



博碩士論文系列

論受僱人執行職務

——從盜賣股票事件檢視 執行職務之判斷標準

◆ 林慶郎 著

 元照

論受僱人執行職務

從盜賣股票事件
檢視執行職務之判斷標準

林慶郎 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

論受僱人執行職務：從盜賣股票事件檢視執行職務
之判斷標準／林慶郎著． -- 初版． -- 臺北市：

元照， 2011.11

面； 公分

ISBN 978-986-255-136-3（平裝）

1.職業倫理 2.證券經紀商

198

100011585

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

論受僱人執行職務

從盜賣股票事件檢視執行職務之判斷標準 1Z009PA

2011 年 11 月 初版第 1 刷

作 者	林慶郎
出 版 者	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址	www.angle.com.tw
定 價	新臺幣 500 元
專 線	(02)2375-6688
傳 真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-136-3

推薦序

權利主體對他人行為所造成之損害，在何種要件下應負責任，乃民事責任法上的重要議題。其中，又以民法第一八八條規定之僱用人責任，最為重要。

關於僱用人責任之研究，向來係以其責任成立要件之研究為核心。其中受僱人「執行職務」此一要件，實務案例眾多，不斷變遷發展，最值得觀察注意。蓋「執行職務」要件之判斷，寬嚴之間，反映出「被害人保護」與「僱用人責任限制」兩種法律價值間之衡量與折衝。

近年來，我國實務上關於證券公司營業員盜賣客戶股票案例，層出不窮。以最高法院為主的審判實務，如何運用其多年來累積的相關見解，處理此類新興案例類型？最高法院前後見解之間，有無矛盾或不妥之處？其背後原因何在？均值得吾人探究。

關此，林慶郎法官在臺大法律學研究所的碩士論文「論受僱人執行職務——從盜賣股票事件檢視執行職務之判斷標準」，針對我國實務上「執行職務」的判斷標準，作有體系的整理與分析，並就盜賣股票案例類型，指出向來實務見解隱藏之盲點，另提出可供討論檢驗的建議方案，具有參考價值！

論證方法上，本論文具有二點特色：

第一，我國法學學位論文，向來多偏重外國法制研究，相對忽略法學論證方法及本土案例研究。本論文嘗試從本土案例

出發，詳細分析整理並歸納我國學說及實務見解之變遷，不僅重視抽象法律論述，尚注重個案事實差異。

第二，本論文章節數不多，在大綱之鋪陳上，特別著重主題與章節間之關聯性、體系性，避免章節結構間之突兀或散漫，前後論述具有脈絡可循，相當嚴謹紮實。

本論文首先從「被害人到僱用人」角度，觀察我國學說及實務關於「執行職務」見解之變遷。作者認為，我國實務關於「執行職務」之判斷標準，早期穩定從寬，採取有利於被害人之見解，但近來卻因盜賣股票案例，出現頗為歧異之見解。最高法院是否有意針對「盜賣股票案例」，採取有別於以往之特別見解？

本論文發現，最高法院並不是特別針對「盜賣股票」此一案例類型而改變見解。最高法院仍然堅持向來有利於被害人之立場，只是，「盜賣股票」案例事實有其特殊性：被害人與受僱人或僱用人間，損害發生前已有某程度之交易接觸關係。基於此一特殊性，作者指出我國實務見解變遷之關鍵：最高法院所謂「受僱人個人不法行為，不屬執行職務」之論述，只是披著「不法行為」的「外衣」或「藉口」而已，其實是代表最高法院認為，當具體被害人有不值得保護之事由時，即不屬「執行職務」！

從而，本論文建議，在執行職務之判斷上，應區別當事人間是否有「交易接觸關係」，分別認定。當事人間若無交易接觸關係，應以「一般抽象被害人是否值得保護」為判斷標準。反之，若有交易接觸關係時，則應以「個別具體被害人是否值得保護」為判斷標準。

