憲法法庭言詞辯論筆錄

110 年度憲三字第 5 號等聲請案，於中華民國 111 年 11 月 15 日上午 9 時 30 分在憲法法庭公開行言詞辯論，出庭人員如下：

審判長大法官　許宗力

大法官　蔡烱燉

黃虹霞

吳陳鐶

蔡明誠

林俊益

許志雄

張瓊文

黃瑞明

詹森林

黃昭元

謝銘洋

呂太郎

楊惠欽

蔡宗珍

書記官　蔡尚傑

楊靜芳

通　譯　王瑞川

鄭文琦

聲請人　臺灣高雄少年及家事法院家事第一庭敏股朱政坤法官

聲請人方孝明訴訟代理人

林美倫律師

陳勵新律師

安玉婷律師

聲請人高志成訴訟代理人

陳柏諭律師

吳陵微律師

關係機關　法務部

代　表　陳明堂政務次長

訴訟代理人

鍾瑞蘭司長

鄧學仁教授

林昀嫻副教授

專家學者　林秀雄教授

戴瑀如教授

呂麗慧教授

李立如副教授

審判長諭知

請書記官朗讀案由。

書記官朗讀案由

110 年度憲三字第 5 號臺灣高雄少年及家事法院家事第一庭敏股法官等聲請案，為審理臺灣高雄少年及家事法院 108 年度婚字第 305 號等請求離婚事件；109 年度憲二字第 429 號方孝明聲請案、110 年度憲二字第 70 號高志成聲請案，為請求離婚事件，分別認法院審理應適用、法院裁判所適用之民法第 1052 條第 2 項但書規定，有牴觸憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條規定之疑義，聲請解釋憲法。

審判長諭知

現在進行言詞辯論程序，今天出席之人員，有 15 位大法官。

聲請人臺灣高雄少年及家事法院家事第一庭敏股朱政坤法官，聲請人方孝明之訴訟代理人林美倫律師、陳勵新律師、安玉婷律師，聲請人高志成之訴訟代理人陳柏諭律師、吳陵微律師。關係機關法務部、代表陳明堂政務次長、訴訟代理人鍾瑞蘭司長、鄧學仁教授、林昀嫻副教授。專家學者林秀雄教授、戴瑀如教授、呂麗慧教授、李立如副教授。

請書記官宣讀今天程序進行流程及注意事項。

書記官起稱

本次言詞辯論實施全程錄音錄影，並在司法院及憲法法庭網站直播開庭影音。

程序進行流程如下：

1. 雙方陳述辯論要旨（請針對爭點題綱之問題陳述或補充書狀未敘明之相關內容）：
   （1）聲請人陳述（5 案同一法官聲請 5 分鐘，2 案人民聲請各 5 分鐘，共 15 分鐘）。
   （2）關係機關法務部陳述（10 分鐘）。
2. 專家學者陳述專業意見要旨（4 位專家學者各 5 分鐘，共 20 分鐘）。
3. 陳述意見完畢後，中場休息 20 分鐘。
4. 由大法官詢問聲請人、關係機關、專家學者，答覆時間各不超過 5 分鐘。
5. 最後進行結辯程序（3 位聲請人及關係機關各 5 分鐘，共 20 分鐘）。
6. 於發言時間屆滿前 1 分鐘，響鈴 1 聲警示，時間屆至，響鈴 2 聲，請結束發言。

審判長諭知

請書記官朗讀本案行言詞辯論爭點題綱。

書記官起稱

一、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，夫妻之一方得請求離婚。同條項但書規定：「其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」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。

二、系爭規定是否違反比例原則、平等原則？其理由為何？

審判長諭知

在請各位開始發言前，提醒各位席位上有計時器，請掌握時間，發言時間屆滿時，請停止發言，各位來不及發言部分，請用書面補充。

請聲請人陳述意見，法官聲請人5分鐘，人民聲請人各5分鐘，共15分鐘，請在自己的席位上坐著發言。

聲請人臺灣高雄少年及家事法院家事第一庭敏股朱政坤法官

審判長、各位大法官及各位長官、教授、先進好。聲請人即臺灣高雄少年及家事法院家事第一庭敏股法官，前已遵大庭之命提出言詞辯論意旨書，是以下僅就所列爭點題綱再簡要說明如下，其餘引用歷次書狀。就結論而言，聲請人認為民法第1052條第2項但書也就是系爭規定過度限制人民的婚姻自由權，違反憲法第 23 條比例原則，應屬違憲。其次，民法第 1052 條第 2 項與司法院釋字第 748 號解釋施行法第 17 條第 2 項相較，存有系爭規定也就是同婚配偶得否訴請離婚的差別待遇，而以性傾向為區分標準，然此一差別待遇沒有存有任何合憲性的目的，從而應屬違憲，分別說明。

系爭規定限制人民的婚姻自由權，據大院歷來釋字第 554 號、第 748 號、第 791 號解釋的意旨，婚姻自由受憲法第 22 條所保障，至於裁判離婚是否屬於婚姻自由的保障範圍？聲請人認為，基於婚姻自由的制度性保障功能，裁判離婚應屬婚姻自由的保障範圍。在比例原則的審查標準選擇上，因為婚姻自由根基於個人人格發展及人性尊嚴的維護，而與個人人格不可分離，是聲請人認為在比例原則的審查標準上，自應適用嚴格或至少中度的審查標準。

進入立法目的審查部分，依據相關的立法理由、立法史料，這些資料當中大概可以整理出公允、公平、道德這些目的，但聲請人認為，這些抽象的名詞要來認定系爭規定有重大迫切或是重要的合憲的立法目的，有一定的困難，聲請人在言詞辯論意旨書第 8 到 9 頁中，已經說明聲請人認為可能的合憲立法目的應該是在於保障婚姻自由，此部分請卓參。

其次在法務部言詞辯論意旨書中就立法目的的部分，認為積極目的在確保當事人離婚自由，消極層面在維護婚姻，確保婚姻制度，不讓單方任意終止，保障被離婚者的權利，並接著以下適合性、必要性的說明。但聲請人認為要特別提出來說明的是，本件的爭訟標的並不是民法第 1052 條第 2 項本文的重大事由，聲請人固然認為系爭規定違反憲法，但從來並不認為婚姻是可以單方任意終止的，今天就算系爭規定予以刪除，原告依然必須要依照民法第 1052 條第 2 項本文，證明婚姻已經有難以維持的重大事由存在，否則還是會予以駁回，因此這部分聲請人認為有必要予以澄清。

在適合性原則的審查上，聲請人認為無論目的是要公允，還是要保障婚姻自由，在判斷手段是否有助於目的達成時，還

是應該先確認憲法要保障的是怎麼樣的婚姻自由，當兩造的婚姻已經存有難以維持婚姻的重大事由存在時，這樣子已經形骸化只存在於書面上的婚姻，是憲法上要保障的婚姻嗎？有責配偶不得訴請已經終止、已經沒有實質內容的婚姻關係，保障被離婚方的什麼婚姻自由？保障的公平又是怎麼樣的公平？是只要雙方公平的一直一起繼續待在這樣沒有實質內容的婚姻關係中嗎？是聲請人認為在兩造的婚姻已經難以維持的情況下，系爭規定無助於目的的達成，而違反適當性原則。

必要性原則的審查上，聲請人認為如果保障被離婚的公平是為了不讓有責方可以規避在婚姻關係中的法定權利義務關係，可以透過現行乃至於修正草案中的剩餘財產分配、贍養費及離婚損害的規定處理，系爭規定不是最小侵害手段。

如果是非財產上的如情感，比如也不要讓他好過這種非財產上的一些責任，聲請人認為這不是憲法要保障婚姻自由的目的，且如此一來，對有責方將導致婚姻只剩下懲罰的功能，有責配偶將終身無法終止這樣不願意維持的婚姻關係，從而系爭規定不是最小侵害，有違比例必要性原則。

其次進入平等權的審查，依據大院釋字第 748 號解釋意旨，就婚姻親密排他的永久結合關係，同性跟異性本質並無二致，同婚施行法第 17 條第 2 項跟民法第 1052 條相較，存有以性傾向為分類標準的差別待遇，有責配偶得否訴請離婚，就此法務部雖稱並非以性傾向為分類標準，但民法第 1052 條第 2 項但書與釋字第 748 號解釋施行法第 17 條第 2 項相較，確實存在有責者得否訴請離婚的差別待遇存在，分類標準如果不是性傾向又是如何？因此聲請人認為本件應該要以

釋字第 748 號解釋施行法的標準為審查，系爭規定與同婚施行法第17條第2項相較，是以性傾向為差別待遇，沒有合憲性目的，分類標準沒有辦法達成規範目的，從而有違憲法第7條平等原則，以上，報告完畢。

審判長諭知

接續請聲請人方孝明之訴訟代理人發言，3 位律師共 5 分鐘。

聲請人方孝明訴訟代理人林美倫律師

審判長、各位大法官、與會先進們，大家早安。

針對民法第1052條第2項但書的限制是不是牴觸憲法所保障的婚姻自由？我們認為是的，在大法官釋字第 362 號解釋中已經闡明了適婚之人沒有配偶的話，本來就有結婚的自由，他人也與之有相婚的自由，受到憲法第 22 條規定保障，大法官在釋字第 748 號解釋中更深入闡明了人民有自主決定權，決定是不是要進入婚姻，決定要與何人結婚，而且強調自主決定權是攸關人格健全發展與人性尊嚴的維護，是很重要的基本權。在早期古代的中國婚姻制度，講究的是父母之命、媒妁之言，包辦的婚姻並沒有婚姻的自由，所以才會有梁山伯與祝英台的悲劇，賈寶玉沒有辦法娶林黛玉。在世界潮流的演進之下，大法官在釋字第 791 號解釋中認為憲法保障人民享有不受國家恣意干預之婚姻自由，更重視個人就婚姻的自主與平等的保障，保障是不是要去結婚、和誰結婚，兩願離婚以及與配偶共同形成和經營怎麼樣的婚姻關係，是什麼樣的親密關係，生活方式是如何，都認為是婚姻自由的權利，是不是離婚，不要與配偶共同形成與經營婚姻關係權利，我們認為也是個人自主決定權的體現，也和個人人格不

可分離，所以離婚自由權應該是婚姻自由權的內涵，也要受到憲法第 22 條的保障。

婚姻的本質到底是什麼呢？我們認為是兩性以永續的精神，以肉體結合為目的，以真摯的意志營造共同生活，如果有一方或雙方已經確定喪失了意志，欠缺了共同生活的實體，而且毫無回復的跡象時，婚姻已經喪失社會生活的實質基礎，人民應該要有選擇終止婚姻關係之自由。前大法官王澤鑑老師在釋字第 552 號解釋協同意見書表示，婚姻自由是婚姻上的私法自治，包含了婚姻締結的自由、相對人選擇的自由與離婚自由，但是為了維護社會秩序或增進公共利益之必要，得以法律加以限制。

聲請人方孝明訴訟代理人陳勵新律師

民法第 1052 條第 2 項但書之規定既限制人民受憲法保障之婚姻自由權，應符合憲法第 23 條之比例原則。婚姻自由權與個人之人格有不可分離之關係，是系爭規定對婚姻自由權之限制，是否合於比例原則，自應受較為嚴格之審查。民法第 1052 條第 2 項但書之規定融合了有責主義與破綻主義之思想，等同於需要兼具破綻及有責二要件才能適用，則其限制人民的權利更甚於有責主義，顯與當初修法導入破綻主義立法目的之意旨不符，而有違憲法第 23 條之比例原則。

對於有責一方之配偶，應得依離婚之損害賠償或侵權行為之相關規定予以解決即可，而非直接剝奪離婚之請求權。婚姻關係應否為存續，應回歸婚姻之本質，判斷婚姻是否已生破裂，夫妻是否能繼續共同生活，而非論究係何方具有過失，是系爭條文除與婚姻自由權的內涵相悖離外，亦有違比例原則。

聲請人方孝明訴訟代理人安玉婷律師

另外，我們也認為違反平等原則，釋字第 748 號解釋施行法第 17 條第 2 項規定，有前項以外之重大事由，難以維持婚姻關係者，雙方當事人之一方得請求終止之。則相同性別之二人僅需難以維持親密性及排他性之永久結合關係時，即得請求法院終止，但異性婚離婚卻有系爭規定之限制，違反平等原則。

