有責配偶請求離婚之裁判實務與問題

—憲法法庭112年憲判字第4號判決評析及影響

文／魏大喨

中

（文接上期）

二、婚姻自由基本權內涵

釋字第 552 號解釋等，已揭示婚姻自由源於人性尊嚴，核心價值在於自主決定權保障，其思維當與自然法時期思想自由、行為自由有關。法律實證主義下，受憲法自由權保障，在基本權體系位置，乃屬憲法第 22 條概括保障之基本權。憲判 4 號判決再度闡明憲法婚姻自由，包括個人自己決定「是否結婚」、「與何人結婚」、「兩願離婚」，及其與配偶共同形成及經營婚姻關係（如配偶間親密關係、經濟關係、生活方式等）之權利等（參照本判決第 30 段）。

源於自然法思維之人格自由、人性尊嚴，其實與思想自由、行為自由聯結，人人享有自己決定權，不容他人干涉，本質上帶有個人主義色彩，因此反映於法律實證主義最高位階憲法領域者，婚姻自由當然成為以保障個人主體性之基本權保障項目之一（清單範圍）。憲判 4 號判決，延續以往見解，判決理由明確將之納入憲法第 22 條概括保障之自由權利之一。更進一步指示，保障婚姻自由具體內涵，包含婚姻之締結[10]、維持與終止；而婚姻關係之解消，亦屬於婚姻制度重要一環。換言之，基本權主體（婚姻配偶）有決定是否及何時終止（退出）其婚姻關係之「離婚自由」（參照判決理由第 31 段前段）。簡單來說，婚姻自由包括：締結婚姻、維持婚姻及終止婚姻均屬之。

婚姻自由既係憲法第 22 條保障之基本權，當然具有基本權特徵，包括有防衛權作用之主觀權利、客觀法規範給付請求權、制度性保障[11]，及價值決定原則，國家對婚姻自由負有保護義務。基本權之基本特徵，主觀權利在對抗國家之不法侵害；婚姻自由主體有權據以請求立法機關立法形成客觀法規範，以充足保護婚姻自由。制度性保障目的，在保障婚姻作為憲法秩序制度存在；憲法價值決定原則，其作用在促進婚姻能受最大保障。101 年司法院釋字第 696 號解釋，如結婚者在所得稅合併申報方面因此造成經濟上之不利益者，有違憲之虞[12]。另學者有主張應給予婚姻家庭健保費用之減免等，亦屬婚姻自由權保障範圍[13]。

婚姻自由包括締結婚姻之自由，惟婚姻自由基本權，有主觀防衛權性，學者指出，基本權無法保障正與締結婚姻自由相反 — 不結婚自由，亦即不結婚自由被排除於婚姻自由之外，但可從一般的行為自由中導出，國家不得強迫人民締結婚姻，進入婚姻關係，屬消極行為自由[14]。

實則，憲判 4 號論述內容，並未脫離上述婚姻自由基本權實質內涵。

三、婚姻制度與婚姻自由關係

本文認為：憲判 4 號判決理由基本架構，建立在：第一、除婚姻自由理念再度闡述外；第二、當離婚自由與維持婚姻自由，兩個婚姻自由基本權發生衝突時，須藉由婚姻制度設計，資以調合讓步。

憲判 4 號判決理由第 31 段，即強調婚姻制度立法形成重要性。按婚姻制度係法規範制度設計，目的在保障婚姻自由之存在與實現，已如前述（婚姻自由制度性保障）。當主張離婚自由者，與主張維持婚姻自由者，無法以協議方式解決二個基本權益衝突時，國家機關尤其立法機關，須藉由婚姻制度立法形成，資以解決，此係國家之保護義務。

但婚姻制度是立法制度，非單純從個人主義出發，因為婚姻制度所確保的，除維護人格自由外，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女、確保婚姻關係之存續與圓滿，為達此目的，婚姻制度法規範本身須融入團體性、社會性功能之若干條款。例如夫妻間之忠誠義務（貞操義務）、家庭生活費用負擔、對未成年子女共同承擔保護教養義務，凡此均係婚姻制度規範設計主要內容，以之約束婚姻當事人。司法院釋字第 554 號解釋意旨，即謂婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，得制定相關規範約束。夫妻雙方負忠誠義務，性行為自由固與個人之人格有不可分離之關係，得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第 22 條規定，在不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障，是性行為自由，自應受婚姻與家庭制度之制約[15]。惟其延伸之問題，通姦行為得否科以刑責，司法院釋字第 791 號解釋意旨，刑法第 239 條規定有配偶而與人通姦者，通姦者與相姦者科以刑責之規定，係對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，於此範圍內，釋字第 554 號解釋應予變更[16]。

