臺灣高等法院民事判決

108年度金上更一字第2號

上　訴　人　馬素美
訴訟代理人　呂紹宏律師
　　柯晨纂律師
　　黃昱維律師
　　黃仕翰律師
複　代理人　張家和律師
被　上訴人　元大期貨股份有限公司
法定代理人　林　富
訴訟代理人　林文鵬律師
　　林志洋律師
　　王辰罡律師
被　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事件，上訴人對於中華民國103年10月31日臺灣臺北地方法院101年度金字第14號第一審判決提起上訴，經最高法院發回更審（107年度台上字第78號），上訴人並為訴之追加，本院於民國108年10月23日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴，及其假執行之聲請，暨該訴訟費用之裁判均廢棄。

被上訴人應連帶給付上訴人新臺幣捌萬柒仟零陸拾玖元、美金伍萬捌仟捌佰㠪拾柒點㠪伍元，及自民國一〇一年三月二十二日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

被上訴人應連帶給付上訴人美金壹萬零玖佰柒拾點壹元，及自民國一〇八年四月十六日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

其餘追加之訴駁回。

廢棄改判部分第一、二審及發回前第三審訴訟費用由被上訴人連帶負擔，駁回上訴部分由上訴人負擔。追加之訴訴訟費用由被上

訴人連帶負擔十分之三，餘由上訴人負擔。

本判決所命給付，於上訴人以新臺幣叁萬元、美金貳萬叁仟叁佰元供擔保後得假執行，但被上訴人如以新臺幣捌萬柒仟零陸拾玖元、美金陸萬玖仟捌佰零柒點肆伍元預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

壹、程序方面：

一、被上訴人許兆崴經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條所列各款事由，依上訴人聲請，由其一造辯論判決。

二、於第二審為訴之變更或追加，非經他造同意不得為之，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項但書、第255條第1項第2款定有明文。本件上訴人於原審依民法第184條、第188條第1項、第227條、第544條規定，請求被上訴人連帶給付新臺幣29萬0,230元、美金19萬6,124.5元及法定遲延利息，嗣本院前審主張倘知被上訴人有不法行為，當不致在元大期貨股份有限公司（下稱元大公司）開戶交易，故被上訴人應賠償伊因期貨交易所受手續費損失，追加備位聲明：被上訴人應連帶給付上訴人美金3萬6,651元及法定遲延利息。於本院主張元大公司應否與許兆崴負連帶賠償責任，為伊之先、備主張，故先位之訴求為：被上訴人應連帶給付上訴人新臺幣29萬0,230元、美金23萬2,776元（即19萬6,124.5元＋3萬6,651元）及法定遲延利息；備位之訴求為：元大公司應給付上訴人新臺幣29萬0,230元、美金23萬2,776元及法定遲延利息。核上訴人追加請求賠償期貨交易手續費損失之事實及依據法律關係，與原訴請求之事實，均基於被上訴人有侵權行為及債務不履行之事實，其請求之基礎事實同一，且兩訴之證據得互相援用，與上揭規定相符，應准許其為訴之追加。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：許兆崴因違反期貨交易法經法院判刑確定，依該法第62條準用第28條第1項第5款、期貨顧問事業管理規則

（下稱顧問規則）第19條第1項第5款、期貨商負責人及業務員管理規則（下稱業務員規則）第8條等規定，其於民國101年前不得擔任期貨商及期貨顧問事業之業務員，竟受僱於元大公司（原為寶來曼式期貨股份有限公司，合併後為元大寶來期貨股份有限公司，後更名元大公司），於98年3月間之說明會介紹「市場多空中立價差套利交易策略」（下稱系爭價差交易策略）並提供投資建議規劃報告書（下稱系爭報告書），不實宣傳「F.G.F.電腦程式交易（下稱程式交易）於累計損失達30%以上，將停止交易且即通知客戶，每筆交易皆會設停損，單口風險最高不超過總資金4-5%為原則」，誘使伊加入會員，為伊開設交易帳戶及提供期貨交易資訊分析，伊自98年4月22日起陸續匯款共美金20萬元，於99年7月16日再匯款新臺幣60萬元至伊之元大公司美金國外期貨保證金專戶（下稱系爭專戶），委託許兆崴操作買賣期貨商品，詎期貨交易後至99年10月間，系爭專戶僅餘美金3,875.5元、新臺幣30萬9,770元，損失達美金19萬6,124.5元、新臺幣29萬0,230元（下稱系爭損失），比例超過96%，與上開宣傳不符，因期貨交易法等規定兼有保護期貨交易人之權益，故許兆崴應依民法第184條規定負侵權行為賠償責任，而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、顧問規則第11條第1項、業務員規則第8條規定，聘僱不具業務員資格之許兆崴為伊開戶及受託買賣有價證券，且元大公司高雄分公司未依期貨顧問委任契約（下稱系爭契約）之約定，提出交易分析報告，100年8月29日交付之對帳單亦有不實，又未經伊書面同意擅自變更期貨交易標的，復不知許兆崴之犯罪事實，顯有過失，元大公司應就許兆崴執行職務造成伊之損失負僱用人之連帶賠償責任。爰依民法第184條、第188條第1項、第227條、第544條規定，求為命被上訴人連帶給付系爭損失新臺幣29萬0,230元、美金19萬6,124.5元之本息。原審為上訴人敗訴判決，上訴人不服，提起上訴，另主張倘伊知悉被上訴人有不法行為，當不致赴元大公司開戶交易，

