

# 《民事訴訟法》

一、甲（住所：臺南市）主張，A 有限公司（以下稱 A 公司，主營業所：臺南市）對甲的 300 萬元 S 債權，已經因抵銷而消滅，要求 A 公司塗銷其在甲所有的 L 地（座落：高雄市苓雅區）上設定以擔保該 S 債權之抵押權登記，遭 A 公司否認及拒絕。甲遂以 A 公司為被告，向臺南地方法院起訴，請求確認該 A 公司的 S 債權不存在及塗銷該 300 萬元的抵押權登記。在第一次言詞辯論期日，甲及 A 公司的董事長乙（住所：臺南縣永康市）親自出庭為本案言詞辯論；當日，乙以 A 公司名義，特別委任律師丁為訴訟代理人。在 A 公司改由丙任董事長後，受訴法院如期進行原定的第二次言詞辯論期日，A 公司由乙代理出庭，甲親自出庭。言詞辯論終結後，受訴法院判決原告全部勝訴，並分別對原告甲及丁送達判決書正本。試問：本案所進行的程序，有無不合法之處？（25 分）

命題意旨	民事訴訟法第 10 條及 73 條、170 條、173 條之基本概念與解釋論特色。
答題關鍵	本題為典型之「法條理解型」考題，考生僅需針對民事訴訟法第 10 條專屬管轄之定義及效果，以及法人之法定代理人變更，構成民事訴訟法第 170 條所稱「法定代理權消滅」之情形時，是否即發生訴訟程序當然停止之效果？有無因當事人有委任訴訟代理人而有所不同（民事訴訟法第 73 條、173 條參照）？以及訴訟未經合法代理之效果。
高分閱讀	1.最高法院 92 年台抗字 396 號、最高法院 93 年台抗字 587 號、最高法院 97 年台抗字 206 號民事裁定，最高法院 86 年台上字 2822 號判例、最高法院 28 年上字第 1887 號判例參照。 2.許律師，《民事訴訟法（上）》一書，第 2-10 頁至 2-14 頁，第 5-48 頁至 5-55 頁。

## 【擬答】

本案所進行之訴訟程序，可能有違反「專屬管轄」、「訴訟程序當然停止」及「訴訟未經合法代理」之問題，分述如下：

(一)本件訴訟，台南地方法院可能違反專屬管轄之規定：

### 1.專屬管轄之意義：

按民事訴訟法第 10 條第 1 項規定：「因不動產之物權或其分割或經界涉訟者，專屬不動產所在地之法院管轄」，故當事人所提起之訴訟，如其訴訟標的法律關係為物權之法律關係，且標的物為不動產者，即屬專屬管轄，應由該不動產所在地之法院取得唯一、排他之專屬管轄權，合先敘明之。

### 2.題示情形中，「塗銷抵押權登記之訴」可能為專屬管轄事件：

原告甲主張被告 A 公司對其所有之 S 債權已因抵銷而消滅，所提起之「確認 S 債權不存在之訴」及「塗銷抵押權登記之訴」，為民事訴訟法上有牽連關係之單純合併，其中「確認 S 債權不存在之訴」，因其訴訟標的法律關係乃債權之法律關係，依民事訴訟法第 2 條第 2 項之規定：「對於私法人或其他得為訴訟當事人之團體之訴訟，由其主事務所或主營業所所在地之法院管轄」，台南地方法院自享有管轄之權限。惟關於「塗銷抵押權登記之訴」，其標的物為 L 地，乃典型之因不動產涉訟之情形，惟其訴訟標的之主張，依題示情形所述，原告甲並未具體陳明，因此，就本案債權消滅後，抵押權塗銷之請求權依據為何，即可能影響到本案訴訟管轄之性質，需區別情形加以討論：

#### (1)若甲所主張者為債權請求權時：

例如甲係依不當得利請求權訴請塗銷抵押權登記時，則其訴非屬專屬管轄，台南地方法院依民事訴訟法第 2 條第 2 項之規定，仍享有管轄之權限。

#### (2)若甲所主張者為物權請求權時：

例如甲係依民法 767 條物上請求權訴請塗銷抵押權登記時，則其訴訟性質上屬專屬管轄，依法僅得由不動產所在地之高雄地方法院享有管轄之權限。

### 3.小結：



關於「塗銷抵押權登記之訴」，若其性質屬於專屬管轄者，則台南地方法院之判決違背專屬管轄之規範，依民事訴訟法第 452 條之規定，被告 A 公司得以此為理由提起上訴，請求二審法院廢棄原判決後，將案件發回有管轄權之高雄地方法院重新審理。

