故無須連帶負損害賠償責任，是否有理？（25分）

（99年司法官民法第2題（節錄））

7. 某甲自己出資購買一輛遊覽車，靠行登記在A交通運輸公司（以下簡稱A公司）名下，車身並漆有A公司名稱等字樣。惟事實上，該遊覽車完全由甲自行占有、管理、處分。甲利用該遊覽車在某鄉鎮招攬旅遊團出遊，自己出資僱用某乙擔任駕駛，自己向遊客收取旅遊費用，並自負旅遊營運盈虧。某日，乙駕駛該輛遊覽車帶團出遊時，因車速過快，擦撞路旁機車騎士丙女，造成丙女飛出摔倒在數十公尺外，全身多處嚴重骨折。經查，丙女為職業模特兒，原本與某家廠商簽有食品廣告代言合約，如今因身體受傷之故，短期內無法配合代言廣告拍攝工作，乃遭廠商依合約約定解除契約，致損失原可獲得的代言報酬30萬元。請針對本事例所涉及的「法律爭點」，附理由回答下列問題：丙女就其受傷所支出的醫療及復健費用，以A公司及乙駕駛為被告，起訴請求損害賠償，有無理由？（13分）

（94年司法官民法第2題（節錄））

爭點3　職務之便

一、案例事實

A與B夫婦居住在爸爸嘴咖啡店鄰近的別墅，A、B為咖啡店之常客，而與店長甲熟識。A得知甲之家庭、經濟狀況後，開始不定期提供資金給甲，並有意認甲為乾女兒。其後，甲覬覦A、B之財產，便謀劃殺害A、B以盜取財產。甲先取得安眠藥並自行服用測試藥效，並將預備行兇之水果刀藏在咖啡店內。某日，A、B前往咖啡店消費，如常往點選熱洋甘菊茶及美式咖啡，甲將安眠藥放入飲料中，俟A、B陷入意識不清狀態，甲將二人先後攙扶至咖啡店外予以殺害，並取走A、B二人之重要證件、存摺、印章等，盜領A之金錢，又喬裝成B至銀行領款，但因行員察覺有異，甲被當場逮捕，其後整起事件曝光。A、B的子女得否向咖啡店的老闆乙請求連帶損害賠償？

二、概念先行

由§188 I 但書可知，本條係推定僱用人選任及監督義務違反之「過

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

失」與「因果關係」，因為選任或監督事項，均為僱用人得為控制之領域，被害人難以查知，由其負擔舉證責任，應屬合理。在舉證免責之方法應特別指出的是，於大型企業之分層負責情形，「企業者」須證明其對「管理層人員」已盡選任監督義務，並證明「管理層人員」對「肇事員工」已盡選任監督義務。*327*

於實務上，法院對於僱用人之舉證免責係採**嚴格認定**，僱用人很難證明自己已盡選任及監督義務，以推翻本條之過失推定。多數學者認為此等實務作法使僱用人幾乎沒有推翻成功的可能，實際上僱用人等同負「無過失責任」。對此，有學者質疑，如果法院有這種「難以推翻推定」的預斷（刻板印象？），這樣僱用人就真的很難推翻了，這樣作法是違反程序保障的，且與自己責任之原則有違。如果推定嚴格到讓僱用人無法推翻，幾乎接近無過失責任的程度，既然「有盡選任監督義務」跟「沒盡選任監督義務」都要負損害賠償責任，這個時候僱用人就會乾脆不要盡選任監督義務了。*328*

最高法院99年度台上字第2024號民事判決

按僱用人選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害，依民法第一百八十八條第一項但書規定，固無需與受僱人連帶負損害賠償責任。惟所謂已盡相當之注意，係指僱用人於選任受僱人時，應衡量其將從事之職務，擇能力、品德及性格適合者任用之，並於其任期期間，隨時予以監督，俾預防受僱人執行職務發生不法侵害他人權利之情事。

