

本人 林秀雄 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：林秀雄 (簽章)

2022.11.15 (日期)

一、民國 74 年民法親屬編之修正

民國 74 年修正前之民法第 1052 條關於裁判離婚原因，採列舉原因主義，僅列了十個離婚原因，若不符合法定之離婚原因時，則不得請求法院裁判離婚。此種列舉原因主義之規定受到多數學者之批判，紛紛建議宜兼採概括原因主義，以緩和列舉原因主義過度嚴格之缺點¹。

民法親屬編修正時，於民法研究修正委員會身分法組第 47 次會議中，范馨香委員建議參照瑞士民法第 142 條規定，增訂第 1052 條第 11 款，前段採無責任破綻主義，後段則採有責主義。楊與齡委員建議參照日本民法第 770 條第 2 項或德國民法第 1568 條規定，增列緩和條款。戴東雄委員贊成范馨香委員所提之概括規定，亦贊成楊與齡委員提議之緩和條款。錢國成委員贊同范馨香委員的意見，但不贊同增列緩和條款，並建議將該項規定為：有前項以外難以維持婚姻之重大事由者，得訴請離婚。但其重大事由，應由夫妻之一方負責者，僅他方得訴請離婚。經表決的結果，多數委員贊成錢國成委員之提案²。現行民法第 1052 條第 2 項即以錢國成委員所提案之內容略作修正，立法理由認為舊法關於裁判離婚之規定，係採列舉主義，僅以本條所列之十種離婚原因為限，過於嚴格，現代各國立法例多兼採概括主義，以應實際需要，乃於民法第 1052 條增列第 2 項規定，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，此種規定，較富彈性。若足以構成離婚原因之重大事由，係由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚，始屬公允，乃增列但書規定，其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。

從增訂民法第 1052 條第 2 項規定之立法過程中可知，有委員先提案參考瑞士民法第 142 條規定，經由折衷結果而成為現行法之規定。從條文規定觀之，二者在條文文字之表現上，仍有不同。1907 年瑞士民法第 142 條第 1 項規定，婚姻關係破壞而致難以使雙方配偶繼續婚姻生活者，各配偶均得請求離婚。但在「任何人不得因自己之過失而取得法的利益」之原則下，瑞士民法第 142 條第 2 項基於誠信原則或權利濫用之法理，規定破綻由一方配偶負主要責任者，僅他方配偶得請求離婚³。日本有學者將配偶之有責行為與婚姻破綻之關係加以類別，分為六類，(1) 被告配偶為唯一有責者，(2) 被告配偶為主要有責者，(3) 雙方皆為有責而同程度者，(4) 雙方皆無責，(5) 原告為主要有責者，(6) 原告為唯一有責者⁴。依瑞士民法規定，對婚姻破綻之發生負主要責任之

¹ 胡長清，中國民法親屬論，1972 年，193 頁；趙鳳喈，民法親屬編，1974 年，119 頁；陳棋炎，關於修改民法親屬、繼承二編之管見，親屬、繼承法基本問題，1976 年，629-630 頁；林菊枝，評我國現行離婚制度，親屬法專題研究，1982 年，54 頁；戴東雄，從西德新離婚法之規定檢討我國現行裁判離婚原因，親屬法論文集，1988 年，351-352 頁。

