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

下

文／魏大喨

（文接上期）

憲判 4 號之思維邏輯，外觀上固與同屬積極破綻主義立法例，例如德國民法第 1568 條規定不同。德國法規定，為婚姻所生之未成年子女利益，或有必要繼續維持婚姻者，或拒絕離婚之他方配偶，離婚將對其造成極端苛刻等特殊情況，而有必要繼續維持婚姻者，該婚姻即使已破裂，仍不得離婚。亦即德國法，當婚姻破綻時，係先從保障離婚自由權著手，只在極端苛刻情況，採保障維持婚姻自由權，而憲判 4 號則採相反方式，思考邏輯路徑有別。

本文以為，憲判 4 號論述先後層次，固與德國法不同，惟憲判 4 號應無諭令立法者應優先將婚姻自由權分配予主張「維持婚姻自由一方」之意，應只是立足於國民法感情及國民普遍道德觀視線，思考問題，以之回應國民就婚姻制度之普遍價值觀而已[24]。此種思考模式，並未脫離積極破綻主義立法方式，且可符合台灣傳統文化對婚姻價值觀之思維模式，應會獲得肯定評價[25]。

陸 本文就有關違憲宣告部分之分析

一、離婚自由基本權核心不能侵入或剝奪

現行法第 1052 條第 2 項但書規定之立法規劃，固得解為係僅針對唯一有責一方，因「衡平」前述婚姻制度道德等國民感情所設之限制，但未給予唯一有責者，因處於特殊情況下，亦有主張請求裁判離婚之機會，一律否准其請求。此部分，憲判 4 號宣告不符憲法第 22 條保障婚姻自由意旨。

婚姻自由基本權之衝突，憲判 4 號先從婚姻制度及婚姻道德本質觀點，但並未放棄保障其離婚自由權之可能，具體指出：當審酌具體個案之特殊情況，應有個案衡平保護手段，以防免有過苛情事。判決理由第 38 段，「婚姻有難以維持之重大事由發生時，一方配偶即得向法院請求解消婚姻，雖非不得以法律限制之，惟相關法律所加之限制有無過苛，仍須受到憲法審查」；「限制有責配偶請求裁判離婚，仍應審查其與憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨是否相符，以避免導致個案顯然過苛之情事」。

此段判決理由，傳達之主要意旨，相當清楚，即對唯一有責一方，因道德等理由，而立法（婚姻制度設計）限制其離婚自由權，苟因該個案本身情況特殊，否准其離婚請求，顯然過苛時，仍應保障其離婚自由權。質言之，同前述基本權只能限制，不能剝奪，否則將使基本權失去其意義、功能及價值。

二、二點審酌因素提出

所謂特殊情況，係隨個案具體情形而有不同。憲判 4 號提出二點審酌因素（標準）：第一、實質標準，即一方或雙方已無意願繼續維持婚姻（婚姻僅存外在形式，無互愛或相互扶持依存之婚姻實質內涵）；不利長期處於上開狀態下之未成年子女身心健全發展；第二、客觀形式判斷標準，即重大事由發生後，是否已逾或持續相當期間（參照判決理由第 39 段）。

三、個案衡平仍受憲法比例原則審查

離婚自由與維持婚姻自由二基本權衝突，前者須退讓時（道德正義觀），立法者係以「限制性法規範」加諸於離婚自由權，其限制有無過苛，憲判 4 號明確指示，仍須受憲法審查，雖未言及審查依據，當指憲法第 23 條比例原則審查之謂。如未能通過比例原則之審查時，仍會牴觸同法第 22 條所保障之離婚自由權。

四、法官個案衡平造法或法規範制度性保障之疑

憲判 4 號認為，如否准離婚，對其顯然過苛時，仍應回歸離婚自由權保障，系爭但書規定缺此明文，該部分不符憲法意旨（違憲）。惟此段文義所指之過苛情事，憲判 4 號歸入個案衡平。所謂個案衡平係隨個案情況而異，而各個具體案例情況千變萬化，立法技術實無法逐一以法條文義詳定。可見憲判 4 號僅諭示立法者應採「例示方式」，概括揭示「過苛條款」，以保障唯一有責者之離婚自由。然而憲判 4 號又自行例示若干屬過苛情事類型，過苛情事係因個案而生，本屬司法審判權領域，則本段文字，究係要求法官個案衡平義務，或課予立法形成義務，對離婚自由權形成制度性保障？

