

國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所



碩士論文

Graduate Institute of Interdisciplinary Legal Studies

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論詐欺罪詐術之意涵

Study of the Concept of Fraud

蔡依宸

I-Chen Tsai

指導教授：周漾沂 博士

Advisor: Yang-Yi Chou, Dr. iur.

中華民國 108 年 7 月

July 2019



謝辭



一篇論文的誕生，要感謝的人太多了。首先謝謝周漾沂教授，周教授的刑法課不僅是知識傳播之處，也是激發思考的所在，周教授嚴密的邏輯思維與嚴謹的治學態度，是我終身都必須學習的。也謝謝王皇玉教授與徐育安教授願意撥空擔任口委，指出論文的許多不足，有向兩位教授學習的機會，我甚為感激。

再來，謝謝我最親愛的家人們與羊，你們無條件的愛與支持，永遠是我最大的力量來源，有你們參與我生命中的各個時刻，是莫大的福氣。也非常感謝科法所的同學們，跟你們一起學習是美好無比的事，能在這段時間與你們相遇，是我的幸運。願我們都有勇氣選擇自己所愛的，也有深愛自己所作出選擇的能力。對於論文參考文獻的作者們，我也在此致上最深的謝意，你們的辛勞讓這篇論文的出現成為可能。

最後，謝謝主親自領我走過這三年，當中曾經有許多不解，但如今逐漸變得明朗。願這段日子能為祢所用。

蔡依宸 2019.7.31

中文摘要



刑法詐欺罪是很常見的犯罪，但在個案適用上仍有不少疑義。本文嘗試說明詐欺罪的保護法益，是人對財產的支配關係，並證立以制度性社會交往模式，即被人們廣泛踐行以相互承認彼此主體性的對待模式，作為判斷詐術所輸出風險在刑法上容許與否的標準，並將之適用到具體案例中。制度性社會交往模式並無法以某個外於此觀點的方式來理解，而只能將自己置身其中來尋求。本文在具體案例的運用也因此僅是某一瞬間對制度的觀察與想像，比起全然的同意或批評，本文所希求的毋寧是更多的思考與對話。

關鍵詞：詐欺罪、財產支配、財產權、詐術、制度性社會交往模式

Abstract



Fraud under criminal law is a commonly committed crime, but there are still quite a few doubts as to its application in individual cases. This study will attempt to explain how the legal interest of fraud crime is the right of a person to dispose of one's property, as well as seek to establish institutional social interaction, i.e. the widely practiced modes of interaction in which people acknowledge the subjectivity of one another, as the standard by which fraud-exported risks may be judged as unacceptable in criminal law, and its applicability to concrete, individual cases. Institutional social interaction can't be understood by another concept external to itself, but may only be understood within itself. The concrete cases utilized in this study are therefore merely a momentary observation and conception of institutions. Hence, this study aims to stimulate more thought and dialogue on the matter rather than arousing wholesale agreement or disapproval.

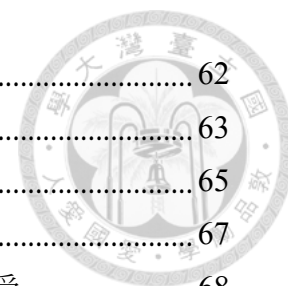
Keywords: fraud crime, disposal of property, property rights, fraudulent action, institutional social interaction

目錄



謝辭.....	i
中文摘要.....	ii
Abstract.....	iii
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究範圍與方法.....	1
第二章 實務上的詐欺態樣與判斷.....	4
第一節 給付金錢決定所立基的資訊.....	4
第二節 提供金錢給付的對價決定所立基的資訊.....	12
第三節 小結.....	12
第三章 詐欺罪保護法益.....	16
第一節 詐欺罪作為保護整體財產法益之犯罪.....	16
第二節 對個別財產法益與整體財產法益進行區分的質疑.....	17
第三節 財產權的原始意涵.....	21
第四節 使用價值與交換價值同作為財產權不可分割之內涵.....	22
第五節 以社會交往模式劃定個人有權支配財產之範圍.....	25
第四章 詐欺罪構成要件.....	30
第一節 施用詐術.....	30
第二節 使相對人陷於錯誤.....	37
第一項 被害人學觀點之引進.....	37
第二項 被害人承諾理論之引進.....	40
壹、主觀說.....	42
貳、主觀說在詐術判斷之運用.....	48
參、客觀說.....	50
肆、客觀說在詐術判斷之運用.....	56
第三節 陷於錯誤要件的再定位.....	57
第四節 小結.....	60
第五章 重構詐術之意涵.....	62

第一節	風險容許與否取決於資訊負責範圍之劃定.....	62
第二節	以社會交往模式劃定資訊負責範圍之證立.....	63
第一項	作為自由主體的個人.....	65
第二項	法作為個人間取得合致的絕對行為準則.....	67
第三項	風險容許與否取決於個人對該風險是否認識與接受.....	68
第四項	符合社會交往模式所生的風險為容許風險.....	69
第五項	以社會交往模式劃定資訊負責範圍.....	70
第六項	風險容許與否終究取決於雙方之合意.....	75
第七項	以社會交往模式劃定財產權.....	76
第三節	對制度性社會交往模式的實然考察.....	77
第一項	制度經濟學.....	78
第二項	North 的制度理論.....	79
壹	、制度的產生.....	79
貳	、制度的模樣.....	82
參	、非正式制度與正式制度.....	91
第四節	小結.....	93
第六章	詐術概念的具體運用.....	95
第一節	僅立基於一個或少數幾個特定資訊的交易.....	95
第二節	在既有成文制度內的交易.....	98
第三節	商品買賣交易.....	100
第四節	小結.....	106
第七章	結論.....	109
參考文獻	111





第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

詐欺犯罪層出不窮，實務與學說上，就其核心的構成要件要素，即「詐術」的意涵，雖多有著墨與討論，然在個案的適用上，仍有不少疑義。

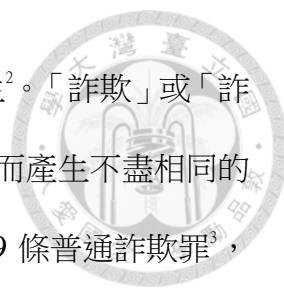
本文問題意識的產生，始於對實務詐欺罪判決與學說既有見解的回顧。在實務判決上，法院對於詐欺罪之成立是否要有客觀上財產損害，見解並不一致。對於詐術之認定，被認為是以作為方式為之者，法院有時是立基於個案脈絡上逕為判斷，有時又引入一般性的社會交往觀點進行判斷，標準的適用與正當性，並不明確。而被法院認為是以不作為，即隱匿的方式為之者，通常則以模糊的誠實信用原則，作為行為人負有保證人地位的依據，亦不無疑問。

學說上，一行為要該當詐欺罪，必須符合施用詐術、被害人陷於錯誤、處分財產、發生財產損害，以及上述各要件間須具有因果關聯。然而各構成要件的內涵，以及其如何共同提供財產法益之保護，亦存在諸多討論空間。

本文目的，即在對於既有的實務與學說見解進行回顧與提出疑問後，嘗試為詐術概念提出一個具正當性，且能被一貫適用於各個案例的標準。

第二節 研究範圍與方法

由於詐欺犯罪態樣甚多，許多特定的交易領域皆有就相關詐欺行為訂定相關



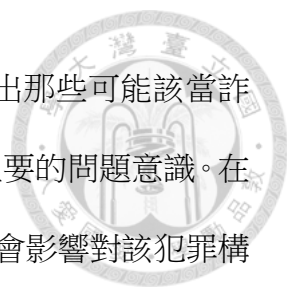
規範¹，且隨著科技進展，新興詐欺犯罪日益猖獗，規範相應而生²。「詐欺」或「詐術」作為各個規範間的共同詞彙，卻會因各法規的規範目的有間而產生不盡相同的解釋與理解。為了讓討論聚焦，本文研究範圍僅及於刑法第 339 條普通詐欺罪³，下一章就實務上案例的觀察，也僅以法院有實質判斷其是否該當刑法第 339 條者為限。然而以普通詐欺罪作為探討對象，並不表示該犯罪態樣就一定不屬於新興詐欺型態，許多行為人仍是以科技工具作為手段來實施詐術，只不過是否使用該手段，在普通詐欺罪的判斷上，並不具有重要性。

就研究方法而言，形成問題意識與對詐欺罪保護法益及構成要件的討論，皆主要立基於我國觀點或是我國研究對外來學說的引進，本文並針對這些觀點與學說進行評析。而在建立能被一貫適用的詐術概念時，則回歸人類基本圖像以及實質不法之概念，以期本文所賦予詐術的意涵，具有刑法上正當性。在確立了詐術是以具制度性地位的社會交往模式進行判斷後，本文則引用國外與經濟制度相關的討論，以期能對所提出的判準獲得進一步的理解。

¹ 例如證券交易法第 20 條第 1 項規定：「有價證券之募集、發行、私募或買賣，不得有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為」；期貨交易法第 108 條第 1 項規定：「從事期貨交易，不得有對作、虛偽、詐欺、隱匿或其他足生期貨交易人或第三人誤信之行為」；信託業法第 23 條規定：「信託業經營信託業務，不得對委託人或受益人有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為」等等，違反這些規定皆應負起刑事責任。

² 新興詐欺相對於一般傳統的詐欺類型，涉及科技技術的使用，行為人因此可以更不受時空限制的針對不特定社會大眾施以犯行，行為人也常組織性的進行犯罪分工，諸如銀行法第 29 條、組織犯罪防制條例第 3 條，以及於刑法普通詐欺罪後新增的第 339-1~第 339-4 條等規定，皆是為了因應日新月異的詐欺犯罪模式。刑法第 339-1 及第 339-2 條的訂定，主要理由在於自動收費設備與自動付款設備無法陷於錯誤，而改以不正方法取代之，成罪與否的重點在於對不正方法構成要件的解釋，外於本文所討論範圍。而刑法第 339-3 及第 339-4 條的規定，依照立法理由及法條內容，則為刑法第 339 條普通詐欺罪的加重類型，為本文所涵蓋。

³ 包含第 1 項及第 2 項，即詐欺取財罪與詐欺得利罪。不過普通詐欺罪是否有區分成這兩種型態並分別規定的必要，學說上是有爭議的。有學者認為，不論在現象上被害人是交付財物還是蒙受經濟上不利益，並不影響詐欺罪是用於保護整體財產，在成罪與否的判斷上，都必須要求有整體財產減損，分成兩項規定徒增法條適用上的疑義。相關討論參見許澤天（2011），〈詐欺罪的法條與論證〉，《月旦法學雜誌》，197 期，頁 193-195；蔡聖偉（2008），〈財產犯罪：第一講—概說：所有權犯罪與侵害整體財產之犯罪（下）〉，《月旦法學教室》，70 期，頁 50-51。雖然本文並不將詐欺罪保護法益侷限於整體財產，不過對這兩種態樣區分的質疑仍是存在的，畢竟這樣的區分僅存在於現象上，並不具有刑法規範上的意義，重點仍在於哪些行為會被評價為對詐欺罪保護法益造成侵害。



