

口述 民事訴訟法講義(二)

二〇一五年 筆記版

邱聯恭 講述
許士宦 整理



口述民事訴訟法講義(二)

二〇一五年 筆記版

邱聯恭講述

許士宦整理

目 錄

參、訴訟之開始.....	1
一、訴之提起.....	1
(一)訴之意義.....	1
(二)訴之種類.....	3
1.給付之訴.....	4
2.確認之訴.....	7
3.形成之訴.....	10
4.民事事件之類型審理與訴之種類的關連.....	16
二、起訴之程式.....	25
(一)起訴狀之記載.....	25
1.應表明於訴狀之事項.....	26
2.宜記載於訴狀之事項.....	41
(二)訴狀之審查.....	43
三、起訴之效力.....	44
(一)訴訟繫屬.....	44
(二)二重起訴之禁止.....	46
1.重複起訴於民事法院.....	46
2.重複起訴於民事法院與行政法院.....	59

3.重複起訴於普通法院民事庭與家事法院	60
4.國際訴訟競合	63
(三)法院之恒定	65
1.審判法院之恒定	65
2.管轄法院之恒定	66
(四)當事人恒定(主義)	67
1.系爭物之轉讓所涉問題狀況及立法例	67
2.現行法之運用上相關事項	72
(五)起訴之實體法上效力	79
肆、審判之對象	83
一、訴訟要件	83
(一)一般訴訟要件	83
1.訴訟要件之概念、意義	83
2.訴訟要件之種類	85
(1)積極要件與消極要件(訴訟障礙事項)	85
(2)職權調查事項與抗辯事項	85
(3)有關法院之事項與有關當事人之事項	86
3.訴訟要件欠缺與本案請求無理由之關係	86
(二)訴訟要件之調查、審理	90
(三)訴之利益	95
1.概述	95
2.關於客體之正當利益	97
(1)各種訴之共通要件	97
(2)各種訴之特殊要件	102
3.關於主體之正當利益	119
(四)訴權論	119
1.概述	119
2.諸說	120
(1)私法的訴權說	120

(2)公法的訴權說	120
(3)訴權否定論	121
3.訴權濫用	123
二、本案判決之對象	124
(一)概述	124
(二)訴訟標的論	125
1.概述	125
2.諸說	128
(1)舊訴訟標的理論	128
(2)新訴訟標的理論	130
(3)新舊說之爭論點及其新發展	136
(4)訴訟標的相對論	154
(5)各種訴訟類型之訴訟標的	161
3.「訴訟標的」概念之功能——行為規範、評價規範、 突襲性裁判之防止	170
(三)一部訴求	174
伍、複雜訴訟型態	179
一、複雜訴訟型態之基本概念	179
二、各種複數請求訴訟	183
(一)客觀的訴之合併	183
1.意義及要件	183
2.種類	194
(1)單純合併	195
(2)預備合併	197
(3)選擇合併	199
(4)重疊合併	203
(5)競合合併	206
3.客觀合併之審判	208
(二)訴之變更及追加	214

1.意義及制度運作方針	214
2.要件及相關規定之意旨	223
(三)反訴	245
1.意義	245
2.態樣	249
3.要件	250
4.審理程序	253
(四)共同訴訟	256
1.概說——意義、制度目的、種類	256
2.普通共同訴訟	260
(1)要件	260
(2)相關問題之處理	262
(3)預備的共同訴訟（主觀的預備合併）	271
(4)主觀的順位、串連合併	279
(5)主觀的重疊合併及選擇合併	279
3.必要共同訴訟	281
(1)固有必要共同訴訟	282
(2)類似必要共同訴訟	299
(3)類似必要共同訴訟擴大論	301
(4)必要共同訴訟類型之相對化流動	310
(5)必要共同訴訟之審理	314
(6)訴之主觀合併之特殊型態——干預訴訟	319
三、訴訟參加（輔助參加）	328
(一)意義及制度目的	328
(二)要件	329
(三)參加人之地位	335
(四)參加之程序	339
(五)參加訴訟之效力	340
1.性質	340

