

# 立法者奉送的毒蘋果

## ——從「另類觀點」論民法第九十二條與第九十三條是錯誤立法\*

黃 瑞 明\*\*

### 要 目

- |                                |                               |
|--------------------------------|-------------------------------|
| 壹、前言：一個「異端邪說」的提出               | 一、第一二三條與第一二四條的規定內容            |
| 貳、從「另類觀點」出發的論證                 | 二、相關立法理由與學說見解                 |
| 一、主流研究法的法教義學觀點                 | 伍、立法者奉送表意人的其實是一顆毒蘋果（！）        |
| 二、本文的「另類觀點」                    | 一、難以得知撤銷是什麼東西的非法律人不知行使撤銷權     |
| (一)法社會學（包括荷爾姆斯所代表的美國法律現實主義）的觀點 | 二、第九十三條對表意人所形成的障礙             |
| (二)法律受規人（庶民）的觀點                | (一)一年的除斥期間過於短暫                |
| 參、第九十二條與第九十三條：立法者奉送表意人的禮物（？）   | (二)「發現詐欺」或「脅迫終止」之舉證責任加重表意人的負擔 |
| 一、第九十二條與第九十三條的規範內容             | 三、第九十二條對表意人所形成的（更大）障礙         |
| 二、相關立法理由與學說見解：是否撤銷尊重表意人的決定     |                               |
| 肆、德國民法的相應規定與相關文獻               |                               |

DOI : 10.3966/102398202015090142002

\* 對於兩位匿名審查委員的細心指正，筆者謹在此表達謝意。

\*\* 靜宜大學法律學系教授，德國杜賓根大學法學院法學博士。

投稿日期：一〇二年五月三十日；接受刊登日期：一〇三年五月十五日

責任校對：黃甯

(一)表意人很可能必須將相關爭議 訴諸法院判決	一、最高法院與王澤鑑的見解 二、王說的商權餘地
(二)詐欺與脅迫事實的舉證極端不易	拾、立法者應刪除第九十二條與 第九十三條
(三)筆者的出庭經驗談	一、讓民法規定趨向「庶民化」 二、第三人因此蒙受不利？ 三、因被詐欺或脅迫而生的法律行 為真的「在內容上」違反公序 良俗嗎？ 四、第八十八條至第九十一條的規 定不應一併刪除
(四)連動債的銷售真的涉及詐欺嗎？	拾壹、以第七十二條規範詐欺與脅迫 的衍生問題 一、如何克服被害人仍然必須舉證 的難題？ 二、如果表意人無意改變現狀呢？ 三、如果第三人出而主張無效呢？ 四、如果加害人竟然主張無效呢？
四、第九十二條與第九十三條是 立法者奉送詐欺人與脅迫人 的禮物（！）	拾貳、筆者的連動債訴訟的判決結果 一、第一審以敗訴告終：臺北地方 法院一〇〇年訴字第二二〇六 號判決 二、第二審再度蒙受失利：臺灣 高等法院一〇二年度上易字 第六八五號判決 三、法院代加害人對被害人進行攻 擊防禦：嚴重性更甚於舉證責 任分配
(一)從「有效但得撤銷」到「有效 且不得撤銷」的質變現象	拾參、代結論：對於被害人的同情就 是新思維的開始！
(二)被詐欺人與被脅迫人吃下就斃 命的毒蘋果	
陸、詐欺與脅迫難道不違反公序良俗？	
一、詐欺與脅迫在刑法上的可罰性	
二、民法與刑法在詐欺與脅迫概念 上的高度重疊性	
三、第九十二條的詐欺與脅迫當然 都違反第七十二條的公序良俗	
柒、第七十二條才是真正有利於表意 人的規定	
一、表意人毋庸行使撤銷權	
二、表意人享有長達十五年之久的 消滅時效	
捌、第九十二條與第七十二條的關係	
一、我國民法學界所忽略的大問題	
二、最高法院的見解	
三、德國學術通說與實務見解：前 者是後者的特別法	
四、對於特別法說的質疑：價值觀 的錯亂	
玖、被詐欺人與被脅迫人的侵權行為 請求權	

## 摘 要

基於私法自治原則，民法立法者僅在極端情況下始介入私法關係，「有效但得撤銷」與無效即是兩種介入方式。第九十二條與第九十三條對於因被詐欺或被脅迫而為之意思表示所作的規範屬於前者。對於習於法教義學思維的我國學者來說，相關條文都繼受自德國，其正確性不言可喻。儘管如此，本文仍嘗試提出一個「異端邪說」，論證此二規定在實際上造成不利於被詐欺人與被脅迫人的「有效且不得撤銷」結果。對於他們來說，必須於除斥期間之內行使撤銷權以及在訴訟上盡舉證責任等都是難度極高的障礙。如此一來，加害人反而可以保有不法獲利。為強調觀點之不同足以得出迥異之結論，本文特別提出法社會學（包括荷爾姆斯所代表的美國法律現實主義）與法律受規人（其中的被害人與非法律人）的觀點。筆者以身為連動債被害人的訴訟經驗印證現行法的問題重重，並主張通往解決之道的第一步應是刪除此二規定而代以第七十二條，蓋詐欺與脅迫均違反公序良俗也。

**關鍵詞：**私法自治、法社會學、美國法律現實主義、法律受規人（庶民）、民法第九十二條、第九十三條、詐欺、脅迫、民法第七十二條、公序良俗

*The real voyage of discovery consists not in seeking new  
landscapes but in having new eyes.*

——*Marcel Proust*

## 壹、前言：一個「異端邪說」的提出

眾所周知，私法自治（Privatautonomie）是民法的基本原則，它的重要性特別表現在財產法的發展之上<sup>1</sup>。吾人可以說，因為此一原則的存在，現代國家所賴以立基的資本主義與民主政治體制才能獲得確保。私法自治一旦不存，人類文明的發展結果必然不會是今日這種局面<sup>2</sup>。

根據此一原則，只要是完全行為能力人經由意思表示所作的法律行為，國家都應該予以承認，尊重其法律效力。例外雖然在所難免，但是國家必須是在極端情況下才能介入干涉私法關係。一旦例外真的出現了，其因應手段就是規範法律行為的效果。我國立法者在這方面所採行的是歐洲大陸法系的立法例，依據情節的輕重在民法總則編之中列出兩種解決方式<sup>3</sup>：無效與「有效但得撤銷」<sup>4</sup>。前

<sup>1</sup> 見 *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl., 2002, Rz. 172ff.; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, § 3 Rz. 2ff.; *Rüthers/Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl., 2009, § 3.

<sup>2</sup> 我國文獻鮮見這方面的討論。不過，王澤鑑，臺灣的民法與市場經濟，載：民法學說與判例研究(七)，頁1-35，2009年12月，仍然可供參考。中國大陸過去在毛澤東時代厲行的共產主義制度其實提供一個很好的對比模式：私法自治在極左意識形態的挾持之下蕩然無存，資本主義的市場經濟不可能運作，人民一窮二白，民主政治體制自然也無從發展。最近幾年來，關於紅色中國的真相的著作陸續問世，例如楊繼繩，墓碑——一九五八—一九六二年中國大饑荒紀實，2011年10月，9版，吾人多少可以從中看到私法自治喪失之後的可怕後果。

<sup>3</sup> 見 *Medicus*, aaO. (Fn. 1), Rz. 487ff.; 王澤鑑，民法總則，頁511-514，2008年10

者針對的是十分嚴重的情況，立法者認為已經無可救藥，所以就認定相關法律行為無效。所謂無效指的是當然無效、自始無效、確定無效與絕對無效<sup>5</sup>；一言以蔽之，就是法律行為形同未曾發生。屬於此類情形的具體立法見諸第七十一條、第七十二條與第七十三條<sup>6</sup>。至於「有效但得撤銷」的法律行為則是其情節尚可容忍，立法者於是聽任相關當事人決定是否撤銷。在得被撤銷的客體是意思表示的情況，表意人只要行使撤銷權即可<sup>7</sup>，具體規定是第八十八條至第九十三條。反之，如果此一客體是法律行為，則當事人便須聲請法院為之，第七十四條即為其例。

對於法律人來說，以上所述都是自明之理，無待深論。事實上，這正是每個上過民法總則課程的法律系一年級學生就應該具備的基本知識。然而，筆者對此卻不以為然。本文將在以下的研究中針對第九十二條與第九十三條的規定提出一個我國民法學界迄今都從未有人質疑過的問題：此二條文認定因一方被詐欺或被脅迫而成立之意思表示係屬有效但得撤銷，這種規定所反映的果真是顛撲不破的道理嗎？再者，該條與規範違反公序良俗之法律行為的第七十二條之間究竟有無任何關係存在？

筆者將嘗試發表一個看似「異端邪說」的見解，論證前揭條文

---

月。

4 此外尚有效力未定，唯其所涉及者為欠缺行為能力或代理權之問題（第79條與第170條）。

5 見陳自強，契約之成立與生效，頁339-342，2002年3月。

6 如無特別註明，本文所引條文均係指民法而言。

7 一旦表意人撤銷其意思表示，在單獨行為的情況，相關法律行為自然歸於無效。至於在契約的情況，該法律行為也因為一個意思表示無效而失效。唯王澤鑑，同註3，頁529，認為在後一情況所作之撤銷，其效力應及於整個契約，如此方能與第114條的語法一致。

不僅多餘，同時更是不利於表意人的錯誤立法。如下所述<sup>8</sup>，表面上看來，立法者旨在保護身為被害人的表意人，就實際上的運作結果而言，此二條文卻是它奉送的一顆毒蘋果<sup>9</sup>，足以讓人慘遭不測。相反地，對於身為詐欺人或脅迫人的加害人來說，現行法則無異鼓勵其為非作歹，所以是天降禮物。本文因此主張另闢蹊徑，認為解決之道應該是刪除此二條文而適用第七十二條的規定，讓涉及詐欺與脅迫的法律行為歸於無效。公平正義的理念雖然不會因而立即獲得落實，但這卻是重要的第一步。

## 貳、從「另類觀點」出發的論證

### 一、主流研究法的法教義學觀點

對於我國民法學界而言，第九十二條與第九十三條究竟是否多餘的問題是一個法教義學（*Rechtsdogmatik*）<sup>10</sup>即可以回答的議題。因此，學者一旦加以討論，其層面即集中於此。這是法律人習以為常的思維模式與研究方法，本來不足為奇。基於繼受外國法（尤其德國法）的背景，懂德文或其他外文的學者更會援引相關文獻，藉此進行所謂的比較法研究。由於法教義學研究同樣也是德國

<sup>8</sup> 見參至伍。

<sup>9</sup> 此一比喻的靈感來自白雪公主的後母。

<sup>10</sup> 國內文獻通用「法釋義學」或「法解釋學」的譯名。關於此種思維的基本論述見楊日然，*法理學*，頁157-196，2005年10月，至於其在民法上的應用則見王澤鑑，*法律思維與民法實例*，2010年3月。筆者之所以偏愛「法教義學」，原因在於此一用詞忠實地呈現了德文*Dogmatik*的「教義」與「教條」（*Dogma*）本質。法學與神學都建立在「教條」之上（*Dogmatik*這個字的一般意義正是基督教神學中關於教義的學說），這誠然有其必要性，問題卻也經常相伴而來。本文所將探討的第92條與第93條就是例證。

學術界的「王道」，從而我國學者的論文之中所呈現的應該就是中、德文學說兼容並陳的法教義學研究成果<sup>11</sup>。

相較於身分法，財產法領域的研究尤其如此。總則、債與物權等三編的條文之中不少即是直接翻譯自德國民法而來，學者難以忍受「誘惑」，往往只要一碰到問題，就直接查閱內容極其豐富的德文註釋書與教科書乃至論文、專書，冀望從中獲得解題祕笈。「因為德國如此，所以我國也應如此」稱得上就是臺灣法學界所奉為圭臬的法學方法論<sup>12</sup>，此種處理方式（*approach*）同樣盛行於我國的民法學界。因為主流所奉行的方法論即是如此，所以這樣的著作通常也都被視為高度學術性的同義詞。

毫無疑問地，此種研究模式有其意義，不過，它在探究問題的廣度與深度上卻也有時而窮。這是因為——特別是相對於較為客觀的自然科学——法學問題往往具備多種面向，單從法教義學的觀點來看就可能如同瞎子摸象一般地無法掌握全貌。觀點是左右研究結果的重要因素之一，不同的觀點可以導出不同的結論，這在法學領域之內亦是如此。普魯斯特（*Marcel Proust*）說：「真正的發現之旅不在於尋找全新的景致而是擁有嶄新的眼睛。」<sup>13</sup>新眼睛也者，其實就是新觀點。觀點愈多，借用流行話語來說，研究者就有能力呈現出整個問題的3D影像。如此一來，學術研究也會是一門創意產業<sup>14</sup>。

<sup>11</sup> 至於通曉日文者則致力於在東洋文獻之中尋找開竅之方。

<sup>12</sup> 關於勞動法的情況見黃瑞明，神秘告別式之後的奇異重生——評勞資爭議處理法關於「權利事項之勞資爭議，不得罷工」的修正，國立臺灣大學法學論叢，42卷1期，頁49-116，2013年3月。

<sup>13</sup> 本文卷頭語。

<sup>14</sup> 黃瑞明，同註12。

## 二、本文的「另類觀點」

筆者將自法社會學與法律受規人這兩個非正統的「另類」<sup>15</sup>觀點出發，藉以建構其論證。透過此種處理方式，本文將嘗試證明民法的研究之道不一。因為觀點的多樣化，吾人可以更清楚地看出具體問題的癥結所在，從而也能更深入地思考公平正義的內涵。

### (一)法社會學（包括荷爾姆斯所代表的美國法律現實主義）的觀點

依照歷史法學派的說法，每個國家的法律都因為歷史、文化與其他自身特有的因素所形成的「民族精神」（*Volksgeist*）的影響，從而各具獨特性<sup>16</sup>。吾人只要深入觀察各國法制的發展，即可發現此說所言確實有其道理。在筆者看來，它的貢獻之一就是凸顯了「國情」於法學研究上的關鍵角色。對我國而言，某國的法制與學說誠然先進，然而其國情與臺灣畢竟迥然互異，因此吾人即不該亦步亦趨地概括複製（繼受）其一切。無論任何法律領域，包括民法在內，學者都應該將探求國情差異當成基本任務，如此而來的研究所得才能有助於我國法學與實務的發展。

筆者向來深信，法社會學的觀點就是探求國情差異的必經途徑<sup>17</sup>。相較於法教義學強調應然（*Sollen*）的思維模式，法社會學則是將其關注焦點集中在實然（*Sein*）層面，特別是探究法規範與

<sup>15</sup> 「另類」是臺灣這2、30年來的新興詞彙，其根源應該是英文的*alternative*。德文之中也有相應詞*alternativ*，通常指的是非主流乃至左派的觀念。

<sup>16</sup> 見*Schröder, Recht als Wissenschaft – Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule*, 2001, S. 191ff. 就此另見林文雄，德國歷史法學派——薩維尼，載：法實證主義，頁1-12，2003年8月，5版。

<sup>17</sup> 關於筆者在勞動法方面的相關看法，除了黃瑞明，同註12，以外，另見黃瑞明，從法社會學的觀點論統聯客運集體罷駛事件與我國罷工法制，國立臺灣大學法學論叢，31卷3期，頁17-73，2002年5月。

施行現實之間的差距<sup>18</sup>。從特定規範的實效性（Effektivität）低落的事實中，吾人不僅可以找出法社會學先驅艾爾里希（Eugen Ehrlich）所稱的「活法」（das lebende Recht），同時也能反思該規範的存在意義乃至改進之道。

如後所述，本文所提出的議題就是一個涉及國情因素的絕佳例子。學者自法教義學觀點只會得出主要源自德國法的第九十二條與第九十三條毫無疑義的結論。一旦將其視野擴大及於實然層面之後，吾人即會發現「法典之法」（law in books）與「運作之法」（law in action）<sup>19</sup>二者出現極大的落差，立法者出自保護一方的意旨所制定的法律甚至會在實際上流於縱容另一方為所欲為的荒謬結果。

應該在此順便一提的是，法社會學的觀點在我國法學界可能被等同於量化的研究。就本議題而論，此等研究的確也可以對後述若干具體問題的澄清提供助益<sup>20</sup>。不過，量化調查畢竟不是法社會學的全部<sup>21</sup>。本文主要所將採取的是參與式觀察法（teilnehmende Beobachtung）與文件分析法（Dokumentenanalyse）並用的方式<sup>22</sup>，就是透過筆者自身的參與來觀察實務運作以及深入分析若干判決來瞭解相關法制的實際運作情況。

我國法學界對於「判決評釋」早已習以為常，分析判決本身自

<sup>18</sup> 見Röhl, Rechtssoziologie, 1987, S. 1ff.; Reh binder, Rechtssoziologie, 4. Aufl., 2000, Rz. 1ff.; Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 5. Aufl., 2009, S. 1ff.

<sup>19</sup> 龐德（Roscoe Pound）所創的用詞；見Röhl, aaO., S. 244. 「運作之法」就是「活法」。

<sup>20</sup> 吾人可以從事者諸如對於相關判決進行大規模的分析與統計，唯此均需精力與資力（尤其政府機關的補助），筆者無能為之。

<sup>21</sup> 見Röhl, aaO. (Fn. 18), S. 105ff.

<sup>22</sup> 見Röhl, aaO. (Fn. 18), S. 109ff.; Reh binder, aaO. (Fn. 18), Rz. 62f., 65.

然了無新意。然而，不同於民法學界的主流作法，筆者在探討「判例」（嚴格來說就是「判例要旨」）時也兼行「看裏」，亦即分析相關判決的內容<sup>23</sup>。再者，由於受到美國法律現實主義（American Legal Realism）<sup>24</sup>的啟發，故其觀察重點也將特別集中在法院究竟如何作出判決的問題之上<sup>25</sup>。對於此一學派的代表性人物荷爾姆斯（Oliver W. Holmes）<sup>26</sup>來說，「探究法律就是預測法官在實際上會做什麼而非高談什麼大而無當的道理。」（The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.）<sup>27</sup>這是一個截然不同於我國主流學者的觀點。在後者看來，法律問題的是非對錯應該取決於學理，學理的內容為何則又繫諸研究者的（主觀）判斷。然而，對於法院實務稍有瞭解之人皆知，學者儘管誇誇其談，法官卻可能相應不理，兀自作出令前者「跌破眼鏡」的判決。學者當然可以再作評釋批判，法院實務的

<sup>23</sup> 「看裏」是實務界的行話，以示有別於僅看判例（要旨）的「看外」；見楊仁壽，法學方法論，頁381，2010年5月，2版。

<sup>24</sup> 見Röhl, aaO. (Fn. 18), S. 50ff.; Raiser, aaO. (Fn. 18), S. 36ff.

<sup>25</sup> 尤其後述伍。筆者曾經作出此類嘗試；見黃瑞明，從二則「反攻大陸」判例的作成與廢止論民法上的政治解釋，國立臺灣大學法學論叢，34卷4期，頁1-69，2005年7月。誠然，就實務經驗而言，筆者不是最適合作此研究之人。不過，令人遺憾的是，無論是法官或律師，相關著作幾乎都止於討論判決或判例的表面法理而未能深入其作成過程。在筆者看來，這是一個值得深入探討的大議題。

<sup>26</sup> 關於其人思想的詳細介紹見楊日然，美國實用主義法學的哲學基礎及其檢討（一）與（二），載：法理學論文集，頁119-170、171-241，1997年1月，其中尤其值得參考者為第二篇。

<sup>27</sup> 見Holmes Oliver Wendell, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 457-478 (1897)。此段文字所涉及的即是荷爾姆斯的「法律預言說」，其詳細介紹見楊日然，同前註（第二篇），頁203-217。

運作卻往往還是依然故我，賡續依循其自身規則而為<sup>28</sup>。不管吾人是否接受此種「平行線」式的發展，對於訴訟當事人來說，法官究竟如何看待法律才是重點所在，因為判決的勝負以及個人的利害都取決於此。至於所謂學理，只要在實務上派不上用場，多說還是無益。

### (二)法律受規人（庶民）的觀點

訴訟當事人就是「法律受規人」（*Rechtsadressaten bzw. Rechtsunterworfene*）<sup>29</sup>族群的一支。法律受規人者，受到法律規範之人也。用更通俗的話來說，他們就是法律國度之內的庶民。相較於主流學者專注於「立法者」方面的「由上而下」（*top-down; von oben nach unten*）的法教義學觀點，本文所採取的是反其道而行的「由下而上」（*bottom-up; von unten nach oben*）思維。所謂上下，其實即是政治學上所講的統治者與被統治者之分。過分留意統治者的立場，其危機會是一廂情願地支持背離民主原則（違反絕大多數的被統治者的意願）的法律而不自知。

就通行的理論而言，學者應該秉持客觀中立的觀點探究問題，從而重視法律受規人的觀點自然即會引發偏頗的質疑。然而，原汁原味的「學術價值中立」（*Wertfreiheit der Wissenschaft*）<sup>30</sup>縱使不

<sup>28</sup> 這裡所顯現的其實就是實務界欠缺與學術界進行討論（*Diskurs*）的文化；關於討論在法學上的意義見 *Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl., 1991*。不容忽視的是，學術界之內其實就存在此一問題；黃瑞明，同註12，頁81-84。

<sup>29</sup> 見 *Rehbinder, aaO. (Fn. 18), Rz. 4, 25f., 44*。

<sup>30</sup> 最知名的倡議者為社會學家韋伯（*Max Weber*）；相關介紹見 *Röhl, aaO. (Fn. 18), S. 77ff.*；楊日然，美國實用主義法學的哲學基礎及其檢討(二)，同註26，頁199-213。

是不可能，也非常難以做到<sup>31</sup>。尤有甚者，許多號稱客觀中立的研究只是「不食人間煙火」的產物而已，無法真正觸及問題的核心，在解決之道的尋求上當然也無濟於事<sup>32</sup>。本文的「單面性」極為顯然，筆者之所以執意為之，目的在試圖證明這正是主流學術界所忽視的關鍵面。

#### 1. (身為連動債被害人的) 被害人觀點

關於法律受規人的觀點，本文將特別針對其中的兩類族群表達其見解：被害人與非法律人。

現代民法的體系（尤其財產法部分）建立在當事人可以平起平坐的基本假設之上，然而，實際情況未必盡然如此，雙方之間毋寧往往存在著強者與弱者的關係。前者傾向濫用其優勢地位，後者因而容易成為被害人。民法對此固然提供了救濟之道，賦予被害人相關權利，但在訴訟程序的運作之下，它們卻可能演變為中看不中用的空權而已。透過被害人的觀點，吾人可以更清楚地看到此一現象。

不容否認的是，我國社會上向來一直都有法律厚加害人而薄被害人的質疑。留意媒體報導的人都會發現，特別是在刑事法領域，立法與司法經常成為輿論指控的對象<sup>33</sup>。此一說法恐非空穴來風，法學文獻必須正視面對。事實上，民法領域之中也存在著同樣的現象。就以本文所探討的議題為例，如同後面所將展開論述者，相關

<sup>31</sup> 見 *Meier-Seethaler, Gefühl und Urteilskraft. Ein Plädoyer für die emotionale Vernunft*, 2001.

