臺灣高等法院高雄分院刑事判決

114年度上易字第183號

上　訴　人　臺灣高雄地方檢察署檢察官陳麒

被　　告　侯秋珠

000000000000000000

000000000000000000

上列上訴人因被告竊盜等案件，不服臺灣高雄地方法院113年度易字第435號，中華民國114年2月27日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署113年度偵字第2957號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

侯秋珠犯竊盜罪，處有期徒刑壹年貳月。未扣案之犯罪所得新臺幣伍拾陸萬陸仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

事　實

一、侯秋珠自民國110年5月1日起，受僱為罹有失智症之郭素華擔任看護。於111年11月2日12時6分許，陪同以輪椅助行之郭素華前往高雄市○○區○○○路000號「高雄銀行三民分行」，由郭素華自其申設之高雄銀行三民分行帳戶（帳號：000000000000號，下稱高雄銀行帳戶）提領新臺幣（下同）60萬元，並領取該帳戶之金融卡1張後，返回郭素華位在高雄市○○區○○○○街00號0樓住處。詎侯秋珠為意圖自己不法之所有，於上開郭素華領得金融卡後，至次日即同年月3日17時57分許之間某時，竟利用照護郭素華之機會，在郭素華上址住處或渠二人返回該址之過程間某處，若非基於竊盜之犯意，徒手竊取郭素華甫領回之前揭高雄銀行帳戶金融卡1張（含提款密碼），即是利用郭素華偶然遺落該金融卡而隨即為其拾得之機會，未善盡其作為看護而必須保護受看護者之工作內容及性質，對於受看護者偶然遺忘、遺落之事物，原亦有隨時提醒、照看及取還之義務，基於業務侵占之

犯意，將該金融卡侵吞入己。得手後，又基於以不正方法由自動付款設備取得他人之物之單一犯意，接續於附表所示時、地，持上開金融卡並輸入提款密碼，而以此不正方法由自動付款設備提領郭素華寄託在高雄銀行帳戶內之存款566,000元。嗣於同年月18日，郭素華發覺有異而報警處理，經警方調閱監視器錄影畫面，始悉上情。

二、案經郭素華訴由臺灣高雄地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力

一、供述證據

㈠證人蔡維珍部分

1.按被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。刑事訴訟法第159條之1第2項定有明文。證人蔡維珍於民國112年11月14日經檢察官以證人身分訊問時，經具結後所為之證述，既無事證顯示有顯不可信之情況，應認為有證據能力。

2.次按無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。刑事訴訟法第155條第2項、第163條第2項分別定有明文。又法院於具體個案，除曉諭檢察官為證據調查之聲請，俾依刑事訴訟法第163條第1項因當事人之聲請而為調查外，尚可依同條第2項前段規定，依職權介入調查，此調查職權發動與否，法院仍得裁量，祇是檢察官不得依同項但書規定主張法院應依職權調查不利被告之事項，並據以指摘法院有應於審判期日調查之證據未予調查之違法，藉以豁免檢察官之舉證責任而已（最高法院114年度台上字第1142號判決意旨參照）；又該項「得」依職權調查之證據，於調查前，對於被告究屬有利或不利，尚不明確，自不得因調查之結果，對被告不利，即謂法院違法調查證據（最高法院107年度台上字第1340號判決意旨參照）。證人蔡維珍於偵查中為前開

證述後，於原審及本院審理時，均未據檢察官聲請傳喚其人到庭行交互詰問，經本院依職權傳喚到庭作證，並分由檢察官及被告行使詰問權以踐行人證之調查程序，依前開說明，其證述自得作為本院判斷之依據。

