臺灣高雄地方法院民事判決

108年度金字第3號

原　　告　黃俊農
　　施厘厘
　　黃敏祐
共　　同
訴訟代理人　周振宇律師
複代理人　蔡崇聖律師
被　　告　吳志彬
訴訟代理人　周詩鈞律師
被　　告　余森山
訴訟代理人　鄭旭廷律師
被　　告　華南永昌綜合證券股份有限公司
法定代理人　鄭永春
訴訟代理人　高晟剛律師
　　鄭涵雲律師

上列當事人間請求損害賠償事件，本院於民國109 年8 月25日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原告之訴及假執行之聲請均駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序事項：

被告華南永昌綜合證券股份有限公司（下稱華南永昌證券）之法定代理人原為楊朝榮，嗣於本院審理期間，變更為鄭永春，茲據其具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許。

貳、實體事項：

一、原告主張：

㈠被告余森山欠缺證券投資信託及顧問法所規範從事全權委託投資業務之資格，卻自民國95年起接受原告之全權委託投資，約定內容為被告余森山無須先行通知原告，亦無須即時回報交易成果，即得依據自己投資判斷及價值決定，為原告決

定作為投資標的之上市或上櫃股票、各次交易內容（含交易金額、交易股數、交易時間、交易方式等涉及證券交易之必要事項），被告余森山、吳志彬可取得辦理全權委託事項獲利之10% 作為報酬，至於德英生物科技股份有限公司（下稱德英公司）股票及原告原已持有之股票則由原告自行買賣交易，不計入全權委託投資損益計算。為執行全權委託投資事務，被告余森山指示原告於被告華南永昌證券完成開戶作業後，出具授權書交由被告華南永昌證券，作為被告余森山執行全權委託投資事務之依據。被告余森山於執行全權委託投資事務時，復與欠缺執行全權委託投資行為適格之被告吳志彬共同決定投資標的及交易事務，後於104 年5 月間，縱非被告余森山繼續執行全權委託投資事務，亦係被告余森山未經原告同意，將原告之全權委託投資事務交由被告吳志彬自行本於其主觀投資判斷及價值決定執行。被告余森山及吳志彬均未經主管機關核准經營全權委託投資業務，從而被告余森山及吳志彬代原告操作投資行為，確屬違反證券投資信託及顧問法第6 條、第50條第1 項、第63條第1 項、第107 條第1 款規定之非法經營全權委託投資業務行為，致原告之投資權益無法獲得保障，並因而受有無法取回投資款項之損害，係違反保護他人之法律，其違法行為並與原告所受損害間具有相當因果關係，原告居於投資人之身份，若係從事符合國家對於證券交易管制之投資行為，固應承擔投資風險，惟原告所受損失，乃被告余森山、吳志彬欠缺證券投資信託及顧問法所規範得以執行全權委託投資事務之身分，以不法方式本於渠等之投資判斷及價值決定而執原告資金逕為證券交易所導致，且被告吳志彬自始即未獲原告授權，其交易之不利結果，亦非投資人所應承擔之風險，是被告吳志彬、余森山應依民法第184 條第1 項前後段、第2 項、第544 條及證券投資信託及顧問法第9 條規定對原告負損害賠償之責，並依民法第185 條第1 項負連帶責任。

㈡被告吳志彬係被告華南永昌證券所僱用之證券營業員，熟知

證券投資交易相關規範、準則，卻與被告余森山共同違法執行全權委託投資事務，甚至自104 年5 月起，本於自己投資判斷為原告辦理上市、上櫃股票買賣事項，且觀察被告吳志彬所執行之全權委託投資事務，係不間斷在每一營業日於被告華南永昌證券高雄分公司營業時間內利用被告華南永昌證券高雄分公司營業處所及設備，頻繁操作原告帳戶內資金下單買賣股票，而被告吳志彬於被告華南永昌證券高雄分公司內為原告執行全權委託投資事務行為，客觀上係執行受雇於被告華南永昌證券高雄分公司之業務行為甚明，而被告華南永昌證券對於被告吳志彬長期、次數頻繁非偶發之行為未能查覺，亦難認已盡選任及監督之責，自應依民法第188 條第1 項規定，對原告負連帶賠償責任。另原告前於被告華南永昌證券完成開戶作業，則被告華南永昌證券自應本於善良管理人注意義務為原告管理證券交易事項，而被告華南永昌證券之受僱人即被告吳志彬未經原告之同意，即逕自以原告銀行帳戶內之存款，執行全權委託投資事務，使原告受有損害，自應由被告華南永昌證券依民法第544 條規定負損害賠償責任。