<sup>32</sup> 我國法學文獻之中鮮有自法律受規人的觀點出發者，例外為蘇永欽，司法改革的再改革，頁11-64，1998年10月。他在探討「當前司法問題的癥結」時特別強調「從司法需求面去看問題」，也就是掌握人民怎樣看司法的事實（同註，頁15）。這使得其研究不僅眼光獨到，甚至鞭辟入裡。

<sup>33</sup> 個別法官則被呼為「恐龍法官」。

民法規定的運作結果確實偏袒加害人。法學研究一旦忽視被害人的立場，吾輩從業者即可能淪為坐視加害人為惡的道德上幫兇。

就表達被害人的心聲這一點而論，筆者應該稱得上是適格的代言人。筆者不幸兼有幸，曾在二〇〇七年間向玉山銀行購買<sup>34</sup>一檔所謂的連動債，其後蒙受為數新臺幣50餘萬元的虧損<sup>35</sup>。由於深信該金融商品之銷售實為詐欺，筆者因此以兩年時間致力於找出詐術所在，隨後再向臺北地方法院起訴求償。該案<sup>36</sup>歷經該院與臺灣高等法院的審理，前後將近三年，開庭達十五次，筆者所撰寫的書狀累積達四百頁，時間精力之負荷不容小覷。因為這一段經歷，筆者得以深入觀察實體法與程序法的運作真相，前述觀察法<sup>37</sup>的實踐也於焉成為可能。

身為被害人的最大好處是：相較於事不干己的學者，看問題可能更加深刻，解題的想像力<sup>38</sup>也更為豐富。這是因為他在乎自身的利害，所以會「上窮碧落下黃泉」地思索解脫之道，這正應驗了所謂「需要是創造之母」的西方諺語。如非具備前開經歷，筆者在面對被害人的詢問時很可能即以相關通說回應，其結果即是：愛莫能助。如今想像力大增之後，觀點自然就能掙脫出既有的思維窠臼。

「不經一番寒徹骨，那得梅花撲鼻香？」法律人是社會的養尊

<sup>34</sup> 所謂「購買」或「申購」只是交易上的通稱而已。依照法院實務的一致見解，投資人與銀行之間所存在的是「特定金錢信託契約」，前者為委託人；後者為受託人。

<sup>35</sup> 就連動債爭議而言，這算是輕微虧損。據筆者所知，損失數百萬元以上者屢見不鮮。

<sup>36</sup> 相關討論見後述拾貳。

<sup>37</sup> 見貳、二、(-)。社會學上也以「田野調查」稱之。

<sup>38</sup> 筆者在將近30年前負笈德國，至今依舊熟記家師車爾納（Wolfgang Zöllner）教授在民法課上對新鮮人的諄諄告誡：「法律人一定要有法學想像力（juristische Phantasie），否則最好趕快轉系！」

處優階層，特別是法學者。古人說：「訟則終凶。」儘管今日的法院不再是過去那般的陰森衙門，對於弱勢族群來說，訴訟之路卻依舊還是一趟孤寂的苦行之旅。在連動債事件之後，筆者越發相信，如果能夠體驗一段刻骨銘心的受害歷程，進而踏上引頸企盼是非大白的訴訟之路，那麼吾輩對於現行法的認識以及公平正義的理解必然會是另一番境界！

## 2. 非法律人觀點

絕大多數的被害人就是非法律人，他們不懂法律，一旦受害也不知及時尋求專業諮詢。這將導致原本看似有利於被害人的立法流為具文，就本文的議題來說，民法相關規定的實效性從而低落不堪。

由於現代社會的日益複雜，法令密如牛毛誠屬不可避免的發展。這讓法律的理解走向專業化，多數的法律受規人則成了門外漢。然而，法律人「包辦獨攬」法律的結果卻也可能造成法律陷入背離受規人的正義感（*Rechtsgefühl*）<sup>39</sup>的危機，吾人不可不慎。一旦忽視此一問題的嚴重性，學者的研究結果就會流於法律人的異想世界而已。

前面提到的被害人屬於法律受規人之中的底層階級，身兼非法律人者則更是弱中之弱。他們不僅極端容易成為強者的獵物，一旦受害，也很可能因為不知法律規定而坐失主張權利的先機，導致即使後來起訴亦於事無補。不誇張地說，此等人就是法律國度之內的「賤民」（*Untouchables*）。當這些芸芸眾生在權利的角逐遊戲之中屢戰屢敗時，號稱「公平正義的最後一道防線」的司法自然也會

---

<sup>39</sup> 國內文獻長久以來都使用「法律感情」一詞，唯*Recht*可兼指法律與正義，*Gefühl*同樣包括感情與感覺。在筆者看來，正義感（覺）的翻譯不僅更為貼切，也合乎中文語法。

在其心目中威信盡失。

筆者雖然身為法律人，但是並非執業律師，亦未委任訴訟代理人，從而必須在前開訴訟進行期間歷經一番調適與折騰<sup>40</sup>。此一經驗讓其深深感受到訴訟之路崎嶇難行，對於非法律人而言必然更是如此。事實上，由於筆者在起訴前後曾與多名被害人交換心得<sup>41</sup>，因此約略得知其心境。職是之故，在呈現非法律人的觀點方面，本文應該可以略盡棉薄之力。

### 參、第九十二條與第九十三條：立法者奉送表意人的禮物（？）

#### 一、第九十二條與第九十三條的規範內容

第九十二條與第九十三條的規定稱得上是民法的長青條文。自一九二九年經國民政府制定公布以來，總則編業已兩度修正，它們還是依舊享有不易一字的尊榮。為了便於後面的討論起見，本文在此列出此二條文如下：

<sup>40</sup> 儘管如此，筆者仍然肯定現行民事訴訟法就第一審與第二審不採取律師訴訟主義的作法（相關論述見姚瑞光，民事訴訟法論，頁174-177，2012年1月）。如同後述（伍、三），律師在詐欺爭議（尤其涉及金融產品時）上能善盡舉證責任者非常有限，從而強制被害人延聘律師辯護可能只是徒增其花費而已。事實上，相較於多數由律師代理之案件均以敗訴收場的情況，被害人因為具備金融知識而自行起訴並勝訴者亦非無有，如王丹萍（非法律人）為自己與親人所進行之官司即是著例（臺南地方法院99年度金字第3號、99年度金簡上字第2號、99年度金字第12號與臺南高分院100年度金上易字第2號等判決）。根據黃國昌，律師代理對民事訴訟結果之影響——理論分析與實證研究間之激盪，中研院法學期刊，1期，頁45-104，2007年9月，不管案件性質，整體說來，是否委任律師對於判決勝負並無重大影響。筆者對此深以為然。

<sup>41</sup> 包括旁聽他案開庭與透過自己所建立的部落格等途徑。

### 第九十二條

因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。

被詐欺而為之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人。

### 第九十三條

前條之撤銷，應於發見詐欺或脅迫終止後，一年內為之。但自意思表示後，經過十年，不得撤銷。

對於法律人來說，此二條文的主要規範內容清楚至極：第九十二條賦予表意人在具備相關要件的情形下可以自行決定撤銷或不撤銷其意思表示。一旦他行使了這一形成權，先前作出的意思表示就歸於無效。否則，該法律行為就如同未受詐欺或脅迫一樣而自始有效。第九十三條則限制撤銷權的行使期間，無法及時主張者，表意人即喪失其權利。

## 二、相關立法理由與學說見解：是否撤銷尊重表意人的決定

然而，細究之下，如此設計的理由何在，卻不易探尋。關於第九十二條第一項本文的立法理由<sup>42</sup>，其內容相當簡略：

「查民律草案第一百八十五條理由謂意思表示，所以生法律上之效力，應以其意思之自由為限。若表意人受詐欺或受脅迫，而表示其意思，並非出於自由，則其意思表示，使得撤銷之，以保護表意人之利益。」

立法者雖稱本條之所以讓相關意思表示「得撤銷」，其目的在「保護表意人之利益」，然而，令人困惑的是：表意人之意思自由既然受到侵害，讓其意思表示歸於無效也是解決之道之一，立法者

<sup>42</sup> 見諸坊間出版的大部頭六法全書所載之該條文後面附錄。

為什麼不採取這樣的立法呢？難道是因為認為意思自由所受到的侵害程度仍然未到必須予以強力干涉的地步？

對於第九十二條（與第九十三條）規定，學說上的稱呼不一，以「意思與表示之不一致」、「意思表示之不自由」或「意思表示之瑕疵」名之者各有其人<sup>43</sup>。儘管相關學者全數贊同現行立法，然而深入詮釋其理由者卻不多見。在我國民法的起草過程<sup>44</sup>中扮演重要角色的史尚寬是立論較稱詳盡者之一，他說：「本條係規定意思表示有瑕疵時之效力。意思表示有瑕疵云者。意思表示非由於完全自由發動者。換言之即於意思表示之動機他人之干涉為有力之時也<sup>45</sup>。此時意思與表示之間。並無不一致。其意思表示不得即為無效。然若以之絕對為有效。則對於表意人未免過酷。且於風化亦有攸關。故民法關於被詐欺或被脅迫而為之意思表示。特限制其效力。意思表示依詐欺而為之者。表意人得撤銷之。即有瑕疵之意思表示，不當然無效。依表意人之選擇得使之為無效也。自保護表意人之方面言之。此立法可謂得當。」<sup>46</sup>在他看來，無效這一選項在法理上根本站不住腳，以有效處理卻又對表意人不公平，所以折衷版的「有效但得撤銷」就出線了。

對照之下，洪遜欣的論述則更加值得留意：「表意人既由自己決定其效果意思而為意思表示，則有時因各種理由，仍企求發生其效果。故國家法亦未便偏重法律行為手段之正當性，使其法律行為

<sup>43</sup> 代表性著作分別如黃立，民法總則，頁275、307，2005年9月，4版；林誠二，民法總則新解（下），頁128，2012年9月，3版；洪遜欣，中國民法總則，頁397，1976年1月，修訂初版。

<sup>44</sup> 關於其過程見史尚寬，民法總論，頁48-49，1970年11月。

<sup>45</sup> 本句為原文。

<sup>46</sup> 史尚寬，民法總則釋義，頁325，1936年9月（1973年8月重刊），其中標點符號從該書原文。

為無效。即在此情形，國家法再須尊重當事人之意思，承認其於法律行為後，仍有私法自治權，許其再行考慮欲否維持其法律行為之效力。國家法須作如此規律，始能合理的協助當事人之私法自治，促使國家的法律生活秩序，與當事人所欲形成之社會生活秩序相融洽而趨安定，以發揮宏效。」<sup>47</sup>簡單說來，他認為詐欺人或脅迫人的手段雖然不正當，但是表意人畢竟還是出自己意，甚至可能願意「將錯就錯」（「仍企求發生其效果」），所以立法者就以第九十二條來回應。給表意人決定是否撤銷的機會，目的在確認他是不是真的想要「將錯就錯」。表意人受到了尊重，這正是符合私法自治的精神。為了佐證其論點，他甚至將此種立法比擬為刑法上的告訴乃論，稱尊重被害人的意思才能調和公益與私益<sup>48</sup>。

不管是保護還是尊重表意人，這樣的思維其實都是把第九十二條當成立法者奉送表意人的禮物。不過，如後所述<sup>49</sup>，如此的厚愛是否能讓受贈人領情，卻是一個大問號。

## 肆、德國民法的相應規定與相關文獻

### 一、第一二三條與第一二四條的規定內容

如前所述<sup>50</sup>，我國民法主要繼受自德國，為了探究前開二條文的來龍去脈，查考該國民法的相關規定自屬有益之舉。經過比對之後，吾人也的確可以從其中第一二三條與第一二四條得到「似曾相

<sup>47</sup> 見洪遜欣，同註43，頁397-398。

<sup>48</sup> 洪遜欣，同註43，頁399（其中註二）。

<sup>49</sup> 見後述伍。

<sup>50</sup> 見貳、一。

似」的印象<sup>51</sup>：

德國民法第一二三條（因詐欺或脅迫而撤銷）

第一項 因被詐欺或被違法脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。

第二項 詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷該意思表示。因表意人之意思表示而直接取得權利者係相對人以外之人時，其撤銷僅限於該第三人明知其事實或可得而知之情況。

德國民法第一二四條（撤銷之期間）

第一項 第一二三條之撤銷，僅得於一年內為之。

第二項 此一期間自撤銷權人發現詐欺或受迫狀態結束時起算，第二〇六條、第二一〇條與第二一一條關於消滅時效之規定於此一期間之進行準用之。

第三項 意思表示作出後，經過十年，不得撤銷。

德文原文一併在此附上如下：

§ 123 BGB Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung

(1) Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.

(2) Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen musste. Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die

<sup>51</sup> 就史尚寬，同註46，頁320-329，所列「參考條文」看來，除了德國民法之外，前開我國民法條文的起草可能也曾經參照過法、瑞與日等國立法例。

Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste.

#### § 124 BGB Anfechtungsfrist

- (1) Die Anfechtung einer nach § 123 anfechtbaren Willenserklärung kann nur binnen Jahresfrist erfolgen.
- (2) Die Frist beginnt im Falle der arglistigen Täuschung mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt, im Falle der Drohung mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 206, 210 und 211 entsprechende Anwendung.
- (3) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung zehn Jahre verstrichen sind.

這二條規定在德國同樣也是長青條文。儘管立法者頻頻修正民法，然而自一八九六年至今的一百多年以來，第一二三條與第一二四條都還是不動如山。僅有的一次變動是為了配合自二〇〇二年元月一日起生效的「債法現代化法律」（Schuldrechtsmodernisierungsgesetz）<sup>52</sup>而就第一二四條第二項所稱的期間準用條文略作調整以及就同條第三項所定的三十年期間改為十年。吾人可以由此約略推知德國民法學術與實務兩界對此二條文的超高接受度。

## 二、相關立法理由與學說見解

然而，前開條文的制定理由究竟何在，探知卻是大不易。

自一八七三年至一八九六年之間，德國民法的起草歷經專家學

<sup>52</sup> 關於此一法律對德國民法的影響見 *Staudinger/Coing/Honsell*, Einl zum BGB, 2004, Rz. 109ff.

者的縝密研討。儘管所累積的草案版本與會議紀錄頗為可觀<sup>53</sup>，其中出乎意料地並無關於為何在制定前開條文時採取「有效但得撤銷」而非無效方案的說明，遑論提及其爭議<sup>54</sup>。這倒不是代表毫無異聲的存在。事實上，早在一八七四年，學者之中就有人為文稱在一方因被脅迫而締約的情況，契約根本就不成立，蓋表意人的意思表示並非出於自由意志<sup>55</sup>。不過，這樣的少數見解並未成為立法過程中的爭議題材。等到民法立法完成之後，學者紛紛表達了贊同的立場。圖爾（**Andreas von Tuhr**）在那套「德國民法總則」巨著<sup>56</sup>中就指出：「撤銷權之所以被允許行使，其故在於意思決定自由受到侵害而非詐欺人或脅迫人之行徑所顯示出來之違法性或倫理非難性。因此，詐欺人或脅迫人是否具備侵權行為能力或明知其行為違法等均非關重要。」<sup>57</sup>正因為如此，所以他認為：「即使詐欺或脅迫係出自好意，目的在讓冥頑不靈之表意人因為締約而獲利，撤銷仍得為之。蓋任何人都為其自身行為之主宰，縱使他人視其決定為背離經濟理性之舉。」<sup>58</sup>

直至今日，德國學者還是毫無例外地支持這一立法，因此，民法總則教科書之中自然不見任何質疑之聲。帕弗洛夫斯基（**Hans-Martin Pawlowski**）即是其中的代表。在他看來，立法者之所以如此規範，這是基於自明之理。被詐欺人或被脅迫人當然有權決定是

<sup>53</sup> AaO., Rz. 74ff.

<sup>54</sup> 見*Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, §§ 1 - 240, 1. Teilband, 1985, S. 580ff.

<sup>55</sup> 引自*Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., 2003, Rz. 525.

<sup>56</sup> *von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1910 - 1918 (Nachdruck 1957). Medicus, aaO. (Fn. 1), Rz. 50, 稱該書（共三冊）是關於德國民法總則的舊作之中最為深入者。

<sup>57</sup> 見*von Tuhr*, aaO, 2. Band, 1. Hälfte, 1914, S. 603f.

<sup>58</sup> 見*von Tuhr*, aaO, S. 614.

否甩掉其所締結的契約。如果他覺得該契約對其有利，同樣地也可以不為撤銷而要求詐欺或脅迫的一方遵守契約。為了說明此點，他特別舉出一個例子：某甲意圖詐欺路過之乙，謊稱其所有之假錶為真錶。乙信以為真，於是決定購買。詎料交付之後，甲始發現該錶實為真錶。試問：甲可否請求返還？帕弗洛夫斯基的回答是：因為乙有撤銷權，所以如果他想要保有該錶，就可以決定不行使，從而甲就無法請求返還<sup>59</sup>。

## 伍、立法者奉送表意人的其實是一顆毒蘋果（！）

帕弗洛夫斯基的說法其實是純粹基於法教義學而來的思維，吾人如果將目光移至現實面，即會發現其中的盲點。

### 一、難以得知撤銷是什麼東西的非法律人不知行使撤銷權

盡人皆知，假錶竟是真錶的例子在實際生活上極為罕見。詐欺人或脅迫人通常都是有備而來，機關算盡之後才會下手行動，所以受害的表意人能夠從中獲利的機會必然極為渺茫。在假錶就是假錶的真實世界裡，表意人在事後當然只會——如果他知道可以行使的話——行使撤銷權。因此，表意人在法律上看似擁有二個選項，但在實際上會做的決定只有撤銷那一個。

前面特別在破折號內增列「如果他知道可以行使的話」此一前提，這是有原因的。在現實生活上，絕大多數的民法受規人都不是法律人，所以自然不會知道第九十二條與第九十三條的規定內容。即使真的翻閱了，他們也很可能無從理解其中蘊含的「有效但得撤

<sup>59</sup> 見Pawlowski, aaO. (Fn. 55), Rz. 526. 想要保有金錶的乙大概就是洪遜欣所說的「仍企求發生其效果」的表意人（前述參、二）。

銷」到底是什麼概念。誠然，表意人可以在被詐欺或被脅迫之後尋求律師這類專業人士的諮商服務。不過，國人向來普遍都沒有這樣的習慣，特別是在諮商需要付費的情況下，尋求協助的意願自然更是不高。事實上，儘管諮商免費的服務存在<sup>60</sup>，表意人可能也根本就不知這類問題必須就教於專業人士。因此，被害人之中在被詐欺或被脅迫之後會行使撤銷權者為數應該相當有限<sup>61</sup>。

依據第一一六條的規定，行使撤銷權必須透過意思表示，其形式不拘<sup>62</sup>，包括以口頭為之。基於舉證責任所在，特別是為了因應其後極可能進行的訴訟程序<sup>63</sup>，實務上最好以存證信函為之，否則表意人即會陷入「口說無憑」的困境。然而，多數人對此卻毫無所悉，從而即使曾經行使撤銷權也未必會留下證據。

## 二、第九十三條對表意人所形成的障礙

一旦表意人最後還是知道行使撤銷權的重要性時，可能為時已晚，這是因為第九十三條的從中作梗。

<sup>60</sup> 除了法律扶助基金會之外，若干民間團體與各大學法律系所的法律服務社也提供這類服務。不過，其據點多在都會區，能善用者當然也為數有限。

<sup>61</sup> 此處以及本文他處關於法律受規人對法律乃至司法機關的認知與看法都可以透過所謂的KOL研究（Knowledge and Opinion about Law; 相關說明見Röhl, aaO. (Fn. 18), S. 269ff.）得到量化的印證。國內的代表性研究如蘇永欽關於「當前司法問題的癥結」的研究，見蘇永欽，同註32，頁11-64。

<sup>62</sup> 見最高法院58年臺上字第1938號判例：「因被脅迫而為之意思表示，依民法第九十二條及第九十三條之規定，表意人非不得於一年內撤銷之。而此項撤銷權，祇須當事人以意思表示為之，並不須任何方式，上訴人既於第二審上訴理由狀中表示撤銷之意思，倘被上訴人果有脅迫上訴人立借據情事，即不能謂上訴人尚未行使撤銷權。」

<sup>63</sup> 後述伍、三。

### (一)一年的除斥期間過於短暫

依據該條的規定，表意人必須在一年的除斥期間之內行使撤銷權，否則其意思表示即維持自始有效的狀態。立法者之所以規定此一期間，目的在顧及交易安全，俾便法律關係及早確定<sup>64</sup>。依照最高法院的見解，本期間屬於法院應依職權調查之事項<sup>65</sup>。

對於非法律人而言，這卻是相當短暫的期間。在通常情況下，不知第九十二條的他們當然也不會意識到第九十三條的存在。等到他們終於知悉行使此一權利的重要性時，一年可能已經超過。此一問題特別容易出現在金融產品的糾紛上，其中涉及專業知識，覺察出事情不對勁（「竟然被銀行騙了！」）往往需時甚久<sup>66</sup>。

相較於詐欺罪與關於脅迫的相關罪名的追溯權時效長達二十年（刑法第八十條第一項第二款）的情形<sup>67</sup>，立法者在此表現出「輕民重刑」的差異價值觀。誠然，民刑有別，追溯權時效的意義在節制國家刑罰權的實施<sup>68</sup>，除斥期間則在限制權利人的權利行使時間。不過，兩者之間仍有共通之處：只要逾越了相關時效（期間），行為人（加害人）即可免除刑法（民法）上的責任。就在刑

<sup>64</sup> 見洪遜欣，同註43，頁403、408；李宜琛，民法總則，頁273、276，1963年3月。

<sup>65</sup> 見該院88年度臺上字第1236號判決：「表意人撤銷其因被詐欺而為之意思表示，應於發見詐欺後一年內為之，民法第九十三條前段定有明文。該項期間係法定除斥期間，其時間經過，撤銷權即告消滅，縱未經當事人主張或抗辯，法院亦應依職權予以調查審認，以為判斷之依據。被上訴人縱曾撤銷其意思表示，惟原審就被上訴人究係於何時發見詐欺及撤銷其意思表示，均未予查明，遽為上訴人不利之判斷，亦嫌疏略。」

<sup>66</sup> 後述伍、三。

<sup>67</sup> 後述陸、一。

<sup>68</sup> 見林山田，刑法通論（下），頁558-559，2005年9月，修訂9版。

法上構成罪名的詐欺與脅迫<sup>69</sup>而論，追溯權時效與除斥期間兩者的懸殊差距所意味的就是刑事責任免除難而民事責任躲避易。這當然會引發質疑：何以國家一方面自身遲遲不肯放過對行為人的處罰；另一方面卻要求被害人必須在相對短暫的時間過後捨棄對同一人的追討？前者涉及公平正義的追求，後者又何嘗不是？事實上，刑法第八十條第一項第二款所規定的時效在二〇〇五年以前僅為十年，這顯示立法者此後對於包括在刑法上構成罪名的詐欺與脅迫行為的相關犯罪的評價更趨嚴厲。對比之下，始終不見調整的第九十三條確實格外令人困惑。再者，即使具體個案並未構成刑法罪名，然而民法第九十二條所稱詐欺與脅迫卻均必須具備違法性<sup>70</sup>，從而將除斥期間短期化的作法也無法被合理化。

同條但書雖然另有自意思表示後最長十年的除斥期間<sup>71</sup>，不過，這僅僅適用於表意人在相關事實經過九年以後始發現詐欺或脅迫才終止的情況。如後所述，表意人必須就此負舉證責任。

## (二)「發現詐欺」或「脅迫終止」之舉證責任加重表意人的負擔

第九十三條條文雖稱一年的除斥期間始自發現詐欺或脅迫終止，對表意人而言，如何舉證卻是一個大問題。

就詐欺來說，如果相關契約締結早已超過一年，表意人如欲主張其發現詐欺之時點雖然距離締約已久，但行使撤銷權之時仍未逾越除斥期間，則基於舉證責任之所在<sup>72</sup>，他自然必須證明其發現時

<sup>69</sup> 在民法上成立詐欺或脅迫的案例事實可能也同時構成刑法罪名；見後述陸、二。

<sup>70</sup> 後述陸、三。

<sup>71</sup> 姚瑞光，民法總則論，頁392，2002年9月，認為10年過長，應改為3年。

<sup>72</sup> 最高法院對此並未明確表明，唯自87年度臺上字第1034號與88年度臺上字第443號這兩則判決看來，無法舉證何時發現詐欺的被詐欺人相當可能在訴訟上

點。這可能不是容易之舉，因為相信與否取決於不在現場的承審法官。

至於在脅迫的情況，終止的時點究竟為何，其中可能也會存在爭議。在表意人主觀上看來，即使脅迫在外表上已經結束，但是其心理上的壓力仍在，依此則脅迫尚未結束<sup>73</sup>。但是，對於並非當事人的法官而言，看法卻可能迥然相異。學說上就此一問題可有主觀說與客觀說的見解分歧<sup>74</sup>。前者注重的是被害人的感受，後者則是從事不干己的非當事人的角度出發。比較言之，客觀說利於法官的判斷<sup>75</sup>，卻可能對被害人有失公平。基於本文所強調的法律受規人觀點<sup>76</sup>，筆者傾向於前說。

從詐欺人與脅迫人的立場看，最佳情況是被害人行使撤銷權之時已逾除斥期間。因此，如果相關爭議進入訴訟程序，則加害人在攻擊防禦方面當然也會強調該法律行為的締結早已歷經一年，表意人自始即清楚其後果云云，從而增加後者的舉證難度。

### 三、第九十二條對表意人所形成的（更大）障礙

究其實，及時行使撤銷權很可能只是第一步而已。在絕大多數的案例中，訴諸法院判決應該就是表意人的必走之路<sup>77</sup>。

---

蒙受不利。

73 林誠二，同註43，頁141，認為第93條但書僅適用於詐欺，理由是脅迫於表意人作出意思表示後即告終止。此一見解並不正確，蓋吾人仍應視具體個案而論。

74 這只是理論上可以想像的兩種看法，但是學者間對此並無深入著墨者；見姚瑞光，同註71，頁396。

75 姚瑞光，同註71，即採客觀說。

76 見貳、二、(一)。

77 尋求黑道援助、立委聲援乃至媒體報導當然也是可以想像的作法。

### (一)表意人很可能必須將相關爭議訴諸法院判決

表意人一旦行使撤銷權，當然即會指出他方有詐欺或脅迫的行為。在正常情形，相對人（加害人）的反應就是：「請你拿出證據來！」相反地，會坦白招認「對不起，我太卑鄙了，錢還給你！」的「善心」加害人則難以想像。因此，表意人儘管已經行使撤銷權，主張存在第九十二條所稱的詐欺或脅迫情事，但相對人卻幾乎必然矢口否認或甚至相應不理<sup>78</sup>。在這種各說各話的情況下，表意人只有經由起訴並透過法院的勝訴終局判決才能真正獲得損害賠償或取回已經交付之標的物。簡單說來，撤銷權的行使只是序幕而已，真正的大戲在後頭的訴訟程序。一旦表意人無法在法庭上說服法官接受自己的說法，即使已經行使撤銷權，也終歸無濟於事。