本文首先於第二章回顧實務上重要的詐欺罪犯罪態樣，指出那些可能該當詐術的特定資訊提供與不提供之行為，並基於此觀察而提出本文主要的問題意識。在進到詐欺罪條文本身的討論之前，由於一個犯罪所保護的法益，會影響對該犯罪構成要件的解釋，所以必須先確認的是，到底詐欺罪所保護的財產法益其內涵為何，這是第三章。而第四章，則以學說對詐欺罪詐術與陷於錯誤構成要件的討論，來觀察哪些行為會對詐欺罪保護法益造成侵害。有鑑於既有觀點可能仍無法為詐欺行為提出一個合理的判準，所以在第五章，本文立基於個人身為一個絕對、自由主體的視角，嘗試為詐術提出一個具有正當性與可操作性的標準，即以具制度性地位的社會交往觀點，來判斷一行為是否該當詐術。當然這個被提出的標準，也必須回歸它被提出與證立的理由，也就是第六章在具體案例上的運用。第七章則為本文作結。

第二章 實務上的詐欺態樣與判斷



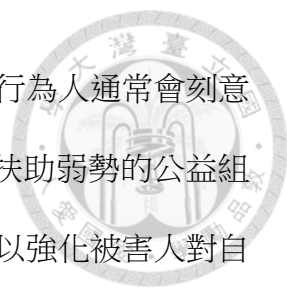
詐欺發生之所在，常常為交易發生之所在。此處對交易的定義，採取的是較為寬廣的解釋，並不限於買賣，而是包含各種雙方就特定財物或勞務所進行的交換。作交易決定，有賴於交易雙方各自對與交易相關資訊的掌握，詐欺行為，則大多透過對特定交易相關資訊的提供或不提供來實施。要為詐欺罪的詐術概念提出一個能被普遍適用的解釋的前提，是提出這樣的解釋真的有其必要，故在為進一步討論前，必須先對實務上重要的詐欺態樣進行觀察與分類，先找出哪些交易資訊可能與實施詐術有所關聯，而法院的觀點又是什麼，以期後續的討論是建立在對實務的操作與困境有正確的認識之上。

實務上，交易態樣極其複雜繁多，然大多不脫於一方給付金錢，以換取另一方所提供之對價的型態。這個對價可能以各種方式呈現，最常見的是有形商品及勞務提供，或是根本不存在實質上的對價，即單純的捐助與借款。以下對實務上所涉及詐欺案例的呈現，會以交易雙方各自進行交易所需要的資訊進行觀察，先就給付金錢的一方需要何種資訊進行檢視，再對提供對價的另一方需要何種資訊予以分析。

第一節 給付金錢決定所立基的資訊

【捐助詐欺】

實務上捐助詐欺的通常情形是，被害人基於行為人當面或透過網路平台向其表明的公益募款目的，或是出於宗教信仰上的理由而捐助金錢。例如行為人向其宣稱這些款項會用於幫助社會上的孤兒、窮人與殘障人士、贊助消防隊隊員舉辦活



動，以及將自己喬裝成出家人在街上化緣等等。值得一提的是，行為人通常會刻意將自己的身分與募款的公益目的作連結，例如自己創辦了一個扶助弱勢的公益組織，或是自己的生活與這些急需款項的人存在著什麼樣的交集，以強化被害人對自己的信任。法院會將捐助目的上的欺騙論以詐欺罪⁴。

【借款詐欺】

在借款詐欺中，行為人會巧立各種名目向他人借用款項，並答應在一定期限內即會清償，之後卻不了了之。出借人之所以答應該請求，大多立基於行為人對外所表現出的身分地位，例如從事有穩定收入的職業、身為富家子弟，或是允諾提供一定的利益來取信於他，例如幫忙介紹工作，且通常保證自己在短期內即會還款。

在出借金錢是基於行為人所表現出的身分地位的例子中，法院可能會以行為人隱瞞自己其實入不敷出的事實，而判定其該當詐術⁵，卻亦有法院基於無法證明行為人一開始有詐欺取財的犯意而認為行為人無罪⁶，亦即，並不能由於行為人最終付不出款項，就斷定其一開始即無歸還款項之意圖。在行為人運用為被害人提供一定利益來借款的案例中，法院則會以行為人並未履行對被害人提供利益的承諾而認定其施以詐術⁷。

此類型還存在一種特殊的態樣，即行為人一開始即無與被害人建立真正男女朋友關係之意，卻捏造身分與被害人交往，取得信任後再向其借款，法院會認為此行為構成施詐⁸。

⁴ 臺灣臺中地方法院 104 年度智易字第 78 號刑事判決、臺灣桃園地方法院 99 年度簡字第 133 號刑事簡易判決、臺灣板橋地方法院 98 年度易字第 3248 號刑事判決。

⁵ 臺灣臺北地方法院 96 年度易字第 236 號刑事判決。

⁶ 臺灣高雄地方法院 103 年度易字第 549 號刑事判決。

⁷ 臺灣高等法院臺南分院 107 年度上易字第 566 號刑事判決。

⁸ 臺灣新北地方法院 107 年度易字第 216 號刑事判決、臺灣臺北地方法院 106 年度易字第 319 號刑



【勞務詐欺】

許多行為人會以主動提供被害人一定勞務的方式，來取得持有被害人錢財的機會，並將之納為己用，例如幫忙被害人變賣財物、舉辦活動或投資等等，即被害人是基於行為人答應會提供一定勞務而交付財物。針對此等行為人有明確向被害人允諾會幫忙從事特定行為卻未完成的案例類型，法院一致認為行為人成立詐欺取財罪⁹。

除了上述一般勞務的提供，行為人亦可能提供需要特定資格始能提供的專業勞務予被害人，在此情形中，行為人可能成立詐欺罪之處，在於其提供勞務卻缺乏提供該勞務所應具備的資格，例如不具醫師資格者假冒醫師名義，執行醫療業務而為民眾看診¹⁰。

實務上還存在涉及宗教的勞務提供，行為人向被害人宣稱其可以透過作法事、唸咒語等方式消災解厄，因而取得相應報酬。有些法院認為此類型交易該當詐術的理由，與一般的勞務提供相同，而將判斷重點置於行為人是否真正從事答應被害人會為的宗教法事¹¹，有些則將判斷重點放於行為人主觀上知道自己所宣稱之事為虛構¹²，或是認為被害人所處的弱勢地位及較弱的判斷能力被行為人所利用¹³，也有

事判決。

⁹ 臺灣桃園地方法院 106 年度易字第 672 號刑事判決、臺灣臺北地方法院 104 年度易更(一)字第 4 號刑事判決。

¹⁰ 臺灣臺中地方法院 103 年度醫訴字第 7 號刑事判決、臺灣彰化地方法院 103 年度醫訴字第 3 號刑事判決。這些判決均援引最高法院 87 年度台非字第 32 號判決之見解，認為不具醫師資格而執行醫療業務，是否該當詐欺罪，取決於其醫術是否有合格醫師之醫療水準或其方法是否真有療效，且病患是否明知其無醫師資格而仍願意就診。

¹¹ 臺灣苗栗地方法院 100 年度易字第 72 號刑事判決謂：「被告未能證明有完成告訴人委辦事項」；臺灣高等法院 98 年度上易字第 504 號刑事判決謂：「無在道場上進行任何法事」。

¹² 臺灣高等法院 99 年度上易字第 2280 號刑事判決謂：「被告承認未排自己命盤，就是因為不相信，不想瞭解，也未見被告運用其等向上開各被害人所保證改除厄運之改運方式加以化解，以免除官司糾葛，顯見被告並不相信命理及改運之可能性。」

¹³ 臺灣臺中地方法院刑事判決 98 年度易字第 232 號刑事判決謂：「被告顯係利用人性弱點，以宗教力量迷惑當時思緒不清之前述被害人，使被害人陷於錯誤而交付財物，其詐欺取財之犯行甚為明

將這些因素綜合考量者¹⁴。然亦有見解認為，司法機關難以介入並判斷宗教信仰領域之可信與否，相對人原則上可以自由判斷是否要進行該交易行為，故只要行為人有完成其答應相對人之事項，即使結果不如相對人所預期，仍不應將之論以詐欺¹⁵。

【運用既有成文制度進行詐欺】

此種態樣的詐欺，被害人之所以給付金錢，是對那些既有的、成文的社會與經濟制度運作所需要的資訊發生誤認，被害人可能為同樣參與該制度的其他社會大眾或政府。常見的態樣為行為人提供錯誤資訊，以不符合其所加入保險制度的運作方式獲利，例如藥師「借牌」，將未於該藥局從事藥師業務之藥師登錄為該藥局之藥師¹⁶，醫師及受僱於診所之人以增刷病患健保 IC 卡之方式為虛偽掛號以詐領健保¹⁷，透過製造假車禍並據以向各被害人所投保之保險公司要求賠償¹⁸，或是在填保單時提供錯誤資訊，而使保險公司在風險評估與承保與否的判斷上出錯。在信用卡制度中，行為人可能提供錯誤資訊而被認為該當詐術的地方，在於其使用偽造信用卡、無力負擔卡費仍刷信用卡、盜刷信用卡、以他人名義申辦信用卡¹⁹，以及假消費真借款²⁰。此外，尚存在倒會、與公務員勾結以取得政府經濟補助、偽造有價

確。」

¹⁴ 臺灣臺北地方法院 96 年度易字第 3250 號刑事判決。

¹⁵ 臺灣板橋地方法院 98 年度易字第 3311 號刑事判決謂：「告訴人相信靈通、神通，乃為推展其所主張之思想觀念採行之方法，尚符社會常情，……，此乃個人信仰，非法律或科學可強加否定，……。於此，本院應審究者，係被告是否將告訴人交付之金錢確用於布施之事，即被告是否假宗教布施之名行詐欺取財之實。」

¹⁶ 臺灣臺北地方法院 105 年度審簡字第 1159 號刑事簡易判決。

¹⁷ 臺灣臺北地方法院 99 年度簡字第 1476 號刑事簡易判決。

¹⁸ 臺灣臺北地方法院 103 年度易字第 1155 號刑事判決。

¹⁹ 臺灣臺北地方法院 95 年度訴字第 306 號刑事判決謂：「持卡人與特約商店間之交易，乃係以信任關係為基礎之契約，倘持卡人並無支付價金之意思或能力，向特約商店提示信用卡消費，係屬對特約商店店員施行詐欺。」類似見解，參見臺灣臺北地方法院 107 年度審簡字第 2247 號刑事簡易判決、臺灣新北地方法院 101 年度簡字第 6373 號刑事簡易判決、臺灣高雄地方法院 90 年度易緝字第 209 號刑事判決。

²⁰ 在此種態樣中，法院見解不一。有認為只要借款人主觀上沒有詐取款項的意圖，也依約繳付款項，發卡銀行既未受騙而損失財物，不應該當詐術。但也有認為發卡銀行對使用信用卡與預借現金的信用評估、風險控管與收取利息均不同，假消費真借款行為讓銀行承受其無法評估的風險，因此



證券，與使用他人印章及存摺至銀行提款等多種可能成立普通詐欺罪的態樣。

【商品詐欺】

在買賣交易上，消費者會依據與商品相關的資訊，作成購買與否的決定。在交易時提供不實資訊或未提供特定資訊，有可能使得消費者所期待透過該交易獲得的商品與實際所獲得的存在落差，而產生爭議。

針對遲不交貨的出賣人，若其在交易時就如此打算，法院會將之論以詐欺取財罪²¹。又若商品其實是瑕疵品或仿冒品²²，法院也大多認為出賣人該當詐術。此外，市場上存在售價取決於主觀價值而會浮動不定之商品，例如與宗教相關之物品，出售此類商品者會評估潛在購買者主觀的偏好程度，而開出相異的價格。法院原則上認為宗教器物本就包含個人主觀因素之考量，同一器物以不同價格售出應屬合理，然若以其他不法方式巧取，例如假借神明名義而恣意提高價格，則構成詐欺²³。

