

106 年公務人員特種考試司法官考試第二試試題

等別：三等考試

類別：司法官

科目：民法與民事訴訟法(二)

一、甲以乙為被告，主張乙積欠工程款項新臺幣（下同）100 萬元，乃訴請給付 100 萬元。乙於第一審法院審理時，抗辯已清償上述債務；並稱縱尚未清償，因甲另積欠乙貨款 70 萬元及違約金 100 萬元，其亦得以此與甲之債權抵銷。第一審法院審理結果，認為甲對乙確有工程款債權 100 萬元，而就乙抗辯部分，乙之貨款債權亦屬存在，但違約金部分則有過高情事，乃依民法規定予以酌減為 30 萬元，並以雙方債權互為抵銷為由，判決駁回原告之訴。試問：

(一)乙對第一審法院判決得否提起上訴？(30 分)

(二)如本件未經上訴而確定，乙就甲所積欠 70 萬元貨款及 100 萬元違約金債務部分，得否另行起訴請求？(45 分)

【擬答】：

(一)乙對第一審判決得提起上訴

1. 按民事訴訟法第 437 條規定「對於第一審之終局判決，除別有規定外，得上訴於管轄第二審之法院。」，對於第一審之終局判決須以具有上訴利益為限，始得上訴於第二審法院，就此上訴利益之判斷，向有形式不服說及實質不服說：

(1)形式不服說：指觀察原告起訴之聲明及法院判決之主文，如有不一致者，因形式上未依照原告之請求為裁判，原告就該不一致之部分，即有上訴利益，被告就該部分因未受不利裁判，即無上訴利益；反之，被告則就法院准許原告聲明請求之部分有上訴利益，原告則因請求經准許而無上訴利益。以抵銷判決為例，因經抵銷後，原告之請求權已無請求依據，法院將作成駁回原告請求判決，此時僅原告有上訴利益，被告則無上訴利益。

(2)實質不服說：認為不應僅形式上觀察判決主文與原告訴之聲明之一致性，尚應該實質地判斷當事人是否因法院之判決而受實質不利益影響，倘受有實質不利益影響，即應承認其有上訴利益。以抵銷判決為例，經抵銷後，依民訴法第 400 條第 2 項規定，經抵銷部分之主動債權部分亦有既判力，被告之主動債權因抵銷而消滅，實質上受有不利益，此時被告亦有上訴利益。至於原告因法院作成駁回原告請求判決，原告仍有上訴利益。

(3)實務見解：最高法院 80 年台上字第 2917 號判例「民事訴訟法第四百條第二項對經裁判之抵銷數額，既明定有既判力，其因該部分判決所生法律上之效力，而受不利益之當事人，就該部分判決，自有上訴利益，不受原判決主文形式上為准駁宣示之拘束。」，受抵銷既判力不利益之被告，就該部分判決，不受原判決主文形式上為准駁之拘束，顯見採「實質不服說」。

2. 小結：乙對第一審法院判決得提起上訴，並就法院認定生抵銷效力之 70 萬貨款及 30 萬違約金主動債權部分，有上訴利益。

(二)就 70 萬元貨款及 30 萬元違約金債權部分已生既判力，另就 70 萬元違約金債權部分則生確定判決之爭點效，原則上乙均不得另訴請求

1. 按民事訴訟法第 400 條第 1 項規定「除別有規定外，確定之終局判決就經裁判之訴訟標的，有既判力。」，既判力之發生原則上固以訴訟標的為限，惟同條第 2 項規定「主張抵銷之請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限，有既判力。」，抵銷主動債權如經裁判確認後，就其抵銷之額度內，亦有既判力。題示情形，乙主動以 70 萬元貨款及 100 萬元違約金債權為抵銷，經第一審法院裁判確認在 70 萬元貨款及 30 萬元違約金債權範圍內有抵銷效力，即就 70 萬元貨款及 30 萬元違約金債權部分已生既判力，乙就

公職王歷屆試題 (106 司法官二試)

