

中華民國證券商業同業公會委託
中華民國期貨業商業同業公會捐助
中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會捐助
專題研究

**證券、期貨及投信顧業
為其業務人員負擔民法第188條
連帶賠償責任之合理性研究**

計畫主持人 邱聰智

共同計畫主持人 姚志明

郭土木

陳惟龍

研究人員 蘇秀玲

陳茵琦

2013年8月

財團法人中華民國證券暨期貨市場發展基金會

目 錄

第一章 緒論	
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究方法與範圍.....	4
第二章 我國僱用人之侵權行為責任	
第一節 法人自身之侵權行為責任.....	7
第二節 法人為受僱人之侵權行為負連帶損害賠償責任.....	14
第三節 民法第 188 條與第 224 條之適用差異.....	39
第三章 我國相關案例與實務見解	
第一節 證券業相關案例.....	51
第二節 期貨業相關案例.....	155
第三節 投信投顧業相關案例.....	172
第四節 小結.....	199
第四章 證券、期貨及投信顧業與其從業人員之侵權行為責任研析	
第一節 證券業.....	223
第二節 期貨業.....	238
第三節 投信投顧業.....	244
第五章 結論與建議.....	263
參考資料.....	277

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

證券、期貨及投信顧業之從業人員執行職務之行為影響市場交易與投資人(交易人)權益甚鉅，以證券業為例，為維護證券市場安全，除「證券交易法」(下稱「證交法」)第 54 條規定從業人員應具備相當資格條件，第 70 條另授權主管機關以命令訂定「證券商負責人與業務人員管理規則」(下稱「人員管理規則」)，規範證券商負責人及業務人員管理事項。又依「人員管理規則」第 3 條規定，證券商業務人員係依職務繁簡難易、責任輕重區分為高級業務員與業務員，前者為「人員管理規則」第 8 條第 1 項之部門主管及分支機構負責人、從事投資分析及內部稽核等職務者；後者為「人員管理規則」第 2 條第 2 項各款從事有價證券承銷、自行買賣、受託買賣業務之人員，及內部稽核或主辦會計等職務者。其區分係以職務高低做為區分標準，負責人、主管、投資分析人員需具有高級業務員資格，而一般受客戶委託買賣之經紀、為公司辦理承銷、為證券商下單買賣之自營人員，會計等事務之人員，亦須取得證券商業務人員證照，足見對人員是否具有專業能力執行業務相當重視。至於期貨商從業人員，參照證券商管理模式，依「期貨交易法」第 61 條規定：「期貨商負責人、業務員或其他業務輔助人之資格條件及其管理事項，由主管機關定之。」授權主管機關訂定「期貨商負責人及業務員管理規則」，並依同規則第 2 條定義期貨商業務人員之職務範圍，其選任應具備同規則第 5 條

規定之資格。而「證券投資信託及顧問法」第 69 條規定：「證券投資信託事業及證券投資顧問事業，其應備置人員、負責人與業務人員之資格條件、行為規範、訓練、登記期限、程序及其他應遵行事項之規則，由主管機關定之。」，同法第 71 條更規定，投信顧業之負責人、業務人員及其他受僱人，於從事第 3 條第 3 項（投信事業業務範圍）及第 4 條第 3 項（投顧事業業務範圍）各款業務之行為涉及民事責任者，推定為該事業授權範圍內之行為。

設若證券、期貨及投信顧業之業務人員執行職務之行為，致客戶（或他人）權益受侵害者，除業務人員本身應對被害人負侵權行為損害賠償責任外，業務人員所屬之證券商、期貨商及投信投顧業依法是否需負損害賠償責任，向為實務上之爭議問題。尤其從業人員「從事業務之行為」之定義與範圍，業者對從業人員之選任監督是否盡相當之注意？常成為訴訟程序攻防之重點。

證券、期貨及投信顧業得否直接依民法第 184 條規定為其行為負侵權責任？依通說之「法人實在說」，肯認法人本身具有人格，似應承認法人本身負第 184 條侵權責任，以免法人脫免其賠償責任。惟過去我國法院向以法人無法直接侵害他人為由採否定見解，而另以同法第 28 條與第 188 條建立二者間之連帶損害賠償責任。故證券、期貨及投信顧業為股份有限公司之法人團體，依「公司法」第 23 條第 2 項規定，負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責。至於非負責人之一般人員，另依民法第 188 條第 1 項規定：「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。」前者與「民法」224條同屬債務不履行契約責任，後者則為無契約關係之侵權行為責任。惟不論「民法」第28條或第188條之規定，均以公司負責人或受僱人對第三人之故意或過失行為要件，與「民法」第184條直接以法人本身為侵權行為人之責任類型有所不同。

證券、期貨及投信顧業所從事之業務範圍及對客戶（他人）銷售之金融商品，均須依法律規定，經主管機關相關行政程序核准或申報者。以證券商相關案件為例，現行實務見解有認為證券商受僱人私下銷售非合法發行之金融商品，性質屬個人之犯罪行為，並非執行職務之行為，個人犯罪行為非證券商所能監督，強令證券商為其選任監督受僱人不周負損害賠償責任，不符實際，故證券商無須與業務人員負連帶責任。但亦有以證券商對受僱人所為之銷售行為是否逾越其職務範圍，外觀上難以辨識，應認其屬執行職務之行為，僱用人需為受僱人之行為負選任監督責任，而判決業者應負連帶賠償責任。法院實務對各該案之結果認定不同，除證券商等各業執行內部監控制度難以遵循外，其對業務範圍與行為認定之歧異，必然影響業者經營。

本研究擬蒐集國內證券、期貨及投信顧業相關案例與法人連帶責任學說，以釐清「民法」第188條僱用人應負連帶賠償責任之基礎，檢視正反面見解及外國立法例，對僱用人負連帶責任是否有不同處理方式。並分析各判決案例中僱用人勝訴、敗訴因素，

以及將各勝訴案例中已對受僱人選任監督盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害之舉證事實類型化，探討研究證券、期貨及投信顧業在何種情況下得免負連帶責任。並就我國現行之法令規範，提出因應之道及相關建議。相關案例彙編與研究成果，除可提供業者參考外，亦可提供司法人員審理相關案例之參考。

第二節 研究方法與範圍

本研究除進行國內現行相關規範之問題探討外，並蒐集外國相關規範進行分析。主要研究範圍如下：

1. 瞭解法院實務對民法第 188 條規定之僱用人為受僱人對第三人之侵權行為負連帶賠償責任之範圍界定，俾釐清證券、期貨及投信顧業於何種情況下須負民法第 188 條僱用人連帶損害賠償責任，並以目前法院見解歸納免責事由之類型。
2. 將各判決案例加以分類，歸納分析各該案僱用人勝訴或敗訴之原因或理由。
3. 歸納分析各勝訴案例中僱用人已盡相當注意之選任監督責任之要件。
4. 援引外國相關學說與案例，俾供國內司法實務參考

研究方法主要為歸納與演繹分析，並進行比較法研究，除蒐集國內相關案例、實務見解與學說，從中分析僱用人對受僱人侵權行為之連帶損害賠償責任之成立要件與範圍；另分析各判決案例中僱用人勝

訴、敗訴理由，將其類型化以作為業者規範從業人員之參考。

第二章 我國僱用人之侵權行為責任

第一節 法人自身之侵權行為責任

一、法人之本質

法人乃非自然人而基於法律之承認，與自然人同一視為具有法律上之人格，可為權利義務之主體者。惟對法人何以能取得獨立之人格，享有各種能力（權利能力、意思能力、行為能力及侵權行為能力），其本質為何？為 18 世紀以來學者爭論的重要問題，主要學說歸納有三：

（一）法人擬制說

以法人之得為權利義務之主體，乃法律之所擬制，其本身並有實體之存在。

（二）法人否認說

以法人為空物，非有實體存在，應無獨立人格之可言。

（三）法人實在說

法人有其實體的存在，非由擬制而來。此說又可分為下列三種主張：

1. 有機體說

把法人視同自然人，為具有意思之有機體。人具有二種意思：一為個人意思，一為共同意思，共同意思相結合，成為團體意思。人因團體有其獨立之意思與生活，法律遂對此團體，賦予一定之人格，稱之為團體人。

2. 組織體說

以法人為適於為權利義務主體之組織體，即具備法律所要求之一定的組織者，其所表示之意思，乃法律所認定之意思。

3. 社會作用說

此乃近年來，從法人所擔當之獨特的社會作用，以探求法人之本質者。認為法人之所以為權利義務之主體者，乃為營其獨特的社會作用之故。因此，法人之存在。實有其適於為權利義務主體之社會價值。

我國對法人本質，依民法立法理由之說明，「謹按自來關於法人本質之學說雖多，然不外實在之團體。其與自然人異者，以法人非自然之生物，乃社會之組織體也。故本案以法人為實在之團體。」，係採「法人實在說」之組織體說¹。

二、法人侵權行為能力之探討

(一) 法人侵權行為能力之爭議

法人是否具有侵權行為能力，因法人本質學說之不同，而有差別。採「法人擬制說」者，否認法人有侵權行為能力，因侵權行為以行為人有意思能力為前提，法人既無意思能力，即不可能有侵權行為能力，且法人之董事係法人之代理人，依「代理」之法理，代理人僅能為合法行為之代理，不可能代理法人為不法之行為，故董事所為之不法行為，並非法人之侵權行為，而應由董事自負其責。

我國通說對法人本質採「法人實在說」之組織體說，在此說之下，法人之機關（如董事、清算人、重整人）乃居於法人代表人之地位，依「代表」之法理，代表人為行為時，其人格為其所代表之法人所吸

¹ 依民法立法理由之說明：「謹按自來關於法人本質之學說雖多，然不外實在之團體。其與自然人異者，以法人非自然之生物，乃社會之組織體也。故本案以法人為實在之團體。」，係採法人實在說之組織體說。參見中華民國民法制定史料彙編，司法行政部，頁 267。

收，代表人在執行職務時，如有侵權行為發生者，該侵權行為即為法人之侵權行為，應由法人負損害賠償責任，認為法人具侵權行為能力。

(二) 法人侵權行為責任

1. 機關行為（民法第 28 條）

我國法人本身之侵權行為責任基礎，通說係以民法第 28 條為依據，民法第 28 條規定「法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任」。

2. 受僱人行為（民法第 188 條）

法人之受僱人侵害他人權利時，法人依民法第 188 條「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。但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者，僱用人不負賠償責任。」之規定，亦應負損害賠償責任。

3. 民法第 28 條及第 188 條之比較

民法第 28 條及民法第 188 條之法人侵權責任，均限於「執行職務」，倘非執行職務時，原則上不適用這兩個條文。此外，該兩個條文亦均以董事或受僱人具有「侵權行為」為要件²，如果不合於第 184 條的侵權行為要件，則不適用民法第 28 條及民法第 188 條。

惟上述兩條文在適用上有下列之差異，茲表列如下：

項目	民法第 28 條	民法第 188 條
主體	僅限於法人	僱用人包括自然人跟法人
客體	董事及有代表權的人	受僱人
性質	法人自己責任	法人對他人行為負責
要件	1.行為人須為董事或其他有	1.行為人須為受僱人

² 陳聰富，法人團體之侵權責任，臺大法學論叢，第 40 卷第 4 期，2011 年。

	代表權之人 2.須因「執行職務」 3.須具備一般侵權行為要件	2.須因「執行職務」 3.須具備一般侵權行為要件
舉證責任	無免責規定	得舉證免責，僱用人可以例外的在能證明已盡相當注意的情況下，免除連帶賠償責任。
對行為人之求償	損害賠償後得依關於「委任」規定，對行為人求償(參見民法第 544 條規定)	損害賠償後對於行為人有求償權(參見民法第 188 條第 3 項規定)

資料來源：彙整自王澤鑑，民法總則，2001 年 2 月，頁 187-192。

民法第 28 條之行為人為「董事或其他有代表權之人」，而第 188 條規範之行為人為「受僱人」，兩者間並沒有必然的重疊或排斥。受僱人可以是董事或有代表權之人，也可以僅僅是受僱人(一般員工)。相對的，董事及有代表權之人可以是受僱人，也可以只是董事或有代表權人。是以，民法第 28 條性質上係法人就自己行為負責，故不得舉證機關之選任無過失而免責；而民法第 188 條則屬代負責任性質，故得舉證免責。在法規適用順序上，民法第 28 條排除民法第 188 條之適用，即民法第 28 條優先於民法第 188 條之適用。

(三) 公司法人侵權行為

1. 公司之侵權行為能力

本報告以證券商、投信投顧業者、期貨業者為研究範圍，依法該等業者的組織型態均以股份有限公司為限，公司亦為法人之一種，若肯認法人具備侵權行為能力，公司亦應具有侵權行為之能力。因此，關於公司的侵權行為責任，理應可適用民法第 28 條的規定。

惟我國「公司法」第 23 條第 2 項另規定：「公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責。」依此條文，公司及公司負責人均應負責。蓋依法人實在說，公司法人有行為能力，公司機關執行業務之行為即為公司行為，則公司機關之侵權行為，自應屬公司之侵權行為，公司即應以侵權行為人身份負責³。而由於公司業務執行事實上由機關擔當人擔任，為防止機關擔當人濫用其權限致侵害公司之權益，法律亦令機關擔當人與公司負連帶責任⁴。

2. 構成要件

(1) 必須為公司負責人之行為

(2) 必須公司負責人之行為具備侵權行為之要件

學說及實務上對公司法第 23 條第 2 項規定之法律性質，向來存在極大歧見，以致公司侵權行為之法律適用關係，亦形成極度對立，茲簡要彙整公司侵權責任法律適用之爭議如下：

	主張	說明
學說上之爭議	1. 特別侵權行為責任說（通說）	1. 主張公司法第 23 條第 2 項及民法第 28 條均屬特別侵權行為，尚需另具一般侵權行為要件始可請求。準此，通說認為公司侵權責任之成立，須以公司負責人有故意或過失之主觀要件。 2. 公司法第 23 條第 2 項應優先於民法第 28 條之適用，其構成要件不完備之處，應依一般侵權行為之要件補充。
	2. 法定特別責任說	1. 主張公司法第 23 條第 2 項為法律特別規定，對公司及負責人所加之責任，異於一般侵權行為，就其侵害第三人之權

³ 林大洋，公司侵權責任之法律適用--民法第 28 條與公司法第 23 條第 2 項交錯與適用，臺灣法學雜誌，第 175 期，2011 年 5 月，頁 69-86。

⁴ 柯芳枝，公司法論(上)，三民書局，2002 年 11 月，頁 33。

		<p>利，只須有執行業務違反法令之事實，即已足矣，不以該負責人有故意或過失為必要，亦即屬於無過失責任，否則不足以保障第三人。</p> <p>2.公司法第 23 條第 2 項無優先於民法第 28 條之適用，可能與民法第 28 條形成請求權競合關係。</p>
	3.侵權行為責任兼負責人責任	<p>主張公司法第 23 條第 2 項係在公司具備侵權行為能力之前提下，規定公司負責人之責任。公司負責人對於執行業務，需有違反法令致他人受有損害時，始與公司負連帶賠償責任，如公司負責人對於業務之執行，並無違背法令，縱然他人受有損害，行為人並無須負責，而由公司單獨負責。</p>
實務上之爭議	1.侵權行為能力之規定	<p>最高法院 84 年台上字第 1532 號判決 最高法院 88 年台抗字第 341 號判定</p>
	2.基於法律之特別規定	<p>最高法院 73 年台上字第 4345 號判決 最高法院 76 年台上字第 2474 號判決</p>
	3.公司負責人與公司連帶負侵權行為損害賠償之規定	<p>最高法院 98 年台上字第 2038 號判決</p>

資料來源：林大洋，公司侵權責任之法律適用--民法第 28 條與公司法第 23 條第 2 項交錯與適用，臺灣法學雜誌，第 175 期，2011 年 5 月，頁 69-86。

目前多數說見解傾向於「公司法」第 23 條第 2 項之法律性質，以「特別侵權行為責任」為當。認為有關公司侵權行為責任之法律適用，「公司法」第 23 條第 2 項為民法第 28 條之特別規定，應優先適用；其構成要件規定不完整之處，應依「民法」第 184 條一般侵權行為要件予以補充。因此，公司侵權行為仍應具備一般侵權行為之要件，亦即在主觀要件上，仍須有公司負責人具有故意或過失為必要⁵。

⁵林大洋，同註 3，頁 85。

(3) 公司負責人之侵權行為必須係因「執行業務」而發生

3. 公司法第 23 條第 2 項與民法第 28 條之比較

公司為永續發展，促進經濟繁榮，在其存續中將不斷有業務執行之行為，而公司負責人因業務執行侵害他人權益時，應如何適用法律，由於「公司法」第 23 條第 2 項之性質不明，且與「民法」第 28 條重疊交錯規定，以致在解釋適用上產生極大爭議。

觀察「公司法」第 23 條第 2 項規定：「公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責。」與「民法」第 28 條之規定：「法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。」之條文用語，並非完全一致，兩者於適用對象、違法之態樣等部分皆有不同，規範重點亦不盡相同，茲就多數說學者看法比較分析兩者差異如下表：

	公司法第 23 條第 2 項	民法第 28 條
規範重點	著重於公司負責人損害賠償責任	著重於法人本身侵權行為能力而為規定
適用對象	1.公司 2.公司負責人	1.法人 2.法人之董事或能代表公司之人
適用順序	特別法 優先適用	補充法 補充適用
違法態樣	公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害	因執行職務所加於他人之損害

資料來源：彙整自梁宇賢，公司法實例解說，興大法學叢書，1994 年 10 月，頁 120-121。

「公司法」第 23 條第 2 項規範對象為公司及公司負責人，至於公司負責人以外之職員，倘因執行業務致他人受損害時，自應依「民法」第 28 條、第 188 條規定處理⁶。惟針對「公司法」第 23 條第 2 項是否為「民法」第 28 條之特別規定，抑二者為併存之關係等適用問題，長久以來，眾說紛紜，莫衷一是，有待未來學術與實務之交流定調，解決此一困擾多時之法律問題。

第二節 法人為受僱人之侵權行為負連帶損害賠償責任

一、「民法」第 188 條為特殊侵權行為責任類型

依通說見解⁷，「民法」第 188 條僱用人侵權責任之成立要件有：

1. 行為人應負侵權行為責任；
2. 行為人與僱用人有僱用關係；
3. 行為人係執行職務。

其中，「行為人係執行職務」中「執行職務」之定義，目前實務及學說對此尚未有統一之見解。此外，依同條第 1 項但書規定，「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者，僱用人不負責任。」僱用人連帶賠償責任之成立，有賴僱用人對行為人執行職務行為之監督疏失，與被害人受損有因果關係之存在，故因果關係之認定將影響責任歸屬與損害賠償範圍。本研究從實務、學說以及外國法比較等三角度進行觀察，從而探討責任成立認定判斷之最適標準。

⁶ 梁宇賢，公司法實例解說，興大法學叢書，1994 年 10 月，頁 94-95。

⁷ 參見王澤鑑，特殊侵權行為，民法學說與判例研究（六），台大法學叢書，1991 年 5 月，頁 118 以下；孫森焱，民法債編總論上冊，三民書局，2012 年，頁 300 以下；黃立，民法債編總論，高雄復文，2006 年，頁 310 以下。

(一)「執行職務」之認定標準

受僱人「執行職務」之認定標準，約有以下見解⁸：

1. 僱用人（主觀）意思說

執行職務之範圍，係依僱用人所命辦理之事務而定，包含僱用人命令及委託行為，以及和其命令、委託有關之行為均包含在內。而若為受僱人私自決定之作為，縱係為僱用人之利益，亦非屬執行職務。惟僱用人之意思，甚難從行為外觀得知，故此說對受害人保障較為不周，實務多不採。此說有臺灣高等法院 96 年金上字第 2 號判決理由可資參照⁹，簡述如下：

- (1) 「民法」第 188 條之執行職務行為，包括執行職務範圍內行為、與執行職務相牽連或職務上給予機會之行為。褚○○受僱元信證券公司擔任營業員，係「證券交易法」第 54 條及第 70 條規定所稱之業務人員。關於證券商業務人員之職務範圍，依「證券交易法施行細則」第 9 條第 3 款及「證券商負責人與業務人員管理規則」第 2 條第 2 項第 4 款、第 5 款規定，並未及於偽造銀行明細記錄以開立信用交易帳戶等行為。
- (2) 褚○○之職務僅限於辦理受託買賣有價證券，並非辦理融資融券信用帳戶之承辦人員，上訴人公司所稱褚○○偽造銀行明細記錄以開立信用交易帳戶之行為，非其職範圍內行為，而係個人之犯罪行為，與執行職務無關。

⁸孫森焱，民法債編總論上冊，頁 302；黃立，民法債編總論，頁 314。

⁹證券暨期貨法令判解查詢系統，<http://www.selaw.com.tw/scripts/Query1B.asp?no=7G96+%AA%F7%A4W++++++2+++001>，瀏覽日期：2013 年 2 月 1 日。

- (3) 縱令褚○○成立侵權行為，惟其所為既非職務範圍內之行為，亦非與職務相牽連或職務上給予機會之行為，與民法第 188 條規定執行職務侵害他人權利之要件有間，無須負擔僱用人之侵權行為損害賠償責任。

2. 受僱人（主觀）意思說

此說擴充前說之範圍，除僱用人所指示之行為及相關行為外，若受僱人之行為係為僱用人利益所為時，則亦屬執行職務之範疇。惟主觀意思甚難從行為外觀得知，且受僱人之意思未必符合僱用人之意思，如此認定對僱用人而言，有責任過重之虞，故此說亦失之偏頗。參照臺灣高等法院 98 年金上字第 2 號判決理由：「民法第 188 條第 1 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，故不以事實上有僱傭契約者為限，然仍須依一般社會觀念，客觀上確有被他人使用，為之服勞務且受其監督之客觀事實存在。是受僱人之行為在客觀上具備執行職務外觀，縱係濫用職務或利用職務上之機會、時間、處所有密切關係之行為，在外觀上因已足認為與執行職務有關，而侵害第三人之權利，不問僱用人或受僱人之意思如何，均應認係執行職務所為之行為。」

3. 客觀說（行為外觀說）

此說認為是否為「執行職務」，應依行為之外觀判斷。即不問僱用人或受僱人之意思，凡受僱人之「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，即屬執行職務之範疇。此說就行為外觀純作客觀判斷，判斷標準明確，為學說之通說，亦為司法實務所採。有最高法院 42 年台上字第 1224 號判例可稽：

「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。」在客觀說操作之下，只要客觀上得判斷其為執行職務之行為，無論實際情形如何，並不影響其即為執行職務行為之認定結果¹⁰。

實務晚近多採此說，舉下列判決說明：

- (1) 營業員盜賣股票案（最高法院 96 年度台上字第 2149 號民事判決）
- A. 第一審共同被告賴○○係上訴人（國票證券）合併之協和證券股份有限公司營業員，竟自 89 年 3 月 8 日起至同年 5 月 17 日止，利用其為該公司營業員之機會，偽造被上訴人電話語音下單記錄，以行使業務登載不實文書及偽造私文書之方式，於營業時間內盜賣被上訴人股票，進而取得該股款，賴○○利用其為該公司此部分行為之「外觀」而為，顯然已具有執行職務之形式，應認屬賴○○執行職務之行為，上訴人國票證券自應與賴○○連帶負「民法」第 188 條第 1 項所定之損害賠償責任。
- B. 賴○○不法盜賣被上訴人之系爭股票，並侵占股款，已實際有不法所得，被上訴人雖未舉證證明所失利益，但賴○○將盜賣股票所得之股金提領時，被上訴人最少之損害即告確定，依「民法」第 213 條第 3 項及同法債編施行法第 12 條之規定，被上訴人請求按賴○○實際侵占之股款新台幣（下同）402 萬 1,158 元以為金錢賠償之數額，為屬適當。

¹⁰陳洗岳，2002 年有關「侵權行為」之最高法院判決的回顧與淺析，臺灣本土法學第 52 期，2003 年 11 月，頁 109。

C. 審酌賴○○應負 70%過失責任比例為過失相抵計算，再扣除賴○○事後已返還之股票價額及現金 53 萬元後，尚有 231 萬 3,061 元之損害，則被上訴人據以請求上訴人連帶給付該金額本息，即屬正當。

(2) 利用代銷基金之機會挪用客戶帳戶（新竹地院 97 年訴字第 696 號民事判決）

A. 「民法」第 188 條第 1 項規定之受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者，不僅指受僱人因執行其所受命令或執行該職務所必要之行為，而不法侵害他人之權利，如係受僱人個人行為，而在客觀上足認為與其執行職務有關，或受僱人於執行職務時為自己利益而為之行為，均包括在內。

B. 本件行為人之業務為辦理有價證券買賣之開戶、徵信、招攬、推介、受託、申報、結算、交割或為款券收付、保管等，而其僱用人另賦予其代銷基金之業務，故可認代銷基金屬行為人之附隨業務，行為人利用代銷基金之機會，未經原告同意而將原告申購基金之款項轉匯入自己及其他私人帳戶內，自屬執行職務不法侵害他人之權利之行為，其僱用人應負連帶賠償責任。

(3) 受僱人未依正規交易程序之違法交易（最高法院 98 年台上字第 763 號民事判決）

A. 僱用人藉使用受僱人而擴張其活動範圍，並享受其利益。就受僱人執行職務之範圍，或所執行者適法與否，恆非與其交易之第三人所能分辨，為保護交易之安全，如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，僱用人固應依「民法」第 188 條第 1 項規定與受僱人負連帶賠

償責任。然若於客觀上並不具備受僱人執行職務之外觀，或係受僱人個人之犯罪行為而與執行職務無關，自無命僱用人負賠償責任之理。

- B. 依「證券交易法」第 54 條第 2 項及第 70 條規定所訂定之「證券商負責人與業務人員管理規則」第 3 條規定：證券商之業務員，其職務為從事有價證券之承銷、自行買賣及受託買賣。及財政部以 84 年台財證（三）字第 29 號函發布實施之「有價證券集中交易市場實施全面款券劃撥制度注意事項」明定：一、委託人與證券經紀商簽訂「委託買賣證券受託契約」辦理開戶手續時，應同時開設有價證券集中保管帳戶及在證券經紀商指定之金融機構開立存款帳戶（下稱款券劃撥帳戶），該存款帳戶並應與金融機構簽訂委託其代收付交割款項之委託書後，證券經紀商始得接受委託人委託買賣證券；二、……；三、證券經紀商受託買賣向委託人收付款券，均應透過委託人開設之款券劃撥帳戶，以帳簿劃撥方式為之……等旨。足見自 84 年 2 月 4 日實施「全面款券劃撥交易制度」以來，有價證券交易行為之流程：首需委託人（投資人）與證券經紀商簽立委託買賣有價證券契約書，於辦理開戶手續之同時開設有價證券集中保管帳戶及在證券經紀商指定之金融機構開立存款帳戶，由證券商、銀行分別核發「證券存摺」、「存款存摺」予投資人後，投資人始得委託證券經紀商買賣特定公司於特定價格之特定數量股票，再由該經紀商之受僱人即營業員依其指示下單購買（或出售）。股票買賣契約一旦成立，則以臺灣證券交易所為結算機構，由臺灣集保結算所股份有限公司、中央銀行為交割機構，分別從

事有價證券（股權）之移轉及股款之交付（受領）。換言之，有價證券買賣契約成立後，股權與股款之移轉，均只透過款券劃撥程序處理，證券經紀商所屬營業員依證券交易正規程序，並無任何機會持有該買賣標的之有價證券或股款。

（4）挪用或代客戶保管有價證券、款項、印鑑或存摺（最高法院 99 年上字第 195 號民事判決）

A. 「民法」第 188 條第 1 項本文規定，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。所謂執行職務，除受僱人因執行其所受命令、受委託職務、執行該職務所必要之行為以外，雖非其職務上行為，然在客觀上足認為與其執行職務有關之行為亦屬之。

B. 依據「證券商負責人與業務人員管理規則」第 18 條第 2 項第 11 款規定，證券商之負責人及業務人員，除另有規定外，不得挪用或代客戶保管有價證券、款項、印鑑或存摺，復因同規則第 20 條規定，證券商之業務人員從事業務所為之行為，視為該證券商授權範圍內之行為。如證券業務人員執行職務時不法侵害他人權益，證券商除能證明已盡相當注意或縱加以相當注意仍不免發生損害者外，自應與業務人員連帶負損害賠償責任。

（5）客戶委託業務人員保管欲買進有價證券之股款致遭侵占（最高法院 99 年上易字第 1131 號民事判決）

A. 「證券商負責人與業務人員管理規則」第 3 條規定，其職務為從事有價證券之承銷、自行買賣及受託買賣；又依同管理規則第 18 條第 1 項、第 2 項第 11 款規定，證券商之業務人員執行業務應本誠實及信用原則，不得有挪用或代客戶保管

有價證券、款項、印鑑或存摺之行為。又委託買賣有價證券，先在主管機關核准之金融機構或外匯指定銀行開立及設置銀行帳戶，作為買賣有價證券之手續費及費用之支付及其帳戶下證券交易之應付、應收款項之劃撥且僅於下單購買時將款項劃撥至證券商之交割專戶，透過款券劃撥之程序處理，無需將辦理交割之款項交付予業務人員。又若已知悉委託業務人員保管欲買進有價證券之股款，乃非屬業務人員執行業務之範圍，而交付、委託，致業務人員有機會侵占，應屬業務人員個人之不法行為，難認具有客觀上執行職務之外觀。

- B. 「民法」第 188 條第 1 項規定，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。但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者，僱用人不負賠償責任。又僱用人之連帶賠償責任，以受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，始有其適用。

4. 限制客觀說

此說認為除以受僱人之行為外觀作為判斷標準外，尚須非受僱人個人之犯罪行為者始足當之。舉最高法院 98 年度台上字第 763 號判決說明如下¹¹：「按僱用人藉使用受僱人而擴張其活動範圍，並享受其利益。就受僱人執行職務之範圍，或所執行者適法與否，恆非與其交易之第三人所能分辨，為保護交易之安全，如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，僱用人固應依「民法」第 188 條第 1 項規定與受僱人負連帶賠償責任。然若於客觀上並不具備受僱人執行職務之外觀，或係受僱

¹¹本案於本報告第三章第一節另有詳細事實說明與爭點整理。

人個人之犯罪行為而與執行職務無關，自無受僱用人負賠償責任之理。」又最高法院 92 年台上字第 485 號判決認為，對於營業員盜賣行為，除以受僱人之行為外觀作為判斷標準外，尚須非受僱人個人之犯罪行為者始足當之¹²。其理由為：「因為盜賣股票為營業員自身犯罪行為，所以不屬執行職務範圍」，惟判決理由過於籠統，缺乏論斷過程，亦混淆刑事與民事責任之關係，頗受賞議。蓋於某些狀況下，僱用人對受僱人可能為犯罪行為，仍有選任監督之控制可能¹³。然而，最高法院顯然意識到，於某些證券商營業員盜賣股票案件中，部分被害人（客戶）「動機可疑」、「行為異常」，不值得保護，但受限於傳統「客觀說」構成要件之框架，難以突破，故以「犯罪行為」予以限縮。

（二）晚近通說-內在關連說

晚近實務奠基於「客觀說」之上，特別針對「執行職務行為」之概念，認為以下三類型之行為，在客觀上足認與執行職務有關者，亦屬執行職務之範疇¹⁴：

1. 職務上之行為。
2. 職務上予以機會之行為。
3. 與執行職務之時間或處所有密切關係之行為。

學者對第 1 類型「職務上之行為」屬執行職務之範疇，並無爭議。

¹²可參考之判決有：97 年台上字第 1844 號判決，95 年台上字第 2941 號判決，95 年台上字第 38 號判決，94 年台上字第 1855 號判決，94 年台上字第 297 號判決，94 年台上字第 173 號判決，93 年台上字第 2059 號判決，89 年台上字第 2539 號判決，90 年台上字第 1235 號判決，90 年台上字第 1440 號判決等。

¹³縱使係受僱人個人之不法行為，仍認為僱用人仍須負責，以百富勤證券公司客戶利用營業員個人帳戶買賣股票案為例，本案經最高法院多次發回更審，分別做成 87 年台上字第 1564 號判決、89 年台上字第 2706 號判決、90 年台上字第 1991 號判決與 91 年台上字第 1025 號判決；最後，於臺灣高等法院 91 年度上更（四）字第 143 號判決中，二審法院始認定仍為「執行職務」。

¹⁴最高法院 94 年重訴第 1507 號民事判決、最高法院 93 年台上字第 2341 號民事判決、最高法院 90 年台上字第 1235 號民事判決、最高法院 89 年台上字第 2706 號民事判決。

惟對於第 2、3 類型，亦即「職務上予以機會之行為」以及「與執行職務之時間或處所有密切關係之行為」二類型之行為亦認屬執行職務之範疇，則有不同意見。有認為第 2、3 類型之行為未必即為執行職務之行為，而需審究該行為是否與職務本身有密切相關¹⁵。亦有認為，在第 2 類型之行為，亦即「職務上予以機會之行為」，需在善意第三人有正當理由信其為執行職務時，其行為與職務間，始認為有關係¹⁶。而在第 3 類型之行為，亦即「與執行職務之時間或處所有密切關係之行為」，則需其行為非在執行職務之時間或處所不能發生者，始可認為與職務有關。

國內民法權威王澤鑑教授參考德國通說，採「內在關連」作為判斷標準，認為：「凡以僱用人所委辦之職務具有通常合理關連之行為，通常為僱用人所能預見，可事先防範、計算其可能損害，並內化為經營成本，予以分散者，即屬於執行職務¹⁷。其類型如下：

- (1) 職務之執行：僱用人命令之執行、委託之職務自體，及執行職務之必要行為。
- (2) 職務之違背或執行方法之違背：受僱人違背職務（違背僱用人所為指示）是否屬於執行職務之範圍，應視其違背者究係「職務本身」或「執行方法」而定。若是職務本身，如：醫院護士擅自在醫院為病人進行手術，此等行為與執行職務間不具有內在關連，僱用人不必負責。若係違反執行方法者，如僱用人要求受僱人以 A 車載運貨物，受僱人卻以 A 車載

¹⁵陳聰富，受僱人執行職務之行為—最高法院 86 年台上字第 1497 號判決評析，侵權歸責原則與損害賠償，頁 143。

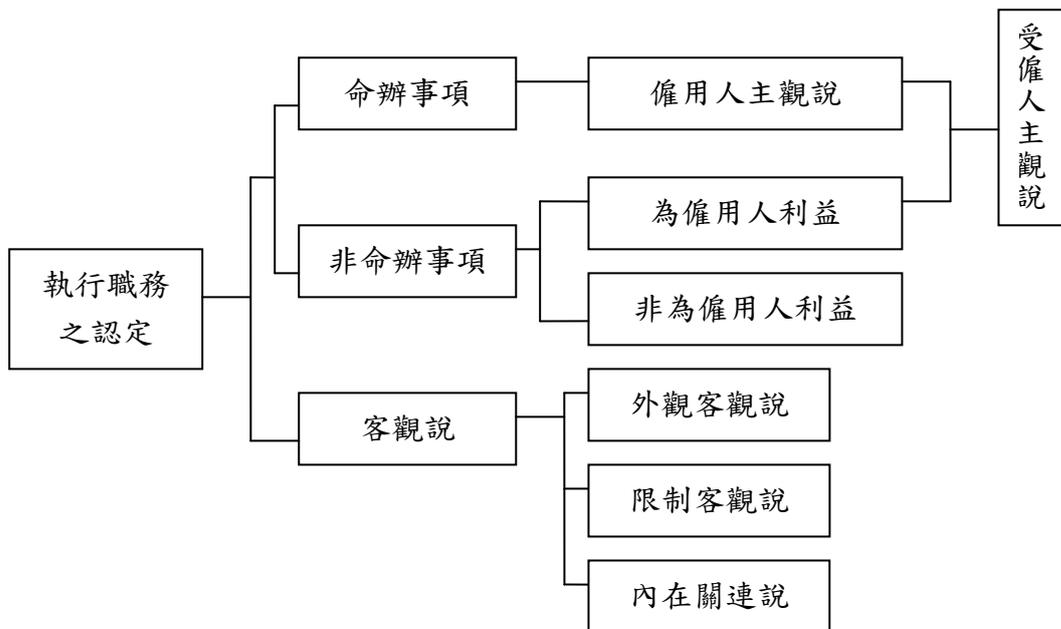
¹⁶王伯琦，民法債編總論，正中書局，1975 年，頁 94。

¹⁷王澤鑑，侵權行為法，頁 537，2009 年 7 月。

貨量小，改以 B 車載運，卻因疏忽未發現 B 車煞車失靈致生車禍，則認為具有內在關連性，僱用人應負連帶責任。

- (3) 職務給與機會之行為：應區分兩種情形判斷，其一為濫用職務之行為，以執行職務為手段而為不法行為。如：快遞送貨員擅自拆開包裹且取客戶托運貨品，此行為與其職務具有內在關連性，僱用人應負責。其二為利用職務上之機會，或與執行職務之時間與處所有密切關係者。以盜賣股票之案件為例：營業員職務為代客下單買賣股票，於營業場所、營業時間內乘機盜賣股票，乃營業員利用職務給與之機會所為之行為。蓋客戶對證券商有信賴關係存在，且僱用人因其營業員代客買賣股票獲有利益，僱用人對受僱人利用職務之風險性行為應有預見，並預為防範，應屬執行職務之行為。

試以簡圖說明各說對「執行職務行為」之認定範圍如下：



資料來源：本研究整理。

二、舉證責任與因果關係之認定

民事責任係由投資人就其損害對被告提起訴訟請求賠償，故原告承擔相當程度的舉證責任，「因果關係」的認定為其中之關鍵問題。關於侵權行為因果關係之認定，司法實務向採相當因果關係之見解。

(一) 推定因果關係理論

1. 定義

因果關係通常應由原告證明，但在某些特殊情況下可以推定因果關係存在。然而，因果關係之推定係一種補助性的技術方法，只有在保護受害人必要且符合立法目的的前提下才能採用。證券侵權行為涉及金融專業知識與電腦網路科技，為新型侵權行為。原告欲證明因果關係存在必須具備一定專業知識，或有取得證券之管道，在證券侵權行為與損害間複雜因果關係之狀態下，舉證困難往往影響受害者之求償權。基於此，為保護投資人權益，具體實現法律之公平正義，故允許特定情況下直接推定侵害與損害間有因果關係存在，由被告進行舉證證明因果關係不成立，又稱之為推定過失責任。

2. 「證券交易法」及其相關授權法令是否屬「保護他人之法律」？

參照最高法院 99 年上易字第 335 號民事判決：「民法第 184 條第 2 項本文規定，違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。所謂違反保護他人之法律，係指違反一般防止妨害他人權益或禁止侵害他人權益之法律而言。依據「證券商負責人與業務人員管理規則」第 18 條第 2 項第 13 款固規定，證券商之負責人

及業務人員不得有未依據客戶委託事項及條件，執行有價證券之買賣，惟證券交易如出現無法『當沖』交易之情況，業務人員仍得於投資人指示範圍內，先執行委託復告知客戶，難謂有違反保護他人法律。又依據該規則第 3 條規定，業務人員之職務僅係受託買賣，在業務員緊密處理眾多客戶下單情況，其不知或未告知其中一客戶信用額度可能超過，尚難認有法律上責任。」實務見解認為依「證交法」授權制訂之法規，性質上並非「保護他人之法律」，故難以據以援引「民法」第 184 條第 2 項規定，認其屬推定過失責任。

（二）相當因果關係理論

證券市場投資人之損害往往由多種不同因素造成，且這些因素彼此錯綜複雜，不易分辨。相當因果關係理論認為：原告只需證明於通常情況下，依一般社會大眾之經驗，被告之違法行為可能導致原告之損失，即認為有因果關係存在。故依一般證券市場常識，認定行為具有侵害他人權利，引起損害發生之可能性，即認定損害與行為間有因果關係，惟被告不同意者可提出反證推翻。最高法院 100 年台上字 141 號民事判決認為：「損害賠償責任之債，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指，無此行為，雖必不生此損害；有此行為，通常即足生此損害，是為有相當因果關係。無此行為，必不生此種損害；有此行為，通常亦不生此種損害者，即無因果關係。」

（三）舉證責任倒置理論

於某些特定情形下，不應按舉證責任分配原則決定個案中舉證責任之分配，而應實行與該原則相反的分配，並將原來由原告負擔之舉證責任予以免除。也就是先假定該待證事實之反面為事實，轉由原告負舉證責任，將本應由原告證明侵權行為與損害間存有因果關係，基於案件證明難度高，為保護弱勢以宣揚法律公平之精神，而將舉證責任轉由被告負擔。

三、被害人與有過失之認定

99 年重訴字第 120 號判決認為：「受僱人若違反臺灣證券交易所營業細則第 85 條第 1 項規定，證券經紀商不得接受對有價證券買賣代為決定種類、數量、價格或買入賣出之全權委託規定之行為。僱用人對於受僱人所為之行為應依「民法」第 188 條第 1 項規定負連帶損害賠償責任。又被害人之可歸責性顯屬重大，造成損害之發生或擴大依「民法」第 217 條第 1 項規定，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。」本案雖認為被害人亦應負與有過失責任，但僅以「..被害人之可歸責性顯屬重大...」為由，若認為客戶本身之與有過失程度已達到免除侵權行為人之責任之程度，說理仍有待加強。按民法上與有過失之法理係基於追求加害人與被害人之間之公平原則而設，旨在避免加害人過份承擔因被害人所造成之損害，從而前提須加害人損害賠償責任業已成立。

四、外國法例

「民法」為侵權行為主要規範，僱用人責任屬特殊侵權行為類型，應以「民法」為主要適用依據，與金融業者依業法規定不法行為

責任屬自己責任不同。簡述如下：

(一) 美國

1. 民法

英美法對僱用人 (Master) 於其受僱人 (Servant) 從事職務時，因侵權行為致他人受損害應負賠償責任，其性質屬於嚴格責任 (Strict Liability)。除僱用人不得主張選任或監督受僱人已盡相當注意而免責；僱用人本身雖無任何過失，仍應就受僱人之行為負責，偏向無過失主義，又稱為代替責任 (Vicarious Liability)。說明如下：

- (1) 「法律第二次整編-侵權行為」(Restatement of The Law, Second, Torts)¹⁸第 317 條「僱用人之監督受僱人之責任」(b) 項規定：
- 「僱用人(i)知悉或有理由知悉其有能力監督其受僱人；並且(ii)知悉或應知悉行使此種監督之必要與機會。則僱用人有行使合理注意而於受僱人之執行業務範圍以外之行為加以監督，以避免受僱人故意傷害他人或避免受僱人之行為致他人受身體傷害之不合理危險之責任。又第 877 條規定：「就他人侵權行為致第三人受傷害，如符合下列規定之一者，行為人亦應負責任：
- (a)行為人知悉或應知悉其情況將使該行為如由行為人自行為之係侵權行為，而命令或誘使(他人)作該行為；(b)行為人從事一活動而由第三人之協助，且行為人於僱用該第三人有過失；(c)行為人知悉或有理由知悉他人作侵權行為或將作侵權行為而准許該他人於其土地或以其工具而為該行為；(d)行為

¹⁸美國法律整編(第二次)侵權行為法(Restatement of The Law, Second, Torts)，司法週刊雜誌社，美國法律整編_侵權法，1988年版。<http://merchantmarine.financelaw.fju.edu.tw/data/Teaching/English/US%20Restatement%202%20Torts.pdf>瀏覽日期：2013年3月1日。

人雖就如未監督可能致傷害之他人加以監督，或有行使注意以監督他人之責任，而怠於行使注意以監督該他人；(e) 行為人就第三人之人身或其財產有提供保護責任或行使注意以保護第三人之人身或其財產之責任，而將其責任之履行委託他人；因該他人之怠於履行責任而致傷害，或怠於避免傷害。」認為嚴格責任係基於僱用人對於受僱人具有控制關係，應為其行為失控負責。

- (2) 又「法律第二次整編-代理人法」(Restatement of the Law (SECOND) AGENCY) 第 228 條規定¹⁹：「在下列情況下，但不僅限於下列情況，受僱人的行為屬於僱傭工作期間：其行為履行職務行為；其行為主要發生在授權期間和授權地點；其行為事實是（或至少部分是）出於為僱用人服務的目的；若受僱人對他人實施了強制力（force），則強制力的使用並不是僱用人不可能預見的。」認為損害發生源自於僱傭行為，無僱傭行為，即無損害，故僱用人應負責。
- (3) 責任成立須以受僱人構成侵權行為為要件，即除受僱人的行為屬不法外，尚須具備故意或過失，始足使僱用人負賠償責任。現行學說均認為：僱用人代負責任之主要理由係基於公共政策（Public policy），現代社會危險分擔理念，僱用人可透過提高商品或勞務的價格，或依責任保險的方式，將所受的損失分散

¹⁹ RESTATEMENT OF THE LAW (SECOND) AGENCY (1958) Section 228 GENERAL STATEMENT: (1) Conduct of a servant is within the scope of employment if, but only if: (a) it is of the kind he is employed to perform; (b) it occurs substantially within the authorized time and space limits; (c) it is actuated, at least in part, by a purpose to serve the master, and (d) if force is intentionally used by the servant against another, the use of force is not unexpected by the master. (2) Conduct of a servant is not within the scope of employment if it is different in kind from that authorized, far beyond the authorized time or space limits, or too little actuated by a purpose to serve the master. <http://www.realagency.org/RestatementCommonLawofAgency.pdf>

給社會大眾。此外，無過失責任可促使僱用人慎選受僱人，並嚴格監督，以維護社會安全²⁰。

2. 特別法

(1) 證券業

美國證管會透過訂頒規則、發布解釋及對某些證管會認為涉及操縱、詐欺或其他違法行為發動執法行動落實規範目的。經紀商、自營商於執行業務時應遵守相關原則以免違法。簡述與本研究相關內容包括：

A. 誠實處理事務之義務 (Duty of Fair Dealing)

證券經紀商、自營商對其客戶負有誠實處理事務 (Fair Dealing) 之義務，此義務為反詐欺的最基本義務，美國證管會透過解釋、向法院對違反此義務之行為採取法律行動並經過法院肯認等方式建立此基本義務。誠實處理事務義務之內涵包括立即執行客戶指令、揭露相關重要資訊、收取合理報酬及充分揭露任何利益衝突之情事。

B. 最佳執行義務 (Duty of Best Execution)

最佳執行義務要求證券經紀商、自營商為其客戶尋求並獲得最佳利益的交易條件。此義務也是自忠實義務衍生而來。

美國在業者法律規範方面，並未訂立一部一體適用於所有從事與金融活動有關之中介服務機構的法令，而是透過規範個別金融中介服務機構的法令（沙賓法案、投資公司法及投資顧問法等）個別立法規範，其規範內容固有差別，但其基本規範精神，亦即市場中介機構對於其客戶負有最高程度的誠信及忠實義務並無二

²⁰尹海文，論雇主轉承責任構成要件的理论基礎與適用規則.中南大學學報，2006年6月。

致。

美國對市場中介機構之規範，除了法律、行政命令之外，並有由自律機構（如全國證券商同業公會、全國性證券交易所、FINRA等）制定應遵循的規則，並藉由法院判決建立判斷標準，希望達到保障投資人權益之目標。行為人或該中介機構違反法令之行為，可能負擔刑法、行政法及民法上的法律責任；惟違反自律機構所訂之規則者，美國法院之判決並不承認該等自律規則具有法律地位，故不構成違反保護他人法律之侵權行為。法院認為該等違背自律規則之行為具有證據力，足以證明該中介機構或行為人違反業界標準之善良管理人注意義務，據以認定應負賠償責任。

（2）期貨業

美國對期貨經紀商受僱人員之責任，依「商品交易法」（Commodity Exchange Act, CEA）第2條（a）（1）（B）規定，任何個人、團體、合夥、公司或信託財產僱用之任何職員、代理人，或其他人，於其受僱或任職之職務範圍內之任何作為、不作為或違失，應視為上述個人、團體、合夥、公司或信託財產與各該人員之行為或違失²¹。

美國法院實務上認為，除受僱人基於職務範圍內之行為，僱用人需負責外，對於逾越職務範圍之行為，仍須負監督責任²²。以期貨商受僱人為例，如：Inre Big Red Commodity Corp.乙案中，FCM業務員兼任期貨基金經理人從事募集之行為涉嫌詐欺，上訴法院

²¹ Commodity Exchange Act Section 2 (a)(1)(B): “LIABILITY OF PRINCIPAL FOR ACT OF AGENT.—The act, omission, or failure of any official, agent, or other person acting for any individual, association, partnership, corporation, or trust within the scope of his employment or office shall be deemed the act, omission, or failure of such individual, association, partnership, corporation, or trust, as well as of such official, agent, or other person.” 7 U.S.C. As Amended Through P.L. 107-8, May 11, 2001. <http://www.cftc.gov/files/ogc/comex060601.pdf>

²² 參見郭土木，期貨交易管理法規，2007年9月，頁132以下。

認為 FCM 亦須為此負監督責任²³。其立論基礎，係認為期貨經紀商係基於監督關係，有未盡注意義務之情形，致業務人員或其他受僱人侵害客戶權益，因而必須負責。

(3) 投信投顧業

「1940 年投資公司法」及「1940 年投資顧問法」為避免基金經理人與投資顧問與客戶間發生利益衝突，明確規範二者間之報酬、費用與償付關係，以強化傳統信託法中忠實義務與善良管理人之注意義務，而產生所謂「忠誠義務」。受託人須以受益人之利益處理信託事物，不得於處理事務時，考慮自己利益或圖利他人，且避免與受益人間產生利益衝突情事。注意義務本質為投資風險管理及監督，受託人履行其職責時，應具備通常技能、謹慎及注意，與管理客戶資產時，須出於善意，且採取警覺、勤勉及謹慎之態度，以如同處理自己事務之標準以上之態度為之，違反者須承擔相對應之責任。

(二) 日本

1. 民法

日本「民法」第 715 條規定：「為某種事業使用他人者，對於受僱人就其事業的執行致第三人受損害，應負賠償責任。但僱用人對於受僱人之選任及其事業的監督已盡相當注意者，不在此限²⁴。」適用本條時，首先應以受僱人存在故意或過失為前提，僱用人若

²³ Comm, Fut L. Rep.(CCH), 22,700. (CFTC, 1985).

