

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

示範訴訟契約之研究

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC91-2414-H-004-019-

執行期間：91年08月01日至92年07月31日

執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：沈冠伶

計畫參與人員：吳俊達

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 92 年 10 月 31 日

中、英文摘要及關鍵詞

中文摘要

本研究計畫主要以示範訴訟契約，作為研究對象。參考比較示範訴訟在德國、奧地利及瑞士之發展經驗，並進一步探討在我國現行民事訴訟法及裁判外紛爭處理制度下，有無具備發展之基礎及條件，或是否有立法規範之必要。

示範訴訟契約在內容上包括數項協議之結合：(1)「停止爭訟協議」(或「不起訴協議」)、(2)「拘束力協議」、(3)「執行名義之取得」、(4)「關於示範訴訟程序本身之進行的約定」。其中不可或缺的部分是：停止訟爭協議及拘束力協議。基於當事人在程序上的主體地位及選擇權，為使當事人之程序利益受到保護，並賦予當事人追求實體利益與程序利益平衡的機會，只要不違反公益、損害於司法資源之合理分配或訴訟經濟，均宜承認當事人得就訴訟進行之相關事項予以約定。因此，上述協議均可承認其合法性，並具有契約之拘束力。當事人一方如違背契約中之約定，他方當事人得主張示範訴訟契約作為抗辯。

示範訴訟契約一方面具有裁判外紛爭處理制度的機能：透過示範訴訟契約之締結，可保留當事人自主解決紛爭之優點，尊重當事人對於紛爭解決方式之選擇。另一方面在同類型的其他紛爭，以示範訴訟之判決作為處理、解決之依據時，能保有以司法機關之裁判作為紛爭解決依據之優點，如此有助於社會大眾預見法之所在及其發展，具有使法律秩序明確、安定化的機能。不過，示範訴訟契約之內容較為複雜，常須藉重律師之協助才能完成，而且為了便利當事人能夠取得執行名義，宜考慮在立法上引進律師前和解制度。再者，由於紛爭當事人眾多，常難以期待所有當事人都能締結示範訴訟契約，而宜考慮立法：由法院依職權選擇示範訴訟。

關鍵詞：示範訴訟契約、裁判外紛爭處理制度、停止爭訟協議（不起訴協議）
拘束力協議、執行名義、示範訴訟程序、律師前和解制度

Abstract

The subject of the present project is focusing on study of "Test action agreement" (Musterprozessvertrag). Refer to and compare with the experience of the test action developed in German, Austria and Switzerland so as to further investigate whether we have possessed the basis and condition for development of the said "test action" under the current Civil Procedural Law as well as mechanism for "Alternative Dispute Resolution(ADR)" or there is any necessity to standard it through legislation.

The contents of the test action agreement includes the combination of several agreements: (1) “Agreement of non-commencing civil procedure” (2) “Agreement of claim preclusion” (3) “Acquirement of execution” (4) “The contract of the action of litigation proceedings of test action itself”. The essential parts thereof are: “agreement of non-commencing civil procedure” and “agreement of claim preclusion”. Based on the subject status and rights of choice of litigants in the proceeding, in order to protect the procedural interest of litigants and endow said litigants with an opportunity to pursue the equilibrium between material interest and procedural interest, it is appropriate to admit that the litigants should make agreements with regard to the relevant matters of litigation proceedings provided that the litigants do not offend against public interest and are not detrimental to the reasonable distribution of judicial resources or efficiency of litigation . Therefore, the agreements mentioned above should be affirmed their validity and esteemed as binding agreements. If one party offends against agreement of the contract, the other party may defend himself by advocating the “test action agreement”.

In one aspect, the test action agreement possesses the function of alternative dispute resolution. By means of the conclusion of the test action agreement, it has retained the advantages of independent settlement of disputes by litigants themselves and would show respect for litigants' selection regarding the methods of solving the disputes. On the other hand, compared with the settlements of other similar disputes, it can maintain merits of solving disputes based on the judgments rendered by the judicial organization by using judgment of the test action as basis for handling and settling disputes. By way of doing this, the general public will be able to anticipate the existence and development of the law, meanwhile, it will assist in defining and stabilizing the order of the law. However, the contents of the test action agreement are so complicated that it usually relies on the assistance of the attorneys/lawyers to make it accomplished. Furthermore, it should be taken into consideration of introduction of the reconciliation before attorneys in order to facilitate the litigants to acquire the execution. In addition, in view of the numerous litigants involved in disputes, it is hard to expect all litigants be able to conclude the test action agreement. Therefore, the legislation should be taken into account which allows courthouses to

elect optionally the test action agreement ex officio.

Keywords : Test action agreement (Musterprozessvertrag) , alternative dispute resolution, Agreement of non-commencing civil procedure, agreement of claim preclusion, issue preclusion, execution, litigation proceedings of test action, reconciliation before attorneys

報告內容

所謂示範訴訟 (Musterprozess) 係指, 某一訴訟之紛爭事實與其他 (多數) 事件之事實主要大部分相同, 該訴訟事件經由法院裁判後, 其結果成為其他事件在訴訟上或訴訟外處理之依據, 此判決可稱為「示範判決」(Musterurteil)。廣義而言, 只要某一訴訟程序具有超越個案之意義, 最高法院就該訴訟所為之判決可成為其他同類事件解決之準據, 而足以減少其他同類紛爭為訴訟之進行所必要支出之勞力、時間、費用, 或促成裁判外紛爭解決時, 即具有示範訴訟之意義。但狹義而言, 在紛爭當事人間須存在有一明示或默示之協議, 擇定某一訴訟事件作為示範訴訟, 協議當事人可即為示範訴訟之兩造 (例如: 在一部請求之情形) 或一造 (例如: 基於同一原因事實之侵權行為人, 或在保證關係之情形), 但亦得約定以他人間所進行之訴訟作為示範訴訟 (例如: 在不同雇主與勞工間所生類似之勞資紛爭), 並約定在示範訴訟之判決確定前, 其他未起訴之當事人暫不起訴, 已提起訴訟者, 則停止進行, 待示範判決確定後, 以該判決作為其他同類紛爭解決之準據, 在當事人間具有拘束力, 此協議即稱為「示範訴訟契約」(Musterprozessvertrag)。