另外在世界的潮流，瑞士民法早在民國 89 年修正的時候，刪除否定有責配偶離婚請求的相關規定，也早在 91 年的時候，行政院曾經參考外國的立法例，就離婚法制的修正向立法院提出修正草案，刪除系爭規定，修正理由指出是為了尊重當事人的意願，結束有名無實的婚姻，法律宜賦予當事人有選擇的機會。因此我們認為系爭規定違反憲法保障婚姻自由權、比例原則、平等原則而應有違憲。

審判長諭知

接續請聲請人高志成之訴訟代理人發言，2 位律師共 5 分鐘。

聲請人高志成訴訟代理人陳柏諭律師

以下就兩個爭點跟大庭報告。關於爭點一的部分，先確立婚姻自由確實有包含離婚自由的部分，剛剛其他的聲請人就爭點一與爭點二都有詳盡的報告，我們僅就其他婚姻自由部分兩點予以補充。

我們認為婚姻的部分，需要雙方對於他方都有親密及排他的永久結合的需求，這樣的能力及意願渴望屬於生理性及心理因素，是一個屬人性，必須要自發的要件，這樣子的要件如果已經喪失，應該讓他方有離開的自由，不然讓該方繼續在

婚姻裡面，會喪失自己在婚姻裡面的人格，違反人性尊嚴。第二個理由，我們認為如果人民沒有辦法自主地離開婚姻，會影響該人後續是否再結婚，能否再結婚會進而影響選擇與何人繼續相婚的自由，會影響到婚姻自由的核心，所以我們認為婚姻自由必須包含離婚自由，才能夠完整，這是婚姻自由必須包含離婚自由的補充。

第二個部分，我們認為系爭規定應該已經限制家庭權，過去大法官只有提到家庭應該屬於制度性保障的部分，但是並沒有正面提到家庭權是一個概括基本權，我們認為現在應該可以去探討本案已經涉及到家庭權的部分，第一個是關於組成及不組成家庭的權利，誠如剛剛所述，已涉及到離婚的部分。第二個是關於和諧家庭生活的權利，從家事事件法部分切入，家事事件法的立法要旨很清楚看到，是為了避免家庭和諧遭到訴訟的破壞，裡面也都非常的清楚的提到應該要確保未成年子女最佳利益，但是系爭規定會造成雙方不斷的去攻擊雙方，攻擊的結果會忽略的是雙方身為家長也應該要顧及自己身為家長對於子女的需求，以及他方身為家長對於子女的需求，也會忽略雙方攻訐結果對家庭的負面影響，造成家庭和諧的破壞，所以也會涉及到和諧家庭生活的權利，因此我們也主張系爭規定應該已經涉及到家庭權的限制，所以爭點一、二部分是有關於婚姻自由及家庭權。

關於比例原則的部分，想要補充的是衡量性原則的部分，因為有涉及到破壞家庭和諧，所以我們認為其實系爭規定涉及的部分還有第三人，所以牽連的範圍不僅止於婚姻雙方而已，還涉及到家庭成員即其他第三人，所以從衡量性原則觀察損害大於利益是更廣泛的。

另外關於平等原則的部分，想要補充的是關於釋字第 748 號解釋當時引用民法第 1052 條離婚事由的時候，有特別提到第 1052 條在不包含系爭規定的狀況之下，就是屬於不適於經營永久共同生活的情事，應該就要結束婚姻，所以當時立法者已經做了一個價值判斷，認為民法第1052條第2項但書應該已經沒有在其他配套狀況之下應該單獨存在的必要，其餘的部分讓吳律師再補充。

聲請人高志成訴訟代理人吳陵微律師

聲請人除認為有限制婚姻自由及家庭權以外，還有限制健康權。釋字第 785 號解釋理由書對健康權的闡釋，認為健康權是為了保障人民生理及心理之機能的完整性，不受任意侵害，而且國家對人民身心健康負有一定的照顧義務。對於系爭規定如果限制應負離婚責任的當事人一方不得請求離婚，將會使瀕臨破裂或已破碎的婚姻繼續苟延殘喘下去，導致家庭功能失調，此並無助於婚姻的完整，而且對婚姻關係的雙方、雙方的未成年子女及其他家屬，可能造成嚴重負面的身心靈影響，謝謝。

審判長諭知

接著請關係機關陳述意見 10 分鐘，請在自己的座位上發言。

關係機關法務部訴訟代理人鍾瑞蘭司長

審判長、大法官、各位鑑定人，還有在座各位先進，大家早安。關係機關針對本案作言詞辯論要旨的陳述，報告大綱大概分為四點：立法緣由、外國離婚法制、婚姻自由及婚姻制度性保障，以及系爭規定有沒有違反比例原則及平等原則，進行報告。第一個部分，針對立法緣由，第 1052 條是在民

國 74 年作過修正，在這次修正之前，本部民法研修委員會其實有諸多委員作提案，其中有三位委員，第一位委員認為應該是增列概括規定，仿當時瑞士法第 142 條，前段採無責破綻，後段採有責主義。第二位委員認為應該採例示主義，增列緩和條款，例如分居條款或苛刻條款。第三個委員認為應該贊同可列概括規定，但是重大事由如果是有責一方的部分，有責一方就不能訴請離婚，這也就是後來被採納為民國 74 年通過的現行民法第 1052 條但書。

接下來跟各位報告有關第 1052 條但書規定的適用在實務與學說上的看法。在司法實務的見解，最高法院 95 年度第 5 次民事庭會議決議，認為可能有主要責任的部分是沒有辦法提起的，但是學說見解有採肯定與否定說，肯定說當然就是肯定剛才的實務見解，否定說認為當時的條文雖然採瑞士立法例，但是並沒有「主要責任」幾個字，如果夫妻雙方都有責，應該不分輕重均可訴請離婚，所以在實務與學說見解其實有不同的地方。

第二個是有關於外國離婚法制，在德國的部分，德國與我國不一樣，他們只有裁判離婚，他們婚姻一出現破綻時，就可以訴請離婚，但是他們有分居期限與苛刻條款的規定。在瑞士的部分，他們有協議離婚及裁判離婚，不過他們的協議離婚也需要經過法院的程序，對於子女問題有沒有達成一致的部分，要進行一些討論。裁判離婚的部分，原則上他們也有分居期限是 2 年，相較於德國是 1 年或 3 年，他們的期限是 2 年。除非在有重大無法維持的情況之下，無過失的一方才可以在期限（2 年）屆滿前提起離婚訴訟。日本的部分，他們也有協議離婚與裁判離婚，協議離婚不需要法院審理。裁

判離婚的部分，他們也有具體的事由與概括的事由。在概括的事由雖然他們沒有限於有責，但是自從昭和 62 年以來，他們大法庭曾作出一個判決，從此以後，就有條件准予有責配偶離婚，不過法院還是會斟酌分居期間、有沒有未成年子女，或者有沒有一些苛刻的狀況，對於他方的配偶，拿來作決定。如果真的有這些情況，可能有責的配偶未必可以提起離婚。韓國一樣也有協議離婚與裁判離婚。裁判離婚的部分，他們也有具體及抽象就是概括的裁判離婚原因，同樣他們在操作上法院也會斟酌雙方當事人有沒有責任、子女的狀況、當事人年齡，以及離婚後的狀況，來決定要不要判准。

第三個部分是有關於婚姻自由及婚姻制度性保障。當然大家都提到婚姻自由，大法官釋字第 791 號解釋有提到婚姻自由包括是否結婚、與何人結婚及兩願離婚，但是並沒有特別列出裁判離婚。縱使婚姻自由包含裁判離婚，但也不是無限制的離婚自由，這是我們要強調的，所以縱使有離婚自由，為了增進公共利益的必要，我們認為亦可以法律限制之。第二，我們提到婚姻制度性保障，這也是很多大法官在很多釋字有提到，婚姻制度應該受憲法的保障，因為婚姻具有社會性功能，婚姻與人倫秩序的維繫、家庭制度的健全及子女成長等公共利益攸關。法務部基於民法主管機關，我們要看的除了婚姻自由的人格自主以外，也要看整個婚姻制度對社會的影響。

第四個部分是有關於系爭規定，也就是第 1052 條但書有沒有違反比例原則。依現在的第 1052 條，原則上構成離婚事由，當事人可以主張離婚，但是如果沒有違反各項離婚事由，不會輕易被離婚，以確保婚姻制度。剛才有提到因為婚

姻具有社會性功能及公共利益，所以為了達成立法目的的公平以及婚姻制度性保障的目的，我們認為系爭規定符合目的性。至於是不是最小侵害手段、與法益間的衡平是否相稱，當然聲請人有人提到如果要離婚，可以用離婚的效果來處理，譬如贍養費或損害賠償等。其實在某些學者論著或鑑定人提到美國是採無過失，但是他們在婚外性行為，目前愈來愈少有可以主張損害賠償者。因此我們認為離婚後的損害賠償、贍養費，與夫妻財產制剩餘財產分配請求權的部分，是不是真的能達到目的的手段，是可以討論的。

再來是外國立法例，從剛才跟各位報告可看出縱使是採積極破綻主義的國家，他們其實還是有一些規定，例如分居的限制或苛刻條款，並不是完全沒有限制。接下來我們在審酌相稱性的情況之下，或是不是最小手段，其實也要顧及公益以及第三人的保障，也就是他方配偶或子女的保障權益，如果他們過度的負擔，可能也不是最小侵害手段。

接下來第四個有關是不是違反平等原則的部分，當時司法院釋字第 748 號解釋施行法並不是以性傾向為分類標準，因為當時有其立法背景，各位可以看一下司法院釋字第 748 號解釋施行法的條文與第 1052 條，不只是第 1052 條第 2 項的情況有點不太一樣，第 1052 條第 1 項第 7、8 款，在司法院釋字第 748 號解釋施行法的條文也予以合併為一款，因為針對不治之惡疾與有重大不治之精神病，我們當時也認為條文文字可能有相當性的歧視，希望在民法可以先修改用詞，所以在司法院釋字第 748 號解釋施行法就先作一些修正。關於有責的部分，我們當時有考慮是否將分居及苛刻條文列入，分居及苛刻條款在我們的討論過程中其實是非常有爭議的。它

到底是不是最小手段或最小侵害，恐怕沒有辦法在這邊說一定可以比較出來，因為分居制度及苛刻條款是相當複雜的，所以我們其實並不是因為性傾向而分類。未來如果有機會作一些調整或價值選擇，我們會認為這是一個決定，立法如何形成，可能作了更多社會對話，可看出到底採取何方式較好，但是它並不是違憲的。

結論的部分，法務部基於民法主管機關，我們要保護的是無責弱勢的一方為出發點，也要考量現在如果將此條文但書刪除後，並沒有相關配套措施所為的影響。目前依照 110 年的離婚方式，有 85.76%是協議離婚，在這麼高的協議離婚，如果未來裁判離婚把但書刪除，會不會浮動性流到協議離婚使件數相對性減少，恐怕我們也必須考量。最後還是要強調，縱使是採積極破綻主義的國家，他們也有相關配套與相關條款來緩和作調控機制。因此我們認為系爭規定是在目前還沒有相關配套與調整機制下最小的侵害手段，並沒有違憲。以上報告，謝謝。

審判長諭知

請專家學者陳述專業意見，首先請林秀雄教授。

專家學者林秀雄教授

只有 5 分鐘，我簡單講一下我國民法第 1052 條第 2 項但書規定是限制唯一有責者不得請求離婚，與瑞士比較，比瑞士更貫徹破綻主義的精神，但是問題是婚姻破綻的發生是夫妻長期共同生活作用、反作用連鎖反應的結果，所以如果要將責任歸責一方負責，實際上非常困難，所以該但書規定恐怕很難收到效果，意思是有限制等於沒有限制，與其說是消極破綻主義，寧可說是積極破綻主義。學者對該條文的評價是，

戴東雄教授認為，為了維持我國傳統倫常禮教，同時也是符合公平原則，他認為應該限制有責配偶離婚請求沒有問題。黃宗樂教授也認為，如果肯定有責配偶離婚請求，無異是承認恣意離婚、逐出離婚，破壞婚姻秩序，違反原告自己清白的法理，同時與國民感情、國人倫理觀念不合。換句話說，上述權威學者的見解都認為基於公平原則與自己清白的法理，為了避免破壞婚姻秩序，配合國人的法感情與倫理觀念，限制有責配偶離婚請求權，並不違反比例原則。日本明治大學鍛冶良堅教授認為，自己先作出離婚原因事實，再以婚姻已經發生破綻請求離婚，則規定離婚原因等於毫無意義，也可以說是裁判離婚制度的自殺。為解決此矛盾現象，必須對破綻主義給予法的約制，而否定有責配偶的離婚請求，是內在於作為裁判離婚制度一環的破綻主義的約制。東京大學米倉明教授也認為，有責配偶乃是違反婚姻義務的一方，就一般契約而言，就是債務不履行的一方，不履行婚姻義務的一方卻享有婚姻契約終止權是難以想像的。