㈡證人郭素華部分

按被告以外之人於審判中有身心障礙致記憶喪失或無法陳述之情形，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據。刑事訴訟法第159條之3第2款已然明定。證人即告訴人郭素華自110年2月8日起，即因罹患失智症而持續於高雄市立大同醫院（委託財團法人私立高雄醫學大學經營）神經科門診追蹤治療，有該院113年12月20日診斷證明書1份在卷可稽（本院卷第125頁）；於111年間並經長庚醫療財團法人高雄長庚紀念醫院診斷罹患退化性腦萎縮症，有該院111年11月23日診斷證明書附卷可參（他卷第35頁）。依證人即其111年11月15日由被告帶同前往合作金庫十全分行辦理貸款手續時，負責承辦之行員葉秋君於112年3月29日接受警詢時，就告訴人郭素華當時之精神、意識表現，雖證稱：其當時意識應該是清醒的，經直接詢問有關個人隱私問題，如有無小孩、住哪裏、職業為何等，都像常人一樣回答等語（警卷第10頁）；然隨病程發展，至114年4月間經家人送往醫院進行失智衡鑑時，對於其子女有幾人，及其以前職業為何，甚至自己身處何處等簡單問題，均已喪失正確回答之能力，此據證人蔡維珍於本院審理時，就該具體之情節證述綦詳（本院卷第278頁至第279頁），並經高雄醫學大學附設中和紀念醫院、高雄市立大同醫院診斷罹患失智症，及說明其因病情關係，記憶、理解及判斷力下降，影響獨立思考能力等情，有二所醫院分別於114年5月13日、113年12月20日出具之診斷證明書各1紙附卷可憑（本院卷第123頁、第125頁），顯然已達記憶喪失且無法陳述之程度，告訴代理人陳報該證人因上開情事，已經無法到庭作證，堪信

為真。茲依證人郭素華於本件接受警詢及偵訊之時點，除與前述證人葉秋君證稱見其應答狀況與正常人相當之時間相近，身心及健康狀況應屬相當外，依其證述內容之層次條理亦未見有何明顯異狀，於檢察官訊問時，所述內容並與提示之銀行監視錄影紀錄均能相互呼應契合。又郭素華之警詢陳述，係由司法警察依法定程序詢問，過程尚無任何不法詢問情事，且係採一問一答之方式，而詢答內容無任何誘導之情形，亦無證據顯示受有外力干擾，客觀上堪認具有可信之特別情況。另該偵查中之陳述，郭素華係經檢察官以告訴人身分傳喚，而非以證人身分訊問，依現存卷證並無證據顯示其陳述非出於任意性，應無違法取證之瑕疵，依其當時對於案情敘述受外力、人情干擾程度較低，該筆錄內容亦經其親自閱覽確認無誤後簽名，本院審酌其偵查中陳述當時之原因、過程、內容等各項外在附隨環境或條件觀察，應堪認為有可信之特別情況。茲依其罹患疾病之客觀不可逆性，日後亦已無從令其人再為證述，其警詢及偵查中之陳述自為證明本件犯罪事實之存否所必要，依前開說明，自得為證據。

二、非供述證據

本判決後開憑為認定被告犯罪事實之各項非供述證據，經查無違反法定程序取得之情，依其內容及客觀呈現狀態，既未見有何偽造、變造或違法取證情事，復與公訴意旨指述之事實有關聯性，依刑事訴訟法第158條之4規定反面解釋，應認為均有證據能力。

貳、實體部分

一、認定犯罪事實所憑之證據及理由

㈠訊據被告於本院審理時，對其前揭時地受僱擔任郭素華之看護，並陪同前往銀行領取郭素華所有前揭帳戶之金融卡等事實，均自承不諱，然矢口否認持郭素華之金融卡提領現金之事實，對於原審法院經勘驗超商監視器錄影紀錄所見，其在附表所示時間接續多次操作超商內提款機及提領現金之影像，則辯稱該影像呈現內容係提領自己帳戶之存款及檢視其

他入帳情形云云。

㈡經查，本件告訴人郭素華因罹患失智症，自110年2月8日起即持續於高雄市立大同醫院（委託財團法人私立高雄醫學大學經營）神經科門診追蹤治療，並於111年11月25日經該院出具病症暨失能診斷證明書載明須24小時專人看護等情，有前引該院於113年12月20日開立之診斷證明書，及上開病症暨失能診斷證明書在卷可稽（他卷第27頁）。被告自110年5月1日起，受僱擔任告訴人郭素華之看護，於111年11月2日中午陪同以輪椅助行之郭素華前往「高雄銀行三民分行」，由郭素華提領其帳戶內之款項，並領取金融卡1張後，隨即返回郭素華位在上址之住處等情，除據被告自承如上，並與證人即告訴人於警詢、偵訊陳述之情節相合，復有卷附該銀行之監視錄影紀錄翻拍照片在卷可稽，堪信為真。又郭素華上開帳戶之金融卡經領取後，於次日即111年11月3日起至9日止，即遭人接續多次持以密集提領共計566,000元，除有前開帳戶之交易明細在卷可憑外，其經檢察官指揮高雄市政府警察局三民第一分局調取各該經特定之提款設備於所示時點之監視錄影紀錄，並均顯示其操作提款機及取款者，均為被告本人，有臺灣高雄地方檢察署檢察官112年2月14日雄檢信鳳112他1080（112發查238）字第1129010544號案件發交調查指揮書（他卷第41頁、第42頁）、高雄市政府警察局三民第一分局刑事案件報告書及所附提領一覽表（他卷第47頁至第49頁、第53頁、第54頁）附卷可憑，並經原審法院於審理時，當庭勘驗該錄影紀錄製作勘驗筆錄暨截圖附卷，猶據被告自承影像中操作提款機之人確為其本人無訛，堪予認定。被告雖辯稱其上開各筆操作提款機之作為，係在查看自己帳戶之入帳情形及提領款項，並非盜領告訴人之存款云云，然其所辯，除與上開各提款機於所示時間經紀錄之操作內容，迥然不符外，被告既辯稱於五段時間分別發生在三所超商，共計29筆操作提領紀錄之影像，適巧均係以自己之金額卡對帳戶進行檢視或提領款項，卻在案經起訴並歷經一審

