



國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

民事訴訟第二審新攻擊防禦方法提出限制之研究

A Study on Preclusion Effect of Newly Raised Attack or

Defense on Appeals

林靖庭

Jing-Ting Lin

指導教授：沈冠伶 博士

Advisor: Kuan-Ling Shen, Dr. iur

中華民國 112 年 7 月

July 2023

國立臺灣大學碩士學位論文  
口試委員會審定書  
民事訴訟第二審新攻擊防禦方法提出限制之研究  
A Study on Preclusion Effect of Newly Raised Attack or  
Defense on Appeals

本論文係林靖庭君（R09A21044）在國立臺灣大學法律學系  
完成之碩士學位論文，於民國112年6月6日承下列考試委員審查  
通過及口試及格，特此證明

指導教授： 沈廷伶

口試委員： 善世明

陳善佑

沈廷伶

## 謝辭



本論文之完成，首先必須特別感謝沈冠伶老師，三年來的悉心指導。自碩一上修習「比較民事程序法專題研究」，就感受到老師對於民訴法的熱情和思考的嚴謹，碩一下和至鴻一同修習「家事事件法」，每每出現問題老師總是毫不保留，讓我決定投入民訴法的領域繼續研讀，也很感謝沈老師願意收我入門。爾後，老師聽聞我們幾個學生有學德文，而開設德文法學名著課程，讓我們有念民訴法德文文獻的機會，特別感謝老師願意開課帶領我們。另外也感謝老師讓我擔任多個計畫助理，開啟我對於 ODR 的研究以及法律實證研究的興趣，也鼓勵我於完成報告後進行投稿，讓我得以在碩士生涯留下些許足跡。最後，要感謝沈老師給予本篇論文指導，包括沈老師自研究問題的發想、實證研究問題和論述的確認、德文文獻的理解有無錯誤等，多次予以協助，否則本論文不可能有達到此完整度，在此感謝老師在這三年給予學生所樹立的典範和治學態度，並希望能得以持續提醒自己努力向前，向老師看齊。

感謝口試委員姜世明老師，姜老師慷慨的答應口試邀約，在信中給予學生鼓勵，口試時亦給予學生關於章節安排、論文用語、文字呈現之建議，使論文整體的銜接更為完整，在此感謝姜老師之指導。感謝陳瑋佑老師，於大三時修習陳老師所開設的民事訴訟法和非訟事件法，開始對於民訴法產生興趣，老師也不厭其煩的在下課時間給予學生問問題，並在導生宴時給予生涯方向的建議。爾後，在民事訴訟法研究會以及研究計畫中，也深深佩服老師的治學嚴謹，總能有邏輯的提出問題和評論，使我對於民訴法的學習有更深的興趣。也特別感謝陳老師詳細審閱論文，指出本論文之論述不足之處，並提出批判性的實例分析，使學生得以思進一步針對顯失公平進一步思考，使本文更為完整。

本篇論文也要感謝「數位法院與實證研究」的黃詩淳、蘇慧婕、楊岳平、蘇凱平老師給予我的協助，不管是詩淳對於研究工具，研究方法的指導，又或是凱平老師對於問題意識的再釐清，敘述性統計過度推論的指正，岳平老師對於迴歸

模型設計，研究結果呈現的重點提示等，都讓本論文可以更完整。本論文之德國法部分，感謝德文法學名著（一）到（四）的孫迺翊、沈冠伶、顏佑紘、蘇慧婕老師，細心指導德文文獻之閱讀方式，並適時指導文獻的查閱、引註方式，雖然念德文文獻的過程很痛苦，但老師給予學生們的鼓勵和幫助，都是繼續學習德文的動力。也感謝曾一同執行研究計畫的張譯文老師、陳瑋佑老師、周廷翰老師，老師們的治學態度和寫作方式都是我的學習對象。

原本為社工系的我，於法律系本無許多認識的朋友，但在大四時很感謝承儒學姊和弘毅學長的民法讀書會、昱廷學長的民訴讀書會、弘毅學長的商法讀書會，能夠讓一個原非本系的學生參與，悉心協助學弟妹考取研究所，透過讀書會的機會認識許多未來的碩士班同學。藉著參與研究所讀書會的機會，認識了「至少一次全方位面對面國考讀書會」的成員，感謝讀書會的其叡、宇宏、冠廷、佑祥、睿軒、蔚慈、治翔、仁祥、偉翔、棣為、茲芸、琬軒，和各位一起參與組成國考讀書會，是在念國考中忙裡偷閒的一段美好時光。也要特別感謝其叡願意和我組成「林&林的民法讀書會」，讓我們的讀書會可以順利運行到最後，希望沒有誤人子弟！

在本篇論文寫作的過程中，要特別感謝 2405 的同伴們，還有對面的其叡，德文法學的夥伴佑祥，路上常遇到的睿軒。感謝宇宏每天陪我喇賽，聊棒球和生活，並分享 switch 遊戲，讓我們的生活不會這麼無趣，也感謝你常常和我分享同為三蘆人的甘苦談；感謝冠廷從民法讀書會就願意和我當朋友，常常和我去健身，每次我和你分享生活的瑣事都很認真聽，並在我寫論文很焦慮時，常常聽我抱怨；感謝茵茵在我遇到寫論文上的困難時，並且常常和我分享同為轉系生遇到的困難和生活上的瑣事和笑話，讓寫論文的過程不會這麼苦悶；感謝姿妤來研究室時，都會和我們分享一些有趣的小事，或是一起分享學分班的特別怪事；感謝大歲常常帶有趣的東西來研究室和我們分享，不管是聊棒球或是系上瑣事，都讓我們的生活增添許多色彩，並擔任 2405 高雄遊的地陪；感謝其叡雖然在研究室的對面，

但常常跑來串門子，和我聊 NBA，有時候也會和我一起去中央報隊，更和我分享許多新奇的法律職涯發展，讓我更有努力的方向；感謝佑祥，雖然佑祥常常待在宿舍，但是每次上德文法學名著，都會準備非常充分來上課，我有任何問題，佑祥總是特別認真的回答，很感謝佑祥對於論文的幫助。

另外也要感謝 1810 的各位，特別是碩一下就在 1810 的弘州、碩勛、Emily、弘軒，讓我在碩一時找到歸屬，也感謝你們時常和我分享並逐步把 1810 擴大成大家庭，爾後加入的秉家、奕華、子涵、紓萍、宛蓁，也很感謝你們友聚會時也會邀請我參加，並舉辦大 1810 運動會，這是碩士生涯最有趣的事情之一，很感謝 1810 的各位總是一起歡笑。感謝至鴻邀請我加入和彥吉學長、毓容的讀書會，我們所讀的 An Introduction to Empirical Legal Research 是本論文的重要參考文獻，並在繁忙的工作和課業中一起讀書。

感謝引我入門的凱歲學姊和兆安學長，願意和老師引薦我協助助理工作，另外感謝吳俊達學長常來學分班和課堂上分享許多法律實務意見，感謝冠中學長、俊翔學長在聚餐時和我們分享許多沈門的趣事和司法實務中應該注意的事項。感謝同門的學弟妹和助理們，郁茹最早加入，和我一同分擔了許多工作，並願意幫我承接大學部的助教課程，並且都很順利、效率的完成工作，並感謝你幫我當論發的紀錄；祥鈺後續的加入，讓我們的成員更多，每每在工作很多時，都主動跳出說要多承接多一點工作，非常感謝你的 carry，感謝你在口試時協助記錄；同為民訴法第 447 條研究計畫的學長鞍稷、柏邑、冠廷、沛紋，和你們一同研究和編碼的過程中，催生了此篇論文，也感謝你們總是能在繁複的編碼工作中，完成任務並且積極討論問題；感謝新生力軍昀潔、弘軒，明年之後麻煩你們了；也要感謝廣義同門的紹嘉，一起討論許多論文寫作上的難處和問題。特別感謝鞍稷在行政方面的處理，讓其他助理省下許多時間，也感謝至鴻，從碩二開始加入助理的行列，甚至從法國也遠端編碼，讓我們實證研究的團隊更強大，並常常對於我的寫作內容給予直接並具有批判性的意見，讓我的論文寫作邏輯更全面，是本論

文完成的重要推手。

感謝社工系的同學，不管是社研法的維軒、國翔、怡倫、奎允，和你們一同修社會統計和社研法的基礎，是本篇論文重要的能夠寫作完成的重要基礎，也很開心你們都有好的發展。也感謝經常一起到維軒家的思秀、宇歆、Eason、丁丁、冠萱，感謝你們仍然願意接納轉系後的同學，並常常邀請我去玩。特別感謝維軒，在碩一仍然一起上英文課，是當時我少數仍能一起上課的夥伴，在大學和你出國前，也常常聽我分享一些研究所的鳥事，並且在一些細微之處給予我幫助，十分暖心。

感謝高中同學沛恆、翌玄、祐緯給我的精神支持，雖然不常約但是約的時候總是可以分享許多生活上遇到的鳥事，並互相吐槽往事，是寫論文過程中的放鬆時段，沛恆在美國連線協助我統計上的相關問題，翌玄時不時會約我吃飯，祐緯碩三上每個星期二中午的吃飯時間，都讓我得以在一成不變的日子中獲得能量，下次再約吃飯打球。也要特別感謝証恩，雖然大學時約的時間比較少，但是在我統計出現問題時願意兩肋插刀，在總圖協助我研究迴歸問題。

感謝宛萱，從大學就一直忍受我要兼顧雙主修的學業，在備考時間也無法花時間陪伴，感謝你願意等待我許久，承受我國家考試和寫論文的壓力，並在我低落的時候給予鼓勵，當我懷疑自己時，持續鼓勵我並讓我堅定信念完成碩士學位，並和我分享許多小趣事或是一同看球，讓我在苦悶的寫作過程中有新的出口。

最後要感謝我的家人，在研究所期間願意支持我繼續讀書，並且承受我在寫論文時的壓力，雖然寫論文弄到身體有些小毛病，但都願意繼續照顧我，或聽我分享學校所發生的趣事，讓我在論文寫作的過程中可以無後顧之憂，完成自己的學業，不用擔心經濟上的後顧，並給予許多心情上的支持。

最後也要感謝自己，相信自己並走完這一哩路。

林靖庭 2023.07.21

## 摘要



民事訴訟法第 447 條，其立法意旨為合理分配司法資源，促使當事人適時提出攻防方法，採取「原則禁止、例外准許」提出新攻擊防禦方法之立法模式。但失權規定牽涉當事人受憲法上保障之訴訟權，故於適用失權規定時，亦應適時兼顧當事人之程序保障，以避免過度侵害其實體、程序權。

本文以敘述性統計、卡方檢定、邏輯迴歸針對最高法院之裁判進行分析，結果發現，無法直接評斷有關民訴法第 447 條案件之上訴率(0.1%)、狹義上訴率(1-2%)、上訴維持率 (78%) 之高、低與否，仍有待其他研究繼續深入。此外，最高法院之裁判中常以民訴法第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款作為其判斷基礎，和過往文獻之研究結果相符，但必須注意最高法院對於下級審裁判之審查，原則上受限於原判決確定之事實和當事人上訴聲明，故於下級審大量適用第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款之前提下，最高法院有此種審查結果即不足為奇，而無法僅以「最高法院大量使用第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款」，推論其濫用此二款例外事由。

為解決過往文獻之可能偏誤，以準確觀察最高法院是否最傾向適用同條項第 3 款、第 6 款准許當事人提出新攻擊防禦方法，本文分析各種可能之變項，發現最高法院維持下級審裁判與否，和「第二審是否准許新攻擊防禦方法」之間具有強烈之關聯性，即下級審准許當事人提出新攻擊防禦方法時，該裁判較容易被最高法院維持，故於解釋最高法院之裁判時，不應忽略此項影響因素。

於下級審大量適用第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款准許提出新攻擊防禦方法，且該裁判又容易經最高法院維持之前提下，究竟係最高法院因避免勞力、時間、費用之浪費，而「傾向維持」下級審適用第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款准許提出新攻擊防禦方法？抑或是此二款事由較容易該當，而「傾向適用」第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款准許當事人提出新攻擊防禦方法？二者不應混淆。為避

免上述情形發生，本文認為應觀察最高法院是否較常因「下級審未適用第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款」而廢棄原判決，始能排除「第二審是否准許新攻擊防禦方法」對最高法院審查結果之影響，並論述最高法院傾向適用第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款准許當事人提出新攻擊防禦方法。

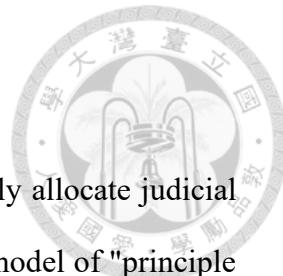
研究結果發現，於 11 則廢棄下級審之裁判中，有 9 則係以第 447 條第 1 項第 3 款、有 7 則係以第 447 條第 1 項第 6 款准許當事人提出新攻擊防禦方法，可見其傾向適用此二款例外事由，准許當事人提出新攻擊防禦方法。此外，最高法院於判斷何謂「顯失公平」時，最常適用「實體利益」作為判准，且有時未將其他訴訟法上之判斷因素綜合衡量，不利於訴訟促進之目的達成。

參考德國民訴法第 531 條之相關規定後，本文認為，法院對民訴法第 447 條第 1 項第 3 款之「第一審攻擊防禦方法之補充」，應以當事人具有「不可歸責」之事由為前提，且原則上以「抽象輕過失」為標準，但應視當事人之事證蒐集能力、有無律師代理等因素，適時調整；民訴法第 447 條第 1 項第 6 款之顯失公平條款刪除後，可使法院將判斷重心放回當事人未能提出新攻防方法之不可歸責事由，而不再注重當事人之實體利益、訴訟延滯等因素，使本條之立法目的得以貫徹。但最高法院正確認識失權規定為職權事項，並應確保當事人之聽審權之相關見解，值得肯定。

綜上所述，2020 年民事訴訟法修法草案將民事訴訟法第 447 條第 1 項第 3 款和第 6 款刪除，得於確保當事人訴訟權之前提下，完成訴訟制度金字塔化，減輕人民及公益層面訴訟資源之目標，值得贊同。

**關鍵字：第二審、新攻擊防禦方法、失權效、法律實證研究、第一審攻擊防禦方法之補充、顯失公平**

## ABSTRACT



Taiwan Code of Civil Procedure Article 447 aims to reasonably allocate judicial resources and concentrate the proceeding, adopting the legislative model of "principle prohibition, exception permission" to raise new attacks and defenses. However, the preclusion effect involves the party's constitutional right to litigation, so when applying the preclusion effect, the litigant's procedural protection should also be appropriately considered to avoid excessive infringement of their substantial and procedural rights.

This article analyzes the judgments of the Supreme Court using descriptive statistics, chi-square tests, and logistic regression. The results show that it cannot directly judge whether the appeal rate (1%), narrow appeal rate (1-2%), and consistency (78%) in cases related to Article 447 are high or low, and further research is needed. In addition, the Supreme Court often bases its judgment on Article 447 I (3) and 447 I (6), which is consistent with the findings of previous literature. It is not surprising that the Supreme Court would have such a finding, and it cannot be inferred that it abused the exceptions to Article 447 I (3) and 447 I (6) simply because "the Supreme Court has made extensive use of these two paragraphs.

In order to address potential biases in previous literature and accurately assess the Supreme Court's inclination towards the application of Article 447 I (3) and 447 I (6), which allow parties to raise new means of attacks and defenses, this article conducts a comprehensive analysis of various factors that may impact the Supreme Court's review. The findings suggest a strong correlation between the Supreme Court's decision to uphold or overturn the lower court's judgment and whether the lower court allowed the raises of new attacks and defenses. It indicates that when the lower court permits parties to raise new attacks and defenses, the Supreme Court is more likely to uphold such a

decision. Therefore, it is essential to consider this influential factor when interpreting the Supreme Court's decision.

Based on this observation, considering the widespread application of Article 447 I (3) and 447 I (6) in the lower courts, which permit raising new attacks and defenses, and the higher likelihood of such decisions being upheld by the Supreme Court, the question arises: Does the Supreme Court tend to "uphold" lower court decisions applying Article 447 I (3) and 447 I (6), or does it have a tendency to "apply" Article 447 I (3) and 447 I (6), thus allowing parties to raise new attacks and defenses? It is crucial to distinguish between these two possibilities. It is crucial to distinguish between these two possibilities. To avoid confusion, this article suggests observing whether the Supreme Court more frequently "overturns" lower court decisions for failure to apply Article 447 I (3) and 447 I (6)." This approach helps eliminate the potential influence of lower court decisions on the Supreme Court's decision.

According to the research findings, it is evident that the Supreme Court demonstrates a clear inclination towards utilizing the exceptions provided in 447 I (3) and 447 I (6) to permit parties to present new attack and defenses. This inclination is supported by the analysis of 11 cases, where 9 cases involved the application of Article 447 I (3), and 7 cases involved Article 447 I (6). The result shows consistent judicial preference for these exceptions. In addition, it is noteworthy that in the assessment of manifest unfairness, the Supreme Court predominantly relies on the criterion of "substantial interests." While this criterion holds significance in determining fairness, there is a tendency to overlook other factors in procedural laws. This limited consideration may impede the goal of the concentrated proceeding.

Referring to relevant provisions of Article 531 of the German Civil Procedure Law, this article believes that when the court supplements "attack and defense in the first

instance," it should be based on the premise that the litigant has an "unavoidable" reason, and generally, "abstract negligence" should be used as the standard. However, the court should adjust the degree of attribution according to the litigant's evidence collection ability, whether they have a lawyer and other factors. After deleting the manifestly unfair clause, the court can shift the focus of judgment back to whether the litigant failed to present an unavoidable reason, rather than focusing on their substantive interests or litigation delays, thereby achieving the legislative purpose of this provision.

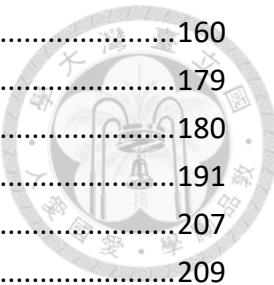
In summary, revising Article 447 I (3) and Article 447 I (6) can avoid excessive allowing raised new attacks and defenses. The purpose of the 2020 Amendment to the Taiwan Code of Civil Procedure ensures the litigant's right to litigation while completing concentrated proceedings, which is worth supporting.

**Keywords:** Second instance, new attack and defense, preclusion effect, legal empirical research, supplementation of the first instance's means of attack and defense, manifestly unfair.

# 簡目

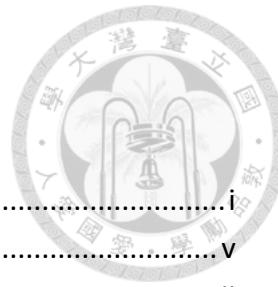


謝辭.....	i
摘要.....	v
ABSTRACT.....	vii
簡目 .....	x
詳目 .....	xii
第一章 緒論 .....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究方法.....	6
第三節 本文架構.....	14
第二章 攻擊防禦方法失權之意義及法理基礎.....	16
第一節 逾時提出限制之法理基礎.....	16
第二節 民事程序法中之相關失權規範.....	23
第三章 第二審之新攻擊防禦方法提出限制.....	28
第一節 第二審之集中審理.....	28
第二節 民訴法第 447 條之失權要件.....	39
第三節 排除失權效之事由及其釋明.....	48
第四節 失權效之審理.....	57
第五節 失權效之救濟.....	62
第四章 民事訴訟法第 447 條之實證研究.....	66
第一節 實證研究之動機.....	66
第二節 研究問題.....	67
第三節 研究方法.....	71
第三節 實證研究之結果.....	81
第四節 實證研究結論.....	124
第五章 德國民事訴訟法第二審失權效與我國法之比較.....	126
第一節 德國民事訴訟第二審之目的論.....	126
第二節 第二審失權效之制度目的.....	127
第三節 德國民訴法第 531 條之適用狀況.....	130
第四節 德國法上第二審失權效之適用.....	133
第五節 失權效之例外事由.....	138
第六節 例外事由之釋明.....	151
第七節 第二審新攻防方法提出限制之救濟.....	151
第八節 與本國法之互相比較.....	153



第九節 修法草案評析.....	160
第六章 實例分析.....	179
第一節 第三款之相關裁判.....	180
第二節 第六款之相關裁判.....	191
第三節 實務裁判之綜合觀察.....	207
第七章 結論.....	209
參考文獻.....	212
一、中文部分.....	212
二、英文部分.....	224
三、德文部分.....	225

## 詳目

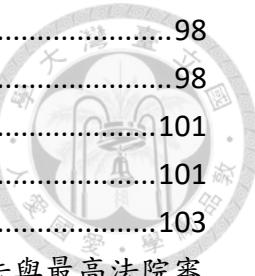


謝辭.....	i
摘要.....	v
ABSTRACT.....	vii
簡目.....	x
詳目.....	xii
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第一項 研究動機.....	1
第二項 研究目的.....	2
第三項 研究問題.....	4
第二節 研究方法.....	6
第一項 文獻分析法.....	6
第二項 實證研究法.....	6
第一款 敘述性統計 (Descriptive Statistics) .....	8
第二款 卡方檢定 (Chi-Squared Test) .....	9
第三款 邏輯迴歸分析 (Logistic Regression) .....	11
第三項 比較法研究.....	12
第四項 裁判分析法.....	13
第三節 本文架構.....	14
第二章 攻擊防禦方法失權之意義及法理基礎.....	16
第一節 逾時提出限制之法理基礎.....	16
第一項 失權規定之法理基礎.....	16
第一款 法定順序主義.....	16
第二款 隨時提出主義.....	17
第三款 適時提出主義.....	17
第二項 失權規定所牽涉之憲法基礎.....	19
第一款 適時審判請求權.....	19
第二款 有效權利保護請求權.....	21
第三款 聽審請求權.....	22
第二節 民事程序法中之相關失權規範.....	23
第一項 當事人之訴訟促進義務.....	23
第二項 一般性訴訟促進義務和個別的訴訟促進義務.....	25
第三項 攻擊防禦方法提出之失權類型.....	25
第三章 第二審之新攻擊防禦方法提出限制.....	28



第一節 第二審之集中審理.....	28
第一項 第二審之審理模式概論.....	28
第二項 第二審之審理範圍.....	29
第一款 民國 89 年修法前之審理範圍.....	30
第二款 民國 89 年修法後之審理範圍.....	30
第一目 民國 89 年之修法歷程.....	30
第二目 民國 89 年之限制事由.....	31
第三款 民國 92 年後之審理範圍.....	33
第四款 民國 109 年之修法草案.....	35
第二節 民訴法第 447 條之失權要件.....	39
第一項 攻擊防禦方法.....	39
第二項 逾時提出.....	40
第三項 可歸責於當事人.....	42
第四項 訴訟延滯.....	43
第五項 因果關係.....	47
第三節 排除失權效之事由及其釋明.....	48
第一項 因第一審法院違背法令致未能提出者.....	48
第二項 事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者.....	48
第三項 對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者.....	49
第四項 事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者.....	51
第五項 其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者.....	51
第六項 如不許其提出顯失公平者.....	52
第七項 釋明責任之分配.....	55
第四節 失權效之審理.....	57
第一項 裁量失權及強制失權.....	57
第二項 第二審失權效之審理順位.....	58
第三項 失權效為職權事項.....	60
第五節 失權效之救濟.....	62
第一項 第二審法院誤駁回新攻擊防禦方法.....	62
第二項 第二審法院誤未駁回新攻擊防禦方法.....	62
第三項 本文見解.....	64
第四章 民事訴訟法第 447 條之實證研究.....	66
第一節 實證研究之動機.....	66
第二節 研究問題.....	67
第一項 民事訴訟法第 447 條案件之「上訴率」和「上訴維持率」，目前之狀況為何？.....	68

第二項 最高法院審理民事訴訟法第 447 條案件有無何種特徵，法院所操作之樣態和過往學說與修法草案之關係為何？.....	70
第三節 研究方法.....	71
第一項 判決蒐集流程.....	71
第一款 搜尋系統的驗證.....	71
第二款 搜尋關鍵字之擇定.....	72
第三款 研究資料範圍之決定.....	72
第一目 審級之選擇.....	72
第二目 法院之選擇.....	73
第三目 時間之選擇.....	73
第二項 資料分布.....	75
第一款 判決數量之概覽.....	75
第二款 不同年份之資料數量之概覽.....	75
第三項 變項設計.....	76
第一款 裁判之基本因素.....	76
第一目 裁判之字號.....	76
第二目 第二審之審理時間.....	76
第三目 下級審程序類型.....	76
第四目 下級審法院.....	77
第五目 訴訟標的金額.....	77
第二款 第 447 條案件之適用狀況.....	77
第一目 第三審對第 447 條案件審查結果.....	77
第二目 第 447 條各款之適用狀況.....	78
第三款 第六款顯失公平之事由.....	79
第三節 實證研究之結果.....	81
第一項 第 447 條案件之上訴率、上訴維持率.....	81
第一款 案件計算方式.....	82
第一目 第二審判決之計算方式.....	82
第二目 被上訴案件之計算方式.....	83
第三目 上訴率和判決折服率之公式.....	84
第二款 案件數量概觀.....	86
第三款 通常民事案件之上訴率、折服率.....	87
第四款 第 447 條案件之上訴率.....	90
第五款 第 447 條之上訴維持率.....	93
第一目 第 447 條之上訴維持率之計算.....	93
第二目 第 447 條上訴案件之上訴維持率.....	94
第六款 小結.....	97



第二項 最高法院審理第 447 條案件之特徵.....	98
第一款 第 447 條各款之適用狀況.....	98
第二款 影響第 447 條審理之因素分析.....	101
第一目 第三審法院審理結果之分布和型態.....	101
第二目 第二審法院是否為特殊程序.....	103
第三目 第二審是否准許當事人提出新攻防方法與最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果間具有關聯性.....	105
第四目 第二審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款和最高法院之審查結果具有關聯性.....	107
第五目 下級審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 6 款和最高法院之審查結果間之關聯性不明.....	109
第六目 最高法院審查結果之邏輯迴歸分析.....	111
第三款 廢棄狀況概觀.....	113
第三項 顯失公平之相關分析.....	115
第一款 「無」理由的顯失公平.....	115
第二款 適用顯失公平所考量之因素.....	118
第三款 和第 3 款一同出現的「顯失公平」.....	122
第四項 小結.....	123
第四節 實證研究結論.....	124
第五章 德國民事訴訟法第二審失權效與我國法之比較.....	126
第一節 德國民事訴訟第二審之目的論.....	126
第二節 第二審失權效之制度目的.....	127
第三節 德國民訴法第 531 條之適用狀況.....	130
第一項 新攻擊防禦方法之提出狀況.....	130
第二項 例外事由之適用狀況.....	131
第三項 實務工作者對於本條施行結果之感受.....	132
第四節 德國法上第二審失權效之適用.....	133
第一項 構成要件.....	133
第一款 攻擊防禦方法之意義.....	133
第二款 經駁回之攻擊防禦方法.....	134
第三款 第一審合法駁回.....	136
第四款 毋庸考量訴訟遲延.....	137
第二項 失權效之法律效果.....	137
第五節 失權效之例外事由.....	138
第一項 新攻擊防禦方法.....	138
第一款 「新」攻擊防禦方法之判斷應以第一審之提出程度進行判斷.....	139



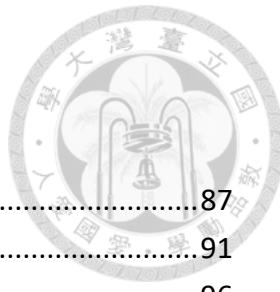
第二款 私鑑定報告為原提出防禦方法之答辯.....	141
第三款 小結.....	143
第二項 例外事由之概觀.....	144
第三項 新攻擊防禦方法於第一審法院明顯忽略或是被認為不重要的觀點.....	145
第四項 因第一審法院之程序瑕疵而無法於第一審主張.....	147
第五項 非因當事人之過失而無法於第一審提出.....	148
第一款 言詞辯論終結後產生之新攻防方法.....	148
第二款 過失之標準.....	149
第六項 其他允許提出之例外事由.....	150
第六節 例外事由之釋明.....	151
第七節 第二審新攻防方法提出限制之救濟.....	151
第八節 與本國法之互相比較.....	153
第一項 第二審制度目的之比較.....	153
第二項 法條結構之異同.....	154
第三項 例外事由之比較.....	155
第四項 釋明責任.....	157
第五項 救濟方式之比較.....	157
第六項 德國法之參考可能.....	159
第九節 修法草案評析.....	160
第一項 實務運用第447條第1項第3、6款之結果.....	160
第二項 參考比較法之解釋取向.....	161
第三項 修法草案之評析.....	165
第一款 第三款之修法評析.....	165
第一目 對於何謂「新」攻擊防禦方法之判斷.....	165
第二目 以可否歸責作為基礎之解釋論.....	166
第二款 第六款之修法評析.....	169
第一目 可歸責事由之判斷應回歸各款.....	169
第二目 訴訟延滯判斷之否定.....	170
第三目 紛爭一次解決不應作為衡量因素.....	172
第四目 聽審請求權保障之界線.....	173
第五目 實體利益考量不應存於顯失公平之判斷.....	174
第三款 刪除第3款、第6款之例外事由具有論理上之依據.....	178
第六章 實例分析.....	179
第一節 第三款之相關裁判.....	180
第一項 釋明責任之分配.....	181
第一款 案例事實.....	181



第二款 法院見解.....	182
第三款 判決評析.....	183
第一目 本件是否為攻擊防禦方法之補充.....	183
第二目 X 具有不可歸責之事由 .....	183
第三目 當事人應自行釋明該譯文為攻防方法之補充.....	183
第二項 不可歸責之判斷.....	184
第一款 案例事實.....	184
第二款 法院見解.....	185
第三款 判決評析.....	186
第一目 抵銷抗辯應屬攻擊防禦方法之補充.....	186
第二目 Y 應具有可歸責事由 .....	187
第三項 第一審攻擊防禦方法補充之判斷.....	187
第一款 案例事實.....	187
第二款 法院見解.....	188
第三款 案件評析.....	189
第四項 小結.....	190
第二節 第六款之相關裁判.....	191
第一項 民訴法第 447 條之性質為何.....	191
第一款 案例事實 .....	191
第二款 法院見解.....	193
第三款 本案評析.....	195
第一目 第二審新攻防方法逾時提出之職權調查.....	195
第二目 法院對於例外事由具有闡明義務.....	197
第三目 誤未駁回新攻擊防禦方法之審理.....	199
第二項 僅考量實體利益之「公平」 .....	201
第一款 案例事實 .....	201
第二款 法院見解.....	201
第三款 本案評析.....	203
第一目 民訴法第 447 條和第 276 條之關係.....	203
第二目 第 447 條第 1 項第 3 款成立與否 .....	204
第三目 第 447 條第 1 項第 6 款成立與否 .....	205
第三項 小結.....	207
第三節 實務裁判之綜合觀察.....	207
第七章 結論.....	209
參考文獻.....	212
一、中文部分.....	212
(一) 書籍.....	212

(二) 書之篇章.....	214
(三) 期刊論文.....	215
(三) 學位論文.....	221
(四) 網路文獻.....	221
二、英文部分.....	224
(一) 書籍.....	224
(二) 期刊論文.....	224
三、德文部分.....	225
(一) 書籍.....	225
(二) 註釋書.....	225
(三) 期刊論文.....	226

## 圖目錄



圖一 上訴率有關案件數量 .....	87
圖二 上訴率之呈現 .....	91
圖三 第 447 條案件之上訴維持率 .....	96
圖四 最高法院適用民訴法第 447 條各款之次數 .....	99
圖五 最高法院廢棄原判決後，認應准許提出新攻防方法之裁判數 .....	115
圖六 顯失公平因素分析 .....	122

## 表目錄

表一 民事訴訟法失權規定之整理 .....	27
表二 民訴法第 447 條於第三審之審理方式 .....	65
表三 樣本數概覽 .....	75
表四 下級審法院之編碼方式 .....	77
表五 第三審對第 447 條案件審查結果之編碼方式 .....	78
表六 第 447 條各款之適用狀況之編碼方式 .....	79
表七 第六款顯失公平之事由編碼表 .....	81
表八 第二審民事判決之上訴率、折服率 .....	89
表九 第 447 條之案件比率和上訴率 .....	92
表十 第 447 條案件之上訴維持率 .....	96
表十一 第二審是否准許提出新攻擊防禦方法和第三審審查結果是否准許提出新攻擊防禦方法 .....	103
表十二 第二審是否為特殊程序和最高法院審查新攻擊防禦方法結果之卡方分析 .....	105
表十三 第二審是否准許提出新攻擊防禦方法和最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果之卡方分析 .....	107
表十四 第二審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款和最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果之卡方分析 .....	109
表十五 第二審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 6 款和最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果之卡方分析 .....	110
表十六 第三審審查結果之邏輯迴歸分析 .....	113
表十七 德國上之新攻擊防禦方法提出狀況 .....	130
表十八 德國法之新攻擊防禦方法之准許率 .....	131
表十九 德國法第 531 條第 2 項例外事由之適用狀況 .....	132
表二十 經最高法院廢棄之民訴法第 447 條案件列表 .....	179



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

### 第一項 研究動機

我國之民事訴訟法（以下簡稱民訴法）自 2000 年來，已做了通盤性的修正<sup>1</sup>，但法律、政治以及生活狀態持續改變，人民對於司法之態度及期待隨之改變。2016 年，總統召開司法改革國是會議，針對人民所關心之司法議題進行討論<sup>2</sup>，其中，「總統府司法改革國是會議成果報告」之總結會議第三點提及，為打造專業與中立之司法體系，於法院體系部分，應建立「金字塔型」訴訟程序。第一審法院以充分釐清事實為目標，使案情儘快明朗，減少不必要的上訴；第二審法院僅就可能未完足的部分補充調查，第三審法院則專注於重要的法律解釋與適用，並在完成訴訟程序金字塔化後，應實施終審法院組織改造，於組織上縮減最高法院的法官員額，以利法律見解的統一，解決案件不斷發回、審判時程冗長之問題<sup>3</sup>。

為解決上述審理時間冗長之問題，司法院於民國 109 年 8 月 25 日發布新聞稿，宣布已於第 186 次院會中通過民事訴訟法及民訴法施行法部分條文修正草

<sup>1</sup> 邱聯恭（2005），〈民事訴訟法修正後之程序法學-著重於確認修法之理論背景並指明今後應有之研究取向〉，氏著，《程序利益保護論》，頁 138-142，自刊；許士宦（2022），《民事訴訟法（上）》，3 版，頁 37，新學林，氏又將此稱為「世紀性改革」。

<sup>2</sup> 總統府司法改革國是會議（2016），《關於司法改革國是會議》，<https://justice.president.gov.tw/aboutus/3/>（最後瀏覽日：2023/02/27）

<sup>3</sup> 總統府（2017），《總統府司法改革國是會議成果報告》，頁 95-96，<https://www.president.gov.tw/news/21581>（最後瀏覽日：2023/02/27）

案，將函請立法院審議<sup>4</sup>。依司法院之說明，此次修正草案係因「第二審法院適用民事訴訟法第 447 條第 1 項規定時，標準過於寬鬆，致嚴格續審制之精神未能實現。為使第一審成為堅實的事實審，第二審為嚴格續審制，強化事實審功能，以建構民事訴訟金字塔型訴訟結構之基礎，並解決目前實務遭遇之困難」。但於本文寫作時，該草案仍未通過。

基於修法草案之提出，本文欲以此為契機，討論民訴法第 447 條目前之適用狀況，以回顧過往之相關文獻，並以該修法草案作為討論之基點，試圖回應修法草案之說明，提供立法者對於本條之解釋適用有更深之認識，使修法工作細緻化；此外，本文之研究成果亦可作為司法者於實務運用之參考，以理解目前學說、實務對於本條之運作狀況，並促使學說、實務有對話之可能。

## 第二項 研究目的

民事訴訟法第 447 條之現行規定為：「當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：一、因第一審法院違背法令致未能提出者。二、事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者。三、對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者。四、事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者。五、其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者。六、如不許其提出顯失公平者（第一項）。前項但書各款事由，當事人應釋明之（第二項）。違反前二項之規定者，第二審法院應駁回之（第三項）。」

修法草案預計對現行民訴法第 447 條作出修正，修正之處有四：「其一，刪除目前條文第 1 項第 3 款，並將第 4 款移列至第 3 款；其二，將現行條文第 1 項

<sup>4</sup> 司法院（2020），《民事訴訟引進專家參與制度，強化事實審功能—司法院第 186 次院會通過民事訴訟法部分條文、民事訴訟法施行法第 4 條之 2、第 12 條修正草案新聞稿》，<https://www.judicial.gov.tw/cp-1887-272649-681c7-1.html>（最後瀏覽日：2023/02/27）。

第 5 款「其他」改為「因」，並移列為第 4 款；其三，刪除現行條文第 1 項第 6 款；其四，將第 1 項各款之「者」字刪除<sup>5</sup>，其中尤為重要者，乃刪除現行法第一項但書第三款及第六款，即「對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者」及「如不許其提出顯失公平者」，兩種不得於第二審提出新攻擊防禦方法之例外事由<sup>6</sup>。其刪除之理由，就前者謂「當事人於第二審程序就第一審已主張之爭點補充新攻擊或防禦方法者，亦應以有不可歸責於己之事由，致不能於第一審提出者為限，始得為之，以免造成程序延宕，爰刪除現行條文第一項第三款，並將第四款移列至第三款」；就後者謂「『顯失公平』屬不確定法律概念，為明確化失權規定之要件，以杜爭議，爰刪除現行條文第一項第六款規定」<sup>6</sup>。

基於上述，有必要探究民事訴訟法中關於第二審新攻擊防禦方法提出之限制之規範基礎以及目前適用狀況，故本文將重點置於該條之解釋適用，並探究實務見解針對本條之運作狀況，特別是針對本條第 1 項第 3 款、第 6 款。若於修法後，原先得以適用同條項第 3 款、第 6 款之新攻擊防禦方法將受到限制，影響當事人之辯論權，甚至動搖整體訴訟之結果，而有研究限制當事人新攻防方法提出之法理基礎為何。

此外，如何解釋第 447 條第 1 項之各款事由，同樣也會影響當事人得否提出新攻防方法之寬嚴程度，亦有必要針對第 447 條第 1 項各款之事由進行研究，特別是針對第 447 條第 1 項第 6 款之「如不許其提出顯失公平」之概括條款，以提升司法者於裁判時之一致性、可預見性。

<sup>5</sup> 民事訴訟法第 447 條第 1 項修法草案：「當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：一、因第一審法院違背法令致未能提出。二、事實發生於第一審法院言詞辯論終結後。三、事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據。四、因非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出。」

<sup>6</sup> 立法院（2022），《「落實司法改革建構金字塔型訴訟制度」公聽會報告》，頁 156-157，<https://www.ly.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=45572&pid=219154>（最後瀏覽日：2022/06/05）。

此外，司法院認為，若刪除此二款，仍保有本條其餘四款例外事由，對於當事人之訴訟權保障並未明顯限縮，且單純適用民訴法第 447 條第 1 項第 6 款之案件比例，僅占民國 107、108 及 109 年度全國第二審終結之訴訟事件 0.5% 以下<sup>7</sup>。亦有相關之實證研究指出，我國實務上較常運用本條第 1 項第 3、6 款之例外事由，而其比例已經過高，已達不修法無法扭轉新攻防方法准許比例過高之困境<sup>8</sup>；亦有研究指出，實務對於顯失公平條款之適用過於偏重於當事人之實體利益，而和當初立法者所預設之狀況有別，而應有修正之必要<sup>9</sup>。

但本文認為，於修法之前，有更前端之問題應該回答，亦即本次修法之重點方向和狀況，是否適宜，具體而言，本次修法將限制當事人之攻擊防禦方法提出，但我國目前對於民訴法第 447 條之適用狀況為何，應有更深入之探討。此外，我國目前之規定模式和比較法上之規定，其規定之相似性為何，而本次修法之方向是跟隨著比較法上之步伐，抑或是基於我國之實務運作狀況之立法，亦有探討之必要，以更明確的使修法後之工作者有追尋之目標。上述問題皆為本文重要之研究目的，以下將該等研究目的具體化，作為本文之研究問題。

### 第三項 研究問題

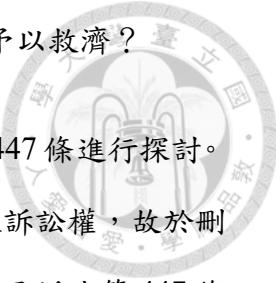
基於上述之研究目的，可以將本文之研究問題呈現如下：

首先，關於民事訴訟法（下同）第 447 條之解釋論上，其法理基礎、失權之要件以及例外得允許提出之事由為何？應如何解釋？而其和其他失權規定間之

<sup>7</sup> 立法院，前揭註 6，頁 157-158。

<sup>8</sup> 吳從周（2013），〈消失的二審失權：一個修正十周年結算！（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》，235 期，頁 58。

<sup>9</sup> 沈冠伶、林靖庭（2023），〈民事訴訟第二審新攻擊防禦方法提出限制之實證研究：以「顯失公平」為中心〉，《月旦裁判時報》，132 期，頁 99-107。



再者，於實證研究之部分，本文欲就目前實務上如何運作第 447 條進行探討。第 447 條之草案欲刪除例外事由之第 3、6 款，可能影響當事人訴訟權，故於刪除前，亦有必要針對本條目前之適用狀況進行評估，視法院對於民訴法第 447 條相關案件之「品質」為何，在並無一個具體可依據之標準下，本文以「民事訴訟第二審以及民訴法第 447 條案件之上訴率和上訴維持率為何？」作為實證研究之第一個研究問題；第二，如同過往學說以及修法草案所批評的，本條之失權規定因第 3、6 款之適用過於寬鬆，而導致本條之失權效果不彰，但應探討的是，作為引領下級審見解之最高法院，是否真有過往學說以適用第 3、6 款為常態<sup>10</sup>？即便真有此特徵，得否直接推論最高法院最傾向使用此二款例外事由？故本文之第二個研究問題為「最高法院審理民事訴訟法第 447 條案件有無何種特徵，法院所操作之樣態和過往學說與修法草案之關係為何？」

於比較法上，亦有探究其對於類似規定之適用必要，故本文選擇德國民事訴訟法第 531 條（詳細原因如下第二節、第三項所述）作為主要之對象，以探究「德國法上對於第二審新攻擊防禦方法提出限制之解釋適用，和我國之差異為何？其有無得以參考之處？」，作為比較法上主要之研究問題。

綜上所述，得以將本文之研究問題大致簡化如下：

**一、於我國目前之法制上，民事訴訟法第 447 條應如何解釋適用？學說實務目前如何評價本條之現況？**

**二、於我國實務上，民事訴訟第二審以及民訴法第 447 條案件之上訴率和上訴維持率為何？最高法院審理民事訴訟法第 447 條案件有無何種特徵，法院**

<sup>10</sup> 相關論述亦得以參見：吳從周（2022），〈再訪消失的二審失權：一個實務現狀與民訴草案之再回顧〉，姜世明（編），《民事程序法焦點論壇第十三卷：新世紀審級制度建構的困境與出路》，頁 36-38，新學林。

所操作之樣態和過往學說與修法草案之關係為何？

三、德國法上對於第二審新攻擊防禦方法提出限制之規定為何？和我國目前之法制比較二者之差異為何？修法草案之修正方向是否適當？

四、關於我國最高法院對於民事訴訟法第 447 條之解釋適用，其所用以說理之方式是否妥適，有無調整之必要？



## 第二節 研究方法

### 第一項 文獻分析法

為探討民訴法第 447 條之相關解釋適用之爭議，理解目前學說及實務之運作狀況，有必要針對目前學說上、實務上對於本條以及相關條文之評析，而能更精準的發現問題。是以，本文將蒐集和本條相關之民事訴訟法教科書、學術專論、法學期刊、網路資料、修法主管機關之相關統計等，以掌握目前學說、實務見解對於本條之適用狀況，並嘗試和修法草案、修法理由等互相對照，試圖找出第二審新攻擊防禦方法限制之解釋方向。

### 第二項 實證研究法

本文欲採用法律實證研究之方式，來進行本文之相關分析。但何謂法律之實證研究，於定義上或許具有爭議，但大多數之學說認為，法律之實證研究係基於「經驗 (empirical)」而來<sup>11</sup>，當代著名之法律實證研究之教授 Lee Epstein 亦於其

---

<sup>11</sup> 劉尚志、林三元、宋皇志（2006），〈走出繼受，邁向立論：法學實證研究之發展〉，《科技法學評論》，3 卷，頁 8-12；林執中、陳昭如、顏厥安（2011），〈讓法學看見經驗的世界：「臺灣法實證研究資料庫」介紹〉，《人文與社會科學簡訊》，12 卷 2 期，頁 14-16；蘇凱平（2016），〈再訪法實證研究概念與價值：以簡單量化方法研究我國減刑政策為例〉，《臺大法學論叢》，45 卷 3 期，頁 988-991。

書中提到，所謂之法律實證研究係基於對於世界或資料（data）之觀察，但所謂之資料並非專指量化分析之資料，其認為只要是對於世界觀察之一部分資料，皆屬實證研究，故無論該資料之種類，屬於量化資料（quantitative）或是質性（qualitative）之資料，皆可視為對於世界觀察之一部分，屬於法律實證研究之範圍<sup>12</sup>。我國多數之見解亦支持這樣的看法，故除了單純對於學理上或抽象觀念性之研究，大多可以歸類為「實證研究」之範疇內<sup>13</sup>。

既然如此，法律實證研究和其他研究之差別為何？學說上指出，主要之差別係對待資料之差異，在面對研究問題時，大多的法律人會有一個如何解決該問題之直覺（hunch），並循此直覺解決問題，此現象於實證研究亦無例外，但實證研究並不止於該單純之推測，而應透過一系列對於資料之蒐集、結果分析等過程，再具體的論證研究問題<sup>14</sup>。是以，透過法律實證研究，吾人得以了解法律之應然面和實然面之差距，實際觀察該法律是如何於實務界被運用，而有填補法律規範和實際適用之空白之機能<sup>15</sup>。

當然，法實證研究應如何定位於社會學科下之譜系，有學者認為可以自研究之主題和方法下手。針對研究主題而言，可以自政治學、經濟學、社會學等進行分類<sup>16</sup>；自研究方法而言，大致上可以分為應然分析（normative analysis）或實然

---

<sup>12</sup> Lee Epstein and Gary King, *The Rules of Inference*, 69 U. CHI. L. REV. 1, 2-3 (2002)；相同論述亦可參見 LEE EPSTEIN & ANDREW D. MARTIN, AN INTRODUCTION TO EMPIRICAL LEGAL RESEARCH 3(2014).

<sup>13</sup> 蘇凱平，前揭註 11，頁 990-991。

<sup>14</sup> EPSTEIN & MARTIN, *supra* note 12, at 4.

<sup>15</sup> 關於法律實證研究之機能，可以參照張永健（2022），《法實證研究：原理、方法、應用》，二版，頁 99-101。氏指出法實證研究具有檢驗其差異製造事實或其背景條件是否存在、檢驗法律之實效性與刻劃制度性行為以實證方法描述法律論證等三種機能，得以作為進行法律實證研究之目標。

<sup>16</sup> 張永健，前揭註 15，頁 10-11。

分析（positive analysis）來進行分類，前者是指行為、現象於「應該是甚麼」，而此種研究取向可能是單純之實然面陳述，但也可能帶有資料之支持，故於應然分析中，既可能帶有實證研究之取向，但不以此為限，於此種分類下之典型為法釋義學之研究；後者是指有「資料」之支撑下，而研究有關於人的行為和社會現象之分析，其中較常見者即為法實證研究<sup>17</sup>，而法實證研究大致可以分為三個面向，其一為當事人利用自然科學的實證分析方式，來作為主張之依據，以試圖獲得勝訴判決，例如當事人透過血緣鑑定之方式來做為身分關係存否之主張依據；其二為透過社會科學的實證分析方法，並試圖取得勝訴判決，例如透過統計之方式，主張對於特定種族、性別於訴訟上具有相關之歧視；其三為透過社會科學之研究方法，來對於法律運作之現象進行系統性的整理和觀察，來協助法律實務工作者以及政策決定者理解整體法律之運行狀況，而第三種分支亦為吾人最常理解到的法律實證研究<sup>18</sup>。

既然法實證研究於研究方法上，可能和社會科學有所交錯，以下將簡介本文所使用之四種相關統計方法。

## 第一款 敘述性統計（Descriptive Statistics）

敘述性統計為統計之最基礎方法，其得以透過描述樣本之方式，用以描述樣本最基礎之現象，而此種分類於統計學上係相對於「推論統計（inferential statistics）」<sup>19</sup>。其主要之進行方式乃以「簡化」樣本之方式，來描述樣本之集中或分離之趨勢，針對集中之趨勢而言，常見之方式為透過觀察樣本之平均數、中

<sup>17</sup> 張永健，前揭註 15，頁 11-17。

<sup>18</sup> See Theodore Eisenberg, *Empirical Methods and the Law*, 95 J. AM. STAT. ASS'N 655, 655-658 (2000); 中文之介紹請參照：黃國昌（2012），〈法學實證研究方法初探〉，氏著，《程序法學的實證研究》，頁 3，元照。

<sup>19</sup> 王雲東（2012），《社會研究方法：量化與質性取向及其應用》，二版，頁 346、350，威仕曼。

位數、四分位數等，而簡化的描述某樣本；針對樣本之分離狀況（dispersion），其主要是要觀察樣本之同質性（homogeneity）高低與否，而於統計上經常使用標準差（standard deviation），作為觀察樣本分散狀態之指標，易言之，若樣本之分布狀況越集中於平均數，代表樣本分布較為集中，其標準差就會相對較小，反之，若樣本之分布狀況較為分散，則其標準差即會較大<sup>20</sup>。

綜上所述，透過敘述性統計，吾人得以基本的觀察該樣本之外觀，且敘述性統計亦有其重要之貢獻性，蓋不管何種統計方法皆僅係一個「數字」，其背後所要被詮釋之意義，仍應由研究者以及其所欲解決之研究問題而定，而不應弱化敘述性統計之功能性<sup>21</sup>。亦有學者倡議，應重視敘述性統計對於法學研究之重要性，其不但有呈現方式簡易、容易理解之特性，且可鼓勵更多研究者接觸實證研究，以細緻化我國之法律政策制定、學術發展之過程，而有其重大之意義<sup>22</sup>。

## 第二款 卡方檢定（Chi-Squared Test）

卡方檢定為一種無母數檢定（nonparametric statistics），亦即其無須知悉母數（parameter）之特徵<sup>23</sup>，例如母數之平均值、變異數以及分配狀況等，雖然母數檢定更具有考驗力（statistical power），但於資料違反母數檢定之基本假設，仍應選擇無母數檢定<sup>24</sup>。而所謂母數檢定之基本假設為：至少有一個變項屬於等距或等

---

<sup>20</sup> EPSTEIN & MARTIN, *supra* note 12, at 130-138.

<sup>21</sup> EPSTEIN & MARTIN, *supra* note 12, at 130.

<sup>22</sup> 蘇凱平，前揭註 11，頁 994-995。

<sup>23</sup> 所謂母數，是指自母群體（Population）量化資料中計算所得的數值，例如母群體分數的平均值就稱為母數，其和統計量（Statistic）之差別為統計量是自樣本（sample）中計算所得的數值，而母數是取自母群體之統計量。參照 ROBERT R. PAGANO, UNDERSTANDING STATISTICS IN THE BEHAVIORAL SCIENCES 6-7 (10th ed. 2012).

<sup>24</sup> PAGANO, *supra* note 23, at 6-7 (10th ed. 2012).

比尺度，而該變項的母數呈現常態分布，且該比較之組別間應為獨立且隨機<sup>25</sup>。

卡方檢定主要適用在兩變項皆為名義尺度之情況，其計算方法為樣本中的觀察次數 (observed frequencies= $f_o$ )，和虛無假設母群體中隨機抽樣時的期望次數 (expected frequencies= $f_e$ ) 之間的差異，若差距不大，通常可以認為虛無假設為真，若二者之差距越大，則會認為拒絕虛無假設較為合理，而為了避免計算出的數值為負數，故將該值平方，並將所有差距的值相加總得出卡方值  $X^2_{obt}$ <sup>26</sup>。至於卡方值之評估方法必須視其自由度決定該特定的關聯性間是否達統計上之顯著<sup>27</sup>。以下呈現卡方檢定之公式：

$$X^2_{obt} = \sum \frac{(f_o - f_e)^2}{f_e}$$

但通常於計算卡方檢定時，都是利用統計軟體進行計算，故尚無須擔心必須手動計算卡方值以及其自由度所對應的數值，而統計報表會給予吾人是否顯著之數值，以供參考。但於適用卡方檢定時，仍有相關之適用前提必須注意，即<sup>28</sup>：

1. 記錄在列聯表中的觀察值彼此間為獨立，而不能重複出現於列聯表中。
2. 如果是列聯表較  $2 \times 2$  大，則每個細格的期望值必須大於 5；若在  $2 \times 2$  或  $1 \times 2$  的表格中，則每細格的期望值就必須大於 10，否則其抽樣分配之結果可能和理論上的抽樣分配有極大差異。但是在  $2 \times 2$  的列聯表且期望值不夠大時，得

---

<sup>25</sup> ALLEN RUBIN & EARL R. BABBIE (著)，李政賢（譯）(2016)，《社會工作研究方法》，頁 818，五南。

<sup>26</sup> PAGANO, *supra* note 23, at 484-487.

<sup>27</sup> Rubin & Earl R. Babbie (著)，李政賢（譯），前揭註 25，頁 819。

<sup>28</sup> PAGANO, *supra* note 23, at 497；中文翻譯可見：ROBERT R. PAGANO (著)，趙碧華、潘中道、郭俊賢（譯），《行為科學統計學》，三版，頁 607，雙葉書廊。

以運用費雪精確機率檢定法（Fisher's exact probability）。



### 第三款 邏輯迴歸分析（Logistic Regression）

常見之多元迴歸分析，其依變項（dependent variable）乃一連續變項（continuous variable），但於許多時機，我們所觀察之依變項為二元變數（dichotomous variable），例如原告訴訟勝訴與否<sup>29</sup>、法院是否減輕或免除扶養義務<sup>30</sup>、上訴裁判是否被撤銷<sup>31</sup>等。此種二元變數似乎直接以線性模型進行分析，但是二元依變項之統計結果為「是」或「否」，若依照線性迴歸模型之最小平方法（Ordinary Least Square, OLS）計算出迴歸線，可能產生不符合邏輯之預設結果<sup>32</sup>，且無法保證線性迴歸之預測結果介於 0 至 1 之間，而可能產生預測之偏誤<sup>33</sup>。

於此種依變項為二元變數之情況，大多統計會建議使用邏輯迴歸模型進行分析（又稱為羅吉斯迴歸），此種模型之特點為透過羅吉斯函數進行轉換，而得以確保預測之機率值介於 0 到 1 之間，並且將迴歸模型呈現為一個「非線性關係」<sup>34</sup>。

但應注意的是，不得直接觀察各變項係數對於結果之影響，於邏輯迴歸中所呈現之結果為「機率」，若要觀察個別變項對於依變數之影響，應觀察各變項之

<sup>29</sup> 相關研究得以參見黃國昌（2012），〈我國勞動訴訟之實證研究〉，氏著，《程序法學的實證研究》，頁 129-217，元照。

<sup>30</sup> 劉威辰、葉瑋、林靖庭（2023），〈以給付扶養費裁判考量因素論社會福利資格的評估落實〉，《法律扶助與社會》，10 期，頁 161-163。

<sup>31</sup> 蔡劭偉（2022），〈論我國地方法院判決數量與品質間之關係〉，《國立台灣大學社會科學院經濟學系碩士論文》，頁 45-52。

<sup>32</sup> EPSTEIN & MARTIN, *supra* note 12, at 212-214.

<sup>33</sup> 林常青、黃國昌、陳恭平（2012），〈法學方法與實證研究（五）：關聯性與迴歸（下）〉，《台灣法學雜誌》，207 期，頁 102-104。

<sup>34</sup> EPSTEIN & MARTIN, *supra* note 12, at 214-215.

發生比 (odds ratio)，即某自變項的某屬性，對於發生與不發生依變項事件的比值，簡言之，若該變項具有顯著性，而得以觀察 odds ratio 來判斷其對於結果之影響為何，若其數值大於 1，代表其和依變項為正向運動，反之，若 odds ratio 小於 1，代表二者之關聯為負向運動<sup>35</sup>。而於模型之觀察上，雖然邏輯迴歸之卡方值無法直接換算為對於依變項解釋的百分比，但仍得以「類 R<sup>2</sup> 指標」，其性質和經典的 R<sup>2</sup> 一致，並可以理解為模型變異中被解釋的比例，常見的為 Cox-snell R<sup>2</sup> 和 Nagelkerke R<sup>2</sup>，而得以作為模型解釋力之參考<sup>36</sup>。

### 第三項 比較法研究

文獻中多有指出，比較法研究具有其必要性，比較法研究具有發現不同法系、不同國家之規範模式，以及共同之正義觀念，並得以此作為法律解釋和立法者之參考對象<sup>37</sup>，我國之實務見解亦有認為，外國之立法例得作為解釋之法理而適用之<sup>38</sup>。此外，強調比較法之重要性並不僅止於我國，例如德國學者亦強調，比較法解釋不應限於實體法，而得一般性的適用於民事訴訟法之解釋適用，此對於法

---

<sup>35</sup> ALAN AGRESTI, AN INTRODUCTION TO CATEGORICAL DATA ANALYSIS 28-30 (2th ed. 2006); 王雲東，前揭註 19，頁 361-363。

<sup>36</sup> 王濟川、郭志剛（2003），《Logistic 回歸模型：方法及應用》，頁 86-90，五南。

<sup>37</sup> 王澤鑑（2019），《法律思維與案例研習》，頁 213-215，四版，自版。

<sup>38</sup> 參見：最高法院 59 年台上字第 1005 號判決，轉引自王澤鑑，前揭註 37，頁 214，四版，自版。近期於最高法院之刑事判決亦有類似之敘述，參見最高法院 107 年度台抗字第 754 號裁定：「(三) 外國立法例或外國法院於個案裁判中所表示之法律見解，在學理上，均屬法理之性質，於與我國法律規定不相衝突之情形下，法官在審理案件時，尚非全然不得加以參酌，資為補充、強化裁判說理論斷之參考資料。至法律適用之相關爭議，我國法已有明定或實務上早有確定見解者，自無贅引法理性質之外國立法例或外國法院之裁判意旨，為論據之必要，乃屬當然。原裁定就比較法實務操作之觀點，說明：刑事訴訟法第 484 條之聲明異議係對於裁判執行之法律上救濟制度，是不容許利用該條之聲明異議規定，非難現行刑罰制度或行刑制度之旨時，酌及日本法院相關裁定意旨。依上所述，縱係贅引，亦無違法可言。抗告意旨執此指摘，仍非可採。其餘抗告意旨係就原裁定已說明、論斷之事項，持憑己見而為指摘，經核本件抗告為無理由，應予駁回。」

律漏洞之填補及法之續造具有重要性，且可作為立法、修法之參考對象<sup>39</sup>。可見比較法解釋具有參考他國之重要法律原則，避免單純研究本國法，而有閉門造車之嫌。



選擇德國法之第二審失權效作為本文主要之比較法對象，其原因主要有二，其一是德國法為我國重要之比較法對象，我國民訴法過往受到德國民訴法繼受之影響深厚，亦能參考同為大陸法系之德國法，其第二審失權效之規範為何，和我國有何不同<sup>40</sup>。

其二是我國大部分於討論第二審失權效，所引用之比較法對象乃德國法。選擇德國法作為主要之比較法對象，亦得和其他國內之比較法文獻互相對話，尋求我國民訴法第 447 條較為妥適之解釋論，故以下將主要介紹德國民訴法第 531 條之相關規定，其規定之旨趣相當於我國之民訴法第 447 條，以比較二者之異同。

## 第四項 裁判分析法

在分析我國目前之學說、實務之現況以及分析德國法上之狀況以後，本文擬以於實證分析之資料樣本，作為裁判分析之對象，並特別以上下級法院之見解歧異之裁判，作為分析比較之對象。如此選擇之原因有三，其一，最高法院之裁判具有指向、引導下級審實務見解之作用，而有建構法釋義學、統一法律見解等機能<sup>41</sup>，故選擇最高法院之裁判分析，具有其代表性；其二，如此可以將實證研究之結果和裁判分析之結果互相對照，避免有時間不同，造成實務見解可能轉變而

<sup>39</sup> Brehm, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 1., 23. Aufl., 2014, § 1 Rn. 82.

