

國立台灣大學法律學研究所碩士論文

指導教授：邱聯恭 博士

訴撤回契約之研究

研究生：陳自強撰

中華民國七十五年六月

序言

「訴撤回契約」是民事法領域中較為特殊之課題，亦屬民法與訴訟法交錯之問題型態，有其在實務解決及理論研究上之困難。本文之目的，與其在探尋週備之解決之道，毋寧在顯示民法及訴訟法統合研究之必要。經過本文之研究，更深切體會訴訟法之複雜，對今後研究之方向亦知所取捨，此或為撰寫之收穫。著者冀望能在本文略示德日學界之現狀，我國、德日就此問題研究之重要文獻，大致參及。

本文之成，首先要感謝指導教授邱聯恭博士多年來在人格、學養等方面之啟發；在論文撰寫過程，並蒙提示諸訴訟法基本觀念。其次，要感謝王教授澤鑑在學術研究方法及法學方法上之提示。又在撰寫過程遭遇之困擾、不順利，多承法研所同學之鼓勵，使本文能終底於成。摯友毓鴻先生之關懷與協助，謹致最高之謝意。

陳 自 強

七五年六月五日

第一章 導論

第一節 問題之提出

民國六十五年二月十五日出版之司法行政部公報第十七期五十二頁，曾刊載如下之法律問題：（註一）

「兩造於訴訟外成立和解，約定原告應撤回民事訴訟，嗣原告不依約撤回，經被告抗辯後，原告亦承認有此約定。其約定之效力如何，訴訟程序是否仍得進行？」

經新竹地院六十四年十月份座談會討論，提列三說：

「甲說：此項約定在訴訟法上雖不生效力，但仍不失為私法上契約。若原告不履行此項約定，被告得基於此項私法上之契約，另案訴請原告履行，經法院判決確定後，依強制執行法之規定執行之（強制執行法第一百三十條），一方面並得依民事訴訟法第一百八十二條第一項之規定，聲請裁定停止本案訴訟程序。

乙說：此項約定，在訴訟法上不生何等效力，亦不許被告基於此項約定另案訴請原告履行。因其約定在訴訟上係以限制訴訟上之權能為內容，不能認為有效。如強制原告履行此種義務，即不免違背民事訴訟法第二百六十二條限定之撤回之程式。

丙說：此項約定，被告得在訴訟上作為抗辯，經法院調查屬實，則原告依約應撤回而不撤回，違反誠信原則，法院可認為無保護之必要而駁回原告之訴。」

經函請當時司法行政部民事司釋示，研究結果：「本件應按兩造訴訟外所成立之和解內容是否涉及實體上權利而定，如屬肯定，則原告未撤回訴訟，訴訟程序尚未終結，自應繼續進行，至兩造於訴訟外既已成立和解，約定原告應撤回訴訟，嗣原告不依約撤回，經被告以此為抗辯，則原告之請求權已不存在。否則以甲說為當。」

觀其研究意見及結論之衆說紛紜，概然想見問題複雜之一斑。關此原告不依約撤回訴訟之處理，我國最高法院早在民國五十三年九月三日台上字第二四九三號未經公開之判決中表示其見解：「原告不履行撤回其訴之契約，繼續進行訴訟，按其情形，如係違反誠實信用原則，應喪失訴訟實施權，被告得主張惡意抗辯，法院認為撤回訴之約定存在者，訴訟自不許繼續進行，而以判決駁回其訴，不能逕認為原告請求權之捨棄。」（註二）結果雖同前揭丙說，理由構成則截然有異，與其他諸說於結論上亦有重大差異，究孰是孰非，益發使人困惑。甲說之處理，勢必延緩本訴之進行（註三），並增加他法院之負擔，顯違訴訟經濟之原則 *Prozeßökonomie*（註四）；乙說則根本無視當事人之意思，完全否定契約之效力；丙說與最高法院之見解，則未表明其約定之法律性質（註五），理由構成上亦略嫌簡陋；研究結果

先區別訴訟外和解是否涉及實體上權利，肯定者，訴訟續行，但經被告抗辯，原告之請求權不存在；否定者，被告得另訴請求原告撤回訴訟。上列諸說，皆有未愜，顯有深究，辨其異同之必要。

此種當事人在訴訟繫屬中、法院外，約定原告應為撤回訴訟之合意，學說稱為訴撤回契約或訴撤回合意 Klagezurücknahmevertrag（註六）。民訴法除於二百六十二條、二百六十三條規定撤回訴訟之單獨行為外，並未規定訴撤回之契約，因而，其是否為法律所承認（適法性 Zulässigkeit）、為何法律承認（法律性質 Rechtsnatur）、當事人應如何主張、法院應如何審理、與實體上權利之關係如何，前開法律問題及判決顯現尖銳之對立。抑有甚者，訴撤回契約應具備何等成立要件、生效要件、為有效代理之要件；是否須履行一定方式；得否附條件及期限；意思表示之瑕疵對訴訟之影響如何；訴訟外和解之無效、撤銷或解除對訴撤回契約之連動關係等等，所謂「要件規制」之問題，彼等全未論及。再者，訴撤回契約之效力如何，皆為理論及實務待決之問題，而不容割捨者。

我國學者誠不乏就訴撤回契約為深入詳盡之研究者，如陳榮宗教授曾以「撤回訴訟之合意」為題，參酌德日學說判例從理論實務有系統加以論述（註七）；楊建華教授除於民訴新論一書中有說明外，在民事訴訟法實務問題研究亦有論列（註八），對本文皆有重大之啟發。本文撰寫之目的，對既有之研究，希能深掘問題之核心，理論之基礎

，探討如何方能適正公平解決當事人間之利益衝突，滿足訴訟制度運作之諸要求，並兼顧法律秩序合理化、體系化之要求（註九）；就未開拓之領域，擬提出問題，參以己見，補苴罅漏，以繼往開來也。

○ 第二節 研究之對象與類似制度之比較

本文研究之對象為訴撤回契約，似無待贅言。實則，無論我國、德國或日本，早期之學說亦多僅以此為討論之對象。誠然，當事人亦得單純約定撤回訴訟（註十）。衡諸實際，之所以成立此約定，多因當事人訴訟外訂立和解契約，紛爭因而暫時或永遠獲得解決，訴訟目下已無繼續進行之必要故也（註十一）。此與原告單方為訴之撤回，或發生紛爭之起因消逝、或起訴後發現證據不充分或礙難提出、或預見敗訴之結果等原因者迥異（註十二）。因而，侷限於訴撤回契約，忽視其為紛爭解決條項之特質，甚難瞭解當事人間之利益狀態、締約目的，而全盤解決可能之問題；反之，僅觀察私法之和解契約，而未併究其與訴訟制度之關連，亦不免偏失之譏（註十三）。斯種統攝訴訟法與實體法之考察，雖為今後重要課題，然因其方興未艾，學說累積尚嫌未足，益增研究之困難，重以，我國法學根底尚非穩固，為解決問題，常須假手相關制度或溯源於制度之本源，是本文所論者，誠為雜蕪，然此為不得不然者也。再者，關於訴撤回契約效力之主觀範圍，即其成立後之主體變更之問題，因其成立於訴訟繫屬後，與繫屬前

締約之管轄合意或仲裁契約相比，問題性較不顯明，且茲事體大，關涉者廣，不得不割愛（註十四）。

關於訴撤回契約之類似制度，有於型態上雷同者，有機能或利益狀態 *Interessenlage* 堪擬者：

(1)原告撤回訴訟與被告之同意

民訴法第二百六十二條規定：「原告於判決確定前得撤回訴之全部或一部，但被告已為本案之言詞辯論者，應得其同意。」原告訴之撤回，雖須經被告之同意始生效力，然原告與被告表意之相對人皆為法院，故同為單獨行為，效力個別決定，應與訴撤回契約相區別（註十五）。

(2)抽象之訴訟上和解

當事人雖於訴訟上成立和解，但未涉及本案訴訟標的之實體法律關係，而僅約定終結訴訟者，學說上稱為「抽象之訴訟上和解」*abstrakte Prozeßvergleich*，其適法性固有爭論（註十六），姑不具論。然其成立此和解，或因當事人欲利用仲裁制度、或甘忍法律關係不確定之狀態而不願續行訴訟、或於訴訟外已成立和解，訴訟已無進行之必要（註十七），於第三種情形，當事人間之利益狀態與本文擬述者相同，誠值注意（註十八）。

(3)起訴前之撤回訴訟之合意

撤回訴訟，一般以有訴訟繫屬為前提，起訴前約定為訴之撤回，

雖非不可想像，然依其情形，當事人之真意或係不起訴合意；縱為訴撤回合意，結果亦可能與不起訴合意相同。鑒於不起訴合意之特殊性，本文之討論限於訴訟繫屬後成立之訴撤回契約（註十九）。

(4)捨棄上訴權之合意

當事人於第一審判決宣示或送達後，得捨棄上訴權，法有明文（民訴法四百三十九條），然未規定表意之相對人，亦未明示禁止裁判生效前之捨棄，我國通說僅認事後之捨棄（註二十），並應向法院為之（註二一）。當事人訴訟外約定捨棄上訴權者，亦事所恒有，其動機或於形成之訴，當事人皆願儘早使判決確定（註二二）；或在訴訟外成立和解，以其捨棄為互相讓步之內容，此時，利益狀態與本文所述者相埒。

(5)撤回上訴之合意

本案終局判決後，兩造於訴訟外成立和解，除約定撤回訴訟、捨棄上訴權外，提起上訴後，合意撤回上訴亦屢見不鮮。撤回上訴（民訴法第四百五十九條）與訴之撤回有異，係上訴聲明之撤回，使上訴審之訴訟繫屬溯及消滅，但不包括下級審之訴訟繫屬；提起上訴後撤回訴訟，下級審之判決亦當然失效（註二三）（註二四）。在訴訟外和解約定撤回上訴，是否應與為撤回訴訟之合意區別處理，楊建華教授認應綜合其合意內容為適當之裁判，不能無條件適用日本之權利保護必要消滅說（註二五）。依本文所見，當事人之利益狀態，不分

軒輊，裁判上之處理，並無區別之必要（註二六）。蓋當事人無非因紛爭獲決而爲此約定，與訴撤回契約之情形雷同。訴訟法效之差異，係尊重契約當事人意思之結果，此正與訴之撤回與上訴之撤回效果不能無異相同（註二七）。

(6) 訴訟上和解

訴訟上和解成立，法院僅須記明和解筆錄，無庸爲任何裁判，訴訟終結，並有與確定判決相同之效力（註二八），故若當事人於訴訟外成立和解，或因其中之終結訴訟條項，如訴撤回合意無效時，實踐論上，有力倡法院得嘗試將之成爲訴訟上和解之內容者（註二九），固非無見。蓋以訴訟上和解具有終止爭執或防止爭執發生，與終結訴訟之全部或一部之機能，與裁判外和解並約定撤回訴訟，於當事人之利益狀態相同，何況後者當事人有消滅訴訟繫屬之表示，前者則當然發生終結訴訟之效果（註三十）。然則，裁判上之此種努力，在訴訟政策上是否妥適，非無疑問（註三一）。

訴訟外和解，尚能與其他訴訟制度結合，以上所述，僅其中數耳。抑有甚者，刑事自訴、告訴之撤回約定，亦得爲紛爭解決之一條項，但其問題異乎是，不待言（註三二）。雖然，訴訟外和解之研究，已不能獨立於訴訟制度矣。

第三節 研究之取向、目的及價值

本文之首務，在解決訴撤回契約之有關問題。倘將民事訴訟法學強分爲立法論及解釋論，本文顯取向於後者，就民訴法學潮流所趨之訴訟政策、制度論則較無暇顧及，雖彼等亦爲解釋時考量之因素。

然而，問題解決本身尚未足彰顯本文研究之必要性。蓋民事訴訟制度迫切解決之課題，排山倒海般湧現（註三三），研究斯等實務上少見、無立時解決之迫要、理論上縱諸說對立結論上無大異、非訴訟法基盤而屬週邊領域之問題，或爲庸人自擾、不切實際。從而，應先於本論，論究本文在理論認識上之價值、訴撤回契約在民事法律體系中之地位、其與若干訴訟法基礎制度之關連，使本文之價值顯豁。況乎，理論之認識與實務問題之解決，同氣連枝，無從割捨（註三四）。以下爲本文在民訴法理論中之地位：

(1) 在訴訟法契約論中

訴撤回契約屬學說所稱「訴訟契約」。訴訟契約 *Prozeßvertrag*，又云「關於訴訟之合意」（註三五），指「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爲目的之私人間合意。」（註三六）我民訴法明定之訴訟契約略有：管轄合意（二十四條）、擔保標的提供之約定（一百零二條第一項但書）、擔保物變換之約定（一百零五條除書）、合意停止（一百八十九條）、訴訟上和解（三百八十條）、調解（四百零三條以下）、合意適用簡易程序（四百二十七條第三項）等，適法性雖無疑，法律

效果亦有規定，其他則付厥如。至若法無明文而實務上常見者，如不起訴合意、捨棄上訴權之合意、執行契約、證據契約、訴或上訴撤回契約等，裁判上應如何處理，困難叢生。其法律性質，究為實體法契約的或訴訟法契約，於解決國際私法及時際民事訴訟法中所應適用之法律，極關重要（註三七），非僅關理論之認識耳。故訴訟契約自德儒 Kohler 在一八八七年開研究之先河後，學者繼踵而起，一九三五年之 Schiedermaier 奠下基礎後，經 Baumgärtel，在一九七〇年形成研究之高潮（註三八）。在德國現已大致塵埃落定，而我國則方興未艾。研究伊始，歸納各合意之共相，尋其共通之原理原則，能提供實務解決問題之方向，澄清訴訟法學之若干基礎問題，然斯研究非對民事法之全盤基礎有深刻之瞭解，並顧及各契約之特性不為功，是本文擬以實務上較常見、國內較有研究之訴撤回契約為對象，藉觀訴訟契約論之一二，奠定日後總論研究之礎石（註三九）（註四十）。

(2) 在訴訟行為論中

訴訟契約論則為訴訟行為論（註四一）所及之重要課題。訴撤回契約固為「與訴訟有關之行為」，然因其欠缺典型訴訟行為所具之訴訟中、法院前、「單獨行為」之特徵，而為法院外所為之「契約」，是否因而為私法行為，或因其係以生訴訟法效為主要目的，故亦屬訴訟行為，始終為論爭之焦點及核心，蓋此爭論同時具理論認識及法律適用之價值，亦為本文重心所在。從而，本文亦觸及無可規避之訴訟

行為論，尤其是其概念及體系。吾人固可從不同之觀點建立相應之訴訟行為概念（註四二），然此體系概念是否有成，取決於其所以辨異之基準是否為法學上重要者（註四三），有認應取決於訴訟行為與法律行為之區別，有則認應觀行為對訴訟所具之功能，前者為所謂「要件效果說」，後者為「功能說」（註四四），何者較為可取，連同國內學者矚目之訴訟上和解、訴訟行為意思表示之瑕疵及訴訟上形成權之行使問題，形成德日關於訴訟行為之論爭（註四五），而此論爭重要性縱不若新舊訴訟標的之論爭，然卻較具體可徵。

訴訟行為概念之建立（註四六）及其與法律行為之交涉關係，誠為解決實際問題之關鍵（註四七）。國內迄今尚乏有系統之研究，本文雖未足以言概念之建立，惟藉窺訴訟行為論全豹之一斑（註四八）。

(3) 在法院職權與當事人自由之對立中

論究訴撤回契約法律性質時，有以「私法上契約自由原則不能適用於訴訟法」為由，否定其為訴訟行為者（註四九）。然則，契約所欲實現之私法自治原則 *Privatautonomie*（註五十），在訴訟關係中扮演何等角色。

此等問題，實即當事人自由 *Parteifreiheit* 與法院職權 *Richteramt* 之緊張、互為消長之關係（註五一）。蓋自由主義下之法、德民訴法，不僅在訴訟之開始、終結、訴訟標的之決定及訴訟資料

及裁判資料之蒐集與提出方面，賦當事人以廣泛之自由，於訴訟進行之層面，亦同。嗣因困於訴訟遲延，修法以限制當事人訴訟進行之主導權之呼聲，不絕於途，歷經數變革，終採以職權進行主義為主、當事人進行主義為輔之原則（註五二）。時移勢易，隨社會經濟之發展，紛爭如怒濤排壑衝向法院，形成法院沈重之負擔（註五三），且「訴訟之曠日持久，為工商業社會之癌」（註五四），修法之建議，遂從限制法院主導權於訴訟形式之形成面（即訴訟指揮 *Prozeßleitung*），至乎擴大法院之闡明（所謂「訴訟之實體形成面」）及排除逾時提出攻防方法之權限，以促進訴訟，但亦使裁判之內容直接受法院權限運作之影響。此議案引發德民訴法界熱烈之研究，從訴訟制度之目的理念、基本原則，至相關具體規定，莫不澈底反省檢討。德國雖在一九七七年完成審判程序簡化促進法（註五五），此等基礎論之探討仍未稍戢。

綜觀此等立法趨勢，似儘量擴大法院之權限，縮小當事人之自由，即能促進訴訟，故應否定法無明文之訴訟契約之適法性，甚廢除法有明文之訴訟契約，如管轄合意（註五六）等制度。實則，強化法院權限未必然促進訴訟（註五七）；某程度強化當事人之自由亦能達訴訟促進之目的（註五八），遑論訴訟促進非目的本身，不能破壞訴訟制度所追求之價值及目的，及憲法所保障之訴訟權。尤有進者，過度擴大法官權限，賦予法官實體法不認之實體關係之形成權能，非但

破壞民法與訴訟法共有之「自己責任」思想（註五九），不啻對國民宣告禁治產，不當之至，勿待喋喋（註六十）。故而，如何調和折衷斯緊張關係，為學界面臨之重大課題。近來訴訟行為論爭、乃至訴訟契約論爭，寧係導因於此種基礎觀念、價值之對立及差異（註六一）。

強化訴訟解決紛爭之功能，固為立法所趨；他者，充實訴訟外紛爭解決之制度，同為立法潮流。訴訟上和解，固不待言，調解制度、仲裁制度等自主解決紛爭制度，益形重要（註六二）。訴訟法學在此等立法之兩難下，應如何發展，誠為另一課題。斯等學說之背景下，本文之研究，應有問題提出之價值。

(4)在訴訟法與實體法之交錯中

訴撤回契約，一則有實現私法自治不可欠之「契約」要素，他則契約之目的係全然針對訴訟事項，訴之撤回，故兼有實體法及訴訟法之性格，乃有實體法契約說與訴訟法契約說之爭。欲解決性質論之爭，無從自限研究之法域，而須立於統攝兩者之民事法域，否則，無以得週全之解決。因而，本文係處於訴訟法與實體法交錯中之法律問題（註六三）。抑有甚者，際解決要件規制及其他問題時，須程序法與實體法價值之互補互濟，方克成其全。

實則，無論訴訟契約論、訴訟行為論、至若當事人自由與法院職權之關係，無不涉及實體法與訴訟法之關係，甚而訴訟制度之目的論。

蓋自訴訟法從實體法解放成爲獨立法律以來，訴訟法雖發展出諸自我觀念，並不斷精緻化、體系化，抑且極端化、孤立化，學者間畛域自分，大有井河互不犯之態（註六四）。然而，潔身自好卻不能解決實務所面臨之鄰接案型，如訴訟上和解、裁判上形成權之行使、訴訟行爲之瑕疵；修改法律時，引發之限制當事人自由及擴大法官權限等問題，亦難得其平。德國自民訴法有修法議案，學者或從解釋論、或從法政策論、或從法經驗科學等觀點（註六五），反省再思兩法之關係與訴訟制度之目的（註六六），構築學說之體系（註六七）。此種極端分離主義之緩和及修正，仍爲斯界努力之目標。

斯等問題之瞭解，非本文能力所及，惟在此問題意識及學術潮流從事研究耳。

本文之研究，雖亦能僅針對「訴撤回契約」爲之，而無視其在法律體系、問題意識、學術思潮之地位，以上述各點爲無用之論。然縱僅桎梏於法解釋論 *Rechtsdogmatik*，訴訟法與實體法之綜合運作，絕無可欠。欲妥當運用現有之制度以解決本文之問題時，須更深入制度之核心及制度間交互之關連，而此仍須以前揭問題之理解爲前提，觀之正文之論述自明。

第四節 研究之方法

嘗試提出解決第一節問題之方案爲本文之目的，所運用者，非研

究經驗事實所用之法社會學或其他經驗學科之方法（註六八），寧爲傳統法解釋學 *Rechtsdogmatik* 所用之方法。當今訴訟法學界研究之法政策論或制度興革論（註六九），非本文關注所在。蓋論究訴撤回契約在訴訟法與實體法間之關係，法律適用之情形，係以現行法律制度 *Rechtsordnung* 爲基礎，其間，民法所發展之博大精深之法解釋方法（註七十）與訴訟法所運用之解釋方法，皆不能有所偏廢。而法經驗科學及制度論較無用武也。

從本文之訴訟法契約說之立場言，訴訟法之法律解釋學應擅其場。雖則民訴訟法亦有特有之觀點，解釋時不容或忽（註七一），然其解釋方法無以異於民法或其他法律所用者（註七二）。從而，除概念法學之以補我國概念建立之缺漏外，盛行之利益法學或價值法學之方法爲本文欲採者（註七三）。因訴回撤契約法全無規定，首須援引訴訟法中相關規定背後現示之價值判斷，如管轄合意或仲裁契約等法有明文之訴訟法契約（註七四）。解決關於訴撤回契約之要件規制時，爲貫徹促成和解制度之運用，以實現私法自治原則之法意，取向實體法價值及規範效力之解釋（註七五）*materiellrechtsfreundliche Auslegung* 洵有其必要。實則，因訴訟法就訴訟法契約之要件規制並未規定，形成法律漏洞，有待填補，故間須運用法學法律創造之方法 *Rechtsfortbildung*（註七六）。

另有不得已於言者。關於判斷訴訟契約適法性通說所用之利益衡

量論（註七六），若僅係單純由解釋者主觀自為衡量公益與私益，而擅斷其適法性時，似難客觀公平，故其利益衡量云者，最後仍應取決於立法者於實定法中所蘊含之價值判斷，否則，「利益衡量」與用「法律感情」*Rechtsgefühl* 解釋法律，無以異也（註七八）。另者，本文雖參考若干德日文獻，不意味採用比較法 *Rechtsvergleichung* 之方法。蓋比較法有其特有之方法（註七九），而民事訴訟比較法之研究係以整個法系之認識為前提，且須了解實務之運作（註八十），參考外國文獻尚未足。本文寧係廣續法條繼受後之學說繼受（註八一），無庸諱言。又有以英國法不區別公私法，故關於訴訟契約之比較法研究無甚意義之見解（註八二），可供參考。

第五節 論述之順序

論述之順序，於學術研究，絕非便宜、恣意、隨心所欲，寧攸關結構之嚴謹、說理之縝密，誠與研究者對問題之瞭解深淺有關。本文擬以適法性及法律效果（第二章）、要件規制（第三章）、法律效果（第四章）順次論述：

(1)關於第二章，有將容許性與法律性質分而述之者（註八三）。在現行訴訟法與實體法分離主義下，並無「適法之民事契約」之存在，契約是否適法不能遠評價之規範，即訴訟法及實體法，而獨自判斷。論究其適法性，不啻判斷其為適法之實體法契約或訴訟法契約，或

皆被否定，故本文擬於「適法性及法律性質」下，從學說發展，分別論述全面否定說、實體法契約說及訴訟法契約說，並附論其公私法性。

(2) *Schlosser* 在論述訴訟契約適法性時，先論契約對訴訟之影響可能性，次論契約之拘束力為一造所否認或違反之處理（註八四），固非無見。本文則無此必要，蓋若原告願受契約之拘束，自動撤回訴訟，則有關之問題，或純與訴訟外和解有關，或依訴撤回之規定處理，非本文所欲論究者，故僅須論究原告不依約撤回之處理即可（註八五）。此為本文一貫態度。

(3)關於效果，本文峻別當事人意欲效及法律效，前者為適法性判斷之對象，後者為第四章欲論者。意欲效之重要性若此，故於論述適法性前，須先探求意欲效之內容及性質，並論與法律效果之關係，更且，為批駁實體法契約說，建立訴訟法契約之概念，應略述債權契約之基本性格，落實論述之基礎。

(4)確立訴訟法契約說後，應討論與訴訟外和解之法律構成，俾為要件規制研究之基礎。

(5)法律效果章，側重當事人如何主張契約於法院。關於法院之審判及訴訟法效，僅述訴撤回契約所特有者。最後，研究學說較少論及之實體法效（註八六）。

(6)有認德國對法無明文之訴訟契約之論爭，包括性質論（私法的契

約說與對法院之合同行爲說)、準據法論(私法說、訴訟法說、雙方適用說)及效力論(私法的效果說、訴訟法效果說、準訴訟法效果說)三者,並依效力論、性質論、準據法論及適法性之順序論訴撤回契約者(註八七)。其用語似有異於此,且多所別出新裁。其說可供參考,卻不足爲式。

(本章註釋)

1. 參考法條：民訴法第一百八十二條(裁定停止訴訟)及強制執行法第一百三十條(意思表示請求權之執行方法),而未列民訴法第二百六十二條以下(訴之撤回)。
2. 判決要旨參見楊與齡,論訴之撤回,政大法學評論第一期,五十八年十二月出版,四十頁。
3. 訴訟遲延 *Prozeßdauer* 爲並世各國訴訟制度面臨之課題(參見 Gilles 教授一九七九年在台大之演講,刊陳榮宗舉證責任分配與民事程序法第三七二頁以下; *Puttfarken, JuS 1977*, 493 (495)),如何避免程序不必要之拖延,尤其是關於訴訟之紛爭,盡可能利用該當程序解決,爲吾人亟求之目標。德國民訴法爲促進訴訟,亦於一九七七年大事修正隨時提出主義,誠爲此世界趨勢之表現,關此,參見邱聯恭等,民事訴訟審理方式之檢討,法學叢刊一一五期一七〇頁以下; *Leipold, ZZP 93*, 237ff.。
4. 「訴訟經濟」原則,在我國常被引用,然就其概念,與訴訟制度之關連,尙未有系統之探討。據 *Mettenheim, Prozeßökonomie S.13*,其「在追求程序之合理化,促進並縮短個別之程序,整體減輕法院負擔」,即程序應簡化、促進、縮短(*Schmidt, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, 1973, S.7f.*)。然有認此概念之援用應審慎,

蓋其概念不確定，流於標語式（如 Schwab, NJW 1959, 1824）；或使所有節省法院勞費之結果得其合理化（如 Putzo, NJW 1965, 1019）（以上，引自 Mettenheim, aaO., N.1）。另請注意，「訴訟經濟」本身非民事訴訟所追求之目的，Mettenheim, aaO., S.13ff.; Schmidt, aaO., S.8 皆認為其僅係為實現並貫徹民事訴訟目的之手段，「若未設定目的，即無訴訟經濟可言」，故訴訟目的與訴訟經濟間，無法比較孰優孰劣。再者，訴訟經濟原則除有限度成為解釋民訴法之基準（Schmidt, aaO., S.42），並得為檢證制度合理性之標準，如與本文有關之訴撤回規定，是否符合斯原則，即不無研究之餘地，Vgl. Mettenheim, aaO., S.151 (164); 172。

5. 通常探討契約之法律性質，係於實體法之契約法領域，評價某交易生活之特徵，較近於何種法定有名契約類型，以其規定補充或規整該當契約之規定，Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.288f.。此則首在決定契約屬何法律規範，茲預請注意。
6. 「合意」Vereinbarung 一般認與「契約」Vertrag 之概念相同，「目的在謀對立之法律主體間利益之調和，而為以產生同一法律效果為目標之二或二以上意思表示之合致也。」（語見兼子，合意，二四一頁；ferner, H-J Hellwig, S.29）。德國民法債之關係編用後者；物權法則代以 Einigung

（Baur, Sachenrecht, §5 I, S.34f: Die Einigung ist dingliche Vertrag）；民訴法 ZPO 則採前者（我國民訴法及日本皆譯為「合意」，民訴法二十四條，曰民訴法二十五條參看）。Vertrag 與 Einigung 用語之別，係因物權行為之無因性（關此，王澤鑑，物權行為無因性之檢討，民法學說與判例研究第一冊二七五頁以下）；民訴法使用 Vereinbarung，要為立法者有意之緘默，不表明其態度，冀假手學說判例研究訴訟法合意之性質及其他相關問題，然通說皆持肯定見解，s. H-J Hellwig, aaO.。

7. 訴撤回合意，原載台大法學論叢一九七六年四月第五卷第二期，收於民事程序法與訴訟標的理論，二六四頁以下。
8. 合著新版三一八頁以下；民事訴訟實務問題研究二四六頁。
9. 合理化，為事後檢證性 Überprüfbarkeit 之前提，並足確保法學活動之客觀性（Vgl. Larenz, Methodenlehre, Einleitung）。體系化，除於私法有其特殊之重要性外，對諸如訴撤回契約之實體法與程序法交接問題之研究，亦有意義。兩者皆為法學之為科學之重要特徵。
10. Vgl. H-J Hellwig, S.92。
11. 同說，竹下，爭點訴取下，一五六頁以下；比較同氏，訴取下契約，並未論及；柏木，訴取下，九八頁；清田，訴取下，三

四七、三四八頁註一：未成立和解而為訴撤回合意，殆難想像。

12. 上開諸點為撰者想像者。類此社會事象之研究，非惟有益於法律適用，修法之際，並為妥適立法前提，若未運用科學技術與方法為全面有體系之研究調查，欲求良法美制，不啻緣木求魚， dazu, Vgl. Baumgärtel, Wert und Unwert der Prorgationsovelle, FS für: Weber, S.23ff.。本文之研究未能及此，固不待言。
13. 關於訴訟外和解與訴訟之關係，夙為我國研究所欠。倘執訴訟外紛爭解決制度之強化之立法趨勢，包括性之研究似為當務之急， dazu, Vgl., Baumgärtel, Wesen, §26 IV; Schlosser, Parteihandeln, §12 VIII。
14. Soehring, Die Nachfolge in Rechtslagen aus Prozeßverträgen, 1968, S.18f.: 訴訟繫屬後之主體變更，多與民訴法當事人恒定，既判力之主觀範圍發生關連，故無非立時解決不可之迫要。
15. 三個月，雙書，三三三頁；中野等編民訴講義，二六五頁；St J/Leipold, vor §128 II, Rdnr 170, 稱為合同行為 Gesamtakt。就合同行為與契約之區別，Rosenberg, Schiedermaier, Baumgärtel 等認前者取向擴張或限制法院之權能

；後者，當事人欲相互賦與權利 (Baumgärtel, Wesen, S. 186 N9); dagegen, Schlosser, Parteihandeln, S.3f., 認區別困難。

16. 我國通說否認其為訴訟上和解，姚著，民訴法，三九六頁認係訴之撤回及被告對撤回之同意；合著，四二三頁；最高法院五十七年台上字第一〇四九號判決，亦同 (刊法令月刊，第二十卷第七期二〇一頁，該判決係當事人約定原告撤回訴訟、被告撤回上訴之訴訟上和解) ；德國肯定說，St J/Münzberg, § 794 II, Rdnr 6, 8, 9; Münchkomm/Pecher, §779, Rdnr 50; Mende, Die in den Prozeßvergleich aufgenommene Klagerücknahme, 1976, passim.且肯認約定撤回訴訟之訴訟上和解。
17. St J/Münzberg, §794 II, Rdnr 6; Münchkomm/Pecher, aaO.。
18. 將此和解視為訴之撤回，至少在訴訟費用之法律效果 (民訴法八十三條與八十四條)，違反當事人之期待，故此問題，尚待研究。
19. Baumgärtel, Wesen, S.261, N.475, 476, 疵議 Barz (否定說) ；Herschel (肯定說) 未深入探究不起訴合意之適法性，遽下斷語。不起訴合意涉及憲法訴訟權之保障與經濟弱者之保護等問題，有待全盤性之研究，參照竹下，爭點訴取下

- ，一五六頁；上田徹一郎，「訴訟契約」，演習民訴(上)，三一三頁以下。
20. 姚著，民訴法，四五六頁；合著，五二七頁。德國民訴法雖亦僅規定判決宣示後捨棄上訴權之效力，然通說咸承認當事人得事前合意捨棄上訴權，St J/Grunsky, §541 I, Rdnr 3; Habscheid, NJW 1965, 2370(2376); Baumgärtel, Wesen, 206; Baumbach/Lauterbach/Albers, §514, 1.; BGHZ 28, 48。
21. 姚著前揭；合著前揭；德國通說認捨棄亦得向他造爲之：Habscheid, NJW, 1965, 2371; Zeiss, NJW, 1969, 167; St J/Grunsky, §514 II, Rdnr 8。
22. Zeiss, NJW, 1969, 167: 於離婚之訴常見之。
23. 中野等編民訴講義，三五二頁。
24. 撤回上訴者，喪失其上訴權(民訴法四百五十九條)，但德日民訴法未有相同之規定，故若上訴期間未過，撤回上訴人仍得提起上訴：新堂，民訴法，五五一頁；St J/Grunsky, §515 II, Rdnr 12。
25. 訴訟外撤回上訴之合意(下)，民訴實務問題試釋(一五一)，司法週刊二五四期(七五年三月十二日)。
26. 同說，Schlosser, Partei handeln, S.81; St J/Grunsky

- ，§515 II, Rdnr, 26; Rosenberg/Schwab, ZPR, §138 III (S.837)。抑者，依其情形得解爲有捨棄上訴權之合意，Vgl. Schlosser, aaO., Grunsky, aaO.。
27. 楊健華，前揭所舉案例一，視對造是否履行撤回上訴之條件而處理；案例二之情形，若對造已履行撤回條件，則從實體上判決。區別標準，似在和解是否「直接」就訴訟標的爲之，前者因未就所有物返還請求權爲和解，他造若已履行撤回條件，應以無保護必要駁回上訴；後者因直接對借款返還請求權爲和解，他造履行撤回條件後，法院應爲實體判決。此種處理，上訴撤回之合意在法律上並未具重要性，寧係「權利保護必要」之概念操縱實體或程序裁判之分野，其操縱得否客觀公正，不能不讓人無疑。縱採權利保護必要消滅說，僅須以撤回條件之履行爲抗辯權發生之條件，即足以兼顧兩造之利益。
28. 訴訟上和解是否有既判力，日本民訴法之規定(二三〇條)與我國民訴法(三八〇條)相同，學說則不無爭論(參照，駱永家，訴訟上和解與既判力，既判力之研究一四七頁以下)；德國ZPO §794 (1)僅規定其得爲執行名義，通說否認其有既判力，Jauernig, ZPR, §48 V (S.172); Wolf, ZZP 89, 264。
29. 鈴木忠一，當事者自治，一〇〇頁；清田，訴取下，三五二頁。

30. 若認訴訟上和解為「兩行為併存」時，在訴訟行為瑕疵不斟酌之通說下，和解之無效或撤銷應不影響終結合意之訴訟行為之效力，而不得請求繼續審判，Vgl. Mettenheim, Prozeß-ökonomie S.115。
31. 蓋以訴訟外和解之成立，法院並未扮演任何角色，使為裁判上和解之內容，並生訴訟法效，法政策上之危險性更高。關於裁判上和解之價值：「訴訟標的外之和解與繼續審判」，法學叢刊第一一八期，一六七頁以下邱聯恭教授發言；Jauernig ZPR, §48 VIII (S.173f.); Stürner, DRiZ 1976, 202 (203); Wolf, ZZP, 89, 260ff.。
32. 若承認其適法性，唯許另行提起民事訴訟，請求撤回，並依意思表示執行方法執行之，Baumbach/Lauterbach/Hartmann, §894 1, B。
33. 參照註三所揭文獻。
34. 法學研究之意義，主要表現在實務問題之解決及理論認識之貢獻，Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.224ff.。
35. 有關訴訟之合意⇒訴訟契約⇒訴訟上合意⇒訴訟上契約，皆指尚未定性為實體行為或訴訟行為之上位概念（參照，兼子，合意，二七一頁；松本，研究訴訟契約論，一四三頁註一；H-J Hellwig, S.37, N.71 ）。此外，竹下，訴取下契約，