²⁴ 第七百十五條：I ある事業のために他人を使用する者は、被用者がその事業の執行について第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし、使用者が被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしたとき、又は相当の注意をしても損害が生ずべきであったときは、この限りでない。II.使用者に代わって事業を監督する者も、前項の責任を負う。III 前二項の規定は、使用者又は監督者から被用者に対する求償権の行使を妨げない。

無法證明對受僱人的選任、監督沒有過失，就要對受僱人造成的損害負責，屬於代位責任；並得於內部向加害者（即受僱人）求償。但近期學說與判例傾向認為僱用人疏於對受僱人的選任、監督，屬於僱用人自身過失責任。亦有學說認為屬「補償責任」，即僱用人利用他人勞動力擴大自己活動範圍，並因此擴大獲利可能，所以應該對其擴張的範圍內發生的損害承擔責任，惟此學說有導向無過失責任之可能，尚非可採。

日本司法實務認為：不論係「交易上侵權行為」或是「事實上侵權行為」，均採「外觀標準說」，亦即只要在外觀上與其職務行為有相當之牽連關係，縱使實質上為職務範圍外之行為或逾越權限之行為，仍屬執行職務之範疇。惟有學說認為：就「事實上侵權行為」部分，其並無外觀信賴，若採外觀標準說並不適當，而應從客觀上是否在使用人之控制範圍內出發，就被使用人所造成之損害應否由使用人承擔風險，進行價值判斷，較為合理。

2. 特別法「金融商品交易法」

「金融商品交易法」（簡稱「金商法」）統合規範涵蓋與投資相關之金融商品，及其募集、發行與交易之多行為，更規範金融商品交易所、仲介業者行為規範。依「金商法」第64條規定，金融商品交易業者不論其名為勸誘員、銷售員、推廣公關或其他名稱的負責人或員工，若為下列行為，應為營業人員登記：

- (1) 有價證券的販賣、市場衍生性金融商品交易、外國市場衍生性金融商品交易；以及其之媒介、代銷、代理；委託前之媒介、代銷、代理；有價證券等清算代銷；有價證券的出賣；處理有價證券的募集、私募、出賣。買賣或其居間、行紀（有價證券

等清算代銷除外) 或代理之應募勸誘以及市場衍生性商品交易或外國市場衍生性商品交易及其居間、行紀(有價證券等清算代銷除外) 或代理之應募勸誘。

(2) 店頭衍生性金融商品交易及其媒介、代銷、代理; 有價證券的認購; 有價證券的認購; 櫃檯衍生性商品交易之應募勸誘。

「金商法」訂有金融商品交易業者之一般行為規範, 包括基於受任人地位之善良管理義務、忠實義務、親自執行受託事項之義務、受任財產與自己財產分管理之義務、遵守適當性原則規範之義務等。除金融廳對證券商實施檢查外, 日本證券業協會(Japan Securities Dealers Association, 簡稱JSDA) 亦訂定自律規則以為共同遵守之準繩。簡述「金商法」相關規範如下表:

「金商法」相關行為規範列表

對客戶應秉誠實及公正之態度進行業務(36條)	
揭露標示的義務(36條之2)	必須在各營業場所、辦公室等公眾容易看見之處揭露標誌
名義貸與之禁止(36條之3)	不得以自己名義, 使他人從事金融商品交易業之行為。
公司債管理者之禁止(36條之4第1項)	不得為依公司法第702條所規定之公司債的管理者或附擔保公司債信託法第2條第1項規定之信託契約的受託公司。
簽訂契約前、簽訂契約時交付書面資料的義務(37條之3、4)	
其他禁止行為	1. 不得有「告知虛偽事項的行為」或「對於不確實的事項提供斷定式的判斷及說服的行為」。(38條之1、2) 2. 針對沒要求推銷的客戶不得從事電話、訪問的推銷。(36條之3) 3. 客戶有不簽訂契約之表示時不得繼續推銷。(36條之4、5)
禁止損失補償(39條)	針對特定存款、外幣存款、風險性保險年金均不得對損失做補償。不僅是不能以現金或物品做為補償, 亦不得以優惠利率或手續費做為補償。

適合性原則(40條)	依照客戶的知識、經驗、財產狀況及簽訂契約的目的，不得從事不適當的推銷或欠缺投資者保護之行為。
------------	--

資料來源：日本金融廳網頁，金融商品取引法，本研究翻譯整理。

日本法例認為從業人員具有代其所屬公司，從事各類金融商品交易等一切訴訟外行為之權限，故業務員為所屬證券、期貨、投信顧業者與客戶成立之法律行為，係以本人代理之身分為之，業務員居於代理人地位，同時為債務履行輔助人，應負擔者為使用人責任²⁵。法院實務上曾認為在商品期貨市場為其或經紀商進行交易之業務員，認定其屬於期貨經紀商之使用人，即使是無僱用之契約關係，但若外觀上期貨經紀商願意為其申請交易所之登記，其後雖然註銷登記，仍認為有僱用關係²⁶。甚至有認為未經登記業務員所為之違反法令行為，若從行為外觀無從辨識，亦認為期貨經紀商亦應負責，立論基礎偏向民法表見代理責任²⁷。惟日本學者有認為對於構成此一表見代理型態，除必須具備代理人有逾越權限之行為，尚須相對人具有正當理由相信其有代理權始符合要件²⁸，換言之必須相對人要在無過失之情況下才構成表見代理，相對人若知情或未盡其應有之注意義務，不得率爾認定表見代理而要求本人負責²⁹。

在日本司法實務上曾就業務員與客戶間，認為若具備有超越一般交易的個人間信賴關係者，則可認定為業務員是客戶的代理人，日本學者甚至有認為即使商品交易會員期貨經紀商之業務員居於該公司代理人之地位，其代理權亦由法律所擬制規定，但也不能否定在特殊

²⁵ 郭土木，同上註，頁 134。

²⁶ 日本昭和 57 年（1982 年）5 月 13 日東京高等法院判決，判例時報第 476 號 185 頁。引自郭土木，同上註，頁 133。

²⁷ 同上註，頁 134。

²⁸ 我妻榮，新訂民法總則，第 367 頁以下。引自郭土木著，同上註，頁 142。

²⁹ 上村達雄，以公司名義做期貨交易之業務員與表見代理，以及期貨經紀商之注意義務。引自郭土木著，同上註，頁 142。

之情況下，業務員也得站在客戶代理人之地位，因此證券或期貨經紀商對於客戶不必負契約責任³⁰，至於在認定業務員與客戶間有超越一般交易之個人信賴關係之特殊情況時，其基準為何則有疑義，從業務員與證券商或期貨經紀商為僱傭關係，無論是法定、約定或從僱傭契約本質解釋，具有代理權應屬常態，而相反地，業務員為客戶之代理人之情況應屬例外之情形，因此對於業務員居於客戶代理人之狀況應從嚴認定³¹，而且應依個案之具體狀況作認定，茲舉日本實務上有關之案例說明如下：

1. 客戶與業務員之關係是在該業務員任職外務以前之舊識，而關於信賴其才幹，該業務員受到一定金額之委託，除股票之外還廣定成數之利潤，證業者也確認客戶與業務員的特別的個人信賴關係，默認業務員負責受委託資金之一切責任等事實，判示該業務員與客戶係依特別的個人信賴關係而結合，該業務員為客戶之代理人³²。
2. 客戶為一名醫師，其委託與業務員之交易雖採取按正常規定之手續，惟嗣後卻因違約未被履行，由於客戶對業務員給付太高金額之禮金，以及依該交易獲得巨額利益等情況下，而被認定為具特別情事之案例³³。

3.特別法「金融商品販賣法」

(1) 立法背景與目的

³⁰鈴木竹雄、河本一郎，證券交易法（新版），第371頁。同前註郭土木著，同上註，頁139。

³¹矢澤惇，商專判例研究1953年度24案解說；河內隆史，商品期貨交易判例概觀，第13頁。引自郭土木著，同上註，頁139。

³²日本1953年2月9日東京地方法院判決。引自郭土木著，同上註，頁139。

³³日本1955年4月3日福岡地方法院判決，判例時報第492號第44頁。引自郭土木著，同上註，頁139。

有關金融法制之規範形式，日本初步係以英國金融服務及市場法為參考模式，以行為別來規範金融服務業之橫向整合，達成制定單一金融法制的目標。惟因涉及之相關主管機關與業者非常錯綜複雜，如一次即將所有之縱向業法加以彙整，在行政管理之整合及市場參與者運作實務上，難度實在過高，由於整合不易，日本乃採取分階段逐步橫向整合，以達成制定單一金融法制的目標：（一）第一階段整合：在2000年5月制訂「金融商品販賣法」，橫向整合金融商品販賣、勸誘之立法方向。（二）第二階段整合：2004年底開始制訂整合證券交易法、投資信託法及期貨交易法的「投資服務法」，於2005年7月由金融廳金融審議會期中報告提出規劃制定日本的「投資服務法」的基本架構與內容，並徵詢各方意見。2006年3月金融廳彙整修訂各方意見後，原擬定為之「投資服務法」正式定名為「金融商品交易法」。

（2）主要規範內容

在種種金融改革的措施之下，金融業者能提供給消費者更多樣的新金融商品，然而業者與消費者間的資訊不對等，加上金融業者迫於業績壓力，於銷售金融商品時往往未對客戶善盡說明的義務或為不完全的說明，或者為不當的勸誘，以致於因銷售金融商品所產生的紛爭日益增多，「金融商品販賣法」之制定後，使各類型金融商品販賣業者之銷售金融商品行為，有橫向整合性規範，亦即針對金融商品之販賣行為，均適用「金融商品販賣法」之規範³⁴。「金融商品販賣法」對金融機構所規範的行為，包括銀行、信託、保險、證券、期貨或其他具有投資性金融商品的銷售。該法之制訂中最重要內容即將金融商品銷售時的「說明義務」及「適合性原則」予以明文化。2006年「金融商品交易法」通過後，「金融商品販賣法」相關規範也配合修訂，

³⁴張晏慈，從金融商品販賣法到金融商品交易法—日本近期金融法制發展介紹，證券暨期貨管理月刊，24卷10期，民國95年10月，頁22-26。

包括擴大說明義務之範圍，加強規範金融商品販賣業者未履行重要事項時對客戶之損害賠償責任³⁵。該法之主要規範內容包括：

- A. **將金融商品說明義務予以法制化：**業者銷售金融商品的時
候，關於金融商品有的風險等的重要事項，有向客戶說明的
義務。
- B. **違反說明義務的損失賠償之責任轉換：**如果業者疏忽說明義
務，客戶為此受到損失，業者必須承擔損失賠償責任。因果
關係的舉證責任由客戶轉到業者，減輕顧客的作證負擔。
- C. **金融商品銷售業者的勸誘的合理確保：**
 - a. 業者必須致力於勸誘的合理確保之規定
 - b. 業者必須制定及公佈勸誘方針

(3) 民法侵權行為之特別規定

「金融商品販賣法」第5條針對違反說明義務之損害賠償責任加以規定³⁶，金融商品販賣業者如未就重要項向客戶說明，因而導致該客戶受到損害，對該損害應負賠償之責。值得注意的是本條為侵權行為之特別規定，且為無過失責任。本條要求業者直接負責，不可藉由民法第715條已盡其相當注意為監督仍不免發生損害為免責事由。故業者之損害賠償責任，並不以其具有故意或過失為必要，只要客戶能證明業者違反說明義務與其損害具有因果關係即可。

因此，本法對於金融業者之履行輔助人（如理財專員、證券營業員等）違反說明義務，導致客戶本金受到損害，直接科以業者就其履

³⁵ 陳茵琦、蘇秀玲，金融商品及服務整合與銷售之相關規範，臺灣金融服務業聯合總會委託專題研究，民國96年6月，頁65-66。

³⁶ 金融商品の販売等に関する法律第5条（金融商品販売業者等の損害賠償責任）：「金融商品販売業者等は、顧客に対し第三条の規定により重要事項について説明をしなければならない場合において当該重要事項について説明をしなかったとき、又は前条の規定に違反して断定的判断の提供等を行ったときは、これによって生じた当該顧客の損害を賠償する責めに任ずる。」

行輔助人之行為負責，避免業者以日本民法第715條規定來規定責任³⁷。

第三節 民法第 188 條與第 224 條之適用差異

一、民法第 224 條債務履行輔助人之責任

(一) 構成要件

1. 責任主體

(1) 代理人

通說及實務見解（68 年第 3 次民事庭會議）均認為包括意定代理人與法定代理人，法定代理人係基於法律關係，其目的乃在於維護被代理人之利益，使被代理人能參與交易活動，獲有利益，故被代理人應承擔代理人之故意或過失。且當被代理人無識別能力時，王澤鑑教授主張宜認為故意或過失僅就法定代理人之行為及其識別能力認定之，且法定代理人應擴大解釋包括夫妻間關於日常事務之代理、遺囑執行人及破產管理人

(2) 使用人

依債務人之意思，事實上為債務履行之人。第三人介入債之履行，須基於債務人之意思，始能將該第三人之故意過失歸由債務人負擔（即「與因關係」）。其範圍包括：

A. 法人之機關

³⁷ 杜怡靜，金融業者於金融商品販賣時之說明義務—以金融商品販買法為例，月旦法學雜誌，第 126 期，2005 年 11 月。

有學者認為「董事雖為法人代表，仍應類推適用本條規定」；亦有學者認為，機關之行為為法人之行為，機關就債之履行具有故意或過失時，即為法人本身之故意或過失，似無適用或類推適用「民法」第 224 條之規定之必要。

B. 代替人

係指債務人以他人代替其地位，而以該代替人負其責任，債務人僅就選任或指示過失負責。現行法就委任及寄託設有規定，如「民法」第 537 條、第 598 條或第 592 條及第 593 條規定，此時債務人僅就該第三人之選任或指示負責。

C. 使用人之使用人

履行輔助人為履行債務再使用他人之情況，學說上肯定之。其法律關係應分二種情況論之：a. 使用人得再使用他人履行債務者，該間接使用人亦屬債務人之使用人；b. 使用人不得再使用他人履行債務時，此時當使用他人履行債務有故意或過失時，即應負責，無論次使用人有無故意過失在所不問。

D. 利用輔助人

債務人對標的物有使用之權能，而使第三人加以利用，該第三人即為所謂之利用輔助人。其法律關係可分為二種情況：a. 承租人未違反約定或借用人同意之情況下，此時針對第三人故意或過失負損害賠償責任；b. 承租人違反約定或借用人未同意下，直接具可歸責事由，負債務不履行之責。

2. 履行輔助人須有故意或過失

其歸責事由之標準，應以債務人依其債之關係所負之歸責要件為準。

3. 債之履行範圍

係指有關給付義務與附隨義務之部分，學說上有爭議在於因履行債務機會而為之行為是否屬債之履行範圍？學說上認為應與在民法第 188 條僱用人責任採相同見解，主張必須該「利用履行債務給予機會之行為」與債務履行「具內在關連」為限，方有民法第 224 條之適用。

(二) 責任性質

債務人履行債務時，除具有高度屬人性之義務或當事人另有特約外，原則上可使第三人履行之。此時若債務履行輔助人關於債之履行有故意或過失時，債務人應如何負其責任，債權人得向何人請求損害賠償？我國「民法」第 224 條：「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。但當事人另有訂定者，不在此限。」惟對於責任性質及其範圍，則有不同見解：

1. 法定擔保責任

在債之關係中（尤其是契約關係）債權人所信賴者，係債務人本人，而非其履行輔助人。債務人因分工役使他人而受益，理應承擔其危險性，何況債權人對於債務人之選任輔助人通常無影響力，使債務人負擔保義務亦可促使其慎選履行輔助人、監督履行

輔助人³⁸。債務不履行責任之成立，僅須履行輔助人具有故意過失，即可成立，不以債務人本身具有故意過失為要件。依此觀點，認為債務人所負之責任為無過失，自有所據。所謂「債務人應與自己故意或過失，負同一責任」，與「債務人應負其責任」，用語雖有差異，本質上卻無不同³⁹。而依民法第 224 條之規定，債務不履行責任之成立，僅須履行輔助人具有故意或過失，即可成立，不以債務人本身具有故意過失為要件，準此觀點，認為債務人所負之責任為無過失，自有所據。

2. 過失責任

履行輔助人之行為應負無過失責任，性質上屬於法定擔保責任，係基於與因關係及誠信原則而來。所謂「與因關係」，即債務人利用履行輔助人擴張其活動範圍之結果，而產生新的債權侵害危險，此種危險乃源於債務人。惟「與因關係」必須債務人與履行輔助人間有監督之可能始足當之。故此說認為條文規定「債務人應與自己之過失負同一責任」，而不規定「債務人應負責任」，顯然可見非純粹無過失責任。且「民法」第 224 條債務人尚可舉證證明履行輔助人並無過失而免責，與無過失責任下，債務人完全沒有免責之情形不同。乃係將履行輔助人之故意或過失擴大及於債務人，使之負責，性質上為過失責任之擴大化，而非無過失責任⁴⁰。

惟依德國法例，履行輔助人承擔責任的法理依據為：既然債務人

³⁸王澤鑑，民法學說與判例研究（六），台大法學叢書，1991 年 5 月，頁 71-72。

³⁹將履行輔助人之故意或過失「擴大」及於債務人使之負責，對債務人言，屬無過失而須負責，稱之為無過失責任，尚無不妥。

⁴⁰林誠二，債務不履行歸責事由之檢討，中興法學第 6 期，2010 年 5 月，頁 392。

履行債務，為擴大其業務活動範圍而使用輔助人，即為了自身的利益而進行勞動分工，則債務人應當承擔因此而產生的風險，故認為在此應實踐嚴格責任制度，而朝向債務人無過失責任方向發展⁴¹。

（三）得類推適用之範圍

1. 債之關係

「民法」第 224 條之規定於債編總論中，只要有債之發生原因均有適用之餘地。

2. 締約上過失

於締約階段，雖無債之關係存在，但當事人已進入他方當事人信賴地位，故「民法」第 224 條之規定應可類推適用。

3. 與有過失

「民法」第 217 條第 1 項規定：「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。」第 2 項規定：「重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人不預促其注意或怠於避免或減少損害者，為與有過失。」第 3 項之規定：「前二項之規定，於被害人之代理人或使用人與有過失者，準用之。」惟應如何準用？學說上有三說：

A. 法律要件準用說

在準用「民法」第 224 條之規定時，除法律效果外（被害人對其使用人與代理人之故意過失負同一責任），其法律要件（需在債之履行中）亦應一併準用。故以被害人與加害人間於損害發生之前已有債之關係存在為限。

B. 法律效果準用說

⁴¹ [德] 羅伯特·霍恩、海因·科茨、漢斯·G·萊塞，德國民商法導論，中譯本，楚建譯，中國大百科全書出版社，1996 年，頁 124。

認為僅應準用民法第 224 條之法律效果，則無論加害人與被害人間是否具有債之關係，被害人均應承擔其代理人或使用人之故意或過失。

C. 折衷說

有債之關係之時，無論是代理人或使用人之與有過失者，以本人（被害人）均需就其履行輔助人負責。惟無債之關係之時，應區分下列情形：

- a. 使用人或意定代理人之故意過失：有認為使用他人應承擔其危險性，況且其乃基於本身意思所為之選任、監督，自應與履行輔助人負同一責任⁴²。另有認為此問題涉及使用人之過失危險應由何人承擔之問題，即何人須承擔使用人無資力無法求償之危險。其認為應視被害人與第三人之關係為有償或無償關係，蓋使用人係無償提供被害人服務，因而對被害人發生損害，卻需負擔損害賠償責任，不免使被害人過度受益，不符事理之平。因而，被害人應承擔無償使用人之與有過失，使該使用人無須負責。反之，若使用人係有償提供服務，因而對被害人發生損害，使用人既應負擔損害賠償。此時被害人即無需承擔使用人之與有過失⁴³。
- b. 法定代理人之故意過失：實務見解採法律效果準用說，認為無論是意定代理人或法定代理人，本人均需承擔其故意或過失之責。王澤鑑教授則採否定見解，認為法定代理人非由本人所選任，而係由法律規定與使用人之情形不同。且法定代理制度旨在保護未成年人，在無求利益之情況下（有債之關係）不能使未成年人因而遭受不利益。保護未成年人为民法

⁴²同註 38，王澤鑑前揭書。

⁴³陳聰富，侵權違法性與損害賠償，元照出版社，2008 年 12 月。

之基本原則，倘未成年人需承擔其法定代理人之與有過失，不能向加害人請求全部損害賠償，於法定代理人無資力時，未成年人將難以獲得全部之回復原狀。

二、與民法第 188 條適用之差異

承上所述，我國民法有關僱用人就受僱人侵權行為需負連帶賠償責任之規定，係建立於過失責任之基礎上，係以僱用人對於受僱人之選任及監督有所疏忽做為歸責原因，其次考量經濟上因素而為衡平責任，與第 224 條規定債務人就履行輔助人之故意或過失負同一責任，係採無過失責任主義不同。原則上於發生法條競合之情形，主張「民法」第 224 條，則僱用人不得舉證免責，且對於使用人履行債務之故意或過失，由債務人負舉證責任，對被害人較為有利⁴⁴。

(一) 履行輔助人責任屬於契約責任

有關履行輔助人（使用人）是否以受債務人指示或監督為必要？對此存有兩不同見解：

1. 干涉可能性必要說

為成為履行輔助人，儘管不以輔助人和債務人之間存在支配、從屬關係為必要，但債務人對履行輔助人應有干涉可能性。此說於 20 世紀初德國民法學說上有相當大的影響力，且於日本亦居於通說之地位。日本學者通說認為：所謂履行輔助人，指債務人出於債務履行之目的使用的人，並不限於其有類似僱傭契約關係者，只要有事實上的使用關係即可，故基於友誼好意輔助履行場合亦得成為履行輔助人。再者，不限於對債務人有社會的、經濟的從

⁴⁴同註 38，王澤鑑前揭書，頁 72 以下。

屬地位的人，即使是獨立的企業，如對於小規模運輸業人債務人為適合搬運標的物等的需要而具有施加干涉（選任、指揮、監督）的可能性的場合方，可被解釋為債務人的履行輔助人⁴⁵。因此，雖將運送業者納入履行輔助人之行列，但對於郵電、鐵路之類服務，債務人沒有選擇的自由，而且，對於他們的經營也無法施以干涉，不應為履行輔助人。我國通說亦認為債務人對於履行輔助人之行動可得干涉為必要，否則為非履行輔助人⁴⁶。

2. 干涉可能性不要說

有日本學者否定干涉可能性要件，主張將郵電、鐵路等壟斷性企業也包括在履行輔助人之內。其理論上的依據如下：

- (1) 即使沒有干涉可能性，債務人因利用輔助人而擴張自己的活動領域，由此而獲得利益，因而自應負擔其相應的危險。債務人和輔助人之間的關係，屬債權人不能夠充分了解的內部事情；債務人預測到損害發生的危險性，比較容易地採取如保險或者價格轉嫁的自衛方法。
- (2) 現代經濟社會以市場經濟和大量生產為前提，是高度勞動分工的體制，對於債務人對輔助人具有干涉可能性，根本無法接受。即便仍然維持干涉可能性之要件，仍屬恣意的擬制。
- (3) 干涉可能性的思考方法，乃是以選任、監督責任為前提，與債務人客觀責任的法律構成要件並不協調。
- (4) 從債務人為債務履行輔助人負責為擔保責任之定性出發，則此種擔保責任並非基於指示或監督之過失，故自法律之規範目的以言，似不以使用人對於債務人居於從屬地位為必要，故醫生、

⁴⁵山崎賢一，履行補助人的過失和債務人的責任，載於加藤一郎、米倉明，民法的爭點Ⅱ，有斐閣，1985，頁20。

⁴⁶同註7。

律師、會計師、承攬人均得為履行輔助人⁴⁷。

- (5) 在德國、法國或英美諸國，干涉可能性已不再是債務人責任的要件，從比較法上來看，干涉可能性必要說已失其支持⁴⁸。德國學者認為債務人之輔助人是為了協助契約的履行而進行活動，契約輔助人協助履行契約，必須得到僱用人的同意，其行為只能圍繞著契約的履行展開。履行輔助人可以是債務人手下工作人員或親屬中的任何人，甚至還可以是其為履行義務而利用的獨立的第三人，其中之界線很難確定，如：債務人利用的某家銀行或某家運輸公司。另如：買賣契約中的出賣方指示某製造商或第三人直接向買受方交付貨物，則該製造商或第三人就有可能被視為是出賣方的履行輔助人。

(二) 民法第 188 條性質非契約責任

依最高法院 56 年 06 月 14 日台上字第 1612 號判例見解：「僱傭契約於當事人間，固以約定一方於一定或不定之期限內為他方服務勞務，他方給付報酬為其成立之要件，然其與第三人間之關係，受僱人既係以聽從僱用人之指示而作為，倘受僱人確係因服勞務而生侵害第三人權利之情事時，僱用人即不能藉口曾與受僱人有何約定，而諉卸其對第三人之責任。」又參照最高法院 88 年度台上字第 2618 號判決意旨：「民法第 188 條第 1 項規定僱用人之連帶賠償責任，係為保護被害人，避免被害人對受僱人請求賠償，有名無實而設。故此之所謂受僱人，並不以事實上有僱傭契約者為限，凡客觀上被他人使用，為之服勞務而受其監督者，均屬受僱人。換言之，依一般社會觀念，若

⁴⁷同註 38，王澤鑑前揭書，頁 78。

⁴⁸落合誠一，因補助人行為的運輸人責任，載法學協會雜誌第 94 卷 12 號～第 95 卷 3 號；運送責任的基礎理論，1979 年版，頁 216 以下。

其人確有被他人使用，為之服勞務而受其監督之客觀事實存在，自應認其人為該他人之受僱人。」可知「民法」第 188 條之規範性質屬於侵權行為責任，只要證明僱用人與受僱人間具有債之關係即可，無須證明二者間具有契約關係。

民法第 224 條

債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。但當事人另有訂定者，不在此限。

請求權競合

民法第 188 條(受僱人行為)

連帶責任

構成要件

- 1. 行為人應負侵權行為
- 2. 行為人與僱用人有僱用關係
- 3. 行為人係「執行職務」
 - (1) 僱用人(主觀)意思說
 - (2) 受僱人(主觀)意思說
 - (3) 行為外觀說(客觀說)—多數說
 - (4) 限制客觀說
 - (5) 內在關連說

法規適用順序：
§28 優先於§188

法規適用順序：
公司法§23 優先於民法§28??
仍有爭議

民法第 28 條(機關行為)

法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。

公司法第 23 條第 2 項

公司負責人對於公司業務之執行，如有違反法令致他人受有損害時，對他人應與公司負連帶賠償之責。

**連帶
責任**

第三章 我國相關案例與實務見解

第一節 證券業相關案例

一、太平洋證券案⁴⁹

(一) 事實說明

1. 被上訴人甲（即原告）主張：

(1) 甲於民國 89 年 2 月 21 日在上訴人太平洋證券五權分公司（下稱太平洋證券）開設證券存摺帳戶進行股票買賣業務，並依上訴人指示於參加人（國泰世華銀行）以其名義開設活期儲蓄存款帳戶，便於股票買賣交易後其相關股款收付劃撥交割轉帳事宜。甲於 89 年 2 月 22 日、23 日、24 日委託上訴人派其公司業務經理即第一審共同被告陳○○填單買進，共購買天仁茶業股份有限公司（下稱天仁公司）發行股票 72 萬 3 千股（723 張）。購入上開股票後一直由上訴人存於集保公司，均未賣出。至 89 年 8 月 8 日獲分配股息 5 萬 1,333 股，故共持有股數為 77 萬 4,333 股（774 張）。陳○○於 89 年 8 月 10 日意圖為自己不法所有，持偽刻之伊印鑑章，在未經伊之同意及授權下，擅自在參加人之開戶、聯行代收付、金融卡、代繳款項、語音查詢、電話轉帳、網路銀行申請綜合約定書之立約定書人欄內偽簽甲之姓名及蓋用偽刻印文，並在上開約定書之電話轉帳約定欄內分別偽填轉帳至訴外人劉○○上海銀行中港分行帳戶。嗣於 89

⁴⁹最高法院 95 台上字 2050 號。

年 8 月 10 日、同年月 11 日、同年月 14 日及同年月 17 日，先後多次利用甲在參加人處先前填具之交割證券轉帳同意書，未經同意或授權，連續擅自將甲買進而存於集保公司之天仁公司股票合計賣出 774 張，並完成股票交割，且以語音轉帳方式分別將所盜賣之金額，合計新台幣（下同）869 萬 1,484 元轉帳入劉○○之人頭帳戶，嗣由陳○○領取花用殆盡。陳○○係上訴人之業務經理，上訴人係其僱用人，其於執行職務時盜賣甲股票，致甲受有上開損害，上訴人應負連帶賠償責任。

- (2) 參加人於審核電話轉帳申請書及電話轉帳約定書時，依法應通知甲到場簽名、蓋章，竟不依法令為之，任陳○○在約定書上偽造伊署押及印文，並任由其將盜賣股票之價金自甲帳戶轉入劉○○帳戶，故參加人之承辦人與陳○○共同不法侵害甲之權利，應連帶負損害賠償責任。上訴人為陳○○之僱用人，亦應與其負連帶損害賠償責任。甲之上開各請求權屬競合之關係等情，爰依侵權行為及委任、混藏寄託之法律關係，求為命陳○○與上訴人連帶給付甲天仁公司發行之股票 77 萬 4 千股，及自 89 年 8 月 17 日起至給付日止，各該股份應受分配之股息及紅利，以及各該股息及紅利自分配翌日起至清償日止，以現金支付之股息及紅利，按週年利率 5% 計算之利息，以發給新股支付股息及紅利所應受分配之新股。如上訴人不能給付股票，就上述請求給付股票之部分應按給付日證券交易市場開盤價計算之新台幣給付甲之判決（第一審判命陳○○與上訴人連帶賠償被上訴人關於買賣股票之手續費及交易稅合計 3 萬 9,881 元之損失並加計遲延利息，而駁回被上訴人在第一審之其餘之訴。陳○○及上訴人就其敗訴部分未聲明不服，此部分已確定。被上訴人就其敗訴

部分提起上訴後，變更聲明如上所載，就第一審駁回其請求參加人給付部分上訴後復撤回，改依消費寄託之法律關係於第一審另行起訴請求獲勝訴之判決在案）。

2. 原審（第二審）審理結果：證券商應負第 188 條責任

- (1) 甲主張之上開事實，為上訴人所不否認，堪信為真實。查陳○○為上訴人所僱用之業務經理，平日即負責受理該公司客戶關於委託下單買賣股票之業務，為上訴人所是認。而甲買入系爭股票，乃依其與上訴人所簽訂之行紀混藏寄託契約，係依此契約關係及被上訴人先前所出具之交割證券轉撥同意書之約定而為之。雖陳○○填單所買入並予以盜賣，屬陳○○個人之犯罪行為，惟其外觀乃與執行受託買賣股票之職務有關，自屬因執行職務不法侵害他人之權利，依民法第 188 條規定，上訴人自應與之負連帶賠償責任。
- (2) 甲在參加人開設活期儲蓄存款帳戶，與參加人即成立消費寄託關係，嗣陳○○盜賣被上訴人系爭股票得款 869 萬 1,484 元依約存入該帳戶，因係該購買股票者給付之代價，其給付之對象亦為甲，並具終局給付之性質，則該金額屬甲之存款。陳○○以上開方式盜領上開存款，依「民法」第 589 條第 1 項、第 603 條、第 602 條第 1 項及第 589 條第 1 項規定，參加人對甲不生清償之效力，甲仍得請求返還該存款，不能謂已有喪失該存款之損害。
- (3) 甲之股票遭陳○○盜賣，即喪失對股票之權利，權利自然受到侵害，構成侵權行為，加害人而應負回復甲損害發生前原狀之責任。又因上開盜賣股票所存入參加人之存款為變形之利益，且

為依消費寄託契約關係而存在，並非被害權利之本體，被害人雖仍可請求受寄託之銀行給付，惟屬另一契約上之權利，而與被害人之因侵權行為所生之損害賠償請求權屬權利競合之情形，被害之債權人可擇一請求，不能因甲另有該契約上之請求權，即排除其對上訴人之侵權行為損害賠償請求權。故甲自本於侵權行為之法律關係，請求上訴人與陳○○連帶賠償其因股票遭盜賣所生之損害，並可依契約之法律關係，請求參加人給付上開存款，僅已受清償部分，他方同免其責而已。不能以甲對參加人仍有返還存款之請求權，即不能對上訴人主張侵權行為之損害賠償請求權。

- (4) 甲被盜賣之天仁公司股票，為公司上市之有價證券，屬種類之債，為代替物之給付，上訴人非不得以相同種類之股票交付，回復被上訴人損害前之原狀。又系爭天仁公司股票如未遭盜賣，被上訴人自能享有該發行公司分配股息與紅利之權利，該天仁公司自 90 年間以還，確亦有分配股息與紅利之事實，為上訴人所不爭執，是該被盜賣之股票數及自最後盜賣日即 89 年 8 月 17 日以後各該股所衍生應受分配而未取得之股息及紅利，即屬甲因股票遭盜賣所生之損害，甲自得依「民法」第 184 條、第 188 條、第 213 條、第 216 條之規定，請求上訴人等負回復其損害前之原狀，即返還其與所盜賣者相同數額之天仁公司股票，並賠償其自盜賣時起至給付日止，該股票發行公司於此期間所配發之股息股利。

(二) 請求權基礎

1. 參加人與營業員依民法第 184 條第 1 項前段、第 185 條負共同侵

權行為損害賠償責任。

2. 依民法第 188 條規定請求證券公司負起僱用人連帶賠償責任。

(三) 爭點整理

1. 上訴人太平洋證券抗辯陳○○盜賣甲之股票，係受僱人個人之犯罪行為，與執行職務無關，故其不必負僱用人之連帶責任。
2. 縱認甲得請求上訴人賠償，惟其仍得向參加人（銀行）請求給付陳○○盜領之 869 萬 1,484 元，該款並非被上訴人所受之損害，不得請求公司賠償或請求公司就此部分回復原狀即返還股票。因甲活期存款帳戶之存款係由陳○○以偽簽其姓名及偽造印文方式領取，依最高法院判例、判決及決議之見解，參加人對之不生清償之效力，被上訴人仍得依寄託物返還請求權，請求參加人履行債務，不發生侵權行為之問題。如須返還股票，應返還之股票數，為盜賣之股票數扣除股票被盜賣時而存入甲帳戶之款項當時所得買入股票數之差額數。
3. 甲被盜賣之天仁公司股票，為公司上市之有價證券，屬種類之債，為代替物之給付，上訴人得以相同種類之股票交付，回復被上訴人損害前之原狀。

(四) 法院見解

1. 最高法院肯認高等法院對「執行職務行為」採行為外觀（客觀）說之認定，認為陳○○係上訴人之業務經理，上訴人係其僱用人，

其於執行職務時盜賣甲股票，致甲受有上開損害，上訴人應負連帶賠償責任。此外，參加人國泰世華銀行任陳○○在約定書上偽造伊署押及印文，並任由其將盜賣股票之價金自甲帳戶轉入劉○○帳戶，故參加人之承辦人與陳○○共同不法侵害甲之權利，應連帶負損害賠償責任。

2. 陳○○因盜賣甲所有股票，應對甲負損害賠償責任，上訴人依「民法」第 188 條規定，亦應與之負連帶損害賠償責任。甲依「民法」第 184 條第 1 項、第 188 條第 1 項侵權行為法律關係，請求陳○○與上訴人連帶給付天仁公司發行之股票 77 萬 4 千股，及自 89 年 8 月 17 日起至給付日止，各該股份應受分配之股息及紅利，暨其中以現金支付之股息及紅利按週年利率 5% 加給遲延利息，為有理由應予准許。
3. 雖甲對參加人另有請求返還消費寄託物之權利，但上訴人與參加人係本於侵權行為損害賠償及消費寄託之法律關係等各別之發生原因，對於被上訴人各負全部履行之義務，並非同一債權人與債務人間，因同一之單一事實，以同一給付目的之數個請求權之併存，性質上與不真正連帶債務相類，原審認係請求權之競合，固非允洽，惟在參加人實際返還系爭存款之前，上訴人仍須對甲負返還股票之責。被上訴人自可本於侵權行為之法律關係，請求上訴人賠償其因股票遭盜賣所生之損害。原審判決上訴人應連帶給付上揭股票及股利，理由雖有不同，其結果並無二致，仍可維持。上訴意旨，求予廢棄原判決，非有理由。
4. 按請求權競合乃同一債權人與債務人間，因同一之單一事實以同

一給付目的之數個請求權之併存，有請求權之債權人，得就數請求權選擇行使其一，請求權之行使已達目的者，其他請求權即行消滅，如未達目的者，仍得行使其他請求權。故駁回甲關於「如上訴人不能給付股票，於上述請求股票部分，應按給付日證券交易所開盤價計算之新台幣給付被上訴人」部分之請求。

二、群益證券案⁵⁰

(一) 事實說明

1. 上訴人主張：

- (1) 上訴人（即被告）群益證券股份有限公司（下稱群益證券）及乙（群益證券之業務員）提起第三審上訴，依「民事訴訟法」第 56 條第 1 款之規定，其效力及於未經上訴之其餘連帶債務人即同造當事人丙（亦為群益證券之業務員）。
- (2) 第二審廢棄第一審不利於甲之判決，改判上訴人連帶給付甲 201 萬 1,123 元本息外，並就上訴人應連帶給付甲 88 萬 8,165 元及自 89 年 9 月 11 日起加付法定遲延利息部分。

2. 被上訴人（即原告）甲主張：

- (1) 其於民國 89 年 6 月 13 日至上訴人群益證券開立證券交易帳戶，委由群益證券及其營業員乙依其電話指定之股票名稱、股數及限價代為下單買賣股票。乙明知甲未以其他方式指示下單，竟於 89 年 6 月 23 日起至同年 9 月 7 日止，與丙連續偽造 17 筆之買進、賣出股票委託書，擅以甲名義買賣「矽品」、「力晶」、

⁵⁰最高法院 95 年度台上字第 1362 號。

「順德」、「亞瑟」、「精業」、「瑩寶」等股票（下稱系爭股票），致甲存於世華商業銀行（現為國泰世華商業銀行）帳戶（下稱甲銀行帳戶）之新台幣（下同）3 百萬元，遭扣款後僅餘 10 萬 712 元，損失達 289 萬 9,288 元。

3. 第二審維持第一審甲勝訴之判決，駁回上訴人該部分之附帶上訴。理由如下：

(1) 上訴人乙為上訴人群益證券公司之營業員，甲與群益證券簽有委託買賣證券受託契約，並開立證券交易帳戶，在群益證券購買股票。甲之系爭股票買賣交易，均係另一上訴人丙下單，由乙執行買賣手續，未賣出之股票仍在甲之集保帳戶，為兩造不爭執之事實。據證人劉○○證述，足認甲僅授權訴外人胡○○買賣股票，並無書面授權委託丙下單，上訴人無法舉證證明胡○○對於丙下單乙事知情，即不能謂甲有授權丙買賣系爭股票之行為。甲自得依「民法」第 184 條第 1 項前段、第 185 條、第 188 條第 1 項規定請求上訴人等負連帶損害賠償之責。

(2) 依「證券交易法」第 15 條第 3 款、第 16 條第 3 款之規定，證券經紀商與投資人間為行紀，經紀商係以自己為證券集中市場交易行為之權利義務主體，相對人（第三人）對經紀商履行該交易行為債務（「民法」第 578 條參照）。投資人與經紀商間之內部為委任關係，經紀商應將其結果移轉於投資委託人（「民法」第 577 條、第 541 條參照）。群益證券以證券經紀商身分，為被上訴人證券交易帳戶買賣系爭股票，其內部關係雖未經甲之授權，但並不影響群益證券與第三人

間之股票交易行為，群益證券仍為該外部交易行為之權利義務主體，系爭股票之權利即歸由群益證券取得。

(3) 甲未委任群益證券買賣系爭股票，群益證券公司逕將系爭股票存入甲集保帳戶，亦無從依「民法」第 577 條準用同法第 541 條之規定，認群益證券已將系爭股票之所有權合法移轉與被上訴人所有。系爭股票股價下跌與否即與甲無關，甲所受之損失乃丙無權下單後，群益證券公司自其銀行帳戶內扣取買受系爭股票金額所致，非源於股票價格下跌。

(4) 甲銀行帳戶內原有存款 3 百萬元，因系爭股票買賣，僅餘 10 萬 712 元，其所受之損害即存款差額 289 萬 9,288 元，依「民法」第 213 條之規定，上訴人對甲應負連帶回復該損害發生前原狀之給付責任。

4. 甲收受交易對帳單後未向上訴人提出任何質疑，僅足認甲知悉有系爭股票買賣事，尚無從自該對帳單探知係由丙無權下單買賣，難課甲應注意能注意而不注意之責。系爭股票買進後，其所有權仍屬於群益證券，甲無權處理該股票，縱有因未即時處理致股價下跌而擴大損害之情形，亦難歸責於甲，不生與有過失之問題。

(二) 請求權基礎

1. 營業員與所屬券商依民法第 184 條第 1 項前段、第 185 條負共同侵權行為損害賠償責任。

依「民法」第 184 條第 1 項之規定，因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。又依同法第 185 條第 1 項前段規定，數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。

2. 依民法第 188 條規定請求僱用人負連帶賠償責任。

依民法第 188 條第 1 項規定，受僱人因執行職務，不法侵害他人權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。但僱用人得舉證證明其已盡監督注意而主張免責。應先確定是否有第 184 條之適用，再行主張第 188 條之責任。

(三) 爭點整理

1. 乙是否侵害甲之權利？

- (1) 甲主張其並無書面授權委託丙下單，群益證券無法舉證證明胡○○對於丙下單行為知情，即不能謂甲有授權丙買賣系爭股票之行為，乙、丙行為屬無權代理、無權處分，已侵害甲之權利。
- (2) 乙抗辯侵權行為不成立，理由如下：甲委由丙及訴外人胡○○代為股票交易，系爭股票交易期間之股票交易對帳單均寄達甲，甲既未為任何表示，即承認該對帳交易，自應承受價差之損失。乙自稱執行受委託業務，已盡注意義務，並無侵權行為。

2. 群益證券是否應負連帶賠償責任？

- (1) 甲主張乙為群益證券之受僱人，群益證券未察覺乙共同與丙違法買賣股票之行為，顯未盡其僱用人之責任，應與乙、丙連帶賠償甲之損失。
- (2) 群益證券公司抗辯侵權行為不成立，理由如下：
 - A. 甲授權胡○○，再由胡○○授權丙以甲名義買賣股票，乙接受無委任書之丙下單買賣股票，自不構成侵權行為。縱認丙無權代理甲買賣股票，於甲未向交易相對人表示拒絕同意前，對

甲仍生效力。客戶委託證券商買賣股票為行紀關係，群益證券公司受客戶委託買進股票，依「證券交易法」第 43 條第 4 項之規定，屬民法第 603 條之 1 規定之混藏寄託，股票所有權仍屬於客戶，丙無權代理甲買進股票，僅生群益證券未受委任，而為甲無因管理買進股票問題，依「民法」第 577 條、第 173 條第 2 項準用第 541 條之規定，不待甲之同意始能生效。

B.依「證券交易法」第 43 條第 2 項之規定，於群益證券將股票劃撥入被上訴人之集保帳戶後，即生交付效力。甲銀行帳戶存款減少係因系爭股票價格下跌所致，非因交割股款扣帳而受損害，其請求上訴人賠償，已屬無據，且甲收受 89 年 6 月及 7 月交易對帳單後，非但未曾向乙或群益證券提出質疑，反而於 89 年 7 月 7 日再存一百萬元入其帳戶，足見其對 89 年 6、7 月之交易並無爭執，乃疏於注意對帳單之內容，就損害之發生或擴大與有過失，依「民法」第 217 條與有過失之規定，應免除或減輕群益證券公司之賠償金額。

(四) 判決結果

1. 第二審法院認丙無權代理甲下單委任群益證券買進股票，且甲不予承認，則群益證券未受委任，屬為被上訴人無因管理買進股票，依「民法」第 173 條第 2 項準用同法第 541 條之規定，並參照最高法院 45 年台上字第 637 號判例意旨，群益證券已依「證券交易法」第 43 條第 2 項規定，將為甲買進之股票劃撥入甲之集保帳戶，已生交付予甲之效力等語，而該劃撥入甲集保帳戶之系爭股票，發生交付予甲之效力，能否

仍謂甲所受損害即為其銀行帳戶內所減少之金錢數額？非無斟酌餘地。

2. 最高法院認為：第二審就上訴人上開是否成立無因管理及甲所受損害額多寡之抗辯，疏未調查審認，說明其取捨之意見，遽為上訴人敗訴之判決，判決不備理由，故認為上訴有理由，駁回第二審判決。最高法院並不認同第二審法院以行為外觀認定證券商業務員未經客戶合法授權，逕依第三人指示下單，屬於執行職務侵害客戶權利之見解。

3. 本案經發回更審，於臺灣高等法院 95 年金上更（一）字第 7 號判決確定，理由如下：

(1) 丙並未授權甲買賣系爭股票，復無丙委託甲下單之授權書，且群益證券公司亦無法舉證證明胡○○對於甲下單乙事知情。依上開舉證責任分配之說明，應認丙僅授權胡○○買賣股票，至甲部分，則無任何證據足認丙有授權其買賣系爭股票。甲未經丙授權，以丙名義下單，再由丁執行股票買賣手續，群益證券公司指示國泰世華銀行扣款，屬關連共同之行為。從而，丙自得依民法第 184 條第 1 項前段、第 185 條、第 188 條第 1 項規定請求甲、丁及群益證券公司負連帶損害賠償之責。

(2) 丙於甲買進 194 萬餘元，又匯入 100 萬元，並不構成表見代理，蓋表見代理行為，以「由自己之行為表示以代理權授與他人」或「知他人表示為其代理人而不為反對之表示」為要件，丙係因委託胡○○代為操盤，而匯款 100 萬元至自己之交割銀行帳戶供其運用，並不知該帳戶由甲及丁擅自使用，已如前述，顯與上開規定不相契合。又民法第 169 條但書規定：「但第三人明

知其無代理權或可得而知者，不在此限」。依證券經紀商受託契約準則第3條第2項後段規定，證券商係以書面之要式約定，表徵其客戶之授權，且已形成現實之證券交易經驗，非徒法規之規定而已，並落實於證券交易之現狀。故在無授權書之要式下，群益證券公司仍接受甲○○之下單，對於明知其無代理權之事實，應屬明確。在無授權書下，群益證券公司詢問丙或胡○○有無授權甲（或請丙或胡○○補提甲之授權）或請甲提出授權書，並無困難，則群益證券公司縱非明知甲未受授權之事實，但其不知出於過失則無疑義，亦無主張表現代理之權利。揆諸前揭說明，自無主張丙之匯款或甲與胡○○曾一同看盤下單，構成表見代理行為之餘地。

- (3) 群益證券公司就本件買進股票之事實，不成立無因管理。無因管理以管理人主觀上具有為他人管理事務之無因管理意思為要件，若係出於履行自己契約義務之意思而處理事務，即因欠缺為他人管理事務之無因管理意思，而無成立無因管理之餘地，不因其後可能生無因管理之客觀情事，即認與無因管理該當。群益證券公司既自認於證券交易所集中交易市場受託買進系爭有價證券，係本於履行雙方間「委託買賣證券受託契約」及「櫃檯買賣有價證券開戶契約」相關契約義務之意思而為，則其非基於為上訴人管理事務之無因管理意思而買進系爭股票，應屬明確，按諸前開說明，自無從成立無因管理。況群益證券公司受買進系爭股票，除履行與丙間之契義務外，並本於賺取手續費之意思，亦屬為管理自己事務（經紀事務）之意思而為管理，仍非以無因管理之意思管理丙之事務。是其後雖生未受丙委任之客觀情事，仍無解於其行為時主觀上以受委任之意思而為管

理，自不符合無因管理規定。群益證券公司從未否認其於管理時，已收受手續費，則其本於賺手續費之意思而為管理，自始明確，乃出於管理自己事務之意思。又無因管理之管理行為，係本於管理人之管理意思所為之行為，丁係接受甲下單之意思而代為買賣有價證券，則其係在被動之下所為下單，尚非主動出於為管理丙銀行帳戶上之金錢而買進有價證券，或出於主動管理上訴人集保存摺中之股票而為賣出有價證券。故群益證券公司及丁主張無因管理云云，委不足採。

- (4) 群益證券公司劃撥入丙集保帳戶之系爭股票不生交付予丙之效力：無代理權人之行為對於本人不發生效力，則甲經由無權代理委託群益證券公司買進之股票，其效力自不及於丙，丙無從取得所有權。系爭股票並非丙買進者，非屬丙所有，雖其現實存在丙之集保帳戶中或在丙證券交易帳戶中進行交易，但丙既無買進之意思表示，不得謂其屬丙所有或屬丙之利益。權利因法律行為之繼受取得，仍須有讓與合意與交付，劃撥入戶係代替交付之要件，故縱有交付之代替（股票劃撥入戶），在無讓與合意下，仍無從取得股票之所有權。群益證券公司為證券經紀商，其與投資人間之關係，屬於行紀之法律關係，本件因丙未授權甲買賣系爭股票，群益證券公司仍為該交易行為之權利、義務主體，系爭股票之權利仍由群益證券公司取得。然因丙與群益證券公司間就系爭股票，並無委託之關係，群益證券公司尚難依民法第 577 條準用同法第 541 條之規定，將系爭股票之所有權移轉與丙。是系爭股票股價之下跌與否即與丙無關，則丙所受之損失乃係甲無權下單後，群益證券公司自其上開存款帳戶內扣款金額所有權之損害，而非取得系爭股票所有

權後，因該股票價格下跌所生之損害，從而，丙所受之損失金額，為該存款帳戶內原有之 300 萬元，因甲無權下單，僅餘 10 萬 0712 元之損失，即 289 萬 9,288 元，依上述民法第 213 條之規定，甲、丁及群益證券公司自負連帶回復該損害發生前原狀之責。

- (5) 丙無與有過失之情形：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，此為過失相抵之規定。經查丙雖有收受 89 年 6、7 月之交易對帳單，未向丁及群益證券公司提出任何質疑之情，然本件損害之發生，係肇因於甲未經授權下單買賣系爭股票，丙收受上述對帳單未提出質疑，僅能解釋其知悉有系爭股票之買賣，惟上開股票之買賣係由甲下單乙事，無從由該對帳單即可探知，自難課以應注意能注意而不注意之責，又系爭股票買進後，固因股價下跌而有損失，然如上所述，該股票之所有權屬於群益證券公司，丙無權處理，是縱有因未即時處理該股票，而致損害擴大，亦難歸責於丙，並無與有過失之責。

二、建華證券股份有限公司員林分公司案（最高法院 95 年台上字第 411 號，高等法院台中分院 95 年度金上更(二)字第 1 號確定判決）

（一）事實說明

被上訴人甲（即原告）主張上訴人（即被告）乙與丙均為上訴人建華證券員林分公司（下稱建華員林分公司）之營業員，甲自 84 年 4 月間起，以訴外人張○○、張○○名義在建華員林分公司買賣股票，

並委託乙代為處理相關事務，約定依其指示買賣股票，乙另提供訴外人林○○等二十餘人頭戶供甲使用。嗣乙及丙買賣股票發生虧損，兩人共同意圖為自己不法之所有，推由乙違背甲之委任，擅自以上開人頭戶名義為甲買入股票，當日沖銷賣出，將所得價金 3,221 萬 4,641 元予以侵占。建華員林分公司辯稱：被上訴人係私下委託乙以張○○等人頭戶名義買賣股票，乙違背委任契約，與丙共同侵占被上訴人之資金，係渠等個人犯罪行為，而非執行受僱人職務之行為，故無庸對之負僱用人之連帶賠償責任。

(二) 請求權基礎

1. 依民法第 184 條規定請求損害賠償。

被上訴人甲私下委託乙以人頭戶名義買賣股票，其與乙間有委任關係存在，乙違背委任契約，與丙○○共同侵占被上訴人之資金侵占被上訴人之資金共計 3203 萬 1350 元，依民法第 184 條第 1 項之規定，因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。

2. 依民法第 188 條規定請求僱用人負連帶賠償責任。

乙及丙為建華員林分公司之營業員，利用乙受甲委託買賣股票之機會，由乙提供不實之買賣股票報表，矇騙甲在人頭戶提款單上蓋章，共同侵占甲之資金，係利用職務上給予之機會，為與執行職務有密切關係之行為，於客觀上足認與渠等執行職務有關。建華員林分公司為僱用人，自應依民法第 188 條第 1 項規定，與渠等連帶對被上訴人負損害賠償責任。

(三) 爭點整理

1.被上訴人甲與上訴人乙間是否成立委任關係？

- (1) 第二審以「證券交易法」第 151 條規定，認為客戶係委託證券商交割股票，再由證券商之營業員代理證券商為客戶辦理股票交割手續。故客戶使用人頭戶買賣股票，仍與證券商成立委任關係，而非與證券商之營業員成立委任關係。被上訴人甲於建華員林分公司以人頭戶名義買賣股票，即與建華員林分公司成立委任關係，但與乙○○則不成立委任關係。
- (2) 最高法院認為：投資人買賣股票實係委託證券經紀商向證券交易所申報買賣有價證券，證券經紀商乃以自己名義為他人計算之交易，屬於民法上「行紀」。而民法上之委任，受任人為處理事務，本於委任人所授與之代理權，須以委任人名義與他人為法律行為時，始直接對委任人發生效力，且除當事人另有約定外，得在委任人所授權限範圍內，自行裁量決定處理事務之方法，以完成委任之目的。因此，上訴審認定甲於書狀中陳明其委託乙代為處理股票買賣相關事宜，應可認甲已自認與之間存在委任關係存在。反觀第二審卻以「證券交易法」第 151 條規定，認定甲使用人頭戶買賣股票，是與建華公司員林分公司成立委任關係，而不是與乙成立委任關係，顯見判決理由相互矛盾。
- (3) 被上訴人私下委託乙，關於以何人頭戶購買、交易後使用所保管之印鑑、存摺在提款單上蓋章，或交甲或其秘書等人在提款單上蓋章，完成在各人頭戶間從事錯綜複雜之轉帳，憑以辦理結算交割。乙均以甲名義為之，且有自由裁量權，致其有侵占股票款項之機會，則乙與甲間何以不成立委任關係？

2.上訴人乙、丙之侵害行為者，是否為建華員林分公司營業員業務範圍或予其機會之行為？建華員林分公司應否負僱用人連帶賠償責任？

- (1) 第二審依「民法」第 188 條第 1 項前段所謂「受僱人因執行職務不法侵害他人權利」，指受僱人因執行其所受命令或委託之職務，或執行該職務所必要之行為，致不法侵害他人權利。亦即受僱人職務上給予機會之行為，及與執行職務之時間或處所有密切關係之行為，在客觀上足認與其執行職務有關。此類行為即令係受僱人為自己利益而為，亦無不同。
- (2) 乙及丙為建華員林分公司之營業員，二人利用乙受被上訴人委託買賣股票之機會，由乙提供不實之買賣股票報表，矇騙被上訴人在人頭戶之提款單上蓋章，共同侵占被上訴人之資金，係利用職務上給予之機會，為與執行職務有密切關係之行為，於客觀上足認與渠等執行職務有關。建華員林分公司為二人之僱用人，自應依「民法」第 188 條第 1 項規定，與渠等連帶對甲負損害賠償責任。

(四) 判決結果

1. 最高法院認上訴有理由，發回高等法院審理：

- (1) 原審未詳查遽以為上訴人不利之判決，上訴論旨指摘原判決違背法令，求予廢棄非無理由，本件上訴為有理由，發回臺灣高等法院台中分院。
- (2) 針對本案事實認定甲與乙約定使用人頭戶進行證券買賣，雖屬私下約定之犯罪行為，惟乙係基於其屬建華證券員林分公司營

業員身分，遂有機會遂行此犯罪行為，雖系爭交易並非甲所知情或授意，仍無礙乙利用職務上給予之機會，與執行職務密切相關，而認定建華證券員林分公司應依「民法」第 188 條之規定負僱用人連帶損害賠償責任。

2. 高等法院台中分院 95 年度金上更(二)字第 1 號確定判決

(1) 營業員(上訴人)乃利用客戶(被上訴人)私下與其委任關係，代為持蓋妥印鑑章辦理轉帳事宜，並任其將以三種融資買賣股票之人頭戶存摺、印章應金主之要求，交予銀行轉交金主之機會，盜蓋客戶印好取款條，遂行其侵占之犯罪行為，核屬營業員等個人之犯罪行為，而與其執行職務無關甚明。上開起訴事實營業員所涉不法行為有二，前者為營業員違背客戶之指示，當日沖銷賣出(下稱前行為)，後者為營業員將當日沖銷賣出之款，利用人頭戶間轉帳之錯縱複雜手續，及互有保管存摺之機會，使第三人(銀行)，蓋印於中國國際商業銀行員林分行之上開人頭戶提款單上，將所領取之各該人頭戶股款未存入人頭戶，而挪用侵占(下稱後行為)。雖本案客戶請求之損害金額為 3203 萬 1350 元本息，係後行為所受之損害，並非前行為所受之損害，且與前行為無相當因果關係存在。蓋無前行為，仍可能有後行為之侵占結果，有前行為，亦不當然有後行為之侵占結果，自不能持前行為而認營業員之侵占行為為其執行職務之行為。至於前行為如有因此造成被上訴人受有損害，固屬營業員執行職務行為不法侵害客戶權利，.....按因故意不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任民法第 184 條第 1 項、第 185 條第 1 項分別定有明文。依上所述，客戶以營

業員犯刑事侵占罪，附帶民事訴訟，依侵權行為之法律關係，請求賠償損害為屬有據，應予准許。但客戶本於民法第 188 條之規定，請求營業員之僱用人永豐金證券負連帶賠償則屬無據，應予駁回。

(2) 關於營業員應賠償之金額，經前審（高院更一審：重上字 110 號）送請安侯建業會計師事務所鑑定客戶遭營業員侵占之股款損失，經該會計師事務所鑑定 2 次結果認定被上訴人被侵權損害金額計算明細，.... 是以客戶主張受損害之金額於 3,203 萬 1,305 元之範圍，為屬有據，超過部份，既無理由。

(3) 復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。查被上訴人既將人頭戶之印鑑章、存摺交由營業員保管，致有侵占股款機會，要難謂無「與有過失」，且苟非被上訴人持續有此疏失，且長期未自行核對資料，則本件之損害金額當不致如此巨額，要難謂無「與有過失」，綜上開一切情況判斷，認客戶之過失比例應達 10 分之 3，...則其請求損害賠償金額應扣除 10 分之 3，逾此部分之請求，為無理由。經扣除過失相抵後，仍可以請求營業員連帶賠償 2242 萬 1,945 元及到清償日止...計算之利息。

三、元富證券案⁵¹

(一) 事實說明

上訴人乙於 89 年 2 月 16 日於永盛證券股份有限公司（下稱永盛證券）開立第 17335 號證券集保帳戶，作為證券集保及免交割方式交

⁵¹最高法院 95 年度台上字第 2144 號判決。

易，並同時在台新銀行古亭分行開立第 0000000 號活儲專用帳戶，甲擔任營業部副理，為受僱人；其後永盛證券、佳和證券及元富公司合併，元富公司為存續公司。

1. 上訴人乙（第一審原告）主張：

- (1) 其於民國 89 年間應被上訴人（第一審被告）元富證券股份有限公司（下稱元富公司）古亭分公司之業務副理甲之邀，於該公司開立第 592 號證券帳戶，同時在台新國際商業銀行股份有限公司（下稱台新銀行）古亭分行開立活期儲蓄存款專用帳戶，另依甲之要求將上開集保及活儲存摺交付。至 90 年 10 月間乙取回各該存摺時，始發現其所有之臺灣積體電路製造股份有限公司（下稱台積電）股票 24,400 股、元大京華證券股份有限公司（下稱元大京華）股票 73,920 股，均遭甲盜賣盜領一空。
- (2) 甲簽立自白書承諾分期如數返還上開股票，惟迄今仍未依約返還。該系爭自白書形式為真正，確係甲所簽立，且自行吸收操作損益，足徵甲所為 242 筆交易係不斷反覆盜賣、回補，與乙無涉，乙與甲間絕無委託操作之關係。甲之盜賣行為，係故意不法侵害伊之股票所有權，應負侵權行為損害賠償責任。
- (3) 甲乃元富公司之受僱人，依「證券商負責人與業務人員管理規則」第 2 條第 2 項第 4 款及同規則第 18 條規定，甲受託集中保管存摺行為，屬業務範圍內執行職務之行為，則元富公司依民法第 188 條規定負連帶賠償責任等情。爰依侵權行為之法律關係，求為命被上訴人應連帶給付台積電股票 24,400 股、元大京華股票 73,920 股，及前開股票自 90 年 10 月 1 日起至返還日止之無償配股及股息之判決（第一審判決上訴人全部勝訴，僅被

上訴人元富公司提起第二審上訴，但非基於個人關係抗辯且有理由，其上訴效力及於被上訴人甲。上訴人於原審並追加依「消費者保護法」第 48 條第 2 項及第 51 條之規定，被上訴人應再連帶給付懲罰性賠償金。

2. 被上訴人元富公司主張：

- (1) 系爭自白書應非真正，且上訴人交易紀錄中亦無自白書記載之台積電股票 24,400 股及元大京華證券股票 73,290 股之股票出售之情。甲未履行自白書約定之買回歸還股票承諾，上訴人乙親赴伊處辦理註銷帳戶時，竟未提出任何異議，上訴人甚至到甲新任職之證券公司開戶，甲不可能盜賣又盜買長達一年半、高達 245 筆交易，此與常情不符。故認自白書內容係上訴人乙與甲勾串捏造。
- (2) 從台新銀行上訴人資金往來明細及對照元大京華、台積電交易紀錄，可知上訴人與甲間有私人代為操作或其他之委託關係，絕非甲基於元富證券受僱人身分及職務而受委託。則乙主張其所受之損害，係可歸責於乙自己之事由甚明。
- (3) 乙與元富證券兩造間所書立之開戶契約，並無不平等限制或顯失公平之處，而無違反民法第 247 條之 1 規定。乙係自己保管印章，卻又發生存款遭盜領之損害，其於發現後不但對元富證券隱匿，甚至對元富員王○○核對庫存股票為積極之承認，令元富證券無從及時追索，致甲有充分時間潛逃而求償無門，則上訴人乙對本件損害之發生與擴大，顯然與有重大過失等語，資為抗辯。

(二) 請求權基礎

1. 營業員依民法第 184 條第 1 項前段負侵權行為損害賠償責任。
2. 乙依民法第 188 條規定，追加「消費者保護法」第 48 條第 2 項、51 條規定，請求證券公司負起僱用人連帶賠償責任。