故被上訴人應賠償伊因期貨交易支出手續費之損失，追加備位之訴求命被上訴人連帶給付美金3萬6,651元之本息（見前審卷一第60頁）。本院前審判決駁回上訴後，上訴人不服再上訴，經最高法院判決發回更審；於本院主張所受手續費美金3萬6,651元損失應由被上訴人連帶賠償，而被上訴人應否負連帶賠償責任，或由元大公司負賠償責任為本件主要爭點，故為訴之追加，將手續費美金3萬6,651元損失列入先位請求，先位聲明：　被上訴人應連帶給付上訴人新臺幣29萬0,230元、美金23萬2,776元，其中美金3萬6,651元自108年4月16日起、其餘自訴狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按年息5%計算利息。　願供擔保，請准宣告假執行。備位聲明：　元大公司應給付上訴人新臺幣29萬0,230元、美金23萬2,776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。　願供擔保，請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：於98年3月間上訴人之子陳谷維參加元大公司舉辦由許兆崴主講介紹系爭價差交易策略說明會，會中未提及程式交易或招攬入會，而上訴人於98年4月20日即設立系爭專戶，於同月起進行瑞士法郎之期貨交易，並非經由許兆崴招攬始開戶。上訴人開戶後屢向許兆崴詢問期貨商品交易之事，為符合顧問規則第11條規定，元大公司高雄分公司始與上訴人簽訂系爭契約，並無以誇大不實宣傳誘使其簽約。系爭契約僅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，未包含程式交易，若欲成為交易會員，需另訂書面契約及繳交顧問費，不可能由許兆崴決定將交易會員費折算至一般買賣手續費，且不可於嗣後付款或為浮動報酬。雖許兆崴於98年7月7日提供系爭報告書予上訴人，惟上訴人非程式交易會員，難認屬該交易之補充說明資料，系爭報告書與系爭契約亦無關聯性。上訴人之歷來交易均由其親自以電話或網路下單，其知代客操作係違法，未委由許兆崴操作期貨交易。元大公司均按月寄送電子對帳單及紙本，上訴人從未表示交易有不實之事，而紙本對帳單

與其查得之電子交易紀錄不符，乃因網路系統保存期限所致，與系爭損失無因果關係。許兆崴固有業務員之消極資格，然任職時已簽署聲明書表示無犯罪紀錄，元大公司自無監督不周之處，僅須向期貨公會辦理職務撤銷登記，此與系爭損失無關，亦無民法第184條第2項之適用。元大公司依系爭契約第1條約定，提供主管機關許可交易商品之研究分析或建議予上訴人，許兆崴在該範圍內提供策略建議，上訴人自行決定做期貨交易，應自負盈虧，與該建議無相當因果關係。依系爭契約第5條第3款約定，元大公司不保證獲利或負擔損失，與所屬業務員未提供上訴人保本商品，且上訴人投資時亦有獲利，不應將失利全歸咎於伊等而請求賠償損失及手續費。縱認伊應就上訴人之損害負賠償責任，但上訴人就其損害之發生與有過失，應由上訴人自負全責等語，資為抗辯。答辯聲明：　上訴及追加之訴均駁回。　如受不利判決，願提供擔保，請准宣告免為假執行。

三、查上訴人於98年4月20日設立系爭專戶，於同年4月22日、6月15日各匯入美金5萬元，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，約定提供服務期間為98年8月1日至12月31日、99年1月19日至12月31日，於98年8月6日匯入美金10萬元、99年7月16日匯入新臺幣60萬元，迄99年10月止，系爭專戶餘額為新臺幣30萬9,770元、美金3,875.5元，而許兆崴因違反期貨交易法案件，經臺灣高等法院高雄分院93年度上更一字第105號判處有期徒刑6月、緩刑3年確定等，有期貨顧問委任契約、臺灣銀行交易憑證、中國信託代收業務繳款憑證、彰化銀行存款憑條、開戶文件資料、判決書等可參（見原審卷一第19、20、25、26、125、295至297、314至322頁、卷二第53至60頁），且為兩造所不爭，可信為真。

四、上訴人主張許兆崴於不得從事期貨營業員期間，擔任元大公司業務人員違法招攬業務、為伊開戶，以不實之電腦程式交易文宣招攬伊加入為會員，提供建議訊息、擅自變更期貨交

易標的、方式，並提供不實買賣報告書，違反期貨交易法、顧問規則及業務員規則等，致伊受有損失，應依民法第184條第1項後段、第2項規定負賠償責任，而元大公司違法僱用許兆崴，未充分告知風險，任由許兆崴違法代伊操作，應就許兆崴之故意或過失行為，依民法第188條第1項負連帶賠償責任，或依民法第227條、第544條負賠償責任等，為被上訴人所否認，並以前詞置辯。經查：

