

of the People

1份

學術專論

任意訴訟及 部分程序爭議問題



姜世明 著



元照出版

任意訴訟及部分程序 爭議問題

姜世明 著

元照出版公司

序 言

本書係作者系統性、計畫性研究民事證據法及憲法原則對程序法發展影響等議題之外，關於民事訴訟法部分爭議問題之論述，多已發表在學報、法學雜誌或座談會，為學生研究參考之用，特匯整成書，作上課講義之補充。

書中各篇，重點固非單一，但多涉及訴訟契約及修正民事訴訟法相關議題。其中關於訴訟契約之研究，對於任意訴訟解禁理論於二十世紀初迄今之發展乃有較為詳細之說明，其篇幅頗長，佐以其他相關議題，可謂本書之核心，因作書名核心，用以提示本書重點所在。

民事程序法學之發展，與一國意識形態及歷史、社會條件相關聯，部分程序法爭議可能依隨時代變遷，被作不同理解，而此種典範變遷，毋寧係人類社會價值相對性及有限性之現實投射。不同地域法學家，其所能找尋者，亦僅係此等相對價值之確立，而其學說或制度能否於現實被有效實踐，即以其是否符合不同社會條件之需求，尤其係對於各方程序主體之人性需求之關注與平衡，作為其決定性因素。

近年來，內外紛擾，下筆為文之際，思慮難免有失。書中觀點，亦僅係個人一時之研究思慮所得，容有質疑辯正空間。拙回國已近十年，系列著作問世，但求如唐僧取經，介引他國文明，以豐富我國文化之土壤而已。其有誤失之處，尚祈先進不吝指正。

姜世明

2008年11月29日寒流中

目 錄

序 言

訴訟契約之研究

壹、前 言	1
貳、意義與成立	2
參、訴訟契約之態樣	11
肆、訴訟契約之合法性	20
伍、訴訟契約之效力	57
陸、結 論	87

選定當事人制度之變革——兼論團體訴訟

壹、前 言	89
貳、制度變革之基本內容與定性	101
參、新制度運作之基本難題	112
肆、結 論	121

對於民事訴訟中合意選任法官制度之評估

壹、前 言	123
貳、法理引導	123
參、合意選任法官制度概介	131
肆、理論及實踐之困境	134
伍、不明的未來——代結論	137

訴訟上和解制度之變革

壹、前 言.....	139
貳、訴訟上和解制度之基本價值與其機能擴大化之 必要性.....	140
參、新法中關於訴訟上和解制度之修正.....	145
肆、新修正制度之評估.....	148
伍、結 論.....	161

消費訴訟之理論與實務

壹、前 言.....	163
貳、對消費者之舉證責任減輕.....	164
參、消費者保護團體訴訟.....	167
肆、不作為訴訟.....	178
伍、選定當事人.....	183
陸、結 論.....	184

專利侵權事件之證據保全及假處分程序

壹、專利侵權事件之證據保全制度.....	185
貳、專利侵權事件之假處分.....	204

論民事訴訟法失權規定之緩和與逃避

壹、前 言.....	243
貳、主要之法律依據與其制度目的.....	245
參、失權規定之基本要件.....	247
肆、失權規定嚴苛性之緩和.....	255
伍、失權之逃避方法.....	262
陸、結 論.....	269

訴訟要件之審查次序

壹、前 言.....	271
貳、訴訟要件之意義與功能.....	272
參、訴訟要件與訴訟障礙之內容.....	277
肆、訴訟要件之審查次序.....	279
伍、結 論.....	288

新修正民事訴訟法重點評析

壹、前 言.....	291
貳、訴訟經濟之考量——選定當事人制度機能之擴大.....	292
參、第三人之程序保障.....	297
肆、弱勢者之訴訟權保障.....	302
伍、程序選擇權與程序主體權之保障.....	306
陸、於第二審提出新攻擊防禦方法之原則性禁止.....	310
柒、和解功能之加強.....	313
捌、第三審為法律審之功能貫徹.....	316
玖、其他修正.....	320
拾、結 語.....	327

法國第三人撤銷訴訟之簡介

壹、前 言.....	329
貳、基本法條.....	330
參、定義、類型及目的.....	333
肆、要 件.....	336
伍、程 序.....	341
陸、效 力.....	343
柒、結 語.....	345

訴訟契約之研究*

壹、前 言

訴訟契約係訴訟行為之一種，其在民事訴訟法中有部分明定之類型，但對於非為法所明定之訴訟契約是否具有合法性之問題，其在民事訴訟法之學理發展上甚具爭議性。其爭議問題之所在，乃在於其對於民事程序法在法治國原則中所被要求應具備之法律安定性可能造成衝擊，且對於任意訴訟之形成所可能引致當事人間之不平等及造成不正義判決之危險，亦為識者所疑慮。

就訴訟契約之研究，其在德國之學理發展已久，學說及實務見解頗多，見解亦存有歧異。而在我國，就此一問題亦有所意識¹，學者有直接對於部分訴訟契約類型為實質性研究，亦有另自程序選擇權論出發而賦予訴訟契約之另一觀察角度者，其於訴訟契約制度之發展，均將有重大影響，應值重視。

雖我國對於訴訟契約之研究，近年來因部分學者對於個別訴訟契約之深入研究，已呈現重大發展，惟對於此議題之基本論似

* 本文初稿係作者二〇〇四年國科會研究報告，經事後多加增刪而成。另對於審稿委員寶貴意見，本文亦已據之而為必要之相對應修正，非常感激審稿意見之提出，給予作者再次審視作品缺點之機會。至於修正後所可能尚存之瑕疵，文責自負，乃屬當然。

¹ 國內文獻主要包括：邱聯恭，程序選擇權論，二〇〇〇年九月初版；沈冠伶，訴訟權保障與裁判外紛爭處理，二〇〇六年四月等。其中，沈冠伶所著書收錄之示範訴訟契約之研究一文，係國內迄今對於訴訟契約論述最為詳盡之文獻。

2 任意訴訟及部分程序爭議問題

尙未有進行完整之系統分析者，對此似仍有補充之必要。爲此，本文擬藉助德國學理發展經驗，對於訴訟契約相關問題加以探討，並對於國內目前新近實務發展加以評估，期能有助於國內對於此一問題有一整體性之理解基礎。基本上乃著重在對其合法性及效力等問題之分析及檢討，至於訴訟契約之種類，在此則僅爲簡略說明。就該議題，因筆者已另有論文說明，其詳煩請另行參閱之。²

貳、意義與成立

一、意義

(一) 訴訟行為之基本概念

1. 訴訟行為與私法行為之區辨

民事實體法乃以私法自治作爲其基本立法原則之一，尊重個人依其意思形成私法上權利義務關係之權利，並以法律行爲作爲實踐私法自治之主要手段，其所謂法律行爲乃指「以意思表示爲要素，因意思表示而發生一定私法效果之法律事實」者。³而所謂訴訟行爲依德國通說向認爲其乃指任一當事人行爲，其對程序予以形成及由訴訟法對於其要件與效力予以規範者。但另有學者則持較廣義之理解，亦即不僅前開定義下之行爲係訴訟行爲，即涉及特定程序及於訴訟上主張可發生或阻礙程序之形成者，亦爲訴訟行爲。⁴基本上，本文訴訟行爲乃採較廣義見解，即指於訴訟程序上發生效果之行爲，其乃得分別由法院或由當事人爲之者。

² 參姜世明，概論訴訟契約之種類，萬國法律，二〇〇五年十二月，一四四期，頁二以下。

³ 王澤鑑，民法總則，二〇〇二年七月，頁二六九至二七〇。

⁴ 相關見解，vgl. Zeiss, Zivilprozessrecht, 9. Aufl., 1997, Rdnr. 211.

