

CP 民事訴訟法研究基金會

民事訴訟法之研討(廿)

ISBN 978-957-511-136-6



9 789575 111366



50024RA

定價：650 元



元照網路書店



月旦知識庫



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

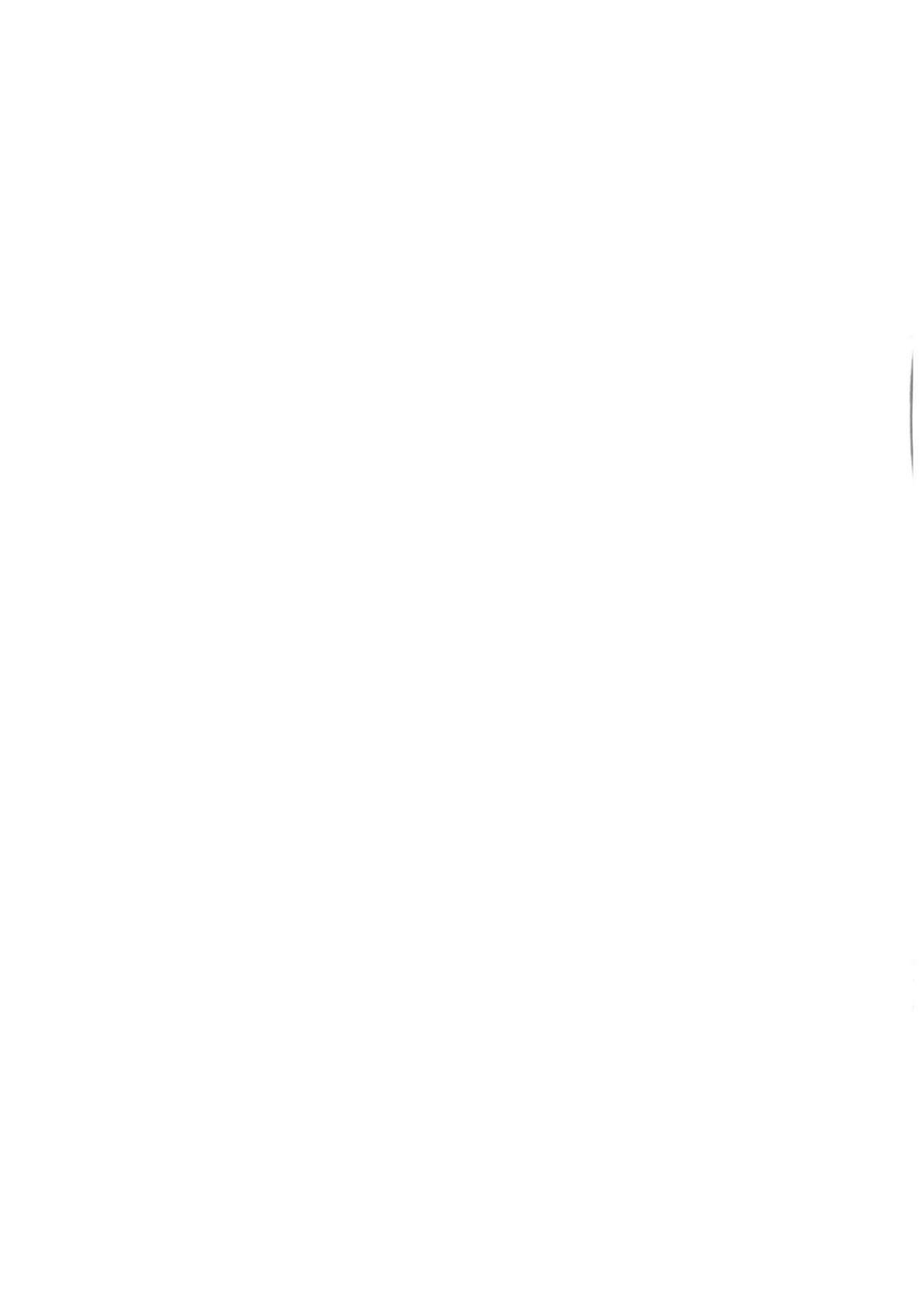
電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

民事訴訟法之研討(齒)

 民事訴訟法研究基金會

元照出版公司



民事訴訟法研究基金會暨 「民事訴訟法之研討」編輯緣起

一九八〇年初，在臺灣各大學講授民事訴訟法之教師，鑑於我國民事程序法之理論及實務水準亟待提升，追求學問之道，貴在時相切磋琢磨，定期性、經常性共同研討會有待倡行，乃於同年二月二十四日商定成立民事訴訟法研究會，自同年六月起每隔三個月舉辦研討會一次，各自選定題目輪流提出研究報告，進行共同研討，並予錄音記錄，然後將其內容整理成文，經依次發表於法學叢刊後，再彙編成冊。

為期民事程序法學之研究綿延不絕，必須有固定組織綜理其事；而自然人研究學術之生命有限，永久存在法人之研究事業則可延續無窮，乃由參加上開研討會之教師於一九九〇年十二月十六日，共同捐助基金發起成立財團法人民事訴訟法研究基金會，並任第一屆董事，負責推動上開研究事務，經報請法務部於翌年二月十九日許可設立財團法人，並經臺灣台北地方法院於同年月二十七日完成設立登記。

又，為防免資料散佚，特將上開歷次研討紀錄，依次輯為單行本，公諸於世。本書收錄第一三七次至第一四一次研討紀錄共五篇次，並逐篇於文前列明研討會次別，於文後註明原刊載之期別及年月，命名為「民事訴訟法之研討(誌)」。至於以前各次研討紀錄，共輯為二十三冊如本書附錄所載內容，均已分別出書（歷次研討會之論文報告人、參加討論人及共同研討內容，均詳如各該次研討紀錄）。

關於歷次研討紀錄之發表，多承法學叢刊社之協助，其內容之錄音整理，悉賴擔任記錄諸君（詳如本書各篇文前所載）之辛勞，而本書之編校，則承元照出版公司之協助，併此誌謝。

財團法人 民事訴訟法研究基金會

二〇一九年八月
於臺灣大學法律學院·臺北市

民事訴訟法研究基金會 組織章程與研究業務計畫

本會捐助及組織章程（節本）

- 第一條 本基金會定名為「財團法人民事訴訟法研究基金會」。（以下簡稱本會）
- 第二條 本會以研究民事訴訟法及相關程序之法制為目的，辦理左列事項：
一、定期舉辦論文發表及研討會。
二、發行刊物。
三、贊助與獎勵符合本會目的之個人或團體之有關研究。
四、促進國際民事程序法制之比較研究。
五、其他符合本會目的之業務。
- 第三條 本會設立基金共新台幣壹佰萬元。由陳珊、李學燈、張特生、史錫恩、王甲乙、楊建華、曹鴻蘭、陳榮宗、陳石獅、駱永家、陳計男、邱聯恭、范光群等十三人捐助。（依年齡先後序）
本會依法完成財團法人登記後，得繼續接受捐助。
- 第四條 本會會址設於台北市羅斯福路四段一號台灣大學法律學院內。
- 第五條 本會設董事會，其職權如左：
一、基金之籌募、管理及運用。
二、業務計畫之制定、推行。

