广东省广州市中级人民法院

民 事 判 决 书

（2020）粤01民终6178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\*\*之一东侧首\*\*。

　　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）：邓某某，男，\*\*\*\*年\*\*月\*\*日出生，汉族，住广东省广州市\*\*区。

　　委托诉讼代理人：廖伟坚，广东五羊律师事务所律师。

　　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”）因与被上诉人邓某某财产损害赔偿纠纷一案，不服广州市越秀区人民法院（2018）粤0104民初12320号民事判决，向本院提起上诉。本院于2020年3月23日立案受理后，依法组成合议庭进行审理，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，依法改判驳回邓某某的诉讼请求；2.本案一、二审诉讼费由邓某某承担。事实与理由：一、麦启贤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，邓某某持有的确认函与光大银行东风支行没有任何关联性，且并没有交付资金给光大银行东风支行，邓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，故邓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，而且麦启贤在收到邓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，麦启贤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。本案邓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，但邓某某将理财款汇入麦启贤指定的私人账户，且汇款通过“网银转账”，邓某某的行为客观上帮助麦启贤逃避银行监管，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。邓某某与私人账户发生往来，轻信麦启贤的解释，未向银行提出疑问，丧失了银行客户的基本注意义务，导致麦启贤实施犯罪行为未被及时发现。邓某某购买理财产品是基于对高额回报的追求及对麦启贤个人的信任，而非基于对银行的信任。因此，邓某某自身亦存在明显过错，不能认定为善意无过失，故麦启贤的行为不能构成表见代理。

　　三、侵权损失不能以刑事判决中认定的合同诈骗数额100万元来确定，一审判决对损失的确定计算错误。一审判决简单照搬刑事判决中伪造合同所列明的数额，而对于当事人资金账户的实际流水、之前获得的高息收入转存等事实不予调查核实并考虑是否抵扣，简单以（2017）粤01刑初16号刑事判决中认定邓某某被诈骗100万元为侵权损失依据，有违事实和法律规定，属于事实认定事实错误。（一）民事赔偿数额的认定，应以当事人账目实际汇款损失额为依据。本案刑事判决中，光大银行东风支行并未作为刑事案件的当事人参与诉讼，未能对刑事判决认定的赔偿数额主张诉讼权利。但是对于本系列案的民事赔偿，光大银行东风支行认为民事审判均应认真调查各被害人的实际损失并以此作为赔偿的依据。（二）刑事诈骗金额不等于邓某某在本案中的实际损失。在本案证据与刑事案件认定的诈骗金额不一致情况下，以（2017）粤01刑初16号刑事判决中认定邓某某被诈骗100万元为依据，直接认定本案侵权损失数额100万元是混淆了民事案件与刑事案件的区别，没有事实和法律依据。（三）具体到本案而言，参照“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，本案中应以被侵权人（被害人）的直接财产权益损失为限，麦启贤用诈骗的款项支付给邓某某的款项应该追缴、冲抵。依据公安机关做出的《鉴定意见书》显示，麦启贤（通过其控制的许周账户，尾号20477）于2015年2月17日向邓某某账户（尾号32×××76）支付款项105.5万元，上述款项来自于其他被害人财产，支付目的是为了虚构按期兑付的事实，邓某某账户（尾号32×××76）于2015年2月28日向麦启贤控制的郭婉玲账户（尾号80×××83）支付的100万元，属于被合同诈骗的数额，但是应该依法扣减之前的105.5万元收入。因此，邓某某的财产损失实际应该为-5.5万元。

