

15



第二審失權

精選文獻

- ☑ 許士宦，逾時提出攻擊防禦方法之失權，台灣本土法學雜誌，第40期，2002年11月。
- ☑ 許士宦，逾時提出之駁回與責問權之行使，月旦法學教室，第5期，2003年3月。
- ☑ 許士宦，第二審程序新攻擊防禦方法之提出，律師雜誌，第287期，2003年8月。
- ☑ 黃國昌，誤未駁回逾時攻防之法律效果，月旦法學教室，第43期，2006年5月。
- ☑ 吳從周，第二審失權與補充第一審之攻擊防禦方法－簡評最高法院九三年台上字第一三一九號判決，台灣本土法學雜誌，第85期，2006年8月。
- ☑ 黃國昌，逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？國立臺灣大學法學論叢，第37卷第2期，2008年8月。

- ☑ 吳從周，再論第二審失權與補充第一審之攻擊防禦方法－觀察後續實務見解發展中所產生的諸多疑問，台灣法學雜誌，第115期，2008年11月。
- ☑ 吳從周，於第二審始提出時效抗辯之失權效果，台灣法學雜誌，第119期，2009年1月。
- ☑ 黃國昌，限縮爭點之拘束與新攻擊防禦方法之駁回－以「促進訴訟之效率性價值是否為當事人所能處分？」為中心，台灣法學雜誌，第119期，2009年1月。
- ☑ 許士宦，第二審程序時效抗辯之失權－最高法院有關裁判之檢討，台灣法學雜誌，第121期，2009年2月。
- ☑ 張文郁，當事人於第二審提新攻擊、防禦方法－評最高法院九十四年度台上字第二六六號、九十六年度台上字第一七八三號民事判決，月旦裁判時報，第10期，2011年8月。
- ☑ 吳從周，對他造於第二審提出新攻防方法無異議－最高法院一百年度台上字第三一〇號

民事判決評釋，月旦裁判時報，第14期，2012年4月。

- ☑ 吳從周，消失的二審失權：一個修正十週年結算！（上）－特別重新回顧檢討民事訴訟法第447條第3款及第6款之失權事由，台灣法學雜誌，第233期，2013年10月。
- ☑ 吳從周，消失的二審失權：一個修正十週年結算！（下）－特別重新回顧檢討民事訴訟法第447條第3款及第6款之失權事由，台灣法學雜誌，第235期，2013年11月。
- ☑ 劉明生，第二審上訴之法院審查範圍與新攻擊、防禦方法提出之容許範圍－以與德國法比較為中心，軍法專刊，第60卷第6期，2014年12月。
- ☑ 劉明生，第二審新攻擊與防禦方法提出容許要件之探討－以第二審消滅時效抗辯與抵銷抗辯之提出為中心，月旦法學雜誌，第249期，2016年1月。



重點導讀

第二審失權制度是關係到當事人能不能再提出新攻擊防禦方法，且往往是勝敗的關鍵，只是一般大學部的民事訴訟法課程，比較少在這個議題上深入探討（第一審都快教不完了啊～）。但就考試而言，重要性不容小覷！幾乎目前檯面上的大咖老師，像是吳從周老師、許士宦老師、黃國昌老師等，均有在此議題上發表見解，然後老師們的見解又剛好呈現分歧，考試上自然非常重要！



▶▶ 主題 1

民訴法第447條之性質

延伸學習

幫各位複習一下，上級審構造有覆審制、續審制、事後審制。

覆審制就是當事人「有」訴訟更新權，也就是法院的審理重新再來一次的意思，所以當事人可以再提出新攻擊防禦方法，我國的刑事訴訟法的第二審就是採此制度！而與其相對的就是事後審制，當事人沒有訴訟更新權，完全不得再提出新攻擊防禦方法，例如我國民事訴訟法第三審就是此制度。而續審制就是介於兩者之間，當事人有一定的訴訟更新權。