² 法務部編印，民法研究修正實錄（一）—身分法部分，民國 73 年，435 - 439 頁。

³ 林良平，スイス民法一四二条二項と權利濫用，權利の濫用（下）—末川博先生古稀記念，昭和 49 年，311 頁。

⁴ 大川正人，破綻主義と有責配偶者の離婚請求，阪大法學五號，1952 年，98 頁。

一方，不得請求離婚，則唯一有責之一方，更不得請求離婚。因此，上述（5）、（6）之場合，有責配偶不得請求離婚。反觀我國民法規定，其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。依此規定之反面解釋，其事由非應由夫妻之一方負責者，不問雙方有責之程度如何，雙方均得請求離婚。如此解釋，我國關於有責配偶離婚請求之限制，較瑞士民法為寬。亦即，僅在（6）之場合，否定唯一有責之一方之離婚請求，至於（5）之場合，原告為主要有責者，但被告亦非完全無責，此時不符合但書規定之限制，因此負主要有責者亦得提起離婚之訴。由此可知，我國民法第 1052 條第 2 項係採最小限度之消極破綻主義，比瑞士民法更貫徹破綻主義之精神。又，婚姻關係破綻之發生，是夫妻長期共同生活中作用反作用連鎖反應之結果，欲將責任歸之於一方負責，實際上極為困難，因此，此但書規定之限制，實際上恐怕無法收到效果。其結果，有限制等於無限制，與其說是消極破綻主義，寧可謂幾近於積極破綻主義。

二、婚姻自由與離婚自由

憲法第 22 條規定，凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。所謂「其他自由及權利」之範圍，包括婚姻自由權在內（司法院釋字第 362、552、748 號解釋）。亦即我國憲法及民法均承認婚姻自由權，此在保障基本人權及當事人婚姻權上，具有重大意義。惟所謂婚姻自由，乃是對在封建社會中婚姻不自由而言，並非意味著只要當事人意思一致，無需其他任何要件，就可成立婚姻。民法為維持社會秩序，或為增進公共利益，或為保護當事人之利益，而對結婚設了種種的要件（民法 980-997 條）。

結婚為民事上之契約，婚姻契約既可訂立，當然亦可合意終止以解銷婚姻關係，因此，民法規定夫妻兩願離婚者，得自行為之（民法 1049 條）。民法結合古中國固有之兩願離之傳統形式與近代契約自由之思想，而形成我國獨特之兩願離婚制度。亦即，我國民法承認結婚自由，亦承認離婚自由。與結婚同樣的，雖然承認離婚自由，但為維護公共利益或為保護當事人之利益，民法就兩願離婚設了種種之要件。例如民國 74 年民法親屬編修正時，立法者有感於兩願離婚之形式要件過於簡單，易啟輕率離之端，狡黠強橫之一方可以不正手段迫使他方同意離異，而造成不幸，因此，於民法第 1050 條增列「應向戶政機關為離婚之登記」之規定，立法院審查會之立法理由即謂，期使雙方當事人能進一步冷靜思考之緩衝期間，同時使第三人對於其身分關係更易於查考，符合社會公益。

民法除了承認基於當事人之自由意思而得兩願離婚外，也從歐陸國家導進裁判離婚制度。如前所述，基於當事者之合意所為之兩願離婚，為了維護公益或私益，受到某種程度的限制，則本於當事人一方之意思而請求法院裁判離婚，更應受到某種程度的限制。易言之，所謂離婚自由，係指不受他人干涉或強迫，得自行決定離婚之意思，但並非如專權離婚似的，單方要求離婚即可達到離婚之目的。民法第 1052 條規定 11 個離婚原因，第 1 項明列 10 個具體的離婚原

