# 臺灣高等法院民事判決

109年度家上字第168號

上　訴　人　Ａ０１

被 上訴 人　Ａ０２

上列當事人間請求離婚等事件，上訴人對於中華民國109年4月21日臺灣士林地方法院109年度婚字第38號第一審判決提起上訴，本院於109年7月22日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人起訴主張：兩造於民國98年10月1日結婚，嗣於100年11月23日協議離婚，又於100年12月19日再次結婚，育有未成年子女甲○○（00年00月00日生）、乙○○（000年0月00日生）及丙○○（000年0月00日生）。上訴人於106年7月30日離家不歸，嗣雖於108年4月25日與伊成立調解，同意自同年8月1日起在桃園市租屋同居，惟迄今仍拒不履行同居義務，致兩造迄今未能共同生活，分居將近3年，顯係惡意遺棄伊在繼續狀態中，亦造成兩造已有難以維持婚姻之重大事由。依民法第1052條第1項第5款、第2項之規定擇一請求裁判離婚。又伊與甲○○、乙○○及丙○○共同生活且感情深厚，亦有家人協助照顧，反觀上訴人則離家不歸，未能陪伴或關懷子女，故為未成年子女最佳利益，由伊單獨行使對其等之親權。爰依上開規定合併請求酌定對於未成年子女之親權由伊行使，求為准伊與上訴人離婚、對於甲○○、乙○○及丙○○權利義務之行使或負擔由伊任之之判決。

上訴人於原審未於言詞辯論期日到場，於本院則以：伊希望能協議離婚，但不願意以惡意遺棄之理由離婚。被上訴人為申請政府補助，以伊惡意遺棄為由請求裁判離婚。伊與子女相處非常親密，無惡意遺棄。當初被上訴人要求伊搬至桃園共同居住，伊不希望遭婆婆打擾，被上訴人無法達到伊要求。被上訴

人無能力照顧子女，伊同意子女之親權由被上訴人行使云云，資為抗辯。

二原審判決㈠准被上訴人與上訴人離婚、㈡對於兩造所生未成年子女甲○○（男，00年00月00日生，身分證統一編號：Z000000000號）、乙○○（女，000年0月00日生，身分證統一編號：Z000000000號）、丙○○（女，000年0月00日生，身分證統一編號：Z000000000號）權利義務之行使或負擔，由被上訴人任之。上訴人聲明不服提起上訴，聲明：

㈠原判決廢棄。

㈡被上訴人在第一審之訴駁回。

被上訴人則聲明：上訴駁回。

三被上訴人主張兩造於98年10月1日結婚、100年11月23日協議離婚，又於100年12月19日結婚，現婚姻關係仍存續中，育有如原判決主文第二項所示三名未成年子女之事實，提出戶籍謄本為證（原審卷第15-17頁），堪認為實。被上訴人另主張上訴人惡意遺棄被上訴人在繼續狀態，請求裁判離婚一節，上訴人則辯稱其希望能協議離婚，但不願意以惡意遺棄之理由離婚云云。

㈠按「夫妻之一方，有下列情形之一者，他方得向法院請求離婚……五、夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中」，民法第1052條第1項第5款定有明文。又「夫妻之一方於同居之訴判決確定或在訴訟上和解成立後，仍不履行同居義務，在此繼續狀態存在中，而又無不能同居之正當理由者，即與民法第一千零五十二條第五款所定之離婚要件相當」，向來為實務所採。

㈡兩造前於原審以108年4月25日108年度家非調字第125號事件中調解成立，內容為：「相對人（指上訴人）同意於108年8月1日起，與聲請人（指被上訴人）在經兩造同意之桃園市租屋同居」，有調解筆錄在卷可參（原審卷第29頁），另經本院調取108年度家非調字第125號卷宗審閱屬實。上訴人未舉證證明有何不能與被上訴人履行同居之正當理由，佐以其

於本院「當初被上訴人要求我搬到桃園共同居住，但我不希望婆婆來打擾我，但被上訴人無法達到我的要求」云云之陳述（本院卷第130頁），顯然上訴人並無有何不能與被上訴人同居之正當理由。再民事訴訟法第416條第1項規定：「調解經當事人合意而成立；調解成立者，與訴訟上和解有同一之效力」，是兩造上開調解成立者，與訴訟上和解有同一之效力。上訴人於同居之訴在訴訟上調解成立後，仍不履行同居義務，在此繼續狀態存在中，而又無不能同居之正當理由者，揆諸上開說明，即與民法第1052條第1項第5款所定之離婚要件相當，被上訴人據以請求裁判離婚，於法有據，應予准許。至上訴人辯稱其希望協議離婚，亦願離婚，惟不願意以惡意遺棄為由裁判離婚，惟上訴人於同居之訴在訴訟上調解成立後，仍不履行同居義務，在此繼續狀態存在中，而又無不能同居之正當理由，有如上述，此在法律上之評價即為以惡意遺棄他方在繼續狀態中，不容上訴人辯稱其不願意以惡意遺棄為理由離婚，遽認被上訴人不得請求離婚，上訴人前揭辯解，尚無足取。

