

【裁判字號】104,重訴更(一),2

【裁判日期】1050517

【裁判案由】侵權行為損害賠償

【裁判全文】

臺灣高等法院民事判決

104年度重訴更(一)字第2號

原告 財團法人證券投資人及期貨交易人保護中心

法定代理人 邱欽庭

訴訟代理人 魏薇律師

被告 杜麗莊

林惠婷（即林明義之承受訴訟人）

林惠瑩（即林明義之承受訴訟人）

林以哲（即林明義之承受訴訟人）

共同

訴訟代理人 孫正華律師

黃明展律師

上列當事人間因侵權行為損害賠償事件，原告提起附帶民事訴訟，由本院刑事庭移送前來（99年度重附民字第29號），經最高法院發回更審，本院於民國105年5月3日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原告之訴駁回。

本審及發回前第三審訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面

一、按當事人死亡者，訴訟程序在有繼承人、遺產管理人或其他依法令應續行訴訟之人承受其訴訟以前當然停止；依上開規定所定之承受訴訟人，得為承受之聲明，法院亦得依職權，以裁定命其續行訴訟，此見民事訴訟法第168條、第175條第1項及第178條規定即明。被告林明義（下稱林明義）於民國104年12月3日死亡，其配偶吳樹萱已拋棄繼承，繼承人為被告林惠婷、林惠瑩、林以哲三人（見本院卷第217頁臺北地方法院家事庭函），林惠婷等三人具狀聲明承受訴訟（本院卷第209頁），核無不合，應予准許。

二、又訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加，但基礎事實同一者、擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第255條第1項第2款、第3款定有明文。原告起訴時原請求被告等連帶給付元大證券股份有限公司（下稱元大證券公司）新臺幣（下同）7億6,591萬7,644元暨法定遲延利息，嗣於103年2月27日追加請求被告再連帶給付3億2,111萬

4,392元，嗣於104年3月5日具狀撤回，並減縮請求金額為4億4,480萬3,252元本息（見本院前審卷三第199頁，卷四第2頁背面、第91-94頁背面，卷五第1-2頁），合於上開規定，亦應准許。

三、次按證券投資人及期貨交易人保護法（下稱投保法）第10條之1規定，係賦予依該法第7條所設立之保護機構不受公司法第214條及第227條準用第214條之限制，而可取得代表公司起訴之當事人資格，前開規定之功能在於緩和公司法第214條股東代表公司提起訴訟之行使門檻，避免公司股東因起訴誘因不足而不作為（持股不多且必須先負擔訴訟費用及律師費，敗訴時又須面臨求償等問題），或可能因資訊不足而難有作為，乃基於公益目的而規定保護機構有提起代表訴訟之權限，並非惡化公司負責人法律上地位，而有考慮信賴保護原則之必要，且其實質上為關於當事人適格之程序規定，並非新創設之實體法上獨立請求權基礎，故應無法律不溯既往原則之適用，而應依程序從新之法理（參見劉連煜、法令月刊第63卷第4期、投保中心對董監事提起解任之訴性質；周振鋒、法學新論第27期、論投保法第10條之1；最高法院103年度台上字第846號判決）。是以原告主張之杜麗莊、林明義侵權行為，雖發生於94、95年間，尚在前開投保法條文施行之前，但原告於99年7月23日（見重附民卷第2頁）提起本件訴訟，斯時投保法第10條之1已經施行，依前揭說明，自得由保護機構之原告請求監察人起訴。原告已於99年6月22日函請元大證券股份有限公司（下稱元大證券公司）之獨立董事暨審計委員會代公司向被告等提起訴訟，有存證信函在卷可證（見重附民卷第15-17頁），元大證券公司之獨立董事暨審計委員會未於30日內提起訴訟，則原告依投保法第10條之1第1項第1款之規定，為元大證券公司提起訴訟，請求賠償損害，於法有據。

四、另按因犯罪而受損害之人，於刑事訴訟程序得附帶提起民事訴訟，對於被告及依民法負賠償責任之人，請求回復其損害，刑事訴訟法第487條第1項定有明文。因此，凡刑事訴訟程序中因被訴犯罪事實所生損害之人，即得在該程序中提起民事訴訟，以回復其損害。又投保法第10條之1第1項第1款規定，乃基於保障證券投資人及期貨交易人之權益，並促進證券及期貨市場之健全發展，所賦予專業保護機構關於代行訴訟之特別規定，性質上為法定之訴訟擔當，故只須保護機構所代行訴訟之人為因犯罪而受損害之人，保護機構即得本於法律所授與之訴訟遂行權，於刑事訴訟程序中提起附帶民事