㈡原告黃俊農自95年6 月20日於被告華南永昌證券及訴外人華南商業銀行開戶起至106 年9 月30日止，於華南商業銀行存款帳戶內，資金淨存入（不含股票交易金額）數額為新臺幣（下同）11,356,794元，而原告黃俊農將95年6 月20日開戶前所購買之德英公司股票存入集保中心，並藉由被告華南永昌證券於106 年9 月30日前進行交易之資金淨流出（不含被告余森山、吳志彬全權委託投資部分）數額為700,549 元，從而若未由被告余森山、吳志彬進行全權委託投資交易，則原告黃俊農於106 年9 月30日之華南商業銀行存款帳戶中存款餘額應為10,656,245元，因被告吳志彬於106 年9 月30日調離原營業員職務，故算至被告吳志彬調職而停止「直接」辦理全權委託投資事務時（後改為被告吳志彬撥打電話將選定股票、買賣交易張數、交易價格告知原告施厘厘以電話語

音下單）之餘額為3,486,257 元，可知被告余森山、吳志彬違法行為，對原告黃俊農所造成之損害為7,169,988 元。再查，原告施厘厘自95年6 月14日於被告華南永昌證券及華南商業銀行開戶後，因委託資金遲至97年10月21日存入存款帳戶，從而於97年10月23日始由被告余森山、吳志彬進行全權委託投資事務，迄至106 年9 月30日止，原告施厘厘於華南商業銀行存款帳戶內，資金淨存入（不含股票交易金額）數額為2,443,445 元，而原告施厘厘藉由被告華南永昌證券所買賣之德英公司股票於106 年9 月30日前進行交易之資金淨存入（不含被告余森山、吳志彬全權委託投資部分）數額為2,921,600 元，且原告施厘厘於全權委託投資前，即有自行購入統一、儒鴻、開發金、台灣大、彩晶等股票，從而若未由被告余森山、吳志彬進行全權委託投資交易，則原告施厘厘於106 年9 月30日之華南商業銀行存款帳戶中存款餘額應為5,365,045 元及上開統一、儒鴻、開發金、台灣大、彩晶等股票，然算至被告吳志彬調職而停止「直接」辦理全權委託投資事務時（後改為被告吳志彬撥打電話將選定股票、買賣交易張數、交易價格告知原告施厘厘以電話語音下單）之餘額為2,612,017 元，可知被告余森山、吳志彬違法行為，對原告施厘厘所造成之損害為2,753,028 元。又原告黃敏祐自97年4 月18日於被告華南永昌證券及華南商業銀行開戶後，隨即於同年11月11日存入400 萬元至華南商業銀行帳戶，作為交由被告余森山、吳志彬處理全權委託投資之用，而自97年11月11日起至106 年9 月30日止，原告黃敏祐於華南商業銀行存款帳戶內，資金淨存入（不含股票交易金額）數額為3,935,744 元，而原告黃敏祐藉由被告華南永昌證券所買賣之德英公司股票於106 年9 月30日前進行交易之資金淨存入（不含被告余森山、吳志彬全權委託投資部分）數額為898,567 元，從而若未由被告余森山、吳志彬進行全權委託投資交易，則原告黃敏祐於106 年9 月30日之華南商業銀行存款帳戶中存款餘額應為4,834,311 元，然算至被告吳志彬調

職而停止「直接」辦理全權委託投資事務時（後改為被告吳志彬撥打電話將選定股票、買賣交易張數、交易價格告知原告施厘厘以電話語音下單）之餘額為2,181,967 元，可知被告余森山、吳志彬違法行為，對原告黃敏祐所造成之損害為2,652,344 元。爰依民法第184 條第1 項前後段、第2 項、第544 條及證券投資信託及顧問法第9 條第1 項規定，請求擇一為勝訴判決，並依民法第185 條第1 項，請求被告余森山、吳志彬連帶負擔損害賠償責任；依民法第188 條第1 項、第544 條規定，請求擇一為勝訴判決，被告華南永昌證券應負擔損害賠償責任等語，並聲明：㈠被告余森山、吳志彬應連帶給付原告黃俊農7,169,988 元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；被告吳志彬、華南永昌證券應連帶給付原告黃俊農7,169,988 元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；如其中一人已為給付，他人於給付範圍內免給付義務。㈡被告余森山、吳志彬應連帶給付原告施厘厘2,753,028 元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；被告吳志彬、華南永昌證券應連帶給付原告施厘厘2,753,028 元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；如其中一人已為給付，他人於給付範圍內免給付義務。㈢被告余森山、吳志彬應連帶給付原告黃敏祐2,652,344 元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；被告吳志彬、華南永昌證券應連帶給付原告黃敏祐2,652,344 元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；如其中一人已為給付，他人於給付範圍內免給付義務。㈣願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告部分：