- 三、內部組織之管理。
- 四、刊物發行與獎助事件之處理。
- 五、年度收支預算及決算之審定。
- 六、董事之改選（聘）。
- 七、其他重要事項之處理。

第 六 條 本會董事會由董事七至十五人組成。第一屆董事由原捐助人選任之。第二屆以後之董事，由前一屆董事會就曾在大學法律系所講授民事訴訟法或從事民事審判業務逾五年之法官，並參與本會論文發表會研究者選聘之。董事為無給職。

第 七 條 本會董事任期每屆三年，連選得連任，董事在任期中因故出缺，董事會得另行選聘適當人選補足原任期。每屆董事任滿前一個月，應召集董事會，改選（聘）下屆董事。新舊任董事並按期辦理交接。

第 八 條 本會董事互選一人為董事長，連選得連任一次。董事長綜理會務，對外代表本會。下設執行長一人執行會務，由董事長就董事中提名，經董事會同意聘任之。副執行長一人襄助執行長處理會務，由執行長提名，經由董事會同意聘任之。

第 九 條 （以下略）。

本會研究業務計畫（節本）

- 壹、本會研究業務，除章程規定或董事會另有決議外，依本計畫行之。
- 貳、本會研究論文發表及研討會，每三個月舉行一次。以三月、六月、九月、十二月第二週星期日下午舉行為原則。

- 參、本會董事原則上均應發表研究論文，其次序以年少者為先，年長者次之。但年逾七十歲之董事得依其志願行之。
- 肆、研究論文發表時，研討會得許對民事程序法有興趣人士及法律系所之同學旁聽。如須發言，應透過本會董事行之。但經會議主持人特許者，不在此限。
- 伍、非本會董事如在本會發表論文，應提出論文大綱，由董事二人之推薦，經董事過半數同意行之。
- 陸、在本會發表之研究論文，發表人保留出版之權利。但本會得在法學刊物發表及彙編發行，其報酬亦由本會取得。非董事在本會發表論文或發言者，應事先取得上述原則之諒解。
- 柒、本會得由董事二人之推薦，經董事會之決議，聘請對於民事訴訟法或其程序法有研究興趣之司法官、律師、教師與法律系所已取得學位或正從事民事程序法研究者為研究員，在本會參與研討或發表論文。
- 捌、各大學法律研究所民事訴訟法或相關程序法之碩士、博士論文，具有學術價值者，得經董事三人以上之推薦，由董事會視財務狀況決議獎助之。
- 玖、本會得經董事會之決議，與其他國家或國際性相同性質之學術團體作各項學術性之交流活動。

目 錄

- 137 確認身分關係存否訴訟之被告適格與
訴之利益 林玠峰等 1
- 138 公私法交錯之民事與行政訴訟審判權劃分
——大法官釋字第758號解釋評析... 魏大曉等 105
- 139 勞動調解程序之重構
——紛爭處理制度多元化與程序
之轉換..... 沈冠伶等 211
- 140 評最高法院106年度台上字第1193號判決
——再訪仲裁判斷經撤銷確定是否視為時效
不中斷之議論..... 陳鵬光等 305
- 141 假處分之當事人恆定效與本案判決效力
之擴張 許士官等 395

※附錄：民事訴訟法之研討(一)至(三)目錄

參與研討人

(依年齡先後及發言次別順序，分別示明
所參加之研討會次別及發言主旨之所在頁數)

- 孫森焱 (138)183~184
- 曾華松 (137)71~75，(139)254~257，(140)372~373，(141)438
~440
- 邱聯恭 (137)91~99，(138)108~109，153~154，179，184~
210，(139)288~296，299~300，(140)379~388，393，
(141)466~477，486~494
- 范光群 (137)89~100，(139)300~302，304，(140)375~376，
(141)477~479
- 沈方維 (137)85~88，(138)176~179，(139)273~277，(140)373
~374，(141)459~461，481
- 蔡志方 (138)173~176
- 詹森林 (138)183~184
- 陳真真 (137)60~62，(138)154~157，(139)277~279
- 魏大曉 (137)78~81，88，(138)109~150，154，160，179~180，
202~206，209~210，(140)376~378
- 許士宦 (137)81~85，(138)168~172，(139)279~285，(140)368
~372，(141)397~435，479~486
- 陳毓秀 (137)88~89，(138)151~153，(140)359~361，386，
387~390，(141)436~438，476，480~481
- 林明昕 (138)157~159
- 邱璿如 (139)270~273

- 沈冠伶 (137)75 ~ 78 , (138)165 ~ 168 , (139)213 ~ 288 , 302 ~ 304 , (141)454~456
- 陳鵬光 (137)89 ~ 91 , (138)180 ~ 183 , (139)285 ~ 183 , (140)306 ~ 354 , 388 , 390~393 , (141)456~458
- 林俊廷 (138)183
- 王欽彥 (137)70~71 , (140)354~359 , (141)449~454
- 郭書琴 (137)62~65 , (139)257~262 , (141)440~444
- 陳瑋佑 (137)65 ~ 70 , (138)160 ~ 165 , (139)262 ~ 270 , (140)361 ~ 368 , (141)444~449
- 楊博欽 (139)296~299
- 林玠峰 (137)3~59 , 101~103 , (141)461~466
- 劉 真 (141)458~459

確認身分關係存否訴訟 之被告適格與訴之利益

林 玠 鋒 等

研 討 次 別：民事訴訟法研究會第一百三十七次研討紀錄

報 告 人：林玠鋒

時 間：二〇一八年三月十一日下午二時至五時

地 點：臺灣大學法律學院第一會議室

主 持 人：范光群

參加討論人：陳真真 郭書琴 陳瑋佑 王欽彥 曾華松

沈冠伶 魏大嘍 許士官 沈方維 陳毓秀

陳鵬光 邱聯恭 范光群

【依發言先後序】

記 錄 人：蔡宥騏、陳彥竹

主 辦 單 位：財團法人民事訴法研究基金會

壹、問題之所在

一、現況與問題

二、【事例1】臺灣高等法院臺南分院105年度家上字第43號
判決

三、【事例2】臺灣高雄少年及家事法院106年度親字第1號、
106年度親字第8號判決

貳、確認身分關係存否訴訟的當事人適格

一、確認訴訟的當事人適格與訴之利益的關係

二、確認身分關係存否訴訟的原告適格與被告適格

參、確認身分關係存否訴訟之訴之利益——以確認親子關係存在 或不存在為例

一、概 說

二、方法選擇是否適當

三、對象選擇是否適當

四、即時解決的必要性與實效性

五、被告選擇是否適當（被告的當事人適格）

肆、結 語

范光群：

今天是民訴法研究會召開第137次的研討會，由輔仁大學林助理教授玠鋒以「確認身分關係存否訴訟之被告適格與訴之利益」為題作論文報告。剛才跟他溝通一下，報告時間大概為50分鐘，有必要的話，並非不可以酌情延長，報告結束後就循例由會員、各位教授發表高見，進行討論。關於論文內容，相信大家大概兩、三天前已經收到，現在就開始請林教授作口頭報告。

林玠鋒：

很高興今天有這個機會來民事訴訟法研究會報告。這是我第一次前來報告，是抱持著學習的心情，希望能夠多聆聽各位前輩的寶貴意見，也希望藉由此次報告及研討，讓自己有所成長。

