广东省广州市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2020）粤01民终3966号

　　上诉人（原审被告）：中国光大银行股份有限公司广州东风支行，住所地：广东省广州市越秀区东风中路300号之一东侧首、二层。

　　负责人：蒋某某，该支行行长。

　　委托诉讼代理人：程林权，广东法丞汇俊律师事务所律师。

　　委托诉讼代理人：赵濛，广东法丞汇俊律师事务所律师。

　　被上诉人（原审原告）：刘某某，男，\*\*\*\*年\*\*月\*\*日出生，汉族，住广东省广州市\*\*区。

　　委托诉讼代理人：张杰，广东百越律师事务所律师。

　　原审被告：中国光大银行股份有限公司，住所地：北京市西城区太平桥大街25号、甲25号中国光大中心。

　　法定代表人：李某某，董事长。

　　委托诉讼代理人：程林权，广东法丞汇俊律师事务所律师。

　　委托诉讼代理人：赵濛，广东法丞汇俊律师事务所律师。

　　上诉人中国光大银行股份有限公司广州东风支行（以下简称光大银行东风支行）因与被上诉人刘某某、原审被告中国光大银行股份有限公司（以下简称光大银行）委托理财合同纠纷一案，不服广东省广州市越秀区人民法院（2018）粤0104民初28261号民事判决，向本院提起上诉。本院依法组成合议庭审理了本案，现已审理终结。

