臺灣高等法院民事判決

105年度重上字第1029號

上　訴　人　孟員嶠
訴訟代理人　陳紹倫律師
　　林春榮律師
被　上訴人　元大證券股份有限公司
法定代理人　申鼎錢
訴訟代理人　林文鵬律師
　　朱慧倫律師
被　上訴人　林鴻志
參　加　人　謝欽洲
訴訟代理人　林正隆律師
參　加　人　周皇仁
訴訟代理人　劉岱音律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國105年10月21日臺灣臺北地方法院102年度重訴字第788號第一審判決提起上訴，本院於108年4月24日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人後開第二項先、備位之訴部分，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人應依上訴人先位之訴連帶給付上訴人新臺幣貳仟伍佰柒拾捌萬柒仟肆佰參拾肆元，及其中新臺幣貳仟伍佰柒拾壹萬捌仟捌佰肆拾陸元自民國一０二年七月二十九日起，另新臺幣陸萬捌仟伍佰捌拾捌元自民國一０四年七月四日起，均至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用由被上訴人連帶負擔百分之六十五，餘由上訴人負擔。參加訴訟費用由參加人負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

被上訴人元大證券股份有限公司（下稱元大公司）法定代理人於本院審理時變更為申鼎錢，有公司變更登記表可稽（本

院卷㈤第31至41頁），並具狀聲明承受訴訟（本院卷㈤第29至30頁），核無不合，應予准許。

貳、實體部分：

一、上訴人主張：伊於民國96年1月4日至元大公司合併更名前之寶來證券股份有限公司松山分公司（寶來公司與元大證券股份有限公司於101年4月1日合併更名為元大寶來證券股份有限公司，並概括承受寶來公司之權利義務，復於104年7月3日更名為元大證券股份有限公司即被上訴人元大公司；以下無論合併更名前後均逕稱元大公司）開立帳號00000-0號證券交易帳戶（下稱系爭帳戶），作為買賣股票之用，而與元大公司成立證券交易契約，經元大公司指定其受僱人即被上訴人林鴻志（下稱林鴻志）擔任伊之營業員。伊則於99年9月24日將系爭帳戶委託參加人謝欽洲、周皇仁（以下各稱姓名，合稱謝欽洲等人）買賣股票。詎林鴻志未經伊授權，自100年11月間起至101年12月7日止，利用執行職務之便，擅自以伊名義下單買賣股票，並刻意將每日應提供予伊會計之交易報表刪除自己下單買賣之部分，使伊未能察覺，而故意不法侵害伊之權利，致伊受有如附表所示之損害合計新臺幣（下同）4187萬1919元，扣除伊所受折讓及股票配息之利益210萬2868元後，伊實際所受損害為3976萬9051元。元大公司既為僱用人，伊自得以先位之訴依民法第184條第1項、第188條第1項前段規定，請求被上訴人連帶負賠償責任。惟如認元大公司得不負侵權責任，亦應依契約加害給付之規定，給付損害賠償。爰以備位之訴依民法第227條第2項規定，請求元大公司賠償損害，並與林鴻志負不真正連帶賠償責任等語。【上訴人於原審先位聲明：被上訴人應連帶給付上訴人3976萬9051元，及其中2571萬8846元自起訴狀繕本最後送達翌日起，另1405萬0205元自104年6月30日擴張聲明狀最後送達翌日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息；備位聲明：(一)被上訴人各應給付上訴人3976萬9051元，及其中2571萬8846元自起訴狀繕本最後送達翌日起，另1405萬0205元自

104年6月30日擴張聲明狀最後送達翌日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息；(二)如其中一被上訴人為全部或一部之給付，其給付部分，其他被上訴人同免責任。經原審判決上訴人全部敗訴，上訴人不服全部提起上訴】。上訴聲明：(一)先位部分：1.原判決廢棄。2.被上訴人應連帶給付上訴人3976萬9051元，及其中2571萬8846元自起訴狀繕本最後送達翌日起，另1405萬0205元自104年6月30日擴張聲明狀最後送達翌日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息。(二)備位部分：1.原判決廢棄。2.被上訴人各應給付上訴人3976萬9051元，及其中2571萬8846元自起訴狀繕本最後送達翌日起，另1405萬0205元自104年6月30日擴張聲明狀最後送達翌日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息。3.如其中一被上訴人為全部或一部之給付，其給付部分，其他被上訴人同免責任。

二、被上訴人抗辯：

㈠元大公司係以：上訴人自始即同意林鴻志全權代理其為證券交易，然礙於證券商負責人與業務人員管理規則第18條第2項第3款禁止證券商從業人員接受客戶全權委託交易之規定，故由林鴻志形式上推薦謝欽洲等人與上訴人簽署代操契約，實質上則係林鴻志與謝欽洲等人相互配合，共同接受上訴人全權委託，以規避上揭禁止規定，此由林鴻志與謝欽洲等人朋分代操績效費，以及上訴人對各月對帳單之交易內容未曾異議，且頻繁登入伊公司寶來點金靈環球通網路下單系統（下稱點金靈系統）查看其股票交易情形，卻未曾爭執交易異常等情可悉。林鴻志所為既不構成侵權行為，伊自不負僱用人連帶侵權行為損害賠償責任或債務不履行責任。且依上開管理規則規定及上訴人所簽署信用開戶文件聲明書約定可知，營業員本不得受理客戶全權委託交易，則林鴻志縱未經上訴人授權下單買賣股票，亦屬個人犯罪行為，並非執行職務行為，與民法第188條所定僱用人應負連帶賠償責任之情形有別。又縱認林鴻志之行為具有執行職務外觀，然林鴻志