(三) 爭點整理

1. 上訴人乙主張甲未經其同意盜賣股票，應負侵權行為之損害賠償，爭點在於乙是否知悉甲之買賣證券行為？

(1) 上訴人於 90 年 12 月 10 日前往辦理註銷證券帳戶之手續等情，此有客戶開戶契約及相關文件、註銷開戶申請書、證券存摺等文件在卷可按，並為兩造所不爭執，應信為真實。

(2) 將甲之自白書與其任職時人事資料、上訴人與甲間租賃契約及公證書上之簽名、甲之證券帳戶及銀行帳戶之開戶資料，以肉眼比對可觀字跡及筆順均出自同一人之手筆；且經法務部調查局鑑定，亦認為二者書寫習慣及特徵相同，有法務部調查局 93 年 2 月 22 日調科貳字第 093061500 號鑑定通知書及鑑定分析表可按，堪認上訴人乙提出之自白書確為甲所書立。乙就系爭證券集保帳戶於 89 年 2 月 16 日開戶後，雖僅自承為三次買入交易，惟實際上系爭集保帳戶在乙自承於 89 年 7 月 24 日買入台積電股票之前即已開始操作，即自 89 年 4 月 8 日起至 90 年 9 月 25 日止，另尚有 242 筆交易，交易相當頻繁，且均採取當日買賣沖銷（少數為數日沖銷）之操作手法，與乙所述只進不出之長期操作手法迥異。再觀此 242 筆交易，均採取當日買賣沖

銷後，若尚有應交付金額之情形者，或以現金存入，甚至其中有大筆需交付金額係由訴外人鄧○○、蘇○○分別以匯款存入 127 萬 4 千元、40 萬元之方式供辦理交割，此有交易明細及台新銀行存款明細可按。而乙對於此 242 筆交易均無所知，且不識鄧○○、蘇○○等人，對於交易款項存入之情均不知情，亦據其陳述在卷。因此認乙於系爭集保帳戶中之 242 筆沖銷操作及應存入之交割款項均係甲所為。

(3) 故乙指印章遭盜蓋之情均與事實不合，則上開取款憑條上之印章應係上訴人親自蓋用，同意甲前往提款。甲向上訴人乙借用系爭集保帳戶操作，乙基於私人情誼及信任關係而同意。若非事先徵得乙同意，甲不會逕行將買入股票之款項存入乙之存款帳戶，而干冒將來無法領得賣出股票款項之風險，亦即乙同意甲借用系爭集保帳戶股票供甲沖銷操作。

(4) 乙雖否認與甲有任何私人關係，並以從未接到元富公司之交易對帳單云云置辯。惟乙對於台積電與元大京華二家公司股票情有獨鍾，且本於長期投資之心態，對於此二家公司之配股（股利、股息）資訊必相當關心及注意，自己在 90 年間未收到上開二公司之股東訊息之通知，從未提出質疑，衡情應係收受元富公司寄送之交易對帳單而知悉自己不再持有股票所致。故乙否認曾收受元富公司寄送之交易對帳單，亦不足採。

2. 甲自白書所述事實是否為真？

甲自元富公司離職後，後手王○○曾打電話詢問上訴人，並核對庫存股票，王○○告知庫存股票數額是零，上訴人回覆說沒有問題一節，業據證人王○○證述明確。另參酌甲於自白書上表明於90年10月26日以前買回台積電1萬股，於同年12月10日以前買回台積電14,400股，於91年2月15日起每月分批買回至少1萬2千股以上之元大京華證券股票返還予乙，直至乙於90年12月10日前往註銷系爭證券集保帳戶為止，甲並未依約買回返還，惟乙於該日前往元富公司辦理註銷開戶手續時，對於自己集保帳戶之股票短缺隻字未提，遑論要求元富公司處理及賠償，亦顯違常理。

(四) 判決結果

最高法院認為本件上訴為無理由，認為：

1. 乙既應允將系爭證券集保帳戶出借予甲，即系爭集保帳戶內股票同意供甲沖銷操作，甲則應返還同種類、數額之股票於系爭集保帳戶內。惟上訴人之系爭集保帳戶內，至甲操作之末日止，並無乙原有之元大京華證券股票77,727股、台積電2,200股留存，而得認定甲並未依借貸合意，返還種類、數量相同之股票於系爭集保帳戶內。惟依「款券劃撥」制度，上開股票售得款項均撥入上訴人之系爭台新銀行存款帳戶內，乙本無任何損失，正因乙基於原先借貸之合意，親自在取款憑條上蓋章，甲始得以提領股票售得款項。易言之，乙受有股款之損失，係因二人間有借貸法律關係所致，核與甲在自白書上記載「悉數出售，變現借用」之內容相符，則上訴人所受甲未將借用股票如數歸還及股票遭提領之損失，應循二人間之借貸法律關係解決，尚難認為甲未依約返還借

用股票及經上訴人同意領取款項之舉，為侵權行為。從而，上訴人乙依民法第 184 第 1 項規定，請求甲負侵權行為之賠償責任，為無理由，不應准許。

2. 乙依民法第 188 條第 1 項，及追加「消費者保護法」第 48 條第 2 項、第 51 條規定，請求元富公司與甲負連帶賠償責任，亦非正當，不應准許。爰將第一審所為上訴人勝訴之判決予以廢棄，改判駁回上訴人之訴及追加之訴，經核於法並無違誤。上訴論旨，就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非有理由。

四、國票證券案⁵²

(一) 事實說明

被上訴人富邦證券金融股份有限公司（下稱富邦證金）起訴主張：其與上訴人國票綜合證券股份有限公司（下稱國票證券）之前手協和證券股份有限公司（下稱協和公司）於民國 85 年 5 月 30 日簽立融資融券代理契約書，約定投資人向其所屬之證券經紀商委託信用交易買賣成交後，由代理商以善良管理人之注意義務編製彙計表送交富邦證金憑以授信。嗣協和公司之營業員甲（同上訴人），於 87 年間陸續盜用訴外人唐○○、曾○○、陳○○、陳××、陳□□（下稱唐○○等 5 人）之股票買賣帳戶，向富邦證金申請融資方式買進國產車股票，致其受騙將該各款項撥入各該客戶帳戶完成交割，嗣國產車股票於 87 年 11 月 20 日停止交易，被上訴人乃依各客戶之融資融券契約書，向

⁵² 最高法院 95 年度台上字第 2491 號。

各融資戶訴請清償融資款，該融資戶皆否認曾下單買進國產車股票，致被上訴人所提起之訴訟均遭法院判決敗訴確定，始知甲上開不法情事。被上訴人主張甲之行為除觸犯偽造文書罪、詐欺罪，並違反「證券商負責人與業務人員管理規則」第 16 條第 2 項，致其受有損害，自得依民法第 184 條第 1 項、第 2 項規定，訴請甲負損害賠償責任。協和公司為甲之僱用人，就其執行職務之侵害伊之行為，依民法第 188 條第 1 項規定，應對被上訴人負連帶賠償責任。另主張協和公司欠缺注意義務，依融資融券代理契約亦應對其負債務不履行損害賠償責任。爰依上開規定及契約約定，求為命上訴人連帶給付新台幣（下同）3,408 萬 2,172 元本息之判決。

1. 上訴人（國票證券）主張：

- (1) 被上訴人並未證明其處分國產車股票後如何充抵融資款，且被上訴人與張朝曉、張朝翔達成和解後取得之款項亦未扣除。被上訴人雖撥付融資款完成交割，惟亦取得融資款買入之國產車股票之擔保，且擔保維持率在 120% 以上，被上訴人並無損害。
- (2) 被上訴人遲延處分股票，對損害之發生與擴大與有過失，又被上訴人未盡審核義務即行撥款之行為已違反「證券金融事業管理規則」第 7 條第 1 項規定，被上訴人所受損害，乃咎由自取。
- (3) 縱依被上訴人所述，甲對其應負侵權行為損害賠償責任，然被上訴人於 88 年 5 月 3 日即已知此事實，遲至 90 年 9 月間方提起本件訴訟，已罹於時效。甲係擔任協和公司之業務員，負責股票下單買賣，辦理證券融資業務非在甲之

業務範圍內，協和公司毋庸就甲之故意過失，與自己之故意過失負同一責任，亦毋庸依民法第 188 條第 1 項規定僱用人責任等語，資為抗辯。

2. 原審維持第一審命上訴人連帶給付 3408 萬 2172 元本息之之判決，駁回上訴人此部分之上訴，及命被上訴人返還（因假執行所為給付）1219 萬 9964 元本息。理由如下：

- (1) 被上訴人主張之上揭事實，業據提出融資融券代理契約書、協和公司編製之融資彙計表、宣示判決筆錄、被上訴人撥款紀錄、協和公司製作之合併帳各乙份為證，且為上訴人所不爭，堪信為真實。
- (2) 又唐○○等 5 人既未於 87 年間以融資方式購買系爭國產車股票，被上訴人以業經協和公司審核無訛之融資彙計表為憑，依上開融資融券契約第 4 條第 2 項約定所為之系爭融資撥款，對唐○○等 5 人均不生借貸款項交付之效力。
- (3) 又所謂借帳戶買股票，僅是帳戶名義人不實際買賣股票，而由他人向帳戶名義人借用該帳戶供買賣股票之用，大永證券營業員陳○○、光和證券營業員王○○均到庭證稱，所謂借帳戶買股票，該帳戶所有人是否知悉並不一定等語。86 年間擔任被上訴人公司業務襄理、現任上訴人公司業務副理之陳××及李○○更均證稱不知甲借用他人名義帳戶買入股票等語。均未能證明陳××、李○○知悉甲未經客戶同意即以上開唐○○等 5 人之帳戶融資買入系爭國產車股票。甲盜用訴外人唐○○等五人之股票買賣帳戶，向被上訴人申請融資方式買進國產車股票，被上訴人因而將該上開款項撥入各

該客戶帳戶完成交割，迄今仍未獲償，自屬不法侵害被上訴人之權利，被上訴人自得請求甲負侵權行為損害賠償責任。

- (4) 協和公司對於甲所為之本件及其他多件代客戶為融資融券之行為不僅未加阻止，且承認甲所為代辦融資融券之行為，而據以向被上訴人申請融資融券，則其辯稱融資融券非屬甲之業務云云，並無可採。
- (5) 上訴人甲盜用上開客戶名義而為系爭融資行為，已構成偽造文書等罪，且係屬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，構成民法第 188 條第 1 項所定之受僱人因執行職務不法侵害他人之權利。至於甲之到職登記表雖載明其擔任之工作不包括融資融券在內，然協和公司多次承認甲所為代辦融資融券之行為，難認協和公司對甲已盡選任監督之責，應認協和公司應負僱用人之連帶賠償責任。

(二) 請求權基礎

1. 營業員之行為除觸犯偽造文書罪、詐欺罪，並違反「證券商負責人與業務人員管理規則」第 16 條第 2 項，依民法第 184 條第 1 項、第 2 項規定負損害賠償責任。
2. 營業員之僱傭人亦應依民法第 188 條之規定負連帶損害賠償責任。

(三) 爭點整理

**1. 營業員盜用人頭戶進行融資融券交易，融資契約是否有效影響證
金公司之求償權？**

(1) 被上訴人因甲盜用上開人頭戶而未成立有效之融資契約，上訴人復未能舉證證明被上訴人與其他人成立有效之融資契約，對於系爭國產車股票自不能依融資融券契約而成立質權契約關係，即未取得質權擔保權利，且系爭國產車股票又發生股價崩跌，被上訴人所撥款入人頭戶內之三千餘萬元迄未受償等事實，為兩造所不爭，則被上訴人顯然受有損害。被上訴人對於系爭股票既未取得質權擔保權利，依法自不受融資融券契約及相關法令有關處分擔保品規定之限制，故不能認為被上訴人損害係因其未依法處分系爭擔保品所致。

(2) 系爭國產車股票自 87 年 11 月 3 日起委託未成交張數每日均有數十萬張，本件擔保品並無「能處分」情況，且系爭客戶信用帳戶發生擔保維持率不足情形，並非依法令應立即處分擔保品，而應依「金融事業管理規則」規定先通知客戶於期限內補繳差額，被上訴人曾通知客戶於期限內補繳差額，因該月 12、14、15 日為假日而非屬營業日，故本件擔保品之處分日期為同月 16 日、18 日，因國產汽車自同月 17 日起停止交易，被上訴人委託賣出之國產車系爭股票未能成交，故被上訴人並無依法應處分而未處分擔保品情事。從而應認被上訴人所受之損害與上訴人之侵權行為有相當因果關係。

**2. 被上訴人主張上訴人應負損害賠償責任之時點，請求權是否罹於
時效？**

- (1) 依證人即禾豐集團總管理處經理徐○○、協和公司實際負責人林○○、被上訴人經理○○及謝○○之證詞，均無法證明被上訴人於87、88年間已知悉甲冒用系爭人頭戶之事實，而被上訴人係於90年9月5日提起本件訴訟，故上訴人辯稱：被上訴人自知悉唐彥青等五人之帳戶為甲所冒用迨被上訴人起訴時，已罹於時效云云，並無可採。
- (2) 訴外人張○○、張XX等人係實際為融資者，其於上開人頭戶屆期未清償債務後，不僅與被上訴人製作並核對人頭戶附表，並於88年5月3日簽立上開協議書表示願意負責清償系爭融資債務，且於92年4月17日到庭在兩造面前表示：和張家有關的人頭戶都負責等語。則張朝翔等二人對於被上訴人所負之損害賠償責任，因承認而中斷，已堪認定。則上訴人辯稱：被上訴人自承張○○、張XX等二人之侵權行為損害賠償請求權已罹於時效，上訴人得依民法第276條第2項規定，請求在該二人應分擔之損害賠償範圍內，免除上訴人之責任亦無可採。

3. 被上訴人未即時處分擔保品，是否與有過失？

- (1) 被上訴人未與唐○○等5人成立有效之融資融券契約，無法取得質權擔保權利，亦不受融資融券契約及相關法令有關處分擔保品規定之限制，故不能認為被上訴人損害係因其未依法處分系爭擔保品所致，故上訴人主張被上訴人事後未依規定時間處分擔保品國產車股票，與有過失云云，亦無可採。
- (2) 被上訴人依約並不負審查訂立融資融券契約，上訴人復未能舉證證明被冒用之人頭戶唐○○等五人有何資力不足，且被上訴人審核該5人之資力有何故意或過失，致不應核准融資而予核准

之情事，復未能證明系爭擔保品在被上訴人核准融資時有何被忽略或高風險不能作為擔保品之事實，則其辯稱：被上訴人事前衝刺業績而未依規定辦理徵信，忽略擔保品而給予融資，與有過失云云，即無可採。

(四) 判決結果

1. 被上訴人雖因本件融資而撥款共計 3479 萬 5 千元，惟其亦因融資賣出系爭國產車股票而收取融資款共計 71 萬二千 828 元乙節，為兩造所不爭，則上訴人主張被上訴之損害賠償額計算方式應由上開撥款額扣除上開已之融資款等語，即屬可採。
2. 被上訴人於 88 年 5 月 3 日與訴外人張○○、張 X X 成立和解，簽訂協議書，由其二人表明承擔債務，而該協議書附有遭盜用帳戶之名單。況上訴人之執行副總尤○○及被上訴人之協理謝○○均證稱哪一位客戶由哪一位營業員服務均有資料，綜上以觀，被上訴人是否於 87 年及 88 年間不知上訴人甲盜用唐○○等五人為人頭戶及其所受損害若干，即有可疑。原審未遑查明唐○○等五人於何時向被上訴人表明其戶頭係被盜用，即認被上訴人之請求未罹於時效，不免速斷。
3. 又上訴人自承所謂呆帳依「所得稅法」第 49 條第 5 項規定應有債權不能回收或債權逾 2 年催收未果等情狀始足當之，系爭債權已由訴外人張朝翔等二人書立協議書表示願意清償，且經被上訴人提起本件訴訟求償，經原判決准許並依該判決聲請假執行而取得四千餘萬元，故系爭債權不能認為係屬呆帳，上訴人未能提出證

據證明系爭債權已由被上訴人作為呆帳用以抵減營利事業所得稅，所辯被上訴人之損害亦已由營利事業所得稅獲得填補云云，並無可採。至於政府雖修法降低營業稅率，亦不能據此認為被上訴人之損害亦已由營業稅獲得填補。

4. 被上訴人與張○○、張XX所簽立和解書第一條明載：張○○、張XX二人對於如該協議書附表一所示人之國產車股票之信用交易融資債務為併存之債務承擔，願清償本件全部債務，被上訴人則同意於約定期限內暫不對於如該附表一所示人之融資債務為任何訴訟追償，但張朝翔等二人違反該協議者不在此限。該協議書並無被上訴人任何對於債務人為免除債務之記載，亦無任何減免張○○等二人債務之記載。況債務承擔契約以債務人之債務於當事人約定承擔時存在為前提，被上訴人與上開人頭戶所訂立之國產車股票之質權契約依法應屬無效，已如前述，則張○○等二人訂立上開協議書時並無可承擔之債務，該協議書之訂立依法不生債務承擔之效力。因此，上訴人再辯稱：被上訴人已與實際融資之張○○、張XX達成和解，被上訴人已因和解而免除上訴人之侵權行為責任，不得再對上訴人請求損害云云，並無可採。
5. 原判決關於駁回上訴人國票證券其餘上訴，並駁回其請求被上訴人富邦證金返還因假執行所為給付新台幣 3,630 萬 2,878 元本息之訴，暨該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院。

五、富邦證券案⁵³

⁵³ 最高法院 95 年度台上字第 2618 號。

(一) 事實說明

1.本件上訴人甲主張：

(1) 被上訴人乙為被上訴人福邦證券股份有限公司（下稱福邦公司）前身三陽證券股份有限公司城中分公司營業部經理，民國 92 年 9 月 9 日上午 10 時以電話通知甲，稱於同年月 5 日以其設於福邦公司帳戶買進飛雅股份有限公司（下稱飛雅公司）股票 330 張，合計新台幣（下同）992 萬 2,600 元，要求其協助交割，但為甲所拒。同日下午 4 時許，擬向甲借款 320 萬元以交割系爭股票，仍為甲所不同意。詎其公司經理郭○○、及林○○聲稱如不辦理交割即申報違約，甲惟恐其他帳戶因此遭到封鎖、凍結致財產及名譽受損，基於緊急避難之心態於當晚八時許籌款 325 萬 6 千元，其中 155 萬 6 千元以轉帳方式存入其設於世華商業銀行新生分行號帳戶，其餘 170 萬元則交給林○○。乙又未經甲及訴外人張○○同意，即將甲因借貸而匯入張○○帳戶之 80 萬元留置款，挪入甲之交割帳戶辦理系爭股票交割，致甲受有 80 萬元之損失，合計所受損害為 405 萬 6 千元。乙未經甲授權，即製作不實之股票委買單，使用甲系爭帳戶買進系爭股票，業已違反「證券商負責人與業務人員管理規則」第 18 條第 1 項第 7 款及第 19 款，及「證交所營業細則」第 75 條第 6 款規定，自屬違反保護他人之法律，應依民法第 184 條第 2 項規定負損害賠償責任。再因乙上開冒用名義及盜用帳戶致其為緊急避難而交付上開金額，侵害其貨幣所有權，應依民法第 184 條第 1 項前段負損害賠償責任。

(2) 縱認乙並非侵害伊之貨幣所有權，但其所交付之上開款項亦屬經濟上損失，乙應依民法第 184 條第 1 項後段規定負損害賠償責任。福邦公司應就乙上開行為依民法第 188 條第 1 項前段規定負僱用人連帶損害賠償責任。且福邦公司之使用人乙及訴外人郭○○明知飛雅公司股票並非甲所購買，竟仍要求甲辦理交割，致其受有上開金額之損害，福邦公司自應就此逾越權限之行為，依「民法」第 544 條規定負損害賠償責任等情。爰求為命被上訴人連帶給付 405 萬 6 千元及利息之判決。

2. 被上訴人主張：

上訴人甲於福邦公司之系爭帳戶，92 年 9 月 5 日買進系爭股票，係上訴人之友人即訴外人鄒○以電話下單委託買進，上訴人於同年九月九日出具切結書，以系爭股票中 230 張向訴外人張○○質借 7 百萬元以為交割之用，同日下午 5、6 時許，復夥同張○○及乙擬領回系爭股票，因未攜帶集保存摺，當場辦理存摺掛失、補發，當場領回存摺；翌日由張○○、乙攜帶其「存券領回申請書」代為申請領回系爭股票 230 張，同月 12 日張○○以電話通知福邦公司集保主管林○○，委其將系爭 230 張股票送交乙之夫謝○○，並於「交付清單」上蓋妥印鑑章，交回「客戶領回憑單」；同月 16 日上訴人又以集保存摺遺失為由，再次申請補發，同時將其餘系爭 100 張股票匯入其設於大府城證券股份有限公司創新分公司帳戶（下稱系爭大府城帳戶）內。上訴人主張乙盜用其帳戶買進系爭 330 張股票，顯屬無稽；且其所買進系爭 330 張股票經交割後，存入其集保帳戶，

並經其自行處分，未受損害；福邦公司受其委託買進系爭股票，通知辦理交割無逾越權限之行為或有過失之處，要與「民法」第 544 條規定不符，且福邦公司之受僱人郭○○、林○○更無恐嚇不辦交割即報違約情事等語，資為抗辯。

3. 原審維持第一審所為上訴人甲敗訴之判決，駁回其上訴，係以：

- (1) 查上訴人系爭帳戶買進系爭股票，為辦理交割事宜，92 年 9 月 9 日由上訴人出具切結書，以系爭股票中 230 張向訴外人張○○質借七百萬元，約定系爭帳戶之存摺、印鑑交由張○○保管；同日下午八時許以後陸續或由上訴人、或由訴外人顧○○、張李○○（張○○之配偶）、張○○以轉帳、語音轉帳之方式，存入上訴人之交割帳戶共計 995 萬 1,000 元，其中 325 萬 6,000 元為上訴人所轉帳存入；翌日上午，乙陪同張○○向集保公司提領系爭 230 張股票，同月 12 日上訴人於證券買進交付清單上，蓋妥印鑑章繳回福邦公司；同月 16 日上午 11 時 40 分許，上訴人以遺失為由，向福邦公司申請補發系爭帳戶之集保存摺，同時將其餘系爭 100 張股票，匯入其在大府城創新分公司之系爭大府城帳戶內等事實，為上訴人所不爭執，則上訴人對於其系爭帳戶所買進之系爭股票，或為借款之擔保而提領交付債權人即張○○持有，或為轉匯入其所有之系爭大府城帳戶內，顯係基於所有權人之權能而為處分，至為明確。
- (2) 上訴人之系爭帳戶於 92 年 7 月 25 日起迄同年月 31 日止，同樣有多筆飛雅公司股票買賣之事實，上訴人雖否認為其所為，惟依乙於 92 年 7 月 25 日下午 1 時 26 分接受鄒○電話委託買進飛雅

公司股票 100 張後，旋於 27 分與上訴人之電話對話、又於同年 月 29 日下午 1 時 25 分與上訴人之查詢電話對話，及乙於同年 月 29 日下午 1 時 26 分與鄒○之電話對話內容，並上開期間買賣飛雅公司股票之金額累計高達千餘萬元，其中 92 年 7 月 29 日買進飛雅公司股票中 230 萬元之交割款，上訴人於同年 月 31 日跨行匯入其交割帳戶等事實，上訴人並不爭執，足見上訴人自 92 年 7 月 25 日起即已知悉鄒○以其系爭帳戶，買賣飛雅公司股票，不僅未為反對之意思表示，尚有「你們有沒有買我的？」及匯款交割為同意之明示意思表示，而對於 92 年 9 月 9 日所買進之系爭股票，又基於所有權人之權能，處分系爭股票，依民法第 169 條前段規定，自應負授權人之責任，而為股票之交割。被上訴人以鄒○以系爭帳戶，買進系爭股票，係經上訴人授權，尚非全無可取。末查，委託人或其法定代理人委由代理人代理委託買賣、申購有價證券或辦理交割相關手續，應出具授權書為之，並得留存代理人印鑑卡或簽名樣式卡憑以辦理。92 年 8 月 15 日、同年 10 月 27 日修正之證交所營業細則第 75 條第 6 款固定有明文。惟查證交所營業細則係依據證交所公司章程第 44 條、證券交易法第 138 條第 1 項之規定而訂定，依該條款之規定意旨，應指委託人委由代理人代理委託買賣、申購有價證券或辦理交割相關手續，應出具授權書為之，否則證券經紀商得予拒絕，且依民法第 167 條及第 169 條前段規定，證券經紀商於有相當之證據資料，足資證明代理人係經委託人授權，代理人未出具授權書，非不得准予代理委託買賣、申購有價證券或辦理交割相關手續。則上訴人對於乙於 92 年 9 月 5 日受鄒○之委託，買進系爭股票，既應負授權人之責任，自不因其未出

具授權書而影響所應負授權人責任之效力。至於被上訴人於鄒○未依證交所營業細則第 75 條第 6 款之規定，提出上訴人之授權書，乙接受其委託買進系爭股票，有無違反證交所公司章程、營業細則、受託契約準則或其他章則、辦法、公告、通函等有關規定，應否予以議處，係證交所之權責）。從而，上訴人依前開規定，請求被上訴人連帶賠償其損害，於法尚非有據，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

（二） 請求權基礎

1. 「證券商負責人與業務人員管理規則」第 18 條第 1 項第 7 款及第 19 款，及「證交所營業細則」第 75 條第 6 款規定，屬民法第 184 條第 2 項「違反保護他人之法律」，營業員違反保護他人之法律侵害客戶致生經濟上損失，應負損害賠償責任。
2. 營業員為證券商之使用人，營業員逾越權限之行為，違反民法第 544 條委任責任之規定，故證券商應依民法第 188 條第 1 項前段規定負僱用人連帶損害賠償責任。

（三） 爭點整理

- 1 營業員受客戶以外第三人以受其客戶授權為由下單買賣，該客戶未為反對之意思表示，是否認定為屬表見代理之行為？而認買賣行為有效。

2. 「證券商負責人與業務人員管理規則」第 18 條第 1 項第 7 款及第 19 款，及「證交所營業細則」第 75 條第 6 款規定，是否屬民法第 184 條第 2 項「違反保護他人之法律」？

(四) 判決結果

最高法院：原判決廢棄，發回臺灣高等法院：

1. 按「民法」第 169 條所規定者為表見代理，所謂表見代理乃原無代理權，但表面上足令人信為有代理權，故法律規定使本人負一定之責任。倘確有授與代理權之事實，即非表見代理，自無該條之適用（最高法院 62 年台上字第 782 號判例參照）。表見代理原屬無權代理，只因本人有表見之事實，足使第三人信該他人有代理權之情形存在，為保護交易之安全起見，而使本人負授權人之責任，此與有本人授權行為之有權代理，迥不相同。原審一方面認上訴人自 92 年 7 月 25 日起即已知悉鄒○以系爭帳戶買賣飛雅公司股票，未為反對之意思表示，似認上訴人應負表見代理之授權人責任，乃另一方面復認上訴人又為同意之明示意思表示，進而認被上訴人以鄒○買進飛雅公司系爭股票，係經上訴人授權之抗辯，尚非全無可取，非無混淆表見代理與授權代理之情形。「民法」第 169 條所謂知他人表示為其代理人而不為反對之表示，係指知他人表示為其代理人而與相對人為法律「行為時」，原應即為反對之表示，使其代理行為無從成立，以保護善意之第三人，竟因其不為反對之意思表示，致第三人誤認代理人確有代理權而與之成立法律行為，應自負授權人之責任者而

言。如於法律行為成立後知其情事而未為反對之表示，對業已成立之法律行為已不生影響，自難令負表見代理人之責任。

2. 又由自己之行為表示以代理權授與他人者，對於第三人應負授權人之責任，必須本人有表見之事實，足使第三人信該他人有代理權之情形存在，始足當之。故判斷本人是否有使第三人信為以代理權授與他人之行為，自應以他人以本人之名義與第三人為代理「行為時」已表見之事實決之。嗣後之事實，並非第三人信賴之基礎，自不得做為判斷之依據。且表見代理制度係為保護代理交易之安全而設，故雖有表見事實之存在，惟第三人如明知他人無代理權，或依其情形可得而知，猶與他人為法律行為者，則係出於第三人之故意或過失，本人自不負授權人責任。
3. 最高法院對證券相關法令是否屬「保護他人之法律」乙事，就此並未表示意見，僅表示須先查明上訴人對下單買賣之行為是否知情。
4. 本案發回更審後，上訴人甲不服更審判決，再行上訴第三審（最高法院 97 年度台上字第 16 號）。最高法院以上訴無理由駁回，理由如下：
 - (1) 系爭股票既非乙個人利用系爭帳戶所申購或買賣，自與「證券商管理規則」第 18 條第 2 項第 7 款之規定無涉。至於該規則第 18 條第 2 項第 19 款及「證交所營業細則」第 75 條第 6 款有關代理人於代理委託人買賣、申購有價證券或辦理交割相關手續時，應出具委任書或授權書

之規定，無非在確認代理人應取得委託人之授權，以保交易安全。於證券經紀商有相當資料足資證明代理人已取得委託人授權之情形下，依「民法」第 167 條之規定，當然得接受代理人之委託，進行有價證券之買賣、申購或交割事宜。

- (2) 上訴人既已授權鄒○使用系爭帳戶，則乙本此認知接受鄒○之委託，以系爭帳戶買進系爭股票，依上說明，應無違反上開證券法規。上訴人主張乙盜用系爭帳戶，違反各該命令，請求乙依「民法」第 184 條第 2 項前段規定，負侵權行為損害賠償責任，亦非有理。
- (3) 上訴人同意鄒○使用系爭帳戶買進系爭股票，應負授與代理權之責任，即須配合辦理系爭股票之交割。則被上訴人福邦公司使用人乙及該公司之經理郭○○通知上訴人辦理交割，於法自無不合，難認其等有何逾越權限之行為。上訴人依「民法」第 544 條規定，請求被上訴人福邦公司就其使用人逾越權限之行為負連帶賠償之責，更屬無據。
- (4) 維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴。上訴意旨指摘原判決不當，聲明廢棄，非有理由，本案上訴無理由駁回。

六、元富證券案⁵⁴

(一) 事實說明

⁵⁴ 最高法院 96 年度台上字第 220 號、高等法院高雄分院 96 年度重上更(一)字第 7 號判決確定。

1. 本件兩造（原告甲方，被告元富證券及乙、丙）分別上訴，合併審理。

2. 上訴人甲主張：

其自民國八十七年七月起，分別以本人、其配偶謝○○、子黃○○、女黃○○，及上訴人元富證券股份有限公司（下稱元富證券）提供之訴外人馬○○、朱○○、黃□□、黃××等人之帳戶（下稱系爭 8 個股票帳戶），在元富公司緯城分公司進行股票委託買賣，並在中興銀行股份有限公司（下稱中興銀行）開立帳戶進行股款交割。甲為管理帳務方便，並將自己及家人之證券存摺、銀行交割帳戶存摺及印鑑共 4 份交付元富公司之業務員黃○○保管，而黃○○自保管上開存摺及印鑑以來，亦均按日填寫買賣股票紀錄表（下稱手寫紀錄表）供甲對帳，向無問題。詎 89 年 4 月 28 日伊指示黃○○出售如原判決附表一（下稱附表一）所示之股票，本應得股款新台幣（下同）4,589 萬 7,094 元，然黃○○僅匯入 2,190 萬元，尚欠 2,399 萬 7,094 元，經甲於 89 年 5 月 2 日前往元富公司查詢對帳，並欲取回股款，始發現附表一所示股票早經黃○○盜賣，黃○○均未按伊指示下單，並挪用甲匯入欲交割之金錢。且甲應尚有如原判決附表二（下稱附表二）所示之庫存股票，依同年 4 月 28 日當天之收盤價，價值合計 2,734 萬元，亦經黃○○盜賣，致伊因黃○○上開之侵權行為，共受有 5,133 萬 7,094 元之損害。因黃○○已於同年 5 月 4 日死亡，上訴人乙係黃○○之子、上訴人丙係黃○○之配偶，均係黃○○之繼承人，自應連帶負損害賠償責任，而元富公司對於黃○○執行其職務上之侵權行為，應負

僱用人之連帶賠償責任。另黃○○未依甲之指示買賣股票，其所屬之元富公司未善盡受任人之注意義務，依法亦應負債務不履行責任，爰依民法第 184 條第 1 項前段、同條項後段、第 188 條第 1 項前段、第 148 條前段，及民法第 224 條、第 544 條之規定，求為命元富公司、乙、丙連帶給付 3,080 萬 2,256.4 元本息之判決。

3. 上訴人元富公司主張：

公司並無提供人頭帳戶供甲○○操作股票，甲擁有多多年股市買賣經驗，開戶迄 89 年 4 月止之期間，均可藉語音、網路、刷摺、客戶交易明細對帳表（下稱客戶對帳表），或親自到場等方法查詢帳務，且伊均按期寄發客戶對帳表，每月並將手續費折讓金額匯給甲，甲應知黃○○實際下單之買賣情況。又依黃○○手寫紀錄表之記載，可知甲與黃○○之金錢往來頻繁，且違反融資限額之規定，渠等間應有超乎市場交易以外之約定，僅因黃○○突然過世，致有本件爭議，是縱黃○○尚有款項未匯給甲，乃屬渠等間私下約定有無履行之問題，並非侵權行為，亦非一般開戶委任證券商之事務範圍。另甲與黃○○間上開私人約定及金錢往來之行為，既非合法之市場交易，即非屬黃○○執行職務之行為。縱認係屬黃○○執行職務之行為，伊於選任黃○○時，已要求黃○○須具備相關執照，平日亦依規定按時稽核監督，已盡相當之注意義務。另至 89 年 4 月 28 日止，與甲相關之系爭股票帳戶中，僅訴外人馬○○之帳戶內尚有世華商業銀行股份有限公司（下稱世華銀行）股票 422 股，餘均無股票，甲逕以黃○○手寫紀錄表主張尚有股票，亦

無理由。縱認元富證券對黃淑卿之行為應負責，惟甲將銀行存摺、印鑑交付黃淑卿之行為，亦屬與有過失等語，資為抗辯。

4. 上訴人乙、丙主張：

二人雖係黃○○之繼承人，惟依黃○○手寫紀錄表之記載及臺灣證券交易所股份有限公司（下稱證交所）查核結果，認為甲與黃○○之間有借貸關係，可見渠等間金錢往來複雜，應有交易市場外之協議。另甲應知黃○○實際為其下單買賣情形，既仍允許之，並將銀行存摺、印章全權交付黃○○處理，可認應係甲同意黃○○代為操作，難認黃○○有何未按指示下單、盜賣股票、挪用資金等侵權行為。又依黃○○89年4月28日手寫紀錄表顯示，甲已無庫存股票，甲主張受有5千多萬元之損害，亦不可採等語，資為抗辯。

原審廢棄第一審所為甲敗訴之判決，改判命元富公司、乙○○、丙○○連帶給付1,199萬8,547元本息，並駁回甲其餘上訴。

（二）請求權基礎

1. 民法第188條第1項請求僱用人為其受僱人侵權行為負連帶損害賠償責任。

（1）甲主張委託黃○○賣出附表一所示股票，交割款尚欠2399萬7094元未付，該款項即係黃○○未按其指示賣出股票，致其所受之損害。黃○○之不法行為違反「證券商負責人與業務人員管理規則」第2條第2項、第18條之規定，

惟其行為客觀上既足認為與其職務有關，元富公司尚不得據此解免損害賠償責任。

- (2) 元富公司若不能證明其對黃○○之選任及監督其職務之執行，已盡相當之注意義務，尚難以黃○○具備相關之證券營業員執照，或元富公司平日已有按時稽核監督，即謂元富公司已善盡其選任監督之相當注意義務。

2. 侵權行為人死亡，其繼承人若未拋棄繼承，依民法第 1148 條前對、第 1153 條第 1 項規定應繼承其損害賠償責任。故丙、乙分別係黃○○之配偶及子，為黃○○之繼承人，應繼承黃○○上開因侵權行為而對甲應負之損害賠償責任。

(三) 爭點整理

1. 證券商是否應為其營業員盜賣股票之行為負責？應視其是否為職務上行為而定。

- (1) 原審：

甲依民法第 184 條第 1 項前段、第 188 條第 1 項前段、第 1148 條前段之規定，本於侵權行為及繼承之法律關係，請求元富公司、乙、丙連帶給付 1199 萬 8547 元本息部分，為有理由，應予准許。

- (2) 最高法院認為：

A. 甲主張其交付其與其家人之中興銀行交割帳戶存摺、印鑑 4 份予元富公司僱用之營業員黃○○保管，並利用上揭 8 個帳戶委託黃○○買賣股票，詎黃○○未依指示買賣股票，於黃女過世後始發現，黃女僅匯入出賣之股款 2,190 萬元，尚

欠 2,399 萬 7,094 元，並發現 8 個帳戶僅餘訴外人馬○○之帳戶內尚有世華銀行股票 422 股，餘均無股票之事實，為兩造所不爭執，且有黃○○之繼承系統表及全戶戶籍謄本、黃○○之手寫紀錄表共 67 紙、證交所 90 年 11 月 1 日台證（90）稽字第 300526 號書函為證，並經證人許○○證述明確，堪信為真實。查證券經紀商對客戶之電話委託應同步錄音，並將電話錄音紀錄置於營業處所，且依「證交所營業細則」第 80 條第 4 項、第 5 項前段及第 6 項前段規定，此電話錄音紀錄，亦視為交易憑證之一種，而以電話下單買賣股票之電話錄音記錄與黃○○手寫記錄表之內容相符，甲匯款之金額、日期亦與黃○○交付之手寫紀錄表吻合，故其買賣股票均係依正常交易程序進行，且其於 89 年 4 月 28 日以電話下單委託黃○○賣出附表一所示股票，堪信其電話錄音紀錄與黃○○手寫紀錄表之內容相符，有證交所 90 年 11 月 1 日台證稽字第 300526 號書函可稽。又黃○○之手寫紀錄表與元富公司之客戶對帳表，確有不一致之事實，為兩造所不爭。

- B. 股票既係甲於 89 年 4 月 28 日以電話下單委託黃○○賣出，並經黃○○允諾後在手寫紀錄表上填載甲欲賣出之股票名稱、張數、成交價、手續費、證交稅、利息及應收帳款等項目，足證甲主張其確有委託黃○○賣出所示股票，黃○○並未依甲之指示賣出股票，則黃○○自己違背其受任之義務甚明。且依該日之手寫紀錄表顯示，黃○○如於該日賣出如股票，甲本應得股款 4589 萬 7094 元，而黃○○於事後僅匯入 2190 萬元等情，亦為兩造所不爭，則黃○○若無於該日

允諾賣出上開股票，又何須於事後匯上開款項與甲？且甲庫存股票中既已無如附表一所示之股票存在，應係黃○○於89年4月28日前即已盜賣並挪用交割款。參以黃○○89年4月26日與同年月28日手寫紀錄表相互對照，上開庫存股票經扣除89年4月28日已出售之股票，尚有精碟股票25張、鍊德股票50張、華新科股票60張為證，然就元富公司上開所提出之保管帳戶客戶餘額表所載系爭股票帳戶之明細表記載，在89年4月27日至同年月28日期間，僅馬○○帳戶尚有世華銀行股票422股外，其餘帳戶內均無任何股票之事實相互以觀，黃○○確有盜賣甲股票之行為。

- C. 黃○○手寫紀錄表上均印有元富證券緯城分公司之名稱，且紀錄表上均係一致之制式表格，其上載明有帳號、股票名稱、買進張數、賣出張數、成交價、手續費、證交稅、利息、應付帳款、應收帳款及損益等欄位，顯見該紀錄表應係元富證券印製提供與營業員手寫客戶買賣股票紀錄，俾與客戶對帳使用之紀錄表格。故黃○○於接受甲委託下單買賣股票時，其所手寫填載之上開紀錄表，可視為係黃○○執行其職務之行為，而該手寫紀錄表當然亦可認定為元富公司客戶對帳單之一種。雖該手寫紀錄表關於甲委託買賣股票之內容，與元富公司之客戶對帳表確有不一致之情事，惟經證交所調查後，發現電話下單買賣之錄音紀錄與黃○○手寫紀錄單之內容相符，惟與實際成交之交易內容則差異頗大，足見黃○○確有未依照上訴人指示買賣股票之情事。

2. 客戶交付存摺、印鑑與營業員使用，應否自負與有過失責任？

(1) 原審認為：

- A. 元富公司抗辯甲與黃○○間有私下協議為非集中市場之股票交易行為云，既與上開認定甲確有依正常交易程序，以電話下單委託黃○○買賣股票之事實不符；復與證交所調查之結果迥異，純屬推測之詞，自屬無從採信。至於甲是否擁有多多年股市買賣經驗，或其是否可藉元富公司之語音、網路、刷摺、客戶對帳表、或親自到場等方法查詢股票帳務，均與黃○○是否有未依甲○○之指示下單買賣股票等不法行為，並無相當因果關係。
- B. 甲因黃○○違反指示下單買賣股票、挪用交割款及盜賣股票致受損害之情事，與其是否有違反系爭聲明書之情事並無相當因果關係。縱使上訴人有將其銀行存摺、印鑑章全權交付黃○○處理；及與黃○○有私人借貸金錢等情事而對本件損害之發生或擴大與有過失，亦屬過失相抵之問題而已，而非因此所生之損害即應均由甲負責。
- C. 甲尚未指示黃○○賣出附表二所示之股票，故甲就黃○○盜賣如附表二所示股票而受之損害，其得請求賠償者，應係請求返還上開股票。甲並未證明其已定期催告元富公司、乙、丙返還，而其等逾期不為回復；或不能回復原狀；或其等回復顯有重大困難。則甲逕以 89 年 4 月 28 日之收盤價計算如附表二所示股票之價值為 2734 萬元，並請求對造應以金錢賠償該損害，即屬無據。

(2) 最高法院認為：

- A. 印章、存摺等均屬買賣股票之重要文件，甲理應自行妥善保管，其明顯違反系爭聲明書之規定，無故交付黃○○，致

遭其利用而受害，自不能謂其於本件損害之發生為無過失。

B. 經審酌其因違反系爭聲明書之聲明事項及「管理規則」第16條之規定，將印章及存摺等均屬買賣股票之重要文件率爾交付黃○○保管，致遭黃○○利用而受害，認本件損害之發生或擴大，甲與有過失，且其應負擔50%之過失責任，則其得請求賠償之金額應減為1199萬8547元。

(四) 判決結果

1. 關於甲上訴部分：

(1) 原審本於上述理由而為上訴人甲不利之判決，經核於法並無違背。上訴論旨，仍就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，暨其他與判決結果不生影響之理由，指摘原判決關於此部分不當，求予廢棄，非有理由。

(2) 上訴駁回。

2. 關於上訴人元富公司、乙、丙上訴部分：

(1) 查甲與黃○○間之委託買賣股票之行為，無論係集中交易市場之正常交易，或係其二人間尚有超出市場交易以外之約定交易，均有錄音紀錄與手寫紀錄，兩者內容雖屬相符，但與元富公司電腦上所列載之交易情形差異極大，能否單以錄音記錄與手寫記錄表所載相符，即謂甲與黃○○間所為之買賣股票全屬正常交易，並無超出正常交易以外之約定交易，仍有疑問？

- (2) 依甲所提出 67 紙手寫紀錄表上已記載其融資限額買賣股票及其與黃○○彼此金錢借貸等違反證券法令規定之行為。且於黃○○因病昏迷過世前，每日為甲會算匯回之金額均無違誤，復為原審所確認之事實。甲亦不爭執元富證券有按月匯給其折讓之手續費，及其從未利用元富公司供給投資人多重查詢管道予以查詢有無異常交易情形，反而違反上開聲明書之規定，逕將上揭存摺、印章交予黃○○保管，難以認定二人間全無私下協議之存在。倘其二人間所為確有異於一般股票市場交易，而另有私下協議存在，黃○○就該協議部分所為，是否能構成侵權行為？元富證券等應否負連帶賠償責任？均有詳加調查審認之必要，原審未加論斷，即以上揭理由為元富公司、乙、丙不利之判決，亦嫌疏略。
- (3) 原判決關於命上訴人元富證券、乙、丙連帶給付及該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院高雄分院。

3. 更審判決⁵⁵：

- (1) 上訴人有無因黃○○之侵權行為而受有損害？

按違反保護他人之法律者，推定其有過失，89 年 5 月 5 日民法債篇修正施行前之第 184 條第 2 項定有明文。又 89 年 10 月 5 日修正前證券商負責人與業務人員管理規則第 16 條第 1 項、第 2 項第 7 款、第 10 款、第 11 款規定：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；不得利用客戶名義或帳戶，申購、買賣有價證券；辦理承銷、

⁵⁵ 高等法院高雄分院 96 年度重上更（一）字第 7 號判決。

自行或受託買賣有價證券時，不得有隱瞞、詐騙或其他足以致人誤信之行為；不得挪用或代客戶保管有價證券、款項、印鑑或存摺。此係為維護證券交易秩序及保障投資所設，應屬保護他人之法律。查黃○○未依上訴人之指示買賣股票、挪用交割款及盜賣股票等不法行為，既屬事實，顯違反上開管理規則之規定，亦即違反保護他人之法律，應推定其有過失。且因黃○○能將上訴人下單委託出售股票所得股款湊足匯至上訴人之帳戶，是上訴人於 89 年 4 月 28 日不知黃○○事先已將附表所示股票盜賣，仍委託黃○○賣出該股票，並無不合。又黃○○倘依上訴人指示買賣股票，並無盜賣股票及挪用資金之事，則上訴人賣出如附表所示股票，既可得股款 4589 萬 7094 元茲因黃○○於匯給上訴人 2190 萬元後即因病死亡，尚餘 2399 萬 7094 元未付，則上訴人主張其因黃○○前述之侵權行為，致其受 2399 萬 7094 元之損害，自屬可採。另元富公司以上訴人未舉證證明黃○○盜賣股票及挪用資金之明細為何，否認上訴人受有損害，亦無足取。又黃○○對於上訴人既有如前述之侵權行為，致上訴人受有損害，自不因上訴人係借用他人名義之帳戶買賣股票而謂非侵權行為之受害人，故元富公司另辯以上訴人不可主張不屬其帳戶內股票出售之價款云云，亦非可採。

(2) 黃○○所為是否屬其執行職務之行為？

元富公司選任黃○○及監督其職務之執行，是否已盡相當之注意？元富公司對黃○○之行為是否應負僱用人侵權行為

責任？元富公司是否應與被上訴人乙、丙負連帶賠償責任？

- A. 按民法第 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 42 年台上字第 1224 號判例參照）。查黃○○生前係元富公司僱用之營業員，其職務係為元富公司從事有價證券之承銷、買賣之接洽或執行，其於上訴人在元富公司開立交易帳戶後，利用受託代上訴人買賣股票之機會，在元富公司營業場所及營業時間內，私下代上訴人保管存摺及印章，復未依上訴人之指示下單買賣股票、挪用交割款及盜賣股票，已違反前揭修正前證券商負責人與業務人員管理規則第 16 條第 1 項、第 2 項第 7 款、第 10 款、第 11 款之規定，客觀上亦足認其行為與其執行職務有關，自屬執行職務之行為。從而，上訴人請求元富公司應負僱用人之連帶賠償責任，即屬可採。至上訴人併依（選擇）債務不履行之法律關係，對元富公司請求損害賠償部分，毋再予審究之必要，附此敘明。
- B. 元富公司雖另以黃○○先前並無品行或操守上之不良前科，伊已要求具備相關執照，平日亦依規定按時稽核監督，故伊選任監督已盡相當之注意義務云云置辯。惟按民法第 188 條第 1 項但書規定，僱用人選任受僱人及監督其職務之執行是否已盡相當之注意，其所應注意之範圍，關於選

任方面，著重於受僱人之技術是否純熟，性格是否謹慎精細；而關於監督方面，則在於受僱人職務之執行，是否已提示其應注意事項，有無派員督導等（最高法院 87 年度台上字第 791 號判決意旨參照）。經查黃○○既有未依上訴人之指示下單買賣股票、挪用交割款及盜賣股票等行為，足證元富公司對黃○○之選任及監督其職務之執行，未盡相當之注意，尚難以黃○○先前並無品行或操守上之不良前科，具備相關之證券營業員執照，及元富公司平日已有按時稽核監督，即認元富公司已善盡其選任監督之相當注意。元富公司此部分所辯，要非足取。從而，上訴人依民法第 188 條第 1 項前段規定，主張元富公司應與黃○○負連帶賠償責任，應堪採信。

七、富邦證券案⁵⁶

（一）事實說明

1. 上訴人乙、丙主張於被上訴人富邦綜合證券股份有限公司三重分公司（下稱富邦證券）開設證券存摺集保帳戶買賣股票，並於訴外人富邦商業銀行股份有限公司三重分行（下稱富邦銀行）開設「一本萬利帳戶」，供買賣證券進出款項之用。二人於富邦證券公司股票買賣事宜均由該公司之營業員即被上訴人甲處理，詎甲竟於民國 93 年 5 月 24 日左右，向丙詐稱需要辦理換摺，取得二人之證券及銀行存摺，甲未經伊同意，串通不知名之他人以電話進行股票交易，擅自於 93 年 5 月 24 日、同年 5 月 25 日盜賣乙、

⁵⁶ 最高法院 96 年度台上字第 1231 號。

丙分別如附件股票所示，並盜刻伊之印章，將伊在上開富邦銀行帳戶之存款領走。甲將存摺交還時，不知以何等手法，使銀行存摺上看不出有領款紀錄，以致未即時發覺。甲盜賣乙、丙股票之不法行為，應負民法第 179 條、第 184 條之責，賠償系爭股票買入價格及除權金額。富邦證券公司為甲之僱用人，應依民法第 188 條規定，與甲負連帶賠償之責等情，求為命被上訴人連帶給付乙新台幣（下同）403 萬 4090 元、丙 701 萬 1363 元及利息之判決。

2. 被上訴人富邦證券公司對於甲為其公司營業員，上訴人於公司開設證券存摺集保帳戶買賣股票，另於富邦銀行開設「一本萬利帳戶」供買賣證券進出款項之用，上訴人於公司股票買賣事宜由營業員甲處理，及乙、丙之證券存摺集保帳戶於 93 年 5 月 24 日及 25 日賣出如附件股票等情不爭執。惟否認上開股票係甲盜賣，主張：縱認甲盜賣上訴人之股票，亦係甲個人犯罪行為，非執行營業員之業務，富邦證券不負連帶賠償之責；上訴人系爭股票賣出所得均係存入上訴人於富邦銀行開設之上開帳戶，上訴人無損害；上訴人主張金錢賠償，與民法第 213 條規定有違；縱依上訴人之主張，其損害亦僅係其買進股票與甲盜賣股票之價差。又依民法第 216 條之 1 規定，應扣除上訴人之獲利。富邦證券已將所謂遭盜賣股票之股款匯入上訴人於富邦銀行之系爭帳戶，上訴人亦負有回復原狀返還伊之義務，故依民法第 334 條規定主張抵銷等語，資為抗辯。
3. 原審廢棄第一審所為上訴人勝訴之判決，改判駁回上訴人在第一審之訴，理由如下：

- (1) 甲為富邦證券公司營業員，上訴人於富邦證券公司股票買賣交易由甲負責處理，上訴人於富邦證券公司系爭證券存摺帳戶於93年5月24日、25日賣出股票、股數、價格等情，為兩造所不爭執，堪認為真正。按民事訴訟如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據有瑕疵，亦應駁回原告之請求。以侵權行為請求回復原狀或賠償損害者，應就其權利被侵害之事實負舉證之責，上訴人即應就此事實舉證。上訴人主張應由富邦證券提出上訴人委託甲賣出系爭股票之電話交易紀錄及錄音，富邦證券則謂該電話交易紀錄及錄音已逾保存期限，無法提出。按「臺灣證券交易所股份有限公司營業細則」第80條第4項規定：「證券經紀商對電話委託應同步錄音，並將電話錄音紀錄置於營業處所。」、同條第五項規定「前項電話錄音紀錄，證券經紀商應至少保存二個月。但買賣委託有爭議者，應保存至該爭議消除為止。」，被上訴人主張遭甲盜賣股票之時間為93年5月24日、25日，上訴人係於93年12月16日始發存證信函向富邦證券主張股票遭甲盜賣，富邦證券主張該二日之電話交易紀錄已消除，即堪採信。
- (2) 乙、丙於富邦證券公司之證券存摺分別自91年1月22日至95年2月7日止及91年3月28日至95年2月7日止均為同一本，有上訴人提出之證券存摺可稽。而乙部分：於93年5月24日賣出股票後，於93年8月20日及93年8月30日，均有「合併轉出」之紀錄。丙部分：於93年5

月 24 日及 93 年 5 月 25 日賣出股票後，於 93 年 7 月 16 日至 93 年 11 月 5 日期間仍有多筆買進、賣出交易紀錄，而上訴人自陳甲於 93 年 5 月 26 日、93 年 5 月 27 日即交還存摺，其存摺並無交甲○○保管云云，縱上訴人主張遭甲詐欺而於 93 年 5 月 24 日左右將證券存摺交甲，而依上訴人所述甲於 93 年 5 月 26 日及 93 年 5 月 27 日即交還該存摺，上訴人即可發現 93 年 5 月 24 日及 93 年 5 月 25 日有賣出股票之情，惟二者均未向富邦證券反映，仍續委由甲買賣股票，此情狀與經驗法則有違。

- (3) 上訴人未舉證證明甲未經其等同意於 93 年 5 月 24 日及 93 年 5 月 25 日賣出股票，主張甲應負侵權行為或不當得利之責，即無足取。甲既不須負侵權行為之責，上訴人主張富邦證券應依民法第 188 條第 1 項負連帶賠償之責亦屬無據等詞，為其判斷之基礎。

(二) 請求權基礎

1. 營業員盜賣客戶股票之不法行為，應負民法第 179 條不當得利、第 184 條侵權行為之責，賠償系爭股票買入價格及除權金額。
2. 證券商為營業員之僱用人，依民法第 188 條規定，為僱用人之侵害行為負連帶賠償責任。

(三) 爭點整理

原告是否已盡舉證責任？

(四) 判決結果

最高法院認為：本件上訴人主張被甲盜賣股票之情，曾委請縱橫法律事務所林振煌律師代為發函，該事務所以 93 北律橫文字第 1203 號函向富邦證券公司催告，請該公司應於接函後三日內回復原狀。富邦證券公司於接函後，於 93 年 12 月 21 日以台北光武郵局存證信函第 7 號函覆縱橫法律事務所，該函內謂：「甲於 93 年 11 月 2 日即未至本公司三重分公司上班，且行蹤不明。而為維護客戶權益並釐清案情，本公司業於 11 月 5 日主動向臺灣板橋地方法院檢察署提出告發，並向調查局北機組報案請求偵辦調查中」等語，由此足證富邦證券公司於 93 年 11 月 5 日已認定甲涉有犯罪嫌疑。另法務部調查局北部地區機動工作組於 93 年 12 月 22 日亦曾通知上訴人於該月 24 日前往協助調查，待證事由為業務侵占案。上訴人於第一審即以上述為證據方法，證明甲侵占上訴人款項，原審未進一步調查審認，即以上訴人未能舉證證明甲未經其等同意賣出股票，而為上訴人敗訴之判決，自嫌速斷。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄為有理由。

八、國寶證券案（98 年度台上字第 627 號）

(一) 事實說明

1. 被上訴人乙、丙、丁主張：伊等分別於訴外人元統證券（下稱元統公司）開戶買賣股票，並開設集保帳戶，將購入之股票送交集保公司集中保管。嗣元統公司因故於民 84 年 8 月 7 日起停業，乃

將他們買賣股票事務移由國寶證券代為辦理。元統公司之營業員陳○○竟於 84 年 8 月至 85 年 1 月間，偽刻被上訴人等之印章及盜用帳戶資料，分別冒用名義，擅自在上訴人富山證券開設證券買賣帳戶（下稱富山帳戶）。