<sup>40</sup> 關於臺灣現代民事訴訟法法典自 1890 年至 1968 年之四部民事訴訟法，其中第一部、第二部於日治時期之民事訴訟法乃以德國民事訴訟法為典範，第三部之 1935 年中華民國民事訴訟法與前述二者，亦同樣源自德國法且內容相近，直至 1968 年後之民事訴訟法，特別係 2000 後之修正使民訴法進展到實質上「屬於本土」，可見我國民訴法過往受到德國民訴法之深刻影響。參見：王泰升（2017），《台灣法律史概論》，五版，頁 308-314，元照。

<sup>41</sup> 王澤鑑，前揭註 37，頁 181-183。

無法接續比較；其三，選擇裁判見解歧異之裁判得以發現最高法院對於法院解釋之趨向，直接發現上、下級審之法律見解歧異之處，並透過本文之分析結果，予以評析。



基於上述三點理由，本文將選擇實證研究之樣本中，上下級審具有歧異見解之最高法院裁判，作為分析之對象，並試圖以和前述幾章進行綜合比較。

## 第三節 本文架構

基於本章第一節之研究目的，本文之研究架構如下：

本文之第一章緒論，將簡述本文之研究動機、研究問題，並簡要的提出分析問題之架構。

第二章將以文獻分析之方式，將先概述攻擊防禦方法失權之意義，自失權規定存在之意義、憲法基礎，並簡述失權之相關制度，比較不同失權規定間之關係。

第三章再自民訴法第 447 條之修法歷程、適用要件、例外准許提出新攻擊防禦方法之各款事由等，評析目前我國法制之適用狀況。

第四章將針對民訴法第 447 條進行實證研究，並將重點置於實務見解如何具體運作本條，但應指出的是，本文之實證研究並未將目標置於「修法之影響性評估」，反而置於更前端之問題，即目前我國實務對於第 447 條之運作狀況，是否適宜修法，簡而言之，本文欲探討人民對於民訴法第 447 條之相關裁判之信服程度和正確程度，以描繪本條之施行狀況；再者，修法草案有提及本條第 1 項第 6 款之顯失公平，並無一定之適用基準而造成實務之操作結果，而為了明確化失權之要件，故有刪除之必要，但於實務操作本款大約 20 年之時間，是否真無運作之相關考量因素，值得深入探討，以作為修法之參考方向。

第五章主要將重心置於比較法之觀察，並將視野置於德國民訴法第 531 條，參考其修法之歷程、立法目的、構成要件之解釋等，和我國民訴法第 447 條互相比較、參照，發現二者相同以及不同之處，並試圖借助實證研究以及比較法研究之結果，提出對於修法草案之相關評析，並統整本文認為本條於解釋論、立法論上之方向。

第六章將自上述實證研究之樣本中，選擇較為值得參考之裁判，來作為本文評析之目標，期待透過案例之相關研究，得以更深入的分析最高法院對於第 447 條所表示之見解，並以上述比較法之觀點互相對照，試圖找出何種見解較適合我國之法律運作狀況。

第七章將統整上述五章之重點，並簡單的點出對於民訴法第 447 條之相關建議，期待對於立法者、司法者以及學術工作者提供相關可能參考之方向。

# 第二章 攻擊防禦方法失權之意義及法理基礎



## 第一節 逾時提出限制之法理基礎

### 第一項 失權規定之法理基礎

#### 第一款 法定順序主義

過往之德國普通法時代，係採取法定順序主義（Prinzip der gesetzlichen Reihenfolge），而將訴訟階段嚴格區分。當事人必須遵循法院之審理順序，依據原告之請求原因、被告抗辯、原告之再抗辯等之順序，切割審理之順序<sup>42</sup>。於此，當事人必須於每一個審理階段提出攻擊防禦方法，若當事人已罹於各該階段所應為之答辯、抗辯，下階段即不得提出補充，例如：原告於被告之抗辯階段，即不得再行追加請求之原因事實<sup>43</sup>。並將法定順序主義結合證據分離主義（Prinzip der Beweistrennung），將判決基礎事實主張與證據方法提出，分為不同之階段，先就當事人之主張為辯論後，為證據判決，於該判決後始為證據調查，嚴格區分當事人之辯論與證據調查階段<sup>44</sup>。

採取此種審理模式之優點，可以避免訴訟程序繁雜，若當事人並未適時提出攻防方法，逕予駁回即可，無須顧慮當事人之其他利益；但於當事人確有影響裁判結果之重要訴訟資料，僅因不合提出之順序駁回之，亦不符合裁判結果之公平

---

<sup>42</sup> 呂太郎（2022），《民事訴訟法》，增修四版，頁 249，元照。

<sup>43</sup> 駱永家（2015），《新民事訴訟法I》，頁 132-133，自版。

<sup>44</sup> 陳計男（2009），《民事訴訟法論（上）》，修訂五版，頁 289-290，三民；呂太郎，前揭註 42，頁 249。



## 第二款 隨時提出主義

隨時提出主義，也稱為自由順序主義，乃當事人得於言詞辯論終結前之任意時期，提出攻擊防禦方法而不加限制<sup>46</sup>。此主義乃考量法定順序主義對於當事人過於嚴苛，當事人恐因失權之效果而提出假定、不完足、未經深思熟慮之主張，反而使訴訟之進行受到過多不必要之主張、抗辯而拖延，不利於整體訴訟程序進行效率<sup>47</sup>。

受到法國大革命之自由主義思潮影響<sup>48</sup>，德國 1877 年之民事訴訟法、日本昭和年代民事訴訟法第 137 條、皆採取此種規範模式<sup>49</sup>。但此種規範模式容易造成當事人間緩慢、分散的提出攻擊防禦方法。因當事人臨時提出不同爭點，法院無法達成集中審理，導致法院審理散漫化，並使當事人輕視第一審之審理功能，將重點置於第二審<sup>50</sup>，並使較為接近紛爭之第一審程序成為「過水之程序」，無法蒐集最新鮮、第一手之證據<sup>51</sup>，因此大部分之學說皆認為必須對隨時提出主義進行限制，不得允許當事人於任意時期提出相關之攻擊防禦方法<sup>52</sup>。

## 第三款 適時提出主義

適時提出主義乃法定順序主義和隨時提出主義的折衷，其要求當事人必須於

<sup>45</sup> 楊建華原著、鄭傑夫增訂（2016），《民事訴訟法要論（全）》，頁 16，自版。

<sup>46</sup> 邱聯恭（2021），《口述民事訴訟法講義（三）》，2021 年筆記版，頁 73，自版。

<sup>47</sup> 駱永家（2015），前揭註 43，頁 132-133；呂太郎，前揭註 42，頁 250。

<sup>48</sup> 邱聯恭，前揭註 46，頁 74。

<sup>49</sup> 駱永家（2015），前揭註 43，頁 132-133，自版；呂太郎，前揭註 42，頁 250。

<sup>50</sup> 楊建華原著、鄭傑夫增訂，前揭註 45，頁 16。

<sup>51</sup> 邱聯恭，前揭註 46，頁 72。

<sup>52</sup> 見邱聯恭，前揭註 46，頁 72；駱永家（2015），前揭註 43，頁 133。

「適當時期」提出攻擊防禦方法，並搭配失權之規定，強調當事人具有訴訟促進義務<sup>53</sup>。



適時提出主義之法理可以自當事人之程序主體權出發，當事人居於程序之主體地位，但其並非僅於程序中享有權利，亦應負擔相關義務，訴訟如欲迅速進行，有賴於當事人適時提出相關事證，否則法院對於當事人之主張、答辯、證據聲明等，可能因此懸而未決<sup>54</sup>；此外，訴訟亦具有其公益性質，當事人使用司法資源，亦必須考量司法之資源分配和對於法院之公法義務，蓋訴訟乃除了當事人間之水平關係，亦必須考量當事人和法院之間之垂直關係，而必須使司法之效率，影響其他國民使用司法之機會<sup>55</sup>。

學說上認為，隨時提出主義得於訴訟之任意時期提出攻擊防禦方法，拉長當事人蒐集事證之期間，而有助於當事人達成其實體法上之請求，但此種作法過度偏向實體法之取向，並未考量上述提及訴訟對於相對人、訴訟資源之公益性等層面；適時提出主義合理的限制當事人提出事證之權限，而為平衡兼顧當事人之實體利益實現，和訴訟相對人、訴訟資源合理分配之因素，而偏向訴訟法之觀點<sup>56</sup>。我國於 2000 年之民事訴訟法修正，將民訴法第 196 條修正為當事人必須於「適當時期」提出攻擊防禦方法，改採適時提出主義<sup>57</sup>；民訴法第 447 條亦在此思想下，加強對於更新權之限制，限縮第二審提出新攻防方法之例外事由<sup>58</sup>。

<sup>53</sup> 姜世明（2022），《民事訴訟法（上冊）》，頁 60，8 版，新學林。

<sup>54</sup> 許士宦（2021），《民事訴訟法（下）》，2 版，頁 161，新學林。

<sup>55</sup> 許士宦，前揭註 54，頁 164-165。

<sup>56</sup> 邱聯恭，前揭註 46，頁 74-75。

<sup>57</sup> 邱聯恭，前揭註 46，頁 77。

<sup>58</sup> 許士宦，前揭註 54，頁 165-166。



## 第二項 失權規定所牽涉之憲法基礎

### 第一款 適時審判請求權

適時審判請求權，又有學說稱之為「受適時裁判權」<sup>59</sup>、亦有學說將其劃入有效權利保護請求權之範疇<sup>60</sup>。依照釋字第 482 號解釋理由書中所言：「所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等」，可見適時審判請求權乃我國司法釋憲實務中，所明文承認的「程序基本權」<sup>61</sup>。

承認適時審判請求權，乃為平衡兼顧當事人之程序、實體利益，而不偏重其一，導致當事人於訴訟上因過度追求實體利益，造成程序之延宕、停滯，反而不利於當事人使用法院追求權利實現之目標，以平衡保障人民之訴訟權、財產權、訴訟權<sup>62</sup>。

既然此權利乃訴訟法上之重要基本原則，我國之新民事訴訟法對此具有相關之規定，課予法院和當事人具有訴訟促進義務<sup>63</sup>。例如：法院善盡闡明義務促使當事人適時提出攻防方法（民訴法第 199 條）、儘速指定言詞辯論期日或書狀之日期（民訴法第 250 條、第 268 條）、集中審理而為之言詞辯論準備（民訴法 268 條以下）、爭點簡化協議（民訴法第 270 條之 1）、失權規定（民訴法第 196 條第

<sup>59</sup> 魏大曉（2015），《民事訴訟法》，頁 19，三民。

<sup>60</sup> 姜世明，前揭註 53，頁 39-40。此說法應以德國法作為其基準，德國基本法對於適時審判請求權並無明文規定，但受到歐洲人權法院之影響，亦已經承認該權利，並將其納入有效權利保護請求權之下，見沈冠伶（2005），〈訴訟權保障與民事訴訟：以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心〉，《臺大法學論叢》，34 卷 5 期，頁 209。

<sup>61</sup> 沈冠伶，前揭註 60，頁 209；許士宦，前揭註 1，頁 55-58。

<sup>62</sup> 邱聯恭（2000），〈民事訴訟法學之回顧與展望〉，氏著，《程序選擇權論》，頁 272-273。

<sup>63</sup> 沈冠伶，前揭註 60，頁 210。

2項、第268-2條之2、第447條)等<sup>64</sup>。

適時審判請求權得以分為兩個層次，即人民於「提起訴訟前」，必須確保當事人對於訴訟資源之使用，得以適時的提起訴訟，使其進入法院；在人民「提起訴訟後」，亦必須保障法院於適當之時期，以正確之方式為裁判，保障人民使用法院解決紛爭，並獲得權利實現<sup>65</sup>。

但是何謂「適時裁判」，仍係不確定的法律概念，有學說上認為，應非單由法院單方面斷定，而應協同當事人一同判斷之，並允許當事人在不違反公益之限度內，允許當事人合意、或在一定條件下之單方決定，選擇優先追求程序利益而影響程序終結之時期。針對適時裁判之解釋，可參考德國法之解釋，以事件之範圍及難易程度、事件之迅速需求性、當事人於訴訟上所需耗費之精神或財產負擔、程序已經進行之時間和各審級間之關係<sup>66</sup>。此外，若因法院遲延審判而造成當事人具有損害，且法院對於該遲延審判具有可歸責性之下，應可承認於事後請求國家賠償之可能<sup>67</sup>。

綜上所述，民事訴訟中之失權規定即為適時審判請求權之直接展現，其得以促使當事人在訴訟中於適當時期，提出攻擊防禦方法，避免當事人「藏招」，直至言詞辯論終結前始提出，延滯訴訟之進行，以保障他造當事人之程序基本權，並達到訴訟促進之要求。

---

<sup>64</sup> 詳細可參：沈冠伶，前揭註60，頁210；姜世明，前揭註53，頁40。

<sup>65</sup> 許士宦，前揭註1，頁55-56。

<sup>66</sup> 沈冠伶，前揭註60，頁211。

<sup>67</sup> 陳瑋佑（2018），〈適時審判請求權於民事程序上之侵害與救濟：試論民事法院遲延審判之國家賠償責任〉，《中研院法學期刊》，22期，頁173-187。



## 第二款 有效權利保護請求權

有效權利保護請求權（Der Anspruch auf effektiven Rechtschutz），乃釋字第418號所提及：「憲法第十六條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言。此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護」；另外釋字第530號亦提及：「人民之訴訟權為憲法所保障，國家應確保人民有依法定程序提起訴訟，受充分而有效公平審判之權利，以維護人民之司法受益權」；釋字第761號亦表示：「本於有權利即有救濟之憲法原則，人民於其權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃憲法第16條保障訴訟權之核心內容」，可見我國的釋憲實務已經早已有承認有效權利保護請求權之存在。

有效權利保護請求權之實質內涵，可以自二個層面切入。第一個層面是使權利得以完整的實現；第二個層面是指整體的程序設計應該具有效率，而自訴訟經濟之層面加以思考<sup>68</sup>。針對前者而言，必須加重法院以及當事人對於事實、法律的調查，不得在未經全面性之調查，即認定事實之存否；針對後者而言，乃將焦點置於訴訟經濟之層面，而關注程序之加速、法院審理期間之縮減，以及如何在不花費過多勞力、時間、費用之前提下，達成迅速而經濟之裁判，而有促進訴訟之要求<sup>69</sup>。

德國法之早期見解較為偏向「實現實體利益」之見解，而使法院必須花費大量的勞力、時間、費用，調查最偏向「真實」的結果，但此並不利於整體訴訟之順暢進行，有礙訴訟經濟。故在受到歐洲人權公約第6條之影響後，逐漸轉向上

<sup>68</sup> 沈冠伶，前揭註60，頁212。

<sup>69</sup> 許士宦，前揭註1，頁55-57；姜世明，前揭註53，頁39。

述第二個層面，即有效權利保護請求權不僅有實體利益保護之面向，亦有促使程序經濟，得以在適當時期內獲得權利實現之意義，在促使當事人之權利「適時」實現之面向上，適時審判請求權和有效權利保護請求權間具有部分重疊，而將視野置於提供當事人一個迅速而有效率之程序<sup>70</sup>。

若自民事訴訟之失權效思考，而採取德國法之早期見解，認為有效權利保護之內涵僅有實體利益實現之面向，則失權之規定恐怕會被認定乃一違憲之規定，蓋失權之規定將使當事人已經存在之攻擊防禦方法，無法在訴訟中被法院審酌、攻防，有害於當事人發現真實；但若採取有效之權利保護亦有包含「促進訴訟」之見解，則和上述之適時審判請求權相同，具有使當事人適時攻防，協力訴訟之機能，不一定會使失權效產生違憲之疑慮<sup>71</sup>。

### 第三款 聽審請求權

聽審請求權乃我國釋憲實務中所承認之程序基本權，其明文於釋字第 482 號解釋中，而包含在憲法第 16 條之訴訟權之範疇。聽審請求權之內涵包括認識權（受通知權）、陳述權、法院之審酌義務、以及法院之闡明與突襲性裁判之禁止等基本內涵<sup>72</sup>。

其中聽審請求權和失權效之間的關聯，乃聽審請求權之保障將和其他程序基

<sup>70</sup> 沈冠伶，前揭註 60，頁 213-214。

<sup>71</sup> 關於德國法上認為失權規定合憲之見解，得以參照：BVerfG, NJW 1985, 3005; NJW 1992,680; NJW 2005,1768；轉引自：沈冠伶、林靖庭，前揭註 9，頁 111。

<sup>72</sup> 對於聽審請求權之相關說明，得以參照：沈冠伶，前揭註 60，頁 214-230；許士宦，前揭註 1，頁 57-61，新學林；姜世明，前揭註 53，頁 30-34。對於聽審請求權實務實踐之詳細敘述，參見：沈冠伶（2017），〈2016 年民事程序法之實務發展：訴訟權保障之具體實踐〉，《臺大法學論叢》，46 卷特刊，頁 1433-1452；沈冠伶等（2022），〈民事訴訟法研究會第 149 次研討會報告論文：程序基本權保障、第三審許可上訴與裁判憲法審查-以民事訴訟之聽審請求權為中心〉，《法學叢刊》，266 期，頁 145-149。

本權產生衝突。試舉一例：甲對於乙依照買賣價金交付請求權，請求給付價金十萬元。乙於第一審抗辯其訂立該買賣契約係基於第三人丙之詐欺，乙已撤銷該訂立買賣契約之意思表示，而不欲給付該價金，第一審法院認為乙的確有被詐欺之情事，判決甲敗訴；其後，甲上訴第二審，另行主張，甲乙於訂立該契約時，甲並非明知或可得而知乙受丙詐欺，因此乙不得撤銷該意思表示（民法第 92 條第 2 項參照）<sup>73</sup>，則第二審法院是否得基於失權之規定，不允許甲提出詐欺係由第三人所為之抗辯？

以上述案例觀之，法院若欲貫徹對於當事人之程序保障，而使當事人充分陳述可能影響法院判決之相關事證，則應允許甲提出其不知悉第三人詐欺之相關事證；且法院亦應審酌甲所提出之相關證據，審慎考量是否有不得撤銷意思表示之情形存在。但若允許甲提出之，又可能增加訴訟攻防之爭點，並有可能延誤第二審審理之時長，產生甲之聽審請求權保障與乙之適時審判請求權、有效權利保護請求權間之衝突關係<sup>74</sup>。因此，失權效之發生與否，必然的對當事人之聽審請求權產生影響，如何平衡二者間之利益，妥當保障當事人得於訴訟中提出之事證，並慮及其對於訴訟結果之影響，乃失權效之重要議題。

## 第二節 民事程序法中之相關失權規範

### 第一項 當事人之訴訟促進義務

當事人於訴訟上，並非僅享有當事人之權利，亦應負擔相當之義務，即當事人雖有受到程序基本權之保障，惟亦應注意當事人間以及當事人對於法院之義務

<sup>73</sup> 案例簡化自：王澤鑑，前揭註 37，頁 349-352。

<sup>74</sup> 沈冠伶，前揭註 60，頁 229-230。



<sup>75</sup>。故民事訴訟法中對於當事人之訴訟上義務，大致可以分為三類，即訴訟促進之義務（攻擊防禦方法之提出時限）、真實完全及具體之陳述義務、證據開示之義務<sup>76</sup>。

本文最為相關者乃訴訟促進義務，為當事人對於訴訟之進行必須適時的予以協力，促使訴訟得以順利進行<sup>77</sup>。其法理基礎乃為確保司法資源之利用，蓋訴訟並非僅有該案之當事人使用，法院於一案之審理時間過長，將壓縮到其他人民使用司法之機會，故於訴訟上有節省當事人間之勞力、時間、費用並促進整體司法資源之效率應用，以達到目前立法所採取之集中審理、適時提出主義<sup>78</sup>。

訴訟促進義務有直接、間接此二機能，直接機能係指「具體排除遲延提出攻防方法」，使法院無須審理該事證，此機能雖然會造成訴訟之結果和客觀真實不符，惟當事人未盡其訴訟促進義務，亦不應完全貫徹客觀真實主義<sup>79</sup>；間接功能係指當事人或其代理人考量若不適時提出攻擊防禦方法，將受到失權效之制裁，而促使當事人適時提出，此時即不會出現判決結果和客觀真實不符之現象，反而為民事訴訟所欲達成之理想。雖然間接強制效果較為理想，但亦不可廢止直接機能，蓋未貫徹失權效之直接機能，不啻重回隨時提出主義之舊法時代，而未能貫徹當事人之訴訟促進義務，延滯訴訟之進行<sup>80</sup>。

---

<sup>75</sup> 許士宦，前揭註 54，頁 161。

<sup>76</sup> 許士宦（2011），〈民事訴訟上當事人之權利及義務〉，氏著，《訴訟理論與審判實務》，頁 55-63；陳啟垂（2015），《民事訴訟法（上冊）》，頁 243-245，新學林。

<sup>77</sup> 許士宦，前揭註 54，頁 162-163。

<sup>78</sup> 許士宦，前揭註 76，頁 64；陳啟垂，前揭註 76，頁 243。

<sup>79</sup> 許士宦（2002），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《台灣本土法學雜誌》，40 期，頁 19-20。

<sup>80</sup> 許士宦，前揭註 54，頁 174-176。

## 第二項 一般性訴訟促進義務和個別的訴訟促進義務

一般性訴訟促進義務和個別的訴訟促進義務之區別，係自該法條有無規定於「一定時期內」提出攻擊防禦方法之義務<sup>81</sup>。一般性之訴訟促進義務並無限定當事人應於何種時期內提出事證，或法院並無特定應提出之時期。於民事訴訟法中常見之一般性的訴訟提出義務，學說上有列舉如民事訴訟法第 195 條第 2 項、第 196 條第 1 項、第 266 條、第 285 條第 1 項、第 298 條第 2 項、第 342 條第 2 項、第 357 條之 1、第 441 條第 1 項第 2 款、第 4 款等，上述事項對於當事人並無對於提出設定適當時期，歸類於一般性訴訟促進義務<sup>82</sup>。

特別的訴訟促進義務乃法條依據各種審理原則和訴訟制度，具體化一般性訴訟促進義務之不確定時期，常見之條文為第 267 條（答辯狀提出之時限）、第 268 條（言詞辯論準備之延長）、第 268 條之 1 第 3 項（爭點整理摘要書狀之提出）、第 444 條之 1 第 1 項、第 3 項（上訴狀和答辯狀之提出），區分之實益為失權效之主、客觀構成要件可能因此不同，即當事人主觀之可歸責性之標準，以及法院對於該失權有無裁量空間等區別<sup>83</sup>。

## 第三項 攻擊防禦方法提出之失權類型

民訴法有關攻擊防禦方法之失權規範，分別規定於第 196 條第 2 項、第 268 條之 2、第 276 條、第 444 條之 1、第 447 條，其中第 196 條為一般性、通則性之規定，自其規定於民訴法第一篇之總則編，可知端倪。

第 268 條之 2、第 276 條則規定於第二編之第一審程序，而係第一審之失權

<sup>81</sup> 許士宦，前揭註 54，頁 166；姜世明，前揭註 53，頁 684。

<sup>82</sup> 參見：許士宦，前揭註 54，頁 166。

<sup>83</sup> 許士宦，前揭註 54，頁 166-167。

效，且此二條皆係個別性訴訟促進義務之條文<sup>84</sup>。其中第 268 條之 2 約當事人未盡其個別性之訴訟促進義務，如未依照第 267 條適時提出書狀、或未依照法院之指示提出第 268 條之 1 第 3 項的摘要書狀，於法院依照 268 條之 2 命當事人說明遲誤理由而當事人未說明時，法院得考量準用第 276 條之規定，或於判決時依全辯論意旨斟酌上述未提出之狀況。第 276 條則為準備程序之失權效，若當事人未於準備程序主張該攻防方法，且不符合該條第 1 項之例外事由，則不得主張該攻防方法，但此二規範皆有被第 463 條準用，而得適用於第二審程序。

第 444 條之 1、第 447 條則係適用於第二審之失權效，第 447 條為本文之重點，屬於第二審更新權之限制，應屬個別性之訴訟促進義務，原則上第二審已無提出新攻防方法之可能性，可將此認知為應提出「第一審為應提出之時期」。第 444 條之 1 則屬當事人未依照同條提出上訴理由或答辯狀，而逾法院所設置之特定時期，故亦應屬個別型訴訟促進義務。

---

<sup>84</sup> 關於第 276 條是否屬於個別性之訴訟促進義務，學說上有不同之見解。認為應將第 276 條作為一般性訴訟促進義務之理由為 1. 參考比較法上之制度，違反爭點整理程序之係違反一般性訴訟促進義務，而應採用此種失權模式進行制裁，2. 準備程序和個別性訴訟促進義務有扞格，因準備程序可能多次再開，且不一定有準確之結束期日，和第 268 條之 2 不同，故應將其歸類在一般性訴訟促進義務，參見：吳從周（2005），〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，16 卷 3 期，頁 120-121；認為有討論空間者：姜世明，前揭註 53，頁 684。但肯定見解者認為，雖然準備程序沒有法定期間，但得以和後續之言詞辯論程序區分，且準備程序終結後即不得提出，且從效果上，應屬於強制失權，故歸類上較接近於個別性訴訟促進義務，見：許士宦，前揭註 54，頁 170-171。

表一 民事訴訟法失權規定之整理



條號	客觀要件	主觀要件	失權效果	義務類型	適用範圍
第 196 條第 2 項	1.逾適當時期提出 2.有礙訴訟之終結	意圖延滯訴訟，或因重大過失	裁量失權	一般性訴訟促進義務	通用
第 268 條之 2	準用第 276 條	準用第 276 條	裁量失權 (準用第 276 條或於權辯論意旨斟酌)	個別性訴訟促進義務	第一審、第二審準用 (民訴法第 463 條)
第 276 條	1.未於準備程序主張 2.該事項不甚延滯訴訟	可歸責於當事人，包含輕過失 (第 276 條第 3 款參照)	強制失權	有爭議	第一審、第二審準用 (民訴法第 463 條)
第 444 條之 1	準用第 447 條	準用第 447 條	裁量失權 (準用第 447 條或於權辯論意旨斟酌)	個別性訴訟促進義務	第二審
第 447 條	1.原則上提出皆為逾時 2.不甚礙訴訟終結是否存在，仍有爭議(詳後述)	可歸責於當事人，包含輕過失 (第 447 條第 5 款參照)	強制失權	個別性訴訟促進義務	第二審

# 第三章 第二審之新攻擊防禦方法提出限制



## 第一節 第二審之集中審理

### 第一項 第二審之審理模式概論

第二審之審理與原審之關係及第二審之審判模式，學說上主要分為三種制度，即覆審制、續審制、事後審制三者。

覆審制之特色，為上訴審法院應就所有訴訟資料，重新進行言詞辯論，不問第一審之審理結果是否正確、訴訟資料是否相同等，於第二審重新調查，故有學說稱其為「第二次之第一審」<sup>85</sup>。雖此制度有助於直接審理主義之落實，但過於耗費當事人以及法院之勞力、時間、費用，而不為我國民事訴訟制度所採納<sup>86</sup>。

續審制和覆審制不同，其係立基於第一審之審理，再續行其審理程序，故無需重新調查第一審之審理資料，但第二審仍得於必要之範圍內，調查事實、適用法律，並允許當事人於第二審提出第一審未提出之新攻擊防禦方法<sup>87</sup>。換言之，第二審法院仍在判斷事實是否正確，法官將先自行審查案件是否有誤，再重新判斷原審之裁判是否有違誤；非如事後審制，先以審查原審之裁判有無錯誤，再就該案件裁判，故其較為接近覆審制<sup>88</sup>。

事後審制為上述三者中，對於事證提出採取最嚴格者。第二審法院將不再重

<sup>85</sup> 陳榮宗、林慶苗（2016），《民事訴訟法（下）》，修訂六版，頁9，三民。

<sup>86</sup> 楊建華原著、鄭傑夫增訂，前揭註45，頁423。

<sup>87</sup> 駱永家（2011），《新民事訴訟法II》，頁281，自版。

<sup>88</sup> 陳榮宗、林慶苗，前揭註85，頁10。

新為事實之認定，而僅判斷第一審之訴訟資料，視其裁判是否妥當<sup>89</sup>。若發現有誤，則將判決廢棄並發回原審更行審理<sup>90</sup>。若採取事後審制，其制度目的即以控制第一審法院之判決之內容、程序是否有違誤，原則上不許當事人在第二審提出新事證，故其性質上係就原審之瑕疵加以確認及糾正，性質上屬於瑕疵控制審<sup>91</sup>。

我國關於第二審之審理模式，與民訴法第 447 條規定息息相關，我國自典型之續審制，於 89 年修正為「原則准許、例外駁回」新攻擊防禦方法之「修正續審制」，但仍無法避免當事人忽視第一審程序，故於民國 92 年再修正本條，改為「原則禁止、例外准許」之「嚴格續審制」，此亦為我國目前之現行法（見下述第二項之說明）。

## 第二項 第二審之審理範圍

民事訴訟法第 447 條共有四次修正，民國 19 年立法當時主要在規定第三審法院發回和發交之規定，而相當於現行法第 480 條<sup>92</sup>；第一次修正係於民國 23 年，改為規定上訴有理由之判決，相當於現行法第 450 條之規定<sup>93</sup>。因上述規定和本文之討論無關，故此二次修法並不在本文之討論範圍中。

是以，本文將目光置於民訴法第 447 條規定有關於第二審事證提出之相關規

---

<sup>89</sup> 駱永家，前揭註 87，頁 281。

<sup>90</sup> 陳榮宗、林慶苗，前揭註 85，頁 10。

<sup>91</sup> 姜世明（2022），《民事訴訟法（下冊）》，八版，頁 461，新學林。

<sup>92</sup> 民國 19 年之民事訴訟法第 447 條條文：「為發回或發交之判決者，第三審法院書記官，應速將判決正本附入卷宗，送交受發回或發交之法院。」；現行民訴法第 480 條：「為發回或發交之判決者，第三審法院應速將判決正本附入卷宗，送交受發回或發交之法院。」

<sup>93</sup> 民國 23 年之民事訴訟法第 447 條條文：「第二審法院認上訴為有理由者，應於上訴聲明之範圍內，為變更原判決之判決。」；現行民訴法第 450 條：「第二審法院認上訴為有理由者，應於上訴聲明之範圍內，為廢棄或變更原判決之判決。」

定，並將重心放置於民國 57、89、92 年之第二、三、四次修正。



## 第一款 民國 89 年修法前之審理範圍

於民國 57 年，民訴法第 447 條作了第二次修正，將其改為規定第二審事證提出之相關規定，其條文為：「當事人得提出新攻擊或防禦方法。(第一項) 在第一審就事實或證據所未為之陳述，得追復之。(第二項)」。可見當時之規定為典型之續審制<sup>94</sup>，並未於第二審限制當事人提出相關事證，且就在第一審所未為陳述，亦得於第二審追復之。故第二審法院可以第一審之訴訟資料為基礎（民事訴訟法第 448、445 條參照），並在第二審仍得審酌當事人提出之相關事證，綜合判斷對上訴聲明範圍內，原審法院之判斷是否適當<sup>95</sup>。

## 第二款 民國 89 年修法後之審理範圍

### 第一目 民國 89 年之修法歷程

於民國 89 年，第三次修正民訴法第 447 條，限制了第二審得以提出新攻擊防禦方法之事項，其條文規定如下：「當事人得提出新攻擊或防禦方法。但有下列各款情形之一者，第二審法院得駁回之：一、在第一審整理並協議簡化後已不得主張之爭點。二、經第一審法院依第一百九十六條第二項裁定駁回者。三、經第一審法院依第二百六十八條定期間命提出而未提出者。四、因當事人故意或重大過失未於第一審程序提出者。」，由此可知，此次修法限制第二審提出新攻擊防禦方法，自其立法理由中，亦可見其端倪。蓋立法理由指出：「對於當事人於第二審程序提出新攻擊或防禦方法，亦應為適當之限制，以資配合。爰修正原第

<sup>94</sup> 駱永家，前揭註 87，頁 281；姜世明，前揭註 91，頁 467；陳榮宗、林慶苗，前揭註 85，頁 10。

<sup>95</sup> 駱永家，前揭註 87，頁 281

一項規定，原則上仍許當事人於第二審程序提出新攻擊或防禦方法，惟增訂但書規定，於有該規定情形之一者，第二審法院得駁回之。」，故於 89 年之修法係將攻擊防禦方法以「原則准許，例外駁回」之形式，限制當事人提出新攻擊防禦方法。

司法院亦有清楚說明本條修正之緣由，其指出：「本法就第二審程序之進行採續審制，依原條文第一項之規定，凡於第二審言詞辯論終結前，當事人得隨時提出新攻擊或防禦方法。於實務上。往往因當事人於第一審延滯提出攻擊或防禦方法，導致審理之重心移轉於第二審，而忽視第一審之功能。為強化第一審事實審之功能，並達到審理集中化之目標，關於當事人提出攻擊或防禦方法之時期，第 196 條已修正為採「適時提出主義」，故對於當事人於第二審程序提出新攻擊或防禦方法，亦應為適當之限制，以資配合。修正原第一項規定，原則上仍許當事人於第二審程序提出新攻擊或防禦方法，增訂但書規定，於有該規定情形之一者，第二審法院得駁回之」<sup>96</sup>。

由上述立法說明可以發現，民國 89 年之修法係為了加強第一審之審理功能，並將審理集中化，故將限縮原先採行之續審制，學說上有稱此次修法為「嚴格限制之續審制」<sup>97</sup>，或稱之為「限制的續審主義」<sup>98</sup>。

## 第二目 民國 89 年之限制事由

於 89 年之立法中，其設立了四款不得提出新攻擊防禦方法之事由，以下將分別論述之。

<sup>96</sup> 立法院公報處（2000），《立法院議案關係文書》，院總第 243 號，政府提案第 6533 號之 1，頁 184。

<sup>97</sup> 姜世明，前揭註 91，頁 461。

<sup>98</sup> 陳計男（2000），《民事訴訟法論》，頁 274，再版，台北：三民。

第 1 款事由，即「在第一審整理並協議簡化後已不得主張之爭點」，於此處係針對不得更新提出「新爭點」，若提出第二審法院得駁回之<sup>99</sup>。蓋此次修正為了達到立法理由中所稱的審理集中化，故配合民訴法第 270 條之 1 第 1 項第 3 款所成立之爭點簡化協議，除非當事人間具有同條第 3 項之事由（兩造同意變更、因不可歸責於當事人之事由、其他情形協議顯失公平者），始不受該協議之拘束<sup>100</sup>。當事人間若有成立爭點簡化協議，本於程序處分權以及當事人自治之原則，上述爭點簡化協議於當事人間具有拘束力，而具有訴訟契約之性質<sup>101</sup>，得以在契約效力之範圍內拘束當事人<sup>102</sup>。是以，即便並無本法，爭點簡化協議亦有拘束當事人之效，本款之規定應係一個訓示性之規定，提醒司法者應注意此項協議之存在，並尊重當事人對於程序進行之合意，以協議之內容作為裁判之基礎，並排除不得提出之爭點<sup>103</sup>。

第 2 款事由，即攻擊防禦方法已經被第一審法院依第 196 條第 2 項裁定駁回者，第二審法院得駁回之。蓋新民事訴訟法已從過往之自由提出（順序）主義，改採適時提出主義，攻防方法應於言詞辯論終結前之適當時期提出<sup>104</sup>。若該攻防方法已被第一審法院認定失權，應無理由再使當事人於第二審重新爭執，而顯有延滯訴訟之意圖，應不准許該攻防方法提出<sup>105</sup>，以達到集中審理之目的，而不得

<sup>99</sup> 陳榮宗、林慶苗（2001），《民事訴訟法》，修訂二版，頁 899，三民。

<sup>100</sup> 陳計男，前揭註 98，頁 274。

<sup>101</sup> 邱聯恭（2001），《爭點整理方法論》，自版，頁 74-76；沈冠伶（2012），〈示範訴訟契約之研究〉，氏著，《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》，二版，頁 216-219，元照。

<sup>102</sup> 邱聯恭，前揭註 46，頁 182-185；陳瑋佑（2020），〈事實上爭點簡化協議之成立、生效及其效力：評最高法院 107 年度台上字第 1817 號民事判決〉，《月旦裁判時報》，92 期，頁 41-42。

<sup>103</sup> 沈冠伶於民事訴訟法研究會第 81 次研討會之發言，參見：許士宦等（2003），〈民事訴訟法研究會第 81 次研討會報告論文：逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《民事訴訟法之研討(十一)》，頁 252-253。

<sup>104</sup> 陳計男，前揭註 98，頁 275。

<sup>105</sup> 陳榮宗、林慶苗，前揭註 99，頁 900。

使已失權之攻防方法於第二審「死而復生」。



第3款事由，經第一審法院依第268條定期間命提出而未提出者。為了避免言詞辯論之準備不充分，審判長得定期間命當事人依第265條至第267條之規定，提出準備完全之書狀和聲明，並備妥相關之證據。如當事人並未依第268條提出相關之書狀或證據，法院得依民訴法第268條之2第2項準用第276條，或於判決時依全辯論意旨斟酌之。故依上開規定，法院已經命當事人提出相關聲明和證據，並定有相關期限，若當事人並未適時提出相關之書狀或證據等，且未依照民訴法第268條之2第1項說明相關理由，則可認為該遲延提出係可歸責於當事人之事由，法院已經善盡其闡明義務，保障當事人之程序權，於第二審駁回該新攻擊防禦方法即具正當性。

第4款事由，乃因當事人故意或重大過失未於第一審程序提出者。本條之立法係為了當事人故意規避第一審程序之提出義務，違背第196條規定之適時提出主義，故有本款之規定<sup>106</sup>。本條亦是一款補遺性的規定，並無特別之客觀要件，只以當事人之主觀意圖為其要件，亦可見其和民訴法第196條第2項之一般性訴訟促進義務之要件不同，而有明確化當事人之行為規範，加強第二審失權效果之意味<sup>107</sup>。

### 第三款 民國92年後之審理範圍

於民國92年，本條進行第四次修正，此版本亦為目前現行法。現行法之條文如下：「當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：一、因第一審法院違背法令致未能提出者。二、事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者。三、對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者。四、事實於法

<sup>106</sup> 陳計男，前揭註98，頁275；陳榮宗、林慶苗，前揭註99，頁900。

<sup>107</sup> 許士宦等，前揭註103，頁222。

院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者。五、其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者。六、如不許其提出顯失公平者（第一項）。前項但書各款事由，當事人應釋明之（第二項）。違反前二項之規定者，第二審法院應駁回之。（第三項）」，而修正理由謂「原規定採行修正之續審制，仍無法避免及改正當事人輕忽第一審程序，遲至第二審程序始提出新攻擊防禦方法之情形，不但耗費司法資源，且造成對造當事人時間、勞力及費用之浪費，亦無法建構完善之金字塔型訴訟制度。為改正上述之缺點，合理分配司法資源，乃修正本條第一項規定，原則上禁止當事人於第二審提出新攻擊防禦方法。惟若一律不准當事人提出新攻擊或防禦方法，對於當事人權益之保護欠週，因此於但書規定例外得提出新攻擊防禦方法之情形。」

針對民國 92 年之修法，有論者認為此次修正係將原條文在第二審「原則上准許，例外限制提出新攻防方法」之「嚴格限制之續審制」，修正為「原則上限制提出新攻防方法，例外准許」之「改良式的事後審制」或「接近事後審制」<sup>108</sup>。然亦有論者認為現行規定於第二審程序仍未改採「事後審制」，僅係嚴格限制之續審制，對於當事人之更新權更加限制<sup>109</sup>；亦有學說於修法時指出，本條之適用狀況將繫於當事人和法院間之互動、訴訟實務之傳統以及心理調整、在野法曹是否適應此制度等，其亦擔憂我國實務較為傳統之性格，可能顧慮當事人之個案正義，使例外規定成為訴訟之常態<sup>110</sup>。

---

<sup>108</sup> 吳從周（2008），〈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》，115 期，頁 32。

<sup>109</sup> 陳啟垂（2018），《民事訴訟法（下冊）》，頁 191，新學林。

<sup>110</sup> 魏大暉（2003），〈第二審新攻擊防禦方法提出之禁止與緩和從德、日新法檢討我國新制〉，《月旦法學雜誌》，96 期，頁 38。



## 第四款 民國 109 年之修法草案

如第一章第二項 研究目的所述，司法院於民國 109 年 8 月 25 日發布新聞稿，宣布已於第 186 次院會中通過民事訴訟法及民訴法施行法部分條文修正草案，將於近日函請立法院審議<sup>111</sup>。本條之修正重點為刪除本條第 1 項但書第 3 款、第 6 款，主要之理由為第 3 款應以具有「不可歸責於己之事由，致不能於第一審提出者為限」，始能提出；而第六款之「顯失公平」則為不明確之法律概念，而為了避免失權之效果過度擴張，故應予以刪除<sup>112</sup>。

針對此次修法，贊成之意見認為略為：(一) 司法院認為於實務運作上，長期忽略第 3 款之「不可歸責」之前提<sup>113</sup>；顯失公平之概念具有過大之空間，實務操作屢屢具有爭議，並導致當事人忽略第一審之攻防<sup>114</sup>；(二) 於實務之運作上，適用第 3 款和第 6 款之裁判，大多亦可適用其餘四款事由，不至於對於當事人之攻防具有過多影響<sup>115</sup>；(三) 單純適用民訴法第 447 條第 1 項第 6 款之案件比例，

<sup>111</sup> 司法院（2020），前揭註 4。

<sup>112</sup> 立法院，前揭註 6，頁 156-157；修正草案第 447 條第 1 項之規定為：「當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：一、因第一審法院違背法令致未能提出。二、事實發生於第一審法院言詞辯論終結後。三、事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據。四、因非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出。」

<sup>113</sup> 立法院，前揭註 67，頁 157-158。

<sup>114</sup> 立法院，前揭註 67，頁 157-158；相同意見，得以參考廖慧如法官於同一公聽會之發言，頁 42-43：「……再來第六款刪除顯失公平，長期以來實務上、學者都有所批評，這是一個不確定的法律概念，操作上也有疑義，本次雖然刪除了顯失公平的事由，但是如果同時還是符合剛剛所提到現行其他款事由，這些也都是顯失公平的具體例示，同時還是可以在二審提出，所以本人要再次強調，這次第四百四十七條的修法並沒有侵害人民的上訴權。……」

<sup>115</sup> 立法院，前揭註 6，頁 157-158；相同意見，得以參考廖慧如法官於同一公聽會之發言，頁 42-43：「……這次修法關於第三款的刪除，第一個，只是回歸到 92 年修法的初衷。第二個，現行實務上大量操作的結果，我們發現對於第三款在第一審攻擊防禦方法的補充，其實絕大部分第一個，可能同時符合第一款事由，也就是因為法院違背法令，致無法提出，例如第一審法院未盡闡明權，有時候可能也同時符合第二款，所謂在第一審事實言詞辯論終結之後才發生，例如當事人提出清償抗辯或者抵銷抗辯，又或者也可能同時符合第四款，也就是事實在法院已顯著、

僅占民國 107、108 及 109 年度全國第二審終結之訴訟事件 0.5%以下，刪除不至於對於訴訟權有過大之侵害<sup>116</sup>；（四）於訴訟之進行中，亦必須照料提出新攻防方法之對造，而不應允許具有過失之當事人提出新攻防方法，此亦為學界的共識<sup>117</sup>。

---

已知或者應該職權調查，又或者符合第五款，也就是所謂非可歸責當事人之事由。因此本院在此特別補充說明，雖然本次修法刪除第三款，但是絕大部分的事由可以同時構成第一款、第二款、第四款、第五款的情形，剩下沒有被這些款項包含的，就是當事人在第一審已經知道、可以，卻故意或過失不為提出的攻擊防禦方法，在此刻司法院修法不能只照料其中一方當事人，在二審可以盡情地提出新攻防方法，我們同時必須照料訴訟的對造，他不會因為這樣的突襲、這樣的言詞提出導致其證據流失，導致其程序受到延宕，所以這是這次修法非常重要的基本精神。……」

<sup>116</sup> 立法院，前揭註 6，頁 157-158；相同意見，見許政賢教授於同一公聽會之發言，頁 37：「第三個議題，有關聲請調查新證據的原則規範之問題，在民事訴訟法裡面，就是現在所談論的第四百四十七條，涉及該條第三款及第六款，簡單來講，第六款就在於第二審能不能提出新的攻擊、防禦方法，在統計數字上，這部分的比率是偏低的，一千件裡面可能只有個位數，就這種情況，修法跟不修法有什麼差別？」

<sup>117</sup> 立法院，前揭註 6，許政賢教授於同一公聽會之發言，頁 37：「其實現行法裡面有幾個條款對於當事人之權益都已有所保障，如果當事人在第一審有注意到自己是在進行訴訟，要嘛他找律師，要嘛他不找律師，他自己應該要注意訴訟法的相關規定以履行訴訟促進義務，他應該要在第一審，為了強化堅實的事實審，就應該把相關的證據、攻擊、防禦方法都提出來。如果他自己有過失，根據我們民事訴訟法外國多數的通用原則，自己有過失必須要承擔，要怎麼樣承擔？他到第二審再提出，就可以禁止他提出新的攻擊、防禦方法，以免延宕訴訟。你可能會說：不會有當事人這樣做吧？對不起，在實務上的確有當事人雙方對立、立場不一樣，所以有些當事人要延宕訴訟，這就是他的目的。德國二十年前的修法也是根據這樣的歷史經驗，才採取類似現在我們草案的修法，就是在二審不能夠提出攻擊、防禦方法，現行法在這次修法沒有動到的其他部分，其實都已經兼顧到當事人的權益。在這種情況之下，刪掉第六款或刪掉第三款，相對來講這是學界比較高度的共識。所以我認為，有關第三個議題的部分，也不會造成一些負面的結果，因為它的確是一個爭議問題，而且當事人的權益在現行沒有修正的條款底下已有所保障。」；廖慧如法官於同一公聽會之發言，頁 42-43：「因此本院在此特別補充說明，雖然本次修法刪除第三款，……，剩下沒有被這些款項包含的，就是當事人在第一審已經知道、可以，卻故意或過失不為提出的攻擊防禦方法，在此刻司法院修法不能只照料其中一方當事人，在二審可以盡情地提出新攻防方法，我們同時必須照料訴訟的對造，他不會因為這樣的突襲、這樣的言詞提出導致其證據流失，導致其程序受到延宕，所以這是這次修法非常重要的基本精神。」

反對本次修法之意見，其理由略為：(一)，目前事實審之審判品質不佳，有 27% 之第一審案件於第二審被廢棄，且超過三分之一之案件是遭到完全廢棄，可見我國第一審之審判品質有待加強，在未改善第一審之審判品質之前，貿然刪除本條將造成人民之上訴權益受到過度之限縮，而有害人民之上訴權之嫌<sup>118</sup>；(二) 在民訴法第 447 條的實務運用上，以第三款和第六款事由允許提出占案件的 70%，若貿然刪除，將嚴重影響人民於第二審得主張的範圍，侵害人民權益<sup>119</sup>；(三) 雖然有訴訟金字塔之制度目的，但無相關之配套措施，例如律師代理、法官合議制等<sup>120</sup>；(四) 相較於刑事訴訟法之規定，民事訴訟法之規定反而較為嚴格，並

---

<sup>118</sup> 財團法人民間司法改革基金會（2022），〈線上連署-反對侵害人民上訴權的《民事訴訟法》修法連署〉，<https://www.jrf.org.tw/articles/2242>（最後瀏覽日：2022/06/05）。其連署中已有 5 個律師公會、27 個民間團體加入，可見此議題於實務界之重要性；立法院，前揭註 6，林永頌律師於同一公聽會之發言，頁 12：「依照司法院的資料顯示，高院對地院判決的廢棄，不管是全部或部分，如果依照司法院的算法，比率達到 26%，但如果一部分的廢棄也算 1，不要算 0.5 的話，比率是 38%，也就是說，有百分之二十幾或三十幾的案件，高等法院會把它廢棄，尤其民事案件可能理由不對，但結果一樣，是不會廢棄的，這樣一審判錯的可能性又比這個還高。在第 38 頁我們看到三審對二審的判決發回部分，也高達 30%，也就是說，以目前的情況來看，約有 30% 左右的上訴是被廢棄或發回……，現在把第三款、第六款刪除，意味著大部分的案件以後二審時就不能提出新事實、新證據，問題是我們的一審事實審夠堅強嗎？」；相同意見亦可參見同一公聽會陳以信委員之發言，頁 14、林思銘委員之發言，頁 21、邱顯智委員之發言，頁 22-23、陳椒華委員之發言，頁 29。

<sup>119</sup> 財團法人民間司法改革基金會，前揭註 118；亦可參見立法院，前揭註 6，林永頌律師於同一公聽會之發言，頁 12：「針對第四百四十七條，刪除了第三款及第六款，也就是第二審不能提出新的攻擊或防禦方法，我們搜尋從 92 年到現在大概有六千多筆資料，先篩選 200 筆，簡單計算出來，第三款跟第六款占所有案件的比率高達 86%，第三款跟第六款主要是一審上訴二審的新事實、新證據的攻擊、防禦方法，現在你把它拿掉，等於讓這個案件上訴到第二審時不能提出新事實、新證據，這對人民的影響非常大。司法院的報告中提到這樣的案件非常少，但我要說的是，在二審部分，事實上有些是沒有針對第四百四十七條的爭議，也就是法院的判決沒有提到第四百四十七條，但有提到第四百四十七條的案件裡，有高達 86% 的部分是適用第三款或第六款，現在把第三款、第六款刪除，意味著大部分的案件以後二審時就不能提出新事實、新證據，問題是我們的一審事實審夠堅強嗎？另外，第 47 頁是吳從周教授的一些分析，他間接從最高法院分析，得到的比率有 63%……」。

<sup>120</sup> 立法院，前揭註 6，林永頌律師於同一公聽會之發言，頁 12-13：「從剛才這幾個數據可以瞭

且相關配套措施並無刑事訴訟法完備<sup>121</sup>。



由此可知，針對本次之修法具有各界不同之意見，贊成者大多是自訴訟金字塔化目的之達成，以及自法理和比較法上觀察，可歸責之人本不得獲得較第一審為更有利之地位，故應限制其攻防方法之提出，而涉及本條之相關案件數量較少，故對於人民之影響不大。反對本次修法者大多主張，刪除之款項為目前實務最常適用之款項，且第一審之審理品質不佳，刪除對於人民之訴訟權限制過大，而阻礙當事人於第二審之救濟機會。本文第四章之實證研究、第五章之比較法論述，針對部分之論述理由進行研究，並提出相關之修法評析。

---

解，第一，人民上訴很少有改判的；另外，要被拿掉或被限制的，都是人民主要上訴理由，在這樣的瞭解之下，我要說的是，我們的事實審堅強嗎？我要說的是，司法院只提出訴訟金字塔，沒有提出司法人事金字塔，沒有完整規劃，而這個已經出委員會的草案，依照司法院的說法是沒有任何實施期，而且剛才黃法官也有提到，有關律師強制跟再審假設是堅強事實審的配套，那這兩個都還在第二包，才剛進立法院，現在沒有等這個部分，就要限制人民的上訴權，顯然司法院欠缺改善人民權益被剝奪及減少衝擊的概念。我要講的是，司法人事金字塔是很困難的工程，我們用一個很簡單的概念講給大家聽，我想大家都聽得懂，不管你是不是學法律的，就是三審要五個法官，二審要三個法官，當然現在民事三個法官也不是實質的合議，先不論，一審原則上都是一個法官，你卻是要一個法官來做決定，原則上不能再提出新事實、新證據，這樣的比例合理嗎？如果是黃法官在一審，一個就好，我就覺得夠了，因為這麼資深，又有經驗、品質又好的法官，真的夠！我講真的，一個也不是不行。但是現在有多少是候補法官？在候補期間就已經在當法官，一個就可以判了，你說到二審就不能再提出新事實、新證據，合理嗎？所以這樣的候補時間太短，傳承不足，沒有合議。我們主張要堅強的事實審，至少也要像刑事訴訟法，現在一審是合議，民事沒有合議，也就是說，至少要三個法官，如果只有一個法官是不合理的，要資深、要合議。」

<sup>121</sup> 立法院，前揭註 6，林永頌律師於同一公聽會之發言，頁 13：「最後我要講的是第四百四十七條把第三款、第六款拿掉，你去看刑事訴訟法第三百六十六條之一限制第二審提出新事實、新證據，刑事反而比民事寬，但刑事各種配套還相對比較完備，但是比較寬。」

## 第二節 民訴法第 447 條之失權要件



### 第一項 攻擊防禦方法

民訴法第 447 條乃限制於第二審提出新攻擊防禦方法，故有必要去探究何者為本條所規範的客體。

攻擊防禦方法，指當事人為使訴訟請求有理由而提出之相關事實、證據，或對於請求抗拒之事實主張、證據方法、抗辯、否認等，常見之類型如證據方法、證據抗辯、時效消滅、已抵銷表示之主張等，皆屬之<sup>122</sup>。

於此應區別的是，攻擊防禦之本身，並不屬於失權之對象，例如起訴、訴之變更追加、反訴、（附帶）上訴聲明、訴之駁回請求、自認等，皆不屬之<sup>123</sup>。此外對於職權調查之事項，以及法律內容之陳述，亦不屬於失權之對象，考量到認事用法乃屬於法官之職權，當事人對此並負有說明法律見解之義務，故有認為法律見解之陳述，亦不屬於失權效所規範之對象<sup>124</sup>。

所謂「新」攻擊防禦方法，只要係在第一審未被當事人提出之新事實和新證據，都屬本條之範疇<sup>125</sup>，而新攻擊防禦方法乃針對訴訟標的所提出之事實主張或爭執，或為否定、抗辯之證據方法等<sup>126</sup>，至於該事實之發生、證據之存在係在第一審之基準時點前後，並非所問<sup>127</sup>。故總結而言，只要該攻擊防禦方法於第一審

<sup>122</sup> 姜世明，前揭註 53，頁 689-690。

<sup>123</sup> 姜世明，前揭註 53，頁 689-690。

<sup>124</sup> 姜世明，前揭註 53，頁 690-691；許士官（2021），〈第二審程序提出新攻擊或防禦方法之禁止及准許：最高法院近三年內有關裁判之檢討〉，《台灣法律人》，1 期，頁 47。

<sup>125</sup> 陳榮宗、林慶苗，前揭註 85，頁 36。

<sup>126</sup> 魏大曉，前揭註 59，頁 362。

<sup>127</sup> 姜世明，前揭註 91，頁 506-507。

中未提出、不爭執、被法院依照其他法律排除，而於第二審提出者，皆屬於新攻擊防禦方法<sup>128</sup>。

此處應和民訴法第 446 條之訴之變更追加做出區別。民訴法第 446 條之規定主要係在規範訴訟標的之變更、追加，和處分權主義較有關係；但民訴法第 447 條主要係在規範第二審之言詞辯論之資料，而屬於辯論（協同）主義之層次<sup>129</sup>。若依照實務一貫所操作之舊訴訟標的理論，以實體法上之法律關係作為區別訴訟標的之基準，則民訴法第 447 條所規範之對象，即為針對訴訟標的成立與否之事實、證據之提出。

## 第二項 遷時提出

所謂遷時提出，又可以稱為未於適當時期內提出攻擊防禦方法。但應如何判斷何謂「遷時」，則應牽涉到上述對於一般性訴訟促進義務以及個別性訴訟促進義務之區分。蓋個別性特殊促進義務，法院將針對應提出之時期設定時限，若當事人未於該時限內提出，即為遷時，故其對於遷時提出之判斷相對明確<sup>130</sup>；但於一般性之訴訟促進義務中，「適時提出」之概念即屬一不確定之法律概念，其必須考量特定事件之複雜程度、當事人之智識能力、受法院裁判之即時性等綜合考量，非得一概而論<sup>131</sup>，更應於判斷何謂適當時期，考量訴訟促進之需求、當事人之公正程序請求權之法理以及誠信原則等，適時發揮訴訟指揮權並予以闡明，並應僅有於該適當時期被具體、明確化以後，始得對當事人產生遷時之效果，促使

---

<sup>128</sup> 姜世明，前揭註 53，頁 692。

<sup>129</sup> 陳瑋佑（2018），〈2017 年民事程序法裁判回顧〉，《台大法學論叢》，47 卷特刊，頁 1836-1838。

<sup>130</sup> 許士宦，前揭註 54，頁 170。

<sup>131</sup> 沈冠伶（2007），〈論民事訴訟法修正條文中法官之闡明義務與當事人之事案解明義務〉，氏著，《民事證據法與武器平等原則》，頁 4 註 15，元照。

當事人負起自己責任<sup>132</sup>。



亦有學者自訴訟之內容（訴訟狀態）與時間納入考量，亦即應將當事人之陳述、法院之闡明以及已進行之訴訟過程均納入，並應將「舉證責任分配」以及「訴訟階段」納入考量之中。即當事人於起訴時，其主張和舉證之程度之要求並無需過高；但於訴訟之後階段，例如原被告之言詞辯論階段時，即應適時提出該攻擊防禦方法，以有效迅速的判斷必要判斷之攻擊防禦方法，並有順序的審理必要之相關爭點<sup>133</sup>。

但是否逾時此點，本文認為此於第二審之更新權限制是否並無太大之爭議，此從歷史解釋中可見其端倪。蓋過往第二審係採取「隨時提出主義」，第二審得隨時提出攻擊防禦方法，即便於民國 89 年之修法，亦僅係加入四款不得提出之事由，故原則上仍係允許當事人提出該攻擊防禦方法；但自民國 92 年之修法後，第 447 條之立法理由以及條文中已經明示，第二審提出之新攻擊防禦方法原則是不允許提出之，其是否也意味新提出之攻擊防禦方法原則上皆被推定逾時提出，而必須由當事人舉證其有「例外」而允許提出之事由，始容許其在第二審提出<sup>134</sup>。此外，第 447 條之規範體例亦可觀察其端倪，蓋民訴法第 196 條設有攻擊防禦方法「逾時」提出之要件，但民訴法第 447 條並無此文字上之設定，應可認為於第二審所提出之新攻擊防禦方法，已屬「逾時提出」<sup>135</sup>。

---

<sup>132</sup> 邱聯恭，前揭註 46，頁 77-79。

<sup>133</sup> 姜世明，前揭註 53，頁 696-697。

<sup>134</sup> 許士宦，前揭註 54，頁 176-177。

<sup>135</sup> 沈冠伶、林靖庭，前揭註 9，頁 110。



### 第三項 可歸責於當事人

於失權效之審理上，以當事人具有「可歸責性」作為其要件，並無疑問<sup>136</sup>。

針對可歸責之程度，有學說針對我國民訴法上各種失權效之可歸責程度進行分類，針對準備程序之第 276 條，採取抽象輕過失之歸責程度；另在 196 條第 2 項係採取故意或重大過失為其主觀要件（明文規定）<sup>137</sup>。

多數見解認為第 447 條於當事人具有「輕過失」，即為已足，主要之原因乃第 447 條第 1 項但書之規定乃一「例外規定」，故其中第 1 款至第 4 款皆係不可歸責於當事人之規範，而第 5 款之規定僅係為避免掛一漏萬，而為之補遺性之規定<sup>138</sup>；另該第 5 款之不可歸責之要件，除故意、重大過失之外、亦包含輕過失，使法官毋庸再判斷當事人是否該當故意或重大過失，得以降低法官的裁量餘地並易於法院利用<sup>139</sup>；亦有見解引述德國法第 531 條第 2 項之修正，認為我國於 2003 年之修正時，將第 447 條第 5 款之規定納入「輕過失」，法院於審理時亦應一併注意當事人是否具有免責事由<sup>140</sup>；採取「輕過失」之解釋方式，亦可避免當事人法院對於民訴法第 447 條第 1 項但書第 5、6 款之可歸責程度未明確下，而適用結果截然不同之狀況<sup>141</sup>。

就輕過失而言，係指以一般人之智識能力為基準，判斷其是否未盡其訴訟促

<sup>136</sup> 許士宦，前揭註 54，頁 169。；姜世明，前揭註 53，頁 701。

<sup>137</sup> 姜世明，前揭註 53，頁 701-702。

<sup>138</sup> 民訴法第 447 條第 1 項第 5 款立法理由參照。

<sup>139</sup> 許士宦（2003），〈第二審程序新攻擊防禦方法之提出〉，氏著，《程序保障與闡明義務》，頁 384，學林。

<sup>140</sup> 姜世明（2003），〈民事訴訟法修正：上訴審及其他程序部分〉，《月旦法學教室》，4 期，頁 108。

<sup>141</sup> 劉明生（2014），〈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》，60 期 6 卷，頁 54。

進義務，而訴訟代理人是否具有輕過失，則應依一正直且具有通常注意義務之律師為基準判斷，且免責事由應由當事人提出，以免產生失權之效果。例如：當事人準時將書狀提出於法院、但因郵務機關之遲誤而延後到達、或法院對於提出之時限過短等；重大過失之判斷標準乃當事人以「逾越一般當事人之智識程度」之程度違反其訴訟促進義務，常見之情況如：言詞辯論期日終結前始提出所知之事證、或雖有聲明證據，但直至人證證明失敗後，始再聲明其他證據<sup>142</sup>。

本文認為，於判斷可歸責之要件時，應基於整體之法條文意以及體系為解釋之基準。自文義解釋而言，民訴法第 196 條第 2 項、第 276 條第 1 項第 3 款以及第 447 條第 1 項但書第 5 款之文字並不相同，第 196 條第 2 項將主觀要件以「重大過失」明文規定，第 276 條第 1 項第 3 款以及第 447 條第 1 項但書第 5 款係以「因不可歸責於當事人」、「其他非可歸責於當事人之事由」作為其主觀要件之規定，自文義解釋而言，應係有意識的將重大過失和可歸責區別以觀，是以文義解釋上，應將第 276 條第 1 項第 3 款以及第 447 條第 1 項但書第 5 款為同一解釋。