(二)本件訴訟，台南地方法院有無違反訴訟程序當然停止之規定：

1.A 公司法定代理人之變更，原則上應構成民事訴訟法第 170 條所稱訴訟程序當然停止事由：

民事訴訟法第 170 條規定：「當事人喪失訴訟能力或法定代理人死亡或其代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人，承受其訴訟以前當然停止」，準此而言，本件訴訟進行中，被告 A 公司之法定代理人由乙變更為丙，其情形自屬於民事訴訟法第 170 條所稱「法定代理人代理權消滅」之當然停止事由，在 A 公司新法定代理人丙依法承受訴訟前，法院不得進行本案之審理。

2.惟本件訴訟因 A 公司先前已有合法委任訴訟代理人丁律師，故訴訟程序例外不停止：

(1)民事訴訟法第 73 條規定：「訴訟代理權，不因本人死亡、破產或訴訟能力喪失而消滅；法定代理有變更者亦同」。故乙先前代表 A 公司所委任之訴訟代理人丁，其訴訟代理權不因此而消滅，仍為 A 公司之合法訴訟代理人，可代理 A 公司繼續進行本案訴訟。此外，需特別注意者，乃依最高法院 92 年台抗字第 396 號裁定認為：「民事訴訟法第七十三條所稱之訴訟代理權不因本人之法定代理有變更而消滅者，係指新法定代理人尚未依法承受其訴訟以前而言，此時訴訟程序固不因之而當然停止，該訴訟代理人自仍得本於訴訟代理權繼續代理訴訟。惟若新法定代理人已依法承受訴訟時，該訴訟代理人之原訴訟代理權即當然歸於消滅，此觀該條及同法第一百七十條、第一百七十三條規定自明」，故若法院於第二次言詞辯論開庭前，A 公司之新董事長丙已依法承受訴訟時，則律師丁之訴訟代理權即已消滅，自不待言。

(2)復民事訴訟法第 173 條規定：「第一百六十八條、第一百六十九條第一項及第一百七十條至前條之規定，於有訴訟代理人時不適用之。但法院得酌量情形，裁定停止其訴訟程序」，其立法意旨在於希望不因本人所生之個別事由影響訴訟之進行，以求達到訴訟經濟，避免延滯訴訟之目的。

(3)小結：

綜上所述，依前開民事訴訟法第 73 條、173 條之規定，本件訴訟不因 A 公司法定代理人之變更而生當然停止之效果，台南地院自得依法續行審理本案，且丁律師既仍為合法之訴訟代理人，將來本案判決書對其送達亦屬合法，並予敘明之。

(三)本件訴訟，似有訴訟未經合法代理之情形：

如前所述，本件訴訟既不因 A 公司法定代理人之變更而生當然停止之效果，則第二次言詞辯論開庭時，A 公司真正之法定代理人丙並未到場，其合法委任之訴訟代理人丁亦未到場，僅由前董事長乙代理 A 公司到場辯論，而乙既非 A 公司之法定代理人，又非 A 公司之訴訟代理人，故本件訴訟應屬「被告一方訴訟未經合法代理」之情形，台南地院未命 A 公司補正代理權之欠缺即為辯論並做成本案判決，程序上自屬違法，A 公司得以此為上訴理由請求救濟（最高法院 28 年上字第 1887 號判例參照）。

二、甲自 70 年 2 月底起即受僱於乙公司，擔任銷售員，乙於 82 年 3 月 1 日以甲銷售貨品時，未依規定同時收取價金，違反僱傭契約情節重大，通知將甲解僱，甲請求回復上班，亦為乙所拒絕。嗣甲於 85 年 3 月 1 日向乙表達其已服務滿 15 年，且年滿 55 歲，符合自願退休之要件，請求自即日起退休，並要求乙給付退休金 500 萬元，乙則以兩造僱傭契約自 82 年 3 月 1 日已終止，拒絕甲之請求。甲乃於 91 年 3 月 1 日對乙起訴，主張其退休金請求權，有被乙侵害之危險等語，聲明：請求判決確認甲對乙 500 萬元之退休金給付請求權存在。乙則抗辯甲不符合退休要件，縱令符合退休年資，退休金給付請求權亦已罹於 5 年之時效而消滅。試問：

