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

下

文／魏大喨

（文接上期）

二、對限縮解釋論之質疑

作合目的性限縮解釋，受害配偶真能因此獲得再審途徑之救濟目的，不無疑義。茲分段論述合目的限縮解釋，仍不能解決此類型法之救濟途徑之理由。

第一、家事法第 59 條適用範圍，從文義解釋或立法主觀目的，是否包括此類型再審事件，已有疑義。如本即不包括，則又何來合目的性限縮解釋可言？蓋依德國聯邦憲法法院就合憲目的性限縮解釋，認為該解釋方法之援用，限定在被解釋之法律規範文義範圍內為限縮；不允許觸及立法性的基礎性決定或法律規範之價值評價與內在目的；不允許為與明確之法律為相反意義之解釋；不允許立法性目標在基礎點上被誤解或歪曲之解釋[24]。離婚訴訟因當事人一方死亡訴訟終結，乃因離婚形成權消滅之故，婚姻關係必須夫妻雙方俱生存，始有此離婚形成權可言，家事法第 59 條之當然終結，乃因婚姻關係本質之故，限縮解釋是否牴觸立法性基礎性決定或法律規範評價之內在目的？不無疑義。

第二、家事法第 39 條第 1 項，甲類或乙類家事訴訟事件，由訟爭身分關係當事人之一方提起者，除別有規定外，以他方為被告；第 2 項，由第三人提起者，除別有規定外，以訟爭身分關係當事人雙方為共同被告；其中一方已死亡者，以生存之他方為被告。離婚事件雖為乙類事件，落入本條之文義範圍，但離婚事件適格當事人於民法第 1052 條第 1 項之法定，並無本條之適用，乃因「婚姻事件」種類繁多，為免掛一漏萬之立法技術考量，而作一般性規定之故。至第 39 條第 2 項之「一方已死亡，以生存之他方為被告」，以及第 60 條之撤銷婚姻之訴類型，係因有撤銷權之適格原告不以夫妻為限（如民法第 990 條、第 991 條）之故。離婚之訴因適格當事人及適格之對象（形成權無承受性，死亡時形成權當然消滅，欠缺裁判之客體適格），而無第 39 條第 1 項適用餘地。

第三、民訴法再審程序適用對象，文義上固無排除具一身專屬性權利之再審事件。但離婚訴訟事件，法院審判對象（本案請求）—離婚形成權屬一身專屬性，且離婚形成權，限於夫妻二人。當夫妻一方死亡，婚姻關係解消，本案請求不存在，再審之訴訟標的之一—本案請求既然不存在，則再審提出目的—廢棄（撤銷）本案判決之既判力、形成力，以回復婚姻關係，乃客觀不能，再審之訴提出即無意義，可認係欠缺權利保護必要，此為此類型再審事件之核心問題。因此再審訴訟之訴訟標的，如仍為確定判決之本案請求時，再審之訴並無再開啟之必要。

第四、家事法第 51 條準用民訴法再審規定，惟其與家事法第 59 條之適用順序，後者應係第 51 條所謂之「別有規定」。優先適用第 59 條結果，已開啟之離婚再審程序，亦當然終結。如將第 59 條為合目的限縮解釋，排除此類型事件，使再審原告得依法定再審程序以破除離婚判決之既判力與形成力。但此條再審途徑，必須民訴法再審程序規定，性質上適合於此類型之再審事件，方有準用餘地，性質不同者，即不得準用。離婚訴訟之一身專屬性，夫妻一方死亡，婚姻關係當然解消，即便未有家事法第 59 條之限制規定，或排除其規定，亦因民法第 1052 條第 1 項當事人適格法定且無繼受性結果，民訴法之再審程序，無得繼受再審被告之人，致再審程序無從開啟，已繫屬之再審程序，同應當然終結。可見離婚訴訟事件性質之高度屬人性及無繼受性，與民訴法再審程序適格之原被告一方死亡時，須該訴訟具有可承受性者不同。既因性質之不同，此類型之再審事件，即無從準用民訴法再審程序規定。換言之，此乃性質不同使然，與有無家事法第 59 條規定無關。因此，離婚確定判決後詐取判決者死亡時，再審程序不能開啟之原因，不在家事法第 59 條之文義過廣，須採限縮解釋所能解決，亦非本條之立法疏漏或立法計畫之不完整之故。

