最高法院刑事判決

114年度台上字第5233號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官鍾曉亞

上　訴　人
即　被　告　李雲雁

選任辯護人　陳郁仁律師

上　訴　人
即　被　告　高玉露

選任辯護人　張凱昱律師
　　余淑杏律師

上　訴　人
即　被　告　張定中

上　訴　人
即　被　告　李光宗

選任辯護人　陳郁仁律師

上列上訴人等因被告等違反銀行法案件，不服臺灣高等法院中華民國114年6月25日第二審判決（110年度金上重訴字第4號，起訴

案號：臺灣臺北地方檢察署106年度偵字第14268、14269號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件經原審審理結果，以上訴人即被告李雲雁、高玉露、張定中及李光宗（下稱李雲雁等4人）之犯罪事實已有減縮，且高玉露、張定中及李光宗均無犯罪所得，亦符合偵查中自白之減刑要件，乃認第一審判決就其等4人部分之量刑及對高玉露、張定中及李光宗之沒收，皆有不當，因而撤銷第一審關於李雲雁等4人之科刑判決（不含李雲雁經第一審判決不另為無罪諭知部分，此部分業經第一審判決確定），改判論處李雲雁法人之行為負責人共同犯銀行法第一百二十五條第三項、第一項後段之非法經營銀行業務罪，處有期徒刑7年10月（相競合犯非法以外國公司名義營業、普通詐欺取財罪），並宣告除應發還外之相關追徵；高玉露與法人之行為負責人共同犯銀行法第一百二十五條第三項、第一項後段之非法經營銀行業務罪，處有期徒刑2年10月；張定中、李光宗與法人之行為負責人共同犯銀行法第一百二十五條第三項、第一項前段之非法經營銀行業務罪，各處有期徒刑1年1月、1年5月；並就李雲雁等4人被訴違反銀行法及高玉露、張定中、李光宗被訴違反洗錢罪嫌部分，均不另為無罪之諭知（此不另為無罪諭知部分，除其中經檢察官對李雲雁及高玉露提起上訴部分〈如後述〉外，其餘均已確定）。已綜合卷內所有證據資料及調查證據

之結果，敘明認定李雲雁等4人有原判決事實犯罪欄所載犯行之得心證理由及相關量刑依據，暨何以對李雲雁、高玉露不另為無罪諭知之理由，核其所為之論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，原判決上開部分並無足以影響其判決結果之違背法令情形存在。

二、本件上訴意旨略稱：

㈠檢察官部分：1.張定中及李光宗2人均在卓匯亨通有限公司（下稱卓匯公司）任職，並參與該公司內部營運工作而身居要職，為該公司核心成員。原判決竟以其2人與李雲鶴（業經原審以其死亡而諭知公訴不受理確定）、高玉露及李雲雁間無證據證明有犯意聯絡等理由，而僅認定應就其各自吸金規模負責，因均未達新臺幣（下同）1億元，乃只論以涉犯銀行法第125條第1項前段之罪，應有認定事實與卷證資料不符之判決理由矛盾。2.李雲雁及高玉露既透過游阿昆以才霸視訊網路股份有限公司（下稱才霸公司），擔任本件投資案之經銷商，對外招攬而非法吸金如原判決附表（下稱附表）六所示共計1749萬元，則原判決就其2人此犯行部分，所為不另為無罪諭知（即原判決第45、46頁之貳、不另為無罪諭知部分之一㈠4），亦有未依據證據認定事實之違誤。3.依中央銀行外匯局民國107年1月31日函附資料顯示，於102年1月1日至104年12月31日間，高玉露有52087.12美元之匯入款，而於此期間，原「哈斯根投資案」已在101年間結束，則此匯入款並非來自先前該「哈斯根投資案」，故難認高玉露無實際收取任何犯罪所得。原判決認高玉露並未實際收取佣金報酬，而無犯罪所得，乃不予宣告沒收，同有違誤。