下單之私人行為，非伊事先所得預見，更無從經由內部監控制度加以防範，伊已盡相當之注意與監督，亦不負賠償責任。惟如認伊仍須負責賠償，關於上訴人損害應以101年12月7日事發後次一交易日即101年12月10日之收盤價計算為3192萬7969元。且上訴人因林鴻志非授權交易獲利753萬4758元，並受有折讓及股票配息之利益210萬2868元，依民法第216條之1規定為損益相抵後，上訴人之損害至多僅為2229萬0343元。又上訴人自伊定期寄發之對帳單及點金靈系統得輕易查知林鴻志所為實際股票交易，卻未曾爭執交易異常，於收到林鴻志非授權交易之股票揚明光、達麗、中探針等公司101年股東常會開會通知書時亦未察覺有異，使伊無從即時對林鴻志採取必要之處置措施，對於本件損害之發生及擴大明顯與有過失，依民法第217條第1項規定，應減輕或免除伊之賠償金額等語，資為抗辯。並於本院答辯聲明：上訴駁回。

㈡林鴻志對上訴人之請求無任何意見，全部認諾（本院卷㈣第534頁）。

三、參加人則以：伊等係受上訴人委任全權代操系爭帳戶，並無私下授權林鴻志進行代操系爭帳戶之股票買賣行為，對於林鴻志自100年11月14日起至101年12月7日止自行所為股票交易，亦均不知情。又對於經常以電話下單交易之投資人，營業員亦會知悉該投資人之交易習性，為爭取交易時效，避免以特定價位及數量之指令，將可能遭遇無法完成交易之狀況，故投資人於向營業員下單時，會就特定股票以市價下單（不指定價格），或就特定股票於某價格區間進行交易；則謝欽洲以電話向林鴻志下單時有上開指示方式，並非授權林鴻志代操系爭帳戶。則元大公司抗辯上訴人或伊等授權林鴻志於系爭帳戶下單買賣股票，並非可採等語。

四、查上訴人係於96年1月4日至元大公司開立系爭帳戶及臺灣企業銀行永春分行帳號00000000000號存款帳戶（下稱系爭臺企銀帳戶），且就系爭帳戶申請電子交易，由元大公司僱用之林鴻志擔任上訴人之營業員；上訴人則於99年9月24日委

託謝欽洲等人代為買賣股票及辦理交割等情，有元大公司信用開戶文件、電子交易系統登錄異動申請書、融資融券期限展延申請書、開戶同意書、經濟部104年7月3日經授商字第10401125540號函、公司變更登記表各1份、代理委託買賣證券等授權書2份可稽（見原審卷㈠第6至16頁、原審卷㈤第202至208頁）；且為兩造所不爭執（原審卷㈠第1至2、149、328至329頁），堪信屬實。

五、又上訴人先位之訴主張：林鴻志未經伊授權，自100年11月間起至101年12月7日止，利用執行職務之便，擅自以伊名義下單買賣股票，在外觀上與其執行職務實無二致，致伊受有損害，林鴻志應依民法第184條第1項規定負損害賠償責任，元大公司對其受僱人林鴻志未善盡監督之責，應依民法第188條第1項規定與林鴻志負連帶損害賠償責任等語。雖據元大公司否認。然查：

㈠元大公司雖抗辯：上訴人實際係委託謝欽洲等人與林鴻志共同配合代操股票，僅形式與謝欽洲等人簽約，以規避法律禁制規定云云。然查：

1.上訴人主張：林鴻志自100年11月至101年12月7日止未經伊授權擅自以伊帳戶下單買賣進行如卷附原證15交易明細標示灰色部分所示股票交易等情，業經提出林鴻志所出具之自白書及證券交易明細為證（見原審卷㈠第17頁，原審卷㈤第7至86頁）。經核上開自白書已記載：「...我從去年（100年）10、11月左右為了增加自己業績考量，在未經孟先生的同意下，私自用孟先生的帳戶下單，100年我私下下單的個股如附件一的內容，下單的過程是，由於公司可以允許我們營業員不需要填寫委託單就直接在電腦Key in下單的內容，所以我就直接在電腦中以孟先生的帳戶買賣我決定的股票、張數及價位，所以我私下操作的交易並沒有任何下單或回報成交的電話錄音。...」等語（原審卷㈠第17頁）；且林鴻志於原審及本院亦陳稱：伊為上訴人之營業員，上訴人、謝欽洲等人沒有授予伊自行下單之權限，上訴人當初只有委託謝