三、爭點意識

於首開案例，甲為咖啡店店長，乙為咖啡店老闆，其間有僱傭關係，甲為乙之受僱人，應無問題。就甲之行為，乙是否連帶負賠償責任，關鍵在於甲之行為是否為§188 I 所稱「執行職務」。執行職務之要件如何判斷？應考慮哪些因素？於此案例，甲之下藥、殺人行為都不是咖啡店職員的職務範圍，是否仍可認屬「執行職務」？

---

327 王澤鑑，侵權行為法，2021年11月，頁582。

328 游進發，僱用人之侵權責任，月旦法學教室，第198期，2019年3月，頁57-58。

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

四、爭點探討

㈠客觀說

1. 實務見解

多數實務認為，加害行為在客觀上、外觀上與執行職務有關，即屬本條所指「執行職務」，至於受僱人為侵權行為時，係為雇主利益或自己利益（尤其犯罪），均非所問，情形包含如下：

⑴執行職務自體（包含濫用職務）。

⑵執行雇主指令。

⑶雖非職務自體，但屬執行職務所必要之行為或事項（e.g.冷氣師傅到府維修，需要經常駕車往返公司與客戶住所，駕駛行為即屬必要附隨行為）。

⑷加害行為係利用職務上之機會。

⑸加害行為與職務時間、地點有密切關聯，即使與職務本體、雇主指令無關，仍屬本條之「執行職務」。

最高法院42年台上字第1224號民事判決

民法第一百八十八條第一項所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，不僅指受僱人因執行其所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為，而不法侵害他人之權利者而言，即受僱人之行為，在客觀上足認為與其執行職務有關，而不法侵害他人之權利者，就令其為自己利益所為亦應包括在內。

最高法院104年度台上字第670號民事判決

按民法第一百八十八條第一項所謂之受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，不僅指受僱人因執行其所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為而言，即濫用職務或利用職務上之機會及與執行職務之時間或處所有密切關係之行為，其**在外形之客觀上足認為與執行職務有關，而不法侵害他人之權利者，即令其係為自己利益所為之違法行為，亦應包括在內**。查甲○○於一○一年五月三日凌晨三時許，駕駛車身**印有聖心字樣之系爭計程車**搭載A女，利用A女酒醉之際對A女為強制性交之行為，既為原審所肯認，則甲○○駕駛計程車**搭載A女之行為，即具有執行業務之外觀存在**。依上說明，甲○○於執行職務之際，為滿足其自身之私慾而對A女進行強制性交行為，能否謂非

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

因執行職務不法侵害他人之權利，不無再推研之餘地。乃**原審以甲○○上開行為係為個人犯罪行為，與執行職務無關，認聖心公司無須負民法第一百八十八條第一項之連帶責任，自嫌速斷**。又按受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利，被害人依民法第一百九十五條及第一百八十八條第一項規定，請求受僱人及其僱用人連帶賠償相當金額之慰撫金時，法院對於慰撫金之量定，應斟酌該受僱人及應負連帶賠償責任之僱用人暨被害人之身分、地位及經濟狀況等關係定之，不得僅以被害人與實施侵權行為之受僱人之資力為衡量之標準。原審認聖心公司就甲○○之侵權行為無須負連帶賠償責任，既應廢棄發回，則關於上訴人所得請求精神慰撫金之數額認定，因未斟酌聖心公司之身分、地位及經濟狀況等關係，自難維持。上訴論旨，指摘本件上訴部分之原判決不當，求予廢棄，非無理由。

最高法院90年度台上字第1991號民事判決

民法第一百八十八條第一項所稱之「執行職務」，初不問僱用人與受僱人之意思如何，一以**行為之外觀**斷之，即是否執行職務，悉依客觀事實決定。**苟受僱人之「行為外觀」具有執行職務之形式**，在客觀上足以認定其為執行職務者，就令其為濫用職務行為，怠於執行職務行為或利用職務上之機會及與執行職務之時間或處所有密切關係之行為，自應涵攝在內。