- 五三頁註一稱「訴訟契約」為經評價為訴訟法上之契約，而以「關於訴訟上合意」為上位概念，同說，上村，合意，三六八頁；又有將兼子所指之「關於訴訟之合意」稱為「訴訟契約」，以「訴訟契約說」表為本文所稱為訴訟法契約，如中野等編民訴講義二六六頁；亦有相對稱「訴訟契約」與「實體法契約」者，如柏木，訴取下，九八頁；三個月，全集，三八五頁；新堂，民訴法，二三七頁等，由此可見學界用語之紛歧，致本文不能預有所定，Vgl. H-J Hellwig, S.30. N.27。
36. 兼子，合意，二四一頁（中譯，黃金瑞，法學叢刊十六期五六頁）。因德國 ZPO及日本昭和五十五年之前之民訴法並規定執行程序，故亦包括執行契約。
37. H-J Hellwig, S.28:國際私法，實體法問題依國際私法法規，程序問題，依法庭地法（馬漢寶，國際私法總論二三一頁）；時際民事訴訟法中，程序問題從新。
38. Vgl. Soehring, S.11; Baumgärtel, ZZP 87, 121 (N.1)。
39. 日本知名學者竹下守夫，亦以研究訴取下契約為始，斯有後之訴訟契約之研究（刊法學協會雜誌八十卷一、四期，八一卷四期）。
40. 訴訟契約之研究亦能從法制史之觀點為之，蓋羅馬民事訴訟制度，為成立審判程序，須以雙方當事人之合意在執政官（其後

爲法務官)前爲爭點決定 *Litiscontestatio*，此亦係關於訴訟之合意：兼子，「實體法と訴訟法」第十八頁。又據研究，訴訟契約爲所有契約之原型，前揭十九頁。

41. 學說一致區別法院之訴訟行爲與當事人之訴訟行爲，蓋前者爲行使審判權之公法上高權行爲，關於其要件及效力所適用之規定自有不同，我國文獻，駱著，民訴 I，一四一頁以下。本文所稱者，除特別表明外，皆爲當事人訴訟行爲 *Partei-prozeß-handlungen*。
42. 概觀，Vgl. Baumgärtel, *Wesen*, §6。
43. Vgl. Henckel, *Prozeßrecht*, *Einleitung*, 關於法學體系之功能，Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1968, S.155 認在彰顯並實現法秩序之價值首尾一貫及內在統一性。
44. 要件效果說，陳榮宗，撤回，二六九頁；Thomas/Putzo, *Einl.* III, 1; Zeiss, *ZPR*, §35II, 1, 3; Rosenberg/Schwab, *ZPR*, §63IV; 功能說：Baumgärtel, *Wesen*, *passim*; Henckel, *Prozeßrecht*, S.27ff.; St J/Leipold, *vor* §128, *DI Rdnr* 160; Konzen, S.53f; Jauernig, §30 IV; Arens, *ZPR*, §19, *Rdnr* 205; 三個月，雙書，二六六頁以下，詳參第二章第三節 II (2)。

45. 關於德日兩國訴訟行爲論爭之鳥瞰：Baumgärtel, *ZZP*, 87, 121; 小山昇，日本における訴訟行爲論の現状，民訴雜誌二十號，五四頁以下。比較言之，無論質量，日本顯遜一籌，且集中於裁判上和解之研究。
46. 法學概念之建立爲法學研究之礎石，礎不堅，則所謂「利益衡量」或「價值衡量」頓失所怙矣，此觀德國民訴法學之發展，自概念之建立始，進而孕育特有之思惟，至於特殊之解釋方法，不難理解 (Vgl. Bruns, *Verfahren und Verfahrensrechtssatz*, *FS für Weber*, 1975, S.113)。Bruns, *JZ* 1959, 205 又謂對概念法學 *Begriffsjurisprudenz* 之批判，不曾稍減概念之重要。
47. 國內學者亦多意識此點，參照姚著，民訴法，三九三頁，陳榮宗，撤回，二六八頁，皆始於訴訟行爲概念之認識。
48. 本文第二章三 II (2); 四 II 參照。
49. 楊健華，註八文獻；同註二五文獻。
50. Vgl. Larenz, *AT*, §2 II, S.40f.。
51. 斯關係直可謂反映歐陸訴訟法發展之歷程，關於德國民訴法百年來之演變，Bettermann, *ZZP* 91 (1978), 365。以下論述，Vgl. Habscheid, *ZZP* 81(1968), 178; Lancelle, *NJW*, 1969, 1959; Habscheid, *NJW*, 1969, 496; 石渡哲

，訴訟手續の形成をめぐる裁判所と當事者の役割，民訴講座四，二二三頁以下。

52. 繼受德國民訴法之日本，早於大正十五年（一九二六年）全面改正明治二三年制定之判決程序部分，其要者如職權移送、闡明權限之擴大、訴訟合意停止及期間伸縮之合意之廢止，職權調查證據之導入（戰後又廢止）、遲誤時機提出之攻防方法之駁回，參照，石渡哲，前揭二二八頁以下。
53. Vgl. Puttfarken, JuS 1977, 498(499)。
54. 語見 Baumgärtel, ZZP 87, 124。
55. 中文介紹，邱聯恭，民事訴訟審理方式之檢討，法學叢刊一一五期。
56. 德國一九七四年修正 ZPO 關於合意管轄之規定，從舊法之「原則肯定主義」到「原則禁止主義」，Vgl. St J/Leipold, vor §38 I; Baumgärtel, aaO. (註⑤)。
57. 如過度強化誤時攻防方法排除之權限，或使當事人恐遭駁回，提出不必要之訴訟資料，致駁回是否正當成爲派生之紛爭，反使程序混亂、遲延：石渡哲，前揭二三三頁。
58. 訴訟契約之承認不必然造成訴訟遲延，如證據方法限制契約，可能係當事人在考量實體上正義與程序上正義後，爲省免一定證據方法調查之高度成本，合意排除之。承認之，除符合當事

人利益外，更裨益於訴訟促進。

59. 民法之基礎，可謂係以有理性之個人爲中心之倫理個人主義 (Der ethische Personalismus als geistige Grundlage des BGB)，而得享有權利負擔義務，Larenz, AT, §2, §32ff.。在訴訟上，遂以處分權主義，辯論主義表現此思想，Vgl. Jauernig, ZPR, S.84。
60. Baumgärtel, ZZP 87, 126; Jauernig, ZPR, §25 VIII, 3. (S.84) 並因而批判所謂之協同主義 Kooperationsmaxime。
61. Vgl. Baumgärtel, ZZP, 87, 121, passim。
62. 此種訴訟外或非國家紛爭解決制度之強化與建構，即 Alternativen zur Jurist, Vgl. Gilles, JuS 1981, 408; Jauernig, ZPR, §1, (S.4)，雖然，從比較法之觀點言，訴訟外解決紛爭之制度，東西方所具意義迥異，此復肇因於法意識之差別，即法律之爲規整社會共同生活手段，其功能之差商，Vgl. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, I, 1984, S.404ff.。
63. Konzen, 在 Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien 前言稱此等臨界案型爲 Stiefkindern der Rechtsdogmatik。

64. 三個月，雙書，一六一頁有言，德國並無實體法學者與訴訟法學者之區別，皆有專精也，此種現象較不嚴重。
65. 關於訴訟法學與其他學科之關連，Gilles, JuS 1981, 403 ff.。
66. 關於訴訟制度之目的，紛爭解決說為日本通說（參照木川統一郎，訴訟制度の目的と機能，講座民訴一，二九頁以下），其說較忽視法治國家要求，未考慮實體法成為裁判規範之機能與意義，故德國通說仍主以「權利保護」為主，並輔以其他如法律之確證，法律平和等，Vgl. St J/Schumann, Einl. C.; Jauernig, JuS, 1971, 329; ders., ZPR, §1. II (S. 2ff.); Gaul, AcP 168, 27。此等爭論，與其視為實定法之解釋論，毋寧為解釋者個人價值觀之對立，誠難有定論。
67. 如 Henckel, Prozeßrecht, 41ff; Schlosser, Parteihandeln, S.11; H-J Hellwig, S.47ff.; Baumgärtel, Wesen, S.92ff; ders. ZZP 87, 125; Mettenheim, S. 9ff.。
68. Vgl. Gilles, JuS 1981, 406; Larenz, Methodenlehre, S.182f.。
69. Vgl. Gilles, JuS, 1981, 405; 407f.。
70. 關此，Vgl. Larenz, Methodenlehre; 簡要敘述，ders.

- AT, §4 (S.69ff.)。
71. 關於民訴法特有之價值或觀點，St J/Schumann, Einl, E. Rdnr 71ff.。
72. St J/Schumann, Einl. E. Rdnr, 40,52。
73. 價值法學乃脫胎於利益法學，而為現今德國通說判例所採。後者雖亦主張解釋者不應泥於文義，而須瞭解法律基礎之立法者所欲保護或衡量之利益狀態，探尋成為法律基礎之價值，及隱藏於背後之一般價值規準（Vgl. Larenz, AT §4, S.71），然其所稱之利益概念，或為牖啓立法者之動因、或為立法者評價之對象、甚為評價標準本身，極不明確，故有前者出而正名，並強調立法者所欲實現之價值，Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.117f.。
74. 參照本文第三章二Ⅳ；第四章一Ⅲ(2)。
75. Vgl. St J/Schumann, Einl. E Rdnr 68; ders. FS für: Larenz 80, Die materiellrechts-freundliche Auslegung des Prozessgesetzes, S.575。本文第三章二Ⅱ，四參照。
76. Vgl. St J/Schumann, Einl. E. Rdnr 92ff.; St J/Leipold, vor §128, D. Rdnr 161本文第三章一參照。
77. Vgl. Baumgärtel, Wesen, S.187ff.; H-J Hellwig,

- S.63f.; 本文第二章四 I (1)。
78. 利益衡量論盛行於日本，諒係承襲 Heck 之利益法學，然似未精緻化至德國法解釋學之水準（石田穰，法解釋學の方法，七頁註四），甚有在解決具體問題時，標榜已說為利益衡量說者，似已未戰先勝，實則，利用「利益衡量」或「價值判斷」解釋法律，為法學之基本條件，不應專擅也（關於訴訟代理人和解權限之範圍，參講座民訴四，三二七頁）。
79. 關於比較法之方法，Vgl. Zweigert/Kötz, aaO., §3, (S. 32ff.); Rheinstejn, Einführung in die Rechtsvergleichung, S.25ff. (27)。
80. Bruns 。 ZPR, §3 Rdnr 23 。
81. 關此，戴東雄，中世紀意大利法學與德國的繼受羅馬法，參照。
82. H-J Hellwig, S.46 N 50, 。
83. 陳榮宗，撤回，二六五頁以下；柏木，訴取下，九八頁；上村，訴取下，一〇四頁。
84. Schlosser, Partei handeln, S.6f.; passim 。
85. 異說，柏木，訴取下，九八頁以下；宮川，訴取下，一〇九六頁。
86. 金洪奎，證據契約之研究，並未論及此重要問題；Vgl.

- Schlosser, Partei handeln, S.58; Konzen, S.186 引用
LG Köln, MDR 1960, 846 。
87. 宮川，訴取下，一〇九五頁。

第二章 適法性及法律性質 (註一)

我國通說及前揭最高法院判決認訴撤回契約為實體法契約（私法行為），或得以此現狀為基礎進行討論，無庸論述全面不適法說及介紹實體法契約說之內容。然則，我國學說縱有說明，然似未深究論據之來龍去脈，僅係繼受日本學說研究之結果（註二），茲詳論全面不適法說，一則為反省檢討我國過分強調訴訟公法性格之態度（註三）；他則，其部分論說得為訴訟契約適法性研究之一般論（註四）。其後之實體法契約說與訴訟法契約說（訴訟行為說）之辯，除有實務上之實益外（註五），尚有理論認識之重大價值，既敘於前。因而，縱然實體法契約說之主流說（註六）與訴訟法契約說，於裁判上之處理大同小異，為究明諸說理論之良窳，藉而呈現第一章三所述之理論上地位，不得不詳論。且也，在彼德日學術研究發達，問題所在為眾所熟稔，學說之介紹，寧有違「學術經濟」之要求，僅須直接進行批判即可，我國則尚未臻此，介紹與批評皆不可少。為此，特詳於本章，並以導次章。

第一節 當事人約定之法律效果（意欲效）

若當事人「意欲效」與「法律效果」概念上可分，且惟前者始得為判斷適法性及法律性質之對象，前提無誤，則認識當事人意欲效之

具體內容為本章首務（註七）。以下，首論述有效契約之意義、契約意欲效與法律效之關連及區別，次論訴撤回契約意欲效之內容及性質。

I、意欲效與法律效之關係

眾所週知，私法盛行私法自治原則 *Privatautonomie*，即於一定範圍內，法律制度允許當事人藉法律行為 *Rechtsgeschäft*，特別是契約，形成自己之法律關係（註八）。在此範圍內（不違法律強制、禁止規定、公序良俗、誠實信用，即所謂 *negative clearing test*（註九）），一定條件下（有效要件 *Wirksamkeitsvoraussetzungen*，方式等），實定法賦其意欲效之內容以規範拘束力 *normative Geltung*。故契約之所以有法律拘束力，一則因契約當事人思有以發生一定之法律效果，次則為實定法承認之 *Anerkennung*。且從法哲學視之，契約非因制定法 *Gesetz* 故有拘束力，縱無實定法之助力，在當事人間亦可能被視為有拘束力而遵守（註十）。無論何種契約，債權契約、物權契約、身分法契約、行政法契約，甚至訴訟法契約，皆不能遠當事人意欲之效果而論。以實體法債權契約為例：吾人首須判斷當事人約定之內容，即解釋意思表示，再觀契約內容是否為適法 *Zulässigkeit*，即實體法是否承認之 *Anerkennung*，亦是否在法所容許之私法自治之界限內，肯定時，吾人稱之為有效債權契約 *rechtsgültiger Schuldvertrag*，進而再判斷該合意應屬於何種法

定契約類型，以觀法律是否有特別要求（特別有效要件 *besondere Gültigkeitsvoraussetzung*，如書面或官署之許可），及以任意法規補當事人意思之不足（註十一）。在訴撤回契約，吾人仍須先判斷約定之內容，而因其為實體法或訴訟法契約未決，須以當事人意欲之內容為對象，由實體法及訴訟法個別決定是否適法（註十二）。適法時，表示訴撤回契約意欲之主要效果被承認而作為實定法秩序之內容而發生：若為實體法有效之債權契約，必寓依實體法規範該契約未逾私法自治之範疇之意，而承認意欲之主要效得成為實體法內容，並依契約之一般規定 *allgemeine Vorschriften über Vertrag* 有強制力（註十三），債權人得循民事訴訟程序確定私權，並依強制執行法之規定實現私權。雖則債權之訴求性 *Die Klagbarkeit der Forderung* 僅是典型而非概念上必要之要素（註十四），除有法明文（如民法一百二十五條以下）外，應有異常堅實之論證方得否定之。反之，若認係訴訟法契約，必係經訴訟法規範之評價，認契約之意欲效內容，在訴訟法契約適法之範圍內，而承認其約定之內容得發生訴訟法效果。當然，訴訟法與實體法構造有別，實現有效訴訟法契約內容之條件與方法不必然相同。總之，契約之適法即指實定法承認當事人自主 *Selbstbestimmung*、自束 *Selbstbindung* 行為所欲生之法律效果，此為契約之理念（註十五）。

關於意欲效與法律效之關係密切，從實定法承認契約有效而以

為法秩序內容自明。私法債權契約之當事人在契約自由原則下，雖可能鉅細靡遺規定彼此之法律關係，除少數強制規定發生規整作用外，任意規定之補充功能即無用武之地，但在物權契約及身分法上契約，除當事人主要意欲效，如發生所有權移轉之意思、發生婚姻關係之意思外，其他契約內容概由法律明定，蓋為確保交易安全及維護公益故也。以而，愈與公益有關或有公法性格之法律，除主要意欲效外，當事人得而合意之範圍更狹，然苟根本否定主要意欲效之內容，契約已不再為契約矣，亦不能稱該契約有效或適法。例如根本否定某有支付價金之義務，對方有交付及移轉所有權之義務，豈能稱「買賣契約」；適法有效之移轉所有權合意 *Einigung* 不能生移轉所有權之效果，殊難想像。實則，債權契約之主要給付義務為定性之最重要基準，並為斟酌當事人締約目的之資，其契約主要效被否定，已失其在實定法之地位，此為本文不憚詞費倡言者。

意欲效與法律效之關係從契約無效情形觀察益明。契約無效 *Unwirksamkeit* 不啻意味實定法不承認當事人約定之內容，不擬賦予規範效力。然則，契約無效不表示全然不生法律效果，此觀法律行為無效 *Nichtigkeit*（民七十一條、七十二條、七十三條、七十五條、八十七條等參照）、因意思表示瑕疵被撤銷（民八十八條、八十九條、九十二條參照），仍依法律之規定發生損害賠償義務（民一百十三條、一百十四條、二百四十七條等參照）自明（註十六），並對已

依約之給付，依法律規定發生清算關係 *Abwicklungsverhältnis*（註十七）（註十八）。雖原法律行為對此清算關係仍具意義（註十九），但其僅為發生清算關係法效之事實關係 *Sachverhalt*，不再是有規範意義之目的行為。此與同樣發生損害賠償義務之可歸責於債務人之給付不能（民二百二十六條），在規範依據，賠償範圍皆有不同：法定與契約；信賴利益與給付利益（註二十），千差萬別，不能不察。為法所承認之有效契約，不能依約定之內容生法律效果，如給付義務（債權契約），權利變動效果（物權契約），僅有損害賠償權利，似未之有也（註二一）。對實體法債權契約自始否定原約定給付之義務而課其賠償義務，依本文所見，是否定契約之效力；放任債務人任意履行（如時效消滅後之請求權），於債務人不履行義務時，課以有訴求性 *Klagbarkeit* 之賠償義務，除無效契約外，說理尚欠圓通。然若承認訴訟法上契約得生訴訟法上義務，則有特殊問題焉，非可逕繩以私法債權契約所適用之一般原則（註二二）。

II、意欲效論爭之性質

意欲效既為判斷適法性及法律性質之對象，然則其內容如何探求。關於一般訴訟契約，應適用解釋法律行為之一般原則確定之（註二三），於訴撤回契約，依其情形，亦可能需要解釋。然而，若當事人於裁判外和解同時，約定原告應撤回訴訟，即原告有依約撤回之義務時，得否別事探求，實不無疑義。日本學者有認為意欲效內容之爭論

係「當事人意思解釋上之對立，即當事人意圖者係訴訟法效或實體法效之見解之對立」（註二四），固頗待商榷。蓋解釋法律行為，尤其是契約，係規範性解釋作業，性質頗與法律解釋 *Gesetzesauslegung* 類，通常在確定有疑義之表示內容。若內容明確，即無解釋之必要。又法律行為之解釋雖為法院之職權，屬法律問題 *Rechtsfrage*，然因與具體個案之情況不可分，故非單純之法律解釋（註二五）。由是以觀，有待闡明之對象，若與具體個案無涉，非該當契約表示內容有疑義，且非固有意義之法律行為之解釋。茲所謂「意欲效內容之爭」，已非法律行為固有意義之解釋對立，蓋否定當事人曾約定「原告應撤回訴訟」之契約文義者，殆絕無僅有（註二六），爭執寧係從「應撤回訴訟」之表示，得否進而敷衍出其他較強之效果。認訴撤回契約得生形成訴訟之效果者，實係斟酌當事人締約目的，敷陳推演當事人之意思而得，類似擬制之當事人意見或假定之當事人意思 *hypothetische Parteiwille*（註二七），非解釋意思表示後所得之意欲效內容。前者是契約之補充解釋 *ergänzende Vertragsauslegung*，基於契約內蘊含之價值標準，斟酌契約目的及整體利益狀況，從契約固有之前提及意義關連出發，補充不充足之契約規定（註二八），後者是當事人對契約內容意見相齟齬，從個別之意思表示，即要約承諾為始，解釋有疑之契約內容（註二九）。然而兩者皆與該當契約之具體情況有關，非類型化之補充解釋（註三十），而與針對類型化之「訴

撤回契約」所為者有別，重以對訴撤回契約所為之解釋，非適用任意法規之結果，故稱為意思表示內容之爭為表示解釋之對立，以而正當化自己之立場，似有「假傳聖旨」之嫌，非惟無補於問題之解決，甚而治絲愈棼（註三一）。

意欲效雖為適法性判斷之對象，經積極判斷後，並得為法律效果之內容，故與法律效於理論上可分，然若意欲效之內容確定後，究於法律秩序 *Rechtsordnung* 以何種型態發生效力，已非意思表示解釋之問題，而係法律制度對意欲效評價之問題，與法規範拘束力難分難捨。物權行為無因性原則，儼然為民法之基本原則，即債權行為與物權行為在概念上判然分立，不因前者之生效，當然使物權發生變動之效力，然法國法系不以此為自明之理，而採意思主義。日民法一七六條規定：「物權之設定及移轉，因當事人之意思表示而生效。」其所謂之意思表示究僅指物權行為或尚包括如買賣、贈與等債權行為，學說判例非無爭論，著名學者我妻榮則採後者，認以買賣贈與等一個意思表示，得發生債權及物權之變動（註三二）。孰是孰非，固與本文無關，但其爭執顯非單純解釋買賣、贈與等意思表示之問題，而係其意欲效於實定法究以何種型態展開其效力，僅生義務效，或能併生物權之變動效，關此，則與茲意欲效內容之論爭相儔。王澤鑑教授曾言：「物權行為是否有因或無因，並不僅是邏輯關係，而是一項由實體法依據價值判斷及利益衡量來決定之問題。」（註三三），此之爭論何

獨不然。質言之，應承認訴撤回契約之意欲效於實定法發生何等效力，非望文生義即足，而應參酌當事人之締約目的，考量承認何種效力方足保護當事人之利益（註三四），並能配合訴訟制度之特殊性，故亦非單純邏輯關係，而係價值判斷之問題。以下，擬從此觀點檢討關於意欲效內容之爭執。

III、意欲效之內容

從「原告應撤回訴訟」之表示，得否進而敷衍出其他較強之效果，學者所見不同，復以各具特色之訴訟行為體系，肇致對訴撤回契約法律性質之爭論。德日多數說之實體法契約說，咸認依當事人表示之內容所生之效果，為原告依約有撤回訴之義務，即僅生義務效 *Verpflichtungswirkung*（註三五）。訴訟法契約說中雖有認生義務效者（註三六），然多為配合訴訟行為之特殊性，即其主要效果在於直接形成程序之開始、續行及終結，故訴撤回契約之主要意欲效應直接形成訴訟之效果，即變動效（*Verfügungswirkung*）（註三七），如 *Schiedermair* 認其為訴訟續行權限之放棄 *Verzicht auf die Befugnis Zur Fortsetzung des Verfahrens*（註三八）；竹下守夫則認為：「締結訴撤回契約之當事人意思，係針對現時訴訟繫屬中之狀態，從原告應撤回訴訟之意思表示，實則係表明彼等欲求與訴撤回相同之效果，故訴撤回契約應解為是以訴訟繫屬消滅之效果為意思表示內容之訴訟（法）契約。」（註三九）等皆賦與直接形成程序之

效力。另者，主訴訟法契約說之H-J Hellwig 認訴訟法契約皆發生變動效，然有時僅承認變動效，並不足保護當事人之利益，應認義務效得與變動效併存（註四十）。尤以在發生消極變動數 negative Verfügungswirkung 之訴訟法契約（註四一），若受益人 Begünstigter（註四二）因不能證明契約之存在，或因為其契約之基礎原因行為（如和解）有權利讓與或債務承擔之情形，致不知契約，而使變動效未能於裁判中受斟酌，則除消極變動效外，有另使負擔者負有容忍消極狀態之義務必要，因其事實上行使被變動效排除之權利，致受益者發生之損害，得由此義務效發生賠償請求權，而使受益人之利益獲確保（註四三）。日本學者柏木邦良附驥其說，認從來之訴訟契約說未慮及訴撤回契約之原告依約撤回（常態）之法律構成，而主因契約使原告發生撤回之義務；於不依約履行（變態）時，除義務效外，亦生訴訟繫屬消滅之效果（變動效），兩者非立於矛盾、選擇之關係，而係併存，後者係為收前者之實效而承認者（註四四）。其說似以義務效為主，變動效為從，與H-J Hellwig 認義務效雖與變動效併存，然前者係以後者為基礎，本身除為損害賠償請求權之基礎外，並無獨立存在之意義，故其請求權並無訴求性（註四五）者不同，似另有所創。然則，若原告依約撤回時，發生訴訟繫屬消滅之效果者，應非訴撤回契約本身，而係撤回行為（民訴二六二條），其效力自不因撤回契約，乃至和解契約之存續而受影響，則承認義務效之實益何在，此種

「常態法律構成」於解決問題有何裨益，皆未見說明。於其「變態法律構成」，承認變動效與義務效併存，而繫屬消滅之效果從前者而來（註四六），則承認義務效之實益何在，是否有生損害賠償請求權之可能，亦未明示，與實體法契約說之抗辯說之承認義務效，而不使生義務效應有之效果，從抗辯權之行使而生變動效者（註四七），似大同小異。

彼實體法契約說中之抗辯權說（註四八），雖亦承認原告有撤回之義務，然於違約時，卻不許另行訴求（註四九），但又不許請求損害賠償（註五十），則其義務效於法之世界僅聞其聲未見其形，杳乎恍乎。本文認為訴撤回契約之主要意欲效係使訴訟消極形成變動之變動效，蓋

(1) 訴撤回契約與其基礎行為之和解契約合體觀察，不難推知當事人締約目的，非盡於撤回訴訟，實因該當紛爭，因和解契約之作成，已獲暫時或永遠、一部或全部之解決，訴訟現在已無進行之必要，故應為使繫屬之訴訟上請求一時或永久失訴求性，即使訴訟繫屬消滅（註五一），為達成斯旨，賦與形成訴訟繫屬消滅之變動效，最直截了當。

(2) 再從締約當事人利益衡量觀點而論。因契約本係當事人間主觀估量對等之利益狀態所作成（註五二），若實定法賦其拘束力，則以契約內容為裁判之基準，即能符合當事人主觀之契約正義原則 Prin-

zip des subjektiven Äquivalenz，倘有否認其效力者，應不問其動機如何，由實定法協助達成締約之目的。故衡量當事人利益云者，不能恣意否認既有效成立之契約內容，而應取向於該當契約之目的。於訴撤回契約特別成爲問題者，係同時約定被告應爲對待給付之情形。除該當契約規定一方有先爲給付之義務外，若能使訴撤回契約效力之發生與對待給付之提出立於類似雙務契約之雙務關係 synallagmatisches Verhältnis，較能平衡當事人之利益。然同時履行抗辯之發生（民法二六四條參照），係以雙方因契約互負「債務」爲條件，故有認爲此時應例外承認因訴撤回契約發生義務效，而得與對待給付發生雙務關係（註五三）。實則，此義務效僅於雙務關係之構成上有意義，爲發生訴訟法效仍須借諸變動效（註五四），故若能使訴訟繫屬消滅以對待給付提出爲條件，則無承認義務效之必要。關於與和解契約之法律構成，詳後（註五五）。

(3)承認義務效之另一實益，係能成爲損害賠償請求權發生之基礎，本文於訴撤回契約否認其有生賠償請求之可能，故亦認無承認義務效之必要。關此，詳第四章關於實體法效之說明。

故本文認僅須賦與變動效即足保護當事人之利益，滿足締約目的，此亦符合通說之原則：關於訴訟法契約之意欲效，有疑時，應承認最強之直接影響訴訟之變動效（註五六）。所謂變動效，參以訴撤回之約定，應係訴之撤回最主要之訴訟繫屬消滅效。

第二節 全部否定說之崩壞

對當事人約定之「原告應撤回訴訟」之意欲效內容，從實體法及訴訟法評價，皆不認其得發生契約之效力之全部否定說，不僅否定訴撤回契約，連同其他法無明文之訴訟契約亦然。在概念法學思潮下，訴訟法學者開始建立訴訟法獨有之概念、體系。一八五六年德法儒 Windscheid 從羅馬法「actio」分離出成爲實體法要素之請求權 Anspruch 後，德國民訴訟學界大抵接受私法與訴訟法分離之思想（註五七），反對普通法時代兩者不分之「訴訟私法觀」，強調訴訟法之公法色彩，極力排斥訴訟法之私法要素，嚴斥當事人之意思對訴訟之干涉，確立所謂「訴訟之門羅主義」學說傾向（註五八）。並在權利保護說之思想背景下（註五九），全部否定說於焉誕生。隨諸訴訟法自有概念之確立，訴訟法學在利益法學 Interessenjurisprudenz 乃至價值法學 Wertungsjurisprudenz 之影響下，進入反省再思期（註六十），有關訴訟法與實體法之交互關係，尤爲關注之焦點。學者逐漸瞭解兩極化之對立，完全不符合審判現狀，更會造成兩者之價值衝突 Wertungswidersprüchen，其矛盾之避免與衝突之解決，以達法律規範及法整體 Regelungskomplexe 價值一致爲切務（註六一）。且也，與訴訟有關之當事人行爲，如訴訟契約之解決，必須同時參照訴訟法與實體法評價爲整體性考察，極端分離主義，不能圓滿解決

問題，訴訟之私法觀已矣，惟有為某程度之修正（註六二）。在此覺悟下，兩極化產物之全部否定說廣受批判，時至今日，幾乎（註六三）無人採之。雖然，撫今追昔，仍有必要瞭解該說之論據及其反論，對仍舊滯留概念建立之我國法學必頗具意義，並能明晰整體論爭之來龍去脈，固不待言。（註六四）

(1) 明示其一，排斥其他

有執「省略規定之事項，應認為有意省略」，「明示規定其一者，應認為排除其他」之法諺（註六五），法既明文規定若干訴訟合意（合意管轄、合意停止訴訟），必寓禁止其他之旨，否則，各該規定毫無意義（註六六）。

誠如釋字三號解釋文所言，此項法諺並非在任何情形下均可援用，如法律條文顯有闕漏，或有關法條尚有解釋餘地時，則此項法諺即不復適用（註六七）。以訴訟契約之多采多姿千變萬化，統括無遺理解掌握，現今學說亦有所難能，況有甚多類型係出現於法律制定後，立法者根本無從預想者，無法藉反對解釋得否定推論。且法定訴訟契約與訴撤回契約間，法律上重要點之類似性絕少，亦難以類推獲肯定根據（註六八）。法律規定為列舉或例示，應探求其目的及基礎（註六九），不宜以「法無明文」遽爾否定。

(2) 訴訟為法院與當事人間之公法關係

有認為訴訟法律關係僅存於法院與當事人間，非如當事人間有直

接關係之私法關係，以合意左右與法院之關係為異例（註七〇）。

訴訟為法院與原告被告間及當事人間之三面公法法律關係（註七一），故其前提有誤。況乎訴訟法律關係說之意義，實用性遠遜理論認識價值（註七二），以為論據亦有不當。

(3) 訴訟上權能不得拋棄

因訴撤回契約使訴訟法通常保障之利益（起訴可能性 Klagbarkeit）（註七三）生喪失之結果，而此權能非私權，為對國家之公權，不能任意拋棄、限制。

若無權利拋棄之障礙，雖是公權亦得拋棄（註七四），捨棄上訴權，法有明文（民訴法四百三十九條、四百八十一條準用），其他訴訟法權能，行使與否原則上讓諸當事人自由決定，不行使尚得生喪失之效果，如責問權之喪失（第一百九十七條參照）、上訴權之喪失（第四百四十條，四百五十九條）。以合意拋棄之，正表示不行使之意，法似無禁止之必要。處分權主義下，原告是否行使起訴可能性亦其自由，故除係屬一般人格權之抽象起訴可能性之拋棄，有違公序良俗非法所認外，起訴可能性以契約排除，亦同（註七五），其撤回又何獨不然。

(4) 抵觸紛爭解決之原則

爾來德國仍頑守全面不適法陣營者，惟 Großkommentar von Wiczorek（ab 1975, 2A）。為堅守其對無明文訴訟契約以訴訟

法之強行性否定之立場（註七六），進而認為「訴撤回契約牴觸紛爭應和平解決之訴訟法基本原則，且起訴既不能禁，自不負不起訴及撤回訴訟之義務，縱強制撤回，亦不能阻止再訴（註七七）。訴訟上，法院仍得審酌是否以契約拋棄訴訟外請求權 *außerprozessuale Anspruch*，但訴撤回契約之無效並不影響實體法上約定。訴訟進行中應考慮此實體約定，不得以訴訟判決駁回之。」（註七八）（註七九）。

解決紛爭雖亦為民事訴訟目的，但不得強迫解決紛爭，故處分權主義下，當事人請求法院判決後，仍得撤回其訴或上訴（民訴二百六十二條、四百五十九條）（註八十），雖被告已為本案之言詞辯論（註八一），應得其同意，係因其以之積極表示爭執之態度，有意利用該當訴訟確定權利關係之故（註八二），非泥於紛爭解決之原則也，若立法意旨側重紛爭之解決，應不許撤回訴訟。依 *Wieczorek*，民訴法撤回訴訟之規定必違法律體系（違反體系 *system-widrig*），蓋其阻礙紛爭解決之可能性也（註八三）。實則，該規定正為當事人自己責任思想之一貫表現，表明在兼顧被告利用該訴訟解決紛爭之利益下，原告得撤回請求裁判之表示之價值判斷。撤回之限制既得因被告之同意而解脫，顯示被告受法律保護之利益得因自己之同意而喪失，姑不論法定撤回要件（第二六二第二項以下）之意義，訴撤回契約，既有原告撤回之表示，又有被告同意之表示，使之生一定效力，正契

合上開價值判斷。總之，該說有無視訴撤回規定意旨之嫌。

(5) 公法不得以私契約變更

公法並無契約自由之存在（註八四），不得以私契約變更之 *Ius publicum Privatatorum pactis mutari non potest*。（註八五）

該說以民訴法係公法為前提，故先論之。公私二分法下，通說咸以其屬公法 *öffentliches Recht*（註八六）。蓋其規律公權力主體之國家對人民行使裁判權之方法及界限也。其中關於法院之管轄、程序之進行、裁判之效力等，均以國家之公權力為基礎（註八七），以民訴法為公法固非無見。有疑者，以公法性之故，嚴斥所有法無明文之訴訟契約（註八八），論據是否充分。眾所週知，公私法之區別困難，而仍殫精竭慮於斯者，蓋有法律適用上之需要也，即大陸法系國家類將民事爭訟 *bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten* 劃歸普通法院之民事法院管轄，而將公法爭訟 *öffentlich-rechtliche Streitigkeiten* 劃由行政法院管轄，故法院審理時，應先判斷案件為公法或私法，有無審判權（民訴法二百四十九條第一項第一款）。而其所謂「爭訟」係指實體事項，應無異說（註八九），若擴及程序事項，甚難解釋「公法爭訟」之程序上瑕疵之爭議得由其上級法院審查。處分權主義及辯論主義支配下所承認之當事人自由，惟有從私法自治 *Privatautonomie* 之觀點方易解，而難容於公法性格（註九十）。因而

，公法私法之區別，僅在實體法方有實益，程序法無可避免與相關之實體法有密切之關連（註九一），強別其公私法性毫無裨益，不若逕視程序法屬既非公法又非私法之特殊法域 *eigenes Rechtsgebiet*（註九二）。現今通說雖承認民訴法為公法，但亦認該命題對法律適用而言，是內容空洞 *ohne jede Aussage*，不能導出其他命題。民訴訟公法性之強調，及今惟有顯豁訴訟之公益性。然訴訟之勝敗直接攸關者為私人之當事人，國家並無直接之利益，公益性之強調，仍不得無視制度使用者之當事人之立場（註九三），其為一般命題，亦有不當。綜上所言，縱民訴訟為公法，亦不能為「無契約自由存在」之有效論據，更不得為否定無明文訴訟契約之理由。

再論「公法不得以私契約變更 *Ius publicum Privatorum pactis mutari non potest*」之法諺（註九四）。所謂 *ius publicum* 據兼子氏言，係指公益規定或國家制定之法規，以而，該法諺不過意味公益規定之強行性或國家法之拘束力不得因私人意思廢棄，而難為公法上合意禁止之由（註九五）。本來國家法律之規範力，不因為公法或私法有異，不以強行法或任意法而差，任人皆難撼法規範之拘束力，縱是債法之任意規定，當事人惟得約定與之相歧之內容，排除其補充意思不足之功能，絕非左右、廢棄或變更之。契約即使有效，亦係實定法承認而賦其規範力，非以契約變更法律，私法契約固不待言，就西德一九七六年行政手續法第四章所規定之公法契約而論，亦無不