第五、具一身專屬性之事件，立法計畫為完成一定保護目的，非不得特別立法明定不因當事人死亡而使事件終結。例如家事法第 50 條第 1 項，身分關係訴訟，原告於判決確定前死亡，關於本案視為訴訟終結，但立法另有規定者，程序並不終結。兒童及少年福利與權益保障法第 19 條第 2 項後段之聲請認可收養後，法院裁定前，兒童及少年死亡者，聲請程序終結，但收養人死亡者，法院認收養於兒童及少年有利益時，仍得為認可收養之裁定。又如日本民法第 811 條第 6 項規定，收養事件之當事人一方死亡，生存當事人之終止收養得向家庭裁判所聲請之。均是適例。立法者未特別立法，而有法官造法必要，亦須有一定法價值值得法之續造保護為前提。但此類再審之訴提出，如以回復婚姻關係為法價值目的，因夫妻一方之死亡，婚姻已無從回復，回復婚姻關係目的，即無值得保護之價值必要，法官以本條有隱藏漏洞，而為合目的性限縮解釋之法之續造，即欠缺法之續造正當性且無必要。

綜合上述，合目的性限縮家事法第 59 條之適用範圍，以尋求法定再審程序之開啟，並非解決此類型事件之正確途徑。

三、再審以外救濟程序之不可行

離婚訴訟判決如有程序上之重大瑕疵，則阻斷原離婚確定判決之既判力、形成力，對維護合法正當取得之婚姻權益（含身分權與財產權），有正面積極價值。然而婚姻關係之因一方死亡而解消，生存配偶尋求法定再審救濟途徑，無從回復其婚姻關係。而前述之日本、德國有關詐取確定判決之其他救濟途徑—侵權行為損害賠償之訴、不當得利之返還請求，或債務人異議之訴，可否援用於此類型之事件，以達救濟目的？

上開 3 種訴訟目的不在破除原確定判決之既判力，在阻止強制執行及取回已交付之財產，於非財產權涉訟，且非以填補財產權損害（含繼承權）或阻止強制執行為目的之婚姻關係回復訴訟，並無援用可能，因性質及功能不同。亦即仍應以破除前確定離婚判決既判力、形成力為目的之再審法律救濟途徑為先。如能由後訴法院將原確定判決之既判力破除，並將離婚確定判決之形成力除去，則婚姻關係視為自始持續存在。惟因民訴法法定再審途徑，係以本案離婚請求權為再審之訴訟標的，該離婚形成已因詐害者之死亡而消滅，無循此再審救濟可能，而有另尋找非民訴法再審程序必要，但此已涉及法官為法外法之續造，以及造法之正當性基礎暨所欲完成之法倫理性或客觀法價值何在等基本問題。

伍 婚姻關係與婚姻家庭權

一、再審程序開啟目的—回復婚姻家庭權

詐取離婚確定判決之救濟，受害配偶如以回復婚姻關係為目的而提出再審之訴者，將因夫妻一方死亡婚姻關係消滅欠缺再審訴訟之本案請求，無從以再審之訴完成婚姻回復目的，而無實益，已如前述。上開論點係以原離婚事件之本案請求－離婚形成權作為再審之訴訟標的之立論點。因此，如再審目的不以回復婚姻關係為目的，而以因婚姻關係建立之客觀法價值－婚姻家庭權作為再審之訴之訴訟標的者，則再審對象與本案訴訟之訴訟標的，並非同一，婚姻關係之回復，成為婚姻家庭權客觀法價值之回復手段，則再審程序開啟，並非無意義與價值。然而此類之再審程序，顯非民訴法之法定再審程序。蓋兩者訴訟標的並非同一。

此類型之再審程序開啟，屬法官造法，權力分立下，須具造法正當性。夫妻婚姻關係如因法院離婚確定判決程序之重大瑕疵（如聽審權受剝奪）而解消，致侵害因婚姻制度建立之客觀法價值，雖婚姻關係已不能回復，惟此客觀法價值仍持續遭受侵害時，藉由司法審判手段予以回復，自具造法之正當性基礎。因婚姻關係建立之客觀法價值－「婚姻家庭權」，受憲法保護，屢經大法官釋憲文確認其有基本權客觀法價值，又因屬基本人權，而為人民主觀權利，除立法者有形成制度性保障義務，須以立法形式具體化外，如因立法不備，司法審判機關同為維護基本人權之義務人，在具體個案審判上同有保障義務，法官造法義務於是形成。