㈡李雲雁部分：1.原判決既認卓匯公司之實際負責人係李雲鶴，而李雲雁僅為登記負責人，則其推出及向投資人說明講解投資案、收取投資款及紅利發放等事項，均由李雲鶴決定，李雲雁僅係依李雲鶴指示協助電腦建檔自救會提出之會員名冊、協助發放紅利或以電子郵件回覆投資人問題。是李雲雁既僅僅從事例行行政事務之職員角色，未參與決策、執

行，不具功能支配地位，自非共同正犯，應僅屬幫助犯，原判決逕予認定李雲雁為卓匯公司之法人行為負責人，並與李雲鶴為共同正犯，且未就李雲雁所指第一審判決附表一（即原判決附表一）關於入金之記載與事實不符部分加以說明，僅將附表一「出金日期」、「出金金額（美元）」及「出金金額（新臺幣）」等欄位刪除，而據以認定本案吸金金額逾1億元，均有調查職責未盡及理由欠備之違誤。2.卓匯公司會員繳交投資款之方式有兩種，一係由會員逕將投資款匯入卓匯公司銀行帳戶，一則由會員直接或委由他人交付予李雲鶴，則卓匯公司非法吸收之資金，僅李雲鶴有事實上處分權，李雲雁並未負責財務，僅為財產之紀錄、統計等文書作業，不及於保管或處分，故難認與李雲鶴係收執該筆款項之人。原判決認上開投資款項兩人均有共同處分權，而於李雲鶴死亡後，僅李雲雁為犯罪所得之支配權人，予以宣告沒收，亦有違經驗法則及論理法則，而有判決理由矛盾之違法等語。

㈢高玉露部分：高玉露於原審曾爭執經查扣之「共同被告李雲雁電腦紀錄」及「證人吳昶均所提出之電腦紀錄」並無證據能力，原審僅就李雲雁電腦紀錄內容之「電腦紀錄之列印資料」進行勘驗，而未勘驗電腦資料之「數位證據原本」，經高玉露當庭否認、爭執，且李雲雁曾表示「列印電腦資料」與「其電腦中數位資料」有不合之處。復以扣案物品列表載有「筆記型電腦（李雲雁）」之原件仍存在，原審未當庭就此勘驗比對，則該電腦數位證據既未經嚴格證明程序之「驗真」調查，即逕認均有證據能力，且在無其他金流紀錄之佐證，即為不利於高玉露之認定，又對於高玉露有無招募會員、是否知悉卓匯公司營運等事實，論述前後不一，即認高玉露於本件成立吸金之共同正犯，凡此均有證據調查未盡、判決理由欠備及理由矛盾之違誤等語。

㈣張定中部分：1.原審以張定中前已因「哈斯根投資案」經判處有期徒刑3年6月確定，竟再為本件非法吸金犯行，乃認不

適用刑法第59條酌量減輕其刑。然卻未考量前案已假釋獲准並付保護管束期間期滿而執行完畢，可見其深知悔悟，於第一審並積極與被害人黃威翔、黃文治達成和解賠償，未於前案執行完畢後再犯他案，且聽取法官諭知而自動溢繳47萬3309元，是應有刑法第59條規定之適用，原判決顯有不適用法則之不當。2.原審審理時因法官之勸諭，張定中乃自動繳回犯罪所得47萬3309元，然嗣後經原審調查結果，於判決認張定中並無犯罪所得，則原判決未就張定中此溢繳部分說明應如何發還，自有判決理由不備之違誤等語。

㈤李光宗部分：李光宗前因故意犯公共危險罪，經合併定應執行有期徒刑5月確定後，已於105年8月12日執行完畢，其後並無再犯他罪，自應符合刑法第74條第1項第2款所規定前案執行完畢後，5年內未曾故意犯罪而得宣告緩刑之情形。且李光宗固為本案行為人，惟亦同為卓匯公司外匯投資案之被害人，損失投資款99萬元；況較之同案被告陳珮瑄經判處1年10月有期徒刑、犯罪所得沒收，卻予緩刑宣告確定，李光宗係經判處刑度更低之1年5月有期徒刑，亦無犯罪所得，則舉重明輕，更應併予宣告緩刑，請予緩刑之宣告等語。