同（註九六）；至若法所見棄之契約，更無能變更法律，故契約不可能變更法規範力，即使吾人承認訴撤回契約之有效性。從而，以該法諺否定訴撤回契約顯乏說服力。

以上開法諺為依據之「公法無契約自由存在」之命題，際此公法契約為行政作用之型式並為法明文規定之立法趨勢下（註九六 a），不再為理所當然。例如前西德行政手續法第五十四條規定公法契約之適法性 *Zulässigkeit*：「公法上之法律關係，得以契約設定、變更或廢棄之，但法規另有相反之規定者，不在此限。官署尤其得與欲對之為行政處分之相對人訂立公法契約，以代替作成行政處分。」（註九七）概括承認契約得為行政作用法之一般行為型態，消極規定容許性界限（除外說 *Ausschlußtheorie*）（註九八）。姑不論公法契約受依法行政原則之限，就契約內容 *Inhalt*，無堪與私法同之契約自由 *Vertragsfreiheit*（註九九），其承認至少意味契約絕非私法僅有，甚為先驗 *a priori* 之概念（註一〇〇），能使當事人具體妥當利益衡量，形成彼此間之法律生活關係（註一〇一）。反觀私法自治盛行之債法，亦有保護第三者之秩序規定 *Ordnungsvorschriften*，爾來更有保護經濟弱者之當事人之社會性保護規定 *Soziale Schutzvorschriften*，限制締約之自由（註一〇二），故契約自由不論是行政法、私法，在實定法秩序下均有限制，其差異程度、範圍、界限，絕非本質之使然（註一〇三），「公法無契約自由之存在」之命題

，自是不思之甚也。就學者喋喋之「訴訟法爲公法，無契約自由之存在」之論據，前段已駁於前，後段，吾人僅需思及法所明定之訴訟契約，進而自忖：此外之訴訟契約之內容是否本爲法律讓諸當事人自由決定者，易言之，該契約是否在訴訟法契約容許之界限內，如同吾人探究私法債權契約爲私法自治範疇內者，不再斤斤於「自由」二字，將問題昇華爲訴訟法契約之容許性範圍何在，以何基準判定之後，其不足爲否定說之資，明甚（註一〇四）。

(6) 任意訴訟禁止

除前揭五者外，任意訴訟禁止說及同一效果禁止說，皆爲排除訴撤回契約於訴訟法契約容許範圍內者，然有並爲全部否定說之論據，亦有僅否定其訴訟行爲性質者。概述於下，求其方便耳。

頗具說服力，爲中日學者樂道者之任意訴訟禁止原則（*Verbot des Konventionalprozesses*），即訴訟程序之審理方式及順序、訴訟行爲之方式及要件等，均由法律明確劃一規定，不許訴訟主體對個別訴訟予法未規定之變更（註一〇五）。此原則不僅是對當事人之拘束，且亦對法院（註一〇六）。前者，因訴訟係集團現象，訴訟程序亦非僅爲特定事件之當事人而存在，若許對個別事件順應當事人之要求及便宜個別處理，則因事件之拖延，影響其他事件之審理，增加法院之負擔，有害訴訟制度營運之圓滑，故有必要依法劃一處理，使訴訟定型化（註一〇七），不許當事人任意左右訴訟審理之方式與順

序，並預定當事人訴訟行爲之要件及方式。且現時立法趨勢，對訴訟形式面之職權主義強化，當事人恣意影響訴訟進行之可能性益減（註一〇八）。後者而言，爲使裁判適正公平，確保司法威嚴，發揮訴訟法行爲規範之機能（註一〇九），使當事人得以預見訴訟之過程及行爲之效果，得有衡量實體上及程序上利害之機會，法院亦不得便宜行事。雖然，隨諸法官素質提昇，受人民信賴，立法者在縮小當事人對訴訟進行面之主導權及責任同時，賦予法官廣泛之裁量權，強化其訴訟指揮 *Prozeßleitung* 之權限，俾訴訟得以迅速經濟進行，惟不得逾法律之限制耳。總之，任意訴訟禁止原則在訴訟形式面理由充分，其規定皆有強行性，除有明文規定，得以訴訟契約發生訴訟法上效果外，不得以合意代替法定之方式。訴撤回契約既非法定撤回要件堪擬（民訴二百六十二條），自不能生撤回訴訟之效果，故其非在訴訟法契約容許之範圍內。

蓋此說將當事人有關訴訟之主導權能及責任概分爲：(1)程序開始、終結與訴訟標的特定之局面；(2)裁判資料及訴訟資料蒐集之局面；(3)訴訟進行之局面三部分（註一一〇），以前二者係有關當事人訴訟上利益追行 *Verfolgung* 之實體面，原則上由當事人任其主導權能及責任，即爲處分權主義及辯論主義之表現，而以第三者爲任意訴訟禁止規律之對象，除法有明文或得類推外，不得依當事人之合意變更規定。其說符合爾來訴訟法學擴大法院在此局面之權能與職責之趨勢，

所見極是。惟逕以此原則否定訴撤回契約之適法性是否妥適，有待斟酌。先則，任意訴訟禁止原則非法律明文規定，又非一般所認之訴訟法原則，既不得為三段論法之大前提，亦無補於法律漏洞之填補（*Schliesung von Gesetzeslücken*）（註一一一），於法適用無甚助益，充其量有理論認識之作用。再者，前述三局面並非畛域自分，毫無糾葛，寧具有機之關連。例如，法院之闡明，影響訴訟資料之蒐集，同時，因促當事人注意，使訴訟進行合理化、有效率，於第二及第三局面皆發揮作用（註一一二）；再如法院駁回遲誤時機之攻擊防禦方法，影響當事人提出訴訟資料之權能，間接影響訴訟之勝敗。吾人縱強為割捨，亦不能無視相互之關係，況乎有邊界事項極難歸類者，故該原則具體所包之對象誠難明也。故而，現今德國學說均揚棄之，另闢其途，對昔學說濫藉以否定訴訟契約頗有微言，甚有譏其為「幽靈」*Schreckgespenst*者（註一一三）。再觀其所以排除訴撤回契約於訴訟法契約容許範圍外，莫非法律明定撤回之要件及形式，故不得以不符合之合意取代，然其並未深思法定訴訟行為要件及方式之意旨，再審酌訴撤回契約是否除不生法定撤回效力外，亦無有其他效果。誠如陳榮宗教授所言：「當事人不依法定方式任意以合意方式所為之行爲，其行爲能否直接發生訴訟法上效果，此係另一問題，並不當然因此種問題之存在而當然否定當事人合意行爲之存在價值及其法律上之意義，所以即使有任意訴訟之原則存在，亦不得直接概括推斷

，訴訟法無明文規定之當事人合意行爲為法律所不容許。」（註一一四）且也，既處分權主義為當事人自主原則在訴訟法之表現，在此當事人自己責任妥當領域，合意之適法性被承認（註一一五），何以屬處分權主義基本內容之訴撤回，竟僅以其法定有方式，逕否定訴撤回契約生訴訟法效之可能，似不無所蔽。從此說之全盤內容以觀，不難知其已隱含承認之氣息，惟自限於訴訟撤回方式之禁忌耳。解其符咒，僅須思及法定方式之意旨，探其是否意含否定訴撤回契約。關於訴訟法契約容許之限界，不若析論訴訟法規中是否有容當事人合意之存在者，從規範之目的意旨個別具體判斷為愈。

(7)不得以契約發生與法定訴訟行為相同之效果（*Verbot der Wirkungsidentität von Vertrag und Prozeßhandlung*）

主張訴撤回契約為實體法契約之前說及本說，皆認法律既對撤回訴訟之（單獨）訴訟行為定有要件及方式，顯見法規係寓有不得以其他方式達成相同效果（訴訟撤回）之意旨，故訴撤回契約應不生訴撤回效果（註一一六）。

德國之通說，異於任意訴訟禁止說，主張從法規意旨個別具體判斷訴訟契約之適法性，僅在訴訟契約總論之研究上，提示判斷之抽象基準、解決之大致方向，方法上略勝一籌，本文亦採之。關於其衡量要因及斟酌因素，詳後（註一一七），茲所陳者，係德國通說否定訴撤回契約之訴訟法性格之論據。前雖對任意訴訟禁止說之相類論點有

所觸及，然尚未短兵相接，深入討論，故不得不再論之。本說，有稱「同一效果禁止原則」者（註一一八），從民訴法二六二條規範意旨否定訴撤回契約得生法定撤回訴訟相同之效果，較諸前說抽象之論斷為佳，方法上可資贊同。然其進而否定訴撤回契約之得生訴訟法效，不無斟酌餘地。法定訴撤回之法條結構可分為要件、程序（方式）及效果三部分。既成立訴撤回之合意，被告同意之要件自滿足，成問題者僅有關程序（方式）者，民訴法二六二條二項規定之「訴之撤回，應以書狀為之，但在言詞辯論時，得以言詞為之。」為主要者。其所以要求書面或言詞表示，誠如竹下教授所云：「不外因訴撤回單方意思表示係有使訴訟繫屬消滅之訴訟手續上重大效果之訴訟行為，為使原告已否撤回於法院及被告明確，確保手續安定，方式本身絕非有意義。從而，縱方式不備，若訴已撤回之表示，使法院及其他訴訟關係人明確知悉之手段被確保，即使賦訴訟外訴撤回契約與訴撤回相同之效果，亦非得謂反於法之意思。」（註一一九）誠然，訴訟法之為行為規範，其解釋須顧及訴訟程序形式上之預見可能性 *die Vorhersehbarkeit des formellen Prozeßverlaufs* 之要求，解釋者應斟酌計算可能性 *Berechenbarkeit*、程序安定性 *Verfahrenssicherheit*、程序明確性 *Prozeßklarheit* 等因素，使欲利用訴訟程序者，事先得有衡量程序上利害之機會，故訴訟行為之要件須明確，法定程序應嚴守 *Formenstrenge*，為明確性計，訴訟關係人欲取得某效果，應

選擇法定之制度（即訴訟法上之類型強制 *Typenzwang des Zivilprozeßrechts*）（註一二〇）。然而，訴訟法之解釋尚不得因而陷入法條形式主義 *Wortformalismus* 之覆轍，斤斤於文句，使訴訟法學退化至概念法學所不齒之「文義法學」 *Buchstabsjurisprudenz*，至少，於其發揮裁判規範機能時，應較具體妥當判斷，有不同解釋之可能性存在。德國實務亦已揚棄極端之訴訟法形式主義，認為程序法規不應礙實體私權之追行及實現（註一二一），故「程序應嚴守」不宜過度強調。若謂因有民訴法第二六二條之規定即不許訴撤回契約之存在，不啻「明示其一，排斥其他」說之翻版。蓋前揭條非規定訴撤回契約，審矣，依其文義亦難認其隱有否定訴撤回契約之法意。判斷其適法性應求諸更實質之論據，訴之撤回規定背後之立法者之價值判斷。關此，已詳於前（本章第二節 4），請逕參照，茲不贅。

(8) 小結

以上七說所同者，為從訴訟法評價規範，否定訴撤回契約為適法之訴訟法契約，即不在容許性範疇內。先則據為全部否定契約之適法性，後因極端分離主義修正，學說漸有「認同」之法感（*Rechtsgefühl*），然却未能掙脫歷史之定論 *Dogma*，一方，以「任意訴訟禁止原則」或「同一效禁止說」維持傳統；他方，經私法契約自由原則，結合訴訟上抗辯，迂迴承認契約之效力，而使其法感得正當化（註一二二）。本節乃此學說變遷史之前半葉也。

準上之介紹及批評，實已表明本文之立場，以下之論敍，無非鞏固耳。依本文所見，泛稱訴撤回契約適法或合法，而未指明係訴訟法或實體法之孰者，應觀其所據以評判之規範為何。苟經訴訟法之評價，如任意法規、民事訴訟制度之目的等，而得有「其合法性在現階段不成問題」之結論（註一二三），其適法云者，應係指為訴訟法契約而適法，尚難以之為實體法契約也。

第三節 實體法契約說之擅場

前揭「同一效果禁止說」或「任意訴訟禁止說」，雖認訴撤回契約不能生訴之撤回相同效果，却避難於私法，藉實體法契約之屍，還訴撤回契約之訴訟法效之魂（註一二四）。德國帝國法院一九二二年三月二十三日判決（註一二五），一反盛行彼時之全部否定說，採實體法契約說，並借「惡意抗辯」達訴撤回契約之目的，其說且為後之判例（註一二六）學說贊同，而為德國之通說（註一二七）。日本，經兼子一改造德國之任意訴訟禁止說，起死復生為訴訟法契約容許性之抽象標準，並主以權利保護必要消滅駁回原告之訴後，附和者日衆，其大審院雖曾就上訴撤回契約採全面不適法說，爾後之昭和四四年十月十七日最高裁判所第二小法庭判決（最高裁民集二三卷十號一八二五頁）則推翻前說，採兼子以來之日本通說（註一二八）。我國學說繼受之結果，採日通說者有之（註一二九）；並舉德日通說者有之（註一三〇）；前揭我國最高法院五三年台上字二四九三號則採德國之通說。德日通說在理由構成上容有不同，結論上則無以甚異。然實體法契約說中有若干少數說，亦非無見。訴訟法契約說雖贊同者與日俱增，但未足取而代之，故本文必須詳論於此，明其底蘊。

1. 實體法契約說之內容

所謂「實體法契約說」，係認契約之主要效果發生於實體法領域

，套用本文前揭說明，即主張「依實體法規範之評價，該契約未逾實體法契約適法界限，其意欲之主要效得為實體法內容」之學說。早於全面否定說之全盛期，即有主此說者（註一三一），然因其結果難免影響訴訟，故須待極端分離主義嚴格排斥私意思對訴訟之干涉之漸衰，實體法契約說始抬頭。後復經學說對訴訟行為體系之研究（註一三二），確立其在實體法之地位，並架構實體法與訴訟法間之「鵲橋」，使適用之結果，滿足當事人之目的及實務之要求，其說即為支配性之見解。

實體法契約說認訴訟上行爲亦得為實體法契約之標的。因訴撤回契約之訂立，發生原告應撤回訴訟之義務，故為實體法債權契約。按諸通例，債權人（被告）於債務人（原告）不任意履行時，得提起別訴主張其權利，勝訴確定時，並依強制執行法間接強制（一百二十七條第一項）或意思表示執行（一百二十八條）之方式執行之，給付不能時，得請求損害賠償，此係實體法說之雛型。然因此對達成訴訟終結之訴撤回契約本來目的甚迂迴曲折，有改良型者出，以下請分述之：

(1) 訴求可能性及執行可能性

若認訴撤回契約為實體法債權契約，順理成章，契約債權人之被告得以撤回訴訟之請求權為訴訟標的，提起他訴，以實現其實體上正義。雖如前述，債權之訴求可能性非概念上必要之要素，僅是典型之

要素，但欲否定之，除法有明文，如保險法第一百十七條保險人對於人壽保險費，不得以訴訟請求交付外，應有堅實之論據，否則，既承認其適法有效於前，又褫奪其受法律秩序保護之機會，不無失平。有認請求履行之訴，因契約內容並無關私法上權利，故不許之，被告惟引領企盼原告自覺撤回訴訟，此外，僅得請求賠償矣（註一三三）。反對者則認契約雖以屬於訴訟領域之給付為標的，然究竟不能否定其訴求可能性，蓋訴訟法承認關於訴訟之訴訟（訴訟之訴訟 *Prozßprozeß*）及判決，如再審之訴，強執法第四十三條之訴，是以訴訟上關係為審理之對象，故不得謂訴撤回契約不得為獨立訴訟之標的（註一三四）。對通說以抗辯得求訴之不合法駁回，欠缺提起獨立之訴之權利保護利益之見解，認抗辯與獨立之訴得併存，蓋前者法院為訴訟判決（或裁定），後者則為實體判決，尚難相提並論也（註一三五）。

給付判決通常得為強制執行之對象，求為訴撤回之判決亦不例外，蓋無得禁止強制執行之法律規定存在也。有爭論者，係以何方式執行之，或主依間接強制（強執法第一二八條第一項），或認依意思表示請求權之執行方法（第一三〇條）（註一三六）。至孰較可採，非本文關注所在，不論。

(2) 損害賠償

既為實體法有效之債權契約，則原告不履行訴撤回契約時，依民法一般原則，應負損害賠償責任。又被告得請求因續行訴訟所生費用

之賠償，原告遲延撤回時，因而所生之訴訟費用，由其負擔。訴訟繫屬因原告撤回以外之事由而消滅時，訴撤回義務陷於給付不能，若其不能係可歸責於原告，如原告違約續行訴訟而有判決時，應賠償因不履行所生之損害；反之，倘訴訟終結係因雙方當事人之合意，自不生損害賠償之問題。被告對原告提起撤回本訴之訴訟，在未勝訴判決確定前，本訴已終結時，得依民訴法二五六條第三款之規定，變更訴訟標的為損害賠償請求權。（註一三七）

與前述實體契約原始型不同，有認原告違約續行訴訟，被告僅得請求因契約違反所生之損害賠償（註一三八）。關其理由，除前否定訴求可能性者外，因無原始文獻，礙難詳介，然可得而言者，係其損害賠償請求權之規範基礎，乃實體法有效之債權契約，而非法律之規定。若係因可歸責於原告之事由而給付不能時，其請求權即生，且因不承認訴訟上之抗辯（下述），被告於本訴訟程序苦無救濟之途，法院縱因被告之陳述而知悉有該約定之存在，亦不得斟酌之，故不生過失相抵之問題（註一三九），被告惟有請求「因不履行所生之損害賠償」（民法二二六條參照），其性質為履行利益之賠償，範圍是填補至如訴已撤回之狀態也，當然包括訴訟費用、律師費及其他一切因續行訴訟所生之費用、與提起後訴所生之費用，此等費用顯不因前訴之被告在實體法有無可抗辯之權利而不同。至於實體上本來之損害，或與被告在實體法有無可抗辯之權利有關，但損害賠償請求權絕

非因之而生。縱被告因和解在實體上有可抗辯之權利，而不於本案訴訟上為抗辯，賠償權利仍因原告不撤回訴訟而生，非僅於被告無實體此上可抗辯之權利，方生賠償義務（註一四〇）。以上為僅承認賠償權利學說之應有之結論，非本文所持見解，請注意。

(3) 被告之抗辯

損害賠償請求權，固無論矣，另行起訴後強制執行，顯然迂迴且不經濟，故實體法契約說者多並承認在該當訴訟以抗辯對抗原告之方法，但亦有僅承認後者（註一四一）。若從訴訟經濟之觀點，關於訴訟之爭點，應儘可能在該當訴訟解決，既承認抗辯之救濟手段，不宜另啓再訴之可能，故實體法契約說中之主張僅得以抗辯對抗違約之原告之見解，成為德日最有力者，其中尤以 Baumgärtel 氏及兼子一氏為代表，關斯二者與併存說之論據，極不一致：

a. 亦主實體法契約說之 Rosenberg，認得主張因訴之撤回訴訟終結之旨，求為宣告訴已撤回之終局判決（註一四二）。兼子氏批判此種見解，惟有訴訟法契約方有可能，從私法契約難導出此結論（註一四三），Baumgärtel 氏甚將此說打入訴訟法契約說之陣營（註一四四），可知落人口實處不少，贊同者自渺。

b. Barz 氏於詳細論證訴撤回請求權之訴求可能性、執行可能性、不履行之遲延賠償或填補賠償請求之可能性後，獨創抗辯權之防禦機能（Abwehrfunktion der Einrede）之理論。氏以為：當法律

秩序賦與義務人向權利人請求廢棄自己權利之權，則除此權利外，更賦其對抗權利行使之抗辯權，此表現在德國民法四八七條第一項、四九〇條三項、八二一條、八五三條等實定法制度中。以言訴訟撤回契約，原告違反契約續行訴訟時，被告取得從訴撤回請求權發生之實體法上抗辯權，依其防禦機能，得求訴不合法之訴訟判決（註一四五）。對之，兼子氏認為以實體法上抗辯權對抗訴訟行為，結果發生訴不合法之訴訟障礙，說理有欠圓通（註一四六）。

c.反對以實體法上抗辯權對抗之兼子一，認訴撤回契約之主張，發生訴訟法上抗辯權，使該當訴訟法之權利保護必須消滅，法院應為不合法之訴訟判決（註一四七）。如同兼子一之其他見解，此說成為日本學界之多數說。前揭日本判例亦認原告喪失權利保護之利益，我國學者吳明軒，亦同。

d.德國帝國法院一九二一年六月一日民事判決（判例集一〇二卷二一七頁以下），面臨彼時勢強之全部否定說，毅然自創解決之道：「被告對原告此種（違約）行為，作為故意侵害因契約所生之義務，得以惡意抗辯 *Einrede der Arglist* 對抗之，所謂從實體法契約發生之抗辯不能對抗訴訟領域中之當事人行為，在訴訟法毫無依據。」其又謂：「可能適法之行為，皆得承擔為債法上之義務。」此種視訴撤回契約為實體法契約，對原告違約之行為得以因而發生之惡意抗辯使訴訟以不合法判決駁回之見解，成為爾後德國實務對義務效訴訟契

約 *Verpflichtende Prozeßvertrag* 之一貫態度（註一四八），並廣為學說承認（註一四九）。無獨有偶，五十年後我國最高法院五十三年台上字二四九三號判決亦持相近之看法。關於其理由構成，前開判決尚未明晰，故有必要介紹學說以明之。

茲舉最具代表性之 *Baumgärtel* 氏早期見解。氏先以訴訟經濟之理由駁斥僅許他訴請求或損害賠償之學說，認應採最能滿足程序狀態明晰要求之抗辯說，而訴訟法說之 *Schiedermair* 與實體法說之解決方案皆足以致之，問題惟理由構成之優劣耳。氏認為訴撤回契約之典型效果，係原告應依約撤回訴訟之義務，非得直接形成訴訟狀態，故其為實體法契約。原告違約續行訴訟，從實體法觀之，是債務不履行；從訴訟法觀之，則抵觸誠信原則中之「矛盾行為禁止原則」 *Grundsatz des venire contra factum proprium*，被告得行使抗辯權能以對抗之（註一五〇）。依該原則，權利行使若抵觸權利人前行為「且」違反誠信原則時，非法所許。當相對人可得信賴權利人之前行為，並因而形成一定之事實與法律關係，權利人竟抵觸其前行為時，即違反誠信原則。以言訴撤回契約，被告本得信賴原告同意撤回訴訟之前行為，竟爾續行訴訟，抵觸前行為，並破壞他造之信賴，故有違矛盾行為禁止原則（註一五一）。依其見解，訴撤回契約與抗辯權之訴訟法效果間，雖有關連，但係鬆散，未足以言是其直接或間接之訴訟法效。雖訴撤回契約之主要效係發生撤回訴訟之義務，但因該義

務與訴訟中之行為有關，致惡意抗辯僅能生訴訟法上效果（註一五二）。

e.前述之以誠信原則為連結實體法契約效與惡意抗辯之訴訟法效之媒介之見解，受到 Zeiss 教授有力之反駁，竟使 Baumgärtel 不得不放棄先前主張。同主實體法說之 Zeiss（註一五三），一方面贊同僅得行使抗辯權能之見解，他方面對判例所採之見解質疑。蓋既而承認訴撤回契約之拘束性，何不逕從契約導出抗辯權，而迂迴他求。此抗辯權類似從仲裁契約所生之仲裁抗辯，為羅馬法上所謂「契約抗辯」exceptio pacti（註一五四）。雖違約行為抵觸契約之前行為並破壞他造之信賴，但在實體法債權契約，無人主張違反矛盾行為禁止原則，更無以惡意抗辯 exceptio doli 取代履行責任 Erfüllungshaftung 者。故違反契約之行為與矛盾行為禁止原則意義下之矛盾行為係有互相排斥性，不可能兼而有之，當契約之拘束力被承認時，惟有發生「契約抗辯」之餘地。其後，在對 Zeiss 教授“Die arglistige Prozesspartei”一書之書評中，Baumgärtel 從善如流，明示放棄前說，並以羅馬法之「契約抗辯」之概念不足說明在訴訟中之功能，認其性質係「訴訟上聲明」Prozeßantrag，使得依合意之內容形成訴訟程序（註一五五）。尤有甚者，異於前說（註一五六），Baumgärtel 主張矛盾行為禁止原則與訴訟法結構無法配合，認前屬此類型之案件皆得以他途獲得解決（註一五七），或亦受 Zeiss

之影響。

綜上實體法契約說之論述，縱立於實體法說之立場，不難瞭然抗辯權說為眾望所歸，因其能於該當訴訟解決，不再節外生枝，使無另成為訴訟必要者，經簡易之抗辯權行使達成訴撤回契約之目的。在諸抗辯權說中，Rosenberg，Barz，兼子一，德國判例等見解，皆有破綻，乃至德國對訴訟行為極有研究之 Baumgärtel 亦須改弦更張，承認抗辯權所從來者係契約之拘束力，而非誠信原則。「契約抗辯」說出，終於回復有效契約在實定法中所應有之意義，即實定法欲對契約意欲效賦以規範拘束力，並作為法律秩序之內容，而抗辯權正為實定法所賜，其行使亦是使程序得符合契約內容而形成之必要步驟。問題僅在適法有效之實體法債權契約是否得生形成訴訟之效果，此為吾人所關切者。

II. 實體法契約說之論據

介紹實體法契約說豐富之內容後，應彰顯其理論上依據，尤其是支持其對抗強有力訴訟法契約說者。以下將分三部分論述。

(1) 對全部否定說之反論（註一五八）

前節既從訴訟法立場否認訴撤回契約之適法性，茲欲靜觀實體法契約說與全部否定說從實體法觀點之對決。論爭因生於前者初起時，故其對象僅係前者之原始型態，尚請注意。

實體法契約說認訴撤回契約僅生撤回訴訟之義務（義務效），而

無直接形成訴訟之效果（非變動效），故具私法上債權契約之型態。因契約之成立係依私法之規定，縱給付標的為訴訟法上行爲，不妨契約為實體法契約。又契約之標的僅須適法可能，即得為債法契約之內容，訴訟行爲，亦同（註一五九）。關此，有加非難者：

(i)所謂「與訴訟上權能有關之實體法契約」是矛盾之概念，即「僅生訴訟法效之實體法契約」本身係矛盾（註一六〇）。然訴撤回契約不生訴訟法效，僅生實體法效，故此批判被認不當。按為保實體契約之純正性，德日判例多數說不得不使抗辯權之所從來獨立於契約之效力，而求諸訴訟法本身之評價，如矛盾行爲禁止原則、無權利保護必要，以「訴訟法抗辯」對抗訴訟行爲，用心良苦，或此亦為極端分離思想隱然作用也。

(ii)撤回訴訟後，原告得另行起訴，故無強制撤回訴訟之法律上利益（註一六一）。但撤回訴訟，訴提起之時效中斷效果消滅，又因從現在之訴訟解放，權利遂行之危險延期，再提訴訟亦費金錢勞力，何況我國、日本有再訴禁止之規定，強制撤回訴訟之實益甚大。按此理由，對訴訟法契約說亦同具妥當性，不待言。

(iii)訴撤回契約依訴訟法既否認其效力，故應全部無效（註一六二）。然其忽略訴撤回契約是債權契約，於實體法有根據，非以訴訟法為基礎。

綜觀之，不難瞭解實體法契約說係以典型之私法債權契約之概念

、性質、效力來理解訴撤回契約，對抗全部否定說。其論據之要者，不外契約自由原則下，契約標的得自由約定，給付不以有財產價格者為限，不作為亦得為給付（民法一九九條第二項第三項），而其作為不作為，不限於私法行爲，公法行爲，如訴訟行爲亦得包括在內，訴撤回契約何獨不然（註一六三）。吾人應知，契約之研究以私法為最，早已形成博大精深、嚴謹縝密之體系，將所有契約納入該體系中，最易理解運用，重以本世紀初葉，仍是自由主義盛行時代，契約自由原則被視為私法之基礎，任何適法可能者，皆得為債權契約之標的，廣被承認。然而，隨諸法律之發展，吾人已知「契約」非私法所獨而專，契約標的若係行政法律關係，即應認係公法契約，不得視為私法契約（註一六四），以「訴訟行爲」為標的，得否單純視為債權契約，頗值勘究。本文以為前開實體法說之論據並不具說服力，而係抽象空洞。蓋適法可能云者，豈能遠契約標的（訴之撤回）相關之法律而論；置訴訟法規範於不顧，何能決定訴撤回契約之適法可能。故有必要追根究底，實體法契約說之真正論據，以明其干冒「五十百步」之譏（註一六五）之由。

(2) 訴訟行爲論中之地位

德日判例多數說藉精巧構思之概念操作，實質上獲得類似意欲效之結果，不合法駁回訴訟，若認其論據不外「訴訟行爲亦得為債權契約之標的」，可謂思之不甚也。實者，縱如前揭帝國法院判決，獨立

於契約之拘束力，從矛盾行為禁止原則導出訴訟法上惡意抗辯，對抗續行訴訟之原告，若訴撤回契約無效，恐無承認惡意抗辯權之可能。其所以堅持己見，應是為配合自己之訴訟行為體系也。蓋訴訟行為之概念或定義既決，訴撤回契約之性質亦判；反之，性質論與訴訟行為概念論必須邏輯一貫，首尾可通，故論究訴撤自契約之性質，須先明訴訟行為之概念。然訴訟行為之體系龐雜，茲僅能介紹學說之大較及訴撤回契約之地位。

a.要件效果說

要件效果說（狹義說）認訴訟行為指形成訴訟程序而訴訟法就其要件及效果加以規定之行為（註一六六），如訴或上訴、抗告及其他聲明之撤回（民訴二六二、四五九、四八一、四九三），上訴權、抗告權或責問權之捨棄（四三九、四八一、四九三、一九七），告知訴訟（六五）等均是。其與法律行為之區別在效果及要件二方面：後者生實體法效，適用民法總則編有關權利能力、行為能力、意思表示、條件期限等規定；前者，生訴訟法效，適用當事人能力、訴訟能力、原則上不得附條件或期限、不適用意思瑕疵得撤銷之規定等（註一六七），兩者絲毫不容假借。是縱生訴訟法效果，但要件規制上依民法之規定者，非訴訟行為。如管轄合意，依德日通說，民法規定非無（類推）適用之餘地，故非訴訟行為（註一六八），且如次章所述，訴撤回契約，亦然，故仍非訴訟行為，而為實體法契約。

b.效果說（廣義說）

效果說認為凡發生訴訟法上效果之行為皆為訴訟行為（註一六九），詳言之，訴訟行為係：「當事人所為、以行為意思 Handlungswillen 為基礎、表現於外之舉措，其典型之效果，或形成程序，或創造與特定訴訟程序有關，且因其行使發生或阻礙程序形成之要件之當事人行為」（註一七〇）。故非惟要件效果說所認之訴訟行為，凡足以直接發生訴訟法效果者，不論其要件適用訴訟法或民法之規定皆屬之，管轄合意，縱要件規制上民法之規定有適用之可能，但因其得直接發生管轄權變動之效果，仍為訴訟行為，從而為訴訟法契約。非難此說者，認訴訟行為概念建立之主要目的在區別訴訟行為與法律行為，依之，決定要件規制適用民法或民訴法之規定，今括諸生訴訟法效之行為為訴訟行為，要件方面仍須另為判斷，則區別兩者之實益甚渺也（註一七一）。雖然，縱係要件效果說，對若干鄰界個案 Grenzfälle，就其要件規制之問題，仍須個別判斷適用何者較符合整體程序之要求 Erfordernisse des gesamten Verfahrens（註一七二），爾後，方能決定行為之性質，初非先有訴訟行為與法律行為之別也。況乎，一刀兩斷決定適用民法或訴訟法，或不能相契該當訴訟行為之本質與其利益狀態（註一七三）。是以，要件效果說既不能減輕個案判斷之作業，亦無法達成具體妥當性之目標，反易落人以概念法學或「咬文嚼字法學」Buchstabjurisprudenz 之譏。效果說則採

究訴訟行為對訴訟之影響（效果），即其對訴訟目的與訴訟進展 *Prozeßentwicklung* 在功能上之重要性，個別判斷要件規制之問題，容認民法之原則及價值得有浸透於訴訟法領域之餘地，緩和實體法與訴訟法極端分離主義下之窒澀，儼然成為訴訟行為論之主流。（註一七四）（註一七五）

關於訴撤回契約之性質，效果說者所見非盡同，主實體法說者，從前開訴訟行為之定義中，認訴訟契約惟其能直接發生訴訟法變動效者，始足當訴訟法上契約，如管轄合意、仲裁契約、證據契約等（註一七六），至若訴撤回契約僅生義務效 *Verpflichtungswirkung* 者，與訴訟行為之概念不合，僅為實體法契約（註一七七），並非難承認義務效訴訟法上契約者，認此將破壞訴訟行為論之體系，致與法律行為之區別模糊，並無補於實用（註一七八）。

c.陳榮宗教授除主張要件效果說外，論述訴撤回契約時，提出二標準判斷是否為訴訟行為：第一，法律有無明文規定；第二，行為之成立是否有向法院表示之必要，若兩者皆無，則非訴訟行為。訴撤回契約「既為法無明文之行為，且當事人間此種行為之成立亦不以向法院表示為必要，自不能將其輕率解釋為訴訟行為而賦予訴訟法上之直接效力也。」（註一七九）而應為實體法契約。此說以向法院提出為訴訟行為之特徵，似稍異於前二說也。

以如上訴訟行為概念為基礎，實體法契約說非惟得其理論上之依

據，並因而於以下兩點獲致當然之結果：

(i)解決與訴訟外和解之關係

前已言及，訴撤回契約鮮獨存於訴訟外和解，多成為和解之條項，甚有以對待給付之履行為撤回訴訟之條件者，兩者處於類似同時履行抗辯之關係（民二六四條）。若以撤回契約為訴訟法契約，則法律上如何與民法之和解契約構成，似周章頗費；反之，以為實體法上契約，與和解屬相同之法律領域，顯簡便易解。際私法與訴訟法分離思想昌盛時，職是之故採實體法契約說，固不難理解。另有以訴撤回契約「經常從屬於實體法律關係而存在，與實體法上之法律關係有形影不離之密切關係」，而主張其「在本質上具有從屬性」，故應與訴之撤回峻別，而應屬私法上之行為（註一八〇），諒係基於相同之理由。

(ii)解決要件規制之適用問題

關於訴撤回契約之要件規制，無論實體法契約說抑訴訟法契約說，莫不認民法之規定有適用餘地，但後者於解釋上必先經一番論證以正當化；前者，則理所當然適用民法之規定，說理上固較明快也。

(3)其他論據

綜前述實體法契約說對訴訟法契約說之批判，可和前者尚有數主要論據：

a.符合當事人之意思

按契約既為當事人間意思表示之一致，則當事人之意思如何當不能置而勿論，況乎，判斷適法性及法律性質者惟意欲效之內容，迭述於前，故當事人意思如何，成為兩說爭論之焦點。實體法契約說因認訴撤回契約僅生義務效，故不得承認其為訴訟法契約，反對訴訟法契約說認其得生訴訟法上之變動效之見解，認發生變動效不符合當事人之意思（註一八一）。關於義務效說與變動效說之爭論，除認訴訟法契約亦有生義務效者外，實為兩說之爭點所在，且關涉訴訟行為概念之配合，不可不知。本文之見解，詳前（本章一Ⅲ）。

b.程序安定性之要求

為程序狀態之明確安定計，所有得生訴訟法上訴訟終結效之行爲皆應提出於法院，若僅因當事人訴訟外之合意使生訴訟法上變動效，實有害程序之安定，故訴訟法契約說承認訴撤回契約得生直接變動效之見解不可採（註一八二）。就之，除與義務效及變動效之爭論有關外，尚涉及訴訟法上契約發生訴訟法效之要件之問題。

c.訴撤回契約不能生與訴之撤回相同之效果

民訴二六二條既明文規定訴之撤回之要件及方式，則不踐行此要件及方式之訴撤回契約，發生相同之效果，反於法律之規範意旨。雖然，仍不妨礙其得發生實體法效果也。關此，請參照第二節(7)。

Ⅲ.對實體法契約說之檢討

綜觀如上說明，實體法契約說固言之成理，且較全部否定說顧全

當事人締約之目的，然於理論上及實用上仍有不少待商榷之處，以下請分論之：

(1)對承認起訴及執行可能性說

貫徹實體法契約說，承認被告得另訴請求撤回及得依強制執行法之規定實現權利洵屬必至之理。然此於實際結果與理論上頗待斟酌。若認被告得另訴請求本訴原告撤回本訴，於勝訴確定時，依強制執行法意思表示請求權之執行方法（一百三十條）實現其權利，本訴視為撤回，則本訴訴訟續行與否惟後訴是聽，有害程序之安定甚鉅。縱解須待後訴確定裁判之正本提出於本訴法院始生訴撤回之效果，本訴之命運，依然俯仰於程序外事實之發生，後訴未確定前，法院及當事人皆於不確定狀態下進行訴訟（註一八三）。