㈠被告余森山則以：伊與原告為鄰居，原告黃俊農因見伊操作股票有所獲利，乃自95年3 月起跟隨伊下單，伊於下單前會告知原告黃俊農買賣上市櫃股票之標的、價位與數量，經原

告黃俊農同意後，伊再向當時任職於被告華南永昌證券高雄分公司擔任營業員之被告吳志彬下單，伊並非受原告黃俊農全權代操股票。而原告黃俊農見投資績效頗豐乃再邀約原告施厘厘、黃敏佑加入，又伊於104年5月間前往中國大陸經商後，原告即未跟隨伊下單，故原告自104年5月起所買賣之股票，實與伊無關。再者，原告之證券與銀行存摺均自行保管，並未交予伊保管，且被告華南永昌證券每月均會寄發股票買賣對帳單予原告，原告每隔幾天亦會前往刷摺確定帳戶明細，足見原告對於其所買賣之股票，事前事後均知情，且對於股票之盈虧狀況亦知悉、掌控甚詳，益徵伊並非全權受託代操股票。縱認伊受託代操股票，然原告均有收受買賣對帳單，亦時常查看銀行帳戶，知悉股票之操作情形，對於股票之買賣盈虧自應負委任人責任，且全權委託投資與損害發生並無相當因果關係，蓋原告黃俊農自95年至99年間買賣股票獲利頗豐，係於101年至103年間方有虧損，足見伊縱不具全權委託資格，亦不必然導致損害發生。又原告與伊為鄰居，原告知悉伊不具證券營業員與全權委託投資業務之資格，卻仍委託伊代操股票，則原告對於損害之發生與擴大，亦與有過失。況原告於買賣股票當時已知悉盈虧狀況，且自104年5月起即未跟隨伊下單，故原告縱有虧損，至遲應於106年5月前起訴，卻遲至107年8月始提起本件訴訟，顯逾2年請求權時效，另伊亦否認原告主張之所受損害之數額，且原告自陳未給付報酬予被告余森山，即與證券投資信託及顧問法規所規範之「取得報酬」之法定要件不符，是縱被告余森山有受託進行投資，亦無違反證券投資信託及顧問法可言等語，資為抗辯。並聲明：1.原告之訴駁回。2.願供擔保，請准宣告免為假執行。

㈡被告吳志彬則以：伊與原告並無全權代操股票買賣關係，伊僅係依據投資者或其客戶出具授權書授權之人所指示之股票種類、股票價格及股票張數下單，並未曾本其主觀投資判斷代原告等人決定股票種類、股票價格及股票張數後下單。且

原告就所受之損害並未檢具任何證據以供查核，數據真實性顯有疑義，至於原告提出之和解意向書，乃原告單方面繕打而要求伊簽署，伊為免被告華南永昌證券知悉此事而使工作不保，迫於無奈始應原告要求而簽名，然該意向書所載之內容及損害金額均非真實，且原告亦未舉證證明兩造間報酬約定，對如何結算獲利金額等事實均未具體說明，兩造間既無報酬約定，亦無給付報酬之情形，並不適用證券投資信託及顧問法，況買賣股票本屬高風險、高獲利行為，縱係全權代操股票，亦與原告損害間無相當因果關係，原告頻翻刷摺，且被告華南永昌證券亦有寄送對帳單予原告，並多次提領股利，可認原告對歷次交易行為均知悉，再者，原告主張之各次交易行為發生時間均已逾消滅時效等語，資為抗辯。並聲明：1.原告之訴及其假執行之聲請均駁回。2.願供擔保，請准宣告免為假執行。

㈢被告華南永昌證券則以：原告均在被告華南永昌證券開立證券帳戶，並簽立「委託授權、受任承諾買賣證券等授權書」，授予被告余森山代為下單及辦理交割作業之權限，該授權書乃因客戶有時不方便下單或處理交割義務，故證券公司會提供制式文件，由客戶填具授權書後，請被授權人代為處理諸如打電話給營業員下單等業務，對於證券商而言，被授權人等於是客戶的下單工具，負責轉達客戶的意思，原告所出具之授權書僅係授權被告余森山代原告處理下單及交割等業務而已，並非代表原告與被告余森山間有全權代操協議，更非代表被告華南永昌證券知悉原告與被告余森山私下有何協議存在。又被告吳志彬身為被告華南永昌證券之營業員，其職務內容是依規定接受客戶（或客戶授權之人）下單，絕無與原告及被告余森山有任何全權代操協議存在，原告應對自己之投資損益負責。又原告之印鑑、證券存摺及交割銀行存摺均自行保管，且原告之交割銀行存摺刷摺次數頻繁，當對銀行內之股票扣款紀錄瞭如指掌，況原告之證券存摺亦有多次刷摺記錄，並有換摺記錄，足見原告得藉由頻繁刷摺而掌