2. 甲為富山證券營業部之受僱人，未遵守非本人親自開戶或未持本人委託書不得准予開戶之相關規定，竟准許陳○○冒用甲等之名義開設該買賣證券之富山帳戶。陳○○再持上述偽刻之印章及盜用之資料，前往上訴人合庫銀行冒名開設活期存款帳戶，而合庫駐富山公司之受僱人即訴外人張○○，亦未核對是否本人親自或他人持委託書開戶，遽准其開設。嗣陳○○又持該偽刻之印章至國寶證券辦理集保股票匯撥，國寶證券之受僱人即上訴人戊，疏未核對身分證及原留印鑑是否相符，即准未持有證券存摺之陳○○，將甲所有集保股票，匯撥至富山帳戶內。陳○○旋將之盜賣，再將得款匯入合庫帳戶後悉數盜領一空，致甲受有損害。
3. 第一審依民法第 184 條、第 185 條及第 188 條規定，並於訴訟中為訴之追加（擴張），求為命上訴人連帶給付被上訴人乙、丙、丁股票，及自 84 年 10 月 24 日（被盜賣之最後交易日）起，均至給付日止，各該股份應受分配之股息及紅利。如在證券集中交易市場無股票時，應給付乙、丙、丁所載起訴時股票價格欄之金額，並自 85 年 10 月 24 日即追加訴狀送達追加被告合庫翌日起加計法定遲延利息之判決。

（二）請求權基礎

1. 民法第 184 條第 1 項之侵權行為損害賠償責任，及第 185 條共同侵權行為責任。
2. 第 188 條規定僱用人為其受僱人執行職務侵害他人權利之連帶賠償責任。

(三) 爭點整理

1. 被上訴人之權利是否受侵害？
 - (1) 上訴人主張：系爭股票屬種類之債，不生給付不能之問題，被上訴人為代償之請求，已屬無據。況系爭股票遭訴外人陳○○盜領，被上訴人得本於寄託之法律關係，向受寄託之元統公司或承受該公司業務之國寶證券請求返還，顯未因而受有損失，其請求損害賠償，亦屬無理。另上訴人戊、國寶證券又以：元統公司停止營業期間，國寶公司僅代辦其業務，非概括承受人，伊等將系爭股票劃撥至富山帳戶內，並無弊端，應無損害賠償責任可言。
 - (2) 上訴人甲、富山證券、合庫銀行另以：系爭股票之集保契約之性質屬於民法第 603 條之 1 規定之混藏寄託契約，其股票受寄人實為元統證券，而非集保公司。我國民法對於雙務契約之交易危險採取交付主義，概以寄託物交付之時為準，一旦寄託物已完成交付受寄人，繼而發生天災事變或第三人之侵權行為等危險事由時，該項危險應由受寄人元統公司承擔，被上訴人非侵權行為之被害人，依法並無主張損害賠償之權利。

2. 違法受理開戶，與股票遭盜賣之當事人權利受侵害間是否具有因果關係？

(1) 原審認為有因果關係

- A. 被上訴人所有系爭股票係委由元統證券寄存於集保公司，而非寄存於元統證券或國寶證券。且被上訴人在集保帳戶上已無系爭股票，賣得之現金亦已不存在，已生實際損害。再查陳○○偽刻之印文和乙、丙、丁原留印鑑之印文，以肉眼觀察，即可判別其真偽，若以通用之折角比對法比對，更可判別其完全不同。況戊復未要求陳○○提出證券存摺即行辦理股票匯撥，其有過失至明。國寶證券及戊辯稱並無過失，並不可採。
- B. 國寶證券為戊之僱用人，應與戊連帶賠償被上訴人系爭股票。又富山證券承辦本件開戶之人員，自營業部經理蔡○○、甲等人均明知非本人開戶而予辦理，其中甲為主管辦理開戶徵信之人，其明知非被上訴人親自開戶而為不實徵信，應有過失責任。富山證券為甲之僱用人，自不能免其責任。又合庫駐富山證券之副理張○○在原審 86 年度重上字第 82 號案中證稱：被上訴人開戶，有附身分證影本，但沒有身分證原本，伊是照富山證券給他的證件開辦，他們本人沒有來，沒有核對本人，是依富山證券的證件來辦理。銀行開戶須本人到場，並核對其身分證等，並要本人在申請書簽名等語。張○○在辦理開戶之過程確有過失，合庫為甲之僱用人，亦不能免其責任。
- C. 被上訴人所有寄存在集保公司集中保管之系爭股票，業因國寶證券之受僱人戊過失辦理匯撥，富山證券之受僱人甲

過失辦理開戶及合庫受僱人張○○過失辦理開戶，以致被盜賣得逞。苟戊、甲、張○○其中任一階段能正常辦理，依證券集中交易之規定，系爭集保股票即不可能遭盜賣，故戊、甲及張○○之各過失行為，均為被上訴人所生損害之共同原因，有行為關連共同，應成立共同侵權行為，就全部損害負連帶賠償責任。又戊、甲、張○○分別為國寶證券、富山證券、合庫之受僱人，依民法第 188 條僱用人責任之規定，戊與國寶證券、甲與富山證券應各負連帶賠償責任，合庫銀行亦應負賠償責任，且各組賠償人間成立不真正連帶債務關係。

(2) 最高法院認二者間未必成立因果關係

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。原審固認甲、張○○蘭允許陳○○冒用被上訴人名義開設富山證券、合庫帳戶，與其後國寶證券之戊依陳○○之申請，將被上訴人股票轉匯富山帳戶之行為均有過失。但各該過失行為，與系爭股票遭陳○○盜賣、盜領而受有損害，似無必然結合之關係，則能否認該三人之過失行為與被上訴人之損害有相當因果關係，或謂各該過失行為均為被上訴人所生損害之共同原因（有行為關連共同），並非無疑。

(四) 判決結果

僱用人基於僱傭契約，為受僱人之侵權行為負連帶損害賠償責任，需以其受僱人之執行職務行為是否成立侵權行為要件為其前提：

1. 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。又依「民法」第 213 條之規定，負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀。
2. 上開各該過失行為，與系爭股票遭陳○○蓮盜賣、盜領而受有損害，似無必然結合之關係，亦無法認定各該過失行為均為被上訴人所生損害之共同原因（有行為關連共同）。
3. 原審遽以甲、張○○、戊均有過失行為，即認其行為皆為被上訴人所生損害之共同原因，應成立共同侵權行為，三人應負全部損害連帶賠償責任，甲、戊之僱用人富山證券、國寶證券應分別與之負連帶賠償責任，張○○之僱用人合庫銀行亦應負賠償責任，於法尚有可議，上訴有理由。

九、金鼎證券案⁵⁷

（一）事實說明

1. 上訴人甲主張：

於民國 88 年 4 月間在對造上訴人金鼎綜合證券股份有限公司（下稱金鼎證券）開設證券買賣帳戶以買賣股票，並在訴外人大眾商業銀行股份有限公司（下稱大眾銀行）開設金融帳戶（下稱系爭銀行帳戶）供資金匯款使用。詎金鼎證券僱用之營業員即第一審共同被告薛○○竟利用職務上機會，未依其指示購買股票，而不法

⁵⁷ 98 年度台上字第 763 號

侵占其擬委託購買股票之股款合計新台幣（下同）1,020 萬 8,622 元。依侵權行為及委任契約之法律關係，請求金鼎證券（與薛○○連帶）給付（賠償）該金額本息。

2. 上訴人金鼎證券主張：

上訴人甲將系爭銀行帳戶之存摺、印鑑章交付薛○○保管使用，或依薛○○之指示，將部分股款匯至薛○○指定之人頭戶即訴外人方○○之帳戶，使薛○○得由該帳戶提款造成系爭損害，該等行為與薛○○執行證券經紀營業員之業務完全無關。且委託證券商進行股票交易，無需使用投資人（甲）之銀行存摺及印章，甲將銀行存摺及印章交付薛○○保管使用，係基於其個人信賴之委託關係，亦與營業員執行職務無涉。甲明知依其簽立之聲明書所載，不得將系爭存摺、印鑑章交付營業員，卻仍為此行為，始致薛○○得為個人侵占之不法行為，亦難命伊負僱用人之損害賠償責任等語，資為抗辯。

3. 甲請求薛○○賠償上開侵占之金額及返還借款 419 萬 7,000 元，合計 1,440 萬 5622 元本息部分，業經第一審判決甲勝訴確定。第一審對甲向金鼎證給付之請求為甲敗訴之判決，原審（第二審）則廢棄第一審駁回甲請求金鼎證券給付（賠償）本息部分之判決，改判金鼎證券給付 302 萬 2,587 元本息，駁回甲之其餘上訴，甲僅就其中 408 萬 3,400 元本息部分聲明不服。

4. 第二審法院意見：

- (1) 甲主張其與金鼎公司之營業員薛○○係專科同班同學，乃於 88 年 4 月在金鼎證券開立股票集保帳戶，委由薛○○代刻私章，

並代為保管集保存摺、銀行存摺以及印章。而自 88 年 4 月 21 日起至 89 年 1 月 6 日止，及於同年 10 月 11 日、17 日、20 日為購買股票應薛○○之要求，將款項匯入人頭戶方○○所設在大眾銀行之帳戶，連同匯入其本人之系爭大眾銀行帳戶，經薛○○利用該機會侵占之股款共計 1020 萬 8622 元等情，為第一審共同被告薛○○所自認，核與薛○○在刑事被訴偽造文書案件所述及其手寫之買賣紀錄表相符，金鼎證券對甲提出之匯款金額表與相關匯款、提款資料亦不爭執，堪認甲此部分主張為真實。薛○○既係利用甲開戶之機會，取得系爭銀行帳戶之存摺、印鑑章，即難認係基於甲之授權，而得以使用系爭銀行帳戶。金鼎證券所舉證據又不足以證明甲自始即同意、概括授權薛麗香使用系爭銀行帳戶提領款項，以及交付存摺、印章乃基於私人信賴及借貸關係，並非為證券交易而交付之事實，則金鼎證券之營業員薛○○利用代客戶甲買賣股票之機會，於營業時間內，在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，自係利用職務上所給予之機會，而為與其職務有密切關係之行為，在客觀上已足認與其執行職務有關。

- (2) 金鼎證券規模非小，若有健全之控管制度，或曾採取有效之防弊監督措施，應能發現薛○○之違規行為卻多年來未發現，即不得減免其僱用人之責任。尚不因甲簽立聲明書載明：願遵守證券法令之規定，不將所有股票、股條、印章、存摺交由金鼎證券員工保管或與其有借貸金錢情事，否則願自行負責等旨而異其結果，金鼎證券自應負民法第 188 條第 1 項規定之僱用人連帶侵權行為之損害賠償責任。

(3) 審酌甲已簽立不得將印章、存摺交付營業員之聲明書，竟仍委由營業員薛○○代刻印章、領取證券及金融存摺，數年來未積極索回，對其銀行帳戶金額、股票是否成交存入證券帳戶，均未聞問，又將交割款匯入第三人帳戶，造成自身損失，顯屬與有過失，應負 70% 過失責任等情，依民法第 217 條第 1 項規定減輕金鼎公司之賠償金額。從而，甲請求金鼎公司給付(賠償)於 306 萬 2587 元本息範圍內為有理由，應予准許。逾此範圍之請求為無理由云云，為其論斷之基礎。

(二) 請求權基礎

1. 依民法第 184 條第 1 項前段、第 185 條負侵權行為損害賠償責任。
2. 依民法第 188 條規定請求僱用人為受僱人執行職務行為負連帶賠償責任。

(三) 爭點整理

本案爭點在於「執行職務行為」之認定：

1. 最高法院認為：按僱用人藉使用受僱人而擴張其活動範圍，並享受其利益。就受僱人執行職務之範圍，或所執行者適法與否，恆非與其交易之第三人所能分辨，為保護交易之安全，如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，僱用人固應依民法第 188 條第一項規定與受僱人負連帶賠償責任。

然若於客觀上並不具備受僱人執行職務之外觀，或係受僱人個人之犯罪行為而與執行職務無關，自無命僱用人負賠償責任之理。

2. 依證券交易法第 54 條第 2 項及第 70 條規定所訂定之「證券商負責人與業務人員管理規則」第 3 條規定：證券商之業務員，其職務為從事有價證券之承銷、自行買賣及受託買賣。及財政部以 84 年台財證（三）字第 29 號函發布實施之「有價證券集中交易市場實施全面款券劃撥制度注意事項」明定：一、委託人與證券經紀商簽訂「委託買賣證券受託契約」辦理開戶手續時，應同時開設有價證券集中保管帳戶及在證券經紀商指定之金融機構開立存款帳戶（下稱款券劃撥帳戶），該存款帳戶並應與金融機構簽訂委託其代收付交割款項之委託書後，證券經紀商始得接受委託人委託買賣證券；二、.....；三、證券經紀商受託買賣向委託人收付款券，均應透過委託人開設之款券劃撥帳戶，以帳簿劃撥方式為之.....等旨。足見自 84 年 2 月 4 日實施「全面款券劃撥交易制度」以來，有價證券交易行為之流程：首需委託人（投資人）與證券經紀商簽立委託買賣有價證券契約書，於辦理開戶手續之同時開設有價證券集中保管帳戶及在證券經紀商指定之金融機構開立存款帳戶，由證券商、銀行分別核發「證券存摺」、「存款存摺」予投資人後，投資人始得委託證券經紀商買賣特定公司於特定價格之特定數量股票，再由該經紀商之受僱人即營業員依其指示下單購買（或出售）。股票買賣契約一旦成立，則以臺灣證券交易所為結算機構，由臺灣集保結算所股份有限公司、中央銀行為交割機構，分別從事有價證券（股權）之移轉及股款之交付（受領）。換言之，有價證券買賣契約成立後，股權與股款之移轉，均祇透

過款券劃撥程序處理，證券經紀商所屬營業員依證券交易正規程序，並無任何機會持有該買賣標的之有價證券或股款。準此，投資人甲委託證券經紀商（金鼎公司）進行股票交易行為，本無需交付銀行存摺、印章，營業員（薛○○）無任何機會得以操控投資人之銀行帳戶款項。苟投資人自行將銀行存摺、印章交付營業員或由其保管，能否謂「為證券交易而交付」？營業員持投資人之存摺、印章自投資人之銀行帳戶取款，是否仍屬「在業務上有機會可資利用」並「具備執行職務之外觀」？自應先予釐清。

（四）判決結果

1. 現行有價證券採「全面款券劃撥交易制度」下，倘營業員未持有投資人之銀行存摺、印章，縱投資人依營業員之指示匯入股款至其所有銀行帳戶內，於營業員未依投資人指示購買股票時，營業員因未持有投資人銀行印章、存摺，似亦無從領取、侵占投資人之股款。而營業員之所以有侵占投資人銀行股款之機會，如係基於投資人之授權（經由自行交付存摺、印章予營業員，或對於營業員持有自己之存摺、印章不為反對之意思表示等方式為之），或配合營業員之指示逕行將款項匯入營業員指定之人頭帳戶，則營業員藉此機會對投資人銀行存款為侵占行為，是否非屬營業員個人之不法行為？不無疑義。果如原審所認定甲與薛○○係專科學校同班同學，依現行有價證券交易制度於金鼎公司開設證券買賣帳戶、在大眾銀行開設系爭銀行帳戶，並在禁止將存摺、印鑑章交付營業員保管之聲明書上簽名等事實。能否謂甲不知存摺、印鑑章由營業員薛○○保管，並非營業員之業務範圍？其明知此非屬薛麗香執行業務之範圍，卻基於多年同窗、好友之信賴關係，任

由薛○○持有其存摺、印章，致有機會盜領、侵占其銀行存款。迨於事後，甲始主張薛○○之侵占行為，具有「客觀上執行職務之外觀」，是否無違經驗法則？均非無研求之餘地。原審未違詳為勾稽審認，遽為金鼎公司不利之判決，殊嫌速斷。金鼎證券上訴意旨，求為廢棄對其不利部分之原判決，非無理由，駁回甲請求金鼎公司再給付（賠償）408萬3,400元本息部分。

2. 原審依其採證、認事之職權行使認定：甲明知不得將印章、存摺交付營業員，卻任由營業員薛○○保管使用，數年來不曾聞問，又不依證券交易正規程序，逕將款項匯入薛○○指定之人頭帳戶，造成自身之損失，應負70%之過失責任等情，因而駁回甲○○對第一審判決其敗訴中所請求金鼎公司給付此部分金額本息之上訴（即714萬6035元本息），經核於法洵無違誤。甲上訴意旨以其僅應負30%之過失責任等詞，求予廢棄原判決關此部分（即請求金鼎公司再給付408萬3400元本息）為無理由，本件上訴人金鼎公司之上訴為有理由，上訴人之上訴為無理由。

十、國票證券清償借款案⁵⁸

（一）事實說明

1. 上訴人主張：

被上訴人甲於民國87年間任職國票綜合證券股份有限公司（下稱國票證券）前身即宏福證券股份有限公司豐原分公司（下稱宏福公司）經理，上訴人自同年5月5日起迄同年6月1日，

⁵⁸ 98年度台上字第1865號。

先後委由甲代買臺灣肥料股份有限公司（下稱台肥公司）股票共計 65 張。詎伊於 88 年 11 月初發現上開股票已被盜賣殆盡，甲坦承盜賣股票事實，惟出具切結書載明係「質借」原因，交付計新台幣（下同）344 萬 5000 元之支票 4 紙，以為補償，惟所交付面額 100 萬元之第一張支票到期經提示遭退票，甲再出具切結書承認其未曾向上訴人質借股票，且確有盜賣股票及盜領存款之事實。嗣後所交付之 4 紙支票經提示均遭退票。經查證始知甲，擅將上訴人所有台肥公司股票 65 張賣出，將股款匯入其所有之世華銀行豐原分行乙種活期存款帳戶後，再偽刻上訴人印章做為炒作股票用。合計甲盜賣上揭股票及冒領存款合計 331 萬 5000 元，致伊受有損害，依法甲應負侵權行為損害賠償責任。又甲當時分別係國票證券之前身宏福公司僱用之經理，其利用職務不法侵害被上訴人權利，國票證券自應負僱用人責任。另上訴人在宏福公司開戶，二者間具有委任關係，又上訴人與甲有委託買入股票之委任關係，故伊與國票證券、甲間均有委任關係，爰依侵權行為、委任法律關係規定，求為命國票證券與甲應連帶給付 331 萬 5,000 元本息之判決。

2. 被上訴人甲主張：

上訴人委託買賣股票，雙方約定賺錢雙方對分，若虧錢則由其負責。系爭股票買賣事先均經上訴人同意，股票賣出所得亦經上訴人同意出借與甲，後因金融風暴發生虧損。上訴人委託甲買賣股票，原則上均係以上訴人帳戶內的錢買股票，如果不夠，由甲先行墊款，匯錢進上訴人帳戶內。甲並未保管上訴人存摺，取款條均由甲寫好金額再給上訴人蓋章。88 年 11 月 9 日書立

之切結書，係上訴人逼迫甲簽寫，甲為保工作始簽立切結書等語資為抗辯。

3. 被上訴人國票證券主張：

甲並無侵權行為事實，且否認上訴人所指其將世華銀行存摺交由甲保管，亦否認甲盜刻、盜用上訴人印章等情事。上訴人僅空言泛稱甲偽造取款憑條、盜賣股票與盜領股款，迄未舉證證實。又原宏福公司並無違反與上訴人間之委任契約致上訴人受有損害，上訴人違反委託人印鑑存摺自行保管聲明書暨交割款券轉撥同意書之約定，私下與甲訂立「全權委託由甲代為有價證券買賣之契約」，上訴人受有損害係因甲有無違反委任（託）契約所致，與是否違反上訴人與伊間委託買賣有價證券及集中保管證券存摺登錄作業之契約，係屬二事。而甲前揭買賣股票及領款行為，係經上訴人授權，足證甲確實受上訴人之委託，授權由甲代為買賣股票。若上訴人主張私下將存摺交由甲保管屬實，係自陷財產遭他人盜領之風險，讓甲有可趁之機，及為其損害發生或擴大之主要原因，上訴人對於本件損害之發生與有過失等語資為抗辯。

（二）請求權基礎

甲之行為究否為民法第 184 條侵害客戶權利之行為？抑或為兩造間借貸或全權委託操作關係？若為前者，則國票證券應依第 188 條規定與甲負連帶責任。

（三）爭點整理

1. 原審（第二審）將第一審所為上訴人勝訴之判決廢棄，改判駁回其訴，理由如下：

- (1) 甲於 87 年 5 月間，介紹上訴人至宏福公司開立國泰世華銀行系爭存款帳戶，作為股票買賣之用，並於 88 年 2 月間經由甲建議，將股票交易帳戶改為融資帳戶，設立系爭證券交易帳戶，並辦理國泰世華銀行系爭帳戶之變更印鑑程序，為兩造所不爭執，應堪信為真實。又甲使用上訴人所有系爭股票交易帳戶及國泰世華銀行帳戶進行買賣股票行為等情，此亦有系爭股票交易帳戶之客戶交易明細表、上訴人及甲於國泰世華銀行之交易明細紀錄為證，堪足採信。股票交易明細及資金來源，係甲出賣上訴人所有集保 65 張台肥股票後，改由融資買入 65 張台肥股票，將差價 194 萬 3516 元，用以繼續購買華票及亞旭股票，故上訴人主張甲盜賣 65 張台肥股票云云，顯不足取。另就購買上開股票之資金，係上訴人同意出賣原有之 65 張台肥股票，上訴人主張甲盜賣其所有之 65 張台肥股票，實難採信。又上訴人主張僅委託甲買入股票並未委託賣出股票等語，惟第一審法院言詞辯論程序，由上訴人陳述內容，益徵上訴人曾向甲諮詢購買股票之選股事宜，僅未特定委託購入之股別及張數而已甚明。且若上訴人只有選股而未特定股別及張數即交由甲買入股票，逾半年均未聞問究竟代為購買何種股票及張數，顯有違交易常情，且上訴人若僅單純委託甲購入股票，當無交付甲存摺以供融資買入股票之必要，故上訴人上開主張僅委託甲買入股票並未委託賣出股票云云，要難採信。另甲雖先後有提領存款紀

錄，然依買賣紀錄，甲出賣股票後，仍將賣出股票所得股款供作再行買入股票之交割款項，若有不足則由甲自行匯入，以利進行交割，據此，倘若甲有盜賣股票之意思，其於將上訴人所有系爭存款轉入其個人帳戶後，衡情應不會再繼續匯回購買股票，堪認上訴人全權授權甲買賣股票，約定獲利雙方對分，虧錢則由甲負擔，以及上訴人授權甲代為出賣股票之事實，否則雙方要如何憑以計算本件股票之買賣係有獲利或虧損？從而上訴人主張甲盜賣其所有股票，自應負侵權行為責任云云，應不可採。

- (2) 上訴人雖於第一審法院偽造文書案件審理中，稱其未辦理變更印鑑之手續，惟上揭變更相關手續，係由林○○、訴外人何○○親自前往上訴人辦公室辦理等情，業經林○○、證人何○○於刑事案件到庭證述明確，互核相符，變更印鑑申請又有上訴人親自簽名，應為上訴人親自辦理無訛。上訴人主張遭甲擅自變更其世華銀行豐原分行帳戶印鑑之相關手續云云，不足採信，甲書立之切結書仍記載「私刻印章變更其世華銀行豐原分行帳戶印鑑」情節，顯與事實不符。
- (3) 甲曾於 88 年 11 月 24 日書立之切結書，為電腦打字並非甲親書，其內容有上揭不實之處，足徵甲於刑事案件審理中所辯，因上訴人揚言提出告訴，乃應其要求而簽寫，應認可採。又原審 95 年度上更(一)字第 194 號偽造文書一案，認定甲有盜賣台肥股票等行為，惟未審酌前述情節，且基於民事法院認定事實，不受刑事法院認定之拘束，自得獨立認定上開事實，不受刑事判決內容之拘束。次查甲○○提領存款之取款憑條上之印文，經法務部調查局鑑定結果，取款憑條上「乙○○」

之印文，與上訴人留存於銀行印鑑卡上「乙○○」之印文相符。上訴人雖一再迭稱上揭印鑑卡所約定使用之印鑑並未交予甲保管，而甲亦堅決否認有保管該印鑑，並經證人即林○○於刑事庭證述相符，足證上訴人主張上揭印鑑應為被上訴人保管中，應堪採信，顯見金錢之提領，係經上訴人同意再親自持印鑑章蓋在取款條後，再交由甲提領，甲所辯，尚堪採信。

(4) 又上開存入之金錢係甲所存入，為上訴人所不爭執，為此，如甲欲盜領上訴人存款，則何須於 88 年 3 月 30 日、同年 4 月 3 日及 6 月 23 日再存入金錢？上訴人雖人不在國內，惟自 88 年 3 月 23 日起至 6 月 22 日間上訴人有委託甲買賣股票，上訴人均有親自蓋章同意甲取領存款，顯見上訴人與甲二人關係密切，而提領 156 萬元又為買賣股票操作款項，既因印鑑均在上訴人處，且上訴人亦自承未曾蓋空白取款條給甲，則甲為應付其間購入股票之股款，非無可能如甲所言在上訴人於出國前先由甲於取款條填載金額，並由上訴人蓋好印鑑，再交甲提款，故上訴人以當日人不在國內，即推定甲有盜領云云，尚難採信。上訴人主張甲應負侵權行為責任，自不足取。

(5) 甲既不負侵權行為，則上訴人主張國票證券依民法第 188 條及行為時之公司法第 8 條第 2 項、第 23 條之規定，與甲對其負連帶賠償之責，自屬無據，為不足取。至上訴人追加依民法第 528 條、第 535 條、第 542 條、第 544 條之規定，主張國票證券與甲應負連帶賠償責任。惟上開規定得請求損害賠償，其要件仍以故意、過失或其他可歸責之事由，且損害

賠償乃以填補損害為要件，故上訴人自應就其受損害負舉證之責。上訴人既授權甲操作股票，並同意及親自蓋用印鑑章後交由甲提領，難認甲有故意、過失或其他可歸責之事由，雖提領及回存金額，其間有 332 萬 3000 元之差額，但既約定「由甲代為操作買賣股票，如有賺錢雙方對分，如有虧錢則由甲負擔」，則依提領及回存金額之時間，如上訴人有損害，何以仍願再蓋其印鑑章同意交由甲○○領取？上訴人之帳戶除了買賣股票之交割外，尚有轉帳、利息等等交易金額，自難以存摺間之提領與存入之差額即推論為上訴人之損害，上訴人復未舉證上開差額即為其損害金額，上訴人主張其因委任而受有損害云云並不足採，為其判斷之基礎。

2. 甲與上訴人間之關係究竟為何？涉及是否成立侵權行為之判斷，亦影響國票證券是否需為其營業員甲之行為負僱用人連帶賠償責任之論斷。

（四）判決結果

最高法院認為：

1. 上訴人於原審主張其僅委託甲買入股票，未曾委託賣出股票，原審則以依買賣紀錄，甲出賣股票後，仍將賣出股票所得股款供作再行買入股票之交割款項，若有不足則由甲自行匯入，以利進行交割，因認上訴人與甲約定授權甲買入及賣出股票，如有獲利雙方對分，虧錢則由甲負擔情事。但按主張有於己之事實者，應負舉證責任，「民事訴訟法」第 277 條定有明文。原審就被上訴人所辯雙方約定代為買賣股票，以上開方式計算盈虧之事實，既為

上訴人所否認，即應由主張該事實存在之被上訴人負舉證之責，乃原審以甲曾有存入較提領數額為少之金額入系爭帳戶，推論被上訴人所辯前詞為真正，非無違反經驗法則之虞。況被上訴人二人均為從事證券業者，當明知「臺灣證券交易所股份有限公司營業細則」第 79 條禁止客戶委託證券經紀商買賣股票，不得為全權委託之規定，被上訴人既以前詞辯稱上訴人有全權委託甲賣股票事實存在，即應負舉證責任。

2. 依原審判決所示，甲於 88 年 4 月 7 日即曾提領上訴人帳戶內款額 156 萬元，其於同年 6 月 24 日回存金額僅 23 萬元，原判決固認定該 156 萬元係為買賣股票操作款項之金額之事實，但究係代上訴人買入何種股票，金額若干，均未見於判決理由項下說明。原判決認甲提領之金額高達 539 萬 8000 元，而其回存之金額僅 207 萬 5000 元，兩者相差達三百三十餘萬元，該差額是否如原判決所認定，由甲代為買賣股票如有獲利雙方對分，而應分歸甲之獲利金額？原審再以系爭取款條上訴人印鑑為真正，據此推論系爭 156 萬元提領款項，係上訴人出國前即蓋妥印章委託甲代為購入股票用，惟上訴人於該日已出國，所謂委託代購股票用，究係購買何種股票，其流向為何？原判決均未於判決理由項下說明，亦有判決不備理由之違法。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。據上論結，本件上訴為有理由。

十一、元大證券案（98 年度台上字第 2317 號）

（一）事實說明

1. 被上訴人甲（原告）主張：

上訴人乙自民國 76 年 1 月起至 84 年 6 月底止，任職前鼎康股份有限公司（下稱鼎康公司，嗣被上訴人元大證券合併）為營業員，負責受託代客戶進行買賣股票業務。83 年間甲與訴外人王陳○○在鼎康公司開戶後，均由乙接受委託代為買賣股票，詎乙利用代甲辦理股票交割等手續而需蓋用甲印章之機會，於 83 年 10 月至 84 年 11 月間，連續多次盜用甲印章於空白存券領回申請書上，持向鼎康公司盜領甲之股票，或於交割憑單上盜蓋甲印章而盜賣甲帳戶內股票，計盜領大同公司股票 10 萬股、中華開發公司 15 萬股、福昌公司 14 萬 2 千股、新亞公司 6 萬 2 千股，盜賣股票有福昌公司 15 萬 8 千股，立益公司、南港公司、元大多元基金各 10 萬股。另甲借用訴外人王陳○○設於鼎康公司帳戶買進股票，乙亦藉其持有王陳○○印鑑及存摺之機會，盜賣屬其所有太平洋公司融資股票 10 萬股、新亞公司融資股票 15 萬股，並侵占甲託其存入帳戶之華隆公司股票 20 萬股，復向甲詐稱欲替甲買入新亞公司股票 200 張（20 萬股），甲匯款新台幣（下同）138 萬零 648 元至王陳○○帳戶，惟乙嗣竟以他人帳戶買入股票，隨後出售，得款花用。乙於 84 年 12 月 5 日又向甲詐稱借用新亞公司股票 29 萬 1 千股以供質押借款，詎取得股票後竟將之出售。合計甲得請求乙賠償之金額為 6166 萬 2509 元，而其中 5604 萬 3609 元部分，係乙於任職鼎康公司時所為，其僱用人鼎康公司應依民法第 188 條第 1 項規定，與其負連帶賠償責任。且乙亦為該公司之履行輔助人，鼎康公司依民法第 544 條、第 224 條規定，應就乙之故意行為，對甲負同一責任。鼎康公司因合併而消滅，元大公司為存續公司，其債務

即應由元大公司負責清償等情，爰求命乙給付 6166 萬 2509 元，及其中 2983 萬 1581 元自第一審判決所載利息。

2. 上訴人乙主張：

中華開發公司股票係被上訴人甲自行提領後，於 83 年 12 月 30 日存入其設於訴外人永欣證券公司帳戶內。另被上訴人於 83 年 12 月 13 日自永欣證券公司帳戶領出華隆公司股票 20 萬股，於訴外人王○○之帳戶賣出，亦非遭甲盜賣；另訴外人楊○○、葉高○○、劉○○、王陳○○等帳戶，均由被上訴人使用，被上訴人於該帳戶進出股票、交割款項及轉帳，自屬正常。又乙於 84 年 4 月 11 日以王陳○○名義賣出元大基金股票 10 萬股，亦係依被上訴人指示而為，所得款項扣除被上訴人於該帳戶買進新亞公司現股 2 萬股後，尚有 57 萬 3296 元入帳。再被上訴人匯入王陳○○帳戶之 438 萬 648 元，當天即分二筆轉出，非乙詐騙所得。被上訴人進出股市頻繁，金額龐大，乙實無可能盜領或盜賣其股票，且經被上訴人同意而借用股票，只因一時週轉不靈未能償還。上訴人元大公司則以：依當時有效之「證券商負責人與業務人員管理規則（下稱規則）」第 2 條及第 3 條規定，業務員之職務僅為證券之承銷、買賣之接洽或執行，並不包括股票交割，同規則第 16 條亦明文禁止營業員代客戶保管股票、金錢、存摺或印章；被上訴人於開戶之際即簽署切結書，表明未將股票、股票保管條、存摺、開戶印章、帳戶交付予業務人員保管、持有、使用，如私下與業務人員有上開不合法或不合規定之情事，因此致生任何損害，概與鼎康公司無涉，則乙違規代被上訴人保管證券交易存摺及其人頭戶王陳○○之存摺、印鑑，乃被上訴人與乙間之委任關係；另被上訴人係自行保

管其印鑑，於欲辦理交割時，始由乙至其處所蓋印，可見乙係受被上訴人委託代辦交割事宜；而被上訴人自永欣證券公司帳戶領出華隆公司股票 20 萬股交付乙，委託其存入帳戶，亦非屬乙執行職務之行為，就此所生損害，均與元大證券無關。且依其情節，公司縱加以相當之注意仍不免發生損害，依法即不負賠償責任。乙所為既非屬執行其與被上訴人間委任事務之範圍，自與債務履行無關，被上訴人備位聲明依民法第 224 條、第 544 條規定請求元大證券負責，亦屬無據各等語，資為抗辯。

3. 原審將第一審判決關於駁回被上訴人請求乙給付 3183 萬零 928 元本息、元大公司與乙連帶給付 5604 萬 3609 元本息部分廢棄，改判如其聲明，認為：被上訴人主張乙原為鼎康公司營業員，因有上述盜領、盜賣及侵占股票暨詐騙其款項等不法行為，致其受有損害等情，雖為上訴人所否認，但其中盜領股票與盜賣部分股票，業經第一審判命乙如數給付確定。

（二）請求權基礎

1. 被上訴人甲主張元大證券應繼受原鼎康公司之權利義務，依「民法」第 188 條之規定，與被上訴人營業員乙負連帶損害賠償責任。
2. 被上訴人甲備位聲明依「民法」第 224 條、第 544 條規定請求元大證券基於乙為其履行輔助人之地位，負債務不履行之連帶損害賠償責任。

（三）爭點整理

1. 營業員盜領、盜賣客戶持有股票使其生損害賠償，其方法與範圍如何認定？

第二審兩造爭執：

- (1) 中華開發公司現股 12 萬 6 千股部分：被上訴人主張乙在空白存券領回申請書上盜蓋其印章，於 83 年 10 月 8 日領回其先前在鼎康公司買入之中華開發公司股票 10 萬股、同年 11 月 3 日領回 3 萬股、同年 11 月 4 日領回 2 萬股，共計 15 萬股，乙雖僅承認向被上訴人借用 2 萬 4 千股（此部分經第一審判決確定），惟被上訴人於 84 年 11 月 18 日向法務部調查局台北市調查處提出檢舉後，乙始於同年 12 月間書立積欠被上訴人股票之借據，要求被上訴人撤銷告訴，然彼此間未書立任何憑據，或提供擔保，乙對於在何時向被上訴人借用股票及其情節均無法敘明，足見借用之說，純屬遁詞，被上訴人指其盜領，自非無據。既係盜領，即應與申請領回股票同額。且被上訴人之證券交易存摺為乙所持有，僅乙知悉其餘額，被上訴人係於 84 年十一月間始知股票遭乙盜領，斷無可能在 83 年 11 月 3 日、4 日從鼎康公司領清帳戶內所剩之五萬股股票。乙雖辯稱係被上訴人自行提領該 15 萬股後，於 83 年 12 月 30 日存入其設於永欣證券公司之帳戶，在此之前，永欣證券公司帳戶內並無此等股票買進之交易云云。惟被上訴人曾於 83 年 10 月 3 日以永欣證券公司帳戶買進中華開發公司現股 20 萬股，同年 10 月 8 日申請領回，故嗣後被上訴人於同年 12 月 30 日存入永欣證券公司帳戶之 15 萬股，乃係其先前領回之股票，與遭乙盜領之股票無涉，堪認其餘 12 萬 6 千股亦遭乙盜領。

- (2) 福昌公司股票 14 萬 2 千股部分：被上訴人於鼎康公司共買進福昌公司股票 30 萬股，乙書立之「借據」雖僅記載其借用 15 萬 8 千股（此部分經第一審判決確定），但乙於第一審陳稱「形式上不爭執，這些文件是真的。南港、福昌、立益、元大多元的股票，是原告在別家買進套牢的股票，才願意借給我」等語，已坦承取走福昌公司股票，且其中 15 萬 8 千股遭乙盜賣，復經第一審判決確定，則餘額為 14 萬 2 千股，應僅保管被上訴人證券存摺之乙知情，而其後領取股票數額既與存摺餘額相符，堪認該部分股票亦係乙盜領。
- (3) 元大基金 10 萬股部分：乙於第一審承認取走該股票，證人王陳○○亦證稱由其帳戶賣出之元大基金 10 萬股係被上訴人所有，乙雖辯稱係向被上訴人借用，但所謂借用並無其事。復以其持有王陳○○印章及存摺，可見係為方便辦理交割及取得款項，始盜領該股票後由王陳○○帳戶出售。雖又辯稱元大基金股票係被上訴人提領，存入人頭戶王陳○○帳戶交割，得款 112 萬 2280 元抵付被上訴人於王陳○○帳戶買進新亞公司現股 2 萬股股款云云，但出售該股票之交割款嗣並未用於買進新亞公司現股 20 萬股（詳後述），且該元大基金股票係 84 年 4 月 12 日交割，部分款項於翌日轉入王陳○○帳戶，餘額則於當日轉出不知去向；至於所稱之新亞公司現股 20 萬股係於 84 年 4 月 12 日成交，翌日交割，被上訴人於同年月 14 日匯款 438 萬 648 元至王陳○○帳戶辦理交割，二者時間先後有差異，所辯尚非可信。

- (4) 華隆公司股票 20 萬股部分：被上訴人主張其於 83 年 12 月 13 日自永欣證券帳戶領回華隆公司股票 20 萬股，將之交付乙代為存入其在鼎康公司之帳戶，乙予以侵占，在第三人帳戶賣出，乙則稱係被上訴人在第三人王明德帳戶賣出云云。惟乙於刑事案件審理中坦承侵占該華隆公司股票，並稱股票錢到何處去已忘記了等語，堪信被上訴人主張為真實。
- (5) 新亞公司現股 20 萬股之交割款 438 萬 648 元部分：乙雖否認向被上訴人訛稱代其買進新亞公司現股 20 萬股，而向其詐騙上開款項，惟乙係先以王陳○○帳戶買進 49 張、劉○○帳戶買進 60 張、楊○○大信證券帳戶買進 91 張，合計買進新亞公司現股 20 萬股後，再向被上訴人甲謊稱已依照其指示買進新亞公司股票。被上訴人乃於 84 年 4 月 14 日匯款 438 萬 648 元至王陳○○帳戶；而乙於他案提出其助理李○○依其指示製作之帳簿，其內載有「劉○○交入」、「轉劉○○交割」、「劉○○交割」等語，且乙盜賣福昌公司、立益公司之股票，得款支票係在劉○○、楊○○帳戶兌現，可見二人均係乙之人頭戶，與被上訴人無關。被上訴人自不可能指示乙以二人帳戶買進股票。乙自始即為自己利益，以上述帳戶買進股票；其縱非詐騙，亦有背信或侵占犯行。職是，被上訴人主張其因乙上開不法行為，受有損害，即非無據。

2. 受僱人是否因「執行職務」不法侵害他人之權利，如何認定？

原審認為：

- (1) 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。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；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，亦應涵攝在內。故證券公司業務員，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而涉不法，即應認與其執行職務有關。
- (2) 乙為鼎康公司營業員，依「管理規則」第 2 條第 2 項、第 3 條及「證券交易法施行細則」第 9 條第 3 款規定，可知證券商業務人員係從事有價證券買賣之開戶、受託、申報、結算、交割或為款券收付、保管之人員，上述業務，均屬證券商業務人員之職務，依「管理規則」第 18 條規定，視為該證券商授權範圍內之行為。至於營業員、交割員等，僅為證券公司內部之區分，縱業務人員辦理登記範圍以外之業務，僅生違反行政規定、行政處罰之問題，亦不得因此否定證券商已授權業務人員為上開業務。

- (3) 乙利用營業員之身分及職務上之機會，藉口買賣股票需集中保管，及方便買賣交割股票及轉帳付款等理由，而持有被上訴人之證券交易存摺、王陳○○之印章、存摺，並利用受託買賣股票、辦理股票交割之機會，盜蓋其印章，進而盜領、盜賣被上訴人所有的股票，或挪用被上訴人交付的交割款，或侵占被上訴人交付之股票，依上說明，應認因執行職務而不法侵害被上訴人之權利。元大證券既未舉證證明鼎康公司選任乙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仍不免發生損害，自應依民法第 188 條第 1 項規定與乙連帶賠償。
- (4) 被上訴人前於鼎康公司開戶時，固曾出具聲明書，載明未將股票、股票保管條、存摺、開戶印章、帳戶交付予業務人員保管、持有、使用，如私下與業務人員有上開不合法或不合規定之情事，因此致生任何損害，概與該公司無涉等語，惟該聲明書係鼎康公司單方預訂用於同種類契約之條款，而由需要訂約之他方依照該預定條款而訂立之附合契約，屬定型化契約，其約定免除鼎康公司之責任或被上訴人拋棄求償權利，參考「消費者保護法」第 12 條、同法「施行細則」第 14 條規定，堪認其有違平等互惠原則，對被上訴人顯失公平，依民法第 247 條之 1 規定，應認該部分約定無效。
- (5) 乙應賠償之金額共計 6166 萬 2509 元，惟其冒領賣出新亞公司增資配股 6 萬 2 千股，損害金 99 萬 2 千元，及向被上訴人訛借新亞公司股票 29 萬 1 千股，損害金 462 萬 6900 元部分，係離職後所為，扣除此部分金額後，元大證券應連帶賠償之金額為 5604 萬 3609 元。

(6) 上訴人辯稱被上訴人甲與有過失，被上訴人自承其證券交易存摺由乙保管，且知悉王陳○○帳戶之存摺及印章，均由乙保管，竟仍任由乙使用，並任其使用王陳○○之帳戶買賣股票，致損害擴大，被上訴人雖與有過失，但乙係故意為侵權行為，如減免其賠償金額，反而不公，故不予減免。從而，除第一審判決確定部分外，被上訴人請求乙再給付 3183 萬 928 元本息，及請求元大證券與乙連帶給付 5604 萬 3609 元並其利息部分，於法並無不合，應予准許。

(四) 判決結果

最高法院認為：

1. 中華開發公司股票 12 萬 6 千股部分：乙辯稱係被上訴人甲自行提領該股票 15 萬股後，於 83 年 12 月 30 日存入其設於永欣證券公司之帳戶，原審雖謂被上訴人曾於 83 年 10 月 3 日以永欣證券公司之帳戶買進中華開發公司現股 20 萬股，同年 8 月 8 日申請領回，故嗣後被上訴人於同年 12 月 30 日存入永欣證券公司之 15 萬股，乃係其先前領回之股票，與遭乙盜領之股票無涉云云，惟所憑證據為何，未見說明，已有理由不備之違法；且就該股票，被上訴人原共買進 15 萬股，係分三次領回，各領回 10 萬、3 萬、2 萬股，乙僅承認借用其中 2 萬 4 千股等情，為原審確定之事實，則縱乙所稱借用 2 萬 4 千股與各次領回之股數不符，何以即得認定全部 15 萬股均係其盜領？
2. 福昌公司股票 14 萬 2 千股部分，原審雖謂乙於第一審承認取走該股票，惟依原審引用之第一審 95 年 10 月 24 日言詞辯論筆錄記載，

乙係就法官提示證物而為陳述，惟該部分證物似無關福昌公司股票交易。且乙於該期日尚明確表示未向被上訴人借用福昌公司股票 14 萬 2 千股，則原審逕謂乙承認拿走該股票，亦有可議。依卷附委託領回清單記載，上開中華開發及福昌公司股票，均有證券字號，則其領回後究由何人帳戶賣出或存入集中保管？是否可認係乙所為？原審未加以調查審認，即謂上開股票均係遭乙盜領云云，未免率斷。

3. 元大基金股票 10 萬股部分：乙辯稱被上訴人提領後，存入其使用之王陳○○帳戶賣出，得款 112 萬 2280 元抵付被上訴人於該帳戶買進之新亞公司現股 2 萬股股款後，尚有 57 萬 3296 元入帳等語，所指被上訴人購買之股票係新亞公司「2 萬」股，與兩造爭執之另筆被上訴人匯款交割之新亞公司「20 萬」股股票，似屬二事。原審未予究明，徒以乙未購入新亞公司股票 20 萬股，即認其抗辯不可採，尚嫌粗疏。另原審命元大證券給付 5604 萬 3609 元及如附表所示之利息，惟該附表所載本金總額卻為 5604 萬 6329 元，亦有出入。
4. 按「民法」第 213 條所規定損害賠償之方法，固以回復原狀為原則，惟證券市場，瞬息萬變，若被害人訴請賠償時適股價低迷，仍命行為人以低價補回以回復原狀，不僅不能填補被害人所受損害及所失利益，亦與誠信原則有違，更易鼓勵犯罪。是被害人請求按其交付股票時所折算之價額以金錢賠償，應屬正當。被上訴人甲依乙盜領、盜賣當日股票之收盤價計算其損害，亦無不合。而其主張中華開發公司股票 12 萬 6 千股值 1673 萬 4 千元，福昌公司股票 14 萬 2 千股值 383 萬 4 千元，元大基金股票 10 萬股值

112 萬 2280 元，華隆公司股票 20 萬股值 576 萬元部分，均為上訴人所不爭執，自屬可採。加上被詐騙之 438 萬 648 元，共得請求乙賠償 3183 萬 928 元。

5. 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。所謂被害人與有過失，只須其行為為損害之共同原因，且其過失行為並有助成損害之發生或擴大者，即屬相當，不問賠償義務人應負故意、過失或無過失責任，均有該條項規定之適用。原審既認被上訴人任由乙持有使用其證券交易存摺，且明知王陳○○帳戶之存摺及印章，亦由乙保管，仍任由乙在王陳○○之帳戶內買賣股票，致損害擴大，與有過失云云，竟以乙係故意為侵權行為，即謂無上開過失相抵規定之適用，於法未合。上訴論旨，執以指摘原判決關於其敗訴部分為不當，求予廢棄，非無理由。

十二、太平洋證券（99 年度台上字第 1177 號）

（一）事實說明

1. 上訴人中央存款保險公司（下稱存保公司）主張：

被上訴人太平洋證券為第一審原告前花蓮區中小企業銀行股份有限公司（下稱花蓮企銀）之法人董事，被上訴人甲係其指派之法人代表，並自民國 93 年 7 月 5 日起至 95 年 1 月 17 日止當選為花蓮企銀第 10 屆、第 11 屆董事長。該公司於 93 年 11 月 8 日之臨時股東會，既僅議決公司董監事報酬之給付標準，各董監事即無領取獎金之權利。乃甲卻以董事長身分，不當支領 93 年度、94 四

年度之年終獎金新台幣(下同)183萬7500元及74萬2500元(下稱系爭年終獎金)，致遭行政院金融監督管理委員會(下稱金管會)要求花蓮企銀追回未果後，以花蓮企銀內部控制及稽核制度未能有效執行為由，予以裁處罰鍰4百萬元。該罰鍰係甲任董事長期間，未履行其義務，而不當發放年終獎金，所造成花蓮企銀公司之損害，自應對花蓮企銀公司負賠償責任。太平洋證券為甲之僱用人，亦應連帶賠償損害。嗣花蓮企銀之資產與負債已由訴外人中國信託股份有限公司(下稱中信公司)概括承受，經受委託依「行政院金融重建基金設置及管理條例(下稱金融重建管理條例)」相關規定賠付中信公司，而依民法第312條、「金融重建管理條例」第17條規定，受讓此項債權並予承當訴訟等情。爰依侵權行為法則及民法第28條規定，求為命被上訴人連帶給付(賠償)4百萬元本息之判決。

2. 被上訴人太平洋證券主張：

行政院訴願審議委員會已作成決定書，將金管會核處花蓮企銀公司追回獎金部分撤銷，足見該裁處罰鍰顯有錯誤。況花蓮企銀對金管會裁處罰鍰處分曾提起訴願，上訴人於95年2月間接管該公司參與經營決策後，對於是否追回年終獎金已可自行決定，其竟予撤回訴願，亦見因該罰鍰所受之損害，係屬可歸責於上訴人，請求太平洋證券賠償於法無據等語，資為抗辯。

3. 原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，理由如下：

- (1) 太平洋證券為花蓮企銀法人股東，其指派被上訴人甲代表行使職務，甲於系爭股東會上被選任為花蓮企銀公司董事，再由董事會選任為董事長，其以董事長身分，曾領取系爭年終獎金。

95年1月18日由劉○○接任甲為花蓮企銀公司第11屆董事長，金管會即於95年7月、9月間，以該公司93年度、94年度發放董事長、副董事長獎金303萬5千元，違反公司章程第24條規定及93年度臨時股東會討論事項決議，而該公司歷次回覆金管會之查核報告均未能查核實情，亦拒絕金管會二次要求辦理追回獎金，顯然無法有效執行內部控制及稽核制度為由，認花蓮企銀違反「銀行法」第45條之1第1項規定，依同法第129條第7款規定，核處罰鍰4百萬元。

- (2) 嗣花蓮企銀對被上訴人提起系爭損害賠償之訴後，遭上訴人接管，即由上訴人承當訴訟等情，固為兩造不爭執之事實。惟侵權行為之成立，以有故意或過失之不法行為存在，且該不法行為與損害之發生間有因果關係為其要件。金管會既認花蓮企銀顯已無法有效執行內部控制及稽核制度，始依前開規定對該公司處以罰鍰，可見金管會係因花蓮企銀未執行追回獎金，方處罰該公司，並非以該公司發放獎金為由加以處罰。金管會要求花蓮企銀追回獎金時，甲已非公司之董事長，自無權代表該公司執行追回獎金任務，金管會對花蓮企銀之處罰即與甲以該公司董事長身分發放獎金之行為無關。甲對花蓮企銀受金管會處罰所受之損害，應無侵權行為之損害賠償責任可言。從而，上訴人依侵權行為法則及民法第28條規定，請求被上訴人連帶給付（賠償）四百萬元之本息即屬無理，為其判斷之基礎。

(二) 請求權基礎

1. 依民法第312條、「金融重建管理條例」第17條規定債權移轉，由債權人承擔訴訟。

2. 依民法第 28 條、第 184 條規定請求法人董事負侵權行為責任，所屬公司依民法第 188 條之規定負連帶損害賠償責任。

(三) 爭點整理

1. 侵權行為與損害之發生間因果關係如何認定？
2. 法人代表於執行其代表職務時侵害他人權利，指派代表之原法人是否應負民法第 188 條僱用人連帶損害賠償責任？

(四) 判決結果

1. 按侵權行為之成立，並不以行為人之行為係侵權結果發生之唯一原因為必要。不同侵權行為人之行為，苟係損害發生之共同原因，即可成立共同侵權行為。就該共同不法行為所侵害他人之權利，自各負有賠償全部損害之責。
2. 被上訴人太平洋證券為花蓮企銀之法人股東，指派被上訴人甲代表行使職務當選花蓮企銀董事長，並領取 93 年度、94 年度年終獎金。金管會認為違反公司章程第 24 條規定及 93 年度臨時股東會討論事項決議，且公司均未能查核實情，顯然無法有效執行內部控制及稽核制度為由，認花蓮企銀違反「銀行法」第 45 條之 1 第 1 項規定，而依同法第 129 條第 7 款規定，核處罰鍰 4 百萬元。上述事實為被上訴人不爭執，內載系爭年終獎金之發放，係由甲簽

名決行，花蓮企銀遭金管會課處罰鍰，係因甲於擔任花蓮企銀董事長期間，暨該公司未能查核實情並拒絕辦理追回獎金之共同行為所致。上訴人主張：甲於擔任花蓮企銀公司董事長期間，應瞭解該公司相關股東會決議及章程規定，然其除未健全該公司內控制度外，甚至利用職務之便及內控疏漏，自行以簽呈核發年終獎金予其本人及其他董事，依照一般客觀情形本可預見此種未經股東會決議即自行支領獎金之行為係屬違法，而有遭到主管機關裁罰之可能，且若非甲自行以簽呈核發年終獎金之行為，則花蓮企銀絕不會遭金管會裁處罰鍰 4 百萬元，故兩者間應有因果關係。

3. 甲係太平洋證券該公司指派至花蓮企銀為執行業務之代表，倘認甲之執行職務，確加損害於花蓮企銀，太平洋證券是否不應負民法第 188 條之僱用人或同法第 28 條所定法人侵權行為之連帶損害賠償責任？均非無再事斟酌之餘地。原審未依本院前次發回意旨詳加審認，說明上訴人前述攻擊防禦方法取捨意見，遽為上訴人敗訴之判決，尚嫌速斷，有判決不備理由之違法。上訴意旨，指摘原判決不當，求予廢棄有理由。

十三、凱基證券案（99 年度台上字第 2024 號）

（一）事實說明

1. 上訴人主張：

被上訴人凱基證券（原為訴外人台証證券，嗣於民國 98 年 12 月 19 日因合併由被上訴人概括承受其權利義務）所雇用之業務專員即第一審共同被告蔡○○於 93 年 6 月間為其處理股票、基金及期貨

交易事宜時，利用職務之便，向上訴人佯稱台証證券有代銷台台証期貨發行，可短期回贖之保本型基金產品（下稱系爭基金），獲利率約百分之四至五，上訴人同意購買，並依蔡○○指示，先後匯款至訴外人王○○在台新國際商業銀行所開設之保證金專戶，金額如原判決附表所示。嗣上訴人於 95 年 12 月間欲贖回上開基金，經台証證券告知該公司未代銷該基金，始知受騙。被上訴人為蔡○○之僱用人，就蔡○○因上開執行職務不法行為致其所受損害，應負連帶賠償責任等情。依民法第 184 條、第 188 條第 1 項前段規定，求為命被上訴人與蔡○○連帶給付共同上訴人甲新台幣（下同）600 萬元、乙 500 萬元、丁 850 萬元、丙 2 百萬元，均加計法定遲延利息之判決（上訴人請求蔡○○給付部分，業受勝訴判決確定）。

2. 被上訴人凱基證券主張：

- (1) 蔡○○向上訴人謊稱代購系爭基金，純屬個人犯罪行為，與執行職務無關。
- (2) 上訴人係將購買基金之款項匯入蔡○○或王○○之期貨保證金專戶，其本人開設之期貨保證金專戶並無該等交易紀錄，所屬公司無從查核。況台証證券就蔡○○之選任監督，已盡相當之注意，或縱使加以相當之注意，仍不免發生損害，依民法第 188 條第 1 項但書規定，無庸負賠償責任。縱使須負賠償責任，因上訴人就損害之發生與有過失，亦應減輕或免除伊之賠償責任等語，資為抗辯。

3. 原審法院見解：

- (1) 蔡○○自 90 年 6 月 15 日起，擔任台証證券公司之業務專員，自承確有向上訴人佯稱台証證券有代銷系爭基金，使上訴人誤信

而同意購買屬實。雖台証期貨依法不能發行基金，系爭基金事實上並不存在，且上訴人購買該基金之匯款，未依台証證券代銷基金之標準流程，匯入基金申購帳戶，亦非匯入上訴人所開設之台証期貨期貨保證金專戶，而係匯入蔡○○或王○○的期貨保證金專戶，但在外觀上既屬蔡○○代銷基金之職務範圍，其顯係利用受託買賣業務之職務上機會，及執行職務之處所，對上訴人施行詐騙，應認係執行職務之行為。惟查蔡○○具有合格之證券及期貨營業員執照，任職前及任職期間信用狀況正常，並無任何違規處分之記錄；且依蔡○○陳稱：基金部分只會列印我個人名下所募集到各類基金的客戶金額，王○○及我帳戶下的往來交易情況可以從報表看出來，但從報表上無法看出從事交易的金錢是何人匯入的；……上訴人直接匯款入王○○及我的帳戶，所以上訴人開的帳戶都沒有資金匯入、匯出的資料，只有在我匯款入甲、丁的期貨帳戶時，公司才知道這兩個帳戶有錢匯進去，但公司無法查知匯款人是誰等語；參以客戶期貨保證金專戶係設在金融機構，台証證券原即無從列印該保證金專戶之銀行對帳單交寄各交易人，亦無法經由體系內之稽核程序查知上訴人曾匯款至蔡○○或王○○之期貨保證金專戶。足認被上訴人對於蔡○○之選任，及其任職期間之財務狀況，已在權責範圍內，盡相當之注意義務。

- (2) 上訴人均有在台証期貨開設期貨保證金專戶，其購買系爭基金款項，自應匯入所開設之帳號，然上訴人並未將款項匯入其開設之本人保證金帳戶，被上訴人無從得知其有匯款情事，自無法監管。上訴人因此受有匯款之損害，與被上訴人之控管監督