因，第 2 項則為抽象的離婚原因，必須具有民法所定之 11 個離婚原因之一，始得請求裁判離婚。本條第 2 項規定，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。由此可知，本項規定係採婚姻破綻主義，原則上不以離婚破綻之發生係可歸責於夫妻一方之行為為必要，例如夫妻雙方性格極端不一致，愛情完全喪失，形同陌路，無法期待繼續共同生活時，夫妻之一方亦得請求離婚⁵。民法雖導進離婚破綻主義，但於該項但書規定難以維持婚姻之重大事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。亦即本但書規定，明文否定惟一有責配偶之離婚請求權。有學者認為，為維持我國傳統的倫常禮教，同時符合公平原則，不宜完全放棄有責主義，期能對無過失的配偶，予以反對離婚的權利⁶。另有學者認為，若肯定有責配偶之離婚請求，無異承認恣意離婚、逐出離婚，破壞婚姻秩序，違反原告自己清白之法理，同時與國民感情、國人之倫理觀念不合⁷。依上述權威學者之見，基於公平原則與自己清白之法理，為避免破壞婚姻秩序，配合國人之法感情與倫理觀念，限制有責配偶之離婚請求權，並不違反比例原則。事實上唯一有責之一方，自行做出離婚原因事實，再以婚姻已生破綻為由而請求離婚，則規定離婚原因等於毫無意義，亦可謂為裁判離婚制度的自殺。為解決此矛盾現象，須對破綻主義與予以法的約制，而否定有責配偶之離婚請求，即為內在於作為裁判離婚制度之一環之破綻主義的約制⁸。亦有學者認為，承認有責配偶之離婚請求，意味著容認誠實、同居、協力、扶養等法的義務之違反，若有必要對於離婚給予法的統制，則無法全面肯定有責配偶之離婚請求⁹。有責配偶乃是違反婚姻義務之一方，就一般契約而言，即為債務不履行者，不履行婚姻義務之一方卻享有婚姻契約之終止權，難以想像¹⁰。

由於日本民法並未明文限制有責配偶之離婚請求，因此在解釋上較有彈性的空間。實務上對應著社會的變化，滾動式的調整其見解，最高法院從完全否定有責配偶之離婚請求，逐漸有條件的承認有責配偶之離婚請求。最高法院昭和 27 年 2 月 19 日判決認為，上訴人結交情婦，而與其妻難以繼續婚姻關係，並以之為離婚之原因，法律不容許此不道德而任性之所為，遵守道德乃是法律最重要之職責，因此駁回上訴，不許上訴人之離婚請求。三年後，最高法院昭和 30 年 11 月 24 日判決認為，夫妻之一方對於婚姻之破綻雖有過失，但他方之過失較大者，則容認前者之離婚請求，並不違法。同院昭和 31 年 12 月 11 日判決認為，雙方之有責程度相同者，雙方均得請求離婚。可知日本最高法院之態度有漸趨緩和之傾向，但原則上否定主要有責者之離婚請求之基本態度，並未改

⁵ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，2013 年，225 頁；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，2021 年，275 頁。

⁶ 戴東雄，前揭書，352 頁。

⁷ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，225 頁。

⁸ 鍛冶良堅，積極的破綻主義と消極的破綻主義，民法論集，昭和 51 年，206-207 頁。

⁹ 阿部徹，注釋民法（21），昭和 49 年年，25 頁。

¹⁰ 米倉明，積極的破綻主義でなぜいけないか—有責配偶者の離婚請求についての一試論，家族法の研究，平成 11 年，95 頁。

變。惟日本最高法院於昭和 62 年 9 月 2 日之大法庭判決，針對別居 36 年之事件，變更自昭和 27 年以來所維持之一貫見解——否定有責配偶之離婚請求權，而有條件的准許有責配偶之離婚請求。該判決認為，於有責配偶請求離婚時，夫妻之分居期間與雙方當事人之年齡及同居期間對比，有相當之期間，夫妻間並無未成熟之子女，對方配偶不會因離婚而陷於精神的、社會的、經濟的苛酷狀態，容認離婚請求亦不違反社會正義之情形下，不得以該請求為有責配偶之離婚請求而不予允許。自此，開啟了以別居期間之長短作為承認有責配偶離婚請求之基準。