許兆崴有於不得從事期貨營業員期間擔任元大公司業務人員，以不實之電腦程式交易文宣，違法招攬業務，為上訴人開戶並提供期貨交易建議訊息，相關事證如下：

許兆崴因違反期貨交易法案件，經臺灣高等法院高雄分院於93年5月27日以93年度上更一字第105號刑事判處有期徒刑6月、緩刑3年確定，有判決書可稽（見原審卷一第121至124頁），並為被上訴人所不爭，是許兆崴於101年1月之前不得從事經營期貨經紀業務及兼營期貨顧問事業甚明。

上訴人於98年4月20日設立系爭專戶後陸續匯款，許兆崴於同年7月7日提供列有電腦程式交易內容之系爭報告書予上訴人（見原審卷一第23頁），依系爭報告書標題「F.G.F.程式交易+國際商品波段投資交易」項下記載「投入金額：5萬美元、投資策略：外匯、黃金－電腦程式交易、商品優勢：電腦程式交易是以常態性中短線交易為主、策略配置：電腦程式交易最多在倉為二口、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」等內容（見原審卷二第28頁），被上訴人自承許兆崴於98年3月間說明會，向陳谷維介紹並提供系爭價差交易策略，載有「設立停損線及買回價，以電腦即時監控，嚴格執行風險控管（可搭配電腦程式交易，規避行情大幅度噴出時的可能損失，進一步甚至出現多餘的超額獲利）、交易成功的四個要素…要有電腦程式輔助即時監控」等（見原審卷二第41、42頁），上開資料均是強調以「電腦程式交易」做為即時監控投資買賣交易虧

損為特徵；又許兆崴自承上訴人之子陳谷維於98年3月間說明會後留下來與其討論各類期貨投資，部分與電腦程式交易有關，上訴人於98年4月20日到元大公司高雄分公司與其見面時，有談論電腦程式交易，其後向上訴人表示交易是電腦程式在跑，倘中途取消，電腦程式會亂掉等（見原審卷三第207、208、209頁），是上訴人設立系爭專戶及匯入美金，與系爭報告書所載投資金額倍數前，許兆崴已告知上訴人有關「電腦程式交易」之訊息，許兆崴並告知上訴人因可搭配電腦程式交易，規避行情大幅度噴出時的可能損失，甚至出現多餘的超額獲利、交易成功，如當累計損失達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%為原則等內容，可見上訴人係受許兆崴所稱以電腦程式交易文宣之招攬而設立帳戶並從事期貨交易至明。

就如未使用電腦程式交易進行期貨交易，何以擬於中途取消交易時，將致電腦程式亂掉一事，許兆崴稱：「…陳谷維參加我很多的投資說明會，他有問過我這個問題，我有告訴他假設他未來有參加這些程式交易的話，如果中間停掉會亂掉，因為可能在交易時突然停止，交易條件不對會造成錯亂。…會亂掉原因例如我做A、B的套利，然後中間就停止交易，因為做到一半利潤還沒有呈現出來，或者是還在不相干的時候停止，有可能是賠錢的，如果那時候出場，可能是沒有辦法實現他想要的利潤。但是我也有補充，如果他強制要做，還是要以客戶的意願為優先。或者當時有出現市場上黑天鵝的事件，或者有金融變異，導致害怕而停止，所以會亂掉。我所謂的程式亂掉就是指因為整個交易的行為模式、交易心態都會亂掉。如果停止交易有可能沒有辦法照正常規劃的交易。這是我的建議，當時陳谷維從來沒有參加程式交易，如果陳谷維要參加程式交易，不要有人為的檔關而停止，否則會亂掉。陳谷維從來沒有真正的做程式交易。一般客戶做程式交易，客戶常常會有自己的主張加到我們的程式交易，

去擾亂程式交易，例如把A停掉換成B，或B換成A，做片面的停止，造成不是真正的按照程式交易去進行，或有部分停掉，或部分放，客戶常常會有這樣的行為。我這句話的意思就是說我建議要按程式交易去做，不要用個人的主張去停掉，但是最終我們還是要依照客戶的意願為第一優先他要停就得停。…」（見本院卷第216至217頁），是依許兆崴上開所述，不僅說明係以程式交易做為期貨交易之方式，如於中途停止買賣，因將導致電腦程式亂掉，會造成重大損失等，益見其有告知上訴人將以電腦程式交易做為期貨買賣之方式。

行政院金融監督管理委員會（下稱金管會）曾於101年5月2日以金管證期罰字第1010007930號裁處書，認元大公司經本會許可經營期貨經紀業務及兼營期貨顧問事業，前受僱人許兆崴於非屬期貨顧問契約簽訂期間，提供建議買賣訊息予交易人，及交付載有電腦軟體或其他期貨技術分析工具之投資建議規畫報告書簡報檔案時，未顯著說明其功能限制，該公司核已違反期貨管理法令，本會依期貨交易法第119條第1項第2款規定處新臺幣24萬元罰鍰（見原審卷一第228頁），益徵許兆崴確有違反期貨管理法令及違法從事期貨交易之情事甚明。