(一)甲之起訴是否具備確認訴訟之要件？（12 分）

(二)若甲於訴狀送達乙後，將訴之聲明變更為乙應給付自 82 年 3 月 1 日起至 85 年 3 月 1 日止之薪資 200 萬元，但乙不同意，甲之變更是否合法？（13 分）

命題意旨	本題涉及確認訴訟之特殊性，就何謂「即受確認判決之法律上利益」實務上有許多重要判例，同學宜一併列出。
------	---



答題關鍵	就確認訴訟之要件應仔細分析，至於其他實體法事項約略提及即可，避免耗費過多時間。
高分閱讀	侯台大上課講義第三回，P8-P9。





## 【擬答】

## (一)甲之起訴是否符合確認訴訟之要件？

1. 確認訴訟之要件，依民事訴訟法（下稱本法）第 247 條第 1 項、第 2 項規定：「確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之；確認證書真偽或為法律關係基礎事實存否之訴，亦同。前項確認法律關係基礎事實存否之訴，以原告不能提起他訴訟者為限。」而所謂「即受確認判決之法律上利益」，係指因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去之者而言（最高法院 42 年台上字第 1031 號判例、52 年台上字第 1240 號判例意旨參照）。又倘若原告之給付請求權之消滅時效已完成者，經他造為時效抗辯後，此時自屬無即受確認判決之法律上利益，從而上訴人所提起確認之訴部分，亦非正當（最高法院 29 年上字第 1340 號、32 年上字第 4198 號判例參照）。
2. 本案中甲之退休金請求權是否已罹於時效而消滅，應為如下之分析：
  - (1) 按利息、紅利、租金、贍養費、退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權，其各期給付請求權，因五年間不行使而消滅，固為民法第 126 條所明定，惟此係指「定期」給付債權，即以一定或不定期間定期給付金錢或其他不特定物或勞務，且係基於一債權原因之一切規則反覆定期給付，每期如已屆清償期，則為獨立債權而言。
  - (2) 而本案中甲係主張一次給付退休金 500 萬元，並非請求「定期」之退職金，此時自無上開短期時效之適用，仍應適用民法第 125 條 15 年時效之規定。是以，依甲所主張係於 85 年 3 月 1 日離職，而於 91 年 3 月 1 日起訴，甲之退休金請求權尚未罹於消滅時效。
  - (3) 承上，甲之退休金請求權既尚未罹於消滅時效，而乙亦否認甲之退休金請求，至於「乙於 82 年 3 月 1 日將甲逕行解雇是否符合勞動基準法之規定」、「甲乙間之僱傭契約是否消滅」、「甲任職期間是否已達 15 年而得據以主張退休金請求權」等事項，應認均屬甲之退休金請求權實體上有無理由之問題，本案中甲所提起之確認訴訟仍屬符合要件。
3. 然而，基於退休金請求權之債權性質衡量，甲如欲確保其權利，其最有效適切之訴訟方式應為直接提起給付訴訟，是以亦有認為倘若當事人以債權請求權作為確認訴訟之標的，應認不具備確認利益，倘若真欲以確認訴訟方式提起，亦應解釋為提起「確認僱傭關係存在」較為妥適，惟為保障當事人之訴訟權益，法院如認甲之起訴不符合確認訴訟之要件，此時即應闡明當事人為變更或追加，一併敘明之。

## (二)甲之變更是否合法？

1. 甲於訴狀送達乙之後，始將聲明變更為「乙應給付 82 年 3 月 1 日至 85 年 3 月 1 日之薪資 200 萬元」，依本法第 255 條規定觀之，訴狀送達後，原告即不得將原訴變更或追加他訴，除非具有該條但書各款情形之一。本案中就甲聲明之變更，乙已表示不同意，而甲當初原訴訟之標的係為「退休金請求權」，變更後之新訴標的則為「薪資請求權」，兩者亦難認其請求之基礎事實係屬同一，本案中亦無該條但書其餘各款之情事，此時，應認甲之變更不合法。
2. 然而，承上述分析可知，本案中甲原先提起之訴訟為確認訴訟，基於確認訴訟之特殊性，此時如不使甲得將聲明變更，則對當事人之利益以及公益之維護均有不利之影響，因此，本法於 89 年修正時特於第 247 條第 3 項規定：「前項情形，如得利用同一訴訟程序提起他訴訟者，審判長應闡明之；原告因而為訴之變更或追加時，不受第二百五十五條第一項前段規定之限制。」是以，如依該條項規定，甲之變更即屬合法。