我今天所報告論文的主題是關於確認訴訟的被告適格跟訴之利益，是以身分關係訴訟作為研究的核心。關於訴的利益跟當事人適格，是在訴訟法上相當重要，也很廣泛的概念。我這次的報告主要著重於事件的類型、事件的特性，以身分關係事件作為研究重心，然後針對兩個相關聯的，在訴訟中，訴的利益和被告適格方面的關聯性來作報告。整個報告比較著重於我國法的解釋論的觀點，也希望著重在實體法和程序法之間的聯繫接軌，還有相互協力的過程。

在我國，基於憲法第16條保障人民的訴訟權，可是基於整個國家司法資源的合理分配，也希望考量到審理的負擔及實效。從當事人的角度來講，也要考慮到利用民事訴訟制度的實際上的利益或是必要。這種起訴的正當利益或是必要性，就是訴的利益的問題。廣義訴的利益在本篇報告研究的範圍，主要涉及到兩個面向，一個是涉及訴訟主體的正當利益，也就是當事人適格，本報告是以被告適格作為比較著重的面向；另外一個就是狹義的客觀訴的利益的問題。

家事事件法於2012年施行之後，關於當事人適格，尤其是被告適格方面，首先是規定在家事事件法第39條，該條文對於被告方

4 民事訴訟法之研討(續)

面，原則是規定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。通說傾向認為，原則是固有必要共同訴訟。如果有一方死亡，則以生存者為被告。但是有個問題，如果應為被告之人全部都死亡的話，究竟以何人為被告，這個需要再進一步探討。關於被告適格的部分，涉及到固有必要共同訴訟，到底要承認到什麼樣的程度，以及在家事事件法上，關於身分關係事件的判決，也就是甲類、乙類的事件，有所謂對世效，以及以程序權保障為基礎的相關規範。這個部分，相關聯的程序機制為何，有必要進一步討論。另一個面向是所謂的起訴的必要性、實效性，狹義訴之利益的部分。家事事件法第67條其實也有規定就法律所定的親子或收養關係有爭執，如果有即受確認判決之法律上利益，可以提起確認親子或收養關係存在或不存在之訴。這個訴的利益怎麼去評價，也是接下來我會在這一篇文章討論的問題。

我在這篇報告裡面一開始前言的部分放了兩個實務判決，等一下也可以在相關問題的討論上，結合實務判決來說明。

首先，關於當事人適格的部分，在本篇所要報告的確認訴訟方面，一般認為確認訴訟在當事人適格的決定上，要依照具體個案的確認利益的實質歸屬為何，進一步作個別的判斷。所以在學說上，多數見解認為確認訴訟當事人適格有無的判斷，某程度是可以被吸收在確認利益有無的判斷中。原告適格方面，一般認為，有確認利益者，在具體的訴訟中，是有提起訴訟的必要性與實效性，用這樣的角度來決定何人是適格的原告。當然，決定何人是適格的原告與如果有多數的當事人或是利害關係人一起在訴訟上為共同訴訟時，訴訟標的法律關係是否要合一確定，這又是另外一個問題。關於被告適格的部分，身分關係訴訟的被告適格，在民法上，原則上沒有明文規定。訴訟法上，有的部分有規定，有的部分沒有。訴訟法上，怎麼去作適當的解釋，有必要考量實體法跟訴訟法的聯繫與接軌，也要考量相關規範的立法目的。以2012年施行的家事事件法來講，它是民事訴訟法的特別法，它所處理的是具有一定身分關係或

親屬關係之人所發生的紛爭，這種紛爭的性質和財產事件的紛爭不完全相同。一般認為，家庭在社會經濟發展上是扮演重要的角色，所以在對於家庭成員的照顧、人格孕育還有子女利益的保護的功能等等，某種程度有穩定社會的力量。所以一般認為身分關係事件的妥適處理，不是只有個人的利益而已，也與國家、社會的利益有關，具有一定的公益性。從事件性質具有一定程度公益性來講的話，在程序上也有相對應的需求，比如說，於確定的身分關係時，在一般社會或是一般第三人間，是有合一確定、明確劃一的必要。以身分關係訴訟而言，家事事件法第48條第1項就規定，關於身分關係事件的確定判決效力，有必要擴張及於第三人，也就是設有對世效的規定。除了這樣的對世效規定之外，又有所謂賦予關係人一定程度程序權保障的規範，這個規定在家事事件法第40條和第48條第1項但書以及第2項。我們可以瞭解，依家事事件法第40條跟第48條的規定，它形成一個就身分關係的統一處理、身分關係的劃一解決以及程序權保障的調和機制。關於家事事件法第39條的被告適格，它的立法與剛剛所提到的身分關係統合處理、劃一確定還有程序權保障的要求是有關的。在家事事件法第39條的立法理由中，提到為了加強判決的正當性，盡量避免事後爭執本訴訟的判決效力，所以應加強事前的程序保障，明確規定被告適格要件，篩選真正具有被告適格的特定人，期待能為充分的攻擊防禦，盡可能達到發現實體真實的目標，這是家事事件法第39條立法理由有提到的。當然，家事事件法其實某種程度在身分事件方面，酌採了職權探知主義，強化法官職權，進一步追求實體真實的發現，希望判決可以更正確，也期待成為判決效力擴張的正當化基礎之一。但是在整個程序法學的發展上，職權探知主義也不能說就是目的本身，它也是需要以程序權保障作為基礎。比如說，在法官強化職權的過程中，法院斟酌當事人沒有提出的事實或是職權調查證據時，也有必要使當事人或關係人有辯論或陳述意見的機會，當事人或關係人對於判決也會更為信服。所以，程序權保障也是職權主義的正當化基礎。從

6 民事訴訟法之研討(續)

這樣的角度來講，對世效有它所實現的目的，而對世效也以程序權保障作為正當化的基礎。除了對世效這樣的手段之外，另外可討論研究的就是被告適格方面，究竟是如何篩選適當的人作為被告適格，是不是以固有必要共同訴訟的被告作為當事人才會被告適格，這都是這裡所要考量的手段。所要追求的目的就如同【圖1】上所顯示的，如果以實體法的角度，一般會討論到身分關係的劃一的處理，是要避免因身分關係的不同判斷，使當事人的社會生活陷入混亂的狀況。這裡有維護實體法身分關係秩序的考量，涉及到如何實現實體法保護的目的，尤其是婚姻、家庭、子女利益保護的公益性等價值。而所謂紛爭一次解決，究竟是要追求什麼樣的目的？如果是實體法的基準來看，關於民法上身分關係的安定性跟一致性的要求，以謀求紛爭的劃一解決作為目標，也就是希望基準可以一致，就有判決效擴張或是定為固有必要共同訴訟的必要。這個某程度也是在尊重實體法秩序，實現實體法的價值。對世效或是固有必要共同訴訟的模式，從程序法的觀點來看，是希望紛爭可以統合處理，禁止反覆爭執裁判的效力。從這個角度來講，謀求統合處理、一次解決，是希望追求法安定性、身分關係安定、保護子女利益，這與實體法的目的有關；另一方面，也包含了追求訴訟經濟，節省司法資源、節省當事人勞力、時間、費用的程序法目的。所以我這裡要談的是，從家事事件法要定被告適格，從第39條的規範來看，它和第48條的對世效以及和第40條所謂的職權通知，或是賦予程序權保障的機制以及第39條固有必要共同訴訟，我們要去釐清什麼是手段、什麼是目的。對世效與固有必要共同訴訟原則是手段，身分關係的劃一處理或是紛爭一次解決，它所追求的目的就如同剛剛所提到的，包含實體法的身分關係秩序的維持或公益性價值的考量，也包含程序法追求訴訟經濟和節省時間、勞力、費用等等的目的。所以這裡就提到，要考量到這幾個制度的關聯性。

