# 最高法院民事判決

109年度台上字第3173號

上　訴　人　馬素美
訴訟代理人　黃仕翰律師
　　呂紹宏律師
　　柯晨晧律師
上　訴　人　元大期貨股份有限公司
法定代理人　林添富
訴訟代理人　林文鵬律師
　　林志洋律師
　　王辰罡律師
上　訴　人　許兆崴（原名許瑞麒）

上列當事人間請求債務不履行損害賠償等事件，兩造對於中華民國108年11月13日臺灣高等法院第二審更審判決（108年度金上更一字第2號），各自提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決除假執行部分外廢棄，發回臺灣高等法院。

理　由

按民法第275 條規定，連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益，亦生效力。故債權人以各連帶債務人為共同被告提起給付之訴，被告一人提出非基於其個人關係之抗辯有理由者，對於被告各人即屬必須合一確定，自應適用民事訴訟法第56條第1 項之規定。本件上訴人元大期貨股份有限公司（原寶來曼式期貨股份有限公司，與元大期貨股份有限公司合併為元大寶來期貨股份有限公司，嗣再更為現名，下稱元大公司）對原審關於命其與許兆崴連帶給付部分之判決，提起上訴，提出非基於個人關係之抗辯且有理由，其上訴之效力自及於許兆崴，爰併列許兆崴為上訴人，合先敘明。

次查上訴人馬素美主張：許兆崴為對造上訴人元大公司高雄分公司業務經理，於民國98年3 月間說明會（下稱系爭說明會）介紹「市場多空中立價差套利交易策略」（下稱價差交易策略），嗣並提供投資建議規劃報告書（下稱投資報告書）予伊，記載：「

F.G.F 程式交易（下稱系爭程式交易）＋國際商品波段投資交易…投入金額：5萬美元…最大風險：當累計損失達30%以上，將停止交易且立即通知客戶！每筆交易皆會設立停損，單口風險最高不超過總資金的4-5%為原則」（下稱系爭內容），致伊信以為真，授權許兆崴代為開立元大公司美金國外期貨保證金專戶（下稱系爭專戶），伊並自98年4月22日起至99年7月16日陸續匯款共計美金20萬元、新臺幣60萬元至系爭專戶，委由許兆崴買賣期貨商品。嗣伊於99年10月間查詢，發現系爭專戶僅餘美金3,875.5 元、新臺幣30萬9,770元，交易累計損失超過96%，始知受騙。許兆崴應賠償伊所受交易損失新臺幣29萬230元、美金19萬6,124.5元（下稱交易損失）。元大公司明知許兆崴前因違反期貨交易法經判刑確定，於101年1月前不得擔任期貨商及期貨顧問事業之業務員，仍予以僱用，違反期貨交易法第65條第1項前段、第66條第1項、期貨顧問事業管理規則第11條第1項、第88 條規定，應就許兆崴因執行職務致伊所受損害，負連帶賠償責任等情，並於原審追加請求交易手續費美金3萬6,651元，依民法第184條第1項後段、第2項、第188條第1 項規定，求為命元大公司與許兆崴（下稱元大公司等2人）連帶給付美金23萬2,776元、新臺幣29萬230 元，及其中美金3萬6,651元自108年4月16日起，其餘金額自起訴狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按年息5%計算利息之判決。嗣於原審追加備位聲明，依民法第227條第1項、第544 條規定，求為命元大公司給付美金23萬2,776元、新臺幣29萬230元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算利息之判決。

上訴人元大公司則以：對造上訴人馬素美於98年4月20 日親自開立系爭專戶，同年月開始進行國外期貨交易，其非因許兆崴之招攬而開戶。馬素美於98年7月31日、99年2月3 日始與伊高雄分公司簽訂期貨顧問委任契約（下稱系爭契約），該契約為一般無償顧問委任契約，提供經主管機關許可交易商品之研究分析或建議，並未包含系爭程式交易，許兆崴於98年7月7日私下提供投資報告書予非程式交易會員之馬素美，與伊無關。馬素美明知其不得委由許兆崴代為操作期貨交易，其歷來交易均親自下單，對伊均

