臺灣高等法院花蓮分院民事判決

109年度上字第10號

上　訴　人　許家和
訴訟代理人　邱聰安律師（法扶律師）
被上訴人　林凭翰
　　林建宏
共　　同
訴訟代理人　吳漢成律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國108年12月24日臺灣臺東地方法院108年度訴字第198號第一審判決提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決廢棄，發回臺灣臺東地方法院。

事　實

一、第一審訴訟程序有重大之瑕疵法律見解分析：

（一）法律規定：

按「第一審之訴訟程序有重大之瑕疵者，第二審法院得廢棄原判決，而將該事件發回原法院。但以因維持審級制度認為必要時為限。」、「前項情形，應予當事人陳述意見之機會，如兩造同意願由第二審法院就該事件為裁判者，應自為判決。」、「依第一項之規定廢棄原判決者，其第一審訴訟程序有瑕疵之部分，視為亦經廢棄。」民事訴訟法第451條定有明文。

（二）法律要件：

1、須第一審之訴訟程序有重大之瑕疵：

所謂訴訟程序有重大之瑕疵，係指第一審違背訴訟程序之規定，其違背與判決內容有因果關係，或因訴訟程序違背規定，不適於為第二審辯論及判決之基礎者而言（最高法院48年台上字第127號判例【本則判例，依據108年1月4日修正，108年7月4日施行之法院組織法第57條之1第2項，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同，以下所引之判例，均同此效力】、107年度台上字第1690號、95年

度台上字第1404號、92年度台上字第748號判決意旨參照）。

2、須因維持審級制度認為必要：

又所謂因維持審級制度之必要，係指當事人因在第一審之審級利益被剝奪，致受不利之判決，須發回原法以回復其審級利益而言（最高法院98年度台上字第84號、97年度台上字第1369號、84年度台上字第58號判決意旨參照）。亦即所謂因維持審級制度認有必要，係指若不將事件發回，即與少經一審級無異，且不適於為第二審辯論及判決之基礎者而言（最高法院90年度台上字第439號、86年度台上字第3069號判決意旨參照）。依反面解釋，如無維持審級制度之必要，第二審法院對於合法之上訴，應自為調查、審判，不得因第一審訴訟程序有重大瑕疵，即廢棄其判決而將事件發回原法院，即令兩造同意將該事件發回原法院，亦無不同（最高法院92年度台上字第423號判決意旨參照）。

3、須未經兩造同意願由第二審法院自為裁判：

第一審之訴訟程序有重大之瑕疵者，第二審法院於為發回判決前，應予當事人陳述意見之機會，如兩造同意願由第二審法院就該事件為裁判者，應自為判決，此觀民事訴訟法第451條第2項規定自明（最高法院100年度台上字第1630號判決意旨參照）。觀該條項92年2月7日修法意旨係以「依原第二項規定，於有第一項情形，如兩造合意願由第二審法院就該事件為裁判者，應即自為判決。惟第一審之訴訟程序有重大瑕疵之情形，當事人未必知悉，且如未予當事人陳述意見之機會，亦無從知悉兩造是否願由第二審法院就該事件為裁判，致原第二項幾無適用餘地。又第二審法院之管轄，非可由兩造合意定之，故『合意』一詞不甚妥適。而第二審法院知第一審訴訟程序有重大之瑕疵，常在審理之前，兩造固無從同意，第二審法院亦不能即為判決，故原規定『應即自為判決』，亦不妥適。爰修正第

二項」。

（三）第二審法院有裁量權：

然第一審之訴訟程序縱有重大瑕疵，第二審法院仍得裁量是否廢棄原判決發回原法院（最高法院106年度台抗字第796號裁定意旨參照）。亦即第二審法院是否依前開規定為發回之判決，由其斟酌情形自由裁量之（最高法院84年度台上字第2794號判決意旨參照）。詳言之，第一審訴訟程序有重要瑕疵者，第二審法院雖得廢棄第一審判決及程序中瑕疵之部分，將該事件發回第一審法院，但應否發回，在第二審法院原得斟酌情形定之，並非必須發回（最高法院98年度台聲字第846號裁定意旨參照）。