此部分不得另訴請求。

2.另就 70 萬元違約金債權部分，第一審法院於判決理由中否認此 70 萬元違約金債權存在，依現今最高法院主流見解承認確定判決理由之爭點效，如 106 年台上字第 1157 號判決謂「按學說上基於公平理念之訴訟上誠信原則而產生之爭點效理論，因其並非法院就訴訟標的所為之判斷，不具有判決實質之確定力(既判力)，自須判決理由之判斷具備『同一當事人間』、『非顯然違背法令』、『當事人未提出新訴訟資料足以推翻原判斷』、『該重要爭點，在前訴訟程序已列為足以影響判決結果之主要爭點，並經兩造各為充分之舉證及攻防，使當事人為適當完全之辯論，由法院為實質之審理判斷』及『兩造所受之程序保障非顯有差異』者，始足當之。」，題示情形原審法院就 70 萬元違約金債權不存在一事，已於原確定判決理由中有所交待，並經雙方實質攻防，即應生爭點效拘束雙方當事人，故乙就 70 萬元違約金債權部分，不得另訴請求。

二、甲起訴將乙銀行及其理財專員丙列為共同被告，起訴請求法院判決命乙、丙連帶賠償甲新臺幣(下同)1 千萬元。其主張之事實及理由為：甲為退休公務員，無投資經驗，丙向甲推銷乙銀行之 A 項投資商品時，未告知及說明該商品風險，且誇大產品之投資報酬率，以致於甲相信為百分之百保本商品，而決定提供資金投資該商品，結果損失 1 千萬元，丙應依民法第 184 條第 1 項前段規定，對甲負損害賠償責任；乙則應依民法第 188 條第 1 項前段規定，與丙連帶負賠償責任。乙、丙則抗辯：甲、乙曾簽訂指定用途信託資金契約，乙係依甲之指示，運用信託資金投資 A 項投資商品，乙已注意商品對甲之適合度，並揭示產品說明書及風險預告書，且由丙對甲充分說明相關交易條件及產品相關風險後，經甲於產品說明書及風險預告書(證物一)上親自簽名蓋章，而難認丙有何未盡之義務或故意、過失；乙亦已盡善良管理人之說明及風險告知義務，且對丙已盡選任及監督管理之責，甲請求乙連帶賠償損害，亦非有據等語，請求法院駁回原告之訴。甲雖不爭執其曾於證物一之上開書面簽名，但主張該書面字體甚小，內容複雜而難以瞭解，丙並未對其予以解說。試問：

(一)甲得對乙、丙主張何種法律關係？(25 分)

(二)法院應如何特定訴訟標的、分配舉證責任而為裁判？(25 分)

(三)受訴法院如以乙違反金融消費者保護法第 9 條、第 10 條規定，依據民法第 184 條第 2 項及金融消費者保護法第 11 條規定，判決甲勝訴，是否構成訴外裁判或突襲性裁判？(25 分)

參考法條

金融消費者保護法【民國 105 年 12 月 28 日修正】

第 9 條：

「(第 1 項)金融服務業與金融消費者訂立提供金融商品或服務之契約前，應充分瞭解金融消費者之相關資料，以確保該商品或服務對金融消費者之適合度。(第 2 項)前項應充分瞭解之金融消費者相關資料、適合度應考量之事項及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」

第 10 條：

「(第 1 項)金融服務業與金融消費者訂立提供金融商品或服務之契約前，應向金融消費者充分說明該金融商品、服務及契約之重要內容，並充分揭露其風險。(第 2 項)前項涉及個人資料之蒐集、處理及利用者，應向金融消費者充分說明個人資料保護之相關權利，以及拒絕同意可能之不利益；金融服務業辦理授信業務，應同時審酌借款戶、資金用途、還款來源、債權保障及授信展望等授信原則，不得僅因金融消費者拒絕授權向經營金融機構間信用資料之服務事業查詢信用資料，作為不同意授信之唯一理由。(第 3 項)第一項金融服務業對金融消費者進行之說明及揭露，應以金融消費者能充分瞭解之文字或其他方式為之，其內

公職王歷屆試題 (106 司法官二試)

容應包括但不限交易成本、可能之收益及風險等有關金融消費者權益之重要內容；其相關應遵循事項之辦法，由主管機關定之。(第 4 項) 金融服務業提供之金融商品屬第十一條之第二項所定之複雜性高風險商品者，前項之說明及揭露，除以非臨櫃之自動化通路交易或金融消費者不予同意之情形外，應錄音或錄影。」

第 11 條：

「金融服務業違反前二條規定，致金融消費者受有損害者，應負損害賠償責任。但金融服務業能證明損害之發生非因其未充分瞭解金融消費者之商品或服務適合度或非因其未說明、說明不實、錯誤或未充分揭露風險之事項所致者，不在此限。」