最高法院106年度台上字第1742號民事判決

按僱用人係藉由使用受僱人而擴張其活動範圍，並享受其利益，且受僱人執行職務之範圍，或其適法與否，要非與其交易之第三人所能輕易分辨，為保護交易之安全，受僱人之行為在客觀上具備執行職務之外觀，而侵害第三人之權利時，僱用人即應負連帶賠償責任。故民法第188條第1項所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，不僅指受僱人因執行其所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為而言，縱**濫用職務或利用職務上之機會及與執行職務之時間或處所有密切關係之行為**，苟受僱人之行為，在客觀上足認為與其執行職務有關，而不法侵害他人之權利者，就令其為自己利益所為，亦應包括在內。*329*

2. 學說見解

依保護被害人之立法意旨，以「行為外觀」為出發點，並綜合考量受

329 最高法院108年度台上字第792號民事判決、最高法院108年度台上字第2195號民事判決、最高法院109年度台上字第876號民事判決。

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

僱人之職務危險性、加害場所、加害器具是否為僱用人所有、是否為僱用人通常能夠預見、僱用人是否縱容危害發生、僱用人是否應承擔風險、被害人信賴等因素，與「行為外觀」相連結，以認定是否屬於執行職務。*330*

㈡內在關聯說

1. 基本立場

基於僱用人之控制、分散、承擔風險之能力，受僱人之行為須與僱用人委辦事項有**通常合理關聯性**，而為僱用人所得**預見**，得以**事先防範**並計算內化為經營成本，以**分散風險**（e.g.運送瓦斯的司機在車上吸菸，導致瓦斯爆炸傷及路人，可認有內在關聯；如司機丟棄煙蒂於車外，導致他人農舍起火，則不具內在關聯*331*）。*332*

除職務之執行（職務自體、僱主指令、必要行為）外，如係違背僱用人之指令者，且違背職務本身，即不具內在關聯，僱用人無須負責（e.g.醫院護理師擅自為病人開刀）。*333*

2. 指令拘束v.私人生活領域

執行職務要件的核心在於僱用人與受僱人間的「指令拘束關係」，若無此一關係，那就只是一般生活關係。否則，若此項要件寬鬆認定，將使僱用人責任成立漫無限制、恣意*334*。另有認為，受僱人之侵權行為已經進入其私人領域，僱用人對該行為無法透過內部相關措施預防、管控，即非本條所稱之「執行職務」。*335*

---

330 林誠二，債法總論新解－體系化解說（上），2010年9月，頁374-375；劉春堂，民法債編通則（下），2020年3月，頁585-586。

331 王澤鑑，侵權行為法，2021年11月，頁571-572、574。

332 有採客觀說的學者質疑何謂「內在關聯」標準不明確，參照林誠二，債法總論新解－體系化解說（上），2010年9月，頁374-375；劉春堂，民法債編通則（下），2020年3月，頁585-586。

333 王澤鑑，侵權行為法，2021年11月，頁573。

但有學者基於行為外觀、僱用人（醫院）支配領域、被害人信賴等理由，認為僱用人（醫院）應負擔賠償責任，參照劉春堂，民法債編通則（下），2020年3月，頁588。

334 游進發，僱用人之侵權責任，月旦法學教室，第198期，2019年3月，頁56。

335 林更盛，論受僱人之執行職務－評最高法院108年度台上字第2195號民事判決，月旦民商

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

3. 僱用人之義務計畫

依一般交易義務之觀點，**如果可以期待僱用人採取行動，保護被害人免於遭受其受僱人侵害，即可認屬「執行職務」**，但如果受僱人之行為與委辦事項完全沒有內在關聯，單純為職務上給予機會或方便之情形，則已經脫離受僱人之原有職務範圍（e.g.油漆師傅的學徒於業主家完成油漆時，故意毒死業主家的狗），或其利用職務上機會之行為，已經轉換為另一活動範圍或危險範圍（e.g.油漆師傅令其學徒留在業主家，額外幫忙從事其他非油漆工作之事務），均非「執行職務」。*336*

4. 受僱人之職務提升損害發生風險

須視受僱人之加害行為，是否屬於僱用人之選任監督範疇，僱用人使受僱人承擔該職務，是否因此提升該項損害發生之風險。換言之，**受僱人承擔該職務，是否明顯有助於受僱人之加害行為實施**。*337*