按釋字第 791 號之通姦除罪化，是否影響民事精神損害賠償（慰撫金）請求權之成立，下級審法院實務，有主張同免賠償說者。學者有從憲法觀點，認為配偶身分關係（俗稱配偶權）固未受憲法明文保障，但亦具憲法保障位階，屬「婚姻制度」之核心，婚外情（婚外性行為）涉及個案情節而有不同，屬性自主與配偶身分權衝突[17]，應依憲法第 23 條比例原則規定決定。

考諸憲判 4 號，雖立於婚姻自由保障，惟非將婚姻自由二個主要內容（維持婚姻自由、離婚自由）以絕對權之姿視之，或採絕對保護解釋方法。因此謂：離婚自由之實現，須繫於雙方意思之合致，於意思未合致時，仍不妨礙一方離婚之自由受憲法保障。又謂：「婚姻自由之保障，非如單純個人自由基本權之防禦功能面向保障，仍有賴國家就婚姻自由，妥為婚姻制度規劃或規範設計」。因為婚姻對於配偶雙方、子女及其等與他人間之生活形成與權益等，皆有影響，國家居於保護義務，就裁判離婚及其離婚所生權利義務關係之法律規範，須透過立法設計，使人民有請求裁判離婚之機會，始能完全實現離婚自由。

綜觀憲判 4 號內容，無非在闡述婚姻自由與婚姻制度關係，以及離婚自由與維持婚姻自由之衝突，兩者如何衡平退讓。其最終理由，承認在過苛情事下，仍須保障離婚自由。惟亦認為離婚自由，須透過立法就婚姻制度作妥適立法規劃，非單純屬具個人主觀防禦性質之自由權。判決理由第 31 段，承認夫妻雙方得透過合意離婚以終止婚姻關係，此合意終止固屬絕對離婚自由權，但夫妻不能達成兩願離婚時，因婚姻對於雙方、子女及其等與他人間之生活形成與權益有影響之故。惟對於已不具婚姻意義之婚姻，國家基於保護義務履行，仍應採取立法及司法「手段」，予以保障（離婚自由）。

有疑義的，國家保護義務之立法「手段」，所保護之對象（目的），究係離婚自由權實現，或因婚姻制度而形成之雙方、子女、關係人之生活權益？因兩者係處於利益對立面。本文以為，從第 31 段文字結構、表達之語意、論述之順序，及強調離婚自由權宗旨以觀，當存在過苛情事前提下，仍須給予主張離婚自由一方，有「請求裁判離婚之機會」。足見「離婚自由權」方為立法手段（應增列過苛條款），所保護之「目的」。職故，憲判 4 號之基本精神，仍立足於積極破綻主義體系下。

四、本文就憲判4號審查基本態度之觀察

(一) 基於權力分立傳統釋憲態度

就系爭但書規定有無聲請人指摘之法規範牴觸憲法離婚自由保障情事？憲判 4 號宣告原則上合憲，惟未增列過苛情事部分，則有牴觸離婚自由權保障情事（違憲）。

夫妻雙方如均合意終止婚姻關係，屬離婚自由權保障範圍。惟夫妻雙方就婚姻解消意思不一致時，請求離婚一方配偶之離婚自由與不願離婚他方配偶之維持婚姻自由，二者均屬婚姻自由保障內涵，因此發生基本權衝突，二者間應作衡平考量，始符憲法第 22 條保障婚姻自由意旨（判決理由第 32 段）。

