生存配偶因詐取離婚判決致婚姻家庭權受損害之再審權
－法倫理性與法外法之續造（上）

文／魏大喨

壹 問題提出

夫妻離婚事件性質具高度一身專屬性，適格當事人已明定於民法第 1052 條第 1 項，以夫妻雙方為限，而構成法定離婚原因之離婚形成權，無由夫妻以外第三人承繼可能，夫妻一方死亡，離婚訴訟程序當然因而終結，此為家事事件法第 59 條規定之緣由。同理，離婚判決確定後，縱請求離婚一方配偶有詐取判決情形（下稱詐取離婚判決者），受敗訴判決確定一方（下稱受害配偶）依民事訴訟法第 496 條第 1 項第 6 款規定提出再審之訴，請求廢棄（撤銷）該離婚判決之形成力以回復婚姻關係，亦因詐取離婚判決者之死亡而無回復可能。故而受害配偶如以回復婚姻關係為目的提出再審之訴，再審之訴亦欠缺權利保護必要，而同有家事法第 59 條之適用。上開論述，係以再審之訴之訴訟標的，係以原確定判決之本案請求權為立論之解釋結果。惟婚姻關係與因婚姻關係所建立之婚姻家庭權，兩者所受法律保護之客體不同，受害配偶主張其婚姻家庭權因詐取離婚判決致婚姻關係解消而受有損害，而以回復婚姻家庭權做為再審之訴目的，則在詐取判決者已死亡情況，此種有重大瑕疵之詐取確定判決，民訴法之再審程序，得否作為法律救濟途徑。如有不然，有無其他途徑，資以救濟？

貳 詐取判決之法律救濟途徑

當事人知他造之住居所，指為所在不明，致他造未能到庭實施訴訟權者，係聽審權之侵害，在民事訴訟程序上，屬詐取判決類型之一，構成民訴法第 468 條之違背法令，得上訴第三審；判決因而確定者，則構成法定再審事由（民訴法第 496 條第 1 項第 6 款）。在德國之詐取確定判決，係侵害聽審權事由，窮盡審級救濟程序後，得為憲法訴願（德國基本法第 103 條第 1 款、第 93 條第 1 款 4a，聯邦憲法法院法第 13 條 8a、第 90 條，民訴法第 321 條 a 款）[1]。但在我國詐取確定判決之法律救濟程序，仍以再審程序為原則，實務尚乏再審以外之救濟途徑案例。

一、我國與日本之法定再審程序

詐取確定判決之意義，一般認為包括兩種類型：第一、當事人以惡意或背於善良風俗方法妨害他方當事人訴訟資料之提出，或對訴訟資料之加工偽造，欺瞞法院取得確定判決；第二、當事人雙方同謀訴訟行為以詐取不當之確定判決[2]。

當事人知他造之住居所，指為所在不明而與涉訟者，因此獲得確定勝訴判決，我國民訴法早於民國 24 年修正第 492 條即明列為法定再審事由之一。此與日本再審程序（民訴法第 338 條）無此明文者有別。日本之詐取確定判決之救濟，係透過擴張再審事由之解釋或以類推適用方式解決。此二種立法方式互有優劣，我國法是以承認詐取確定判決既判力存在為前提，明示依再審程序以破除既判力，固能維護確定判決法之安定性，但因再審法定程序及其他合法要件之嚴苛（如民訴法第 500 條再審期間之遵守），再審補充性之限制[3]，或因同法第 498 條之 1 不得提起再審之事由等，對再審原告之須借由再審程序以破除確定判決之既判力、執行力及形成力，回復其權利或法律上地位言，難免不利。反之，日本[4]係透過擴張解釋或類推適用再審事由，以解決詐取確定判決所生判決之不正義，則有破壞確定判決法安定性之虞，但在法律救濟途徑之選擇面上，如開啟民法侵權行為損害賠償之訴、不當得利返還之訴、債務人異議之訴之可容許性，則解釋空間反較寬廣。

二、再審以外法之救濟方式

詐取確定判決，受敗訴判決一方如因再審程序之嚴苛，或因其他事由致無從依再審程序救濟時，有無再審以外之其他救濟途徑？日本學說及實務，對於此種嚴重違背正義之判決效力之阻斷，則分別有主張得以侵權行為損害賠償之訴、不當得利返還請求權之訴，及債務人異議之訴，作為救濟方法。