無因果關係。則被上訴人就選任蔡○○及監督其職務之執行，已盡相當之注意。

- (3) 上訴人全然依蔡○○之指示而為匯款，被上訴人縱使加以相當之注意，仍不免發生損害，依民法第 188 條第 1 項但書規定，應認被上訴人無庸負賠償責任。綜上，上訴人依民法第 184 條、第 188 條第 1 項前段規定，請求被上訴人給付甲 6 百萬元、乙 5 百萬元、丁 850 萬元、丙 2 百萬元，及均加計遲延利息，洵非正當，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

(二) 請求權基礎

1. 營業員因其違法交易行為，對客戶負「民法」第 184 條侵權行為損害賠償責任。
2. 營業員之僱用人依「民法」第 188 條之規定負侵權行為連帶損害賠償責任。

(三) 爭點整理

為符合「民法」第 188 條第 1 項但書，對營業員私下之違法行為，僱用人縱使加以相當之注意，仍不免發生損害之免責認定，其認定之標準為何？

(四) 判決結果

- 1.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188條第1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。

- 2.查蔡○○任職台証證券受託買賣業務員，職務為接受客戶證券、期貨委託買賣、代銷經核准之基金。其擔任之職務既係為客戶理財，須經手錢財，台証證券於選任時，除應注意其是否具備專業之能力外，自須注意其品德是否誠實廉潔，並於任用後，除監督其工作情形外，尚應觀察其生活動態。蔡○○確有向上訴人佯稱台証證券有代銷系爭基金，使上訴人誤信而同意購買，為原審認定之事實。蔡○○亦自承當時有卡債、操作股票虧損問題等語；證人即當時係蔡○○之主管尤○○並證稱：「據我所知……她有用自己跟王○○的戶頭從事證券買賣交易……就我所瞭解，她有投資損失時，我會私下關心她……」等語。則蔡○○有詐騙客戶之行為，任職期間並發生卡債、操作股票虧損問題，依上開說明，能否仍謂台証證券公司對其之選任監督已盡相當注意，尚非無疑。

- 3.原審就此未詳加研求，遽依前揭理由，認被上訴人免負僱用人之賠償責任，不無可議。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。據上論結，本件上訴為有理由。

十四、華南永昌證券案⁵⁹

(一) 事實說明

1. 本件上訴人委託被上訴人下單買賣上市櫃公司之股票，應透過約定款券交割帳戶轉撥收付，而第一審共同被告即原任職被上訴人公司之營業員許○○向上訴人陳稱可代購華南金控員工分紅配股，而由上訴人以電匯或交付現金、取款憑條之方式將投資款項交付許○○，委託許○○代購股票，及交付投資款項。
2. 許○○於民國 92 年間向上訴人陳稱可以低價代購廣達電腦股份有限公司、鴻海精密工業股份有限公司之海外存託憑證時，被上訴人並未從事委託買賣外國有價證券之業務，上訴人亦未與被上訴人簽訂受託買賣外國有價證券契約及開立買賣外國有價證券之帳戶，且許雅芳事後匯款予上訴人，均係以其個人名義匯款。
3. 被上訴人主張：參考每月買賣對帳單係寄至上訴人聯絡地址，上訴人若係經正常程序委託被上訴人買賣股票，顯可自被上訴人寄送之對帳單得知其股票買賣之明細，足認上訴人交付款項予許○○，委其代購上述海外存託憑證，亦係基於信任許○○個人而為委託，與許○○執行被上訴人公司職務無關等情。

(二) 請求權基礎

⁵⁹ 101 台上字第 123 號。

1. 營業員因違法交易行為，對客戶負「民法」第 184 條侵權行為損害賠償責任。
2. 營業員之僱用人依「民法」第 188 條之規定負侵權行為連帶損害賠償責任。

(三) 爭點整理

1. 營業員許○○向上訴人陳稱可代購華南金控員工分紅配股，而由上訴人以電匯或交付現金、取款憑條之方式將投資款項交付許○○，均非透過上訴人之款券交割帳戶買賣股票，顯係出於其對許○○個人信賴，自難認係許○○執行被上訴人公司受上訴人委託買賣股票之職務行為。
2. 原審已依全辯論意旨及調查證據之結果，認定上訴人係基於信任許○○個人而為委託，許○○縱於上班時間在被上訴人營業處所，利用被上訴人公司之電話、傳真設備與上訴人聯絡及上訴人至被上訴人公司交付現金予許○○，外觀上似與許○○執行職務有所關連，亦難憑此即謂許○○係執行受僱人之職務，而令被上訴人負「民法」第 188 條第 1 項之僱用人責任。

(四) 判決結果

1. 按上訴第三審法院，非以原判決違背法令為理由，不得為之。又提起上訴，上訴狀內應記載上訴理由，表明原判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，其依

「民事訴訟法」第 469 條之 1 規定提起上訴者，並應具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由。依同法第 468 條規定，以原判決有不適用法規或適用法規不當為理由時，其上訴狀或理由書應表明該判決所違背之法令條項，或有關判例、解釋字號，或成文法以外之習慣或法理等及其具體內容，暨係依何訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由。上訴狀或理由書如未依上述方法表明，或其所表明者與上開法條規定不合時，即難認為已合法表明上訴理由，其上訴自非合法。

2. 上訴人對原審已論斷者，泛言未論斷；而非表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由，應認其上訴為不合法。
3. 另原審並非僅憑許○○說詞即為上開認定，故許○○書立之聲明書記載「公司有嚴格禁止營業員幫客戶操作股票，上訴人知情」，其中「上訴人知情」乙語縱為原聲明書所無，亦與判決結果無涉，附此敘明。

十五、日盛證券案⁶⁰

(一) 事實說明

⁶⁰ 101 年台上字第 1679 號。

1. 上訴人徐○○、泰昌鋼鐵工廠股份有限公司（下稱泰昌公司，法定代理人李○○係徐○○之配偶，徐○○、泰昌公司下合稱徐○○等人）

主張：

(1) 伊係對造上訴人日盛證券客戶，委託該公司進行有價證券買賣交易，同時依約定在台中商銀開立活期儲蓄存款帳戶，作為交割股款之用，並由日盛證券受僱人即第一審共同被告胡○○任伊之營業員，接受伊委託代為下單買賣有價證券。胡○○明知日盛證券未經營買賣債券業務，竟向徐○○詐稱泰昌公司得購買債券以退稅，致徐○○等人陷於錯誤，委託胡某買賣股票、債券、權證等有價證券。胡某受託買進有價證券，卻未購買而將交割款項盜領；或盜賣有價證券而將出售所得盜領；或許稱以融資購買之有價證券價格下跌，須繳清融資本息，偽造日盛公司「融資現金償還申請書」，使徐○○匯款，上開盜領款項分別存入胡某個人之帳戶或其人頭戶，致伊因而受有損害。

(2) 爰依民法第 184 條第項、第 188 條第一項規定，求為命日盛公司與胡○○連帶賠償上述損害及自訴狀繕本送達翌日起加付法定遲延利息之判決。

2. 日盛公司主張：

(1) 現行股票交易均採款券劃撥作業，即出售股票價款均存入客戶事先指定之銀行帳戶，故出賣股票時必需掌握銀行存款之印鑑章及存摺，始可領款。徐○○等人之印鑑章均自行保管，胡○○如何能偽造取款條，將賣股票所得款項轉出？胡○○未出資，泰昌公司竟轉讓百分之五股權予胡○○，使其擔任公司董事，足見胡○○與李○○、徐○○夫妻間之關係及資金往來密切。不得以出售股

票所得款項有流入胡文浩使用之人頭戶，即臆測胡文浩係盜賣股票、偽造取款條領取。

- (2) 又營業員個人之犯罪行為，非屬執行職務之行為，胡文浩縱盜賣股票，亦係其個人犯罪行為，依民法第 188 條規定，伊不負連帶賠償責任。若謂伊應負損害賠償責任，但徐○○等人收到對帳單未向伊查詢，且自行交付存摺由胡○○刷簿，已逾一般營業員服務範圍，況徐○○等人曾出具知會書，知悉不可以將存摺及印章交營業員保管，以免不測，徐麗香等人就本件損害與有過失等語，資為抗辯。

3. 原審維持第一審所為命日盛證券與胡○○連帶給付徐麗香 917 萬 7058 元、泰昌公司 1233 萬 2553 元各本息及徐○○等人其餘部分敗訴之判決，並駁回日盛證券之上訴及徐○○等人之附帶上訴，理由如下：

- (1) 徐○○等人均係日盛證券之客戶，委託該公司進行有價證券買賣交易，同時在台中商銀開立活期儲蓄存款帳戶，作為交割股款之用，並由日盛證券受僱人胡○○擔任徐○○等人之營業員，接受委託代為下單買賣有價證券等事實，為兩造所不爭，堪信為真實。
- (2) 台中商銀及日盛證券所提供徐○○等人之銀行及股票帳戶交易明細、買賣對帳單，乃各該帳戶真正之歷史交易紀錄。胡文浩補摺之存摺雖與其交付之交易憑證內容一致，惟與上述歷史交易紀錄不符，該補摺之存摺內容及交付之交易憑證均屬偽造，亦堪認定。

(3) 日盛公司辯稱胡○○受徐麗香等人委託始賣出股票云云，不惟為徐○○等人所否認，且胡○○自徐○○等人銀行帳戶提領款項，存入其本人或其人頭戶之帳戶，嗣提領後流向不明，若徐○○等人確委託胡○○賣出股票，豈容胡○○將款項挪為私用？又胡○○對提領款項原因，或稱係徐○○等人同意作三種墊款，而經徐○○親自用印；或稱其為金主，徐麗香將款項領出後，其將款項轉給自己之人頭戶，再將利息給徐○○等語，前後不一，且對於貸款予何人，竟稱已無名單，又未見胡○○有利息收入，日盛證券上開辯解，自不足採。

(二) 請求權基礎

1. 營業員應其違法交易行為，對客戶負「民法」第 184 條侵權行為損害賠償責任。
2. 營業員之僱用人負「民法」第 188 條受僱人侵權行為連帶損害賠償責任。

(三) 爭點整理

1. 營業員之不法行為（詐欺）是否成立？

原審認為：

- (1) 參諸胡○○於刑事案件偵審中承認偽造徐○○等人之庫存餘額表、對帳單、交割憑單，足見胡○○確有未經徐○○等人同意出售有價證券及領款之事實，否則其何需偽造庫存餘額表？胡○○苟非為掩飾盜賣股票或佯為購買債券、權證之事實，何必交付內容不

實之存摺及交易憑證，使徐○○等人誤認交易實情及尚有如表上
所載之有價證券？

- (2) 徐○○未與日盛證券簽訂債券附條件買賣總契約，無任何交易資料，泰昌公司未於日盛證券開立投信及債券帳戶，足見胡○○向徐○○等人所稱購買債券云云，純屬詛詞，其所交付之交易憑證亦皆不實。
- (3) 徐○○自 85 年 3 月 15 日起、泰昌公司自 88 年 3 月 29 日起，其日盛證券帳戶之通訊地址變更為台中郵政 20-37 號信箱，該信箱是以胡○○名義申請，足證徐○○等人於變更通訊地址後，若有收到對帳單等資料，係由胡○○交付。而胡○○怕泰昌公司發現盜賣股票，亦有回補股票之情形，泰昌公司於變更通訊地址前，縱有收到對帳單等資料，因相信胡○○而未詳細核對，致未發現，自屬常情。況胡○○於 90 年 2 月間起擔任泰昌公司之董事，顯見胡○○與李○○、徐○○夫妻關係匪淺，則夫婦倆基於信任胡某致未發現異常，亦屬合理。
- (4) 徐○○等人印鑑章固未交胡文浩保管，但辦理開戶及其他文件資料時，本人須親自攜帶身分證及印鑑章交予承辦人員一段時間，亦須在諸多文件上簽名、蓋章，則胡○○利用該機會，乘機以不詳方式先後在空白之取款條上，盜蓋徐○○等人印鑑章，並由李○○於空白之認購權證申請書上簽名，並非不可能。否則若徐○○、李○○係每次同意於銀行上之取款條上蓋章，豈有僅在取款條上蓋章，不自行填載金額，任由胡文浩在取款條上自行填載金額之理？日盛證券所辯：胡○○於銀行取款，均得徐○○、李○○同意云云，顯悖常情。日盛公司聲請調取泰昌公司之取款條，以查明各該次取款條之筆跡是否胡○○所為等情，核無必要。

2. 受害人是否有知悉營業員不法行為之可能？

原審認為：

- (1) 徐○○曾委託胡○○辦理其個人及泰昌公司上開銀行帳戶提款事宜，胡某因而知悉其等之提款密碼，衡情並無不合。而在原存銀行作轉帳交易，可以不填載密碼，胡○○自徐○○等人之銀行帳戶辦理轉帳，其在原存銀行辦理者，根本無須填載密碼，尚難單以胡○○未曾保管徐○○等人及李○○之印鑑章，及胡○○能順利自徐○○等人之帳戶辦理轉帳，而為有利胡○○之認定。
- (2) 泰昌公司於88年8月間，雖曾以華南銀行股票辦理股票質押借款，且辦理質押借款時，須持原留印鑑及股票存摺，然徐○○係委由胡○○處理泰昌公司之買賣股票事宜，基於對胡○○之信賴，致未詳查股票交易情形，不能憑此為胡○○有利之認定。至徐○○於91年8月23日簽立確認書，所特別註明：「既已澄清，勿多擾」一節，因該確認書係徐○○前往日盛證券陳稱其股票帳戶與其買賣有不符之處，經該公司指派訴外人邱○○協理前往徐○○住處查訪，未獲會晤，嗣後責成胡○○與徐○○洽詢後，才由胡○○送交公司留存，徐○○陳稱：因胡某告知簽名後，91年9月4日回贖債券之款項，才會匯至泰昌公司之帳戶，伊為取回款項才簽等語，應可採信，尚不得以此認定徐○○有同意，而為胡○○有利之認定。胡○○確有侵權行為，且其侵權行為與徐○○等人之受損害間具有因果關係，足堪認定。

3. 是否為利用職務上之機會所為之行為？

原審認為：

- (1) 胡○○受僱於日盛證券擔任營業員工作，負責下單交易買賣股票事宜，屬「證券商負責人與業務人員管理規則」第3條第2款之業務員，從事該規則第2條第2項各款2有價證券承銷、自行買賣或受託買賣等職務，其利用擔任營業員職務之便，於營業時間內，在日盛證券之營業場所，掛單賣出徐○○等人所有之股票。日盛證券雖不得辦理債券附條件買賣業務，惟胡○○稱該公司有從事債券之買賣，其盜賣徐○○等人之股票至盜領股款之前後連貫行為，實乃利用擔任日盛證券營業員之身分，而有與徐○○等人為股票買賣之接洽、交割及結算等職務上予以之機會，上揭盜賣股票及盜領股款等不法行為與其執行職務之時間或處所有密切關係，客觀上足認為與其執行職務有關，自屬其執行職務之範圍。
- (2) 日盛證券未能舉證證明其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，自應負損害賠償責任。復以徐○○等人雖自行保管其印鑑、存款存摺，但收受胡○○偽造之庫存餘額表後，未詳查自身有價證券及存款之變動，任由胡○○代為刷摺，在胡○○盜賣長達數年期間內，未能及時察覺其集保帳戶內股票減少、存款減少，就系爭損害之發生或擴大，核屬與有過失，應負50%責任，爰按此比例，酌減日盛證券賠償金額，為其判斷之基礎。

(四) 判決結果

最高法院認為：

- 1.按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，「民事訴訟法」第277條第1項前段定有明文。而民事訴訟如係由原告主

張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之訴，倘主張印章係被盜用，則被盜用之事實，按諸舉證責任分配之原則，應由為此主張者負舉證責任。

2.查徐○○等人雖主張日盛證券受僱人胡○○盜用其印章蓋於取款條上盜取款項，惟徐○○等人印章係自行保管，既原審所確定之事實，則就胡○○盜用印章之事實，自應由徐○○等人負舉證責任，乃原審未使徐○○等人提出證據，僅以「開戶及辦理其他文件資料時，須在諸多文件上簽名、蓋章，則胡○○利用該機會，乘機以不詳方式先後在空白之取款條上，盜蓋徐○○、泰昌公司及其負責人李○○之印鑑章，……並非不可能」等詞，遽而認定胡○○以盜用印章於取款條方式盜領款項，違背上揭舉證責任原則，原審並據為不利日盛證券之認定，殊嫌速斷。

3.日盛證券已於原審辯稱：胡○○係營業員，非辦理股票開戶承辦人員，……何況開戶時，客戶本人須親自到場，承辦人豈有可能明目張膽在客戶面前將印鑑章蓋在多張之空白取款條上？」云云，並以欲證明泰昌公司係以台中商銀存摺及印章自行取款，銀行存摺非胡○○長期保管。胡○○若偽造取款條領取款項，泰昌公司容易發現不可能不知情，徐○○等人指胡○○盜賣股票或偽造取款條將錢領走或轉帳，均非事實等情，而聲請向台中商銀調閱泰昌公司自86年7月8日起至89年7月4日止之27筆取款條筆跡是否胡文浩所為？核係重要之防禦方法，原審對之恕置不論，復未說明其取捨意見，遽行判決，並有可議。

- 4.徐○○曾認其股票帳戶與買賣有不符之處，而至日盛證券查詢，嗣簽立「既已澄清，勿多擾」之確認書交付日盛證券，為原審確定之事實，該確認書並無簽立後日盛證券即將回贖債券款項匯回泰昌公司之記載，原審未說明憑以認定之依據，逕認徐○○係為取回款項始為如此記載，不但與確認書記載之文義不符，亦嫌疏略。
- 5.損害賠償之過失相抵，須主張有損害賠償請求權之權利人(被害人)之相對人賠償義務成立為前提，倘該相對人無須負賠償義務，法院自無審酌被害人就損害之發生或擴大是否與有過失。本件胡○○是否盜賣徐○○等人有價證券及盜領款項，攸關日盛證券應否負損害賠償責任，事實既未臻明確，本院自無從為法律上判斷，尤無須就徐○○等人應否負與有過失責任為判斷。原判決就此所為徐○○等人與有過失比例之認定，自應併予廢棄發回，由原法院就本件詳為調查審認。兩造上訴論旨，各自指摘原判決不利於己部分為不當，求予廢棄，均有理由。

第二節 期貨業相關案例

一、晶鼎公司案⁶¹

(一) 事實說明

1. 原告己○○方面

依判決書所載，民國 93 年 11 月間，被告丙○○(晶鼎公司理財業

⁶¹ 臺灣臺北地方法院 95 年重訴字第 204 號。

務部經理)透過原告己○○之理財顧問卓○引見,在原告己○○辦公室遊說原告己○○加入被告晶鼎公司設計之「富者恆富」投資套利程式,稱由原告己○○將資金匯入被告晶鼎公司(原名稱金鼎期貨經紀股份有限公司,民國97年4月22日變更公司名稱晶鼎股份有限公司,簡稱「晶鼎公司」)保證金帳戶後,由被告晶鼎公司以套利交易程式自動下單交易,績效良好,並交付各項開戶文件。原告己遂於同年月16日在填寫各項表格文件交付原告己○○之理財顧問卓○,由卓○代為交付被告丙以在被告晶鼎公司開立期貨投資帳號,原告己之後即收受被告晶鼎公司寄送、蓋有被告晶鼎公司印文之開戶文件客戶留存聯、開戶印鑑卡、確認書,其上記載原告己所開立之國內帳戶帳號為0000000號,國外帳戶帳號為0000000號。原告己乃於翌日即同年月17日將交易保證金1500萬元匯入設在國泰世華商業銀行安和分行、戶名為「金鼎期貨經紀股份有限公司客戶保證金專戶」、帳號00000000000號之國內交易帳戶中,以開始進行交易,並於接獲被告晶鼎公司寄發之對帳單核對無誤後,陸續於同年月18日、12月14日、94年6月15日分別匯入1千萬元、2千萬元、5百萬元及1千萬元之交易保證金,合計匯入6千萬元。原告己○○嗣後仍陸續接獲被告晶鼎公司寄發之買賣報告書、對帳單,均顯示原告己○○國內、國外帳戶餘額合計逾6千萬元,迄94年10月中旬經其他被害人告知該等買賣報告書均為假造,始知受騙,經原告己○○前往被告晶鼎公司查詢,竟發覺晶鼎公司內並無原告己之帳戶,該國內0000000號帳戶實為訴外人陳○○所有,被告晶鼎公司寄發予原告己○○之對帳單皆為虛偽,目的在誘使原告己○○將款項匯入該保證金帳戶以套取手續費,並使被告丙○○得以藉控制陳○○帳戶而挪用帳戶

內資金，原告己○○因此受有 6,000 萬元之損害。

2. 原告戊○○方面

93 年 2 月間，被告丙○○亦遊說原告戊○○加入被告晶鼎公司設計之投資套利程式，稱由原告戊將資金匯入被告晶鼎公司保證金帳戶後，由被告晶鼎公司以套利交易程式自動下單交易，績效良好，原告戊遂於 93 年 2 月 26 日透過被告丙○○在被告晶鼎公司開立期貨投資帳號（國內帳戶 0000000 號，國外帳戶 0000000 號），原告戊○○並自 93 年 3 月起依指示將交易保證金匯入國泰世華商業銀行安和分行、戶名為「金鼎期貨經紀股份有限公司客戶保證金專戶」帳號 00000000000 號之國內交易帳戶中，合計匯入 1500 萬元。原告戊○○嗣後亦陸續接獲被告晶鼎公司寄發之期貨交易人買賣報告書、對帳單，經核對均無異狀，迄 94 年 10 月 24 日經調查局告知被告晶鼎公司有假造帳單情事，原告戊○○始知受騙，經原告戊○○前往被告晶鼎公司查詢，竟發覺晶鼎公司內原告戊之帳戶淨值為零，被告晶鼎公司寄發予原告戊之帳單皆為虛偽，被告晶鼎公司並未依原告戊○○之指示為交易，又未在買賣報告書中記載真實交易狀況，致使原告戊無從察覺、提出責問、停止交易，被告晶鼎公司及丙○○已經將原告戊之款項侵占挪用一空，致原告戊○○受有 1,241 萬 6,005 元之損害。

（二）請求權基礎

本案原告之請求如下：

1. 請求被告晶鼎公司

（1）依下列條文規定，負連帶賠償之責：

A. 依民法第 188 條第 1 項；

B. 依民法第 28 條；

C. 依民法第 185 條；

D. 公司法第 8 條；

E. 公司法第 23 條；

F. 消費者保護法第 7 條。

(2) 民法第 577 條準用第 544 條規定負債務不履行賠償之責。

2. 請求被告乙○○（晶鼎公司總經理）

(1) 依公司法第 23 條第 2 項負連帶賠償之責。

(2) 依民法第 185 條規定負連帶賠償之責。

3. 請求被告丙○○（晶鼎公司理財業務部經理）：依民法第 184 條規定負賠償之責。

（三）爭點及法院見解

1. 原告己○○方面

(1) 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。民法第 188 條第 1 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；按僱用人藉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，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。

- (2) 本件被告丙○○當時為被告晶鼎公司理財業務部經理，其職務範圍包括為客戶辦理開戶手續，且得至晶鼎公司以外、客戶指定之處所辦理開戶手續，則被告丙○○以被告晶鼎公司理財業務部經理身分至原告己○○辦公室遊說其加入被告晶鼎公司設計之套利程式，並交付各項開戶文件，後在被告晶鼎公司之辦公處所收領原告己○○委託訴外人卓○持交之填寫完畢開戶文件，客觀上已具有執行職務之形式，且被告丙○○係利用其職務包括至辦公處所外為客戶開戶、取得客戶填寫完畢尚未完成開戶手續開戶文件，及其工作時間、辦公處所均在被告晶鼎公司內之機會，非唯藉以得知被告晶鼎公司客戶保證金專戶帳號、內容、動支方式，取得實質上由其控制之客戶保證金虛擬帳號（即名義為陳○○所有、00000000000 號），並藉以攔截原告己○○送交

被告晶鼎公司之開戶文件、使原告己○○無法完成開戶手續，復得以適時替換、竄改、寄交原告己○○不實之晶鼎公司帳戶文件，使原告己○○誤信已完成晶鼎公司開戶手續且所開設之帳戶為國泰世華商業銀行安和分行、戶名為「金鼎期貨經紀股份有限公司客戶保證金專戶」、帳號 00000000000 號帳戶，以及該帳戶投資獲利良好，而陸續匯款 6000 萬元至該帳戶中，被告丙○○故意不法加損害於原告己○○甚明，且其此部分行為客觀上為因執行晶鼎公司之職務而不法侵害他人，揆諸上揭法條、判例，被告晶鼎公司就原告己○○所受損害，應依民法第 188 條第 1 項規定連帶負賠償之責。

- (3) 被告晶鼎公司既授權被告丙○○等受僱人為客戶辦理開戶手續，且得至晶鼎公司以外、客戶指定之處所辦理，前已提及，則自應自行就此一手續設置監督、規範、查核等程序，防範客戶開戶文件於開戶過程中遭攔截、滅失、外洩、竄改、盜用，進而防止客戶保證金遭任意動支、侵占、挪用，被告晶鼎公司未就是項開戶手續設置嚴謹之監督、查核程序，致原告己○○送交之開戶文件遭被告丙○○攔截，置換為他人之帳戶，期間長達近一年，被告晶鼎公司選任受僱人及監督其職務之執行，難認已盡相當之注意，不得據以免除賠償之責。
- (4) 僱用人藉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，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。

- (5) 被告公司既授權被告丙等受僱人為客戶辦理開戶手續，且得至被告公司以外、客戶指定之處所辦理，前已提及，則自應自行就此一手續設置監督、規範、查核等程序，防範客戶開戶文件於開戶過程中遭攔截、滅失、外洩、竄改、盜用，進而防止客戶保證金遭任意動支、侵占、挪用，被告未就是項開戶手續設置嚴謹之監督、查核程序，致原告已送交之開戶文件遭被告丙攔截，置換為他人之帳戶，期間長達近一年，被告公司選任受僱人及監督其職務之執行，難認已盡相當之注意，不得據以免除賠償之責。
- (6) 民法第 184 條所規定之侵權行為類型均適用於自然人之侵權行為，法人自無適用之餘地，民法第 185 條規定之共同侵權行為，亦同。本件被告晶鼎公司為法人，自不負民法第 185 條侵權行為之責，原告已○○併依民法第 185 條請求被告晶鼎公司連帶負賠償之責，自非有據。
- (7) 法人侵權行為須以其董事或其他有代表權人，因執行職務所加於他人之損害，法人始與行為連帶負賠償之責任（民法第 28 條）。若該法人之員工因執行職務，不法侵害他人之權利，則依民法第 188 條之規定，該法人亦須連帶負賠償責任。惟民法第 28 條、公司法第 23 條第 2 項規定限於有代表權之人（負責人）基於代表權人（負責人）身分代表法人（公司）執行客觀上在其權限範圍內之職務，致生損害於他人時，方適用之，與民法

第 188 條第一項所定「受僱人執行職務之行為」著重指揮監督關係不同。本件被告丙○○固為被告晶鼎公司理財業務部經理，並基於該身分至原告己○○辦公室遊說其加入被告晶鼎公司設計之投資套利程式、交付各項開戶文件，及收取原告己○○填寫完畢之開戶文件，但其收、交開戶文件之行為，僅係職務範圍內之一般活動，客觀上並非基於代表權人身分代表被告晶鼎公司與原告己○○締約，與其他無代表權之營業員、櫃臺收發人員所為並無二致，顯無代理被告晶鼎公司與原告己○○訂立期貨經紀契約之意思，自與民法第 28 條、公司法第 8 條第 2 項、第 23 條第 2 項之規定有間。

- (8) 被告丙○○自始無代理被告晶鼎公司與原告己○○訂立期貨經紀契約之意思，被告晶鼎公司亦始終未曾為承諾之意思表示，被告晶鼎公司亦無任何登載為原告己○○之期貨交易人帳戶或履行與原告己○○間期貨經紀契約之行為，則原告己○○與被告晶鼎公司間並未成立期貨經紀契約，已足認定。原告另依消費者保護法第 7 條、民法第 577 條準用第 544 條規定請求被告晶鼎公司負賠償之責，難認有據。

2. 原告戊○○方面

- (1) 本件原告戊○○主張其遭被告丙○○以寄發不實買賣報告書、月對帳單方式詐騙，受有 1241 萬 6005 元之損害，當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，原告戊○○應證明若未收取被告丙○○替換之不實帳務文件，其於何時、如何之虧損狀態下將停止交易、取回資金，斯時損失數額若干，原告戊○○依民法第 184 條規定請求被告賠償其匯款及領取資金差額 1241

萬 6005 元，尚非有據，不應准許。

- (2) 原告另稱被告晶鼎公司並未依原告戊○○之指示為交易、由被告丙○○偽造授權書在帳戶內為非法交易，該等交易所生損害應由被告負擔云云，但原告戊○○係授權被告丙○○決定下單口數、時間、金額操作買賣，是被告丙○○雖形式上為隱瞞代客操作之行為而須製作原告戊○○代理人卓○之授權書，俾便操作期貨買賣，實則所進行之交易仍不脫原告戊○○授權範圍，易言之，原告戊○○既全權授權被告丙○○決定下單口數、時間、金額操作買賣，操作結果即不因各次買賣檢附之授權書上印文是否由被告丙○○擅自製作而有不同，效力均及於原告戊○○。原告戊○○以該帳戶內交易係被告丙○○偽造授權書所為，主張無庸負擔交易結果盈虧，委無可採。
- (3) 原告戊○○既未能證明其受被告丙○○侵害及損害數額，縱被告丙○○為被告晶鼎公司之受僱人、藉職務上機會偽造不實帳務文件寄發予原告戊○○，被告晶鼎公司仍無庸依民法第 188 條第 1 項規定負連帶賠償之責，亦足認定。
- (4) 本件被告晶鼎公司為法人，不負民法第 185 條侵權行為之責，原告戊○○併依民法第 185 條請求被告晶鼎公司連帶負賠償之責，自亦非有據。
- (5) 本件被告丙○○縱確有利用其辦公處所可輕易截取客戶帳務文件之機會，將擬寄發予原告戊○○之帳務文件替換為不實內容之文件，寄發帳務文件予原告戊○○之行為非唯難認係被告丙○○之職務，且客觀上亦無由被告丙○○基於代表權人身份代表被告晶鼎公司所為之外觀，自亦不適用民法第 28 條、公司法第 8 條第 2 項、第 23 條第 2 項之規定。

(6) 原告戊○○另依消費者保護法第 7 條、民法第 577 條準用第 544 條規定請求被告晶鼎公司負賠償之責部分，被告晶鼎公司提供之買賣報告書、月對帳單僅內容不實，並無具體造成期貨交易人生命、身體、健康、特定物危害情事，固然大幅增加期貨交易人風險評估、增加財產減損之風險，是項風險既非消費者保護法所欲保障之範疇，仍無適用該條文第三項請求晶鼎公司負賠償之責之餘地。又本件被告晶鼎公司為期貨商，與原告戊○○間期貨經紀契約性質為行紀，原告戊○○亦始終未能指明其於何時收受何紙不實帳務文件導致其未能及時停止交易、減少損失，所受損害若干，前已述及，其據以依民法第 577 條準用第 544 條規定請求被告晶鼎公司賠償，已難認有據。

(四) 判決結果

第一審原告部分勝訴。被告丙○○故意不法侵害原告己○○之權利、致原告己○○受有 6000 萬元之損害，被告丙○○為被告晶鼎公司之受僱人，係利用職務上機會侵害原告己○○之權利，被告晶鼎公司應依民法第 188 條第 1 項規定與被告丙○○連帶負賠償之責，又原告己○○與被告晶鼎公司間並未成立期貨經紀契約，被告晶鼎公司收領原告己○○匯款 6000 萬元並無法律上原因，且致原告己○○受有損害，併應依民法第 179 條規定負返還之責；至原告其餘部分之主張，尚屬無法證明。被告不服上訴，第二審亦認定晶鼎公司應依民法第 188 條第 1 項規定負連帶賠償之責⁶²。

⁶² 臺灣高等法院民事判決 98 年度重上字第 71 號。

二、元富證券案⁶³

(一) 事實說明

1. 上訴人甲主張：

訴外人潘○○於民國 93 年 2 月 16 日於被上訴人元富證券七賢分公司擔任期貨部業務經理時，向甲及其夫李○○表示，可代為操作期貨交易，保證無風險，每月至少可獲利投資金額百分之二以上。甲與其夫遂以甲名義與潘○○簽訂僱傭契約書，並交付夫婦共有之新台幣（下同）3 百萬元資金，委由潘女以甲名義在訴外人元富期貨開設期貨交易帳戶，代為操作期貨交易。並於同年 3 月 29 日及 4 月 28 日各匯款 45 萬元及 38 萬元，至甲設於國泰世華銀行帳戶內，夫婦亦依約將潘女應得 3% 利潤即 11 萬 7 千元及 9 萬 6 千元匯至潘女設於國泰世華銀行帳戶。嗣甲再於同年 5 月 4 日以其名義與潘女簽訂僱傭契約書，以夫婦共有 2 百萬元加碼投資，潘女繼於同年 6 月 2 日、7 月 5 日及 8 月 16 日各匯入 20 萬元、12 萬元及 3 萬 7 千元至前揭帳戶內，製造獲利假象，復於同年 8 月 8 日交付記載甲期貨交易帳戶同年 5 月 5 日餘額 300 萬 3074 元，及同年 5 月 30 日餘額 512 萬 7019 元等不實內容之買賣報告書予甲。嗣因李○○察覺有異，向甲索取買賣報告書比對後，始發現潘女隱瞞虧損，夫婦因而受有包括投資虧損暨手續費 66 萬 7440 元等損害計 415 萬 2960 元，李○○已於 98 年 9 月 24 日將其得對潘女請求之債權轉讓與伊，潘女復經刑事法院以違反「期貨交易法」及背信罪，判處罪行確定。潘女依民法第 184 條規定，應對甲負侵權行為之損害賠償責任。被上訴人元富證券為潘女之僱用人，依同

⁶³ 最高法院 99 年度台上字第 1767 號。

法第 188 條第 1 項前段規定，亦應與潘女負連帶賠償之責等情，爰依民法第 188 條第 1 項前段規定，並於刑事訴訟程序附帶提起民事訴訟，求為命被上訴人給付伊四百十五萬二千九百六十元，加計法定遲延利息之判決。

2. 被上訴人主張：

- (1) 代客操作不盡然必受有損失，上訴人期貨交易虧損，僅為投資失利，與潘女行為不具相當因果關係，難認構成侵權行為。期貨交易之手續費，乃伊之成本，凡有交易均應繳該費用，上訴人因交易而負擔該費用，自不得請求返還。又潘淑娟代上訴人操作期貨保證獲利，均屬「期貨交易法」第 63 條所規範之犯罪行為，已逾越執行職務範圍。
- (2) 李○○曾擔任投信公司業務襄理，對證券與期貨營業及保證獲利與約定分享利益為法令禁止，知之甚稔，竟仍與上訴人委任潘女為此違法行為，已有不當。李○○為金融界人士，熟知開戶與交易程序，明知法令禁止分享利益、保證獲利或誇張宣傳等行為，仍任由上訴人與潘女簽約，委任其從事法令所禁止之行為。上訴人就損害之發生或擴大，顯與有過失。
- (3) 上訴人開戶後，伊每月均有寄送對帳單至其戶籍地，上訴人於 93 年 6 月 30 日更改對帳單領取方式為自取，亦均未曾前來領取，相關對帳單仍寄送至上訴人戶籍地。李○○曾在其所屬公司為交易，對帳單格式應有認識，不可能誤將潘女製作之對帳單誤認為對帳單，故元富證券無須與潘女負連帶賠償責任。

(二) 請求權基礎

1. 營業員違法代客操作，依「民法」第 184 條規定，應負侵權行為之損害賠償責任。
2. 營業員之僱用人，依「民法」第 188 條第 1 項前段規定，亦應與營業員負連帶賠償責任。

(三) 爭點整理

1. 營業員違法代客操作期貨交易，是否屬利用職務上機會之侵權行為？

原審認為：

- (1) 潘○○係受僱於被上訴人元富證券之營業員，負責接客戶之指示買賣期貨，依「期貨交易法」第 88 條規定，自有同法第 63 條之適用。且上訴人係因潘○○保證每月至少可獲利投資金額 2% 以上，如當月有虧損，由潘女負責補足而無風險，始於 93 年 2 月 26 日與潘○○簽訂僱傭契約書，由上訴人一次投資 3 百萬元等事實，已據證人李○○證述明確。核與潘○○於上揭刑事案件檢察官偵訊時所稱相符，並有僱傭契約書可憑，足認上訴人雖經由李○○而知悉期貨交易具有風險，但因潘女保證獲利，承諾願承擔交易虧損，致其誤判委由潘○○代為操作期貨交易，而一次交付其與李○○共有 3 百萬元。
- (2) 依上訴人設於元富期貨交易帳戶結存餘額顯示，潘○○顯有誇大期貨交易獲利及刻意隱瞞期貨交易虧損之不法方式，誘使上訴人及李○○投入資金。又依上訴人設於元富期貨之期貨交易帳戶之結存餘額，及上訴人該帳戶自 93 年 4 月至同年 8 月之交易狀況，潘○○竟仍於 93 年 8 月 8 日交付內容不實之買賣報告書予上

訴人，潘女各該行為，對於上訴人及李○○已構成侵權行為，就其因此所受投資虧損之損害，自應負侵權行為賠償責任。

- (3) 潘女對上訴人及李○○上開侵權行為，均係發生在受僱於被上訴人元富證券期間，潘女上開濫用職務之侵權行為與執行被上訴人職務之時間及處所均有密切關係，在客觀上足認為與其執行職務有關，潘女對上訴人之侵權行為，屬潘女利用職務上機會之侵權行為，元富證券應依民法第 188 條第 1 項前段規定，與潘女連帶負損害賠償責任。

2. 客戶明知營業員行為違法，仍同意其代為操作交易，是否成立「民法」第 217 條規定之與有過失？原審認為：

- (1) 上訴人及李○○以上訴人名義，與潘女分別於 93 年 2 月 26 日及同年 5 月 3 日簽訂僱傭契約書，由潘女保證獲利並承諾承擔交易虧損，上訴人委託潘女操作期貨交易之過程，上訴人就其投資 250 萬元部分，均係授權李○○與潘女參與接洽。而李○○曾先後在東泰證券股份有限公司等多家證券投資公司任職，且曾於 92 年 5 月 27 日透過被上訴人開設期貨交易帳戶，自同年 6 月 30 日起至同年 8 月 5 日止從事期貨交易而虧損 8 萬 2493 元等情，已據證人李○○、陳○○證述，且為兩造所不爭。李○○自為上訴人委託潘女代為操作期貨交易之使用人至明。
- (2) 且以李○○曾任職證券投資等事業，從事期貨交易失利，顯見其對期貨交易具有財務槓桿特性，在可能產生極大利潤之同時，可能產生極大損失，應有認識。其可得預見僱傭契約書中，有關保證獲利及承諾承擔交易虧損之約定，已超出潘女之能力範圍，乃竟因有利可圖而疏未注意潘女獲利保證及承

擔交易虧損之承諾，並無法確保期貨交易毫無風險，致誤判委託潘女代操期貨交易為無風險，因而與上訴人共同出資委由潘女代為操作期貨，上訴人就潘女代為操作期貨損害之發生，自與有過失。

(3) 況李○○以自己名義開戶從事期貨交易期間，均有受領被上訴人寄發之對帳單等情，業經證人陳○○證述明確，且有被上訴人於 92 年 7 月至同年 12 月寄發對帳單予李○○對帳單清冊資料可稽，堪認李○○曾有受領對帳單經驗，而知悉從事期貨交易，被上訴人應會提供買賣報告書及期貨交易之對帳單資料，乃竟疏而未為注意，致錯失及早發現期貨交易虧損，顯未善盡防範自身權利遭損害之注意而就損害之繼續擴大，亦與有過失。

(4) 而李○○就上訴人投資部分為其使用人，依民法第 224 條規定，關於使用人與有過失，亦應由上訴人承擔。審酌兩造就本件損害發生、擴大之前揭過失責任，認上訴人應負百分之六十之過失責任。

3. 上訴人指其因潘女代為操作期貨買賣受有支出手續費 66 萬 7440 元損害一節，已為被上訴人所否認。按期貨交易手續費，乃期貨交易依規定所應繳交之費用，為從事期貨交易不論盈虧必然產生之成本，為兩造不爭。該手續費金額，自難認係因潘女侵權行為所生之損害。其次，上訴人與李○○共投資 500 萬元，而其期貨交易帳戶僅結存 440 元，另支付潘女報酬 21 萬 3 千元，扣除潘女支付其等獲利共 118 萬 7 千元及期貨交易手續費 66 萬 7440 元，並以上開過失責任比例核計。另扣除 98 年 9 月 24 日上訴人受讓李○○該損害額半數請求權，經被上訴人以時效抗辯而罹於時效消滅部

分，上訴人所受損害額為 67 萬 1624 元。又因潘女於損害發生後之 95 年 5 月間及 98 年 9 月 24 日已依協議及訴訟上和解，清償上訴人及李○○64 萬元，應於給付範圍內發生清償之效力，連帶債務人即被上訴人應同免此部分之給付責任，扣除該清償額之半數 32 萬元（李○○部分），上訴人所受之損害額即為 35 萬 1624 元。從而，上訴人據以請求被上訴人給付逾該金額本息部分，即非正當，為其心證之所由得，並說明上訴人其他主張及聲明證據因何不足採及不逐一論述之理由，因將第一審判命被上訴人給付 204 萬 2000 元（即超過 35 萬 1624 元之部分）本息部分廢棄，改判駁回上訴人該部分之訴，維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴。

（四）判決結果

事實審法院仍認定元富證券應依「民法」第 188 條之規定與其營業員負連帶損害賠償責任，惟對於損害賠償範圍，最高法院認為：

1. 關於廢棄改判部分（即原判決關於駁回上訴人請求被上訴人給付期貨買賣手續費損害 13 萬 3488 元本息之訴部分）：

（1）按「民法」第 213 條第 1 項規定，負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀。查被上訴人之受僱人潘女因執行被上訴人職務，以誇大期貨交易獲利及刻意隱瞞期貨交易虧損之不法方式，誘使上訴人及李○○投資期貨買賣，致不法侵害其權利。被上訴人應負僱用人之連帶賠償責任，既為原審所確定之事實，則上訴人因遭該不法侵害所受期貨交易手續費之支付，顯與潘女侵權行為有相當因果關係，被上訴人應填補上訴人所受損害及所失利益之責任範

圍，即包括上訴人該項積極財產之減少在內。原審未考慮此點，於計算上訴人損害額時，未將此項手續費損害 66 萬 7440 元併予列計，逕以「期貨交易手續費，乃期貨交易依規定所應繳交之費用，為從事期貨交易不論盈虧必然產生之成本，該手續費金額，自難認係因潘女侵權行為所生之損害」等由，而為上訴人此部分不利之論斷，自有可議。

- (2) 上訴論旨，執以指摘原判決關此部分不當，求予廢棄，不能認為無理由。爰由本院本於原審所確定之事實或依法得斟酌之事實，並依上訴人暨李○○此項手續費損害計 66 萬 7440 元之半數（扣除李○○部分）與上訴人過失比例為 60% 加以核算，被上訴人自應再給付上訴人 13 萬 3488 元，爰將原判決所為駁回上訴人請求給付該金額本息之訴部分廢棄，自為判決，改判駁回被上訴人此部分第二審之上訴，以資適法。

2. 關於駁回上訴部分（即原判決關於駁回上訴人請求被上訴人給付 200 萬 6664 元本息之訴部分）：

- (1) 查原審本於上述理由而為此部分上訴人敗訴之判決，經核於法並無違背。上訴論旨，泛以：被上訴人印錯名片誤導客戶、未寄送對帳單、容許營業員代客操作及原判決認對帳單無「元富」字樣是有錯誤等詞，並就兩造過失責任比例之酌定等原審取捨證據、認定事實之職權行使，暨其他與判決結果不生影響之理由，指摘原判決此部分不當，求予廢棄，非有理由。
- (2) 又上訴人自第一審提起附帶民事訴訟起，即依「民法」第 188 條第 1 項規定之法律關係，請求被上訴人賠償損害，而非依「民法」第 184 條規定對被上訴人而為請求，此觀其於第一審準備

程序稱：「潘○○應依民法第 184 條之規定，對原告負侵權行為損害賠償責任，又被上訴人為潘○○之僱用人，應依民法第 188 條之規定，與潘○○負連帶賠償之責」云云自明。然而上訴人於上訴本院時始提及「被上訴人部分過失責任是與潘○○依民法第 188 條共同負連帶賠償責任，但也有許多部分是單獨依民法第 184 條規定負賠償責任」云云。其中就被上訴人「單獨依民法第 184 條規定負賠償責任」部分，核屬新攻擊方法，依民事訴訟法第 476 條第 1 項規定，本院自不得併予斟酌，附此敘明。據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由。

第三節 投信投顧業相關案例

一、華信投顧案⁶⁴

(一) 事實說明

依判決書所載，巫○○為華信證券投資顧問股份有限公司（下稱華信公司）業務員，巫○○慫恿原告加入華信公司之頂級會員，原告向被告○○表示要先獲利才肯加入頂級會員，巫○○回覆稱公司同意待實際獲利達 200 萬元後再行繳納頂級會員入會費 100 萬元。

後於 96 年 7 月原告因巫○○以簡訊所提供之相關操作訊息而投資買進旺玖公司股票獲利約 120 萬元，巫○○要求原告分紅 16 萬元，並要求原告先支付半數會費 50 萬元。此外，巫○○又原告借款 20 萬元。而此後巫○○所提供之華信操作訊息均導致原告損失。

⁶⁴ 臺灣臺北地方法院 99 年金字第 87 號。

原告向巫○○請求返還借款時方知巫○○無證券投資顧問事業業務員之資格，經原告向華信公司協商，華信公司以此為巫○○個人行為，公司已經針對巫○○之違法行為開除巫○○。

(二) 請求權基礎

本案原告之請求如下：

1. 依民法第 184 條規定請求損害賠償

被告巫○○不具專業合法執照，以詐欺行為使原告陷於錯誤，因而交付入會費 50 萬元；或以侵占行為侵吞原告委託其代為繳付被告華信公司之入會費 50 萬元，違反證券投資信託及顧問法第 7 條、第 8 條規定，原告得依民法第 184 條規定請求損害賠償。

2. 依民法第 188 條規定請求僱用人負連帶賠償責任

依民法第 188 條規定而被告華信公司為被告巫○○之僱用人，明知被告巫○○不具專業合法執照，雇用為其業務員，從事證券投顧業務之招攬及操作訊息之傳遞，除有違關於業務人員資格之規定，其對於受僱人即被告巫○○之選任監督顯有故意或過失，且依「證券投資信託及顧問法」第 71 條第 2 項規定，被告巫○○上開行為視為該事業授權範圍內之行為，屬於執行職務之行為，被告華信公司自應依民法第 188 條規定，與被告巫○○連帶賠償原告因此所受之損害。

3. 依證券投資信託及顧問法第 9 條第 1 項規定請求懲罰性賠償金

原告所受之直接損害為入會費 50 萬元，而被告巫○○係以故意行

為造成該項損，故原告除得請求 50 萬元之損害外，尚得依證券投資信託及顧問法第 9 條第 1 項規定，請求損害額 3 倍以下之懲罰性賠償金，是被告應連帶賠償原告 200 萬元。

(三) 爭點整理

1. 原告得否依民法第 184 條規定請求巫○○負損害賠償責任並依證券投資信託及顧問法第 9 條第 1 項規定，請求損害額 3 倍以下之懲罰性賠償金？
2. 僱用人華信公司是否與受僱人巫○○負連帶賠償責任？

(四) 法院見解

1. 按未取得證券投資顧問之證照，推薦股票之行為屬「證券投資信託及顧問法」第 107 條第 1 款規定，未經主管機關許可，經營證券投資信託業務、證券投資顧問業務、全權委託投資業務或其他應經主管機關核准之業務之行為。又所謂「報酬」，並不以顧問費或諮詢費為限，雖係以其他名義方式收取，如與提供證券顧問服務具有對價關係，仍屬收取報酬之範疇，即實質上仍涉及從事證券投資顧問業務，又證券投資信託及顧問法之立法為兼有發展國民經濟，並保障投資之目的，自屬保護他人之法律，故行為人違反保護他人之法律，應負損害賠償責任，惟按關於民法第 184 條侵權行為賠償損害之請求權，以受有實際損害為成立要件，倘無損害，即不生賠償問題。本件原告主張其所受損害為其所交付被告之 50 萬元會費，惟如前述，該 50 萬元原告業已自承係依其與

被告巫○○之約定而交付，與此被告巫○○違反證券投資信託及顧問法第 107 條第 1 款規定，未取得證券投資顧問之證照，而為證券投資顧問業務之行為，二者間尚無因果關係，原告即無得主張損害賠償請求權，遑論原告另行主張之 3 倍之懲罰性賠償金。

2. 「民法」第 188 條所規定僱用人之連帶賠償責任，以受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，始有其適用。倘係受僱人個人之犯罪行為而與執行職務無關，即與該條規定之要件不合，殊無因受僱人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，其外觀在客觀上認與執行職務有關，不法侵害他人之權利，遽認僱用人應與該受僱人負連帶賠償責任。
3. 本件巫○○身為業務員之職權，僅係負責招攬會員入會，原即不包括推薦股票，故巫○○與原告間之推薦股票等行為，應屬其個人之不法行為，難認具有客觀上執行職務之外觀，而與被告華信公司有何關涉。況如前述，原告並無損害，而不得對被告巫○○請求損害賠償，自不得向被告華信公司請求連帶賠償責任。

(五) 判決結果：原告敗訴。

二、亞洲投顧案⁶⁵

(一) 事實說明

依判決書所載，原告與亞洲證券投資顧問股份有限公司（下稱亞

⁶⁵ 臺灣臺北地方法院 99 年訴字第 3626 號。

洲投顧公司)簽訂委任契約，委任亞洲投顧公司為證券投資顧問，由亞洲投顧公司之分析師林○○擔任諮詢老師，服務期間為96年6月28日至96年9月28日，另加贈會期至96年10月15日，顧問費為20萬元。

林○○另向原告表示其有經營代為買賣股票之業務，原告因信賴被告林○○之專業，故交付大約250萬元價值之股票予被告林○○，並授權被告林○○代為下單買賣股票，然原告並未授權被告林○○以融資買股。嗣於97年1月間，原告接獲國票綜合證券股份有限公司(下稱國票公司)通知，原告需補繳512,452元，邱助理打電話稱需簽名繳利息，不然股票就會不見，而未詳細說明，原告補足上開金額後，於97年7月14日，國票公司又以股價下跌再次要求原告補款，原告欲洽詢被告林○○，然被告林○○竟避不見面，後因原告未補款，融資之股票即遭賣出，致原告受有742,346元之損失，並發現林○○竟未經原告同意，擅自以融資買股方式為原告下單，且未告知原告曾以融資買股方式下單，亦未向原告報告盈虧，且未交付融資對帳單給原告，甚者，林○○並未親自買賣股票，而是委由訴外人邱助理操作股票。

嗣後原告要求亞洲投顧公司出面協商，亞洲投顧公司表示只願退還部分會費15萬元，雙方就賠償部分尚未談及，嗣原告向金管會投訴，經金管會調查，被告亞洲投顧公司之業務人員即被告林芳正代理客戶從事有價證券投資，違反「證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則」第15條第2項第2款之規定，亞洲投顧公司未善盡監督管理之責，容任林○○逾越權限為原告融資買賣股票，造成原告損失，且亞洲投顧公司亦未依委任契約提供原告諮詢顧問服務。

(二) 請求權基礎

本案原告之請求如下：

1. 請求亞洲投顧公司

- (1) 依委任契約之債務不履行法律關係，請求買賣股票所受之損失。
- (2) 依民法第 184 條第 1 項、第 2 項請求損害賠償。
- (3) 依民法第 188 條規定負連帶賠償責任。

2. 請求林○○（亞洲投顧公司分析師）

- (1) 依民法第 540 條及第 544 條。
- (2) 依民法第 184 條第 1 項前段、第 2 項規定。

(三) 爭點整理

1. 原告與亞洲投顧公司於 98 年 5 月 4 日達成和解之範圍為何？
2. 亞洲投顧公司是否未依委任契約提供原告諮詢顧問服務？
3. 被告林○○有無違反對原告應負之受任人報告義務而致原告受有損害？
4. 被告林○○代原告融資買賣股票，有無逾越原告之授權範圍而致原告虧損？
5. 被告林○○違反「證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則」第 15 條第 2 項第 2 款之規定，代理原告從事股票投資行為，是否對原告應負侵權行為責任？
6. 亞洲投顧公司是否應依民法第 188 條規定對原告負連帶賠償責任？
7. 本件原告之侵權行為請求權，是否業已罹於消滅時效？

(四) 法院見解

1. 爭點 1

協議書是針對被告亞洲投顧公司之受僱人林○○違法受原告委任「代客操作」，亞洲投顧公司依法應負之責任部分，雙方達成和解，且該協議書已明確約定原告同意不再對被告提起「任何」訴訟，自應包括「損害賠償」在內，原告就此部分自不得再向被告亞洲投顧公司請求賠償。

2. 爭點 2

亞洲投顧公司表示於委任契約之服務期間，均有於營業日以傳真、手機簡訊之方式提供個股之投資建議予原告，並已證明其有以簡訊發送 call 訊至原告手機，惟原告未能舉他證證明其未收到上開簡訊，則原告此部分之主張不可採。

3. 爭點 3

本件情形適用民法第 540 條規定，原告既然由國票公司定期寄發買賣報告書等得以知悉委任事務進行之狀況，故縱使原告因委任林○○全權買賣股票受有損害，亦與林○○未為報告之行為無因果關係，原告以林○○未盡報告義務，請求林○○賠償買賣股票所受之損失或虧損，亦無理由。

4. 爭點 4

原告授權被告林○○代其買賣股票，並書立承諾書。信用交易為有價證券買賣方式之一，除非委任書或授權書明文排除信用交易，

若委任書或授權書之範圍並未區分有價證券買賣方式之類型為普通交易或信用交易，則前述交易均涵括在授權範圍內。查上述承諾書文字未明文排除信用交易，且原告授權範圍若未包括信用交易，被告何需於99年6月29日傳真「可融資金額表」予原告。又國票公司定期皆會寄發買賣報告書予原告，當可從上開報告書得知有融資之事實，原告有收到知悉林○○代其融資買股卻均未表示意見，顯然有事先同意。綜上，堪認原告確有授權林○○可代其以融資融券方式買賣股票。

5. 爭點 5

按97年5月2日修正前之「證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則」第15條第1項、第2項第2款規定，證券投資顧問事業之負責人、部門主管、分支機構經理人、業務人員或其他受僱人應以善良管理人之注意義務及忠實義務，本誠實信用原則執行業務。前項人員，除法令另有規定外，不得有代理他人從事有價證券投資或證券相關商品交易行為。若身為證券投資顧問事業之業務人員代理他人為股票之買賣，即違反該規則第15條第2項第2款規定。又民法第184條第2項前段規定，違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。惟是否應負損害賠償之責，仍應視是否符合他人因此受有損害，且二者之間是否有相當因果關係之要件為斷，若業務人員違法代客操作之行為，依客觀審查，並非必然發生導致他人發生交易虧損之結果，是業務人員未經核准從事代客操作行為，與他人發生虧損之結果間，並無相當因果關係，因此並未構成侵權行為。

6. 爭點 6

僱用人依民法第 188 條第 1 項對被害人負連帶損害賠償責任之前提要件，為受僱人因執行職務對被害人構成侵權行為。查本件被告亞洲投顧公司之受僱人林○○代理原告買賣股票之行為，並未對原告構成侵權行為，既然受僱人未有侵權行為，則被告亞洲投顧公司也不需負僱用人之連帶損害賠償責任。

(五) 判決結果：原告敗訴。

三、永豐投顧案⁶⁶

(一) 事實說明

依判決書所載，原告夫婦為永豐證券投資顧問股份有限公司（下稱永豐公司）之客戶，原告起訴主張其與永豐公司間有委任契約關係存在，並於 93 年 5 月 19 日因任職於永豐公司之業務經理許○○之顧問、推介，購買未經我國主管機關核准或向主管機關申報生效境外基金即阜豐基金（下稱系爭基金）。阜豐集團基金管理公司於 97 年、98 年間突然關閉，原告爰依據委任及侵權行為之法律關係，主張永豐公司應就原告所受之損害負賠償責任。