本文主要以狹義之示範訴訟, 亦即示範訴訟契約, 為研究對象。至於廣義之示範訴訟, 由於尚涉及裁判之事實上拘束力 (亦包括上級審法院之裁判對於下級審法院之影響、作用), 尚有待於法社會學之實證調查研究一併討論, 於本文暫且不論。此係因民事訴訟法於八十九年二月之修正, 已明文承認爭點簡化協議 (民訴法第二六八條之一第二項、第二七 條之一) 以及在證據保全期中協議 (民訴法第三七六條之一) 之合法性, 使得我國法制在有關於訴訟契約之問題上有進一步之發展, 而形成討論示範訴訟契約之契機, 並可藉此再拓深訴訟契約之討論; 再者, 我國民事訴訟法制雖相當程度繼受自德國, 但因示範訴訟、示範訴訟契約非實定法上明定之制度, 且無實務案例, 因此德國文獻上雖早於一九六 年代起, 即就其實務上之案例從學理上探討示範訴訟之相關問題, 但於我國之文獻上, 相關之討論迄今尚不多見。基於示範訴訟在德國、奧地利及瑞士之發展經驗, 係有助於促成裁判外紛爭解決及減輕法院之負擔, 在我國現行民事訴訟法制及裁判外紛爭處理制度下, 有無具備發展之基礎及條件, 或是否有以立法規範之必要, 即有探討之必要。

關於示範訴訟或示範訴訟契約, 在我國及德國之民事訴訟法上均無明文規定, 既未就示範訴訟之程序如何進行, 亦未就示範訴訟契約之內容及其效力為何有所規定, 但此並不表示, 不予以承認示範訴訟契約。就示範訴訟契約之效力而言, 示範訴訟契約為訴訟契約之一種類型, 因此, 基於當事人之程序處分權、程序選擇權, 為使當事人之程序利益受到保護, 並賦予其平衡追求實體利益與程序利益之機會, 在承認訴訟契約之前提下, 亦宜承認示範訴訟契約之合法性。

當事人得事先在實體契約（如：保證契約、工程契約）締結時，一併就示範訴訟之相關程序上事項予以約定，亦得於實體法律關係發生具體爭執（如：侵權行為損害賠償）後，再行約定。在內容上，示範訴訟契約可包括以下數項協議之結合，主要可分為四大部分：

（一）停止爭訟協議或不起訴協議（Stillhalteabrede）

示範訴訟契約之當事人約定，就其請求權暫時性或永久性地不起訴主張。在存在有多數同類紛爭之情形（同類紛爭型之示範訴訟），示範訴訟契約之主要目的在於避免多數同類訴訟之提起，因此，於契約當事人間常約定，於示範訴訟之判決確定前，暫不起訴，例如：在同類之大量消費者紛爭事件，消費者與企業主約定，以其中某一消費者已提起之訴訟作為示範訴訟，於該訴訟之判決確定前，暫不提起損害賠償之訴；而在一部請求或先決關係型之示範訴訟，當事人間通常欲以示範訴訟之判決作為紛爭解決之依據，而不再起訴，例如：相同之兩造當事人得先就債權之一部請求作為示範訴訟，而就餘額請求約定不另訴主張。停止爭訟契約協議雖多於當事人起訴前締結，但亦可能於已起訴後始締結。

1. 起訴前之協議

於示範訴訟契約中，當事人就系爭權利是否起訴所為之協議，不論是約定於示範訴訟進行中暫不起訴而限制起訴時點，或約定逕以示範訴訟之判決為解決依據而均不另起訴，由於其主要效力係發生於訴訟上，可認為屬有訴訟契約之性質。當事人以此協議就系爭權利限制起訴權限，而具有處分效力，如一造於示範訴訟進行中就該權利另行起訴，由於訴訟權限已受到限制，在他造提出抗辯下，法院應基於民訴法第二四九條第一項第六款，以訴不合法駁回之。此外，停止訟爭協議不僅就起訴之訴訟行為予以限制，當事人雖未明文就訴訟上抵銷有所約定，但由於訴訟上抵銷於法院審理後，其裁判亦具有既判力（民訴法第四條第二項），其效力類似於起訴，因此，同於仲裁協議之情形，基於停止訟爭協議，當事人既然就某一特定權利（法律關係）之遂行訴訟權限予以處分、限制，而選擇不由法院予以審理、裁判，自亦不得於他訴訟程序上將該權利作為主動債權而為訴訟上抵銷，於他造提出停止訟爭協議予以抗辯時，法院應駁回訴訟上抵銷。

此外，由於解釋為延期清償對於債權人較為不利（例如：至少會有遲延利息之損失），基於契約之公平解釋原則，除非當事人間明文約定，否則不宜將停止訟爭協議認為具有變動當事人間實體法上法律關係之效力。停止訟爭協議僅係當事人間對於紛爭解決方式之選擇，而不涉及實體法律關係之變動。如將停止訟爭協議定性為實體法上契約，則法院必須就實體法律關係予以審查；但如將之視為訴訟契約，則該協議不涉及實體法律關係之變動，而與訴訟程序得否開始有關，僅涉及起訴是否合法之問題，法院即無須進一步就實體法律關係審查，而可使程序較為迅速經濟。