（四）得不經言詞辯論為之：

民事訴訟法第451條第1項之判決，得不經言詞辯論為之，民事訴訟法第453條亦定有明文。

二、審判長（或獨任法官）對於訴訟關係未盡必要處置，違背闡明之義務，其訴訟程序有重大瑕疵：

（一）闡明義務（權）之法律依據：

按「審判長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」、「審判長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，應令其敘明或補充之。」民事訴訟法第199條第1項、第2項定有明文。

（二）違背闡明義務，訴訟程序即有重大瑕疵：

前開規定為審判長（或獨任法官）因定訴訟關係之闡明權，同時並為其義務，故審判長對於訴訟關係未盡此項必要之處置，違背闡明之義務者，其訴訟程序即有重大瑕疵，而基此所為之判決，亦屬違背法令（最高法院43年台上字第12號判例、109年度台上字第75號、108年度台上字第107號、107年度台上字第1841號、102年度台上字第1895號、96年度台上字第2635號、80年度台上字第1879號判決

意旨參照）。換言之，根據當事人之聲明或主張所呈現之訴訟資料，如有不明瞭之處或尚有疑義時，審判長即應運用其訴訟指揮權及闡明權將該不明瞭或疑義之處釐清，以利法律上之判斷，俾彌補辯論主義及傳統訴訟標的之缺失，藉以發現真實，促進訴訟，達成紛爭一次解決之目的，並確保當事人在訴訟上之聽審權（最高法院98年度台上字第2312號判決意旨參照）。蓋此為定訴訟關係所必要，兼以充實言詞辯論內容，保障當事人程序權，防止發生突襲性裁判。故審判長對於訴訟關係未盡此項必要之處置，違背闡明之義務者，其訴訟程序即有重大瑕疵，而基此所為之判決，亦屬違背法令。是於當事人聲明及陳述有不明瞭或不完足時，為盡此項必要之義務，受訴法院於言詞辯論前，當可運用訴訟指揮權，或將判斷所依之事實、證據及法律，或經整理及協議簡化之「事實上爭點」、「法律上爭點」、「證據上爭點」暨其他「攻擊或防禦方法上爭點」，分別曉諭當事人，再就訴訟關係及相關之各該爭點，向當事人發問或曉諭，使兩造知悉事件之爭點及聲明證據與待證事實關連後，促使其為必要之聲明、陳述或提出證據；方足為適當而完全之辯論。若當事人仍未為必要之聲明、陳述，除有特別情事外，本於當事人處分權主義，仍應依原有之訴訟資料為辯論而裁判（最高法院102年度台上字第518號判決意旨參照）。

（三）當事人所未提出之攻擊防禦方法，未曉諭當事人令其為事實上及法律上陳述而為適當完全之辯論，遽行作為判決之基礎，係違背闡明義務：

1、按民事訴訟採不干涉主義，凡當事人所未聲明之利益，不得歸之於當事人，所未提出之事實及證據，亦不得斟酌之（最高法院107年度台簡上字第30號、94年度台上字第180號判決意旨參照）。次按法院就當事人所未提出之攻擊防禦方法，未曉諭當事人令其為事實上及法律上陳述而為適當完全之辯論前，遽行作為判決之基礎，致生突襲性裁判

之結果，即與民事訴訟法第296條之1第1項、第297條第1項及第199條第1項、第2項規定有違（最高法院108年度台上字第1535號、104年度台上字第612號、97年度台上字第1666號判決意旨參照）。且當事人主張之事實，究竟該當於發生何項法律關係，固屬法官依據法律獨立審判職責之法律適用問題，不受當事人法律上主張之拘束；惟受訴法院所持法律見解，倘與當事人陳述或表明者有所不同，審判長自應向當事人發問或曉諭，令其就訴訟關係所涉法律爭點為必要之陳述，以盡民事訴訟法第296條之1第1項、第199條第1項、第2項規定之闡明義務，並利當事人為充分之攻擊防禦及適當完全之辯論，避免產生適用法律之突襲（最高法院108年度台上字第1709號判決意旨參照）。是審判長為達成闡明之目的，必要時得與雙方當事人，就訴訟之法律關係為事實上及法律上之討論及提出問題，並向當事人發問或曉諭，令其為適當完全之辯論，俾法官藉公開其認為重要之法律觀點，促使當事人為必要之聲明、陳述或提出證據（最高法院96年度台上字第732號判決意旨參照）。

