

【民事訴訟法第二冊 勘誤表】

頁317 本題解說【案例25（頁273）】

一、甲得對乙主張債務不履行之損害賠償及民法第188條之僱用人責任；甲得依民法第184條第2項請求丙賠償其損害

(一)甲得依信託契約對乙請求債務不履行之損害賠償

1. 按甲、乙間有「指定用途信託資金契約」之成立，乙就此亦不爭執，其性質應屬信託法所定之「信託契約」，亦即由甲將一千萬元交付予乙，乙應按甲指定之用途，盡善良管理人之注意義務為甲管理財產，否則受託人乙應依信託法第23條規定，對信託人甲負債務不履行之損害賠償責任。

2. 鑑於金融業者與消費者間存有知識與經驗不對等的關係，故而金融消費者保護法（下稱「金融消保法」）第9條乃規定：金融業者在向消費者推銷金融商品時，應先充分瞭解消費者的目的、需求及財力等以推薦適合的商品，此即「適合性原則」。同法第10條並要求金融業者應以消費者能瞭解的文字及方式，善盡「說明義務」。

3. 乙雖主張已揭示產品說明書及風險預告書，並由其受僱人丙對甲為充分的說明，惟甲抗辯該書面字體甚小且內容複雜難以了解，且丙未予以解說。果如是且上開文件均為乙事前預先擬定者，依消費者保護法施行細則第12條規定，甲得主張上開文件均不構成契約之內容；再加上乙之受僱人丙未善盡說明義務，乙即不得以甲於此等文件上簽名而主張已盡善良管理人之注意義務。

4. 而今甲在乙未盡說明義務及未依「適合性原則」推薦金融商品之情況下，受有損害，甲得依信託法第23條規定主張因乙未盡善良管理人之注意為其管理財產，而向乙主張債務不履行之損害賠償。

(二)甲得依民法第184條第2項向丙請求侵權行為損害賠償，並得依民法第188條規定請求乙負僱用人之連帶損害賠償責任

1. 按民法第184條第1項前段規定，故意或過失不法侵害他人之「權利」者，應負賠償責任；惟本條項前段僅保護「權利」（絕對權），而不及於「利益」。而今因丙未盡說明義務及管理信託資金不當，致甲受有「一千萬元」之損害，此乃「財產利益」而非「權利」，不屬民法第184條第1項前段所保障之客體。惟同條項後段所保障之客體，兼及「利益」，但僅以行

為人有故意者為限。是以，如甲能證明丙有侵害其財產利益之「故意」，應依民法第184條第1項後段規定請求丙賠償其損害。

2. 按「金融消保法」乃為了保障金融消費者之權益而設，應屬民法第184條第2項所稱「保護他人之法律」，且該條項所保護之客體包括利益在內。故甲亦得依民法第184條第2項規定請求丙賠償其損害。
3. 丙乃乙之受僱人，其於執行管理信託資金之職務時，不法侵害甲之權益，依民法第188條規定，甲得主張乙應負僱用人之連帶賠償責任。

二、法院應於爭點整理程序，善盡闡明義務以協助原告甲特定訴訟標的並分配舉證責任

(一)關於訴訟標的之特定

1. 按原告基於其程序處分權，於起訴時有權選擇以「權利」或「紛爭」為單位，特定本件訴訟標的之範圍。
2. 又依民訴法第199條規定，法院有表明法律見解義務；且依同法第199條之1規定，如原告得主張數項法律關係而不知主張者，法院有闡明義務。
3. 甲於起訴時明確指出「丙應依民法第184條第1項前段」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，由是可知，甲應係選擇以「權利」為單位定本件訴訟標的之範圍。然承前述一的說明，甲對丙之請求權基礎應為民法第184條第1項後段及第2項規定，對乙之請求權基礎則尚有債務不履行損害賠償請求權。
4. 依民訴法第199條之1第1項規定，法院在不改變原告之訴之聲明及逾越其所主張之事實範圍內，應闡明並曉諭原告除去不當之聲請並（或）補充聲明。是以，法院應依此闡明原告甲是否有意改依民法第184條第1項後段及第2項對丙主張權利，及對乙併同主張債務不履行損害賠償請求權等，以利紛爭一次解決。

(二)關於舉證責任之分配，茲析述如下

1. 依民訴法第277條規定，當事人應就有利於己之事實為舉證責任；而所謂「有利於己之事實」，依「規範說」，係指如當事人因無法適用某一法條即無法獲得勝訴結果，應就該法條之構成要件負主張及舉證責任。如該法條係屬權利發生之規範（即「權利發生要件」），應由主張符合該法條之當事人負舉證責任；惟如權利發生要件關涉消極事實者，法院應依民訴法第277條但書調整舉證責任之分配，以符公平。
2. 此外，依「行為責任說」，除了兩造當事人應就有利於己的事實負舉證責