　　上诉人光大银行东风支行上诉请求：1.撤销一审判决第一项，依法改判驳回刘某某的诉讼请求；2.本案一审及二审的案件诉讼费由刘某某承担。事实与理由：一、麦某出售虚假理财产品的行为不属于职务行为。一项行为构成职务行为一般需同时具备三个要件：员工在单位的授权范围内进行；员工以单位的名义进行；行为所获得的利益归属单位。上述三个要件缺少一项则不属于职务行为。本案中，麦某虽以光大银行东风支行的名义向刘某某伪造了一份理财合同，但刘某某并没有交付资金给光大银行东风支行，刘某某的所有资金未进入光大银行东风支行理财产品的结算账户，故刘某某所谓购买理财产品的行为不仅不在光大银行东风支行授权范围内，而且麦某在收到刘某某的理财资金后擅自进行个人炒股、再欺骗其他人等，其主观上没有将所获收益归属银行的意愿，客观上也没有将收益交给光大银行东风支行的行为。因此，其行为不能认定为职务行为。二、从表见代理的角度来看，麦某的行为不能构成表见代理。《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》规定，表见代理不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权；人民法院在判断合同相对人主观上是否属于善意且无过失时，应当结合合同缔结与履行过程中的各种因素综合判断合同相对人是否尽到合理注意义务。本案刘某某具有多次购买理财产品经验，对银行理财产品购买常识清楚，但本案中，刘某某将理财款汇入麦某指定的私人账户，且汇款通过“网银转账”，刘某某的行为客观上帮助麦某逃避银行监管，理财产品投资回报率很高，有违银行理财产品低收益、低风险的基本常识；刘某某与私人账户发生往来，轻信麦某的解释，未向银行提出疑问，丧失了银行客户的基本注意义务，导致麦某实施犯罪行为未被及时发现。刘某某购买理财产品是基于对高额回报的追求及对麦某个人的信任，而非基于对银行的信任。因此，刘某某自身亦存在明显过错，不能认定为善意无过失，故麦某的行为不能构成表见代理。三、原判对光大银行东风支行与刘某某在本案中的过错程度和责任认定错误，明显不公，且与本案事实不符，刘某某的过错程度明显大于光大银行东风支行。刘某某过错方面：1.刘某某在2015年3月购买“道富资产一光大银行一中融融金1号”虚假理财产品前，多次购买过光大银行东风支行的理财产品，作为成熟投资者，知悉银行理财产品的正常收益、常规签署文件、付款流程、获得理财合同的流程。涉案虚假产品购买流程与常规购买流程差别如下：其一、常规流程为客户本人在柜台同意购买后，输入银行卡密码，完成冻结相应款项的手续；涉案交易的理财产品是由刘某某在手机上输入密码完成转款的；其二、常规流程为客户本人获得理财产品加盖印章由柜台加盖，加盖的是柜台业务章；涉案交易的理财产品加盖的是麦某伪造的总行印章。2.刘某某签署的虚假理财合同存在内容上的明显矛盾，刘某某应有基本注意义务而没有履行。麦某提供的虚假管理合同内容前后矛盾，具体如下：（1）在合同封面及第三页第一行，均明确资产管理人指“道富资产管理有限公司”、而合同签署页的管理人却是“恒天财富投资管理有限公司”；（2）管理合同第16页，第一段，该合同明确，委托财产的一切货币收支活动均通过该资金账户进行，资金账户名称为“道富资产—光大银行—中融融金1号专项资产管理计划”，开户行为“中国光大银行北京分行金源支行”。而刘某某将涉案的款项支付到“谢雪梅”一个与合同完全不相关的账户中。3.刘某某已开通手机短信通知功能，涉案转账发生时，刘某某已经收到光大银行向其发送的短信，告知其“正在向光大银行尾号4114的账户转账520000元，收款人为谢雪梅”，其知道款项未支付到银行而是支付到个人账户。为此，刘某某在被诈骗的过程中，面对协议版本、付款程序巨大变化的情况下，且交易金额重大，应当提出合理怀疑，刘某某没有提出合理怀疑为其本人没有尽到相应义务，该责任应由其本人承担。银行方面在选人用人以及监管等方面确实存在一定过错，但是已尽其所能对麦某的管理尽到了勤勉义务，除了员工培训，每年均按照银监会或者光大银行东风支行上级单位的要求排查私售金融产品或各类机构类金融产品的行为，同时，设置黑衣人制度，由聘请的第三方排查可能存在风险的情况。为此，光大银行东风支行已经对员工尽到了教育、管理和监督责任。特别是本案中刘某某签署理财合同协议漏洞百出，刘某某的涉案资金是由经过其本人授权、输入密码直接转账给“谢雪梅”，在刘某某系统核查过程中，显示的是正常的个人之间的转账往来，刘某某的行为客观上配合、帮助麦某规避银行的监管，导致麦某的行为脱离了银行的监管体系，光大银行东风支行无法从转账中核查该笔交易为异常交易。光大银行东风支行对员工的管理与刘某某的损失没有必然的因果关系。因此，在此情况下，不能无限扩大银行的管理责任。如果就此扩大银行责任，那么网络诈骗的受害人通过银行向诈骗者转账导致骗，银行是否要承担未核查资金转账及未进行风险提示的责任?这显然加重了银行的责任。四、原判决确定民事责任明显违背法律规定，属于适用法律错误。1.原审判决前后矛盾。本案中，麦某的行为既是诈骗行为，同时又是侵权行为，对于刑事犯罪行为而造成的损失，“两高一部”《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》的规定，即以诈骗吸收的资金向参与人支付高额利息的，应该依法追缴；参与人本金尚未归还的，所支付的回报可以予以折扣本金。因此，本案中应以被侵权人（被害人）的直接财产权益损失为限，利息损失不属于侵权责任赔偿范围。综上，本案原判名义上虽然承认刘某某存在过错，判决刘某某自行承担利息损失，但是由于利息不属于本案侵权损失的范围，因此，原判实际上判决光大银行东风支行承担全部责任，而刘某某不用承担责任，据此，原审判决前后矛盾。2.原判第一条判项从形式到内容不符合法律规定。原审判决光大银行东风支行承担麦某退赔刘某某52万元不足部分向刘某某承担赔偿责任，实际上认为银行违反安全保障义务，承担补充赔偿责任，适用的是《侵权责任法》第37条第二款之规定。但该条款规定的相应责任，是指侵权人应当承担的与其过错程度及其行为的原因力相适应的赔偿责任。不管适用《侵权责任法》第6条或第37条第二款之规定，不管是一般过错责任或是补充赔偿责任，对光大银行东风支行承担责任的份额应作出具体、明确的划分，到底是百分之几的责任应该明确。如前所述，光大银行东风支行在本案中的管理责任也是次要责任，刘某某存在重大过错（原判也认为刘某某存在过错），因此，原判虽然没有明确光大银行东风支行承担100%的补充责任，实际上是判决光大银行东风支行承担100%的补充赔偿责任，这样的判决结果不仅有违本案的基本事实，也不符合法律的规定和要求，更没有这样的判例，因此，该判项从形式到内容都是错误的。3.在广州地区的同类型案件中，法院均判决银行基于安全监管义务承担一定比例的补充赔偿责任，没有一例案件判决银行承担超过98%（如果计算利息是98%，不计利息就是100%）的补充赔偿责任，原审法院作出的本案判决属于同案不同判。总之，光大银行东风支行认为原判决事实认定错误，法律理解和适用不当，判项从形式到内容存在严重错误，请二审依法予以纠正。