問題是出在我國最高法院決議把唯一有責解為主要有責就可以，不得請求離婚，顯然已經過度解釋我國的法律規定。破綻主義其實與隱私權有密切關係。戴東雄教授曾提到，就法院來說，法院必須深入該婚姻的細節，才能全盤掌握婚姻的狀況，作為是否准予離婚的依據，這會增加法官的職責，實有不勝負荷之感，就請求離婚配偶來說，為了達到離婚目的，也必須全盤吐露生活細節不可，此舉無異向外暴露夫妻間的私生活，增加離婚請求人的困擾。所以，不管是積極破綻主義或消極破綻主義，都有侵擾當事人隱私之虞，這是無法拂去的缺點。因此，多數國家在採破綻主義的同時，會以

一定時間的別居作為婚姻破綻的證明，以避免過度介入當事人隱私。但採破綻主義並不是意味婚姻關係如果發生破綻，就非離婚不可。為了避免一方恣意離婚，而設有苛酷條款的規定。法院認為離婚對拒絕這一方顯失公平、對於未成年子女顯有不利，或斟酌一切情事，認為有維持婚姻之必要，還是可以駁回離婚的請求。採完全破綻主義之下，苛酷條款扮演維護當事人之間公平的角色，也就是維護離婚制度的最後一道防線。在目前還沒有破綻主義的推定，以及苛酷條款的規定之下，限制唯一有責的一方的離婚請求權，還是有其必要性。

就結論來看，或許可參考釋字第 502 號解釋，認為限制唯一有責的離婚請求，與憲法保障人民自由權利的意旨並無牴觸。增訂婚姻破綻的規定、婚姻破綻推定的規定，以及苛酷條款，並刪除有責配偶不得請求離婚的規定，是屬於立法裁量事項，但是基於避免侵擾當事人隱私，並符合國際潮流，希望有關機關能檢討修正，謝謝。

審判長諭知

接續請戴瑀如教授發言。

專家學者戴瑀如教授

審判長、各位大法官、鑑定人及與會先進們大家好。針對民法第 1052 條第 2 項規定是不是限制婚姻自由，以下兩點進行說明。

首先，先從我國離婚之法制出發，在我國傳統法制上，對於離婚主義在家族團體主義及父權優越主義下，以過失有責主義所構成，在民法制定時繼受歐陸法，加入個人主義之無責色彩及兼有目的主義，直到民國 74 年，參考瑞士立法例，變

成消極破綻主義，在此過程中造成一個很重要的影響，就是夫妻在法庭上兵戎相見，互揭對方隱私、指責他方過錯，我們也很難期待他們會成為友善父母，因而損及到子女利益。我們參考繼受歐陸法律可以發現各國其實紛紛都已經轉向積極破綻主義，包括我們參採的瑞士，在2000年就採積極破綻主義，目前波蘭與我國依然採消極破綻主義。

再從憲法第22條是不是有保障婚姻自由權來論，我們可以看到婚姻自由其實已經被保障在憲法第22條，裡面包含結婚自由及與他人相婚之自由，只是我們看到過去的解釋，對於婚姻觀念之本質與婚姻生活之目的、功能都已經開始有了轉變，更轉向個人主義之色彩、更注重個人人格之自由。至於婚姻自由有沒有包括婚姻解消之自由？在過往解釋裡我們發現大部分作成的都是對構成裁判離婚事由之限制，對於要不要繼續維持婚姻關係存續其實比較沒有闡明，自從釋字第791 號解釋提到「自由」包括結婚自由、是否結婚、與何人結婚，有闡明兩願離婚，但有沒有裁判離婚之自由尚待釐清。我們可以看到我國對於婚姻家庭價值觀與歐美國家是比較不一樣的，我們沒有宗教因素，因此我們的離婚事由，過去比較以家族為本，以父權為重，在現行民法如果已經去除父權社會影響，對於離婚的限制開始考量個人權益的保障與公平性，至於就不合婚姻本質與目的的形式婚姻，應該要讓其有解消的空間而有離婚的自由。以上是針對消極破綻主義與釋憲解釋上婚姻本質目的不相符合之四個理由。因時間關係，大家可以參考意見書。最主要的其實包括消極破綻主義的缺失，還有婚姻本質的目的目前與憲法解釋已經有所不合了。

結論上，我國已經採破綻主義，又加諸對有責配偶離婚之限制，所以婚姻一旦發生不可回復之破綻，就失去配偶在婚姻共同生活及其協力之可能，如果再禁止其離婚，會侵害到有責配偶之離婚自由，進而與別人再婚建立美滿共同生活之自由，因此認為此規定有違反婚姻本質，有違憲之可能性。非常重要的是宣告違憲之後，應該要敦促立法機關制定周延之配套措施，兼顧無責配偶離婚後之權益，特別是為了婚姻作出貢獻而不願解消婚姻配偶之一方。

第二個爭點題綱，系爭規定是否違反比例原則、平等原則。至於憲法第 23 條部分，民國 74 年之後我們已經從有責主義邁向破綻主義，而消極破綻主義是過渡階段所採的措施，我們觀察繼受的國家瑞士，在 2000 年已經轉為積極破綻主義，而它面臨的背景與我國非常像，離婚率很高，造成法庭上雙方的攻訐，於是他們就轉為積極破綻主義。而我國在傳統婚姻關係轉型下，如果在強調男女平等原則下，再繼續用這個規定去維持一個不合婚姻本質、已然破綻的婚姻，是失去過去對傳統婦女固守家庭而應特別用憲法保護之必要，此外也包括過度侵害個人隱私之危害，因此我認為這個規定有違反比例原則之餘地。

審判長諭知

接著請呂麗慧教授發言。

專家學者呂麗慧教授

限制有責原告離婚有兩個探討重點，第一個是身分權的特殊性，第二個是系爭規定的實際運作。

首先，觀之我國判決離婚，現行採破綻主義，只要客觀上婚姻有破裂就可以離婚，離婚自由化的結果，竟然是對於離婚

的鬆綁，所以就沒有侵害離婚權之爭議。然而本案同樣是已經破裂的婚姻，但是如果原告有責就不准離婚，這種離婚嚴格化的結果，是對於已經放寬的離婚又加以限縮，所以就引發是不是對原告離婚權有侵害的問題。

剛才所說的第一個重點，也就是以身分權的特殊性來探討，以財產契約來作比較，財產契約如果有債務不履行時，法律也是規定有責者是無法行使解除權，但是在沒有辦法行使解除權之情況下，財產是有可能強制履行，或是雖然不能解除，但是仍然可以再去締結新的契約。本案法律也同樣規定原告有責是不能離婚，但是身分權具有屬人性，如果不讓原告離婚，法律也沒有辦法像財產契約一樣強制原告履行婚姻義務。又因為身分權具有專屬性，一夫一妻制不能夠再婚，所以原告也不能像財產契約一樣，即便沒有解除還可以再去締結新的婚姻契約。所以從以上兩點觀之，限制有責原告離婚與傳統的財產契約概念，在解讀上是有所不同。

再從被告的角度觀之，如果以當下的國情來衡量，我們認為系爭規定有維持公平之作用，就該進一步檢討這個規定在實際運作上是否與原設的立法目的相符。系爭規定若將有責性加入，可以分為以下四種類型。其中只有第一種類型，就是原告有責被告無責之情況，也就是原告唯一有責時，才是系爭立法所稱讓原告離婚會不公平之情形。因為如果被告方也有責，也就是第三種類型，不公平的情況就大為削弱，事實上已經超出立法原設之範圍。但是我們觀察離婚訴訟案件之實際運作，幾乎都是第三個類型，因為在訴訟攻防時，原告為了勝訴，他一定會指責被告有責，讓自己不是不能離婚的唯一有責。而被告也是為了求勝訴，一定會指責原告有責，

來符合原告有責不能離婚的系爭規定。再加上破綻離婚也擴大有責離婚之事由，在這樣助攻下，幾乎所有的離婚案件都可以找到互相攻擊的有責事由，相互攻擊有責的模式就變成現在的訴訟常態。

我國實務因此出現所謂的比較有責，就是主要有責的人不能離婚的現行運作模式，但是這樣的結果會產生兩個問題，如簡報檔圖上所示，有責原告不能離婚，是從唯一有責也就是黃色的部分，擴大到主要有責也就是紫色的部分，已經超越系爭規定原始預設不能離婚的範圍。更重要的是，他造成原始大家認同破裂婚姻可以離婚的破綻主義就是藍色的部分，也因為系爭規定的運作而被架空。

在此本意見書提出兩個方案：第一種是維持系爭的規定，但應該以原始設定，只有唯一有責者是不能離婚的，但如果考慮有責事由擴大，難以確認什麼是唯一有責，則可以考慮用法定的唯一有責，例如：以民法第1052條第1項法定有責離婚事由中，婚外性行為或是家暴，這些大家都認同的嚴重有責，就如簡報檔圖示中的黑點，來作一個明確的限縮。另一個方式是隨時代潮流去有責，刪除系爭規定，但可以從保護被告的角度，如果沒有一定期間的分居，或是有一些特殊的苛酷情況，就可以暫緩離婚。

最後，如果在離婚本身完全淨空有責，准予有責原告離婚，但在離婚的效果或是侵權行為法上，要加強對有責原告之制裁，以上報告，謝謝。

審判長諭知

接續請李立如副教授發言。

專家學者李立如副教授

審判長、各位大法官，本案第一個爭點是系爭但書是否限制了憲法第22條所保障之婚姻自由。首先要釐清的是婚姻自由的保障範圍與內涵，如同大法官在釋字第 791 號解釋憲法所保障的婚姻自由，在於保障個人婚姻關係的締結、維繫與終止之自主決定權，不受到國家恣意的干預。所以憲法所保障之婚姻自由不應該僅止於雙方合意的兩願離婚，而應該包括是否以及何時終止婚姻關係的個人自主決定權。因此，系爭但書禁止有責配偶向法院請求離婚，顯然已經限制了憲法所保障之婚姻自由。

第二個爭點，系爭規定禁止有責配偶向法院請求離婚是否能通過比例原則之審查。首先要討論的是審查標準，有鑑於婚姻自由攸關人格健全發展與人性尊嚴的維護，而且大法官對於與婚姻自由密切相關的基本權，包括隱私權、性自主權、表意自由等，多採取中度審查或嚴格審查之標準來檢驗。因此，對於婚姻自由基本權之審查標準，至少應該採取中度審查標準，也就是限制婚姻自由權利的立法目的應該是重大公益，而手段與目的之間應該有密切實質之關聯。

接下來討論的是立法目的以及適合性原則，系爭但書立法目的在於約束雙方能夠忠實的維繫婚姻，以維護婚姻制度與婚姻關係的存續，並且在離婚時可以維持配偶間權益之公平，就立法目的而言應屬正當。在適合性原則方面，由於婚姻關係破裂往往雙方都有責任，在實務運作上責任較重的一方會被認定為有責配偶，責任相當的話雙方都不受到限制，亦即系爭但書只能夠約束或限制部分應該為這個婚姻關係破裂而負責的配偶，所以手段的適合性並不高。

其次，為了避免有責配偶破壞婚姻關係在先，之後又以婚姻

關係難以維持為理由訴請離婚，形同他方配偶被迫離婚，尤其是當他方配偶因為負擔家庭照顧義務而成為經濟弱勢時，系爭但書將離婚主導權保留給他方配偶，可能可以使弱勢配偶得到有利的籌碼，以達成對其有利的離婚協議。不過，他方配偶不一定是經濟弱勢，協商的結果也往往因人而異，所以即使認為有助於維持雙方公平，但是適合性仍舊不高。

接下來是必要性原則，系爭但書將有責配偶提起裁判離婚之權利完全剝奪，使他終身不可提起離婚的請求，我認為這並不是必要的手段，假若禁止有責配偶在一定期間內不得請求離婚，不僅對於權利的侵害較小，也已達到前述的立法目的。

接下來是比例原則，由於系爭但書規定，即使法院已經認定婚姻難以維持，但還是必須釐清雙方的責任與程度，此時雙方必須在法庭上相互指責，把婚姻生活各項隱私逐一公開追究，如此一來，不但對於雙方未來妥善處理離婚後財產分配與子女親權問題沒有任何幫助，甚至可能更加傷害，如果有未成年子女的話，對於夾在中間的未成年子女也可能不符合他的最佳利益。