㈢被上訴人依民法第1052條第1項第5款之規定訴請裁判離婚，為有理由，應予准許。被上訴人就民法第1052條第1項第5款、第2項之規定，擇一請求裁判離婚，其就民法第1052條第1項第5款之請求，已獲勝訴判決，同條第2項部分，本院無庸再予審究。另民法第1052條第1項第5款係規定：「夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中」，與是否遺棄子女無涉，被上訴人另稱「我仍主張上訴人是惡意遺棄小孩」云云（本院卷第158頁」，本院亦無庸審究。

四對於未成年子女權利義務之行使或負擔部分：

㈠次按「夫妻離婚者，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依協議由一方或雙方共同任之。未為協議或協議不成者，法院得依夫妻之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權酌定之」，民法第1055條第1項定有明文。又「法院為前條裁判時，應依子女之最佳

利益，審酌一切情狀，尤應注意下列事項：一、子女之年齡、性別、人數及健康情形。二、子女之意願及人格發展之需要。三、父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況。四、父母保護教養子女之意願及態度。五、父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況。六、父母之一方是否有妨礙他方對未成年子女權利義務行使負擔之行為。七、各族群之傳統習俗、文化及價值觀。前項子女最佳利益之審酌，法院除得參考社工人員之訪視報告或家事調查官之調查報告外，並得依囑託警察機關、稅捐機關、金融機構、學校及其他有關機關、團體或具有相關專業知識之適當人士就特定事項調查之結果認定之」，民法第1055條之1亦有明文。

㈡被上訴人請求裁判離婚，為有理由，已如上述，其合併請求酌定對於未成年子女權利義務之行使或負擔部分，應併予裁判。原審依職權囑託進行訪視，上訴人因故無法訪視，被上訴人與未成年子女方面則據覆略以：被上訴人健康狀況良好，足以照顧未成年子女，觀察甲○○、乙○○及丙○○與被上訴人間親子關係良好，也未受到不當照顧，且被上訴人親職時間、經濟能力、教養能力與照護環境等方面具相當條件，並具有行使親權之意願，甲○○、乙○○及丙○○亦表示希望與被上訴人、被上訴人之母親同住等語（原審卷第83-91頁、保密卷第2-3頁）。

㈢審酌上開訪視報告之意見，本院認被上訴人具有照顧甲○○、乙○○及丙○○之經驗及親職能力，現與子女共同生活，互動關係良好。反觀上訴人未照顧未成年子女，也無相關互動，難認親子關係緊密，再參甲○○、乙○○及丙○○明確表示希望與被上訴人、被上訴人之母親同住等語，自應予以尊重，因認對於甲○○、乙○○及丙○○權利義務之行使或負擔，應由被上訴人單獨任之，始符未成年子女之最佳利益。

㈣至上訴人因故無法訪視部分，觀諸上訴人於言詞辯論期日

陳稱：「我也同意小孩的親權由被上訴人行使、「（所以上訴人想要爭取小孩的親權？）我沒有想要爭取……」、「我只是說想聽聽小孩的心聲，我沒有說一定每個或三個小孩都要跟我住」等語（本院卷第158-159頁），顯然上訴人無爭取對於甲○○、乙○○及丙○○權利義務之行使或負擔之親權行使，本院自無庸再就上訴人部分為囑託訪視。

五、綜上所述，被上訴人依民法第1052條第1項第5款之規定，請求裁判離婚，另合併請求酌定對於未成年子女權利義務之行使或負擔，均應予准許。原審諭知如主文第一項、第二項而為上訴人敗訴之判決，核無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

六、上訴人於上訴狀載：「證人丁○○、戊○○、甲○○、乙○○及丙○○」；並提出通訊軟體截圖、照片等，均屬逾時提出之證據，除未敘明待證事實、訊問證人內容等，亦未依相關規定釋明（家事事件法第47條第3項、第4項準用民事訴訟法第447條），應不准上訴人於第二審提出該等新證據；另本件因事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及所為之立證，經審酌後認與判決之結果不生若何影響，無庸再逐一予以論列，均合併敘明。

據上論結，本件上訴為無理由，依家事事件法第51條、民事訴訟法第449條第1項、第78條判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　8　　月　　12　　日

家事法庭

審判長法　官　張靜女

法　官　丁蓓蓓

法　官　湯美玉

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具

有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　8　　月　　12　　日

書記官　陳美宜

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。