法學文獻都稱撤銷權為形成權之一種，只要加以行使，權利人即能形成新的法律關係（由自始有效變為自始無效）。然而，這只是理論而已。就詐欺與脅迫而言，沒有法院的加持（確認），表意人無從升級為權利人，相關法律關係仍是不動如山<sup>79</sup>。換句話說，從法社會學的觀點來看，第九十二條無異規定表意人必須聲請法院撤銷。因此，儘管吾人可以在理論上區分第九十二條與第七十四條有別，謂後者必須以訴訟為之而前者反是云云<sup>80</sup>。然而，實務上的發展卻顯示出兩者其實殊途同歸。無論是第九十二條的表意人還是第七十四條的利害關係人，欲主張權利者通常都不能躲過法院這

<sup>78</sup> 筆者在意識到被詐欺之後，立即向玉山銀行寄出存證信函，表明依據第92條行使撤銷權，後者竟然連辯解並未詐欺的回應都懶得為之！道理當然也很簡單，其立場即是：你有本事就證明我們詐欺吧！

<sup>79</sup> 筆者忝為民法教席，在教授撤銷權時都以「尚方寶劍」來作形容：只要一經揮出，其利即可斷金。然而，真相卻是：沒有法院的加持，它其實無比鈍拙！

<sup>80</sup> 見施啓揚，民法總則，頁308-309，2005年6月；王澤鑑，同註3，頁530-531。

一關。

### (二) 詐欺與脅迫事實的舉證極端不易

相關爭議一旦進入訴訟程序，表意人就必然面臨舉證詐欺或脅迫事實曾經存在的難題，其範圍與難度都大於前述<sup>81</sup>關於「發現詐欺」或「脅迫終止」的舉證。事實上，後者能否取信於法官，其前提正是取決於前者的可信度。法諺有云：「舉證責任之所在，敗訴之所在。」這往往就是爭議的關鍵所在，相較之下，法律問題反而並不複雜<sup>82</sup>。遺憾的是，相關民法文獻都不談此一問題。

關於舉證責任的分配，最高法院著有兩號判例，其見解前後一貫。二十一年上字第二〇一二號判例稱：「當事人主張其意思表示係因被詐欺或脅迫而為之者，應就其被詐欺或被脅迫之事實，負舉證之責任。」<sup>83</sup>四十四年臺上字第七十五號判例也謂：「被詐欺而為意思表示者，依民法第九十二條第一項之規定，表意人固得撤銷其意思表示，惟主張被詐欺而為表示之當事人，應就此項事實負舉證之責任。」

依據學者的見解，第九十二條所稱詐欺必須具備如下五項客觀與主觀要件始得成立：須有詐欺人之故意、須有欺罔行為、須相對人因欺罔行為而陷於錯誤、須相對人因錯誤而為意思表示以及須該詐欺為違法<sup>84</sup>。因此，所謂「被詐欺之事實」之舉證應該就是針對

<sup>81</sup> 見伍、二、(二)。

<sup>82</sup> 另見後述拾貳。

<sup>83</sup> 本文所引用之判例與判決均取自司法院法學資料檢索系統，<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。

<sup>84</sup> 見洪遜欣，同註43，頁400-402。王澤鑑，同註3，頁418-420，則將要件歸為四項，但就其內容以觀，兩說並無不同。此觀王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展(二)，台灣本土法學雜誌，53期，頁73-74，2003年12月，可知。

這五點一一為之。這就像是障礙賽一樣，障礙一多，跨越自然不易。至於脅迫，其情形亦然：須有脅迫人之故意、須有脅迫行為、須相對人因脅迫行為而發生恐怖、須相對人因恐怖而為意思表示以及須該脅迫為違法<sup>85</sup>。

稍有實務經驗之人皆知，每件訟案基本上就是一齣「羅生門」，兩造必然各說各話。對於肩負審判大任的法官來說，辨明其中真假虛實便可能相當為難，這在詐欺或脅迫的爭議上更是如此。以詐欺而論，行為人甚至可能精通人性心理弱點<sup>86</sup>，因此下手更是不著痕跡。然而，由於民事訴訟遵循辯論主義<sup>87</sup>，法官即使依據經驗與智慧在主觀上相信投資人關於被害的主張為有理由，事實真相也的確如此，然而，只要無法提出客觀證據，後者仍然註定敗訴。

在實務上，法院往往在個案的審理上從嚴訂出舉證的高標準，最高法院尤其如此。吾人就以被選為判例的四十四年臺上字第七十五號判決為例，其中一方（被上訴人）為文盲，在其所主張的詐欺事實發生之時極可能並無第三人在場。就經驗法則而言，本案屬於詐欺的機率非常高，然而，由於最高法院要求最高標準的舉證責任，其後更審的臺南高分院很可能即以判決被詐欺人敗訴結案<sup>88</sup>。本判決的理由相當簡略，故在此列出如下：

「按被詐欺而為意思表示者，依民法第九十二條第一項之規

<sup>85</sup> 見洪遜欣，同註43，頁405-407；王澤鑑，同註3，頁426-428。

<sup>86</sup> 爆發在2008年的馬多夫詐騙案，其手法並不複雜。然而，此種所謂的「龐茲騙局」之所以竟能讓美國社會精英名人乃至國際大銀行受害，原因即是出在馬多夫其人過去在華爾街享譽甚隆（曾任那斯達克交易所主席）以及深諳人性心理。就此詳見桑德，馬多夫騙局：詐欺，貪婪，華爾街史上最大金融醜聞，2009年6月。

<sup>87</sup> 見姜世明，民事訴訟法（上冊），頁37-42，2012年11月。

<sup>88</sup> 因為歷時已久，該分院的判決無法在司法院法學資料檢索系統之中查考。

定，表意人固得撤銷其意思表示，惟主張被詐欺而為意思表示之當事人應就此項事實負舉證之責任，此觀民事訴訟法第二百七十七條之規定自明。本件被上訴人承租上訴人之○○縣○○鎮○○里○○路○○號房屋有年，於民國四十二年一月十日更新契約，其契約書第二項載有期間自民國四十二年一月起至同年十二月止一個年為限，期限屆滿由雙方重行協議成立時仍得繼續租借等語，有卷附之原契約書足據。被上訴人就上訴人以此項房屋一年之租賃期限屆滿租賃關係消滅為理由提起請求返還之訴，謂兩造歷來所訂租賃契約均為不定期限，此次更新契約乃上訴人利用被上訴人之文盲，以新約仍依舊約內容所寫成等詞詐欺被上訴人同意蓋章，依法得為撤銷，業經被上訴人於民國四十三年一月四日以郵局存證信函向上訴人為撤銷此項租約之意思表示云云執為抗辯。依上說明，應由被上訴人就此項被詐欺同意蓋章之事實負舉證之責任，原審於被上訴人就其抗辯之前開事實能否提出相當證據以資證明，並未注意審究，乃徒憑兩造間以前各租約所訂之內容，及被上訴人曾以郵局存證信函向上訴人為撤銷此項租約之意思表示各項，為有利於被上訴人之斷定，於法尚難謂合，則其基此所為上訴人敗訴之判決，自屬無可維持。上訴人聲明廢棄原判決，應認為有理由。」

不難理解的是，詐欺者在詐欺之先都是有備而來，經過縝密構思之後才下手。被詐欺人即使事後發現詐欺，卻極可能如吞黃蓮，有苦難說<sup>89</sup>。蓋詐欺往往發生在兩人之間，詐欺人刻意利用無他人在場之際遂行其卑鄙伎倆。特別是在對於詐欺人懷有高度信任感的情況，被詐欺人容易入彀<sup>90</sup>，人證或物證（錄影或錄音等）的提出

<sup>89</sup> 最高法院91年度臺上字第524號判決另載有一例，該院從嚴認定舉證的成立，王澤鑑，同註84，頁74-75，則稱：「最高法院此項見解，實值贊同。」

<sup>90</sup> 桑德，同註86。

自然更加困難。

相較於前開判決所涉及的單純案例事實，存在於投資人與銀行之間的則可能是複雜的詐欺爭議。這是典型的弱者與強者的對抗，其舉證益為棘手。就筆者所涉及的連動債爭議而言，其情況即是如此。相關銀行在銷售之前必然傾信託部與法務部等單位人員之全力制定內容一面倒的定型化條款，諸如備妥「風險告知檢核表」之類的文件，透過理專要求投資人在其上簽章。基於高度信任理專的專業能力的心理以及雙方往來已經多年，投資人不會在交易當時鉅細靡遺地留意其中暗藏玄機（事實上，即使認真看過也很可能會一頭霧水）。一旦其後出現鉅額虧損，他們才赫然發現文件的不起眼處載有「本產品並不保證可以取回全部本金」之類的文字<sup>91</sup>。縱使實情的確是理專在銷售當初避重就輕，刻意掩飾風險，投資人卻因苦無人證與物證而慘遭敗訴<sup>92</sup>。

91 按理說來，這些定型化條款應該受到消費者保護法第11條以下規定（基本論述見陳自強，同註5，頁190-205）的規範。然而，就連動債爭議而論，各級法院判決幾乎都以購買者所從事者係「投資行為」而非「消費行為」為由排除該法的適用，最高法院100年度臺上字第933號判決即是其例：「上訴人經由契約所欲達成之目的，並非獲取生活上所需之服務或商品，而係投資之金錢上獲利。因此，本件應無消保法之適用，上訴人主張台新銀行應依消保法第七條第一、三項、第五十一條之規定負賠償責任等語，自屬無據。」窮本溯源，此一見解的始作俑者是行政院消費者保護委員會2004年10月13日消保法字第930003053號函。這種解釋方式形同闖割消保法，蓋金融產品的定型化條款不僅為數更多而且其影響遠甚於一般的「消費行為」，投資人蒙受的損失動輒數十萬元（唯陳肇鴻，連動債糾紛的司法實踐——2009年至2010年間相關判決之研究，中研院法學期刊，10期，頁207-209，2012年3月，則贊同實務見解）。在2011年通過並實施的「金融消費者保護法」看似填補了此一漏洞，其實不然，因為其中不見力道足與消保法第11條之1相匹配的條文，所以只是掛羊頭賣狗肉而已。

92 另見後述伍、三、四與拾貳。

如同後述，詐欺或脅迫情事的存在可能同時構成刑法罪名<sup>93</sup>，因此，對於被指控為行為人的相對人來說，如果法院採信了表意人的舉證，除了民事責任之外，其下場很可能是接著銀鐐入獄。在這種情況下，詐欺者或脅迫者必然更是會在行為之前構思周延應變方案，事後傾力全盤否認。對表意人而言，舉證由是越發不易。

純就理論而言，被害人當然也可以在尚未明瞭詐欺事實時就因為覺察出事有蹊蹺而及時先行撤銷，日後再徐圖舉證之道，如此一來，他就可以擁有十五年的不當得利返還請求權（第一七九條後段）、所有物返還請求權（第七六七條）或回復原狀或損害賠償請求權（第一一四條第二項準用第一一三條<sup>94</sup>）。不過，欠缺法律知識的前述非法律人卻不會想到這一點。

至於脅迫，其舉證同樣很可能也會因為相關事實通常都發生在兩人之間而致難度甚高。表意人主張相對人曾經對其脅迫，後者必然嚴詞駁斥。因此，被害人的下場無異於被詐欺人。

### （三）筆者的出庭經驗談

就筆者的法庭經驗而論，舉證的確是關鍵所在。在第一審所進行的十次準備庭中，除了前三次涉及釐清起訴狀格式與請求權基礎之外，其餘均係關於詐欺等事實的舉證。前者只是雕蟲小技而已，具備一定法律知識者都能應付裕如。反觀後者則才是重頭戲，一旦成功說服法官接受待證事實的存在，法律問題也迎刃而解。

起訴狀厚達六十餘頁，連同附件更近四百頁，其中包括自行查詢的股票走勢圖等，筆者最初認為其舉證已經非常清楚。然而，被

<sup>93</sup> 見陸。

<sup>94</sup> 關於此二條文的存在意義，學說上存有爭議，其中質疑者如洪遜欣，同註43，頁523、535；王澤鑑，同註3，頁516-517。不過，最高法院則是歷來都抱持不同見解，例如100年度臺上字第1299號判決。

告及其訴訟代理人對於此一部分完全不作回應，卻又同時一再要求舉證<sup>95</sup>。在這種情況下，筆者於是被迫提出人證與物證並撰寫前後共計十九份的近兩百頁準備書狀。

筆者在購買連動債並未預見其後果可怕，自然不會偕同友人在場。因此，能夠聲請傳訊的證人只有被告的兩名理專與信託部經理。他們都是玉山銀行的受僱人，一旦被告敗訴，可能即成為僱用人的求償或懲戒對象，所以難以期待會公正客觀。按理說，他們都是精通金融產品之人，理應足以在訊問時憑藉專業回答令外行的原告啞口無言。儘管如此，被告方面卻一再試圖阻止傳訊，訴訟程序也因此拖延甚久。其中道理不難推知：言多必失，特別是在原告透過自修而精通系爭產品的情況，證人就很難隨意敷衍。經過一番波折<sup>96</sup>之後，第一審受命法官鄭昱仁終究還是同意一一傳訊。為了避免串供，理想作法是證人同日出庭但不同時作證，唯受命法官僅准許每次傳訊一人，所以訊問程序前後長達八個月（自法官准許傳訊第一人至第三人出庭為止），證人也理應可以綽有餘裕地準備證詞內容。

筆者事先已經預料到證人會刻意迴避問題，因此故意透露「題庫」內容。然而，針對筆者關於系爭產品性質的同樣提問，三名證人還是口徑一致地分別推稱「不清楚」，其中諸如「連動債（券）與債券之間有何關聯？」（筆者在起訴狀中所認定的答案：毫無關聯）、「發行機構是否將募集而來的資金拿去投資連結標的？」（全上：否）以及「投資人虧損越大，發行機構是否就獲利越

---

<sup>95</sup> 見後述拾貳、一。

<sup>96</sup> 舉例來說，受命法官堅持筆者必須自行查明2007年的信託部經理的姓名始同意傳訊（依據一名資深律師的看法，這本是法官自行詢問被告即可以得知的資訊）。在從未與之接觸的情況下，完成此一工作自然就煞費苦心。

高？」（仝上：是）等問題，至於資深的信託部經理更以同屬財富管理事業處的行銷企劃部才是主要負責相關業務<sup>97</sup>為由表示毫無所悉。這些都是簡答題，證人們必然很清楚原告的預設答案，如果她（他）們的答案卻是完全相反，那麼筆者的論證體系就會土崩瓦解。證人們之所以居然放掉讓筆者「一刀斃命」的大好良機，能夠想像的理由恐怕只有一個：反駁不可能（因為接下來會面臨無法自圓其說的困境），贊同又有利於原告，所以索性稱「不清楚」<sup>98</sup>。

至於物證的提出也同樣遭遇阻力。透過自行查詢紐約股市資料與彙整相關中、英文報導等方式，筆者嘗試自行組合詐欺事實的拼圖。然而，即使這顯示出玉山銀行當初在銷售系爭產品時所提供的資料充斥疑點，由於被告堅持不願作出任何正面回應，筆者不得不依據民事訴訟法第三四二條的規定向法院聲請命被告提出關於系爭產品的會議紀錄等資料。被告當然不樂意為之，身為原告的筆者只能盡力說服法官。受命法官接受了聲請，命被告提出數份文件。儘管這些資料極為精簡，筆者還是透過解讀其中的訊息進而聲請其提出更詳細也更關鍵的會議紀錄。此時的被告試圖抗拒，辯稱該文件涉及營業機密。受命法官於是稱：「我們連國安局的檔案都在調了，你們的機密算什麼呢？」、「依照目前的實務見解，這些資料你們現在不提出，到了二審也逃不了！」以及「你們如果不提出，

<sup>97</sup> 按理說來，基於「特定金錢信託契約」（同註34）之故，信託部才是最適合處理連動債的單位。根據司法院法學資料檢索系統的查詢結果，所有連動債裁判確實都僅僅提及相關銀行的信託部。當然，玉山銀行的職務分配方式或許真的獨樹一格，但是，其信託部經理作證不實也不無可能。筆者在第一審特別提醒法官留意及此，在第二審則聲請法官傳訊行銷企畫部經理。很遺憾地，這些努力全部付諸東流：見後述拾貳、二。

<sup>98</sup> 依據民事訴訟法第313條的規定，證人應具結其陳述並無匿、飾、增、減，否則即處以偽證罪。不過，「匿」（明知卻回答「不清楚」）的證明不易，因為事涉證人在內心主觀上究竟所知為何。

訴訟上會有不利結果！」（以上均未載入筆錄）等語，為了回應被告關於該文件可能被流出的說辭，筆者又同意具結保密。相關筆錄上因此記明：「法官：請被告具狀提出上開表決表及96年12月到97年1月被告財富管理事業處會議紀錄（結構型商品會議），繕本逕送對造。」具結一事則附在其後。出乎意料的是，此後無論原告一再以準備書狀與口頭向法官提醒其事，玉山銀行就是不願提出前開文件<sup>99</sup>。

到了第二審，情勢更加不利於筆者。無論是傳訊證人出庭還是命被告提出書證，受命法官都一律駁回其聲請。關於這一點，後面<sup>100</sup>另有說明。

#### （四）連動債的銷售真的涉及詐欺嗎？

當然，基於主張銀行詐欺的投資人在各審級幾乎都以敗訴收場的事實，吾人自然會質疑：連動債的真相或許就在它根本就與詐欺無關？對於非當事人來說，投資本來就有風險，如何能夠一遇虧損就指控銀行詐欺呢？

##### 1. 連動債到底是什麼？

這是一個涉及諸多具體細節的問題。如同西方諺語所說的，「魔鬼就躲在細節裡。」除非真正瞭解連動債的性質，否則無法答覆。職是之故，筆者嘗試在此大略說明如下<sup>101</sup>：

<sup>99</sup> 至於判決如何回應見後述拾貳、一。筆者其後在上訴狀中詳細指出未載入筆錄的前開事實，呼籲實為目擊證人的被上訴人的法定代理人石宜琳律師予以確認並回應。後者對此則是同樣置諸不理。

<sup>100</sup> 見後述拾貳、二。

<sup>101</sup> 詳見黃瑞明，連動債是怎麼殺人的？，2011年1月。這幾年來，法學文獻上散見關於連動債的研究，不過，其中幾乎都僅僅及於抽象空泛的理論層面而未能對於特定產品進行具體分析。其中代表性論文如李禮仲，金融商品銷售糾紛與求償案例分析——以連動式債券銷售為中心，全國律師雜誌，8月號，頁

連動債是連動債券的簡稱，不過，它與債券卻毫無關係可言<sup>102</sup>。大致說來，其中可以分為百分之百保本型與條件式保本型，發行機構都是國外大銀行，國內銀行則負責代銷。前者的投資人可以在產品到期之後領回配息與本金全數，所以風險極低。不過，由於無人可以預料的雷曼兄弟倒閉事件（二〇〇八年九月十五日），投資人也從而罕見地蒙受血本無歸的損失。

至於後者則是風險高至幾乎必然來臨，投資人除了在進場之後即領取不足一成的配息之外，先前交付代銷銀行、再由其轉給發行機構的本金可能在到期時幾乎全數虧損。這是因為投資人能夠拿回的本金多寡完全取決於幾檔「連結標的」（個別股票）之中表現最差者的漲跌幅，所謂（連結股權）連動債（Equity-linked Notes）之名由此而起。以筆者所購買的「典藏精品」（美林（Merril Lynch）發行）為例，它有四個標的，其中之一的蘇富比（Sotheby's）（知名拍賣商）在「期初評價日」（二〇〇七年十月二十六日）的股價為56.6美元，等到一年屆至後（二〇〇八年十月二十七日），股價跌至7.64美元。後者除以前者的結果是13.4982%，這是所謂的「最終績效」。筆者當初投資2萬美金，能夠領回的這一筆本金就僅剩2,659.65美元。「連結標的」的漲跌幅既然攸關重要，所以投資人必須像真正的股票玩家一樣不眠不休地觀察紐約交易所的個別股票交易動態（其時間正值臺灣深夜），但是發行機構與代銷銀行卻既不每日透露這一訊息，也未曾提醒自行

---

25-44，2009年8月；陳肇鴻，同註91，頁161-223。

<sup>102</sup> 銀行方面之所以仍然使用（創設）此一用詞，目的應該是在魚目混珠。蓋許多人均知真正的債券（bonds）相當穩健，從而誤以為連動債券值得投資。然而，被告銀行卻從未反駁筆者的此一說法，三名證人在前揭訊問程序上都異口同聲地對連動債與連動債券究竟有何關係的提問答稱「不清楚」（前述伍、三）。

作功課的重要性！

必須特別指出的是，「連結標的」並非「投資標的」。發行機構取自投資人處募集的本金之後並不會投資於「連結標的」<sup>103</sup>而只是以之為決定返還本金成數的標準。如果所有的標的在一年內的表現全部都維持在下跌幅度不超過42%（「下檔保護空間」）的狀態，那麼投資人就可以拿回百分之百的本金。相反地，只要其中一檔標的跌破了此一空間（即使其他各檔的表現亮麗無比），那麼他們就如同筆者一樣，必須蒙受血本無歸的下場。換句話說，條件式保本型連動債無異賭博規則，「連結標的」的漲跌幅則是決定輸贏的依據<sup>104</sup>。

表面上看來，投資人與發行機構各有風險，其實不然。單一股票本來就起起落落，由於「連結標的」之中應該都會有一檔在進場之前就暴跌暴漲的股票（筆者名之為「殺手股票」）<sup>105</sup>，所以此種連動債的風險更是幾乎必然來臨。這一股票在進場之初往往已經逼近歷史最高點（投資人當然不知道），所以此後繼續上漲的機率遠低於下跌者。一旦下跌，其跌幅也很可能衝破「下檔保護空間」<sup>106</sup>。「典藏精品」的蘇富比在進場之後兩個多星期即幾乎跌

<sup>103</sup> 所以嚴格說來，此處所使用的「投資人」一詞其實並不正確。吾人充其量僅能說他們（包括筆者在內）是「自以為在投資的人」。

<sup>104</sup> 因此，這種連動債無異20多年前在臺灣風行一時的「大家樂」：賭客向組頭下注，自01至99之間任選一個號碼，中獎號碼就看愛國獎券頭獎的最後二位數字。比方說有人選了21，結果當期開獎的愛國獎券頭獎正是50643721，那麼他就中了，至於獎金多少則看下注多寡而定。組頭並沒有把到手的錢拿去買愛國獎券，他只是與賭客約定中獎號碼必須「連結」（或「依附」）到愛國獎券而已。就此另見黃瑞明，同註101，頁119-121。

<sup>105</sup> 這是筆者觀察多檔條件式保本型連動債之後的心得。

<sup>106</sup> 此部分的說明其實應該佐以紐約證券交易所的股票資訊。這一資訊見諸彭博（bloomberg.com）等網站；相關分析另見黃瑞明，同註101，頁95-193。

破，同類產品之中甚至亦有不過數日就虧損殆半者<sup>107</sup>。當時的全球股市虎虎生威（所謂牛市），道瓊指數甚至在二〇〇七年十月九日站上前所未有的14,164.53點。理論上，「連結標的」的跌幅也可能維持在前開空間之內，然而，就筆者所觀察的同類連動債而論，這應該非常少見。因此，投資人與發行機構兩者所面臨的風險根本不可同日而語。

投資人的不幸正是發行機構求之不得的結果。依照前述規則的運作，投資人不能領回的本金成數就歸發行機構，所以前者虧損越大，後者就獲利越多（代銷銀行在給投資人的資料中不會講得這麼白）。相反地，在投資人可以拿回全部本金的情況，發行機構就白白地發出首月配息。因為它不是慈善團體，理所當然地會希望或甚至促成投資人蒙受鉅額虧損，其中的「夢幻結局」就是：後者僅能取回1%，剩下的99%就歸發行機構！相較於其標的（內容）寓含「雙贏」精神的正常雙務契約，此種連動債的情況則是「零和」遊戲。依照筆者的推測，見者有份，代銷銀行必然可以從中分得一大杯羹。這應該就是幾乎所有的國內銀行（幾家公營銀行除外）在當時都競相「下海」代銷的主因所在。

事後的發展也確實如發行機構之意。依據程仁宏與杜善良等二位監察委員在二〇〇九年元月間所公布的調查<sup>108</sup>，截至前一年十月底為止，受雷曼兄弟連動債影響的投資人近五萬人，投資金額共新臺幣436億元，至於受到非雷曼兄弟發行的連動債影響的投資人

<sup>107</sup> 日盛銀行代銷的「平價奢華」（同樣也是美林所發行）在發行之後三個交易日便全部跌破40%的下檔保護空間，1年到期時的「最終績效」僅為3.35876%！

<sup>108</sup> 其結論見該院98年財正字第4號糾正案文（全文詳見監察院網站：[www.cy.gov.tw](http://www.cy.gov.tw)）。

則有五十多萬人，金額高達6,335億元<sup>109</sup>。依據筆者的判斷，前者主要應該是百分之百保本型，後者所購買者則全部屬於此處所稱的條件式保本型。

## 2. 連動債氾濫充斥的背後大環境

連動債是「衍生性金融產品」(derivatives)的一種，雖然號稱「產品」，實際上只是抽象的遊戲規則而已。唯有瞭解當時的國際經濟思潮與政策所形成的背後大環境，吾人才能真正清楚其本質。

由於受到經濟學界的新自由主義(neoliberalism)思維的影響，英國柴契爾政府自一九八〇年代以降對金融市場採取鬆綁(deregulation)政策，美國與其他各國其後相繼效尤跟進。依照此一思維，國家不該過分介入金融秩序，因為市場本身就會透過供需關係而自我調節，社會經濟也會因此欣欣向榮。在這種迷信市場機能萬無一失的基本教義價值觀(market fundamentalism)之下，不同於傳統單純辦理存放款的「投資銀行業」(investment banking)因應而生，令人目不暇接的「金融產品」也於焉氾濫充斥市面<sup>110</sup>。

新自由主義者所不願面對的事實是：市場秩序的參與者之間存在著強弱懸殊的不平等關係，這特別表現在資訊的掌握方面。國家(公權力)一旦袖手旁觀，強凌弱就成了必然的結果。勢可敵國的歐美「投資銀行」(investment banks)動用熟諳金融的精英團隊，設計與發行各種「產品」，其運作規則往往就是賭博，與投資(investment)可能毫無關係<sup>111</sup>。

<sup>109</sup> 此一數字並未見諸前註所稱的糾正案文之中而是以新聞報導呈現(見黃瑞明，同註101，頁40-44)。

<sup>110</sup> 參見Sinn, Kasino-Kapitalismus: Wie es zur Finanzkrise kam, und was jetzt zu tun ist, 2009.

