

说明

【分类】民事诉讼法之研讨(八)

【出处】民事诉讼法之研讨（八）

民事诉讼法研究基金会整理，悉赖担任纪录诸君（详如本书各篇文前所载）之辛劳，而本书之编校，则承台北地方法院萧法官忠仁主持、并由台大法律学系廖文孜、王惟琪、朱德明、杨扩举、杨佩蓉、郑凯榕诸君协助，特并此志谢。

财团法人 民事诉讼法研究基金会

一九九九年九月

于台北市

民事诉讼法之研讨（八）目录

【分类】民事诉讼法之研讨(八)

【出处】民事诉讼法之研讨（八）

民事诉讼法之研讨（八）目录

- 64 确认诉讼实务问题之研究……………曾华松等……1
65 关于夫妻离婚后未成年子女监护之诉讼……………吴明轩等……87
66 任意之当事人变更……………陈荣宗等……175
67 电磁记录在民事诉讼法上之证据调查方法……………曹鸿兰等……239
68 共同共有物诉讼之当事人适格……………吕太郎等……305
※附录：“民事诉讼法之研讨”（一）至（七）之目录

“民事诉讼法之研讨”编辑缘起

【分类】民事诉讼法之研讨(八)

【出处】民事诉讼法之研讨（八）

一九八〇年初，在国内各大学讲授民事诉讼法之陈珊、李学灯、姚瑞光、张特生、杨建华、陈荣宗、陈石狮、骆永家、陈计男、邱联恭、范光群诸先生（依年龄先后序），鉴于我国民事诉讼法之理论及实务水准亟待提升，追求学问之道，贵在时相切磋琢磨，定期性、经常性法学研究会有待倡行，乃于同年二月二十四日商定自同年六月起每隔三个月举办民事诉讼法研讨会一次，各自选定题目轮流提出研究报告，进行研讨，并予录音纪录，然后将其内容整理成文，依次发表于法学丛刊。循此方式，经第一轮次以后，史锡恩、王甲乙、曹鸿兰等先生（依年龄先后序）相继参加。又许士宦及吕太郎等先生自第四十二次研讨会，曾华松、雷万来等先生自第四十六次研讨会，吴明轩先生自第六十次研讨会起，亦先后与会。

为使民事程序法学之研究绵延不绝，乃由张特生、史锡恩、王甲乙、杨建华、曹鸿兰、陈荣宗、陈石狮、骆永家、陈计男、邱联恭、范光群诸先生（依年龄先后序）于一九九〇年十二月十六日共同发起成立财团法人民事诉讼法研究基金会，并任第一届董事，负责推动上开研究事务，经于翌年二月完成法人设立登记。

又，为防免资料散佚，特将上开研讨纪录，依次辑为单行本，公诸于世。本书收录第六十四次至第六十八次研讨纪录共五篇次，并逐篇于文前列明研讨会次别，于文后注明原刊载之期别及年月，命名为“民事诉讼法之研讨（八）”。至于以前各次研讨纪录，共辑为七册如本书附录所载内容，均已分别出书。

关于历次研讨纪录之发表，多承法学丛刊社之协助，其内容之录音

参与研讨人

（依年龄先后顺序，分别示明所参加之研讨会次别及发言主旨之所在页数）

吴明轩 (64)59 ~ 61,(65)89 ~ 112,114 ~ 116,155 ~ 158,(66)208 ~ 210,(67)279 ~ 281,(68)307~308,365~366

张特生 (64)76~78,(66)210~211,(68)337~338

王甲乙 (65)116~122,(66)206~208,(67)259~261,(68)333~335

杨建华 (64)49~51,(66)198~204

曹鸿兰 (64)71~72,(65)89,(67)241~253

陈荣宗 (64)51~54,(65)122~125,(66)177~194,228~231,(67)253~254,(68)335~337

陈石狮 (64)61~63,(65)139~141,(66)227~228,(67)277~279

曾华松 (64)3~49,78~79,(66)211~212,(67)265~275,(68)341~343

骆永家 (64)64~57,(67)255~257,(68)355~359

陈计男 (65)112~114,(66)194~198,(67)275~277,(68)338~340

邱联恭 (64)72~76,79~86,(65)141~155,158~173,(66)222~227,231~237,(67)285~303,(68)359~365,368~374

范光群 (66)204~206,(67)257~259

雷万来 (64)63~64,(65)133~136,(66)212~214,(67)263~265,(68)343~346

郑杰夫 (66)214~216,(67)281~282,(68)354~355

许士宦 (64)67~71,(65)129~133,(66)216~222,(67)282~285,(68)346~353

吕太郎 (64)54~59,(65)125~129,(68)308~333,366~367

林望民 (65)136~139,(67)261~263,(68)353~354

确认诉讼实务问题之研究（之一）

【分类】民事诉讼法之研讨(八)

【作者】曾华松

【出处】民事诉讼法之研讨（八）

【页号】1-49

研讨次别：民诉法研究会第六十四次研讨纪录

报告人：曾华松

时间：民国八十六年五月二十六日上午九时至十二时

地点：台湾大学法学院会议室

主持人：张特生

参加讨论人：杨建华 陈荣宗 吕太郎 吴明轩 陈石狮 雷万来 骆永家 许士宦
曹鸿兰 邱联恭 张特生（依发言先后序）

纪录：周宜勋 阮咏芳

壹、前言

貳、确认诉讼之诉讼标的
叁、确认诉讼之权利保护要件
肆、确认诉讼之诉之声明
伍、确认诉讼与给付诉讼
陆、确认诉讼与形成诉讼
柒、确认诉讼判决之效力
捌、结论——有了善法，还要大家能善用

——2 页——

张特生：

我今天担任主持人，一如往例，请报告人在一个小时内做成报告，现在就请报告人曾华松大法官开始报告。

曾华松：（用口头摘要说明如下的论文书面）

楔子

（一）自六十七年九月二十九日起至八十五年十二月二十日止，司法院关于诉讼权之解释计共用三十六件、即：释字第一五四、一六〇、一七〇、一八二、一八七、一九二、二一一、二一三、二二〇、二二四、二二九、二三〇、二四三、二五六、二六九、二七三、二九七、二八八、二九五、三〇二、三〇五、三〇六、三一二、三二一、三二三、三三八、三五三、三五五、三六八、三七四、三八二、三八六、三九三、三九六、四一六、四一八。其中一六〇号明示，对于诉讼权，法律得衡量诉讼案件的性质为合理的规定；二五六号指出诉讼权之规定，旨在确保人民有依法定程序规定提起诉讼及受公平审判之权益。（二）自十六年起至六十八年止，关于民事诉讼法第二百四十七条（确认诉讼）的最高法院判例有三十六则、其中自四十九年起至六十四年止，与该条有关之案例选登在司法院公报者有三十三件，其中有十二件嗣著成判例，未著成判例者二十一件。（三）最高法院四十九年台上字第一四七九号判决，刊登于司法院公报第二卷第十期，但嗣未选为判例，其裁判要旨如左：股东常会对于公司营业报告、资产、负债、财产目录损害计算之审核、虽与公司股东有密切权利义务关系，究非法律关系之本身，不能为确认之诉之标的。至请求宣告决议无效，自决议之日起已逾一个月、依公司法第一百八十三条规定，自属不得提起。

——3 页——

（四）最高法院六十年台上字第四八一六号裁判要旨，刊登于司法院公报第十五卷第三期，但嗣选其中（一）为判例、其（二）则未选为判例。选为判例之（一）文字稍有修正。原裁判要旨（一）（二）如左：（括弧内文字为现判例文字）(1)确认之诉（按积极确认之诉），只须主张权利之存否不明确（主张权利存在），对于否认其主张者提起，当事人即为适格。否认之人有数人者，除有必须合一确定之情形外，无法令对否认全体提起确认之诉之理由。(2)无论上诉人已在该地通行若干年、既未依民法第七百七十二条、第七百六十九条或第七百七十条登记为地役权人，亦无通行地役权可言。

壹、前言

一、诉权之存在要件

诉权存在之要件为三种，一为关于诉讼标的法律关系之要件，二为关于保护必要之要件，

三为关于当事人适格之要件（注一）。关于当事人适格之要件，乃当事人就为诉讼标的之法律关系有无实施诉讼权能，而关于保护必要之要件，则为该诉讼标的是否受实体判决之一般资格，而有受理审判之现实必要性，均为诉讼程序上事项，故应为“诉讼上权利保护要件”（注二）。而关于为诉讼标的法律关系之要件，乃为私法上权利义务是否存在之要件，故应为“实体上权利保护要件”（注三）。“诉讼上权利保护要件”，应依职权调查之，不适用处分权主义之原则，有关事实之举证责任，均由原告负之，经判决确定后无完全之既判力。“实体上权利保护要件”，适用处分权主