復從訴訟經濟之觀點，其有違一次紛爭一次解決之理念，明甚。民事訴訟之對象，雖有不以私法上之權利關係為訴訟標的，而以民事訴訟法上之效果為對象，求其確定或形成者，如再審之訴或外國判決執行之訴（民執四十三條）等「訴訟訴訟」，但法律認其得為訴訟之對象皆有其特殊理由，或因涉及實體法律關係，殊非例示規定。又民訴法三八三條雖有就中間爭點達於可為裁判之程度者得為中間判決之規定，但中間判決僅為終局判決之準備，無既判力，亦不得對之獨立提起上訴（註一八四），故有關因訴訟本身衍生之訴訟程序之爭執，並不得獨立成為終局判決之標的，如關於訴訟要件之判斷，應於該當

程序中爲之，無另訴裁判之必要。訴之撤回既僅係本訴訴訟程序之爭執，並無獨立成爲他訴之需要，若僅因認訴撤回契約爲實體法契約允另訴請求，實將一社會紛爭割裂爲二，使本能於該當訴訟解決之紛爭，委於其他法院解決，非惟徒費時間金錢精神，犧牲程序上正義，且忽視訴訟爲「集團現象」，無益再度使用訴訟制度，有違訴訟經濟之原則，故此說爲通說所不採。

(2)對僅得請求賠償說

主張被告得另訴請求撤回者，依其情形當許請求損害賠償，既如前述，但於僅許被告請求賠償之見解，理論上及實用上似亦不無可議之處。按實體法債權請求權不得依訴請求者，似惟保險法第一百十七條第一項，就人壽保險契約之保險費有明文規定，蓋以人壽保險有儲蓄之作用，如不給付保險費，得以催告與停止契約效力之方式處理，無提起民事訴訟請求給付之必要（註一八五），不得訴求，自無能請求損害賠償。至若不得強制履行而得請求損害賠償者，婚約屬之（民法九百七十五條，九百七十七條以下參照），但此爲身分上之法律關係。訴撤回契約所發生之撤回請求權，既爲一般之債法上請求權，何以不得訴求，而僅得請求賠償。若係因其涉及訴訟程序之進行，有其特殊性，另訴請求會導致程序狀態之不安與徒增訟案之故，則此理由實隱含承認訴撤回契約與本訴爲一個紛爭不可分之命題。苟認原告續行訴訟，按其情形，或有其必要與實益（註一八六），則應全面否認

訴撤回契約之效力（註一八七）。蓋倘原告有正當理由，如被告未依和解契約爲對待給付或在實體上未得圓滿之解決時，原告可不依約撤回訴訟，則亦不應令其賠償責任；無正當理由時，若被告因和解在實體上有可抗辯之權利者，應以之爲防禦方法，於最後言詞辯論終結前不主張，在後訴已不得爲主張，且不成爲債務人異議之訴之事由，依一般原則，亦無法另訴請求賠償，倘被告無實體上可抗辯之權利時，被告既無損害，似不須負賠償義務。故否認損害賠償之效果，似較符合當事人間之利益狀態。

若僅於原告無正當理由不撤回訴訟而被告無實體上可抗辯之權利時，使原告負違約之賠償責任（註一八八），則賠償額應如何算定。獨立於訴撤回義務以觀，被告並無損害，故茲之賠償責任應以承認違反訴撤回義務即得生賠償權利爲前提，倘此假設成立，賠償權利之成立應一以違約不撤回之行爲爲基礎，不論原告有無正當理由，被告有無可抗辯之權利，已述於前。賠償範圍果係依一般損害賠償法則，回復損害發生前之原狀，即如同原告爲訴之撤回之狀態，則本訴所得者在損害賠償訴訟等於全部返還，兩訴一來一往，並無實質上之經濟利益（註一八九）。而其誘發請求損害賠償之新訴，亦有違訴訟經濟之原則，故此說採者亦尠。

(3)對抗辯權說

前揭實體法抗辯權說者五，皆圖在該當程序中解決訴撤回之紛爭

，終結訴訟程序，避免假手他訴，釀成程序不安，違背訴訟經濟原則。兼子氏之權利保護必要消滅說（註一九〇）、Baumgärtel 氏後期所採之抗辯說（註一九一），咸認被告無出於他訴求救濟之必要，防免相同社會紛爭復次使用訴訟制度，從結果以論，應予極高之評價，然於理由構成上或有缺憾。蓋兼子一及 Baumgärtel 之抗辯說，皆許在本訴以抗辯方式主張合意存在，經證明後，得生不合法駁回訴訟之效果，而不許依他訴訴求及強制執行之方式達契約原來之目的，不承認訴之終結與契約之效力有若何關連，是無異僅以訴撤回契約存在之事實為訴訟法上抗辯發生之依據，全然否定實體法契約意欲效內容之規範上拘束力，訴撤回請求權亦盡失通常債法債權請求權應有之屬性。訴撤回契約若僅為發生訴訟法效果之評價上單純事實 Faktum，則似不屬有效之債權契約（註一九二）。且也，獨立訴訟終結於訴撤回契約之效力，則契約無效、被撤銷、解除、或被告不依和解契約履行對待給付時，欲僅以合意存在之事實發生不合法駁回之效果，於當事人利益似有失平衡。

抑有進者，代表日本多數說之權利保護消滅說，認主張證明撤回契約存在時，就該當訴訟無依本案判決解決之必要（註一九三），僅須以權利保護必要消滅為由發生訴訟法上之抗辯，不合法駁回訴訟，似未詳細論證。其認惡意抗辯說、請求權防禦機能說等基於實體法理由阻止訴訟續行，是以實體法上抗辯對抗訴訟行為，說理不明確（註

一九四），然其以訴撤回之實體法義務之主張，發生權利保護必要消滅之訴訟法效，似亦重蹈覆轍。又何以合意之主張，使訴訟無依本案解決之必要，權利保護必要消滅，誠如陳榮宗教授所言，依其情形，紛爭或尚未解決，訴訟未必無續行之必要，故此結論稍嫌速斷（註一九五）。其不顧個案具體情形，逕認無權利保護之必要，實已賦訴撤回契約以訴訟法效，否則無以解釋訴訟終結效之所從來。總之，其以權利保護消滅為由，係為結論尋覓依據，惜乎「權利保護必要」為不確定法律概念，概念本身既無法提供實質論據，以之為說明之工具，未盡妥適。再論德國實務所採之惡意抗辯說。其不直接賦契約以訴訟法效，而以訴訟法上誠信原則為媒介，評價原告違約續行訴訟之行為後，認違反矛盾行為禁止原則，許被告以惡意抗辯對抗，在理由構成上應較權利保護消滅說為優（註一九六）。然則，就以矛盾行為禁止原則為誠信原則之一態樣（註一九七），爾來已有質疑者。蓋在言詞辯論一體性原則下（Grundsatz der Einheit der mündlichen Verhandlung），當事人得於言詞辯論終結前變更其訴訟上行為，為相反之行為；而訴訟遂行之彈性要求下（Elastizität der Prozeßführung），對當事人為相牴觸之行為，不宜視為違反誠信原則，故 Baumgärtel 後亦變更見解，認矛盾行為禁止原則與民訴結構不合，剔除之（註一九八）。姑不論該原則於民事訴訟是否有承認之必要與實益，就以之解決訴撤回契約之不當，已由 Zeiss 加以詳證，並獲

Baumgärtel 之接受而改弦更張以觀，惡意抗辯說亦有破綻。採全部否定說之 Goldschmidt 曾批判帝國法院之見解，既認訴撤回契約不生訴訟法效，賦其債權法效，而依被告之抗辯，又發生訴不合法之訴訟法效，實完全矛盾！（註一九九）至若融誠信原則及保護必要為一爐之見解，除不免前病之譏外，亦有混淆二概念之嫌（註一九九 a）。

抗辯權說中較可採者惟 Zeiss 之契約抗辯說，既如前述。然其從實體法契約導出契約抗辯，依其行使又生訴訟法上效果，似不無有疑。蓋倘為有效之債權契約，其意欲效之內容，即契約之主要效果必生於實體法，而生實體法效，今既認訴撤回契約之拘束力足致訴訟法效，則此契約似應為訴訟法契約，先定契約性質，再探究契約拘束力所生之效果，似本末倒置。本文以為，契約抗辯說出，表明契約本來之意欲效係生於訴訟法領域，抗辯權之行使係使契約意欲效發生之必要手段，藉以使當事人約定之內容直接成為訴訟法秩序之一部，故訴撤回契約應為發生訴訟法效之訴訟法契約。（註二〇〇）

總之，實體法契約說，或為克保債權契約之純正性，肇致訴訟經濟之違反；或圖以抗辯權之行使，於該當訴訟中解決，却理論上有扞格不入處，契約抗辯說雖較可採，然實體法契約發生訴訟法效果，牴觸學界素以為自明之民法與訴訟法價值分離 Trennungswertung 思想，是其瑜中之瑕（註二〇一）。

第四節 訴訟法契約說之崛起

本文既廓清從訴訟法觀點對訴撤回契約適法性之疑義，復對實體法契約說由理論實務檢討其功過，茲應確證其意欲效內容為訴訟法承認，得生訴訟法效，為訴訟法契約。至若判斷訴訟法適法性之標準，惟訴訟法評價自身，非他所得越俎（註二〇二）；從而，以訴訟法觀點認其適法性全無疑義，則應認其為訴訟法契約，依意欲效內容生訴訟法效（註二〇三），否則，難解矛盾之咎，此本文不憚再言也。以下，擬先試訴撤回契約以訴訟法契約之適法性基準，次論其在訴訟法契約中之地位，及其與訴訟外和解契約之法律構成。其餘相關問題，俟次二章復論。

I. 訴撤回契約適法性判斷

(1) 適法性判斷基準

就法無明文之訴訟契約，除全面不適法說以「明示其一排斥其他」（註二〇四）、「任意訴訟禁止」等為理由外，學說皆思劃定其容許之界限。日本多數說從任意訴訟禁止原則導出所謂「當事人責任原則妥當領域」，以解決容許性之問題（註二〇五）。Schlosser 分合意對訴訟進行之影響可能性及對當事人間之拘束性二部分討論之（註二〇六）。前者，係法院是否受拘束之問題，不論當事人願否仍受拘束，法院與當事人間，處於個人自由與國家代表之公益間之緊張關係

。氏以從基本法第二條第一項自由之推定 *Freiheitvermutung* 所得之 *In dubio pro libertate* 法諺，廣泛承認合意之容許性（註二〇七）。後者，為當事人爭執合意效力時，得否在訴訟有效主張之問題，氏從意思決定自由之保護（*Wahrung der Entschlußfreiheit*）與否認合意效力之公益（*Öffentliches Interess gegen Prozeßvereinbarung*）二觀點，個別決定之（註二〇八）。本文認若為適法之訴訟法契約，非惟拘束法院，當然亦拘束締約之當事人，如何使合意在訴訟中生效，容後述，似為另一問題；而以「自由推定」之法益擴大當事人意思對訴訟之影響，不免無視訴訟制度之為集團強制解決紛爭之特性（註二〇九），且其認當事人得合意限制既判力之效力並授與法院法未規定之形成判決及裁量判斷之權能，可謂牴觸訴訟法之基本原則（註二一〇），故殆無贊同者（註二一一）。

自 *Büllow* 發現於公法之訴訟法中亦有所謂「任意訴訟法規」（註二一二）後，德國多數說即以強行法規與任意法規之區別劃定訴訟法契約容許之範圍（註二一三）。蓋 a. 國家就民事訴訟具有之利益，止於訴訟制度自體之營設 b. 立法者無法預對訴訟過程所出現之多樣事態定出適當之法規範，某範圍內不得不委諸法院及當事人之意思 c. 違背訴訟法之情形難免，但因進行至上級審，或有必要認其為任意法規，切斷其瑕疵之主張（註二一四），故於民訴法，任意法規仍不可欠缺。（註二一五）任意法規之承認雖使訴訟契約之適法性獲得肯定，

然並未因而生具體判斷基準。關於任意法與強行法之判斷，咸認應個別衡量當事人之私益與司法機關實現權利保護之任務之公益（註二一六），孰輕孰重。另者，雖為私益為重之當事人責任領域，如辯論主義、處分權主義之事項，公益仍非無預聞餘地，蓋國家應保護個人免於輕率無經驗之行爲，雖訴訟法無如債法之契約自由原則之盛行（註二一七），但當事人自主原則之適用，仍須受國家法律之監督與保護，則無不同（註二一八）。因事先排除訴訟上權能與事實上不行使不同（註二一九），法律須保護不能預測不利益結果之當事人，故該當之訴訟上權能須確定或具確定性（註二二〇），且有當事人意思決定自由之保護（*Wahrung der Entschlußfreiheit*）之問題（註二二一）。如責問權事先捨棄之合意，雖具確定性，然因民訴一九七條之規範意旨僅允許當事人於發生責問權之狀態後決定是否行使責問權，不許事先剝奪決定行使異議權之自由，故無效（註二二二）。

以公益私益之衡量為判斷適法性之基準，既不能有效提供具體可徵之標準（註二二三），況乎訴訟法律關係之公私益之紛然雜陳，莫可究詰，欲強為割捨，易陷於主觀空泛。毋寧從相關法規，探究其規範目的及立法意旨，並斟酌當事人之保護，個別具體決定訴訟契約之適法性。當然，探求規範意旨與適法性關連時，仍不可或忽因時空遞嬗所致訴訟制度目的、當事人自由範圍等訴訟基本理念之變化，故訴訟法契約之容許性，具有浮動性，非一成不變也（註二二四）。前揭

衡量公私法益，雖不足資以法律適用，然有助於吾人瞭解規範評價之對象，並得因而顯豁上述法規範與制度論間之流動關係，固不待言。

(2) 適法性判斷

訴撤回契約之意欲效既為形成訴訟繫屬消滅之變動效（註二二五），則應以之為適法性判斷之標的。雖有以「同一效果禁止說」否認其得生與訴之撤回相同之效果，故不得為適法之訴訟法契約，但得為實體法契約者，然此理由並不充分，既如前述（註二二六），而其抗辯權之行使却能生訴訟法效，理論上不無齟齬（註二二七）。從民訴法訴之撤回有關規定（二六二條，二六三條）之規範目的，立法意旨，亦足肯定訴撤回契約之締約目的，深契訴訟法之價值判斷（註二二八）。茲應檢討者，承認其效力是否兼顧公益及當事人之利益之保護。訴之撤回既為處分權主義之內容，則訴撤回契約之承認不會牴觸通說之司法實現保護私權任務之公益，充其量與訴訟促進 *Beschleunigungsgrundsatz* 之公益有關，蓋訴撤回契約之審理當須耗費時間精力，因而發生訴訟遲延之危險 *Gefahr von Verfahrensverzögerung*，然而，此種審理正與訴之撤回適法性判斷本質上無不同，況乎積極判斷能縮短訴訟程序，利多於弊（註二二九）。從私益之保護言，訴撤回契約類於訴訟繫屬中締結，原告已處於隨時得行使訴訟上撤回權能之狀態，故非處分將來之訴訟上權能，無訴訟上權能發生前保護當事人意思決定自由之問題。且也，訴之撤回之內容明確，將來不利益

之程度亦非不能預測，不致因承認訴撤回契約失訴訟之適正、公平（註二三〇）。從而，訴撤回契約從訴訟法評價觀點，其適法性無可置疑。且斯適法性積極判斷，依本文見解，意味訴撤回契約為適法之訴訟法契約。（註二三一）

II. 在訴訟法契約中之地位

備嘗艱辛之論證後，訴訟法契約說於焉脫穎而出（註二三二）。然則，有若干訴訟契約論之問題尚待一言。所謂「訴訟法契約」係指其主要直接效果生於訴訟法領域者（註二三三）。訴撤回契約之主要意欲效係直接發生訴訟繫屬消滅之變動效，故為訴訟法契約。茲不無有疑者，何甘捨實體法契約說之諸多實益（註二三四），而受此尚未週備之訴訟法契約說之束縛。吾人應知，概念之建立初非無因而致，而應受一定觀點之統攝。以言契約之法律制度。契約雖於私法領域擅其場，然非所得而專，此觀乎行政法契約自明。行政法契約概念之建立，至若與私法契約之區別，係慮及其契約之標的係行政法律關係，而能發生行政法上之效果，故應受行政法之制約，俾能發揮承認此制度之旨趣。此於訴訟法契約概念之建立亦無不同。蓋訴訟法雖為程序法，但非私法之助法，有異乎實體法之公法性格。為實定法所認之訴訟契約，若係得直接發生訴訟法效，則其必須受訴訟法規範之評價，非惟在適法性之判斷、效果之發生，在要件規制方面，亦可能適用殊於一般契約法之原則，使契約制度得翼輔民事訴訟目的之達成，俾益

訴訟制度營設任務之實現（註二三五）。故發生訴訟法效之訴訟契約，其適法性應由訴訟法本身決定，甚至就訴撤回契約採實體法說之 Baumgärtel，亦係經訴訟法之積極檢證方賦以訴訟法效。惟從訴訟法觀點不適法者，方檢討其是否得生實體法效（註二三六），亦不否認訴訟契約在適法性之判斷上，訴訟法觀點恒先於實體法觀點，至若生訴訟法效者，不論其所認之直接或間接，皆係訴訟法上之適法者，但因契約僅生作為或不作為之義務，而從體系之觀點，拒斥於訴訟法契約說之範疇。最近之訴訟契約論之核心，不外從體系之觀點，重新檢討實體法與訴訟法交涉之關連，修整通說之訴訟法契約之體系（註二三七）。於認識訴訟法自有價值之重要性後，此種體系之建立應有積極之意義。

藉此訴訟法契約概念之確立，學說研究之重心轉為要件規制，及其效果之探討。尤以義務效訴訟法契約之承認、訴訟法義務之訴求性、損害賠償可能性等為甚，關此，應讓諸學者深研。茲欲說明者，係訴訟法契約所謂「直接」生訴訟法效果之意義。蓋對訴撤回契約採實體法說之陳榮宗教授，非難訴訟行為說之以主張或確認時為效果發生時，認「此種變通之說明無法交待，當事人於未主張前或法院未為確認之前，此種撤回訴訟之合意究竟是否屬於訴訟行為？有無法律上效果？其法律效果究竟屬於私法上效果抑訴訟法上效果？採訴訟行為說者必然無法回答此問題。」（註二三八）為正當化本文之立場，似須

有所應也。而因此問題非訴撤回契約所得而獨，若訴訟法契約之成立非於法院之前，縱如法有明文者，如管轄合意（註二三九）、擔保標的提供之約定（民訴一百零二條第一項但書）、擔保物變換之約定（同法一百零五條除書）、合意停止訴訟程序（同法一百八十九條）、合意適用簡易訴訟程序（同法四百二十七條第三項）、仲裁契約（商務仲裁條例第一條）等多於訴訟外成立，依教授之見解，似惟法院前成立之合意方為訴訟法契約（註二四〇），若彼管轄合意、仲裁契約類於訴訟繫屬前作成，固不待言，合意停止或合意適用簡易程序，若非於法院前作成，除當事人向法院重為該行為外，皆非訴訟法契約（註二四一）。蓋即令法有明文，若當事人皆不提出合意於法院，亦無由直接生訴訟法效，若以契約之成立本身是否能直接發生訴訟法效為區別之標準，則管轄合意雖有明文規定其要件及效果，向法院提出合意成立事實前，尚非訴訟法契約，仍為實體法契約耶。以下為本文之淺見：

(1)法學之定義，或得謂係因人而異，難以盡同（註二四二），法學概念或體系之建立亦同。然則概念建立，至少應能滿足法律適用或理論認識之功能。抉擇取捨存於法世界之契約，分門別類，莫不以特定目的為區別之指標，同相中之「異相」即衡以此目的（註二四三）。適法存在於民事法之訴訟契約，亦得從諸觀點區別之。當以實體法契約或訴訟法契約為民事法契約之下位概念為歸類工作時，吾人之目

的係欲明瞭契約之規範力，主要係對訴訟法或實體法發生影響力（註二四四），再由各該效力所及之法律規範該契約。發生契約之要件，有係所有契約所共通者，有不然者，就特殊要件，惟有由該效力所及之法律加以決定，本文採效果說以此（註二四五）。反之，以向法院為行為為訴訟行為之特色，將使訴訟上形成權之行使成為訴訟行為（註二四六）；若認訴訟法契約未於裁判上主張其事實前，非屬訴訟行為，則主張前應如何規範該契約，似非無疑。

(2)契約，經實定法評價為適法時，至少在締約之當事人間生拘束力，實體法契約、行政法契約，甚而訴訟法契約皆無不同，惟契約之標的有差耳。契約雖未成為裁判資料，於當事人間仍為具有規範拘束力之行為規範；反之，欲成為裁判資料，辯論主義支配下，須由當事人提出。訴訟法律關係既為三面關係，則訴訟法契約締結時，於當事人間除另有約定外，即生拘束力，將締約事實提出於法院，僅係使法院依訴訟法肯認之效力作成裁判基礎之要件，發生訴訟法效力之所從來，為契約之效力，絕非主張之行為。因契約之締約，訴訟法效即生。主張係為滿足司法形式性 *Justizförmigkeit* 之要求（註二四七），或便於司法任務之達成（註二四八）。依 *Baumgärtel* 所見，主張之行為有雙層意義：使訴訟法契約配合訴訟動態之發展性（註二四九），進而對進行中之訴訟生影響力；再則產生與裁判間之緊張關係 *Spannungsverhältnis*，使契約對裁判生決定性（註二五〇）。此

種訴訟法契約之雙效，較一方之與效行為 *Bewirkungshandlung*，除後者不須主張之行為為冰人外，毫無以異（註二五一）。實體法契約，如訴訟外和解，欲成為裁判之基礎，仍須由當事人提出，但其契約對法院而言，亦非於提出時生效，明甚。故訴訟法契約之提出行為，僅係在訴訟內生效之形式要件（註二五二）。

(3)單獨訴訟行為因為訴訟行為之要角，且以向法院為之為特色，非如訴訟法契約之須提出使法院斟酌，可謂行為作成之同時「直接」生訴訟法效，後者，於契約成立時，尚非得似前者直接在訴訟生效，故有稱間接效者（註二五三）。然而，吾人稱訴訟法契約之得直接生訴訟法效，係謂訴訟法效之生不須附庸於實體法行為效或其目的（註二五四）。直接與間接之區別，僅係與單獨行為對比所得，然兩者於成立上既有不同，似無庸刻意區別之，何況，管轄合意亦有可能於法院前作成，而不改其行為之性質（註二五五）。

(4)如今訴訟法契約論爭議所在，要係承認訴訟法義務效之可能性，本文認訴撤回契約為直接生變動效者，衡以現之通說，為訴訟法與約無疑。易言之，訴撤回契約與管轄合意之生管轄權發生或消滅之變動效尚無參差。管轄合意依通說（註二五六）既須主張，則於訴訟外締結之訴訟法契約又何獨異乎。

(5)故而，採訴訟行為說之本文，認為訴訟法契約於締約時於當事人間即生效力，此效力因係以訴訟法效為主要內容，故為訴訟法契約

，直接生變動效，在主張前亦同；主張行為非訴訟法效之實質要件，僅係使契約之效力對發展中之訴訟生影響力之形式要件。至於主張之方式為單純之提出或抗辯權之行使，為另一問題。

Ⅲ.與訴訟外和解之關係

和解者，當事人約定互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生之契約（民七三六條）。訴訟繫屬後，當事人得於法院外成立和解，並為訴之撤回之約定。當事人亦得於第一審言詞辯論終結前，依鄉鎮市調解條例成立調解，調解經法院核定後，當事人就該事件不得再行起訴，且與民事確定判決有同一之效力（同條例九條，二十三條、二十四條參照）。此調解當屬訴訟外和解，理論上對訴訟程序之進行應不生影響，否則，訴訟程序將受裁判外因素之左右，破壞程序安定之要求（註二五七），然則，同條例二十五條規定：「民刑事件已繫屬於第一審法院者，如調解成立，經法院核定後，視為撤回起訴、告訴或自訴。」賦與經核定之調解直接形成訴訟之效果，應如何理解，與本文不無關係，爰略綴數語，再論與訴撤回契約之法律構成。

(1)訴訟外和解對訴訟之影響

訴訟外和解為實體法契約，除有特別規定外，應無直接形成訴訟之效果，縱因而有妨礙或消滅債權人請求之事由發生，當事人應向法院提出，使成為訴訟資料（註二五八）；或依民事訴訟法第二百五十六條第二款、第三款，第四四六條之規定變更訴之聲明；若原告因之

有對待給付義務時，被告並得依法提起反訴，法院充其量僅得以原告之請由無理由駁回之（註二五九）。雖德國帝國法院 RGZ 142 = JW 1943, 92 曾對解決訴訟上請求之訴訟外和解賦以間接之訴訟法效，認自和解成立時，依被告之抗辯，訴訟之續行為不合法（unstatt-haft），然當事人若無終結訴訟之合意，欲取得有既判力之實體判決，則逕以不合法駁回，難謂符合當事人之意思（註二六〇）。然而訴訟外和解中同時有明示或默示之訴撤回合意，則法律構成上，更接近訴訟上和解，於當事人間之利益狀態相埒，參比訴訟上和解之與確定判決相同之效力，承認其能生訴訟繫屬消滅之效果，實質上符合公平之要求，是亦通說肯定訴撤回契約於提出於法院時得生訴訟法效之要因。（註二六一）

觀乎鄉鎮市調解條例之立法意旨，顯係擴大訴訟外和解解決紛爭之功能，姑不論立法政策上是否應畀以確定判決相同之效力（註二六二），就同條例二五條之實際適用，亦非無窒礙難行之處。蓋核定僅審查和解之內容是否抵觸法令（同條例二十三條第二項），核定之法院與受訴法院未必同一，法律雖不論當事人之意思，直接賦與訴之撤回之效果，然後者若不知調解經核定，而雙方皆不提出核定之事實續行訴訟，泥於文義，訴訟因核定即消滅訴訟繫屬，則此續行之訴訟應如何處理。且也，當事人間之調解與本案訴訟之關係如何，似難一概而論，參以同條例二四條之規定，撤回效力之發生，應以調解之對象

即本案請求為限，易言之，須訴訟標的之調解，方足生確定判決及訴之撤回相同之效力，未有如民訴二百四十九條有關事件同一之審理前，似難斷言。若以法院之核定同時發生確定判決及訴之撤回二種效果，而後者不以本案訴訟標的成為調解之對象為前提，應非立法本意，之有二五條之規定，寧係從確定判決效而來，即本案訴訟標的因為確定判決效力所及（前揭條第七款後段），法院無庸為駁回之裁定，僅須依二六二條之程序處理即為已足。倘強解二五條不論是否為訴訟標的之調解皆有適用餘地，生訴之撤回相同之效果，則依同條例成立之調解似比訴訟上和解效力為強，實難贊同。從而，訴訟外之和解，包括依鄉鎮市調解條例成立之調解，亦不能直接發生訴之撤回之效果。反之，若僅承認其調解僅能生執行力，否定其既判力，則同條例二五條或有獨立適用於民事訴訟之餘地，即於訴訟標的之調解，得直接訴之撤回之效果（註二六三），然若調解經核定之事實不為受訴法院所知，當事人亦不提及，續行訴訟，訴訟似難即因生撤回效，況乎，果否係訴訟標的之調解，於調解書記載不明時，仍有待審認，亦不宜因核定即生撤回之效果。故立法者雖有意使調解對訴訟直接發生效力，若未為法院所知，且經某程度之審理，似難如願。然而，若另有訴之撤回之約定，則當事人主觀既認訴訟暫時或已無續行之必要，不再論究訴訟外和解與本案訴訟之關連，賦以直接消滅訴訟繫屬效，當較同條例之擬制規定符合當事人之意思與利益。

訴訟外和解，除法律另有規定外，不能立即生訴訟法效。即使有如鄉鎮市調解條例二十五條之特別規定，仍須將事實提出法院，且亦非間不容髮即生訴之撤回效。訴撤回契約既非於法院前作成，當亦須提出於法院，雖然，仍不礙其為訴訟法契約，證諸前揭條例益明。

(2) 訴撤回契約與訴訟外和解之法律構成

兩者因非屬同一法律，其關係非比尋常。法律構成之探討，似理論認識之意義稍重，然於能力欠缺、意思瑕疵、解除、無效等問題之解決，非以此構成為基礎，難明兩者之獨立性與影響性。為民法和解契約之性質尚有異說，故概略論本文所採，再參合交易生活之觀點，擇與訴撤回契約之構成中之較佳者。

關於民法和解契約之性質，我國通說（註二六四）承德日舊時通說（註二六五），認其為雙務契約及有償契約：「和解契約當事人雙方互相讓步，即互有給付之義務，而互為對價，故為雙務契約及有償契約。因此應準用買賣之規定（民法三四七條）及適用雙務契約同時履行抗辯權之規定。」而依同法七三七條之規定所生者，雖係創設效力，惟僅為債權關係而非物權關係（註二六六），此等見解過於機巧且不符交易觀念，蓋互相讓步僅為消除爭執或防止爭執之手段 Mittel，非雙方因契約所互負之義務，如有利息約定之消費借貸（註二六七）之借用人就數額有爭執，借用人承認一定數額之借款，貸與人則允緩期清償而成立和解，此時借用人似無義務可言，民法二六四以下之

同時履行抗辯之規定，係關乎互負有依存關係之對待給付義務，非就契約成立之態樣所為者（註二六八）。從而，德國最近之有力說，認和解旨在平息雙方主觀之爭執，故為確認契約（Feststellungsgeschäft），不論其間之真實法律狀態如何。因雙方互為讓步，增減、免除、承認權利等，故和解通常為變更契約（註二六九），除因而創設新義務外，原義務之性質不變，然有即「使所拋棄之權利消滅，及使當事人取得和解契約所訂明權利之效力」，故得直接影響基礎法律關係，無須再經免除、承認等履行行為，而具處分行為之性格。和解契約若創設或確認義務，則成為請求權之規範基礎；倘因而構成有互為依存之雙務關係，則為雙務契約。當然，若和解所創設或確立之義務為處分物權或債權，則因我國民法採物權行為無因性原則 Abstraktionsprinzip，當事人仍不能因和解契約取得和解契約所訂明之權利（註二七〇）。綜言之，和解契約非必為雙務契約，從而不必然有同時履行抗辯權規定之適用。（註二七一）

訴訟外和解並約定撤回訴訟時，依實體法契約說之構成，毋須另有訴撤回契約，因和解契約之締結，即生訴撤回義務，被告若亦負給付之義務，除另有約定外，兩者構成雙務關係，關於雙務契約之有關規定有其適用。無論依前述新說舊說，概念上，以訴撤回契約獨立或從屬於（註二七二）和解契約之構成，累贅多餘。蓋獨立之訴撤回契約承認之必要，惟無和解為基礎時；若認其本質上有從屬性，則以和

解契約為撤回義務發生之依據即可，若承認訴撤回合意之存在，較不易明兩者之關係。

訴訟法契約說之法律構成較複雜。首須確定者：不論明示或默示，和解中須有訴撤回之約定；基於法律體系之要求，訴撤回契約變動效之發生，不能如一般之和解得直接發生處分效，概念上應另有訴撤回契約以為變動效之依據，俾由訴訟法規範之；和解不當然為雙務契約，須個案判斷；原告依約為撤回之行為時，撤回之效力，因撤回之行為而生，不受和解契約之影響；被告無對待給付義務時，對違約不撤回之原告，得主張訴撤回契約使其效力於訴訟中發生。至有爭論之實益者，為被告有對待給付義務時之法律構成。在前揭昭和四四年十月十七日最高裁第二小法庭判決，雖有對待給付之約定，但被告已依約為給付，原告仍不撤回（註二七三），其構成無不同於無對待給付者。原告若須先撤回訴訟，亦同。其他情形，苟使訴撤回契約之效力，隨和解契約之成立而發生，被告雖未提出對待給付，仍得坐享前者之變動效，豈得謂平。是學說所殫精者。有於以對待給付為條件時，例外承認義務效，而賦此義務效以直接形成訴訟效，使兩者得立於雙務關係（註二七四）；有解和解為雙務原因設定行為 synallagmatisches Rechtsgrundgeschäft，以原告提出對待給付為締結訴撤回契約之義務之停止條件，從而，對待給付提出時，訴撤回契約即生效，無待另有締約之行為（註二七五）。然而，斯構成過於迂迴曲折，

第五節 公私法契約論

訴撤回契約爲公法或私法契約，取決於訴訟法契約之性質，蓋採實體法契約說者亦視其爲私法契約；認係訴訟法契約者，則須再論民事訴訟法之公私法性。關於民訴法之屬公法，前已論及（註二八二），其進一步之論證並無必要（註二八三）。疑者，係當事人間得否締結公法契約。訴撤回契約所規律之對象，既爲訴訟法律關係，如同規律訴訟當事人間之訴訟關係之訴訟法規，有公法性質（註二八四）。觀諸行政法契約（亦稱公法契約）亦得由私人間締結益明（註二八五）。

公私法區別實益，惟於民事審判權及行政審判權之劃分，於訴訟法無其必要。茲以訴撤回契約爲公法契約，充其量止於強調訴訟法之公法性格，有與尋常私法契約相異處。縱承認訴訟法契約得生訴訟法義務，於違反時得生損害賠償請求權，因其爲私法上財產請求權，故由普通法院審理（註二八六）；雖有認得提起關於訴訟法契約之訴，然因訴訟法契約係爲實體法律關係而存在，並無獨立性，故性質上仍應由普通法院管轄（註二八七），皆不因訴訟法契約爲公法契約，故其爭訟爲公法爭訟，而由行政法院管轄。本文因否認訴撤回契約得生賠償請求權（註二八八）及有訴求性，故不詳論關於審判權之問題，僅供參考。

總之，訴撤回契約爲公法契約，但此種性質論並無實益。

不合交易觀念（註二七六）。本文認訴訟法契約依通說既得附條件（註二七七），不若解爲以對待給付之提出爲訴撤回契約生效之停止條件，就此點而言，類似附條件買賣（即保留所有權買賣）之法律構成（註二七八），且因係附停止條件，不致使已消滅之訴訟繫屬復活，無礙程序安定之要求，亦兼顧原告之利益，似較爲可行。條件雖已成就，仍須將訴撤回契約生效之事實提出於法院，固不待言。（註二七九）

概念構成上，判交易上視爲整體爲和解契約及訴撤回契約，主要係俾便法律適用之符合具體妥當性及體系分離性，關此，詳於次章。再者，此種構成雖足表明無和解爲基礎之訴撤回契約非不可想像（註二八〇），然非謂其於本質上之獨立性。實則，將訴撤回契約或其他訴訟契約定性爲訴訟法契約，通常亦顯示其類無獨存於該當訴訟之可能。欲得其實效性，僅須且只許於該當訴訟內主張，原則上禁止以他訴爲之。反之，定性爲實體法契約不必然能彰顯其於本質上所具之從屬性，蓋縱如違約金契約之爲從契約，以確保債務之履行為目的，然其自身仍具有獨立之意義，得爲違約金請求權發生之依據，故縱訴撤回契約與「實體上之法律關係有形影不離之關係」，似與契約之性質無關，吾人試觀管轄合意自明。（註二八一）

(本章註釋)

1. 適法性 *Zulässigkeit*，在民訴法之用語上，乃針對 *Gold-schmidt* 所稱之「取效行爲」*Erwirkungshandlung*（關此，駱永家，民訴法 I，一四三頁），如起訴時，法院首須審酌是否合法 *Zulässigkeit*，方能決定是否有理由 *Begründetheit*；訴撤回之行爲既屬「與效行爲」*Bewirkungshandlung*，法院應審查其是否有效 *Wirksamkeit*；*Jauernig*，§30 III。依本文所見，訴撤回契約亦應屬與效行爲之範疇。此雖使用「適法性」，含義有別，不待言。
2. 例如合著，三一八頁；前揭最高法院五三年台上字二四九三號判決。
3. 參照姚著，民訴法，六九年七月版十二頁；楊健華，訴訟外撤回上訴之合意（下）。
4. 例如本章二(1)～(5)之論據係針對抽象之訴訟契約制度者。
5. 本文第一章三(1)參照。
6. 指日本通說之權利保護必要消滅說及德國之惡意抗辯說。
7. 以當事人契約意欲效爲評價之對象，係自 *Schiedermair* 以來之通說；兼子，合意，二四三頁；竹下，訴取下契約，五一頁；*H-J Hellwig*，S.41；*Baumgärtel*，*Wesen*，S.186；*Gaul*，*JuS* 1971，347；*Bohn ZZP* 69(1956)，21。
8. *Larenz*，AT §2 II，S.40。