最高法院94年度台上字第2243號民事判決

受僱人侵權行為發生損害之事由，固須與受僱人執行職務有關連性，僱用人始與受僱人負連帶賠償責任，但**只須僱用人在客觀上可得預防之範圍內**，自足當之。

㈢信賴說

回歸客觀說之理論基礎，從「被害人角度」重新審視被害人何種情形下有保護必要。*338*

法雜誌，第71期，2021年3月，頁91。

336 吳從周，上司罵下屬，公司連帶賠！？－受僱人「執行職務」概念之再探討，月旦法學教室，第73期，2008年11月，頁35；姚志明，僱用人之侵權行為責任－最高法院九十九年度台上字第一一五號民事判決，月旦裁判時報，第10期，2011年8月，頁151。

337 王千維，受僱人盜領客戶存款之僱用人責任－評最高法院一〇三年度台上字第四三四號民事判決，月旦民商法雜誌，第45期，2014年9月，頁122。

338 陳忠五，證券公司營業員盜用客戶資金的僱用人責任－最高法院101年度台上字第123號裁定評釋，台灣法學雜誌，第209期，2012年10月，頁59-60。

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

1. 被害人與僱用人無交易接觸關係時

被害人無從認識僱用人與受僱人之內部關係及職務範圍，應以「一般抽象的被害人」在通常情形下是否「正當信賴」受僱人行為屬職務範疇之行為做判斷。

2. 被害人與僱用人有交易接觸關係時

因被害人得認識其內部關係及職務範圍，以「具體個別的被害人」在通常情形下是否「正當信賴」受僱人行為屬職務範疇之行為做判斷。

最高法院104年度台上字第821號民事判決

查系爭契約所附「聲明書」載明：「本人聲明願遵守證券法令之規定，不將原留印鑑、款項、存摺或有價證券交由貴公司員工保管或與其有借貸金額或股票情事及媒介，否則因此所生之糾葛或損害，願自行負責，概與貴公司無涉。」依其內容，**足認曾○玉並不得為被上訴人之客戶進行有價證券之場外交易。上訴人對於曾○玉為其進行有價證券之場外交易，非屬曾○玉之職務上行為，要難諉為不知**。上訴人明知其不得將款項私下交付曾○玉，卻仍將款項匯至曾○玉之人頭帳戶，作有價證券之場外交易，因受曾○玉詐騙而受有損害，**尚無依民法第一百八十八條規定**，請求被上訴人連帶負損害賠償責任之餘地。

最高法院108年度台上字第2195號民事判決

倘僱用人難以預見及事先防範，為交易之第三人復非僅信賴僱用人之商譽，而係與受僱人先有一般往來，建立相當之信賴關係後，始為爭議之交易行為，**是否仍有因保護交易安全之必要，令僱用人負連帶賠償責任，即有商榷之餘地**。

㈣爭議案例1：駕駛行為

1. 實務見解

受僱人駕駛公司車於上下班途中肇事，或從事私人行程，均在「外觀上」與執行職務有關，而屬「執行職務」。*339*

最高法院51年度台上字第365號民事判決

查林○珍雖於下班後肇事，然既為大○公司之司機，難謂**駕駛該公司汽車**非屬

339 贊同見解另參照林誠二，債法總論新解－體系化解說（上），2010年9月，頁376。

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

職務之行為，上訴人公司既不能證明其選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當注意或縱加以相當注意仍不免發生損害，亦未舉證證明林○珍之駕駛汽車非為其受僱職務之行為，自應與侵權行為人林○珍負連帶賠償損害之責任，其抗辯即無足取各項為得心證之理由。

