

東海大學法律學研究所

博士論文

指導教授：高金桂博士

刑法上詐術概念之研究
—構成要件類型之體系分析

The Study of Criminal Law's Conception of Fraud

研究生：呂秉翰

2011年7月17日



博士學位考試委員會審定書

私立東海大學法律學研究所

博士班研究生 呂秉翰 君所提之論文：

刑法上詐術概念之研究－構成要件類型之體系分析

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
博士學位標準。

考試委員簽名處

鄭善印

余振華

高金桂

柯耀程

蔡蕙芳

100年 6月 27日



謝 誌

寫謝誌代表著學業歷程要暫告一個段落，惟繼之而起的則是另一個學術研究階段的啓程。本論文之成，首先要向指導教授高金桂博士致謝，其實，老師可能從來都不知道，其分析事理之能力與親切和善的行止對於我的影響之深刻。老師對於我在論文進度的放心與生活點滴的關心，我會永遠感念在心。其次，要向論文口試的四位教授致意。鄭善印老師的輩份雖高，但對於不是常常勤快請益的後生晚輩，總還是會表露關切之情，其展現在學術研究上沈穩與嚴謹的風格，更是我必須持續虛心學習的楷模。柯耀程教授，與其雖相識得早，但其實接觸的少，當然，這應要歸責於我，老師對於不是其門下出身的我，每一次會見時，無論是學術研究抑或生活點滴，總能侃侃而談，而讓人觸發更多靈感、受益良多。余振華教授與蔡蕙芳教授，雖然常從期刊窺見兩位的大作，但直至此次才是第一次有幸目睹風采，感謝兩位老師對於論文的指正，讓研究成果能夠更臻周延。本論文或許不盡完善，且容許我還有進步與成熟的空間。此外，東海大學法律系的陳運財教授、黃啓禎教授、蔡耀州助教，銘傳大學安管系范國勇教授，吳鳳科技大學李永振教務長、廖福村教授，還有碩班的同學陳錦華先生、大學同學葉修文先生，感謝您們對於我在課業上、工作上與生活上的啓發與幫助。幾位師長與朋友都是福慧雙修的人，衷心祝禱諸位永遠平安喜樂。

人生的際遇著實難測，一路走來雖然總非十分順遂，但我相信萬物變化，冥冥之中自有道理，每個人在這世上所遭遇的每一件事，其實都有它的意義存在，且唯有深切體驗與深刻反省，才能淬煉與茁壯一個人的想法與心智。生活中總有挫折與不快，但或許，比起大多數的其他人而言，我們已是何其幸運了。高中與大學皆就讀夜間部的我，從前從未想像過有此這般能耐能夠一直往上進修深造，這條路也許有些許的曲折，但最終還是達成了自己所策定的目標，感謝這一切的不平順，讓我感悟更多、成長更多、知足更多。

文末，要感謝的是我的父母、妻小、岳母與太太的丫嬤，感謝父母對於我的養育之恩，感謝岳母與丫嬤這幾年對於我們小倆口的奧援，也要感謝我的子女豐采了我的生命與生活，家人始終是驅策我必須向上提升的重要力量。在此要特別紀錄，每一位子女的誕臨同時都標誌著我的人生重要大事：大女兒孟臻出生當年，我謀得人生第一份專職的工作；大兒子昕儒出生當年，我如願考上博士班；小兒子昕頤出生當年，我在未取得博士學位之前，可以先行順利升等為助理教授，而愛妻也順利考取研究所。每晚每每望著三個小寶貝熟睡的小臉龐，總能讓我忘卻煩憂、深深感動，我要感謝上天賜與我這人生最珍貴的禮物。最後一位必須讓我要用生命去感謝的是我的愛妻巫嘉惠，從相識、結褵直至今時此刻，十六年陪我走來，雖然一路艱辛但從無埋怨，更因為持家有方，讓我在工作上與學業上，總不必牽掛分神，而能夠全心全力地投注心力。尤其當我陷入情緒的低潮時，妳也總是陪在我身邊鼓勵著我、提醒著我。可以說，沒有妳的奉獻就必定沒有我的成就，往昔是如此，相信未來亦復如此。此時心境，只願與妳相廝相守今生與來世。

呂秉翰 謹誌

2011 暑

論 文 摘 要

本研究所處理的議題，可能是連德國、日本之刑法立法例都不太可能存在的問題。逐條比對台灣與德國、日本的普通刑法典，固然有許多罪名涉及到使用詐術的概念，有明訂為成文的構成要件要素者（最典型的罪名是詐欺罪），但更多的是實質意義上的詐術概念（像是：偽造文書罪、偽證罪、使公務員登載不實罪...等）。台灣的刑法將「詐術」明訂為「成文的構成要件要素」者，多達 12 條條文，可知立法者在立法之初，確實偏好使用此一概念作為犯罪規範之內容，但這些規定不僅橫跨各種法益性質，在主觀構面上與客觀構面上的不法內涵更屬不同，能否對於各罪之「詐術」之概念做出相同解釋，自是大有疑問。

基於上述的質疑，本研究必須從涉及詐術概念的核心罪名-詐欺罪展開論述，但在規範性的刑法釋義學之前，本文首先從現今詐欺犯罪在台灣的危害事實加以介紹，除了凸顯詐欺犯罪的嚴重性之外，更深層的意義就是進一步導引出嚴格並謹慎解釋詐術相關罪名的必要性。在詐欺罪的各項爭議之研究基礎之上，承接對於各罪的詐術概念詳加比對、解析與歸納，各個要素不斷地被充實、調整與修正、重新定性與定位，其目的都是為了讓犯罪行為的判斷更加合理與精準，才能貫徹法治國家之明確性原則的要求。本文並就可能之犯罪競合型態加以討論，進一步尋求適宜的刑法論理解釋方案。終末，則藉由全文的分析成果，由解釋論之取向返歸立法論之取向，做出合宜的相關修法建議。

總結本研究全文之建議如下：

- 一、擴大詐欺犯罪法事實之探索面向；
- 二、調整詐欺罪的不法構成要件；
- 三、引介被害人理論解釋詐欺罪之不法內涵；
- 四、深刻檢討實務上幫助詐欺的瑕疵判決；

- 五、揚棄傳統見解上空泛的「詐術」概念；
- 六、修正構成要件中不當的詐術規定（參見表 6-2-4）；
- 七、釐清糾結不清的詐術犯罪競合問題。

關鍵字：詐欺、詐術、刑法釋義學、構成要件、犯罪競合。



目次

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第一項 研究背景	1
第二項 研究動機	2
第三項 研究目的	3
第二節 方法論與研究方法	4
第一項 方法論.....	5
第二項 研究方法	8
第三項 本文立場	13
第三節 研究範疇與架構.....	16
第一項 研究範疇	16
第二項 研究架構	18
第二章 詐欺犯罪法事實的觀測.....	21
第一節 千禧年後的犯罪新寵：詐欺犯罪	21
第一項 概說.....	21
第二項 本土的統計數據	21
第三項 詐欺犯罪的社會危害性	28
第四項 詐欺犯罪與刑法規範之關連.....	30
第二節 詐欺犯罪的特性、類型與手法.....	31
第一項 詐欺犯罪的特性	31
第二項 詐欺犯罪的類型	32
第三項 詐欺犯罪的手法	36
第四項 政府抗制詐欺犯罪之現況.....	40
第三節 法事實研究對於刑法釋義學的啓示.....	42

第一項 分道揚鑣的刑法學與犯罪學.....	42
第二項 實證研究的觀念轉化.....	43
第三項 法事實研究對於刑法釋義學之重要性	44
第三章 詐欺罪的詐術概念.....	49
第一節 詐欺罪構成要件的結構與要素.....	49
第一項 侵害法益	49
第二項 客觀不法	54
第三項 主觀不法	58
第四項 因果關係與客觀歸責.....	62
第五項 詐欺罪構成要件的特殊色彩.....	65
第二節 詐欺罪構成要件的「詐術」概念	67
第一項 問題之所在.....	67
第二項 行使詐術之過程	69
第三項 對於詐欺罪詐術概念的解讀.....	83
第三節 詐欺罪與被害人學的匯集與適用	92
第一項 關於被害人之自我責任問題.....	92
第二項 刑法被害人學理論的興起與發展.....	95
第三項 以被害人學理論限縮詐欺罪之適用.....	99
第四項 刑法被害人學理論各項主張之比較.....	103
第四節 詐欺罪幫助犯之實務爭議	105
第一項 問題之提出.....	105
第二項 詐欺罪之幫助犯的成立要件.....	107
第三項 當前司法判決的各種見解.....	110
第四項 詐欺罪幫助犯的不法要件檢析	113
第四章 詐欺罪以外的詐術概念之類型分析	119
第一節 共通的問題：詐術的面向與內容	119

第一項 就「事實之主張」行使詐術.....	119
第二項 就「評價之主張」行使詐術.....	124
第三項 「評價主張」與「事實主張」的界線.....	126
第二節 詐欺罪以外各罪的詐術意涵.....	130
第一項 構成要件明示的詐術概念.....	130
第二項 欠缺詐術要素的特殊詐欺罪.....	131
第三項 實質的詐術概念.....	136
第四項 其他構成要件類型的詐術概念.....	140
第三節 構成要件類型下的「詐術」概念特徵.....	168
第一項 法益屬性之異同.....	170
第二項 客觀構面之異同.....	171
第三項 主觀構面之異同.....	172
第四項 綜合比較與表解.....	174
第四節 對於各罪詐術概念的定性與定位.....	176
第一項 同一概念的不同意涵.....	176
第二項 同一概念的不同內容.....	177
第三項 同一概念的不同屬性.....	179
第四項 綜合比較與表解.....	181
第五章 行使詐術的犯罪競合問題.....	187
第一節 競合論概說.....	187
第一項 競合理論基本理念.....	187
第二項 想像競合之內涵.....	194
第三項 法律單一之內涵.....	198
第四項 本章探討之內容與範疇.....	206
第二節 詐欺罪章之內的詐術競合.....	206
第一項 詐欺取財罪與詐欺得利罪.....	207

第二項 詐欺罪與新增三罪之特別詐欺罪.....	209
第三項 詐欺罪與準詐欺罪.....	210
第四項 詐欺罪與背信罪.....	212
第三節 詐欺罪章與其他罪章之詐術競合.....	213
第一項 詐欺罪與相關之偽造罪.....	213
一、詐欺罪與冒用公務員服章官銜罪之競合.....	213
二、詐欺罪與行使偽造貨幣罪、行使偽造有價證券罪之競合.....	213
三、詐欺罪與行使偽造信用卡罪之競合.....	215
四、詐欺罪與行使偽變造往來客票罪之競合.....	216
五、詐欺罪與行使違背定程度量衡罪之競合.....	217
六、詐欺罪與偽造文書罪之競合.....	218
七、詐欺罪與偽仿造商標商號罪之競合.....	219
第二項 詐欺罪與侵占罪.....	219
第三項 詐欺罪與恐嚇取財罪.....	221
第四項 詐欺罪與間接毀損罪.....	224
第四節 詐欺罪章之外的詐術競合.....	224
第一項 偽造罪與偽造罪、誣告罪、使公務員登載不實罪.....	224
一、偽造信用卡罪與偽造準私文書罪及偽造署押罪.....	224
二、偽造私文書罪與偽造印章印文署押罪.....	225
三、誣告罪與行使偽造文書罪.....	226
四、使公務員登載不實罪與偽變造文書罪、行使偽變造文書罪.....	227
第二項 妨害信用罪與公然侮辱罪、毀謗罪.....	228
第六章 結論與建議.....	231
第一節 結論.....	231
第一項 詐欺犯罪之法事實的現狀與啓發.....	232
第二項 詐欺罪構成要件應採實質解釋方法.....	234

第三項 詐欺罪重要學理的發展與司法實務的檢討.....	235
第四項 「詐術」概念作為不法要素的立證過程.....	237
第五項 各罪中詐術概念之不一致性與類型化.....	238
第六項 構成要件內含詐術要素的犯罪競合問題.....	239
第二節 建議.....	240
第一項 擴大詐欺犯罪法事實之探索面向.....	240
第二項 調整詐欺罪的不法構成要件.....	242
第三項 引介被害人理論解釋詐欺罪之不法內涵.....	243
第四項 深刻檢討實務上幫助詐欺的瑕疵判決.....	244
第五項 揚棄傳統見解上空泛的「詐術」概念.....	244
第六項 修正構成要件中不當的詐術規定.....	245
第七項 釐清糾結不清的詐術犯罪競合問題.....	251
第三節 省思與展望.....	251
參 考 文 獻.....	255
附錄一.....	265
附錄二.....	269

表 次

表 2-1-1：台灣近 5 年詐欺案件發生數及破獲率.....	23
表 2-1-2：台灣近 5 年電信及網路詐欺案件概況.....	23
表 2-1-3：台灣民眾遭受「詐騙犯罪」的侵害的比例.....	25
表 2-1-4：台灣民眾對於政府在防治防制詐騙犯罪的滿意度.....	27
表 4-3-1：詐術構成要件之各罪比較.....	175
表 4-4-1：各罪詐術概念之屬性比較.....	182
表 6-2-1：台灣、德國、日本有關詐術構成要件之各罪比較.....	246
表 6-2-2：詐術構成要件之實務適用頻率(一)(全國法規資料庫).....	247
表 6-2-3：詐術構成要件之實務適用頻率(二)(法源法律網).....	247
表 6-2-4：建議修法內容.....	248



圖 次

圖 1-3-1：本研究之研究架構圖.....	20
圖 2-1-1：台灣民眾對詐欺案件嚴重度變動趨勢圖.....	24
圖 2-1-2：台灣民眾遭受「詐騙犯罪」的侵害的比例趨勢圖.....	26
圖 2-1-3：台灣民眾對於政府在防治防制詐騙犯罪的滿意比例趨勢圖.....	27





第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

第一項 研究背景

台灣近年來詐欺犯罪案件層出不窮，由於詐欺犯罪歹徒擅於利用人性的貪婪弱點，以巧言令色配合時空因素的詐騙手法，諸般案件令人咋舌。在 21 世紀網路與通訊發達的新世代中，詐騙集團之詐騙手法亦隨之演進，運用科技的詐欺陷阱方式，其犯罪手法似網路之病毒，藉著 e 化網路或通訊技術無遠弗屆的威力，隨時穿透民眾防線藉機詐財，甚至不少知識份子、白領階級亦糊塗受騙，從媒體報導幾乎每天都可看到民眾受騙之案例可知，顯然社會上此一犯罪型態具有急遽增加之趨勢，詐欺案件除了被害人的財物損失之外，有時甚至衍生出不幸的「案外案」¹。

從統計數據可知²，近年來之財產犯罪人數中，最多者除竊盜犯罪外，其次便是詐欺犯罪，分析詐欺案件歹徒作案之手法，不外乎利用諸般人性弱點，如貪婪、同情與恐懼的心理，再配合時、空因素佐以花言巧語、移花接木，

¹ 2010 年新聞報導「人頭帳戶成詐欺 全家燒炭 3 死」：男子莊先生與妻子張小姐疑似證件、手機遺失被詐騙集團利用，當作人頭帳戶，有 11 件詐欺訴訟纏身。上週壓力過大帶著 2 個月大的女兒燒炭自殺，留下遺書指控司法不公，家人昨天接到遺書時，趕快跑到家中關心，發現已經燒炭自殺，其中莊某則是幸運獲救。...。(資料來源：豐原分局。日期：2010/04/07。)

資料來源 <http://www.police.taichung.gov.tw/TCPBWeb/wSite/ct?xItem=8467&ctNode=478&mp=pda> (last visited on 2011/3/11)

另，2011 年新聞報導「退休金被騙光 男刀刺心臟自殺」：台北市 1 名退休的放射師，疑因 500 多萬元退休金投資失利，又遭女網友騙錢致鬱鬱寡歡，他曾多次告訴姊姊說：「如果真的活不下去，我就要在神桌牌位前面自殺。」未料他昨天趁姊姊去醫院照顧父親時，於住家客廳持瑞士刀刺進左胸心臟，送醫後不治。...

資料來源 http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/33115103/IssueID/20110115 (last visited on 2011/3/11)

² 台灣近年來詐欺犯罪的統計數據，請參見本研究第二章第一節的圖表與說明。

乃至於恐嚇威逼等朦混技倆，以達詐騙之目的。以往犯罪者乃以少數人的小型聚合或單打獨鬥為主，例如以金光黨「扮豬吃老虎」、「招會詐財」、「不實廣告詐財」、「虛設商號」等方式。現今則因社會經濟型態的改變，高科技電子通訊的發達、網際網路的普及，詐欺手法日新月異，演變出諸多如刮刮樂、信用貸款、購物、手機簡訊...等犯罪型態，此類新興詐欺犯罪之共通特性即是運用偽造證件、人頭帳戶，以及空頭電話...等犯罪工具，以各種名目誘使或脅迫被害人將款項匯入詐騙集團所指定之人頭帳戶中，嚴重侵害人民財產法益。有鑑於此，詐欺犯罪與詐欺罪之研究，實刻不容緩。

第二項 研究動機

由於詐欺罪屬於日常生活中極常見的財產犯罪，因此詐欺罪構成要件之解釋，一直以來都是刑法學界討論的焦點，我國刑法學者通常將為刑法第 339 條稱為普通詐欺罪，並將第 1 項：「意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者...」稱為「詐欺取財罪」；第 2 項：「以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者亦同。」稱為「詐欺得利罪」；關於構成要件之討論雖然很多，但卻極少看到學者們透過解釋構成要件之過程，詳細論述詐欺罪構成要件所展現的特性，以及其與其他同以「詐術」作為構成要件要素之各罪的重要區別究竟為何，也正因為如此，往往會產生過度強調單一構成要件要素之解釋方式，以致於忽略眾多與詐術有關之犯罪在刑法體系上的相互關聯性。於不同的罪章及罪名中，各種詐術之概念及其意涵為何？彼此之間的異同為何？實有加以釐清之必要。

「一切的概念都是關於真實的抽象」(Concepts are abstractions from reality)。一個概念乃是一個心智的建構或抽象的觀念，其所指涉的，不是某一類現象，便是某一類現象所共有的特性³。概念是理性思維的基本形式，但

³ 易君博，政治理論與研究方法，1993 年，第 14 頁。

對於同一類事物，人們可以形成幾種不同的概念；這些不同概念的內涵，分別地反映同一類事物不同方面的特有屬性。同類事物的概念之所以可以相異，是因為任何科學都是用那種科學所特有的觀點來研究相應的自然或社會客體，這種觀點利於解決這種科學所提出的理論和實踐任務。就本研究而言，「詐術」作為刑法體系上的重要犯罪概念之一，欲釐清同一概念在不同構面的特有屬性，並進一步區分出不同詐術概念在犯罪結構中不同的定性與定位，實為本文之重要動機。並希冀藉此研究成果能夠進一步提出立法層面上之調整方向。

第三項 研究目的

「犯罪」這個現象，為古今中外始終無法根絕的社會問題，一般人對於犯罪的理解是：犯罪是破壞社會秩序而應該受到國家制裁的行為。但這種看法並沒有全面性地看透犯罪這個概念。從靜態面觀察，犯罪的負功能與正功能是並行存在的，犯罪不但可以澄清社會規範、降低社會內部的緊張關係，更重要的是，犯罪還可以強化團體的凝聚力、提供社會革新的動力；再從動態面觀察，因為相關研究指出犯罪具有「變異性」的特質，犯罪的質與量都會因社會變遷而產生變異現象，許多犯罪現象會因時空的不同而異其內涵，從而許多的犯罪類型並非穩定不變⁴。犯罪雖為個人行為，但卻與政治體制、社會結構以及經濟型態具有極為密切的關連。觀察整部犯罪史，即可發現，每當政治體制、社會結構以及經濟型態有所變更時，往往亦就導致犯罪在質與量上的變動，假如不是質變而產生一些新興型態的犯罪，就是量變而促使一些傳統型態的犯罪在發生數量的增加或減少等等現象。因此，當我們在面對資訊發達、經濟快速成長的今天，我們無可避免地必須面對變化，而如何應付這些變化，成為法律規範必須處理的問題。面對時空變異的犯罪類型與

⁴ 黃富源、范國勇、張平吾，犯罪學概論，2002年，第69頁。

犯罪行爲，刑法規範要如何順勢應對便成爲相當重要之課題。

刑罰之客體爲犯罪行爲，以詐欺罪而言，其犯罪行爲即爲「欺騙」。但是否所有的詐財的欺騙行爲都必須以刑法之詐欺罪相繩，應予討論。實務上有以「經濟判斷」爲元素，區分詐欺與合法利潤，進而排除部分經濟隱瞞利誘行爲的做法，顯有將獲利目的的誇大或欺瞞行爲，予以層級化的意向。尤有甚者，以行政制裁或僅以民事侵權或契約履行之回復原狀，即足爲保障的話，則現行刑法第 339 之詐欺罪相關規定，則有檢討之必要。有鑑於實務上詐欺犯罪層出不窮，受害人數及金額有日漸擴大的現象，提出此問題之解決之道更是當務之急；因此，「發現詐欺罪構成要件之特性所在，及處理詐欺罪各構成要件要素之相關問題」，不僅應爲目前刑法學界必須重視的問題，也是本文之目的。

第二節 方法論與研究方法

科學活動的探討，可以區分爲「方法論」(methodology)與「研究方法」(research method)兩個層次。科學研究的方法論，涉及科學活動的基本假設、邏輯及原則，目的在探討科學研究活動的基本特徵，其內容多屬基本概念，牽涉各門科學在方法上共同具有的特徵。相對於方法論所具有濃厚的知識論的色彩，研究方法則是指從事研究工作所實際採用的程序或步驟。由於不同的科學學門所關心的問題不同，研究方法自有差異。社會科學與自然科學不同，自然科學以實驗、反覆驗證爲方法，來論證理論的正確；社會科學則以前瞻假設之命題，來涵攝社會複雜的現象，並提出合理的說明與解決之道。通常社會科學所謂之研究方法者，乃運用科學化的方式對研究之設計、資料之蒐集與分析、及資料之解釋作最合適之處理，以建構學術論文研究之基礎⁵。

法學作爲社會科學之一門學科，在方法論上與其他社會科學學門具有相

⁵ 一般而言，社會科學的行為研究法有質的與量的方式，質的研究，採用歸納法，是建立理論 (theory-building) 的研究；量的研究，採用演繹法，是測試理論 (theory-testing) 的研究。

通之處，惟法學分析方式著重於價值判斷與邏輯析辨⁶，此者復與其他社會科學學門迥異，因此其研究方法之風貌另有其獨特之途徑。雖然，法學研究上有關「方法論」與「研究方法」的研究客體，在一定程度上所指涉者是同一件事，但在概念理解上，兩者仍屬不同層次之問題，而分屬不同之知識領域，前者偏重理論面，後者偏重技術面⁷，只是法律學界通常並不加以嚴格區分，有時甚或將兩者當作是同義詞交互混用，當然，理解上的差異不能算是錯誤，將方法論當作是研究方法本無不可。所需強調者係，一切方法的最終目的皆在於獲得知識與真理，故對於方法、方法論、研究方法不能盲目排斥，因其為達到認識事物或事理的不二途徑。

第一項 方法論

方法論所牽涉到的是哲學上有關「知識論」(Epistemology)的基本問題，知識論是一門探究知識根源、結構、方法，和有效性的學問，通常，知識論上比較重要的問題有：1.知識的可能性；2.知識的範圍；3.知識的根源；4.知識的方法論；5.先驗問題；6.知識的分類；7.知識的結構；8.真理的問題；9.命題的意義和驗證的關係⁸。法學之研究首先必須講究法學方法，而法學方法論尤應先於法學研究方法被理解，至法學方法論，係以一套先設的假定為準據確定其基本的研究立場，從事法學理論之建構，進而檢討、詮釋、批判法之存在與衍化現象、法之科學技術及法之實踐功能等之研究態度之學科。由

⁶ 最高行政法院 95 年度判字第 01639 號判決指出：「...按通常法律的適用依序包括下列四個階段：1.調查證據而認定事實，亦即發生什麼事實，而存在那些證據？2.解釋及確定法律構成要件之涵義，亦即法律構成要件具體的確認其規範的範圍。3.涵攝，案件的事實與法定構成要件是否該當？4.確定法律效果，如何處置？法律適用之涵攝過程，不僅是一種尋求邏輯結果的過程，並涉及一個評價性的認識過程。...」。

⁷ 林子傑，人之圖像與憲法解釋，2007 年，第 267、268 頁。

⁸ 有關「知識論」的簡要說明，請參見：中華百科全書（線上檢索）—

資料來源 <http://ap6.pccu.edu.tw/Encyclopedia/data.asp?id=472&htm=04-394-2256> 知識論.htm (last visited on 2011/3/14)

於法律科學涉及「人」的因素，不免具有個別性及主觀性，不能以純粹自然科學的「因果律」、「同一律」做為嚴格客觀的邏輯推演。亦即，「人之不同各如其面，其個別性之色彩至為濃厚，社會秩序自亦不若自然秩序之具有『普遍性』、『必然性』，法學者運用其理性智慧所設定之原則，自亦難期其能『放諸四海而皆準，行諸萬世而不惑』⁹」。信哉斯言。

從「知識論」來看，其主要任務在於如何認識真理。到底人類有無獲得客觀知識的可能？或者什麼樣的知識才算是客觀的知識？自古以來皆為哲學的重要問題¹⁰。知識論中的方法論向有「唯名論」(Nominalism)與「唯實論」(Realism)兩支對峙的學說，通常兩者是指西方在西元十一、二世紀「共相問題」(The Problem of Universal)。但是，在西方哲學史上，這兩個名詞使用得相當鬆泛，譬如：當它們用來指稱十七世紀的經驗主義與理性主義，或者二十世紀的邏輯實證論與士林哲學時，意涵就有不同。然而，不容否認的是，無論是何種形態的唯名論或唯實論，在基本立場上，它們仍有許多相似之處，而且很明顯地是繼十一、二世紀的唯名與唯實之爭發展出來的¹¹。簡單來說，自然科學慣於運用方法論上的「唯名論」，以化約的公式描述自然界的因果律，因此，價值思考可以排除，「本質」的問題可以無庸理會；法學論辯則需謹守方法論上的「唯實論」，需要深掘合理性的基礎¹²。此外，唯實論反對「規則拘束命題」，但不反對「爭論命題」以及「最低限度推論命題」。唯實論在描述性法理論 (descriptive legal theory) 方面，會認為論證管制規則也不可能存在。但是如果轉變為某種實用主義論述，則在規範性法理論 (normative legal theory) 方面，唯實論會主張一種「追求最大效用之論證管制規則」(a rule of

⁹ 楊仁壽，法學方法論，1995年，第35、36頁。

¹⁰ 楊日然，法理學，2005年，第16、17頁。

¹¹ 唯名論與唯實論的說明，請參見：中華百科全書（線上檢索）－資料來源 <http://ap6.pccu.edu.tw/Encyclopedia/data.asp?id=3938&htm=06-403-3501> 唯名論.htm (last visited on 2011/3/14)

¹² 林東茂，一個知識論上的刑法學思考，2001年，第17頁。

reasoning-regulation pursuing maximization of utility)¹³。要之，對於唯實論而言，主要關懷點在於將法學研究往法律的經驗實證性方面推展，也就是研究法律在事實層面的適用、遵守與承認。

其次，從哲學上的「本體論」(Ontology)出發，法學方法論有所謂的「方法一元論」(methodological monism)與「方法二元論」(methodological dualism)之對斥，方法一元論與方法二元論的根本爭執在於規範（應然）是否是一個獨立於現實之外，與現實毫無相關的概念形成體系。歷史哲學基本上為一元論之哲學，在理論認識與實踐評價上並無明顯之劃分，二元論則源於 Kant 哲學，一反一元論之立場，主張理想與現實乃兩回事，「存在」與「當為」必須嚴格區分。其後新康德學派乃以方法二元論為基礎，主張價值與事實、存在與當為有所區別，並據以重新架構建立法學理論之哲學基礎¹⁴。近來，則有國內學者提出兩者折衷之方案（雖然未被學界重視），力陳一元論與二元論是目的與手段之關係，應尋求兩者之調和。因為，方法二元論認為規範體系不是自存在體系演繹而成，是對的；而方法一元論認為存在體系並不是一團混亂，而是內含秩序，依一定規則所構成，也是對的。所謂價值不能由存在引伸出來，只能從價值引伸出來，是目的層面的方法論；而存在決定價值是手段層面的方法論，這兩種方法論觀點各有其正確性，並不互相對立，而是在不同的層面同時存在，也就是互為辯證地存在。現今，方法一元論與方法二元論的爭辯已少有人關注，但現實的事實是，規範論的立場基本上被普遍認同，存在論的應用也是處處可見¹⁵。要之，一元論與二元論各走極端的立場，不應再被強化。

¹³ 顏厥安，憲政主義的法治向度——由法實證主義檢討憲政法理學的理论與實踐問題。

資料來源

http://my.nthu.edu.tw/~iosoc/speech/speech89_2/%BE%CB%ACF%A5D%B8q%AA%BA%AAk%AAv%A6V%AB%D7%C3C%B3%D6%A6w.htm (last visited on 2011/3/14)

¹⁴ 楊日然，法理學，2005年，第18、199頁。

¹⁵ 許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，2000年，第109、110、114、115頁。

第二項 研究方法

所謂「研究方法」探討一套科學性研究的所有相關活動的學科，簡言之，探討不同類型的研究實際進行的方式之學問，不同的研究分類（類型）會有不同的研究方法，不同的研究類型還是會有相同的研究歷程（過程），研究方法受到方法論的影響，而有不同的研究取向。依照李惠宗教授的見解，所有的法律問題，都可以落入四種構面之中，並無例外¹⁶：即「本質論」、「立法論」、「解釋論」與「適用論」¹⁷。本文以為，此四者或許可稱作為「廣義的法學研究方法」，而其中的「解釋論」應可稱作為「狹義的法學研究方法」。也就是說，法學研究方法在兩種意義上使用，一是研究法學研究方法的學問（廣義的法學研究方法），二是「法釋義學」（狹義的法學研究方法）。就後者而言，所謂「法釋義學（legal dogmatic；Rechtsdogmatik）」具有維繫「法律」客觀意涵的重大作用，透過法律人（Juristen）之間共同語言、通用概念及關於規範「效力」的共識，「法律」（至少在法律人之間）尚能維持一定程度的「安定性」。當代法規範所呈現的形式，乃是以文字作為表述的符號，從法律條文、法院的裁判，簡言之，可以通稱為「法律文本」。既然法規範以法律文本作為主要的形式，則無可避免的，為了認識與理解法規範，必須涉及到「解釋」（interpretation；Auslegung）的問題¹⁸，特別是構成文本的「文字」，其與自然科學概念上，可以藉由精確的「符號」進行理解與溝通的特性，有本質上

¹⁶ 李惠宗，案例式法學方法論，2009年，第13頁。

¹⁷ 有關法律適用之問題，有一不錯之裁判可資參考：最高行政法院95年度判字第01639號判決指出：「...按通常法律的適用依序包括下列四個階段：1.調查證據而認定事實，亦即發生什麼事實，而存在那些證據？2.解釋及確定法律構成要件之涵義，亦即法律構成要件具體的確認其規範的範圍。3.涵攝，案件的事實與法定構成要件是否該當？4.確定法律效果，如何處置？法律適用之涵攝過程，不僅是一種尋求邏輯結果的過程，並涉及一個評價性的認識過程。...」。

¹⁸ 「解釋」通常被說成好像其主要功能在於揭示立法者的原意何在。但是，即使立法者有某種真實的意圖，透過各種方式，人們總會懷疑這種意圖到底是什麼.....實際上，所謂解釋的困難在於立法者可能根本沒有任何原意，而針對法律所提出的問題可能和立法者原意毫無關係。.....(在這樣的情況下)當法官自我宣布立法者的意圖是什麼的時候，他們實際上是在自行立法以填補遺漏之處（casus omissi）。參見：Lon L. Fuller 著/鄭戈譯，法律的道德性（The Morality of Law），2010年，第120頁。

的不同。這種本質的不同，主要在於文字的開放性，即文字在語義的理解上有多種的可能，非而如同數字方程式或是化學符號，僅能表述單一或是特定的意義¹⁹。但是也由於文字的開放性，對於解釋法規範的人或是受到法規範拘束的人來說，追尋「法」是什麼？卻又是一個困難的問題。

在刑法犯罪理論的釋義學所承擔的的任務中，最困難的任務存在於不斷完備和發展的刑法體系之中²⁰。實則，刑法釋義學並不滿足於把各種理論或原則簡單地合併在一起，並且逐一加以討論，而是要將犯罪行爲的理論中所產生的全部知識，有條不紊地置放在一個具有組織性的整體之中，透過此一方式，而能夠清楚地認識到各個「信條」(Dogmen)之間的內在聯繫²¹。刑法釋義學 (Strafrechtsdogmatik)²²向有「語法解釋」、「歷史解釋」、「體系解釋」與「目的解釋」等四者²³。就本研究而言，主要著重在以下的「語法解釋」、「體系解釋」與「目的解釋」三者，茲分述如下：

一、語法解釋 (Sprachlich-Grammatikalische Auslegung)

法釋義學當中的「語法解釋」，又稱作「文義解釋」、「文理解釋」、「語意解釋」、「字義解釋」或「文字解釋」，其係以法律概念在日常或專業上的意義或使用方式作為根據的解釋方法。此一解釋方法，乃就「語義學」(linguistic)之觀點，探求法律文字所可能蘊含之極限範疇，所有法律解釋方

¹⁹ 吳明孝，社會保險與司法審查之研究—以全民健康保險法為中心，國立中山大學中山學術研究所博士論文，2007年，第54頁。

²⁰ 所謂「體系」(System)，Schünemann 稱之為「在有關學科中獲得的具體知識的一個有邏輯性的秩序」(eine logische Ordnung der in der betreffenden Wissenschaft gewonnenen Einzelerkenntnisse)。Vgl. Roxin, Strafrecht AT I, 1997, S.146.

²¹ Roxin, Strafrecht AT I, 1997, S.146.

²² 所謂的「刑法釋義學」(Strafrechtsdogmatik)，是指研究刑法領域中各種法律規定與各種學術觀點的解釋方式、體系化和進一步發展的學科。刑法釋義學透過自身與現行法律的關係與自身的研究方法，從而區別於「刑法史」(Strafrechtsgeschichte)、「比較刑法」(Strafrechtsvergleichung)和「刑事政策」(Kriminalpolitik)。Roxin, Strafrecht AT I, 1997, S.145.

²³ 一般而言，法釋義學的解釋方法會提及五種型態：文義解釋、體系解釋、歷史解釋、合目的解釋，以及合憲性解釋。因合憲解釋實屬權力分立原則之下的「權力機制之互動法則」，僅適用於法律是否違憲的審查上，實不宜列為普通法律之解釋方法。參見：李惠宗，案例式法學方法論，2009年，第232頁。

法的第一步，應毫無意義地要先採取以語義學觀點為出發始點之語法解釋，否則即無法貼近現實。法學與其他學門的知識有一個最大的差異，即在於十分關注「法律文本」，特別是法典或是判決，在法實證主義的理論下，確立其優越與拘束的效力。也就是說，儘管文字語言透過詮釋而在意義的理解上有複數的可能，但是這種理解活動展開的起點並不是可以任意選擇，而是必須扣連法律文本本身，從而法律文本首先在一般文法與語言使用的意義上，拘束詮釋理解活動的開始，換句話說，詮釋的起點不是任意選擇的，而是由法律文本以文義解釋的方法開始。法律規範在「語義」層面上，其「意義」主要是透過應然語句來傳達，亦即，透過「禁止 (prohibition; Verbot)」、「(積極與消極)容許 (permission; Erlaubnis)」與「命令 (obligation; Gebot)」三種應然語句，表現其規範的內容。這三種應然語句，均以人類 (機構) 的特定行為 (作為或不作為) 為其「客體 (Object)」。在現代國家之中，這些應然語句通常是以正式法律文獻 (法典、判決書) 的形式予以呈現，並且，由特定國家機構透過強制力加以執行。

二、體系解釋 (Systematische Auslegung)

體系解釋方法，有時亦稱作「系統解釋」或「論理解釋」²⁴。法律的體系通常可分作為「外在體系」(das äußere System) 以及「內在體系」(das innere System) 兩者，法律的外在體系指的是法律的編制體例與條文之上下文關聯，此乃由概念所形成的體系；法律的內在體系指的則是法體系之原則與價值判斷，此乃取向於價值或目的所形成的體系²⁵。法釋義學特重所謂的體系解釋，其主要功能有二：(1) 以法律條文在法律體系上之關聯探究其規範意義；(2) 維護法律體系及概念用語之統一性。一般而言，體系解釋中包含了「(目的性)

²⁴ 在體系解釋之下，另分有：「當然解釋」(舉輕明重 argumentum a minori ad maius、舉重明輕 argumentum a maiori ad minus)、反面解釋、擴張解釋、限縮解釋等之次要解釋類型。

²⁵ 參見 Karl Larenz 著/陳愛娥譯，法學方法論 (Methodenlehre der Rechtswissenschaft)，2006 年，第 355 頁以下。

擴張解釋」與「(目的性)限縮解釋」兩種子類型解釋方法，限縮解釋是指，某個案例事實是在法律文字字義之內，但是依據法律規定的意義卻是不能將之包含在內，因此，對此形式上範圍過寬的規範，應該被退回到依據該法律規定的目的或依據該法律整體目的而得出的法律適用範圍而被限縮。由此，目的性限縮在限縮字義上與擴張解釋是相對的。

奧地利學者 Heinz Zipf 指出，法釋義學 (Dogmatik) 在功能上，是爲了確保法律適用之透明性、預見可能性及控制可能性之手段。由於法釋義學有助於確保法律適用的安定性及公平性，因而必須遵照兩項重要的基準，即：(1) 「契合事物本質之個案問題解決」(sachgerechte Einzelproblemlösung) 原則；以及 (2) 「體系內的無矛盾性」(intrasytematische Widerspruchfreiheit) 原則。所謂契合事物本質之個案問題解決原則，泛指法規範之涵攝或解釋務必尋求切合各類具體情事之最適方案；至於體系內的無矛盾性原則，則意謂單一法規範體系之內或多重法規範體系之間務必呈現出整體之協調。依 Zipf 之見，法體系之證成若是欠缺前者，將導致規範悖離實質之正義與社會現實；若欠缺後者，也勢必無法確保「法一致性」(Rechtseiheit) 及「法明晰性」(Rechtsgewißtheit) 的要求²⁶。前述原則雖然少被提及，但仍然是法釋義學之重要規準。

三、目的解釋 (Teleologische Auslegung)

「目的解釋」，又稱作「目的論解釋」、「目的性解釋」、「客觀目的解釋」或「目的取向之解釋」。當法律文義有疑義時，如果不能依照法律體系、立法理由或是參照外國立法例之解釋加以釐清時，此時需再進一步探求該法規的目的，以資闡明。目的解釋比較偏重於從法規訂立之目的來解釋法條，而且是在其他解釋都沒辦法完整的闡明該法規的意義時，才使用的方式。實務與

²⁶ Vgl. H. Zipf, Kriminalpolitik, 1980, S.10。另請參見：高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，2003年，第11、12頁。

學者身份兼具的楊仁壽氏認為，法律規範目的在於維持整個法律秩序的體系性，個別規定或多數規定均受此一目的之支配，所有的解釋，絕不能與此目的相悖。透過目的解釋，各個法律條文間的「不完全性」或「不完整性」，始能完整順暢而無衝突²⁷。另外，因目的解釋有時會有超越文義之結果，因此僅限於法律體系存有「矛盾立法」與「法律漏洞」時，客觀目的解釋方能容許。至於目的解釋的擴大適用，結果往往會以「類推解釋」的方式呈現出來²⁸。至於刑法領域當中，通常只容許目的性的限縮解釋。

四、各種解釋方法的關聯與順次

雖然也有文獻主張各種解釋方法之間並無一定的抽象順位²⁹，但國內學者主張³⁰仍然有一定之順次的規則可循，意即：(1) 先由一般文義所傳達之法律意旨作為法律解釋之出發點與界限；(2) 其次，體系解釋下所要考慮的「法律意義的總體關聯」屬全面性的文義解釋，亦即係以法律總體體系為標準；(3) 如於文義與法體系解釋上，容有多種解釋的可能性時，此時須考慮立法者主觀規制意圖及其主觀目的 (*historisch-teleologische Auslegung*)；(4) 如引用立法者之主觀意志內涵仍不足以得出正確的解釋時，法律解釋者必須求諸於「客觀目的標準」，縱使立法者就之並無完全的意思亦同。屬於此種客觀目的的標準者有：(1) 規範領域的本質結構；(2) 內在於法律秩序的法律原則。法律解釋者在文意與法律體系的總體關聯下，應優先考慮避免法律秩序的內在矛盾。如果立法者主觀的意圖與法律客觀目的有所不協調時，仍應以「客觀目的」為解釋標準。

²⁷ 楊仁壽，法學方法論，2010年，第237頁。

²⁸ 李惠宗，案例式法學方法論，2009年，第262、264、266頁。

²⁹ Ingeborg Puppe 著/蔡聖偉譯，法學思維小學堂 (*Kleine Schule des juristischen Denkens*)，2010年，第108頁以下。

³⁰ 李惠宗，案例式法學方法論，2009年，第267、268頁。

第三項 本文立場

時代不斷地變動，各式各樣新型態之行為模式持續出現，加上立法牛步化之今日，欲以固定有限之刑法條文規範變動不居之社會生活，若不能與時俱進，探求立法目的，而為適當之解釋，將無法發揮法律規範之機能，以增進生活福祉，維護社會秩序。根據著名學者 Karl Larenz 的見解，所謂法學係指「從法規範 (Recht) 而來的一種學問」，「特別是在『規範性角度』下，探討規範的『意義』。」此處所謂的「規範性角度」，乃是討論法規範所應具有的「規範性效力」為何？此規範性效力是「據以衡量人的行為之行為要求或標準，其所具有的準則性或拘束性。³¹」論者或謂，法律規範是「不受情欲影響的理智」(reason unaffected by desire)，但就法學的研究領域而言，除了觀念層次的哲學價值思辯之外，更主要在於關注「實踐」的層次，因為，「理論是指導實踐的基礎，實踐是檢驗真理的標準。」法學方法論的法律解釋方法本身，無法提供解釋方法之間的順序，也無法告訴我們，採取什麼樣的解釋才是正確的，似乎只能訴諸溝通理性之說服力。而溝通理性之說服力來自於溝通權力，而溝通權力立基於共同行動。此一層面若置於法學知識的問題中考量，即涉及法學知識社群之共識問題。

法學知識之正確性標準絕非建立在事實性之制度權威，而在於合理之說服所形成之共識。而合理之說服力在一法學知識社群中，首先必須建立於該社群基於其長期論述傳統所逐步發展形成之基本、共同之概念架構，此即法學中「法釋義學」(Rechtsdogmatik) 之作用。缺乏法釋義學概念架構之指引，對於法制度運作之論述將極易陷於浪漫之修辭，而無法產生合理之說服力與共識。但是另一方面法學卻又不能僅限於法釋義學之操作，因為規範性概念之聯結主要不是透過邏輯，而是透過提出理由（論據）之論證來加以支持。因此法釋義學的作用是在為我們了解掌握法律體制提出概念架構之指引，它

³¹ Karl Larenz 著/陳愛娥譯，法學方法論 (Methodenlehre der Rechtswissenschaft)，1999 年，第 87 頁。

是在一法學社群中經長期之論述所形成，單是此點就使其具有穩定之合理性（不過也並非絕對之真理性）。但是由於並無純粹之釋義學操作，因此實質理由之論證當然可以發揮強化、修正或放棄某釋義學概念架構之作用³²。由於法解釋之「正確性」—即其有效性與正當性—乃指合理地、透過好的理由所支持的可接受性，而好的理由又繫於對論證參與者合理的說服力，即促使（bewegen）其接受之力量。因此法解釋論在此一環節上勢必聯結「合理」與「說服（改變他人之態度）」兩個層面。前面為理性面，後者為行動面，這其中當然就顯現了實踐理性（行動理性）的關聯。且非為第一人稱本位之策略性行動，亦非為實然層面為取悅（überreden）多數人之修辭式（rhetorische）言說，而是理性主體互為主體際之溝通³³。Weber 的社會科學方法論即認為，相互主觀的共識可以得出客觀之價值決定，亦同此旨。

就方法論與研究方法而論，本研究在方法論的立場上並不特重所謂的「唯實論」，且有相當篇幅是陳述實證數據的「唯名論」。至於在一元論與二元論的立場上，本文亦採取兩者折衷之方案，認為兩種方法論的觀點並不互相對立，各有其正確性，僅是在不同的層面同時地、互為辯證地存在。其次，就法學研究方法而論，本研究在事實上並無法從歷史解釋推敲出論文所要探究的課題，故而主要從狹義法學研究方法中之語法解釋、體系解釋與目的解釋，進一步詮釋與延伸本研究各個論題的爭議處，最後則由解釋論之結果返歸立法論之修訂，企盼能做出合理並圓滿的結論。

最後要特別提及的是德國學者 Carl Schmitt，Schmitt 是一位博大精深的國家學理論思想家，其法律思想最重要的一個獨特性，就是以「決斷主義」來與規範主義以及具體秩序思想相對立³⁴。此一決斷主義思想認為：任何法效力

³² 顏厥安，幕垂鴉翔-法理學與政治思想論文集，2005 年，第 150、151 頁。

³³ 顏厥安，幕垂鴉翔-法理學與政治思想論文集，2005 年，第 150 頁。

³⁴ 富具政治爭議性 Carl Schmitt 教授，其名著「論法學思維的三種模式」（Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens）現已有中文版。參見：Carl Schmitt 著/蘇慧婕譯，論法學思維的三種模式，左岸文化，2007 年出版。

與價值的最終基礎都可以在一個意志作用，也就是一個「決斷」(Entscheidung)中發現，這一個所謂的「決斷」，其前提應是價值的衡量或價值的選擇，此一決斷作為純粹的決斷，創造了「法」，而且這個決斷的「法拘束力」(Rechtskraft)無法從決斷規則(Entscheidungs-Regel)中推導得出。此種思想模式主要是要強調決斷在法律當中的獨特性。也就是這種以具有某種「人格性」(Persönliches)的主體為後盾的意志作用，才是法規範效力的基礎，才是法秩序終局拘束力的來源。決斷之根據既無法由抽象的法規範導出³⁵，也不來自於既有的秩序或上帝，而就正好是透過純粹的決斷將無秩序(Unordnung)或混亂(Chaos)轉變為法律與秩序(Gesetz und Ordnung)³⁶。本文則以為，其實任何一種的法學方法，其取捨之間不也是一種「決斷」，藉由意志作用形成決斷的方式決定了法規範之解釋方法及其伴隨而來的效用與影響。實則，總的來講，無論是法學方法論、法學研究方法，亦或是法律解釋，事實上都是一個論辯性的選擇和決定過程。這一過程常常需要照顧到不同的，相互競合的目的，並且原則上要努力在相互競合的不同利益之間達成讓人認為是公正的妥協，並且在這一前提下實現效益(Nutzen)的最大化。

現今犯罪理論的歸趨認為，一般犯罪概念的要素，並非各自獨立並存的命題(Topikordnung)，而是在內部結構上互相關連的體系(Systemordnung)，可以依據邏輯的法則，定位出上位秩序與下位秩序、原則與例外關係的概念，

³⁵ 最高法院 79 年台上字第 3543 號判例：「有罪之判決書所應記載之事實，並非構成要件之本身，而係符合構成要件之具體的社會事實，亦即經賦予法律之評價而為取捨選擇使之符合構成要件之社會事實。構成要件乃超越時空之法律上概念，其內容應依刑罰法規之解釋而定；而符合構成要件之具體的社會事實，則指在一定之時、地所發生，可滿足法律上構成要件之具體的歷史性事實而言。以竊盜罪為例，如僅記載被告意圖為自己不法之所有而竊取他人之動產云云，殊不能認其事實之記載已至完備，蓋所謂「竊取」「他人」「動產」係屬竊盜罪構成要件內容之本身，故其有罪判決書之事實記載者，乃應明示符合「竊取」「他人」「動產」等構成要件之具體的歷史性社會事實。」

³⁶ 顏厥安，憲政主義的法治向度——由法實證主義檢討憲政法理學的理论與實踐問題。

資料來源

http://my.nthu.edu.tw/~iosoc/speech/speech89_2/%BE%CB%ACF%A5D%B8q%AA%BA%AAk%AAv%A6V%AB%D7%C3C%B3%D6%A6w.htm (last visited on 2011/3/14)

因此，犯罪理論的體系務必力求週延完整，在多樣性的形貌之下，才不會互相矛盾³⁷。如此一來，刑法體系所建構的這一套邏輯架構，才能夠作為科學判斷的基礎，進而能夠將法律的思考予以系統化、實證化。刑法理論的發展脈絡當中，我們看到各種要素不斷地被充實、調整與修正、重新定性與定位，可以預期的是，未來的刑法理論還會有所變化，其目的都是為了讓犯罪行為的判斷更加合理與精準，從而能夠達成法治國家原則保障基本人權的誠命要求。

第三節 研究範疇與架構

第一項 研究範疇

一、兼顧詐欺犯罪之事實面與規範面

現今學說皆認為，現代法治國之刑法，係受構成要件拘束之刑法。一方面，構成要件可用來限制國家處罰權力，亦即法未明文之行爲，不爲罪（罪刑法定原則），因而構成要件有保障之功能。另一方面，構成要件所描述或規定之犯罪，始爲犯罪，因而構成要件爲犯罪之基礎或基本規定，此爲構成要件之基本規範之功能。刑事法官必須從構成要件規定出發，以此爲基礎而判斷是否行爲應罰或不應罰，因而構成要件爲犯罪判斷之第一步驟。另外，構成要件可區別刑法要處罰之行爲與刑法不處罰之行爲，此種區分功能，亦被稱爲篩選功能。但法律要件之前提則爲犯罪事實，沒有涵攝之對象，即無構成要件之判斷問題。犯罪事實又與社會事實不一，前者與法事實研究相關，後者則與犯罪社會學研究相關。作為研究犯罪現象之研究者，自不應將視野侷限在刑法個別構成要件之犯罪事實之上，適度並適時地觀解社會事實，才能廣泛理解整個社會的犯罪現象，並做出合宜的解決方案。職是之故，本文雖以詐欺與詐術作為論文之主軸，但仍以專章之篇幅介紹當今台灣社會的詐

³⁷ 蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，1998年，第4頁。

欺犯罪現況，兼顧詐欺犯罪之事實面與規範面。

二、以普通刑法之內容為分析的範疇

詐欺犯罪在經濟生活大幅提昇的現代社會當中，已然成為主要的犯罪類型之一，為了遏止詐欺犯罪的猖狂及蔓延，除了普通刑法之外，尚有其他的刑事特別法令加以規範³⁸。由於詐欺犯罪的法律回應層面牽涉太廣，因此，本研究僅以台灣目前的普通刑法作為論述的基本範疇，並不涉及其他有關詐欺犯罪的刑事特別法令。再者，涉及以「詐術」概念作為規範要素者，非僅普通刑法，我國法規體系中明文使用詐術作為不法要素者不在少數³⁹，若在本論文中處理恐將失焦，故附屬刑法或其他法規中有關詐術之規定，本文不擬深入探討，先予敘明。最後，本文若未特別註明第 339 條第 2 項之詐欺得利罪者，則全文中所稱之詐欺罪，概指第 339 條第 1 項之詐欺取財罪。

³⁸ 文獻上指出，除了刑法之外，規範（新興）詐欺犯罪的法律有：電腦處理個人資料保護法、通訊保障及監察法、洗錢防制法、銀行法、電信法、組織犯罪防制條例、消費者保護法...等。至於行政命令者，則有：(a) 電信事業處理有關機關（構）查詢電信使用者資料實施辦法；(b) 電信事業處理有關機關查詢電信通信紀錄實施辦法；(c) 電信業電腦處理個人資料管理辦法；(d) 第二類電信事業管理規則；(e) 行動通信業務管理規則；(f) 配合執行機關至第一類電信業者機房執行個案臨時監察之收費標準；(g) 通訊保障及監察法施行細則；(h) 洗錢犯罪沒收財產管理撥交及使用辦法；(i) 臺灣地區金融機構辦理大陸地區匯款作業準則；(j) 行政院金融監督管理委員會處理違反金融法令重大裁罰措施之對外公布說明辦法；(k) 治安顧慮人口查訪辦法；(l) 警察遴選第三人蒐集資料辦法；(m) 開放臺灣地區與大陸地區民眾間接通話（報）實施辦法；(n) 警察機關執行通訊監察所得資料保管處理規定；(o) 警察機關執行通訊監察完畢通知受監察人應行注意事項；(p) 警察機關查詢電信通信紀錄及使用資料管制作業要點。以上詳見：丁水復，新興詐欺犯罪問題防治法制之研究，國立中山大學大陸研究所碩士在職專班論文，2005年，第39～44頁。

³⁹ 除刑法外，其他法律中（不含命令）明文以詐術作為構成要件要素者，諸如：人口販運防制法第 2、32、34 條，入出國及移民法第 3 條，公務人員考試法第 21 條，公路法第 77-2 條，民用航空法第 106 條，民法第 83、648 條，犯罪被害人保護法第 3 條，兒童及少年性交易防制條例第 23、25、27 條，金融控股公司法第 57-1 條，信用合作社法第 38-1、38-3 條，信託業法第 48-2 條，政府採購法第 87 條，專門職業及技術人員考試法第 23 條，票券金融管理法第 58-1 條，貪污治罪條例第 5 條，陸海空軍刑法第 38 條，稅捐稽徵法第 41、42 條，鄉鎮市調解條例第 24 條，農業金融法第 38、40 條，運動彩券發行條例第 21 條，漁業法第 11 條，臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 26 條，銀行法第 125-1、125-3 條。

三、研究成果由解釋過程返歸立法政策

德國刑法學巨擘 Roxin 教授認為，犯罪論的思考或架構不但是解釋論的問題，更是刑事政策的問題。據此，構成要件必須與立法的主導動機（Leitmotiv）相一致；在阻卻違法事由方面，涉及的是依據「特定之實質的秩序原則」（begrenzten Zahl materieller Ordnungsprinzipien）的衝突解決方法；罪責則是由「刑事政策的刑罰目的論所決定的」（kriminalpolitisch von der Strafzwecklehre her geprägt）⁴⁰。任何法釋義學的功能或目的，最後都應該導向於應用或實用之結果，進一步形成立法政策上之決定，否則這一種「純理論」的論述只是象牙塔中無用的產物而已。將構成要件的解釋論轉化成爲刑事政策上之立法問題檢討，是本研究之最終目的。

第二項 研究架構

本文首從第一章緒論說明研究之背景、動機、目的，並交代對於法學方法論與法學研究方法之取捨及立場，次而就研究之範疇與架構做一要述，俾使全文要旨可以迅速獲知。在論文第二章則結合犯罪學實證研究的最新成果，呈現與述說詐欺犯罪之現實危害，以詐欺罪之法事實研究作爲進入次章主題之鋪陳。第三章以詐欺罪之內容做爲起點，除論述構成要件之犯罪結構以外，並就詐欺罪之「詐術」概念作一分析，並順就近來興起與詐欺罪有關之學說理論（刑法被害人理論）以及實務問題（詐欺罪幫助犯），做一探討。承接第三章研究成果，本研究第四章跳脫詐欺罪之範疇，轉進檢析刑法體系當中其他構成要件類型之「詐術」概念，並就各罪之間有關詐術概念之侵害法益、主觀構面與客觀構面，分析彼此之差異性，進一步尋求各罪構成要件的詐術概念在刑法體系中應有定性與定位。在分析完前述內容之後，本研究第五章認爲，行使詐術之行爲在刑法上具有存在的多重可能性，因此，爲詳

⁴⁰ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrecht AT, 1996, S.215

細釐清行使詐術行爲之犯罪競合問題，有必要針對此一課題進行深論。最後，藉由前述幾章的研究成果，本文希望透過解釋論之分析，據以提出實用之建言，返歸刑法立法政策之檢討，俾使相關各罪之犯罪構成要件之解釋與適用更能合乎「個別取向的法治國原則」(personbezogenes rechtsstaatliches Prinzip)之客觀理性 (die objective Vernunft) 的逐漸展開。

綜上，本論文之研究架構可圖繪如下：



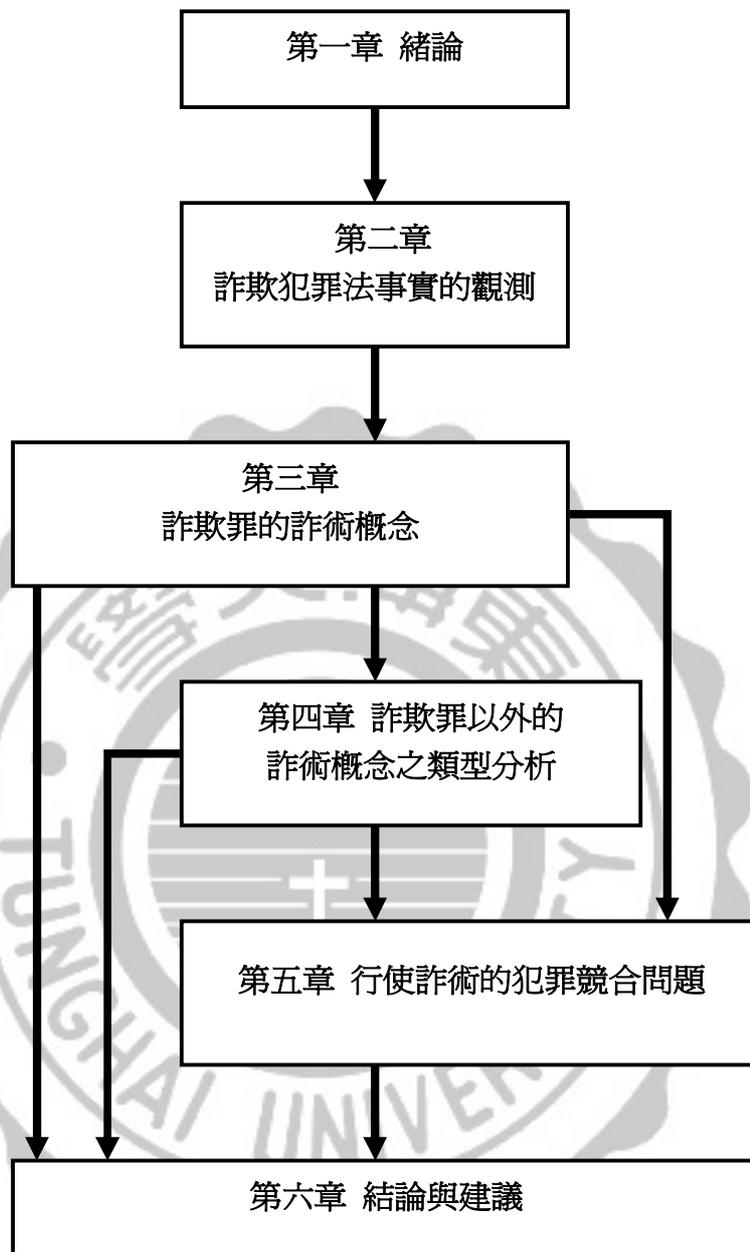


圖 1-3-1：本研究之研究架構圖

第二章 詐欺犯罪事實的觀測

第一節 千禧年後的犯罪新寵：詐欺犯罪

第一項 概說

詐騙行為發生之原因在於「低成本、獲利高、風險低、刑度輕」，犯罪集團往往幾張辦公桌椅、租個簡易辦公室、架設一部電腦，再利用人頭申請一些帳戶、電話便可行騙，所需不過數十萬元；但所得高達數千萬，少數個案甚至以億計，投資報酬率不謂不高，因此近幾年來吸引了不少不肖之徒投入此一極高報酬率的犯罪行業¹。詐騙集團手法翻新之快速，手段之高明，已非貪小便宜之人才會受害，現在的詐騙集團已經開始從生活中習以為常的行為中找尋漏洞，發展其犯罪溫床，所以受害民眾非常多，影響範圍也相當的廣，如此不但危害金融體系的運作，也破壞人民之間的信任感，還衍生許多家庭與社會問題。但因從事詐騙一途利重責輕，所以可料想未來詐騙集團將更猖獗，工具也會更精良，手段更高明，因此我國詐騙防治工作如何跟上腳步，如何進行有效防堵，將是治安上一個重大的課題。

第二項 本土的統計數據

一、官方犯罪統計

根據內政部警政署於 2011 年 1 月 28 日所發布之「警政統計通報 100 年第 5 號（詐欺案件概況）」之統計資料，最新近 5 年的詐欺案件概況、99 年電信與網路詐欺案概況，以及近幾年來民眾對於詐欺案件嚴重度感受分析，

¹ 有趣的論述，請參見：張宇維，我國詐欺「事業」之初探，國立台灣大學商學研究所碩士論文，2010 年發表。

其實況數據如下²：

(一) 詐欺案概況

觀察近 5 年詐欺發生數，2009 年以前約維持在 4 萬件上下，2010 年下降至 2 萬 8,820 件，其中「電信詐欺(含電話、手機簡訊詐欺)」及「網路詐欺」合計所占比例較高(共約占 4 成 5 左右)。破獲率自 2007 年起維持在 8 成以上。2010 年詐欺案發生總數 2 萬 8,820 件，較上年(2009 年)減少 9,982 件(-25.73%)，電信及網路詐欺發生數共占 49.53%。破獲率 87.04%，較上年下降 4.91 個百分點。

(二) 2010 年電信與網路詐欺案概況

2010 年電信詐欺案發生數 8,842 件(占詐欺總計 30.68%)，較上年減少 2,070 件(-18.97%)；破獲率 85.01%，較上年下降 8.69 個百分點；嫌疑人 6,718 人，較上年減少 1,986 人(-22.82%)；被害人 9,893 人，較上年減少 2,746 人(-21.73%)；損失金額 16.56 億元，較上年減少 7.46 億元(-31.07%)。2010 年網路詐欺案發生數 5,433 件(占詐欺總計 18.85%)，較上年減少 2,342 件(-30.12%)；破獲率 88.09%，較上年下降 6.51 個百分點；嫌疑人 3,619 人，較上年減少 2,225 人(-38.07%)；被害人 6,118 人，較上年減少 2,153 人(-26.03%)；損失金額 1.84 億元，較上年減少 3.10 億元(-62.83%)。

(三) 民眾對詐欺案件嚴重度感受分析

依據警政署歷次辦理之「民眾對治安滿意度調查」結果顯示，民眾認為居住鄉鎮市區詐騙犯罪嚴重程度，自 2006 年之 6 成左右逐漸下降，至 2010 年已降至 4 成以下，與公務統計詐欺案發生數之變動趨勢一致，顯示政府加強全民防詐騙宣導及警察機關積極防制作為已略見成效。

² 詳見：警政統計通報 100 年第 5 號（詐欺案件概況）。

資料來源 <http://www.npa.gov.tw/NPAGip/wSite/ct?xItem=55398&ctNode=11393&mp=1> (last visited on 2011/3/14)

表 2-1-1：台灣近 5 年詐欺案件發生數及破獲率

單位：件；%；百分點

項目別	發生數							破獲率						
	95年	96年	97年	98年	99年	所占比例	99與98年比較		95年	96年	97年	98年	99年	99年較98年 增減百分點
							增減數	增減率						
詐欺總計	41,352	40,348	40,963	38,802	28,820	100.00	-9,982	-25.73	62.62	84.99	85.15	91.95	87.04	-4.91
電信詐欺 (含電話、手機簡訊詐欺)	13,185	13,403	13,737	10,912	8,842	30.68	-2,070	-18.97	57.10	82.46	86.87	93.70	85.01	-8.69
網路詐欺	3,868	4,967	6,176	7,775	5,433	18.85	-2,342	-30.12	51.24	86.07	85.09	94.60	88.09	-6.51
其他	24,299	21,978	21,050	20,115	14,545	50.47	-5,570	-27.69	67.43	86.29	84.05	89.97	87.88	-2.09

註：1.破獲數含破積案。

2.其他類型詐欺主要包括詐騙款項、假冒名義詐欺、偽稱買賣、拒付款項(賴帳)、虛設行號冒(盜)領現金、刊登廣告(報章)詐欺等。

3.99年為初步數。

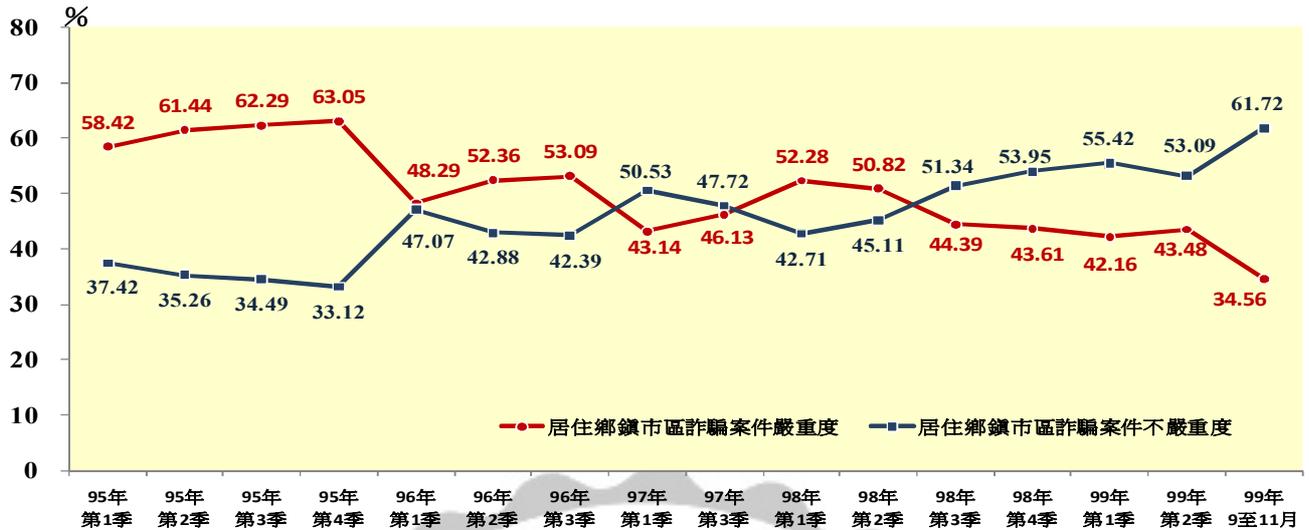
資料來源：內政部警政署

表 2-1-2：台灣近 5 年電信及網路詐欺案件概況

年別	嫌疑人(人)			被害人數(人)			損失金額(億元)			
	詐欺總計	電信詐欺	網路詐欺	詐欺總計	電信詐欺	網路詐欺	詐欺總計	電信詐欺	網路詐欺	
95年	19,727	5,366	1,557	45,958	14,508	4,104	185.88	34.06	5.87	
96年	25,026	7,628	3,044	44,282	14,525	5,196	150.92	30.26	4.16	
97年	29,530	9,671	4,113	46,156	15,459	7,083	117.48	30.79	4.59	
98年	31,417	8,704	5,844	44,130	12,639	8,271	102.71	24.02	4.94	
99年	22,850	6,718	3,619	33,809	9,893	6,118	61.02	16.56	1.84	
99與98年 比較	增減數	-8,567	-1,986	-2,225	-10,321	-2,746	-2,153	-41.69	-7.46	-3.10
	增減率	-27.27	-22.82	-38.07	-23.39	-21.73	-26.03	-40.59	-31.07	-62.83

註：99年為初步數。

資料來源：內政部警政署



資料來源：內政部警政署

圖 2-1-1：台灣民眾對詐欺案件嚴重度變動趨勢圖

二、學術研究報告

(一) 台灣詐欺犯罪之變遷

有文獻指出，台灣詐欺犯罪的型態，因社會經濟環境的變遷，自 1945 年至 2004 年間，大致可區分成三個不同時期的變化³：(1) 1945-1970 年：此時期由於整體社會屬於農業型態或輕工商業發展狀態，多以賭博詐欺、拾金詐欺（金光黨）、倒會、迷信詐欺居多。(2) 1971-1990 年：此時期因台灣社會經濟蓬勃發展，冒貸、投資詐欺、破產詐欺等商業性詐欺日益增多。(3) 1991-2004 年：由於金融機構增多，電信業、網路科技發展快術，人頭帳戶及人頭電話充斥，各種詐欺集團興起，於是各種傳統、商業及金融詐欺成爲主流。

(二) 新近的統計研究報告

根據國立中正大學犯罪研究中心於 2011 年 1 月 21 日所公布之「九十九全年度全國民眾犯罪被害暨政府維護治安滿意度調查」。其中有關最近幾年詐欺犯罪的統計數據如下說明：

³ 許春金，犯罪學，2007 年，第 578 頁。

1.台灣民眾遭受「詐騙犯罪」的侵害的比例

本題詢問受訪者及其家人在 2010 年度全年，是否曾遭受「詐騙犯罪」的侵害而有金錢損失。在有效回答的 2,003 位民眾中，曾遭受過詐騙犯罪的比例為 3.9%，較本中心 2009、2008 全年度調查比較更是明顯的降低，為歷次調查中之最低。可見治安機關防制詐騙犯罪成效顯著，或許民眾對於詐騙犯罪的認識及警戒心都已較為提升，故比過去幾年不易陷入詐騙的陷阱⁴。

表 2-1-3：台灣民眾遭受「詐騙犯罪」的侵害的比例

	99 年 全年度		99 年上半 年		98 年 全年度		98 年 上半年		97 年 全年度	
	次數	百分比	有效 百分比	有效百 分比	有效百 分比	有效百 分比	有效百 分比	有效 百分比	有效 百分比	
是	78	3.9%	3.9%	4.5%	7.0%	4.1%	7.7%			
否 ⁵	1,924	96.0%	96.1%	95.5%	93.0%	95.9%	92.3%			
拒答	1	.1%	-	-	-	-	-			
總和	2,004	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%			

⁴ 國立中正大學犯罪研究中心，國家議題與政策觀察報告-九十九全年度全國民眾犯罪被害暨政府維護治安滿意度調查，2011 年，第 54、55 頁。

⁵ 本題回答「否」者，比例頗高。其實，若再加上未受詐騙成功的案件（即詐欺未遂），百分比的落差不應差距如此，也就是說，「犯罪黑數」在本研究報告中應未被有效呈現出來。

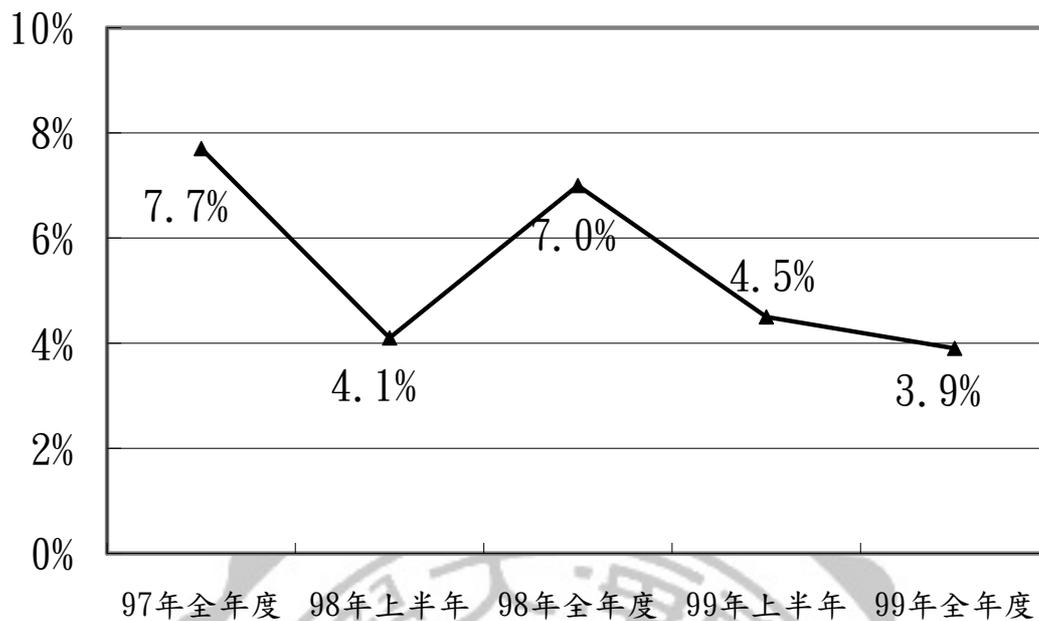


圖 2-1-2：台灣民眾遭受「詐騙犯罪」的侵害的比例趨勢圖

2. 民眾對於政府在防治防制詐騙犯罪的滿意度

本題詢問受訪者對 2010 年期間政府在防治防制詐騙犯罪作為的滿意程度，在有效回答的 1,871 位民眾中，滿意的民眾約為 57.7%，明顯高於不滿意民眾的 42.3%。各選項中比例最高者為『滿意』，佔 49.8%，接下來分別為『不滿意』與『非常不滿意』的 27.7%與 13.7%，非常滿意僅有 7.9%。與前幾次調查結果作趨勢分析，可見民眾滿意度明顯提升中，從原本的接近五成滿意度，至今已超過五成五的滿意度，顯見近三年來政府治安單位對防制詐騙犯罪努力已逐漸獲得民眾的肯定，滿意度緩步提升中⁶。

⁶ 國立中正大學犯罪研究中心，國家議題與政策觀察報告-九十九全年度全國民眾犯罪被害暨政府維護治安滿意度調查，2011 年，第 26、27 頁。

表 2-1-4：台灣民眾對於政府在防治防制詐騙犯罪的滿意度

	次數	99 年	有效	99 年	98 年	有效
		全年度	百分比	百分比	上半年	全年度
非常滿意	148	7.4%	7.9%	8.8%	5.5%	5.3%
滿意	931	46.5%	49.8%	47.5%	44.2%	43.7%
小計	1,079	53.9%	57.7%	56.3%	49.7%	49.0%
不滿意	517	25.8%	27.7%	26.0%	27.9%	29.2%
非常不滿意	256	12.8%	13.7%	15.5%	20.5%	19.5%
小計	773	38.6%	41.3%	41.5%	48.4%	48.8%
其他	19	.9%	1.0%	2.2%	1.9%	2.3%
拒答/無意見/不知道	133	6.6%	-	-	-	-
總和	2,004	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%