　　四、一审判决对光大银行东风支行与邓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，邓某某的过错程度明显大于光大银行东风支行。（一）邓某某在2015年2月购买虚假理财产品前，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有差别，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将银行卡、U盾交给麦启贤操作，邓某某输入密码完成转款的；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文件与光大银行无任何关联性，更没有光大银行印章；光大银行东风支行对于邓某某的投资评级为稳健性，推荐产品的年化收益率在5%左右，而案涉理财产品的年化收益率为11%，邓某某应知道该产品不是光大银行产品。（二）麦启贤给邓某某的文件在内容上与正规产品存在的明显矛盾，邓某某应有基本注意义务而没有履行。邓某某没有签署任何理财文件，仅是在麦启贤处拿了一份投资确认单，与正规理财产品的理财产品文件存在明显差异，正规理财产品一定需要邓某某签署、确认，并给其相关理财合同。投资确认函中确认的投资主体为北京百朋民和投资管理中心（有限合伙），但邓某某却向私人账户转账。（三）邓某某已开通手机短信通知功能，且网银的安全验证方式为手机动态验证码验证，涉案转账发生时，邓某某已经收到光大银行向其发送的短信，告知其正在转款的数额、对象等信息，其知道款项未支付到银行而是支付到个人账户。为此，邓某某在被诈骗的过程中，面对没有签署合同、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，邓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启贤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，设置黑衣人的制度，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。特别是本案中邓某某没有签署合同的情况下，邓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“郭婉玲”，在邓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，邓某某的行为客观上配合、帮助麦启贤规避银行的监管，导致麦启贤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邓某某的损失没有必然的因果关系。

　　五、一审判决适用法律确有错误。（一）一审判决前后矛盾。本案中，麦启贤的行为既是诈骗行为，同时又是侵权行为，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，本案一审判决名义上虽然承认邓某某存在过错，判决邓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，一审判决实际上判决光大银行东风支行承担全部责任，而邓某某不用承担责任。（二）一审判决第一条判项从形式到内容不符合法律规定。一审判决光大银行东风支行承担麦启贤退赔邓某某100万元不足部分向邓某某承担赔偿责任。依据一审判决的判词及该判决结果，一审判决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，但对于《侵权责任法》第37条第二款规定的相应责任的理解，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，邓某某存在重大过错（一审判决也认为邓某某存在过错），因此，一审判决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。（三）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%的补充赔偿责任，一审法院作出的本案判决属于同案不同判。总之，一审判决事实认定错误，法律理解和适用不当，判项从形式到内容存在严重错误，请二审法院依法予以纠正。

　　被上诉人邓某某辩称：一审判决事实清楚，适用法律正确，请求驳回光大银行东风支行的上诉请求，维持一审判决。

　　被上诉人邓某某向一审法院起诉请求：1.判决光大银行东风支行向邓某某赔偿理财款1000000，及支付自2015年2月28日起至款项实际清偿日止按中国人民银行同期贷款基准利率计付的利息（暂计至诉讼之日约600000元）；2.判决光大银行东风支行承担本案受理费19200元。

　　一审法院查明事实：案外人麦启贤原任光大银行东风支行的理财客户经理。2015年2月28日，邓某某通过其在光大银行东风支行处开设的账号，以网银转款的形式向案外人麦启贤转账1000000元，麦启贤承诺该笔资金用于为邓某某购买理财产品。实际麦启贤并未为邓某某购买理财产品，从2013年开始，麦启贤为谋取个人利益，利用其身份便利，伪造了《宝狮市政BT—安徽大别山生态谷建设基金》等理财产品合同书，虚构为光大银行代售的理财产品，骗得邓某某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，麦启贤诈骗被害人投资款项合计5005.05万元，其中诈骗邓某某1000000元。

　　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、麦启贤犯合同诈骗罪，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A×××\*\*）予以拍卖，所得款退赔张卫健等16名被害人；三、继续追缴麦启贤违法所得5005.05万元，退赔给被害人……邓某某1000000元……。追缴不足以清偿前述被害人损失的，责令麦启贤向前述被害人退赔，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：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邓某某的1000000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，可以认定邓某某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启贤工作时间内完成，而案外人麦启贤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益不受损害。在案外人麦启贤整个犯罪过程中，光大银行东风支行内部管理不善、监控存在重大漏洞，导致案外人麦启贤长期犯罪未被发现，造成大面积群众利益受损害的严重后果。邓某某出于对银行诚信经营的认知，有理由相信案外人麦启贤的行为是代表光大银行东风支行所为，应当认定案外人麦启贤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启贤在刑事案件中退赔不足部分，向邓某某承担赔偿责任。考虑到邓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，酌情确定邓某某主张光大银行东风支行偿还以1000000元为基础计算的利息的请求，一审法院不予支持。