另外，關於具體事件的被告適格是不是要定為固有必要共同訴訟，它和職權通知參與訴訟制度的關係到底是什麼，也是要進一步

考量的，包含民事訴訟法第67條之1與家事事件法第40條等規定。如果賦予程序權保障的職權通知制度可以更健全，或是在實踐上能夠更徹底，那關於固有必要共同訴訟也不用過度拘泥於傳統的定性和歸類，因為畢竟固有必要共同訴訟是個手段，藉由職權通知制度，是不是某程度可以達到原本固有必要共同訴訟所要實現的目的，這個是我們可以討論的。

我在報告中，被告適格方面大體上考量這樣的程序制度要追求的目的，如果以確認他人間的法律關係存否的訴訟的被告適格，主要有幾個考量。

第一個，如果原告訴請確認的是財產關係，是以解決財產關係的紛爭為目的，一般認為固有必要共同被告的需求是比較低的；不過財產關係並不是本報告的研究範圍，只是一併的提及。如果在家事事件上，比如說像確認遺囑無效的訴訟，遺囑有效無效可能牽連到相關的繼承人、受遺贈人的權利義務，究竟是以誰為被告，比如說是以否認之人為被告就好，還是要將全體的繼承人列為被告？遺囑的有效或無效，大致上是影響到繼承財產的法律關係或是利益，所以原則上並不會要求到以固有必要共同被告來作為適格的當事人。另外一方面，一旦有數個利害關係人、數個繼承人或受遺贈人成為共同訴訟人，那遺囑的有效無效對於此等數人之間是應該要合一確定的，從實體法的角度，遺囑的有效無效是無法作不同的認定或矛盾的認定，這合一確定的要求是另外一個要注意的問題。

第二個，如果是第三人、利害關係人提起訴訟以確認他人間的身分關係是否存在，一般認為身分關係統一確定的需求是比較高的，為謀求身分關係的安定，考量涉及身分關係主體的身分地位與身分權本身，並兼顧程序權保障，所以原則上如同家事事件法第39條所規定的，以身分關係的雙方主體作為共同被告，這樣子當事人才適格，這是程序法上所明定的。如果身分關係主體一方死亡的話，考量到死者本身的身分關係已經消滅，值得保護的利益是比較低的，考量原告起訴的必要性跟實效性，還有司法制度解決紛爭的

功能，並沒有必要過度的擴大固有必要共同訴訟，所以以身分關係存在的生存方為被告即可，這是目前家事法的第39條所定的。

另外第三個，如果應為被告的身分關係主體都已經死亡，像在本報告裡面舉的【事例1】、【事例2】這兩個實務的裁判，涉及到身分關係主體已經死亡的情形，是不是要列繼承人為被告。這一點我們如果從事件性質來看，此時所爭執的其實並不是身分權的保障問題，大多是涉及到因繼承所衍生的財產關係的爭執，所以也考量到原告起訴的必要性、實效性，還有司法制度解決紛爭的功能，是不是只要以「否認原告主張的人」為被告就可以了，這是依照目前現行法的解釋，或許用這樣的角度來理解。

在立法論上，是不是要立法明文規定，在身分關係主體已經死亡的情形就以檢察官為被告，這是立法論上可以討論的。現行法上，也不是不能考量相類似的事件去類推適用相類似的規定，因為在家事事件法上，其實也是有以檢察官作為被告的規定，是不是可以類推適用，這也並不是一律不行的。當然，另外一個面向，在討論這樣的固有必要共同被告的當事人適格時，也要考量到現行的程序機制是如何賦予關係人程序權保障，以及身分關係的確定判決有對世的效力。這樣是不是某程度可以防止相同身分關係的紛爭再燃，是不是可以不用過度僵化去拘泥於向來關於固有必要共同訴訟的定性，這個是在被告適格方面，本報告主要在討論的。

再來，關於所謂的狹義訴的利益，就是從家事事件法第67條的規定來看，以及在一般訴訟法上所提到的訴之利益，它所考量的幾個面向。我這裡大概提到幾個面向，包括方法選擇是不是適當的問題，對象選擇是不是適當的問題（確認對象適格）、即時解決的必要性，也就是即受確認判決的法律上利益為何，以及關於被告選擇是否適當等，這四個是主要考量的面向。

關於方法選擇是不是適當的問題，向來其實有許多的爭議，在確認親子關係存否訴訟還有婚生否認訴訟間的關係作討論。關於確認親子關係訴訟跟婚生否認訴訟間的關係，要如何去考量？首先，

因為現行的民法上是有婚生推定跟婚生否認的制度，它規定在民法第1061條到第1063條，實體法上有它的規範目的與價值的考量。這個部分，目前多數說認為婚生否認訴訟的性質是形成訴訟，也就是婚生否認訴訟是以法院的判決去變更原有的法律狀態，使該受推定的子女溯及喪失婚生子女的地位，而且就該判決所生的身分關係變動，也希望當事人或一般第三人不要再爭執，謀求身分關係的安定與劃一的處理。親子關係存否訴訟不論在2012年家事事件法制定之前或制定之後，向來也都有所討論。關於親子關係存否訴訟是針對既存的親子關係是否存在這件事情予以確定、釐清，和形成訴訟是不一樣的。因此，學說向來多認為確認親子關係存否訴訟只有補充性，如果在可以提起婚生否認訴訟的情形，就不能提確認親子關係存否訴訟來取代，否則親子關係的立法規範會失其意義。這裡比較需要去討論的是，所謂不得提起確認親子關係存否訴訟，究竟具有什麼樣的意義。在學說上的討論，日本過去學界的討論有提到涉及訴權的濫用，也有提到是欠缺訴之利益，所以所謂的「不得」要怎麼去解釋跟評價，有必要再進一步探究。一般認為實體法上已經就家庭婚姻制度的社會性保障作了一些規範，比如說否認訴訟的主體有限制，起訴期間也有限制，一般是希望確認親子關係存否訴訟要在和其他家事事件法上的親子訴訟程序沒有目的上牴觸的時候，才可以提起。我們所舉的例子中，提到一個【事例3】，不過這個【事例3】因為只是我自己簡單的假設，並沒有具體的紛爭事實，而【事例1】與【事例2】則依照法院裁判的事實來敘述。先來看關於【事例3】的事實。比如說甲、乙是夫妻，乙在婚姻中曾經和丙發生性行為而生下A，婚姻中的甲男懷疑A的親生父親其實是第三人丙，親生父親丙也有意主張自己是孩子A的父親。於受婚生推定的情形下，甲男是法律上推定的爸爸，甲想要主張父子關係不存在，或者是親生父親丙想要主張父子關係存在，可不可以提起確認親子關係存否的訴訟呢？怎麼樣從確認訴訟的方法選擇是否適當，並就是否有即受確認判決的法律上利益進行判斷，這的確是一個難