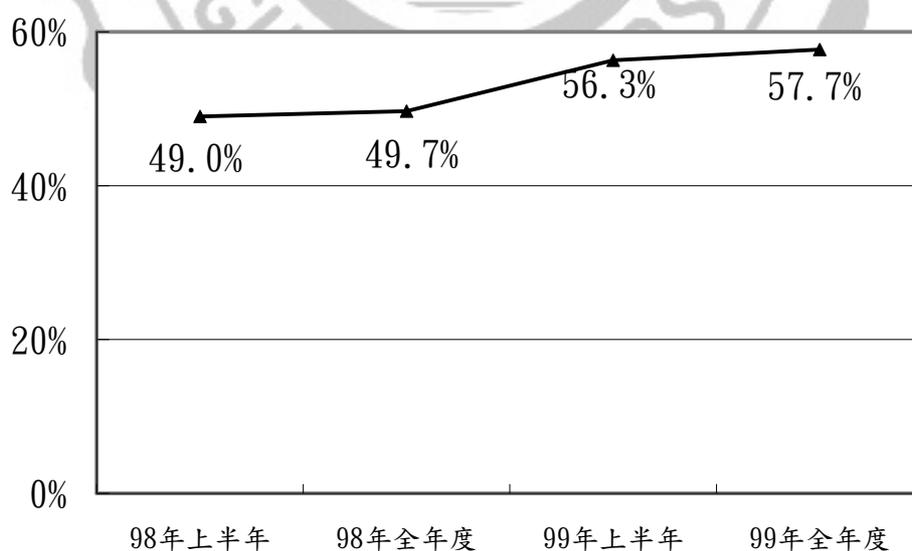


圖 2-1-3：台灣民眾對於政府在防治防制詐騙犯罪的滿意比例趨勢圖

3.結語

詐騙犯罪與毒品犯罪近年來一直是全國媒體與民眾最關心的犯罪問題，尤其詐騙犯罪更是曾登上行政院研考會調查十大民怨的第二名，顯示詐騙犯罪對於在我國的氾濫與嚴重性。而本次調查結果顯示 2010 年度的詐騙犯罪盛行率上均較 2009 年減少至 3.9%，平均損失金額也有減少，顯示在政府治安單位投入大量的人力、物力、資源下，政府對詐騙犯罪的重視以及努力已有收到初步效果，而且亦可能民眾已經愈來愈熟知詐騙集團的手法、提高警覺，故愈不易掉入陷阱。但是根據犯罪研究中心保守推估，2010 年度民眾受詐騙的損失仍是達到數百億之鉅額損失，因此，本中心建議政府仍應持續奮鬥，強力執行各項犯罪預防措施與作為，防止詐騙犯罪蔓延與危害⁷。現在全國最關心的詐騙犯罪、毒品犯罪與校園霸凌問題方面，民眾對於『政府防制詐騙滿意度』方面，比 2009 年度調查大幅提升 8%⁸，表示在政府相關機關投入大量的資源與人力後，已具有一定之成效，但未來政府在防制詐騙犯罪方面仍有大幅進步之空間。

第三項 詐欺犯罪的社會危害性

學者指出，經濟犯罪之行爲及其造成之後果對於社會的的損害性與危害性，可分爲「物質方面」與「非物質方面」的影響，其中非物質方面的影響對於社會與個人所造成的嚴重副作用更可區分爲「傳染作用」與「併發作用」⁹，茲就「詐欺犯罪」類型之社會危害性及其影響，引伸如下：

一、物質方面之危害與影響

詐欺犯罪爲一典型經濟犯罪之類型，而經濟犯罪物質方面之危害與影響通常是難以估計的，因其存在著極高的「犯罪黑數」，未受到刑事司法相關單

⁷ 國立中正大學犯罪研究中心，國家議題與政策觀察報告-九十九全年度全國民眾犯罪被害暨政府維護治安滿意度調查，2011 年，第 86 頁。

⁸ 國立中正大學犯罪研究中心，國家議題與政策觀察報告-九十九全年度全國民眾犯罪被害暨政府維護治安滿意度調查，2011 年，第 63 頁。

⁹ 詳見：林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，2007 年，第 476~479 頁。

位的追訴與審判。不過依據最保守的估計，不少學者均認為經濟犯罪所造成的物質上之損害，是超過所有其他犯罪所造成損害的總和¹⁰。

二、非物質方面之危害與影響

詐欺犯罪對於社會上非物質的危害與影響，可分從下列兩方面衍生之副作用觀察得知：

(一) 傳染或漣漪之效應 (Ansteckungs-od. Sogwirkung)

所謂「傳染或漣漪之效應」是指，原本社會上安分守己的守法者對於詐騙犯罪行為的模仿效應，而使得詐欺犯罪猶如傳染病一般地蔓延與擴大。當詐騙者所得與其所應付出之代價顯不相當時（犯罪利益大於法律懲罰），將使得旁觀者產生「犯罪伐得來」(crime does pay) 的不正常心態，進而誘發起普通人的犯罪傾向，甚而同化於犯罪行為人，而與守法者分離。當然，所有的犯罪型態均有傳染的作用存在，只是沒有一種犯罪型態的傳染力是可以跟詐欺犯罪比擬的。像是暴力犯罪，此一傳統型態的犯罪行為固然會被學習效仿，但絕不像詐欺犯罪有如此之高的比例被當作「示範效用」(Beispielwirkung)。

(二) 蔓延或牽連之效應 (Fern-od. Spiralwirkung)

所謂「蔓延或擴張之效應」，是指詐欺犯罪行為所衍生的「附隨犯罪」(Begleit-od. Folgekriminalität) 的併發現象。此一現象如同醫學上的併發症，而使得原先的疾患雪上加霜、益形嚴重。要言之，詐欺犯罪不僅危害金融經濟交易秩序，對於受害者在生活上的影響更是難以估計。遭受詐騙的受害者，可能會進一步危害自己（因生活陷於困頓活不下去）或牽連其他無辜之人（因經濟陷於困難轉化成搶奪、竊盜之行為人）。

¹⁰ 林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，2007年，第476頁。

第四項 詐欺犯罪與刑法規範之關連

依向來之看法，詐欺犯罪為一典型之財產犯罪類型，但是從更廣泛的角度來看，財產性質的詐欺罪，其實只是詐欺犯罪之其中一種類型而已。本研究探討之詐欺犯罪類型，不僅有詐欺罪，更有橫跨各種法益性質的詐術犯罪類型。其中，§229 詐術性交罪、§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§313 妨害信用罪所侵害者為個人「專屬法益」，§229 詐術性交罪、§297 意圖營利以詐術使人出國罪，所侵害者為個人專屬之「自由法益」，§313 妨害信用罪所侵害者則為個人專屬之「信用法益」。§339 詐欺取財罪、§355 間接毀損罪所侵害者則為個人「非專屬法益」之「財產法益」。§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害合法集會罪所侵害者乃「國家法益」，§137 妨害考試罪本質上為妨害公務之犯罪、§146 妨害投票正確罪所侵害者為公正投票之結果、§152 妨害合法集會罪本質上則為妨害公共秩序之犯罪。可知，一樣是行使詐術之行爲，但構成罪名所侵害之法益迥不相同，有分別分佈於個人專屬法益、個人非專屬法益者，亦有歸屬於社會法益與國家法益者，是以詐術之內涵能否以同一之解釋方法適用於所有詐術之罪名，自是大有疑問。

此外，刑法分則中的詐欺罪，學說上有認為本罪乃屬於限定「詐術」為特定方法之「定式犯罪」。本文則以為，本罪型態上應屬於「非定式」（不定式）的犯罪類型，也就是說，法文上雖然限定以詐術作為不法要素，然而行使詐術之行爲並沒有限定必須以何種方式為之或完成，現實上不管是使用何種手法、方式，還是作為、不作為，只要能夠將對方導致於一個錯誤的結果並引致財產之處分，就是一種詐欺的行爲態樣，意即，只要事實行爲符合了詐欺罪的客觀法定構成要件，而行爲人主觀上也對於該客觀法定構成要件有認識並預見，就符合了詐欺罪的構成要件合致性，故詐欺罪應屬「非定式犯罪」。詐欺罪之所以被稱之為智能犯，正由於藉由其手段的多樣性以及新穎性，以導致被害人陷於錯誤並完成物或利益之交付，關於此等犯罪行爲，尚

難以僅憑某特定的客觀要素加以定義其行為態樣。至於其他詐術相關罪名，只要是「一切使人陷於錯誤之行為」，其行使詐術即屬不定式犯罪，也就是說，不要求其手段的限定，而著重於詐術的施行是否使人陷於錯誤，以及是否有可能因為該錯誤而產生犯罪之結果，以作為評價之重心。實則，並非所有使人陷於錯誤的手段就是詐術行為，而必須從法益的侵害面、行為的手段、方法以及違法性程度的高低加以判斷及綜合考量。詐術行為在因應資訊時代的社會生活型態中，解釋與適用上應由傳統的處分行為轉變到各罪不法內涵的實質解釋。

第二節 詐欺犯罪的特性、類型與手法

第一項 詐欺犯罪的特性

綜合研究文獻說明顯示¹¹，台灣目前詐欺犯罪的特性，可歸納整理如下列之相關特性：

一、**基本特性**：成本低、風險低、量刑低、報酬高。

詐騙犯罪並非智慧型及技能專業化之犯罪，惟其係有組織、訓練，利用他人通信、金融專業技能之團體，具有成本低、風險低、量刑低及獲利高、隱匿性高，「三低二高」之犯罪特性。

二、**犯罪者特性**：集團化、分工化、專業化、親友化。

詐騙犯罪集團內分為：集團首腦、詐騙實施及訓練組、機動領款組、及收購組等。集團首腦：負責提供資金、指揮協調、統籌分配；詐騙實施及訓練組：依照詐騙手法印製海報、刊登廣告或大量傳送簡訊，撥打或接聽電話與被害人進行接觸，扮演各種角色取信於被害人，編輯教戰守則提供新進成員參考；機動領款組：接到電話通知後，第一時間前往 ATM 領款；收款組負

¹¹ 蔡田木，詐騙犯罪被害人屬性之研究，內政部警政署刑事局委託研究報告，1999年，第48、49頁。

責收買銀行帳戶及收購電信帳戶。

三、被害者特性：恐懼、貪婪、無知、信賴同情等。

四、手段特性：透過設備穿越時空間傳送訊息。

(一) 間接與被害人接觸

透過電子通訊設備，間接與被害人接觸，並由多人分別扮演不同角色，增加詐騙情節的可信度，取信於被害人。

(二) 被害隨機性

犯罪者可不受時空因素之限制，隨意挑選合適的被害人，以事先選定或是隨機發送詐騙訊息的方式進行詐騙。

(三) 廣泛性

利用各種管道，取得持卡人之基本資料與個人機密性資料，使被害者面廣泛。

(四) 犯罪基地橫跨大陸與台灣兩地

為逃避查緝，將犯罪基地遷移至大陸廈門沒海，以降低被逮捕的風險。

(五) 手法變異性

詐騙成功的主因在於利用有真、有假的狀況運用，使情境錯置，在資訊獲得不平等的情境下混淆認知，進而受詐欺集團所擺佈。

(六) 隱密性高

藉由電子通訊設備傳送虛構訊息，並以轉接方式，規避查緝，隱密性高。

第二項 詐欺犯罪的類型

詐欺犯罪之類型，研究文獻上有區分為「面對面」的「傳統詐欺犯罪」，以及利用「書面文件」與「通訊網路」的「新興詐欺犯罪」者，茲分述如次：

一、傳統詐欺犯罪

傳統「面對面」的詐欺犯罪類型，基本上可分為以下與勞務、身分、買

賣、經濟及票據有關的幾種型態：

(一) 勞務性詐欺

利用民法上對價關係，藉口提供特定勞務使對方信以為真，陷於錯誤而預付報酬後，未交付任何勞務的犯罪。

(二) 身分詐欺

假冒特殊名義或身分，如警察、檢察官、調查員或稅務員等公務人員招搖撞騙，使民眾在難辨真偽下交付財物之犯罪。

(三) 買賣性詐欺

包括詐購財物、假冒騙售、虛設行號、度量衡詐欺及網路交易詐欺等。

(四) 經濟犯罪詐欺

如投資詐欺、倒會、惡性倒閉、不動產售押詐欺、保證詐欺、對政府經濟補助詐欺、貸款詐欺、廣告詐欺等經濟犯罪詐欺。

(五) 票據詐欺

如以空白支票詐欺或以人頭方式向銀行詐領支票供詐欺之用。

二、新興詐欺犯罪

所謂「新興詐欺犯罪」，主要類型有：「書面文件詐欺」（如刮刮樂、中獎郵件、信用卡詐欺、透過 ATM、銀行櫃台、電話語音與網路銀行轉帳而詐財）與「通訊網路詐欺」（透過電話、語音、簡訊以及網路等告知中獎、退稅、繳稅、繳付刷卡金額以及贖金等，再請被害人透過 ATM、銀行櫃台、電話語音與網路銀行轉帳而詐財）。其犯罪手法主要是應用：(1) 利用各金融機構與電信業之便利性，運用各金融機構未能確實依規定審核開戶人資料，以致人頭帳戶數量遽增，並結合電話轉接、發送簡訊及申請大量電話做為詐欺、恐嚇工具。(2) 有了帳戶與電信工具，詐欺集團即可透過上述詐騙的方式，要求被害人於指定時間到 ATM、銀行櫃員將錢轉入人頭帳戶中而得逞。所以，電信通訊與金融環境的便利性，是導致新興詐欺犯罪興盛的主因。至於新興詐

欺犯罪的特性則有：(1) 三低與二高：成本低、風險低、量刑低、報酬高、隱匿性高。(2) 非智慧犯罪：歹徒教育程度低但大眾被害多，其實係基於詐術精進、經驗傳承、觀摩學習及教戰手冊，其組織多為有系統、訓練有素之團體與其教育程度無關。(3) 多樣化但首腦非專業：犯罪集團運作多樣化，首腦核心人物未具有詐欺犯罪工具的專業，僅係利用專業人士之名義運用於犯罪，故衍生出收購人頭帳戶、電話集團、收購個人資料集團、車手及電信集團等新興犯罪行業。

前文所述，「新興詐欺犯罪」的主要類型雖有「書面文件詐欺」與「通訊網路詐欺」，但細分其具體型態則仍有下列詐欺類型¹²：

(一) 刮刮樂、六合彩詐欺

以寄發中獎彩卷使收受人誤信中獎，經取信被害人後要求先繳交稅金、律師代辦費、公證費誘使被害人聽信匯款後受害。

(二) 假銀行貸款詐財

以低利貸款吸引急需貸款或信用破產者，取得信任後或貸款給與後來跳票之支票或詐騙以櫃員機轉匯貸款，實則為轉帳給歹徒之詐騙行為。

(三) 假買賣(含簡訊)詐財

歹徒先在報紙刊登販賣廉價商品廣告，再隨機選取行動電話號碼以手機或網路發送廣告簡訊，誘使收訊人主動聯絡後指示被害人轉帳將購買款項匯入人頭帳戶之詐財。

(四) 假退費詐財

歹徒偽稱國稅局、勞保局、健保局人員，打電話給特定族群，告知被害人要退費如勞、健保費，再要求需先將手續費匯入指定帳戶才能領款，誘使

¹² 根據內政部警政署所制訂的「165防詐手冊」，近年來的「十大熱門詐騙」有：(1)「假公務機構詐騙」。(2)「求職詐騙」。(3)「瓦斯安檢詐騙」。(4)「假親友詐騙」。(5)「自動提款機轉帳詐騙」。(6)「中獎詐騙」。(7)「網路購物詐騙」。(8)「網路援交詐騙」。(9)「假綁架詐騙」。(10)「貸款連環詐」。詳見 http://www.cib.gov.tw/CibSystem/RE_UPLOAD_FILE/20071211164440.pdf (last visited on 2011/2/25)

被害人轉帳手續費而詐騙受害。

(五) 假綁架詐財

詐騙集團先蒐購民眾個人家庭資料後，以電話隨機撥打，由成員佯裝被害人家屬子女，以淒厲哭聲哭訴因欠款遭綁架，在控制情況下要求被害人持行動電話依指示轉帳或臨櫃匯款而詐騙之。

(六) 假盜刷詐財

詐騙集團以金融機關或警察身分電話通知被害人帳戶被盜領，要求更換金融卡密碼，於營造金融人員或警察辦案背景聲音取信被害人後，使持行動電話依指示轉帳匯款，達成詐財目的。

(七) 假法院通知詐財

詐騙集團假借司法警察機關電話以恐嚇語氣警告被害人未依傳票到案，佯稱因金融帳號等問題將被凍結財產，騙得申請「語音轉帳」並套出密碼後，以語音轉匯被害人存款而獲不法利益。

(八) 假催帳詐財

詐騙集團假借電信公司電話告知欠繳電話費，若不繳即將斷話，於被害人緊張之餘要求持行動電話至提款機詐騙轉帳，該卡提領殆盡後要求換卡操作，直至被詐騙一空為止。

(九) 假親友詐財

詐騙集團以電話向收話人表示為國小某同學，因重病需現金繳保證金住院，被害人於其直呼姓名下誤認為真，依指示匯款或轉帳受騙。

(十) 假求職詐財

歹徒在報紙刊登應徵司機、保全、裸母、服務生、接線小姐、公關等廣告，俟受騙者來電應徵，即編織理由如轉匯薪資為由使遭誘騙而至櫃員機受其指示轉帳而受害。

(十一) 假援交詐財

歹徒在報紙或網路刊登情色廣告或以簡訊隨機傳送由少女挑逗慫恿性交

易下，要求先匯費用而後未交易，被害人遭騙後不敢報警，集團再以其白嫖不付錢或毀損公司電腦帳戶恐嚇取財。

(十二) 網路購物詐財

歹徒利用大型購物網、拍賣網站作掩護，以低價名牌精品，或是3C(Consumer Electronics / Computer / Communication)產品為幌子、讓購買者見獵心喜、出價競標，再以各種手法詐財或騙物。

(十三) 假冒司法機關詐財

歹徒打電話謊稱被害人帳戶被盜用，被列為詐騙集團洗錢帳戶，違反洗錢防制法需監控該帳戶，要求將帳戶存款提領交司法人員保管，案件結束後再歸還，在取信被害人後直接登門取款而騙得其財物。

第三項 詐欺犯罪的手法

現今詐欺犯罪，犯罪人與被害者多半非直接面對面接觸，而是以電話（含手機簡訊）、網路、書面文件或其他中介方式製造錯誤情境、給予錯誤訊息、使被害人陷入詐欺圈套，而交付財物的方式，也多以透過金融機構之臨櫃匯款、電話語音轉帳、ATM 匯款、網路轉帳等間接方式為主，此外，詐欺犯罪者尚利用人頭帳戶、網際網路等低成本、高隱匿性的犯罪工具進行不法犯罪行為，增加執法機關的追訴與查緝困難。

研究文獻指出¹³，當今新興詐欺犯罪的手法實具有以下之特點，殊值司法人員於犯罪偵查上之參考：

一、組織企業化、分工系統化

犯罪集團不斷吸收新成員，並有計劃組訓成員，組織層級與分工精細，僅以「人頭」電話與「下線」聯繫，下線無從得知其使用之車輛、住所、出入場所。

¹³ 丁水復，新興詐欺犯罪問題防治法制之研究，國立中山大學大陸研究所碩士論文，2005年，第19、20頁。

二、利用各種名義誘導民眾轉帳詐財

詐騙集團利用各機關為民服務之名義（如退稅、sars補助金、老人年金等）或是藉中獎必須預付稅款，並設計虛擬機關情境（如錄製該機關總機語音系統）取信於民，更有偽稱其係受國稅局委託或經過律師事務所認證，使民眾難以辨認其真偽。

三、運用科技產品犯罪

歹徒利用手機傳送中獎簡訊或退稅通知，運用自動提款機操作以騙取被害人密碼，進而以密碼設計輸入轉帳金額。或是以網路之虛擬情境販售商品，運用網路輸入信用卡帳號方式騙取被害人存款。

四、多重電話轉接

歹徒將提款及接聽電話地點移至大陸沿海廈門等地，造成警方查緝盲點，難以溯源追查。

五、設立人頭帳戶

偽造證件或向遊民、信用破產者收買個人身分證件，並於金融及電信機構開設人頭帳戶。

六、片面接洽行騙

透過電話單向聯絡，被害人未曾與該詐欺集團人員見面。

七、行騙配合恐嚇

恐嚇類的伎倆詐欺方式常以「假綁架真詐財」、「威脅人身安全騙取財物」、「向徵兵役男家屬詐財」為之。

八、使用網路資訊

透過網路提供大宗電子郵件商機、連鎖信函、家庭代工騙局、網路交友詐財、販賣假基金、網路老鼠會、虛設行號等。

九、運用大眾傳播媒體做為媒介

以大眾傳播媒體為媒介工具，搭配簡訊、報紙分類廣告、信函、電話等方式引誘民眾上鉤。

十、冒充公正人士見證

為取信被害人，以冒名律師、會計師或知名人士做見證。

十一、對於同一受害者重覆詐騙

詐騙集團於收到贓款後大多重複以各種理由（如ATM 操作錯誤錢未收到）或藉口（尚需律師代辦費、法院公證費等），要求被害人再繼續匯款或恐嚇、騷擾被害人或失去聯絡等。

十二、被害人對於被害後知後覺

被害人匯款後皆未獲得應得的獎金或財物，對於詐欺受騙一事後知後覺，甚或不知不覺。

十三、境外洗錢再匯回國內

詐騙所得贓款經由地下通匯管道匯入第三國或經洗錢匯回國內，以逃避司法上之追緝。

十四、設下誘餌詐騙轉帳

發送大量簡訊，內容均以「貴用戶在何處以信用卡消費多少金額」、「信用卡、金融卡被盜刷」為由，一旦被害人被騙撥打簡訊上的電話號碼，詐騙集團成員就會以各種名目將被害人騙到提款機前，伺機將被害人的存款轉走，並通知台灣的車手將錢提領一空。

此外，當今新興詐欺犯罪的犯罪特性迥異於傳統的犯罪類型，依研究文獻說明¹⁴，其犯罪模式特色有下列幾點性質：

一、任意性

犯罪者可不受時空限制輕易進行犯罪行為，可於任何時間或地點透過

¹⁴ 預防犯罪-科技及電信詐欺犯罪手法暨降低犯罪得逞預防措施之研究與探討。

資料來源－

<http://www.klcc.gov.tw/uploaddowndoc?file=/pubklcc/service/%E9%A0%90%E9%98%B2%E7%8A%AF%E7%BD%AA-%E7%A7%91%E6%8A%80%E5%8F%8A%E9%9B%BB%E4%BF%A1%E8%A9%90%E6%AC%BA%E7%A0%94%E7%A9%B6%E5%A0%B1%E5%91%8A%E6%A0%B8%E5%AE%9A%E7%89%88.doc&flag=doc> (last visited on 2011/6/14)

資、通訊技術跨越國家與地域進行，因此在追尋犯罪者上不具有傳統犯罪類型的地域關係，且因跨地區、甚至跨國性，往往牽涉管轄權的爭議，於偵辦上極為不易。

二、隱匿性

由於資訊、通訊服務提供業者對於使用者的資料審查無一定規範，特別是網路業者，不似通訊系統目前已有專責單位NCC負責規範管理，資訊部分目前沒有專責單位，所以在使用者身分的查核上過於鬆散，加上公用網路的普及，以及網路具有匿名性，所以犯罪者真實身分不易曝光，偵辦上有一定難度。特別是在資訊與通訊技術結合後，利用通訊系統轉接網路再轉接通訊系統，對犯罪者而言不僅費用低廉，且使警方不易追查訊號以及使用者，益增加偵辦之困難度。

三、無特定性

除少數具有指對性的攻擊行為，如：竊取某人電腦資料外，犯罪者可以透過資、通訊技術的連結，在沒有特定被害對象時，進行廣泛攻擊行為，像是散播電腦病毒、廣發詐欺簡訊等。因為沒有特定針對性，往往歷時僅一瞬間的犯罪行為，就可以造成多起的傷害結果，造成民眾心理恐慌。

四、間接性

犯罪者可以隱身於資、通訊設備後間接與被害人接觸，而無須雙方的直接面對面接觸，不僅打破傳統犯罪需有加害者與被害者在時空聚合的因素，被害者也容易因相信由犯罪者所營造的情境而受害。因此犯罪者的偵查，因為無地域性及被害者無法指認，偵辦上亦屬不易。

五、智慧性

利用新興科技犯罪者，對於資、通訊技術有一定的認識及瞭解，如同白領犯罪者具有一定的專業性與智慧性，非一般人得以進行，且其型態具有多樣性，且易隨時間不斷更新手法，警察於設備更新上不及，民眾亦防不勝防。因新興犯罪具有任意性、隱匿性及間接性特質，而資、通訊紀錄掌控於民間

業者手中，加上警方偵查設備無法及時更新，往往造成警察偵查上的困難，因此其犯罪成本與障礙相較傳統犯罪類型低，但卻有高報酬的吸引，使犯罪者趨之若鶩，對於社會的影響層面廣，容易提昇民眾的被害恐懼感，無形中即成為治安問題的一大隱憂。

第四項 政府抗制詐欺犯罪之現況

近年來詐騙集團利用金融、電信、網路等新興科技及管理漏洞，透過人頭帳戶及人頭電話等犯罪工具，以各種名義詐騙不知情民眾的錢財，牟取暴利，影響民眾生活甚鉅，且透過單向聯絡、多重電話轉接之犯罪手法，逃避警方查緝，甚至將提款及接聽電話地點移至大陸地區，難以溯源追查，此類犯罪手法較一般犯罪複雜、隱密、抽象，對於社會所造成的危害遠較一般犯罪為鉅，嚴重妨害社會整體利益¹⁵。故為有效遏制電話詐欺犯罪暨各類新興之金融犯罪行為，政府相關部門透過跨部會協調會議之模式，針對利用電信、金融人頭戶所引發之犯罪研議討論，協調解決機制，以有效遏制歹徒氣燄，回應民眾殷切之期盼。

詐騙犯罪手法日新月異，民眾稍有不慎，或因未能小心查證，即有可能被騙，但在未蒙面、未窺見對方表情與真實身分的情況下，犯罪者究竟製造了什麼樣的犯罪情境，使得受害者深信不疑，甚至在短時間內便匯出大量金錢，加害者與受害者的互動之間，存在著什麼樣的契機與連結，使得受害者對加害者的信任情緒在電話、網路等媒介中得以有所攀附、又或者是什麼樣的情境說法與互動理由，急速激發出被害的恐懼、同情、貪心、誘惑等人性本質，使受害者喪失原有的理性判斷而落入犯罪陷阱中？民眾是否因接收資訊慣性，或因生活環境單純，及無法知悉預防詐騙因應之道而被騙？若是，又應如何強化民眾預防詐騙的警覺性，減少被害機會？

¹⁵ 胡木源，治安情勢之分析與對策，2007 警政工作研討會，2007 年，第 31 頁。

新興詐欺犯罪係屬於一新型態之犯罪，該類犯罪於國外亦屬罕見，雖自 1997 年起，台灣地區治安、電信、金融業等行政主體，為防止詐騙措施，早已進行自我職權內之行爲對策，但新興詐欺案件仍大幅飆升，有鑑受害者眾多，民意及社會輿論大聲撻伐，行政院遂於 2004 年 4 月 23 日成立「反詐騙跨部會協調會議」，進行政策面協調，但步調稍嫌緩慢，因詐騙集團橫行，已經到了有騙無類，人人自危的地步，社會負面的外部效果已經產生¹⁶。行政院遂召集跨部會「反詐騙聯防平臺會議」針對新興詐騙犯罪之問題癥結及偵辦困境，共同研商解決，而在各部會全力配合下，2004 年、2005 年詐欺發生案件僅分別小幅增加 2,810 件 (+7.5%)、3,341 件 (+8.35%)。2006 年詐欺案件發生數則較 2005 年下降 1,671 件 (-3.88%)，顯示在各部會的努力下，詐欺案件已獲遏制¹⁷。

此外，近年詐欺案發生數居高不下，以致影響社會治安，政府於 99 年積極打擊是項犯罪，採取諸多策略，如簽訂「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」¹⁸，加強打擊跨境詐欺犯罪、整合跨部會協調機制、加強電信金融管理、加強偵查預防等，減少案件發生及財物損失，以維護民眾安全。其中「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」第二章「共同打擊犯罪」的第 4 條「合作範圍」第 2 項規定：雙方同意著重打擊下列犯罪：... (二) 侵占、背信、詐騙、洗錢、偽造或變造貨幣及有價證券等經濟犯罪；...。」

實則，固然詐欺犯罪的犯罪率在最近幾年有逐漸下降之趨勢，但是仍然維持了一定的犯罪率與犯罪數量，未來仍不得輕忽之。

¹⁶ 葉毓蘭，保護弱勢從反詐騙做起，刑事雙月刊第 2 期，2004 年，第 5-7 頁。

¹⁷ 胡木源，治安情勢之分析與對策，2007 警政工作研討會，2007 年，第 30 頁。

¹⁸ 「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」，全文詳見法務部網站。

資料來源 <http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=Q0070013> (2011/3/15)

第三節 法事實研究對於刑法釋義學的啓示

「犯罪」這個現象，自古以來為始終無法根絕之社會現象，為了維持或恢復犯罪所破壞的社會生活之規律秩序，人類社會於是發展出許多的社會控制手段，而專注於犯罪研究的社會控制手段，可由事實面與規範面來加以探索，透過不同的角度對於犯罪的觀察，於是發展出各個專以犯罪為範疇之研究的學問。此等共同以犯罪為研究客體，而以有效抗制犯罪與預防犯罪為其共同終極目的之各種不同學科，學術上將其統稱為「刑事學」（Kriminalwissenschaften）¹⁹。而刑事政策（Kriminalpolitik）、犯罪學（Kriminologie）與刑事法學（Kriminalrechtswissenschaft），三者為構成刑事學內容之重要學科²⁰。本論文不同於其他法學論文，前兩節使用了一些篇幅說明詐欺犯罪之數據與實況，用意在於呈現與檢討下列幾點問題：

第一項 分道揚鑣的刑法學與犯罪學

犯罪學與刑事法學同以犯罪行為為研究之核心議題，惟兩者在研究之範疇以及研究之方法上略有不同。研究範疇上，犯罪學係以社會之觀點來定義犯罪，並且亦將刑法所未規範的偏差行為納入研究之範疇之內，刑法分則上的各種不法犯罪類型只是犯罪學研究的一部分而已；至於刑法上的犯罪行為僅是指具備不法內涵與罪責內涵之人類行止。在研究方法上，犯罪學是實證的與科際整合的經驗科學；刑事法學則為邏輯演繹的規範科學。犯罪學與刑事法學之關連性雖然不若兩者本身與刑事政策之關連性來的強烈，但非謂兩者全無交集之處。因為犯罪學的應用也常與刑事法學的實務發生關連性，例如犯罪學對於犯罪人之「犯罪預測」的研究，不但可作為司法審判者量刑上

¹⁹ 林山田，刑法通論（上冊），2000年，31、32頁。

²⁰ 刑事學之體系內容，除了犯罪學、刑事政策與刑事法學之外，依學者之看法，尚包含有「刑罰學」（Pönologie）與「犯罪偵查學」（Kriminalistik）。限於篇幅，本文在此僅就刑事政策、犯罪學與刑事法學三者間之關連性做一探討。

之參考，亦可為司法行刑當局對於犯人假釋之參考²¹；而犯罪學所研究的對象亦多為刑事法學所定的犯罪行為²²。

國內對於刑事司法學術的相關研究，通常是嚴予區隔的，研究者各自在自己的領域中專精，缺乏互相的對話空間，有時候更是缺乏尊重，輕視彼此的學術價值²³，殊不知各個領域之間的互動與合作，才是打擊犯罪最有效的良方，犯罪學與刑法學的分道揚鑣，是一個危機，不僅是學術上的危機，更是刑事司法實務上的危機！刑法研究者在關注規範合理性時，不應背棄犯罪現象與犯罪學，才能正確掌握犯罪研究的意義與內涵。

第二項 實證研究的觀念轉化

「犯罪」與「貧窮」，向為人類社會之兩大問題，自有人類社會存在即有之，過往數千年所存有的，可預知的未來仍會繼續存有。固然學術研究以科學觀點研究犯罪問題實為十九世紀近代以還之事，但在系統性、科學化研究犯罪行為之前，犯罪研究就已備受學者關注。晚近學者則多已認為，形成犯罪的原因是多元的，而且是很多因素組合而成的一種「情況聚合」(Konstellationen)。這種情況聚合大體可區分成「促進犯罪的情況聚合」(Kriminivalente Konstellationen)與「阻止犯罪的情況聚合」(Kriminoresistente Konstellationen)。此外，犯罪並是經由社會的「犯罪化過程」(Kriminalisierungsprozess)與「除罪化過程」(Entkriminalisierungsprozess)

²¹ 張甘妹，犯罪學原論，1999年，257頁。

²² 一般咸認，犯罪學之研究對象除了刑法上所加以處罰的犯罪行為之外，尚包含有未為刑法處罰的偏差行為，但如就犯罪防治之觀點來看，犯罪行為的研究似乎較偏差行為的研究更顯得具有重要性與急迫性。

²³ 彼此「缺乏尊重」絕非危言聳聽之詞，犯罪學的研究者常以為社會科學研究的價值只有「實證」而已，而法學的研究者也常質疑統計分析計量化數值的可靠性與可信度，這兩種不同的理路爭執，其實可遠溯自西方哲學知識論上的「理性主義」與「經驗主義」的對立，這部分的說明，可參閱林東茂教授所著的「一個知識論上的刑法學思考」一文，其文對於「社會科學不等於實證」的說明有頗為令人深省的敘述。

的交互影響所形成的，此等社會過程，不僅與刑法規範有關，更與此等規範在社會所形成的「法意識」(Rechtsbewusstsein)及執行規範的社會控制機構有關。因之，犯罪的定義除刑法學的概念之外，尚須加入促成犯罪與阻止犯罪的情況聚合，以及社會犯罪化與社會除罪化過程等的概念，才能完全掌握「犯罪」的全貌²⁴。犯罪的實證研究經驗，應要適度轉化成抗至犯罪的對策，形成制訂法規或修改法規的動因及來源。

第三項 法事實研究對於刑法釋義學之重要性

一、法釋義學的殖民困境

我國法律體系主要係繼受自歐陸，所以常見學說理論引述德日之說，此乃無可厚非，借鏡國外立法例與有力學說見解，甚至可以促進國內法學之發展。但這一種法律文化背景，往往產生「法釋義學的殖民困境」。問題主要有二：一則不是全盤照抄；二則覺得是技不如人。不管是何種問題，皆缺乏了轉化與創造的力量。法事實的研究在犯罪化過程中具有重要的作用。然而，作為犯罪化所需的法事實研究不能脫離社會現實的考慮，具體包含與法規範相關的文化背景與社會制度，甚或涉及到經濟層面的社會現狀。其中，比較重要的是與規範形成相關的社會意識、社會價值觀以及特定行為的侵害。另外，法規範制定之後對社會現狀產生的影響以及執行的效率等也需要在入罪時一並加以考慮²⁵。

法事實的研究需要考慮規範執行中可能出現的實效問題。犯罪學中的犯罪黑數研究即是一個特殊的法事實研究。實際上已經發生的犯罪，卻未出現在官方的統計數字當中的案件數，被稱之為犯罪黑數。相關部門對犯罪行為的統計數字，限於各種條件，並不能囊括社會現實中所發生的全部犯罪。必

²⁴ 林山田，刑罰學，1998年，第18頁。

²⁵ 胡啟忠、胡業勛，略論法事實的研究價值。

資料來源 <http://theory.people.com.cn/BIG5/11358797.html> (last visited on 2011/3/26)

須有犯罪黑數統計的輔助，始能較為清晰地了解社會現實中所發生的犯罪數量。而相關部門統計的數字與犯罪黑數之間的落差，可能影響法規範執行的實效²⁶。因此，在規範制定之初，預先對於可能產生的犯罪黑數加以研究，可以對規範最終可以被貫徹的程度與機率作出判斷。

二、貼近本土事實的必要

從事刑事犯罪化工作，必然有所參考的社會事實。這種刑事犯罪化時不可不參酌的素材，一般稱之為法事實。法事實可以分為兩種類型：首先是形成法規範時所參考的社會事實，其次是法規範發生實效後所影響的社會事實。不能將生活事實等同於法事實，法事實來源於生活事實，具有自身邏輯獨立性；生活事實上升為法事實，需要經過各方面的綜合考量。因此，對法事實的研究需要將目光不斷往返於生活秩序和法律之間，綜合考量法律條款的實際運用、實定法的被遵守程度、法規範形成的內在關係、法規範對社會影響或者是法院的司法實務等，才能更好地為刑事立法和司法提供參考的依據。法事實研究固然首先源於社會學，特別是法社會學的研究。但直至今日，對於刑事立法有最大幫助者，當首推犯罪學研究。此種法學、犯罪學、社會學的交互研究與觀察，對於刑事政策的判斷幫助極大。所以，在刑事立法的過程中，經由犯罪學觀點所得的法事實，往往成為立法時的討論重心和立法正當性依據之一²⁷。詐欺犯罪在台灣的現實情況與其他國家不一定相同，引據本土的犯罪數據、就本國刑法展開論述，都是因為有貼近本土事實的必要性存在。

²⁶ 胡啟忠、胡業勛，略論法事實的研究價值。

資料來源 <http://theory.people.com.cn/BIG5/11358797.html> (last visited on 2011/3/26)

²⁷ 胡啟忠、胡業勛，略論法事實的研究價值。

資料來源 <http://theory.people.com.cn/BIG5/11358797.html> (last visited on 2011/3/26)

三、規範創新轉化的契機

法事實乃指法律在社會中的一切具體現象，德國學者稱為法的社會現實或法現實。就其實際內容而加分析，計可分為兩大部分：一部分乃指形成法規範的一切社會現實，包括型成法律規範有關之文化的，社會的，政治的與經濟的一切事實；另一部分係指法規範對於社會生活在文化上，社會上，政治上與經濟上的影響事實²⁸。在刑事立法或行政立法上，特別需要法事實研究。因為判斷某一不法行爲，是否應賦予刑事刑罰或行政罰的法律效果及其條文化的立法工作，需要很多有關此一不法行爲的不同法事實，方能做成決定²⁹。

刑事立法的最終目的在於確定某個完整的刑法規範，建構類型化的構成要件，以便更好地服膺於司法實踐。在一個完整的入罪過程中，立法者首先必須對已發生的生活事實進行認真的觀察，並借助於犯罪學、法社會學等學科的研究成果對可能進入刑法規範考量的事實進行初步確認，經過此種初步確認的特定事實於是成爲一個具有法律與社會交互影響關係的法事實；其次，用刑事政策與刑法理論的觀點將這些法事實加以評價篩選，此時的法事實已經成爲了刑法規範的對象；最後，將這些規範對象予以法典化，一個完整的入罪過程便宣告完成。由此可見，在一個標準化的入罪過程中，法事實承擔了中間媒介的作用，它使一般經驗上的生活事實轉化爲刑法規範對象。刑事立法最初所面對的原始材料是龐雜無章、形形色色的社會現實，而法事實研究可以幫助立法者有效地完成入罪過程³⁰。從事本土在地的法事實研究可以啓動規範創新轉化的契機。

²⁸ 林山田，法事實研究，收錄於：刑事法論叢（二），1997年，第408、409頁。

²⁹ 林山田，法事實研究，收錄於：刑事法論叢（二），1997年，第417頁。

³⁰ 胡啟忠、胡業勛，略論法事實的研究價值。

<http://theory.people.com.cn/BIG5/11358797.html> (last visited on 2011/3/26)

第四節 小結

前述官方統計顯示，台灣社會近 5 年詐欺發生數，2009 年以前約維持在 4 萬件上下，2010 年下降至 2 萬 8,820 件，其中「電信詐欺（含電話、手機簡訊詐欺）」及「網路詐欺」合計所占比例較高，共約占 4 成 5 左右。至於學界於 2011 年 1 月所公布之「九十九全年度全國民眾犯罪被害暨政府維護治安滿意度調查」則顯示，在 2010 年度全年，曾遭受「詐騙犯罪」的侵害而有金錢損失的比例為 3.9%，較之 2009、2008 全年度調查比較更是明顯的降低，為歷次調查中之最低。而在 2010 年期間政府在防治防制詐騙犯罪作為的滿意程度，滿意的民眾約為 57.7%，明顯高於不滿意民眾的 42.3%。由上可知，似乎治安機關在防制詐騙犯罪方面略有些許成效，也或許是民眾對於詐騙犯罪的認識及警戒心都已較之以往大幅提升。但是根據犯罪研究中心保守推估，2010 年度民眾受詐騙的損失仍高達數百億之鉅額損失，吾人不應鬆懈或怠忽之。

詐騙犯罪與毒品犯罪近年來一直是全國媒體與民眾最關心的犯罪問題，尤其詐騙犯罪更是曾登上行政院研考會調查十大民怨的第二名，顯示詐騙犯罪對於在我國的氾濫與嚴重性。詐欺犯罪為一傳統上典型的經濟犯罪之類型，而經濟犯罪物質方面之危害與影響通常是難以估計的，因其存在著極高的「犯罪黑數」，未受到刑事司法相關單位的追訴與審判。不過依據最保守的估計，不少學者均認為經濟犯罪所造成的物質上之損害，是超過所有其他犯罪所造成損害的總和。詐欺犯罪在台灣的情況與其他國家不一定相同，引據本土的犯罪數據、就本國刑法展開論述，都是因為有貼近本土事實的必要性存在，從事本土在地的法事實研究可以啟動規範創新轉化的契機。對法事實的研究需要將目光不斷往返於生活秩序和法律之間，綜合考量法律條款的實際運用、實定法的被遵守程度、法規形成的內在關係、法規對社會影響或者是法院的司法實務等，才能更好地為刑事立法和司法提供參考的依

據。



第三章 詐欺罪的詐術概念

本章討論的是涉及到「詐術」概念的核心罪名-詐欺罪，關於詐欺罪，在早期羅馬法時代即已經有對此種罪加以處罰，但與偽造文書罪不易區分，至19世紀時才將詐欺罪與文書的偽造分離，亦即自當時起，詐欺罪始為財產犯罪的一個獨立類型¹。刑法上普通詐欺罪之處罰規定，也可以說是財產犯罪中要件最為複雜的條文，因此其所衍生出來的問題特別的多，討論也特別熱烈。本章內容則在於回顧詐欺罪在學說上與實務上之爭議問題，並提出自身之看法。

第一節 詐欺罪構成要件的結構與要素

詐欺罪是行使詐術欺騙相對人，進一步使其產生交付財物的意思，可知，詐欺罪之成立需要相對人因為詐術產生的錯誤成為交付財物的動機，因此，Welzel將詐欺罪稱之為「動機賦予犯」(Motivationsdelikte)²。另外，由於詐欺罪行為人之意圖，乃指行為人為自己或第三人達成違法之財產利益狀態，但對於違法之財產利益並不需要事實上出現，因之，詐欺罪在學說上又被稱之為「截斷的結果犯」(Kupiertes Erfolgsdelikt)³。關於詐欺罪之侵害法益、不法要件與犯罪結構上之特色，茲分述如次：

第一項 侵害法益

「法益」(Rechtsgut)是刑法中極為重要的概念。刑法學界大多數的學者

¹ 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，1995年，第371頁。

² 大塚仁 著/馮軍 譯，刑法概說(各論)，中國人民大學，2009年，第284頁。

³ 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，1995年，第391頁。另見：蔡聖偉，所有權犯罪與侵害整體財產之犯罪(下)，月旦法學教室第70期，2008年，第52頁。

皆認為，刑法之唯一任務乃在於「法益之保護」(Schutz von Rechtsgutern)⁴。換言之，例如僅僅不符合特定意識型態之行爲、違反道德之行爲、違背社會感情之行爲與違反禁忌之行爲，倘若其對於法益未造成侵害與危險，即不應該以刑法規範予以禁止。於刑法中一些似乎與個人利益保護無關的侵害集體法益的犯罪構成要件爲批判性的檢討，能形成一個理性的刑事政策，而將不合法益保護原則的構成要件排除於刑法之外⁵。

詐欺罪所規範者，乃以取得他人之財產或財產上不法之利益爲目的之犯罪。惟此種行爲之應予處罰，不僅行爲人欲對被害人財產權予以侵害，亦由於行爲人以違法之欺騙手段，取得財物或財產上之利益，顯然有害於社會秩序，故法律不能置而不問。過去刑法學者認爲詐欺罪之所以應予明文處罰，乃基於對個人財產權的侵害及對社會秩序的危害兩項原因，前者處罰元素在於被害人因行爲人之詐騙行爲而造成財產上之損失，後者則在於欺騙行爲對社會正常經濟活動的傷害。初見此等立法目的，對於詐欺罪的存在並無任何值得懷疑之處，但仔細分析，卻有許多可以重新思考的核心問題，例如現行刑法第 339 條之規定所保護之法益，是否真能涵蓋危害社會秩序之經濟運作？如果涵蓋了這樣的社會法益，那麼經濟詐欺是否無須再另行立法規範？如果沒有涵蓋，那依現行刑法相關規定又應如何加以規範？在在值得吾人省思之。

一、詐欺罪所侵害財產法益之性質

詐欺取財罪究竟屬於侵害個人之「個別財產」或「整體財產」之犯罪類型，國內刑法學者的看法並不一致；受到日本學說影響的學者認爲⁶：「普通詐欺罪區分爲詐欺取財罪與詐欺得利罪，二者之保護法益需分別檢討；在詐

⁴ 近來有學者提倡，在「立法論」內的刑法目的應採「法益保護說」，在「解釋論」內的刑法目的應採「規範維護說」，殊值參考。詳見：鄭善印，刑法的目的只有法益保護嗎？-以日本刑法學說爲觀察核心，收錄於：現代刑事法與刑事責任，1997年，第649頁以下。

⁵ 國內關於「法益」論述的專著，經典的文獻是：陳志龍，法益與刑事立法，1997年出版。

⁶ 甘添貴，刑法各論(上)，2009年，第308頁。

欺取財罪，其保護法益，為個人對個別財產之利益，在詐欺得利罪，其保護法益，則為個人對整體財產之利益；另一方面，詐欺取財罪，究在保護個人之所有權抑在保護個人之持有利益，學說亦爭執甚烈。其爭執之論點，與竊盜罪之情形，如出一轍，亦有本權說、持有說、本權及持有說等，不一而足，對此，多數說認為仍以持有說為妥。」因此，該學者認為詐欺取財罪，其保護法益除了為個人對個別財產之利益外，還將之限於為「個人對個別財產之持有利益」，因此當被害人喪失對財物本身之持有，即屬一種損失，因妨害到使用財物本身的機能，所以無論被害人全部財產是否減少，只要喪失對財物本身的持有時，就是一種損害。

受到德國學說影響的學者則認為⁷：「詐欺罪所要保護的法益，是以財產作為全部之觀點為法益之認定，其所要保護的應為被害人的整體財產利益而不涉及個別財產利益。」；此等學者並未就刑法第339條第1、2項分別討論，應認為二者皆為保護整體財產利益而不涉及個別財產利益；因此，該等學者們似乎認為，詐欺罪是一種很典型的侵害整體財產利益的犯罪，因為行為人施用詐術之後，被害人經由自己利害衡量，才將財物交付給行為人，對於被害人而言，重視的是此財物的價值對於其整體財產利益之意義，而非該財物本身之個別價值，即被害人考量其整體財產利益狀況之後，所強調的是該財物之「交換價值」，而不是該物之「個別價值」；因此，詐欺罪所保護之財產法益為整體財產利益而非個別財產利益。

本文以為，詐欺取財罪之犯罪模式既為：「行為人利用施用詐術之行為方式，致使被害人主觀上產生錯誤之認識，進而作成財物交付行為」，因此被害人交付財物之行為，可以說是導致其財產發生損害之直接原因；被害人作成財物交付行為時，雖受到行為人施用詐術之影響，於主觀意思上存有瑕疵，然對於該財物交付此一行為本身，被害人仍有一定程度之意思決定自由，

⁷ 林山田，刑法各罪論（上冊），2004年，第463、464頁。

屬於經過自我利害衡量瞭解到該行為對其整體財產影響後所做之決定，即便被害人此一財物交付行為並非有任何價值交換之目的，然其瞭解到該行為對整體財產影響此一部份，其所重視的可以說是該財物所彰顯之交換價值，即其對於整體財產之意義，因此法律規定也應該站在這種立場上，對於被害人之整體財產利益提供保護即足，至於其財產之個別價值則非詐欺罪所關注的保護對象，故本文認為，「詐欺取財罪之保護法益，應為整體財產利益（Vermögen in seiner Gesamtheit）」，而非個別財產利益之保護。

二、侵害超個人法益之詐欺問題

詐欺罪，乃為侵害財產之犯罪，其所侵害者，須為有關財產之法益，始能成罪。除侵害個人財產法益之外，刑法上有其他罪名之相關規定在實質上亦屬行使詐術之行為。如所侵害者並非財產法益，而係財產以外之法益者，例如，結婚詐欺，自不成立詐欺罪。詐欺行為，並未侵害財產法益，而僅侵害國家或社會法益時，亦無成立詐欺罪之餘地⁸。例如，詐術妨害考試、詐術妨害投票等是。

詐欺行為如係侵害國家或其他公共團體之財產法益時，可否成立詐欺罪？則不無疑義。例如，詐術逃漏稅捐、詐領貧戶救濟金、詐領兒童福利金、詐領教育補助費、詐領公教實物配給或許領出差費等是。國家或其他公共團體，在性質上，屬於法人；法人，雖僅係觀念之產物，無從為事實上之支配，其本身自無從持有財物；惟法人在法律上，亦具有權利主體之資格，得享有財產權，對於財物，得由其代表人、負責人或職員為法人而持有。對於財物之持有，雖以自然人為限，惟持有利益之歸屬，則包含法人在內。因此，詐欺行為如係侵害國家或其他公共團體之財產法益時，亦有成立詐欺罪之可能。我國實務見解，向採肯定說⁹。例如，(1) 將已用過之菸類專賣憑證重為

⁸ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第308頁。

⁹ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第309頁；陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，2009年，第

使用；(2) 行使偽造菸類專賣憑證；(3) 捏稱軍人遺族冒領恤金；(4) 偽造某軍事機關公函，持向食鹽公賣局購鹽轉售圖利；(5) 以詐術逃漏稅捐等，均得成立詐欺罪。

實則，有研究指出¹⁰，經濟犯罪中有為數不少的形態具有與傳統刑法財產犯罪體系相當的構成要件。但因此等犯罪型態所造成的損害，除個人法益之外，尚有超個人之財產利益與社會利益，故已非普通財產犯罪所能涵蓋。傳統詐欺罪中，實有與經濟犯罪所欲規範之範圍重疊之處，如欲有效達成詐欺罪之立法目的，實應就詐欺行為之態樣，予以層級化以及類型化的統籌認識。而以詐欺行為在經濟犯罪的比例，詐欺是一種經濟行為，而且是一種脫序的經濟行為，這樣的經濟脫序行為或許有程度上的不同，卻有著部分一樣的元素。若從當初立法的時空背景觀察，目前的經濟型詐欺犯罪所造成的影響力和對於整體經濟市場的損害與動盪並不在立法者預想之內。比較經濟型詐欺犯與傳統之詐欺罪型態，經濟詐欺犯罪因為手法介入之不同，使造成損害的質量實有差異之處，例如網際網路發達，傳播力量之迅速擴展性，造成受侵害之對象和人數不特定以及可能侵害的時間範圍無法控制。又例如詐害整個投資市場，造成市場股價變動，從中獲取暴利的方式，因為詐欺不特定多數人所集合成的交易市場。此時保護的法益內容似乎亦不再限於個人財產法益，因為可能一個市場的錯誤反應，連帶影響整體市場經濟發展或政府政策方針。也因此，這種新興的經濟詐欺造成的侵害，似乎已擴大為整體市場交易安全此種抽象危險超個人法益，甚至連誠實信用原則這種抽象概念都無法涵蓋之。故是否就此將詐欺罪保護法益擴大解讀成包含「誠實信用」的超個人法益，似乎無助於經濟型詐欺犯的防止與制裁，或許可以考慮參考德國立法例和近年我國學界的討論，將經濟詐欺罪做獨立的規範立法，較能避免衝擊傳統詐欺罪之規範機能，亦合宜於全面性的考量與法益保護。

471、472 頁。

¹⁰ 陳盈穎，刑法詐術意涵之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，2009 年，第 20、23 頁。

第二項 客觀不法

一、行為客體

凡不屬於行為人所有，而在他人持有中之物，均可充當本罪之行為客體。至於該物之所有權係屬於被騙者本人所有，抑或屬於第三人所有，均非所問。從而本罪之受騙者與物之受損者，有時可能同屬一人，亦可能分屬數人¹¹。本條既將行為客體泛稱為「物」，自然兼指動產與不動產，且依第343條之準用規定，電器亦可成為本罪之行為客體¹²。至於因「不法原因」所持有之他人之物，如賄款、贓物、毒品...等，學說上認為亦得為本罪之客體¹³。

二、行為

詐欺罪之行為類型即「行使詐術而傳述反於真實之內容」(Täuschung über Tasachen mittels einer wahrheitswidrigen Behauptung)¹⁴。本罪之行為為實施詐術而取財，凡使用詐欺手段，使人陷於錯誤而行騙，或利用他人之錯誤而行詐等，均足以當之。所謂的詐術，是以作為或不作為的方式，傳遞與事實不符的資訊。事實是指，過去或現在的事實，而所謂事實，必有真偽的內涵，至於未來之事實，目前無法檢討真偽，所以對於未來之事情，無法傳遞不實的訊息。至於價值判斷，根本沒有真假的內容，無法憑著我們的認識能力去檢討真偽，所以也不能成立欺騙。如果有人就價值判斷有所主張，相對人信之而發生損害，對此有所主張之人，不成立詐欺罪¹⁵。另，行為人實施詐術，不論以語言、文字或舉動，均可該當本罪之行為。又如行為人實施詐術，除

¹¹ 林山田，刑法特論，(上)，2000年，第321頁。

¹² 甘添貴，刑法各論(上)，2009年，第310頁；林山田，刑法特論，(上)，2000年，第321頁。

¹³ 甘添貴，刑法各論(上)，2009年，第309、310頁。

¹⁴ 許恆達，「行為非價」與「結果非價」-論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論第114期，2010年，第249頁。

¹⁵ 甘添貴，刑法各論(上)，2009年，第310、311頁。

積極之作爲外，尙應包括消極之不作爲¹⁶。前述主張尙爲通說之見解。

三、陷於錯誤

行爲人之實施詐術，必須引致被騙者之錯誤，方有構成本罪之可能，故若使用之方法，不致陷他人於錯誤，即不成立本罪¹⁷。此種引起被騙者陷於錯誤之行爲情狀，並未明文規定於本罪之構成要件之中，故爲一種「不成文之構成要件要素」。錯誤是指，被騙的人主觀的認知和客觀的事實不一致；發生錯誤的人，必須同時也是處分財產的人；再者，錯誤發生與財產處分，必須有因果關係，否則，詐欺罪不成立。若是單純之毫無所知而無具體之錯誤想像（*ignorantia facti*），則並非此處之錯誤¹⁸。

陷於錯誤是指被害人的主觀認知與客觀認知的事實不一致而言，被害人如果對於行爲人所傳達的資訊有所「懷疑」時，是否還算是陷於錯誤？傳統上通說的看法認爲此一情形亦不妨礙陷於錯誤的認定，但是此一要素的判斷近來隨著學者將刑法導入被害人論理而受到動搖與修正，尤其在詐欺罪之類型，是刑法被害人理論被採做參考解釋的重要場所。依新近學說¹⁹，「錯誤」與「懷疑」乃是被害人論理與詐欺罪間之媒介，若行爲人所詐稱的內容不僅客觀上足以令人懷疑，被害人主觀上也產生懷疑時，而被害人顯然可以經由適當的方法來保護自我、避免損害發生，倘被害人捨此自保途徑而不爲，因而遭受損失，國家自無必要過度反應動用刑罰權制裁行爲人。新近的學說固

¹⁶ 林山田，刑法特論，(上)，2000年，第322頁。

¹⁷ 95年台上字第6241號判決：「貪污治罪條例第五條第一項第二款利用職務上之機會詐取財物罪，就詐取財物之要件而言，與刑法詐欺罪相同，必須行爲人意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付為要件。所謂以詐術使人交付，必須被詐欺人因其詐術而陷於錯誤，若其所用方法不能認爲詐術，亦不致使人陷於錯誤，即不構成該罪。因之，行爲人縱有施用欺罔或其他方法而圖詐取不法財物情形，然相對人若早已了然於胸，並不因公務員之施用欺罔或其他方法，而陷於錯誤，其之所以交付財物，乃係別有原因者，仍無由逕論以該條款之罪責。...」

¹⁸ 林山田，刑法特論，(上)，2000年，第327頁。

¹⁹ 詳參：林鈺雄，論詐欺罪之陷於錯誤，文載：刑事法學之理想與探索（第二卷），2002年，第245頁以下。

然可以促成對傳統刑法理論的省思，惟評價被害人之自我責任仍不宜過度，否則詐欺罪之保護範圍將會受到不當的壓縮，有違刑法保護法益之目的。況且，被害人在一定的心理壓力之下（例如行為人謊稱其親屬車禍住院急需用錢），即便使是有所懷疑，通常亦會交付財物。職是之故，未來刑法被害人理論的發展，如何「適度」地評價被害人之自我責任與「合理」地判斷行為人之歸責，使得刑罰權的動用益加理性，將會是未來該理論的核心課題²⁰！

四、財產處分

財產處分，並非民法上之概念，而是「純粹事實」（rein faktisch）的概念，因此，處分者是否具備民法上的行為能力，及非判斷的關鍵所在²¹。受騙者因被騙陷於錯誤後，而處分其自身或第三人之財產，若受騙者騙陷於錯誤後雖有處分行為，但非財產處分，則無由構成詐欺。至於財產的處分，可能是締約行為，也可能是履約行為，或物的交付。大多數的財產處分，是基於法律行為，不過也可能基於「公權力行為」，例如行政處分或法院的判決。被害人之交付為處分行為之一，乃於受詐術欺罔後，基於錯誤之認知而就財產所為之處分行為。亦有見解認為²²，倘行為人以詐術使人對其所持有之財物發生支配力一時弛緩現象，並乘機取去被害人財物者，由於被詐欺人並未因錯誤進而本於處分財產意思施以處分行為，該物之持有移轉乃由施詐行為人之自身行為所造成，與詐欺罪之要件並不符，應改按竊盜罪論科。

實則，並非所有之詐術行為均得成立詐欺罪，若詐術行為無法引發被害人後續之財產處分行為，進而造成財產損害，當然無法成立詐欺罪，此種財產侵害的關連性界分了可成罪的與不能成罪的詐術行為²³。我國實務見解亦認

²⁰ 請見本章第三節的論述。

²¹ Kindhäuser, LPK-StGB, 2005, §263. Rn.133.

²² 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第322頁；林山田，刑法特論，（上），2000年，第327、328頁。

²³ Mitsch, Strafrecht BT 2, Teilband 1, 2003, §7, Rn.38. ; Lackner/Kühl, StGB, 2007, §242, Rn.1.

為：「詐欺罪之行爲人，其取得財物必須由於被詐欺人對於該財物之處分而來，否則被詐欺人提交財物並非處分之行爲，則行爲人因其對於該財物之支配力一時弛緩，即與詐欺罪應具之條件不符。²⁴」

五、財產損害

詐欺罪是一種結果犯，這一點沒有爭議。也就是，經由仔細的計算，認定被害人發生了財產上之損害，詐欺罪的構成要件才會該當，這是詐欺與竊盜不同的關鍵之一。被騙者之財產處分行爲，必須造成其本人或第三人之財產損失，而此等財產上之損失，必須與行爲人（或第三人）所得之物或財產上之不法利益形成一種直接關係，亦即被害人之損失與行爲人（或第三人）之獲利之間必須形成一種對等關係。德國判決認定「被害人的困境」亦視爲財產損害，即交易行爲所得到的給付與締約目的不等合（與使用目的重大背離）；或須支付較高代價取得；或因承擔義務致不能利用自己資金，使經濟活動大受限制，都可解釋爲財產損害²⁵。

另外，這裡還可以再參照學者對於詐欺罪之「財產損害」所提之標準——即「目的失誤理論」(Lehre von der Zweckverfehlung)的說明。目的失誤理論，係以被害人所爲之交付行爲是否符合其目的來判定有無財產損害，如果欠缺此種目的則認爲有財產損害。目的欠缺理論最常適用於指定（或約定）使用目的之贈與的行爲，使用目的若不真，則應視爲詐欺罪之財產損害而成立該罪²⁶。依此，假冒宗教團體之募財行爲仍得依詐欺之罪刑論處，惟雖非假冒宗教團體，但是於收受捐贈後卻未依捐贈者之意願將該財物使用於宗教事業發展之用途，能否視爲詐欺則不無疑問？本文認爲應分別情形而論，意即捐贈者之贈與行爲確有「特定」一定之用途，而受贈者亦有所允諾者，此一情形

²⁴ 最高法院 33 年上字第 1134 號判例參照。

²⁵ 甘添貴，刑法各論（上），2009 年，第 323 頁；林山田，刑法特論，（上），2000 年，第 329 頁。

²⁶ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 263 Rn.102.

仍構成詐欺罪，亦且，並與背信罪成立法律競合之關係，惟仍只成立詐欺罪名²⁷；惟若捐贈者之贈與行為僅為「概括」的意願，而無指定特定之目的或用途者（目的失誤），行為人即不可以詐欺罪相繩²⁸，若生有爭執，只得依民事之手段尋求救濟。職是以觀，德國學界所提出來的目的失誤理論，實有再進一步予以精緻化以充實理論內容的必要性。又，目的失誤理論在適用上又與「無意識的自我損害理論」（Lehre von der unbewußten Selbstschädigung）²⁹相結合，亦即財產的損害並不只是在於一方的金錢交付，並且還在於該交付所應具備的目的之欠缺，因為如果僅以金錢的交付作為損害的認定標準，則在此由於被害人對於此項損失已有意識，因而不足以認為足夠成立對他的損害。至於該項交付所具備的目的在此有所欠缺，被害人對於此項目的之欠缺並無意識，因而在此存有無意識的自我損害。

第三項 主觀不法

一、故意

故意之要素乃用以反應行為人之蓄意行為，也就是行為人有意所為之行為³⁰。構成要件所稱之故意，是指行為人對於其行為、行為侵害的動向，以及行為可能造成的侵害，均具有「知」與「欲」，亦即對於行為及其所生侵害關係的認識與希望其發生³¹。行為人對於客觀不法構成要件要素均有所認識（知），並進而決意為本罪行為（欲）的主觀心態，即具有詐欺故意。故意其實是刑法相較之下極其純粹的構成要件基本要求，其所代表的只是對犯罪構成要件之明白與決意，自詐欺罪的故意要件出發，實無法分析出故意在詐

²⁷ 實務見解認為，背信罪之要件係包含於詐欺罪之觀念中，不另論以背信罪，似乎是將此例解為法律競合中之「特別關係」。請參見 25 年上字第 6518 號以及 63 年台上字第 292 號兩號判例。

²⁸ 若許違背「概括意願」之情形仍得成立詐欺罪者，恐怕全台灣的宗教團體負責人都要被繩之以法了。

²⁹ 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，1995 年，第 388、389 頁。

³⁰ 柯耀程，刑法系列-刑法構成要件解析，2010 年，第 110 頁。

³¹ 柯耀程，刑法系列-刑法構成要件解析，2010 年，第 147 頁。

欺罪構成要件當中的奇特之處，簡單來說，詐欺罪的故意與殺人罪的故意一樣，都只是對犯罪事實的知與欲³²，如是，則值得討論之處恐怕只在於詐欺行為之「意圖」要素，詳下所述。要之，刑法各罪多以故意犯為設計之基本原則，此一要素在詐欺罪來講，作為一個成罪之主觀要件的基本前提，並不顯得特別關鍵。

二、意圖

構成要件的主觀要素方面，除了故意之外，還有一些主觀要件的特別要求，特別是作為限定特定類型的主觀意向，如「意圖犯」(Absichtsdelikt)³³、「表意犯」(Tendenzdelikt)與「傾向犯」(Ausdrucksdelikt)(學說上將此三者稱之為「意向犯」³⁴)之規定，意圖之規定主要是放在行為人有意的行為之上，特別加上一定的內在意思條件，方得以成立犯罪³⁵。學說上有認為，意圖的本身，並不足以形成犯罪之類型，仍須依附在故意的基本主觀要件之下，易言之，意圖犯的存在，僅能在基本主觀要件為故意的類型之中，方有成立之可能³⁶。惟亦有學說持相反看法，主張意圖系獨立於故意以外之主觀不法要素

³² 鄭逸哲教授指出：「依刑法第十三條第一項和學說詮釋，行為人就特定的構成要件結果，明知若無意外其必然被實現，並有意以其行為促成其發生，則具有故意。此種故意，學說上稱為確定故意；依刑法第十三條第二項和學說詮釋，行為人就特定的構成要件結果，雖不確定其必然被實現，但若發生亦不令其感到意外，卻抱著『在所不惜』的容忍態度而行為，則具有故意，此種故意學說上稱為未必故意。然不僅法條上對故意所下的定義並不完整，甚至也不清晰、不恰當，但事實上，由於故意所指內涵過於重要及複雜，欲一舉將其概念說明清楚是不可能的，需經由眾多案例檢討分析中，始得逐步理解故意所指稱之內涵。」詳見：鄭逸哲，刑事法學及其方法(一)-法學三段論法下的刑法與刑法基本句型，2003年，第46~48頁。

³³ 深入討論「意圖犯」的最新文獻，請見：高金桂，論意圖犯，刑事法雜誌第52卷第2期，2008年，第1頁以下。高金桂教授並將意圖犯在刑事立法上之作用區分成：(1)限縮可罰性之意圖；(2)擴張可罰性之意圖；(3)加重不法之意圖。詳見：高金桂，論意圖犯，刑事法雜誌第52卷第2期，2008年，第22~25頁。

³⁴ 詳論可參閱：吳勇毅，論意向犯，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2002年發表。依照此一研究看法，「意圖犯」不同於「意向犯」，意圖犯僅是意向犯的類型之一，亦即：意向犯是上位概念，意圖犯是其下位概念，其他的下位概念還有「表意犯」、「傾向犯」。

³⁵ 柯耀程，刑法系列-刑法構成要件解析，2010年，第110頁。

³⁶ 柯耀程，刑法系列-刑法構成要件解析，2010年，第139頁。

(Unrechtselement)，故意之認識對象為構成犯罪之事實，意圖則建立於犯罪事實以外之企求³⁷。前述意圖之定性為何，似以「依附地位說」為多數說，「獨立地位說」則為少數說³⁸。但無論如何，要注意的是，法條中「意圖」之規定屬於一種純主觀的要素，並無與之相對應的客觀構成要件要素，其只要在主觀上存在已足，至於是否於客觀上具體實現，則非所問³⁹，並不會因此影響構成要件該當之判斷，但因為它的存在使構成要件的適用範圍受到限制，也因而成爲一種「主觀的處罰條件」，其功能即為限縮構成要件之適用範圍⁴⁰。只要行爲人有指向一定構成要件結果之發生的一定目的意思時，即有意圖。至於依行爲人之打算，該構成要件結果，是行爲人肯定一定發生或只是行爲人覺得有可能發生，並不重要。但如果構成要件結果之發生並不確定時，至少行爲人必須確定其對實際整個事件之進行有控制或影響之可能性始可。另外，特定之意圖最後能否被實現，並不影響意圖犯之成立或犯罪既遂之成立⁴¹。

詐欺罪之「意圖」要素，按照條文的語法解釋，似乎是指向所謂的「不法所有意圖」，實則，通說所謂所有意圖之「不法」，嚴格而言所指涉者應是「違法」(rechtswidrig)，即行爲人所致力追求的所有，與實體法秩序抵觸之狀態⁴²。如再進一步按照目的取向解釋方式，「不法所有意圖」在結構上應爲「不法意圖」與「所有意圖」兩個構面所結合而成的概念。「不法意圖」，乃行爲人認知到自己在法律上並不具合法權利而得以行使自己或第三人對客體

³⁷ 黃仲夫，刑法精義，2005年，第75頁。

³⁸ 高金桂教授在其「論意圖犯」一文中，亦採意圖之「獨立地位說」。參見：高金桂，論意圖犯，刑事法雜誌第52卷第2期，2008年，第9、21、29頁。

³⁹ 92年台非字第220號判例：「...按刑法第三百三十九條第一項規定之詐欺罪，以意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付為構成要件；所稱「意圖」，即期望之意，亦即犯罪之目的，與責任要素之故意有別；意圖為自己或他人不法之所有，為該罪之特別構成要件，因而該罪除須有施用詐術使人將本人或第三人之物交付之犯罪故意外，尚須具有特定之「意圖」，屬目的犯，並不以發生特定結果為必要。...」

⁴⁰ 鄭逸哲，刑事法學及其方法（一）-法學三段論法下的刑法與刑法基本句型，2003年，第49、50頁。

⁴¹ Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch, 2001, §15 Rn.66.

⁴² Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 2001, §242, Rn.27.