(二) 請求權基礎

本案原告之請求如下：

1. 請求被告永豐公司：

(1) 依民法第 544 條規定，請求委任人應負賠償之責。

⁶⁶ 臺灣臺北地方法院 100 年訴字第 3750 號。

- (2) 依民法第 184 條第 2 項規定，對原告負損害賠償責任。
- (3) 依民法第 188 條第 1 項規定就受僱人之侵權行連帶負賠償責任。

2. 請求被告許○○：

- (1) 依民法第 184 條第 1 項前段規定，負損害賠償責任。
- (2) 依民法第 110 條規定，負損害賠償責任。

(三) 爭點整理

- 1. 原告與被告永豐公司間，就系爭基金有無成立投資、顧問之委任契約？
- 2. 許○○是否無權代理永豐公司而向原告推介、建議原告購買系爭基金？被告許○○對於原告應否負侵權行為或無權代理之損害賠償責任？被告永豐公司應否以被告許○○之雇用人之地位就被告許○○之侵權行為連帶負賠償責任？
- 3. 被告永豐公司是否應依表見代理規定，負授權人之責任？
- 4. 當時有效之證券投資顧問事業管理規則第 39 條規定，是否屬於民法第 184 條第 2 項之保護他人之法律？

(四) 法院見解

1. 爭點 1

原告當時信賴並接受被告永豐公司業務經理許○○之推介，並且經由被告永豐公司辦理購買阜豐基金，故原告與被告永豐公司間，就阜豐基金自有投資顧問之委任契約關係存在。惟原告對此有利於己之主張，就其事實應有舉證之責任，然原告所提出之證據(包括：(i)原告於永豐公司營業場所辦理購買系爭基金，並匯款至系

爭基金帳戶；(ii)許○○代為填寫申購書、客戶基本資料、英文申購契約書、認購確認書等；(iii)電話通話錄音光碟等等)，均無從認定被告永豐公司受原告委任並同意就系爭基金向原告提供分析意見或推介建議，以及被告永豐公司就系爭基金有為原告分析意見或者推介建議之具體行為，故未能舉證原告與被告永豐公司間有委任契約關係存在。

2. 爭點 2

原告所提出之證據（包括：許○○名片、阜豐公司所發行之文件資料影本、華南銀行之外匯水單影本、申購書、客戶基本資料、英文申購契約書、認購確認書、原告與被告許○○之通話錄音光碟與譯文、系爭基金淨值月結單、傳真資料、快遞公司送件存根聯、被告永豐公司信封袋、申索書等）無法證明被告永豐公司、許○○就系爭基金對原告提供分析意見、推薦或建議，亦不足以證明被告許○○偽裝有權代理被告永豐公司而詐騙原告之行為。據此，原告主張被告許○○有上開侵權與無權代理之行為，對原告應負上開侵權行為或無權代理之損害賠償責任，為無理由。

3. 爭點 3

無事證足以證明被告許○○曾無權代理被告永豐公司向原告推介、建議購買系爭基金，故原告主張被告永豐公司應依民法第 169 條規定就許○○之無權代理行為負表見代理之責任，顯無理由。

4. 爭點 4

民法第 184 條第 2 項所謂保護他人之法律，係指保護他人為目的

之法律，亦即一般防止危害他人權益或禁止侵害他人權益之法律。又依證券交易法第 18 條第 2 項所制定之「證券投資顧問事業管理規則」，應為主管機關為管理證券投資顧問事業所制定，縱投資顧問事業當時違反該規則修正前第 39 條規定於國內募集、發行或買賣國外有價證券，然他人權益應非因此即遭受危害或者侵害，是該規則應屬主管機關為管理投資顧問事業所制定，並非以保護他人為目的所制定。

(五) 判決結果：原告敗訴。

四、宏利投信案⁶⁷

(一) 事實說明

依判決書所載，原告張○○於 95 年 4 月間經由宏利證券投資信託股份有限公司（更名前為「金復華證券投資信託股份有限公司」，以下稱「宏利投信」）受僱人徐○○推介而申購新鴻基資貸基金（以下稱系爭境外基金）。該系爭境外基金係開曼群島商新鴻基全球策略投資有限公司（SHK Global Strategy Fund Limited）旗下之子基金，由英屬維京群島商 SHK Global Managers Limited 擔任管理機構，英屬維京群島商新鴻基投資管理有限公司（SHK Fund Management Limited，下稱新鴻基公司）擔任行銷代理人，並由香港商 HSBC Institutional Trust Service(Asia)Limited(下稱 HSBC)擔任保管機構。

元大投信擔任系爭基金銷售機構之國內受委任機構，於國內向特

⁶⁷ 臺灣臺北地方法院 99 年金字第 70 號。

定人進行私募，元大投信並與宏利投信於 95 年 4 月 20 日簽署合作約定書。原告於 95 年 4 月間經由宏利投信受僱人徐○○推介而申購系爭境外基金，並於 95 年 4 月 20 日填寫申購單透過 HSBC 向新鴻基全球策略投資有限公司申購，申購金額為 200 萬美元，申購金額亦直接匯入保管機構香港 HSBC 指定之 HSBC New York 帳戶中，由 HSBC 寄發申購匯款確認單予原告。

元大投信所製作之「基金簡介」，其內容多所錯誤並引人誤信，而於申購後，並無交付中文的「基金說明書」，未盡善良管理人注意義務。且經由宏利投信所交付的「基金月報」內容誇大不實，以及「次貸危機風暴對系爭基金之影響」內容又刻意將實際贖回 2,700 萬美元載為 270 萬美元，就此誇大不實、錯誤記載業經金管會對元大投信及宏利投信予以處分糾正。而前揭違法、引人誤信行為致原告錯誤申購系爭基金，又無法即時贖回，而系爭基金於 97 年 2 月 22 日已停止計算，原告之投資金額業已無法贖回。是以，其等不僅已違反金融機構之告知義務，且同時違反諸多保護投資人之法令，應推定其行為有過失，原告應得依據侵權行為法則請求損害賠償。

（二）請求權基礎

本案原告之請求如下：

1. 梁○○（宏利投信高階經理人）

- （1）依境外基金管理辦法第 15 條第 2 項：傳遞重大不實之系爭基金資訊予原告
- （2）民法第 184 條第 2 項負損害賠償之責。

2. 宏利投信

- (1) 依民法 188 條規定為其受僱人不當行為負連帶賠償之責。
- (2) 依民法第 28 條對原告負損害賠償之責：原告申購系爭基金時之，顯未善盡善良管理人之注意義務及忠實義務
- (3) 依公司法第 23 條對原告負損害賠償之責：原告申購系爭基金時之，顯未善盡善良管理人之注意義務及忠實義務
- (4) 民法第 184 條第 2 項等規定，對原告負損害賠償之責：原告申購系爭基金時之，顯未善盡善良管理人之注意義務及忠實義務。

3. 范○○(宏利投信前任董事長)、李○○(宏利投信現任董事長)

請求依違反民法第 184 條第 2 項保護他人之法律負賠償之責（包括違反公司法第 23 條 2 項、投信投顧法第 7 條、第 8 條、第 16 條之規範，證券投資信託事業管理規則第 19 條、第 22 條、證券交易法第 20 條）：

- (1) 原告申購系爭基金時之，顯未善盡善良管理人之注意義務及忠實義務。
- (2) 對宏利投信未交付投資人須知及公開說明書中譯本，違反境外基金管理辦法第 11 條第 1 款、第 20 條第 1 款所規定，未善盡監督義務，致原告受有美金 200 萬元不能贖回之損害，應負賠償責任。

4. 林○○(宏利投信總經理)

- (1) 請求依違反民法第 184 條第 2 項保護他人之法律負賠償之責（包括違反公司法第 23 條 2 項、投信投顧法第 7 條、第 8 條、第 16 條之規範，證券投資信託事業管理規則第 19 條、第 22 條、證券

交易法第 20 條)：原告申購系爭基金時之，顯未善盡善良管理人之注意義務及忠實義務。

- (2) 未交付投資人須知及公開說明書中譯本，違反境外基金管理辦法第 11 條第 1 款、第 20 條第 1 款所規定，負損害賠償責任。

5. 徐○○ (元大投信經理)

- (1) 依證券交易法第 20 條第 3 項規定：原告主張元大投信從事有關係爭新鴻基基金事宜，未依投信投顧法第 7 條規定，善盡善良管理人注意義務。
- (2) 投信投顧法第 8 條第 3 項規定：原告主張元大投信從事有關係爭新鴻基基金事宜，未依投信投顧法第 7 條規定，善盡善良管理人注意義務。
- (3) 民法第 184 條第 2 項規定請求損害賠償責任：原告主張元大投信從事有關係爭新鴻基基金事宜，未依投信投顧法第 7 條規定，善盡善良管理人注意義務。
- (4) 依投信投顧法第 9 條規定懲罰性賠償：就徐○○上述故意或重大過失之侵權行為，酌定三倍或二倍以下之懲罰性賠償。

6. 馬○○ (元大投信負責人)

- (1) 依投信投顧法第 16 條請求賠償：使無資格之宏利投信代元大投信銷售境外基金行為
- (2) 投信投顧法第 7 條：使無資格之宏利投信代元大投信銷售境外基金行為
- (3) 投信投顧法第 8 條：使無資格之宏利投信代元大投信銷售境外基金行為

(4) 公司法第 23 條第 2 項：使無資格之宏利投信代元大投信銷售境外基金行為

(三) 爭點整理

1. 原告是否因信賴被告元大投信、宏利投信所交付「基金簡介」、「基金月報」、「次級房貸危機對新鴻基資貸基金的影響」、「新鴻基資貸基金 2007 年回顧及 2008 年展望」等文件內容誇大不實，而誤信購買系爭基金並因此錯失贖回機會？
2. 原告請求被告應連帶賠償，有無理由？

(四) 法院見解

1. 爭點 1

- (1) 原告為損害請求權人，應就違反保護他人法律致生損害之相當因果關負舉證責任。
- (2) 系爭基金境外私募基金，並非募集境外基金
- (3) 宏利投信並非系爭基金銷售機構：原告係透過宏利投信之推介，再經由元大投信向國外銷售機構申購系爭境外基金，故宏利投信並非系爭基金銷售機構，雙方應為類似委任與居間之混合關係，元大投信對系爭基金之申購、轉換、買回轉送新鴻基全球策略投資有限公司尚有決定之權，宏利投信並無代理銷售權。縱然本件於推介過程宏利公司有向原告說明系爭基金之事，但仍不影響宏利公司僅為合作機構之本質，並非代理銷售行為⁶⁸。

⁶⁸ 依中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會 97 年 6 月 5 日中信顧字第 0970005056 號函「具銷售機構資格且經本會核備之機構，投信事業得與該機構簽訂合作契約（以下簡稱合作機構），

- (4) 宏利公司並無證券投資信託及顧問法規定之適用：宏利投信並非經營本件境外私募基金之向特定人私募信託基金投資或交易業務之機構，亦非境外基金銷售機構，自難以規範證券投資信託業務之原告主張上開法規自律公約、行為規範課加宏利投信義務，故宏利公司並無證券投資信託及顧問法規定之適用。
- (5) 本件無證交易法第 20 條規定之適用：本件系爭境外私募基金，係由境外基金機構「新鴻基策略投資公司」(並非依照證券交易法發行股票之公司)所私募，依境外基金管理辦法所為私募行為並非證券交易法所規定依公司法之私募，此外本件不涉募集發行或買賣行徑，自無證券交易法之適用。
- (6) 原告主張宏利投信提供基金簡介有誇大不實、未說明私募基金及非系爭基金總代理、未提供中文說明，而誤信申購系爭基金且未予贖回，宏利投信未盡善良管理人之注意義務，顯與事實不符，不足採信。
- (7) 原告主張元大投信所製作「次級房貸危機對新鴻基資貸基金的影響」、「新鴻基資貸基金 2007 年回顧及 2008 年展望」等資料，隱瞞次級房貸及金融風暴對系爭基金之影響，未客觀反應事實情況，未忠實揭露系爭基金之流動性問題，屬虛偽、足致他人誤信之行為，酌諸當時客觀環境尚難認新鴻基公司或徐○○、宏利投信得確實預測或評估次級房貸風暴對系爭基金產生之影響及系爭基金之流動性問題等事項，且原告也未就上述內容以當時客觀環境而言有何虛偽

合作契約應詳定雙方之合作方式，由作機構介紹客戶予投信事業，再由投信事業負責接洽及說明等後續相關事宜，另合作機構不得涉及私募基金之銷售行為，以免權責不清，致生爭議等語。」足認此函之 97 年 6 月 5 日前應有多數投信事業與合作機構權責不清之事存在，本件宏利與元大間之合作亦在此函發文之前。

不實之情形立證以明，況且私募基金投資人本應有判斷能力及負更高之風險特質以觀，尚難驟論原告即受前開文件之誤導。

2. 爭點 2：

原告未能舉證證明被告等銷售系爭境外基金，有違反保護他人之法律及未盡善良管理人注意義務之情事，亦未能就原告申購或為不贖回決定與被告行為間有相當因果關係證實之，被告抗辯並無原告所指之侵權行為存在，尚堪以採。是則原告執此主張被告應連帶給付原告美金 200 萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息 5% 計算之利息云云，自屬無據，不應准許。原告假執行之聲請，因訴之駁回而失所依據，不予准許。

(五) 判決結果：原告敗訴。

五、統一證券案（臺灣臺北地方法院 98 年金字第 18 號）

（一）事實說明

依判決書所載：

1. 原告雷○○於民國 88 年 9 月 7 日、10 月 20 日在統一證券開戶進行股票買賣及股票融資融券交易，由統一證券僱傭之營業員呂○○負責辦理股票買賣相關事宜。
2. 呂○○以原告雷○○融資購買之股票擔保品不足而須補繳差額為由，多次要求原告雷○○繳納融資補繳款，嗣原告雷○○質疑股票之

融資持股比例過高，逕向被告統一證券公司查詢融資補繳記錄，始發現其融資補繳金遭被告被告呂○○不法侵吞。原告立即與被告統一證券公司協商，被告呂○○並簽立原證四字據承諾將於 97 年 4 月 25 日前償還上開融資本金及融資利息，惟被告呂○○嗣後竟違反約定未為清償，原告請求被告呂○○就其所受損害 367 萬 2709 元，負賠償責任。並請求呂○○雇用人統一證券公司前揭損害與被告呂○○負連帶賠償責任。

3. 另原告雷○○、胡○○經被告呂○○推銷、透過被告統一證券公司向被告統一投信公司申購之基金、連動債，原告雷○○於 97 年 4 月間告向統一投信公司查詢金融商品購買記錄後，發現除於 96 年 3 月 14 日、於 96 年 3 月 28 日所購買之「統一強漢基金」外，統一證券公司、統一投信公司均未依約為原告申購。準此，原告所給付之申購價金，扣除上開已購買之統一強漢基金，原告雷○○、胡○○分別受有 926 萬 3570 元（含支付申購價金 920 萬元及手續費 6 萬 3570 元）、130 萬 6600 元（含支付申購價金 130 萬元及手續費 6600 元）之損害。請求呂○○、統一投信、統一證券公司等就原告所受上揭損害負賠償責任。

（二）請求權基礎

本案原告之請求如下：

1. 請求呂○○（統一證券公司營業員、統一投信公司履行輔助人）
 - （1）依民法第 184 條第 1 項前段負賠償責任：呂○○收受原告所給付之申購基金款項後，怠未申購，呂○○所為顯係故意不法侵害原告之所有權。

- (2) 請求依違反民法第 184 條第 2 項保護他人之法律（包括違反證券商負責人與業務人員管理規則第 18 條第 1 項、第 2 項第 11 款）負賠償之責。

2. 統一證券公司

- (1) 請求依民法第 188 條第 1 項前段規定負連帶賠償責任
- (2) 請求依證券投資信託及顧問法第 7 條第 1、3 項及第 8 條第 1、3 項規定負賠償責任

3. 統一投信公司

- (1) 請求依民法第 244 條規定負損害賠償責任：被告呂○○未盡注意義務而未為原告申購基金、連動債，呂○○係統一證券公司之履行輔助人，被告統一證券公司又為統一投信公司之代理人，依民法第 244 條之規定，統一投信公司應就被告呂○○所為負同一責任。
- (2) 證券投資信託及顧問法第 7 條第 1、3 項及第 8 條第 1、3 項規定，負損害賠償責任。

(三) 爭點整理

1. 關於補繳融資款部分，原證四字據是否為真正？原告雷○○爰依侵權行為法律關係請求被告呂○○、統一證券公司連帶賠償原告雷○○所受損失 367 萬 2709 元及法定遲延利息，是否有據？
2. 關於申購基金款項部分，原告雷○○、胡○○主張其等為申購之基金、連動債，曾交付款項予被告統一投信公司之履行輔助人被告呂○○，爰依民法第 244 條、證券投資信託及顧問法第 7 條第 1、

3 項及第 8 條第 1、3 項規定，請求被告統一投信公司就原告雷○○、胡○○所受上揭損害負賠償責任，是否有據？

3. 關於申購基金款項部分，被告呂○○收受申購基金款項後，並未確實為原告雷○○、胡○○申購基金之行為，是否係故意不法侵害原告雷○○、胡○○之權利，原告爰依侵權行為法律關係，請求被告統一證券公司、呂○○負連帶賠償責任，是否有據？原告雷○○、胡○○就上開損害之發生是否與有過失？被告統一證券公司依民法第 217 條之規定主張免除賠償責任，有無理由？

(四) 法院見解

1. 爭點 1

關於補繳融資款部分，應由原告雷○○舉證證明原證四字據係屬真正，惟雷○○未舉證證明其遭呂○○不法侵吞融資補繳款共計 367 萬 2709 元，則其依侵權行為法律關係，請求被告統一證券公司、呂○○應就原告所受之上揭損害，負連帶賠償責任，核無理由，不能准許。

2. 爭點 2

關於申購基金款項部分，應由原告雷○○先行舉證證明其等與被告統一投信公司間確實已成立基金、連動債之債權債務關係，始得主張本件有民法第 244 條之適用。本件原告雷○○、胡○○既未舉證證明其等與被告統一投信公司間已成立基金、連動債之債權債務關係，即不得主張被告呂○○係被告統一投信公司之履行輔助人，從而，原告爰依民法第 244 條之規定，主張被告統一投信公

司應就被告呂○○所為負同一責任，並依證券投資信託及顧問法第 7 條第 1、3 項及第 8 條第 1、3 項規定，就原告所受上揭損害負賠償責任，顯於法無據，要難准許。

3. 爭點 3：

- (1) 關於申購基金款項部分，原告雷○○、胡○○遭被告呂○○矇騙，誤信被告統一投信公司有發行如附表一、二所示之基金、連動債，主觀上陷於錯誤，而將各該申購款項匯入國泰世華銀行新竹分行被告呂○○帳戶，應與事實相符，堪以採信。不能僅因如附表一、二所示之基金、連動債之部分商品非屬被告統一投信公司所發行，且原告雷○○、胡○○未將申購款項匯入各該基金指定銀行基金專戶，即遽以否認。因此，被告呂○○對原告雷○○、胡○○既有上揭不法侵權行為，則原告雷○○、胡○○爰依民法第 184 條第 1 項前段之規定，請求被告呂○○應就原告雷○○、胡○○所受有 926 萬 3570 元、130 萬 6600 元之損害負賠償責任，於法有據，應予准許。
- (2) 民法第 188 條第 1 項所稱之「執行職務」，一以行為之外觀斷之，凡受僱人之「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，亦應涵攝在內（最高法院 91 年度台上字第 1025 號判決要旨參照）。雖被告統一證券公司辯稱被告呂○○執行職務之範圍僅限於「受託買賣股票」，被告呂○○受原告雷○○、胡○○私下委託承購基金、連

動債等資金融商品並非其執行之職務範圍；惟查，被告統一證券公司並不否認有為代銷基金之業務，是以，於現今強調服務及客戶至上之經營理念下，證券商之營業人員為留住客戶或增加業績，不僅大力推介所屬證券公司所擁有之各類金融性商品，自客觀上觀察，仍可認屬其附隨業務，況原告有關股票買賣事宜，長期在被告統一證券公司為之，亦委託被告呂○○辦理，而被告呂○○以身為被告統一證券公司營業員之身分，接受原告雷○○、胡○○有關申購基金、連動債之委託，應係利用職務上之機會及與執行職務之時間，其行為外觀具有執行職務之形式，在客觀上亦足以認定其為執行職務無誤，是被告統一證券公司就被告呂○○上揭侵權行為，應依民法第 188 條第 1 項規定，與被告呂○○負連帶損害賠償責任。

- (3) 統一證券公司縱已責令營業員呂○○簽署遵守「證券商負責人與業務人員管理規則」切結書之行為，惟查，被告統一證券公司對其僱傭營業員於執行業務過程，有無遵守相關法令及公司規定並非僅以口頭告知，或要求出具書面切結書即可，尚須訂定查核流程，並積極按查核流程實施稽核。統一證券公司責令被告呂○○簽署切結書之行為，核屬消極作為，仍須仰賴營業員自我約束，要難據此認定被告統一證券公司就業務員執行業務部分有為監督、管理等積極行為，自難據此證明被告統一證券公司確已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害。
- (4) 原告雷○○、胡○○均具有豐富之基金投資經驗，衡情應知悉依正常申購基金程序，申購人應將基金申購款項匯入基金

專戶，被告統一投信公司之代銷機構及其人員不能收受申購價款，且被告統一投信公司就申購人承購基金種類、金額、投資收益等重要資訊均按期揭露於按月寄送之基金客戶交易對帳單，是以原告雷○○、胡○○倘能稍加查看核對，應得以輕易察覺被告呂紆臻並未將其等所匯款項用以實際承購各該基金，當不致繼續遭受被告呂○○矇騙而陸續交付高達 926 萬 3570 元、130 萬 6600 萬元之款項，則造成本件損害之發生或擴大，原告雷巧雲、胡少南亦可歸責，被告統一證券公司依民法第 217 條之規定主張免除賠償責任，於法有據。斟酌本件損害之發生或擴大，因原告雷○○、胡○○與有過失，兼考量原告雷○○、胡○○之過失程度，認應減輕被告統一證券公司、呂○○30%之賠償責任，以符衡平。

(五) 判決結果

原告部分勝訴。原告依侵權行為法律關係，請求被告統一證券公司、呂○○應負連帶賠償責任，為有理由，應予准許。逾此部分之請求，則無理由，應予駁回。

六、安泰投信案（臺灣臺北地方法院 97 年度重訴字第 212 號判決）

(一) 事實說明

依判決書所載，楊○○於任職安泰投信公司（前身荷銀投信）期間，利用職務上之機會詐欺原告參與買賣基金及公關股票，使其自 93 年 2 月下旬開始匯款予楊○○，楊○○之詐欺犯行已經法院判決確定在案。

原告主張安泰投信公司為楊○○之僱用人，楊○○上開詐欺犯行客觀上與其執行之職務範圍有關，不法侵害原告權利，致原告受有 1 億 2,274 萬 4,354 元之損害，被告安泰投信顯未盡其監督與管理之責，依法應與楊○○負連帶損害賠償責任。

(二) 請求權基礎

原告對安泰投信公司之請求如下：

- 1.依民法第 184 條規定請求損害賠償。
- 2.依民法第 188 條規定請求僱用人負連帶賠償責任。

(三) 爭點整理

安泰投信公司就楊○○詐欺原告之不法行為，應否負僱用人連帶損害賠償責任？

(四) 法院見解

1. 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 42 年台上字第 1224 號判例要旨參照）。準此，受僱人之不法行為，客觀上須足認與其執行職務有關，倘係受僱人個人之犯罪行

為而與執行職務無關，即與該條規定之要件不合，殊無因受僱人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，其外觀認與執行職務有關不法侵害他人之權利，即遽認僱用人應與該受僱人負連帶賠償責任。

- (1) 證券投資信託事業依法⁶⁹不得為有價證券買賣之居間、代理仲介業務，或為有價證券之承銷業務，故安泰投信不得介紹他人購買上市櫃公司之承銷新股，亦不可能與投資人私下進行股票交易。故揚○○與原告間之投資或仲介買賣股票交易，與安泰投信公司之業務無涉，足徵被告之業務不包括股票之買賣，亦不包括公關股票之仲介或買賣。
- (2) 原告與楊○○間之交易，並無安泰投信公司出具之任何單據，且原告亦自承楊○○任職於安泰投信公司之前，即已陸續匯款給楊○○購買圈購之股票，是原告與楊○○之交易，自始即與安泰投信公司無關，亦非楊○○於安泰投信公司業務範圍內之行為，至於楊○○利用安泰投信辦公室之傳真、電子郵件、辦公處所等，僅係楊○○個人處理事務時利用公司資源之行為，尚難以楊○○任職於安泰投信公司交易部之經理，即認原告與楊○○間之交易行為具有執行安泰投信公司業務行為之外觀。
- (3) 安泰投信之業務範圍既不包括股票之受託買賣，邀約原告並受其委託仲介買賣股票，客觀上核與楊○○擔任安泰投信交易部經理之職務無關，屬其個人私下行為；又以原告證券業從業人員，其從事有價證券之買賣將近 20 年，自始即應知悉其交易對象為楊○○個人而非安泰投信，其交易標的

⁶⁹證券投資信託及顧問法第 3 條第 2 項規定：「證券投資信託事業經營之業務種類如下：一、證券投資信託業務。二、全權委託投資業務。三、其他經主管機關核准之有關業務。」

為上市、櫃公司之股票，而非安泰投信之營業項目範圍，楊○○利用與執行職務之時間或處所有密切關係之行為，而不法侵害原告之權利，亦難遽認楊○○之行為客觀上具有為安泰投信公司執行職務上之行為，縱令原告因楊○○之詐騙行為而受有損害，與安泰投信公司對楊○○之行為監督無關，二者間並無因果關係，被告自無須與楊○○對原告負連帶賠償責任。是被告抗辯本件應無民法第 188 條第 1 項前段之適用，應可採信。

(五) 判決結果：原告敗訴。

第四節 小結

承上各業案例所述，針對僱用人是否應為其受僱人侵權行為負連帶損害賠償責任？法院均認為受僱人之行為基於「執行職務之關係」，並據以認定是否有「民法」第 188 條規定適用，其所持理由概分如下：

一、認定有民法第 188 條規定適用

若法院欲認定有本條規定之適用，以 99 年台上字 1596 號判決理由為例，其對「執行職務行為」存在之認定要件為：

- (一) 受僱人因執行其所受命令，或委託之職務自體；或
- (二) 執行該職務所必要之行為；
- (三) 濫用職務或利用職務上之機會；及
- (四) 與執行職務之時間或處所有密切關係之行為。

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，及使係受僱人為自己之利益所為，亦應包括在內。

二、認定無民法第 188 條規定適用

若法院欲認定案件無「民法」第 188 條規定適用，以 98 年台上字第 992 號判決為例，其認定不具備「執行職務關係」之理由為：

- (一) 客觀上並不具備受僱人執行職務之外觀；或
- (二) 係受僱人個人之犯罪行為，而與執行職務無關，自無命僱用人負賠償責任之理。

為便於瞭解近年法院實務之見解走向，試將上述各業案例以列表方式進行分類：

表 1 近年法院對證券、期貨及投顧業有關「民法」第 188 條判決案例彙整表

業種	編號	個案事實簡述	業者是否應依民法§188 負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主觀)意思說	受僱人(主觀)意思說	行為外觀(客觀)說	限制客觀說	
證券業	1. 大昌證券案	<p>最高法院認定：營業員盜賣行為，除以受僱人之行為外觀作為判斷標準外，尚須非受僱人個人之犯罪行為者始足當之。因為盜賣股票為營業員自身犯罪行為，所以不屬執行職務範圍。</p> <p>1.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，即職務上予以機會之行為，及與執行職務之時間或處所有密切關係之行為，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，就令其係為自己利益所為，亦應包括在內。卯○○利用代客戶買賣股票之機會，在大昌公司營業場所及營業時間內，私下代客戶保管股票、存摺及印章，並代客戶操作股票買賣，仍難認為非屬職務上予以機會之行為，及與執行職務之時間或處所有密切關係之行為。縱卯○○盜賣股票或侵占款項行為違反證券商負責人與業務人員管理規則之規定，其行為客觀上既足認為與其職務有關，大昌公司尚不得據此解免損害賠償責任。</p> <p>2.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。則能否因其係在大昌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</p>	X				○	最高法院 92 年台上字第 485 號判決

業種	編號	個案事實簡述	業者是否應依民法§188 負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主觀)意思說	受僱人(主觀)意思說	行為外觀(客觀)說	限制客觀說	
		其個人之犯罪行為，尚非無研求之餘地。原審未遑詳查並釐清客戶等交付印章、存摺，授權卯○○使用，代為買賣股票，是否屬卯○○執行前開職務之範圍？抑為其個人受託之「私下」行為？遽認大昌公司應負上開法文所定僱用人之連帶責任，尤嫌速斷。						
	2. 太平洋證券案	<p>1.太平洋證券業務經理，利用執行職務之便，偽簽偽造文書印文盜賣客戶股票，且轉帳銀行亦未查驗致客戶受有損害。</p> <p>2.證券商敗訴理由： 營業員平日負責受理客戶委託下單買賣股票，而本次原告買入系爭股票，雖為營業員填單買入並予盜賣，屬個人之犯罪行為，惟其外觀與執行受託買賣股票之職務有關，故證券商應依民法第 188 條負連帶賠償責任。</p>	○			○		最高法院 95 台上字 2050 號判決
	3. 群益證券案	<p>1.第一審與第二審判決：證券商敗訴 原告（客戶）僅授權訴外人胡○○買賣股票，並無書面授權委託第三人丙下單，且營業員無法證明胡○○對於丙下單乙事知情，營業員應負民法第 184 條第 1 項侵權責任。而依「證交法」規定，證券商與客戶間為行紀，下單為委任行為，故證券商應為此負第 188 條連帶責任</p> <p>2.最高法院發回更審理由： 客戶授權第三人代為買賣股票，指控營業員未經其同意為數檔股票買賣，營業員亦無法舉證其下單行為經該第三人同意，惟買進股票均已入客戶集保帳戶。法院認營業員之</p>	○			○		最高法院 95 年度台上字第 1362 號判決發回更審、臺灣高等法院 95

業種	編號	個案事實簡述	業者是否應依民法§188負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主觀)意思說	受僱人(主觀)意思說	行為外觀(客觀)說	限制客觀說	
		<p>行為屬無權代理，是否屬無因管理？應予審酌。</p> <p>3.高等法院更審判決理由：證券商敗訴</p> <p>(1)營業員之行為非無法律上原因為他人(客戶)管理事務，非無因管理。客戶並未授權營業員買賣系爭股票，復無委託下單之授權書，證券商亦無法舉證證明第三人對於甲下單乙事知情，無任何證據足認丙有授權其買賣系爭股票。</p> <p>(2)營業員未經客戶授權，以客戶名義下單，因而證券商指示國泰世華銀行扣款，屬關連共同之行為。客戶自得依民法第184條第1項前段、第185條、第188條第1項規定請求營業員及群益證券負連帶損害賠償之責。</p> <p>(3) 客戶不須負與有過失責任：</p> <p>客戶雖收受交易對帳單，未向營業員及證券商提出任何質疑之情，然本件損害之發生，係肇因於營業員未經授權下單買賣系爭股票，客戶雖收受對帳單未提出質疑，僅能解釋其知悉有系爭股票之買賣。盜賣乙事無從由該對帳單即可探知，自難課以應注意能注意而不注意之責。又買進系爭股票後因股價下跌而有損失，然該股票之所有權屬於證券商，縱有因未即時處理該股票，而致損害擴大，亦難歸責於客戶。</p>					年金上更(一)字第7號判決確定	
4.元富		<p>1.第一審與第二審判決：證券商敗訴，應負連帶責任。</p> <p>2.最高法院：證券商勝訴。</p> <p>(1)客戶應允將系爭證券集保帳戶出借予營業員供其沖銷操</p>	X	○			最高法院95年度台上	

業種	編號	個案事實簡述	業者是否應依民法§188 負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主觀)意思說	受僱人(主觀)意思說	行為外觀(客觀)說	限制客觀說	
	證券案	<p>作，由營業員返還同種類、數額之股票於帳戶內。客戶受有股款之損失，係因與營業員間有借貸關係所致，應循借貸法律關係解決，難認為係民法第 184 條之侵權行為。</p> <p>(2) 客戶依民法第 188 條第 1 項及追加消費者保護法第 18 條第 2 項與第 51 條規定，請求證券商負損害賠償責任並非正當。</p>						字第 2144 號
5. 建華證券案		<p>1.第一審與第二審判決：證券商敗訴</p> <p>(1) 客戶使用人頭戶買賣股票，仍與證券商成立委任關係，而非與證券商營業員成立委任關係。</p> <p>(2) 雖營業員與客戶合意以人頭戶名義買賣股票，證券商仍應為營業員執行職務行為（或職務上給予機會之行為）負連帶責任。</p> <p>2.最高法院判決發回更審：證券商應負連帶責任，但理由應詳查。</p> <p>(1) 法院認定：營業員與客戶約定使用人頭戶進行證券買賣，雖屬私下約定之犯罪行為，惟其係基於營業員身分，遂有機會遂行此犯罪行為，與執行職務密切相關，而認定證券商應依民法第 188 條之規定負僱用人連帶損害賠償責任。</p> <p>(2) 第二審以「證交法」第 151 條規定即認客戶與證券商有委任關係，卻與營業員無委任關係，與行紀之認定互相矛盾，未詳查驟為營業員不利判決，應發回更審。</p>	X				○	最高法院 95 年台上字第 411 號判決，95 年度金上更(二)字第 1 號判決。

業種	編號	個案事實簡述	業者是否應依民法§188 負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主觀)意思說	受僱人(主觀)意思說	行為外觀(客觀)說	限制客觀說	
		<p>3.高等法院台中分院更審判決：證券商勝訴，且客戶應負與有過失責任。</p> <p>(1) 蓋無前行為，仍可能有後行為之侵占結果，有前行為，亦不當然有後行為之侵占結果，自不能持前行為而認營業員之侵占行為為其執行職務之行為。至於前行為如有因此造成被上訴人受有損害，固屬營業員執行職務行為不法侵害客戶權利，……。依上所述，客戶以營業員犯刑事侵占罪，附帶民事訴訟，依侵權行為之法律關係，請求賠償損害為屬有據，應予准許。但客戶本於民法第 188 條之規定，請求營業員之僱用人永豐金證券負連帶賠償則屬無據，應予駁回。</p> <p>(2) 客戶既將人頭戶之印鑑章、存摺交由營業員保管，致其有侵占股款機會，要難謂無「與有過失」，且苟非客戶持續有此疏失，且長期未自行核對資料，則本件之損害金額當不致如此巨額，是本院綜上開一切情況判斷，認被上訴人其過失比例應達 10 分之 3。（但未詳細說明判斷標準）</p>						
6. 國票證券案		<p>最高法院認定：證券商敗訴。</p> <p>1.營業員盜用人頭戶進行融資融券交易，證券商應為其侵權行為負連帶損害賠償責任，不得以營業員之業務範圍不含融資融券業務，主張其非執行業務範圍。</p> <p>2.又融資融券系爭擔保品國產汽車，因被停止交易，致使委託賣出系爭股票未能成交，並無證金公司依法應處分而未處</p>	○			○	最高法院 95 年度台上字第 2491 號	

業 種	編 號	個案事實簡述	業者是否 應依民法 §188 負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主 觀)意思說	受僱人(主 觀)意思說	行為外觀 (客觀)說	限制客 觀說	
		<p>分擔保品情事，從而認客戶所受損害與營業員侵權行為有相當因果關係。</p> <p>3.證券商辯稱證金公司已與訴外人達成和解，主張其因和解而免除侵權行為責任，不得再請求損害賠償，並無可採。</p> <p>4.證券商執行副總及證金公司協理均證稱哪一位客戶由哪一位營業員服務均有資料，則證券商不知其營業員盜用客戶帳戶為人頭戶，故不知其所受損害，即有可疑，原審未及查明，不免速斷。</p>						
7. 福 邦 證 券 案		<p>1.最高法院認定：證券商勝訴。</p> <p>(1) 表見代理乃原無代理權，但表面上足令人信為有代理權，故法律規定使本人負一定之責任。倘確有授與代理權之事實，即非表見代理，自無該條之適用。客戶同意訴外人使用其帳戶買進股票，應負授與代理權之責任，即須配合辦理系爭股票之交割。</p> <p>(2) 故證券商於有相當之證據資料，足資證明代理人係經委託人授權，不因其未出具授權書而影響其應負授權人責任之效力。營業員通知上訴人辦理交割，於法自無不合，難認其等有何逾越權限之行為。</p> <p>2.最高法院更審後判決：</p> <p>(1) 證券商有相當資料足資證明代理人已取得委託人授權之情形下，依民法第 167 條之規定，當然得接受代理人之委託進行有價證券買賣、申購或交割事宜。</p> <p>(2) 營業員本此認知接受訴外人委託，以系爭帳戶買進系爭</p>	X				○	最高法院 95 年度台上字第 2618 號，更審後最高法院 97 年度台上字第 16 號。

業 種	編 號	個案事實簡述	業者是否 應依民法 §188 負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主 觀)意思說	受僱人(主 觀)意思說	行為外觀 (客觀)說	限制客 觀說	
		股票，並無違反上開證券法規。客戶不得主張帳戶係經盜用，要求營業員負民法第 184 條侵權行為責任。 (3)難認證券商有逾越權限之行為，要求證券商就其使用人逾越權限負連帶責任，更屬無據。						
	8. 元 信 證 券 案	褚○○受僱元信證券公司擔任營業員，其偽造銀行明細記錄以開立信用交易帳戶之行為，縱令褚○○成立侵權行為，惟營業員職務範圍並未及於偽造銀行明細記錄以開立信用交易帳戶。其既非執行職務範圍內之行為，亦非與職務相牽連或職務上給予機會之行為，證券商無須負擔僱用人連帶損害賠償責任。	X	○				臺灣高等法院 96 年台上字第 2 號判決
	9. 協 和 證 券 案	協和證券股份有限公司營業員，偽造客戶電話語音下單記錄，以行使業務登載不實文書及偽造私文書之方式，於營業時間內盜賣被上訴人股票，進而取得該股款。係利用其為該公司營業員行為之外觀而為，顯然已具有執行職務之形式，應認屬執行職務之行為。	○			○		最高法院 96 年度台上字第 2149 號判決
	10. 元 富 證 券 案	1.第一審認證券商無 188 條責任，第二審認有第 188 條責任。第二審法院理由為： (1) 客戶與營業員私下協議，將存摺與印鑑等交營業員管理帳戶進行股款交割，遭營業員挪用、盜賣。營業員之行為違反「證券商負責人與業務人員管理規則」，且其行為客觀上足認與職務有關，證券商不得解免責任。 (2) 證券商若不能證明其對營業員之選任監督職務之執行，	○			○		最高法院 96 年度台上字第 220 號，高等法院

業 種	編 號	個案事實簡述	業者是否 應依民法 §188 負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主 觀)意思說	受僱人(主 觀)意思說	行為外觀 (客觀)說	限制客 觀說	
		<p>以盡相當之注意義務，尚難以營業員具備相關證照，或證券商平日已按時稽核監督，即謂已盡選任監督之責任。</p> <p>2.最高法院認為：</p> <p>(1)營業員手寫紀錄表與證券商對帳單確有記載不一致之情形，惟營業員手寫紀錄表均印有證券商公司名稱，且格式一致，顯見該手寫紀錄表應可視為公司提供予客戶對帳單之一種，屬營業員執行職務之行為。</p> <p>(2)營業員與客戶間另有私下協議存在，異於一般股票市場交易，就該協議部分所為，是否能構成侵權行為？證券商應否負連帶賠償責任？均有詳加調查審認之必要，原審未加論斷，即以上揭理由為證券商不利判決亦嫌疏略。</p> <p>(3)電話下單買賣之錄音紀錄與營業員手寫紀錄單之內容相符，惟與實際成交之交易內容則差異頗大，足見營業員確有未依照上訴人指示買賣股票之情事。</p> <p>(4)印章、存摺等均屬買賣股票之重要文件，客戶理應自行妥善保管，其明顯違反系爭聲明書之規定，無故交付營業員致受害，應負 50% 與有過失責任。</p> <p>3.發回更審後高等法院高雄分院判決確定：證券商敗訴</p> <p>(1)黃○○對於上訴人既有如前述之侵權行為，致上訴人受有損害，自不因上訴人係借用他人名義之帳戶買賣股票而謂非侵權行為之受害人，故元富公司另辯以上訴人不可主張不屬其帳戶內股票出售之價款云云，亦非可採。</p> <p>(2)受僱人之行為，在客觀上足認為與其執行職務有關，而</p>					高雄分院 96 年度重上更(一)字第 7 號。	

業種	編號	個案事實簡述	業者是否應依民法§188 負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主觀)意思說	受僱人(主觀)意思說	行為外觀(客觀)說	限制客觀說	
		<p>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 42 年台上字第 1224 號判例參照）。黃○○生前係元富公司僱用之營業員，利用受託代上訴人買賣股票之機會，在元富公司營業場所及營業時間內，私下代上訴人保管存摺及印章，復未依上訴人之指示下單買賣股票、挪用交割款及盜賣股票，已違反前揭修正前證券商負責人與業務人員管理規則，客觀上亦足認其行為與其執行職務有關，自屬執行職務之行為。從而，上訴人請求元富公司應負僱用人之連帶賠償責任，即屬可採。至上訴人併依（選擇）債務不履行之法律關係，對元富公司請求損害賠償部分，毋再予審究之必要，附此敘明。</p> <p>(3) 元富公司雖另以黃○○先前並無品行或操守上之不良前科，伊已要求具備相關執照，平日亦依規定按時稽核監督，故伊選任監督已盡相當之注意義務云云置辯。惟按民法第 188 條第 1 項但書規定，僱用人選任受僱人及監督其職務之執行是否已盡相當之注意，其所應注意之範圍，關於選任方面，著重於受僱人之技術是否純熟，性格是否謹慎精細；而關於監督方面，則在於受僱人職務之執行，是否已提示其應注意事項，有無派員督導等（最高法院 87 年度台上字第 791 號判決意旨參照）。經查黃○○既有未依上訴人之指示下單買賣股票、挪用交割款及盜賣股票等行為，足證元富公司對黃○○之選任及監督</p>						

業種	編號	個案事實簡述	業者是否應依民法§188負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主觀)意思說	受僱人(主觀)意思說	行為外觀(客觀)說	限制客觀說	
		其職務之執行，未盡相當之注意，尚難以元富公司平日已有按時稽核監督，即認元富公司已善盡其選任監督之相當注意。元富公司此部分所辯，要非足取。從而，上訴人依民法第 188 條第 1 項前段規定，主張元富公司應與黃○○負連帶賠償責任，應堪採信。						
11. 富邦證券案		<p>1.第二審法院判決：證券商不負民法第 188 條責任。</p> <p>(1) 上訴人主張遭盜賣股票時間為 93 年 5 月底，遲至 12 月 16 日始發存證信函予富邦證券，富邦證券主張該二日電話交易紀錄已消除，致被上訴人無法舉證，即堪採信。</p> <p>(2) 上訴人主張存摺並無交營業員保管，縱使主張遭營業員詐欺於 5 月 24 日左右將存摺交營業員，營業員於 5 月 26 日交還該存摺時，應可發現有賣出股票紀錄，但未向證券商反應，仍續由該營業員買賣股票，與經驗法則有違。故主張營業員應負侵權行為責任，並無足取，又主張證券商應負第 188 條責任亦屬無據。</p> <p>2.最高法院判決：</p> <p>上訴人主張被營業員盜賣股票之情，已函知證券商，證券商以營業員久未至公司上班行蹤不明，為維護客戶權益並釐清案情，業已主動向地院檢察署提出告發等語，證明上訴人已舉證證明客戶未經其同意賣出股票，原審法院未納入考量，即以上訴人未舉證證明營業員未經其同意賣出股票，即為上訴人敗訴判決，自嫌速斷。</p>	○			○		最高法院 96 年度台上字第 1231 號

業種	編號	個案事實簡述	業者是否應依民法§188負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主觀)意思說	受僱人(主觀)意思說	行為外觀(客觀)說	限制客觀說	
	12. 宏遠證券案	民法第188條第1項所謂受僱人...不以事實上有僱傭契約者為限，須依一般社會觀念，客觀上確有被他人使用，為之服勞務且受其監督之客觀事實存在。....，縱係濫用職務或利用職務上之機會、時間、處所有密切關係之行為，在外觀上因已足認為與執行職務有關，而侵害第三人之權利，不問僱用人或受僱人之意思如何，均應認係執行職務所為之行為。	○		○			高等法院98年金上字第2號判決
	13. 金鼎證券案	<p>1.第二審法院認證券商應負民法第188條連帶責任。</p> <p>(1) 金鼎證券規模非小，若有健全之控管制度，或曾採取有效之防弊監督措施，應能發現營業員違規行為，多年未發現，即不得減免僱用人責任。</p> <p>(2) 客戶以簽立不得將印章、存摺交付營業員之聲明書，竟委由營業員代刻印章，、領取證券及存摺，多年為索回聞問，造成自身損失屬與有過失，應負70%與有過失責任。</p> <p>2.最高法院判決：證券商上訴有理由，客戶應負與有過失責任。</p> <p>(1) 僱用人藉使用受僱人擴張其活動範圍，並享受其利益。就受僱人執行職務之範圍，或所執行者適法與否，恆非與其交易之第三人所能分辨，為保護交易之安全，如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，僱用人應依民法第188條第一項規定與受僱人負連帶賠償責任。若於客觀上並不具備受僱人執行職務之外觀，或係受僱人個人之犯罪行為而與執行職務</p>	X				○	最高法院98年度台上字第763號

業種	編號	個案事實簡述	業者是否應依民法§188負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主觀)意思說	受僱人(主觀)意思說	行為外觀(客觀)說	限制客觀說	
		無關，自無命僱用人負賠償責任之理。 (2) 投資人委託證券商進行股票交易行為，本無需交付銀行存摺、印章，苟投資人自行將銀行存摺、印章交付營業員或由其保管，致營業員持投資人之存摺、印章自投資人之銀行帳戶取款，是否仍屬「在業務上有機會可資利用」並「具備執行職務之外觀」？應先予釐清。						
14. 國寶證券案		<p>1.第一審與第二審均認證券商應負民法第 188 條連帶責任。</p> <p>(1) 偽刻印與原留印鑑印文，以肉眼觀察即可判別完全不同，且證券商營業員未要求盜用者提出證券存摺即行辦理股票匯撥，則證券商與營業員辯稱無過失，並不可採。</p> <p>(2) 辦理開戶若能依正常程序辦理，依證券集中交易規定，系爭集保股票即不可能遭到賣，則各階段營業員之過失行為，均為客戶所生損害之共同原因，有行為關連共同，應成立共同侵權行為。其僱用人自應負民法第 188 條連帶賠償責任，並各組賠償人間成立不真正連帶債務關係。</p> <p>2.最高法院判決：因果關係之認定應更為嚴謹。</p> <p>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。違法受理開戶，與股票遭盜賣之當事人權利受侵害間是否具有因果關係？證券商之過失行為與系爭股票遭營業員盜賣、盜領而受有損害，無必然結合之關係，亦無法認定各該過失行為均為客戶所生損害之共同原因。原審遽以證券商過失行為，即認其為客戶所生損害之原因，應負連帶賠償責任，於法尚有可議。</p>	X				○	最高法院 98 年度台上字第 627 號

業 種	編 號	個案事實簡述	業者是否 應依民法 §188 負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主 觀)意思說	受僱人(主 觀)意思說	行為外觀 (客觀)說	限制客 觀說	
	15. 國 票 證 券 清 償 借 款 案	營業員之行為究否為「民法」第 184 條侵權行為？抑或為兩造間借貸或全權委託操作關係？若為前者，則證券商方應依同法第 188 條規定與營業員負連帶責任。被上訴人二人均為從事證券業者，當明知「臺灣證券交易所股份有限公司營業細則」第 79 條禁止客戶委託證券經紀商買賣股票，不得為全權委託之規定，被上訴人既辯稱上訴人有全權委託買賣股票事實存在，即應負舉證責任。	X				○	最高法 院 98 年 度 台 上 字 第 1865 號
	16. 元 大 證 券 案	最高法院認定：證券商應負民法第 188 條責任，但客戶應負與有過失。 1.證券市場，瞬息萬變，若被害人訴請賠償時適股價低迷，仍命行為人以低價補回以回復原狀，不僅不能填補被害人所受損害及所失利益，亦與誠信原則有違，更易鼓勵犯罪。是被害人請求按其交付股票時所折算之價額以金錢賠償，應屬正當。被上訴人依營業員盜領、盜賣當日股票之收盤價計算其損害，亦無不合。 2.所謂被害人與有過失，只須其行為為損害之共同原因，且其過失行為並有助成損害之發生或擴大者，即屬相當，不問賠償義務人應負故意、過失或無過失責任，均有該條項規定之適用。原審既認被上訴人任由營業員持有使用其證券交易存摺，且明知存摺及印章亦由其保管，仍任由其買	○			○		最高法 院 98 年 度 台 上 字 第 2317 號

業種	編號	個案事實簡述	業者是否應依民法§188 負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主觀)意思說	受僱人(主觀)意思說	行為外觀(客觀)說	限制客觀說	
		賣股票，致損害擴大，竟以營業員係故意為侵權行為，即謂無上開過失相抵規定之適用，於法未合。						
	17. 群益證券案	1.所謂執行職務，除受僱人因執行其所受命令、受委託職務、執行該職務所必要之行為以外，雖非其職務上行為，然在客觀上足認為與其執行職務有關之行為亦屬之。 2.依據「證券商負責人與業務人員管理規則」第 18 條第 2 項第 11 款規定，證券商之負責人及業務人員，除另有規定外，不得挪用或代客戶保管有價證券、款項、印鑑或存摺，復因同規則第 20 條規定，證券商之業務人員從事業務所為之行為，視為該證券商授權範圍內之行為。如證券業務人員執行職務時不法侵害他人權益，證券商除能證明已盡相當注意或縱加以相當注意仍不免發生損害者外，自應與業務人員連帶負損害賠償責任。	○			○		高等法院高雄分院 99 年上字第 195 號民事判決
	18. 凱基證券案	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。營業員職務擔任之職務既係為客戶理財，須經手錢財，證券商於選任時，除應注意其是否具備專業之能力外，自須注意其品德是否誠實廉潔，並於任用後，除監督其工作情形外，尚應觀察其生活動態。營業員確有向上訴人佯稱有代銷基金，使上訴人誤信而同意購買，為原審認定之事實。且當時營業員有卡債、操作股票虧損問題，能否仍謂證券商對其之選任監督已盡相當注意，尚非無疑。原	○			○		最高法院 99 年度台上字第 2024 號

業種	編號	個案事實簡述	業者是否應依民法§188負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主觀)意思說	受僱人(主觀)意思說	行為外觀(客觀)說	限制客觀說	
		審就此未詳加研求，遽依前揭理由，認證券商免負僱用人之賠償責任，不無可議。						
	19. 華南永昌證券案	原審已依全辯論意旨及調查證據之結果，認定上訴人係基於信任營業員個人而為委託，縱於上班時間在證券商營業處所，利用公司電話、傳真設備與客戶聯絡及客戶至證券商交付現金予營業員，外觀上似與執行職務有所關連，亦難憑此即謂其係執行受僱人之職務，而令證券商負「民法」第 188 條第 1 項之僱用人責任。上訴人對原審已論斷者，泛言未論斷，而非表明該判決所違背之法令及其具體內容，難認其已合法表明上訴理由，應認其上訴為不合法。	X				○	最高法院 101 台上字第 123 號
	20. 日盛證券案	<p>1.第二審法院均認證券商應負民法第 188 條連帶責任，但客戶應負 50%與有過失責任。</p> <p>(1)日盛證券不得辦理債券附條件買賣業務，但營業員稱該公司可從事該業務，並盜賣客戶股票，乃利用營業員身分，利用於職務上機會，不法行為與執行職務時間或處所有密切關係，自屬執行職務。</p> <p>(2)日盛證券未能舉證證明其選任受僱人及監督其職務之執行，以盡相當注意，或縱加以相當注意仍不免發生損害，自應負損害賠償責任。</p> <p>(3)客戶雖自行保管印鑑、存摺，但收受營業員偽造之庫存款餘額表後，未詳查自身證券及存款變動，任由營業員代為刷摺，就系爭損害之發生或擴大與有過失，應負 50% 責任。</p> <p>2.最高法院認為：駁回第二審判決，尚須更詳細之證明。</p>	○ (二審) 尚無確定判決				○	最高法院 101 年台上字第 1679 號

業種	編號	個案事實簡述	業者是否應依民法§188 負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主觀)意思說	受僱人(主觀)意思說	行為外觀(客觀)說	限制客觀說	
		<p>(1) 損害賠償之過失相抵，須主張有損害賠償請求權之權利人(被害人)之相對人賠償義務成立為前提，倘該相對人無須負賠償義務，法院自無審酌被害人就損害之發生或擴大是否與有過失。</p> <p>(2) 本件營業員是否盜賣客戶有價證券及盜領款項，攸關證券商應否負損害賠償責任，事實既未臻明確，本院自無從為法律上判斷。自應廢棄發回，由原法院就本件詳為調查審認。</p>						
期貨業	1.	<p>第一審與第二審均認為晶鼎公司應依民法第 188 條第 1 項規定連帶負賠償之責。</p> <p>晶鼎公司理財業務部經理丙○○利用其至辦公室處所外為客戶開戶之機會，攔截客戶開戶文件，置換為他人之帳戶，晶鼎公司未就開戶手續設置嚴謹之監督、查核程序，難認其選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意。</p>	○			○		臺灣高等法院民事判決 98 年度重上字第 71 號
	2	<p>被上訴人之受僱人因執行被上訴人職務，以誇大期貨交易獲利及刻意隱瞞期貨交易虧損之不法方式，誘使客戶投資期貨買賣，致不法侵害其權利。被上訴人應負僱用人之連帶賠償責任，既為原審所確定之事實，則客戶因遭該不法侵害所受期貨交易手續費之支付，顯與受僱人侵權行為有相當因果關係，被上訴人應填補客戶所受損害及所失利益之責任範圍，即包括客戶該項積極財產之減少在內。</p>	○			○		最高法院 99 年度台上字第 1767 號

業種	編號	個案事實簡述	業者是否應依民法§188負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主觀)意思說	受僱人(主觀)意思說	行為外觀(客觀)說	限制客觀說	
投信投顧業	1.	華信投顧業務員巫○○向其招攬之會員推薦股票，巫○○未取得投資顧問證照卻推薦股票行為，屬受僱人個人不法行為，客觀上難認與執行職務有關，且會員並未受損害，華信投顧無須負連帶責任。	X			○		臺灣臺北地方法院 99 年金字第 87 號判決
	2.	亞洲投顧分析師林○○藉為客戶提供諮詢顧問服務時，逾權為客戶進行「代客操作」。亞洲投顧並已就其依法應負責任，與客戶達成「和解」。本件受僱人林○○違法代客買賣股票，與客戶損失無相關因果關係，未構成侵權行為，亞洲投顧不需負僱用人連帶賠償責任。	X	N/A	N/A	N/A	N/A	臺灣高等法院民事判決 100 年度上易字第 1062 號
	3	永豐投顧業務經理許○○推介客戶購買未經主管機關申報生效之境外基金，嗣後該基金管理公司突然關閉，然因客戶無法舉證其委任永豐投顧提供分析建議或推介建議，也無法舉證許○○無權代理推介、建議購買上述境外基金，駁回客戶對投顧公司之請求。	X	N/A	N/A	N/A	N/A	臺灣臺北地方法院 100 年度訴字第 3750 號判決
	4	客戶透過宏利投信受僱人推介購買由元大投信擔任總代理機構之境外私募基金，客戶主張基金簡介（宏利投信交付、元大投信製作）內容有誤，致其受誤導而無法即時贖回蒙受損	X	N/A	N/A	N/A	N/A	臺灣臺北地方法院 99

