釋理由書中示明，「隨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之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會化功能則趨於『相對化』」，復以「婚姻制度之社會功能已逐漸相對化，且憲法保障人民享有不受國家恣意干涉之婚姻自由....之權利，日益受到重視」，其已清楚指出，在婚姻社會功能相對化後，婚姻關係中個人人格自主，在與維護婚姻利益產生衝突時，以婚姻中個人人格自主為優先保護之利益。再以美國法為例，多年以來，在家庭權利與個人權利(Family Rights vs. Individual Rights)的衝突與衡平中，亦早有認為個人權利的保護與家庭權利相較，應更具優勢，[26]美國法對一般婚外性行為，近年來已甚少有民事上的侵權行為損害賠償，[27]亦可為對婚姻中個人人格重視與保護漸優於婚姻之示例，是以，系爭規定之被告(或社會)之婚姻保護利益，在時代變遷下，與保護有責原告離婚權相較下，或已相對縮小，此外，系爭規定之原告雖為有責，對其所遭致之損害可謂與有過失，

[26] Peter Nash Swisher, *Reassessing Fault Factors in No-Fault Divorce*, 31 FAM. L.Q. 269, 289 (1997). 美國約在四十年前即有認知，因個人權利的提高，當法律須做道德判斷時，個人權利優於家庭權利，亦即，相較於家庭，已轉變成更重於考量對個人權利的保護。("[T]he rise of individual legal rights over family rights means that when the law makes moral decisions, it now transfers them to individuals rather than to families….") Carl Schneider, *Moral Discourse and the Transformation of American Family Law*, 83 MICH. L. REV. 1803, 1858 (1985).

[27] 美國在傳統普通法中，關於第三人對婚姻關係故意侵害的侵權行為 -『心靈慰撫侵權訴訟』(Heart Balm Torts)，隨時代演進，現在幾乎都已不再適用，復因現行無責離婚法下，通姦(Adultery)已不被認是重大的婚姻障礙，法院也傾向不允其以故意施加精神痛苦(Intentional Infliction of Emotional Distress) 之侵權行為請求損害賠償。Robert G. Spector, *Marital Torts: The Current Legal Landscape*, 33 FAM. L.Q. 745, 746-47 (1999). Pamela Laufer-Ukeles, *Reconstruction Fault: The Case for Spousal Torts*, 79 U. CIN. L. REV. 207, 250-51 (2010).

然其所涉及的婚姻已為破裂之事實，亦相對減損婚姻利益維護之實益，故系爭規定限制有責原告之離婚權所造成的損害，與欲達成維護婚姻、懲罰原告與保護被告婚姻之利益相較，或可依現行社會觀念再作進一步的衡平檢視。

［**結論**］

現代離婚權的概念，應奠基並落實在客觀上婚姻若已破裂，則應予解消的破綻主義離婚法上。兩願離婚雖取決於雙方主觀上離婚的合意，但雙方無意願維持的婚姻，可認其客觀上已破裂，此時解消婚姻，可謂破綻主義精神之極致，至於僅有一方願意離婚，另一方不願離婚的判決離婚，在離婚權與維持婚姻(婚姻權/婚姻制度)的衝突下，衡諸我國與世界發展趨勢，婚姻中之個人人格自主保護意識提升，系爭規定之立法模式恐有疑慮。準此，立法上應貫徹以破綻主義之精神作為法院判斷離婚的法定事由，主觀上的有責性不宜介入，此為離婚法發展之世界潮流，亦為我國法之原設理則(民法第 1052 條第 2 項本文參照)，惟本案之系爭規定，成為破綻主義原則下之唯一例外，亦即，原告若為有責，即便婚姻破裂亦不可離婚，在有責事由抽象化擴張的情形下，雙方訴訟攻防必然使有責因素複雜化，**系爭規定本僅應就『原告有責被告無責』的情況下適用，變異為幾乎所有案件都以有責攻防**

**為焦點的惡性鬥爭，致使原始設定應採行的破綻主義失焦與被架空。**本報告書認為，原告之離婚權被侵害，保護此等攸關人格的憲法權利固為重要，但對系爭規定及其運作後所造成破綻主義的架空，更應慎為深思與檢視，**至於對有責原告的懲處與無責被告的保護，或可參考外國法設定分居期間或苛酷條款之緩衝立法模式，惟若傾向不在離婚與否上處斷，亦應不遺餘力的在離婚效果或侵權行為等法域提供相應有力的對策，彰顯國家對公平正義與婚姻制度不變的保護理念。**

**此致**

**憲法法庭　　公鑒**

中 華 民 國 111　年 10 月 31　日