欽洲等人，伊為了業績擅自下單，之後上訴人想要收回委託謝欽洲等人代操股票，因為認為他們代操績效不好，所以伊認為只要提高上訴人股票的收益，上訴人就會繼續留在元大公司下單等語（原審卷㈢第9頁，本院卷㈠第321頁背面），確與其自白書內容相符。再參以謝欽洲於原審證稱：伊於95年間認識林鴻志，同億富利投資團隊之成員有伊、周皇仁、張宏育，另請吳俊賢整理會計相關之事務，林鴻志並非團隊的成員，上訴人是林鴻志的客戶，經林鴻志介紹與伊等認識，只有伊與周皇仁可以幫上訴人下單，一般伊以電話向林鴻志下單，伊與周皇仁並無授權林鴻志自行決定下單，且據伊所知，上訴人亦無授權林鴻志自行下單，林鴻志自行下單伊完全不知道等語（原審卷㈢第82至83、177至178頁）。及周皇仁證稱：同億富利是伊在上海成立，謝欽洲介紹林鴻志給伊認識，經林鴻志介紹與上訴人認識，代操上訴人股票的案子是在99年第4季簽約，伊個人做到100年底，是從上海打電話給林鴻志下單，並無授權林鴻志自行決定下單，據伊所知上訴人亦無授權林鴻志自行下單，林鴻志自行下單伊於本件訴訟後始知悉等語（原審卷㈢第179頁背面至184頁）。而張宏育於被訴違反投顧法刑事案件偵查中亦陳稱：伊擔任謝欽洲、周皇仁的助理，林鴻志不是伊等的成員等語（刑案詢問筆錄影本見本院卷㈡第527頁正背面）。堪認上訴人主張：林鴻志代操買賣股票等語，並非無稽。

2.又上訴人主張：林鴻志於謝欽洲等人指示下單之交易日，為避免上訴人及謝欽洲等人察覺其擅自下單之行為，均會先將當日交易明細刪除其自行下單之股票名稱及代號後，再將其餘之交易明細表及對帳資料以電子郵件寄發予謝欽洲團隊，由謝欽洲等人委託之會計吳俊賢製作短期投資明細表交付予上訴人等情，業據提出林鴻志寄發之電子郵件與所附交易明細及對帳資料、吳俊賢製作交付上訴人之短期投資明細表之光碟及部分列印明細在卷足稽（本院卷㈠第51至247頁、卷㈡第8頁、卷㈣第84至94頁）。核與林鴻志陳稱：伊寄發予

謝欽洲等人之交易明細乃從上訴人公司前台營業員之系統copy而來，倘係伊自己下單交易部分，不會寄給謝欽洲等人，伊會將全部之交易印下來copy後貼在電子郵件上作刪減動作，再以公司之電子郵件信箱寄予謝欽洲等人等語（原審卷㈢第9頁背面）悉相符合。再以林鴻志以電子郵件寄發予謝欽洲團隊之交易明細及對帳資料（不含林鴻志所述自行下單部分，見本院卷㈠第51至247頁），核對兩造均不爭執為上訴人系爭帳戶全部交易明細（即卷附原證15；見原審卷㈤第7至86頁，本院卷㈣第536頁），確可見尚有如原證15灰色部分所標記之股票交易，乃林鴻志寄予謝欽洲等人之成交資料所無者，此亦為被上訴人所不爭執（本院卷㈣第536頁），足見林鴻志上開所述其有刪減部分交易明細再寄予謝欽洲團隊，以隱瞞其擅自下單行為之情，並非無據。又依證人吳俊賢於原審證稱：當天有交易時，林鴻志會傳交易明細給伊，伊會整理為團隊要的工作報表，做完後會傳給孟員嶠、謝欽洲、周皇仁、林鴻志各一份，伊會從林鴻志寄給伊的當天交易明細、庫存餘額，核對和伊手上所記載的庫存餘額是否一致，如不一致，伊就會跟林鴻志聯絡，完整的內容是上訴人公司後台製作的日結單，但林鴻志可能整理後才寄給伊，有無增刪，伊不知道等語（原審卷㈤第337至頁）；併參以林鴻志上開自白書記載：「...曾經有一次，我不小心把當天的成交紀錄全部都以電子郵件的方式寄給了謝先生的會計，包含我自己私自下單的部分，謝先生的會計有跟我反應當天回報的庫存與實際不符，我告訴他寄錯了，後來才寄原本個股的成交紀錄給他...」（原審卷㈠第17頁）；此與林鴻志寄發之101年10月12日電子郵件主旨確記載「孟10/12後面有補10/8號的交易我寄錯人ㄌsorry！！！」（本院卷㈠第232頁），互核相符。益徵上訴人主張：伊與謝欽洲等人所取得者確為林鴻志已剔除其未授權交易後之成交明細，且伊等對林鴻志自行下單之所為，確不知情等語，並非子虛。