如同前面所提到的，系爭但書之適用，只能夠約束部分應該對婚姻破裂負責的配偶，手段有涵蓋不足、涵蓋過廣的問題。另外，系爭但書也不一定可使弱勢的配偶得到更有利的離婚協議，雙方的對立與衝突無益於配偶權益之保障，亦不符合子女之利益。

最後，我的結論是禁止有責配偶不得訴請離婚的手段與目的之間，不具有密切實質關聯，與憲法第 23 條之比例原則不符，應該是違憲。關於維持離婚時配偶間權益之公平，尤其

是要保障經濟弱勢配偶權利之根本有效作法，我認為並不是限制離婚自由，而是全面檢討關於離婚後財產分配、贍養費及損害賠償之各項規定，使經濟弱勢之配偶可以向法院請求救濟確保其權益，也可進一步要求財產與子女爭議事項完全解決之後，離婚才生效。如此一來，可以保障婚姻自由，也可以使婚姻制度之規範更加公平完備。以上意見，敬請參酌，謝謝。

審判長諭知

陳述意見程序到此結束，現在中場休息，於 10 時 45 分續行辯論。

審判長諭知

現在進行大法官詢問程序，答覆時間均各不超過5分鐘，並請於座位上發言。

請問各位大法官有誰欲提出問題？

（呂大法官太郎表示有問題提問）

審判長諭知

呂大法官太郎請提問。

呂大法官太郎問

第一個問題請教林秀雄教授，民法第1052條第2項規定有其他重大事由難以維持婚姻，夫妻之一方得請求離婚，但書規定唯一有責者僅他方可請求離婚，先不論最高法院如何解釋，想請問這種唯一有責性可以維持多久？他方依據民法第1052條第2項但書情形請求離婚，是否有時效概念？例如夫妻之一方對他方實施冷暴力，這並不符合民法第1052條第1項規定，讓他方在所有情況下都覺得非常不能接受，此情況多久以後有責方可重新請求離婚?就是難以維持婚姻的重大

事由之有責性是要用多久？要用一輩子還是如何？還是多久之後即使有責方也不應該受到但書之控制？之所以提這個問題是因為民法第1052條第1項共10款事由，10款事由有一個共同點，就是都是出自於婚姻一方當事人的事由，其中第1款到第6款是出於當事人的惡意，例如意圖殺害、婚外情、不堪同居虐待等，其他的也是出於被離婚方的事由，例如重大不治惡疾、涉有罪判決宣告等，這些都是出於單方之事由，但第1至10款有些具有消滅時效，例如意圖殺害他方配偶，時效經過就不可以再主張，而民法第1052條第2項但書是否與第1項維持一貫的態度，即有責方不能請求，僅他方才可請求，但好像沒有時效問題，請教林秀雄教授此種可歸責事由須被控制多久?因為剛才林秀雄教授、呂麗慧教授都提到假設系爭規定但書可藉由分居制度加以緩和那就好，故此有責性如果透過例如兩年以後就不可以再主張有責，是否有同一效果，此部分請林秀雄教授答覆。

第二個問題請教法務部，剛才林秀雄教授有提到民法第1052條第2項但書是否成立離婚事由可能是一種立法形成，請問法務部對此看法有何回應?換句話說，現行各國法律中是否有當事人一方可無須有任何法律上特殊事由就可請求裁判離婚？在法務部報告中提到德國別居制度也是對離婚自由的控制，為什麼要做這樣的控制？假設離婚自由是憲法所保障的，那這樣的控制是否會違背憲法上的離婚自由？系爭規定究竟為立法形成問題還是憲法問題，請法務部答覆。

審判長諭知

先請林秀雄教授回應。

專家學者林秀雄教授答

關於離婚請求權除斥期間之規定，目前只有民法第1053條、第1054條之規定，第1053條僅針對第1052條第1項第1款、第2款，第1054條則僅針對第1052條第6款、第10款，換句話說第1052條第2項但書就條文解釋來看並無時間限制的問題，民法第1052條第1項規定很清楚，即夫妻一方有這些問題，他方可以請求離婚，當然只有一方可以提起離婚訴訟。同樣在第1052條第2項但書規定，由一方負責時，僅他方可以請求裁判離婚，這當然也是限制只有一方可以請求，但書規定本來就是屬於前段規定的例外情況，前段是兩個人都可以請求裁判離婚，除了前項以外重大事由，難以維持婚姻都可以請求，而但書限制唯一有責者不可請求。

審判長諭知

接續請法務部回應。

關係機關法務部訴訟代理人鍾瑞蘭司長答

即如鑑定人戴瑀如教授方才所提，目前波蘭與我國相似，均採取消極破綻主義，至於此部分是否屬於立法形成自由，在戴瑀如教授之鑑定書中提及歐洲人權公約中，離婚權其實是讓各國形成，因此我們比較傾向如何形成裁判離婚制度，是屬於立法形成空間。先前本部討論是否加入分居制度時有眾多意見，包含諮詢會議或委員研究會議都曾提及我國社會對於這樣的制度準備好了嗎？另外針對分居制度的規定，期間長短部分意見紛紜，分居是否要採有責、無責？這些都有非常多討論的空間，都需要社會透過立法方式來形成共識，因此本部較傾向此部分為立法形成空間。

至於現行各國法律是否有非常自由請求裁判離婚的例子，目前瑞士修法後就條文上之顯現看起來比較自由，好像分居兩

年就可以提出離婚訴訟，但是這個過程中，甚至是協議離婚都要對子女問題達成共識，故是不是完全沒有限制，恐怕在實務操作上可能要考慮有一些苛酷的狀況。

（詹大法官森林表示有問題提問）

審判長諭知

請詹大法官森林發問。

詹大法官森林問

幾個問題分別請教專家學者、聲請人、法務部。

先請教聲請人。聲請人強調憲法第22條所保障之婚姻自由應包含離婚自由，並以結婚自由來做比擬。但是，林秀雄教授意見書提到，結婚自由並非毫無限制，近親婚的限制就是典型對結婚自由的限制。而且，從婚姻自由導出絕對的離婚自由，是否一定有依據？離婚自由的內涵，包括限制他方不離婚之自由。主張自己的離婚自由，如何說明限制他方不離婚之自由，也是合理的？實務上，在最高法院95年決議運作之下，原告為取得准予離婚的判決，被告為取得駁回原告之訴的判決，雙方會在訴訟上互相攻防，從而洩漏很多家庭瑣事、隱私。聲請人認為這是系爭規定導致的實務運作。此與聲請人主張在婚姻自由之下的離婚自由，有絕對必然關係嗎？這是實務運作導致？或是系爭規定本質使然？請聲請人再做說明。

另外，法務部主張，各國立法例對於如何結束婚姻關係，有兩願離婚與裁判離婚，亦有僅得裁判離婚。僅限裁判離婚者，也有很多不同的事由。戴瑀如教授在意見書裡舉出很多國家的立法例，故法務部主張：「離婚要件係屬立法形成自由，目前規定是立法者經過充分討論後的判斷，或許有檢討

空間，但既然是立法形成空間，就不會有違憲的情形」。請聲請人針對法務部前開意見回應。四位專家中，李立如教授及戴瑀如教授傾向系爭規定完全違憲，也請李教授及戴教授針對法務部主張立法形成自由，有如何不可採之處，予以指教。

接著請問林秀雄教授、呂麗慧教授。二位之意見書，林秀雄教授似乎認為系爭規定如果不按照最高法院 95 年的實務操作，而按照民法第1052條第2項之文義嚴格解釋，則僅完全有責之一方不得請求離婚，也就是完全有責之一方，始受系爭規定之限制。林秀雄教授認為此情形是合理的，呂麗慧教授之意見似乎也是如此。請問這是否為二位之真意？若是，二位是否可以明白說系爭規定依其文義並不違憲，有問題的是實務根據最高法院 95 年決議操作所導致聲請人主張在實務操作之下會產生一些不利益的情形。請林秀雄教授、呂麗慧教授進一步說明。

另外想要請法務部和李立如教授做進一步意見交換。法務部、李立如教授都特別強調未成年子女最佳利益考量。法務部主張，如果允許人民漫無限制地請求離婚，甚至如系爭兩件原因案件的方先生、高先生，都是自己促成婚姻破綻，再主張應該允許其脫離婚姻。此種情形，若離婚雙方有未成年子女，會對該未成年子女產生不利。可是，就相同的議題，李立如教授則認為，此時若再使有責的配偶被婚姻綁住，即不利於未成年子女。為什麼同樣考慮未成年子女利益，會有完全不同的結果？有責配偶可否任意離婚，對於該有責配偶與他方配偶之間未成年子女的不利益，法務部與李立如教授有完全不同的考量。請法務部、李立如教授做意見交換。

聲請人主張，不應用婚姻綁住有責之配偶，而是應賦予他方配偶損害賠償或是慰撫金請求權。但法務部特別強調，損害賠償並非離婚之要件，而是離婚之效果，故不應或無法以提高損害賠償、贍養費之方式，達到維持婚姻制度保障之要旨。請問聲請人是否有不同意見？

另外，本席想表達一些想法。在座絕大部分婚姻還算美滿的人，不太能真正體會「造成婚姻破綻，然後向法院訴請離婚」，對於一般民眾而言，會認為這樣的訴求是應該被允許的嗎？一個做壞事的人，可以去法院主張自己的壞事來請求法院救濟嗎？這是法務部一再強調的國民感情。就此，朱法官的PPT最後有一段很漂亮的話，等一下朱法官有時間也請針對這點再為闡述。

審判長諭知

請3位聲請人方各自回應詹大法官森林之提問，首先先請朱法官。

聲請人臺灣高雄少年及家事法院家事第一庭敏股朱政坤法官答

首先感謝詹大法官的垂詢。關於離婚自由是否包含於婚姻自由的部分，聲請人在第一次聲請被不受理時詹大法官的不同意見書中就有提到這個問題。而聲請人就此問題所提出的意見就如同言詞辯論意旨書的第 2 頁至第 3 頁，聲請人方也絕對同意離婚自由同時也涉及另一方不欲離婚之自由，聲請人方能力所及所能提出的推演方式認為，基於婚姻自由之本身亦為一種制度，受國家制度性保障先前已由大院歷來的判決先例所明確揭示。婚姻自由在一方想離、一方不想離，雙方所產生衝突的時候，如果沒有國家透過一個制度來解決，或是如果國家根本沒有任何解決的機制，想的極端一點，如果

今天根本沒有任何裁判離婚的事由，此時當事人往往只能陷入一個絕境，他只能自力救濟，此種情況顯然與國家保障婚姻制度、婚姻自由的本旨有違。因此聲請人認為，二個人的婚姻自由，一方要繼續、一方不想繼續而產生衝突時，此時國家即有責任，或是說婚姻制度本質上即建構了讓當事人在沒有辦法達成合意一致的狀況下離開的解決方式，所以從這個角度聲請人認為，離婚自由或是裁判離婚制度亦包括在婚姻自由的範圍內。從而推演出剛剛法務部提到此部分是立法形成自由的部分，聲請人方認為既然離婚自由、裁判離婚制度包括在婚姻自由的範圍內，此時立法者之形成對於其中一方之限制，聲請人認為還是要回到比例原則、平等原則等憲法上原則予以審查。既然婚姻自由涉及到人民的人格尊嚴、人格發展之完整性，如同聲請人之書狀及剛才所述，審查標準如同剛才各位專家學者之說法，既然必須採嚴格或至少是中度之審查標準，至少在此前提之下立法形成之空間勢必受到限縮，而且必須受到比例原則嚴格之檢視，以上是聲請人之意見。

針對詹大法官最後的垂詢，比較抱歉的是聲請人認為可能會來不及提出 PPT 說明，所以印了 25 份的紙本，但感謝憲法法庭同仁之協助，稍後會以 PPT 的方式說明。關於詹大法官提到人民法感情的部分，聲請人在第一線的審判實務上，每個被告幾乎都會這麼跟聲請人說。聲請人的想法是，其實婚姻的破綻從結婚的第一天到進入法院的那個時點，有責與否、婚姻的破綻都不是一下子跑出來，羅馬不是一天造成的，婚姻的破裂也不是一天造成的。法院現實上根本無從回溯，在結婚長達 3、5 年或 10 餘年之狀況下雙方糾結的那個對錯。