握股票交易之詳情，又被告華南永昌證券均按月寄送對帳單予原告，對帳單上清楚記載原告帳戶買賣股票之所有詳情，則原告豈有不知之理，再者，代操係經原告主動委託、授權及允許，自不具違法性，且買賣股票本屬高風險、高獲利行為，自不得因投資虧損，即認受任人處理委任事務有過失，況原告僅係將交割銀行匯入金額減去匯出金額作為損害金額之計算方式，無視過去10年間股票交易，除就股票買賣虧損之計算方式有誤外，亦未提出正確銀行存提紀錄等語，資為抗辯。並聲明：1.原告之訴駁回。2.願供擔保，請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執事項：（見本院卷一第434頁至第436頁）

㈠原告黃俊農、施厘厘、黃敏祐分別自95年6 月20日、97年10月23日、97年11月11日起至104 年5 月前委託被告余森山辦理股票買賣事務（除德英公司股票、及原告黃俊農、施厘厘、黃敏祐原已持有之股票外），並透過被告華南永昌綜合證券股份有限公司營業員即被告吳志彬下單。

㈡原告黃俊農、施厘厘、黃敏祐委託被告余森山辦理股票買賣事務之交割銀行帳戶分別係華南商業銀行帳號000000000000、000000000000、000000000000號帳戶（下稱系爭交割銀行帳戶）；證券帳戶分別為華南永昌綜合證券股份有限公司帳號8911-4、8900-4、10823-1 帳戶（下稱系爭證券帳戶）。

㈢原告交付原告書立之原證1 之和解意向書予被告吳志彬，被告吳志彬於107 年6 月4 日簽名其上。（見本院107 年度審金字第27號卷宗第17頁）

㈣原告出具被證2 買賣證券授權書予被告華南永昌綜合證券股份有限公司，授權被告余森山辦理股票買賣事務。（見本院107年度審金字第27號卷宗第76頁至第78頁）

㈤原告黃俊農、施厘厘、黃冠穎、被告余森山、吳志彬於107年4 月5 日曾談及被告余森山、吳志彬辦理原告股票買賣事務之相關事宜，對話內容如原證2 譯文所載。（見本院卷一第165 頁）

㈥德英生物科技股份有限公司股票買賣均為原告所為，與被告余森山、吳志彬無關。

㈦原告黃俊農、施厘厘、黃敏祐分別自95年6月20日、97年10月23日、97年11月11日起，均至104年5月前，除德英生物科技股份有限公司股票買賣，及原告黃俊農、施厘厘、黃敏祐分別自95年6月20日、97年10月23日、97年11月11日前已購入之股票外，其餘股票買賣均係由被告余森山、吳志彬辦理。

㈧原告黃俊農、施厘厘、黃敏祐就系爭交割銀行帳戶換摺次數分別為34、24、23次，均為原告自行辦理，與被告余森山、吳志彬無關。系爭交割銀行帳戶及系爭證券帳戶之存摺自始均由原告持有，並未交予被告余森山、吳志彬。

四、兩造爭執事項：㈠原告與被告余森山、吳志彬間有無全權委託之關係？㈡原告依民法第184條第1項前後段、第2項、第185條、第544條、證券投資信託及顧問法第9條規定，請求被告余森山、吳志彬負擔損害賠償責任，有無理由？如有，金額為何？㈢原告依民法第188條、第544條規定，請求被告華南永昌綜合證券股份有限公司負賠償責任，有無理由？如有，金額為何？㈣原告之侵權行為請求權是否已罹於時效而消滅？㈤原告是否與有過失？茲分述如下：

㈠原告與被告余森山、吳志彬間不具有全權委託之關係：

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條本文定有明文。次按全權委託投資業務，指對客戶委任交付或信託移轉之委託投資資產，就有價證券、證券相關商品或其他經主管機關核准項目之投資或交易為價值分析、投資判斷，並基於該投資判斷，為客戶執行投資或交易之業務。證券投資信託及顧問法第5條第10款定有明文。經查，原告黃俊農、施厘厘、黃敏祐分別自95年6月20日、97年10月23日、97年11月11日起至104年5月前委託被告余森山辦理股票買賣事務（除德英公司股票、及原告黃俊農、施厘厘、黃敏祐原已持有之股票外），並透過被告華