五、規範衡量要因與個案衡平

按具法形式意義之「正義道德」，與個案衡平概念意義有別。個案衡平，在大陸法系國家，法官個案審判發現法律存在漏洞時，因正義或道德目的追求，所為法之續造活動，乃衡平造法。有反對衡平造法者，因有違法治國原則，衡平造法非制定法，不具普遍性，受造法者主觀個案正義認知影響，有差別待遇可能。也有肯定衡平造法價值者，當立法疏忽造成個案不公時，衡平造法反被期待。亞圖考夫曼教授認為，應區分「正義」與「衡平」二種不同概念，兩者之「視線方向」不同。正義，是立法者之視線方向；衡平，則是法官的視線方向；正義，存在著一個普遍性規範，是從規範出發到個案（演繹法）；衡平，是由個案到普遍規範（歸納法）[26]。

個案衡平，是個案累積以歸納方式建構可適用於相同類型之一種規範形成，但缺乏可供歸納之因素[27]。大陸法系國家以實證法建構法秩序，但處處存在法律漏洞，及不確定法律概念，均須透過規範之詮釋，但詮釋者往往以自己主觀經驗知識、法理立場、人生價值觀，主觀的對法條為梳理、推論以獲致結論。加以，如交由規範決定價值順序，因立法技術有其困難，亦須授權法官衡量，因此規範本身不能欠缺恣意防免控制機制[28]。為解決上開授權可能產生之恣意，奧地利學者恩斯特 .A. 克來默指出，法官的衡量決定，法規本身應先訂定考量衡量要因（衡量標準），缺乏標準者，不能認合於法治國原則[29]。

憲判 4 號係從個案衡平角度，認個案法官於具體個案發現否准唯一有責一方之離婚請求，顯然過苛時，應為衡平造法，又因衡平造法可能傷害法治國原理，因而期待立法者於第 2 項但書中明定增列衡量標準，以免因法官個人喜好流於恣意。

憲判 4 號之法學方法，有規範衡量要因理論之意。因此判決理由第 39 段後段，謂「相關機關應自本判決宣示之日起 2 年內，依本判決意旨修正裁判離婚相關規定。逾期未完成修法，法院就此等個案，應依本判決意旨裁判之」。所謂「本判決意旨」，實則已具體指明，應審酌前述之「實質標準」，及「客觀形式判斷標準」，無待於立法形成，法官即可據以裁判。

柒 對審判實務發展影響評估

一、相關最高法院判決（例）決議不得再援用

憲判 4 號釋憲對象（標的），係針對第 2 項規定是否牴觸憲法第 22 條婚姻自由權保障之法規範違憲審查，乃依舊大審法規定之法規範違憲審查，非針對最高法院判決（判例）、決議（被認為有事實上拘束力）是否牴觸婚姻自由權保障之聲請釋憲案，亦非憲法訴訟法所定之「確定裁判憲法審查」。因此並無任何最高法院判例、決議或確定判決受違憲宣告[30]。

惟憲判 4 號判決理由，就第 1052 條第 2 項規定之適用範圍，已自行作出如下法律解釋：本項規定僅排除唯一有責者之離婚自由權，此部分並不違憲（未設過苛條款部分違憲）。大法官又為避免被誤會解讀，判決理由再強調「至難以維持婚姻之重大事由，雙方均應負責者，不論其責任之輕重，本不在系爭規定適用範疇」〔第 34 段〕。

按憲法判決之拘束力，本應限於「判決主文」所揭意旨部分，不及於「判決理由」[31]。憲判 4 號判決乃法規範憲法審查，具有憲法拘束力，審判實務勢必會遵循憲判 4 號判決理由之法理脈絡，重新定位第 2 項之意義內涵 , 亦即自忖如依最高法院歷來見解，解為責任重者一方無離婚請求權，因此所作之確定判決，定遭違憲宣告。因此，憲判 4 號除判決主文有拘束力外，「判決理由」亦會直接對審判實務產生決定性影響。民事審判法院各審級勢必捨棄最高法院 95 年會議決議等所建構之「消極破綻主義」說，及責任較重一方不得依第 2 項訴請離婚之見解，直接援引憲判 4 號判決理由內容 ── 僅排除唯一有責者之離婚請求。

憲判 4 號雖無確定裁判受違憲宣告，實質內容方面，已直接否定最高法院 95 年度第 5 次民事庭會議決議、90 年台上字第 2193、2215 號，95 年度台上字第 1450 號判決之法律見解。