依原審判決附表所示上訴人或陳谷維自98年5月12日起至10月間與許兆崴之往來電子郵件，可知系爭帳戶內之期貨交易，是由許兆崴決定交易標的、價格、數量，有關下單操作情形如下：

許兆崴於98年6月12日以「…現在外匯價差機會再次浮現，本次是操作buy ec*2+sell sf*3，我們將於現今尋求機會入市操作，特此通知!!…」，陳谷維表示「…聽家人說…後來有進場阿??…」，許兆崴回覆「…目前部位就上封信中所提到的buy ec*2+ sell sf*3（ec:14058/sf:9326…都是9月份的）就信發完稍晚就進場了，記得上週五有打電話給您!如果沒記錯您似乎沒接!!（因為打了很多電話通知要操作價差

!!所以我也有點忘了）而我也竟然忘掉再次補信給您!!…」等（見原審卷二第95頁正反面），參以98年6月之月買賣報告書所列，上訴人於6月11日、12日確有買賣98年9月瑞士法朗（見原審卷一第35至36頁），可見係許兆崴告知上訴人之子陳谷維將進場後，隨即自行以系爭專戶進場買賣98年9月之瑞士法朗，並告知陳谷維欲「操作價差」，並非是依上訴人指示而進行交易。

許兆崴於98年7月20日以「…但是如果未來幾天，瑞郎實在不退到我們的打平點，那麼我們將可能忍痛小賠2000 usd左右先行離場!!…」，嗣以「…但瑞郎的攤平點有很高機會看回來，可能連昨日講的賠0000-0000usd都不需要了，因此耐心再看個一兩天…」、「…瑞郎完全符合我們前天的預估持續往下，目前離我們攤平價位已經不遠了，應該今天或下週一就可離場了…」，並於98年7月31日以「…我們昨日入市進場的策略如下SELL EC*4（14050*1+14049*3）+BUY SF*6（9198*6）預估約可獲利2500 USD以上（以2套計算）…」，8月1日以「…我們在獲利的情況下，於凌晨1145時持續加碼第三套，目前是0105左右，三套總獲利共約0000-0000USD左右，我們估計獲利目標至少可有3500 USD，如果今日在0400前有來到的話，我們將執行平倉動作…」（見原審卷一第28至29頁），而98年7月之月買賣報告書所列，上訴人於7月29日、30日、31日確有買賣98年9月瑞士法朗（見原審卷一第38至39頁），可知係許兆崴一方面告知上訴人對瑞士法朗操作策略，同時依操作策略以系爭專戶進行交易，再將操作情形告知上訴人，非依上訴人指示進行交易。

許兆崴於98年8月15日（星期六）以「…由於週一是0600開盤，所以有可能會搶好價位，一大早就會平倉，如果一大早就要平倉，我們會先行獲利出場，待9點以後再跟兩位報告!!並且補錄音!!以免錯失機會!!…」，8月18日以「…1.外匯價差今天下午進場兩套價位如下…。2.黃豆油+黃豆粉價差總共進場兩套，價位如下…估計本次兩套的獲利空間約0000

USD…」，8月20日以「…1.原油：目前正在套牢中!…2.黃豆油及黃豆粉的價差：目前價差十分大…3.外匯價差：最近瑞郎過強（可以參考夾帶檔案）所以我們本次價差是buy ec+sell sf跟過往一樣評估獲利約有2500USD。…」（見原審卷一第30頁、卷三第163頁），參以98年8月之月買賣報告書所列，上訴人於8月18日確有買賣98年9月瑞士法朗、黃豆油、黃豆粉，8月19日亦有出售輕原油交易（見原審卷一第41至42頁），足見是許兆崴先以系爭專戶交易後，再要求上訴人補做錄音，或於交易後始將交易標的、價格等情形告知上訴人，並非依上訴人指示進行交易。

許兆崴於98年9月17日以「…外匯價差已經全部平倉，歐元出場價位為14666，瑞郎出場價格為9666，扣除交易成本以及九月轉倉的差價與成本，總共獲利2027.5USD…」，陳谷維回覆：「…穀物還是不太順利喔??是嗎??看你非常忙碌的樣子──有空再回我就可以了──這次的價差真是風風雨雨,您也很辛苦的來回操作了數百口…」，許兆崴再以「…預計玉米今天稍晚還會至少再測000-00〇〇〇區〇〇〇〇道仍舊不足，我們可能就會先行清倉…」；嗣陳谷維於9月20日以：「…有鑑於週五尾盤又呈現了一個回測的走勢，想說跟您聊一下，沒有特別的意思，請不要誤會…也不要因為我，而影響您認合（任何）的操作決定喔──!!只是好奇請教一下…這次您的幾位客戶，是否也都面臨一樣的窘境呢??而這也是她們第一次做穀物價差嗎?目前虧損的幅度也都如此之譜?…一路下來，大家都是從價差有些微獲利到您辛苦的在盤中來回操作以縮小價差；接著到放棄價差轉而以單邊多單的策略喔??您的其他客戶，是都高枕無憂喔??…」（見原審卷三第169至172頁），並於9月27日詢問委託單之成交情形，經許兆崴於翌日9月28日逐筆說明下單理由，回覆「…1.第三筆:是的!!因為那時候小麥在破底!想趁機搶短!!但沒作到!!2.第四筆:那時玉米低點在330.25我們設定破低點追空!!但沒破只有接近所以取消!!3.第五筆:是的!!4.第六筆:小麥持續破