　　被上诉人刘某某答辩称：1.光大银行东风支行在麦某诈骗案件过程中是有严重过错的，本案一审判决以及另案刑事判决都有详细论述，所以银行应当承担相应的法律责任，一审判决其承担补充赔偿责任是比较合适的。2.光大银行东风支行一再把责任归咎于刘某某本人，认为刘某某的过错大于银行的过错，是毫无道理的。无论刘某某买了多少理财产品，刘某某作为年长者，实际上当时他买理财产品的时候已经80多岁了，根本就不具有任何的经验，其自从在光大银行东风支行购买理财产品就由银行的理财经理麦某推荐和一手操办进行购买，所以不能够认为因为之前多次购买过理财产品就认为他有丰富的理财经验。作为一个八十多的老人，其判断力包括一些合同的理解力都是比较差的，不可能要求像专业的人士或普通人去理解合同条款。3.本案并非麦某犯罪系列案的第一例案件，本案之前和之后在广州市越秀区人民法院都有相似的案件，当时银行同样提起上诉，二审也作了判决，银行甚至到广东省高级人民法院进行申诉，但生效判决判令光大银行东风支行应当承担相应的责任。麦某的犯罪行为导致了大批量的广州地区老人上当受骗，光大银行东风支行是有责任的，应当承担相应的法律后果。

　　原审被告光大银行：同意光大银行东风支行的上诉意见。

　　刘某某向一审法院起诉请求：1.判决光大银行东风支行、光大银行共同向刘某某返还款项520000元及利息（从2015年9月14日起算，按中国人民银行同期同类贷款利率计算至清偿完毕之日止），暂计30000元；2.本案受理费9300元由光大银行东风支行、光大银行承担。

　　一审法院认定事实：麦某原任光大银行东风支行理财客户经理。2013年开始，麦某为谋取个人利利益利用其身份便利，伪造《道富资产-光大银行-中融融金1号专项资产管理计划资产管理合同》等理财产品合同书，虚构为光大银行代售的理财产品，骗得多位被害人签订虚假投资理财产品合同，通过其投资上述虚假理财产品，并向其控制的银行账户支付投资款。从2014年5月至2015年5月，麦某诈骗被害人投资款项合计5005.05万元，其中诈骗刘某某520000元。2015年3月10日，刘某某按照麦某指引使用光大银行东风支行配给的专用电脑，通过网银操作，从刘某某的中国光大银行账号为662×××31账户中转款520000元，收款人户名为“谢雪梅”。麦某并未为刘某某购买理财产品。2017年12月21日，广州市中级人民法院作出（2017）粤01刑初16号刑事判决：一、麦某犯合同诈骗罪，判处有期徒刑十五年，并处罚金200万元；二、侦查机关扣押丰田牌小汽车1辆（车牌号粤粤A×××××予以拍卖，所得款退赔张伟健等16名被害人；三、继续追缴麦某违法所得5005.05万元，退赔给被害人……刘某某520000元……。追缴不足以清偿前述被害人损失的，责令麦某向前述被害人退赔，退赔数额以前述追缴数额为限。该刑事判决已生效。