其中關於法院所為之訴訟行為，與本文主題較少關聯，在此乃暫不予論述。在此意義下，訴訟行為或可定義為「以意思表示為要素，因意思表示而發生訴訟法上效果之法律事實」。

惟當事人之訴訟行為與實體法上私法行為間，其究竟存在如何之關係，則為一困難之問題。若法律行為之要件及效力係單純依實體法規定者，其應被評價為私法（實體法）行為應無問題⁵；若其要件及效力係單純以訴訟法規定為據者，例如當事人之訴訟上自認，則應被評價為訴訟行為，亦無疑義。有疑義者係，部分私法行為可能附隨發生訴訟法上效力；反之，部分訴訟行為可能亦同時會發生私法上之效力，則如何就此等行為為適當定性，即可能發生爭議。學者間，有主張應依主要效果論者，亦即若其主要效果係存在於實體法者，應認為係私法行為；而若其主要效果存在於訴訟法者，則應係訴訟行為。例如，訴訟標的之轉讓雖亦有訴訟法上效力，但其轉讓行為仍應被評價為私法行為；而對於起訴所衍生之時效中斷效力，雖其具有實體法上效力，但理論上並不因此而認其性質屬於私法行為。⁶

上開主要效果論之觀察，基本上應可被評價為具說服力之觀點，但尚應注意者係，在訴訟上仍可能存有對於某一行為，難以區分其究竟應認為係屬於私法行為或訴訟行為者，例如部分學者將訴訟上和解定位為兩性論（實體及程序法性質）。此外，對於訴訟上所為形成權之實現行為（抵銷、撤銷及解除權之主張等），則有頗大爭議。因若將訴訟上形成權之主張認定為訴訟行為，則其不僅能向法院為之，即當事人未到場亦可為之；但若係將之評價為私法行為，則應將其行使抵銷權表示向相對人為之始可。在此，採訴訟行為論者較少，而學者乃有將之評價為雙重構成要

⁵ 即其於訴訟上為之者，亦無不同，例如訴訟上所為要約或承諾等。

⁶ 相關見解參閱，陳榮宗／林慶苗，民事訴訟法（中），修訂四版一刷，二〇〇五年三月，頁四四一。

4 任意訴訟及部分程序爭議問題

件說者。⁷困難者係，是否在此應區分形成權之行使及形成權之主張二者？而以前者為實體法行為，後者為訴訟行為；而在訴訟上所為抵銷之「主張」，則依其情形，例如是否係主張其已在訴訟外行使過抵銷權等或係欲在訴訟上藉由此次主張而一併行使之。若屬於後者，則可能仍有雙重構成要件或雙重性質之問題。

2. 訴訟行為之分類

訴訟行為依其標準乃可能有不同之分類，例如區分為法院之訴訟行為及當事人之訴訟行為、單方訴訟行為及雙方訴訟行為、取效訴訟行為及與效訴訟行為等，⁸其中就單方訴訟行為及雙方訴訟行為之區分，與本文訴訟契約乃較具直接關聯。

當事人訴訟行為依其作成主體個數乃可區分為單方訴訟行為及雙方訴訟行為，其所謂單方訴訟行為係典型之訴訟行為類型，例如起訴、訴之撤回及一造辯論判決之聲請等。所謂雙方訴訟行為，則可區分為兩造合意之訴訟契約，及平行之意思表示合致者，前者，例如管轄合意；後者，例如在本案辯論後為訴之撤回應得被告之同意（民訴法第二百六十二條第一項但書）。⁹

(二) 訴訟契約之意義

基本上，訴訟契約一詞並非民事訴訟法之立法用語，而係學

⁷ 陳榮宗／林慶苗，前揭書，頁四四一。氏認為雙重構成要件說乃德國通說，且認為私法行為說即為雙重構成要件說，而其與折衷說（混合說）之區別乃前者允許實體法上之法效與訴訟行為之法效分別發生及各自存在，但後者卻互相依存。論者有認為在言詞辯論中所為抵銷主張具有雙重構成要件者，Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl., 2003, S. 184. 但德國學者有認為其通說似乃私法行為者，Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2004, S. 684.

⁸ 各分類要義，參拙著，訴訟行為論，月旦法學教室，二〇〇五年二月，二八期，頁六三以下。

⁹ Schlosser, Zivilprozessrecht I, 2. Aufl., 1991, Rdnr. 309 f.

理上發展之結果。在學理上，有將訴訟契約定義為「當事人間以意思表示為要素，就現在或將來發生訴訟法上或強制執行法上一定之法律效果為目的，所成立之法律行為。」¹⁰另亦有學者將訴訟契約定義為「對於現時存在或將來發生之特定民事訴訟或強制執行，以直接或間接發生某種影響之法律效果為目的之私人間合意。」¹¹

本文認為所謂訴訟契約可有廣義及狹義之別，並依其區分標準而有不同分類。其一，就程序而言，其狹義者乃指當事人間所為使其主要法律效果發生在訴訟法領域者，而不包括對於強制執行程序發生作用者。至於所謂廣義訴訟契約則指複數當事人間對於訴訟相關事項，於訴訟前、訴訟中或強制執行前、強制執行中所為得使其主要法律效果發生在該等程序者。就廣義之訴訟契約而言，其不僅包括訴訟契約，且及於執行契約。其二，就契約主體而言，狹義訴訟契約係指訴訟上當事人間成立之契約，而廣義者則亦將第三人納入訴訟契約之主體範圍。其三，就合意之方式而言，狹義者限於對立合意型之訴訟契約（即兩造互為意思表示之合意），而廣義之訴訟契約，則亦包括平行合意之訴訟契約（即一造當事人向法院為意思表示，他造當事人向法院表示同意）。

二、訴訟契約之成立

關於訴訟契約之訂立，一般而言，其生效要件乃應符合訴訟行為之要件，例如其當事人應具備當事人能力及訴訟能力，而非權利能力或行為能力。¹²但此乃係對於訴訟中訂立之訴訟契約而

¹⁰ 陳榮宗／林慶苗，前揭書，頁四四七。

¹¹ 參閱陳自強，訴撤回契約之研究，台大法研所碩士論文，一九八六年六月，頁八。

¹² Schilken, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., 2000, Rdnr. 170.

言，若係於訴訟前訂立之訴訟契約，是否應為相同解釋，則有爭議。雖有持兩者同一對待論者，但亦有認為應區別對待者，亦即若係在訴訟前訂立者，例如仲裁契約或合意管轄等，因其主要係置於實體契約中，似僅須要求實體法之生效要件即可。¹³此在當事人屬於限制行為能力者，其問題點最為明顯，亦即，其雖可能在實體法上因一定條件而得為有效法律行為，但其在訴訟法上仍為無訴訟能力者，則其所訂立之訴訟契約（例如仲裁契約），是否有效？雖通說乃認為無論係該當訴訟法之訴訟行為要件或實體法上行為能力要件均無不可，但學者卻仍有認為當事人能力及訴訟能力在此情形仍均應具備，惟辯論能力在此情形則屬不必具備之。另亦有認為在訴訟前所訂立之附加管轄合意或仲裁條款之協議及其基本契約，限制行為能力人若已得法定代理人同意或事後承認，亦得有效訂立該等訴訟契約。¹⁴

訴訟契約之訂立，除法有明文規定者外（例如民訴法第二十四條第二項），並無要式強制。¹⁵在德國，因其民事訴訟乃採律師強制代理原則，因而是否訴訟契約之訂立，亦須由律師代理為之，亦成問題。學者有認為，其若係訴訟程序中訂立者，應有律師強制代理之適用；至於在基礎契約訂立時及法律爭議發生後所訂立者，則有不同見解。¹⁶

訴訟契約之訂立，另應注意在德國有發展所謂之「確定性原則」（Bestimmtheitsgrundsatz）之理論，此一理論指出當事人僅於將來之訴訟權能及其實行或不實行已足夠明確或可得明確時，乃得為處分或負擔，例如當事人不能約定對於將來所有訴訟之上

¹³ Schilken, a.a.O., Rdnr. 170.