最高法院96年度台上字第2532號民事判決

丙○○雖辯稱：乙○○肇事當時並非在工作中，係要**前往尋訪友人途中**，伊對乙○○駕車自行外出並不知情云云。然查，乙○○受僱於其父丙○○所經營之國順冷凍冷氣行，從事外出修理電線、裝設冷氣之業務，本件事故發生當時，**乙○○所駕駛之第Ｊ六－九九一九號自用小貨車，屬丙○○所有**，為丙○○所不爭執，並有上開自用小貨車之行車執照可稽；另乙○○於刑事案件偵查中供稱：「現職在家裡工作，都是**駕駛第J六－九九一九號車到處接電線、裝冷氣**」等語，乙○○肇事時所駕駛之車輛既係丙○○所有供執行業務所用之小貨車，且該小貨車上載有冷氣之工具，為上訴人所不否認，在**客觀上足認與其執行職務有關，縱令其當時係在前往尋訪友人途中，對此職務上予以機會之行為，仍應認與執行職務有關**。

2.學說見解

⑴王澤鑑老師

受僱人於上班期間來回不同工作場所，或從事**巡迴性**工作（e.g.外送員），途中肇事通常可認有內在關聯，僱用人應予負責（因為此等工作本來就是駕車跑來跑去，途中肇事應屬僱用人可得預見）。若受僱人於上班期間**臨時改變行程**，則應視情況而定，如果是公司車故障，臨時趕赴修車廠發生事故，應有內在關聯；如果受僱人係駕車探視友人，則不具內在關聯，僱用人不須負責。惟如受僱人於**上班或下班途中**之行為，則通常不具內在關聯，**縱使受僱人使用僱用人所提供之交通工具，亦不能因此當然認屬「執行職務」**。*340*

⑵游進發老師

實務上所認「利用職務上之機會」類型，乃超出法條文義範圍，使僱用人責任成立漫無限制。舉「送貨司機繞路去接送小孩而撞傷路人」一例，送貨司機的行為已超脫僱用人指令（老闆是叫他去送貨

340 王澤鑑，侵權行為法，2021年11月，頁580-581。

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

而不是接小孩），亦不在上班時間與場域（去接小孩的路線不在送貨路線），所以這種情形不符合「執行職務」要件。[341]

㈤爭議案例2：營業員盜賣股票

1. 案例事實

甲為A證券公司的營業員，客戶乙於A公司進行證券交易時皆係由甲服務，經過相當期間服務後，乙十分肯定及信任甲的服務。某日，乙前往A公司與甲見面時，甲建議乙將其身分證件、存摺、印章交由甲保管，由甲代為操作相關交易，並稱作是老顧客的「特別服務」，乙允諾之。其後發現甲將乙名下股票全數盜賣，並私吞款項。乙得否向A公司請求損害賠償？

2. 爭點意識

甲應對乙負侵權責任，固無疑問。在此討論的是，A公司是否亦須負連帶賠償責任？甲是A公司的受僱人，並無爭議，然營業員的工作是承銷證券、買賣接洽等，應不包含「代操股票」、「盜賣股票」，甲盜賣乙股票之行為是否屬於§188 I「執行職務」？此等行為構成刑事犯罪，可否認為非屬執行職務？

3. 肯定說

⑴實務見解

營業員盜賣股票之行為是利用職務上機會，且與職務內容有時空密切關聯（利用客戶接觸機會及客戶信任）。

最高法院90年度台上字第1235號民事判決

證券商負責人與業務人員管理規則第二條及第三條雖規定：業務員之職務僅為證券之承銷、買賣之接洽或執行，不包括股票交割；同規則第十六條亦明定禁止營業員代客戶保管股票、金錢、存摺或印章，但**營業員如利用代客買賣股票之機會，於營業時間內，在其僱用人之營業場所，私下代客戶保管股票、印章或存摺，或代客戶辦理股票交割等事務，乃係利用職務上予以之機會，而為與其執行職務之時間及處所有密切關係之行為**，在客觀上足認與其執行職

341 游進發，僱用人之侵權責任，月旦法學教室，第198期，2019年3月，頁57。

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

務有關。*342*

⑵學說見解

視有無「內在關聯」而定，特別是**該職務是否增加此項犯罪之危險性，得否為僱用人所預見並得為防範**。營業員代客買賣股票，進而盜賣，即係利用其證券買賣業務本身所給予之機會，**特別增加其危險性**，應屬「執行職務」。縱非屬§188 I「執行職務」，但證券公司未善盡管理業務，任由營業員私下代客操作，進而盜賣客戶股票，證券公司違反交通義務，應依§184 I 前段負責。*343*