—————4 页—————

义之原则，不得依职权调查之，有关事实应依举证责任分配之法，由两造分别负举证之责，经判决确定后，有其既判力（注四）。法院于审理权利保护要件时，在次序上应先审查诉讼上权利保护要件中之当事人适格要件与保护必要之要件，于其要件有欠缺时，即应以判决驳回原告之诉，无庸再就实体上权利保护要件为审理（注五）。

二、诉之种类

诉可分为给付之诉、确认之诉及形成之诉三类。给付之诉者，为要求法院命被告为一定给付之判决之诉。确认之诉者，为要求法院确定私法上之法律关系成立不成立，或证书真伪之判决之诉。形成之诉者，要求法院确定私法上形成权存在，同时因形成权之行使，依判决宣告法律关系发生、变更或消灭之诉。给付之诉之诉讼标的，为原告对于被告以诉或反诉所求判决范围内之私法上请求权。确认之诉之诉讼标的，为原告对于被告以诉或反诉要求判决范围内，所确定其成立或不成立之法律关系，或用以证明私法上法律关系之证书是否由作成名义人作成之事实。形成之诉之诉讼标的，为原告对于被告以诉或反诉所求判决范围内之可致某法律效果之形成权。

给付之诉，须主张在私法上有请求权，或就该请求权有处分权或管理权之人为原告，以其义务人为被告。确认之诉，原告须就判决所确认之法律关系，有法律上之利益。亦即积极确认之诉，须为确认之法律之关系之归属人，或依法律规定为该诉讼授与权能之人为原告；消极确认之诉，以被告之不当主张，致其法律上之地位，有不安之危险者为原告。积极确认之诉，应以对于原告主张存在之法律关系有争执为被告；消极确认之诉，应以对原告主张其有一定之法律关系存在者为被告。在确认之诉之当事人适格要件，与后述保护必要之要件，

—————5 页—————

常为一事之两面，亦即以确认判决之法律上利益，认定其当事人是否适格（注六）。至规定形成之诉之法律，固通常将该形成之诉之正常当事人一并加以规定，其未并就形成之诉之正当被告加以规定时，应以与形成之法律关系有最密接之关系，且因形成判决在法律上直接受影响者，作为正当之被告（注七）。

现在给付之诉，其诉讼标的之请求权已届履行期，而未履行时，即有权利保护之必要；将来给付之诉，有事实足证其请求权届期有不被履行之虞时，亦得起诉（注八）。确认之诉，须原告有即受确认判决之法律上利益，始得提起之（注九），亦即因法律关系之存否不明确，致原告私法上之地位有受侵害之危险，而此项危险得以对于被告之确认判决除去者，即足当之（注一〇）。主证明私法上法律关系真伪之证书，固得为确认之诉之标的，惟须该证书之真伪不明确，致原告法律上之地位有受侵害之危险，即时有以确认判决除去之必要，始得提

起之。形成之诉，法律有明文规定得为形成之诉时，亦即法律所认之形成权存在时，当然有保护之必要。

三、诉讼成立要件与权利保护要件

诉讼成立要件是否存在，亦即起诉合法不合法之认定，以起诉时为准。即一经起诉，应首先为调查，如认不具备者，应以裁定驳回之。权利保护要件是否存在，亦即起诉有无理由，则以言词辩论终结时为准。权利保护要件中，关于诉讼标的之法律关系之要件是否存在，依当事人之辩论定之。至关于当事人适格之要件及保护必要之要件是否具备，法院则应依职权调查，不问当事人曾否主张。原告之诉欠缺权利保护要件之一时，法院应认其请求为无理由，以判决驳回原告之诉，初不问其所欠缺者“诉讼上权利保护要件”，抑或“实体上权利保

——6 页——

护要件”而有不同。此项判决，由被告观之，为保护其权利之判决，亦即被告之权利保护要件已具备（注十一）。

四、诉之利益与诉讼权

给付之诉、确认之诉及形成之诉之分类，不过着眼于判决内容之效力。即原则上，给付之诉及确认之诉，只有相对之效力，形成之诉原则上对世之效力。给付之诉之判决有执行力，形成之诉及确认之诉之判决原则上无执行力。语云：“无利益即无诉权”，亦即无论上述何种诉讼之提起，均以有保护之必要为前提，而所谓保护之必要，核属不确定之法律概念，若当事人认为有保护必要因据以提起民事诉讼，而法院则认为无保护必要而予以驳回，其以此为理由所为驳回之判决，若无相当足以使人信服之合理理由支持之，即与宪法第十六条保障人民诉讼权之意旨有所抵触。良以宪法第十六条所保障人民之诉讼权，其实现所应遵循之程序及所应具备之要件，应由立法机关衡量诉讼之性质，以法律为正当合理之规定。诉讼之目的即在发现真实，实现正义。民事诉讼之起诉，何种情形下，始认为有保护必要，民事诉讼法第二百四十六条（将来给付之诉之要件）、第二百四十七条（提起确认之诉之要件）及其特别程序诸如：婚姻无效、撤销婚姻、确认婚姻成立或不成立、收养无效、撤销收养、确认收养关系成立、不成立、否认子女、认领子女、认领无效、撤销认领、就母再婚后所生子女确定其父、宣告停止亲权、撤销其宣告、撤销死亡宣告之诉、更正死亡时间等，以及民法第五十六条（总会决议之无效及撤销）、公司法第一百八十九条（股东会决议之撤销）、第一百九十一条（股东会决议之无效）及公职人员选举罢免法第一百零一条（选举或罢免无效之诉之提起）、第一百零三条（当选无效之诉）、第一百零三条之

——7 页——

一（资格不合当选无效之诉）第一百零八条（管辖法院）等有具体规定外，何种情形，原告为有即受确认判决之法律上利益者，法律并未明确界定其范围，自得由受理法院，依具体个案之争议事实，认为有予以保护价值及必要者，本于全辩论意旨，根据调查证据之结果，依经验法则及论理法则合理认定之，尤应从防止滥诉及简单省费之权利保护必要加以考量（注十二）。切忌置人民诉讼权于不顾，不问具体个案之个别事实，有无具有权利保护必要或利益，率以单纯事实无保护必要、法律行为效力不得确认、过去法律关系一概不得确认，即以不具备“诉讼上权利保护要件”为理由，一律予以驳回（注十三）致人民之合法权益，未受保障，丧失了有权利即有救济之法治原则。

五、诉讼要件法定之真谛

自有生民以来，莫不有讼。讼也者，事势之所必趋，人情之所断不能免者也（注十四）。圣人所谓“使无讼者”，乃曲者自知其曲，而不敢与直者讼，非直者以讼为耻，而不肯与曲者讼也。若不论其有情无情，而概以讼为罪，不使之得尽其辞，曰：“吾欲以德化民。”是大乱之道也（注十五）。柳子厚曰：“假物者必争，争而不已，必就其能断曲直者而听命焉”（注十六）。按宪法第十六条所谓人民有诉讼之权，乃人民在司法上之受益权，指人民于其权利受侵害时，有提起诉讼之权利，法院亦有依法审判之义务而言（注十七）。惟为遏止当事人之滥诉，浪费司法资源，此项权利之行使，自得以法律为合理之规定（注十七）。诉讼要件（诉讼成立要件及权利保护要件）之法定，即系遏止诉权滥用之法律规定（注十八）。申言之，无论给付之诉、确认之诉、抑或形成之诉，均受诉讼要件法定之合理限制。顾以民事诉讼法第二百四十七条规定：“确认法律关系成立或不成立之

诉，非原告有即受确认判决之法律上利益者，不得提起之；确认证书真伪之诉亦同。”过于抽象，涉及不确定法律概念之阐释及运用，爰就确认诉讼之诉讼标的，确认诉讼之权利保护要件、确认诉讼之诉之声明、确认诉讼与给付诉讼之关系、确认诉讼与形成诉讼之关系，确认诉讼判决之效力等，在实务上应如何运用，始合乎宪法保障诉讼权及法律杜绝诉讼权滥用之规定，做一个简单报告。在座的各位，对确认诉讼的程序，实体问题有研究的很多，仍须多多指教。