由於與商品相關的資訊範圍很廣，賣方應將商品資訊提供到何種程度，又應如何提供之，存在進一步討論空間。為了平衡民眾與賣方在交易資訊上的不對等地位，立法與行政機關有訂定相關規範予以因應。針對一般性商品是以消費者保護法、公平交易法來規範，針對性質較特殊的商品，例如可能影響身體健康之藥品、食品或化妝品等，則以藥事法、健康食品管理法、食品安全衛生管理法、糧食管理法及化粧品衛生安全管理法等法規，或更詳細的行政命令予以規範。涉及商品資訊

該當詐術。參見最高法院 97 年度台上字第 6888 號刑事判決、臺灣臺中地方法院 97 年度易字第 3422 號刑事判決。

²¹ 臺灣臺北地方法院 106 年度審原訴字第 8 號刑事判決、臺灣臺北地方法院 105 年度易字第 455 號刑事判決。

²² 臺灣新北地方法院 107 年度智訴緝字第 1 號刑事判決、臺灣新竹地方法院 103 年度易字第 79 號刑事判決。這些判決中，法院均以行為人在與被害人訂定買賣契約時，即無依照契約內容為給付的意思，而認為成立詐欺罪。

²³ 臺灣高等法院 100 年度上易字第 2830 號刑事判決、臺灣高等法院臺南分院 96 年度上易字第 528 號刑事判決。



提供的爭議，除了可能觸犯相關行政規範外，亦可能該當刑法普通詐欺罪，然如何判斷行為人施行詐術與否，卻是大哉問。

由於廣泛存在而受到大眾關注的爭議，存在於房屋與食品買賣的交易類型中。在房屋交易上，由於房屋銷售者提供或未提供特定資訊，而讓購買者發生誤認的情形，可能包含房屋建材不同、設計不同、空間大小不同、房屋漏水與否、假知名建築設計師之名、沒有所宣稱可使用的社區公共設施、房屋能否作為店面使用、是否有停車位、是否為凶宅、是否有設定抵押權、周邊發展等等。法院一方面肯認廣告可適度誇大以引起消費者注意²⁴，另一方面指出就那些買賣交易上足以影響購買意願或交易價值的重要事項，銷售者應負有告知義務²⁵。惟公平交易法與刑法的規範目的不同，法院並不會以違反公平交易法而斷定行為人亦成立詐欺罪²⁶。

而在食品上，也常涉及不實廣告的問題，法院雖肯認廣告本就包含對品牌的吹噓，然對其商品的吹捧卻不能達到虛偽不實而欺罔大眾之程度²⁷，諸如虛構真人實證、專家代言、明知該食品並未具有其所宣稱的功效，或功效並不如其所宣稱的顯著，法院均會認為行為人已非單純的廣告誇大行為，而屬施用詐術²⁸。

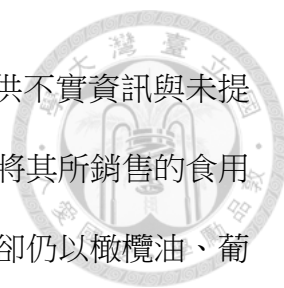
²⁴ 臺灣基隆地方法院 90 年度自字第 69 號刑事判決謂：「預售屋廣告誇大，只須不誤導消費大眾對於所銷售房地基本所具有之品質：如地點、產權歸屬、可具基本遮風避雨、安全居住等認知範圍內，均尚難據認為引人錯誤之廣告。」

²⁵ 臺灣高等法院 105 年度上易字第 944 號刑事判決謂：「凶宅因素雖不至於對房屋本身造成「物理性」之損害，但卻會對該屋之經濟價值造成實質上之貶損，進而影響其成交價格，抑或降低其成交機率，自屬顯足影響不動產價格，甚至購買意願之重要訊息，依據誠信原則，賣方應有誠實告知其所知全部事實之義務」；臺灣最高法院 87 年度台非字第 100 號刑事判決謂：「在現今停車位一位難求之狀況下，消費者購買房屋暨土地時，均將停車位列為重要考慮因素，是故停車位究屬法定停車位或獎勵停車位，自亦成為買賣契約之重要事項，其價格認知自有不同，隱匿而不告知承購人，使有研判機會以決定購買與否，自屬施用詐術甚明。」

²⁶ 臺灣基隆地方法院 90 年度自字第 69 號刑事判決、臺灣基隆地方法院 88 年度自字第 49 號刑事判決。

²⁷ 臺灣臺中地方法院 101 年度易字第 2556 號刑事判決。

²⁸ 臺灣彰化地方法院 98 年度易字第 1108 號刑事判決謂：「被告等人明知系爭產品並無渠等宣稱之迅速治療男性性功能障礙之效果，而以此詐術販售系爭產品，甚為明確。」其他相關判決，參見臺灣臺中地方法院 94 年度中簡字第 1845 號刑事簡易判決。



近年來浮現的食品標示與安全問題，所涉及的可能包含提供不實資訊與未提供特定資訊。提供不實資訊者，例如知名的味全混油案，行為人將其所銷售的食用油品中棕櫚油的比例提高至約 98% 以降低生產調和油之成本，卻仍以橄欖油、葡萄籽油為品名之高品質調合油名義販賣。法院認為本質上已接近為單一棕櫚油之油品，卻於品名、外包裝之文字與圖案上強調橄欖與葡萄，這些內容相互搭配確實會誤導消費者，且不論行政法規有無強制規定應標示成分比例，現代社會大眾很重視食品對於人體健康之影響，業者應針對那些可能涉及人體健康危害之抽象風險進行誠實告知，以供消費者作決定，業者提供誤導性資訊之行為，該當詐術²⁹。


而在俗稱的山水米事件中，行為人則將產地為越南的米裝入標示產地為台灣、泰國的包裝袋中進行販售，其雖抗辯所販賣之越南米為優質米，然法院卻以我國糧食進口來源不一，以及糧食管理法中要求糧食包裝上應註明產地之規定，而認為糧食產地為消費者在購買判斷上的重要事項，行為人標示不實之行為成立詐欺罪³⁰。

在未提供特定資訊的食安爭議中，例如豆芽菜漂白案，行為人為了讓豆芽菜賣相較佳、防止氧化並增加保存期限，而違反衛生福利部發布之「食品添加物使用範圍及限量暨規格標準」，將豆芽菜浸泡於添加了俗稱保險粉的低亞硫酸鈉水中，法院認為被告並未負有保證人義務而不會成立不作為詐欺。且一般豆芽菜經過一定時間之存放後，必然會呈現泛黃、變黑等自然損耗狀態，這是具有一般智識程度之人都可知悉之事項。因此依經驗法則，與行為人進行交易的攤商或學校應知道白晝之豆芽菜是經漂白過的，雙方是在資訊對等的情形下而為買賣，相對人亦未由於行為人之未提供資訊而陷於錯誤³¹。

²⁹ 智慧財產法院 105 年度刑智上易字第 38 號刑事判決。

³⁰ 臺灣苗栗地方法院 103 年度易字第 48 號刑事判決。

³¹ 本案法院認為，要成立應告知而未告知的不作為詐欺，行為人應有基於法律規定或交易上誠實



在塑化劑案中，行為人將塑化劑 DNOP 及 DEHP 作為食品添加物起雲劑的原料之一，並將該起雲劑及有加入該起雲劑之商品販賣給多間不知情廠商。法院以塑化劑 DNOP 及 DEHP 均非「食品添加物使用範圍及限量暨規格標準」表列之添加物，且均經環保署公告為有害人體健康之毒性化學物質，而認為這對食品業者而言是重要的交易事項。因此，被告未向交易對象告知或載明其所售起雲劑是以塑化劑 DNOP 及 DEHP 所製成，是施用詐術而讓不知情廠商陷於該起雲劑為合格之錯誤³²。在另一件將不符規範的塑化劑添加於起雲劑的案例中，法院也採類似見解，以是否符合食品安全衛生之規範，作為判斷其是否為買賣交易上的重要事項，而認為不符該規範之隱匿資訊，為施用詐術³³。而在販售的羊肉片中攪混豬肉的案例，法院則以行為人透過欺騙行為取得交易機會，認定行為人該當詐術，與該行為是否違反食品安全衛生管理法分開判斷³⁴。

值得注意的是，隨著社會交易的複雜化，買賣的標的可能並不僅限於一般所認為的有形的、具體的商品，尚可能包含某個組織的會員資格、某個財團法人的董事職位³⁵等等。且隨著科技進展，亦出現許多買賣交易上的新興態樣，例如民眾在瀏覽網站時突然跳出其電腦已中毒之視窗，然這只是行為人用以販售防毒軟體的手法，或是只要民眾在網站上進行登錄，就會發送電子郵件或簡訊請求高額入會費或

信用原則而來的保證人義務。針對行為人是否違反誠實信用原則，法院指出「食品添加物之原料若為有害人體健康之毒性物質，對於食品業者或可供食用者而言，當為重要之交易事項，依誠實信用原則，未據實告知，……，當成立詐欺罪。惟『低亞硫酸鈉』是合法食品添加物，雖添加於蔬菜之漂白、防腐不符『食品添加物使用範圍及限量暨規格標準』正面表列之規定，但依現有資料無法確定其對人體健康之危害情形。」又本案行為人雖違反食品安全衛生管理法，然該法是「基於食品安全預防性、風險評估，而將食品添加物可使用範圍採正面表列之管制方式，……，尚難遽認被告邱○○具有不作為詐欺之告知義務。」判決全文，參見臺灣高等法院臺南分院 104 年度上訴字第 350 號刑事判決。

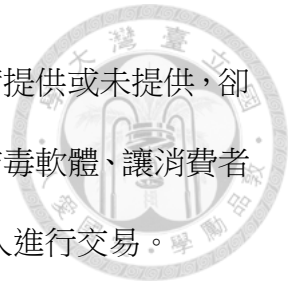
³² 臺灣高等法院臺中分院 101 年度矚上易字第 295 號刑事判決、臺灣彰化地方法院 100 年度矚易字第 1 號刑事判決。

³³ 臺灣高等法院 100 年度矚上訴字第 4 號刑事判決。

³⁴ 臺灣高雄地方法院 104 年度訴字第 655 號刑事判決。

³⁵ 臺灣臺北地方法院 103 年度易字第 208 號刑事判決、臺灣高雄地方法院 98 年度易字第 358 號刑事判決。

登錄使用費用。雖然這些手法並未涉及交易商品本身資訊的不實提供或未提供，卻也是透過提供錯誤資訊（讓消費者誤以為自己電腦中毒而購買防毒軟體、讓消費者誤以為自己已成為會員而必須付如此高額的費用）而誘使被害人進行交易。



第二節 提供金錢給付的對價決定所立基的資訊

【對方有金錢給付能力與意願】

在買賣交易上，出賣商品者皆是由於相信消費者有能力且有意願支付對價，才願意提供商品。若消費者口頭上明確表示其有能力與意願購買，或是透過點餐、加油等行為向外界展示出其有這樣的意思，在取得商品後卻並未支付相對應對價，法院可能會認為消費者是施用詐術³⁶，然亦有以證據不足以認定被告有詐欺取財犯意，而認為不成立詐欺者³⁷。

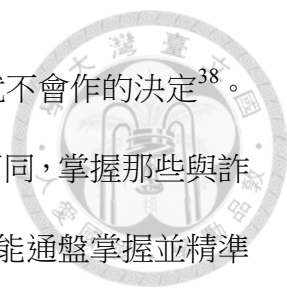
除了就交易相關資訊的提供或未提供，可能涉及詐欺外，亦有可能以與交易資訊無涉的方式施詐，例如收下店員多找給自己的金錢，或是訴訟詐欺的情形，即法院誤信一造當事人所提出的虛偽證據，而透過判決使其取得他人之物或免除其債務。