三、惟查：

㈠學理上關於「供述證據」與「非供述證據」，作為證據法上之類型區別，主要是以證據資料是否來自「人之陳述」作為基準。具體以言，前者係以人的語言（含書面陳述）為證據，後者則為前者以外之各種其他證據。亦即在上開分類中，供述證據以外之證據即屬非供述證據。而實務上向來均以涉及犯罪責任及國家刑罰權存否之實體事項始須適用嚴格證明法則，至關於訴訟程序上諸如證據與待證事實之關聯性，或證據有無證據能力等事項，法院為獲得相關訴訟資料，其所使用之證據調查方法及認定，則擁有較廣泛之選擇或裁量自由，暨較寬鬆之證據調查程序及證明程度要求，是而就證據能力存否之調查及判斷，依自由證明法則即可。原判決就本件查扣之「共同被告李雲雁電腦紀錄」及「證人吳

昶均所提出之電腦紀錄」如何具有證據能力，已說明高玉露及其辯護人於原審審理時，對於憑以認定犯罪之供述證據及非供述證據，均同意作為證據（見原審卷8第424至461頁），並審酌該等供述證據作成時之情況，認為適當，而依刑事訴訟法第159條之5第1項規定，認均有證據能力；另非供述證據部分，以查無違反法定程序取得之情形，亦認均有證據能力之旨。稽之原判決已就上開部分之非供述證據，說明其如何認定有證據能力之理由，雖行文用語略有粗疏，然既非違背法定程序所取得，且經原審於審理時合法踐行勘驗之調查程序，並經高玉露同意均有證據能力，而係僅就其「證明力」表示於辯論時再為陳述等語（見原審卷8第436、437、439頁），則高玉露前揭上訴意旨再就該等證據能力予以爭執，主張原判決此部分有證據調查未盡及理由不備之違法，自非上訴第三審之適法理由。

㈡證據的取捨、證據證明力的判斷及事實的認定，都屬事實審法院的自由裁量、判斷職權；此項裁量、判斷，倘不違反客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可指。又共同實行犯罪行為之人，在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責。共犯之正犯性，在於共犯間之共同行為，方能實現整個犯罪計畫，即將參與犯罪之共同正犯一體視之，祇要係出於實現犯罪之計畫所需，而與主導犯罪之一方直接或間接聯絡，不論參與之環節，均屬共同犯罪之正犯。原判決就李雲雁等4人於本件犯行之參與情形及成立共同正犯範圍，已說明如何依憑全案調查證據之結果並綜合卷內證據資料而為認定，並載敘：

1. 李雲雁與高玉露部分：李雲雁與其胞兄李雲鶴以○○市○○○路000號00樓作為卓匯公司之營業處所，從事招攬民眾加入本件投資案之業務等情，業據李雲雁在偵查中自白明確，核與共同被告李雲鶴、高玉露、張定中、李光宗及陳珮瑄、劉芳妤等人之證述相符，並有證人即投資人陳治義（原名陳

勝德）、賴喬英、梁惠卿，及證人即與卓匯公司有業務往來之吳昶均、張光樑等人證詞可參；復有卓匯公司簡介向香港政府申請公司註冊之文件、李雲雁代表卓匯公司與投資人陳昱靜簽訂之本件投資合約書、「哈斯根/黃金時代外匯投資自救會成立緣起」所載：「解決方案：決定找金主承接所有投資人的帳號…在香港成立一家投資公司…」之內容等證據資料可憑，足認李雲雁與李雲鶴確有以卓匯公司名義對外招攬本件投資案吸收資金甚明。而卓匯公司並非銀行法所稱之銀行，且未經主管機關核准經營銀行業務，不得經營收受存款業務，然李雲雁等4人與李雲鶴等有以卓匯公司名義，藉由本件投資案分別向如附表一所示之投資人吸收資金等事實，除據李光宗、張定中於原審供認明確外，高玉露亦於偵查中供承：哈斯根倒了後，我們成立一個自救會，因為在香港要有一個公司才能下單，所以成立卓匯公司，其業務與哈斯根相同，主要是賺口數，有招募新會員，因為自救會要有資金才能下單，舊會員有再提供資金，也有新會員加入，並於原審坦認有收取3位投資人之投資款項等語；復參以如附表一「證據」欄所列之相關證據資料，已足認本案之吸金主體為卓匯公司，李雲雁與高玉露2人有與李雲鶴等以卓匯公司推出之本件投資案向附表一所示之投資人吸收資金等事實明確。是互核李雲鶴、李雲雁、高玉露所供承之招攬投資情形，與各證人所證情節並無歧異，且參以「哈斯根/黃金時代外匯投資自救會成立緣起」所載內容，可知卓匯公司招攬投資對象及吸收資金來源，非僅限於原「哈斯根投資案」之舊投資人，並有招攬新投資人加入投資，且其招攬方式，亦不僅限於在卓匯公司臺北據點舉辦說明會，尚擴及在其他處所舉辦說明會、茶會或利用與他人洽談事務之機會等方式進行招攬，足見李雲雁辯稱其無主動、積極針對不特定人為廣泛、大規模之招攬投資行為，高玉露辯稱其不知李雲鶴、李雲雁有成立卓匯公司做為吸金公司等各詞，均不足採信。且依高玉露證稱：卓匯公司要發放紅利時，李雲雁會將要發放