贰、确认诉讼之诉讼标的

一、权利、法律关系或证书之争议

确认诉讼之诉讼标的，为原告与应受判决事项之声明所表示一定权利或法律关系存在（或不存）之权利主张。单纯之事实或事实关系，均不得作为确认之诉之客体，惟依民事诉讼法第二百四十七条设有例外规定，即证书真伪得成为确认之客体。确认诉讼，专以公权确定权利（或法律关系）或证书之真伪，解决私人间之纷争，故确认判决，仅赖既判力作为解决纷争之唯一支柱。为确认对家之权利或法律关系或一定范围内之事实，由于既判力之作用，对将来法律关系之规律继续具有重大之意义。是确认诉讼之诉讼标的，以法律性质或一定范围事实之决定为其本质上之要素，且于诉之声明及判决主文内亦须特定之。

二、确认之对象必须特定

于确认诉讼，诉求确认之权利或法律关系或证书必须特定，不仅原告诉之声明须表明其法律之性质，或证书之种类，如“确认买卖关

系存在”或“确认所有权存在”或“确认某遗书为真正”，判决主文亦应载明所确认者为何种权利或何种证书。确认诉讼之诉讼标的，恒附有其法律性质或证书性质之决定，绝无未附有此种性质决定之诉讼标的存在。证书例如：遗书、委托书、票据、借据、契约之真伪固得诉求确认，若非证明一定法律关系之证书例如医生出具之诊断书真伪则不得为确认之诉之客体。惟应注意者，确认证书真伪之判决，其确认之效力，仅在认定制作证书之事实是否真实而已，至证书记载内容是否与客观事实相符，则无确认之效力。证书之真伪得诉请确认，已如上述，惟其诉请确认，须证书之真伪，即证书是否由作成名义人作成，有不明确之情形

始得提起。原告起诉主张股东会议事录内容不实，而提起确认之诉，既非主张该议事录是否由作成名义人作成，有不明确之情形，而诉请确认，自与请求确认证书真伪之诉之要件不合（注十九）。

三、不得诉外裁判

诉讼上求为确认何种性质之权利，应由原告特定，法院不得以适用法规为其职责，而确认与原告诉求者相异之权利（注二〇）。例如：原告起诉，本于买卖关系有效存在之原因，诉请确认就买卖标的物之 A 房地之所有权移转登记及交付请求权存在，自属合法。法院若以请求权系基于其他法律关系而发生之原因，其本身并非法律关系为理由，予以驳回原告之诉，固属于法无据，若以买卖契约尚未消灭，出卖人拒不予履行，核属其他法律关系问题，予以驳回原告之诉，亦非有合法根据；若反于当事人已明确表明之起诉意旨，遽谓：“上诉人提起本件确认之诉，虽其诉之声明系求确认右开请求权存在，而其真意实系以买卖契约并未消灭，仍得根据原约请求履行为理由，求为确

认两造买卖关系仍属存在之判决”（注二一），亦非有据。良以请求权，与所有权、地上权、抵押权、质权、地役权等，既均属实体法上具有特定意义之权利，当然得为确认之诉之客体。此与仅以教学上之用语，如店住权、铺底权、使用权、用益权、担保权、营业权等作为确认之诉之对象时，尚待审判长阐明。经阐明后，原告仍不叙明补充其所主张之确切权利或法律关系者，应以其诉讼标的之不确定，应认其诉为不合法而应予驳回者有间（注二二）。

四、确认诉讼与其他诉讼类型之比较

确认诉讼中，关于权利不存在之确认诉讼，可视为给付诉讼或形成诉讼之相反形态，其诉讼标的，自与通常确认诉讼之诉讼标的不同。此际附有实体法上性质决定之请求权、形成权或其他权利之主张，并诉讼标的，而得求为给付或形成或行使权利之地位不存在之主张，始为诉讼标的（注二三）。在确认诉讼，系以“求为判决确认两造间就某特定物有租赁关系存在”，或“求为判决确认某特定物为原告所有”等形式，将确认之权利或法律关系及其范围，表明于诉之声明，故其诉讼标的之凭北已能识别，无另以请求之原因事实补足之必要。其纵令于诉状叙明请求原因事实，如记载所有权取得原因，亦只属攻击方法而已（注二四）在给付诉讼或形成诉讼，因谕知所诉求之给付命令或形成效果，诉讼标的原则上即已特定，无更详载其具体内容之必要。于确认诉讼则稍有不同。为适应纷争之实际状况，或仅判断地上权或租赁关系存否即可者，或更就其具体内容（例如租金数额、租赁期间、使用条件等）有所争执，须加确定始能解决当事人间之纷争者（注二五）。

五、公法关系与单纯事实不得在民事法院诉求确认

民事诉讼法上所指确认之诉，自以涉及私权、私法上法律关系或证明私法上法律关系证书之真伪为限，始得为之，从而自不得提起确认纳税义务不存在之诉（注二六），亦不得提起确认具有公法关系之毕业证书真正之诉（注二七）。但法律别有规定者，例如再审之诉则属例外。

六、实质探求当事人之真意与阐明权之行使

诉讼标的为诉之要素之一，乃诉讼之客体，亦为审判之对象。通常情形，诉讼标的应为私法上权利或法律关系，惟在确认证书真伪之诉，则为事实之确认。诉讼标的必须与原告主张之原因事实相结合，始为完整（注二八）。起诉意旨，有无表明诉讼标的，应综合全辩论意旨及诉状加以观察，不得拘泥于所用形式上之文字，诉讼标的有不明者，审判长应依民事诉讼法第一百九十九条行使阐明权。诉讼标的已明者，法院应不待他求，即据以依其限定之裁判范围加以裁判固矣；若确认诉讼之诉讼标的确系权利或法律关系之具体争议事件，而非单纯事实之确认，自不能因语意学上表达文字之不同，遽认为核系单纯事实之确认于法不合，予以驳回原告之诉。因为，法律是一种阐释性的概念（注二九），法律是衡平及至善之术，于司法实务上其运用，自应秉持公平正义的理念出发，在不违反滥诉原则之下，审慎判断，省思均衡，合理彻底解决当事人间之民事纷争（注三〇）。由公平与权力之关系的分析来看，法官断案时，必须要问：“谁的公平？何种理性？”（注三一）。值得注意的，法律是经验而非逻辑，法律的控制绝非一种“僵硬性的控制”（*acaseiron control*），而是密切关

联著自由与支配两种观念的“可塑性的控制”（*a plastic control*）。因此，其所呈现出来的规律性，乃是“软性规律”（*soft regularities*）。不同于物理的规律性，“软性规律”嵌在人类记忆、学习过程、目标追求、行为调适、及斟酌选择等重现的经验中，但常因学习创新而持续不久（注三二）。法律重在灵活运用，而不强行装扮“千篇一律”模样，乃是一件刻不容缓之事。

七、不合逻辑之前后矛盾判例、决议及解释

适用法律如果不重实质上之合理灵活运用，即会产生不合逻辑之矛盾，在实际生活上甚致窒碍难行。兹以确认诉讼之诉讼标的为例，例示如左：

(1)最高法院六十二年十月三十日决议认为得提起确认亲子关系存在或不存在之诉，与最高法院四十八年台上字第九四六号判例：身分之存在与否，系事实问题，不得为确认之诉之标的，显有抵触（注三三）。

(2)最高法院四十八年台上字第九四六号判例认为身分之存在与否，系属事实问题，不得为确认之诉之标的，与同院二十三年上字第三九七三三号判例：如有提起确认身分之诉之必要，自可随时提起，显有冲突（注三四）。

(3)最高法院三十二年上字第二二五七号判例认为契约之有效与否，本属一种法律问题，不得为确认之诉之标的（三十三年院字第二七七五号解释、三十三年上字第四八八五号、三十七年上字第五九八号判例意旨亦同），与同院二十六年渝上字第三五〇号判例：被上诉人所述起诉原因之事实，上诉人与甲订立之契约为双方通谋而为之虚伪意思表示，……原审确认该契约为

无效（二十六年院字第一六七三号解释同此意旨认为可提起确认破产管理人所为撤销为无效），显有冲突。

(4)最高法院七十四年二月五日民事庭会议决议谓：应买人所投之标经法院决定其得标后，又经认其为废标者，应买人得另提起确认买卖成立之诉，以求救济，与司法院三十三年院字第二七七五号解释谓：契约为法律关系发生原因，非即法律关系，本不得为确认之诉之