訴訟，以回復被害人所受之損害。本件被告於刑事案件被訴之犯罪事實為：杜麗莊、林明義均為元大京華證券股份有限公司（下稱元京證公司，元京證公司於96年9月間為復華綜合證券股份有限公司《下稱復華證券公司》吸收合併，復華證券公司再更名為元大證券公司，元京證公司相關權利義務則由元大證券公司繼受）之董事，於元京證公司增購元大證券投資信託股份有限公司（下稱元大投信）股權之前，明知元大投信處理部分結構債已產生重大損失，其餘結構債未來處理時亦有可能產生損失，一旦為增購股權交易，元京證公司將增加分攤損失之比例，未揭露而予隱瞞，使元京證公司董事會無從就增購元大投信公司股權之必要性或時機選擇判斷，亦無從就增購股權交易設下可免除增加分攤損失比例之交易條件，而逕予通過增購案，致元京證公司因該增購案受有損害計4億4,480萬3,252元，被告因而犯證券交易法第171條第1項第3款、第2項之罪等情，有本院99年度金上重訴字第42號及最高法院103年度台上字第2194號判決書可稽，足見元京證公司乃因杜麗莊、林明義犯罪而受損害之人，則原告依前揭投保法第10條之1及公司法第23條等相關規定，為元大證券公司提起附帶民事訴訟請求相對人連帶賠償該公司之損害，即合於刑事訴訟法第487條之規定，併此敘明。

貳、實體方面

一、原告主張：

- (一)被告杜麗莊為訴外人馬志玲之配偶，並為元京證公司之董事長；被告林惠婷、林惠瑩、林以哲之被繼承人林明義為元京證公司之董事，並受馬志玲委託代為管理其個人及家族實質掌控之公司與人頭帳戶，以從事相關金融商品交易、資金調度往來或分散持有元大投信股權。總計馬志玲及杜麗莊自行或以他人名義持有元京證公司之股權8.68%，持有元大投信股權53.88%。93年7月間聯合證券投資信託股份有限公司（下稱聯合投信）所募集之基金淨值大幅下跌，引發基金投資人大舉贖回，聯合投信為因應上開大量基金投資人之贖回導致基金淨值繼續下跌，經報請主管機關即行政院金融監督管理委員會（下稱金管會）核准後暫停贖回（下稱聯合投信事件），金管會為免引發市場系統性風險，於93年11月初，成立因應專案小組，於94年2月間下達「各投信公司出清處理結構式債券（下稱結構債）時須符合法令、不可讓基金投資人受損、若有損失由投信公司股東承擔等原則」（下稱金管會三大處理原則），並於94年8月間，要求各投信公司之結構債，須於當年12月

底前全數移出。而元大投信於94年初持有結構債面額達新台幣（下同）276.9億元，經元京證公司債券部副總經理吳麗敏及林明義，先於94年5月間協助元大投信處理面額48億餘元之結構債（下稱系爭48億元結構債）後，損失7億7,624萬5,156元，待處理之結構債為133.5億元。