2.範圍	344
四、獨立性參加.....	347
五、訴訟告知.....	353
六、職權通知與第三人訴訟參與.....	354

參、訴訟之開始

一、訴之提起

(一)訴之意義

第一，所謂訴係向法院所為之一種要式的訴訟行為，即向法院所為之要式聲明，由原告向法院提示一定之請求，而且要求法院為一定內容之判決之訴訟行為。第一審之判決程序因訴之提起而開始。所謂訴之提起簡稱起訴。訴係一種要式行為，原則上必須依第二四四條第一項提出起訴狀（就家事訴訟事件，依家事法第三八條第一項），但就簡易訴訟程序及小額訴訟程序，例外容許得以言詞起訴（第四二八條第二項、第四三六條之二三）。

第二，訴係向特定法院提起者。特定法院係指受訴法院（受理訴訟之法院）。特定法院不一定有管轄權，縱然所向提起之法院無管轄權，仍係提起一訴。是否係起訴之行為，與受訴法院是否屬有管轄權之法院無直接關係，只是向特定法院為之即可。

第三，訴須明示要求判決之人及其相對人，表示係誰想要要求法院加以判決，即明示誰係原告，表示誰係其相對人，即係明示誰係被告，此即第二四四條第一項第一款之當事人。以前說明當事人概念、當事人確定時介紹很多學說，誰係當事人甚為重要，不論何種學說最後均要明確知道誰係當事人。

第四，起訴必須特定原告之訴訟上請求為何，亦即提起訴訟所作之基本權利主張為何。此所表示之訴訟上請求，並不等於實體法上請求權，可能相等亦可能不相等，屬另一問題，詳待敘述訴訟標的理論時再加說明。訴訟上請求係與實體法上請求權不同之概念，簡稱為請求（如：第二五五條第一項第二款及第二六六條第一項第一款所定「請求」）。審判實務上判決書可能記載原告之訴駁回或原告之請求駁回。原告之訴駁回，即其訴訟全部無理由而加以駁回，例

如原告請求返還所有物，被告抗辯有租賃權等正當使用權源，假使受訴法院審理之結果，認為被告有租賃權而可阻礙原告所有物返還請求權之行使，此際法官為本案判決，即應駁回原告之訴，或記載原告之訴駁回或記載原告之請求駁回。此例因不易看出訴訟上請求與實體法上請求權是否相同，但是如原告根據請求權競合之情形予以主張，例如同屬請求返還房屋，除根據租賃物返還請求權外並根據所有物返還請求權加以主張，被告主張其有正當權源，租賃權仍然存在，故原告未取得租賃物返還請求權，亦不能行使所有物返還請求權。此際判決書仍記載原告之訴駁回或原告之請求駁回。此處之請求係指訴訟上請求，原告所主張之所有物返還請求權及租賃物返還請求權均無理由予以駁回。

原告所表示之基本的權利主張即係法院所要審理及判決之對象。受訴法院本案審理判決之對象僅限於原告所主張之範圍內。原告僅請求返還 A 棟房屋，根據所有物返還請求權及租賃物返還請求權，此際法官不得針對原告可否請求返還 B 棟房屋予以審理、判決，亦不能根據其他請求權（例如買賣標的物交付請求權）予以判決，因原告僅主張上述兩請求權而已。此牽涉第二四四條第一項第二款所定訴訟標的之表明、處分權主義及辯論主義或如何行使闡明權等問題（參照第一九九條之一）。

第五，訴須表示請求法院為如何內容之判決。例如上述根據所有物返還請求權及租賃物返還請求權，或者其中之一請求權，此係實體法上請求權，但均請求法院判決被告交付 A 棟房屋。請求判決被告應該交付 A 屋予原告，此即係請求判決之內容，是第二四四條第一項第三款所謂訴之聲明。又如在確認訴訟，請求法院確認某租賃權（抵押權）存在或不存在，亦屬訴之聲明，即請求法院判決之內容。

