

Chapter 2

訴訟客體





第一節

訴訟標的和訴之聲明

訴訟標的自古以來爭議不斷，如實務見解採取之「舊訴訟標的理論」，留德學說所引入的「新訴訟標的理論」，還有台灣本土法學派強調的「訴訟標的相對論」，是大家考試上一定要知道的三個見解，不過標準可不只如此，新訴訟標的理論下就有「一分肢說、二分肢說、三分肢說」的不同，也另有學說採取「相對的訴訟標的理論」、「浮動訴訟標的」，甚至還有見解援引歐洲法院的「核心點理論」來輔助訴訟標的之判斷，從學說的複雜度不難想見出題頻率，而且縱然不放在本篇章的題目，只要牽扯到訴之客觀合併、訴之變更追加、既判力範圍、重複起訴禁止等問題，其實也都需要判斷訴訟標的才可以作答。不過值得慶幸的是，雖然仍有零星的考題還是以訴訟標的的學說爭議出題，但晚近考題更著重於**法院闡明**的適用，因為透過法院適當且正確的闡明，理論上可以減緩許多訴訟標的不同見解之爭議，因此考題就從學說、實務見解標準不同，變成實際法院遭遇請求權競合或有訴訟標的爭議的案件時，應如何處理的問題。

關於訴之聲明的修改題目，近年來有反超訴訟標的出題的趨勢，這種題目會希望考生充當律師或法院，對於當事人錯誤的聲明予以修正，訴狀如何聲明真的是一門非常深奧的問題，如果訴之聲明沒寫好，糟一點可能直接影響到勝、敗訴，好一點也可能變成法院嘲笑「大律師」的尷尬場面，所以大家務必要把訴之聲明搞懂。最基礎來說，訴之聲明就是最終希望法院判決的內容，也就是原告提出該訴訟的終極目標，因此檢驗的方式多半是由該聲明內容回推，看看是否與原告當初起訴的目的相符合，至於起訴目的就須借助大家實體法的功力，觀察原告所陳述的事實，在實體法上應該出現的權利主張為何。而如果觀察考題大概會呈現兩種主要的問題：



(一) 訴之聲明明確性

畢竟法院為勝訴判決就是要「容認原告之聲明」，所以原告的聲明必須明確且具體，如果是給付判決之聲明則必須適於執行。但有原則必有例外，大家熟知的**民訴法第244條第4項**就作為訴之聲明明確性的例外規定，允許原告得以最低金額聲明，並於言詞辯論終結前補充，作答時務必要點出該條之規範目的在於避免原告因損害賠償金額難能於起訴前特定而受有不利利益；還有現代型紛爭中常出現的**不作為訴訟**，因為起訴前也很難明確聲明要求不作為之具體內容，所以學理上有主張得以類推適用民訴法第244條第4項，允許原告概括聲明禁止被告行為，例如：「被告應停止排放汗水之行為」，至於具體被告是哪個工廠、哪條管線、在何種程度及時間下要停止排放汗水，都可以在訴訟程序中再為補充；最後，某些訴訟本質上具有非訟性質，而保留著「**聲明非拘束性**」的非訟特徵，如果原告聲明內容不會拘束法院，當然也就沒有課予訴之聲明明確性的必要，此時縱然原告對此未為聲明，仍然屬於合法聲明。

(二) 聲明內容不足或錯誤

這種題目筆者自己感覺很像是國小國文考卷「改錯字」大題的民事法版本，由於原告不諳法律，所以對於實體法權利主張的「效果」有所誤會，因此導致程序法上的「聲明」出現問題，這類型題目其實就是一些庶民在沒有學習過法律條文效果會寫出來的聲明，而各位專業法律人必須就其所發生的錯誤或是聲明不足的地方加以糾正，因此這類型的考題其實都是很基本的實體法問題。例如：解除契約原則是透過意思表示為之，不用「訴請法院解除當事人間契約」，如果真有爭執，反而應該是提出確認訴訟，確認當事人間契約關係已經解除而不存在；還有民法第359條應該是形成權而不是請求權，毋庸請求法院減少價金，反而應該確認價金減少之法律關係已經形成，諸如此類的問題如果出在實體法相信大家會覺得實在太過簡單，但轉換成訴之聲明的形式卻會突然腦袋打結，認為原告聲明正確而看不出爭點，這或許是對於民訴法莫名的恐懼吧……。

**題型2-1-1 訴訟標的特定及舉證責任分配**

【106司法官第2題】

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，其內容應包括但有限交易成本、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二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。」

題型分析

不知道此書會不會繼續改版到某一代的讀者完全不知道雷曼兄弟連動債事件呢？（暗自許願）約莫在2008年間銀行理財專員不停推銷一種「保本型連動債」，大家看到「保本」就直接聯想到「穩賺不賠」，因此當時掀起一波購買風潮，然而雷曼兄弟和其他銀行陸續倒閉造成金融海嘯，投資人無法取回投資資金，就出現非常多投資人起訴銀行或理財專員的案件，多半是主張投資專員沒有妥善告知「不保本」的投資風險，認為其未盡「投資風險說明義務」，但銀行這邊提出交易過程中投資人所簽署之廣告單、中文產品說明書等，資料上均有記載「發行機構之信用風險由投資人承擔」或「預告本金可能虧損之風險」等文字，因此實務上針對說明義務之認定和舉證責任分配就顯得非常重要。