題。假設當事人對於乙女在婚姻關係中受胎的事實以及A受推定為甲的婚生子女的法律狀態不爭執，原告只是認為沒有婚生否認權，但是想要透過確認親子訴訟來達到婚生否認的效果，是不是可行？比如說，這個例子中，甲男的否認期間已經過了，或者現行民法並沒有給親生父親丙婚生否認權，他們（甲、丙）要提起確認親子關係不存在的訴訟。像這種情形，就原告起訴的目的來說，有可能是不爭執目前民法所作的婚生推定法律狀態，這個起訴的實效性、必要性或許是比較低。從事件性質來看，身分關係訴訟或是親子關係訴訟和財產事件是不一樣的，財產訴訟的提起不至於會導致婚姻關係的不安定或家庭的不和諧或是子女的受教養權利受影響等問題。但是在身分關係訴訟，如果廣泛允許確認身分關係存否訴訟的提起，除了要考量起訴的必要性這個程序法觀點外，是不是有涉及到子女利益、身分關係安定與家庭和諧不受干擾的權利等系爭實體利益以外的利益保護問題，這些似乎很難完全從起訴必要性與實效性中抽離考量，很難完全脫鉤處理與評價。因此，原告在這種不爭執婚生推定的現狀下提起確認親子關係不存在的訴訟，一律解為有訴之利益，並不一定妥當。另外一方面就是，如果原告的婚生否認權沒有消滅的話，當然是可以提起婚生否認訴訟，法院就應該向原告闡明可以變更為婚生否認訴訟，比如民事訴訟法第247條第3項所規定法院應為闡明的義務，就算不為如此的規定，依照同法第199條第2項，一樣有這樣的闡明義務。我們看實務上，或許在婚生否認訴訟，法院的判決常常用確認訴訟判決的模式，引起了誤會，這其實是具有形成效果的；或是原告可能主張戶政機關登記和真實的親子關係不符，所以他想提這個訴訟。但什麼是「和真實的親子關係不符」，因為真實的血緣關係未必等於法律上的親子關係，如果原告起訴主要是在爭執和真實親子關係不符，他的目的是要變更戶政登記，因而提起這樣的親子確認訴訟。我們可能要進一步去釐清，原告起訴所要爭執的是什麼，這樣的確認訴訟是不是必要的。

初步來講，我是傾向認為，法官應該要求原告在起訴狀上要具

體化的表明為什麼提起這樣的確認訴訟。法官有兩個方向可以考量，一個是在訴訟要件或訴之利益上，如何篩選不必要的起訴；第二個就是，即使認為可能有值得保護的利益而要進入本案審理，這個具體化的表明也可以讓法院考量是不是要開言詞辯論，有「得不經言詞辯論」的空間，因為這和財產事件不大一樣，可能涉及到子女利益、身分關係安定跟家庭和諧不受干擾的權利。不過這具體的事件是比較複雜，因為也有可能親生父親與孩子因血濃於水而感情很好，受推定的爸爸甲也可能已經不想照顧小孩。所以具體事件也可能有不同認定的可能。

另外一個我這裡提到的面向是，如果原告對於A是不是推定為甲的婚生子女的身分關係現狀有爭執，起訴的目的是要釐清身分關係為何，這時會有不大一樣的考量。因為，在現行民法上的婚生推定制度可能一般人民不是那麼容易理解，所以這樣的身分關係不明確，我們要透過什麼樣的方式來釐清，其實也只剩下確認親子關係存在或不存在的訴訟可以釐清實體法到底安排什麼樣的婚生子女關係、有沒婚生的推定。比如說，依我【事例3】所舉的，乙女在婚姻關係存續中生下A，孩子的地位有可能有四種情況，我在註42有提到。有可能乙女的受胎在甲、乙婚姻關係中，而孩子在婚姻存續中出生不代表乙女在婚姻存續中「受胎」，所以，現行民法下，乙女如果是在婚姻中受胎，孩子就依照民法第1063條推定為甲的婚生子女，這是第一種。第二種，有可能乙女在婚姻存續中生下孩子A，可是卻沒有在婚姻存續中「受胎」，這時並不符合民法婚生推定的要件。比如說，甲、乙在孩子出生前的兩、三個月才結婚，可能是乙女婚前有性行為，但是乙女婚前和誰發生性行為，這還要進一步討論。如果乙女在婚前是跟第三人丙男為性行為，那甲、A就沒有法律上父子關係。第三種，假設在剛才所說的，甲、乙在A出生前兩、三個月才結婚，然後經調查，孩子的爸爸其實就是甲，也就是甲、乙是婚前性行為，這個事實上是透過法理或是依照民法第1064條準正的規定，使甲、A成為法律上的父子關係。第四種

就是，如同第一種所說的，乙女的受胎雖然是在婚姻中，可是有個從日本法發展而來的婚生推定限制論，在日本法上，婚生推定限制論也相當的複雜，現在通說、實務傾向採取外觀說，但是有外觀說、家庭破綻說、新家庭形成說等等的不同，所以這個是有爭議的。當然日本法跟台灣法是不一樣的，比如說在台灣法方面，婚生否認訴訟的主體有夫跟妻與子女，而日本法目前並不包含於妻和子女，否認權人的範圍是有差別的；還有，我們否認訴訟的期間是不是已經考量了關於在子女利益、身分關係安定跟家庭和諧等等的要素，已經作了某種程度的衡量，此部分實體法上與日本法也不完全相同。簡而言之，這樣的確認訴訟，或許可以釐清當事人對於孩子是否受推定為甲的婚生子女，發揮釐清、確定的效果，此時法院可以認為有訴的利益；但是進入本案有無理由的判決時，法院就要考量到目前民法上婚生推定跟婚生否認制度是怎麼樣規定的。一般的情形，如果乙女是在婚姻中受胎，那孩子是甲的婚生子女，所以這個訴訟，原則上確認甲、A父子關係不存在，那是實體法上無理由，原告會敗訴，但這是原則上的情形。至於在特殊情形要作什麼樣的考量，這是另外再去討論的問題。

另外談到像【事例1】，我在前言的部分有提到法院的判決，也就是臺灣高等法院臺南分院105年度家上字第43號判決。當事人間的關係就如同【圖2】所顯示的，這個例子有點複雜，比如說原告是Z，他所列的被告包括B、丁跟甲、乙、丙。這個例子裡面，原本X、Y是有婚姻關係的，後來X因為從軍失蹤了，民國33年失蹤，後來到44年7月的時候，法院為死亡宣告裁定。這個部分，X有幾個孩子，一個是A，那A後來死亡。再來B、丁、C，都是Y女所生，如果Y在婚姻中受胎B、丁、C，那B、丁、C依民法第1063條第1項推定為X的婚生子女。可是實際上，X那時候已經失蹤了，所以或許Y是從P男受胎生下B、丁、C。但是在當時的法律上，B、丁、C是不是推定為X的婚生子女，這個有必要加以釐清。一直到44年7月，X才宣告死亡，關於B、丁、C三個子女，其實在X死