南永昌證券營業員即被告吳志彬下單等情，為兩造所不爭執，復有授權書在卷可稽（見本院107 年度審金字第27號卷宗第76頁至第78頁），堪信為真實。至原告主張此為全權委託，為被告所否認，並以前詞置辯，原告即應就委託被告余森山、吳志彬間辦理股票買賣事務屬全權委託乙情，負擔舉證責任。

2.衡諸原告主張全權委託余森山、吳志彬前，已有購入股票，且委託期間尚有自行買賣德英公司股票，此部分均與被告余森山、吳志彬無關等語，然此與一般常見全權委託投資時，申辦帳戶並存入投資款後，全部交由受委託人代為投資方式不同，原告與被告余森山、吳志彬間是否確為全權委託之關係，實有疑義。又原告所有之系爭交割銀行帳戶及系爭證券帳戶之存摺自始均由原告持有，並未交予被告余森山、吳志彬等情，亦為兩造所不爭執，而被告余森山、吳志彬既未持有系爭交割銀行帳戶及系爭證券帳戶之存摺，原告於委託期間內復有自行買賣股票之情形，被告余森山、吳志彬倘未向原告確認系爭交割銀行帳戶及系爭證券帳戶狀況，實難以清楚知悉系爭交割銀行帳戶內剩餘資金金額，若逕為全權委託投資購買股票，實有可能造成違約交割，雖原告主張實務上若帳戶無充足資金，營業員會以電話通知補錢等語，然原告復未提出證據佐證確有此情形發生，亦難想像此期間被告余森山、吳志彬倘未向原告確認系爭交割銀行帳戶及系爭證券帳戶狀況，竟未曾發生資金不足額之情形，況倘依原告之主張，系爭交割銀行帳戶及系爭證券帳戶同時有原告與被告余森山、吳志彬分別操作股票買賣事務，而雙方亦須配合他方資金運用之額度，亦難想像原告對被告余森山、吳志彬就系爭交割銀行帳戶及系爭證券帳戶中股票買賣事宜均未曾過問，而均交由被告余森山、吳志彬全權處理，亦即原告與被告余森山、吳志彬間是否確為全權委託之關係，實有疑義。況且原告主張與被告余森山約定由原告將金錢存入系爭交割銀行帳戶，供被告余森山、吳志彬辦理全權委託事務，原告應

將被告余森山、吳志彬辦理全權委託事務而獲利之10% 作為被告余森山、吳志彬之報酬等語，然就具體之對帳方式、對帳期間、報酬給付方式等細節，均未能說明，且原告雖稱被告余森山曾於97年11月7 日、98年12月31日分別領取報酬13,220元、379,000 元，惟亦未提出任何事證以實其說，益徵原告主張與被告余森山、吳志彬間是否確為全權委託之關係，實有疑義。

3.再者，由被告華南永昌證券所提寄送對帳單之收件回執，可見其上所列之地址為原告住所，且回執上蓋有原告施厘厘印文等情（見本院卷一第231 頁、第295 頁至第305 頁），足認原告黃俊農、施厘厘確有於104 年1 月、104 年8 月、104 年10月、104 年12月間、105 年1 月間收受被告華南永昌證券寄送之對帳單，是原告所稱於106 年10月前均未收受對帳單等語，並不可採。復參以被告華南永昌證券提出之詢證函中，可見填載人勾選「已經收悉」貴公司103 年1 月至6 月、103 年9 月份買賣對帳單、對帳單所列成交紀錄內容與實際委託買賣「相符無誤」之選項，並蓋有原告印文等情（見本院卷一第235 頁至第237 頁、第307 頁至第329 頁），衡諸詢證函上之原告黃俊農、施厘厘之印文，與被告華南永昌證券所提原告黃俊農、施厘厘開戶文件中所留印鑑章之印文相符，可認被告華南永昌抗辯該等詢證函應屬原告黃俊農、施厘厘用印後寄回被告華南永昌等語，應有所據。又原告黃俊農、施厘厘、黃敏祐就系爭交割銀行帳戶換摺次數分別為34、24、23次，均為原告自行辦理，亦為兩造所不爭執，可認原告就委託被告余森山、吳志彬辦理股票買賣事務之期間，不但持有對系爭交割銀行帳戶及系爭證券帳戶之存摺，對股票交易情形密切關注並知悉甚詳。因而原告委託被告余森山、吳志彬辦理股票事務，究屬全權委託或為被告余森山所述下單前均會告知原告黃俊農買賣上市櫃股票之標的、價位與數量，經原告黃俊農同意後，伊再向被告吳志彬下單之跟單情形，誠有疑義。