看看我國民訴法第447條「原則禁止，例外准許」之規定，有的老師認為我國第二審是「嚴格續審制」，也有老師稱之為「改良式事後審制」，甚至有老師認為我國應該跟德國的第二審一樣，應是一個「介於續審制與德國錯誤審查與排除之第二審程序」中間的制度。

Q 1-1

重要性：★★★★★

民事訴訟法第447條之性質？錯誤准予提出之程序瑕疵之性質？

Hint

錯誤准予提出的意思就是，假設被告第一審都不提出某個攻防方法，一直拖到第二審才提，又沒符合例外可提出的規定時，照理來說，法院應該不准他提出才對，但法院卻沒發現，因此沒有駁回被告的攻防方法，並且還採為判決的基礎。那這個程序上的瑕疵，就涉及到民訴法第447條到底是什麼性質？職權調查事項？還是責問事項？進而導致「法院應該駁回而卻沒有駁回」的這種情形



下要怎麼處理，有不同見解。

(一)職權調查說¹：(邱)許(郁)

1. 訴訟促進義務之規定為強行規定：

訴訟促進義務之法理根據係「當事人對於對造負有依誠信原則進行訴訟及對法院所負促進訴訟之公法上義務」。對違反義務者的制裁，其保護的法益，不僅涉及對造之程序利益，亦包含制度設置者及其他利用者之利益。而當事人對公益部分無處分權，故不得因他造為責問而補正。

2. 責問權之捨棄或喪失僅限於為當事人利益而設之程序規定：

民訴法第447條非僅涉及當事人個人利益，並且關係國家司法資源之合理分配以及健全司法制度，故屬公益上之要求，如同專屬管轄，不因未責問瑕疵治癒，應適用民訴法第197條第2項。

3. 誤准予提出得上訴救濟：

從「有礙他造當事人攻防」之公平性觀之，涉及對他造當事人之信賴與突襲防止，應可上訴救濟。

(二)責問事項說²：(吳)生(貴)³

1. 責問權之喪失：

- 1 張文郁，當事人於第二審提新攻擊、防禦方法一評最高法院九十四年度台上字第二六六號、九十六年度台上字第一七八三號民事判決，月旦裁判時報，第10期，2011年8月。許士宦，逾時提出攻擊防禦方法之失權，台灣本土法學雜誌，第40期，2002年11月。許士宦，逾時提出之駁回與責問權之行使，月旦法學教室，第5期，2003年3月。
- 2 吳從周，對他造於第二審提出新攻防方法無異議—最高法院一百年度台上字第三一〇號民事判決評釋，月旦裁判時報，第14期，2012年4月。吳從周，再論第二審失權與補充第一審之攻擊防禦方法—觀察後續實務見解發展中所產生的諸多疑問，台灣法學雜誌，第115期，2008年11月。劉明生，第二審上訴之法院審查範圍與新攻擊、防禦方法提出之容許範圍—以與德國法比較為中心，軍法專刊，第60卷第6期，2014年12月。
- 3 96台上1783決：「按民事訴訟法第四百四十七條固採嚴格之續審制，於第一項明定當事人在第二審不得提出新攻擊或防禦方法，但為兼顧當事人權益之保護，並於該條項但書第三款規定，對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，不在此限。又當事人至第二審程序，違背民事訴訟法第四百四十七條規定，提出新攻擊或防禦方法，如他造已表示無異議或無異議而就該訴訟有所聲明或陳述者，即喪失責問權，此項程序上之瑕疵，亦因其不責問而為補正，此觀同法第一百九十七條第一項之規定自明。」



已賦予當事人責問權，當事人放棄未行使，應無侵害聽審權或辯論權，亦無違反程序權上之公平性。

2. 欠缺補正可能性：

無救濟之途徑，法院不得駁回。

3. 逾時提出之瑕疵治癒：

蓋因原本欲透過失權所要達成加速訴訟進行的目標，已終局的無法實現。若再將第二審認為重要、甚至進行證調的證據排除，反而違反訴訟經濟。**觀⁴**



作者的話

以上責問事項說、職權調查說就是兩個最主要的不同見解。職權調查說從民訴法第447條的文義出發，因為第447條就寫「應」駁回了！法院忘記駁回當然就是判決違背法令，是可以上訴第三審的。再來就是，第447條是為了促進訴訟，法院不是原告、被告開的，還有其他潛在的當事人要利用法院解決紛爭，所以第447條這個「應駁回」的規定是涉及公益，是一個強行規定，不會去適用民訴法第197條第2項。

