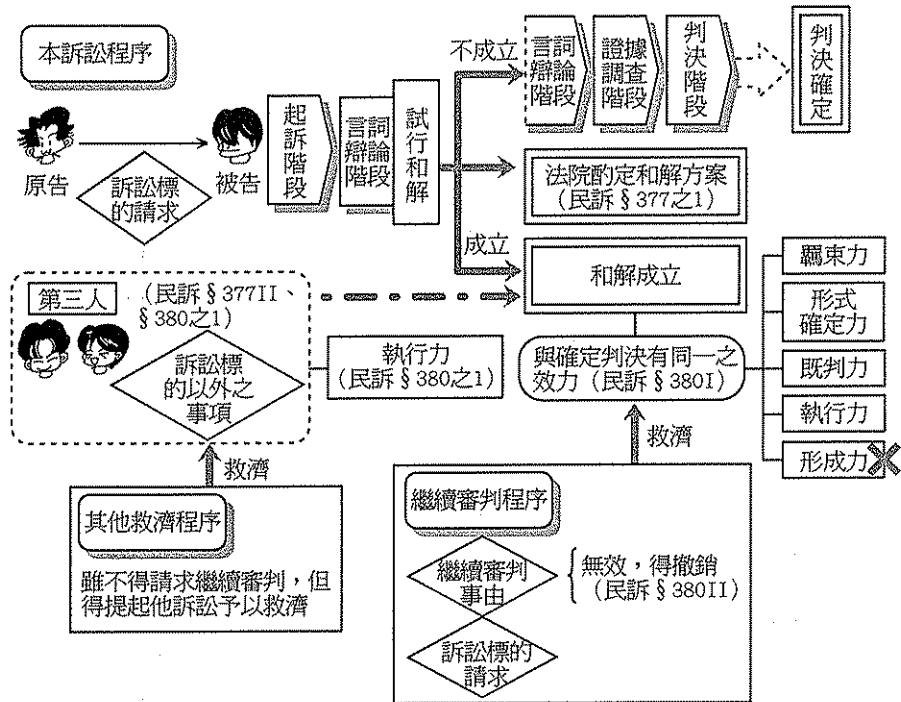




訴訟上和解程序之綜合圖示

訴訟上和解制度，我們就簡單講到這裡，最後我們用一綜合的圖示，將本節中相關的概念作個串連：



實務解析

【訴訟上和解之性質】

▲43台上1075例

訴訟上之和解，為私法上之法律行為，同時亦為訴訟法上之訴訟行為，即一面以就私法上之法律關係止息爭執為目的，而生私法上效果之法律行



為，一面又以終結訴訟或訴訟之某爭點為目的，而生訴訟法上效果之訴訟行為，兩者之間，實有合一不可分離之關係，故其行為如有私法上或訴訟法上無效或得撤銷之事由存在，不問何者，均屬民事訴訟法第三百八十條第二項所謂和解有無效或得撤銷之原因，當事人自得以之為請求繼續審判之理由。

▲92台上934決

訴訟上之和解，為私法上之法律行為，同時亦為公法上之訴訟行為，即一面以就私法上之法律關係止息爭執為目的，而生私法上效果之法律行為，一面又以終結訴訟或訴訟之某爭點為目的，而生訴訟法上效果之訴訟行為，兩者之間，實有合一不可分離之關係。其在訴訟上，當事人固可以無效或得撤銷之原因請求繼續審判；在實體上，於有給付不能或給付遲延等私法上解除之原因發生而合於解除契約要件時，亦得行使其解除權。惟訴訟上之和解，既同時為公法上之訴訟行為，和解本身不得附條件或作為私權之標的，該和解之當事人自不能任以契約另行推翻之。

《解析》

關於訴訟上和解之性質，比較通說的說法是「兩行為併存說」及「兩行為競合說」（兩性說）這兩種。而43年這個判例妙的地方在於：兩邊的老師都將之引為自己說法的依據。兩行為併存說著眼於前半段，即認訴訟上和解同時兼具兩種行為；兩行為競合說著眼於後半段，兩者間具有合一不可分離之關係。

當然不論採那說，訴訟上和解同時具有實體及訴訟上效果、實體及訴訟上瑕疵均可請求繼續審判，此兩點結論是相同的。

【形成之訴和解之效力】

▲58台上1502例

調解成立者，依民事訴訟法第四百十六條第一項、第三百八十條第一項規定，與確定判決有同一之效力。惟判決為法院對於訴訟事件所為之公法的意思表示，調解或和解，為當事人就訴訟上之爭執互相讓步而成立之合意，其本質並非相同。故形成判決所生之形成力，無由當事人以調解或和解之方式代之，從而在調解或訴訟上和解分割共有不動產者，僅生協議分