上述說明訴之意義時，有一重要問題應予注意。我國等大陸法系國家，均採取一最基本之原則——處分權主義，在緒論說明訴訟事件與非訟事件之比較時已稍予提及。茲有一問題，訴訟係因當事人提起而開始，何時當事人提起訴訟，自該時起訴訟才開始。訴訟僅有在當事人請求法院下判決時才開始，此係處分權主義之第一層面意義。訴訟只有在當事人要求法院下判決時才開始，無訴即無裁判，亦即只有在當事人提訴訟請求法院加以判決時，訴訟才可以開始。此亦表示司法之被動性，與行政權不同。關於行政權，例如縣政府、行政院，

不能謂人民無請求，水溝道路損壞即均不用修理；人民未講話，學校即辦得很腐敗。關於司法，法官不能在羅斯福路上看到有人被壓傷，即謂「何不告他，來法院我判妳勝訴」，因其尚未起訴。

處分權主義係我國等大陸法系之最基本原理，以後說明本案判決之對象時，亦將論及處分權主義與訴訟標的之關係。處分權主義尚有防止突襲性裁判之作用，亦即上述訴之意義的第四項內容，法院只有在當事人所主張之權利範圍內，始得以之為審理、裁判之對象。當事人請求交付 A 屋，法院不得審理 B 屋應否交付，蓋若如此，則當事人會措手不及，遭受突襲性裁判。此係處分權主義第二層面之意義，亦即法院只能在當事人請求之範圍內予以判決，不能超出當事人請求範圍之外予以判決，否則即成為訴外裁判，違反第三八八條。

於此應特別注意，處分權主義不但係我國採用，且係最基本原理之一。如將處分權主義拿掉，則將不知如何說明訴訟法。處分權主義亦牽涉到憲法之問題，當事人不處分 B 屋，法官何以得審判 B 屋？牽涉到憲法保障之財產權，當事人不行使權利，法官不可加以判決，因此，處分權主義在大陸法國家係最基本之原理。其他尚可與非訟事件之審理原則予以對比，惟此非屬本課程所要說明者。

(二)訴之種類

關於訴之種類，以下分成兩個角度、方向加以說明。第一角度、方向係向來所承認之訴之種類，其功能或目的何在。第二角度、方向係稍予分析向來所認為種類之處理方法有何等問題存在。

向來訴訟法學認訴之種類包含下述三種：給付之訴（給付訴訟），確認之訴（確認訴訟）、形成之訴（形成訴訟）。與此三種類相對應者，判決亦有三種類，原告提起給付之訴，如有理由，法院即應下原告勝訴之判決，稱之為給付判決；在確認之訴，原告之請求如有理由，法院即應下確認判決；在形成之訴，原告之請求如有理由，法院即應下形成判決。因此向來認為判決之種類有給付判決、確認判決、形成判決三種。先就此三種類加以分析，再加評論。

1. 給付之訴

何謂給付之訴，在說明當事人適格時，曾提及包括何種要求及何種主張。原告向法院主張原告對被告有給付請求權，要求法院下給付判決，以此種請求為內容之情形，稱為給付之訴。常見情形，例如某甲主張對某乙有五十萬元債權，請求法院判決「乙應支付甲五十萬元」，此即給付判決，起訴時所為「乙應支付甲五十萬元」之要求係訴之聲明，其根據係甲對乙主張有給付請求權；又如返還房屋一棟「乙應交付（返還）A棟房屋予甲」，此係請求交付特定物；又如「乙應將座落某處土地所有權移轉登記予甲」，係請求為一定之行為，一定之意思表示。諸如前述請求給付一定之金錢，請求給付一定之特定物，雖然一者使用「支付」，一者為「返還」或「交付」，一者為「移轉」登記，均係請求一定之給付或一定之意思表示。或者某乙係歌星，某甲係歌廳老板，某甲請求某乙星期六晚上七點開始應到某甲歌廳高歌一曲，此亦屬給付之請求，請求有名之人來演講，亦然。至於能否強制履行，則屬另一問題，例如被告敗訴，結果被告並不履行，則能否強制其上講台演講？如此有無妨害人權？則屬強制執行之方法問題。甲對乙有請求至某處演講之請求權，只要契約有效成立，未違反公序良俗，該請求仍有其意義，可能造成債務不履行之損害賠償。法官判決被告應該履行，某時應至某處演講，結果尚未強制履行，說不定被告已自動履行。不管係債權之請求或物權之請求，均有可能構成給付之訴。