2、實例：

(1)「被上訴人於原審就其得主張與系爭貨款互為抵銷之債權部分，僅辯稱：其對龍元社等所負損害賠償責任之金額三百五十萬元及待辦理退貨之舊版產品價金三十二萬三千六百四十八元得與上訴人請求之系爭貨款互為抵銷等語。似未就該應退還溢價金額四百五十一萬六千五百五十九元部分，主張與系爭貨款抵銷，則事實審法院（原審）於未曉諭當事人就該爭點為適當完全之辯論前，能否據以認定事實、適用法律，而憑為判決之基礎？依上說明，非無再事斟酌之餘地。」（最高法院99年度台上字第1595號裁定意旨參照）。

(2)「本件被上訴人抗辯其不負損害賠償責任，係以：一三八建號建物，係依法院指示測量，並無過失，且非為上訴人

測量，上訴人應向因該建物面積短少四六二平方公尺而得利者求償。至一○八七地號土地之面積係依省測量局測量結果登記，其亦無責任等為論據，從未提出因上訴人對於拍賣標的物並無認定錯誤、縱被上訴人所屬公務員測量錯誤亦不致生損害於上訴人等事項作為攻擊防禦方法，兩造當事人於原審復未以此為爭點進行辯論。乃原審就此項爭點，於未曉諭當事人令其為事實上及法律上陳述而為適當完全之辯論前，遽予作為判決之基礎，致生突襲性裁判之結果，揆諸首揭說明，於法即有未合。」（最高法院91年度台上字第1172號判決意旨參照）。

(3)「民法第129條第1項第2款所謂之承認，係認識他方請求權存在之觀念表示，為消滅時效中斷之事由。而債務人於時效完成後所為之承認，固無中斷時效之可言，然既明知時效完成之事實而仍為承認行為，自屬拋棄時效利益之默示意思表示，且時效完成之利益，一經拋棄，即恢復時效完成前狀態，債務人不得再以時效業經完成拒絕給付。查上訴人於原審提出兩造於106年1月24日在另案臺中地院105年度重訴字第597號請求移轉所有權登記事件之言詞辯論筆錄，以其訴訟代理人當時稱：「原告（指被上訴人）借款沒有還，連利息也沒有給過」時，廖○○即稱：「不必還，沒有還，是他同意的，是一起算，若繼續合建，我就全部還被告（指上訴人）」之內容，主張兩造就89年5月10日（即第1次訴訟繫屬法院始日）以前之利息給付已合意展延，並未罹於時效云云。原審未闡明使兩造說明廖○○於時效完成後，於另案所為上開陳述之真意為何？有無明知時效完成而仍承認利息債務，並延至「繼續合建」時給付之意思？亦有未盡闡明義務之違法。」（最高法院108年度台上字第1889號判決意旨參照）。

(4)「上訴人在事實審於102年5月17日提出之上訴補充理由狀，已敘明：被上訴人不依87年10月8日存證信函解除合約，返還系爭款項本息，並求為判命被上訴人如數給付，復

於同年6月1日之上訴補充理由狀(二)記載：合約無效，應回（恢）復原狀等語，則得否謂上訴人斯時尚未主張解除契約回復原狀之法律關係？亟待究明，原審未詳予研求，遽為上訴人敗訴之判決，不免速斷。倘認上訴人上揭主張猶不足以明確認定其有為解除契約回復原狀之主張，審判長未令其敘明或補充，即逕認上訴人遲至102年10月23日始明確主張解除系爭合約，其請求權已罹於時效而消滅，進而為上訴人不利之判斷，亦有可議。」（最高法院108年度台上字第44號判決意旨參照）。