和職權調查說完全相反的見解就是責問事項說！這說的見解是認為，民訴法第447條是屬於責問事項。當事人第二審提出新攻防方法，對造沒異議、法院也沒有駁回，這個時候違法准予提出的瑕疵就治癒了！因為法院要不要駁回的啟動機制，是看對造有沒有異議來決定的！今天對造都不異議，這個責問權就喪失，法院事後就不能再駁回。

4 **觀念解讀**

民訴法第447條本來就是為了加速訴訟進行，然後某程度上犧牲發現客觀真實。今天既然對造沒異議、法院也沒發現而判決了，此時訴訟加速的目的已經不可能達成，結果你反過來還要再去犧牲發現客觀真實！再來，若是容許對造可以依此上訴救濟，那是不是本來早就應該終結的訴訟，又要再一次被拖延！如此，既不能達成訴訟促進，又要犧牲發現客觀真實，這樣是不是兩敗俱傷、到頭來什麼民訴法上什麼目的都無法達成？



4. 最高法院說理之瑕疵？創設民訴法第447條第1項但書得提出之另一種例外？

● 1-1-1

最高法院100台上310判決⁵認為，依最高法院29上字359判例「當事人於二審訴之變更追加，對造無異議而為本案言詞辯論時，視為同意追加」。再依「舉重明輕」的法理，認為第二審提出新攻防方法，對造無異議時，法院無不許其提出之理。評析該判決⁶？

評析：㊦

- (1)以「他造無異議」創設民訴法第447條第1項但書之另一個例外情形？
- (2)法學方法之運用有疑義：

輕重相舉、類推適用均是目的論，係就本質相同之事務為法律之補充。訴之變更追加之立法目的是「訴訟經濟、紛爭一次解決」，而禁止二審新攻擊防禦方法之提出是「促進訴訟」之規定，兩者並非本質相同之事務，故不能依此舉重明輕之法理為法律填補。㊦⁷

5 100台上310決：「……又按當事人於第二審程序，除釋明有民事訴訟法第四百四十七條第一項但書各款所列事由外，不得提出新攻擊或防禦方法，違反規定者，第二審法院應駁回之，同條第三項固定有明文。然當事人在第二審為訴之追加，他造於此項訴之追加無異議而為本案之言詞辯論者，即應視為同意追加，既經本院以二十九年上字第三五九號著有判例，依舉重以明輕之法理，當事人於第二審程序提出新攻擊或防禦方法，如他造表示無異議，或無異議而就該攻擊或防禦方法有所聲明或陳述者，亦應認無不許其提出之理……」

6 吳從周，對他造於第二審提出新攻防方法無異議—最高法院一百年度台上字第三一〇號民事判決評釋，月旦裁判時報，第14期，2012年4月。

7 觀念解讀

這邊涉及法學方法，親愛的讀者們看不懂很正常，因為筆者我本身大學也沒有上過方法論的課。簡單講一下，法律有漏洞的話，法官就要去填補這個漏洞，而填補的方法就例如：舉輕明重、舉重明輕、類推適用、目的性限縮。這邊最高法院的判例用了「輕重相舉」的填補方式。輕重相舉的前提是要目的、本質相同的東西才可以拿來比較誰輕誰重！例如：老師說上課的時候同學可以吃雞排、泡麵、臭豆腐，舉重明輕，吃雞排這種重口味、會影響上課的食物老師都不禁止了，那上課一定可以喝水。

但是各位看這個判決的舉重明輕，是拿民訴法第255條還有第447條來比較。然而，第255條是



(三)得處分事項說⁸：(黃)