不過，停止訟爭協議之效力範圍並不包括保全程序，蓋此類程序之主要目的並不在於解決紛爭，而係為保全將來之強制執行。因此，如同仲裁協議，不起訴協議並無排除暫時權利保護制度之作用。如有必要，當事人亦得聲請假扣押或假處分(類推適用仲裁法第三九條)，並以示範訴訟之提起作為滿足命起訴之要求。

2. 起訴後之協議

當事人起訴後，於訴訟外或在訴訟上利用爭點簡化協議程序而成立停止訟爭協議，如停止訟爭協議係就某一權利約定暫不進行訴訟，則宜將停止訟爭協議解釋為訴訟停止之合意(民訴法第一八九條)。不過，合意停止受有期間之限制，自陳明合意停止時起，如於四個月內不續行訴訟者，視為撤回其訴或上訴，而示範訴訟通常難於四個月內即終結並由法院作成具有既判力之判決，因此，較適當之處理方式係由法院基於當事人停止訟爭協議之主張，以裁定停止訴訟程序，蓋本訴訟之全部或一部之裁判，係以示範訴訟之法律關係是否成立為據，而合於民訴法第一八二條第一項裁定停止訴訟之要件，且基於協議之拘束力，亦得僅由一造提出之。但當事人如約定就該權利不再進行訴訟，將以示範訴訟之判決結果為依據，而循訴訟外之和解或調解方式解決紛爭時，則宜將此協議視為訴撤回以及不再起訴之協議。

(二) 拘束力協議

於示範訴訟契約中最重要之協議係有關示範訴訟之判決拘束力，亦即，當事人約定，紛爭之解決係以示範判決之內容為依據，而使得示範訴訟之判決在訴訟當事人以外之人(協議當事人)亦發生一定拘束力。德國文獻上雖有認為，「既判力」正如其名所示，係源自於國家高權(staatliche Autoritaet)之判決行為，不屬於當事人得處分之對象，因此，有關於既判力之規定，應屬於強制規定，而不得以當事人合意變更之。但就我國法之解釋而言，除法院之判決外，亦承認訴訟上和解(民訴法第三八條第一項)法院之調解(民訴法第四一六條第一項)行政院公共工程委員會採購申訴審議委員會之調解(政府採購法第八五條之一第三項準用民事訴訟法上之調解)以及仲裁判斷(仲裁法第三七條)等，具有與法院之確定判決同一效力。此等程序皆屬裁判外紛爭處理途徑，尤其是在和解與調解之情形，更是基於當事人之合意而成立，仲裁判斷雖非基於當事人之合意，但亦為中立之個人所為之判斷，而與國家高權行為有別，因此，似難持「僅有國家高權之裁判具有既判力」之見解，並以此作為否定得以契約方式擴張既判力之依據。再者，判決之所以具有拘束力，非僅基於法安定性之要求，更重要之正當化依據在於，程序上之當事人經由訴訟程序已受有程序保障，因此，既判力相對性原則可說是基於程序保障之觀點，由於訴訟外之第三人未能參與訴訟，而不宜受到判決效力所拘束。第三人如願意放棄程序保障，逕以他人間之判決作為訴訟外紛爭解決之依據，由於並無占用司法資源之虞，亦可使同類或相關紛爭之解決在多數當事人間具有一致性，避免另行訴訟而生裁判矛盾之情形，尚難謂有害於公

益，宜予以承認。又，就既判力客觀範圍而言，將之限於訴訟標的之目的在於保護當事人之利益，避免當事人無從預見判決之效力範圍而造成突襲，因此，如當事人間約定既判力擴張及於判決理由中訴訟標的以外之權利或事實之判斷時，並無造成突襲之虞。就先決法律關係，當事人尚且可經由提起中間確認之訴（民訴法第二五五條第一項第六款）使之發生既判力，亦不妨使兩造得逕就該先決法律關係合意發生既判力，而無庸提起中間確認之訴以取得既判力。縱上所述，既判力擴張之約定，或可避免後訴訟之提起，或限縮審理之事項，乃有助於司法資源之節省，與公共利益並不相違背。至於當事人如合意限縮既判力，由於將破壞司法資源之合理分配，即可認為有害及公益，而不應許可。

示範判決之拘束力擴張協議具有「訴訟法上效力」及「實體法上效力」。訴訟法上效力係指，示範訴訟契約之當事人如提起後訴訟，基於契約之拘束力，在主觀效力上，示範判決之拘束力擴張及於未起訴之當事人，其不得為與示範判決相反之爭執；在客觀效力上，基於當事人協議之真意，並為能發揮示範訴訟契約之功能，應認為，除訴訟標的外，擴張包括判決中就訴訟標的以外之重要爭點所為之法院判斷，亦發生拘束力。惟後訴訟是否有違上述既判力範圍，僅與個人利益之保護有關，因此，法院無須依職權調查，而由當事人就他造違背契約又行爭執一事，提出拘束力之抗辯，此時法院即無庸進行後訴訟之實體審理，而基於示範訴訟契約在程序法上之效力，依民訴法第二四九條第一項第六款駁回起訴。