自歷史解釋而言，2003 年之修法係為了貫徹適時提出主義並達成審理集中化之目標，避免當事人輕忽第一審之程序，故對於主觀要件之解釋，不應之一般失權規定相同，而應為更嚴格之解釋方式。是以本文認為，於主觀要件上應採取「輕過失」作為其歸責之標準。

## 第四項 訴訟延滯

訴訟延滯此要件係明文於第 196 條第 2 項之「有礙訴訟終結」，但如何解釋此要件，向來自有「相對延滯」和「絕對延滯」之二種說法。

相對延滯，乃將「現在提出」和「適時提出」之審理期間相較，若二者審理

---

<sup>142</sup> 引用自：姜世明，前揭註 53，頁 702。

之時間相同，則不認為該攻擊防禦方法提出逾時，其比較之基準係以「整體訴訟進行時間」作為比較之基準，亦即將提出攻擊防禦方法之前、後之審理時間皆納入評估，只有在納入新攻擊防禦方法之審理後，將使「整體訴訟時間較未審理該攻擊防禦方法長」，始需駁回；絕對延滯則係指，比較「提出該攻擊防禦方法後」以及「不審理該攻擊防禦方法」之審理時間，若審理之時間較長，則應認其將延滯訴訟，故其係比較「將來之審理時間」，而有學說稱其為「剩餘期間觀察法」<sup>143</sup>。

學說指出，德國法上之通說以及實務係採取「絕對延滯」之標準，其主要之理由乃德國民訴法第 296 條第 1 項之文義係採取絕對延滯之標準，且相對延滯審理困難，法院必須以一「假設之訴訟時間」作為判斷，並不利於法院之判斷以及實用性，且絕對理論之失權制裁效果較強，因而採用之<sup>144</sup>。但絕對延滯理論亦有遭受「過度促進之批評」，而於「顯可預見即時提出攻防方法仍會產生延滯」時，不應產生失權之效果<sup>145</sup>。

我國之學說見解大多認同採取絕對延滯之看法，主要是基於：採取絕對延滯之制裁效果較強，較能達到促進訴訟之要求<sup>146</sup>；且於判斷是否延滯時，較具有實用性<sup>147</sup>。另於考量是否失權時，亦應考量可能間接造成延滯之事項，例如為調查該新攻擊防禦方法（人證）之提出而額外花費之時間，亦屬失權之對象<sup>148</sup>，且學

<sup>143</sup> 吳從周，前揭註 84，頁 92-95。

<sup>144</sup> 姜世明（2009），〈論民事訴訟法失權規定之緩和和逃避〉，氏著，《任意訴訟及部分程序爭議問題》，頁 253，元照；姜世明，前揭註 53，頁 697-698。

<sup>145</sup> 吳從周，前揭註 84，頁 95-97。

<sup>146</sup> 姜世明，前揭註 144，頁 253。但亦有見解指出，絕對延滯和相對延滯之判斷並不絕對，採取不同之基準可能會有不同之結果，參見：黃國昌（2008），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權制裁：是「效率」還是「公平」〉，《台大法學論叢》，37 卷 2 期，頁 200-204。

<sup>147</sup> 吳從周，前揭註 84，頁 97。

<sup>148</sup> 姜世明，前揭註 144，頁 254。



說大多認同於採取「絕對失權」之標準下，應適時的依照案件類型、繁雜程度<sup>149</sup>，以及適時提出仍不免發生失權之狀況下，調整對於延滯之定義，以避免產生過度促進之後果，而侵害當事人之聽審請求權<sup>150</sup>。

但於第二審提出新攻擊防禦方法時，是否應判斷此要件仍有爭議。採取否定說之見解參考德國法，認為延滯訴訟之要件係於第一審法院應審查之對象，考量第一審和第二審之失權目的不同，應有不同之解釋；並在肯認以德國法上以「非因當事人過失而未於第一審提出」以及「因第一審法院之瑕疵」為准許提出之前提要件下，可避免法院以不致延滯訴訟，作為「法無明文的第七種例外事由」，過度擴大允許提出之例外事由，導致失權之規定崩潰<sup>151</sup>。

肯定見解主要係從訴訟促進義務出發，認為在提出該攻擊防禦方法並不延滯訴訟，則審理該爭點並不影響整體司法資源之分配，似無完全禁止其提出之必要<sup>152</sup>；另考量我國之第二審制度目的，和德國法修正後之「事後審制」仍有不同，我國並未將第二審僅定位為「瑕疵糾正、排除」之制度，故第二審得以審理之範圍遠較德國法為寬，在此基礎上，若一律駁回所有不致延滯訴訟且該當其他要件之攻擊防禦方法，其所欲達成之目的、法益仍值得再深思<sup>153</sup>。但有採此說者認為，於第一審得以提出之攻防方法遲至第二審提出，其提出該新攻防方法本身即屬「訴訟延滯」，法院於駁回時無須特別調查有無延滯之情事<sup>154</sup>。

<sup>149</sup> 許士宦，前揭註 79，頁 6-7。

<sup>150</sup> 姜世明，前揭註 144，頁 254；吳從周，前揭註 84，頁 97。

<sup>151</sup> 吳從周（2006），〈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 1319 號判決〉，《台灣本土法學雜誌》，85 期，頁 228-229；吳從周，前揭註 108，頁 32；吳從周（2013），〈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》，233 期，頁 70-72。

<sup>152</sup> 許士宦（2003），前揭註 139，頁 388。

<sup>153</sup> 黃國昌，前揭註 146，頁 198-199 註 15。

<sup>154</sup> 許士宦，前揭註 124，頁 49。

本文認為，上述二種之解釋方式，即係在考量第一審和第二審之制度目的以及審理之範圍，故於要件之解釋論上，必須探討第二審之目的論，以及本要件存在之實益。



延滯訴訟要件存在之意義，係為了避免失權效果過重，影響當事人之權利義務甚鉅，故設有要件上之限制。參考我國第二審之目的論，在民訴法之第二審程序尚未大幅修正前，仍採取「嚴格續審制」，並非一概禁止當事人於第二審提出新攻擊防禦方法，在此基礎上，是否應採取如同德國法之解釋方法，即有疑義。

即便如此，我國於民國 92 年修法後所採取之「嚴格續審制」，亦有限縮攻擊防禦方法之提出，將「原則不允許當事人提出新攻擊防禦方法」，作為改革之方向。在此規範之架構下，當事人並非僅該當「不延滯訴訟」，即可提出攻擊防禦方法，仍必須視其是否符合第 447 條第 1 項但書之各款例外事由，始可提出。

故爭論此要件之存否，毋寧是在爭論第六款顯失公平之意涵，以及權衡之方式。蓋第 447 條第 1 項但書第 1 款至第 5 款，自文義上並不可能涵蓋此要件，而僅有第 6 款之「顯失公平」得以包含此要件。故若欲將此要件納入第二審失權效之判斷事由中，法院即必須妥適解釋「顯失公平」，並將此放入顯失公平之權衡中，當事人亦應依照第 447 條第 2 項之規定，釋明其並無「延滯訴訟」，而將釋明責任交由提出新攻擊防禦方法者負擔，避免寬鬆准許其提出攻防方法<sup>155</sup>。

基於上述，本文認為應可將「延滯訴訟」之要件放入第 447 條之「顯失公平」之判斷要素內，此係考量到自第二審之目的論而言，我國目前尚未採取事後審制，未全面性的禁止當事人於第二審提出相關之攻防，但為了有限度的限制當事人提

---

<sup>155</sup> 認同應將訴訟延滯與否置於顯失公平之判斷中者，亦可參見：許士宦（2010），〈第二審時效抗辯之失權：最高法院有關裁判之檢討〉，許士宦（等著），《新民事訴訟法實務研究（一）》，頁 304-307，新學林。

出，以達到審理集中化、促進訴訟之考量，故應將「延滯訴訟」之要件放入第二審，以避免過度促進訴訟，但並非該當此事由即可提出，法院仍應依照其實務上之運作，考量當事人之實體、程序利益、訴訟之攻防、訴訟進行之程度等，妥適的衡量該攻防方法之提出是否真有「顯失公平」，而非一概認為不延滯訴訟，即允許當事人提出新攻防方法。此外，在審理之過程中，不延滯訴訟之係包含在「顯失公平」之內涵中，依照第 447 條第 2 項，必須由當事人釋明提出該攻防方法「不延滯訴訟」，而由法院判斷是否該當此例外事由，使准許其提出，將無法舉證之不利益歸於欲提出該攻防方法之當事人，以達到民國 92 年修法之目的。

## 第五項 因果關係

有學說主張，若當事人逾時提出攻擊防禦方法，並非為訴訟延滯之單獨原因時，則不應施加失權制裁，蓋當事人逾時提出和訴訟延滯之間，仍有其他因素介入之可能，如法院應闡明當事人提出相關見解而未闡明，導致當事人遲延提出，又或者因其他第三人之行為導致延滯訴訟（例如：證人因疫情而無法適時到庭陳述），於此不應發生失權之效果<sup>156</sup>。

就我國法而言，法官如違反其訴訟上之促進義務，如闡明義務（民訴法第 199 條、第 199 條之 1）、爭點整理並向當事人表明其心證或法律見解（第 268 條、第 268 條之 2 第 1 項、第 296 條之 1 第 1 項）、言詞辯論前之證據調查（第 269 條）等<sup>157</sup>，則法院自身之懈怠所造成當事人逾時提出而延滯訴訟，於解釋論上自不應為不利於當事人之解釋，此亦為公正程序請求權所保障之面向，法院為相關解釋應採不應因本身之遲誤，而對於當事人產生程序上之不利益<sup>158</sup>。

<sup>156</sup> 姜世明，前揭註 53，頁 699-700。

<sup>157</sup> 邱聯恭，前揭註 46，頁 176-178。

<sup>158</sup> 公正程序請求權之敘述，詳參：邱聯恭，前揭註 46，頁 114-116；許士宦，前揭註 1，頁 78-

### 第三節 排除失權效之事由及其釋明



#### 第一項 因第一審法院違背法令致未能提出者

針對第 447 條第 1 項第 1 款之「因第一審法院違背法令致未能提出者」，學說上提出之例乃第一審法院若違背其闡明義務（民訴法第 199 條第 2 項、第 199 條之 1 第 1 項）<sup>159</sup>，或違法禁止當事人提出該攻防方法<sup>160</sup>，為達成當事人間之實質上公平，應允許當事人提出新攻防方法。

#### 第二項 事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者

第 2 款之「事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者」，該事實係指攻擊防禦方法所欲主張之事實，此款事由係考量目前第二審仍有事實審之性質而設，並非完全禁止所有之新攻擊防禦方法，而考量當事人無法提出並非可歸責於當事人，因而允許其提出<sup>161</sup>。

但有見解認為，本款之用語乃「事實」發生於第一審言詞辯論終結後者，而

---

83。

<sup>159</sup> 參見本條第 1 項第 1 款立法理由：「當事人因第一審法院違背法令致未能提出之攻擊或防禦方法，例如審判長違背第一百九十九條第二項規定，未盡闡明義務，致當事人未能於第一審提出之訴訟資料，如禁止其提出，對當事人權益之保障，顯然不週，爰為第一項之規定」，亦可參見：吳明軒（2011），《民事訴訟法（下）》，修訂九版，頁 1361，自版；楊建華原著、鄭傑夫增訂，前揭註 45，頁 436。

<sup>160</sup> 陳啟垂，前揭註 109，頁 191。

<sup>161</sup> 參見本條第 1 項第 2 款之立法理由：「事實發生於第一審法院言詞辯論終結後，第一審法院未能及時審究，並非可歸責於當事人，應許其提出，以利當事人之紛爭在同一訴訟程序中解決，爰為第二款規定。又此所謂「事實」，係指攻擊防禦方法而言，此觀第一項本文甚明」；相似說明：吳明軒，前揭註 159，頁 1361，自版；亦有論者認為此款可被第 5 款之不可歸責所包含，見姜世明（2003），〈民事訴訟法新修正：上訴審及其他程序部分〉，《月旦法學教室》，6 期，頁 108。

非「攻擊防禦方法」發生於第一審言詞辯論終結後者，故立法說明認為事實指攻擊防禦方法，應係混淆事實和攻擊防禦方法之概念。是以，只要該事實發生於第一審言詞辯論終結後，當事人即可依據此事實主張新攻防方法，而不論該攻防方法是否於事實發生前即已存在，反之，若該事實於第一審言詞辯論終結前尚未發生，但嗣後於第一審言詞辯論終結後產生，則應可於第二審提出該新攻防方法<sup>162</sup>。

### 第三項 對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者

立法理由針對新修正本款之說明為：「當事人以在第一審已經主張之爭點，即其攻擊或防禦方法（包含事實、法律及證據上之爭點），因第一審法院就該事實、法律及證據上評價錯誤為理由，提起上訴，其上訴理由，仍在第一審審理之範圍內，應允許當事人就該上訴理由，再行提出補強之攻擊或防禦方法，或就之提出其他抗辯事由，以推翻第一審法院就該事實上、法律上及證據上之評價。爰為第三款規定」。

就本款例外事由，有論者認為，本款之立法旨趣應在保障當事人之提出補充權，其於第一審既已提出攻擊防禦方法，則在第二審對之為補充，屬原攻擊防禦方法之延長，既仍在第一審審理範圍之內，即難謂超出第二審審查原審判決關於法律上、事實上及證據上爭點判斷之心證及法律見解。故除第一審法院徹底公開其有關法律上、事實上及證據上爭點判斷之心證及法律見解，否則不應限制當事

---

<sup>162</sup> 呂太郎，前揭註42，頁727；轉引氏之舉例，如甲將機器出賣給乙，另立切結書一份交給乙，記載：「如10年內該機器故障，願無條件接受退貨並還款。」，嗣後甲訴請乙給付價金，第一審法院判決甲勝訴，乙合法上訴，而於第二審審理中始發生該機器故障之事實，乙提出該切結書，並主張退貨還款，氏認為於此例中，該切結書於機器發生故障前已經存在，但仍不能排除其於第二審提出該切結書之事實和相關攻擊防禦方法。

人之提出補充權<sup>163</sup>；亦有見解認為，若當事人於第一審已提出攻防方法，顯見其並無延滯訴訟之意思，則為使第二審之裁判得以更接近真實，自應准許當事人對該攻防方法進行補充，而採取肯定本款存在之見解<sup>164</sup>。



然另有論者認為，若第一審法院沒有妥適行使闡明權，則其得依本條第 1 款原法院違背法令（闡明規範）處理之。至於在原審見解與第二審法院不同以致當事人必須提出新攻防方法求取有利判決的情形，亦可該當本條第 5 款之不可歸責事由。為能跟其他各款例外事由間具有合致性，應對本款例外事由採取嚴格解釋，不宜認為非獨立的攻擊防禦方法均有適用，而宜僅限於「不可歸責於當事人、非當事人具有提出義務、且法院對於該攻擊防禦方法之未提出亦無違背法律上所要求之責任」。例如：關於法律上見解之提出、對於事實為構成要件該當性評價之主張、或對於已提出之證據與待證事實間關連性之補充陳述。否則，將使得民訴法第 447 條之失權規定較適用於第一審準備程序之第 276 條規定更為寬鬆，亦不合理<sup>165</sup>。若本款如操作不慎，亦可能架空本條之立法意旨，故除第一審未保障當事人有提出其有利資料之機會，不應任意允許當事人於第二審再提出補充資料<sup>166</sup>。

立法論上，有論者主張非屬於新抗辯提出而為真正「已提出」攻防方法之補充者，非本條所稱新攻防方法之提出，其提出自不受本條之限制，規範之必要，且為避免實務判決以本款作為擴大容許之憑藉，建議刪除本款規定<sup>167</sup>。同樣主張者亦有以實證研究之方式，發現法院准許提出新攻防方法（法規之例外）的比例

<sup>163</sup> 許士宦，前揭註 139，頁 383-384。

<sup>164</sup> 呂太郎，前揭註 42，頁 727。

<sup>165</sup> 沈冠伶，《最高法院民事 99 年度台上字第 1233 號裁判解析》，司法智識庫，[https://fjudkm.judicial.gov.tw/index\\_doc.aspx?par=UX3%2fMZ7Ozhw08KBVvsgtgq9mWy46gwXOWAif3onM6zCqg78n2M%2fDkg%3d%3d](https://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=UX3%2fMZ7Ozhw08KBVvsgtgq9mWy46gwXOWAif3onM6zCqg78n2M%2fDkg%3d%3d)（最後瀏覽日期：2022/06/06）。

<sup>166</sup> 姜世明，前揭註 161，頁 108。

<sup>167</sup> 劉明生，前揭註 141，頁 53。

超過七成，且有 70% 的比例都是透過第 3 款及第 6 款准許當事人在第二審提出，第 3 款及第 6 款所作的調整或放寬第二審失權規定的嚴格性之立法政策決定，已經無法透過法律的解釋適用加以修正，非透過修法則已經無法加以改變<sup>168</sup>。

## 第四項 事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者

第 4 款之「事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者」，立法者已於立法理由中說明：「事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，當事人無庸舉證，此項事實，雖非當事人提出者，法院亦得斟酌之，但裁判前應令其就事實有辯論之機會，本法第二百七十八條定有明文，例如債權人就事實之發生是否與有過失，或違約金之約定是否過高，應予酌減等情形，若於卷內資料已經顯著，法院卻漏未斟酌，對債務人之權益，影響甚鉅，自得於第二審法院提出之。又舉輕以明重，法院應依職權調查而未調查之證據，亦應許當事人於第二審法院提出。爰為第四款規定」。

學說上認為基於法理應屬可行，蓋若屬法院應職權調查之事項，若法院尚未調查則未達可為裁判之程度，應仍許當事人提出之，以追求實質之公平<sup>169</sup>，亦有見解認為職權調查事項本不屬於辯論主義之範圍，並無失權之可能，而無須特別規定，且實務上之適用比例甚低，或許得以刪除本款<sup>170</sup>。

## 第五項 其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一

<sup>168</sup> 吳從周（2013），〈消失的二審失權：一個修正十周年結算！（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》，235 期，頁 58。

<sup>169</sup> 吳明軒，前揭註 159，頁 1362，自版；姜世明，前揭註 161，頁 108。

<sup>170</sup> 吳從周，前揭註 10，頁 59。



## 審提出者

針對第 5 款應指出者，乃立法理由所指出之「第一款至第四款之規定，均屬不可歸責於當事人，致其未能於第一審法院提出攻擊防禦方法之情形，為免掛一漏萬，並於第五款規定，其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者，應許當事人得於第二審法院提出。」

學說認為本條第 1 項但書第 1 款至第 5 款，皆屬於「不可歸責於當事人」之事由，而第 5 款只是一款補遺性之規定，第 6 款之顯失公平僅於前 5 款事由無法該當時，始適用之<sup>171</sup>。立法理由亦指出，原條文所規定之不得提出之事由，皆係「可歸責於當事人」之事由，故無需另予明定相關之規範，即足以說明之<sup>172</sup>，亦有見解認為得以將第二款之「事實發生於第一審言詞辯論終結後」和本款結合，成為「事實發生於第一審言詞辯論終結後，或其他因非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者」，得以使立法技術上更為精細<sup>173</sup>。

## 第六項 如不許其提出顯失公平者

現行規定下，立法者將「如不許其提出顯失公平者」做為第二審更新權限制之例外事由，然「顯失公平」作為一不確定法律概念，該規定應如何解釋，學說上討論甚為豐富。立法理由中指出：「審判所追求者，為公平正義之實現，如依各個事件之具體情事，不准許當事人提出新攻擊或防禦方法，顯失公平者，應例

---

<sup>171</sup> 許士宦，前揭註 54，頁 176-177。

<sup>172</sup> 第 447 條立法理由第七點：「至於原規定在第一審整理並協議簡化後已不得主張之爭點、已經第一審法院依第一百九十六條第二項裁定駁回者、已經第一審法院依第二百六十八條定期間命提出而未提出者、因當事人故意或重大過失未於第一審程序提出者等四款情形，均屬可歸責於當事人之事由，自不得在第二審再行提出，無庸再予明定。」

<sup>173</sup> 吳從周，前揭註 10，頁 57-58。

外准許當事人提出之，否則法院之裁判殆失其意義。爰為第六款規定」。

有論者認為得以實體法律關係解釋「顯失公平」，以時效抗辯為例，認為時效抗辯得否提出涉及當事人之請求是否有理由，當事人享有處分權限，若當事人於第一審未提出，不得直接解釋其拋棄時效利益，故得以第 6 款之顯失公平來准許當事人提出新攻擊防禦方法<sup>174</sup>。

有論者認為此一不確定法律概念應有待判例法之形成，而依個案權衡利害予以類型化、具體化。本款立法理由所強調之公平正義，應包含實體以及程序上之公平正義，其並提出以下應考量之六種因素，包含：

「第二審程序提出新攻防方法之當事人，(1)其未於第一審提出之可歸責程度（包括故意或重大過失、輕過失）、(2)其蒐集事證能力及手段之強弱（包括有無律師代理；他造、第三人或法院之協力程度）、(3)逾時提出致訴訟程序遲延之程度（包括輕微或甚為嚴重）、如許當事人提出、(4)他造對該新攻防方法進行攻防之程序保障程度（包括就其為爭執或抗辯之主張、舉證可能性）、(5)為此所可能增加之程序上不利益程度（包括勞力、時間、費用上負擔程度、額度）以及(6)如不許當事人提出，其所可能遭受之實體上不利益程度等<sup>175</sup>」。

亦有論者自「效率性」及「公平性」此二價值出發，認為於「顯失公平」之解釋上，應有三個考量之面向，即「訴訟促進」及「實體正義」之權衡外，亦應加入「允許逾時提出之攻擊防禦是否會使他造當事人無法於程序上平等地進行攻擊防禦」之因素。於具體個案中，即便當事人逾時提出具有可歸責事由，但允許該逾時提出之攻防方法將不致於侵害他造之防禦權，且有助於實體利益之實現，

<sup>174</sup> 林洲富（2015），〈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。

<sup>175</sup> 引用自許士宦，前揭註 124，頁 63-64。

即應允許當事人提出之；但相反的，若允許該攻防方法提出將影響他造當事人之公平防禦，且將造成訴訟延滯，即不得以保障實體利益使逾時之當事人提出<sup>176</sup>。然有論者認為本條規定法應與德國法做同一解釋，而不以「是否有礙訴訟終結」作為第二審法院失權審查之要件，準此，其雖不反對得否將「無礙於程序終結及當事人權益保障」之事由作為第六款事由之說理，然此一作法因而使得原本不該存在的「無礙訴訟程序之終結」要件，「逃入」第六款的「概括條款」中，是否妥適值得斟酌<sup>177</sup>，但該作者後續更主張，應刪除過度使用而「逾越黃金比例」之第六款顯失公平之例外事由<sup>178</sup>。

此外，針對本款於實務上之適用狀況，學說上指出當事人在第二審程序所提出新攻防法涉及本案請求為有無理由者（如請求依據之契約為通謀虛偽表意、時效抗辯、委任取款背書或其他訴訟上請求之要件事實），實務上多被認為如不許其提出顯失公平，因而准許當事人提出。然實務見解偏向以兩造間實體上之公平作為判准，似不易要求訴訟上當事人善盡其訴訟促進義務，不能實現第一審訴訟審理之緊張化及促進化，從而難以達成第一審程序審理集中化之目標<sup>179</sup>。

立法論上，有論者觀察德國法上之相關規定後，認為我國較德國法上多出第六款之規定，雖然立法者試圖透過第 447 條第 1 項本文之規定，促使當事人攻防方法之提出集中於第一審，然其列舉過多的例外事由，尤其是本款之「不許其提出顯失公平之事由」，架空第 447 條本文之規範意旨，故建議應刪除本款規定<sup>180</sup>。

---

<sup>176</sup> 黃國昌，前揭註 146，頁 220-224。

<sup>177</sup> 吳從周，前揭註 108，頁 28-30。

<sup>178</sup> 吳從周，前揭註 8，頁 58。

<sup>179</sup> 許士宦，前揭註 124，頁 68。

<sup>180</sup> 劉明生（2016），〈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》，249 期，頁 216-217；劉明生，前揭註 141，頁 53-54。

觀察比較法之見解後，學說上認為第二審新提出之時效抗辯應屬「新攻擊防禦方法」，原則上不應使當事人提出之<sup>181</sup>；但針對抵銷抗辯，我國法上並未如德國法上設有特別規定，而仍係將抵銷抗辯視為新攻擊防禦方法之一種，故其呼籲應如同德國法一般，設置特殊允許提出新抵銷抗辯之要件<sup>182</sup>，於解釋論上，應可適用顯失公平判斷於第二審提出之新抵銷抗辯，是否有助於事件解決（訴訟經濟）、他造是否同意或擬制同意、第一審之原訴訟資料是否有援用可能等因素，綜合判斷得否提出新抵銷抗辯<sup>183</sup>。

## 第七項 釋明責任之分配

自民訴法第 447 條第 2 項之條文中明確可知，因原則上並不允許當事人提出新攻擊防禦方法，若有第 1 項各款之例外事由存在，則應由當事人釋明之。此由第 447 條第 2 項之立法理由亦可得知<sup>184</sup>，故當事人若於提出新攻擊防禦方法，應即時提供相關之證據釋明有各款之例外事由存在，否則法院應駁回該攻擊防禦方法（第 447 條第 3 項參照）<sup>185</sup>。

有問題的是，第 447 條第 1 條但書第 4 款之「事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者」，既然該事項是法院應職權調查或事實於法院

---

<sup>181</sup> 劉明生，前揭註 180，頁 207-209；相同見解，吳從周（2009），〈於第二審始提出時效抗辯之失權效果〉，《台灣法學雜誌》，119 期，頁 151-156，氏亦認為第二審所提出之新時效抗辯，僅能於「當事人不可歸責」之情況，始能於第二審提出之。

<sup>182</sup> 劉明生，前揭註 180，頁 215-216。

<sup>183</sup> 劉明生（2016），〈再論第二審抵銷抗辯提出之容許性：評最高法院 104 年度台簡上字第 29 號判決〉，《月旦裁判時報》，46 期，頁 32-34。

<sup>184</sup> 民訴法第 447 條第 2 項立法理由：「當事人主張有第一項但書各款得提出新攻擊防禦方法之事由，應提出即時可供調查之證據釋明之，以利第二審法院判斷。爰增設第二項規定。」

<sup>185</sup> 民訴法第 447 條第 3 項立法理由：「當事人違反第一項規定，提出新攻擊防禦方法，或主張有第一項但書各款之情形，而未提出即時可供調查之證據以資釋明者，第二審法院無庸命補正應予以裁定駁回，或於判決理由中敘明之，爰增訂第三項規定，以明其違反之效果。」



已顯著而無庸舉證者，是否仍需由當事人釋明之？有論者認為法院若需依職權判斷之，則當事人即無義務釋明該事項，而應由法院探知；其亦認為，本條第 6 款之「顯失公平」之事由，亦無須由當事人釋明，蓋顯失公平應由法院職權探知，且參照第 276 條第 1 項第 4 款之「顯失公平」，第 276 條第 1 項第 4 款亦未要求當事人釋明之，在二者之比較之下，可見當事人無須對此二款事由進行釋明<sup>186</sup>。

本文認為應將第 447 條第 1 項第 4 款和第 6 款之事由區別以觀，依照民訴法第 278 條、第 288 條，當事人對此事由乃毋庸舉證、或法院應職權調查之，此等事項涉及辯論主義第一層面，即當事人未提出之事項，法院不得斟酌。但我國並非採取傳統之辯論主義，於賦予當事人辯論之機會並防止突襲性之基礎下，法院對於訴訟審理過程中所獲知資料，並不完全以當事人主張為必要，即可採為裁判基礎<sup>187</sup>，故針對參照第 447 條第 1 項第 4 款之立法理由、第 278 條、第 288 條之立法規範，可知法院仍有採用非當事人所提出事證之可能<sup>188</sup>。但該事證是否為第 447 條第 1 項第 4 款之「事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者」，而毋庸當事人舉證，於當事人間可能仍有爭執。故本條之「釋明」乃由當事人將該事證提出於法院，使法院得以審酌該事實究竟是否為「事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者」。經法院審酌後，始能依

<sup>186</sup> 吳明軒，前揭註 159，頁 1362。

<sup>187</sup> 對於不採傳統辯論主義之說明，得參照：邱聯恭，前揭註 46，頁 32-37；沈冠伶（2014），〈從「超國際民事訴訟原則」論民事訴訟中法院與當事人之任務分配：「協力」作為民事訴訟之基本原則〉，《月旦法學雜誌》，228 期，頁 49-50；許士宦，前揭註 54，頁 258；陳瑋佑（2021），〈再論法院職務上已知之事實與辯論主義之第一命題：評最高法院 108 年度台上字第 120 號民事判決〉，《月旦裁判時報》，106 期，頁 32-35。

<sup>188</sup> 許士宦，前揭註 54，頁 259-261，氏以第 447 條第 1 項第 4 款立法理由中所提出之例子，列舉與有過失及違約金過高之事實，於保障當事人程序權之情況下，且其為顯著或職務上已知之事實，說明法院於訴訟中得對於當事人「未主張但是法院已得心證之事實」，採為裁判之基礎。

職權審酌該事證，故此處之釋明責任，仍應由提出該新攻擊防禦方法者負擔<sup>189</sup>。

雖然上述學說認為當事人毋庸對於顯失公平進行釋明，但法律解釋，首先應探求文義解釋，第 447 條第 2 項既已規定當事人應釋明該事由，在本條第 2 項之文義已明確之前提下，似乎並無以限縮或擴張以填補法律漏洞之空間，而無法為「制定法內之法續造」<sup>190</sup>。

若欲採取「制定法外之法續造」，即超越立法者對於個別法律之原始計畫，但仍於整體法秩序和原則下為法律續造，但欲為制定法外之法續造，必須確認個別條文之目的，並以之與同位階之整體法秩序和憲法相互對照<sup>191</sup>。本文認為，民訴法第 447 條第 2 項，已考量訴訟促進之立法目的，而將舉證責任轉由當事人負擔，其規範目的並無不妥。再者，將本條釋明規定與其他釋明規定互相對照，此種立法模式並非只存於第 447 條，第 276 條第 2 項規定應由當事人釋明「不可歸責」之事由，也代表由當事人釋明「例外事由」之立法模式，並不違反整體之法秩序。從此規範之相互對照可知，釋明「顯失公平」等例外事由，於法體系上並非不可採之，而無以制定法外續造之空間，仍應由當事人負起釋明存在「顯失公平」之事由，始有允許當事人提出該攻防方法之可能。

## 第四節 失權效之審理

### 第一項 裁量失權及強制失權

自民訴法之失權效規範中，存有第 196 條第 2 項、第 268 條之 2、第 276 條、

<sup>189</sup> 此見解乃和沈冠伶老師討論後之見解，在此感謝沈老師的提點。

<sup>190</sup> 沈冠伶（2022），〈宣告終止收養關係事件之審理程序及程序法理交錯適用：最高法院民事裁定 109 年度台簡抗字第 262 號及最高法院民事提案裁定 110 年度台簡抗字第 33 號之簡評〉，《台灣法律人》，17 期，頁 154-155。

<sup>191</sup> 沈冠伶，前揭註 190，頁 155。

第 444 條之 1、第 447 條等規範，其中針對一般性訴訟促進義務之第 196 條第 2 項，採取「裁量失權」之規定，法官「得」駁回該攻擊防禦方法；而準備程序之失權效，依照第 276 條之規定，係較為強烈之「強制失權」之規定，法院對於有無失權，基本上並無裁量權限，本文所關注之第二審之新攻擊防禦方法提出之失權效，亦採取同樣之模式<sup>192</sup>。第 268 條之 2 和第 444 條之 1，即書狀先行程序以及上訴理由未表明之失權效，其規範模式採取「裁量失權」之方式，蓋其效果係分別準用強制失權規定(第 276、447 條)，又或於「判決時依全辯論意旨斟酌之」，是以此二條之失權效果，亦可由法院依照個別情形裁量之<sup>193</sup>。

但無論如何，本文所在意之第 447 條乃強制失權之規定，於此並無疑問，除非當事人得以釋明該例外事由，否則法院僅能予以失權，並無裁量之空間存在，而僅能依照同條第 3 款，駁回該攻防方法。至於駁回之形式，以裁定駁回或於判決理由中說明駁回原因，皆無不可<sup>194</sup>，但以裁定駁回者，此裁定為訴訟指揮之裁判，不得對之獨立抗告<sup>195</sup>，如法院未予說明駁回之原因，則有判決不備法令之疑慮，可為上訴第三審之事由<sup>196</sup>。

## 第二項 第二審失權效之審理順位

關於第一審準備程序之失權效，其亦有準用於第二審而適用之可能（第 463

---

<sup>192</sup> 許士宦，前揭註 54，頁 166。

<sup>193</sup> 關於第 276 條之立法上之特殊性，有論者認為其規範之設計上，應如何依照一般訴訟促進訴訟義務、特殊訴訟促進義務之分類體系中，有討論空間者，參見：姜世明，前揭註 53，頁 688-689。但有論者認為此規定具有我國法上之特殊性，我國第一、二審並未採取強制律師代理，故為避免準備程序失權效過於強烈，因而有此特殊之規定，參見：許士宦，前揭註 54，頁 173-174。

<sup>194</sup> 吳明軒，前揭註 159，頁 1363。

<sup>195</sup> 許士宦，前揭註 139，頁 391。

<sup>196</sup> 吳從周，前揭註 84，頁 71。

條準用第 276 條),而有探討準備程序失權效和第二審之更新權限制之適用關係。

首先是第 276 條和第 447 條皆設有顯失公平之例外允許提出攻防方法之事由，但於解釋論上，參照第 276 條第 1 項第 2 款具有以「該事項不甚延滯訴訟者」之例外事由，反面而言，只有在該新攻防方法將甚延滯訴訟終結，始有必要考慮第 4 款顯失公平之適用可能<sup>197</sup>；但第 447 條之適用前提係「當事人不可歸責」，僅有於當事人「可歸責」之前提下，始需考慮第 447 條之「顯失公平」之適用可能，二法條針對顯失公平之解釋論不同。

此外，參照第 276 條和第 447 條之規範前提，第 276 條係針對「準備程序」而設，故其適用前提係當事人有無於「第二審準備程序」善盡其訴訟促進義務，但第 447 條之觀察重點係「第一、二審之整體」，亦即當事人是否於第一審未盡訴訟促進義務，導致第二審法院需予以失權<sup>198</sup>。由此可見，二者之規範目的不同，第 447 條之觀察時間序較長，橫跨一、二審之整體時長，故當事人於第二審提出新攻擊防禦方法後，必須考慮第 447 條有無予以限制之必要後，若其通過第 447 條之各款例外事由後，始得於第二審提出。即便該新攻防方法符合第 447 條第 1 項之例外事由而准許提出，法院仍得視新攻防方法是否違反準備程序之適時提出

---

<sup>197</sup> 許士宦，前揭註 148，頁 318-319。

<sup>198</sup> 亦有見解認為，第 276 條應和 196 條相同，皆係一般性訴訟促進義務之規定。若於第二審法院同時適用第 276 條和第 447 條之例外事由，而准許當事人提出新攻擊防禦方法，將使得以第 447 條之例外事由擴及第 276 條，而使第二審之失權效果不彰。因此於立法論上，應刪除第 276 條，改規定於第 196 條；於解釋論上，應將第 276 條之失權規定僅適用於「第一審有準備程序之合議案件，而將第 447 條作為第二審準備程序之特別規定」。參見吳從周，前揭註 108，頁 33-35。此限縮解釋雖然可以使失權之例外事由明確化，但此見解並無考量到二條之間解釋論和規範目的之不同，即本文提出的「觀察時序」之方式，而應先觀察第 447 條是否失權，若其得以通過第 447 條之失權規定，始需觀察第 276 條之失權效，此種解釋方式即可避免該文所擔心之失權例外事由混淆之狀況。蓋該文所擔憂之情況是「不得依照第 447 條提出新攻防方法，但得以第 276 條提出之」，但若以本文之見解，並不會發生此種狀況，逕以第 447 條排除即可。

義務，依第 463 條準用第 276 條使該攻防方法失權<sup>199</sup>。



### 第三項 失權效為職權事項

針對不符合第 447 條之規定，而提出之新攻防方法，若當事人並未於訴訟程序中提出責問，法院亦未依照職權駁回之，則此項瑕疵是否會因不責問而喪失責問權，而無救濟之管道，於學說上仍有爭議（民訴法第 197 條第 1 項參照）。

贊成第 447 條為責問事項者，其論點主要係：失權效係為了他造當事人而設之規定，若他造對提出新攻防方法者並未責問而有所陳述，依照民訴法第 197 條第 1 項之規定，則喪失其責問權；此見解亦係德國法上之實務及通說見解，即便上訴，上訴法院不可再行審查後予以失權，該瑕疵已遭治癒，亦即，當事人對於他造所可能提出之攻防方法，應有所預見、認識，而應對該為責問負起自己責任<sup>200</sup>。

但多數學說認為，第 447 條之適用應係具有避免訴訟被濫用、促進訴訟之公益面向，蓋採取適時提出主義之目的，並非僅係考量他造當事人之攻防可能，亦有考量司法資源之整體分配，限縮訴訟上爭點以避免訴訟散漫化之機能，是以不宜將第 447 條之規定視為責問事項，而應考量其公益上之機能<sup>201</sup>。在此見解之下，將第 447 條解為責問事項並適用第 197 條第 1 項，將忽略第 197 條第 2 項之規定，蓋對於公益而設之訴訟規定中，無論法律或是當事人皆有遵守之義務，即便

<sup>199</sup> 許士宦，前揭註 155，頁 318-319。

<sup>200</sup> 吳從周，前揭註 108，頁 21-23；陳榮宗、林慶苗，前揭註 85，頁 37；吳明軒，前揭註 159，頁 1363-1364。

<sup>201</sup> 許士宦（2003），〈逾時提出之駁回與責問權之行使〉，《月旦法學教室》，第 6 期，頁 15；姜世明，前揭註 91，頁 510；黃國昌（2012），〈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〉，氏著，《民事程序法學的理論與實踐》，頁 89-91。

當事人未對此進行責問，法律上之瑕疵亦不得因此而補正，此係強化失權規定之效果，避免當事人輕忽第一審之審理，而遲至二審始行提出相關之攻防方法，故應將此規定解為強制性、公益性之規定，而非得任意由當事人處分，應由法院職權調查之<sup>202</sup>，若他造並未對於新攻擊防禦方法提出異議即喪失責問權，可能使第447條第2項當事人之釋明責任喪失，並使同條第3項之「應」駁回之立法意旨喪失<sup>203</sup>，甚至當事人合意提出某攻防事項但可能延滯訴訟時，法院亦不受該合意所拘束<sup>204</sup>。

本文認為，自第447條之立法中，可以發現立法者欲採取適時提出主義，以合理限制當事人逾時提出新事證之數量、範圍，賦予當事人訴訟促進義務之意旨甚明。在此基礎上，當事人所應負義務之對象，乃不只限於對造之當事人，尚包括欲使用整體司法資源之人，考量公益目的，故將失權效作為一直職權事項較為合理，而不以當事人異議作為審理是否失權之必要。

---

<sup>202</sup> 許士宦，前揭註155，頁327-329。

<sup>203</sup> 張文郁（2011），〈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》，10期，頁45-46。

<sup>204</sup> 沈冠伶，《最高法院民事96年度台上字第1239號裁判解析》，司法智識庫，[https://fjudkm.judicial.gov.tw/index\\_doc.aspx?par=I8IJ35N0b%2fdMDBQ53kzKCHZpG2bH3ChyH0dESEon1opyA5W1lSwiiXp954%2fo0WAU](https://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=I8IJ35N0b%2fdMDBQ53kzKCHZpG2bH3ChyH0dESEon1opyA5W1lSwiiXp954%2fo0WAU)（最後瀏覽日：2022/10/13）；黃國昌，前揭註201，頁93-95。氏認為，仍應在一定的程度下保留當事人處分之權限，只要當事人「非惡意地延滯訴訟而構成訴訟程序之濫用，法院即不必再過度地強力介入，拒絕為實質之審理認定而依職權自行將該新攻擊防禦方法予以駁回。」，蓋其係為了調和已經限縮之爭點於同時適用第270條之1之「兩造同意變更」以及第447條之6款例外事由間並無此規定，為避免當事人依照第270條之1合意變更但被法院依照第447條駁回該攻防方法，是以其認為應有限度的允許當事人提出該攻防方法。



## 第五節 失權效之救濟

### 第一項 第二審法院誤駁回新攻擊防禦方法

於第二審法院誤用失權之規定而駁回當事人提出之新攻擊防禦方法之情形（不應駁回而駁回），法院審酌後誤用或適用法律不當，學說上有認為此非屬民訴法第 469 條之當然違背法令之事由，但涉及訴訟權之侵害，如：聽審請求權、公正程序請求權、程序上平等權等，雖然此僅涉及個案當事人之權利救濟，仍宜使當事人提起上訴<sup>205</sup>，而將此解釋為第 469 條之 1 第 2 項之「確保裁判之一致性」，蓋聽審請求權不同於實體權利之請求，而係對於審判法官所主張之權（許可上訴說）<sup>206</sup>。亦有見解認為，攻擊防禦方法之提出，屬於辯論權、聽審請求權之核心，若法院誤用失權規定而駁回當事人之攻擊防禦方法，無異於漏未斟酌當事人所提出之攻防方法。既然法院漏未斟酌攻擊防禦方法應屬第 469 條第 6 款「判決不備理由」之情形，若法院誤用失權規定而駁回當事人提出之新攻防方法和漏未斟酌當事人之攻防方法具有類似性，則應類推適用本款，使其成為權利上訴事由，無須經由法院許可，即得上訴<sup>207</sup>。但無論如何，學說上皆肯認於法院誤為駁回新攻防方法之情況，應得向第三審法院請求救濟。

### 第二項 第二審法院誤未駁回新攻擊防禦方法

反之，若是在法院應駁回而未駁回新攻擊防禦方法之案件中，當事人未異議，且經實質審理後，他造當事人是否得以「第二審法院違背法令」而提出上訴？此係屬一般適用法律錯誤，是否得以上訴應視該所涉之法律見解有無原則上重要性

<sup>205</sup> 沈冠伶，前揭註 60，頁 246-247。

<sup>206</sup> 沈冠伶等，前揭註 72，頁 154-155。

<sup>207</sup> 許士宦，前揭註 155，頁 330。

而定（民訴法第 469 條之 1 第 1 項、第 2 項），多數學說認為該攻防方法已經審理，現實上無法從上訴救濟補正瑕疵<sup>208</sup>；且他造當事人於訴訟中並未對於該爭點提出異議，自公平性之觀點而言，亦不得再請求救濟，上級審法院不應再以「第二審法院未職權駁回該攻防方法」廢棄原判決，否則將有更延滯訴訟且更罹於真實之疑慮發生<sup>209</sup>。

但針對他造當事人已經提出異議，而法院誤未駁回攻防方法時，最高法院得否廢棄原判決而發回？學說上有參考德國法上之見解認為，當事人無法對於該准許聲明不服，上級法院亦不得予以失權，上級法院亦不得於補行審查後予以失權，該瑕疵將被治癒<sup>210</sup>，但亦有反對之見解認為，自當事人之信賴保護和突襲性裁判之防止之觀點，既然當事人已對於該提出之攻防方法提出逾時異議，即代表攻防方法「已逾越其對於攻防重點之預見」，基於公平性之考量，應可透過上訴獲得救濟<sup>211</sup>，考量到當事人於原審已經耗費之勞力、時間、費用，發回原法院亦無法彌補原審級已耗費之攻防，故最高法院應盡量自為判決，以符合訴訟促進義務和失權之立法意旨<sup>212</sup>。

---

<sup>208</sup> 邱聯恭於民事訴訟法研究會第 81 次研討會之發言，氏指出：於德國之學說、判例是認為誤未駁回新攻擊防禦方法不可復予駁回，但日本論者認為提出者之對造得以聲明不服，但氏認為促進訴訟、訴訟經濟之要求不一定完全優先於發現真實之要求，而應尋求一平衡點，故不應漠視原審之調查結果，否則違反程序安定、程序信賴等，參見：許士宦等，前揭註 103，頁 290；沈冠伶，前揭註 204。

<sup>209</sup> 黃國昌，前揭註 201，頁 92-93。

<sup>210</sup> 吳從周，前揭註 84，頁 119。該文主要係論述民訴法第 276 條之情況，但皆係法院誤未駁回攻防方法之狀況，應有一定之參考性。

<sup>211</sup> 許士宦，前揭註 139，頁 392-393；黃國昌（2012），〈誤未駁回逾時攻防之法律效果〉，《月旦法學教室》，43 期，頁 16-17。但該文是探討第一審失權效之適用，但對於當事人已異議但法院誤未駁回逾時攻防之救濟說明，值得參考。

<sup>212</sup> 許士宦，前揭註 155，頁 332-333。



## 第三項 本文見解

本文認為，上述學說上之爭議，得以分為不同之狀況予以區別，再加以討論。

情形 1 之狀況，若他造當事人對於新攻擊防禦方法之提出異議，而法院採納他造當事人之異議駁回之，則無論係將第 447 條之適用作為責問事項抑或是職權事項，皆不會出現爭議，蓋當事人既已異議，已盡其自己責任，法院若針對該攻防方法做出失權之判斷，較無爭議。

針對情形 2，即他造當事人未提出異議時，且下級審法院職權審酌新攻擊防禦方法失權與否。此情形之爭議即第 447 條是否為一職權事項，而得由法院職權使攻擊防禦方法失權。本文認為應將其認定為一職權事項，蓋自修法之歷程而言，可知立法者改採適時提出主義，即係為了避免整體訴訟延滯，而促使當事人於適當時期提出相關之攻擊防禦方法，達到審理集中化之目的，而此目的有助於當事人間迅速終結訴訟，並避免當事人濫用整體司法資源之公益性目的，即便當事人未予以異議，法院仍得予以失權。若法院針對情形 1 和情形 2 判斷有誤，即法院將不應駁回之新攻擊防禦方法駁回，雖然學說上對此有許可上訴說和權利上訴說之二種不同見解，但結論上皆肯認當事人得向第三審法院上訴請求救濟，若最高法院認為上訴有理由，原則上應將判決發回原法院，因新攻擊防禦方法之提出通常和訴訟結果間具有強烈關係，且受發回之法院應受最高法院之廢棄理由為其法律上判斷為判決基礎（民訴法第 478 條第 4 項參照）<sup>213</sup>。

於情形 3 和情形 4，其皆係下級審法院未駁回當事人所提出之新攻防方法，但當事人對該攻防方法是否有異議，而區分為不同情況。針對情況 3，學說上對此並無爭議，本文亦持相同見解，認為上級法院不得以「法院誤未駁回」作為廢

---

<sup>213</sup> 許士宦，前揭註 155，頁 331-332。

棄原判決之事由，該瑕疵即便經廢棄亦無法治愈，且可能造成整體訴訟之時程更為延滯，不利於訴訟經濟；且當事人未針對此攻防方法提出異議，未有特別須保護其之利益存在，故上級法院不得以「誤未駁回」新攻防方法為由，廢棄原判決。

但在情況 4，若當事人於原審有對於新攻擊防禦方法之提出異議，並以法院「誤駁回當事人之異議」作為上訴第三審之理由，此和情況 3 之差異為當事人之「異議」未被考量。於此情形中，若廢棄原判決不但將延宕整體之訴訟期間，且法院所認定之事實必須以去除「已審酌」新攻防方法為其裁判基礎，反而更偏離真實，並浪費原法院所審理之勞力、時間、費用。但本文認為，從整體訴訟策略以及訴訟之心理而言，既然他造當事人對於「攻防方法遲延」有意識並提出異議，代表法院對於該異議事由錯誤適用，自保護他造當事人之觀點，應使其有上訴主張之機會，此係和情況 3 作不同處理之主因。此外，自最高法院具有指明法律適用之觀點而言，其加強第二審法院對於失權效之運用，反而展現出失權效之「間接功能」，使當事人以及法院知悉應積極提出相關事證，解決論者批評我國失權效運用效果不彰之狀況，毋寧係貫徹將失權效作為一職權事項之思想。

表二 民訴法第 447 條於第三審之審理方式

情形	他造當事人是否異議	下級審法院是否審酌新攻擊防禦方法	上級審法院應為之判斷
1	他造當事人有異議	職權駁回或依照當事人之異議駁回	應視法院對於第 447 條之判斷是否適當
2	他造當事人未異議	職權駁回	若採取法院得依職權駁回之見解，法院駁回該攻防方法並無問題
3	他造當事人未異議	未駁回	若法院已審酌該攻擊防禦方法，上級法院不得再依違背法令為由廢棄該判決
4	他造當事人有異議	未駁回	應視法認事用法有無問題，若法院未審酌當事人之異議，則可作為上訴事由

# 第四章 民事訴訟法第 447 條之實證研究



## 第一節 實證研究之動機

由第一章所示，司法院於修法草案中稱欲修改民事訴訟法第 447 條之原因，乃實務並未貫徹「不可歸責」之適用前提；而第 6 款之「顯失公平」為不確定之法律概念，因而可能導致失權之成效不彰，且單純適用本款之案件較少，並不會嚴重侵害當事人之訴訟權<sup>214</sup>。

過往之實證研究指出，最高法院最常適用之例外事由為民訴法第 447 條第 1 項第 3、6 款，且大部分之裁判皆「准許」當事人提出新攻擊防禦方法，且准許之比例過高，已經導致例外成為原則、原則成為例外，而有不得不修法之狀況<sup>215</sup>。

再者，亦有研究針對民訴法第 447 條之普遍適用狀況進行研究，結果發現第 3 款之「攻擊防禦方法之補充」為第二審法院最常適用之例外事由，且准許提出之比例亦相當高，高達其研究樣本之 80.8%；另外大約有 30% 左右的攻擊防禦方法適用第 6 款之「顯失公平」，適用本款准許提出之比例亦達研究母體之 21.6%，可見此二款亦為第二審法院最常適用之例外事由<sup>216</sup>。

上述研究亦有針對第二審法院如何適用「顯失公平」進行研究，結果顯示法院最常以「實體利益」來判斷顯失公平，佔第二審法院實際判斷「顯失公平」之 943 筆新攻擊防禦方法中的 36.69%、其次較常被提到的判斷標準為當事人之「程序利益」和「提出者可歸責與否」之判斷，分別佔適用第 6 款新攻擊防禦方法的 15.05% 和 13.68%<sup>217</sup>。再者，該研究又以決策樹（Decision tree）和 Firth Logit 模

<sup>214</sup> 立法院，前揭註 6，頁 156-158。

<sup>215</sup> 吳從周，前揭註 8，頁 55-56。

<sup>216</sup> 沈冠伶、林靖庭，前揭註 9，頁 96-99。

<sup>217</sup> 沈冠伶、林靖庭，前揭註 9，頁 99-100。

型，檢驗何者判斷因素為法院認為「較為重要」之因素，結果發現上述提到的「可歸責與否」、「不允許當事人提出該攻擊防禦方法是否有實體不利益」、「不允許當事人提出該攻擊防禦方法是否有實體不利益」三者，為實務判斷顯失公平與否之重要因素<sup>218</sup>，該文亦認為應將可歸責於否放回較為具體之第1至5款，且不應過度考量當事人之實體利益與否，否則將使失權制度目的無法貫徹<sup>219</sup>。

但此處仍有一處仍待研究者填補之研究空隙，即民訴法第447條於第二審和第三審之「互動關係」為何？蓋司法改革基金會所提出「第一審之審判品質不佳，而可能導致訴訟權侵害之疑慮」，以及司法院所提出之「失權成效不彰」之質疑，皆涉及第二審法院之判斷是否具有違誤。是以，發覺下級審的審理品質，亦係理解本條運作狀況之重要問題，但目前尚無相關文獻對此研究，故有研究之必要性。再者，最高法院之見解具有指明下級審法律適用之機能，則理解最高法院如何解釋「顯失公平」，具有其重要意義，但過往之文獻大多集中於個案、釋義學之觀察，且目前僅有針對「第二審」之實證研究，故本文亦將針對第三審對於顯失公平之適用，進行實證研究，並比較第二審和第三審間之適用關係。

本研究將以法律實證研究為基礎，並將置於民訴法第447條於第二審、第三審之「互動關係」為主要之研究重點，亦即針對第二審和第三審如何適用第447條作一個概觀，並以考究第二審涉及民訴法第447條之「上訴率」，以及「上訴維持率」為研究之重點，並再就不被維持之案件，研究其主要有違誤之成因，以細緻化第447條於目前實務運用之狀態。

## 第二節 研究問題

考量目前修法團體對於本條之相關論點，以及上述實證之相關文獻，本文欲

<sup>218</sup> 沈冠伶、林靖庭，前揭註9，頁100-107。

<sup>219</sup> 沈冠伶、林靖庭，前揭註9，頁107-112。

提出以下之研究問題：

## 第一項 民事訴訟法第 447 條案件之「上訴率」和「上訴維持率」，目前之狀況為何？

關於案件審理之「品質」又或者是「正確性」，即民事訴訟所在意的「發現真實」與「訴訟促進」，存在衝突之關係<sup>220</sup>。儘管失權效之功能之一，在於促進審理效率，但也必須注重案件審理之「正確性」，蓋案件審理之速度飛快，但品質不佳，將造成人民對於司法之不信任；相反的，若案件審理之速度過慢，人民無法及時利用司法資源取得救濟，也可能造成其不願意使用合法之司法救濟手段，而轉向私人救濟，故於制度之設計上，應有平衡兼顧案件審理之效率性和正確性二者之需求。

在民事訴訟之目的論，並非是追求絕對符合客觀真實，毋寧是以當事人共同尋求解決紛爭之值得信賴之真實，而為共同之法尋求<sup>221</sup>，故探究「能讓當事人信服之裁判」相較於客觀上「絕對正確」之裁判，在民事訴訟上更具有一個積極之作用；此外，吾人亦無法回溯過往歷史事實的現實，目前不存在衡量客觀裁判是否真實之絕對指標<sup>222</sup>。

在此前提下，本文欲從涉及民訴法第 447 條案件之「上訴率」和「上訴維持率」著手，作為衡量「裁判正確性」之指標，上訴率可某程度的反映當事人是否願意接受其判決結果，而部分地呈現判決品質<sup>223</sup>。另外，雖然上級審之裁判結果不一定較下級審正確，但觀察上級審法院對於下級審判決之「維持」或「廢棄」，

---

<sup>220</sup> 邱聯恭（2021），《口述民事訴訟法講義(一)》，2021 年筆記版，頁 97-99，自版。

<sup>221</sup> 邱聯恭，前揭註 220，頁 122-126。

<sup>222</sup> 黃國昌（2012），〈民事訴訟制度變革之實證成效評估：以 2000 年修正對第一審財產權訴訟之影響為中心〉，氏著，《程序法學的實證研究》，頁 55，元照。

<sup>223</sup> 黃國昌，前揭註 222，頁 54-55。



毋寧是判斷「裁判正確與否」的最佳指標之一<sup>224</sup>。

上訴率和上訴維持率，二者應存在一定之互動關係，而應相互觀察，若上訴率高，但上訴維持率亦高，或許可以說是下級審之裁判大部分正確，但人民基於某些原因而期待上訴獲得救濟；但若上訴率高，但上訴維持率低，可推論下級審之判決品質不佳，不可責怪當事人浮濫上訴，而有改革下級審審理品質之必要。相反的，若上訴率低且上訴維持率高，大致可以推論此為最符合「金字塔型訴訟」之目標，即大部分之人民願意接受審判之結果，且下級審之審判大部分並無違誤，而得以維持原裁判<sup>225</sup>。

本文將從涉及民訴法第 447 條之相關裁判，進行上訴率以及上訴維持率之分析，但本文在研究此問題遭於一定之問題。首先，在進行上訴率及上訴維持率的對比時，必須尋找一個得以比較之基準，文獻上有以「事件類型」<sup>226</sup>、「修法前後」<sup>227</sup>作為比較上訴率和上訴維持率之基準。

但在本文寫作之過程中，因民訴法第 447 條尚未進行修法，本文無法如同上述研究之方式，無法比較「修法前後」之上訴率和上訴維持率；再者，如欲比較於不同案件類型間之上訴率和上訴維持率，則必須尋找於同一個時間範圍內之其他第二審民事事件類型，但目前針對第二審民事訴訟之上訴率、上訴維持率之相關研究，僅有醫療訴訟有相關文獻，且上述研究之區間和本文之研究區間不同，亦無法進行全面性的對照<sup>228</sup>。

---

<sup>224</sup> 黃國昌，前揭註 29，頁 187-188。

<sup>225</sup> 黃國昌（2012），〈刑事第二審制度變革之影響評估：一個實證考察之分析模組〉，氏著，《程序法學的實證研究》，頁 372-374，元照。

<sup>226</sup> 例如，有學說比較普通財產權訴訟提起上訴的機率和勞動訴訟之機率是否具有顯著差異，見黃國昌（2012），前揭註 29，頁 188-206。

<sup>227</sup> 例如，比較於 2000 年民事訴訟法修法前後之民事訴訟上訴率是否具有顯著之差異，見：黃國昌，前揭註 222，頁 59-63。

<sup>228</sup> 上述研究係觀察 2002 年 1 月 1 日至 2013 年 12 月 31 日之醫療訴訟之第一審、第二審之上訴率以及上訴維持率，參照：吳俊穎、楊增暉、陳榮基（2017），〈醫療訴訟之實證研究：民事案

基於上述相關研究資料不足之困境，本文無法取得一個客觀之比較基準，而予以評價民訴法第 447 條案件之審理品質是否良善，亦無法將第二審民事訴訟之上訴率、上訴維持率直接和民訴法第 447 條案件之上訴率、上訴維持率進行比較，否則亦有產生辛普森悖論（Simpson's paradox）之情況<sup>229</sup>。

但本文仍呈現第二審民事事件及民訴法第 447 條之上訴率、上訴維持率之意義有二，其一，在目前台灣本土之實證研究資料尚未普及、資料庫並未完善建置之時，若能提供針對第二審新攻擊防禦方法提出限制之相關研究，以壯大民事訴訟相關實證研究之資料，對於相關之學說、實務界亦有貢獻；其二，雖然目前本條尚未進行修正，但於修正後，若欲進行「修法前後」之實證研究分析，亦即，分析修法後之上訴率、上訴維持率之差異，即得以本研究為基礎，故本研究意義含有對於民訴法第 447 條之「修法前」之評價分析意義。

## 第二項 最高法院審理民事訴訟法第 447 條案件有無何種特徵，法院所操作之樣態和過往學說與修法草案之關係為何？

除了關注上下級審之審理品質，若得知悉最高法院如何適用民訴法第 447 條各款之例外事由，以及最高法院於操作第 447 條之「顯失公平」要件時，有無何種特別傾向，得和修法草案互相參照，並給予實務上較為明確之操作標準。

本文欲研究最高法院適用民訴法第 447 條是否如過往之學說所言，以「准許提出新攻擊防禦方法」為法院適用之常態，且較常根據該條第 1 項第 3、6 款，

---

件之上訴率及其維持率》，《中正大學法學集刊》，頁 137-178。

<sup>229</sup> 此點質疑係蘇凱平教授於「數位法院與實證研究」之課堂中所提出之質疑，在此感謝老師所提出之觀點。辛普森悖論之基本介紹得以參見：Clifford H. Wagner, *Simpson's Paradox in Real Life*, 36 (1) AMER. STATIST. 46, 46-48 (1982).