享有如同所有人地位之利益的主觀心態。實則，「不法意圖」的功能在於反應財產利益的分配歸屬原則，也就是行為人認知自己的取物行為抵觸法律對於財產利益的保護⁴³。詳言之，「不法意圖」，其不法性來自於「欠缺法律上正當的理由」，而判斷標準通常以「民事法律關係上是否有請求權」為依據。關於不法意圖之說明，有學者並指出：「此處之不法意圖並不以不法目的為必要，而是僅以對於不法的或然故意為必要，換句話說，只要行為人認識到事實上可能並沒有請求該物的理由存在，就有這裡所謂的『不法意圖』。⁴⁴」如此，似可將其理解為規範性的主觀構成要件要素，而有待民事法律關係加以補充判斷。

至於詐欺罪之「所有意圖」，必須是行為人主觀上的認知是持續性的剝奪原所有人之所有利益，對於物的暫時性的使用意圖，並不屬於財產犯罪中的所有意圖⁴⁵。學者指出：「所謂的『所有意圖』，是行為人對於該物本身或該物所內含的價值欲以所有人自居的心理狀態，是由兩個要素構成的，第一個是對於持續性的破壞他人對物的支配關係的或然故意，第二個是行為人的行為必須以暫時性的或持續性的使自己或第三人居於類似所有人對該物的支配地位為目的。」經由學者之說明及對於刑法上「所有」概念的認知⁴⁶，關於刑法所指「所有意圖」之意涵，應較接近「以立於類似所有權人之地位，暫時性或持續性的持有並使用支配該財物之主觀心理狀態」。

對於上述詐欺罪「所有意圖」的解讀，可能並無法界分出其與竊盜罪之差異⁴⁷，在此，因而有必要將「所有意圖」的內涵區分成「取得意圖」

⁴³ 黃榮堅，財產犯罪與不法所有意圖，台灣本土法學第 25 期，2001 年，第 114 頁。

⁴⁴ 黃榮堅，刑法問題與利益思考，1999，第 87 頁。

⁴⁵ 黃榮堅，財產犯罪與不法所有意圖，台灣本土法學第 25 期，2001 年，第 116 頁。

⁴⁶ 黃榮堅，刑法問題與利益思考，1999，第 87 頁。

⁴⁷ 刑法分則犯罪體系下，關於財產保護可分成兩大基本類型：單純只由行為人單方進行的持有權之破壞與被害人共同意思參與之財產侵害。前者為竊盜罪，後者為詐欺罪。簡而言之，竊盜罪強調是行為人所取得之財物是行為人自己主動的取得行為，而詐欺罪強調基於被騙受害人自己所為財產上處分。在詐欺罪，行為人所造成之財物或利益上損害，是來自被害人自己瑕疵之意思決定與處分行為，學說上稱為「自我損害犯」(Selbstschädigungsdelikte)；而在竊盜罪中，被害人

(Zueignungsabsicht) 與「獲利意圖」(Bereicherungsabsicht) 兩種型態，而成爲「取得罪」(Zueignungsdelikt) 與「獲利罪」(Bereicherungsdelikt) 兩種犯罪類型。前者，行爲人之目的主要在於取得他人之物，而非獲利，故行爲人取得之物縱無經濟價值可言，亦足該當取得罪，竊盜罪實爲一爲典型之「取得罪」；後者，正相反於所謂之取得罪，行爲人的犯罪目的主要在於獲得不法利益，而非在於取得他人之物，詐欺罪則一爲典型之「獲利罪」⁴⁸。由上可知，對於詐欺罪之特殊主觀構成要件要素的正確理解，應爲「不法所有之獲利意圖」⁴⁹。

第四項 因果關係與客觀歸責

因果關係是構成要件當中不成文的以及客觀的構成要件要素，判斷因果關係，應區分「經驗上的因果」及「評價上的因果」，經驗上的因果，是一自然現象上的前因與後果，屬於感官經驗的範疇，必須價值中立地認識；至於評價上的因果，雖然也是以經驗上的因果爲前提，但是「評價」係在於過問特定舉動的意義與價值⁵⁰。就刑法評價上的需求來看，確定行爲與結果之間是否存有因果關係，固然重要；惟應該進一步判斷，行爲人造成具體結果的行爲在客觀上是否係可歸責，而應負刑法上的責任。易言之，在因果關係的判斷上，對於「結果的原因」與「結果的歸責」，應加以區分⁵¹，即「因果的等價性」並非等同於「法的等價性」⁵²，這是之所以要區分因果關係與客觀歸責的重要原因之一。

一、因果關係

因果關係係指行爲與結果間存有必要之因果連鎖反應之關連性。結果必

之財物損害是來行爲人之竊取行爲，屬於「他人損害犯」(Fremdschädigungsdelikte)。

⁴⁸ 林山田，刑法各罪論(上冊)，2004年，第291、292頁。

⁴⁹ 另外關於「不法所有」的性質與定位，詳見：陳志龍，法益與刑事立法，1997年，第247頁。

⁵⁰ 林東茂，刑法綜覽，2007年，第1-87頁。

⁵¹ 林山田，刑法通論(上)，2006年，第223頁。

⁵² 林山田，刑法通論(上)，2006年，第224頁。

須與行爲具有此等刑法判斷上之因果關聯，亦即在刑法判斷上，足以認定構成要件結果係由構成要件行爲所引起的，行爲人對該結果，始應負犯罪即遂之責。否則，可能只是未遂，甚而可能完全不負刑責。因果關係，如同其他客觀構成要件要素，係客觀外界事實存在與否之問題；對因果關係之判斷，如同判斷構成要件結果出現與否，係事實之判斷。因而其係構成要件該當與否之判斷。至於行爲人對因果關係有無認識，只影響故意之成立與否而不影響因果關係之成立。只要行爲與構成要件結果間，客觀存有必要因果關係，縱令行爲人對此欠缺認識，亦不影響因果關係之成立。因果關係之証實，須依證據爲之認定。如果無法證明，則依「罪疑唯輕原則」，應對被告爲有利之考慮，而否認因果關係。

一般而言，因果關係乃行爲與結果之間的連接橋樑或銜接要素，因爲有因果關係的存在，不法的結果才能歸咎給犯罪行爲，犯罪的判斷才實質合理。但在詐欺罪來講，這樣的必要性關聯顯示得更加輾轉與更加強烈。因爲，詐欺罪之成立必須「因」施用詐術「而」引致錯誤，復「因」錯誤「而」招致財產上的損失，於是學說上將此特出之因果關係稱之爲「貫穿的因果關連」（*durchlaufender Ursachenzusammenhang*）⁵³。所以，如果錯誤不是行爲人的詐術所引致，或者財產上的損失並非陷於錯誤所導致，其實就沒有繼續檢驗其它構成要件要素的必要，也就沒有理由歸責於行爲人。

最高法院23年上字第2084號判例指出：「行爲人施用詐術之結果，需使對方陷於錯誤，兩者具有因果關係。所謂以詐術使人交付，必須被詐欺人因該詐術而陷於錯誤。若其所用方法不能認爲詐術，且交付人亦不致陷於錯誤者，自不能成立本罪。」確定了「陷於錯誤」與「施用詐術」二間因果關係之後，另需注意的是，對於客觀上純粹由行爲人傳遞與事實相違之錯誤訊息，「被害人完全不知（純粹因行爲人之傳達始得知）」或「被害人本身亦有所

⁵³ 吳耀宗，詐欺罪詐術行使之解析，月旦法學第163期，2008年，第51頁。

懷疑（但尚未發生認識錯誤）」兩種情形。前者就是最單純典型的因詐術行為而陷於錯誤的類型，兩者間存有因果關係自然不足為疑；而後者之情形，重點則在於客觀上是否發生被害人陷於錯誤之結果，若行為人施用詐術，最終仍造成被害人主觀上產生錯誤認識之結果，兩者間無疑存有因果關係。反之，在被害人已經產生懷疑的情況下，仍使自身陷於錯誤，則對該被害人，勢必產生是否欠缺刑法保護必要性之問題。此為下文第三節所要探討之問題。

二、客觀歸責

按照 Roxin 的「客觀歸責理論」（Die Lehre von der objektiven Zurechnung），只有當行為人的行為對於行為客體製造了不受法律容許的風險，且構成要件結果的發生是因為該風險的實現，此一結果也在構成要件的效力範圍內時，構成要件結果的發生才能夠歸責給行為人⁵⁴。因果關係的充足只是前提要件而已，針對行為的歸責，重要的是行為「實現了處於規範保護目的之內所不受容許的風險」（Verwirklichung einer unerlaubten Gefahr innerhalb des Schutzzwecks der Norm）⁵⁵。此外，根據許玉秀教授的看法，「廣義地看客觀歸責理論，是一種客觀不法理論，是想要取代目的行為論而成為詮釋行為不法的理論⁵⁶；狹義地看，則是一種排除對某些相當因果流程的歸責而修正歸責範圍的理論」⁵⁷。許教授並認為，廣義的客觀歸責理論當然可以包含狹義的客觀歸責理論，因為結果不法本身就是客觀不法，只能依客觀不法的結論認定之。狹義的客觀歸責理論無法證明理論本身的存在價值，因為傳統的阻卻構成要件事由和阻卻違法事由也可以扮演排除相當因果流程的結果

⁵⁴ 由於「客觀歸責」的用語有可能被誤認為係屬於罪責階層的問題（實際上完完全全是構成要件階層的問題），因此有國內學者將 objektiven Zurechnung 譯為「客觀歸咎」。參見：林東茂，刑法綜覽，2007年，第1-91頁。

⁵⁵ 趙秉志主編，外國刑法原理（大陸法系），2003年，第76頁。

⁵⁶ 許玉秀，走出主觀與客觀的迷失，收錄於氏著「主觀與客觀之間」，1997年，第14頁以下；同書：探索過失犯的構造，214頁以下。

⁵⁷ 許玉秀，客觀歸責概念的射程範圍，刊：台灣本土法學第12期，2000年，第103頁。

歸責，客觀歸責理論的創新價值，在於證明行為不法可以客觀地予以定義，而且可以實質地完整說明客觀不法（包括「行為不法」與「結果不法」），同時能據以判斷主觀不法是否存在，亦即藉由行為的客觀危險性區分故意與過失。由此可知，客觀歸責理論似乎已經轉化成「實質的構成要件理論」，今天再把客觀歸責論單純地看作是判斷因果流程的理論的話，恐怕是太小看它的功能了⁵⁸！限於篇幅，對於客觀歸責理論無法詳述，但是如果對客觀歸責理論下一個簡單的結論的話，我們可以說，客觀歸責理論係以因果關係存在為前提，獨立於因果關係判斷之外，評價行為人所造成的結果是否可以被當作是他的行為作品。再者，客觀可歸責性是以風險的製造與實現來定義正犯，用風險是否被容許為構成要件行為提出了一個實質的判斷標準⁵⁹。至於詐欺罪會與客觀歸責理論有關者，主要的銜接點在於客觀歸責中的自我負責原則與詐欺罪中引進受害者理論的主張，是否是相同的主張？詳見本章第三節之相關說明。

第五項 詐欺罪構成要件的特殊色彩

檢視完前文有關詐欺罪之構成要件要素之後，可以得知：詐欺罪行為人之主觀構成要件，包括故意及不法所有意圖，首先，行為人必須具備構成要件故意，也就是詐欺取財之故意，換言之，行為人必須認識且意欲實現詐欺取財罪上述之所有客觀構成要件要素。除詐欺故意之外，行為人主觀上必須具有「為自己或第三人不法之所有意圖」，若無此「意圖」，縱有欺罔行為及財物之取得，亦不成立本罪，因其為限縮可罰性之意圖，而非加重不法之意圖。

⁵⁸ 黃榮堅教授指出，「決定客觀歸責的標準和其他任何成文的構成要件或阻卻不法要件沒有兩樣，都是在法益保護的基本需求下去思考如何限縮非必要的自由限制，具體而言，也就是『比例原則』（Grundsatz der Verhältnismäßigkeit）的問題。客觀歸責概念的產生，也就是成文要件本身還不足以合理反應比例原則的緣故」。參見：黃榮堅，刑罰的極限，1999年，149、150頁。

⁵⁹ 張捷，刑法總則精研，2003年，第155、156頁。

向來，不法構成要件有所謂「結構上一致之構成要件」與「結構上不一致之構成要件」。在故意犯情形，原則上主觀構成要件要素與客觀構成要件要素係一致的，此為結構上一致之構成要件。但有些犯罪，可能客觀構成要件行為超過主觀構成要件之故意，例如加重結果犯對加重結果之發生，並不存有故意。亦或是主觀構成要件之故意超過客觀構成要件之行為，例如意圖向等，此則為結構上不一致之構成要件⁶⁰。詐欺罪即為一典型的犯罪結構上不一致之構成要件，其「意圖」之設計，是一種對於「結果之努力追求」(Erstrebendes Erfolges)之「強烈內在關係」(intensive innere Beziehung)的犯罪類型。

學說指出，意圖犯是一種願慾特別強大的故意犯⁶¹，或稱故意之最強烈等級，強烈於確定故意，然此等主張不無疑問。無論如何，意圖是在描述行為人致力於某種結果之實現，可視為一種欲達成的目的，有非達成結果，絕不罷休的欲念；並同時擁有欲使結果出現的堅強意志⁶²。有文獻指出，如更加詳盡分析行為人意圖之主觀心理狀態，其內涵應為：「意圖為自己或第三人不法之所有，且意圖以施用詐術之行為，而故意使被害人陷於錯誤進而處分財產」。因此，在分析詐欺取財罪行為人之主觀心理狀態時，必須特別留意此種特殊之主觀構成要件內涵的詮釋⁶³。此外，仔細觀察刑法第339條第1項「以詐術」之規定，並從詐欺取財罪之刑法規範目的及該財產犯罪本身之性質思考，「詐術」的規定，實際上包括三個最主要的成分要素，即為：「詐術行為」、「被害人陷於錯誤」及「二者間需有因果關係」三者⁶⁴。從此說明的過程中，可以合理的導出被害人陷於錯誤為評價詐欺取財罪結果無價值之必要條件，也進而說明了「被害人陷於錯誤」的確屬於詐欺取財罪必要之不成文

⁶⁰ 何賴傑，刑法上課講義（國立政治大學法學院九十三年度碩士在職專班），2004年，第20、21頁。

⁶¹ 林東茂，刑法綜覽，2009年第1-111頁。

⁶² 張麗卿，台灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難，法學新論第28期，第14頁。

⁶³ 潘俞樺，詐欺取財罪構成要件之再檢視，國立台北大學法學系碩士論文，2004年，第109、110頁。

⁶⁴ 潘俞樺，詐欺取財罪構成要件之再檢視，國立台北大學法學系碩士論文，2004年，第122頁。

客觀構成要件要素。

第二節 詐欺罪構成要件的「詐術」概念

第一項 問題之所在

爲遏止與處罰詐騙行爲危害社會秩序，詐欺罪之規範可謂各國皆有，但我國刑法第339條所規定之詐欺罪卻與德、日兩國之規定略有出入而並不相等，能否爲相同之解釋自是大有疑問，惟借重國外實定法規定與學說理論見解，仍具有相當之參考價值。

日本詐欺罪規定於其刑法第246條第1項：「欺騙他人使之交付財物者，處10年以下有期徒刑。」（人を欺いて財物を交付させた者は、十年以下の懲役に処する。）至於德國刑法之詐欺罪，規範內涵相當縝密⁶⁵，尙非我國與日本

⁶⁵ 德國刑法第 263 條共有 7 項，除第 1 項規範的是詐欺罪構成要件之外，其餘分別爲未遂、特別加重要件、常業犯與刑罰之相關規定。第 2 項：「未遂犯亦罰之。」（Der Versuch ist strafbar.）第 3 項：「在特別重大的類型，處 6 個月以上 10 年以下有期徒刑。這些類型原則上存在於當行爲人-1.依職業上的或作爲一個團體的內部成員，此一團體以進行繼續性的文件詐騙或詐欺行爲目的而結合；2.引起大規範的財產損害，或以此意圖，透過繼續性的詐欺請求造成他人大量的財產價值損害的危險；3.造成第三人經濟上的困難；4.濫用其作爲公務員所享有的權力或職務，或 5.爲了達成造假保險給付事故之目的，本人或第三人燒毀、或經由縱火行爲的銷毀具有重要價值之物品的全部或一部，或使船隻沈沒、擱淺。」（In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter -1.gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Urkundenfälschung oder Betrug verbunden hat, 2.einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt oder in der Absicht handelt, durch die fortgesetzte Begehung von Betrug eine große Zahl von Menschen in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen, 3.eine andere Person in wirtschaftliche Not bringt, 4.seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger mißbraucht oder 5.einen Versicherungsfall vortäuscht, nachdem er oder ein anderer zu diesem Zweck eine Sache von bedeutendem Wert in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört oder ein Schiff zum Sinken oder Stranden gebracht hat.）第 4 項：「第 243 條第 2 項、第 247 條及第 248a 條之規定準用之」（§ 243 Abs. 2 sowie die §§ 247 und 248a gelten entsprechend.）第 5 項：「作爲持續實施此等行爲的，第 263 條至第 264 條或第 267 條至第 269 條所列犯罪行爲之詐欺集團的成員，常業性地實施犯罪者，處 1 年以上 10 年以下有期徒刑，情節較輕者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑。」（Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer den Betrug als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis

可以比擬，德國刑法第263條第1項規定：「意圖為自己或第三人獲得不法財產利益，藉由虛構錯誤的事實，或是透過扭曲、隱瞞真正的事實，引發或維持錯誤而致使損害他人財產者，處5年以下有期徒刑或併科罰金。」（Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.）對照前開德日之立法例，可知日本法之詐欺罪並無明定「不法所有之意圖」（不法領得の意思）⁶⁶，因此在日本，學說上即有必要說及不必要說兩說之爭執，爭議之狀況遠較我國複雜⁶⁷。

至於德國刑法詐欺罪的規定，可以得知對事實的欺瞞手法，主要包括虛構事實、扭曲或隱瞞事實真相等：（1）虛構事實（Vorspiegelung falscher Tatsachen）是指對被害人將某項根本不存在的事實宣稱為真實使誤以為存在，簡言之，以無為有的手法即屬之。（2）操弄或扭曲事實真相（Einstellen wahrer Tatsachen）是指經由加油添醋、偷金減兩、以偏蓋全或斷章取義等手法，將事實的某些部分與以添加或省略，以達成掩蓋事實整體真相的目的。至於（3）隱瞞、隱匿事實真相（Unterdrückung wahrer Tatsachen），則是故意對於事實整體某部分有意的遺漏，不讓相對人知悉某個已經存在的事實真相⁶⁸。上述德國法之規定，有國內學者甚至逕以之當作我國刑法詐欺罪規範中

269 verbunden hat, gewerbsmäßig begeht.) 第6項：「法官可以命令監護處分」（Das Gericht kann Führungsaufsicht anordnen (§ 68 Abs. 1).）第7項：「作為持續實施進行第263條至第264條或第267條至第269條所列犯罪行為之詐欺集團的成員，可以適用第43a條與第73d條；當行為人以常業犯之者，亦適用第73d條。」（Die §§ 43a und 73d sind anzuwenden, wenn der Täter als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis 269 verbunden hat. § 73d ist auch dann anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt.）

⁶⁶ 齋藤信治，刑法各論，2009年，第113頁。

⁶⁷ 此一情形同樣發生在日本刑法第235條的竊盜罪。新近文獻說明可參閱：洪瑋孺，財產犯罪中之所有意圖-以竊盜罪為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010年發表。

⁶⁸ 更深入的說明，詳見：高金桂，論刑法之詐術，收錄於「刑與思」，林山田教授紀念論文集，

「詐術」概念之內涵⁶⁹，是否得宜，不無商榷之餘地。但就構成要件具體化與明確性之程度而言，德國法確實值得借鏡⁷⁰，問題是：將我國詐欺罪「詐術」概念解析為德國刑法上之虛構事實、操弄或扭曲事實真相、隱瞞、隱匿事實真相，此一解釋的途徑、程序、方法為何，都必須要有心證上的交代才可以。

就詐欺罪不同於強盜或恐嚇等罪而具有其獨特的智能犯特質而論，乃在於前二者係利用暴行或脅迫壓迫被害人所產生基於意思瑕疵所為的財物交付或財產處分行為而取得財物，而詐欺罪乃透過詐術的實行使被害人陷於錯誤從而取得財物或利益。從而其客觀構成要件最重要者乃在於詐術手段的實行，不但是判斷犯罪行為著手與否的起點，同時也是開啓詐欺行為一連串構成要件的動作，在成立詐欺罪與否的判斷上往往具有最核心的地位。詐術的內容、施行的對象等都有可能影響詐欺罪的成否，以下接續論述之。

第二項 行使詐術之過程

一、施用詐術之對象

(一) 需具備「辨別事理之能力」

關於智慮淺薄之未成年人以及精神耗弱之人，在一般的情況下，其非為刑法第339條普通詐欺罪所指之被害人，從體系解釋方式推論，具有此類特質之人，實為刑法第341條準詐欺罪明文規定之被害人。觀察刑法第341條第一項：「...乘未滿二十歲之人之知慮淺薄，或乘人精神耗弱，...」的規定，主要目的在保護智慮淺薄未成年以及精神耗弱之被害人，因此，該等被害人不需具有一般辨別事理的能力，即使在無意思能力的情況下，只要行為人施用

2008年，第182頁以下。

⁶⁹ 吳耀宗，詐欺罪詐術行使之解析，月旦法學第163期，2008年，第52、53頁。

⁷⁰ 德國的立法例看似較無問題，但也有該國學者Cramer認為係一錯誤之立法規定，因為：以不存在之事項實施欺瞞，事實上等同於對真實存在之事項加以隱匿；扭曲真實之事項，同時也等同於以不存在之事項實施欺瞞，及對真實存在之事項加以隱匿。詳見：高金桂，論刑法之詐術，收錄於「刑與思」，林山田教授紀念論文集，2008年，第183頁。

詐術使之陷於錯誤而交付財物，即以刑法第341條規定處理，然若該等人並非全無意思能力，仍具有一般辨別事理能力時，應以刑法第339條普通詐欺罪處理。進一步觀察刑法第341條規定之被害人性質，「未滿二十歲而知慮不淺薄之人」或「滿二十歲而知慮淺薄之人」，皆非為刑法第341條準詐欺罪中所稱之被害人；兩條文比較之下發現，刑法第339條普通詐欺罪所要保護的是一般人，而刑法第341條準詐欺罪所要保護的是「未成年又知慮淺薄的人」或「精神耗弱」者。

詐術為足以令人陷於錯誤之欺騙方法，因此，對於「不能陷於錯誤」，即無法瞭解何謂正確、錯誤之無意思能力者，因不至於會發生錯誤之意思狀態，不能成為施用詐術之對象，因此幼兒或心神喪失等無意思能力者，非為施用詐術之對象⁷¹。要之，刑法上詐欺罪之適格對象，須以具有意識知覺或意思能力而有陷於錯誤判斷可能之人，始足當之，至其有否民法上之行為能力或刑法上之責任能力，則非所問。再者，受詐者與被害人如非同一人時，被欺罔者須對於該財物或財產上之利益具有可得處分之權限或地位。惟詐欺罪之所謂使人交付財物或取得財產上利益，並不以受詐者實施財產處分行為為必要⁷²。

（二）不以「特定之人」為限

觀察刑法對於詐欺罪之規定，可以發現其所以為刑法所非難，主要的原因在於行為人利用施用詐術之行為，導致被害人陷於錯誤，而將財物交付，此些行為對於他人財產利益侵害之結果，因此處罰的重點在於行為無價值及結果無價值上，而非行為人施用詐術時，是否必須針對特定的某人為之，因此即便該施用詐術的影響力擴及對象以外之第三人，亦不影響此行為受非難之結果。且從另外一個角度看，法條對於詐欺取財罪被害人之規定，並未限定需為特定人，而實務上亦出現許多處罰「廣告詐欺」的案例，施用詐術之

⁷¹ 潘俞樺，詐欺取財罪構成要件之再檢視，國立台北大學法學系碩士論文，2004年，第41頁。

⁷² 甘添貴，體系刑法各論第二卷，2000年，第284頁。

對象不需以特定人爲限⁷³。實則，廣告詐欺充其量應視爲詐欺之不罰的預備行爲，若未進入議價階段，應屬消費者保護法或公平交易法之規範範圍，若不實廣告已進入議價階段，則可視爲著手，此時之客體則是確定的⁷⁴。

此外，詐術行爲施用之對象，不以一人爲限，同時向特定或不特定之多數人施詐，亦無不可。唯有文獻主張，謂的不特定多數人，仍必須是得以控制的範圍之內爲限。若是已無法控制或已經無法預期有多少人者，例如透過架設虛擬網頁釣取個人資料等各種新興類型的網路詐欺犯罪，由於其傳播力量無遠弗屆，受害人數範圍難以計算，可能導致傳統詐欺罪保護個人法益之內容產生質變而擴及於超個人法益⁷⁵。若採此看法，則傳統上認爲詐欺罪僅限於個人法益之侵害的觀點，恐有修正之必要。

（三）行使詐術對象與財產上被害人非必同一人

詐術行使之對象與財產上之被害人，不以同一人爲必要。惟如非同一人時，被欺罔者對於該財產之使行爲人或第三人取得，須具有事實上之支配力始可。易有學者認爲，受詐者與被害人如非同一人時，被欺罔者須對於該財物或財產上之利益具有可得處分之權限或地位。惟詐欺罪之所謂使人交付財物或取得財產上利益，並不以受詐者實施財產處分行爲爲必要⁷⁶。另外雖因不法行爲而保有該物，其又受他人詐欺而交付該財物者，此行使詐欺之他人亦可成立本罪；而爲詐欺行爲之人與收受詐欺之財物者，亦非必爲同一人⁷⁷。更精確地說，應是對財產的「所有權」及「持有權」之侵害可能爲不同之人。

（四）對「機器」不能行使詐術

社會上自動化設備日漸普及，隨之而來自動化設備濫用問題逐漸受到關

⁷³ 潘俞樺，詐欺取財罪構成要件之再檢視，國立台北大學法學系碩士論文，2004年，第41、42頁。

⁷⁴ 此一觀點，為高金桂教授的提醒。

⁷⁵ 何芸欣，網路詐欺犯罪之研究，台北大學法學系碩士論文，2006年，第56頁。

⁷⁶ 甘添貴，刑法各論第二卷，2000年，第284頁。

⁷⁷ 甘添貴，刑法各論第二卷，2000年，第284頁。

切。在民國86年刑法增訂第339條之1至之3的規範之前，實務見解向來認為，機器是人之手足的延伸，對於任何機器所施用的詐術，視同對於自然人所為⁷⁸。新法施行之後，深受學界詬病的實務見解始覓得解套之出口。修法前之實務見解遭受批評的理由是：詐術是對於相對人認知的影響，亦即，只有人，才會產生錯誤的認知，至於任何的機器設備，並無認知能力。銀行將自動付款設備設置於特定地點後，自動付款機就只能根據特定的指令做出吐鈔或拒絕的反應。指令正確，就有預設動作出現；指令不正確，就不會有反應。就自動付款機而言，是完全依據程式語言之指令行事，根本無所謂受有欺罔而產生錯誤之情形⁷⁹。雖然在台灣、日本、德國，均毫無異議地將對於機器（電腦）的詐欺規定在詐欺罪章當中，但是如果依通說認為對於機器不能行使詐術的話，相關條文規定的本質其實應該比較近似於竊盜行為之特性。

在自動化設備濫用問題上，德國刑法第265條a詐騙給付罪之規定甚為完備。早在1935年，德國便制定通過刑法第265條a作為詐騙自動機器給付行為之刑法規範。後來，隨著時代變遷，本罪之構成要件多所增修。直至目前為止，德國刑法第265條a詐騙給付罪，除了1935年最早規定詐騙自動機器給付之外，還規定詐騙公用通訊網給付、詐騙交通工具之載運與詐騙表演展覽活動或公用設施之入場⁸⁰。在台灣，增訂刑法第339條之1至之3的規定，主要的問題則在於構成要件所規定之「不正方法」之涵義為何？「不正方法」原係指一切不正當之方法，包含暴力行為之違法行為在內。但本罪在立法上，既將其作為詐欺罪之一種犯罪類型，在解釋上，不得不將「不正方法」加以適度之限縮，應係指類似於詐欺之不正當方法。總括而言，依據我國通說之立場，對「不正方法」以類似於詐欺之方法作為限制解釋的基礎，因此，暴力

⁷⁸ 參見：最高法院 91 年度第 11 次刑事庭會議決議，以及法務部檢察司 78 檢（二）字第 0441 號函與法務部檢察司 78 檢（二）字第 1137 號函。

⁷⁹ 張麗卿，新刑法探索，2008 年，第 410 頁。

⁸⁰ 蔡蕙芳，自動化設備濫用行為之刑法規範--以刑法第三三九條之一不正利用收費設備取財得利罪為討論中心，中原財經法學第 11 期，2003 年，第 45、46 頁。

行爲與不具備詐欺相似性之行爲方式不應包括在內。此外，行爲僅是不合機器使用規則（使用條件），亦即，機器設置者事前在機器使用條件方面所爲之限制還不夠，還必須具備詐欺相似性或等值性（täuschungsäquivalent）。亦即，雖然個案中缺少詐欺罪之欺騙與陷於錯誤，但對他人財產有類似於詐欺的侵害行爲（betrugsähnliche Angriffe auf das Vermögen）⁸¹。

二、施用詐術之行爲：作爲犯、不作爲犯與間接正犯之問題

蓋詐欺罪之所以被稱之爲智能犯，正由於藉由其手段的多樣性以及新穎性，以導致被害人陷於錯誤並完成物或利益之交付，關於此等犯罪行爲，難以僅憑某特定的客觀要素加以定義其行爲態樣之故，就如同可能藉著散發傳單，或是以網路爲媒介，亦或是以電話爲工具等，均可能達到行使詐術的目的。從而成爲現今多數說所採取詐術的意義，在形式解釋論之下就僅能採取屬於不定式犯罪的「一切使人陷於錯誤之行爲」⁸²，不要求其手段的限定，而著重於詐術的施行是否使人陷於錯誤，以及是否有可能因爲該錯誤而進入詐欺罪的下個流程作爲評價重心。

（一）作爲之詐欺

依向來學界之通說，詐術之行使，涉及內部心理事實，呈現於外者，多數的情形基本上都是以積極作爲的方式爲之，而積極作爲的詐術行使（Tauschung durch actives Tun）又可以分爲「明示的欺騙」（ausdruckliche Tauschung）與「默式（可推知行爲）的欺騙（推定的詐術）」（schlussige, konkludente Tauschung）⁸³。明示的施用詐術，係指想要引起他人的錯誤或維持他人的錯誤而有意地作出有關某個事實知不真實的陳述主張。此等明示的欺騙相對於同爲積極作爲的「可得推知（默示）之行爲」以及相反的「不作

⁸¹ Günther, in: SKStGB, 5. Aufl. 1996, § 265a Rdnr. 16, 18.

⁸² 曾思堯，論犯罪構成要件之實質解釋-以不實廣告是否構成詐術為例，國立台北大學法律學研究所碩士論文，2007年，第120頁。

⁸³ 吳耀宗，詐欺罪詐術行使之解析，月帶法學第163期，2008年，第55頁以下。

為詐欺」而言，指的是可以透過明確表意的語言或文字為之，也可以透過身體動作為之的訊息傳達。另外在透過「事物的操弄」（Manipulation an oder mit Sachen）之情形也被認為是一種明示的施用詐術，其概念係行為人對相對人展示某種物的狀態，由於標的物之特定形式的利用（依照一般觀念具有特定的意義），其足以引起相對人清楚但實際上卻是錯誤的印象或想法，那麼這也是一種明示的欺騙。

此外，根據通說上的分類，積極作用的詐術，除了藉由明確表意的文字、言語與舉動而為之外，也可以經由「可得推知」（konkludent）的舉止而為。所謂的可得推之的詐術，是指行為人雖然沒有明確的表示某個不真實的事實來混淆相對人使之認知陷於錯誤，但是如果依照一般交易習慣或經驗法則，行為人之整體行為可以被解釋得出具有某種特定的說明價值，而事後檢驗這些具體情狀，可以理解為就某種特定事實所為的不真實的說明表示，此即所謂的默示欺騙，亦屬於積極行騙的範疇。國內學者亦提出幾則在德國文獻上經常提到的默示欺騙的情形，如允諾承擔契約義務（Eingehen einer vertraglichen Verpflichtung）之人，默示地可以推知，其在締結契約當時，是否有履行契約的能力，原則上在所不問，但如果是日常生活中即互為給付（sofortiger Leistungsaustausch）的現金交易情形，則同時可推知其有履行能力。因此，貨物商品之販售者在進行交易時，可以默示地推知，其具有移轉該物所有權之權限（或處分權限Verfügungsbefugnis）。必須強調的是，可得推知的詐術，即默示詐欺，形式上看似消極實際上從行為人整體狀態觀察仍然傳達了一些特定的訊息，基本上仍屬積極作為的施用詐術（Tauschung durch aktives Tun），因此本質上與消極不作為之施用詐術並不相同，正因如此，所以只要構成可得推知之詐術者，學說上有主張⁸⁴，就毋庸討論跟不作為施用詐術成立前提相關的說明或告知真實義務之問題。

⁸⁴ 林鈺雄，作為與不作為之詐欺，法學講座創刊號，2002年，第73頁。

（二）不作為之詐欺

除了作為以外，詐欺之施用詐術，也有可能以不作為之方式達成，分類上屬於不純正不作為犯；應予注意，唯有系爭行為並不構成「作為之詐欺」（含不構成「可得推知的作為詐欺」）時，才有檢驗不作詐欺的餘地。詐欺罪中很重要的要件就是行為人行使詐術，一般認為，如果這樣的詐術是靠著不作為而實施的，學說上就稱之為「不作為之詐欺」。早期德國實務及學界並不承認消極的不作為詐欺，多次指出，單純隱瞞事實或利用既存的錯誤，並不足以構成刑罰的理由，認為詐欺的前提必須是積極的作為，否則會無限擴張詐欺罪的構成要件，亦違逆罪刑法定原則。然近年來德國學界討論之下，皆已承認不作為詐欺的可罰性。因為若任何情況下的靜默皆不成立詐欺反而會讓詐欺罪的構成要件委頓，不但不能掌握應受譴責的欺人之舉，且在特定情形下的靜默行為，確有危害法秩序與相對人財產之實害，若放任為之相當於立法者的卸責不作為⁸⁵。學說上認為，不作為之詐欺，性質上屬於不純正不作為犯，即以消極不作為的方式達到通常須以積極作為方式才能實現構成要件的犯罪，此種不作為犯可以說是作為犯的補充態樣（Komplementärererscheinung），只當不構成作為時，才有檢驗不純正不作為犯及其成立前提保證人地位問題之必要⁸⁶。不作為詐欺成立的前提，跟其他不作為犯罪要求的一樣，都是「保證人地位」的具備。不作為之施用詐術（Täuschung durch Unterlassen），前提有二：其一乃「未為說明」（Unterlassen der Aufklärung），亦即，對於相對人某種錯誤的認知，行為人未予糾正、未表反對之意，或消極容任某種錯誤的繼續進行。其二乃「行為人之保證地位」（Garantenstellung des Täters），基於該地位而使行為人對相對人產生一種應加說明，以防止對造錯誤的保證人義務，簡稱為說明義務（Aufklärungspflichten），或稱為告知或揭示義務（Offenbarungspflichten）。唯

⁸⁵ 林東茂，刑法分則第一講：不作為詐欺，月旦法學教室第2期，2002年，第92～94頁。

⁸⁶ 林鈺雄，作為與不作為之詐欺，法學講座創刊號，2002年，第73頁。

有負有說明義務而未為說明者，才會構成不作為之施用詐術⁸⁷。至於何人居於保證人地位？其標準原則上同一般不純正不作為犯之判斷⁸⁸。

另外，在不純正不作為犯的情形，一般認為還必須加上「該不作為和以作為實現法定構成要件，兩者在規範上等價」的判斷，稱為「等價條款」（*Entsprechensklausel*）。此種等價判斷只對某些構成要件有意義，更精確地說，不只是招致結果發生而已，而是必須以「特定實施方式」招致結果發生的構成要件，才需進行等價條款的判斷。換言之，在大多數的構成要件，等價條款的判斷根本就是多餘的（但至少具有「訓示作用」之功能），例如，我國的殺人罪並未限定以何種手段殺人，因此，在殺人罪的不純正不作為犯時，根本不需要考慮等價條款；反之，構成要件必須以特定方式始能實現者，才有必要進行等價判斷，詐欺罪就是屬於這一類的構成要件，施用詐術便是實現詐欺罪的特定方式⁸⁹。然而，此一見解與本文的看法不盡相同⁹⁰。

欠缺保證人地位者，是不可能成立不作為詐欺的。這裡的保證人地位，

⁸⁷ 至於「期待可能性」（*Zumutbarkeit*）可否作為規制並限縮說明義務的根據？亦即，來自於違反注意的、危險的前行為而產生之說明義務，是否應以具有「期待可能性」為界限？關此仍有爭議，學說上則指出，在告知或說明將會導致行為人「自控己罪」的情形，應該基於欠缺期待可能性之理由，認為行為人不具該項義務，所以也不另外構成詐欺罪。至於此項理由是否成立，端視個案情節而定。

⁸⁸ 依學說看法，不作為詐欺之保證人地位，其來源如下：1.法律之明文規定：法律之明文規定，乃保證人地位的來源（如民法§540所定委任關係中受任人之報告義務）。2.危險前行為：基於違反義務的先前行為，即通稱之危險前行為（*Ingerenz*），亦得導出應負說明義務的保證人地位（刑法§15Ⅱ）。一般而言，此種說明義務的產生流程如下：行為人因違反義務而引起了某項錯誤，因該錯誤而導致相對人陷於處分財產（自損行為）的危險。3.契約之約定：來自於契約關係的說明義務，可能基於「明示合意」而產生，前提是該成為契約內容的約定義務，其用意正在於保護契約相對人的財產。此外，縱使契約未明白約定，但若當事人間特殊的信賴關係成為契約的重要要素時（如長期信貸關係的建商與銀行），還是可能藉由合乎契約本旨之解釋而導出說明義務。4.誠實信用原則：較具爭議性者，乃誠實信用原則本身得否成為作為說明義務的根據？關此，反對者認為誠實信用原則太過概括、抽象，並不適宜來作為判斷刑罰成立與否的要素。雖然也有抱持肯定者，但同時將其適用範圍限定在「例外情形」，尤其是契約當事人間的信賴關係以及資訊不對等的交易型態（如中古車買賣）。5.信賴關係：契約關係以外的特殊信賴關係，也是說明義務的來源，包括近親、摯友的親密關係與事實上生活共同體（如事實夫妻關係或同居男女）等。以上詳見：林鈺雄，作為與不作為之詐欺，法學講座創刊號，2002年，第71、72頁。

⁸⁹ 林鈺雄，論詐欺罪之施用詐術，國立臺灣大學法學論叢第32卷第3期，2003年，第142頁。

⁹⁰ 參見本文第二章第一節第四項之說明。

就是去看行為人有沒有為誠實告知的義務。因為不作為的詐術，基本上就是一種消極的欺瞞行為。而要構成消極的欺瞞，前提是行為人有義務要進行告知。換句話說，在這裡，告知義務與保證人地位其實是相同的。例如中古車商出售汽車，對於該車曾發生過重大車禍一事不向購買者告知，導致其為購買。行為人在從事法律行為時，如對自己之資力有告知之義務，卻不盡其法律上應盡之告知義務時，有可能成立詐欺取財罪之「不純正不作為犯」。例如：甲向乙買房地，按諸社會交易習慣，乙對於其上開房屋所設定之負擔，基於誠實信用之交易原則，當有據實相告之義務，俾買賣雙方得斟酌究係承受抵押債務或於過戶時塗銷抵押權設定登記，惟倘乙隱瞞上開房地上有抵押權設定之事實，致使甲陷於錯誤交付全數之價金，購得殘餘價值無幾之房地，乙之不作為，自屬實施詐術。但如某甲至銀行提領七萬五千元，但行員誤給七十五萬元，某甲發現，不告知而收下，是否構成詐欺罪之不純正不作為犯（不作為欺罔）？一般認為，不作為欺罔告知義務之有無，必須在對方發生錯誤之前即已有之，亦即須因其不告知以致對方發生錯誤者，始足當之，倘因他人錯誤而交付財物，受之者如無乘機詐欺，即無告知義務，要難以詐欺罪相繩，僅生民法上不當得利而已。台灣高等法院88年上訴字第130號判決指出：詐欺取財罪之「施用詐術」得否以「不作為」之方式為之（意即是否有刑法總則所稱之「不純正不作為犯」之適用），固然依通說之見解，行為人在從事法律行為時，如對自己之資力有告知之義務，卻不盡其法律上應盡之告知義務時，是有可能成立詐欺取財罪之「不純正不作為犯」，但是其先決條件，應該是行為人有告知之義務存在，而到底有何種情況下，行為人對其資力有告知之義務，事實上須由個案來逐一認定，而無一個抽象的標準可資遵守⁹¹。

⁹¹ 其他有關詐欺罪不作為犯之判決參考如下：

(1) 台灣高等法院87年上易字第3989號判決：刑法第三百三十九條第一項詐欺取財罪之成立，以意圖為自己或他人不法之所有，施用詐術使人將本人或第三人之物交付為要件，而何種

(三) 詐術與間接正犯之利用行爲

利用不知情之人實施犯罪行爲，由於被利用之人不負刑事責任，是其所實施之犯罪行爲態由利用者代負其責，此即成立一般所謂間接正犯(Mittelbare Täterschaft)。雖間接正犯之成立，不以利用不知情或無故意之人爲限，尙有其他利用情形，然而利用不知情之人犯罪不失爲比較常見者，是其應值吾人特別注意。利用不知情之人實施犯罪行爲，亦即利用他人之錯誤行爲，以達成其所意圖之目的。通常對於錯誤行爲之利用，須對被利用人施以詐術，是以詐術每成爲間接正犯之行爲手段。例如乘護士不知情，醫師故意將毒藥交付護士，使護士誤以爲特效藥，而用爲對病患予以注射，致引起病患之死亡或對於家犬使人誤信爲無主之野狗，而示意他人予以捕殺是。間接正犯所施用之詐術與刑法上所規定之詐術，原無差異，是其亦須有虛構事實之情事，以誘發他人過錯之行爲，至其使用者爲言辭、文字、動作或態度，皆無不可。惟刑法規定以施用詐術爲行爲手段之犯罪，被害人不必有所行爲，如其須有行爲之實施時，則其所實施之行爲必爲自害行爲，但在間接正犯之情形，被

行爲該當於詐術行爲之實施，其具體方式亦不外二種情形：其一爲「締約詐欺」，即被告於訂約之際，使用詐騙手段，讓自訴人對締約之基礎事實發生錯誤之認知，而締結了一個在客觀對價上顯失均衡之契約。其行爲方式均屬作為犯，而詐欺成立與否之判斷，也著重在被告取得物品之過程中，有無實施該當於詐騙行爲之積極作為。另一形態則爲「履約詐欺」，意即被告於訂立契約、而取得投資款之際，自始即抱著將來無履約之誠意，打算只收取告訴人給付之款項，將之據爲己有，無意依約履行依合夥契約應盡之分配利潤義務。其行爲方式多屬不純正不作為犯，詐術行爲之內容多屬告知義務之違反，故在詐欺成立與否之判斷，是偏重在被告取得物品後之行爲，而由事後之作為反向判斷其取得財物之始，是否即抱著將來不履約之故意。

- (2) 台灣高等法院82年上易字第103號判決：按刑法上之詐欺罪，必須行爲人自始意圖為自己不法之所有，行使詐術使被害人陷於錯誤而為財物之交付或以此得財產上不法利益，始能構成，且所謂之詐術，並不以欺罔爲限，即利用人之錯誤而使之交付，亦不得謂非詐欺。事實上之不告知，有時雖亦可認係詐術之手段，即依事實上之不告知，使對方陷於錯誤而交付財物，亦可成立詐欺罪；然於社會交易上，事實之不告知並非在任何場合均值以刑法非難之；依一般不作為犯之原則，須法律上負有告知義務者，始克相當。惟是否具有法律上之告知義務，非就公序良俗之評價標準或基於倫理、道德、宗教、社會等理由而認定之防止或作為義務，均可認於法律上即負有告知義務，以免有違刑法罪刑法定主義之原則，即仍須視其不告知之程度是否已逾交易上所容認之限度，是否逾越社會上可認相當之範圍。

利用人陷於錯誤而實施之行爲必屬於構成要件該當行爲，此其不同。至於以術使人陷以錯誤而爲自殺或自傷之行爲，雖亦屬於自害行爲之一種，然而此種自害行爲既非構成要件該當行爲，且刑法亦未將其規定爲以施用詐術爲行爲手段之犯罪，是其已非間接正犯之利用行爲，而係實行正犯之行爲。例如本無自殺之意圖者爲促使他人自殺而僞稱謀爲同死，結果引起他人之自殺身亡，則對於佯裝自殺者應論以殺人罪。藉此以觀，學者認爲⁹²，詐術不特爲間接正犯之利用行爲，猶可成爲實行正犯之行爲。

三、施用詐術之結果：著手、錯誤與既未遂之問題

行使詐術之結果，主要是關於詐欺罪之既遂與未遂的認定問題。此一問題，首先是詐欺罪著手的時點，其次是實行詐術所引起的錯誤之問題，再則是詐欺罪「財產損害」的認定與判斷，茲說明如次：

(一) 詐欺罪的著手

詐欺之著手，應以實施使人陷於錯誤之欺罔行爲爲著手時點，與被害人是否陷於錯誤及交付財物無關⁹³。行爲人只要著手於以詐欺爲目的之行爲，即可成立未遂犯。至於他人是否因爲行爲人之行爲而陷於錯誤，則與本罪之未遂犯無關⁹⁴。再者，由於本罪係侵害財產法益之犯罪，故其既未遂之判斷，乃以被騙者已否交付財物而造成財產損失爲標準，至於行爲人是否以達詐欺取財之目的，則在所不問⁹⁵。其實，關於詐欺罪之既未遂的判別，更精確的說法是甘添貴教授的見解，甘教授認爲，詐欺罪之犯罪流程：詐術→錯誤→交付→取得，層層相因，具有連鎖關係之因果關係存在。倘其連鎖之因果關係，中間有切斷，即無法成立既遂⁹⁶。至本罪既未遂之區別，固以行爲人或第三人

⁹² 蔡墩銘，刑法上詐術規定之研究，軍法專刊第16卷第5期，1970年，第16頁。

⁹³ 褚劍鴻，刑法分則釋論（下冊），2001年，第1259頁。

⁹⁴ 林山田，刑法特論（上），2000年，第334頁。

⁹⁵ 林山田，刑法特論（上），2000年，第334頁。

⁹⁶ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第325頁。

是否已取得財物上或財產上之利益為準，惟縱已取得利益，如未完全實現構成要件之內容時，則仍屬詐欺之未遂⁹⁷。

（二）行使詐術所引致的「錯誤」問題

所稱錯誤（Irrtum），係指相對人某個與客觀事實不符的主觀想像或認知者而言。此種不一致的現象，包括相對人對於事實核心部分任何不正確的、不符真相的認知或想像。當然，相對人對行為人所虛構之情節須誤認其為真實，也就是「信以為真」，才會該當此一要件。

1. 錯誤之引起

通說認為，詐欺罪的各個客觀構成要件要素之間，必須存在貫穿的因果關聯，據此，必須「因」施用詐術「而」招致錯誤者，始足當之。「引起錯誤」（Erregung eines Irrtums）是最為通常的情況，亦即，因行為人施用之詐術，才招致相對人某個錯誤的認知或想像而言。如果相對人的錯誤想像，是因為行為人明確的或可得推知的詐術行為而產生，那麼，行為人就「引起」相對人的錯誤。在間接正犯的情形，行為人可以透過第三人來引起相對人的錯誤。

2. 錯誤之維持

引起錯誤與維持錯誤，並列為陷於錯誤的兩種基本型態，後者是指強化、擴大或者至少延長某個原本已經存在於相對人的錯誤者而言。

（三）詐欺罪的損害

1. 財產受損是否必要

前已述及，詐欺罪主要是保護「整體財產」的犯罪，而非個別財產⁹⁸。換句話說，詐欺罪不是在保護被詐欺所交付之「物」的本身，而是在保護被害人整體的財產狀況。一般認為保護個別財產的規定，應例如竊盜罪，就是在保護被害人被取走之物的所有權，不論其被取走之物對於所有人之價值如

⁹⁷ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第325頁。

⁹⁸ 有認為整體財產涉及第339條第1項，個別財產涉及第339條第2項，故財產受損之判斷不能不有所區分。實則，如將詐欺取財罪與詐欺得利罪兩項合併為一條者（立法技術上亦不難），則就較少有爭議。

何，仍然構成竊盜罪。之所以會有這樣的差別，可能是因為詐欺罪中，被害人至少是自己自願的把東西交出去的，對於那個東西，他很清楚的知道他會失去；發生錯誤的是，他以為他會交換回更有價值的物品。而當其受害的時候，也就是其並沒有換回更有價值的物品，此時被害人的整體財產才是受損的對象，所以才會認為詐欺罪是保護整體財產的犯罪。當然，也有反對的說法認為，詐欺取財罪（刑§339 I）仍然是保護個別財產的犯罪，因為被害人是基於錯誤才將東西交付，該處分本身對於被害人就是一種損害，所以詐欺取財罪也是保護被害人之個別財產。只有詐欺得利罪（刑§339 II）才是保護整體財產狀態的犯罪。

清楚上開的區分以後，再來檢視詐欺罪的成立到底需不需要被害人受有財產上的損害，才構成既遂。主張詐欺罪全部是保護整體財產的看法認為，既然詐欺罪是在保護被害人之整體財產的財產犯罪，如果被害人的整體財產並未受損，也就沒有財產犯罪既遂的可能，所以詐欺得利罪與詐欺取財罪一律都要以被害人的整體財產受損為必要。至於認為僅有詐欺得利罪是在保護整體財產的說法就會認為，第1項的詐欺取財罪並不以被害人之整體財產受損為必要，只要被害人基於錯誤而將東西交出，就一定是受有「錯誤處分該物」的損害：被處分出去的東西，就是他的損害。而第2項的詐欺得利罪，基本上則也是認為以被害人整體財產受損為要件。比較特殊的說法是⁹⁹，由於條文根本沒有被害人受有損害的明文規定，應該認為第1項與第2項都不以被害人的財產損害為必要。只要符合法定之構成要件，就是一律既遂，至於被害人受有損害程度如何，只是法益侵害程度的問題，不涉及既遂與否之判斷。

至於司法實務方面，早期的19年上字第1699號判例認為：「詐財罪之成立，要以加害者有不法而取得財物之意思，實施詐欺行為，被害者因此行為，致表意有所錯誤，而其結果為財產上之處分，受其損害。若取得之財物，不

⁹⁹ 甘添貴，體系刑法各論第二卷，第299頁。

由於被害者交付之決意，不得認為本罪之完成。」此一判例也明白的以「受其損害」為要件，故實務應該與學說通說採取同步見解，也就是詐欺罪仍以被害人之整體財產受有損為要件。

2.如何認定財產受損

接續上文進一步的問題是，如何認定被害人之整體財產有無受損？這裡可以再細分成兩個部分加以說明，一個是「財產」，一個是「損害」。

就財產部分，基本上會爭論的是法律所不認同的交易客體，算不算是這裡的財產概念？例如嫖客做完之後不付錢，妓女可否主張其付出的勞動也是其受損之財產？純粹採取法律的財產觀，可能傾向於採否定說，但是採取經濟觀點的財產觀，則會抱持著「只要有經濟價值，就是財產」的想法，而認定其為財產。這裡認為，其他法領域到底認不認同其做為財產的價值，只要在實際生活上其確實有經濟利益，就沒有必要讓刑法負擔其他法領域的判斷工作。所以應該以經濟觀點的財產觀為可採。

至於被害人是否受有損害，原則上當然是先比較行為前以及行為後，被害人之客觀上財產總額有無減損，如果有的話，就是認定有損害。例如行為人花了5萬元購買實際價值只有5千元的假錶，那麼其整體財產因而減少了45000元，是受有損害。比較有問題的是，如果行為人將實際價值5千元的東西，佯稱為5萬元的高級貨，然後以5千元的價格賣給信以為真的被害人，此時被害人是否受有損害？亦即，對於物品的價值，要不要採取被害人自己的主觀認定（以為有5萬元價值，但實際上只有5千元）的標準？對此，學說上爭論不斷，有認為如果該物品的效用與被害人之締約目的有重大違背，也算是一種損害¹⁰⁰。例如告知該物能吸收電磁波，實際上並無任何效果。此時就算行為人是以實際售價售出，由於被害人買到的是一個「沒有用」的東西，基本上就是受有損害。

¹⁰⁰ 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，1995年，第387頁。

實務對於以上的問題，則是從行為人主觀上對於該利益的獲得並沒有「主觀不法意圖」去處理，而否定詐欺罪的成立¹⁰¹。因為行為人也是用一個相當的物品去交換，對於獲得的利益，就沒有不法的問題，當然也就沒有不法意圖。不過這樣的回答看似解決問題，但實際上卻是對於問題的迴避，因為，既然詐欺罪要保護的就是財產利益，而不是被害人的主觀期待，就不應該在損害的認定上將被害人的期待（功用期待與價格期待）考量進去，否則不免讓詐欺罪的保護對象變質。被害人的期待受損，應該是民法上的問題，不該用刑法來處理。因此，關於財產損害的認定，應該採用純粹客觀之市場價值而為認定。

第三項 對於詐欺罪詐術概念的解讀

一、司法實務的見解

（一）並未正面解釋何謂「詐術」的實務見解

例如：「刑法第三百三十九條第一項所謂之詐術，並不以欺罔為限，即利用人之錯誤而使其為財物之交付，亦不得謂非詐欺（最高法院 24 年上字第 4515 號判例）¹⁰²。」、「刑法第三百三十九條第一項詐欺罪之成立，以意圖為自己或第三人不法所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付為要件。所謂以詐術使人交付，必須被詐欺人因其詐術而於錯誤，若其所用方法，不能認為詐術，亦不致使人陷於錯誤，即不構成該罪（最高法院 46 年臺上字第 260 號判例、臺灣高等法院 93 年度上易字第 644 號判決）。」、「...所謂之詐術，係使人陷於錯誤而行騙或利用他人之錯誤而行詐，至於被害人就特定事項之判斷，發生全部或局部錯誤，或行為人就事實之全部或一部使用欺罔之方法，則在所不問，是既被告前已為詐術，其後被發現始願還款，自不影響其詐欺之成立...。（臺灣臺中地方法院 91 年度易字第 202 號判決）」。

¹⁰¹ 嘉義地方法院，63 年 8 月法律問題座談。

¹⁰² 一般咸認，本號判例乃明確承認「不作為詐欺」之適例。

（二）將「詐術」與「欺罔」等同解釋的實務見解

例如：「...按刑法第三百三十九條第二項詐欺得利罪之成立，係以施用詐術之方法，得財產上之不法利益為犯罪構成要件。茲所謂『詐術』，其態樣不一而足，祇須客觀上，可認係欺罔之方法，有使人陷於錯誤之可能，即足當之...。（最高法院 87 年度台非字第 152 號判決）」、「...查刑法第三百三十九條第一項之詐欺罪之成立係以行為人意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付為要件，所謂詐術係指以欺罔之方法使人陷於錯誤而言，若行為並無使人陷於錯誤，自不構成詐欺罪責。...（臺灣高等法院 90 年度上易字第 158 號判決）」、「...按刑法第三百三十九條第二項詐欺得利罪，必須行為人施用詐術，而所謂詐術，乃係以欺罔之方法，使人陷於錯誤，亦即必須被詐欺人因其詐術而陷於錯誤，若其所用方法不能認為詐術，即不能構成詐欺得利罪。...（臺灣高等法院 90 年度上易字第 3761 號判決）」、「...刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪行，須行為人「施用詐術」使人陷於錯誤而交付財務始足當之，而所謂『詐術』，乃以『欺罔之方法』使人陷於錯誤謂之。...（臺灣高等法院臺中分院 88 年度上易字第 2824 號判決）」、「...按刑法第三百三十九條第一項詐欺罪之成立，以意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付為必要，故行為人須有以欺罔之方法使人陷於錯誤，因而為財物之交付，否則，其取得財物若非基於詐欺，或非因對方之錯誤所致，即不能成立本罪。...（臺灣高等法院臺中分院 92 年度上易字第 933 號判決）」。

（三）著重行使詐術「因果關係」的實務見解

例如：「...查刑法第三百三十九條第一項詐欺取財罪，其構成要件內之所謂「詐術」，乃是以欺罔之方法，使人陷於錯誤。所謂「錯誤」，乃因主觀認識之事實，與客觀存在之事實不符，致為不正確意思之決定。詐欺取財罪，以行為人欺騙他人使其陷於錯誤而為交付，從而取得本人或第三人所持有之財物。在行為人須有不法取得財物之意思，而實施詐欺之行為，使被害

人因此欺罔行爲，致爲錯誤之意思表示，而其結果爲財產上之處分，致受有損害。...（台灣高等法院台南分院 89 年度抗字第 254 號裁定）」、「...刑法第 339 條第 1 項規定詐欺罪之方法乃以詐術使人交付財物或得財產上不法利益，而所謂「詐術」乃指使人陷於錯誤之欺罔方法，至使被害人就特定事實之判斷，發生全部或局部之錯誤，或行爲人就事實之全部或一部使用欺罔之方法。而該罪固不以施用詐術爲使人陷於錯誤之唯一原因，然必欺罔行爲與錯誤間有一定之因果關係，是以行爲人雖施用詐術，而被害人並未陷於錯誤，則詐術與錯誤間既無因果關係，縱行爲人在財物上有所收益，亦不成立本罪。...（臺灣高等法院臺南分院 95 年度上易字第 444 號判決）」。

由上可知，實務上對於行使詐術之解讀，基本上似乎可區分爲三種立場，而其中無論是將「詐術」與「欺罔」等同解釋的實務見解，亦或是著重行使詐術「因果關係」的實務見解，向來皆是以「使用『欺罔』之方法使人陷於錯誤」做爲支撐詐術概念之基礎，癥結則在於：使用「欺罔」的語意去解釋「詐術」的內涵，其實是具有循環論證之「套套邏輯」（Tautology；logical subsumption）的弊病¹⁰³，也就是說，使用一個相對來講稍微具體的抽象概念去解釋一個相對來講並不具體的抽象概念，其實說穿了，結論是：「什麼都沒講」！

¹⁰³ 所謂的「套套邏輯」（Tautology；logical subsumption），其實就是一個「絕對正確」、「理所當然無庸置疑」，但卻「完全沒有內容」的理論。套套邏輯所做的陳述，不是因果解釋，而是所欲解釋事件或現象之定義的一部份。套套邏輯不可能錯，沒有內容，但並沒有說這種言論絕不可能是一個重要的概念。事實上，很多重要的科學理論，是從不可能錯的套套邏輯所提供的概念而引起的。套套邏輯可以是個重要的概念，可以有啟發性，因為它可能爲我們提供一個新的角度看世界。其實，凡是有解釋能力的理論，都一定有被事實推翻的可能性（refutable by facts），但卻沒有被事實推翻。任何科學理論，若被事實推翻，我們總可以多加條件來挽救的。但挽救理論是須付代價的。過大的代價就不應該付。代價是否過大的衡量準則，是要基於一般解釋力的大小。大小有程度之分。我們不應該見一個理論的解釋能力不夠廣泛就放棄它—今天不夠廣泛的理論，明天可能有較廣泛解釋能力的取而代之，但在此之前，不夠廣泛的理論可能是最有用途的了。

二、學說理論的主張

(一) 舊說對於構成要件中「詐術」概念的理解

所謂「詐術」者，為學理上典型之「不明確法律概念」(unbestimmter Rechtsbegriff)¹⁰⁴，學說上認為：詐術者，指一切足以使人陷於錯誤之行爲。不以積極之欺罔行爲爲限，即消極利用他人之錯誤，而使其爲財物之交付者，亦足當之¹⁰⁵。而行使詐術，係傳遞與事實不符之資訊，進而使相對人有產生錯誤認知的可能¹⁰⁶。行爲人實施詐術不論係以語言、文字或舉動，均可該當本罪之行爲¹⁰⁷。另，行爲人之詐術並不以對於特定人實施爲限，即使施詐於不特定之多數人，亦可構成本罪¹⁰⁸。由於詐術之作用乃在使對方陷於錯誤，促使被害者的主觀認識與客觀所見事實不一致，進一步影響了被害人接下來所作的決定，故詐術行爲(Täuschungshandlung)自須欺騙對方，而足以使其產生與事實不符之認識，始克當之。倘若行爲人雖然使用了欺罔的手段，但傳遞的特定不實資訊之性質，根本未足以成爲左右接收資訊者思考判斷的基礎，無使對方產生與事實不符之認識而陷入錯誤的必要者，仍非詐欺罪所謂詐術¹⁰⁹。要之，詐術係指陳述與表達特定事實之行爲，但意思表示所涉及之

¹⁰⁴ 按向來之見解，所謂不明確的法律概念，係指某些法律概念(用語)，其必須藉個案中之具體事實適用其上時，才能具體化其內涵，在此之前，該法律概念皆無法充分明確。文獻上復有將此一概念再細分為「經驗性或描述性概念」(empirische bzw. descriptive Begriff)以及「規範性或有待價值認定之概念」(normative bzw. wertausfüllungsbedürftige Begriff)者，實則，規範性概念的不明確性，無法持續不變內涵，因此在個案適用時需要適用者或解釋者加以個別具體化、明確化，從而對於不明確法律概念的解釋，成爲法律規範能否正確實踐的前提。不明確的法律概念是一種「主觀認為正確」(Subjektive Fürrichtighalten)的問題，個案適用離不開權衡，有時甚至需要預測未來。只有在謹慎、全面考慮、評估與衡量各種觀點的情況之下，才有可能達成前述目標。在立法政策上(刑事立法亦同)，運用不明確法律概念與明確性原則之誠命不但不相衝突，有時反而有其必要性。然而，不明確法律概念之問題，存在於「認識領域」，在具體個案上適用此種概念時，必須有所評價，且經常是對於將來之預測，易言之，唯有斟酌各種不同之觀點，加以評價及相互衡量，始克達成決定。儘管如此，何者才是唯一合法並正確的決定，卻總是難以明確掌握。

¹⁰⁵ 甘添貴，刑法各論(上)，2009年，第310頁。

¹⁰⁶ 盧映潔，刑法分則新論，2009年，第656頁。

¹⁰⁷ 林山田，刑法特論(上)，2000年，第322頁。

¹⁰⁸ 林山田，刑法特論(上)，2000年，第323頁。

¹⁰⁹ 陳盈穎，刑法詐術意涵之研究，東海大學法律系碩士論文，2008年，第28頁。

「事實」，是已經過表示者之虛構、扭曲或掩飾，因而與「事實」是完全不合致，或至少一部分不合致¹¹⁰。在傳統學說見解之下，詐欺罪的詐術概念幾乎是其他罪名詐術概念的共通解釋，關於詐欺罪構成要件之分析固然不少，但過度強調單一構成要件要素之解釋，以致於忽略眾多與詐術有關之犯罪在刑法體系上的差異性或關聯性，實有加以釐清與確認之必要。

（二）新說對於構成要件中「詐術」概念的闡釋

對於詐欺罪的詐術概念的實務見解與學理主張已如前述，但對於詐欺罪以外他罪的詐術概念應作如何解釋，近來已有國內學者提出下述獨特之見解，殊值注意¹¹¹：

1. 虛無的詐術概念

虛無的詐術概念，是指構成要件中所規定之詐術概念，於行為之可罰性或犯罪判斷上之作用，無實質的意義。就此，或可稱之為「無益的詐術概念」。最典型的代表例，即刑法第229條之詐術性交罪；及第231條第一項後段之以「詐術」媒介男女性交或猥褻罪；第233條第1項後段之以「詐術」媒介未滿十六歲之男女性交或猥褻罪。詐術性交罪之「詐術」，於當今現實生活上無法想像其如何發生，致該罪名於實務上似乎幾無適用之餘地；詐術媒介性交或猥褻罪、詐術使人性交或猥褻罪，與犯罪之成立或不法內涵之判斷，並無關聯性存在，應屬累贅之立法。至於詐術使人出國罪，其保護之法益不夠明確，詐術之內涵及其不法之本質為何，也不容易推知，似有違罪刑法定原則之嫌。

2. 目的（結果）限縮的詐術概念

目的（結果）限縮的詐術概念，例如第137條之妨害考試罪；第146條之妨害投票正確罪。妨害考試罪之詐術，應限於使考試發生不正確結果之行為

¹¹⁰ 高金桂，論刑法之詐術，收錄於「刑與思」，林山田教授紀念論文集，2008年，第181頁。

¹¹¹ 高金桂，論刑法之詐術，收錄於「刑與思」，林山田教授紀念論文集，2008年，第188、189頁。

者為限，亦即，使考試結果與考試名義人之實力不相當，其所行使之詐術，應限於冒名代考或無權更改成績等行為；妨害投票正確罪之詐術，應限於使計票結果與投票人之實際投票結果不一致之行為者為限，包括冒名領票及投票、故意唱票錯誤或更改開票結果之統計數字等，而不應包括為支持特定候選人之遷移戶口的行為，因為遷移戶口者之投票，亦是真實投票結果之一部分，但是新增的第146條第2項似乎卻不做如是之解釋。

3.構成要件內部關聯性的詐術概念

構成要件內部關聯性的詐術概念，例如第238條之詐術締婚罪，本罪詐術之內涵，應依附於與婚姻無效或得撤銷之要件有關者為限；亦即，行為人與相對人結婚，在客觀上是屬於無效或得撤銷之婚姻，行為人就其中之事實，對被害人實施詐術，含作為及不作為（基於特別信賴關係），均足以構成本罪之詐術¹¹²。也就是說，第238條詐術締婚罪之成立需依附在無效或得撤銷婚姻之前提之下。就此而言，構成要件內部關聯性的詐術概念或可稱之為「依附的詐術概念」。

三、本文的看法

站在道德的立場下，欺瞞是不對的，但在日常生活中，尤其在商業交易行為中，若非實施某種程度的虛言假語實難以促成交易行為順利進行，且另一方面，由於現在社會生活資訊流通及交易行為頻繁，某程度的虛言假語亦為社會一般人瞭解且容認其發生，因此，文獻上有認為¹¹³，若不問刑法詐欺

¹¹² 1.行為人與不知情之被害人不得結婚之近親關係，宣稱兩者無近親關係或不為告知；2.有配偶之行為人佯稱單身或隱匿事實，致被害人同意與其結婚；3.未達結婚之法定年齡者，變造身分證之出生資料，使被害人發生錯誤而與其結婚；4.未成年人偽造法定代理人之同意書，使被害人發生錯誤而與其結婚；5.監護人向被監護人詐稱已不存在監護關係，或監護關係不影響結婚之效力，使被害人發生錯誤與其結婚；6.不能人道又無法治療之人，隱匿該事實而使被害人發生錯誤與其結婚。

¹¹³ 潘俞樺，詐欺取財罪構成要件之再檢視，國立台北大學法學系碩士論文，2004年，第27、28頁。

取財罪之「詐術」所指的內涵為何即一概禁止之，不僅對商業交易行為規制過嚴，且若對於任何人均可識破的虛偽言行，仍一律以刑法處罰之，似乎給予思慮極端輕率者過度的保護，恐非立法本意且不符比例原則此等法治國上位原則概念，因此欺騙應該在現實上達到何種效果，始相當於刑法詐欺罪所稱之「詐術」，為首要應解決之問題。

就我現行刑法以觀，在犯罪構成要件所規定之行為手段中較常見者，有強暴、脅迫與詐術。在刑法所規定之行為手段，強暴及脅迫可謂為暴力之行為手段，而詐術則係非暴力之行為手段；以暴力為行為手段固屬不該，即以非暴力之詐術為行為手段，因其以欺罔方法使人陷於錯誤，再利用他人所採取之錯誤行為，以達其犯罪目的，是其行為手段亦屬不法，實不言可喻。關於詐術與詐欺之別，詐欺在刑法上係指罪名而言，而詐術則指行為手段，其不限於犯詐欺罪使用，即在其他犯罪，刑法每規定詐術為行為手段之一，是詐術不宜與詐欺相混，其理至明。惟所謂詐術，雖可將其解釋為欺罔之方法，但對於其所用之欺罔方法，並無限制，凡足以使人陷於錯誤之方法即是，不要求具有特別之技術計謀（*Besondere Kuenstlicheveransaltung*），雖行為人行詐時每須利用某種技術，但實不能因此而認為詐術之施用以行為人具有某種技術為不可缺之前提要件¹¹⁴。關於施用詐術時須有某種技術之利用，其最顯著之情形。例如對電費之詐欺，須有改動電錶之技術，對自來水費之詐欺，須有改動水錶之技術，或對機車之詐欺，須有駕駛之技術是。

從前文的分析可以得知，詐欺罪的詐術概念在學界討論最多，從詐欺罪的詐術概念出發，作為一個構成要件之不法要素，詐術之概念在刑法體系當中，應有以下的內涵與理解：

（一）「詐術」概念的不法性需觀照其他要素加以證立

詐術為行為手段，而其每為立法者規定為某種犯罪之構成要件要素，而

¹¹⁴ 蔡墩銘，刑法上詐術規定之研究，軍法專刊第 16 卷第 5 期，1970 年，第 11、12 頁。

詐術既為構成要件要素之一種，則其當為客觀構成要件要素（Objektive Tatbestandselemente），而非主觀構成要件要素（Subjektive Tatbestandselemente）。單純客觀的詐術概念，並無法從字面涵義（欺罔？）得知其在構成要件之中的不法內涵，基於貫穿（連鎖）因果關係之犯罪整體結構，詐術之不法性必須與其他構成要件要素共同串連觀察才能得知，尤其是「主觀的不法要素」：「故意」與「不法所有之獲利意圖」。在此應予以注意者，即主觀構成要件要素之故意須對於全部之客觀構成要件要素予以認識，而詐術既為客觀構成要件要素之一種，則其當亦在故意認識範圍之內。設行為人對其所施用之行爲手段為詐術，未予以認識抑或雖有認識，但誤為此種詐術要非社會倫理上所禁止，皆足以妨礙構成要件故意之成立。由於對於行爲手段違法性之認識有異於對行爲違法之認識，是其仍入於構成要件故意範疇之內，而不在於故意責任範圍之內，是不宜將二者混為一談。果是，則施用詐術為行爲手段之行爲人，如不知其行詐已逾越社會規範容許範圍之外，則此種對行爲手段欠缺違法性認識之情形，將使構成要件故意無由成立。再依我刑法各本條之犯罪構成要件，其每將詐術之意圖列為主觀違法要素，惟由於此種犯罪屬於意圖犯，是祇要行為人有此意圖即為已足，不必果真有詐術之使用，從而，在意圖犯之構成要件故意不必包含有對詐術之認識，斯為二者應予以區別之處¹¹⁵。

（二）判斷詐術之行使需觀照相對人之互動

被害人內在對於詐術的意識，可能呈現出許多種態樣與程度，例如懷疑、與輕率無知，不過在通說的討論之下，普遍上仍然會因為基於被害人仍自行交付財物之現實情狀，財產實際受到侵害的法益保護理由，而認定其符合陷於錯誤之構成要件。至於，被害人的確是因為受到行為人施用詐術影響造成主觀認知與客觀現實的不相當，又這種主觀與事實不符之想像落差，是來自

¹¹⁵ 蔡墩銘，刑法上詐術規定之研究，軍法專刊第16卷第5期，1970年，第17頁。

於被害人之「動機錯誤」或者在「根本未透過意識決定」的情境下時，可否亦認定其屬陷於錯誤之範疇？學者提出的意見是，應該探究這個「不符事實的宣稱」與「陷於錯誤」，是否皆存有「直接招致財產損失的特性」，如果僅是一種交易上無關緊要的事項，即屬純粹的動機錯誤，行為人頂多須負擔道德上的非難，但法律上並不會因此受到處罰¹¹⁶。就此而言，判斷詐術之行使實無法忽略行為人與被害人在犯罪行為當中的互動過程，在詐欺罪是如此，在其他各罪就應該視詐術所侵害之客體對象及法益屬性而為個別之判斷才是。

（三）「詐術」概念的實質化解釋

所謂的詐術意義為何，學說見解係隨著時代的演變而有所差異。早期學說見解認為：「稱詐術，即詐欺之意，凡以欺罔之方法，使人陷於錯誤者皆是，其方法並無限制。¹¹⁷」亦有學說認為詐術即欺罔之方法：「所謂詐術，乃以欺罔之方法，使人陷於錯誤。¹¹⁸」近年來則有學者指出：「所謂詐術，是以『作為』或『不作為』的方式，傳達與事實不符之資訊。¹¹⁹」所謂詐術，乃指一切足以使人陷於錯誤之行為。其手段不以欺罔為限，即利用人之錯誤，而使其為財物之交付，亦不得謂非詐欺¹²⁰。惟以上對於詐術概念之解釋均是以分解構成要件要素的方式來說明與理解詐術的內涵，是屬形式上的解釋方式，而所針對者，亦僅侷限於詐欺罪之構成要件而已，能否適用到所有以詐術為成文要素的各罪，自是有所疑問。另有新近見解主張，並非所有使人陷於錯誤的手段就是欺罔行為，而必須從法益的侵害面、行為的手段、方法以及違法性程度的高低加以判斷及綜合考量¹²¹，此說富具適用上與解釋上之彈

¹¹⁶ 林鈺雄，論詐欺罪之陷於錯誤，收錄於：刑事法學之理想與探索-第二卷刑法各論（甘添貴教授六秩祝壽論文集），2002年，第269、270頁。

¹¹⁷ 陳樸生，刑法各論，1958年，第340頁。

¹¹⁸ 褚劍鴻，刑法分則釋論（下），2001年，第1254頁。

¹¹⁹ 林東茂，詐欺罪的財產損害，收錄於：一個知識論上的刑法學思考，2002年，第266頁。

¹²⁰ 蔡墩銘，刑法精義，1999年，第621頁。

¹²¹ 何芸欣，網路詐欺犯罪之研究，台北大學法學系碩士論文，2006年，第52～53頁。

性，似乎較能夠充分說明各罪之不法內涵與屬性，值得贊同。至於詐欺罪在因應資訊時代的社會生活型態中，有見解認為¹²²，解釋論的重心也已經由傳統的處分行為轉變到解釋詐術行為的趨勢。

第三節 詐欺罪與被害者學的匯集與適用

創設被害者學（Victimology）的以色列學者 B. Mendelsohn 嘗言：「被害者學的目的不是減輕對罪犯的懲罰，而是盡力公正地對待每個人，特別是弱者。¹²³」犯罪被害者學由事實上的歸責觀念轉化為法律上的歸責概念，文獻上指出，其正當性依據有三¹²⁴：（1）回復社會正義；（2）契合功利目的；（3）符合現實需要。但在被害者學引進刑法體系之前，關於被害人在刑法中的地位稍有著墨的僅僅是被害人自我責任的問題，以下便從被害人之自我責任、刑法被害者學理論的發展等想法，如何進一步地限縮詐欺罪構成要件的涵攝範圍。

第一項 關於被害人之自我責任問題

學說上指出：「被害人自我責任係指自我危害之被害者行為、被害人之與有責任、或自負責任之自我危害，其描述性之意意，即親手製造風險（*eigenhandige Gefahrschaffung*）或自陷風險（*Sich-in-Gefahr-Begehen*）；其規範性意義，即結果擔當（*Erfolgshaftigkeit*），或風險實現結果歸究於法益所有人之責任範圍；法益所有人既須為危險行為之結果為規範上之擔當，其對行為人之歸責排除（*Zurechnungsausschluss*）的問題具有重要之意義。¹²⁵」

¹²² 木村光江，詐欺罪の研究，東京都立大學出版會，2000年，第228頁。

¹²³ 王佳明，互動之中的犯罪與被害，2007年，第1頁。

¹²⁴ 王佳明，互動之中的犯罪與被害，2007年，第1頁。

¹²⁵ 高金桂，被害人之自我責任與刑法歸責問題，收錄於：現代刑事法與刑事責任，1997年，第274頁。

如果從客觀歸責理論（objektive Zurechnungslehre）來檢視行為人之可歸責性，則只有當行為人的行為對於行為客體：1.製造了法所不許的風險，而2.構成要件結果的發生是因為該風險的實現，3.此一結果是在構成要件的效力範圍內時，構成要件結果的發生才能夠歸責給行為人所為之行為。危險結果之發生若是出於被害人「有意之自傷」或「自我冒險」所致者，雖然被害人之損害與行為人之參與行為之間具有因果關係，依據客觀歸責理論，基於「自我負責原則」、「人格權自由原則」之精神，以及規範保護必要性之考量，其風險所造成之後果責任，原則上還是應由被害人自我承擔¹²⁶。

行為與結果間之因果關係是否因被害人自己的行為介入時而被否定，即所謂「自我負責原則」¹²⁷（包括自我傷害或自我危險行為 eigenverantwortliche Selbstverletzung oder Selbstgefährdung），應以行為人之行為是基於其他利益關係考量所容許的行為為前提。否則，縱使後來介入的行為（包括行為人及被害人之行為）基於因果關係也有應該負責的地方，但是（除非是被害人基於要脅目的所實踐的自我危害）被害人或第三人的責任不當然排除第一行為人的責任。若損害的發生事由於第三人自己有意思的投入，縱然該第三人的損害與行為人之行為有因果關係，基於自我負責原則及規範保護必要性的考量，其結果原則上仍應由該第三人自我負責¹²⁸。

詭異的是，從今天的角度看來，客觀歸責理論在德國和台灣幾乎是絕對通說，而被受害者釋義學所處理的其實很類似客觀歸責理論中的「自我負責原則」（Selbstverantwortungsprinzip），但在刑法各論所使用的「受害者學原則」卻仍然一直遭到猛烈的批評，但總論的「自我負責原則」卻已經被提升為一

¹²⁶ 參見：蘇俊雄，從刑法因果關係學說到新客觀歸責理論之巡歷，收錄於：當代法學名家論文集，1996年，第536、537頁。

¹²⁷ 高金桂教授認為，自我負責原則，在構成要件領域，其被引入客觀歸責理論；在違法性領域，其以原因違法行為的樣態出現；罪責領域，其又轉化成原因自由行為。

¹²⁸ 黃榮堅，刑法問題與利益思考，2001年，第154頁。

個法哲學的基本原則（ein rechtsphilosophisches Grundprinzip）¹²⁹。這樣很快就會被人質疑說，是不是總論的原則無法適用在分則的解釋？還是因為被害者學原則與自我負責原則有所差異而導致這樣的結論？文獻上指出¹³⁰，犯罪學中的「被害者學」提醒了我們，如果只將眼光侷限在行為人行為上，就沒有辦法觀察到犯罪行為中行為人與被害人互動的情形，也就是說，無法看到到犯罪的全貌。從大多數學說在客觀歸責的層面處理「被害人自我負責原則」來看，「被害人的行為」是有可能影響刑事不法的，甚至對於構成要件實現也有一定的影響力。但自我負責原則在歸責層面不應具有優先地位，更不是一個適合涵攝的規則，本文認為，「被害者學原則」更能凸顯行為人被害人互動的情形，藉由此原則所得出的結論，才能確定被害人是否必須負責。一個是過程，一個結論，兩者並無抵觸。

高金桂教授認為，從行為人之觀點切入，自我責任與個人自由決定能力不可分，即每個有正確認識能力之人都具備自由理性決定的能力。有意識的自我危害，原則上可以阻卻他人對危害實現之責任；所以行為人只有在被害人自損的某些例外情況下，例如，因自我危害者心神喪失或類似精神耗弱之身心上的原因，導致對法益侵害欠缺正確評估之能力；或者因為客觀條件或行為人之行為，如隱匿事實、施用詐術、強制手段，使相對人主觀意思出現瑕疵，做出自我侵害之決定時，也就這些特殊內在或外在干擾之情形，已經嚴重的影響自損行為者自我負責之可能性時，行為人才有成立責任必要，即自陷風險不可阻卻行為人之危害法益行為¹³¹。

行為人之意思自由（或自由決定之能力），為其刑事責任之基礎，更是刑法「罪責原則」（Schuldprinzip）之根本理念與前提要件，行為人若欠缺侵害特定法益之主觀意思，強以刑罰相繩實有違法治國家之精神，但若過度強調

¹²⁹ 李立暉，被害者信條學與詐欺罪，國立台北大學法學系碩士論文，2006年，第23頁。

¹³⁰ 李立暉，被害者信條學與詐欺罪，國立台北大學法學系碩士論文，2006年，第34、35頁。

¹³¹ 高金桂，被害人之自我責任與刑法歸責問題，收錄於：現代刑事法與刑事責任，1997年，第275頁。

被害人之自我責任，致行爲人免除刑法上之責任，限縮可罰性範圍，亦有違刑法規範之創設目的¹³²。刑法爲維護一個具有信賴關係之社會環境，基於法益衡量，對自陷風險的行爲亦應予以適度之保護。他人的輕率或無經驗，不能成爲可以對其加害之理由。被害人之先前違法或違背善良風俗之行爲，更無由成爲行爲人阻卻歸責事由，因爲若以上述理由限縮犯罪構成要件，恐有使得刑法扮演道德監督者之角色，根本有違刑法規範創設之目的；又如果因爲被害人之此等行爲而免除行爲人之刑責，則恐有推廣私刑及助長犯罪之虞，而嚴重違逆刑事政策之目的思想¹³³。至於如何在兩者之間取得一個合理的折衷點，仍有待學理上進一步之開發。

第二項 刑法被害人學理論的興起與發展

對於犯罪被害人之研究原爲犯罪學的典型領域，近年來逐漸受到德國刑事法學者之青睞。就刑法領域而言，如何在現行刑法體系之下，引入被害人研究之觀點，眾說紛紜。50年代時，始有德國學者以法律觀點系統性地研究行爲人與被害人之關係，並將被害人之行爲運用於刑罰量刑，作爲權衡量刑的因素之一。自70年代以來，漸有學者將之運用到刑法釋義學上，討論被害人行爲對於犯罪與否評價之關係。對於本文有關之詐欺問題，1977年德國刑事法學者Amelung發表專文，探討「詐欺罪中被欺騙者之錯誤與懷疑」，可謂運用被害人學之觀點來解決法律問題之濫觴¹³⁴。其認爲「刑法乃國家保護法益所使用之最後手段，如果被害人本身可以經由適當的手段保護自己的法益，卻任意不用時，刑法就沒有介入的必要」¹³⁵。對於某些本質上以被害人積極之行爲介入爲前提之犯罪類型，判斷其犯罪成立要件時，就應該評價被害人

¹³² 參見：高金桂，被害人之自我責任與刑法歸責問題，收錄於：現代刑事法與刑事責任，1997年，第283頁。

¹³³ 陳盈穎，刑法詐術意涵之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，2009年，第107頁。

¹³⁴ 王梅英、林鈺雄，從被害人學談刑法詐欺罪，月旦法學雜誌第35期，1998年，第96頁以下。

¹³⁵ 王梅英、林鈺雄，從被害人學談刑法詐欺罪，月旦法學雜誌第35期，1998年，第98頁。

的因素¹³⁶。Amelung教授指出：「刑法乃國家保護法益所使用之最後手段，如果被害人本身可以經由適當的手段來保護其法益，而任意不用時，則刑法自無介入之餘地。關於詐欺之案例，在客觀上既然存在足以令人懷疑的事實基礎，主觀上被害人也已產生懷疑，卻仍然交付財物與行為人或為其他之財產處分，可認為在這種情況下，被害人足以保護自己之法益而未予保護，在評價上僅屬於涉及風險之投機行為，欠缺刑法保護必要性，不該當『陷於錯誤』此要件。¹³⁷」

刑法「受害者釋義學」(Viktimodogmatik)，原先源自於犯罪學上之「犯罪被害理論」¹³⁸，近年來逐漸受到德國刑事法學者的重視，並且進一步加以引入刑事法的領域¹³⁹。對於此一理論，雖然還有一些爭議之處¹⁴⁰，但學說上大致都肯定其「至少」可作為「個別構成要件的解釋輔助」(尤其是詐欺罪之適用)，以作為限制構成要件範圍的標準，所爭執的只是否應將其一般化、絕對化而已。刑法上的受害者論理，其論旨係謂「當刑法在檢驗處罰行為人的必要性時，必須同時考慮到在具體案例中被害人所扮演的角色為何，才能決定有無動用國家刑法為手段加以保護之必要」。因為，有效之法益保護措施，不只存在於國家之強制手段，法益所有人也常握有不少之保護手段；當被害

¹³⁶ 刑法在適用此一受害者論理時，可能會影響到法秩序(減輕行為人罪責)，造成社會不安定的後果。這樣的疑慮其實是必要的，但在構成要件考量「受害者」這一個要素，不一定是減輕行為人之罪責，也有可能是加重刑罰的規定(姑且不論立法基礎是否允當)，例如刑法第272條第一項殺害直系血親尊親屬罪以及第226條第二項強制性交猥褻罪之加重結果犯等之規定。「受害者論理」是一個規範化的概念，如何能夠普遍地適用到詐欺罪以外的罪名，對這一個理論未來的發展是一個很大的挑戰，尤其是面對「優待」行為人的這樣一個疑慮。

¹³⁷ 詳參：王梅英、林鈺雄，從受害者學談刑法詐欺罪，月旦法學雜誌第35期，1998年，第98～102頁。

¹³⁸ 「犯罪被害理論」雖是犯罪學理論之其中一學派，然近年來之趨勢已漸漸獨立於犯罪學之外成為個別單一學科之「受害者學」(Viktimologie)。

¹³⁹ 但作為實然科學之受害者學，其研究發現若未經刑事政策上之價值判斷，即直接引進應然科學的刑法領域，恐將造成規範體系陷於紊亂。參見高金桂，被害人之自我責任與刑法歸責問題，收錄於：現代刑事法與刑事責任，1997年，第283頁。

¹⁴⁰ 爭議之處指的是受害者理論中所謂的「自我責任」在刑法犯罪判斷體系中，究竟是構成要件的修正要素、阻卻違法事由、阻卻責任事由、量刑要素或立法之一般可罰性判斷要件，學說上各有不同見解。

人對其法益在事實上有「自保可能性」(Selbstschutzmöglichkeit)¹⁴¹時，於法益受侵害時，竟不採取有效之保護措施，則應喪失刑法保護之必要性。

及至Schünemann教授時，更進一步主張被害人之行爲對於犯罪之構成有其獨立之地位，因此，需揚棄傳統均從行爲人行爲之角度，作為犯罪理論中構成要件該當性、違法性與有責性之審查標準，另擇一種新的、兼顧被害人行爲之刑法解釋方法，理性的刑事政策告誡吾人，過多的處罰對於刑法的效能不僅無益，甚至有害。若過度依賴刑罰，不但違背刑法預防理論，還會造成司法機關選擇性執法的問題，甚至因刑罰適用範圍擴大、頻繁使用，最後造成司法程序嚴重的負擔，導致喪失預防的效果¹⁴²。Schünemann將被害者學理解為限制行爲可刑罰性的準則，行爲人之「刑罰的必要性」(Strafwürdigkeit u. Strafbedürftigkeit)與被害人之「保護的必要性」(Schutzwürdigkeit u. Schutzbedürftigkeit)是相對存在的¹⁴³，而被害者論理則是刑法「最後手段性(ultima ratio)原則」的具體化類型。至於以最後手段性原則解析可罰行爲(strafbare Handlung)，可具體化為五點內涵¹⁴⁴：

1. 須有保護必要之法益存在；
2. 不法行爲引起重大的社會危害；
3. 刑法的保護對損害的預防是合宜的；
4. 刑法的保護對損害的預防是必要的；
5. 使用刑罰不致引起不相當。

基本上，Schünemann同意Amelung之意見，認為詐欺罪為刑法分則中，

¹⁴¹ 所謂「自保可能性」(Selbstschutzmöglichkeit)，指的是法益所有人於無刑法保護之助力下，以自己力量使其法益免於受到侵害之能力。參見：高金桂，被害人之自我責任與刑法歸責問題，收錄於：現代刑事法與刑事責任，1997年，第279頁。

¹⁴² Schünemann, in FS für Faller, 1984, S357f.