二、無須再判斷唯一有責者

男女平權之夫妻婚姻共同生活關

（文轉三版）

註釋

24 憲判 4 號判決理由第 35 段，即指出：從立法院修法審議過程之立法資料，法務部曾說明但書規定的理由是認為離婚原因需自「道德上加以某些限制」，使應負離婚責任之當事人一方不能請求離婚，僅他方才能請求，以免造成不公平與不合理的結果」。大法官並參考立法院公報，第 73 卷第 38 期委員會紀錄，133 頁。

25 依著者觀察憲判 4 號公布後，國民包括新聞媒體，似未見有反對釋憲結果之聲音或報導。

26 Arthur Kaufmann（著），劉幸義等（合譯），《法律哲學》，五南，2000 年，160 頁。

27 亞圖考夫曼教授認為，欲以之獲得「當為法」，須先證明所有的例證為真，但前提之證明是不可能的，被批評只是一種完全無用的陳述工具而已。同註 26，85、86 頁。

28 ErnstA.Kramer（恩斯特 .A. 克來默）著，《JURISTISCHE METHODENLEHRE（法律方法論）》，周萬里（譯），法律出版社，2019 年版，248-250 頁。

29 同註 28，248 頁。

30 附此一提，法院組織法因大法庭制度實施，判例決議已無

JUDICIAL 司法 徵稿啓事
三、文稿內容應符合學術倫理規範，請勿違反學術社群共同接受的行為準則；並請適當遮掩個資及其他法定限制公開事項。
六、文稿一律不退件，請自留底稿。稿件如經採用，文責自負。
七、刊出文稿除紙本刊登外，亦置司法院網站；並酌計稿酬，寄贈該期刊物。

（文接二版）

係，夫妻地位平等，各有獨立人格，各有不同生活習慣、子女教育態度，婚姻生活費用如何負擔，無任何一方得以自己意志凌駕他方可能，彼此間難免有意見不合，進而漸行漸遠。如何認何人為唯一有責者？

審判實務關於因「堅持己見」、各謀生計、長期分居造成感情疏離情形，最高法院 98 年度台上字第 1233 號民事判決，即認得以構成婚姻破綻難以維持而判准離婚。推敲判決理由，雖不忘與責任輕重作比較，但論述之實質內容，與責任輕重無關，而係因「長久分居」造成「感情疏離」，因而婚姻發生破綻。判決理由謂「…… 夫妻之所以謂為夫妻，無非在於藉由婚姻關係，相互扶持，甘苦與共；信諒為基，情愛相隨。苟夫妻間因堅持己見，長期分居兩地，各謀生計，久未共同生活，致感情疏離，互不聞問；舉目所及，已成路人，而無法達成實質夫妻生活之婚姻目的；若謂該婚姻猶未發生破綻，其夫妻關係仍可維持，據以排斥無過失或過失程度較輕或其程度相當之一方訴請離婚，即悖於夫妻之道，顯與經驗法則有違」等語。

按夫妻間固有相互扶持義務，但堅持己見、各謀生計、感情疏離、互不聞問，與婚姻破綻互為因果，縱使婚姻破綻事出有因，亦係長期積累，與責任歸屬並無必然關係，此與有責主義，例如嚴重暴力、言語詆毀損及人格尊嚴，明顯不同。因此，審判實務最大困難，在於如何判斷造成破綻原因之責任歸屬，及何謂重大事由。此係採主觀主義（責任比較）判斷何方為「唯一有責者」，而無離婚自由權之難題，亦可謂係審判實務不可能的任務。反之，如以分居時間長久作為判斷婚姻是否破綻，是否難以持續之一種客觀標準，自屬方便可行之道。憲判 4 號強調婚姻破綻原因發生後之持續期間，頗值贊同。

其次，憲判 4 號所稱之「唯一有責」，本文以為：實非「責任」歸屬之非難，而是婚姻破綻後，究應保障離婚自由或保障維持婚姻自由問題。亦即，是婚姻自由權益保障之再分配，經判斷應保障後者時，亦只是離婚自由權之限制，非剝奪。限制原因，係來自於婚姻制度本質 ── 「道德正義」。憲判 4 號提出審酌基準「配偶雙方、子女，與他人間生活形成權益」，並未涉及婚姻破綻之責任歸屬，乃將破綻主義與主觀有責脫鉤，審判實務未來自無須再就造成婚姻破綻原因之「責任」予以指責非難，只須判斷如准離婚，是否與國民法感情 ── 道德觀牴觸即足。就此論點，著者已於註 6 黃教授宗樂先生祝壽論文中提出，排除有責配偶一方離婚請求，乃係在道德觀與誠信原則下所為積極破綻主義立法之例外規定而已[32]。