　　关于光大银行东风支行提出的邓某某的损失应由案外人麦启贤承担主要侵权责任，且涉案损失已由刑事案件进行追缴，不应当向光大银行东风支行主张的答辩，一审法院认为，首先，邓某某的1000000元款项虽是因案外人麦启贤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启贤的诈骗活动，但对于邓某某的损失而言，责任人并非只限于案外人麦启贤一人。邓某某有权通过刑事途径向案外人麦启贤追偿，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，与刑事案件不存在矛盾之处；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启贤向邓某某作出赔偿，但无证据显示邓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，依照《中华人民共和国侵权责任法》第六条、第二十六条及《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，一审判决如下：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启贤退赔邓某某1000000元不足部分向邓某某承担赔偿责任；二、驳回邓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。一审案件受理费19200元，由邓某某负担7200元，中国光大银行股份有限公司广州东风支行负担12000元。

　　本案二审查明：（2017）粤01刑初16号刑事判决查明以下事实：1.证人应琦证言证实：我是光大银行东风支行的负责人；麦启贤从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启贤保管等。2.被告人麦启贤供述：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；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；关于正规的“飞单”理财合同，我将理财公司的合同交给客户签订后，将签好的合同快递给中介公司的客户经理，由中介交给理财公司盖好相关公章和合同章后，中介公司将合同快递给我；非光大银行理财产品，能返还本金和利息的，理财公司有通过公司账户或私人账户，将本金或利息返还给客户；客户在2014年5月之后购买的《宝狮市政BT安徽大别山生态谷建设基金合伙协议》等理财产品，属于不真实的理财产品，是我伪造出来的虚假理财产品；售假期间，客户签订“理财合同”交完钱后拿不到合同和没有任何手续，是因为之前我销售的“飞单”理财产品的签订过程就是这样，为了不引起客户怀疑，我销售假理财产品时就按这样的模式进行；邓某某买了我销售的非光大银行的理财产品，其购买理财产品的本金利息已回到客户的账上，我就劝其继续购买新的理财产品（虚构的产品）；我售假时使用的是光大银行东风支行配给我的专用电脑，电脑只能上光大银行的局域网和全国网银转账，平时这台电脑支行是没有什么监管的。本院在（2017）粤01刑初16号刑事判决中认为：考虑到被害人与麦启贤之间资金往来复杂，特别是部分被害人与麦启贤控制的账户之间存在“飞单”投资、“飞单”回款或“飞单”返利，故不应仅以被害人付款的对账单、转付回单作为认定损失之依据；综上，本院根据虚假理财产品合同约定的金额、被害人持有的支付证明、以及银行对账单、转付回单等书证，结合被害人的陈述，鉴定意见书及补充说明的统计，剔除被害人收取的返利等，确定麦启贤诈骗之犯罪数额。

　　另查明，邓某某在二审中确认其购买的本案虚假理财产品仅收到《宝狮-市政-BT安徽大别山生态谷建设基金投资确认函》（仅加盖“天津宝利多股权投资基金管理有限公司”印章），但表示其受麦启贤指引购买其他理财产品存在后续补合同的情况。

　　二审查明的其他事实与一审查明一致。

　　本院认为，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百六十八条之规定，第二审案件的审理应当围绕当事人上诉请求的范围进行。综合当事人的诉、辩意见，本案二审的主要争议焦点在于：一、光大银行东风支行是否需要对邓某某的损失承担赔偿责任；二、光大银行东风支行应予赔偿的损失金额。