标的，显有冲突。

八、身分、契约等之有效、无效及存在或不存在均得确认

身分、契约为事实抑或法律关系？最高法院判例、决议及司法院解释前后不一致，已如上述。事实上，所谓身分，在法律上而言，离开身分关系，即无讨论之意义。将身分视为单纯之一种事实而否认人之身分关系，于法律解释之目的而言，恐非适宜（注三五）。此种身分关系存在不存在之争执，即法律关系存在或不存在之诉之一种。若当事人间就一定身分关系之存否，对现在所争执之权利义务有法律上之利益者，自得提起确认身分关系存在或不存在之诉，俾以解决法律争执（注三六）。同理，当事人间对于契约等法律行为有效与否以及法律行为是否已因解除、终止或撤销而消灭，发生争议，若法律行为之存否，对现在所争执之权利义务有法律上之利益者，自得提起确认契约等法律行为“有效或无效”或“成立或不成立”或“存在或不存在”之诉（注三七）。

九、现在之权利或现在法律关系之解释

确认之诉之诉讼标的，必须限于现在之权利或法律关系始可，过

去或将来发生之权利或法律关系均不能成为诉讼标的（注三八）。惟依据关于以该过去之权利或法律关系之存在与否或者效力之有无为前提的现存法律关系，而为根本统一解决所必要者，亦得为确认诉讼之标的（注三九）。从而，某甲主张自七十五年三月十日起受雇在 A 国小以技术工友缺担任警卫工作，于八十一年二月一日为 A 国小非法解雇，乃于八十二年一月三十一日因雇佣契约有关退职条件成就而消灭雇佣关系；遂诉请确认两造间之雇佣关系自七十五年三月十日起至八十二年一月三十一日止期间仍属存在之判决，事关该期间内某甲工资给付请求权是否存在之现存权益，自仍得诉请确认，而不得遽引最高法院四十九年台上字第一八一三号判例，认为系过去之法律关系，而无即受确认判决之法律上利益。就此台湾高等法院八十五年十月九日八十五年度劳上更（四）字第七号，以过去之法律关系，无即受确认判决之法律上利益为理由，据以驳回某甲之请求，固有未合；同案最高法院八十六年二月十四日八十六年度台上字第四〇六号判决，认为法律关系是否已过去，乃以起诉之时点加以认定，设诉讼系属后，原告就继续性之法律关系（如雇佣关系），因某种事由之发生，而将不定期之法律关系之确认予以限定终止点，亦不关诉讼标的之法律关系已过去之问题，是确认之诉是否为过去之法律关系，应以起诉时为断云云，亦无合法之根据（注四〇）。

十、得否提起总会、股东会决议无效确认诉讼，实务上见解尚非一致

最高法院于司法院秘书处发行之司法院公报第二卷第十期刊载如下裁判要旨，即：“股东常会对于公司营业报告，资产负债，财产目录损害计算之审核，虽与公司股东有密切权利义务关系，究非法律关系之

本身，不能为确认之诉之标的。至请求宣告决议无效，自决议之日起已逾一个月，依公司法第一百八十三条规定，自属不得提起”云云，即自知其上段在法律上无有合法根据，致迄今未将其采为判例。诘知对于确认诉讼之具有“预防司法”之作用，能充分发挥解纷止争之功能，竟舍而不用，而采“僵硬性的控制”，著成八十二年度台上字第一九五号判例（注四一），认为原告起诉主张股东会议事录内容不实，而提起确认之诉，既非主张该议事录

是否由作成名义人作成，有不明确之情形，而诉讼确认，自与请求确认证书真伪之诉之要件不合云云，殊有违司法求真求实之精神，且违背民事诉讼法设立确认诉讼周全保障人民权益之立法目的。良以社员总会或股东会之决议欠缺成立要件，法律上自不能认有总会或股东会或其决议成立或存在。总会或股东会决议为基础，其后发生或进展多数法律关系，为期安定此等法律关系，就决议之不存在，有划一确定之必要性，此与撤销其决议及宣告决议无效并无差异，自有保护必要，确认决议不存在之诉，如有即受确认判决之法律利益者，股东、董事、监察人以外之第三人均得提起（注四二）。

依实务上之见解，认为不得援用民法第五十六条规定诉请宣告合作社社务会议决议（注四三）、社团法人理监事会决议（注四四）、财团法人之董监事或评议员会决议或选举（注四五）无效之诉。至能否对各该决议或总会或股东会决议提起无效确认诉讼，实务上采否定之见解（注四六），但亦有认为其起诉，苟有即受确认判决之法律上利益，自应准许者，例如前日本最高裁判所审判长松田二郎即认为宣告股东总会决议无效，系属形成诉讼之性质，其原告并不以有即受确认判决之法律上利益为必要，其起诉反而对所属公司不利者，得参照日本行政案件诉讼法第三十一条（相当于我国行政诉讼法修正草案第

一百九十九条之情况判决），基于特殊情况而为驳回之情况判决，此与依民事诉讼法规定所为确认诉讼，以有诉之利益始得请求之情形不同（注四七）。我国一九〇四年仿自德、英、日之公司律所定股东会决议违反商律或公司章程之决议撤销权，系向商部为之，与其他国家之法制系向法院为之者不同（注四八）。公司律之内容一部分仿自日本一八九九年（光绪二十五年即明治三十二年）商法。按日本明治二十六年施行之旧商法对于股东会决议违法瑕疵之救济，未设任何规定，依当时学者冈野敬次郎于明治三十二年所著“新商法施行就いて心得”一文五十一页所说，股东会之召集，对于股东之一未发召集通知者，其决议不生效力亦即其决议全然无效。明治三十二年制定之日本商法第三十二条始规定：“股东会召集程序或其决议方法，违反法令或章程，股东得诉请法院宣告其决议无效。前项请求应自决议之日起一个月内为之。非董事或监察人之股东提起前项决议无效之诉，其股票应提存之。法院并得因公司声请，命其提供相当之担保。”此乃日本现行商法撤销决议之诉（日本商法第二四七条至第二五〇条，相当于我国现行公司法第一百八十九条）之滥觞。明治三十二年日本商法将股东会之召集程序或其决议方法，违反法令或章程其决议为无效视为当然，此有明治三十一年商法修正案参考书第一五〇页可考，法院不过是根据股东之诉求而为无效之宣告而已。不过，既属无效，当时何以又限定应于一个月因为之始得提起此诉，自不免令人有矛盾之感。因之，在当时日本学说上引发了此一无效宣告究属诉讼事件抑或非讼事件之争论，此又有明治三十五年志田钾太郎会社法论第五九一页可资参阅，如果是诉讼事件究应以何人为相对人，其当事人始适格同书亦对之表示怀疑。又在当时日本学界多数认为该诉为确认诉讼之性质。而此种诉讼如为原告胜诉之判决，其效力是否及于第三人？

当时日本商法未设规定，则依当时日本民事诉讼法之规定，其判决效力自以当事人间为限。惟当时日本商法学者青木彻二于其所著会社法论（明治四十一年）第四七九至四八三页则有不同卓见，认为此种宣告决议无效之判决确定者，具有创设之效力，不但对原告有其效

力，且及于其他股东。因为，若不如此解释，将有失商法之立法精神云云。青木彻二博士此一论点遂成为日本今日商法撤销决议之诉所由规定之理论端倪。此种宣告决议无效之判决，既有创设的亦即形成判决之性质，因之，昭和十三年（民国二十七年）日本商法修正，将原来之“决议无效之诉”，修正为“决议撤销之诉”，以示其判决的性质，并非无效之确认，而系形成之诉的性质。至于此种“决议撤销之诉”之判决，如果原告胜诉，其判决效力是否及于第三人问题。先是于明治四十四年（一九一一年）修正日本商法第一百六十三条第二项准用同法第九十九条之四：“设立无效之判决对于非当事人之股东亦有效力”之规定，继而于昭和十三年（民国二十七年）修正之日本商法第二百四十七条第二项准用同法第一百零九条第一项规定：“判决对于第三人亦有效力。”至于以股东会议之决议内容违反法令或章程为理由请求确认其决议无效之诉，截至昭和十三年日本商法修正第二百五十二条增列：“第一百零九条……，于以股东会之决议内容违反法令或章程为理由请求确认决议无效之诉，准用之”的规定以前，日本商法就此，并未设任何规定。因之，在此期间，只能依日本民事诉讼法之一般规定，得提起无效确认诉讼，惟仍不免面临不能解决之难题。例如，股东会决议选任之董事，纵令嗣经诉请法院判决确认其决议无效确定。其判决之既判力，亦仅诉讼当事人间受其拘束，其效力并不及于其他股东。从而，该当选之董事，仍不失为其他股东所属公司之董事，致无从根据该确定判决向公司主管机关声请董事涂销登记

