

109 年度憲三字第 38 號臺灣高雄少年及家事法院

第二庭敏股法官聲請案不受理決議

不同意見書

詹森林大法官提出

張瓊文大法官

謝銘洋大法官加入

110 年 1 月 29 日

壹、事實

本聲請案係臺灣高雄少年及家事法院第二庭敏股法官朱政坤於審理該院 109 年度婚字第 142 號及第 231 號請求離婚等事件（下稱系爭二原因事件），認其所應適用之民法第 1052 條第 2 項但書（下稱系爭規定），有牴觸憲法之疑義，因而向本院聲請解釋。

系爭二原因事件，其事實分別略為：

109 年度婚字第 142 號請求離婚等事件之原告起訴主張：兩造於民國 104 年間結婚，並合意在高雄購置新家及一起在高雄居住生活。然而，被告請原告先自行入住高雄市鳳山區某處房屋後，卻未遷入與原告同居。且被告於 108 年初，藉故讓原告搬出上開房地，並安排自己與其前夫所生兒子入住，形同將原告趕出家門，並拒絕與原告一同生活。於婚姻存續期間，被告曾侮辱原告，且多次斥責、詛咒原告，更拒絕與原告同住，平時已無聯絡或互動，兩人婚姻關係已生無

法回復之破綻，客觀上難以期待兩造繼續共同生活，且其事由之發生可歸責於被告，故請求判決離婚。¹

109 年度婚字第 231 號請求離婚等事件之原告起訴主張：兩造於民國 103 年間結婚，婚後育有二人未成年子女，並共同居住於高雄市楠梓區。惟兩造婚後感情並不和睦，被告多次在吵架之後出手拉扯原告成傷，且被告雖收入穩定，但未將薪水拿回家作為家用，導致兩造無法溝通，遂於 107 年間協議分居迄今，分居期間兩造形同陌路，婚姻關係有名無實，兩造之婚姻已生重大破綻，爰請求法院裁判離婚。²

聲請人就上開兩件離婚之訴，經審理後，認為：「上述兩件原告就所主張之上述婚姻破綻，業已構成民法第 1052 條第 2 項本文『難以維持婚姻之重大事由』（即上述之感情不睦，時常爭執，且已分居相當時日，期間業已無聯絡、互動而形同陌路）之要件事實雖均已盡其舉證責任，然就此一重大事由，究應由何方負責一節，原告雖經本院闡明應提出證據到庭進行調查、辯論，然迄至聲請人提起本件聲請時，原告仍未提出任何事證，各該被告並抗辯兩造婚姻之破綻係因原告所致，則依舉證分配法則（家事事件法第 51 條準用民事訴訟法第 277 條），本院即應依系爭規定駁回上述二件原告之訴，是系爭規定之合憲與否，自屬先決問題」³，遂裁定停止系爭二原因事件之訴訟程序，聲請本院解釋。

貳、聲請人主張

聲請人主張略為：

¹ 本件聲請案聲請書第 1-2 頁參照。

² 本件聲請案聲請書第 2 頁參照。

³ 本件聲請案聲請書第 2-3 頁參照

一、 系爭規定違反憲法第 23 條比例原則，侵害憲法第 22 條所保障之婚姻自由。憲法第 22 條婚姻自由所保障之內涵應包括締結及結束婚姻之自由，系爭規定採消極破綻主義，亦即，被告如就婚姻重大破綻係完全無責或屬責任較輕一方，而原告係有責或屬責任較大之一方時，法院即應駁回其離婚請求；然「婚姻之重大破綻」往往係由多數因素交織而成，衡以兩造之婚姻有時長達十幾載（或更長），要求法院爬梳「婚姻之重大破綻」係由何造所造成，最後所導致之結果，往往是兩造於法庭上互相攻訐，（再）致婚姻之破綻更加重大且更無從回復，是系爭規定與立法目的實難認有適當之關聯性；且如認一方可能透過刻意製造重大破綻，以訴請離婚來規避法定之扶養等夫妻財產上權利義務時，他方實際上亦得透過民法上離婚損害、贍養費或剩餘財產分配之請求來加以主張，是系爭規定亦非最小之侵害，從而應屬違憲。⁴

二、 系爭規定限制異性婚姻中，對於婚姻之重大破綻責任較大之一方不得訴請離婚；與司法院釋字第 748 號解釋施行法第 17 條第 2 項限制同性婚姻之離婚要件相較，係以性傾向作為分類標準，存有差別待遇，該差別待遇不具合憲之目的，所採取之分類亦與規範目的之達成間，並無合理關聯性存在，有違憲法第 7 條之平等權保障意旨。⁵