此類型再審程序之開啟，當涉及二個憲法議題：第一、訴訟基本權方面。誠如最高法院 105 年台抗字第 802 號裁定理由，曾指出「人民之訴訟權應予保障，無論於立法形成或司法審判程序，執行公權力機關均負有保障義

（文轉三版）

註釋

24. 此部分可參閱 Karl Larenz 著，陳愛娥譯，法學方法論（Methodenlehre der Rechtswissenschaft），五南圖書公司，2013 年 8 月，242 頁以下。另劉練軍，「何謂合憲性解釋—性質、限制及運用」，http://big.hi138.com/falv/xianfa/201012/276001.asp。
25. 見法務部編，公民與政治權利公約、經濟社會文化權利國際公約，一般性意見，2012 年，35 頁。
26. 最高法院 93 年度台上字第 1432 號判決理由謂：「被上訴人既未於支付命令核發前或核發後確定前為任何佣金債權不存在之主張，上訴人對於被上訴人之佣金債權即屬確定存在。就此『佣金債權存在』之事實，被上訴人除得依法對該確定之支付命令提起再審之訴以求救濟外，自不得再主張上訴人取得該債權係『不法侵害』之侵權行為或『無法律上原因而受利益』之不當得利，法院更不得於審理『再審之訴』外之其他後訴訟為反於前確定支付命令既判力之認定。」
27. 松本博之／上野捷男，民事訴訟法，第 6 版，弘文堂，2010 年 10 月，634 頁。

JUDICIAL 司法 徵稿啟事
四、文稿一律不退件，請自留底稿。
五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每
全年
費用新
如 蒙
請郵
帳
5005
帳
司法院

（文接二版）

務。又確定裁判之錯誤糾正制度，係為保障人民實體法及程序法上之權益而設，當確定裁判發生錯誤，造成訴訟當事人之權益受重大損害，自應賦予其法律上之救濟途徑，以破除該錯誤裁判之既判力，資以平衡既判力之安定性與獲取正確裁判之受益權」。亦即肯定再審制度為訴訟權保障一環且含有保障私人實體權目的。第二、婚姻家庭權保障方面。上開裁定指出「家庭婚姻制度為憲法所保障之基本人權，夫妻之一方如非本於自由意思予以解消，或因有法定事由並經法院依法定程序強制解消，均應受法律制度之持續性保障」。亦即此類型案例再審救濟程序開啟目的，與回復婚姻家庭權有關連。詐取離婚確定判決之再審程序開啟，如植基於訴訟基本權保障—錯誤裁判糾正制度之制度性保障;以及維護婚姻家庭權之制度保障，則縱然詐取者一方死亡，再審程序之開啟乃有重大意義。兩者之聯結，則來自於原確定判決訴訟程序之重大瑕疵—聽審權之侵入，致因婚姻關係建立之婚姻家庭權被侵害，司法審判機關藉由再審程序之開啟，以完成基本權義務人應盡之保護義務。

二、婚姻家庭權為基本權

婚姻家庭權具基本人權價值。公民與政治權利國際公約第 23 條已揭示家庭為社會之自然基本團體單位，應受社會及國家之保護。公約之第 19 號一般性意見指出家庭之保障，締約國需要採取立法、行政或其他措施。我國雖非簽約國，但透過兩公約施行法將之內國法化而具有法規範拘束力，司法審判機關行使審判權之際，負有保障義務。本號一般性意見又指出，婚姻家庭權之具體內容因各國（各區域）國情不同而有異，難以為標準定義[25]。大法官釋字第 552 號、第 554 號解釋，有相對明確之闡述。第 552 號解釋理由，「婚姻不僅涉及當事人個人身分關係之變更，且與婚姻人倫秩序之維繫、家庭制度之健全、子女之正常成長等公共利益攸關」；第 554 號解釋理由，「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務」。可見婚姻與家庭為憲法保障之基本權，具客觀法價值且為主觀權利，國家須形成制度性保障。如因國家司法權行使程序之瑕疵，致侵入人民之婚姻家庭存續保障，被害人本於主觀權利亦得請求司法機關予以回復。只是應循如何之司法救濟程序，予以回復而已。