第一小題很明顯是民事實體法的考題，建議可以先區分為「甲對乙」和「甲對丙」兩部分，再依照請求權基礎審查的架構加以判斷。理財專員丙本身和甲應無契約關係，應該只能討論侵權責任是否成立，又因為本件甲係受到金錢債權之純粹經濟上損失而非權利侵害，但或許甲可以主張理財專員違反告知或說明義務構成不作為詐欺，使

Tips

實體法部分請讀者參考題型分析的內容，由於篇幅有限，且本書畢竟是「民事訴訟法」題型破解，且容筆者犧牲掉完整擬答，我會盡可能在此詳細說明的！



意思決定自由權利受到侵害，該當民法第184條第1項前段之權利侵害。另外就是第三小題所提到的，認為金融消費者保護法（下稱金保法）第9、10條為民法第184條第2項之「保護他人法律」，可以請求損害賠償。至於甲對乙則應優先考慮契約責任，因為在實際交易中，應可認為此種交付金錢而協助投資之行為，可成立信託契約或至少是委任契約，而理財專員作為銀行之債務履行輔助人，其未盡說明義務可認為具有契約附隨義務違反，該當民法第227條不完全給付而得請求損害賠償。另外消費者也可以依照金保法第11條向金融服務業（即乙銀行）提出損害賠償請求。此外，縱然認為理財專員說明投資風險時，銀行尚未與投資客簽約，這時也可主張民法第245條之1締約上過失，主張銀行有先契約義務之違反。侵權責任上，銀行本身應該難以直接認定具有法人侵權行為，但如果其受雇人丙成立侵權行為，甲當然可以依照民法第188條向其請求連帶賠償責任。

第二小題分成兩個部分討論，前者相對簡單，只需要說明民訴法第199條之1闡明即可，但後者討論舉證責任分配則非常困難，因為有十分多元的解題方式，筆者這邊選擇針對「說明義務是否履行」的舉證責任區分不同請求權基礎為詳細討論，但讀者也可以選擇按部就班把所有權利應該有的舉證責任分配大略提過，一個是追求深度、一個是追求廣度，筆者認為都是合理的作答方式。

第三小題則是訴訟標的理論測驗題，筆者選擇了一個都不得罪的寫作方式，也就是將不同見解分列出來，並且均檢討其理論適用結果，在國考上如果不想成為學派爭執的槍下亡魂（聽起來很可怕齁？就是這麼可怕）或者是時間不夠你花大把篇幅來論證應該採取哪一說，這也是一種最保險的作法。

擬答 ▶▶▶

答案請從本頁第1行開始書寫，並請劃記及書寫題號，依序作答

(一) (略)

(二) 受訴法院應為訴訟標的特定與舉證責任分配如下：

1. 法院應依民事訴訟法（下稱民訴法）第199條之1闡明

(1) 承前所述，本案依照原告聲明和事實上陳述，得主張數項法律關係而支撐同一聲明，構成請求權競

Tips

這題其實是要接續第一題的實體法來回答，因為在前面審查實體法請求權時，你就會發現甲仍有其他權利可以主張，所以順理成章就可以討論民訴法第199條之1，大家可以再參閱考點分析有關第一題的分析，筆者有特別詳細列出可以請求的權利。



合，依照「舊訴訟標的理論」，該等請求權構成不同之訴訟標的，而當事人主張有不明瞭或不完足之處，法院應依民訴法第199條之1闡明當事人敘明補充，以利於審理集中化。

(2) 本件甲僅主張民法第184條第1項前段和第188條，遺漏民法第184條第2項與不完全給付、金融消費者保護法（下稱金保法）第11條之契約責任，法院應依民訴法第199條之1協助原告甲特定訴訟標的。

2. 本題雙方當事人爭執點聚焦於說明義務之履行與否，本文認為舉證責任分配如下：

(1) 依民訴法第277條，當事人應就有利於己之事實負擔舉證責任，多數見解又以規範說加以補充，區分權利根據事實由主張權利存在者舉證；反之，主張權利不存在者則須就權利障礙、消滅及抑制事實負擔舉證責任。

(2) 契約責任上，依規範說分配舉證責任，「說明義務違反」係權利根據要件事實而應由主張權利存在之債權人負擔舉證責任。但學理有認為貫徹「確保資訊弱勢者決定自主權、矯正資訊不對等之狀態」等規範目的，應依民訴法第277條但書轉換舉證責任，由經濟、知識均具有優勢地位之金融機構舉證證明其「已履行說明義務」。

(3) 金保法第11條若自法條文義觀察，似以違反說明義務（同法第10條）作為其權利根據要件，並且但書僅就因果關係有明文轉換舉證責任，應由投資人證明金融機構違反說明義務。然而學理上認為於契約責任和侵