因此，本論文有別於一般以批評最高法院見解為結論之判決評析，而是探尋最高法院判決背後之「政策轉折」或「弦外之音」。作者認為，最高法院見解之變遷，並非如其抽象法律論述般「矛盾」，反而係持續以被害人是否值得保護，作為判斷執行職務該當與否之標準。

此種論證方法，有別於以往只就「判決要旨」作比較之方法，同時對實務見解之分析，不採個案「橫向」比較，而將個案依原審法院、最高法院、更一審法院等過程，將案例作「縱向」分析，突顯法院面對同一案例事實類型時，見解之搖擺不定，探求其所以如此之原因，並仔細考究其真正法律見解所在！

個人認為，本論文是一篇成功的學位論文。作者基於其審判實務經驗，對實務見解提供細膩而精闢之分析與整理，並在繁忙工作之餘，仍持續投入傳統民事法學研究，堪值嘉許。為鼓勵年輕一輩法律人積極投入法學研究，提升我國學術研究水準，值此論文將出版之際，乃樂意執筆為之推介。

國立臺灣大學法律學院教授

陳忠五

二〇一一年六月二十四日

序 文

為他人行為而負責，是民事法值得觀察之發展方向之一。其中又以僱用人責任居重要性之冠，而僱用人責任成立與否，學說及實務上最困擾的就在於「執行職務」之判斷。本書將我國學說及實務關於「執行職務」之判斷標準加以體系化集整及分析，且在內容上將實務案例，妥適地分散在文章中最適切之位置，以夾敘夾議之方式，使讀者能清楚了解實務見解之變遷與特點，並嘗試提出不同之判斷標準，且於書末以附表方式重新操作，以期作為法律學習者、學術界、實務界運作之參考。

本書原為臺灣大學法律研究所碩士論文，本論文之完成首先應感謝陳忠五教授不辭辛苦審閱論文內容及給予指教，且感謝舍妹政治大學林玉君博士會計師及臺大法律研究所蘇凱平律師等向元照出版有限公司引薦，使本論文得順利出版。其次，亦要感謝詹森林教授、陳聰富教授、陳自強教授、陳洸岳教授於論文口試時給予建議，使本論文能更具價值。另民法觀念深受民法權威王澤鑑教授於大一「民法總則」課堂上諸多啟蒙。此外，作者歷經學生、學習司法官、軍事檢察官、法官等不同身分之轉變及淬煉，一路上受到許多同學及前後輩對於作者提供諸多協助與栽培，在此限於篇幅無法一一詳述，但心中之感謝仍永存我心。

尤其要感謝我的父母及家人在這一路上的支持與鼓勵，也要感謝元照出版公司為鼓勵法學新進，使本論文得以正式成書出版，希望藉此讓更多人關注此一議題之發展。

林慶郎

二〇一一年六月十日

摘要

民法第一八八條之僱用人責任乃「為他人行為而負責」體系中之重要一環，而僱用人責任成立與否，關鍵之處，即在於受僱人「執行職務」之判斷。

而「執行職務」概念涉及「僱用人活動自由」及「被害人保護」之衡量，故「執行職務」判斷標準之寬嚴，也顯示出學說及實務在上開利益間之矛盾與掙扎。因此，「觀察角度」之確立，乃概念判斷上之重要問題。

因此，本論文主要以我國學說及實務見解為核心，目的在觀察學說及實務操作之面貌，同時分析其變遷方向，並試圖重新檢視「執行職務」之判斷標準。

就學說之觀察而言，「客觀說」為向來多數學說所採，顯然較為重視「被害人之保護」，但近來學說則提出「內在關連性說」，就判斷標準而言，較為「限縮」、「從嚴」，故就觀察角度來說，顯然轉為重視「僱用人活動自由」之維護。而早期實務見解亦以學說之「客觀說」為主，並逐漸透過個案加以擴張，其重視「被害人之保護」之立場，顯然易見！然而，近來因「盜賣股票案」之大量發生，逐漸有「不法行為」標準之提出，就判斷標準而言，也有著「限縮」、「從嚴」之「外表」！