廢棄下級審裁判而准許提出新攻擊防禦方法之例外事由。若狀況確如同上述學說所述，則此狀況可否認為最高法院寬用民訴法第 447 條例外事由之傾向，「造成失權效果不彰」<sup>230</sup>？其中是否可能係因其他因素之影響而產生？此外，修法草案所言顯失公平之適用並不明確，因此欲將其刪除，則最高法院針對第 447 條第 1 項第 6 款之「顯失公平」係如何操作之？是否確如修法草案所言「適用狀況不明」？

本文本於上開問題意識，而將研究問題具體化如下：最高法院審理民事訴訟法第 447 條案件是否最常適用同條第 3、6 款作為允許提出新攻擊防禦方法之例外事由？若有此情況發生，有無其他因素影響最高法院之適用結果？最高法院針對第 447 條第 1 項第 6 款之「顯失公平」，其內涵為何？

## 第三節 研究方法

### 第一項 判決蒐集流程

#### 第一款 搜尋系統的驗證

為避免因搜尋系統不同造成資料檢索之結果之差距過大，本文對於搜尋系統進行交叉驗證，而以「民事訴訟法第 447 條」為關鍵字，並以「民國 105 年 1 月 1 日至今」為搜尋期間，於「司法院法學資料檢索系統」、「七法法學資料庫 (Lawsnote)」、「法源法律網之裁判書查詢」、「裁判家」等資料庫搜尋「最高法院」之裁判，並以此做為比較之基準。

其中「司法院法學資料檢索系統」之搜尋結果為 123 件、法源法律網之裁判書查詢共有 121 件、裁判家之搜尋結果共有 162 件、七法法學資料庫 (Lawsnote)

---

<sup>230</sup> 此種解釋方式，請參照：吳從周，前揭註 8，頁 55-56。



之搜尋結果共有 169 件<sup>231</sup>。

基於上述資料庫搜尋可能出現之差異，本文將以「司法院法學資料檢索系統」作為裁判檢索系統，主要之理由為其相較於其他私人公司所創設之檢索系統，較具有公信力，且經過交叉驗證後，上述搜尋結果較多之搜尋系統，具有些許不相關之案件<sup>232</sup>，相比之下，雖然司法院法學資料檢索系統之搜尋結果較少，但搜尋結果大多符合本文之關鍵字，故使用司法院法學資料檢索系統作為搜尋系統。

## 第二款 搜尋關鍵字之擇定

本文欲研究之對象為「民事訴訟法第 447 條之適用狀況」，而對第 447 條所涉案件於第二、三審對於嚴格續審制之運作，故本文之關鍵字即以「民事訴訟法第 447 條」，並以此搜尋結果作為編碼之基礎，以觀察第二審和第三審適用第 447 條之態度。

## 第三款 研究資料範圍之決定

本文選擇以「最高法院」以「該案件之下級法院」作為資料之基礎，其主要係考量「研究問題」和「實證研究之取向」。

### 第一目 審級之選擇

首先，本文之研究問題係為探究第 447 條之適用情形，因此審級之選擇，必僅能選擇有其適用之第二、三審法院，而排除第一審之相關案件。

---

<sup>231</sup> 搜尋時間為 2022/11/24。

<sup>232</sup> 例如關鍵字以民事訴訟法第 447 條，但因內文有「109 年度台聲字第 447 號確定裁定」或「抗告人於其所有坐落 447、447 之 2、447 之 3、447 之 4、447 之 5、447 之 6、447 之 7、447 之 8、447 之 9 地號土地上營建房屋，而仍被納入搜尋結果。但此類案件和本文所欲研究之案件並無直接關係，故本文為以此搜尋系統為基準，避免蒐集過多不必要之案件。

再者，研究問題包含第 447 條相關案件之上訴率及上訴維持率，並探究相關案件之特色，故於審級之選擇上，必定以「第三審法院有對第 447 條為實質判斷」，始有探究上訴維持率之可能。故本文將鎖定最高法院之裁判，並以涉及「民事訴訟法第 447 條且對其適用有實質判斷」之案件為標的，排除僅單純提及第 447 條而無具體論斷之裁判，例如：再審事件、僅提及本條但未實質論斷如何適用之案件等。

## 第二目 法院之選擇

本文之研究取向，係以裁判書編碼作為基礎，後續編碼（coding）必須依據判決書之內容所為，若判決本身書寫之內容較為不齊全，或語焉不詳，亦可能造成後續分析之代表性不足，或無法解釋統計結果和法律解釋適用間之關係<sup>233</sup>。

本文之研究問題係研究第 447 條案件於第二審、第三審間之上訴率、上訴維持率，故於法院之選擇上，必定只能選擇第二、三審之裁判進行編碼；此外，最高法院之裁判，亦有觀察第 447 條於實務上運作之「指標性作用」，蓋最高法院之裁判見解對於下級審具有指明法律適用之機能，故本文將以最高法院裁判出發，再以該裁判作為基準，觀察其第二審判決，並藉由最高法院對於本條之判斷，視最高法院廢棄第二審案件有何特色。

## 第三目 時間之選擇

考量已有相關之實證研究針對本條適用之最初十年為文探討（民國 92 年至民國 102 年）。本文不重複編碼民國 92 年至 102 年之相關裁判，以作為研究之對照。

接近修法草案之「實務運作現況」，最得以反映立法者針對修法之想像，故

---

<sup>233</sup> 關於樣本選擇的相關說明，得以參見：EPSTEIN & MARTIN, *supra* note 12, at 63-65.

本文選擇離修法草案「最近」之案件，作為研究之母體。考量最近 2 年之裁判案  
件尚未完全上傳至裁判檢索系統，故選擇民國 105 年至 109 年之裁判加以分析。  
但此五年時間之劃分，係以「第二審法院之裁判終結日」為基準，本文不以「第  
三審法院之終結日」作為擇定案件之基準，原因主要有二：第一，第三審法院之  
案件審理期限較不固定，可能造成案件過於集中於某年度，造成本文所分析之案  
件分布產生偏誤，亦可能影響「審理時間」之變項（例如某年度最高法院之審理  
特別多的判決，其審理時間必定較上訴不合法而駁回之審理日數長）；再者，本  
文的研究問題一，涉及第 447 條之上訴率，故於案件之選擇上，理應以第二審判  
決時間作為基礎，否則以第三審裁判日期作為案件之篩選基礎，無法準確計算「第  
二審之判決數」。故本文樣本係以「第二審裁判時間於民國 105 年 1 月 1 日至民  
國 109 年 12 月 31 日」之「最高法院」判決作為樣本。

至於為何選擇五年作為研究之基礎？首先，類似之研究已有「修法前十年」  
之相關數據，而有研究後續判決之必要性；此外，本文係為了關注修法草案，若  
將時間序拉長，法院對於本條之適用態度亦可能有改變，而有其他因素介入影響  
(例如法院對於法條之熟稔程度、在野法曹對於訴訟進行程度之影響、其他相關  
失權效法律、特別法訂定而影響法官對於例外事由之判斷)；最重要的是，實證  
研究成果和研究期間長短關係較弱，而和實證研究之抽樣方式、迴歸模型設定是  
否正確，相關理論驗證是否細緻等較有關係，而本研究係為了對應關於本條第二  
審之相關實證研究<sup>234</sup>，因此選擇相同之時間區段，以集中討論之核心，若能將此  
五年之資料處理完善，亦有一定之代表性，而非必要拉長整體之研究時間，始有  
貢獻<sup>235</sup>。

---

<sup>234</sup> 請參見：沈冠伶、林靖庭，前揭註 9，頁 84-112。

<sup>235</sup> 張永健、李宗憲（2015），〈身體健康侵害慰撫金之實證研究：2008 年至 2012 年地方法院醫  
療糾紛與車禍案件〉，《臺大法學論叢》，44 卷 4 期，頁 1799。



## 第二項 資料分布

### 第一款 判決數量之概覽

筆者於司法院裁判檢索系統以「民國 105 年 1 月 1 日至今」所篩選出案件共有 123 件，再以人工排除第二審之裁判時間不屬於「民國 105 年 1 月 1 日至 109 年 12 月 31 日」之最高法院判決<sup>236</sup>。經過篩選過後，共有 50 個最高法院裁判，共有 25 則判決與 25 則裁定，判決和裁定各佔樣本的 50%。

### 第二款 不同年份之資料數量之概覽

若以第二審終結時間作為區分標準，觀察各年度最高法院之相關案件量，此得以發現各年度所涉及之案件數差異不大，僅於民國 109 年之案件數較少。案件數量可能牽涉該年度最高法院對於本條之結案數量、適用本條之下級審判決數量以及最高法院有無實際論斷第 447 條，而影響整體裁判之分布。

表三 樣本數概覽

第二審終結時間	裁定	判決	總數
民國 105 年	4	5	9
民國 106 年	7	5	12
民國 107 年	7	6	13
民國 108 年	4	6	10
民國 109 年	3	3	6
總計	25	25	50

<sup>236</sup> 搜尋時間為 2022/11/24。



## 第三項 變項設計

為了對應之研究問題，將本文之編碼變項呈現如下。

### 第一款 裁判之基本因素

#### 第一目 裁判之字號

紀錄各該最高法院之法院別、年別、字別、案號、判決形式（判決或裁定），並賦予每個裁判編號，以利後續之統計。

#### 第二目 第二審之審理時間

本文以司法院裁判檢索系統上方之裁判日期為記錄之基準。原則上將第二審之裁判作成日期減去第一審之裁判作成日期，可以得到第二審之審判日期。考量當事人未必於第二審裁判終結後，立即提出上訴，而仍有民事訴訟法第 440 條之 20 日上訴期間，故本文計算之第二審審理期間為（第二審裁判作成日期－第一審裁判作成日期－20 日）。

記錄此變項主要是考量，審理時間一方面表彰法院對於該案件所耗費的勞力、時間、費用，而為民事訴訟法所強調的「訴訟經濟」之指標之一，而可觀察訴訟審理的效率觀點，因而紀錄此變項<sup>237</sup>。

#### 第三目 下級審程序類型

紀錄下級審之程序為何，包含通常訴訟程序、簡易訴訟程序、家事案件、智

---

<sup>237</sup> 觀察案件審理時間之民事訴訟實證研究，得以參照黃國昌，前揭註 222，頁 42-43。

財事件四者，以觀察下級審程序類型是否會對於裁判之結果有影響性。



## 第四目 下級審法院

依據審理該下級審之法院予以編碼，因上訴至最高法院之案件類型亦包含簡易事件，故於編碼上亦有將地方法院作為獨立之類別，而將此區分為六個高等法院（包含臺灣高等法院、臺中高等法院、臺南高等法院、高雄高等法院、花蓮高等法院、金門高等法院）、智慧財產（及商業）法院、地方法院等八個類別。記錄此變項得以觀察不同下級審法院是否會對於裁判結果產生影響。

表四 下級審法院之編碼方式

### 下級審法院：審理該案件之第二審法院為何

- |   |        |
|---|--------|
| 1 | 臺灣高等法院 |
| 2 | 臺中高等法院 |
| 3 | 臺南高等法院 |
| 4 | 高雄高等法院 |
| 5 | 花蓮高等法院 |
| 6 | 金門高等法院 |
| 7 | 智慧財產法院 |
| 8 | 地方法院   |

*Coding Notes:*

- A. 簡易事件之第二審法院為地方法院

## 第五目 訴訟標的金額

紀錄當事人聲明之訴訟標的金額，作為可能影響結果之變項，故記錄此變項。

## 第二款 第 447 條案件之適用狀況

### 第一目 第三審對第 447 條案件審查結果

表五 第三審對第 447 條案件審查結果之編碼方式

第三審對第 447 條案件之審查結果：第三審對於新攻防方法提出之審理結果是否維持原審見解

1	最高法院維持適用但書，而允許提出新攻防方法	第二審：O 第三審：O
2	最高法院維持不適用但書，而駁回提出新攻防方法	第二審：X 第三審：X
3	最高法院廢棄下級審適用但書，發回更審，不允許提出該新攻防方法	第二審：O 第三審：X
4	最高法院廢棄下級審不適用但書之規定，而發回更審，認為應允許提出新攻防方法	第二審：X 第三審：O
5	下級審未調查該攻防方法，最高法院認為應允許提出新攻防方法	第二審：？ 第三審：O
99	不明	-

Coding Notes:

- A. 此係為觀察第 447 條案件上訴維持率，以了解第二審和第三審判決之互動關係。
- B. 適用但書係指法院認為應適用第 447 條第 1 項但書，而允許當事人提出新攻防方法；反之，不適用但書代表不允許當事人提出該新攻防方法。
- C. O 代表法院允許提出新攻防方法；X 代表法院不允許提出新攻防方法；？代表下級審未調查該攻防方法。

## 第二目 第 447 條各款之適用狀況

本次修法草案係針對第 447 條第 1 項第 3、6 款作為其修法目標，故有必要探討第 447 條各款之適用狀況。本文將針對第 447 條第 1 項第 1 款至第 6 款，最高法院和第二審法院適用之互動關係，即何款上訴至最高法院之數量較多，各款之維持狀況為何。

表六 第 447 條各款之適用狀況之編碼方式



如何適用第 447 條第 1 項第 N 款：第二審法院和最高法院如何適用各款例外事由		第二審：O	第三審：O
1	第二審適用第 N 款允許提出，最高法院認為應適用而維持提出	第二審：O	第三審：O
2	第二審適用第 N 款允許提出，最高法院認為不應適用而駁回提出	第二審：O	第三審：X
3	第二審適用第 N 款允許提出，最高法院對適用與否未表態	第二審：O	第三審：？
4	第二審不適用第 N 款而駁回提出，最高法院認為應適用而允許提出	第二審：X	第三審：O
5	第二審不適用第 N 款而駁回提出，最高法院認為不應適用而駁回提出	第二審：X	第三審：X
6	第二審不適用第 N 款而駁回提出，最高法院對適用與否未表態	第二審：X	第三審：？
7	第二審適用狀態不明，最高法院認為應適用第 N 款	第二審：？	第三審：O
8	第二審適用狀態不明，最高法院認為不應適用第 N 款	第二審：？	第三審：X
9	不明（包含未提及本款）	第二審：？	第三審：？

Coding Notes:

1. 編號值 1、5 代表最高法院和第二審法院之適用結果相同，並無違誤。

### 第三款 第六款顯失公平之事由

首先，學說上有許多學者針對第六款之顯失公平提出相關之編碼標準，而本文應如何選擇本文於實證研究之標準？本文認為實證研究和單純釋義學研究有差別的是，實證研究於編碼階段必須盡量詳盡、周延的編碼，蓋此編碼之結果將某程度的影響研究之結果。是以在選擇編碼之事項時，得選擇較為詳細之標準來



編碼，避免編碼完成後，再因編碼事項不足而回溯編碼<sup>238</sup>。

此外，再回應到研究問題，本文欲透過實證研究了解的是「實務上對於顯失公平之適用標準」，而非釋義學之「顯失公平應如何解釋」。基於上述之意旨，本文於選擇編碼標準時，有第三章所述之三標準<sup>239</sup>和六標準<sup>240</sup>得以選擇，本文認為應選擇得以包含三標準且較為多元之六標準說作為編碼之標準，以周延編碼之結果。

故本文將學說上之該等論述，重新進行詮釋並編碼為六個變項：一、其原先之論述為之「當事人可歸責程度（包括故意或重大過失、輕過失）」編碼為「當事人是否可歸責」。二、蒐集事證之能力（包括輕微或甚為嚴重）編碼為「當事人有無律師代理」<sup>241</sup>。三、逾時提出致訴訟程序遲延之程度（包括輕微或甚為嚴重）編碼為「是否逾時提出而有礙訴訟終結」<sup>242</sup>。四、他造對該新攻防方法進行攻防之程序保障程度（包括就其為爭執或抗辯之主張、舉證可能性）編碼為「他造對該新攻防方法進行攻防之程序保障程度」。五、為此所可能增加之程序上不利益程度（包括勞力、時間、費用上負擔程度）編碼為「當事人是否有程序上不利益」。六、如不許當事人提出，其所可能遭受之實體上不利益程度等<sup>243</sup>編碼為

<sup>238</sup> 關於編碼標準應窮盡且詳細，並避免重複編碼的說明，得以參照：EPSTEIN & MARTIN, *supra* note 12, at 100-105.

<sup>239</sup> 參見：黃國昌，前揭註 146，頁 220-224。

<sup>240</sup> 引用自許士官，前揭註 124，頁 63-64。

<sup>241</sup> 必須指明的是，此處之律師代理，指法院以有無律師代理作為判斷是否顯失公平之要件，而非單純以案件本身有律師代理作為該判斷基準。如此判斷之原因係為了避免單純以有無律師代理之客觀事實，即用以評斷法官是否有將此事由放入顯失公平之判斷中。

<sup>242</sup> 為何將編碼標準加上「有礙訴訟終結」，蓋依照逾時之程度編碼，一來是無精準之量表，來測量當事人逾時之程度，二來第二審提出之新攻防方法皆是逾時，故直接編碼將造成此變項並無意義，故本文將其加上「有礙訴訟終結」作為判斷。於此僅係為了呈現實務之運作狀況，並非直接認定第二審之失權要件必須判斷是否有礙訴訟終結，特此敘明。

<sup>243</sup> 要項之常見情況為新攻擊防禦方法涉及請求有無理由或涉及給付之金額與範圍，以及不許提出可能造成不符合真實之結果。

「當事人是否有實體上不利益」<sup>244</sup>。若有判決之論述有提到上述之論述情況，則編碼為 1，未提及則編碼為 0。



表七 第六款顯失公平之事由編碼表

變項名稱	編碼標準
當事人是否可歸責	1-不可歸責、0-可歸責、9-不明
當事人有無律師代理	1-無律師代理、0-有代理、9-不明
是否逾時提出而有礙訴訟終結	1-無礙訴訟終結、0-有礙訴訟終結、9-不明
他造對該新攻防方法進行攻防之程序保障程度	1-對他造有程序保障、0-對他造不符程序保障、9-不明
當事人若不提出是否造成程序不利益	1-不提出有程序上不利益、0-不提出無程序上不利益、9-不明
當事人若不提出是否造成實體不利益	1-不提出有實體上不利益、0-不提出無實體上不利益、9-不明

*Coding Notes:*

1. 編號值 1 代表准許當事人提出新攻擊防禦方法，編碼值 0 代表不准許當事人提出新攻擊防禦方法。

### 第三節 實證研究之結果

#### 第一項 第 447 條案件之上訴率、上訴維持率

如同本章第一節所述，本文欲進行上訴率以及上訴維持率之分析，並以涉及民訴法第 447 條相關案件之上訴率、上訴維持率與一般之民事訴訟事件比較，視立法草案所言之「失權效果不彰」之情形是否存在。故本文以下將先介紹上訴率

<sup>244</sup> 各該引號中之文字，係引用自許士宦，前揭註 124，頁 63-64。

以及上訴維持率之定義，並於第二款呈現計算上訴率、上訴維持率所需之數據。第三款將呈現民事事件之上訴率，及司法院官方用以呈現類似概念的「折服率」，作為比較之基準，第四款將提出涉及第 447 條案件之上訴率，以觀察人民對於案件之信服程度，第五款提出涉及第 447 條案件之上訴維持率，作為第 447 條判決之正確性參考基準，第六款再總結相關成果。

## 第一款 案件計算方式

上訴率之定義，係指對「第二審判決」提起上訴之比率，若該案件並非以判決之形式做成，則應排除於計算之外，不得將此列為上訴率之分母<sup>245</sup>。

### 第一目 第二審判決之計算方式

首先，必須計算上訴率之「第二審判決」，此乃上訴率算式中的分母。其計算方式，係以民國 105 年至 109 年間可能上訴至最高法院之判決，依照「高等法院及分院民事第二審事件—按終結情形分」，選取「駁回上訴」以及「廢棄原判決」之案件，排除非以「判決終結者」<sup>246</sup>。但可能上訴至最高法院之案件並僅以高等法院之案件為限，仍有於地方法院簡易庭之第二審案件，本文查閱司法院所公布之「地方法院民事第二審簡易訴訟程序事件終結情形—按機關別分」表格，將其中之「無理由而駁回上訴」和「廢棄原判決」納入第二審判決之總數，並將上述高等法院和地方法院之案件量加總，得出「第二審判決」<sup>247</sup>。因此，本文以

<sup>245</sup> 上訴率之相關定義，得以參照：黃國昌，前揭註 222，頁 59。

<sup>246</sup> 其餘形式包括撤回上訴、和解、調解成立、其他。且該表中僅有提供各終結情形之比例以及各年度之裁判總件數，是以本文僅能以比例和總件數相乘，若產生小數點將以四捨五入之方式處理。參見：司法院網站（2022），109 年司法年報，頁 18，<https://www.judicial.gov.tw/lp-2093-1-xCat-01.html>（最後瀏覽日：2022/12/09）。

<sup>247</sup> 關於地方法院民事第二審簡易訴訟程序事件終結之數量，得以參考：司法院網站（2022），地方法院民事第二審簡易訴訟程序事件終結情形—按機關別分，<https://www.judicial.gov.tw/lp-2093-1-xCat-01.html>

下所指的「第二審判決」皆指「高等法院民事第二審判決」以及「地方法院民事第二審簡易訴訟程序之判決」之總和。



## 第二目 被上訴案件之計算方式

上訴率之被上訴案件，此乃上訴率算式中的分子，必須觀察有多少案件被上訴至第三審，本文選擇「最高法院民事上訴事件終結情形：按年別分」表格中「民國 105 年至 109 年之最高法院民事上訴事件終結數」，作為一般民事事件上訴率之分子，此數據可以觀察最高法院於各年度之終結量<sup>248</sup>，以下將通稱此為「最高法院終結案件數」。

於此應說明的是，最高法院仍有「最高法院民事事件收結情形：按年別分」之資料，其中可以搜尋到每年度最高法院之新收、舊收案件，為何本文未選擇該數據，主要之原因係本文係為了研究「第二審判決之上訴率」，但最高法院之新收案件之來源眾多，除了第二審判決之外，尚有各式的裁定經抗告、再抗告至最高法院，若將所有最高法院新收案件計入，可能過於高估各年度之上訴率（分子之值高估），故在司法院未公布「第二審上訴新收之案件量」之前前提下，本文僅能退而求其次，以「第二審上訴終結之案件量」作為計算之數據。但以終結之案件量作為上訴率之分子，可能忽略最高法院未結案但已經上訴之案件，反而低估了上訴率，但此乃選擇偏誤較低之權宜之計；此外，因司法院所公布之案件中，並未說明有多少案件係因上訴所得受之利益不足 150 萬元，而無法上訴至最高法院（民事訴訟法第 466 條、第 436 條之 2），本文於計算時可能會高估第二審得上訴裁判，並予說明<sup>249</sup>。

---

2093-1-xCat-10.html （最後瀏覽日：2023/01/11）。

<sup>248</sup> 參見：司法院網站（2022），109 年最高法院民事上訴事件終結情形—按年別分，<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-2093-1-xCat-04.html>（最後瀏覽日：2022/12/09）。

<sup>249</sup> 此點陳瑋佑老師於口試時亦有提及，而有過度高估第二審判決數之疑慮存在，但司法院之統



### 第三目 上訴率和判決折服率之公式

綜合以上之說明，第二審民事事件之上訴率公式可以簡化如下：

$$\text{第二審民事事件上訴率} = \frac{\text{最高法院終結案件數}}{\text{第二審判決數}} = \frac{\text{最高法院終結案件數}}{\text{高等法院+地方法院簡易訴訟判決}}$$

但當事人未必於第二審判決送達後，立即上訴而將案件繫屬於最高法院，而可能仍有上訴期間 20 日，影響最高法院各年度之終結案件量，例如民國 105 年 1 月 1 日上訴至最高法院之案件，理論上係民國 104 年 12 月 12 日所判決終結之案件，此第二審之案件並未計入本文之「第二審判決」，但卻被計入「有上訴之案件」，而可能產生偏誤。且本文並無高等法院和最高法院各「月份」之案件量，亦無法使用插值法計算有多少案件。是以，本文僅能假設於民國 105 年度之前 20 日之案件上訴比率和民國 109 年度之後 20 日相同，而得以互相填補此二者間統計上之誤差。

但司法院並無公布有關上訴率之數據，而僅有公布「判決折服率」。其計算方式為  $(\text{得上訴案件數} + \text{撤回案件數} - \text{提起上訴案件數}) \div \text{得上訴件數}$ 。本文亦將以此公式計算「民事案件第二審之折服率」，其中得上訴案件相當於第二審所為的所有判決，等於上述的「第二審判決數」，而第三審之撤回案件得於司法院之統計網站上得知<sup>250</sup>；而實際上提起上訴之案件數，本文係以「最高法院終結案件數」代替之，原因已如上所述，故民事第二審之折服率之公式如下：

$$\text{民事案件第二審之折服率} = \frac{(\text{第二審判決數} + \text{第三審上訴撤回案件數} - \text{最高法院終結案件數})}{\text{第二審判決數}}$$

計資料僅有依照各法院之第二審簡易判決區分，而未依照「訴訟標的金額」作為區分之資料，故僅能將簡易事件第二審之裁判數全數納入考慮。

<sup>250</sup> 第三審上訴撤回案件數之取得，同前揭註 248。

上述公式可以計算出第二審民事事件之上訴率和民事案件第二審之折服率，但民訴法第 447 條相關案件之上訴率應如何計算？本文認為有二種可以觀察的指標，第一種乃「第 447 條案件上訴率」，其意義係指「涉及民訴法第 447 條而經上訴至最高法院，且經最高法院實質判斷之案件占第二審判決之比率」，而「涉及民訴法第 447 條而經上訴至最高法院，且經最高法院實質判斷」即係本文編碼之目標，以下將簡稱此為「第 447 條上訴案件數」。此數據相對於第二審民事事件之上訴率，係針對民訴法第 447 條為判斷，能看出當事人對於涉及民訴法第 447 條之上訴事件涉及占所有第二審判決之比率，其公式如下所示：

$$\text{第 447 條案件上訴率} = \frac{\text{第 447 條上訴案件數}}{\text{第二審判決數}}$$

第二種乃「第 447 條上訴案件占第二審提及民訴法第 447 條案件之比率」，以下簡稱為「第 447 條案件狹義上訴率」。本文首先蒐集第二審判決中有提及民訴法第 447 條之判決總數（以下稱為第二審第 447 條案件數），以其作為分母；再以第 447 條上訴案件作為分子。此指標的意義是，並非所有的第二審民事事件皆和民訴法第 447 條有關，故以第 447 條案件上訴率，是將第 447 條上訴案件和整體第二審判決數相比的指標，無法和第二審適用第 447 條之判決單獨比較。是以第 447 條案件狹義上訴率能呈現出有多少比率的第 447 條案件被上訴至最高法院，此數據也是最直接呈現當事人對於民訴法第 447 條不服的比率，蓋此乃分母已經完全排除了和第 447 條無關之案件，而得以反映當事人對於民訴法第 447 條之上訴率。以下乃第 447 條案件狹義上訴率之計算方式：

$$\text{第 447 條案件狹義上訴率} = \frac{\text{第 447 條上訴案件數}}{\text{第二審第 447 條案件數}}$$

以上乃本文於計算上訴率中用到的四種指標，以及各計算方式的定義，以下將開始呈現計算之結果。



## 第二款 案件數量概觀

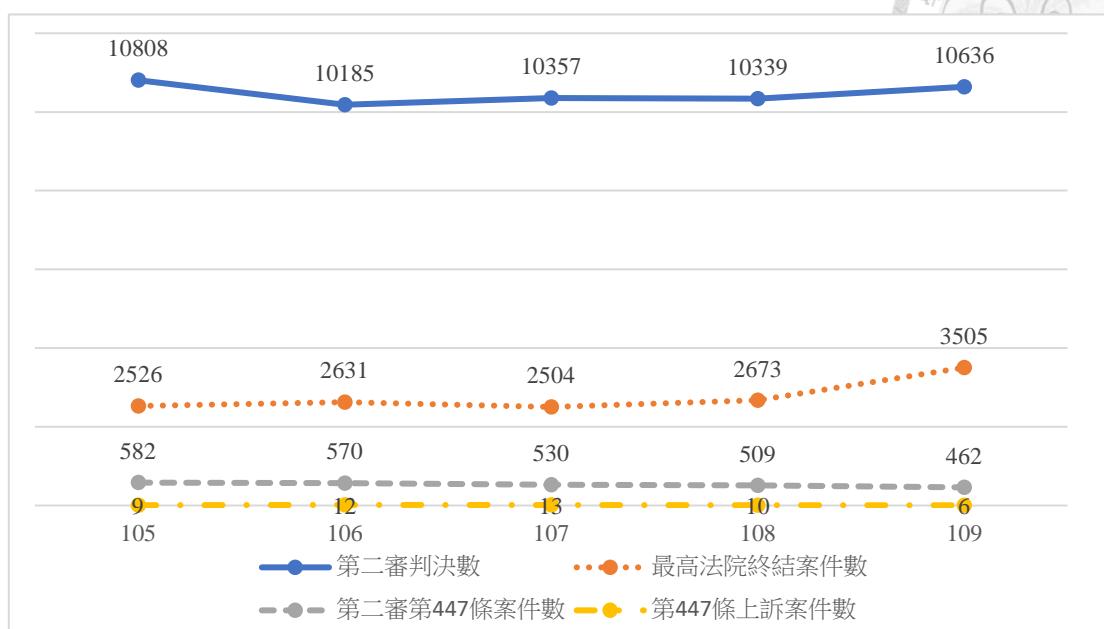
首先，自下圖一 上訴率有關案件數量，即可知悉各年度間第二審判決數和最高法院終結案件數。各年度之第二審判決數並無重大差異，五年之數量都在七千多件左右徘徊，最大值為 105 年度的 10808 件，最小值為 106 年度的 10185 件，平均之第二審終結案件量為 10465 件。

最高法院終結案件數，於 105 年至 109 年之變動較大，最小之案件量為 107 年之 2504 件，最多者為 109 年之 3505 件，有終結案件量突然上升之趨勢，五年間最高法院之平均終結案件量為 2767.8 件。綜上所述，第二審之判決數量於五年間並無明顯之變化，但最高法院之終結案件量有些微上升之趨勢，代表一般民事事件之上訴率可能因此上升。

至於本文所關心的第 447 條適用之相關狀況，本文於司法院判決檢索系統以「民事訴訟法第 447 條」為關鍵字，搜尋 105 年至 109 年各年份於第二審提及第 447 條之案件數，即上述之「第二審第 447 條案件數」。於下圖一中亦可發現第二審適用本條之案件量並不多，每年適用之案件數大約為 500 件左右，最多為 105 年的 582 件，之後逐年下降至 109 年的 462 件，平均每年適用第 447 條之案件數為 530.6 件，第 447 條上訴案件數最少，每年被上訴至最高法院且有被實質判斷之案件，平均每年為 10 件。

綜上所述，本文用以計算上訴率之相關數據，其於本文統計之五年間，數值變動並不大，由此可見本文計算之上訴率相關數據，於各年間之差距應不致於過大，此也某程度代表本文所選取此五年數據，其中應無重大之特別事件干擾法院之案件量，較得以確保統計結果不受到特定事件干擾。

圖一 上訴率有關案件數量



說明：

- A.此圖將本文計算上訴率所需之數據均呈現於此，故仍將各數值置於圖上，而和一般法律實證研究之作圖原則不同<sup>251</sup>。
- B.此圖之目的係為了使讀者可以發現，各數值於五年間之變動並不大，代表應無改變案件量的重大事件產生，故以折線圖呈現各年度之數值。

### 第三款 通常民事案件之上訴率、折服率

如第一款所述，吾人可以從上面的數據推算出各年度之上訴率，此計算方式係以最高法院終結案件數除以第二審判決數。吾人可以觀察民國 105 至 109 年之民事案件上訴率，大致上維持在 25%左右，僅有民國 109 年因上訴案件大幅突然上升，導致上訴率突然飆升至 32.95%，但於平均後，五年平均民事案件之上訴率仍為 26.4%，可見第二審之判決數有大約四分之一之案件，仍可能進到最高法

<sup>251</sup> 關於法律實證研究折線圖之視覺化標準，實證研究之教科書有提到要刪除無關的元素 (Eliminate Distracting Elements)，理論上要將折線圖上的數值刪除，但本文此處欲說明各年度案件之數量，故仍將每筆資料呈現於圖中，參見 EPSTEIN & MARTIN, *supra* note 12, at 245-257.

院，此數量對於最高法院而言，係一非常繁重之負擔，也某程度代表人民對於整體民事事件之第二審裁判結果，並不符合人民之預期，而仍抱持「上訴看看、是否有機會翻盤」；又或是訴訟已進行至第二審，其已經花費高額的勞力、時間、費用，其沉默成本已經過高，故仍有向最高法院尋求最後救濟之心態，但此非本文所應探討之重點，仍有待後續之研究深究第二審案件之上訴率是否、以及為何過高之因素。

司法院並無公布有關上訴率有關之數據，而僅有公布「判決折服率」之相關說明，依據其公布之數據，案件折服率自 105 年自 109 年，大約在 87%左右<sup>252</sup>。本文於計算後發現民事案件之第二審折服率，和司法院所公布之折服率有些許差異，五年來第二審之折服率平均為 74.23%，於 109 年更掉到 70%以下，如下表八 第二審民事判決之上訴率、折服率所示。本文於此無法深究原因，但至少可以得出民事第二審判決之折服率，至於第二審之判決折服率和其他事件有別，究竟係因為本文所蒐集之數據之偏誤過大，又或有其他成因，仍有待其他實證研究進行更深入之研究。

---

<sup>252</sup> 司法院網站（2022），司法院所屬法院各類案件上訴維持率及判決折服率，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1789-90909-23a27-1.html>（最後瀏覽日：2022/12/08）。

表八 第二審民事判決之上訴率、折服率



年度	案件數量			上訴率、判決折服率	
	第二審判決 數	最高法院終 結案件數	第三審撤 回案件數	第二審民事 事件之上訴 率	第二審民事 案件之折服 率
105	10808	2526	58	23.37% (2526)	77.17% (8340)
106	10185	2631	76	25.83% (2631)	74.91% (7630)
107	10357	2504	64	24.18% (2504)	76.44% (7917)
108	10339	2673	85	25.85% (2673)	74.97% (7751)
109	10636	3505	65	32.95% (3505)	67.66% (7196)
平均	10465	2767.8	69.6	26.44%	74.23%

說明：

- A. 本表藉由司法院所公布之資料，計算出第二審民事事件之上訴率和判決折服率。
- B. 第二審判決數係指「高等法院民事第二審判決」以及「地方法院民事第二審簡易訴訟程序之判決」之總和；最高法院終結案件數係指「民國 105 年至 109 年各年度最高法院民事上訴事件終結數」；第三審撤回案件數各年度上訴案件於最高法院經撤回之數量。
- C. 民事事件之上訴率：此計算方式係以最高法院終結案件數作為分子，並以第二審之判決總數作為分母。括弧內的數字代表最高法院終結案件數。以 105 年為例，其計算式為： $2526 / 10808 = 0.2337$ 。
- D. 民事案件第二審之折服率：此計算方式係將第二審判決數（得上訴案件數）加上第三審撤回案件數減去最高法院終結案件數，以第二審判決數（得上訴案件數）作為分母。括弧內的數字代表折服率分子之計算結果。以 105 年為例，其計算方式為： $(10808 + 58 - 2526) / 10808 = 0.7716$ 。



## 第四款 第 447 條案件之上訴率

觀察下表九 第 447 條之案件比率和上訴率可以發現，第二審第 447 條案件占第二審判決之比例不高，大約僅占所有第二審判決之 5%左右，但依照過往之文獻所述，大部分引用第 447 條之判決，多會允許當事人提出新攻擊防禦方法，此和其立法本意不同<sup>253</sup>。此種狀況非常弔詭，將產生「少量引用失權規定，但引用卻是例外允許當事人提出新攻防方法」之現象。本文認為有幾種可能原因可以解釋此種狀況，第一是法院並未意識到有第 447 條之規定，而並未職權運用之；第二是法院將第 447 條作為一種「責問事項」，若當事人或其律師並未於第二審之審理中提出失權之抗辯，則法院亦無法適用第 447 條予以失權，故在當事人未明確抗辯之下，導致本條之適用可能性下降；第三，許多學說上所提及之法條規定過寬，即第 447 條之例外事由過於寬泛，致許多新攻防方法被提出；第四，當事人本身於第二審極少提出新攻擊防禦方法，故法院並無機會適用第 447 條。本文並非窮盡列舉所有因素，僅是以第二審適用第 447 條之判決數僅有 5%之數據，思考可能之原因，但此仍有待對於第 447 條之實證研究來回應此可能性。

除了探究第二審第 447 條案件數外，本文亦有針對第 447 條上訴案件進行編碼，此可以計算「第 447 條案件上訴率」，及「第 447 條案件之狹義上訴率」。二者之分母不同，前者係以「第二審判決數」作為分母，其意義為「第 447 條案件於全體可上訴之案件中，有多少比例的案件提起上訴」，而得以作為民訴法第 447 條上訴率的概觀；後者係以「第二審第 447 條案件數」作為其分母，於此可以反映出有多少適用第 447 條之案件被上訴至最高法院，代表當事人可能對於多少比例的第 447 條案件適用產生疑義，欲對於相關裁判進行救濟。

觀察以下數據，第 447 條案件上訴率大約僅有 0.1%左右，此代表以第 447 條作為爭點上訴之案件，並非所有上訴案件中的大宗，大約每 1000 件第二審判

<sup>253</sup> 見吳從周，前揭註 8，頁 55-56。

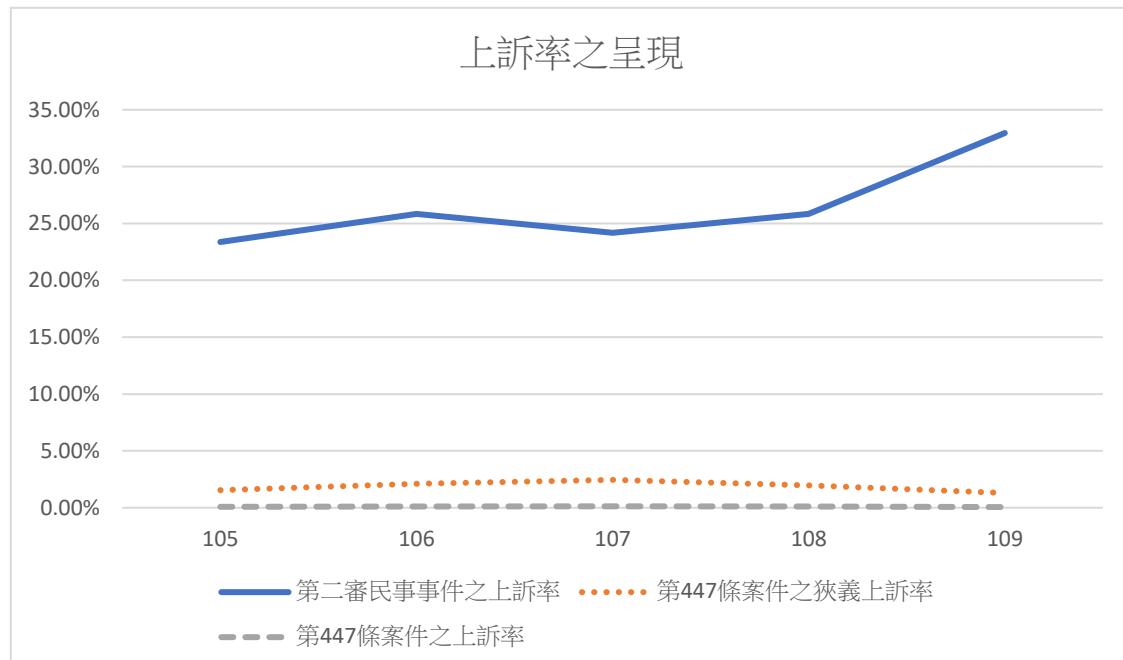


決，只有 1 件是涉及民訴法第 447 條而上訴。

此外，若觀察「第 447 條案件狹義上訴率」，五年平均大約僅 2%左右，應可認為第 447 條作為爭點之案件相對較少，且此二數據於五年間之變化皆不大，並無劇烈之震盪發生。

產生此現象之結果可能有三：首先是資料搜尋之問題，若有許多上訴案件並無法在搜尋系統中以「民事訴訟法第 447 條」作為關鍵字，而被搜尋得出，則無法被納入本文所計算之統計之中，導致被計入的案件量過少；第二，民訴法第 447 條僅係程序爭議，當事人對於此事項之爭議，較少被提出至最高法院，而並非單一、最重要之爭點，而非影響當事人上訴之最重要因素；第三，當事人如學說所述，認知到針對失權效之上訴可能，僅有「下級法院應審酌而未審酌」之可能，而不包含「下級法院不應審酌而審酌」，後者因已經耗費審酌之勞力、時間、費用已無法回復，該瑕疵已無法上訴救濟排除，故當事人提起上訴之案件僅有前者，導致有上訴之案件比例較低。

圖二 上訴率之呈現



表九 第 447 條之案件比率和上訴率



年度	案件數量			案件比率、上訴率		
	第二審 判決數	第二 審第 447 條案 件數	第 447 條上 訴案 件數	第二審 第 447 條 案件佔第 二審判 決比率	第 447 條 案件上訴 率	第 447 條案 件狹義上訴 率
105	10808	582	9	5.39% (582)	0.08% (9)	1.55% (9)
106	10185	570	12	5.60% (570)	0.12% (12)	2.11% (12)
107	10357	530	13	5.12% (530)	0.13% (13)	2.45% (13)
108	10339	509	10	4.92% (509)	0.10% (10)	1.96% (10)
109	10636	462	6	4.34% (462)	0.06% (6)	1.30% (6)

說明：

- A. 本表藉由司法院判決檢索系統以及本文之編碼，計算出判決全文提及第 447 條之案件比例，此數據代表第 447 條於第二審被提及之狀況；第 447 條案件上訴率是指涉及民訴法第 447 條而經上訴至最高法院，且經最高法院實質判斷之案件占第二審判決之比例；第 447 條案件狹義上訴率是指「第 447 條上訴案件占第二審提及民訴法第 447 條案件之比例」。
- B. 判決全文提及第 447 條案件佔第二審之判決比例：此計算方式係以第 447 條之案件數作為分子，並以第二審之判決總數作為分母。括弧內的數字代表該年度第 447 條之案件數。以 105 年為例，其計算即係以  $582/10808=0.0539$  。
- C. 第 447 條之上訴率：此計算方式係將第 447 條於該年度有上訴至最高法院並經實際判斷之案件作為分子，並以第二審之判決總數作為分母。括弧內的數字代表該年度第 447 條有上訴至最高法院

之案件數。以 105 年為例，其計算方式係以 9/10808，得出此結果。

- D. 第 447 條案件狹義上訴率：此計算方式係將第 447 條於該年度有上訴至最高法院並經實際判斷之案件作為分子，以第二審適用第 447 條之案件作為分母。括弧內的數字代表該年度第 447 條有上訴至最高法院之案件數。以 105 年為例，其計算方式係以 9/582，得出此數據。

## 第五款 第 447 條之上訴維持率

上訴維持率相對於上訴率，係將上級審法院認為「上訴無理由」之案件作為分子，將得以上訴之案件數作為分母，以此計算上訴維持率，以下將呈現第 447 條之最高法院適用結果。

### 第一目 第 447 條之上訴維持率之計算

依照本章第三節第三項 變項設計所述，本文將表五 第三審對第 447 條案件審查結果之編碼方式分成 5 個變項，其中變項代碼 1、2 是針對最高法院「維持原審見解」，變項 3 到 5 代表最高法院和下級審法院見解間具有歧異。

但本文作如此區分，係為研究最高法院如何審酌第 447 條，以及可能廢棄的理由。故於上訴維持率之計算時，僅需將變項 1、2 之總和，置於分子，並將得以上訴之案件置於分母，即可計算出第 447 條所涉及案件之上訴維持率。此外，本文編碼時已經將未實質判斷第 447 條之案件排除，故計算之結果並無須考量案件可能係經「撤回」、或基於「再審」等法院，而僅以該案件係「上訴不合法」或「上訴無理由」為分子，即可避免可能之偏誤。

分母係以「第 447 條上訴案件數」，以觀察上訴案件中之上訴維持率，為何並未如上訴率，以「第二審第 447 條案件數」或「第二審判決數」為其分母。此

應回到本文所設定之研究問題，蓋本文係為了探究目前有無修法機關所稱之「第 447 條失權效果不彰」問題，故觀察之客體應係「對本條適用結果不服之案件」，而非「整體適用本條之案件」，若當事人並未對本條之適用聲明不服，又將其納入上訴維持率之計算，可能會造成上訴維持率過度被低估。上訴維持率之公式如下：

$$\text{第 447 條案件上訴維持率} = \frac{\text{維持原審見解案件數}}{\text{第 447 條上訴案件數}}$$

## 第二目 第 447 條上訴案件之上訴維持率

第 447 條上訴案件之上訴維持率可觀察下表十 第 447 條案件之上訴維持率，上訴維持率因為案件數量較少，造成其數值波動較大，但上訴維持率大約於 60% 至 90% 之間，五年平均之上訴維持率為 78%，故針對本條案件之相關爭執，大部分的判斷結果皆係維持原審之判斷。

再者，本文參考司法院所公布關於上訴維持率之數據，於民國 105 年至 109 年之高等法院之上訴維持率，大致維持在 81%-89%，但其維持率之趨勢乃逐漸下跌<sup>254</sup>。

另外，本文所觀察之第 447 條之案件維持率，其案件來源並不僅止於高等法院，亦有簡易事件第二審之案件，故亦應觀察地方法院第二審簡易事件之上訴維持率。可惜的是，司法院所公布之數據中，僅有針對「地方法院整體」統計上訴維持率，而無單獨針對「地方法院第二審事件」之維持率，但地方法院之上訴維持率亦有包含第二審簡易事件，而有一定的參考價值，故將其同步列入觀察之範圍內。地方法院上訴事件之上訴維持率於民國 105 年至 109 年間，亦係維持在 85% 左右，其變動之幅度不大，於民國 109 年甚至超過高等法院判決之上訴維持

---

<sup>254</sup> 資料來源參酌：司法院網站（2022），高等法院及分院民事事件收結情形—按年與機關別分，<https://www.judicial.gov.tw/lp-2093-1-xCat-07.html>（最後瀏覽日：2023/04/05）。



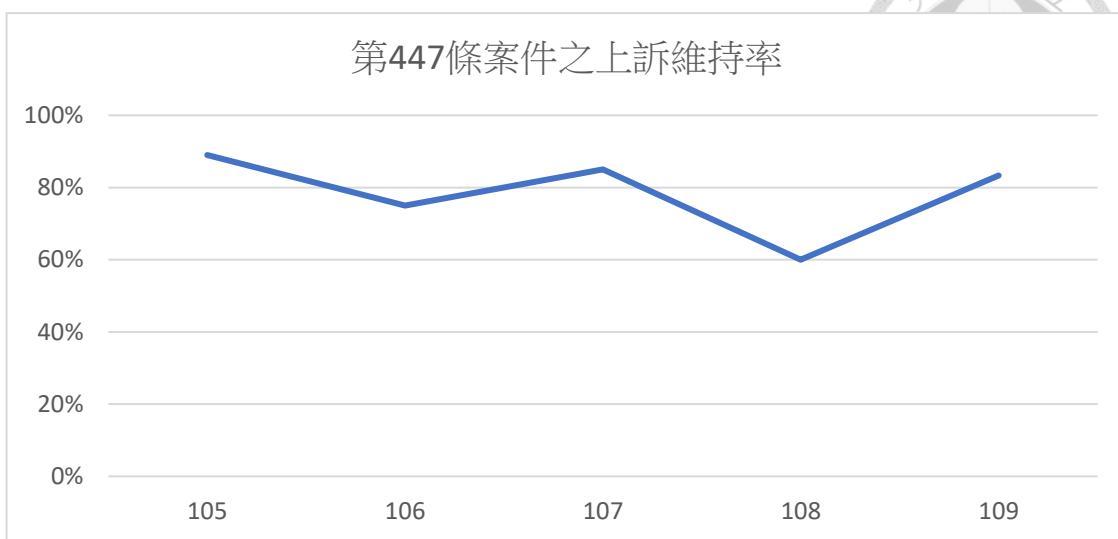
率，可見第一審之判決品質於五年間，並未有巨大落差<sup>255</sup>。

綜上，民訴法第 447 條之於五年間之上訴維持率（平均 78%），且本文係將此五年已公布之最高法院判決，皆納入本文之分析中，似無必要利用推論統計做整體上訴維持率之分析，即可反映出司法實務適用本條之狀態。

---

<sup>255</sup> 資料來源參酌：司法院網站（2022），地方法院民事事件收結情形－按年別分，<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-2093-1-xCat-10.html>（最後瀏覽日：2023/04/05）。

圖三 第 447 條案件之上訴維持率



表十 第 447 條案件之上訴維持率

第二審終 結年度	案件數	第 447 條案件 上訴維持率	高等法院上訴事 件維持率	地方法院上訴事件 維持率
105	9 (8)	89%	89.78%	85.57%
106	12 (9)	75%	88.35%	85.29%
107	13 (11)	85%	88.19%	84.96%
108	10 (6)	60%	85.19%	85.00%
109	6 (5)	83.3%	81.99%	85.36%
平均	50 (39)	78%	-	-

說明：

- 各儲存格內之比例為各年度之上訴維持率，其計算方式係以該年度維持原審判斷之判決作為分子，該年度案件數作為分母。



## 第六款 小結

民訴法第 447 條之狹義上訴率僅 1%至 2%左右，由此可知，對於第二審有適用第 447 條之案件而言，每一百件大約僅有兩件提起上訴並經最高法院實質審理。相較過往對於民事訴訟之上訴率中，民事糾紛之醫療案件（連續兩審判決醫方勝訴之案件上訴率為 25.3%）<sup>256</sup>、買賣關係（約 40%）、土地所有權判決（約 50%）<sup>257</sup>，民訴法第 447 條案件之上訴率並不高。

但如同第一章所指出的，上述文獻之裁判搜尋期間和本文不同，無法直接和本文之研究資料進行對比。再者，即便本文有整理出第二審民事訴訟之上訴率，但本文之民訴法第 447 條案件係包含在「第二審民事訴訟」之範疇內，在尋找到比較基準前，不宜逕下「民事訴訟法第 447 條裁判之上訴率較低」之結論。

再觀察本條所涉及的上訴維持率平均為 78%，似乎和司法院所公布之上訴維持率相距不遠，但上訴維持率應達到「多高」，才得以進一步修法而縮減新攻防方法得以提出之例外事由，此乃一政策選擇之問題，亦有批評認為最高法院之上訴廢棄比率過高，而未如比較法上較為理想之狀態<sup>258</sup>，可見難以說難以直接用第 447 條案件上訴維持率和最高法院其他事件之上訴維持率相當，即倒出「應修法」或「不應修法」之結論。

反而應回答的是，我國於此維持率之基礎上，是否欲加嚴失權效之例外要件，此處得以繼續延伸的處理方式係，將民訴法第 447 條之上訴維持率和其他類型之民事訴訟上訴維持率進行比較，來作為本條上訴維持率高低之比較基準，但目前

<sup>256</sup> 吳俊穎、楊增暉、陳榮基（2017），〈醫療訴訟之實證研究—民事案件之上訴率及其維持率〉，《中正大學法學集刊》，頁 151-152，但其統計之年份本文不同，無法作為最直接之參考對象。

<sup>257</sup> 黃國昌（2012），〈民事訴訟制度變革之實證成效評估〉，氏著，《程序法學的實證研究》，頁 59-63，元照，但氏所研究之年份為 1996 年至 2006 年之資料，且其關注之對象為第一審之判決，雖有其參考價值，但尚無法直接類比。

<sup>258</sup> 沈冠伶等，前揭註 72，頁 137-138。

國內似乎並無相關文獻有類似研究，值得其他實證研究者繼續延伸<sup>259</sup>。

但本研究對於此研究問題之貢獻為何？首先，實證研究係具有社會科學式之性格，往往只能觀察一時一地之現象，再藉由研究群體分工，逐漸拼湊出規範之圖像<sup>260</sup>，往後研究針對民事事件第二審之相關研究時，即得以參考本文對於民訴法第 447 條之研究作為對照；再者，若於日後修法通過，將本文之研究成果作為「修法前」之參考資料，並以「修法後」之一定期間比較二者差異，即可某部分的呈現修法前後之上訴率、上訴維持率差異，並以此評價修法對於當事人上訴與否、判決是否維持與否的重要因素之一<sup>261</sup>。

## 第二項 最高法院審理第 447 條案件之特徵

### 第一款 第 447 條各款之適用狀況

最高法院審理民事訴訟法第 447 條案件是否最常適用同條第 3、6 款作為允許提出新攻擊防禦方法之例外事由？探討此問題之目的在於，可以藉由本文之統計和過往之學說對話，並且觀察於不同之時間，最高法院對於本條之適用結果有無改變。因此本文於此問題上，論述之方式和計算為了和過往之學說相同，會採取類似的方式說明研究成果。

研究結果如下圖四 最高法院適用民訴法第 447 條各款之次數，觀察適用第 447 條各款例外事由之狀況，民訴法第 447 條第 3 款是被最高法院最常用來准許提出新攻擊防禦方法的例外事由，總共有 23 則裁判用來准許提出；第 6 款則是

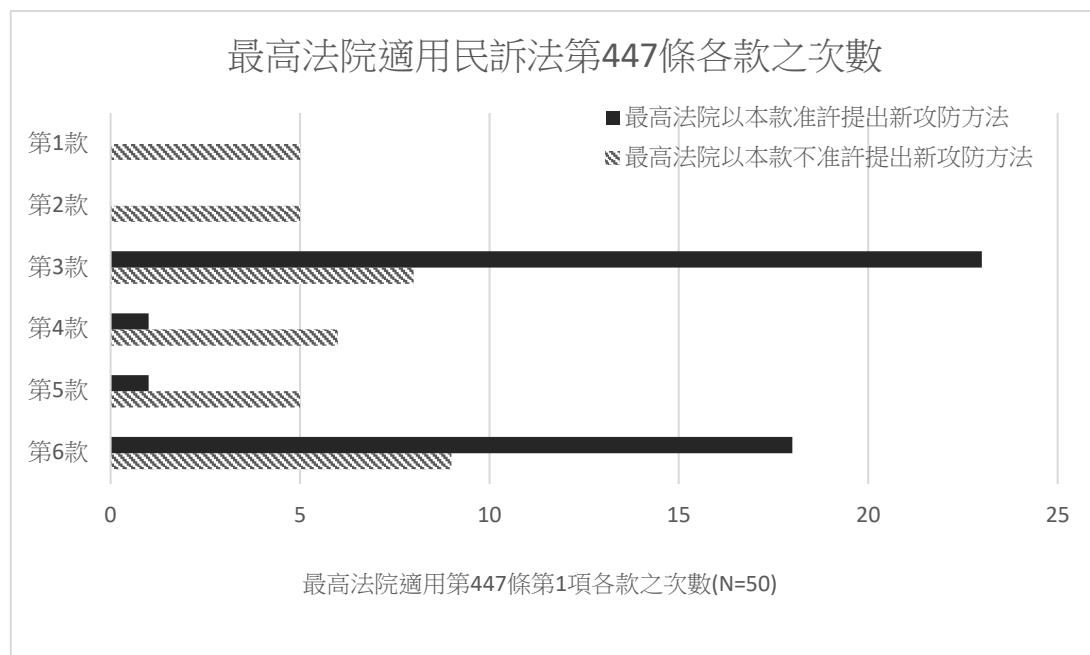
<sup>259</sup> 延伸之方向，得以和其他第二審之失權規定，例如民訴法第 444 條之 1、民訴法第 463 條準用第 276 條等，並以本文目前之研究作為基準，和其他第二審之失權規定相較，比較民訴法第 447 條是否較其他事件更容易被法院維持其判斷。

<sup>260</sup> 張永健，前揭註 15，頁 212-213。

<sup>261</sup> 具體作法得以將年份等作為控制變項，視二者間是否具有顯著差異，類似研究亦可參見黃國昌，前揭註 225，頁 373。

次多被最高法院用來准許提出新攻擊防禦方法的例外事由，共有 18 則裁判利用本款來准許當事人提出新攻防方法。但最高法院則少以其於四款來准許當事人提出，不但第 1、2 款都沒有適用的案例，第 4、5 款也只有一則裁判適用，由此可見，最高法院仍然是以第 3、6 款為主要適用的例外事由，其他款項幾乎沒有被用來准許提出新攻防方法，研究結果和過往研究相符<sup>262</sup>，此也與第二審法院適用民訴法第 447 條之情形相符。但觀察最高法院以第 447 條各款而「不允許當事人提出」新攻擊防禦方法之情況，其適用結果相對平均，各款被提及之次數在 5 到 9 則判決間。

圖四 最高法院適用民訴法第 447 條各款之次數



但上述論述結果可能會出現問題，於觀察最高法院如何適用各款例外事由時，必須考量「第二審法院如何適用民訴法第 447 條」。於本文編碼之過程中，最高法院經常係以「下級審之審理結果為適用民訴法第 X 款……其適用結果並無違誤」，因而駁回當事人之上訴。

<sup>262</sup> 見吳從周，前揭註 8，頁 55-56；許士宦，前揭註 124，頁 68。

在此可以注意二個有趣的現象，首先，當事人於上訴第三審時，必須於上訴狀中表明原判決「原判決所違背之法令及其具體內容」及「依訴訟資料合於該違背法令之具體事實」，且第三審應為法律審，原則應以第二審判決確定之事實為判決基礎（民訴法第 476 條參照），且第三審法院得以審查之範圍，僅能於上訴聲明之範圍內，依上訴理由調查之（民訴法第 475 條參照）<sup>263</sup>；再者，參考過往之研究，第二審適用民訴法第 447 條之結果，有 80.8%、21.6% 之新攻擊防禦方法係以同條第 3、6 款作為例外事由而允許當事人提出<sup>264</sup>。

綜合以上二者，若第二審常以第 447 條第 1 項第 3、6 款作為判斷當事人提出新攻防方法之例外事由，則最高法院以第 3、6 款為最常適用之例外事由，即不足為奇。蓋大部分的第二審皆以「第 3、6 款准許當事人提出新攻擊防禦方法」，則上訴人之上訴理由定是認為第二審之審理有誤，而「不應依照第 3、6 款准許當事人提出新攻擊防禦方法」；又或是主張下級審未如其他第二審裁判，適用第 3、6 款准許當事人提出新攻防方法，而於上訴時主張「應依照第 3、6 款准許當事人提出新攻擊防禦方法」。故在第三審之審理結果中，第 3、6 款被提及之次數最多，自屬當然之理。

是以，若直接觀察第三審之審理結果，並推論「最高法院適用第 447 條過於寬鬆」<sup>265</sup>，將忽略此受限於第二審對於第 447 條之適用為造成第 3、6 款在第三審被大量適用的可能原因。

---

<sup>263</sup> 吳明軒（2019），〈民事訴訟法修正後關於第三審程序之規定〉，吳明軒（等著），《民事訴訟法之三審》，頁 27-28，元照。

<sup>264</sup> 沈冠伶、林靖庭，前揭註 9，頁 96-99。

<sup>265</sup> 吳從周，前揭註 8，頁 55-56，氏認為：第 447 條乃嚴格續審制，最高法院有七成之案件乃允許當事人提出新攻防方法，而背離本條「原則不准許」之立法目的，而必須加以刪除。但此似乎沒有考量到第二審法院是如何適用本條，始造成最高法院有如此之審理結果。



## 第二款 影響第 447 條審理之因素分析

除了第二審適用第 447 條各款之狀況，可能影響第 447 條各款在第三審被適用之次數，還有何種因素可能影響第 447 條之裁判結果，亦是值得探討的點，如此將更能勾勒出最高法院如何適用本條。本文將統計到之相關因素進行分析，分析結果如下所示。

### 第一目 第三審法院審理結果之分布和型態

為觀察「第二審法院審理結果」和「最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果」之關係，首先，針對第二審法院之審理結果，本文表五「第三審對第 447 條之審查結果」之變項重新編碼，將該表中第二審准許提出新攻擊防禦方法之編碼值 1、3，重新編碼為 1；將該表中之第二審駁回提出新攻擊防禦方法 2、4、5，重新編碼為 0，並命名為「第二審法院是否允許當事人提出新攻防方法」。

再者，為觀察第二審和第三審之互動，本文同樣將上述表五「第三審對第 447 條之審查結果」重新編碼為「第三審審查結果是否准許提出新攻擊防禦方法」，以該表中第三審審查結果係准許提出新攻擊防禦方法的編碼值 1、4、5 編碼為 1；表中第三審審查結果係駁回新攻擊防禦方法的編碼值 2、3 編碼為 0，由上述兩個重新編碼的變項，即可觀察第二審是否允許當事人提出新攻防方法和第三審審查結果之分布狀況。

由下表十一 第二審是否准許提出新攻擊防禦方法和第三審審查結果是否准許提出新攻擊防禦方法可知，最常見的型態為第二審准許提出新攻擊防禦方法，而第三審繼續維持第二審的判斷，進而連續二審皆准許當事人提出新攻擊防禦方法，在本文的統計中共有 29 件裁判，佔第 447 條上訴案件的 58%；此外，在第二審不准許當事人提出新攻擊防禦方法的情況下，亦有 10 件最高法院裁判維持第二審之決定，認為第二審否定新攻擊防禦方法提出係正確的判斷，佔第 447 條



上訴案件的 20%。

接著觀察經最高法院廢棄之裁判，於第二審「不准許提出新攻擊防禦方法」之情況，有 10 件上訴至最高法院時被廢棄，經最高法院認為第二審的裁判具有違誤，而應准許當事人提出之，此種情況屬於本文第三章所認定之下級審「誤駁回新攻擊防禦方法」之情形；至於下級審准許提出新攻擊防禦方法，但至最高法院遭廢棄之裁判，僅有一件，而為「下級審誤未駁回新攻擊防禦方法」<sup>266</sup>。

此處可以發現最高法院或許有認識到「誤未駁回」之裁判無廢棄之必要，蓋廢棄回原審重新審理，不但無法將案件之審理狀態回復至「未審理」該攻防方法之狀態，即便不審酌該攻防方法，法院審理所耗費之勞費已經無法復原，而無廢棄後重新審理之必要。

唯一一則「第二審誤未駁回新攻擊防禦方法」，乃最高法院 109 年度台上字第 2832 號判決，其認為：「查兩造於第一審及原審行準備程序時，均未主張或抗辯系爭住宅或系爭房屋係基於分管契約而占用系爭土地。被上訴人遲至原審 108 年 7 月 30 日言詞辯論期日，始以民事辯論意旨續(二)狀提出：「……原審就此項被上訴人於第二審準備程序終結後始提出之新防禦方法，未令其釋明有何符合民事訴訟法第 447 條第 1 項但書、第 276 條第 1 項各款事由之情形，以判斷是否因其逾時而不准提出，亦未說明准其提出之法律上理由，即援為判決之基礎，於法已有可議，且有判決不備理由之違誤。」此則判決具有分析之價值，故本文將於第六章再行深入分析。但於此可以指出的是，本則判決清楚明確的表明第二審因為促使當事人釋明第 447 條第 1 項但書，而廢棄之判決，故最高法院並非完全僅廢棄「誤駁回新攻擊防禦方法」，而仍有廢棄「誤未駁回判決」之可能。