¹⁴ Zöller/Greger, ZPO, vor § 128 Rdnr. 28.

¹⁵ 若欠缺成立證據之合意，自不能要求當事人受證據契約之拘束。參台灣高等法院九十二年度上字第一〇九三號民事判決。

¹⁶ Zöller/Greger, a.a.O., vor § 128 Rdnr. 28; Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., S. 422.

訴權予以捨棄。¹⁷此一理論乃自德國民事訴訟法第四十條第一項及第一千零二十九條規定¹⁸推演獲致，依據該等規定法理可推知，若訴訟契約非對於特定法律關係及自該特定法律關係所發生之訴訟爭議者，該訴訟契約（仲裁協議）應屬無效。¹⁹此一明確性原則在規範關於兩造地位不平等之法律關係主體間之契約，尤具高度實益。否則，若僱主於僱請員工時即要求簽下爾後不可對雇主因勞資爭議提起任何訴訟之契約，此一僱傭契約之附加條款，又豈可承認其合法性？此一原則乃為保障當事人對於處分對象之可預見性及可估計性，可用以確保程序法律安定性及對於當事人之程序保障，德國通說並將此一要件一般化適用於訴訟契約。

又此一確定性原則與對處分範圍可預見性原則乃可相互作用，其同時衍生出當事人訂立訴訟契約之時點，雖原則上可及於訴訟前為之，但並非始終如此，亦即，若自法律規定可知該處分權能乃於產生該權能之情形已發生時乃被承認時，則並不能承認其事前之處分，例如德國民事訴訟法第二百九十五條第一項（類似我國民事訴訟法一百九十七條）之程序瑕疵異議權（責問權），依其立法目的及意旨，應在其瑕疵發生後乃有處分權限之問題。²⁰如此，若於程序瑕疵發生前，當事人為包括性地捨棄異議權，似不能承認其合法性。

¹⁷ Baumgärtel, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, 1972, S. 190.

¹⁸ 德國民事訴訟法第四十條第一項規定：「管轄協議若非涉及特定法律關係及自該法律關係所生法律爭議者，無效。」德國民事訴訟法第一千零二十九條第一項規定：「仲裁協議係指當事人間關於特定契約或非契約法律關係所已發生或將發生之所有或個別爭議，協議由仲裁法院處理者。」

¹⁹ Wagner, *Prozessverträge*, 1998, S. 51 m.w.N. 反對此一要件者，Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2. Aufl., 1974, S. 208 f. 氏認為僅須不違反強行民事訴訟法規定者即可。

²⁰ Baumgärtel, a.a.O., S. 190 f.

基本上，訂立訴訟契約之主體乃雙方當事人，但部分情形亦可能及於第三者，例如第三人之參與訴訟上和和解等。有疑義者係，是否訂立契約時，限於對立二造當事人，抑或包括一造複數當事人間之合意？例如民事訴訟法第四十四條之一第二項之協議是否亦為訴訟契約，在學理上似有爭議之空間。因其僅存在於一造當事人間，則如何承認其對於法院有拘束力？且若有可能造成對造損害者，如何可使法院或其對造受拘束，此似與本文中兩造對立當事人所訂立之訴訟契約有所區別。²¹

另訴訟契約與單方訴訟行為不同，其對於附條件、期限或保留等有較寬容之承認可能性，亦即，除非已發生不可逆轉變更之情事，例如若已發生應訴管轄效力，則即使合意管轄之條件發生作用，亦無從發生作用。原則上，訴訟契約乃得附加條件、期限或保留之約定，²²例如訴訟上和和解即可附加分期付款之約定。

三、訴訟契約之瑕疵

訴訟行為有意思表示瑕疵之情形，基本上，民法上關於意思表示瑕疵之規定，對於單方訴訟行為並不適用。²³但應注意者係，德國實務上認為對於上訴權之捨棄，依其情形仍有惡意抗辯適用

²¹ 學說上有強調總額給付協議具有實體法上性質及訴訟法上性質，其訴訟上性質且主要係指其一方面拘束協議人而使其據以表明於訴之聲明及其所依據之事實理由，一方面則成為受訴法院之裁判規範，要求其準此下本案判決。其不僅對協議人有拘束力，且亦成為法院審理取向之依據。邱聯恭，程序利益保護論，二〇〇五年四月，頁二六四（註一九〇）。但若一造當事人間協議會造成他造之權利受損者，能否無條件承認其拘束力，則有可疑。

²² Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., S. 422; Zöller/Greger, a.a.O., vor §128 Rdnr. 29. 但單獨訴訟行為並不可附加條件。

²³ 關於訴訟行為之意思瑕疵，參閱雷萬來，論訴訟行為的特質與意思的瑕疵，載於民事訴訟法研究基金會，民事訴訟法之研討(出)，二〇〇三年十二月，頁三二〇以下。

之可能。²⁴德國實務上認為基於誠信原則所為惡意抗辯之適用領域，及於預先所為之上訴權捨棄契約、撤回上訴契約及訴撤回契約等。²⁵如此，訴訟契約之訂立，若存在錯誤、詐欺或脅迫之情形時，即可能藉由誠信原則而為惡意抗辯，以阻卻其發生效力。實務上則有認為證據方法之協議，於處分權主義訴訟制度下，得以訴訟協議為之，並有拘束協議當事人之效力，自不得任意撤銷協議，如其訴訟協議意思表示有錯誤，或其他得撤銷之情事時，雖得為撤銷之意思表示，但應由表意人就其錯誤或有得撤銷之原因負舉證責任。（台灣高等法院八十八年度國貿上字第一號民事判決參照）

據此可知，意思表示瑕疵之效力，在單方訴訟行為及訴訟契約間之適用，乃有所區別。對於訴訟契約而言，民法上關於錯誤、詐欺及脅迫之規定有適用空間，但若已發生不可回逆之情形時，例如上訴審言詞辯論已結束後，證據契約之瑕疵即失去其撤銷對象；或若已發生應訴管轄情形，亦無法撤銷有瑕疵之合意管轄約定。²⁶至於何謂程序已進入不可逆回之情形，則應依個案而定，必要時應審酌當事人間利益及法院公益為適當衡量。

²⁴ 惡意抗辯之適用，適足以實現因違反誠信所造成訴訟狀態之法感傷害之救濟，例如若在離婚訴訟中，夫欺騙其妻謂若伊捨棄上訴權，在離婚訴訟後，將立刻再娶之云云，以致妻捨棄上訴權，是否仍應認為此捨棄上訴權行為，因無錯誤撤銷權規定之適用，而使該妻無救濟之道？Vgl. BGH ZP 1953, 148, 151.

²⁵ Vgl. BGH NJW 1986, 198; BGH NJW 1984, 805.

²⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., S. 423; Baumgärtel, a.a.O., S. 224; Schiedermaier, Vereinbarung im Zivilprozess, 1935, S. 150 f.; Neumann, Der vertragliche Ausschluss der Klagbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchs im deutschen internationalen Recht, 1967, S. 39. 同時通說亦認為訴訟繫屬後，並不能再為合意管轄之協議。

四、訴訟契約對權利繼受人之效力

訴訟契約之存在，經常乃涉及某特定實體法上權利，因而若該權利已移轉他人時，是否訴訟契約亦能拘束該權利繼受人，在理論上值得研究。²⁷若係一般繼受人，則該訴訟契約效力應亦及之，其理由係因該等繼受人乃全面性、概括性之繼受相關權利義務關係者，較無疑義。

關於債權之特定繼受人部分，學說上多認為應及於繼受人²⁸，但對於善意第三人，亦即若該第三人不知有訴訟契約存在，是否應受保護，則有不同見解。²⁹雖自判決效力及當事人恆定等相關規定之基本法思想，可能對於繼受債之關係者，有傾向積極拘束效力之見解，但訴訟契約因並無一定要式，其對於善意第三人實易造成突襲，可能持保留性之見解，較為妥當。與此相對者，對於債務之繼受人，雖原則上可認為訴訟契約之效力及於債務繼受人，³⁰但對於善意第三人似亦有保護之必要。

若係物權之轉讓，而訴訟契約乃關涉該物權或因該物權所生請求權利者，學說上對於是否訴訟契約之效力亦及物權之繼受

²⁷ 例如，就合意管轄而言，最高法院八十九年度抗字第四二〇二號民事判決認為合意管轄之拘束力，僅及於合意管轄約定之當事人，而不及於第三者。但此一判決要旨，未區分一般第三人與權利繼受人，實務上不宜任意援用。

²⁸ 我國實務上曾認為：「債權讓與係以移轉特定債權為標的之契約，其受讓人固僅受讓債權，而非承受契約當事人之地位，惟對於債之同一性不生影響，因此附隨於原債權之抗辯權，亦不因債權之讓與而喪失。且所謂得對抗讓與人之事由，不獨實體法上之抗辯，訴訟法上之抗辯亦包括在內。……倘相對人與○○公司間所簽訂之貨物併櫃服務合約確有仲裁之約定，約定仲裁地點又在台北，則再抗告人依保險法第五十三條行使代位權及受讓○○公司之債權，對相對人求償時，自應受此約定之拘束。」最高法院八十七年度台抗字第六三〇號判決參照。

²⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., S. 424 m.w.N.

³⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., S. 424 m.w.N.

人，有不同見解。³¹持肯定論固對於訴訟契約規範效力加以擴大，但對於訴訟契約之性質，如何與物權本身相結合處分，則難以說明。其持否定說者認為物權受讓者僅承受物權負擔，不受前手個人負擔所拘束。若當事人間無其他特約，訴訟契約似應僅原則上拘束契約兩造而已，因而否定說有其合理處。

參、訴訟契約之態樣

一、處分契約及負擔契約

(Verfügungs- und Verpflichtungsverträge)

訴訟契約包括具處分效力之契約 (Verträge mit Verfügungswirkung) 及負擔契約 (Verpflichtungsverträge)³²，前者係指該等契約直接對於訴訟法狀態加以形成者³³，其尚可區分為積極性者與消極性者，其所謂積極性者乃指該契約係為創設某新訴訟狀態；而消極性者則係使某訴訟狀態廢止。積極性訴訟契約乃如合意管轄之訴訟契約 (尤指原無管轄權者)，消極性訴訟契約則如上訴權捨棄契約。至於負擔之訴訟契約，其並無對於訴訟法狀態發生形成之效果，而係使當事人因此而負有一定作為或不作為之義務，例如訴之撤回契約³⁴。

訴訟契約之種類包括處分性訴訟契約，較無疑義。困難者係，負擔性契約是否亦屬於訴訟契約？依德國實務及若干學者之見解，此類訴訟契約似應非屬訴訟契約性質，因其已傾向具實體

³¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., S. 424 m.w.N.

³² 學說上為如此區分者包括：MünchKomm-ZPO G. Lücke, Einl. Rdnr. 288; Schiedermaier, a.a.O., S. 95 f.; Habscheid, Der Rechtsmittelverzicht im Zivilprozess, NJW 1965, 2369, 2372.

³³ Wagner, a.a.O., S. 35.

³⁴ Wagner, a.a.O., S. 36.

性契約之性質者³⁵。若持此見解者，則僅處分契約可被歸類於訴訟契約³⁶。困難者係，處分行爲及負擔行爲是否在此可爲明白之區分，在理論上仍多疑義。學者有認爲若對於訴訟法狀態直接形成者即爲處分契約，而若係僅發生義務者則爲負擔契約。³⁷但如此分類，對於個別契約之定性，卻未必能精細及周全地被運用。例如，就管轄權之合意而言，固可被評價爲訴訟上處分契約，但關於捨棄上訴權契約，其固具消極性處分效力，但其是否完全不具負擔契約之特質？則可能有不同見解³⁸，足見訴訟契約之合法性或定性似不能一概而論。

雖學者對於承認訴訟上負擔契約可能於訴訟行爲基本理論有所衝擊，其原因係因負擔契約之主要適用法規乃實體法之規範，但對於此等憂慮，未必有其必要。因若將負擔性契約，亦納入訴訟契約中，固可將此情形定義爲廣義之訴訟契約即可，又何必拘泥於處分性類型始能認爲係訴訟契約。何況若將負擔性類型亦納入，而賦予一定之訴訟法上效力（例如抗辯後效力），則將其納入訴訟契約一併討論，應無不妥之處。但就雙方訴訟行爲而言，其是否應排除負擔契約，卻未必有堅強之說理。³⁹但若有認爲負擔性契約僅生債法效力，違反係損害賠償之問題，則另當別論。⁴⁰

³⁵ RGZ 102, 217, 221, 104, 133, 135. BGHZ 28, 45, 48; BGH, NJW 1964, 549, 550. Barz, Klagerücknahmeversprechen, 1933, S. 1 ff.; Baumgärtel, a.a.O., S. 264, 268.

³⁶ Baumgärtel, a.a.O., S. 203 ff., 215 f.; 268 ff.; Schiedermaier, a.a.O., S. 95 ff.; Zöller/Greger, a.a.O., vor § 128 Rdnr. 26.

³⁷ Schiedermaier, a.a.O., S. 95 f.

³⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., S. 420.

³⁹ 不同見解，vgl. Wagner, a.a.O., S. 36.

⁴⁰ 論者乃認爲對於訴或上訴之撤回之合意、爭執或自認之契約均可被歸類於程序法上之負擔契約，vgl. Schwab, Probleme der Prozesshandlungslehre, FS Baumgärtel, 1990, S. 503, 511 f.; Thomas/Putzo, ZPO, Einl. III Rdnr. 8; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, vor § 218 Rdnr. 162.