底!!玉米又一次接近低點，所以再次掛破底進場追空但這次有成交…」，陳谷維於10月1日又以「…玉米似乎又不妙了…我想…如果下次再有如同上週五之光景～是不是口數稍微不要太大,…會好點?!?!…」、「…玉米不急!!是真的!!相信您一定可以反敗為勝的!!…」，許兆崴於同日回覆「…您說的口數有點大，這部份我會再調整，上週心有點急，因為差一點金額，所以想快一點結束穀物惡夢，重新邁入正軌…」（見原審卷三第174至177頁），參以98年9月份買賣報告書所示玉米與小麥之大量交易（見原審卷一第45至54頁），及陳谷維於98年10月29日以「…從四月底到八月底為期四個月的操作中保證金陸續提高，代表對您非常之信任!!…」、「…帳戶要分成兩個部分，現在的這個大洞，基本上由您自行決定要用什麼方式操作（外匯單邊或價差，或是任何商品）恕我直言，以您熟悉有把握的為主，沒有把握的請斟酌!!!!當然先前您價差操作順利之時，我們所言之加碼動作仍有繼續的可能!!…」，許兆崴則以「…這次交易的確個人預估錯誤輕忽影響所致，而未來的作法我們絕對會用更審慎及稟承的更嚴謹的心態，來操作接下來的交易…」等回覆。陳谷維於98年11月25日再以「…台灣的部分確定是要做BUTPUT嗎??應該不是下錯單吧??…」，許兆崴回覆「…台灣的部分。不是下錯單，我們估計下週有很高機會回落，但不想增加sell部位所以改buy方…」（見原審卷三第178至182頁），依上開電子郵件內容及98年9月之買賣報告書，許兆崴對於陳谷維所稱「…辛苦的來回操作了數百口…」、「…您辛苦的在盤中來回操作以縮小價差…」等指稱許兆崴以系爭專戶連續、大量來回操作穀物期貨之語，不僅未予否認，反而回覆將對陳谷維所指口數有點大再予調整，並稱係因心急，想快一點結束穀物惡夢所致；對於陳谷維所指「由您自行決定要用什麼方式操作」，可見是許兆崴自行決定交易標的、價格及時點，並非依上訴人指示而進行交易。

證人陳谷維稱「…伊跟原告（上訴人）及伊父親到高雄時，

許瑞麒（許兆崴）說寶來是臺灣公司，曼氏是美國公司，寶來曼氏對歐元跟瑞郎非常有研究，公司內部有一套程式是不能對外公開，必須由公司工程師執行交易，無法自己下單，公司24小時都有工程師值班，會依照那套程式執行下單及停損，而且因為那套程式是寶來曼氏的智慧財產權，所以公司規定手續費比較貴要50美元，但他可以打5折，所以只要25美元。原告知道代客操作是違法的，但一直認為本件並不是代客操作，而是由寶來公司的交易室進行，且代客操作應該是地下期貨公司才會做的事，原告也沒有想到寶來會用這種方式規避法規。…。許瑞麒介紹當時並沒有說下單要錄音，但之後交易時會用手機打電話給伊或原告說他今天準備下那一些單，或是已經下那些單，要求原告補錄音，並在他上班時間打電話給原告，由原告按照許瑞麒告知的內容照念補錄音，因為必須由原告本人下單，所以許瑞麒一定會打電話給原告。有時許瑞麒打過來時會告訴我們說，他在昨天已經買或賣那些商品，所以有可能是他已經下單才告訴我們下單情形，之後再補錄音，也有可能是還沒下單，由原告錄音之後才下單。本件交易商品是國外商品，大部分交易時間是美國的上班時間，也就是臺灣時間在晚上7、8點左右，伊與原告住在一起，許瑞麒打給原告時，很多時候都在場，所以有看到原告拿紙記下許瑞麒告知的內容以及許瑞麒在30秒後又打電話給原告，由原告覆誦一次的情形。如果交易時間在凌晨，許瑞麒也會在隔天打電話給原告告知並補錄音…」（見原審卷三第136、138頁），足見於陳谷維不明委託單所列交易之下單情形而詢問時，許兆崴逐筆告知交易取消之原因係因「想趁機搶短!!但沒作到!!」、「設定破低點追空!!但沒破只有接近所以取消!!」等，係許兆崴個人判斷之交易模式；再依陳谷維要求許兆崴以熟悉有把握之標的為主時，許兆崴更坦承係個人預估錯誤輕忽影響所致，並承諾將審慎操作接下來的交易等，甚至對於陳谷維詢問台灣的部分是否下錯單時，斬釘截鐵地回覆不是下錯單，係改變購買方式等，均顯