。因之，昭和十三年修正日本商法规定将“确认决议无效之诉”的原告胜诉确定判决效力一律及于第三人（注四九）。既属无效确认诉讼，何以原告胜诉确定判决之效力及于第三人？根据参与昭和十三年日本商法修正案审议之学者松木“株式会社法改正の要点”一一〇页指出；此乃一般无效确认诉讼确定判决具有对世效力之特色使然。日本当时另一学者中田淳一教授，在其所著：“确认诉讼の二つの类型”（法学论丛六〇卷一、二号泷川博士还历祝贺纪念号）第一八八页以下及一九三页，则从另一角度立论，认为权利关系之争，有二种类型。一为其权利关系之争，仅相对的存于原被告之间。一为其权利关系之确定除当事人之外，其余全体利害关系人，亦有一律确定之必要为目的者。前者，称为通常型或个别型之确认诉讼；后者称为特殊型或合一型之确认诉讼。日本商法第二百五十二条“确认决议无效之诉”属于后者，亦即特殊型或合一型之确认诉讼。日本学者兼子一于其所著条解民事诉讼法Ⅱ二〇四页，民事诉讼法大系一四六页则认为：公司设立无效、合并无效、股东会决议撤销之诉及日本商法第二百五十二条“确认决议无效之诉”均属形成诉讼。我国学者陈荣宗教授亦采形成诉讼说（注五〇）。邱联恭教授对此并有详细的比较法分析，可供参考（详民事诉讼法研究基金会民事诉讼法之研讨（四）页五〇至六四，三民书局，八十二年十二月）。

民国五十五年七月十九日我国公司法修正，于同法第一百九十一条规定：“股东会决议之内容，违反法令或章程者无效。”而民法总则于七十一年一月十四日修正时，增列第五十六条第二项：“总会决议之内容违反法令或章程者无效。”其修正理由载明：“总会决议之内容违反法令或章程者，其决议当然无效，无待请求法院宣告，爰修正增列第二项（参考公司法第一百九十一条），以防不法之徒假藉社

团名义，作成违法决议，危害公众安全。”此种规定，显然与三十五年四月十二日修正

公司法第一百八十三条亦即五十五年七月十九日修正公布现行公司法第一百八十九条规定：“股东会之召集程序或其决议方法，违反法令或章程时，股东得自决议之日起一个月内，诉请法院撤销其决议。”之股东会之召集有程序上之瑕疵，应于一定期间诉请法院撤销判决确定，其决议始失去效力者不同。亦即前者，无庸法院判决为无效之宣告，即当然不生效力。因之，我国学者王甲乙教授认为，总会或股东会决议无效之诉，应属确认之诉而非形成之诉（注五一）。杨建华教授于其所著：股东会决议无效得否为确认之诉之对象（客体）一文，明白指出下列数点，即：(1)依现行公司法规定股东会决议无效，不得提起形成之诉。(2)得否提起确认股东会决议无效之诉，以“法律事实”得否为确认之诉之对象，而有不同之见解。(3)最高法院就得否提起确认股东会决议无效之诉，近年来实务上之见解尚非一致。(4)股东会决议内容违法，应以得提起确认之诉为宜，惟是否应以立法方式解决，尚值商榷。并于同文结论中论述指称：股东会决议虽为法律事实，但此一法律事实，常为多数法律关系之基础，如能为确认之标的，能使当事人间纷争关系概括的根本解决，应符诉讼经济之原则，立法政策上则以仿日本商法，明文许其提起确认之诉为宜（注五十二）。诚属的论。此征诸前揭日本商法修订经过历史自明。良以，在未于我国公司法增列法条明白规定宣告股东会议决议无效或确认股东会议决议无效对于第三人并有效力以前，纵令遽行宣告或确认其无效，其既无对世效力之法律根据，则此种诉讼徒凭当事人间受拘束之结果，亦无法根本统一解决依存于该决议内容之其他多数利害关系人之法律关系。从而其不安之危险，仍然无法除去，自欠缺保护必要之要件，其遽行起诉，自无从准许，应予驳回。若谓：股东会

之决议有效无效，纯属单纯之事实，无从为确认诉讼之诉讼标的，似与事实未尽相符。

叁、确认诉讼之权利保护要件

有无诉之利益，应就具体案件分别观察之

确认之诉，须原告有即受确认判决之法律上利益，始能认有保护之必要。而所谓有即受确认判决之法律上之利益，系指因法律关系之存否不明确或证书之真伪不明确，致原告私法上地位有受侵害之危险，此项危险即时有以确认判决除去之必要而言。若此种危险，不能以确认判决将之除去者，即难认为有即受确认判决之法律上利益（注五三）。法律关系之存否，不必客观的不明确，只须主观的不明确已足（注五四）。至是否有即受确认判决之法律上利益，应就具体案件分别观察审认。尤应就当事人之适格、诉之声明及诉讼标的以及当事人起诉之目的，综合观察之。法院不得图结案之方便，置解决当事人民事纷争之职责于不顾，或以两造间法律关系并非不明确，或以并非主张证书真伪不明确等程序上理由，遽行核驳。

(1)最高法院八十年度台上字第一五八号判决

最高法院八十年一月二十五日八十五度台上字第一五八号上诉人即原告李某与一号上诉人即被告台北市国语实验国民小学间，请求确认值夜轮值工作之自由权存在事件认为：李某在国语实小受雇担任警卫，依法令不得拒绝学校之排班值夜，有相关法令在卷足凭。可见两造间本于雇佣关系所生之权利义务关系，并非不明确，即不得谓其有即受确认判决之法律上利益，因据以驳回上诉。殊不知所谓法律关系不明确，只要当事人之一造主观不明确即足当之。是本件未从欠缺“实体上权利保护要件”，予以驳回，而以欠缺“诉讼上权利保护要件

”为由，予以核驳，自有可议。

(2)最高法院八十二年度台上字第一九五号判例

最高法院八十二年度台上字第一九五号判例认为：“民事诉讼法第二百四十七条请求确认真伪之诉，须证书之真伪，即证书是否由作成名义人作成，有不明确之情形始得提起。本件上诉人系主张该股东会议事录内容不实，而提起确认之诉，并非主张该议事录是否由作成名义人作成，有不明确之情形，而诉请确认，自与请求确认证书真伪之诉之要件不合。”而民事诉讼法采辩论主义，举凡法院判决之范围及为判决基础之诉讼资料，均应以当事人之所声明及所主张为限。审判长之阐明义务或阐明权之行使，亦应限于辩论主义之范畴，不得任加逾越，否则，即属违背法令（注五五）。若当事人坚持主张确认股东会议事录内容不实，固应以单纯事实不得为确认诉讼之诉讼标的而据以驳回原告之诉。惟如经阐明之结果，其真意乃主张股东会决议内容不存在或股东会决议内容违反法令规定或违反章程而无效，则应进一步审究其决议内容所涉及之法律上利害关系人，是否均已列为诉讼当事人，如均已列入而复无其他善意第三人可受保护之情形，则其不安之危险，既可利用确定判决既判力之主观范围，予以完全除去，自难谓其诉讼上权利保护要件有欠缺。同理，亲属会议之决议如有无效等之原因，而其全员及法律上利害关系人均已成为诉讼当事人者，自得对之提起亲属会议决议无效、不成立确认之诉（注五六）。

关于法人之理监事会、董事会、社务会议等之决议如有无效之原因，得否对之提起确认无效之诉，我国实务上虽采否定之见解（注五七），学者王甲乙教授亦同（注五八），惟本于有权利即有救济之原则，基于同上理由，若已将该法人本身以及所有与该决议有关之法律上利害关系人及善意第三人，均列入诉讼当事人，则其不安之危险，

利用确定判决既判力，既非不能除去，自无不准提起之理（注五九）。

(3)最高法院五十六年台上字第二一二七号判决

法律关系之不明确，苟原告主观上认其有此法律上地位有不妥之状态存在即可（注六〇），但此种不妥或不安之状态，若纵经法院判决确认，亦不能除去其不妥之状态者，即难认为有即受确认判决之法律上利益（注六一）。例如：债权人石某依确定判决为执行名义，声请执行法院就张某之妻周氏名义之财产予以查封执行，周氏以其与张某已离婚并无七十四年六月三日民法修正前夫妻法定财产制之适用，不得强制执行等情，提起异议之诉。经第三审认定债权人石某声请法院实施查封周氏之财产在公证离婚之后，周氏提起异议之诉，尚非无据，而为周氏胜诉判决确定。其后石某另以张某与周氏之公证离婚系通谋虚伪意思表示无效，伊能否就周氏名义之财产而为强制执行，应以张某与周氏间之婚姻关系存在与否为断，乃提起确认张某与周氏间婚姻关系存在之诉。最高法院五十六年八月十四日台上字第二一二七号判决谓：“上诉人（指债权人石某），除能提起再审之诉外，应受该确定判决之拘束，不得再就被上诉人周氏名义之财产为强制执行，其提起本件诉讼，即无确认判决之法律上利益，难认有保护必要。”（注六二）。