請求之方法與起訴狀之寫法有許多問題存在，屬民事審判實務之範圍。例如請求交付汽車一部，而汽車有各種各樣，有價值二萬多元者，亦有四、五十萬元者，如何特定，涉及若干技巧。

於此應注意者，以前在說明第十五條侵權行為之管轄時亦已提及，關於生活妨害制止之請求，例如噪音、污染等等公害制止請求權之情形，請求被告工廠或被告不得發出何等噪音，應該為防止噪音發生之工程措施，為防止污染環境之措施，此等根據制止請求權請求被告為一定之作為、不作為之情形，究竟與向來之給付之訴是否屬同一類型，有一些問題存在。如上述所提及者，請求給付一定之金錢，交付特定物，如果被告不履行，執行法院即依強制執行之程序將特定物或現款交給原告即債權人收受即可，但是在命被告工廠不可發出超

過幾分貝之噪音，或應為一定之工程、設施之情形，由於工廠之機器隨時均可變換，縱然在判決之基準時點以後，情況亦可能發生變化。因此，此種制止請求權內容之實現，與上述交付特定物、金錢之情形有相當大之不同。此係二十世紀以後非常重大之問題，非僅欠幾塊錢之問題，影響整個人之價值。每天呼吸污染之空氣，如此種現象或侵害之行為沒有排除，即使在此社會上之過著不像人之生活，違反整個人之尊嚴。在此認識之下，如何使此種權利能夠迅速、具體地實現，即成為問題。例如法院判決被告之工廠應該不得發出幾分貝之噪音，將來要防止此種噪音之發生，到底要建幾公尺高之圍牆，或應命其機器換成何種較不發生噪音之機械，情況與上述給付特定金錢、特定房屋、或其他特定物之情形大不相同（參照第四四條之三所認訴訟類型；「程序利益保護論」所附圖表九）。制止請求權利內容之具體化必須考慮很多客觀之因素，不像借款返還之請求，在客觀上法院判決以前，有五十萬元借款，該五十萬元即存在，將來除發生通貨膨脹之外，五十萬元不會發生多一毛或少一毛之問題。易言之，此種制止之請求，縱然法院根據當事人提起給付之請求而下給付判決，其內容可能必須考慮很多因素之後始能具體化。因此，在其執行過程，牽涉強制執行法第一二七條、一二八條、一二九條等代替執行或間接執行等等問題。於此應予強調者，在強制執行之方法上，有關制止請求之強制執行，與上述所舉之各種向來傳統之給付之訴、給付判決之情形不同，所要考慮之因素相當複雜。因此，就向來之給付請求認為相當合理之解決問題之方法，不當然可套用到有關制止請求之形態。向來原告要求被告返還五十萬元時，只要原告表示被告應返還五十萬元即可，但如原告要求被告防止噪音，原告如請求法院判決被告應防止噪音，則仍有應如何使其具體化之問題，否則將難以解決紛爭。例如原告請求牆高三公尺，被告則作如窗簾般薄之牆，原告謂牆應以鋼筋為之，被告則謂以磚塊為之即可…，如何妥為處理係屬問題。污染之情形亦同，如謂工廠不得排出廢棄物，無異令工廠關門，原告之權利可能未至如此之大！到底應排除至何等程度？以何種方法為之？要考慮之因素與請求交付特定物或一定金錢之情形不同。因為在執行方法上不同，故在起訴時要求起訴之原告應表明至何種程度，即成為問題，蓋如認為其表明未特定，即違反第二四四條起訴應該具備之必要程式，起訴即不合法。