¹⁴³ 關於Strafwürdigkeit與Strafbedürftigkeit，以及Schutzwürdigkeit與Schutzbedürftigkeit，其實均非同義詞。Strafwürdigkeit與Schutzwürdigkeit指的是適用構成要件之前的事實而言，是刑法應否介入前的評價；至於Strafbedürftigkeit與Schutzbedürftigkeit指的是犯罪成立之後，關於刑罰裁量的問題，目的在於壓縮刑罰之不當擴張。前述說明得自於柯耀程教授的指點。

¹⁴⁴ Schünemann, in FS für Faller, 1984, S358.

最典型的被害者學適用之犯罪類型，也認為「錯誤」與「懷疑」，乃被害者學與詐欺罪構成要件解釋間之媒介。但是Schünemann將被害者學理論明確定位為一種刑法構成要件的解釋原則，因此只有當可資解釋的構成要件存在時，才有運用被害者學之餘地，因此，被害者學並非刑法之一般性原則，而是解釋特定構成要件的輔助基準，此般見解大幅縮減該理論之適用範圍，相當程度上降低了各界質疑的聲浪。

在國內，林鈺雄教授專文指陳¹⁴⁵：「被害者學基本上是導源於刑事政策的觀點，欲將其具體運用到刑法分則釋義，必須先有各該犯罪構成要件的連結點，否則就只能定位為刑事政策的高談闊論而已，對於具體刑法分則的解釋不會產生關鍵影響。」接著，該學者批評傳統見解討論詐欺罪「陷於錯誤」的論證依據並未就判斷被害人需確信到何種程度，提出一個令人滿意之標準；所謂可能、很可能或極高度可能，只是一種或多或少「量」上的區別，具有高度之不確定性及法不安定性；而且傳統見解只著眼於國家刑法高權制裁行為人之立場，忽略許多犯罪（尤以財產犯罪為然）乃是由行為人與被害人互動而來，因此，其認為討論行為人之處罰必要性時，必須同時考慮在具體案例中被害人之角色為何，有無以國家刑法為手段加以保護之必要性。

此外，根據高金桂教授進一步的看法¹⁴⁶，關於被害人之自我責任，若用於行為人之歸責排除（Zurechnungsausschluss）時，至少應符合下列的要件：

1. 被害人具有意思能力；
2. 意思決定無瑕疵；
3. 對具體風險有所認識；
4. 對法益侵害之歷程居於支配地位，至少須有意思支配之能力；
5. 行為人須於被害人承諾之範圍內為之，且須行為無失誤；

¹⁴⁵ 林鈺雄，論詐欺罪之陷於錯誤，收錄於：刑事法學之理想與探索-第二卷刑法各論（甘添貴教授六秩祝壽論文集），2002年，第267～269頁。

¹⁴⁶ 高金桂，被害人之自我責任與刑法歸責問題，收錄於：現代刑事法與刑事責任，1997年，第284頁。

- 6.被害人對於承諾之事項應有處分權；
- 7.被害人之承諾與行為人之行為不得違背社會相當性。

第三項 以被害者學理論限縮詐欺罪之適用

被害者理論主要強調的是，當我們在討論處罰行為人的必要性時，必須同時考慮到在具體案例中被害人的角色為何，才能夠決定有無以國家刑法為手段加以保護的必要。如果被害人本身可以經由適當的手段保護自己的法益，卻不施用時，刑法就沒有介入的必要。換句話說，在被害人能夠自我保護的情況下，竟然疏於自我防衛，便不需要運用刑法手段來捍衛這樣的被害人¹⁴⁷。此外學說上也有反對見解認為，詐術行為所造成被害人之錯誤意象，如被害人有所懷疑而仍為財產之處分，不應以此來限制詐欺罪之適用，因為如是，刑法所提供的將是一不足的保護¹⁴⁸。

雖然被害者學的研究十分深入且多元¹⁴⁹，刑法被害者學理論的支持者在個別詐欺構成要件要素的討論中，也提出不同的限縮建議。但主要可以分成兩大類：一類是「被害人的懷疑是否屬於錯誤」的問題，另一類則是要「排除簡單、拙劣的欺騙行為」¹⁵⁰。文獻上，Naucke、Kurth和Ellmer等學者希望

¹⁴⁷ 被害者學自提出後，在德國引起許多討論與質疑。批評者以Roxin為代表，其認為：「就現行法而言，將被害者理論作為刑法之普遍原則，亦即將刑罰之必要性植基於被害人保護必要性之主張，違背立法者之本意。在詐欺罪的認定上，如果因為被害人容易輕信別人，就將之排除在刑法保護的範圍之外，結果將導致信賴被壓榨，此絕非立法者之本意。且刑法輔助性原則乃針對國家的行為而發，適用對象並不包括人民，因此，由刑法輔助性原則並不能推論出被害者學理論。」另外，Roxin也指出，被害者學將刑法輔助性原則擴張解釋為「要求人民自我保護」之原則，也昧於歷史事實。因為從歷史的發展來看，將刑罰權賦予國家獨佔，正是人民從自我保護任務解除之明白宣示。最後，Roxin認為被害者學的論點亦違反刑事政策，因為如果容易輕信別人就不能得到國家的保護，那麼在公眾生活必然引起猜忌和不信任，個人行為的自由亦隨之受到限制。以上詳見：潘俞樺，詐欺取財罪構成要件之再檢視，國立台北大學法學系碩士論文，2004年，第66、67頁。

¹⁴⁸ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 263 Rn.41.

¹⁴⁹ 詳見：李立暉，被害者信條學與詐欺罪，國立台北大學法學系碩士論文，2006年出版。本節以下的說明主要亦是參考該論文。

¹⁵⁰ Roxin 認為，雖然學說上存在很多「希望將特別輕率的被害人排除在刑法保護外」的嘗試，

藉由「受害者學」的研究成果，排除「簡單、拙劣的欺騙行為」的嘗試，除了牴觸最基本的方法論要求外，從詐欺罪的要素中「陷於錯誤」和「由於錯誤而受財產損害」兩要素可以看出，評價的重點不在於被害人的「應保護性」，而在於「需保護性」。且在實際案例的互動過程中，被認定為「智能欠缺」的被害人根本從頭到尾都沒有機會行使自我保護的手段，若認為他們不應被保護，達爾文的物競天擇主張將可能在人類世界實現¹⁵¹。因此，此類主張暫不贊同。剩下的即是受害者學應用於「被害人的懷疑是否屬於錯誤」的問題上面。

Amelung 認為為什麼到目前為止，詐欺構成要件中「錯誤概念」的解釋，仍缺乏來自自我保護角度的觀察，因果歸責理論（Kausalzurechnungslehre）對於詐欺罪的絕對影響力要負全部的責任，因為此理論將詐欺看成是一種單線的現象（einlineares Geschehen），也就是說，行為人使一個被動的被害人受到損害，而非將被詐欺人看成共同行為人（Mithandelnden）¹⁵²。Amelung 之後，對於被害理論的運用更為深入具體的論述是 R. Hassemer。R. Hassemer 認為，在「非對應式的構成要件」（inkongruente Tatbestände）中，如財產法益，法條的目的是要保護特定法益免受具有足夠危險程度的攻擊行為的侵害，而拒絕保護受到危險程度較低的攻擊行為的被害人。所以德國刑法第 263 條的目的是要保護財產免受不適合自我保護的欺騙行為（selbstschutzeignete listige Angriffe）的侵害。他由這個原則的想法得出

但立法者卻從未表示說，我們可以在不受處罰的情況下，利用被害人不理性的輕信他人的性格而獲取利益。Roxin 也提到德國聯邦法院於 2002 年的一個判決，該判決首度深入地處理受害者學原則對於詐欺構成要件解釋的影響，並認為因為存有懷疑的詐欺被害人的需保護性較低而主張限縮詐欺構成要件適用的方法，不僅在法條字義上找不到根據，而且也不適當地限縮了刑法對於利用欺騙行為攻擊財產所提供的保護。此外，「存有『懷疑』」也不適合用來質疑被害人是否陷於錯誤，因為被害人對於所陳述事實的真實性仍認為是可能的，並因此而處分財產，即使他有重大懷疑，他還是行為人詐術的被害人。」以上詳見：李立暉，受害者信條學與詐欺罪，國立台北大學法學系碩士論文，2006 年，第 111 頁。

¹⁵¹ 李立暉，受害者信條學與詐欺罪，國立台北大學法學系碩士論文，2006 年，第 149、150 頁。

¹⁵² 李立暉，受害者信條學與詐欺罪，國立台北大學法學系碩士論文，2006 年，第 91 頁。

詐欺構成要件中錯誤要素的功能，也就是錯誤要責的任務是要將不具危險程度的行為情狀排除在詐欺罪的處罰範圍外，藉此可幫助實現「補充性原則」¹⁵³。R. Hassemer 並認為，詐欺罪中「欺騙行為」要素代表著「危險程度的來源」(Gefährdungswurzel der Gefahrintensität)，而「錯誤」要素則是凸顯「欠缺自我保護可能性」(mangelnde Selbstschutzmöglichkeiten)的被害人」的處境。

為了確定詐欺被害人自我保護可能性的界限，R. Hassemer 將法益持有者不同的「認識狀態」(Kognitionslagen)區分成主觀確信(subjektive Gewißheit)、不明確的懷疑(diffuser Zweifel)和具體的懷疑(konkreter Zweifel)。「主觀確信」是指法益持有者完全不認為自己陷於錯誤，雖然事實上並非如此，因為他相信他已掌握了財產處分所有的相關資訊，如習慣性的決定、例行性的決定。「不明確的懷疑」是指法益持有者沒有檢驗交易行為基礎事實的真實性和(或)完整性，而僅仰賴另一方的善意與誠實性。這種不明確的懷疑可能源自於「個人對於交易的無經驗」或「對於相對人可信度概括性地不信賴」。至於「具體的懷疑」則是指法益持有者的懷疑程度超過不明確的懷疑，他在特定的行為情境中，對於特定具有重要性的事實的真實性產生懷疑，例如二手車裡的散熱器的防護罩顏色與車子不協調以致於懷疑車商對於二手車無發生事故的說詞，或者由其他資訊得知契約相對人不可信賴。

不管是在「不明確的懷疑」或是在「具體的懷疑」，法益持有者都是在不確定相對人事實陳述的真實性的情況下處分財產。但兩者間重大的區別在於，在「不明確的懷疑」時，法益持有者(至少普遍)不知道他可用什麼樣的方式來排除這不確定性，而在「具體的懷疑」時，法益持有者完全擁有特定的依據和足夠的理由可以去獲得進一步的資訊或者放棄交易。由此可得出，若法益持有者雖然對於所欺瞞的事實的真實性有具體懷疑，但未行使可

¹⁵³ 李立暉，受害者信條學與詐欺罪，國立台北大學法學系碩士論文，2006年，第94、95頁。

能且可期待的自我保護可能性時，就欠缺需保護性（Schutzbedürftigkeit）。在具體懷疑時，行為人「至少」不會受到詐欺既遂罪的處罰。因而，按照 R. Hassemer 的看法，因為「具體確信」或「不明確的懷疑」而處分財產者，才是「適格的詐欺被害人」（taugliches Betrugsopfer），相反的，有「具體懷疑」的法益持有者則是「非適格的詐欺被害人」（untaugliches Betrugsopfer）¹⁵⁴。換句話說，「主觀確信」與「不明確的懷疑」則可涵攝入錯誤概念。即使在拙劣的與可輕易察覺的欺騙行為（plunper und leicht durchschaubarer Täuschung）案例中，也可以將法益持有者的認識狀態區分出上述的階段，因此也可以藉此判斷詐欺被害人的需保護性。

對於「受害者釋義學」的支持者在認定法益保護是否必要時，除了其他國家的手段外，被害人擁有的預防可能性也被一併納入考慮的看法，W. Hassemer 認為，這裡所產生的問題是此主張對於刑法不法理論的衝擊，具體來說，是對於「規範效力」（Normgeltung）的挑戰。按照「受害者信條學」的主張，被害人不作為或容忍的行為會阻礙規範的執行，換句話說，若被害人不行使他所擁有且可期待的保護手段的話，被害人透過這樣的消極作為會阻礙刑法所提供的法益保護。如此一來，國家刑法也就失去在刑事程序與刑罰執行中貫徹法益保護規範（rechtsgüterschützende Normen）的可能性，一般預防的效果也將變的不完整。Hassemer 認為可以將此趨勢概括稱為「刑法的私人化」（Privatisierung des Strafrechts），在此過程中，官方的社會控制機構（formelle Instanzen sozialer Kontrolle）將貫徹刑法規範的決定權交給非官方的控制機構（informelle Kontrollinstanzen）¹⁵⁵。一個規範是否在實際上能被貫徹將不再是國家刑法的任務，而是取決於具警覺性且有防衛準備的被害人是否有意貫徹存在法規中的禁止與誡命規範。

在這樣的前提下，只有 Amelung 和 R. Hassemer 的看法是方法正確的。

¹⁵⁴ 李立暉，受害者信條學與詐欺罪，國立台北大學法學系碩士論文，2006年，第96、97頁。

¹⁵⁵ 李立暉，受害者信條學與詐欺罪，國立台北大學法學系碩士論文，2006年，第105頁。

且從「被害人的需保護性」來看，當被害人對於行為人說詞的真實性還未產生具體懷疑時，他都無法按照自己的意識控制全局，且無法輕易的保護自己，因而是需要被保護的。相反的，若已產生具體懷疑，則應自行獲取進一步資訊以保全自己的利益，必要時甚至應放棄交易，若仍執意進行交易，被害人則不需被刑法保護，因此行為人最多只會成立詐欺未遂罪。R. Hassemer 的想法令人贊同，因其認為判斷是否具有具體懷疑只有從被害人主觀的認識結果來看，而無法以產生懷疑的根據在客觀上具不具體來決定。實則，在劃分自我保護的界限的標準上，R. Hassemer 所提出的「主觀確信」、「不明確的懷疑」和「具體懷疑」是可以接受的。在前兩者，被害人因受限於不完整的資訊，因而自我保護可能性難以行使，換句話說，行為人對於這被害人的錯誤有支配力；相反的，被害人已產生具體懷疑，他對於說詞的不信任已超過一般的情形時，就完全有能力去獲取進一步的資訊或是放棄這筆交易，若仍執意去作，就欠缺需保護性，而沒有陷於錯誤，這類案例至少排除行為人既遂的可能性¹⁵⁶。

第四項 刑法被害者理論各項主張之比較

刑法被害者理論濫觴於 1970 年代德國學者 Amelung 教授，其主張刑法乃國家保護法益所使用之最後手段，如果被害人本身可以經由適當的手段保護自己的法益，卻任意不用時，刑法就沒有介入的必要，這樣的想法雖屬新奇，但其實並無比較具體適用的基準可言。晚近，承繼 Amelung 教授的想法與主張，Schünemann 教授則將被害者學理解為限制行為可罰性的準則，並認為詐欺罪為刑法分則中，最典型的被害者學適用之犯罪類型，也認為「錯誤」與「懷疑」，乃被害者學與詐欺罪構成要件解釋間之媒介。所以，被害者學並非刑法之一般性原則，而是解釋特定構成要件的輔助基準，此一見解較之

¹⁵⁶ 李立暉，被害者信條學與詐欺罪，國立台北大學法學系碩士論文，2006 年，第 132 頁。

Amelung 似乎要屬具體些¹⁵⁷。

在國內，著文論述刑法被害人理論者，亦不多見。1997 年高金桂教授為文指出，危險結果之發生若是出於被害人「有意之自傷」或「自我冒險」所致者，雖然被害人之損害與行為人之參與行為之間具有因果關係，依據客觀歸責理論，基於「自我負責原則」、「人格權自由原則」之精神，以及規範保護必要性之考量，其風險所造成之後果責任，原則上還是應由被害人自我承擔。至於被害人之自我責任若適用於行為人之歸責排除時，至少應符合下列七個要件：1.被害人具有意思能力；2.意思決定無瑕疵；3.對具體風險有所認識；4.對法益侵害之歷程居於支配地位，至少須有意思支配之能力；5.行為人須於被害人承諾之範圍內為之，且須行為無失誤；6.被害人對於承諾之事項應有處分權；7.被害人之承諾與行為人之行為不得違背社會相當性。觀諸高教授前開主張，似乎乃適用於一般犯罪之歸責的基本原則，而不僅限於詐欺罪之適用或解釋問題。晚近，林鈺雄教授著文「從被害人學談刑法詐欺罪」，詳細介紹了該理論之沿革與演變，並認為學說上大致都肯定其「至少」可作為「個別構成要件的解釋輔助」（尤其是詐欺罪之適用），以作為限制構成要件範圍的標準，所爭執的只是否應將其一般化、絕對化而已。林教授並進一步批評傳統見解討論詐欺罪「陷於錯誤」的論證依據並未就判斷被害人需確信到何種程度，提出一個令人滿意之標準，且傳統見解只著眼於國家刑法高權制裁行為人之立場，忽略許多犯罪（尤以財產犯罪為然）乃是由行為人與被害人互動而來，因此，在討論行為人之處罰必要性時，必須同時考慮在具體案例中被害人之角色為何，有無以國家刑法為手段加以保護之必要性。

以上德國或國內學者的主張或見解，有屬一般性抽象原則者，亦有屬具體適用基準者，然而能夠將具體適用基準加以類型化，並將類型化基準適用於詐欺罪之解釋者，最值贊同者應是 R. Hassemer 教授的見解，Hassemer 認

¹⁵⁷ Amelung 教授與 Schünemann 教授的見解或主張，請回顧前文（第三章第三節第二項）之說明。

爲，詐欺罪中「欺騙行爲」要素代表著「危險程度的來源」，而「錯誤」要素則是凸顯「欠缺自我保護可能性的被害人」的處境。爲了進一步確定詐欺被害人自我保護可能性的界限，Hassemer 將法益持有者不同的「認識狀態」區分成「主觀確信」、「不明確的懷疑」和「具體的懷疑」等三種類型。其中，「具體確信」或「不明確的懷疑」而處分財產者，才是「適格的詐欺被害人」，反之，有「具體懷疑」的法益持有者則是「非適格的詐欺被害人」。在前兩者，被害人因受限於不完整的資訊，因而自我保護可能性難以行使，至於後者，被害人已產生具體懷疑，其對於說詞的不信任已超過一般的情形時，就完全有能力去獲取進一步的資訊或是放棄這筆交易，若仍執意去作，就欠缺需保護性，而沒有陷於錯誤，結果是，這類案例至少排除行爲人既遂的可能性¹⁵⁸。

第四節 詐欺罪幫助犯之實務爭議

第一項 問題之提出

一、外甥女的暗夜哭聲

今年七月下旬，我接到姊姊的電話，彼端傳來啜泣，告訴我她的女兒「出事了」，...原來外甥女在求職時被詐騙集團以需要測試能否薪資轉帳，騙走她只有 3 百元存款的提款卡，沒幾天光景，她的帳戶已經被詐騙集團有效率的使用。...外甥女的案子是否會被起訴，仍不得而知，我想安慰惴惴不安的她，應該會不起訴吧！但周遭的友人紛紛提出有類似經驗的親友，被判徒刑、拘役或罰金，朋友告訴我：「那個檢察官告訴我失業已久的親戚：『政府作了這麼多宣導，你還甘心被詐騙集團利用，當然有罪！』就這樣判了 6 萬元的罰金。」哪裡能夠同理，長期失業的被害人爲了找工作，不要說交出提款卡，連身分證都有可能交出！...詐騙如此猖獗，司法諸公們可曾聽見這些被誣爲

¹⁵⁸ 關於 Hassemer 教授的主張，請回顧前文（第三章第三節第三項）之說明。

被告的被害人的暗夜哭聲¹⁵⁹？

節錄自：葉毓蘭～外甥女的暗夜哭聲¹⁶⁰

二、爭議之爭點所在

前述警大葉姓教授之外甥女求職時遭騙帳戶號碼，結果被犯罪集團轉作人頭帳戶非法洗錢，無端纏訟又無能為力之下於是求助於葉姓教授，社會上此類案件近來層出不窮，此例僅是冰山一角而已。至司法實務上對於此類案件，雖認受騙者亦係被害人，然觀諸地方法院之相關判決率皆以被害人主觀上之「可預見」作為判斷基礎，認定受騙者具備「不確定故意」而應成立「幫助詐欺罪」。如此將被害人主觀上之不確定因素，恣意提升為刑法上犯罪判斷之不確定故意，在刑法之法理基礎上顯為不當。受騙人頭帳戶的犯罪成立要件與司法判決理由之瑕疵問題亟待吾人加以重視。

詐欺犯罪之型態千奇百怪且推陳出新，前開案例中，帳戶遭詐騙集團盜用者，並非故意出售人頭帳戶以「收取對價利益」之行為主體，此者，迥異於傳統上認知理解之幫助詐欺罪。因之，在所有幫助詐欺之案型當中，似可概分為「具有對價關係之幫助詐欺」與「非有對價關係之幫助詐欺」，前者，在正犯與幫助犯之犯罪檢驗上似乎較無問題¹⁶¹，後者，在客觀不法要件上雖亦係實現構成要件，但在主觀不法要件上究為故意抑或過失容有探討之餘地。目前司法實務上並不加以區分兩者，並認為主管機關相關政令之宣導已

¹⁵⁹ 本節文章在 2009.12 原以海報書面發表於國立中正大學犯罪防治研究所舉辦之「2009 年犯罪問題與對策學術研討會」，現經刪修更新改成。

¹⁶⁰ 「外甥女的暗夜哭聲」，全文可參見—
<http://blog.chinatimes.com/melodywang101/archive/2009/10/06/434373.html> (last visited on 2011/3/21)

¹⁶¹ 有文獻指出，即使是具有酬賞而提供帳戶的行為，也並不當然等於有意給人作不法之使用。因為，出於貪念所做的事，不等於就是不法之事。詳見：徐偉群，提供人頭帳戶之詐欺罪責，月旦法學雜誌第 168 期，2009 年，第 264 頁。另外，學說上亦有主張，販賣人頭帳戶之行為，即使具備提供帳戶之故意，但因「欠缺類型性構成要件實現之意思」，出售帳戶之行為仍舊無法成立幫助犯。詳見：柯耀程，人頭帳簿，月旦法學教室第 36 期，2005 年，第 24、25 頁。

多，帳戶被騙殊難想像，後者情形即使並非直接故意，行為人仍具備「可預見」結果發生之「不確定故意」而應成立幫助詐欺罪。嚴格而言，非有對價關係之幫助詐欺不一定是不確定故意之幫助詐欺，但也不必然是不可罰的過失幫助詐欺，仍應視具體情狀而為個別判斷，只是實務上有關受騙者案情的判決多數依然認定行為人是具備不確定故意的幫助詐欺，本節乃聚焦在此並據以檢討司法裁判之論證問題。

第二項 詐欺罪之幫助犯的成立要件

依學說，共犯關係的形成，必須具備二個基本條件：（1）共犯之行為指向正犯構成要件之實現；（2）具有與正犯行為間之「限制從屬性」關係存在，如此方得以形成共犯之參與角色，故在個別論述教唆犯、幫助犯之共犯類型時，亦是以此二條件作為主軸，欠缺其一，即無法以共犯之參與類型認定之，更無由藉此形成共犯之處罰基礎¹⁶²。實則，本案雖然涉及多數人參與的犯罪事實，但是判斷的核心應該還是要回歸共犯（幫助犯）與詐欺罪的關係，因此，檢驗犯罪成立的程序必須先依循著詐欺罪的不法內涵分別檢視，再加上所謂的助力行為（Hilfeleisten）的具體事例，方能得出最終的正確結論。此外，更由於「共犯從屬性」的要求，詐欺罪幫助犯所需檢驗的不法要件，理論上應與詐欺罪正犯並無二致，至於幫助犯在構成要件行為以外的「促進」（fördern）作用存在，實際上也等於行為人參與了詐術行為之實施¹⁶³。

幫助犯，屬於共犯之其一類型，在其成立要件上仍須遵守著共犯形成的條件要求：（1）具備故意之依附行為（幫助行為）；（2）具有指向實現構成要件之意思（雙重幫助故意）；（3）需有正犯構成要件的實現關係存在（共犯從屬性）¹⁶⁴。至詐欺罪幫助犯，其不法要件與內涵分述如次：

¹⁶² 柯耀程，刑法總論釋義-修正法篇（上），2006年，第411頁。

¹⁶³ 徐偉群，提供人頭帳戶之詐欺罪責，月旦法學雜誌第168期，2009年，第266頁。

¹⁶⁴ 柯耀程，刑法總論釋義-修正法篇（上），2006年，第417、418頁。

一、前提要件：正犯實現詐欺罪之構成要件

倘未具有正犯的主行為，則幫助行為雖有單向的依附關係，但欠缺附麗正犯實現構成要件的主行為，幫助犯仍無由成立¹⁶⁵。當幫助者客觀上已有幫助行為，且主觀上亦有幫助故意時，幫助者即成立幫助犯，故其處罰亦須等待被幫助者成為正犯時，國家始得發動刑罰權加以制裁¹⁶⁶。雖然「法益侵害」的概念對共犯科處刑罰的理由提供了根據，同時也對共犯獨立不法要素提供了一個實質的理由，但「從屬性」的另一個意涵則是：一個可罰的共犯只有經由構成要件合致之正犯才可能產生，共犯不法是由正犯主行為不法所導引出來的，共犯終究只是一個相對於正犯、具有補充性質的次要概念¹⁶⁷。

二、客觀要件：幫助詐欺之助力行為

關於幫助行為的方式，任何可以使得正犯易於實現構成要件或使得正犯行為造成更大法益侵害的貢獻，都是「助力行為」(Hilfeleisten)。至於精神上或物理上之幫助、積極作為或消極不作為之幫助，皆有可能。惟不作為之幫助，係以幫助者本身具有「保證人地位」為前提¹⁶⁸。至於對於實現構成要件的正犯在心理上的推波助瀾，雖係幫助行為，但是此者並非等同刑法上「因果關係公式」(conditio sine qua non-Formel)意義上之因果關係¹⁶⁹。在前述精神或心理模式下的幫助行為以外，幫助行為與幫助結果之間的因果關連性是否必須充足，學說上的看法不一¹⁷⁰，但仍以肯定說為當，也就是說，幫助

¹⁶⁵ 柯耀程，刑法總論釋義-修正法篇(上)，2006年，第418頁。

¹⁶⁶ 陳子平，刑法總論(下)，2006年，第197、198頁。陳子平教授在其專書當中進一步主張，「被幫助者成為正犯」係幫助犯之「客觀處罰條件」，並非幫助犯之成立要件。此等見解，可能是國內唯一。

¹⁶⁷ Roxin, in-LK, 11. Aufl., 1993, §26, Rn.3.

¹⁶⁸ 林鈺雄，新刑法總則，2006年，第454頁。

¹⁶⁹ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrecht AT, 1996, S.694.

¹⁷⁰ 幫助人之幫助行為與正犯實現構成要件之結果之間，需否存有因果關係或貢獻，國內見解出入頗大。代表性見解持肯定說者如：林鈺雄，新刑法總則，2006年，第455頁；持否定說者如：陳子平，刑法總論(下)，2006年，第201頁。

行爲必須使得正犯行爲成爲可能、加快了正犯行爲或強化了正犯行爲¹⁷¹，欠缺這一點要求，將會使得幫助犯成爲與正犯概念脫勾的「危險犯」或「行爲犯」，套用於本案，亦與前述詐欺罪爲結果犯之本質離異，論理上殊有諸多不妥，據此，與正犯犯行及犯罪結果皆欠缺因果貢獻的無效幫助行爲，不應成立幫助犯¹⁷²。此即「未遂幫助」，通說上認爲並無可罰性。

三、主觀要件：幫助詐欺之雙重故意

幫助犯之主觀不法要件需具備所謂的雙重故意—「幫助故意」與「幫助既遂故意」¹⁷³，故幫助詐欺之主觀要件亦需具備有「幫助詐欺故意」與「幫助詐欺既遂故意」兩項要素。此外，幫助者必須認識被幫助者所實行的犯罪有既遂的可能，並有意願幫助其實現不法構成要件者，始具有「幫助（詐欺）既遂故意」¹⁷⁴。此外，因過失行爲促進他人犯罪行爲者，不應成立幫助犯，至多僅在處罰過失犯之情形，視過失行爲人本身是否已符合過失犯的成立要件而成立過失犯，但刑法概念上也不稱爲過失幫助犯¹⁷⁵。學說上雖有認爲「過失的幫助行爲」事實上是可想見的，但因爲未遂犯沒有處罰過失的規定¹⁷⁶，因此對於過失幫助的概念，是沒有必要列入犯罪類型概念的¹⁷⁷。觀諸德國立法上之規定內容，自始即已排除過失幫助的可能性。

¹⁷¹ Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrecht AT, 1996, S.694.

¹⁷² 林鈺雄，新刑法總則，2006年，第455頁。

¹⁷³ 林山田，刑法通論（下冊），2008年，第134頁。

¹⁷⁴ 林山田，刑法通論（下冊），2008年，第135頁。

¹⁷⁵ 林鈺雄，新刑法總則，2006年，第456頁。

¹⁷⁶ 黃榮堅教授認爲，在解釋論上，幫助犯僅僅相當於「正犯未遂」的概念，因此才會得出過失幫助不罰的結論。詳見：黃榮堅，基礎刑法學（下），2003年，第383頁。

¹⁷⁷ 黃榮堅，基礎刑法學（下），2003年，第381頁。

第三項 當前司法判決的各種見解

一、層出不窮的爭議判決

關於受騙人頭戶之有罪判決，其結論大致類同，理由形成之基本立論如下¹⁷⁸：

(1) 被告雖矢口否認有幫助詐欺犯行，辯稱係為應徵工作，上開帳戶始遭人利用云云，然查：依一般人日常生活經驗，均可知悉應徵工作，尙未上班前不須交付己身之存摺及提款卡密碼，...率將帳戶提款卡暨密碼併交他人，豈無掛心該帳戶款項立遭他人利用？...是被告所陳各情，顯悖社會合理人之作為，足徵被告所辯其交付帳戶存摺、提款卡、密碼，係為應徵工作云云，尙難輕信。

(2) 按，於郵局或銀行等金融機構開設存款帳戶，請領存摺及金融卡一事，原係針對個人身分之社會信用而予以資金流通，具有強烈之屬人性，...是依一般人之社會生活經驗，若見他人不以自己名義申請帳戶，反而向人收購或借用存款帳戶供己使用，衡情對於該等帳戶是否供詐欺等目的不法使用當有合理之懷疑，以被告係心智成熟之成年人，且利用他人帳戶及 SIM 卡從事詐欺犯罪之方式，早為傳播媒體廣為報導，依其個人之經驗，應有預見提供存摺、金融卡及 SIM 卡供他人使用，係幫助從事詐欺犯罪之人詐騙他人財物，然被告仍將其帳戶之存摺、金融卡交予犯罪集團，可見縱令因而幫助他人詐欺，亦不違反其本意，被告有幫助詐欺之不確定故意，至為灼然。

(3) 現今社會上，詐騙者蒐購人頭帳戶，持以作為信貸、手機簡訊詐欺之事，常有所聞，提供甚或出賣、出借帳戶與非親非故之人，受讓人係為從

¹⁷⁸ 資料來源如後：搜尋網址 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm> (司法院法學資料檢索系統)。搜尋欄位：裁判書查詢。法院名稱：台灣高等法院。裁判類別：刑事。判決日期：民國 98 年 10 月 1 日~98 年 10 月 31 日。全文檢索語調：幫助詐欺。檢索結果：38 筆裁判。檢索結果與本文相關者：7 筆裁判。相關裁判字號：98 年度上易字第 2092 號、98 年度上易字第 2608 號、98 年度上易字第 2097 號、98 年度上易字第 2557 號、98 年度上易字第 2372 號、98 年度上易字第 1810 號、98 年度上易字第 2023 號。

事財產犯罪，已屬人盡皆知之事。查本案被告對於金融卡及密碼等有關個人財產、身分之物品，將淪落於不明人士手中，極易被利用為與財產有關之犯罪工具，竟願交付其所有上開帳戶之金融卡，並將密碼告知與其身分上不具任何關係之人，其主觀上顯然對於該帳戶將作為不法使用，應有所認知，而客觀上亦有幫助詐欺之行爲，殆無疑義。

二、立場不明的矛盾判決

臺灣板橋地方法院 92 年訴字第 2541 號刑事判決指出，「按幫助犯除須對於其實施之幫助行爲予以認識外，尚須對正犯之犯行有構成要件故意之存在，始克相當。然本件被告提供帳戶存摺及提款卡等供他人使用時，依該活期儲蓄存款帳戶係供作存提款及匯款之使用特性，被告僅可能預見上開帳戶係供作他人掩飾、隱匿包括洗錢防制法第三條所列之重大犯罪等在內之不法所得之金錢之用，已如前述，實無法具體認識渠等實施常業詐欺犯罪之態樣及內容為何；而依本案現存卷證，亦無從證明被告就告訴人遭他人陸續詐騙匯款至上開帳戶乙事有所認識，自不能僅因該帳戶嗣後係遭人利用作為詐騙用途之偶然結果，即遽認被告就此常業詐欺之正犯構成要件行爲有幫助之認識與決意，當無從以常業詐欺罪之幫助犯相繩。（常業犯的規定業於 2005 年的刑法修正廢除）」。本件其實還是有罪之判決，只是結論不是「常業詐欺罪之幫助犯」，僅是「詐欺罪之幫助犯」而已。奇怪的是，行爲人既無法預見常業詐欺犯罪之態樣及內容為何，何以可以認定行爲人僅可預見詐欺犯罪之態樣及內容？通常而言，目前人頭帳戶不容易騙得到手，「可預見」的情況是：基於常情或投資報酬率，人頭帳戶不會只被使用一次而已，而已如果依照法院所謂「社會生活經驗」的推論方式，那麼只要認定被告可預見帳戶係供作他人不法所用，一樣是可以「合理」推論出可預見常業詐欺犯罪的情形。本件判決認定被告無法以常業詐欺罪之幫助犯相繩的結論是正確的，但切割「常業詐欺罪幫助犯無罪」與「詐欺罪幫助犯有罪」的論證模式，邏輯上是

講不通的。

三、相對疏少的正確判決

歷來實務判決當中，判決理由之形成要屬正確者實在不多。臺灣高等法院臺中分院 90 年上訴字第 869 號刑事判決指出，「按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定其犯罪事實；又不能證明被告犯罪或其行為不罰者，應諭知無罪之判決。刑事訴訟法第 154 條、第 301 條第 1 項分別定有明文。又按刑法上之幫助犯，以正犯已經犯罪為構成要件，故幫助犯無獨立性，如無他人犯罪行為之存在，幫助犯即無由成立（最高法院 60 年台上字第 2159 號判例參照）。次按刑法上幫助之行為，須有幫助他人犯罪之意思，如無此種故意，基於其他原因，以助成他人犯罪之結果，尚難以幫助犯論（最高法院 20 年上字第 1022 號判例參照）。再按刑法第三十條之幫助犯，非但行為之外形可認為幫助，且必須與正犯有犯意之聯絡。若幫助之人，誤信為正當行為，並無違法之認識，則其行為縱與正犯以助力，尚難遽令負幫助之罪責（最高法院 20 年上字第 1828 號判例參照）。」、「幫助犯係從屬於正犯而成立，並無獨立性，故幫助犯須對正犯之犯罪事實，具有共同認識而加以助力，始能成立，其所應負責任，亦以與正犯有同一認識之事實為限，若正犯所犯之事實，超過其共同認識之範圍時，則幫助者事前既不知情，自不負責（最高法院 75 年度台上字第 1509 號、84 年度台上字第 5998 號刑事判決要旨參照）」。最高法院 91 年台上字第 2851 號刑事判決亦指陳，「幫助犯在客觀上對正犯之犯罪行為有所助力外，其主觀上須對該犯罪之事實亦有共同認識始能成立。」

較新近且敘述較詳盡之有關判決為臺灣高等法院 98 年度上易字第 1990 號刑事判決，本件判決理由略謂：「依檢察官所舉證據，被告提供本件帳戶存摺影本、提款卡、密碼資料予他人，並未獲取任何對價利益，被告何須承擔幫助詐欺取財犯罪受追訴處罰之風險，而為此舉，益徵被告辯稱其因亟需

工作機會，致陷於錯誤，始連同應徵工作所需之駕照影本外，另交付上開帳戶存摺影本、提款卡及密碼等物，可信為實情，自難認被告有提供其帳戶充為他人實施詐欺取財犯行收取匯款使用之故意，被告對於取得其帳戶提款卡、密碼資料者，事後實施之詐欺取財犯行，主觀上應無預見，其亦非出於幫助詐欺之認識而施以助力。...時下詐欺集團犯罪手法常常推陳出新，因受詐騙遭蒙財產損失者，其中不乏具高學歷或有相當社會經驗之人，檢察官對被告被訴幫助詐欺取財之犯行，未提積極證據以明其犯罪事實，以被告學歷為高職汽修科，具有工作，歷次應徵工作時，未曾交付金融帳戶之存摺、金融卡及密碼給公司等情，推論被告有足夠之智識及社會經驗可判斷是非、對錯及合理、不合理，依被告工作經驗，並無於應徵工作時交付存摺影本、金融卡及密碼與他人之情事，而被告為應徵工作，依其提供之勞務向公司領薪，交付存摺影本、金融卡及密碼予雇主，與現今社會應徵工作之常情不符，即主張被告辯稱其交付存摺影本、金融卡及密碼予刊登廣告之人，全然不足採信，已有率斷之虞。...」本件判決要求檢察官必須提出積極證據以明其犯罪事實，否則僅以交付帳戶存摺影本、提款卡及密碼等物即認定被告有幫助他人實施詐欺取財之故意已屬率斷，可謂是具有理性與良知的正確判決。

第四項 詐欺罪幫助犯的不法要件檢析

對照本文前開論述幫助詐欺之不法要件與不法內涵，司法實務上的不當判決具有下列悖離學理的瑕疵問題存在，受騙的人頭戶是否真能成罪？茲依次檢驗之：

一、詐欺罪正犯是否實現構成要件

構成要件之行為主體乃各個構成要件要素之起始元素，有犯罪之主體，才有犯罪行為、才有犯罪結果、也才有犯罪事實。亦即，有正犯行為主體的存在，依此才可判斷詐騙行為事實是否合致於詐欺罪之構成要件。但更多的

情形是，諸此案件，多數詐欺集團的幕後主嫌都是沒被抓到的真正主犯，縱然有誤信匯款而被害之犯罪事實與結果發生，但欠缺構成要件之其一要素其實都是不夠明確的事實狀態，構成要件有該當嗎？又如何能夠論罪科刑？法院的判決一概迴避了這一種犯罪判斷的基本要求，而且自始都把正犯當作已然實現了詐欺罪的構成要件，問題是：正犯在哪裡？

二、詐欺罪幫助犯能否成立「從屬性」

對於法院創造出來的「虛擬正犯」，據以判斷不法的前提並不充足，進一步要依據共犯從屬性結構而認定成立幫助詐欺即有問題。即使今天正犯是確實存在且構成詐欺罪的，依照從屬性原則的內涵，詐欺罪幫助犯所需檢驗的不法要件基本上也應與詐欺罪正犯相同，而幫助犯在構成要件行為以外的「促進」（fördern）作用則必須等同於幫助詐欺者參與了詐術行為之實施，帳戶受騙者既然無法百分之百認知提供帳戶的行為背後存在著一個行使詐術使人交付財物的不法事實存在（多數人提供帳戶是為了應徵工作被騙而不是認識到說要被拿去行使詐術使用的），就不能說他是在參與詐術行為、是在幫忙實現詐欺罪的不法要件，法院在提供帳戶的行為中（無論背後原因或動機為何）與幫助詐欺迅速劃上等號，這一種跳躍式的論證過程其實是不符合共犯從屬性原則的¹⁷⁹。

三、詐欺罪幫助犯是否存在「助力行為」

其已述及，提供帳戶的行為，並不必然與幫助詐欺是相等的，尤其出借帳戶也有可能是合法的情形時¹⁸⁰，如果說行為人提供帳戶的行為算是「參與」

¹⁷⁹ 無法確定正犯行為人及行為，如何適用共犯從屬性原則？在實體法上之法理有問題，在程序法上也有證據法則上的疑義。

¹⁸⁰ 臺灣高等法院 92 年度上易字第 3200 號刑事判決指出，「...按人頭帳戶之問題在我國乃屬普遍存在之事實，而其用途甚多，諸如請領款項、規避稅捐、金融商品買賣或其他合法、非法財務操作、洗錢、詐欺、經營六合彩、地下錢莊，甚至擄人勒贖等各種合法、非法用途均有...。因而，

了詐欺罪的實現，就必須是行為人知悉他的提供帳戶行為在整個詐騙活動過程中的分工角色，由於「參與」的概念涉及多數人之間的互動關係，客觀的參與關係也就免除不了「相互主觀」（intersubjectivity）的問題，結論就是：詐欺罪幫助犯的「助力行為」此一客觀不法要件是否充足，仍然必須與主觀的不法要件同時檢視、來回觀照方能確定¹⁸¹。單單從純粹的提供帳戶行為就推論是一種幫助詐欺的助力行為，邏輯基礎顯然是過於薄弱的而且十分不夠專業的。

四、詐欺罪幫助犯是否成立「幫助故意」

「有意提供帳戶給他人使用」與「有意提供帳戶給他人不法使用」絕對是不一樣的，而幫助故意其實應該就是幫助不法的故意；再者，行為人對於幫助詐欺的事實「有沒有能力認知」與「有沒有認知」也是迥然不同的，實務見解在此類案件率皆以「可預見」的「有能力認知」而推論出有（不確定的）幫助故意存在，在沒有進一步事實基礎的支撐下，逕認幫助的故意是成立的，其實已經違背了構成「故意」的基本原理。而檢察官在偵查時、法官在法院審理時，一味地忽略了受騙者可能的粗心、疏忽、無知、甚或愚劣的具體情況，最後很簡單地得出行為人應該是可預知的不確定故意，證立過程十足粗略。相關判決理由在論證詐欺罪的（不確定）幫助故意時，除了違背故意的構成原理之外，更嚴重的是，根本上抵觸了法治國家所強調的「無罪推定原則」與「罪疑唯輕原則」。

人頭帳戶之出借，究係合法或非法，仍應進一步深究即此，帳戶（包含存摺、印章及提款卡）出租、出借、出賣予他人使用之情形下，欲認定行為人之幫助故意內容，必須就行為人於該等行為時究係認識該借用人係為何種用途（或犯罪行為）而借用來認定，而非以事後該借用人實際所為係何種犯罪行為來反推。否則，幫助犯之處罰繫於事後極為不確定之因素，顯有違罪刑法定主義之本旨...」。

¹⁸¹ 徐偉群，提供人頭帳戶之詐欺罪責，月旦法學雜誌第 168 期，2009 年，第 262、263 頁。

五、詐欺罪幫助犯是否成立「幫助既遂故意」

幫助者必須認識被幫助者所實行的犯罪有既遂的可能，並有意願積極地幫助其實現不法構成要件者，始具有「幫助（詐欺）既遂故意」。上文的論證既然不認為相關案情是具有幫助故意的，當然就更不會有更高度主觀意向的「幫助既遂故意」。近年來，人頭帳戶作為經濟犯罪隱匿詐騙犯行的絕佳工具而成為政府鎖定的打擊對象，司法機關似乎對此亦十分配合，於是乎，不明究理的幫助詐欺判決大量出爐，判斷提供人頭帳戶的刑事責任在目前的司法氛圍之下變得出奇的簡單，只要是行為人交付了帳戶資料，無論原因為何（被騙？被買？），依照所謂的「日常（社會）生活經驗」，因為「詐欺犯罪之方式早為傳播媒體廣為報導」，所以「該等帳戶是否不法使用當有合理之懷疑」，從而「主觀上顯然對於該帳戶將作為不法使用，並不違反其本意」，最後就可以輕易地推導出成罪的不確定故意的幫助詐欺罪。

六、本案是否為過失犯

法院多數判決概以行為人之「可預見」作為判斷成立「不確定故意」固然大有問題，但是不成立故意犯之後是否就會落入過失犯的範圍，也不能一概而論。依通說，犯罪乃不法且有責之行為，在不法要件的判斷上，客觀不法要件的設定涉及既遂、未遂之區別，而主觀不法要件的設定則涉及故意、過失之區別。主觀上的故意與過失兩個要素乃分別獨立的犯罪型態，非有補充關係存在，因此，在有處罰過失犯之情形，仍應視過失行為人本身是否已符合過失犯的成立要件才能成立過失犯。前文曾提及，「過失的幫助行為」事實上是可想見的（相關案件的行為人因為粗心大意導致過失的幫助詐欺是極有可能的），但因為學理上論證過失幫助的概念是不罰的，故不應成罪。

七、其他問題

前開法院的不當判決中，多所引述「一般人日常（社會）生活經驗」、

「顯悖社會合理人之作為」、「該等帳戶是否不法使用當有合理之懷疑」、「被告係心智成熟之成年人」、「詐欺犯罪之方式早為傳播媒體廣為報導」、「詐欺之事，常有所聞，已屬人盡皆知之事」、「主觀上顯然對於該帳戶將作為不法使用，應有所認知」、「縱令因而幫助他人詐欺，亦不違反其本意」、「被告有足夠之智識及社會經驗可判斷」...等諸此用語，作為推導有罪結論之基礎，其實是非常膚淺的邏輯論理，不禁想問：法律人在大學裡接受過的專業訓練，運用於司法實務是否只是一場空談而已。

上述案情中，多數人被判決幫助詐欺有罪之後，執此有罪刑事判決之原先的匯款被害人復又提起民事賠償（因為找不到詐欺集團的真正主嫌求償），一連串無窮盡的追索，混淆了誰才真正應該負責的真相。真正應該非難的雖然是詐欺集團的幕後主嫌，但司法體系為配合政府打擊詐騙犯罪的政策而對於受騙者的落井下石，無異更是雪上加霜。實則，社會上的詐騙行為依然並不會有終止的一天，至於司法體系有關此類大量的不當判決是不是也會有終止的一天？類似外甥女的暗夜哭聲會不會停歇？依然不得而知。

第五節 小結

檢視前文有關詐欺罪之構成要件要素之後，可以得知：詐欺行為人之主觀構成要件，包括故意及不法所有意圖，如更加詳盡分析行為人意圖之主觀心理狀態，其內涵應為：「意圖為自己或第三人不法之所有，且意圖以施用詐術之行為，而故意使被害人陷於錯誤進而處分財產」。因此，在分析詐欺取財行為人之主觀心理狀態時，必須特別留意此種特殊之主觀構成要件內涵的詮釋。再從詐欺取財罪之刑法規範目的及該財產犯罪本身之性質思考，「詐術」的規定，實際上包括三個最主要的成分要素，即為：「實施詐術」、「被害人陷於錯誤」及「因詐術陷於錯誤之因果關係」三者。從此說明的過程中，可以合理的導出被害人陷於錯誤為評價詐欺取財罪結果無價值

之必要條件，也進而說明了「被害人陷於錯誤」的確屬於詐欺取財罪必要之不成文客觀構成要件要素。實則，並非所有使人陷於錯誤的手段就是欺罔行爲，而必須從法益的侵害面、行爲的手段、方法以及違法性程度的高低加以判斷及綜合考量。詐欺罪在因應資訊時代的社會生活型態中，解釋論的重心應由傳統的處分行爲轉變到解釋詐術行爲的實質不法內涵。

實質解釋論認爲，應當衡量具體個案之中的所有主客觀因素，除了違法性、罪責層次本就存在的具體個案審查以及判斷之外，法官在構成要件層次亦應加入具體處罰必要性，亦即應罰性的判斷，以避免處罰範圍的不當擴張¹⁸²。對於法條文字透過法釋義學的各種解釋方式來加以詮釋，並使之呈現出得以在個案中適用的構成要件，是適用法律的法官以及學界無可或缺的必要步驟，惟法律解釋並非僅止於邏輯的三段論操作而已，同時也包含了在背後的刑事政策決定。擔任司法工作者，不能特別標榜消極主義，而應在解釋的性質上所允許的限度內，積極的運用實質解釋。

¹⁸² 大谷 實，刑事司法の展望，成文堂，1998 年，第 57 頁。

第四章 詐欺罪以外的詐術概念之類型分析

第一節 共通的問題：詐術的面向與內容

一般而言，詐術的不法內涵通常會在詐欺罪之內容加以闡述，然而，行使詐術之行為就我國之規定而言，並非侷限於所謂的詐欺罪，而是所有與行使「詐術」這個要素有關的罪名皆有此一問題，從而本文將詐術的內容，放置本章論述，而非在前一章的詐欺罪。

文獻上指出，詐術的內容大體上可區分為兩大類：一類是就事實進行欺騙；另一類是就價值判斷進行欺騙。詐術之內容，是否僅能以事實之表示為限？抑或包含價值判斷或其他意見之表示在內？通說上皆認為價值判斷或其他意見之表示，純屬個人主觀意思之表達，與事實是否虛偽杜撰無關，性質上為誘導，而非欺罔，故不能成為詐術之內容。惟事實之表示與價值判斷或其他意見之表示，兩者之界線，頗為模糊，並無明確之區別標準，但只要在行為人之訊息傳遞中，發現了以明顯、可供驗證的事實作為基礎的描述，那麼行為人即可能構成詐術之施用¹。但其中存在著許多爭議需要討論，茲分述如下：

第一項 就「事實之主張」行使詐術

一、概說

依照單純語法解釋方法說明「詐術」之概念，其所代表的意義應為「欺騙的方法」，然而，簡略的文義說明並不足指稱「詐術」之內涵，必須進一步解釋「欺騙的方法」之意義，始能將刑法上「詐術」之意義完整的表達出來。對於「欺騙」此概念之理解，通常認為其代表一種傳達與事實相違不正

¹ 陳盈穎，刑法詐術意涵之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，2009年，第34頁。

確訊息之意義，然從此一解釋在客觀上所展現的效果，無法得知傳達對象在接收此不正確訊息之後會產生何種影響，故充其量只能稱之為「說謊」，因此若輕易的將「欺騙」定義為「傳達與特定事實相違的不正確訊息」是會有問題的。於是進一步從客觀的角度觀察「欺騙」概念本身的性質，「欺騙」所指的為一種「傳達與特定事實相違的訊息，並且有可能使訊息接收者，因此對該特定事實產生認識上的錯誤」之情形，在解釋該名詞的過程中必須注意，「欺騙」此概念雖然涉及訊息接收者的主觀意思，然其仍為傳達訊息後客觀上所應該產生的效果，對於整體構成要件行為而言，仍屬於客觀構成要件部分。因此，「欺騙」此概念裡涉及傳達錯誤訊息者與接收錯誤訊息者兩方，而接收訊息者可能主觀上產生認識錯誤，則為「欺騙」意涵中重要的要素；而藉由文義解釋得知「欺騙」需產生「有可能使訊息接收者對於特定事實產生認識上錯誤」之效果，在「欺騙」的概念進一步的適用於刑法上時，此等效果仍須存在，因此，若傳達一與特定事實相違的訊息，卻未具備使訊息接收者可能產生認識錯誤的效果，該情形即非刑法規範下所指的「欺騙」概念；瞭解了此點之後，可以把刑法詐欺取財罪中之「詐術」概念解為「傳達與特定事實相違的訊息，並有可能使訊息接收者，因此對該特定事實產生認識上的錯誤的方法」²。然而必須注意的是，在某些個案中，我們並不容易區別這些特定訊息的傳達究竟只是價值判斷、意見表達，抑或是事實的陳述主張。通說認為，決定的關鍵乃是在於，特定的表達陳述，依其客觀的意義內涵，是否具有明顯的、可供檢證的「行為事實核心」（Tatsachekern），若有此要素存在其中，仍可構成施行詐術的內容。例如，在誇大廣告中，除了用形容詞修飾之外，再添加了某些可資檢證真偽性質的描述者，便已跨入「事實」的領域，行為人的訊息傳遞就有可能構成事實的欺瞞³。

² 潘俞樺，詐欺取財罪構成要件之再檢視，國立台北大學法學系碩士論文，2004年，第28、29頁。

³ 吳耀宗，詐欺罪詐術行使之解析，月旦法學第163期，2008年，第54頁。

詐術之行使是一種對事實的欺騙，使用欺罔的手段，傳遞與真實不符之資訊引發受欺瞞之人主觀認知的錯誤，造成對客觀現實之錯誤想像。國內學者解釋所謂的「事實」（Tatsachen）：是指現在或過去的具體歷程或狀態，並且具有可以驗證其為「真」或「偽」之性質者。例如物之來源、成分、特性、交易適格等，或者人之年齡、身分、家庭關係、社會關係、財務情況、支付能力等。因為只有已經存在的或已經發生的事件或狀態，才可以檢證其真假，而唯有可以檢驗其真假，才有「事實」可言。若要劃出相對於事實的概念，以辨明何謂詐術的範疇，必須針對無法檢驗其真實與否的特性概念推導⁴。通說上認為與事實相對的抽象陳述即「意見」，包含了「純粹的價值判斷」（bloße Werturteile）、「單純的意見表述」（reine Meinungsäußerungen）以及未來事件（zukünftige Ereignisse）之表示。具體的形容，「意見」乃行為人，將其內在之主觀想法，對外傳達表示而已，這是一種見仁見智的個人品味問題，喜好來自每個人的生活環境、智識累積甚至天生的美感經驗，沒有孰對孰錯，所以根本沒有評斷其真假的依存標準可言，無法憑著我們的認識能力去檢驗真偽，所以也無法稱之為事實的欺騙，作為詐術的內容⁵。然而，不可諱言的是，在某些個案中，特定的表示究竟僅是價值判斷、意見表達，抑或是事實的陳述主張，有時候並不容易區別判斷。通說認為，決定的關鍵乃是在於，特定的表達陳述，依其客觀的意義內涵，是否具有明顯、可供檢證的事實核心。

二、國內學者見解

學說見解一般認為，詐術之施行以事實表示為限，因為價值判斷或其他意見之表示純屬個人主觀意思之表達，與事實是否虛偽無關。惟亦有認為事實與價值二者間的界限頗為模糊，是「無論係有關事實之表示，抑或有關價

⁴ 林鈺雄，論詐欺罪之施用詐術，國立臺灣大學法學論叢第32卷第3期，2003年，第124頁。

⁵ 林鈺雄，論詐欺罪之施用詐術，國立臺灣大學法學論叢第32卷第3期，2003年，第124頁。

值判斷或其他意見之表示，凡足以使人陷於錯誤之一切方法，均足以成立詐欺罪」，例如以仿冒品訛言為真品，且詐稱其品質甚佳之情形是⁶。而所謂的「虛偽」應如何認定，學說舉例，若號稱隔空抓藥，此於自然科學與生活經驗上皆屬虛妄，所以是欺騙，若此行為使人受財產損失，即成立詐欺罪⁷。又，事實須為「現在」或「過去」之事實，未來的事實如屬任何人均無法逆料者，例如，油價之漲落、地震之發生等情形等是。但如隱匿過去或現在之事實，甚或虛構事實，足使對方對於未來事實陷於錯誤判斷者，即於未來臆測中還加上某些「現在或過去事實要素的欺瞞」此時仍然可能成立詐術，例如，建商虛偽廣告政府已編列預算建造捷運，且將通過其所推行之建案附近，是房屋及土地預期會飆漲，使投資客信以為真，此時應成立詐術。反之，若確有開發情事，則不構成詐術，縱使顧客買屋之後，該項都市計畫被變更或因徵收不順而被延宕，此乃當初無法逆料之事，建商不構成詐欺罪⁸。另有學者舉出宗教捐獻的例子，認為善男信女為了求（將來的）平安而捐獻，該詐騙者亦不成立詐術，係因為其屬未來之事⁹。對於上述問題，雖然國內學界已有學者注意到深入論述的必要性，但是相關的討論還是太少、太薄弱。以下介紹德國學說現況，以做為參考憑據。

三、德國學說現況

對於「事實」的判斷，德國學說的討論方式有二：其一為定義再演繹出各種類型者，另則以實務所累積的案例歸納而成。依德國通說，對事實的認識以事實的感官上的可辨識性，以及經驗上可驗證性的有無來認定之¹⁰。而德國實務見解認為，通說所稱的可驗證性，在被害人對於一個有問題的事實情

⁶ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第311頁。

⁷ 林東茂，刑法綜覽，2009年，第2-135頁。

⁸ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第310頁。

⁹ 林東茂，刑法綜覽，2009年，第2-134頁。

¹⁰ Tiedemann, LK, 2005, Rn.10.

狀認為是可得證明的時候，就可以成立。因此，當對一個迷信的被害人主張超自然的能力，或者依一個客觀上完全無效的工具可以治癒疾病這樣的行爲，都可以被歸入事實聲明的範圍。然而事實的客觀性和被害人自己所認為的可驗證性並不同，故如果被害人自己相信了一個客觀上根本無驗證可能性的占卜或是魔術，則應該自己負責¹¹。實則，事實的認定要以「客觀性」最爲重要，即不論事實被描述爲事或物、歷程或狀態、表達或行爲，它都必須是人客觀上所能夠認識到的。

德國學說上，通常將事實所呈現的樣態區分爲「外在事實」及「內在事實」，就「外在事實」，學說認爲是「可輕易辨識或認識的」，具體的例子如¹²：「事物」，指物的集合以及非實體的客體，包括事物的磨損狀況以及與他相關的資料，例如，一輛汽車的里程數等；「狀態」，例如一個裝載的貨品只有上面一層是零瑕疵的；其他的例子尚有：「來源」；「身份」；「價格」；「品質」；「數量」等等。抽象者如：「法律關係」，例如所有以及受限的物權、資格證明書的作廢、一個房地產的法定情形、處分權（包括處分人的身分）等；「契約的約定」，其內容、範圍以及射程（也和與第三人的契約有關）；（藥物、清潔劑等）方法上的（化學性、物理性等）「有效性」；「經濟上的關係」，如產品的銷售性；「選擇權交易的獲利保證」；「產品的市場地位」等等¹³。所謂的「內在事實」，則有學說提出：內在事實（精神上的事件）的例子如：意圖、感覺、動機、信服、理解以及知悉等，依照通說，當它們與外部的過去或現在的歷程或狀態有明顯的關係時，都是同樣合適的詐術的客體（以及事實的一部分）¹⁴。相對於早期文獻的思考，施詐人的內在的歷程或狀態也是屬於（內在）事實的範疇，儘管並不是內心的事實，而只是其結果可知覺的以及/或者可證明的。這種對內心事實的欺騙行爲的例子有：儘管內心的意圖是相反的，卻仍

¹¹ 鍾葦怡，論詐欺罪之「詐術」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，100年，第17頁。

¹² Tiedemann, LK, 2005, Rn.11.

¹³ 鍾葦怡，論詐欺罪之「詐術」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，100年，第18頁。

¹⁴ Tiedemann, LK, 2005, Rn.12.

聲稱，他將在未來的償付日準時履行；或聲稱要將貸款運用在特定的投資目的；或者放棄特定的未來的請求權、上車後會補票、在加油後會付錢等。故依贊成內在事實的觀點，內在事實與外在事實的差別僅在於，此等事實較難辨識，需借助外在的結果或關係等以辨識之，然而就作為事實的性質而言，並無本質上的差異¹⁵。

對於通說所採取的內在事實的觀點，有學說提出了反對的看法。其認為今日的通說承認了將內在的意圖納入構成要件意旨中的相關事實的見解，這是值得批判的，因為如此一來，事實的概念就會越來越稀釋。而且在這裡會造成詐欺可罰性的擴張。而在所謂的非構成要件式的詐騙的評價上尤其會產生評格之處。即可能會產生評價也被涵攝入詐欺罪的情形，因為任何評價都同時包括了內在事實的表達，這個表達為判斷人對自己判斷的正確性的確信。然而，這個說法似有把「評價」和「內在事實」混為一談的疑慮¹⁶。

此外，德國通說認為「不可能的事情」也可以作為事實陳述當中的客體，也就是承認了「不可能的事實」。事實上，「不可能的事實」本身即帶著明確的事實特質。因為，所謂的「不可能」本身即表達出確定性，明白的否定了某件事物的存在或者是發生。而既然可以表達出確定性，即代表著檢驗可能性；而檢驗可能性與明確性，即足作為成立事實的要素。故，不可能的事實仍為事實。但有時候不可能也只是一種意見的表達¹⁷。

第二項 就「評價之主張」行使詐術

在詐欺罪對「詐術」的討論當中，國內學說討論往往僅以「與事實不符者」一語帶過，而「評價」則因屬主觀意見，並無真偽之別，因此評價並無成立詐術之餘地。然而「事實」是什麼？「評價」又是什麼？是否描述特定

¹⁵ 鍾葦怡，論詐欺罪之「詐術」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，100年，第18、19頁。

¹⁶ 鍾葦怡，論詐欺罪之「詐術」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，100年，第19頁。

¹⁷ 鍾葦怡，論詐欺罪之「詐術」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，100年，第23頁。

狀態或事件者，使用「是」或「否」等確定用語者就是事實；而以形容詞型態出現，使用「像」、「似」等用語者即屬評價？似乎很難一概而論。國內學界對此的討論亦顯得相當不足。

德國學說在討論「評價」時，往往先對客觀的「事實」作出定義，然後由「事實」與「評價」二者間之區分作為定義「評價」的論述起點。然而這個論述的合理性，必須建立在確實只有「事實」與「評價」二分法，而沒有第三種類型存在，才可能以定義「事實」並標明二者間界線的作法，以達成說明「評價」的目的。雖然學說討論中，對某些特定案例，仍有是否可能將其歸入「事實」或「評價」以外的第三種類型的疑問，然而，大部分的學說並不著重於定義「評價」，至多是輕描淡寫的指出「評價」相對於「事實」，具備了主觀性質，有將「評價」描述為「單純的評價與純粹的意見表達一起構成事實聲明的相對，因為他們是表達主觀的個人評價，而且其真實性並無法被檢驗或者證實」¹⁸。而大部分的學說都承認兩者間的界線是流動的¹⁹，還有見解乾脆指出，事實或價值之認定，對於實務的運作以及學說的解釋上都「製造了很大的困難」²⁰。

德國學界對於「評價」的討論，明顯的有一個共同點，也就是所謂的「客觀性的存否」，簡而言之，學說的重點仍在於客觀性的排除，排除那此不具備任何客觀要素、不屬於事實者，即屬純粹的主觀表達，而純粹的主觀表達即為評價。然而，由於人的意思表達方式千百種，同樣的意思可能以不同的方式表達；反之亦然。同樣一句話，可能同時包含「事實」與「評價」在內，因此，即使在所採取的標準上，主客觀截然二分，似無模糊空間可言，然而，具體個案的判斷上並非皆如此清楚²¹。德國實務上就出現許多難以界定的案

¹⁸ Tiedemann, LK, 2005, Rn.13.

¹⁹ Lackner, StGB, §263 Bem.30.

²⁰ 鍾葦怡，論詐欺罪之「詐術」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，100年，第25頁。

²¹ 個簡單的例子，就一件物品的品質或價值的說明可能是純粹的評價，但在就該物本身的性質特定化的時候，也可以認為是事實的主張，學說舉出的例子如下：對於一個物品的交易價值、抵

例，例如：法律解釋、專家意見、預測以及經驗法則、誇張的讚頌或廣告、一般的慣用語、還有對於一個投資行為聲稱為「安全的」或「沒有風險的」等等。此等行為外觀上雖然都有「評價」的主觀外衣，惟是否具備客觀性，仍有相當的解釋空間，學說上對於相關爭議案例的討論仍沸沸揚揚，是以，即使對於「評價」下了定義，對於「評價」的判斷，於實際案例的操作上仍然存在困難²²。

雖然客觀性本身非無意義模糊之處，然而，評價的判斷藉由對客觀性的標示來反面得出，相較於「個人主觀的判斷」此一標準，仍相對較為清楚。而在德國學說上的討論上，重點在於行為人的主張於具體個案中所代表的意涵，即使認為是評價，也可能包含客觀性質之事實內，而詐欺罪所重者，即在於是否有客觀事實的存在，而非在於是否屬於評價。因此，與其說德國學說對於「評價」有相當的標準及陳述，不如說是學說仍是在這些似乎不是「事實」的陳述或主張中找尋客觀主張的存在。

第三項 「評價主張」與「事實主張」的界線

評價為主觀的表達，相對於事實的客觀性，二者之間的界線似乎十分清楚，然而，實際上並非如此。評價通常可說包含了兩種不同的語言形式：一種是描述性的，一種是說明性的。當使用描述性的語言，來調查過去或現在的事實，也就是建立了一個事實聲明，這時說明性的語言證實了作為一種語言的媒介，使用這種語言媒介而給予命令、忠告以及建議。評價是一個判斷，在這個判斷中我們使用了表達，他不僅僅有描述性的同是也有說明性的意

押權擔保的存在、專利的利用可能性、貨物是「完好的」而且「可用的」、一家店「運作良好」、瘦身或生髮工具的有效性是「受科學驗證的」這樣的聲明等等。這些聲明看起來似乎都是主觀性、評價性的表達，然而其仍可能被認定為屬於事實，其中決定性的標準，雖在於這個表達的意義是否可以得到一個客觀的、可檢驗的證明，然而實際上的問題在於，究應如何正確判斷人的語言表達所具備的性質。

²² 鍾葦怡，論詐欺罪之「詐術」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，100年，第26頁。

義。若是如此，則所有的語言當中都同時具備有事實以及價值，則在如此的語言邏輯模式下，要區分出評價以及事實即有其困難²³。

就評價當中包含事實的類型應如何判斷的問題，學說認為，若要找出正確的解讀方式，不論表達出來的形式為何，除了注意其解讀必須與說話內容所試圖傳達的資訊有關，而且要注意者為，「評價」獨立於「事實」，所以始終要精確的將形式上看起來為評價的表達區分為「評價」部分以及「事實」部分。在特定單純情形下固無問題，例如：一個含有侮辱性的字眼的誹謗的語論，可能同時包含相關事實的陳述以及對被辱人的評價。其他相關的例子如：當評估是基於特定能證明的事實的情形，例如實驗的結論、對於規範及評價的認識、關於事實效力的聲明等等，其中包括的事實主張都可能是與詐欺相關的²⁴。換言之，不論是實驗的結果、醫學上的判準、法律意見、真實性的認定以及對事情的認識和聲明等，這些都有可得驗證的結論存在，並不是因人而異的主觀意見而已，因此，在這些情形下，對「評價」及「事實」的認定尚非困難。

詐術的判斷重點在於「事實」，所以對於「評價」的討論，其實重點仍在於該等主張或陳述是否具備客觀性，所以不論是要找出具備客觀要素的「事實」、或者排除純粹主觀的「價值」、「評價」，皆屬一體的兩面。而「價值」本身固然是單純的主觀活動，然而，「價值」並不是單獨存在，而必須附著於客觀事實之上。而在交易上有意義者，往往在於人對物的「評價」將價值與所指涉的客觀事物相結合，因此，雖然價值係人對於物所產生的主觀感受，但是在交易市場上，對於貨物、商品所為的評價，往往與其性能、品質、特色等產品本身的各種性質密切相關，甚至純粹的「品質最好」也可能代表了產品符合了同種產品所能被期待最多種功能的特質、或能產生同種產品中所能達到的最大效能等事實，因而在交易活動上，價值並非純然只是一種主觀

²³ 鍾葦怡，論詐欺罪之「詐術」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，100年，第27頁。

²⁴ Kindhäuser, in: Nomos Kommentar, 2005, Rn.104.