紅利的投資人帳戶資料交給我去銀行存款；詹湘穎證稱：我到卓匯公司，有問題都會問李雲鶴、李雲雁，我到臺北領紅利，是李雲鶴跟他弟弟李雲雁給我的；後來沒有拿到投資的紅利後，當時大家叫他為「鶴哥的弟弟」（即李雲雁）有承諾會返還投資款項等語，及其他相關投資案之電子郵件等事證（見原判決第25頁第4列至第26頁第25列），足認李雲雁非僅單純擔任卓匯公司登記名義負責人，其對於卓匯公司推出之本件投資案，與實際負責人李雲鶴均係居於決策、執行及支配使法人犯罪之地位甚明。是李雲雁辯稱其僅係居於幫助犯之角色等語，顯無可採。而李雲雁因係卓匯公司本件吸金案之行為負責人，其犯罪之吸金規模，即為本件投資案所收取如附表一所載之全部資金2億2060萬5000元，顯已逾1億元以上。另勾稽卷內相關事證及證人之證詞，其中依「哈斯根/黃金時代外匯投資自救會成立緣起」記載「結論：…成立自救會，並推舉李雲鶴先生為主任委員…推選總幹事高玉露女士」等內容（見原判決第26頁第26列至第29頁第5列），再據「哈斯根/黃金時代外匯投資自救委員會組織章程」第4條職權說明「總幹事：落實主任委員交辦事項，為所有投資會員爭取權益，並得為主任委員之全權代理人以執行會務」之內容，可知高玉露在卓匯公司除從事行政、會計等業務外，復有提供其購買之建物作為卓匯公司之營業據點，並參與招攬投資人、向投資人說明投資方案、收取投資款項、發放紅利及落實李雲鶴關於自救會之交辦事項等行為，而該自救會則係以成立卓匯公司執行本件投資案為目的，顯見高玉露對於本件投資案之執行，參與程度甚深，而與李雲鶴、李雲雁間具有相互利用之補充關係，是其與李雲鶴、李雲雁間就本件招攬投資行為有犯意之聯絡及行為之分擔，自應負共同正犯之全部責任，則高玉露之本件犯罪吸金規模即與李雲雁同為2億2060萬5000元等旨。經核原判決就李雲雁及高玉露本件應與李雲鶴成立共同正犯，且獲取之吸金規模已逾1億元等事實，所為之論斷，已就卷內相關各訴