除了現實上不可能外，聲請人在審判實務上也只能跟雙方建議，現在我們要面對的現實是不管法院如何判斷對錯，婚姻的狀態就是已經回不去了。原告也許確實是錯了，但是否要從解決問題的導向出發，如果今天是覺得不甘心，例如原因案件中就有一件被告的抗辯就只是因為當被告去找原告要錢時，至少原告還會給被告一些，如果今天離婚了，受限於被告之法律專業，其可能無法也不知道要如何主張自己的權利。此時是否可以補償之方式處理，而不是繼續糾結於過去的事情。畢竟過去的事情，可能一方主張他方家暴，另一方則主張遭到他方天天的責罵，所以聲請人還是只能建議當事人面對現在雙方坐在法庭上之現實，問題就是婚姻沒辦法繼續了，那麼該如何解決。如果要談到過錯，在雙方各說各話的情況下其實只能一直停留在原處。以上是聲請人的回答，謝謝。

審判長諭知

接下來請聲請人方孝明之訴訟代理人回答詹大法官森林之提問。

聲請人方孝明訴訟代理人林美倫律師答

我的當事人方孝明現在已經 75 歲了，他來委託我時我跟各位一樣非常訝異。第一、你年紀這麼大了還要離婚嗎？第二、你有外遇，你還敢來離婚嗎？後來在整個訴訟過程中，我發現因為兩造當事人很小的時候就結婚了，很小的時候是因為五官、情緒的衝動而結婚，進入婚姻後是三觀，價值觀、人生觀及世界觀。三觀不合、互相忍耐，忍耐到民國 80 年時，誠如呂大法官所述，婚姻中有許多的磨難，忍不了的時候怎麼辦？我的當事人一直認為他只是一個提款機，太太

根本不愛他。民國 89 年時雙方協議離婚，聲請人給了他的太太一棟安和路的房子，結果他太太又不離婚了，而是拿了離婚協議書去聲請人的父母家鬧，聲請人的父母親反而勸聲請人，為了孩子、為了顏面忍一忍，聲請人一忍就忍到了 71 歲。而聲請人外遇所生下的 3 名子女，聲請人的太太也是知情的，聲請人每個月給太太 10 萬元，聲請人的太太愛聲請人嗎？在長達 4 年的訴訟過程中，二審時聲請人已經 73 歲了，流著眼淚跟審判長說「我還有幾年可以活？可不可以放我自由？」

剛剛呂太郎大法官詢問鑑定人林秀雄教授「有責性是一輩子嗎？」聲請人為何會離家？為何會外遇？外遇只是一個結果，破綻的發生早就存在。一、二審的法官在訴訟過程中都瞭解這件事，所以在判決書中載明，此破綻難以回復，任何人在此種情況之下都沒有辦法。破綻發生了，但外觀上聲請人是有責的一方，因為聲請人外遇了，而且還有 3 名子女。婚姻是如人飲水，冷暖自知。李清照為了要離婚，在宋朝的婚姻制度下，女子要離婚必須先關 2 年。但因為李清照是有名的女詞人，驚動了宋高宗，所以她關 9 天得到了離婚。訴訟代理人在開場時有提到，古時候的婚姻沒有婚姻自由。回應大法官所說的，婚姻自由的內涵當然包括了離婚自由，雙方因為愛而結合，但不要因為恨而分開。如果因為破綻到無法回復，整個訴訟過程是二次傷害、人格謀殺，這對婚姻的本質及目的有幫助嗎？

再回應呂大法官之提問，有責性是一輩子嗎？我的當事人到底是不是有責呢？外觀上他有 3 名子女限制其不能離婚，等於限制了其不能結婚。

審判長諭知

接續請聲請人高志成訴訟代理人陳柏諭律師回答詹大法官森林之提問。

聲請人高志成訴訟代理人陳柏諭律師答

關於大庭所詢問是否可以絕對限制他方不離婚之自由，此部分以以下 2 點向大院說明。

第一、此部分可能涉及基本權之衝突，而涉及基本權之衝突應該要透過國家進行調和，也就是透過裁判離婚之介入，並非是絕對限制他方不離婚之自由。

從兩願離婚之角度來看，關於人生的契約應該還是有契約之本質存在，因為這也是屬於一個私人間的契約。所以我們也一再討論關於離婚後之效果，其實可以透過離婚後的債務不履行給予對方損害賠償，所以應該也不是不能限制對方不離婚的自由。

第二、關於侵害較小手段離婚效果的部分，聲請人是同意就離婚手段來處理的。回歸聲請人的角度來看，從聲請人起訴時其實已經是分居的狀態，而至本案在大庭審理分居的狀態已經超過 10 年了，到目前為止雙方也都沒有聯絡，相對人與聲請人之接觸大概都是信函及其他訴訟，而所謂的訴訟其實就是關於財產的訴訟，所以關於財產的部分我方是非常支持以離婚後的效果來處理。

另關於本案的離婚訴訟中，真的是把家族的人都以證人身分傳喚到庭，包含了父母、手足及 3 名未成年子女。這樣的審理過程中，其實聲請人非常挫敗。因為本案聲請人是有責方，且有責之事由為整個家族所知悉，所以導致聲請人在家族中地位的低落，其次是聲請人自我價值之否定，所以我方

認為有責的方式所造成一個人就其人格自我否定的狀況真的是非常嚴重。

剛才有提到兩造間的接觸除了財產之訴訟外就是一些信函，所以聲請人會認為自己除了提款機的價值外，對於他方而言還有什麼意義？所以我方非常支持系爭規定應立即失效，改以離婚後之手段保護他方，以上二點報告。

審判長諭知

請李立如副教授回應。

專家學者李立如副教授答

首先，第一個問題是關於離婚制度的立法是不是立法形成的範圍，大法官從釋字第 362、552 號一直到第 748、791 號解釋都已肯定結婚自由或婚姻自由受到憲法第 22 條所保障。但是婚姻自由受到憲法第 22 條所保障並不表示有絕對的自由，還是可以受到法律的限制，只是法律的限制必須要在憲法的限制範圍內，也就是這個法律必須要符合憲法上比例原則或是其他憲法原則的規制範圍之下，才可以說是合憲。所以，我認為應該在合乎比例原則的範圍之下，立法有形成的自由。系爭但書在我的分析中已經違憲，所以必須要在合憲的範圍內，才有立法形成的自由。

第二個問題是關於子女利益的問題。一般的想法會認為在婚姻關係裡面，在婚姻家庭裡面成長的子女，可以幸福健全的成長。當然沒有錯，如果在父母的呵護及好的關係之下，子女的確可以健全快樂幸福的成長。是不是離婚就一定不等於符合子女利益，或是離婚就一定是不符合子女利益？這跟前面所說，在婚姻關係裡面的子女並非一定就是符合子女利益，我覺得重點應該是在父母之間的關係。如果在婚姻關係

存續期間，雙方在有冷暴力的情況或是有高衝突的父母關係之下，未成年子女在這種關係之下，夾在中間，在很多研究都顯示這個子女可能就會一直不停的承受這些負面的情緒，會有焦慮、不安全感，或是否定自我，甚至會有忠誠的問題。也就是父母會不停的要求子女表達對他的忠誠，以及要求他表示跟誰在一起對他比較開心，或是他覺得比較幸福，因為未來很可能會離婚。這樣的過程中，子女在身心方面其實受到很大的壓力，並不符合子女利益。在本案裡面，系爭但書規定，會使得法院在離婚訴訟時，必須要追究責任。在此過程裡面，父母很可能為了準備訴訟，必須要互相收集對方的有責或是可能對自己有利的證據，子女夾在中間，事實上也會加深這個衝突對於子女所承受的壓力。我所謂的這些過程，以及婚姻已經破裂，而我們要求他長期的持續在破裂的關係裡面繼續維持這個法律上的婚姻關係，對於子女利益的不利，我是從這兩點來著眼。

審判長諭知

請戴瑀如教授回應。

專家學者戴瑀如教授答

如果現在採取所謂立法形成的自由，是否就沒有違憲的空間？我在意見書中提了非常多外國立法例的經驗，也提出了歐洲人權法院最後對於波蘭到底有沒有違反歐洲人權法院所要保護的締結婚姻的自由等等的一些看法。我其實想強調的是，婚姻自由的範圍到底有多廣，歐洲人權法院有一個非常重要的價值核心，其實還是尊重各國立法例，對於婚姻怎麼去看待怎麼去想像，會尊重其文化價值的選項。所以這也是歐洲人權公約在一開始因為包括整個背景天主教禁止離婚的

一些立場，而作出了這樣的一個基本原則。但我們是否要採這樣的看法？我也提出了德國立法例在 1977 年就走向積極破綻主義，各國對自己的婚姻自由到什麼樣子的範圍，有自我檢討的空間。所以德國第一次採取積極破綻主義，反而侵害了保護婚姻的初衷，作出了一個見解。然後再針對設有苛刻條款，是不是反而限制了離婚自由，也作出了一些看法。所以，應該要回到自己內國本身到底婚姻自由的限制，在價值觀的取向上，是不是應該到時候去做調整了。所以我才會在意見書中，回到我國的離婚法制之下，到底我們怎麼看待婚姻，為什麼去限制婚姻自由。其實在早期傳統社會裡面，並沒有禁止離婚或是有非常多的片面離婚事由（如七出等），所以我們做很大的努力，在男女平等的角度下，想將這樣的不平等情況去除掉，因此繼受了歐陸法。在接受歐陸法之後，就要回到我們是否也要承襲歐陸法相同的脈絡而做一些思考。我國憲法法院對於婚姻作出的一些見解，婚姻的本質跟功能不就是在維護夫妻共同生活嗎？如果夫妻的共同生活不存在了，形式的婚姻是否還要用憲法去保障？我個人有點遲疑的原因是，我們要去思考現在的婚姻制度下，還有多少情況會因為嚴格的禁止離婚，形式婚姻保障的必要性，亦即對於維護婚姻的經濟等等的保障，還有一個正當性的基礎。在觀察目前離婚率很高，且在離婚的對象上，也不見得婦女是處於絕對弱勢的情形，是否還有回到傳統脈絡下為嚴格限制的必要。這是我想在意見書中呈現的觀點。

不可否認的，在我們的婚姻狀態下，還是有些是屬於傳統弱勢婚姻中替婚姻作非常多的犧牲，這樣是否可以維護其公平性，所以才會在結論中認為，應該要強化其他立法上的配套

措施，包括苛刻條款。或許在我的脈絡下，也不會像德國的苛刻條款限制得那麼嚴格，我們應該要有自己的立法脈絡，考量離婚的法效力尚未完全規範下，可以適度的用苛刻條款加以限制。

再補充一句，雖是立法形成的空間，但我們常常等待立法形成空間等的有點久，在此狀況下，希望在法理的支撐或立法相關配套措施能夠完全時，能夠往前進一步。

審判長諭知

請林秀雄教授回應。

專家學者林秀雄教授答

我在民國 75 年時就已經寫過文章批評，指出限制有責配偶的離婚請求是不當的，但「不當」並不表示當然會違憲，這是兩回事。如果透過文義解釋也能達到積極破綻主義的目的，應該是可行的。我剛提到夫妻長期共同生活作用、反作用連鎖反應的結果，才會產生婚姻破綻的發生，故將責任歸責於一方，其實有其困難性。所以，但書的限制，實際上無法收到效果。換句話說，我的見解其實是透過文義解釋來解決問題，就是限制唯一有責的一方的離婚請求，一方面也不會違背我們的國民法感情，另一方面也是在苛刻條款，以及婚姻破綻推定尚未規定之下，至少還有一道防禦線。目前來講，宣告違憲其實無助於問題的解決，這是我個人的感想。

審判長諭知

請呂麗慧教授回應。

專家學者呂麗慧教授答

判決離婚本身的設計，事實上就是原告跟被告一個要離婚一個不要離婚的衝突。如從憲法來看，可以說是結婚權與離婚

權的衝突。這個時候，當一個要一個不要的時候，他們已經不是兩願離婚的關係，不是一個契約的合意。他們到了法院，法律上必須要做一個判斷，所以這時候有法定的離婚事由，離婚事由會保障我們不是恣意離婚的概念。以現在來講，大家都能夠接受就是所謂的客觀破綻，婚姻如果有客觀破綻就讓其離婚。在這種情況之下，包含我們所提出的或外國立法例所說的分居制度，它本身其實也是一個破綻的表徵，並不是沒有理由。