二、具體事例

(一)起訴權限之處分

對於起訴權限之處分契約，在此主要係指不起訴協議。⁴¹此一協議通常成立在起訴之前，為雙方當事人合意對於某特定法律關係及其所可能發生紛爭不以起訴為解決方式者。⁴²不起訴之協議通常發生在兩造可能已另達成和解、調解，而於和解契約、調解合意中附加不起訴協議；但亦可能有當事人約定須先經某機構（例如工會等）調解不成乃得起訴等。就有先行調解要件之不起訴協議，有稱為暫不起訴協議，而與未設條件者之永久不起訴協議相區別。⁴³據此，對於仲裁協議，似亦可列為暫不起訴協議之類型。⁴⁴

此外，對於起訴權之處分契約中尚包括示範訴訟契約（*Musterprozessvertrag*）⁴⁵，所謂示範訴訟契約即指「在紛爭當事人間存在一明示或默示之協議，擇定以存在於當事人兩造間、當事人一造與第三人間、或純粹第三人間之某一訴訟事件作為示範訴訟，並約定在示範訴訟之判決確定前，其他未起訴之當事人暫不起訴，已提起訴訟者，則停止進行，待示範判決確定後，以該判決作為其他同類紛爭之準據，在當事人間具有拘束力者。」⁴⁶此訴訟契約類型，對於當事人之起訴權亦有所限制，亦屬起訴權限之協議。

⁴¹ 其中亦包括不為保全程序之協議，及不提執行異議之訴之協議等。

⁴² 就廣義而言，對於起訴權處分之契約可能包括起訴權捨棄、停止紛爭協議、救濟途徑之排除、爭議權之放棄及權利保護請求權之排除等類型。

⁴³ 沈冠伶，示範訴訟契約之研究，台大法學論叢，二〇〇四年十一月，三三卷六期，頁八四。

⁴⁴ 但應注意其亦可列入訴訟途徑之選擇項目中討論。

⁴⁵ 其他類似協議包括調解先行協議。

⁴⁶ 沈冠伶，前揭文（註四三），頁七八。

(二)管轄權、審判權及法院事務分配等

訴訟契約中關於管轄權之合意者，就廣義而言，不僅涉及地域管轄、事務管轄，且及於功能管轄、國際管轄⁴⁷、事務分配及法律途徑之開啓，以及於國家法院及仲裁法院間之選擇⁴⁸等。其中，就土地管轄而言，除非涉及專屬管轄之事件⁴⁹，得由當事人合意約定由某法院管轄審理系爭事件，此一類型訴訟契約為法所明定，例如我國民事訴訟法第二十四條、德國民事訴訟法第三十八條等。就仲裁制度而言，對於當事人有仲裁協議者，除在憲法上須解決所謂司法權國家壟斷原則之法理衝突外，較無問

⁴⁷ 我國實務向來認為承認國際管轄權之合意，例如最高法院九十一年度台抗字第二六八號民事判決指出：「國際裁判管轄之合意，除當事人明示或因其他特別情事得認為具有排他亦即專屬管轄性質者外，通常宜解為僅生該合意所定之管轄法院取得管轄權而已，並不當然具有排他管轄之效力。」實務上且認為：「當事人以關於由一定法律關係而生之訴訟，合意由外國法院管轄，以非專屬於我國法院管轄，且該外國法院亦承認當事人得以合意定管轄法院，及該外國法院之判決我國亦承認其效力者為限，應認其管轄之合意為有效。」（最高法院八十九年度台上字第二五五五號民事判決參照）但學者有認為不應以外國判決將為我國所承認作為其效力基準者，參陳啟垂，國際民事訴訟的合意管轄與應訴管轄，載於駱永家教授七秩華誕祝壽論文集，邁入二十一世紀之民事法學研究，二〇〇六年七月，頁二四三、二五七。

⁴⁸ 仲裁協議之合法性已為仲裁法所明文承認，並廣泛地適用於工程、採購及國際貿易事件中，甚至實務亦對於職業棒球球員契約書中載有應交由台灣職業棒球大聯盟仲裁委員會仲裁之約定，亦肯認其拘束力，認為若違反已作成仲裁判斷而另行起訴者，乃屬欠缺訴之利益，而無權利保護必要。（台灣高等法院八十九年度勞上字第三六號民事判決參照）另台灣高等法院九十二年度勞上更(一)字第一號民事判決就此亦以違反誠信原則，認為不得再行起訴。

⁴⁹ 應注意論者有鑒於我國新法已明定承認法庭不公開、受命法官調查證據及選任法官之訴訟契約之下，認為對於專屬管轄、法院組成、法官迴避等制度，是否有限縮適用範圍值得檢討者。邱聯恭，前揭書（註二一），頁二七二至二七三。

題；但對於部分強制仲裁制度，已幾近剝奪當事人請求國家以訴訟解決紛爭之權利，難免引發違憲之爭議。⁵⁰

就審判權而言，我國於二〇〇三年民事訴訟法修正時增訂民事訴訟法第一百八十二條之一第一項但書、第一百八十二條之二第一項但書等規定，據此，於行政法院與普通法院審判權衝突時，當事人得合意由普通法院為裁判；而其於涉及國際管轄權時，亦得合意由中華民國法院裁判之。

對於法院內部之事務分配，亦即法院內事務如何分配歸屬於某特定之審判體之事務分配計畫，是否亦容許當事人以合意變更？就此，我國民事訴訟合意選定法官審判暫行條例第二條乃承認當事人得合意選定法官之制度，就通常程序及簡易、小額程序而言，民事訴訟法第四百二十七條第三項、第四百三十五第一項、第四百三十六條之八及第四百三十六條之十五等規定亦對於當事人合意加以尊重，亦即，對於訴訟事件雖其不合於民事訴訟法第四百二十七條第一項及第二項之規定，但當事人得以文書合意就該事件適用簡易程序；對於簡易訴訟程序中，因訴之變更、追加或提起反訴，致其訴之全部或一部，不屬第四百二十七條第一項及第二項之範圍者，其原則上本應改依通常訴訟程序處理，但當事人得合意繼續適用簡易程序。另外，關於小額訴訟程序，若係屬於給付金錢或其他代替物或有價證券者，其標的金額或價額在新台幣五十萬元以下者，得以當事人文書合意適用小額程序；至於小額程序中當事人為訴之變更、追加或提起反訴，原則上僅能在民事訴訟法第四百三十六條之八第一項範圍內為之，其超出該範圍者，則允許在當事人合意繼續適用小額程序並經法院認為適當者為之。就審級制度而言，民事訴訟法第四百六十六條

⁵⁰ 相關爭議，參閱黃正一，論證券交易法之強制仲裁，法令月刊，二〇〇〇年十二月，五一卷十二期，頁三〇以下；吳光明，仲裁法理論與判決研究，二〇〇四年，頁二二八、二七九。

之四則有所謂之飛躍上訴制度之設計。

(三) 訴訟審理程序

當事人對於訴訟審理程序之程序處分權，包括關於程序進行方式及關於證據程序二者。就關於程序進行方式之合意而言，例如訴訟之合意停止。另民事訴訟法第一百九十五條之一規定「當事人提出之攻擊或防禦方法，涉及當事人或第三人隱私、營業秘密，經當事人聲請，法院認為適當者，得不公開審判；其經兩造合意不公開審判者亦同。」其中之兩造合意不公開云云，乃關於公開審理原則之訴訟契約。

關於訴訟費用之擔保，當事人得約定提存現金或有價證券以外之供擔保方法（民事訴訟法第一百零二條第一項但書），而供擔保之提存物或保證書，亦得由當事人約定變換（民事訴訟法第一百零五條第一項），此等約定均為訴訟契約。

在小額程序之第二審判決，其經兩造當事人同意者，法院得不經言詞辯論為之（民事訴訟法第四百三十六條之二十九），但應注意者乃此一兩造同意，似非必由兩造以訴訟契約方式為之，其個別對於「排除言詞辯論」程序之同意，其平行之同意權行使，似未必會成立訴訟契約。