(5)「消滅時效因請求、承認、起訴而中斷。所謂承認，指義務人向請求權人表示承認其請求權存在之觀念通知。本件被上訴人雖曾於書狀內敘及『…，足見被上訴人從未怠於行使權利，且相關權責機關有承認被上訴人之被繼承人買受人地位…』等語，惟均主張伊就系爭土地買賣契約之請求權並未罹於消滅時效，嗣於原審言詞辯論時，雖陳述：上訴人中區分署九十九年三月二十三日函承認伊有系爭土地買賣契約之移轉登記請求權等語，然其究係主張民法第一百二十九條第一項第二款之承認，而生時效中斷之效果？抑或主張上訴人明知時效完成之事實而仍為承認行為，屬拋棄時效利益之默示意思表示？二者之要件、法律效果未盡相同，被上訴人之陳述尚屬不明，審判長應行使闡明權，令其敘明。原審未予闡明，遽以上訴人上開函文係時效完成後所為之承認行為，上訴人有拋棄時效利益之默示意思表示，不得再以時效業經完成為由拒絕給付，進而為上訴人敗訴之判決，未免速斷。」（最高法院104年度台上字第890號判決意旨參照）。

三、經查：

（一）原判決駁回上訴人請求之理由：

依原判決得心證之理由，係以上訴人依侵權行為法律關係請求被上訴人給付損害賠償，距其於108年10月23日提起本件訴訟時，其請求權顯已逾民法第197條第1項所規定之

2年消滅時效，故被上訴人自得依民法第144條第1項之規定，主張該請求權已罹於消滅時效之抗辯，而拒絕給付，因而認上訴人依民法第184條第1項前段、第185條、第191條第1項之侵權行為法律關係，請求被上訴人應給付如其聲明所示，為無理由，而駁回上訴人之訴（見原判決事實及理由欄陸、一、二；原判決第4頁；本院卷第66頁）。

（二）本件第一審訴訟程序有重大瑕疵：

1、就上訴人之主張部分：

(1)消滅時效，因請求而中斷之法律見解分析：

①按「消滅時效，因左列事由而中斷：一、請求」民法第129條第1項第1款定有明文。該款所稱之請求，並無需何種之方式，祇需債權人對債務人為請求履行債務之意思，即為已足（最高法院98年度台上字第462號裁定意旨參照）。

②次按民法第130條規定：「時效因請求而中斷者，若於請求後六個月內不起訴，視為不中斷。」考其立法意旨則以：「依前條之規定，消滅時效，因權利人之請求，而中斷固矣。然若請求後，而不於六個月內起訴者，則仍與不請求同，其時效視為不中斷。本條之設，所以保護相對人之利益也。」則由民法第130條之規定而觀，時效因請求而中斷者，請求人苟欲保持中斷之效力，非於請求後6個月內起訴不可。如僅繼續不斷的為請求，而未於請求後6個月內起訴，其中斷之效力，即無由保持（最高法院71年台上字第3435號判例意旨參照）。依其反面解釋，若於請求後6個月內起訴，其時效仍於請求時即告中斷（最高法院81年度台上字第858號判決意旨參照）。

(2)本件上訴人提起本件侵權行為損害賠償之訴，依其「民事起訴狀」事實及理由三，業已敘明「原告於108年5月15日寄發存證信函（原證五、原告寄發給被告之存證信函及回執影本）請求被告應負損害賠償損害賠償責任，惟其均置之不理，僅得提出本件訴訟求償，併此敘明。」，從而依