(二)馬志玲透過杜麗莊釋出有意出售元大投信股權之訊息，元京證公司所委任之致遠國際財務顧問股份有限公司（下稱致遠顧問公司）於94年6月間提出第一次企業評價報告，認元大投信股權鑑價區間為每股46.83元至55.95元間，被告等竟隱瞞前開結構債處分之損失及結構債損失須由投信公司股東承擔之原則，故意透露元京證公司並非首次購入元大投信公司股權，前次鑑價之價格為每股100元等語，致遠顧問公司乃提出第二次企業評價報告，認元大投信公司股權鑑價區間為每股60.35元至72.71元間。杜麗莊、林明義復於94年6月間指示提出「元大投信處理結構債損益評估報告」，就已處理之系爭48億元結構債部分，記載大股東自行吸收損失，並稱其餘結構債部分計畫以發行「CBO」（即債券擔保受益憑證）方式處理，元大投信之結構債損益對其公司價值應無減損之虞等語，併同前揭第二次企業評價報告，於94年7月間向元京證公司審計委員會及董事會提出增購元大投信股權案，元京證公司董事會決議以每股57元且總額不超過23億元範圍內購入元大投信公司股權。被告等就前述7.76億元損失部分，原應認列轉投資業外損失，然為避免董事會查知有鉅額轉投資損失情事，於94年8月間簽擬應由元京證公司依當時持股比例分擔1億6,083萬7,996元，自94年8月23日起至95年1月18日止，以進行例行營業債券交易低賣高買方式，將8,392萬136元款項交付已事先承擔結構債損失之馬家實質控制公司及人頭戶，用以分擔損失。嗣元京證公司於94年9月5日完成元大投信股權交割，總計元京證公司持有元大投信股權自20.72%提高至83.19%。惟因有87.5億元之結構債未能依計畫發行「CBO」，被告等復於94年12月27至29日再以例行營業債券來回低賣高買再高賣，並進行「RS」（Reverse sell，附買回交易方式），將5億1,681萬918元款項交付已事先承擔結構債損失之馬家實質控制公司。元京證公司就增購元大投信股權交易案，因被告等虛增交易價格，使其持有之元大投信公司股權增加，而損失4億4,480萬3,252元，致元京證公司受有損害，該損害並由元大證券公司繼受，嚴重損害公司及全體股東權益。

(三)原告係依證券投資人及期貨交易人保護法設立之保護機構，已於99年6月22日發函請求元大證券公司之獨立董事為公司對被告提起訴訟，而其等迄未起訴，故原告依投保法第10條之1規定，得代表元大證券公司提起本件訴訟，依公司法第23條第1項、民法第184、185、544條等規定請求被告等賠償元大證券公司所受損害等語。並聲明：被告應連帶給付元大證券公司4億4,480萬3,252元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。並陳明願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告則以：

(一)投保法第10條之1第1項第1款之代表訴訟，本質為行使股東權利，元大證券公司於原告起訴時，僅有法人股東即元大金融控股股份有限公司1人，不生保護少數股東之情事，無從適用公司法第214條所定代表訴訟權之規定。又股東僅係犯罪之間接被害人，不得提起刑事附帶民事訴訟，故原告不得適用投保法第10條之1規定，代表行使不存在之股東代表訴訟權。另原告並非因犯罪而受損害之人，且無代位權之規定，則原告於刑事訴訟程序中主張依投保法規定，提起附帶民事訴訟，其當事人不適格，自非合法。再者，投保法第10條之1之規定係於98年5月20日增訂，經行政院公布自98年8月1日施行，無另定得溯及適用之明文，而投保法第10條之1第1項第1款規定，另創設「保護機構」得不受公司法第214條限制而以保護機構身分代表訴訟，已涉及變更行使實體法上提起訴訟之主體，為兼顧交易安全，並符法治國家法之安定性及既得權益信賴保護之要求，不適用程序從新原則，不能溯及既往。

(二)系爭87.5億元結構債，係因金管會於94年8月間突然縮短處理期間，要求元大投信公司旗下基金需於94年年底前將所持有結構債移出，元京證公司不得已始於94年9月下旬起加速處理結構債，此部分損失當肇因於金管會之指示改變，屬法律風險，非任何人出面協助處理結構債時所能預見，故本件結構債處理之損益情形，應以全部結構債最終處理情形為斷，不應以結構債分批處理情形任意切割。元京證公司自94年間起，協助元大投信處理結構債共235.9億元，迄99年6月30日止之損益情形係獲利2億9,519萬9,090元，足見元京證公司並無損害，原告疏於理解結構債到期還本之特性，復未全面計算結構債之損益，謹憑個別交易之高低，率爾認定元京證公司受有損害，與事實不符。元大證券前身之元京證公司，並未因元大投信公司處理結

構債而受有任何終局損害，原告就此請求損害賠償，實無理由。元京證公司截至94年底，處理87.5億結構債之實際損失僅有8,000萬0,349元，遠低於合法應分攤金額1億2,903萬1,823元，足見元京證公司並未因處理87.5億結構債，而有不法分損。元京證公司既已取回所謂超額分損款項，則本件縱認元京證公司曾受損害，該損害早就獲得填補，難認迄今仍存有終局損害等語置辯。並聲明：(1)原告之訴及假執行之聲請均駁回。(2)如受不利判決，願供擔保請准免與假執行。