亡宣告前，Y就已經受胎，在這個事件裡面，簡單的事實是如此。原告Z因為他自己基於A的繼承遺產的權利，如果B、丁、C不是X的婚生子女的話，A有二分之一應繼分；如果B、丁、C是X的婚生子女，那A就只剩五分之一應繼分。Z主張，因為A死亡，Z是再轉繼承，也就是A繼承X，Z又繼承A，當然Z有其他繼承人一同繼承A。其實實體法上到底如何繼承，這是本案有無理由要去判斷的問題，但是在判決中並沒有去詳述本案繼承關係的部分。Z是基於再轉繼承人的繼承權受侵害，想要提起確認訴訟來確認B跟X父子關係不存在、丁跟X父子關係不存在。至於C跟X，因為C已死亡，沒辦法列C為被告，只好列C的繼承人甲、乙、丙。這個例子跟我剛才提到的問題是類似的，關於民法第1063條的婚生否認制度，它在程序法上，是舊法時代的民事訴訟法第590條，現在則規定在家事事件法的第64條，是賦予繼承權受侵害之人，特定情形下也可以提起婚生否認訴訟。但是在具體的例子中，究竟原告的起訴目的是什麼、當事人在爭執什麼，還有待釐清。實務上，他們可能只是爭執戶籍登記與真實的親子關係不符。我們如果要討論所謂的訴之利益，剛剛第一種情形是說，原告因為婚生否認權已經超過法定期間，這個案子是已經遠遠超過法定期間，所以婚生否認訴訟是不可能再提，原告想要提起確認親子關係不存在的訴訟來達到婚生否認的目的，這是一種情況。或者，本例中的原告只是想爭執B、丁、C和X根本就沒有真實血緣聯絡，他可能主張，X那時已經失蹤了，所以他起訴的目的是想主張沒有真實血緣聯絡；但是，如同剛才所提到的，沒有真實血緣聯絡和目前的法律上的婚生子女關係，是未必一致的。所以他單純主張親子的血緣聯絡的事實，這樣子的確認訴訟方法選擇是不是有實益，或許就有待來釐清。這裡要進一步想，是不是要進一步去作爭點的整理，當事人有爭執是不是就能說一定有訴的利益，或許也不是很明確，因為要看他爭執的是什麼。有可能他根本就不爭執X的死亡時點，Y其實受胎都是在X死亡前，這也有可能是當事人不爭執的，如果這個狀況不爭執，有可能

原告只是誤解了民法上婚生推定的法律關係，此時，法院有必要向當事人曉諭或闡明，以這樣的原告起訴的事實觀之，原告應該提婚生否認訴訟，然後你誤解了關於婚生推定跟婚生否認的法律效果，這個部分有可能解為欠缺起訴的必要性。這個部分，在訴的利益與本案實體上的審理，有時候的確難以切割。如果和本案審理難以切割的話，也可以考量是不是將訴的利益與本案的審理同時並行，由法院進行審查，這個是欠缺起訴必要性或者是認為已經進入本案；即使寬認訴之利益，進入本案，也有可能是顯無理由。所以，具體的事件要看當事人間的利益狀態與原告起訴的目的，包括是不是可能構成訴權的濫用，而所謂的訴權濫用或是濫訴，它和欠缺訴之利益有某種的關聯性。所以這個是我們在第一個部分中提到的，或許可以透過在爭點整理過程中，尤其是先要求原告起訴狀上要具體表明，以釐清原告起訴的目的；再來，適度進行爭點整理。至於要不要進行本案言詞辯論，這又是另一個要考量的，我剛才有提到，這個例子跟剛才前面【事例3】有一點差別是，這個例子是繼承人要爭執繼承遺產，事實上對於死者的身分權、家庭和諧權利的侵害已經不大，因為A已經死了很久，X也是死了很久。所以像這個情形，或許就沒有剛剛【事例1】所提到的家庭和諧不受干擾的權利、子女利益保護這樣的問題，而只是涉及到遺產繼承權的爭執。此外，這個例子原告也可能主張B、丁、C根本不受婚生推定，因為X早就失蹤了。我們知道法律上X是44年才受死亡宣告，所以就要看當事人怎麼去具體主張、爭執。如果原告確實認為B、丁、C不受婚生推定，身分關係真的不明確，有必要透過確認訴訟來加以釐清，我們也只能依賴確認親子關係訴訟來釐清這樣的身分關係的爭議，比如說X的死亡時點已經比較明確的被證明是在Y受胎而生B、丁、C之前。既然X已經先死了，Y不能自X受胎，B、丁、C都不會推定成為X的婚生子女，原告有可能往這個方向去主張、爭執。另外可能的情形是，X受徵調至海外從軍而失蹤，如果援用日本法上所謂的婚生推定限制論，X從軍失蹤，這個狀況之下，B、

丁、C可不可以認為是婚生推定的例外，而不受婚生推定。日本學說與實務有認為，可直接提起確認親子關係不存在之訴。不過我國實務上從早期最高法院就一向不承認婚生推定限制論。其實這個部分要考慮的還有訴之利益與本案審理的難點，如果以這個例子來講，就算他們真的爭執X死亡後Y才受胎B、丁、C，問題是他們現在爭執X、B身分關係不存在或是X、丁身分關係不存在，實益大嗎？這個涉及等一下報告後面所提到的確認對象適格，過去的身分關係的確認是否有實益的問題。這樣的過去身分關係，其實原告也不一定要用確認身分關係的方式，或許他提起返還遺產的訴訟就可以。因為，當X已經死亡，Y才受胎B、丁、C，B、丁、C已經不符合繼承法上的同時存在原則，因而不能繼承X的遺產。所以B、丁、C如果無從繼承X的遺產，原告用確認親子關係存否訴訟，或許不是適當的方式，提起繼承回復訴訟或是遺產返還訴訟或許是比較適當的方法。再來這個案子，時點可說相當久遠，所以就算原告提起繼承回復訴訟或是遺產返還訴訟，也有可能已罹於時效或罹於法定期間。原告的起訴目的是要爭取遺產，此時，原告打一個前提身分關係的訴訟，在具體事案中，是不是真的有實益，可能是有問題的。

在具體個案中，也有可能認為過去法律關係是有確認的必要，這涉及確認對象的選擇是不是適當的問題。只要對於紛爭的解決是有效而且適當的，過去的身分關係其實還是可以作為確認的對象。我國實務方面，報告中提到最高法院70年台上字第468號判決，涉及身分關係主體死亡的情形，其實實務上較常見的爭執還是著重在繼承關係。該判決提到，即使父親已經死掉，原告想要爭執身分關係是否存在，進而解決所衍生的繼承關係，還是可以將死者與他人間的身分關係作為確認對象，甚至可認為有確認的利益等等。在日本實務方面，過去曾有一些爭議，但從日本最高裁判所昭和45年7月15日的判決之後，大體而言實務上傾向認為，即使父母已死亡，但是該親子關係如果是作為生存親屬者身分關係的基礎法律關係，

依此所衍生的法律效果，包括繼承關係，有可能現實上有法律上紛爭存在，為了解決這個紛爭，有提起確認訴訟的必要。判決中，大隅裁判官在補足意見中提到，為了直接而且根本的解決現時存在的紛爭，如果就該等權利或是法律關係的前提基礎，比如過去的基本法律關係或過去的身分關係予以確定可認為是適當而必要的話，那就可以認為有確認利益。我傾向認為在確認對象適格方面，盡量不要太嚴格的去審查。確認對象適格在民訴第247條的規定，在修法後，其實對象適格方面也放寬了，要考量到程序法的意旨；對象適格如果在審查方面太過嚴格，也可能影響到整個確認訴訟的功能。較重要的，我認為還是在即受確認判決的法律上利益，就是即時解決紛爭的必要性與實效性方面，所以對象適格並不需要那麼嚴格去要求。