⁴ 本件聲請案聲請書第 9-12 頁參照。

⁵ 本件聲請案聲請書第 13-16 頁參照。

參、本院決議

本件釋憲聲請，經本院 110 年 1 月 29 日第 1513 次會議，決議不予受理，理由為「法官聲請釋憲案之前提係對審理案件時應適用之法律，依其合理確信認有抵觸憲法疑義為前提。聲請人如於審理後認定系爭事件兩造間確有難以維持婚姻之重大事由，且請求離婚之原告係唯一可歸責或責任較重之一方，系爭規定始為原因案件所應適用之法律。惟本案系爭事件之原告均主張難以維持婚姻之責任主要係在被告方，顯與系爭規定之要件有別。如原告能盡其舉證責任，原因案件所應適用之法律應為民法第 1052 條第 2 項本文規定，而非系爭規定。是本件聲請，不符本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所定法官聲請解釋要件，應不予受理」。

肆、本席意見

本席不贊成多數意見，並認系爭規定確屬聲請人審判系爭二原因事件所應適用之法律，且系爭規定有憲法上之討論價值。爰提出不同意見書。

一、程序部分

多數意見以「本案系爭事件之原告均主張難以維持婚姻之責任主要係在被告方，……如原告能盡其舉證責任，原因案件所應適用之法律應為民法第 1052 條第 2 項本文規定」為由，認系爭規定（即民法第 1052 條第 2 項但書），並非法官審判時應適用之法律。

惟，聲請人具體指稱：系爭二原因事件之原告訴請離婚

之事實，均「業已構成民法第 1052 條第 2 項本文『難以維持婚姻之重大事由』(即上述之感情不睦，時常爭執，且已分居相當時日，期間業已無聯絡、互動而形同陌路)……然就此一重大事由，究應由何方負責一節，原告雖經本院闡明應提出證據到庭進行調查、辯論，然迄至聲請人提起本件聲請時，原告仍未提出任何事證，各該被告並抗辯兩造婚姻之破綻係因原告所致，則依舉證分配法則(家事事件法第 51 條準用民事訴訟法第 277 條)，本院即應依系爭規定駁回上述二件原告之訴。」⁶

亦即，聲請人於審理系爭二原因事件時，雖已認定該二事件原被告之婚姻，已具備民法第 1052 條第 2 項本文所稱難以維持之重大事由，卻因同條另設但書(即系爭規定)，致聲請人須適用該但書，而以系爭二原因事件之各該原告，不能舉證難以維持婚姻之重大事由係由各該被告所致為由，駁回各該原告之訴。準此，本席實難理解，為何本院決議仍認為系爭規定非聲請人審判系爭二離婚之訴所應適用之法律？

此外，若系爭規定被宣告違憲，則聲請人即得不待原告之舉證，逕依民法第 1052 條本文規定，准許原告離婚之請求。是系爭規定合憲與否，顯然於系爭二離婚事件之裁判結果有影響⁷。由此更可知，系爭規定確為聲請人審理系爭二原因事件所應適用之法律。

⁶ 本件聲請案聲請書第 2-3 頁參照。

⁷ 本院釋字第 572 號解釋文開宗明義即闡釋：「按法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有抵觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官解釋，業經本院釋字第 371 號解釋在案。其中所謂「先決問題」，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言。」

二、實體部分

系爭規定是否符合民法第 1052 條第 2 項所採「破綻主義」之立法意旨，親屬法學者多有質疑。

其中，有從比較法觀點加以論證，而認「1907 年瑞士民法第 142 條第 2 項規定，夫妻之一方對婚姻破綻負主要責任者，僅他方得請求離婚。日本在無否定有責配偶離婚請求之明文規定下，其最高法院 1955 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，則容忍前者之離婚請求並不違法。惟我國之此項但書規定，其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚，則於文義解釋上是否得與瑞士民法或日本判決做相同之解釋，實有問題，就立法政策上觀之，否定有責配偶之離婚請求權，並不妥當……也因此瑞士民法於 2000 年修正時，刪除否定有責配偶離婚請求之相關規定，日本最高法院之見解亦以相當之別居期間作為肯定有責配偶離婚請求之原因，相較之下，我國民法之規定顯得落伍」⁸。

亦有從實際操作上困難加以論理，而認「婚姻破裂原因究由何人所造成實難認定，若仍須依最高法院 95 年度第 5 次民事庭會議決議，衡量責任之輕重，以決定何人得請求裁判？原因既已難以認定，遑論如何定責任之輕重。假設能定出其輕重，如果夫妻間關係實已破裂，對婚姻難以維持原因無責或責任較輕之一方又不訴請離婚時，婚姻對立關係懸而