然而，「內在關連性」之提出，「本質上」係「真正地」限縮了執行職務之範圍，但「不法行為」標準之提出，卻是透過「不法行為即不屬執行職務」之「負面表述」用語，來表達「被害人之正當信賴即屬執行職務」之「正面立場」。從而，近來學說及實務，雖有著「相同」的「外表」，但「本質上」卻有截然不同的「立場」！

因此，在最高法院依舊堅持「被害人保護」之立場下，實有必要針對被害人保護之必要性加以區別，從而，在被害人與受僱人、僱用人間，於責任原因事實發生前，即有接觸、往來之關係時，透過該交易接觸關係之過程，使具體被害人就受僱人之職務範圍能有所知悉，從而，判斷標準即應以「具體被害人」於「具體交易接觸之時點」所產生之「實際信賴」為判斷標準；至於被害人與受僱人、僱用人間，並無任何交易接觸關係時，則因具體被害人無「具體信賴」可言，故必須由職司審判之法官，以「抽象第三人」之角度，回溯到「與被害人處於相同情況下」，所「應有之抽象信賴」為標準。

從而，從盜賣股票案例出發，若客戶與營業員、證券公司間，於責任原因事實發生前，已有某程度之交易接觸關係時，當具體被害人明知營業員並無為客戶保管印章、存摺及代客操作股票買賣之職務，但仍基於個人情誼或圖內線交易、當日沖銷之便，而將印章、存摺交付營業員保管，致股票遭盜賣及股款遭盜領，則就營業員之行為，因具體被害人並無正當、值得保護之信賴可言，營業員之行為即不應認為係執行職務之行為！

因此，最高法院之見解，就結論上來說，或可接受，然其理由，實不應再繼續使用「不法行為」為標準，而應改採「被害人無值得保護之正當信賴」為由，駁回被害人之請求。反之，若被害人仍有值得保護之信賴時，則仍應堅持其保護被害人之立場，肯認被害人之損害賠償請求權，裨有助於被害人保護之目的得以落實，此當為被害人之福祉，亦為吾人所樂見！

關鍵詞：執行職務、僱用人責任、客觀說、內在關連性、與有過失、被害人保護、營業員盜賣股票、為他人行為而負責、具體信賴、抽象信賴

目 錄

推薦序

陳忠五

序 文

摘 要

緒 言 1

第一章 從「被害人」到「僱用人」角度下之 執行職務

第一節 穩定的學說 19

第一項 早期學說見解：客觀說 19

第一款 民法第一八八條僱用人責任 19

第二款 民法第二二四條債務人責任 24

第三款 國家賠償法第二條第二項國家責任 27

第四款 民法第一八六條公務員責任 29

第五款 民法第二十八條法人責任 31

第六款 公司法第二十三條公司責任 35

第七款 結 論 37

第二項 近期學說見解：修正客觀說 38

第一款 內在關連性之一般標準 39

第二款 內在關連性之具體類型 44

第二節 搖擺的實務演變	82
第一項 「執行職務」與「僱用關係」、「選任監督」概念之混淆	83
第一款 「執行職務」與「僱用關係」混淆	84
第二款 「執行職務」與「選任監督」混淆	98
第二項 「執行職務」判斷標準之歧異	103
第一款 與執行職務有關	104
第二款 與執行職務無關	145
第三款 未認定是否屬執行職務	225

第二章 從「僱用人」到「被害人」角度下之執行職務

第一節 建立以「被害人」為角度之判斷標準	234
第一項 以「僱用人預見可能性」為判斷標準之不妥	234
第一款 僱用人責任之立法目的	234
第二款 侵權責任法之變遷	253
第二項 以「被害人預見可能性」為判斷標準之優點	259
第一款 被害人角度——「信賴」之要求	260
第二款 僱用人角度——「公示」之要求	278