起訴狀之文義，上訴人似已主張在106年5月23日或106年7月24日調查之日起，2年內即以寄發存證信函方式向被上訴人請求侵權行為損害賠償，並在請求後6個月內起訴，然起訴狀並未附上原證五上訴人寄發給被上訴人之存證信函及回執影本，則上訴人之主張所呈現之訴訟資料，顯有不明瞭之處，並有疑義，揆諸前開說明，原審獨任法官即應運用其訴訟指揮權及闡明權將該不明瞭或疑義之處釐清，以利法律上之判斷，原審獨任法官未予闡明，亦無視上訴人前開論述可能為時效中斷之主張，遽以起訴時，其請求權顯已逾民法第197條第1項所規定之2年消滅時效，進而為上訴人敗訴之判決，未免速斷，亦違背闡明義務，訴訟程序已有重大瑕疵。

2、就被上訴人之抗辯部分：

(1)時效完成後之效力，不過發生拒絕給付之抗辯權，債權及其請求權非當然消滅，如時效消滅之債務人未行使拒絕給付之抗辯權，本無免除責任之可言：

①法律規定：

按「時效完成後，債務人得拒絕給付。請求權已經時效消滅，債務人仍為履行之給付者，不得以不知時效為理由，請求返還；其以契約承認該債務或提出擔保者亦同。」民法第144條定有明文。考其立法意旨係以「謹按時效完成後，債務人得為拒絕給付，此屬當然之事。至加於權利人之限制，則僅使喪失其請求權爾，而其權利之自身，固依然存在也。故消滅時效完成後，債務人固得拒絕請求，但債務人如已為給付之履行，或以契約承認其債務，或提供債務之擔保者，則此際之債務人，不得以不知時效為理由，請求返還。此本條所由設也。」。

②消滅時效採抗辯主義，債務人僅取得拒絕給付之抗辯權：

消滅時效完成之效力，不過發生拒絕給付之抗辯權，且債務人為抗辯後，消滅者為請求權而非權利本身（最高法院106年度台上字第2056號、88年度台簡上第22號判決意旨

參照）。亦即時效完成後，債務人僅取得拒絕給付之抗辯權，債權人之債權並不因此消滅（最高法院104年度台上字第2434號判決意旨參照）。此乃我民法就消滅時效採抗辯主義，而不採請求權消滅主義之結果（最高法院85年度台上字第1975號判決意旨參照）。

③債務人若不行使抗辯權，法院不得以時效已完成，而免除債務人責任：

「民法第一百四十四條第一項規定時效完成後，債務人得拒絕給付，是消滅時效完成之效力，不過發生拒絕給付之抗辯權，並非使請求權當然消滅，債務人若不行使其抗辯權，法院自不得以消滅時效業已完成，即認請求權已歸消滅。」（最高法院29年渝上字第1195號判例、101年度台上字第1858號判決意旨參照）。債權人之請求權或債權並不當然消滅，必須債務人行使抗辯權後，債權人之請求權始歸於消滅（最高法院97年度台上字第748號判決意旨參照）。「如時效消滅之債務人未行使拒絕給付之抗辯權（民法第一百四十四條第一項規定參照），本無免除責任之可言。」（最高法院 104 年度台上字第2219 號判決意旨參照）。

④實例：

A、「交通大隊於事實審並未提出上訴人之請求權已罹於時效而消滅之抗辯，原審竟認上訴人對於交通大隊之賠償請求權，已逾二年時效而消滅，已有未合。」（最高法院97年度台上字第1496號判決意旨參照）。

B、「本件被上訴人○○公司、謝○○於事實審均未曾到場，亦未提出書狀作何聲明或陳述（見一審判決事實欄丁、原判決事實欄乙、），原審竟認上訴人對被上訴人○○公司之民法第四百九十五條損害賠償請求權、不完全給付債務不履行損害賠償請求權，對被上訴人謝○○之侵權行為損害賠償請求權已罹於時效而消滅，於法亦有未合。」（最高法院87年度台上字第2835號判決意旨參