Tips

舉證責任同步化最有名的例子就是民法第191條之1和消保法第7條，這兩條規定在實體法上非常容易競合主張，但民法第191條之1係三重推定的立法結構（推定商品瑕疵、因果關係、過失），而消保法第7條則是無過失責任和推定安全性欠缺。有趣的是，如果我兩個權利一起主張，是否在認定消保法第7條時，有必要證明「因果關係」呢？學說上就有認為當消保法第7條和民法第191條之1競合時，民法第191條之1推定因果關係之效力應該及於消保法的認定，「以貫徹民法立法者保護消費者之價值判斷」，這就是所謂的舉證責任同步化。參吳從周，臺灣商品責任之實體與程序主要爭議現況：特別聚焦檢討舉證責任分配之實務案例，月旦法學雜誌第214期，2013年3月，頁87-88。



<p>權責任中應謀求舉證責任分配之同步化，課予金融機構應就「已履行說明義務」負擔舉證責任，乃最符合金保法保護金融消費者之規範目的，應認定金融機構就「已履行（法定）說明義務」事實負擔舉證責任。</p>
<p>(4) 應注意者，為避免說明義務流於形式，應認甲於「產品說明書及風險預告書」之簽名（證據一）僅為一間接證據，僅可證明消費者有簽署該份同意書，但無法推論消費者充分理解記載內容，不宜賦予過高之證據評價，且如本件甲又抗辯該同意書之記載文字過小有違金保法第10條第3項之說明義務，同意說明書之證據評價更應降低。</p>
<p>(三) 應參酌不同之訴訟標的理論討論</p>
<p>1. 訴訟標的之認定</p>
<p>(1) 向來實務採取舊訴訟標的理論，於實體法上請求權基礎均構成訴訟標的，因此本件甲對丙主張民法第184條第1項前段和民法第184條第2項乃不同之訴訟標的，構成客觀訴之合併。</p>
<p>(2) 然而晚近學說見解另有提出新訴訟標的理論，依照紛爭事實與訴之聲明認定訴訟標的，若採取新訴訟標的理論，則甲於訴訟上係基於同一紛爭事實而存在受領損害賠償之一個受給地位，無論係主張民法第184條第1項前段或同條第2項，僅是攻擊防禦方法而不另構成訴訟標的。</p>

Tips

這個見解也被學說見解援引來解釋「手術風險同意書」，縱然病患對同意書簽名，也只能證明病患確實有簽名事實，而不能直接就認定病患知悉並同意。



(3) 此外，我國有力見解亦強調尊重起訴者之程序處分權，並參酌民訴法第428條第1項之規範意旨，認為應由原告選擇應以權利特定訴訟標的或以紛爭事實特定訴訟標的，係為訴訟標的相對論。

2. 本件是否構成訴外裁判攸關訴訟標的理論之採擇

(1) 依照當事人聲明及所陳述事實，法院應依民訴法第199條之1闡明當事人尚存在其他法律關係得為主張，惟若闡明後當事人未為補充，則依照**舊訴訟標的理論**為不同之訴訟標的，依照處分權主義之第一命題及民訴法第388條規定，法院不應超出當事人聲明之範圍而裁判，故本件法院另以民法第184條第2項、金保法第11條裁判，已然構成訴外裁判。

(2) 惟若本件採取**新訴訟標的理論**，不同請求權基礎毋寧僅是同一訴訟標的之下之攻擊防禦方法，法院透過闡明權之行使已經使當事人知悉裁判心證的形成，此時以其為裁判基礎並不構成突襲性、訴外裁判。

(3) 若本件採取**訴訟標的相對論**之觀點，原告甲究以權利或紛爭事實特定訴訟標的有待法院藉由闡明權之行使進一步釐清。若其欲以權利特定訴訟標的，則法院應尊重其程序處分權之行使，其不欲再追加民法第184條第2項或金保法第11條，法院即不得為訴外裁判；反之，若其欲以訴訟上紛爭事實作為訴訟標的，則法院採擇不同攻擊防禦方法為裁判當不構成訴外裁判。

Tips

因為筆者的作答方式和官方答題要點有所不同，所以具有澄清義務。官方的答題要點認為民法第184條三種不同請求權只是法律解釋問題，而非不同訴訟標的的，因此不會構成訴外裁判。因此不會構成訴外裁判，應該是直接採取下面重要實務見解中的（100台上943）判決見解。這種解題思路筆者在【4-1-3 102台大第2題】、【4-1-5 109台大第1題】都會示範，這邊不採取此種解法是因為在題目沒有明確標示訴訟前後階段時，筆者比較傾向連結第二小題和第三小題的討論，在第二小題我們討論到不同請求權發生競合時應該要依照第199條之1闡明，如果第三小題突然說民法第184條三種請求權只是法律評價的不同，不構成訴外裁判，實在是有一點奇怪內，所以這邊才會改用不同訴訟標的理論的方式來解題，也提供給大家另一種答題思路。