意見的展現，它亦可能同時具有表達商品客觀性質的作用。而評價是否能夠達到表達出商品客觀性質的功用，必須視各該評價所表達出來的內容而定。而該評價應如何被解讀，則應依交易觀點作出詮釋，而交易觀點的解讀將隨著交易型態而有異，非有統一的見解。對「事實」與「價值」的討論，只是試圖劃出詐術行為的客體。然而找出了客體，而行為人亦確實進行了欺騙行為，然而，是否所有的欺騙都包含在詐術的內涵當中？這必須回歸到保護的法益屬性之上，同時要考量責任及風險分配的問題²⁵。

不論是將「事實」理解為：「所有具體的過去或現在的事件，外在或內在於人類精神生活的狀態。感覺上可認知的、經驗上可驗證的、以及因此原則上可以理解該論證」、「事實不只是發生過的，也包括那些被視為聽說已發生或存在的事，只要它是作為客觀上特定及確信的要素」、或者「事實是過去或是現在的具體的歷程或是狀態，他是客觀上可證明的」等定義，「事實」應該被認為是得以科學加以驗證的各種事件、狀態，而這些描述都是在強調刑法上所稱的「事實」應該具備客觀性。因此，過去和現在發生的事件是事實，例如對於歷史人物是否存在、如何存在皆是屬於曾經發生的事件，科學可以驗證，結論如何則端視考古學所蒐集的證據是否足夠等等而定；然而，未來可能會發生的事件，除了有特殊情形可能預先確定者外，應認為尚非科學所可驗證的，因此，尚不屬於「詐術」所描述的「事實」；因此，明天的降雨機率、未來的颱風走向、股市行情等等，因為尚未發生，不能具確定性，被排除在「事實」的意義之外。至於價值問題，價值的本質仍然是非常複雜的，他必須在具體的人類情境中才存在以及具有意義。價值結構從經驗性質而來，而且具現價值的對象是我們生活於其中的實在界的一部分。然而，另一方面，價值不能化約成那些支持它存在的經驗性質，也不能化約成它所具現的價值對象，價值難以定義。而評價是人對客觀事物所為的一種價值論斷，

²⁵ 鍾葦怡，論詐欺罪之「詐術」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，100年，第122、123頁。

一般它的表達方式可能是好壞、利害、善惡、美醜等，而在論斷的同時，展現出個人的意志、喜好，也同時包括了對物品的形容和認識。評價摻雜了很多因素，加上價值難以被清楚描述，使得評價內容變得複雜。

評價是對客體的價值論斷，因此，評價當中會加入評價者對客體的認識。評價和事實既然有不可分離的關係，則在解讀評價的意涵後，可能會得出事實性內容，而在具備客觀性的情形下，則評價即並非完全無真偽之可言。例如「美國是一個暴力的國家」如果代表的是一些數據結果的判別，則該數據是否存在有真偽之別，若數據事實上並不存在，則這個評價變成是一個虛偽的評價。然而，此種情形下，所謂真偽仍存在於評價背後所代表的客觀意義，並不是對評價本身而言。因此，在許多評價背後的事實無法精準描述、或者評價本身並沒有涉及事物客觀性質之情形下，即必須討論評價本身是否一律毫無真偽、無法辨別？

有區分出價值高低層級加以討論的，在低層級的價值判斷，例如像前述涉及具體事物性質的評價，因為具體附著在客觀事物之上，故評價有可能被作出客觀性的辨識，此時評價背後仍具有客觀意義的存在；然而，在較高層級的價值判斷，例如「殺人是罪惡的」、「梵谷的畫是美麗的」這種最為主觀的價值判斷當中，似乎變得難以認定真偽。因為即使殺人行為受刑法處罰，仍不能改變對某些人而言，殺人行為並不是罪惡的；而在評價梵谷的畫時，究竟是美是醜，會隨個人主觀認識而可能有極端相反的認知²⁶。

本文認為，對於「詐術」的認定，最重要者在於何為「與真實不符」。從事實與評價的討論可以得到，重點在於「客觀性」的有無及其認定，而從前文的討論可以得知，即使是評價，也可能具備客觀性質，排除了純粹主觀的價值主張之後，此時或許可以主張客觀性質的評價也可以作為詐術之內容。然而，如果評價本身必須依據客觀之事實才可以憑以作為詐術之內容時，則

²⁶ 鍾葦怡，論詐欺罪之「詐術」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，100年，第138頁。

其實到了最後，詐術的內容仍然還是只能是「具體性的客觀事實」，而不能說詐術之內容可以包括客觀性質之評價。此外，需留意者係，與事實不符本身並非全然足以成立詐術，尚須進一步就行為的交易意義作出認定，也就是說，只有具有交易上意義的那些不實行為，才可能成立刑法上的「詐術」。

第二節 詐欺罪以外各罪的詐術意涵

第一項 構成要件明示的詐術概念

刑法分則各本條之構成要件規定，以列舉構成要件行為為主要，除構成要件行為以外，對於目的、手段、情況與客體，雖間亦有列舉者，但此依各種犯罪之不同而頗有歧異，不能一概而論。以構成要件所列舉之手段而言，雖其與構成要件行為有極其密切之關係，惟其並見於一切犯罪之構成要件規定之內，從而，倘刑法對此有所列舉，無非欲對於構成要件行為之實施方式予以限制。易言之，縱有構成要件行為之採取，如其所採取之構成要件行為不符合刑法對該項犯罪構成要件所規定之手段時，仍無法認為構成要件該當，若是則犯罪難以成立。

在刑法所規定之行為手段當中，詐術雖屬於非暴力之行為手段，但由於此種行為手段違背誠實信用，是對之仍須予以禁止，用以維持公共秩序與社會善良風俗。要之，刑法為保護公共秩序與交易上之誠實信用原則禁止詐術之使用，此不但以詐術為行為手段之犯罪應受此項禁止，即非規定以詐術為行為手段之犯罪，如行為人以詐術為行為手段，亦非法之所許。從而，吾人可謂為詐術乃刑法普遍禁止之不當手段，不許作為違法目的之使用。

刑法在詐欺罪章之外，涉及以「詐術」作為「成文構成要件要素」（*geschriebene Tatbestandsmerkmale*）之罪名者，有侵害個人法益的犯罪類型，亦有侵害整體法益的犯罪類型，前者諸如§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§313 妨害信用罪、§355 間接毀損罪，後者則有§137 妨害考試罪、§146 妨害

投票正確罪、§152 妨害合法集會罪、§229 詐術性交罪、§231 圖利使人為性交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪、§238 詐術結婚罪、§251 妨害販運農工物品罪。上述是本文要檢討的重點條文。除了侵害法益屬性之不同之外，前開各罪雖均以「詐術」作為成文的與客觀的構成要件要素，但是各該罪之主觀要素要求並不相同，有僅出於故意者（不必意圖之存在）即可成罪者，諸如：§313 妨害信用罪、§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害集會罪、§229 詐術性交罪、§238 詐術結婚罪、§251 妨害販運農工物品罪等，亦有要求故意與意圖之主觀要素需同時具備者，像是：§339 詐欺取財罪、§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§355 間接毀損罪、§231 圖利使人為性交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪等，但是如果進一步仔細觀察，即使是意圖犯設計的罪名，各罪在意圖上所指向的特定目的亦迥不相同，§339 之意圖在於不法所有之獲利、§297 之意圖在於營利、§231 與§233 之意圖在於使人為性交或猥褻...等，各罪行使詐術的主觀意向五花八門，果是，以財產犯罪之詐欺罪做為基礎所詮釋的詐術概念，能否一體適用到各罪之間關於詐術的內涵，自是大有疑問。至於諸罪彼此之間的詐術概念是否相等？或為交集關係？抑或層級關係？或應另做解釋？是一值得探討的重要議題。

第二項 欠缺詐術要素的特殊詐欺罪

在詐欺罪章當中，亦有其他貌似詐欺之相關罪名，但檢視其構成要件之不法內涵時，卻可發現這些相異於普通詐欺罪的特殊詐欺罪，實質上並無以「詐術」概念作為其犯罪結構的不法要素，不僅不是成文的構成要件要素，也談不上是不成文的構成要件要素，包括了第 341 條的準詐欺罪，以及第 339 條之 1 至之 3 的收費設備詐欺罪、自動付款設備詐欺罪、電腦詐欺罪，茲分述如下：

一、準詐欺罪

刑法第 341 條為準詐欺罪，規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，乘未滿二十歲人之知慮淺薄，或乘人精神障礙、心智缺陷而致其辨識能力顯有不足或其他相類之情形，使之將本人或第三人之物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科十萬元以下罰金。」（第一項）「以前項方法得財產上不法之利益，或使第三人得之者，亦同。」（第二項）「前二項之未遂犯，罰之。」（第三項）本條曾於 94 年修訂，修訂之立法理由為：「一、本法已修正心神喪失、精神耗弱用語，爰修正以茲配合。二、現行條文所謂之被害人範圍依學者通說咸認心神喪失之人因欠缺意思能力，並無處分財物之能力，而認僅限於精神耗弱之人。三、因第三十三條之罰金刑已提高為新臺幣一千元以上，現行法第一項之罰金刑為「一千元以下」顯與前開修正扞格，爰依目前社會經濟水準、人民平均所得，參考罰金罰鍰提高標準條例第二條關於易科罰金、易服勞役就原定數額提高一百倍之標準，酌予提高罰金刑之上限。」

本條規定之「乘……」，實謂：「指就行為時業已存在之既有狀態加以利用而言。以本罪要件觀之，即行為人並未施用詐術手段，僅單純地利用相對人知慮不充分之情狀，使之為財產上處分行為而引發損失之情形。」至於所稱之「未滿二十歲人之知慮淺薄」則指：「知慮淺薄，指智識思慮匱乏不完整而未及於健全一般人之程度。」一般咸認，本要件須未滿二十歲與知慮淺薄二者皆備，始足當之。若已滿二十歲之人，不論其是否有知慮淺薄之情形；或雖為未滿二十歲人，然其心智思慮健全如常人者，則與本罪所定要件不符。至該知慮淺薄之未滿二十歲人已否結婚，則非所問。

既稱「準」詐欺罪，實則本條規定乃比照詐欺罪論罪，實質內涵上並非真正之詐欺罪，換言之，本罪與詐欺罪的重要區別，在於不需施用詐術，與詐欺行為的相同處，則在於準詐欺一樣需要相對人的交付或處分行為。相對人完全欠缺意思能力時，因其欠缺處分能力，將不構成準詐欺行為，應成立竊盜罪；如果行為人所得是財產利益，由於竊盜罪的行為客體限定為動產，

該行為將無法可罰，形成可罰性之漏洞。準詐欺罪的規範用意，在於彌補知慮淺薄的未成年者或精神耗弱者與社會一般大眾判斷力間的差距。所以，只要財產利益的交換價值失衡，就算出於知慮淺薄的未成年者或精神耗弱者的自由處分，刑法仍能介入調整²⁷。準詐欺罪暗示了，利用這種知慮判斷間的差距，不外也是一種欺騙，倘相對人能知如此差距，就不會應允處分；相對人自陷於一種不自知的錯誤。不過，這裡所謂的欺騙與錯誤，完全是從第三人的角度來看；如果不存在第三人判定的認知差距情況，那麼準詐欺行為也無從類比。擺盪在竊盜罪與詐欺罪之間，該如何適用？形成一值得探討之問題。此外，單純就第 339 條的使用詐術行為來看，若能使一般人陷於錯誤，必定能使第 341 條所指具有那些情況的人也陷於錯誤（比正常人還愚劣的被害人）。因此，只要能使人「陷於錯誤」，理論上應該都可以適用第 339 條，林東茂教授即據此認為第 341 條是多餘的規定²⁸，學者陳志龍更稱第 341 條為相當荒謬之設計²⁹，實不無道理。

二、收費設備詐欺罪

刑法第 339 條之 1 為不法由收費設備取得他人物罪，規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，以不正方法由收費設備取得他人之物者，處一年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金。」（第一項）「以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。」（第二項）本條規定原於 86 年增訂，立法理由：「按目前社會自動付款或收費設備之應用，日益普稱，如以不正方法由此種設備取得他人之物或得財產上不法利益，不特有損害業者權益，而且

²⁷ 參照最高法院 92 年台上字第 2821 號判決：「...按刑法第三百四十一條乘人精神耗弱之準詐欺罪，係指利用被害人意思能力薄弱，對事務不能為合理之分析與利害之判斷時，使之將本人或第三人之物交付或得財產上之利益而言，與利用被害人全無意識或心神喪失，而使之將本人或第三人之物交付或得財產上之利益，應另成立他罪名不同。...」。

²⁸ 林東茂，刑法綜覽，2007 年，第 2-149 頁。

²⁹ 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，1995 年，第 374 頁。

破壞社會秩序，有加以處罰之必要。惟其犯罪情節，尚屬輕微，特增訂處罰專條，並就取得財物及得財產上不法利益之情形，分為二項，以應社會需要。」

本條所稱之「不正方法」，解釋上並非泛指一切不正當之手段³⁰，乃指就該機器設備提供商品或服務所預設之通常收費方法（管道）而言，施用與該正常使用方法相類似卻不當之手法。亦即，利用收費機器於設計上之運作盲點，致於無從辨識真假之條件下，驅動機器執行提供商品指令之方法；例如以鐵片、代幣冒充真幣或持鐵絲插入投幣孔，使販售之電流開啓接通而獲取商品。至於其他手段之使用，即使評價上仍屬不正當者，亦不在本條規範範圍內。至於「收費設備」，指藉由收取利用人一定費用而提供對價商品或服務之機器裝置。不論其於設計上係屬精密型或簡單型、自動型或須輔以人工操作型者，皆無不可。由設備所提供之商品，如為有體之財物，該設備即為本條第一項所稱之收費設備，例如日常生活中隨處可見之飲料、食品、報紙、車票、郵票、卡片或文具用品等販賣機。設備所提供之商品若屬無形之財產上利益者，則為第二項之收費設備，如投幣式身高、體重或血壓計量器、按摩器、高速公路通行之電子收費器、行動電話之儲值計費系統或供遊戲娛樂之機檯等。

三、自動付款設備詐欺罪

刑法第 339 條之 2 為不法由自動付款設備取得他人物罪，規定：「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，處三年以下有期徒刑、拘役或一萬元以下罰金。」（第一項）「以前項方法得財

³⁰ 「不正方法」之概念失之籠統，若無加以目的性限縮解釋，適用上將產生不當擴張可罰性範圍之疑慮，惟實務見解反其是，94 年台上字第 4023 號判決主張：「...按刑法第三百三十九條之二第一項之以不正方法由自動付款設備取得他人之物罪，其所謂「不正方法」，係泛指一切不正當之方法而言，並不以施用詐術為限，例如以強暴、脅迫、詐欺、竊盜或侵占等方式取得他人之提款卡及密碼，再冒充本人由自動提款設備取得他人之物，或以偽造他人之提款卡由自動付款設備取得他人之物等等，均屬之。...」此一實務見解頗令人擔憂。

產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。」(第二項)本條規定亦於 86 年增訂，立法理由：「按目前社會自動付款或收費設備之應用，日益普稱，如以不正方法由此種設備取得他人之物或得財產上不法利益，不特有損害業者權益，而且破壞社會秩序，有加以處罰之必要。惟其犯罪情節，尚屬輕微，特增訂處罰專條，並就取得財物及得財產上不法利益之情形，分為二項，以應社會需要。」

本條所稱之「自動付款設備」，指時下於銀行體系使用頻率極高，於特定之約定條件成就下，用以提供一定金額之現款提領或轉帳之自動櫃員機。「付款設備」，原係立於該機器設置人(銀錢業者一方)所使用之稱謂，其就一般持卡人而言，則屬「提款設備」或「領款設備」之性質。由於本條異於前條(§339 之 1)之規定而於付款設備前冠以「自動」要件，是本罪所指之付款設備，當僅限於非由櫃檯職員人工操作而係由電腦或電子設備依一定程式指令，自動執行一定款項進出收付之設備而言。

四、電腦詐欺罪

刑法第 339 條之 3 為不法製作財產權得喪變更紀錄罪，規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，以不正方法將虛偽資料或不正指令輸入電腦或其相關設備，製作財產權之得喪、變更紀錄，而取得他人財產者，處七年以下有期徒刑。」(第一項)「以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。」(第二項)本條規定與前兩條相同，亦於 86 年增訂，立法理由：「按利用電腦或其相關設備犯詐欺罪，為常見之電腦犯罪型態，為適應社會發展需要，爰參酌日本現行刑法§246 之 2 立法例，增列處罰專條規定。」

本條規定「輸入虛偽資料或輸入不正指令」，指將不實事項透過電腦接收之方法存入其記憶體或以非正常之程式驅動電腦系統之運作，例如將執行利息扣除之程式夾藏於子檔案中，或未經授權鍵入通行密碼之行爲。至於「製作財產權之得喪變更紀錄」，指就電腦系統中所記存而有關財產上增減進出之

電磁資料，加以變更或重新制作之行爲。

前述刑法第 339 條之 1 至之 3 之罪，學說上有稱之爲「特別詐欺罪」者³¹，亦有僅將刑法第 339 條之 2、之 3 之罪稱之爲「電腦詐欺罪者」³²，近來文獻上之討論及檢討雖多，但林山田教授所指此次修法可議之處，應再修法之建議最值參考：(1) 新增三罪均依詐欺罪之例分項規定取財與得利，實無必要，且造成適用上之困擾；(2) 新增三罪均以「不正方法」規定行爲態樣，過於簡略，實有違罪刑法定原則之嫌；(3) 新增三罪就其罪質而言，應屬「獲利罪」，而與竊盜罪之「取得罪」不同，沿襲詐欺罪之不當立法規定有待檢討；(4) 新增三罪均無罰及未遂犯之規定，應屬立法之，宜加修法填補疏漏³³。

第三項 實質的詐術概念

一、非以詐術爲名的實質詐術概念

實質的詐術概念，蔡墩銘教授稱之爲默示以詐術爲構成要件要素之犯罪者，亦即構成要件之定型上雖無以「詐術」作爲成文的犯罪要素，但觀察其罪之不法內涵，實隱含著行使詐術之觀念在內。刑法所規定之犯罪中明示以詐術爲行爲方法者，不外以「冒充」、「詐稱」、「隱蔽」或「矇蔽」等爲其行爲態樣，是以在刑法所規定之犯罪中，如亦以冒充、詐稱、或隱蔽等爲犯罪之方法者，可視爲刑法默示以詐術爲構成要件要素之犯罪，如僭行公務員職權罪（刑法第 158 條）之「冒充」、頂替人犯罪（刑法第 164 條第 2 項）之「頂替」、傳染花柳病麻瘋罪（刑法第 285 條）之「隱瞞」，均以冒充、頂替與隱瞞做爲其犯罪不法構成要件之行爲方法³⁴。

³¹ 高金桂，從刑事政策論近年來的刑法研修，收錄於：法與義，2000 年，第 396 頁。

³² 蔡蕙芳，電腦詐欺行爲之刑法規範，東海大學法學研究第 18 期，2003 年，第 23 頁以下。

³³ 林山田，評詐欺罪章中之新增三罪，月旦法學雜誌第 49 期，1999 年，第 88、89 頁。

³⁴ 蔡墩銘，刑法上詐術規定之研究，軍法專刊第 16 卷第 5 期，1970 年，第 15 頁。

其次，刑法對於某種犯罪所規定之行爲方法中，每以概括條款之「他法」概括其他一切之行爲方法，是其所謂他法是否包括詐術，則不能一概而論，如妨害救災罪（刑法第 182 條）規定，於火災、水災、風災、震災、爆炸或其他相類災害發生之際，隱匿或損壞防禦之器械或以他法妨害救災者，處三年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。本罪所謂以他法爲妨害之行爲，如所使用者爲詐術，自亦包括在內，如對救災機構或單位詐稱火已熄滅或水已退却致使終止救災之情形。至於強制性交罪（刑法第 221 條第 1 項）與強制猥褻罪（刑法第 224 條第 1 項）之「其他違反其意願之方法」，以及強盜罪（刑法第 328 條第 1 項）之「他法」，雖將「其他違反其意願之方法」和「他法」與強暴、脅迫、藥劑、催眠術同列，但其所謂「其他違反其意願之方法」和「他法」在解釋上並不應包括詐術在內，惟事實上以詐術實施強制猥褻或強盜，猶非毫無可能，如冒充警察搜查婦女之身體，使婦女無法抗拒，乘機予以猥褻，仍應論以強制猥褻罪³⁵，又如攜帶假手槍冒充真槍以威脅事主奪取財物³⁶或奪取財物時，用手放入衣袋，裝作手槍³⁷，如已達於使人不能抗拒之程度者，應成立強盜。此外普通妨害幼童自然發育罪（刑法第 286 條第 1 項）規定，對於未滿十六歲之男女施以凌虐或以他法致妨害其身體之自然發育者，處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。其所謂之「他法」則包括至廣，凡足以導致未滿十六歲者身體發育受妨害之一切方法均屬之，是詐術自亦不能獨成爲例外，從而宜認爲詐術包括在其所謂他法之內，以期周密，例如將足以妨害少年身體自然發育之藥品，偽稱爲營養藥品而令未滿十六歲者吞服，致其身體之自然發育受其妨害是³⁸。

此外，另有一些罪名雖然在條文上並未使用到詐術之概念，但就其構成要件之脈絡關係，亦可推知其構成要件行爲具有詐術之實質內涵，學說上有

³⁵ 最高法院 26 年滬上字第 57 號判決參照。

³⁶ 最高法院 26 年滬上字第 9 號判決參照。

³⁷ 最高法院 27 年滬上字第 15 號判決參照。

³⁸ 蔡墩銘，刑法上詐術規定之研究，軍法專刊第 16 卷第 5 期，1970 年，第 15、16 頁。

稱之為「隱藏性的詐術概念」者，諸如：第 168 條之偽證罪、第 169 條之誣告罪、第 214 條之使公務員登載不實罪，以及刑法中之偽造相關罪章（偽造貨幣、偽造有價證券、偽造度量衡、偽造文書印文）之「行使」行為等，均蘊含了詐術行為之行使，也使得各該罪名經常與詐欺罪構成犯罪競合之問題³⁹。

二、以詐術為名的實質詐術概念

（一）詐術概念的共通定義

詐術概念之內涵，依向來通說之見解，乃謂一切足以使人陷於錯誤之行為。不以積極之欺罔行為為限，即消極利用他人之錯誤，而使其為財物之交付者，亦足當之⁴⁰。而行使詐術，係傳遞與事實不符之資訊，進而使相對人有產生錯誤認知的可能⁴¹。行為人實施詐術不論係以語言、文字或舉動，均可該當本罪之行為⁴²。另，行為人之詐術並不以對於特定人實施為限，即使施詐於不特定之多數人，亦可構成本罪⁴³。由於詐術之作用乃在使對方陷於錯誤，促使被害者的主觀認識與客觀所見事實不一致，進一步影響了被害人接下來所作的決定，故詐術行為（Täuschungshandlung）自須欺騙對方，而足以使其產生與事實不符之認識，始克當之。倘若行為人雖然使用了欺罔的手段，但傳遞的特定不實資訊之性質，根本未足以成為左右接收資訊者思考判斷的基礎，無使對方產生與事實不符之認識而陷入錯誤的必要者，仍非詐欺罪所謂詐術⁴⁴。要之，詐術係指陳述與表達特定事實之行為，但意思表示所涉及之「事實」，是已經過表示者之虛構、扭曲或掩飾，因而與「事實」是完全不合致，

³⁹ 高金桂，論刑法之詐術，收錄於「刑與思」，林山田教授紀念論文集，2008 年，第 172、173 頁。

⁴⁰ 甘添貴，刑法各論（上），2009 年，第 310 頁。

⁴¹ 盧映潔，刑法分則新論，2009 年，第 656 頁。

⁴² 林山田，刑法特論（上），2000 年，第 322 頁。

⁴³ 林山田，刑法特論（上），2000 年，第 323 頁。

⁴⁴ 陳盈穎，刑法詐術意涵之研究，東海大學法律系碩士論文，2008 年，第 28 頁。

或至少一部分不合致⁴⁵。

（二）詐術概念的個別差異

在傳統學說見解之下，詐欺罪的詐術概念幾乎是其他罪名詐術概念的共通解釋，關於詐欺罪構成要件之分析固然不少，但過度強調單一構成要件要素之解釋，以致於忽略眾多與詐術有關之犯罪在刑法體系上的差異性或關聯性，實有加以釐清與確認之必要。其實，單純客觀的詐術概念，並無法從字面涵義得知其在構成要件之中的不法內涵，基於貫穿（連鎖）因果關係之犯罪整體結構，詐術之不法性必須與其他構成要件要素共同串連觀察才能得知，也就是說，「詐術」概念的不法性需觀照其他要素加以證立。

從比較抽象的角度來看，所謂實質的詐術概念可參酌下列標準：（1）是否脫逸事物本質；（2）是否違背自然法則；（3）是否違背社會生活經驗；（4）是否違背社會一般常識⁴⁶。惟從比較具體的解釋方向來看，詐術的主觀內涵，其主觀構面之故意可拆解為「知」與「欲」兩個要素加以討論，至於客觀構面則可拆解為「詐術行為方向」與「詐術目的方向」兩個要素加以討論。詐術之「知」的主觀要素，在於詐術之施用意在使人陷於錯誤；而詐術之「欲」的主觀要素，在於引致被害人因錯誤而作出一定（財產或財產以外）之處分行為，此一處分行為所損害者，可能為財物，亦可能為其他財產權利或利益。在客觀構面上，行為人施用詐術之行為方向係屬一致，皆在使人於客觀上產生誤判之風險，然而各罪之詐術概念會產生有類型上之差異者，則是因為在詐術目的方向上有所不一致之情形⁴⁷。

由於詐術概念牽涉問題廣泛，因此，本文之範疇並不全然作為論述之內容，以下僅針對明定以詐術作為成文的構成要件要素之各個罪名作一分析與探討。

⁴⁵ 高金桂，論刑法之詐術，收錄於「刑與思」，林山田教授紀念論文集，2008年，第181頁。

⁴⁶ 本段見解為高金桂教授於口試時所提供之慧見。

⁴⁷ 本段見解為柯耀程教授於口試時所提供之慧見。

第四項 其他構成要件類型的詐術概念

前已述及，刑法在詐欺罪之外，涉及以「詐術」作為「成文構成要件要素」之罪名者，有：§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害合法集會罪、§229 詐術性交罪、§231 圖利使人為性交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪、§238 詐術結婚罪、§251 妨害販運農工物品罪、§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§313 妨害信用罪、§355 間接毀損罪。以下逐條說明之：

一、§137 妨害考試罪

(一) 不法構成要件解析

本罪規定：「對於依考試法舉行之考試，以詐術或其他非法之方法，使其發生不正確之結果者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」(第一項)「前項之未遂犯罰之。」(第二項)本罪之客觀要件有四：(1) 行為主體：並無任何之限制，為一般犯。頂替人與應考人、非應考者均可成立本罪⁴⁸。

(2) 對於依考試法舉行之考試：依考試法舉行之考試，包括依據公務人員考試法或專門職業及技術人員考試法所舉行之公務人員高等考試、普通考試與特種考試以及高等考試或普通考試前定期舉行之檢定考試。至如機關招考員工或升等考試，或學校舉辦之大規模之考試。例如大專入學聯考、高中聯考等，因非依據公務人員考試法或專門職業及技術人員考試法所舉行之國家考試，故不在本條範圍之內。若係依其他行政命令而舉辦之考試，縱屬定期性之大規模考試，如高中學測、大學指考或公費留學考，亦不在本罪保護範圍內。(3) 以詐術或其他非法之方法：「其他非法方法」係指凡一切足使考試發生不正確結果之非法行為，均該當本罪之行為，詐術只是一種例示。例如：冒名頂替、洩漏試題、竊取試題、與場外之人以無線電聯絡而獲知答案等。

⁴⁸ 民國 24 年 7 月總會決議 (31)。

夾帶小抄或書籍翻抄是否包括在內？實務上認為，如使考試發生不正確之結果，亦可成立本罪⁴⁹。學說上有認為，此種情形僅屬違反試場規則，不能當作是本罪之「其他非法方法」，故不成立本罪。若以洩漏試題之方法犯本罪，如行為人為公務員則另構成刑法§132之洩密罪，兩罪成立想像競合犯。(4)使其發生不正確之結果：所謂發生不正確結果，只須出現與原來於正常狀態下舉行考試所得結果不相一致之情節，即稱不正確之結果。例如必須應錄取而未錄取，或不應錄取而錄取，不包括分數不正確的情形，故本條為結果犯。此外，但即使於錄取人名單並無影響而僅變動其名次者，解釋上仍符合本要件。主觀要件上，本罪只處罰故意犯，包括直接與未必故意，如出於過失，例如因疏失而計分錯誤，則不包括在內。本罪之未遂行為，本法設有處罰規定(刑§137Ⅱ)，行為人已著手本罪之行為，但尚未使考試發生不正確之結果，即為本罪之未遂犯。例如，洩題後尚未舉行考試即被查獲。

(二) 本罪「詐術」概念的不法內涵

本罪規定於分則第五章「妨害公務罪」，可知，基本上本罪之性質乃侵害超個人（國家）法益之犯罪類型。依通說看法，本條文中所定之詐術，僅為非法方法之一「例示」手段⁵⁰，實務上並認為除詐術外，「法所不許之一切方法」均得為本罪之行為態樣⁵¹。對於本罪詐術概念的解釋，學理上並未多所闡釋，僅稱乃以欺罔之方法，使人陷於錯誤之行為⁵²。觀察實務與學理上的說法，或許因為本罪在適用上之機會不多，因而導致對於本罪詐術之內涵並無太多著墨，至於學說上將本罪之詐術理解成以欺罔之方法使人陷於錯誤的主張，更與傳統上對於詐欺罪之詐術的主張如出一轍，此般見解是否妥當，皆令人值得質疑。

⁴⁹ 司法院 73 廳刑一字 603 號函之 15。

⁵⁰ 林山田，刑法特論（下），1996 年，第 932 頁。

⁵¹ 73.7.7（73）廳刑一字第 603 號函復台灣高等法院。

⁵² 甘添貴，刑法各論（下），2010 年，第 434 頁；褚劍鴻，刑法分則釋論（上），2001 年，第 192 頁。

實則，行使詐術之行爲除由侵害法益之屬性作爲判斷之外，尚須考量到行使詐術時之主觀心態與主觀心態所同時對應之客觀事實要素，甚至對於行使詐術之內涵究竟何，應充分周全考量，方得對於各罪之詐術概念的不法內涵做出最正確的詮釋。妨害考試罪之行使詐術，行爲人之主觀心態上乃出於認識考試係依考試法舉行之考試而決意實施本罪之故意，客觀上依此認識所侵害之客體則爲依考試法舉行之考試本身，致使考試發生不正確之結果。相較於詐欺取財罪，本罪之立法設計上並非「意圖犯」，所侵害之法益亦非財產法益，犯罪行爲並無特定之意向指向侵害特定之法益，因此本罪在不法內涵的程度上未及詐欺罪。至於行使本罪之詐術行爲本身，應以事實上之各種積極的、欺瞞的作爲手段爲之，惟以不作為之方式爲之者，亦非不可能，如監考人串謀不予檢舉取締是。妨害考試之行使詐術固然以各種「事實」上之欺瞞或欺罔行爲爲主，但對於「評價」是否得爲本罪詐術之內容，則仍待商酌。按，前文提及「價值」本身固然是單純的主觀活動，然而，「價值」並不是單獨存在，而必須附著於客觀事實之上。而在交易上有意義者，往往在於人對物的「評價」將價值與所指涉的客觀事物相結合，價值並非純然只是一種主觀意見的展現，它亦可能同時具有表達商品客觀性質的作用。而該評價應如何被解讀，則應依交易觀點作出詮釋。就此而言，妨害考試罪之詐術概念要涵蓋所謂交易上的評價觀念似乎難以想像，尤其是本罪並非財產犯罪之類型。

對於妨害考試罪的理解，應可解釋爲考試成績與應考人之實際能力不相當，故成績表現等同於虛構之事實，且違背真實之事實。本罪「詐術」的認定，最重要者在於何爲「與真實不符」。然而，與事實不符本身尚不足以成立詐術，因此尚須就行爲的「交易意義」作出認定，而只有具有交易上意義的那些不實，才可能成立刑法上的「詐術」。復因本罪爲「結構上一致之構成要件」的故意犯，原則上主觀構成要件要素與客觀構成要件要素係一致的，此者迥異於詐欺罪之構成要件之不法內涵。職是，能否將傳統上對於詐欺罪之詐術的籠統說法「以欺罔之方法使人陷於錯誤」完全套用於妨害考試罪之詐

術概念，實不無疑問。學說上指出，妨害考試罪之詐術為「目的（結果）限縮的詐術概念」，也就是說，本罪應限於使考試發生不正確結果之行爲者爲限，亦即，使考試結果與考試名義人之實力不相當，其所行使之詐術，應限於冒名代考或無權更改成績等行爲⁵³。實則，「詐術」的規定，實際上包括三個最主要的成分要素，即爲：「詐術行爲」、「被害人陷於錯誤」及「二者間需有因果關係」三者，但是這樣子的分析僅只是形式上的解釋，綜觀上述討論結果，如果要精確描述妨害考試罪詐術概念之實質內容者，其不法內涵應爲「出於認識妨害考試之故意所爲之使人陷於錯誤導致發生不正確結果之事實上的各種欺瞞之不法行爲」。

二、§146 妨害投票正確罪

（一）不法構成要件解析

本罪規定：「以詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果或變造投票之結果者，處五年以下有期徒刑。」（第一項）「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而爲投票者，亦同。」（第二項）「前二項之未遂犯罰之。」（第三項）本條於民國 24 年之立法理由：「查第二次修正案理由謂外國立法例，對於選舉之舞弊，可分兩派：一爲列舉規定，法國、比國、意大利、西班牙、匈牙利、英國、美國等國是也。一爲概括規定，德國、奧國、芬蘭等國是也。第一派之選舉法，雖屢經更改然難臻嚴密，即如法國一八五二年二月二日之選舉法頒布後，至一八八九年曾經六次更改，其列舉之犯罪行爲，幾及百種，仍有未盡，乃於一九〇二年三月三十日頒布概括規定之條文，蓋以列舉終有遺漏也。原案第一百五十八條第一項，係仿列舉式，其所注意者一爲選舉名簿，一爲無資格之投票，其嚴密不如法國，且於投票後，選舉結果前一切弊端無明文處罰，故本案擬從第二派爲概括之規定。又原案關於

⁵³ 高金桂，論刑法之詐術，收錄於「刑與思」，林山田教授紀念論文集，2008 年，第 188 頁。

選舉名簿一層，係本條之未遂罪與偽造公文罪為想像上之兩罪競合，仍依併合論罪，從重處斷，故不另為規定。又原案本條第二項，本案於瀆職罪章第一百三十一條已有規定，故刪。」

民國 96 年本條修正時，立法理由：「一、公職人員經由各選舉區選出，自應獲得各該選舉區居民多數之支持與認同，始具實質代表性，若以遷徙戶籍但未實際居住戶籍地之方式，取得投票權參與投票，其影響戕害民主選舉之精神甚深。二、為導正選舉風氣，爰增訂第二項：「意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。」。三、現未實際居住於戶籍地者有數百萬人，其因就業、就學、服兵役未實際居住於戶籍地，或為子女學區、農保、都會區福利給付優渥、保席次或其他因素而遷籍於未實際居住地，其原因不一。然此與意圖支持特定候選人當選，進而遷徙戶籍之情形不同，並非所有籍在人不在參與投票均須以刑罰相繩，是以第二項以意圖使特定候選人當選虛偽遷徙戶籍投票者，為處罰之對象。四、原第二項改列為第三項，並將句首之「前項」修正為：「前二項」。」

本罪所謂「其他非法方法」，係指能使投票發生不正確結果或變造投票結果之方法，凡足以使投票發生不正確結果之任何舞弊行為，均足當之，條文中所定之詐術，通說認為，僅為方法或手段上之一例示，其他如冒名投票、隱匿票單、變造投票權人名冊或於開票計票時虛報票數等，皆屬之。「不正確之結果」，只須與原來之結果不相一致，即稱不正確之結果，其典型結果乃應當選而落選或不應當選而當選；惟即使就候選人之當選與否未生影響而僅變動其得票總數額者，解釋上仍係發生不正確之結果。此外，本罪以「舉行投票」為前提、倘依法應用投票選舉而改用口頭推舉，實際並未投票者，縱以詐術或其他非法之方法使此項選舉發生不正確之結果，除其行為觸犯其他罪名，又當別論外，不構成該條之妨害投票罪⁵⁴。

⁵⁴ 32 年上字第 283 號判例。

承上，使投票發生不正確之結果，是否限於使落選者當選或使當選者落選為必要？早期實務見解採肯定說，認為必須發生改變當選或落選之結果，才成立本罪之既遂⁵⁵。學說與晚近實務見解則採否定說，主張：使投票發生不正確之結果係指因行為人之妨害投票行為而導致投票結果為不正確之票數而言，並不以使落選者當選或當選者落選為必要⁵⁶。刑法§146 妨害投票正確罪，其所謂「使投票發生不正確之結果」，並非僅指使候選人之當選或不當選而已，舉凡與投票直接有關之結果，如使該選舉區之投票率、各候選人之得票率等結果不正確，均應包括之⁵⁷。

（二）本罪「詐術」概念的不法內涵

本罪規定於分則第六章「妨害投票罪」，基本上本罪之性質乃侵害超個人（國家）法益之犯罪類型，具體而言，妨害投票罪之保護法益乃為保護投票之安全、純潔與正確⁵⁸。本條之規定含有二個獨立之犯罪類型：即（1）詐術妨害投票正確罪（第 146 條第 1 項）與（2）虛偽遷徙投票罪（第 146 條第 2 項），僅第一項之規定與行使詐術有關，本罪近年來適用之機會雖然漸多，但多與第二項之規定有關（即候選人利用選舉幽靈人口以求當選）。有見解認為本罪與妨害考試罪同，本條文中所定之詐術，僅為非法方法之一「例示」手段⁵⁹，亦有學者認為除詐術外，其他一切法律所不允許之方法均得為本罪之行為態樣⁶⁰。對於本罪之詐術概念，學理上亦僅稱乃以欺罔之方法，使人陷於錯誤之行為⁶¹。

⁵⁵ 55 年台上字第 1032 號判例：「開票結果，上訴人多三票，縱使張某一票改為另一候選人，仍係上訴人當選，並未因上訴人等之行為發生不正確之結果，此種情形，是否刑法§146 II 之未遂問題，頗堪推求。」

⁵⁶ 林山田，刑法各罪論（下），2004 年，第 177、178 頁；甘添貴，刑法各論（下），2010 年，第 453 頁同此結論。

⁵⁷ 88 年台上字第 6728 判決，88 年台上字第 5895 判決亦同。

⁵⁸ 甘添貴，刑法各論（下），2010 年，第 445 頁。

⁵⁹ 甘添貴，刑法各論（下），2010 年，第 453 頁；林山田，刑法特論（下），1996 年，第 966 頁。

⁶⁰ 褚劍鴻，刑法分則釋論（上），2001 年，第 222 頁。

⁶¹ 褚劍鴻，刑法分則釋論（上），2001 年，第 222 頁。

妨害投票正確罪之行使詐術，行為人之主觀心態上乃出於妨害投票而使投票發生不正確結果之故意，客觀上依此認識所侵害之客體則為依法舉行之選舉本身。相較於詐欺取財罪，本罪之立法設計上亦非「意圖犯」，所侵害之法益亦非財產法益，犯罪行為並無特定之意向指向侵害特定之法益，因此本罪在不法內涵的程度上未及詐欺罪。至於行使本罪之詐術行為本身，應以事實上之各種積極的、欺瞞的手段為之。此外，妨害投票結果正確罪之行使詐術應以各種「事實」上之欺瞞或欺罔行為為主。

與妨害考試罪同，本罪為「結構上一致之構成要件」的故意犯，原則上主觀構成要件要素與客觀構成要件要素係一致的，此者實迥異於詐欺罪，故將傳統上詐欺罪對於詐術的見解「以欺罔之方法使人陷於錯誤」適用於本罪，亦大有疑問。妨害投票罪之「詐術」的規定，固然也包括三個最主要的成分要素，即為：「詐術行為」、「被害人陷於錯誤」及「二者間需有因果關係」三者，但是綜觀上述討論結果，本罪詐術概念之實質內涵應為「出於認識妨害投票之故意所為之使人陷於錯誤導致發生不正確投票結果之事實上的各種欺瞞之不法行為」。再者，妨害投票正確罪之詐術，與妨害考試罪同，為一「目的（結果）限縮的詐術概念」，應限於使計票結果與投票人之實際投票結果不一致之行為者為限，包括冒名領票及投票、故意唱票錯誤或更改開票結果之統計數字等，而不應包括為支持特定候選人之遷移戶口的行為，因為遷移戶口者之投票，亦是真實投票結果之一部分⁶²，且虛偽遷徙戶籍取得投票權而投票者已為本條第 2 項所規範在內。

三、§152 妨害合法集會罪

（一）不法構成要件解析

本罪規定：「以強暴脅迫或詐術，阻止或擾亂合法之集會者，處二年以下

⁶² 高金桂，論刑法之詐術，收錄於「刑與思」，林山田教授紀念論文集，2008 年，第 188 頁。

有期徒刑。」民國 24 年的立法理由：「查暫行新刑律第二百二十二條注意謂，本條除他條有特別規定，如妨害選舉之集會，妨害說教禮拜等宗教上之集會等類之外，其餘妨害一切正當集會，例如用暴力以解散學堂聽講之人，或紊亂得公署許可所開之演說會等，皆屬本條範圍。」人民之集會自由乃憲法所保障之基本權利（憲§14），故不容以非法之方法加以妨害，此等妨害集會自由之行爲係侵害個人之基本權利，但因集會通常均係多數人參與，故此等妨害行爲往往亦足以妨害公共秩序，故刑法乃將本罪規定定於妨害秩序罪章中⁶³。

至於集會之內容不限於關於國務之集會⁶⁴，私人事務之集會亦可，且不限於不特定人參加之集會，即使是特定人之集會亦包括在內。本罪係用以保護合法集會之順利召開及圓滿進行而設，「阻止合法集會」係指致使合法集會不能開始或使已開始之合法集會未能繼續而言。「擾亂合法集會」則指騷擾或紊亂合法集會場所之秩序而使合法集會不能順利進行而言。然有學者認爲，以集會已否舉行，爲阻止或擾亂集會之解釋，事實上亦有難以明確劃分者，比較合理之解釋，應以行爲人之主觀意思爲準，意即以阻止集會之意思行使強暴、脅迫、詐欺者，應論以阻止合法集會，如以擾亂集會之意思行使強暴、脅迫、詐欺者，則應論以擾亂合法集會，至於阻止或擾亂之意思如何認定，應就當時客觀之事實認定之⁶⁵。另外，本罪之罪質與第 304 條之強制罪類同，惟強制罪性質上爲一概括構成要件之規定，兩者有競合之情形時，理當優先適用妨害合法集會罪。

由於本罪性質上非屬實害犯，爲行爲犯，故集會是否由於行爲人之阻止或擾亂行爲而致無法召開或續行，與本罪成立之判斷並無影響。本罪之故意包括直接與未必故意。亦即行爲人只有認識其行爲有阻止或擾亂合法集會之

⁶³ 林山田，刑法特論（下），1996 年，第 946 頁。

⁶⁴ 最高法院 17 年 9 月 26 日決議之三。

⁶⁵ 褚劍鴻，刑法分則釋論（上），2001 年，第 241 頁。

可能，即足以具備故意。惟實務上似認為限於意圖（目的）故意⁶⁶。另，合法之集會，乃指依據法令或法所不禁止之集會，定期或臨時，室內或室外在所不問⁶⁷。依集會遊行法之規定，室外集會原則上應經主管機關許可⁶⁸。本罪所保護之集會以「合法」為限，惟學說上有認為，就維護公共秩序之必要性而言，刑事立法上列入刑法保護之集會不應僅以合法者為限，即使為不合法之和平集會，若對之以強暴或脅迫之手段，加以擾亂者，仍足以危害公共秩序，而宜繩以妨害秩序罪。故本條有修法之必要⁶⁹。

（二）本罪「詐術」概念的不法內涵

基本上本罪之性質為侵害超個人（國家）法益之犯罪類型。憲法第 14 條明文規定，人民有集會結社之自由，刑法妨害合法集會罪即為落實憲法基本人權保障之具體規範。本條規定之行爲態樣有三：（1）以強暴方式阻止或擾亂合法集會；（2）以脅迫方式阻止或擾亂合法集會；（3）以詐術方式阻止或擾亂合法集會。妨害合法集會罪之行使詐術，行爲人之主觀心態上對其行爲足以阻止或擾亂合法之集會有所認識，並進而決意以詐術之方式加以妨害，則購成本罪之以詐術妨害合法集會罪，例如詐稱集會延期致使不能如期集會是。另外，本罪亦非「意圖犯」之立法設計，至所侵害之法益亦非財產法益，犯罪行爲並無特定之意向指向侵害特定之法益，因此本罪在不法內涵的程度上未及詐欺罪。至於行使本罪之詐術行爲本身，理論上也應以事實上之各種積極的、欺瞞的手段爲之。

⁶⁶ 「司法行政部刑事司台 65 刑二函字 522 號函之 10」指出：某地舉行籃球比賽，自由入場觀賞，甲在場觀賞時，認為裁判不公，先出噓聲，次而叫嚷，再向球場內投擲果皮及雜物，以致比賽一度停止，俟清理球場後始繼續比賽。實務上對此認為：甲之噓聲、叫嚷、投擲果皮雜物，乃其認為裁判不公，所作情感上之發洩，換言之乃對裁判不當所產生之行動，在其主觀上認其行爲乃係對於裁判個人而發，並無阻止或擾亂合法集會之故意目的，不成立該條之罪。

⁶⁷ 甘添貴，刑法各論（下），2010 年，第 464 頁。

⁶⁸ 參見：集會遊行法第 8 條：「室外集會、遊行，應向主管機關申請許可。但左列各款情形不在此限：一、依法令規定舉行者。二、學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類之活動。三、宗教、民俗、婚、喪、喜、慶活動。」（第一項）「室內集會無須申請許可。但使用擴音器或其他視聽器材足以形成室外集會者，以室外集會論。」（第二項）

⁶⁹ 林山田，刑法各罪論（下），2004 年，第 191、192 頁。

再者，本罪為「結構上一致之構成要件」的故意犯，原則上主觀構成要件要素與客觀構成要件要素係互相合致的，一般見解亦將本罪詐術的內容理解為「以欺罔之方法使人陷於錯誤」，並非實質之解釋方式。本罪之「詐術」概念的要素，固然亦為：「詐術行為」、「被害人陷於錯誤」及「二者間需有因果關係」三者，但是非從形式上加以解釋者，本罪詐術概念之實質內涵應為「出於認識妨害投票之故意而所為之使人陷於錯誤導致發生不正確投票結果之事實上的各種欺瞞之不法行為」。另外，本罪之詐術，亦為一「目的（結果）限縮的詐術概念」，詐術之行使應僅限於使合法之集會被加以阻止或擾亂之結果為限。

四、§229 詐術性交罪

（一）不法構成要件解析

本罪規定：「以詐術使男女誤信為自己配偶，而聽從其為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。」（第一項）「前項之未遂犯罰之。」（第二項）本罪於民國24年立法之初之理由說明：「查第二次修正案理由謂本條為特種情形，外國立法例，雖有科以強姦者，然其行為，實介乎和姦強姦之間，原案無，本案增入。」另外，民國88年修法時，本條之立法理由：「一、修正原條文「婦女」為「男女」，使男性同為保護之客體。二、修正「姦淫」為「性交」，參考第二百二十一條說明一。」

按，本罪之客觀要件係指行為人實施詐術，使被害人陷於錯誤而相信行為人為其婚姻關係中之配偶，並聽從其為性交而言。被害人必須因行為人之使用詐術而陷於錯誤，而且錯誤之內容必須是誤信行為人為其配偶，而後任其為性交，方能構成本罪⁷⁰。例如，摸黑假冒被害人之夫的聲音，而性交。婦

⁷⁰ 最高法院 23 年上字第 5270 號判例：「刑法第二百四十四條第一項之罪，其成立要件有二：（一）須施用詐術（二）須使婦女誤信有夫妻關係而聽其姦淫，所謂誤信有夫妻關係者，指因受犯人欺

女雖係受騙而陷於錯誤，但其錯誤之內容並非誤信行為人爲其配偶而聽從其爲性交者，自不成立本罪，例如行為人以花言巧語，使被害婦女信以真其有娶其爲妻之意，遂與其發生性行爲，此自不構成本罪⁷¹。至於行為人雖施用詐術，但對方並無陷於錯誤，信其爲配偶，而仍聽從其性交者，則屬通姦與相姦行爲，不能成立本罪⁷²。實務見解認爲，所謂以詐術使婦女誤信爲自己配偶而聽從其姦淫云者，係指他人施行詐術使婦女陷於錯誤，誤信該犯人爲其已結婚之配偶，與之性交之謂，如該婦女僅信爲將來可以結婚，先與通姦，不能構成本罪⁷³。另，本罪之主觀要件爲故意，包括直接故與未必故意，行為人必須對於被害人誤信行為人爲其配偶有所認識並進而爲性交行爲之主觀心態，才具有本罪之故意。

學說上有認爲，就法事實而論，通常狀況下甚少會有人因爲受騙而將他人誤認爲自己配偶，而任其爲性交之情事，故本罪之規定少有刑法實務上的實益。縱使爲非通常狀況下的受騙，本罪章中也已有第 225 條第 1 項的趁機性交罪可供處罰，故本罪應予刪除⁷⁴。唯有學者主張，社會上以詐術方式騙得被害人委身的案例不少，例如假借宗教之名、神怪之力騙色，因此，本罪未來修法上應刪除「誤信爲配偶」的無用要件，俾使本罪在實務上有所適用之機會⁷⁵。

林東茂教授復指出⁷⁶，詐術性交罪是外國立法例所沒有的，是我們本土的

罔，錯認其爲自己已結婚之夫而言，若因雙方合意同居姘居，自無所謂誤信有夫妻關係，即與該罪成立要件不合。」

⁷¹ 「詐姦」雖不多見，但「騙婚」在台灣倒是時有所聞。如果男子欺騙女子，告以將來一定迎娶，打動芳心而發生性關係，結果新娘不是她，男子不成立詐術性交罪。理由很簡單，因為兩人發生關係時，誰都不是誰的配偶。然而，詐騙者也無法成立詐欺罪，因為詐欺罪是財產罪，受騙的女子處分的是性的決定權，而不是財產。但是如果使用騙婚的方式取得不法利益者，則騙婚可以是詐欺罪中行使詐術的方式之一，有可能成立詐欺罪。

⁷² 褚劍鴻，刑法分則釋論（上），2001 年，第 692 頁。

⁷³ 最高法院 28 年上字第 38 號判例參照。

⁷⁴ 林山田，刑法各罪論（上），2004 年，第 246 頁。

⁷⁵ 盧映潔，刑法分則新論，2009 年，第 373 頁。

⁷⁶ 參見：林東茂，一個知識論上的刑法學思考，2001 年，第 180、181 頁；以及林東茂，刑法綜

產物。1935年刑法公布施行，已有詐術性交罪。其實在更早的舊刑法的年代也已經有了。在那個年代，或更後的年代，除了極少數的例外，婚配幾乎都是媒灼之言，男女在婚前很少有單獨相見的機會，更別說貪歡甚至同居。由於婚前的陌生，婚後的相敬如賓，才可能在婚後的遠別，遭到有心人的覬覦。詐術性交罪在古樸的農業社會可能發生，但是，在現代社會就非常難以想像，可能的狀況是易容或雙胞胎⁷⁷，但必須強調的是，即使是易容或雙胞胎，也無法改變每個人的精神與生命狀態。易容或雙胞胎如果可以得逞，關鍵原因還是當事人精神恍惚，如酒後、病中、好夢正酣。由於這種恍惚，所以不能辨人或識人不明；也由於這種恍惚，所以不想抗拒或無力抗拒。如果真是如此，理當適用的是乘機性交罪，而不是詐術性交罪。所以即使沒有詐術性交罪，也不會有處罰的漏洞。總之，詐術性交罪有其歷史意義，但已經沒有適用上的社會條件了，應該刪除。刪除後，乘機性交的規定足以擔當大任，不會有刑罰漏洞。如果不刪除詐術性交的規定，法定刑也必須調整，應當介於強制性交與乘機性交之間⁷⁸。換言之，強制性交處罰最重，其次詐術性交，再其次則為乘機性交⁷⁹。

（二）本罪「詐術」概念的不法內涵

本罪之性質乃侵害個人自由法益（性自主決定自由）之犯罪類型，所侵

覽，2007年，第2-77頁。

⁷⁷ 雙胞胎詐稱配偶性交，可成立趁機性交罪，詐術性交罪無適用餘地；中途被發覺，強渡關山，則適用強制性交罪，詐術性交罪還是沒有適用之餘地。

⁷⁸ 嚴格來說，詐術性交的行為人所要付出的成本比較高，要縝密布局、要構思計畫。相反地，乘機性交的行為人只須以逸待勞、趁虛而入，什麼心力都不必付出。詐術性交必須經營，乘機性交則根本無須經營；兩者犯罪成本的高低，似乎再清楚不過了。理論上詐術性交罪的法定刑應該要比乘機性交罪要來得重。可是，立法者對於這兩個罪的處罰都是一樣，皆為3年以上10年以下有期徒刑，值得檢討。

⁷⁹ 詐術性交與乘機性交，行為人的手段都不暴烈，而是婉轉巧妙，對於被害人並不帶生命與身體的威脅性。但是，這兩個罪有其判別的關鍵因素：1.詐術性交的發端是，被害人遭到欺騙，發生誤判。被害人沒有精神障礙、沒有身體障礙，沒有心智缺陷，也沒有與此相類的情況。2.乘機性交的發端是，被害人因為自己的身心狀況出了問題，先自出現恍恍惚惚的狀態，以致於不知抗拒或不能抗拒；這個恍惚而無抗拒的狀態，並非行為人傳遞了以假亂的訊息所造成的。

害之法益與財產法益無關。至本條之詐術性交是指施用詐術，使人誤信為自己的配偶出現，而與之發生性關係。所謂的詐術，是傳遞不實的資訊，這個資訊必有真假的內涵，足以供作事實判斷的基礎。例如：被害人與夫婿久別，行為人利用天色昏黑，以大毛巾裹住頭臉，刻意裝出配偶的聲調與姿態，假冒夫婿歸來，而上床共枕。本罪之詐術，雖仍亦有認係以不法欺罔之手段使人陷於錯誤信其為配偶而聽其性交者⁸⁰，但亦有認為本罪之施詐性交，係以不正方法積極使人陷於錯誤之行爲，至消極利用被害人錯誤之行爲，因未施用詐術，自不包括在內⁸¹。詐術性交罪非「意圖犯」，為「結構上一致之構成要件」的故意犯，本罪之行使詐術，行為人之主觀心態上必須具備詐竊之故意，並進而行使各種積極、不正之方法使人陷於錯誤之欺罔方式使人陷於錯誤，進而導致誤信為配偶而聽其性交。另外，行使本罪之詐術行爲本身，理論上也應以事實上之各種手段為之，評價觀念作為本罪之詐術概念殊難想像。

惟本罪較為特殊的是：行使詐術使人陷於錯誤之「特定結果」，一般而言，詐欺之施行詐術僅需相對人因此陷於錯誤而做出不利於己之相應行爲即可，並無限定陷於錯誤之結果必定為特定之結果。例如詐欺罪之行使詐術乃使人陷於錯誤而為財產上之處分，此一錯誤之結果雖為財產上之處分，但財產處分可以是物的交付之事實行爲，也可以是移轉財產的法律上之處分行爲（縱屬民法上之無效或得撤銷，對於詐欺罪之成立不生影響）⁸²。又如妨害投票罪與妨害合法集會罪，其罪之行使詐術亦僅使人陷於錯誤而致發生投票不正確之結果與阻止或擾亂合法集會即可，並無限定行爲之結果的程度或內容。詐術性交罪之行使詐術則需因詐術所導致錯誤之結果為「誤信為其配偶，而聽從其為性交」，此為本罪最為特別之處，並非一切因錯誤發生錯誤之所有結果均可為本罪之詐術概念所涵攝，就此而言，本罪也屬「目的（結果）」

⁸⁰ 褚劍鴻，刑法分則釋論（上），2001年，第692頁。

⁸¹ 甘添貴，刑法各論（下），2010年，第274頁。

⁸² 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第322、323頁。

限縮的詐術概念」。然而，學者認為，詐術性交罪之「詐術」，於當今現實生活上無法想像其如何發生，致該罪名於實務上似乎幾無適用之餘地，應屬「虛無（無益）的詐術概念」⁸³。

五、§231 圖利使人為性交或猥褻罪

（一）不法構成要件解析

本罪規定：「意圖使男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介以營利者，處五年以下有期徒刑，得併科十萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。」（第一項）「公務員包庇他人犯前項之罪者，依前項之規定加重其刑至二分之一。」（第二項）本條規定於民國 88 年與 94 年修正，88 年之立法理由：「一、由於妨害風化犯罪樣態多元化，應召站主持人、捐客、保鏢等媒介嫖客與賣淫者於非特定場合為性交或為猥褻之行為，造成色情氾濫，社會風氣敗壞，加上色情行業利潤豐厚，以詐術使人行之者，亦常見，故增列「媒介」及施用「詐術」行為之處罰。二、將婦女分為「良家婦女」與「非良家婦女」有違平等原則，又男妓日益普適，亦妨害風化，故修改「良家婦女」為「男女」。三、合併現行法第一項與第二項性交與猥褻行為之犯行，以減少本條文之項次。四、加重刑罰，以遏歪風。」至 94 年之立法理由：「一、配合第五十六條連續犯之刪除，刪除現行第二項常業犯之規定。二、現行第三項條文移列為第二項。「前二項」及「各該項」均修正為「前項」。」

本罪所保護的法益通說認為是善良風俗，對於引誘媒介性行為足以敗壞社會風氣，故加以處罰。本罪於 1999 年修法時把「營利」之要素修正為行為之結果，形同處罰不法營利行為，易誤解為侵害財產法益之犯罪型態。另外，修法結果並使得「他人間為猥褻或性交」成為主觀要件⁸⁴，而非客觀要件，是

⁸³ 高金桂，論刑法之詐術，收錄於「刑與思」，林山田教授紀念論文集，2008 年，第 188 頁。

⁸⁴ 若是意圖與「自己」為性交或猥褻，而非「他人」者，則不成立本罪（90 年台上字第 1483 號判決參照）。

以只要有引誘、容留、媒介或詐術之客觀行為，即屬本罪之既遂。學者黃榮堅認為，善良風俗太抽象不應成為刑法所要保護的法益，而主張本條應予刪除，其理由如下⁸⁵：(1) 這個社會上有無數的交易行為，有人買賣東西，有人提供服務。而以性交或猥褻為內容的交易，是以提供服務為交易內容的交易類型當中的一種。這麼多的交易類型，在社會中應該被禁止還是被容許，完全應該看其交易類型對於社會所帶來的利益關係是什麼。(2) 以性交或猥褻為內容的交易類型，之所以被動用刑罰來禁止，是因為大多數人在自己行為的價值判斷上是不願意把性交行為當作交易的標的，並且往往也把此一價值標準套到所有人的頭上。(3) 但是，就刑法的角度而言，要不要制定一個刑罰規範，所涉及的並不僅僅是個人喜不喜歡的問題，而是有沒有一個我們說得出來，而且也可以清楚的被理解的具體侵害的問題。(4) 這一次刑法修正，立法者使用「妨害性自主」，表示其也肯定了性行為自主的基本原則。但立法者又矛盾的透過所謂妨害風化罪章的規定來剝奪色情交易者性行為的自主權。(5) 以色情為交易，如果說是不擇手段，如果有犧牲，犧牲的也是行為人自己的利益，而且是個人經過取捨判斷後願意自我犧牲的利益，至少總沒有傷害到別人。只要沒有製造侵害，以性交或猥褻為工作，是個人生活方式的選擇，國家沒有刑罰的理由。

通說認為，本罪之主觀要件為「營利之意圖」，行為人只要行為時主觀上具有營利之目的已足，結果是否實現則在所不問，若無營利意圖則不成立本罪。本條在過去舊法時代曾規定「意圖營利...」，現行條文則修正為「意圖...以營利」，但通說與實務還是將「以營利」當作主觀要件，不過有學者認為，本條立法目的之正當性應受質疑，固為限縮本罪之適用範圍，「以營利」此要素可解釋為客觀要件，也就是行為人之行為在客觀上必須達到結果，若行為人並未因其行為而得到財產利益者，就不應成立本罪⁸⁶。另外，本罪之「使男

⁸⁵ 黃榮堅，刑法妨害風化罪章增修評論，月旦法學雜誌第 51 期，1999 年，第 84、85 頁。

⁸⁶ 黃榮堅，刑法妨害風化罪章增修評論，月旦法學雜誌第 51 期，1999 年，第 84 頁。

女與他人為性交或猥褻」，是否必須要有對價關係，法條規定的不清楚，林山田教授則認為，本罪必須是「性交易」之行爲，亦即限於有對價之行爲方能構成本罪，否則，職業性的媒婆或收費的婚姻介紹所，將會不當入罪⁸⁷。

（二）本罪「詐術」概念的不法內涵

本罪為意圖犯，基本上行為人主觀方面需具備有營利之不法意圖以及引誘、容留、媒介與施術之故意，客觀上進一步具體實施引誘、容留、媒介、詐術之行爲，而使人為性交或猥褻，始得成立本罪。初步來看，在行為態樣上，本罪之行為方式有四：引誘、容留、媒介、詐術，其中的施用詐術，有學者解釋係指施用詐術而使被害人信以為真，而受其引誘、容留或媒介他人為性交或猥褻之行爲⁸⁸。惟有學者認為，本罪規定以詐術為之乃不當之規定，因本罪之詐術難脫「引誘」與「媒介」之關係，而難以單獨「詐術」所能完成，故增列「詐術」作為行為態樣是否必要，實不無可議⁸⁹。

關於本罪的立法問題，甘添貴教授更是指出，本罪法文僅曰「以詐術犯之者」，構成要件之設計頗為怪異，使男女與他人為性交或猥褻之行爲係本罪意圖之內容，亦即主觀上係以使男女與他人為性交或猥褻之行爲為目的，而客觀上則實施詐術行為，至其詐術行為之「客體」究係什麼，則無法明瞭；且「詐術」一語，究為構成要件之實行行為抑或為實行行為之方式，亦無法明其究竟。立法理由內，僅謂妨害風化犯罪樣態多元化，應召站主持人、捐客、保鏢等媒介嫖客與賣淫者於非特定場合為性交或為猥褻之行爲，造成色情氾濫，社會風氣敗壞，加上色情行業利潤豐厚，以詐術使人行之者，亦常見，故增列「媒介」及施用「詐術」行為之處罰。自此立法理由觀之，仍無法使人瞭解上述之疑惑實有違罪刑明確性之原則⁹⁰。高金桂教授則認為，詐術媒介性交或猥褻罪、詐術使人性交或猥褻罪，與犯罪之成立或不法內涵之判

⁸⁷ 林山田，評 1999 年的刑法修正，月旦法學雜誌第 51 期，1999 年，第 32 頁。

⁸⁸ 林山田，刑法各罪論（下），2004 年，第 488 頁。

⁸⁹ 褚劍鴻，刑分則釋論（上冊），2001 年，第 701 頁。

⁹⁰ 甘添貴，刑法各論（下），2010 年，第 283 頁。

斷，並無關聯性存在，為一「虛無（無益）的詐術概念」，基本上應屬累贅之立法⁹¹。本罪如有存在之情形者，大概只有一種可能性：媒介性交易者偽稱事成後將給予酬勞，但自始即無支付之意思（此為內部心理事實之詐欺）。

由上述討論可知，無論是語法解釋、體系解釋，亦或是目的解釋，皆無法得知本罪詐術概念之真正定性與定位，實有重新檢討之必要，不是調整不法構成要件之設計之外，就是乾脆刪除「以詐術犯之者」之行爲態樣。甚至於，因為本罪所保護之法益過於抽象，並無侵害他人利益，且刑法亦不處罰與 18 歲以上之人從事性交易之行爲⁹²，而本罪的行爲實際上是對於他人的性交易提供幫助的措施，既然性交易的主要行爲不罰，為何幫助行爲卻應加以處罰⁹³？此者，不無背離了法益保護與參與犯之犯罪原理。

六、§233 使未滿十六歲之男女爲性交或猥褻罪

（一）不法構成要件解析

本罪規定：「意圖使未滿十六歲之男女與他人爲性交或猥褻之行爲，而引誘、容留或媒介之者，處五年以下有期徒刑、拘役或五千元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。」（第一項）「意圖營利犯前項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五萬元以下罰金。」（第二項）本罪於民國 88 修正，立法理由是：「原條文修正爲第一項，又容留、媒介行爲與引誘行爲惡性相當，爰並增列「容留或媒介」未滿十六歲之男女，與他人爲性交或猥褻之行爲，其惡性較重，且嚴重破壞社會善良風氣，爰增列第二項規定處以較重之刑度，以期遏止。」

本條與刑法§231 之區別在於行爲客體限於未滿十六歲之男女。至於未滿

⁹¹ 高金桂，論刑法之詐術，收錄於「刑與思」，林山田教授紀念論文集，2008 年，第 188 頁。

⁹² 兒童及少年性交易防制條例所處罰的是與 18 歲以下之人所從事性交易之行爲（兒童及少年性交易防制條例第 19、22~25、27 條參照）。

⁹³ 盧映潔，刑法分則新論，2009 年，第 381 頁。

十六歲之男女，是否限於未婚，實務上認為⁹⁴，本條之立法意旨，係以未滿十六歲之人意志薄弱，易被誘惑，為保護其利益計，不得不對引誘行為加以處罰，不以未結婚者為限，即已結婚者亦包括之，與刑法§227 限於未婚之女子者不同。如本條與刑法§232 競合時，實務上認為，被害人被引誘時雖未滿十六歲，但被害人既係行為之女，即屬因親屬關係服從其監督之人，意圖營利將其送往賣淫，係觸犯刑法§232 及§233，因係法規競合，應適用刑罰較重之刑法§232 處斷，而非想像競合⁹⁵。此外，本條之未滿十六歲男女為構成要件要素，行為人對於行為客體之年齡必須有所認識，才能適用本條，否則應論以刑法§231 之罪。

（二）本罪「詐術」概念的不法內涵

除行為客體外，本罪不法構成要件之設計與第 231 條類同，惟本條第 1 項乃非營利之意圖犯，第 2 項才是營利之意圖犯，但無論是否有營利之意圖，本罪「以詐術犯之者」之構成要件設計，其問題仍如同第 231 條，使未滿十六歲之男女與他人為性交或猥褻之行為係本罪意圖之內容，亦即主觀上係以使未滿十六歲之男女與他人為性交或猥褻之行為為目的，而客觀上則實施詐術行為，至其詐術行為之「客體」為何並不清楚；且「詐術」究為構成要件之實行行為抑或為實行行為之方式，亦無法明瞭。高金桂教授亦認為，本罪之詐術概念，與犯罪之成立或不法內涵之判斷，並無關聯性存在，為一「虛無（無益）的詐術概念」，應屬累贅之立法⁹⁶。可知，本罪以語法解釋、體系解釋，亦或目的解釋，也無法得知本罪詐術概念之真正內涵，應如前所述，未來應加以調整不法構成要件之設計。否則，另因本罪之詐術亦難脫「引誘」與「媒介」之關係，而難以單獨「詐術」所能完成，故以「詐術」作為行為態樣應屬多餘，似可直接刪除「以詐術犯之者」之行為態樣。

⁹⁴ 58 年台上字第 1072 號判決。

⁹⁵ 46 年台上字第 610 判決。

⁹⁶ 高金桂，論刑法之詐術，收錄於「刑與思」，林山田教授紀念論文集，2008 年，第 188 頁。

七、§238 詐術結婚罪

(一) 不法構成要件解析

本罪規定：「以詐術締結無效或得撤銷之婚姻，因而致婚姻無效之裁判或撤銷婚姻之裁判確定者，處三年以下有期徒刑。」本罪早於民國 24 年立法，立法理由為：「查第二次修正案理由謂本條原案無，本案以此種行為，祇負民事上離婚及扶養之義務，未足以蔽其辜，故擬參照外國立法例增入。」

刑法第238條的規定，其客觀要件有二：（一）以詐術締結無效或得撤銷之婚姻：係指以詐欺之手段，使他人受騙而陷於錯誤，不知婚姻存有無效或得撤銷之原因，而與之締結無效或得撤銷之婚姻。（二）因而致婚姻無效之裁判或撤銷婚姻之裁判確定：學說對此要素大多認為係「客觀處罰條件」而非構成要件要素⁹⁷，是以此要素之事實不成為故意所認識的對象，且此要素的成就，本質上亦與行為人之本意相違，如認為此要素為構成要件要素則行為人不可能具有本罪之故意。此要素為客觀處罰條件的理由是因為：理論上，只要經詐術而締結婚姻，所形成的損害就已經可以確定，無待乎後來婚姻無效或撤銷判決確定。立法者之所以在客觀上仍然以婚姻無效或撤銷判決確定為刑罰要件，也許是考慮到，被害人一方面保留經詐術所締結之婚姻，一方面卻又提出本罪的告訴，似乎立場有所矛盾，而這樣的刑罰在現實上可能已經完全淪為被害人復仇的工具⁹⁸。

本罪的客觀構成要件，必須「以詐術締結無效或得撤銷之婚姻」作為前提，即係以詐欺之手段，使他人受騙而陷於錯誤，不知婚姻存有無效或得撤銷之原因⁹⁹，而與之締結無效或得撤銷之婚姻。本罪之保護的是，對於婚姻制

⁹⁷ 甘添貴，刑法各論（下），2010年，第299頁；盧映潔，刑法分則新論，2009年，第400頁；林山田，刑法各罪論（下），2004年，第509頁。

⁹⁸ 黃榮堅，衛爾康事件的基本刑法問題，月旦法學雜誌第1期，1995年，第55頁。

⁹⁹ 本條婚姻之無效原因係指民法第988條；而婚姻得撤銷之原因係指民法第989條至第991條，以及民法第995條至第997條。

度純潔的破壞，因為行為人使用了欺騙手段與人締結無效或得撤銷的婚姻，造成被害人陷入婚姻的不確定狀態。所以如果詐術締婚後，隨即解除可能造成婚姻無效或得撤銷的條件，此詐術締婚的行為仍不構成本罪¹⁰⁰。至於本罪的主觀要件僅限於故意而無意圖，本罪之故意只須要認識以詐術締結無效或得撤銷之婚姻即可，包括直接與未必故意。

（二）本罪「詐術」概念的不法內涵

詐術結婚罪所指稱的施用詐術行為，意即行為人傳遞與客觀現實不符，可辨真假的錯誤資訊，使被害人陷於錯誤與其締結無效或得撤銷之婚姻。舉例而言，有配偶者實施詐術，使其相婚者不知其有配偶之事實而與其締結無效之婚姻，嗣後經法院確認婚姻無效確定。文獻上指出，所以此處的詐術內容，可能是積極的向被害人表達自己單身之證明，如身分證上配偶欄之空白；或者行為人明知被害人與其具備禁婚親之身分關係仍故意掩飾或不告知，使被害人陷於錯誤願意與其締結無效婚姻之種種可得反證推知不具真實性的訊息皆屬之。惟其中若行為人向被害人宣稱在未來的某個時間點將會與其結婚，之後亦真的結婚但此婚姻無效或得撤銷，行為人的此種許諾可否被認定為本罪的施用詐術？首先，當事人之間結不結婚這種事，屬於對未來不確定事件之許諾，因為未來事件無法預測亦無法在承諾當時確認真假，無法構成詐術之內容，所以應該無法認定其為詐術之施用。除非可證明行為人與被害人之締婚有詐欺之主觀不法意圖，且行為人必須是有認識就算將來與被害人結婚也是會導致婚姻關係無效或得撤銷，即包括直接與未必故意之狀況，才可能構成本罪之施用詐術，並進一步以詐術締婚罪相繩之¹⁰¹。另外，學者指出，本罪詐術之內涵，應依附於與婚姻無效或得撤銷之要件有關者為限，應屬「構成要件內部關聯性的詐術概念」；亦即，行為人與相對人結婚，在客觀上是屬於無效或得撤銷之婚姻，行為人就其中之事實，對被害人實施詐術，

¹⁰⁰ 司法行政部刑事司臺67刑二函字第1316號；林東茂，刑法縱覽，2006年，第2-281頁。

¹⁰¹ 陳盈穎，刑法詐術意涵之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，2009年，第62頁。

含作為及不作為（基於特別信賴關係），均足以構成本罪之詐術¹⁰²。

另外，有學者認為，本罪之詐術，其方法並無限制，凡以謊騙、誘惑、蒙蔽等方式均屬之。但本罪以行為人有積極的施行詐術為必要，如由他造主動的陷於錯誤，因而消極利用之以締婚者，則不能成立本罪¹⁰³。本罪之施用詐術與無效或撤銷之確定裁判，需具有因果關係。若行為人雖有以詐術締婚之事實，而該無效或撤銷之確定裁判係因其他原因所致者，仍難成立本罪。例如，詐稱已滿18歲，使對方誤信而與之結婚。惟因未獲法定代理人同意，至該法定代理人向法院請求撤銷，並經裁判確定者是¹⁰⁴。本罪非意圖犯，而侵害之法益為超個人之社會法益之家庭婚姻安全，與財產法益無關，行使本罪之詐術行為本身，基本上應以事實上積極作為之方式為之。

八、§251 妨害販運農工物品罪

（一）不法構成要件解析

本罪規定：「以強暴、脅迫或詐術為左列行為之一者，處五年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金：一、妨害販運穀類及其他公共所需之飲食物品，致市上生缺乏者。二、妨害販運種子、肥料、原料及其他農業、工業所需之物品，致市上生缺乏者。」（第一項）「前項之未遂犯罰之。」（第二項）本條規定在實務上適用之機會極少，經查，僅於民國 25 年時作有一判例¹⁰⁵。其實，本罪與詐術性交罪同，立法其時本具有當初時代背景之特殊因素，但現今實務上對於這些條文的運作，幾已喪失適用之可能性了。

¹⁰² 高金桂，論刑法之詐術，收錄於「刑與思」，林山田教授紀念論文集，2008年，第183、184頁。

¹⁰³ 甘添貴，刑法各論（下），2010年，第298頁；褚劍鴻，刑分則釋論（下冊），2001年，第734頁。

¹⁰⁴ 甘添貴，刑法各論（下），2010年，第299頁。

¹⁰⁵ 即 25 年上字第 7085 號判例。該判例之要旨為「刑法第二百五十一條第一項第二款所謂妨害販運種子、肥料、原料及其他農業所需之物品，係指對於種子、肥料、原料及其他農業所需物品之販賣、運送加以妨害而言。上訴意旨，謂係妨害販運種子、肥料、原料及妨害農業上所需物品之義，顯屬誤會。」