訟資料，逐一剖析，參互審酌，並依憑卷內各相關證據資料而為判斷，自無其2人上訴意旨所指原判決有證據調查未盡、理由不備及認定事實與卷證不符之理由矛盾可言。

2. 張定中、李光宗參與招攬本件投資案之情形，因其2人並未在卓匯公司任職，亦未參與該公司內部之營運工作，其等就本件投資案概屬業務性質，僅各自對外從事招攬部分投資人，其中張定中招攬之投資人為許峰源、林湘涵、書蘭英、黃威翔、黃文治等5人（實際招攬之投資金額，由附表一擷取如附表三所載），而李光宗則招攬之投資人有劉惠文、蕭蘭沁、林芸如、趙珍藝、鄧健庭、黃采晴、郭香君等7人（實際招攬之投資金額，由附表一擷取詳如附表四所載），是其2人除此部分外，就其他非屬其等所招攬之投資人，既無證據可證其2人對於該部分有參與決策、在投資說明會上解說或有何支配該公司犯罪之能力，則其等與李雲鶴、李雲雁、高玉露間即難認有何相互利用、補充關係存在，自無就本件投資案與李雲鶴、李雲雁負全部責任之情形，而應僅就其等各自招攬如上所述之投資人部分負其責任。故經核算結果，張定中就本件犯罪之吸金規模為231萬元，李光宗為1254萬元，其2人吸金規模均未達1億元之旨（見原判決第30頁第19列至第33頁第8列）。核屬原判決就卷內相關各訴訟資料，為其取捨證據之適法職權行使，檢察官上訴意旨指原判決關於張定中、李光宗之吸金規模有認定事實與卷證資料不符之理由矛盾，難謂係合法上訴第三審之理由。

3. 就李雲雁及高玉露透過游阿昆招攬如附表六所示投資人，共非法吸金計1749萬元部分，檢察官雖提出相關證人之證詞及才霸公司之收款收據、共同投資協議書、客戶委託書與切結同意書等為證。然查：關於上開1749萬元投資款之金流，游阿昆之證述前後已有歧異，而高玉露亦當庭否認收過游阿昆交付此投資款，則游阿昆證述之真實性即存有嚴重瑕疵而難以遽採。又證人即才霸公司之會計蘇俞綸、行政助理張光樑分別在原審均證稱：其等在才霸公司任職期間，游阿昆均未

指示交投資款給高玉露等語。益見游阿昆所證曾透過蘇俞綸、張光樑交付附表六之投資款給高玉露一節，顯非真實。衡以游阿昆經商多年，對於鉅額款項以現金交付他人，應索取收據為憑以杜爭議，則倘如其所證有交付鉅額現金給高玉露，自有留存相關收據以為佐證，然卻未能提出任何憑證，實有悖於常情。從而，游阿昆所證有將附表六所吸收之投資款交予高玉露或卓匯公司之情，即難採信。至李雲雁以電腦所登載卓匯公司投資會員或匯給投資人款項之資料內，雖有陳祈沛、任威達、鄒宜庭（即鄒沛淇）、戴湧宸、吳秀春等名字在列，然如上述，其等縱有交投資款給才霸公司，既已不能證明游阿昆有轉交予卓匯公司，自無從認定卓匯公司有非法吸收此部分資金。再參之李雲鶴在偵查中供稱：才霸公司所推薦的外匯專案，都是由游阿昆集資後投資到「黃金時代」，在「黃金時代」惡性倒閉後，游阿昆就沒有再集資投資卓匯公司等語。是依卷內相關證據資料，尚難認李雲雁與高玉露有公訴意旨所指此部分違反銀行法之犯行，乃予不另為無罪諭知之旨（見原判決第49頁第25列至第51頁第19列）。經核亦屬原判決依其適法職權，審視卷內相關證據資料，所為取捨證據後之論斷，既未違反證據法則，自無檢察官此部分上訴意旨所指有認定事實與卷證不符之理由矛盾可言。

㈢關於刑之量定及緩刑之宣告，均係事實審法院得依職權自由裁量之事項；而刑法第59條酌減其刑之規定，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用，且亦屬法院得為裁量之職權，自不得以未適用該條酌減其刑，即任意據為上訴第三審之理由。原判決已說明：張定中在為本件非法吸金犯行前，曾涉嫌在哈斯根投資案從事招攬投資人之吸金行為，並經原審法院以106年度金上重訴字第7號判決處有期徒刑3年6月確定，其竟在哈斯根投資案後，再為本件非法吸金犯行，難認有何特殊之原因與環境而足以在客觀上引起一般人同情；況