第二節 以「是否有交易接觸關係」區別被害人 之信賴基準	298
第一項 採行單一判斷標準之困境及侷限	298
第一款 實體上無法凸顯類型化特徵	298
第二款 程序上仍有不易操作之缺點	299
第二項 採取二元判斷標準之嘗試與突破	301
第一款 採取二元判斷標準之妥當性	301
第二款 二元判斷標準之建立	303
參考文獻	351
附 錄	357
判決索引	427

緒言¹

近年來，隨著股市熱絡，及理財觀念之盛行，對於股票投資，已成為近來許多人理財工具之一，因此，股票買賣也深入民眾生活。

然而，在民國九十二年八月六日至九月十五日間，在國內具有相當名氣，且常受政府之託處理法律問題之「理律法律事務所」，爆發事務所內資深員工劉偉杰，利用幫海外客戶處理股票買賣之機會，將賣得之三十億新台幣，全數轉入個人帳戶中，嗣後捲款潛逃，由於金額甚大，引發社會相當震驚。調查局並將劉偉杰列入十大追緝要犯，協請國際刑警組織協助逮捕歸案。

該案刑事部分雖由檢調進入偵辦，而民事部分，則由理律法律事務所與被害人美國新帝公司達成賠償協議，由理律賠償新台幣二十八億三千多萬，分四年分期還款，同時未來十八年，每年將提供一百萬美金的法律諮詢服務，而由於和解金額龐大，也造成社會相當之關注！

而翻開我國關於盜賣股票案例的歷史來看，劉偉杰的個案，並非我國證券史上頭一遭，早在民國八十一、二年間，即陸續發生許多營業員盜賣客戶股票之案例。然而，被害人面對營業員盜賣股票，通常採取的途徑，可分為「刑事訴訟」及「民事訴訟」二種途徑。

¹ 本論文承蒙口試委員惠賜許多寶貴意見，使本論文之內容更加嚴謹與完備，而關於口試委員惠賜之寶貴意見與建議，本文擇其適當之處，分別於後述段碼81、133、222、224、225、238、242、247、248、252及附錄中關於「本文判斷」等處補充之，在此特地再次感謝口試委員不吝指教，若仍有回應不足之處，亦望請口試委員見諒並再予指導。

2 論受僱人執行職務

在「刑事訴訟」方面，被害人往往向地方法院檢察署提出告訴，而營業員所涉犯之罪名，不外乎是「偽造文書」、「侵占」、「業務侵占」、「詐欺」等罪，等檢方偵結起訴後，再提起附帶民事訴訟，此不但有助於訴訟費用之節省，在證據上，也因檢察官之偵查而較為充分，故此種方式較常被使用。

而在「民事訴訟」方面，就被害人所主張之請求權基礎，又可分為「契約責任」及「侵權責任」二方面。

在「契約責任」上，由於客戶與證券公司間有「有價證券委託買賣契約書」，因此，基於該契約書，可認為營業員係證券公司之履行輔助人，在「債之履行」過程中，有故意行為致客戶受有損害，故證券公司應為其履行輔助人之行為，負同一責任。從而，證券公司即有返還股票之責任。

另外，在「侵權責任」方面，主要之行為人即營業員通常較無資力，故被害人大多以證券公司為被告，主張營業員係證券公司之受僱人，而營業員在處理客戶之股票買賣時，乃利用其職務上之機會，將客戶之股票盜賣，並進一步將賣得之股款加以侵占，造成被害人之損害，從而依民法第一八八條規定，請求證券公司應連帶負責。

- 3 而民法第一八八條之規定，乃從民國十八年民法制定開始，即已存在。因此，在學說及實務上，均累積了相當多之見解，甚至，不僅只有盜賣股票案例，舉凡交通事故及其他關於侵權責任損害賠償之請求，被害人在起訴時，幾乎「不免俗」地，要將行為人之「僱用人」列為共同被告，而雖然僱用人只是「共同被告」，但由於其資力較為雄厚，因此，在被害人眼中，其請求之對象，幾乎就是針對僱用人！從而，更凸顯了僱用人責任，在整個侵權責任法上之重要性！