---

<sup>266</sup> 相關說明得以參考第三章第五節 失權效之救濟。

表十一 第二審是否准許提出新攻擊防禦方法和第三審審查結果是否准許提出新攻擊防禦方法



		第三審審查結果是否准許提出新攻擊防禦方法		
		不准許提出	准許提出	總計
第二審是否 准許提出新 攻擊防禦方 法	不准許提出	10 (20%)	10 (20%)	20 (40%)
	准許提出	1 (2%)	29 (58%)	30 (60%)
總計		11	39	50

說明：

1. 本條之最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果，下方並未以「維持下級審與否」進行分類，主要之原因是考量到說明的便利性，為使讀者得以一目了然，究竟下級審之審查結果係「誤駁回」新攻防方法或「誤未駁回」新攻防方法，故將最高法院之審查結果為「准許提出」或「不准許提出」來作為表格之標題。

## 第二目 第二審法院是否為特殊程序

於智慧財產案件審理法第1條要求，智慧財產案件應「專業、迅速審理」<sup>267</sup>；簡易事件之立法理由提及具有「事件簡易、迅速審理」之立法上要求<sup>268</sup>；家事事

<sup>267</sup> 智慧財產案件審理法第1條：「為建構專業、妥適及迅速審理智慧財產案件之訴訟制度，保障智慧財產及其相關權益，特制定本法。」

<sup>268</sup> 參照民國79年民事訴訟法第427條立法理由第二至六點，其中提及的各款事件之立法理由皆有提到該事件係「本質上單純」、「以早日終結為宜」，可見簡易事件和通常事件具有不同之審理上之要求：「二、房屋定期租賃關係所生之訴訟，本質上較為單純，為擴大簡易訴訟程序適用之機會與範圍就定期之房屋租賃及借貸訴訟均得適用簡易程序。三、因票據爭執所生之訴訟以早日終結為宜，且票據係無因證券，得抗辯之事由較少，爰將票據案件列為適用簡易程序。四、合會在我國民間習慣上，已存在多年，部分銀行並有此類業務，最高法院就此並著有判例，

件法第 1 條亦要求「妥適、迅速、統合處理」家事事件。此種不同事件類型之審理模式，是否會影響到最高法院針對新攻擊防禦方法之態度，例如法官是否會較為尊重智慧財產法院之專業審理，而傾向維持原審法院之判斷？又如第二審乃簡易程序，法院是否會考量簡易事件具有迅速處理之需求，而傾向維持原審之見解？考量此三類事件具有與通常事件不同之審理原則及程序方式，故有必要探討不同程序與最高法院對於第 447 條之審查結果有無關聯。

本文先將本章第 2 節第 4 項之「下級審程序類型」重新分類，並將通常程序編碼為 0、家事事件、智慧財產事件、簡易事件編碼為 1，並將其命名為本文中之「特殊程序」，以彰顯和通常事件之不同。

再者，為簡化對於「第三審對第 447 條之審查結果」之編碼，本文將編碼值 1 和 2 的「最高法院維持適用但書，而准許提出新攻防方法」以及「最高法院維持不適用但書，而駁回提出新攻防方法」編碼為 1，表彰第三審維持原審判斷；編碼值 3、4、5 的「最高法院廢棄下級審適用但書，而發回更審，不允許提出該新攻防方法」、「最高法院廢棄下級審不適用但書之規定，而發回更審，認為應允許提出新攻防方法」、「下級審未調查該攻防方法，最高法院認為應允許提出新攻防方法」，重新編碼為 0，以表彰最高法院對於新攻擊防禦方法之審查結果，乃廢棄原審之裁判，並將此變項命名為「最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果」。

如表十二所示，因有超過 20% 之格期望值未達 5，不符合適用卡方檢定之前提，故改以費雪精確檢定(Fisher Exact Test)為之，卡方值 2.501， $p$  value > 0.05。此結果代表於統計上無法說明此二變項間具有關聯性，故可認為第三審法院對於第 447 條之判斷與下級審是否採取特殊之審理程序間之關係不明，最高法院針對是

---

為求此類訴訟案件速結，爰併列於簡易程序中。五、利息等定期給付訴訟，法律性質簡易，消減時效期間較短，爰列入簡易訴訟程序，以求速結。六、第二項所定之訴訟事件，案情大抵較為單純，爭執亦可能不大，故行速審速結之簡易程序，惟如案情繁雜之訴訟事件，亦一概適用簡易程序或有欲速不達之弊，故新增第四項，規定此等訴訟得依當事人聲請，並經法院認為適當時，以裁定改用通常訴訟程序，但足致訴訟程序延滯者，不在此限。」

否維持原審之判斷，可能仍有其他之判斷依據。



表十二 第二審是否為特殊程序和最高法院審查新攻擊防禦方法結果之卡方分析

最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果			
	廢棄原審判斷	維持原審判斷	總計
是否為特殊 程序	通常程序 10 (20%)	26 (52%)	36 (72%)
	特殊程序 1 (2%)	13 (26%)	14 (28%)
總計	11	39	50

說明：

1. 卡方值為 2.501，有 1 格的期望值小於 5，費雪精確檢定之  $p>0.05$ 。
2. 本表之目的，係為了以卡方檢定審查下級審是否為特殊程序，和第三審審查之結果間之關聯性為何，結果呈現二者之關聯性不強。

### 第三目 第二審是否准許當事人提出新攻防方法與最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果間具有關聯性

既然第二審是否為特殊程序，並不影響第三審對於第 447 條之審查，為探討何種因素可能影響第三審之審查結果，參考過往文獻，發現法院具有「維持下級審之見解」之傾向，例如於醫療訴訟有相似之發現<sup>269</sup>。此外，第三審不同於下級審之事實審，其兼有「統一法律見解」和「當事人實現權利救濟」之機能，但在

<sup>269</sup> 劉邦揚（2016），〈刑事醫療糾紛判決於上訴審的實證考察〉，《中研院法學期刊》，18 期，頁 288-290、302-303。

最高法院案件負荷壓力過重下，第三審上訴事件之終結方式，已經有以「上訴不合法之裁定駁回」來取代「上訴無理由判決駁回」之趨勢<sup>270</sup>。在最高法院有高比例以「例稿」的形式來駁回上訴的前提下<sup>271</sup>，第二審的裁判即有很高的機率在第三審被維持，故有必要探討第二審之審理結果和第三審審查結果間之關聯。若二者間之具有強烈之關係，則於解釋第三審之結果時，則必須將第二審之審理結果考量至解釋論中，否則直接觀察第三審之審理結果，將無法區別究竟是最高法院「認為下級審之審查結果正確」，而維持下級審適用民訴法第 447 條第 1 項第 3、6 款准許或駁回當事人提出新攻擊防禦方法；或最高法院在案件壓力下、已審理之攻擊防禦方法無法透過廢棄下級審裁判救濟等理由，而「傾向維持第二審之審理結果」，導致其審理結果和第二審高度重疊。

本文將上述的「第二審法院是否允許當事人提出新攻防方法」和「最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果」進行卡方檢定，即得以知悉第二審是否當事人提出新攻擊防禦方法和最高法院審查之結果之關聯性是否具有顯著關聯。

檢定結果發現，卡方值為 15.229，p 值小於 0.001<sup>272</sup>，可見第二審法院是否准許當事人提出新攻擊防禦方法，和最高法院之審查結果間具有統計學上之顯著關聯，至於二者之關聯程度，應由下述的邏輯迴歸進行分析。

<sup>270</sup> 沈冠伶（2019），〈第三審許可上訴制之探討〉，吳明軒（等著），《民事訴訟法之三審》，頁 62-67，元照。氏觀察最高法院於民國 84 年僅有約四分之一的上訴案件乃以裁定終結，其後逐年攀升，於 93 年到達 55.85%。

<sup>271</sup> 沈冠伶，前揭註 270，頁 63。

<sup>272</sup> 因有超過 20% 之格期望值未達 5，不符合適用卡方檢定之前提，故改以費雪精確檢定(Fisher Exact Test)為之。

表十三 第二審是否准許提出新攻擊防禦方法和最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果之卡方分析



		最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果		
		廢棄原審結果	維持原審裁判	總計
第二審是否 准許提出新 攻擊防禦方 法	不准許提出	10 (20%)	10 (20%)	20 (40%)
	准許提出	1 (2%)	29 (58%)	30 (60%)
總計		11	39	50

說明：

1. 卡方值為 15.229， $p < 0.001$

2. 本表之目的，係為了以卡方檢定審查第二審對於新攻擊防禦方法之提出與否，和第三審審查之結果間之關聯性為何，結果顯示二者間之關聯性具有統計學上之顯著。

#### 第四目 第二審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款和最高法院之審查結果具有關聯性

既然第二審對於新攻擊防禦方法之提出與否，將影響第三審的審查結果，那接下來可以探究的是，在文獻中被大量批評的第 447 條第 1 項第 3 款和第 6 款，其和最高法院對於下級審的審理結果間之關聯性是否強烈，亦係值得探討的問題。蓋若能建立二者間的關聯性，或許可以論述第二審是否適用此二款事由，對於最高法院是否維持下級審的見解具有影響性，而在下級審法院大量使用第 3 款和第 6 款的前提下，造成大量的裁判結果皆係准許當事人提出新攻擊防禦方法，並進一步推論第 3 款、第 6 款在第二審和第三審之適用差異。

為解決上述問題，本文將表六 第 447 條各款之適用狀況之編碼方式「第 447 條各款之適用」重新編碼，以辨別下級審是否具有適用第 3 款、第 6 款而准許提出新攻擊防禦方法。本文將編碼表中編碼值 1、2、3 重新編碼為 1，代表下級審有適用第 3 款允許當事人提出新攻防方法，並將其他值（編碼值 4 至 9），重新編碼為 0，代表下級審並未適用第 3 款來進行判斷，並將此變項命名為「第二審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款准許提出新攻防方法」。

檢定結果發現<sup>273</sup>，卡方值為 5.484，p 值小於 0.05，可謂第二審有無適用第 447 條第 1 項第 3 款和最高法院之審查結果間具有統計上之顯著性，具有關聯性，至於其對於最高法院之審查影響程度為何，仍應進一步分析始得知悉。

---

<sup>273</sup> 因有超過 20% 之格期望值未達 5，不符合適用卡方檢定之前提，故改以費雪精確檢定(Fisher Exact Test)為之。

表十四 第二審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款和最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果之卡方分析



最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果				
	廢棄原審結果	維持原審裁判	總計	
第二審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款准許提出新攻防方法	第二審並無判斷第 3 款事由存否	11 ( 22% )	25 ( 50% )	36 ( 72% )
	第二審有適用第 3 款事由准許提出	0 ( 0% )	14 ( 28% )	14 ( 28% )
	總計	11	39	50

說明：

1. 卡方值為 5.484， $p < 0.05$
2. 本表之目的，係為了以卡方檢定審查第二審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款，和第三審審查之結果間之關聯性為何，結果顯示二者間具有統計學上之顯著。

## 第五目 下級審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 6 款和最高法院之審查結果間之關聯性不明

如上所述，第二審是否適用第 447 條第 1 項第 3 款與最高法院審查結果間具有關聯性，本文將檢驗同樣有爭議的第 6 款和最高法院審查結果間之關聯性。為解決上述問題，本文採取將「第 447 條各款之適用」重新編碼之方式，以辨別下級審是否具有第 6 款而准許提出新攻擊防禦方法。本文將編碼表中編碼值 1、2、3 重新編碼為 1，代表下級審有適用第 6 款允許當事人提出新攻防方法，並將其他值（編碼值 4 至 9），重新編碼為 0，並將此變項命名為「第二審有無適用民訴

法第 447 條第 1 項第 6 款准許提出新攻防方法」。

檢定結果發現<sup>274</sup>，卡方值為 3.978，p 值為 0.093，大於 0.05，無法推翻「第二審有無適用第 447 條第 1 項第 6 款而提出新攻擊防禦方法於最高法院結果間並無差異」的虛無假設，故本文僅能認為第二審有無適用此款准許當事人提出新攻擊防禦方法，對於最高法院之審查結果看不出差異。

表十五 第二審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 6 款和最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果之卡方分析

最高法院審查新攻擊防禦方法提出之結果			
	廢棄原審結果	維持原審裁判	總計
第二審有無 適用民訴法 第 447 條第 1 項第 6 款 准許提出新 攻防方法	第二審並無 判斷第 6 款 事由存否	11 (22%)	28 (56%) 36 (72%)
	第二審有適 用第 6 款事 由准許提出	0 (0%)	11 (22%) 14 (22%)
	總計	11	39 50

說明：

1. 卡方值為 3.978， $p > 0.05$
2. 本表之目的，係為了以卡方檢定審查第二審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 6 款，和第三審審查之結果間之關聯性為何，結果顯示二者並無統計學上之顯著。

<sup>274</sup> 因有超過 20% 之格期望值未達 5，不符合適用卡方檢定之前提，故改以費雪精確檢定(Fisher Exact Test)為之。



## 第六目 最高法院審查結果之邏輯迴歸分析

在確立「第二審是否准許提出新攻擊防禦方法」和「第二審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款」與第三審審查結果具有關聯性後，為了理解第二審審理「如何程度」的影響第三審之裁判，本文將「第三審審查結果」作為依變項 (independent variable)，並在控制「第二審是否為特殊程序」、「第二審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款」、「第二審裁判年度」、「第二審審理時間」、「訴訟標的金額」、「第二審是否准許提出」等五個變項，進行邏輯迴歸分析。

迴歸模型結果顯示，本模型之結果顯著，代表本模型具有其推論之基礎，而模型之 Cox & Snell  $R^2$  為 0.365、Nagelkerke  $R^2$  為 0.560，可見此模型對於結果之解釋力大約落在 35.5% 至 56% 之間，其解釋程度應屬中等<sup>275</sup>。

在控制了上述五個變項以後，第二審對於新攻擊防禦方法准許與否，和「第三審是否維持下級審之判斷」，二者間具有高度之關聯性，得以拒絕虛無假設；此外，原本於卡方檢定中顯著的「第二審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款」，在控制了其他變項之情況下，其統計結果變得不顯著。由此亦可推敲，「第二審用了哪些例外事由」不是影響第三審審查結果之重要因素，反而「第二審對於新攻擊防禦方法准許與否」，毋寧才是對於判決結果具有影響性之因素<sup>276</sup>。

其中，觀察「第二審是否准許提出」之變項，其 Beta 值為 2.982，代表其對於第三審之審查結果之影響為正向，亦即，若第二審准許當事人提出新攻擊防禦方法，則第三審會傾向維持其審查結果<sup>277</sup>。再觀察此變項之 O.R. 值 (odds ratio)

<sup>275</sup> 關於邏輯迴歸之  $R^2$  平方定義，統計學上稱之為「類  $R^2$  指標」，其性質和經典的  $R^2$  一致，並可以理解為模型變異中被解釋的比例。可參照王濟川、郭志剛，前揭註 36，頁 86-90。

<sup>276</sup> 於卡方檢定中顯著之變項，但於迴歸模型中不顯著之相關解釋方式，得以參照：劉威辰、葉瑋、林靖庭，前揭註 30，頁 161-163。

<sup>277</sup> 林常青、黃國昌、陳恭平，前揭註 33，頁 104，氏指出模型的迴歸係數正負值代表對於依變項結果之正負向關係，其「方向」與「顯著性」之解釋和線性迴歸類似，但其「係數值」之意義不同，無法直接以該係數值作為判斷自變項對於依變項之影響程度。

為 19.735，其意義代表，對於第二審法院之認定結果，第三審「維持下級審判斷」之機率將會是「廢棄原判斷」的 19.735 倍；可見第二審對於第 447 條之審理結果，和第三審審查結果間具有很強之關聯性，對於解釋最高法院之審查結果時，不應忽略「第二審對第 447 條之審理」對最高法院審理結果之影響<sup>278</sup>。

另外，若依照部分研究中較寬鬆之標準，而將顯著程度放寬至 90%的話，則「下級審是否為特殊程序」亦為顯著之變項。但本文未將此變項作為討論之變項之原因，是其並未通過費雪精確檢定之驗證，故本文並未進一步的認定此變項將影響第三審之審查結果。但若將其作為一個顯著的變項，其解釋方式將為：「下級審若是特殊程序，將使第三審傾向維持下級審之見解，而其維持之機率為廢棄機率的 11.56 倍」。

綜上，學說單純觀察最高法院准許提出新攻擊防禦方法之比例過高，而未加入第二審審理結果之觀點，可能造成解釋論上的失真，蓋最高法院大量使用第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款准許當事人提出新攻擊防禦方法之成因可能有二。成因一：第二審法院大量適用第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款准許當事人提出新攻擊防禦方法，而廢棄已經審理之攻擊防禦方法，並無法回復法院和當事人已耗費之勞力、時間、費用，並可能使裁判結果更偏離客觀真實，故即便下級審乃「誤未駁回」新攻擊防禦方法，最高法院仍「傾向維持」第二審之裁判。成因二，乃最高法院考量各種因素後，仍「傾向適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款」。是以，若要論述最高法院傾向適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款，應鎖定之目標應為成因二之相關裁判，即最高法院考量各種因素後，仍「傾向適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款」，但文獻上直接觀察「最高法院適用民訴法第 447 條各款之次數」，可能將成因一和成因二之裁判混合觀察，而無法確切反映最高法院如何適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款。

---

<sup>278</sup> 關於 odds ratio 值得解釋意義，得以參照：王雲東，前揭註 19，頁 361-363。

為論述最高法院對於第 447 條適用之態度，本文認為應尋找「最高法院適用民訴法第 447 條各款之次數」以外之指標，將更有說服力。

表十六 第三審審查結果之邏輯迴歸分析



變項名稱	Beta	S.E.	O.R.
第二審是否准許提出	2.982**	1.194	19.735
第二審有無適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款	18.693	10360	1.313E8
第二審裁判年度	-.168	.402	.845
第二審是否為特殊程序	2.448 <sup>#</sup>	1.298	11.560
訴訟標的金額	.000	.020	1.000
Constant	17.477		
Model Chi-square (df)	22.999 (5)***		
Hosmer-Lemeshow 檢定 (df)	3.328 (8)		
Cox & Snell R 平方	.369		
Nagelkerke R 平方	.566		

註：N=50；<sup>#</sup>p<0.1、\*p<0.05、\*\*p<0.01、\*\*\*p<0.001

### 第三款 廢棄狀況概觀

由上所述，以「最高法院適用民訴法第 447 條各款之次數」做為論證最高法院未貫徹「嚴格續審制」，且已經造成第二審之失權消失，而必須修法之相關論述並不完全正確<sup>279</sup>，此論述可能受到「第二審對新攻擊防禦方法審理結果」影響，

<sup>279</sup> 吳從周，前揭註 8，頁 55-56。

造成直接觀察最高法院之裁判而產生相關偏誤，故應尋找一個更可以代表最高法院審理態度之指標。

本文認為較為適當的指標是自「最高法院如何廢棄下級審」之角度切入。因最高法院如何廢棄下級審之裁判相較於維持第二審之裁判，可以代表其「受第二審審理結果影響後之判斷」，得逕觀察最高法院是審查第 447 條之相關適用。

簡而言之，既然第二審是否准許當事人提出新攻擊防禦方法之裁判結果，將影響最高法院之審查結果，則無法自最高法院維持下級審之裁判中看出最高法院究竟係「傾向適用第 447 條第 1 項第 3、6 款」允許當事人提出新攻擊防禦方法，而較傾向適用此二款例外事由；又或是最高法院是因下級審已經以第 3、6 款審理新攻防方法，而「傾向維持原審適用第 447 條第 1 項第 3、6 款」之結果。為避免上述混合觀察情況，本文選擇以「最高法院廢棄第 447 條各款裁判」作為觀察指標，排除最高法院「傾向維持」下級審裁判之影響，進而確切觀察最高法院究竟如何審查第 447 條各款例外事由。

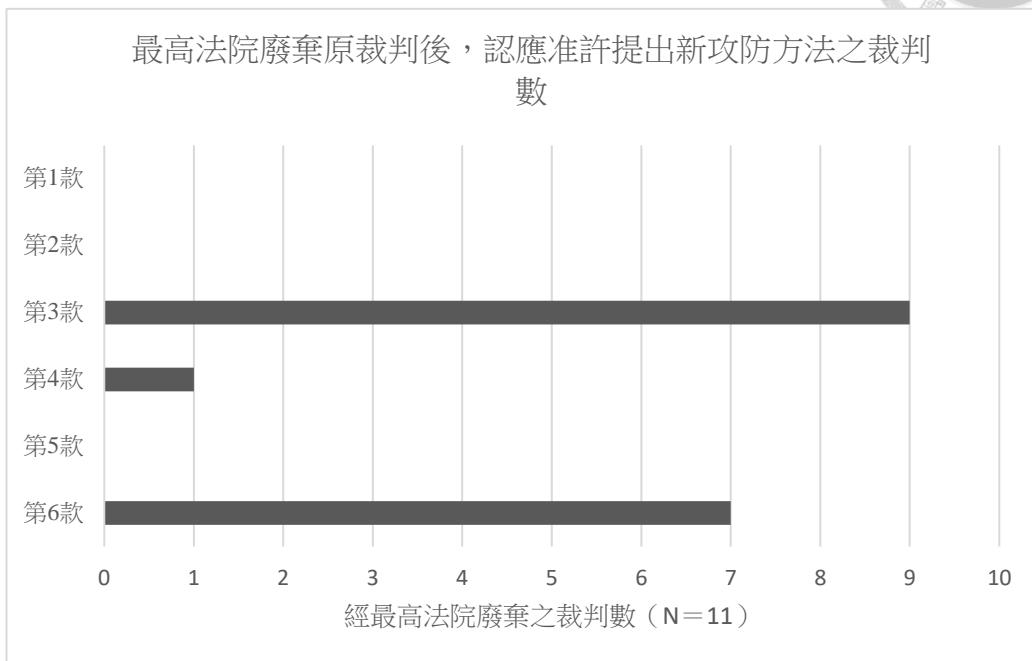
進一步從下圖五 最高法院廢棄原判決後，認應准許提出新攻防方法之裁判數可以發現，在 11 則被廢棄的裁判中，被廢棄之案件大部分皆是最高法院認為應該適用第 3、6 款，而下級審並未適用之。而認為應適用第 1、2、4、5 款之次數僅有 2 次，由此可以推論，於排除上開影響因素後，最高法院較傾向適用第 447 條第 3、6 款，作為准許當事人提出新攻擊防禦方法之例外事由。

可以質疑的點是，可能是這些個案中，較適合以第 3、6 款作為准許提出新攻擊防禦方法之例外事由，但在本文蒐集了五年的「全樣本最高法院判決後」，若這些個案皆較適合以第 3、6 款提出新攻防方法，這也某程度的代表第 3、6 款是「較容易使用的」例外事由，所以法院才會在眾多例外事由中，集中選擇第 3、6 款作為准許提出新攻擊防禦方法之要件。在此前提下，立法草案選擇此二款作

為修法之目標，並無違誤。



圖五 最高法院廢棄原判決後，認應准許提出新攻防方法之裁判數



說明：

- A.於本文之統計中，經最高法院廢棄之裁判數為 11 則，但上圖加總之之次數大於 11，係因為最高法院有時會認為應適用複數款的例外事由，故上述之總和大於 11。
- B.本圖之目的在於凸顯最高法院廢棄原裁判後，大多認為應以第 447 條第 1 項第 3、6 款，作為准許當事人提出新攻防方法之例外事由。且其餘四款中，僅有 1 則裁判適用之。

### 第三項 顯失公平之相關分析

#### 第一款 「無」理由的顯失公平

自圖四 最高法院適用民訴法第 447 條各款之次數可以發現，在本文統計的



50 則判決中，最高法院共在其中 27 則判決中有適用第 6 款的「顯失公平」，其中 18 則乃准許當事人提出新攻防方法，9 則駁回之。在此 27 則判決中，共有 5 則裁判並未說明「顯失公平」之理由，佔所有第 6 款中之 14.81%，大約每 7 件會有 1 件案件並未說明顯失公平之理由。

此情況例如 109 年度台簡抗字第 217 號裁定：「查抗告人所陳上述理由，係屬原第二審法院認定抗告人於原第一審已自承系爭本票之原因關係為兩造間之消費借貸，抗告人於原第二審改稱係第三人清償，非第一審防禦方法之補充，縱未准其提出，亦未顯失公平之事實當否之問題，與適用法規是否顯有錯誤無涉，且亦無所涉及之法律見解具有原則上重要性之情事。原法院因認抗告人之上訴不應許可，以裁定予以駁回，經核於法並無違誤」。於此處最高法院僅稱「縱未准其提出，亦未顯失公平之事實當否之問題」，並無說明顯失公平之判斷標準為何。

另外，尚有僅說明並未依第 447 條第 2 項釋明第 447 款各款但書事由，而逕依第 447 條第 3 項駁回之裁判，例如最高法院 107 年台上字第 1553 號民事裁定<sup>280</sup>、最高法院 108 年度台簡上字第 33 號判決<sup>281</sup>、最高法院 109 年度台上字第

---

<sup>280</sup> 「至上訴人在第一審係稱其出資與胡慶混、吳聲鉅等 3 人合夥購買系爭土地；於原審乃稱林進來將約定暫時歸林進來為所有權登記部分土地，以上訴人為所有權登記，係林進來對上訴人之贈與，屬新攻防方法，上訴人並未就民事訴訟法第 447 條第 1 項但書各款事由盡釋明之責，依同條第 3 項規定應予駁回，毋庸審究等情，指摘為不當，並就原審已論斷或其他與判決結果不生影響之贅述，泛言未論斷、論斷矛盾或違反經驗法則，而未表明依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之鑄造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。」

<sup>281</sup> 「又當事人提出民事訴訟法第 447 條第 1 項但書規定之新攻擊防禦方法，依同條第 2 項規定應負釋明之責；違反者依同條第 3 項規定，第二審法院應駁回之。原審本其取捨證據、認定事實之職權行使，合法認定系爭山莊經主管機關認定符合大廈條例施行細則第 12 條第 3 款規定，屬大廈條例第 53 條所定之集居地區，其管理及組織準用大廈條例之規定。原威靈頓公司所有之 00000、00000、00000 建號建物，於系爭區權人會議召開前已因拆除滅失，其所有權消滅，上訴人未能證明於該會議召開之際，已另行興建具備不動產要件之建物，該 3 建號建物不應計入系爭山莊總建物數。又上訴人未釋明其於第二審提出之新防禦方法（系爭區權人會議，非本人出席者，有欠缺合法代理之可能，該部分不應列入出席人數），有民事訴訟法第 447 條第 1

1396 號判決<sup>282</sup>。此 3 則裁判皆認為因當事人未釋明各款事由，而毋庸審酌當事人之主張，此種論述雖然並無直接涉及顯失公平認定之問題，但若未指明顯失公平之理由，當事人並無法知悉應如何釋明「顯失公平」，法院亦應可適當說明為何該等上訴之意旨並不符合顯失公平，以發揮最高法院統一法律見解之機能，並給予不諳法律運作之當事人，預測法院審酌邏輯之可能性。

再者，未附理由之裁判不但可能侵害當事人之聽審請求權，亦可能導致法院擴大顯失公平之適用範圍，使裁判之結果繫諸於法院之隨機心證，使本條之運作狀況違背嚴格續審制之立法意旨，並可能正當化修法草案所稱本款之「適用標準不明」，應予避免。

---

項但書規定之情形，原審依同條第 3 項規定，不予審酌。因以上揭理由，為上訴人不利之判決，經核於法並無違背。」

<sup>282</sup> 「又當事人除有同法第 447 條第 1 項第 1 款至第 6 款之情形外，不得於第二審提出新攻擊或防禦方法；上開第 1 款至第 5 款事由以不可歸責於當事人為限，第 6 款則規定限於如不許其提出顯失公平者。而依同法條第 2 項規定，上開各款事由應由當事人釋明之。林仲義就附表三編號 4、6 至 9 之請求部分，已於第一審言詞辯論程序與璟豐公司就遲延利息起算日已協議並簡化為自 105 年 8 月 10 日起算（附表三編號 4、6、9），或不請求遲延利息（附表三編號 7）；附表三編號 8 保證人津貼不足及利息部分，兩造於第一審已協議將 98 年度至 104 年度保證人津貼，於有理由時，金額為 146 萬 4834 元乙節列為不爭執事項，成立訴訟契約，為原審所確定。則兩造已於第一審整理並協議簡化爭點，就附表三編號 4、6、9 之請求部分，協議並簡化為璟豐公司如負遲延給付責任，其利息自 105 年 8 月 10 日起算；附表三編號 7 部分提撥勞退準備金部分，協議簡化為林仲義未請求遲延利息，即璟豐公司應否負民法第 233 條第 1 項之責任，已非爭點；編號 8 保證人津貼不足部分，協議並簡化 98 年度至 104 年度保證津貼為 146 萬 4834 元，林仲義復於第二審提出璟豐公司應負年終獎金、員工紅利及保證人津貼紅利（附表三編號 4、6、9）於 105 年 8 月 10 日前之遲延給付責任，就勞退準備金之提撥（附表三編號 7），於各應提繳日起負遲延給付責任；98 年 1 月至 104 年 1 月之保證人津貼金額，係 160 萬元 323 元，而非協議之 146 萬 4834 元等提出新攻擊、防禦方法，惟未能釋明可於第二審提出之事由，依民事訴訟法第 447 條第 3 項規定，原審駁回該項攻擊、防禦方法而不予審酌，自無違背法令可言。至本院 100 年度台上字第 801 號判決、98 年度台上字第 1821 號判決之案例事實，係有關年終獎金可否列入計算退休金之月平均工資、雇主解僱是否合法暨薪資計算等之爭執，與本件情形不同，尚無從比附援引。原審就此部分，以上揭理由為兩造各自敗訴之判決，經核於法並無違誤。」



## 第二款 適用顯失公平所考量之因素

本文依照學說所提出的六個標準，將 27 則適用第 6 款之裁判分別編碼，以發現最高法院如何論述「顯失公平」。如下圖六 顯失公平因素分析所示，最常適用的顯失公平內涵乃「實體不利益」，亦即法院係考量當事人實體法上之權利實現與否，而認為此乃「顯失公平」。將「實體不利益」做為顯失公平內涵之裁判高達 17 則，亦即大約三分之二的裁判適用實體不利益來判斷是否准許當事人提出新攻防方法，再者，更有 8 件裁判是「僅以當事人之實體利益」判斷是否顯失公平，佔大約三分之一（8/27）的顯失公平相關裁判<sup>283</sup>，此和前述學說批評顯失

---

<sup>283</sup> 於實體利益僅考量當事人實體利益之裁判，如 1.最高法院 106 年台上字第 2732 號民事判決：「次查當事人於第二審不得提出新攻擊或防禦方法。但對於在第一審提出之攻擊或防禦方法為補充，或如不許其提出顯失公平者，均不在此限，此觀民事訴訟法第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款及第 463 條準用第 276 條第 1 項第 4 款之規定自明。……。嗣第一審認定上訴人係將系爭房地贈與被上訴人，為上訴人敗訴之判決，上訴人因於原審主張：伊未贈與被上訴人系爭房地；倘認兩造間就系爭房地係成立贈與契約，伊亦已撤銷贈與，被上訴人應依不當得利之規定返還系爭房地予伊等語（見原審卷 197 頁以下）。則能否謂上訴人之主張不合於上開法條之規定，而不應准許，自滋疑問。原審見未及此，遽以前揭理由不予審酌，亦有未合。」；2.最高法院 110 年度台上字第 244 號判決：「再按，民事第二審為嚴格續審制，原則上當事人在第二審不得提出新攻擊或防禦方法，但其所提新攻擊或防禦方法，如符合民事訴訟法第 447 條第 1 項但書及第 463 條準用第 276 條第 1 項各款規定情形，並不當然發生失權效果。查上訴人於原審除延續晨曦綠邑社區建築基地之法定空地，不得分割之抗辯外，並以該社區係以 921 震災重建暫行條例相關規定，按系爭九二一開發計畫興建之社區，其建蔽率及容積率已依該計劃核定內容辦理，若將其法定空地分割，將變更九二一開發計畫審核通過之建蔽率及容積率等情，聲請法院調取重建開發計劃之相關資料（原審卷三第 199-200 頁、第 333-334 頁），參佐南投縣政府 103 年 8 月 7 日函亦稱其建蔽率及容積率應以九二一開發計畫核定內容辦理等情（原審卷三第 207 頁），果爾，系爭土地可否分割，與前述九二一開發計畫之內容，是否全然無關，如不允許調查，是否有失公平，非無研討之餘地。」；3.最高法院 110 年度台簡上字第 28 號裁定：「查當事人於簡易第二審程序中，除有民事訴訟法第 447 條第 1 項但書所列情形外，原則上固不得提出新攻擊防禦方法。惟如不許其提出顯失公平者，仍應許當事人提出。原第二審以被上訴人於第二審提出匯款資料、谷歌地圖等新攻擊方法，攸關系爭 2 紙本票債權存否，倘不許其提出，顯失公平，而准許其提出，於法並無不合。」；4.最高法院 107 年台上字第 946 號民事裁定：「依首揭說明，應認其上訴為不合法。末查原審以兩造約定之居間報酬，較上訴人所任勞

公平過於側重「實體利益」之結果相符，而使實體上之顯失公平凌駕於程序法上之顯失公平。但此解釋方式，應非立法者當初所欲想像之結果，蓋程序法上並非完全考量當事人之實體利益作為可否提出新攻防方法，即便要考量實體利益，亦應綜合其他程序法上之利益，相互權衡。但從圖六 顯失公平因素分析可以明顯發現，其他關於程序法上之衡量因素，如「程序不利益」，僅有 11 則裁判適用，可見法院仍較常適用實體利益作為判斷顯失公平之標準。

在程序不利益中，較常見的情況為第三審針對下級法院「有無盡其闡明義務」進行判斷，於 8 則判決中，有 5 則是法院認為下級審「未盡闡明義務」而認為具

---

務之價值，是否為數過鉅失其公平，攸關被上訴人應給付上訴人之報酬數額，如不許被上訴人提出民法第 572 條之抗辯，顯失公平，爰依民事訴訟法第 447 條第 1 項第 6 款規定，准其提出，經核並無違背法令之情形。」；**5.**最高法院 109 年度台上字第 1417 號判決：「又所謂『如不許其提出顯失公平』，係指為公平正義之實現，如依各個事件之具體情事，不准許當事人提出新攻擊或防禦方法，顯失公平者，應例外准許當事人提出之（本條立法理由參照）。本件被上訴人雖於上訴第二審後，始辯稱系爭折價協議為兩造通謀虛偽所簽立，應為無效等語，惟原審已說明此項新防禦方法，涉及法律行為是否無效，即使當事人於言詞辯論中未主張，法院仍得斟酌認定之，認於第二審如不許其提出有顯失公平之情事，已符合上開規定，並本其認事、採證及解釋契約之職權行使，以上述理由而為上訴人不利之論斷，經核於法並無違誤。」；**6.**最高法院 105 年台上字第 1006 號民事裁定：「又被上訴人主張有消滅上訴人請求之事由，提起本件債務人異議之訴，則被上訴人於第二審行準備程序時提出另件執行案件已將上訴人應獲償之金額予以提存，視同清償，而有消滅上訴人請求之事由云云，係對於在第一審已提出之攻擊方法為補充，且如不許其提出係顯失公平，依民事訴訟法第四百四十七條第一項規定，原審予以採用並斟酌後，為上訴人敗訴之判決，核無不合，附此敘明。」；**7.**最高法院 109 年台上字第 2509 號民事裁定：「未按當事人於第二審程序中，除有民事訴訟法第 447 條第 1 項但書所列情形外，原則上固不得提出新攻擊防禦方法。惟如不許其提出顯失公平者，仍應許當事人提出，以兼顧其訴訟權益，並維實質公平，此觀同條第 1 項但書第 6 款規定即明。原審以被上訴人於第二審提出財產提前規劃分配及贈與之抗辯，並提出廖偉政、林雅玲錄音譯文以為釋明，倘不許其提出，顯失公平，而准許其提出新防禦方法，經核並無違背法令。」；**8.**最高法院 108 年台上字第 1356 號民事裁定：「未上訴人原主張系爭遺言協議書於民國 81 年 5 月 15 日簽立，嗣因當日呂智仁仍未離開桃園療養院，且無家人探視，於系爭遺言協議書簽名之訴外人即兩造被繼承人呂龍波亦不在國內，上訴人乃更正主張系爭遺言協議書於同年 6 月間某假日簽立，原審以系爭遺言協議書之形式真正已因新事證而動搖，依民事訴訟法第 447 條第 1 項但書第 6 款規定，而准許被上訴人就系爭遺言協議書是否成立生效提出防禦，並無違誤，附此敘明。」

有顯失公平之情事，有 2 則認為下級審已盡闡明義務，而不准許當事人提出新攻防方法，不過，下級審法院是否盡其闡明義務，亦得適用第 447 條第 1 項第 1 款之「因第一審法院違背法令致未能提出者」。剩餘一則程序不利益之相關裁判，為當事人自起訴即已爭執某攻防方法之真正性並經刑事判決得以認定<sup>284</sup>，因而准許當事人提出該新攻擊防禦方法。

另外有關「當事人可否歸責」之變項，此乃第 5 款之例外事由，且立法理由明示「不可歸責乃第 1 款至第 5 款之先決條件」，即不可歸責乃是允許當事人於第二審提出新攻防方法之前提，故 3 則裁判以「可否歸責」論述「顯失公平」，其結果上和適用第 5 款並無差別，僅是用以此來補充顯失公平之論述。

「是否有延滯訴訟」之判斷基準，有許多學說認為此並非第二審法院應該判斷之因素，而僅適用於第一審之失權效。經本文之分析，仍有 4 則裁判提到「延滯訴訟」之相關論述，可見最高法院並非完全不考慮「延滯訴訟」之判斷標準，且有 3 則判決是認定「不會延滯訴訟」而允許提出新攻防方法，以此補充顯失公平之內涵。

最少被提及之變項乃當事人有無律師代理，可能較少當事人會以此作為判斷，唯一一則乃最高法院 109 年度台上字第 3166 號裁定：「上訴人於第一審即已提出相關單據及書證，上訴人於各審級均委任律師為訴訟代理人，前未爭執該等私文書非由名義人作成，遲至民國 107 年 7 月後始於原審爭執其形式真正，另於 108

---

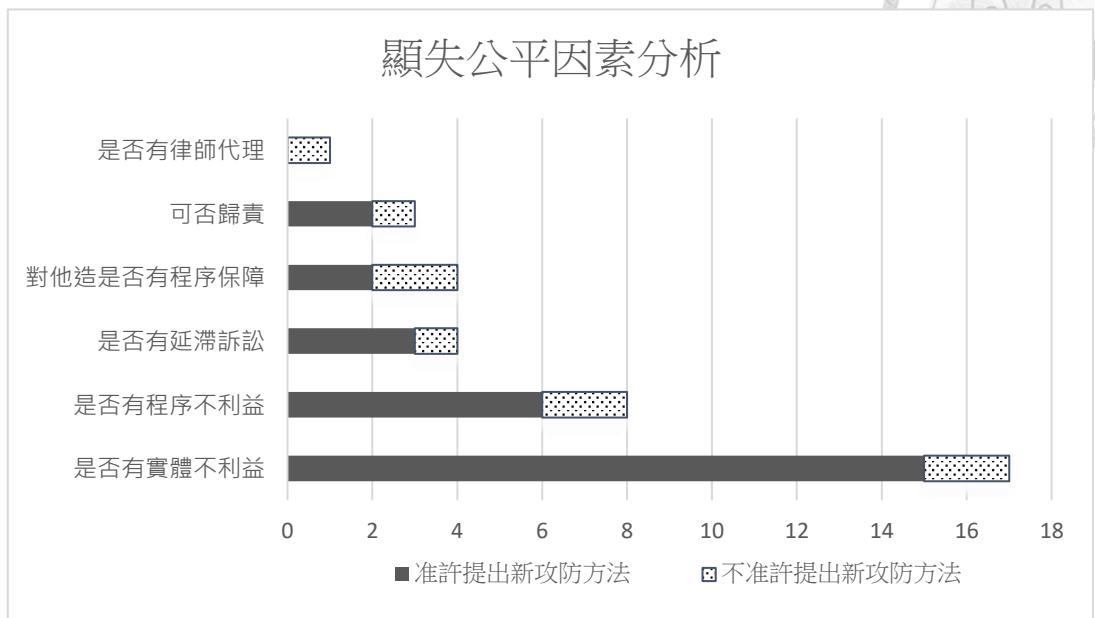
<sup>284</sup> 最高法院 106 年台上字第 389 號民事判決：「按當事人於第二審程序中，除有民事訴訟法第四百四十七條第一項但書所列情形外，原則上固不得提出新攻擊防禦方法。惟如不許其提出顯失公平者，仍應許當事人提出，以兼顧其訴訟權益，並維實質公平，此觀同法第四百四十七條第一項但書第六款規定即明。被上訴人固於第一審表示不主張通謀虛偽意思表示為攻擊方法云云（見一審卷(二)第七〇、七一頁），嗣於原審主張系爭買賣契約為通謀意思表示，（見原審卷(一)第一〇七頁、卷(七)第二八八頁）。審酌被上訴人於起訴伊始即爭執系爭土地買賣之真實性，且原法院一〇〇年度重上更(一)字第四八號刑事判決亦認定陳得源與上訴人間無買賣真意，如不許被上訴人於第二審提出防禦方法，顯失公平，原審准許被上訴人提出新攻擊方法，經核並不違背法令。」



年 2 月 15 日始抗辯先前係錯誤付款云云，乃新防禦方法，非屬已提出防禦方法之補充，亦無顯失公平之情形，依民事訴訟法第 447 條第 1 項本文規定，自不應准許其提出。」，乃以當事人各審級皆有委任律師為之，故無攻防上欠缺專業知識，而無顯失公平之狀況。

總結而言，若將本款刪除後，可能之影響係當事人不能依照「實體利益」和「延滯訴訟」與否作為例外事由，此二判斷因素，皆「非不可歸責於當事人之事由」，而無法被納入第 447 條其他之例外事由。而這種「無法被納入其他款項」之顯失公平案件比例，於下圖六 顯失公平因素分析所示，共有「因不允許當事人提出新攻防方法而有實體不利益」15 件，以及「允許當事人提出新攻擊防禦方法而不延滯訴訟」3 件，但因法院於論述顯失公平時，有時會將此二要素一起論述，經計算後，共有 15 件案件無法被納入其他款項中，而佔了所有適用第 447 條第 1 項第 6 款的 55% (15/27)。在假設其他所有審理事由皆相等之條件下，則未來可能導致有 55% 原先得以適用第 6 款之案件被駁回提出。

圖六 顯失公平因素分析



說明：

- A. 縱軸代表法院考量顯失公平之因素，橫軸代表法院判斷之次數
- B. 圖例之深色部分代表法院肯定該因素存在而准許提出新攻防方法，淺色部分代表法院否定該因素而不允許提出新攻防方法

### 第三款 和第3款一同出現的「顯失公平」

除了上述學說所提及之各種顯失公平之事由外，實務傾向使用之方式乃將第3款之「對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者」，作為論述顯失公平之方式。於本文所統計適用第6款之27則判決中，共有9則裁判將第3款之「攻擊防禦方法之補充」和第6款之顯失公平同時適用，此佔所有適用第6款裁判之三分之一。

於此似乎可以說明，顯失公平之適用可能有其不確定性，而需要仰賴其他款項之事由來做為補充，蓋有三分之一的案件皆和其他款一同適用，這也反映最高

法院將「已提出之攻防方法之補充」作為「顯失公平」論述之一環。

但依照立法理由所述，顯失公平應該是一個「補遺性」之規定，在有其他例外事由可以適用時，並無再提出其他例外事由之必要。而此究竟是第3款之規範過於寬鬆，導致當事人和法院必須以「顯失公平」作為加強論述之基礎，亦或是顯失公平之內涵被「補充第一審之攻防方法」所涵蓋，此問題並無法被本文回答。若是前者，則代表第3款有被修正之必要；若是後者，則代表法院並無必要同時提及二者。但本文於此無法知悉法院如此操作之原因，或許必須自質性研究始能知悉相關操作之原因<sup>285</sup>。

但本文以數據說明，第447條第1項第3款和第6款有很高度的重疊關係，此也造成顯失公平之論述可能被一部取代，而抽離原先其立法以「彌補其他款項」之存在消失，而不利於發展出獨有之意涵。

## 第四項 小結

本文發現最高法院判斷是否准許提出新攻擊防禦方法，會受到「第二審之審理結果」影響，亦即「第二審是否准許新攻擊防禦方法提出」和「第三審是否維持下級審見解」具有高度關係，故於觀察最高法院之裁判結果時，必須注意到此層面之影響。

另外在第447條第1項之各款例外事由中，最常被適用之例外事由乃第3款和第6款，此結果和過往之實證研究結果相符。但於觀察最高法院「傾向」適用哪幾款例外事由時，應將第二審法院之裁判結果合併觀察，此因素可能影響最高法院如何審查下級審裁判。為了避免第二審法院審理結果之影響，本文係以「最高法院經常以第二審法院未適用第447條第1項第3、6款為由廢棄下級審判

<sup>285</sup> 對於過往集中審理制度施行狀況之相關研究，得以參見：魏麗娟（2006），《我國民事訴訟集中審理制度審判效能之研究：以臺灣高等法院訴訟轄區為例》，臺灣大學管理學院高階公共管理組碩士論文。

決」，論述最高法院傾向適用此二款例外事由，此結果亦和修法草案所欲修正之對象相符。

最後，修法草案提及「顯失公平」為不確定之法律概念，為了明確化失權之要件，而有將其刪除之必要。但於本文整理最高法院適用顯失公平之各種因素後，結果發現最高法院於適用顯失公平時，最常考量之因素乃「實體利益」，亦即最高法院經常係考量若不允許當事人提出該新攻防方法，可能導致其實體權利上之不利益，因而允許其提出之，此結果亦符合第二審適用本條之普遍狀況，可見我國實務對於顯失公平之判斷重視當事人之實體正義<sup>286</sup>。另外學說所爭論之「訴訟延滯」之要件，於顯失公平之裁判中，仍有最高法院之裁判予以考量，且本文另外發現最高法院於適用第 6 款顯失公平時，經常將其和第 3 款混用，將第 3 款之事由作為補充「顯失公平」之論述，故本文可以某程度的回答立法草案中所提及之「顯失公平」要件不明之問題，而指出最高法院較常適用當事人之實體利益來判斷顯失公平與否。

至於此種事由是否正當、符合立法者當初之立法意旨，此乃價值分析之問題，並非本實證研究可以回應，但本文清楚的整理出「最高法院如何適用顯失公平」，得以提供立法者和實務工作者，一個較為清楚之輪廓，並提升適用本款之法預見性。

## 第四節 實證研究結論

自本章之實證研究可以發現，第二審適用第 447 條之案件量大約僅佔所有第二審民事事件的 5%，又大多之第二審案件皆係准許當事人提出新攻防方法<sup>287</sup>；在此 5% 之案件中，又僅有其中約 1% 之案件上訴（第 447 條案件狹義上訴率）。基於失權效之性質，大多之案件亦僅能廢棄「誤駁回提出新攻擊防禦方法」之裁

<sup>286</sup> 對於第二審裁判之類似觀察，參見：沈冠伶、林靖庭，前揭註 9，頁 99-107。

<sup>287</sup> 沈冠伶、林靖庭，前揭註 9，頁 96-97。

判，故於整體之觀察上，第二、三審之裁判大多是「允許」當事人提出新攻擊防禦方法。於本章中，筆者忠實的呈現實務運作第 447 條之結果「是什麼」，但是原則上「應該是什麼」，則有賴下一章之比較法上之觀察回答此問題，至於我國之立法者欲如何進行法制上的變革，此並非本章實證研究所能探討之議題。

針對修法草案所言第 3 款未審慎適用「不可歸責」之前提要件，此一樣態自本文之研究中無法看出，但可以說第 3 款乃最高法院最常作為廢棄發回之例外事由；針對修法草案稱第 6 款「適用標準不明」，經本文之研究之下，最高法院針對顯失公平應已有發展出一套適用標準，雖然標準如何仍有待評價，但應非如該草案所言之「適用標準不明」，反而應該係評價該「適用標準不當」，始應刪除，故於修法草案之說明而言，應可重新調整其用語，並可重新參考本文，就是否刪除第 6 款進行評估。

# 第五章 德國民事訴訟法第二審失權效與我國法之比較



## 第一節 德國民事訴訟第二審之目的論

於 2002 年施行的德國之民事訴訟改革法，提到當次民事訴訟法之重大改革係為使民訴法得以便民 (bürgernäher)、效率 (effizienter)、透明 (transparenter)，應付快速變化之社會變遷，以符合人民使用司法之期望。為達成效率並有品質之審判，該改革有四個主要目標，即「堅實的事實審」、「重新建構的上訴審」、「修正上訴規定」和「簡化並加速上訴程序」四者<sup>288</sup>。

為了達成上述目標，除了強化第一審之審理機能外，立法者改變第二審法院之功能，將其轉變成以「控制、糾正錯誤」之上訴審，明確化和事實審之目標不同<sup>289</sup>。

為達成此目標，德國法上之第二審做出許多程序之相關變革<sup>290</sup>，例如調高得以上訴第二審之訴訟標的金額，應達到 600 歐元或經第一審法院准許，始得上訴（德國民訴法第 511 條第 2 項）；並限制第二審法院得以審理之範圍，僅以民訴法第 529 條所限制之範圍為限，亦即「第二審法院須以下列事項為其審理及裁判之基礎：一、由第一審法院所確定之事實，但有具體根據足以對判決重要確認之正確性或完整性產生質疑，且有必要重新另為判決者，不在此限；二、新事實，但以其得被審酌者為限（第一項）；於非依職權應審酌之程序瑕疵，僅於該被廢

<sup>288</sup> Rauscher, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 1, 6. Aufl., 2020, Einl. Rn. 144 f; Schilken, Zivilprozeßrecht, 6. Aufl., 2010, Rn. 906；中文文獻部分參見：姜世明（2002），〈二〇〇二年德國民事訴訟法改革：總則與第一審部分〉，《月旦法學教室》，1 期，頁 77-78。

<sup>289</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 1.

<sup>290</sup> 相關說明亦可參考 Rauscher, (Fn. 288), Rn. 145.

棄判決已依第 520 條第 3 項主張者，始得審查。其餘情形，第二審法院不受被主張之上訴理由拘束（第二項）。」<sup>291</sup>，由此條可知，第二審法院所得以審查之事實範圍，以第 529 條所限定者為限，而明文第一審事實認定對於第二審之拘束力<sup>292</sup>。故第二審之功能僅於審查第一審於法律方面（第 546 條參照<sup>293</sup>）或事實上之錯誤（第 529 條參照），並以德國民訴法第 531 條來限制當事人提出新攻擊防禦方法之範圍，嚴格化第二審應審理之範圍。透過上述制度的改革，將大部分之事實認定責任賦予第一審法院，並將第二審法院定位為排除錯誤之功能<sup>294</sup>，於理解德國法第二審之制度目的後，以下將接續討論關於德國法上第二審之新攻擊防禦方法提出限制之相關規定，比較我國法上之制度和德國法上制度之異同，並回應本章之研究問題：第二審新攻擊防禦方法提出限制之解釋適用和修法方向，應如何規定較為妥適。

## 第二節 第二審失權效之制度目的

德國民訴法第 531 條之現行規定：

（第一項）

於第一審經正確排除之攻擊防禦方法，於第二審仍不得提出。

（第二項）

第一句：

新攻擊防禦方法僅在下列情形被允許提出：

1. 第一審法院明顯忽略某項爭點（Gesichtspunkt）或是該爭點經第一審法

<sup>291</sup> 中文翻譯，本文參照姜世明，前揭註 161，頁 107。

<sup>292</sup> Althammer, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 6., 23. Aufl., 2018, § 529 Rn. 1.

<sup>293</sup> 德國民訴法第 546 條規定：「違背法令，係指不適用法規或適用不當者。」

<sup>294</sup> Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011, § 73 Rn. 13；劉明生，前揭註 141，頁 28-30。

院認定不重要者

2. 因第一審法院之程序瑕疵而無法於第一審法院主張者，或

3. 非因當事人之過失，致未能於第一審提出。

第二句：第二審法院得要求當事人釋明容許提出新攻擊防禦方法之事實。



其修法前之條文為民訴法第 528 條<sup>295</sup>，其條文內容為：

(第一項)

第一句：

攻擊防禦方法，於下列規範法定期限之後始被提出（第 273 條第 2 項第 1 款、第 275 條第 1 項第 1 句、第 3 項、第 4 項、第 276 條第 1 項第 2 句、第 3 項、第 277 條），只有在法院依其自由心證，若准許將不會延滯訴訟，或當事人有充分的免責事由而遲延提出，始准許其提出該攻擊防禦方法。

第二句：

當事人應依法院之要求釋明免責事由。

(第二項)

<sup>295</sup> 第 528 條舊法較難搜尋，故將之附在註腳：「

- (1) 第一句：Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug entgegen einer hierfür gesetzten Frist (§ 273 Abs. 2 Nr. 1, § 275 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, 4, § 276 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3, § 277) nicht vorgebracht worden sind, sind nur zuzulassen, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt. 第二句：Der Entschuldigungsgrund ist auf Verlangen des Gerichts glaubhaft zu machen.
- (2) Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug entgegen § 282 Abs. 1 nicht rechtzeitig vorgebracht oder entgegen § 282 Abs. 2 nicht rechtzeitig mitgeteilt worden sind, sind nur zuzulassen, wenn ihre Zulassung nach der freien Überzeugung des Gerichts die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei das Vorbringen im ersten Rechtszug nicht aus grober Nachlässigkeit unterlassen hatte.
- (3) Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesen worden sind, bleiben ausgeschlossen.」

若攻擊防禦方法違反第 282 條第 1 項的適時提出，或是第 282 條第 2 項的適時通知者，只有在法院依自由心證認定該提出將不會延滯訴訟，或遲延提出者並無重大過失，始准許其提出該攻擊防禦方法。

(第三項)

於第一審經正確排除之攻擊防禦方法，於第二審仍不得提出。



本條之規範基礎，係考量到當事人於第一審具有「程序處分權」，在此前提下，當事人必須對其程序行為負擔自己責任。若當事人於第一審因過失之程序行為，未提出或遲延提出攻擊防禦方法，原則上在第二審即不應提出新攻擊防禦方法，毋需考量訴訟遲延之效果 (verzögerliche Wirkung) <sup>296</sup>。

相較於德國舊民事訴訟法第 528 條第 1、2 項應考量「訴訟遲延」，導致過多的新攻防方法得於第二審提出，新規定之修正有助於避免當事人將新攻擊防禦方法「逸脫到第二審 (Flucht in die Berufung)」，亦可同時達到「節省司法資源」之公共目的，兼顧公益層面之訴訟經濟<sup>297</sup>。

觀察民訴法第 531 條第 1 項，此規定係對應舊德國民訴法第 528 條第 3 項，排除在第一審經正確駁回的新攻擊防禦方法，其規範目的係為避免第一審已經失權之事實證據，遭第二審弱化，無法達成集中審理之目的，並促使當事人積極於第一審進行攻防<sup>298</sup>。

民訴法第 531 條第 2 項是以例示的方式，規定「例外允許」當事人提出新攻

---

<sup>296</sup> Rimmelspacher, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 2,6. Aufl., 2020, § 531 Rn. 1.

<sup>297</sup> Althammer, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 5., 23. Aufl., 2018, § 531 Rn. 5.

<sup>298</sup> Ball, in: Musielak/Voit, Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., 2022, § 531 Rn. 1.

擊防禦方法之事由<sup>299</sup>。即第一審法院因認事用法之錯誤，導致攻防方法無法於第一審提出，或因不可歸責當事人之事由而無法提出。在上述事由中，當事人對於未適時提出攻防方法並不可歸責，難以認為其係未盡自己責任，故應容許當事人於第二審提出新攻防方法<sup>300</sup>。



## 第三節 德國民訴法第 531 條之適用狀況

### 第一項 新攻擊防禦方法之提出狀況

參考德國法上之相關實證研究，其研究德國 2002 年新民訴法施行後（2002 年至 2004 年），新攻擊防禦方法之提出狀況為何。研究結果顯示，大多數當事人並未於第二審提出新攻擊防禦方法，有 78% 的邦法院之訴訟和 67% 邦高等法院之訴訟並無提出新攻擊防禦方法；當事人有於第二審提出新攻擊防禦方法之訴訟僅分別佔邦法院案件之 15%、邦高等法院之 20%，其餘為新攻擊防禦方法提出與否不明，分別佔 7% 和 13%<sup>301</sup>。

表十七 德國上之新攻擊防禦方法提出狀況<sup>302</sup>

	邦法院 (Landgerichte)	邦高等法院 (Oberlandesgerichte)
未提出新攻擊防禦方法	78%	67%
當事人有提出新攻擊防禦方法	15%	20%
是否提出之狀態不明	7%	13%

<sup>299</sup> Wulf, in: Beck'scher Online-Kommentar ZPO, 46. Ed., 2022, § 531 Rn. 1.

<sup>300</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 2.

<sup>301</sup> Hommerich/Prütting, Evaluation ZPO-Reform, 2006, S. 199.

<sup>302</sup> 整理並重新繪製自：Hommerich/Prütting, (Fn. 301), S. 199.

若當事人於第二審提出新攻擊防禦方法，有大約 60%的裁判最終係准許當事人提出新攻擊防禦方法，於邦法院有 62%的裁判准許當事人提出新攻擊防禦方法，邦高等法院有 59%准許當事人提出新攻防方法，可見當事人提出新攻防方法有較高的機會被法院所准許<sup>303</sup>，但較為可惜的是，資料中並無呈現修法前後之比較狀況，而無法就新攻擊防禦方法准許率進行觀察。

表十八 德國法之新攻擊防禦方法之准許率<sup>304</sup>

	邦法院 ( Landgerichte )	邦高等法院 ( Oberlandesgerichte )
駁回新攻擊防禦方法提出	38%	41%
准許新攻擊防禦方法提出	62%	59%

## 第二項 例外事由之適用狀況

在准許當事人提出新攻擊防禦方法之裁判中，法院最常用以准許當事人提出之例外事由乃第 531 條第 2 項第 1 款的「第一審法院明顯忽略某項爭點或是該爭點經第一審法院認定不重要者」，分別佔邦法院准許案件中之 54%，以及邦高等法院之 27%；其餘二款之例外事由被明確適用的比率較低，僅有第 3 款之「不可歸責」於邦法院有 8%的適用機率，且於邦高等法院並無明確被提及；且並無任何裁判係適用第 531 條第 2 項第 2 款之「下級審之程序瑕疵」之例外事由。但應注意的是，有高比例裁判中並無法直接辨明其准許提出之例外事由為何，故似乎亦無法推論德國民訴法第 531 條第 2 項第 2 款、第 3 款不太經法院考量<sup>305</sup>，且不同法院間對於適用例外事由之適用，具有統計學上之顯著<sup>306</sup>。

<sup>303</sup> Hommerich/Prütting, (Fn. 301), S. 199.

<sup>304</sup> 整理並重新繪製自：Hommerich/Prütting, (Fn. 301) , S. 199.

<sup>305</sup> Hommerich/Prütting, (Fn. 301), S. 199 f.

<sup>306</sup> Hommerich/Prütting, (Fn. 301), S. 200.

表十九 德國法第 531 條第 2 項例外事由之適用狀況<sup>307</sup>



	邦法院 ( Landgerichte )	邦高等法院 ( Oberlandesgerichte )
民訴法第 531 條第 2 項 第 1 款准許提出	54%	27%
民訴法第 531 條第 2 項 第 2 款准許提出	0%	0%
民訴法第 531 條第 2 項 第 3 款准許提出	8%	0%
准許提出之事由不明	38%	73%

### 第三項 實務工作者對於本條施行結果之感受

有研究針對德國 2002 年民訴法施行後 1000 日，對於實務工作者，包含法官、律師等進行問卷訪談，其訪問 297 位律師，視其如何看待第二審法院如何適用民訴法第 531 條第 2 項之例外事由。認為法院適用結果適當者 (sachgerecht) 有 19%，認為法院適用效果太廣泛 (zu extensiv) 者佔 24%，認為適用過於限縮者 (zu restriktiv) 有 15%，認為法院適用結果有明顯區別 (sehr unterschiedlich) 者最多，佔 42%，可見法院於當時適用新法時具有一定之不確定性，但亦有部分律師認為其並未有相關經驗，而未回答此問題，而仍應有其他研究進行深入調查<sup>308</sup>。

然而，德國民訴新法的確對於其實務運作造成影響，於該研究調查中之 203

<sup>307</sup> 整理並重新繪製自：Hommerich/Prütting, (Fn. 301), S. 199 f.

<sup>308</sup> Greger, Die ZPO-Reform—1000 Tage danach, JZ 2004, 805, 812. 其問題之原文為：Auf die Frage, wie die Berufungsgerichte den Ausschluss neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel (§531 Abs.2) ?