三、住在臺北市中正區之甲，其委任之律師於民國 98 年 7 月 1 日收受最高法院以臺灣高等法院所為其敗訴之判決，認事用法均無不當，應予維持為由，駁回其第三審上訴之民事判決書。請回答下列二題並說明其依據：

- (一)甲於 98 年 7 月 17 日委任律師具再審訴狀，載明其發現就同一訴訟標的在前已有確定判決，依據民事訴訟法第 496 條第 1 項第 12 款規定向最高法院對最高法院確定判決提起再審之訴；嗣於 98 年 8 月 17 日再向最高法院提出「補充再審理由狀」，表明其項經細查，發現該最高法院之確定判決另有判決理由與主文顯有矛盾之違法之情事，追加民事訴訟法第 496 條第 1 項第 2 款之再審事由。請問最高法院應如何處理？（13 分）



(二)甲於同年 7 月 21 日另具再審訴狀，指摘臺灣高等法院之確定判決誤解民法第 224 條規定，有民事訴訟法第 496 條第 1 項第 1 款適用法規顯有錯誤之再審理由，向臺灣高等法院對臺灣高等法院之確定判決提起再審之訴；嗣於 98 年 8 月 17 日提出另件最高法院判決書影本並具「補充再審理由狀」，主張該最高法院判決係臺灣高等法院辯論終結前即已存在而未斟酌之新證物，其因於 98 年 7 月 30 日借閱（以圖書借書證證明）最高法院於 96 年印行之最高法院民事判決書彙編，始發現該新證物，其得利用該最高法院判決關於民法第 224 條之法律上見解為有利於己之主張，臺灣高等法院之確定判決另有民事訴訟法第 496 條第 1 項第 13 款之再審事由。請問臺灣高等法院應如何處理？（12 分）

命題意旨	民事訴訟法 499 條、496 條、500 條、502 條之綜合應用及衍生實務見解之記憶。
答題關鍵	本題係最典型之『法條綜合應用』及『衍生實務見解』探討之考法，考生除了需針對『不同再審事由，將影響再審訴訟管轄法院判斷』之遊戲規則有所瞭解外，尚須針對各款再審事由之解釋、再審管轄法院錯誤、再審程序中可否追加再審事由、何謂再審事由知悉在後等衍生爭點所涉及之實務見解有所瞭解後，始能完整回答本題。
高分閱讀	1.楊建華，〈再審程序中起訴程序之撤回〉一文，《民事訴訟法問題研析(二)》。 2.吳明軒，〈民事訴訟法修正後之再審程序〉一文，《月旦法學雜誌第 97 期》。 3.楊建華，〈發現未經斟酌證物為再審理由〉一文，《民事訴訟法問題研析(三)》。 4.許律師，《民事訴訟法(下)》，第 21-25 頁至 21-45 頁。

### 【擬答】

(一)最高法院應將 7 月 17 日所提之再審訴訟移送台灣高等法院審理，並駁回 8 月 17 日所追加提起之再審訴訟：甲所委任之律師於 98 年 7 月 1 日收受最高法院以上訴無理由駁回上訴之判決書，其性質上係『本案判決』，非程序不合法所為之駁回裁定，故本件訴訟已於 98 年 7 月 1 日確定，當事人針對本案判決欲提起再審之訴者，其再審之不變期間應從 98 年 7 月 1 日合法收受確定判決書時開始計算，合先敘明之。