按月寄送之電子對帳單亦無異議，應自負期貨交易之盈虧。許兆歲於任職時已簽署聲明書表示無犯罪紀錄，伊並無監督不週，且馬素美交易期貨所受損失，與許兆歲是否具有業務員消極資格，並無相當因果關係，其不得請求伊賠償交易損失及手續費；上訴人許兆歲亦以：伊並無以不實宣傳誘使馬素美開戶及買賣期貨之行為，馬素美非系爭程式交易會員，其歷來交易均親自以電話或網路下單，伊並無代為操作期貨交易之情事，其所受交易損失，與伊是否具備業務員消極資格無關各等語，資為抗辯。

原審就先位之訴將第一審所為馬素美敗訴之判決，一部予以廢棄，改判命元大公司等2人連帶給付馬素美新臺幣8萬7,069 元、美金5萬8,837.35 元本息，一部予以維持，駁回馬素美其餘上訴；及命元大公司等2人連帶給付馬素美美金1萬970.1 元本息，駁回馬素美其餘追加之訴，係以：馬素美於98年4月20 日開立系爭專戶，於同年7月31日、99年2月3 日與元大公司高雄分公司簽訂系爭契約，約定服務期間依序98年8月1日至12月31日、99年1 月19日至12月31日；馬素美於98年4月22日、6月15日、8月6日依序匯款美金5萬元、5萬元及10萬元，於99年7月16日匯款新臺幣60 萬元至系爭專戶，該專戶於99年10月間餘額為美金3,875.5 元、新臺幣30萬9,770 元，為兩造所不爭執。次查許兆歲前因違反期貨交易法經判刑確定，於101年1月前不得從事經營期貨經紀業務或兼營期貨顧問事業，其於93年11月1 日任職元大公司違法招攬期貨交易業務，於系爭說明會向馬素美之子即訴外人陳谷維介紹並提供以系爭程式交易即時監控投資買賣交易虧損之價差交易策略，於98年4月20 日向馬素美告知有關系爭程式交易之訊息，馬素美因受許兆歲之招攬而開戶。馬素美於開立系爭專戶後即陸續匯款，委由許兆歲下單操作期貨交易，許兆歲並於98年7月7日提供記載系爭內容之投資報告書予馬素美，馬素美於同年月31日始與元大公司高雄分公司簽訂系爭契約。足見許兆歲於非系爭契約期間即提供買賣操作建議及投資報告書予馬素美，有違反期貨管理法令從事期貨交易業務之情事。馬素美並無期貨交易經驗，因相信加入系爭程式交易會員，即無須人為判斷，乃由許兆歲下單操

作期貨交易。惟許兆崴全憑個人判斷，自行決定交易標的、價格及時點為馬素美買賣期貨，非依馬素美之指示而進行交易，致馬素美受有交易損失新臺幣29萬230元、美金19萬6,124.5元及支出交易手續費美金3萬6,567元之損害（下稱系爭損害），許兆崴應對馬素美負侵權行為損害賠償責任。按受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任，民法第188條第1項前段定有明文。元大公司違反期貨交易法第65條第1項前段、第66條第1項規定，聘僱不具業務員資格之許兆崴為馬素美開戶及買賣期貨，應就許兆崴因執行職務致馬素美所受損害，負僱用人連帶賠償責任。又損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之，民法第217條第1項定有明文。馬素美明知系爭契約第5 條約定其應自行決定所交易之期貨交易商品，不得委由許兆崴決定或處理期貨交易事務，仍選擇相信許兆崴專業能力及個人判斷，全權委託許兆崴自行決定交易標的、價格、數量，下單操作期貨交易，且委由陳谷維與許兆崴討論交易策略，並非全未參與，且其有最終決定期貨交易或停止交易之權，其就系爭損害之發生或擴大，與有過失。審酌上情，認馬素美應負較大之過失責任，其與元大公司等2 人之過失責任以70%與30%之比例為適當，元大公司等2 人連帶賠償責任應減輕30%。故馬素美先位依民法第184條第1 項後段、第2項、第188條第1項規定，請求元大公司等2人連帶給付新臺幣8萬7,069元、美金5萬8,837.35元及自起訴狀繕本送達翌日即101年3月22 日起算之法定遲延利息，與追加請求元大公司等2人連帶給付美金1萬970.1元及自108年4月16 日起算之法定遲延利息，為有理由，應予准許。逾此所為請求，為無理由，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