3.況按證券經紀商受託買賣有價證券以電話委託者應同步錄音

，此有證券經紀商受託買賣有價證券辦法第15條第2款定有明文。且客戶電話委託是否同步錄音，亦為被上訴人內部稽核之查核重點，此觀被上訴人受託買賣交易查核明細表甚明（原審卷㈡第185頁）。查林鴻志已於自白書陳稱：「...今（101）年4月以後...，稽核百合姐在我的分公司...，她很快就稽核到我私下下單的部分根本就沒有錄音記錄，我為了避免再被她稽核到這種情況，我就商請我的同事，也是營業員的劉正浩，幫我製造假的錄音，我請劉先生假裝是孟先生的受託人，用他的手機打電話過來下單，劉先生打給我時會故意壓低音量或是把講話速度加快，委託內容沒有說得很具體，多以概括性授權的方式...。」等語（原審卷㈠第17頁正背面），核與劉正浩於臺灣證券交易所股份有限公司（下稱證交所公司）查核時出具之說明書稱其受林鴻志之請求協助補電話錄音行為自101年年初至同年12月仍有發生，期間將近1年之久，初期久久一段時間才補1次，爾後越趨頻繁等語相符（原審卷㈡第14頁），並有被上訴人提出之電話錄音光碟足稽（本院卷㈢第13頁，101年2月1日起至101年2月24日及101年10月1日起至101年12月7日之錄音譯文見本院卷第369至442頁其中譯文內容標示「劉正浩」部分）。而由上開錄音譯文可見劉正浩打電話予林鴻志時，林鴻志多稱其為「周大哥」，且同日謝欽洲亦有多次打電話予林鴻志，例如101年2月2日謝欽洲與林鴻志有10則對話，林鴻志與劉正浩有2則對話（本院卷㈢第371至372頁），另101年12月4日謝欽洲與林鴻志有3則對話，林鴻志與劉正浩有2則對話（本院卷㈢第440至441頁）。足認林鴻志自行下單部分因無上訴人或謝欽洲、周皇仁之電話委託；其為免遭公司稽核，乃商請被上訴人另一名營業員劉正浩協助製造假電話下單錄音之情非虛。再佐以被上訴人迄未能提出上訴人主張由林鴻志自行下單部分（即原審卷㈤第7至86頁交易明細標示灰色部分）之交易確有上訴人或謝欽洲、周皇仁授權之電話錄音，自堪認上訴人主張：伊未授權林鴻志下單，謝欽洲、周皇仁亦未授權

林鴻志自行下單，關於系爭交易明細標示灰色部分，確均為林鴻志擅自所為之未授權交易等語，應堪採取。（上述系爭交易明細灰色部分，下逕稱為系爭非授權交易）。

4.元大公司雖一再質疑：上訴人按月收受伊寄送之實體對帳單，對於對帳單之交易內容未曾提出異議或爭執，且於100年及101年間登入伊公司點金靈系統逾600次，幾乎於每一證券交易日均登入頻繁查看其股票交易情形，亦未曾爭執交易異常，而上訴人所稱未授權交易長達1年以上，尤其於101年10月之非授權交易占該月交易高達96%，101年11月之非授權交易高達87%，對照謝欽洲等人寄送之交易明細差距甚大，上訴人豈有全然不知，甚至在收到其主張由林鴻志擅自下單買進之股票揚明光、達麗、中探針等公司101年股東常會開會通知書時仍未察覺有異之理，足認林鴻志係得上訴人授權下單云云，並提出100年11月至101年12月有價證券買賣對帳單、上訴人100年10月3日至101年12月12日登入點金靈系統之資料、點金靈系統登入畫面與檢視畫面為憑（原審卷㈠第180至316、162至172、173至178頁，本院卷㈡第197、259至461頁）。惟觀之上開元大公司寄送予上訴人之有價證券買賣對帳單，係按月寄送上月份全部交易之對帳單，資料編排方式係按照逐筆成交資料一一載列，一個月甚至有數百筆交易明細，且無按日提供個股庫存列表，僅是單純記載個股成交與交割日期、證券名稱、交易種類、股數、單價、成交金額、手續費、交易稅與淨收付金額（原審卷㈠第180至316頁）；而對照吳俊賢整理後寄送上訴人之上述短期投資明細，係單日交易資料，且非記載當日逐筆成交資料，而係按個股記錄證券帳戶內股票庫存情形（含庫存類股名稱、股數、單價、總成本）、損益估算（含寄送日個股收盤價暨其庫存個股現值、未實現損益、持股比率與報酬率）以及實際出售損益（本院卷㈡第8頁、卷㈣第84至94頁）；則上訴人當月取得被上訴人寄送之上個月對帳單時，自未能輕易辨明與吳俊賢上月各交易日寄送之明細間之差異。況上訴人既已委託謝欽

洲、周皇仁代操買賣股票，且已每日取得謝欽洲等人交付投資明細，其因而未再就元大公司按月寄送之上月對帳單逐筆觀察股票進出筆數並計算績效，難認悖於情理。又上訴人可得登入元大公司點金靈系統雖有顯示即時成交資訊者，然上訴人既委任謝欽洲等人代操買賣，而非親自下單，自無從判斷現實交易者並非謝欽洲等人。至於吳俊賢寄送予上訴人之短期投資明細（本院卷㈡第8頁、卷㈣第84至94頁），雖有「可用資金」等欄位，惟上訴人稱：伊沒有確認，沒有去銀行刷本子等語（原審卷㈢第73頁背面），又與臺企銀永春分行以103年2月13日永春字第1030300018號函稱：上訴人申請調閱100年11月至101年12月間其證券交割帳戶即系爭臺企銀帳戶刷摺紀錄及網路銀行登入狀況，經查該期間無網路銀行之登入紀錄，僅於101年12月7日臨櫃至本行內湖分行執行補摺交易等語（本院卷㈠第248頁），互核相符。則上訴人主張：於101年12月7日之前，並未知悉帳戶資金狀況，僅憑吳俊賢寄送之明細得知可用資金及損益，實不知林鴻志有私自下單而造成鉅額虧損情事等語，與事理相合。再參以上訴人於原審稱：因為伊在101年11月初有跟謝欽洲講年底要結束委託，盡量把剩餘的庫存股票賣出，過了半個多月伊問他賣得差不多了嗎？他說是，但我進電腦裡去看發現還有很多庫存股票，我就詢問謝欽洲，並印出股票明細給謝欽洲看，謝欽洲就說這股票不是他買的，另外伊有請公司小姐去刷存摺金額也不對，餘額也不對，賣掉應該餘額很多，但是餘額很少，伊有跟分行經理詢問等語（原審卷㈤第322頁）；亦與元大公司之人員張秀卿則於證交所公司查詢時出具說明書稱：101年12月8日下午上訴人發簡訊給經理人張秀卿協理，詢問其帳戶內之股票應該只有2至3千萬，但庫存股票居然有1億多元，請經理人協助查詢等語一致（原審卷㈡第12頁），益徵上訴人所述：伊係於101年底始發現異常一節，洵屬有據。是元大公司徒以上訴人可自元大公司按月寄送之對帳單及點金靈系統查悉各筆交易，非不知林鴻志下單交易情形云