三、兩造不爭執事項：（見本院卷第36頁）

- 1、杜麗莊係元京證公司之董事長及馬志玲之配偶，二人自行或以他人名義共同持有元京證公司股權8.68%；林明義係按公司法第27條第1項規定，由兆源投資股份有限公司（下稱兆源公司）指派至元京證公司之法人董事代表，並受馬志玲委託代為管理馬志玲私人及其家族實質掌控之公司及人頭帳戶，以從事相關金融商品之交易、資金調度往來或分散持有元大投信公司，總計馬家投資公司及馬家實質控制人頭帳戶合計持有元大投信股權55.60%。
- 2、93年7月間聯合投信所募集之基金淨值下跌，該公司復決定由基金投資人承擔虧損，引發基金投資人贖回擠兌，聯合投信公司為因應上開情況，經報請主管機關即金管會核准後暫停贖回。
- 3、金管會於93年11月3日成立「改善債券型基金流動性專案小組」（下稱專案小組會議），定期檢討追蹤債券型基金流動性變化與申購、贖回狀況。
- 4、金管會於94年2月20日透過中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會之管道，要求各投信公司於出清處理結構債時須符合金管會三大處理原則。
- 5、元大投信旗下之元大多利、元大多利二號與元大萬泰等3檔債券型基金，於93年底、94年初持有面額276.9億元之結構債。
- 6、元京證公司債券部副總經理吳麗敏自94年初起，除協助以換券、分割債券等未造成基金損失之方式處理部分結構債之外，並於94年5月4日至同年月11日，協助處理其中48億元結構債，經與馬家投資公司代表林明義協商，將該批結構債按元大投信帳列成本價輾轉移至馬家投資公司帳戶，使馬家投資公司損失7億7,624萬5,156元。
- 7、94年5月25日元京證公司經理張清棟提出撰寫之評估報告交元京證公司執行副總經理李雅彬。

- 8、李雅彬依循公司往例，交財務部門副總經理陳麒漳辦理購買股權委託鑑價事宜，陳麒漳經遴選後委任致遠財顧公司進行元大投信企業價值鑑價，致遠顧問公司依元大投信94年6月20日傳真之未來五年財務預測資料，提出鑑價區間為每股60.35元至72.71元之企業評價報告。
- 9、陳麒漳乃據鑑價報告鑑價區間之下限每股60.35元為基礎，扣除93年度應發放之每股股利3.35元後，向杜麗莊建議每股購價為57元。
- 10、94年7月14日，由元京證公司承辦人員朱郁苓檢附上開評估報告、鑑價報告、會計師出具之價格合理性意見書後，簽擬以每股57元之價格購買元大投信股權。
- 11、杜麗莊於94年7月15日批核(10)之股權交易案後，於94年7月20日報送元京證公司審計委員會會前會、審計委員會通過，提送董事會討論。
- 12、94年7月28日，陳麒漳依元大投信曹月清告知之資訊，而於董事會就元大投信結構債部分提出「未處理結構債將發行CBO」之報告，元京證公司之董事會達成決議在每股股價57元、增購總價額不超過23億元之範圍內購入元大投信公司股權，增購股權之各事項授權董事長全權處理。
- 13、金管會於94年8月間，乃要求各投信公司所募集之債券型基金須於94年12月底前將持有之結構債全數移出。
- 14、吳麗敏於94年8月22日簽具簽呈，敘及48億元結構債處理之損失7.76億元，擬由元京證公司按持股比例百分之20.72分攤其中損失1.6億元，經會簽各相關部門，轉呈杜麗莊核准。
- 15、杜麗莊在朱郁苓於94年8月30日簽具投資案評估建議表上批核。
- 16、94年9月5日，元京證公司交割購入元大投信股權合計3,868萬8,481股，使元京證公司對於元大投信股權自20.72%提高至83.19%。
- 17、騰達投資股份有限公司（下稱騰達公司）於94年9月29日至30日間，以成本價100元，承接元大投信87.5億元結構債。元京證公司嗣於94年12月5日至8日間，以市價約93.1129元向騰達公司購入87.5億元結構債，由騰達公司承受交易產生之6.22億元價差損失。
- 18、林明義、吳麗敏於94年12月23日一次性安排交易，預定於12月27、28、29三日進行87.5億元結構債之交割，將結構債移回騰達公司。
- 19、金管會檢查局於95年2月13日起至95年3月7日止，派員前