三、個案審判須審酌過苛情事

憲判 4 號判決理由思考路徑（脈絡），先著眼於婚姻自由基本權衝突；其次，如准離婚請求，對建立在道德正義基礎上之婚姻制度有違時，應將婚姻自由權益分配予要求維持婚姻一方；其三，否准主張離婚自由一方，顯然過苛時，則應再回歸離婚自由權保障。

就第三部分言，憲判 4 號課予立法者有立法義務（此部分宣告違憲），並課予法官於個案審判時，應審酌有無過苛情事。立法義務與個案衡平義務，如前述，兩視線不同。憲判 4 號同時督促立法者、執法者之過苛情事採取保護手段。則於修法前，或未為修法，法官有無審酌過苛事由存否義務？本文以為，憲判 4 號違憲宣告部分，係憲法第 22 條婚姻自由、第 23 條比例原則問題，既係違憲，立法義務屬國家立法機關之客觀法制度形成義務（立法給付義務），但就司法審判機關而言，離婚自由有主觀公權利性，得據以對抗審判機關之不法侵害，因此民事審判法院應立即依憲判 4 號解釋意旨為過苛情事有無之審酌，否則屬侵害憲法第 22 條離婚自由權保障，確定判決有被宣告違憲之虞（憲法訴訟法確定判決憲法審查）。

四、過苛情事審認基準與失權效

憲判 4 號判決主文宣告不合憲法意旨部分，在於是否過苛立法之闕如。過苛與否，以「是否已逾相當期間，或該事由是否已持續相當期間」為判斷標準。亦即與時間經過之考量因素有關。本來婚姻破綻難以回復，並非特定時點之破綻否，是期間經過之長久，具客觀性（如前述）。但究應以多久期間經過，始足以認定婚姻難以回復，並非釋憲審查對象，乃立法形成空間，因此判決理由第 39 段，謂係立法形成自由，非憲判 4 號審查範圍。

與審判實務有關者，家事事件法第 57 條第 1 項規定，有關婚姻關係之訴訟，經判決確定後，當事人不得援以前依請求之合併、變更、追加或反訴請求所得主張之事實，就同一婚姻關係，提起獨立之訴。換言之，於離婚之訴，前訴之確定判決有遮斷效。惟因婚姻破綻係一事實關係之持續狀態，破綻之事實，既仍持續中，破綻之原因事實並未終結，第 2 項之時間適用範圍，回溯連結至前案判決言詞辯論終結前，均構成婚姻是否破綻之判斷或應審酌之因素。因此憲判 4 號即已以積極破綻主義為論述基礎，婚姻破綻事由即無因前案離婚訴訟中未為訴之變更、追加或反訴提出，而生所謂失權效果。

五、影響未來立法政策部分 ──分居

憲判 4 號判決理由第 41 段，係大法官對立法者規劃婚姻制度之期待，雖無拘束力，但影響仍然重大。在分居方面，指出「為因應社會變遷與現代婚姻關係之諸多變化，自有重新檢討改進現行裁判離婚制度，並妥為法規範設計之必要」；「如檢討民法裁判離婚相關規定是否採取分居（或稱別居）制度，並明定以相當期間未有共同生活事實之分居作為裁判離婚條件」。

本文以為：婚姻係人與人以終生共同經營親密生活關係為目的之本質結合關係，受憲法及法律制度性保障，並具排他性（司法院釋字第 748 號解釋意旨參照），婚姻配偶間亦因婚姻法律關係之締結，為共同維護並共享婚姻生活圓滿狀態利益，須受社會生活規範及法規範約束，以增進幸福。因此，互負同居義務，係共同經營婚姻親密生活關係基本義務，非有正當理由不能拒絕履行。夫妻分居，無論係協議或單方意思形成，一般社會經驗，可供判斷其婚姻已生破綻否。因此，分居是最具客觀性之證明方法。德國民法第 1566 條即屬之。至於以分居作為另一獨立的離婚法定原因，2001 年 11 月 7 日經行政院會議通過之修法草案，但為多數學者反對[33]。憲判 4 號所謂以「是否採取分居制度，並明定以相當期間未有共同生活事實之分居作為裁判離婚條件」之意為何？此部分對立法部門，無拘束力，權力分立屬立法形成自由。惟本文以為，積極破綻主義下，分居期間久暫，應可作為婚姻破綻之證明方法，應無疑義[34]。