4.否定說

⑴實務見解

營業員盜賣股票屬於個人犯罪行為，而與職務無關。

最高法院92年度台上字第485號民事判決

查證券經紀商為受託買賣有價證券而僱用營業人員為直接有關有價證券買賣之行為者，必該營業人員因執行與有價證券買賣有關之行為而不法侵害他人之權利者，始得令證券經紀商與該營業人員負連帶賠償責任，**倘係營業人員個人之犯罪行為而無關有價證券買賣之職務者，尚難謂係因執行職務而不法侵害他人之權利**。依管理規則第二條規定，業務人員之職務既係為證券商從事有價證券之承銷、買賣之接洽或執行。同規則第十六條第十一款復明定，證券商之負責人及業務人員執行職務應本誠實及信用原則，不得挪用或代客戶保管有價證券、款項、印鑑或存摺。本件葉○真為大○公司營業員，**「私下」代客戶保管股票、存摺及印章，並代客戶操作股票買賣，而盜賣客戶股票或侵吞款項**，其因業務侵占罪，業經法院判處有期徒刑三年確定，為原判決所是認。則能否因其係在大○公司營業場所及營業時間內「代」客戶操作買賣股票，即謂其行為係為公司執行買賣有價證券之職務行為而非其個人之犯罪行為，尚非無研求之餘地。*344*

---

342 另參照最高法院86年度台上字第1497號民事判決、最高法院94年度台上字第297號民事判決。

343 王澤鑑，侵權行為法，2021年11月，頁577。

344 另參照最高法院90年度台上字第1440號民事判決。

高點文化publish.get.com.tw
版權所有・翻印必究

⑵學說見解

①個人犯罪≠非執行職務

不得僅因受僱人之行為乃「個人犯罪」即認非屬執行職務，因為其行為是否與執行職務有關，與其行為是否構成刑事犯罪，無必然關聯，客觀上與執行職務有關，未必構成犯罪[345]（況且許多侵權行為都會構成刑事犯罪，若單以此否定執行職務要件，將大大減縮§188之適用）。

②客戶較能防止股票盜賣之發生

相較於證券公司，**客戶較能防止股票盜賣損害結果發生，只要客戶私下不將其印鑑、存摺交給營業員，即可避免股票盜賣事實發生**。何況，現今主管機關三申五令、持續宣導切勿將印鑑存摺交付於營業員，證券公司亦常有警告提醒，應認證券公司不負§188責任。[346]

五、分析解說

㈠爭點分析

在認定行為人之加害行為是否為§188之執行職務時，實務所採【客觀說】是從其行為本身出發，考量其性質、態樣及與工作之關聯程度，而在學者所採【信賴說】之見解下，則係同時考量被害人之信賴，以符合本條保護被害人之規範意旨。若從多數學說所採【內在關聯說】之立

---

345 陳忠五，證券公司營業員盜用客戶資金的僱用人責任－最高法院101年度台上字第123號裁定評釋，台灣法學雜誌，第209期，2012年10月，頁58；王澤鑑，侵權行為法，2021年11月，頁576。

以受僱人個人犯罪為由否定本條成立者，例如最高法院109年度台上字第2064號民事判決：「按民法第188條第1項規定僱用人應負損害賠償責任，係以選任或監督受僱人有過失為原因，該項所謂受僱人，固非限於僱傭契約所稱之受僱人，凡客觀上被他人使用為之服勞務而受其監督者均屬之。然若……，或其所為於客觀上並不具備執行職務之外觀，或係**受僱人個人之犯罪行為而與執行職務無關**者，均無本條之適用。」另參照最高法院93年度台上字第2059號民事判決、最高法院98年度台上字第763號民事判決、最高法院107年度台上字第94號民事判決、最高法院107年度台上字第856號民事判決。

346 楊芳賢，民法債編總論（上），2020年9月，頁358。

高點文化publish.get.com.tw

版權所有・翻印必究