程序至本院審理終結前，均未能提出任何一筆可資顯示其所稱提領自己帳戶款項之交易紀錄供查，是其所辯，自無可採。被告於附表所示時地持告訴人銀行帳戶之金融卡由自動付款設備提領款項共29筆，合計566,000元之事實，堪予認定。

㈢其次，本件被告於前揭時地取得告訴人之金融卡並持以由自動設備取款之事實，固堪認定。然因被告始終否認其事，本案經窮盡合法調查之事，依告訴人因罹患前開疾病且行動不便，須藉輪椅活動，苟非由看護陪同，並無自行外出之能力等情，已據證人蔡維珍於本院審理時證述明確（本院卷第278頁），客觀上除可確定被告取得該金融卡之時間區段，及其地點必在郭素華上址住處或渠二人於領提卡片，返回該址之過程間某處以外，仍無從具體釐清被告取得該金融卡之確實方式及管道。惟告訴人於前揭期間係由被告負責擔任看護，其平日有忘東忘西之情形，故看護之工作亦須負責隨時提醒、處理等情，已經證人蔡維珍證述在卷（本院卷第276頁），茲依作為看護而必須保護受看護者之工作內容及性質，對於受看護者偶然遺忘、遺落之事物，原有隨時提醒、照看及取還之責，亦為事理之常，自堪採信。是依告訴人自111年11月2日中午領得金融卡返家，至被告於111年11月3日下午5時57分持該金融卡首次盜領之時點間，依兩人之互動及活動範圍觀之，被告取得該金融卡而不為告訴人所知之方式，苟非竊取自告訴人持有支配之中，則必為告訴人於被告陪同返家之過程中，偶然遺落而喪失對該金融卡之管領支配，並隨即為被告拾取而侵吞入己，非此即彼，絕無第三種可能。然依前述，被告身為告訴人之看護，依其從事之業務即在照顧告訴人，協助打理、照看隨身事務，是其本於工作內容，果有拾得告訴人偶然遺落之物，自應妥為保管、返還並協助收妥，若反而將此離告訴人本人持有之物侵吞入己，則應成立業務侵占罪，而非刑法第337條侵占遺失物之一般性規定，不釋自明。

㈣綜上所述，本件被告犯罪事證已臻明確，其以竊盜或業務侵占方式取得告訴人之金融卡，並進而利用自動付款設備領取款項之犯行，堪予認定，應依法論科。被告於本院審理時，聲請傳喚告訴人郭素華到庭證述並與之對質，然郭素華因罹患失智症暨退化性腦萎縮症，病況非輕，已經無法就本案再為證述，業如前述，是被告此一調查證據之聲請自屬調查不能，爰不予調查，附此敘明。