第三節 小結

由實務上案例的觀察可知，詐欺罪的發生，在於行為人透過提供錯誤資訊或未

³⁶ 臺灣臺北地方法院 105 年度易字第 701 號刑事判決、臺灣桃園地方法院 103 年度易字第 886 號刑事判決、臺灣桃園地方法院 100 年度歷簡字第 2052 號刑事簡易判決。

³⁷ 臺灣板橋地方法院 99 年度易字第 3572 號刑事判決、臺灣士林地方法院 89 年度自字第 98 號刑事判決。



提供特定資訊，而讓他人可能作出若他正確的掌握那些資訊，就不會作的決定³⁸。不同的交易型態中，在詐欺罪判斷上具有重要性的資訊也有所不同，掌握那些與詐欺罪有關的資訊固然重要，不過由於交易資訊極其繁多，並不可能通盤掌握並精準的加以分類，因此回顧法院判決可能更重要的啟示在於，到底法院認為交易一方應該要正確提供某資訊的理由為何？為何有些資訊的錯誤提供或未提供會該當詐欺罪，有些則不會？

對於現象上積極提供錯誤資訊的行為，法院大部分不會特別論述，而會直接認定此行為該當詐欺術。不過在少數案例中，法院會先以社會交往觀點來判斷行為人所提供的資訊是否是交易上重要的資訊，如果錯誤的提供這些重要資訊，才會該當詐欺術。對於可能涉及廣告不實的案例，法院也會以社會交往觀點來判斷該被提供的資訊是否錯誤。

至於現象上消極隱匿資訊的行為，法院大多將之視為刑法上的不作為，因此會以該行為是否符合誠信原則，來判斷行為人是否具有保證人地位而負有資訊提供義務。但亦有少數法院並未明白使用保證人地位的概念，而是直接判斷該被隱匿的資訊從社會交往觀點看來是否重要，據以得出行為人應提供該資訊與否。由此可見，社會交往觀點在詐欺罪判斷上扮演了極為重要的角色，它不但決定了哪些資訊應該被提供，也決定了被提供資訊的正確性。

針對涉及個人健康的商品，例如藥品、食品與化妝品，有訂定相關行政規範，所以這些商品資訊的錯誤提供或未提供，除了可能該當詐欺罪外，亦可能違反特定

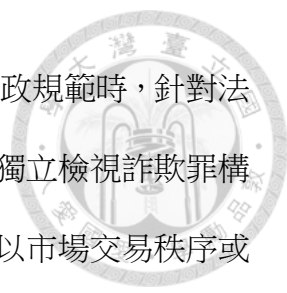
³⁸ 學說上尚要求被害人要發生財產損害，而法院所持的見解不一，有認為被詐欺之一方須受有財產上損害（例如臺灣高等法院臺南分院 104 年度上訴字第 350 號刑事判決），亦有認為只要被害人受詐欺而陷於錯誤，並因之交付財物，行為人透過詐欺而取得交易機會，亦可該當詐欺取財罪構成要件（例如臺灣苗栗地方法院 103 年度易字第 48 號刑事判決）。關於詐欺罪是否要有財產損害要件，涉及的是詐欺罪所保護的法益為何，相關討論，參見本文第三章。



行政規範。例如蘋果產地如果標示錯誤或沒有標示，除了跟詐欺罪有關，也違反了食品安全衛生管理法的規定。針對此類型之行為，法院在詐欺罪判斷上所採取的態度，不是認為刑法與其他規範的訂定目的不同，會獨立檢視該行為是否符合一般交易秩序與社會大眾的普遍認知，與行政規範無涉，就是認為雖然刑法與其他規範之目的有間，然而其他規範的內容亦可能影響社會交往觀點的認定，進而在詐欺罪的判斷上具有重要性。例如食品安全衛生管理法所要求食品應該標示的事項，其實就是社會普遍認為購買食品的重要資訊，而使得行為人在刑法上因此有義務提供這些資訊。行政規範的內容由於與社會交往觀點有所關聯，而會影響詐欺罪的判斷。

對實務判決進行觀察後，似乎有三個主要問題浮現了，值得被進一步探討。第一，現象上積極提供資訊與消極隱匿資訊，與刑法上的作為與不作為是否具有對應關係？法院對此似乎沒有一致見解。即使如同多數法院認為存在對應關係，可以思考的是，一個提供錯誤資訊的行為其實也同時反射出未提供正確資訊，而後者也有可能以前者的方式呈現。例如說房子不是凶宅，其實也代表沒有說房子是凶宅，或是為了掩蓋自己還不出錢的事實，佯稱自己從事高薪職業。法院僅透過詮釋被截取的片段現象，便以之判斷具有刑法規範意義的作為不作為概念，是否恰當，不無疑問。

第二，法院有時會直接判斷個案該當詐術，有時又會引入社會交往觀點，判斷被錯誤提供或未提供的資訊是交易上重要事項，或是被提供的資訊是錯誤的，而認為行為該當詐術。然而何時應引入社會交往觀點，法院並沒有具體說明，使用該觀點的正當性為何，亦值得探究。又社會交往觀點與個案中當事人主觀心理認知的關係為何？是前者取代了後者，抑或是後者也可整合進前者中，也有進一步思考之必要。



第三，當一行為除了可能該當詐欺罪外，亦可能違反其他行政規範時，針對法院採取的第一種態度，即由於其他規範的目的與刑法不同，而應獨立檢視詐欺罪構成要件，可以提出的質疑時，既然採獨立判斷觀點的法院仍然是以市場交易秩序或民眾普遍認知來判斷是否構成詐欺，那行政規範難道不會對這些判斷要素產生影響，而使得詐欺罪的判斷並未真的與之如此勢不兩立？但若認為行政規範可能某程度的影響了詐欺罪的判斷，那根本的問題仍是，引入社會交往觀點作為詐欺罪判斷的正當性為何？能夠將之融貫的整合於刑法中嗎？

隨著本文開展，上述疑問希望可以依序獲得解答。但在進入詐欺罪構成要件的討論前，必須先探討的是，詐欺罪的保護法益為何？

第三章 詐欺罪保護法益



刑法的任務在於保護法益，一行為必須對於法益造成侵害或有侵害危險時，才會被評價為不法³⁹。法益同時具有導引與批判功能，一方面作為各法條構成要件解釋適用之指引，另一方面亦可用於審視現行法條之正當性⁴⁰。基於這樣的理解，在進一步對詐欺罪構成要件進行討論前，勢必得先確立其所要保護法益為何。故以下先釐清普通詐欺罪保護法益的內涵，再以此為基礎對詐欺行為進行探討。

第一節 詐欺罪作為保護整體財產法益之犯罪

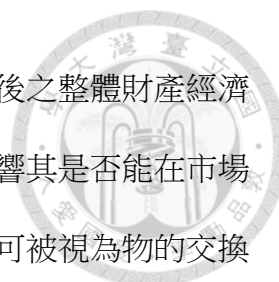
德國學說將財產犯罪區分為「保護個別財產利益」以及「保護整體財產利益」兩者。前者如竊盜罪、強盜罪及侵占罪等，是以個別性財物或財產上權利作為保護對象，其內涵可以民法上所有權的角度來理解，即得自由使用、收益、處分該物，並排除他人之干涉，而對特定物擁有具排他性的支配力。那些在所有權之外亦能夠加以特定的物權或準物權，也屬於個別財產利益的內涵，例如抵押權、動產質權、狩獵權等等。此類型財產犯罪的保護對象，是人對物的使用價值，故並不要求行為人之行為須造成相對人整體財產價值之減損，而是在行為人實現犯罪構成要件之際，即認為相對人之財產利益已受有損害⁴¹。

而保護整體財產利益者，則如詐欺罪、背信罪、恐嚇罪等，其是用以保護一人所具有整體財產的價值，將個人的權利、地位或狀態折算為經濟價值並透過刑法加

³⁹ 高金桂（2003），《利益衡量與刑法之犯罪判斷》，頁 45，臺北：元照。

⁴⁰ 陳志龍（1997），《法益與刑事立法》，3 版，頁 170-171，臺北：國立台灣大學法學院圖書部。

⁴¹ 張天一（2007），《刑法上之財產概念－探索財產犯罪之體系架構》，頁 126-127，天主教輔仁大學法律學研究所博士論文。



以保護。在此類犯罪中，行為人之行為必須使相對人在處分財產後之整體財產經濟價值有所減損，始會成罪。由於一人所具有之整體經濟價值會影響其是否能在市場中順利進行交易，以達成其所欲達成的特定目標，故整體財產亦可被視為物的交換價值⁴²。德國學界一致認為詐欺罪是以保護整體財產為目的，並無異論⁴³。我國學說大抵承襲了德國學界，將刑法所要保護的財產利益區分為個別與整體財產利益，並將詐欺罪視為保護後者之犯罪⁴⁴，也因此要求被害人原則上須有整體財產經濟價值的減損，行為人始有成立詐欺罪之餘地。

第二節 對個別財產法益與整體財產法益進行區分的質疑

學說上將財產的使用價值與交換價值進行區分，前者主要指的是個人透過對特定物的使用所獲得的利益，此利益是由使用者主觀所賦予的，後者則是個人透過與他人交換的過程所獲得的利益，常由客觀經濟價值來判斷，保護個別財產法益與保護整體財產法益之犯罪分別對這兩者加以保護⁴⁵。然學說在對各罪名的構成要件

⁴² 張天一，前揭註 41，頁 127-128。

⁴³ 蔡聖偉，前揭註 3，頁 50。然就一人所具有整體財產的範圍應為何，以及要如何認定存在財產損害，學界見解則很分歧。

⁴⁴ 早期學說會將詐欺取財罪與詐欺得利罪分別視為保護個別財產與保護整體財產利益之規定，因為刑法第 339 條第 1 項僅規定行為人使人為物之交付，第 2 項卻要求要得財產上不法之利益。例如在行為人向相對人宣稱其所售之物是高檔貨便宜賣，實際上卻是便宜貨便宜賣的情況，若相對人是以當面交付金錢之方式購買，行為人會由於影響了相對人對其個別財產之使用支配，而成立詐欺取財罪，但若相對人是以匯款方式付費，行為人則由於沒有實際造成相對人整體財產的減少，而不成立詐欺得利罪。行為人相同的行為竟會因著相對人採取的支付方式不同而影響成罪與否，並不合理。早期學說見解，參見蔡墩銘（2008），《刑法各論》，6 版，頁 247-249，臺北：三民；韓忠謨（1982），《刑法各論》，7 版，頁 442-447，臺北：三民；周治平（1972），《刑法各論》，2 版，頁 868-869，臺北：三民。較晚近而認為詐欺罪均屬保護整體財產法益犯罪之見解，參見蔡聖偉，前揭註 3，頁 50-51。惟亦有少數見解認為，詐欺罪在保護個人財產之持有利益，參見甘添貴（2017），《刑法各論（上）》，4 版，頁 312，臺北：三民。

⁴⁵ 張天一（2009），〈對財產犯罪中「財產概念」之再建構（上）—以「支配關係」所形成之財產概念〉，《月旦法學雜誌》，164 期，頁 266-268。不過應留意的是，由於整體財產法益僅是原則上以客觀經濟價值加以衡量，仍不排除在某些情況下會將個人主觀納入財產計算的考量。例如下面會提到的，在詐欺罪財產損害的認定上，會考量被害人在交易中取得特定物的目的，或是在捐助行為中考量被害人的捐助目的是否偏離，而使得整體財產法益與對交換價值的保護，在通說脈絡下並無法直接畫上等號，毋寧是整體財產法益其實同時保護到了使用與交換價值。本文在此僅先粗糙的將個別