查原審先謂馬素美因相信加入系爭程式交易會員，即無須人為判斷，乃由許兆崴下單操作期貨交易；繼謂馬素美選擇相信許兆崴專業能力及個人判斷，全權委託許兆崴決定交易標的、價格、數量，下單操作期貨交易，許兆崴非依馬素美之指示而進行交易；再謂馬素美委由陳谷維與許兆崴討論交易策略，並非全未參與，

且有權決定繼續交易或立即停止交易。關於馬素美因何委託許兆崴以如何方式為期貨交易，先後論述不一，已有判決理由矛盾之違法。次查民法第217條第1項所謂被害人與有過失，須其行為與加害人之行為，為損害之共同原因，而其過失行為並助成損害之發生或擴大者，始屬相當。原審係認馬素美全權委託許兆崴決定交易標的、價格、數量，下單操作期貨交易，許兆崴非依馬素美之指示而進行交易。果爾，能否謂馬素美就系爭損害之擴大，與有過失，其應負較大之過失責任，即滋疑問。原審未詳查審認，遽為馬素美不利之判斷，且既謂馬素美與元大公司等2 人之過失責任比例為70%與30%，乃又謂元大公司等2 人連帶賠償責任應減輕30%，亦有可議。又民法第188條第1 項所謂受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，固包括受僱人利用職務上之機會，而在客觀上足認與其執行職務有關之行為。惟受僱人之行為在客觀上倘不具備執行職務之外觀，或係受僱人受該他人委託而與執行職務無關，即無上開法條規定之適用。系爭契約第4條、第5條依序約定：「乙方（元大公司）及其從業人員…不得收受甲方（馬素美）資金，代理從事期貨交易行為」、「甲方係基於獨立之判斷，自行決定所交易之期貨交易商品…乙方僅係提供期貨交易之研究分析意見或建議，不得代理甲方決定或處理期貨交易事務」（見第一審卷一19頁）。原審復認馬素美於98年4月20 日開立系爭專戶後即陸續匯款，委由許兆崴下單操作期貨交易，許兆崴於98年7月7日提供投資報告書予馬素美，馬素美於98年7月31 日始與元大公司簽訂系爭契約，許兆崴係於非系爭契約期間提供買賣操作建議及投資報告書予馬素美。馬素美明知其依約應自行決定所交易之期貨交易商品，仍委由許兆崴下單操作期貨交易，並參與討論期貨交易策略，且得決定交易繼續或立即停止。果爾，能否謂許兆崴為馬素美買賣期貨之行為，在客觀上具備執行職務之外觀，且致馬素美受有損害，元大公司就該行為應負僱用人之賠償責任，自非無疑。原審未詳查審認，遽為元大公司及許兆崴不利之判決，尚嫌速斷。馬素美先位之訴是否有理由，既尚待事實審調查審認，其備位之訴自應併予發回。兩造上訴論旨，各自指摘原

判決於己不利部分違背法令，求予廢棄，均非無理由。

據上論結，本件兩造上訴均有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　6　　月　　17　　日

最高法院民事第一庭

審判長法官　陳　國　禎

法官　李　瑜　娟

法官　林　玉　珮

法官　謝　說　容

法官　鄭　純　惠

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　6　　月　　24　　日