位律師中，有 63% 認為新法對於訴訟程序產生影響；且有 83% 的律師認為當事人將於第一審提出更多的事實證據、29% 的律師認為法院更廣泛的適用闡明義務、亦有 19% 的律師認為其將更認真的準備訴訟（上述問題為複選題）。將上述問題詢問數量雷同之第一審法官，其亦有感受到新法之修正對審理具有間接影響，有 65% 的法官感受到當事人提出更多事證，亦有 52% 的法官認為其因此加強闡明義務，但法官於問卷中亦提及許多律師所提出之事證較不完整，而欲使法官因疏未闡明而違反其闡明義務，使當事人於第二審有再行提出新攻防方法之機會<sup>309</sup>。

上述現象具有二者意涵，其一，代表部分律師提出更多事證，可能加重第一審法官之審理負擔，其二，律師所提出之資料較不完整，代表法官必須耗費更多的勞力、時間去審查相關事證。故論者認為，在增加事實審之審理工作時，必須適時增補法院相關之基礎人力，否則亦可能降低審理品質，但由此得以發現，德國民訴法修正應具有功效，而加強第一審法院之審理機能，得以作為我國修法方向之借鏡<sup>310</sup>。

## 第四節 德國法上第二審失權效之適用

### 第一項 構成要件

#### 第一款 攻擊防禦方法之意義

民訴法第 531 條第 1 項條文所失權之對象，乃經第一審駁回之「攻擊防禦方法」，故有必要探究攻擊防禦方法之內涵，以明確化本條之適用範圍。

德國法上之攻擊防禦方法，係指使當事人所欲主張之請求有理由的事實或法

<sup>309</sup> Greger, (Fn.308), S. 810.

<sup>310</sup> Greger, (Fn.308), S. 810.

律上的主張，常見的包括事實主張（Tatsachenbehauptungen）、抗辯、證據方法（Beweismittel）、證據抗辯（Beweiseinreden）之提出等。但起訴、反訴、上訴、法律上陳述(Rechtsausführungen)、援引經驗法則( die Berufung auf Erfahrungssätze)等，不屬於攻擊防禦方法，不受德國民訴法第 531 條所規範<sup>311</sup>。

## 第二款 經駁回之攻擊防禦方法

民訴法之第一審失權規定，有規定於民訴法第 296 條，其主要之失權規定可以分為兩項，其中第一項為針對特定事項之失權，而以設有法定期限為失權之前提，故其為「特殊訴訟促進義務」；而第二項係針對違反第 282 條之適時提出義務，第 282 條並未明確化攻防方法之時點，而係依照訴訟進行的時間、範圍而提出訴訟資料，而為「一般性訴訟促進義務」<sup>312</sup>，第 296 條之條文規定如下：

(第一項)

第一句：

新攻擊防禦方法，於下列規定法定期限之後始被提出（第 273 條第 2 項第 1 款、第 275 條第 1 項第 1 句、第 3 項、第 4 項、第 276 條第 1 項第 2 句、第 3 項、第 277 條）者，只在法院依其自由心證，若准許將不會延滯訴訟終結，或當事人遲延提出具有充分的免責事由時，始准許其提出。

第二句：

法院得要求當事人釋明免責事由。

(第二項)

新攻擊防禦方法，於第一審違反第 282 條第 1 項而未適時提出，或是未依第

<sup>311</sup> Rimmelspacher, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 2, 6. Aufl., 2020, § 520 Rn. 65.

<sup>312</sup> Prütting, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 6. Aufl., 2020, § 282 Rn. 4 f.

282 條第 2 項適時通知者，只在法院依自由心證，認定該新攻擊防禦方法提出將延滯訴訟或遲延提出者具有重大過失時，得駁回該攻擊防禦方法。

(第三項)

關於起訴合法性和被告得捨棄之異議遲延，只在被告對於延滯有免責事由時，始得允許之提出。

(第四項)

於第 1 項和第 3 項之情形，法院應要求當事人釋明不可歸責逾時提出之事由。

德國民訴法第 531 條之適用對象，通常係經第一審法院依據民訴法第 296 條第 1 項（特別性之訴訟促進義務）和第 2 項（一般性之訴訟促進義務），或基於第 340 條第 3 項第 3 句準用第 296 條第 1 項之第一審失權規定，已失權之攻防方法原則應於第二審持續失權，而不被第二審法院審酌<sup>313</sup>。

除了攻擊防禦之本身，不受第二審失權效之規範外，尚有其他不受民訴法第 531 條所規範之內容。例如於第一審言詞辯論終結後始提出之攻防方法，依民訴法第 296a 條第 1 句，原則上不允許當事人於言詞辯論終結後提出之<sup>314</sup>，其適用範圍和第 296 條不同，則此攻擊防禦方法得否被第二審法院所審酌，判斷依據並非依照第 531 條第 1 項，因其未經第一審法院判斷是否失權，不符合第 531 條文意之「經正確駁回之攻擊防禦方法」，而直接考量第 531 條第 2 項，視該攻防方法得以允許當事人提出新攻擊防禦方法之事由即可<sup>315</sup>。此外，若當事人之陳述不具一貫性 (unschlüssig) 或未具體化 (unsubstantiiert) 而遭駁回，其亦非本條第一項之適用對象，蓋其陳述不具一貫性或未具體，並非適用失權規範使其無法提出，

---

<sup>313</sup> Wöstmann, in: Saenger, Zivilprozessordnung, 9. Aufl., 2021, § 531 Rn. 2.; Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 4.

<sup>314</sup> 第 296a 條第 1 句之規定：「判決之言詞辯論終結後，不得再提出攻擊防禦方法」

<sup>315</sup> Huber, in: Musielak/Voit, Zivilprozessordnung, 19. Aufl., 2022, § 296a Rn. 3.

自然並非第 531 條第 1 項之適用客體<sup>316</sup>。



### 第三款 第一審合法駁回

第二審法院是否准許當事人提出新攻擊防禦方法，必須視第一審法院是否合法審理該攻防方法，第二審法院要使攻擊防禦方法失權，只有於確保當事人之「聽審請求權」下，始能為之<sup>317</sup>。

此意味著，若第一審法院僅根據德國民訴法第 296 條第 1 項而錯誤的使攻擊防禦方法發生失權，但忽略該攻擊防禦方法亦得適用民訴法第 296 條第 2 項予以失權，在此種「忽略其他失權規定」之情況下，第二審法院不得再根據民訴法第 296 條第 2 項，「回溯適用」駁回該攻擊防禦方法之事由，蓋第二審法院不得補正第一審法院對於第 296 條第 2 項之裁量權，而僅得審查原法院基於第 296 條第 1 項所為之失權裁量，是否正確、適法<sup>318</sup>。是以，第二審法院僅能「客觀審酌 (objektiv berechtigt)」第一審失權之事由，來評價原經駁回之攻防方法，若第一審法院錯誤的適用失權規定，第二審法院仍應准許當事人提出之，蓋第 531 條第 1 項所適用之前提，乃攻擊防禦方法經「正確駁回」<sup>319</sup>。

雖然第二審法院不得以不同之失權規定，回溯使攻防方法於第二審再度失權。但於另一種情況，乃第一審法院「錯誤論述」失權規定，導致原攻防方法被駁回，但第二審法院於客觀之訴訟資料中，發現有得以維持失權結果之相關事證，其是否得適用同一失權規定，維持第一審失權之結果？德國最高法院於此採取較為寬鬆之見解，其認為「若第一審錯誤地駁回該攻防方法，即便第二審法院於客觀之

---

<sup>316</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 4.

<sup>317</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 6.

<sup>318</sup> Ball, (Fn. 298), Rn. 8.

<sup>319</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 6.

訴訟資料發現，具有得以駁回之相關事證，仍應允許當事人提出該攻防方法」<sup>320</sup>，亦即第一審法院只要對於失權之前提要件為錯誤論述，第二審法院即應認為該駁回乃「不正確（zu Unrecht）」，而不應適用民訴法第 531 條第 1 項使該攻防方法失權；但有論者認為，最高法院之見解將「錯誤且無法補正而應允許提出攻防方法」，和「客觀上正當之失權」等同視之，而削減第二審失權之適用範圍<sup>321</sup>。

攻擊防禦方法是否被正確的駁回，有認為此應為一責問事項，而僅涉及當事人之利益，故法院僅需於當事人異議時審查之<sup>322</sup>。若第一審錯誤的駁回當事人之攻防方法，第二審法院得逕予許可當事人提出，若該程序存在重大瑕疵，而需耗費過遽之勞力、時間、費用調查之（德國民訴法第 538 條第 2 項第 1 句），第二審得將原判決廢棄發回原法院<sup>323</sup>。

#### 第四款 毋庸考量訴訟遲延

德國法上認為訴訟延滯乃第一審失權所應考慮之點（德國法民訴法第 296 條參照），而民訴法第 531 條並無此要件，故「訴訟遲延」與否，於第二審所提出之新攻擊防禦方法，毋庸考量之<sup>324</sup>。

### 第二項 失權效之法律效果

若第一審正確的駁回該攻擊防禦方法，根據第 531 條第 1 項，該攻防方法於

<sup>320</sup> BGHZ 166, 227 Rn. 19=NJW 2006, 1741; BGH NJW-RR 2019, 726 Rn. 18, 轉引自 Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 6, 註 19; Schilken, (Fn. 288), Rn. 908.

<sup>321</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 7.

<sup>322</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 8.

<sup>323</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 9.

<sup>324</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 11; Schumann/Krammer, Die Berufung in Zivilsachen, 6 Aufl., 2002, Rn. 465; Schilken, (Fn. 288), Rn. 909.

第二審仍不得提出。因此，對於經第一審所排除之事實證據，其於第二審亦應繼續失權<sup>325</sup>，此種「原則不准許、例外允許提出」新攻擊防禦方法之立法模式，得以促使當事人於第一審時即謹慎的進行訴訟，避免當事人隨意忽視第一審之審理，導致第二審肥大化<sup>326</sup>，而失權之效果，亦不因第二審法院將原判決廢棄而失其效力<sup>327</sup>。

## 第五節 失權效之例外事由

### 第一項 新攻擊防禦方法

攻擊防禦方法之概念，已如上述，但何謂「新」的攻擊防禦方法，是指於第一審言詞辯論終結前，並未被提出之攻防方法<sup>328</sup>。

至於該攻防方法是否屬「新」，必須取決於該攻防方法於第一審陳述之具體化之程度，若當事人於第一審之陳述不夠具體，於第二審才對該主張具體陳述，則屬「新」攻擊防禦方法；但若當事人於第一審之陳述已經具有一貫性，而於第二審針對該主張提出更多的事實證據予以具體化，則不屬「新的」攻擊防禦方法<sup>329</sup>；反之，若於第一審之他造主張並不實質爭執，於第二審始具體陳述，即屬新攻擊防禦方法<sup>330</sup>。例如，於第一審當事人並未具體化當事人之姓名，此並不屬於具體化之證據，若於第二審始具體陳述證人之姓名，則屬新攻擊防禦方法。若當事人於第二審聲明許多相關事證，法院必須逐一判斷該證據係屬於新攻防方法，

---

<sup>325</sup> Ball, (Fn. 298), Rn. 10.

<sup>326</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 14.

<sup>327</sup> Wöstmann, (Fn. 313), Rn. 7.

<sup>328</sup> Ball, (Fn. 298), Rn. 14.

<sup>329</sup> Wöstmann, (Fn. 313), Rn. 6 ; Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002, 2002, § 531 Rn. 8.

<sup>330</sup> 姜世明，前揭註 53，頁 692。

或應依第一項駁回之<sup>331</sup>。



## 第一款 「新」攻擊防禦方法之判斷應以第一審之提出程度進行判斷

案例一：本件之案例事實略為<sup>332</sup>：原告 X 對被告 B 醫院提出損害賠償，X 於 1998 年某次受傷而至 B 醫院就診，B 醫院診斷其尺骨骨折而替 X 進行手術，術後並以克氏鋼釘<sup>333</sup>穿刺，並以石膏等固定 X 之手臂。隨後於 1999 年 2 月拆除該克氏鋼釘後，X 陳述其右手手腕部分不適，右手拇指亦有麻木感。隨後 X 至 R 診所就診，R 診所認為其骨頭之治癒後位置不正而壓迫其神經，導致其有上述病灶。原告認為 B 醫院之醫師對於其骨折之醫療處置具有瑕疵，造成其癒後之骨頭位置不正，而對被告 B 醫院請求損害賠償。第一審法院駁回 X 之訴後，第二審法院認為第一審法院之裁判並無疑義，雖然 X 持續抗辯 B 醫院所進行之手術具有瑕疵，但鑑定人認為 B 醫院於進行克氏鋼釘之穿刺過程符合教科書標準（Lehrbuchstandard）之醫療常規，並無過失<sup>334</sup>。

X 於第二審提出，其認為以克氏鋼釘插入體內之固定效果較「外部固定器」差，而爭執 B 醫院並非施以最適當之「治療方式」。但第二審法院認為此提出為新攻擊防禦方法，而該鑑定人已經詳細的提出其鑑定意見，故 X 應於第一審針對該鑑定意見具有疑義之處詳細攻防，第一審法院既然已經賦予 X 充分攻防之

<sup>331</sup> Ball, (Fn. 298), Rn. 15.

<sup>332</sup> 以下整理自：NJW 2004, 2825-2828.

<sup>333</sup> 克氏鋼釘用以固定骨折位置，外部再以石膏固定該位置，而為骨折時常用之治療方式，得以參見：胡志中等（2022），四肢骨折手術與復健之克氏鋼釘固定技術，載於：  
[https://innoaward.taiwan-healthcare.org/news\\_detail.php?REFDOCTYPID=0r4iiqtm54d17vb&REFDOCID=0r5xuwm1vb8pmv6c](https://innoaward.taiwan-healthcare.org/news_detail.php?REFDOCTYPID=0r4iiqtm54d17vb&REFDOCID=0r5xuwm1vb8pmv6c)（最後瀏覽日：2023/03/09）。

<sup>334</sup> 第二審判決得以參照：NJW-RR 2003, 1652 = VersR 2004, 517.

機會，故法院並無任何程序上之違誤，且當事人並無德國民訴法第 531 條第 2 項之情形，而應駁回其提出之新攻擊方法，否則無法達成集中審理之修法目的<sup>335</sup>。

但聯邦最高法院將第二審之判決廢棄，而認為應採納 X 上述之抗辯，主要之原因有三：

其一，新攻擊防禦方法之判斷應以第一審之陳述作為判斷基準，若當事人於第一審之陳述空泛或首次提出，則該攻防方法應屬「新」攻防方法，但若當事人只是針對第一審攻擊防禦方法為更明確的陳述，則不應認為其屬於新攻防方法<sup>336</sup>。雖然 X 於第一審並無針對何謂最適當的治療方法進行爭執，但於判斷該提出是否屬於「新」攻擊防禦方法，必須衡量當事人提出事證之能力，於醫療訴訟中，當事人通常較無相對應之智識能力去理解醫療過程，故法院僅能適度要求 (maßvolle Anforderungen) 當事人提出事證，在此前前提下，當事人認為法院並非使用「最適方法」進行手術，只是具體化 B 醫院之治療過程並不符合醫療常規，故其應不屬於「新」攻擊防禦方法<sup>337</sup>。

其二，即便法院認為此屬於新攻擊防禦方法，法院仍得適用德國民訴法第 531 條第 2 項第 1 句第 3 款，認為當事人並無過失而得提出該攻防方法。聯邦最高法院認為下級審過度擴張當事人之注意義務程度，雖然當事人之注意義務原則上係以「抽象輕過失 (einfache Fahrlässigkeit)」作為標準，但於醫療訴訟中，當事人間具有知識、事證蒐集能力之不對等，故於事實證據之提出上，不宜採取相同標準，而應降低其注意義務<sup>338</sup>。是以，法院僅能適度要求當事人提出事證，不

<sup>335</sup> NJW 2004 , 2825 f.

<sup>336</sup> Wöstmann, (Fn. 313), Rn. 6 ; Meyer-Seitz, (Fn.329) , § 531 Rn. 8. ; 中文文獻得以參劉明生，前揭註 141，頁 38-39。

<sup>337</sup> NJW 2004, 2825, 2827.

<sup>338</sup> vgl. OLG Saarbrücken, NJW-RR 2003, 139, 140; OLG-Report 2003, 249, 250; KG, MDR 2003, 471 , 472 ; 轉引自 NJW 2004, 2825, 2827.

得要求當事人以私鑑定、自行於圖書館研讀相關醫學期刊以提出對於法院鑑定意見之抗辯，否則將過度提高當事人之注意義務，而應認為當事人於第一審所提出之醫療行為具有瑕疵之抗辯，已經足夠具體且盡到其事證提出之注意義務，而 X 於第二審再提出該固定方式並非「最適當」之療法，並不得認為其具有過失；且 X 於第一審已經向兩位醫療專家尋求法律意見，但並未獲得完整回復，此對其訴訟狀態不應產生影響，蓋當事人並無為了訴訟而學習醫療專業知識之義務<sup>339</sup>。

最後，於具體個案中，第一審法院亦有向鑑定人詢問該手術風險之問題，蓋鑑定人曾表示，於此種個案中以鋼釘固定傷口有 20% 的機率會出現失敗，而法院有必要詢問該手術方式應如何避免或減少此種風險<sup>340</sup>。

綜上所述，法院認為當事人所提出之新攻擊防禦方法應被採納，而將該案件廢棄發回，由此亦可發現於何謂「新」攻擊防禦方法之解釋上，應和第一審進行綜合比較，且亦有依照事件類型調整之可能性存在。

## 第二款 私鑑定報告為原提出防禦方法之答辯<sup>341</sup>

案例二：本件是關於於第二審所提出之「私鑑定」是否為新攻擊防禦方法之

---

<sup>339</sup> NJW 2004, 2825, 2827.

<sup>340</sup> NJW 2004, 2825, 2827 f.

<sup>341</sup> 私鑑定於我國並非法定之證據方法，但可以將私鑑定報告書作為書證，而予以證據調查，相關論述得以參見：許士宦（2004），〈私鑑定之證據能力及證據價值〉，《月旦法學教室》，16 期，頁 10-11。肯定私鑑定為證據方法之實務見解，亦可參照最高法院 106 年度台上字第 1494 號裁定：「……（五）法院就鑑定人之鑑定意見可採與否，應踐行調查證據之程序而後定其取捨（本院 79 年台上字第 540 號判例參照），又當事人於訴訟外自行委任機關、團體或具特別知識之人就觀察事實結果提出報告之文書，與鑑定機關或團體就鑑定事項鑑定或審查鑑定意見後提出之鑑定書，同為證據之方法，如有不一，究以何為準，法院仍應經調查後依自由心證判斷之，非可逕以該文書係當事人於訴訟外自行委託鑑定為由而否定其證據力。原審就環保局提出環工技師公會作成之報告書及國立嘉義大學關於木作項目應拆除重作之報告書，未說明其實質上有何不足採之理由，僅以各該報告係環保局於訴訟外自行委託鑑定為由，拒予採納，所踐行之證據

裁判，其案例事實略為<sup>342</sup>：原告 X 於 2001 年，委任被告 Y 規劃 A 屋屋頂之維修方案，而該工程係由 M 公司進行，於 M 公司之施工期間，因屋頂的施工瑕疵導致施工中的瀝青滑落。原告 X 要求 M 公司修補未果，因而對 M 公司聲請獨立證據程序（selbstständiges Beweisverfahren），相當於我國證據保全程序。於該程序中，法院之鑑定人考量 A 屋屋頂之傾斜程度，認為被告 Y 所建議之施工材料不適合 A 屋。於鑑定後，原告也對被告 Y 進行證據保全，隨後基於對屋頂修補之部分損害，要求 Y 對 X 給付 10 萬歐元。

第一審法院認為原告之請求有理由，而判決原告 X 勝訴，隨後被告 Y 上訴至第二審，並提出一份於判決後所取得的私鑑定報告，而欲對法院鑑定人之意見進行抗辯，但第二審法院認為這個私鑑定遲延，因此駁回被告 Y 之第二審上訴<sup>343</sup>。隨後 Y 針對此進行上訴，第三審法院認為 Y 之上訴有理由，將二審法院廢棄發回。

首先，第二審法院認為被告所提出之私鑑定不應提出，依據德國民訴法第 529 條第 1 款、第 531 條第 2 項，被告本應在第一審提出該私鑑定，蓋被告 Y 於證據保全程序即已知悉法院鑑定之結果，而 Y 並未於第一審提出異議，亦無任何於第二審提出新攻防方法之正當事由，因而駁回了 Y 所提出的私鑑定。

但聯邦最高法院認為，當事人所提出的私鑑定並非「新」攻擊防禦方法，而僅是抗辯該瑕疵之成因乃 M 公司的施工錯誤所生，故私鑑定僅是強調、澄清 Y 第一審之陳述，使「M 施工瑕疵」更加明確，並非屬「新的」攻防方法<sup>344</sup>。

---

調查程序，亦有未當。」

<sup>342</sup> 以下整理自：NJW 2007, 1531, 1531 f.。

<sup>343</sup> 第二審判決得以參照：OLG Stuttgart, BeckRS 2007, 03082，轉引自：NJW 2007, 1531, 1531 f.

<sup>344</sup> NJW 2007, 1531, 1531 f.；相關見解亦可參考：BGHZ 164, 330, 333 = NJW 2006, 152；BGHZ 159, 245, 251 = NJW 2004, 2825.

再者，儘管第二審法院認為被告 Y 於第二審始提出該私鑑定，具有過失而遲延提出。但聯邦最高法院認為，若該專業知識通常僅能透過諮詢專家取得，當事人即無義務以私鑑定的方式，對法院之鑑定結果進行異議，且此種情況不限於上述之醫療訴訟，於一般需要專業知識之領域，亦得適用此原則<sup>345</sup>。是以，若當事人於第二審提出相關之專業意見，不應認為此屬於新攻擊防禦方法而限制當事人提出，否則即屬侵害當事人之聽審請求權(德國基本法第 103 條第 1 項參照)。

### 第三款 小結

於德國法上亦有准許當事人於第二審提出攻防方法之可能，但其判斷之基準為該攻防方法是否於第一審「具體陳述」，若該攻防方法於第一審僅係空泛之論述，則於第二審提出之攻防方法即屬「新」攻防方法。至於其應提出之具體程度為何，應視該攻防方法本身是否涉及專業知識而不可期待當事人提出，例如於上述兩個案例，德國聯邦最高法院皆以當事人於第一審已經有具體提出攻防方法，而准許當事人於第二審再針對該攻防方法予以補充，不予以失權。

但探究其背後之意旨，大部分皆係衡量當事人於第一審提出該攻防方法之義務，若當事人已經提出符合其義務範圍之攻防方法，則其於第二審所提出之新事實，則不應被視為「新」攻防方法。例如於案例一，法院認為當事人已經盡其可能於第一審提出攻防，儘管其第二審始提出醫方治療方式選擇有瑕疵之陳述，但德國聯邦法院亦准許其提出；於案例二，德國聯邦最高法院進一步認為，若該攻防方法「通常必須透過專家提供意見，則不得期待當事人於第一審提出之」，故允許其於第二審就該專業事項提出私鑑定，而使「新」攻擊防禦方法之判斷同時

---

<sup>345</sup> NJW 2007, 1531, 1531 f.；相關見解亦可參考：BGHZ 164, 330 [335] = NJW 2006, 152；BGHZ 159, 245, 253 = NJW 2004, 2825.



蘊含事證提出可能性之考量。

簡言之，若當事人已經盡其可能的於第一審提出攻防，則其第二審始提出該事證，應屬不可歸責而應准許當事人提出；反之，若當事人於第一審具有提出之可能，則應認為當事人違背其適時提出義務而應認為該攻防方法屬於「新」，再依照德國民訴法第 531 條第 2 項判斷是否有得以提出之免責事由，若無則應駁回當事人之新攻擊防禦方法。

## 第二項 例外事由之概觀

2002 年施行之德國民事訴訟法改革法案，將第二審變成一個「糾正、排除瑕疵」的第二審，相應的也修改民事訴訟法關於第二審提出新攻擊防禦方法之限制。而將新攻擊防禦方法之提出，更正為「僅有符合第 531 條第 2 項之各款事由」，始得准許提出，並更正刪除過往「不致訴訟延滯」之要件，以加強失權之效果<sup>346</sup>。

本項之合憲性並未受到挑戰，考量到第二審之功能轉變為糾正、排除第一審錯誤之審查，故其基本上得以審查之訴訟資料範圍，係以「第一審之事實認定」為準（參照民訴法第 529 條）<sup>347</sup>。學說上亦認為，此立法並未侵害憲法所賦予的司法給付請求權（verfassungsrechtlichen Justizgewährungsanspruch），儘管德國基本法對於上訴制度具有保障，但對於上訴制度應採取何種設計，即第 531 條應設有何種例外事由，應屬於立法者之立法權限，而立法者透過民訴法之修正，將民訴法之審查範圍縮減為僅針對「有限之事實審查」，應屬立法者之正當權限<sup>348</sup>。此外，第 531 條第 2 項第 1 句亦無侵犯憲法上的聽審請求權，蓋當事人仍有足夠

<sup>346</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 101；對修法表達正面之看法，參見：Bamberger, Die Reform der Zivilprozessordnung-Eine Wirkungskontrolle, ZRP 2004, 137, 140.

<sup>347</sup> Ball, (Fn. 298), Rn. 16.

<sup>348</sup> Althammer, (Fn. 297), Rn. 22.

的機會提出攻擊防禦方法，而第 531 條第 2 項第 1 句第 3 款所限定之「不可歸責於當事人」，始能提出新攻擊方法，看似係對於新攻防方法之限制，但此限制僅適用於第二審，當事人於第一審仍有提出該攻防方法之機會。若要質疑本條之合法性，僅有於當事人「於第一審及時提出新攻防方法且不可歸責」攻防方法，但該攻防方法仍被排除時，始有違憲之疑慮。但第 531 條第 2 項第 1 句第 3 款仍然設有「不可歸責」之要件，保障當事人仍有提出攻防方法之機會，故本條之規定應屬合憲<sup>349</sup>。

### 第三項 新攻擊防禦方法於第一審法院明顯忽略或是被認為不重要的觀點

關於第二項第一句第一款之例外事由，係該攻擊防禦方法於第一審中，被明顯忽略或被認為是一個不重要的觀點（Gesichtspunkte）。此款例外事由，係當事人有於第一審提出該項觀點，但該觀點經當事人上訴而轉移至第二審，而第二審法院認為第一審法院違反德國民訴法第 139 條第 2 項之闡明義務，而應賦予當事人於第二審有機會補行提出該新攻擊防禦方法。為避免其於第二審因未提出的攻防方法而敗訴，偏離第一審之訴訟結果，而應以此款例外事由彌補第一審之錯誤<sup>350</sup>。有學說認為，此款原則上得以被同條項第 3 款所包含，但立法者為強調合法聽審請求權的保障，故特別予以明定<sup>351</sup>。

所謂「觀點」，係指判決做成之「事實上或法律上理由或推論」，法律上並無要求區分事實上或法律上觀點，故此處所應在意之點，反而是何謂「忽略」或是

---

<sup>349</sup> Althammer, (Fn. 297), Rn. 22. 其所引用之最高法院裁判為 BverfG NJW 2005, 1768f.

<sup>350</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 20.

<sup>351</sup> 姜世明（2009），〈遲延提出攻擊防禦方法之失權〉，《民事程序法之發展與憲法原則》，二版，頁 283-284，元照。

「不重要」。所謂經忽視（Übersehen）之觀點，係指該觀點於審理過程中或判決前已提出之觀點，但法院並未將此觀點納入其判決之考量中<sup>352</sup>。經法院認為該觀點不重要（unerheblich gehalten）是指，雖然法院有將觀點納入考量，但認為該事實上或法律上之觀點，對於判決結果並不生影響，而被視為不相關（irrelevant）之觀點。但該該點是否被忽視或被認為不重要，皆必須透過「客觀」之訴訟資料來檢驗之<sup>353</sup>。

本條常見之適用狀況，如：當事人於第一審原所欲提出之主張，在對造之抗辯下，第一審法院錯誤的忽略該攻擊防禦方法而不允許提出相關證據，則第二審法院應准許當事人再於第二審提出之；或於請求權競合之情況（例如得以依照契約來請求損害賠償），而第二審法院以被第一審忽略的不當得利請求權，允許當事人提出該請求權<sup>354</sup>，且基於法官之法原則（iura novit curia），即便於上訴理由中並不包含對於「法律定性」不同之相關論述，但法官基於其認事用法之權限，仍得依職權正確適用法律，而依其法律觀點解決紛爭<sup>355</sup>；惟若法院對於該觀點，已於第一審闡明當事人提出，此種情況則不適用本款之例外事由，該攻防方法並未被法院忽略，而係當事人並未適時提出，第二審法院不應再行准許此攻防方法

---

<sup>352</sup> Althammer, (Fn. 297), Rn. 14.

<sup>353</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 21.

<sup>354</sup> 此例子於我國實務見解之舊訴訟標的理論操作下，或許應適用民訴法第 446 條之第二審訴之追加來操作，蓋契約請求和不當得利構成不同之實體法上請求，應可屬於訴之追加。但亦有見解認為於同一實體法上權利，若僅係法律定性不同，基於法官知法原則，應僅有一個訴訟標的。參見：許士宦（2007），〈法律關係之曉諭義務最高法院有關決議、裁判之檢討〉，《台灣法學雜誌》，98 期，頁 130-134；沈冠伶（2012），〈民事醫療訴訟中關於侵入性醫療行為說明義務之舉證責任：最高法院 99 年度台上字第 2428 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，207 期，頁 62-63；沈冠伶（2017），〈訴訟標的之闡明與紛爭一次解決（下）：從闡明制度論法院之協力及當事人之處分〉，《月旦法學雜誌》，262 期，頁 140-142。

<sup>355</sup> Schumann/Kramer, (Fn. 324), Rn. 471.

於第二審提出<sup>356</sup>。



## 第四項 因第一審法院之程序瑕疵而無法於第一審主張

根據本條第 2 項第 1 句第 2 款之規定，其主要是規範第一審法院具有程序上瑕疵，導致當事人無法於第一審提出攻擊防禦方法，此種情況應准許當事人提出之。蓋基於德國基本法第 103 條第 1 項規定，當事人具有請求法院公平審判之權，若第一審因錯誤的訴訟指揮 (fehlerhafte Prozessleistung)，例如違反第 136 條第 3 項（審判長之意見聽取）、第 139 條（訴訟指揮）、第 273 條第 2 項第 1 款（準備程序之書狀提出）、第 279 條第 3 項（證據調查結果之討論義務）等，而使當事人無法提出攻防方法<sup>357</sup>。

另外常見之情況亦有法院未依第 139 條第 2 項善盡其闡明義務，使當事人未提出攻防方法，此種錯誤亦屬於本款例外事由所稱之程序瑕疵<sup>358</sup>，且闡明義務之違反，和當事人遲延提出新攻防方法是否可歸責，應區別以對，即便當事人對於遲延具有故意過失，但法院違反其闡明義務，仍應允許當事人於第二審提出新攻防方法<sup>359</sup>。因此有見解認為，本款事由之存在將大幅度的提升闡明義務於訴訟上之重要性，但此也影響到法院必須注意其闡明義務之範圍，例如是否應對當事人闡明時效抗辯、於消費訴訟中是否應對當事人闡明其具有撤回權等<sup>360</sup>；於訴訟之心理上，亦有當事人和律師善用此種法院之闡明義務，若其不欲他造當事人於第二審再行提出新攻擊防禦方法，其得以促使法官向他造為必要之闡明，使他造於

<sup>356</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 22.

<sup>357</sup> Althammer, (Fn. 297), Rn. 16.

<sup>358</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 22.

<sup>359</sup> Althammer, (Fn. 297), Rn. 16.

<sup>360</sup> Heiderhoff, Die Tatsachenbindung des Berufungsgerichts nach der ZPO-Reform, JZ 2003, 490, 495 .

不得再於第二審主張法院具有「違反闡明義務」之事由<sup>361</sup>。

但此「程序錯誤」存在之前提，乃第一審法院之法律見解正確，若第一審法院對於法律為錯誤之解釋 (fehlerhafte Rechtsauffassung)，導致未對於特定攻防方法進行闡明，此時並非程序進行有錯誤，故應適用之例外事由應是同項第 1 款或第 3 款，而非適用此處之第 2 款之「第一審具有程序瑕疵」<sup>362</sup>。

## 第五項 非因當事人之過失而無法於第一審提出

### 第一款 言詞辯論終結後產生之新攻防方法

通常而言，於言詞辯論終結後產生之攻防方法，因不可期待當事人於第一審言詞辯論終結前提出，原則上應接受當事人於第二審提出該攻防方法<sup>363</sup>，蓋當事人對於未即時提出攻防方法並無過失。此種攻防方法可能是新發生之事實，亦可能是根據「已發生事實」所提出之新證據<sup>364</sup>。蓋程序法上之失權制度，並非為了改變實體法之狀態，僅是促使當事人適時提出攻防方法，若無法期待當事人於第一審提出該攻防方法，即不得評價當事人對於逾時提出具有「過失」，否則可能造成訴訟之過度促進<sup>365</sup>。

相對而言，於「言詞辯論終結前」即存在之攻擊防禦方法，其是否得於第二審提出，即必須判斷當事人之過失與否，而不區分當事人提出之抗辯係事實抗辯

<sup>361</sup> Heiderhoff, (Fn. 360), 495 f.

<sup>362</sup> Ball, (Fn. 298), Rn. 18.；第 531 條第 2 項第 1 款主要適用在法院錯誤判斷實體法觀點，第 531 條第 2 項第 2 款主要用於法院正確適用實體法，但具有程序瑕疵之狀況，見：劉明生，前揭註 141，頁 42-43；亦有見解認為於此種情況，係可有能適用本條項第 2、3 款，參見 Althammer, (Fn. 297), Rn. 16.

<sup>363</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 101 f.

<sup>364</sup> Althammer, (Fn. 297), Rn. 17.

<sup>365</sup> Ball, (Fn. 298), Rn. 19a.

或權利抗辯<sup>366</sup>。以時效抗辯為例，若該時效抗辯於第一審已得提出，但當事人遲於第二審始提出之，通常會認為當事人對該遲延提出具有過失<sup>367</sup>。儘管法院審理時效抗辯，通常不會造成訴訟延滯，但考量立法者將「訴訟延滯」之要件刪除，以達到審理集中化，並促使當事人於第一審盡速提出攻防方法之意旨，仍應將時效抗辯納入失權之範疇，始能貫徹將第二審作為「錯誤審查」之事後審目的<sup>368</sup>。

## 第二款 過失之標準

本條所指的過失是指「抽象輕過失」，一致化失權之主觀要件，不再如舊法第 528 條之第 1 項、第 2 項分別區分失權之歸責程度<sup>369</sup>。當事人是否具有過失，得以下標準進行判斷：「(1)於言詞辯論終結以前，依照其所必要之注意能力，當事人是否明知或可得而知該攻防方法和裁判結果之相關性，且(2)當事人亦有能力提出之」<sup>370</sup>。但此注意義務之標準，對於「無律師代理」之當事人，仍應採取舊法下之「重大過失」之標準，以避免對於無法律專業之當事人，產生過於不利之訴訟結果<sup>371</sup>。

若當事人基於錯誤之認知，認為該攻防方法對於裁判結果不重要，而無提出該攻防方法，則此該當「明知或可得而知該攻防方法和裁判結果之相關性」的第一要件。但並不代表當事人對於「所有現存事實」皆具有探知之義務，例如於醫療訴訟中，病方（和其訴訟代理人）並無義務為了訴訟而學習相關醫療知識<sup>372</sup>。

---

<sup>366</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 27

<sup>367</sup> Althammer, (Fn. 297), Rn. 20.

<sup>368</sup> Althammer, (Fn. 297), Rn. 20.

<sup>369</sup> Schumann/Kramer, (Fn. 324), Rn. 467；姜世明，前揭註 351，頁 284-285，元照。德國舊法第 528 條第 1 項之歸責程度為抽象輕過失，第 528 條第 2 項之歸責程度為重大過失。

<sup>370</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 29.

<sup>371</sup> Althammer, (Fn. 297), Rn. 17.

<sup>372</sup> NJW 2004, 2825 (2827).

至於第 2 要件是否該當，則要視當事人於第一審之期間內，得否透過合理的調查獲得該等證據，若依照其能力無法獲得或法院並未給予合理之期間，則不得謂當事人違反其提出之義務而有過失<sup>373</sup>。



## 第六項 其他允許提出之例外事由

除了上述三種例外事由所允許之事由，德國實務上亦有承認以下幾種攻防方法得於第二審提出。例如：於第二審所提出之事實主張乃當事人間不爭執（nicht bestritten）或該攻防方法經他造同意（zugestanden），該攻擊防禦方法得直接作為法院判斷之基礎，故應許當事人提出<sup>374</sup>。

若該新攻擊防禦方法，同時涉及當事人上訴之合法性（Zulässigkeit）及有無理由（Begründetheit），而屬二者相互競合之雙重關聯性事實（doppelrelevante Tatsachen），此新攻防方法亦不會失權<sup>375</sup>。如當事人主張其無行為能力，此抗辯涉及其訴訟能力存否，以及其法律行為之效力，法院必定需要審理起訴合法性存否之事實，故使當事人提出此新攻擊防禦方法，不會使法院重新耗費認定事實之勞力、時間、費用，且若駁回此事實，亦可能有法院認定矛盾之問題，故應使當

---

<sup>373</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 28.

<sup>374</sup> 相關爭議得以參見：Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 30；Meyer-Seitz, (Fn. 329), § 531 Rn. 8.；Schumann/Krammer, (Fn. 324), Rn. 475；Schilken, (Fn. 288), Rn. 909。國內文獻之相關討論，可參考劉明生，前揭註 141，頁 40-41，其對此觀點持反對見解，認為僅有符合第 531 條第 2 項各款之情形，始能准許當事人提出，否則將削減德國新修法之目標。另有學說認為，德國此種之解釋方式是因為其例外事由較少，故需透過法律解釋將其適用範圍擴大，但我國已經有六款准許提出之事由，不應和德國法作相同之解釋，如有必要，亦應僅限於「毋庸進一步調查證據者」為限，此論述得以參考：吳從周（2013），前揭註 151，頁 76-77。

<sup>375</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 19, 30；國內文獻之相關討論，可參考劉明生，前揭註 180，頁 200-201。其指出之雙重關聯性事實乃：「如當事人於第一審已提出特定之事實主張，因於第二審訴之聲明擴張繼續使用該事實資料，則並非新事實主張之提出，而為所謂雙重相關之事實」。

事人提出雙重關聯性事實<sup>376</sup>。



## 第六節 例外事由之釋明

根據第 531 條第 2 項第 2 句，第二審法院得要求當事人釋明容許提出新攻擊防禦方法之事實<sup>377</sup>，但釋明並非准許當事人提出新攻防方法之許可要件，而是證據方法，仍可於上訴理由提出期間後為之 (nach Ablauf der Begründungsfrist)<sup>378</sup>，亦可能要求其於言詞辯論期日前釋明之<sup>379</sup>，至於該攻防方法是否釋明成功，應依第二審法院之自由心證裁量之<sup>380</sup>。

## 第七節 第二審新攻防方法提出限制之救濟

針對第二審法院適用第 531 條，得否上訴請求救濟，考量第 531 條第 1 項之前提要件乃第一審法院正確 (zu Recht) 的排除之攻防方法，於第二審應繼續排除之，故得以第一審法院是否正確的適用失權規定，來作為區分之標準。

針對第一種情況，即第一審法院錯誤 (zu Unrecht) 適用失權規定，而第二審法院忽略第一審法院之錯誤，未適用第 2 項之例外事由允許當事人提出新攻防

---

<sup>376</sup> NJW 2013, 2929, 2931.

<sup>377</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 102.

<sup>378</sup> 亦有將此翻譯為「陳明期間」，參照：林明晰（2009），〈公務人員保障救濟程序中暫時權利保護制度之研究：以保訓會之停止執行為中心〉，《公務人員保障暨培訓委員會委託計畫》，頁 82。此係規定相對於我國民訴法第 444 條之 1 的規定，修法草案亦有針對上訴理由提出期間進行修正，而擬將該條第 1 項修正為「上訴狀內未表明上訴理由者，審判長應定相當期間命上訴人提出上訴理由書；逾期未提出者，第二審法院應以裁定駁回之。」，第二項修正為「上訴人有律師為訴訟代理人，未於提出委任書後二十日內表明上訴理由，除有正當理由經審判長准許延長者外，第二審法院不行前項程序，逕以裁定駁回其上訴。」相關說明得以參見：姜世明（2020），〈民事訴訟法之改革、前瞻與迷惘〉，《月旦法學教室》，300 期，頁 160-161。

<sup>379</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 22.

<sup>380</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 101 f. ; Althammer, (Fn. 297), Rn. 23.

方法，而「誤駁回」當事人之攻防方法。於此情況，原則上應使當事人具有上訴救濟之機會，若並未賦予當事人上訴之機會、第二審法院不准許其上訴或其上訴遭駁回，該判決則有違反德國基本法第 103 條第 1 項之訴訟權，而有提起憲法訴願之可能<sup>381</sup>。

相反之情況，若第一審法院已正確 (zu Recht) 駁回失權之攻防方法，但第二審法院卻違反第 531 條第 1 項，允許當事人提出攻擊防禦方法，於此種第二審法院「誤未駁回」新攻擊防禦方法之情況，德國通說見解認為當事人不得提出上訴，該遲延的狀況已無法透過上訴救濟<sup>382</sup>。但亦有少數學說認為，必須從新修法之第 531 條之立法目的觀察，而將該條第 1 項和第 2 項之條文進行解釋，自第 531 條之立法目的可知，其修法之目的係為了促使當事人盡速提出事實證據，並加強第一審作為「事實審」之功能，而確立上訴審之事實審查範圍，故第 531 條之立法目的除了舊法下的「避免訴訟延滯」，更帶有確認事實審訴訟資料範圍之目的，於此基礎下，不應區別第二審法院是「誤駁回」或「誤未駁回」攻擊防禦方法，而有不同之處理，否則將造成第二審法院之審理範圍具有錯誤之情形<sup>383</sup>；此外，從當事人的角度而言，於「誤未駁回」之情況下，遲延提出之一造得以該攻防方法獲得有利之判決結果，但對於謹慎、勤勉進行之當事人，卻無法對該結果進行防禦，於當事人間並不公平，且對於「誤駁回」和「誤未駁回」攻擊防禦方法為不同之區分方式，甚至可能違反德國基本法第 3 條之平等原則，故不應以

---

<sup>381</sup> Piekenbrock/Schulze, Die Zulassung der Revision nach dem ZPO-Reformgesetz, JZ 2002, 911, 920; Ball, (Fn. 298), Rn. 23.

<sup>382</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 34 f.; Althammer, (Fn. 297), Rn. 24; Wöstmann, (Fn. 313), Rn. 11; Wulf, (Fn. 299), Rn. 22 f.; 相關判決亦可參照 BGH NJW 2004, 1458, 1459; NJW-RR 2006, 760, 761，判決轉引自 Ball, (Fn. 298), Rn. 23 註 64。

<sup>383</sup> Ball, (Fn. 298), Rn. 24.

第二審法院之錯誤型態，而有不同之處理方式<sup>384</sup>。



## 第八節 與本國法之互相比較

### 第一項 第二審制度目的之比較

第二審之制度目的，德國法上於 2002 年後採取以糾正錯誤為主的事後審制，而以第一審所調查之事實，作為第二審認事用法之基礎，除非第一審對於事實或法律上的適用具有錯誤，否則第一審之事實認定得以拘束第二審法院。而我國目前之第二審，依據第 447 條之立法理由，仍定位為「嚴格」續審制（相關說明請參考第三章第三節第一項第三款 民國 92 年後之審理範圍）。

儘管看似我國與德國法之第二審制度目的並不相似，但單就新攻擊防禦方法得否提出而言，德國法和我國現行法之立法模式相似（參考下述本節第二項），因此有學說認為我國之第二審乃「改良式的事後審制」或「接近事後審制」<sup>385</sup>。但我國和事後審制較為不同的是「第二審得自為判決」以及「第二審審理事證範圍」不受第一審法院所拘束。就前者而言，事後審制之第二審，原則不允許自為判決，但我國民訴法第 450 條規定：「第二審法院認上訴為有理由者，應於上訴聲明之範圍內，為廢棄或變更原判決之判決」，尚未採取完全之事後審制<sup>386</sup>；就後者而言，我國民訴法第 454 條第 1 項規定，第二審「得」引用第一審判決，而

<sup>384</sup> Rimmelspacher, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 2,6. Aufl., 2020, § 529 Rn. 38 ; Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 35.

<sup>385</sup> 吳從周，前揭註 108，頁 32。

<sup>386</sup> 魏大曉，前揭註 110，頁 30-31，但應注意的是，德國民訴法第 538 條規定，係規定第二審法院原則上應自為裁判，僅於第 538 條第 2 項所列之情況，始得將裁判廢棄發回，可見德國之第二審於自為裁判此點，亦未完全採取「事後審制」，參見：劉明生，前揭註 141，頁 30。

不受第一審認定之事實拘束，此亦與事後審制有別<sup>387</sup>。



故在解釋我國法和德國法之制度時，必須注意我國法和德國法上之根本上不同，避免解釋論上可能出現制度目的不同，但卻依同一解釋方向，造成牛頭不對馬嘴之窘境，但對於共通法理之部分，仍有得以參考之處。

## 第二項 法條結構之異同

觀察德國於修法前之第 528 條，當事人若在第二審提出新攻防方法，雖然其法條之用語上，係第二審不准許當事人提出新攻擊防禦方法，僅有當事人提出不會導致「訴訟遲延」或當事人未具有「不可歸責性」，始可提出，而採取「原則不准許、例外准許提出」新攻防方法之立法模式，僅有當事人符合第 531 條第 2 項之三款例外事由，始得提出於第二審<sup>388</sup>。

反觀我國民訴法之立法過程中，於民國 89 年之民事訴訟法第 447 條，係採取原則准許提出，另有四款不准許當事人提出新攻防方法之事由，而原先採取「原則准許、例外不准許」之立法模式；但於民國 92 年以後，改採取如同德國法上之立法方式，而採取「原則不准許、例外准許提出」新攻防方法之立法<sup>389</sup>。

由上述可知，德國第 531 條和我國第 447 條之立法模式，皆是採取第二審原則上不准許提出新攻擊防禦方法，僅於當事人符合法律上例外得以提出之事由，始可為之，故二者的規範模式類似，皆「不希望」當事人於第二審提出新攻擊防禦方法，於進行解釋適用時，應具有一定之類似性，而得以互相參照。但應注意的是，我國法上准許提出之例外事由較德國法上多，如下所述。

<sup>387</sup> 關於第二審法院得以審理之範圍，參照劉明生，前揭註 141，頁 36-38。

<sup>388</sup> Meyer-Seitz, (Fn. 329), § 531 Rn. 6.

<sup>389</sup> 吳從周，前揭註 8，頁 55-56。



### 第三項 例外事由之比較

從德國之第 531 條第 2 項之 3 款例外之事由，將其和我國民訴法第 447 條第 1 項之各款事由進行比較，分述如下：

學說上指出，我國法上第一款之「因第一審法院違背法令致未能提出者」，此款和德國法上之第 531 條第 2 項第 2 款之事由相當，兩國對於此種法院之違誤，皆允許法院提出新攻防方法，故學說認為，必須特別注意法官有無盡其闡明義務，以及違反該闡明義務和未及時提出攻防方法間必須具有因果關係<sup>390</sup>。

第二款之「事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者」，德國法上認為此屬「不可歸責於當事人之事由」，而不可期待當事人於第一審言詞辯論終結前提出，我國學說亦認為此可歸納於第五款之「其他非可歸責於當事人之事由」，而允許當事人提出<sup>391</sup>。

第三款之「對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者」，於德國法上並無直接相同之規定，而係於何謂「新攻擊防禦方法」進行判斷，若該攻防方法係於第一審已經具體提出，而僅於第二審補充更多之事證，則非其所規定之「新攻防方法」，而仍允許當事人於第二審提出<sup>392</sup>。但和我國法所應比較者為，德國法上之訴訟標的理論係採取新訴訟標的理論之二分肢說，其訴訟標的之範圍較我國實務見解之舊訴訟標的理論為大，故其所謂具體提出攻防方法，於我國實務所採取之舊訴訟標的理論下，可能為單一或複數之訴訟標的，亦可能僅為單純之攻擊防禦方法<sup>393</sup>；且在新訴訟標的理論下，其訴訟所涉及之判決效力較廣，若不允

<sup>390</sup> 姜世明，前揭註 351，頁 297。

<sup>391</sup> 姜世明，前揭註 351，頁 297。

<sup>392</sup> 參見：第四章第四節第一項「新攻擊防禦方法」之說明。

<sup>393</sup> 關於德國法上新訴訟標的理論之說明，得以參照：姜世明，前揭註 53，頁 326-329、334，氏指出，在請求權競合之情況，依照新訴訟標的理論，對於權利主張之實體法上請求權可能和表明



許當事人於第二審補充相關事實證據，對於當事人之實體利益傷害過大，而該事證仍應在第一審之審理範圍內，應有予以提出之可能。故觀察二國之立法上，似乎皆有針對「擴充原審理範圍」之規範<sup>394</sup>。因此，在該條之規範目的具有類似性之前提下<sup>395</sup>，似乎即無以「比較法上無類似制度」，作為評析我國之修法草案之有力論據。故我國民訴法第 447 條第 1 項第 3 款是否具有修法必要，反而應探討本款於實務運作上之狀況為何，以及是否有未貫徹本款之適用前提，始能作為刪除本款之正當化事由。例如：並未貫徹立法理由所稱之「不可歸責」之先決要件，或過度的擴張「第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充」等，作為應修法之主要論據，將較有說服力。

第四款「事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者」，於德國法上並未於德國法上進行明文，但依據我國第 447 條之立法理由說明，欲適用本款必須提出者乃不可歸責，始有適用，而可以對應德國法上之第 531 條第 2 項第 3 款之非因當事人之過失而未於第一審提出，而亦可被包含至我國之第 5 款中，學者亦認為本條於法理上應屬可行<sup>396</sup>，亦有見解認為應依職權調查者並非失權之對象，而本款並無規範之必要<sup>397</sup>。

第五款之「其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者」，則可對應德國法上第 531 條第 2 項第 3 款，而有相同之規定<sup>398</sup>，至於我國並未對於可

---

<sup>394</sup> 法律見解之表明或許得以等同視之，但在舊訴訟標的理論之下，則非單純之法律見解表明之問題，而可能是訴訟標的層次之間題。

<sup>395</sup> 因此有學說認為我國民訴法第 447 條第 1 項第 3 款並無規定之必要，參見：劉明生，前揭註 141，頁 53。

<sup>396</sup> 亦有學說認為我國民訴法第 447 條第 1 項第 3 款之規定類似於德國民訴法第 531 條第 1 項第 1 款之例外事由，參見：吳從周，前揭註 151，頁 79-80。

<sup>397</sup> 姜世明，前揭註 351，頁 298。

<sup>398</sup> 吳從周，前揭註 10，頁 59。

<sup>399</sup> 姜世明，前揭註 351，頁 298。

歸責之程度進行規定，而造成學說上之爭議，但設計上係肯定當事人若未具有可歸責事由，則可於第二審提出新攻防方法。



第六款之「如不許其提出顯失公平者」，為德國法上並不存在之例外事由，蓋德國法上為了貫徹第二審之事後審之法律性質，大幅度的限縮得以提出新攻防方法之可能。我國許多學說認為應限縮解釋顯失公平，甚至應予刪除此款，修法草案亦認為本款具有刪除之必要性，而為我國法上和德國法上最不相同之規定<sup>399</sup>。

## 第四項 釋明責任

如上所述，德國民訴法第 531 條第 2 項，其係將釋明責任交由當事人負擔，故當事人應依法院之要求，釋明容許提出新攻擊防禦方法之事證；我國民訴法第 447 條第 2 項亦有相同規定，當事人亦應釋明得以提出新攻防方法之事由，否則法院應依第 447 條第 3 項駁回之。由此可見，於二國修法後皆將釋明責任交由當事人負擔，提高當事人於第二審提出新攻防方法之負擔和門檻。由此似乎可以推論，我國法於舉證責任之規定，並無較德國法寬鬆，並非應修法之目標。

## 第五項 救濟方式之比較

於德國法上，實務大多以該攻防方法之錯誤型態作為得否救濟之區分，若第二審法院「誤駁回」該攻防方法，則當事人得以其訴訟權遭侵害為由，提起上訴；若係該攻防方法係錯誤的經第二審法院所允許，而「誤未駁回該攻防方法」，考量駁回新攻防方法之目的係為了促進審判之迅速、經濟，若將已審酌之攻防方法再度駁回，不但無法促使審判加速，且當事人已耗費之勞力、時間、費用亦無法透過上訴獲得救濟，通說認為此種情況應無法進行上訴救濟<sup>400</sup>。至於我國針對法

<sup>399</sup> 詳細討論請參照第三章第五節第六項「如不許其提出顯失公平者」之說明。

<sup>400</sup> Rimmelspacher, (Fn. 296), Rn. 34 f.; Althammer, (Fn. 297), Rn. 24; Wöstmann, (Fn. 313), Rn. 11;

院審酌新攻防方法違誤得否進行上訴，學說上亦有爭論（參考第三章第七節）。

本文於第三章第七節第三項中表示，除了考量之錯誤類型之外，亦應將當事人是否異議納入考量標準，可見失權規定如何救濟之問題，仍存於二國之中。

參考德國法後，其實亦可加深本文之論點，特別是針對「誤未駁回攻防方法」之情況，得否上訴進行救濟。儘管我國民訴法第 454 條第 1 項說明，判決書內應記載之事實，「得」引用第一審判決，不受第一審認定之事實拘束，較無上訴救濟「第二審之審理範圍」之必要<sup>401</sup>，但德國新法上採取「誤未駁回攻防方法」仍得上訴之論點者，其主要考量是要賦予當事人「平等使用上訴制度」之考量，避免勤勉進行訴訟之當事人，反而較具有可歸責事由之他造得到更不利之訴訟地位（即不可歸責之一方無法對具有違誤之裁判請求救濟）<sup>402</sup>，在此見解下，實有促使當事人「平等進行攻防」之意涵。

我國民訴法第 447 條依照現行法之立法理由，係為避免「耗費司法資源，且造成對造當事人時間、勞力及費用之浪費，亦無法建構完善之金字塔型訴訟制度」，似乎將重點側重於如同德國舊法第 528 條第 1 項、第 2 項<sup>403</sup>，而以「避免訴訟延滯」和「實體利益」二者之平衡關係，作為本條主要之規範目的<sup>404</sup>。但學說上亦有強調，失權規定所影響者，不僅影響當事人程序利益（當事人和法院所支出之勞力、時間、費用）和實體利益（原本應勝訴而敗訴），尚有促使當事人「平等進行攻防」之程序保障，而牽涉當事人間之程序上平等<sup>405</sup>，若仍強調法院「誤未

---

Wulf, (Fn.299), Rn.22 f.; 相關判決亦可參照 BGH NJW 2004, 1458, 1459; NJW-RR 2006, 760, 761，判決轉引自 Ball, (Fn. 298), Rn. 23 註 64。

<sup>401</sup> 關於第二審法院得以審理之範圍，參照劉明生，前揭註 141，頁 36-38。

<sup>402</sup> Rimmelspacher, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 6. Aufl., 2020, § 529 Rn. 38

<sup>403</sup> 德國舊法之制度目的，參看 Ball, (Fn. 298), Rn. 24

<sup>404</sup> 針對將第 447 條大多將重點置於實體利益和訴訟促進之評論，得以參照黃國昌，前揭註 146，頁 222。

<sup>405</sup> 許士宦，前揭註 139，頁 385-389；黃國昌，前揭註 146，頁 222。

駁回攻擊防禦方法」，可能是對提出攻擊防禦方法之他造之「上訴機會不平等」，而有違武器平等原則，亦可能是對於不得提起上訴人之訴訟權侵害<sup>406</sup>，故本文認為，既然當事人已經指明法院之錯誤，即有保護當事人程序攻防之必要性。退一步言，即便認為我國和德國法上之第二審制度目的不同，不得直接參考德國法上之解釋適用方式，但在更強調「訴訟促進」之德國新法下，仍要求當事人間之上訴機會平等，則針對訴訟促進之要求尚未如此高之我國法，基於舉重以明輕之法理，亦應准許當事人針對「誤未駁回」新攻擊防禦方法提起上訴，以平衡當事人間之攻防機會，保障其實體利益不因法院之違誤而受有侵害。

## 第六項 德國法之參考可能

為何得參照德國法第 531 條之解釋論作為我國之參考，主要可以自三個角度切入。

首先是規範目的，儘管我國並非德國之事後審制，但於立法目的上，皆係為了避免攻防之重點轉換之第二審，且避免訴訟資源之浪費，而有修法之考量，故二者之立法目的類似。

再者，我國於民國 92 年之修法後，法條之規範結構和德國第 531 條相似，皆係採取原則不准許當事人提出新攻擊防禦方法之模式，故於體系解釋上，應有得以互相參照之處。

最後，許多學說指基於我國關於失權規定於我國法上具有淵源關係，其實務和學說見解具有參考價值，特別是關於失權之合憲性解釋，應以對於當事人侵害

---

<sup>406</sup> 關於武器平等原則中之機會平等之說明，得以參照沈冠伶，前揭註 60，頁 232-233。

較小之方式為之，故德國法上之解釋方式得以作為台灣法之借鏡<sup>407</sup>。



## 第九節 修法草案評析

### 第一項 實務運用第 447 條第 1 項第 3、6 款之結果

首先，觀察學說上對於本條之實證研究，以及本文第四章之實證研究結果，第 447 條第 1 項第 3、6 款不但為第二審法院最常使用之例外事由，亦是最高法院用以指謫下級審之事由，因此本文推認第 3、6 款為較容易被適用之例外事由。此外，最高法院於適用顯失公平時，較常以實體利益作為衡量顯失公平之事由，此結果和第二審法院之適用結果無異<sup>408</sup>。

針對第三款之事由，德國法上並無明文准許「對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者」，但德國上係直接將已於第一審具體提出之攻防方法，排除於「新攻防方法」之範疇外，比較二國之規定，似乎二國都允許對於第一審已經具體提出之攻擊防禦方法，於第二審再行陳述<sup>409</sup>。但修法草案特別刪除此款，稱實務運用本款過於寬鬆，實務並未貫徹「可歸責」或過於寬鬆解釋「第一審已提出之攻擊防禦方法之補充」，造成第二審更新權之限制效果不彰<sup>410</sup>。

針對第六款之顯失公平，儘管其為一個補遺性的規定，但大部分之學說批評

<sup>407</sup> 姜世明，前揭註 351，頁 277-279；關於我國民訴法和德國民訴法之淵源得以參照：王泰升，前揭註 40，頁 308-313。

<sup>408</sup> 沈冠伶、林靖庭，前揭註 9，頁 99-100。

<sup>409</sup> 相關論述，亦可參見：劉明生，前揭註 141，頁 53。

<sup>410</sup> 認為應將第 447 條第 1 項第 3 款嚴格解釋之見解，而將此款限定於當事人不可歸責、或當事人不具有提出義務、且法院亦無違背其所應盡的職責，參見：沈冠伶，《最高法院民事 99 年度台上字第 1233 號裁判評析》，司法智識庫，[https://fjudkm.judicial.gov.tw/index\\_doc.aspx?par=UX3%2fMZ7Ozhw08KBVvsgtq9mWy46gwXOWAI3onM6zCqg78n2M%2fDkg%3d%3d](https://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=UX3%2fMZ7Ozhw08KBVvsgtq9mWy46gwXOWAI3onM6zCqg78n2M%2fDkg%3d%3d)（最後瀏覽日期：2023/04/22）

顯失公平過於傾向當事人之實體利益，而此結果亦受到本文之實證研究所證實<sup>411</sup>。故應具體評價此適用狀態是否符合立法者之預設，並評估修法後，其可能造成之影響為何。



## 第二項 參考比較法之解釋取向

本文認為修法與否必須通盤性的考量整體法律適用之狀態、目的，並視我國目前第二審實務所運作之狀況，即便於修法後，亦必須妥適考量先被允許提出之攻防方法，其應如何處理。

至於我國應採取何種之立法模式，則應考量我國第二審所欲審查之範圍及目的來予以衡酌，觀察立法草案之相關說明，我國之第二審並未全面的朝向德國法上之事後審制，但於我國近期重要之司改國是會議報告書及修法說明中，皆由提及我國之司法改革方向係為了朝向「訴訟金字塔化」<sup>412</sup>，為強化事實審之審理，降低上級審之審理負擔，並避免人民耗費過多心力於訴訟過程；而觀察德國法對於民事訴訟法之改革理由，也是考量到人民對於司法使用之可能性，並在建構堅強之事實審之前提下，逐步轉化第二審之審理目標，可見二國對於民事訴訟改革之目標，具有類似性。

此外，觀察德國法對於修法之歷程，係刪除過往德國民訴法第 528 條之多款例外事由，排除「訴訟延滯」之考量，縮減得以提出新攻擊防禦方法之事由，並將重心置於「程序利益保護」之面向，即若有賦予當事人攻防之機會，且當事人並非不可歸責於己之事由而無法提出，則不允許當事人於第二審提出新攻防方法。

<sup>411</sup> 參見：第四章第三節第三項第二款 適用顯失公平所考量之因素。

<sup>412</sup> 關於我國司法改革為達成訴訟金字塔化，而對於訴訟以及周邊制度之改革說明，得以參照：林靖庭（2023），〈線上紛爭處理制度（ODR）之研究：以司法型線上紛爭處理為核心〉，《軍法專刊》，69 卷 1 期，頁 147-149。

反觀我國之第 447 條，雖其設有「顯失公平」之規定，係為避免立法者掛一漏萬，而過度限縮當事人於第二審提出之可能性，但於此種「概括規定」之解釋，原則上應依照立法理由以及前五款之例示規定，作為解釋之方針，以避免偏離立法者對於概括條款所預設之立法目的，故顯失公平之適用上，原則應類同上述五款事由，以「提出人不可歸責」作為其適用前提。但實務目前之操作方式，已有偏離民國 92 年修法之目標，反而不當擴大第 447 條之適用範圍，反而有使第二審之攻防過度膨脹之嫌疑。

退一步言，即使認為我國法和德國法之第二審目的不同，而不應採取相同之解釋論，但即便於德國第二審仍採取續審制之舊法時期，德國舊法第 528 條亦無以「當事人之實體利益」作為准許提出新攻防方法之事由。由此可見，第二審之目的不同，並非正當化實體利益之有利論證，反而應該注重的是，為何以及如何保障當事人之實體利益？

首先，當事人提起訴訟無非即係為了勝訴，提出攻擊防禦方法，簡言之，當事人勝訴與否，和該攻防方法是否得以提出密切相關。故於程序上，並非謂訴訟法完全不予以保障當事人之實體利益，而僅單純考量相對人之程序利益及公益層面之訴訟經濟等，而應尋求妥適平衡當事人程序利益和實體利益之解釋取向<sup>413</sup>。但可否謂我國之程序法之解釋取向，僅單純注重當事人之實體利益實現，並非無疑，於我國於 2000 年後之民事訴訟法修正，已經將程序法學擴展，而有其獨立之意義存在，而當事人於訴訟上所追求者，並非完全追求實體上之客觀真實，反而是追求應欲於訴訟上共同追求之「法」的存在<sup>414</sup>。是以，於程序法學之解釋上，應平衡兼顧實體利益和程序利益二者，而不隨意偏重任一者，若限制當事人之程序利益或實體利益，應有賦予平衡保障之可能，故當事人之實體利益雖有保障之

<sup>413</sup> 邱聯恭於民事訴訟法研究會第 81 次研討會之發言，參見：許士宦等，前揭註 102，頁 290。

<sup>414</sup> 邱聯恭，前揭註 220，頁 122-126。

必要，但並非完全不得捨棄，重點反而是應如何確保當事人有於訴訟上實現其實體利益之機會。

此點亦可由德國法上得到應證，德國法上准許當事人提出新攻防方法之例外事由，並無單純考量當事人之實體利益而准許提出之可能，即便如審理快速而可能不延滯訴訟（絕對延滯），但德國法上為了加強第一審之審理功能，仍然限制了當事人於第二審提出之可能，而展現其更重視程序利益之解釋取向，展現其重視的是當事人有無於第一審有提出該攻防方法之「機會」，而非該攻防方法對於訴訟結果是否「重要」，而於確保當事人之聽審請求權下，以正當化限制當事人實體利益實現之可能。簡言之，實體利益當然具有重要性，但在兼顧其他法益之情況下，並非不可割捨。

應如何確保當事人於訴訟上有提出攻擊防禦方法之可能性，本文認為應加強法院於訴訟上之相關義務，始有正當化限制當事人於第二審提出新攻防方法之可能。首先，我國民訴法第 199 條、第 199 條之 1 已經加強法院之闡明義務，法院必須於具有闡明之可能性時，適時予以闡明，且法院與當事人必須協力以完成訴訟，若法院於當事人之陳述具有不明瞭、不完足時，並未予以闡明，則有闡明義務之違反，則當事人仍具有於第二審提出新攻防方法之可能性，此乃依據聽審請求權及公正程序請求權法理所應為之解釋<sup>415</sup>。此外，參考比較法上之見解，若該攻防方法於第一審係被法院認為該攻防方法不重要，而未促使當事人進行攻防，基於程序利益之保障，此也該當我國法下之不可歸責於當事人之事由，而應允許當事人於第二審提出該攻防方法。

再者，若要加強第一審之事實審理功能，必須加強當事人於第一審之辯論能力，否則第一審之攻防將淪為「過水之第一審」。因此，民訴法修法草案有針對

<sup>415</sup> 沈冠伶（2007），〈論新民事訴訟法中法官之闡明義務與當事人之事案解明義務〉，氏著，《民事證據法與武器平等原則》，頁 3-12。



「訴訟標的適用通常訴訟程序之財產權訴訟，其訴訟標的金額或價額逾新臺幣五百萬元之事件、第二審法院適用通常訴訟程序之財產權訴訟，其訴訟標的金額或價額或因上訴所得受之利益，逾新臺幣一百五十萬元之事件」等，擴大強制律師代理來為當事人進行訴訟行為，使當事人不因事證蒐集之能力不足，影響第一審之審理功能<sup>416</sup>。自比較法上觀察，德國法對於強制律師代理之範圍較廣<sup>417</sup>，使當事人間較不會因攻防能力之落差而造成事證提出之困難；且德國法上亦指出，對於第二審新攻擊防禦方法提出之過失認定，應該依照當事人間是否具有律師代理而有調整之可能<sup>418</sup>。參考德國法上之見解，於當事人我國並未擴大律師代理範圍之前提下，對於當事人之是否「可歸責」之認定上，應依照不同當事人之攻防能力而有所調整，目前第 447 條第 1 項第 5 款之「不可歸責」之文字，並未言明應以「抽象輕過失」或「具體輕過失」等來界定當事人之過失程度，因此仍保有法官解釋之可能性。

<sup>416</sup> 關於民事訴訟法之修正草案有關律師強制代理之修正(民事訴訟法第 68 條以下)，得以參照：司法院（2021），《民事訴訟法部分條文修正草案總說明》，頁 8-17，載於：<https://www.judicial.gov.tw/Public/lawprogress/%E6%B0%91%E4%BA%8B%E8%A8%B4%E8%A8%9F%E6%B3%95%E9%83%A8%E5%88%86%E6%A2%9D%E6%96%87%E4%BF%AE%E6%AD%A3%E8%8D%95%E9%83%A8%E5%88%86%E6%A2%9D%E6%96%87%E4%BF%AE%E6%AD%A3%E8%8D%89%E6%A1%88%E7%B8%BD%E8%AA%AA%E6%98%8E%E5%8F%8A%E6%A2%9D%E6%96%87%E5%B0%8D%E7%85%A7%E8%A1%A8.pdf>（最後瀏覽日：2023/05/01）

<sup>417</sup> 德國民訴法於邦法院或邦高等法院程序採行律師強制代理，但於多涉及小額紛爭之區法院則容許當事人訴訟，並有些許例外之狀況允許當事人本人具有辯論能力，參見：陳瑋佑（2017），〈論德國民事訴訟法上之律師強制代理度－以民事訴訟之事實審為中心〉，《中原財金法學》，38 期，頁 354-355。

<sup>418</sup> Althammer, (Fn. 297), Rn. 17.