示上訴人將系爭專戶之期貨交易委由許兆崴自行決定交易標的、價格、數量，並實際下單操作。又陳谷維於98年9月18日質疑穀物期貨不順利之後，許兆崴之後歷次電子郵件（內容詳原審判決附表）不斷強調將會獲利，請陳谷維放心，所有進場價均經過評估，告知陳谷維不需要擔心，也不要失去信心，依上開電子郵件內容均是許兆崴告知陳谷維即將進行，或已經進行何種交易，均無上訴人要求許兆崴交易何種標的、價格條件、數量之指示，是系爭帳戶內之期貨交易，確是許兆崴自行為之，僅於事後補作電話紀錄甚明。至於許兆崴於原審稱「…補錄音之情形係因期交所規定錄音只能當天有效，隔天要持續執行要補錄音，本件交易時常跨日，所以才會經常要求原告（上訴人）補錄音，從未有其自行下單，之後才向原告報告並要求補錄音之情形，都是執行之前的指令，因跨日才補錄音…原告所遇到的狀況是希臘及歐洲銀行倒帳的風險，市場混亂，所有的進出全部是原告自行決定。我當時跟公司的同仁有看到原告賠得很慘時，曾多次建議先行離場觀望或是先休息一段時間，但是原告都明顯拒絕…」等（見原審卷三第209頁反面），與上開事證不符，不足採信。

雖被上訴人稱上訴人於98年4月間已開設系爭專戶做交易，許兆崴至同年7月7日始告知程式交易並與之簽訂系爭契約，故上訴人非因許兆崴之召攬而從事期貨交易，且許兆崴並非期貨交易法、顧問規則、業務員規則等相關規定所規範之對象，本件無上開規定之適用，其亦無不法行為；另所謂F.G.F.程式交易，僅是有關期貨交易資料收集、分析國際經濟情勢等資訊，與電腦程式交易無關，而上訴人並非F.G.F.會員，本件認定事實應為上訴人與元大公司或許兆崴間之約定為據，不能透過陳谷維轉述而認定云云。惟：

許兆崴係於98年3月間說明會介紹系爭價差交易策略及提供系爭報告書，不實宣傳電腦程式交易之安全性，並為上訴人開設帳戶，於98年4月20日簽訂系爭契約，上訴人始自98年4

月22日起陸續匯款共美金20萬元及新臺幣60萬元至系爭專戶，有系爭報告書、系爭契約及匯款單等資料可稽（見原審卷一第19至21、23至24、25至26頁），且證人陳谷維已證述上訴人是因許兆崴之召攬始加入，是被上訴人辯稱上訴人先有期貨交易，事後始加入云云，並不可採。

證人陳谷維稱：「…許瑞麒（即許兆崴）原本都是用手機告知，但因為伊很忙，而且那是原告（上訴人）的帳戶，伊叫許瑞麒直接跟原告聯絡，所以許瑞麒跟原告聯絡完之後，偶而會用電子郵件把交易的內容跟伊說。另外還有二次是伊與雙親出國，不方便使用手機，所以許瑞麒是寄電子郵件給伊說之後再錄音。另外還有一種情形是因為許瑞麒告訴原告又下了什麼單，原告感到很焦慮，叫伊問許瑞麒，但伊也很忙，所以就用電子郵件問許瑞麒最近的交易情形如何，許瑞麒就會用電子郵件回覆，伊跟原告都有信箱，有些信是寄給伊，有些信是寄給伊與原告兩人，這些電子郵件現在都還有紀錄…」（見原審卷三第137頁），參以原審判決附表所示多封電子郵件均在通知陳谷維即將或已交易之情形，顯見許兆崴關於系爭專戶之交易情形，除以電話與上訴人或陳谷維聯繫外，經常使用電子郵件告知陳谷維，由陳谷維轉告上訴人，上訴人因不諳期貨交易，委其子陳谷維向許兆崴詢問交易情形或提問，許兆崴亦以對陳谷維之通知或資訊提供，視為對上訴人之通知，故本件亦得以陳谷維與許兆崴間之電子郵件往來做為判斷事證之依據。

依系爭報告書所載「F.G.F.程式交易+國際商品波段投資交易」項下記載「投入金額：5萬美元、投資策略：外匯、黃金－電腦程式交易、商品優勢：電腦程式交易是以常態性中短線交易為主、策略配置：電腦程式交易最多在倉為二口、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」（見原審卷一第23頁），且許兆崴於本院稱：「…（有沒有所謂的電腦程式交易的資料？）這部分確實