張定中經2次之遞減其刑後，就其所犯之銀行法第125條第1項前段之罪，其最低處斷刑度已非嚴峻，自無再依刑法第59條規定對於張定中酌量減輕其刑之餘地。而李光宗前因故意犯公共危險罪（酒後駕車）2罪，經合併定應執行有期徒刑5月確定，在105年8月12日執行完畢，之後除本案犯行外，即無其他犯罪，雖符合刑法第74條第1項第2款所定「前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」得宣告緩刑之情形，但審酌李光宗自陳其為哈斯根投資案之投資人，因哈斯根公司歇業，投資人求償無門等語，可知其深知非法吸金對投資人造成損害之嚴重性，然其卻仍為本件非法吸金犯行，所為侵害個人財產法益及影響社會金融秩序，且犯後迄未賠償被害人所受損害等情，因認不適宜宣告緩刑等旨。經核原審關於張定中、李光宗刑之量處，已全盤審酌其2人本件犯行之相關情狀，至關於其他共犯，因所犯情節或量刑審酌條件有別（如因參與之程度、擔任之角色等情），基於個別量刑之個案拘束原則，自不得援引其他共犯就個別之量刑處遇，執為原判決對張定中未依刑法第59條予以酌減，及未就李光宗所處之刑併予宣告緩刑違法之論據。是其等2人上訴意旨所指原判決有量刑失衡之不當等語，均非屬適法上訴第三審之理由。

㈣認定犯罪所得之有無及其沒收，因沒收制度在現行法之性質，係採類似不當得利之衡平措施，已非屬刑罰，而不適用嚴格證明法則，僅依與卷內證據資料相符之自由證明已足，無須證明至毫無合理懷疑之確信程度。原判決已於理由就前揭上訴意旨所各指之相關沒收部分說明：關於本件招攬投資人投資可獲得之報酬如何計算及認定，依李雲鶴及劉芳妤在偵查中各證稱：可獲得投資金額的8.1%作為佣金，李雲雁在偵查中供稱：招攬會員的佣金，是按會員投資的金額依比例計算等語；復參諸扣案李雲雁製作之推薦會員可獲得獎金之電腦紀錄，互核以觀，本件招攬投資人投資確能獲取相關佣

金報酬。惟檢視可獲得獎金紀錄所載之獎金種類，包括「推薦獎金」、「差額獎金」及「同階獎金」，而核算獎金之聘階，分「業專」、「主任」、「副理」、「處經理」、「經理」、「副總」、「總監」等有不同之核算比例，且係浮動而非固定；再參之李雲雁在原審所供報表上記載獎金比例會跳來跳去而有不同比例，是因實際上還沒有決定分配結論等語。則由於卷內尚無其他相關證據可供勾稽核算獎金之基礎金額與招攬投資金額間之比例關係，且獎金比例係如何浮動等依據，因此即以李雲鶴及劉芳妤所證招攬投資之佣金為投資金額之8.1%為可採。是以李雲雁與李雲鶴因共同違反本件銀行法之犯行，而向附表一所示之投資人合計詐取2億2060萬5000元（見原判決第18頁第24列至第20頁第16列所論述之理由及依據），且李雲雁既負責財務，可見其與李雲鶴係最後收執該等款項之人，故上開款項應屬李雲雁與李雲鶴得共同處分支配，惟李雲鶴在上訴原審因死亡經諭知公訴不受理判決確定後，李雲雁即為該犯罪所得之支配權人。另依林志遠證稱：我本金部分有領回20萬元、林芸如證稱：李雲鶴已經還我一半的本金（共投資99萬元〈附表一編號86〉，所餘一半即49萬5000元），至於李雲雁雖提出銀行匯款申請書、存款憑證、收據、借據等，主張係李雲鶴生前與投資人和解所給付之款項等語。然李雲雁並未提出相關和解資料佐證，且依上開單據所載，亦無從判斷究係基於何種法律關係而為給付，自無法證明係返還本件投資本金，尚難遽予扣除。又李雲雁在第一審提出之張鈞祿、謝在東所書立收到李雲鶴各返還330萬元、510萬元之字據，其上既均載明係借貸，亦不能予以扣除。據此李雲雁可支配處分之犯罪所得2億2060萬5000元，扣除上開已返還林志遠、林芸如之本金各20萬元、49萬5000元後，餘額2億1991萬元，應對之追徵。另關於高玉露因招攬本件投資，雖形式上可獲得如附表三、四、五所示之佣金，惟其否認有確實收到佣金。而依卷附李雲雁製作之獎金帳務資料，固記載其等可獲得若干金額之獎金，然其上