至於拘束力協議在訴訟外之實體法上效力，宜將之認為屬於實體法上之確認契約，且於多數情形，具有和解契約之性質。所謂「確認契約」係指，當事人合意就某一法律關係所生之紛爭予以終結，除去該法律關係中之不明確，而對於原有債之關係予以規整。確認契約之目的並非在確定真實客觀之法律關係，而是在去除法律關係中之不明確狀態，因此，既不變更原有債之關係，亦非創設新的債務而取代原有債務。且示範判決之結果未必完全符合一造當事人原所主張或認為應有之法律關係，因此，依照示範判決之內容重新規範原具爭議之法律關係，不免有相互讓步，而具有和解契約之性質。若示範判決之結果完全如協議之一造當事人所主張者，不能認有「相互讓步」時，而不具備和解契約之性質，但亦不妨將之評價為私法自治下之非典型契約，亦無礙其效力。此外，拘束力協議可能具有處分效力，亦可能僅發生債權債務之效果（義務效），須視契約之內容而定；例如：甲債權人主張對乙債務人有新台幣一百萬元之債權，丙為該債權之保證人，惟乙、丙均認為該債權不存在，甲則對乙起訴，並與丙約定，以法院就甲、乙間主債務存否之認定，作為甲、丙間保證債務解決之準據，於此情形，縱使客觀實際上主債務存在，但由於法院認定不存在，甲、丙間關於保證債務之紛爭，則亦須基於主債務不存在而解決之，則不啻於甲就保證債權予以處分而使其消滅。反之，如屬於協議當事人不得單獨處分之法律關係的情形，例如：在有多數共有人之情形，各共有人雖不得逕就共有關係中之共有權利單獨處分，但仍得成

立拘束力協議，此一拘束力協議不具處分效力，僅能解釋為：協議當事人負有依照協議所須遵循之示範判決內容而為一定行為之義務，而僅具有義務性契約性質。

（三）執行名義之取得

由於紛爭當事人之債權並未直接成為示範判決之對象，因此，縱然示範判決於示範訴訟契約之當事人間具有拘束力，但示範判決對於未起訴者而言，並不能直接作為執行名義而聲請強制執行。為使示範訴訟契約發揮紛爭解決之功能，讓示範訴訟契約得作為執行名義，在現行法上得採取下列方式：(1) 於訴訟外，於示範訴訟契約中載明，在何條件下，當事人願逕受強制執行，並請求公證人作成公證書（公證法第十三條）；具有公證書形式之示範訴訟契約，依強執法第四條第一項第四款為執行名義；(2) 當事人得利用證據保全程序，於證據保全期中成立示範訴訟契約，就訴訟標的所成立者，法院應將協議之法律關係及爭議情形記明筆錄，依其內容，當事人應為一定之給付者，得為執行名義（民訴法第三七六條之一第二項），依強執法第四條第一項第六款，得據以聲請強制執行；(3) 在訴訟程序上成立之示範訴訟契約，就訴訟標的之部分，可將之評價為具有訴訟上和解之性質，此外，亦得利用法院之調解程序成立示範訴訟契約，而依強執法第四條第一項第三款，得作為執行名義。

此外，由於示範訴訟契約之內容較為複雜，在締結上多須藉助於律師之協力始能成立，為充實裁判外紛爭處理制度，並便利當事人取得執行名義，除現行法上裁判外取得執行名義之方式外，宜考慮在立法上引進律師前和解制度，承認在律師前成立之和解，於取得法院之許可執行裁定，即得據以聲請強制執行。同時，並考慮放寬執行名義特定性之要求，於示範訴訟契約之情形，除非協議當事人另有個人之特殊事由，而於示範判決中未能予以斟酌，以致於示範判決尚不足以提供完全之標準以特定給付內容時，仍應以執行名義之內容難以確定為由，駁回強制執行聲請；如可從示範判決中對於協議當事人債權範圍之特定認識到一定之明確標準，而足以使執行機關特定給付內容者，亦可認為已滿足特定性之要求，而許可強制執行之聲請。

（四）關於示範訴訟程序本身進行之約定

基於拘束力協議，示範判決對於契約當事人具有一定拘束力，為避免進行示範訴訟之當事人於程序上為不當行為，而不利於未起訴之契約當事人，或使法院不能就重要爭點作成裁判，以充分發揮示範訴訟之作用，當事人間亦得進一步就示範訴訟如何進行予以約定，較常見者則為對於捨棄或認諾限制之協議、關於裁判基礎資料之協議，以及須向第三審法院上訴之協議。此等協議只要不涉及公益之違背，有損於司法資源之合理分配或訴訟經濟，均具有合法性。