1. 駁回新攻擊防禦方法之提出，所欲保護之利益：

(1)「效率性」之部分：

避免造成不必要的司法資源浪費。

(2)「公平性」之部分：

避免造成對造當事人程序上不利益，不必要的勞力、時間、費用之支出，並保護兩造當事人平等進行攻擊防禦之程序權，以及避免訴訟策略上造成突襲與事證逸失之風險。**觀**⁹

針對「訴訟標的」、第447條是針對「攻防方法」，一個是針對訴訟經濟、紛爭一次解決的規定，另一個則是針對訴訟促進義務的規定，這兩個是本質相同的東西嗎？顯然不是！所以最高法院這邊用舉重明輕去解決問題，非常詭異。如果依剛剛上課吃雞排的例子來比喻，本案的最高法院判決就會認為「你看～老師說上課都可以吃雞排了，依舉重明輕，那翹課更不影響上課，所以我可以不來上課！」大家不覺得這樣亂比較很奇怪嗎！（還是大家為了可以翹課，再不合理的理由都變得很合理XD）

筆者我認為，其實最高法院就像以前一樣，把第447條視為責問事項不就好了嗎？對造未異議，責問權喪失、瑕疵補正，法院自然就不能駁回了。所以吳老師這邊就批評最高法院如此判決，不太清楚他是要幹嘛？法學方法的運用錯誤之外，非但沒有解決第447條性質的問題，反而好像又創設了第447條那6款以外的另一個例外情形，這跟我國要貫徹第二審嚴格續審制的目標背道而馳。

- 8 黃國昌，限縮爭點之拘束與新攻擊防禦方法之駁回—以「促進訴訟之效率性價值是否為當事人所能處分？」為中心，台灣法學雜誌，第119期，2009年1月。黃國昌，逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」？，國立臺灣大學法學論叢，第37卷第2期，2008年8月。

9 **觀念解讀**

其實從逾時提出駁回所要保護利益這邊，就可以看出黃國昌老師跟吳從周老師的不同，因此可以導出完全不一樣的見解。吳從周老師是照德國法的體系去看，認為逾時駁回保護的法益是「實效性」（就是黃老師講的「效率性」），因此失權效的目的當然就是為了促進訴訟的進行，要當事人有話快說、有屁快放，有什麼什麼問題一次給我講一講，避免造成大家浪費時間造成審理整個遲延。

但黃國昌老師認為，駁回逾時提出要保護的法益不只有「效率性」，還包括對造當事人的「公平性」。也就是說，除了保護審理的效率外，法院為什麼要駁回當事人逾時提出？因為如果你逾時之後還讓你可以提出，這樣會突襲你的對手。例如，被告甲一開始都不說要主張時效抗辯，因此原告乙可能就很放心，心想「X！甲這個北七，竟然不主張時效抗辯！林北躺



2. 一造當事人違反民訴法第447條可能產生四種情形，應分別處理：

● 1-1-2

情形一：一造當事人違反第447條，他造當事人未異議時，第二審法院得否職權適用失權規定而不許提出？

情形二：一造當事人違反第447條，他造當事人未異議時，法院職權適用失權規定，該未異議之當事人得否認為「法院不得職權適用失權規定」，而以之上訴？

黃：駁回新攻防方法之效率性價值為當事人得處分之事項

- (1) 上述情形一、情形二之問題核心涉及「駁回新攻防方法之效率性價值是否為當事人所能處分？」
- (2) 「是否允許法院職權介入駁回？」此一問題，乃是在「法院」與「當事人」間，就程序之操控權限之分配上，是否過度偏袒法院而無視雙方當事人之意思？此無正確答案，端視我國在「促進訴訟以追求效率」的問題上，決定採取「多麼強烈」的訴訟政策。如越側重「合理使用司法資源」的考慮，則法院越應職權介入。反之，則側重「他造當事人保護」，則較容許當事人得處分。
- (3) 於一造當事人提出新攻擊防禦方法，他造未異議時，解釋上應認為，雙方當事人非惡意延滯訴訟而構成訴訟程序之濫用時，法院即不必過度介入而職權駁回新攻擊防禦方法之提出。如此解釋下，較能配合其他我國法律上准予當事人處分之規定¹⁰。