憲判 4 號針對系爭第 2 項但書規定，宣告原則上合憲，本文認為與大

（文轉三版）

註釋

10 司法院釋字第 362 號解釋稱為結婚自由權利，學者亦認為締結婚姻關係屬人格發展自由之一環。李惠宗，憲法要義，元照，2022 年 9 月，479 頁。

11 婚姻自由意義，學者強調制度性保障，亦即國家有義務建立適當制度，使人民之結婚自由權獲得完滿之實現。李惠宗，同註 10，480 頁。

12 101 年 1 月釋字第 696 號解釋，「按婚姻與家庭植基於人格自由，為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障。如因婚姻關係之有無而為稅捐負擔之差別待遇，致加重夫妻之經濟負擔，則形同對婚姻之懲罰，而有違憲法保障婚姻與家庭制度之本旨，故系爭規定所形成之差別待遇是否違反平等原則，應受較為嚴格之審查」。另可參看李惠宗，同註 10，482 頁。

13 參看陳慈陽，憲法學，元照出版，2016 年，777 頁。

14 陳慈陽，同註 13。

15 夫妻互負貞操義務，為身分法學者通說見解，可參看戴炎輝 / 戴東雄 / 戴瑪如合著，親屬法，2010 年，125 頁；陳棋炎 / 黃宗樂 / 郭振恭合著，民法親屬新論，2010 年，139 頁；林秀雄，親屬法講義，元照，2011 年 7 月，123 頁。

16 李惠宗教授對 791 號解釋持肯定見解，氏著，同註 10，483 頁以下。

17 李惠宗，同註 10，484 頁以下。

18 此見解與林秀雄教授及個人前揭文之主張相同。

植根法律
民法總則（增訂四版）
稅法總論（第一冊增訂四版）
黃茂榮 著作 定價 700 元
黃茂榮 著作 定價 800 元
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
訂購未滿請自付郵
植根法律書
「國民法官法」將在2023年上路
開創司法多元對話的新紀元
國民法官

法律網
的最佳平台
法學方法與現代民法（增訂七版）二刷
侵權行為法（債法總論 第五冊）初版
加值型營業稅法 初版
黃茂榮 著作 定價 900 元
1000元者 贈 65 元
書城熱賣中
國民法官制度

（文接二版）

法官對法規範違憲審查基本態度有關。換言之，當法規範文義適用可能範圍過廣時，如有合憲解釋空間時，司法權（釋憲者）往往採取消極主義，作成合憲解釋，而不針對有違憲疑義部分宣告違憲。本來司法審判權行使，於法律適用前之法律解釋階段，在解釋方法上，可採合憲限縮或擴張方式為之。亦即當某規範文義內涵有多種解釋空間時（例如有 A、B、C 三種解釋方法），如採取 A、B 解釋方案，將構成違憲；如採取 C 方案，則合憲時，因解釋者（含普通法院法官）之法律解釋方法，仍存在可作合憲性解釋空間，解釋者本即有作合憲性解釋義務，不得選用違憲之解釋方案，在此種情況下，釋憲者（大法官）會宣告該法規範合憲。一方面可降低司法權與立法權之緊張關係，充分尊重立法權行使。此種釋憲態度，係基於權力分立，司法權與立法權相互尊重結果，常見諸於大法官釋憲實務。

（二）憲判 4 號採「僅排除唯一有責者」說

第 1052 條第 2 項規定，該作如何解釋？例如責任相同者、責任較輕者、較重者，及唯一有責者（他方完全無責），有無系爭但書規定之離婚請求權？

觀諸憲判 4 號判決理由（第 35 段）可知，大法官已本於自己法律上確信，參考第 2 項但書規定之立法目的、修法理由，及 1985 年修法研修過程資料，認為但書規定「僅排除唯一有責者離婚請求權」而已[18]。也因該解釋方案，可以被涵括入但書規定文義範圍內，且在此範圍，司法審判機關（民事審判法院）可透過法律合憲性解釋方法，解為係積極破綻主義，而非謂凡有責配偶一方處於婚姻破綻狀態下，均不受離婚自由權保障。因此解釋方法如選擇解為係積極破綻主義，系爭但書仍有合憲解釋空間；反之，大法官如將但書規定解為係指：凡有責配偶者處於婚姻破綻情況，即無第 2 項離婚請求，則但書規定極可能被宣告法規範牴觸憲法第 22 條離婚自由保障而違憲。本此說明，因但書規定，仍有合憲解釋空間，因此原則上並不違憲。