在準備程序中，於以受命法官行準備程序者，其原以闡明訴訟關係為主要職責，但在兩造當事人合意由受命法官調查證據時，則受命法官亦得為證據調查。（民事訴訟法第二百七十條第三項）

在民事訴訟法上明文規定之證據契約乃包括經兩造合意證人於法院外以書狀為陳述（民事訴訟法第三百零五條第三項）、合意選任鑑定人（民事訴訟法第三百二十六條第二項）、小額訴訟程序中之衡平裁判之合意（民事訴訟法第四百三十六條之十四）等。非為立法明文之證據契約，理論上可包括自認契約、舉證責任契

約、仲裁鑑定契約、推定契約、證據方法契約⁵¹等，其究竟在何程度內可被承認其合法性，即成為理論上甚為重要之問題。⁵²

在我國民事訴訟法中，關於訴訟程序中之訴訟契約，其較為特殊者乃關爭點整理協議之類型。其不僅可存在於訴訟程序中，並及於在證據保全程序者。於訴訟程序中，在言詞辯論之準備階段，無論係合議庭中由受命法官進行之準備程序，或獨任法官進行之審理程序，均有整理並協議簡化爭點之權限規制（民事訴訟法第二百七十條之一第一項第三款、第二百七十一條之一）。而當事人乃可自行成立爭點協議，亦可在法官督促下為爭點簡化協議。此等協議內容，均係訴訟契約之性質。

有疑慮者係，對於訴訟程序，當事人是否可合意原係獨任制法院改為合議制法院？或反之而將合議制改為獨任制？又當事人可否直接合意由高等法院審判，而不由地方法院作為第一審管轄法院？就此，即均指出訴訟契約之界限性問題。另外，是否可容許當事人合意遴選非職業法官作為陪席法官參與審判，甚至在部

⁵¹ 實務上有認為：「查上訴人○昌公司於原審主張依竣工圖委請鑑定鋼筋及混凝土需要用量，經上訴人中○國小表示同意依竣工圖送請鑑定實際所需施作數量，是兩造就2000psi預拌混凝土數量之證據方法已有合致，而成立證據契約，雙方均應受此拘束，不容其事後再為翻異主張。」台灣高等法院九十五年建上字第一八號民事判決參照。此一判決對於當事人真意及是否對於待證事實之證據方法已為意思表示之一致，在判決書上難以確認。若其於筆錄中對此有為確認，尤其係對於當事人以該證據方法為唯一之證據方法之真意，進行確認，應較能杜絕爭議。另如最高法院八十八年度台上字第一一二二號民事判決、最高法院九十年度台上字第一〇三八號民事判決均認為兩造於簽訂之抵押權設定契約書所約定：「於實際貸放時，另立借據或本票」，乃證據契約，兩造應受拘束。此一見解，是否符合當事人之真意，法院未予論證，亦疑有率斷之嫌。相關批評，參拙著，新民事證據法論，修訂二版，二〇〇四年一月，頁一三一以下。

⁵² 關於證據契約簡介，拙著，前揭書（註五一），頁一二三以下。對於仲裁鑑定契約之種類及其於顯失公平或顯然不正確之情形，是否仍對法院有拘束力之探討，參沈冠伶，仲裁鑑定制度之研究，載於民事訴訟法研究基金會，民事訴訟法之研討（十），二〇〇一年，頁三〇〇以下。

分類型案例，併設陪審制、參審制及職業法官制度，以供人民選擇？⁵³均涉及對於訴訟契約容許性界限之探尋。

(四) 訴訟終結之合意

當事人以合意終結訴訟，其最為顯著事例乃關於訴訟上和解及訴訟上調解之規定。另訴之撤回，民事訴訟法第二百六十二條第一項但書中所謂得被告同意，一般係屬於平行意思合致類型。理論上具爭議者係，若當事人於訴訟外成立和解契約，約定原告應向法院撤回訴訟，甚至未約定具體和解契約下為該項約定，應如何評價之？而就捨棄上訴權而言，若當事人於訴訟外為捨棄上訴權之協議，其效力為何？是否對於在判決宣示、公告或送達前後所為者應為區別對待？均待研究。

至於上訴撤回之協議則較為複雜，其似與訴之撤回協議仍有所差異，因上訴撤回與訴之撤回，就訴訟繫屬及第一審判決效力而言，似不盡相同。如此，若當事人在訴訟外和解，並為撤回上訴之協議，則原審判決是否因而確定？抑或其協議之效力，乃與撤回訴訟之合意相同？即有疑義。⁵⁴

(五) 判決效力之處分

對於判決效力之訴訟契約主要係指對於判決效力捨棄之協議、對於判決效力擴張之協議及執行契約等，其中，對於判決效力捨棄之契約，例如當事人合意捨棄系爭判決之實質確定力，而合意當事人可再行起訴以獲得再一次之實質判決。至於判決效力擴張之協議，例如對於判決中某爭點之論斷，雙方當事人協議該論斷之效力及於其他相關訴訟。

所謂執行契約乃當事人對於判決效力中之執行力之對象、範圍及方法等內容所成立之合意。例如強制執行法第十條第一項規

⁵³ 參邱聯恭，前揭書（註一），頁四二。

⁵⁴ 參閱陳自強，前揭碩士論文，頁六。

定「實施強制執行時，經債權人同意者，執行法院得延緩執行。」若兩造係以契約方式為之，即屬執行契約。若就執行契約之內容加以區分，其乃可區分為執行擴張契約及執行限制契約，前者乃對於執行要件加以緩和或擴大執行對象或方法之合意，基本上乃對於債務人不利之約定，例如兩造約定對於禁止查封物得予執行等。至於執行限制契約，一般而言乃對於債務人有利之約定者，例如不執行契約、責任限制契約及執行方法限制契約等。

三、評 估

當事人對於關於訴訟事項之約定，依其約定客體之性質及當事人真意，其對於程序之作用可能有所不同，一般認為此類當事人合意可區分為處分型及負擔型之契約。對於處分型契約被定性為訴訟契約，較無爭議。但對於負擔型契約是否亦為訴訟契約性質，除涉及訴訟契約定義廣狹之問題外，對於當事人真意，亦應為審查之重點。本文對此，基本上認為除當事人真意有所指定外，對於負擔契約若其可直接或間接發生訴訟法上效果者，亦可納入訴訟契約中討論。惟若該等契約僅發生實體債法上權利義務關係者，乃有排除於訴訟契約之必要。

而對於訴訟契約之種類，就其約定之實質對象以觀，具體之訴訟契約依其內容似可區分為授權處分之契約及對於規範處分之契約。若約定事項乃當事人於訴訟上之權限，尤其係可處分之權限，則係對於當事人程序權之處分。而規範處分則可包括對程序法規定之處分及程序法原則之處分。其區分實益乃在於，程序法規則及程序法原則（或程序法之法理）未必均可認為係具處分性者，其於如何之範圍內可被承認，即為問題之重點。例如，對於合法聽審權可否藉由訴訟契約而為拋棄？或公開審理原則或集中審理原則，是否可作為訴訟契約約定對象，其評價上，在不同類型間，未必均屬相同。

