

# 《民法與刑法》

一、甲自民國 100 年 7 月起受僱於乙，指派至乙出資之 A 藥局掛名負責人藥師，惟一切事務均由乙做決策與處理。甲則支領固定薪資，詎乙租借他人牌照申報健保費用，因此甲以負責人身分被罰處新臺幣（下同）200 萬元之罰鍰（下稱系爭罰鍰）。甲認為其只是擔任 A 藥局掛名負責人，系爭罰鍰應由乙支出，試問甲所受支出 200 萬元之損害該如何向乙主張？（25 分）

命題意旨	僱傭契約之認定及其法律效果。
答題關鍵	先認定甲乙間為何是僱傭契約關係，從「從屬性」判斷下手。確認為僱傭關係後，再論述雇主使受僱人提供違反公序良俗之勞務，受僱人請求賠償之請求權基礎。

## 【擬答】

(一)甲乙間為僱傭契約關係：<sup>1</sup>

- 1.按僱傭（勞動）契約，係指當事人之一方，在從屬於他方之關係下，提供職業上之勞動力，而由他方給付報酬之契約，就其內涵包含人格上從屬性、親自履行不得使用代理人、經濟上從屬性、組織上從屬性等特徵<sup>2</sup>。勞動契約之勞工與雇主間具有上開使用從屬及指揮監督之關係，且非僅限於僱傭契約，關於勞務給付之契約，其具有從屬性勞動性質者，縱兼有承攬、委任等性質，仍應屬勞動契約。<sup>3</sup>
- 2.本案藥局由乙實際經營，而由甲親自為乙提供藥師勞務，且一切事務由乙決策與處理，甲無獨立裁量空間，具有人格上從屬性，又甲僅領取固定薪資，不負擔藥局經營之損益，亦具有經濟上從屬性，可見甲乙間應為僱傭契約關係。又雖甲另依乙指示掛名藥局負責人，而無勞務提供之性質，仍無礙僱傭契約之認定。

(二)甲得依第487-1條及第227條規定請求乙賠償200萬元損害：

1.依第487-1條規定請求賠償：

- (1)受僱人服勞務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，得向僱用人請求賠償，第487-1條定有明文。揆其立法理由揭櫫：為自己利益使用他人從事具有一定危險性之事務者，縱無過失，亦應賠償他人因從事該項事務所遭受之損害，此乃無過失責任之歸責原則中所謂「危害責任原則」之一類型。鑑於受僱人之服勞務，須絕對聽從僱用人之指示，自己無獨立裁量之權，受僱人於服勞務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，自亦宜使其得向僱用人請求賠償，始能充分保護受僱人權益。<sup>4</sup>
- (2)查甲乙間有僱傭契約關係，業如前述。甲依乙指示掛名藥局負責人，而因乙違反健保法規，以致具藥局名義負責人身分之甲受有200萬元罰鍰之損害，倘甲未共同參與違法借牌之情事，應屬非可歸責於甲之事由所受損害，甲得依第487-1條規定向乙請求200萬元之損害賠償。

2.依第227條規定請求賠償：

- (1)受僱人為僱用人服勞務，既完全依僱用人之指示，而無獨立裁量權或決策權，則僱用人對受僱人即負有不得指派其從事不法或違反公序良俗之工作之義務。此觀就業服務法第5條第2項第4款之規定亦明。最高法院認為，倘僱用人違反此項義務，致受僱人受有損害時，受僱人自非不得依民法第227條不完全給付之規定請求損害賠償。<sup>5</sup>
- (2)查乙經營藥局而指示甲掛名負責人，以逃避負責人之責任，應屬不法或違反公序良俗之情形。甲依乙指示掛名負責人進而受有200萬元罰鍰之損害，依上開裁判意旨，應屬乙依僱傭契約所為之瑕疵給付，甲得依第227條第1項向乙請求200萬元之損害賠償。

<sup>1</sup> 本題改編自臺灣臺北地方法院 104 年度勞訴字第 131 號民事判決、臺灣高等法院 105 年度重勞上字第 4 號民事判決（案 1）、臺灣臺北地方法院 104 年度訴字第 3415 號民事判決（案 2）、臺灣臺北地方法院 109 年度勞訴字第 385 號民事判決、臺灣高等法院 110 年度勞上字第 71 號民事判決、最高法院 111 年度台上字第 447 號民事判決、臺灣高等法院 111 年度勞上更一字第 8 號民事判決、最高法院 112 年度台上字第 433 號民事判決（案 3）之原因事實。

<sup>2</sup> 參照最高法院 96 年度台上字第 2630 號民事判決。

<sup>3</sup> 參照最高法院 89 年度台上字第 1301 號民事判決。

<sup>4</sup> 參照最高法院 111 年度台上字第 447 號民事判決。

<sup>5</sup> 參照最高法院 112 年度台上字第 433 號民事判決。

二、甲向乙買受 A 地及 A 地上之違章建物 B 屋，乙依約辦理 A 地之移轉登記，並交付 B 屋於甲。嗣後 B 卻遭丙無權占用，試問甲得否主張所有物返還請求權，向丙請求返還 B 屋？（25 分）