本文再進一步分析，作此原則上合憲解釋，須有兩個前提條件配合：第一、但書規定須解為僅排除唯一有責配偶之離婚請求；第二、離婚自由並非絕對不容侵入，維持婚姻自由亦為憲法第 22 條保障對象，兩者發生基本權衝突時，離婚自由並非凌駕後者，須由立法者採取衡平手段。

五、兩個婚姻自由權衝突須藉立法規範衡平

（一）排除係限制之意

如前述（第二條件部分），憲法法庭就婚姻自由權之衝突，認為限制唯一有責者離婚自由權，原則上並不違憲，係因離婚自由與維持婚姻自由，兩基本權衝突，國家基於保護義務，必須透過立法手段取得衡平，對離婚自由權加以限制之故。

從憲判 4 號論述脈絡以觀，先立足於積極破綻主義，承認離婚自由權應受憲法第 22 條概括基本人權保障（符合條件時，得立法限制），但書規定僅「排除唯一有責一方之離婚自由權」，但非絕對排除。此所謂「排除」，本文認為，毋寧認係「限制」，非基本權之根本剝奪。因為基本權之核心領域不容侵入，採絕對排除離婚自由權之立法方式，亦有違憲法比例原則之虞，因而憲判 4 號再進一步指出，對於唯一有責一方排除其離婚自由權，如果顯然過苛者，仍可因婚姻破綻無法回復，而有請求裁判離婚機會。顯然的，並非排除而係限制。

（二）衡平係婚姻自由權益之重新分配

從婚姻關係角度觀察，離婚訴訟只能有兩種結果，即婚姻關係之終止 —「離婚自由權實現」，與婚姻關係之持續 —「婚姻維持自由權實現」，兩者係處於對抗（對立）狀態，不可能出現第三種情況。因此所謂「衡平」，定然有一方須完全退讓，以實現他方之婚姻自由[19]。衡平無非係權益歸屬之重新分配，應將婚姻自由權益分配予何方而已。衡平既是權益分配，立法妥適規劃，即是以保護義務之名，透過立法方式，進行婚姻破綻後婚姻自由權益再次分配之規範決定。

（三）基本權衝突與應審酌退讓要因

因婚姻破綻之離婚自由與維持婚姻自由之衡平，係婚姻自由權重新分配，非責任歸屬之非難，與責任誰屬無關，不能建立在責任基礎上。因此涉及立法者應以何標準，決定婚姻自由權益之再分配（憲判 4 號使用衡平二字）。

按國家對人民之婚姻自由既負有保護義務，且婚姻自由與一般自由基本權，性質有不同。婚姻自由基本權除有對抗國家公權力不法干預（防禦權功能）外，亦有據以請求立法機關立法形成客觀法規範請求權，及形成制度性保障目的功能。在立法制度規劃方面，立法規劃制度應符合憲法比例原則。而憲判 4 號亦自行劃出審查標準，諭令立法者於提出「衡平方案」時，應審酌：婚姻對於配偶雙方、子女及其等與他人間之生活形成與權益等因素，再決定何人應退讓、何人享有婚姻自由權益。

（四）從婚姻制度本質及法規範視線分析

大法官就婚姻自由權益重新分配應審酌因素之具體指明，或將引致支持積極破綻主義者之質疑：因該審酌因子，似與婚姻破綻婚姻自由權益分配無關？因為既係破綻主義，與責任無關，離婚自由係憲法保障基本權，對於配偶雙方、子女，甚且與他人間生活所形成權益何干？

本文以為，質疑論者，或係立於絕對個人主義思潮。但婚姻係一種制度性存在[20]。制度性本身作用，本即對個人絕對自由權有限制功能，此係從法律實證主義立場出發，實則婚姻制度與其認係外在的、人為的婚姻法規範強制性、實力性之限制，毋寧認是「婚姻內在本質」。中川善之助教授於其《身分法の總則的課題》巨著，指出身分法關係（含婚姻關係）是本質之結合[21]。婚姻制度本質為何？本質論源於自然法思想，亦是任何事物存在之「正當性依據」，有其存在且不變的基本特徵（不受偶然因素影響），欠缺該基本特徵，即無法與其他事物分辨。婚姻之基本特徵 — 追求婚姻生活圓滿、幸福、相互扶持，是一種真、善、美，亦是人性尊嚴內涵之一，欠缺此基本特徵，即與偶然相遇之路人無異。換個角度觀察，婚姻制度以追求婚姻關係之真、善、美為制度存在目的，係一種「道德」、「正義」制度性規劃[22]，此種自然法思維下之婚姻制度，本身亦是效力法，當為法。既是當為法，亦是一種框架、結構背後之正當性基礎（理由、依據）。一旦進入該框架，絕對個人主義，必須受到限制，法實證主義下，人為法，亦應為如是法規範之設計。