(1)就 7 月 17 日所提之再審訴訟，有專屬管轄錯誤之情形：

- 民事訴訟法 499 條規定：「再審之訴，專屬為判決之原法院管轄（第 1 項）。對於審級不同之法院就同一事件所為之判決，提起再審之訴者，專屬上級法院合併管轄。但對於第三審法院之判決，係本於第四百九十六條第一項第九款至第十三款事由，聲明不服者，專屬原第二審法院管轄（第 2 項）」。
- 準此而言，甲既以民事訴訟法 496 條第 1 項第 12 款為由提起再審訴訟，依上開民事訴訟法 499 條第 2 項但書之規定，自應由台灣高等法院為專屬管轄之法院。
- 復依民事訴訟法 505 條規定：「除本編別有規定外，再審之訴訟程序，準用關於各該審級訴訟程序之規定」，故依我國學界及實務一致見解均認為：再審之訴，當事人誤向無管轄權之法院提起訴訟者，受訴法院應依民事訴訟法 505 條準用 28 條第 1 項之規定，將其訴以職權裁定移送於有管轄權之法院審理，不得逕以管轄錯誤為由加以駁回（最高法院 66 年台聲字 73 號判例意旨參照），故最高法院應將該再審訴訟移送台灣高等法院審理。

(2)就 8 月 17 日所追加提起之再審訴訟應予駁回：

1.再審程序中可否為訴之追加：

依我國學界通說見解，再審之訴，係允許當事人於一定事由之範圍內，對於確定之終局判決聲明不服，故不得與其他新訴合併提起，亦不得以反訴之方式提起，但對於同一確定判決，以數個再審理由合併提起再審之訴，或於再審程序進行中，追加其他再審事由提起再審之訴者，均為法之所許。惟需特別注意者，乃依實務及我國目前多數學說之見解，對於再審訴訟之訴訟標的係採「二元論」，亦即民事訴訟法 496 條第 1 項各款之再審事由性質上均為獨立之訴訟標的，故當事人以不同之再審事由合併或追加提起再審訴訟時，個別之再審事由均個別成為獨立之再審訴訟，因此，各個獨立之再審訴訟，均應符合再審程序之法定程序要件，乃屬當然，故甲於 98 年 8 月 17 日所追加提起之再審訴訟，其追加之主張應予准許，惟仍須具備一般再審程序之法定程序要件，合先敘明之。

2.甲所追加之再審訴訟，已逾 30 日之再審不變期間：





民事訴訟法 500 條規定：『再審之訴，應於三十日之不變期間內提起（第 1 項）。前項期間，自判決確定時起算，判決於送達前確定者，自送達時起算；其再審之理由發生或知悉在後者，均自知悉時起算。但自判決確定後已逾五年者，不得提起（第 2 項）』。準此而言，甲於 98 年 8 月 17 日所追加提起之再審訴訟，已逾民事訴訟法 500 條第 1 項之 30 日不變期間，其惟一可能合法之主張，乃係證明其有民事訴訟法 500 條第 2 項所稱之『再審之理由發生或知悉在後者，均自知悉時起算』，惟民事訴訟法 496 條第 1 項第 2 款所稱之「判決理由與主文顯有矛盾者」，僅需於收受判決書時形式上審酌判決之內容即可明確知悉，並無構成「知悉在後」之可能，因此，對於甲所追加之上開再審訴訟，法院應依民事訴訟法 502 條第 1 項：「再審之訴不合法者，法院應以裁定駁回之」之規定，以程序不合法裁定加以駁回（類似見解：最高法院 70 年台再字第 210 號判例意旨參照）。

3. 退萬步而言，綜認為本件再審之訴未逾再審之不變期間者，法院亦應以民事訴訟法 502 條第 2 項之規定：「再審之訴顯無再審理由者，得不經言詞辯論，以判決駁回之」判決駁回甲之訴，蓋依最高法院 80 年台再字第 130 號判例之見解：「民事訴訟法第四百九十六條第一項第二款所謂：判決理由與主文顯有矛盾，係指判決依據當事人主張之事實，認定其請求或對造抗辯為有理由或無理由，而於主文為相反之諭示，且其矛盾為顯然者而言。茲確定判決於理由項下，認定再審原告對於再審被告部分之上訴，為無理由，而於主文諭示駁回再審原告此部分之上訴。依上說明，並無判決理由與主文顯有矛盾之情形」，並予說明之。