三、婚姻家庭權不因夫妻一方死亡而消滅

夫妻婚姻關係固因當事人一方死亡而解消，而與裁判離婚、兩願離婚並無不同。此即家事法第 59 條之所由設，進而縱有再審事由，亦無依家事法第 51 條準用民訴法再審程序之實益。但如從婚姻家庭權之角度觀察，則因死亡與因裁判離婚，法律效果並不相同。最高法院上開裁定理由即謂，夫妻一方死亡，與因離婚之婚姻關係解消，在身分法上效果有別，可由民法第 971 條規定姻親關係因離婚而消滅，不及於因夫妻一方死亡等語而知。

因詐取判決形成離婚效果，生存配偶請求廢棄原確定判決，如其以回復婚姻家庭權之存續為目的，婚姻關係回復只是手段，則不能謂婚姻家庭權之回復欠缺權利保護必要，反須從國家審判權行使之未依法定程序，致侵入人民之婚姻家庭權角度，予以理解。此時，司法審判機關即使法無救濟程序明文，亦因婚姻家庭權之具憲法客觀法價值，受侵害之人民本於主觀權利，仍有救濟義務，不能拒絕受理，應為法之續造，以完成國家司法機關之公法上義務。

婚姻家庭權之內容，包括「身分權及財產權」，但不以此為限，因詐取離婚判決使婚姻家庭權受到侵害，再審程序之法外造法，其正當性或法倫理性，正植基於此。

四、程序法外法之續造—大法官釋字第242號解釋之啟發

此類型之法律救濟途徑之開啟，因不能循民訴法之法定再審程序法官為程序法之續造時，應以何種程序為之。前述德國聯邦最高法院創造之依其民法第 826 條損害賠償之訴做為再審之訴之代替，並不適合於此類型事件。因損害賠償之訴，係以填補損害為目的，與婚姻家庭權之回復不同。此外，詐取確定判決於我國法係以再審之訴為救濟方法，即仍應先承認此類判決非當然無效判決，於依再審程序破除其既判力前，後案仍受確定判決既判力之拘束，後案法官與當事人不得為相反之主張與判斷。因此以損害賠償之訴代替再審程序，將難為實務接受[26]。因而法官為法之續造，仍以破除前案確定判決之既判力為優先選擇。而同為婚姻家庭權侵害之救濟，大法官釋字第 242 號解釋指出，國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期，甚或音訊全無，生死未卜之情況下所發生之重婚事件，有不得已之因素存在，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍適用民法第 992 條規定予以撤銷，其結果將致人民不得享有正常婚姻生活，嚴重影響後婚姻當事人及其親屬之家庭生活及人倫關係，反足以妨害社會秩序，自與憲法第22條保障人民自由及權利規定，有所牴觸，而得依釋字第 177 號、第 185 號解釋意旨，提起再審之訴。受不利裁判者，得於大法官解釋公布後，依再審或其他法定程序請求救濟（釋字第 185 號）。

本號解釋係以憲法婚姻家庭權受到侵害為理由，肯認受不利判決當事人得循再審途徑救濟之例。尤應注意者，其再審理由並非建立在民訴法第 496 條之法定再審事由，且有關再審期間，亦不受同法第 500 條限制，自與民訴法再審程序有別，當屬大法官本於憲法地位直接形成或創造另類再審程序法規範。頗值參考。

婚姻家庭權之受到不法侵害，須透過法之救濟途徑予以回復時，則破除離婚確定判決之既判力與形成力，將離婚確定判決廢棄，乃婚姻家庭權回復之手段。此類型之再審程序之依據，並非源於家事法第 51 條之準用民訴法第 496 條以下再審程序規定，乃因法律漏洞使然，法官為保障婚姻家庭權目的而為法外法之續造。又既係法官為法外造法活動，自可不囿於法定再審期間之限制。淺見以為，可視婚姻家庭權是否持續受到侵害以決定要否開啟再審程序。

五、再審被告之選定

再審程序之再審原告適格，為受確定判決全部或一部敗訴之當事人，及言詞辯論終結後之一般繼受人或特定繼受人。具對世效之判決，對於判決之撤銷有固有利益者亦有再審原告適格，得以參加人之資格以本訴之兩造為共同被告提出再審之訴[27]。至於再審被告原則上為原確定判決勝訴一方。其死亡者，以其一般繼受人為再審被告，其有特定繼受人且為判決效力所及者，亦得以之為再審被告。