解釋上，是否真有貫徹此一區分，並不無疑問。以下將檢視學說對竊盜罪所有意圖對象，以及詐欺罪財產損害所採的見解，並提出這些見解可能正模糊了以不同犯罪分別保護財產的使用與交換價值的界線。

通說認為竊盜罪是用以保護個別財產法益，行為人所破壞的是相對人對特定財物的使用價值。然德國通說在判斷竊盜罪所有意圖對象時，採取的是綜合理論，認為竊盜罪所有意圖的對象並不僅及於有形的物品本身，尚包含該物有體化之經濟價值⁴⁶。當行為人想得到的並非某物本身，而是該物當中所包含的價值或利益時，亦會認為其具有所有意圖⁴⁷。例如甲偷走乙的影印卡，將影印額度用光後再歸還予乙，甲就影印卡本身並無持續排除所有之未必故意，並不具所有意圖之消極要素，故甲就影印卡本身並不成立竊盜罪⁴⁸。但這樣的結論似乎不太恰當，因為乙雖然沒有終局的被排除對影印卡本身的使用支配，但乙確實損失了一些東西，那就是影印卡所表彰的經濟價值。影印卡的價值並不在於那張塑膠卡片本身，而在於它當中儲值的金額，乙遭受的損失不在於塑膠卡片，而在於卡片中的錢。綜合理論的適用可以讓甲就並未終局排除乙對影印卡本身的使用，但減損影印卡本身價值的行為成

財產法益與使用價值，整體財產法益與交換價值相互對應，目的在於透過對使用與交換價值概念區分的質疑，帶出對個別跟整體財產法益區分的思考。關於在特定情況下將詐欺罪保護對象及於使用價值的見解，參見許澤天（2017），《刑法各論（一）：財產法益篇》，頁 141-144，臺北：新學林。

⁴⁶ 盧映潔（2017），《刑法分則新論》，12 版，頁 644，臺北：新學林；林山田（2005），《刑法各罪論（上冊）》，修訂 5 版，頁 328，臺北：自刊。

⁴⁷ 不過哪些經濟利益能被認為是由有形物品所表彰，學界尚存在爭論，且是否行為人想獲得任何有形物品所表彰的經濟利益，都能被視為具有所有意圖而成立竊盜罪，其認定亦存在討論空間。相關討論，參見許恒達（2012），〈盜用存摺提款與不法所有意圖—評最高法院一〇〇年度台上字第三二二二號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，16 期，頁 64-70；黃榮堅（2000），〈財產犯罪與不法所有意圖〉，《台灣本土法學雜誌》，25 期，頁 116。

⁴⁸ 國內學說一般認為，刑法第 339 條所要求的不法所有意圖，包含積極要素與消極要素，前者是指「行為人意圖使自己或第三人長期的或短暫的取得物的本體或物所體現的經濟價值」，此要素可用以區分竊盜罪與毀損罪；後者則是指「行為人意圖長期地排斥原所有權人或持有人對物的本體或物所體現的經濟價值的支配地位」。若行為人僅具有積極要素而缺乏消極要素，會認為該情形僅成立使用竊盜，不需以竊盜罪論處，參見盧映潔，前揭註 46，頁 643；林山田，前揭註 46，頁 328-330。惟國內亦有學者持不同見解，認為意圖不法之所有，「乃指主觀上有將他人之物移入自己或他人實力支配之下，而加以使用、收益或處分之意思」，故僅具有積極要素的使用竊盜亦具有不法所有意圖，而得論以竊盜罪，參見甘添貴，前揭註 44，頁 222。



立竊盜既遂，似乎正表示竊盜罪保護了影印卡的交換價值。

這個理解方式，是將影印卡當中的儲值金額當作影印卡本身的價值，而另一種可能的理解方式為，影印卡本身是作為那些儲值金額的「載體」，錢被儲值只是錢以存放於影印卡當中的方式存在，所以當甲使用了影印卡，事實上是永久排除了乙對那些金錢的使用，而認為甲亦是侵害了乙的個別財產法益。也許像影印卡這種以金錢增值來使用的物品，此理解方式也能成立，然若今天甲竊取的是乙的音樂會門票或是商店禮券等並非以金錢增值來使用的物品，即使甲在聽完音樂會或以禮券購物之後完整歸還了門票或禮券本身給乙，使用綜合理論的結果，亦會認為甲侵害了該票券所表彰之經濟利益而認為成立竊盜罪。在此例中，票券不再能被視為金錢的載體，而僅能認為將甲論以竊盜罪是在處罰其使票券經濟價值減損之行為。綜合理論的採納似乎也同時意謂著竊盜罪不僅保障對一物本身的使用價值，也包含該物所蘊含的經濟價值，即其所具有的交換價值。

除了綜合理論的提出外，德國學界為解決「擅自換錢」案例而提出的價值總額理論，似乎也可作為對個別與整體財產法益保護進行區分的反思。擅自換錢意指行為人擅自兌換不同面額但價值相當的貨幣，且這些貨幣中並不包括持有者對特定貨幣的特殊主觀利益。例如甲在未經乙的同意下，用十枚普通的十元硬幣兌換乙的一張普通百元鈔，此時若嚴格貫徹竊盜罪是用於保護個別財產法益之犯罪，會得出甲因侵害了乙對該鈔票本身的使用，而應成立竊盜罪。然此結論似乎不太妥當，因為依照常理，一張百元鈔變為十枚十元硬幣，乙實質上似乎並未損失了什麼。為解決此問題，Roxin 教授提出了價值總額理論，主張貨幣是一種純粹的價值載體，貨幣本身的價值即在於交易上的兌換價值，故當財產犯罪的客體是貨幣時，觀察視角



應從貨幣本身轉換為貨幣所蘊含的價值是否有受到侵害⁴⁹。

若貫徹竊盜罪作為保護物的使用價值之犯罪的見解，甲擅自使用乙影印卡或票券的行為不會成立竊盜罪，而在甲擅自兌換等值貨幣的情形反而會成罪。綜合理論與價值總額理論的提出，皆旨在修正結論的不合理，而修正的方式，是將竊盜罪所保護的法益擴展到交換價值。

相較於保護個別財產法益的竊盜罪，學說大多認為詐欺罪是用於保護整體財產法益，並以相對人最終須有整體財產減損為要件，認為詐欺罪所保護的是交換價值。然而學說上存在著一種看法是，在財產損害發生與否的認定上，並不一定僅得從客觀標準來判斷，即就取得特定物的實際支出與該物的客觀經濟行情相衡量，是否存在落差，尚應承認當該物的取得「與使用目的重大背離」時，也是一種財產損害⁵⁰。例如甲向乙推銷法律國考用套書，乙花費五千元取得，但購買後發現雖然該套書市價確實值五千元，但內容卻偏重法哲學與法律思想，對國考準備並無助益⁵¹。雖然乙所支出與獲得的，在客觀經濟行情上是一致的，然就乙的主觀感受而言，該套書其實毫無價值，故亦應承認乙有財產損害⁵²。在這樣的理解下，受詐欺罪所保護的似乎不再僅僅是交換價值，也隱含了個人主觀上對一物的使用價值。

上述學說的提出，模糊了看似截然二分的使用價值與交換價值，而使得竊盜罪與詐欺罪似乎皆同時保護到了使用價值與交換價值。不過這樣的理解，可能只是呈現出這兩種價值本來就無法被明確的切割。要說明此點，以下將從財產權的原始意涵出發，指出對財產的使用與交換皆是個人對外界事物進行支配的一種方式，並嘗

⁴⁹ 蔡聖偉，前揭註 3，頁 53-55。

⁵⁰ 盧映潔，前揭註 46，頁 731。

⁵¹ 林東茂（1999），《一個知識論上的刑法學思考》，頁 128，臺北：五南。

⁵² 林東茂，前揭註 51，頁 128-129。



試說明，這兩種看似不同的支配方式其實息息相關，而使得使用與交換價值會相互填充彼此的內涵，試圖對兩者進行嚴格的區分，只是一種現象上截取的结果。

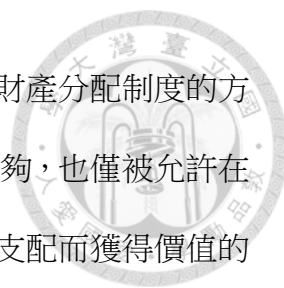
第三節 財產權的原始意涵

人類在這個現實世界上，勢必得仰賴外界物質的供應始能生存。為了求生，人會盡力取得與維持自己生存有關的事物，在這個過程中，人與外界事物所建立起的連結關係，即是人從自己的主觀意思出發，將其主觀意思投射至外界事物上，進而透過更動外界事物狀態的方式來達到自己的目的。這樣的連結關係可以被理解為人對物的支配關係，即是財產的起源⁵³。

但在人類所共組的社會上，資源有限，在人為了生存而不斷與外界事物產生支配關係的過程中，勢必會面臨兩人甚至多人皆欲對特定之物進行支配的窘境，這時無可避免的會產生衝突或需要耗時耗力的協調過程。為了解決這樣的問題，使人類在現實上的相互共存成為可能，一個能夠將外界事物在個人間進行分配，以對個人所欲建立起的支配關係進行限制的制度，便應運而生⁵⁴。在此制度下，財產的概念

⁵³ 張天一（2009），〈對財產犯罪中「財產概念」之再建構（下）—以「支配關係」所形成之財產概念〉，《月旦法學雜誌》，165期，頁202-203；張天一，前揭註41，頁248-249。

⁵⁴ 到底財產權是如何被劃定的，此涉及對人類圖像的不同想像。一種是人會不斷擴張自己可以使用的資源，當面臨多人都想要享有尚未被使用的資源時，會相互爭競以取得之，即使自己已握有特定資源，也須時時提心吊膽，因為他人隨時會予以侵奪。由於在這樣時時處於相互爭競的環境下，生存的成本實在太大，而使得財產權的劃定有必要，個人可以安心的在自己所擁有的權利範圍內支配事物，但也同時不得外於自己被允許的範圍而使用歸屬於他人的事物。財產權，是為了降低人們生活的成本而生的產物，也可被視為人們共創對自己更好的生活的一種合作。而另一種想法是，個人身為主體，具有設定絕對行為準則並遵守的能力，這個行為準則會承認他人是與自己具有同等地位的主體。要在現實世界中對他人的主體地位予以承認，就必須承認財產權的存在，因為人要生存於這個世界，勢必仰賴特定的具體條件，而財產就是一部分，沒有可支配的財產，就沒有維繫生存的可能。因此，現實世界中所劃定的財產權，不過是人自身所設定絕對行為準則之具體化展現，對財產權的承認，正等同對個人現實存有的無條件承認。在此理解下，財產權是將個人對他人存有的無條件承認明文化，不過仍然能認為財產權的設立其實免除了人與人間就其可支配事物範圍進行協調的過程，而隱含了降低成本的考量。參見周濛沂（2017），〈財產犯罪中的持有概念：社會性歸屬的證立與運用〉，《臺大法學論叢》，46卷1期，頁286-290；Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162(3859) SCIENCE 1243-1248 (1968).