就實發金額則記載為「0」，亦即並無實際支付佣金（見卷宗代號對照表之A29卷第249、315頁），且檢察官復未能舉證高玉露確實有收受佣金之其他事證，自無從認定其有實際收到佣金報酬等旨。經核原判決就李雲雁及高玉露關於本件犯罪所得數額及有無之認定暨相關追徵宣告，已詳為審酌論斷，且稽之與卷內所附相關資料記載相符，足見原判決上開認定尚難認有何違誤。至檢察官上訴意旨固提出中央銀行外匯局函附之外匯收入歸戶彙總表，顯示於102年1月1日至104年12月31日間，高玉露有52087.12美元之匯入款，故應認高玉露尚有該筆犯罪所得等語。然稽之該彙總表以載明該表內之各客戶顯示之外匯金額，係以「等值美元加總」計算，其中高玉露部分雖有52087.12美元，惟其累計期間是否包含該表所示102年1月1日之前，且含其他幣別？獲取來源、管道為何？均無從單憑該表得知，是檢察官此部分上訴意旨徒憑此表指摘原判決認高玉露並未實際收取佣金報酬而無犯罪所得，乃不予宣告沒收有所違誤等語，要非屬上訴第三審之合法理由。再關於刑事處罰法律中，如犯罪行為人於偵查中自白，並自動繳交全部犯罪所得，固有減輕其刑之相關規定，然究有無犯罪所得，或其數額多寡，常會隨檢察官偵查或法官審理之進度或審認標準、調查階段之進展，而呈現浮動狀態，故若檢察官或法官依當時案件之偵審程度命令或諭知繳交其暫時推算、推估應繳交之犯罪所得金額者，亦非法所不許，且於行為人遵此繳交後仍應認有前述減刑寬典之適用。惟若因行為人遵諭繳交後，迄於判決內始認行為人並無犯罪所得，嗣經確定者，自應待於執行時由檢察官依其職權辦理應否發還事宜。卷查，張定中於原審固因法官之勸諭，自動繳回犯罪所得47萬3309元（見原審卷9第9、10頁之繳交犯罪所得資料單、繳款收據），然嗣後經調查結果於判決認張定中並無犯罪所得，則關於張定中所繳交之此部分金額，自應留待全案確定後，由檢察官在執行階段，依判決本旨以其職

權妥為辦理之。原判決縱未贅就張定中此溢繳部分說明應如何發還，尚難認有判決理由不備之違法。

四、綜上，本件檢察官及李雲雁等4人之上訴意旨，均徒以其個人主觀意見，就原判決已明白論斷之事項及量刑、追徵、不予沒收之適法職權行使，再為事實上爭執或泛稱量刑、未予沒收不當，均未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。從而，本件就得上訴第三審之違反銀行法罪名部分之上訴為違背法律上之程式，應俱予駁回。又李雲雁所犯前揭違反銀行法罪名之上訴既不合法，而從程序上駁回，則其與此罪名相競合犯之非法以外國公司名義營業、普通詐欺取財罪名部分，係分屬刑事訴訟法第376條第1項第1款、第5款所定不得上訴第三審之案件，且無同條第1項但書之情形，檢察官及李雲雁就此部分之上訴，應併予駁回。至本院為法律審且本件係程序判決，李光宗所請宣告緩刑部分，自無從審酌。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　5　　日

刑事第二庭審判長法　官　林立華

法　官　王敏慧

法　官　陳如玲

法　官　游士珺

法　官　莊松泉

本件正本證明與原本無異

書記官　李淳智

中　　華　　民　　國　　115　　年　　2　　月　　6　　日