（一）損害賠償之訴

得否依侵權行為法律關係作為詐取確定判決之救濟方法，在日本仍有不同主張。實務方面。日本大審院原持否定說，其後變更見解採積極見解。而最高裁判所之態度對於所謂騙取判決（詐取判決），得否不經再審之訴，而直接依侵權行為損害賠償之訴救濟，原則採否定說，但例外允許[5]。例外者，如昭和 43 年 2 月 27 日、44 年 7 月 8 日二則判決，認詐取確定判決，該確定判決固仍具既判力，縱使得對之提起再審之訴，亦不妨害侵權行為損害賠償訴之提出。又平成 10 年 9 月 10 日判決，認為原則上應否認損害賠償訴之提出，惟訴訟過程中因相對人之侵權行為係基於惡意妨害他造之參與訴訟程序或積極為虛偽事實主張欺騙法院等不正行為，而獲取顯然違反正義之判決結果，經審酌確定判決既判力法之安定性後，仍認不應予容認時，則應例外承認得依侵權行為損害之訴以為救濟[6]。學說方面，對最高裁判所見解非無反對聲音，認為在理論面上不無矛盾之處。因既承認詐取確定判決之既判力，則不應被歸類為當然無效判決，在既判力破除前，卻又得依侵權行為損害賠償之訴以為請求[7]。

學說方面。見解之對立，係以詐取確定判決有無既判力為論辯出發點。採消極說者認為詐取確定判決，既得依上訴及再審程序救濟，如承認得提出損害賠償之訴，豈非反於既判力而有害於法之安定性。積極說，對此類判決有無既判力則持懷疑態度。惟積極說之理論並不同調，主要有：將此種判決視為係介於不法訴訟之無效判決與不當訴訟為有效判決之中間類型。此說可以被歸類為既判力之限制或突破說。因而後訴法院當認為前訴判決顯然違背正義，即使不能依再審程序救濟，即後訴之侵權行為損害賠償之訴，後訴法院不須被再審事由所困惑，也不必猶疑於在前訴判決廢棄（撤銷）前得否提出損害賠償之訴之困擾[8]。亦有認為詐取確定判決仍應先承認其具既判力，但原確定判決因有違法性構成無過失損害賠償責任，而損害賠償之訴即為回復損害之方法。亦有認為，詐取確定判決，其行為具違法性，影響判決有關訴訟標的之判斷，故原確定判決不具既判力，須容忍於後訴中得為損害賠償訴訟之提出；准許敗訴一方依損害賠償、不當得利或債務人異議之訴提出，係對既判力之限制[9]。更有直接否定詐取判決之既判力說者，此係基於程序權保障觀點為立足點，日本新堂幸司教授主張詐取判決，因被告之受裁判權未被實質保障，應如同冒名訴訟判決效力，解為當然無效，且因再審之訴能否被順利開啟，亦難以預測，當事人可否透過上訴、再審或當然無效訴訟程序救濟，在選擇上也會陷入迷惑，因而應准許敗訴一方不依再審程序而承認其得依侵權行為損害賠償之訴以為救濟[10]。損害賠償之訴之性質為何？有學者認為，因既判力之不可再爭執效力，因此損害賠償之訴或債務人異議之訴，係主張判決之不當取得，其機能帶有再審之性質，而可以解為是一種不經由再審程序而主張不當取得之判決屬無效判決之獨立訴訟[11]。

（二）不當得利返還之訴

其次就不當得利返還訴訟部分。學說雖有主張以詐取判決持為執行名義，或致債務人為任意給付者，就該給付得依不當得利法律關係請求返還者。但日本通說及判例採否定說。另有肯定說者，認為如認詐取判決係無效判決時，論理上應無不得提出此訴之理，又認為實務判例採否定論雖無不妥，但例外的在再審期間經過後之個別救濟手段，活用不當得利制度，以免因強制執行造成重大損害，亦是妥當的方法[12]。

（三）債務人異議之訴

以債務人異議之訴作為救濟方法，則為多數說主流意見，惟亦有懷疑者，因債務人異議之訴，其事由須發生於前確定判決言詞辯論終結後，但詐取判決之原因事實則存在於之前。日本最高裁判所認為，雙方當事人之通謀騙取確定判決，不得成為債務人異議之訴事由[13]。否定論主要理由，仍認為應優先考慮既判力法的安定性要求，不依再審而依債務人異議之訴或損害賠償之訴請求，乃違反既判力[14]。肯定說認為，詐取確定判決係違