本罪係規定於妨害農工商罪章，林山田教授認為，農工商業在表面上雖為個人參與的經濟活動，但在實質上係屬國家經濟活動的基礎，特設妨害農工商罪章，自有其重要性，惟就當前農工商業的經濟現狀觀之，現行法對於妨害農工商罪的規定顯然過於簡陋¹⁰⁶，為數不少的重大妨害農工商業的行為，均未能依據刑法加以制裁，更由於我國尚欠缺一些規範經濟秩序的經濟法，更使得這種經濟犯罪日趨嚴重。因此，本章應重新全面修正，增訂新條款，使本章成為經濟刑法的基本規範，方能有效抗制抽象而複雜的妨害農工商業的經濟犯罪行為¹⁰⁷。

（二）本罪「詐術」概念的不法內涵

本罪為侵害超個人之社會法益之犯罪行為，所保護者乃農工商業之正常經濟活動。本條條文規定妨害販運需以強暴、脅迫或詐術之行為為之，有一即足構成本罪，以詐術妨害販運之行為，像是對販運者詐稱甲地糧食價高，使其誤信將原擬運往乙地之糧食改運甲地，致乙地發生缺糧之情形是。苟非以強暴、脅迫或詐術之方式而妨害販運，如「勸使」糧商改運而造成缺量現象，則不成立本罪¹⁰⁸。實則，今日經濟生活形態與交通科技資訊均十分發達，未若早時地幅廣闊、交通資訊不便之情形，會有會有妨害公共所需之飲食用品與農工商所需之物品的狀況已不多見，現今即使有短暫的市場供需失衡之情形，政府相關單位亦會適時以行政措施或政策介入，所以以當今現實情狀觀察本條文，有否留存本罪之必要，已是不言自明了。

本罪係以妨害農工商業之健全發展為其內容之犯罪，其保護法益，重在國民經濟之發展，而著眼於社會民生之安全，故以之為侵害社會法益之犯罪。此與財產犯，重在保護個人之財產安全者，其罪質顯然有別¹⁰⁹。然而，本罪

¹⁰⁶ 就目前現況而言，得為妨害農工商罪章各罪之特別法者甚多，例如：農業發展條例、農產品市場交易法、肥料管理法、商標法及水利法...等，均屬之。

¹⁰⁷ 林山田，刑法各罪論（下），2004年，第555頁。

¹⁰⁸ 褚劍鴻，刑分則釋論（下冊），2001年，第804頁。

¹⁰⁹ 甘添貴，刑法各論（下），2010年，第348、349頁。

與財產犯罪之詐欺罪相同的是，詐術行使之標的除以事實上之手段為之外，亦有可能涉及到交易上的評價觀念，屬於比較特例的情形是，行為人利用個人主觀上價額與客觀市場上價額的落差，誤導當事人販運物品導致發生缺糧之情形。此外，本罪非意圖犯，行為人主觀上僅需具備妨害販運之故意即可，係出於何種意圖目的，在所不問。就本罪之詐術概念的定性而言，應屬「虛無（無益）的詐術概念」，因本罪之適用於現今社會經濟生活上幾已無適用之機會，且縱然有相關犯罪情事發生，亦有特別法優先適用之問題，故本罪似已無存立之意義。

九、§297 意圖營利以詐術使人出國罪

（一）不法構成要件解析

本罪規定：「意圖營利，以詐術使人出中華民國領域外者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金。」（第一項）「前項之未遂犯罰之。」（第二項）本條於 94 年修正，立法理由是以：「一、配合第五十六條連續犯之刪除，刪除本條第二項常業犯之規定。二、因第三十三條之罰金刑已提高為新臺幣一千元以上，現行法第一項之罰金刑為「三千元以下」顯與前開修正扞格，爰依目前社會經濟水準、人民平均所得，參考罰金罰鍰提高標準條例第二條關於易科罰金、易服勞役就原定數額提高一百倍之標準，酌予提高罰金刑之上限。三、現行第三項改列為第二項，文字「第一項」修正為「前項」。」

所謂「使人出中華民國領域外」，僅須被害人因行為人之詐術，使其陷於錯誤，因而同意出中華民國領域外。至被害人之出境，究係自行前往，抑係由行為人或第三人陪同前往，解釋上均無不可。又本罪以使人出中華民國領域之外為已足，至其是否為他國及何國之領域，並非所問；縱在中華民國領

域外之中華民國船艦或航空機者，亦為出中華民國領域外¹¹⁰。然而，出國並不一定會使被害人之自由受到妨害，必須是被害人出國後在生活上會陷於難以安排及適應之困境，才認定成立本罪，方為合理。另外，本罪之主觀要件為行為人主觀上必須同時具備詐騙出國故意與營利之不法意圖，而為本罪之行為，始足以構成本罪，包括直接故意與未必故意。

關於本罪立法，有學者認為，本罪屬於構成要件不明確之法條，倘旅行者為招攬生意，天花亂綴地將某地孤僻海島說成人間天堂、觀光勝地，並詐騙旅客赴該海島渡假，則業者可能因此入罪，況且，意圖營利而詐騙他人出國，有無必要科處三年以上十年以下的重刑，也有待商榷。復因「本國領域」未明（此涉及政治因素考量），由台灣赴中國可否認定為以詐術使人出國，亦不無疑問，故本罪亟待修正，或逕予刪除之¹¹¹。

（二）本罪「詐術」概念的不法內涵

本罪乃侵害自由法益之犯罪，至本條之「詐術」，傳統上認為乃以欺罔之方法，使他人陷於錯誤之行為。例如：詐稱出國工作，可獲厚利，而誘使出國¹¹²。所謂「以詐術使人出中華民國領域外」，凡行為人施用欺罔之詐術於前，被害人因而陷於錯誤，並因該錯誤而同意出於中華民國領域外者，即合致於本要件。至於被害人之出境，究係自行離境或由行為人或第三人代為移送，解釋上均無不可。又，本罪僅以出中華民國領域外為其要件，故一旦被害人出於中華民國領土、領海或領空之外，不論是否已抵達外國領域內或仍處於船機等運輸工具之上，皆與本要件之認定不生影響。

本罪之性質依通說乃侵害個人自由法益之犯罪類型，至本條之詐術出國是指施用詐術行騙，使人陷於錯誤，信以為真，而自願出國。本罪的詐術，是傳遞不實的資訊，這個資訊必有真假的內涵，足以供作事實判斷的基礎。

¹¹⁰ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第114頁；盧映潔，刑法分則新論，2009年，第506頁。

¹¹¹ 林山田，刑法各罪論（上），2004年，第171頁。

¹¹² 褚劍鴻，刑分則釋論（下冊），2001年，第1017頁。

且因本罪有營利之行爲，故詐術之內容除事實上之手段外，交易上的評價觀念應有可能含括在內，屬於比較特例的情況是，詐稱招募出國工作可獲高薪，但高薪的水準在國內外的標準不一，施詐者與受騙者理解的落差太大¹¹³。詐騙出國罪爲「結構上不一致構成要件」的「意圖犯」，本罪之行使詐術，行爲人之主觀心態上必須具備詐騙出國之故意與營利之不法意圖，並進而行使各種使人陷於錯誤之欺瞞手法，進而因此導致被害人自願出國後在生活上會陷於難以安排及適應之困境，方能成立本罪。惟學者認爲，詐術使人出國罪，其保護之法益不夠明確，詐術之內涵及其不法之本質爲何，也不容易推知，構成要件之規定並不明確，似有違罪刑法定原則之嫌，應屬一「虛無（無益）的詐術概念」¹¹⁴。

十、§313 妨害信用罪

（一）不法構成要件解析

本罪規定：「散布流言或以詐術損害他人之信用者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。」所謂「散布流言」，指散播不實之傳言於公眾之謂；其係自行捏造或轉述他人話語，方法上爲舉動、言語或文字、圖畫，均足當之¹¹⁵。詳言之，散布，乃散播傳布使不特定人或多數人得以知悉之行爲。不以行爲人直接向不特定人或多數人告知爲必要，須借他人之口而有順次傳播之可能性時，縱僅對於特定之少數人告知，亦爲散布。至其方法，不問係口頭、文書、圖畫或他法，均非所問。流言，乃流傳之風言，即一般所謂之謠言，流言之內容，須爲全部或一部虛僞不實。如係真實之事實，即非流言。例如散播某公司營業欠佳，行將歇業；傳言某商店所售貨物，多

¹¹³ 當然，行爲人如無施用詐術之情事，縱出國後工作不符理想，則不能構成本罪。

¹¹⁴ 高金桂，論刑法之詐術，收錄於「刑與思」，林山田教授紀念論文集，2008年，第183頁。

¹¹⁵ 盧映潔，刑法分則新論，2009年，第555頁。

為劣等品質等¹¹⁶。本罪所謂之「詐術」係指將不正確之事實傳達於相對人使他人信之為真。例如，虛構某公司可能倒閉，而使相對人向該公司終止契約，轉而與行為人訂約。

學說上有主張，信用乃人類於經濟活動上，有關其財產資力及支付能力之評價，亦即俗稱之債信。進一步言，信用係以有關他人經濟生活之社會價值為內容。因此，不以對於他人支付能力或支付意思之評價為限，即有關產品之品質、售後服務以及經營方針等一切履行經濟上義務之評價，均包含在內¹¹⁷。本質上，信用雖與財產法益密切相關，惟仍屬人格法益其一，依近代社會之經濟活動實情以觀，其得兼指自然人之信用及法人之信用而言，至於已死之人或非法人團體，則不在本罪保護之列¹¹⁸。至於損害「他人」之信用，所謂他人，即行為人以外之人，不問其為自然人、法人，均包括在內。非法人之團體，如屬於社會經濟生活上具有獨立性之團體，亦兼括及之。例如，未經設立登記之同鄉會是；惟如係社會經濟生活上不具獨立性之團體者，則非本罪之客體。

至於損害他人之信用，乃指其所實施之行為本身，在性質上，具有使他人之經濟生活遭致不利益社會評價之危險。是以，本罪為危險犯，不以發生實害為必要，學說上有認為，散布流言或以詐術損害他人之信用時，他人之信用有果受損害者，亦有全未受影響者，如因其未受損害或尚未發生危險，即不成罪，顯有未洽；且實務上，他人之信用是否已受侵害，如何程度受侵害，法益侵害之具體危險是否已發生等，其認定至為困難。故通說認為本罪應為「抽象危險犯」¹¹⁹。在主觀要件上，行為人對於流言或其他不實之消息足以損害他人之信用有所認識，並且進而決意加以散布之主觀心態，即具本

¹¹⁶ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第172、173頁。

¹¹⁷ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第172頁。

¹¹⁸ 褚劍鴻，刑分則釋論（下冊），2001年，第1082頁。

¹¹⁹ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第173頁；盧映潔，刑法分則新論，2009年，第555頁；林山田，刑法各罪論（上），2004年，第263頁。

罪之故意，包括直接故意與未必故意。

（二）本罪「詐術」概念的不法內涵

本罪所保護者乃他人之經濟信用。經濟信用，為他人從事社會活動時有關經濟生活方面之社會評價，實與名譽具有共通性；同時，因其為有關經濟生活之評價，亦具有財產之近似性。因此，本罪之罪質，有認為屬於財產犯罪者、有認為屬於妨害名譽者、亦有認為屬於獨立罪者，學者認為，就本章名將名譽與信用同時並列觀之，似以獨立罪說為當，故信用，既非財產，亦不屬於名譽，而為一種獨立之法益¹²⁰。

本罪之行使詐術行為，可為積極以欺罔之手段使人陷於錯誤或消極利用他人錯誤之不正行為，不問公然或秘密為之均可。至施詐之相對人與被損害信用之人，亦不以同一人為必要¹²¹。然所謂「信用」，乃只人在社會上之經濟評價，此項評價，除應包含財務上之支付能力外（即具有資力之狀態），也應包括誠實信用之表現¹²²。另，由於本罪為「抽象危險犯」，不以實際上已生損害或危險為必要，只須有生損害之虞為已足，從而本罪行使詐術之行為，雖需引致他人錯誤之認知，但是卻不必由此認知進一步發生損害他人信用之具體結果，此者，與前文所述同以詐術為構成要件要素之其他罪名顯不相同，與前述各罪「目的（結果）限縮的詐術概念」須生有特定之行為結果適正相反。

本罪之詐術概念尚具有實定法上之存在意義，然而，「散佈流言」與「以詐術為之」損害他人信用，均為以不實之情事使人陷於錯誤，也都可以是各種的欺罔行為，實在看不出來「散佈流言」與「以詐術為之」兩者之間有何重要的差異性，甚或散佈流言可以含括詐術，抑或詐術可以含括散佈流言在內，兩種行為的界線顯得很模糊，規定於同一法文之內，徒增刑法論理解釋

¹²⁰ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第172頁。

¹²¹ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第173、174頁。

¹²² 褚劍鴻，刑分則釋論（下冊），2001年，第1082頁。

上之困難而已。

十一、§355 間接毀損罪

(一) 不法構成要件解析

本罪規定：「意圖損害他人，以詐術使本人或第三人為財產上之處分，致生財產上之損害者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」本條早於民國 24 年之立法理由說明指出：「查第二次修正案理由謂本條原案無，蓋意圖取得不法之利益，而以詐術損害他人財產者，適用詐欺罪之規定。若無圖利意，而純然為損害他人之財產起見，施用詐術，則律無明文，實屬遺漏，故本案增入本條。」

本罪要件之特色，在於財產損害結果之發生，乃被害人於受欺罔而陷入錯誤後，以其自身之處分行為所造成者，然本章所定之其他毀損罪，則乏被害人行為參與之構造。因本罪犯行於外觀上極類似利用他人行為以遂行自己犯意之間接正犯，學理上遂以「間接毀損罪」稱之¹²³。至於本罪所稱之財產上處分，不論方法上屬積極或消極，亦不問係法律行為（如設定抵押權）或事實行為（如將物毀壞），凡足使被害人因此而減低其財產經濟價值之行為，均足當之，且包括不作為（如聽任請求權罹於時效消滅），至毀棄、損壞行為，仍屬處分行為之一種。財產上之損害不論係積極使財產減少或消極使財產未能增加，均足當之¹²⁴。

(二) 本罪「詐術」概念的不法內涵

本罪係指以詐術使人陷於錯誤而為財產上之處分，致生損害他人財產，性質上屬於毀損罪（刑§354）之間接正犯，惟本罪必須以詐術之方式為之，如以其他方支配被害人而毀損他人之財產，則應論以一般毀損罪之間接正

¹²³ 甘添貴，刑法各論（上），2009 年，第 409 頁。

¹²⁴ 盧映潔，刑法分則新論，2009 年，第 722 頁；林山田，刑法各罪論（上），2004 年，第 541、542 頁；褚劍鴻，刑分則釋論（下冊），2001 年，第 1373 頁。

犯，而非本罪。本罪大概是所有同以詐術作為成文要素的各罪當中，與詐欺罪之詐術最為相似的罪名，學說上通常認為本罪之詐術要件與詐欺罪之詐術要件相同，差別只是在於主觀上行為人係出於損害之意圖，而詐欺罪係出於不法所有或得利之意圖¹²⁵。但若以現行法之詐欺罪來看，除主觀要件之外，本罪與詐欺罪之客觀要件還是有差別，詐欺罪必須是被害人對財物之交付（§339 I）或行為人得財產上之不法利益（§339 II），而本罪是使人為財產上之處分，而非交付或處分於施詐者。

本罪之詐術概念仍具有實定法上之存在意義，本條在性質上為結果犯，其既遂犯之客觀構成要件要素，須因詐術行為，而使他人陷於錯誤，該本人或第三人因錯誤而為處分財產之行為以及使本人或第三人因而發生財產上之損害。如同詐欺罪之連鎖的因果關係，本罪之成立：詐術→錯誤→處分財產→財產損害，環環相扣，前者為後者之原因，後者為前者之結果¹²⁶。此等構成要件要素，有成文要素者，亦有不成文要素者，行為人在主觀上所存之故意，必須對於客觀構成要件要素，均須有所認識。此外，還尚須具有損害他人之特定目的之意圖，方能成罪。與其他大多數財產犯罪不同的是，本罪行為人主觀上不是不法所有之意圖，而是以造成他人的損害為目的¹²⁷。

第三節 構成要件類型下的「詐術」概念特徵

行為作為法規範的評價對象，係屬於一個相對性的概念，也就是相對於行為侵犯對象的危險程度而言，單純的行為本身並不包含任何「自身評價（Selbstbewertung）」的色彩，行為本身並不能自認為是合法或是違法行為。行為的合法或違法係法規範的評價結果，為規範的價值判斷問題。至於規範作為客體評價的標準，其內涵必須包含對於客體情狀的認定，其中包括對於

¹²⁵ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第409、410頁。

¹²⁶ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第410頁。

¹²⁷ 盧映潔，刑法分則新論，2009年，第723頁。

評價對象的整體性描述與判斷。從刑法構成要件的結構而言，因其受到「法定原則」(Grundsatz der Gesetzlichkeit)的規制，必須對於評價對象的行為，在構成要件中加以明確規範，否則即不得對之論罪科刑，而構成要件必須對評價客體的整體情況，作標準式地規定，包括行為之主、客觀內容，以及行為的客觀情狀，更對於特定型態之法定類型，規定其行為主體的特定關係要求。然而，構成要件係以「類型標準化」(Standardisierung der Typen)的方式所形成，也就是構成要件基本上，係對於所欲規範的對象，作基本類型的規定。但是，外觀世界的行為形狀萬端，有完全符合構成要件的基本型態者、有屬於昇層的行為形式者、亦有超出基本型態形式者、也有集合數個行為樣態，組合成一新型態者，構成要件以有限的條款，欲對變化無窮之行為型態，完全個別加以規範，顯然不可能，因此在構成要件之間的相互作用，就成為刑法具體適用時的重要依據¹²⁸。

「詐術」之概念，基本上雖作為各個不法構成要件當中之客觀要素，然而，如同前文所強調的¹²⁹，詐術的不法性與不法內涵，實無法直接從其自身之字意推導而出，基於貫穿（連鎖）因果關係之犯罪整體結構，詐術之不法性必須與其他構成要件要素共同串連觀察才能得知，且判斷詐術之行使需參照相對人之互動與所致生結果之因素，純粹從客觀面向解釋詐術之意涵不是實質化的解釋方式。簡言之，「詐術」概念的不法性需觀照其他要素加以證立。職是，本文擬從各罪詐術之侵害法益性質，以及客觀與主觀構面之異同，整理前文之討論成果，並於下一節中引伸出各罪詐術概念之屬性，包括其定性與定位。

¹²⁸ 柯耀程，刑法競合論，2001年，第52頁。

¹²⁹ 參見本文第三章第二節第三項之三的說明。

第一項 法益屬性之異同

以侵害法益的屬性來看，前述罪名侵害「個人法益」的有：§229 詐術性交罪、§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§313 妨害信用罪、§339 詐欺取財罪、§355 間接毀損罪，其中§229 詐術性交罪、§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§313 妨害信用罪所侵害者為個人「專屬法益」，§229 詐術性交罪、§297 意圖營利以詐術使人出國罪，所侵害者為個人專屬之「自由法益」，§313 妨害信用罪所侵害者則為個人專屬之「信用法益」。§339 詐欺取財罪、§355 間接毀損罪所侵害者則為個人「非專屬法益」之「財產法益」。

另外，§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害合法集會罪、§231 圖利使人為性交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪、§238 詐術結婚罪、§251 妨害販運農工物品罪是侵害「超個人法益」的犯罪型態。其中§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害合法集會罪所侵害者乃「國家法益」，§137 妨害考試罪本質上為妨害公務之犯罪、§146 妨害投票正確罪所侵害者為公正投票之結果、§152 妨害合法集會罪本質上則為妨害公共秩序之犯罪。至於§231 圖利使人為性交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪、§238 詐術結婚罪、§251 妨害販運農工物品罪所侵害者則為「社會法益」，其中§231 圖利使人為性交或猥褻罪與§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪規定於妨害風化罪章，為侵害「善良風俗」之犯罪行為，§238 詐術結婚罪所侵害者為家庭婚姻之安定，§251 妨害販運農工物品罪所侵害者則為農工商經濟活動。

由上可知，一樣是行使詐術之行為，但構成罪名所侵害之法益迥不相同，有分別分佈於個人專屬法益、個人非專屬法益者，亦有歸屬於社會法益與國家法益者，是以傳統上之見解將詐術概念以形式解釋方法理解成「以欺罔之方法使人陷於錯誤」的說法，其詐術之內涵能否以同一之解釋方法適用於所有詐術之罪名，已是大有疑問。

第二項 客觀構面之異同

再就各罪構成要件之客觀不法要素而言，實施詐術行爲中所限定之行爲客體與行爲結果亦多不相同。§339 詐欺罪詐術侵害之客體對象係「財產」，結果爲「財產損失」。§297 圖利以詐術使人出國罪詐術侵害之客體對象係「人」，結果爲「自由受限」。§313 妨害信用罪詐術侵害之客體對象係「人」，結果爲「信用受損」。§355 間接毀損罪詐術侵害之客體對象係「財產」，結果爲「財產損失」。§137 妨害考試罪詐術侵害之客體對象係「考試」，結果爲「考試結果的不正確性」。§146 妨害投票正確罪詐術侵害之客體對象係「投票」，結果爲「投票結果的不正確性」。§152 妨害集會罪詐術侵害之客體對象係「集會」，結果爲「干擾合法之集會活動」。§229 詐術性交罪詐術侵害之客體對象係「具有配偶之人」，結果爲「誤信爲其配偶，而聽從其爲性交」。§231 圖利使人爲性交或猥褻罪詐術侵害之客體對象係「人」，結果爲「性交或猥褻」。§233 使未滿十六歲之男女爲性交或猥褻罪詐術侵害之客體對象係「人」，結果亦爲「性交或猥褻」。§238 詐術結婚罪詐術侵害之客體對象係「具有特定條件之人」(本罪爲「構成要件內部關聯性的詐術概念」)，結果爲「締結無效或得撤銷之婚姻」。§251 妨害販運農工物品罪詐術侵害之客體對象係「農工商業」，結果爲「擾亂農工商業之正常經濟活動」。

以上整理可知，施用詐術行爲所指向之客體或對象，有人、有財產，亦有活動，以「人」爲行使詐術之對象者，有§297 圖利以詐術使人出國罪、§313 妨害信用罪、§229 詐術性交罪、§231 圖利使人爲性交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女爲性交或猥褻罪、§238 詐術結婚罪。然而，§313 妨害信用罪之含括範圍較廣，兼指自然人與法人，其他各罪則限定於自然人，縱使如此，§229 詐術性交罪仍限縮於特定之「具有配偶之人」，§231 圖利使人爲性交或猥褻罪與§233 使未滿十六歲之男女爲性交或猥褻罪交相比較之下，則限縮於

特定之「一定年齡之人」，§238 詐術結婚罪所限定之客體更爲狹隘，僅限於「具有特定條件之人」（得使締結婚姻無效或得撤銷之特定資格）。

再者，以「財產」爲行使詐術之客體者，僅有§339 詐欺罪與§355 間接毀損罪，兩罪侵害之客體雖均爲財產，因行使詐術產生錯誤所導致之結果均需相對人爲財產上之不利處分，但是觀察兩罪在成文的構成要件要素之設計上，§339 詐欺罪明文爲「物之交付」，而§355 間接毀損罪則明文爲「財產上之損害」，如優先就語法解釋上理解，兩者所涵攝之客體範圍似乎仍有不盡相同之處；如以目的性解釋方式詮釋兩罪之侵害客體，則兩者不應有所不同。雖然，實施詐術之客體與結果僅§355 間接毀損罪與§339 詐欺罪較爲相近，然而，需注意者係，兩罪間所具有之主觀不法意圖之具體意向復又大不相同（詳見下文之說明）。最後，以「活動」爲行使詐術之客體者，有§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害集會罪與§251 妨害販運農工物品罪等四罪，此四罪雖均以一定之活動作爲行使詐術之標的，然而因詐術致生錯誤所生之結果，構成要件之要求並不相同。以通常的詐術概念（詐欺罪）要適用在其他各罪構成要件所形成的特定之詐術內涵當中，刑法論理上不僅是不精緻的作法，更是違反罪刑法定原則所強調的明確性之要求。

第三項 主觀構面之異同

前文提及，「詐術」概念的不法性需觀照其他要素加以證立，而其中很重要的判斷要素之一即爲主觀上的意向，尤其是「意圖」，也就是說，行爲人行使詐術之目的不法性應該指向於特定法益之侵害，這一種構成要件的特殊色彩，不應僅侷限於財產犯罪的詐欺罪，也不是單單是「故意」可以形成的詐術犯罪特徵，如是，則所有以詐術爲構成要件要素的罪名，理論上應該都要是意圖犯（Absichtsdelikt）才對，但就現行法而言，似乎現實並非如此。依柯耀程教授之看法，「意圖」作爲構成要件之主觀要素者，其主要之意義有

二：(1) 確認行為的侵害動向，亦即其對於行為客體所為的侵害，究竟是具有何種的目的性，例如行為人具有覬覦他人之物的意向，而取走他人之物，乃屬竊盜行為，反之，無此意向則為「無權使用行為」(即學說所稱之「使用竊盜」)而已；(2) 用以區分同質性的犯罪類型，例如竊盜與毀損對於被害人而言，其實都是財產上的損害，倘若行為人取走他人之物係要據為己有，則取走行為要屬竊盜。若行為人取走他人之物並無據為己有之意思，而是要將其毀壞，則行為乃屬毀損¹³⁰。就本研究所探討之問題而言，應僅主要是確認行為的侵害動向。

如果說涉及詐術要素之各個罪名具有共通點的話，唯一的交集便是「皆為故意犯」，而沒有所謂「過失犯」之類型。就行使詐術之各罪主觀構面的不法要素而言，屬於基本型的「故意犯」類型，諸如§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害集會罪、§229 詐術性交罪、§238 詐術結婚罪、§251 妨害販運農工物品罪、§313 妨害信用罪...等罪。要屬故意犯額外附加侵害動向的「意圖犯」之類型者，則有：§231 圖利使人為性交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪、§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§339 詐欺取財罪、§355 間接毀損罪。相同是意圖犯設計的各罪，彼此間有關於意圖的具體意向及侵害動向仍屬相異，像是§231 圖利使人為性交或猥褻罪之意圖為「營利之意圖」，§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪第 1 項之意圖為「性交或猥褻之意圖」、§233 第 2 項之意圖亦為「營利之意圖」，§297 意圖營利以詐術使人出國罪之意圖乃「營利之意圖」，§339 詐欺取財罪之意圖乃「不法所有之獲利意圖」，§355 間接毀損罪之意圖乃「損害財產之意圖」。前述意圖犯的各罪當中，僅§231 圖利使人為性交或猥褻罪、§233 第 2 項圖利使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪與§297 意圖營利以詐術使人出國罪等三罪之意圖，其不法內涵係屬相同的。

¹³⁰ 柯耀程，財產犯罪之構成要件形成-以強盜罪構成要件為例，月旦法學第 163 期，第 10、11 頁。

由於現實上行使詐術者，多屬犯罪學上所謂的「智能犯」，如何能夠表徵與凸顯作為智能犯的現實色彩，其主觀之意圖便成為指標之一。意圖作為行使詐術之各罪的特殊主觀不法要素，詐術概念內涵的確認自無法脫離此一意圖的具體意向，詐欺罪的詐術概念為通常的詐術概念，惟該罪係基於不法所有之獲利意圖，而非營利之意圖、性交或猥褻之意圖、損害財產之意圖，彼此間為相斥性之概念乃至為灼然。而此之意圖之具體意向復又與前述侵害法益之性質或侵害行為之客體息息相關。

第四項 綜合比較與表解

從上述的比較與討論可以得知，詐術概念之內涵應該隨著「侵害法益之不同」、「主觀構面之不同」、「客觀構面之不同」而應有不同的綜合判斷與詮釋方式才是，光光是使用「欺罔（欺瞞）」一詞或「以欺罔之方式使人陷於錯誤」的說明作為支撐所有各罪的詐術概念之基礎，而忽略詐術概念在刑法體系中各罪構成要件類型的彼此關連性，並將此一空洞定義或說理適用到所有有關詐術的相關罪名當中，是取巧的解釋方法，能夠逐步具體化（*schrittweise Konkretisierung*）詐術作為不明確法律概念之任務，事實上是根本不可能會達成的。要之，各罪之間的「詐術」或許是一種「關連性概念」，但絕對不會是「同一性概念」。透過前文的比較與分析探討，各罪中詐術概念所呈現出來的各種不同意涵、不同作用已是相當明瞭。此外，為便於理解本節說明起見，茲將上開各罪構成要件在形式上的比較繪如下表供參。

表 4-3-1：詐術構成要件之各罪比較

罪名	構成要件與法律效果	侵害法益	構成要件要素	
			主觀要素	客觀要素
§339 詐欺取財罪	意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。	侵害個人法益之「財產法益」（非專屬法益）	故意+意圖（不法所有之意圖）	行為主體、行為客體、詐術行為、被騙者之錯誤、財產處分、財產損失、因果關係。
§297 意圖營利以詐術使人出國罪	意圖營利，以詐術使人出中華民國領域外者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金。	侵害個人法益之「自由法益」（專屬法益）	故意+意圖（營利之意圖）	行為主體、行為客體、詐術行為、行為結果、因果關係。
§313 妨害信用罪	散布流言或以詐術損害他人之信用者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。	侵害個人法益之「信用法益」（專屬法益）	故意	行為主體、行為客體、詐術行為。
§355 間接毀損罪	意圖損害他人，以詐術使本人或第三人為財產上之處分，致生財產上之損害者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。	侵害個人法益之「財產法益」（非專屬法益）	故意+意圖（損害財產之意圖）	行為主體、行為客體、詐術行為、財產處分、行為結果、因果關係。
§137 妨害考試罪	對於依考試法舉行之考試，以詐術或其他非法之方法，使其發生不正確之結果者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。	侵害超個人法益（國家法益）之公權力	故意	行為主體、行為客體、詐術行為、行為結果、因果關係。
§146 妨害投票正確罪	以詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果或變造投票之結果者，處五年以下有期徒刑。	侵害超個人法益（國家法益）之公正投票結果	故意	行為主體、行為客體、詐術行為、行為結果、因果關係。
§152 妨害集會罪	以強暴脅迫或詐術，阻止或擾亂合法之集會者，處二年以下有期徒刑。	侵害超個人法益（國家法益）之公共秩序	故意	行為主體、行為客體、詐術行為、行為結果、因果關係。
§229 詐術性交罪	以詐術使男女誤信為自己配偶，而聽從其為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。	侵害個人法益之「自由法益（性自主決定自由）」（專屬法益）	故意	行為主體、行為客體、詐術行為、行為結果、因果關係。
§231 圖利使人為性交或猥褻罪	意圖使男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介以營利者，處五年以下有期徒刑，得併科十萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。	侵害超個人法益（社會法益）之善良風俗	故意+意圖（營利之意圖）	行為主體、行為客體、詐術行為、行為結果、因果關係。
§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪	意圖使未滿十六歲之男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介之者，處五年以下有期徒刑、拘役或五千元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。	侵害超個人法益（社會法益）之善良風俗	故意+意圖（性交或猥褻之意圖）	行為主體、行為客體、詐術行為、行為結果、因果關係。
§238 詐術結婚罪	以詐術締結無效或得撤銷之婚姻，因而致婚姻無效之裁判或撤銷婚姻之裁判確定者，處三年以下有期徒刑。	侵害超個人法益（社會法益）之家庭婚姻	故意	行為主體、行為客體、詐術行為、行為結果、因果關係。
§251 妨害販運農工物品罪	以強暴、脅迫或詐術為左列行為之一者，處五年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金：一、妨害販運穀類及其他公共所需之飲食物品，致市上生缺乏者。二、妨害販運種子、肥料、原料及其他農業、工業所需之物品，致市上生缺乏者。	侵害超個人法益（社會法益）之農工商經濟活動	故意	行為主體、行為客體、詐術行為、行為結果、因果關係。

資料來源：本研究整理

第四節 對於各罪詐術概念的定性與定位

林東茂教授在其刑法綜覽一書中提及「猥褻」的概念時，曾說道：「刑法理的同一概念作不同解釋，與罪刑法定原則毫無抵觸。罪刑法定原則的靈魂是構成要件明確性，旨在提示立法者不要疏忽職責，創設不能令人預期的法條內涵，使法官可以左右逢源，因而侵犯人民自由。立法者將不確定的抽象概念寫入法條，已是未盡職責，所以更必須合理解釋。依照同一概念所處的不同位置，做出合乎規範目的的解釋，使得構成要件更加明確，不會違反罪刑法定原則。¹³¹」實則，刑法體系中之同一概念遍布分則各法條者不在少數¹³²，除猥褻外¹³³，強暴、脅迫最為常見¹³⁴，也最多文獻分析探討，詐術的概念雖未比猥褻、強暴、脅迫多，但法條規定的條次亦復不少，文獻上的探討更屬罕見，以下，擬就前開詐術各罪之分析，統整歸納並提出其於刑法體系當中應有之定性與定位。

第一項 同一概念的不同意涵

以實質解釋方法出發，明文以詐術作為成文構成要件要素的各罪，各個詐術之具體意涵各不相同。就§339 詐欺取財罪而言，其詐術之意涵乃以各種欺罔、欺瞞之方式使人陷於錯誤，進而導致被害人交付財物之結果。就§137 妨害考試罪而言，其詐術之意涵乃非法方法之一「例示」手段，實務上並認為除詐術外，「法所不許之一切方法」均得為本罪之行為態樣。就§146 妨害

¹³¹ 林東茂，刑法綜覽，2007年，第2-285、2-286頁。

¹³² 刑法上另有一些概念類似但是不法內涵可能還是所出入者，例如：§10的毀敗、§§107、353、356的毀壞、§§115、138、352、354的毀棄、§§185-2、310的毀損、§321的毀越。

¹³³ 涉及猥褻概念之條文：§§225、227、228、230、231、231-1、232、233、234、235、240、241、243、285、296-1、298、300，共計17條條文。

¹³⁴ 涉及強暴概念之條文：§§100、125、135、136、142、149、150、152、161、162、185-1、185-2、221、224、231-1、251、281、296-1、304、309、328、329、333，共計23條條文。另涉及脅迫概念之條文：§§100、125、135、136、142、149、150、152、161、162、185-1、185-2、221、224、231-1、251、296-1、304、328、329、333，共計21條條文。

投票正確罪而言，其詐術之意涵亦為非法方法之一「例示」手段，學者並認為除詐術外，「法所不許之一切方法」均得為本罪之行爲態樣，此同於§137妨害考試罪。就§152妨害集會罪而言，其詐術之意涵乃出於認識妨害投票之故意而所爲之使人陷於錯誤導致發生不正確投票結果之事實上的各種欺瞞之不法行爲。就§229詐術性交罪而言，其詐術之意涵乃指施用詐術，使人誤信爲自己的配偶出現，而與之發生性關係。就§231圖利使人爲性交或猥褻罪而言，其詐術之意涵乃指施用詐術而使被害人信以爲真，而受其引誘、容留或媒介他人爲性交或猥褻之行爲。惟多數學者認為，本罪規定以詐術爲之乃不當之規定。就§233使未滿十六歲之男女爲性交或猥褻罪而言，其詐術之意涵除行爲客體外，與第231條類同，然亦屬不當之規定。就§238詐術結婚罪而言，其詐術之意涵乃行爲人傳遞與客觀現實不符，可辨真假的錯誤資訊，使被害人陷於錯誤與其締結無效或得撤銷之婚姻。就§251妨害販運農工物品罪而言，其詐術之意涵乃以各種欺罔、欺瞞之方式使人陷於錯誤，進而導致妨害販運之結果。就§297意圖營利以詐術使人出國罪而言，其詐術之意涵乃行爲人之主觀心態上必須具備詐騙出國之故意與營利之不法意圖，並進而行使各種使人陷於錯誤之欺瞞手法，進而導致被害人自願出國後在生活上會陷於難以安排及適應之困境。就§313妨害信用罪而言，其詐術之意涵乃積極以欺罔之手段使人陷於錯誤或消極利用他人錯誤之不正行爲，不問公然或秘密爲之均可。就§355間接毀損罪而言，其詐術之意涵乃以各種欺罔、欺瞞之方法，使人陷於錯誤而爲財產上之處分，致生損害他人財產。

第二項 同一概念的不同內容

一、行爲目的

就詐術行爲之目的而言，立法上屬於意圖犯之設計者，有§339詐欺取財罪、§297意圖營利以詐術使人出國罪、§355間接毀損罪§231圖利使人爲性

交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪等 5 罪，僅屬故意犯之設計者，有§313 妨害信用罪、§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害集會罪、§229 詐術性交罪、§238 詐術結婚罪、§251 妨害販運農工物品罪等 8 罪。然而再進一步整體觀察，同樣是意圖犯或故意犯的罪名之間，其行為所致生之特定結果，各罪復又不同。

二、行為方式

前文提及，施用詐術以作為方式及不作為方式為之，均無不可者，有§339 詐欺取財罪、§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§313 妨害信用罪、§355 間接毀損罪、§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害集會罪、§251 妨害販運農工物品罪等 8 罪。至於一般認為，施用詐術僅能以作為方式為之者，則有§229 詐術性交罪、§231 圖利使人為性交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪、§238 詐術結婚罪等 4 罪。

三、行為結果

行使詐術之各罪當中，詐術行為所致生之結果不以實際上已生損害或危險為必要，只須有生損害之虞為已足者，僅有§313 妨害信用罪。其他各罪之詐術行為需致生「一定之結果」（犯罪結果非特定類型）者，則有§339 詐欺取財罪、§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§355 間接毀損罪、§231 圖利使人為性交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪、§238 詐術結婚罪等 6 罪。至於詐術行為需致生「特定之結果」（犯罪結果限定於特定之特殊類型）者，則有§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害集會罪、§229 詐術性交罪、§251 妨害販運農工物品罪等 5 罪。

第三項 同一概念的不同屬性

一、同一概念的不同定性

§339 詐欺取財罪與§313 妨害信用罪之詐術行為為「通常的詐術概念」，然前者為「結構上不一致之構成要件」之意圖犯，後者為「結構上一致之構成要件」之故意犯。至於構成要件中所規定之詐術概念，於行為之可罰性或犯罪判斷上之作用，屬於無實質意義之「虛無（無益）的詐術概念」者，有§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§355 間接毀損罪、§229 詐術性交罪、§231 圖利使人為性交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪、§251 妨害販運農工物品罪等 6 罪。「虛無（無益）的詐術概念」中，屬於「結構上不一致之構成要件」之意圖犯者，有§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§355 間接毀損罪、§231 圖利使人為性交或猥褻罪、§233 II 圖利使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪；屬於「結構上一致之構成要件」之故意犯者，則有§229 詐術性交罪、§233 I 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪、§251 妨害販運農工物品罪。至於犯罪性質上屬於「目的（結果）限縮的詐術概念」者，則有§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害集會罪、§229 詐術性交罪等 4 罪，其中之§229 詐術性交罪在本質上同具「虛無（無益）的詐術概念」與「目的（結果）限縮的詐術概念」之性質。「目的（結果）限縮的詐術概念」中，皆屬於「結構上一致之構成要件」之故意犯者，其中之§152 妨害集會罪並為「行為犯」，餘為實害犯。至於屬於「構成要件內部關聯性（依附）的詐術概念」者（實則，所謂的「構成要件內部關聯性的詐術概念」，理解上其實也是一種「目的（結果）限縮的詐術概念」），應僅只有§238 詐術結婚罪，該罪並為「結構上一致之構成要件」之故意犯。

二、同一概念的不同定位

同一法律概念之所以會有不同的體系定位，實因關聯性之構成要件要素愈多，詐術之外延（對客觀事實之涵攝範圍）也必然相應地被加以限縮。就行使詐術之行爲結果與行爲方式觀察，§313 妨害信用罪之詐術概念，其行爲結果不以實際生有損害爲必要，是屬「最廣義的詐術概念」。至於§339 詐欺取財罪、§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§355 間接毀損罪、§231 圖利使人爲性交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女爲性交或猥褻罪等 5 罪之詐術概念，其行爲結果以致生「一定之結果」爲必要（§339 詐欺取財罪之行爲結果爲被害人爲財產上之處分、§297 意圖營利以詐術使人出國罪之行爲結果爲導致被害人自願出國後在生活上會陷於難以安排及適應之困境、§355 間接毀損罪之行爲結果亦爲被害人爲財產上之處分、§231 圖利使人爲性交或猥褻罪與§233 使未滿十六歲之男女爲性交或猥褻罪兩罪之行爲結果爲只要有引誘、容留、媒介或詐術之客觀行爲，即屬本罪之既遂），應屬「廣義的詐術概念」。至於§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害集會罪、§251 妨害販運農工物品罪等 4 罪，其行爲兼含作爲與不作爲，而其行爲結果則以致生「特別限定之結果」爲必要（§137 妨害考試罪之行爲結果爲使考試發生不正確結果之行爲者爲限、§146 妨害投票正確罪之行爲結果爲使計票結果與投票人之實際投票結果不一致之行爲者爲限、§152 妨害集會罪之行爲結果爲使合法之集會被加以阻止或擾亂之結果爲限、§251 妨害販運農工物品罪之行爲結果爲致使公共所需之飲食物品與農工業所需之物品發生缺市情形），則屬「狹義的詐術概念」。最後，§229 詐術性交罪與§238 詐術結婚罪等 2 罪，其行爲結果雖亦以致生特定之結果爲必要（§229 詐術性交罪之行爲結果爲因詐術所導致錯誤之結果爲「誤信爲其配偶，而聽從其爲性交」、§238 詐術結婚罪之行爲結果爲婚姻無效或得撤銷），然其行爲方式解釋上應僅包括作爲，而不及於不作爲，故歸類上屬於「最狹義的詐術概念」。本段說明可進一步參見下文之表格。

第四項 綜合比較與表解

刑法上有關「詐術」概念之規定為數不少，且往往並列不同章節，概念繁複難懂，每因條文之意義、目的、侵害法益、保護對象...等不同，而應作不同之詮釋；基於刑法之特性與罪刑法定原則之要求，立法者應將現行條文予以明確化，而司法者應善用目的性解釋與體系解釋之方式，以審慎探究其真義，以期無背於社會大眾之要求標準，同時實現自由民主憲政之法治社會。實則，任何有意識之立法目的的追尋必然涉及價值要素，且通常須就各種價值觀作出抉擇，至於應如何判斷價值決定具有正當性，難處則在於：正當性之判斷無法從邏輯上加以檢驗，亦無法以科學方法加以證明，因為多元化的社會當中，價值相對性之立場本是一種常態。刑事政策之走向固為立法者決意（Wollen）之結果；但在多元化的社會中，各種價值觀相互競合，最後優勝的價值成為共識，這是民主社會民意形成的過程，國家之目的即來自於多數的共識。也就是說，價值觀及目的之設定，應以社會心理學上的事實為基礎，是法社會成員對於「基本價值之多數的共識」（Mehrheitskonsens über Grundwerte）¹³⁵。

為便於瞭解本節的分析、整理與歸納，茲將上開各罪構成要件在實質上的比較繪如下表供參。

¹³⁵ 高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，2003年，第71、72頁。

表 4-4-1：各罪詐術概念之屬性比較

罪名	詐術概念之意涵	詐術概念之內容			詐術概念之屬性	
		行為目的	行為方式	行為結果	定性	定位
§339 詐欺取財罪	以各種欺罔、欺瞞之方式使人陷於錯誤，進而導致被害人交付財物之結果。	意圖獲取不法之利益。	以作為方式及不作為方式為之，均無不可。	致生一定之結果：被害人為財產上之處分。	本罪為「結構上不一致之構成要件」之意圖犯，為通常的詐術概念。	廣義的詐術概念。
§297 意圖營利以詐術使人出國罪	本罪之行使詐術，行為人之主觀心態上必須具備詐騙出國之故意與營利之不法意圖，並進而行使各種使人陷於錯誤之欺瞞手法，進而導致被害人自願出國後在生活上會陷於難以安排及適應之困境。	意圖營利。	以作為方式及不作為方式為之，均無不可。	致生一定之結果：導致被害人自願出國後在生活上會陷於難以安排及適應之困境。	本罪為「結構上不一致構成要件」的「意圖犯」，並為「虛無（無益）的詐術概念」。	廣義的詐術概念。
§313 妨害信用罪	本罪之行使詐術行為，可為積極以欺罔之手段使人陷於錯誤或消極利用他人錯誤之不正行為，不問公然或秘密為之均可。	欠缺意圖，僅故意損害他人信用。	以作為方式及不作為方式為之，均無不可。	不致生一定之結果為必要：不以實際上已生損害或危險為必要，只須有生損害之虞為已足。	本罪性質上屬抽象危險犯，並為「結構上一致之構成要件」之故意犯，屬於通常的詐術概念。	最廣義的詐術概念。
§355 間接毀損罪	本罪之詐術係以各種欺罔、欺瞞之方法，使人陷於錯誤而為財產上之處分，致生損害他人財產。	意圖損害他人財產。	以作為方式及不作為方式為之，均無不可。	致生一定之結果：被害人為財產上之處分。	本罪在性質上為結果犯，為「結構上不一致構成要件」的「意圖犯」，屬於「虛無（無益）的詐術概念」。	廣義的詐術概念。
§137 妨害考試罪	依通說看法，本條文中所定之詐術，僅為非法方法之一「例示」手段，實務上並認為除詐術外，「法所不許之一切方法」均得為本罪之行為態樣。	欠缺意圖，僅故意妨害考試公正結果。	以作為方式及不作為方式為之，均無不可。	致生特定之結果：本罪應限於使考試發生不正確結果之行為者為限。	非意圖犯之設計，為「結構上一致之構成要件」之故意犯，並為「目的（結果）限縮的詐術概念」。	狹義的詐術概念。
§146 妨害投票正確罪	依通說看法，本條文中所定之詐術，僅為非法方法之一「例示」手段，學者並認為除詐術外，「法所不許之一切方法」均得為本罪之行為態樣。	欠缺意圖，僅故意妨害投票公正結果。	以作為方式及不作為方式為之，均無不可。	致生特定之結果：應限於使計票結果與投票人之實際投票結果不一致之行為者為限。	非意圖犯之設計，為「結構上一致之構成要件」之故意犯，並為「目的（結果）限縮的詐術概念」。	狹義的詐術概念。
§152 妨害集會罪	出於認識妨害投票之故意而所為之使人陷於錯誤導致發生不正確投票結果之事實上的各種欺瞞之不法行為。	欠缺意圖，僅故意阻止或擾亂合法之集會。	以作為方式及不作為方式為之，均無不可。	致生特定之結果：應僅限於使合法之集會被加以阻止或擾亂之結果為限。	本罪性質上屬行為犯，並為「結構上一致之構成要件」的故意犯，亦為「目的（結果）限縮的詐術概念」。	狹義的詐術概念。
§229 詐術性交罪	本條之詐術性交是指施用詐術，使人誤信為自己的配偶出現，而與之發生性關係。	欠缺意圖，僅故意使人誤信並為性交之行為。	本罪之施詐性交，係以不正方法積極使人陷於錯誤之行為。	致生特定之結果：本罪需因詐術所導致錯誤之結果為	非意圖犯之設計，為「結構上一致之構成要件」之故意犯，並同時為	最狹義的詐術概念。

			為，至消極利用被害人錯誤之行為，因未施用詐術，自不包括在內。	「誤信為其配偶，而聽從其為性交」。	「目的(結果)限縮的詐術概念」與「虛無(無益)的詐術概念」。	
§231 圖利使人為性交或猥褻罪	本罪之施用詐術，有學者解釋係指施用詐術而使被害人信以為真，而受其引誘、容留或媒介他人為性交或猥褻之行為。惟多數學者認為，本罪規定以詐術為之乃不當之規定。	意圖營利。	應與詐術性交罪同一解釋，係以不正方法積極使人陷於錯誤之行為，至消極利用被害人錯誤之行為，因未施用詐術，自不包括在內。	致生一定之結果：只要有引誘、容留、媒介或詐術之客觀行為，即屬本罪之既遂。	本罪性質上屬行為犯，並為「結構上不一致之構成要件」之意圖犯，性質屬「虛無(無益)的詐術概念」。	廣義的詐術概念。
§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪	除行為客體外，本罪之施用詐術與第 231 條類同，然亦屬不當之規定。	意圖營利。	應與詐術性交罪同一解釋，係以不正方法積極使人陷於錯誤之行為，至消極利用被害人錯誤之行為，因未施用詐術，自不包括在內。	致生一定之結果：只要有引誘、容留、媒介或詐術之客觀行為，即屬本罪之既遂。	本罪屬「結構上不一致之構成要件」之意圖犯，性質上要屬「虛無(無益)的詐術概念」。	廣義的詐術概念。
§238 詐術結婚罪	詐術結婚罪所指稱的施用詐術行為，意即行為人傳遞與客觀現實不符，可辨真假的錯誤資訊，使被害人陷於錯誤與其締結無效或得撤銷之婚姻。	欠缺意圖，僅故意使人締結無效或得撤銷之婚姻。	學者認為，本罪以行為人有積極的施行詐術為必要，如由他造主動的陷於錯誤，因而消極利用之以締婚者，則不能成立本罪。	致生特定之結果：婚姻無效或得撤銷。	本罪性質上屬「結構上一致之構成要件」的故意犯，亦為「構成要件內部關聯性的詐術概念」。	最狹義的詐術概念。
§251 妨害販運農工物品罪	以各種欺罔、欺瞞之方式使人陷於錯誤，進而導致妨害販運之結果。	欠缺意圖，僅故意使物品發生缺市情形。	以作為方式及不作為方式為之，均無不可。	致生特定之結果：致使公共所需之飲食物品與農工業所需之物品發生缺市情形。	本罪性質上屬「結構上一致之構成要件」的故意犯，亦為「虛無(無益)的詐術概念」。	狹義的詐術概念。

資料來源：本研究整理

第五節 小結

在傳統學說見解之下，詐欺罪的詐術概念幾乎是其他罪名詐術概念的共通解釋，關於詐欺罪構成要件之分析固然不少，但過度強調單一構成要件要素之解釋，以致於忽略眾多與詐術有關之犯罪在刑法體系上的差異性或關聯性，實有加以釐清與確認之必要。其實，單純客觀的詐術概念，並無法從字

面涵義得知其在構成要件之中的不法內涵，基於貫穿（連鎖）因果關係之犯罪整體結構，詐術之不法性必須與其他構成要件要素共同串連觀察才能得知，也就是說，「詐術」概念的不法性需觀照其他要素加以證立。從前述研究結果來看，如果說涉及詐術要素之各個罪名具有共通點的話，唯一的交集便是「皆為故意犯」，而沒有所謂「過失犯」之類型。就行使詐術之各罪主觀構面的不法要素而言，屬於基本型的「故意犯」類型，亦有屬於故意犯額外附加侵害動向的「意圖犯」之類型者。再就行為結果與行為方式區分，詐術之內涵復可區分為最廣義、廣義、狹義、最狹義等之四個層次之別，可以說，各罪之間的「詐術」或許是一種「關連性概念」，但絕對不會是「同一性概念」。

就本章之研究結果而言，§339 詐欺取財罪與§313 妨害信用罪之詐術行為為「通常的詐術概念」。至於構成要件中所規定之詐術概念，於行為之可罰性或犯罪判斷上之作用，屬於無實質意義之「虛無（無益）的詐術概念」者，有§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§355 間接毀損罪、§229 詐術性交罪、§231 圖利使人為性交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪、§251 妨害販運農工物品罪等 6 罪。另外。犯罪性質上屬於「目的（結果）限縮的詐術概念」者，則有§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害集會罪、§229 詐術性交罪等 4 罪，其中之§229 詐術性交罪在本質上同具「虛無（無益）的詐術概念」與「目的（結果）限縮的詐術概念」之性質。最後，屬於「構成要件內部關聯性（依附）的詐術概念」者（本罪其實也是一種「目的（結果）限縮的詐術概念」），應僅只有§238 詐術結婚罪。

就行使詐術之行為結果與行為方式之整體觀察，屬於「最廣義的詐術概念」者，為§313 妨害信用罪之詐術概念。至於屬於「廣義的詐術概念」者，有§339 詐欺取財罪、§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§355 間接毀損罪、§231 圖利使人為性交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪等 5 罪等罪之詐術概念。要屬「狹義的詐術概念」者，則有§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害集會罪、§251 妨害販運農工物品罪等 4 罪。最後，

歸類上屬於「最狹義的詐術概念」，為§229 詐術性交罪與§238 詐術結婚罪等
2 罪。





第五章 行使詐術的犯罪競合問題

第一節 競合論概說

第一項 競合理論基本理念

一、競合理論之形成思維

刑法為法律體系當中法律效果最為強烈的制裁法，而制裁的前提實源於刑法對於行為人與行為的非價判斷，從犯罪到刑罰的過程中，刑法顯露出其犯罪評價的機能，這個評價的機能不僅告誡了違法行為的後果，更進一步防止了潛藏的犯罪者，保障了奉公守法的人們。刑法劃定出人的活動範圍，界線內的活動固然不應受到干擾，但對於越軌的行為，國家公權力的涉入亦不能過度，每一個犯罪人都只能在其不法的基本程度裡承擔行為後果，要之，刑法不但反應了不法行為之後果，同時也確保了犯罪人不受無理刑罰的賦加。刑法學的宗師Franz von Liszt由是說：「刑法是犯罪人的大憲章（Magna Charta des Verbrechers）」¹，其義在此。

現代法治國刑法，為了達到保障人權以及維護社會秩序的功能，因此是一部以「行為」為規範重心的法，亦即刑法是以規範何種行為應受何種刑罰之法律—並受制於罪刑法定主義而顯現其保障與規範雙重機能。因此，在通常的標準下，國家刑罰權取決於行為人的構成要件該當行為數，亦即一個構成要件該當行為，國家只有一個刑罰權，一罪數罰是法治國家之刑法所不允許²。競合理論主要在處理犯罪之處罰問題，透過競合理論而將犯罪行為之成立

¹ Vgl. Roxin, Strafrecht AT, 1997, S.96 Rn.3

² 犯罪人僅於其不法與罪責的基本範疇內承擔違法行為的法律效果，故對於行為人的同一犯罪事實進行兩次以上的評價是不合理且違反公平正義的，更與憲法上的比例原則有所違背，所以，如何在刑法中適度地釐清犯罪人的行為責任應是「重複評價禁止原則」的重要任務，更是進一步具體化憲法比例原則的有效途徑。

與犯罪行為之處罰結合在一起。由於人類行為之多樣性及多變性，如何在行為處罰上，能客觀公平不多也不少地評價犯罪行為，即為犯罪競合所要追求之目標。

法秩序或法規範的一致性（Einheit）是法體系的特徵之一，因此排除法規範內在矛盾也就成為必然的要求。雖然如此，並非每個存在的矛盾（Widerspruch）都被當作是錯誤（Fehler），然而，並非每個錯誤會被當作矛盾來處理³。刑法競合理論之基礎原理乃在於所謂的「重複評價禁止原則」⁴（das

³ 秦季芳，法律規範競合關係的再思考，玄奘法律學報第3期，2005年，第73頁。

⁴ 在國外，相類的法思想形成實證法規範者如下：

- (1) 德國：德國基本法第103條第3項規定：「任何人不得因同一行為，而依一般刑法多次受罰」
「Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.」（Art.103 Abs.3 GG）。基本法的規定雖非規範於「基本權利」之章節當中，而係明訂於「司法」的章節裡，惟一般學說上均肯定其具有「基本權利」之性質，並為基本法第93條第1項第4款a列為提起憲法訴願之理由，公法理論上稱作為「類似基本權利之權利」（Grundrechts gleiches Recht）。此外，德國刑法關於量刑的基本原則在該法第46條第3項規定：「屬於法定構成要件要素的情狀，在量刑時不應予以考慮」（「Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden.」（§46 III StGB））。
- (2) 美國：美國憲法增修條文第5條揭示：「...同一罪案，不得令其受兩次生命或身體上之危險。...」（「No person shall be ...subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb...」。）此即耳熟能詳的「禁止雙重危險原則」（the rule against double jeopardy）。此外，美國的模範刑法典（Model Penal Code）第1.07條至第1.11條則規範了涉及雙重危險原則的不同方面，尤其是第1.08條，該條規定了對於同一犯罪（包括最狹義的違警罪）基於相同事實禁止雙重追訴的各種情形。如果先前追訴已產生有罪或無罪的判決，或者被不適當的終結，或者必然需要與有罪認定所依據之事實與法律主張不一致的裁決時，則應當要禁止雙重追訴。
- (3) 日本：日本雖然未於普通刑法明文規定，但卻如同德國及美國將相關的原則規範於憲法條文當中，該國憲法第39條亦規定：「任何人對於行為時合法，或已宣告其為無罪之行為，不再追究其刑事責任。又對同一犯罪，不得重複追究其刑事責任」（日本国憲法第39条(遡及処罰・二重処罰の禁止)：「何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。」）。

在台灣，與雙重評價禁止原則相關的大法官解釋，時期較近的一號是釋字第604號解釋。該解釋主要針對交通處罰條例對持續違規停車予多次處罰之規定是否違憲做成解釋，解釋文指出：道路交通管理處罰條例第85條之1規定，係對於汽車駕駛人違反同條例第56條第1項各款而為違規停車之行為，得為連續認定及通知其違規事件之規定，乃立法者對於違規事實一直存在之行為，考量該違規事實之存在對公益或公共秩序確有影響，除使主管機關得以強制執行之方法及時

Prinzip des Doppelbewertungsverbot), 此原則又有稱做為「雙重評價禁止原則」者⁵, 係指對於行為人的同一犯罪(行為)事實, 不得以不相干的因素論罪兩次, 亦不能援用不同的構成要件重複論罪; 再者, 構成要件一經援用評價犯罪行為是否成立, 即不可再被援用作為量刑的依據。因為被用以認定成立犯罪的要素, 必然是不利於行為人的要素, 如果在量刑時, 重複被援用, 將對行為人造成雙重(甚至是三重)不利的影響⁶。例如: 強暴、脅迫的手段, 乃是成立強制罪和強盜罪的構成要素, 如果再度成為量刑要素, 則行為人必然被量處較重的刑罰; 又如: 公務員收受賄賂, 由於公務員這一因素已經屬於公務員收受賄賂罪的構成要件, 所以在就個案做量刑時, 即不得再以所謂「被告身為公務員本應奉公守法或知法犯法」...等說詞而加重對於被告的量刑。

此外, 重複評價禁止原則身旁也有位易被遺忘的孿生兄弟, 其重要性亦

除去該違規事實外, 並得藉舉發其違規事實之次數, 作為認定其違規行為之次數, 從而對此多次違規行為得予以多次處罰, 並不生一行為二罰之問題, 故與法治國家一行為不二罰之原則, 並無抵觸。許宗力大法官在是號解釋的協同意見書中則指稱:「『一行為不二罰原則』, 又稱『禁止雙重處罰原則』, 顧名思義, 指就人民同一違法行為, 禁止國家為多次之處罰, 其不僅禁止於一行為已受到處罰後, 對同一行為再行追訴、處罰, 也禁止對同一行為同時作多次之處罰。我國憲法固然沒有『一行為不二罰原則』的明文, 惟從法治國家所要求之法安定原則、信賴保護原則以及比例原則均不難導出一行為不能重複處罰之要求。是『一行為不二罰原則』具有憲法位階, 應無疑義。『一行為不二罰原則』與訴訟法上之一事不再理原則、歐洲法傳統上的 ne bis in idem 原則以及美國法上的 double jeopardy 原則關係密切, 但仍非完全相同之概念。ne bis in idem 原則與 double jeopardy 原則意義相當, 追溯其理念史, 可知係適用於刑事程序法上之概念, 即禁止就同一違法行為, 為重複之刑事追訴與處罰, 是其概念相當於我國刑事訴訟法上之一事不再理原則, 一般又稱『一事不二罰原則』。也因此之故, 德國基本法第 103 條第 3 項的不二罰原則明示僅針對刑事處罰適用, 學界通說亦認為『一事不二罰原則』只適用刑事罰, 對秩序罰則充其量只能為類推適用。在我國, 既然『一行為不二罰原則』係直接自信賴保護與比例原則所導出, 也沒有只針對刑事罰適用之明文, 當然就沒有排除秩序罰之直接適用的道理。是我國的『一行為不二罰原則』可說是一種較廣義的概念, 下含針對刑事制裁, 適用於刑事訴訟程序的『一事不二罰原則』(『一事不再理原則』), 以及針對秩序罰, 適用於行政制裁程序的狹義『一行為不二罰原則』。」⁵ 實際而言, 重複評價禁止原則較之雙重評價禁止原則之名稱妥當, 蓋因為有時犯罪行為之競合可能涉及三罪者, 此時就不僅是禁止雙重評價了, 而是禁止三重評價, 例如「夾結效果」(Klammerwirkung) 之情形, 為免掛一漏萬, 將 Doppelbewertungsverbot 譯為重複評價禁止原則在法釋義學上似乎比較恰當。

⁶ 許玉秀, 刑法導讀, 文載: 新學林分科六法-刑法, 2006 年, 第 49 頁。

不得不加以在此提及，即「充分評價原則」(Vollverwertungsprinzip)⁷，所謂的雙重評價禁止所代表的就是過度評價的禁止⁸，而充分評價原則則是代表對於不法評價不足的禁止。兩個原則看似完全對立，但實為互補的概念。在對於行為人行為適當評價的前提下對於行為人的行為應該力求對其不法作完整的評價，亦即以評價過度的禁止做為底線，在評價過度禁止的基本前提下應該對於行為人的行為作最完整的評價，充分評價原則一方面有助於刑罰的公正性，以符合相同事物相同處理的平等原則，行為人違犯數個規範不能與違犯單一規範作相同的評價，在不法程度上應該作區別，就另一方面而言，充

⁷ 甘添貴教授在其「罪數理論之研究」一書中，將「充分評價原則」稱作為「窮盡判斷原則」。參見氏著，罪數理論之研究，2006年，第9、10頁。

⁸ 法條競合、想像競合和已廢除的牽連犯，皆是因避免雙重評價而產生的歸責形態。法條競合乃指一個犯罪事實，同時有數個構成要件可以適用的情形，例如施強暴脅迫而強取財物的行為，同時符合第328條的強盜罪，和第304的強制罪，如果同時適用這兩個條文處罰，即對一個犯罪事實，進行兩次評價。因此，只適用其一而排斥另一個規定，即是為了避免雙重評價。這兩個例子中，強盜罪為具體規定，強制罪為概括規定，二者之間具有基本和補充關係，因此應適用較具體的強盜罪。想像競合犯依第55條規定，屬一行為觸犯數罪名的情形，其與法條競合之間主要的區別，通說主張法條競合只有單一的法益受侵害，想像競合則有數個法益受侵害，可以是同種類的數個法益，或不同種類的數個法益。例如故意開槍殺人，開一槍而殺死兩個人，為一行為而侵害兩個生命法益，此種情形稱為同類想像競合；如果開一槍而一人死亡，一人受傷，則一行為侵害一個生命法益和一個身體法益，稱為異類想像競合，這兩種情形與數個犯意、數個行為而侵害數個法益的情形不同，例如朝兩個人各開一槍，二者皆死，或一死一傷，乃為數罪，依第50條數罪併罰，如果一行為侵害數法益也當作數罪合併處罰，則無異對一個犯罪行為作兩次的評價，因此，法律採從一重處斷，即是為了避免雙重評價⁸。舊刑法第55條後段規定，犯一罪而其方法行為或結果行為觸犯他罪名者，亦從一重處斷，稱為牽連犯。犯一罪而其方法行為或結果行為觸犯他罪名，在一般生活觀念中，是數個相互連結的因果事實，其間有方法目的或原因結果關係，因為出於一個意思決定，屬於自然生活意義中的一個行為，但從描述方式可知，乃是因為法律就方法行為或結果行為另有處罰規定，所以一般生活觀念中的一罪，在規範結構中，卻成為數罪，為調和存在現象與評價構造之間的差異，也以從一重處斷，避免產生與生活觀念不符的重複評價。例如實務和通說認為侵入住宅竊盜，除竊盜罪外，必同時構成無故侵入住宅罪，然而進入住宅竊盜在一般生活概念中，屬於一種必然的竊盜現象。又如殺人後棄屍，也是必然互相結合牽連的犯罪現象；持槍而殺人，也因為槍砲成為管制的違禁物，方才會形成觸犯數罪名的現象，因為侵害數個法益，和法條競合不同。法條競合和想像競合在各國立法例中皆有規定或實踐，但牽連犯則否。牽連犯的規定已遭94年1月7日修正通過、95年7月1日將開始施行的新刑法予以刪除。新法實施後，屬於有因果連結關係的犯罪事實，可能被評價為法條競合、想像競合或數罪併罰，如何評價，則取決於「一行為」的定義與認定。以上參見：許玉秀，刑法導讀，文載：新學林分科六法-刑法，2006年，第50-52頁。

分評價原則有助於科刑衡量的公開性和明確性，亦即將科刑所考慮的事由明確地向行為人公開，如果不在判決主文中提及科刑時應該考慮的法條，而認為已經滿足充分評價原則，這樣的作法會有損判決的公開性與明確性，因為在實際量刑時，該法條仍然有被考慮，而非被排斥掉了⁹。

二、競合思想中目的與手段的功能互換

在「行為人刑法」中，規範評價的對象，係以行為人的人格或素行作為基礎，至於其行為如何，則非所問，重在其人格的危險性關係，而構成要件的形成，則針對行為人的特質作為設定的根據。至於「行為刑法」，評價關係的認定基準，則在於行為人表現於外的行為，對於行為人內在的思維或人格傾向，則非評價認定的根據¹⁰。構成要件一方面要作為和種犯罪類型的反應，而構成要件中所規定的犯罪型態，又為行為樣態的法定化形式，故而，構成要件必須對於該犯罪類型的行為型態作標準化之規範；另一方面，構成要件在法定原則的要求下，又必須具備作為類型化行為的規範評價標準，其中包含有對於人類行為的禁命（Verbot）或誡命（Gebot），而人類行為也只有進入此禁誡規範的評價範圍中，方有被評價為犯罪行為之可能，如行為並無涉及此種刑法的禁誡規範，則難謂為刑法規範所加以評價的客體¹¹。

法律競合關係中，目的與手段經常彼此具有因果關聯的邏輯關係，一個手段可以是另一個手段的目的，一個目的可以是另一個目的的手段，因此一個規定兼具兩種以上的多重目的，實屬邏輯上的常態，具有多重目的的規範，經常能提高規範的效能，也可以防免立法漏洞，憲法不會禁止規範有多重目的。但是當一個規範具有多重目的時，容易與其他規範發生重疊，此所以需要競合理論規範的適用，以避免過度評價。但是競合理論必須在各該規範本

⁹ 楊一帆，法條競合與想像競合之間，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，2004年，第51、52頁。

¹⁰ 柯耀程，刑法競合論，2001年，第52頁。

¹¹ 柯耀程，刑法競合論，2001年，第53頁。

身沒有過度評價時，方能發揮效能，如果各該規範本身均已有過度評價的情形，競合理論並不能治癒此種不符合比例原則的瑕疵。各該具有多重目的的規範，為避免過度評價，自然必須特別謹慎選擇手段¹²。英國法諺：「目的的選擇包含著手段的選擇」（Choice of the end covers choice of the means），實寓有相同之意涵。

競合理論目的在於處理同一個行為人，在一個宣示判決程序中同時違犯多數法條的「會合（konkurrieren）」情形。立法者依照行為人究竟是以一行為或數行為違犯法條，將這種情況分別賦予不同的法律效果。在數個法條被違犯的時候，立法者是在量刑的前提之下探討競合問題。由於涉及到量刑標準的規定，因此有學說主張，競合乃是屬於刑罰裁量法（Strafzumessungsrecht），而非屬於一般的刑法釋義學。固然，競合理論的中心任務在於確定何謂一行為、何謂數行為。但是競合理論與一般犯罪理論（Verbrechenslehre）仍具有密切的關聯性¹³。

三、競合理論之行為數問題

刑法是關於行為的責任，行為數是罪數認定基礎，與行為人應承擔之刑事責任有密切關係。競合理論上之「一行為」是法條競合與想像競合之前提，其判斷必須從自然的行為觀點與刑法構成要件的評價觀點著手。從自然的行為觀點來判斷行為人是為了瞭解行為的基本事實結構。至於刑法的構成要件觀點是作為最後的決定性標準，主要的功能就是對自然的行為觀點的判斷標準設立例外規則。簡言之，行為數之判斷不能離開法律上的評價，更不能拋開構成要件的觀點。

一行為（或行為單數）與數行為（行為複數）之區別是競合理論的出發點。在確立了一行為（或行為單數）（Handlungseinheit）之後，緊接著就面

¹² 許玉秀，釋字第 642 號解釋不同意見書（2008 年 5 月 9 日公布）。

¹³ Vgl. Roxin, Strafrecht AT II, 2003, S.798.

臨此一行爲（或行爲單數）成立法律單一（法條競合）或想像競合之問題。前者是非真正競合，存在幾個候選的犯罪構成要件等待選擇，應選擇最適當的一個罪名來論罪。後者雖是一行爲（或行爲單數）成立數罪名，屬於真正競合，不過由於是來自一行爲（或行爲單數），應僅存在一個處罰，而從一重罪處斷，最終成立一罪，成爲「犯罪單數」（Tateinheit，即「想像競合」），科處一個刑罰。如果經過行爲數之判斷，行爲人所爲是數個獨立的行爲，則各自以一行爲（或行爲單數）之地位進行法律單一（法條競合）或想像競合之判斷，最後，這些獨立的各行爲必然構成數個獨立罪名，成立數罪，最終成爲「犯罪複數」（Tatmehrheit，即「實質競合」），應科處數個刑罰。

競合理論最重要的問題在於確定什麼時候是一行爲、什麼時候是數行爲。學理上劃分行爲數之問題應該如何詳密設計，至今仍無令人十足滿意的解釋¹⁴。無論如何，行爲數之認定不應只是考慮基本的意思決定、時空密接性等問題，還要進一步考慮到行爲與構成要件間之適用上的關係，甚至於必須透過法益保護這面稜鏡來進行合理的評價。然而，沒有爭議的是，競合理論中的行爲概念（Handlung），既非犯罪體系的行爲概念（Handlungsbegriff des

¹⁴ 許玉秀大法官在釋字第 604 號解釋中的不同意見書指道：「人類社會從只有刑事規範到發展出有法律位階關係的規範體系，比例原則的內涵，也從比較廣義的一錯不二罰，發展成同一件事，並非不可受到兩種不利益，也就是說，一錯不二罰的概念範圍因而遭到限縮，只限於同一種類的處罰，才需要遵守雙重評價禁止原則。但是這種因為可能的過度體系化所造成對同一事實的多重評價，卻可能造成對事實的過度評價，正如同用比較廣泛的知識內涵、比較多元的思考角度，對一件事的解讀，會比較豐富、比較深入，甚至比較尖銳，但是如果這種解讀過度鉅細靡遺，可能變成令人難以忍受的挑剔與重複。大約到了二十世紀末期，法律位階體系理論所帶來的便利和某種程度的精緻，已經讓受規範的對象逐漸發現，精緻的法律體系所發展出來的多重評價可能性，原本應該可能更周全地保護他們的利益，但是作為潛在的行爲人的行動自由，卻似乎陷入受到多重剝奪的危機當中。例如刑事制裁、行政負擔或制裁與民事賠償三種法律手段因為解讀損害事實的角度不同，而可以併用，但是就被害人而言，永遠只有民事賠償才比較有實益，對行爲人而言，則只感受到犯一個錯，會受到無所遁逃的全面追索，當行爲人陷入甚至沒有能力補償被害人的狀況時，法律制度對被害人也會變得毫無實益，則似乎只有公權力可以沾沾自喜，因為它可以證明自己無所不在。於是產生一個根本的反省：難道多種不同法律手段的規範主張，不是違反比例原則的多重評價嗎？法律是為誰而存在？公權力應該為誰服務？一個加害人和受害人都不覺得獲得公平正義的評價體系，符合比例原則嗎？」

Verbrechenssystems)，也迥異於刑事訴訟法上的「犯罪事實」(Tat)概念¹⁵。

第二項 想像競合之內涵

一、想像競合之概念

通說認為想像競合係指行為人之同一行為，實現數犯罪構成要件，且侵害不同法益。在犯罪宣告上為數罪，但量刑時從重罪處斷，故國家對行為人只有單一刑罰權。競合論是在處理同一個行為人，在一個宣示判決程序中同時違犯多數法條的「交會 (konkurrieren)」情形。立法者依照行為人究竟是以一行為或數行為違犯法條，將這種情況分別賦予不同的法律效果。若以同一行為違犯數個刑法條文稱為想像競合 (Idealkonkurrenz) (即犯罪單數，Tateinheit)，在想像競合的情況，多數的觸犯法律只是想像上的種類 (Idealler Art)，亦即當數個構成要件事實上只透過一個行為被實現。當一行為觸犯數個不同刑法條文 (異種想像競合，ungleichartige Idealkonkurrenz)，或是一行為觸犯一個刑罰規定數次時 (同種想像競合，gleichartige Idealkonkurrenz)，皆屬想像競合¹⁶。

想像競合的前提是「一行為」。最初，一行為的概念比較狹隘，通常是指完全重合的行為 (例如：一次射擊而構成殺人罪與毀損罪)。如果用比較寬鬆的說法，也可說是兩個完成時間點上重合的行為 (殺人行為與毀損行為) 而構成「一行為」。然而，後來「一行為」的概念慢慢擴大，只要是部分時

¹⁵ 犯罪階層中的行為概念通常不適合作為競合理論的行為概念，因為犯罪論之行為概念只是確認了可罰舉止的最低要求，及可罰行為的共通性。一般咸認，犯罪階層中的行為概念具有先於構成要件的性質 (換言之，包括該當構成要件及不該當構成要件的舉動)，而競合理論的行為概念只是在描述構成要件該當的舉動，在某些情況下並可能將犯罪階層中許多的行為合而為一，這並不是一個錯誤的說法，只是犯罪階層中的行為概念並不適合當作競合理論下的行為概念的這一點沒有被精確的掌握。另外，刑事程序中的犯罪事實 (Tat) 概念，依照長久以來的實務見解，包括起訴所提出的「依照生活觀點，具有一體性的整體歷史事件經過」。一個這樣的犯罪事實實際上可能由數個競合論中相競合之行為所組成。可是可知，競合理論的行為概念，與犯罪體系的行為概念、刑事訴訟法上的「犯罪事實」概念等，迥不相同。

¹⁶ Vgl. Roxin, Strafrecht AT II, 2003, S.797.