二、論罪

㈠按有疑唯利被告原則（in dubio pro reo；亦有逕以之即為「罪疑唯輕」原則者，實則係誤解後者自出於上古典籍尚書大虞謨以來，自古其本質即為「罪疑有罪」，而非「罪疑無罪」或「無罪推定」之思想，與此一拉丁法語所揭示原則之立場，正好相反。詳參：許玉秀前大法官於釋字第五八二號解釋提出之協同意見書〔註18〕及其引用之國內學者論文），一般認為係指法院已經窮盡證據方法而對於實體犯罪事實仍存在無法排除之疑問時，應以對被告有利之方向認定。然若法院已經用盡所有證明之方法，雖不能明確掌握行為人之行為該當某一特定不法構成要件，卻可確信其確實犯罪，並確信其行為若非該當甲（此）犯罪之構成要件，就是該當乙（彼）犯罪之構成要件，且不成立甲犯罪之唯一可能，就是成立乙犯罪，非此即彼，反之亦然，絕對沒有無罪之可能，則若仍僵化切割並分別適用有疑唯利被告原則而各為不能證明之認定，即明顯不符合公平正義。就此，德國學說及實務採取「選擇確定」（Wahlfeststellung，為避免用語混淆，國內文獻亦有譯作「選擇認定」者）作為不成文之例外，即准許在確信行為人之行為，非此即彼地在兩個（或兩個以上）可能的犯罪（罪名）之間成立其一之情形下，作成選擇性之有罪判決，並基於選擇認定之事實判決被告有罪。目的即為排除在少數之例外情形下，因適用有疑唯利被告原則而造成之不公與不妥現象。據此，在個案中如確定行為人確有犯罪，卻無法特定其該當數犯罪構成要件中之何者

時，基於個案正義之考量，即准許作出選擇確定（認定）判決，並以其中較輕罪之刑罰處罰之。

㈡核被告所為，除係犯刑法第339條之2第1項之非法由自動付款設備取財罪外，就其取得告訴人金融卡之行為，則係犯刑法第320條第1項之竊盜罪或刑法第336條第2項之業務侵占罪，非此即彼，且無第三種可能。本院按，在法律規範精確類型化之發展過程中，立法者就實體法規定之犯罪態樣及條文罪名精緻細分之目的，乃追求以更精確細緻之非難評價，更完滿地實現刑罰之公平正義，原非藉以在程序法關於事實認定之判斷規則上，為原可確信為犯罪之行為人創造排除其應受刑罰之不公平結果。茲就本件所涉具選擇關係之竊盜罪及業務侵占罪之間，不論依德國通說所採之「法倫理與心理上可比較性」（Rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit），或國內學者提出之「構成要件同源性」（即觀念上系出同源，僅因法律規範精確類型化而經細分為不同罪名及法條）之判斷標準，均合於適用選擇認定之前提。為避免因僵化切割、分別適用有疑唯利被告原則而造成之實質不公，違背法治國原則以正義為內涵之本質，就犯罪事實及刑罰之適用，自應參照適用選擇確定之法理認定之，並因竊盜罪之法定刑較業務侵占罪為輕，爰僅依竊盜罪之刑罰處罰之。又被告基於單一犯意，於時空密切關聯之情形下，接續多次以不正方法由自動付款設備取財，應成立接續犯而論以一罪。被告為取得告訴人之存款，以單一整體之行為，先取得告訴人之金融卡，繼而持以用不正方法由自動付款設備提款，係以一行為而觸犯數罪名，並侵害數法益，應依刑法第55條前段想像競合犯之例，從一重之竊盜罪處斷。檢察官起訴雖未指明被告可能涉犯刑法第336條第2項業務侵占罪之罪名，然此罪名既已經本院於審理中為權利告知時，一併告知，已經充分保障被告之訴訟上防禦權，自得予以審究，併此敘明。

三、上訴論斷

原審因認被告犯行明確而予論罪科刑，固非無據。惟被告取得告訴人上開帳戶金融卡之原因，固不能排除係告訴人於領得金融卡返家之過程中偶然遺落，而隨即為被告拾得。然被告既為告訴人之看護，依其工作之內容及性質，對受其看護者偶然遺忘、遺落之事物，自亦有隨時提醒、照看及處理之義務，是其苟於執行看護業務中，見有受看護者遺落之物，自應即予拾取並妥為保管、返還，果有侵吞入己之行為，即應成立業務侵占罪之構成要件，乃原判決以其行為應構成刑法第337條之侵占遺失物罪，並據以為論罪科刑之依據，即有未恰。被告上訴否認犯罪，請求為無罪判決，雖無理由，然原判決既有上開違誤，亦已無可維持，自應由本院將原判決撤銷，另為妥適之判決。

四、量刑

爰以被告於本件犯罪呈現之責任為基礎，審酌被告身為告訴人之看護，對受看護人自有善盡照顧、保護之義務，竟因貪圖告訴人存款之動機，先以前開不法方式取得受看護人之金融卡，繼而密集利用自動付款設備大肆提領，必將帳戶內之款項提領殆盡而後快，嚴重違背雇主與看護間之信賴關係，對於社會秩序及人際互動之影響非輕。犯罪提領之金額多達566,000元，受其侵害之被害人為罹患失智且行動不變之長者。並考量被告為53年次出生之人，於本件犯罪時年58歲，受有專科畢業之教育程度，及其家庭環境、經濟狀況（詳卷），此前曾有偽造文書、妨害名譽之前案紀錄（不構成累犯），有法院前案紀錄表在卷可參，素行非佳。及其犯罪後所表現之態度等一切情狀，量處如主文第二項所示之刑，以資儆懲。