云，不足採取。

5.元大公司又抗辯：林鴻志與謝欽洲等人朋分代操績效費，足認林鴻志係代操團隊之一員，亦獲上訴人委託買賣股票云云，並提出謝欽洲於100年4月30日寄送予林鴻志之電子郵件所附孟董投資損益分配表為憑（原審卷㈡第172至174頁）。查上開損益分配表雖載有：「績效費851,618，Roger（即林鴻志）25%、212,904，管理團隊分紅75%、638,714元」（原審卷㈡第174頁）；惟林鴻志、謝欽洲均稱：上開「Roger（即林鴻志）25%、212,904」之內容之記載，是謝欽洲等人給予林鴻志之介紹費，只有一次等語（原審卷㈢第64至65頁、第83頁背面）；且審酌孟員嶠確係林鴻志介紹予謝欽洲等人，已如前述，則渠二人稱上開給付乃介紹費性質，並未悖於常情，尚難憑此遽認林鴻志亦隸屬謝欽洲代操團隊。又謝欽洲於100年4月28日寄送予上訴人之電子郵件所附孟董投資損益分配表僅列績效費85萬1618元，並未列有上開「Roger（即林鴻志）25%、212,904」之記載（原審卷㈡第170頁），更足見上訴人稱：伊不知謝欽洲等人給予林鴻志介紹費等語，確非無稽。則其主張：未授權林鴻志下單並給付報酬等語，自堪憑採。

6.元大公司雖抗辯：上訴人與林鴻志間之代操情事有相關錄音資料可憑，且業經主管機關予以認定云云，並提出電話錄音譯文、金融監督管理委員會（下稱金管會）102年6月20日金管證券字第1020015124號裁處書及查核資料、證交所公司102年3月5日臺證密字第1020501239號函之查核報告及查核資料等件為憑（本院卷㈢第201至286、345至368頁，原審卷㈢第60頁及外放金管會裁處書及查核資料、卷㈡第1至325頁）。惟依上開錄音譯文內容觀之（本院卷㈢345至368頁），謝欽洲均有指示林鴻志買進或賣出特定名稱或代號之個股，其中雖有少數未指示以何特定價格買入或賣出，惟上訴人已說明：此情形乃在指示林鴻志以當時成交之「市價」（一般均以最佳五檔）進行買賣等語（本院卷㈣第69頁）。再審酌謝

欽洲既長期、密集向林鴻志下單，當有一定默契，則渠等以簡要方式溝通並指示下單，要難逕認有全權委託代操交易之情事。令林鴻志雖有建議謝欽洲購入何檔股票，然既非其所自為，亦非不合常情；均難執遽認林鴻志已獲上訴人全權委託買賣。至於上開金管會裁處書第三點雖記載：「...受處分人於100年12月至101年12月間有受理客戶孟員嶠及其代理人謝欽洲全權委託買賣股票...。」云云（見外放資料）；然觀之證交所查核報告卻記載：「林員於訪談時稱『我代理下單之情事，孟先生並不知情...，有幾筆委託由我請劉員幫忙補上電話委託...』」等語（原審卷㈡第4頁背面；足認林鴻志於調查時從未坦承係受上訴人委託。是元大公司截取裁處書隻字片語，逕指林鴻志已受上訴人委託下單云云，不能採取。

7.至於謝欽洲、周皇仁、張宏育、林鴻志因犯證券投資信託及顧問法第107條第1款之非法經營全權委託投資業務罪，經臺灣臺北地方法院以105年度金訴字第16號判處有期徒刑併科罰金，並諭知緩刑確定（下稱投顧法刑事案件），雖有上開判決書足參（本院卷㈡第147至179頁）。元大公司並指：依據投顧法刑事案件卷證，可知上訴人確授權由林鴻志委託代操買賣云云，並提出檢察官補充理由書、刑事答辯狀、準備程序筆錄、審判筆錄為憑（本院卷㈡第127至145、627至797頁）。惟檢視投顧法刑事案件起訴書記載之犯罪事實為：「㈠...林鴻志為使孟員嶠繼續在元大公司為股票交易...，居間將孟員嶠介紹予謝欽洲、周皇仁、張宏育，渠等見面後，孟員嶠決定委由謝欽洲等3人組成之團隊，代其全權操作股票...。㈡林鴻志為提高個人營業交易量...，亦明知孟員嶠及孟員嶠委託之謝欽洲、周皇仁未委託其進行股票賣賣，...接續自100年11月14日起至101年12月7日止，委由不知情之同事劉正浩，假冒謝欽洲或周皇仁打電話至元大公司下單...。」（本院卷㈡第546至547頁），林鴻志、謝欽洲、周皇仁、張宏育則於刑事案件準備程序對檢察官起訴上開犯罪事