間點重合的兩行爲（例如：一行爲後接連爲另一行爲），學理上也多肯認此一情形可算是「一行爲」。（例如：偽造文書後持之以詐欺）。學說上則將此稱之爲「夾結原理」（Prinzip der Verklammerwirkung）¹⁷。夾結理論適用於解決可能涉及三個行爲的情形。兩個獨立行爲中夾一個行爲，換句話說，前後兩個行爲中間夾一個行爲。中間的行爲作爲樞紐，而將前後行爲串起來。目的就是要把這個看似三個行爲的當成「一行爲」。

二、想像競合與實質競合之間

想像競合與實質競合的區別，在實務上的意義爲其法律效果之不同。在想像競合的情況，適用重罪的「法定刑」（Strafrahme）。反之，在實質競合的情況，每一個行爲都有其各自的刑。隨後再由多數的個別刑決定「併罰刑」（Gesamtstrafe），此一併罰刑通常是提高其最重之刑。在想像競合的情況對行爲人較爲有利，因爲最重的刑罰吸收了其他所有的刑（「吸收原則」，Absorptionsprinzip），反之，在實質競合的情況，一律加重其最重之刑（「加重原則」，Asperationsprinzip）¹⁸。對想像競合及實質競合爲不同的處理，學說上認爲在刑事政策上是有爭議的。現行法上則仍維持「區分原則」（Differenzierungsprinzip），立法者決定維持區分原則的主要有三個理由。第一，若不再確定個別行爲的個別刑罰，則法官科刑會失去謹慎及精確。第二，被告在上訴程序之辯護中，必須可能認識到個別行爲的重要性。第三，數個可罰的行爲所表現出的犯罪強度，通常較一個違反數個法律規定的犯罪事實爲強。這並不是很有說服力，因爲反正單一刑罰著重於併罰刑，所以從一開始起並不需要規定的特別謹慎，且就單一刑（Einheitsstrafe）已預先考慮加重原則，可以斟酌特別具有較高刑罰性的情況去處理。但立法者的決定當然應該受到尊重，並且不應該因爲從某些判決及文獻中所發展出來的理論造成

¹⁷ 關於「夾結理論」，國內學者也有翻譯成「樞紐效應」或「包夾效應」者。

¹⁸ Vgl. Roxin, Strafrecht AT II, 2003, S.797.

將想像競合劃入實質競合的趨勢，而攻擊立法者的決定¹⁹。

三、想像競合與法律單一（法條競合）之間

在法律單一（法條競合）所強調的重點與想像競合有所不同。想像競合的情形是，雖然有數個罪名被涵攝，成立數罪，屬於數個構成要件行爲（犯罪行爲），但考慮到行爲本屬一行爲（單一行爲處罰一次），只要論以最重的罪名即可。由此可知，想像競合較強調行爲面之評價。但，法條競合毋寧是在澄清罪名間之意義關聯，找尋最適當之罪名。法條競合要在數個罪名中，找出最適當的罪名來適用，面臨選擇上問題。相較之下，想像競合下所有被涵攝出的罪名都要列在主文內，適用上相對比法條競合簡單。

我國學說與實務上一向以侵害的法益數來區別法條競合與想像競合。如果是侵害同一個法益則爲法條競合，如果是侵害數個法益則爲想像競合；對此，甘添貴教授的解釋是，所謂的犯罪係對於法益加以侵害或危險的行爲，行爲須具有法益侵害性或危險性，始能成立犯罪，故應以法益侵害作爲犯罪評價之核心，對於某一具體事實，倘適用其中一個刑罰法規，對其所侵害之法益已足予以必要及充分之保護，自應認其僅成立一罪，其他刑罰法規即無再予適用之必要。否則，如認其成立數罪，亦即同時適用數個刑罰法規時，就法益侵害之觀點言，即爲對同一法益給予二重評價，顯無必要²⁰。黃榮堅老師對此也有相類似的看法，他認爲一個行爲在根本上之所以被界定爲犯罪，理由並不在於形式層面的犯罪構成要件該當性，而是在於其法益侵害性²¹，也因此如果在一行爲侵害數法益的情形之下，應該要作複數的犯罪宣告而成立想像競合，而如果是侵害同一法益的情況之下，則不能宣告數罪，而應該是法條競合，而只成立一罪，否則將對同一法益的侵害作雙重的評價，這是違

¹⁹ Vgl. Roxin, Strafrecht AT II, 2003, S.798 u. 799.

²⁰ 詳見：甘添貴，罪數理論之研究，2006年，第90頁以下。

²¹ 黃榮堅，刑法問題與利益思考，2001年，第354頁。

反雙重評價禁止的。

實務上71年台上字第2837號判例：「一行爲觸犯數罪名之想像上競合犯，係指行爲人以一個意思決定發爲一個行爲，而侵害數個相同或不同之法益，具備數個犯罪構成要件，成立數個罪名之謂，乃處斷上一罪....」、88年台上字第3181號判例：「強盜罪除侵害財產法益外，兼對人身自由有所侵害，若數人共同管領財物，對該財物同具重疊之支配關係，對該數人施以強暴脅迫致使不能抗拒而取其財物，或使其交付者，其侵害之法益不僅一個，應依想像競合犯之例處斷。」、88年臺上字第5475號判例：「刑法第五十五條前段所規定一行爲觸犯數罪名，學理上所謂想像競合犯，係以一個意思決定，實施一個行爲，發生侵害數個法益之結果，符合數個犯罪構成要件，成立數個罪名.....」等等，都是以侵害的法益數加以區別法條競合以及想像競合，如果是侵害同一個法益則爲法條競合，如果是侵害數個法益則爲想像競合。

事實上，與其說想像競合是侵害數法益而法條競合是侵害一法益，還不如說是想像競合是對於法益的侵害情況無法使用一個法條加以完整評價，而法條競合則是適用一個法條即足以將所有法益受侵害之情形作出完整的評價，之所以這麼說，乃是因爲在法條競合的許多案例事實中，行爲人的犯罪行爲侵害了數個法益，例如在行爲人的行爲構成結合犯時，雖然侵害了數個法益，然而，此時只適用一個法條即足以將法益侵害的情形加以評價，此時不須再以其他單一犯的構成要件加以評價，而應該是屬於法條競合之情形，換言之，法條競合是侵害一法益的說法事實上是並不正確的，法條競合也有可能是侵害數法益的情形，也因此，學說與實務真正區別法條競合以及想像競合的標準並不是侵害了一法益還是數法益，而應該是法益的侵害是否被重複評價了？如果對於法益的侵害可以用一個法條就足以加以完整的評價，而此時如果再適用其他法條加以評價則將會使同一個法益的侵害遭受重複的評價，此時應該屬於法條競合的範疇；如果對於法益的侵害無法用一個法條完

整的加以評價時，則是屬於想像競合的範疇²²。

第三項 法律單一之內涵

一、法律單一之概念

「法律單一」(Gesetzeseinheit, 或譯「法律單數」)之概念²³, 國內通說上稱之為法條(規)競合(Gesetzesknokurrenz)、假性或表面競合(scheinbare Konkurrenz)或不純正競合(unechte Konkurrenz)。國內刑法學說上對法律單一所持之見解, 大致認係一個犯罪行為, 發生一個犯罪結果, 與數個刑罰法規條文規定之數個犯罪構成要件相當, 有數個法條可以競相適用, 只因法條之錯綜關係, 應依一般法理擇一適用, 而排斥其他法條之適用; 此與想像競合不同, 因想像競合係一行為觸犯數法條, 應適用數法條, 雖擇一重處斷, 但其餘輕罪仍然成立, 法條並應加以引用之。高金桂教授並認為, 通說之見解, 認為形成法律單一之原因在於法條之錯綜關係, 然「錯綜關係」所指為何, 又想像競合是否亦為法條「錯綜」之結果, 在此顯然令人無法理解; 故通說之見解最後形同以法條適用之結果來區分法律單一與純正競合之差別, 亦即以法律效果來說明法律單一成立之原因, 或以法律效果來說明犯罪之判斷, 有淪於循環論證誤謬之虞。又通說謂法律單一時, 對數個法條依「一般法理」「擇一適用», 何謂一般法理, 如何擇一適用, 亦難解其意。法律單一成立之理由, 不宜由法律效果面加以考察, 亦不宜從法律單一的類型去界定

²² 楊一帆, 法條競合與想像競合之間, 國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文, 2004年, 第106、107頁。

²³ 林山田教授主張以「法律單一(法律單數)」取代「法條競合」之用語, 因就實質層面而言, 法律單一只涉及數個不法構成要件之間的選擇問題, 並非數個不法構成要件競合在一起而併為適用, 故不宜將此種現象沿用舊名, 稱之為法條競合、法規競合或法律競合。參見: 林山田, 刑法通論(下冊), 2008年, 第325、326頁。實則, 除林山田教授之見解外, 本文以為, 如跳脫傳統競合理論思維的窠臼, 其實所有的犯罪競合講的都是法條的競合問題, 競合理論就是法條競合理論。從此觀點而言, 法條競合一詞確屬不當。另外, 本文稱之為法律單一, 而不是林教授所說的法律單數, 是為了避免此一國內陌生的概念被誤導至競合論行為數判斷當中所謂的「法律的行為單數」。

法律單一之意義及原因，而應從「行為的單複數」、「不法內涵」、「刑罰可罰性」、「刑罰正當性」...等面向加以探討²⁴。

二、法律單一之形成基礎

(一) 法律單一概念在刑法體系中之定位

有關法律單一在刑法體系上的定位問題，德國刑法學者 Wegscheider 於分析相關文獻後，認為可以有如下之思考方式或考量²⁵：

1. 視法律單一為犯罪競合之特例

持此一見解者，將假性競合之法律單一視為是想像競合及實質競合以外之第三種競合型態。但此種見解並不能充分令人接受，因純正競合與刑度空間的決定有關，假性競合則涉及法條適用上的互斥關係，與刑度空間之決定無關。將假性競合與純正競合安排在一起再加討論，並不表示兩者在實質內容及論理上必然有所關聯。

2. 視法律單一為個人的可罰性障礙 (Persönliches Strafbarkeitshindernis)

持此見解者，將法律單一視為阻卻刑罰事由。但因個人阻卻刑罰事由的結果是完全欠缺可罰性，而假性競合只是局部的使一些法條被排除而不適用，但法律單一本質上仍存在有一個可罰性。故此等見解亦屬不當。

3. 法律單一與客觀可罰要件

法律單一與客觀可罰要件，於決定一個法條是否適用時，並不受制於行為人之罪責，這是兩者相似之處，但法律單一的成立，並不排除行為人之刑罰必要性，客觀可罰要件之欠缺，則可排除之，這是兩者差異所在。故亦不

²⁴ 更詳細與深入的說明，請參見：高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄：「罪與刑：林山田教授六十歲生日祝賀論文集」，1998年，第173頁以下。甘添貴教授甚至認為，法律單一之混亂情形有七：(1) 定義說明不符；(2) 型態分類不一；(3) 型態界限不明；(4) 細目種類龐雜；(5) 競合理由不備；(6) 吸收關係濫用；(7) 重刑觀念作祟。以上參見：甘添貴，罪數理論之研究，2006年，第78～83頁之詳細說明。

²⁵ 詳見：高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄：「罪與刑：林山田教授六十歲生日祝賀論文集」，1998年，第168～172頁。

宜將法律單一與客觀可罰要件相提並論之。

4.法律單一與量刑

法律單一與量刑兩者相似之處，在於或多或少都涉及不法內涵及罪責內涵之比較與衡量；但因量刑係以確定法條可被適用為前提，而法律單一係在提前決定，究竟某一法條是否可被適用。所以基本上，量刑是涉及「量的決定」，法律單一則是涉及「質的決定」，故不宜將法律單一視為量刑論的一部分²⁶。

5.視法律單一為構成要件解釋之問題

前述有關法律單一定位之考量，既然都無法妥適解決定位的問題，故 Wegscheider 乃提出其見解，認為法律單一是一屬於犯罪構成要件之解釋的問題，經由解釋方法對行為之不法及罪責加以考察，從而決定數個該當之構成要件是否可加以適用。故法律單一之是否成立，是因吾人於進行解釋時，初步產生數個包攝推論可能性（Subsumierbarkeit）之印象，但這方法上所形成之結果，並非數個罪名均加以適用，而是發生罪名之間排斥之問題；由於法律單一來自於「似乎有數個罪名可加以適用」這種初步印象，故法律單一應是一個「虛無的範疇」（entbehrliche Kategorie），它只不過是刑法分則中，於適用於具體事件時，因對構成要件之解釋所發生的問題罷了，而法律單一之判斷，應就具體案件所形成之數個法條在外觀上之該當，依解釋方法，特別是目的解釋，決定適用其中一個法條，而不能純然採用抽象法則以一貫之的方式加以判斷。本文則比較傾向於此一立場之立論。

6.視法律單一為罪責的問題

另，學者 Geerds 認為法律單一應屬罪責問題，因數個形式上該當之法條，

²⁶ Geerds 亦認為法律單一並非量刑問題，亦非犯罪效果論之一部分，故對通說所持之見解認為被排斥之法條仍可為量刑之參考持反對態度；基於同樣理由，Geerds 對德國聯邦高院所持之見解（認為量刑不得低於被排斥法條所定之最低刑度），亦持反對立場。以上詳見：高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄：「罪與刑：林山田教授六十歲生日祝賀論文集」，1998年，第171、172頁。

實質上是否果能加以適用，決定於是否成立罪責，其前提即是數個競相適用的法條，特別是其中具優先性之法條，在實體要件及程序要件上具適用之可能性，否則具優先性之法條對於其他法條應即無排斥力可言，自不存在法律單一關係；於法律單一中，無論是採特別關係、補充關係或吸收關係之原則，均不得違逆立法者之意思做成結論，只能當有明確之事實依據方得為之，於存有疑慮時，應否定法律單一之可能性。相對地，純正競合則屬刑罰適用（Strafanwendung）之問題，亦即將各法條所包括之刑種及刑度結合成整體的刑種及刑度。

（二）形成法律單一的實質基礎

法律單一源自於「不允許雙重處罰的思想（Gedanken unzulässiger Doppelbestrafung）」。關於法律單一概念的實質基礎，黃榮堅教授以雙重評價之禁止為出發點加以分析。黃教授指稱，刑法上對於犯罪構成的評價，是為了刑法的目的而評價。因此評價的合理與否，必須考量刑法目的上的需求。目的思考下的評價行為，邏輯上沒有說一定要怎麼評價才可以，也沒有說非要禁止雙重評價不可。雙重評價之禁止並非當然，也非絕對，並且是在一定條件下才禁止雙重評價。其實，應該要雙重評價而沒有雙重評價，反而是違背法理的。因此，在考慮雙重評價禁止原則的同時，也必須注意到--一個合理的評價基準必然也包含著充分評價原則²⁷。再者，透過「對於多數法益侵害的合理評價」以及「對於多數侵害行為的合理評價」所得出的結論，刑法對於行為的評價並沒有絕對輕重或多寡的應然性，以目的性考量為原則，只要是侵害行為多數，或是侵害法益多數，都應該接受多重評價，否則屬於評價不足²⁸。

實則，多重評價禁止原則之正當性，在於避免於法益保護及不法內涵具有重疊關係之數法條被重複適用於同一犯罪事實。而某一法條（被排斥者）

²⁷ 黃榮堅，基礎刑法學，2003年，第399、400頁。

²⁸ 黃榮堅，基礎刑法學，2003年，第400-402頁。

之不法內涵及法益侵害是否被另一法條（被適用者）包括地加以評價，應從法條之目的解釋加以探知。於法律單一中，行為人雖實現數個構成要件，但若為數個罪之宣告，則將因不當的多重處罰（Doppelbestrafung）而違背正義感，這是法律單一與純正競合相異之處；又不當之多重處罰並非發生於法律效果之執行，而係來自對行為人不法事實之罪責非難（即罪的宣告）。易言之，法律單一與想像競合之差別，即在法律單一之中，被排斥法條之犯罪內涵已經適用法條完全加以考量，而在想像競合中，數個法條之犯罪內涵，只能經由數法條併加適用，方能顯示其評價之可能性²⁹。

林鈺雄教授則同時在競合論與量刑論提到多重評價禁止原則相關的概念。在競合論，其目的就是要對行為人的所有犯行，做出充分而不過度、不重複的評價。所稱「充分而不過度」的評價，其實是罪刑相當、禁止評價不足（Untermassverbot）與禁止評價過度（Übermassverbot）等原則映射在競合論的倒影，與憲法比例原則有關。所稱「（充分但）不重複」的評價，是為了合乎一行為（或一罪）不兩罰、一事不再理原則（ne bis in idem）的法治國基本要求，同時具有實體法與程序法的雙重面向³⁰。至於在量刑論，刑法第57條之規定，在運用時應注意到3點要求：（1）禁止重複評價原則：系爭審酌事項已列入加重或減輕構成要件時，量刑時就應避免重複評價，以免造成罪刑不相當情形；（2）正當權利的行使不能當作加重量刑的事由：例如被告行使「緘默權」，不得據此認其犯罪後之態度不佳而加重量刑；（3）禁止不當連結：禁止以「人格品行」為由，將罪責原則之行為刑法偷渡為行為人刑法，例如判決理由以「被告獐頭鼠目，顯非善類」為由而加重其刑³¹。

²⁹ 高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄：「罪與刑：林山田教授六十歲生日祝賀論文集」，1998年，第179頁。

³⁰ 林鈺雄，新刑法總則，2006年，第542、543頁。

³¹ 林鈺雄，新刑法總則，2006年，第639、640頁。

三、法律單一之具體適用模式

競合論屬於刑法學中的一大部門，相關議題複雜萬千，甚多爭點應如何妥善處理，學說上迄今尚無完滿的結論，因此本文並不詳加敘述各學說的來龍去脈，也不詳加敘述各種適用模式下的各種具體適用方式（這是傳統教科書的任務），僅簡介通說對法律單一的處理方式，合先敘明。

一般來講，法律單一的具體適用模式有三類³²，分別是特別關係、補充關係與吸收關係，茲分述如下：

（一）特別關係（Das Verhältnis der Spezialität）

特別關係主要係指，兩個法條之間在概念上具有「邏輯包含關係」（Logisches Einschlußverhältnis），即特別構成要件除了完全包含一般構成要件外，尚包括其他一般構成要件所沒有的其他犯罪要素。亦即，法條之間在邏輯上處於從屬關係的類型，構成要素較多的法條具有要素較少法條的全部要素，實現了較大的構成要件則邏輯上必然同時實現了較小的構成要件。這種類型的法條間的邏輯關係是法條競合的類型中沒有爭議的類型，因為在行為人同一個犯罪行為侵害同一個法益而同時可以適用這種邏輯關係之數法條加以評價的情況下，以要素較多的法條加以評價已經足以將行為人犯罪行為的不法加以完整的評價，要素較多的法條已

經將要素較少法條的不法和罪責內涵徹底的加以涵蓋，如果再以要素較少的法條加以評價，則同樣的要素將被重複的評價，這樣是過度的評價，是不符合比例原則的³³。林山田認為，在法律單一之特別關係當中，有下述幾種適用上的存在情形³⁴：（1）變體構成要件與基本構成要件之關係；（2）加重

³² 惟學者柯耀程教授主張，法律競合關係當中，除特別關係、補充關係與吸收關係之外，「與罰行為」或「與罰關係」（mitbestraftes Verhältnis）亦為法律競合的型態之一。參見：柯耀程，刑法總則釋論-修正法編（下），2006年，第181頁以下。

³³ 楊一帆，法條競合與想像競合之間，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，2004年，第68頁。

³⁴ 特別關係的詳細說明，請參見：林山田，刑法通論（下冊），2008年，第330頁以下。

結果構成要件與過失構成要件之關係；（3）結合構成要件與單一構成要件之關係；（4）個別構成要件與概括構成要件之關係。至於甘添貴教授則認為，特別關係之適用有如下情形³⁵：（1）基本構成要件與加重構成要件之互相競合；（2）基本構成要件與減輕構成要件之互相競合；（3）基本構成要件與加重、減輕構成要件之互相競合；（4）結合犯構成要件與包含構成要件之互相競合；（5）結果加重犯構成要件與基本犯構成要件之互相競合。

（二）補充關係（Das Verhältnis der Subsidiarität）

補充關係是一種「規範的層級關係」（Normatives Einschlußoder Stufenverhältnis），即補充法條相對於基本法條，居於輔助之地位，只有當基本法條無法適用時，才可以適用該補充法條。補充關係與特別關係對於法條競合觀察角度與詮釋不同，其不由法條間的邏輯結構關係來判斷某一個構成要件是否可以包含另一個構成要件，而是由禁止對於同一個法益的侵害作重複評價的角度來詮釋法條競合的關係，因此被歸類於這種類型的數法條間的結構關係有些是處於交錯的結構，而部分法條間的結構關係是處於隸屬或包含的結構³⁶。

通說將補充關係區分為兩種形式，一種是出於法條之明文規定當不適用其他條文時始可適用者，此稱之為「明示的補充關係」（ausdrueckliche Subsidiarität）或「形式的補充關係」（formelle Subsidiarität），立法者這種立法的規定稱之為「補充條款」（Subsidiaritaetsklausel）；另一種則是藉由對於構成要件的解釋而產生，稱之為「默示的補充關係」（stillschweigene Subsidiarität）或「實質的補充關係」（materielle Subsidiarität）。林山田認為³⁷，實質的補充關係分為3種類型，一是「侵害階段不同之補充關係」，二是「參與型態不同之補充關係」，三是「危險構成要件與實害構成要件之補充

³⁵ 參見：甘添貴，罪數理論之研究，2006年，第119頁以下。

³⁶ 楊一帆，法條競合與想像競合之間，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，2004年，第80、81頁。

³⁷ 補充關係的詳細說明，請參見：林山田，刑法通論（下冊），2008年，第338頁以下。

關係」。至於甘添貴教授則認為，補充關係之適用有如下情形³⁸：（1）侵害階段不同之補充關係：包括①既遂罪與預備罪、未遂罪之關係、②殺人罪與傷害罪之關係、③侵害犯與危險犯之關係；（2）侵害方法不同之補充關係：包括①正犯與共犯之關係、②作為犯與不作為犯之關係、③故意犯與過失犯之關係。

（三）吸收關係（Das Verhältnis der Konsumtion）

吸收關係存在於主要行為與伴隨行為間，即行為實現一較重犯罪型態的主要構成要件，常會實現其他較輕的伴隨構成要件，後者相對於前者係屬「典型的伴隨犯行」（Typische Begleitatt）者，即會成立吸收關係。由於立法者在制定主要行為之構成要件之刑罰範圍時，理應將該典型之伴隨犯行納入考量，而此時適用主要行為的構成要件，已足以滿足刑罰之需求，而不需要適用其他法條，亦即此一法條之不法內涵與責任內涵已經足以包括伴隨構成要件之不法內涵與責任內涵，而適用主要行為之構成要件對於行為人的行為加以評價已經足以宣示犯罪行為所有的不法內涵，而較輕之伴隨構成要件即被排斥而不適用，其不法內涵與罪責內涵，有如被主要構成要件所吸收³⁹。

以上為法律單一之處理模式，惟若回歸至犯罪構成要件之本質來看待構成要件彼此之間的關係。依柯耀程教授之介紹，德國學者 Klug 將構成要件互相間之關係，區分成三種型態：1. 「異質性關係」（Heterogenität），此種構成要件關係，又可稱為「互斥關係」（Exklusivität），蓋同一行為不能同時該當此種構成要件，如竊盜與侵佔，即此種異質性的構成要件（heterogene Tatbestände），不可能同時適用同一之評價對象，二者絕無並存關係；2. 「重疊性關係」（Interferenz），即所謂具有交集性之構成要件（interferierende Tatbestände），一個構成要件中所具有對於評價客體的要素，在另一個構成要

³⁸ 參見：甘添貴，罪數理論之研究，2006年，第132頁以下。

³⁹ 楊一帆，法條競合與想像競合之間，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，2004年，第93頁。

件中，亦可發現，但其他要素，則各有不同，構成要件彼此間，具有同樣的行為要素，即有所交集（Überschneidung od. Kreuzung），例如詐欺與偽證，其對於規範對性的行為，在詐騙要素上，係屬重疊，但個別所規範之整個行為，卻有所不同；3.「附屬關係」（Subordination），也就是一構成要件所規範的對象，其內涵完全涵蓋於另一個構成要件之中，例如，傷害罪與殺人罪的關係⁴⁰。Klug 認為，法律單一中之「特別關係（Spezialität）」的概念邏輯結構應為「附屬關係」；而「補充關係（Subsidiarität）」與「吸收關係（Konsumtion）」，則應屬於「重疊關係」，而學說上爭議的「擇一關係（Alternativität）」，則歸屬於「附屬關係」⁴¹。

第四項 本章探討之內容與範疇

本章內容主要以行使詐術之相關罪名為範疇（並不限定於明示以詐術作為成文構成要件要素之各罪），探討各罪之間在具體案情之適用上的法條之解釋選擇問題，以下分就「詐欺罪章之內的詐術競合」、「詐欺罪章與其他罪章之詐術競合」，以及「詐欺罪章之外的詐術競合」等三個層面分析探討之。

第二節 詐欺罪章之內的詐術競合

本節乃就分則第 32 章詐欺背信及重利罪罪章之內的各罪，探討行為人行使詐術時產生犯罪競合之情形，包括詐欺取財罪與詐欺得利罪之競合、詐欺罪與新增三罪之特別詐欺罪之競合、詐欺罪與準詐欺罪之競合，以及詐欺罪與背信罪之競合，茲分述之：

⁴⁰ 柯耀程，刑法競合論，2001 年，第 240 頁，註 53。

⁴¹ 柯耀程，刑法競合論，2001 年，第 125 頁，註 28。

第一項 詐欺取財罪與詐欺得利罪

關於詐欺取財罪與詐欺得利罪，實務上向來認為兩罪之差別只在於「行為之結果」。最高法院 22 年上字第 2126 號判例指出：「刑法第三百六十三條第二項之罪，祇須一方施用詐術而取得財產上不法之利益為已足，並非以對方有交付行為為成立要件，所謂財產上不法之利益，亦不問其為有形與無形均包含在內。」

另外，70.10.28 廳刑一字第 1104 號函復台灣高等法院針對法律問題：「某甲明知自己無力支付費用，意圖白吃白喝，至某餐廳點酒菜，致使該餐廳人員，誤信其有付帳能力而如數供應，餐畢無法付款，某甲所為，究應成立刑法第 339 第 1 項詐欺取財罪，抑應成立該條第 2 項之詐欺得利罪？」研討結論指出：「刑法第 339 條第 1 項之詐欺罪，以詐得現實之財物為要件，某甲以詐欺術使餐廳人員交付酒菜，既係具體現實之財物，應成立詐欺取財罪，採丙說。」丙說則主張：「刑法第 339 條第 2 項之詐欺得利罪，係指以詐術取得同條第 1 項之物以外之其他財產上之不法利益，無法以具體之物估量者而言倘所詐取者，係可具體指明之物，即應論以同條第 1 項之詐欺取財罪。某甲以詐術使得餐廳人員交付之酒菜，既係具體之物，依上開說明，自應論以詐欺取財罪。且本題若採甲說，則某甲支付或賠償酒菜價金之債務，並未因其施用詐術而得免除，即可能衍生詐欺未遂之結論；若採乙說，則騙取他人之財物，亦非不得謂之滿足抽象之財慾，則詐欺取財罪將難有適用之機會。」

屬於較晚近的最高法院 89 年台上字第 6903 號判決亦同上見解，是號裁判理由認為：「...按刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪，其詐取之標的以現實之財物為限，如係財產上不法利益，以詐術得之者，則屬於同條第二項之詐欺得利罪。原判決認定上訴人與許芳青共同向被害人曾坤炳詐稱：可代為找到資金，但須提供不動產作擔保云云，使曾坤炳陷於錯誤，而提供其與陳晨鐘共有，坐落台中市○○區○○段一五三九之一、一五三九之四地號土

地，設定本金最高限額新台幣三千萬元之抵押權予三公公司等情，如果無訛，此部分上訴人與許芳青所詐得者，係財產上之不法利益，而非現實之財物，原判決論以詐欺取財罪，併有違誤。...」

由上述裁判可以知道，實務上在區分詐欺取財罪與詐欺得利罪時，基於法安定性之考量，原則上是嚴守法條上的文義或語法解釋的。然而，嚴守文義或語法解釋是解釋單一法條的原則，並無法就各罪之間可能成立之犯罪競合關係做成合理的闡釋，是以，從字義出發解釋競合關係並不能解釋罪與罪之評價關係。對於第 339 條第 1 項與第 2 項之適用關係，學者甘添貴教授認為，對同一人實施詐術，不僅取得財物，且亦獲得財產上之利益者，例如，行為人明知身無分文，仍至溫泉旅館泡湯，且享受其餐飲後，趁隙逃離之情形。因行為人僅侵害一個財產持有利益，仍僅成立一罪，而成立法條競合（法律單一）。另因詐欺取財罪為基本規定，詐欺得利罪為補充規定，應優先適用基本規定之詐欺取財罪，排除適用補充規定之詐欺得利罪⁴²。可知甘教授認為，詐欺取財罪與詐欺得利罪若屬法律單一，則應歸類為「補充關係」之型態。然而林山田教授認為，現行法區分第 1 項的詐欺取財罪與第 2 項的詐欺得利罪，無論就刑法理論抑或刑法實務而言，均無此必要，因行為人或第三人所得者，不論為實體財物，抑或為財產上的抽象利益，均不影響詐欺罪的成立。區分兩項之規定，甚至造成誤導，使部分學者認為第 1 項是保護個別財產利益，第 2 項是在保護整體的財產利益。實際上，在詐欺罪中無論是取財或得利，對於被害人有意義者已非個別財產的持有，而是整體財產的總額⁴³。

⁴² 甘添貴，刑法各論（上），2009 年，第 326 頁。

⁴³ 林山田，刑法各罪論（上），2004 年，第 463、464 頁。

第二項 詐欺罪與新增三罪之特別詐欺罪

一、詐欺罪與特別詐欺罪之法律單一關係

關於詐欺罪與新增第 339 條之 1 不法由收費設備取得他人物罪、第 339 條之 2 不法由自動付款設備取得他人物罪、第 339 條之 3 不法製作財產權得喪變更紀錄罪三罪之間，如有法律單一之情形，應如何論處，目前實務上查無相關見解。至於學說上，也僅甘添貴教授有所些許著墨。甘教授認為，第 339 條之 1 收費設備詐欺罪與第 339 條之詐欺罪具有「補充關係」。成立法律單一時，應優先適用基本規定之詐欺罪，排斥適用補充規定之收費設備詐欺罪⁴⁴。第 339 條之 2 付款設備詐欺罪與第 339 條之詐欺罪亦為「補充關係」。成立法律單一時，應優先適用基本規定之詐欺罪，排斥適用補充規定之付款設備詐欺罪⁴⁵。至於第 339 條之 3 電腦詐欺罪與第 339 條之詐欺罪則為「吸收關係」，因電腦詐欺罪之罪質，當然含有詐欺之成分，成立法律單一時，應優先適用吸收規定之電腦詐欺罪，排斥適用被吸收之普通詐欺罪⁴⁶。

林山田教授則認為，詐欺罪章中新創的三個構成要件並非就已有的基本構成要件修正而成的變體構成要件，而是專為填補法律漏洞而新創的不法構成要件⁴⁷。可知，林教授並不主張詐欺罪與新增三罪之特別詐欺罪為法律單一之「特別關係」，只是詐欺罪與特別詐欺罪之法律單一關係為何，亦未有所具體主張。其中，第 339 條之 1 的自動收費設備詐欺罪因無人陷於錯誤之情形，只是行為人以類似行騙的不正手法，規避自動收費設備的收費目的設計，而達無對待給付即能取物或獲得服務之目的，故第 339 條之 1 的自動收費設備詐欺罪並不具有詐欺罪的本質⁴⁸。探求此一主張之真義，似乎認為第 339 條的詐欺罪與第 339 條之 1 的自動收費設備詐欺罪，並無成立法律單一之餘地。

⁴⁴ 甘添貴，刑法各論（上），2009 年，第 330、331 頁。

⁴⁵ 甘添貴，刑法各論（上），2009 年，第 334 頁。

⁴⁶ 甘添貴，刑法各論（上），2009 年，第 337、338 頁。

⁴⁷ 林山田，刑法各罪論（上），2004 年，第 470、471 頁。

⁴⁸ 林山田，刑法各罪論（上），2004 年，第 466 頁。

二、特別詐欺罪之間的法律單一關係

林山田教授主張，行為人以不正方法由收費設備中免費取物或享受無對待給付的服務或由自動付款設備取款或得利之行為，除該當第 339 條之 1 收費設備詐欺罪，或第 339 條之 2 付款設備詐欺罪之外，亦有可能同時該當第 339 條之 3 的電腦詐欺罪。此者形成法律單一，只要適用第 339 條之 1 與第 339 條之 2 的個別構成要件處斷已足，屬於概括構成要件的第 339 條之 3 電腦詐欺罪，即被排斥而不適用⁴⁹。此一主張應是認為，第 339 條之 1 與第 339 條之 3 的法律單一關係，與第 339 條之 2 與第 339 條之 3 的法律單一關係，皆屬法律單一關係中之「特別關係」。

此外，行為人若透過輸入不正指令於自動櫃員機轉帳，而後領出錢財之情形，應同時符合第 339 條之 3 電腦詐欺罪與第 339 條之 2 自動付款設備詐欺罪，對此，有學者主張自動付款設備詐欺罪乃是電腦詐欺罪之特別減輕規定，故應適用第 339 條之 2 的自動付款設備詐欺罪⁵⁰。由此觀之，如行為人之行為同時符合第 339 條之 3 與第 339 條之 2 兩罪者，似應成立法律單一之「特別關係」。此一見解之結論雖上述看法相同，然而形成法律單一「特別關係」之理由仍屬有異。尤其所謂的「特別減輕規定」，是屬於特別關係之何種型態，理由似乎不備。

第三項 詐欺罪與準詐欺罪

前文曾提及，準詐欺罪與詐欺罪的重要區別，在於不需施用詐術，與詐欺行為的相同處，則在於準詐欺一樣需要相對人的交付或處分行為。一般認為，本罪係以詐術以外的方法，而乘未滿 20 歲人之智慮淺薄或乘人之精神障礙、心智缺陷而有辨識能力顯然不足之情形。然而，亦有學者主張，本罪既

⁴⁹ 林山田，刑法各罪論（上），2004 年，第 469 頁。

⁵⁰ 盧映潔，刑法分則新論，2009 年，第 677、678 頁。

是爲了彌補行爲人施用詐術但因相對人精神障礙或無經驗而無法陷於錯誤之漏洞，所以本罪之行爲亦可包括詐術之施用⁵¹。實則，準詐欺罪的規範用意，在於彌補知慮淺薄的未成年者或精神耗弱者與社會一般大眾判斷力間的差距，準詐欺罪暗示了，利用這種知慮判斷間的差距，實質上也是一種欺騙的行爲。相關的實務見解是最高法院 29 年上字第 1156 號判例，該號判例指出：「上訴人既以詐術使人將財物交付，則被害人縱未滿二十歲，亦屬刑法第三百三十九條之犯罪，與同法第三百四十一條僅係消極的乘被害人精神上之缺陷，使之交付財物，而非積極的由於加害人之施用詐術者不同。原判決既認上訴人行詐屬實，徒以被害人未滿二十歲，竟依刑法第三百四十一條第一項論擬，殊嫌未洽。」

以詐術同時實現詐欺罪與準詐欺罪之法律單一關係，學說上有主張，本罪不以詐術爲手段，而係以未達於欺罔程度之誘惑行爲爲方法，性質上爲詐欺罪之補充規定，故如以詐術爲方法，被害人縱未滿 20 歲智慮淺薄或辨識能力顯有不足之情形，應成立第 339 條之詐欺罪，而非本罪⁵²。持相同看法，認爲者詐欺罪與準詐欺罪乃法律單一之「補充關係」者，有林山田教授⁵³與甘添貴教授⁵⁴。前開通說看法固無疑義，然而單純就第 339 條的使用詐術行爲來看，若能使一般人陷於錯誤，必定能使第 341 條所指具有那些情況的人也陷於錯誤（比正常人還愚劣的被害人）。因此，只要能使人「陷於錯誤」，理論上應該都可以適用第 339 條，林東茂教授即據此認爲第 341 條是多餘的規定⁵⁵，此一見解值得重視。

⁵¹ 盧映潔，刑法分則新論，2009 年，第 679 頁。

⁵² 陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，2009 年，第 476、477 頁。

⁵³ 林山田，刑法各罪論（上），2004 年，第 474 頁。

⁵⁴ 甘添貴，刑法各論（上），2009 年，第 341 頁。

⁵⁵ 林東茂，刑法綜覽，2007 年，第 2-149 頁。

第四項 詐欺罪與背信罪

關於詐欺罪與背信罪之間所可能成立之犯罪競合問題，實務上向來主張優先論以詐欺罪。最高法院 25 年上字第 6518 號判例指出：「為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使該他人交付財物者，縱令具備背信罪之要件，亦已包含於詐欺罪之觀念中，不得於詐欺罪外更論背信罪。」另外，最高法院 63 年台上字第 292 號判例亦指陳：「刑法上之背信罪為一般的違背任務之犯罪，若為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使他人交付財物者，應成立詐欺罪，不能論以背信罪。」觀諸前開實務判例，雖肯認詐欺罪與背信罪可成立法律單一型態，但明文看不出兩罪可成立法律單一之理由與可成立法律單一何種具體之型態，惟從判例之前後文義脈絡推敲之，似乎是採取「補充關係」。

甘添貴教授指出，背信罪與詐欺罪之間，並不具備特別關係，亦不具有補充關係與吸收關係，因兩者具有「擇一關係」。在適用上，倘發生法條競合時，應擇一罪予以優先適用，而排斥另一罪之適用⁵⁶。林山田教授則主張，為他人處理事務之人，以詐術方法而為背信，除構成本罪之外，尚另犯詐欺罪。此係行為單數的純正競合，即一行為觸犯數罪名之想像競合，應從一重處斷⁵⁷。陳煥生與劉秉鈞亦同林教授看法，兩位學者認為，背信罪與詐欺、侵占等行為，常具有牽連關係，於刑法牽連犯廢除之外，應注意可評價為一行為之情形，應依想像競合犯規定從一重處斷⁵⁸。由於「擇一關係」之定位究竟如何，爭議性頗大，學界未具有共識，因此對於背信罪與詐欺罪之關係，似乎採取想像競合說較無爭議。但是由於兩罪之間並不存在法益侵害之複數關係，前述實務判例暗地所採法律單一之「補充關係」的見解似較妥當。

⁵⁶ 甘添貴，刑法各論（上），2009 年，第 353 頁。

⁵⁷ 林山田，刑法各罪論（上），2004 年，第 484 頁。

⁵⁸ 陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，2009 年，第 480 頁。

第三節 詐欺罪章與其他罪章之詐術競合

本節乃就分則第 32 章詐欺背信及重利罪罪章之內的詐欺罪與第 32 章以外較為常見可能與詐欺罪行使詐術行為形成競合關係之相關罪名，探討行為人行使詐術時產生犯罪競合之情形，依次探討詐欺罪與相關偽造罪（包括冒用公務員服章官銜罪、行使偽造貨幣罪、行使偽造有價證券罪、行使偽造信用卡罪、行使偽變造往來客票罪、行使違背定程度量衡罪、偽造文書罪、偽仿造商標商號罪...等）、詐欺罪與侵占罪之競合、詐欺罪與恐嚇取財罪之競合，以及詐欺罪與間接毀損罪之競合等爭議問題，茲分述之：

第一項 詐欺罪與相關之偽造罪

一、詐欺罪與冒用公務員服章官銜罪之競合

刑法第 159 條：「公然冒用公務員服飾、徽章或官銜者，處五百元以下罰金。」是為所謂之冒用公務員服章官銜罪。本條在實務上適用之機會其實並不多見，與詐欺罪之間係處於何種之犯罪競合關係，亦查無相關之判解。僅有學者提出若干看法，甘添貴教授認為，冒用公務員服章官銜罪與詐欺罪之保護法益不同，行為人若以犯冒用公務員服章官銜罪為詐欺取財之方法者，如冒穿警察制服，詐購某活動半價入場卷是，應成立想像競合犯或予併合論罪⁵⁹。本文認為，所舉前開案情應成立想像競合犯固無問題，然結論又提「或予併合論罪」，似乎語焉不詳。

二、詐欺罪與行使偽造貨幣罪、行使偽造有價證券罪之競合

我國早期實務向來認為，詐欺罪與行使偽造貨幣罪、行使偽造有價證券罪之犯罪競合乃法律單一之「吸收關係」，因為行使偽幣罪或行使偽造有價證券罪（行使偽造貨幣罪）等行為，使相對人誤信而交付財物，當然含有詐欺

⁵⁹ 甘添貴，刑法各論（下），2010 年，第 476 頁。

之性質，如果所交付者即係該證券本身之價值，則其詐欺取財仍屬行使偽造有價證券（行使偽造貨幣）之行爲，亦即詐欺罪被行使偽造有價證券罪（行使偽造貨幣罪）所吸收。主張此說之具有代表性的判例有：最高法院25年台上1814號判例以及31年台上409號判例。惟晚近以來之實務見解對於詐欺罪與行使偽造貨幣罪、行使偽造有價證券罪之犯罪競合則採取乃具有方法結果關係之「牽連犯」的主張。例如：最高法院86年台上字4610號判決指出：「行使偽造有價證券，以取得票面價值之對價，故不另論詐欺罪，但如以偽造之有價證券供作擔保或作為新債清償而借款，則其借款行爲，為行使偽造有價證券以外之另一行爲，其間有方法結果關係，應論以詐欺罪之牽連犯。」然而現行法目前已刪除牽連犯之規定，上述案情若再發生即生爭議。

其實，前述實務見解向與學界看法不一。從兩罪的保護法益觀察，詐欺罪之保護法益，為個人財產之安全；行使偽幣罪或行使偽造有價證券罪之保護法益，則為社會公共之信用。二者間並不具保護法益之同一性，所以如有行爲同時觸犯此兩罪，若對於侵害財產法益部分完全置而不論，則對於財產之所有人或持有人未加保護，顯非合理，故應以想像競合論處⁶⁰。實則，從犯罪之認識上，行爲人的客觀行爲與主觀意圖都符合此二罪之構成要件。然而在犯罪評價上，因為行爲人該當上述二罪所侵害之法益，並不相同，詐欺罪保護的是個人財產法益，行使偽造有價證券所侵害的法益為公共信用與交易安全，若對於侵害財產法益部分完全置而不論，則對於財產之所有人或持有人並未予以保護，顯非合理，所以應分別論罪。在犯罪科刑上，因其觸犯詐欺取財罪與行使偽幣罪，所評價之自然行爲事實，為同一行爲，且此等行爲與詐欺行爲，其主要部分亦相合致，應認其成立想像競合犯較妥⁶¹。

⁶⁰ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第328頁。相同見解，請見：林山田，刑法各罪論（上），2004年，第462頁。

⁶¹ 陳盈穎，刑法詐術意涵之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，2009年，第117、118頁。

三、詐欺罪與行使偽造信用卡罪之競合

關於詐欺罪與行使偽造信用卡罪之犯罪競合問題，實務上臺灣高等法院 92 年庭長法律問題研討會曾針對此一法律問題討論過：「某甲明知他人偽造之信用卡，卻仍持向某乙購買衣服，某甲除觸犯行使偽造信用卡罪外，是否另犯詐欺取財罪？」研討意見有兩說，甲說認為，信用卡為理財消費信用交易之工具，屬於資格證券之一種，即表彰記帳消費之資格而已，並非有價證券，故行使偽造信用卡，以詐騙財物，究與行使有價證券詐欺，該有價證券具有相當價值，且有流通效力，得以自由買賣轉讓有別，故某甲之行爲，仍應負詐欺取財罪責。乙說則主張刑法於民國 90 年 6 月 20 日增訂刑法第 201 條之 1 等條文，將信用卡犯罪列入有價證券罪章加以規範，即將信用卡與有價證券同視，參諸最高法院六十二年二月二十日六十二年度第一次刑庭庭長會議決議（一）前段所指明：「行使偽造有價證券，以取得票面價值之對價，不另論詐欺罪」之意旨，若行使偽造信用卡，以取得其對價，其詐欺取財仍屬行使信用卡之行爲，毋庸再論以詐欺罪，故某甲之行爲，不另論詐欺取財罪。本次法律問題研討會結論係採甲說。

上述實務見解主張持偽造之信用卡購物者，除犯行使偽造信用卡罪外，另犯詐欺取財罪。然而，一行爲觸犯兩罪者，究係實質競合之數罪併罰，抑或純正競合之想像競合，實務上結論之主張並不明確，惟從研討意見之語意脈絡推敲，似乎是案應論以數罪併罰。然而，上案果真論以實質競合者，將有不當擴張所謂「一行爲」之嫌疑，造成一行爲二罰之效果，說理並不充分。退一步言，若該案論以想像競合犯者，案情又似與純正競合之要件未盡符合。反是法律問題研討會中未被採用之少數說，認為將信用卡犯罪列入有價證券罪章加以規範，即將信用卡與有價證券同視，若行使偽造信用卡，以取得其對價，其詐欺取財仍屬行使信用卡之行爲，毋庸再論以詐欺罪，應屬較為可採之說法。只是兩罪若成立法律單一關係者，應屬何種具體型態者，少數說並未清楚說明。本文則以爲，第 201 條之 1 第 2 項之行使偽造信用卡罪的構

成要件要素可被第 309 條第 1 項詐欺罪之構成要件要素含括在內，故應屬法律單一之「特別關係」(個別構成要件排斥概括構成要件)，應優先適用第 201 條之 1 第 2 項之行使偽造信用卡罪。

四、詐欺罪與行使偽變造往來客票罪之競合

刑法第 203 條：「意圖供行使之用，而偽造、變造船票、火車、電車票或其他往來客票者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。其行使之者亦同。」是為所謂之行使偽變造往來客票罪。本罪與詐欺罪之犯罪競合關係為何，實務上最高法院 45 年台非字第 1 號判例認為：「偽造刑法第二百零三條之船票車票客票而行使之，本含有詐欺性質，其詐欺行為不應另行論罪，原判決以被告偽造公共汽車往來客票，低價出售，使人發生誤信，將本人之物交付，認其偽造與詐財有方法結果關係，從一重之詐欺罪處斷，其適用法律，顯有違誤。」惟學者持不同見解認為，行使偽變造往來客票罪與詐欺罪，不具保護法益之同一性，應分別成罪。因行使偽變造往來客票罪與詐欺罪所評價之自然行為事實，屬於同一行為，應成立想像競合犯⁶²。此說在論證上固無問題，惟一旦遇有行使偽變造往來客票罪與詐欺罪之犯罪競合問題，行使偽變造往來客票罪將永無適用之餘地而形同具文，因是案概從一重之詐欺罪論處。

其實，行使偽變造往來客票罪所造成之社會侵害性，其不法內涵遠低於詐欺罪，貪圖數十或至多數百之不法利益，結果卻需面臨普通詐欺罪五年以下之重刑伺候，明顯違背了所謂的「罪刑均衡原則」。兩罪之關係實屬輕重失衡，較為理想之立法，應將行使偽變造往來客票罪修法移至詐欺罪章，使其成為詐欺罪章之特別詐欺罪，若有犯罪競合情形，依法律單一之特別關係，即可適用行使偽變造往來客票罪處斷之。

⁶² 甘添貴，刑法各論(下)，2010 年，第 181 頁。

五、詐欺罪與行使違背定程度量衡罪之競合

刑法第 208 條第 1 項：「行使違背定程之度量衡者，處三百元以下罰金。」是為所謂之行使違背定程度量衡罪。本罪與詐欺罪之犯罪競合關係為何，實務上似查無相關見解。僅學者甘添貴教授提出看法，甘教授認為，行使違背定程度量衡罪之保護法益，為社會之公共信用；詐欺取財罪之保護法益，為個人之財產安全。因此，兩罪間不具保護法益之同一性，自應個別成罪。因行使違背定程度量衡罪與詐欺取財罪所評價之自然行為事實，屬於同一行為，應成立想像競合犯。如以行使違背定程度量衡，作為施詐之手段者，本可依前述實例認其詐欺取財行為被行使違背定程度量衡之行為所吸收，而逕論以行使違背定程度量衡罪。惟因行使違背定程度量衡罪與詐欺取財罪之法定刑，相差過於懸殊，以輕賅重，既法理難通；避重就輕，亦保護失週。此為立法上所顯現之疏漏，勢難顧及周全。因此，以行使違背定程度量衡，作為施詐之手段者，屬於同一行為，應依想像競合犯之例處斷，似較妥適⁶³。

上述學者之見解似屬可採，然而，本罪競合情形與前述行使偽變造往來客票罪之競合情形相同，行使違背定程度量衡罪之不法內涵程度上遠低於詐欺罪，若需面臨普通詐欺罪五年以下之重刑，亦違背了所謂的「罪刑均衡原則」，兩罪之關係實屬輕重失衡，與前開本文之主張同，較為理想之立法，應將行使違背定程度量衡罪修法移至詐欺罪章，使其成為詐欺罪章之特別詐欺罪，若有犯罪競合情形，依法律單一之特別關係，適用行使違背定程度量衡罪處斷即可。

於解釋論上，詐欺罪與行使違背定程度量衡罪，以及前述之行使偽變造往來客票罪形成之競合關係，所存有矛盾之現象，實可參照德國法之規定加以解決之。德國刑法第 265a 條規定：「意圖從自動服務機器或基於公眾目的

⁶³ 甘添貴，刑法各論（下），2010 年，第 190、191 頁。

之通訊網路、交通工具服務，或進入表演活動處所或其他設施，取得不正之給付，而免於支付價金者，處一年以下有期徒刑或罰金」（第 1 項）、「前項之未遂犯，罰之」（第 2 項）、「第 247 條及第 248a 條之規定，準用之」（第 3 項）。由於詐欺行為之態樣形形色色，且社會生活實態當中，多數詐欺行為之不法內涵是屬輕微，侵害法益之程度並不嚴重，如不分犯罪情節，概以詐欺罪相繩，恐有輕重失衡，違背罪刑均衡原則之嫌。德國法所創設前開之輕微詐欺罪之規範，可適應各式樣之輕微詐欺行為，殊值吾人於修法過程中加以重視並參酌。

六、詐欺罪與偽造文書罪之競合

有關詐欺罪與偽造文書罪之犯罪競合問題，最高法院69年台上695號判例指出：「冒用會員名義偽造標單，行使得標詐取會款，偽造署押為偽造私文書之部分行為，不另成罪，偽造私文書而後行使，偽造之低度行為應為行使之高度行為所吸收，應依行使論擬。行使偽造私文書與詐欺二罪之間，有方法與結果牽連關係，應從行使偽造私文書一重論處。⁶⁴」此一看法與前述所提詐欺罪與行使偽造貨幣罪、行使偽造有價證券罪之犯罪競合相同，由於現行法已刪除牽連犯之規定，故實務主張已不足採。

一般認為，普通詐欺罪之保護法益，為個人財產之安全；偽造文書罪之保護法益，乃係社會公共之信用。因此，二者間並不具保護法益之同一性。在適用上，某犯罪事實，縱於犯罪認識上同時該當普通詐欺罪與偽造文書罪，在犯罪評價上並無成立法條競合之可能，應以刑法想像競合科刑論罪從一重處斷⁶⁵。

⁶⁴ 最高法院 51 台上 1775 號判例以及 83 年台上 2960 號判例皆採此看法。

⁶⁵ 林山田，刑法各罪論（上），2004 年，第 460 頁。

七、詐欺罪與偽仿造商標商號罪之競合

刑法第 253 條：「意圖欺騙他人而偽造或仿造已登記之商標、商號者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三千元以下罰金。」是為所謂之偽仿造商標商號罪。行為人犯偽仿造商標商號之罪而獲取不法利益者，是否另行成立詐欺罪。司法實務之見解前後不一，有認為偽仿造商標商號罪既以欺騙他人為目的，已含有詐欺之性質，如因偽造仿造而或有不法利益者，不另成立詐欺罪（54 台上 2001 號判決參照）。亦有認為詐欺罪與偽仿造商標商號罪乃「牽連犯」之關係者，應從一重之詐欺罪論處（43 台上 407 號判決、44 台非 39 號判決、56 台上 2576 號判決參照）⁶⁶，惟因牽連犯業已廢除，實務之主張已不可採。甘添貴教授則認為，犯偽仿造商標商號罪而有詐欺行為者，以他人之商標商號，蒙蔽世人高價出售，獲取不當利益者，不能不負詐欺罪責，兩罪應予併合論罪⁶⁷。本文則認為，以偽仿造商標商號之行為作為行使詐欺罪之詐術方法者，在牽連犯廢除以後應屬一行為觸犯術罪名之想像競合犯，從一重論以詐欺罪。

第二項 詐欺罪與侵占罪

關於詐欺罪與侵占罪之犯罪競合關係，早期的院字1518號解釋認為：「債務人以自己持有之共有不動產，詐稱係其所有，或詭稱已得共有人同意，向債權人押借款項，應成立侵占罪，至對債權人詐欺之行為，已為侵占行為所吸收，不另成立詐欺罪。」另外，最高法院41年台非字52號判例亦認為：「對於自己持有他人之物實施侵占，出賣於人者，其目的既在處分侵占物品，對於買主，自無所謂詐欺取財，因而於侵占罪外，殊難更論以詐欺罪。」此兩則實務之說法，似乎皆認定行為人所為者為行為單數，又認為侵占罪已含有詐欺之性質，所以詐欺行為已被侵占罪所吸收，然而其理由並未加說明。

⁶⁶ 林山田，刑法特論（下），1996年，第772頁。

⁶⁷ 甘添貴，刑法各論（下），2010年，第354頁。

學者有認為，詐欺罪與普通侵占罪，不具特別關係，亦非補充關係抑或吸收關係，係處於擇一關係。成立法條競合時，應擇法定刑較重者優先適用，惟因兩罪之法定刑相同，應就犯罪認識上最先成立之罪優先適用，例如將他人寄託之物侵吞，再向第三人訛稱為自己之物予以買賣，他人誤信而交付價款之情形是，則此一情形應優先適用侵占罪加以處斷⁶⁸。文獻上則另有主張，詐欺罪之成立，除行為人須有欺罔之行為外，尚須被害人因而陷於錯誤，並因錯誤而為一定之財物交付或為使行為人或第三人得利之行為。且在上述實務案例中，債權人之侵占行為既已成立，接續為一詐術行為之實施致被害人陷於錯誤，而為財物之移轉、交付行為，成立詐欺罪，應該是先後的兩行為觸犯同一財產法益之兩罪名，競合時應以不罰之後行為論處之，因此僅成立侵占罪⁶⁹。然而，本文認為，所謂「不罰之後行為」（Straflose Nachtat），僅係行為人經由後續另一個新的行為來確保或利用前犯行所造成之不法狀態，並且也未對法益持有者造成新的損害時，此時後續之行為方不予以處罰⁷⁰。文獻上主張侵占行為成立後接續為詐術行為之實施而成立詐欺罪，應是先後的兩行為觸犯同一財產法益之兩罪名，競合時詐欺罪應論以不罰之後行為。此一詐欺罪論以不罰後行為之主張，似乎並非不罰之後行為所指的「確保或利用前犯行所造成之不法狀態」，也非「未對法益持有者造成新的損害」，因為對於被侵占者處分所侵占之物，是後續的新的損害（侵占一是前階段的侵害，處分是後一階段的侵害），而對於第三人而言，更是另一個獨立的犯罪行為，侵占行為與詐欺行為應屬兩個獨立的犯罪行為，犯意個別、侵害法益各異（所侵害之對象為被侵占者與被詐欺者）、造成法益侵害之結果亦不相同（被侵占者之物被侵佔與被詐欺者陷於錯誤之財產處分），故上述所舉案情實應論以實質競合之數罪併罰。

⁶⁸ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第327頁。

⁶⁹ 陳盈穎，刑法詐術意涵之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，2009年，第130頁。

⁷⁰ Heinrich, Strafrecht AT II, 2005, Rn.1443.

第三項 詐欺罪與恐嚇取財罪

其實，如果透過比較恐嚇取財罪與詐欺罪的構成要件，會發現兩罪的被害者財產損害狀態，皆是因為行為人透過對受害者意思上的影響，而使其為財產處分，以獲得財物或財產上之不法利益，且不管係恐嚇取財罪或詐欺罪，二者行為人之財產處分必須係在行為人的認知下而為。故兩罪在財產處分上的特點，同屬財產所有人或財產持有人的意思參與造成的自我損害犯罪類型⁷¹，所以這也是為何在實際發生案件中兩罪易被混淆，且常被拿出來討論比較的原因。

關於詐欺罪與恐嚇取財罪之競合問題，臺灣高等法院暨所屬法院 96 年法律座談會刑事類提案第 15 號⁷²曾就此一法律問題有所商議：「行為人以虛構之事實（例如以家人在其手上，如不交付財物將殺其家人）恐嚇他人，致使他人因心生畏懼而為財物之交付，是否構成刑法第 339 條詐欺取財罪或第 346 條恐嚇取財罪？」本次法律座談會之討論意見有三說。甲說認為成立刑法第 339 條詐欺罪。理由為：以無法直接或間接支配可能之詐術為迷惑，致他人

⁷¹ 黃惠婷，恐嚇取財或詐欺？，台灣本土法學雜誌第 63 期，2004 年，第 158~161 頁。

⁷² 臺灣高等法院暨所屬法院 96 年法律座談會刑事類提案第 15 號原案所附之參考資料如下：

資料 1 -臺灣高等法院臺中分院 90 年度上易字第 1372 號判決要旨：查案發當時被害人陳○禮並未在被告手中，被告亦不知被害人陳○禮究在何處，則被告應不可能有對被害人陳○禮撕票之舉，是被告以電話對被害人陳○昌及其家人稱：「陳○禮在渠手中，要求陳○昌交付 3 萬元，否則將撕票」等語，顯係以詐術之方法對被害人陳○昌詐取財物。

資料 2 -臺灣臺北地方法院 95 年度易字第 1947 號判決要旨：則被害人乙……，顯係遭自稱「阿狗」之人，以無法直接或間接支配可能之詐術所迷惑，陷於錯誤而匯款，核屬詐欺取財，尚與行為人以直接或間接支配可能之不利益內容恐嚇取財之構成要件有間。

資料 3 -最高法院 30 年上字第 668 號判例要旨：恐嚇罪質，非不含有詐欺性，其與詐欺罪之區別，係在行為人對於被害人所用之手段，僅使其陷於錯誤者，為詐欺，使發生畏懼心者，為恐嚇。

資料 4 -最高法院 84 年度台上字第 1993 號判決要旨：恐嚇手段，常以虛假之事實為內容，故時亦不免含有詐欺之性質，倘含有詐欺性之恐嚇取財行為，足使人心生畏懼時，自應僅論以高度之恐嚇取財罪。

資料 5 -臺灣高等法院 95 年度上訴字第 1826 號判決要旨：以被害人有家人被擄，使心生畏懼而恐嚇取財之行為，得逞部分核係犯刑法第 346 條第 1 項恐嚇取財既遂罪。

陷於錯誤而匯款，核屬詐欺取財，尙與行爲人以直接或間接支配可能之不利利益內容恐嚇取財之構成要件有間，自應論以詐欺取財罪（臺灣高等法院臺中分院 90 年度上易字第 1372 號、臺灣臺北地方法院 95 年度易字第 1947 號判決參照）。乙說則主張應成立刑法第 346 條恐嚇取財罪。理由爲：刑法第 346 條第 1 項之恐嚇取財罪，與同法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪，二者之區別，在於前者係施用使人心生畏怖之恐嚇手段，致被害人心生畏懼，明知不應交付財物而交付，後者則係施用詐術手段，使人陷於錯誤，誤信爲應交付財物而交付（最高法院 30 年上字第 668 號判例參照）。惟上開之恐嚇手段，常以虛假之事實爲內容，故有時亦不免含有詐欺之性質，倘含有詐欺性之恐嚇取財行爲，足使人心生畏懼時，自應僅論以高度之恐嚇取財罪（最高法院 84 年度台上字第 1993 號、臺灣高等法院 95 年度上訴字第 1826 號判決參照）。丙說認爲應成立刑法第 346 條恐嚇取財罪及第 339 條詐欺罪想像競合犯。

以上法律座談會初步研討結果係採採甲說，然而審查意見另採乙說。研討結果爲：（一）先就採甲或乙說爲表決（實到 64 人）：採乙說（經付表決結果：採乙說 57 票，因已逾半數未再就甲說表決）。（二）再就乙說理由第 10 行第 2 句「自應論以高度之恐嚇取財罪」其中「高度之」3 字是否保留爲表決：贊成保留 43 票（因已逾半數未再就不予保留表決）。不過以上的案例有學者認爲，因爲仍無法分辨在同時具備心生畏懼與因爲施用錯誤陷於錯誤而作出財產處分而成立何罪的情形，就此而提出以德國學界曾對於恐嚇罪處分財產要件其「被害人認知」的分析，作爲恐嚇罪與詐欺罪財產處分之區分標準⁷³。此一見解認爲恐嚇取財罪中被害人之財產處分爲一種「犧牲之心態」；詐欺罪

⁷³ 德國學說的主張如下：「恐嚇罪的處分財產行爲，被恐嚇者的交付必須出於己意或自由意思的共同行爲。對於被恐嚇者而言，在忍受惡害（保護財產或財產上利益）與財產損失之間有選擇的可能性，即使最後選擇交付財物也係出於自己的決定。或被恐嚇者認知自己的配合會造成財產不利仍爲財產處分，故此種被恐嚇者知道自己的處分財產行爲乃是一種具有『犧牲』性質的配合行爲。」然而德國學界亦有持另一相反的看法，表示不應以『己意』爲判斷重點：「只要被害者係在自己的決定下轉移持有即可，被害者是否有如此決定，則以外在行爲爲判斷標準。」以上詳參：黃惠婷，恐嚇取財或詐欺？，台灣本土法學雜誌第 63 期，2004 年，第 160 頁。

之處分財產行為雖然也係一種出於己意或自由意思的行為，但是被害者的處分財產，是導因於行為人不實資訊傳遞而陷於錯誤認知影響下所為，即其相反於恐嚇罪的被恐嚇者，在處分財產的當下，內心意識到的自己並非係「犧牲者」，而是一種「心甘情願」。至於詐欺罪中被騙的人認知自己係犧牲者時，反而係在處分財產而有財產損失以後了。因此套用於本案中被害人交付贖金是出於己意選擇以財產損失作為人身安全之交換的一種犧牲式的財產處分，因此本案構成的是恐嚇取財罪。此外若脅迫手段可認定以致被害人達不能抗拒之嚴重程度時，尚有構成強盜罪之可能。

針對詐欺罪與恐嚇取財罪之犯罪競合，有學者主張，兩罪之保護法益均在保護個人之財產安全，具有保護法益之同一性。惟恐嚇取財，係使人心生畏懼而交付財物；詐欺取財，則係使人陷於錯誤而交付財物，兩罪之性質不同。成立法條競合時，應依「擇一關係」，選擇罪適合之恐嚇取財罪處斷⁷⁴。但另有文獻認為，詐欺罪與恐嚇取財罪之競合不應以被害人之財產處分認知作為論罪之標準，應該從行為人主觀意圖和客觀行為作犯罪成立之綜合判斷。因此在本案中，行為人確實傳遞不實資訊，令被害人陷於錯誤，誤認為自己的家人在行為人手中，符合行使詐術的要件，且行為人亦取得匯款，應該構成詐欺罪。又此處的施用詐術不僅令被害人陷於錯誤，而且此惡害訊息通知也令被害人心生恐懼，亦符合恐嚇取財罪犯罪行使要件內涵。綜上所述，行為人因同一行為侵害詐欺罪與恐嚇取財罪兩法益，即應以想像競合論罪從一重處⁷⁵。實則，兩罪之不法內涵仍有所出入，侵害之法益不盡相同（恐嚇取財只有財產法益？），能否成立法律單一不無疑問。實務上法律座談會之丙說與學說上之見解，對於恐嚇取財罪與詐欺罪認為兩罪應論以想像競合犯，論以從重之恐嚇取財罪，似為較屬妥當之主張。

⁷⁴ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第365頁。

⁷⁵ 陳盈穎，刑法詐術意涵之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，2009年，第141頁。

第四項 詐欺罪與間接毀損罪

關於詐欺罪與間接毀損罪之犯罪競合，實務上似無相關之見解可資參考。至於學說上，甘添貴教授認為，間接毀損罪與普通詐欺罪，不具特別關係，亦不具補充關係與吸收關係，兩者為「擇一關係」，適用上倘發生法條競合之情形者，應擇法定刑較重之詐欺罪優先適用。例如，高速公路拖吊業者，見他人車輛拋錨，拖回修車廠之後，詐稱其車零件老舊，如不更換將故障肇事。該他人因誤信而同意更換，並給付高於市價之代價者，得同時成立詐欺罪與間接毀損罪，應適用法定刑較重之詐欺取財罪，排除間接毀損罪之適用。然而，本文認為，所舉之該案例所侵害法益之面向有所不同，同時成立詐欺罪與間接毀損罪者，行為人所犯間接毀損罪乃損害車輛之財產利益（汰除舊件），而行為人所犯詐欺罪乃因被害人基於錯誤所為之另行財產處分行為（另購新件），故行為人乃一行為觸犯數罪名之想像競合，應從一重之詐欺罪處斷。

第四節 詐欺罪章之外的詐術競合

本節乃就分則第 32 章以外的各罪，探討行為人行使詐術時產生犯罪競合之情形，包括、毀謗罪之競合、偽造信用卡罪與偽造準私文書罪及偽造署押罪之競合、偽造私文書罪與偽造印章印文署押罪之競合、使公務員登載不實罪與偽變造文書罪之競合、誣告罪與行使偽造文書罪之競合，以及妨害信用罪與公然侮辱罪，以及使公務員登載不實罪與行使偽變造或登載不實罪之競合等情形，茲分述之：

第一項 偽造罪與偽造罪、誣告罪、使公務員登載不實罪

一、偽造信用卡罪與偽造準私文書罪及偽造署押罪

持有他人偽造之信用卡後，復於信用卡背後偽造他人之姓名，究應成立偽造私文書罪、偽造準私文書罪抑或偽造署押罪，頗值探討。有學者認為，

信用卡在性質上應為準私文書，因此，在信用卡背後偽造他人之簽名，應成立偽造準私文書罪。同時，該千名實質上亦屬於署押之一種，其冒用他人姓名簽名，足生損害於他人，亦得成立偽造署押罪。因偽造準私文書罪與偽造署押罪，均在保護社會之公共信用法益，具有侵害法益之同一性，應成立法條競合（法律單一）。復因偽造準私文書行為之性質或結果，通常含有偽造署押之成分，故應依「吸收關係」，偽造署押行為為偽造準私文書行為所吸收，僅論以偽造準私文書罪即可⁷⁶。

二、偽造私文書罪與偽造印章印文署押罪

最高法院 44 年台上字第 864 號判例指出：「上訴人因行使偽造私文書詐財，其偽造他人之印章，及蓋用偽印文於委託函上，係屬偽造私文書行為之一部，不另構成偽造印章、印文之罪，該偽造之委託函，雖經交付他人所有，而其中所蓋之偽印文，依刑法第二百十九條之規定，仍應予以沒收。原判決適用刑法第二百十六條、第二百十條、第三百三十九條第一項、第五十五條從一重處斷，乃竟併引同法第二百十七條，科以偽造印章、印文罪，適用同法第二百十九條諭知沒收偽造之印章，又漏未及於偽造之印文，均屬於法有違。」實務判例認為偽造印章印文署押行為為偽造私文書行為之一部分，故應是法律單一之「吸收關係」，惟立證上有所不足。學者亦同此見解，甘添貴教授認為，偽造私文書罪與偽造印章印文署押罪，均為侵害社會公共信用之犯罪，兩罪間具有保護法益之同一性。在犯罪性質上，偽造私文書罪之內容，當然含有偽造印章印文署押罪之成分在內。因此，偽造私文書罪為吸收規定，偽造印章印文署押罪則為被吸收規定，成立法律單一時，應適用吸收規定之偽造私文書罪，排除被吸收規定之偽造印章印文署押罪⁷⁷。另，偽造公文書罪與偽造私文書罪，以及偽造公文書罪與偽造公印公印文罪，同樣基於

⁷⁶ 甘添貴，刑法各論（下），2010 年，第 167、168 頁。

⁷⁷ 甘添貴，刑法各論（下），2010 年，第 206 頁。

保護法益同一性之理由，若成立法律單一時，亦為「吸收關係」，僅適用偽造公文書罪即可⁷⁸。

三、誣告罪與行使偽造文書罪

關於誣告罪與行使偽造文書罪之犯罪競合關係，最高法院 28 年上字第 4086 號判例指出：「意圖他人受刑事處分，向該管公務員誣告，同時復使用偽造之證據，則其使用偽造證據之行爲，應爲誣告行爲所吸收，除應成立刑法第一百六十九條第一項之罪外，固不應再以同條第二項之罪相繩，但其使用偽造證據，若更觸犯其他罪名時，仍係一行爲而犯數罪，應依刑法第五十五條從一重處斷，不能並謂其所觸犯之其他罪名，亦爲誣告行爲所吸收，而不得再行論處，原判決既認定上訴人於具狀誣告某甲等殺人時，並於狀後黏聯偽造之某乙供單，迨經檢察官處分不起訴後，復捏造某丙名義聲請再議，則上訴人除應負擔誣告罪責外，更觸犯行使偽造私文書之罪名，乃原判決竟謂其行使偽造私文書之行爲，應爲誣告行爲所吸收，殊有未合。」另外，最高法院 47 年台上字第 919 號判例亦指陳：「上訴人使用偽造之私文書誣告他人犯罪，該項文書如不具備刑法第二百一十條之犯罪構成要件，則祇屬同法第一百六十九條第二項所稱證據之一種，上訴人使用偽造之證據誣告他人犯罪，其使用偽造證據之行爲，爲誣告行爲所吸收，祇應成立第一百六十九條第一項之罪，如尙具備刑法第二百一十條之犯罪構成要件，則上訴人偽造文書並進而行使，除應構成誣告罪外，尙不能置行使偽造文書行爲於不論。」

上開實務見解似乎是認爲，行爲人使用偽造之私文書，誣告他人犯罪者，基本上應成立法律單一之「吸收關係」，而論以誣告罪即爲已足。然，若偽造之證據符合行使偽造私文書罪之不法要件者，則兩罪應屬實質競合之數罪併罰。實則，以行使偽造文書之方式以達誣告之目的者，固然可將誣告行爲視

⁷⁸ 甘添貴，刑法各論（下），2010 年，第 208 頁。

爲主要行爲，而行使偽造文書可視爲附隨行爲之法律單一的吸收關係。然而，行使偽造文書若符合第 210 條之構成要件者，應認係想像競合而論以較重刑之誣告罪即爲已足。將兩罪當作犯意各別與行爲各別的數罪併罰，似屬不當。

四、使公務員登載不實罪與偽變造文書罪、行使偽變造文書罪

關於使公務員登載不實罪之適用，實務上最高法院 73 年台上字第 1710 號判例曾指出：「刑法第二百十四條所謂使公務員登載不實事項於公文書罪，須一經他人之聲明或申報，公務員即有登載之義務，並依其所爲之聲明或申報予以登載，而屬不實之事項者，始足構成，若其所爲聲明或申報，公務員尚須爲實質之審查，以判斷其真實與否，始得爲一定之記載者，即非本罪所稱之使公務員登載不實。上訴人等以偽造之杜賣證書提出法院，不過以此提供爲有利於己之證據資料，至其採信與否，尙有待於法院之判斷，殊不能將之與『使公務員登載不實』同視。」至於以偽變造之私文書蒙蔽公務員使其登載於職務上所掌之公文書之情形，學說上有認爲，兩罪所保護之法益，俱爲社會之公共信用，二者間具有保護法益之同一性，成立法律單一時（補充關係），應依偽變造文書罪處斷之⁷⁹。

另，刑法第 216 條爲行使偽變造文書罪，與使公務員登載不實罪競合時，因兩罪所保護之法益亦具有同一性，行使偽變造文書罪屬基本規定，使公務員登載不實罪爲補充規定，成立法律單一時，應優先適用基本規定之行使偽變造文書罪屬，而排除補充規定之使公務員登載不實罪之適用⁸⁰。

⁷⁹ 甘添貴，刑法各論（下），2010 年，第 216、217 頁。

⁸⁰ 甘添貴，刑法各論（下），2010 年，第 224 頁。

第二項 妨害信用罪與公然侮辱罪、毀謗罪

學說上認為，妨害信用罪之保護法益，為個人社會經濟生活上之信用安全。妨害信用罪與公然侮辱罪、毀謗罪所侵害之法益，並不具有同一性，應分別成罪。如觸犯妨害信用罪與公然侮辱罪時，應就具體情形，分別成立想像競合犯或數罪併罰，無由成立法律單一。例如，放出謠言謊稱對方四處招搖撞騙，且財物即將破產之情形。若觸犯妨害信用罪與毀謗罪時，亦應就具體情形，分別成立想像競合犯或數罪併罰，無由成立法律單一⁸¹。例如，散布流言謊稱對手賭博輸款，債臺高築，不久即會跑路之情形。

第五節 小結

前文提及，現代法治國刑法，為了達到保障人權以及維護社會秩序的功能，因此是一部以「法益」與「行為」為規範重心的法律，亦即刑法是以規範何種行為應受何種刑罰之法律—並受制於罪刑法定主義而顯現其「保障法益」與「規範不法」之雙重機能。因此，在通常的標準下，國家刑罰權取決於行為人的構成要件該當行為數，亦即一個構成要件該當行為，國家只有一個刑罰權，一罪數罰是法治國家之刑法所不允許的。無論如何，行為數之認定不應只是考慮基本的意思決定、時空密接性等問題，還要進一步考慮到行為與構成要件間之適用上的關係，甚至於必須透過行為數與法益侵害數的聯結思考來進行合理的評價。

論者有謂，競合論乃刑法理論上之地雷區，各種不同的見解不僅互異，有時更是互不相容。由於人類行為之多樣性及多變性，如何在行為處罰上，能客觀公平不多也不少地評價犯罪行為，即為犯罪競合所要追求之目標。本段所提詐術競合之內容主要是以行使詐術之相關罪名為範疇，並不限定於明示以詐術作為成文構成要件要素之各罪，更進一步探討各罪之間在具體案情

⁸¹ 甘添貴，刑法各論（上），2009年，第365頁。

之適用上的法條之解釋選擇問題，並分就「詐欺罪章之內的詐術競合」、「詐欺罪章與其他罪章之詐術競合」，以及「詐欺罪章之外的詐術競合」等三個層面分析探討之。實則，刑法是關於行為的責任，行為數則是罪數認定基礎，與行為人應承擔之刑事責任有密切關係。因此競合問題，縱使糾結不清，也不應輕言放棄釐清之可能性。詐術競合之犯罪競合問題，或許並不是常見的問題癥結，但是現實社會生活當中仍有發生之可能性，果然，本研究中所提及之主張或見解，或許可以提供具有些許價值的參考。