9. *Kitagawa*，*Standard als Weg zur besseren Privatautonomie*，FS für: *Larenz* 80，S.329。
10. *Larenz*，AT §18 I (S.302)；*ders.*，*Richtiges Recht*，S.60。
11. *Larenz*，*Methodenlehre*，S.285f.。在契約自由原則下，此種定性工作重要而困難，因其非單純之涵攝作業，而須運用類型化之方法 *typologische Methode*；*Larenz*，*aaO.*，S.288ff.。
12. 蓋實體法與訴訟法爲獨立之法律，其間無主從關係，*H-J Hellwig*，S.44f；姚著，民訴法，九頁；異說，合著，六頁。
13. *Larenz*，*Methodenlehre*，S.248：而非因民法債各之規定之承認而有強制力。
14. *Larenz*，*SchRI*，§2 III，S.19。
15. *Vgl. Larenz*，*Richtiges Recht*，S.57，60。
16. 關於民法一百十三條規範意義，參照王澤鑑，民法第一一三條規範功能之再檢討，*民法學說與判例研究*第四冊，五五頁以下，以該條係贅文，主張應視無效或撤銷之法律行爲，究爲物權行爲或債權行爲，分別適用不當得利或所有物返還請求權之規定，以決定返還之標的物及其範圍，而損害賠償請求權應類推民法二百四十七條之規定。

17. 清算關係亦發生在契約解除之情形（民二百五十九條），但其非法定債之關係（契約因解除溯及失效，為我國現時通說，德國早期通說。Fikentscher, SchR §48 II 2, S.242, 尚以為係法定債之關係），而係因契約所生者，且不因契約解除而無效：Larenz, SchR I, §26, S.374f.。其與無效撤銷所生之清算關係法律基礎不同，不難理解，蓋解除乃解除者對有效之契約，行使解除權，求為返還已為之給付，並免除尚存之債務；無效撤銷之法律行為自身經法評價認有瑕疵存在，故其並非法所承認完美無瑕之契約。從而，無效撤銷之契約當事人，充其量得請求信賴利益之賠償，而解除契約之當事人得請求給付利益之賠償（民二百六十條）。
18. Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärung, 1966, S.19f., 區別「非行為」Nicht-Rechtsgeschäft與「無效行為」nichtige Rechtsgeschäft（正如同「非判決」Nicht-Urteil與「無效判決」nichtige Urteil），後者並非全然不生效力。
19. Larenz, AT §23 I, S.445f, 反對Pawlowski之前開用語：「無效行為之法律行為效果」。
20. 民二二六條之賠償權利，係以有效之契約為基礎，目的在代替原定第一次之給付義務，填補至如同債務人已然履行之狀態。

- Larenz, Sch R I, §22 I, S.306。
21. H-J Hellwig, S.44, 於定義訴訟法契約後，論及不適法之訴訟法意欲效，是否亦得為訴訟法上契約，亦以無效契約為例，認無效之訴訟法上契約與以不適法之訴訟法效果為標的之合意無所區別。氏之論述較簡潔，然與本文觀點若合符節。
22. 緣通說僅承認直接發生訴訟法效果之訴訟法契約（Baumgärtel, Wesen, §29; AcP 169, 188），發生訴訟上義務之訴訟法契約，近來重為訴訟契約論爭之焦點，故其體系尚在形成之中，詳細研究檢討，非本文能力所及，關此，Vgl. H-J Hellwig, S.60ff, 74ff; Konzen, S.192ff, St J/Leipold, vor §128 DX Rdnr. 247; vor 128 DI Rdnr 162。
23. 一般以為民法意思表示解釋之規定（民九十八條，德民法一百三十三條、一百五十七條）為法律一般原則，得適用於訴訟行為之解釋：Baumgärtel, Wesen, S.112ff; H-J. Hellwig, S.59; Stein/Jonas/Leipold III/1983, vor §128 DIV. Rdnr. 192.。然因訴訟上當事人形成訴訟之自由受限制，且法官於有疑義時可行使闡明權，故其重要性不若民法法律行為之解釋。他方，對訴訟外所為之訴訟契約，因行為之作成不在法院前，解釋之必要性益增：Baumgärtel, aaO., S.112, 115。

24. 竹下，訴取下契約，五一頁；兼子，合意，二七九頁，以非當事人契約意思之內容，否定訴訟法契約；松本，研究訴訟契約論，一四六頁；宮川，訴取下，一〇九六頁認訴訟法效說不合當事人具體意思或直接意思。
25. 此故，德國聯邦最高法院 BGH 將解釋契約權限保留給事實審法院，除非適用法律、思惟法則·經驗定則有誤：Larenz, AT, §19 II. S.342。
26. 僅承認生義務效，Baumgärtel, Wesen, §28；兼子，合意，二八〇頁；St J/Leipold, vor §128 X, Rdnr, 247者固不待言；承認得生形成訴訟效果者，竹下，訴取下契約，七四頁；三個月，全集，四三四頁；柏木，訴取下；Rosenberg/Schwab, ZPR, §131 I2 (S.765) 等皆從此文義為始。
27. 關此，Larenz, AT §29 I (S.533)；馬漢寶，國私總論一四〇頁。
28. Larenz, AT §29, I (S.530)。
29. Larenz, aaO. S.529。
30. Flame 認補充解釋係對某類契約所為，Larenz aaO. S.531 則認為對某類型契約探尋適當之規定是任意法規之解釋作業。
31. 類似之學說爭論，如和解契約是為雙務行為或有處分性格，Vgl. Larenz, Sch RI §7 IV, S.90；ders. AT §18 II,

- S.314；Fikenscher, SchR §40 III, 3；Emmerich, SchR BT, §15 II, S.94：爭論實益不大。關此，其詳，本章第四節 III(1)。
32. 我妻榮著，有泉亨補訂，新訂物權法五六頁以下參照。
33. 物權行為無因性理論之檢討，民法學說與判例研究第一冊，二八一頁。
34. 松本，研究訴訟契約論，一四六頁，認應著眼於當事人之利益狀態，以確定意欲效之內容，然卻又言及解釋表示之問題，與本文見解仍有不同。
35. 參照兼子，合意，二八〇頁；上村，合意，三七三頁；河本，訴取下，十八頁；宮崎，訴取下，七八二頁；Baumgärtel, Wesen, S.264 等。
36. St J/Leipold, vor §128, Rdnr. 162,247, 除認係訴訟法契約外，其餘之處理與德國惡意抗辯說同。
37. 變動效乃德譯 Verfügungswirkung，雖有譯為處分效者，如松本，研究訴訟契約論，然 Verfügungswirkung 在此指訴訟狀態因而生變動之效果，民法之處分行為 Verfügungsgeschäft 雖亦直接生權利變動之效果，但側重權利歸屬之變動，以處分人有處分權能為前提，而訴訟上之變動效，不一定與權利有關，且為明晰計，採柏木氏之翻譯，見同氏研究訴訟契約論

四百十五頁以下；同西ドイツ民事訴訟法學の現況(2),ジュリスト
四七七號(一九七一年),一三三頁以下。

38. Vereinbarungen, S.118 (引自 Baumgärtel, Wesen, S. 266)。
39. 竹下, 訴取下契約, 七四頁。
40. 通說反對於變動效外並承認義務效, 如 Schiedermaier aaO. S.96, 116, 117; Baumgärtel, ZZP 87, 134; H-J Hellwig, S.60, N.153 所揭文獻。
41. 即指使某訴訟狀態生消滅效之訴訟法契約, 反之, 使生訴訟狀態者, 為積極變動效之訴訟法契約, 關此, Rosenberg/Schwab, ZPR, §66 I, (S.380); H-J Hellwig, S.61。訴撤回契約自屬前者。
42. 因變動效之發生獲致較有利之訴訟狀態者, 反之, 為負擔者 Belasteter 關此 H-J Hellwig, aaO.。
43. H-J Hellwig, S.60ff; 74ff。同說, Rosenberg/Schwab, ZPR, 13. Aufl. §66 II, (S.380), 其十版仍認於有對待給付義務時, 雖可能承認義務效, 然因變動效可達相同之目的, 故無承認之需要, Rosenberg/Schwab 見解之變更, 顯係受 Konzen 之影響, Vgl. ZPR, 10 Aufl. §66 II. 2 (S. 322f.)。

44. 柏木, 訴取下, 九八頁, 九九頁。
45. Hellwig, S.72,92。
46. 前揭, 九九頁。
47. 本章第三節 I (3)。又, 實體法說之新堂亦認柏木之說明不成功, 民訴二三七頁。
48. 關於其他學說之批判, 本章第三節 III。
49. Baumgärtel, AcP 169, 188; 兼子, 合意, 二七二頁。
50. 兼子, 前揭, 對爾後之損害賠償之請求, 亦得以過失相抵為對抗; Baumgärtel, 雖未明示, 然從其否定損害賠償請求說, 似可推得, 並參 Wesen, §29。
51. Schlosser, Partei handeln, S.69,72。
52. Vgl. Larenz, AT §2 V. (S.46)。
53. Baumgärtel, AcP 169, 186f.; Konzen, S.193ff. (195); Schlosser, Partei handeln, S.57,102 亦認有對待給付之情形較特殊; 日本學者似較未慮及此點。
54. Konzen, aaO, 以對待給付之提出為上訴權捨棄義務之發生條件時, 賦此義務以直接形成訴訟之效果。
55. 本章第四節 III (2)。
56. H-J Hellwig, S.60; Konzen, S.189。
57. Konzen, S.19; Gilles, JuS. 1981,403。

58. Gaul, AcP 172, 342; 兼子, 合意, 二四六頁註三。
59. 竹下, 訴取下契約, 五四頁; 上村, 合意, 三六三頁, 以公法訴權說為背景。兩說並無齟齬, 蓋前者亦包括於後者也; 新堂, 民訴法, 一六八頁以下, 陳榮宗, 民事訴訟標的新舊理論之研究(五十四年), 十頁以下, 參照。
60. Vgl. St J/Schumann, Einl. E Rdnr 49ff.。
61. Schumann, FS für: Larenz 80, S.571。
62. Vgl. Konzen, passim。
63. 德國唯一頑守者, Wieczorek, ZPO, §271, BV, S.226; 並參後(4)。
64. 竹下, 訴取下契約, 五五頁, 舉權利保護請求說之崩壞為此說沒落之原因。實則, 正當該說被克服後不久, 又有復生之趨勢, 惟強弩之末, 盛況不再, Vgl. Schwab, ZZP 81, 412; St J/Schumann Einl. D。
65. 參見大法官會議釋字第三號解釋文。
66. 文獻參照, H-J Hellwig, S.81; N1。
67. 拉丁法諺既非現行法又非法律原則 Rechtsprinzipien, 後者已不得為推論之前提, 遑論以羅馬法為背景之法諺。充其量僅有理論認識之功能。
68. H-J Hellwig, S.81, N.3。

69. 參照, 上村, 合意, 三八四頁。
70. 參照兼子, 合意, 二五一頁; 文獻指引, 竹下, 訴取下契約, 六十頁註六。
71. Rosenberg/Schwab, ZPR, §2 (S.7f.); Jauernig, ZPR, §32 III; St J/Schumann, Einl. IV. A. Rdnr 228。
72. aaO.。
73. Vgl. Schlosser, Partei handeln, S.65, 將「不起訴合意」及「訴撤回契約」同列為「有關請求權之起訴可能性之合意」; H-J Hellwig, S.87f.。
74. 兼子, 合意, 二五二頁。
75. 關於不起訴合意之適法性, 德日通說判例肯定之, 參見 Rosenberg/Schwab, ZPR §93 III, (S.521); 竹下, 爭點不起訴の合意と訴取下契約。不若訴撤回契約多於紛爭現實發生, 訴訴繫屬後成立者, 其與仲裁約定、管轄合意, 常成為定型化契約條款, 如何保護其相對人, 已為私法面臨之重要問題, 訴訟法亦然。保護經濟弱者雖為法學之一般課題, 然非訴訟契約所必有或獨有, 不宜遽列為衡量訴訟契約容許性界限之一般規準, Vgl. Emmerich, ZZP 82 (1969), 418f.。解決之道, 似得借用私法已發展成熟之原則規整之,
76. Wieczorek, §38, BIV; §128, C III C。

77. 德國異於我國及日本，無再訴禁止之規定。
78. *Wieczorek*, §271, BV。
79. 陳榮宗，撤回，二七八頁，衡量原被告雙方之利益，認被告未依約撤回未必無權利保護之必要，原告若未受領對待給付，自得不依約撤回，故原告不撤回多於當事人間有糾紛存在，有繼續進行訴訟之必要。認為訴訟應繼續進行至雙方紛爭解決完竣為止，似與 *Wieczorek* 所見不謀而合。
80. 關於處分權主義，國內文獻，駱永家，辯論主義與處分權主義，既判力之研究，二〇七頁以下。
81. *Vgl. Henckel, Klagerücknahme, S.177ff.*, 認亦包括關於訴訟要件之辯論。
82. *Vgl. Henckel, aaO.*, 三個月，雙書，四九六頁；新堂民訴法，二三八頁。
83. *Schlosser, Parteihandeln, S.69; Mende, S.6* 並謂：「為發現實體真實，無限制遂行訴訟至判決作成之國家利益並不存在」；*Schmidt, S.34*, 亦同；*Stürner, Verfahrungsgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, FS: Baur, S.655* 則認是否許當事人終結訴訟，為立法者合目的之衡量。
84. 楊健華，民事訴訟實務問題研究二四六頁；同，民訴實務問題

- 試釋（一五一），訴訟外撤回上訴之合意（下），皆認私法上契約自由原則，不能適用於訴訟法。
85. 參見兼子，合意，二四九頁；文獻指引，竹下，訴取下契約，六十頁註七。
86. 姚著，民訴法，九頁；合著，六頁；蔡著，民訴法第一頁；駱著，民訴法 I，九頁：「就全盤言，應屬公法，自法律體系言，位於國家法 *Staatrecht* 與私法中間。」（*dagegen: . Bruns, ZPR, §3, Rdnr 20*）；*Rosenberg/Schwab, ZPR, §2 VI (S.5)*；*Jauernig, ZPR, §3 V (S.6)*；*Arens, ZPR, §I, Rdnr. 2*。
87. 姚著，前揭；*Rosenberg/Schwab, aaO.*
88. 姚著，民訴法，十頁，認訴訟契約「均須明文規定，否則，不認其效力」，但對法無明文之證據契約，認「若其契約與公益無關，且當事人原有自由處分之權者，應認為有效。」，準此，訴撤回契約似為有效；合著，三四一頁，亦承認法無明文之證據契約，得生訴訟法上之效果。
89. *Vgl. Bruns, ZPR, §2, Rdnr 8*。
90. 當事人間之訴訟法律關係，屬公法（*h. M, Rosenberg/Schwab, ZPR, §2 II, S.8*）；或近於私法（*Larenz, AT, §1 I S.5*），無關宏旨。

91. Bruns, ZPR, §3 Rdnr 20: 任何訴訟型態皆有其實體法之色彩與模型。
92. Larenz, AT, §1 I, S.4f。Bruns, aaO., 以爲整體法之一部分；並參兼子，合意，二五一頁註十。
93. 參照，新堂，民訴法，三四頁以下；St J/Schumann, Einl. E Rdnr 95; Orfanides, S.13。
94. 兼子，合意，二四九頁，認公法無契約自由，係以該法諺爲據。
95. 兼子，前揭。
96. 關於西德公法契約之研究，參照黃明絹，七十三年政大碩士論文。此之「公法契約」即爲「行政法契約」，實則，兩者非同其概念，蓋訴訟法上契約亦被認係公法契約（詳後），然以公法契約指稱行政法契約殆爲德國及我國接受，本文惟從俗耳。
- 96a. 關於法國、西德、日本之公法契約之發展，黃明絹前揭書二三頁以下。
97. 譯文，翁岳生，西德一九七六年行政手續法，台大法學論叢第七卷二期。
98. 黃明絹前揭書一〇一頁。私法債權契約之容許性界限亦類此，參照本章註九所揭文獻。
99. Norbert Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht,

- 1982, S.399。
100. Achterberg, aaO. S.393; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, 10 Aufl., S.277。
101. Forsthoff, aaO. S.275：規範適於規定一般之關係，契約則個別之關係；並參照黃明絹，前揭書十四頁。
102. Larenz, AT §1 V. S.31。
103. 參照，兼子，合意，二四九頁；Konzen, S.190。
104. 簡言之，當事人自治 Privatautonomie 或契約自由 Vertragsfreiheit，於訴訟法影響之程度，及容許範圍，僅訴訟法本身始得決定，Vgl. Gaul, AcP 172, 350; St J/Leipold, vor §128, D Rdnr 227, 236。
105. 陳榮宗，撤回，二六六頁；自兼子，合意，二五六頁確定任意訴訟禁止原則後，爲日本關於訴訟法契約容許性之一般基準，如上村，合意；菊池定信，任意訴訟の禁止と訴訟契約，民訴爭點二一四頁以下；我國文獻，駱著，民訴法 I，十一頁；與日本通說有異，德國主此說者，乃以全面否定訴訟契約之效力，而屬全部否定說，Vgl. Konzen, S.65, 190; H-J Hellwig, S.82; Baumgärtel, Wesen, S.187, N.21, 文獻指引及批判。
106. 陳榮宗，撤回，二六六頁，僅提及當事人之一方。

107. 兼子，實體法と訴訟法，六一、六二頁。
108. 本文第一章三(3)參照。
109. 關於行爲規範與評價規範之關係，St J/Schumann, Einl. ID, Rdnr 33; 新堂，民訴法，三十二頁。
110. 石渡哲，前章註五一所揭文獻二二三頁。
111. St J/Leipold, vor §128 BI, Rdnr 4。
112. 石渡哲，前揭。
113. Rümelin, AcP 97, 326, N.190 (引自 Baumgärtel, Wesen, S.187, N.22); Baumgärtel, aaO.,並謂該原則難以爲始。
114. 陳榮宗，撤回，二六七頁以下。
115. 陳榮宗，撤回，二六七頁；兼子，合意，二五八頁；上村，合意，三六四頁；Baumgärtel, Wesen, S.189。
116. Baumgärtel, Wesen, S.189; 上村，合意，三七三頁，但亦引兼子說，三六四頁；H-J Hellwig, S.85, 雖承認該原則，但不否定訴撤回契約之適法性，S.89; Bruns, ZPR, §19, Rdnr 104 d (S.136); 宮川，訴取下，一〇九六頁；da-gegen, Schlosser, Partei handeln, S.55。
117. 本章四 I (1)。
118. 松本，研究訴訟契約論，一五五頁註十。

119. 竹下，訴取下契約，七六頁；H-J Hellwig, S.34, N.49: 「契約雖不能生法定訴之撤回相同之效果，但尚不得謂該契約根本不被考慮。」；Schlosser, aaO.,認撤回方式之規定，不足爲生撤回相同效之阻礙。
120. St J/Schumann, Einl. Rdnr. 85, 86, 78; Stürner, DRiZ, 1976, 203。
121. BGHZ 25, 66(76), (引自 St J/Schumann, Einl. Rdnr 79, N104)。
122. Vgl. Schlosser, Partei handeln, S.47f.; Konzen, S. 194f.。
123. 陳榮宗，撤回，二六六頁以下、二七八頁以下；Vgl. Baumgärtel, Wesen, S.273。
124. 學說發展上，常格於某公認之原則，不敢公然直接承認，而迂迴如誠信原則等「道具」達其所欲之結論，實體法契約說正爲此適例，Vgl. Konzen, S.196; Schlosser, Partei handeln, S.48。
125. RGZ 104, 133ff. (135)。
126. 此判決爲關於訴訟契約中最常被引用者，如RGZ 159, 186ff (189f);BGHZ 28, 45(49);Vgl. H-J Hellwig, S.34, N.49。

127. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, §269, B; Zöllner/Stepfan, §269, 2, b; St J/Schumann, Einl. Rdnr 252; Bruns, ZPR §19, d(S.136); Münchkomm/Pecher §779, Rdnr 11; Baumgärtel, Wesen, S.264ff.; Bonin, JZ, 1958, 272。
128. 兼子, 合意, 二七七頁; 上村, 合意, 三七三頁; 同, 訴取下, 一〇五頁, 認違約之行爲有違誠信原則, 似偏德國通說; 宮川, 訴取下一〇九七頁; 齋藤編, 註解民訴, §236, 二〇一頁; 齋藤秀夫, 概論, 三二三頁註一; 新堂, 民訴法, 二三七頁; 小山昇, 民訴法, 一九八頁; 但亦有贊同德國惡意抗辯說者, 河本, 訴取下, 二十頁以下; 宮崎, 訴取下, 七八三頁。
129. 駱永家, 訴之撤回, 民事法研究七十八頁; 吳著, 六七八頁, 但未表明契約之性質。
130. 合著, 三一九頁。
131. 文獻指引, 竹下, 訴取下契約, 六一頁註十六。
132. Vgl. Baumgärtel, Wesen, IV Teil, S.184ff.。
133. Geib, Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbestätigung, S.195 (引自河本, 訴取下二五頁)。
134. 河本, 訴取下, 二五頁以下; 依 Baumgärtel, Wesen, S.262, N486, 通說亦承認訴求可能性, 惟未必與現今之通說相符。

- Baumbach/Lauterbach/Hartmann, §269. B 亦承認之, 因後訴之判決確定, 本訴被駁回。
135. 河本, 訴取下三〇頁; Hartmann, aaO., 似同此旨; Baumgärtel, aaO., 以此之故, 認本訴不應以欠缺權利保護必要而駁回。
136. 文獻指引, Baumgärtel, aaO.; 河本, 訴取下, 二六頁以下: 認前者爲德國之通說, 後者爲少數說, 而採後者, Vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, §894, I B 亦同。
137. 以上, 河本, 訴取下, 二七頁以下。
138. 如 Niese, Geib, (見 Baumgärtel, Wesen, S.262, N.484)。
139. 詳參竹下, 訴取下契約, 六七頁。
140. 參照, 陳榮宗, 撤回, 二七八頁。
141. 兼子, 合意二七二頁: 他訴欠缺權利保護之必要; 河本, 訴取下, 三〇頁: 抗辯及獨立之訴得併存。
142. Rosenberg, Lehrbuch, 6 Aufl. S.585 (見竹下, 訴取下契約六四頁, 註三十三)。
143. 兼子, 前揭; 竹下, 前揭並認 Rosenberg 之理由構成不明。
144. Baumgärtel. aaO.。
145. Barz, Klagezurücknahmeversprechen, S.54, 57ff,

- 61 (引自竹下, 訴取下契約, 六二頁註十八)。
146. 兼子, 合意, 二八一頁。
147. 同前註。
148. 原文參自 Zeiss, Prozeßpartei, S.100,103。
149. 註一二七。
150. Baumgärtel, Wesen, S.263f.; ders, ZZP 69 (1956), 120ff.。
151. Baumgärtel, aaO., 關於民法上之矛盾行為禁止原則, Münchkomm/Roth, §242, Rdnr. 295ff.。
152. Baumgärtel, Wesen, S.266。
153. Zeiss, Prozeßpartei, S.104, N 20, 雖謂抗辯權係從實體法或訴訟法契約產生, 非關重要, 然從其 ZPR, §35 (S.79ff.) 採狹義之訴訟行為概念可推知。
154. Zeiss, Prozeßpartei, S.106, N24: 羅馬法, 就無形式之免除或延期約定, 賦債務人契約抗辯。
155. AcP 169, 184。
156. Baumgärtel, ZZP 69, 120ff.。
157. Baumgärtel, ZZP 86 (1973), 365。反對惡意抗辯說, 傾向契約抗辯說, 除訴訟法契約說外, 參照, 中野, 爭點四三頁; 松浦馨, 當事者行為の規制原理としての信義則, 講

- 座民訴四, 二七二頁。
158. 以下, 多參河本, 訴取下二十頁以下。
159. RGZ 102,221; BGHZ 28,49; Baumgärtel, Wesen, S.264。
160. Hellwig, Prozeßhandlung, S.89; Reichenheim, materiellen Prozeßverträge (引自河本, 訴取下, 二一頁)。
161. Hellwig, System I, §137, III, 3 (S.393); Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S.312, N.1616 (引自河本, 訴取下, 二二頁)。
162. Hellwig, Lehrbuch I, §27, N.7 (S.177); Büllow, AcP64,61ff,(引自河本, 訴取下二三頁)。
163. 河本, 訴取下, 三一頁。
164. 此為德國行政法院之見解, Vgl. Achterberg, aaO., S.393。
165. 竹下, 訴取下契約, 五十三頁。
166. 文獻, 第一章註四十四前半。
167. 參照, 第三章註二。
168. 其詳, 第三章第一節參照。
169. 文獻, 第一章註四十四後半。
170. Baumgärtel, Wesen, §35, S.291; St J/Leipold, vor §128 D, Rdnr 160 亦同旨。

171. Rimmelspracher(Buchbesprechung, Konzen) ZZP90, 323,
172. Baumgärtel, ZZP 87, 123。
173. St J/Leipold, vor §128 DI, Rdnr. 163。
174. 關於要件效果說與效果說間之取捨, Baumgärtel, Wesen, §32, S.283ff; ders. ZZP, 87, 122f; Leipold, aaO; Zeiss, ZPR, §35, S. 79ff; 三個月, 全集, 二六六頁。
175. 訴訟行為概念之建立, 非為普遍一般可行, 蓋訴訟行為亦如其他法律概念, 有其概念上之相對性 *Relationscharakter*, 法條所指之訴訟行為範圍如何, 非從個該規範意旨探求不為功, 而此無法遠行為對訴訟之影響及意義而論, 故效果說所提之思考方向較確實可行也。關於概念相對性, Baumgärtel, Wesen, §3, S. 12ff; Leipold, aaO. Rdr.160。
176. Baumgärtel, Wesen §27,
177. Baumgärtel, Wesen, §28, §29。
178. Baumgärtel, AcP, 169, 188; ders., ZZP 87, 134。
179. 陳榮宗, 撤回, 二七四頁。
180. 陳榮宗, 撤回, 二七五頁。
181. 參照, 兼子一, 合意, 二七九頁; 河本, 訴取下, 十九頁; Baumgärtel, Wesen, S.266。
182. Baumgärtel, Wesen, S.266f.; 陳榮宗, 撤回, 二七四頁。

183. 竹下, 訴取下契約, 六七頁。
184. 合著, 四四二頁。
185. 楊健華, 民訴實務研究第一頁。
186. 陳榮宗, 撤回, 二七八頁以下。
187. Wieczorek 即採此見解, 參照第二節(4)之說明。
188. 陳榮宗, 二七八頁並未明示, 茲僅推測耳。
189. 參照, 竹下, 訴取下契約七二頁註十二。
190. 兼子, 合意, 二七二頁。然別訴所得之效果與訴因不合法駁回之效果, 縱結論上大致相同(參照竹下, 訴取下契約七二頁註九), 但一則以實體判決, 一則以訴訟判決, 兩者實難相提並論也(Vgl. Baumgärtel, Wesen, S.262, N.486; 河本, 訴取下, 三十頁)。
191. Baumgärtel, ZZP 86, 364。
192. 竹下, 訴取下契約七二頁註八, 謂若不因債務不履行發生損害賠償權利, 則無異乎不存在於法之世界。
193. 上村, 合意三七三頁。
194. 兼子, 合意一八一頁, 實則, 惡意抗辯說係以原告違約續行之行為為評價對象, 認其有違誠信原則, 而生之訴訟法上抗辯, 發生訴訟法效, 請參 Baumgärtel, Wesen, S.265f 自明, 故兼子氏似有誤會。

195. 陳榮宗，撤回二七八頁。
196. 同說，宮崎，訴取下，七八三頁。
197. 以(1)訴訟狀態不當形成之排除(2)訴訟上權能之失效(3)訴訟上權能濫用之禁止(4)矛盾行為禁止（禁反言）為誠信原則發現態樣，為德日通說之見解，茲不贅舉文獻，但請參照松浦馨前揭文，Baumgärtel, ZZP 86, S.353ff.。
198. Baumgärtel, ZZP 66, 363f. 372。
199. Goldschmidt, Prozess als Rechtslage, S.312, Anm. 1616, 引自竹下，訴取下契約七一頁，註四。
- 199a. 並舉者 註130 參照；關誠信原則與保護必要之區別，Vgl. Baumgärtel, ZZP 69,99f.。
200. BGH NJW 1958, 1397 (1398) 就不上訴合意曾有言：「一造違約提起上訴者，他造得提出訴訟上抗辯，主張上訴人係違約，上訴應為不合法」，未藉諸惡意抗辯，似亦採契約抗辯說：Zeiss, Prozeßpartei, 106。
201. Vgl., Konzen, S.70, N196。Schumann 認定性為實體法契約，非即否認得生訴訟法效，F S : Larenz, S.602, 似亦有修正之意。
202. Konzen, S.197: 凡得生訴訟法效之合意皆應由訴訟法之強行規範判斷。

203. Schlosser 批評德國惡意抗辯說，即以此也，Vgl. Partei handeln, S.54; 實則，實體法說，除純正說外，皆不免此譏，蓋其抗辯權之行使既足致訴訟法效，而此抗辯權又與訴撤回契約有形影不離之關係故也。
204. 本章第二節(1)。毋寧「未禁止者，可能被允許」之命題較正確，H-J. Hellwig, S.84; 松本，研究訴訟契約論，一五三頁似翻譯為「不被禁止者被允許」。
205. 上村，合意，三六五頁。本章第二節(6)就其疑點既已論及。
206. Schlosser, Partei handeln, S.6; 41。
207. AaO., S.8ff.。
208. AaO., S.44ff.。
209. Vgl. Baumgärtel, ZZP 87,126f.。
210. Baumgärtel, MDR 69,174; ZZP 87,134 評曰：前者動搖訴訟法之基盤；後者，不啻轉嫁生活之決定於法院；Stürner. Verfahrnsgrundsatz des Zivilprozesses und Verfassung, FS. Baur, S.656。Dagegen, Schlosser, ZPRI §11, Rdnr 310 (S.241f)。
211. 雖擴大法官之權能，限制當事人之自由為現今立法之趨勢，然當事人合意有關訴訟之事項與一方恣意影響訴訟之進行（如遲延提出訴訟資料），應有不同，若從處分權主義及辯論主義、

訴訟爲法院及當事人組成之工作體 *Arbeitsgemeinschaft* 所進行之程序，及發現值得當事人信賴之真實等觀點，於一定條件下，擴大合意容許界限，或有助於訴訟促進（如合意決定爭點），且擴大當事人合意對訴訟進行之影響，亦或裨於判決之信服度，故 *Schlosser* 提出之觀點非全無價值。柏木邦良，研究訴訟契約論四一一頁謂其研究爲少見之拙劣作品（駭作），似非持平之論。

212. 茲任意法規之意義，異於尋常者，蓋民法中之任意法規係指當事人得有效爲與法規不同內容之變更（*Vgl. Rechtswörterbuch* 2. Aufl., S.55），即得法定效果或其他效果，而前者尚包括 *Niese* 所指之 *freistellende Rechtsnorm*，即當事人得決定法定效果之發生與否（*Vgl. H-J Hellwig, S.82, N.13*），*H-J Hellwig* 因而以授權法規 *ermächtigendes Prozeßrecht* 取代任意法規之用語（*aaO., S.83f.*）。
213. 如 *Schiedermair, Vereinbarang S.57; Baumgärtel, Wesen, S.188; Konzen, S.191; H-J Hellwig, S.83*。
214. *Büllow, AcP 64(1881), S.12ff*（引自竹下，訴取下契約，六一頁註十四）。
215. *Büllow* 從處分權主義、辯論主義法定之訴訟契約得出任意法規存在之結論，故 *H-J Hellwig* 認究明以任意法規爲訴訟

法契約之基礎爲 *Büllow* 之貢獻：*H-J Hellwig, S.82*；但竹下，訴取下契約六一頁註十五，則不認爲 *Büllow* 以訴訟契約爲任意法規之表現形式，認此爲 *Schiedermair* 之貢獻，兩者瞭解似有不同。

216. 參照註二一三所揭文獻。*H-J Hellwig, aaO.*，從民訴之實現私權與確證私法制度之二目的，導出私益與公益之對立及其衡量作爲判斷之基準。關於訴訟制度目的論，近來聚訟紛紜，請參第一章第三節(4)。
217. 關此，*Rosenberg, ZPR, 9Aufl. §59 2a*（引自 *Schlosser, Partei handeln, S.9, N.19*）；*Konzen, S.190*；本章第二節(3)，參照。
218. *Schlosser, aaO. S.44f.*。氏認此爲當事人間合意拘束性之問題，蓋當一造否認合意拘束力，即欲掙脫拘束回復自由時，國家之公益存於決定兩造自由之範圍，由此導出確定性 *Bestimmtheit* 與概觀可能性 *Überschaubarkeit* 之要求。
219. 上村，合意三〇六，三〇七頁：當事人於後者能察知其對訴訟上地位之影響。
220. *Baumgärtel, Wesen, S.40; Schlosser, aaO.; H-J Hellwig, aaO.*。
221. 此點爲 *Nikisch* 所提出，作爲檢證適法性之重要基準。

222. Baumgärtel, Wesen, S.190f., 但其以之爲生義務效之訴訟契約。此判斷僅決定其是否將生訴訟法效，與其是否爲訴訟法契約無關，aaO. S.270f; H-J Hellwig, aaO. S.85f 僅承認確定原則，非難 Nikisch 與 Baumgärtel 之見解。本文認爲 Baumgärtel 一方面探討訴訟契約之適法性，又將訴訟法上適法之生義務效契約定爲實體法契約，理論上不無商榷餘地。
223. H-J Hellwig, S.88f, 試圖從法規之受規範者爲當事人或法院進一步具體化，其嘗試是否有成，頗值研究，Vgl. Konzen, S.191。
224. Vgl. Konzen, S.192。
225. 本章第一節Ⅲ。
226. 本章第二節(7)。
227. Schlosser, Partei handeln, S.55: 若認(撤回)方式如斯重要，則不應承認抗辯權效。Baumgärtel 之訴訟契約體系，亦認訴撤回契約從訴訟法觀點係適法，但因其爲義務效訴訟契約，不得爲訴訟法契約，僅得因契約生信賴要件 Vertrauensstatbestand, 藉抗辯權發生訴訟法效，Wesen, S.265,269,271。
228. 參照本章第二節(4)。
229. Schlosser, Partei handeln, S.47。氏從訴訟促進之觀點

- ，否認某證據方法契約之適法性，頗值參考。
230. 上村，訴取下，一〇四頁，氏並因而肯認適法性。
231. 訴撤回契約之適法性之研究，亦得運用於非訟事件之聲請事件程序 Antragsverfahren 之撤回契約，蓋於聲請事件，處分權主義適用餘地較職權事件爲大，聲請之撤回之適法性較無問題，Vgl. Baur, FGI §21 II (S.212); Habscheid, FG, §19, 從而職權事件聲請撤回契約之適法性應受否定。
232. 採取訴訟法契約說者仍較實體法說爲少，日本有：竹下，訴取下契約，七四頁以下；三個月，全集，四三四頁；柏木，訴取下，九八頁；鈴木重勝，中野等編講義，三五二頁；德國如 Schiedermaier; H-J Hellwig, S.89; Schlosser, Partei handeln, S.71f; Rosenberg/Schwab, ZPR, §131 I. 2 (S.765); 並參 Baumgärtel, Wesen, S.261f. 所舉文獻。
233. Vgl. Rosenberg/Schwab, §66. I. (S.379); H-J Hellwig, S.44。
234. 本章第三節Ⅱ(3)。
235. Vgl. St J/Leipold, vor §128 DI, Rdnr 160。
236. Baumgärtel, Wesen, S.270, 若契約不違反 BGB 一三八條(我民法七二條參照)，則可能於違約時發生損害賠償請求權。

237. 通說之體系由 Schiedermaier, Baumgärtel 等氏建立，最近則有 H-J Hellwig, Schlosser, Konzen 各從不同之觀點修整通說之體系。
238. 陳榮宗，合意二七七頁。
239. 管轄合意：合著，三〇頁；姚著，民訴，五二頁；駱著，民訴 I 二四頁；吳著，八〇頁；蔡著，第二版上册六十頁皆認係訴訟法契約，理由或契約以發生訴訟法效果為目的；或以訴訟上關係為內容，皆與本文觀點相同。
240. 陳榮宗，合意，二七四頁：「當事人訴訟行為之特色在於向法院為其行為。」
241. 早期德國亦有以行為之外觀區別訴訟法契約或實體法契約者，參照 H-J Hellwig, S. 32f. 及所揭文獻；兼子，合意，二六三頁註三七、三八。
242. 馬漢寶，國私總論第一頁：「本來任何定義均難求完美，而令人滿意。」
243. Vgl. Henckel, Prozeßrecht, Einleitung。
244. 實體法契約亦可能生訴訟法效，如讓與契約對當事人恒定及確定力（民訴二五三條、四〇一條）之影響，然此非其主要效（Jauernig, ZPR, §30 S.103）。
245. 效果說似亦為國內通說所採，參照註二三九所揭文獻。