實均予以認罪（本院卷㈡第555至556頁）。嗣檢察官雖以補充理由書更動並調整起訴書犯罪事實為：「...由林鴻志居間將孟員嶠介紹予謝欽洲、周皇仁、張宏育，經見面協商斡旋後，孟員嶠即決定委由欽洲、周皇仁、張宏育、林鴻志等人所組成之團隊代其全權操作股票。分工作法為由欽洲、周皇仁、張宏育負責有價證券之投資或交易價值分析、投資判斷後，再撥打電話由林鴻志以進行孟員嶠之帳戶進行股票買賣操作。孟員嶠...全權委託渠等四人在元大公司代其下單買賣股票等事宜...。然而，自100年中起，...林鴻志擔心孟員嶠有所不悅，...瞞著謝欽洲、周皇仁、張宏育三人，另行為孟員嶠為有價證券之投資...。」（本院卷㈡第129至131頁）；惟謝欽洲於臺北地院105年11月3日準備程序答稱：「（對於檢察官起訴及補充理由書所認定之犯罪事實有何意見？）對於投顧法的部分因為當時我不曉得有這個罪，但是我也認罪，至於共同背信的部分，林鴻志從來不是我們的一員，所以我不認罪。」等語；周皇仁答稱：「意見同謝欽洲」等語；林鴻志答稱：「沒有意見，我認罪。」等語，而法官追問林鴻志答稱：「（依照聲請人所提出的告證11：本院民事判決，及告證12：原不起訴處分書孟員嶠詐欺部分業已發回續查，有無意見補充？）沒有意見。但這個事件從頭到尾都是我自己造成的，我從當時檢察官在偵訊時，我都已經完整把過程跟檢察官講過，我是覺得不好意思牽連到隔壁這幾位，孟員嶠是不知道我做全權委託的事情。」等語（本院卷㈣第157至158頁），再於105年12月19日準備程序答稱：「（對於檢察官起訴、補充理由書及援引告訴人之陳報狀之犯罪實實有何意見？）...對於檢察官的起訴及補充理由認定犯罪的事實我沒有意見，但是全權代操部分，是我自己做的，孟員嶠先生是不清楚的...。」等語（本院卷㈡第655頁）。基上，可知林鴻志於投顧法刑事案件偵審中對其非為代操團隊一員、上訴人不知其私下所為之交易等情，自始至終均未變異其詞。則元大公司以林鴻志對上開補充理由書內

更正後之犯罪事實自白犯罪，即認林鴻志已自承係受上訴人全權委託屬代操團隊一員，洵非可採。

8.綜上事證，堪認上訴人主張：林鴻志乃未經委託擅為系爭未授權交易等語，已為舉證，且符事理，應可認定。元大公司抗辯上情，均無足採取。

㈡按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任，故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同，民法第184條第1項定有明文。查林鴻志未經上訴人授權，自100年11月間起至101年12月7日止，擅自下單為系爭未授權交易，乃故意不法侵害上訴人之財產權，所為亦顯悖於善良風俗。則上訴人主張：林鴻志應依上開規定負損害賠償責任，應屬有據。

㈢又按受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任，民法第188條第1項前段著有規定。所謂因執行職務，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（包括利用職務上之機會、與執行職務之時間或處所有密切關係之行為等），而不法侵害他人之權利者，縱令受僱人係為自己利益所為，或受僱人之行為已構成犯罪行為，均應包括在內（最高法院42年台上字第1224號判例意旨參照）。查依證券商負責人與業務人員管理規則第3條第1項規定，具有同規則第5、6條所示證券商業務員資格者，得從事有價證券承銷、自行買賣、受託買賣等業務；林鴻志係受僱於元大公司擔任營業員，已如前述，其從事受託買賣有價證券業務之行為，當屬元大公司同意下所為之職務自體行為；又林鴻志利用上訴人與元大公司約定以電話下單，營業員無需填寫委託單即得在電腦下單之機會，在元大公司之營業場所、時間內，擅自於上訴人系爭帳戶買賣股票，各該非法行為顯係林鴻志利用職務上之機會，且與林鴻志執行職務之時間或處所有密切關係，自應認

為係林鴻志因執行職務，實施不法侵害上訴人權利之行為。則上訴人主張元大公司應依民法第188條第1項前段規定，與林鴻志連帶負損害賠償責任，亦屬有據。元大公司以林鴻志之侵權行為係個人之犯罪行為，與執行職務無關，且營業員不得全權受託買賣股票，抗辯林鴻志不法侵害上訴人權利之行為非屬執行職務行為云云，委無可取。