　　关于争议焦点一，邓某某本案所涉的损失并非因其购买理财产品亏损导致的损失，而是因麦启贤诈骗导致的损失。光大银行东风支行虽未参与麦启贤的诈骗活动，但光大银行东风支行对邓某某的损失存在过错，应承担赔偿责任。首先，邓某某有理由相信麦启贤的行为是代表光大银行东风支行的职务行为。麦启贤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。根据（2017）粤01刑初16号刑事判决以及本案查明的事实，麦启贤以其光大银行东风支行理财客户经理的身份，在其工作时间在光大银行东风支行向邓某某出售理财产品，并利用光大银行东风支行所配的专用电脑指引邓某某进行部分转账付款，无论从交易时间、交易场所还是交易内容上，均足以使邓某某有理由相信麦启贤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。另，光大银行东风支行上诉主张因邓某某购买的虚假理财产品并无加盖光大银行印章且为向个人账户支付款项，因此邓某某应知悉其购买的虚假理财产品与光大银行东风支行无关。但根据麦启贤在（2017）粤01刑初16号刑事判决的供述，邓某某曾购买麦启贤在光大银行东风支行销售的“飞单”理财产品（即非光大银行代理的理财产品），该“飞单”产品为理财公司加盖印章并可能从个人账户获得回款，基于邓某某曾受麦启贤指引在光大银行东风支行营业场所购买“飞单”理财产品并获得回款的经历，不能认定邓某某知悉其购买的虚假理财产品与光大银行东风支行无关。据此，光大银行东风支行上述上诉理由不能成立，本院不予支持。其次，光大银行东风支行对邓某某的损失存在过错。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启贤保管，麦启贤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，其售假时使用的是光大银行东风支行所配的专用电脑，电脑只能上光大银行的局域网和全国网银转账，平时光大银行东风支行对该台电脑没有监管。由此可见，光大银行东风支行作为专业的金融机构，其监管存在重大漏洞，在麦启贤实行侵权行为的过程中未能尽到应有监管职责，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权益，应承担侵权责任”的规定，光大银行东风支行应对邓某某的财产损失承担侵权责任。因此，一审法院判决光大银行东风支行应当对麦启贤在刑事案件中退赔不足部分向邓某某承担补充赔偿责任，并无不当，本院予以维持。邓某某在购买理财产品过程中虽未能尽到谨慎的注意义务，但一审法院已酌情确定对邓某某的利息损失不予支持，已考虑了邓某某对发生损害存在的过错，从而已减轻了光大银行东风支行的责任。光大银行东风支行上诉主张其不应承担赔偿责任依据不足，本院不予支持。

　　关于争议焦点二，光大银行东风支行上诉主张按邓某某向郭婉玲账户的付款情况及从许周账户获得回款的情况计算，邓某某不存在损失。根据（2017）粤01刑初16号刑事判决查明的事实，麦启贤供述邓某某曾购买其销售的“飞单”理财产品，并获取相关回款。（2017）粤01刑初16号刑事判决根据虚假理财产品合同约定的金额、被害人持有的支付证明、以及银行对账单、转付回单等书证，结合被害人的陈述，鉴定意见书及补充说明的统计，剔除被害人收取的返利等，确定邓某某的损失金额为100万元。据此，一审法院认定邓某某的损失为100万元，并判决光大银行东风支行在（2017）粤01刑初16号刑事判决麦启贤退赔邓某某100万元不足部分向邓某某承担赔偿责任并无不当，本院予以维持。光大银行东风支行上诉主张邓某某不存在损失欠缺理据，本院不予支持。

　　综上所述，光大银行东风支行的上诉请求不能成立，本院予以驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，本院予以维持。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13800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 庄晓峰

　　审判员 汪 婷

　　审判员 李 杰

　　二〇二〇年六月二十八日

　　书记员 肖 乔

　　肖蓉

[更多信息请点击查看把手案例](http://www.lawsdata.com/#/documentDetails?id=5f23778924215633251c5edd&type=1)