- 4 以下在「緒言」部分，先針對僱用人責任中，何以選定「執

行職務」作為本論文討論之重心，其「研究動機」及「問題意識」加以討論；其次，再介紹僱用人責任中，關於「執行職務」概念，在我國學說之研究現況及面貌；最後，再就本論文之論述架構及研究特色加以說明。

一、問題之提出

(一)研究動機

如前所述，在損害賠償訴訟上，被害人幾乎「不免俗」地會將「僱用人」列為共同被告，以增加其請求權實現之可能。然而，僱用人責任，乃僱用人為受僱人之行為而負責，其本質，有「為他人行為而負責」之涵義，與羅馬法以來，一直標榜之「個人自由主義」似有衝突，因此，如何操作僱用人責任，便彰顯出實務在「被害人保護」及「僱用人活動自由」間的取舍與價值判斷。

針對僱用人責任之要件，依學說大致上分法²，認為必須受僱人之行為，「符合侵權責任要件」；再者，受僱人之行為，必須是「執行職務」之行為；其次，僱用人對受僱人間，必須有「僱用關係」存在；最後，僱用人對受僱人之選任及監督具有過失，而由於此項過失已由法律推定，故必須由僱用人舉證其對受僱人之「選任監督」並無過失。

其中，關於僱用人與受僱人間，必須有「僱用關係」存在，就「僱用關係」之定義，實務及學說均「一面倒地」認為，不以「法律上之僱用關係」為必要，僅須「事實上僱用關係」，亦即事實上有選任監督關係即可，從而，「僱用關係」在僱用人責任

² 學者間就僱用人責任之要件，雖或有不同，但大致上來說，就主要之要件部分，仍有共識存在。學者見解可參見史尚寬，「債法總論文（上中下冊合訂本）」，頁181至186，自版，1990年8月台北。

上，似乎也看不出適用上的空間。

- 6 而在債編修正時，從歷來草案修正條文之內容來看，卻將重點放在是否應將條文「受僱人」改為「受使用人」、「行為人」、「直接使用人」、「使用人」，「僱用人」改為「使用人」（相對於受使用人）、「間接使用人」（相對於直接使用人）、「使用之人」（相對於使用人）等文字上爭議³，其修改主要目的在於配合最高法院五十七年台上字第一六六三號判例之意旨⁴。

然而，關於「僱用人」、「受僱人」、「僱用關係」之認定，在實務上既然已經有判例存在，且看不出有任何反對該判例之跡象出現，則在操作上並無發生重大問題，因此，有沒有修法，其實並不重要，似乎沒有修法之急迫性！

再者，僱用人對受僱人之選任監督過失，乃由立法者在民法第一八八條但書以「推定過失」之方式為之，再由僱用人於訴訟上，透過舉證其在選任監督上並無過失，以免其責任。然而，實務在舉證免責要件上，幾乎看不到任何舉證免責之成功案例，從而，在實務關於舉證免責之嚴格與「堅持」下，使得僱用人責任，走向一種類似於「無過失」的情況。

這個現象也導致在立法論的層次上，學者們及修法委員重心大多放在：僱用人責任應改採「無過失」責任的歸責原理，並提

³ 參見修正草案初稿第二次審查報告，載於法務部編印，「民法研究修正實錄——債編部分」，頁61至74，2000年1月。

⁴ 該判例意旨為：「民法第一百八十八條第一項所謂受僱人，並非僅限於僱傭契約所稱之受僱人，凡客觀上被他人使用為之服務勞務而受其監督者均係受僱人。」載於最高法院民刑事判例全文彙編（55年至59年），頁108至111，或最高法院判例要旨上冊（民國16至87年民事部分），頁117。