如果以現在都可以接受的破綻來看，系爭事實上也已經是一個破綻的婚姻，最大的不同是，原告是有責者。在系爭規定的立法目的上，因為原告本身有責，所以我們認為讓他離婚是不公平的，基於此一國民感情不公平的概念，所以我們在文義解釋上就會去探討立法條文上，什麼情況是所謂的不公平，就是原告自己本身是做錯事的人，被告沒有做錯事，在這種最無辜的情況下，在美國法律上也是一樣，會認為這是所謂的最不公平的狀況。但是如果這個最不公平的狀況，就不能讓他離婚，當然對破綻主義有差別。如以國民感情來講，至少限縮在這個部分，就是所謂最不公平，也是符合立法文義的設計。所以這是為什麼我當時提出的四個類型裡面事實上是原告唯一有責的時候，才符合立法預設的目的。在實際適用上，因為攻防的問題，破綻主義的引入，有責事由的擴大，幾乎所有的訴訟攻防都可以找到對方的有責事由，在這種情況之下，剛才所說的唯一有責幾乎都用不到了，就會變成第三類型，就是互相都有責。在這種情況之下，就會變異成又復辟到原始有責主義的弊病，也就是將破綻主義整個都架空。這就是我提到的為什麼在實際運作上文義解釋會

有這樣的困難。我所提出的一個解決方案是，如果還是認為國民感情或是沒有其他的配套還必須要維持系爭規定的話，是否考慮可以就有責事由為明確之規定。比如可以用第 1052 條第 1 項的幾款，平常國民感情認為像婚外性行為或是家暴這些比較嚴重的有責事由，做一個明確的規定，至少就不會有這種互相攻防的情況，能夠很明確的規定什麼是有責事由，並且也能夠做一個最大程度的限縮。

審判長諭知

請法務部代表回應。

關係機關法務部訴訟代理人鄧學仁教授答

維持吵吵鬧鬧的婚姻，應該會比和平的離婚對子女比較不利，為何離婚的時候，苛酷條款仍然要考量子女的利益？日本的離婚法也沒有類似我國的第 1052 條第 2 項但書規定，但是日本在 1987 年，最高法院對於離婚設了三個限制：1. 夫妻同居 12 年分居 32 年，2. 該夫妻沒有未成年子女，3. 該離婚沒有陷於精神上或社會上的顯度苛刻。換句話說，判斷子女是否有利，主要是在判斷有責者在分居期間有無繼續扶養子女，或者是他確保未來扶養的保障。換句話說，苛刻條款是一個籌碼，可以判斷過去，也可以考量未來。從 1987 年以來，最近幾年日本也將小孩子是否成年作為判斷的標準。附帶一提，考量未成年子女的利益，為什麼讓自己促成婚姻破綻者，要主張離婚的人，為什麼會不利於子女？因為我們認為有責者，如果是類似像家暴，家暴法第 43 條就推定由加害人擔任親權人不利於該子女。如果自己在外面通姦組成家庭，小孩子必須面臨重組家庭跟其他手足重新適應，這個也是違反子女的最佳利益的繼續性原則。還有他自己造成離

婚仍然可以擔任親權人，可能會違反婚姻制度之保障。

（謝大法官銘洋表示有問題提問）

審判長諭知

請謝大法官提問。

謝大法官銘洋問

兩個問題請問法務部，一個問題請問聲請人。

剛剛聲請人在論述時表示在民國 91 年時，行政院曾經就離婚法制的修正方向，向立法院提出修正草案，可否請法務部說明一下這個草案目前的情況？是否還有繼續再追蹤？是否有當初在草案形成過程中所討論或蒐集的資料可以提供給憲法法庭參考？

第二，法務部認為系爭規定在現行的法制之下符合最小侵害原則，基本上系爭規定是有責的一方就完全不准他提出裁判離婚的訴訟，問題是在提出訴訟的資格這個形式要件上的限制就完全不准他提出，而不是讓法官去認定他是否已達到重大事由或是破綻的情形，這樣是否真的符合最小侵害的原則？

另外請問聲請人方，若如同聲請人方所主張縱使有責也可訴請離婚，然我們在實務上的案件也看到有責的一方要離婚，但無責之一方還想挽回婚姻不想離婚，還想試試看婚姻是否還有補救的機會，或是還有未成年子女等其他考量，希望繼續維持婚姻，這樣的情形，是否也應該要考量無過失的一方考慮的因素，給他們一些機會，或是這個婚姻是否要維持應該讓法官有一些裁量的空間，就像剛剛專家學者講到的苛刻條款的規定，如果採取苛刻條款的規定，聲請人方的看法如何？

審判長諭知

先請法務部回應。

關係機關法務部訴訟代理人鍾瑞蘭司長答

針對謝大法官的提問，我們分為兩個部分說明，首先關於民國 91 年草案之部分，當時在立法院有經過委員會的意見交換跟審查，但是當時的討論過程中，因為我們有加入一分居就可以當成離婚要件的修正建議，有人認為我們加入的這個要件是俗稱的包二奶條款，所以當時的爭議非常大，就說要交付朝野協商，之後大概就暫停審議，但本部認為分居制度還是要解決，所以部內的研修小組在 103 年到 106 年當中針對草案有作一些討論，除了諮詢會議，也開了兩次的研修會議，徵詢一些團體的意見後，當時也有提出初稿至鈞庭，而在 106 年的時候因為草案中也有處理贍養費問題，因為經濟上的效果對我們來說是比較急迫的，有違反 CEDAW 公約的狀況，所以當時我們就先處理了 CEDAW 公約的部分，並提交至立法院，現在對於這個部分在立法院還有一些討論，會後有需要可以再提供這些資料給鈞庭參考。

第二、為何認為不是最小侵害？首先，本部認為到底是否為永久不可離婚？雖然一開始沒有離婚，但是隨著婚姻進展可能有新的事由，或是持續的不去維持他的婚姻，例如婚姻中的冷暴力之類，之後是否可再提起離婚這是可以討論的。另一方面就數字上來看，雖然有責的一方不能裁判離婚，但是對於現在的協議離婚的部分，在 110 年有 85.76%的比例，在 108 年、109 年大概也是這樣的比例，再加上調解離婚的百分之 5 點多，剩下的裁判離婚的比例其實也是百分之 5 點多，在這個百分之 5 點多的比例下，有責的一方有沒有透過

其他的模式或機制去處理，尤其現在家事的調解制度做的非常好的情況之下，法律未必是唯一的解決模式，我們也有想過這個如果不是最小侵害手段，可是目前在我們的現行規定中沒有分居或是苛刻條款，甚至分居制度到底是不是最小侵害手段的狀況下，我們直接把但書刪除說它違憲，難道就是最小侵害手段嗎？因為我們沒有辦法得到答案，所以才會在今日簡報上做這樣的說明，謝謝。

審判長諭知

請3位聲請人依序說明，先請朱法官回應。

聲請人臺灣高雄少年及家事法院家事第一庭敏股朱政坤法官答

感謝大法官的垂詢，首先關於無過失一方或是少責的一方，在法院的實務上，常常會表示因為種種的原因他們還想要挽回，在審查民法第 1052 條時，法院首先要判斷的是民法第1052條第2項的本文，也就是雙方是否有難以維持婚姻的重大事由，這部分在最高法院乃至實務上一般穩定的見解，任何一個人來之前我們不管他是否為有責或無責的一方，在來之前我們必須請他舉證，這個舉證不是說我不想維持了，請法院判我離婚，我們一定要看他們的婚姻到底發生什麼狀況，是不是已經達到社會上一般人都認為這樣的婚姻沒有辦法再繼續的程度，這部分最高法院有很多穩定的實務見解，所以在想要努力的一方，我們通常也會去問被告原告有這些事情，你的意見為何？在攻防上也會去詢問原告所主張的破綻或是無法維持的事由，被告如果想繼續維持婚姻，要怎麼樣去努力？原告是否願意？法院在審判實務上不管是闡明乃至去適用調解的方式在審判中來做處理，我們都會在 2 項本文的部分先去做判斷，包含雙方有無去做諮商或是其他討

論，還是對方就是擺著不處理，法院在判斷有責性時，會去看被告是否真的有去努力，還是只是口頭說說，實際上沒有做出努力，這個我們在第1052條第2項本文就會先去處理，並不是直接就進入但書的討論，這是第一個層次。

再者，聲請人會在這裡提起本件的主要理由也是認為現行離婚法制從 74 年修正後已經經歷蠻久一段時間，隨著時代的進步，我們其實有很多的方式可以保障弱勢的一方，例如方才專家學者有提到的不管是贍養費、離婚侵權或是苛刻條款等，聲請人這裡可以想到的是如果可以將婚前協議的部分法制化，而不是說婚前訂定的離婚條款就是無效，是否可以讓雙方在婚前就先講好，而不是說有些人財產都沒有放在自己名下，離婚時對方什麼剩餘財產都拿不到，用婚前協議的法制化或是自由處分金規定得再更具體一點，保障無責方的財產上的部分，尤其是苛刻條款的部分，聲請人方可以想到在實務上可能會出現的情況是外籍配偶在臺灣被有責方強迫離婚，用苛刻條款的方式作為一個保障，而不是直接強迫雙方要在法庭上爭執對錯，這樣是否是一個更小的侵害手段？聲請人當然無法代替其他聲請人，但至少就法院的立場上，認為其實有其他的方式可以足夠處理，國外的法制也如同各位專家學者的意見，有相當多的先例可以做參考，所以聲請人方認為如果單純宣告違憲或許會有問題，但是其實我們還有很多其他的方式可以去解決，而不是強迫雙方卡在一個永遠無法終止卻只剩下空殼的婚姻，聲請人認為應有其他更佳解決方式，系爭但書的規定過苛，有違憲法比例原則，以上，謝謝。

審判長諭知

請聲請人方孝明之訴訟代理人陳勵新律師答詢。

聲請人方孝明訴訟代理人陳勵新律師答

謝謝大法官的詢問。有關於大法官詢問有責可訴請離婚，那無責的另一方想挽回婚姻的情況，該怎麼辦？就本案而言，我方當事人的子女都已經成年，並沒有所謂未成年子女的問題。有關無責一方是不是想挽回婚姻的部分，其實，從本案事實審第一審跟第二審，雙方當事人都曾經出庭應訊，甚至在調解的過程中雙方也有見到面，代理人發現了一個狀況，事實上雙方在出庭，尤其是對造，在出庭的時候從來沒有跟我方當事人講過任何一句話，甚至連見到面也不會打招呼，所以，根本不會有想要挽回婚姻的狀況。所以，所謂限制有責配偶不得請求離婚，到底保障婚姻制度的核心價值是什麼？也就是說，無責配偶一方，他雖然表示不願與有責配偶離婚，可是本質上，不等於他願意跟有責配偶那一方繼續共同生活。就本案而言，雖然最高法院已經判決確定之後，雙方其實是持續分居中，另外一方從來沒有表示說，我想要跟你繼續生活，試問，這樣能保障婚姻的核心制度價值是什麼？所以，我們認為所謂的限制有責配偶永久不得離婚，這其實是侵害比例原則，並沒有符合最小侵害原則。因為，並不是不能用其他修法的方式來作一些填補，更何況有責性實際上是難以量化。今天如果有當事人在 20 年前、10 年前，甚至 5 年前罵一句很難聽的三字經、言語家暴，難道他就一輩子都不能離婚嗎？那有責性沒辦法說我們吵架，就扣 1 點，那在什麼情況下，就扣2點。夫妻的生活10年、20年，很多枝枝節節是很難用量化的方式，所以，一昧地限制所謂有責性配偶不能離婚，我們認為並非符合比例原則。尤其有

關於民法第 1056 條離婚損害賠償目前的制度，雖然肯認可以請求非財產上的損害，可是現行條文是規定但以受害人無過失者為限，這樣的限制有沒有必要性？其實，都可以一併修法來討論。另外有關於民法第 1057 條贍養費的規定，目前實務上是限制因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失亦得請求給予相當的贍養費。也就是所謂這個限於生活困難者的要件，導致實務上得請求贍養費的情況非常少見。這其實關於剩餘財產、侵害配偶權，還有扶養費整個金額的調整，我們認為都可以用修法方式來填補，那一昧限制有責配偶不得訴請離婚，我們認為是不符合現實一個實際上的狀況，謝謝。