百分之百有，因為所有的程式交易的內容都要簽呈給主管機關，所以都有資料。（是什麼樣的資料？）如果要賣一個程式交易的產品，要把交易原理等資料提出給期交所，期交所同意之後才可以推廣。（所謂的電腦程式交易資料在實際上操作出來的資料內容有哪些細項？）就是電腦跑出來的資料，我們要把這些資訊傳給客戶知道。（到底是什麼樣的資料？資料內容有哪些？）因為電腦商品不止有一種商品，有各類的商品，就是把建議後的資料給客戶。…」（見本院卷268至269頁），依許兆崴上開所述，其固堅稱確實有關於電腦程式交易之資料，但其均未提出任何有關電腦程式交易資料供本院參考，而元大公司亦稱實際上並無電程式交易之事，據此反足以證明許兆崴是以不實之事告知上訴人，誘使上訴人誤認所稱之「程式交易」為安全性高之期貨交易，而非元大公司所稱僅是資料收集、分析國際經濟情勢而已。

期貨交易具高度複雜性、專業性、風險性及技術性，且關係期貨交易人之權益與整體經濟之發展，故期貨交易法第1條明定立法目的為健全發展期貨市場，以發揮其避險、價格發現之功能，及維護期貨交易秩序，俾保障期貨交易之安全與公平，並避免不法情事之發生。同法第65條第1項、第66條第1項規定「期貨商接受期貨交易人開戶時，應由具有業務員資格者為之；在開戶前應告知各種期貨商品之性質、交易條件及可能之風險，並應將風險預告書交付期貨交易人」、「期貨商不得僱用非業務員接受期貨交易人委託進行期貨交易事宜」，旨在使期貨交易人明瞭期貨交易之特性，並防止業務員巧言哄騙，為招攬客戶以誇大不實宣傳，致損害期貨交易人權益，故受託從事期貨交易業務員應具備專業知識，且不應具有消極資格，以確保期貨交易人權益，提升服務品質，足見期貨交易法等法規，並非僅為維護期貨交易市場秩序之社會法益，同時並有保護投資者個人權益之目的，自屬民法第184條第2項保護他人之法律。許兆崴因違反期貨商管理規則第55條第19款、顧問規則第14條第4款規定，元大公

司亦違反業務員規則第16條第2項、顧問規則第26條第3項規定，經金管會以101年5月2日金管證期罰字第1010007930號裁處書，裁處元大公司罰鍰新臺幣24萬元；金管會並以101年6月13日金管證期字第1010022156號裁處書，裁處命元大公司解除許兆崴職務，有裁處書可參（見原審卷一第228至231頁）。許兆崴因違反期貨交易法第56條第1項非期貨商不得經營期貨交易業務規定，經臺灣高等法院高雄分院93年度上更　字第105號判刑確定，依該法第62條準用第28條第1項第5款規定，於101年間以前，不得充任期貨商及期貨顧問事業之業務員，具有業務員之消極資格，則許兆崴自93年11月1日起任職元大公司招攬業務，於非系爭契約期間即提供買賣操作建議及未載明程式交易使用功能限制之系爭報告書予上訴人，係違反期貨交易法第65條第1項、第66條第1項、顧問規則第19條第1項第5款、業務員規則第8條等保護他人之法律甚明；被上訴人辯稱許兆崴非期貨交易法等規範之對象，並不足取。

㈨因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。民法第184條第1項、第2項前段定有明文。損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件。所謂相當因果關係，係以行為人之行為所造成之客觀存在事實，為觀察之基礎，並就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者，該行為人之行為與損害之間，即有因果關係。本件上訴人因許兆崴交付之系爭報告書宣稱電腦程式交易能摒除個人主觀因素，客觀的控制未來預期報酬與可能損失之相互關係，許兆崴並稱元大公司有專人輪班為程式交易會員注意程式運作狀況，隨時進行風險控管，而上訴人並無期貨交易經驗，因相信許兆崴之說詞，認一旦加入會員，即無須人為判斷，遂委由許兆崴下單，然許兆崴並非使用電腦程式為期貨交易，

全憑個人判斷，已認定如上；則上訴人主張因信賴許兆崴之專業能力，委託操作期貨交易，若知悉許兆崴有業務員之消極資格，當不至由許兆崴決定下單交易，是其所受之系爭損失及交易手續費損失，與許兆崴之違法行為具有相當因果關係甚明，其得依民法第184條第1項、第2項前段規定，請求許兆崴負侵權行為賠償責任，自屬有據。

ē按民法第188條第1項前段規定：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。苟受僱人係利用僱用人職務上給予之機會所為之不法行為，依社會一般觀念，該不法行為乃僱用人事先所得預見，並可經由其內部監控制度加以防範；且被害人係正當信賴受僱人之行為為職務範圍內之行為，而與之交易，僱用人並因之獲有利益，而在外形客觀上足認與執行職務有所關聯者，即可涵攝在上開規定之構成要件中，初與受僱人之行為是否成立犯罪行為無涉，以合理保護被害人之權益（最高法院103年度台上字第1114號裁判要旨參照）。本件許兆崴因違反期貨交易法第56條第1項規定遭判刑確定，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上訴人開戶及受託買賣有價證券，依上說明，應就許兆崴執行職務所致上訴人之系爭損失及手續費損失，負僱用人之連帶賠償責任，是上訴人依民法第188條第1項規定，請求元大公司與許兆崴負連帶損害賠償責任，亦屬有據。