命題意旨	違章建築事實上處分權之物上請求。
答題關鍵	本題爭點只有一個：違章建築之事實上處分權人能否行使民法第767條物上請求權？爭議極大，詳下討論。
考點命中	《民法物權爭點解讀》，高點文化出版，陳義龍編著，頁2-176~2-181。

【擬答】

甲得主張民法第767條1項前段之B屋返還請求權：

(一)甲為B屋之事實上處分權人：

1. 違章建築乃違反建築法規而無法辦理保存登記之建物，既不得為保存登記，亦無從移轉登記，以讓與其物權（民法第758條、第759條參照），惟最高法院創設事實上處分權之概念，違章建築之所有人得透過讓與其事實上處分權之方式，達到交易之目的。
2. 查甲乙間訂立B屋買賣契約，並交付之，因B屋為違章建築而無法移轉登記，堪認甲乙間有讓與B屋事實上處分權之合意，故甲為B屋之事實上處分權人。

(二)甲得行使所有物返還請求權：

1. 事實上處分權人得否行使所有物返還請求權，不無疑問。部分學說認為，違章建築之讓與乃我國常見交易慣行，亦為最高法院所承認，具備慣行事實及法之確信，有其社會需要與法律實益，依第757條規定，應認事實上處分權屬於習慣物權，得依第767條2項準用同條1項規定，行使物上返還請求權。
2. 然多數最高法院判決認為，事實上處分權究非所有權，不得適用或類推適用物上請求權規定。部分學說亦主張，違章建築危害公共安全，縱民間有多年交易之慣行，亦屬違背公共秩序，而與第2條規定有悖，事實上處分權應非習慣物權性質，不得行使物上請求權。
3. 本文認為，若不賦予事實上處分權人有排他權能，將導致事實上處分權本身使用、收益之權利無法實現，於習慣法僅須賦予事實上處分權人有排除他人干涉之效力，即已符合社會需要，不需承認其為物權，以避免過度衝擊物權法定主義。
4. 準此，甲為B屋事實上處分權人，雖非物權，然應類推適用第767條規定以賦予甲排除他人干涉之效力，即得依同條1項前段規定，請求無占有權源之丙返還B屋。

三、甲、A 同在一間辦公室工作，平日相處不睦，甲出於損人不利己的報復動機，唆使另一同事乙找機會將 A 工作的重要財物丟棄，乙應允。某日，乙看到 A 離開座位，將 A 的隨身碟從其座位取走後，以隨身碟最後可能被如何處置都無所謂的心態，將 A 的隨身碟順手置入同事 B 的公事包內。A 下班前發現隨身碟遺失，非常緊張，請同事幫忙在辦公室尋找，卻沒有找到。B 回家整理公事包時，發現有一個陌生隨身碟，想起當天辦公室 A 在找隨身碟的事情，雖不知隨身碟為什麼會在公事包出現，仍在隔日問 A 是否為其遺失的隨身碟，A 確認後非常高興，隨身碟失而復得。試問甲、乙之行為依刑法應如何論罪？（25 分）

命題意旨	本題測驗重點在毀損罪「致令不堪用」之解釋，以及毀損罪與竊盜罪之區分。
答題關鍵	應將各種解釋致令不堪用之見解臚列後擇一採納，再討論兩罪之區分，而兩罪區分重點在於是否有不法所有意圖。
考點命中	《透明的刑法-分則編》，高點文化出版，張鏡榮律師編著，第一篇第六章。

【擬答】

(一)乙將A隨身碟丟入B公事包之行為，成立刑法（下同）第354條毀損器物罪：

1. 客觀上，乙將A隨身碟丟進B公事包，並未造成隨身碟物理性外觀毀壞，自非毀棄損壞，惟其使得A無法自主決定使用隨身碟是否為功能毀損之「致令不堪用」，容有爭議：
  - (1) 狀態變更說認為，本罪保護所有權即所有人得自由處分收益所有物之權利，未經同意破壞其使用利益亦屬之，本題乙丟棄A隨身碟已破壞此一利益，應成立本罪。
  - (2) 預定效用減損說主張，所有權人對於物品之使用利益本身並非物品主要功能，只要物品客觀使用功能未減損，即不成罪，本題乙既未令隨身碟功能受損，即與此要件不符。

(3)客觀使用可能性減損說以為，致令不堪用應限於未使物品外型受損，但客觀上對其效用有所減損之情形，包括影響功能、所有人無法依預定用途從事活動，以及外部指示內部活動效用無法發揮等。

(4)本文以為，狀態變更說將使本罪法益質變為所有人意思自由，而脫離財產犯罪之特質，預定效用減損說之客觀標準雖可採，惟將所有權人主觀抗拒使用類型排除於本罪之外，與致令不堪用文義不符，客觀使用可能性減損說可採。

(5)本題中，乙將A隨身碟丟入B公事包，使得A一日無法依其計畫使用隨身碟之內部資料，已使其客觀使用可能性減損而為致令不堪用，客觀構成要件該當。

2.主觀上，乙明知將A隨身碟放入B公事包將使其客觀效用有可能減損，仍出於如何處置均無所謂之心態決意為之，具毀損間接故意。乙無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