審判長諭知

請聲請人高志成之訴訟代理人吳陵微律師答詢。

聲請人高志成訴訟代理人吳陵微律師答

針對剛剛大法官的詢問，就是縱使在有責配偶能訴請離婚，那無責一方不想離婚的狀況下、想挽回的狀況下，是不是應該給無責的一方機會呢？針對這部分，其實，如果雙方是仍有協議的空間，還能再溝通的狀況下，其實透過協議離婚方式就可以處理，不會進到法院，所以，會進到法院的狀況常常都是雙方已經沒辦法再溝通。在無法溝通狀況下，進到法院審理的過程中，就像剛剛的聲請人朱法官所說，法官他們其實會透過看雙方是不是還有可能再進行諮商的方式下去修復他們的婚姻關係，如果無法的話，再由法官去進行審理是否有構成離婚、無法繼續維持的重大破綻的事由。其實，婚姻雙方是不是能繼續維持，只有他們雙方當事人知道，進到訴訟後，因為有責一方去訴請離婚，他也會去想說他方是不

是也有構成離婚的事由，積極的找出證據去指責對方，在這樣的狀況下對婚姻的維持其實是不可能。在這樣的狀況下，是不是能維持像剛剛法務部所說的婚姻制度？這其實是有疑問。其餘的話，我們由陳律師繼續補充。

聲請人高志成訴訟代理人陳柏諭律師答

以下再跟大庭報告，我們認為家事事件法它有個特殊性，就是家事事件其實是每天都在發生，縱使進入訴訟之後，還是緊密地跟聲請人的生活持續發生，所以，確實聲請人可能會有心境上的轉變，這是沒有錯，確實有可能會有挽回或者是有其他的考量，確實是有必要再去探究，我們沒有辦法否認。有些人確實會想要挽回或是考量到未成年子女，但是，我們也不可忽略有些人是有可能基於報復，事實上，我們律師也有遇到過這樣子的當事人，這也是值得注意的。所以，基於這樣程序、實體的一個混雜的特殊性，這是家事事件法應該要特別注意的部分。我們可以再回到家事事件法修正的角度來看，因為目前家事事件法其實已經強制要調解了，所以，當事人其實是有一個溝通的平台，所以，並不一定是說當事人沒有辦法再繼續對話，所以，無責的一方，其實可以跟有責的一方表達想要挽回的一個機會。在這樣的角度之下，如果再次最後的溝通，還是沒有辦法去達成他的訴求，而且，其實是有委員可以幫忙協調，如果還是沒有辦法的話，我想這已經真的是最後的一個商談的機會，如果再回到訴訟，其實法官也可以試行和解，這樣子已經到了兩階段的溝通，法官也進行了一個幫忙，其實很多的法官也會傳喚當事人到庭，公開他的心證來幫忙促進和解，如果真的這樣也是不行，我想真的是已經走到最後，這樣的婚姻真的也是沒

有辦法。其實，現在我想我們律師也非常願意跟法院合作，我們也不是說非常的想要興訟，其實法官跟律師現在其實都可以協同幫忙當事人的連絡，所以，法官其實是可以透過訴訟來作一個維持的空間，並不是都沒有辦法再挽回的空間，我們想這是要特別再作訴訟上的補充。

（黃大法官虹霞表示有問題提問）

審判長諭知

接著請黃大法官虹霞提問。

黃大法官虹霞問

剛剛聽到林秀雄教授最後發言的時候，講到一句話引起本席的興趣，本席想請林教授再補充一下。您提到宣告違憲不能解決問題，最後一句話是這樣，等一下能不能麻煩您再進一步說明為什麼宣告違憲不能解決問題？這是第一個問題。第二個問題是關係機關，謝大法官銘洋有提問，但是，本席對你們的回答還是不太滿意，還是想進一步聽聽你們的意見，就是使有責的一方永遠沒有辦法終止婚姻關係，這個到底是不是你們認為的是不得已、沒有辦法的最小侵害手段？因為，大法官在處理這件案件要不要宣告違憲，要考慮比例原則，比例原則就必須要考慮到最小侵害手段與否的問題，所以，這樣是嗎？如果，它是最小侵害手段的話，為什麼你們嘗試修法要作分居條款以及苛刻條款？難道，這不是侵害較小的手段嗎？這是想要請關係機關能夠清楚地說明的部分。那麼，關於戴瑀如教授的部分，您的意思是這個規定的目的就是違憲，不必去考量手段？還是您的意思是說，在手段上面，它不是最小侵害的手段？本席比較想很清楚理解您的想法，請簡單回答就好。

最後，本席也跟詹大法官森林一樣有點感性的話，因為，今天我們來的聲請人都是有責的一方，你們也都承認自己是有外遇，那麼，我們沒有請相對方，剛剛本席聽到你們講，希望你們等一下在結辯的時候能夠作一點澄清。你們提到把這個有責的一方當作提款機，你們不會覺得這樣很傷人嗎？我們再來看，你們只想到當事人的委屈，是不是你們也對於這個相對人，在釋字第 748 號解釋明白地告訴大家婚姻的定義是什麼，婚姻的定義是排他性的永久結合關係，這是大法官對於婚姻的定義，我們今天其實在討論這個問題的時候，如果照你們的主張，恐怕要再改寫婚姻的定義囉。那麼，有責的一方，另外一方他們長期被背叛的這個屈辱，要不要替他們想一想？裁判離婚，被離婚的這個屈辱要不要替他們想一想？這些東西，我想大家都將心比心，你們有委屈，別人也有委屈，我們今天在這裡，其實，家事法常常講法不入家門，但是，大法官只要符合聲請要件，我們必須受理，這時候大法官置喙來作一個不得已，可能某種程度兩難，那是不得已的一個抉擇，但是，絕對不是在肯定外遇，也絕對不是認為任何人可以背叛婚姻，我們不是這個意思，所以，也請大家都能夠了解。那這個結辯，看你們要不要回答這個問題，但是，本席不是要請教你們，這不是個問題要請教你們，這只是表示一點感想而已。

審判長諭知

請林秀雄教授回答黃大法官虹霞提問。

專家學者林秀雄教授答

回應黃大法官虹霞提問前，先說明我跟戴瑀如老師下午 1 點還有課，希望程序按照規定的時間進行，謝謝。剛才我講到

宣告違憲無助於問題解決，主要是講要刪除民法第 1052 條第 2 項但書之前必須要有配套措施，所謂配套措施就是要有婚姻破綻推定條款與苛刻條款之規定，若純粹完完全全的破綻主義，不論是積極破綻或消極破綻主義，總有侵害當事人隱私之虞，這是它無法除去的缺點，所以我認為與其冒然宣告違憲，倒不如從最低限度限制唯一有責配偶離婚之請求，或許比較妥當。

我在民國 75 年就已經建議將此條文刪除，但不是只有刪掉而已，而是一定要加上婚姻破綻推定與苛刻條款的配套措施，其實在民國 85 年修法的時候，法務部邀請我擔任離婚原因修正的委員，當時我建議要趕快規定婚姻破綻推定，當時我草擬條文是 5 年，亦即不共同生活 5 年以上，第二個是苛刻條款的規定，但是從 85 年迄今已經 27 年了，草案還躺在哪個地方不清楚。我不斷有參與法務部的開會，草案其實都已經出來了，但是都沒有送出來，應該要趕快規定這個，所以宣告違憲意義不大。

審判長諭知

請法務部回答黃大法官虹霞提問。

關係機關法務部訴訟代理人鍾瑞蘭司長答

關於黃大法官虹霞垂詢的問題，剛剛提到最小侵害手段的部分，當然讓他可以離婚，不要限制終身不能離婚這件事情，對於一些個案或一些當事人來說會覺得這不是最小侵害的手段。因為我們考量的可能不是只考慮這個或多個個案的問題而已，在審視比例原則時，我們還會考慮到如果對於第三人例如是其子女或配偶造成過度負擔的時候，恐怕也不符相稱性。何況剛才有提到，如果直接把民法第 1052 條但書刪除

的話，它帶來的衝突可想而見，所以我們認為它相對而言是侵害較小的手段。

至於分居我們當時為什麼想擬，如同剛才林秀雄教授有提到，這當然是個方向，因各國往此方向走，但當時在討論過程中不論是分居或是苛刻條款，大家的意見都非常多，尤其我們針對離婚後經濟效果，包含現在的贍養費、夫妻剩餘財產分配請求，甚至是其他損害賠償部分，現在的制度很多人都有不同意見，希望這個部分還要再加強。在討論分居制度時，分居的經濟效果有被考量嗎？這個部分是否須要一併討論？因為討論的過程也有與會的人說，其實在分居的過程中對婦女的經濟顧慮恐怕更加要著墨，所以我們認為目前看起來是最小侵害手段，就是斟酌這些因素，以上說明，謝謝。

審判長諭知

接著請戴瑀如教授回答黃大法官虹霞之提問。

專家學者戴瑀如教授答

謝謝黃大法官提問，針對這個問題，其實當我們的婚姻制度或是家庭制度已經不是在為家族功能而存在，而是轉為個人的時候，對於個人意志的保護就更為重要。所以看我們社會上對於婚姻家庭制度發展，我認為在婚姻自由理念的範圍應該可以橫跨到離婚自由了。那至於有無需要保護的個案？當然是的。婚姻如果對某些個案來講，它就是唯一，因為現在仍有某些受到傳統價值觀影響的家庭還是會有這樣的狀況，應該還是要適度的保障，但保障方式應該有苛刻條款就足夠了。所以我認為如果還是做限制離婚的話，它的手段上就不是最小侵害，以上謝謝。

審判長諭知

現在進行結辯程序，我們比原來預定的時間已經延遲了差不多 20 分鐘。謝謝林秀雄教授與戴瑀如教授今日的協助，若下午 1 點兩位有課，准予得先行離席。接下來請聲請人結辯，3 位聲請人各 5 分鐘，總共 15 分鐘。先請聲請人臺灣高雄少年及家事法院家事第一庭敏股朱政坤法官陳述。

聲請人臺灣高雄少年及家事法院家事第一庭敏股朱政坤法官

謝謝審判長，審判長、各位大法官好，聲請人結辯如下：再次感謝大庭對於身分法的重視，在今年大庭成立的第一年就選擇本件進行言詞辯論，身分法重要議題能夠在大庭、審判長、各位大法官面前，由聲請人、各位長官、專家學者及先進，面向社會大眾進行充分的討論。2022 年除了是大庭成立第一年外，在身分法之上也是家事事件法即我國唯一的少家法院，亦即聲請人服務的臺灣高雄少年及家事法院成立 10 週年。會提到這些是因為我國身分法治的演進，很大一部分都是由大庭的前身大院大法官會議所作出的會議解釋所帶領推動，這些重要的解釋闡明憲法保障男女平等、維護人性尊嚴、人格保障的意旨，從而引導立法者逐步修正不合時宜的法規從而帶領時代前進。

在大院作成解釋的當下，或許當時人民感情未必一致，但事後看來這些也是都帶領社會穩步向前、人格保障向前的重要里程碑。例如在國民政府還在大陸的 1930 年代，民法第 1089 條的父權優先條款，即便在憲法施行後依然不動如山，直到 1994 年 9 月 23 日以前還是很多人認為，小孩子如何管還是由父親決定天經地義，但大院當時依然本於憲法保障男女平等意旨作成釋字第 365 號解釋，從而促進修法讓小孩怎麼管由父母共同決定才有道理。又例如在 1998 年 4 月 10 日

以前，還是很多人認為夫妻住所嫁雞隨雞、嫁狗隨狗，但大院依然本於憲法保障男女平等意旨，作出釋字第 452 號解釋，從而促成修法讓夫妻可以共同決定住所，隨夫隨妻都很開心。而在釋字第 452 號解釋作成的 19 年後，2017 年 5 月 24 日以前，還是很多人認為一夫一妻、一男一女，但大院依然本於憲法保障人格健全發展與人性尊嚴維護的意旨，作出釋字第 748 號解釋，促進立法者制定司法院釋字第 748 號解釋施行法，保障同性傾向者受憲法婚姻自由的保障，從此想在一起不論男女。