（文轉三版）

註釋

1. 德國民訴法第 321 條 a 款另有聽審權侵害由普通法院救濟程序規定。此部分不在本文研究論述範圍。
2. 紺谷浩司，確定判決の無效と詐取（騙取），收於新堂幸司編集，講座民事訴訟，第七卷，上訴.再審，弘文堂，1985 年 6 月，361 頁以下。
3. 最高法院 63 年度第 6 次民庭庭推總會議決議（五），民事訴訟法第 496 條第 1 項但書所謂「當事人已依上訴主張其事由」，乃指對於下級審法院之判決，已依上訴程序主張其事由者而言。第三審判決適用法規顯有錯誤之事由，既不可能由當事人以上訴主張，自難謂為有「當事人已依上訴主張其事由」之情形存在。
4. 參閱兼子一 / 新堂幸司 / 竹下守夫等，條解民事訴訟法（第 2 版），弘文堂，2011 年 11 月，1696 頁以下。紺谷浩司，前揭註 2，367 頁。
5. 參看自川嶋四郎，民事訴訟法，日本評論社，2013 年 4 月，665 頁。
6. 川嶋四郎，前揭註 5，665 頁。
7. 松本博芝／上野泰男，民事訴訟法，第 6 版，弘文堂，2010 年，639 頁。
8. 川嶋四郎，前揭註 5，666 頁。
9. 山木戶克己教授之主張，參看自紺谷浩司，前揭註 2，366 頁以下。
10. 新堂幸司，新民事訴訟法，第 5 版，弘文堂，2011 年 8 月，677 頁。
11. 各說主張之整理，參看自紺谷浩司，前揭註 2，366 頁以下。
12. 谷口知平，不當利得の研究，有斐閣，1949 年，563 頁。另山木戶克己教授亦持肯定見解，參看自紺谷浩司，前揭註 2，369 頁以下。
13. 日本最高裁判所，昭和 40 年 12 月 21 日判決。
14. 中野貞一郎，確定判決に基，強制執行と不法行為の成否，民商法雜誌，62 卷 5 號，867 頁；參看自紺谷浩司，前揭註 2，364

植根法律關係（稅法總論 第三冊）
教育訓練資料
稅捐法律關係（稅法總論 第三冊）
黃茂榮 著作 定價 800 元
買賣法（增訂七版）
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
JUDICIAL
司法 訂閱 辦法
本刊每 全年
費用新
如蒙 請郵政 帳 5005 帳
司法院

法律網
的最佳平台
稅法解釋與司法審查（稅法總論 第二冊增訂第三版）黃茂榮 著作 定價 800 元
法學方法與現代稅法（稅法總論 第一冊增訂三版）黃茂榮 著作 定價 800 元
1000元者
贈 65 元
書城熱賣中
WEEKLY
周刊
周出刊
訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊

（文接二版）

反誠信原則及權利濫用，應准許以債務人異議之訴排除，且詐取判決是債務人參與程序機會之剝奪，違反雙方審尋主義，做為執行名義之正當性即有欠缺，因此如以之為執行名義，自得依債務人異議之訴否定其既判力與執行力。當違反公序良俗之不正取得判決，非常清楚明白，依再審程序救濟又過於迂遠時，則應准許以債務人異議之訴以為救濟方法[15]。

三、德國聯邦最高法院之侵權行為救濟途徑

日本有關詐取判決有無既判力之爭議，與德國之論述差異不大，主要仍在因重大瑕疵之確定判決有無既判力及如何救濟問題點上。德國原則上仍承認有瑕疵判決之既判力，立法者僅在有重大瑕疵情況，例外承認無效判決之訴（Nichtigkeitklage）（德國民訴法第 579 條），以及判決基礎偽造之刑事可罰情形之再審之訴（回復原狀之訴 Restitutionsklage）（同法第 580 條）。

因德國關於得依再審程序救濟之範圍過於狹窄，加以民訴法第 586 條第 2 款之 5 年除斥期間限制，使得再審之訴救濟途徑常被排斥。在非常不符合正義之確定判決，究應仍拘泥於或應柔化既判力之拘束力，學說不無爭議。惟德國帝國法院與聯邦最高法院對於詐取判決（Urteilserschleichung）及以違背公序良俗取得確定判決者，則創造出得依其民法第 826 條之故意背於善良風俗方法之侵權行為損害賠償規定，做為救濟方法。惟學說仍普遍質疑，認為係不合法之既判力破除方式，有背於法定再審程序既有規定。對於學說之批評，聯邦最高法院於另則判決中，仍肯認賦予債務人為阻止已發生既判力判決之執行，得依民法第 826 條規定，作為請求權之基礎，但適用條件稍做修正，限於在特別嚴重之特殊情況，且該判決實體內容不正確，並為執行名義債權人所知悉，可合理期待該債權人願意放棄該權利之情形下[16]。又聯邦最高法院認為民法第 826 條之訴，不能僅以同一事實之陳述、同一證據之提出，及同一法律觀點即得認為原確定判決係不正確，此訴只是對原確定判決既判力獲得不被容許之一種輕視而已（eine unzulässige Missachnung der Rechskraft des Urteils）[17]。德國民法第 826 條之訴，其訴訟標的雖與前確定判決並不相同，但何以能突破原確定判決之既判力，為損害賠償之訴提出？學說認為，因原告主張前訴係被告以背於善良風俗方法而獲得請求權，而該已被既判力確定之前訴訟法律效果，乃第二個訴（損害賠償之訴）請求權有無之先決問題，只在第二個訴之法官作出與第一個訴法官不同法律效果之判決時，始能確定損害賠償權利之存在。換言之，第二個訴法官原本該被禁止作出與前訴確定判決不同之裁判，惟在必要情況下，例外的得依民法第 826 條之訴，以突破既判力之限制[18]。