　　一审法院认为，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第四十八条第一款“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。”及《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第五十二条“民事诉讼法第四十八条规定的其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，包括：……（六）依法设立并领取营业执照的商业银行、政策性银行和非银行金融机构的分支机构；”的规定，刘某某以被告光大银行为民事诉讼的主体，不符合法律的规定，一审法院不予支持。

　　综合双方举证、质证，本案的争议焦点为：光大银行东风支行是否应当对刘某某的520000元款项及利息承担责任。行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任。综合本案查明事实及刑事判决认定的事实，可以认定刘某某向案外人谢雪梅账户支付案涉款项的行为，均在光大银行东风支行营业场所和案外人麦某工作时间内完成，而案外人麦某作为光大银行东风支行的理财经理，其工作职责包括了出售理财产品。银行工作人员的职务身份增加了其侵权的可能性与危险性。光大银行东风支行作为专业金融机构对职员利用特殊身份进行侵权应具有更高的风险防范意识与能力，对此种行为应当预见并应采取完善措施确保群众利利益受损害。在麦某整个犯罪过程中，光大银行东风支行内部管理不善、监控存在重大漏洞，导致案外人麦某长期犯罪未被发现，造成大面积群众利利益损害的严重后果。刘某某作为年事已高的长者，出于对银行诚信经营的认知，有理由相信案外人麦某的行为是代表光大银行东风支行所为，应当认定案外人麦某的侵权行为与光大银行东风支行履行职务有内在关联。据此，光大银行东风支行应当对案外人麦某在刑事案件中退赔不足部分，向刘某某承担赔偿责任。考虑到刘某某作为完全民事行为能力人，在巨额资金支出过程中亦应尽到态度审慎的义务，酌情确定刘某某主张光大银行东风支行偿还以520000元为基础计算的利息的请求，一审法院不予支持。

　　本案不存在“一事二理”，上下级法院判决相互矛盾的情形。首先，刘某某的520000元款项虽是因案外人麦某个人诈骗而导致损失，也无证据证明光大银行东风支行参与了麦某的诈骗活动，但对于刘某某的损失而言，责任人并非只限于案外人麦某一人。刘某某有权通过刑事途径向案外人麦某追偿，也有权通过民事诉讼或其他途径向其认为有赔偿义务的其他人员或单位追偿，故本案从程序上来说，与刑事案件的受理不存在违反“一事不再理”的司法原则；其次，从实体方面看，生效的刑事判决虽然已经确定由案外人麦某向刘某某作出赔偿，但无证据显示刘某某已经实际获得了赔偿。光大银行东风支行显然偷换了获得赔偿的权利与实际获得赔偿的概念。对于两份生效判决所确定的赔偿权的实现，可在具体执行过程中予以抵扣，不致出现重复获赔及生效判决相冲突的情形。

　　综上所述，一审法院依照《中华人民共和国侵权责任法》第六条、第二十六条、第三十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第四十八条，《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法》的解释》第五十二条及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条的规定，判决：一、自判决生效之日起10日内，中国光大银行股份有限公司广州东风支行在（2017）粤01刑初16号刑事判决中案外人麦某退赔刘某某520000元不足部分向刘某某承担赔偿责任；二、驳回刘某某的其他诉讼请求。如未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。本案一审受理费9300元，由刘某某负担507元，中国光大银行股份有限公司广州东风支行负担8793元。