<sup>111</sup> 就德國而言，其銀行在這幾年來的形象跌入谷底，媒體經常用「賭博」

筆者所購買的（連結股權）連動債的荒謬之處可以從比較共同基金之中明顯看出：這是真正將募集而來的資金拿去投資股票或債券的金融產品，基金能否獲利取決於標的的表現與經理人的操作能耐。基金獲利就是餅（投資人的全部資金）被做大，如此則發行機構大賺，投資人也雨露均霑。連動債與此截然不同，它是不折不扣的「虛擬產品」，根本無所謂獲利之可言，因為發行機構並未將募集而來的資金投入「連結標的」之中<sup>112</sup>。因此，不管諸標的（股票）在紐約交易所是表現亮麗還是江河日下，餅（本金）的實際大小都維持不變。然而，只要一檔標的出現嚴重跌幅，投資人最終拿回的本金成數就會劇減。扣除先前發放的配息之後，剩下的就歸發行機構。跌幅愈大，則投資人虧損愈多，發行機構也獲利愈高。這種遊戲規則讓此一產品自始就存在著絕對的道德風險：標的走勢最好一洩千里，否則發行機構不僅沒賺頭，甚至因為配息的發放還要倒賠。

投資人當然無從料到真相竟是如此（否則就不會自投羅網了）。在他們看來，產品既然叫做連動債券，鐵定就是把資金投注

---

（zocken）之類的字眼來形容其業務。例如第一電視臺（ARD）在去年12月的「安娜維爾」（Anne Will）（一個高品質的談話性節目）就以「賭博、操縱、詐欺——銀行業又猖狂囂張了嗎？」（Zocken, manipulieren, betrügen – Sind die Banken wieder außer Kontrolle?）為其討論主題。在此之前，知名的德國趨勢專家辛恩（Hans-Werner Sinn）即創出了風行至今的「賭場資本主義」一詞來總括金融界的怪現象；見氏著，同前註。

<sup>112</sup> 至於到底拿到哪裡去，很可能就是以高度穩當的方式（例如銀行定存）來處理。筆者自起訴時起即將其論證建立在系爭產品的發行機構並未將募集而來的資金投入「連結標的」之中，這是簡單的是非題。無論筆者如何「叫戰」，被告銀行就是置諸不理。三名證人都異口同聲地以「不清楚」回答筆者的提問（另見註102）。筆者只好在第二審向法院聲請命其提出相關文書，受命法官則是予以駁回。就此另見後述拾貳、二。

在債券的共同基金的東西。這也是為什麼許多被害人都是退休族或鮮少乃至不曾購買股票的保守型理財人士。代銷銀行為了從中獲取可觀佣金，一方面在相關文件中不遺餘力地誇大該產品的利多面，包括首月配息、有效保本<sup>113</sup>以及「連結標的」知名等；另一方面又刻意掩飾風險奇高的因素，諸如不透露「連結標的」的真相、發行機構的獲利取決於投資人的不幸以及不提醒後者必須每日觀察華爾街股市等。理專為了業績與獎金，既不會在顧客上門之後和盤托出一切，也不會在風險將至之際及時提醒脫身<sup>114</sup>。

投資人之所以聽信理專的花言巧語，絕非因為貪婪無度。在雷曼倒閉之前，全球的金融市場呈現著一片大好的局勢。以真正將募集而來的金錢投資於股票或債券的共同基金為例，投資人在幾個月內即可能獲利一、二成，反觀連動債在長達一年期間之內所提供的僅有低於10%的一次配息，申購人仍然願意進場，原因就出在相信此種產品極為「穩健」。

發行機構都是知名國際大銀行，它們真的可能會為了獲利而進行危害信譽的詐欺行徑嗎？很遺憾地，答案正是如此。連動債以及其他衍生性金融產品之所以會釀成巨禍，主因之一就出在投資銀行為了獲得暴利而採取的重賞策略：只要某一產品大賣，其參與團隊就能立即從中獲取鉅額紅利（bonus）。這些人坐享富貴，即使投資人其後蒙受慘重損失亦然<sup>115</sup>。對於西方輿論來說，紅利就是罪魁禍首。只要繼續縱容下去，市場秩序與社會公義就會淪為那群投機銀行家的禁脔，這樣的資本主義甚至也可能變成民主制度的掘墓

---

<sup>113</sup> 實際上是無效保本，所以投資人才會蒙受鉅額損失。

<sup>114</sup> 見述拾貳、二。

<sup>115</sup> 參見吳修辰等，誰，讓連動債殺人？一個交易員的告白，商業周刊，1091期，頁122-130，2008年10月20日；黃瑞明，同註101，頁23-94。

者<sup>116</sup>。無論如何，歐盟議會確實意識到問題的嚴重性，因此終於在前年二月間回應嚴加管制的呼聲，決議限制紅利額度不得高過年薪<sup>117</sup>。

被害人多是長年客戶，代銷銀行又為何竟會狠心助紂為虐呢？道理應該就出在代銷的佣金非常龐大。投資人與發行機構之間存在著「你死我活」的對立關係，一旦後者大賺，難以想像代銷銀行只拿一點佣金而已。被害人血本無歸之後，幾乎必然就會與師問罪，將來與銀行的關係也很可能就是視同陌路。為了銷售一檔產品就斷絕以後的生意往來，這種「殺雞取卵」的作法看似不智之極，對於可以分紅的負責人員來說卻正是致富之道<sup>118</sup>。最合理的推測是：暴跌正是代銷銀行所預期的最佳發展，因為投資人虧得越慘，它可以與發行機構平分的獲利就越大<sup>119</sup>！

<sup>116</sup> 自從雷曼事件之後，特別是因為其後引發的歐元風暴，德國輿論就持續至今對於諸如資本主義是否就是促成金融危機的元兇這樣的宏觀議題進行熱烈的討論，其中知名著作如Sinn, aaO. (Fn. 110); Schirmacher, Ergo: Das Spiel des Lebens, 2013. 反觀我國情況，即使單就連動債所作的討論都非常罕見，遑論宏觀議題。

<sup>117</sup> 詳見相關國際媒體報導。

<sup>118</sup> 以玉山銀行為例，它在2008年1月間所代銷的條件式保本連動債共計29檔，儘管當時的道瓊指數還處在歷史高點區，其中12檔便已跌破下檔保護空間！績效如此惡劣，根據臺北地方法院命其提出的該月份相關會議紀錄，其中卻完全不見檢討報告。事實上，就筆者所查得的資訊而言，負責的財富管理事業處高層也未曾因而發生人事（懲罰）異動。

<sup>119</sup> 筆者在相關書狀中一再具體地論證系爭產品的運作規則為：投資人大虧，則發行機構大賺。這是自相關文件中就可以導出的必然結論（投資人卻不會想到這一點），玉山銀行如果加以反駁，筆者的全部論證即會出現動搖。然而，被告卻始終置若罔聞。筆者其後更進一步地主張「發行機構大賺，則代銷銀行也大賺。」該銀行依舊相應不理，既不承認（對筆者有利），也不否認（對其有利）。當筆者在第二審聲請命其提出相關文書時，受命法官同樣（同註112）予以駁回。就此亦見後述拾貳、二。

### 3. 連動債的詐欺舉證難上加難

然而，對於被害人來說，這些都只是理論而已。本金早已丟掉大半了，要想再拿回來，唯有靠訴訟上的舉證，這卻是難上加難之事。癥結出在金融詐欺的外觀完全不同於「金光黨」或電話詐騙集團式的行徑（實質上當然無異）。後者的伎倆層次不高，行使詐術（欺罔行為）的事實一旦確認無誤，法院即會一併肯定其他詐欺要件的成立。前者卻不然，事實非深入鑽研者不能洞悉。為了說服法官破除「投資人純粹是因為不甘虧損才起訴」的偏見，被害人必須舉證詐術確實存在。這涉及無數精力的投入，包括掌握諸如關於華爾街股票的豐富知識<sup>120</sup>。事關金融專業，即使律師也難以勝任<sup>121</sup>。無論舉證如何盡力，對於金融所知極為有限的法官很可能到頭來還是半信半疑，其中原因應該也出在被害人已經在定型化條款之上簽章的事實<sup>122</sup>。依照筆者的推測，許多法官似乎過度執迷於締約的事實，對於內容是否妥當卻興致缺缺。他們的心態大概就是：簽約了之後就不要後悔！這是死守「契約必須遵守」（*Pacta sunt servanda.*）原則的結果，至於當事人之間強弱懸殊與定型化條款不公不義等實質問題則非其關心重點。因此，相較於「金光黨」的原始詐騙手法，為了取信於法官，被害人仍然必須證明發行機構與（或）代銷銀行具備詐欺故意。這是主觀因素，舉證形同「不可能的任務」：不管是發行機構還是代銷銀行，負責其事的都是一群自然人組成的團隊。他們在發行與代銷前後必然會有各種正式與非正式的意見交換，如非取得這些內部資訊，被害人的說法很難得到法

<sup>120</sup> 見黃瑞明，同註101，頁95-193。

<sup>121</sup> 以筆者的情況為例，其在起訴之前為了舉證被告銀行所花費的時間長達2年，這絕非律師能夠與願意承擔的差事。

<sup>122</sup> 見前述伍、三、(二)。

官的認同。

從歐美國家的作法之中，吾人可以清楚地看出詐欺故意的舉證往往必須仰賴公權力的高度介入始克有濟：它們的司法與金管機關在雷曼倒閉事件後迄今揭發了多起金融詐騙，其中包括向來信譽卓著的老牌跨國大銀行。二〇一〇年爆發的高盛（Goldman Sachs）案肇因於它所發行的抵押債務證券（CDO），德國工業銀行（IKB）與荷蘭銀行都因為買了「算盤」（ABACUS 2007-AC1）這種產品而損失慘重。高盛內部早知它所「連結」的次級房貸終將崩盤，一家避險基金也介入其中進行對賭，它竟隱瞞此等事實，同時還向這兩家銀行吹噓產品的獲利性。美國證券交易委員會（Securities and Exchange Commission, SEC）<sup>123</sup>認定高盛的行徑即是詐欺<sup>124</sup>，證據之一就是它的高層主管在內部流通的電子郵件中透露知情的訊息。在二〇一〇喧騰一時的倫敦銀行同業拆放利率（LIBOR）操縱案<sup>125</sup>上，瑞士銀行（UBS）因為自二〇〇六年至二〇一〇年間長期參與其中而被重罰11億6,000萬歐元，關鍵證據

<sup>123</sup> 這一機關成立於1929年的經濟大蕭條之後，它在規範金融秩序上的角色並非一直都令人稱頌，例如在馬多夫詐騙案上就嚴重錯失查緝的先機（見註86所附文獻）。《時代雜誌》在最近刊登的一篇報導（*The Power of Compromise*, TIME, Apr. 14, 2014, at 38-42）清楚地指出即使在美國這種高度法治的國家，「人治」（到底是誰在負責當頭）的重要性依舊不容小覷。該文敘述證交會現任主席懷特（Mary Jo White）如何憑其個人意志強力整頓金融市場的不法行徑，甚至對於為大銀行獻計護航的知名律師與會計師事務所也毫不手軟，無怪乎SEC的查案成績斐然。

<sup>124</sup> 抱持異議者當然也所在多有，例如《新聞周刊》的總主筆札卡利亞（Fareed Zakaria）就認為那兩家受害銀行活該受騙，理由是後者的專家濟濟，當然是在判斷獲利機率極高的情況下才決定購買，蒙受虧損從而也怨不得人；見 Fareed Zakaria, *In Defense of Goldman Sachs*, NEWSWEEK, May 3, 2010, at 22-23。

<sup>125</sup> LIBOR是美國衍生性金融產品市場的利率計算基礎。

之一也是英國、美國與瑞士的金管機關查出涉案人員的內部機密電郵顯示詐欺故意的存在。前年二月間，美國政府司法部決定對標準普爾（S&P）這一家國際信用評鑑機構起訴求償50億美金，理由是它明知特定金融產品風險極高，卻依然在雷曼倒閉前給予正面評鑑，證據同樣來自所查扣的內部電郵<sup>126</sup>。對比之下，投資人當然沒有這樣的神通本領。

主觀故意無從證明，破解詐術的能力又復受到質疑，對於連動債原本就欠缺認識的法官當然不會判定被告銀行或發行機構行使詐欺。不僅民事訴訟難行，刑事程序更是如此。檢察機關在理論上擁有偵查大權，在受理投資人的刑事告訴時卻從未搜索銀行，詳查諸如內部電郵等證據，從而也都以不起訴結案。原因之一可能就出在顧忌太多的心態，不願事情鬧大：一旦證明連動債的銷售（非指特定理專的個別銷售行為）即為詐欺，絕大多數的銀行都會被捲入其中，其影響將是同類投資人的相繼求償與各家銀行的股票大跌等骨牌效應。無怪乎吾人從未聽聞相關搜索事例<sup>127</sup>。這或許也多少<sup>128</sup>可以解釋何以法院在民事訴訟上充其量僅僅願意判決銀行違反善良管理人的注意義務<sup>129</sup>，畢竟這只是個案的救濟，相反地，如果詐欺成立的判決定讞，那就是通案了，所有被害人都能比照受惠！相較之下，主管機關金管會更是徹底地失職。它無法防止問題發生

<sup>126</sup> 以上均見相關中外文媒體報導。

<sup>127</sup> 相較於前述美、英等國的主管機關，德國檢察機關的表現也不遑多讓。2012年12月間，爲了調查詐欺指控，法蘭克福與慕尼黑檢察署在一星期內相繼派員大舉公然搜索全德最大的德意志銀行的總部大樓並查扣文件資料。媒體對此大幅報導，該銀行的股價也應聲重挫。

<sup>128</sup> 個別法官也可能另有其他動機；見後述拾貳、三。

<sup>129</sup> 另見後註138與後述拾貳、二。

在前，等到投資人哀鴻遍野之後，除了禁止同類產品的代銷<sup>130</sup>之外，它在懲罰銀行與救助被害人方面根本就乏善可陳<sup>131</sup>。

至於監察院的表現同樣也是令人失望。連動債爭議爆發之後，根據前開調查所作成的糾正案文<sup>132</sup>固然指出金管會與財政部<sup>133</sup>在處理銀行銷售連動債問題上有未能積極訂定相關法令、善盡監督管理之責與確實掌握銀行辦理信託業務之統計及相關資料等三大違失。這種就法規抽象層面而非就產品具體內容深入探究（遑論調查銀行內部資訊）的作法卻無濟於事，被害人無從據此在訴訟上獲得任何的助益<sup>134</sup>。事實上，法院的邏輯即是：主管機關誠然失職，但是銀行的代銷並未違法，從而相關申購行為也沒有第七十一條的問題<sup>135</sup>！

公權力機關盡皆軟弱無能，對於各銀行來說，這就意味著金融

<sup>130</sup> 依據玉山銀行的信託部經理的證詞而來，吾人也可以由此印證條件式保本連動債的超高風險。根據德國媒體的報導，當地雖然也有為數4萬人以上連動債被害人，然而其虧損原因都是由於發行機構雷曼倒閉所使然（所以一般都以Lehman-Zertifikate稱呼相關產品）。事實上，國人所購買的條件式保本連動債的相關文件上都有加註「本產品不得在歐盟與美國銷售」之類的警語。這不禁令人懷疑：由於主管機關的失職，導致臺灣可能是全球唯一（或少見）縱容此種產品大行其道的樂園！

<sup>131</sup> 至於為何如此，癥結應該出在金管會與金融業之間的官商關係糾葛不清，執法不力乃至縱容包庇於是生焉。具體說來，金管會主委往往來自金融界（例如陳沖與陳裕璋）。卸任之後，由於無「旋轉門條款」的規範，高官出路也直通銀行高層（現任玉山銀行董事長曾國烈即在退休之前擔任該會所轄的銀行局長）。這些人必然早就盤算薪水令人咋舌的「第二春」，因此，很難想像會在任內戮力監督銀行業務。

<sup>132</sup> 同註108。

<sup>133</sup> 在金管會成立之前的銀行業主管機關。

<sup>134</sup> 就筆者所見的連動債判決而言，投資人勝訴者（為數不多）無一是因為法院引用該糾正案文之故。

<sup>135</sup> 就此另見拾貳。

詐欺的法律風險極低。它們應該早就預見這樣的結果，事實也的確如此發展。既然連波及甚廣的連動債事件都能夠安然渡過了，往後當然也可以伺機再度重操舊業！

#### 四、第九十二條與第九十三條是立法者奉送詐欺人與脅迫人的禮物（！）

##### （一）從「有效但得撤銷」到「有效且不得撤銷」的質變現象

綜上所述，吾人可以發現到第九十二條與第九十三條的質變現象：從「有效但得撤銷」轉而成為「有效且不得撤銷」。前者是立法者所規劃的理想藍圖（law in books），後者則是實際上的發展結果（law in action）。應然與實然之間顯然大相逕庭。

「有效但得撤銷」的實現機率不是完全不存，但卻相當低微：法律受規人除了掌握關於第九十二條與第九十三條的基本資訊之外，還必須具備足以取信於承審法官的舉證能力<sup>136</sup>。誠然，有了律師的協助，這樣的機率理應獲得一定程度的提升。不過，在金融產品的爭議案件上，延請的律師卻很可能欠缺專業知識，從而被害人最終會落得「賠了夫人又折兵」的淒慘下場（敗訴之外還負擔為數不少的律師費與訴訟費用），形同蒙受二度傷害。

吾人如果整理分析所有關於前開法條的各級法院判決（量化的研究）之後，或許就能得證此一現象的存在。格於時間精力以及研究資源所限，筆者無力為之，但就連動債爭議而論，如前所述<sup>137</sup>，主張銀行詐欺卻又能勝訴者確實是幾乎不見<sup>138</sup>。少數在第一審或

<sup>136</sup> 見伍、三、（一）。

<sup>137</sup> 見伍、三、（四）、3。

<sup>138</sup> 罕見例外是臺北地院99年度重訴字第1074號判決，承審法官認定原告勝訴，理由是被告銀行有「不作為詐欺」。臺灣高等法院100年度金上字第17號判決

第二審能夠勝訴者幾乎都是因為法院認定被告違反善良管理人的注意義務（未在銷售當初清楚說明風險或在產品發行期間及時提醒風險將至），這當然與第九十二條與第九十三條風馬牛不相及<sup>139</sup>。

### (二)被詐欺人與被脅迫人吃下就斃命的毒蘋果

表意人的敗訴所意味的就是詐欺人或脅迫人最終還是得以如願得逞。吾人可以在此發現到一個非常弔詭的現象：立法者的本意在賦予表意人決定是否撤銷其意思表示的機會，但是絕大多數會選擇撤銷的他們卻——不管是否真的撤銷——必須接受該法律行為有效的結果。如此一來，民法的適用反而成有利於詐欺人或脅迫人的結果。吾人可以這麼說：從被害人的角度看，立法者奉送的是一顆吃下就斃命的毒蘋果！從加害人的立場言，第九十二條與第九十三條卻無異就是天降的大好禮物！

就法律規定而言，我國民事訴訟法固然採取三級三審制度，由於最高法院的酷愛發回更審<sup>140</sup>，此一制度在實際上卻經常演變成

---

其後以不利被上訴人（原告）的結果收場。

<sup>139</sup> 故意違反善良管理人的注意義務其實是詐欺計畫的一部分，但是法院不願承認其中的關聯性。引誘投資人上鉤申購是第一步，讓他們在風險即將到來前仍然渾不知情則是更關鍵的第二步，因為發行機構與代銷銀行能否獲利就決定於此；另見後述拾貳、二。

<sup>140</sup> 姚瑞光（前最高法院推事與司法院大法官），同註40，頁758，有一段令人慌目驚心的話：「第三審法院認為上訴有理由者，實際上仍以發回者居多，自為判決者並不多見（百難得一），不因第四七八條第一項列舉有下列五款情形之一者，應自為判決，而能增加自為判決之數量。」這裡所涉及的是一個典型的法社會學問題：一次發回所意味的就是再多兩審的程序（高院更審與敗訴者再度上訴最高法院這一關），對於當事人（尤其是經濟弱勢的一方）來說，這是無謂的訟累。然而，最高法院為什麼不把民事訴訟法第478條的立法當成一回事？道理之一恐怕是出在發回更審的作法較諸自為判決更為輕鬆所致。事實上，吾人如果對照高等法院就同一案件所作的原審判決，即不時

讓弱勢的一造苦不堪言的三級多審局面。不僅此也，各審的判決結果迥然互異的情況更又屢屢可見。除非是抱持「長期抗戰」決心與堅信公義真理必勝之人，否則根本不會輕易起訴<sup>141</sup>。

訴訟之路難行，不懂法律之人也往往早有所聞。這造成許多人在受害之後就決定忍氣吞聲，真正會起訴者僅是其中極少數人而已。根據「損害填補」的原則（第二一六條），被害人除了請返還標的物之外，能夠請求的損害賠償本來已經有限<sup>142</sup>，法院實務更從嚴認定損害的範圍<sup>143</sup>。這意味著詐欺人或脅迫人即使敗訴，其所必須賠償的金額也相當有限<sup>144</sup>。

詐欺人或脅迫人當然都心知肚明：只要事先規劃得宜，如願得逞的可能性很高。詐欺或脅迫被揭發的風險甚低，逃避民事責任的機率極高，從而能夠永久保有可觀的「黑心錢」。借用股市的術語，詐欺或脅迫是「本益比」超高的勾當。因此，第九十二條與第

---

可以發現最高法院僅就其中某一未必關乎重要的疑點即予以指摘發回的現象。

<sup>141</sup> 事實上，起訴的決定就是信任司法的投票。臺灣的司法一直都受困於形象不佳，其中包括部分法官的操守令人質疑。對於從來不曾打過官司的筆者而言，投下這一票並非理所當然之事。不過，身為法學教授，如果完全不信司法清明，那麼法學無異就是騙人把戲！這樣的邏輯終究還是促成其作成一探究竟的決定。遺憾的是，筆者如今必須坦承當初幼稚天真；見後述拾貳。

<sup>142</sup> 基本論述見孫森焱，民法債編總論（上），頁453-461，2004年1月。

<sup>143</sup> 筆者在準備起訴與因應起訴上所花費的時間極為漫長。按照其身分地位，這本可折算成金錢損害，但是第一審受命法官在準備程序一開始就明言法院實務不認同此一看法。

<sup>144</sup> 就這一點而論，筆者認同美國法上的懲罰性賠償金制度，大企業敗訴者可以據此被罰以天文數字的金額；相關論述詳見戴志傑，美國懲罰性賠償金制度之基礎問題研究，中正大學法學院博士論文，2007年7月；戴志傑，美國法上僱用人懲罰性賠償金責任之研究（上）、（下），政大法學評論，124期與125期，頁203-254、頁55-114，2011年12月與2012年2月。

九十三條的立法雖然旨在提供被害人選擇的機會，對於加害人而言，這樣的規定在運作之下卻是形同鼓勵不法！西方人說：「通往地獄之路是用無數的善意所鋪設而成的。」對於無法得到救濟的被害人來說，立法者的善意正是不公不義的根源之一。

透過加害人的觀點，吾人可以更清楚地看出前開二條文的問題所在。在這一方面，荷爾姆斯的話也足以提供不小的啟示：「你如果想要瞭解法律而不管其他，就必須從壞人的立場出發，他們只在乎實質的後果，這方面的知識足以讓其預測行為的後果。你不能站在好人的立場，這種人不管有無法律規定，都會因為一絲良心的譴責而找到正當行事的理由。」（If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience.）<sup>145</sup>以銀行來說，透過法務部門乃至律師顧問的獻策，相關經營團隊的「壞人們」很早就預測到被害人之中會起訴者少，能勝訴者更少。這是民事方面，至於刑事部分，加害人被繩之以法者更是罕見<sup>146</sup>。既然形勢一片大好，為何不海撈一票呢？