㈣至元大公司抗辯：伊已盡相當之監督及注意，自無民法第188條連帶賠償責任之適用云云，業據上訴人否認。且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，並於其任職期間，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；是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18年度上字第2041號判例、87年度台上字第791號判決意旨參照）。審酌林鴻志之自白書已陳明：「在今（101）年4月以前...，當時我們分公司的稽核叫美玲...，我也曾被她質疑過，就我以孟先生帳戶私下下單的部分為何沒有下單錄音，但因為我在公司業績很好，孟先生也是公司的大客戶，所以並沒有追究，只對我記了警告跟小過，這種情況發生了好幾次...。今年4月以後...，稽核百合姐...很快就稽核到我私下下單的部分根本就沒有錄音紀錄...，百合姐後來也有稽核到劉先生受我委託幫忙打電話的電話記錄，質疑聲音過於小聲，且委託內容不完整也不具體，都沒說明委託價格等，但她也只口頭上警告，也對我記過或警告，但後續並未對我做出更嚴厲處置，這樣的情況也發生過很多次...。」（原審卷㈠第17頁正背面）

；及楊百合於證交所公司查核時出具說明書稱：「...孟員嶠為本分公司前10大客戶，101年7月至12月孟君之電話錄音樣本未列入稽核報告週查核工作底稿查核，係因本人於101年8月7日辦理內控查核時，發現受託買賣業務員林鴻志接受孟君代理人委託買賣有價證券時，代理人只指示股票代號，未敘明股數及價格，遂將孟君帳戶列為本分公司潛在之風險客戶進行專案控管，每月定期抽聽其委託買賣錄音紀錄並持續追蹤之...。」、「...經公司深入調查後，始知業代林鴻志為了規避稽核的查核，商請業務員劉正浩利用手機來電委託買賣，致本人於查核時均認為係由孟君之受任人周皇仁來電委託。」（原審卷㈠第15至16頁）；足認元大公司之稽核人員早已知悉有異常情事，竟未注意進一步查核求證是否確係周皇仁來電下單買賣股票，俾及時制止林鴻志利用執行職務之機會為侵害行為，難謂其監督並無疏誤。則元大公司抗辯已盡監督之責，故依民法第188條第1項但書規定，得免連帶責任云云，自不能採取。且據上各節，應堪認上訴人先位之訴主張：林鴻志與元大公司應依民法第184條第1項、第188條第1項前段規定就伊所受損害連帶負賠償責任等語，於法自無不合。

㈤關於上訴人可得請求被上訴人連帶賠償之金額：

1.按損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限，此觀民法第216條第1項規定即明。查林鴻志自100年11月間起至101年12月7日止，未經上訴人、謝欽洲及周皇仁授權，擅自於上訴人之系爭帳戶下單買賣股票，既如前述，則上訴人主張：被上訴人應就林鴻志所為系爭未授權交易【即卷附原證15全部交易明細中標註灰色部分交易（原審卷㈤第7至86頁）】所造成價差之損失連帶賠償等語，自堪採取。又兩造均同意有關上訴人所受之股票交易價差損失，應以系爭非授權交易中個股交易之進出結算盈虧，並以結算為虧損者計算損害（本院卷㈣第534頁、第535頁）。且對於上訴人主張因系爭未授權交易中樂

陞股票交易所受價差虧損為29萬1756元，以及其餘於101年12月7日前已出售其他股票之價差損害為2470萬7073元，亦不爭執（本院卷㈣第295頁）。至於上訴人主張：對於未授權交易之個股於101年12月7日尚有庫存者，應以實際賣出之價格結算盈虧等語，雖為元大公司反對，並抗辯：上訴人遲延出售股票之損失不能由伊負擔，則關於101年12月7日尚未出售個股之賣出價格，應以101年12月7日之後次一個交易之收盤價計算，故計算上訴人此部分損害應僅有692萬9140元云云（本院卷㈣第299頁、第301頁），並提出101年12月之股票成交資訊為據（本院卷㈣第319頁至第329頁）。然被上訴人所抗辯上揭計算標準並無法律上依據。且損害賠償應以填補被害人實際損害為原則。上訴人既因林鴻志系爭授權交易購入股票，則被上訴人應賠償者，自應以該股票出售時實際之損益計算為合理；僅在股票有未出售之情形，始有決定其市價之必要。是被上訴人上揭抗辯應無可採。茲因系爭非授權交易所取得股票，迄101年12月7日始出售者，經上訴人以實際出售價格結算後為虧損1687萬3090元之計算結果，業據被上訴人表示並無意見（本院卷㈣第297頁、第535頁）。據此計算，上訴人因林鴻志所為系爭非授權交易所受之損害應計4187萬1919元。

2.惟按基於同一原因事實受有損害並受有利益者，其請求之賠償金額，應扣除所受之利益，民法第216條之1定有明文。故同一事實，一方使債權人受有損害，一方又使債權人受有利益者，應於所受之損害內，扣抵所受之利益，必其損益相抵之結果尚有損害，始應由債務人負賠償責任（最高法院97年度台上字第470號判決要旨參照）。準此，林鴻志於系爭帳戶擅自買賣股票雖致上訴人受有上開損害；惟元大公司辯稱：上訴人亦受有折讓及股票配息之利益210萬2868元，應予損益相抵等語，既為上訴人所不爭執（本院卷㈣第79、336頁），自應予扣除。又元大公司辯稱：上訴人因林鴻志非授權交易獲利753萬4758元，亦應損益相抵等語，上訴人雖不