在此須予說明者，關於制止請求之訴訟，是否將之列為向來之給付之訴，並非最重要之事，該權利實現之方法如何使之具體化，始成為課題。上述所言，主要說明各種訴訟之功能為何，而非僅止於分類而已，最後均要使之能實現權利之內容，詳待後述。關於制止請求與向來給付之訴有不同之處，如何解決該基本問題，大概基本方向可參考民訴法研究會第二十六次研討會之紀錄，該次報告題為「不作為請求之特定」，將制止請求權翻譯成不作為請求，本人建議其改成制止請求，因其與通常之不作為請求不盡同，例如抵押人不得為有害於抵押物價值之行為，此係單純之不作為，與公害之情形不同，詳見本人之發言及補註〔載於「民訴研討(三)」第七二頁以下、第八三頁以下〕。制止請求，非僅涉及民事訴訟法，亦牽涉民法。此問題與民法有密切關係，在上述報告，本人亦舉物權法上之案例，並且，與非訟事件法之原理有關係。

給付之訴分成二種，一種稱為現在給付之訴。在現在給付之訴，原告係要求法院下一即時給付判決，意謂判決後即應給付金錢、交付房屋，非將來期限屆至時始給付，此際，原告係主張現在之給付請求權存在且可行使。大部分之給付之訴均屬此類型，上述所舉案例均屬之。另一種係將來給付之訴。所謂將來給付之訴，係指原告所主張之給付義務，於將來履行期屆至，或所附之條件成就時，始成為現實之給付義務，即給付義務始會現實化、具體化。比較精確言之，至言詞辯論終結之時點，履行期尚未屆至或條件尚未成就。因此現在給付之訴與將來給付之訴，分辨之點係以言詞辯論終結時點，請求權是否已屆履行期作為標準予以判斷。起訴時，例如五十萬元履行期係九十九年八月一日，原告起訴則在同年五月一日，在起訴時點觀之，係為將來給付之訴。如果係將來給付之訴則必須合乎第二四六條之要件始可。但是，起訴後法官一直開庭，至八月一日履行期屆至時還在開庭，八月五日始辯論終結。此種情形，雖然起訴時係將來給付之訴，但辯論終結時，履行期已經屆至，故仍屬現在給付之訴，而非將來給付之訴。蓋起訴時，原告請求被告在同年八月一日應給付某元，法院審理至八月五日辯論終結，則在八月五日以前已經到期之部分不能再寫將來給付之訴之判決主文。因此，言詞辯論終結時點係判斷現在給付之訴與將來給付之訴之基準時點。

由上述說明應注意者，給付之訴原告勝訴時得到給付判決，此種訴訟、判

決最主要之目的、功能，在於取得執行力（強制執行之效力）。亦即，原告得到此種判決之後，如果被告不履行，原告即得根據強制執行法第四條第一項第一款之規定，聲請法院強制執行。此際，給付判決即成為所謂之執行名義。執行力之取得係給付之訴、給付判決之主要特徵。此種判決確定之後，附帶發生既判力，即原告之給付請求權是存在的，被告之給付義務是存在的，就此點發生既判力。反之，如果法院認為給付之訴無理由，原告之請求無理由而予以駁回，且判決確定，則不發生執行力，因未命被告給付，故駁回原告之訴確定，僅發生既判力，就被告給付義務不存在一點發生既判力。因此，此際屬於確認判決，而非給付判決。

在審判實務上，目前我國社會，給付之訴、給付判決所占比例最多，而在沿革上，民事訴訟法之歷史上，給付之訴之發達最早，係代表之類型。

2. 確認之訴

所謂確認之訴，在說明當事人適格時已予提及。主張特定之權利義務關係存在或不存在，並且要求法院下確認判決，此即確認之訴。確認之訴通常分成積極的確認之訴與消極的確認之訴，積極確認之訴係指請求確認某一法律關係存在，消極確認之訴係指請求確認某一法律關係不存在。

確認之訴最主要之目的在於取得既判力，主要之功能在於透過既判力以解決紛爭。上述給付之訴及給付判決最主要目的在透過承認執行力以實現給付請求權之內容，確認之訴則透過既判力以解決紛爭。亦即，法院判決某一權利義務關係存在或不存在時，就此權利義務之存在或不存在，在當事人之間即不能再予爭執，因此紛爭即獲解決。例如某甲起訴，將某乙列為被告，請求確認某一棟房屋之所有權屬於某甲，法官判決某甲之所有權存在，從此判決確定後，就所有權存在乙事發生既判力，甲乙均須承認該房屋所有權屬於某甲，紛爭即獲解決，不得再予爭執，重新為買賣行為固非不許，但不得謂該判決既判力所判斷者雙方不遵守。上例如法院判某甲之所有權不存在，將原告之訴駁回，而告確定，這時，某甲就該房屋所有權不存在之判斷發生既判力。因此，在確認之訴，無論原告勝訴或敗訴之判決，均屬確認判決，於其確定時發生既判力，而既判力係一種公權之確定，以公權為基礎來確定法律關係存或不存在，然後