## 陸、詐欺與脅迫難道不違反公序良俗？

公平正義之路既然已經走入了死胡同，吾人自然應該思索另闢蹊徑的可能性：讓相關法律行為歸於當然無效。

<sup>145</sup> 這是他在「法律之路」（The Path of the Law）演講（同註27）中的一段名言。就此另見楊日然，同註26（第二篇），頁204-205。

<sup>146</sup> 相關案例見司法院法學資料檢索系統。事實上，絕大多數案例早已被檢察官以不起訴處分過濾掉了。就此另見前述伍、三、(四)、2。

在現行法的架構下，第七十二條的確提供了這樣的可能性<sup>147</sup>：法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。

### 一、詐欺與脅迫在刑法上的可罰性

眾所周知，詐欺是刑法上的犯罪行為<sup>148</sup>。依據該法第三三九條第一項的規定，意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科1,000元以下罰金。除了此一詐欺取財罪之外，同條第二項另對以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者科以同樣的刑罰（詐欺得利罪）。此二項的未遂犯都是可罰行為（第三項）。為了因應新形態的詐欺犯罪，立法者其後又增列第三三九條之一（不正利用收費設備罪）、之二（不正利用自動付款設備罪）與之三（不正利用電腦或其相關設備取財罪）等規定。諸此罪名均非告訴乃論<sup>149</sup>，其追溯權之時效期間都長達二十年（同法第八十條第一項第二款）。綜上所述，很明顯地，詐欺是受到刑法立法者高度非難的行為。

至於脅迫，視具體情節之輕重，刑法之中更有第二十六章（妨害自由罪）與第三十三章（恐嚇及擄人勒贖罪）等專章規定的存在，脅迫人的行為就具體情況可以該當相關罪名的構成要件<sup>150</sup>。諸此罪名原則上同樣均非告訴乃論<sup>151</sup>，追溯權之時效期間亦長達二十年。

<sup>147</sup> 依照通說見解，被害人尚可主張侵權行為請求權；見後述玖。

<sup>148</sup> 相關論述見林山田，刑法各罪論（上），頁447-479，2005年9月，修訂5版。

<sup>149</sup> 由此可見洪遜欣將第92條的「有效但得撤銷」規定比擬為告訴乃論的說法（前述參、二）並不恰當。

<sup>150</sup> 相關論述見林山田，同註148，頁165-218、497-521。

<sup>151</sup> 林山田，同註148，頁165-218、497-521。

事實上，不僅我國如此規定，不管古今中外，詐欺與脅迫恐怕應該都是各國刑法所嚴厲禁止的行為<sup>152</sup>。道理很簡單：如果此種行徑都可以被容忍，那麼強凌弱、眾暴寡的情事必然也會如同家常便飯。人民惶惶不可終日，這樣的亂邦社會如何存續都已是疑問，遑論進步繁榮？因此，吾人可以篤定地說，對於此兩者的非難即是普世價值觀的反映。行為人有此等行徑者，就成了觸犯社會最基本共識的全民公敵。

## 二、民法與刑法在詐欺與脅迫概念上的高度重疊性

以上所述是針對在刑法上受到規範的詐欺與脅迫而為。然而，不容忽視的是，民法所稱的詐欺、脅迫與刑法的相應概念並不完全一致。

先就詐欺而論，德國民法的立法者在當時為了凸顯民、刑有別，因此刻意使用 *arglistige Täuschung* 而非刑法上之 *Betrug* 一詞<sup>153</sup>，其學說從而認為民法上成立詐欺者未必即同時在刑法上構成犯罪<sup>154</sup>。就我國法而言，通說在解釋上也是同此<sup>155</sup>。然而，民法第九十二條所稱的詐欺同樣有其成立要件<sup>156</sup>，故就具體案例事實而言，同時符合刑法的構成要件者自然也所在多有。至於脅迫，這是民法上才有的概念，從而是否構成刑法上罪名，吾人固然應視

<sup>152</sup> 德國刑法的規定即是如此；見林山田，同註148，頁165-218、447-479、497-521。

<sup>153</sup> 見 *von Tuhr*, aaO. (Fn. 57), 2. Band, 1. Hälfte, 1914, S. 603 (623), S. 604 (Fn. 6)。

<sup>154</sup> 見 *Medicus*, aaO. (Fn. 1), Rz. 789。

<sup>155</sup> 見洪遜欣，同註43，頁403、407；鄭玉波，民法總則，頁261，1995年8月，修訂10版。

<sup>156</sup> 見前述伍、三、(二)。

具體案例事實而定。不過，如前所述<sup>157</sup>，可以確定的是，民、刑兩者之間一樣存在著重疊情況。

以集合的概念來表達，民、刑兩個領域之間存有明顯的交集。基於刑罰對於人權的侵害性的考慮，刑法的構成要件應該較諸民法的相關概念更為嚴格。從而具體案例事實在後者構成犯罪者，該行為也會成立前者的詐欺或脅迫，反之則未必如此。

### 三、第九十二條的詐欺與脅迫當然都違反第七十二條的公序良俗

當特定的詐欺或脅迫行為屬於交集部分時<sup>158</sup>，吾人當然必須肯定其違反第七十二條所稱的公序良俗。否則，行為人在刑法上必須銀鑄入獄，在民法上卻不違反公序良俗，這不是正常之人能夠理解的邏輯。

至於不構成刑法上犯罪而僅僅成立民法第九十二條的情況，由於通說認為後者所稱的詐欺與脅迫都必須具備違法性，從而吾人也必須肯定前開公序良俗的概念受到違反。誠然，學者之中對於第九十二條所稱之脅迫亦有認為僅需不當即可而毋庸具備違法性者，其理由為我國民法非如德國民法第一二三條第一項著有明文<sup>159</sup>。就字義<sup>160</sup>而言，此說的確有其見地。然而，所謂不當但又非違法（不法）的案例究竟是否存在，卻滋生疑義。吾人即以訴訟實務上可見的甲對乙稱不訂立契約即告發其犯罪之例而論，史尚寬認為即

<sup>157</sup> 見陸、一。

<sup>158</sup> 見陳自強，同註5，頁265。

<sup>159</sup> 見史尚寬，同註44，頁392-393。鄭玉波，同註155，頁265，同其說。此外另見王伯琦，民法總則，頁169，1987年10月。

<sup>160</sup> 關於德國民法第123條第1項的規定內容見前述肆、一。

是不當<sup>161</sup>，唯王澤鑑則區分狀況，主張如目的與手段之間有「內在關係」者非不法（且非不當），否則即為不法<sup>162</sup>。依筆者之見，王說不僅較能符合一般人的正義感，在判斷脅迫是否違反第七十二條所稱的公序良俗上也可以提供明確的標準。

## 柒、第七十二條才是真正有利於表意人的規定

對於表意人來說，相較於第九十二條與第九十三條，適用第七十二條的好處表現在以下兩者之上：

### 一、表意人毋庸行使撤銷權

如前所述<sup>163</sup>，該條所稱的無效指當然無效、自始無效、確定無效與絕對無效，從而表意人也毋庸行使撤銷權。對於不知第九十二條與第九十三條的非法律人來說，這意味著必須克服的障礙減少了。

表意人只要能夠證明詐欺或脅迫事實的存在<sup>164</sup>，相關法律行為即違反公序良俗，因此他就可以在法院訴訟上穩操勝券。如此一來，表意人尚未履行債務者可以拒絕履行，已經履行者則可以根據第一七九條請求被詐欺人或被脅迫人返還不當得利、第七六七條請求返還所有物或第一一三條請求回復原狀或損害賠償。

---

<sup>161</sup> 同註159。

<sup>162</sup> 見王澤鑑，同註3，頁425-428。

<sup>163</sup> 見壹。

<sup>164</sup> 當然，這並非易事（見伍、三）。關於此一困境的解決之道見後述（拾壹、一）。

## 二、表意人享有長達十五年之久的消滅時效

依據第一二五條，前開諸權利的消滅時效都長達十五年之久。這是相當漫長的時間，表意人可以綽有餘裕地準備行使權利。相較於第九十三條的一年除斥期間限制，第七十二條的規定明顯地有利於主張者。

就這一點來說，在我國適用第七十二條的實益遠高於在德國的情況。後者的民法第一九五條原來規定一般消滅時效為三十年，等到「債法現代化法律」生效之後，立法者就將其大幅刪減為三年<sup>165</sup>。職是之故，對於德國的被詐欺人或被脅迫人而言，一年的除斥期間（德民第一二四條）與三年的消滅時效之間的差異明顯地不及我國的一年與十五年<sup>166</sup>。

當然，表意人之中必然亦會有因為不知法而致其權利罹於十五年消滅時效者，不過，其比例應該遠低於錯過一年除斥期間者。基於消滅時效制度確實有其存在意義，這一問題自然不足以成為吾人質疑第七十二條也應該適用於詐欺與脅迫的理由。

### 捌、第九十二條與第七十二條的關係

第七十二條明顯地有利於被詐欺人與被脅迫人，通觀我國民法總則文獻，就涉及詐欺或脅迫的案例事實而論，吾人卻幾乎不曾聽聞本條也可以作為請求權基礎的說法。這是一個值得細究的大

<sup>165</sup> 見黃立，同註43，頁456-457。

<sup>166</sup> 從保護權利人與被害人的觀點看來，我國法的15年時效立法較諸德國新法為善。不過，現行法制也有其問題，就是例外的短期時效規定過於繁雜（見黃立，同註43，頁461-483），以致即使律師也難以盡窺其詳。就立法政策而言，基於讓民法規定趨向「庶民化」的思維（後述拾、一），筆者認為例外規定應該儘量從簡，法律受規人始不致無所措手足。

問題。

### 一、我國民法學界所忽略的大問題

通說對第九十二條與第七十二條的處理方式可以用「分而治之」來形容：在論前者時不提後者，反之亦然。在學者看來，這是兩條平行線，彼此之間涇渭分明，當然也不會產生交集。同樣可以歸入其中的劉春堂從而稱：表意人因被脅迫所為之意思表示，如其內容違反公序良俗者，則應適用者為第七十二條而非第九十二條<sup>167</sup>。其意應係指外形上雖同為脅迫，但是實質上可有不違反公序良俗與違反公序良俗兩種情況；前者適用第九十二條，後者則為第七十二條之問題<sup>168</sup>。相反地，少數說則主張第九十二條優先適用論，黃立可說是此說的唯一代表<sup>169</sup>。他認為第九十二條所規範的詐欺或脅迫在要件上本來也構成第七十二條所稱的違反公序良俗，但是，基於被詐欺人或被脅迫人可能願意保有所獲得之利益的考慮，立法者於是讓其自由決定是否撤銷<sup>170</sup>。

<sup>167</sup> 見劉春堂，脅迫行為之不法性，台灣法學雜誌，147期，頁142，2010年3月1日。

<sup>168</sup> 前註所引劉著並無進一步說明。

<sup>169</sup> 見黃立，同註43，頁316、332，其中稱「通說」同其說法，應該係指德國通說（後述捌、三）而言。勉強說來，施啓揚，同註80，頁206，也可以算是此說的支持者。至於李宜琛與王澤鑑則有語焉不詳的缺憾。李宜琛，同註64，頁273，稱：「以詐欺為標的之法律行為，因違反公序良俗而無效（七十二條），但此與因詐欺而為之意思表示則純為別一問題，未容混淆也。」王澤鑑，侵權行為法，頁344，2009年7月，雖認為第72條的構成要件相當於第184條第1項後段，但接著又僅僅以一句「因其法律效果不同，自不發生競合關係」交代。

<sup>170</sup> 嚴格說來，此外尚有第三說，即認為第92條與第72條競合，被害人得選擇後者行之。不過，其主張者陳自強，同註5，頁190，並未予以深論。

兩相對比之下，黃立顯然意識到問題的存在，知道此二條文之間有其交集。美中不足的卻是，他並未交代何以詐欺或脅迫在要件上也構成第七十二條所稱的違反公序良俗。

## 二、最高法院的見解

相較於學術上的主流態度，實務界倒是很早就注意到第九十二條與第七十二條發生競合的可能性。最高法院六十年臺上第五八四號判例就透露了這一點：「民法第七十二條所謂法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者無效，乃指法律行為本身有背於公序良俗之情形而言，至構成法律行為要素之意思表示，倘因被脅迫所為時，依照民法第九十二條規定，僅得由表意人撤銷其意思表示，並非當然無效。」

相關判決的理由部分極為簡短，此處一併列出如下：「本件上訴人以伊與被上訴人范信達因支票糾紛，於五十七年六月十八日成立和解，由該被上訴人出具限欠證，將新台幣乙萬乙千八百元債務，限在同年十二月底以前分為五期清償，並由被上訴人范騰達為保證人，詎期限屆滿，分文未付等情，求為命范信達如數給付並按法定利率計付遲延利息，及命范騰達於對范信達執行無效果時，負代償責任之判決。原判決雖以被上訴人所立限欠證，乃出於上訴人之強暴脅迫，依民法第七十二條規定，應屬無效云云，而將第一審所為如上訴人聲明之判決，予以廢棄改判。惟查民法第七十二條所謂法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者無效。乃指法律行為本身有背於公序良俗之情形而言，至構成法律行為要素之意思表示，倘因被脅迫所為時，依照民法第九十二條規定，僅得由表意人撤銷其意思表示，並非當然無效。原審不問被上訴人曾否撤銷其意思表示，徒憑上開理由而為不利於上訴人之判決，自欠允洽。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」

吾人可以從中得出三點結論：第一、該案的原審（臺灣高等法院）認為被脅迫的表意人可以援引第七十二條；第二、最高法院對此則是抱持反對立場；第三、就結果來說，後者採取的即是第九十二條優先適用論，從而其見解也得到黃立的贊同<sup>171</sup>。

除了照抄條文之外，最高法院並未言明其論證何在。在它看來，這似乎就是自明之理。不過，理未易明，從後面的論述之中，吾人可以發現事情絕非如此簡單。遺憾的是，臺灣高等法院的判決已經不可考<sup>172</sup>，從而其論證何在亦無法查考<sup>173</sup>。

### 三、德國學術通說與實務見解：前者是後者的特別法

相較於我國學者幾乎不探討第九十二條與第七十二條的關係的情況，德國法學界的問題意識則是明顯許多。特別是註釋書，不管是大部頭還是手冊版，在德國民法第一二三條項下都會提及該條與內容類似我國民法第七十二條的第一三八條第一項<sup>174</sup>的關係。

整體說來，德國法學界的共識就是：詐欺與脅迫均係違反善良風俗，但立法者以第一二三條與第一二四條對因此而作出的意思表示制定了特別法（*lex specialis*）。因此，除非另有其他違反善良風

---

<sup>171</sup> 同註169。

<sup>172</sup> 司法院法學資料檢索系統之中並無1996年以前的判決資料。

<sup>173</sup> 就筆者對連動債爭議的觀察而論，各地方與高等法院的判決之中不乏擲地有聲者，然而一旦上訴至第三審，最高法院即屢屢以事實未調查詳盡為由發回更審（另見同註140）。

<sup>174</sup> 條文內容如下：

德國民法第138條（違反善良風俗之法律行為；暴利行為）

第一項 法律行為違反善良風俗者，無效。

第二項 法律行為係乘他人之急迫、無經驗、缺乏判斷力或重大之意志薄弱，使其對自己或第三人約定給付財產上利益或為給付，如該利益或對待給付之間顯然不成比例，者尤應屬無效。

俗的狀況，否則第一三八條第一項就無適用餘地<sup>175</sup>。究其實，此說的看法就是承襲聯邦最高法院（BGH）的一貫見解<sup>176</sup>而來，從而其論點亦未超脫後者的格局。在這樣的特別法說認知之下，呂特斯（Bernd Rüthers）與絲塔德勒（Astrid Stadler）合著的總則教科書舉了一個例子來說明第一二三條與第一三八條第一項的關係<sup>177</sup>：假使一名女看護威脅病人，稱如果不願以100歐元的價格出賣其所有之保時捷跑車即不在本周提供照料云云，後者因此被迫與前者締結買賣契約。儘管女看護的行為違反善良風俗，本案仍無適用第一三八條第一項的空間。對那名病人來說，他的自救之道就是行使撤銷權。

#### 四、對於特別法說的質疑：價值觀的錯亂

特別法說看似釐清了第七十二條與第九十二條之間的分際，其實是治絲益棼。

當事人在意思自由的情況下所作出的法律行為僅僅因為其標的違反公序良俗，立法者就以第七十二條令其歸於無效。反觀在當事人的意思因為被詐欺或被脅迫而存在嚴重瑕疵的情形，第九十二條卻讓此種標的同樣違反公序良俗的法律行為仍然有效但得撤銷（實際上是「有效且不得撤銷」<sup>178</sup>）。習法之人皆知「舉輕以明重」的邏輯<sup>179</sup>，然而立法者的思維竟是反其道而行，將後者另眼相

<sup>175</sup> 例如 *Staudinger/Singer/von Finckenstein*, § 123 Rz 92; *Schulze*, u. a., *Handkommentar-BGB*, 4. Aufl., 2005, § 123 Rn. 1; *Pawlowski*, aaO. (Fn. 55), Rz. 526.

<sup>176</sup> 最近的判決是BGH NJW 2008, 982 (983).

<sup>177</sup> 見 *Rüthers/Stadler*, aaO. (Fn. 1), § 26, Rz. 43.

<sup>178</sup> 前述伍、四、(→)。

<sup>179</sup> 見楊仁壽，同註23，頁218-223。

看！這當然會引發價值觀錯亂的質疑。

德國學說與實務的見解並無法令人釋疑。就以女看護案例來說，僅能適用第一二三條的結果已經超乎了正常之人憑藉正義感能夠想像的範圍。這樣的解決方式無異鼓勵想發橫財之人（荷爾姆斯所說的「壞人」）：只要有把握病人很可能不會得到援助（諸如教育程度不高、行動不便、無親無故等），就值得放手一搏（當然也不要選在有旁人在場之時進行脅迫）！此說雖然允許例外，然而，所謂「另有其他違反善良風俗的狀況」究竟何所指卻不清楚。

追根究底，德國實務與通說之所以提出特別法說，目的應該在為其民法第一二三條與第一二四條找尋存在的正當性與適用空間。用更通俗的話來說，就是在幫立法者的錯誤立法收拾爛攤子。這當然就不可避免地會陷入捉襟見肘的窘態。對於採取同說的我國學者而言，其境遇自然也如出一轍。

### 玖、被詐欺人與被脅迫人的侵權行為請求權

在詐欺或脅迫的情形，除了第九十二條之外，依據我國的相關文獻，被害人亦可以主張加害人應負侵權行為責任。

#### 一、最高法院與王澤鑑的見解

在詐欺這一問題上，最高法院曾經表達過反對立場<sup>180</sup>。不過自六十七年度第十三次民庭庭推總會決議之後，它就改採肯定說：「六十三年四月九日本院六十三年度第二次民庭庭推總會會議案(二)之決議所謂『因受詐欺而為之買賣，在經依法撤銷前，並非無效之

<sup>180</sup> 見王澤鑑，意思表示之詐欺與侵權行為，載：民法學說與判例研究(二)，頁211-224，2009年12月；馬維麟，民法債編註釋書(一)，頁259-261，1997年7月。

法律行為，出賣人交付貨物而獲有請求給付價金之債權，如其財產總額並未因此減少，即無受損害之可言，即不能主張買受人成立侵權行為而對之請求損害賠償……」。旨在闡明侵權行為以實際受有損害為其成立要件。非謂類此事件，在經依法撤銷前，當事人縱已受有實際損害，亦不得依侵權行為法則請求損害賠償。」

學者通說則是向來都肯定加害人的侵權行為責任<sup>181</sup>，其中論述最稱詳盡者當屬王澤鑑<sup>182</sup>。他明確贊同前開決議，並進一步闡述所謂「侵權行為法則」的內涵。在他看來，第一八四條所規範的三種類型都足以作為被詐欺人的請求權基礎：就第一項前段而言，他認為被侵害的是第一九五條第一項所稱的「其他人格法益」而非同項的自由權<sup>183</sup>。再者，同項後段也可以作為援引依據，因為詐欺屬於「故意以背於善良風俗之方法加損害於他人」<sup>184</sup>。至於第二項的適用性則是因為詐欺屬於刑法上之可罰行為，從而加害人即是「違反保護他人之法律」。

詐欺人既然同時負擔侵權行為責任，則對於被害人而言，相較於第九十三條的一年除斥期間，第一九七條第一項所規定的二年消

<sup>181</sup> 見梅仲協，民法要義，頁84，1966年3月；王伯琦，同註159，頁164；吳光明，民法總則，頁253以下，2008年6月；施啓揚，同註80，頁254；邱聰智，民法總則（下），頁128，2011年6月。

<sup>182</sup> 見王澤鑑，同註180；王澤鑑，同註3，頁422-423；王澤鑑，同註169，頁344。

<sup>183</sup> 見王澤鑑，同註169，頁148-149。唯王澤鑑，人格權法——法釋義學、比較法、案例研究，頁291-295，2012年1月，並未再提及此一問題。

<sup>184</sup> 唯王澤鑑，同註84，頁82，稱：「詐欺係出於故意以背於善良風俗方法加損害於他人者，應依民法第一八四條第一項後段規定負損害賠償責任。」其意似又認為詐欺有故意以背於善良風俗方法為之與非故意以背於善良風俗方法加為之二種。

滅時效即可能較為有利。當然，由於兩者的起算點不同<sup>185</sup>，所以這還要視具體個案而定。至於同項後段所稱的十年時效，就詐欺或脅迫而論，被害人通常應該早已知悉損害及賠償義務人（加害人），從而其適用餘地應該不大。除此之外，主張侵權行為請求權者毋庸先行撤銷，這明顯地也是另一項利多。如果是在尚未履行債務的情況，被害人還可以依據第一九八條的規定拒絕履行<sup>186</sup>。

至於在脅迫的情況，最高法院早在二十八年上字第一二八二號判例中就肯定加害人亦應負侵權行為責任：「因被脅迫而為負擔債務之意思表示者，即為侵權行為之被害人，該被害人固得於民法第九十三條所定之期間內，撤銷其負擔債務之意思表示，使其債務歸於消滅，但被害人於其撤銷權因經過此項期間而消滅後，仍不妨於民法第一百九十七條第一項所定之時效未完成前，本於侵權行為之損害賠償請求權，請求廢止加害人之債權，即在此項時效完成後，依民法第一百九十八條之規定，亦得拒絕履行。」王對此同樣採取贊成立場<sup>187</sup>。

深入言之，德國學說其實也肯定詐欺人與脅迫人的侵權行為責任<sup>188</sup>。很明顯地，王澤鑑的見解即深受其影響<sup>189</sup>。這當然也強化了我國通說的可信度。

## 二、王說的商權餘地

然而，細究之下，王澤鑑的論點並非毫無商權餘地。

<sup>185</sup> 前述伍、二、(二)。

<sup>186</sup> 見施啟揚，同註80，頁254；黃立，同註43，頁329；吳光明，同註181，頁268。

<sup>187</sup> 見王澤鑑，同註3，頁430。

<sup>188</sup> 見Pawłowski, aaO. (Fn. 55), Rz. 527。

<sup>189</sup> 見王澤鑑，同註180所引註釋。

先就第一八四條第二項而論，刑法相關條文的構成要件與第九十二條所稱的詐欺或脅迫並非完全一致<sup>190</sup>，從而被害人究竟可否主張第一八四條第二項，其答案就應取決於加害人到底有無觸犯刑法而定。具體說來，如果關於加害人必須就該條項負侵權行為責任的民事判決已經確定，然而刑事訴訟卻以不起訴處分確定或無罪判決定讞，則此時的他仍得以並未「違反保護他人之法律」依民事訴訟法第四九六條第一項第一款或第十一款提起再審之訴<sup>191</sup>！

至於同條第一項後段，其適用性更是有待商榷<sup>192</sup>。如前所述<sup>193</sup>，第九十二條既然是第七十二條的特別規定，何以吾人不能循此邏輯稱前者也排除同屬保護善良風俗的第一八四條第一項後段的適用？第九十二條的立法既然旨在賦予表意人選擇撤銷與否的自由，則在錯過除斥期間之後，即——自立法者的立場看——表示其放棄撤銷之機會，再賦予侵權行為請求權不是形同讓其「敗部復活」嗎？在筆者看來，此一問題亦無法以第七十二條與第一八四條第一項後段的規範目的有別來含糊帶過。這是因為後一類型的侵權行為一旦成立，則在大多數情況，被害人能夠求償的範圍與因適用第七十二條而導致意思表示無效的情況並無軒輊：被害人在前者的情況可以請求者為回復原狀（第二一三條以下）<sup>194</sup>，至於在因後者而無效