到了今天跟之前幾號解釋一樣，目前確實還是有一些人認為：「是他做錯事情，為什麼我要離婚？」聲請人絕對尊重這些人的道德觀、感情觀。提起本件聲請也不是贊成這些婚外性行為、家暴的有責配偶行為，而是認為系爭規定的存在既然是為了保障婚姻自由，一旦雙方關係已經沒有任何實質內涵，雙方已經不再是 You Complete Me 而是 You Destroy Me，保障婚姻自由及人格尊嚴的憲法目的已經蕩然無存的時候，已經回不去的關係、回不來的婚姻，能夠用法官判斷誰對誰錯能夠回來嗎？這樣的破碎關係中，程序中看著父母互相咒罵、在判決中看到彷彿罪大惡極爸媽為此不知所措，為之在哭泣的孩子們的童年可以回來嗎？一個不能讓破碎關係復合，只能強行綁住兩個沒有辦法繼續的人的規定，真的有繼續存在的必要嗎？基於前述說明及憲法對於人格自由尊重及保障個人追尋幸福的意旨，聲請人相信憲法不只保障天下有情人終成眷屬追求幸福，也當保障世間眾怨偶好好分手、不再痛苦，能合很好、能離也很好，已經失和又離不開最不好。綜上，聲請人僅懇請大庭在今年這個無論是憲法或是身

分法上具有相當性意義的一年，建立屬於憲法法庭新的里程碑，透過闡明婚姻自由真諦的憲法判決，宣告系爭規定違憲，也讓立法者有機會重新檢視離婚法制。在保障有責配偶能夠離開的同時，也能夠透過諸如前面專家學者所提的苛刻條款、分居期間、離婚效果、侵權行為的制度，保障這些被離婚配偶，由此代表國家向這些不願意離開的配偶宣示「分開只是不適合，不是你的錯」，讓每個人不論進入或離開一段關係都活得有尊嚴、活得有意義，以上謝謝。

審判長諭知

接續請聲請人方孝明之訴訟代理人進行結辯。

聲請人方孝明訴訟代理人林美倫律師

作家錢鍾書在《圍城》的那本書說「在外頭的人想進入婚姻，在裡面的人想出來」，剛剛大法官有提到釋字 748 號解釋排他性永久結合關係，但是前提是夫妻以情愛為基礎。如果婚姻已經破裂了，這個時候我們要看的是未來。我剛才已經說過了，很多時候外遇只是結果，並不是婚姻破綻的原因，整個婚姻與感情是複雜難解的，剛剛林秀雄教授也說了，很難說一方是沒有責任的，感情是須要經營的，如果王子與公主進入婚姻，柴米油鹽醬醋茶，只要有一方不努力去經營，我看這個婚姻也是很難繼續相守。

黃榮堅教授在《靈魂不歸法律管》這本書中第 163 頁講到「愛情是一個只能給不能要的東西」，我可以愛你一萬年，但我不可以要求你一定要愛我一萬年，民法第1052條第2項但書限制有責配偶離婚請求權，它的目的到底是在修復婚姻，還是在保障自認無責的一方有報復的權利呢？任何人在任何年齡，我都認為有追求幸福的權利，感情破裂沒有合好

可能時候，維持這個死亡的婚姻對夫妻、對子女、對社會都沒有益處，離婚是給予不幸婚姻的救贖，如果沒有回復可能性應該考慮解消婚姻，使雙方走向未來的幸福生活。

聲請人方孝明訴訟代理人陳勵新律師

法官並不是魔術師，夫妻雙方並不會因法院之確定判決而使夫妻關係和好如初，在離婚訴訟長達一、二年以上之審理程序，因當事人間互相攻訐，導致夫妻之婚姻關係更加惡劣，宛若路人。

婚姻的本質，是責任、是陪伴，更是相守一生的允諾，法律既無法強迫老公須一直愛著老婆，則以法律條文強行綑綁不相愛的二個人不能離婚，並無必要性，且有違比例原則。依法務部所提憲法審查言詞辯論意旨書所揭示德國、瑞士、日本、韓國的法律規定，夫妻關係如已破裂，或有重大事由，致婚姻難以維持，夫妻一方得向法院請求離婚，並未如同我國有限制有責配偶不得請求離婚之規定。且法務部認為系爭規定的功能在於保障婚姻制度，然而系爭規定僅能降低離婚率，並無法保障婚姻制度是夫妻共同生活、互相關愛的本質。更何況無責配偶的權利，並非無法以加重有責配偶之賠償金額等方式予以填補，一昧限制有責配偶不得請求離婚，顯未符合最小侵害原則。

婚姻不應是牢籠或禁錮，所以就婚姻關係破綻發生可歸責性較高之一方，應容許亦得請求判決離婚，限制有責配偶不得請求離婚之規定，並無法使原本不幸福的婚姻變成幸福，只能保障身分證上的配偶欄位。如果夫妻關係只剩下身分證上的配偶欄位，那又有何意義？

聲請人方孝明訴訟代理人安玉婷律師

系爭規定並沒有達到當初立法保障婚姻制度的目的，只是促成更多的怨偶，甚至造成家庭問題，離婚訴訟程序更是成為婚姻破裂發洩情緒的出口、報復的工具。而冰凍三尺非一日之寒，婚姻裡的是是非非並不是法院或法律能夠決斷的，破裂的婚姻，法律實在不必要用婚姻的牢房來囚禁、懲罰，既關不住人，也關不住心。

現代的婚姻關係已經逐漸被視為一種契約關係，雙方要情投意合、願意共同生活、互相扶持、交換承諾；婚後若未能遵守當初承諾應僅是違約，另一方若受有損害得請求賠償，實無強迫維繫的必要，更不是要由無責的一方去擁有是否要解消婚姻的權利。結婚跟離婚都是個人自主權的體現，實現了離婚自由也才能真正實現結婚自由。

審判長諭知

接下來請聲請人高志成之訴訟代理人結辯。

聲請人高志成訴訟代理人吳陵微律師

法務部提出之言詞辯論意旨書提到，系爭規定符合公平性及保障婚姻制度等公共利益，如果將系爭規定刪除，將導致任由單方決定婚姻是否無法維持或是可以隨時終止，使婚姻制度如同虛設。但是是否構成離婚、是否導致婚姻有重大破綻事由，其實仍應由承審法官審理、判斷婚姻是否有難以維持的狀況，非任由單方決定婚姻是否無法繼續維持。

另外，法務部的言詞辯論意旨書提到，刪除系爭規定可能會造成無責配偶的過度負擔，但會造成什麼樣的負擔？我們從意旨書裡看不出來。從而也看得出系爭規定不屬於最小的侵害手段。

最後，系爭規定對於婚姻自由是有限制的，所以我們做了問

卷調查，根據受訪民眾填寫網路問卷的回覆狀況可以看出，有超過半數，約 58%的受訪民眾認為系爭規定應該刪除；有65%的受訪民眾認為系爭規定無助於自己維持婚姻忠實義務；有 55%的受訪民眾認為系爭規定限制離婚的自由。所以可以看出系爭規定是否符合現今國民感情及對於婚姻的想法，是有疑問的。

婚姻如有破綻，一定是許多原因長期累積而成，細究原因，會發現不一定僅由有責一方造成。其餘部分由陳律師補充。

聲請人高志成訴訟代理人陳柏諭律師

首先謝謝黃大法官虹霞剛剛的指正，讓我們可以更正剛剛「提款機」這個錯誤用語。「提款機」一說只是為了凸顯失去婚姻的本質。婚姻確實是排他與永久性的結合關係，所以婚姻應該留給對排他、永久性結合關係有需求之雙方。被背叛的一方，確實值得更好的人去疼惜，與更好的人去經營婚姻，系爭規定其實有點本末倒置。

剛剛法務部提到確實有在研擬修正，但修正的部分在多年前就已經在討論了。法務部可能是慢慢的斟酌修正，但是人民的生命和青春都非常的有限、短暫，沒有辦法一直等待法務部什麼時候才可以修正，立法院也不知道何時才能真正通過這樣一部法律，所以我們希望鈞庭可以宣告系爭規定是立即違憲，才能敦促立法院立即改正錯誤的法律。

事實上剛剛很多的專家學者都有提到有非常多的手段已經可以去修正，其實只是在做最後的價值判斷而已，並不是沒有其他比較成熟的看法，應該是大家已經漸漸有共識了，所以請鈞庭在作解釋的時候一併提出，敦促立法院的修正，不然一再限制人民的離婚自由，人民是真的已經忍受很久了。以

上向鈞庭報告。

審判長諭知

請關係機關結辯。

關係機關法務部代表陳明堂政務次長

婚姻受憲法制度性保障，同時婚姻具有社會功能及公益。釋字第 712 號解釋認為：「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎」；釋字第 552 號解釋亦提到：「婚姻不僅涉及當事人個人身分關係之變更，且與婚姻人倫秩序之維繫、家庭制度之健全、子女之正常成長等公共利益攸關」，亦即，婚姻跟家庭具有社會性的功能。我們不否認婚姻自由在釋字第 791 號解釋有提到結婚跟兩願離婚，那是否對裁判離婚部分為有意省略？或與其他爭議問題留待繼續討論？

有關離婚的法制設計，我們特別強調要顧慮到法益的平衡，這涉及到公益，同時在釋字第 485 號解釋特別提到所謂平等權的保護並不是機械式的平等，在釋字第 725、613 號解釋都有提到，不能用機械式的平等看法律的操作。在這種情況下，婚姻自由和制度性保障可能涉及到公益和第三人的利益，所以我們在考慮離婚制度的時候，提出一份內政部戶政司的統計：在民國 110 年有 4 萬 7888 對配偶離婚，其中 85.76%是兩願離婚；經法院判決離婚的只有 5.82%，其餘部分是調解離婚。我們今天關注的焦點是民法第 1052 條第 2 項但書，這 5.82%裁判離婚的案件不是都落在民法第 1052 條第 2 項但書的範疇，有的是民法第 1052 條第 1 項所列 10 款原因等等。同時民法第 1052 條第 2 項的概括條款，才有對但書的排除，所以系爭規定部分的案件其實是極少數的，我們在這個部分可能要考慮到整個子女。

就剛剛聲請人提到的部分，法務部不是慢慢的在修正，法務部認為這是一個立法形成空間，不應該以極少數的原因而認為違憲。

最後，我要提到美國最高法院法官霍姆斯在 1881 年的 Common Law 提到：「法律的生命不是來自於邏輯，而是來自於經驗」。所以可能有某些程度須改進，我們希望透過改進處理，須有社會的共識、正反的溝通來做，而不是貿然的躁進。

關係機關法務部訴訟代理人鄧學仁教授

系爭規定是不是造成終身不得離婚？答案是否定的，縱使有責者也可以請求離婚，因為離婚請求不等於離婚自由，法官要先決定是否構成但書，再判斷婚姻是否有破綻。無責者不積極恢復婚姻關係，也有可能會被判定是有責的。破綻主義是要判斷婚姻是否有破綻，而不是討論責任的歸屬。可是如果貫徹破綻主義，那民法第 1052 條第 1 項的規定是否也限制有責者不能夠離婚？民法第 1052 條第 1 項規定除了具備積極功能，讓沒有責任的人可以向有責任的人請求離婚；另外一個消極功能在於，如果沒有構成通姦、虐待等情事，他就不會被離婚。當婚姻制度與婚姻自由沒有辦法兼顧的時候，選擇婚姻的存廢應該由弱勢者決定，是不是比較符合人民的感情？沒有離不成的婚姻，只有談不攏的條件，但書可以保障弱勢的無責者，讓有責者可以展現誠意，在保護弱勢下，才保護自己的離婚自由，這樣子才比較符合離婚的精神。謝謝。

關係機關法務部訴訟代理人林昀嫻副教授

剛才謝大法官和黃大法官都垂詢到關於有責的一方沒有辦法

請求離婚，這算不算是最小侵害手段？有沒有符合比例原則？法務部應該從婚姻或離婚的制度整體來看，也就是說我國 85%的離婚都是採兩願離婚，但我國的兩願離婚制度其實是比別的國家還自由的，它完全不須經過法院的裁判，也不須經過很多國家都有設置的等待期間，甚至分居期間。所以在立法形成自由下，在離婚制度的設計，有些部分是寬的、有些部分是嚴的。

另外，我也想說，如果系爭規定被宣告違憲的話，影響的不只是這 5%裁判離婚解決的案件，同樣也會影響絕大多數 85%的兩願離婚的案例，因為國外的實證研究顯示，如果我們變成無責離婚的話，其實對想要離婚的那一方是比較有利的，他其實已經不須跟對方加以協商、談判。我們比較擔心如果對方是經濟上較弱勢者的，他會面臨一個更加不利的前景，我想這是需要提醒的，謝謝。

審判長諭知

本案言詞辯論程序終結，依法會在言詞辯論終結後 3 個月內宣示判決，必要時得延長 2 個月。退庭。

憲法法庭

書記官　蔡尚傑

楊靜芳

審判長　許宗力

中　華　民　國　1　1　1　年　1　1　月　1　5　日