業種	編號	個案事實簡述	業者是否應依民法§188負責	執行職務認定標準				附註
				僱用人(主觀)意思說	受僱人(主觀)意思說	行為外觀(客觀)說	限制客觀說	
		失，惟因客戶未能證明侵權行為存在，本案請求駁回。						年金字第70號判決
5		<p>1.第二審：第一審之訴訟程序有重大瑕疵，發回臺灣臺北地方法院。</p> <p>2.第一審：統一證券敗訴，客戶對該損害之發生應負30%之與有過失責任。</p> <p>(1)統一證券營業員呂○○收受客戶申購統一投信發行基金款項，卻未確實為客戶申購基金，由於代銷基金客觀上可認屬統一證券之附屬業務，外觀上具有「執行業務」之形式。統一證券雖有要求營業員簽具「切結書」遵守人員管理規則，惟未訂定查核流程並稽核，難據以認定其選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意義務。</p> <p>(2)客戶繳納之融資補繳金被統一證券營業員呂○○不法侵吞，因客戶無法舉證，請求駁回。</p>	○ (二審) 尚無確定判決			○		臺灣高等法院民事判決99年度金上字第8號
6		安泰投信交易部經理(受僱人)利用職務上機會詐欺投資人買賣公關股票，仲介股票買賣為受僱人個人私下行為，非安泰投信營業項目範圍，客觀上難認定具有為安泰投信執行業務上行為。	X			○		臺灣臺北地方法院97年度重訴字第212號判決

資料來源：本研究整理

表 2 各級法院對民法第 188 條第 1 項要件認定標準比較表

	案號	是否為執行職務行為	選任與監督之注意	與有過失
證 券 業	最高法院 92 年台上字第 485 號判決	營業員利用代客戶買賣股票之機會，在營業場所及營業時間內，私下代客戶保管股票、存摺及印章，並代客戶操作股票買賣，難認為非屬職務上予以機會之行為，及與執行職務之時間或處所有密切關係之行為。	盜賣股票為營業員自身犯罪行為，所以不屬執行職務範圍，證券商不負連帶賠償責任。	
	最高法院 95 年台上字第 2050 號判決	營業員填單買入並予盜賣，屬個人之犯罪行為，惟其外觀與執行受託買賣股票之職務有關，證券商應依負連帶賠償責任。		
	臺灣高等法院 95 年金上更(一)字第 7 號判決	營業員未經客戶授權，以客戶名義下單，因而證券商指示銀行扣款，屬關連共同之行為。 客戶雖收受對帳單未提出質疑，僅能解釋其知悉有系爭股票之買賣。		盜賣乙事無從由該對帳單探知，自難課客戶應注意能注意而不注意之責。
	最高法院 95 年度台上字第 2144 號	客戶應允將系爭證券集保帳戶出借予營業員供其沖銷操作，由營業員返還同種類、數額之股票於帳戶內。客戶受有損失係因與營業員間有借貸關係所致，應循借貸法律關係解決，難認為係民法第 184 條之侵權行為。		
	95 年度金上更(二)字第 1 號判決	營業員與客戶約定使用人頭戶進行證券買賣，雖屬私下約定之犯罪行為，惟其係基於營業員身分，遂有機會遂行此犯罪行為，與執行職務密切相關		客戶既將人頭戶之印鑑章、存摺交由營業員保管，致其有侵占股款機會。苟非客戶持續有此疏失，且長期未自行核對資料，則本件之損害金額當不致如此巨

案號	是否為執行職務行為	選任與監督之注意	與有過失
			額，綜上認與有過失比例應達 10 分之 3。
最高法院 95 年度台上字第 2491 號	營業員盜用人頭戶進行融資融券交易，證券商不得以營業員之業務範圍不含融資融券業務，主張其非執行業務範圍。		
最高法院 97 年度台上字第 16 號。	證券商有相當資料足資證明代理人已取得委託人授權之情形下，營業員本此認知接受訴外人委託，以系爭帳戶買進系爭股票，並無違反證券法規。	客戶不得主張帳戶係經盜用，要求營業員負民法第 184 條侵權行為責任。	
臺灣高等法院 96 年金上字第 2 號判決	營業員職務範圍並未及於偽造銀行明細記錄以開立信用交易帳戶。既非執行職務範圍內之行為，亦非與職務相牽連或職務上給予機會之行為，證券商無須負擔僱用人連帶損害賠償責任。		
高雄分院 96 年度重上更(一)字第 7 號	營業員手寫紀錄表與證券商對帳單確有記載不一致之情形，惟營業員手寫紀錄表均印有證券商公司名稱，且格式一致，顯見該手寫紀錄表應可視為公司提供予客戶對帳單之一種，屬營業員執行職務之行為。	選任著重於受僱人之技術是否純熟，性格是否謹慎精細；監督則在於受僱人職務之執行，是否已提示其應注意事項，有無派員督導等。營業員未依上訴人之指示下單買賣股票、挪用交割款及盜賣股票，足證證券商未盡監督之注意，尚難以平日已有按時稽核監督，即認已善盡其選任監督之相當注意。	
最高法院 96 年度台上字第 1231 號	客戶主張被營業員盜賣股票之情，已函知證券商。證券商以營業員久未至公司上班行蹤不明，為維護客戶權益並釐清案情，業已主動向地院檢察署提出告發等語，原審法院未納入考量，即以上訴人未舉證證明營業員未經其同意賣		

	案號	是否為執行職務行為	選任與監督之注意	與有過失
		出股票，即為上訴人敗訴判決，自嫌速斷。		
	高等法院 98 年金上字第 2 號判決	縱係濫用職務或利用職務上之機會、時間、處所有密切關係之行為，在外觀上因已足認為與執行職務有關，而侵害第三人之權利，不問僱用人或受僱人之意思如何，均應認係執行職務所為之行為。		
	最高法院 98 年度台上字第 763 號	為保護交易之安全，如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，僱用人應依民法第 188 條第一項規定與受僱人負連帶賠償責任。		苟投資人自行將銀行存摺、印章交付營業員或由其保管，致營業員持投資人之存摺、印章自銀行帳戶取款，客戶應負與有過失責任。
證 券 業	最高法院 98 年度台上字第 627 號	辦理開戶若能依正常程序辦理，依證券集中交易規定，系爭集保股票即不可能遭到賣，則各階段營業員之過失行為，均為客戶所生損害之共同原因，有行為關連共同，應成立共同侵權行為。	證券商之過失行為與系爭股票遭營業員盜賣、盜領而受有損害，無必然結合之關係，亦無法認定各該過失行為均為客戶所生損害之共同原因。	
	最高法院 98 年度台上字第 2317 號	證券商應負民法第 188 條責任，但客戶應負與有過失。		原審以客戶任由營業員持有使用其證券交易存摺，且明知存摺及印章由其保管，致損害擴大，竟以營業員係故意為侵權行為，即謂無上開過失相抵規定之適用，於法未合。
	最高法院 99 年度台上字		營業員確有向客戶佯稱有代銷基金，使上訴人誤信而同意購買，為原	

	案號	是否為執行職務行為	選任與監督之注意	與有過失
	第 2024 號		審認定之事實。且當時營業員有卡債、操作股票虧損問題，能否仍謂證券商對其之選任監督已盡相當注意，尚非無疑。	
	最高法院 101 台上字第 123 號	客戶係基於信任營業員個人而為委託，縱於上班時間在證券商營業處所，利用公司電話、傳真設備與客戶聯絡及客戶至證券商交付現金予營業員，外觀上似與執行職務有所關聯，亦難憑此即謂其係執行受僱人之職務，而令證券商負「民法」第 188 條第 1 項之僱用人責任。		
	最高法院 101 年台上字第 1679 號	XX 證券商不得辦理債券負條件買賣業務，但營業員稱該公司可從事該業務，並盜賣客戶股票，乃利用營業員身分，利用於職務上機會，不法行為與執行職務時間或處所有密切關係，自屬執行職務。	XX 證券商未能舉證證明其選任受僱人及監督其職務之執行，以盡相當注意，或縱加以相當注意仍不免發生損害，自應負損害賠償責任。	客戶自行保管印鑑、存摺，收受營業員偽造之庫存餘額表後，任由營業員代為刷摺，就系爭損害之發生或擴大與有過失，應負 50% 責任。
期貨業	臺灣高等法院民事判決 98 年度重上字第 71 號	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。	XX 公司經理丙利用其至辦公室處所外為客戶開戶之機會，攔截客戶開戶文件，置換為他人之帳戶，公司未就開戶手續設置嚴謹之監督、查核程序，難認其選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意。	
	最高法院 99 年度台上字第 1767 號	證券商受僱人因執行職務，以誇大期貨交易獲利及刻意隱瞞期貨交易虧損之不法方式，誘使客戶投資期貨買賣，致不法侵害其權利，被上訴人應負僱用人之連帶賠償責任。		

	案號	是否為執行職務行為	選任與監督之注意	與有過失
投 信 投 顧 業	臺灣高等法院民事判決 100 年度上易字第 1062 號	投顧分析師藉為客戶提供諮詢顧問服務時，逾權為客戶進行「代客操作」。投顧已就其依法應負責任，與客戶達成「和解」。受僱人違法代客買賣股票，與客戶損失無相關因果關係，未構成侵權行為，投顧不需負僱用人連帶賠償責任。		
	臺灣臺北地方法院 98 年金字第 18 號	證券營業員收受客戶申購 XX 投信發行基金款項，卻未確實為客戶申購基金，由於代銷基金客觀上可認屬證券商之附屬業務，外觀上具有「執行業務」之形式。	證券商雖有要求營業員簽具「切結書」遵守人員管理規則，惟未訂定查核流程並稽核，難據以認定其選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意義務。	證券商敗訴，客戶對該損害之發生應負 30% 之與有過失責任。
	臺灣臺北地方法院 97 年度重訴字第 212 號判決	投信交易部經理利用職務上機會詐欺投資人買賣公關股票，仲介股票買賣為受僱人個人私下行為，非安泰投信營業項目範圍，客觀上難認定具有為安泰投信執行業務上行為。		

本研究整理。

第四章 證券、期貨及投信顧業與其從業人員之侵權行為責任研析

第一節 證券業

一、執行職務的見解

分析近年法院判決對證券商受僱人「執行職務」之認定，主要採「行為外觀說」（客觀說）與「限制客觀說」兩說，惟「限制客觀說」實為「行為外觀說」之變形，以營業員之行為為犯罪行為，不應由僱用人承受，作為限縮僱用人連帶責任之依據。擇要說明如下：

（一）行為外觀說

參照元富案於高等法院更審判決(96年重上更(一)字第7號)，審判法官引用最高法院42年台上字第1224號判例之見解認為：「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。...元富公司僱用之營業員，利用受託代上訴人買賣股票之機會，在元富公司營業場所及營業時間內，私下代上訴人保管存摺及印章，復未依上訴人之指示下單買賣股票、挪用交割款及盜賣股票，已違反前揭修正前證券商負責人與業務人員管理規則，客觀上亦足認其行為與其執行職務有關，自屬執行職務之行為。從而，上訴人請求元富公司應負僱用人之連帶賠償責任，即屬可採。」為典型之行為外觀說。

（二）限制客觀說

參照最高法院 92 年台上字第 485 號判決略以：「營業員盜賣行為，除以受僱人之行為外觀作為判斷標準外，尚須非受僱人個人之犯罪行為者始足當之。因為盜賣股票為營業員自身犯罪行為，所以不屬執行職務範圍。」為限制客觀說之代表。主要認為營業員盜賣或盜用印鑑存者，而為不法行為，難以要求證券商為營業員個人犯罪行為負連帶賠償責任。但此說理由跳脫民法第 188 條構成要件與免責條件之規定，營業員不法行為的確侵害客戶之權利，構成民法第 184 條第一項侵權行為責任，但法院並未論述證券商選任及監督受僱人執行職務時已盡相當之注意，即直接論斷個人犯罪行為非民法第 188 條規範範圍，如何得此心證亦缺乏標準。此說雖有利於證券商，但不同案件於相類似之情形下即因法院心證而生不同結果，究非妥適。

此外，另有採此說者不以受僱人個人犯罪行為作為僱用人免責條件，最為特別者為福邦證券案更審後判決（最高法院 97 年度台上字第 16 號參照）理由略以：

1. 證券商有相當資料足資證明代理人（營業員）已取得委託人授權之情形下，依民法第 167 條之規定，當然得接受代理人之委託進行有價證券買賣、申購或交割事宜。
2. 營業員本此認知接受訴外人委託，以系爭帳戶買進系爭股票，並無違反上開證券法規。客戶不得主張帳戶係經盜用，要求營業員負民法第 184 條侵權行為責任。
3. 難認證券商有逾越權限之行為，要求證券商就其使用人逾越權限負連帶責任，更屬無據。

以「表見代理」為由，直接認定營業員並未侵害客戶權利，不構成侵權行為，進而論證券商不須負民法第 188 條之連帶賠償責任，亦可提供類似案例援引。

對於證券商而言，不論員工執行何種業務，在法律定義下均屬其受僱人，證券商依「民法」第 188 條之規定，均須為其行為同負民事損害賠償之連帶賠償責任。且主管機關亦得依相關法令對公司進行懲處或罰款。若有違法行為，甚至得依「公司法」、「證交法」，甚至刑法等相關規定負刑事責任，所負之法律責任非輕，並受主管機關嚴格監理，遵行繁複之內部監控程序。蒐集並分析上開法院之見解，原則上對何謂「執行職務」之定義已相當明確，但若欲限縮證券商為營業員侵權行為負連帶責任之範圍，宜回歸引用「民法」第 188 條第 1 項但書所訂之要件，而非以營業員個人犯罪行為為心證標準。

二、 選任與監督之認定

（一）歷來法院見解

民法第 188 條第 1 項但書規定：「選任受僱人及監督其職務之執行，以盡相當之注意或，縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。」此一舉證免責之抗辯要件，為證券商於僱用人侵權行為連帶責任中得以免除責任之重點。然而前述相關判決內容觀之，多關注「營業員之行為是否屬執行職務之行為」，鮮有針對證券商選任監督注意之論辯。究其原因可能係基於證券商必須為其選任監督是否已有相當注意負舉證責任，然而司法實務中，常見「舉證之所在，為敗訴之所在」，當法院認定營業員之侵害行為屬執行職務行為時，常直接導入僱用人連帶責任之認定。以日盛證券案

（最高法院 101 年台上字第 1679 號判決參照）為例，第二審法院認為：「日盛證券未能舉證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，自應負損害賠償責任。」但對於其心證之所由，卻缺乏詳細論述，難免引發爭議。

另舉最高法院於元富證券案（高等法院 96 年重上更（一）字第 7 號判決參照）之見解為例：「元富公司雖另以黃○○先前並無品行或操守上之不良前科，伊已要求具備相關執照，平日亦依規定按時稽核監督，故伊選任監督已盡相當之注意義務云云置辯。惟按民法第 188 條第 1 項但書規定，僱用人選任受僱人及監督其職務之執行是否已盡相當之注意，其所應注意之範圍，關於選任方面，著重於受僱人之技術是否純熟，性格是否謹慎精細；而關於監督方面，則在於受僱人職務之執行，是否已提示其應注意事項，有無派員督導等（87 年度台上字第 791 號判決意旨參照）。」又最高法院於凱基證券案（99 年度台上字第 2024 號判決參照）謂：「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。營業員職務擔任之職務既係為客戶理財，須經手錢財，證券商於選任時，除應注意其是否具備專業之能力外，自須注意其品德是否誠實廉潔，並於任用後，除監督其工作情形外，尚應觀察其生活動態。營業員確有向上訴人佯稱有代銷基金，使上訴人誤信而同意購買，為原審認定之事實。且當時營業員有卡債、操作股票虧損問題，能否仍謂證券商對其之選任監督已盡相當注意，尚非無疑。」可說是近年來對「選任監督之相當注意」論述較為詳盡之判決。

（二）選任與監督職務之執行是否已盡注意義務可參考之認定標準

1. 證券相關法規訂有人員選任與監督規範

觀察現行主管機關對於證券商之監理重點主要為：(1) 保障投資人權益：以國內市場結構面觀察，散戶投資人所占比率較高，故於訂定監理措施時，偏重保障投資人之角度為之。(2) 降低證券商經營風險：證券商經營業務所面臨之風險類型，包括業務（經紀、自營、承銷等）風險、財務風險及從業人員風險，尤以防範證券商內部人員利益衝突為重。由於證券商從業人員執行業務行為影響市場交易與投資人權益甚鉅，為維護證券市場安全，「證交法」第 54 條規定從業人員應具備相當資格條件，「證券交易法」第 70 條另授權主管機關以命令訂定「證券商負責人與業務人員管理規則」（下稱「人員管理規則」），以規範證券商負責人及業務人員管理事項。

「證交法」第 51 條規定，證券商之董事、監察人及經理人，除因投資關係，並經主管機關核准者，得兼任被投資證券商之董事或監察人外，不得兼任其他證券商之任何職務。立法目的即為避免人員利用於不同證券商兼任職務之便，對客戶未盡善良管理人注意義務，或未對所屬證券商及其股東盡忠實義務之行為。另主管機關訂定之行政命令「人員管理規則」第 11-1 條第 1 項第 1 款規定，證券商與轉投資金融機構間，無董事長、經理人互相兼任情事，並經主管機關核准者，其負責人得充任該等機構之負責人。同規則第 11-1 條第 3 項規定：「證券商負責人之兼任行為應以確保本職及兼任職務之有效執行，並維持證券商業務運作之必要範圍為限，不得涉有利益衝突、違反證券相關規定或內部控制制度之情事，並應確保股東權益。」至於營業員依「人員管理規則」第 3 條規定，證券商業務人員係依職務煩

簡難易、責任輕重區分為高級業務員⁷⁰與業務員⁷¹，現行證券商業務人員證照制度，亦係於此法規命令架構下發展。證券商內部人員，基於其職業身分，可能較一般投資人或交易人提早接觸到市場相關的訊息，故各國於訂定業法時均訂有行為規範，要求內部人員從事交易時，應避免市場產生不公平、不公正的狀況。簡要敘述我國相關行為規範與監控規定如下表所示：

規範依據	具體條款（例示）
<ul style="list-style-type: none"> ■ 證券商管理規則 	證券商管理規則（§2） 證券商應依行政院金融監督管理委員會訂定之證券暨期貨市場各服務事業建立內部控制制度處理準則及臺灣證券交易所股份有限公司等證券相關機構共同訂定之證券商內部控制制度標準規範訂定內部控制制度。證券商業務之經營，應依法令、章程及前項內部控制制度為之。第一項內部控制制度經本會或證券相關機構通知變更者，應於限期內變更。
<ul style="list-style-type: none"> ■ 證券商法令遵循之評估內容與程序標準規範 	證券商管理規則（§6） 證券商應設置內部稽核，定期或不定期稽核公司之財務及業務，並作成稽核報告，備供查核。前項之稽核報告，應包括公司之財務及業務，是否符合有關法令及公司內部控制制度之規定。
<ul style="list-style-type: none"> ■ 臺灣證券交易所股份有限公司營業細則（§75） 	證券商管理規則（§37） 證券商經營證券業務，除法令另有規定外，不得有下列行為： <ol style="list-style-type: none"> 一、提供某種有價證券將上漲或下跌的判斷，以勸誘客戶買賣。 二、約定或提供特定利益或負擔損失，以勸誘客戶買賣。 三、提供帳戶供客戶申購、買賣有價證券。 四、對客戶提供有價證券之資訊，有虛偽、詐騙或其他足致他人誤信之行為。 五、接受客戶對買賣有價證券之種類、數量、價格及買進或賣出之全權委託。 六、接受客戶以同一帳戶為同種有價證券買進與賣出或賣出與買進相抵之交割。 七、接受客戶以不同帳戶為同一種有價證券買進與賣出或賣出與買進相抵之交割。 八、於其本公司或分支機構之營業場所外，直接或間接設置固定場所為接受有價證券買賣之委託。 九、於其本公司或分支機構之營業場所外，直接或間接設置固定場
<ul style="list-style-type: none"> ■ 證券商公司治理實務守則 	

⁷⁰包括「人員管理規則」第8條第1項之部門主管及分支機構負責人、從事投資分析及內部稽核等職務者。

⁷¹包括「人員管理規則」第2條第2項各款從事有價證券承銷、自行買賣、受託買賣業務之人員，及內部稽核或主辦會計等職務者。

規範依據	具體條款（例示）
	<p>所，從事與客戶簽訂受託契約或辦理有價證券買賣之交割。但本會另有規定者，不在此限。</p> <p>十、受理未經辦妥受託契約之客戶，買賣有價證券。</p> <p>十一、受理本公司之董事、監察人、受僱人代理他人開戶、申購、買賣或交割有價證券。</p> <p>十二、受理非本人開戶。但本會另有規定者，不在此限。</p> <p>十三、受理非本人或未具客戶委任書之代理人申購、買賣或交割有價證券。</p> <p>十四、知悉客戶有利用公開發行公司尚未公開而對其股票價格有重大影響之消息或有操縱市場行情之意圖，仍接受委託買賣。</p> <p>十五、利用客戶名義或帳戶，申購、買賣有價證券。</p> <p>十六、非應依法令所為之查詢，洩露客戶委託事項及其他業務上所獲悉之秘密。</p> <p>十七、挪用屬於客戶所有或因業務關係而暫時留存於證券商之有價證券或款項。</p> <p>十八、代客戶保管有價證券、款項、印鑑或存摺。</p> <p>十九、未經本會核准辦理有價證券買賣之融資或融券，直接或間接提供款項或有價證券供客戶辦理交割。</p> <p>二十、違反對證券交易市場之交割義務。</p> <p>二十一、利用非證券商人員招攬業務或給付不合理之佣金。</p> <p>二十二、其他違反證券管理法令或經本會規定應為或不得為之行為。</p>
<p>■ 證券商負責人與業務人員管理規則</p> <p>■ 證券商暨期貨市場各服務事業建立內部控制制度處理準則（證券交易法第14條之1第2項）</p> <p>■ 證券商經營客戶委託運用買</p>	<p>證券商負責人與業務人員管理規則（§5）</p> <p>證券商高級業務員應具備下列資格條件之一：</p> <p>一、大學系所以上畢業，擔任證券機構業務員三年以上者。</p> <p>二、符合證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則所定證券投資分析人員資格者。</p> <p>三、經中華民國證券商業同業公會委託財團法人中華民國證券暨期貨市場發展基金會舉辦之證券商高級業務員測驗合格者。</p> <p>四、曾依本規則登記為證券商高級業務員，或已取得本會核發之證券商高級業務員測驗合格證書者。</p> <p>五、現任證券機構業務員，於八十年六月十八日本規則修正施行前任職一年以上，且在修正施行後，繼續擔任業務員併計達五年者。</p> <p>證券商負責人與業務人員管理規則（§6）</p> <p>證券商業務員應具備下列資格條件之一：</p> <p>一、符合證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則所定證券投資分析人員資格者。</p> <p>二、經中華民國證券商業同業公會委託證基會舉辦之證券商業務員測驗合格者。</p> <p>三、曾依本規則登記為證券商業務員，或已取得本會核發之證券商業務員測驗合格證書者。</p>

規範依據	具體條款 (例示)
<p>賣有價證券結餘款項之代理業務內部控制重點</p>	<p>證券商負責人與業務人員管理規則 (§16、§17)</p> <p>證券商之業務人員，參加職前訓練或在職訓練，成績合格者，由本會或訓練機構發給結業證書，並將訓練成績送服務機構作為考績、升遷及工作指派之參考；成績特優者，由本會或訓練機構給予獎勵。</p> <p>證券商之業務人員，不參加職前訓練或在職訓練，或參加訓練成績不合格於三年內再行補訓二次成績仍不合格者，由本會通知取銷業務人員資格。</p> <p>證券商負責人與業務人員管理規則 (§18)</p> <p>證券商負責人及業務人員執行業務應本誠實及信用原則。</p> <p>證券商之負責人及業務人員，除其他法令另有規定外，不得有下列行為：</p> <ol style="list-style-type: none"> 一、為獲取投機利益之目的，以職務上所知悉之消息，從事上市或上櫃有價證券買賣之交易活動。 二、非應依法令所為之查詢，洩漏客戶委託事項及其他職務上所獲悉之秘密。 三、受理客戶對買賣有價證券之種類、數量、價格及買進或賣出之全權委託。 四、對客戶作贏利之保證或分享利益之證券買賣。 五、約定與客戶共同承擔買賣有價證券之交易損益，而從事證券買賣。 六、接受客戶委託買賣有價證券時，同時以自己之計算為買入或賣出之相對行為。 七、利用客戶名義或帳戶，申購、買賣有價證券。 八、以他人或親屬名義供客戶申購、買賣有價證券。 九、與客戶有借貸款項、有價證券或為借貸款項、有價證券之媒介情事。 一〇、辦理承銷、自行或受託買賣有價證券時，有隱瞞、詐欺或其他足以致人誤信之行為。 一一、挪用或代客戶保管有價證券、款項、印鑑或存摺。 一二、受理未經辦妥受託契約之客戶，買賣有價證券。 一三、未依據客戶委託事項及條件，執行有價證券之買賣。 一四、向客戶或不特定多數人提供某種有價證券將上漲或下跌之判斷，以勸誘買賣。 一五、向不特定多數人推介買賣特定之股票。但因承銷有價證券所需者，不在此限。 一六、接受客戶以同一或不同帳戶為同種有價證券買進與賣出或賣出與買進相抵之交割。但依法令辦理信用交易資券相抵交割者，不在此限。 一七、受理本公司之董事、監察人、受僱人代理他人開戶、申購、買賣或交割有價證券。 一八、受理非本人開戶。但本會另有規定者，不在此限。 一九、受理非本人或未具客戶委任書之代理人申購、買賣或交割有

規範依據	具體條款（例示）
	<p>價證券。</p> <p>二〇、知悉客戶有利用公開發行公司尚未公開而對其股票價格有重大影響之消息或有操縱市場行為之意圖，仍接受委託買賣。</p> <p>二一、辦理有價證券承銷業務之人員與發行公司或其相關人員間有獲取不當利益之約定。</p> <p>二二、招攬、媒介、促銷未經核准之有價證券或其衍生性商品。</p> <p>二三、其他違反證券管理法令或經本會規定不得為之行為。</p> <p>前項人員執行業務，對證券商管理法令規定不得為之行為，亦不得為之。</p> <p>前二項之規定於證券商其他<u>受僱人</u>準用之。</p> <p>證券商負責人與業務人員管理規則（§19）</p> <p>證券商負責人或業務人員涉嫌違反證券管理法令或就執行職務相關事項之查詢，應於本會所訂期間內，到會說明或提出書面報告資料。</p>

資料來源：本研究整理，證券暨期貨法令及判解查詢系統 <http://www.selaw.com.tw>，瀏覽日期：2013

年5月。

2. 證券相關法規對市場不法行為及其懲罰規定明確

- (1) 在證券商同時經營自營業務、經紀業務、承銷業務的情況下，目前證券業法已要求建立適當的防火牆，若證券商將自營與經紀的訊息不當相互流用，甚至利用經紀部門之業務員發布訊息給客戶，鼓勵買進自營部門持有的股票，為證券商抬轎，即是造成利益衝突的重要來源。或是承銷某家公司股票而在經紀部門大力推薦該股票，促使客戶購買，亦有可能造成公司與客戶間的利益衝突。
- (2) 證券及期貨市場詐欺或操縱行為在「證交法」與「期貨交易法」（下稱「期交法」）均有明文加以規範禁止，惟其對象並不限於內部人員。證券商和期貨商內部人員從事交易的詐欺行為，可能出現的範圍極廣。舉例而言，若內部人員以虛偽交易增加本公司營收，誤使一般投資人誤以為公司獲利狀況良好，而買進該公司股票，可能涉及詐欺，進

而成為「證交法」第 20 條至第 20 條之 1 之規範主體。再者，若證券商和期貨商營業人員藉由不實資訊，勸誘投資人（交易人）從事交易，亦可能衍生操縱市場價格之不法行為。

- (3) 證券商及期貨商之內部人員，因所處行業之故，相較於其他企業之內部人員，更易接觸到上市（櫃）公司交易相關重要資訊，若其並未妥善運用所取得的資訊，容易發生不公平交易。故內線交易為「證交法」第 157 條之 1 及「期交法」第 107 條明令禁止之行為，違反者處以相當重民、刑事責任。目前證券商內部人員及其關係人帳戶，均以特定號碼表示，以利結算端進行跨市場監控。法令對內部人交易控管規定嚴格，內部人帳戶一旦大量交易，在市場上動見觀瞻，鮮有內部人以個人交易為公司衝業績的情形，因為市場發展並無持續性與穩定性，一旦市況反轉，帶頭操作的人往往成為眾矢之的，反而得不償失。

三、 與有過失之認定

（一）國內主要學說見解

參考國內學說對與有過失之構成要件之說明或有差異，最先提出者為鄭玉波教授，以：賠償義務人責任業已成立，損害之發生或擴大被害人與有過失⁷²。說明最詳者為曾隆興博士，其認為：(1) 被害人或賠償權利人須有過失；(2) 被害人或賠償權利人之過失行為，須為

⁷²鄭玉波，論民法上之過失相抵與海商法上之共同過失，載民商法問題研究（一）國立臺灣大學法學叢書（三）三民書局，1976年2月，頁136。

損害發生或擴大之共同原因；(3) 被害人有過失相抵能力等要件⁷³。王澤鑑教授則認為：相對於過失責任的義務違反，與有過失係「不真正義務」之違反，強調其本質上乃不同於契約不履行或侵權行為「真正義務」之意義，實質上是一種強度較弱之義務之違反，效果上不生損害賠償責任，僅僅使負擔此一義務之人受到權利減損或喪失之法律上之不利益而已⁷⁴。孫森焱教授更認為法律上對自己法益並不負擔注意義務，所謂與有過失僅係被害人未盡善良管理人之注意，致損害發生或擴大而已⁷⁵。邱聰智教授與林誠二教授則認為，與有過失之注意義務並非以法律上之義務為評價基準，故此所謂欠缺注意義務或過失概念與「民法」第 220 條、第 184 條等定債務人責任之標準，在抽象概念上尚有不同，亦即係在社會生活倫理或道德之要求上，如被害人疏於避免或減少損害自身法益即屬與有過失，非以交易上所稱之善良管理人為標準，與固有意義之過失以法律上之一般義務（侵權責任）或特別義務（契約責任）為判斷基準不同⁷⁶。

（二）法院實務見解

我國實務多肯定「對己義務」存在之立場，並進一步強調其注意義務之程度為善良管理人之注意義務（抽象輕過失）⁷⁷。如最高法院 93 年台上字第 1467 號判決表示：「按民法第二百十七條第一項所稱

⁷³曾隆興，交通事故賠償之理論與實務，自版，1995 年 1 月，頁 284-286。

⁷⁴「不真正過失」是對於德文 *obliegenheiten* 之翻譯。王澤鑑，民法學說與判例研究第四冊，自版，1998 年 6 月版，頁 98。

⁷⁵孫森焱，民法債編總論上冊，自版，2002 年 11 月修訂版，頁 450。

⁷⁶邱聰智，新編民法債編總則上，輔仁大學法學叢書，2003 年 1 月新訂一版 頁 367；林誠二，民法債編總論上冊，瑞興圖書股份有限公司，2000 年 9 月初版，頁 471。

⁷⁷「民法第二百十七條所謂損害之發生或擴大，被害人與有過失云者，係指被害人苟能盡善良管理人之注意，即得避免其損害之發生或擴大，乃竟不注意，致有損害發生或擴大之情形而言，是與固有意義之過失，以違反法律上注意義務為要件者，尚屬有間」。最高法院 85 年台上字第 1756 號、54 年台上字第 2433 號判例及 70 年台上字第 375 號判決可資參照。

被害人與有過失者，係指被害人苟能盡其善良管理人之注意，即得避免其損害之發生或擴大，竟不注意之意。」亦即被害人必須盡善良管理人之注意義務始滿足照顧自我法益之不真正義務內涵⁷⁸。

1. 客戶不須負與有過失責任之理由

臺灣高等法院於群益證券案（95 年金上更（一）字第 7 號判決參照）認為：「客戶雖收受交易對帳單，未向營業員及證券商提出任何質疑之情，然損害之發生，係肇因於營業員未經授權下單買賣系爭股票，客戶雖收受對帳單未提出質疑，僅能解釋其知悉有系爭股票之買賣。盜賣乙事無從由該對帳單即可探知，自難課以應注意能注意而不注意之責。又買進系爭股票後因股價下跌而有損失，然該股票之所有權屬於證券商，縱有因未即時處理該股票，而致損害擴大，亦難歸責於客戶。」

2. 客戶應負與有過失責任之理由

最高法院於元大證券案（98 年度台上字 2317 號判決參照）謂：「所謂被害人與有過失，只須其行為為損害之共同原因，且其過失行為並有助成損害之發生或擴大者，即屬相當，不問賠償義務人應負故意、過失或無過失責任，均有該條項規定之適用。原審既認被上訴人任由營業員持有使用其證券交易存摺，且明知存摺及印章亦由其保管，仍任由其買賣股票，致損害擴大，竟以營業員係故意為侵權行為，即謂無上開過失相抵規定之適用，於法未合。」認為證券商於開戶時應告知客戶事項中，以口頭及簽訂契約條款之方式告知客戶營業員不得保管其存摺或印鑑，而客戶無視此一禁止規定，為一時便利而任由營業員持用進行交易，應使客戶對損害發生負民法第 217 條之與有過失責任，為相關案件中典型認定事由。

⁷⁸解參照最高法院 70 年台上 375 號判決，民刑事裁判選輯，第二卷，第一期，頁 96；最高法院 93 年台上字 1467 號判決同旨。

(三) 與有過失比例之認定

最典型之見解為：

1. 高等法院 95 年金上更（二）字第 1 號判決謂：「客戶既將人頭戶之印鑑章、存摺交由營業員保管，致其有侵占股款機會，要難謂無「與有過失」，且苟非客戶持續有此疏失，且長期未自行核對資料，則本件之損害金額當不致如此巨額，是本院綜上開一切情況判斷，認被上訴人其過失比例應達 10 分之 3。」但為何認定損失比例為 30%，並未說明其認定標準。
2. 以最高法院 101 年台上字第 1679 號判決（日盛證券案）為例，二審法院認定：「客戶雖自行保管印鑑、存摺，但收受營業員偽造之庫存餘額表後，為詳查自身證券及存款變動，任由營業員代為刷摺，就系爭損害之發生或擴大與有過失，應負 50% 責任。」也卻未說明為何負責比例為 50%。

針對證券損害賠償事件，我國法律條文不僅缺乏計算公式，更缺乏判斷標準之構成要件敘述。而民法侵權行為責任對損失判斷之比例，法院也難以達成一致性見解，甚至形成判決先例供其他案件參考。

四、其他特殊案例

(一) 證券自營人員向一般客戶銷售結構型商品

舉證券商銷售連動債為例：雖已依規定踐行投資人適合性判斷與風險預告，若該商品之複雜度顯非一般客戶所能理解者，致客戶不當投資而受損，證券商是否亦須為營業員之侵權行為負連帶責任？原則上民法第 188 條僱用人連帶責任，仍須以受僱人侵權行為成立為前提，方有討論之可能。由於證券業尚乏案例，在此舉已判決確定之高等法院 98 年上易字第 299 號判決為例，投資人於 2005 年 11 月，經中國信託理專介紹，購買 100 萬元「CSFB

三年港幣明日之星連動債」，同時支付手續費 7794 元，到期日為 2008 年 12 月 30 日，投資期間曾領取配息 27,600 元港幣，但到期贖回時只剩 41,000 餘元港幣。該投資人主張其自認是保守型投資人，也曾向理專明確提出「保本」的要求，但理專卻提供不保本的連動債，讓投資人誤以為此連動債保本，在 2008 年 9 月 15 日爆發雷曼兄弟倒閉事件後，更讓 100 萬的投資本金無法收回，因此控告中國信託及理專執行職務時有詐欺行為，導致投資人錯誤購買連動債；另依信託法第 22 條及民法第 535 條，提出理專受託後「未盡善良管理人之注意義務」，讓投資人遭受損害，要求中國信託負起連帶損害賠償責任。但中國信託認為，該理專在銷售時，已針對連動債的不保本性質及風險屬性盡到說明義務，且在該檔連動債發生重大變動時，有依規定告知，投資人並未作「任何退場指示」，認為控訴不成立。判決理由指：

- (1) 銀行主張已定期寄送對帳單及連動債訊息通知書給投資人，善盡說明及告知風險義務；但法官認為，銀行提供的通知函是制式文件，無法證明市場發生重大變化時，銀行文件真的讓投資人了解，因此要求銀行應負舉證責任，但銀行無法提供說明錄音等其他證據，證明自己有明確告知風險。
- (2) 投資人雖已在投資說明書及相關文件上「蓋章」，法院認為蓋章僅能證明投資人有「用印事實」，無法證明理專已充分說明連動債的性質及風險；且該份說明書中英文夾雜、字小又排列緊密，投資人也否認理專有讓他仔細閱讀文件，進而了解不保本特性。對此，理專也無法舉證，因此敗訴⁷⁹。

⁷⁹ 高等法院 98 年上易字第 299 號判決理由書參照：「... 本件上訴人委託被上訴人投資購買國外金融商品，並要求須保本，不得有全損之風險之情形下，被上訴人中國信託公司及其所屬理專人員即應掌握上訴人之無域外投資金融商品經驗及其資力並無法承擔重大損失風險等背景資料，提供上訴人適當之投資服務，包括完整逐條說明系爭連動債契約條款內容，並明確告知系爭連動債之風險屬性，即其保本可能性，及不保本之風險極限，以謀求上訴人之最大利益，不令上訴人有任何疑問或誤導之情形（證券投資信託及顧問法第 7 條、第 8 條、第 62 條及證券投資信託事業管理規則第 19 條、第 22-1 條規定參考），並應於投資期間，隨時注意上訴人所購買之金融商品風險變化情況，適時通知上訴人，提供其規避風險之資訊，如此始可認有盡受任人之善良管理人

(3) 投資人控告理專詐欺部分，因罪證不足判決無罪；但違反信託法規定導致投資人損失部分應予賠償，賠償範圍以「填補債權人所受損害及所失利益為限」，因此應扣除已領配息、贖回金額，投資人不可要求超過此範圍的金額。

高等法院見解認為金融商品銷售者不能僅是消極的依規定寄送對帳單予客戶，即可主張其已盡注意義務。亦不能僅憑投資人在連動債產品條件內容說明書及特約事項文件上蓋章即表示其知悉系爭連動債不保本性質及風險屬性。法院認為投資人雖在說明書及特約文件上蓋章，充其量僅能證明其有用印之事實，惟仍不足以據為證明理專確有為充分說明，以及投資人依詳細閱讀瞭解文件內容。再者，連動債產品說明書及特約事項文件之定型化契約記載格式，其文字明顯細小且排列緊密，並夾雜英文資料，非有充分時間予以逐條多次仔細閱讀，實難立即得以知悉重要內容。

銀行以特定金錢信託方式為投資人投資連動債，依我國法令架構屬信託法範疇，若銀行依法招攬業務並盡告知義務，即不得指責其違法而要求負賠償責任。況且實務通說認為損害賠償法則強調損害與行為間應具備相當因果關係，設若該行為並不當然導致損害發生，損害與行為間因果關係不相當，行為人不負賠償責任。同理，投資人買進理專推介之信託商品，並不當然受有損害，蓋投資人得視情形依約贖回，若贖回時連動債市價較高即可獲利，但任何投資皆有風險，若非如雷曼公司因金融風暴影響而聲

注意義務。...又被上訴人錢忻君及被上訴人中國信託公司於上訴人購買系爭連動債後，復未定期報告上開投資風險變化情形，而於系爭連動債之投資因國際金融海嘯導致發生風險極大變動時，亦未積極主動告知上訴人，使上訴人受有無法取回投資本金之重大損害之事實。...堪認被上訴人中國信託公司僅單純寄送對帳單予上訴人，但並未適時主動為風險變動通知，被上訴人錢忻君亦未就系爭連動債不保本特性為詳細及明確之說明及告知，就發生重大風險變動時亦未適時主動通知上訴人。故上訴人主張被上訴人中國信託公司及其受僱人即被上訴人錢忻君未依信託法第 22 條及民法第 535 條規定，盡善良管理人注意義務，致其受有不能於系爭連動債到期時收回全部投資款之損害等語，即為可取。」

請破產，所投資之商品價格於風暴後，應可逐步恢復正常。是以，使連動債投資人所受損害有相當因果關係者，應係雷曼公司破產事件，而非理專之銷售行為。申言之，若投資人受證券商營業員推介投資股票，營業員均依正常程序進行相關說明，並為風險預告，於投資人買受後亦依規定提供對帳單及損益報告等，若其後因市場性因素致價值減損，亦難以連結投資人之損失與營業員推介行為有因果關係，而認營業員應負侵權行為責任，更難以要求證券商應此負「民法」第 188 條連帶責任。

(二) 承銷商辦理初次公開配售

若因配售不公遭質疑圖利特定人士，卻因為申請配售人眾多，難以特定受害人，證券商是否可能因此面臨「民法」第 188 條之連帶責任之請求？目前因尚未發生相關案例，難以論斷法院可能見解，且由於配售之公平性認定，是否因獨厚某部分申請人致其他申請人受損？而主張受損害者之損害賠償如何舉證其受損與配售不公間之因果關係？仍有賴承銷實務運作程序等相關證據證明，難以直接透過法條文義解釋判斷。

第二節 期貨業

法院審理期貨業受僱人違反民法第 188 條的個案型態，有如期貨商因採取保證金交易常有開戶作業流程弊端、營業員違法代客操作期貨交易等行為。

一、執行職務的見解

法院對於受僱人之侵權行為，有認為係單純之個人犯罪行為，亦有認為該盜賣行為與其執行職務有內在關連性，承認僱主應連帶負責

者。爭點在於對受僱人之行為是否屬於「執行職務」之一部份，亦即執行職務之概念究竟僅僅指職務本身或是及於「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」之認定，有不同之看法。

惟就本研究計畫中兩個與期貨業相關判決觀察，該二判決法院對「執行職務」之認定，皆傾向採取「客觀說」，並認定在下列情況，僱用人應依民法第 188 條規定，對受僱人侵權行為負連帶賠償責任：

1. 期貨公司理財經理利用其得至辦公處所外、客戶指定之處所為客戶開戶之職務，其工作時間、辦公處所均在期貨公司內之機會，使受僱人得以取得實質上其控制之客戶保證金虛擬帳號，並藉以攔截客戶之開戶文件，復得以適時替換、竄改、寄交客戶不實之帳戶文件，受僱人故意不法加損害客戶，且此部分行為客觀上為因執行期貨公司之職務而不法侵害他人，僱用人應依民法第 188 條第 1 項規定連帶負賠償之責（期貨案例 1：臺灣臺北地方法院 95 年重訴字第 204 號）。
2. 證券商營業員違法代客操作期貨交易之侵權行為，係發生在營業員受僱於證券商的期間，上開濫用職務之侵權行為與執行證券商職務之時間及處所均有密切關係，在客觀上足認為與其執行職務有關，受僱人對客戶之侵權行為，屬受僱人利用職務上機會之侵權行為。因而受僱人對客戶的侵權行為，僱用人應依民法第 188 條第 1 項前段規定，與受僱人連帶負損害賠償責任。本案法院對「執行職務」的認定傾向採取「客觀說」，且三審法院均維持相同看法（參見本研究報告期貨案例二：最高法院 99 年度台上字第 1767 號）。

因此，期貨商對受僱人利用至辦公處所外為客戶開戶職務攔截帳

戶從事不法侵權行為，或期貨商對受僱人於營業時間內在其營業場所的侵權行為，有可能被法院依「客觀說」之見解，認定為濫用職務或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務有關。

二、選任與監督之認定

(一) 期貨業法對受僱人之選任與監督之相關規範

我國對期貨商從業人員之選任，依「期貨交易法」第 61 條規定，「期貨商負責人、業務員或其他業務輔助人之資格條件及其管理事項，由主管機關定之。」授權主管機關訂定「期貨商負責人及業務員管理規則」，以規範期貨商負責人及業務員管理事項。該規則第 2 條定義期貨商業務員之職務範圍，其選任應具備第 5 條規定之資格。

* **期貨商負責人及業務員管理規則** (§2)

本規則所稱負責人，指依公司法第八條或其他法律之規定應負責之人。

本規則所稱業務員，指為期貨商從事下列業務之人員：

- 一、期貨交易之招攬、開戶、受託、執行或結算交割。
- 二、期貨交易之自行買賣、結算交割。
- 三、期貨交易之內部稽核。
- 四、期貨交易之全權委託。
- 五、期貨交易之自行查核或法令遵循。
- 六、期貨交易之主辦會計。
- 七、期貨交易之風險管理。
- 八、辦理其他經核准之業務。

* **期貨商負責人及業務員管理規則** (§5)

期貨商業務員除從事第二條第二項第六款之業務者外，應具備下列資格條件之一：

- 一、經期貨商業同業公會委託財團法人中華民國證券暨期貨市場發展基金會舉辦之業務員測驗合格者。
- 二、經本法第五條公告之國外期貨交易所所屬國權責機構舉辦之業務員測驗合

格，仍在執行業務之有效期間內，並有二年以上實際經驗及經本會認可者。

三、本規則修正施行前，經本會或其指定機構舉辦之業務員測驗合格者。

四、依期貨經理事業管理規則規定，取得期貨交易分析人員資格者。

前項取得業務員資格者，自資格證書所載核發日起五年內未辦理登記或離職滿五年者，喪失資格。

本規則施行前已取得業務員資格者，自施行之日起五年內未辦理登記或離職滿五年者，喪失資格。

為使期貨商負責人及業務員正當執行職務，「期貨商負責人及業務員管理規則」第 13 條明定受僱人等應予禁止之行為。

*期貨商負責人及業務員管理規則 (§13)

期貨商負責人及業務員應本誠實及信用原則，忠實執行業務。

期貨商之負責人及業務員，除不得有本法第六十三條及期貨商管理規則第五十五條所禁止之行為外，並不得有下列行為：

- 一、製作廣告及宣傳資料有違反法令規定之情事。
- 二、於期貨交易人開戶前，未告知期貨交易流程、交易費用、繳交保證金及權利金之方式。但本會另有規定者，不在此限。
- 三、對期貨交易人委託事項之執行有不當遲延之情事。
- 四、個別期貨交易人保證金、權利金專戶存款餘額之相互流用。
- 五、受理非本人或不符合開戶條件之人開戶。但本會另有規定者，不在此限。
- 六、接受未具期貨交易人委任書之代理人委託從事期貨交易。
- 七、受託未經辦妥受託契約之期貨交易人進行期貨交易。
- 八、知悉期貨交易人有操縱期貨市場之意圖，仍接受委託進行交易。
- 九、知悉期貨交易人利用他人名義從事期貨交易，仍接受委託進行交易。
- 十、利用他人名義或由他人利用自己名義執行業務。
- 十一、代理他人開戶或從事期貨交易。但本會另有規定者，不在此限。
- 十二、招攬、媒介、促銷未經本會依本法第五條公告或本法第十二條核准之期貨交易契約。
- 十三、其他違反期貨交易管理法令或經本會規定不得為之行為。

前項人員執行業務，對期貨商管理法令規定不得為之行為，亦不得為之。

非業務員之其他從業人員除不得有前二項情事外，亦不得執行業務員職務或代理業務員職務。

*期貨交易法 (§63)

期貨商之負責人、業務員或其他從業人員，不得有下列行為：

- 一、洩漏期貨交易人委託事項及職務上所獲悉之秘密。
- 二、對期貨交易人作獲利之保證。
- 三、與期貨交易人約定分享利益或共同承擔損失。
- 四、利用期貨交易人帳戶或名義為自己從事交易。
- 五、利用他人或自己之帳戶或名義供期貨交易人從事交易。
- 六、為誇大、偏頗之宣傳或散布不實資訊。

***期貨商管理規則 (§55)**

期貨商從事期貨交易，不得有下列情形：

- 一、對於自期貨交易所傳輸之交易資訊，予以隱匿或變更。
- 二、向期貨交易人或不特定多數人推介特定種類之期貨交易，或提供上漲或下跌之判斷，以勸誘從事不必要、不合理之買賣。
- 三、於其本公司或分支機構之營業場所外，直接或間接設置固定場所從事與期貨交易人簽訂受託契約。但本會另有規定者，不在此限。
- 四、於其本公司或分支機構之營業場所外，直接或間接設置固定場所接受期貨交易人從事期貨交易之委託。
- 五、非應依法令所為之查詢，洩露期貨交易人委託事項及其他業務上所獲悉之秘密。
- 六、挪用期貨交易人款項、有價證券。
- 七、代期貨交易人保管款項、印鑑或存摺。但本會另有規定者，不在此限。
- 八、對期貨交易人所為交易事項之查詢，未為必要之答復及處理，致有損期貨交易人之權益。
- 九、對於依法令規定之帳簿、表冊、文件，未依規定製作、申報、公告、備置、保存或為虛偽之記載。
- 十、對本會命令提出之帳簿、表冊、文件或其他參考報告資料，逾期不提出，或對於本會依法所為之檢查予以拒絕或妨礙。
- 十一、與期貨交易人有借貸款項或為借貸款項之媒介情事。
- 十二、製作不實之期貨交易紀錄。
- 十三、擅改買賣委託書、買賣報告書或其他單據上之時間戳記。
- 十四、為期貨交易人從事之期貨交易數量或持有部位，超過本國或外國期貨交易法令之限制數額。
- 十五、提供帳戶供期貨交易人交易。
- 十六、未經核准接受全權委託代為決定種類、數量、價格之期貨交易。
- 十七、利用期貨交易人帳戶或名義買賣期貨交易。
- 十八、以詐欺、脅迫或其他不正當方式與期貨交易人簽訂受託契約。
- 十九、以任何方式向期貨交易人提供建議買賣訊息；但其他法令另有規定者，從其規定。
- 二十、利用業務關係得知之訊息，為自己或提供他人從事期貨交易。
- 二十一、利用非公司受僱人從事期貨交易有關業務。
- 二十二、違反同業公會訂定之自律規範。
- 二十三、其他違反期貨管理法令或經本會規定應為或不得為之行為。

為加強期貨商內稽、內控，期貨交易法第 97-1 條第 2 項規定期貨商依應主管機關訂定之「證券暨期貨市場各服務事業建立內部控制制度處理準則」，建立財務、業務之內部控制制度，並應於每會計年度終了後四個月內，向主管機關申報內部控制聲明書。

另包括臺灣期貨交易所、期貨公會等相關期貨單位也訂定期貨商內部控制制度標準規範之規定，以及「期貨商公司治理實務守則」等，

建立有效之內部控制制度。

(二) 法院見解

部分個案法院提及僱用人對受僱人選任與監督已盡相當注意之情形，例如期貨商授權受僱人得至公司以外、客戶指定之處所，為客戶辦理開戶手續，自應自行就此一手續設置監督、規範、查核等程序，防範客戶開戶文件於開戶過程中遭攔截、滅失、外洩、竄改、盜用，進而防止客戶保證金遭任意動支、侵占、挪用。因此，如果期貨商未就上述開戶手續設置嚴謹之監督、查核程序，致客戶已送交之開戶文件遭受僱人攔截，置換為他人之帳戶，期間長達近一年，難認期貨商於選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意，故不得據以免除賠償之責（參期貨案例 1）。

三、與有過失之認定

(一) 認定客戶與有過失之原因

部分個案法院認定客戶對損害發生，亦應依民法第 217 條規定負與有過失責任，法院於判決中納入考量的理由有如：

1. 客戶明知營業員行為違法，仍同意其代為操作交易（參期貨案例 2）
2. 客戶曾任職證券投資等事業，從事期貨交易失利，顯見其對期貨交易具有財務槓桿特性，在可能產生極大利潤之同時，可能產生極大損失，應有認識，故對僱傭契約中保證獲利及承諾承擔交易虧損之約定的誤判，因而代為操作期貨損害之

發生，自與有過失。（參期貨案例 2）

3. 客戶疏而未為注意對帳單上提供買賣報告書及期貨交易之對帳單資料，致錯失及早發現期貨交易虧損，顯未善盡防範自身權利遭損害之注意而就損害之繼續擴大，亦與有過失。（參期貨案例 2）

（二）過失比例分攤

針對投資人應負過失比例之核算，甚至有判決達到 50%，惟對如何核算之理由，僅提及以原審所確定之事實或依法得斟酌之事實，並依客戶此項手續費損害之半數計算者。

第三節 投信投顧業

近期國內投信圈接連爆發「盈正案」、「友輝案」及「普格案」等炒股醜聞，這些投信基金經理人利用自己職務之便，透過炒股與收受回扣方式中飽私囊，致使基金投資人權益受損⁸⁰。以「普格案」為例，第一金證券投資信託公司所屬 3 名基金經理人，疑收受上市普格公司內部人回扣 400 多萬，將基金投資人的資金，拿來暗助普格內部人作特定股票護盤並造成重大虧損，其操作手法為在 2012 年 7 月間每股 26 元左右，進場承接內部人王○○等人炒股所持普格股份總金額近 5 千萬元，但普格股在 8 月間無量持續下跌，且跌破每股 10 元面額價值，所操盤近 5 千萬的資金賠掉 2 千多萬，虧損幅度逾 4 成，基金投資人慘遭套殺。針對 3 位基金經理人涉及不當投資個案，目前第一金

⁸⁰ udn 研究報告-焦點企劃- 基金炒股弊案-國內基金炒股弊案 連環爆!，
http://money.udn.com/mag/report/storypage.jsp?f_ART_ID=285394#ixzz2TnSwBCaH

投信已承諾將會進將支付三檔投資人因為不當投資普格案所產生的損失差額。第一金投信已算出旗下三檔基金投資普格股票虧損之差額 1,950 萬元，將於 5 月起付給投資人。上述投信基金經理人利用自己職務之便中飽私囊之弊案過去亦時有所聞，這類弊案往往涉及基金經理人道德操守、公司內控流程等問題，一旦發生弊案的投信公司未如第一金投信公司承諾全面賠償，受損投資人是否可依法令要求投信公司負有連帶賠償責任，法院對相關執行職務、受僱人之選任與監督標準之認定為關鍵。

從本研究所蒐集之法院對投信、投顧業者違反民法第 188 條之判決分析，投信、投顧業受僱人違反民法第 188 條的個案型態，有如：未具分析師執照的投顧業務員從事推薦股票業務、同一金控下證券子公司營業員未確實為客戶申購投信發行基金、投顧業務員利用職務上機會越權代理推介股票、投信經理人詐欺客戶買賣公關股票等。

一、執行職務的見解

就投信投顧業相關判決，法院對於受僱人之侵權行為，有認為係單純之個人犯罪行為，亦有認為該盜賣行為與其執行職務有內在關連性，承認僱主應連帶負責者。爭點在於對受僱人之行為是否屬於「執行職務」之一部份，亦即執行職務之概念究竟僅指職務本身或是及於「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」之認定，有不同之看法：

(一) 否定說

法院認定受僱人之不法行為，僱用人不用與受僱人負連帶賠償責任的情形有如：

1. 倘投顧業務員的職權僅係負責招攬會員入會，不包括推薦股票，則業務員與客戶間推薦股票之行為，應屬業務員個人之不法行為，難認具有客觀上執行職務之外觀，而與僱用人有何關涉。蓋「民法」第 188 條所規定僱用人之連帶賠償責任，以受僱人因執行職務不法侵害他人之權利，始有其適用。倘係受僱人個人之犯罪行為而與執行職務無關，即與該條規定之要件不合，殊無因受僱人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，其外觀在客觀上認與執行職務有關，不法侵害他人之權利，遽認僱用人應與該受僱人負連帶賠償責任。（參見本報告投信顧~案例 1：臺灣臺北地方法院 99 年金字第 87 號判決）。
2. 投信業之業務範圍即不得從事有價證券買賣之居間、代理仲介業務，或為有價證券之承銷業務，故投信經理人仲介客戶買賣股票交易，為受僱人之不法行為，與投信公司之業務無涉。蓋受僱人之不法行為，客觀上須足認與其執行職務有關，倘係受僱人個人之犯罪行為而與執行職務無關，即與該條規定之要件不合，殊無因受僱人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，其外觀認與執行職務有關不法侵害他人之權利，即遽認僱用人應與該受僱人負連帶賠償責任（參見本報告投信顧~案例 6：臺灣臺北地方法院 97 年重訴字第 212 號判決）。

（二）肯定說

金控證券子公司營業員收受客戶申購同一金控下之投信發行基金款項，卻未確實為客戶申購基金，雖證券公司營業員執行職務之範圍僅限於「受託買賣股票」，其私下接受客戶委託承購基金、連動債等金融商品並非其執行之職務範圍；惟查，證券公司實有代銷基金之業務，故於現今強調服務及客戶至上之經營理念下，證券商之營業人員為留住客戶或增加業績，不僅大力推介所屬證券公司所擁有之各類金融性商品，自客觀上觀察，仍可認屬其附隨業務。因此，證券公司營業員接受客戶有關申購基金、連動債之委託，應係利用職務上之機會及與執行職務之時間，其行為外觀具有執行職務之形式，在客觀上亦足以認定其為執行職務無誤（參見本報告投信顧~案例 5：臺灣臺北地方法院 98 年金字第 18 號）。