<sup>190</sup> 前述陸、二。

<sup>191</sup> 當然，如果民事判決是依據第92條而來，則此一問題就不會發生。

<sup>192</sup> 對於第1項後段所保護的客體究竟為權利與其他利益還是僅為權利以外之其他法益，學者之間存有不同見解。採取前者如王澤鑑，同註169，頁341；孫森焱，同註142，頁245，則主張後說。吾人如同意後一見解，則就詐欺或脅迫而言，前段與後段即無同時適用之可能。

<sup>193</sup> 見捌。

<sup>194</sup> 見王澤鑑，同註169，頁349。此外另見曾隆興，詳解損害賠償法，頁424-428，2011年4月，修訂3版。

時，加害人則依據第一一三條或第一七九條、第一八一條、第一八二條第二項為損害賠償，其結果亦然。

相較之下，第一八四條第一項前段應該是最為穩當的請求權基礎。儘管若干學者對此存有不同看法<sup>195</sup>，筆者仍然贊同王說的見解。有疑問的是，被侵害的到底是什麼權利？王認為應為第一九五條第一項所稱的「其他人格法益」，然而，主張同條的「自由」才是正解者亦有其人<sup>196</sup>。不過，這是無關實益價值的理論爭議。

無論是援引第一八四條的哪一部分，如果被害人已經履行債務，則一如在主張詐欺的情況，他在訴訟上當然也必須承擔舉證相關事實存在的責任。因此，儘管侵權行為請求權與撤銷權在理論上的確有所區別<sup>197</sup>，王與其他學者卻都未提到真正關鍵的舉證問題：這意味著訴訟最後很可能還是以原告敗訴收場——即使他在起訴狀上曾經多列了一個請求權基礎！就連動債爭議而論，被害人無法舉證詐欺事實者（幾乎所有的案例都是如此），侵權行為請求權的主張也確實就跟著同歸於盡。

很明顯地，王澤鑑與通說之所以肯定侵權行為請求權的競合，其背後的考量因素即是認為第九十二條與第九十三條對被害人的保護不夠。不過，對於被害人來說，不管是二年的消滅時效還是毋庸先行撤銷的利多，侵權行為請求權所提供的額外保護都微乎其微。既然如此，吾人即應思索突破既定思維窠臼之道，從而也不能迴避關於更為有利的第七十二條的討論。

<sup>195</sup> 孫森焱，同註142，頁223-224，就認為後段才是請求權基礎。史尚寬，同註44，頁396，則肯定第1項後段與第2項而不及第1項前段。

<sup>196</sup> 如鄭玉波、陳榮隆，民法債編總論，頁169-170，2010年3月，修訂2版。

<sup>197</sup> 見王澤鑑，同註180，頁211，尤其218-219。

## 拾、立法者應刪除第九十二條與第九十三條

綜上所述，為了真正保護作為被害人的表意人，就未來的修法方向而言（*de lege ferenda*），刪除第九十二條與第九十三條就是立法者應該戮力以赴的目標。

### 一、讓民法規定趨向「庶民化」

一旦這兩條規定被刪除了，除了被害人可以得到更多的保護之外，民法規定也能夠趨向「庶民化」方面的發展。

我國民法的行文風格可說是集抽象與艱澀之大全。這一來是因為繼受源頭的德國民法本身即是如此<sup>198</sup>；二來則是基於中國過去的立法與訴訟實務使用文言文的悠久傳統<sup>199</sup>。在這種背景下，不諳法律的受規人即使絞盡腦汁，也難以從第九十二條之中看出「有效但得撤銷」的玄機，從而很可能必須吞下「有效且不得撤銷」的苦果<sup>200</sup>。

<sup>198</sup> 對於一般德國人而言，其總則編的文字即屬抽象難懂；見 *Medicus*, aaO. (Fn. 1), Rz. 32; *Larenz/Wolf*, aaO. (Fn. 1), § 3 Rz. 86ff. 深入言之，這可以上溯德國民法在立法當時的爭議：批評者認為其內容是為法律專家而制定的「法律人法」（*Juristenrecht*）而非貼近民意的「人民之法」（*Volksrecht*）；見 *Reppen*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts – Eine Grundlage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, 2001, S. 1ff. 此外，*Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., 1996, S. 141ff. 亦稱德國民法是為其法律專家而制定，因此不僅一般國民，甚至外國法律人也未必能夠盡窺其奧。

<sup>199</sup> 蘇永欽，同註32，頁133-205，除了以量化的法社會學方法探討我國法院裁判書文字與社會疏離的關係之外，同時提出相當精闢的見解。在筆者看來，其立論也適用於包括民法在內的法律規定文字本身。

<sup>200</sup> 前述伍、四、(一)。

不容置疑地，法律專業化是現代法治國家的必走之路，因此，整體說來，法律文字自然也不可能達到對販夫走卒都淺顯易解的地步。「立法者應該思考如哲人但言語如農夫。」（*Der Gesetzgeber soll denken wie ein Philosoph, aber reden wie ein Bauer.*）法學家耶林（*Rudolf v. Jhering*）的這句名言終究只是陽春白雪而已。不過，只要吾人有心促成，至少在若干個別議題的處理上，法律規範依舊可以貼近法律受規人的正義感，讓庶民得以憑藉常識（*common sense*）就約略窺見法律的內容。透過這樣的「庶民化」立法，法律的實效性也必能獲得明顯的提升。借用資訊產業的術語，受規人就是*users*，作為遊戲規則的法律條文當然應該*user-friendly*。

根據前面的分析，第九十二條與第九十三條即是反其道而行的規定，其內容超乎正常人的想像力。一旦刪除之後，適用第七十二條的結果可以讓法律受規人不用翻閱六法全書也能多少推知法律的內容大要。從另一個角度看，這也就是說法律的規定應該儘量避免讓受規人產生無謂的「驚奇」。壞人用卑鄙手段讓我就範，法律當然就應該站在我這一邊，這是市井小民的看法。當法律規定即是讓相關法律行為歸於無效時，立法者就正確地回應了絕大多數法律受規人的期待。借用前述荷爾姆斯的話<sup>201</sup>來說，不僅專業律師，即使不諳法律的被害人也由此更加可能預測法院的判決結果。如此一來，至少一部分心懷不軌的壞人們或許也會在計畫詐欺或脅迫之前考慮再三了<sup>202</sup>。

---

<sup>201</sup> 見貳、二、(-)。

<sup>202</sup> 當然，筆者必須坦承，立法這一部分的問題雖然雖然解決了，判決結果的預測卻未必就能水到渠成。如後（拾貳）所述，法官在實際上會怎樣操作法律是一個大問題，其中尤其涉及人格操守。

## 二、第三人因此蒙受不利？

第三人的保護是民法的核心重點之一，因為這攸關交易安全。一旦立法者刪除了第九十二條與第九十三條，其結果會不會是厚被害人而薄第三人，從而撼動交易安全？

在現行法的架構下，詐欺或脅迫的被害人本來就可以在除斥期間內行使撤銷權，如果他們這麼做了，法律行為即歸於自始當然無效。此一情形與刪除前開條文而代以第七十二條的「新法」在適用結果上並無軒輊。反觀在被害人放棄行使撤銷權或錯過除斥期間之時，由於現行法讓法律行為自始有效，適用「新法」的結果（自始當然無效）在相較之下即會讓自加害人處取得相關利益的第三人陷入面臨被害人提起請求的處境。不過，如前所述<sup>203</sup>，第九十二條與第九十三條的立法終究旨在保護表意人（被害人）而非第三人，從而即使後者因為第七十二條的適用而蒙受不利，這也不是立法者應該關心的問題。事實上，由於我國民法已有善意保護的制度（第八〇一條、第九四八條與土地法第四十三條），被害人與加害人之間的法律行為雖因「新法」而無效，善意第三人的利益不會受到影響。至於惡意者，保護的必要性則明顯地不存在。總結說來，第三人的保護並不會成為刪除第九十二條與第九十三條的反對理由。

## 三、因被詐欺或脅迫而生的法律行為真的「在內容上」違反公序良俗嗎？

依照國內民法總則教科書的一致論述，第七十二條所規範者為法律行為的生效要件<sup>204</sup>之一，也就是內容（標的）的正當性<sup>205</sup>，

<sup>203</sup> 見參、二。

<sup>204</sup> 陳自強，契約之內容與消滅，頁62-64，2004年9月，對於通說所稱「生效要件」之用詞抱持不同見解。

反觀第九十二條所涉及者則是意思表示的瑕疵（不一致、不自由）。準此以觀，本文關於第七十二條可以取代第九十二條的說法似乎顯得不倫不類。其中的關鍵問題尤其在：因被詐欺或脅迫而成立的法律行為真的「在內容上」違反公序良俗嗎？

在筆者看來，主流之見恐怕是窄化了第七十二條的適用空間。蓋就法條文義而言，吾人無法看出第七十二條「僅僅」規範法律行為之內容。事實上，相關立法理由也未透露出此一訊息：「查民律草案第一百七十五條理由謂有背於公共秩序、善良風俗之行為，雖不為犯罪，然有使國民道德日趨卑下之弊，當然使其法律行為無效。此本條所由設也。」<sup>206</sup>相反地，由於詐欺與脅迫同屬敗壞國民道德的因素，其中所提及的「有使國民道德日趨卑下之弊」倒是佐證了本文觀點：本條也可以處理因被詐欺或脅迫而成立的法律行為。

通說當然有其理論依據。德國相關文獻同樣認為其民法第一三八條（類似我國第七十二條）所規範者為法律行為的內容而非當事人的舉止（*Verhalten*）<sup>207</sup>，我國學者（尤其通曉德文者）的見解應該即是由此而來。不過，筆者對於德國說法卻不以為然。如同法學界的諸多教義（教條）<sup>208</sup>一樣，相關學說所反映的只是一種觀點而非出自理所必然。前開條文彷彿就像是瓶子，只要言之成理，

<sup>205</sup> 見洪遜欣，同註43，頁336-343；史尚寬，同註44，頁299-312；林誠二，同註43，頁21-26。前揭（捌、二）最高法院60年臺上第584號判例似乎亦有此意涵：「民法第七十二條……，乃指法律行為本身有背於公序良俗之情形而言。」

<sup>206</sup> 出處同註42。史尚寬（前述參、二）亦有（詐欺與脅迫）「於風化亦有攸關」之說法。

<sup>207</sup> 見*Medicus*, aaO. (Fn. 1), Rz. 685ff.; *Larenz/Wolf*, aaO. (Fn. 1), § 41, Rz. 21ff.

<sup>208</sup> 本文所理解的教義或教條為中立用詞；見同註10。

吾人還是可以倒入不同的酒類。

從前述的特別法說<sup>209</sup>看來，德國通說又認為成立第一二三條（類似我國第九十二條）的案例也違反善良風俗<sup>210</sup>，這自然引發第一三八條所規範者是否僅僅止於法律行為的內容的質疑。再者，即使吾人以當事人的舉止為由從嚴解釋第一三八條的適用範圍不及於因被詐欺或脅迫而成立的法律行為，然而，不容忽略的是，此種行為在外觀上往往呈現出明顯不公平的情事。以詐欺為例，買受人在付出高額金錢之後所得者僅為品質低劣不堪之物品（例如自「金光黨」處拿到以一張真鈔覆蓋的白報紙）<sup>211</sup>，法律人可以說此一交易的外觀並無瑕疵，然而絕大多數非法律人的法律受規人（本文所強調的觀點）卻恐怕不會苟同。

事實上，德國文獻並非全數從嚴解釋第一三八條的適用範圍：不少學者承認法律行為本身在客觀上雖無問題，但是當事人的主觀動機不正卻會令其違反第一三八條<sup>212</sup>。這顯然是因為意識到「內容說」的內涵過窄所致，我國學者亦有採取同一論點者<sup>213</sup>。依據此說，不管乙向甲表示購入標之物之動機在進行詐欺買賣還是甲明知乙之不法動機卻仍決定出售，兩者之間的契約均因為違反善良風俗而無效，反觀乙後來詐欺第三人所作的法律行為則為「有效但得

<sup>209</sup> 見捌、三。

<sup>210</sup> 如同註174，德國民法第一三八條所保護者為善良風俗。

<sup>211</sup> 在極少數案例，詐欺或脅迫也可能導致買受人獲利的結果，相關討論見拾壹、二。

<sup>212</sup> 見*Medicus*, aaO. (Fn. 1), Rz. 688; *Larenz/Wolf*, aaO. (Fn. 1), § 41, Rz. 24ff.

<sup>213</sup> 見洪遜欣，同註43，頁341-342；史尙寬，同註44，頁306-307；陳洸岳，詐欺與得撤銷法律行為之承認，月旦法學雜誌，74期，頁12-13，2001年7月。不同意見如邱聰智，民法總則（上），頁624，2005年2月。

撤銷」<sup>214</sup>。然而在前者的情況，雙方各取所需，通常不會對外透露其中秘辛，從而契約無效的理論說法對其可能毫無意義，契約在實際上還是因為你情我願而有效。至於後者的情形，一方慘遭設計，立法者卻以實為「有效且不得撤銷」的「有效但得撤銷」規範迫其（在不知法或無從舉證之下）吞下黃蓮！兩者在實際上雖然往往都歸於有效，但是前者的關係是當事人「雙贏」；後者則是「零和」。從分配正義的角度看，後者其實更為不義。

不僅此也，動機不正可以導致法律行為無效的說法也將模糊德國民法第一三八條與第一二三條的分際。拉倫茲（Karl Larenz）與吳爾夫（Manfred Wolf）在「民法債編總論」一書的論述就足以說明此一問題：該書認為即使法律行為在內容上並不違反善良風俗，吾人仍應綜觀其「整體性格」（Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts），諸如內容、當事人之動機與目的等因素，如此方能正確判斷第一三八條是否被違反。因此，廉價出賣土地本身並無問題，但是某人利用相對人的年老、無經驗而使其同意出賣土地則為違反善良風俗<sup>215</sup>。然而，在如此的擴張性「內容說」<sup>216</sup>之下，第一二三條關於詐欺的部分究竟還有多大的適用空間就成了一個大問號<sup>217</sup>。

綜上所述，本文主張我國民法第七十二條所禁止的法律行為應該從寬解釋。不僅內容上違反公序良俗的法律行為無效，即一方當事人在動機或舉止上有此情形者亦然。現行德國與我國學說之所以一致從嚴解釋，理由其實出在為第九十二條與第九十三條（德國民

<sup>214</sup> 見陳泐岳，同前註，頁13。

<sup>215</sup> 見Larenz/Wolf, aaO. (Fn. 1), § 41, Rz. 24ff.

<sup>216</sup> 前述呂特斯與絲塔德勒關於女看護脅迫案例的見解（捌、三）可資為對比（儘管非涉詐欺）。

<sup>217</sup> 拉倫茲與吳爾夫的前揭書並未觸及此一問題。

法第一二三條與第一二四條) 爭取適用空間。立法者一旦刪除了此二條文，這樣的說法自然就失其意義。

#### 四、第八十八條至第九十一條的規定不應一併刪除

本文強烈質疑第九十二條與第九十三條的存在價值，吾人自然會連帶想起同樣也是由立法者依循「有效但得撤銷」模式處理的關於錯誤的規定，這些自第八十八條至第九十一條為止的四條條文是否應該一併刪除並代以適用第七十二條呢？

依照筆者的見解，諸條文仍然有其存在意義，吾人不該予以刪除。這是因為錯誤的發生並不會導致違反公序良俗，從而不能令其當然無效。再者，不同於在詐欺與脅迫的情況，此時的表意人確實比較有可能從相關法律行為之中獲得對等的利益或基於各種動機考慮而決定不行使撤銷權。最後的理由則是，如果以無效處理，其結果不僅不利於相對人，甚至可能因為由此產生的不確定性而影響交易安全。

當然，就實務上的發展來說，錯誤成立的舉證其實也極為不易。就連動債這種金融產品糾紛而論，原告方面往往也同時主張購買決定的作成出自錯誤，其中能夠勝訴者卻非常少見<sup>218</sup>。這是一個同樣值得深入探究的議題。儘管如此，前開四條條文仍以不動為宜。

### 拾壹、以第七十二條規範詐欺與脅迫的衍生問題

一旦立法者刪除了第九十二條與第九十三條，對於身為被害人

---

<sup>218</sup> 例外如前述由王丹萍自行處理的三案（同註40），其勝訴理由即均是錯誤成立。

的表意人來說，適用第七十二條的好處有如前述<sup>219</sup>，但是，這也會同時產生新的法律狀況（Rechtslage）。

### 一、如何克服被害人仍然必須舉證的難題？

由於詐欺或脅迫事實的存在有利於被害人（表意人），從而舉證責任仍然應歸其負擔（民事訴訟法第二七七條）。不過，在筆者看來，舉證責任的分配雖然並未因為第七十二條的適用而改變，最高法院的二十一年上字第二〇一二號與四十四年臺上字第七十五號等判例卻有待徹底的檢討。

最高法院的立場其實就是要求被害人必須近乎百分之百地舉證詐欺或脅迫之事實<sup>220</sup>。為了做到這一點，每個人在締結契約（尤其標的金額不低時）之初就必須在心態上將相對人當成「壞人」。所謂「防人之心不可無」，對於交易的當事人而言，這不是隨便說說而已。縱然對方是情感上或專業上為自己所高度信任之人，表意人都必須謹守「六親不認」的原則，自交涉之初即勤於蒐證（包括在締約之時讓第三人在場乃至進行秘密錄音等），即使契約關係已經結束，也不忘紀錄存證相對人的言行。這在理論上當然可行，正常之人卻很難達到此一境界！

相較於最高法院的立場，「庶民化」的見解毋寧應該是：被害人毋庸百分之百地證明所有被詐欺或被脅迫之事實之存在。只要其所證明的部分事實為真並足以使法官依據一般經驗法則相信原來的第九十二條所稱的詐欺或脅迫的確很可能存在，被告即應舉證其無此等情事，否則法院即以相關法律行為違反第七十二條而無效為其

---

<sup>219</sup> 見柒。

<sup>220</sup> 前述伍、三、(二)。

判決基礎<sup>221</sup>。特別是在當事人之間存在著強弱懸殊的情況時，諸如出現受過高等教育者與文盲或低等學歷者或是大企業與一般消費者等明顯對比時<sup>222</sup>，那麼身為弱者的被害人所應負的舉證責任就更應該予以減輕。以四十四年臺上字第七十五號判例<sup>223</sup>所涉案例事實為例，被上訴人只要舉證其為文盲，雙方之間所締結之舊約內容迥異於新約，則被指控為加害人的上訴人就有義務提出人證或物證表明其在締約之時並無詐欺或脅迫行徑。否則，法院即應以被上訴人（原告）之主張有理由而判決系爭契約無效。

如此的舉證責任分配方式會不會造成歧視強者或甚至鼓勵濫訴的結果？筆者認為不然，這首先是因為被害人仍然必須負擔一部分的舉證責任。再者，相較於弱者，強者本來就具備在事先分散風險的能力。就連動債爭議而論，若干地方與最高法院在代銷銀行究竟有無盡到善良管理人的注意義務的爭點上<sup>224</sup>即採取此種舉證責任的分配方式。典型的例子是臺北地方法院民事簡易判決（九十九年度北金簡字第四七號），其中稱：「(四)查經營大師風險預告書及申購指示書末頁固然載明：『本人經受託人指派專人解說後，已閱讀產品說明及風險預告書並充分明瞭投資標的之交易特性及風險，願簽章並確同意接受所有交易條件及承擔一切投資風險』」（影本見本院卷(二)第92頁）。惟該等文件屬於定型化契約記載格式，文字均屬明顯細小且排列緊密，並夾雜英文，非有充分時間予以逐條多次

<sup>221</sup> 早期學者中亦有稱此為「舉證責任之轉換」者；見姚瑞光，同註40，頁487。

<sup>222</sup> 在大企業對一般消費者的情況，筆者認為即使後者為受有高等教育之人，其舉證責任也應該予以減輕。這是因為前者的詐欺「道行」高超，除非後者也是同行專家，否則根本不足以與之匹敵；另見前述伍、三、(四)。

<sup>223</sup> 見伍、三、(二)。

<sup>224</sup> 如前(伍、四)所述，法院對於投資人的詐欺主張幾乎都認定其不成立。關於善良管理人的注意義務的討論另見後述拾貳、二。

仔細閱讀，實難立即得以知悉重要內容，極易使投資人誤認投資系爭連動債券，只會獲利，毫無風險，輕率作成投資決定。縱使原告確實有在該文件上用印或授權被告黃麗敏用印，仍不足以證明被告板信銀行之履行輔助人即被告黃麗敏確有為充分說明系爭連動債不保本之性質及風險屬性，亦不足證原告有詳細閱讀上開文件內容，或原告因被告之說明而了解系爭連動債券並不保本之特性。故本院自不能僅以上開記載文字，即遽認被告已盡告知及說明義務。」相反地，最高法院一〇〇年度臺上字第九三三號判決則反映了實務界的主流立場：「再者上訴人就其所購買之商品本應有所認識，難以其工作繁忙等理由，將注意義務完全歸責於商品出賣人負擔。況銷售人員是否應具備相當之專業能力，與上訴人能否瞭解其所購買之商品無必然關係，而系爭連動債為利率連動，亦經陳美玲稱已告知連動對象為美國利率，且依上訴人主張台新銀行製作之情境分析，亦足使上訴人明瞭系爭連動債之連動標的為何及報酬計算情形。以上訴人大學畢業，目前從事鞋業之商業活動等學經歷觀之，實難認其認知能力係低於一般大眾而無法明白中、英文說明書之意涵。甚且上訴人自九十四年間起即投資相關金融商品，若上訴人確不明瞭其所投資之相關金融商品內容，自得向被上訴人諮詢，不得以陳美玲未說明連動債之架構，指摘被上訴人未盡詳實說明之義務。」舉證責任一輕一重之間，當事人的勝敗大勢也於焉底定。

筆者所主張的作法其實正是民事訴訟法第二二二條第一項本文所稱的自由心證：「法院為判決時，應斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證判斷事實之真偽。」這是因為呈現於法庭之上的證據對於事實的證明程度強弱有異，從而究竟應該如何取捨，就只能端視直接審理的法官逐一檢視判斷。如此形成的心證才可以作

為判決的依據<sup>225</sup>。既然如此，本文又為何在此大作文章呢？依據筆者就連動債爭議所作的觀察，法官之中有此意識者為數極少，多數都遵循前開判例從嚴要求被害人舉證<sup>226</sup>，這造成勝負結果強烈地受到運氣因素左右的現象。某些法官在這方面的認知比較強，所以被害人就走運了。相反地，碰到的是其他的法官，則敗訴的噩耗即隨之而至。因為最高法院是後一陣營的堅強捍衛者，所以縱使在下級法院走運者最後還是極可能功虧一簣（除非該案有幸不得上訴於最高法院）<sup>227</sup>。迄今為止，關於連動債的各級法院裁判已經累積至數百則<sup>228</sup>。吾人如能全面加以檢視，應該就可以得知本文所言不誣。

## 二、如果表意人無意改變現狀呢？

如前所述<sup>229</sup>，在第九十二條與第九十三條的架構下，表意人在理論上可以基於其個人考慮（例如不願破壞其與詐欺人或脅迫人之私人關係或是所獲得的竟是真錶）而選擇不撤銷的決定。這樣的情況必然非常少見，但並非絕無可能。一旦它真的出現了，適用第七十二條的「新法」不是就剝奪了表意人不行使撤銷權的自由嗎？

<sup>225</sup> 關於自由心證與舉證責任分配的論述見姚瑞光，同註40，頁360-361。

<sup>226</sup> 眾所周知，判例在我國扮演重要的角色，法院實務甚至往往將其要旨目為法律；相關論述見黃朝義，最高法院統一法律見解機能，司法周刊，1632期，版2至版增2，2013年2月7日。楊仁壽，同註23，頁382，雖稱：「援用『判例』時，苟將『事實』棄之不顧，又何能援用？其之不妥，不待智者而後知也。」然而，擁有豐富經驗的他（包括擔任過最高法院院長）應該很清楚：實務上的「智者」恐怕非常罕見！

<sup>227</sup> 這是典型的法社會學研究課題。

<sup>228</sup> 根據司法院法學資料檢索系統的統計，僅臺北地方法院的裁判為數即已達二百餘則。

<sup>229</sup> 見參、二與肆、二。

依照筆者的見解，此一問題其實極易解決：表意人如果願意保持現狀，也就是默認在被詐欺或脅迫之後對相對人作出給付與（或）受領對待給付的既成事實，那麼就不要主張無效與行使相關請求權<sup>230</sup>。事實上，許多在法律上理應無效的法律行為就是因為當事人的不出面向相對人主張其無效而得以維持實際上形同有效的現狀，例如第七十五條的規定並未在實際生活上禁絕未成年人的經濟活動<sup>231</sup>。自法理而言，適用第七十二條的結果就是債權行為與物權行為盡皆無效<sup>232</sup>，從而被詐欺或被脅迫的表意人自加害人處所取得者僅為標的物（例如前面提到的金錶）的占有而非所有權。但是，從法社會學的角度看，法律的規範性與實效性之間存有落差本來司空見慣，只要情形並不嚴重，吾人即毋庸過分在意。