246. 陳榮宗，訴訟上抵銷，民事程序法與訴訟標的理論二八九頁，認訴訟上抵銷為私法行為。
247. Baumgärtel, Wesen, S. 222。
248. Schlosser, Partei handeln, S. 71。
249. Baumgärtel, Wesen, S. 83; St J/Leipold, vor §128 DI, Rdnr 159; St J/Schumann, Einl. Rdnr 627f。
250. Baumgärtel, Wesen, S. 277。
251. Baumgärtel, aaO. ; 在終結訴訟之與效行為，如訴之撤回，上訴權之捨棄，雖不須為判決，然與裁判之緊張關係依然存在，Vgl. aaO. S. 84。
252. 實體法契約成立之主張為取效行為 *Erwirkungshandlung*，其重要性寧係對判決生影響力，與茲訴訟法契約之主張，其意義不盡相同，後者係使與效行為生效之形式要件，關此，Baumgärtel, Wesen, S. 84，氏並批判 Deinhardt 之以主張生訴訟法效之見解，aaO. S. 222; Soehring, S. 16 並言：效果之內容與主張效果之方式應截然分別。
253. 如三個月，全集，二八六稱「間接的手續形成」。
254. 此點係由 Henckel 指出，本文援引之，Prozeßrecht, S. 35。
255. Vgl. St J/Leipold, §38 III, Rdnr, 18, 60。

256. Henckel, Prozeßrecht, S.34,74; Leipold, aaO.; Baumgärtel, Wesen, S.221f; H-J Hellwig, S.29,63, 66f,100; Rosenberg/Schwab, ZPR, §37 (S.187) 等等。
257. 參照本章第二節(7); 第三節 II (3) b、III(1)。
258. Bonin, JZ 1958,268; 曾有德國 Oldenberg 高等法院認於訴訟外和解成立時, 即對訴訟生影響, 得直接使之終結 (JZ 1958,279)。氏同通說反對之, 認惟有提出方能對訴訟生效。
259. Vgl. Bonin, aaO.; Baumgärtel, Wesen, S.216f; Schlosser, Partei handeln, S.101; RGRK-Steffen, §779, Rdnr 68; Münchkomm/Pecher, §779, Rdnr 28; St J/Münzberg, §794 II, Rdnr 68 等皆同此旨。
260. Baumgärtel, aaO.; Schlosser, aaO.。
261. 從此實質利益較量觀點或能豁然於學說論爭結論上之大同小異, 所謂理由構成之優劣, 亦僅是方法論之問題也。
262. 裁判上和解應否承認既判力, 解釋上已有可議 (參照駱永家, 訴訟上之和解與既判力, 既判力之研究一四七頁以下)。調解, 既無法官之參與, 無法依事實關係基於正確資料作成適正之解決方案, 既判力之承認應更為謹慎。史尙寬債各下冊八一四頁認有既判力及執行力, 並謂其不能謂為純粹民事上之和解, 可稱為廣義的審判上和解。

263. 關於再訴禁止效之有無, 應以調解成立時或核定時以決 (民訴二六三條第二項), 事涉核定之性質及效力, 頗值研究。
264. 鄭玉波, 債各下, 八〇七頁; 蔡章麟, 債各下, 一七五頁; 史尙寬, 債各下, 八一〇頁等參照。
265. 來栖三郎, 契約法七〇三頁; 磯村保, 和解契約解除五一四頁詳細介紹; RGRK/Steffen, §779 Rdnr 20; Münchkomm/Pecher, §779 Rdnr 21 所揭文獻; 本章註三一參照。
266. 鄭玉波前揭書, 八〇七、八一二頁。
267. 一般認附利息之消費借貸為單務契約, 有債契約, 鄭玉波債各上三一三頁。
268. Münchkomm/Pecher, §779 Rdnr, 21。
269. 變更契約, 德民法三〇五條有規定, 與和解不同之處, 係無不定之法律關係。
270. 參照鄭玉波八一二頁。本文認為民法七三七條應為限縮解釋, 將有無因原則適用之情形除外, 此為體系解釋之要求, 然不得執而謂該條所創設者僅係債權關係。又債權讓與或債務承擔一般認為亦有無因原則之適用, Larenz, SchI §34 I, S.526; §35 I, S.547。
271. 以上論述, Münchkomm/Pecher, §779, Rdnrn 21 ~ 25; Larenz Sch I, §7, S.89ff.。同說, 參照 Pecher, §779,

- N77。
272. 陳榮宗，撤回二七五，認訴撤回合意在本質上有從屬性。
273. 較詳細事實，宮川前揭文。
274. Konzen, S.195; 同說，松本，研究訴訟契約論，一五一頁：應依契約為行動之訴訟法義務，直接導出受益者之抗辯權能。
275. H-J Hellwig, S.73。
276. Baumgärtel, AcP 169,188, 並主張由實體法義務，直接導出抗辯權。
277. H-J Hellwig, S.94 及 N29 文獻參照；St J/Leipold, vor §128, X, Rdnr 242, 然而，倘訴訟法效已發生，為程序安定計，其條件不再被斟酌，Leipold, aaO.;宮川，訴取下一〇九六，以撤回附條件為無效非難訴訟法說，然茲附條件者非訴撤回本身。
278. 參照王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，民法學說與判例研究一，第一七〇頁以下。
279. 同說，竹下，爭點訴取下，一五九頁。
280. H-J Hellwig, S.92f.。
281. 陳榮宗，撤回，二七五頁參照。
282. 本章第二節(5)。
283. 關此，參照；H-J Hellwig, S.47 ff. 有詳細說明。

284. St J/Leipold, vor §128, DI, Rdnr, 160; H-J Hellwig, S.126。
285. Forsthoff, aaO., S.280。
286. Baumgärtel, AcP 169,188；我國行政訴訟惟撤銷之形成之訴，行政法契約概念之承認，會導致無救濟之途或劃由普通法院審判。
287. H-J Hellwig, S.127f.，氏承認訴訟法義務之訴求性及得提起確認之訴，關此，應讓諸訴訟法契約總論之研究。
288. 第四章四 II。

第三章 要件規制

抽象之「訴撤回契約」契約類型，其適法性雖經訴訟法積極肯認，然於具體之契約，究是否能如願以償生契約之法律效果，仍待判斷，而此判斷基準應由訴訟法自身提出，訴訟法就斯問題之規範，即所謂之要件規制。通常，包括能力要件、代理、附款、瑕疵、解除等問題。

第一節 概說

於一般典型之訴訟行爲（註一），其要件適用與法律行爲 *Rechtsgeschäft* 不同之規定，如當事人能力、訴訟能力、訴訟代理，而非權利能力、行爲能力、意定代理等民法之規定（註二）。然而，訴訟法之各該規定，是否應無條件規制所有之訴訟行爲，不論爲單獨行爲（如聲明、主張等）或訴訟法契約，說者不一。就之，我國學說尚乏有系統之研究，然觀之管轄合意，通說認其「係以直接發生訴訟法上之效果爲目的」，故爲訴訟行爲，「其要件與效果，應依訴訟法規定決之，故兩造當事人應有訴訟能力，訴訟代理人亦得爲此行爲。」（註三）似認若契約若以生訴訟法效果爲（主要）目的，則爲訴訟法契約，以其屬訴訟行爲故，其要件亦依訴訟法之規定，從而，與單獨

行爲原則上（註四）適用相同之規定（註五）。此「一體適用說」固能使無權利能力之團體由其代表人或管理人締結有效之管轄合意，然於限制行爲能力人得法定代理人允許訂立之契約，卻不能同時爲有效之管轄合意，俾能事先規律訴訟關係，或因而破壞當事人之間之期待，或有損於契約正義之公平衡量（註六）。且也，起訴之前，甚少特意委任訴訟代理人以便締結管轄合意，在律師強制主義之法制下，唯律師方得爲訴訟行爲，此要求更強人難能（註七）。抑有進者，訴訟法契約與單獨行爲在成立上既有異，於提出法院前，即未成爲訴訟資料前，其效力之變異無影響程序安定之虞（註八），不妨承認得附條件、期限；亦得主張瑕疵之撤銷或無效（註九），而適用與典型訴訟行爲不同之要件規制，似符合當事人之利益，並無礙程序之安定。故而，「一體適用說」應有再加檢討之餘地。

在承認訴訟法契約有與典型訴訟行爲不同特性之共識下，衍生訴訟行爲論之要件效果說與效果說（功能說）之論爭（註十）。前者，認如管轄合意既適用不同之規定，特別是民法關於法律行爲者，則其非訴訟行爲（註十一）。其說遭後者之非難，蓋其必承認有僅生訴訟法效之私法行爲，而由實體法決定是否生訴訟法效（註十二），在訴訟法與實體法判然而立之現行法制下，殆難想像。反之，效果說亦非認以生訴訟法效爲主要目的之私行爲 *Privatakte*，因其訴訟法性而一體適用訴訟法之規定，毫無例外。訴訟法契約，因類成立於訴訟前

或法院外，乏典型訴訟行爲所具之三面性 *Dreiseitigkeit* 及動態性 *Dynamik*（註十三），不得不有因應之規定，然以訴訟法就訴訟法契約有明示，故有漏洞 *Lücke*，應待填補（註十四）。就之，民法總則有關法律行爲之規定，有係針對「契約」之法律制度所爲者，不因其爲行政法契約（註十五）、國際條約、訴訟法契約而有異，故民法中若干規定得視爲一般法律思想 *allgemeine Rechtsgedanke* 之表現，而得成爲未明文之訴訟法契約法之原則性規定，不須迂迴「直接適用」或「類推適用」之技術，即能直截解決法律適用之問題（註十六）。質言之，民法相關規定之適用，非適用民法之結果，即非由其他法律決定行爲之命運，寧係訴訟法中「訴訟法契約法」之法律適用，訴訟法掌握適用上之主導權，得配合各訴訟法契約之特性，兼顧訴訟制度之特殊要求，而有不同之解釋可能性。如此解釋，滿足要件適用與效果相同法律之形式上要求（註十七），且能針對訴訟法契約對訴訟法律關係與實體法律關係之影響性，達成具體之妥當性。從要件規制問題之探討，不難了然實體法與訴訟法扮演同樣重要之角色（註十八），若未澈觀兩者機能上之關連性，無從圓滿解決（註十九）。從而，以下之說明，寧係問題之提出耳。

就訴撤回契約本問題之解決言，法性質論未足以擔保結果之兼顧當事人及法院三方之利益，遑論所謂之「一體適用說」。實體法契約說下，民法之有關規定得直接適用，然其無條件適用，或有害程序之

安定，不得不有若干之限制，而此限制或修正之正當化，若不從契約之法律性質以論，似難有成。何況實體法就契約已有完善週備之規定，何能捨此就彼，方法論上不無有疑，例如採實體法說之新堂教授，竟要求訴訟能力（註二十），而非適用民法之一般規定。此於結論上縱可資贊同，然其說明誠難圓通。正確之說明，應求之契約之訴訟法性質。同屬實體法說之宮川氏（註二一），於成立階段及判斷階段，認成立及生效要件皆依私法（註二二），固較貫徹其說，然未考慮訴訟制度之要求，而其批判訴訟法說之就能力、瑕疵、附款等要件規制依私法之見解（註二三），認其有「直接生訴訟法效之私法行爲」之觀念上矛盾（註二四），亦難謂當。訴訟法說雖有主適用單獨訴訟行爲相同之要件規制者，與實體法說之「一體適用說」同爲過度形式化之論斷，亦不足爲憑（註二五）。

總之，民訴法關於訴訟法契約之要件規制類未明示，有待解釋。以契約類型之多采多姿，甚難藉抽象之原則統括之而能得事理之平，寧應就個別契約以論（註二六）。吾人首須考慮者，爲契約之目的與功能，解決具體問題時，並應參酌各該制度之立法意旨。以言訴撤回契約。其成立於法院外、訴訟繫屬中，與管轄合意、仲裁契約係預爲紛爭解決之綢繆者異，目的寧在結合訴訟外之和解，以解決現有之紛爭，立法意旨既在盡量擴大和解解決紛爭之功能（註二七），則解釋之際，應盡可能使訴撤回契約與訴訟外和解同其命運，似符合契約之

目的與當事人之利益。易言之，雖兩者屬相異之法領域，然兩者之關係密切，不應過分強調分離之觀念（註二八）。當然，程序安定原則應予兼顧。在訴訟外和解約定撤回情形，不外因和解之成立，紛爭解決，訴訟已無或暫無進行之必要，故約定原告應撤回訴訟，使訴訟繫屬消滅，其利益狀態，與訴訟上和解可等量齊觀（註二九），從而，學說判例就訴訟上和解所發展之解決方向，得為解決本問題之資，如當事人是否有請求繼續審判之權利（民訴法三百八十條第二項參照）。當然，訴訟繫屬效發生後，禁止原告濫訴，以保護被告；承認原告於有再度利用訴訟制度時另訴，以保障其訴訟權，亦須考慮，然斯為訴撤回制度問題之一般（註三十）。

另有不能已於言者，以下之探討，侷限於原告始終未依約撤回訴訟，乃由被告以抗辯主張而生訴訟繫屬消滅時，所生之要件規制問題。至乃原告已依約撤回，而因訴之撤回之單獨行為之無效、因意思表示之瑕疵而效力受影響，或因和解之無效、得撤銷、被解除所生之要件規制（註三一），顯與此之解決方向有異，蓋縱兩者有互動之關係（註三二），然訴訟繫屬消滅係從來於原告之撤回行為，非訴撤回契約，關於訴之撤回效力之爭執，應依一般原則解決，與以下所述者，固有所別，不容相混。

第二節 要件

I、準據法 Maßgebliches Recht

依關於訴訟行為依法院地法 *lex fori* 之原則，訴撤回契約既屬訴訟行為，就其要件及效果皆依法院地法（中國法）（註三三）。

II、主觀要件

茲主觀要件指關於契約主體人之要件：

(1) 當事人能力

有權利能力者，有當事人能力（民訴四十條第一項），非法人團體設有代表人或管理人者而為當事人，既得為訴之撤回（民訴二六二條），亦應得為訴訟上和解（註三四），則無不許其締結訴撤回契約之理，當然，和解契約之效力如何，應依民法之一般原則決之，此時，訴訟法上當事人能力與民法上權利能力之制度，亟待調和，固不待言（註三五）。

(2) 訴訟能力

訴訟能力人、無訴訟能力人之法定代理人固得為有效之訴撤回契約，然限制行為能力人得否依民法之規定（七十七條以下）為之。實體法說下，多主肯定說，惟新堂教授認應以訴訟能力規律之（註三六）；反之，訴訟法說中，有主依訴訟能力者（註三七），亦有從民法規定者（註三八）。爭論在於限制行為能力人得否自行訂約。日本民

法第四條規定：「未成年人為法律行為，應得其法定代理人之同意，但僅取得權利或免除義務之行為，不在此限。違反前項規定之行為，得撤銷之。」與我國及德國法（註三九）之採效力未定主義者不同，故在日本法為程序安定計，要求訴訟能力，其來有自。我國及德國法制下，無庸同解。蓋於締約事實未成為訴訟資料前，無關程序安定。不論允許（民七十七條）、承認（七十九條）、拒絕承認（八十條），若於之前為之，皆能確定契約之效力；民法八十條、八十二條既賦契約相對人予除去效力未定狀態之權利，縱限制行為能力人之原告不為確答（註四十），亦僅使相對人之被告不能主張契約有效，而生繫屬消滅效，在確答承認前，契約尚未確定有效，故仍不致有害程序安定。總之，限制行為能力人亦得依民法之規定締結有效之契約，此契約包括和解及訴撤回契約。如斯解釋，最能使兩者同其命運，較符當事人之利益與締約目的。若法定代理人僅明示承認其一時，則涉及兩者之互動關係，茲不贅。

(3)代理

因我國既不採德國之律師強制主義，亦非日本之律師代理主義，關於訴訟外成立之契約，尤無禁止依民法代理之規定為之之理（註四一）。至於訴訟代理人是否有締約之權限，應依委任事項之範圍而定，若有民訴訟七十條第一項但書之特別委任，應採肯定說（註四二）。在律師強制主義之法制下，依實體法說，締結訴撤回契約自勿須由

律師代理，有認此使律師強制主義所欲達成之保護及諮詢功能 Warn- und Beratungsfunktion 落空，不能貫徹保護當事人之法意，其說頗值參考，勿待喋喋（註四三）。

III、實質要件

在訴訟上和解，須就當事人得自由處分之權利或法律關係為之（註四四），於此是否有其適用。若結合訴訟外和解與訴撤回契約以觀，似應採肯定說（註四五）；然單就訴撤回而論，縱於處分權主義受限制之人事訴訟程序或非訟程序之聲請事件亦得撤回訴（或聲請），則似應採否定說（註四六）。依本文一貫之見解，和解與撤回契約既不可分，肯定說較可採。從而，於第三人訴訟擔當（訴訟信託）Prozeßstandschaft des Dritten（註四七），擔當人得否為有效之訴撤回契約，應視其就訴訟標的之法律關係或權利是否有處分權能而定（註四八）。就意定訴訟擔當中之選定當事人制度（民訴法四十一條以下）言，被選定之當事人若經選定人全體之同意，得締結訴撤回契約（民訴法四十四條參照）。再者，訴訟繫屬中，為訴訟標的之法律關係雖移轉於第三人於訴訟無影響（民訴法二百五十四條第一項），即讓與人不失其訴訟實施權，為法定之訴訟擔當人（註四九），讓與人得否成立和解，學說雖有爭論（註五十），然因無實體法上之處分權能，依本文所見，應不能締結訴撤回契約。此時，受讓之第三人得為訴訟參加（第五十八條）或依二百五十四條第二項之規定承當訴訟，爭執

契約之效力（註五一）。

再者，於管轄合意（民訴二四條）、仲裁契約（商務仲裁條例第二條）所適用之「確定性原則」（註五二）Bestimmtheitsgrundsatz，無足輕重於此，蓋訴撤回契約之對象已極明確，無虞致當事人於不測。關於當事人意思決定自由之保護，應為適法性判斷問題之一般（註五三）。

IV、形式要件

訴撤回契約是否應以書面為之，德國學者多主消極說（註五四），日本學者則從積極說（註五五）。後者固較能防止紛爭之派生（註五六），且減輕法院審理之負擔（註五七），然縱有書面，當事人亦可能就契約之效力為爭執，如主張無效，意思表示之瑕疵而撤銷等，法院非僅須書面審理（註五八），且也，訴訟外和解為不要式契約，獨求書面於彼，似難得平。極積說之正當化，寧求諸法有明文之訴訟法契約之規定，如民訴法二四條第二項、商務仲裁條例第一條第二項。

V、條件、期限

為相對人利益之保護，單獨行為多不許附條件（如抵銷民三三五條參照），而契約既為當事人之合意，自得約定效力發生之條件，故恒許其附條件。於訴訟行為，訴訟法契約所得附條件之範圍恒較單獨行為為大（註五九），就訴撤回契約（註六〇）而論，附停止條件

者，固無礙程序安定；附解除條件者，其條件成就於訴訟繫屬消滅前時，較無問題，若成就於其後，則因訴訟已終結，條件成就之對象既失，應視為無條件。關於期限，適用同一原則，不待言。

第三節 意思表示之瑕疵（註六一）

「訴訟行為意思瑕疵」，德國民訴學者 Schwab 譽為現今民訴法四大問題之一（註六二），關涉「當事人自由與法院職權」，「實體法與訴訟法」間之緊張與對立之關係（註六三），絕非僅具理論上探討之價值，故我國民訴法研討會亦以「基於錯誤所為捨棄上訴權之效力問題—以其捨棄是否得撤銷或無效力為中心—」為題，詳加研討，誠開展我民訴法研究之新境界（註六四）。本節所論者，雖僅限訴撤回契約之瑕疵，然為明瞭其於「瑕疵論」所處之地位，應簡賅述學說之狀況。訴訟行為瑕疵之不考慮說，自始為德國判例及學說之定論 Dogma（註六五），一九六八年 Arens 教授一反通說，以當事人及法院利益衡量之方法（註六六），詳盡分析各訴訟行為後，認訴之撤回、上訴之撤回、自認、捨棄及認諾於意思瑕疵時得撤銷（註六七）。Arens 之考慮說，除少數學者附和（註六八），遭學者激烈之反對（註六九）。迄今，不斟酌說仍為通說，即除訴訟法有明文規定（民訴二百七十九條第三項參照）外，訴訟行為之瑕疵，原則上不適用或類推民法八十六條以下之規定予以斟酌，惟有限度依民訴法之規定補

救之，其補救之方式約有（註七十）：

- （ i ）甚多訴訟行爲，尤如聲明、事實主張、證據聲明等取效行爲 *Erwirkungshandlung*，原則上，得不附理由而撤回。於有瑕疵時之「撤回」，深具民法關於意思表示瑕疵之「撤銷」之功能（註七一）；
- （ ii ）當事人之表示，如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，得經訴訟行爲之解釋，允許撤回或更正；
- （ iii ）於有拘束力之訴訟行爲（如與效行爲 *Bewirkungshandlung*），係基於刑事上應罰之行爲時，不待判決之確定，得於該當程序主張行爲之無效（註七二）或撤回（註七三）（民訴法第四百九十六條第八款參照（註七四））。

等三種，此外別無他途，遑論民法關於意思表示撤銷之規定。雖然，訴訟法契約，不在此限（註七五）（註七六）。蓋以契約之互束性，本質上不許單獨之撤回；法院外所爲之訴訟法契約，於未提出法院成爲訴訟資料前，與訴訟之關係尚未立顯，契約之當事人意思既較單獨行爲爲要（註七七），許依民法規定撤銷，於訴訟安定無涉（註七八）；且法院於契約之成立，並無確認其真意之機會，就確認其契約之效力，應同一般交易行爲處理（註七九）。有爭論者，惟主張瑕疵之期限耳。雖民法就瑕疵之撤銷或有除斥期間之設（如九十條、九十三條），然因訴訟法契約之訴訟行爲性格，其規定難同律無易，如管轄

合意，至遲須於被告無保留爲本案言詞辯論前（民訴法二十五條參照），其後之主張已無意義，爲程序安定亦不許之（註八十），易言之，訴訟狀態倘已臻於「不可溯變之訴訟狀態」*unverrückbare prozessuale Situation*，瑕疵之主張即被排除（註八一）。

由上所論，藉觀訴撤回契約。實體法契約說，自得民法相關規定有「適用」之推論，然其無保留適用之結果，或使已生訴訟繫屬消滅之訴訟，再度復生，法院必就其爭執爲審查，其有害程序之安定，並使訴訟關係人復須奔波勞苦，有違訴訟經濟，難容於訴訟法秩序，若欲爲限縮之解釋，不從訴撤回契約與訴訟之關係，其訴訟行爲性質，加以說明，難令折服。訴訟法契約說之「一體適用說」，否定撤銷之可能性，非惟忽略當事人意思之重要性，更使其較訴訟單獨行爲更不易獲救濟，而無視兩者在型態上之差異，並無足採。縱採訴訟行爲說，民法有關規定蘊含之價值，非無經訴訟法自身評價浸灌於訴訟法內之可能（註八二），是民法關於意思表示瑕疵之規定，得以「一般法律原則」適用於如訴撤回契約之訴訟法契約。從而，訴撤回契約之意思表示之瑕疵，異於單獨訴訟行爲，原則上得撤銷。有疑者，惟主張瑕疵之期限耳。民法關於意思表示撤銷之除斥期間之規定，無適用餘地，蓋其僅適用於規律靜態之生活關係，對動態之訴訟關係，應由內在於訴訟法之要求決定。嚴格之解釋，限於契約之成立成爲訴訟資料之前；法院確認之前，次之；而訴訟繫屬消滅效之發生，爲訴訟內之

限度；其後，必使已終結之訴訟，再成爲法院及當事人審理活動之對象。此「不可溯變之訴訟狀態」應指何者，頗值勘究。意思表示之瑕疵，表意時恒已存在，表意人於表示時明知或可得而知其情事，而不即爲撤銷，迨訴訟繫屬消滅後再爲主張，無加以保護之必要；若其後始知之，則難求其立時主張，然亦不能不有其限。因訴訟之成敗直接影響當事人之實體權利，較訴訟外之生活關係更具危險性，故訴訟法律關係中，當事人之注意義務較高，而負較高之責任 *erhöhte Verantwortlichkeit*（註八三），實體法寬鬆之限制（參照民法九十三條但書）無從援用，以訴訟繫屬消滅之時點爲限，似已得其平。因裁判確定時始生繫屬消滅效，故本文之以繫屬消滅爲主張瑕疵之期限，與文獻之說明相同（註八四）：當事人僅得於該當程序主張，不得其後請求繼續審判（民訴三百八十條第二項參照）。

綜上，訴撤回契約瑕疵撤銷之主張，應於該當訴訟中爲之，不許於訴訟終結後，就契約之效力再事爭執，此與訴之撤回向法院表示後即生效（註八五），若斟酌意思表示之瑕疵，類須承認訴訟終結後之爭執機會（註八六）者迥異。從而，倘原告依約有效撤回後，發現撤回之表示有瑕疵，應依訴之撤回瑕疵之處理原則解決。

第四節 一部無效

以訴撤回契約爲訴訟外和解之一條項之實態，兩者多同時成立生

效，且如前述，其要件類同，故常能同其命運，此亦合於當事人之意思，然有例外焉。最常見者，爲訴訟外和解之合法解除，因分離原則 *Trennungsprinzip*（註八七），不當然影響訴撤回契約之效力。另者，或因實體法與訴訟法評價規範之不同，無效僅及其一者，或撤銷權人僅撤銷其一；或效力未定時之同意權人僅承認其一（註八八），皆可能發生「一部無效」之問題（註八九）。以下，擬側重和解之無效、撤銷與解除對訴撤回契約之影響而論，蓋於實務較具重要性也。

I、無因性 *Abstraktionsprinzip* ？

若認和解爲債權契約，而訴撤回契約生變動效，則兩者是否處於類似債權行爲與物權行爲之關係，即亦有無因原則之適用，從而，前者之效力不影響後者。就之，應採否定說。因無因性原則要爲確保交易安全而設計，僅適用於具有財產上損益變動之關係（註九十），此既與交易安全無直接關係，訴撤回契約僅爲和解之偶素，而非其實行爲 *Vollzugsgeschäft* 故也（註九一）。關於兩者之互相影響性，毋須乞靈於備受非難之無因性原則（註九二），寧求諸締約目的及契約之功能，方爲正辦（註九三）。

II、解除

研討訴訟外和解契約之解除之先，似須究明訴撤回契約「解除」之可能性（註九四）。蓋民法解除契約之規定（二百五十四條以下），應僅適用於債權契約，即債務人有爲一定給付之義務，而因給付遲

延或給付不能，由解除權人解除契約，故除非承認訴撤回契約得生訴撤回之義務，否則，訴訟繫屬消滅之變動效既因契約之成立而發生，絕無履行與否之問題。雖本文否認義務效（註九五），然若原告不依約撤回而有遲延時，被告得據以解除和解契約，蓋訴撤回契約於交易生活既為和解之一條項，而為紛爭解決內容之一部，被告於原告不依約撤回訴訟時，除得訴訟中主張契約之締結而生變動效，為平衡雙方之利益狀態，亦得選擇行使解除權，此正如債權人遲延不給付買受物時，亦得訴求履行或解除契約然。

和解契約合法解除者，因契約所生之變動效、義務效自動消滅（註九六），發生清算關係（註九七），以回復原始之法律關係（註九八）。若係在不可溯變之訴訟狀態，訴訟繫屬消滅前解除時，清田明夫認為「依解除內容之廣狹範圍而定，若為和解契約全體之解除時，連帶使訴撤回解除；反之，除訴撤回外和解條項之解除時，有必要個別考慮。即解除當事人以欲維持訴撤回合意之效力，就此外之和解條項解除時，異於前述全體無效、撤銷或全體之解除，效力不及於訴之撤回。」（註九九）似委由解除人決定解除之效力是否及於訴撤回契約。然而，和解契約所以被解除，除合意解除外，莫不因其紛爭解決之目的不能終底於成，欲回復原始之法律關係，即由「新對等關係」回復至「舊對等關係」，此時之訴撤回契約已失其在和解中所具之「終結訴訟」功能，倘得由解除人單方決定其去留，誠難得其平，故除

當事人「雙方」皆願維持訴撤回契約之效力外，因和解之解除，訴撤回契約所生之變動效，亦如和解所生之處分效然，皆隨而消滅，且依本文所見，非因「解除」而訴撤回契約失效。

他方，訴訟繫屬消滅後始解除和解時，對訴撤回契約之效力或訴訟終結之影響，容有不同見解。或認訴撤回契約隨之失效，不生訴訟繫屬消滅效，訴訟不因而終結，從而，原告得請求繼續審判；或認訴訟既臻不可溯變之狀態，訴訟繫屬消滅效不受影響，縱被告在本案終局判決後主張抗辯（註一〇〇），應認原告不受再訴禁止效之限，而得另行起訴（註一〇一）。（註一〇二）前說係援用訴之撤回表示瑕疵之斟酌說之處理方式，因舊訴復活，前辯論之結果得為裁判資料，符訴訟經濟之要求（註一〇三），原告亦免再支出訴訟費用。反之，後者認前者之處理，惟使訴訟狀態複雜化及不明確，為利用前辯論之結果，得調閱前程序之卷宗（註一〇四）。關此論爭，顯須詳細深入研究，茲僅述其崖略耳。然若觀現行民訴法三百八十條第二項之規定，並未將解除包括在繼續審判請求之原因（註一〇五），採取後者之見解，似較穩妥並合法律之明文。至若泥於再訴禁止之規定而不許原告出於他訴請求保護其權利，則將使其不能利用實體法之解除制度，強迫原告忍受違約之狀態，是不當剝奪其正當之訴訟權，其說毫無足採。

III、和解之無效、撤銷

分離原則下，訴撤回契約與和解概念上分離（註一〇六），其效力不當然受後者之影響，抑有進者，訴訟法契約不因基礎實體法契約之無效或效力有爭執而無效，為學說所認（註一〇七），此尤然於管轄合意與仲裁約定，蓋其正為解決實體法律關係而預先規律將來之「鬭爭規則」Kampfregelein。於此是否同然，不能不有疑。蓋訴撤回契約之為訴訟外和解之一條項，實乃擔負紛爭解決之機能，當事人之意思，莫非因和解之「有效成立」，紛爭既止，現下無續行訴訟之必要，若和解無效或被撤銷，斯訴撤回契約之功能已失其基礎，容其苟存，不合當事人之意思與契約之目的，故訴撤回契約因和解之無效或被撤銷而無效。吾人試觀利益狀態 Interessenlage 相同之訴訟上和解，就和解有無效或得撤銷之原因，得請求繼續審判之規定（三百八十條第二項），更能得其明徵。再者，從民法一百一十一條所蘊含之契約法之一般法律原則，亦能確證此種具客觀意義關連（註一〇八） objektive Sinnzusammenhang、為當事人視為整體之行爲，其基礎部分（和解）之無效，將致他部無效。清田明夫從理論整合之觀點，獲類似之結論，固非無見，然其於由被告所爲之和解全體之無效或撤銷，似承認得由其將訴撤回契約除外（註一〇九），不無疑問，蓋此非當事人一方所得專擅者也。

因和解之無效或撤銷影響訴撤回契約之效力，故其事由應於審理訴撤回契約之程序提出（註一一〇），在訴訟繫屬消滅後，不得再為

主張（註一一一），與和解解除之情形不同，此無異於實體法契約。乃清田氏將和解之無效撤銷與解除同視，似認於訴訟終結後，仍得再事爭執（註一一二），頗值商榷。依本文所見，原告應於該當訴訟主張和解之無效或撤銷，不得俟訴訟終結後再否定訴撤回契約之效力。

IV、訴撤回契約之合意撤廢

訴撤回契約之當事人得成立撤廢契約（註一一三），Aufhebungsvertrag 消滅契約之拘束力，徵諸承認契約之旨趣，並無疑義（註一一四）。撤廢契約之成立，明示或默示皆可，然若被告已抗辯主張訴撤回契約，當事人得否主張嗣有撤廢契約之成立。肯定之，程序易陷於不安，法院之審理活動因而徒費，並與當事人遲延訴訟之機會，故本文傾向否定之見解（註一一五）。再者，若被告於得主張抗辯權能之狀態下，仍續為本案之言詞辯論，依其情形，得認當事人間成立默示之撤廢契約（註一一六）。

(本章註釋)

1. Vgl. Baumgärtel, Wesen, S. 79ff.。
2. 關於訴法行爲與私法行爲之概念及其區別之實益，陳榮宗，撤回，二六九頁有詳盡之說明。氏採 Rosenberg / Schwab. ZPR. §63(S.356) 之要件效果說，與本文稍有不同。
3. 參照，姚著，民訴，五二、五四頁；合著，三一頁；吳著上冊，八十頁；駱著，民訴 I，二四頁。
4. 就有民法上得撤銷或無效之原因，合著，三一頁；駱著，民訴 I 二四頁，認解釋上應類推適用民法之規定解決。
5. 此種原則上要件依訴訟法、關於瑕疵類推民法等之見解，亦爲 Schiedermaier, 兼子，合意，二六八、二六九頁所採。
6. 限制行爲能力人經法代之同意，得藉約定履行地（民訴法十二條）使履行地之法院取得管轄權，卻無法自爲有效之管轄合意，似失其平，關此，Vgl. Baumgärtel, Wesen, S. 223f.。
7. Vgl. St J/Leipold, vor 128, X, Rdnr. 241.。
8. Baumgärtel, Wesen, S. 224; Henckel, Prozeßrecht, S. 74; Konzen, S. 217. 關於限制行爲能力人未得法代同意所締結之管轄合意，Henckel, aaO.; Konzen, aaO.; St J/Leipold §38 III. Rdnr. 51; 異說，新堂，民訴法，九九頁。
9. 此爲通說，參照註八所揭文獻。
10. 第二章第三節 II (2) 。
11. 故迄有認管轄合意爲實體法契約者，Baumbach/Lauterbach/Hartmann, §38, Z, I. A.; BGH 57, 75; 49, 387.。
12. Henckel, Prozeßrecht, S. 31.。
13. Vgl. St J/Leipold, vor §128, Rdnrn 159, 238.。
14. Konzen, S. 216; 關於民訴法法律漏洞之填補，St J/Schumann, Einl. I. E, Rdnr. 92ff.。
15. 民法之若干規定，得視爲條理而補充行政法規定之欠缺，參照林紀東，行政法，三三頁以下；又關於私法規定及私法原理類推於公法契約，參照近藤昭三，行政契約，行政法爭點一〇四頁。
16. St J/Leipold, vor §128, Rdnr, 161.。
17. Vgl. H- J Hellwig, S. 42.。
18. Soehring, S. 35: im Zusammenspiel vom materiellem Recht und Prozeßrecht.。
19. 日本，研究訴訟契約最力之竹下教授，關於要件規制之部分，迄未發表；松本博之，介紹德國訴訟契約之動向時，亦自承對此研究未足，研究訴訟契約論，一四三頁及註二參照。
20. 新堂，民訴法，九九頁；另者，氏又認爲：訴撤回契約成立之際，法院無確認當事人真意之機會，關其效力，應同一般實體上交易行爲之處理，如意思表示瑕疵之處理，二三七頁，其思

- 考方式，寧係訴訟法說所為者。
21. 氏稱關於要件適用之法律為「準據法」，別出新裁，然無足採，訴取下，一〇九五、一〇九七頁參照。
 22. 前揭一〇九七頁。
 23. 三個月，全集，二八七頁參照。
 24. 同註二二。
 25. Vgl. Orfanides. S.202。
 26. Baumgärtel, Wesen, S.191,297。
 27. 擴大和解解決紛爭之功能，為立法意旨，我國民訴法固不待言，德國亦同此，Vgl. Mende, S.5f.。
 28. 參照三個月，全集，二八七頁。
 29. 參照第一章第二節(6)。
 30. 本文第四章第三節II。
 31. 案例請參林屋禮二，訴取下，新版民訴演習(昭五八年)五二頁以下：雖有訴撤回之約定，然原告已依約撤回，其後所生之撤回之意思表示瑕疵、和解契約解除之問題。
 32. 參照清田，訴取下，三四九頁，似未清晰顯示其間之差異而論。
 33. 本文第一章第三節(1)及註三十七；St J/Leipold vor §128III Rdnr 182。

34. 兩行為併存說下，訴訟法及實體法之要件應兼而有之方得為有效之訴訟上和解，主此說之姚著，民訴，三九五頁；合著，四二一頁皆未論及此；德國通說之兩性說則肯定之，Vgl. Rosenberg/Schwab §132.(S.774)；St J/Münzberg §794II. Rdnr 21。
35. 關此，參照民事訴訟法當事人能力問題，張特生等，民訴研究會第八次研討會，法學叢刊一一一期，九九頁以下。德國之發展，較近之文獻有Karsten Schmidt, Die Partei-und Grundbuchunfähigkeit nichtrechtsfähiger Vereine, NJW, 1984, 2249ff.。
36. 新堂，民訴法，一〇〇頁：合意成立後，應否為防禦行為應即時決定，以避免殘留其後撤銷之餘地。
37. 中野等編講義，三五三頁。
38. 三個月，全集，二八七頁；竹下，爭點訴取下，一五九頁；H-J Hellwig. S.95。
39. 參照德國民法一〇八條以下。
40. 因抗辯之主張亦為訴訟行為，須由無訴訟能力人之法定代理人代為之，限制行為能力人之被告若主張抗辯，自以承認契約有效為前提。
41. 日本法制下，竹下，爭點訴取下，一五九頁，認民法之代理即

- 足。
42. 關於成立訴訟外和解之權限，Münch-Komm/Pecher §779，Rdnr 14，採肯定說。
 43. Vollkommen, Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, S. 25;關於律師之功能，別讓您的權利睡著了②，二四二頁以下參照。
 44. 合著，四二三頁；姚著，民訴，三九五頁；駱永家，訴訟上和解與既判力，既判力之研究一六七頁。
 45. 竹下，爭點訴取下，一五九頁，Soehring, S. 35 ff. 亦言及訴訟法契約之處分性格。
 46. St J/Leipold, vor §128, X. Rdnr 244。
 47. 關此，駱永家，民訴 I，一〇五頁以下參照。
 48. 因訴訟擔當型態繁多，擔當人之實體法上管理處分權能強弱不一，並須考慮權利歸屬主體與利害關係人之保護，問題複雜，參照，新堂，民訴，一九二頁以下。
 49. Jauernig, §22, III 2(S.62); §87, III 2(S.301)。
 50. 肯定說，Rosenberg/Schwab, §103 III 1(S.596); Baumbach/Lauterbach/Hartmann, §265. C;否定說，Jauernig, §87 III 3。
 51. 相當於我國民訴法二百五十四條之德國 ZPO §265,有認違反基

- 本法一百零三條第一項之審問請求權而不能適用者 (Pawlowski, JZ 75, 681ff., 見 Jauernig, §87(S.301)); 通說則仍持肯定見解，Vgl. Jauernig, aaO.; Zeuner, Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilswirkungen, S.27 及 N.44。
52. H-J Hellwig, S.94; Soehring, S.36; Rosenberg/Schwab, ZPR, §66 III。
 53. Vgl. St J/Leipold, vor §128, X, Rdnr 245, N.126。
 54. Vgl. St J/Leipold, vor §128, X, Rdnr 241; H-J Hellwig, S.94, 皆為對訴訟法契約之說明。
 55. 新堂，民訴，二三八頁；中野等編講義，三五三頁；竹下，爭點訴取下，一五九頁。
 56. 新堂前揭。
 57. Vgl. Orfanides, S.18。
 58. 關於審理，本文第四章第二節。
 59. St J/Leipold, vor §128. DVI Rdnr 207; XRdnr 242。
 60. 肯定說，三個月，全集，二八六頁；竹下，爭點訴取下，一五九頁。
 61. 所謂瑕疵，指詐欺、脅迫、錯誤而言。同，松本，瑕疵，二八九頁註四；河野正憲，訴訟行爲と意思の瑕疵，民訴雜誌二〇

- 號，一〇四頁注一；柏木，北研六卷一期一八一頁則稱意思瑕疵為「意思欠缺」。又關於刑事訴訟行為意思瑕疵，曹鴻蘭，刑事訴訟行為之基礎理論，II 判決以外訴訟行為的效力，刊刑事訴訟法論文選輯一二六頁以下。
62. JuS. 1976, 69(70); dazu, Puttfarcken, JuS 1977, 493。
63. Vgl. Baumgärtel, ZZP 87, 121(127 f.); 本文第一章第二節(3)、(4)。
64. 該研究會舉行於七五年二月二十三日，其記錄於本文撰寫之際尚未公表。
65. Gaul, AcP 172, 342。
66. 此利益衡量之方法，非始於 Arens，早在一九一一年 Lehmann 即以此研究訴訟上和解：Gaul, aaO. 344。
67. Vgl. Baumgärtel, ZZP 87, 127; Schwab, JuS, 1976, 70; Arens, ZPR, §19 Rdnr 215; ders, AcP 173, 264ff。
68. 如 Wolf, Das Anerkenntnis im Prozeß (1969); Grunsky, Grandlagen des Verfahrensrechts, (1970) S.75: Vgl. Baumgärtel, Die Lehre von den Parteiprozeß-handlungen, 近大法學二一卷一號一七頁; Orfanides, S.