任外，法院應適時公開心證並曉諭當事人關於舉證責任之分配方式，使當事人有機會提出有利於己之證據以強化或動搖法官之心證，免於受到來自於法院適用法律之突襲。

3. 不完全給付之舉證責任

- (1) 甲依不完全給付對乙請求債務不履行損害賠償，應就債之關係存在、債務人未依債之本旨實行給付、因果關係及債權人受有損害等負舉證責任。其中關於「債務人未依債之本旨實行給付」，於本案係指乙未盡說明義務而言；然而乙是否未盡說明義務乃消極事實，如令甲就此消極事實負舉證責任，殊屬不易且有顯失公平之虞。又，如將「已盡說明義務」轉換予乙負擔，亦有促使乙正視說明義務及保全證據之重要性。故法院應依民訴法第277條但書規定，重新分配舉證責任，令乙就已盡說明義務舉證證明之。
- (2) 至於主觀要件，多數學者以為依民法第230條規定，債務人應就不可歸責於己之事由負舉證責任，且本條規定可以類推適用於不完全給付。是以，甲無須就乙具有可歸責事由負舉證責任。
- (3) 此外，關於債務不履行行為與損害間之因果關係，原本應由債權人甲負舉證責任，惟金融消保法第11條但書已將舉證責任轉換予債務人乙負擔。
- (4) 綜上，甲只須就債之關係存在及受有損害負舉證責任，乙則應就其已善盡說明義務、不具可歸責事由及無因果關係等，負舉證責任。

4. 侵權行為損害賠償請求權之舉證責任

- (1) 甲如依民法第184條第1項後段規定請求丙賠償其損害，應就丙有故意（主觀要件）及甲受有損害、因果關係存在等負舉證責任。
- (2) 如甲係依同條第2項請求賠償，則應就丙違反保護他人之法律（亦即未依金融消保法善盡說明義務）負舉證責任；然承上說明，鑑於丙「未盡說明義務」乃消極事實，應重新調整而令丙就「已盡說明義務」之積極事實負舉證責任。至於丙的過失，則已為法律所推定。是以，甲只須就其受有損害及因果關係等負舉證責任，其餘關於丙未違反金融消保法之規定及無故意或過失等，則由丙負舉證責任。

三、法院依不同實體法規定而為裁判，如已表明法律見解並經當事人追加或補充提出，即不構成訴外裁判或突襲性裁判：

(一) 依處分權主義，法院僅得於原告請求裁判之範圍內為裁判，否則即會構成

「訴外裁判」，民訴法第388條亦有明文。至於所謂「突襲性裁判」，意指法院不僅應以當事人所提出之事實及證據作為裁判基礎，且法院於適用法律時，亦應使當事人知曉法院之心證活動以適時提出有利於己的事實及證據，否則即屬法院適用法律的突襲。

- (二)雖然法律之適用屬法院之認事用法的職權事項，惟如原告甲選擇以「權利」為單位特定本件訴訟標的範圍，但甲對乙、丙之請求權究竟是民法第184條第1項前段或後段？抑或特別法規定，即會構成不同的訴訟標的，如法院未經闡明使原告補充聲明即逕依其它請求權基礎而為裁判，當屬「訴外裁判」，違反民訴法第388條之規定。
- (三)如原告選擇以「紛爭」為單位特定本件訴訟標的範圍，實體法請求權基礎僅屬攻防方法，故而儘管法院引用不同的實體法規範而為裁判，只要未逾越原告請求法院審理之紛爭範圍，均不構成訴外裁判。但為避免當事人受到來自於法院適用法律的突襲，仍應適時公開心證、表明法律見解，並使當事人有辯論的機會。

頁290 想想看 4 Handy Tips

判命原告為對待給付之判決，原告可不可以提起上訴呢？這得視原告有沒有「上訴利益」而定。「上訴利益」的問題，【第三講】才會介紹說明，這兒先談個簡單的概念：有無上訴利益，可就「判決主文」和「訴之聲明」作形式上的比較，只要法院沒有完全如訴之聲明而為判決，即可認該當事人有上訴利益；此即「形式不服說」。

依照這個概念，咱們假想個例子：原告甲起訴請求被告乙給付貨款200萬元，被告乙提出同時履行抗辯，主張甲還沒有交付貨物。法院經查證後屬實而判決如下：被告乙應於原告甲交付貨物時，給付原告甲200萬元。

對待給付判決雖然附有條件，但從形式上觀之，法院仍然如原告所請，應屬原告全部勝訴之判決。那麼，依照前所提及的「形式不服說」，原告應該沒有上訴利益才是。可是呢，不論實務或學說均肯認：因為對待給付判決附有「原告應為對待給付」的條件，對於原告的實體利益造成影響而受有不利益，所以應肯認原告得就「對待給付」部分提起上訴。