(4)最高法院五十七年台上字第一五二一号判决

又原告主张执行法院依债权人之声请，查封拍卖之房屋系伊等继承故母而取得所有权之财产，并非债务人张某所有，被告黄某投标买受（未领得权利移转证书），伊等在私法上之地位，有受侵害之危险，以债务人张某及买受人黄某为被告，诉请确认伊等就房屋之所有权存在。最高法院五十七年六月十四日台上字第一五二一号判决要旨略

谓：“上诉人并未主张债务人张某有否认上诉人对于上开房屋之所有权存在之任何事实，从而其对于其上诉人张某提起确认该房屋所有权存在之诉，当事人显非适格。至于上诉人所称执行法院查封拍卖本件房屋，使其在法律上之地位，有受侵害之危险，系由于被上诉人张某之债权人林某声请查封拍卖所致，上诉人不对于债权人林某提起异议之诉（强制执行法第十五条），而对于投标拍定并已缴足标金之其上诉人黄某提起确认该房屋之所有权存在之诉，纵令获得胜诉之判决，亦不能排除法院所为之强制执行，亦即不能除去其所谓之危险。（注六三）。

(5)台湾高等法院七十九年度上更（二）字第一九九号

确认法律关系成立或不成立之诉，非原告有即受确认判决之法律上利益，不得提起，固为民事诉讼法第二百四十七条所明定。惟所谓确认判决之法律上利益，诸凡法律上有保护必要与价值之权利与利益均包括在内。职是之故，八十五年一月二十九日台湾高等法院七十九年度上更（二）字第一九九号请求确认著作权不存在事件，明白指明：“所谓确认判决之法律上利益，并非概指权利而言。凡在私法上得有效取得之利益，亦属之。例如无人享有著作权之著作物，人人皆享有重制或销售之利益是。查上诉人远流公司提起本件诉讼，系请求确认上诉人远东公司就上开著作之著作权不存在，核其目的，系指上诉人远流公司之著作权不存在，上诉人远流公司即享有重制或销售之利益。尚难谓上诉人远流公司提起本件消极确认之诉，并无即受确认判决之法律上利益（注六四）。

(6)最高法院六十年台上字第一八三一号判决

确认判决之法律上利益之存在与否，应由法院依职权调查，至有关事实之举证责任应由原告负之（注六五）。有即受确认判决之法律

上利益存在，固得据以提起确认诉讼，惟依法律之特别规定，关于确认诉讼之正当当事人，已设有规定者，则应依其规定。如依法律规定，由于相关利害关系人之死亡，已无从独立提起确认之诉者，即不得独立起诉。职是之故，六十年五月三十一日，最高法院以六十年度台上字第一八三一号请求确认养子关系不存在等事件中，驳回上诉人之上诉，即以此为理由明白指出：“据户籍上既于三十五年八月二十日将陈胜雄登记为陈天来之养子，而陈天来系经第一审法院五十五年度亡字第四二号判决宣告死亡，已于四十三年十一月二十九日死亡，按之民事诉讼法第五百八十八条准用同法第五百六十九条第二项前段规定，确认收养无效之诉，须以陈胜雄与其养父陈天来为共同被告，无如撤销收养得以生存者为被告之例外情形，则上诉人单独对陈胜雄一人起诉，已有未合”。

(7)最高法院八十年台上字第一四三二号判决

最高法院八十年七月一日八十年度台上字第一四三二号判决驳回两造上诉中，就请求确认婚姻关系存在部分，亦同此理由，详细说明：“按确认婚姻关系成立或不成立之诉，由夫或妻起诉者，以其配偶为被告，若夫妻之一方死亡，即不得提起此种确认之诉。否则，其当事人之适格即有欠缺，此观民事诉讼法第五百六十八条第一项、第五百六十九条第一项之规定自明。”惟为保护当事人之合法权益计，似应修订民事诉讼法即仿日本人事诉讼手续法（昭和五十一年六月十五日修正）第二条第三项规定，对于婚姻无效或撤销婚姻事件，如夫妻均

已死亡，得以检察官为被告，亲子关系事件亦同（注六六）。对于结婚无效，乃结婚自始、当然、绝对、确定不生效力，并非经法院判决始归无效。当事人间不发生身分关系，其所生子女为非婚生子女（注六七），此与其他国家立法例有须法院为宣告无效之形成判决始为

无效者，尚有不同，故婚姻无效之诉，乃为确认之诉（注六八）。

肆、确认诉讼之诉之声明

一、我国确认诉讼立法用语之沿革

相当于现行民事诉讼法第二百四十七条（二十四年二月一日修正公布）之前民事诉讼法第二百三十八条（十九年十二月二十六日公布）、旧民事诉讼律第三百零五条（十年三月二日广东军政府公布）及民诉讼条例第二百八十七条（十年七月二十二日北京政府公布），对于确认之诉，究应确认某法律关系“成立或不成立”，或应确认某法律关系“存在或不存在”，其前后用语一致，即均采用“确认法律关系成立或不成立”语句；而历来司法院解释及最高法院判例就此用语，究应使用“成立或不成立”，抑或“存在或不存在”，则依不同场合而定，然终无一定标准。

二、确认诉讼用语之争议

因之，引起部分学者及实务界之怀疑，认为民事诉讼法第二百四十七条规定：确认法律关系成立或不成立之诉，其“成立或不成立”之用语，恐为德文之误译（注六九），即把德国民民事诉讼法第二百五十六条（奥国民民事诉讼法第二百三十八条）原文原语“存在或不存在”误译为“成立或不成立”（注七〇）。而事实上仿自德国民民事诉讼法之日本民事诉讼法第二百二十五条亦只规定：“确认之诉，为确定证明法律关系文书之真伪，亦得提起之”（注七一），并无“成立或不成立”之明文可知云云。最高法院于八十三年间对民事诉讼法修正草案初稿表示意见认为：法律关系存在不存在之范围较法律关系成

立不成立为广，因此条文中似以规定为确认法律关系存在或不存在为宜。最高法院六十九年台上字第一四二四号判例谓：两造间争议之法律关系已成过去，上诉人自无即受确认判决之法律上利益。法律关系成立与否（是否具备成立要件），均为过去之事实，有效与否（是否具备生效要件）则为事实问题，是确认法律关系存否，似以“存在不存在”为妥（注七二）。最高法院就修正意见，进一步指出：解释上“存在”包含“成立”，而“成立”并不能包含“存在”；成立为法律关系或身分关系存在之开端，存在则为成立之继续态样。虽三十二年上字第三一六五号、四十二年台上字第一〇三一号及四十九年台上字第一八一三号三则判例之用语为“成立或不成立”，但此三则判例乃系因阐释现行民事诉讼法第二百四十七条之规定，而跟随条文之规定使用“成立或不成立”之用语（注七三）。我国学者杨建华教授于七十四年九月十八日在司法周刊第二三〇期第三版，以确认法律关系“成立或不成立”与“存在或不存在”应如何区分为题发表专论略称：(1)就法律关系“成立要件”有争执者，应为确认法律关系“成立或不成立”。(2)就法律关系“生效要件”有争执者，应为确认法律关系“存在或不存在”。(3)已成立并已生效之法律关系，有撤销、解除、终止或其他后发的原因争执其已否消灭者，应为确认“存在或不存在”。(4)因法律行为以外之原因，发生之法律上权利义务关系者，应确认其“存在或不存在”。总之，确认之诉，究应确认“成立或不成立”，

或应确认“存在或不存在”，须视该争执之法律关系具体状况而为妥适之运用，非可拘泥条文规定定之。良以民事实体法上有争执之事项，何止千万，依民法第一条规定，且不以实体法有规定者为限，故以实体法之规定，分别诉讼种类，殆为不可能这事。民事诉讼虽依其性质分为给付之诉，确认之诉，形成之诉，此亦系就诉讼法立场