1. 捨棄、認諾限制之協議

首先，由於示範訴訟進行之目的係為使法院就某爭點表示意見，作成裁判，但在捨棄或認諾之情形，法院雖亦以判決形式終結程序，但卻係基於當事人之捨棄或認諾，逕為該當事人不利之敗訴判決（民訴法第三八四條），而無從就系爭事件表示意見，此與示範訴訟之目的並不相符，因此，基於對於訴訟終結之處分權限，當事人亦得約定不為捨棄、認諾。於示範訴訟上，一造當事人如違背此項協議而為捨棄或認諾，他造得向法院提出抗辯，主張有此協議之存在，而使得捨棄或認諾不生程序上效力，法院仍應基於當事人之言詞辯論而作成具訟爭性裁判（*streitige Entscheidung*）。但是，如協議當事人與示範訴訟之當事人兩造均不相同，則關於程序之協議對於訴訟當事人尚難具有拘束力。此外，如僅有一造訴訟當事人為契約當事人時（例如：債權人與保證人約定，以債權人與主債務人間關於特定債權之訴訟為示範訴訟），他造訴訟當事人由於非為示範訴訟契約之當事人，亦不受契約效力所拘束，其仍得為捨棄或認諾之訴訟行為，契約當事人尚無從對於他人之訴訟上權限予以合意、規範，充其量僅能透過對於拘束力協議賦予條件，亦即，限於在訴訟當事人無捨棄、認諾而由法院作成訟爭性裁判之條件下，該判決始符合示範判決之要求而在契約當事人間發生拘束力。不過，他造當事人雖非契約當事人，可否援引該契約為抗辯而主張，締結示範訴訟契約之一造當事人不得為捨棄、認諾？將捨棄、認諾限制之協議視為義務性契約之見解認為，義務性契約雖具有相對性，僅在契約當事人間發生權利義務關係，但不妨將該契約視為具有利益第三人契約之性質，未參與示範契約之他造當事人仍得以抗辯方式主張契約之效力。但本文認為，不為捨棄、認諾之協議係當事人對於訴訟終結之自主權限預先予以拋棄，亦具有處分訴訟上權限之性質，而為處分性契約，縱使訴訟上他造當事人非協議當事人，但由於不為捨棄、認諾之協議未侵害他造當事人之程序上權益受損，仍由其決定是否援引該協議之效力於訴訟上，如其不提出抗辯，如前所述，法院不依職權就協議予以聞問、斟酌，一造當事人所為之捨棄或認諾仍生訴訟法上效力，法院須為捨棄或認諾判決；但如他造當事人以此協議提出抗辯，由於為協議之一造當事人已欠缺為捨棄或認諾之訴訟上權限，其捨棄、認諾之訴訟行為乃欠缺行使權限，而不生訴訟上效力，法院於斟酌此協議之效力下，仍須續行訴訟，進行言詞辯論，作成訟爭性裁判。

2. 關於裁判基礎資料之協議

在辯論主義下，基於對於事實、證之處分權限，示範訴訟之當事人亦得對於在訴訟上之事實、證據之提出予以約定，例如：經由自認協議對於訴訟上事實範圍予以限制；或約定就某一事實上爭點必須經由示範訴訟予以釐清而限制自認。在協議當事人與訴訟當事人不同，或僅有一造訴訟當事人參與協議之情形，關於事實、證據之協議在訴訟上之拘束力，則同於上述關於捨棄、認諾之協議，茲不再贅。

3. 向第三審上訴之協議

示範訴訟契約在同類之其他紛爭以示範訴訟之判決作為處理、解決之依據時，仍保有以司法機關之裁判作為紛爭解決依據之優點，有助於社會大眾預見法之所在及其發展，此一明確化及安定化法律秩序之機能，乃其他法院外自主性紛爭處理制度所欠缺者。為使此一機能能夠發揮—由最高法院就影響多數人之重要法律上爭議表示意見，當事人亦得於示範訴訟契約中約定，須提起第三審上訴，由最高法院作成終審裁判。相對於訴撤回協議、不起訴協議或自認協議、限制證據方法協議等，向第三審法院上訴之協議雖無簡化程序之作用，但由於亦無增加法院之負擔，無損於司法資源之合理分配，而不害及公益，宜承認此協議具有合法性。但為求儘速終結程序，當事人亦得利用民訴法第四六六條之四規定，就第一審判決合意逕向第三審法院上訴。此協議在性質上屬義務性契約，而非處分性契約，蓋當事人對於上訴權並無變更、限制或拋棄，而是約定必須行使訴訟上權限而為上訴之訴訟行為，負有一定之行為義務。但，由於上訴之訴訟行為須具備一定要件及符合法定程式，如協議當事人不依約提起第三審上訴，尚難僅依協議即擬制已提起上訴。此與前述關於訴訟上權限之限制或拋棄之協議，於他造提出抗辯下，須將基於該權限所得為之訴訟行為因欠缺行使權限而認為不生效力，使協議直接於繫屬之程序上發生作用，有所不同。

如當事人不依約提起上訴，於上訴期間經過後，原審判決即生確定力，訴訟繫屬消滅，已無從使此協議於訴訟程序上直接發生效力。退而求其次，對於不履行契約上義務之當事人得否請求其履行，或請求損害賠償，即生爭議。雖有見解主張，於此情形，協議之一造當事人得對於違約之他造提起履行義務之訴，蓋此協議無從在原訴訟程序上貫徹其效力，而僅能以另一訴訟迫使當事人履行其義務，應認為具有訴之利益。不過，由於上訴期間僅有二十日，如上訴期間已過，則請求履行之訴亦難認為具有訴之利益。於此情形，如致一造當事人受有損害，宜使當事人得請求損害賠償，否則，此協議對於當事人將形同無任何拘束力可言。就示範訴訟契約而言，不履行約定事項所生之損害係因可歸責於一造之事由致示範判決不能作成所生者，例如：為進行示範訴訟所支出之費用、因遲延排除系爭法律關係中不明確性所生之具體損害。

同時，為使示範訴訟得上訴於最高法院，在立法上宜考慮在示範訴訟之情形放寬上訴金額之限制。亦即，最高法院如認為該事件具有示範訴訟之性質，且就爭議之法律問題具有原則上重要性而許可上訴（民訴法第四六九條之一）者，則不受民訴法第四六六條之限制，而使最高法院得作成原則性裁判。在外國立法例上，奧地利司法審判法（Jurisdiktionsnorm）第五五條第四項即規定，依消費者保護法第二九條由消費者團體所提起之示範訴訟，其請求金額較低而未達第三審上訴標的價額者，其上訴標的價額視為四千五百歐元，此使得不論上訴聲明之訴訟標的價額多寡，均得提起第三審上訴。在德國民訴法二〇〇二年關於上訴制度