往元京證公司進行業務檢查時，發現元京證公司上開增購元大投信股權擬提高元京證公司結構債分攤損失比例等情，經吳麗敏、張立秋陸續向金管會檢查局說明後，吳麗敏簽具簽呈，經張立秋、杜麗莊批定後，將元京證公司就系爭87.5億元結構債損失分攤比例由83.19%調降至20.72%。

20、95年5月19日到23日間，由吳麗敏、林明義統合元京證公司債券部與騰達公司，經吳麗敏指定擬進行債券交易券種、面額、成交價格、預計損益等細節，委請元京證公司人員下單完成如本院刑事判決書附表4編號7所示之例行營業債券交易。

21、復華金控公司於94年6月股東會改選董監後，於96年4月2日完成合併元京證公司，於96年8月1日更名爲元大金控公司，嗣於97年10月24日將金復華投信公司出售予Manulife Asset Management (Hong Kong) Limited。

四、兩造爭執事項及本院得心證之理由：

(一)林明義與元大證券公司前身之元京證公司間，並無董事之委任關係，原告不得依投保法第10條之1第1項第1款規定向林明義之繼承人林惠婷、林惠瑩、林以哲爲本件請求：

按公司法第27條規定：「政府或法人爲股東時，得當選爲董事或監察人。但須指定自然人代表行使職務（第1項）。政府或法人爲股東時，亦得由其代表人當選爲董事或監察人，代表人有數人時，得分別當選。（第2項）」第1項與第2項規定之運作方式明顯不同。而法人股東依該條文第1項規定當選爲被投資公司之董事或監察人者，其委任關係存在於法人股東與被投資公司之間；若法人股東指派之代表人根據此條文第2項當選爲被投資公司之董事或監察人者，其委任關係則存在於代表人與被投資公司之間（最高法院101年度第700號判決參照）。查本件林明義生前僅係兆源公司指派至元京證公司擔任「法人董事之代表」，有94年6月30日改派書在卷爲憑（見本院卷第94頁），且爲兩造所不爭執（見不爭執事項1），即元京證公司之董事爲兆源公司，林明義僅爲其履行輔助人，應適用公司法第27條第1項規定。原告雖以上開改派書不足以認定林明義爲「法人董事之代表」云云，惟林明義如屬於法人代表本身當選董事即「法人代表之董事」，即無由兆源公司改派之可能，而應在元京證公司股東會中選舉產生，是原告此部分主張，與事證不符，難以採取。林明義既爲「法人董事之代表」，依前揭說明，其委任關係存在於兆源公司與元京證公司之間。準此，林明義既非元京證公司之董事，原告即不能依投保法第10條之1第1項第1

款規定，向林明義之繼承人林惠婷、林惠瑩、林以哲為本件請求。

(二)本件元京證公司並未因杜麗莊、林明義處理增購元大投信股權之行為而受有損害，原告之請求無理由：

按損害賠償之債，以實際上受有損害為成立要件，倘無損害，即不發生賠償問題；被害人實際上有否受損害，應視其財產總額有無減少而定。又損害賠償之目的在於填補所生之損害，其應回復者，並非「原來狀態」，而係「應有狀態」，應將損害事故發生後之變動狀況考慮在內。主張損害賠償請求權之原告，對於有損害存在及其數額等積極事實，負舉證之責，若原告未能舉證以明其主張為真實，則被告就其抗辯之事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求。經查：

1、系爭87.5億結構債部分：

原告主張系爭87.5億元結構債，於94年9月間由元大投信旗下基金移出賣斷予騰達公司，由元京證公司與騰達公司成立RS交易而代為支付上開價金；嗣於94年12月間將系爭87.5億元結構債以市價賣斷予元京證公司，終止RS交易，結算上開二交易價差，騰達公司支付元京證公司6億2,274萬460元，吳麗敏即依杜麗莊指示，以6.22億元金額分攤損失，製作「處理元大投信債券部位損益分攤報告」，由元京證公司以83.19%比例分攤，是以元京證公司增加持股62.47%，即受有損失3億8,902萬5,965元云云，為被告否認。且查：