割之效力，非經辦妥分割登記，不生喪失共有權，及取得單獨所有權之效力。

▲75年第9次民事庭會議決議

兩願離婚，須具備書面，二人以上證人之簽名及辦理離婚戶籍登記三項要件，始生效力，為修正民法第一千零五十條所特別規定。當事人兩願離婚，祇訂立離婚書面及有二人以上證人之簽名，而因一方拒不向戶政機關為離婚之登記，其離婚契約尚未有效成立，他方自無提起請求協同辦理離婚戶籍登記之訴之法律依據。

《解析》

實務上針對形成之訴的和解，向認不生形成力。故對形成之訴一般是不准和解的，要不然就硬解釋是原訴訟撤回、而當事人另外生協議之效力（如協議分割共有物、協議離婚）。既然解釋成協議的效力，那自然非待登記完畢不生分割共有物或離婚之效果。另75年第9次民事庭決議尚認「登記」是協議離婚之要件之一，故他方亦無從提起協同辦理離婚登記之訴。87司法官就是在考這個部分。當然，有關離婚訴訟不得和解之見解在民法第1052條之1增定後，應不再適用。

範題精選

(一)試附理由回答下列問題：

1. 原告X以Y為被告，起訴請求Y給付新台幣二百萬元之貨款。於第一審言詞辯論期日，經審判長許可，Y委任其子Z為訴訟代理人，並授予特別代理權，到場參與辯論。是日，X、Y經審判長斡旋後，成立訴訟上和解。嗣發現Z斯時僅為十八歲之未成年人，則上開和解效力如何？
2. 原告X以Y為被告，本於買賣之法律關係，起訴請求（即訴之聲明）Y給付價款新台幣二百五十萬元。於第一審言詞辯論期日，Y因無能力給付，為確保解決紛爭，經審判長斡旋，Y之父同意參加和解，改由Z給付X新台幣二百萬元（X其餘之請求權拋棄），而於X、Z之間成立訴訟上和解。嗣於和解後，Z以其同意參加和解係因錯誤所致，現已合法撤銷其意思表示，故否認上開和解之效力，拒不履行和解內容，則X可否對上開和解請求繼續審判，或Z可否另行對X起訴，請求確認上開和解



債權不存在？

(97司、司事官)

【分析】

本題的兩個小題都是與訴訟上和解有關，分別考到了一個傳統的爭議，和一個修法後的新規定。

第一小題主要是考到訴訟代理人之資格，及和解的瑕疵及效力應如何認定。處理上可以分幾個層次討論：

1. 關於Z作為訴訟代理人之資格：雖然本法第68條第1項本文規定「訴訟代理人應委任律師為之」，但還是保留了經審判長許可而委任非律師為訴訟代理人的情況。而如本題中審判長允許了一個未成年人作為訴訟代理人，該訴訟行為是否可認為有瑕疵？題目審到這邊出現了第一個考點，在我們沒辦法判斷老師想法的狀況下，當然是老規矩：自列肯、否兩說，分別論述理由。至於要採哪說，當然還是悉聽各位尊便，不過如果各位認為「無瑕疵」的話，題目也回答完了，好像沒有特別去考和解的必要，所以建議各位採「有瑕疵」的見解，才好進行我們下一步的論述。
2. 關於和解之效力如何：在我們認為「Z作為訴訟代理人有訴訟法上瑕疵」的前提下，進一步來看那Z所作成的訴訟上和解效力如何。這裡就牽扯到訴訟上和解一個傳統的問題點：訴訟上和解的性質如何？學說上有「兩行為併存說」及「兩行為競合說」（兩性說）兩種見解，而這兩說的區別實益就是在本題的狀況：訴訟上和解實體上無瑕疵（Z係經法定代理人委任，可認其為和解行為係經法定代理人允許，法律行為有效），但有訴訟法上瑕疵（Z於訴訟法上不得作為訴訟代理人），是否殘留實體法上和解之效果。所以當然第二個層次，各位就必須就這兩說分別論述然後討論，才能徹底說明此和解之效力如何，若採「兩行為併存說」，Z所為之和解仍殘留民法上X、Y之和解契約效力；若採「兩行為競合說」，則Z所為之和解完全無效，亦無實體法上效果存在。

第二小題就簡單很多，處理到「第三人參與和解之救濟管道」。如本章內文所述，此種瑕疵雖無法請求繼續審判，但Z得另行對X起訴，請求確認該和解債權不存在以為救濟。