⁸ 林秀雄，〈判決離婚〉，收錄於徐慧怡、劉宏恩、簡良育、戴瑀如、林秀雄、呂麗慧、鄧學仁、劉昭辰、吳明軒著《離婚專題研究》，2016 年 7 月，第 143-144 頁。

未解外，如該關係又涉及未成年子女，長期處於該狀況下，對其身心發展應屬不利」⁹、「惟依最法院之見解，尚須以衡量雙方有責程度，作為評斷可否訴請離婚之標準，此時即牽涉法官之主觀判斷，而容易造成因認定事實之不同，進而限制當事人離婚之訴訟權」¹⁰。

上開學者並一致認為，婚姻雙方當事人就民法第 1052 條第 2 項本文所定難以維持婚姻之重大事由，皆屬可歸責時，雙方皆得訴請離婚，而非只有責任輕者始得起訴請求，俾符離婚向破綻主義發展趨勢之結論¹¹。

據上所述，系爭規定在親屬法上極具爭議，是否已過度限制憲法第 22 條保障之婚姻自由，實有憲法上之討論價值。

⁹ 簡良育，〈離婚法制沿革及國際發展趨勢之研究〉，收錄於徐慧怡、劉宏恩、簡良育、戴瑀如、林秀雄、呂麗慧、鄧學仁、劉昭辰、吳明軒著《離婚專題研究》，2016 年 7 月，第 83 頁。

¹⁰ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，《親屬法》第二章婚姻，2010 年 9 月，第 257 頁。

¹¹ 參閱，簡良育，〈離婚法制沿革及國際發展趨勢之研究〉，收錄於徐慧怡、劉宏恩、簡良育、戴瑀如、林秀雄、呂麗慧、鄧學仁、劉昭辰、吳明軒著《離婚專題研究》，2016 年 7 月，第 83 頁；林秀雄，〈判決離婚〉，收錄於徐慧怡、劉宏恩、簡良育、戴瑀如、林秀雄、呂麗慧、鄧學仁、劉昭辰、吳明軒著《離婚專題研究》，2016 年 7 月，第 144 頁；林秀雄，〈有責配偶之離婚請求權〉，收錄於徐慧怡、劉宏恩、簡良育、戴瑀如、林秀雄、呂麗慧、鄧學仁、劉昭辰、吳明軒著《離婚專題研究》，2016 年 7 月，第 165 頁；呂麗慧，〈論破綻主義離婚法之轉折與突破—兼評最高法院 98 年度台上字第 1233 號判決〉，收錄於徐慧怡、劉宏恩、簡良育、戴瑀如、林秀雄、呂麗慧、鄧學仁、劉昭辰、吳明軒著《離婚專題研究》，2016 年 7 月，第 186-187 頁；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，《親屬法》第二章婚姻，2010 年 9 月，第 257 頁。至民法第 1052 條第 2 項應如何朝破綻主義之趨勢發展，則有建議應採修法之方式為之，參見簡良育，〈離婚法制沿革及國際發展趨勢之研究〉，收錄於徐慧怡、劉宏恩、簡良育、戴瑀如、林秀雄、呂麗慧、鄧學仁、劉昭辰、吳明軒著《離婚專題研究》，2016 年 7 月，第 83 頁；林秀雄，〈判決離婚〉，收錄於徐慧怡、劉宏恩、簡良育、戴瑀如、林秀雄、呂麗慧、鄧學仁、劉昭辰、吳明軒著《離婚專題研究》，2016 年 7 月，第 144 頁。或有建議以限縮解釋系爭規定之方法為之，參見呂麗慧，〈論破綻主義離婚法之轉折與突破—兼評最高法院 98 年度台上字第 1233 號判決〉，收錄於徐慧怡、劉宏恩、簡良育、戴瑀如、林秀雄、呂麗慧、鄧學仁、劉昭辰、吳明軒著《離婚專題研究》，2016 年 7 月，第 186-187 頁；戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，《親屬法》第二章婚姻，2010 年 9 月，第 257 頁。

本案之不受理，並使本院喪失延續釋字第 748 號解釋保障婚姻自由之意旨，以進一步在憲法上形塑婚姻自由內涵之機會（亦即，憲法第 22 條保障之婚姻自由，是否包含解銷婚姻之自由、其保障範圍為何，及就該自由得為如何之限制），殊屬可惜。