(1)94年9月5日，元京證公司交割購入元大投信股權合計3,868萬8,481股，雖使元京證公司對於元大投信之股權自20.72%提高至83.19%，惟因95年2、3月間金管會檢查局派員至元京證公司業務檢查，發現上開增購元大投信股權，元京證公司提高結構債分攤損失比例之情，經金管會檢查局要求，吳麗敏簽呈經張立秋、杜麗莊批定，已將元京證公司就系爭87.5億元結構債損失分攤比例，由83.19%調降至20.72%等情，此為兩造所不爭執（見不爭執事項16、19），並經本院99年度金上重訴字第42號判決認定無訛（見本院前審卷第8頁背面至第9頁；第80至82頁）。準此，元京證公司損失分攤之比例，已經回復至元京證公司在增購元大投信股權前所應分攤損失之狀態，元京證公司自無因杜麗莊、林明義處理增購元大投信股權之行為，受有任何損害，是杜麗莊、林明義即無賠償義務可言（此與刑事犯罪行為人，依其犯罪行為既遂時點計算犯罪所得，縱犯罪行為人事後返還亦不能扣除者不同）。況嗣後處理系爭結構債

，依會計師之專案查核報告為獲利2億9,519萬9,090元（詳見後2(2)所述），並未受有損害，原告自不得請求被告賠償。

(2)至於元京證公司依原持有20.72%元大投信公司股權，分攤之損失8,000萬349元部分（見本院卷第262、275頁，原告於言詞辯論終結後提出之更證2），則係金管會為免引發市場系統性風險，於93年11月初，成立因應專案小組，於94年2月間下達「各投信公司出清處理結構式債券（下稱結構債）時須符合法令、不可讓基金投資人受損、若有損失由投信公司股東承擔等原則」三大處理原則為之，此參見呂東英、許德南之證述、改善債券型基金流動性專案小組會議紀錄（見本院卷第90頁背面至93頁，94頁背面、98頁），以及兩造不爭執事項4即明。此部分元京證公司所應分攤之損失，為元京證公司原持有元大投信股權20.72%所應分攤之損失，與杜麗莊、林明義處理增購元大投信股權至83.19%之行爲間，無因果關係。且上開損失，並非刑事判決認定：「杜麗莊、林明義明知元大投信處理結構債未來可能產生損失，元京證公司如增購該公司持股可能會增加分攤損失之比例，未揭露而予隱瞞，使元京證公司董事會無從就增購之必要性或時機選擇判斷或設下可免除增加分攤損失比例之交易條件，逕予通過增購案，致元京證公司因該增購案受有損害4億4,480萬3,252元」之犯罪事實範圍，自不能於本件附帶民事訴訟，請求被告賠償。

2、系爭28億元及18億元結構債部分：

(1)原告主張元大投信針對系爭28億元結構債，採分割方式處分，損失1億5,378萬2,436元；另18億元結構債部分，其中12億元賣斷損失1億1,412萬元，6億元部分無損失，以上結構債合計損失2億6,790萬2,436元，元京證公司以加權平均持股41.54%計算（計算詳見本院卷第172頁），增加分攤損失5,577萬7,287元云云，為被告否認。查原告主張之上開分攤損失金額，固據提出元大投信94年9月23日元投信字第0000000000號函及94年12月7日元投信字第0000000000號函為證（見本院前審卷第275、286頁），惟前開第427號函說明，元大投信就第一案即系爭28億元部分，「預計」損失為1億8,402萬3,782元；第二案即系爭18億元結構債部分，賣斷損失1億1,412萬元；第三案中採發行證券化商品CBO方式處理，共處分金額為84億5,000萬元等語，此見上開函文即明。據此可知，第二案固有損失，但第一案僅為預計損失，並無實際損失之數額，第三案於發

