重 要 論 文 導 讀 ①

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

編目：民事訴訟法

出處	月旦法學雜誌，第 249 期，頁 197~218
作者	劉明生教授
關鍵詞	第二審上訴程序、新攻擊與防禦方法、消滅時效抗辯之提出、抵銷抗辯之提出、不許提出顯失公平
摘要	本文主要探討當事人於第二審提出新攻擊與防禦方法之容許要件，尤其探討當事人於第二審第一次提出消滅時效抗辯與第一次提出抵銷抗辯之容許要件。 於消滅時效抗辯提出之情形，第二審法院是否應容許提出，部分實務肯定之，惟容許事由不盡相同，亦有採否定見解者。究以何種見解較為妥適，有從第二審上訴功能與第一審程序集中原則加以分析之必要。 而於抵銷抗辯提出之情形，我國現行法主要依照民事訴訟法第 447 條第 1 項判斷是否提出。實務見解有認為符合該條項但書第 6 款之情形，應容許提出。惟於第二審第一次提出抵銷抗辯之情形，容許要件是否與於第二審第一次提出消滅時效抗辯之容許要件相同？其是否應考量他造是否已為同意、容許當事人提出是否有助於事件之解決，是否原則上應以原訴訟認定之事實為基礎，以下分析之。
重點整理	我國民訴法第 447 條第 1 項本文認為原則上當事人不能於第二審提出新的攻擊防禦方法，但若符合一至六款情形之一者，不在此限。我國民訴法與德國民訴法相比，多了第六款「如不許其提出顯失公平」之容許事由，該容許事由規範是否妥適將進一步分析。尤其被告於第二審第一次提出消滅時效抗辯或抵銷抗辯，二者容許要件之分析。期能透過本文釐清二者提出之容許要件，及其與第二審上訴之功能、第一審充實與集中原則、訴訟經濟要求之關聯性。 **一、第二審新攻擊防禦方法提出之容許要件與消滅時效抗辯提出之容許性：** **(一)實務見解** 大部分實務見解認為法院就新的消滅時效抗辯不負闡明義務，第二審法院不能依民訴法第 447 條第 1 項但書第 1 款容許。主要就可否以民訴法第 447 條第 1 項第 3 款、第 4 款、第 6 款容許提出有四種見解。

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

重點整理	1.符合第 3 款事由應容許提出。 2.同時符合第 3 款與第 6 款事由應容許提出。 3.符合第 6 款事由應容許提出。 4.同時符合第 4 款與第 6 款事由應容許提出。 **(二)學說見解** 1.有認為當事人於第二審提出時效抗辯係屬不可歸責於當事人之事由而未於第一審提出，法院應加以容許。 2.有認為民訴法第 447 條第 1 項第 6 款事由，應從事綜合利益考量，若新攻防方法之提出，於當事人就其未於第一審為之不具重大過失，且其未提出未對他造發生突襲，而不嚴重影響其信賴之情形，為謀求發現真實與兩造間公平，在必要範圍內始能允許。重要者乃不許當事人提出所保護之利益是否大於允許其提出所保護之利益。 3.有認為第二審第一次提出時效抗辯，應認為係新的防禦方法之提出，除不可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者，否則均生失權效果，始能真正貫徹第二審失權目的。 **(三)本文見解** 1.本文認為 2003 年修正民訴法第 447 條規定時，立法者將當事人於第二審提出新攻擊與防禦方法，修改成「原則上」不容許提出。由此可知，立法者欲將完全第二個事實審，改成原則上限制當事人提出新事實與證據之審級。被告於第二審第一次提出消滅抗辯時，乃屬新的防禦方法之提出，非防禦方法之補充，否則將不當架空當事人訴訟促進義務。使第二審限制提出新事實資料之功能無法充分發揮，無法使訴訟事件之重心集中於第一審，而使第一審程序無法貫徹充實與集中原則。 **2.第 447 條第 1 項但書第 1 款**：除有其他程序瑕疵，不能主張依本款容許提出消滅時效抗辯。民事財產訴訟採修正之辯論主義，非協同主義，故新的消滅時效抗辯提出為當事人之責任，法院不負闡明義務。若承認法院就此負闡明義務，則對於其他非常多新的防禦方法與攻擊方法之提出，均負闡明義務，當事人均可依此提起上訴，將使二審肥大化，第二審限制事實資料擴大之功能無法充分發揮，且無法達到第一審程序充實化與集中化之目的。 **3.第 447 條第 1 項但書第 4 款**：消滅時效抗辯之提出乃事實之主張，非法院依職權可加以適用之法觀點或事實觀點，此抗辯亦非法院職務已知之事實，法院職務已知之事實不包括從本案訴訟卷證資料第一次得知之事實，法院從卷證資料得知當事人可主張消滅時效抗辯，並不符合本款事由。 **4.第 447 條第 1 項但書第 6 款**：此項容許事由之存在，造成許多