4.參以原告所提107年4月5日協商會議錄音譯文，被告余森山稱：因為我代操這麼久了，包括吳志彬這邊的公司，包含我金港我那邊的公司，我的統一作業都一樣，…包括他這邊的客戶，包括我那邊的客戶，大家都一致同意，…全部都清掉，打算過來大陸，資金要轉戰大陸啦，這邊我是麻煩吳志彬跟客人傳達有三個解決辦法，第一個是，碰到停損了，我們能力不足，沒辦法幫客人賺錢，這是事實，…阿就停損了，就抽掉，第一個解決辦法就是這樣。第二個解決方法就是資金要轉戰大陸，因為我要過去大陸，那客人你如果要跟我過去，我們就過去，還有第三個方法，你如果沒有要抽掉，也沒有要去大陸，看有沒要交代給吳志彬做還是怎樣。所以那時候我得到的答案是說你們沒有要去那開戶。…我們也相信，吳志彬代操的事情，你們也很早前就知道了，那他的操作，我覺得犯錯的地方就是沒設停損點等語（見本院卷一第165頁至第169頁）；吳志彬稱：當初他交給我的時候，有說全部戶頭出清化作現金，然後看我要不要去承接。…其實這應該是我個人的錯誤，我必須承擔。…我是營業員，我沒有盡到告知的義務，還有過去的處理，那我今天我個人的想法是，先經營這樣子，看後續，然後由我來處理等語（見本院卷一第165頁至第169頁），其中被告余森山雖有提及代操、客戶等用語，然觀諸對話前後文，並未提及被告余森山所述之「代操」、「客戶」之具體內容，究其下單前有無告知原告，是否需取得原告之同意再為下單，對帳之方式及期間為何，代操有無約定報酬，報酬結算方式為何等相關細節，均無從得知。復衡諸斯時原告委託被告余森山、吳志彬辦理股票買賣事務已有虧損之情形，倘投資標的係由被告余森山提出建議，交由原告決定之跟單情形，雖非屬全權委託，亦有可能為安撫原告，甚或取得原告諒解，而有能力不足、錯誤、承擔等用以緩解原告情緒及緩和局面之用語，且對話中提及未告知之部分多係指虧損後處理方案及停損點之情形，而非針對股票交易時有無告知為討論，尚難逕以被告余森

山、吳志彬與原告於協商會議時之對話內容提及「代操」、「客戶」等語，遽認原告與被告余森山、吳志彬間確有全權委託之關係。

5.又原告所提和解意向書中雖記載：「因本人自始即知悉本人之姊夫余森山自民國（下同）95年起接受黃俊農醫師及其家人（施厘厘、黃敏祐）全權委託投資上市、上櫃股票（即由余森山全權決定買賣股票之股別、價格、數量及交易時間點），由黃俊農醫師及其家人（施厘厘、黃敏祐）先後至本人所任職之華南永昌綜合證券股份有限公司（下稱華南永昌公司）開戶，指定本人為營業員，並交付新台幣（下同）戴仟萬元予余森山作為全權委託投資上市、上櫃股票之資金，待至104 年5 月中旬余森山前往大陸地區洽公，將為黃俊農醫師及其家人（施厘厘、黃敏祐）辦理全權委託投資上市、上櫃股票之事務，交由本人辦理，其中本人負責於工作時間看盤、選擇交易股別、決定價格、數量及交易時間點，並通知當時位於大陸之余森山依指示下單，且由本人於黃俊農醫師及其家人（施厘厘、黃敏祐）前來華南永昌公司查詢投資成果及詢問投資狀況時，代替余森山給予妥適回覆。本人自104 年5 月中旬起至今，洽辦黃俊農醫師及其家人（施厘厘、黃敏祐）全權委託投資上市、上櫃股票之事務造成大額投資損失，本人提出下列和解方案，供黃俊農醫師參考：「本人將於107 年6 月11日前給付貳佰萬元、6 月29日給付壹佰萬元、7 月31日給付100 萬元，由黃俊農醫師及其家人（施厘厘、黃敏祐）出售全數由本人代為操作之股票後，結清帳戶餘額，連同前開肆佰萬元，合計如有不足壹仟萬元之金額，由本人補足。」等語，並有被告吳志彬簽名及蓋指印於此和解意向書上（見本院107 年度審金字第27號卷宗第17頁），其中雖有載明「全權委託」，並註明係由余森山全權決定買賣股票之股別、價格、數量及交易時間點等語，然兩造就此和解意向書係由原告書立後始交由被告吳志彬簽名蓋指印乙情，不為爭執，又衡諸原告與被告余森山確有上述委託辦理