肆、訴訟契約之合法性

一、見解爭議

對於訴訟契約合法性之探討，可能因論者對於程序法本質、法理之不同認識角度而有不同之理解。據此，對此一問題之評估，可能有如下不同之觀察結果，其一，可能全面否定非法定訴訟契約之合法性及其訴訟上法效果。其二，可能全面肯認非法定訴訟契約之合法性及其訴訟上法效果。其三，可能全部不承認非法定訴訟契約之訴訟法上效果，但承認其為實體法上契約，而僅發生實體法上效果。其四，可能乃原則上不承認訴訟契約之訴訟法上效果，但原則上承認其為實體法上契約，使發生實體法上效果，但依其情形可能亦承認其能發生訴訟法上間接效果（例如另以欠缺權利保護要件等理由而駁回訴訟等）。其五，可能乃原則上承認訴訟契約之合法性，且承認其可發生訴訟法上效果，其於部分情形，且可發生實體法上效果。其六，可能乃區分類型，依特定標準決定是否承認其屬於訴訟契約或實體法契約，或兼具二種性質者；其屬於訴訟契約者，其合法性亦須依一定標準分別檢視之。至於其效力，則分別依其契約性質定之，但其被認為係實體法契約者，亦可能對於訴訟發生間接之效力。

前開對於訴訟契約合法性之不同評估取向，在不同民事訴訟法發展時期，可能存在不同之見解。在今日之訴訟法發展時期，究竟應以何種見解作為合理之觀察角度，即有必要對不同見解進行回顧及評估。例如在我國，學者即有對於德日學說提出如下觀察者：⁵⁵對於法無明文之訴訟契約，其適法性及效力為何之問題，學者論爭頗多，實務亦無定見。有主張不適法說者，亦有主張適法說者。主張不適法說者乃認為訴訟法乃公法，為迅速統一進行

⁵⁵ 陳榮宗／林慶苗，前揭書，頁四四八、四四九。

訴訟程序，乃要求訴訟行為之定型化，不容許當事人以合意取代法律之規定，否則即違反「任意訴訟禁止原則」(Verbot des konventionalprozesses)。主張適法說者，則認為訴訟法中之任意規定，並不禁止當事人就之為協議，惟對於相關訴訟契約之性質仍存在不同見解。有主張私法契約說者，乃認為其屬於民法之法律行為，僅發生當事人間之權利義務關係，而不能直接發生訴訟法上效力，若有違反，權利人應另訴請求損害賠償。亦有主張訴訟契約說者，此說乃認為此等訴訟契約得直接發生訴訟法效果，例如撤回訴訟之合意，得直接發生撤回訴訟之效果。亦有主張發展的私法契約說者，此說認為訴訟契約不直接發生訴訟法效果，而係將當事人抗辯後，始發生訴訟法上效果；亦即其原則上仍發生私法上當事人權利義務關係，權利人得請求義務人履行其契約義務，但若未獲履行時，權利人得在訴訟上為該義務存在及被違反之抗辯，法院乃得據此而以原告之訴欠缺權利保護利益，以其不合法而加以駁回。另亦有主張處分效果說者，其乃認為訴訟契約之法律效果不僅發生民法上請求權之效果，且亦發生直接處分訴訟標的之私權效果。因此法院於訴訟上得直接就該訴訟契約所約定之私權處分內容，為本案實體判決。

學者之此項觀察，固值注意，本文則擬就德國及我國論者就此問題之不同見解，進一步分析如下：

(一)德國法

在德國，其民事訴訟法上亦有關於合意管轄、擔保種類之合意、法定期間縮短之合意等法定訴訟契約之明文，但對於其他種類之訴訟契約是否應被承認，在學理發展上有諸多不同之見解。

在十九世紀末，德國法學界乃致力於將民事程序法自實體法脫離及解放，因而學者對於訴訟契約之合法性，難免持較保守之見解。Oskar Bülow即認為除法定類型之訴訟契約外，應對於其他

訴訟上合意加以拒絕，否則即屬重大違法；而對訴訟行為權限之捨棄，亦非可藉由契約為之，其理由乃任何人不能自我監禁。⁵⁶另K. Hellwig並指出數反對訴訟契約合法性之理由，其一，民事訴訟法不適用私法自治原則，而係適用兩造對抗主義，應禁止任意訴訟；其二，訴訟法上對於訴訟行為有要求一定方式，並不包括承認兩造間之私下合意；其三，對於訴訟權限處分之效果僅於其訴訟情形已經發生者始能被考慮，一事先之契約拘束合意並不被允許；⁵⁷且僅有法有明文者，乃能承認其合法性。⁵⁸我國論者對於早期德國學者之見解，乃有如下之評估：⁵⁹十九世紀後半葉，訴訟法學脫離私法學之支配，開始獨立確立其理論與法律體系，當時學者強調訴訟法之公法性質，因此當事人於訴訟上或訴訟外所為有關訴訟內容之合意行為，均以訴訟之公法性不得任由當事人自由處分為理由，儘量限制當事人訴訟契約之合法性。亦即，訴訟法乃當事人與法院之公法關係，並無契約自由原則之適用。另有認為訴訟法上對於部分訴訟契約有明文規定（合意管轄、訴訟上和解及合意停止訴訟等），其他未明文規定者，應視為法律當然禁止事項。至於任意訴訟禁止原則更為重要之論理依據，此一原則乃認為訴訟手續之審理及順序、訴訟行為之方式與要件等，均由法律加以劃一規定，不許當事人於各個訴訟情形，任意變更法條所未預期之手續方法或要件。因此僅有在例外情形，在訴訟法上有明文許可之場合，當事人始得自由以合意方法約定直接發生訴訟法上效力之各種行為。另在德國，亦有學者採取較緩和之

⁵⁶ Vgl. Bülow, Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64, 1, 62 ff.; Bülow, Das Geständnisrecht, 1899, S. 37 ff.

⁵⁷ Hellwig, Prozesshandlung und Rechtsgeschäft, Festgabe der Berliner juristischen Fakultät f. Otto Gierke, 1910, 2.Bd., S. 88 f.

⁵⁸ Hellwig, a.a.O., S. 41 ff.

⁵⁹ 相關見解，參閱陳榮宗，民事程序法與訴訟標的理論，一九八四年再版，頁二六五、二六六及所引註。

見解，亦即將部分類型，例如上訴捨棄或訴之撤回合意等，雖不能承認其訴訟契約之合法性，但卻可轉化為有效之實體契約。⁶⁰

應注意者係，上開早期之原則上否定論之見解，在目前，已為德國多數學者所揚棄。亦即，對於認為私法自治原則不適用於民事訴訟之見解，其見解妥當性已受質疑；而對於將民事訴訟法定性為公法，並賦予較多公益要求，是否可支撐反對將當事人意思自主權理念納入程序法之主張，亦被認為有檢討之必要。德國學者至此乃多致力於訴訟契約合法性界限之探求，而其中考慮重點即司法公益與私益間之權衡，學者即有認為「決定訴訟契約是否具合法性之標準，須自民事訴訟法之基本原則出發；亦即訴訟契約是否與民事訴訟法之目的及相關規則可得相容，抑或會發生牴觸？其評估方式即對於承認其合法性所生效果（影響）及不承認後所生影響進行估量。尤其民事訴訟法係為實現私權而設，乃存在公益與私益之權衡問題，因而對於此二利益進行衡量即屬不可避免。若基於公益考量，未存在承認訴訟契約合法性之疑慮者，可承認該訴訟契約之合法性；若基於公益考量乃存在禁止承認該訴訟契約合法性之理由者，則應認為該訴訟契約不合法。」⁶¹而此一公益考量與私益考量之權衡，亦與對於民事訴訟法中強行法與任意法之評估有所關係。⁶²據此，當事人關於訴訟程序所為合意，在不違反公益之下，應被承認其效力。

對於訴訟契約之適法性問題，Grunsky則認為訴訟契約之合法性基礎乃在於處分權主義及辯論主義，並認為僅須該訴訟契約

⁶⁰ Oertmann, Der vorgängige Rechtsmittelverzicht, ZJP 45, 389, 419 ff.; Barz, a.a.O., S. 13 ff.