五、沒收

㈠按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，刑法第38條之1第1項前段、第3項分別定有明文。查被告盜領如附表所示郭素華帳戶存款合計566,000元，均屬被告之犯

罪所得，且未扣案，應依上開規定宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

㈡未扣案被告犯罪所得之告訴人所有金融卡及預設密碼單，其物之本身既無相當之經濟作用、財產價值，並可循掛失程序消滅其用為提款工具之功能，以之為沒收標的，自欠缺刑法上之重要性，爰依刑法第38條之2第2項規定，不予宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項、第299條第1項前段、第364條，刑法第320條第1項、第336條第2項、第339條之2第1項、第55條前段、第38條之1第1項前段、第3項、第38條之2第2項，判決如主文。

本案經檢察官詹美玲提起公訴，檢察官陳麒提起上訴，檢察官李廷輝、楊慶瑞到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　11　　月　　11　　日

刑事第八庭　審判長法　官　陳中和

法　官　李貞瑩

法　官　陳松檀

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後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）「切勿逕送上級法院」。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　11　　月　　11　　日

書記官　楊馥華

附錄本判決論罪之法條：

中華民國刑法第320條

意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，為竊盜罪，處5年以下有期徒刑、拘役或50萬元以下罰金。

意圖為自己或第三人不法之利益，而竊佔他人之不動產者，依前項之規定處斷。

前二項之未遂犯罰之。

中華民國刑法第336條

對於公務上或因公益所持有之物，犯前條第1項之罪者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科15萬元以下罰金。
對於業務上所持有之物，犯前條第1項之罪者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科9萬元以下罰金。
前二項之未遂犯罰之。
中華民國刑法第339條之2
（違法由自動付款設備取得他人之物之處罰）
意圖為自己或第三人不法之所有，以不正方法由自動付款設備取得他人之物者，處3年以下有期徒刑、拘役或30萬元以下罰金。
以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。
前二項之未遂犯罰之。
【附表】

編號	提領時間	提領地點/提款機編號	提領金額
1	111年11月3日17時57分4秒	高雄市○○區○○○路000號「統一超商順屏門市」/00000000	20,000元
2	111年11月3日17時57分59秒	同上	20,000元
3	111年11月3日17時58分42秒	同上	20,000元
4	111年11月3日17時59分35秒	同上	20,000元
5	111年11月3日18時0分37秒	同上	20,000元
6	111年11月3日18時1分42秒	同上	20,000元
7	111年11月3日18時2分35秒	同上	20,000元

8	111年11月4日 7時49分25秒	高雄市○○區○○路00號「統一超商龍順門市」/00000000	20,000元
9	111年11月4日 7時50分24秒	同上	20,000元
10	111年11月4日 7時51分21秒	同上	20,000元
11	111年11月4日 7時52分24秒	同上	20,000元
12	111年11月4日 7時53分21秒	同上	20,000元
13	111年11月4日 7時54分17秒	同上	20,000元
14	111年11月4日 7時55分12秒	同上	20,000元
15	111年11月7日 8時40分1秒	高雄市○○區○○○○街000號「統一超商後驛門市」/00000000	20,000元
16	111年11月7日 8時41分3秒	同上	20,000元
17	111年11月7日 8時42分23秒	同上	20,000元
18	111年11月7日 8時43分21秒	同上	20,000元
19	111年11月7日 8時44分22秒	同上	20,000元
20	111年11月8日 10時11分10秒	高雄市○○區○○路00號「統一超商龍順門市」/00	20,000元

		000000	
21	111年11月8日 10時12分5秒	同上	20,000元
22	111年11月8日 10時13分0秒	同上	20,000元
23	111年11月8日 10時13分53秒	同上	20,000元
24	111年11月8日 10時15分12秒	同上	20,000元
25	111年11月8日 10時16分14秒	同上	20,000元
26	111年11月8日 10時17分10秒	同上	20,000元
27	111年11月9日 18時0分44秒	高雄市○○區○○○○街000號「統一超商後驛門市」/000000000	20,000元
28	111年11月9日 18時1分45秒	同上	20,000元
29	111年11月9日 18時3分45秒	同上	6,000元