同意，然其亦未爭執其因林鴻志非授權交易確獲利753萬4758元之事實（本院卷㈣第336頁），且此獲利係林鴻志擅自買賣股票之同一事實所造成，自亦有損益相抵之適用。茲以上訴人所受損害之4187萬1919元，扣抵上開210萬2868元、753萬4758元之獲益；則上訴人因林鴻志之侵權行為所受之損害應計為3223萬4293元。

3.再按損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之，民法第217條第1項定有明文。此項規定之目的在謀求加害人與被害人間之公平，倘受害人於事故之發生亦有過失時，由加害人負全部賠償責任，未免失諸過酷，是以賦與法院得減輕其賠償金額或免除之職權。此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（最高法院94年度台上字第1855號判決意旨參照）。查元大公司抗辯上訴人對於本件損害之發生及擴大與有過失等語，雖為上訴人所否認。惟審酌元大公司已按月寄送對帳單予上訴人，上訴人非不得再行注意核對；另上訴人並持有證券交割帳戶，亦可隨時查核資金狀況，卻均疏未注意，致林鴻志有私擅下單買賣股票之機會，足認其對於損害之擴大亦屬與有過失。則審酌林鴻志前揭故意侵權行為及上訴人疏未注意核對之情節，各自對於損害之發生及擴大之原因力大小，認被上訴人與上訴人應各負80%、20%之責任。據此計算，上訴人可得請求賠償之金額應計為2578 萬7434 元（32,234,293×80%＝25,787,434，元以下4捨5入），並應由被上訴人如數連帶給付。

4.又按給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力。前項催告定有期限者

，債務人自期限屆滿時起負遲延責任，民法第229條定有明文。查上訴人於原審起訴時係以先位聲明請求被上訴人連帶給付2571萬8846元及法定遲延利息（原審卷㈠第1頁）；迄於104年6月30日民事擴聲明狀中，始擴張聲明請求被上訴人應連帶給付1405萬0205元及法定遲延利息（原審卷㈣第312頁、第313頁）。則上訴人主張就原起訴部分之遲延利息應自起訴狀繕本最後送達翌日起算，及主張擴張聲明部分之遲延利息應自上開擴張聲明狀送達翌日起算，自屬有據。惟上訴人迄未提出送達上開擴張聲明狀予對造之送達證明，則關於上訴人原起訴聲明應准許之2571萬8846元之法定遲延利息，固應自起訴狀繕本最後送達翌日即102年7月29日起算（回證附於原審卷㈠第114頁、第118頁）；然其擴張聲明應准許之6萬8588元部分（即2578萬7434元－2571萬8846元），則應以上訴人提出上開書狀後首次言詞辯論期日即104年7月3日之翌日起算（原審卷㈣第322頁）；上訴人逾此部分之利息請求，不能准許。

六、又上訴人先位之訴依民法第184條第1項、第188條第1項前段規定，請求被上訴人連帶給付3976萬9051元本息，既未獲全部勝訴，業經認定於前四、所述。且其備位之訴本於債務不履行加害給付之規定對元大公司為同額之請求，並主張元大公司應與林鴻志應給付侵權行為損害賠償負不真正連帶責任，核與先位之訴既非不能併存。則就上訴人先位之訴前揭勝訴部分，固無需就其備位之訴再為審酌；惟就其先位之訴敗訴部分，自仍應就其備位之訴予以審理，始符合先位之訴有理由為備位之訴解除條件，先位之訴無理由為備位之訴之停止條件之原則。然查上訴人依備位之訴主張元大公司應依契約關係賠償之損害，與其於先位侵權行為之訴所請求損害賠償內容及範圍全然一致。則縱認上訴人得本於契約關係對元大公司為請求，關於其損害之計算、損益之扣抵，以及與有過失之認定，乃至最後認定可得請求賠償之金額，皆應與前述侵權行為請求所認定者同。自堪認上訴人先位之訴敗訴部

分，就備位之訴為審理後，上訴人該部分備位之訴仍不能准許。

七、綜上所述，上訴人先位之訴依民法第184條第1項、第188條第1項前段規定，請求被上訴人連帶給付2578萬7434元，及其中2571萬8846元自102年7月29日起，另6萬8588元自104年7月4日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許；逾此部分，為無理由，不應准許。上開先位之訴應准許部分，其備位之訴毋庸再為審酌；就先位之訴敗訴部分，上訴人該部分備位之訴並無理由，亦不應准許。原審就上開應准許部分，判決上訴人先位之訴敗訴，尚有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄改判如主文第二項所示。並應將原審就此部分備位之訴所為敗訴判決併予廢棄，且不另為准駁之諭知。至於上開不應准許部分，原審判決駁回上訴人該部分先、備位之訴，經核並無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回此部分之上訴。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及立論之證據資料，均經本院審酌後，對判決結果不生影響，爰無庸逐一論述，併此敘明。

九、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條、第86條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　8　　日

民事第十二庭

審判長法　官　李瑜娟

法　官　邱景芬

法　官　蕭清清

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具

有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1 第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。 如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　10　　日

書記官　強梅芳

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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

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

附表：

編號	損害內容	損害金額（新臺幣）
1	101年12月7日前已結清之部分	2470萬7073元
2	101年12月10日後賣出部分	1687萬3090元
3	樂陞	29萬1756元
合計		4187萬1919元