(二)台灣高等法院應將 7 月 21 日所提之再審訴訟，及 8 月 17 日所追加提起之再審訴訟均予以駁回：

(1)就 7 月 21 日所提之再審訴訟，有「再審客體錯誤」之程序不合法情形：

1. 最高法院 65 年台上字第 1276 號判例曰：「第三審法院應以第二審判決確定之事實為判決基礎（參照民事訴訟法第四百七十六條第一項），故第三審法院以第二審法院之判決認事用法均無不當而維持第二審法院之判決者，當事人如以適用法規顯有錯誤為由提起再審之訴，僅得對第三審法院之判決為之」，合先敘明之。
2. 故依題示情形所示，最高法院既係以台灣高等法院之判決認事用法均無不當而維持第二審法院之判決，甲欲以適用法規顯有錯誤為由提起再審之訴，自僅得對最高法院之確定判決為之，其以台灣高等法院之確定判決為再審訴訟對象，自屬錯誤，台灣高等法院應依民事訴訟法 502 條第 1 項之規定，以程序不合法加以駁回。

(2)就 8 月 17 日所提之再審訴訟，有「顯無再審事由」之情形：

1. 最高法院 64 年台聲字第 58 號判例曰：「法院裁判適用法規或解釋法律，係依職權為之，原無待當事人提出其他判決以為證據。再審原告提出另一判決，利用其法律上之見解而為有利於己之主張，不能謂係民事訴訟法第四百九十六條第一項第十三款之新證物」，合先敘明之。
2. 故依題示情形所示，甲欲以另件最高法院判決之見解做為對自己有利益之證物，而依民事訴訟法 496 條第 1 項第 13 款之規定做為再審理由，其主張顯屬前揭民事訴訟法 502 條第 2 項所稱之「顯無再審事由」，台灣高等法院應不經言詞辯論，逕以判決加以駁回。

四、甲 1 就教於律師表示：父親丙有親生子女甲 1、甲 2、甲 3，丙生前從未提及其另有收養乙一事。惟在丙過世後，乙出面向甲 1、甲 2 及甲 3 表明，丙曾收養乙，並經法院予以認可，乙亦為丙之合法繼承人云云。甲 1 及甲 2 均認為丙不可能收養乙，收養應具有無效之事由，但甲 3 則不欲爭執此事。問：(25 分)

(一)如果您是甲 1 之律師，應如何提起訴訟？列何人為原告及被告？如何為訴之聲明？

(二)在此訴訟中，關於收養無效之事由，應由何當事人主張及負舉證責任？如其不能提出有收養無效之事實及證據，法院應如何審理及裁判？

命題意旨	第一小題涉及最高法院 96 年度第 1 次民事庭決議，以及沈冠伶老師 96 年 12 月的文章，與 97 年台大考題十分相近；第二小題則是基本的人事訴訟考題。
答題關鍵	同學須就該文章稍有涉獵，本題方能言之有物，由此亦見期刊論文之重要性，不過該篇文章為近來人事訴訟較為重要的考點，如果同學有注意總複習內容的話，相信本題應不難應付！



## 高分閱讀

- 1.侯台大民訴講義第七回，P.80 以下。
- 2.侯台大民訴總複習講義第三回，P.48~P.52。

## 【擬答】

- (一)本題中甲 1 對乙丙間之收養關係有無效事由而否認其繼承人之地位，甲 1 應如何提起訴訟及為訴之聲明，爰分析如下：
- 1.民法上所規定之收養無效事由存在，其收養效力即自始無效，法院係在當事人間對於收養效力有爭執時，以裁判確認該效力為何，因此於訴訟上係屬「確認訴訟」之性質，惟依民事訴訟法第 583 條之規定，設有「收養無效」與「收養關係成立或不成立」兩種確認訴訟型態，然而學者多謂就本質上而言，收養無效或收養關係成立或不成立之訴，均僅係收養關係存在或不存在確認訴訟之次類型，蓋不論是收養無效或收養關係成立或不成立之訴，均會產生收養關係不存在之結果，無須加以區分。因此，本案中甲 1 如係主張「乙丙間之收養關係有無效事由」，提起「確認收養無效」之訴即可，其聲明即為「確認乙丙間之收養關係無效」。
  - 2.然而，本案中因「收養人丙已死亡」，此時，該確認訴訟應以何人為原被告，即有疑慮：
    - (1)就原告而言：
 