我國學者參考日本前述最高法院昭和 30 年與 31 年之判決，認為夫妻雙方均有責時，宜解為應比較衡量雙方之有責程度，而許責任較輕之一方向責任較重之他方請求離婚，如雙方之有責程度相同者，則應許雙方均得請求離婚¹¹。最高法院九五年度第五次民事庭會議決議採納前述學者的見解，而為多數實務見解所參考。惟此項見解是否妥當，不無疑問。就民國 74 年曾訂民法第 1052 條第 2 項之立法過程觀之，范馨香委員提議參考 1907 年之瑞士民法第 142 條規定，但經錢國成委員建議將該項但書規定為，「但其重大事由，應由夫妻之一方負責者，僅他方得訴請離婚」，而為多數委員所贊同。經修改後之內容，與瑞士民法第 142 條第 2 項規定有所差異。亦即為貫徹破綻主義之精神，對於有責配偶之離婚請求，做最小限度之干預。條文明文規定，就難以維持婚姻之重大事由為唯一有責之一方，不得請求離婚，從文義解釋又如何能得出比較雙方之有責程度，而責任較重之一方不得請求離婚之結論。基於破綻主義之精神，相互有責，是擴大破綻之事實，若就離婚原因之發生，一方負百分之六十之責任，他方負百分之四十之責任時，並非六十減四十等於二十，而是六十加四十等於一百，既然婚姻已經百分之百破綻，理論上更應准許離婚¹²。此決議忽略立法過程所展現之立法原意，擴大但書規定之適用，不當限制責任較重之一方之離婚請求權，恐有違比例原則。對照日本最高法院判決對於有責配偶之離婚請求由否定到肯定之變化可知，我國最高法院之決議卻還參考一百多年前之瑞士民法或六十幾年前日本最高法院判決之見解，實為落伍。

三、離婚破綻主義與隱私權之保障

隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障（司法院釋字 585、603 號解釋）。我國學者於論述離婚破綻主義時，往往會提及隱私權之保障。戴東雄教授曾謂：「就法院來說，法官須深入了解該婚姻的細節，才能全盤掌握婚姻的狀況，作為是否准其離婚的依據。此舉增加法官的職責，實有不勝負荷之感。就請求離婚的配偶來說，為達到離婚之目的，非全盤吐露生活的細節不可。此舉無異向外暴露夫妻間的私生活，增加離婚請求權人不少的困擾」

¹¹ 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，前揭書，225-226 頁。

¹² 我妻榮、立石芳枝，親族法、相統法，昭和 27 年，150 頁。

13。其他學者也有同樣的看法¹⁴。尤其是我國民法規定有責配偶不得請求離婚，一方面是破綻主義之自我否定，一方面又因融合了有責主義與破綻主義之思想，而兼具有責主義與破綻主義之缺點。亦即法官為探求婚姻破綻之程度，須深入了解當事人之個性、隱私，又須探求婚姻破綻歸責於何方，以作為駁回請求或下離婚判決之根據。再者，請求離婚之一方，只要能證明他方亦為有責，即可不受但書之限制，為此，必會揭發他方之隱私以求得離婚之判決。由此可知，無論是積極破綻主義或消極破綻主義，有侵擾當事人隱私之虞，乃是其無法拂去的缺點。因此，多數國家在採破綻主義之同時，會以一定期間之別居作為婚姻破綻之證明，以避免過度介入當事人之隱私。但採破綻主義，並非意味著婚姻發生破綻，即非離婚不可。為避免一方之恣意離婚，設有苛酷條款之規定，法院認為離婚對於拒絕離婚之一方顯失公平，或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時，得駁回離婚之請求。在採完全破綻主義之下，苛酷條款扮演著維護當事人間公平的重要角色，也是維護離婚制度尊嚴的最後一道防禦線。為避免恣意離婚，造成毫無管制的離婚制度自殺行動之不當結果，在沒有婚姻破綻之推定與苛酷條款規定之情形下，最低限度的限制唯一有責之一方配偶之離婚請求權，有其必要性。

¹³ 戴東雄，前揭書，332 頁。

¹⁴ 許澍林，裁判離婚立法趨勢之研究，身分法之理論與實務，2005 年，149 頁；呂麗慧，論破綻主義離婚法之轉折與突破，身分法與人格法之民法專題研究（一），2011 年，28 頁。