### 三、如果第三人出而主張無效呢？

相關法律行為既然無效，就此有利害關係的第三人（例如被害人或加害人的債權人）自然也可以出而如此主張<sup>233</sup>。這意味著在被害人有意保有標的物的情況（不管是出自願意忍氣吞聲還是該物的價值出乎意外地高昂），第三人這個程咬金都可以半路殺出。相較於適用第九十二條與第九十三條的情況，被害人在此時就無法掌

<sup>230</sup> 無效在法理上固然為當然無效與自始無效，但是當事人為使已經交付之物品或金錢能夠回歸自己，卻必須向相對人作出主張（請求），其中往往包括起訴（前述伍、三、（一））。否則，後者不會放棄既得利益。

<sup>231</sup> 六歲小孩獨自至超商購買零嘴，父母通常不會在事後以其無行為能力而向店長主張無效。相關討論另見施啟揚，同註80，頁213-214。

<sup>232</sup> 物權行為的完成時間通常緊接在先前的債權行為之後，被害人（表意人）此時仍處在被詐欺或被脅迫的狀態之中。

<sup>233</sup> 前面（拾、二）所提到的第三人指的是因為加害人與被害人的法律行為而獲利的第三人，此處則是討論蒙受不利的第三人。

控事件的發展。

然而，這只是理論而已，實際上的情況很可能全然迥異：如前所述<sup>234</sup>，身為當事人的被害人都會為了舉證而疲於奔命了，很可能並未在詐欺或脅迫現場的第三人又如何善盡這樣的責任呢？後者當然可以拿前者的證詞作為人證，然而，在證人毫無意願配合的情況下，傳訊被害人的作法還是難以導出有利於第三人的結果。

退一步言，即使第三人真的勝訴了，吾人也不該因噎廢食，由於執迷於理論的周延性而全盤否定第七十二條的適用價值。

#### 四、如果加害人竟然主張無效呢？

同樣也是理論上可能，但是實際上很難發生的另一個問題是：加害人如果竟然主張無效呢？

一旦這種情形出現，必然就是由於加害人方面有了「偷雞不著蝕把米」的罕見狀況。被害人如果願意返還所獲利益（例如帕弗洛夫斯基所舉例的金錶）則已，否則，在不願讓步的情況，加害人自然可能出此計策。就法理而言，雙方的契約既然無效，則加害人當然就如同被害人一樣，有權作此主張並請求後者返還其所領之利益。然而，由於第一八〇條第四款本文的規定<sup>235</sup>，加害人並無不當得利返還請求權<sup>236</sup>。至於第一一三條與第七六七條，則有詳細

<sup>234</sup> 見伍、三。

<sup>235</sup> 關於該款所稱「不法之原因」，學說上容有不同看法，不過，其中包含違反公序良俗則為不爭之事。就此見王澤鑑，不當得利，頁147-179，2003年2月；孫森焱，同註142，頁173。

<sup>236</sup> 最高法院56年臺上字第2232號判例即是採此見解：「為行使基於侵權行為之損害賠償請求權，有主張自己不法之情事時，例如擬用金錢力量，使考試院舉行之考試發生不正確之結果，而受他人詐欺者，是其為此不法之目的所支出之金錢，則應適用民法第一百八十四條第四款前段之規定，認為不得請求賠償。」唯主張詐欺不屬於「不法之原因」者亦有其人，例如王澤鑑，同前

討論的餘地。

以第一一三條而言，就詐欺部分，被害人當然不可能於行為當時即知或可得而知該法律行為無效，所以本條不適用。反觀在脅迫部分，被害人則對此了然於胸，從而加害人即得主張本條之權利。就第七六七條而論，無效之法律行為包括債權行為與物權行為，從而加害人即回復其所有人之地位，理應可以主張所有物返還請求權。

以上是就法條文義所作的分析，然而，在雙方存有爭執之時，加害人很可能最終還是必須循訴訟一途才能主張權利<sup>237</sup>。為了勝訴起見，此時身為原告的就必須承擔舉證責任，也就是證明自己曾有詐欺或脅迫行為，這卻將令其蒙受刑事追溯的風險。因此，只要心智正常，加害人通常不至於會「自曝其短」，作出相關法律行為因為違反第七十二條而無效的主張<sup>238</sup>。

## 拾貳、筆者的連動債訴訟的判決結果

因為標的金額之故，筆者的連動債訴訟共歷兩審級即告定讞<sup>239</sup>。遺憾的是，兩次都以敗訴告終，原因出在法院不相信其舉證。基於篇幅所限，此處僅擷取其中數點略作分析（包括強調細節的關鍵性<sup>240</sup>）。

---

註，頁149。他一方面認為詐欺屬於第一八四條第一項後段（「故意以背於善良風俗之方法加損害於他人」）之情形（前述玖、一），另一方面卻又主張基於被詐欺而為之法律行為所作之給付不應適用第180條第4款。

<sup>237</sup> 當然亦有可能透過黑道達成其目的，因為加害人本身即是道上兄弟。不過，這不是本文應該處理的問題。

<sup>238</sup> 諸如前註236所載最高法院判例所涉及的案例事實應該極為罕見。

<sup>239</sup> 筆者其後又提起再審與多次準再審之訴，相關討論將另外為文處理之。

<sup>240</sup> 延續「魔鬼就躲在細節裡」的思維；見前述伍、三、四、1。

## 一、第一審以敗訴告終：臺北地方法院一〇〇年度訴字第二二〇六號判決

儘管起訴狀關於舉證的內容極夥<sup>241</sup>，但是由於無法預見法院將如何判斷，筆者從而就舉證可能被採信的程度，分別主張系爭產品的代銷違反公序良俗、被告與（或）發行機構詐欺、原告陷於錯誤以及被告違反善良管理人之注意義務等相互獨立的四大類請求權。哪一類成立其實並不重要，反正都是勝訴。然而，如果法院認定違反公序良俗的情事成立，當然無效的結果也會在判決定讞之後讓所有的被害人——包括不知及時行使撤銷權者——「雨露均霑」。這也是本文之所以主張第七十二條應該取代第九十二條的靈感源頭。

筆者的舉證極為具體，由於預見被告可能刻意規避，隨後陸續出爐的諸準備書狀甚至一再匯整攻擊重點。按理說來，被告既然是專業金融機構，自然可以集全部團隊（信託部與法務部等）之力破解原告的論證，諸如指出數據圖表不正確、推理前後矛盾乃至宣稱並未從代銷之中獲得鉅額利潤等。然而，被告延請的資深律師石宜琳卻一方面堅持不作反擊，很早就任在答辯狀中稱起訴狀之相關內容「有請自留敝帚享之千金」，意在表明不屑回應；另一方面又空泛地稱原告並未舉證云云。他造既然豎起免戰牌，筆者只好聲請法院命其提出一份會議紀錄。此一證物可以證明被告是否——如同原告所主張者——早已預知投資人很可能將陷入嚴重虧損的地步，卻執意不及時透露，因為代銷銀行的豐厚利潤正是建築在後者的不幸之上<sup>242</sup>。純就理論而言，如果被告提出了，文件內容也可能反證筆者所言不實。對於受命法官鄭昱仁命其提出的裁定，被告的回應竟

<sup>241</sup> 見前述伍、三、(三)。

<sup>242</sup> 前述伍、三、(四)、1。

是置諸不理<sup>243</sup>。按照經驗法則，道理當然出在提出對其不利。按照民事訴訟法第三四五條的規定，法院在這種情況下「得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實。」臺北地院後來作出的判決卻對於被告不從以及其法律效果毫無片語隻字的提及。從玉山勝訴的結果看來，這裡出現一個非常詭異的局面：被告如果認為提出某一書證必然對其不利，那麼不理會法院裁定反而會讓他轉危為安，前開規定因此也形同具文！

至於玉山銀行遵從受命法官之命而提出的另一份文件則清楚顯示發行機構對於系爭產品的設計為無「閉鎖期」，這與投資人從被告處所拿到的DM（中文產品說明書）上面稱「本債券不開放中途贖回」迥然互異。按系爭產品的發行期間為自二〇〇七年十月三十日至二〇〇八年十一月三日，如果DM的說法才是正論，那麼雙方當事人在持續整整一年的產品發行期間之內都不得提前終止契約關係。然而，被告卻又在二〇〇八年八月二十七日透過楊馥嘉理專以電子郵件稱虧損已達48%（含配息在內）而建議投資人提前贖回，這意味著被告自己根本就不把DM當一回事<sup>244</sup>。除了DM的資訊提供涉及詐欺之外，被告也無法解釋何以——既然隨時都能提前贖回——它不在更早之前的二〇〇七年十一月十二日至二〇〇八年一月十七日之間及時通知投資人提前贖回<sup>245</sup>？無論筆者如何在諸準備書狀之中指出無「閉鎖期」的事實，地院判決還是只願引用DM

<sup>243</sup> 見前述伍、三、(三)。

<sup>244</sup> 虧損48%所意味的就是發行機構獲利48%（代銷銀行應該也是見者有份）。當時建議投資人提前贖回其實是一舉兩得的作法：除了好處確定落袋之外，也讓不知情的投資人以為銀行仁至義盡。事實上，楊理專的通知目的正是在建議投資人購買其他連動債，所以她與被告又能從中獲利（佣金與業績等）。

<sup>245</sup> 後述拾貳、二。

的說法，全然不提對被告不利的那份文件<sup>246</sup>。

監察院曾經針對連動債爭議作出糾正案文<sup>247</sup>，筆者自然以此佐證系爭產品的銷售不是合法行為。遺憾的是，在被告不曾對此作出反駁的背景之下，地院還是自己想出理由回敬原告，將糾正案文的意義輕描淡寫<sup>248</sup>。至於傳訊三名證人的部分<sup>249</sup>，其證詞共計三十頁，判決所引用的不過兩名理專有利於被告的筆錄（一頁左右的篇幅）<sup>250</sup>。證人都是受僱人，依據經驗法則，很難想像證詞會全數公正<sup>251</sup>。筆者一再指出此點，法官卻顯然另有高見。事實上，傳訊證人的聲請過程並不順遂，被告尤其極力抗拒<sup>252</sup>。如今法院的判決讓兩造都跌破了眼鏡：原告自作聰明，結果賠了夫人（包括證人旅費）又折兵；被告則是小題大作，其實早該老神在在！

綜觀判決全文，筆者的所有論點都被駁回了，包括其對於詐欺與錯誤等法律概念的基本認識都在法官眼中顯得不如一年級法律系學生。如此看來，這樣的法學博士兼教授就是浪得虛名！然而，在另一方面，法官卻又似乎認定具備如此身分之人必屬天縱英明，從而據此深信其在申購之時即對於連動債的所有風險瞭然於胸<sup>253</sup>。筆者一再指出其既未曾買過股票，亦非擁有特異神能之人，法官還是執意承襲被告的說法，以此為不利於原告的理由之一。這樣的思

246 見判決之「事實及理由」之貳、四、(三)、2、(3)。

247 見前述伍、三、(四)、1。

248 見判決之「事實及理由」之貳、四、(一)、3。

249 前述伍、三、(三)。

250 見判決之「事實及理由」之四、(二)、1、(2)與(3)以及貳、四、(三)、2、(3)。

251 前述伍、三、(三)。

252 見前述伍、三、(三)。

253 見判決之「事實及理由」之貳、四、(二)、1、(4)。

維無異自始即排除高學歷的被害人主張第九十二條的可能性<sup>254</sup>。

比對判決的內容，十次準備庭幾乎形同白開，言詞辯論庭也不例外。理論上這是重頭戲，合議庭法官全部出席了<sup>255</sup>，但是稍有實務經驗之人都知道它往往只是虛應故事而已。同一個法庭在一天內所進行的言詞辯論多達十幾場，每場十五分鐘，能辯論出什麼呢？唯一發問的審判長許純芳其實只處理了一個問題：你說曾經撤銷意思表示，證據在哪裡？筆者當即指出卷宗所附的存證信函。系爭申購契約締結在二〇〇七年十月四日，該信函則在次年九月二十五日寄出，裡面表明依據第九十二條行使撤銷權。被告律師則回以一年除斥期間已經超過云云<sup>256</sup>。這是有利於原告的提問，筆者在當時自是滿心歡喜。然而，判決出來之後，其中竟然完全不提這次辯論。法院的邏輯很清楚：人家又沒有詐欺，你撤銷什麼呢？筆者的困惑是：審判長在開庭之前到底有無看過卷宗呢？既然對於詐欺的舉證有意見，為何不能依據民事訴訟法第一九九條第二項關於闡明權的規定讓原告就疑點作最後的澄清，法官也順便聽聽始終不屑具體回應的被告如何答辯<sup>257</sup>？事後看來，審判長的提問僅是虛晃一招而已，合理的質疑是法官們早已作出心證！

包括本件在內，鄭昱仁（推測即是判決書的撰寫人）曾經參與

<sup>254</sup> 前面（拾貳、一）主張受過高等教育者在舉證責任分配上應該負擔較重，指的是其為加害人的情況。

<sup>255</sup> 本案的標的金額不高，為什麼會以合議庭審理，一位資深律師朋友也說不解。根據司法院法學資料檢索系統的查詢結果，鄭昱仁參與過的裁判近千則，所以顯然不是因為資淺之故才如此審理。

<sup>256</sup> 這是被告自始就提出的防禦方式，儘管筆者一再提醒一年有365天，對造仍然不改其說辭。

<sup>257</sup> 言詞辯論乃至合議庭的意義究竟何在，這是吾人應該認真思考的大問題。

過三件連動債訴訟的審理，結果都以投資人敗訴收場<sup>258</sup>。相反地，同樣也是臺北地院的法官趙子榮所經手的三件訴訟<sup>259</sup>則在結果上迥然相左。從法社會學的觀點來說，這似乎意味著——至少在某些案件的審理上——法官個人而非個案情況才是左右判決勝負的決定性因素<sup>260</sup>。

## 二、第二審再度蒙受失利：臺灣高等法院一〇二年度上易字第六八五號判決

筆者的上訴狀長達四十餘頁，其中重點為具體地指摘臺北地院的判決何處嚴重違反辯論主義<sup>261</sup>。另一方面，筆者也指出其在大多數書狀中都強調玉山銀行的楊理專在二〇〇七年十二月十八日所發出一份電子郵件為關鍵證據，原審對此以及作為請求權基礎的第二三四條卻完全漠視不理。

起訴之後不久，隨著對於同類爭議的持續觀察，筆者意識到我國法官可能存有不願事情鬧大的心態<sup>262</sup>，要說服其接受第七十二條、第九十二條或第八十八條都極為不易<sup>263</sup>。就已知的判決而論，投資人能夠勝訴者幾乎都是因為法院認定代銷銀行（尤其個別理專）未盡善良管理人之注意義務。因此，筆者繼續在第二審集中

<sup>258</sup> 另外兩件為臺北地院99年訴字第3023號與101年訴字第2617號判決。

<sup>259</sup> 見同院99年重訴字第133號、99年重訴字第1074號與99年金字第25號等三則判決。從兩則裁定（99年金字第25號與100年訴字第1202號）之中可以約略看出趙的查案態度。

<sup>260</sup> 這是一個無法三言兩語回答的議題，請容筆者另外為文處理之。

<sup>261</sup> 另見後述拾貳、三。

<sup>262</sup> 見前述伍、三、(四)、3。

<sup>263</sup> 這些都是通案的救濟，判決結果可能也會讓其他起訴的被害人比照受惠；見前述伍、三、(四)、3。

火力於這份主旨為「次貸衝擊 蘇富比股價低旋」的郵件上，其中謂蘇富比因為只剩6.36%就跌破下檔保護空間而「比較令人擔心」<sup>264</sup>，「但還請各位放心，每日價格的波動我們都會觀察，必要時一定在第一時間通知您！！！」（三個驚嘆號為原文）然而，它並未透露的是，蘇富比在一個多月之前的二〇〇七年十一月十二日已經逼近跌破邊緣（僅剩0.16%）了，單單同月八日的一日跌幅即達28%（開盤之後即幾乎暴跌如此幅度），甚至該日與次日的盤中最低點都已經跌破了（系爭產品的運作規則取決於收盤價）。這都是筆者後來透過自行摸索彭博網站才找出的真相<sup>265</sup>。蘇富比在該郵件寄出之後雖然曾經短暫小幅上揚，但是基本走勢就是江河日下。儘管如此，楊理專卻未曾在「第一時間」作出任何告急通知。直到蘇富比終於在二〇〇八年一月十七日跌破之後，玉山銀行信託部才通知這一惡耗。筆者的攻擊重點自始即在：二〇〇七年十一月十二日至二〇〇八年一月十七日之間長達兩個多月，用來通知提前贖回綽綽有餘。由於系爭產品並無「閉鎖期」<sup>266</sup>，因此如果被上訴人在這段時間內通知提前贖回，聽話的投資人就可以全身而退。被上訴人必然清楚該股票的每日走勢（筆者為此提出不少證據，玉山銀行則毫無任何回應），為何竟坐視其終於跌破以致投資人損失不貲？前開郵件應該是總行轉請各分行理專寄送各投資人者，它在跌破之前毫無動靜的情事構成了善良管理人注意義務的違反。即或不然，擅自發送郵件<sup>267</sup>的楊理專是使用者，她不曾及時通知的作法

<sup>264</sup> 系爭產品的連結標的共有四檔，「比較」是相較於其他三檔而言。

<sup>265</sup> 見同註106。

<sup>266</sup> 前述拾貳、一。

<sup>267</sup> 楊在作證時如此堅持。筆者對此則是高度質疑，因為從郵件的內容看來，一名同時銷售數十檔金融產品的資淺理專不可能每日觀察所有標的走勢並發出郵件告知細節。不過，由於偽證罪的舉證極為不易（參見前註98），儘管筆

也讓被告必須依據第二二四條為履行輔助人之過失負責。

究其實，即使沒有這份郵件的存在，玉山銀行還是違反了善良管理人的注意義務。筆者在起訴狀中用了將近二十頁的篇幅來論證系爭產品的購買者必須如同真正的股票玩家一樣密切觀察「連結標的」走勢，如此才能透過提前贖回<sup>268</sup>在跌破下檔保護空間之前及時脫身。然而，該銀行卻不曾作過相關提醒<sup>269</sup>，在筆者看來，原因當然出在投資人不虧則發行機構不賺的邏輯。這份郵件只是佐證之一，但也是最直接的物證。如果法院予以採信的話，筆者的勝訴就很可能鼓舞為數當在數百人以上其他系爭產品投資人（都收過楊理專的郵件）起而競相效尤。這類產品的銷售金額至少都有新臺幣數億元<sup>270</sup>，從而接踵而來的興訟會讓被上訴人支付鉅額的賠償。既然茲事體大<sup>271</sup>，玉山銀行理應在訴訟之初就戮力反駁筆者所有關於這一郵件的論證。令人訝異的是，無論在第一審還是第二審，儘管筆者在絕大多數的書狀與口頭陳述中都賡續主打郵件這一張牌，對造竟然不曾作出任何回應。僅有的一次例外發生在高等法院第三次準備庭上，由於受命法官管靜怡的訊問，被上訴人的律師始首次被迫對郵件作出回應，稱其為楊的「個人服務個案」，並謂系爭契約於締結之後即告消滅，從而根本無履行輔助人之過失與違反善良管理人注意義務之可言，筆者對此則駁以楊不曾於作證時言及「個人服務個案」與系爭契約為持續一年的繼續性契約<sup>272</sup>。如

---

者多次指出此點，兩審法官都置諸不理。

<sup>268</sup> 姑且不論被告故意誤導「本債券不開放中途贖回」一點（前述拾貳、一）。

<sup>269</sup> 前述伍、三、(四)、1。

<sup>270</sup> 例如「平價奢華」（同註107）根據媒體報導就賣了新臺幣12.28億元。

<sup>271</sup> 從每次開庭都派職員旁聽一事之中，可以看出玉山銀行高層很清楚本件的重要性。

<sup>272</sup> 投資人與代銷銀行之間所締結者為「特定金錢信託契約」（同註34），可見

今第二審判決卻全然不提這段辯論，代之而出現的是列舉五個理由（足足一頁）<sup>273</sup>駁斥上訴人的主張。這顯示出法院很清楚非提出充分理由不足以否定該郵件的重要性。然而，這五個論點全都是高院（推測即是管靜怡）自己構思而來，不僅被上訴人在長達三年的時間內不曾提出，受命法官也未在準備庭上要求上訴人回應其中任何一點。僅以第四個理由而論，判決謂：「且於蘇富比公司股價跌破下檔保護前約1個月之96年12月18日工商時報仍於報導中說明蘇富比公司股價雖與年中高點相較，仍屬低點，但其當年秋拍市場先冷後熱，拍賣價格屢創成交高價紀錄，遠超過原本樂觀預估之拍賣價格，讓原本看衰的評論改變先前當代藝術市場已經高估的看法，將帶動其股價先跌後漲等語，有該報導附於楊馥嘉同日寄送電子郵件存卷可按。」<sup>274</sup>這是一個令筆者始終百思不得其解的說法。工商時報的報導被楊理專放在郵件的附錄之中，她的本文對於蘇富比散發不出一絲樂觀氣息，何以法官竟然會為標的金額不高而卷宗份量又頗厚的案件「明察秋毫」到這個地步？事實上，即使楊在作證時也不曾針對筆者的相關提問以此來為自己開脫。該報導所講的其實是前述的短暫小幅上揚現象，相較於期初評價日的超高收盤價（這是判斷產品「績效」與是否跌破下檔保護空間的計算分母<sup>275</sup>），蘇富比的當時走勢明顯地岌岌可危（筆者就此找出相關走勢圖附在起訴狀後）。國際重要財經媒體早在十一月中的那次暴跌（導火線為梵谷的遺作「麥田」拍賣流標）之後就一致認定這家拍賣公司的前景不佳（剪報同樣見諸起訴狀後），其後確實也如此發

---

被上訴人信口雌黃。否則，信託法第二十二條關於受託人必須盡善良管理人之注意義務的規定就是具文了。

<sup>273</sup> 見判決之「事實及理由」之四、(四)。

<sup>274</sup> 同前註。

<sup>275</sup> 前述伍、三、(四)、1。

展。楊理專應該也是因此才在郵件本文中稱蘇富比的情況「比較令人擔心」。如果楊的解讀有誤，玉山銀行好歹總可以集全銀行之智慧撥亂反正（包括突出那篇報導的角色）才是！如今承審法官卻形同認定楊的郵件本文毫無價值，甚至似乎相信玉山銀行的金融專業能力也瞠乎其後<sup>276</sup>！

同樣也是高院自行構思出來的敗訴理由是筆者拒絕楊理專在二〇〇八年八月二十七日的贖回建議：「況上訴人自承楊馥嘉嗣於97年8月27日建議伊贖回含系爭連動債在內3檔連動債商品，伊認為另2檔商意品並無虧損願贖回，系爭連動債則有嚴重虧損，經過研究之後，決定不贖回等語（見本院卷第97頁），可知即使系爭連動債已經跌破下檔保護，甚至於贖回參考報價自本金的42.7%跌至到期時本金之13.4982%，上訴人仍無意贖回，則上訴人所受僅取回部分本金之損失，自難認與被上訴人未提前告知系爭連動債即將跌破下檔，或與被上訴人先前不開放提前贖回，迄97年8月27日方開放提前贖回等節間具備相當因果關係。」<sup>277</sup>系爭產品在當時已經因為蘇富比在七個多月前跌破下檔保護空間與持續下跌而導致投資人的本金虧損過半。楊在該郵件中建議提前贖回，等到筆者北上至中山分行後，她就遊說將贖回的本金轉換（買）其他連動債，這很明顯地是出自業績上的考慮（應該可以從中獲得佣金等利益）。筆者原來不疑有它，只當是善意，於是在會面時表示同意，但是因為忘記攜帶印章而無法完成轉換手續。此後的幾天內，筆者越想越不對，從網路上得知被害人對同類產品的質疑，當時的抗爭活動也正

<sup>276</sup> 受命法官有這樣的自信倒還不是最大的問題。她如果在準備庭上透露了這一（早已）隱藏在其心中的「關鍵證據」，筆者必然可以作出回應。但是，如此一來，該證據「見光死」的風險也會冒出，在判決中援引的價值可能根本不存。

<sup>277</sup> 見判決之「事實及理由」之四、(四)。

方興未艾。筆者於是請楊轉換性質截然不同的兩檔其他產品（也就是「另2檔商品」），同時寄發一份存證信函給玉山董事長，譴責其銷售黑心產品。後者指派一名副理，表明願意協調。筆者不願得理不饒人，在協調會上表示只要轉換股票就好（當時根本不知道系爭產品的發行機構並未將募集資金投資在「連結標的」上），該副理一口答應。幾週過後，楊與副理卻改口稱只能提前贖回，謂轉換股票有困難（但是未承認就是因為沒真正投資之故）。對方既然食言而肥，筆者只有訴諸法院。這段原委見諸起訴狀，被上訴人從未予以否認。受命法官於第二次準備庭上問起該「另2檔商品」最後如何處理，這是筆者自始就主動詳細交代的事實，目的在預防對造以其投資經驗豐富為由反駁。法官既然又問了，筆者自然重申早已不斷以書狀詳細論證的說法，指出它們屬於百分之百保本型，在性質上迥然不同（玉山銀行方面不曾具體地反駁筆者的詳細分析），其之所以不願提前贖回系爭產品，不是因為不甘虧損而是後者的性質涉及詐欺。為了強調這一點，筆者還前後多次指出其向玉山銀行購買十餘檔共同基金，儘管損失嚴重亦不曾抱怨，蓋因知悉此等產品的運作規則合理。然而，高院還是斷章取義，在判決中以對造都未提出的論證來反擊筆者不願提前贖回這部分。事實上，很明顯地，如果筆者當初真的同意楊的建議，這在事後必然會被解釋為與玉山合意變更契約內容（形同和解），如此則關於詐欺等主張將更加難以受到法院的認同。按照管靜怡等法官的邏輯，只要詐欺人（不僅本案而已！）提議和解，被害人就必須接受，這是筆者從這次訴訟中見識到的新法理！