德國本於民法第 826 條提出之損害賠償之訴，並非再審之訴之補充，乃另一獨立之訴[19]。原告雖遲誤再審期間，亦得提出本訴，惟如當事人在原確定判決訴訟程序可以注意避免不正確判決發生者，則不得依此訴以突破原確定判決既判力之限制。又此訴之性質與再審之訴不同，再審之訴是以破除原確定判決既判力為目的[20]，損害賠償之訴目的，不在撤銷發生既判力之原確定判決既判力後由此訴代替，而是以除去原告因確定判決所遭受之不利益為目的。如該不利之確定判決已被執行，得依民法第 826 條損害賠償之訴，請求交還被執行之財產或於強制執行程序實施前，以聲請停止強制執行[21]。

參 詐取離婚確定判決之特殊性

以不正或嚴重違背善良風俗方法詐取離婚確定判決之法律救濟途徑，前開所述之再審程序，及再審以外之救濟程序，並非當然得予援用，應先分詐取離婚判決者於確定判決後是否尚生存，而有不同。

一、詐取判決者尚生存時

明知他方配偶之住居所，向法院稱所在不明，以獲取離婚勝訴確定判決，係一種侵害聽審權，且合於民訴法第 496 條第 1 項第 6 款之法定再審事由，詐取行為者如尚生存，受害配偶自依家事法第 51 條準用民訴法再審程序規定，在合於其他法定要件（如不變期間之遵守等），且再審法院審理結果，亦認詐取者無民法第 1052 條之離婚形成權，因而將原確定判決廢棄，駁回詐取者之離婚請求，婚姻關係因原確定判決既判力、形成力之破除，而視為始終存續。此種情形，法定再審程序乃得以發揮其法律救濟功能。雖有再審事由，如再審法院審理結果，仍認離婚形成權存在，原確定判決就本案請求—離婚形成權之判決結果並無不當時，依民訴法第 504 條，再審法院亦應以判決駁回再審之訴。

二、詐取離婚判決者死亡時

詐取確定判決者於判決確定後死亡者，前述法定再審程序之適用將發生疑義。因婚姻關係只存在於夫妻間，婚姻關係之解消不因裁判離婚或夫妻一方死亡而有不同。以裁判解消者，民法第 1052 條第 1 項限由有形成權之一方向法院為請求，適格當事人基於法定。此種高度屬人性、專屬性之裁判離婚請求權絕無可承受性，表現於訴訟程序者，離婚訴訟之實施權無由夫妻以外第三人承受可能，因此家事法第 59 條明定，夫或妻於離婚判決確定前死亡者，關於本案視為訴訟終結。

其次，離婚形成權既僅夫妻雙方享有，而與同具屬人性、專屬性性格之婚姻撤銷權有別。撤銷權人不以夫妻為限，夫妻以外之第三人非不得為之，例如民法第 989 條、第 990 條、第 991 條規定是。夫妻離婚訴訟程序進行中，夫妻一方死亡，婚姻關係當然解消，因此離婚訴訟審判之對象或客體（離婚形成權）不復存在，適格客體欠缺，且無其他形成權人，離婚之本案訴訟當然視為終結，家事法第 59 條前段規定之法理在此。但夫或妻提起之撤銷婚姻之訴，訴訟中原告死亡者，雖婚姻關係同歸於解消，而已無得以撤銷之對象，但其他有撤銷權人之撤銷權亦受法律保障，且因婚姻關係建立之夫妻以外之其他親屬身分關係（如姻親關係）或財產關係（如法定扶養義務），可能仍存在於撤銷權人與生存配偶間（即生存之被告），因此同法第 60 條規定，此類撤銷婚姻訴訟之原告死亡者，得由其他撤銷權人承受訴訟。至撤銷訴訟之被告死亡者，婚姻關係已解消，有撤銷權之人與死亡之被告間並無上述之身分或財產關係繼續存在，撤銷訴訟程序乃當然終結（家事法第 59 條後段）。