行證券化商品後損益如何，亦未見原告舉證說明。是上開94年間估算元大投信處理旗下基金相關結構債「損失」，僅屬會計帳目上所列之財務損失，並非實際發生之損失，自不能於本件損害賠償訴訟中，認定為元京證公司因杜麗莊、林明義處理增購元大投信股權之行為所受之損害。且元京證公司係因持有元大投信股權，協助處理系爭結構債，並於處理結構債發生損失時依比例分攤，而處理系爭結構債時，可能部分發生損害，部分獲有利益，依民法第216條損益相抵之規定（損害賠償之債權人基於與受損害之同一原因事實並受有利益，其請求之賠償金額，應扣除所受之利益），自應以整體結構債處理結算後，元京證公司因增加元大投信股權所生之損失分攤，而為認定，不能僅以部分結構債處理之結果，認定為本件之損害，原告據此主張，已無可採。此外，原告經本院數次曉諭提出元京證公司因杜麗莊、林明義處理增購元大投信股權所受損害之證據（見本院卷第37頁背面、107頁背面、207頁背面），仍查無其他事證可以證明，原告請求被告賠償，洵屬無據。

- (2)被告辯稱：系爭結構債處理結果獲利2億9,519萬9,090元等語，與元大證券公司105年1月26日元證字第0000000000號函覆：本公司最終損益為獲利2億9,519萬9,090元等語，以及資誠聯合會計師事務所林瑟凱會計師「協議程序執行報告」查核結果相符（見本院卷第134至143頁），即非無憑。又上開查核報告依審計準則公報第34號「財務資訊協議程序之執行」第15、16、17條規定，查核會計師執行協議程序，應作成工作底稿以佐證報告所述之事實，應依獲取之證據撰寫報告，獲取證據之方法包括檢查、觀察、查詢、函證、計算、分析及比較等方法（見本院前審卷五第106頁背面）。而依會計師公會全國聯合會會計師專業責任鑑定委員會，取得上開查核報告會計師工作底稿，確認會計師取得元大證券公司各項表冊核對各結構債損益金額之過程，認定受任會計師執行協議程序，符合審計準則公報第34號「財務資訊協議程序之執行」第15、16、17條規定（見本院卷第151頁背面至157頁背面），是上開會計師之查核報告所列數額，既有會計專業人員依審計準則公報第34號「財務資訊協議程序之執行」之規定執行專案查核，尚屬可信。原告雖以上開查核報告之評估基準日為99年6月30日，不足為損益計算之依據云云。惟損害賠償金額之計算，應以債權人實際受損之金額為準，本件元京證

公司所受之損害，應以系爭結構債全部處理結算後，元京證公司因增加元大投信股權所生之損失分攤而為認定，已如上述，即應將事故發生後之變動狀況考慮在內，而不能僅以系爭結構債未完全處理前，94年間會計帳目為準，原告之主張為無足取。原告復以上開查核報告未依一般公認之審計準則查核，不得援引作為處理結構債並無損失之依據云云。惟會計師受託對財務資訊執行協議程序時，依審計準則公報第34號「財務資訊協議程序之執行」公報第11條規定，本非依照一般公認之會計準則查核，有上開公報內容可按（見本院前審卷五第106頁背面），原告就此容有誤解。本件原告就其主張之損害金額，既不能舉證證明，其請求即不應准許，縱被告提出之上開查核報告有未盡之處，亦不能為原告有利之判斷。

3、據上論述，元京證公司並未因杜麗莊、林明義處理增購元大投信股權之行爲而受有損害，原告自無從依公司法第23條第1項、民法第184、185、544條規定，請求被告賠償。

(三)元京證公司既未因杜麗莊、林明義增購元大投信股權之行爲而受有損害，原告不得請求賠償，既如上述，則杜麗莊、林明義有無「重大損害公司之行爲或違反法令或章程之重大事項」事由存在，即毋庸再予論斷，附此敘明。

五、綜上所述，原告提起刑事附帶民事訴訟，依公司法第23條第1項、民法第184、185、544條，以及投保法第10條之1第1項第1款規定，請求被告連帶給付元大證券公司4億4,480萬3,252元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為無理由，應予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

七、據上論結，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 105 年 5 月 17 日
民事第五庭

審判長法 官 張靜女
法 官 許翠玲
法 官 張松鈞

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。

中 華 民 國 105 年 5 月 18 日
書記官 陳盈璇

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。但上訴人或其他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。