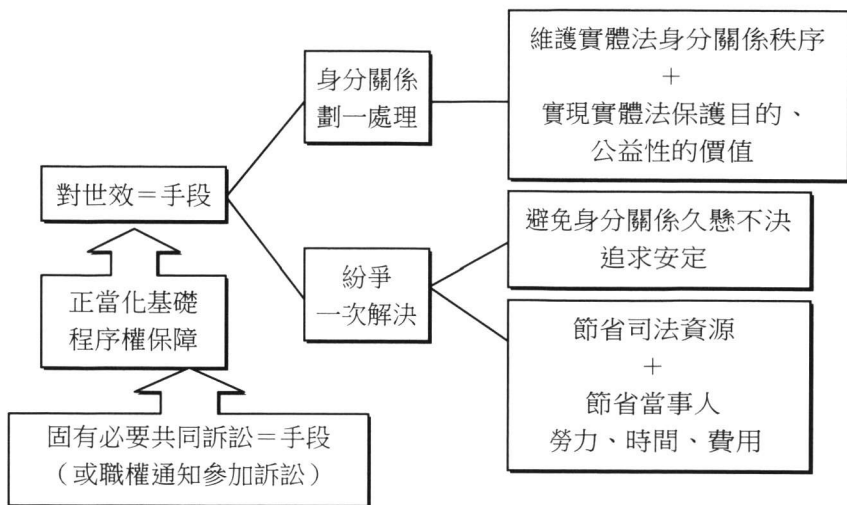
所謂即受確認判決的法律上利益，即時解決的必要性與實效性，通說實務向來強調法律關係存否於當事人間不明確，這個不明確導致原告權利或其他法律上地位有不安的危險，此不安危險有以確認判決除去的必要等等，這個是在向來所理解的。這個部分在報告所引的兩個事例，【事例1】跟【事例2】這兩個法院的裁判原則上都傾向認為，雖然親子關係之一方有人死掉，比如說父親死掉，但是因為他們在戶籍登記上還有必要加以更正，所以導致關係人間的身分關係陷於不明確，所以認為原告還是有即受確認判決的法律上利益。甚至實務上，這個【事例2】的判決認為，其實當事人之間對於親子關係根本就已經不爭執，【事例2】如同【圖3】所示，其實法律上的爸爸媽媽是登記為X、Y，但實際上的生父是丙，實際上的生母是乙，原告是甲，甲是這個孩子。事實方面，其實當初可能長輩有什麼樣的要求，希望他們作這樣的登記，而現在當事人主張戶籍登記誤載。如果當事人間就身分關係根本不爭執，可是戶政機關需要一個法院的確認判決來加以更正，實務上在這裡認為也是有現實解決紛爭的必要性。【事例2】這個例子，共同被告中應為被告的人X已經死掉了，所以將檢察官列為被告，但其實這個部

分，家事事件法並沒有明定。所以下一個問題就是，被告選擇是不是適當。這個我們剛剛在前面的被告適格事實上已經討論過了，這裡可以考量立法論上是不是要將檢察官作為公益的代表者，然後明定將檢察官作為被告。檢察官作為當事人而遂行訴訟，可說是居於法定訴訟擔當的職務上當事人的地位，是代表整體的檢察官，而不是檢察官個人。所以，某種程度這是化解被告不存在的窘境，來保障維持原告訴權的實效性；其實，一般也認為這是一種便宜之計，因為在具體的例子裡面，到底要列誰為被告，會成為問題。是不是要讓原告負擔搜索繼承人的不利益呢？在多數繼承人裡面，要以全體繼承人為共同被告，還是原告可以選擇其中一個繼承人作為被告，這是有疑問的。這個部分，繼承人也有先順序與後順序的差別，還有關於繼承權喪失、拋棄繼承、代位繼承，這些可能要去認定的繼承資格問題。這個部分，究竟列檢察官為被告或是列繼承人為被告，何者較為妥當，仍有檢討的必要。在民事訴訟研究會的第133次研討會中，沈方維法官所報告的離婚再審之訴的當事人適格問題，其實也有提到是不是要列繼承人為被告。那個部分是離婚形成訴訟，我們這裡所討論的是關於確認訴訟，但其實考量的法理是共通的，包括固有有必要共同訴訟的被告適格與確定判決對世效和程序權保障的觀點，它們間的相互協力，有必要作進一步的考量。對於固有有必要共同訴訟，是不是要作比較寬鬆或是比較不僵化的理解？除了本報告的確認訴訟，其他型態的訴訟也可能有類似的問題，比如說民法第1067條的認領子女訴訟，目前通說認為是形成訴訟，如果生父已死亡，依民法第1067條第2項可以提起認領子女訴訟；可是生父已經死了，所以須列生父的繼承人作為被告，這是目前民法第1067條第2項所明定；但問題是，再來就沒有去進一步規定，到底要列全體繼承人還是列部分繼承人為被告。實務上，查詢下級審的判決，這樣的形成訴訟，有些下級審說要以全體繼承人作被告，否則被告不適格；也有一些判決說不需要以全體繼承人為被告。所以這是不是要去考量到剛剛所提到的，關於被告適格方面和

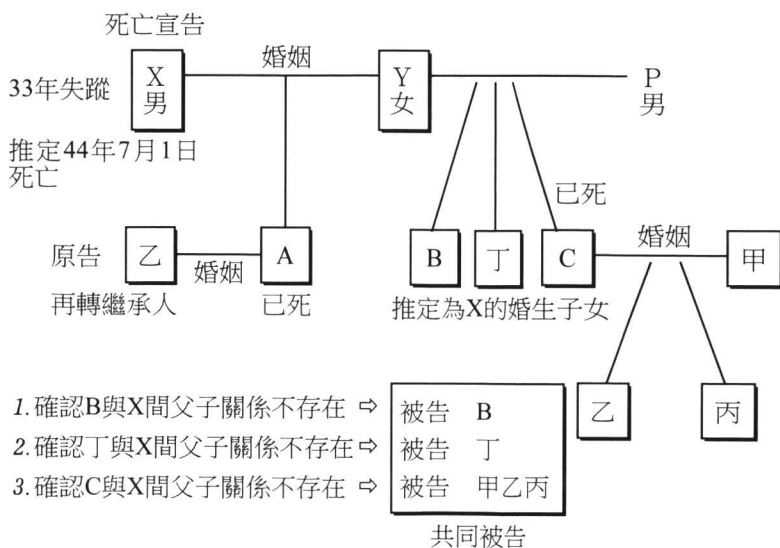
相關的程序保障機制還有對世效的機制等相關聯的關係。在本報告中，一方面是說被告適格，要考量到固有必要共同被告與對世效還有程序保障之間的關聯性；至於被告方面，立法上要不要如同日本人事訴訟法第12條第3項增訂以檢察官為被告，我覺得這是立法論可以討論的問題，或是要不要在現行法上去類推適用其他以檢察官為被告的規定。如果以繼承人為被告比較符合實務上解決他們繼承紛爭的需求，考量社會上紛爭的實態，其實列繼承人為被告也可以。但是不是要嚴格要求固有必要共同被告，本報告認為或許就沒有必要這麼嚴格。