臺灣高等法院的準備庭總共進行三次。筆者在開庭前後撰寫了合計六份共計近百頁的準備書狀。反觀被上訴人則除了並未針對上訴人關於原審違反辯論主義的指摘予以回應的答辯狀以及受命法官命其提出的一份陳報狀之外，無論筆者如何攻擊防禦（包括要求其

進一步說明陳報狀所附的所謂銷售法源），就是完全不作任何書面補強。為了因應這樣的局面，筆者自第一次準備庭前起即以準備書狀向法院聲請命被上訴人提出其在第一審不願提出的會議紀錄<sup>278</sup>，同時又將聲請範圍擴大及於兩份書證：關於發行機構美林是否將自投資人處募集所得資金投資於「連結標的」之上以及被上訴人自代銷系爭商品中所能獲得之利潤究竟為數多寡的文件。為了澄清信託部經理在第一審有無偽證情事<sup>279</sup>，筆者也同時聲請傳訊被上訴人的財富管理事業處行銷企劃部經理。受命法官在第二次準備庭上對上訴人的口頭聲請回稱：「請再以書狀補強聲請理由。」筆者於是再次於準備書狀之中用整整四頁的篇幅進行補強。到了第三次準備庭，受命法官在開庭半小時後即宣布準備程序結束並訂出言詞辯論日期。筆者趕緊詢問她對於相關聲請的處置，得到的答覆卻是：「可是玉山銀行不肯啊！」筆者雖非訴訟法專家，但是很清楚這樣的說法無異閹割民事訴訟法第三四二條。由於欠缺經驗，筆者接著又問：「言詞辯論時可以再聲請嗎？」「你可以試試看啊！」（以上所有對話均未載入筆錄）後來的發展當然是不行，審判長僅允許筆錄記明上訴人所稱被上訴人不願提出的事實。判決書在最後雖然交代了之所以不命提出與傳訊的理由<sup>280</sup>，這卻不是管靜怡的原始說法。

如同第一審，所謂的言詞辯論也僅是形式敷衍而已<sup>281</sup>。筆者在開庭前六日提出辯論意旨狀的正、繕本，被上訴人竟然遲至開庭當時才交付其意旨狀。筆者並無過目不忘的天賦，所以當審判長接

---

278 前述伍、三、(三)。

279 前述伍、三、(三)。

280 判決之「事實及理由」之六。

281 前述拾貳、一。

著要求其回應時，只能無奈地答覆：「請容上訴人仔細研讀後再以書狀回應。」審判長詹文馨不悅地表示：「都已是言詞辯論了，還要補提書狀！」（未列入筆錄）筆者心知不妙，趕緊翻閱被上訴人的意旨狀，一眼便看出其中一處為新攻擊防禦方法的提出，於是據此再重複其請求。新攻擊防禦方法其實共計八處，筆者在兩天之後對此再以書狀詳加陳述，但是顯然於事無補。判決無視於此，仍然引用自稱與連動債業務無關的信託部經理的第一審證詞，認定被上訴人並未因代銷系爭產品而獲利<sup>282</sup>。被上訴人在前後兩審程序中從來都不曾以此一證詞來為己辯護，直到提出前開意旨狀後（也就是到了言詞辯論庭）方才為之。這是明顯違反民事訴訟法第四四七條的攻防方法，法官顯然毫不在意。

如同第一審，儘管被上訴人不曾作出任何回應，高院的判決還是顯示出法官在淡化監察院糾正案文上的興致依舊不減<sup>283</sup>。至於三名證人在原審的證詞，法官同樣也僅僅擷取有利於被上訴人的一頁筆錄篇幅，其中包括引用信託部經理的證詞<sup>284</sup>。對於上訴人所提出的證物，判決則不是用以作出對其不利的判斷就是完全棄置不顧。既然這是一個連基本智識都明顯不足的人，法官卻又——如同第一審——相信他的民法學者身分必然會令其在簽約當下瞭然一切風險<sup>285</sup>！？

臺灣高等法院不是沒有判決連動債投資人勝訴的先例<sup>286</sup>，遺憾的是，儘管筆者引用並詳細陳述諸此先例與系爭本件之間的共通

<sup>282</sup> 見判決之「事實及理由」之六。

<sup>283</sup> 見判決之「事實及理由」之四、(二)。

<sup>284</sup> 判決之「事實及理由」之四、(三)與六。

<sup>285</sup> 見判決之「事實及理由」之四、(三)。

<sup>286</sup> 特別是99年度重上字第45號、100年上易字第842號與101年重上字第501號等判決。

性，承審法官還是延續第一審的思維，全然不顧同僚的見解<sup>287</sup>。基於法的安定性，同院不同庭法官在見解上本應儘量立場一致。不同見解當然不是絕對不可採，但是法官至少應該論證其所以抱持相反見解的理由而不是刻意視若無睹。否則，訴訟在當事人的眼中無異就是賭博，勝負全憑自己的造化了<sup>288</sup>！

### 三、法院代加害人對被害人進行攻擊防禦：嚴重性更甚於舉證責任分配

法律系學生都知道辯論主義是主導民事訴訟程序的大原則<sup>289</sup>。當事人兩造各盡所能地進行攻擊防禦（辯論），法官則扮演公正裁判者角色，從中評斷是非曲直。地院與高院的實證經驗卻讓筆者體認到：法官未必都有這樣的角色認知，更可怕的是甚至預設立場。預設立場的原因出在動機：受到非關案件真相是非的「不正因素」的左右<sup>290</sup>。一旦具體案件的審理情形就是如此時，辯論就淪為演

<sup>287</sup> 例如關於筆者主動提起其曾經購買兩檔花旗百分之百保本連動債產品一事，無論筆者如何分析其與系爭產品之間的性質差異至大（玉山銀行不作任何辯駁），也無論高院100年上易字第842號判決的相關見解有利於投資人（「不同商品具有不同風險，且風險因時而異，雖被上訴人曾委託購買類似商品，亦不得逕行推認其必已瞭解系爭連動債商品之風險。」），法官硬是堅持第一審的看法，認定其為連動債達人；見判決之「事實及理由」之四、(二)。

<sup>288</sup> 前述（拾貳、一）關於鄭昱仁與趙子榮的比較可為佐證。

<sup>289</sup> 見姜世明，同註87。

<sup>290</sup> 其中最為人所知的就是收受賄賂。從媒體上偶見的法官貪瀆報導之中，吾人大概很難認為這是「一粒老鼠屎」的問題。更可信的情況毋寧是「小強現象」：當房間內出現一隻蟑螂時，那裡應該早就已經住進一窩了。事實上，蘇永欽，同註32，頁16，就指出「會拿紅包」是一般民眾對於法官的最普遍負面印象。除此之外，政治也會是影響動機的因素之一；就此見黃瑞明，同註25。法官也是人，基於種族或階級等偏見而下判決者同樣可以想像。無論如何，動機存在於法官內心之中，外人難以得知，本案的真相當然也非筆者

戲作假。法官只會對筆錄與書狀之中符合內定結論的素材感興趣，必要時索性越庖代俎，自行代一造創設理由乃至事實痛擊他造。法官既然一人身兼裁判與球員，敗訴的一方無論怎麼努力，當然都自始註定出局。但是，只有等到接獲判決書的那一刻，他才會恍然大悟：原來被擺了一道！

眾所周知，「突襲性判決」是絕對不該存在的違法裁判<sup>291</sup>，然而，這卻是走完訴訟全程的當事人才能體驗出來的獨特遭遇<sup>292</sup>。局外人即使精通法律，也難以從研讀判決之中看出法官代一造對他造進行攻擊防禦的真相<sup>293</sup>。蒙受不利的當事人有苦難言，旁人則只會以不甘敗訴視之。這是一個遠比舉證責任分配還要嚴重但又更為棘手的問題，關鍵尤其存乎法官個人能否堅守公正審判之心，抗拒不正因素的誘惑。一旦棄守原則，無論立法者與法學者如何努力，司法的獨立與威信都將歸於侈言空談<sup>294</sup>。

「乘興而來，敗興而歸。」憑著自己的法學背景加上努力自修而來的金融知識，筆者對其論證原本自信滿滿。兩次判決的結果卻是，法院在被告幾乎毫無反擊的情況下全部予以否決！銀行當然不

---

所能斷言。

<sup>291</sup> 見姜世明，民事訴訟法之發展與憲法原則，頁85-89、103-159，2009年11月，2版。

<sup>292</sup> 這應該也是針對具體判決所作的評釋之中鮮見（即使有的話）學者指出其為突襲性判決的緣故。

<sup>293</sup> 一位友人因為得知筆者二度敗訴而表示願意幫忙研讀判決。筆者其後問道：「你大概看不懂其中的玄機吧？」他答覆說：「我注意到整篇判決所呈現的就是法官在對你作攻擊防禦，被告的角色幾乎看不到。」他是資深律師，當然具備如此的功力。但是，二審法官究竟如何在被告幾乎「以逸代勞」的情況下開足火力對筆者進行攻擊防禦，他就無從看出端倪了。

<sup>294</sup> 蘇永欽，同註32，頁52-53，正確地指出貪瀆問題的嚴重性更甚於司法不獨立。所謂「無欲則剛」，法官眼中只見鈔票，當然就會枉法裁判。

見得必然就是加害人，但是它顯然也不是植物人。按照經驗法則，被害人既然舉證連連，則銀行的持續沉默只會更加坐實它的加害人嫌疑而已。在弱者對強者的鬥爭之中，法院的選擇竟是倒向後者這一邊，這是無論如何都不該發生的現象！

荷爾姆斯說：「探究法律就是預測法官在實際上會做什麼。」<sup>295</sup>筆者如今只能承認：臺灣的法院能夠讓法學者預測的恐怕就是它的不可預測性！身為法律專家，竟然還會領教到如此詭異的手法，這似乎意味著法官連表面上的依法審判形象都懶得在乎，管它當事人會不會看穿！至於非法律人的當事人，他們所見識的怪現狀恐怕必然更多了<sup>296</sup>。這段刻骨銘心的經驗令人得以深入理解為何民間對於我國司法的觀感普遍不佳，甚至質疑法官的操守不良：法官的權力太大了，其中不少人也真的肆無忌憚！就這一點來說，筆者越發相信，為了挽救人民對「皇后的貞操」<sup>297</sup>的信心，參審制會是司法改革無法迴避的重點<sup>298</sup>！

---

<sup>295</sup> 見前述貳、二、(一)。

<sup>296</sup> 蘇永欽，同註32，頁19-24，指出具有「上法院」經驗者——包括勝訴者在內——對法官的負面印象更深。這應該可以為筆者的推測作註腳。

<sup>297</sup> 已故的司法院長林洋港曾以「司法像皇后的貞操，不容懷疑」期勉司法人公正廉明，當時在社會上引發陳義過高的反彈。

<sup>298</sup> 司法院之所以決定推動備受反對的觀審制而非參審制，表面上的理由包括顧慮到民眾欠缺專業知識以及維護憲法第80條所保障的法官獨立審判等。在筆者看來，真正的原因應該出在法官不願分享權力。然而，連從來都不曾出現法官貪污的德國與日本都實施了參審制，我們這種對醜聞早已見怪不怪而且人民也普遍相信法官收賄的國家恐怕更需要人民的參審才是！在參審者的眾目睽睽之下，法官對判決「上下其手」的情事理應會受到若干程度的制衡，至少司法的墮落現象不會比現在惡化。

## 拾參、代結論：對於被害人的同情就是新思維的開始！

從主流的法教義學觀點而言，本文所探討的根本就是一個假議題，從而民法學界自然也不曾提出此一問題。然而，根據上述的討論，吾人卻可以發現：只要觀點不同，看似不是問題的陳年條文之中其實可能暗藏玄機。

對於絕大多數的被害人來說，無論立法者的用意如何良善，其就詐欺與脅迫所規劃的「有效但得撤銷」模式幾乎就會質變為「有效且不得撤銷」。被害人投訴無門，加害人卻反而如願以償。特別是就運作的過程與結果來觀察，第九十二條與第九十三條的確偏袒加害人。這是所有關心社會公平正義的人都不可迴避的重大問題。

教義（教條）的打破絕非易事。這兩條條文問世已歷百年（自德國民法立法之時起算），其觀念深植人（法律人）心，質疑的聲音更是無異「異端邪說」。然而，同樣也是源遠流長，標的自始（客觀）不能則契約無效的德國規定<sup>299</sup>與理論<sup>300</sup>卻因為「債法現代化法律」的實施便轉眼成了明日黃花<sup>301</sup>。吾人可以由此得到印證：即使在德國被奉為主臬的法制也未必就是「放諸四海而皆準，垂諸百世而不易」的保證<sup>302</sup>。法制其實有如城堡一般，無論建造

<sup>299</sup> 即舊德國民法第306條與第307條（類似我國民法第246條與第247條）。立法者其後除了刪除此二條文之外，同時新增第311條a，藉此明確宣示標的自始不能之契約仍然有效。

<sup>300</sup> 基本論述見王澤鑑，自始主觀給付不能，載：民法學說與判例研究(三)，頁41-58，2009年12月。

<sup>301</sup> 見Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006, Rz. 363, 370, 375, 407; Medicus in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, 3. Kap., Rz. 64ff.

<sup>302</sup> 按契約之標的必須可能，否則即為自始無效，這是我國法學界公認的契約有效要件之一（本文所一併探討的民法第72條涉及另一有效要件：標的的正當性），

如何堅固，只要進擊的方位正確，攻克的可能性就存在。

儘管如此，筆者非常清楚，本文的論點在可見的將來不可能促成立法者的修法（刪法）行動。毫無疑問地，第九十二條與第九十三條將繼續在民法的王國之內穩如泰山。不過，本乎知其不可而為之的信念，筆者仍然期盼本文的發現可以促成我國學術與實務界至少重新檢討舉證責任的分配這一攸關訴訟勝負的議題。當被害人的舉證範圍竟然取決於審理法官的個人傾向時，法學文獻再多，恐怕也不過紙上談兵而已。

總結說來，本文所提出的另類觀點其實就是同情弱者的「苦民所苦」觀點。孟子說：「惻隱之心，人皆有之。」法學者當然亦不該例外。身為正義之學<sup>303</sup>的研究者一旦失去了這樣的同情心，法學就會淪為失去實質內涵的空洞學問<sup>304</sup>。相反地，如果吾人願意認真面對社會弱勢投訴無門的困境，那麼，筆者深信這也將標誌著新思維的開始！

---

至於其依據則為民法第246條與第247條（代表性著作如洪遜欣，同註43，頁321）。在德國立法者作出前述修法（同註299）之後，吾人固然可以我國法依舊原封不動為由堅持「標的可能性說」。然而，德國法的變動畢竟還是顯示出此說絕非定於一尊，身為學者之人當然可以從而——或甚至早在「債法現代化法律」制定之前——質疑第246條與第247條的存在意義並指出刪除始為未來修法之正確方向。這其實也正是筆者在論述第92條與第93條時的基本立場。

<sup>303</sup> 法學的德文為Rechtswissenschaft，直譯即為正義之學。

<sup>304</sup> 哲學家內爾松（Leonard Nelson, 1882-1927）曾經寫了一本書，其標題為「失去了正義的正義之學」（Die Rechtswissenschaft ohne Recht, 1917）。筆者認為這是足以作為所有習法者戒慎恐懼的警語。

## 參考文獻

### 一、中 文

1. 王伯琦，民法總則，1987年10月。
2. 王澤鑑，自始主觀給付不能，載：民法學說與判例研究(三)，頁41-58，2009年12月。
3. 王澤鑑，意思表示之詐欺與侵權行為，載：民法學說與判例研究(二)，頁211-224，2009年12月。
4. 王澤鑑，臺灣的民法與市場經濟，載：民法學說與判例研究(七)，頁1-35，2009年12月。
5. 王澤鑑，不當得利，2003年2月。
6. 王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展(二)，台灣本土法學雜誌，53期，頁71-84，2003年12月。
7. 王澤鑑，民法總則，2008年10月。
8. 王澤鑑，法律思維與民法實例，2010年3月。
9. 王澤鑑，侵權行為法，2009年7月。
10. 王澤鑑，人格權法——法釋義學、比較法、案例研究，2012年1月。
11. 史尚寬，民法總則釋義，1936年9月（1973年8月重刊）。
12. 史尚寬，民法總論，1970年11月。
13. 吳光明，民法總則，2008年6月。
14. 吳修辰等，誰，讓連動債殺人？一個交易員的告白，商業周刊，1091期，頁122-130，2008年10月。
15. 李宜琛，民法總則，1963年3月。
16. 李禮仲，金融商品銷售糾紛與求償案例分析——以連動式債券銷售為中心，全國律師雜誌，8月號，頁25-44，2009年8月。
17. 林山田，刑法各罪論（上），修訂5版，2005年9月。
18. 林山田，刑法通論（下），修訂9版，2005年9月。
19. 林文雄，德國歷史法學派——薩維尼，載：法實證主義，頁1-12，5版，2003年8月。

20. 林誠二，民法總則新解（下），3版，2012年9月。
21. 邱聰智，民法總則（上），2005年2月。
22. 邱聰智，民法總則（下），2011年6月。
23. 姜世明，民事訴訟法之發展與憲法原則，2版，2009年11月。
24. 姜世明，民事訴訟法（上冊），2012年11月。
25. 姚瑞光，民法總則論，2002年9月。
26. 姚瑞光，民事訴訟法論，2012年1月。
27. 施啟揚，民法總則，2005年6月。
28. 洪遜欣，中國民法總則，修訂初版，1976年1月。
29. 孫森焱，民法債編總論（上），2004年1月。
30. 桑德，馬多夫騙局：詐欺，貪婪，華爾街史上最大金融醜聞，2009年6月。
31. 馬維麟，民法債編註釋書(一)，1997年7月。
32. 梅仲協，民法要義，1966年3月。
33. 陳自強，契約之成立與生效，2002年3月。
34. 陳自強，契約之內容與消滅，2004年9月。
35. 陳洸岳，詐欺與得撤銷法律行為之承認，月旦法學雜誌，74期，頁12-13，2001年7月。
36. 陳肇鴻，連動債糾紛的司法實踐——2009年至2010年間相關判決之研究，中研院法學期刊，10期，頁161-223，2012年3月。
37. 曾隆興，詳解損害賠償法，修訂3版，2011年4月。
38. 黃立，民法總則，4版，2005年9月。
39. 黃國昌，律師代理對民事訴訟結果之影響——理論分析與實證研究間之激盪，中研院法學期刊，1期，頁45-104，2007年9月。
40. 黃朝義，最高法院統一法律見解機能，司法周刊，1632期，版2至版增2，2013年2月。
41. 黃瑞明，從法社會學的觀點論統聯客運集體罷駛事件與我國罷工法制，國立臺灣大學法學論叢，31卷3期，頁17-73，2002年5月。
42. 黃瑞明，從二則「反攻大陸」判例的作成與廢止論民法上的政治解釋，國立臺灣大學法學論叢，34卷4期，頁1-69，2005年7月。
43. 黃瑞明，連動債是怎麼殺人的？，2011年1月。

44. 黃瑞明，神秘告別式之後的奇異重生——評勞資爭議處理法關於「權利事項之勞資爭議，不得罷工」的修正，國立臺灣大學法學論叢，42卷1期，頁49-116，2013年3月。
45. 楊仁壽，法學方法論，2版，2010年5月。
46. 楊日然，美國實用主義法學的哲學基礎及其檢討(一)，載：法理學論文集，頁119-179，1997年1月。
47. 楊日然，美國實用主義法學的哲學基礎及其檢討(二)，載：法理學論文集，頁171-241，1997年1月。
48. 楊日然，法理學，2005年10月。
49. 楊繼繩，墓碑——一九五八——一九六二年中國大饑荒紀實，9版，2011年10月。
50. 劉春堂，脅迫行為之不法性，台灣法學雜誌，147期，頁141-147，2010年3月。
51. 鄭玉波，民法總則，修訂10版，1995年8月。
52. 鄭玉波、陳榮隆，民法債編總論，修訂2版，2010年3月。
53. 戴志傑，美國懲罰性賠償金制度之基礎問題研究，中正大學法學院博士論文，2007年7月。
54. 戴志傑，美國法上僱用人懲罰性賠償金責任之研究(上)，政大法學評論，124期，頁203-254，2011年12月。
55. 戴志傑，美國法上僱用人懲罰性賠償金責任之研究(下)，政大法學評論，125期，頁55-114，2012年2月。
56. 蘇永欽，司法改革的再改革，1998年10月。

## 二、外 文

1. Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl., 1991.
2. Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas, *Schuldrecht*, 10. Aufl., 2006.
3. Haas, Lothar/Medicus, Dieter/Rolland, Walter/Schäfe, Carsten/Wendtland, Holger, *Das neue Schuldrecht*, 2002.
4. Holmes, Oliver Wendell, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457 (1897).

5. *Jakobs, Horst Heinrich/Schubert, Werner*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 1. Teilband, 1985.
6. *Larenz, Karl/Wolf, Manfred*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997.
7. *Medicus, Dieter*, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl., 2002.
8. *Meier-Seethaler, Carola*, Gefühl und Urteilskraft. Ein Plädoyer für die emotionale Vernunft, 2001.
9. *Nelson, Leonard*, Die Rechtswissenschaft ohne Recht, 1917.
10. *Pawlowski, Hans-Martin*, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., 2003.
11. *Raiser, Thomas*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 5. Aufl., 2009.
12. *Rehbinder, Manfred*, Rechtssoziologie, 4. Aufl., 2000.
13. *Repgen, Tilman*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts – Eine Grundlage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, 2001.
14. *Röhl, Klaus F.*, Rechtssoziologie, 1987.
15. *Rüthers, Bernd/Stadler, Astrid*, Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl., 2009.
16. *Schürmacher, Frank*, Ergo: Das Spiel des Lebens, 2013.
17. *Schröder, Jan*, Recht als Wissenschaft – Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule, 2001.
18. *Schulze, Reiner*, u. a., Handkommentar-BGB, 4. Aufl., 2005.
19. *Sinn, Hans-Werner*, Kasino-Kapitalismus: Wie es zur Finanzkrise kam, und was jetzt zu tun ist, 2009.
20. von *Staudinger, Julius*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2004.
21. *The Power of Compromise*, TIME 38 (Apr. 14, 2014).
22. von *Tuhr, Andreas*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1910 - 1918 (Nachdruck 1957).
23. *Zakaria, Fareed*, *In Defense of Goldman Sachs*, NEWSWEEK 22 (May 3. 2010).
24. *Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996.

# **A Poisoned Apple Offered by the Lawmakers: Why are §§ 92 and 93 of the Taiwanese Civil Code Wrong Regulations?**

Juei-Min Huang<sup>\*</sup>

## **Abstract**

Private autonomy is the foundation of modern civil law. Juridical acts which include contracts will thus be deemed as illegal only in exceptional cases. They can be either void or revoked, while the former solution is the strongest form of legislative disapproval. As regards the latter one, §§ 92 and 93 of the Taiwanese Civil Code offer an explicit example. Ever since the reception of the Continental model (especially the German one) in the early 20th Century by the Republic of China, these two paragraphs remain intact and stipulate that a juridical act can be revoked by the party whose decision is influenced by fraud or duress within one year. It is and will stay valid as long as the right of revocation is not exercised within one year from the date the fraud was discovered or when the duress ceased. Such regulations mean to protect the victim, but in reality they often benefit the offender instead, for the former has little knowledge about the law concerned and might thus

---

<sup>\*</sup> Dr. iur.; Professor at the Dept. of Law of the Providence University, Taiwan.  
Received: May 30, 2013; accepted: May 15, 2014

miss the specified period to enact his or her right. It could be argued that the mentioned articles are indeed a poisoned apple for victims seeking justice. Through legal sociological perspectives including American Legal Realism and the views of non-jurists subjected to the law, this research maintains that § 72 rather than §§ 92 and 93 provides the best solution for the party who falls victim to fraud or duress. This study proposes that a juridical act is void for being against public policy or morals. Its legal effect must coincide with the regulatory need of the juridical acts procured by fraud or duress. Through abolishing §§ 92 and 93 and applying § 72 instead, justice could be better served since the act concerned is per se void and victims do not need to revoke the act.

元照出版提供 請勿公開散布  
**Keywords:** §§ 72, 92 and 93 of the Taiwanese Civil Code, Fraud, Duress, Juridical Act, expression of Intent, Right of Revocation, Public Policy or Morals, American Legal Realism, Sociological Aspects