而为分类，非系以实体法之规定所为分类。在诉讼法上唯一以实体法规定为诉讼之分类者，仅为人事诉讼程序。我民事诉讼法中人事诉讼程序，除就婚姻事件程序、亲子关系事件程序、禁治产事件程序、宣告死亡事件程序分章规定外，并于各该章节就各该诉讼之种类作明文规定；在婚姻事件程序，有婚姻无效或撤销婚姻与确认婚姻成立或不成立及离婚或夫妻同居之诉，在亲子关系事件程序有收养无效或撤销收养与确认收养关系成立或不成立及终止收养关系之诉，否认或认领无效或撤销认领之诉，母再婚后所生子女确定其父之诉，宣告停止亲权或撤销其宣告之诉（注七四）。

三、“成立”或“不成立”之用语，以不修正为宜

我国民事诉讼法第二百四十七条确认诉讼之法条用语，仍以不修正为宜，此观诸日本民事诉讼法第二百二十五条确认诉讼与我国相同，同继受自德国一八七七年民事诉讼法，但为适应多元化多样化之社会民事纷争，其确认究应使用“存在”、“不存在”、“成立”、“不成立”、“有效”、“无效”抑或其他字样即故意省略不加规定，完全让给司法实务运作可知。加以我国民事诉讼法第二百四十七条现行条文所规定之确认诉讼虽然使用“成立”或“不成立”之用语，但立法原意并无排斥足以表示确认意思之文字例如“存在”“不存在”、“有效”、“无效”之使用，自无修正之理。三十三年十一月十八日院字第二七七五号解释称契约之有效与否本不得为确认之诉之标的云云，完全无合法之根据。民事诉讼法修正草案初稿审议时，对于民事诉讼法第二百四十七条所定确认之诉之用语，决议仍采现行法条用语，最高法院对民事诉讼法修正草案初稿所持据以不修正该法条用语之理由表示反对，因而进一步指称：法律行为具备成立要件者，非必

发生效力，其效力之发生，更须具备一定之生效要件。仅确认成立要件具备，而未确认生效要件具备，能否谓原告有即受确认判决之法律上利益，尚非无疑。且法律行为不成立或无效，就其效果而言，并无分别，故有无区分就成立要件争执者，应提起确认法律关系成立或不成立，就生效要件有争执者，应提起确认法律关系存在或不存在之必要，亦值商榷（注七五）。事实上，此种疑虑系属多余。盖有即受确认判决之法律上利益，始得据以提起确认诉讼，其究竟以何种文字用何种语句表示之，均不影响于两造间待确认法律关系之成立或不成立、存在或不存在、有效或无效。

四、“成立”或“不成立”只是确认诉讼之例示用语

现行民事诉讼法第二百四十七条确认诉讼之“成立或不成立”用语，只是例示规定，并未排斥其他用语。最高法院三十三年上字第四八八五号判例，以民事诉讼法第二百四十七条确认诉讼中“成立或不成立”之例示用语，误为唯一用语，依形式逻辑，予以刻板套用，认为确认婚姻关系消灭之诉，自系确认婚姻不成立之诉。其实，民事诉讼法第五百六十八条婚姻事件中所谓婚姻成立或不成立之诉，亦属例示用语。因其并非形成诉讼之性质，自无严格

限制之必要，亦即苟有即受确认判决之法律上利益即应予准许。杨建华教授谓法律未修正前（注七六），应认婚姻不成立之诉其类型有二：一为以婚姻有法定无效原因，所提起之确认婚姻不成立之诉，一为婚姻有法定无效原因以外之原因所提起之确认婚姻不成立之诉。其实，依现制，确认婚姻不成立之诉，乃法定婚姻事件，例如无结婚之意思而仍以夫妻相称呼，或仅行同居而仍办竣结婚登记是。至于确认婚姻消灭之诉乃民事诉

讼法第二百四十七条所例示之一般确认诉讼，而非法定之婚姻事件。不过，此种双方宜经合法结婚，嗣经合法消灭之诉讼，仍准用婚姻事件之规定。

总之，苟有即受确认判决之法律上利益，即得就法律关系及权利提起确认诉讼，至于确认之用语例，除人事诉讼程序有特别限定规定外，一律适用民事诉讼法第二百四十七条之规定，且其资以确认之用语，并不以法定“成立”或“不成立”之文字用语为限。从而，当事人提起确认诉讼，其诉之声明所为请求确认之用语，除具有形成诉讼性质者，以及人事诉讼中之法定确认诉讼外，其确认用语得使用“成立”或“不成立”以外之其他足以表示确认之“存在或不存在”等用语。

伍、确认诉讼与给付诉讼

一、有效经济利用司法救济，禁止滥诉

权利保护之必要，是原告为达到所要求之权利保护得向法院请求之合法利益，属于诉讼法上之不确定法律概念，其目的在防止滥用诉讼。诉讼应考虑诉讼经济及合目的之观点，不应许可任何人无益甚或不正的请求法院审判。例如原告为了达到折磨被告之目的，就其对被告一千元支付请求权分一百项向法院起诉，而每次只请求支付十元是（注七七）。似此情形，原告显有滥用诉讼制度之情形，法院得就保护必要或诉讼费用之负担方面加以决定准驳，或命其负担不必要之诉讼费用。若无滥用司法资源之不正目的，于得迳行提起给付之诉而提起确认之诉者，因其有加强债务人任意履行之可能性，不能谓无即受确认判决之法律上利益，自应予准许（注七八）。

二、确认诉讼并非给付诉讼之补充

有下列情形之一者，其提起确认诉讼，自有保护之必要，即：(1)有不能提起给付之诉之情形：例如债务人已受破产宣告，而其他债权人对于原告已于法定期间申报之破产债权复有异议者。(2)对于将来给付之请求权债务人如有将来不履行之虞，自得就其债权诉请确认。(3)就确认之诉之提起，有其独立之确认利益，例如于本案诉讼中，对于有争议之前提权利或法律关系提起中间确认之诉。(4)只须有确认判决，即足以满足债权人债权之行使时，例如请求国家赔偿，或请求保险公司保险赔偿，往往于赔偿金额经法院判决确定后即可达赔偿之目的（注七九）。

陆、确认诉讼与形成诉讼

一、形成诉讼兼含有确认诉讼之性质

形成诉讼系请求法院确定私法上形成权存在，同时因形成权之行使，依判决宣告法律关系发生、变更或消灭之诉讼。形成诉讼之本身兼含有确认之诉之实质在内。形成之诉，经法

院为原告胜诉判决确定时，即含有确认原告私法上之形成权存在，惟因此项形成权须依诉讼进行，以确定之形成判决形成法律效果，而不得独立提起须依诉行使之形成权存在之确认诉讼，例如诉请确认离婚形成权存在，自为法所不许。原告提起形成诉讼若遭败诉判决确定，则属判断原告私法上形成权不存在之消极确认判决。

二、给付诉讼亦兼含有确认诉讼性质

——31 页——

无论给付判决抑或形成判决，若经法院判决准驳确定，因其兼具有确认判决之性质，则本于确定判决既判力之作用，为确定判决效力所及之当事人，自不得反于各该确定判决就同一之法律关系提起积极或消极确认之诉。违反者，其起诉即非合法。惟法律关系究系以判决而确定或创设或给付，有时则有不同之意见。例如否认子女之诉，继承权回复请求诉讼，确定经界诉讼等，学者有主张其并非形成诉讼而系确认诉讼者（注八〇）。此外，亦有学者认为否认子女之诉固属形成诉讼（注八一），而在我国法上并无规定上“确认亲子关系存否之诉”，则为确认诉讼，然性质上应准用亲子关系程序之规定（注八二）。又确认婚姻无效之诉系属确认诉讼（注八三），但亦有认为形成之诉者（注八四）又认领子女之诉，有认为系确认之诉者，有主张为形成之诉者，亦有主张为给付之诉者（注八五）。认领子女之诉之判决确定，依民事诉讼法第五百九十六条规定准用同法第五百八十二条第一项之判决对世效力之规定。因之，大部分学者认为其为形成诉讼。因为，一般而言，确认诉讼并无对世之效力（注八六）。但法律别有规定者，不在此限（注八七）。

三、确认诉讼并非其他诉讼之补充制度

民事诉讼法修正草案第二百四十七条第二项增列，将确认法律关系基础事实存否之诉，规定以原告不能提起他种诉讼为限，始得为之。依台湾台北地方法院的意见，认为有不当限制人民提起诉讼之权利，而且课以一般人民须具备法律专业素养之义务，似已已超过我国国民之法律素养（注八八）。按确认诉讼并非给付诉讼或形成诉讼之补充制度，草案上述规定，似无必要。因为，杜绝滥诉之道乃在于法官对于确认诉讼其预防司法功能之能善为运用，而非对法条作不必要之