之修正，訴訟事件如具有法律上原則重要性，或為法之續造、裁判之統一，經第一審法院許可上訴於第二審（德新民訴法第五一一條），或經第二審法院許可上訴於第三審法院（同法第五四三條），或由當事人聲請飛躍上訴於第三審法院而經第三審法院許可者（同法第五六六條），均不受上訴所得受利益之限制。

示範訴訟契約除具有上述優點外，亦可與修正後之選定當事人制度或團體不作為訴訟相互配合，以解決多數同類紛爭同時或先後繫屬於法院之問題。就選定當事人制度而言，此制度之充實雖能某程度解決經由示範訴訟契約所欲處理多數同類紛爭之問題，但不代表示範訴訟契約即無存在之必要，二者之間並無矛盾，甚至可說具有相輔相成之作用。亦即，在多數有共同利益之紛爭當事人選定一人、數人或由社員選定公益社團法人進行訴訟，其判決雖對於訴訟外之選定人發生既判力，但對於其他有共同利益但未參與選定之人，或其他同類公益社團法人之社員仍不發生既判力（此與下文所述在團體不作為訴訟之情形有所不同）。如基於訴訟費用或程序之複雜化等考量，其他原未參與選定之共同利益人不願依第四四條之二規定併案請求，為「追加之選定」，或原被選定人不同意併案請求時，則可將已循選定當事人制度起訴之事件擇定為示範訴訟，於訴訟外與被告締結示範訴訟契約，使該訴訟之判決效力得擴張及之。尤其是在同類紛爭之當事人屬於不同公益社團法人之情形（例如：有二個以上之消費者保護團體或環境保護團體），由於各公益社團法人僅能為其社員起訴，其他公益社團法人之社員尚不得併案請求而選定原被選定之公益社團法人作為被選定人，因此，選定當事人制度縱然已擴大其適用範圍，仍有其界限，如能與示範訴訟契約制度相結合，在公益團體之協助下，透過示範訴訟契約之締結，將已循選定當事人制度進行之訴訟擇為示範訴訟，以其判決作為解決紛爭之依據，即可避免同類事件之起訴，一方面可擴大訴訟制度解決紛爭之功能，另一方面亦兼顧裁判外解決紛爭之優點。再者，就團體訴訟而言，公益法人團體之不作為請求在起訴及判決之效力上，就同一侵害行為之制止而言，具有擴張及於訴訟外紛爭當事人之作用，而與示範訴訟契約之作用重疊，因此，其他未起訴之當事人（例如：其他公益團體或受害人）即無須透過示範訴訟契約之締結以限制起訴或擴張判決效力。不過，在侵害行為不具有同一性但具有類似性時，例如：在前一不作為訴訟係以高雄之A工廠為被告，就其排放廢水之侵害行為提起不作為訴訟，而位於別處之B、C、D工廠亦有類似之污水排放行為；在前一不作為訴訟係以A銀行為被告，請求其不得於房屋貸款之定型化契約書中就「提早償還貸款」一事約定違約罰款，而其他B、C、D等銀行亦有類似之條款時，前一不作為請求訴訟之判決尚無從拘束未成為被告者。於此情形，應承認可由公益法人團體與在前一訴訟中未成為被告之B、C、D締結示範訴訟契約，而成立「團體示範訴訟契約」。換言之，團體示範訴訟契約之當事人一造為公益法人團體，但不限於提起不作為訴訟之團體；他造乃負有不作為義務者，兩造得約定以前一團體不作為訴訟之確定判決作為示範判決，而對於契約當事人具有拘束力，蓋公益法人依民訴法第四四條之三既然具有獨立之

提訴權，則就起訴及訴訟遂行之相關程序事項，可認為亦係包含於提訴權之範圍內，而得與他造成立訴訟契約。

不過，於此種情形，由於紛爭當事人眾多，常難以期待所有當事人均能締結示範訴訟契約，而宜考慮由法院依職權擇定示範訴訟之可能性。鑑於示範訴訟有助於多數紛爭之統一解決，或促成裁判外紛爭自主解決，晚近有德國學者更主張，示範訴訟得補充德國法上團體訴訟(Verbandsklage)制度之不足，對於大規模之擴散型損害賠償請求事件，在未引進集體訴訟(Gruppenverfahren，相當於美國之class action)制度前，得經由示範訴訟之方式予以解決，而宜考慮參酌德國行政訴訟法第九三條之一有關示範訴訟的立法，在民事訴訟法上明定之。就我國法而言，在現行法之解釋上，雖得依有關合併辯論(民訴第二〇五條) 訴訟停止(民訴法第一八二條) 職務上已知之事實(民訴法第二七八) 職權調查證據(民訴法第二八八條)等相關規定，亦可由法院依職權進行示範訴訟，但仍有其界限，且欠缺配套之整合規劃，如未明文規定，恐較易滋生運用上爭議，亦宜考慮立法予以規範。