甲 1 並非該收養關係之當事人，為避免任一第三人濫行提起訴訟，須藉由「確認利益」加以判斷，亦即原告之權利或法律上地位因他人間身分(收養)關係之爭執產生不確定之危險，而確認判決適足以排除該危險。本案中甲 1 具有確認利益應無疑慮，而甲 2 如亦欲否認則可與甲 1 一併成為該確認訴訟之原告；惟甲 3 不欲否認此事，此時甲 3 毋須列為當事人。
    - (2)就被告而言：
 

本案例中因收養人丙已死亡，甲 1 得否僅以生存之一方乙為被告，提起確認之訴，就此問題學說暨實務則有不同意見：

      - ①最高法院 96 年度第 1 次民事庭會議認為：「按收養無效之訴，由第三人起訴者，應以養父母及養子女為共同被告，若養父母已死亡者，僅以養子女為被告，其當事人適格即有欠缺，此觀民事訴訟法第 588 條準用第 569 條第二項規定（婚姻無效）及本院 50 年台上字第 1341 號判例意旨自明。又收養之當事人既未於生前主張其收養無效，為維持法律秩序之安定及避免舉證之困難，於其一方死亡後，自不容任由第三人提起該訴訟。」
      - ②然而吾意以為上開實務見解實有斟酌餘地，蓋第三人既然有受確認判決之法律上利益，在應為被告中之一人死亡時，如不能提起收養無效、收養關係成立或不成立、存在或不存在之訴，其勢必僅得就以收養關係為前提之其他派生權利義務關係一一提起訴訟，此時與其使原告就派生相關之權利義務關係另行起訴，不如承認其得以收養關係之生存一方為被告起訴，更能徹底解決紛爭，或避免紛爭擴大。如此亦符合本法第 247 條之修正意旨，「擴大確認訴訟解決紛爭之功能」以及「程序利益保護原則」，如許可某一確認訴訟之提起，將可防免另起訴，就該確認訴訟之訴訟標的所派生相關權利義務逐一求為判決，以致造成程序上不利益或就他訴訟之提起，容許原告利用所已開同一程序為之者，較諸令其另行利用重新再開之他一程序者，更能避免導致程序上不利益時，亦應承認具有提起該確認訴訟之利益。
  - (3)承上所述，本案例中應認甲 1 得以乙為被告提起「確認收養無效」之訴，又「確認遺產無繼承權」之訴訟，亦係以收養是否有效或無效為前提，與收養無效之訴，有**同一之基礎事實**，當事人均相同，此時，甲 1 尚得一併提出或於程序中為訴之變更或追加，而不必另行起訴，可利用原審之訴訟資料與證據資料，以節省當事人之勞力、時間、費用。
- (二)就收養無效之事由應由何人主張？法院應如何審理裁判？
- 1.就訴訟中當事人主張及舉證責任之分配，依我國通說暨實務向來見解係採以法律要件分類說當中之特別要件說，亦即「主張權利存在之當事人，就權利發生之事實，負舉證責任；主張權利不存在之當事人，就權利障礙、消滅、排除事實，負舉證責任。」而本件為「確認收養無效」之訴，其性質屬於「消極確認訴訟」，此時即應由主張收養有效之被告乙，就法律關係發生之事實，負舉證責任（30 院 2269 判例、42 台上 170 判例參照）。然而，就上開分析觀之，甲 1 雖不負舉證責任，惟此僅指「客觀舉證責任之分配」而言，為



避免訴訟延滯，仍應認甲 1 就收養無效之事由具有一定之主張及提出義務較為妥適。

2. 當事人就收養無效之證據不能提出時候，法院應如何審理裁判？

- (1) 「收養無效」訴訟，因涉人倫法律關係，其公益性質頗高，此時，法院應有適當之職權主義介入以維護公益性，並非單純辯論主義之適用，是以，依本法第 588 條規定：「第五百八十三條之訴，除別有規定外，準用婚姻事件程序之規定。」復依同法第 575 條：「法院因維持婚姻或確定婚姻是否無效或不成立，得斟酌當事人所未提出之事實。前項事實，於裁判前，應令當事人有辯論之機會。」
- (2) 亦即，法院就該收養無效之事實及證據，法院得職權加以斟酌，惟應注意賦予當事人有辯論之機會，以避免過度侵害當事人之利益。