解決私人間之紛爭。在此點上，與給付之訴大不相同，應予注意。

關於確認之訴與確認判決之功能，除上述說明外，尚應注意下述說明。亦即，確認之訴透過確認判決解決紛爭之事非常非常重要，此功能所以重要，係根據下述理由，即確認訴訟具有下述特徵：

第一，確認之訴具預防紛爭之性質、功能。

第二，確認之訴、確認判決對解決紛爭具有根本性之特徵。

所以如此言之，例如某甲為原告，列某乙為被告，起訴請求確認某甲就A屋之租賃權（租賃關係）存在，如法院判決某甲就A屋對乙之租賃權（租賃關係）存在（應如此表示，因租賃權有支配物之性質。租賃權具有債權性質，屬對人權，但其亦支配特定物，具有對物權之性質，此與其妨害排除請求權應否承認有關），判決確定時，甲就A屋對乙之租賃權（租賃關係）存在。租賃關係係基礎之法律關係，前述確認之訴之訴訟標的係租賃權，甲就A屋對乙之租賃權既已發生既判力，則乙對甲之租金給付請求權等派生之請求權亦隨著紛爭解決一大半，將來某乙得根據該判決請求某甲給付租金，因該判決確認租賃關係存在，甲乙兩人均須遵守。在前訴固然甲當原告，乙當被告，而乙敗訴時，亦得根據此判決主張派生之請求權，請求甲給付租金。某甲應否給付租金，即有無發生租金給付之義務，亦隨著租賃關係之確認判決而解決大部分。當然，租金請求權亦有可能罹於短期消滅時效，但此屬另一問題。再者，依民法四二九條、四三〇條，某甲亦得請求某乙修繕租賃物。其他如民法第四二一條以下之權利義務關係，均屬派生之權利義務。在此欲予強調者，假使確認訴訟之對象、標的係基礎之法律關係，即具有上述之根本性及預防性。在此種紛爭事件，上述特徵特別醒目，蓋派生之權利義務關係亦隨同解決某程度之紛爭。上述案例改為買賣關係亦然，民法第三四八條以下之權利義務關係，均以買賣關係存在為前提，此等派生之權利義務關係，包含買受人之瑕疵擔保權利等等，均以買賣關係存在為前提，如確認之訴以買賣關係為確認之對象，亦具有上述之功能，可明顯觀察出來。

由於上述案例可知，確認之訴具有相當強之預防紛爭之功能，尤其係以基本的、基礎的法律關係作為確認對象時，更能明顯看出。其他如僱傭關係、親子關係或婚姻關係（家事法第三條第一項）等等均係如此。