不再具有獨立意義，毋寧是以財產權的方式被理解，人們以符合財產分配制度的方式，在自己被賦予的權限內對一定事物建立起支配關係，個人能夠，也僅被允許在被劃定的範圍內，對事物進行支配⁵⁵。財產的意義從個人能透過支配而獲得價值的事物，轉而成為個人有權支配的事物。刑法身為處理人類如何共同生活於社會上的制度，當中的財產，自然也不外於權利的概念。

第四節 使用價值與交換價值同作為財產權不可分割之內涵

財產權讓個人可以在特定範圍內，將自己的主觀意思投射到外界，並對外界事物憑己意進行支配與變動。對事物進行支配的一種可能性是，依著個人主觀喜好與目的，而使用特定事物來滿足自己的需求⁵⁶。例如我有一顆蘋果，我有點餓了，於是把它吃下肚。這顆蘋果被拿來用於滿足口腹之慾，它為我帶來的，即是使用價值。一事物並不需要在市場上具有一定行情，才能具有使用價值，一張我所珍惜但沒有人會想跟我買的卡片，依然會由於人主觀上所賦予的意義而具有使用價值。

支配事物的另一種可能性是，將其拿來與另一人進行交換，他人為了取得此物所支付的對價，即為交換價值。例如我拿自己所擁有的蘋果來跟另一人交換，因為比起蘋果，我更想要橘子或金錢。最常見的交換價值是以金錢數額來衡量，但不同於使用價值可以被個人單方面的決定，交換價值的確定是在交易雙方的主觀意思達成合致之時⁵⁷。即使許多進行交易的場合，交換價值似乎已單方面被出售一方所訂定，但在願意以該價格購入該物的人真正出現之前，並不能說該物即具有這樣的交換價值，只能說該價格之所以被訂定，是由於相信其很有可能會被他人所接受，

⁵⁵ 張天一，前揭註 53，頁 203。

⁵⁶ 張天一，前揭註 41，頁 243。

⁵⁷ 張天一，前揭註 41，頁 243。



而在不久後成為該物的交換價值⁵⁸。

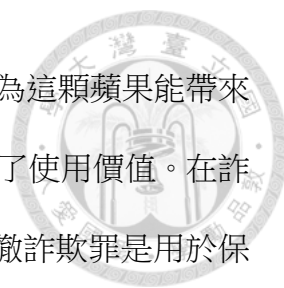
人們可以在財產制度所賦予的權限內，憑己意而對外界事物本身進行使用，或是將其拿來與他人交換，後者常常需要透過為特定物賦予一定的金錢數額來進行，也因此常以金錢衡量從中所獲得的價值，前者則不需要，價值的衡量也不需要被量化。然本文在此欲提出的質疑是，使用與交換，這兩種同屬於對財產的支配方式，從中所獲得的價值真否能被截然二分的理解？

使用與交換身為支配財產的兩種方式，它們其實並非完全獨立，而是互有關聯的：我使用某財產的方式，可能是跟其他人進行交換，而我跟其他人交換某財產，又是為了獲得對另一財產的使用。使用可能透過交換為之，交換又是因著使用而為。

當財產是金錢或其他如影印卡等價值的載體時，更凸顯出上述的觀察。我對金錢的使用，就是以跟他人交換的方式為之，我之所以認為影印卡對我有價值，正是出於知道自己能拿它影印論文重要的參考文獻，一張沒有額度的影印卡對我而言完全不具有任何價值。因此，表面上的使用價值，其實是以交換價值來填充。竊盜罪所有意圖的綜合理論與為解決擅自換錢案例的價值總額理論，即是在處理這種情形，由於價值載體在大多數情形下其價值是以交換價值來體現，而使得這兩種學說的提出有其必要，以解決嚴格貫徹竊盜罪是用於保護使用價值的不合理之處，讓受損的財產利益受到較完整的保障。

又當我以金錢換得其他非純粹價值載體時，所為的交換是為了獲得對物品的

⁵⁸ 張天一，前揭註 45，頁 276-277。當然，對出售物品進行定價，是需要經過複雜的策略性分析的，要考量的因素極其繁多，例如商品的生產銷售成本、競爭商品的定價、行銷策略、消費者心理等等，不過當然也包含最基本的考量：至少有人願意買，不能發生有行無市而無法獲利的情形。



使用，我今天願意花一定金額購買一顆蘋果，正代表我主觀上認為這顆蘋果能帶來的價值至少不會低於該金額⁵⁹。表面上的交換價值，因此也隱含了使用價值。在詐欺罪財產損害的認定上兼採被害人主觀認知，即是為了解決貫徹詐欺罪是用於保護交換價值的不合理，讓填充交換價值內涵的使用價值也受到保護。上述提到購買國考用書的例子，乙之所以願意支付五千元購買並賦予該套書五千元的交換價值，完全取決於其能夠在國考準備上提供幫助，即著眼於它的使用價值。若其完全無法提供任何幫助，不具有使用價值時，當然不可能願意花這些錢購買。國考用套書的交換價值由於使用價值的減損而大幅降低，此受損的利益也應受到保障。

當然如前所述，交換價值並不同於使用價值可以由個人單方面的主觀決定，交換價值產生於交易雙方主觀意思的合致。我之所以能以一定金額購買蘋果，而發揮金錢的交換價值⁶⁰，正在於對方願意以該金額賣出蘋果。就對方而言，他願意賣出的金額，不會低於這顆蘋果主觀上能為他帶來的價值⁶¹。因此，表面上蘋果的交換價值，也就是蘋果被順利買入跟賣出的價格，其實是由買賣雙方各自對蘋果主觀上賦予的使用價值所決定的，賣方的主觀使用價值決定價格下限，買方的則決定上限⁶²。價格的客觀性，是由買賣雙方主觀的合致所支撐，客觀的交換價值，亦由主觀的使用價值所填充。

使用價值與交換價值相互決定，相互填充對方內涵而無法截然分割的特質，既

⁵⁹ 乍看之下，要以沒有量化的主觀使用價值來決定量化的交換價值好像很奇怪，但試想，即使我無法具體說出到底這顆蘋果對我而言價值是多少，但今天如果我非常餓，會願意以較高的價格買入，若剛剛才飽餐一頓，願意付的價錢可能就較低。

⁶⁰ 基於到目前為止的理解，這個「交換價值」已不再與使用價值互為不相容的兩個獨立概念，其一方面用以填充金錢的使用價值，另一方面又被蘋果的使用價值所填充。

⁶¹ 與購買蘋果同樣的道理，賣方今天如果非常餓，只會願意以較高的價格賣出，若剛剛才飽餐一頓，可能就佛心賣。

⁶² 即使是在價格是由出售者單方決定好，不再更動的情形，這個被訂定的價格也是會高於該物品對出售者的使用價值（即使是依所謂的市價來訂定，若使用價值高於這個市價的話，出售者依然不會出售該商品，而會自己拿來使用），而且此價格要被購買者接受而成為交換價值，也是要購買者對其的使用價值高於此價格。



已被現有學說認識與接受，將其以刑法上不同罪名分開保護，是否適當，不無疑問。

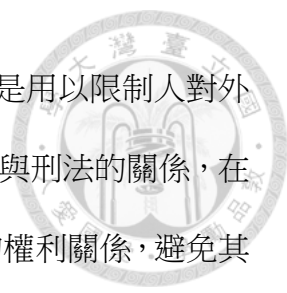
雖然交換價值的客觀性其本質仍可能為主觀的合致，不過依然存在的可能是，既然交換價值具有客觀外觀，而與不具該外觀的主觀價值表面上看似有所不同，那將兩者予以區別似乎也有所本。不過可以思考的是，既然使用與交換價值都是對物品支配所生的價值，那為什麼只是因為後者看起來是客觀的，可以明確用金錢衡量，就有與使用價值以不同罪名分開保護的必要？

有鑑於使用價值與交換價值本質上的難以分割，本文認為，並沒有必要將財產法益區分為使用價值與交換價值，並分別以保護個別財產犯罪與保護整體財產犯罪加以保障，這樣的區分徒增困擾。財產犯罪的保護法益，毋寧應回歸財產權本質上的理解，即個人在制度所允許的範圍內，基於自己的主觀意思而更動外界事物狀態，藉以達成自己目的的支配關係。是以，詐欺罪的保護法益，應也被理解為個人在刑法所允許的範圍內，對其財產的支配關係。

第五節 以社會交往模式劃定個人有權支配財產之範圍

在本文上述的理解下，一個無可迴避的問題是，要如何劃定個人有權支配的財產範圍？在被劃定範圍內所建立起的支配關係，才是受刑法所保護的權利，反之則不受保護，甚至有可能造成對他人所建立起支配關係的侵害⁶³。

⁶³ 學說上與此相關的討論，存在於對詐欺罪造成財產損害的「財產」概念的理解。學說上最早是採取法律財產概念，認為財產僅為法律上的財產權利與義務的總和，欠缺權利地位的單純事實上利益並不屬於財產，此種理解方式已過時。另外兩種理解方式則各有其支持者，第一種是經濟財產概念，此說認為不論是否屬於法律應予保護的財產權利，只要涉及經濟利益或具有經濟價值之勞務，均屬財產。另一種是法律經濟綜合財產概念，此說則認為為了合乎法規範價值體系之一致性，在判斷財產時應在經濟的財產概念上輔以法律的財產概念，即刑法對那些不受法秩序所保護的經濟利益，亦不應將之視為財產而加以保護。學說認為詐欺罪是保護整體財產法益之犯罪，因此有必要判斷是否存在整體財產損害，而須就刑法上財產的內涵作定義。不過在本文脈絡下，刑法上的財產無法外於



對此，一個直接的理解是，民法上對財產權的劃定，其實就是用以限制人對外界事物進行支配的制度（對應到法律經濟綜合財產概念）。民法與刑法的關係，在於前者在個人間進行利益分配，後者則是在穩固前者所形塑出的權利關係，避免其功能遭到破壞，透過刑事制裁來嚇阻對民法上財產權制度的違反⁶⁴。亦有論者著眼於法秩序之一體性，認為民法所不保護的利益，刑法也沒有理由加以保護⁶⁵。而另一種可能的理解是，只要存在經濟利益，刑法就應加以保護，即使該利益在民法上並不受到承認（對應到經濟財產概念）。支持此觀點的理由則主要從刑事政策出發，認為若刑法對於那些不受民法保護的經濟利益也不加以保障的話，將很難避免個人進行私力救濟，而造成更多違法行為⁶⁶。

上述兩種看法，不無斟酌餘地。後者以刑事政策角度來決定應受刑法保護的財產權範圍，錯失了此範圍應由刑法自身規範觀點導出。能正當化以避免私力救濟之原因劃定此範圍的唯一理由，在於認為刑法的目的是避免私力救濟，然這樣會使得所有可能造成個人間自行尋仇報復的行為，都應該使用刑法加以處罰的結論，與現行的刑法體系並不相容，在現實法規的訂定上也不可行。而且僅言明刑法要保護的是所有存在的經濟利益，並無法解決支配關係的劃定問題。刑法上的財產是以權利的概念來理解的，在特定的範圍內所建立起的支配關係，才受刑法所承認與保障，採取刑法保護的是所有經濟利益的看法，僅表達出用於劃定受刑法保障財產權範圍的制度並非民法，但也未具體提出到底是依據什麼樣的標準來進行刑法財產權

權利的概念而理解，財產是個人在刑法上有權對其進行支配的事物，也因為本文將詐欺罪保護法益視為人對財產的支配關係，是以，要判斷的並非財產本身的內涵，而是個人有權支配事物的範圍為何？哪些支配關係是被刑法所承認與保障的？關於以上三種對刑法財產概念的認定方式，參見盧映潔，前揭註 46，頁 730-731；林山田，前揭註 46，頁 459；林東茂，前揭註 51，頁 125-126。