就離婚判決確定後之再審程序以觀。當准予離婚之判決確定後，受害配偶有再審事由提起再審之訴，但於再審程序中，詐取離婚判決者死亡時，要否劃入家事法第 59 條適用範圍，則涉及再審訴訟之訴訟標的為何根本問題。質言之，再審訴訟標的，如仍為前確定判決審理對象（本案請求）—離婚形成權，則以訴請求解消婚姻之離婚形成權，亦因夫妻一方死亡，婚姻關係消滅結果，離婚形成權同歸於消滅，法院已無以判決形成新的身分關係之對象，因此本於同一法理，再審訴訟程序亦當然終結。

再審程序繫屬前詐取離婚判決者死亡，因欠缺適格之再審被告，且婚姻關係亦因一方死亡致無從由原確定判決之廢棄（撤銷）而回復，且本案請求（離婚形成權）不存在，即使依家事法第 51 條準用民訴法再審程序，如同再審原告之請求，將原確定判決廢棄並駁回再審被告之本案離婚請求，仍不能回復其婚姻關係。是以民訴法再審之訴之救濟程序，解釋上自應排除此類事件之適用，乃當然之理。

但詐取離婚判決者縱然死亡，受害配偶之訴訟權亦應獲得保障，為解決上開難題，論者有主張，應將家事法第 59 條作合憲限縮解釋，解為此類事件（詐取離婚判決者死亡），有關當然終結規定，應排除適用，不使再審救濟途徑因此阻塞，以補救原判決程序之重大瑕疵，及因程序瑕疵所未能保障之實體利益[22]。

論者之見，似以法定再審程序之開啟為目標，並以本案離婚請求做為再審程序之訴訟標的之一。惟本文基於後述理由，認為限縮家事法第 59 條之適用範圍，於詐取離婚確定判決者死亡情形，仍無法開啟法定再審程序以為救濟，而須另尋他途。先此說明。

肆 再審以及再審以外程序適用之疑義

一、家事法第59條之合目的性限縮解釋論

詐取離婚確定判決，如因離婚訴訟事件之特殊性，於詐取者死亡，而無法開啟民訴法再審程序，則程序權未受保護之受害配偶，其夫妻婚姻關係因該裁判而解消，豈不陷於法無救濟途徑，而呈現不公平？

雖則如前述，論者主張家事法第 59 條應作目的性限縮解釋，不使之及於離婚判決確定後詐取者死亡情形，其再審事件訴訟程序仍應開啟續行，固可解決家事法第 59 條法律效果所引致之難題。但法律之解釋適用，不能背於整體法理論體系，使理論邏輯產生衝突。家事法第 51 條規定，家事訴訟除別有規定外，準用民訴法第 496 條以下之再審程序。惟具有一身專屬性之離婚事件，夫或妻一方於判決確定前死亡，同法第 59 條前段之所以規定，關於本案視為終結之原由，係因夫妻一方死亡，婚姻關係消滅，同理再審之訴提出亦不能完成回復婚姻關係之再審目的之故。故而本條之存在，固係開啟再審程序之障礙，但作所謂「合目的之限縮解釋」論[23]，對婚姻關係之回復，並無助益（詳如下述）。

（下期待續）

（作者為最高法院法官）

註釋

頁 /372 頁註 43。

15. 紺谷浩司，前揭註 2，371 頁。
16. BGHZ NJW 1964, 349; 1974, 557。參看自 Hans- Joachim Musielak, Grundkurs ZPO, 4. Aufl., 1998, S. 315, Rn. 560.
17. Hans- Joachim Musielak, a.a.O., 4. Aufl., 1998, S. 316, Rn. 560a.
18. 同註 13。
19. Zõller, ZPO, 2002, Vor § 578, Rn. 17, S. 1340; Hans-Joachim Musielak, a.a.O., 4. Aufl., 1998, S. 316 ff, Rn. 561.
20. 有將德國聯邦最高法院建立之依民法第 826 條損害賠償之訴，解讀為在原確定判決既判力之推翻，謂「但另得依德國民法第 826 條規定作為推翻既判力之事後救濟方法」。參看沈冠伶，離婚事件之再審當事人（下），月旦法學教室，第 173 期 2017 年 3 月，42 頁。
21. Hans- Joachim Musielak, a.a.O., 4. Aufl., 1998, S. 317, Rn. 561.
22. 沈冠伶，前揭註 20，46 頁。
23. 同註 22。