著贏了！哈哈哈哈哈～」，於是乙爽到連睡覺都會微笑這樣，都沒去蒐集關於時效這部分的證據來應戰。所以想想，如果後來讓甲可以突然提出時效抗辯，而且法院還不需要駁回的話，那乙不就衰小？乙大概會在法庭上面整個嚇到漏尿這樣，這已經完完全全突襲到乙了！因為乙的訴訟策略可能要整個大改變。所以黃老師才會說，駁回逾時提出所要保護的法益不僅只有「效率性」，也包括對他造當事人的「公平性」，進而導出下面「駁回新攻防方法之效率性價值為當事人得處分之事項」的見解。

¹⁰ 我國民訴法中，其他准許當事人自行處分之規定，例如：經他造同意時，當事人得提出原爭點協議外之新爭點。又例如：經他造同意之訴之變更追加。



Q 1-1-3

情形三：一造當事人違反第447條，他造當事人未異議時，第二審法院亦未職權適用失權規定，此時該未異議之當事人，得否以「法院不應准予對造提出」為由上訴？

Hint

這邊其實就是在討論上面吳從周老師跟許老師吵很兇的情形，甲第二審始提出時效抗辯，乙沒有異議而法院也沒有加以駁回，反而審酌並裁判，這時候乙可不可以上訴救濟呢？依照吳從周老師的說法，民訴法第447條是責問事項，乙你自己都不責問，甲逾時提出的瑕疵治癒，所以乙不能上訴救濟。黃國昌老師也跟吳從周老師採取一樣的看法，從效率性跟公平性來說，最高法院都不應該讓乙上訴救濟。

ⓖ：不得上訴救濟

此部分為吳從周教授及最高法院判決，以第447條屬於「責問事項」為前提而討論之情形。此時由「效率性」而言，訴訟促進義務之目標已經無從回復。再由「公平性」而言，當事人自己未提出異議而實質攻防，不得事後再以上訴救濟之。

Q 1-1-4

情形四：一造當事人違反第447條，他造當事人已提出異議時，第二審法院卻未駁回時，該提出異議之當事人得否上訴救濟¹¹？

ⓖ：得上訴救濟

蓋因逾時提出之駁回並非僅在防止訴訟延滯，同時保護他造當事人公平進行攻擊防禦之程序權。故法院未駁回時，侵害其程序權，得上訴救濟之。

¹¹ 黃國昌，誤未駁回逾時攻防之法律效果，月旦法學教室，第43期，2006年5月。



作者的話

現在來講黃國昌老師的見解。老師認為法院要介入的多深，也就是民訴法第447條要貫徹的多徹底？這沒有絕對答案！要看我們國家想要追求促進訴訟到什麼程度？這和上面討論過的保護法益有關，因為黃老師不像吳老師認為失權制度的保護法益只有效率性，還包括對當事人的公平性。因此我們的失權要貫徹的多徹底，就是在這兩者間拉扯。

黃國昌老師在權衡之後認為，促進訴訟是該促進啦，但在第二審失權這裡，老師覺得法院不該介入這麼深，應該留有當事人一些處分的空間。因為當事人第二審才拿出新攻防方法，這麼機車、嚴重違反公平性的事情，對造都沒意見了，那你法院在認真個什麼鬼？法院還真的去貫徹第447條的話，顯得很突兀，而且不符合我們民事訴訟法賦予當事人對特定事項得處分的其他規定。

所以老師認為，除非在法院發現雙方當事人有意圖延滯訴訟的情形，會影響到其他潛在要使用法院的其他人，這時候才應該貫徹第447條而職權加以駁回。不然在其他情形，當事人都沒意見了，法院你其實可以不用這麼認真！