- 13ff.。
69. 如 Gaul, AcP 172, 342ff., 對 Arens 之書評; Baumgärtel, ZZP 87, 127ff.; Schwab, JuS 1976, 70f.; St J/Leipold, vor §128, VIII, Rdnrn 228ff., Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Grundz §128, 5 E; Jauernig, ZPR, §30 VII (S.105f.); Henckel, Klagerücknahme, S. 192 ff; ders, Prozeßrecht, S. 86; 關此，日本文獻，參照註六十一。
70. 除前註所揭文獻外，Orfanides, 23ff.; 松本，瑕疵，二九七頁以下參照。
71. St J/Leipold, vor §128, VII, Rdnr 219ff.: 德國民訴法，稱聲明之撤回為 Rücknahme，事實之表示之撤回為 Widerruf，故其相當我民訴法二百七十九條第三項之二百九十條規定「自認之撤回」，而非「自認之撤銷」，諒係以不斟酌說為基礎。反之，我國前開規定，似易致誤解。
72. 日本昭和四六年六月二五日最高裁判所第二小法廷判決，最高裁民集二五卷四號六四〇頁，認「因受詐欺或脅迫等明顯刑事上應罰之他人行為，所為之訴撤回，參照民訴法四二〇條一項五號之法意，應解為無效。」
73. RGZ 156, 70(認諾); RGDR 43, 620(上訴權捨棄);

- BGHZ 12, 284 (上訴撤回)。
74. 至於是否須具備同條第二項刑事有罪判決確定之要件，有異說，肯定說，St J/Leipold, vor §128 VII, Rdnr 226; 否定說，Schwab, JuS 1976, 71; Vgl. Gaul, AcP 172, 352f.; 松本，瑕疵，三〇一頁以下。
75. Baumgärtel, Wesen, S. 184ff; ders., ZZP 87, 128; Gaul, AcP 172, 344; Schwab, JuS 1976, 70; Henckel, Prozeßrecht, S. 76ff.; H-J Hellwig, S. 96; Konzen, S. 216f; Orfanides, S. 199ff.; Rosenberg/Schwab, ZPR §66 V (S.362); Arens ZPR, §19, Rdz 215; St J/Leipold, vor §128, X, Rdnr 243; Staudinger/Dilcher, Vorbem zu §§ 116 ~ 144, Rdnr 87; 兼子，合意，二六九頁；異說，RG Warn 1914 Nr. 2, s. Orfanides, S. 193f.。
76. 早期認訴訟契約為實體法契約之見解，當肯定民法關於意思表示瑕疵有其適用：Orfanides, S. 192。
77. Schiedermaier, S. 149 (引自Orfanides, S. 196, N. 35); 又氏以為契約為當事人所形成之鬭爭規則 *Kampfregelein*，在未進入鬭爭狀態 *Kampfsituation* 前，無如單獨行為嚴守表示之必要。

78. Baumgärtel, Wesen, S. 224f.; Konzen, S. 217; Henckel, Prozeßrecht, S. 77。
79. 新堂，民訴，二三八頁；兼子，合意，二六九頁。
80. 關於管轄合意瑕疵主張之期限，學說有三：(1)訴提起前(2)對原告，訴提起前；對被告，本案言詞辯論前(3)本案言詞辯論前，Vgl. Orfanides S. 207f.。
81. Vgl. Orfanides, S. 197f., 207f.。
82. Vgl. Baumgärtel, Wesen, S. 278。
83. Gaul, AcP 172, 344f.; Baumgärtel, ZZP 87, 129; Vgl. Orfanides. S. 17f.。
84. 三個月，全集，二八六；竹下，爭點訴取下，一五九頁；同，訴取下契約，七八頁。
85. 有時雖須經被告之同意始生撤回之效力，但其撤回於陳述時即已生效，不因被告未同意而得復行撤回（六七年度第八次民庭推總會決議參照）。
86. 參照，柏木，紹介 Arens 瑕疵，北研六卷一號一九一頁以下。
87. 本文第二章第四節 III(2); H-J Hellwig, S. 93。
88. 本章第二節 II(2)。
89. 民法之一部無效（一百十一條），指法律行為之一部無效，此

爲二概念上分離之契約，其一無效，用法有異。

90. Vgl. Larenz, AT §18 II, S. 318; Flume, Rechtsge-
schäft, §12 III, S. 176f.
91. Vgl. H. J. Hellwig, S. 93; Schlosser, Paiteihand-
ln, S. 56雖亦認無因原則無適用於民訴法之餘地，然其否定
者，爲如撤回上訴義務與撤回行爲間之無因關係，從而，因撤
回上訴契約之成立，負擔者（上訴人）已爲撤回之表示，若一
造報告締約之事實於法院即生撤回上訴之效力。
92. Flume, aaO, §12 III, 4.
93. 如管轄合意或仲裁契約不因私法契約之無效或撤銷而受影響，
合著，三一頁；Staudinger/Dilcher §139, Rdnrn 22, 23
；Flume, aaO., §32.6(S. 583)；StJ/Leipold, §38III,
Rdnr 57；StJ/Schlosser, §1025 VI, Rdnr 35。
94. 清田，訴取下，三五二頁，論及撤回「解除」與和解之關係。
95. 第二章第一節 III。
96. 本文第二章第四節 III(2)參照。
97. 本文第二章第一節 I 參照。
98. Vgl. Münchkomm/Pecher §779, Rdnr 24。
99. 訴取下，三五二頁。
100. 本文第四章第三節 II 1.。

101. 竹下，爭點訴取下，一五九頁；林屋，訴取下，五九頁：判斷
「同一之訴」，尚須考慮訴之利益及必要性是否相同。
102. 參照清田，訴取下，三五三頁。
103. 柏木，紹介 Arens 瑕疵，一九二頁參照。
104. Baumgärtel, ZZP 87, 128f.; 合著，三二五頁並謂：「
撤回訴訟後其訴訟卷宗，尤其調查證據之筆錄，仍得於他訴訟
作爲書證之用。」
105. 我國通說亦否認解除得爲請求繼續審判之原因，合著，四三〇
；姚著，民訴，四〇一頁；吳著，八三六頁。
106. 三個月，全集，二八七頁：「訴撤回契約之無效，不當然影響
和解之效力」，但未言及影響之可能性。
107. H-J Hellwig, S. 99；三個月，前揭。
108. Vgl. Münchkomm /Mayer-Maly, §139, Rdnr 7；Larenz.
AT §23 IIa。
109. 訴取下，三五二頁。
110. 清田，訴取下，三五〇頁似同此旨。
111. 參照本文第四章第二節 II。
112. 清田，訴取下，三五三頁。
113. 亦有譯爲合意解除者；關於民法之撤廢契約，Vgl. Larenz
，SchRI, §19 II(S.251f.)。

114. H-J Hellwig, S.97f.。
115. 單獨行爲之訴之撤回，於向法院表示後，縱被告未同意或法院未確認撤回合法，亦不得復行撤回（參照最高法院六七年八月八日民庭決議）。
116. 第四章第一節(3)，2。

第四章 法律效果

訴撤回契約若未因前章所揭事由而克保其全，所得生之法律效果，即具生效要件、無瑕疵、未經合法解除者所應有之法律效果，爲本章欲論者。意欲效經實定法肯認後，當然成爲法律效果之最主要者，訴撤回契約之訴訟繫屬消滅效，固不待言，然其在訴訟中發生之型態尙待研究。再者，訴撤回契約既爲公法契約，則其非尋常私法債權契約可比，具濃厚之公益性，有若干訴訟法基於公益考慮所附隨之法律效果，亦不得或忽。雖然，爲發生法效尙須將締約之事實帶進訴訟中，即須提出於法院，但是，應以何種方式提出，亦非無異說，且也，法院應如何審理，皆須論及，惜乎，撰者乏實務經驗，是僅能從學說中提出若干問題以待高明。以下，擬先論提出之方式，法院之審理，再論及法律效果。

第一節 當事人之提出與證明

訴撤回契約雖原則上於締約時生效，然爲於訴訟中生影響力，至少須將締約之事實引領至法院前，使知悉而能斟酌。稱由當事人爲此媒介之行爲爲「當事人提出」（註一）。提出之行爲，不僅於民事裁判事實資料之蒐集極關重要，就凡於訴訟外締結之訴訟法契約在訴訟中

欲生效，亦無二致；即令依鄉鎮市調解條例成立之調解，欲生「訴訟視為撤回之效果」，依本文所見，亦不可欠使受訴法院知悉之資。訴撤回契約，當非參商。法院知悉締約之事實，或因被告對原告續行訴訟認違反訴撤回契約而表示異議；或緣當事人之主張；或雙方雖非明示主張，然法院從證據調查結果所獲得之資料（證據資料）得知（註二）。於何種情形得在訴訟中生訴訟法效，學說不無爭論。德日通說咸認須由被告以抗辯方式主張（註三）；竹下守夫則主由原告或被告主張皆可（註四）；Schlosser 以為除有對待給付，須以抗辯方式主張（註五）外，任一造報告締約事實於法院即可（註六），不論報告者是否有意導出一定法律效果或「權利」（註七）。Baumgärtel 及柏木邦良則激烈反對 Schlosser 之見解（註八），而固守抗辯說。此論爭雖不若法性質論之激烈，然關乎訴訟法契約之基本問題，本文不能不先有所論。其先，須瞭解抗辯說、主張說及報告說之意義及不同；再而，論其論爭之實益，以導本文之立場。

I、抗辯說之意義

不論實體法說或訴訟法說，主抗辯說者皆占絕對優勢。除 Barz 之實體法抗辯說外，類可歸入訴訟法抗辯說中，推原其故，無非分離主義思想下，非訴訟抗辯無由生訴訟法效也。因實體法抗辯說唱和者少，茲僅論訴訟法抗辯說之意義。前已屢言，契約苟欲在訴訟中生效，其締約之事實須帶進法院，當然，法院不得職權探知其事實（註九

），然則，何以須藉抗辯之方式主張，其與單純主張有何不同，實益何在，抗辯說者語焉不詳，本文故應先澄清確定。

(1) 訴訟法意義之抗辯 Einwendungen

訴訟法意義之抗辯，最廣義得解為當事人所有之防禦主張（註十），包括屬於訴訟法及實體法之事實（註十一），通常則指得對抗訴訟上請求之實體法上事實，可分權利障礙事實 Rechtshindernde Tatsache、權利消滅事實 Rechtsvernichteride Tatsache 與權利排除事實 Rechtshemmende Tatsache 三者（註十二），能使訴遭無理由駁回或受限制（如以同時履行為條件之判決），為實體法上反對規範 Gegenorm 要件事實之主張，非權利之行使或主張。就權利障礙及消滅事實言，在主張共通原則下（註十三），縱由原告主張，不待被告主張援用，法院亦得採為判決之基礎（註十四）。若認彼訴訟上抗辯說即指此，則不論原被告何造提出訴撤回契約成立之事實，不問被告是否有意生訴訟繫屬消滅（或訴不合法駁回）效，法院皆應斟酌（註十五），不應僅許被告「以抗辯方式主張」，故其抗辯應另有所指。

(2) 實體法之抗辯權 Einreden

抗辯說中，僅 Barz 主實體法抗辯權，其餘顯非此屬，然兩者之關係，似有略述之必要。蓋若此抗辯非單純契約成立事實之主張，則

吾人須思及其為「抗辯權主張」之可能，從而，實體法抗辯權足堪參比。實體法抗辯權由前述權利排除事實而生，或為永久、或為一時之排除實體權利之裁判上行使，或限制其行使，其性質為拒絕給付權 *Leistungsverweigerungsrecht*，反對權 *Gegenrecht*（註十六）。既為權利，須由權利人行使方生效，乃與權利障礙及消滅事實（註十七），惟一不同之處。通說認其行使不限於裁判上為之（註十八），且視抗辯權為形成權，足以排除或限制請求權之實現性 *Durchsetzbarkeit*（註十九），抗辯權人若已於裁判外行使，則不論何造提出抗辯要件 *Einredetatbestand* 及曾主張抗辯權之事實，皆能發生效力，與訴訟上抗辯無以異（註二十）。依通說，若抗辯權人嗣於裁判上明白表示拋棄抗辯權，則因實體狀態已因抗辯權之行使而形成，故惟有解為當事人合意回復形成前之狀態。Larenz 反對此種見解，認為抗辯權係形成「訴訟」之手段，抗辯權人得於言詞辯論終結前決定行使或不行使（註二一），訴訟前主張抗辯權之事實僅係欲於訴訟中行使之間接事實（註二二），是否生排除權利之效果，有待訴訟中之決定，意思不明時，法院應行使闡明權。在抗辯權人明示不援用抗辯權時，兩說雖皆認無權利排除效，但後者似較符合抗辯權之機能及在裁判之意義，本文踴之。

因而，若認抗辯說之「抗辯」，具有對抗違約續行訴訟之反對權利之性質，則不僅係契約成立之事實，被告之意思極關重要，即其是否

有意藉抗辯權之援用對抗原告，而生一定之效果（訴不合法駁回或繫屬消滅效），法院應認定之，故要求由被告提出抗辯。理論上，締約之事實（抗辯要件）亦得由原告提出，而由被告主張抗辯；衡諸實際，抗辯之援用與事實之提出似難嚴分，抗辯說所重者，應係被告之意思，而非何方提出契約成立之事實（註二三）。

(3) 訴訟障礙事項 *Prozeßhindernisse*

類似實體法抗辯權之須抗辯權人抗辯者，訴訟要件中，有所謂「訴訟障礙事項」。就中，以商務仲裁條例第三條所規定之：「仲裁契約，如一造不遵守，而另行提起訴訟時，他造得據以請求法院駁回原告之訴。」為最典型無異說（註二四），即訂有仲裁契約而逕行起訴者，法院不得依職權調查，須由被告提出訂有仲裁契約之事實。至若發生訴駁回效果之被告提出行為，我國學者或稱「主張」、或稱「抗辯」，且似有認「主張」與「抗辯」可互用之傾向（註二五）。茲不能無疑者，其主張或抗辯應表明至何種程度，僅須提出仲裁契約成立之事實；或尚須欲「據以請求法院駁回訴訟」；倘前者已足，在主張共通原則下，事實之提出似無庸限定被告為之。德國ZPO一千零二十七條 a 雖僅規定須由被告主張 *beruft*，法院不得依職權調查，學說則多解為應待被告提出異議 *Rüge*（註二六），Schlosser 教授亦認此抗辯 *Einredeobligation* 須足表明被告之反對實體判決由受訴法院作成之意思（註二七）。抑有進者，通說咸認訴訟障礙事項為同法二八

二條第三項，二九六條第三項之所謂「關於訴適法性之異議」，未遵時提出者，原則上被排除（註二八）。本文認為障礙事項所以與其他訴訟要件不同，要因前者與公益無關，故尊重被告之決定，法院不加干涉。因而，其有類似實體法抗辯權之機能，被告某程度得藉抗辯之提出，表明其反對原告違約使用訴訟制度之意思，單純之主張締約事實尚有未足，若被告提出時，法院應行使闡明權確定被告之意思，蓋縱提出締約之事實，被告仍得拋棄其異議權也（註二九）。從而，縱未到場之被告於準備書狀有仲裁契約成立之陳述，法院仍不得逕駁回原告之訴（參照民訴法三八五條第二項、商仲條例第三條）。

本文所以不憚詞費於此者，乃仲裁契約亦為訴訟法契約，若能究明仲裁抗辯之性質及訴訟上處理，當有助於吾人解決訴撤回契約之問題。所待檢討者，僅兩者是否有不同要求之正當根據（註三十）。

綜上說明，抗辯說之「抗辯」，非訴訟法意義之抗辯，性質上類似仲裁契約之抗辯。而此抗辯係作為對抗續行訴訟原告之「手段」，故非單純訴撤回契約締約事實之主張，而具異議權之機能。反之，苟以事實之主張為足，則於主張共通原則下，似無理由僅限於由被告提出。

II、反對說

對通說要求以抗辯方式使訴撤回契約於訴訟生效之見解，Schlosser 教授質疑之。氏雖認訴訟法契約得生直接效，但法院仍不得

職權探知契約存在之事實，惟於當事人之一造報告締約之事實時，法院始得斟酌其直接效（註三一），然其反對通說之以仲裁契約之抗辯主張為所有訴訟法契約之典型，而認僅須如管轄合意之以報告締約之事實之方式法院即得加以斟酌，即不待異議，法院因當事人之任造之行爲，縱係因提出定型化條款而知有管轄合意，法院即應斟酌。雖有稱此為職權調查者（註三二），然 Schlosser 認其仍與一般之職權調查，如二重起訴、訴訟能力等情形不同（註三三）。其理由略有：

(i) 既從訴訟法觀點肯定契約之適法性，何以須藉諸如惡意抗辯等手段，使於訴訟中生效；

(ii) 如在管轄合意，法律並未規定須由被告以抗辯方式主張締約之事實，僅須任一造之提出行爲即可生直接效；

(iii) 報告行爲與抗辯主張實際上區別甚微，蓋通常皆為受益人提出契約存在之事實；

(iv) 原則上，受益人無不願法院斟酌契約之效果；（註三四）

(v) 因報告行爲所生之直接效亦得拋棄，對抗出爾反爾之負擔者之行爲，無庸以惡意再抗辯 *Replik der Arglist* 對抗，誠信原則即能解決適用之問題；等等

從而，認為訴訟法契約並無直接效，而僅能藉抗辯主張之方式發生訴訟法效之通說，係缺乏依據（註三五）。在訴撤回契約，原被任

一造報告締約之事實於法院時，訴訟狀態極爲了然，故無待被告提出抗辯，法院即得加以斟酌（註三六）。

III、本文之見解

(1) 反對說之意義

吾人若比較 Schlosser 與竹下守夫之見解，實難發現若何重大之區別。蓋後者認爲無論「原告或被告何造於言詞辯論主張契約成立之事實，即生訴訟繫屬消滅效。」；前者亦認「當事人之一方報告契約之締結時，法院方得顧慮所謂直接效之訴訟法契約。」與抗辯說不同者，惟是否須經被告以抗辯方式主張一點。Baumgärtel 與柏木認 Schlosser 主張法院應依職權調查，從而反駁之（註三七）。依撰者個人了解，Schlosser 強調者似非法院應職權調查訴訟法契約締結之事實，且無此明示之主張，寧係反對須待被告之抗辯法院方得審酌。爲正確理解 Schlosser 之所說，必須回溯德國學界就實體法抗辯權在訴訟法上所生問題之論爭，就之，氏早在一九六六年以「德國民法上獨立之滅卻抗辯及形成權」爲題，異於通說，認若請求權附有滅卻抗辯，不論抗辯權人是否主張其抗辯權，當構成抗辯之事實提出法院時，法院即應加以斟酌（註三八）。姑不論彼是否於法有據（註三九），此「報告說」顯係貫徹前說之主張。縱以前述德國通說爲基礎，就已於當事人間已生效之訴訟法契約（有如既經抗辯權人訴訟外行使時效消滅之抗辯權），何以不能因提出締約之事實於法院於訴

訟生效，而必待被告之抗辯主張（不論何造提出罹於時效之事實，及被告曾於裁判外行使之事實），法院始得斟酌。抗辯說若認「抗辯」僅係將契約效力帶進訴訟之方式（註四十），則其論據顯無說服力。此外，Schlosser 亦未言及與主張責任之關係（註四一），蓋若無人主張締約之事實，受益人（被告）仍負主張責任，原告提出締約之事實法院亦得斟酌，似非意味「主張責任之減輕」。再者，關於締約之事實之當事人自認或不爭執，即其要證性 Beweisbedürftigkeit，是否拘束法院（註四二），氏無論及，遑論證明責任之誰屬。從而，本文認對反對說之批判，或出於未明瞭抗辯與主張之區別，或忽略其說所強調者而攻其不意。實則，抗辯說容有更堅實之論據而未經彰顯。

(2) 抗辯說之論據

爲明採抗辯說之所以，須略事檢討就提出方式法有明文之管轄合意及仲裁約定之立法意旨。兩者爲訴訟上當事人自主原則之表現，德通說之以前者爲職權調查事項，本文認爲非因管轄權之有無係訴訟要件（註四三），寧係其 Z P O 三百三十一條第一項第二句規定：「依二九條第二項、三十八條關於法院管轄之提出，不適用之。」即管轄合意之主張，於原告聲明對缺席之被告爲缺席判決時，不適用自認之規定，其立法目的顯係貫徹一九七五年關於管轄合意之修訂意旨，以保護經濟弱者（註四四）。我國學說似未言及，然若僅有合意管轄事

實之提出；或向因違反二十四條規定而約定無效之法院起訴，而被告不抗辯法院無管轄權而為本案言詞辯論時，法院似無庸自擾，故本文認為就合意管轄之存否，法院除於專屬管轄事件外，不須職權調查，待被告提出「抗辯」已足（參照民訴法二五條）。在仲裁約定，因法之明文，更應由被告「據以請求法院駁回」，否則，縱有約定之事實，法院仍不得逕行斟酌。在法無明文之訴撤回契約亦應若是。蓋其為處分權主義下之表現型態，是否繼續利用強制解決紛爭之訴訟程序，與公益並無直接關涉，界以抗辯權作為異議之手段，已足保護受益人（被告）之利益及符合其意思，使其得能某程度自由決定行使與否。此等制度之設計，非惟見諸仲裁抗辯等訴訟障礙事項，於實體法抗辯權及當事人責問權上，亦為同氣連枝。故以抗辯方式主張，符合訴訟法規範評價。

抑有甚者，主張抗辯說之重要理由，乃抗辯能使當事人依程序之進展、情事之變更遂行訴訟，順應訴訟動態之發展（註四五）。蓋訴訟法既容認訴撤回契約之適法性，應予撤廢之機會。通說視被告不主張抗辯（無異議應訴 *rüglöse Einlassung*）為原告要約撤廢 *Aufhebung* 訴撤回契約之承諾，而認有反對行為 *actus contrarius* 之存在（註四六）。雖則 *Schlosser* 亦肯定當事人亦有撤廢之權限（註四七），然就貫徹當事人意思言，其未慮及當事人之意思，由單純之報告行為發生效力，顯遜於抗辯說。實則，*Schlosser* 不得不承

認因報告行為即得斟酌，或有違當事人之意思，而例外依抗辯方式主張，如被告未提出對待給付之情形是也。關此，抗辯說既已兼顧（註四八）。

(3)主張與證明

訴撤回契約之抗辯，其性質類似訴訟障礙事項抗辯（註四九），惟被告有權主張之。被告行使抗辯而原告自認訴撤回契約成立之事實，自無庸證明（辯論主義）；反之，於其事實有爭執時，被告須證明之（註五十），此於仲裁抗辯初無二致。雖提出抗辯，而未能證明締約之事實時，當不生訴訟繫屬消滅效。於以對待給付之提出為條件時，因未提出前，契約停止條件未成就，抗辯權自未發生，原告得提出再抗辯 *Replik* 對抗被告抗辯之主張；被告提出對待給付而原告仍不撤回訴訟，法院自得因被告之抗辯斟酌契約之效力。又於主張共通原則下，契約成立之事實亦得由原告提出，不須主張自己援用，被告僅須抗辯。此外，有應注意者：

1.前揭說明，不因訴撤回契約之默示成立而有異。當事人若就為訴訟標的之權利或法律關係為訴訟外和解，尤可能寓有默示之訴撤回契約，但此僅為間接事實，依其情形，尚須有其他足認有合意撤回之事實，蓋當事人之意思，或希望得有既判力之實體判決而非訴訟判決也。故而，被告就成立訴訟外和解之間接事實雖不負主張責任，但就當事人已默示成立訴撤回契約之事實仍須負主張責任，並仍須以抗辯方

式主張。當事人提出和解契約於法院，而法院發現可能有默示之訴撤回契約時，於被告未以抗辯方式主張前，仍不得斟酌。或為避免實體審理之徒勞，使訴撤回契約之效力儘早發生，似可由法院職權介入，改變審理之方向（註五一），此種見解，固符合訴訟經濟之要求，在前揭反對說下，尤易達成。然依本文之抗辯權說，被告抗辯之主張，為法院審酌之前提，縱有默示之合意存在，亦同。有待探討者，寧為法院闡明權行使之界限。

2.若被告於得主張抗辯權能之狀態下，仍續為本案之言詞辯論，依其情形，可認有默示撤廢契約之成立，倘嗣後再為主張，原告得提出再抗辯，此從民訴法一九七條之類推亦能得相同之結論（註五二）。倘被告雖非明示抗辯訴撤回契約之成立，僅主張關於訴訟外和解之內容，法院應斟酌具體情形，觀其是否有主張抗辯之蛛絲馬跡，依其情形，並應行使闡明權，確認被告之意思。

3.原告提出訴撤回契約成立之事實時，依其情形，可認有撤回訴訟之意思，若有此意思，逕依訴之撤回規定處理，毋須再經被告同意，蓋從訴撤回契約之締結可推知；然若原告不能證明有締約之事實，被告既不提出抗辯又不同意撤回時，仍無由合法撤回訴訟。

4.若被告經合法傳喚未到場，原告縱提出契約成立之事實，除被告已有抗辯之陳述外，尚未能生訴訟繫屬消滅效。

5.抗辯最遲應於判決確定前提出，無待贅言（註五三），然得否於

法律審主張，不無疑問，竹下氏肯定之（註五四）。但訴撤回契約與一般訴之撤回究有差別，後者為單獨行為，撤回合法性得僅為書面審查；前者為契約，且通常與和解契約同其命運或受其影響（註五五），關於契約之成立與否，並須經言詞辯論，以此與實體法律關係有密切關連之特性，本文採否定說（註五六）。

6.因訴撤回契約非成立於法院之前，為程序明確化及使當事人及其他利害關係人確知，契約成立之事實之主張及抗辯之提出，應於言詞辯論期日為之，不許於期日外及準備程序中主張（註五七）。

7.當事人就為訴訟標的之法律關係，已依鄉鎮市調解條例成立調解並經法院核定者，依同法二十五條視為撤回起訴，無待另有訴撤回契約之訂立，及被告抗辯之主張，法院知悉其情事時，即生撤回之效力，其處理方式，近於 Schlosser 所主之反對說，固不待言。

第二節 法院之審判

法院於被告提出訴撤回契約之抗辯時應如何處理，乃先於法律效果應探討者。反對說之 Schlosser 認為訴撤回契約之成立得生訴之撤回相同之效果，於當事人報告訂約之事實於法院時，法院應同訴之撤回之處理（註五八）。雖在法效方面，儘同於訴之撤回，較符合當事人之意思（註五九），然兩者在成立上既有差異，為確保程序之安定性及明確性，使訴訟關係人得明確知悉訴訟狀態之發展，於訴訟上

處理不能不有別。此差異或可謂係起因於兩者之本質，然尚未足使訴撤回契約成爲私法行爲（註六十）。以訴訟事項之變化萬端，不克鉅的靡遺，惟述其大較耳。

I、審理

訴之撤回爲對法院所爲之意思表示，當事人就撤回之合法性生爭執時，多僅須爲書面審理；而訴撤回契約非成立於法院前，法院無確定真意之機會，且契約之效力常與和解等實體法律關係有關，爲程序明確及使關係人確知，法院之審理，適用言詞審理及直接審理主義。

(1)審理之正當化

若訴撤回契約於成立時，在當事人間即生效力，提出爲其效力在訴訟中展開之形式要件，則被告抗辯主張時，應即生訴訟繫屬消滅效，法院因無審理與裁判之餘地。對此疑點，本文不能無有說明。

訴之撤回（民訴法二六二條）爲形成訴訟之行爲 *gestaltende Verfahrenshandlung*（註六一）。理論上，於生效時即生訴訟繫屬消滅效，法院應無爲任何審理之餘地。衡諸實際，訴之撤回是否合法，法院應依職權調查，當事人間生中間爭執時，法院如認撤回合法者，應以裁定駁回當事人就訴求爲辯論及裁判之聲明（註六二），故縱有合法之撤回，法院非恒無審理活動之必要。蓋以訴訟乃動態之法律關係，訴訟主體須因應此變動不居之程序而爲一定之行爲，非如靜態實體法之形成權，因其行使，瞬即生法律關係變動效（註六三）。此

於訴撤回契約毫無以異。意欲效之訴訟繫屬消滅效，雖經被告之抗辯進入訴訟中，然非立生其效，法院因抗辯之主張，朝向另一審理活動，即暫離形成判決之工作，與當事人共同致力於是否如意欲效之內容生訴訟法效之審理，爲此，展開一連串之程序，而以訴訟繫屬之消滅爲審理之目的。若認契約有效，爲法安定性及明確性之要求，由法院以裁判之形式確認之，並予當事人以聲明不服之機會，洵合事理之平。故而，究係因裁判宣示（註六四），或因被告之主張而生訴訟繫屬消滅效（註六五），並無爭論實益。且也，縱訴訟繫屬實際上須迨判決確定始消滅，亦不容否定契約本身之效力（註六六），蓋法院之此種審判，係因契約之拘束力經訴訟法承認之結果也。又因訴撤回契約與訴之撤回不同，法院於當事人間無爭執時仍須以裁判確認，非得謂與訴之撤回之規定不能相調和（註六七）。

(2)提出與闡明

關於訴撤回契約之審理，非僅始於被告明確抗辯之主張。我國因不採律師強制主義，當事人多無律師之輔佐，常未能盡其攻擊防禦之能事，爲符合訴訟狀態之聲明與主張，故法院闡明權行使，於關於訴撤回契約之審理，亦爲不容割捨之問題。而闡明活動，係因當事人之提出行爲而發，無待言。

若訴撤回契約訂明於訴訟外和解，被告亦明白主張抗辯，較無問題。然因我國不採律師強制主義，和解之成立亦多無法律專家之協助

，契約之條款未必明確無疑，不諳法律之當事人亦非皆曉訴撤回契約之法律效果及主張之方式，為促成當事人之意思，達成和解制度解決紛爭之功能，審判長如一般本案審理然，有行使闡明權之必要。例如被告雖未明示主張抗辯，但提出訂有訴撤回之約定之和解契約書，請求駁回原告之訴；或法院因當事人提出之和解契約，認有默示之訴撤回契約，而被告僅以和解之實體事由為抗辯。若執前節(3)之說明，因無明示之抗辯主張，法院無進行訴撤回契約有效性之審理之餘地。如此，將使承認訴撤回契約適法性之意義，大打折扣。故依其情形，法院應行使闡明權（民訴法一九九條二項參照）。蓋抗辯之主張亦可能為默示（註六八），例一即為適例，此時，法院應行使闡明，確認其意思。易言之，法院若從被告之提出，得認有抗辯主張之依據 Anhaltspunkt（註六九）時，即應為闡明。然無此依據時，應如何處理，因對闡明權行使範圍之見解之差異，容有不同看法。就時效消滅之抗辯，法院得否曉諭當事人提出，在德國極有爭論（註七〇）。苟以彼論此，認法院不得為抗辯權 Einrede 提出之闡明，似為穩妥之見解（註七一），即應採否定說，以免失公平審理及中立性之要求（註七二）。雖然，吾人不容或忘我國之本人訴訟盛行之實態，德日學說亦認於本人訴訟，法院闡明之必要性較大（註七三）。從而，除得從寬認定被告抗辯主張之意思外，於未有律師代理之情形，強化闡明之範圍，准許審判長為抗辯提出之闡明，非不可考慮，惟應注意審理之公正性及中立性耳。