檢察官成為人事訴訟程序之當事人，例如日本舊人事訴訟手續法第 19 條，關於婚姻事件，得由檢察官為再審原告。新人事訴訟法第 12 條第 3 項則規定，人事訴訟應為再審被告而死亡者，以檢察官為被告。我國家事法以檢察官為當事人者，例如家事法第 50 條第 3 項，依第 39 條規定提起之訴訟，於判決確定前被告均死亡者，除別有規定外，由檢察官續行訴訟；第 63 條第 3 項、第 65 條第 3 項親子關係事件程序之當事人死亡時之由檢察官為被告規定是。

上述之再審原、被告適格，或由檢察官擔任再審之當事人，均基於法律規定，惟法外法之續造，此類事件之再審被告選定，應可由法官本於職權裁量決定。如法官裁量由檢察官承擔再審被告地位，創設檢察官做為私法上法律關係或身分關係訴訟實施主體地位，法理上並無不可，且深具意義。惟由檢察官以公益代表人身分承擔民事程序主體地位，仍應以具高度公益性、團體性，或以保護未成年子女利益，或有關維護弱勢者之權益事件為妥。

陸 結論

離婚形成權具一身專屬性，因夫妻一方死亡婚姻關係消滅，此與裁判離婚並無不同。因而離婚訴訟縱而詐取確定判決情形，亦因勝訴判決一方之死亡，無依家事法第 51 條、民訴法第 496 條第 1 項第 6 款提起再審之訴之權利保護必要。但因婚姻關係建立形成之婚姻家庭權，與夫妻婚姻關係並非同義，其有基本權客觀法價值位階且為主觀權利，如因夫妻一方之詐取離婚判決，受到損害時，司法審判機關有保護義務。

詐取確定判決法律救濟方式，既有法制面已有再審制度，但離婚形成權具高度一身專屬性，非繼承或繼受標的（客體）。家事法第 59 條乃明定夫妻一方於訴訟程序中死亡者，訴訟當然終結，縱有詐取判決情事，因夫妻一方之死亡，無從開啟或續行民訴法所定之再審訴訟程序。此為立法者制定本法時，鑑於離婚形成權專屬性之當然結果，非同法第 59 條作合目的限縮解釋，得以解決者。此外，德日學說及實務曾沿用之依侵權行為損害賠償、不當得利返還請求權或債務人異議之訴，無非係因詐取確定判決之違背正義，而再審途徑法定要件之嚴苛，由法官造法開創法定再審以外之救濟方式，目的不在原確定判決既判力之破除，毋寧認係承認被害人及後案法官得不受既判力拘束或限制，得反於前案確定判決為不同之主張與判斷。惟具一身專屬性之離婚確定判決救濟事件，本不在阻止強制執行之實施或取回已交付財產為目的，此類再審以外之救濟方式，無發揮功能可言。至於德國 2001 年新增民訴法第 321 條之聽審權受侵害，得由普通法院救濟之憲法聽審權侵害訴訟，在我國學說理論尚未成熟，且欠缺實務經驗，實務尚未見援用案例。

就救濟程序言，法院如准予開啟再審程序，不應循家事法第 51 條之準用民訴法再審程序。因民訴法之再審程序，其訴訟標的仍為原確定判決之本案請求－離婚形成權，已因一方死亡而不存在，無從成為法定再審訴訟之訴訟標的之故。更精準的說，係司法機關因維護憲法價值，就國家審判權不當行使，侵害再審原告之婚姻家庭權，由法官造法選擇類推適用民訴法再審程序規定，以為救濟手段。此類再審之訴之訴訟標的，非原確定判決之本案請求—離婚形成權之有無，乃以婚姻家庭權之回復為目的，藉由法官所創造之再審程序之開啟，尋求原確定離婚判決形成力之破除（廢棄），以回復原確定判決前之婚姻關係狀態，進而回復被詐害者一方之婚姻家庭權。

（作者為最高法院法官）

WEEKLY 周刊 徵稿啓事 一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知的作品。文長宜在八千字以內，以利一次刊出。文後請加註作者服務機關及職稱，以利讀者參考。二、本刊並歡迎司法人、事務官、法官等投稿，有關裁判評釋的故事，不論是否為法院的故事，請加註說明；刊出文章並將置司法 WEEKLY 周刊出刊 訂閱 郵撥 號 4377 戶 司法周刊 郵資已付 400元 訂閱