　　经二审审理查明，除了上诉人光大银行东风支行提出刘某某购买虚假理财产品的行为不是在光大银行配给麦某的专用电脑上操作之外，一审法院查明的其他事实属实，本院予以确认。

　　另查明，（2017）粤01刑初16号刑事判决书查明如下事实：1.被害人刘某某陈述：2015年3月10日，我在光大银行东风支行麦某的推荐下购买了理财产品“道富资产-光大银行-中融融金1号专项资产管理计划资产管理合同”，麦某在签订理财合同后，要我将光大银行卡交给他，他用他的手机搞好设置后由我在手机上按密码支付合同款，支付后我手机马上收到了95595号码发来的短信；当时我问为何转到私人账上的，麦某解释说谢雪梅也是道富公司经办人，道富公司是和光大银行合作的公司；二个月后，麦某通知我到光大银行东风支行拿合同，合同显示托管银行中国光大银行股份有限公司、盖有“圆形”合同专用章，资产管理人恒天财富投资管理有限公司；麦某在光大银行信封上书写“2015年3月11日起息，52万半年7%”等内容。2.证人应琦证言证实：我是光大银行东风支行的负责人；麦某从2011年4月至2015年6月15日担任该行理财客户经理，负责向顾客推销该行代售的信托资金类产品等；该行柜台业务专用章、业务讫章等都是由麦某保管等。3.被告人麦某供述：我于2011年任职光大银行东风支行理财客户经理，工作是向客户销售由光大银行代理的理财、信托产品等；销售光大银行理财产品的正常程序是：客户选定理财产品后，他到柜台或者我在网上帮其购买，或者教他自己上网购买，从客户光大银行的账户上划扣相应的资金（客户自己按密码）；我在光大银行东风支行任职期间，私售了非光大银行理财产品和信托产品；如果我们工作人员在工作中越权私售理财产品，在柜台支付单位是可以监管到的，而在网银支付的销售是比较难监管，我就利用这监管漏洞售假诈骗；购买非光大银行理财产品的客户，都有和理财公司签订购买理财产品的合同，和客户签订合同的经手人是我，在光大银行东风支行为的理财办公室签订的；客户在2014年5月之后购买的《道富资产-光大银行-中融融金1号专项资产管理计划资产管理合同》等多个理财产品，属于不真实的理财产品，是我伪造出来的虚假理财产品。假章多数是我将假章拿回银行在我办公室里面盖的，也有少部分是在我车上盖的，未签的假理财空白合同使用前都是放在我银行理财办公室的文件柜里，以备随时供使用；我向客户推介假合同的信托产品、理财产品，是在营业大厅、我的理财经理办公室里向客户推销，我会向客户讲这些是光大银行的理财产品、信托产品，收益高，光大银行是国有银行、所投资的资金会安全。

　　另核，案外人麦某在骗取刘某某签订虚假投资理财产品合同过程中，给刘某某出具的《道富资产-光大银行-中融融金1号专项资产管理确认函》及所附开户、认购资料中加盖有“中国光大银行股份有限公司合同专用章（1）”。光大银行东风支行、光大银行认为上述合同资料中加盖的印章系伪造的。

　　二审期间，光大银行东风支行补充提交四组证据：第一组证据，银行内部数据，主张证明2008年开始，刘某某在光大银行多次购买理财产品，有在营业网点购买、也有通过手机、网上银行在网上购买，有丰富的在光大银行购买理财产品的经验，知悉购买理财产品的流程。第二组证据，在手机APP及光大银行网站购买理财产品的流程、在手机APP及光大银行网站转账的流程，主张证明无论在手机或在电脑网站上，购买理财产品与转账的流程和显示的信息均存在巨大差异，购买理财与转账不可能出现混同刘某某在通过手机转账时理应知晓其不是通过手机或网上银行在购买光大银行理财产品。第三组证据，权益类产品营销技能培训安排、培训名单，关于开展代理金交所业务“千人培训”的通知、报名表，主张证明银行已经对麦某尽到培训、管理的责任，麦某符合理财经理上岗的基本要求。第四组证据，关于对营业网点私售金融产品进行风险排查的紧急通知、关于全行开展2013年对私代理业务自查工作的重要通知、关于严禁营业网点及员工私售交易所等各类机构类金融产品的通知、中国光大银行股份有限公司广州分行委外服务检查合同，主张证明光大银行东风支行不定期对私售金融产品的行为进行排查，但私人间的转账在客观上使银行无法排查到。