由上可知，關於訴撤回契約之審理，非必俟被告明確抗辯之主張始得為之。

(3) 審理之進行

於確定被告有主張抗辯之意思後，法院應就訴撤回契約之效力為審理。因其效力可能受訴訟外和解之影響（註七四），有時並應審酌後者之效力。關於本案請求有無理由之審理，則須暫置一旁。從民訴法二六二條訴之撤回規定之旨趣，法院不應以本案審理將結，拒絕關於訴撤回契約效力之審理。又原告對否定契約效力之要件事實，如無效、被撤銷、和解經解除等事由，應負主張責任。當事人若有延滯訴訟之意圖，或有重大過失，逾時始行提出攻擊或防禦方法者，法院得駁回之（民訴法一九六條第三項），於此亦有其適用。但應注意成立默示撤廢契約之情形（註七五）。關於訴撤回契約之審理，或將延緩訴訟之進行，但從積極方面言，其亦能顯著縮短程序（註七六），除有意圖延滯訴訟之情形，法院不應遽以駁回。

為訴訟關係之明確化，並使訴訟關係人知悉審理之意義，法院於被告提出抗辯後，應顯明審理之目標，諭示審理結果對訴訟可能之影響，使當事人於計算可能性充足之前提下，得盡攻擊防禦之能事。易言之，應於審理明確性及不違反當事人期待可能性下，進行審理，以免造成突襲。若法院因調查證據之結果得有積極之心證（民訴法二二二條），不妨公開之。

II、裁判

法院於審理後，若認訴撤回契約不生效力，應續為本案審理；倘得積極之心證時，有認法院毋須為裁判，僅須如訴之撤回合法處理（註七七）。依鄉鎮市調解條例第二十五條規定，訴視為撤回者，「法院適用鄉鎮市調解條例應行注意事項」第七條規定：「不問被告已否為本案之言詞辯論，均無須得被告同意，即生撤回之效力，書記官應即報結並通知當事人。」（註七八）亦採不經裁判終結之形成（註七九）。在訴撤回契約，為程序明確之要求，法院應以裁判之形式確認之。至若法院應為何種裁判，不無爭論。德日通說（私法行為說）皆認法院應為訴不合法駁回之訴訟判決（却下判決），蓋此為「惡意抗辯」或「無權利保護必要」之結果。訴訟行為說，或認法院應以判決宣示「訴訟因撤回而終結」（註八十）；或宣示「訴因訴撤回合意而終結」（註八一）；或為「視為撤回」之判決（註八二）。發生訴訟終結效之訴訟判決，為諸說所同者，取捨之間，似無大別，然若於主文得知訴訟係因訴撤回契約而終結，較滿足訴訟狀態明確化之要求，本文肆之。至於宣示「視為撤回」或「因撤回而終結」之判決，顯示訴之撤回之擬制（參見強制執行法一百三十條），理論上於承認訴撤回義務發生之實體法說較為可通，卻難容於訴訟法說。當然，主文僅記載「原告之訴駁回」，而於判決理由中表明訴訟因撤回契約而訴訟終結亦可。法院審理之結果，若認契約不生效力，得於中間判決宣示

，或於終局判決理由中表示（民訴法三八三條參照）（註八三）。

前揭判決非實體判決而為訴訟判決，然於確定時，依竹下氏之見解（註八四），就訴訟繫屬消滅有確定力，當事人以後不得為相反之主張，從而，訴撤回契約無效、得撤銷等原因之主張亦被前確定判決遮斷（註八五）。

再者，我國通說雖認撤回若合法，應以裁定駁回繼續審判之聲明（註八五a），於訴撤回契約，應不在此限。蓋訴之撤回合法性之審理，多僅須為書面審理，故以不經必要言詞辯論之裁定、抗告程序處理已足，似非因訴已因撤回而終結，故無為判決之餘地。德日之審判實務亦以判決表示撤回之合法（註八五b），可證裁判之形式僅為實務之運用，與理論無關。反之，因訴撤回契約之審理須經言詞辯論，以判決宣示訴訟終結，當事人方能提起上訴請求救濟，訴訟權之保障較週。本文採訴訟判決說以此。

第三節 訴訟法效

因當事人約定撤回訴訟，故除訴訟繫屬消滅效外，其他法律效果，儘可能與訴之撤回相同，應符合當事人意思及締約目的。

I、訴訟繫屬溯及消滅效

因法院宣示訴因訴撤回契約而終結之判決確定，生最主要之訴訟繫屬溯及消滅效，此當係以契約之意欲效為基礎。關於反訴不因而失

效（民訴法二六三條第一項類推），及其他有關問題，與訴之撤回並無大異，茲不贅（註八六）。

II、再訴禁止效

依我國民訴法二六二條第二項之規定：「於本案終結局判決後將訴撤回者，不得復提起同一之訴。」採再訴禁止主義（註八七）。茲欲探討者，乃訴撤回契約是否有此規定之適用。同採斯主義之日本法制下，幾無否定見解。通說之實體法說，雖同（註八八），然訴訟判決係因誠信原則之違反或權利保護必要消滅所生訴訟上抗辯主張之結果，與訴撤回契約或訴之撤回無關，若肯定再訴禁止效，說理欠圓通（註八九）。再者，第二審法院所為之訴不合法駁回判決後，原判決之妾身難明，當然無效乎，得撤銷乎，兩者皆乏依據，蓋依通說似不生訴訟繫屬溯及消滅效，原判似難認有何不當，若是，原判決（可能為實體制判決）仍殘存，故通說之處理不無瑕疵（註九十）。對此，上村答辯曰：法院所付出之努力，結局亦是因當事人之行為而無效，故與訴撤回之情形實質上無不同，故可類推適用二三七條第二項（註九一）。其辯白顯自承訴撤回契約之重要性，此正為訴訟法說所強調者。因而，惟有承認訴訟因「訴之撤回」或「契約」而終結，方得導出再訴禁止效。此極顯然，無待深論。於訴訟法說，斯亦為事理之必然（註九二）。以下，略述若干特殊問題：

1. 訴之撤回，若於本案終結局判決後為之，生再訴禁止效，固無問題

。於訴撤回契約，則有不同解釋之可能，例如得以契約成立、抗辯之主張、或法院之確認為基準，決定是否生再訴禁止效。本文認為應以抗辯主張為準。蓋契約成立本身，在未以抗辯方式主張前，尚無能於訴訟中生效，惟抗辯之主張方使契約於法院獲訴訟程序之意義，即使訴訟程序朝訴訟繫屬消滅效果之發生之目標而發展。法院所為訴訟終結之判決確定，訴訟繫屬即歸消滅，同時，終局判決亦失其效力，此與本案判決後之訴之撤回無分軒輊。法院之確認，或於當事人有爭執時，認定抗辯要件（訴撤回契約成立之事實）；或使訴訟關係明確化，訴訟繫屬消滅效初非因法院確認之行為而生。正如訴訟外形成權之行使，其積極之認定並非法律關係變動之原因然，故亦不得以確認時點為準，此與於訴之撤回有爭執之情形，亦係以撤回之行為為準，非以被告同意或法院之裁判確認時為繩，毫無以異。

2. 承認訴撤回契約得生再訴禁止效，是否會使妨止濫訴之規定，「成為得由被告或法院可任意擺佈之制度」。陳榮宗教授認為：「若法院於判決後尚未確定前，始認定撤回訴訟合意之事實時，原告不得再起訴，若法院於判決前認定其合意之事實時，原告即得再行起訴或經被告同意下得另行起訴。此種因法院之認定時間或被告之主張在時間上不同而在訴訟上異其效果之不妥現象，實係將撤回訴訟之合意與原告之撤回訴訟同視所致。原為便利原告且為妨止濫訴所設有關撤回訴訟之規定，在上面變動之說明下將成為得由被告或法院可任意擺佈之

制度，可知當事人撤回訴訟之合意不應在訴訟上發生原告撤回訴訟之法律效果。」（註九三）其說固言之成理，頗值注意，然與本文觀點有異，不得已於一言。依本文所見，法院認定時點不足為憑，況乎法院於被告抗辯主張時，應先審理之，不得置之不顧，逕為實體終局判決，似難由法院擅斷。再者，抗辯之主張限於言詞辯論期日，若已辯論終結，除法院再開辯論外，已無主張餘地，故因契約之有效成立被告得主張抗辯時，第一審言詞辯論已終結，惟迨第二審主張，此時自生再訴禁止效；若得主張抗辯係於第一審言詞辯論終結前，則應無遲延抗辯，倘得為主張而不主張，依其情形，可認當事人間已成立撤廢契約，從而被告不得於上訴審主張，故亦無虞被告之擺佈。

3. 於訴之撤回，再訴禁止效之主觀範圍僅及於撤回訴訟之原告（註九四）。訴撤回契約被告之表示與原告對等，扮演較同意撤回訴訟之表示更積極之角色，主觀範圍似應及於被告。然而，求為判決者仍為原告，若使被告分擔再訴禁止之責，實有未妥，故通說（註九五）否定之，認仍僅及於原告。

4. 關於本案終局判決前訴訟終結，是否亦生再訴禁效之問題（註九六），本文認其與民訴二六三條之規定無關，應視該契約是否含有不起訴合意之意旨而定（註九七）。

5. 就不許捨棄訴訟標的之請求，是否有此原則之適用，不無疑義（註九八），然此為再訴禁止之一般問題，非本文固有者。

6. 因再訴禁止效與既判力效正當化依據不同，前者係對使法院花費時間精力費用作成本案判決歸於無功之原告，從訴訟政策考量，所賦予之失權之制裁（註九九），故因訴訟終結後新生之情事，如因和解契約被解除而就和解效力生爭執時，無再訴禁止之適用（註一〇〇）。

III、訴訟費用之裁判

關於訴訟費用之裁判，適用一般規定，尤其是民訴法八十三條之規定。當事人間關於訴訟費用負擔之約定，應僅有實體法上之效力（註一〇一）。

第四節 實體法效

訴訟行為亦得生實體法效，僅以其非典型、主要效，不能因而成為定性之基準。以言訴撤回契約，可能生之實體法效：

1. 時效視為不中斷

依民法第一百三十一條，「時效因起訴而中斷者，若撤回其訴或因不合法而受駁回之裁判，其裁判確定，視為不中斷。」因訴撤回契約而有訴訟終結之確定判決，亦同。於前揭條有認：「應視為請求權人於提起訴狀於法院之時，已對義務人為履行之請求（民法一二九條一項一款），使其於六個月內另行起訴而保持中斷時效之效力（民一三〇條）。在此情形，六個月之期間，應自該訴訟終結時起算。」（

註一〇二) 蓋於訴之撤回合法性有爭執時，或如訴撤回契約之成立於法院未確知前，其形成訴訟之效果尙未能即生，原告須至法院以裁判積極確認時，方能為相當之行爲，以免時效因不中斷而消滅，故應許請求權人於裁判確定後六個月內另行起訴(註一〇三)。

從而，訴撤回契約與有爭執之撤回類似，訴訟繫屬消滅非因抗辯之主張或撤回行爲即生，須俟確認裁判確定時方生溯及效(註一〇四)。

II、損害賠償請求權？

如前所述，對違約不撤回訴訟之原告，僅須負損害賠償之見解，本文不採(註一〇五)，茲欲探討者，乃訴撤回契約(訴訟行爲)是否得生損害賠償效。贊同日本通說之新堂認為：「於原告欺騙被告，故意剝奪被告主張合意存在之機會，原告基於違反合意遂行訴訟，有生損害賠償責任之餘地。」(註一〇六)其說固可供參考，然非訴撤回契約所固有之問題，蓋損害賠償責任之生，非單純因違約之行爲，寧係肇於原告故意欺騙之行爲，故氏所提者，乃關於違法訴訟遂行之損害賠償責任之一般問題(註一〇七)。以下，係以訴訟法契約說為前提，探究原告違約不撤回之行爲是否可能生賠償責任。

訴撤回契約之主要意欲效係變動效，然執此是否足保被告之利益，即是否有並認義務效之必要，得而於無法收契約實效時請求賠償。易言之，因損害賠償義務之由契約而生者，唯義務效之契約 Verpf-

lichtende Vertrag 始足當之(註一〇八)，如訴撤回契約之生消極變動效 negative Verfügungswirkung 者，果否有另承認義務效之必要(註一〇九)。德日通說，立於實體法說下，雖否定另訴請求撤回之途，除抗辯主張之可能外，有無另訴請求違約賠償之救濟之道，未及詳論。德國早期見解認為於應為訴訟行爲之契約(義務效契約)，若從訴訟法觀點被評為不適法，倘契約不違民法七十二條之規定，則可能於義務違反時，權利人得請求賠償。類於訴撤回契約之訴訟法適法者，除於該當訴訟主張外，無生賠償之餘(註一一〇)。抑有甚者，被告不抗辯之消極行爲，或為容認違約之狀態，或為撤廢契約之成立，而壅塞賠償請求性；再者，損害賠償之請求必以原告不撤回致敗訴為由，則獲有既判力之勝訴判決之前訴原告竟至不能實現其權利，豈得謂平，故除有確定判決騙取(註一一一)之情形外，賠償請求受前訴既判力阻斷(註一一二)。

雖然，若抗辯權人不能證明，或因不知有契約之締結(註一一三)致未主張，而未能收契約之實效時，肯定說認應並肯定負擔者之原告有因契約而生之訴訟上義務，其違反雖不能訴求履行，但受益人之被告則得求為賠償。且也，訴撤回契約僅為先決之法律關係，縱被告須主張前訴未撤回終結為不當，然未為前訴既判力所及，故而，訴撤回契約不僅能使該當訴訟不適法，因違約之爭執及訴訟之進行所致之財產上損害，被告並得另訴請求賠償(註一一四)。

肯定說一反分離主義下之通說，而認訴訟契約除變動效外，尚有訴訟上義務，使受益人之保護更為週全，斯可謂訴訟契約論之最新發展，誠值吾人注意。其於實證實體法與訴訟法之有機關連，厥功至偉。關其論爭之研究，若未瞭解訴訟行為與法律行為之基礎理論不為功，本文力有未逮。以下，僅撰者思及之問題。

1.先從訴訟經濟觀點言。否定說堅守傳統之「魚與熊掌不可兼得說」，依本文所見，初非僅係分離思想下之產物，其所以敢於實體法說之前提下，否定另訴之可能，寧係為戢止同一紛爭之再度利用訴訟制度，蓋訴撤回契約既以該當訴訟為目標，且畀以抗辯主張之權能，倘於不能證明契約或因前手未告以締約之事實而未主張時，賦予另訴求償之力，則紛爭甚易因受益人之怠忽而再燃。

2.若於被告提出抗辯但未能證明時亦許出於他訴，尤有蔑視前訴之審判之嫌，就同一經審理之紛爭再度使用國家制度，不無失平，況乎立於訴訟法說下，訴訟法契約類無獨立於實體法律關係之意義（註一一五），縱先決法律關係無既判力（註一一六），亦難執此而論性質異乎實體法律關係之彼。

3.在一般債法上之契約義務，若負證明責任者未能證明契約之成立，或因權利之前手未告以契約締結之事實致不知主張，而受不利益判決確定時，應終局負擔此不利益；何以於訴撤回契約，既以抗辯機會，又經如實體關係之相同訴訟權保障之審理，竟爾將斯不利益轉嫁於勝

訴之原告，使其再度奔走應對，豈有此理。在前手未告知有關契約之事實（參照民法二九六條），致受不利益時，應據其間之法律關係，如契約違反或積極侵害債權向前手請求賠償。

4.法院若經審理而為消極判斷，雖訴撤回契約非實體法契約，但其確定之判斷仍有既判力（註一一七），後訴法院不能為相反之判斷。縱不承認有既判力，後訴之請求既須主張前訴未依約撤回為不當，則似有牴觸前訴實體判決之既判力，且若後訴勝訴，不啻推翻經前確定判決確定之權利（註一一八）。

5.在法院未審理訴撤回契約之情形中，有將不利益歸原告負擔者，應僅有其以可歸責之行為遂行訴訟致獲得勝訴耳。此時，非訴撤回契約所固有，而為訴訟行為之一般問題，前揭新堂提示案例，足資為徵。

從而，除有特別情況外，本文傾向否定說。

Ⅲ、經被告抗辯，原告之請求權不存在？

前揭法律問題研究結果謂：「……至兩造於訴訟外既已成立和解，約定原告應撤回訴訟，嗣原告不依約撤回，經被告以此為抗辯，則原告之請求權已不存在。」若其抗辯係指使原告請求權消滅之和解契約約定，則法院應以原告「請求權消滅」為由，判決原告敗訴；然如其抗辯為訴撤回契約締約之事實或抗辯之主張，則其結論顯係將訴撤回契約反應於實體上請求權，與實體法契約說全異其趣，出人意表，

誠值勘究。類此見解，德國學者 Blomeyer 亦採之，氏不認發生訴訟上作為或不作為義務之契約，僅為訴訟法之問題，試圖將原告之義務，反應於實體法，並謂於給付之訴、形成之訴或積極確認之訴，訴訟外撤回訴訟之約定蘊含請求權行使之捨棄 Verzicht auf die Geltendmachung des Anspruchs (註一一九)。Zeiss 教授則據下述數點予有力之反駁：(註一二〇)

1. 如消極確認之訴或上訴撤回之義務，無從反應於實體法。在形成之訴，亦不無爭論。
2. 訴撤回契約之當事人意思，絕非欲影響其實體法請求權。如裁判外抵銷之權利，亦不因而被排除。

由上說明，勝負已判，無待深論。故而，倘研究結果認訴撤回契約足使原告之請求權消滅或不存，似有誤解。

(本章註釋)

1. 一般將主張與提出同義視，故有稱辯論主義為提出主義者 (Rosenberg/Schwab §78 II) 茲則廣義解提出，即非惟明確之事實主張，尚包括因提出證據資料被法院知悉之情形。
2. 關於訴訟資料與證據資料之區別，許士宦，一一六頁以下。
3. 包括實體法說之抗辯說及訴訟法說之抗辯說 (如 Schiedermaier)。
4. 竹下，訴取下契約，七五頁。
5. Schlosser, Partei handeln, S.102。
6. Schlosser, Partei handeln, S.71。
7. Schlosser, Partei handeln, S.49, 51。
8. Baumgärtel, MDR, 1969, 173; 柏木，研究訴訟契約論，四三二頁以下。
9. 反對抗辯說之 Schlosser 亦反對法院職權探知契約存在之事實：Partei handeln, S.49; 71。
10. Rosenberg/Schwab, ZPR, §105 I, (S.601)。
11. 姚著，民訴，二四七頁，將抗辯分訴訟上之抗辯與實體上之抗辯，此係以抗辯事實之屬訴訟法或實體法而分，與本文用法稍異；關於抗辯之態樣，駱永家，否認與抗辯，法學叢刊一一一期三三頁以下參照。
12. Jauernig, ZPR §43 IV. (S.156f.); Arens, ZPR §20,

Rdnr 221 。

13. 關於主張共通原則，許士宦，四十二頁以下參照。
14. 早期民法學者認於訴訟上之抗辯，「當事人即未提出抗辯，法院亦應審查其事實，如認為有抗辯事由之存在，為當事人利益起見，須依職權予以有利之裁判。」就此點與民法抗辯權，殊有重要之區別（梅仲協，民法要義二九頁）。實則，訴訟上之抗辯恒為事實，倘經當事人提出法院，法院即須審理判斷，依職權適用法律，與一般情形無殊，其說易使人誤以法院應依職權探知，或職權調查，Vgl. Jauernig, ZPR, §43 IV, (S. 157)。類此之誤解，有學說對誠信原則訴訟上適用之問題，Vgl. Staud/Schmidt, §242, Rdnrn. 275ff.。
15. 竹下，訴取下契約，七五頁即採此說。
16. Larenz, AT §14 II, (S.237)。吾人可謂：訴訟上請求與訴訟上抗辯對待；實體上請求權與實體上抗辯權相抗。
17. 此兩者涵蓋實體法意義之抗辯（異議）Einwendungen im Sinne des BGB, Jauernig, §43 IV. (S.157)。
18. 反對說，Nikisch, ZPR S.321 (引自 Larenz, AT, S.239 N 25)。
19. Jahr, JuS. 1964, 293ff.; Jauernig, BGB, §194, S. 128。關於抗辯權與形成權之不同：Larenz, AT §14 II,

(S.238)。

20. 此為通說，Rosenberg/Schwab, §105 II (S.604); Arens, ZPR §20 Rdnr 221; Jauernig, ZPR, §43 IV. (S.15^) ; Jahr, JuS 1964, 304f.。故而，梅著前揭，從訴訟法觀點之區別，頗待商榷。
21. 當然此或涉及訴訟遲延之問題，茲不論。
22. Larenz, AT §14 II, S.239; Medicus, BGB, §29. Rdnr 732 (S.429)。
23. Medicus, aaO., 亦認實體法抗辯權援用之要求，實際意義甚微，充其量在缺席判決程序有其重要性。
24. 德國民訴法經一九七七年之修正後，惟有仲裁合意之抗辯為學者公認之訴訟障礙事項：Vgl. Jauernig, §33, (S.114f.) ; Rosenberg/Schwab, §97 IV. (S.548f); Arens, ZPR, §13 Rdnr 154。我國學說就其範圍亦非一致，如合意適用簡易訴訟程序，而應經調解之事件，於起訴前未經調解，參照合著，二三一；姚著，民訴，二九九頁。
25. 姚著，前揭，稱「主張」；合著，二三一頁、駱著，民訴 I，八九頁、吳著，五八四頁等多並用此二者。
26. Baumbach/Lauterbach/Alber §282, §1027a, 1 (S.1982); Jauernig, ZPR, §94 II (S.325)。

27. St J/Schlosser, §1027a II, Rz.2。
28. Jauerng,ZPR §33 VII (S.115); Rosenberg/Schwab, § 97 V (S.549); St J/Schlosser, §1027a II, Rz.3。
29. 合著，二三〇頁亦認「當事人就其欠缺有異議權，同時依其意思亦得有效拋棄其異議權。」
30. 另一值得比較者為民訴法一九七條責問權與訴訟上抗辯之關係，關此，本文不擬再論，Vgl. Schlosser, Partei handeln, S.55f.。
31. Schlosser, Partei handeln, S.49; Emmerich,ZZP 82, 421。
32. 合意管轄，德國通說須以職權調查，Vgl. St J/Leipold, §38 IV. Rdnr 65。因而，Baumgärtel ,MDR 1969, 173, 柏木研究訴訟契約，四三二頁認 Schlosser係主張法院應依職權調查。兼子，合意，二七〇頁，亦主職權調查說。
33. Schlosser, Partei handeln, S.48ff.。
34. 如締約之目的在使受益人保有行使與否自由之權利時，aaO., S.53。
35. 以上，Schlosser, Partei handeln, §7。
36. aaO., S.71。
37. 就 Schlosser是否主張之，茲保留不論。柏木研究訴訟契約四

- 三二頁之批判似未中的。
38. Schlosser, JuS. 1966, 268。
39. Larenz, AT §14, N.14, 認雖言之成理，但於法無據；同，St J/Leipold, §139 III, Rdnr.24。
40. 柏木，前揭四三三頁認「直接效果與採用抗辯之多數說並無矛盾，故 Schlosser之前提有誤」。本文認氏未真正了解抗辯說之真意，蓋辯論主義下，不要求僅得由被告主張。
41. 參照松本，研究訴訟契約論，一四七頁。
42. 此為職權調查之重要原則，Arens, ZPR, §2。
43. Vgl. H-J Hellwig, S.62。
44. 舊法，僅須單純主張合意之事實，今則須使法院確信，Baumbach/Lauterbach/Hartmann, §331, 66。
45. 柏木，研究訴訟契約，四三四頁；Baumgärtel, MDR 1969, 173。
46. Baumgärtel, aaO; Zeiss, Prozeßpartei, S.105; ders., NJW, 1967, 706 N.47。
47. S.54f.。
48. 抗辯說之另一優點，係能使爭點於訴訟主體間明晰，得盡攻防之能事，若僅靠提出行為，即得加以斟酌，易剝奪爭執之機會。

49. Zeiss, Prozeßpartei, S.104; H-J Hellwig, S.100; 反對說, Baumgärtel, AcP 169, 184, 188。
50. 竹下, 訴取下契約, 七七頁: 「主張契約成立之當事人應證明」, 見解不同。新堂, 民訴, 二三六頁, 由被告證明。
51. 此點係邱聯恭教授於撰者論文研討會中提出。
52. 德國為促進訴訟關於限制隨時提出主義之二八二條第三項之規定, 於訴訟障礙事項有其適用, Vgl. Jauernig, ZPR, §33 VII (S.115); St J/Schlosser, §1027 a II, Rdnr 3。訴撤回契約抗辯之主張, 亦可能有類似問題。
53. 新堂, 民訴, 二三八頁。
54. 訴取下契約, 八十頁註十。
55. 參照前章, 特別是第四節之說明。
56. H-J Hellwig, S.100: 除關於訴訟及上訴捨棄之契約外, 消極變動效之訴訟法契約, 其抗辯權應於最後事實審言詞辯論前主張。
57. 竹下, 訴取下契約, 七七頁、七八頁。
58. Parteihandeln, S.71; 反之, 上村, 訴取下, 一〇五頁認為提出僅為報告之性質, 依之, 不能生與撤回相同之效果。實則, 在 Schlosser 之理論下, 因無「無因性原則」之適用, 訴撤回契約成立之同時, 原告已為撤回之行爲, 重以報告之行爲,

- 即得生撤回訴訟之效果, 故上村不無誤解其說。
59. 參照, 三個月, 全集, 四三五頁。
60. 參照, 陳榮宗, 撤回二七五頁。
61. Henckel, Klagerücknahme, S.173ff., 就訴之撤回有理論性之探討。
62. 合著, 三二四頁; 姚著, 民訴, 三三〇頁; 駱永家, 訴之撤回, 九二頁, 則認法院應為「訴訟已於某月日訴之撤回而終結」之終局判決。
63. 甚至債之法律關係亦「屬一種由個別給付關係結合組成之有機體, 存在於時間過程中, 以完全滿足債權人之給付利益為目的。」王澤鑑, 債之關係的結構分析, 民法學說判例研究(四), 一二七頁。此等時間之因素, 在訴訟發展過程, 具難以估量之重要性。
64. 三個月, 全集, 四三五頁。
65. 竹下, 訴取下契約, 七四頁。
66. 參照上村, 訴取下, 一〇五頁之批判。
67. 同前註。
68. 關於以形成權行使為基礎之抗辯, Vgl. Stürner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, 1982, Rdnr, 77。

69. Vgl. St J/Leipold, §139 III, Rdnr 23。
70. Dazu, Vgl. Stürner, aaO., Rdnrn80f.; St J/Leipold, §139 III, Rdnr 24。
71. Vgl. St J/Leipold, §139 III, Rdnr 24; Jauernig, ZPR, §25 VII, 7(S.80); Stürner, aaO., Rdnr 79; 我國學者姚著, 民訴, 二五六頁亦同; 反對說, Vgl. St J/Leipold, aaO. N97 所揭文獻。
72. Dazu, St J/Leipold, §139 II, Rdnrn7ff.; Stürner, aaO., Rdnrn19ff.。
73. St J/Leipold, §139 III, Rdnr 24; Stürner, aaO., Rdnr 26, 81; 奈良次郎, 訴訟資料收集に關する裁判所の權限と責任, 講座民訴四, 一五三頁。
74. 參照前章四。
75. 參照前章四IV.。
76. Schlosser, Parteihandeln, S.47。
77. Schlosser, Parteihandeln, S.71。
78. 刊司法院公報第二五卷第九期三六頁。
79. 若僅由書記官報結而不經法院審查, 何能確定調解之對象正爲本案之訴訟標的之法律關係, 不無有疑。
80. 竹下, 訴取下契約, 七五頁; 清田, 訴取下, 三六四頁; 同旨

- , Rosenberg, ZPR, 9 Aufl., §127 I, 1, e (引自 Baumgärtel, Wesen, S.2617。)
81. 三個月, 全集, 四三五頁; 中野等編講義, 三五三頁; 柏木, 訴取下, 九九頁。
82. 鈴木, 當事者自治, 九七頁。
83. 竹下, 訴取下契約, 七八頁。
84. 同前註。
85. 按其所述, 確定力云者似包括實體確定力(既判力), 通說肯認訴訟判決之既判力, 但限於經法院裁判之法律問題, Vgl. Jauernig, ZPR §62 II (S.217); Rosenberg/Schwab, ZPR, §153 II (S.931); 駱永家, 訴訟判決與既判力, 既判力之研究二〇三頁以下。
- 85a. 姚著, 民訴, 三三〇頁; 合著, 三二四頁。
- 85b. 日本, 大決昭和八年七月十一日判決; 德國, Vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, §2693 C (a)。
86. 參照姚著, 民訴, 三一八頁; 合著, 三二四頁; 駱永家, 訴之撤回, 民事法研究八五頁以下。
87. 日本民訴法二三七條第二項亦採之, 與德國法例不同。
88. 兼子, 合意, 二八二頁註八四; 新堂, 民訴法二三八頁; 上村, 訴取下, 一〇五頁。

89. 三個月，全集，四三五頁；竹下，訴取下契約，七〇頁。
90. 鈴木，當事者自治，九八頁。
91. 上村，訴取下，一〇五頁。
92. 竹下，訴取下契約，七〇頁；中野等編講義，三五三頁；清田，訴取下，三六三頁。
93. 撤回，二七七頁、二七八頁。
94. 合著，三二五頁；姚著，民訴，三三一頁；駱永家，訴之撤回八八頁等。
95. 竹下，訴取下契約，七九頁；清田，訴取下，三六三頁。
96. 竹下，爭點訴取下，一五九頁，採否定說；新堂，民訴，二三八頁與本文見解同。
97. Schlosser, *Parteihandeln*, S.72; 新堂，民訴法二三八頁。
98. 參照，駱永家，訴之撤回，十五頁；中野等編民訴講義，三五七頁；新堂，民訴，二四三頁。
99. 三個月，雙書，四九八頁以下；清田，訴取下，三六二頁；駱永家，訴之撤回，八六頁以下。
100. 竹下，爭點訴取下，一五九頁；前章第四節Ⅱ參照。
101. Friedrich Lappe, *Justizkostenrecht*, 1982. §.41, S.204。

102. 洪遜欣，民總，五九二頁；此解釋與德國民法第二一二條之規定同。
103. Henckel, *Klagerücknahme*, S.190。
104. 其他效，請參駱永家，訴之撤回，九二頁。
105. 第二章第三節Ⅲ(2)。
106. 新堂，民訴，二三八頁。
107. 關此，Zeiss, *NJW* 1967, 703ff.; H-J Hellwig, *NJW* 1968, 1072ff.; Henckel, *Prozeßrecht* S.289ff.; Konzen, S.204ff.等參照。
108. 故實體法處分行爲 *Verfügung* ； 抄得爲請求權規範基礎，例外如民法二九六之讓與人義務與讓與契約：Medicus, *BGB*, §3. Rdnr, 25。
109. 柏木之併存說，並未成爲討論損害賠償責任之基礎，是與此之不同者。
110. Baumgärtel, *Wesen*, §29, S.268ff.。
111. 關於確定判決之騙取，Jauernig, *ZPR*. §64; 三個月，雙書，五五〇頁等參照。
112. Zeiss, *NJW*, 1967, 706; Schlosser, *Parteihandeln*, S.59。
113. 如被告非訴撤回契約之當事人時，Vgl. H-J Hellwig S.

- 67f.; ders., NJW 1968, 1075。
114. Konzen, S.209.ff. (215); 類此之見解, H-J Hellwig, S.64ff.(69f.); ders., NJW, 1968, 1075f.; Rosenber-
rg/Schwab, ZPR, §66 II, (S.380)。
115. H-J Hellwig, S.130。
116. Vgl. Konzen, 212f.。
117. 關於訴訟判決之既判力, 駱永家, 訴訟判決與既判力, 既判力
之研究一九一頁以下。
118. Vgl. Zeiss, aaO.; Schlosser, aaO.。
119. ZPR, §63 IV. (引自 Zeiss, Prozeßpartei, S.102)。
120. Zeiss, aaO.。

第五章 結論

一、訴訟外和解得結合訴撤回契約或其他終結訴訟之制度, 成爲自主解決紛爭之手段。解決關於訴撤回契約法律適用之問題, 不能無視此種實態, 而須綜觀訴訟法與實體法方期有成。藉訴撤回契約之研究, 以觀訴訟契約論或訴訟行爲論之現狀, 爲本文理論認識上之目的。

二、在契約法, 當事人意欲效與法律效果概念上可分, 而前者爲判斷契約法律性質之標的。訴撤回契約意欲效之內容爲訴訟繫屬消滅效。其係以義務效或變動效之型態展開其效力, 並非意思表示解釋之問題。經參酌當事人之締約目的, 承認變動效已足保護當事人之利益, 並配合訴訟行爲之特性。

三、關於訴撤回契約之適法性, 早期之全部否定說, 過分強調訴訟法之公法性格, 嚴斥當事人意思對訴訟之影響, 不符訴撤回規定之價值判斷。實體法契約說雖有以矯正極端分離主義之弊, 礙於義務效契約不合訴訟法契約之概念, 以「任意訴訟禁止」或「同一效果禁止」否定其爲訴訟行爲, 卻在契約自由原則下承認其爲私法債權契約, 迂迴被告抗辯權之行使而收契約之實效, 毋乃疊牀架屋。訴訟效之所由生, 寧爲契約本身。訴撤回契約, 其意欲效係直接發生訴訟繫屬消滅效, 並經適法性積極判斷, 故爲訴訟法契約, 雖亦屬公法契約, 但此種

定性，僅有理論認識之價值。

四 訴撤回契約與訴訟外和解同，不能因其成立即對訴訟生影響，在辯論主義下，須提出於法院，但此提出行為，僅為其效力在訴訟中展開之形式要件。訴撤回契約，原則上因其成立即生效力，但若和解約定有以對待給付之提出為撤回之條件時，須待條件成就時始生效力。

五 訴撤回契約雖為訴訟行為，應由訴訟法自身解決要件規制之問題，然不盡適用與單獨行為相同之規定，為配合其型態上之特性，兼顧當事人之利益，訴訟於未臻不可溯變之狀態前，民法關於法律行為之若干規定，得視為契約之一般原則，如得附條件、期限、意思表示瑕疵之得撤銷，適用於法無明文之訴訟法契約法。

六 訴撤回契約締約之事實，應由被告以抗辯之方式提出於法院，若不即提出抗辯而為本案之言詞辯論，應認有撤廢契約之成立，其後不得再為主張。法院於訴撤回契約效力有爭執時，應為言詞審理，得有積極判斷時，應於主文宣示「訴因撤回合意而終結」。其判決確定時，生訴訟繫屬溯及消滅效、再訴禁止效、時效視為不中斷等法律效果。除有特別情形外，不生損害賠償請求權。

七 前揭法律問題研究結論，於和解未涉實體上權利，認被告應另訴請撤回，有違訴訟經濟原則；涉及實體權利者，視原告請求權不存在，除理論未能一貫外，更不無誤解。最高法院五十三年台上字二四九號，為德國實務之見解，其所謂「按其情形」，應指以對待給付之提出為撤回條件，而已提出之場合。

參考文獻：Schrifttumsverzeichnis

壹、教科書、注釋書：Lehrbücher, Kommentare

一、中文

- 王甲乙
1. 楊健華 鄭健才 民事訴訟法新論，1985年9月版（合著）
2. 史尚寬 債法各論①，1960年11月初版（史尚寬，債各下）
3. 吳明軒 中國民事訴訟法①、②，1980年再版（吳著）
4. 林紀東 行政法，1980年7月3版
5. 洪遜欣 中國民法總則，1978年11月修訂再版（洪遜欣，民總）
6. 姚瑞光 民事訴訟法論，1985年10月版（姚著，民訴）
7. 馬漢寶 國際私法總論，1982年10月版
8. 梅仲協 民法要義，1966年3月台新三版
9. 楊健華 民事訴訟法實務問題研究，1978年6月版
10. 鄭玉波 民法債編各論①，1980年1月五版（鄭玉波，債各下）
11. 蔡章麟 民事訴訟法①②，1961年5月二版（蔡著，民訴）
12. 蔡章麟 民法債編各論①，1961年4月初版（蔡著，債各下）
13. 駱永家 既判力之研究，1981年8月三版
14. 駱永家 民事訴訟法 I，1976年5月初版（駱著，民訴 I）

二、日文

15. 兼子一 民事訴訟法（法律學講座雙書），1981年11月，初版21刷，弘文堂
16. 小山昇 民事訴訟法（現代法律學全集），1973年11月，改訂版2刷，青林
17. 小室真人等 民事訴訟法講義，1979年4月，初版2刷，法律文化社