參考文獻

一、中文部分

- 王甲乙 / 楊建華 / 鄭建才 (2001), 民事訴訟法新論。
- 王澤鑑 (2000), 民法總則。
- 邱聯恭 (1990), 民訴法研究會第二十八次發言記錄, 載於: 民訴法基金會編, 民事訴訟法之研討 (三), 頁 228-229。
- 邱聯恭 (1992), 司法之現代化與程序法。
- 邱聯恭 (1999), 程序制度機能論。
- 邱聯恭 (2000), 程序選擇權論。
- 邱聯恭 (2000), 民事訴訟審理集中化之理論與實務, 載於: 司法院編印, 民事法律專題研究 (十八) 民事訴訟審理集中化之理論與實務。
- 邱聯恭 (2001), 爭點整理方法論。
- 邱聯恭 (2002), 程序利益保護原則 (上), 月旦法學教室創刊號, 頁 117-119。
- 邱聯恭 (2002), 程序利益保護原則 (下), 月旦法學教室第 4 期, 頁 100-102。
- 吳明軒 (2000), 中國民事訴訟法 (上)。
- 沈冠伶 (2001), 仲裁鑑定制度之研究, 載於: 民事訴訟法研究基金會編, 民事訴訟法之研討 (十), 頁 312 以下。
- 沈冠伶 (2001), 證據保全制度 從擴大制度機能之觀點談起, 月旦法學雜誌第 76 期, 頁 54 以下。
- 沈冠伶 (2002), 不起訴協議, 月旦法學教室第 2 期, 頁 11-12。
- 沈冠伶 (2003), 民事訴訟與行政訴訟之分工與合作 專業審判與權利有效救濟間之選擇 (上), 台灣本土法學雜誌第 45 期, 頁 22 以下。
- 呂太郎 (2002), 爭點整理與協議簡化, 台灣本土法學雜誌第 41 期, 頁 71 以下。
- 姚瑞光 (2000), 民事訴訟法論。
- 姜世明 (2003), 選定當事人制度之變革, 月旦法學雜誌第 96 期, 頁 16 以下。
- 陳計男 (1999), 民事訴訟法論 (上)。
- 陳榮宗 (1987), 訴訟當事人與民事程序法。
- 陳榮宗 / 林慶苗 (2001), 民事訴訟法 (上)。
- 陳榮宗 / 林慶苗 (2001), 民事訴訟法 (下)。
- 陳自強 (1986), 訴撤回契約之研究, 台大法律研究所碩士論文。
- 陳自強 (1999), 民法上和解之效力, 政大法學評論第 61 期, 頁 316 以下。
- 陳自強 (2002), 契約之成立與生效。
- 黃立 (2000), 民法債編總論。
- 曹鴻蘭 (1990), 不必要證據之處理程序問題, 民訴法研究會第二十八次研討記錄, 載於: 民訴法基金會編, 民事訴訟法之研討 (三), 頁 198 以下。
- 張文郁 (1986), 集體訴訟制度之研究, 輔仁大學法律研究所碩士論文。

楊與齡 (1999), 強制執行法。
楊建華 (1998), 問題研析民事訴訟法 (五)。
駱永家 (1999), 民事舉證責任論。
駱永家 (1989), 民事訴訟法研究 III。
司法院編印(1995), 司法院民事訴訟法研究修正資料彙編 (十一)
中國時報九十一年九月十八日第二版。

二、德文部分

(一) 文獻

- Arens, Das Problem des Musterprozesses, in: Zur Soziologie, des Gerichtsverfahrens, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 4, 1976, S.344,347
- Baur, Der Musterprozess, in: Habscheid (hrsg.), Freiheit und Zwang, FS für Giger, 1989, S.16,21.
- Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 58. Aufl., § 147 Rdnr. 7, § 291, Rdnr. 5
- Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Aufl. 1999, Rdnr. 42.
- Baetge, Das Recht der Verbandsklage auf neuen Wegen, ZZP 112 (1999), 345-346.
- Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozess, 2. Aufl. 1972, S, 253, 258,265.
- Barz, Klagerücknahmeversprechen, S. 13 ff.
- Braus, Haftung für Massenschäden, NJW 1998, S.2323.
- Bülow, AcP 64, 1, 108.
- Eckardt/Dendorfer, Der Mediator zwischen Vertraulichkeit und Zeugnispflicht— Schutz durch Prozessvertrag, MDR 2001, S.786 (792).
- Eller, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im englischen Zivilprozess, in: Besedow (hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen, 1999, S.109,113, 117
- Gilles, Prozeßrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht, ZZP 98, S.1.
- Gold Schmidt, Prozess als Rechtslage, 1925, S. 303.
- Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechtr, 2, Aulf. 1974, § 23 II, S. 208 f.
- Gottwald, MünchKomm-ZPO, 2. Aufl. 2000, § 325 Rdnr. 78.
- Greger, Verbandsklage und Prozessrechtsdogmatik—Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung, ZZP 113 (2000), S.399
- Haß, Die Gruppenklage—Wege zur Prozessualen Bewältigung von Massenschäden, 1996, S. 65,85,175,213,290f.,297
- Habscheid, GRUR 1952, S.222.
- Haug, Die Problematik des Musterprozesses unter Einbeziehung von Ergebnissen der Rechtstatsachenforschung, S.40 ff.