(二)乙將A隨身碟丟入B公事包之行為，不成立刑法（下同）第320條普通竊盜罪：

1.客觀上，乙未經A同意排除A對隨身碟持有支配，並建立自己持有支配丟入B公事包，已破壞A對財物之持有支配利益。

2.主觀上，乙具竊盜故意無疑，又其雖明知自己無法律上權源仍以所有權人自居，排除A對隨身碟所有利益之目的竊取，惟欠缺將隨身碟據為己有之主觀目的，故無所有意圖，乙不成立本罪。

(三)甲唆使乙將A重要財物丟棄之行為，成立刑法（下同）第354條毀損器物罪之教唆犯（第29條）：

1.乙具毀損器物不法，已如前述。

2.客觀上，甲唆使乙丟棄A重要財物係使無犯意之乙形成毀損犯意之教唆行為；主觀上，甲雖對財物內容未有特定認知，惟已對特定正犯乙及特定犯罪類型即毀損有認知，亦有教唆乙毀損既遂故意，甲具教唆雙重故意。

3.甲無阻卻違法事由並具罪責，成立本罪。

四、甲在外租屋，為了防盜理由，甲在房間安裝監視器。某日甲的好友A知悉甲因工作因素需出國二週，A向甲商議在其出門期間，借用甲的房間住宿，甲同意但約定A不得帶他人回家，卻忘記告訴A房間有監視器。A不知該房間設有監視系統，在住宿期間常全身未著任何衣物，全裸在房間走動，有日A約同其親密好友B，在甲的房間內共餐，其間A、B二人有親吻行為。甲回家從監視器存檔資料，發現A竟違反約定帶友人回家，甲質問A時，A始知借宿期間，生活日常以及與B的私密親吻行為皆被監視器拍攝，A要求甲將資料刪除，甲認為其為房間使用人，當然可以在自己的住處裝設監視器，只含糊答應，卻沒有積極刪除資料。試問甲的行為依刑法應如何評價？（25分）

命題意旨	本題應是在測驗作為與不作為的區分、事前故意與保證人地位等爭議，涉及的條文包括無故竊錄罪與攝錄性影像罪。
答題關鍵	於作為與不作為的區分上，應討論「架設攝影機」與「未撤下攝影機」兩行為之刑法定性，確定後再檢討甲的保證人地位為何，若甲有保證人地位，則進一步分析甲是否具有故意。此外，針對甲不刪除影像之行為，亦應同時討論不作為犯罪的問題。

#### 【擬答】

(一)甲未告知A拍得A裸體與親吻畫面之行為，不成立刑法（下同）第315條之1第2款無故竊錄罪：

1.客觀上，甲拍得A裸體與親吻畫面包括前階段「架設攝影機」與後階段「未告知並撤下攝影機」之雙重行為，其應成立作為或不作為，容有爭議：

(1)社會意義說認為，應以行為當中具社會重要性部分為何加以判斷；風險說認為，應視行為與法益之風險關聯性而定，作為係製造或加速風險實現，不作為是為排除既存風險實現。

(2)本文以為風險說可採，甲架設攝影機畫面時，未對A隱私法益造成直接危險，此一行為欠缺刑法意義上不得作為論罪對象，甲於A進入房間時未告知房內有攝影機亦未撤下攝影機，已使A隱私有隨時受害之直接危險，係不排除既存隱私受害風險之不作為。

2.又甲架設之攝影機可能侵害A隱私之此一危險源有所支配，甲似有排除其侵害A法益之義務，惟甲於自家架設攝影機並未違反任何義務，基於違反義務之前行為理論，甲無保證人地位。

3.退步言之，若認甲具危險源監督之保證人地位，A因不知有攝影機而未同意甲對其身體隱私部位或與B之非公開活動加以攝錄，甲係未經同意攝錄A與B親吻等具合理隱私期待之活動與其裸體之身體隱私部位，破壞

A之隱私利益，該當客觀構成要件。

4.主觀上，甲於攝影機錄下A非公開活動與身體隱私部位時並未對其行為有所認知，亦未容任此一結果發生，本於故意同時性原則，甲欠缺竊錄故意，主觀構成要件不該當。

5.綜上，甲不成立本罪。

(二)甲未告知A拍得A裸體與親吻畫面之行為，不成立刑法（下同）第319條之1第1項攝錄性影像罪：

1.客觀上，裸體應包括係性器或足以引起性慾之身體隱私部位，AB親吻畫面為與性相關而客觀上足以引起性慾之行為，甲錄得上開之影像均為第10條第8項之性影像。

2.又，A雖未同意甲錄得上開性影像，惟甲並無保證人地位已如前述，自不該當客觀構成要件而不成立本罪。

(三)甲未刪除 A 未公開活動、身體隱私部位以及性影像之行為，係未排除 A 隱私與性隱私風險實現之不作為，惟因甲錄得該影像並未違法，依違反義務之前行為理論，甲自無刪除影像之保證人地位，不成立刑法上之犯罪，僅能視情形論以個資法。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！