捌 結論

台灣法定離婚事由，1985 年修法後，於民法第 1052 條第 2 項增訂婚姻難以維持重大事由，從純粹有責主義兼採破綻主義立法形式。惟第 2 項又有但書規定，排除有責一方之裁判離婚請求。因此系爭但書規定，在法律解釋面上，究屬積極破綻主義或消極破綻主義立法例，學說不無爭議。最高法院審判實務（決議、判決例）則解為仍屬有責主義下之消極破綻主義，婚姻破綻原因之造成，責任較重一方即不得據此請求判准離婚。

112 年憲判 4 號，就排除有責者之離婚請求，是否牴觸憲法第 22 條所保障之婚姻自由一案，將但書規定解釋為僅排除唯一有責者之離婚請求，因系爭但書規定仍存在合憲解釋空間，作成原則上合憲之憲法判決。惟因婚姻自由基本權，包括離婚自由權，當與維持婚姻自由權發生基本權衝突時，因婚姻制度法規範設計，即婚姻制度本質本即含有正義道德觀，准予離婚時，有違國民法感情，且憲法第 22 條之基本權非不得予以限制。因此為防止因恣意請求裁判離婚，造成破壞婚姻秩序情形下，應保護維持婚姻自由。基此，判示系爭但書規定原則上合憲。

惟如完全剝奪其離婚之機會，在特殊個案對主張離婚自由一方顯然過苛者，形同對離婚自由權之剝奪，因系爭但書規定法文，無過苛條款明文，憲判 4 號因此宣示，此部分違憲，諭令立法部門二年內完成修法。

憲判 4 號係法規範違憲審查，本案雖無任何最高法院決議、判決例或確定判決受違憲宣告，唯因審判實務所建立之婚姻破綻類型，責任較重一方無離婚形成權，將因憲判 4 號形同廢止，審判實務自不得再加援用，否則確定判決有違憲之虞。

憲判 4 號判決，所謂唯一有責，其實並非破綻造成責任歸屬之非難，毋寧係在婚姻破綻情形下，婚姻自由權再分配，審判實務即無再就責任歸屬為審認，審理重點應轉向至：婚姻是否破綻難以回復，是否對夫妻雙方、未成年子女等有顯然不利，以及對主張離婚自由一方有無過苛情事。又憲判 4 號就系爭但書規定欠缺過苛條款部分，宣告違憲。因基本權有主觀防禦權性，得對抗國家不法侵害，因此在立法部門修法前，普通法院法官具體個案審判時，須就過苛情事加以審酌，非謂二年後，始有過苛條款審查義務。

憲判 4 號立足於傳統婚姻家庭觀，與台灣社會人民普遍對婚姻價值觀相契合，本件判決應可獲得絕大多數人民肯定。惟真正重點，憲判 4 號並未放棄憲法第 22 條有關離婚自由基本權之保障，當婚姻關係已無實質意義，婚姻存續僅是一種形式，對主張離婚一方顯然過苛時，仍須回歸保障離婚自由權。本文對本件判決持正面肯定意見。

（作者為最高法院庭長）

註釋

事實上拘束力，因此最高法院 95 年第 5 次決議及相關判例不再成為違憲審查標的。

31 民事訴訟確定判決之既判力限於判決主文，不及於判決理由，係民事訴訟法學通說見解。憲法法庭判決之判決拘束力，是否限於判決主文，或包括判決理由，或限於與判決主文有重要性、決定性影響之重要理由，同有拘束力，非無疑義。此部分有待憲法訴訟法專家進一步釐清。

32 魏大喨，同註 6，68 頁。

33 詳可參看魏大喨，同註 6，73 頁。

34 本次法務部修正草案，規定不共同生活已達五年者，亦同。其文義方式，與德國民法第 1566 條第 2 項「夫妻分居已三年，則推定婚姻破裂」，將分居做為婚姻破裂之證明者有別。因此草案之分居，究為具體離婚原因，或婚姻破裂例示，或係婚姻破裂之證明，有待釐清。詳見魏大喨，同註 6，73-78 頁。

WEEKLY 周刊

一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知、足供讀者參考的作品；並歡迎司法人、事及法院的故事。來稿請聯繫（02）23618577 分機 844 或 845。

二、作品如以偵、審中案件，及未確定案件為主題，或作者為文稿議題之關係人士，請勿來稿。

四、文長宜在 7200 字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。

五、本刊對來稿有權潤飾斟酌，對有疑義之內容將洽請作者再行檢視；不願接受刪改者，請加注說明。