最後，應再注意以下事項：

第一，上開案例，某甲請求確認租賃關係存在，假使租賃物存在某乙手中，占有尚未移轉（因租賃契約係諾成契約，訂立租約之後乙尚應將合乎通常使用收益狀態之租賃物交給某甲，此係出租人之義務），而法院判決確認租賃關係存在，如某乙不自動將租賃物交付某甲，尚不能解決紛爭。因該判決確認租賃關係存在而已，某甲雖有租賃權，某乙不交付租賃物於某甲，某甲尚須起訴請求某乙交付租賃物，得到勝訴之給付判決後，始能強制執行。由此可知，確認之訴得到確認判決，在有些情形，例如上述情形，真正要解決紛爭，尚須敗訴當事人很樂意、主動地遵守判決之內容，始得擴大其解決紛爭之功能。某乙若不交付租賃物予某甲，某甲尚須提起給付之訴，取得給付判決。如某乙非常守法，以為法院既已判決乙敗訴，法官應受尊敬，因其維持全國生活，如敗訴當事人全不履行，不依判決內容生活，豈非增加法院之負擔？因訴訟係一集團現象，如伊再製造一糾紛，將來很多案件法官無法妥善辦理，社會即將更為混亂，故某乙假使有此權利義務觀念，上述判決之後，不待某甲提起請求某乙交付租賃物之給付訴訟，紛爭亦可獲得解決。由此得知，在一權利義務觀念比較明確，權利意識或法律意識已相當健全之社會，確認判決在很多情況之下，可能取代給付判決、給付之訴之功能。易言之，在國民權利意識健全之社會，有權利即會認真行使，有義務即會負責任予以履行。此種社會確認判決即將發揮相當大之功能，最後甚至於因債務人均能自動遵循判決內容為履行，而無人聲請強制執行。某甲只要得到該確認判決，打電話給某乙，詢問收受判決否，某乙即感到難為情，因其自知違法，所以電話聽一半即不好意思，豈還會去脫產？權利意識已經相當健全化之社會，確認之訴、確認判決發揮很重要之功能。因此，在德國確認判決很多，蓋德國人守法，以確認判決即得解決紛爭。此其一。

第二，晚近，一般論者多重視、強調確認訴訟之實質上機能，而不僅著眼於此訴之提起係指向於取得具有既判力之判決。亦即，確認之訴可能隨著其被利用之型態或場合之不同，發揮多樣的機能，例如：①在訴被提起於權利侵害尚未發生以前之場合，係發揮預防性救濟的機能或保全法律上地位之機能。②在以身分關係等類包括性法律關係或某物權為確認對象之場合，相較於根據其所派生請求權（如：妨害排除請求權）提起給付訴訟之情形而言，可發揮包括

性救濟或排除侵害等機能。③在損害額之計算為不可能或尚有實際上困難時，訴請確認受害人對加害人之損害賠償債權存在，以使其責任明確化一事，則具有為給付訴訟之提起預作準備之機能。④在某權利或法律上地位涉及公司或其他團體之內部關係，而成為確認對象時，則對於該團體所屬成員（如：股東、社員）及機關（如：董事、理事、監察人）所應遵循之行為準則而言，可發揮其規制性救濟機能。

第三，在上開各種場合，確認訴訟之提起多有助於防止紛爭之擴大、擴散，避免不必要之給付訴訟一再被提起，而可某程度抑制程序上不利益之發生。在此意義上，確認訴訟係可能發揮保護程序利益之機能。因此，如何從程序利益保護原則重新為確認訴訟定位，亦屬要事。就我國最近之立法走向而言，新法（第二四七條之修正條文）特將法律關係基礎事實亦包含於確認之對象範圍內，實乃重視確認訴訟所具上開預防紛爭發生、全面性徹底解決紛爭及保護程序利益等機能之具體表徵。為此等機能之發揮，今後的課題是，如何妥適判定後面所述確認利益（訴之利益）之有無？

3. 形成之訴

何謂形成之訴？在說明當事人適格時曾經提及。亦即，原告主張要使某一法律狀態發生變動（根據一定法律要件之法律狀態應該變動，例如離婚），並且請求法院下形成判決（使權利義務關係發生變動之判決），以此二點為內容之訴訟即是形成之訴。形成訴訟通常依其所形成法律關係之性質不同，可分為二類：第一類是實體法上的形成之訴；第二類則是訴訟法上的形成之訴，廣義言之，應係程序法上之形成之訴。

實體法上的形成之訴，大多規定在特別訴訟之範圍，非通常之訴訟型態。例如在給付金錢等類有關通常財產權之紛爭事件內比較少見，而是大部分被規定在特別的訴訟型態之內，例如在家事訴訟方面，家事法第三條第二項規定之離婚之訴（民法第一〇五二條）、撤銷婚姻之訴（民法第九八九條至九九七條）或撤銷收養之訴（民法第一〇七九條之五）；公司法上有撤銷股東會決議之訴（公司法第一八九條）。

至於家事法第三條第一項第一款規定將舊法（民訴法第五六八條）所定婚