查上訴人於98年4月20日設立系爭專戶，於同年4月22日、6月15日各匯入美金5萬元，於98年8月6日匯入美金10萬元、99年7月16日匯入新臺幣60萬元，由許兆崴經手買賣交易後，迄99年10月止系爭專戶之餘款為新臺幣30萬9,770元、美金3,875.5元，是上訴人至99年10月止，因系爭交易之損失共新臺幣29萬0,230元、美金19萬6,124.5元，為被上訴人所不爭執（見本院卷第394頁），另上訴人自98年4月起至99年10月止所付交易手續費用等共計美金3萬6,567元（見原審卷一第

32至91頁、卷四第57至58頁，上訴人主張共3萬6,651元，應是計算有誤），上開損失均是因許兆崴經手操作期貨交易所造成，依上說明，上訴人先位主張依民法第184條第1項、第2項及第188條第1項規定，請求被上訴人就上開損失負連帶損害賠償責任，應屬有據。

ě按損害之發生或擴大，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。此項規定之目的，在謀求加害人與被害人間之公平，故在裁判上法院得以職權減輕或免除之（最高法院85年台上第1756號判決先例意旨參照）。查上訴人明知系爭契約第5條已約明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（見原審卷一第19頁），乃上訴人仍將系爭專戶之期貨交易委由許兆崴自行決定交易標的、價格、數量，並實際下單操作，已如上述，而投資期貨商品，本即屬高風險、高獲利之投資行為，往往受景氣、國內外政經環境、及其他諸多因素之影響，且價格漲跌瞬息萬變，無人能擔保投資人絕對獲利，期貨走勢並非許兆崴一人所能預見，況上訴人委由其子陳谷維經常與許兆崴討論交易策略，並非全未參與，上訴人復有權自行決定繼續交易或立即停止交易，為上訴人所不爭，其竟仍選擇相信許兆崴個人之判斷，全權委託代為操作，因而遭受系爭損失及手續費損失，顯然上訴人就損害之發生或擴大與有過失；衡以上訴人既明知系爭契約已約明不得委由許兆崴代為操作期貨交易，且上訴人亦有部分參與對於期貨交易資訊之看法，並有最終定期貨交易或停止交易之權限，而仍任由許兆崴決定期貨交易等情節，認其應負大部分之與有過失責任，審酌後認上訴人與被上訴人之過失責任以70%與30%之比例為適當，故依民法第217條第1項過失相抵規定，被上訴人應負連帶賠償責任減輕30%，則上訴人請求被上訴人連帶賠償之交易損失為新臺幣8萬7,069元（290,230×30%＝87,069）、美金5萬8,837.35元（196,124.5×30%＝58,837.35），及追加請求交易手續費用損失美金10,970

.1元（36,567× 30%＝10,970.1），應屬有據，逾此範圍之請求，不應准許。

給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力；遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。但約定利率較高者，仍從其約定利率；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為5%，為民法第229條第2項、第233條第1項、第203條所明定。本件被上訴人所負為賠償債務，上訴人請求被上訴人連帶賠償交易損失新臺幣8萬7,069元、美金5萬8,837.35元部分，自起訴狀繕本送達（見原審卷一第158至159頁）翌日101年3月22日起，追加請求交易手續費用美金10,970.1元，自108年4月16日起（見本院卷第189、798頁），均至清償日止，按年息5%計算利息，應屬可採，逾此範圍之請求，不應准許。

五、綜上所述，上訴人先位之訴主張依民法第184條第1項、第2項、第188條第1項規定，請求被上訴人連帶給付新臺幣8萬7,069元、美金5萬8,837.35元及自101年3月22日起至清償日止，按年息5%計算利息，自屬正當，應予准許，逾此範圍之請求，則屬無據，不應准許。原審就上開應准許部分為上訴人敗訴判決，尚有未合，上訴人意指指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄此部分並改判如主文第2項所示，至於上訴人一審請求其餘不應允許部分，原判決為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，核無違誤，上訴意旨仍執陳詞指摘原判決此部分不當，聲明廢棄，為無理由，應予駁回。另上訴人所提追加之訴，於請求被上訴人連帶給付美金1萬0,970.1元，及自108年4月16日起至清償日止按年息5%計算利息，為有理由，亦應准許，其餘部分，為無理由，應予駁回。爰併依兩造聲請，就判命給付部分，酌定供相當之擔保金為准、免假執行之宣告。又本件因

上訴人先位之訴為有理由，其備位之訴主張依民法第227條第1項、第544條規定為請求，已無審酌之必要，併此敘明。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認均不足以影響本判決結果，爰不逐一論述。

七、據上論結，上訴人之上訴及追加之訴均為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第463條、第385條第1項前段、第450條、第449條第1項、第79條、第85條第2項、第390條第2項、第392條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　13　　日

民事第十九庭

審判長法　官　魏麗娟

法　官　陳慧萍

法　官　潘進柳

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466 條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　11　　月　　14　　日

書記官　廖婷璇

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其他法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。