⁶⁴ 張天一，前揭註 53，頁 207-208。

⁶⁵ 採此立場者，參見陳子平（2017），《刑法各論（上冊）》，3 版，頁 387，臺北：元照；林山田，前揭註 46，頁 459；黃榮堅（1998），《刑法問題與利益思考》，頁 95，臺北：月旦。

⁶⁶ 採此立場者，參見林東茂，前揭註 51，頁 126-127。



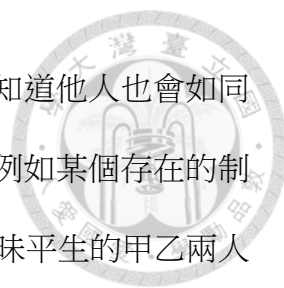
的認定。

而前者，即以民法財產權直接作為刑法所保護法益，其對於民法與刑法關係的理解，則與本文所採立場有間⁶⁷。前已提及，刑法的目的在於保護法益，要將民法上的財產權概念，作為刑法上應受保護財產範圍的認定，必須說明的是，民法上財產權的意義為何，而此意義又能如何與刑法上法益的概念作橋接，而成為刑法所保護的對象。例如一個對民法上財產權意義的可能理解是，它的用途在於減少交易成本，讓交易可以順暢進行，而刑法上對法益常見的理解，則為它是那些經過損益衡量後，認為其受刑法保護會比不受刑法保護來得更好的利益。如此一來，以民法上財產權作為刑法所保護財產權的範圍，確實有其合理性，畢竟能大幅減少交易成本是一項很大的利益，而使得民法財產權得成為刑法的保護法益。然若認為法益所關乎的是個人得以在現實世界中生存的必要條件，那麼要將民法上的財產權直接作為法益的內涵，可能就有疑問。基於民法上財產權的建立與刑法法益觀點並不一定相容，以法秩序一體性的理由來支持以民法來認定刑法財產權範圍，也因此需要進一步的論述，始具正當性。

本文嘗試使用具有制度性地位的社會交往模式，作為劃定應受刑法保護的財產支配關係的範圍⁶⁸。一個已達制度性地位的社會交往觀點，是在社會上被人們廣為踐行的一套相互對待模式，一方面建立起自己所採取行動的範圍，知道自己能夠如何對待他人，一方面也形塑對他人所採行動的期待，知道他人會如何對待自己，

⁶⁷ 在法律發展的歷史上，刑法長時間被認為是從屬於民法，其功能在於保護民法上的各種權利。然到了 20 世紀初期，刑法獨立性的概念被提出，開始有學者主張刑法所保護的法益並不直接等同民法上的權利，刑法與民法應平等的從不同角度一起建構法秩序。在刑法擺脫其從屬地位後，其規範目的自然與民法有間，而難認為財產犯罪是用於貫徹民法上的財產制度。關於刑法與民法關聯性的變遷，參見張天一，前揭註 41，頁 118-119。

⁶⁸ 引入制度性社會交往模式來劃定有權支配財產範圍的正當性，由於涉及對人類圖像的基本預設與實質不法的意涵，本文將留待第五章在對詐術意涵進行重構時，一併論述這些內容，而在該章第七節時，會回過頭來處理此處的正當性問題。

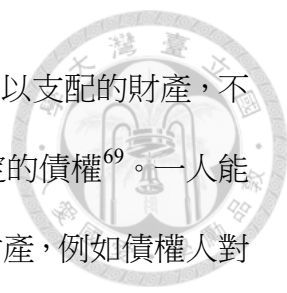


而且也知道他人也會如同自己一般的對待自己與期待他人，也知道他人也會如同自己一般的知道他人會如同自己一般的對待自己與期待他人。例如某個存在的制度性社會交往觀點是，陌生人第一次見面時要互相擊掌。今天素昧平生的甲乙兩人相見了，甲會抬起手、張開手掌，並期待乙也抬起手、張開手掌。甲也知道乙會有跟自己一樣的行動跟期待，並且知道乙也知道甲會有跟乙一樣的行動跟期待。

制度並不僅僅是成文的法律規範，也包含那些不成文的行動準則。在個人對於己身事物的支配關係上，民法確實作為一個重要的參考原則，大致劃定出可以進行支配的範圍，但這並不代表不受民法保障的支配關係，在社會上就不具有「制度」地位而應在刑法上被他人所尊重。

在討論刑法上財產概念最常被提到的例子是，從事性交易所獲得的對價是否應受刑法保護。在本文觀點下，雖然從事性交易的對價會由於違反公序良俗而不被民法所承認，但在性交易中被廣為踐行的模式是，交易之所以成立在於雙方都相信對方會履行其所答應的交易條件，從事性交易者知道自己應該提供服務，並期待獲得對價，嫖客則知道自己應該提供對價，以換取性服務。而且從事性交易者與嫖客，對於對方會做什麼，以及對方期待自己會做什麼，彼此都是清楚的。自願進入此交易體制的嫖客，沒有理由不接受該體制既存的交往模式而拒絕給付對價。因此，從事性交易的對價，亦應屬於從事性交易者在刑法上有權建立起的支配關係，而屬於刑法上財產權的範圍。在白嫖的例子中，應承認從事性交易者的財產法益受到侵害。不過，在違反槍砲彈藥刀械管制條例而販賣槍枝的例子中，由於此行為明顯不被刑事法秩序所允許，因此出售槍枝的獲利並不屬於原持槍者在刑法上有權支配的範圍，購買者若拒絕支付對價，並不會造成其刑法上財產權的侵害。

附帶一提的是，用以劃定刑法上財產支配關係的社會交往觀點，雖然不一定完



全與民法相符，但也很大程度取決於民法的規定。民法上個人可以支配的財產，不限於有形之物，也包含無形的權利，例如得要求相對人履行約定的債權⁶⁹。一人能以物理上作用力來支配有形財產，也能以意思表達來支配無形財產，例如債權人對債務之免除。因此，受到刑法所保護的支配關係，而得認為屬於刑法上財產者，亦可能為有形或無形。然而不論是有形還是無形財產被支配，在詐欺罪的判斷上並不具重要性，重點仍在於確認一人所具有的財產權範圍為何，而哪些行為會影響人對該範圍內財產的支配。現行刑法對詐欺取財及詐欺得利罪的區分，不僅為詐欺行為處罰依據的判斷增添困擾，且條文甚至有誤導之嫌，容易讓人得出當被害人因行為人之詐術而處分有形財產，行為人即成罪，然若所處分的是無形財產，行為人則必須因此獲利。學說上多認為不論是詐欺取財還是得利，皆需要整體財產客觀上的減損，不過以本文之見解觀之，由於詐欺罪保護法益是人對財產的支配關係，是以對普通詐欺罪不宜區分成兩項的論據，並非在於兩者皆須受有財產損害，而是此兩者皆有必要從刑法觀點判斷，人對財產的支配關係是否有受到破壞。

⁶⁹ 張天一，前揭註 53，頁 209-211。

第四章 詐欺罪構成要件



刑法第 339 條第 1 項規定：「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、拘役或科或併科五十萬元以下罰金。」同條第 2 項規定：「以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。」學說上一般認為，普通詐欺罪之客觀不法構成要件要素包含行為人行使詐術，使相對人陷於錯誤而處分財產（包含交付及使他人得財產上不法利益），且因此造成財產上損失⁷⁰，以上各個要件間須具有因果關聯。主觀不法構成要件要素則為詐欺故意及不法得利意圖。

確立了詐欺罪所要保護的法益，是個人對其財產的支配關係後，處分財產與發生財產損失要件，其實可以被理解為個人對財產的支配受到影響，而這個影響，又是以讓被害人從原本不會處分財產，轉而對財產進行處分的方式為之。然而，到底哪些資訊錯誤提供或未提供行為，會被刑法評價為對該財產支配關係已到達侵害的地步而該當詐欺罪，依然不清楚。以下將對國內既有學說就詐欺罪中詐術與陷於錯誤構成要件的見解進行檢視，以期獲得對此問題的進一步理解。然而，若在檢視後依然無助於釐清此疑問，則有提出外於既有學說觀點之必要。

第一節 施用詐術

學說一般認為，詐術行為指的是傳遞與事實不符之資訊，包括虛構事實、扭

⁷⁰ 就相對人是否須受有財產損害而言，國內學者大多承襲德國對個別財產法益與整體財產法益的區分，認為詐欺罪是用於保護後者，因此會持肯定見解，參見許澤天，前揭註 3，頁 192-193；蔡聖偉，前揭註 3，頁 50-51；林鈺雄（2003），〈論詐欺罪之施用詐術〉，《臺大法學論叢》，32 卷 3 期，頁 120。然亦有學者認為詐欺罪是用於保護個別財產法益，因此不要求相對人須有整體財產利益的減損，參見甘添貴，前揭註 44，頁 312、327。

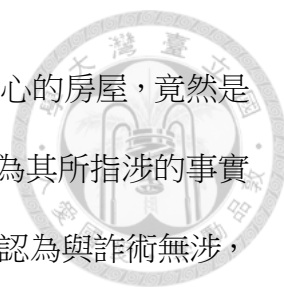


曲或掩飾事實真相等手段，因此其內容必須是可檢驗真偽的現在或過去的具體歷程或狀態，不包括對未來的推測，或是單純的價值判斷與意見表達。就詐術所傳遞的錯誤事實而言，包括外在的客觀事實與內在的心理事實，前者例如所出售的物品是仿冒品，後者則如沒有結帳意願卻仍向店家點餐。此外，施用詐術的方式除了可透過積極的作為，即以語言、文字明示，或透過可推知其意涵的舉動為之外，尚能透過消極的不作為，即行為人維持或利用被害人既有的錯誤施詐。惟此種情形僅以行為人居於保證人地位，而對於他人負有告知義務者為限，該義務可能出於法律之明文規定、違背義務之前行為、契約之約定、外於契約之特別信賴關係，而在例外情形下，亦承認誠實信用原則為行為人居於保證人地位的理由⁷¹。

一般見解認為，詐術行為是傳遞與事實不符之資訊，重點在於其可被驗證性，而對未來的推測、單純的價值判斷或意見表達，因並非是可被驗證的資訊，故即使提供了，也不該當詐術。

然而可提出的質疑是，價值判斷與事實是否是截然二分的概念？某些從字面上看來純粹的價值判斷，亦可指向特定的事實。例如，行為人向消費者宣稱其所出售之洗碗精具有「超級神奇」的清潔力，或是該棟房屋能住得「很安心」。雖然神奇跟安心都是形容詞，然在一般的社會交往過程中，人們很有可能會基於這樣的形容而與特定的事實作連結，而認為被如此形容的洗碗精其清潔效能會比一般市售的類似產品高，或至少能不用太費力就去除髒污，也會認為這樣的房屋沒有偷工減料。雖然每個人會依其生活經驗而對相同的形容產生不盡相同的事實認知，然這樣的事實認知其實還是存在著一定的範圍，若這個有神奇清潔力的洗碗精連普通油

⁷¹ 國內學者就詐欺罪詐術之定義，見解頗為一致，參見許澤天，前揭註 45，頁 107-115，臺北：新學林；盧映潔，前揭註 46，頁 722-724；林山田，前揭註 46，頁 452-455；林鈺雄，前揭註 70，頁 121-133。



漬都去不掉，甚至會將餐具愈洗愈油膩，而這棟號稱能住得很安心的房屋，竟然是海砂屋，當「神奇」與「安心」這些形容詞的使用，與一般人認為其所指涉的事實範圍發生了重大偏離時，是否也得基於其僅為形容詞的理由，而認為與詐術無涉，不無疑問。號稱洗碗精有神奇清潔力，與號稱該洗碗精能夠洗去很多髒污，在民眾的認知中指涉的是同一件事，相同的，能讓人住起來安心的房屋，與房屋使用安全建材的認知也相去不遠，能驗證與否似乎並不足以支撐起刑法給予不同評價的理由。