【擬答】：

(一) 甲得對丙主張侵權責任，另得對乙主張契約責任及侵權責任

1. 甲得對丙主張侵權責任

題示情形，甲所簽訂之指定用途信託資金契約係與乙所簽訂，丙僅為乙之履行輔助人，丙與甲間並無契約關係。惟丙係服務於乙公司之理財專員，依法丙須考取相關金融證照並登錄於乙公司，並受相關金融法規規範，始能為乙銷售相關金融投資商品。按金融消費者保護法第 9 條及第 10 條規定，丙於銷售金融商品時應履行說明義務、審查義務及評估義務，上開法文立法目的旨在保護廣大金融消費者，避免因金融商品過度專業讓消費者無法理解之虞，錯誤投資自己無法承受風險之商品，係為保護消費者之個人利益之規定，性質上為保護他人之法律。甲主張丙未履行上開說明義務、審查義務及評估義務，係屬違反保護他人之法律，依民法第 184 條第 2 項規定，構成侵權行為，得對丙主張侵權行為損害賠償責任。

2. 甲得對乙主張契約責任及侵權責任

(1) 甲與乙間簽有指定用途信託資金契約，丙係服務於乙公司之理財專員，為乙銷售相關金融商品，乃乙就系爭契約債務履行之輔助人。乙公司依金融消費者保護法第 9 條及第 10 條規定，應履行說明義務、審查義務及評估義務，惟甲主張乙公司之丙專員並未盡上述告知義務，丙之行為具有過失，按民法第 224 條規定，乙公司因此就債之履行亦有過失。此項依金融消費者保護法所課之告知義務，解釋上應係基於誠信原則而生之附隨義務，查最高法院 106 年台上字第 466 號判決謂「次按契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護債權人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力及告知義務以輔助實現債權人之給付利益。此項義務雖非主給付義務，債權人無強制債務人履行之權利，但倘因可歸責於債務人之事由而未盡此項義務，致債權人受有損害時，債權人仍得本於債務不履行規定請求損害賠償。」，於違反此項附隨義務時，債權人仍得本於債務不履行規定請求損害賠償，因此甲得向乙主張不完全給付之債務不履行，請求損害賠償。

(2) 按金融消費者保護法第 11 條本文規定，乙金融服務業違反上該說明義務、審查義務及評估義務，致甲受有損害時，即須負損害賠償責任，依本條立法理由謂「本條之損害賠償責任主體係金融服務業，金融消費者無須先向其受僱人求償，金融服務業亦不得主張民法第一百八十八條第一項但書免責規定之適用」，並謂「參考日本金融商品銷售法第四條及我國消保法第七條規定。」而制定，因此金融消費者保護法定性上應屬侵權行為責任之特別法，題示情形，甲主張乙未盡告知義務，得依金融消費者保護法第 11 條規定，向乙請求損害賠償。

(二) 法院應闡明使甲表明欲以原因事實即擇紛爭單位型訴訟標的方式，或以請求權即擇權利單位型訴訟標的方式為特定，並責由甲就受有損害之事實負舉證責任，由乙丙就其無可歸責

事由之事實負舉證責任

1. 法院應闡明使甲表明以原因事實即擇紛爭單位型訴訟標的，或以請求權即權利單位型訴訟標的為特定：

(1) 按民訴法第 244 條第 1 項第 2 款規定，原告於起訴之際應以訴狀載明訴訟標的及原因事實，惟併觀同法第 428 條第 1 項規定，原告於起訴時亦得僅表明請求之原因事實，解釋上應認起訴之初僅以原因事實即足以特定訴訟標的，達到提示法院審理對象、突顯攻防目標及預告既判力客觀範圍之機能，非必以表明法律規定之請求權為足。

(2) 題示情形，甲表明係擇民法第 184 條第 1 項前段及第 188 條第 1 項前段規定為請求，惟依上述(一)，甲應以金融消費者保護法第 11 條及民法第 184 條第 2 項規定為請求依據。然因甲已完足陳述具體原因事實，應認已符特定訴訟標的之要求，法院僅應依民訴法第 199 條之 1 闡明甲得另主張金融消費者保護法第 11 條及民法第 184 條第 2 項規定，曉諭使甲為補充。