## 第三項 修法草案之評析

### 第一款 第三款之修法評析

#### 第一目 對於何謂「新」攻擊防禦方法之判斷

參考德國法上係以第一審之攻防方法是否「具體」，作為何謂「新」攻擊防禦方法之判斷，我國學說上有贊成上述見解，認為民訴法第 447 條第 1 項第 3 款之「對於第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者」，而逕參照德國法上之見解，認定該攻擊防禦方法是否於「第一審具體提出」予以判斷，而毋庸另行規定使實務之運作狀況遭遇困境<sup>419</sup>。

但本文並不贊同，逕以德國法上之規定直接套用於我國之解釋論，主要有以下幾點理由：

第一，我國實務對於訴訟標的之解釋論，大部分係採取「舊訴訟標的理論」，而德國法上之訴訟標的理論係採取「新訴訟標的理論之二分肢說」<sup>420</sup>，若直接參照德國法之見解，於德國法上之特定案例屬於「新攻擊防禦方法」之判斷，但置於我國法下可能卻係「訴之變更追加」之判斷，若忽略此點直接移植德國法之制度，可能造成失權效所表彰之「訴訟促進」，和訴之變更追加所表彰的「紛爭一次解決」二者本應互相衝突之制度，於我國法上卻一併以非「新」的攻擊防禦方

<sup>419</sup> 劉明生，前揭註 141，頁 53。

<sup>420</sup> 關於訴訟標的理論之說明，得以參照：魏大暉（2019），〈民事訴訟標的理論在台灣學說及審判實務之發展（上）〉，《司法周刊》，1935 期，頁 2-3；魏大暉（2019），〈民事訴訟標的理論在台灣學說及審判實務之發展（中）〉，《司法周刊》，1936 期，頁 2-3；魏大暉（2019），〈民事訴訟標的理論在台灣學說及審判實務之發展（下）〉，《司法周刊》，1937 期，頁 2-3。

法而納入第二審之審理，可能造成制度上扞格之狀況。

第二，觀察德國法上對於之該新攻擊防禦方法是否為「新」的解釋論，其判斷標準係當事人於第一審之陳述是否具有具體、明確，而用以判斷該攻擊防禦方法是否屬於「新」，但何謂於第一審陳述之具有一貫性並具體陳述，具有解釋空間，若貿然套用至我國法，可能造成我國實務之解釋困難，並可能再度使「第一審攻擊防禦方法之補充」死灰復燃<sup>421</sup>。

第三，既然德國法上對於該攻擊防禦方法是否為「新」之判斷，係判斷於第一審是否具有具體提出，但對於第一審之提出具體與否，仍繫於當事人對於該提出之義務，而連結到德國法第 531 條第 2 項第 1 句第 3 款的「非因當事人之過失，致未能於第一審提出」，而和當事人於第一審是否有提出該攻擊防禦方法之義務和可能，具有關聯。在此基礎上，與其適用未能清楚區別之「新」攻擊防禦方法來判斷攻防方法得否於第二審提出，倒不如直接適用於我國法持續適用並存在之「其他非可歸責於當事人，致未能於第一審提出者」，作為得否提出之判斷基準，減少移植法律制度可能造成之成本和制度不一致性。

## 第二目 以可否歸責作為基礎之解釋論

針對修法草案論述，本文係採取肯定之見解，蓋可歸責應為各失權之先決要件，當事人具有提出事證與否之權限，但亦非無限上綱，當事人仍應就其訴訟促進義務，適時提出各該攻防方法，否則即應受到失權之限制。此不但係考量提出者本身之可歸責程度，亦係考量到他造之防禦可能性，而不應使可歸責之當事人獲得較他造具有更有利之攻防地位，侵害他造之訴訟權。此係將「可歸責」作為

<sup>421</sup> 當然，當事人於第一審如未具體主張該攻擊防禦方法，當然不得於第二審再提出「新」攻擊防禦方法，第一審未具體陳述之攻擊防禦方法本不得於第二審提出，故此論點係特別針對本章第五節第一項之案例一、案例二，於第一審已經具體提出攻擊防禦方法，而欲針對該攻擊防禦方法繼續陳述之情況論述，附此敘明。

失權之前提因素，作為正當失權效之前提<sup>422</sup>，故本文贊同修法草案對於本款所作之說明。



在此解釋論之基礎上，若有研究得以顯示法院於適用第三款時，大多忽略當事人可否歸責，則應得贊成本次關於第三款之修法，但於本文目前所查找之資料中，尚無直接得以證明此點之相關實證研究。但是，學說上以及本文第四章之實證研究結果顯示，第二審法院和最高法院皆大量且傾向使用第三款之事由，儘管不能直接論述法院濫用本款而未判斷當事人可否歸責，但亦得推測本款為「較容易該當」之例外事由，否則不會有大量使用第3款作為准許提出之例外事由，而得認為第3款具有被修正之優先性。

退一步言，根據修法理由可知，刪除本款之理由，係我國實務適用結果不符合立法者之預設，導致許多新攻防方法被以補充之方式進入第二審，本次修法僅是為解決實務運作本款之結果，促使實務將審酌新攻防方法之重點移置當事人是否可歸責之判斷上，以達到民國92年修法狀況之預設，並未躁進式的大幅度改變我國法制狀況，此改變之方向亦符合對於訴訟法理之解釋，應係得以贊同之結果。

若將第三款刪除，法院和當事人即必須更清楚的論述，當事人未於第一審提出該攻防方法是否具有可歸責事由，至於該可歸責之程度為何，應得參酌比較法上之見解，原則上係以「抽象輕過失」為其標準<sup>423</sup>，但於當事人之攻防能力較為薄弱而無法於第一審適時提出，則適時調整該過失與否之寬嚴程度，避免攻防能力較弱之當事人受到較為不利之後果。當然，此並非鼓勵當事人於第一審皆不委任律師，故法院於調整可歸責事由時，並非一概予以調降該注意義務，反而應考

<sup>422</sup> 相同見解亦可參見沈冠伶於民事訴訟法研究會第81次研討會之發言，前揭註103，頁251-252；姜世明於民事訴訟法研究會第81次研討會之發言，前揭註208，頁261-262。

<sup>423</sup> 姜世明，前揭註351，頁277-279。



量該事證之主張可能性、當事人本身之攻防能力、接近事證之可能性等，而以當事人之能力為綜合考量。再者，不應使注意義務之程度低於第 196 條之「重大過失」，而僅以「具體輕過失」為調整之界線，以區別第一審和第二審之注意義務程度，而為體系解釋之一致性<sup>424</sup>。

但有見解認為，應思考「可歸責」於失權規定之所保護之法益為何，例如某新攻防方法可歸責於當事人，但該攻防方法之提出並不延滯訴訟且並不妨礙他造攻防之程序權（訴訟策略突襲和事證滅失之風險），此時即不應該將此新攻防方法駁回，否則有犧牲實體正義但實際上並未造成任何傷害之新攻防方法<sup>425</sup>。此論述有其見的，但本文認為，可歸責之人提出新攻擊防禦方法，即係對於勤勉而無過失進行訴訟者之處罰，他造原本無須耗費勞力、時間、費用應對此攻擊防禦方法，且新攻防方法之提出，亦可能導致訴訟結果不同，故「可歸責」表彰了訴訟法上之平等原則，使當事人和法院對於程序過程具有一定信賴，而不得使無過失之他造限於更不利之地位，否則有違當事人對等之武器平等原則<sup>426</sup>。是以，「可歸責」所要保護之法益，即係他造因攻防所耗費之程序利益和實體上之勝訴可能，並以不可歸責與否為界線，作為劃定失權範圍的其中一個界線；再者，立法者於本條之立法理由即已明示，以不可歸責作為允許新攻擊防禦方法提出之前提，故上述解釋方式似乎亦不符合立法者目前之明示，但得做為思考失權效內涵之重要參考點。

綜上所述，若將本款刪除應得使整體之法治狀態更接近於 92 年修法時對於嚴格續審制之預設狀態，當事人與法院更將新攻防方法得否提出之重點置於可歸責與否，但此並非預設所有原先得以依照第 3 款之全體案件皆不得提出，而應將

<sup>424</sup> 關於實務上忽略可歸責性判斷之敘述，得以參見：沈冠伶、林靖庭，前揭註 9，頁 107-109。

<sup>425</sup> 黃國昌，前揭註 146，頁 222-223。

<sup>426</sup> 關於武器平等原則之敘述，參見：邱聯恭，前揭註 46，頁 81-82。

其理解為「當事人不可歸責且為補充第一審之新攻防方法」，而准許其於第二審提出。故於解釋上，儘管刪除本款事由，原先之攻防方法仍得適用本條第一項但書之其他款項提出，而非完全否定得以新攻擊防禦方法之提出可能，以平衡兼顧提出者之訴訟權和他造之防禦權，並使第二審之新攻防方法提出規定更為具體化。

## 第二款 第六款之修法評析

針對第六款事由，學說上指出，第二審法院於適用顯失公平時，較為重要之變項為實體不利益、當事人之程序利益保護與當事人可否歸責等<sup>427</sup>。此研究結果和本文之研究結果相去不遠，最高法院亦常以實體不利益和當事人之程序保障等事由，來填充顯失公平之不確定法律概念。故本文認為，於顯失公平之規定上，並非如修法草案所言之「適用狀況不明確」，導致第 447 條之失權效果不彰，故修法草案之論述應有些許偏誤，反而應強調「實務運作之結果和立法當初之預設」具有不同之處，若實務運作本款之結果符合釋義學上解釋方式，對於顯失公平之修法即無必要，此亦為本文進行實證研究之目的，以理解實務目前運作顯失公平之現況，並試圖對於刪除本款事由做出評價，以彌補實然和應然面之差距。

自第四章得知，最高法院於判斷顯失公平之因素時，曾以當事人之攻防能力、對於他造之程序保障程度、當事人延滯訴訟與否、對於提出者之程序利益、實體利益等因素進行判斷，以下將針對各具體事由進行評估評估，並試圖對於論述顯失公平之事由進行評價，並分析修法過後之可能影響性。

### 第一目 可歸責事由之判斷應回歸各款

於最高法院判斷顯失公平時，亦有以當事人顯失公平與否來進行判斷，但此

---

<sup>427</sup> 沈冠伶、林靖庭，前揭註 9，頁 99-107。

屬於第 447 條第 1 項第 5 款之事由，故即便將顯失公平刪除後，亦得以利用其餘四款對於當事人「不可歸責」之事由，來准許當事人提出新攻防方法，故對於當事人可否歸責之判斷，仍存在本條之中，而為准許當事人提出新攻防方法之基礎要件。

再者，有法院以當事人之攻防能力欠缺（如未委任律師等），作為准許當事人提出新攻防方法之事由，此事由雖然並未明列於條文中，但此事由亦包含於當事人「不可歸責」之解釋論中，第二審法院得依照當事人之攻防能力、對事證之接近程度、於第一審之提出可能性等，判斷是否准許當事人於第二審提出該攻防方法。故本文認為，應將可歸責事由回歸到各款事由，而不再以第 6 款之顯失公平涵蓋之，以明確化失權效之適用，即使刪除顯失公平，於當事人不可歸責之情形，仍應准許當事人提出新攻防方法，始符合程序法上之誠信原則，避免過度促進訴訟<sup>428</sup>。

## 第二目 訴訟延滯判斷之否定

如我國學說上所爭論的，逾時提出是否延滯訴訟於第 447 條之更新權限制中，具有爭議，本文於第三章認為訴訟延滯與否應置於「顯失公平」之判斷之中，以適時的平衡失權效之寬嚴程度，但此解釋方式，將於顯失公平被刪除後失所附麗，而有以解釋論之方式探討此要件於修法後存否之問題。自結論而言，本文認為立法者係有意的使訴訟延滯之考量被排除於失權效之適用之外，說明如下：

首先，自文義解釋而言，第 447 條第 1 項之各款事由，並無任何一款以訴訟延滯作為判斷之要件，故於文義上，似無可能將訴訟延滯納入判斷，而以「不甚

---

<sup>428</sup> 相同論旨：沈冠伶、林靖庭，前揭註 9，頁 107-109。當然此解釋論將造成失權與否之重心回歸可歸責與否之判斷，而有必要觀察法院對於可歸責之解釋論。

延滯訴訟」作為准許當事人提出新攻防方法之解釋方式。

此外，自體系解釋而言，民訴法第 196 條、第 276 條之失權效，皆明文有以「有礙訴訟之終結」或「該事項不甚延滯訴訟」做為失權發生與否之判斷標準，但民訴法第 447 條並無條文之特別明示，於體系解釋上似乎即無將訴訟延滯納入判斷之必要，以作為不同規定間之區別。

目的解釋而言，我國之第二審係採取「嚴格續審制」，本次修法草案之提出即是為了促進失權之效果明確化，以達到集中審理、訴訟制度金字塔化的立法目的，為達成訴訟促進之效果具體明確，將訴訟延滯排除應是一個使失權要件單純化之解釋方式，避免降低法院適用第 447 條之失權可能性。

最後，自歷史解釋而言，我國之民事訴訟制度自 2000 年之民事訴訟法修正後，改採適時提出主義，當事人應於適當時期提出事證，以促進訴訟，並達成公益層面訴訟經濟之要求。由此可見，我國之修法進程逐步將促進訴訟之要求置於立法中，而本次修法草案亦含有改善過往失權效果不彰之立法目的，可見我國之立法者應有逐步考量將失權要件「嚴格化」，在此脈絡下，應認為立法者對於第 447 條之例外事由已進行考量，而毋庸再對於「訴訟延滯」創造文義以外之解釋方式，始符合立法者對於例外事由之規範。

綜上所述，本文並非單純以德國新法毋庸考量訴訟延滯，而直接認為我國於修法草案通過後，即無須考量訴訟延滯與否之解釋論。但可對應的是，德國立法者也是意識到訴訟延滯與否可能使失權效之效果不彰，而將其刪除，可見二國之立法進程具有類似之處，而於法律之解釋上應可更加應證本文對於訴訟延滯否定論之觀點，此種解釋亦可克服我國和德國法上之第二審目的論之差異所可能產生之適用疑義，並支持修法後毋庸考量訴訟延滯對於失權效之影響。



### 第三目 紛爭一次解決不應作為衡量因素

若法院認為該提出該攻防方法具有「紛爭一次解決」之可能，是否得以准許當事人提出？此應具體判斷當事人提出者究竟是「訴訟標的」和「新攻防方法」之提出，若係前者，法院應判斷者為民訴法第 446 條之訴之變更追加，而非新攻防方法，不應將二者混淆，蓋訴之變更追加所應考量之要件和第 447 條不同，其所追求之制度目的亦不相同，而應具體判斷二者之關係<sup>429</sup>。

訴之變更追加所注重者為程序利益之保護，避免基礎事實同一之複數訴訟標的必須更行起訴，此不但不利於當事人之程序利益，並有害於公益上之訴訟經濟，故 2000 年修法時新增民訴法第 255 條第 1 項第 2 款之「請求之基礎事實同一」，而有助於節省法院以及當事人之勞力、時間、費用<sup>430</sup>。但當事人是否進行訴之變更追加，仍適用處分權主義而將決定權留予當事人，而非任由法院定之，在此意義上，擴大訴之變更追加之立法目的，係從擴大當事人得以利用此制度而追求程序利益規範，並藉此「附帶」減輕法院之訴訟經濟，故公益層面之訴訟經濟僅是本條之附帶目的，本條之規定仍係以當事人之程序利益保護為主要目的，而有促使當事人紛爭一次解決之機能<sup>431</sup>。於第二審之訴之變更追加上，民訴法第 446 條亦有準用民訴法第 255 條第 1 項第 2 款至第 6 款，故第二審之訴之變更追加亦有類似機能，但於涉及以「請求之基礎事實同一」而於第二審追加新當事人，必須於確保追加者之審級利益而無礙其防禦權之行使，始得為之<sup>432</sup>。

<sup>429</sup> 沈冠伶（2007），〈民事訴訟法 2002 年判解回顧〉，氏著，《民事證據法與武器平等原則》，頁 291-294；吳從周（2012），〈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 310 號民事判決評釋〉，《月旦裁判時報》，14 期，頁 36-38。

<sup>430</sup> 許士宦（2008），〈請求之基礎事實同一與訴之變更、追加〉，《台灣本土法學雜誌》，104 期，頁 97-100。

<sup>431</sup> 邱聯恭（2005），〈程序利益保護原則〉，氏著，《程序利益保護論》，頁 56。

<sup>432</sup> 實務見解請參見最高法院 106 年度第 13 次民事庭會議決議，相關文獻得以參見：許士宦（2017），

但民訴法第 447 條所注重者，係針對「同一訴訟標的」內之攻防方法提出，而就原訴為新攻擊防禦方法之提出，但民訴法第 446 條之訴之變更追加，係針對「原訴以外」之訴訟標的之追加<sup>433</sup>，主要機能係達成「訴訟促進」之機能，而和上述規範以確保當事人之程序利益，而達成「紛爭一次解決」之機能不同，二規範間存在一定之緊張關係<sup>434</sup>，故得否借用訴之追加之目的來論述顯失公平，不無疑問。再者，此二規範對於當事人之可處分性亦不同，當事人得以自行決定是否進行訴之變更追加，而屬處分權主義之範疇，但第二審新攻防方法提出限制具有促進訴訟之公益面向，故借用訴之變更追加之紛爭一次解決之法理，亦有其扞格之處。最後，新攻防方法之提出，並非完全僅在意提出者之「程序利益」，亦應考量對於他造之攻防可能性，而有保障他造防禦權之考量，故於要件上以「有助於紛爭一次解決」來論述顯失公平，並不妥適，故以本事由作為准許提出者，於解釋論上有其不適當之處，毋庸於顯失公平之判斷考量此種因素。

#### 第四目 聽審請求權保障之界線

自訴訟上而言，失權之目的自係為了確保適時審判請求之要求，但適時審判請求亦和提出者之聽審請求權處在一個緊張關係，於適用失權效果時，亦必須兼

---

〈第二審程序基於請求基礎事實同一之當事人追加：最高法院 106 年度第 13 次民事庭會議決議評釋〉，《月旦裁判時報》，66 期，頁 39-45；沈冠伶（2012），〈當事人之變更、追加〉，氏著，《程序保障與當事人》，二版，頁 255-275，元照；較不贊同上述見解，而認為應以「原告對於新被告之新請求，有無獨立於原告對原被告之原請求爭點」，來判斷得否於第二審以請求之基礎事實同一追加新當事人，參見：陳瑋佑（2017），〈請求之基礎事實同一與第二審之當事人追加一評最高法院 106 年度台抗字第 72 號民事裁定〉，《台灣法學雜誌》，325 期，頁 11-22。

<sup>433</sup> 沈冠伶，《最高法院民事 99 年度台上字第 1055 號裁判解析》，司法智識庫，[https://fjudkm.judicial.gov.tw/index\\_doc.aspx?par=oMiCaQXRLzjvZ%2fW5bEJ4sufeqPHhD2PH0HYgpDmtG0H0VvzERenBT2enSq6uuVQM](https://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=oMiCaQXRLzjvZ%2fW5bEJ4sufeqPHhD2PH0HYgpDmtG0H0VvzERenBT2enSq6uuVQM)（最後瀏覽日期：2023/04/22）。

<sup>434</sup> 陳瑋佑（2017），〈請求之基礎事實同一與第二審之當事人追加一評最高法院 106 年度台抗字第 72 號民事裁定〉，《台灣法學雜誌》，325 期，頁 17-21。

顧提出者之聽審請求權，否則亦屬侵害當事人之訴訟權<sup>435</sup>，故於適用失權規定時，應盡量對失權規定為「合憲性解釋」，而不對當事人之提出義務有過多不合理期待，應注重對於當事人之程序保障，尤其應強調法院對於當事人之闡明義務，以在訴訟促進和當事人之權利實現間取得平衡<sup>436</sup>。

為保障當事人之聽審請求權，即便於修法後，亦得以「因第一審法院違背法令致未能提出」來准許當事人提出，故法院以聽審請求權侵害之事由，作為准許當事人提出新攻防方法，於解釋上並無疑義，此等事由於「顯失公平」刪除後，仍得使用其他款（例如第 1 款、第 5 款等）提出，而不至於有過大之影響，並得促使法院將得否提出新攻防方法之判斷，重新將目光移回當事人是否之「程序利益」保障，平衡追求實體正確之裁判以及訴訟促進之二者關係<sup>437</sup>。

## 第五目 實體利益考量不應存於顯失公平之判斷

如本節第二項所述，實體利益係當事人利用法院所欲實現之目的，但此目的並非訴訟法上所應平衡之唯一目的，而應平衡兼顧實體利益和當事人之程序利益、法院之訴訟經濟等，而不應僅偏重其一<sup>438</sup>。

但自國務院實務之運作結果可知，不僅第二審法院過度強調實體利益對於顯失公平之影響，引領我國實務見解走向之最高法院，亦經常以不允許當事人提出該新攻防方法，涉及當事人之某權利之實現與否，寬許當事人提出攻防方法，此解釋論或許忽略平衡兼顧其餘訴訟法理之面向，導致實體利益之實現與否已經凌駕

<sup>435</sup> 沈冠伶、林靖庭，前揭註 9，頁 110。

<sup>436</sup> 姜世明（2009），〈合法聽審權〉，氏著，《民事程序法之發展與憲法原則》，2 版，頁 277-279，元照；亦可參見：姜世明於民事訴訟法研究會第 81 次研討會之發言，前揭註 103，頁 261-262；沈冠伶，前揭註 415，頁 8-10。

<sup>437</sup> 沈冠伶、林靖庭，前揭註 9，頁 109-112。

<sup>438</sup> 沈冠伶，前揭註 429，頁 303-305。

於顯失公平之其他程序法上判斷因素，並忽略失權制度係以當事人「可歸責與否」作為判斷之前提，造成失權之效果不彰，此不但無法達成立法當初對於訴訟制度金字塔化之理想，亦可能造成對造防禦權之侵害<sup>439</sup>。



本文認為，實體利益不適宜作為顯失公平存否之衡量基準，主要之原因有二：第一點，於民國 92 年修法後之民訴法第 447 條，已經表彰於訴訟上優先訴訟促進之目標，當事人間和法院互負有訴訟促進義務，必須適時提出攻擊防禦方法，以達審理集中化之目標，故設有失權規定防止訴訟延滯，但為避免實體正義遭受訴訟促進之過度侵蝕，對於失權規定設有一定之要件，其中應包括攻擊防禦方法遲延提出、訴訟延滯（德國第二審之失權效已不強調）、當事人對於遲延具有可歸責性等要件<sup>440</sup>，但觀察此等之失權要件中，並無以當事人之「實體利益」作為失權與否之成立要件，故以實體利益作為「應否失權」之判准，似乎並無其說理上之妥適性。

退一步言，或許得以認為失權成立要件中，雖無「實體利益」，但不表示「實體利益甚鉅」作為「排除失權」之衡量因素，但此可能違反訴訟法上之平等原則，而使請求之實體利益較大者恆以此事由，作為遲延提出事證之藉口，亦不合理。學說上亦認為，雖然失權規定會造成實體、程序利益之衝突，可能產生客觀真實和訴訟結果之間之割裂危險，但此種對於法安定性之要求並不僅存於程序法，亦存於實體法中（例如時效制度之存在），但法院所認定之失權結果，毋寧係表彰實體正義之實現，應劣後於他造當事人因遲延所生之不利益以及公益上之訴訟經濟等之意義。由此可見，失權規定之成立與否，亦係立法者就訴訟上相關價值（包含實體利益、程序利益）之衡量結果，若立法者認為訴訟促進之要求優先於實體

<sup>439</sup> 許士宦，前揭註 124，頁 68。

<sup>440</sup> 參見：黃國昌，前揭註 146，頁 220-224；許士宦，前揭註 124，頁 63-64。

利益之追求，則實體利益並非不可割捨<sup>441</sup>。

在實體利益得以在特定要件下割捨之前提上，則必須探究我國立法者如何設定民訴法第 447 條之失權規定，探究實體利益是否為顯失公平中適宜存在之內涵。觀察訴訟之進程，距離紛爭最接近之時點應為第一審程序，當事人應盡量將事實證據集中於第一審提出，始屬紛爭解決之最適模式；再者，如第一點所言，失權之要件中並無「實體利益」（民訴法第 196 條第 2 項參照），若於第一審以此事由不准許當事人提出攻擊防禦方法，則當事人之訴訟心理，必定係思考：「相較於第一審之訴訟程序，若其實體利益甚鉅，而於第一審遲延提出可能遭受法院以其他失權規定駁回，倒不如直接至第二審請求法院依照顯失公平條款來准許其提出相關事證」，則將產生第二審程序較第一審程序容易提出攻擊防禦方法之結論，造成民訴法第二審之失權制度空洞化，可能導致第一審成為事實審重心之目標落空，不利適時審判請求權之實現且侵害他造當事人之防禦可能性，並非失權制度所欲之結果，故不應以當事人之實體利益來作為顯失公平與否之衡量基準，以避免上述情形反覆發生<sup>442</sup>。

儘管有論者批評我國之第一審審判品質不佳，若刪除此款將造成當事人之訴訟權侵害<sup>443</sup>。但本文認為審判品質不佳應非一個有利之批判，即便刪除本款，仍有其他「糾正」法院錯誤之款項，例如第一審法院若有違背法令之事由，當事人仍可於第二審提出新攻防方法，而具有兼顧當事人聽審權之機制，若法院侵害當事人之聽審請求權，該新攻防方法得被第二審法院斟酌，此並無疑問，故不得僅以第一審之審判品質不佳，即稱本次之修法並無道理。此說理亦可自德國法上獲得應證，其並未有考慮當事人實體利益之可能性，而僅以當事人是否於第一審具

<sup>441</sup> 姜世明，前揭註 351，頁 251-252。

<sup>442</sup> 沈冠伶、林靖庭，前揭註 9，頁 109-112。

<sup>443</sup> 財團法人民間司法改革基金會，前揭註 118；立法院，前揭註 6，林永頌律師於同一公聽會之發言，頁 12-13。

有提出之可能性，來判斷當事人得否於第二審提出新攻擊防禦方法。

另外，於裁判之結果可能違反實體法上公序良俗之情況，是否應准許當事人提出該新攻擊防禦方法，例如：甲對乙請求返還借款新台幣 100 萬元，甲陳述於某年、月、日，乙向其借款 100 萬元，於清償期屆至後，向甲請求返還借款一百萬元，被告乙以抗辯甲未交付借款，且甲乙間並無借貸合意，於法院審理後，第一審法院判原告勝訴，乙應給付其 100 萬元。於第二審，乙再提出新抗辯，稱：甲乙間雖有借貸合意，但該借貸為賭債，不得向乙請求該 100 萬元賭債，則法院得否讓此抗辯失權？若仍判決甲勝訴，是否將使法院之裁判和實體法律秩序不符<sup>444</sup>？

本文認為，該債務是否為賭債，於當事人間可能仍有爭議，對造亦可能抗辯此係正當之借貸，並非賭債，法院仍需花費勞力、時間、費用審理，故該債務是否屬於賭債，於當事人間可能有爭執；退一步言，亦應思考乙於第一審提出此抗辯之可能性，若乙於第一審有提出此為賭債之可能性，而遲於第二審始提出，則屬當事人未盡其訴訟促進義務，故該債務是否屬於「賭債」，不進入法院之實質判斷，而應於程序事項之判斷時，即予以失權，而不得以後設之角度來檢視該債務是否屬於賭債，法院不知、亦不得審理此是否為賭債之抗辯，否則將使民訴法第 447 條之規範意旨落空。

綜上所述，本文認為不得以實體利益之考量，來填補顯失公平之內涵，否則顯失公平將為「實體利益較大」者之專利，反而有違反平等原則之疑慮，並可能造成第二審之失權規定較第一審寬鬆之弔詭結果，故刪除本款當然對於當事人之實體利益具有限制，但應具有其正當性，以顧及他造當事人之防禦可能、公益之訴訟經濟等，否則將使失權制度無用武之地。但於目前實務見解大量使用實體利

<sup>444</sup> 此例乃陳瑋佑老師於口試時提出，於此感謝陳瑋佑老師的提點和指教。

益判斷顯失公平之前提下，於現行法之解釋下亦應至少將當事人之程序利益和實體利益「綜合衡量」，否則無法達成強化第一審事實審，促使審理集中化之目標。

### 第三款 刪除第3款、第6款之例外事由具有論理上之依據

綜上所述，本文贊成得以刪除第3款、第6款之例外事由。自第3款而言，雖然我國之規定方式和德國法上之解釋論有部分之類似性，但目前實務運用之結果，過度的放寬對於新攻擊防禦方法之「補充」的解釋論，而經常以此事由來准許當事人提出新攻防方法，本款刪除後得使法院將判斷之重心放回當事人歸責與否之判斷，希冀得以大幅度的降低法院以此事由准許當事人提出新攻防方法，以貫徹嚴格續審制之立法目的。

針對第6款而言，於本款刪除後而受影響之事由為「訴訟延滯」和「實體利益」存否之判斷，但本文透過解釋論之方式，認為此二事由於修法後具有退讓之可能，而應將失權之重點放回程序法上制度，以當事人之攻防可能作為主要之判斷重點，以明確化第二審新攻擊防禦方法提出限制之規範基礎，並促使當事人重視對於第一審之審理過程。當然，若第一審法院具有程序上之違誤，而有侵害當事人之聽審權之虞，則必須准許當事人於第二審提出該新攻防方法，以平衡兼顧當事人之實體權益，自不待言。



## 第六章 實例分析

如同第一章所言，於大致了解目前學說和實務之運作概況後，必須針對實際案例進行探討、分析。本文擬以實證研究已蒐集（50 則）且「第二審和第三審見解歧異」之 11 則裁判，作為裁判評釋之標的，以下為該 11 則裁判之列表。

由下表可知，於第二、三審對於新攻擊防禦方法得否提出之最高法院裁判（11 則）中，10 則係「下級審不准許提出」新攻擊防禦方法，但最高法院認為下級審之判斷有誤，而准許當事人提出該攻擊防禦方法；僅有 1 件係最高法院認為下級審未令當事人就准許提出之例外事由為必要之釋明，而廢棄第二審准許提出新攻擊防禦方法之結果。

此外，亦可發現於最高法院經常以民訴法第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款准許當事人提出新攻擊防禦方法，於 10 件第二審不准許提出之裁判中，最高法院分別認為該案件符合第 3 款（3 件），第 6 款（2 件），第 3、6 款混合（5 件）之例外事由，其餘第 1、2、4、5 款鮮少經最高法院作為准許提出新攻擊防禦方法之事由。由此可見，最高法院於個案中較常以此二款項作為准許當事人提出新攻擊防禦方法之論述理由，並於 10 件廢棄下級審之裁判中，有半數的案件同時適用第 3 款、第 6 款，以加強其論述。

表二十 經最高法院廢棄之民訴法第 447 條案件列表

編號	裁判字號	涉及民訴法第 447 條第 1 項何款	第二審是否准許提出新攻擊防禦方法（第三審之審查結果相異）
案例一	最高法院 109 年度台上字第 1770 號民事判決	3	不准許提出
案例二	最高法院 109 年度台上字	3	不准許提出



	第 1791 號民事判決		
案例三	最高法院 108 年度台上字 第 515 號民事判決	3	不准許提出
案例四	最高法院 109 年度台上字 第 2832 號民事判決	下級審未促使當事人釋明各款事由而廢棄	准許提出
案例五	最高法院 108 年度台上字 第 35 號民事判決	6	不准許提出
案例六	最高法院 110 年度台上字 第 244 號民事判決	6	不准許提出
案例七	最高法院 106 年度台上字 第 2732 號民事判決	3、6	不准許提出
案例八	最高法院 108 年度台上字 第 773 號民事判決	3、6	不准許提出
案例九	最高法院 109 年度台上字 第 2029 號民事判決	3、4、6	不准許提出
案例十	最高法院 108 年度台上字 第 2360 號民事判決	3、6	不准許提出
案例十一	最高法院 109 年度台上字 第 59 號民事判決	3、6	不准許提出

## 第一節 第三款之相關裁判

如第四章所言，經最高法院廢棄發回之民訴法第 447 條案件，大多數係同時適用同條第 1 項第 3 款、第 6 款而准許當事人提出新攻防方法。本文於此將挑選「單純適用」第 3 款之裁判，以觀察最高法院對於所謂「對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充」，究竟為何？而其有無貫徹准許當事人提出攻防方法之「非可歸責」之要件？來作為第一部分之觀察重點。

經本文篩選過後，於本文資料庫內僅有 3 則裁判係「單純適用第 3 款」且

「經最高法院廢棄發回」，故本文將就此三則裁判進行分析。



## 第一項 釋明責任之分配

### 第一款 案例事實

[案例一]為最高法院 109 年度台上字第 1770 號判決<sup>445</sup>，其事實簡要為：X 於民國 104 年 4 月 5 日簽訂要約書與服務費承諾書，委任被告 Y 公司以新台幣兩千萬元購買坐落新竹縣之共 20 筆土地（下稱系爭土地），復於同年月 8 日與賣方即地主簽訂土地買賣契約書（下稱系爭買賣契約），伊已支付 Y 公司仲介費用 38 萬元，並將簽約款 200 萬元匯入履約保證帳戶。但 Y 公司未告知系爭 20 筆土地中，其中 A 地非賣方所有，不在本件買賣標的範圍內，Y 擅將土地筆數偷改為 19 筆，並隱匿支付賣方之價金僅 1,750 萬元之交易資訊，且於 104 年 4 月 28 日偽造繳納土地增值稅、水電管線申請、整地等不實名義，領取伊匯入之簽約款 200 萬元，復偽稱北埔鄉公所農勘人員出國不能辦理農勘，擅將 19 筆土地變更為 28 筆，致系爭土地無法如期辦理所有權移轉登記，系爭買賣契約因上開糾紛業經合意解除，X 因此賠償賣方 350 萬元而受有損害。

故 X 主張 Y 隱匿 A 地非系爭買賣契約標的及賣價僅 1,750 萬元之交易資訊，

---

<sup>445</sup> 最高法院 109 年度台上字第 1770 號判決：「……按當事人於第二審行言詞辯論時，始提出新攻擊或防禦方法，如有民事訴訟法第 447 條第 1 項但書及第 463 條準用第 276 條第 1 項各款規定情形，尚不生失權效果。而當事人對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，非在第二審程序禁止之列（民事訴訟法第 447 條第 1 項但書第 3 款規定參照）。莊雅茹固於原審始提出上證 4 錄音譯文，然其於第一審即具狀聲請調閱臺灣新竹地方檢察署 106 年度他字第 1508 號偵查卷宗，以證明黎世忠對居間業務之執行，未提供正確資訊，並違反保護他人法律，致伊受有損害等語（一審卷一第 221 頁），第一審業依其聲請調取該卷宗（一審卷二第 3 頁）並予影印，該偵查影卷（見外放卷宗）內確有上證 4 錄音譯文（偵卷第 29 至 42 頁）。則原審未究明莊雅茹所提上證 4 錄音譯文是否為其第一審所提攻擊或防禦方法之補充，遽以其未為釋明已生失權效果，即欠允洽……」

並擅將 19 筆土地變更為 28 筆，致無法如期辦理移轉登記，顯違反居間委託義務，並有不當得利或侵權行為，自應返還上訴人已給付之款項 238 萬元及賠償 350 萬元損害。



## 第二款 法院見解

於第一審法院判決 X 敗訴後，X 於第二審<sup>446</sup>提出「上證 4 錄音譯文」，以證明 Y 違反居間委託之義務，而請求第二審法院廢棄第一審之裁判。但第二審法院認為：X 固於第一審起訴時曾提及該譯文，惟 X 於第二審時始提出上證 4 之光碟譯文。X 雖稱已於原審提出，卻遲未提證據，且並未釋明民事訴訟法第 447 條第 1 項各款規定之事由，被告 Y 亦反對 X 提出該錄音譯文，因而駁回 X 提出該錄音譯文」。

但最高法院認為：X 於第一審即具狀聲請調閱該錄音譯文，以證明黎世忠對居間業務之執行，未提供正確資訊，而第一審法院業依其聲請調取該卷宗並予以影印，該偵查影卷內確有上證 4 錄音譯文。則原審未究明 X 所提上證 4 錄音譯文是否為其第一審所提攻擊或防禦方法之補充，遽以其未為釋明已生失權效果，即欠允洽。

---

<sup>446</sup> 臺灣高等法院 107 年度上字第 749 號民事判決：「……至上訴人提出上證 4 之錄音譯文（本院卷第 241 至 254 頁）為證。惟當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有民事訴訟法第 447 條第 1 項但書所列情形之一者，不在此限。該但書各款事由，當事人應釋明之。違反規定者，第二審法院應駁回之。民事訴訟法第 447 條有明文規定。本件買賣標的認定如上，有關黎世忠等 4 人違反上揭義務之主張，上訴人固於原審起訴時提及，惟於本院始提出上證 4 之光碟譯文，被上訴人黎世忠等 4 人及黎明公司已為反對之表示（本院卷第 319 頁），上訴人雖稱已於原審提出（本院卷第 477 至 479 頁），卻遲未提證據，復未釋明符合民事訴訟法第 447 條第 1 項各款規定之事由，依同條第 3 項規定，不應准許……」



### 第三款 判決評析

本件涉及幾個爭點，其一，該錄音譯文是否屬於第一審之攻擊防禦方法之補充；其二，X 於第一審未提出該錄音譯文，是否具有可歸責之可能；其三，第二審法院是否有闡明當事人釋明該錄音譯文屬「第一審攻防方法之補充」之義務。

#### 第一目 本件是否為攻擊防禦方法之補充

針對爭點一，此錄音譯文既然於第一審即已存在，且 X 於第一審即要求法院調取該等譯文，而最高法院亦表示此譯文存在第一審之卷證內，此錄音譯文應係針對第一審居間業務之執行之攻擊防禦方法之補充，並無疑問<sup>447</sup>。

#### 第二目 X 具有不可歸責之事由

最高法院認為該錄音譯文已存在第一審之卷證內，故得以認為該當第 3 款之事由。本文認為，該錄音譯文雖存於第一審之卷內，而 X 亦已曾於第一審提出該錄音譯文，以證明 Y 對居間業務之執行，未提供正確資訊一事，應該得以認為 X 已經適時提出該攻擊方法，而僅是法院並未對該攻防方法予以審酌，應不得認為 X 於第二審再行提出該攻防方法具有可歸責之情事，故其符合提出新攻擊防禦方法之「不可歸責」之前提，最高法院於此點之判斷，值得肯定。

#### 第三目 當事人應自行釋明該譯文為攻防方法之補充

觀察二審法院和最高法院之見解歧異，應係對釋明責任歸屬之分配具有疑義，最高法院認為第二審應探知 X 於第一審即已提出該譯文，而第二審法院並未准

---

<sup>447</sup> 許士宦，前揭註 124，頁 58。

許其提出。

本文認為，第二審法院之論述並無疑義，蓋新攻擊防禦方法之提出屬於辯論主義之層次，而應由當事人自行提出並釋明其為「攻防方法之補充」之相關事由（民訴法第 447 條第 2 項參照），若當事人並未釋明該等事由，即便該譯文屬於攻防方法之補充，法院亦無法職權予以探知<sup>448</sup>。是以，本件之癥結點在於 X 有無向第二審法院釋明該譯文已於第一審提出，而可能該當第 447 條第 1 項各款之事由，若 X 已向第二審法院釋明該等事由，則應准許其於第二審提出；反之，若 X 並未成功釋明之，則不應准許其提出該錄音譯文。但自相關之判決中，並無法自客觀上看出 X 是否有向法院釋明該等事由，若當事人對於釋明之陳述具有不明瞭、不完足之處，法院亦應闡明當事人補充之，始符法院之闡明義務（民訴法第 199 條參照），而不宜僅以當事人釋明不完足逕予駁回；反之，若 X 始終並未向法院釋明欲提出該錄音譯文，則另當別論。

結論上，本文認為該錄音譯文具有於第二審提出之可能，但當事人有無成功釋明該錄音譯文該當第 447 條第 1 項第 3 款之事由，則係該錄音譯文得否提出之關鍵。

## 第二項 不可歸責之判斷

### 第一款 案例事實

[案例二]為最高法院 109 年度台上字第 1791 號民事判決，本件之案例事實略為，原告 X 和被告 Y 訂有材料買賣合約書（下稱系爭買賣合約），向 X 購買混凝土材料，X 已經依約交付而 Y 尚欠 245 萬 4,410 元（下稱系爭貨款）未給付

---

<sup>448</sup> 參見第三章第五節第七項「釋明責任之分配」之說明。

等情，請求 Y 索償貨款。而 Y 則抗辯，Y 供給訴外人 A 营造公司用於向 B 建商承攬之建案（下稱系爭建案），該混凝土含有電弧爐渣，致發生混凝土剝落等之瑕疵，為免後續一再修復，B 建商乃一次性賠償住戶和解金共 216 萬元，A 营造公司同意如數賠償 B 建商，並將其得向 X 請求同額損害之和解金債權讓與 B 公司，B 公司於 105 年 2 月 20 日再將之讓與 Y，Y 得以之與系爭貨款債權為抵銷等語，資為抗辯<sup>449</sup>。

於第二審程序中，Y 再以 X 供給之混凝土有瑕疵，而 B 建商對 X 具有侵權行為之損害賠償債權 216 萬元，B 建商並讓與 Y，Y 自得以此主張與被上訴人之貨款請求權相抵銷，但 X 否認並抗辯：Y 於原審未提出於本院第二審審理程序始提出，依民事訴訟法第 447 條規定，逾時提出新攻擊防禦方法等語。

## 第二款 法院見解

第二審法院認為，Y 於原審僅主張 B 建商讓與給 Y 之債權為對 X 之瑕疵擔保損害賠償請求權，於該審始提出 Y 得依照民法第 184 條第 1 項前段規定得向 X 請求侵權行為損害賠償請求權而主張抵銷一節，屬新攻擊防禦方法。X 主張 B 建商讓與 Y 侵權行為損害賠償請求權之事實雖發生於一審辯論終結後，然該侵權行為損害賠償之債權、原因事實，均係發生於第一審言詞辯論終結之前，且於第一審審理時 Y 即可由 B 建商受讓該債權，卻遲未提出，故不許 Y 於第二審提出該侵權行為損害賠償債權之抵銷，並無顯失公平之情事可言，並無違反民事訴訟法第 447 條但書所規定之允許其提出之要件，而不予審酌。

最高法院認為，Y 於第一審即以 X 供給之混凝土有瑕疵，而已經 B 受讓之 216 萬之和解金債權進行抵銷，其於第二審上訴後，係基於同一之基礎事實，而

---

<sup>449</sup> 整理自最高法院 109 年度台上字第 1791 號民事判決。

提出 B 建商對 X 依民法第 184 條第 1 項前段規定，亦有該 216 萬元損害賠償債權，屬於民事訴訟法第 447 條第 1 項第 3 款之防禦方法之補充，而非屬新防禦方法，進而為不利於 Y 之判斷，並有未合<sup>450</sup>。



### 第三款 判決評析

#### 第一目 抵銷抗辯應屬攻擊防禦方法之補充

於本件之情形中，Y 係基於同一原因事實，即該混凝土具有瑕疵而生之和解金債權和侵權行為損害賠償請求權，作為抵銷之主動債權。而 Y 於第一審僅以該和解金債權為抵銷，並未提及侵權行為之損害賠償債權，可見侵權行為之損害賠償債權應屬新攻擊防禦方法<sup>451</sup>。

此外，本件於客觀要件上，亦應屬第一審攻擊防禦方法之補充，蓋 Y 於第一審已經提出抵銷抗辯，而其僅係於第二審再以同一之混凝土有瑕疵所衍生之侵權行為損害賠償債權為抵銷，而應係補充第一審和解金債權之抵銷，Y 並未對混凝土有無瑕疵之基礎事實提出新主張，而應屬第一審攻擊防禦方法之補充<sup>452</sup>。

---

<sup>450</sup> 最高法院 109 年度台上字第 1791 號民事判決：「次查，按當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但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，此觀諸民事訴訟法第 447 條第 1 項但書第 3 款規定即明。上訴人於第一審即以被上訴人供給系爭建案之混凝土有瑕疵，其受讓見安公司、安城公司對被上訴人之系爭和解金 216 萬元債權，而為抵銷抗辯（見一審卷(一)第 192 頁），且經第一審法院列為爭點審理（見一審卷(二)第 14 頁）。嗣於提起第二審上訴後，其基於同一基礎事實，為安城公司對被上訴人依民法第 184 條第 1 項前段規定，亦有該 216 萬元損害賠償債權等語，係對於第一審已提出抵銷抗辯之防禦方法為補充，非屬新防禦方法之提出。原審就此未詳加研求，遽以上訴人係提出新防禦方法，復未於第一審言詞辯論終結前提出，即不予審究，進而為上訴人不利之判斷，並有未合……。」

<sup>451</sup> 許士宦，前揭註 124，頁 59。

<sup>452</sup> 許士宦，前揭註 124，頁 59。



## 第二目 Y 應具有可歸責事由

如上所述，儘管本件應屬攻擊防禦方法之補充，但本文認為此抵銷抗辯應不可再於第二審提出，蓋侵權行為之相關構成要件之基礎事實，和 Y 主張之其他請求類似，但法院仍需對該構成要件進行之攻防，並賦予當事人陳述意見之機會，而可能拖延訴訟；再者，該侵權行為之發生，均係存在於第一審之言詞辯論終結以前，而 Y 於第一審已有提出該侵權行為之可能存在，故其具有未提出防禦方法之可歸責事由存在。是以，客觀上該抵銷抗辯似屬第一審抵銷抗辯之補充，但最高法院似乎並未貫徹該攻防方法提出應以 Y 不可歸責為前提，而如同修法草案所示的，並未將可歸責一事用於本款之判斷。

若最高法院係認為，Y 經由債權讓與而取得該侵權行為之債權係於第一審之言詞辯論終結後，則亦應以同條第 1 項第 2 款之「事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者」，以避免何謂第一審攻擊防禦方法之補充和可歸責事由之判斷不明確，致適用上產生疑義。

## 第三項 第一審攻擊防禦方法補充之判斷

### 第一款 案例事實

[案例三]為最高法院 108 年度台上字第 515 號民事判決，原告 X 主張，第一審共同被告所合夥之 K 小吃店，Y1、Y2 為 K 合夥小吃店之合夥人，自民國 102 年 7 月 15 日起至同年 9 月 27 日止，向伊借款共新臺幣（下同）543 萬 4,000 元（下稱系爭借款），未為清償。本件上訴人 Y1 為 K 之合夥人，Y2 為該合夥之負責人，K 小吃店嗣雖於 103 年 2 月 17 日變更合夥負責人為訴外人 A、合夥人為訴外人 B，惟依民法第 681 條規定，Y1 應就退夥前該小吃店之合夥系爭借款

債務，負補充性之給付義務。伊持本件第一審 103 年度訴字第 91 號（部分）確定判決，聲請對 K 強制執行，經該院以 105 年度執字第 14286 號強制執行事件（下稱系爭執行事件）執行無結果，換發債權憑證結案，足見合夥財產已不足清償合夥債務等情，求為命 Y1 於 K 合夥之財產不足清償系爭借款本息時，應就不足額部分與該小吃店負連帶給付責任之判決。

Y1 則以：伊純係 K 小吃店之出資合夥人，未參與營運或紅利分配，亦未在本票、借據、借款契約簽章，系爭借款債務與 Y1 無涉。況 X 亦未舉證證明該小吃店之財產不足清償合夥債務，無須就系爭借款負補充性之給付義務。嗣於原審併稱伊未與 Y2 合夥成立 K 小吃店，亦未授權或同意他人以伊名義與 Y2 成立合夥，縱臺東縣政府商業登記伊為合夥人，不當然對該小吃店之債務負連帶清償責任等語，資為抗辯。

## 第二款 法院見解

第二審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，係以：……Y 於一審既不爭執為該小吃店之合夥人，其上訴第二審後始抗辯相關合夥資料非其親簽，係遭冒名登記為合夥人云云，屬於第二審始行提出之新防禦方法，復未釋明有民事訴訟法第 447 條第 1 項各款之情形，應予駁回……，Y1 未能舉證證明係遭冒名登記為 K 小吃店之合夥人，其撤銷該部分自認，不生效力，仍應依民法第 681 條、第 690 條規定，就退夥前之系爭借款本息，負連帶清償責任等詞，為其判斷之基礎<sup>453</sup>。

但最高法院認為，當事人對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，非在第二審程序禁止之列（民事訴訟法第 447 條第 1 項但書第 3 款規定參照）。

<sup>453</sup> 本段法院見解係整理自最高法院 108 年度台上字第 515 號民事判決。

故當事人以在第一審已經主張之爭點，即其攻擊或防禦方法（包含事實、法律及證據上之爭點），因第一審法院就該事實、法律及證據上評價錯誤為理由，提起上訴，其上訴理由，仍在第一審審理之範圍內，應允許當事人就該上訴理由，再行提出補強之攻擊或防禦方法，或就之提出其他抗辯事由，以推翻第一審法院就該事實上、法律上及證據上之評價，此尋繹該條項但書第3款之修正理由自明。本件Y1於第一審抗辯：伊未參與K小吃店之營運或紅利分配，無須依民法第681條規定負補充性之給付義務（見一審卷第29、34頁）。嗣於原審另提出「遭冒名登記為該小吃店合夥人」之抗辯（見原審卷第11、65、86、87、88頁），是否非屬就在第一審已提出之防禦方法為補充，仍應准予提出之範圍？尚滋疑義。原審未詳為研求，遽認該抗辯屬上訴人於第二審始行提出之新防禦方法，不許其提出，不免速斷。況第二審一方面認為Y1就該「遭冒名登記為合夥人」之抗辯，係新防禦方法而不許其於原審提出，卻又置Y2所陳：Y1不知以其名義登記為合夥人等語（見原審卷第65頁）於不顧，謂Y1未能舉證證明係遭冒名登記為K小吃店之合夥人，仍應負連帶清償責任（見原判決第6至8頁），亦有可議。

### 第三款 案件評析

本件於第二審與最高法院之爭點，乃Y1究竟是否為K小吃店之合夥人？Y1於第一審並不爭執其合夥人之身分，但於第二審始提出其遭冒名登記為合夥人。但最高法院認為，此抗辯係補充第一審Y1所提出之「伊未參與K小吃店之營運或紅利分配，無須依民法第681條規定負補充性之給付義務」，而依第一審攻擊防禦方法之補充，准許當事人提出此新攻擊防禦方法。

第一審所提出Y1並未參與K合夥之營運，而無須負擔民法第681條之補充性債務責任，和第二審Y1提出其遭冒名登記之新事實，皆係否認其為K小吃店之合夥人，於目前民訴法第447條第1項第3款之文義下，應符合「第一審已提出攻擊防禦方法之補充」，但第二審法院所猶豫之點，應係冒名登記所應審理之



事實，和第一審所審理之 Y1 有無實際營運 K 合夥相距甚遠，且 Y1 亦未釋明符合民訴法第 447 條各款事由，因而否定 Y1 遭冒名登記之新事實提出<sup>454</sup>。

本文認為，第二審法院所提出之說明有其見地，但其說理之方式僅以「當事人並未釋明」為由，否准當事人提出新攻擊防禦方法，容易受到上級審之指責，故較佳的說理方式應係自立法理由出發，說明 Y1 不但未於第一審提出此抗辯，且並未提出有何免責事由（例如當事人已經將 Y1、Y2 為合夥人列為不爭執事項），而否准當事人提出此新事證，較有正當之事由說明為何不准許當事人於第二審提出此新攻擊防禦方法，並使第一審攻擊防禦方法之補充，回歸立法理由中以「可歸責與否」之判斷標準。

## 第四項 小結

由上述二則單純適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款之案件中，即可發現實務於判斷當事人所提出之攻防方法，並未完全將是否可歸責之一事納入其論述之中。於[案例一]中，X 係以 X 已於第一審調取該卷宗，作為論述其准許其提出該錄音譯文之基礎，儘管准許 X 於第二審提出該錄音譯文並無不當，但最高法院並未於判決中論述 X 是否具有不可歸責事由；於[案例二]中，Y 得否於第二審以侵權行為之債權為抵銷，最高法院係以該抵銷之基礎事實相同，因而准許當事人提出，此似乎亦未考量 Y 有無機會於第一審提出該抗辯之可能性，忽略可歸責之要件

<sup>454</sup> 參見本件第二審裁判（臺灣高等法院花蓮分院 104 年度上字第 28 號判決）：「按當事人於第二審不得提出新攻擊或防禦方法，但有下列情形之一者，不在此限：(一)因第一審法院違背法令致未能提出者、(二)事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者、(三)對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者、(四)事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者、(五)其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者、(六)如不許其提出顯失公平者；第 2 項規定，前項但書各款事由，當事人應釋明之；第 3 項規定，違反前二項之規定者，第二審法院應駁回之，民事訴訟法第 447 條定有明文。經查，上訴人於上訴本院後，始具狀主張其對於成為 K 小吃店合夥人並不知情，及相關合夥資料非其親簽係偽造，其遭冒名登記為合夥人云云，顯屬於第二審始行提出之新攻擊或防禦方法，依民事訴訟法第 447 條第 1 項本文規定，在第二審程序本不得提出。而上訴人究係依該條第 1 項但書何款之事由而提出上述之新攻擊或防禦方法，復未釋明之，依同條第 3 項之規定，亦應予駁回。」

存否；[案例三]和[案例二]亦有相似之處，最高法院將第二審提出之「遭冒名登記為合夥人」，認為係補充第一審已提出之「未經營 K 合夥小吃店」，而將第二審提出之新事實作為第一審攻擊防禦方法之補充，但並未將當事人可否歸責納入考量之因素中。

此現象如同修法草案所言，實務見解並未實際考量當事人未提出該攻防方法之歸責與否，而單純於客觀上判斷該攻防方法是否於係補充當事人第一審之攻防，此解釋方式大幅度降低可能失權之案件數量，並導致本款事由相較他款更為寬鬆，使失權與否之標準不一，並使訴訟促進之要求無法貫徹。如上述二個案件，若將可歸責之判斷納入判斷，[案例一]和[案例二]、[案例三]之結論或許即有不同。