照）。

(2)本件依被上訴人於原審108年12月5日「民事答辯狀」事實及理由二係記載「被告（即被上訴人）因為自己房舍亦因原告（即上訴人）之疏失而燒燬，業已對原告提出民事訴訟請求，有107年度附民字第109號可佐。原告為抗辯被告之請求，乃在二年時效屆滿前，倒果為因，也趕快提出本件訴訟請求。目的是為抗辯被告之民事請求，非謂被告真有任何不法侵權行為。」（見原審卷一第54頁）。則前開書狀既主張上訴人係在「二年時效屆滿『前』」，「趕快」提出本件訴訟，依其清楚明白之文義，顯不認為上訴人係在時效完成後，始提出本件訴訟，更未有提出被上訴人之侵權行為損害賠償請求權已罹於時效而消滅之抗辯之文義。原審並未進行準備程序，而僅進行一次言詞辯論期日，在該次言詞辯論期日（108年12月23日）筆錄，就被上訴人答辯之事實及理由，卻與被上訴人「民事答辯狀」之主張齟齬，記載「原告在系爭失火2年時效屆滿，始倒果為因，提起本件訴訟，乃為抗辯被告損害賠償之請求，非謂被告真有任何不法侵權行為，被告自得拒絕給付。」（見原審卷一第83頁）。且就何以認為時效屆滿，其原因事實為何，均付之闕如，被上訴人是否確實行使侵權行為損害賠償請求權已罹於時效而消滅之抗辯，並不明確，被上訴人之訴狀及言詞答辯前後既有不一致之處，且主張有不明瞭之處及尚有疑義，原審獨任法官即應運用其訴訟指揮權及闡明權將該不明瞭及疑義之處釐清，以辨明被上訴人是否行使時效消滅之抗辯權，原審獨任法官未予闡明，且未確認被上訴人是否行使時效抗辯，即認被上訴人得依民法第144條第1項規定，主張請求權罹於時效抗辯，而拒絕給付，並駁回上訴人之訴，訴訟程序有重大之瑕疵。

3、縱認被上訴人於言詞辯論期日業已提出上訴人侵權行為請求權罹於時效之抗辯，然原審獨任法官並未就此防禦方法，曉諭兩造為事實上及法律上陳述而為適當完全之辯論，

使上訴人說明並提出前開中斷時效事由之主張，並使被上訴人說明何以本件符合請求權已罹於時效之要件，就爭點部分，僅將「原告請求如其訴之聲明所示，有無理由」列為唯一爭點（見原審卷一第84頁），未將被上訴人是否行使抗辯權，而得依民法第144條第1項拒絕給付，列為爭點，逕以被上訴人得依民法第144條第1項之規定，主張系爭請求權已罹於消滅時效之抗辯，而拒絕給付，作為駁回上訴人之訴之唯一理由，顯生突襲性裁判之結果，亦與闡明義務有違，所為訴訟程序應有重大瑕疵。

（三）本件有維持審級制度認為必要，且兩造未同意由本院就該事件為裁判：

本件原審僅進行一次言詞辯論期日，於翌日即宣判，既未就系爭侵權行為請求權是否罹於消滅時效及時效是否中斷為辯論，亦未就實體部分為任何調查、辯論，上訴人第一審之審級利益顯然被剝奪，若不將事件發回，即與少經一審級無異，且不適於為第二審辯論及判決之基礎，自有維持審級制度而發回原法院為適法處理之必要。而被上訴人提起本件上訴，業已明確指出因原審訴訟程序重大瑕疵，而嚴重侵害上訴人之審級利益，因而上訴聲明將原判決廢棄，發回原法院等情（見本院卷第7至11頁、第25頁），經本院詢問上訴人，上訴人仍明確表示希望本院將本案發回原法院，不希望留在本院審理、判決（見本院卷第71頁），從而兩造即未同意由本院就本事件為裁判。

四、綜上所述，第一審之訴訟程序既有前開重大瑕疵，為維持審級制度，並保障當事人之程序權，爰不經言詞辯論，將原判決廢棄，發回原法院更為適法之處理，以符法制。

據上論結，依民事訴訟法第451條第1項、第453條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　3　　月　　19　　日

民事庭審判長法　官　劉雪惠

法　官　廖曉萍

法　官　張宏節

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）。上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　3　　月　　19　　日

書記官　蔣若芸

附　註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。