2. 法院應責由乙丙就其已盡告知義務而無可歸責事由之事實負舉證責任：

(1) 按民訴法第 296 條之 1 第 1 項規定，法院調查證據前應先整理兩造間爭執與不爭執事項，甚至促成爭點簡化協議後，僅就兩造間有爭執部分調查證據，惟調查證據前應先行曉諭爭點，並同時分配舉證責任，以使兩造盡其舉證責任之行為責任，否則若法院遲至調查證據後因心證真偽不明始分配舉證責任，即忽略現行法所定爭點整理程序之意義。

(2) 按民訴法第 277 條規定，題示兩造間就甲受有損害一事並無爭執，僅爭執是否已盡告知義務、甲是否因此充分知悉等事實，因此就甲受有損害一事並無須調查證據，無分配舉證責任之必要，僅須就兩造有爭執之爭點分配舉證責任。然按金融消費者保護法第 11 條但書規定「但金融服務業能證明損害之發生非因其未充分瞭解金融消費者之商品或服務適合度或非因其未說明、說明不實、錯誤或未充分揭露風險之事項所致者，不在此限。」，立法者已明定責由金融業者就其充分瞭解商品適合度、說明實在並未使金融消費者理解錯誤等事實負舉證責任，且不得援引民法第 188 條第 1 項但書規定卸責，因此，題示情形法院僅須就乙丙已盡告知義務責由乙丙負舉證責任即足。

(三) 受訴法院未闡明而逕依民法第 184 條第 2 項及金融消費者保護法第 11 條規定下判決者，雖不構成訴外裁判，但造成突襲性裁判

1. 受訴法院未闡明不構成訴外裁判：

按民訴法第 388 條規定，法院不得就當事人未聲明之事項為判決，此乃處分權主義第二層面內容之體現，我國法原則上就財產事件採用處分權主義第二層面內容。題示情形，甲請求乙丙連帶賠償系爭投資爭議所生之損失，乃就此事請求法院為裁判，受訴法院於審理後，認為此事應另適用金融消費者保護法等法律規定，並未超出當事人聲明之事項，即依「法官知法」、「法官獨立審判」原則，當事人提出之法律規定，應理解為僅屬法律上定性之一種嘗試，尚不侷限法院，因此受訴法院未加闡明，即適用正確的法律見解，毋寧是法院職責之行使，應不構成訴外裁判。

2. 受訴法院未闡明造成突襲性裁判，構成得為上訴三審之事由：

按民訴法第 296 條之 1 第 1 項規定「法院於調查證據前，應將訴訟有關之爭點曉諭當事人。」、第 199 條第 1 項規定「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。」、第 2 項規定「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。」，查最高法院 103 年台上字第 666 號判決謂「查適用法律固屬法官之職責，法院並應就其依卷內資料所確定之事實，依職權尋求、發現及提示「法」（當事人就

公職王歷屆試題 (106 司法官二試)

具體紛爭所應遵循之規範)之所在,不受當事人所主張法律見解之拘束,惟為防止法官未經闡明逕行適用法律而對當事人產生突襲性裁判,法院應令當事人就法律爭點為必要之陳述及作適當完全之辯論,此觀民事訴訟法第二百九十六條之一第一項、第一百九十九條第一項、第二項之規定及其立法理由自明。故法院如依職權逕行適用當事人所未陳述或主張之法律時,審判長應將該法律上之爭點曉諭當事人,並令其就法律觀點為必要之陳述及作適當完全之辯論,以保障當事人程序上之正當權益及合法之聽審權,而避免產生適用法律之突襲。」,揭示適用法律固屬法官之職責,法院並應就其依卷內資料所確定之事實,依職權尋求、發現及提示「法」(當事人就具體紛爭所應遵循之規範)之所在,不受當事人所主張法律見解之拘束,惟為防止法官未經闡明逕行適用法律而對當事人產生突襲性裁判,法院應令當事人就法律爭點為必要之陳述及作適當完全之辯論;法院如依職權逕行適用當事人所未陳述或主張之法律時,審判長應將該法律上之爭點曉諭當事人,並令其就法律觀點為必要之陳述及作適當完全之辯論,以保障當事人程序上之正當權益及合法之聽審權,否則即產生適用法律之突襲,構成突襲性裁判,即有民訴法第 468 條規定判決不適用法規或適用不當之違背法令情事,得上訴第三審。