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

重點整理	本不應容許提出卻得提出之狀況，使本條第 1 項本文限制落空，建議將來將本款刪除。 5.原則上限制當事人於二審提出新攻防方法，乃使我國民訴法轉向錯誤審查與錯誤排除第二審不可或缺之重大支柱。透過本條第 1 項第 1 款至第 5 款已得充分保障當事人相關之聽審請求權，而無第 6 款存在之必要。因若由於第一審法院違背法令致當事人未能於第一審提出新攻擊防禦方法，當事人仍得於二審提出。立法者並未認為在不可歸責當事人之情形，其不得於第二審提出新攻防方法。 **二、第二審第一次抵銷抗辯提出之容許要件** **(一)實務見解** 我國實務上乃以第 447 條第 1 項但書判斷是否容許當事人於二審提出抵銷抗辯。而是否依此條第 6 款容許提出，多有爭論。如：高等法院台南分院 101 年度建上字第 6 號判決與最高法院 104 年度台上字第 13 號判決即對此有不同見解。 **1.否定見解（高等法院台南分院 101 年度建上字第 6 號判決）：** 認當事人自起訴至提出抵銷抗辯長達 7 年之久，且亦非攻防重點，故遲至兩造紛爭漸明、審理將終結之際，始提出與訴訟爭點全然無涉之抵銷抗辯，有遲滯訴訟之嫌。且此抵銷抗辯主張之原因事實尚待審理，當事人於二審始提出，顯使對造喪失一審審級利益，對造受有重大不利益，而顯失公平。 **2.肯定見解（最高法院 104 年度台上字第 13 號判決）：** 認為民訴法第 447 條第 1 項本文，故原則不許當事人於第二審程序提出新攻防方法，然審判所追求者乃公平正義之實現，若依各具體案件，不准當事人提出新攻防方法顯失公平者，應例外准許，否則法院裁判殆失其意義，此乃同條項但書第 6 款所由設。 **(二)本文見解** 由於抵銷抗辯於第二審提出之容許性，在德國法上乃依他造是否同意且是否以第二審法院「依德國民訴法第 529 條規定」認定之事實為基礎，或容許提出是否有助於事件解決且是否以第二審法院「依德國民訴法第 529 條規定」認定之事實為基礎，並非依照一般新攻防方法容許要件體系判斷。 **1.未來修法宜於第二審提出抵銷抗辯與於第二審提出訴之變更、追加或反訴設置相同要件。**因我國目前抵銷抗辯與時效抗辯等抗辯乃適用相同容許要件，且又有第 6 款之「擴大」容許事由存在，實務上則可能解釋認為，如不許被告提出顯失公平，如此則可能造成被告於第二審提出之抵銷抗辯實際上無助事件解決，如容許其提出，將導入全新之爭訟資料，造成原訴

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！

重點整理	訟不當延遲終結之情形。又或是可能造成被告提出抵銷抗辯，原告已為本案辯論，但該抗辯並非以原第一審訴訟判決所認定之事實為基礎之情形，亦可依該款容許提出。可知本款用於抵銷抗辯並非全然妥適。 2.如最高法院 104 年度台上字第 13 號判決之被告，於一審言詞辯論終結前早已知悉可主張抵銷抗辯，卻未主張，遲至第二審即將終結時始提出，將造成訴訟遲延，且無助事件解決。若被告欲藉訴訟上抵銷抗辯中斷消滅時效，應儘早提出。 **3.於此，須充分考量原告於本案中是否已就被告提出之抵銷抗辯為本案辯論。若是，則仍須考量該抗辯提出是否以原第一審訴訟判決所認定之事實為基礎，避免第二審事實資料不當擴大。且我國第二審上訴功能轉變為原則限制第二審事實與證據資料之擴大，此因素於以該條項但書第 6 款判斷時亦須充分考量。未來修法上，宜另行就第二審提出抵銷抗辯設置容許要件。**
考題趨勢	一、第二審第一次提出抵銷抗辯與消滅時效抗辯，實務上是否容許其提出？容許要件為何？ 二、2003 年修正民訴法第 447 條，第二審上訴功能已轉變為原則上限制第二審事實與證據資料之擴大，該條第 1 項第 6 款之適用是否亦應考量此因素而為容許之判斷？
延伸閱讀	一、林洲富，〈第二審提出新攻擊防禦方法之限制〉，《月旦法學教室》，第 156 期，頁 18-20。 二、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，頁 39-46。 三、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，頁 151-156。 四、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〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 121 期，頁 45-80。 ※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】www.lawdata.com.tw 立即在線搜尋！

【高點法律專班】
版權所有，重製必究！