第六章 結論與建議

Radbruch (1878-1949) 曾言：「法學家對法律有三種任務：解釋 (Interpretation)、結構 (Konstruktion) 和體系 (System)。¹」對習法者而言，解釋是法律適用的基本問題²，法律規範如何由存在的事實與應然的法律原則產生對應，進而形成各種規則，並未受到太大的重視。至於體系，則拜概念法學之賜，對體系的形成以及發展有相當貢獻，雖然之後受到強烈批判，但是概念法學對規範秩序的觀點，直到今日我們仍受到濃厚的影響，也在法律的學習及理解上，透過那套方法受惠不少。雖然對法律規範是完滿無缺體系的天真想法已不存在，不過對建立盡可能結構嚴密、減少矛盾並且本身必然存在的開放性的規範體系建構工程，仍然是法律人致力追求的目標。這個理想的實現，有賴於規範制定時，對不同規範間關聯的縝密探究及思考，方可能努力達到。吾人期望，規範的制定，至少都應考量其所在的體系位置及與其他規範的關聯，一來減少規範適用上的難題，二來對所有的受規範者而言更能確實明瞭其權利義務，以確實發揮其作為規範的功能²。綜合本研究前述全文的介紹、分析與探討，以下就本文之結論與建議，分別說明之。

第一節 結論

現代法學方法的課題即在於尋找使價值判斷客觀化的方法。當吾人將案件事實涵攝於法律規範的構成要件之前，必須先依據須填補的標準來判斷案件事實時，判斷者於此就必須作一價值判斷了。於此，先決問題乃是澄清價值判斷的意義，問題是：該如何以及如何到何種程度，可以藉著他人能夠明

¹ Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft 12. Auflage 1969, S.252 另中文翻譯請見：王怡蘋、林宏濤 合譯，「法學導論」，商周出版，2000年，第263頁。

² 秦季芳，法律規範競合關係的再思考，玄奘法律學報第3期，2005年，第66頁。

瞭的、取向於法秩序的考量，來正當化這些價值判斷的主張³？E.Bodenheimer則認為，先進的法律制度在司法程序中傾向於限制價值論推理範圍，因為以主觀的司法價值偏愛為基礎的判決，在正常情況下比以正式或非正式的社會規範為基礎的判決，表現出了更高程度的不明確性與不可預見性⁴。亦有學者似乎悲觀地指出，「劃清價值界限的終極因素是在於人的情緒」⁵，但是，在前述的觀點或質疑之外，努力去拓展法學理論的新疆界仍然應該是學術研究者無法怠忽職守的重要任務。

綜合全文分析之結論如下：

第一項 詐欺犯罪之法事實的現狀與啟發

詐騙犯罪與毒品犯罪近年來一直是全國媒體與民眾最關心的犯罪問題，尤其詐騙犯罪更是曾登上行政院研考會調查十大民怨的第二名，顯示詐騙犯罪對於在我國的氾濫與嚴重性。詐欺犯罪為一傳統上典型的經濟犯罪之類型，而經濟犯罪物質方面之危害與影響通常是難以估計的，因其存在著極高的「犯罪黑數」，未受到刑事司法相關單位的追訴與審判。不過依據最保守的估計，不少學者均認為經濟犯罪所造成的物質上之損害，是超過所有其他犯罪所造成損害的總和。

此外，詐欺犯罪之類型，研究文獻上有區分為「面對面」的「傳統詐欺犯罪」，以及利用「書面文件」與「通訊網路」的「新興詐欺犯罪」者，此一類型上的區分雖有其實益，但因區分之定義並不嚴謹，故本文在論述上並不加以區別，「傳統詐欺犯罪」與「新興詐欺犯罪」都是「詐欺犯罪」。至於綜合研究文獻說明，台灣目前詐欺犯罪的特性可歸納為：（一）基本特性：成本

³ 關於此一問題，國內有很好的讀本可提供習法者一個方向，見 Karl Larenz 著/陳愛娥譯，法學方法論 (Methodenlehre der Rechtswissenschaft)，1996 年，台北：五南出版。

⁴ E. Bodenheimer 著/結構群譯，法理學—法哲學及其方法 (Jurisprudence—The Philosophy and Method of The Law)，1990 年，第 556 頁。

⁵ 黃榮堅，基礎刑法學，2003 年，第 274 頁。

低、風險低、量刑低、報酬高；(二) 犯罪者特性：集團化、分工化、專業化、親友化；(三) 被害人特性：恐懼、貪婪、無知、信賴同情等；(四) 手段特性：透過設備穿越時空間傳送訊息。

官方統計顯示，台灣社會近 5 年詐欺發生數，2009 年以前約維持在 4 萬件上下，2010 年下降至 2 萬 8,820 件，其中「電信詐欺(含電話、手機簡訊詐欺)」及「網路詐欺」合計所占比例較高，共約占 4 成 5 左右。至於學界於 2011 年 1 月所公布之「九十九全年度全國民眾犯罪被害暨政府維護治安滿意度調查」則顯示，在 2010 年度全年，曾遭受「詐騙犯罪」的侵害而有金錢損失的比例為 3.9%，較之 2009、2008 全年度調查比較更是明顯的降低，為歷次調查中之最低。而在 2010 年期間政府在防治防制詐騙犯罪作為的滿意程度，滿意的民眾約為 57.7%，明顯高於不滿意民眾的 42.3%。由上可知，似乎治安機關在防制詐騙犯罪方面略有些許成效，也或許是民眾對於詐騙犯罪的認識及警戒心都已較之以往大幅提升。但是根據犯罪研究中心保守推估，2010 年度民眾受詐騙的損失仍高達數百億之鉅額損失，不應鬆懈或怠忽之。

法事實的研究需要考慮規範執行中可能出現的實效問題。詐欺犯罪在台灣的情況與其他國家不一定相同，引據本土的犯罪數據、就本國刑法展開論述，都是因為有貼近本土事實的必要性存在。作為犯罪化所需的法事實研究不能脫離社會現實的考慮，具體包含與法規範相關的文化背景與社會制度，甚或涉及到經濟層面的社會現狀。其中，比較重要的是與規範形成相關的社會意識、社會價值觀以及特定行為的侵害。對法事實的研究需要將目光不斷往返於生活秩序和法律之間，綜合考量法律條款的實際運用、實定法的被遵守程度、法規範形成的內在關係、法規範對社會影響或者是法院的司法實務等，才能更好地為刑事立法和司法提供參考的依據。刑事立法的最終目的在於確定某個完整的刑法規範，建構類型化的構成要件，以便更好地服膺於司法實踐。在一個標準化的入罪過程中，法事實承擔了中間媒介的作用，它使一般經驗上的生活事實轉化為刑法規範對象。從事本土在地的法事實研

究可以啓動規範創新轉化的契機。

第二項 詐欺罪構成要件應採實質解釋方法

在成文法體系之下，由於罪刑法定主義的要求，構成要件並非由法官所直接提出，而是存在於立法者所制定的實定刑罰法規的法條文字之中。實際上，僅有絕少的法條文字得以透過望文生義的方式來理解包含在其中的構成要件究竟為何，從而對於法條文字透過法釋義學各種解釋方式來加以詮釋，並使之呈現出得以在個案中適用的構成要件，遂成爲適用法律的法官以及學界無可或缺的必要步驟⁶。所謂實質解釋構成要件，係指依具體個案情形，對於法條文字爲實質的解釋所得出的構成要件。實質解釋論認爲，應當衡量具體個案之中的所有主客觀因素，除了違法性、罪責層次本就存在的具體個案審查以及判斷之外，法官在構成要件層次亦應加入具體處罰必要性，亦即應罰性的判斷，以避免處罰範圍的不當擴張⁷。

檢視前文有關詐欺罪之構成要件要素之後，可以得知：詐欺罪行爲人之主觀構成要件，包括故意及不法所有意圖，如更加詳盡分析行爲人意圖之主觀心理狀態，其內涵應爲：「意圖爲自己或第三人不法之所有，且意圖以施用詐術之行爲，而故意使被害人陷於錯誤進而處分財產」。因此，在分析詐欺取財罪行爲人之主觀心理狀態時，必須特別留意此種特殊之主觀構成要件內涵的詮釋。再從詐欺取財罪之刑法規範目的及該財產犯罪本身之性質思考，「詐術」的規定，實際上包括三個最主要的成分要素，即爲：「詐術行爲」、「被害人陷於錯誤」及「因詐術陷於錯誤之因果關係」三者。從此說明的過程中，可以合理的導出被害人陷於錯誤爲評價詐欺取財罪結果無價值之必要條件，也進而說明了「被害人陷於錯誤」的確屬於詐欺取財罪必要之

⁶ 曾思堯，論犯罪構成要件之實質解釋-以不實廣告是否構成詐術為例，國立台北大學法律學研究所碩士論文，2007年，第66、67頁。

⁷ 大谷實，刑事司法の展望，成文堂，1998年，第57頁。

不成文客觀構成要件要素。實則，並非所有使人陷於錯誤的手段就是欺罔行為，而必須從法益的侵害面、行為的手段、方法以及違法性程度的高低加以判斷及綜合考量。詐欺罪在因應資訊時代的社會生活型態中，解釋論的重心應由傳統的處分行為轉變到解釋詐術行為的實質不法內涵。

通常而言，刑事法體系必須符合兩項要求，一為在運用之際不使國民蒙受不利益，其次則為對於應處罰之行為，務必迅速加以處罰以保障人民的各項利益。前者著重在維護人民受憲法保障之基本權利；後者則除了基本權利之維護外，更隱藏有刑法本質上作為社會規範，而受到人民以及社會潛在期望的規範性質，亦即藉由刑法以達到本文前述的積極社會控制之功能⁸。法律解釋並非僅止於邏輯的三段論操作而已，同時也包含了在背後的刑事政策決定。擔任司法工作者，不能特別標榜消極主義，而應在解釋的性質上所允許的限度內，積極的運用實質解釋⁹。

第三項 詐欺罪重要學理的發展與司法實務的檢討

從詐術概念的解釋當中，實際上可以發現，「施用詐術」與「陷於錯誤」所指涉的內容其實是重合的，前者是指行為人對於「事實狀態之不實表述」，後者是指被害人對「事實狀態之不正確的理解」，僅因為「被害人之犯罪參與」為詐欺罪與其他財產犯罪行為相較之下特別不同之處，所以在詐欺犯罪行為結構中，特別加入以被害人觀點描述的「陷於錯誤」這個客觀構成要件要素。也因此，在詐術概念討論之下，有必要對於被害人主觀受詐術影響之內在態樣加以分析¹⁰。此時，即必須借重近年來學理上常被提及的被害者學加以詮釋。刑法「被害者釋義學」(Viktimodogmatik)，原先源自於犯罪學上之

⁸ 余振華，刑法深思·深思刑法，2005年，第10頁。

⁹ 曾思堯，論犯罪構成要件之實質解釋-以不實廣告是否構成詐術為例，國立台北大學法律學研究所碩士論文，2007年，第117頁。

¹⁰ 陳盈穎，刑法詐術意涵之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，2009年，第148頁。

「犯罪被害理論」，近年來逐漸受到德國刑事法學者的重視，並且進一步加以引入刑事法的領域。對於此一理論，雖然還有一些爭議之處，但學說上大致都肯定其「至少」可作為「個別構成要件的解釋輔助」(尤其是詐欺罪之適用)，以作為限制構成要件範圍的標準，所爭執的只是否應將其一般化、絕對化而已。被害者理論主要強調的是，當我們在討論處罰行為人的必要性時，必須同時考慮到在具體案例中被害人的角色為何，才能夠決定有無以國家刑法為手段加以保護的必要。如果被害人本身可以經由適當的手段保護自己的法益，卻不施用時，刑法就沒有介入的必要。換句話說，在被害人能夠自我保護的情況下，竟然疏於自我防衛，便不需要運用刑法手段來捍衛這樣的被害人。但是這樣理論的運用是否全然合理，仍有許多爭議存在。此一理論應用於詐欺之案例，在客觀上既然存在足以令人懷疑的事實基礎，主觀上被害人也已產生懷疑，卻仍然交付財物與行為人或為其他之財產處分，可認為在這種情況下，被害人足以保護自己之法益而未予保護，在評價上僅屬於涉及風險之投機行為，欠缺刑法保護必要性，不該當「陷於錯誤」此要件。

至於實務上常見的受騙人頭戶構成「幫助詐欺」問題，目前司法界主流見解認為，主管機關相關政令之宣導已多，帳戶被騙殊難想像，即使具體情事並非直接故意，行為人仍具備「可預見」結果發生之「不確定故意」而應成立幫助詐欺罪。針對此一問題，本文則依序論證：(1) 詐欺罪正犯的構成要件是否實現？(2) 對於詐欺罪正犯的「共犯從屬性」是否成立？(3) 詐欺罪幫助犯的「助力行為」是否存在？(4) 詐欺罪幫助犯的「幫助故意」是否充足？(5) 詐欺罪幫助犯的「幫助既遂故意」是否構成？(6) 本案是否為過失犯？(7) 其他邏輯論理等問題，無論在哪一個順次階段有罪與否的證成過程，本研究發現，司法實務上大量的相關判決，均屬論證不充分、理由不完備、邏輯不確實，實在有必要加以深刻檢討無妄入罪之現實情狀。

第四項 「詐術」概念作為不法要素的立證過程

單純客觀的詐術概念，並無法從字面涵義（欺罔？套套邏輯的解釋）得知其在構成要件之中的不法內涵，基於貫穿（連鎖）因果關係之犯罪整體結構，詐術之不法性必須與其他構成要件要素共同串連觀察才能得知，也就是說，「詐術」概念的不法性需觀照其他要素加以證立，尤其是「主觀的不法要素」：「故意」與「不法所有之獲利意圖」。在此應予以注意者，即主觀構成要件要素之故意須對於全部之客觀構成要件要素予以認識，而詐術既為客觀構成要件要素之一種，則其當亦在故意認識範圍之內。設行為人對其所施用之行為手段為詐術，未予以認識抑或雖有認識，但誤為此種詐術要非社會倫理上所禁止，皆足以妨礙構成要件故意之成立。由於對於行為手段違法性之認識有異於對行為違法之認識，是其仍入於構成要件故意範疇之內，而不在於故意責任範圍之內，是不宜將二者混為一談。果是，則施用詐術為行為手段之行為人，如不知其行詐已逾越社會規範容許範圍之外，則此種對行為手段欠缺違法性認識之情形，將使構成要件故意無由成立。再依我刑法各本條之犯罪構成要件，其每將詐術之意圖列為主觀違法要素，惟由於此種犯罪屬於意圖犯，是祇要行為人有此意圖即為已足，不必果真遂行詐術之行為，斯為二者應予以區別之處。

被害人內在對於詐術的意識，可能呈現出許多種態樣與程度，例如懷疑、與輕率無知，不過在通說的討論之下，普遍上仍然會因為基於被害人仍自行交付財物之現實情狀，財產實際受到侵害的法益保護理由，而認定其符合陷於錯誤之構成要件。至於，被害人的確是因為受到行為人施用詐術影響造成主觀認知與客觀現實的不相當，又這種主觀與事實不符之想像落差，是來自於被害人之「動機錯誤」或者在「根本未透過意識決定」的情境下時，可否亦認定其屬陷於錯誤之範疇？學者提出的意見是，應該探究這個「不符事實的宣稱」與「陷於錯誤」，是否皆存有「直接招致財產損失的特性」，如果

僅是一種交易上無關緊要的事項，即屬純粹的動機錯誤，行為人頂多須負擔道德上的非難，但法律上並不會因此受到處罰。就此而言，判斷詐術之行使實無法忽略行為人與被害人在犯罪行為當中的互動過程，在詐欺罪是如此，在其他各罪就應該視詐術所侵害之客體對象及法益屬性而為個別之判斷才是。

第五項 各罪中詐術概念之不一致性與類型化

刑法上有關「詐術」概念之規定為數不少，且往往並列不同章節，概念繁複難懂，每因條文之意義、目的、侵害法益、保護對象...等不同，而應作不同之詮釋。而詐術概念之內涵應該隨著「侵害法益之不同」、「主觀構面之不同」、「客觀構面之不同」而應有不同的綜合判斷與詮釋方式才是。

本文認為，§339 詐欺取財罪與§313 妨害信用罪之詐術行為為「通常的詐術概念」。至於構成要件中所規定之詐術概念，於行為之可罰性或犯罪判斷上之作用，屬於無實質意義之「虛無（無益）的詐術概念」者，有§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§355 間接毀損罪、§229 詐術性交罪、§231 圖利使人為性交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪、§251 妨害販運農工物品罪等 6 罪。至於犯罪性質上屬於「目的（結果）限縮的詐術概念」者，則有§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害集會罪、§229 詐術性交罪等 4 罪，其中之§229 詐術性交罪在本質上同具「虛無（無益）的詐術概念」與「目的（結果）限縮的詐術概念」之性質。至於屬於「構成要件內部關聯性（依附）的詐術概念」者，應僅只有§238 詐術結婚罪。

承上研究成果，§313 妨害信用罪之詐術概念，是屬「最廣義的詐術概念」。至於§339 詐欺取財罪、§297 意圖營利以詐術使人出國罪、§355 間接毀損罪、§231 圖利使人為性交或猥褻罪、§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪等 5 罪之詐術概念，其行為結果以致生「一定之結果」為必要，應屬「廣義的

詐術概念」。至於§137 妨害考試罪、§146 妨害投票正確罪、§152 妨害集會罪、§251 妨害販運農工物品罪等 4 罪，其行為兼合作為與不作為，而其行為結果則以致生「特別限定之結果」為必要，則屬「狹義的詐術概念」。至於§229 詐術性交罪與§238 詐術結婚罪等 2 罪，其行為結果雖亦以致生特定之結果為必要，然其行為方式解釋上應僅包括作為，而不及於不作為，故歸類上屬於「最狹義的詐術概念」。然而，此等研究成果所劃分出來的詐術概念之範疇，雖然仍具有解釋論上與法律具體適用的重大意義，但是在立法論上是否有其必要性，則有重新檢討之必要，此者留待下文第二節建議部分再議。

第六項 構成要件內含詐術要素的犯罪競合問題

競合理論主要在處理犯罪之處罰問題，透過競合理論而將犯罪行為之成立與犯罪行為之處罰結合在一起。由於人類行為之多樣性及多變性，如何在行為處罰上，能客觀公平不多也不少地評價犯罪行為，即為犯罪競合所要追求之目標。當一個規範具有多重目的時，容易與其他規範發生重疊，此所以需要競合理論規範的適用，以避免過度評價。但是競合理論必須在各該規範本身沒有過度評價時，方能發揮效能，如果各該規範本身均已有過度評價的情形，競合理論並不能治癒此種不符合比例原則的瑕疵。各該具有多重目的的規範，為避免過度評價，自然必須特別謹慎選擇手段。

競合理論最重要的問題在於確定什麼時候是一行為、什麼時候是數行為。學理上劃分行為數之問題應該如何詳密設計，至今仍無令人十足滿意的解釋。無論如何，行為數之認定不應只是考慮基本的意思決定、時空密接性等問題，還要進一步考慮到行為與構成要件間之適用上的關係，甚至於必須透過法益保護這面稜鏡來進行合理的評價。本段所提詐術競合之內容主要是以行使詐術之相關罪名為範疇，並不限定於明示以詐術作為成文構成要件要素之各罪，進一步探討各罪之間在具體案情之適用上的法條之解釋選擇問

題，並分就「詐欺罪章之內的詐術競合」、「詐欺罪章與其他罪章之詐術競合」，以及「詐欺罪章之外的詐術競合」等三個層面分析探討之，其中論述有若干個人想法與意見，希冀具有提供實務與學界參考之價值。

第二節 建議

人類社會生活本身就是處於不斷的進步與演變的狀態，法律規範本質上雖屬於具有社會控制功能的社會規範。但就其強制力與效果觀察，卻又要求必須藉由一定的程序以確保其行使權力的正當性，與社會構成員所可以預期的法安定性。因此，必須藉由法解釋論來達成並且調整此等具有矛盾的現象，使法律不至於過度落後於社會變化，而無法滿足於社會構成員所期待，法律作為社會規範所應具有的社會控制功能。而觀察犯罪問題此等社會現象，藉由司法實務系統運用法解釋論所進行的調整，終究只能治標，緩和社會構成員對於解決該等問題的期待而已。因此一旦發生具有立法可能以及必要性時，即應當以立法政策為出發，自根本重新立法，以期徹底解決問題。綜合全文結論，本研究提出相關建議如次，以供學術研究上與司法實務上參酌：

第一項 擴大詐欺犯罪事實之探索面向

本文在第二章詳述了詐欺犯罪的在地統計數據、基本特性、危害性與犯罪手法，以及政府的因應措施...等等。然而，犯罪問題所呈現之複雜性，要用單一絕對的標準去剖析犯罪原因是有其困境存在的，也就是說，「犯罪」並非一種單維建構，從而對於可以解釋所有犯罪類型的一般化理論，甚多學者是抱持著懷疑態度的，復進而主張可以解釋所有犯罪類型的犯罪原因之共同理論是不存在的。但也有學者仍認為，儘管各種犯罪類型之下的行為有諸多差異，不同的犯罪行為之間仍有足夠的共同之處，以至於可以訴諸犯罪原因的一般性解釋。這種犯罪原因理論的共通性並非源自於犯罪行為之固有屬

性，乃是源自一種社會現實：犯罪無論以如何之形式加以實現，基本上與社會中大多數正規行為相比，犯罪是在社群中公認被摒棄的行為，並且對於犯罪行為之摒棄乃是「建制化」(institutionalization)的，而建制化對於惡行的非難，其結果是，犯罪人不能再遂惡行，於是乎，社會秩序得以維持、社會結構也得以穩定¹¹。針對多數犯罪行為理論都試圖把犯罪原因理論導向同一化設想的方式，學者間也曾有所批評，例如德國犯罪學家H.J.Schneider認為，複合因素理論(科際整合理論)把犯罪現象與犯罪原因這個錯綜複雜的社會問題簡單化為自然科學的因果關係，這種直線型的「原因--作用論」是不適宜的，因為發生作用的是諸多因素之間的相互關係，是一種「聯合作用」；另外，一樣是德國學者的J. Kuerzinger也批評道，如果來者不拒地收集各式無用的資料，會有使複合因素理論(科際整合理論)的文獻變成「資料數據公墓」(Datenfriedhofen)的危險¹²。

各式的官方與非官方的統計數據可以讓人明白詐欺犯罪的現實危害性，這些實證數據的優點是，可以作為政府在擬定相關犯罪抗制之行政政策的參考，甚至於進一步能夠具體形成立法政策上之決定，故實證研究資料不應被有意忽視。但是，綜觀所有詐欺犯罪之統計數據，焦點都僅著重在刑法分則的詐欺罪罪名之上，未來如果要更精確的研究詐欺犯罪，本文建議就應該區分出所謂的財產性詐欺犯罪與非財產性詐欺犯罪，前者，範圍不應僅侷限於第339條的詐欺罪，應間及其他有關財產犯罪的行使詐術類型；後者，則是將財產性詐欺犯罪以外，與行使詐術有關的行使詐術類型納入統計對象，亦即，擴大詐欺犯罪法事實之探索範圍與面向，如此才能對於詐欺犯罪有所完整性的瞭解，而不會限縮在非常狹義的詐欺罪的研究上。

¹¹ 呂秉翰，犯罪學理論巡歷，2010年，第618頁。

¹² 徐久生，德語國家的犯罪學研究，2005年，第101、102頁。

第二項 調整詐欺罪的不法構成要件

詐欺行為產生侵害合法財產狀態之情形，其立法目的與其他財產犯罪並無二致，期望處罰可以制止不當財產利益的移轉，但由於不當與否的認定無法表現在構成要件中，甚至無從由構成要件中推論得到，僅能自詐欺罪之立法目的作衍生，導致實務運作自行建立標準衡量。姑且不論是否有違罪刑法定原則的要求，然因時制宜、因事制宜的結果是否將造成寬嚴不一的司法裁量，減損實務追訴詐欺罪的公信力，卻值得慎重觀察與檢討。現行詐欺罪分做兩項規定，這兩項規定的保護法益向來就有整體財產法益或個別財產法益的爭執。即便是第1項的詐欺取財罪，構成要件要素的規定與德國法相較之下，亦顯得不夠精緻，應有予以重新調整各個不法要素之必要。

現行法區分第1項的詐欺取財罪與第2項的詐欺得利罪，無論就刑法理論抑或刑法實務而言，均無此必要，因行為人或第三人所得者，不論為實體財物，抑或為財產上的抽象利益，均不影響詐欺罪的成立。區分兩項之規定，甚至造成誤導，使部分學者認為第1項是保護個別財產利益，第2項是在保護整體的財產利益。實際上，在詐欺罪中無論是取財或得利，對於被害人有意義者已非個別財產的持有，而是整體財產的總額。職是之故，兩項規定應予整併，以杜爭議。

另外，前文曾提及，德國刑法詐欺罪的規定，可以得知對事實的欺瞞手法，主要包括：（1）虛構事實：是指對被害人將某項根本不存在的事實宣稱為真實使誤以為存在，簡言之，以無為有的手法即屬之；（2）操弄或扭曲事實真相：是指經由加油添醋、偷金減兩、以偏蓋全或斷章取義等手法，將事實的某些部分與以添加或省略，以達成掩蓋事實整體真相的目的；（3）隱瞞、隱匿事實真相：是故意對於事實整體某部分有意的遺漏，不讓相對人知悉某個已經存在的事實真相。上述德國法之規定，直接引介作為我國刑法詐欺罪規範中「詐術」概念之內涵，固然不宜（實定法的規定畢竟還是不一樣）。

但就構成要件具體化與明確性之程度而言，德國法確實值得借鏡。

第三項 引介被害者理論解釋詐欺罪之不法內涵

刑法被害者理論的支持者在個別詐欺構成要件要素的討論中，曾提出不同的限縮建議。但主要可以分成兩大類：一類是「被害人的懷疑是否屬於錯誤」的問題，另一類則是要「排除簡單、拙劣的欺騙行為」。前文的論述中主張，排除「簡單、拙劣的欺騙行為」的嘗試，除了牴觸最基本的方法論要求外，從詐欺罪的要素中「陷於錯誤」和「由於錯誤而受財產損害」兩要素可以看出，評價的重點不在於被害人的「應保護性」，而在於「需保護性」，故此說不可採。剩下的即是被害者學應用於「被害人的懷疑是否屬於錯誤」的問題上面。

前文提及，R. Hassemer認為，詐欺罪中「欺騙行為」要素代表著「危險程度的來源」，而「錯誤」要素則是凸顯「欠缺自我保護可能性的被害人」的處境。至於在劃分自我保護的界限的標準上，本文認為R. Hassemer所提出的「主觀確信」、「不明確的懷疑」和「具體懷疑」是可以接受的。在前兩者，被害人因受限於不完整的資訊，因而自我保護可能性難以行使，換句話說，行為人對於這被害人的錯誤有支配力；相反的，被害人已產生具體懷疑，他對於說詞的不信任已超過一般的情形時，就完全有能力去獲取進一步的資訊或是放棄這筆交易，若仍執意去作，就欠缺需保護性，而沒有陷於錯誤，這類案例至少排除行為人既遂的可能性。是故，在解釋詐欺罪構成要件的不法內涵時，除了需特別注意該罪之特殊色彩之外，在詮釋「被害人的懷疑是否屬於錯誤」這個要素時，基於被害人自我保護的標準上，應適時適度採納Hassemer所提出的「主觀確信」、「不明確的懷疑」和「具體懷疑」的見解。

第四項 深刻檢討實務上幫助詐欺的瑕疵判決

在所有幫助詐欺之案型當中，似可概分為「具有對價關係之幫助詐欺」與「非有對價關係之幫助詐欺」，目前司法實務上並不加以區分兩者，並認為主管機關相關政令之宣導已多，帳戶被騙殊難想像，後者情形即使並非直接故意，行為人仍具備「可預見」結果發生之「不確定故意」而應成立幫助詐欺罪。嚴格而言，非有對價關係之幫助詐欺不一定是「不確定故意」之幫助詐欺，但也不必然是不可罰的過失幫助詐欺，仍應視具體情狀而為個別判斷，只是實務上有關受騙者案情的判決多數依然認定行為人是具備不確定故意的幫助詐欺。前文提及，實務判決對於相關案例之見解出入差距極大，正確判決相對殊少，瑕疵判決反倒是層出不窮，甚者也有少數沒錯沒對的矛盾判決。近年來則因為刑法學界的呼籲，幫助詐欺的瑕疵判決似乎已有減緩之跡象。但是前後期判決見解的反差，相當程度上是會嚴重影響民眾對於司法的信心，在高唱司法改革的現今台灣社會，裁判官如果不在判決理由中有效強化論罪的邏輯推理過程，僅以的所謂的被害人主觀上（？）之「可預見」作為判斷基礎，認定受騙者具備「不確定故意」而應成立「幫助詐欺罪」。「可預見」沒有證據的支持，「助力行為」也沒有論罪的基礎與過程。「可預見」即係「客觀上預見之可能性」（參見第17條），也是過失犯成立的基準之一，故以「客觀上預見之可能性」去推論行為人主觀上具備「不確定故意」，在法理上完全錯誤。相信不僅是幫助詐欺罪，在其他相關罪名的推理中也會產生相同的弊病。此者，不可怠忽。

第五項 揚棄傳統見解上空泛的「詐術」概念

刑法在詐欺罪章之外，涉及以「詐術」作為「成文構成要件要素」之罪名者，有侵害個人法益的犯罪類型，亦有侵害整體法益的犯罪類型，總計有12條罪名。但是對於各罪中「詐術」概念的解讀方式，遍閱所有文獻資料，

所有的解釋千篇一律都是「以欺罔之方法使人陷於錯誤」的說法。至於實務上對於行使詐術之解讀，基本上似乎可區分為三種立場，除了並未正面解釋詐術意涵者，其中無論是將「詐術」與「欺罔」等同解釋的實務見解，亦或是著重行使詐術「因果關係」的實務見解，向來也都是以「使用『欺罔』之方法使人陷於錯誤」做為支撐詐術概念之基礎，癥結則在於：使用「欺罔」的語意去解釋「詐術」的內涵，其實是一種「套套邏輯」。要之，使用一個相對來講稍微具體的抽象概念去解釋一個相對來講並不具體的抽象概念，其實說穿了，結論是：「什麼都沒講」。如果說涉及詐術要素之各個罪名具有共通點的話，唯一的交集便是「皆為故意犯」，而沒有所謂「過失犯」之類型。除此之外，別無完全相同之點。

本文在目的解釋與體系解釋的基礎之上，從各罪詐術之侵害法益性質，以及客觀與主觀構面之異同，整理歸納並引伸出各罪詐術概念在刑法體系上之屬性，包括其定性與定位，在單純的解釋論上，應該要更具體化去解釋並適用這些解析出來的要件與標準，徹底揚棄傳統學說上與實務上對於「詐術」概念的極不精確的解讀方式。各罪之間的「詐術」或許是一種「關連性概念」，但絕對不會是「同一性概念」。本研究的比較與分析探討，可知各罪中詐術概念所呈現出來的各種不同意涵、不同作用已是相當明瞭。

第六項 修正構成要件中不當的詐術規定

觀諸後示之表 6-2-1 之立法例，以詐術作為成文的構成要件要素之罪名者，台灣刑法多達 12 條條文，觀諸德日之刑法立法例，雖然不乏與台灣刑法具有相同之罪名者，但是在國內外相同罪名當中特別設定以「詐術」作為成文的構成要件要素者，以德國刑法而言，以詐術作為成文的構成要件要素之罪名者，含詐欺罪者則僅 3 條條文，至於日本刑法以詐術作為成文的構成要件要素之罪名者，則僅詐欺（欺罔）一罪之條文。進一步觀查表 6-2-2 全國法

規資料庫與 6-2-3 法源法律網之檢索資料，可知多數以詐術為明文要素的相關罪名，在實務上之適用機率微乎其微，幾近於零，也就是說，基於經驗值與機率性，即使立法上大膽刪除鮮少適用之條文，亦不至於造成實務運作與適用上之困難，更何況留存相關之規定，於犯罪競合上之判斷，徒增解釋上之疑難。是故，本研究認為，現行法當中，至少應檢討或修正（甚或考慮刪除）下列條文：§339 詐欺取財罪（應予修正）、§297 意圖營利以詐術使人出國罪（應予刪除或至少修正）、§355 間接毀損罪（應予修正）、§229 詐術性交罪（應予刪除或至少修正）、§231 圖利使人為性交或猥褻罪（應予修正）、§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪（應予修正）、§251 妨害販運農工物品罪（應予修正或予刪除）...等罪。詳細修法建議方向及其修正或刪除之理由，請詳見下列表 6-2-4 之建議修法內容。

表 6-2-1：台灣、德國、日本有關詐術構成要件之各罪比較

立法例之比較		
台灣刑法	德國刑法	日本刑法
§137 妨害考試罪	×	×
§146 妨害投票正確罪	§108a 對選舉人詐欺罪	×
§152 妨害合法集會罪	×	×
§229 詐術性交罪	×	×
§231 圖利使人為性交或猥褻罪	§181 助長幼年人性行為罪	×
§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪	×	×
§238 詐術結婚罪	×	×
§251 妨害販運農工物品罪	×	×
§297 意圖營利以詐術使人出國罪	×	×
§313 妨害信用罪	×	×
§339 普通詐欺罪	§263 普通詐欺罪	§246 普通詐欺罪
§355 間接毀損罪	×	×

資料來源：本研究整理

表 6-2-2：詐術構成要件之實務適用頻率（一）（全國法規資料庫）

全國法規資料庫 http://law.moj.gov.tw/（最後檢索日：2011/4/5）		
	相關司法解釋	相關判例
§137 妨害考試罪	0	0
§146 妨害投票正確罪	0	1
§152 妨害合法集會罪	0	0
§229 詐術性交罪	1	0
§231 圖利使人為性交或猥褻罪	1	1 (本則判例不合時宜，不再援用)
§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪	0	0
§238 詐術結婚罪	0	0
§251 妨害販運農工物品罪	0	1
§297 意圖營利以詐術使人出國罪	0	0
§313 妨害信用罪	10	0
§339 普通詐欺罪	2	33
§355 間接毀損罪	0	0

資料來源：本研究整理

表 6-2-3：詐術構成要件之實務適用頻率（二）（法源法律網）

法源法律網 http://www.lawbank.com.tw/（最後檢索日：2011/4/5）									
	司法解釋	判例	裁判	決議	法律問題	行政函釋	相關法條	歷史法條	法學論著
§137 妨害考試罪	0	0	1	1	3	2	0	1	0
§146 妨害投票正確罪	0	1	84	0	5	2	0	2	0
§152 妨害合法集會罪	0	0	1	0	2	0	0	1	0
§229 詐術性交罪	1	2	20	2	8	18	0	2	7

§231 圖利使人為性交或猥褻罪	2	14	420	7	48	11	0	3	9
§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪	1	5	63	3	0	13	0	2	6
§238 詐術結婚罪	0	0	2	0	0	0	0	1	2
§251 妨害販運農工物品罪	0	1	1	0	0	0	0	1	1
§297 意圖營利以詐術使人出國罪	0	0	1	0	1	1	0	2	3
§313 妨害信用罪	0	0	24	0	1	6	0	1	5
§339 普通詐欺罪	21	33	2183	17	192	29	0	1	34
§355 間接毀損罪	0	0	6	0	1	2	0	1	1

資料來源：本研究整理

表 6-2-4：建議修法內容

罪 名	現行之不法構成要件	建議修正調整 之不法構成要件	說 明
§339 詐欺取財罪	意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。	意圖為自己或第三人不法之利益，以詐術使人陷於錯誤而處分財產，致使他人之財產利益受有損害者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。	1.同條兩項規定合併為一項，以杜學說上爭執侵害法益屬性之爭議。 2.原規範之要件過於簡略，修正後之不法要件增列「陷於錯誤」、「處分財產」之要素，俾使構成要件要素具體明確化，以符罪刑法定原則罪刑明確性之要求。
§297 意圖營利以詐術使人出國罪	意圖營利，以詐術使人出中華民國領域外者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金。	意圖使人為奴隸或使人居於類似奴隸之地位，以詐術使人出入中華民國領域者，處五年以下有期徒刑。	1.詐術使人出國罪，其保護之法益不夠明確，且本罪詐術之內涵及其不法本質為何，亦不易推知，構成要件不明確，似有違罪刑法定原則之嫌，應大幅調整本罪之構成要件要素。 2.修正後之條文可形成§296之實質預備犯，並可適用於本國人及外國人，並適度降低法定刑之刑度，惟§296之法定刑應隨本罪之修正一併調整之。
§313 妨害信用罪	散布流言或以詐術損害他人之信用者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。	維持原條文之規定。	暫可維持現行之規定。惟有學說指出，本罪「詐術」與「流言」之內涵實有所重疊，兩者並列規定徒增解釋上之疑難，此者實應加以檢討之。
§355	意圖損害他人，以詐術使本人或第三人為財產上之處	意圖損害他人，以詐術使人陷於錯誤而處分財產，致使	1.本罪侵害對象規定「使本人或第三人...」過於累贅，

間接毀損罪	分，致生財產上之損害者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。	他人之財產利益受有損害者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。	立法技術上應修正為簡約的「使人...」，即為已足。 2.修正後之不法要件增列「陷於錯誤」之要素，俾使構成要件要素具體明確化，以符罪刑法定原則罪刑明確性之要求。
§137 妨害考試罪	對於依考試法舉行之考試，以詐術或其他非法之方法，使其發生不正確之結果者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。	維持原條文之規定。	可維持現行之規定。惟本罪之行為結果與財產犯之詐欺罪不同，應予注意。
§146 妨害投票正確罪	以詐術或其他非法之方法，使投票發生不正確之結果或變造投票之結果者，處五年以下有期徒刑。	維持原條文之規定。	可維持現行之規定。惟本罪之行為結果與財產犯之詐欺罪不同，應予注意。
§152 妨害集會罪	以強暴脅迫或詐術，阻止或擾亂合法之集會者，處二年以下有期徒刑。	維持原條文之規定。	1.以詐術妨害集會，事實上有其可能。故可維持本條詐術之規定。惟本罪之行為結果與財產犯之詐欺罪不同，應予注意。 2.惟刑事立法上列入刑法保護之集會不應僅以合法者為限，即使為不合法之和平集會，若對之以強暴、脅迫或詐術之手段，加以阻止或擾亂者，仍足以危害公共秩序，而宜繩以妨害秩序罪。日後修法應刪除構成要件中合法集會之「合法」二字。
§229 詐術性交罪	以詐術使男女誤信為自己配偶，而聽從其為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。	本罪應加刪除或至少應予修正。	1.本罪如加刪除，仍應可適用§225 趁機性交罪加以處罰。 2.本罪如加修正，則應刪除「誤信為自己配偶」之要件，以免實務上徒無適用之機會，而形同具文。
§231 圖利使人為性交或猥褻罪	意圖使男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介以營利者，處五年以下有期徒刑，得併科十萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。	意圖使人與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介以營利者，處五年以下有期徒刑，得併科十萬元以下罰金。	1.本罪之詐術難脫「引誘」與「媒介」之關係，而難以單獨「詐術」行為所能完成，且詐術應可含括為引誘的手段方法之一，是以「詐術」作為行為態樣應屬多餘，應可直接刪除「以詐術犯之者」之行為態樣。 2.本罪侵害對象規定「使男女...」過於累贅，立法技術上應修正為簡約的「使人...」，即為已足。況以今日社會現態而言，性別之區分已未如往昔觀念之絕對。
§233 使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪	意圖使未滿十六歲之男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介之者，處五年以下有期徒刑、拘役或五千元以下罰金。以	意圖使未滿十六歲之人與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介之者，處五年以下有期徒刑、拘役或五千元以下罰金。	1.本罪之詐術難脫「引誘」與「媒介」之關係，而難以單獨「詐術」行為所能完成，且詐術應可含括為引誘的手段方法之一，是以「詐

	詐術犯之者，亦同。		術」作為行為態樣應屬多餘，應可直接刪除「以詐術犯之者」之行為態樣。 2.本罪侵害對象規定「使男女...」過於累贅，立法技術上應修正為簡約的「使人...」，即為已足。況以今日社會現態而言，性別之區分已未如往昔觀念之絕對。
§238 詐術結婚罪	以詐術締結無效或得撤銷之婚姻，因而致婚姻無效之裁判或撤銷婚姻之裁判確定者，處三年以下有期徒刑。	維持原條文之規定。	1.本罪於實務上可能仍有適用之機會，雖有檢討之餘地，但仍不宜貿然廢除之。 2.解釋上，本罪詐術之內涵，應依附於與婚姻無效或得撤銷之要件有關者為限。至通說認為本罪前開要件係「客觀處罰條件」而非構成要件要素，理論上，只要經詐術而締結婚姻，所形成的損害就已確定，無待後來婚姻無效或撤銷判決確定。立法者之所以在客觀上仍然以婚姻無效或撤銷判決確定為刑罰要件，應是考慮到，被害人一方面保留經詐術所締結之婚姻，一方面卻又提出本罪的告訴，似乎立場有所矛盾，只是如此之刑罰規範在現實上可能已經完全淪為被害人復仇的工具，實有所不當。
§251 妨害販運農工物品罪	以強暴、脅迫或詐術為左列行為之一者，處五年以下有期徒刑、拘役或三千元以下罰金：一、妨害販運穀類及其他公共所需之飲食物品，致市上生缺乏者。二、妨害販運種子、肥料、原料及其他農業、工業所需之物品，致市上生缺乏者。	本罪詐術概念於解釋論上應加以限縮，惟於立法論上本罪規定應全條加以刪除之。	1.本罪之法益保護，已有相關法規加以規範，也理應由其他特別法或行政法加以規範，如是，則本罪應該加以廢除之。 2.本罪立法初時本具有時代背景之特殊因素，實則，今日經濟生活形態與交通科技資訊均十分發達，未若早時地幅廣闊、交通資訊不便之情形，故會有會有妨害公共所需之飲食品與農工商所需之物品的狀況已不多見，即使有短暫的市場供需失衡之情形，政府相關單位亦會適時以行政措施或政策介入，縱然有相關犯罪情事發生，亦有特別法優先適用之問題，且現今實務上對於本條文的運作，幾已喪失適用之可能性，是以當今現狀觀察，本罪似已無存立之意義。

資料來源：本研究整理

第七項 釐清糾結不清的詐術犯罪競合問題

論者有謂，競合論乃刑法理論上之地雷區，各種不同的見解不僅互異，有時更是互不相容。由於人類行為之多樣性及多變性，如何在行為處罰上，能客觀公平不多也不少地評價犯罪行為，即為犯罪競合所要追求之目標。刑法是關於行為的責任，行為數則是罪數認定基礎，與行為人應承擔之刑事責任有密切關係。因此競合問題，縱使糾結不清，也不應輕言放棄釐清之可能性。

現代法治國刑法，為了達到保障人權以及維護社會秩序的功能，因此是一部以「行為」為規範重心的法，亦即刑法是以規範何種行為應受何種刑罰之法律—並受制於罪刑法定主義而顯現其保障與規範雙重機能。因此，在通常的標準下，國家刑罰權取決於行為人的構成要件該當行為數，亦即一個構成要件該當行為，國家只有一個刑罰權，一罪數罰是法治國家之刑法所不允許的。無論如何，行為數之認定不應只是考慮基本的意思決定、時空密接性等問題，還要進一步考慮到行為與構成要件間之適用上的關係，甚至於必須透過法益保護這面稜鏡來進行合理的評價。詐術競合之法律單一問題，或許並不是常見的問題癥結，但是現實社會生活當中仍有發生之可能性，果然，本研究中所提及之主張或見解，或許可以提供具有些許價值的參考。

第三節 省思與展望

由於詐欺行為的多樣化、社會投資觀念的逐漸開放、受害者配合的狀況、金額、人數的日益龐大，現行刑法第 339 條之規定實不足以應付，至多僅能當作保護私有財產制度的概括性基本規定，不足以掌握今日經濟生活中之行為，更不能制止經濟公益的破壞行為。當下應該構思的是，如何可以更為周全的擬定抗制詐欺犯罪的立法政策。Jescheck/Weigend 認為，刑罰立法的合

法化有幾個面向¹³：(1) 刑罰在國家政治上的合法化 (staatspolitische Rechtfertigung der Strafe)：如果國家容任違法行爲，就意味著國家放棄其權力，法律淪落爲僅受道德約束的規範，因之，維持一個法秩序社會，強制的刑罰是不可或缺的；(2) 刑罰在社會心理學上的合法化 (sozialpsychologische Rechtfertigung der Strafe)：如果國家對於存在或潛在的犯罪者不做有效的防範與處置，犯罪者與被害人沒有被差別的對待，那麼要求人們之間要和睦相處將是不可能的，人類社會將回歸到私刑時代；(3) 刑罰在個人道德上的合法化 (individuelle ethische Rechtfertigung der Strafe)：國家刑罰給了犯罪人一個贖罪的機會，以刑罰之惡害對應犯罪行爲之惡害，罪刑相抵後可讓犯罪人重新獲得合乎道德之基本經驗。吾人在律定抗制詐欺犯罪的立法政策時，尤應更全面性地看待與瞭解犯罪問題之成因。

最後，一個理想的法律體系中的「解釋論」與「立法論」，理應是對應與協調的，但事實上似乎總有落差，刑事政策學者 Heinz Zipf 曾指出，法釋義學 (Dogmatik) 在功能上¹⁴，是爲了確保法律適用之透明性、預見可能性及控制可能性之手段。由於法釋義學有助於確保法律適用的安定性及公平性，因而必須遵照兩項重要的規準，即：(1) 「契合事物本質之個案問題解決」 (sachgerechte Einzelproblemlösung) 原則；以及 (2) 「體系內的無矛盾性」 (intrasystematische Widerspruchsfreiheit) 原則。所謂契合事物本質之個案問題解決原則，泛指法規範之涵攝或解釋務必尋求切合各類具體情事之最適方案；至於體系內的無矛盾性原則，則意謂單一法規範體系之內或多重法規範體系之間務必呈現出整體之協調。依 Zipf 之見，法體系之證成若是欠缺前者，

¹³ Vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrecht AT, 1996, S.64ff.

¹⁴ 著名學者 R. Alexy 指出，法釋義學在法律證立的過程中應有如下之六項評價功能：(1) 穩定功能 (stabilisierende Funktion)、(2) 進步功能 (Fortschrittsfunktion)、(3) 減負功能 (Entlastungsfunktion)、(4) 技術功能 (technische Funktion)、(5) 控制功能 (Kontrollfunktion)、(6) 啟發功能 (heuristische Funktion)。Vgl. R. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1991, S.326 ff.

將導致規範悖離實質之正義與社會現實；若欠缺後者，也勢必無法確保「法一致性」(Rechtseinheit) 及「法明晰性」(Rechtsgewißtheit) 的要求¹⁵。法釋義學的研究成果，應該反饋轉化成一種理性的刑事立法政策之決定。個人相信，追求解釋論與立法論的契合，應當是一個動態性的過程，不會有結束的一天！



¹⁵ Vgl. H. Zipf, Kriminalpolitik, 1980, S.10。另請參見：高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，2003年，第11、12頁。



參 考 文 獻

一、中文專論

- 王佳明，*互動之中的犯罪與被害*，北京大學，2007年，初版。
- 甘添貴，*刑法各論（下）*，三民，2010年，初版。
- 甘添貴，*刑法各論（上）*，三民，2009年，初版。
- 甘添貴，*罪數理論之研究*，元照，2006年，初版。
- 甘添貴，*體系刑法各論第二卷*，瑞興，2000年，初版。
- 甘添貴教授祝壽論文集編輯委員會，*刑事法學之理想與探索（第二卷）*，學林，2002年，初版。
- 何賴傑，*刑法上課講義（國立政治大學法學院九十三學年度碩士在職專班）*，自版，2004年。
- 余振華，*刑法深思·深思刑法*，元照，2005年，初版。
- 李惠宗，*案例式法學方法論*，新學林，2009年，初版。
- 易君博，*政治理論與研究方法*，三民，1993年，8版。
- 林子傑，*人之圖像與憲法解釋*，漢廬，2007年，初版。
- 林山田，*刑法各罪論（上）*，台灣大學，2004年，4版。
- 林山田，*刑法各罪論（下）*，台灣大學，2004年，4版。
- 林山田，*刑法特論（上）*，三民，2000年，3版。
- 林山田，*刑法特論（下）*，三民，1996年，3版。
- 林山田，*刑法通論（上）*，自版，2008年，10版。
- 林山田，*刑法通論（下）*，自版，2008年，10版。
- 林山田，*刑罰學*，商務，1998年，修訂版。
- 林山田，*刑事法論叢（二）*，自版，1997年，初版。
- 林山田、林東茂、林燦璋，*犯罪學*，三民，2007年，4版。
- 林東茂，*一個知識論上的刑法學思考*，五南，2001年，2版。

- 林東茂，刑法綜覽，一品，2009年，6版。
- 林鈺雄，新刑法總則，自版，2006年，初版。
- 柯耀程，刑法系列-刑法構成要件解析，三民，2010年，初版。
- 柯耀程，刑法總論釋義-修正法篇（上），元照，2006年，初版。
- 柯耀程，刑法總則釋論-修正法編（下），元照，2006年，初版。
- 柯耀程，刑法競合論，元照，2001年，初版。
- 胡木源，治安情勢之分析與對策，2007警政工作研討會，2007年。
- 徐久生，德語國家的犯罪學研究，中國法制，2005年，初版。
- 高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照，2003年，初版。
- 高金桂，從刑事政策論近年來的刑法研修，收錄於：法與義，五南，2000年，初版。
- 高金桂，被害人自我責任與刑法歸責問題，收錄於：現代刑事法與刑事責任，國際刑法學會中華民國分會，1997年，初版。
- 高金桂，論刑法上之法條競合問題，收錄於：「罪與刑：林山田教授六十歲生日祝賀論文集」，五南，1998年，初版。
- 高金桂，論刑法之詐術，收錄於「刑與思」，林山田教授紀念論文集，元照，2008年，初版。
- 國立中正大學犯罪研究中心，國家議題與政策觀察報告-九十九全年度全國民眾犯罪被害暨政府維護治安滿意度調查，2011年。
- 張甘妹，犯罪學原論，三民，1999年，13版。
- 張捷，刑法總則精研，新保成，2003年，初版。
- 張麗卿，新刑法探索，元照，2008年，3版。
- 許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，政治大學，2000年，初版。
- 許玉秀，刑法導讀，文載：新學林分科六法-刑法，新學林，2006年，7版。
- 許玉秀，走出主觀與客觀的迷失，收錄於氏著「主觀與客觀之間」，政治大學，1997年，初版。

- 許春金，犯罪學，三民，2007年，5版。
- 陳子平，刑法總論（下），元照，2006年，初版。
- 陳志龍，人性尊嚴與刑法體系入門，台灣大學，1995年，3版。
- 陳志龍，法益與刑事立法，台灣大學，1997年，3版。
- 陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，一品，2009年，2版。
- 陳樸生，刑法各論，正中，1958年，初版。
- 黃仲夫，刑法精義，復文，2005年，修訂1版。
- 黃富源、范國勇、張平吾，犯罪學概論，三民，2002年，初版。
- 黃榮堅，刑法問題與利益思考，元照，1999，初版。
- 黃榮堅，刑罰的極限，元照，1999年，初版。
- 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2003年，初版。
- 黃榮堅，基礎刑法學（下），元照，2003年，初版。
- 楊仁壽，法學方法論，三民，2010年，2版。
- 楊日然，法理學，三民，2005年，初版。
- 褚劍鴻，刑法分則釋論（上），商務，2001年，3版。
- 褚劍鴻，刑法分則釋論（下），商務，2001年，3版。
- 趙秉志主編，外國刑法原理（大陸法系），中國人民大學，2003年，初版。
- 蔡田木，詐騙犯罪被害人屬性之研究，內政部警政署刑事局委託研究報告，1999年。
- 蔡墩銘，刑法精義，漢廬，1999年，初版。
- 鄭善印，刑法的目的只有法益保護嗎？-以日本刑法學說為觀察核心，收錄於：現代刑事法與刑事責任，國際刑法學會中華民國分會，1997年，初版。
- 鄭逸哲，刑事法學及其方法（一）-法學三段論法下的刑法與刑法基本句型，瑞興，2003年，2版。
- 盧映潔，刑法分則新論，新學林，2009年，2版。
- 顏厥安，幕垂鴉翎-法理學與政治思想論文集，元照，2005年，初版。

蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，自版，1998年，2版。

蘇俊雄，從刑法因果關係學說到新客觀歸責理論之巡歷，收錄於：當代法學名家論文集，法學叢刊社，1996年，初版。

二、中文期刊

王梅英、林鈺雄，從被害人學談刑法詐欺罪，月旦法學第35期，1998年。

吳耀宗，詐欺罪詐術行使之解析，月旦法學第163期，2008年。

呂秉翰，犯罪學理論巡歷，吳鳳學報第18期，2010年。

林山田，評1999年的刑法修正，月旦法學雜誌第51期，1999年。

林山田，評詐欺罪章中之新增三罪，月旦法學雜誌第49期，1999年。

林東茂，刑法分則第一講：不作為詐欺，月旦法學教室第2期，2002年。

林鈺雄，作為與不作為之詐欺，法學講座創刊號，2002年。

林鈺雄，論詐欺罪之施用詐術，國立臺灣大學法學論叢第32卷第3期，2003年。

柯耀程，人頭帳簿，月旦法學教室第36期，2005年。

柯耀程，財產犯罪之構成要件形成-以強盜罪構成要件為例，月旦法學第163期。

徐偉群，提供人頭帳戶之詐欺罪責，月旦法學雜誌第168期，2009年。

秦季芳，法律規範競合關係的再思考，玄奘法律學報第3期，2005年。

高金桂，論意圖犯，刑事法雜誌第52卷第2期，2008年。

張麗卿，台灣貪污犯罪實況與法律適用之疑難，法學新論第28期。

許玉秀，客觀歸責概念的射程範圍，刊：台灣本土法學第12期，2000年。

許恆達，「行為非價」與「結果非價」-論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論第114期，2010年。

黃惠婷，恐嚇取財或詐欺？台灣本土法學雜誌第63期，2004年。

- 黃榮堅，刑法妨害風化罪章增修評論，月旦法學雜誌第 51 期，1999 年。
- 黃榮堅，財產犯罪與不法所有意圖，台灣本土法學第 25 期，2001 年。
- 黃榮堅，衛爾康事件的基本刑法問題，月旦法學雜誌第 1 期，1995 年。
- 葉毓蘭，保護弱勢從反詐騙做起，刑事雙月刊第 2 期，2004 年。
- 蔡聖偉，所有權犯罪與侵害整體財產之犯罪（下），月旦法學教室第 70 期，2008 年。
- 蔡墩銘，刑法上詐術規定之研究，軍法專刊第 16 卷第 5 期，1970 年。
- 蔡蕙芳，自動化設備濫用行為之刑法規範--以刑法第三三九條之一不正利用收費設備取財得利罪為討論中心，中原財經法學第 11 期，2003 年。
- 蔡蕙芳，電腦詐欺行為之刑法規範，東海大學法學研究第 18 期，2003 年。

三、學位論文

- 丁水復，新興詐欺犯罪問題防治法制之研究，國立中山大學大陸研究所碩士在職專班論文，2005 年。
- 何芸欣，網路詐欺犯罪之研究，台北大學法學系碩士論文，2006 年。
- 吳明孝，社會保險與司法審查之研究—以全民健康保險法為中心，國立中山大學中山學術研究所博士論文，2007 年。
- 吳勇毅，論意向犯，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2002 年。
- 李立暉，被害人信條學與詐欺罪，國立台北大學法學系碩士論文，2006 年。
- 洪瑋嫻，財產犯罪中之所有意圖-以竊盜罪為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年。
- 張宇維，我國詐欺「事業」之初探，國立台灣大學商學研究所碩士論文，2010 年。
- 陳盈穎，刑法詐術意涵之研究，東海大學法律學研究所碩士論文，2009 年。
- 曾思堯，論犯罪構成要件之實質解釋-以不實廣告是否構成詐術為例，國立

台北大學法律學研究所碩士論文，2007年。

楊一帆，法條競合與想像競合之間，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，2004年。

潘俞樺，詐欺取財罪構成要件之再檢視，國立台北大學法學系碩士論文，2004年。

鍾葦怡，論詐欺罪之「詐術」，國立政治大學法律學研究所碩士論文，100年。

四、譯著部分

Carl Schmitt 著/蘇慧婕譯，論法學思維的三種模式，左岸文化，2007年，初版。

E. Bodenheimer 著/結構群譯，法理學—法哲學及其方法(Jurisprudence—The Philosophy and Method of The Law)，結構群，1990年，初版。

Ingeborg Puppe 著/蔡聖偉譯，法學思維小學堂(Kleine Schule des juristischen Denkens)，元照，2010年，初版。

Karl Larenz 著/陳愛娥譯，法學方法論(Methodenlehre der Rechtswissenschaft)，五南，1999年，初版。

Lon L. Fuller 著/鄭戈譯，法律的道德性(The Morality of Law)，五南，2010年，初版。

Radbruch 原著/王怡蘋、林宏濤 合譯，「法學導論」，商周，2000年，初版。

大塚仁 著/馮軍 譯，刑法概說(各論)，中國人民大學，2009年，初版。

徐久生、莊敬華 譯，德國刑法典，中國方正出版社，2004年，初版。

張明楷 譯，日本刑法典，法律出版社，2006年，2版。

五、日文部分

大谷 實，刑事司法の展望，成文堂，1998年，初版。

木村光江，詐欺罪の研究，東京都立大學出版會，2000年，初版。

齋藤信治，刑法各論，有斐閣，2009年，第3版。

六、德文部分

Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1991.

Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch, 2001.

Günther, in: SKStGB, 1996.

Heinrich, Strafrecht AT II, 2005.

Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrecht AT, 1996.

Kindhäuser, in: Nomos Kommentar, 2005.

Kindhäuser, LPK-StGB, 2005.

Lackner/Kühl, StGB, 2007.

Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 2001.

Mitsch, Strafrecht BT II, Teilband 1, 2003.

Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1969.

Roxin, Strafrecht AT I, 1997.

Roxin, Strafrecht AT II, 2003.

Roxin, in-LK, 1993.

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar (27. Aufl.), 2006.

Schünemann, Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht, Festschrift für Hans Joachim Faller, 1984.

Tiedemann, LK, 2005.

Zipf , Kriminalpolitik, 1980.

七、網路資源

<http://ap6.pccu.edu.tw/Encyclopedia/data.asp?id=3938&htm=06-403-3501> 唯名論.htm (last visited on 2011/3/14)

<http://ap6.pccu.edu.tw/Encyclopedia/data.asp?id=472&htm=04-394-2256> 知識論.htm (last visited on 2011/3/14)

<http://blog.chinatimes.com/melodywang101/archive/2009/10/06/434373.html>
(last visited on 2011/3/21)

<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm> (2010/11/15)

<http://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?PCode=Q0070013> (2011/3/15)

http://my.nthu.edu.tw/~iosoc/speech/speech89_2/%BE%CB%ACF%A5D%B8q%AA%BA%AAk%AAv%A6V%AB%D7%C3C%B3%D6%A6w.htm (last visited on 2011/3/14)

http://my.nthu.edu.tw/~iosoc/speech/speech89_2/%BE%CB%ACF%A5D%B8q%AA%BA%AAk%AAv%A6V%AB%D7%C3C%B3%D6%A6w.htm (last visited on 2011/3/14)

<http://theory.people.com.cn/BIG5/11358797.html> (last visited on 2011/3/26)

http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/33115103/IssueID/20110115
(last visited on 2011/3/11)

http://www.cib.gov.tw/CibSystem/RE_UPLOAD_FILE/20071211164440.pdf
(last visited on 2011/2/25)

<http://www.klcc.gov.tw/uploaddowndoc?file=/pubklcc/service/%E9%A0%90%E9%98%B2%E7%8A%AF%E7%BD%AA-%E7%A7%91%E6%8A%80%E5%8F%8A%E9%9B%BB%E4%BF%A1%E8%A9%90%E6%AC%BA%E7%A0%94>

%E7%A9%B6%E5%A0%B1%E5%91%8A%E6%A0%B8%E5%AE%9A%E7%
89%88.doc&flag=doc (last visited on 2011/6/14)

<http://www.npa.gov.tw/NPAGip/wSite/ct?xItem=55398&ctNode=11393&mp=1>
(last visited on 2011/3/14)

<http://www.police.taichung.gov.tw/TCPBWeb/wSite/ct?xItem=8467&ctNode=478&mp=pda> (last visited on 2011/3/11)





附錄一：

東海大學博士論文初稿發表評鑑會

評鑑委員意見與研究生回應說明

論文初稿發表 評鑑會時間及地點	時間： 2011年5月24日。 地點： 東海大學法律系研討室(II)。	論文初稿發表 評鑑委員	評鑑委員兼主持人： 余振華教授。 評鑑委員： 陳運財教授。 高金桂教授。
序 號	評鑑委員意見說明 (按照發問順序)	研究生回覆意見與補充、修正說明	
1.1	陳運財教授： 第二章「法事實」的研究，可進一步分析並適當補強其犯罪模式特色。	研究生研處回應： 謹依委員建議修正改進(詳見第二章第二節第三項)。	
1.2	陳運財教授： 第四章的分析可就本研究之立場提出「詐術」的明確定義(廣義/狹義)，並就其基準或標準加以比較之。	研究生研處回應： (1)對於詐術的一般性概念在實務與學說上的各項說法，以及本文的見解，已於第三章第二節第三項加以說明。 (2)本文所分析詐術之最廣義、廣義、狹義、最狹義之意涵及其比較，已於第四章第三節與第四節分別加以說明，並繪有表4-4-1供參。	
1.3	陳運財教授： 各罪之詐術概念的實質化區別，本研究似較著重在客觀構成要件，主觀構成要件抑或保護法益的比較應可形成區隔之標準。	研究生研處回應： 因構成要件之客觀不法要素較多，故論述內容亦較多。惟分析比較上，並未忽略構成要件之保護法益屬性與主觀不法要素在各罪區隔上的差異性(詳見第四章第二節與第三節，尤其是表4-3-1之比較)。	
1.4	陳運財教授： 德國刑法學者對於被害人理論之論述，有何不同處，可加以比較之。	研究生研處回應： 謹依委員建議補強論述，另增加第三章第三節第四項「刑法被害人理論各項主張之比較」之論述。	
1.5	陳運財教授： 最末章建議刪除§231，如是，有關連的§232是否也應刪除。研究建議部分宜在論文主軸範圍內為之。	研究生研處回應： 謹依委員建議修正調整(詳見第六章第二節之表6-2-4建議修法內容表)。	

1.6	陳運財教授： 人頭帳戶所形成刑法處罰漏洞問題，在日本係以附屬刑法規定加以處罰。似可適當引述。	研究生研處回應： 本研究之研究範疇，依論文第一章第三節第一項之設定，係以普通刑法作為分析內容，故未旁徵特別法之規定。
2.1	余振華教授： 本研究引用日本文獻較為不足，日本刑法學者對於詐欺有若干主張實深值參考（如：山口厚...等）。惟研究者能同時熟識德文與日文者，亦不多見。研究生可考量本身能力以適當補強日文資料。	研究生研處回應： 感謝委員諒恤。筆者主修為德文，囿於語文能力，故對於涉獵日文資料較不廣泛。
2.2	余振華教授： 末章建議部分，台德日刑法之各罪的比較，應再仔細確認資料之正確性。	研究生研處回應： 表 6-2-1 所列之比較表，非謂德日之立法例並無台灣刑法之相關罪名，而係德日刑法之相關罪名中並無以「詐術」作為構成要件要素。為免誤解，已於內文處補強說明。
2.3	余振華教授： 第二章引介犯罪實證現象較多，應經適當整理。	研究生研處回應： 引介研究報告之數據或相關資料已有適當刪減（詳見第二章）。
2.4	余振華教授： 內文引註部分應加留意，並經整理與分析後，逐漸形成自身見解。	研究生研處回應： 謹依委員建議修正改進（詳見內文論述之相關引註處）。
2.5	余振華教授： 參考文獻應詳細呈現，如註明版次等。	研究生研處回應： 謹依委員建議修正改進，加入出版者與版次（詳見文末所列參考文獻）。
2.6	余振華教授： 章節架構宜調整（如：加入項、款...等）。	研究生研處回應： 謹依委員建議加入項次（詳見目次與內文）。
2.7	余振華教授： 各章節標題不宜有問號或過於冗長。	研究生研處回應： 謹依委員建議修正改進（詳見目次與內文）。
3.1	高金桂教授： 詐欺犯罪模式與所包攝之規範面，可補強論述。	研究生研處回應： 謹依委員建議補強論述，另增加第二章第一節第四項「詐欺犯罪與刑法規範之關連」之論述。
3.2	高金桂教授： 詐術之強度可考量被害人受騙強度而做層級化之思考。	研究生研處回應： 謹依委員建議補強論述（詳見第三章第三節第三項與第四項之相關內容）。

3.3	高金桂教授： 參考文獻應使用最新版之資料。	研究生研處回應： 謹依委員建議改進，盡量使用較新版書籍文獻（詳見文末所列參考文獻）。
3.4	高金桂教授： 請研究生就評鑑委員所提意見修改研究論文。	研究生研處回應： 已製作本論文評鑑回應對照表，交代研處回應。





附錄二：

東海大學博士學位論文考試		
考試委員意見與研究生回應說明		
學位論文考試 口試時間及地點	時間： 2011年6月27日。 地點： 東海大學法律系研討室(1)。	博士論文考試 考試委員 考試委員兼召集人： 鄭善印教授。 考試委員： 高金桂教授。 余振華教授。 柯耀程教授。 蔡蕙芳教授。
序號	考試委員意見說明 (按照發問順序)	研究生回覆意見與補充、修正說明
1.1	蔡蕙芳教授： 參考文獻所引陳盈穎東海碩士論文與鍾葦怡政大碩士論文，該兩論文主題亦為詐術，本研究與該兩論文有何差異？	研究生研處回應： 陳盈穎東海碩士論文研究範疇侷限在詐欺罪，鍾葦怡政大碩士論文研究焦點置重於詐術內容中事實與價值之區辨。就此而言，本論文之研究範圍非僅侷限在詐欺罪，而兼及他罪與競合，研究內容亦非僅限制在事實與價值之區辨。跳脫詐欺罪的範疇，將詐術概念作類型化的區分，是本論文的特色。
1.2	蔡蕙芳教授： (1) 詐術之內容可否包括「評價」在內？ (2) 如果「評價」作為詐術內容係以客觀事實之存在為斷，則是否還是應該回歸到「事實」上的判斷？	研究生研處回應： (1) 國內通說否認「評價」可作為詐術之內容，惟如「評價」的依據有客觀事實之存在可資判斷，則評價非不能作為詐術之內容。 (2) 感謝老師指正，本論文謹依委員建議修正改進(詳見第四章第一節第三項〈參見 p.129〉與相關處)。

1.3	<p>蔡蕙芳教授： 附屬刑法中亦有行使詐術之問題（例如稅捐稽徵法第 41、42 條），本研究有無一併處理？</p>	<p>研究生研處回應： 為避免內容過於龐雜，本研究在第一章第三節第一項已限制以普通刑法之內容作為分析範疇，故未提及附屬刑法中有關詐術之規定。本論文在該項論述中將補充相關法規的詐術規定，但暫不納入處理。〈參見 p.17〉</p>
1.4	<p>蔡蕙芳教授： 表 6-2-4 建議修法內容表之理由說明不足，應予強化，並侷限於研究範疇之內。</p>	<p>研究生研處回應： 表 6-2-4 建議修法內容表將綜合各委員之寶貴建議一併修正改進。〈參見 p.248〉</p>
1.5	<p>蔡蕙芳教授： 刑法詐術之內涵究竟為何？是否有一致性之標準？</p>	<p>研究生研處回應： （1）傳統見解對於詐術概念的解讀即為統一性之標準，然以一致性之標準解釋各罪，難免失之空泛。對於各罪詐術概念的理解，應做個別化之解釋。 （2）本文將補強詐術概念之一致性標準與相異性標準之論述（詳見第四章第二節第三項之內容）。〈參見 p.138〉</p>
1.6	<p>蔡蕙芳教授： 第 339 條第 2 項與該條第 1 項之主觀不法是否相同？</p>	<p>研究生研處回應： 第 339 條第 2 項詐欺得利罪與第 339 條第 1 項詐欺取財罪之主觀不法應屬相同，所不同者應係客觀不法之行為結果。至本文之論述，依第一章第三節第一項之說明，如無特別強調者，則主要係針對第 339 條第 1 項詐欺取財罪之分析。</p>
1.7	<p>蔡蕙芳教授： 註腳的引用宜確實並盡量引用第一手文獻，如 p.57、p.96 與 p.97 之註 137、142、143。</p>	<p>研究生研處回應： 謹依委員建議修正改進。</p>
2.1	<p>柯耀程教授： 研究詐術概念的目的與作用為何？</p>	<p>研究生研處回應： 本文於第一章第一節已有說明研究詐術之動機與目的，論述不足處謹依委員建議再加補強。〈參見 p.2、p.3〉</p>
2.2	<p>柯耀程教授： 不同詐術概念的差異性何在？</p>	<p>研究生研處回應： 依本文看法，從行為結果與行為方式而論，各罪詐術概念可區分為四個層次，詳見表 4-4-1 各罪詐術概念之屬性比較。〈參見 p.182〉</p>

2.3	柯耀程教授： 表 4-4-1 各罪詐術概念之屬性比較，在內文中宜對本表之意涵做敘述性之說明。	研究生研處回應： 謹依委員建議修正改進（詳見第四章第四節第二、三項之內容）。〈參見 p.176 以下〉
2.4	柯耀程教授： 詐術概念可從其主觀內涵（知、欲）與客觀內涵（詐術行為方向、詐術目的方向）之要件，檢視其不同之處。	研究生研處回應： 十分感謝委員的寶貴意見，謹依建議方向補充論文內容（詳見第四章第二節第三項之內容）。〈參見 p.138〉
2.5	柯耀程教授： 表 6-2-4 建議修法內容表之理由未足，例如第 229 條，應強化說理。	研究生研處回應： 表 6-2-4 建議修法內容表將綜合各委員之寶貴建議一併修正改進。〈參見 p.248〉
2.6	柯耀程教授： 參考文獻為國外學者見解者，應盡量參考原文。	研究生研處回應： 謹依委員建議重新檢視全文，以修正改進。
2.7	柯耀程教授： 第五章第三節之項次過多，可適度歸類簡化。	研究生研處回應： 謹依委員建議修正改進。〈參見 p.213〉
3.1	余振華教授： 內文引註應交代清楚。	研究生研處回應： 謹依委員建議重新檢視全文，以修正改進。
3.2	余振華教授： 第二章犯罪學部分的論述應再減少。	研究生研處回應： 謹依委員建議修正，刪減第二章第二節第四項之若干內容。
3.3	余振華教授： 標題過長與錯別字問題請再檢視修正。	研究生研處回應： 謹依委員建議重新檢視全文，以修正改進。
3.4	余振華教授： 被害人學引用於刑法上的詳細說理為何？	研究生研處回應： 刑法被害人學乃一規範性概念，雖受犯罪學被害人理論之啟發，然後者原為一事實性概念，兩者內涵不同，名同而實異。本文謹依委員意見再行補強論述。〈參見 p.95〉
3.5	余振華教授： 修法理由與內文說明不盡相符，詐術概念有所問題才需要刪除。	研究生研處回應： 本文末章之修法意見，其理由呈現在第四章第二節第四項之內文中。另，表 6-2-4 建議修法內容表將綜合各委員之寶貴建議一併修正改進。〈參見 p.248〉

3.6	余振華教授： 詐術構成要件的檢討，於內容呈現上應具體明確，不宜過於抽象，方能解決問題。	研究生研處回應： 謹依委員建議修正改進，並於適當處舉例說明之。
3.7	余振華教授： 務必依各口試委員意見修正論文內容。	研究生研處回應： 已製作本論文口試回應對照表，交代研處回應。
4.1	鄭善印教授： 第二章統計部分僅需強調詐欺侵害之嚴重性應為已足。	研究生研處回應： 謹依委員建議修正改進。〈參見 p.47〉
4.2	鄭善印教授： 每章起始論述都較為抽象，應於章末增列小結做一具體說明。	研究生研處回應： 感謝委員寶貴建議，謹按照指示調整內容、修正改進。〈參見 p.47、p.117、p.183、p.228〉
4.3	鄭善印教授： 論文摘要部分宜有研究成果說明，並以條列式方式說明之。	研究生研處回應： 感謝委員寶貴建議，謹按照指示調整內容、修正改進。
4.4	鄭善印教授： 價值判斷不宜作為詐術之內涵（如宗教詐欺），請修正論文內容。	研究生研處回應： 謹依委員建議修正改進（詳見第四章第一節與相關處）。〈參見 p.129〉
4.5	鄭善印教授： 以被害人學限縮詐欺罪之構成要件，內文請舉具體實例說明之。	研究生研處回應： 謹依委員建議補強論述、修正改進。〈參見 p.101、p.103〉
4.6	鄭善印教授： 詐術之共通定義，能否如同第 13 條故意之規定加以定義，並說明其類型異同之處？	研究生研處回應： 謹依委員建議補強論述、修正改進（詳見第四章第二節第三項〈p.138〉與第四章第四節第四項〈p.181 以下〉）。
4.7	鄭善印教授： 刑法上之猥褻概念亦有不同見解，何以相同名詞卻為不同解釋，應說明之。	研究生研處回應： 謹依委員建議補強論述（詳見第一章第一節第二、三項）。〈參見 p.176〉
5.1	高金桂教授： 純粹價值判斷作為詐術內容應有疑問，請修正論文見解。	研究生研處回應： 謹依委員建議調整內容、修正改進（同前述意見 1.2、4.4）。〈參見 p.129〉
5.2	高金桂教授： 不法內涵較屬輕微之詐欺行為，可仿效德國立法例創設「輕微詐欺罪」之規範。	研究生研處回應： 謹依委員建議補強論述、修正改進（詳見第六章第二節第二項之內容）。〈參見 p.217、p.218〉

5.3	<p>高金桂教授： 所謂實質的詐術概念可參酌下列標準：</p> <p>(1) 脫逸事物本質； (2) 違背自然法則； (3) 違背社會生活經驗； (4) 違背社會一般常識。</p>	<p>研究生研處回應： 謹依委員建議補強論述、修正改進（詳見第四章第二節第三項之內容）。〈參見 p.138〉</p>
5.4	<p>高金桂教授： 請研究生就口試委員所提意見修改研究論文。</p>	<p>研究生研處回應： 已製作本論文口試回應對照表，交代研處回應。</p>