股票事務之情形，且由被告吳志彬辦理下單業務，而斯時原告委託被告余森山、吳志彬辦理股票買賣事務已有虧損之情形，倘投資標的係由被告余森山提出建議，交由原告決定之跟單情形，雖非屬全權委託，然亦可能衍生委託辦理股票買賣事務相關爭執，而被告吳志彬所從事之業務又即為辦理股份買賣相關業務，與客戶間所生業務上爭執，自對其工作具有相當程度之影響，被告吳志彬抗辯係為免被告華南永昌證券知悉此事而使工作不保，迫於無奈始應原告要求而簽名等語，亦屬可能，尚難逕以被告吳志彬有於原告書立之和解意向書上簽名並蓋指印，遽認被告余森山、吳志彬與原告間確有全權委託之關係。此外，原告復未提出其他證據證明原告與被告余森山、吳志彬間確有全權委託之關係，而依上開原告所提之證據尚不足以認原告主張與被告余森山、吳志彬間確有全權委託之關係乙情為真實，承前說明，即應由原告承擔舉證不足之不利益，是應認原告與被告余森山、吳志彬間不具有全權委託之關係。

6.另被告余森山雖抗辯104年5月後，原告股票買賣事務均與被告余森山無關等語，對此原告復主張縱非被告余森山繼續辦理原告股票買賣事務，亦係被告余森山未經原告同意交由被告吳志彬辦理等語，衡諸原告所提之107年4月5日協商會議錄音譯文中，被告余森山、吳志彬雖均稱被告余森山係於104年4月交接給被告吳志彬等語（見本院卷一第171頁），然對照被告華南永昌提出之委託書中，104年5月前之委託書與104年5月後之委託書，受託人簽章欄位均有余森山簽名及用印，無論其運筆之筆劃、筆順等書寫風格均屬一致，可見原告委託被告余森山辦理股票買賣事務並未因104年5月前後而有差異，而107年4月5日協商會議錄音譯文內容與被告華南永昌提出之委託書之客觀事證無從勾稽，自難認104年5月後原告委託被告余森山、吳志彬辦理股票買賣事務，與104年5月前有所不同，亦難認被告吳志彬有何原告所述未經原告同意並偽造文書辦理原告股票買賣事務之

情形。

㈡原告依民法第184條第1項前後段、第2項、第185條、第544條、證券投資信託及顧問法第9條規定，請求被告余森山、吳志彬負擔損害賠償責任，為無理由：

1.承前所述，原告與被告余森山、吳志彬間並無全權委託之關係存在，且104年5月後原告委託被告余森山、吳志彬辦理股票買賣事務，亦與104年5月前並無不同，自難認被告余森山、吳志彬有對原告成立侵權行為之情事，亦難認有何處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為之情形，更無依證券投資信託及顧問法第9條規定得酌定懲罰性賠償之可言，是原告依民法第184條第1項前後段、第2項、第185條、第544條、證券投資信託及顧問法第9條規定，請求被告余森山、吳志彬負擔損害賠償責任，為無理由。

2.況按損害賠償之債，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。故原告所主張損害賠償之債，如不合於此項成立要件者，即難謂有損害賠償請求權存在，最高法院著有48年台上字第481號判例可資參照。又侵權行為之債，固以有侵權之行為及損害之發生，並二者間有相當因果關係為其成立要件（即「責任成立之相當因果關係」）。惟相當因果關係乃由「條件關係」及「相當性」所構成，必先肯定「條件關係」後，再判斷該條件之「相當性」，始得謂有相當因果關係，該「相當性」之審認，必以行為人之行為所造成之客觀存在事實，為觀察之基礎，並就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者，始足稱之；若侵權之行為與損害之發生間，僅止於「條件關係」或「事實上因果關係」，而不具「相當性」者，仍難謂該行為有「責任成立之相當因果關係」，或為被害人所生損害之共同原因（參見最高法院101年度台上字第443號判決意旨）。承前開說明，縱令原告與被告余森山、吳志彬間有全權委託關係之存在，惟投資股票、期貨買賣業務，非如定期存款，有固定之收益，本即屬高