- Hopt/Baetge, Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts—Verbandsklage und Gruppenklage, in: Basedow (hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß, 1999, S.23,57.
- H. Roth, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, 1988, S . 27 f., 295 f.
- Jacoby, Der Musterprozessvertrag—Die gewillkürte Bindung an gerichtliche Entscheidungen, 1999, S. 63,108,112,171,173,195,240,247
- Jauernig, ZZP 64 (1950), S.285, 304.
- Katzenmeier, Zivilprozess und außergerichtliche Streitbeilegung, ZZP 115 (2002),S. 51, 68,85.
- Kempf, Zur Problematik des Musterprozesses, ZZP 73, 1960, S.342 ff.,372,375, 381 ff.
- K. Hellwig, System des Deutschen Zivilprozessrecht I, 1912, § 151 I, S. 450.
- Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Aufl. 2001, § 169 Rdnr. 19.
- Koch, Verbandsklage in Europa, ZZP 113 (2000),S.417, 419-421, 424,429,441.
- Kolba, Erfahrungsbericht des Vereins für Konsumenteninformation(VKI) über Musterprozesse in Österreich, in: Brönneke (hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeßrecht, 2001, S.53 ff.
- Kötz, Alte und neue Aufgabe der Rechtsvergleichung, JZ 2002, S.257 ff.
- Leipold, Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breitgestreuter Interessen in der Bundesrepublik Deutschland, in: Gilles (hrsg.), Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung, 1983, S. 66.
- Lindacher, Konfliktregulierung durch Musterprozess, JA 1984, S.404, 405, ,406
- Loritz, Probleme der Rechtskraft von Schiedsprüchen im deutschen Zivilprozessrecht, ZZP 105 (1992), S.1.
- Lüke ,MünchKomm-ZPO, 2. Aufl. 2000, Einl. Rdnr. 287,Rdnr. 289
- Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Empfehlungen zur Reform des deutschen Rechts, in: Besedow(hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, 1999. S. 5.
- Marotzke, Rechtsnatur und Streitgegenstand der Unterlassungsklage aus § 13 UWG, ZZP 98, S.160.
- M. Schwab, Das neue Schuldrecht im Überblick, JuS 2002, S.1.
- Mendelssohn Bartholdys, JW 1921, S.1244 ff.
- Mendelssohn Bartholdys, JW 1921, S.1244 ff.
- Musielak, MünchKomm-ZPO, 2. Aufl. 2000, § 307 Rdnr. 18.
- Niese, Verträge über Prozeßhandlungen, S. 82 ff.
- Oertmann, ZZP 45, 389, 419 ff. ,426 ff.
- Papathoma-Baetge, Die Verbandsklage im griechischen Recht, in: in:Besedow(hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, 1999. S. 198 ff.

Prütting, Anmerkung zu BGH Urt. v. 23. 11. 1983-VIII ZR 187/82, ZZP 99(1986), 93 ff.

Regierungsentwurf vom 9.5.2001, Begründung, S. 661.

Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, 15. Aufl., § 47, S.3, § 66 I, S.367, § 66 II, S. 367, § 66, S.370, § 156 IV, S.654.

Romy, Massenschäden in der Schweiz, in: Koch/Willingmann (hrsg.),Großschäden— Complex Damages: Rechtliche und alternative Regulierungsstrategien im In- und Ausland ,1998, S.177, 185.

Rudisile, in: Schoch/Schmidt-Assmann/Pietzner, VwGO § 93a Rdnr. 1 ,Rdnr. 33.

Schilken, ZZP 90 (1977), S.157, 173.

Schlosser, Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess, 1968, S. 2 ff.,S.10,S. 49 ff.

Schiedermairs, Vereinbarungen im Zivilprozess, 1935, S. 76 f., 90 f.,92 f., 110 ff.,117ff., 126 f.,127

Schwab/Walter,Schiedsgerichtsbarkeit, 6. Aufl.2000, S.27.

Schwab/Walter, Kap 20, Rdnr. 13.

Siebert, Die verfahrensrechtliche Problematik des Musterprozesses, 1973, S. 43, 56, 101,127, 131.

Standler, Bündelung von Verbraucherinteressen im Zivilprozess, in: Brönneke (hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozess, 2001, S. 23,24,41,42,45.

Stadler, Musterverbandsklagen nach künftigem deutschen Recht, in: Gottwald/Roth (hrsg), FS für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, 2001, S. 468,475,479,483.

Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aulf. 1993, Rdnr. 5, vor § 128 Rdnr. 245, vor § 128 Rdnr. 240, Rdnr. 247, Rdnr. 248, § 147,Rdnr. 16, § 307, Rdnr. 26.

Stein/Jonas/Schumann, 21. Aufl. 1993, vor § 253 Rdnr. 87, 127

Thomas/Putzo, ZPO, 21. Aulf. 1998, § 147 Rdnr. 1, § 291, Rdnr. 1,Rdnr. 2

Von Bar, Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen zur richtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden?, in: Verhandlung des zweiundsechzigsten deutschen Juristentages, Band I Teil A, 1998, S.93.

Wagner, Prozessverträge, 1998, S. 74, 84 ,206, 224, 244-245,247-251,267,425 ,720 ff.,726, 728,731.

Wolfsteiner, Vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 26.8

Zöller/Vollkommer, ZPO, 23. Auf1., 2002, § 325 Rdnr. 43a

Zöller/Greger, ZPO, 23. Aufl. 2002, § 147, Rdnr. 2

(二) 裁判

BGH, NJW1982, 2027.

BGHZ 28, 48.

BGH, NJW 1986, 198.

BGHZ 38, 254.

BGHZ 133, 319.

BVerfGE 54, 39

三、英文部分

EMI Records Ltd. v. Riley, 1. W. L. R. 923(Ch. 1981)(Eng.).

Neil Andrews, Multi-Party Proceedings in England: Representative And Group Actions, 11 Duke J. Comp. & Int'l L. 249,255.

計畫成果自評

我國文獻上，關於示範訴訟契約之詳盡研究，迄今仍付之闕如，而實務上亦今仍未意識到此類契約成立之可能性。因此本計畫乃以示範訴訟在德國、奧地利及瑞士之發展經驗為研究對象，期能建構我國民事程序法上訴訟契約之體系，並強化學理、實務對示範訴訟契約紛爭解決功能的認識。研究內容與原計畫相符，研究成果可供學理研究、實務運作參考，並適合在學術期刊發表。