是以，無論最終本條之修法草案有無通過，本文呼籲實務應實際考量可歸責與否之要件，否則無法達到第二審集中審理之目的，無法貫徹訴訟金字塔化之目標。

## 第二節 第六款之相關裁判

### 第一項 民訴法第 447 條之性質為何

#### 第一款 案例事實

本文所選擇之[案例四]，係簡化自最高法院 109 年度台上字第 2832 號判決，其案例事實略為：系爭 A 地之原所有權人祭祀公業 X1 和訴外人 Y1 建設公司簽訂有已經合建契約，約定雙方合建按比例分配房屋（X1 獲得百分之四十二、Y1 獲得百分之五十八），X1 應配合移轉 A 地所有權。嗣 Y1 完成區分所有合建住宅（下稱 B 住宅），共 75 戶專有建物，X1 祭祀公業或其指定之人依約定分配比例取得房屋，然，X1 並未依約移轉 A 地之所有權予 Y1，且自 71 年 7 月 10 日起，

陸續有 61 戶購屋者向 X1 價購 A 地應有部分，致 A 地轉變為分別共有之型態，而 X1 曾對其餘 14 戶於 96 年 12 月 13 日以 A 土地所有權人之地位，訴請 Y1 等 14 戶給付相當於租金之不當得利，業經前案訴訟以祭祀公業 X1 已無系爭土地之使用收益權能，Y1 等 14 戶所有系爭房屋占有 A 地並非無法律上原因，而駁回 Y1 之前訴確定<sup>455</sup>。

爾後，本件之被告 Y 於 97 年 7 月 15 日購買 B 住宅五樓之專有部分，但其前手 Y1 等並未取得 A 地之基地應有部分，而僅取得 B 住宅五樓之專有部分，而 X1 為避免受分管契約之拘束，亦將上述 14 戶之 A 基地應有部分轉讓於本件之原告 X。

本件之原告 X 起訴主張，X 為 A 地之分別共有人，該 A 地遭被上訴人 Y 所有之 B 屋無法律上原因占用，且 Y 受有利益，並侵害 X 之所有權，因此 Y 應給付 X 起訴前五年之相當於租金之不當得利或損害賠償 144 萬 0,720 元；倘法院認 Y 占有 A 地具有合法權源，亦應推定兩造間為租賃關係。爰依不當得利、侵權行為之法律關係，並於第二審追加類推適用民法第 425 條之 1 規定，求為命被上訴人如數給付之判決。

Y 則抗辯：系爭 A 地之原所有權人祭祀公業 X1 和訴外人 Y1 建設公司簽訂有已經簽訂合建契約，但於 B 屋完成後，Y1 並沒有把 A 地所有權移轉給 X1，嗣後 Y 承受 Y1 之合建契約，並非無法律上原因而占有 A 地。X1 於前訴訟繫屬時，將 A 地以低價售予 X，顯屬權利濫用、違反誠信原則。即便 A 地和 B 屋間得以適用或類推適用民法第 425 條之 1，其亦未依法通知 Y 優先承買，X 不得以此理由對抗 Y，因此請求法院駁回 X 之請求。

---

<sup>455</sup> 臺灣台北地方法院 97 年度訴字第 1007 號、臺灣高等法院 98 年度上字第 1219 號判決及最高法院 100 年度台上字第 1549 號裁判。



## 第二款 法院見解

第二審維持第一審法院之判決，判決 X 敗訴，理由略為：各區分所有權人加入 A 土地共有關係時，既均知 B 住宅坐落其上之事實，自可認已同意 B 住宅於 A 土地上使用特定獨立空間，此一共有人間之合意即為分管契約。Y 於 97 年 7 月 15 日取得系爭土地應有部分而加入共有关係，應同受拘束。又 Y 所有之專有部分為 B 住宅之一部，因依附 B 住宅合法占有之分管約定，自非無權占用。民法第 799 條第 4 項但書既容許區分所有人就區分所有建築物坐落基地之應有部分得另為約定，則依此約定所為分配結果，自得解為係區分所有建物及所屬各專有部分所有權人占有坐落基地之權源，為此約定之當事人及其繼受人均受拘束，不得以專有部分之所有人無基地應有部分或應有部分不足民法第 799 條第 4 項本文所定比例，而依不當得利法律關係互為請求。B 住宅之區分所有權人多數兼為系爭土地共有人，渠等共同同意 B 住宅坐落其上，性質上即為前揭條項但書所稱之「另有約定」。X 既為系爭土地原共有人 X1 之繼受人，自應受該「另有約定」之拘束，X 主張系爭房屋占有系爭土地無法律上原因，據以請求不當得利，自非可取。系爭房屋本於合法權源坐落系爭土地，並無不法侵害 X 所有（共有）權情事；X 之損害與 Y 取得系爭房屋所有權，亦無因果關係。X 依侵權行為法律關係請求 Y 純付，尚非有據。又 Y 所有系爭房屋得以坐落系爭土地，係本於 A 土地共有人間之分管約定、民法第 799 條第 4 項之另有約定，並非兩造存有法定或約定租賃關係，而無類推適用租賃關係之餘地。上訴人主張類推適用民法第 425 條之 1 規定，請求被上訴人給付租金，亦無理由。因而認定 X 之請求無理由，判決 X 敗訴<sup>456</sup>。

但最高法院認為：「按當事人除釋明有民事訴訟法第 276 條第 1 項各款、第

<sup>456</sup> 參照：臺灣高等法院 106 年度上字第 1229 號民事判決。

447 條第 1 項但書之情形外，未於準備程序主張之事項，於行言詞辯論程序時，即不得主張，亦不得於第二審提出新攻擊或防禦方法，此觀同法第 463 條準用第 276 條、第 447 條第 1 項、第 2 項之規定即明。且上開規定之目的，係為促使當事人於程序前階段，儘速而完整提出攻擊或防禦方法，使有限之司法資源得以有效而合理分配、利用，自須由逾時提出之當事人，就其具有例外得提出之事由，負釋明責任。是當事人於第二審準備程序終結後之言詞辯論程序中，始提出新攻擊或防禦方法，法院即應本於職權予以探知，令該當事人就其何以仍得提出之事由，為必要之釋明。次按審判長依民事訴訟法第 199 條第 1 項、第 2 項規定，應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論，並應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，亦應令其敘明或補充之。尤以法院若將以當事人所忽略或未及表示之法律見解，作為判決之主要基礎，更應令為適當完足之辯論，俾保障當事人之程序利益，並防止發生突襲性裁判」<sup>457</sup>。

針對兩造於第一審及原審行準備程序時，均未主張或抗辯 B 住宅或 Y 持有之專有部分係基於分管契約而占用 A 地。Y 遲至原審 108 年 7 月 30 日言詞辯論期日，始提出：「區分所有建築物共有基地，各區分所有人原則上對基地全部均有使用權，然因二樓以上區分所有人，其建築物與基地地面實際上並未直接接觸，則其使用基地之方式或法律關係，應認係區分所有人就區分所有建築物之共有基地成立立體分管契約，……。又既然是依該條（民法第 799 條第 4 項）但書由各區分所有人全體之約定而配賦基地，亦即係基於分管契約而為使用，……」之新防禦方法。第二審就此項 Y 於第二審準備程序終結後始提出之新防禦方法，未令其釋明有何符合民事訴訟法第 447 條第 1 項但書、第 276 條第 1 項各款事由之情形，以判斷是否因其逾時而不准提出，亦未說明准其提出之法律上理由，即

---

<sup>457</sup> 參照：最高法院 109 年度台上字第 2832 號判決。

援為判決之基礎，於法已有可議，且有判決不備理由之違誤。況上開書狀繕本係第二審行言詞辯論程序當庭交付 X 收受，似見 X 並無預為準備之充足時間。倘係如此，原審未賦予 X 適當完全辯論之機會，遽以系爭房屋得以坐落系爭土地，係本於系爭住宅基地共有人間之「分管約定」為由，而為 X 不利之判斷，致生法律適用之突襲，亦欠允洽<sup>458</sup>。

### 第三款 本案評析

本件最高法院認為，Y 於第二審準備程序終結後始提出之新防禦方法，未令其釋明其符合何款例外事由，且 X 無充足之時間為適當、完全之辯論，因而廢棄原審之判決。依照本件最高法院之論旨，其所涉及之爭點包含：一、民訴法第二審逾時提出新攻防方法失權效之性質，究竟係職權事項，或是責問事項；爭點二，法院針對民訴法第 447 條第 1 項之例外事由，法院是否負有闡明義務；爭點三，針對第二審「誤未駁回」新攻擊防禦方法，最高法院應如何處理？

#### 第一目 第二審新攻防方法逾時提出之職權調查

關於當事人是否於第二審逾時提出攻防方法而應予以失權，法院究竟應否職權調查，或必須待當事人進行責問，始得為之，於學說和實務間具有爭論。本則判決係認為民訴法第 276 條、第 447 條為職權事項，若當事人於第二審始提出新攻防方法，法院即有義務予以探知，並命當事人對該事項為必要之釋明。但於本文所蒐集之判決中，亦有認為其係責問事項者。如最高法院 108 年度台上字第 2317 號民事裁定表示：「末查，兩造已就系爭抵押權所擔保債權存否之爭點，為充分攻防，原審審判長復於言詞辯論時，就系爭抵押權係擔保何債務一事，向被上訴人發問，令其為事實上之陳述後，上訴人並無異議而為本案辯論，即已喪失

<sup>458</sup> 參照：最高法院 109 年度台上字第 2832 號判決。

責問權，上訴人就此所指原審違反民事訴訟法第 199 條、第 447 條之規定，容有誤會。」

如第二章所述，民事訴訟法採取適時提出主義後，當事人對於訴訟之攻防具有訴訟促進之義務，必須於適當時期提出相關之攻擊防禦方法，其法理除了避免當事人因遲延提出，降低整體訴訟之審理效率，並影響他造當事人之攻防；再者，訴訟資源具有稀少性，如得以任意允許當事人延宕訴訟之進行，亦可能導致公益上的訴訟經濟減損，故失權效除了避免當事人間之訴訟延滯以外，更有合理分配司法資源之機能存在，當事人對於此公益之部分並無處分權<sup>459</sup>。因此[案例四]之判決認為法院應職權探知當事人所提出之依民法第 799 條第 4 項但書由各區分所有人全體之約定而配賦基地，係基於分管契約之新防禦方法，法院應以職權予以探知，而非待當事人予以異議，最高法院之見解值得支持。

但有見解質疑最高法院此處對於「法院即應本於職權予以探知」之用語，其認為事證之提出應屬於辯論主義之層次，法院原則上不應職權探知相關事證，否則將使民訴法第 447 條第 2 項之「釋明」規定成為具文，並且和過往最高法院認為本條應屬「責問事項」之見解間扞格<sup>460</sup>。但本則裁判之案例事實和係針對當事人間是否「失權」，而非法院職權探知「例外事由」存否，法院並無主導當事人之事證提出，而和論者所言之情況間具有差異，且最高法院前述之亦說明「須由逾時提出之當事人，就其具有例外得提出之事由，負釋明責任」，可見其並無調整釋明責任之分配。

至於論者認為本條應屬責問事項，如最高法院108年度台上字第2317號民事裁定之相關敘述<sup>461</sup>，但有論者認為，最高法院之論述應係認為本件之當事人「未

<sup>459</sup> 許士宦，前揭註 124，頁 50-51。

<sup>460</sup> 吳從周，前揭註 10，頁 50-51。

<sup>461</sup> 吳從周，前揭註 10，頁 51，論者所舉例之判決為最高法院 96 年度台上字第 1783 號民事判

異議」且「法院已經對於新攻防方法進行審理」，若將原判決廢棄發回原審，亦無法對於已耗費之勞力、時間、費用進行救濟，且他造之防禦權已受到保障，故於當事人未異議之情況下，最高法院不得以第二審法院誤未駁回新攻擊防禦方法而廢棄原駁回，即便如此，亦不得謂之性質為責問事項，否則將有論理不一之情形產生<sup>462</sup>。

## 第二目 法院對於例外事由具有闡明義務

民訴法第 447 條第 2 項規定當事人對於第 1 項之例外事由必須予以釋明，但法院對於該條第 2 項之釋明責任有無闡明義務。[案例四]之最高法院判決係採取肯定之見解，而應令該當事人就其何以仍得提出新攻防方法，為必要之釋明，若當事人之相關陳述有不明瞭或不完足者，更應闡明其為適當完全之辯論，以避免突襲性裁判之發生。

本文肯定此見解之論述，蓋訴訟之過程中，令當事人負擔主張、釋明、舉證責任之前提，乃當事人具有提出該事證之義務，基於辯論（協同）主義，其具有是否提出事證之權限，但在當事人對於是否具有提出事證之權限、義務之下，僅以當事人未主張或聲明證據，而命當事人負擔自己責任，未免過苛，且法院和當事人之法律見解可能不同，而有可能產生突襲性裁判<sup>463</sup>。故當事人若已經提出新攻擊防禦方法，而法院認為其釋明之程度不足，即應闡明當事人對該當民訴法第 447 條第 1 項各款之例外事由進行補充，否則法院具有闡明義務之違反，而得以構成上訴第三審之事由。應區別的是，此和辯論主義、協同主義之爭論無涉，本文所論述者係當事人已提出該新攻擊防禦方法而有釋明程度不足，和學說上所指

---

決。

<sup>462</sup> 許士宦，前揭註 124，頁 51-52。

<sup>463</sup> 許士宦，前揭註 54，頁 51-53。

涉之當事人「未主張」該攻擊防禦方法而為闡明之問題不同，不應混為一談<sup>464</sup>。

類似之實務見解，亦可參見[案例五]最高法院 108 年度台上字第 35 號民事判決係針對智慧財產案件，引用智慧財產案件審理法第 8 條第 2 項，認為：「法院應向當事人曉諭爭點，並得適時表明其法律上見解及開示心證……準此，智慧財產案件為避免突襲性裁判，審判長或受命法官就事實上、法律上及證據上爭點，有闡明義務。又當事人提出民事訴訟法第 447 條第 1 項但書規定之新攻擊防禦方法，依同條第 2 項規定固負釋明之責。倘審判長或受命法官已將該新攻擊防禦方法列為爭點，該當事人並就該爭點為聲明、陳述，致相審判長或受命法官已准許其提出時，審判長或受命法官在行使闡明義務，命該當事人就該新攻擊防禦方法盡同條第 2 項釋明義務前，不得以其未釋明為由，依同條第 3 項規定，裁定駁回之，以符程序法上之誠信原則。本件上訴人雖於第一審言詞辯論終結後，始以王文欽有系爭合約第 6 條第 1 項違約事由主張終止合約，提出新攻擊方法。惟原審已將其列為爭點「4、被上訴人是否違反系爭協議第 6 條第 1 項競業禁止義務而構成違約事由？」……。果爾，原審是否不許上訴人提出該新攻擊方法，洵非無疑。倘原審尚未准許其提出，則原審將該新攻擊方法列為爭點，造成上訴人之誤認。依上揭說明，應踐行闡明義務，令上訴人就民事訴訟法第 447 條第 1 項但書規定為釋明。原審未予闡明，逕謂上訴人於第一審言詞辯論終結後，始提出王文欽有系爭合約第 6 條第 1 項違約事由之新攻擊方法。其復未釋明有何民事訴訟法第 447 條但書規定情形，不許其於第二審提出云云，自有可議」<sup>465</sup>。

<sup>464</sup> 劉明生，前揭註 183，頁 30。

<sup>465</sup> 相關之裁判，亦可以參照[案例九]最高法院 109 年度台上字第 2029 號民事判決：「按當事人提出民事訴訟法第 447 條第 1 項但書規定之新攻擊防禦方法，依同條第 2 項規定固負釋明之責。惟審判長或受命法官倘已將該新攻擊防禦方法列為爭點，該當事人並就該爭點為聲明、陳述，致相信審判長或受命法官已准許其提出時，審判長或受命法官於行使闡明義務，命該當事人就該新攻擊防禦方法盡同條第 2 項釋明義務前，不得以其未釋明為由予以駁回，以符程序法

上述裁判亦強調若法院已將該新攻擊防禦方法列為爭點，而使當事人相信准許提出該攻擊防禦方法時，即不得以當事人未釋明將此駁回，故法院應適時向當事人闡明其「釋明不充分」，否則有違訴訟法上之誠信原則，而有侵害當事人對於提出新攻防方法信賴之虞<sup>466</sup>。再者，法院對於誠信原則所負擔之協力義務和法院之公正程序請求權重疊，法院於行使訴訟指揮權、闡明權時，應以指向當事人利益保護之面向運作，以避免侵害當事人之程序、實體利益<sup>467</sup>。故法院認為當事人具有提出新攻擊防禦方法，並使當事人耗費勞時費用予以攻防，嗣後又以「釋明不足」駁回該新攻防方法，不但是法院自相矛盾的重複審理，並使當事人所能獲得的實體利益白費，故[案例四]之裁判，指正原法院違反之程序法上誠信原則及公正程序請求權，具有其對於民訴法第 447 條之釋明責任闡明義務之指標性意義。

### 第三目 誤用失權效之救濟方式

如第三章所述，關於誤用失權效之救濟方式，於學說上具有爭議，於本文

---

**上之誠信原則。**查上訴人雖於原審始提出被上訴人違反醫療法第 63 條第 1 項前段規定之醫療風險告知義務，應負不完全給付賠償責任此項新攻擊方法，惟其已敘明合於民事訴訟法第 447 條第 1 項但書第 3 款、第 4 款、第 6 款所定各該事由情狀（見原審卷第 210、246 頁），於此情形，能否謂上訴人並未就該等事由為釋明，非無疑問。況原審已將之列為爭點「三、被上訴人所實施之植牙手術及牙周病治療，是否悖於告知後同意原則，違反本件醫療契約之風險告知義務？」（見原審卷第 245、401 頁），兩造並就該爭點為攻防陳述（見原審卷第 246、253 頁），則原審是否不許上訴人提出該新攻擊方法，亦非無疑。倘尚未准許其提出，則原審將該新攻擊方法列為爭點，致上訴人誤認已許其提出，依上說明，即應踐行闡明義務，令上訴人就其主張有上開條款所定事由釋明之。原審未予闡明，遽謂上訴人未為釋明，駁回其此部分之主張，自有可議。」

<sup>466</sup> 強調失權規定時應注意法官之闡明義務履行，參見：姜世明，前揭註 351，頁 290；強調失權規定和訴訟法上之程序原則之關聯，參見：許士宦，前揭註 124，頁 54。

<sup>467</sup> 姜世明，前揭註 351，頁 294，氏指出失權規定涉及憲法價值衝突，故於解釋失權規定時，應以合憲性解釋為基礎，並採取對於當事人侵害較小之方式為之，始能避免裁判受到違憲之質疑。

觀察之 50 則最高法院裁判中，此為唯一一則「誤未駁回」新攻防方法而將原判決廢棄發回者，故本件之裁判具有討論之必要性。

本件最高法院認為，第二審法院未令 Y 釋明有何該當於民訴法第 447 條第 1 項但書、第 276 條第 1 項各款事由之情形，以判斷是否因其逾時而不准提出，而有判決不備理由之情形。但多數學說認為，於最高法院誤為駁回新攻擊防禦方法時，原法院於審理所耗費之勞力、時間、費用已經無法透過廢棄發回原判決回復，故廢棄該判決並無實益，因而否定「誤未駁回」新攻擊防禦方法之救濟可能<sup>468</sup>。

本文肯定最高法院之論述，其精準的認識到失權效除了影響當事人之事證提出可能，並可能影響他造當事人之防禦權，而法院於權衡是否予以上訴救濟時，應適當的考量二者之關係，否則將使失權效僅注重「訴訟促進」之機能，而忽視其可能亦具有間接影響當事人之勝敗之「平等攻防」，此機能於本次修法之立法院公聽會中，亦受到修法機關代表所強調<sup>469</sup>。故最高法院以 X 並無足夠之時間進行攻防為由，廢棄發回原審判決，足見實務亦有逐漸重視對於失權所涉及之聽審請求權保障。

較為可惜的是，最高法院似乎並未強調 X 有無於第二審之言詞辯論程序針對 Y 之新防禦方法進行異議，若法院錯誤的允許 Y 提出該攻防方法，而 X 並無異議而為本案辯論，則法院已賦予 X 之攻防機會，並無侵害其聽審權，在此前提

---

<sup>468</sup> 邱聯恭，前揭註 208，頁 290；沈冠伶，前揭註 204。

<sup>469</sup> 得以參考，立法院，前揭註 6，頁 42-43，廖慧如法官之發言：「……本院在此特別補充說明，雖然本次修法刪除第三款，但是絕大部分的事由可以同時構成第一款、第二款、第四款、第五款的情形，剩下沒有被這些款項包含的，就是當事人在第一審已經知道、可以，卻故意或過失不為提出的攻擊防禦方法，在此刻司法院修法不能只照料其中一方當事人，在二審可以盡情地提出新攻防方法，我們同時必須照料訴訟的對造，他不會因為這樣的突襲、這樣的言詞提出導致其證據流失，導致其程序受到延宕，所以這是這次修法非常重要的基本精神。」

下，第三審法院廢棄原判決已經無法回復已耗費之勞費，並將使判決之「真實」和「客觀真實」分離，故於當事人未異議之情況下，應以維持原判決為當。於本件之裁判中，最高法院並無說明當事人是否有異議，而無法具體判斷法院之裁判妥當與否，但本文肯定最高法院於「誤未駁回」新攻防方法時，注重當事人之防禦可能性，而不再純以「訴訟促進」為由否定當事人上訴救濟之可能。

## 第二項 僅考量實體利益之「公平」

### 第一款 案例事實

[案例七]為最高法院 106 年度台上字第 2732 號民事判決，本件原告 X 主張：伊於民國 101 年 9 月 16 日出資購買 A 房地，因不欲斯時與伊感情不睦之配偶知悉，乃將 A 房地借名登記在被告 Y 名下，而為保障伊對 A 房地之權利，並於同年 12 月 19 日辦理預告登記。嗣 X 與配偶重修舊好，乃於 103 年 6 月 5 日以存證信函向 Y 為終止借名登記契約之意思表示。倘認兩造間就系爭房地係成立贈與契約，X 亦已撤銷贈與，Y 自應將 A 房地所有權移轉登記予伊等情，依民法第 179 條及類推適用第 541 條第 2 項規定，求為命 Y 將系爭房地所有權移轉登記予 X 之判決。Y 則以：A 房地係 X 贈與 Y，並約定由 Y 照顧 X 晚年生活，及提供 A 房地予 Y 無償居住至其百年，兩造間就系爭房地並無借名登記關係存在等語，資為抗辯。

### 第二款 法院見解

於實體裁判上<sup>470</sup>，第二審法院維持第一審所為 X 敗訴之判決，並駁回其上

<sup>470</sup> 臺灣高等法院 104 年度重上字第 497 號民事判決：「(三)上訴人復主張：如認兩造間就系爭房地所成立者為贈與契約，則伊業已依法撤銷贈與，被上訴人登記為系爭房地之所有權人即無法律上之原因，並致伊因此受有損害，依民法第 179 條規定，被上訴人亦應將系爭房地所有權移

訴，仍認定 XY 間並無存在借名登記關係，兩造係約定 X 將 A 房地贈與，由 Y 照顧 X 晚年生活，及提供 A 房地予 Y 無償居住至其百年，業據證人即 Y 母親證述在卷，足見兩造就系爭房地係成立附有負擔之贈與契約。X 於第二審準備程序終結後之 105 年 1 月 12 日始提出撤銷贈與之新攻擊方法，且與原主張之借名登記法律關係，迥不相侔，難認有民事訴訟第 276 條第 1 項各款及同法第 447 條第 1 項但書各款情形，應不予審酌。故 X 依民法第 179 條及類推適用第 541 條第 2 項規定，請求 Y 將 A 房地所有權移轉登記予伊，為無理由。

但最高法院認為<sup>471</sup>：Y 於第一審已經抗辯 A 房地係上訴 X 贈與伊，嗣第一

---

轉登記返還予伊云云，並提出上證三：本院 104 年度重上字第 860 號 104 年 11 月 9 日準備程序筆錄及上證四：上訴人與謝祺雯於 104 年 11 月 23 日電話對話錄音譯文（下合稱上證三、四）。惟按當事人在第二審程序中，除有民事訴訟法第 447 條第 1 項但書各款情形外，不得提出新攻擊或防禦方法。又未於準備程序主張之事項，除有民事訴訟法第 276 條第 1 項各款情形外，於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之，此觀上開法條規定自明。上訴人固謂其係就於原審已為否認贈與之防禦方法再為補充，故依民事訴訟法第 447 條第 1 項但書第 3 款「對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者」、第 6 款「如不許其提出顯失公平者」等規定，提出上開新攻擊方法云云。然查，本件於 104 年 11 月 23 日行準備程序時，兩造均已表明無其他主張及舉證，並經諭知準備程序終結及記明筆錄（見本院卷第 168 頁反面），而上訴人係於本件準備程序終結後之 105 年 1 月 12 日始提出民事辯論意旨續(二)狀及上證三、四，為上開撤銷贈與之主張即提出新攻擊方法（見本院卷第 195、197 頁正、反面、第 200 至 203 頁），惟上訴人迄至本院 105 年 1 月 19 日言詞辯論終結前均否認兩造間就系爭房地有贈與關係存在（見本院卷第 211 頁），而上訴人上開撤銷贈與之主張，乃以其承認贈與為前提，始得謂上訴人係就兩造間之贈與關係為攻擊或防禦方法之補充；且上訴人本於撤銷贈與之原因事實及所據之民法第 412 條第 1 項、第 419 條第 1 項等規定，與上訴人原係主張基於終止兩造間系爭借名登記契約而為本件移轉系爭房地所有權登記之請求，迥不相侔，如不許上訴人提出，並無顯失公平之處。核上訴人此部分主張既屬於第二審準備程序終結後，始提出之新攻擊方法，且無民事訴訟法第 276 條第 1 項各款及同法第 447 條第 1 項但書各款之情形，揆諸前開說明，自不得再行主張，依同法第 447 條第 3 項之規定，應予駁回，本院茲不予審酌……」

<sup>471</sup> 最高法院 106 年度台上字第 2732 號民事判決：「次查當事人於第二審不得提出新攻擊或防禦方法。但對於在第一審提出之攻擊或防禦方法為補充，或如不許其提出顯失公平者，均不在此限，此觀民事訴訟法第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款及第 463 條準用第 276 條第 1 項第 4 款之規定自明。被上訴人於第一審抗辯：系爭房地係上訴人贈與伊等語（見第一審卷 40 頁、148 頁），上訴人乃主張：兩造就系爭房地並無贈與關係存在等語（見第一審卷 59 頁以下、164 頁以下）。

審認定 X 經將 A 房地贈與 Y，為 X 敗訴之判決，X 因於第二審主張：伊未贈與 Y 系爭房地；倘認兩造間就 A 房地係成立贈與契約，X 亦已撤銷贈與，Y 應依不當得利之規定返還系爭房地，而應該得以適用民訴法第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款及第 463 條準用第 276 條第 1 項第 4 款之規定，而准許 X 提出撤銷贈與之意思表示。

### 第三款 本案評析

本件之實體法律問題較為容易，此係爭執 XY 之間究竟係成立借名登記關係，抑或是附負擔之贈與關係，若係後者，X 於第二審準備程序後始提出之撤銷贈與，是否應受到更新權之限制。

#### 第一目 民訴法第 447 條和第 276 條之關係

如同本文第 2 章所述，第二審新攻擊防禦方法提出限制之條文（民訴法第 447 條）可能會和準備整理程序之失權效（民訴法第 276 條），具有適用上之優先順位，而應優先考量民訴法第 447 條。蓋前者所失權之對象為第二審之更新，後者所比較為準備程序之失權，必須該攻防方法得以進入「第二審」，始考量該新攻防方法於第二審爭點程序所未提出之效果為何<sup>472</sup>。

本件 X 經於第二審之準備程序後，提出上開撤銷贈與之新攻擊方法，但其是否同時符合二者之例外事由，第二審法院似乎並未著墨，而單純論以當事人之

---

嗣第一審認定上訴人係將系爭房地贈與被上訴人，為上訴人敗訴之判決，上訴人因於原審主張：伊未贈與被上訴人系爭房地；倘認兩造間就系爭房地係成立贈與契約，伊亦已撤銷贈與，被上訴人應依不當得利之規定返還系爭房地予伊等語（見原審卷 197 頁以下）。則能否謂上訴人之主張不合於上開法條之規定，而不應准許，自滋疑問。原審見未及此，遽以前揭理由不予審酌，亦有未合。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。」

<sup>472</sup> 詳細請參見：第三章第六節第二項 第二審失權效之審理順位」。

提出並不該當民訴法第 447 條第 1 項第 3 款、第 6 款，無民事訴訟法第 276 條第 1 項各款及同法第 447 條第 1 項但書各款，因而駁回此新攻擊方法，此為較為可惜之處。



## 第二目 第 447 條第 1 項第 3 款成立與否

至於本件之撤銷贈與是否符合「對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充」，於第二審法院和最高法院間具有爭執。第二審法院認為撤銷贈與之主張，乃以其承認兩造間存在贈與關係為前提，但 X 於第二審主要爭執之法律關係為借名登記，故不應認為此新攻擊方法係補充第一審已提出之攻擊防禦方法。但最高法院持相反見解，既然第一審法院已經以 XY 間之法律關係為贈與，判決 X 敗訴，故 X 於第二審提出撤銷贈與之意思之主張，應係補充經第一審所認定之贈與關係，應該當本款之事由。

本文認為，既然此主張係第二審準備程序後始提出之攻防方法，應屬新攻擊防禦方法無誤，原則應該當民訴法第 447 條第 1 項各款事由，始得於第二審提出之。最高法院雖認為此攻防方法係補充有關第一審贈與關係之主張，但最高法院似乎並未審酌 X 是否有機會於第一審提出此撤銷贈與之抗辯，而直接審酌撤銷贈與之主張應屬第一審已提出之攻擊防禦方法之補充。但應注意者為，兩造於第一審已經對贈與關係存否進行攻防，而 X 應有提出此撤銷贈與之抗辯之機會，而有認定 X 可歸責之可能性存在，最高法院似乎並未將 X 未提出此主張「可歸責」而納入失權與否之考量，並不妥適。

退一步言，即使最高法院認為 X 未提出該主張係不可歸責，而符合第 447 條得以例外提出之要件，但兩造於第二審中行準備程序時，均已表明「無其他主張及舉證」，並經諭知準備程序終結及記明筆錄，是否仍得認為 X 符合第 276

條各款之事由，仍有疑義。顯然 X 並未有第 276 條第 1 項第 1 款至第 3 款之事由，故最高法院係以該條第 1 項第 4 款之「顯失公平」來准許當事人提出之，但此結果單純以「不准許 X 提出撤銷贈與」可能過度侵害其實體利益，作為衡量實體利益之結果，並不符合顯失公平應以當事人之可歸責程度、訴訟延滯與否、他造當事人之攻防可能、訴訟延滯與否等因素綜合判斷之可能，而可能導致失權制度之效果空洞化，成為保護當事人實體利益之工具。

### 第三目 第 447 條第 1 項第 6 款成立與否

本件值得注意的是，高等法院和最高法院如何涵攝第 447 條第 1 項第 6 款，高等法院係以 X 原係主張借名登記而為 A 房地所有權登記之請求，和贈與關係無關，而使該主張失權。由此可見，高等法院於涵攝顯失公平時，係以 X 之主張並不相符，作為駁回之理由，此可能蘊含幾種顯失公平之可能，其一，審酌此主張可能造成程序延滯，而過度耗費程序之時間，再者，第二審法院可能認為駁回此主張並不致於對其實體利益之認定造成影響，因而駁回此主張。

但最高法院係單純以 X 於第一審已經有對於贈與關係進行爭執，作為其認定顯失公平之基礎。此透漏出最高法院並未針對顯失公平之因素，進行實質之分析，其敘述大多集中於該攻防方法屬於第一審之攻防方法之補充，而具有顯失公平之情事存在，導致顯失公平之認定和攻擊防禦方法之補充難以區辨。退一步言，即便認為最高法院係在考量 X 贈與關係存否，但此僅單純考量兩造間之實體利益，不但未思考實體利益於第二審失權制度中應否存在，且並未綜合衡量其餘顯失公平之判准（例如：當事人可否歸責、事證蒐集可能性等），而使顯失公平之判斷成為當事人「實體公平」，有違失權效作為促使適時提出之機能，並可能導致訴訟散漫化。

除[案例七]之外，亦有其他僅考量當事人實體利益之裁判，例如[案例六]最高法院 110 年度台上字第 244 號民事判決指出：「再按，民事第二審為嚴格續審制，原則上當事人在第二審不得提出新攻擊或防禦方法，但其所提新攻擊或防禦方法，如符合民事訴訟法第 447 條第 1 項但書及第 463 條準用第 276 條第 1 項各款規定情形，並不當然發生失權效果。查上訴人於原審除延續○○綠邑社區建築基地之法定空地，不得分割之抗辯外，並以該社區係以 921 震災重建暫行條例相關規定，按系爭九二一開發計畫興建之社區，其建蔽率及容積率已依該計劃核定內容辦理，若將其法定空地分割，將變更九二一開發計畫審核通過之建蔽率及容積率等情，聲請法院調取重建開發計劃之相關資料（原審卷三第 199-200 頁、第 333-334 頁），參佐南投縣政府 103 年 8 月 7 日函亦稱其建蔽率及容積率應以九二一開發計畫核定內容辦理等情（原審卷三第 207 頁），果爾，系爭土地可否分割，與前述九二一開發計劃之內容，是否全然無關，如不允許調查，是否有失公平，非無研討之餘地……」

[案例六]係以該土地得否分割，和九二一開發計劃之內容有關係，若不予以調查可能會有顯失公平之虞，而原審並未對此開發內容予以調查，可能有其判決理由不備之違誤。最高法院此段之論述可知，此判決對於顯失公平之論述，僅以若不提出該開發計畫對於當事人具有「實體上之顯失公平」，廢棄原判決，其未如本文前述一再強調，應將實體法上和程序法上之顯失公平事由一併納入考量，可見最高法院之部分裁判，仍看重個案裁判之客觀真實，以此作為衡量顯失公平之唯一事由，並不妥當。且本件最高法院之前段即已說明，其係延續第一審對於建築基地之法定空地不得分割之抗辯，故得否以同條第 1 項第 3 款之「對於在一審已提出之攻擊或防禦方法為補充」進行論述，而不以較為抽象之顯失公平，亦得以斟酌，當然准許必須符合當事人不可歸責之相關要件，始有提出可能。



## 第三項 小結

整理[案例四]及其相關裁判<sup>473</sup>，最高法院對於失權效之性質，具有爭議，最高法院於[案例四]中，正確認識到失權規定有其公益性質，而無待當事人抗辯即得予以探知，故民訴法第 447 條應為職權事項。

失權規定之適用，亦必須注重當事人之程序權，特別是聽審請求權保障，故當事人對如何釋明新攻擊防禦方法之提出具有不明瞭、不完足之處，法院必須適時予以闡明，若法院已將該新攻擊防禦方法列為爭點，則不得以未釋明該新攻防方法為由駁回之，否則法院有違反訴訟法上誠信原則之疑慮，而[案例四]、[案例五]、[案例九]之裁判見解逐漸重視被告防禦權之行使以及法院對於失權之聽審請求權之保障，值得肯定。

但觀察[案例六]及[案例七]，其單純以實體利益作為衡量顯失公平與否，而忽略對造之程序利益保護、失權規定訴訟促進之機能等，可見法院並無平衡兼顧當事人之程序、實體利益及公益上訴訟促進之需求，此為較可惜之處。

## 第三節 實務裁判之綜合觀察

最高法院廢棄第二審有關民訴法第 447 條之相關裁判時，大部分係以民訴法第 447 條第 1 項第 3 款和第 6 款作為准許提出之例外事由。在觀察最高法院對第 447 條第 1 項第 3 款之整體適用中，最高法院於論述「第一審攻擊防禦方法之補充」時，並未將當事人可歸責與否納入思考，而僅以其是否為第一審新攻擊防禦方法之補充，即予以提出，此或許即可對應為何第二審和第三審中，第 3 款成

<sup>473</sup> 參見上述之最高法院 108 年度台上字第 2317 號民事裁定。

為法院最常適用之例外事由，而得對應本文和過往之實證研究成果。

再者，於第 6 款之相關裁判中，最高法院雖然有逐漸注重當事人之聽審請求權之保障，但於顯失公平與否之衡量上，仍有部分裁判注重當事人之實體利益，更有僅以當事人之實體利益保障為由，而准許當事人提出新攻擊防禦方法之情形，此現象已將失權之程序法上制度，轉換為實體法上之顯失公平，使失權制度之促進訴訟並維持兩造攻防公平性之機能喪失，第二審嚴格續審制之制度目的不達，故應避免單純從實體法解釋顯失公平之情況發生，而應平衡兼顧各方之程序、實體利益，以充實顯失公平之實質內容。



## 第七章 結論

有關民事訴訟法第447條新攻擊防禦方法提出限制之規定，在修法草案刪除現行同條第1項第3款和第6款之規定。本文嘗試整理我國之學說、實務之發展現狀，並參考德國法上規定，希望能對此議題有更多之貢獻。

針對本文所提出之研究問題，以下提出相關之研究結論：

民訴法第447條之立法意旨係為合理分配司法資源，而盡量促使當事人於第一審將攻擊防禦方法提出，故採取原則禁止、例外准許當事人提出新攻擊防禦方法之立法模式，但失權本身牽涉憲法上適時審判請求權、有效權利保護請求權、聽審請求權等，故於適用失權規定時，應兼顧當事人之聽審請求權，以避免過度侵害當事人之訴訟權，而僅有於「新攻擊防禦方法逾時提出而有礙訴訟終結，且當事人具有可歸責事由」，始得駁回當事人之新攻防方法。本條第1項設有六款之例外事由，以列舉之方式規定允許當事人提出之事由，該六款事由原則上係將失權規定之要件具體化，但我國學說批評第3款、第6款之適用現況，其未充分衡量准許提出新攻擊防禦方法之「不可歸責」和「他造當事人之程序權」，而有濫用此二款例外事由之狀況，故眾多學說建議應刪除此二款事由，促使嚴格續審制之制度目的得以達成，將審理重心得以集中於第一審，避免他造之防禦以及公益之訴訟經濟受到侵害。

觀察過往實證研究亦可發現類似現象，第二審之實務裁判大量使用同條項第3款和第6款作為准許當事人提出新攻防方法之事由，本文觀察最高法院之裁判中亦可發現類似情形，最高法院之廢棄裁判中，最常以「第一審攻擊防禦方法之補充」，作為准許提出之事由，於「顯失公平」之衡量中，亦最常以實體利益作為其論述基礎，可見上述學說所批評之狀況並非僅存於下級審，於指引我國實務走

向之最高法院，亦係採取類似標準，可見此現象已經普遍存在我國實務。



在通盤觀察實務見解後，本文認為得參考德國法上對於第二審新攻擊防禦方法提出限制之規定，對於我國之修法草案進行評析。相對於我國民訴法第447條，德國法僅以法院具有程序上之瑕疵或非因當事人之過失，始得提出新攻擊防禦方法，其背後蘊含當事人應就事證之提出負有自己責任，以確保他造之防禦可能性以及法院公益層面之訴訟經濟考量。比較二國之規定，可以發現我國民訴法第447條第1項第3款之「攻擊防禦方法之補充」，於德國法係將其排除於「新攻擊防禦方法」之適用範疇外，但前提係當事人於第一審已「具體提出」攻擊防禦方法，並非一概准許當事人補充攻擊防禦方法。但本文認為德國法上之「具體提出」判准有其不明確性，故應回歸民訴法第447條第1項但書第5款，視當事人於第一審是否有「其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者」，較為妥適；針對第6款之顯失公平事由，德國法上並無類似制度，以明確化第二審限制新攻擊防禦方法之意旨。

如修法草案通過，法院應以當事人具有「不可歸責」事由作為提出之前提，而非僅對於第一審攻擊防禦方法之補充，以符合體系解釋之一致性，且原則上應以「抽象輕過失」為其判斷基準，並視當事人之事證蒐集能力、有無律師代理等因素，適時予以調整；於「顯失公平」條款刪除後，可使法院將判斷重心置於逾時提出是否具有不可歸責事由，而非注重當事人之實體利益、訴訟延滯等事由，而平衡兩造攻防可能性，並減少法院之勞力、時間、費用之花費，以維持公益之訴訟經濟。

綜上所述，本文贊成修法草案，將第447條第1項第3款和第6款刪除，避免實務見解過度重視客觀真實，而大量准許當事人於第二審提出新攻擊防禦方法。此外，最高法院正確的認識本條之適用應為職權事項，並堅持保障當事人之聽審權、

防禦權等見解，值得肯定。期待本次修法草案能於確保當事人訴訟權之前提下，適度減輕人民及公益層面訴訟經濟，並達成我國司法改革國是會議之「訴訟制度金字塔化」。





# 參考文獻

## 一、中文部分

### (一) 書籍

Allen Rubin & Earl R. Babbie (著), 李政賢 (譯) (2016), 《社會工作研究方法》, 五南。

Robert R. Pagano (著), 趙碧華、潘中道、郭俊賢 (譯), 《行為科學統計學》, 三版, 雙葉書廊。

王泰升 (2017), 《台灣法律史概論》, 五版, 元照。

王雲東 (2012), 《社會研究方法：量化與質性取向及其應用》, 二版, 威仕曼。

王澤鑑 (2019), 《法律思維與案例研習》, 四版, 自版。

王濟川、郭志剛 (2003), 《Logistic 迴歸模型：方法及應用》, 五南。

民事訴訟法研究會編 (2003), 《民事訴訟法之研討 (十一)》, 元照。

呂太郎 (2022), 《民事訴訟法》, 增修四版, 元照。

沈冠伶 (2007), 《民事證據法與武器平等原則》, 元照。

沈冠伶 (2012), 《程序保障與當事人》, 二版, 元照。

沈冠伶 (2012), 《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》, 二版, 元照



邱聯恭（2000），《程序選擇權論》，自版。

邱聯恭（2001），《爭點整理方法論》，自版。

邱聯恭（2005），《程序利益保護論》，自版。

邱聯恭（2021），《口述民事訴訟法講義（一）》，2021年筆記版，自版。

邱聯恭（2021），《口述民事訴訟法講義（三）》，2021年筆記版，自版。

姜世明（2009），《民事程序法之發展與憲法原則》，二版，元照。

姜世明（2009），《任意訴訟及部分程序爭議問題》，元照。

姜世明（2022），《民事訴訟法（上冊）》，8版，新學林。

姜世明（2022），《民事訴訟法（下冊）》，8版，新學林。

張永健（2022），《法實證研究：原理、方法、應用》，2版，新學林。

許士宦（2003），《程序保障與闡明義務》，學林。

許士宦（2011），《訴訟理論與審判實務》，元照。

許士宦（2021），《民事訴訟法（下）》，2版，新學林。

許士宦（2022），《民事訴訟法（上）》，3版，新學林。

陳計男（2000），《民事訴訟法論》，再版，三民。

陳計男（2009），《民事訴訟法論（上）》，修訂五版，三民。

陳啟垂（2015），《民事訴訟法（上冊）》，新學林。

陳啟垂（2018），《民事訴訟法（下冊）》，新學林。



陳榮宗、林慶苗（2001），《民事訴訟法》，修訂二版，三民。

陳榮宗、林慶苗（2016），《民事訴訟法（下）》，修訂六版，三民。

黃國昌（2012），《民事程序法學的理論與實踐》，元照。

黃國昌（2012），《程序法學的實證研究》，元照。

楊建華原著、鄭傑夫增訂（2016），《民事訴訟法要論（全）》，自版。

駱永家（2011），《新民事訴訟法II》，自版。

駱永家（2015），《新民事訴訟法I》，自版。

魏大嘵（2015），《民事訴訟法》，三民。

## （二）書之篇章

許士宦（2010），〈第二審時效抗辯之失權：最高法院有關裁判之檢討〉，收於：

許士宦（等著），《新民事訴訟法實務研究（一）》，頁 285-335，新學林。

吳明軒（2019），〈民事訴訟法修正後關於第三審程序之規定〉，吳明軒（等著），收於：吳明軒（等著），《民事訴訟法之三審》，頁 3-42，元照。

吳從周（2022），〈再訪消失的二審失權：一個實務現狀與民訴草案之再回顧〉，收於：姜世明（編），《民事程序法焦點論壇第十三卷：新世紀審級制度建構的困境與出路》，頁 33-82，新學林。

沈冠伶（2019），〈第三審許可上訴制之探討〉，收於：吳明軒（等著），《民事訴訟法之三審》，頁 61-105，元照。



### （三）期刊論文

吳俊穎、楊增暉、陳榮基（2017），〈醫療訴訟之實證研究：民事案件之上訴率及其維持率〉，《中正大學法學集刊》，頁 137-178。

吳從周（2005），〈論遲誤準備程序之失權〉，《東吳法律學報》，16 卷 3 期，頁 47-138。

吳從周（2006），〈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》，85 期，頁 219-229。

吳從周（2008），〈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》，115 期，頁 21-37。

吳從周（2009），〈於第二審始提出時效抗辯之失權效果〉，《台灣法學雜誌》，119 期，頁 151-156。

吳從周（2012），〈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》，14 期，頁 30-43。

吳從周（2013），〈消失的二審失權：一個修正十周年結算！（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》，233 期，頁 69-93。



吳從周（2013），〈消失的二審失權：一個修正十周年結算！（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》，235 期，頁 55-75。

沈冠伶（2005），〈訴訟權保障與民事訴訟：以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心〉，《臺大法學論叢》，34 卷 5 期，頁 203-273。

沈冠伶（2012），〈民事醫療訴訟中關於侵入性醫療行為說明義務之舉證責任：最高法院 99 年度台上字第 2428 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，207 期，頁 56-71。

沈冠伶（2017），〈2016 年民事程序法之實務發展：訴訟權保障之具體實踐〉，《臺大法學論叢》，46 卷特刊，頁 1425-1464。

沈冠伶（2017），〈訴訟標的之闡明與紛爭一次解決（下）：從闡明制度論法院之協力及當事人之處分〉，《月旦法學雜誌》，262 期，頁 119-143。

沈冠伶（2022），〈宣告終止收養關係事件之審理程序及程序法理交錯適用：最高法院民事裁定 109 年度台簡抗字第 262 號及最高法院民事提案裁定 110 年度台簡抗字第 33 號之簡評〉，《台灣法律人》，17 期，頁 149-160。

沈冠伶、林靖庭（2023），〈民事訴訟第二審新攻擊防禦方法提出限制之實證研究：以「顯失公平」為中心〉，《月旦裁判時報》，132 期，頁 84-112。

沈冠伶、曾華松、陳瑋佑、郭書琴、沈方維、陳毓秀、周廷翰、邱聯恭、許士宦、詹森林（2022），〈民事訴訟法研究會第 149 次研討會報告論文：程序基本權保障、第三審許可上訴與裁判憲法審查-以民事訴訟之聽審請求權為中心〉，《法學叢刊》，266 期，頁 123-194。

林洲富（2015），〈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。

林執中、陳昭如、顏厥安（2011），〈讓法學看見經驗的世界：「臺灣法實證研究資料庫」介紹〉，《人文與社會科學簡訊》，12卷2期，頁14-32。

林常青、黃國昌、陳恭平（2012），〈法學方法與實證研究（五）：關聯性與迴歸（下）〉，《台灣法學雜誌》，207期，頁102-113。

林常青、黃國昌、陳恭平（2012），〈關聯性與迴歸（中）〉，《台灣法學雜誌》，199期，頁73-85。

林靖庭（2023），〈線上紛爭處理制度（ODR）之研究：以司法型線上紛爭處理為核心〉，《軍法專刊》，69卷1期，頁127-159。

姜世明（2002），〈二〇〇二年德國民事訴訟法改革：總則與第一審部分〉，《月旦法學教室》，1期，頁77-92。

姜世明（2003），〈民事訴訟法修正：上訴審及其他程序部分〉，《月旦法學教室》，4期，頁104-120。

姜世明（2003），〈民事訴訟法新修正：上訴審及其他部分〉，《月旦法學教室》，6期，頁104-120。

姜世明（2020），〈民事訴訟法之改革、前瞻與迷惘〉，《月旦法學教室》，300期，頁157-176。

張文郁（2011），〈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》，10期，頁39-46。



張永健、李宗憲（2015），〈身體健康侵害慰撫金之實證研究：2008年至2012年地方法院醫療糾紛與車禍案件〉，《臺大法學論叢》，44卷4期，頁1785-1843。

許士宦（2002），〈逾時提出攻擊防禦方法之失權〉，《台灣本土法學雜誌》，40期，頁1-22。

許士宦（2003），〈逾時提出之駁回與責問權之行使〉，《月旦法學教室》，第6期，頁14-15。

許士宦（2004），〈私鑑定之證據能力及證據價值〉，《月旦法學教室》，16期，頁10-11。

許士宦（2007），〈法律關係之曉諭義務最高法院有關決議、裁判之檢討〉，《台灣法學雜誌》，98期，頁126-139。

許士宦（2008），〈請求之基礎事實同一與訴之變更、追加〉，《台灣本土法學雜誌》，104期，頁97-117。

許士宦（2017），〈第二審程序基於請求基礎事實同一之當事人追加：最高法院106年度第13次民事庭會議決議評釋〉，《月旦裁判時報》，66期，頁34-45。

許士宦（2021），〈第二審程序提出新攻擊或防禦方法之禁止及准許：最高法院近三年內有關裁判之檢討〉，《台灣法律人》，第1期，頁45-68。

陳瑋佑（2017），〈請求之基礎事實同一與第二審之當事人追加一評最高法院

106 年度台抗字第 72 號民事裁定〉，《台灣法學雜誌》，325 期，頁 1-22。

陳瑋佑（2017），〈論德國民事訴訟法上之律師強制代理度－以民事訴訟之事實審為中心〉，《中原財金法學》，38 期，頁 275-370。

陳瑋佑（2018），〈2017 年民事程序法裁判回顧〉，《臺大法學論叢》，47 卷特刊，頁 1793-1848。

陳瑋佑（2018），〈適時審判請求權於民事程序上之侵害與救濟：試論民事法院遲延審判之國家賠償責任〉，《中研院法學期刊》，22 期，頁 143-202。

陳瑋佑（2020），〈事實上爭點簡化協議之成立、生效及其效力：評最高法院 107 年度台上字第 1817 號民事判決〉，《月旦裁判時報》，92 期，頁 41-49。

陳瑋佑（2021），〈再論法院職務上已知之事實與辯論主義之第一命題：評最高法院 108 年度台上字第 120 號民事判決〉，《月旦裁判時報》，106 期，頁 27-35。

黃國昌（2008），〈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》，37 卷 2 期，頁 189-232。

黃國昌（2012），〈誤未駁回逾時攻防之法律效果〉，《月旦法學教室》，43 期，頁 16-17。

劉邦揚（2016），〈刑事醫療糾紛判決於上訴審的實證考察〉，《中研院法學期刊》，18 期，頁 267-313。

劉尚志、林三元、宋皇志（2006），〈走出繼受，邁向立論：法學實證研究之發

展〉，《科技法學評論》，3 卷，頁 1-48。



劉明生（2014），〈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》，60 卷 6 期，頁 26-55。

劉明生（2016），〈再論第二審抵銷抗辯提出之容許性：評最高法院 104 年度台簡上字第 29 號判決〉，《月旦裁判時報》，46 期，頁 27-34。

劉明生（2016），〈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》，249 期，頁 197-220。

劉威辰、葉瑋、林靖庭（2023），〈以給付扶養費裁判考量因素論社會福利資格的評估落實〉，《法律扶助與社會》，10 期，頁 139-176。

魏大暉（2003），〈第二審新攻擊防禦方法提出之禁止與緩和從德、日新法檢討我國新制〉，《月旦法學雜誌》，96 期，頁 27-38。

魏大暉（2019），〈民事訴訟標的理論在台灣學說及審判實務之發展（上）〉，《司法周刊》，1935 期，頁 2-3。

魏大暉（2019），〈民事訴訟標的理論在台灣學說及審判實務之發展（下）〉，《司法周刊》，1937 期，頁 2-3。

魏大暉（2019），〈民事訴訟標的理論在台灣學說及審判實務之發展（中）〉，《司法周刊》，1936 期，頁 2-3。

蘇凱平（2016），〈再訪法實證研究概念與價值：以簡單量化方法研究我國減刑政策為例〉，《臺大法學論叢》，45 卷 3 期，頁 979-1043。



### (三) 學位論文

魏麗娟（2006），《我國民事訴訟集中審理制度審判效能之研究：以臺灣高等法院訴訟轄區為例》，臺灣大學管理學院高階公共管理組碩士論文，台北。

蔡劭偉（2022），〈論我國地方法院判決數量與品質間之關係〉，國立台灣大學社會科學院經濟學系碩士論文，台北。

#### (四) 網路文獻

立法院公報處（2000），《立法院議案關係文書》，院總第 243 號，政府提案第 6533 號之 1，載於：

<sup>10</sup> 沈冠伶，〈最高法院民事 99 年度台上字第 1233 號裁判解析〉，載於：

[https://fjudkm.judicial.gov.tw/index\\_doc.aspx?par=UX3%2fMZ7OzhzHCPFb69wgsho61mpZjm21AxGdQPujRuaXC6DKonzDGE6kYgGTu6h](https://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=UX3%2fMZ7OzhzHCPFb69wgsho61mpZjm21AxGdQPujRuaXC6DKonzDGE6kYgGTu6h)

<sup>10</sup> 沈冠伶，〈最高法院民事 96 年度台上字第 1239 號裁判解析〉，載於：

[https://fjudkm.judicial.gov.tw/index\\_doc.aspx?par=I8IJ35N0b%2fdMDBQ53kz](https://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=I8IJ35N0b%2fdMDBQ53kz)  
KCHZpG2bH3ChvHOdESEon1opyA5W1lSwiiXp954%2fo0WAU

<sup>10</sup> 沈冠伶，〈最高法院民事 99 年度台上字第 1055 號裁判解析〉，載於：

[https://fjudkm.judicial.gov.tw/index\\_doc.aspx?par=oMiCaQXRLzjvZ%2fW5bEJ4sufeqPHhD2PH0HYgpDmtG0H0VyzERenBT2enSg6uuVOM](https://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=oMiCaQXRLzjvZ%2fW5bEJ4sufeqPHhD2PH0HYgpDmtG0H0VyzERenBT2enSg6uuVOM)



司法院（2020），《民事訴訟引進專家參與制度，強化事實審功能—司法院第186次院會通過民事訴訟法部分條文、民事訴訟法施行法第4條之2、第12條修正草案新聞稿》，載於：<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1887-272649-681c7-1.html>

司法院（2021），《民事訴訟法部分條文修正草案總說明》，載於：  
<https://www.judicial.gov.tw/Public/lawprogress/%E6%B0%91%E4%BA%8B%E8%A8%B4%E8%A8%9F%E6%B3%95%E9%83%A8%E5%88%86%E6%A2%9D%E6%96%87%E4%BF%AE%E6%AD%A3%E6%A1%8855520.94/%E6%B0%91%E4%BA%8B%E8%A8%B4%E8%A8%9F%E6%B3%95%E9%83%A8%E5%88%86%E6%A2%9D%E6%96%87%E4%BF%AE%E6%AD%A3%E8%8D%89%E6%A1%88%E7%B8%BD%E8%AA%AA%E6%98%8E%E5%8F%8A%E6%A2%9D%E6%96%87%E5%B0%8D%E7%85%A7%E8%A1%A8.pdf>

司法院（2022），《109年司法年報》，載於：<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-2093-1-xCat-01.html>

司法院（2022），《地方法院民事第二審簡易訴訟程序事件終結情形：按機關別分》，  
載於：<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-2093-1-xCat-10.html>

司法院（2022），《109年最高法院民事上訴事件終結情形—按年別分》，載於：  
<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-2093-1-xCat-04.html>

司法院（2022），《司法院所屬法院各類案件上訴維持率及判決折服率》，載於：  
<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1789-90909-23a27-1.html>

司法院（2022），《高等法院及分院民事事件收結情形—按年與機關別分》，載於：

<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-2093-1-xCat-07.html>



司法院網站（2022），《地方法院民事事件收結情形－按年別分》，載於：

<https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-2093-1-xCat-10.html>

胡志中等（2022），《四肢骨折手術與復健之克氏鋼釘固定技術》，載於：

<https://innoaward.taiwan->

[https://innoaward.taiwan-healthcare.org/award\\_detail.php?REFDOCTYPID=0mgfrxjbg4db3qwm&NumID=0mzqrpd6a1gwu0f6&num=1&REFDOCID=0r5xuwm1vb8pmv6c](https://innoaward.taiwan-healthcare.org/award_detail.php?REFDOCTYPID=0mgfrxjbg4db3qwm&NumID=0mzqrpd6a1gwu0f6&num=1&REFDOCID=0r5xuwm1vb8pmv6c)

林明昕（2009），《公務人員保障救濟程序中暫時權利保護制度之研究：以保訓會之停止執行為中心》，載於：

<https://ws.csptc.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9VcGxvYWQvNi9yZWxmaWxlLzEyMzk2LzMzNTA3LzYzMzA5OGRhLTZjYWEtNDYzOC1hNzI3LTI1NDFlZmRmYmU0Ni5wZGY%3D&n=MeOAgeWFqOaWhy5wZGY%3D>

立法院（2022），「落實司法改革建構金字塔型訴訟制度」公聽會報告》，載於：

<https://www.ly.gov.tw/Pages/Detail.aspx?nodeid=45572&pid=219154>。

總統府司法改革國是會議（2016），《關於司法改革國是會議》，載於：

<https://justice.president.gov.tw/aboutus/3/>

總統府（2017），《總統府司法改革國是會議成果報告》，載於：

<https://www.president.gov.tw/news/21581>

財團法人民間司法改革基金會（2022），《線上連署：反對侵害人民上訴權的「民事訴訟法」修法連署》，載於：<https://www.jrf.org.tw/articles/2242>



## 二、英文部分

### (一) 書籍

Agresti, A. (2006). *An Introduction to Categorical Data Analysis* (2nd ed.). Hoboken, NJ: John Wiley & Sons.

Pagano, R.- R. (2012). *Understanding Statistics in the Behavioral Sciences* (10th ed.). Belmont, CA: Wadsworth.

Epstein, L., & Martin, A. D. (2014). *An Introduction to Empirical Legal Research*. Oxford University Press.

### (二) 期刊論文

Wagner, C. H. (1982). Simpson's Paradox in Real Life. *The American Statistician*, 36(1), 46-48.

Eisenberg, T. (2000). Empirical Methods and the Law. *Journal of the American Statistical Association*, 95, 655-669.

Epstein, L., & King, G. (2002). The Rules of Inference. *University of Chicago Law Review*, 69, 1-133.



## 三、德文部分

### (一) 書籍

Meyer-Seitz, C. /Hannich, R. (Hrsg.) (2002). *ZPO-Reform 2002 : mit Zustellungsreformgesetz.* C.H. Beck.

Schumann, C.-D. /Krammer, W. (Hrsg.) (2002). *Die Berufung in Zivilsachen: unter Berücksichtigung der Justizreform 2002.* Vahlen.

Hommerich, C./Prütting, H. (2006). *Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis : Evaluation ZPO-Reform.* Bundesanzeiger.

Schilken, E. (2010). *Zivilprozessrecht* (6. Aufl.). Vahlen.

Jauernig, O./Hess, B.(2011). *Zivilprozessrecht* (30. Aufl.). C.H. Beck.

### (二) 註釋書

Krüger, W./Rauscher, T. (Hrsg.) (2020). *Münchener Kommentar zur Civilprozessordnung: ZPO* (6. Aufl., Bd. 1). C. H. Beck.

Krüger, W./Rauscher, T. (Hrsg.) (2020). *Münchener Kommentar zur Civilprozessordnung: ZPO* (6. Aufl., Bd. 2). C. H. Beck.

Musielak, H.-J./Voit, W. (Hrsg.) (2022). *Zivilprozessordnung mit*

*Gerichtsverfassungsgesetz* (19. Aufl.). Vahlen.



Saenger, I. (Hrsg.) (2021). *Zivilprozessordnung: ZPO* (9. Aufl.). Nomos.

Stein, F./Jonas. M.(Hrsg.) (2014). *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (23. Aufl.,

Bd. 1). Mohr Siebeck.

Stein, F./Jonas. M.(Hrsg.) (2018). *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (23. Aufl., Bd.

6). Mohr Siebeck.

Vorwerk, V./ Wolf, C. (Hrsg.) (2022). *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*(46. Ed.). C.

H. Beck.

### (三) 期刊論文

Piekenbrock, A./Schulze, G. (2002). Die Zulassung der Revision nach dem ZPO-Reformgesetz, *Juristenzeitung*, 911-922.

Heiderhoff, B. (2003). Die Tatsachenbindung des Berufungsgerichts nach der ZPO-Reform, *Juristenzeitung*, 490-497.

Greger, R. (2004). Die ZPO-Reform—1000 Tage danach, *Juristenzeitung*, 805-817.

Bamberger, H.-G. (2004). Die Reform der Zivilprozessordnung-Eine Wirkungskontrolle, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 137-141.