風險、高獲利之投資行為，往往受景氣、國內外政經環境及其他諸多因素之影響，且個股股價漲跌瞬息萬變，即令係經主管機關核准從事代客操作業務者，亦無法擔保投資人絕對獲利，縱被告余森山、吳志彬未經主管機關核准從事代客操作業務之盈虧，亦與當時股市大盤、景氣、政經環境、選擇股類、個股體質及其他諸多因素有關，縱經主管機關核准從事代客操作業務，其所為之投資行為相同之條件下，仍可能不免投資虧損之結果，若當時股市大盤、景氣、政經環境及其他因素甚佳，其未經核准所為相同投資行為，則非必然虧損。是在一般情形下，縱被告余森山、吳志彬未經核准從事代客操作業務、違法保證投資獲利，然依客觀審查，不必然皆發生虧損結果，此行為與原告發生虧損之結果間，非必然發生同樣損害之結果；亦即被告余森山、吳志彬侵權之行為與原告損害之發生間，僅止於「條件關係」或「事實上因果關係」，而不具「相當性」者，揆諸首揭說明，自難謂被告余森山、吳志彬行為有「責任成立之相當因果關係」，亦無從成立侵權行為責任，附此敘明。

㈢原告依民法第188條、第544條規定，請求被告華南永昌綜合證券股份有限公司負賠償責任，為無理由：

承前所述，原告與被告余森山、吳志彬間並無全權委託之關係存在，且104年5月後原告委託被告余森山、吳志彬辦理股票買賣事務，亦與104年5月前並無不同，自難認被告余森山、吳志彬有對原告成立侵權行為之情事。因而被告吳志彬雖為被告華南永昌證券之受僱人，然因被告吳志彬之行為並不成立侵權行為，被告華南永昌證券自無負擔民法第188條僱用人責任之可言，再者，亦難認被告華南永昌證券有何處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為之情形，即無依民法第544條應負損害賠償之情事，是原告依民法第188條、第544條規定，請求被告華南永昌綜合證券股份有限公司負賠償責任，為無理由。

㈣至原告之侵權行為請求權是否已罹於時效而消滅及原告是否

與有過失，則因原告上開請求為無理由，而無論述之必要，附此敘明。

五、綜上所述，原告舉證尚不足認原告與被告余森山、吳志彬間具有全權委託之關係，是原告與被告余森山、吳志彬既無全權委託關係之存在，且104年5月後原告委託被告余森山、吳志彬辦理股票買賣事務，亦與104年5月前並無不同，自難認被告余森山、吳志彬有對原告成立侵權行為之情事，亦難認有何處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為之情形，更無依證券投資信託及顧問法第9條規定得酌定懲罰性賠償之可言，是原告依民法第184條第1項前後段、第2項、第185條、第544條、證券投資信託及顧問法第9條規定，請求被告余森山、吳志彬負擔損害賠償責任，為無理由。又因被告吳志彬之行為並不成立侵權行為，被告華南永昌證券自無負擔民法第188條僱用人責任之可言，再者，亦難認被告華南永昌證券有何處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為之情形，即無依民法第544條應負損害賠償之情事，是原告依民法第188條、第544條規定，請求被告華南永昌綜合證券股份有限公司負賠償責任，亦無理由。又原告之訴既經駁回，其假執行之聲請即失所附麗，應併予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提之證據，經審酌後，核與判決之結果不生影響，爰不予逐一論駁，併此敘明。至原告於109年8月25日言詞辯論期日始聲請調閱臺灣高雄地方檢察署109年度偵字第14111號卷宗，然衡諸臺灣高雄地方檢察署109年度偵字第14111號，為臺灣高雄地方檢察署107年度他字第7771號案件改分之案件，本院前已向臺灣高雄地方檢察署調閱此等卷宗，經臺灣高雄地方檢察署以案件尚在偵辦中為由，請本院於偵結後再行調借，而臺灣高雄地方檢察署109年度偵字第14111號案件雖已為不起訴處分，然經原告提起再議，並送卷於臺灣高等檢察署高雄檢察分署，可認偵查程序迄今仍未終結，況法院審理民事事件，其事實之認定並不受刑事案件事實認定之拘束，檢察

官所為不起訴處分，亦無拘束民事法院之效力，本院自得依審理時所為之調查證據認定事實，另參以臺灣高雄地方檢察署109 年度偵字第14111 號不起訴處分書之內容，復未見有何足以影響本院上開事實認定之證據存在，故認原告此部分證據調查之聲請並無必要。另被告華南永昌證券於準備程序終結後所提蓋有原告黃敏祐印文之被告華南永昌證券寄送予原告黃俊農之對帳單回執，雖原告不同意被告華南永昌證券於準備程序終結後提出此新證據，然因本院並未援用此證據作為上開事實之認定，即無論述此證據得否於準備程序終結後提出之必要，附此敘明。

七、結論：本件原告之訴為無理由，依民事訴訟法第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　8　　月　　31　　日

民事第五庭審判長法　官　秦慧君

法　官　王耀霆

法　官　陳芷萱

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。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　　109　　年　　8　　月　　31　　日

書記官　陳郁惠