⁶¹ Schiedermaier, a.a.O., S. 56 ff. Vgl. auch Baumgärtel, a.a.O., S. 188 ff.; Eickmann, Beweisverträge im Zivilprozess, 1987, S. 23; Grunsky, a.a.O., S. 208; Schlosser, Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess, 1968, S. 46 f.

⁶² Schiedermaier, a.a.O., S. 58.

非涉及強行性民事程序法規定，均可成立訴訟契約；⁶³其不限於起訴後訂立，即於起訴前亦可成立之。⁶⁴Grunsky與其他學者見解不同處乃在於其未將「確定性原則」（Bestimmtheitsgrundsatz）作為訴訟契約之一般化要件。⁶⁵

Schlosser則以「法無禁止均被准許」（In dubio pro liberate）作為法解釋之基礎，⁶⁶但此一「自由推定」（Freiheitsvermutung）之假設，雖Schlosser認為可適用於所有法領域，但對於與公益較關聯者，例如刑法及刑事訴訟法等，是否亦有適用？或在民法與民事訴訟法之適用，其強度是否完全相同，實仍有討論空間。尤其對於「自由推定」之假設，原即易淪於意識形態之法理論爭執，其採寬認國家介入私領域之容許性者，對於契約自由性有較多之限制。究竟應採「法無禁止即准許」或「法無許可即禁止」，乃與一國所採國家觀有所關聯。⁶⁷應注意者係，Schlosser對於民事訴訟之目的觀，除客觀法之維持外，乃兼及對於私權利實現、法和平及自力救濟禁止等，並強調係給予私人對於其私權之形成、實現及具體化之機會。如此各目的間之權衡，在程序法未如民法有對於契約自由加以明文例外限制之下，於個別問題之解決，即須在法無明文下為利益衡量。⁶⁸

另學者Rosenberg等人所著權威民事訴訟法教科書中，對此乃認為訴訟法多屬強行性規定，因而契約自由原則在程序法並無一般之適用性，僅在當事人處分自由範圍內，當事人可訂立為一定訴訟行為或不為一定訴訟行為義務之契約，除此之外，仍應適

⁶³ Grunsky, a.a.O., S. 208.

⁶⁴ Grunsky, a.a.O., S. 208.

⁶⁵ 對此之評估，Wagner, a.a.O., S. 51. 而所謂確定性原則乃指該契約對象須係對於特定法律關係或因此而發生之法律爭議。

⁶⁶ Schlosser, a.a.O. (Fn. 61), S. 9.

⁶⁷ 相關爭議，Schlosser, a.a.O. (Fn. 61), S. 10.

⁶⁸ Vgl. Schlosser, a.a.O., S. 11.

用任意訴訟禁止原則，其有違反公益及強行規定之契約，不應被准許。⁶⁹Musielak亦認為除非違反強行性之程序法，否則，原則上應承認訴訟契約之適法性。⁷⁰Baumgärtel認為訴訟法任意性規定及強行性規定之分界乃來自於利益權衡（當事人利益及司法機關利益），就關於救濟途徑之合法性、功能性管轄權、事務分配或文書訴訟程序引入證人訊問、要求法官為一定證據評價、要求以裁定程序取代判決程序、合意以法院為仲裁鑑定人及合意以訴訟契約發生以特定方式作成之單獨訴訟行為之效力，均不認為合法。⁷¹

Wagner基於其對於民事訴訟目的之認識，認為主觀權利之實現係民事訴訟之主要目的，而其他之客觀性目的則屬次要者，因而公益之目的在民事程序中係居於次要之地位。如此，當事人對於其實體權利固有其決定權，當事人對於訴訟上權能亦應具有處分權。⁷²其乃認為訴訟契約合法化之承認，係直接與實體法及程序法之交互作用關聯性相關。⁷³對於訴訟契約之合法性考量基礎主要係在於民事實體法與程序法之評價關聯，若當事人欲背離任意性程序之原則性規定時，其合意應得法律之授權，而此一授權可自部分法律明文規定者得之，其他則依對於系爭條文規範之解釋而為決定。在此，存在於實體法與程序法之評價關聯要求，

⁶⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O., S. 421.

⁷⁰ Musielak, ZPO, Einl. Rdnr. 67. 其他民事訴訟法注釋書亦無採原則性否定論者，而乃區別類型評估其合法性，例如 Zöllner/Greger, a.a.O., vor §128 Rdnr. 26 ff.; Baumbach/Hartmann, Zivilprozessordnung, Grundz §128 Rdnr. 49 f.

⁷¹ Baumgärtel, a.a.O., S. 188 f.

⁷² Wagner, a.a.O., S. 60. 某程度上，程序事項之約定，可視為係當事人對於實體權利內容約定之延伸，尤其係對於權利之實現部分。論者或有認為如當事人對於權利尚可拋棄，則其對於其權利之實現為合意，依舉重明輕法理，似無必然須加以限制之理。

⁷³ 亦即，實體法上私法自治及程序法上處分權自由間之價值關聯。

對於程序法上私法自治之限制須被賦予正當化之理由。至於強行性民事訴訟法規定是否均與公益有關，仍須個別論定，非可一概而論。⁷⁴至若係涉及權限處分（Befugnisdisposition）時，其授權即為當事人所可自行決定及負責，即無任意法及強行法之區分問題。⁷⁵

在德國實務上，基於對於私法處分行爲之尊重，乃頗爲廣泛地承認訴訟契約之合法性，例如可起訴性之排除與限制、訴之撤回或上訴撤回之合意、預先捨棄上訴之承諾、不使用一定證據方法之承諾、對於一定訴訟方式（如文書訴訟）之排除合意、執行限制契約等。⁷⁶實務上並認爲合意當事人應爲一定訴訟行爲之契約，若該特定之行爲屬於可能，且未違反法律禁止規定或違反公序良俗者，應屬有效。⁷⁷此原則不僅適用於負擔契約，且亦適用於處分契約。惟是否所有訴訟契約應受確定性原則之拘束，早期實務見解乃採肯定說，但近來則有不同見解。⁷⁸

據上說明可知，德國法上對於訴訟契約之理論與實務之發展，基本上係在其民事程序法理發展過程中之縮影，亦即，乃由早期強調法律安定性之偏向，漸形鬆綁之自由化之過程。對於早期一般性否定法無明文之訴訟契約合法性之見解，已被多數學說及實務所揚棄，取而代之者乃對於訴訟契約合法性承認之擴大化，並積極爲對於該合法性界限之探求。至於各不同種類之關於

⁷⁴ Wagner, a.a.O., S. 209. 但對於訴訟契約合法性承認之擴張，可能受到部分質疑，亦即此一自由可能導致危險，亦即訴訟行爲之限制與實體法之規定未盡相同，其擴大化適用，對於當事人會發生如何之權益衝擊，及其救濟途徑是否會因此損及公益，均待研究。

⁷⁵ Wagner, a.a.O., S. 57.

⁷⁶ Vgl. BGHZ 109, 19, 28 f.; BGH NJW-RR 1989, 1048, 1049; BGH NJW 1984, 805; BGH NJW 1982, 2072, 2073; BGHZ 20, 198, 205; BGHZ 38, 254, 258; BGH NJW 1955, 1556.

⁷⁷ RGZ 102, 217, 221; BGH NJW 1982, 2072, 2073.

⁷⁸ Vgl. Wagner, a.a.O., S. 52 m.w.N.