從上述投信顧業相關法院判決不難發現對是否屬「執行職務」，法院多數認同「客觀說」見解，認為凡受僱人之「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，亦應涵攝在內。惟對執行職務之概念看法卻不盡相同，例如業務員從事非屬投信顧業務範圍內之行為而侵害客戶權益，有法院認定應屬業務員個人之不法行為，難認具有客觀上執行職務之外觀；有法院認縱使非業務員職務範圍內之行為，惟自客觀上觀察，仍可認屬其附隨業務，其行為外觀具有執行職務之形式，故應為利用職務上之機會及與執行職務之時間，在客觀上足以認定其為執行職務。

二、選任與監督之認定

(一) 投信、投顧業法對受僱人之選任與監督之相關規範

我國對投信、投顧業從業人員之選任，依「證券投資信託及顧問法」第 69 條「證券投資信託事業及證券投資顧問事業，其應備置人員、負責人與業務人員之資格條件、行為規範、訓練、登記期限、程序及其他應遵行事項之規則，由主管機關定之」規定，授權主管機關分別訂定「證券投資信託事業負責人與業務人員管理規則」、「證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則」以規範投信、投顧業之負責人及業務員管理事項。此外，「證券投資信託事業證券投資顧問事業經營全權委託投資業務管理辦法」也針對投信、投顧事業從事全權委託業務之人員管理加以規範，茲分別列述相關規則之規定如下：

1. 證券投資信託事業負責人與業務人員管理規則

該規則第 2 條定義投信業之業務人員職務範圍，為確保證券投資信託事業之經營品質，並於第 4~6 條分就選任 (a) 副總經理、協理、經理；(b) 投信業之部門主管及分支機構經理人；(c) 基金經理人；(d) 內部稽核及法令遵循業務人員；(e) 業務人員（從事第 2 條第 2 項第 1~5 款業務）應具備之資格加以規定。

證券投資信託事業負責人與業務人員管理規則

*業務範圍 (§2)

本規則所稱負責人，指依公司法第八條或其他法律之規定應負責之人。
本規則所稱業務人員，指為證券投資信託事業從事下列業務之人員：

- 一、辦理受益憑證之募集發行、銷售及私募。
- 二、投資研究分析。
- 三、基金之經營管理。
- 四、執行基金買賣有價證券。
- 五、辦理全權委託投資有關業務之研究分析、投資決策或買賣執行。
- 六、內部稽核。
- 七、法令遵循。
- 八、主辦會計。

*** 副總經理、協理、經理之選任 (§4)**

證券投資信託事業業務部門之副總經理、協理、經理等，應具備領導及有效輔佐經營證券投資信託事業之能力，並應具備下列資格之一：

- 一、符合證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則所定證券投資分析人員資格，並具專業投資機構相關工作經驗一年以上。
 - 二、經教育部承認之國內外專科以上學校畢業或具有同等學歷，並具專業投資機構相關工作經驗三年以上，成績優良。
 - 三、有其他學經歷足資證明其具備證券金融專業知識、經營經驗及領導能力。前項所稱業務部門指從事第二條第二項第一款至第七款業務之部門。
- 證券投資信託事業之董事及第一項人員擔任或直接從事第二條第二項所定之職務者，應取得或具備第五條、第六條或第六條之一至第六條之三所定之資格條件。

*** 部門主管及分支機構經理人之選任 (§4-1)**

證券投資信託事業之部門主管及分支機構經理人，應具備領導及有效輔佐經營證券投資信託事業之能力，並應具備下列資格之一：

- 一、符合證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則所定證券投資分析人員資格，並具專業投資機構相關工作經驗一年以上。
 - 二、經同業公會委託機構舉辦之證券投資信託及顧問事業之業務員測驗合格，並具專業投資機構相關工作經驗二年以上。
 - 三、經證券商同業公會委託機構舉辦之證券商高級業務員測驗合格，或已取得原證券主管機關核發之證券商高級業務員測驗合格證書，並具專業投資機構相關工作經驗三年以上。
 - 四、曾擔任國內、外基金經理人工作經驗二年以上。
 - 五、經教育部承認之國內外大學以上學校畢業或具有同等學歷，擔任證券、期貨機構或信託業之業務人員四年以上。
 - 六、有其他學經歷足資證明其具備證券金融專業知識、經營經驗及領導能力。本規則修正發布前，已擔任前項職務之人員，得於原職務或任期內續任之，不受前項之限制。
- 第一項人員於本規則修正發布後升任或充任者，應具備或符合本規則所定之資格條件；不符者，不得充任，並由同業公會撤銷其登錄。
- 信託業辦理兼營證券投資信託業務之部門主管，不得兼任該公司之基金經理人或全權委託投資經理人。

*** 基金經理人之選任 (§5)**

證券投資信託事業對於每一證券投資信託基金之運用，均應指派具備下列資格條件之一之基金經理人專人負責：

- 一、符合證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則所定證券投資分析人員資格者。
- 二、經證券商同業公會委託機構舉辦之證券商高級業務員測驗合格，或已取得原證券主管機關核發之證券商高級業務員測驗合格證書，並在專業投資機構擔任證券投資分析或證券投資決策工作三年以上者。
- 三、經同業公會委託機構舉辦之證券投資信託及顧問事業之業務員測驗合格，並在專業投資機構從事證券投資分析或證券投資決策工作二年以上者。
- 四、現任基金經理人，於中華民國九十年十月十七日前任職達一年以上，且繼續擔任同一證券投資信託事業基金經理人併計達二年以上者。
- 五、擔任接受客戶全權委託投資業務之投資經理人職務一年以上，無不良紀錄者。

基金經理人得負責之基金數量、額度及其資格條件，由本會定之。

*** 從事內部稽核及法令遵循業務人員之選任 (§6)**

證券投資信託事業從事內部稽核及法令遵循業務人員應具備下列資格之一：

- 一、符合證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則所定證券投資分析人員資格。
- 二、經同業公會委託機構舉辦之證券投資信託及顧問事業之業務員測驗合格，並在專業投資機構從事證券、期貨或信託相關工作經驗一年以上。
- 三、經證券商同業公會委託機構舉辦之證券商高級業務員測驗合格，或已取得原證券主管機關核發之證券商高級業務員測驗合格證書，並在專業投資機構從事證券、期貨或信託相關工作經驗二年以上。
- 四、曾擔任國內、外基金經理人工作經驗一年以上。
- 五、經教育部承認之國內外大學以上學校畢業或具有同等學歷，並擔任證券、期貨機構或信託業之業務人員三年以上。
- 六、經教育部承認之國內外大學以上學校畢業或具有同等學歷，並在符合會計師辦理公開發行公司財務報告查核簽證核准準則規定條件之聯合會計師事務所從事審計工作經驗二年以上，且經第二款或第三款所定之測驗合格。
- 七、具有專門職業及技術人員高等考試律師考試規則第五條第一款或第二款資格，並在律師事務所從事證券或期貨相關法律事務工作經驗二年以上，且經第二款或第三款所定之測驗合格。

第二條之一至本條第一項所定專業投資機構及其工作項目，由本會公告。

*** 業務人員之選任 (從事第 2 條第 2 項第 1~5 款業務者) (§6-1)**

證券投資信託事業從事第二條第二項第一款至第五款之業務人員，除基金經理人應符合第五條所定資格外，應具備下列資格之一：

- 一、符合證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則所定證券投資分析人員資格。
- 二、經同業公會委託機構舉辦之證券投資信託及顧問事業之業務員測驗合

格。

三、經證券商同業公會委託機構舉辦之證券商高級業務員測驗合格，或已取得原證券主管機關核發之證券商高級業務員測驗合格證書。

四、曾擔任國內、外基金經理人工作經驗一年以上。

五、信託業公會或其認可金融專業訓練機構舉辦之信託業務專業測驗合格者，並經同業公會委託機構舉辦之證券投資信託及顧問法規測驗合格。

六、經教育部承認之國內外大學以上學校畢業或具有同等學歷，擔任證券、期貨機構或信託業之業務人員三年以上。

本規則修正發布前，協助辦理第二條第二項第一款至第五款業務之業務人員，應於修正發布日起二年內取得本規則所定資格之一，屆期未完成補正者，不得充任，並由同業公會撤銷其登錄。

為落實投資人保護意旨，該規則第 13 條明定明定證券投資信託事業負責人、部門主管、分支機構經理人、業務人員及受僱人之禁止行為暨應依忠實誠信原則執行業務及負有保密義務。另同規則第 18 條也規範證券投資信託事業依法令或契約不得從事之行為，亦為從業人員之禁止行為。

證券投資信託事業負責人與業務人員管理規則

*從業人員之禁止行為規範 (§13)

證券投資信託事業之負責人、部門主管、分支機構經理人、其他業務人員或受僱人，應以善良管理人之注意義務及忠實義務，本誠實信用原則執行業務。

前項人員，除法令另有規定外，不得有下列行為：

- 一、以職務上所知悉之消息洩漏予他人或從事有價證券及其相關商品買賣之交易活動。
- 二、運用證券投資信託基金買賣有價證券及其相關商品時，為自己或他人之利益買入或賣出，或無正當理由，與受託投資資金為相對委託之交易。
- 三、為虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為。
- 四、運用證券投資信託基金買賣有價證券及其相關商品時，未將證券商、期貨商或其他交易對手退還手續費或給付其他利益歸入基金資產。
- 五、約定或提供特定利益、對價或負擔損失，促銷受益憑證。
- 六、轉讓出席股東會委託書或藉行使證券投資信託基金持有股票之投票表決權，收受金錢或其他利益。
- 七、運用證券投資信託基金買賣有價證券及其相關商品時，意圖抬高或壓低證券交易市場某種有價證券之交易價格，或從事其他足以損害證券

投資信託基金投資人權益之行為。

- 八、運用證券投資信託基金買賣有價證券及其相關商品時，將已成交之買賣委託，自基金帳戶改為自己、他人或全權委託帳戶，或自自己、他人或全權委託帳戶改為基金帳戶。
 - 九、於公開場所或傳播媒體，對個別有價證券之買賣進行推介，或對個別有價證券未來之價位作研判預測。
 - 十、利用非專職人員招攬客戶或給付不合理之佣金。
 - 十一、代理客戶從事有價證券投資或證券相關商品交易。
 - 十二、其他影響受益人、客戶之權益或本事業之經營者。
- 第一項之人員對於受益人或客戶個人資料、往來交易資料及其他相關資料，除其他法律或本會另有規定外，應保守秘密。

***從業人員之其他禁止行為規範 (§18)**

證券投資信託事業之負責人、業務人員及其他受僱人執行業務，對於本法第十九條第一項、第五十九條或本於法令或契約規定事業不得為之行為，亦不得為之。

證券投資信託事業之負責人、業務人員及其他受僱人，於從事證券投資信託業務、全權委託投資業務及其他經本會核准之有關業務之行為涉及民事責任者，推定為該事業授權範圍內之行為。

證券投資信託及顧問法

*** 第 19 條第 1 項**

證券投資信託事業應依本法、本法授權訂定之命令及證券投資信託契約之規定，運用證券投資信託基金，除主管機關另有規定外，不得為下列行為：

- 一、指示基金保管機構為放款或提供擔保。
- 二、從事證券信用交易。
- 三、與本證券投資信託事業經理之其他證券投資信託基金間為證券交易行為。
- 四、投資於本證券投資信託事業或與本證券投資信託事業有利害關係之公司所發行之證券。
- 五、運用證券投資信託基金買入該基金之受益憑證。
- 六、指示基金保管機構將基金持有之有價證券借與他人。

第 59 條

經營全權委託投資業務不得有下列行為：

- 一、利用職務上所獲知之資訊，為自己或客戶以外之人從事有價證券買賣之交易。
- 二、運用委託投資資產買賣有價證券時，從事足以損害客戶權益之交易。
- 三、與客戶為投資有價證券收益共享或損失分擔之約定。但主管機關對績效報酬另有規定者，不在此限。
- 四、運用客戶之委託投資資產，與自己資金或其他客戶之委託投資資產，為相對委託之交易。但經由證券集中交易市場或證券商營業處所委託買賣成交，且非故意發生相對委託之結果者，不在此限。
- 五、利用客戶之帳戶，為自己或他人買賣有價證券。

- 六、將全權委託投資契約之全部或部分複委任他人履行或轉讓他人。但主管機關另有規定者，不在此限。
- 七、運用客戶委託投資資產買賣有價證券時，無正當理由，將已成交之買賣委託，自全權委託帳戶改為自己、他人或其他全權委託帳戶，或自其他帳戶改為全權委託帳戶。
- 八、未依投資分析報告作成投資決策，或投資分析報告顯然缺乏合理分析基礎與根據者。但能提供合理解釋者，不在此限。
- 九、其他影響事業經營或客戶權益者。

此外，為防範從業人員及關係人利用證券投資信託基金操作之訊息謀取不當利益，該規則第十四條規範上述從事股票或具股權性質之衍生性商品交易，有一定之限制及應依規定申報交易情形。該規則第十五條也明定證券投資信託事業之內部人員不得參與其本身有相當關連性發行公司證券買賣之決定或擔任證券投資信託基金所購入股票發行公司之董監事及經理人，以為避免利益衝突。

2. 證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則

該規則第 2 條規定投顧事業之業務人員從事的業務範圍，並於同規則第 3~5 條分就選任(a)總經理、部門主管或分支機構經理人；(b)於各種傳播媒體從事證券投資分析之人員；(c)投顧事業業務人員；(d)內部稽核及法令遵循之業務人員等應具備之積極資格加以規定。

證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則

*業務範圍 (§2)

- 本規則所稱負責人，指依公司法第八條或其他法律之規定應負責之人。
本規則所稱業務人員，指為證券投資顧問事業從事下列業務之人員：
- 一、對有價證券、證券相關商品或其他經金融監督管理委員會（以下簡稱本會）核准項目之投資或交易有關事項，提供分析意見或推介建議。
 - 二、從事證券投資分析活動、講授或出版。
 - 三、辦理全權委託投資有關業務之研究分析、投資決策或買賣執行。
 - 四、對全權委託投資業務或證券投資顧問業務，為推廣或招攬。
 - 五、辦理境外基金之募集、銷售及私募。

- 六、內部稽核。
- 七、法令遵循。
- 八、主辦會計。
- 九、辦理其他經核准之業務。

*** 部門主管及分支機構經理人之選任 (§3-1)**

證券投資顧問事業之部門主管及分支機構經理人，應具備領導及有效輔佐經營證券投資顧問事業之能力，並應具備下列資格之一：

- 一、符合第四條所定證券投資分析人員資格，並具專業投資機構相關工作經驗一年以上。
- 二、經中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會（以下簡稱同業公會）委託機構舉辦之證券投資信託及顧問事業之業務員測驗合格，並具專業投資機構相關工作經驗二年以上。
- 三、經證券商同業公會委託機構舉辦之證券商高級業務員測驗合格，或已取得原證券主管機關核發之證券商高級業務員測驗合格證書，並具專業投資機構相關工作經驗三年以上。
- 四、曾擔任國內、外基金經理人工作經驗二年以上。
- 五、經教育部承認之國內外大學以上學校畢業或具有同等學歷，擔任證券、期貨機構或信託業之業務人員四年以上。
- 六、有其他學經歷足資證明其具備證券金融專業知識、經營經驗及領導能力。

本規則修正發布前，已擔任前項職務之人員，得於原職務或任期內續任之，不受前項規定之限制。

第一項人員於本規則修正發布後升任或充任者，應具備或符合第一項所定資格條件；不符者，不得充任，並由同業公會撤銷其登錄。

*** 證券投資分析人員之選任 (§4)**

擔任證券投資顧問事業證券投資分析人員，應具備下列資格之一：

- 一、參加中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會委託機構舉辦之證券投資分析人員測驗合格者。
 - 二、在外國取得證券分析師資格，具有二年以上實際經驗，經同業公會委託機構舉辦之證券投資信託及顧問事業業務員之法規測驗合格，並經同業公會認可者。
 - 三、九十三年十月三十一日前，已取得證券投資分析人員資格者。
- 前項第一款、第二款之測驗及認可事項，由同業公會擬訂，申報本會核定後實施；修正時，亦同。

*** 業務人員之選任 (§5)**

證券投資顧問事業從事第二條第二項第一款至第五款之業務人員，除從事全權委託投資業務之投資經理人應符合第五條之三所定資格外，應具備下列資格之一：

- 一、依前條第一項規定取得證券投資分析人員資格。
- 二、經同業公會委託機構舉辦之證券投資信託及顧問事業之業務員測驗合格。
- 三、經證券商同業公會委託機構舉辦之證券商高級業務員測驗合格，或已

取得原證券主管機關核發之證券商高級業務員測驗合格證書。

四、曾擔任國內、外基金經理人工作經驗一年以上。

五、信託業公會或其認可金融專業訓練機構舉辦之信託業務專業測驗合格者，並經同業公會委託機構舉辦之證券投資信託及顧問事業法規測驗合格。

六、經教育部承認之國內外大學以上學校畢業或具有同等學歷，擔任證券、期貨機構或信託業之業務人員三年以上。

證券投資顧問事業於各種傳播媒體從事證券投資分析之人員，應具備前條第一項各款資格條件之一。

本規則訂定發布前，已於各種傳播媒體從事證券投資分析之人員，與本規則之規定不符者，應於發布日起三年內辦理補正，屆期未完成補正者，不得於各種傳播媒體從事證券投資分析。

本規則修正發布前，對全權委託投資業務或證券投資顧問業務為推廣、招攬或協助辦理之業務人員，應於修正發布日起二年內取得本規則所定資格之一，屆期未完成補正者，不得充任，並由同業公會撤銷其登錄。

*** 內部稽核及法令遵循之業務人員之選任 (§5-1)**

證券投資顧問事業從事內部稽核及法令遵循之業務人員，應具備下列資格之一：

一、依第四條第一項規定取得證券投資分析人員資格。

二、經同業公會委託機構舉辦之證券投資信託及顧問事業之業務員測驗合格，並在專業投資機構從事證券、期貨或信託相關工作經驗一年以上。

三、經證券商同業公會委託機構舉辦之證券商高級業務員測驗合格，或已取得原證券主管機關核發之證券商高級業務員測驗合格證書，並在專業投資機構從事證券、期貨或信託相關工作經驗二年以上。

四、曾擔任國內、外基金經理人工作經驗一年以上。

五、經教育部承認之國內外大學以上學校畢業或具有同等學歷，擔任證券、期貨機構或信託業之業務人員三年以上。

六、經教育部承認之國內外大學以上學校畢業或具有同等學歷，並在符合「會計師辦理公開發行公司財務報告查核簽證核准準則」規定條件之聯合會計師事務所從事審計工作經驗二年以上，且經第二款或第三款所定之測驗合格。

七、具有「專門職業及技術人員高等考試律師考試規則」第五條第一款或第二款資格，並在律師事務所從事證券、期貨相關法律事務工作經驗二年以上，且經第二款或第三款所定之測驗合格。

第三條、第三條之一、前項第二款及第三款所定專業投資機構之範圍及其工作項目，由本會公告。

證券投資顧問事業從事內部稽核業務之人員，不得辦理登錄範圍以外之業務。但他業兼營之內部稽核人員，得由他業登錄之內部稽核人員兼任之。

為保障投資人權益，「證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則」第 15、16 條規範證券投資顧問事業之負責人、部門主管、分

支機構經理人及其他業務人員或受僱人之禁止規定。另同規則第 18 條也規範證券投資顧問事業依法令或契約不得從事之行為，亦為從業人員之禁止行為。

證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則

*人員禁止行為規範 (§15)

證券投資顧問事業之負責人、部門主管、分支機構經理人、業務人員或其他受僱人應以善良管理人之注意義務及忠實義務，本誠實信用原則執行業務。

前項人員，除法令另有規定外，不得有下列行為：

- 一、以詐欺、脅迫或其他不正當方式簽訂委任契約。
- 二、代理他人從事有價證券投資或證券相關商品交易行為。
- 三、與客戶為投資有價證券收益共享或損失分擔之約定。
- 四、買賣該事業推介予投資人相同之有價證券。但證券投資信託基金及境外基金，不在此限。
- 五、為虛偽、欺罔、謾罵或其他顯著有違事實或足致他人誤信之行為。
- 六、與客戶有借貸款項、有價證券，或為借貸款項、有價證券之居間情事。
- 七、保管或挪用客戶之有價證券、款項、印鑑或存摺。
- 八、意圖利用對客戶之投資研究分析建議、發行之出版品或舉辦之講習，謀求自己、其他客戶或第三人利益之行為。
- 九、非依法令所為之查詢，洩漏客戶委任事項及其他職務所獲悉之秘密。
- 十、同意或默許他人使用本公司或業務人員名義執行業務。
- 十一、以任何方式向客戶傳送無合理分析基礎或根據之建議買賣訊息。
- 十二、於公開場所或廣播、電視以外之傳播媒體，對不特定人就個別有價證券未來之價位作研判預測，或未列合理研判分析依據對個別有價證券之買賣進行推介。
- 十三、藉卜筮或怪力亂神等方式，為投資人作投資分析。
- 十四、以文字、圖畫、演說或他法鼓動或誘使他人拒絕履行證券投資買賣之交割義務、為抗爭或其他擾亂交易市場秩序之行為。
- 十五、利用非專職人員招攬客戶或給付不合理之佣金。
- 十六、以非真實姓名（化名）從事證券投資分析活動或其他業務行為。
- 十七、以證券投資顧問服務為贈品。
- 十八、於非登記之營業處所經營業務。
- 十九、其他違反證券暨期貨管理法令或經本會規定不得為之行為。

*交易情形申報 (§15-1)

證券投資顧問事業之負責人、部門主管、分支機構經理人、對客戶或不特定人提供分析意見或推介建議之人、投資經理人或知悉相關證券投資資訊之從業人員，其本人、配偶、未成年子女及利用他人名義持有者，從事股票及具股權性質之衍生性商品交易，應向所屬證券投資顧問事業申報交易

情形。

前項應申報之資料範圍及投資標的，由同業公會擬訂，報本會核定；修正時，亦同。

***人員之限制禁止行為 (§16)**

證券投資顧問事業之負責人、部門主管、分支機構經理人、業務人員或其他受僱人，從事業務廣告及公開舉辦證券投資分析活動，不得有下列行為：

- 一、於傳播媒體提供證券投資分析節目，違反第十五條規定。
 - 二、為招攬客戶，以詐術或其他不正當方式，誘使投資人參加證券投資分析活動。
 - 三、對所提供證券投資服務之績效、內容或方法無任何證據時，於廣告中表示較其他業者為優。
 - 四、於廣告中僅揭示對公司本身有利之事項，或有其他過度宣傳之內容。
 - 五、未取得核准辦理全權委託投資業務，而為使人誤信其有辦理該項業務之廣告。
 - 六、為保證獲利或負擔損失之表示。
 - 七、於傳播媒體從事投資分析之同時，有招攬客戶之廣告行為。
 - 八、涉有利益衝突、詐欺、虛偽不實或意圖影響證券市場行情之行為。
 - 九、涉有個別有價證券未來價位研判預測。
 - 十、於有價證券集中交易市場或櫃檯買賣成交系統交易時間及前後一小時內，在廣播或電視媒體，對不特定人就個別有價證券之買賣進行推介或勸誘。
 - 十一、於前款所定時間外，在廣播或電視媒體，未列合理研判分析依據，對不特定人就個別有價證券之產業或公司財務、業務資訊提供分析意見，或就個別有價證券之買賣進行推介。
 - 十二、對證券市場之行情研判、市場分析及產業趨勢，未列合理研判依據。
 - 十三、以主力外圍、集團炒作、內線消息或其他不正當或違反法令之內容，作為招攬之訴求及推介個別有價證券之依據。
 - 十四、引用各種推薦書、感謝函、過去績效或其他易使人認為確可獲利之類似文字或表示。
 - 十五、為推廣業務所製發之書面文件未列明公司登記名稱、地址、電話及營業執照字號。
 - 十六、以業務人員或內部研究單位等非證券投資顧問事業名義，舉辦證券投資分析活動、製作書面或電子文件。
 - 十七、違反同業公會訂定廣告及促銷活動之自律規範。
- 前項第十七款之自律規範，由同業公會擬訂，申報本會核定後實施；修正時，亦同。

***從業人員之其他禁止行為規範 (§18)**

證券投資顧問事業之負責人、業務人員及其他受僱人執行業務，對於本法第五十九條或本於法令或契約規定事業不得為之行為，亦不得為之。

證券投資顧問事業之負責人、業務人員及其他受僱人，於從事證券投資顧問業務、全權委託投資業務及其他經本會核准之有關業務之行為涉及民事

責任者，推定為該事業授權範圍內之行為。

證券投資信託及顧問法

第 59 條

經營全權委託投資業務不得有下列行為：

- 一、利用職務上所獲知之資訊，為自己或客戶以外之人從事有價證券買賣之交易。
- 二、運用委託投資資產買賣有價證券時，從事足以損害客戶權益之交易。
- 三、與客戶為投資有價證券收益共享或損失分擔之約定。但主管機關對績效報酬另有規定者，不在此限。
- 四、運用客戶之委託投資資產，與自己資金或其他客戶之委託投資資產，為相對委託之交易。但經由證券集中交易市場或證券商營業處所委託買賣成交，且非故意發生相對委託之結果者，不在此限。
- 五、利用客戶之帳戶，為自己或他人買賣有價證券。
- 六、將全權委託投資契約之全部或部分複委任他人履行或轉讓他人。但主管機關另有規定者，不在此限。
- 七、運用客戶委託投資資產買賣有價證券時，無正當理由，將已成交之買賣委託，自全權委託帳戶改為自己、他人或其他全權委託帳戶，或自其他帳戶改為全權委託帳戶。
- 八、未依投資分析報告作成投資決策，或投資分析報告顯然缺乏合理分析基礎與根據者。但能提供合理解釋者，不在此限。
- 九、其他影響事業經營或客戶權益者。

3. 證券投資信託事業證券投資顧問事業經營全權委託投資業務管理辦法

該規則第 8 條規定投信投顧事業經營全權委託投資業務投顧事業相關人員應具備之資格條件。同規則第 19 條明確列示投信投顧事業辦理全權委託投資業務，其事業本身及其董事、監察人、經理人、業務人員及受僱人之禁止行為事項，加強操守規範。

證券投資信託事業證券投資顧問事業經營全權委託投資業務管理辦法

*人員管理 (§8)

證券投資信託事業或證券投資顧問事業經營全權委託投資業務，應設置專

責部門，並配置適足、適任之主管及業務人員。

除前項專責部門外，證券投資信託事業或證券投資顧問事業並應至少設置投資研究、財務會計及內部稽核部門。

第一項專責部門主管及業務人員，除符合第四項及第五項規定外，不得辦理專責部門以外之業務，或由非登錄專責部門主管或業務人員兼辦。

證券投資信託事業或證券投資顧問事業經營全權委託投資業務，其辦理投資或交易決策之業務人員得兼任私募證券投資信託基金、對符合一定資格條件之人募集期貨信託基金或全權委託期貨交易業務之投資或交易決策人員。

證券投資信託事業或證券投資顧問事業經營全權委託投資業務符合下列條件者，其辦理投資或交易決策之業務人員，得與募集證券投資信託基金之投資或交易決策人員或辦理證券投資顧問業務從事證券投資分析之人員相互兼任：

- 一、全權委託投資業務或證券投資顧問業務之客戶為金融消費者保護法第四條第二項所定之專業投資機構。
- 二、全權委託投資帳戶之投資或交易範圍及兼營證券投資顧問業務提供證券投資分析意見或推介建議之範圍，應以所經理基金之主要投資標的及地區為限，且其投資策略應同屬主動式操作管理策略或被動式操作管理策略。
- 三、該事業之內部控制制度已訂定有效防範利益衝突之作業原則，以確保公平對待所有客戶。

第一項專責部門辦理研究分析、投資或交易決策之業務人員，不得與買賣執行之業務人員相互兼任。

第一項專責部門與第二項內部稽核部門之主管及業務人員，除他業兼營者之內部稽核部門主管外，應符合證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則所定之資格條件。

他業兼營者，應依第一項規定設置專責部門。但已設置獨立專責部門辦理全權委託期貨交易業務者，不在此限。

***禁止行為規範 (§19)**

證券投資信託事業或證券投資顧問事業及其董事、監察人、經理人、業務人員及受僱人辦理全權委託投資業務，除應遵守相關法令規定外，並不得有下列行為：

- 一、利用職務上所獲知之資訊，為自己或客戶以外之人從事有價證券買賣之交易。
- 二、運用委託投資資產買賣有價證券時，從事足以損害客戶權益之交易。
- 三、與客戶為投資有價證券收益共享或損失分擔之約定。但本會對績效報酬另有規定者，不在此限。
- 四、運用客戶之委託投資資產，與自己資金或其他客戶之委託投資資產，為相對委託之交易。但經由證券集中交易市場或證券商營業處所委託買賣成交，且非故意發生相對委託之結果者，不在此限。
- 五、利用客戶之帳戶，為自己或他人買賣有價證券。
- 六、將全權委託投資契約之全部或部分複委任他人履行或轉讓他人。但本

- 會另有規定者，不在此限。
- 七、運用客戶委託投資資產買賣有價證券時，無正當理由，將已成交之買賣委託，自全權委託帳戶改為自己、他人或其他全權委託帳戶，或自其他帳戶改為全權委託帳戶。
- 八、未依投資分析報告作成投資決策，或投資分析報告顯然缺乏合理分析基礎與根據者。但能提供合理解釋者，不在此限。
- 九、其他影響事業經營或客戶權益者。

為督促證券投資信託事業及經營接受客戶全權委託投資業務之證券投資顧問事業建立有效之內部控制制度，強化事業治理，以確保事業之健全經營，並保障投資人權益，主管機關依證券投資信託及顧問法第 93 條「證券投資信託事業及經營接受客戶全權委託投資業務之證券投資顧問事業，應建立內部控制制度；其準則，由主管機關定之。」規定之授權，並參酌證券暨期貨市場各服務事業建立內部控制制度處理準則，以及針對事業特性，訂定「證券投資信託事業及經營接受客戶全權委託投資業務之證券投資顧問事業建立內部控制制度處理準則」。該內控處理準則第 29 條並規定相關事業應於內部控制制度中訂定經理人及相關人員違反該準則或事業所訂內部控制制度規定時之處罰。

另投信投顧公會為協助投信業及經營全權委託投資業務之投顧業建立良好之公司治理制度，也制定「證券投資信託事業證券投資顧問事業公司治理實務守則」，供會員公司參考遵循。

（二）法院見解

部分個案法院有提及其對僱用人監督並無疏懈之抗辯的看法，例如縱有營業員簽署遵守「證券商負責人與業務人員管理規則」切結書之行為，由於簽署切結書屬消極行為，僱用人仍必須訂定查核流程，

並積極按查核流程實施稽核，法院才能認定僱用人就受僱人執行業務部分有為監督、管理等積極行為，或證明僱用人確已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害。因此，如證券商對其僱傭營業員於執行業務過程，有無遵守相關法令及公司規定並非僅以口頭告知，或要求出具書面切結書即可，此屬消極作為，仍須仰賴營業員自我約束，難據此認定證券商就業務員執行業務部分有為監督、管理等積極行為，自難據此證明證券商確已盡相當之注意。（參本報告投信顧~案例5）。

從實務案例也不難發現法院對於僱用人之抗辯，採取較為嚴格認定之標準，而近乎於無過失責任，實務上甚少出現僱用人得舉證免責之個案。

三、與有過失之認定

（一）認定客戶與有過失之原因

部分個案法院認定客戶對損害發生，亦應依民法第 217 條規定負與有過失責任，法院於判決中納入考量的理由有如：

1. 客戶具有豐富之基金投資經驗，衡情應知悉依正常申購基金程序，申購人應將基金申購款項匯入基金專戶，不能由基金代銷機構及其人員收受申購價款，倘有造成損害之發生或擴大，客戶亦可歸責（參投信顧案例5）。
2. 投信公司已就申購人承購基金種類、金額、投資收益等重要資訊均按期揭露於按月寄送之基金客戶交易對帳單，客戶倘能稍加查看核對，應得以輕易察覺受僱人並未將其所匯款項用以實際承購各該基金，當不致繼續遭蒙，造成本件損害之

發生或擴大，故客戶本身亦可歸責，僱用人證券公司依民法第 217 條規定主張免除賠償責任，於法有據。（參投信顧案例 5）

（二）過失比例分攤

針對過失比例之核算，法院有提到減輕 30% 的比例，惟對如何核算之理由，僅提及客戶對損害之發生或擴大，因僱用人、受僱人與有過失，兼考量原客戶之過失程度，採減輕 30% 之賠償責任，以符衡平（參投信顧案例 5）。

第五章 結論與建議

一、證券、期貨及投信顧業為其業務人員負連帶責任類型

本研究經彙整實務案例後歸納常見之證券、期貨暨投信投顧公司應為受僱人行為負連帶責任類型主要有：

1. 證券業：營業員經客戶同意，或未經其同意盜用所保管之客戶印鑑與存摺進行證券交易，致使客戶遭受無法預見之交易損失。
2. 期貨業：未針對開戶手續設置嚴謹之監督、查核程序，致使營業員得以乘機以客戶名義進行交易或挪用其資金帳戶。。
3. 投信投顧業：同一金控下證券公司營業員未確實為客戶申購投信發行基金，或投顧業務員利用職務上機會越權代理推介股票。

二、法院判決結果

由本研究所蒐集法院判決彙整，對業者應否依民法第 188 條負擔連帶損害賠償責任之訴訟，法院認定勝訴、敗訴之比例，因各業累積個案數量多寡有異，致結果不盡相同：

	蒐集個案數	業者敗訴	業者勝訴	敗訴比例
證券業	20	10	10	50%
期貨業	2	2	0	100%
投信投顧業	6	1	5	17%

茲彙整法院認定業者勝訴、敗訴之重要理由如下：

業種	業者勝訴理由	業者敗訴理由
證券業	1.營業員個人犯罪行為，不屬執行職務，證券商自不負連帶責	1.營業員於營業時間內盜賣股票，....係利用其為

業種	業者勝訴理由	業者敗訴理由
	<p>任。</p> <p>2. 營業員與客戶間另有私下協議存在，異於一般股票市場交易，證券商無須負擔連帶責任。</p> <p>3. 僱用人藉使用受僱人擴張其活動範圍，並享受其利益。就受僱人執行職務之範圍，或所執行者適法與否，恆非與其交易之第三人所能分辨，為保護交易之安全，如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，僱用人應依民法第 188 條第一項規定與受僱人負連帶賠償責任。</p> <p>4. 營業員確有向上訴人佯稱有代銷基金，使上訴人誤信而同意購買，為原審認定之事實。且當時營業員有卡債、操作股票虧損問題，能否仍謂證券商對其之選任監督已盡相當注意，尚非無疑。</p>	<p>該公司營業員行為之外觀，顯然已具有執行職務之形式，應認屬執行職務之行為。</p> <p>2. 證券商規模非小，若有健全之控管制度，或曾採取有效之防弊監督措施，應能發現營業員違規行為，多年未發現，即不得減免僱用人責任。</p> <p>3. 投資人係基於信任營業員個人而為委託，縱於上班時間在證券商營業處所，利用公司電話、傳真設備與客戶聯絡及客戶至證券商交付現金予營業員，外觀上似與執行職務有所關連，亦難憑此即謂其係執行受僱人之職務，而令證券商負「民法」第 188 條第 1 項之僱用人責任。</p>
期貨業	N/A	未就開戶手續設置嚴謹之監督、查核程序，選任受僱人及監督其職務之執行有過失。
投信投顧業	<p>1. 受僱人個人不法行為，客觀上難認與執行職務有關</p> <p>2. 未構成侵權行為</p>	受僱人雖有簽具「切結書」遵守人員管理規則，惟業者未訂定查核流程並稽核，對選任受僱人及監督其職務之執行有過失。

三、法院判決結果分析

(一) 對「執行職務行為」認定標準不一

觀察上述類型可發現，目前法院案例仍限於傳統之盜用、挪用帳戶，私下為客戶買賣作帳，或逾越職權推介客戶非其所能承受風險之

金融商品，致客戶受損失者。而各級法院對於「執行職務行為」之認定，近年見解已漸趨一致，主採客觀（行為外觀）說。舉最高法院 98 年台上字第 854 號判決為例，最高法院認為：「證券商營業員之主要職務雖係受客戶委託代為買賣股票，惟於強調服務及客戶至上之現代企業經營模式下，營業員為求業績，輒有代客戶領取股東會紀念品或補登資料等非現行法令或證券公司所禁止之服務行為，自客觀上觀察，仍屬其附隨業務，蕭○○偽造被上訴人之印章，盜蓋於取款憑條上，持以盜領被上訴人銀行帳戶內之股票交割款，自屬利用職務上機會之行為，亦為其執行職務所生之損害。」

而限制客觀說則係法院基於衡平觀點，自行加入「營業員個人之犯罪行為」或「投資人自己責任」之觀點（前述 98 年台上字第 763 號判決參照）構成要件，作為非營業員執行職務行為之認定。然而，援引「犯罪行為」作為民法構成要件判斷實非允當，蓋因「刑法」採罪刑法定主義，犯罪行為是否符合刑罰構成要件，仍有賴刑事程序判斷。民事法院驟予援引為民事責任免責抗辯之認定，不僅於法理不合，更生法律適用疑義。因此，宜回歸至民法對侵權行為構成要件與抗辯事由成立之認定。

（二）不論實務與學說對「執行職務」之認定傾向對投資人有利

若採目前國內學說主流「內在關連說」作為判斷標準，凡與僱用人所委辦之職務具有通常合理關連之行為，通常為僱用人所能預見，可事先防範、計算其可能損害，並內化為經營成本，予以分散者，即屬於執行職務⁸¹。其類型包括：（1）僱用人命令之執行、委託之職

⁸¹ 王澤鑑，侵權行為法，頁 537，2009 年 7 月。

務自體，及執行職務之必要行為。(2)受僱人違背職務(違背僱用人所為指示)是否屬於執行職務之範圍，應視其違背者究係「職務本身」或「執行方法」而定。若是違背職務本身之行為與執行職務間不具有內在關連，僱用人不必負責。若係違反執行方法之行為，則認為具有內在關連性，僱用人應負連帶責任。(3)職務給與機會之行為：若為濫用職務之行為，則與其職務具有內在關連性，僱用人應負責。若為利用職務上之機會，或與執行職務之時間與處所有密切關係者應屬執行職務之行為。

是以，營業員為代客下單買賣股票，於營業場所、營業時間內乘機挪用客戶股票，乃營業員利用職務給與之機會所為之行為。蓋客戶對證券商有信賴關係存在，且僱用人因其營業員代客買賣股票獲有利益，僱用人對受僱人利用職務之風險性行為應有預見，並預為防範，則證券商若欲以該行為屬營業員個人犯罪行為，非執行職務之行為抗辯，亦難以獲得法院認同。

(三) 法院對「是否盡監督管理責任」之認定標準

1. 「已盡相當之注意」之判斷標準

民法第188條採推定過失責任是為了降低受損害者之舉證責任，可能僅需證明受僱人侵權行為，與受損害者所致生損害間具有因果關係，即先推定僱用人依僱傭契約負責。演變至今，變成企業經營者必須證明其僱用時無選任過失，且期間內監督亦無缺失，方可免責。參考高等法院93年上字第234號判決謂：「按民法第188條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。但選任受僱人及

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者，僱用人不負賠償責任。洪某主張林某乃受僱於該公司，其因執行受託買賣股票之職務，而不法侵害洪某之權利，而林某之過失行為乃肇因於其對於該公司電腦控管之處置不當，該公司於前揭稽核報告說明書亦自承營業員於處理過程中，因時間延宕，股價跌落，致使無法依客戶委託價位成交，…對於營業員專業程度的不足及資訊穩定度，日後亦將嚴格加強改善等語，顯然該公司亦認營業員即林某處理過程有疏失，其於選任及監督上均未盡注意義務，則洪某依前揭規定請求該公司與林某就洪某之損害負連帶賠償責任，即有理由。」

2. 「縱加以相當之注意仍不免發生損害」之判斷標準

由「民法」第188條第1項但書之規定可知，對僱用人為其受僱人侵權行為負連帶責任，採過失推定與因果關係推定之雙重推定立法。參照最高法院87年台上字第791號之判決見解：「民法第188條第1項但書規定，僱用人選任受僱人及監督其職務之執行是否已盡相當之注意，其所應注意之範圍，關於選任方面，著重於受僱人之技術是否純熟，性格是否謹慎精細；而關於監督方面，則在於受僱人職務之執行，是否已提示其應注意事項，有無派員督導等。自不得以受僱人偶一過失行為，即謂僱用人選任及監督未盡相當之注意。僱用人若在選任受僱人，著重雇用有經驗或技術純熟或行事謹慎精細者。及在監督方面，有定期給予受僱人員專業之訓練，或於受僱人執行職務時，有派員督導及提示其應注意事項時。則僱用人已善盡管理人之責任，仍無法避免發生損害時，因僱用人並無過失，因此法院得以判

定僱用人不負賠償責任。」

3. 僱用人選任監督之注意義務究非無過失責任，不宜過苛

僱用人具有選任受僱人與監督其執行職務之義務，選任受僱人已盡相當注意係透過檢查證件、實地考察測驗、留意受僱人生活習慣做為判斷其技術能力、品性道德是否足以勝任其職務。而現代企業人數眾多，為監督受僱人執行職務是否盡善良管理人之注意，採行內部控制與分層負責制度，即企業對管理階層之選任監督與管理階層對受僱人，不僅於選任時，甚至於僱傭契約存續期間，透過層層把關與交叉複核，確保各層級人員執行職務行為均已盡相當注意義務而無鬆懈⁸²。以證券、期貨與投信顧業為例，除有「證券暨期貨市場各服務事業建立內部控制制度處理準則」等相關行政法規可資遵循，透過內部程序控制杜絕（如建置內部資訊監測機制），確保公司業務資訊及投資決策訊息不會外洩；更有「公司法」與「證交法」及相關法規行政規則等與執行職務有關之法律規定。事後若生不法行為，亦有「證交法」民刑事責任重懲。法院應基於衡平觀點，將各業法相關規定與業者自律努力納入考量，作為已善盡選任監督之注意義務之證明，以鼓勵業者持續推動自我監督程序等良性舉措。

四、建議

從上述法院判決結果分析與現況探討，本研究擬提相關建議如下：

⁸²王澤鑑，侵權行為法(二)，三民書局，2006年3月，頁142~143。

(一) 合理限縮「執行職務」範圍之認定

從業者實務上經驗來看，有些案件客戶的動機可疑，或客戶與受僱人間密謀行為，而致遭受損失，例如客戶明知相關法令的規定或證券公司之要求，不應任意將股票、存摺或印鑑等交由營業員保管，卻仍私下協議或請託，將股票、存摺或印鑑等交由營業員代操，在此種情形下，客戶是否仍值得保護，不無疑義。惟如採「客觀說」之見解，會認為此雖非執行職務本體，然此侵權行為屬「受僱人職務上給予機會之行為」，在客觀上或外觀上足認與其執行職務有關，而要求僱用人依民法第 188 條負連帶賠償責任。傳統「客觀說」框架下，固然有利於客戶，然對僱用人是否公平、合理？本研究建議似宜將「執行職務」的標準作一清楚界定，或可考量參酌「內在關連說」、「被害人信賴」之見解，將「執行職務」標準合理限縮在「該項受僱人活動是否為僱用人所預見並加以監督防範者」，及「從被害人角度，審視被害人何種情況有保護的必要，何種情況無保護的必要，據以判斷受僱人所為是否屬執行職務的範圍」。

準此建議司法實務可參考日本之案例，就受僱人與客戶間，認為若具備有超越一般交易的個人間信賴關係者，例如受僱人與客戶為親朋好友之舊識，或客戶對受僱人給付額外金額之對價報酬等，則可認定為受僱人是客戶的代理人，此時受僱人站係在客戶代理人之地位，因此受僱人對於客戶侵權行為造成之損失，證券或期貨經紀商對於客戶宜免除或依比例減輕所負之損害賠償責任。

(二) 與有過失之認定

按民法第 217 條第 1 項規定「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」，針對被害人與有過失者，法院據此得減輕賠償金額。惟從本研究蒐集之案例，法院判決書說明理由甚少對分擔比例之認定原因與方式，論述實質具體標準。對此，本研究建議似可研議成立「專業責任鑑定委員會」，由鑑定委員會所做出鑑定報告，鑑定受僱人之責任，以供判決之參考。

（三）選任與監督標準宜明確

僱用人依民法第 188 條第 1 項但書規定，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者，僱用人可免責，惟從法院的案例觀察，我國對僱用人舉證免責的標準甚高，使僱用人相當難以舉證免責成功，實質上已接近無過失責任。以前述之美國「法律第二次整編-侵權行為」規定，縱使認為嚴格責任係基於僱用人對於受僱人具有控制關係，應為其行為失控負責。但就他人就他人侵權行為致第三人受傷害，必須符合（僅摘述與本主題有關者）：

1. 行為人知悉或應知悉其情況將使該行為如由行為人自行為之係侵權行為，而命令或誘使（他人）作該行為；
2. 行為人從事一活動而由第三人之協助，且行為人於僱用該第三人有過失；
3. 行為人就如未監督可能致傷害之他人加以監督，或有行使注意以監督他人之責任事項，而怠於行使注意以監督該他人。

故證券、期貨與投信顧業等市場中介機構，對於其客戶的確負有最高程度的誠信及忠實義務。參照美國「1940 年投資公司法」及「1940 年投資顧問法」認為注意義務本質為投資風險管理及監督，受託人履

行其職責時，應具備通常技能、謹慎及注意，與管理客戶資產時，須出於善意，且採取警覺、勤勉及謹慎之態度，以如同處理自己事務之標準以上之態度為之，違反者須承擔相對應之責任。但依「證交法」授權制訂之法規，性質上並非「保護他人之法律」，僱用人連帶責任源於公共政策目的，及現代社會危險分擔，保護弱勢為考量，但不應強使僱用人負過重之責任。建議法院於心證時可參採證券、期貨、投信顧各業法律與規則，對僱用人員選任、監督等法令遵循事項是否完備？內部控制與稽核制度是否可有效避免受僱人執行職務不當行為？等做為參考依據。日本學說亦認為：『就「事實上侵權行為」部分，其並無外觀信賴，若採外觀標準說並不適當，而應從客觀上是否在使用人之控制範圍內出發，就被使用人所造成之損害應否由使用人承擔風險，進行價值判斷，較為合理。』

（四）以明文規定僱用人連帶責任賠償額度上限之可行性

「民法」第188條並未對損害賠償金額如何計算明確規定，而須依民法第213條至第217條之規定綜合判斷，原則上以回復原狀為原則，不能回復原狀或回復顯有重大困難者，以金錢賠償其損害（同法第215條參照），賠償以填補所受損害及所失利益為限（同法第216條參照）。法律既明文規範僱用人有內部求償權且得全額求償，受僱人須負擔全部責任，僱用人與受僱人相互間無責任分擔，無異鼓勵受僱人為侵權行為⁸³，蓋受害人損害係直接肇因於受僱人侵權行為。惟基於公平原則，僱用人應分擔之責任實應探究其對損害發生之過失輕重，僱用人責任得類推適用民法第217條與有過失規範，僱用人與受僱人對於損害

⁸³王澤鑑，民法學說與判例研究(一)，連帶侵權債務人內部求償關係與過失相抵原則之適用，三民，1993年9月。

發生皆須負擔損害賠償責任時，應依過失責任輕重決定應分擔責任範圍⁸⁴。

鑑於連帶賠償是全部賠償責任，也要考量責任主體的負擔能力，目前一般多以商業保險（如：第三人責任險）移轉僱用人全部賠償責任，如：較為常見之營業用車輛司機對第三人責任即是一例，司機雇主通常會為自己或司機投（加）保第三人責任險，目的是降低僱用人連帶賠償責任。對受益人（受害人）而言，只是把賠償責任的一大部分移轉給保險給付，保險公司是有限債務承擔人，保險金額雖係保險人承擔賠償責任之最高限額，不等同於理賠金額，採損害填補方式理賠，實際理賠金額係依賠償責任而定。由於金融商品投資人與銷售者（如：證券商）間之關係屬於債權，而債之關係（包括契約、無因管理、不當得利及侵權行為等）的一方當事人（債權人）得向他方當事人（債務人）請求給付之權利，債權僅有相對性而無公開性，外人不易得知，故若將其歸類於「權利」之中而受保護，將使加害人責任無限制擴張。建議應衡平考量損害填補與責任人之負擔，考量限縮僱用人為其受僱人所負之連帶責任範圍。

（五）其他配套措施

1. 強化投資人教育

由近來造成投資人重大損失的事件觀之，目前投資人教育宣導的主要問題在於投資人缺乏正確的投資觀念，再加上分析判斷能力不足，而容易被市場消息，提供消息之媒體，與金融業者以置入

⁸⁴ 王澤鑑，侵權行為法(二)，三民書局，2006年3月，頁148~149。

性行銷手法所誤導，甚至因此做出錯誤的投資決策。本研究建議：營業員辦理投資人開戶時，提供投資人受託買賣與交易注意需知，列明投資人應注意與不得為之行為與其應負責任，除口頭告知投資人注意外，應請其於書面簽章，藉由此一重視自己責任程序，以降低訴訟發生機率；另宜持續強化投資人教育如下：

(1) 建立投資人正確的金錢價值觀

- A. 持續從事對投資人進行市場風險與金融商品風險之宣導，由基礎導正投資人價值觀，並扭轉媒體、業者所傳達「投資才能快速致富」的錯誤觀念；
- B. 讓投資人建立「先存錢，再投資」與「行有餘力，再進行投資」的觀念；
- C. 用正確的投資態度來累積財富，為執行教育宣導的首要之務。
- D. 建議於目前各類存摺封頁背面加註「注意事項」或於開戶或銷售定型化契約中，粗體字標明不法行為類型，提醒客戶可能須為其疏失負與有過失責任。

(2) 投資人教育首重風險控管觀念之建立

- A. 應強化風險控管的重要性，讓投資人了解投資並非穩賺不賠的活動，而是在享受報酬的同時也需要承擔可能發生損失的風險；
- B. 進一步教育投資人分析判斷的能力，使投資人能夠分辨企業的良莠，避免惡質經營者透過假財報、詐欺、掏空公司等手段，而損害了投資人權益；
- C. 在建立了正確價值觀、風險意識以及分析能力後，最後才是教導投資人證券市場交易的細節、過程、各類商品等；

- D. 宣導機關不需為個別金融商品作風險分析，但可宣導投資人在投資必須考慮自身的風險承載率，包括年齡，家庭狀況，職業，資產負債比等因素；
- E. 面對目前各種複雜之金融商品時，理性選擇適合自身狀況的產品，避免聽信所謂名嘴介紹或明星產品，避免危險的投機心態。

2. 加強對企業經營者的教育

企業是資金的需求者，是股票的發行者，也是投資活動的源頭，而近期許多造成投資人權益受損的案件，多為企業財報造假、市場詐欺或是公司掏空等，除事後以法律規範應負之民、刑、行政責任嚇阻外，本研究建議亦應持續加強企業經營者法令遵循與社會責任教育：

- (1) 應持續教育企業人士有關企業倫理、企業社會責任、公司治理與尊重法規遵循程序之基礎知識，並瞭解現行法令所規範之違法責任；
- (2) 促使企業人士專注於公司經營，透過提升營運績效來提高公司價值，而不是利用非法的手段來獲取利益；
- (3) 隨著購併活動的增加，企業理財行為與活動較以往更為頻繁，企業人士更應瞭解內線交易的不法要件與判斷標準，以避免誤蹈法網。

3. 增進司法人員對證券市場的認知與瞭解

目前「證交法」並未賦予主管機關調查權，實務上係由臺灣證券交易所對於疑似涉及內線交易的案件，經過初步查核，作成交易分析意見書，再送地檢署、調查局、刑事警察局，或先送證期局

再轉地檢署、調查局、刑事警察局，由調查局、刑事警察局進一步調查，俾於掌握明確證據後，依法進行裁判。但觀察近年來司法實務運作過程，卻有下列問題存在：

- (1) 雖有財經專業法庭設立，由曾經承審財經案件經驗之法官審理，但證券市場發展一日千里，除檢察官進行追訴與處分必須同時瞭解商業實務運作與可能潛藏之犯行外，不論民刑事案件之承審法官亦須持續關注瞭解財經實務運作之改變與新金融商品，方能掌握審理重點與時效。
- (2) 若司法人員（法官、檢察官）不瞭解市場運作，難以期待他們正確適用法律。必須增進其對主管機關職權範圍，及證券市場與我國甚至全球經濟狀況之關連性，否則法院認事用法上可能受到當時輿論影響，甚至裁判用字遣詞流於過度主觀或情緒化，反而使社會大眾對判決結果反應兩極。故提升法官與檢、調人員的知識程度，才能蒐集合法有效證據，正確適用法律，加速審判進度，並提高判決品質。

為此本研究建議：

- (1) 增加對司法人員支援管道，規劃定期性、長期性的證券市場制度與金融經濟時事課程，如：金融業內控內稽實務運作，新金融商品發展趨勢、投資人保護與金融評議案例等。或是蒐集歷來資本市場常用於判決之法律條文相關之案例，舉行案件實例研討會（Case study）等形式，使法官及司法人員能掌握衡量多元社會的反應，法律見解符合經濟實況，才能發揮法院判決對社會的影響力，創造多贏的局面。
- (2) 針對資本市場重要議題，如：市場詐欺行為、內線交易、

操縱市場，基金經理缺失等，歸類整理近年相關判決案例，除可做成判例彙編外，亦可提供為研究媒材，針對相關爭議引進國外判決、學說，提供予司法人員參考。

- (3) 針對具重要性之案件，或是涉及新金融商品之案件，宜導入外部專業諮詢顧問，提供金融業與資本市場實際運作相關專業意見，做為司法人員參考。

參考資料

一、中文部分

- 中華民國民法制定史料彙編，司法行政部，1976年。
- 王伯琦，民法債編總論，正中書局，1975年。
- 史尚寬，債法總論，五南書局，1983年。
- 鄭玉波，民法債編總論，三民書局，2002年。
- 王澤鑑，民法學說與判例研究第六冊，自版，2009年。
- 王澤鑑，特殊侵權行為，2006年。
- 黃立，民法債編總論，高雄復文出版，2006年。
- 孫森焱，民法債編總論上冊，三民書局，2012年。
- 邱聰智，新訂民法債編通則（下），元照出版社，2003年3月。
- 林誠二，民法債編總論（上下冊），瑞興出版，1999年。
- 林誠二，債務不履行歸責事由之檢討，中興法學第6期，2010年5月。
- 郭土木，期貨交易法規，自版，2007年9月。
- 陳聰富，侵權違法性與損害賠償，元照出版社，2008年12月。
- 陳聰富，法人團體之侵權責任，臺大法學論叢，第40卷第4期，2011年。
- 陳聰富，受僱人執行職務之行為—最高法院86年台上字第1497號判決評析，侵權歸責原則與損害賠償。
- 林大洋，公司侵權責任之法律適用--民法第28條與公司法第23條第2項交錯與適用，臺灣法學雜誌，第175期，2011年5月。
- 柯芳枝，公司法論(上)，三民書局，2000年11月。
- 梁宇賢，公司法實例解說，興大法學叢書，1994年10月。
- 陳洸岳，2002年有關「侵權行為」之最高法院判決的回顧與淺析，臺灣本土法學第52期，2003年11月。
- 德國民商法導論，中譯本，楚建譯，中國大百科全書出版社，1996年版。
- 美國法律整編（第二次）侵權行為法（Restatement of The Law, Second, Torts），司法週刊雜誌社，美國法律整編_侵權法，1988年版。
- 臺灣證券交易所彙編，世界主要證券市場相關制度，2012年版。

二、英文部分

RESTATEMENT OF THE LAW (SECOND) AGENCY (1958).

[http://www.realagency.org/Restatement CommonLawofAgency.pdf](http://www.realagency.org/Restatement%20CommonLawofAgency.pdf) 瀏覽日期：2013年3月20日。

三、日文部分

山崎賢一，履行補助人的過失和債務人的責任，載於加藤一郎、米倉明，民法的爭點Ⅱ，有斐閣，1985。

落合誠一，因補助人行為的運輸人責任，載法學協會雜誌第94卷12號～第95卷3號；運送責任的基礎理論，1979年版。