　　被上诉人刘某某发表质证意见称：上述证据不能作为二审的新证据；刘某某在光大银行购买理财产品都是在银行理财经理麦某的推荐和操办下购买的，并不代表着刘某某有所谓的丰富的理财经验。

　　原审被告光大银行质证表示对光大银行东风支行提交的证据三性予以认可。

　　本院认为，本案系麦某虚构《道富资产-光大银行-中融融金1号专项资产管理计划资产管理合同》兜售虚假光大银行理财产品引起的纠纷，刘某某以光大银行东风支行理财客户经理麦某在履行职务行为时实施犯罪造成刘某某损失为由，诉请光大银行东风支行及光大银行对其遭受的损失承担责任，故本案实际诉争的法律关系是财产损害赔偿纠纷。综合当事人的诉、辩意见，本案二审的主要争议焦点在于光大银行东风支行在本案中的责任如何认定，一审判令光大银行东风支行对刘某某的损失承担赔偿责任是否有错。

　　首先，麦某作为光大银行东风支行的理财客户经理，其工作职责包括出售理财产品等相关工作，且已多年向刘某某出售光大银行的理财产品。本案中，麦某以其光大银行东风支行理财客户经理的身份，在其工作时间及光大银行东风支行的营业场所向刘某某出售理财产品并出具盖有“光大银行广州东风支行合同专用章”的合同确认材料，无论从交易时间、交易场所还是交易内容上，均足以使刘某某有理由相信麦某的行为是代表光大银行东风支行的职务行为，其所购买的理财产品就是光大银行东风支行的理财产品。至于麦某是指引刘某某使用电脑还是使用手机通过网银操作，并不影响对麦某行为性质的认定。

　　其次，麦某在本案中采取诈骗手段向刘某某出售虚假理财产品，骗取刘某某的投资款，导致刘某某的财产损失，其系主要的侵权责任人，为此刑事判决已判令追缴其违法所得并责令退赔。而光大银行东风支行作为专业的金融机构，其内部管理不善、监管存在重大漏洞，在麦某实行侵权行为的过程中未能尽到应有管理职责，存在明显过错，根据《中华人民共和国侵权责任法》第六条第一款关于“行为人因过错侵害他人民事责任，应承担侵权责任”的规定，其应对刘某某的财产损失承担侵权责任。光大银行东风支行上诉称其尽到了监督管理的责任，但根据（2017）粤01刑初16号刑事判决查明的事实，光大银行东风支行的负责人确认该行柜台业务专用章及业务讫章等都是由麦某保管，麦某亦供述光大银行东风支行难以监管通过网银支付的销售，其利用该监管漏洞售假诈骗；而事实上麦某也利用光大银行东风支行的监管漏洞长期犯罪未被发现，造成多位被害人利利益损害的严重后果，故本院对光大银行东风支行抗辩其对员工的管理与刘某某的损失没有必然因果关系的主张不予采纳。

　　再次，原审法院判决光大银行东风支行应当对麦某在刑事案件中退赔不足部分向刘某某承担补充赔偿责任，并鉴于刘某某在购买理财产品过程中未能尽到谨慎的注意义务而酌情确定对刘某某的利息损失不予支持，已经有考虑了被侵权人对发生损害存在的过错，刘某某需自行承担案涉款项自2015年3月至今的利息损失，亦已减轻了光大银行东风支行的责任。

　　综上所述，一审判决认定事实基本清楚，适用法律正确，实体处理恰当，应予维持。光大银行东风支行的上诉请求不能成立，本院予以驳回。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项的规定，判决如下：

　　驳回上诉，维持原判。

　　二审案件受理费9000元，由上诉人中国光大银行股份有限公司广州东风支行负担。

　　本判决为终审判决。

　　审判长 邹迎晖

　　审判员 许雪芳

　　审判员 李璐思

　　二〇二〇年六月三十日

　　书记员 何贤羡

　　林洁裕

[更多信息请点击查看把手案例](http://www.lawsdata.com/#/documentDetails?id=5f1128301ea7a66982f8079f&type=1)