——32 页——

不合理限制。就我国行政诉讼法修正草案增列行政处分无效确认诉讼而论，亦未设有如上之限制规定，而只规定：确认行政处分无效之诉讼，须已向原处分机关请求确认其无效未被允许，或经请求后于三十日内不为确答者，始得为之（行政诉讼法修正草案第六条第二项）。至于确认公法上法律关系成立或不成立之诉讼，性质上因属撤销诉讼之补充，同草案第六条第三项乃规定：确认公法上法律关系成立或不成立之诉讼，于原告得提起撤销诉讼者，不得提起之。

柒、确认诉讼判决之效力

一、确认判决除法律另有规定外，并无对世之效力

确认诉讼确定判决，除法律别有规定外，其既判力并不扩及于第三人。惟形成诉讼原告本案败诉之判决为确认判决，于判决确定时发生既判力，此既判力确定于事实审言词辩论终结时，诉讼标的之形成权或得要求形成之法律上地位不存在。在婚姻关系诉讼或亲子关系诉

讼，为使身分关系得划一的安定下来，其既判力扩及于第三人，其他有当事人适格之人不得复提起相同请求（注八八）。形成判决形成之效力虽因判决确定而发生，但应否赋与该效力溯及之效果则应视法律之规定而有不同。例如：否认子女（民法第一〇六二条、民事诉讼法第五八九条之一、第五九〇条）、认领（民法第一〇六七条、民事诉讼法第五八九条）等之判决，虽有溯及之效力，但离婚（民法第一〇五二条、民事诉讼法第五六八条）、撤销婚姻（民法第九八九条以下，民事诉讼法第五六八条）等之判决，则于确定时向将来发生效力。诉讼法上形成判决中再审之诉废弃原判决之判决（民事诉讼法第四九六条）确定，虽有溯及效力，但其对于第三人在起诉前以善意取得之

权利无影响（民事诉讼法第五百零六条；然第三人未必知悉再审之诉之提起，故同条修正草案，为贯彻交易安全之维护，将原条文规定“在起诉前”之限制删除）。形式之形成诉讼中之确定生父之诉（民事诉讼法第五八九条、第五九一条第一项）的判决，以子女出生时起即为其父之婚生子女，而有溯及之效力，但请求分割共有物之诉（民法第八二三条）、确定土地境界之诉（民事诉讼法第十条第一项、第四二七条第一项第五款）之判决，则向将来即判决确定时起发生效力。婚姻无效之诉，其确定判决虽追溯及于第三人，但原告本案败诉判决确定者，亦即以重婚为理由提起婚姻无效之诉被驳回者，其判决对于当事人之前配偶，以已参加诉讼为限，始有效力（民事诉讼法第五八二条第二项）。盖以前配偶就该法律关系，有其独立之地位，不应受其所未参加之他人间之诉讼结果所左右（注八九）。

二、第三人同受拘束之判决，法院应给予参与诉讼或司法救济之机会

撤销社会总会决议之判决（民法第五十六条第一项）及撤销股东会决议之判决（公司法第一八九条），系属形成判决，自法院撤销判决确定时起，溯及该决议之初发生效力，其判决为形成判决，具有对世之效力，固无疑问。惟确认股东会决议无效诉讼，若当事人适格及诉之利益均已具备，本于确定判决既判力之主观范围，已能解决原告法律上不安之危险者，固应予准许。若社员、股东、利害关系人并未全体为原告对社团或公司起诉请求判决确认总会或股东会决议无效，则谓为该确认判决有对世之效力，实无合法之根据。至于总会或股东会决议内容违反法令或章程者，其决议当然无效，无待请求法院宣告固矣，但此乃实体法上之问题，仍应有待法院之确认，而此种确认虽

有合一确定之必要，但未列为诉讼当事人之其余社员、股东及利害关系人，除法律另有规定外，自不受拘束。从而，我国公司法确有从速仿外国立法例修订增列股东会决议无效确认诉讼，并明定此种诉讼之确定判决有对世效力，且就因其有对世效力之结果，于事前或事后，给予其他股东或利害关系人参与诉讼或司法救济之机会。良以，当事人之合法权益固应保障，但保障交易安全及保护善意第三人，本于信赖保护原则，亦不得置而不问。

三、确认股东会决议无效等之适格当事人

确认股东会决议无效之诉讼有合一确定之必要，若站在原告立场之社员、股东、利害关系人及站在相反地位之法人、社员、股东及利害关系人均已列名为诉讼当事人，因其法律上地位不安之危险，本于当事人间既判力之作用已可除去固无疑问。若请求确认他人间之法律关系存在或不存在，而他人间之法律行为复系双方行为者，是否应并列其双方为被告，其当

事人始适格？又确认股东会决议无效之诉讼，是否仅有为关系人全体干涉公司内部法律关系之人例如股东、董事及监察人始得为之，其他有利害关系之第三人是否欠缺原告之适格，则有不同意见。关于前者，采肯定说之最高法院七十七年度台上字第一四一八号判决认为：第三人起诉请求确认他人间之法律关系存在或不存在，必须以该法律关系之双方当事人为共同被告一同起诉，若仅以其中一方当事人为被告起诉者，即非适格之当事人。准此，若该法律关系之双方当事人受败诉之判决，而仅其中一方当事人对第三人提起上诉者，因该法律关系之存否对该双方当事人必须合一确定，故其上诉之效力，自及于另一方当事人（注九〇）。否定说则认为仅以否认其主张之人为被告即已足，是诉求确认甲、乙间重典房屋契约为无效

，即系求为确认甲所主张之典权不存在，只须以甲为被告即可（最高法院二十九上字第四六九号判例）；以物权处分无效为原因，提起该所有权仍存在之诉，只须以主张因处分而得权利之人为被告，不必以处分行为人为共同被告（最高法院四〇年台上字第一〇六〇号判例）事实上，以上两组判决其事实均有不同。七十七年度台上字第一四一八号民事判决的事实是真正债权人告假债权人竟赘列假债务人为共同被告，第一审法院未将本于代位权之作用为判决效力所及之假债务人部分驳回，竟一并为实体判决所引发之错误结论（载司法院公报第三十卷第十一期第三十七页），自不足为训。二十九年上字第四六九号判例，乃本于契约有效无效不得为确认标的之错误见解所引发，因而迳以法院主观之意思认为原告系请求确认某甲之典权不存在的前提下所作之判决。事实上，如此判决对于乙既无拘束力，其有无确认之利益，自有疑问。最高法院四〇年台上字第一〇六〇号判决系积极确认之诉，即提起所有权存在之诉，当然只以主张取得权利之人为被告即可。关于后者，王甲乙教授认为只限股东、董事及监察人，其他第三人欠缺原告之适格（注九一），而股东会议决议无效判决效力可扩及于第三人之一般股东及董事等，故无将公司以外之人，认为有被告适格之必要（注九三）。事实上，依我国现行法律而论，股东会决议无效确认诉讼之类型，尚未建立例如日本公司法所设计之法制，而只赖民事诉讼法第二百四十七条规定之一般确认诉讼为了为了符合确认诉讼程序法上保护必要之要件，只能解释为必须把系争股东会决议相关之全部股东以及其所涉及之法律上利害关系人，全部分成正反两组。以主张起诉者为原告；以公司及反对起诉者为被告，始能达到除去法律上不安地位之危险，亦即始有即受确认判决之法律上利益。公司法之所以应仿日本公司法及其他外国之法例，迅予修正，其原因在此，

盖不修法，依目前我国法制，格于“保护必要”条件之难以完成，几乎无提起股东会等决议无效诉讼之可能。

捌、结论一有了善法，还要大家能善用

一、尊重双方当事人之主体性，依具体个案妥适裁判

关于确认之诉，依民事诉讼法第二百四十七条之规定意旨，其得适用之范围甚广，法官于实际运用时，应视具体个案认为有保护必要及价值者，即应从实体上予以准驳，不得舍确认诉讼之立法意旨及宪法上人民诉讼权之保障于不顾，以不成其为理由之其他原因，从程序上以不具备“诉讼上权利保护要件”为理由，予以驳回。民事诉讼之目的，在于发见真实，实现正义，合法保障人民之权益。而确认诉讼有预防司法之功能，固不必无限制扩张，但总