或謂進入該框架者，何以不能任意跳脫？立於法實證主義之憲判 4 號，已給予答案。因婚姻締結本身，亦是婚姻自由權範疇，憲法婚姻自由雖不妨礙不結婚自由（如前述），惟締結婚姻自由意味著：人人有自己決定權（選擇權），可以不選擇受該基本特徵束縛，任何人締結及與何人締結婚姻，係婚姻自由權，不受他人干涉（指腹為婚無效），但當選擇進入婚姻關係，即須受婚姻制度拘束，是自己決定權之結果，亦是自己選擇願受婚姻本質框架，及婚姻法規範之限制。憲判 4 號判決理由，提出立法重新分配婚姻自由權時，應審酌「配偶雙方、子女，甚且與他人間生活之形成權益」等因素，此段論述，合於婚姻制度之本質，有其正當性依據。

進一步分析，憲判 4 號，除國民法感情（道德觀）之論述外，再從法治國原理、法實證主義，因此謂「且防止因恣意請求裁判離婚而破壞婚姻秩序情形發生，藉以維護婚姻之法律秩序與國民之法感情；在有子女時併予考量未成年子女利益之情況下，亦有其維護婚姻之家庭與社會責任功能。核其立法目的，尚屬正當」（第 35 段判決理由參照）。本文予以肯定。

（五）衡平因素位置

基本權衝突如以利益衡量方法，先決定利益之優劣順序，令優位利益者獲得保障，並無正當性，因憲法本身對基本權價值秩序並未安排。在婚姻自由權，亦無離婚自由須優於維持婚姻自由。惟憲判 4 號提出具說服力之衡平標準，即從婚姻制度本質立場，該標準係自然法思維普遍存在於理性者之道德感。當婚姻發生破綻，須重新分配憲法所保障之婚姻自由權時，此種人類理性建構而成之道德正義觀，尤其是在憲法適用所及領域之當代國民，對婚姻制度共同價值觀，可持為決定應優先保護之解題素材[23]。

憲判 4 號似將前者（維持婚姻自由）置於前面。亦即，如准予離婚將會發生「道德、正義問題」時，則應將婚姻自由分配予主張維持婚姻自由者。雖則如此，憲判 4 號接著指出，如不准離婚，顯然對主張離婚自由一方「過苛」時，亦可請求離婚。過苛之緩和手段，係「個案衡平」方法（視個案具體情形而定）。

（下期待續）

（作者為最高法院庭長）

註釋

19 有謂基本權衝突解決，並非各為退讓情形，而是在個案上有一方優於他方，他方須壓抑其基本權，並因個案不同類型（同種或不同種基本權的衝突，分別進行衡量。李惠宗，同註 10，157 頁。但基本權衝突如按個案為利益衡量，首先面臨困難在如何決定利益優劣順序。

20 此部分論述，李惠宗教授亦提出結婚自由是作為制度保性保障之婚姻自由，國家有義務以各種法規範（例如民法等）建立制度。李惠宗，同註 10，479、480 頁。

21 中川善之助，身分法の總則的課題，1-9 頁。

22 著者於「海峽兩岸法定離婚之發展」一文中（同註 6）提出淺見，「民法第 1052 條第 2 項為積極破綻主義立法，僅因立法者為應國民道德觀與公平觀要求下，於但書中特設例外規定，排除唯一有責配偶之離婚請求權而已」。此種道德觀並非法實證主義下之法律規範，而是自然法思維產物。

23 法學方法學者：法的論證宏觀正當化之共同論據，雖以實定法規範各種解釋方法、理論構成、制度的論據，為其核心，但特定事例之法解釋，如仍無法據以解決時，最能發揮決定性影響的，往往是依一般社會通念或常識，已獲得社會共識之正義及衡平感覺。楊仁壽，《法學方法論之進展 — 實踐哲學的復興》，自刊，2013 年，590 頁。