至於在確認利益這幾個考量，我認為其實它們也很難去割裂或是獨立的個別認定，其實各個要素之間，它們的基準是有相互補充與協力的功能，比如說，我們沒辦法認為確認對象適格就是一個單獨的獨立要件。而方法選擇是不是適當，我覺得考量到可能和實體法的關係，比如說剛剛婚生否認制度在實體法上的立法目的是什麼，有必要加以考量，不要發生衝突，進而在程序法上，考量實際上是不是有解決紛爭的必要性與實效性。所以這個部分，或許在它們幾個要素間，是可以相互協力與補充，而不是割裂、獨立的去認定這些基準。關於被告適格方面，因為是著重在篩選有實益或是欠缺實益的訴訟，那是不是要將被告適格要素也適度的納入確認利益中去判斷，因為所需考量的要素有一些是關係密切的甚至是重疊的，所以我想要素之間的關聯也是相當重要的。以上是我今天的報告。【報告論文書面全文如下】

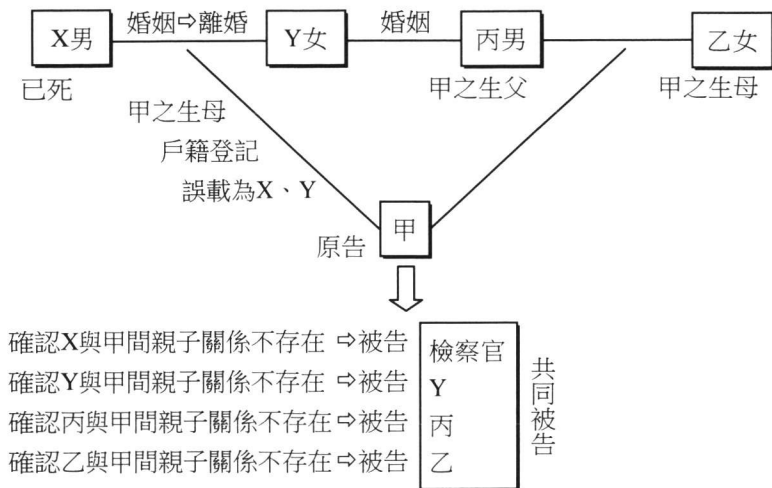
【圖1】



【圖2】事例1圖示



【圖3】事例2圖示



壹、問題之所在

一、現況與問題

人民於私法上之權利受侵害或就法律關係發生紛爭時，當事人得向法院起訴，請求法院依法進行最終之裁判，以解決紛爭；對此，我國憲法第16條亦有保障人民訴訟權之明文規定。然而，此種向法院起訴之權利並非全無限制，從國家整體司法資源之合理分配的立場而言，有必要考量審理之負擔與效率之問題；從當事人方面言之，當事人如非有利用民事訴訟制度之實質上利益或必要者，即不得利用¹。此種起訴之正當利益或必要性，即屬「訴之利益」之問題，其係指能夠令被告應訴而要求法院下本案判決之必要性及實際效用而言²。

¹ 駱永家，《新民事訴訟法 I》，2015年，103頁。

² 邱聯恭（講述）、許士宦（整理），《口述民事訴訟法講義(二)》，2017

關於身分關係訴訟主體方面之正當利益（當事人適格），家事事件法第39條規定：「第三條所定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1項）。」「前項事件，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（第2項）。」舉例而言，甲為父親，乙為子，如具有原告適格之第三人丙欲起訴請求確認甲、乙間父子關係不存在時，須將甲、乙列為共同被告；如於起訴時甲已經死亡，則僅以乙為被告即可。然而，若系爭身分關係之主體即甲乙均死亡時，具原告適格之丙應列何人為被告，即有疑問。2012年施行之家事事件法，僅針對否認子女之訴、確定母再婚後所生子女其父之訴及生父死後認領之訴，規定於起訴時應為被告之人均已死亡者，得以檢察官為被告（參見家事事件法第63條第3項、第65條第3項、第66條第1項）。至於其他身分關係訴訟中應為被告者均死亡時，家事事件法於第50條第3項規定：「依第三十九條規定提起之訴訟，於判決確定前被告均已死亡者，除別有規定外，由檢察官續行訴訟。」然而，原告起訴時，若應為被告之人均已死亡，因訴訟尚未繫屬，無從適用前揭第50條第3項「由檢察官續行訴訟」之規定，此時，究應如何決定適格之被告為何人，即成為問題。家事事件法第39條之規定，於應為被告者均已死亡之情形，並無「以檢察官為被告」之規定。此種情形，是否以身分關係主體之繼承人為被告始適格？如其繼承人為被告，則應以何繼承人為被告始為適當？是否應將全體繼承人列為共同被告（固有必要共同訴訟）始為適格？實務上，對此亦有不同之見解。是否應全盤考量家事事件法上關於「被告適

年，102頁。關於訴之利益概念之界定、本質及訴之利益欠缺時之法院裁判形式，於民事訴訟法研究會第43次研討會已有論文報告與討論。參見呂太郎，〈訴之利益之判決〉，《民事訴訟法之研討(四)》，1993年，415-463頁。

格」、「固有必要共同訴訟」、「確定判決的對世效」、「職權主義」以及「以程序權保障作為對世效之正當化基礎」等互為關聯之程序機制後再為評價，實有進一步探討的必要。

關於原告就身分關係求為判決之必要性（客體的訴之利益、狹義訴之利益），家事事件法第67條第1項規定：「就法律所定親子或收養關係有爭執，而有即受確認判決之法律上利益者，得提起確認親子或收養關係存在或不存在之訴。」此規定之立法理由言明：「為免導致濫訴，就得提起確認之訴之原告，僅限有即受確認判決法律上利益之人，始得提起。至於有無上開法律上利益，應依具體個案情形判斷之，而與本案請求在實體法上有無理由之問題有別。」所謂「即受確認判決之法律上利益」，為一不確定法律概念，於判定時所應考量之要素為何，並不明確。再者，確認親子關係存否之訴是否得提起，並非不須考量此方法之適當性及其與其他身分關係訴訟間之目的關聯，此涉及實體法與程序法之交錯領域。隨著社會生活狀況之持續變化，身分地位與親子關係之爭議型態甚為多樣與複雜，於確認親子關係存否訴訟中，「訴之利益」究應如何妥為解釋、評價以發揮排除無益訴訟之功能，是否應就判斷確認利益所需之基礎事實與本案實體判斷所需之基礎事實予以區別，並釐清該等事實群究應於訴之利益要件中審查，抑或於認定本案實體上有無理由時進行審查，仍有待釐清。又，在確認身分關係存否訴訟之被告適格問題上，若著眼於確認訴訟的確認利益，是否可認為被告適格的認定一事宜被確認利益的判斷所吸收？此亦涉及確認訴訟中當事人適格與確認利益之適用關聯。此等問題，實有待進一步的探討。

關於身分關係主體一方死亡時，具法律上利害關係之第三人提起確認親子關係存否訴訟之情形，其所涉及的當事人適格與訴之利益問題，本文擬以下述法院判決為例，進而提出具體的問題，並作進一步的探討。