其次，並非所有傳遞不實資訊的行為都會以作為的方式該當詐欺罪的施用詐術，刑法所要非難的，僅止於那些會輸出刑法所不容許風險的傳遞不實資訊行為。劃定一行為向他人所輸出風險容許與否的意義，在於判斷客觀上對他人所造成的法益侵害，到底是出於偶然，還是真屬於行為人的作品，唯有那些屬於行為人作品的法益侵害，才使得行為人應對此結果負責⁷²。在此理解下，那些以作為方式該當詐欺罪詐術的行為，必須是向他人輸出法不容許風險的行為，才使其有必要對影響到他人財產支配的結果負責。雖然許多學說在定義何謂施用詐術時並不特別提及，然此種對刑法構成要件的理解應屬學說上之共識⁷³。

此外，尚需釐清的是，學說一般認為，施用詐術的方式包含作為與不作為，前者是積極的向對方傳達錯誤資訊，後者則是未告知對方正確訊息，而利用對方對事

⁷² 周漾沂(2014)，〈從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《臺大法學論叢》，43卷4期，頁1472；古承宗(2011)，〈刑事交通事件中的容許風險與信賴原則〉，《月旦法學雜誌》，193期，頁41。而且這樣的觀點已然成為國內學界的通說，學界通常是採取客觀歸責理論，在客觀構成要件層次上，就法益侵害結果可否歸責給行為人作出判斷。

⁷³ 有學者在定義詐術本身時，即強調須帶有侵害他人財產危險性的欺罔行為，始具有違法性，亦有學者明白指出，並非所有的欺瞞事實行為，皆會構成詐術，若所施用之手法過於誇張，通常不會讓一般人發生錯誤，則非屬詐欺行為。雖然學說未言明其判斷詐術法不容許風險的判準為何，但本文推測應是採取一般生活風險之觀點，而認為若沒有騙得太誇張，則沒有必要限制之。參見陳子平，前揭註65，頁559；盧映潔，前揭註46，頁726-727；曾淑瑜(2013)，〈騙人不一定成立詐欺罪〉，《台灣法學雜誌》，225期，頁162。



實的誤認，法院也大多採取此見解。作為與不作為的主要差異在於，行為人若以後者之方式導致了法益侵害結果，其必須具有保證人地位始成立犯罪。因為對此兩者賦予不同的規範上要求，使得對作為與不作為的判斷不容忽視。

若僅從可被觀察的現象面出發，作為與不作為在許多情況下的界線似乎很模糊，例如常被提出來討論的汽車追撞案例，行為人到底是因為在撞上前車前繼續踩油門，還是在撞擊前未踩剎車，而讓事故發生？若是前者，行為人似乎是以一種可被觀察到的「作為」方式為之，反之若為後者，汽車追撞結果則是基於一種現象上的「沒有作為」。而在詐欺案例中可能也會遇到類似難以判斷的情形，例如甲錯誤的向乙提供了與交易相關的某資訊，其實也可以被表述為甲沒有提供正確資訊；甲沒有提供正確資訊給對事實發生誤認的乙，其實也可能是甲以提供錯誤資訊的方式為之。一個提供錯誤資訊的行為其實也同時反射出未提供正確資訊，而後者也有可能以前者的方式呈現。

作為與不作為身為刑法上概念，本就無法外於刑法所賦予的規範性意義來理解⁷⁴。規範性意義，指的即是我們在現象上所觀察到的事物，要如何從刑法觀點進行詮釋，那些存在於現實世界中的事物，要在刑法所建構的規範性世界中擔任什麼角色。

在現象上我們看見的是一個一個人，還有外於個人的物品，不過這些被我們看見的一個一個人，並非刑法所要保護的基本單位，刑法為每個人都劃定了權利

⁷⁴ 學說對於作為與不作為所提出的區分標準，當中較受重視的有社會意義、非難重點、能量消耗與因果關係說，前兩者是採取評價性觀點，後兩者則採描述性觀點。惟既有的評價性區分標準內容有空洞之嫌，而賦予外於刑法之價值有恣意填充的機會，既有之描述性區分標準則錯誤的認為對作為與不作為的區分與刑法的規範意義無涉，而使得單單就實然現象的觀察並無法妥適發揮其界分作用。對既有區分標準的論述與質疑，參見周濛沂（2014），〈刑法上作為與不作為之區分〉，《科技法學評論》，11卷2期，頁91-101；蔡聖偉（2007），〈不作為犯：第一講—論故意之不純正不作為犯（一）〉，《月旦法學教室》，51期，頁49-51。



領域，並以這一個一個的權利領域作為保護對象。現實世界的人，對應於刑法世界中的權利主體。

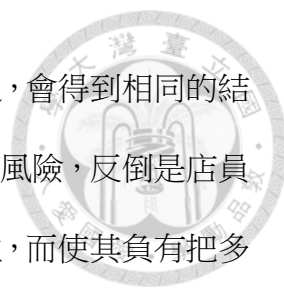
權利領域並非現象上可被看見的物理性範圍，而是概念上認為一個人應該免於受到他人侵犯的領域，因此它不只包含看得見的實體，例如身體與財物，也包含那些看不見的，如自由與隱私。也因為權利領域是存在於概念上的，物理上距離並不會對歸屬某個權利領域與否發生決定性的作用。

為了理解上的方便，我們其實可以把權利領域想像成一個以個人意志為中心的完美球體。在刑法世界中，這個球體可能受到干擾的方式有兩種：由另一個球體輸出風險到這個球體中，抑或是該球體內原本即存在的風險。風險意指權利領域受到影響的可能性，之所以使用可能性的概念來理解對權利領域的侵害，理由在於現實世界中的人非常有限，並無法確保特定結果的實現，只能掌握有限的條件，而升高結果實現的可能。

從別人權利領域輸出的風險、跟原本就存在於自己的權利領域內的風險，分別對應到人們讓他人權利領域受到干擾的兩種行為模式：從自己權利領域輸出風險到他人權利領域，以及未撲滅他人權利領域內本來就存在的風險，這兩種存在於刑法世界中的行為態樣，即為具有刑法規範性意義的作為跟不作為⁷⁵。立基於此判準，詐術是以作為還是不作為的方式實施，似乎可以被重新檢驗。

在店員多找了錢的例子，學說一般認為顧客只是利用了店員已形成的錯誤，故

⁷⁵ 提出此作為不作為區分判準的學者，是以人際間的兩種相互對待模式—干涉他人與不理會他人，作為論證出發點。套用刑法的語彙，干涉他人即代表創造出針對他人法益的風險，不理會他人則表示放任他人既存的法益風險。這兩種對待模式反射到刑法上，即分別對應到刑法中的兩種義務型態—消極義務與積極義務，前者要求不得任意干涉他人，後者則要求應積極給予他人協助。作為與不作為，因此分別對應到刑法上消極義務與積極義務的違反。詳細論證內容，參見周濂沂，前揭註 74，頁 101-107。



未向店員告知的行為應視為不作為。若從本文所採取的判準觀之，會得到相同的結論，因為店員找錯錢並不是顧客所造成的，顧客並未向店員輸出風險，反倒是店員權利領域內的既有風險，故應探討的是顧客是否居於保證人地位，而使其負有把多拿的錢歸還給店員，以撲滅店員既有風險的義務。

然而，若是畫廊老闆甲故意標錯畫家名稱，在有人相中並購買該畫時仍未為告知，或是乙在販售米時並未告知顧客其產地其實與標示上的並不相同，在這兩個例子中，基於大部分學說所採觀點，會將甲與乙「未告知真實資訊」的行為視為不作為，且甲與乙由於從事了標錯資訊這個「危險前行為」而居於保證人地位，而對顧客負有告知真實資訊以排除其錯誤之義務⁷⁶。然基於本文觀點，標錯畫家與標錯產地的行為，其實已是甲與乙向顧客輸出一個會使其對買賣相關資訊發生誤認而處分財產之風險，故應屬於作為，無需進一步檢驗甲與乙有無保證人地位。

若將上述案例稍作修正，對作為與不作為的判斷可能會稍稍棘手一些。例如，甲與乙其實並未標錯商品資訊，也並未親口向顧客提供什麼資訊，然甲卻未對顧客說其所販售的畫其實是贗品，乙則未對買主說其實這一袋袋米是從受有重金屬污染的農地而生，顧客在購買時也完全無法以任何方式得知這些資訊。通說亦將此種類型歸類為不作為，並可能以「誠實信用原則」，作為甲與乙居於保證人地位而有告知義務的理由⁷⁷。依本文所採見解，不作為是個人未撲滅他人權利領域內的既有風險，而買到假畫、買到毒米是否是消費者在其權利領域內的既有風險呢？畫跟米是由甲與乙提供到市場上販賣，而使相對人有購買的機會（這邊的機會毋寧為一種

⁷⁶ 許澤天，前揭註 45，頁 113；林東茂（2002），〈刑法分則：第一講－不作為詐欺〉，《月旦法學教室》，2 期，頁 94-95。

⁷⁷ 畫是否為贗品、米是否從遭受重金屬污染的農地而生，皆是交易上重要資訊，學說會以誠實信用原則作為賣方負有說明義務的論據。參見曾淑瑜，前揭註 73，頁 164-166；林東茂，前揭註 76，頁 95。



風險)，故應認為，是甲與乙在交易市場上，向顧客輸出了花錢買到劣質商品的風險，此時的不告知毋寧也是一種作為。

是以，刑法上作為與不作為，皆可能是以現象上的告知特定資訊或未告知特定資訊為之，不論是畫廊老闆告知錯誤的畫家名稱，或是未告知該畫是贗品，都是向顧客輸出法益侵害風險，而屬於作為。同樣的，不論是標示錯米的產地，或是未告知米受有重金屬污染，也皆屬作為。至於在店員多找了錢的例子，顧客不論是在發現後默默收下，還是明白向店員說找的錢沒有錯，也皆為未撲滅店員的既有風險，而屬於不作為。應留意的是，此處對作為與不作為之定義，僅涉及刑法對其評價對象的判斷，尚未涉及該評價對象是否有不法。亦即，要以作為或不作為的方式成立犯罪，尚須評價前者向他人輸出的風險是否為法不容許風險，後者則要求行為人應具有保證人地位。

實務上的詐欺案例，由於大部分是以在交易上提供錯誤資訊，或根本未提供相關資訊給相對人的方式為之，而多屬作為，也由於不作為的法理與作為有異，其所涉及的是保證人地位的證立問題⁷⁸，故本文以下僅將論述聚焦於以作為方式所實施的詐欺行為⁷⁹。

到目前為止，本文已確認了詐術是以提供錯誤資訊或未提供資訊，而向他人輸出法不容許風險的行為。然而法不容許風險的內涵為何，其實還不清楚。以下希望透過學說針對陷於錯誤要件的討論，而對那些會被刑法評價為侵害財產支配關係的欺騙行為，獲得進一步理解。

⁷⁸ 關於刑法上保證人地位的相關學說，以及由自由法觀點重新建構刑法上具有正當性的保證人地位，可參見周漾沂（2014），〈重新建構刑法上保證人地位的法理基礎〉，《臺大法學論叢》，43卷1期，頁210-261。

⁷⁹ 且本文的討論僅及於一般交易上的詐欺行為，而不包含金融領域與訴訟上的詐欺行為。



第二節 使相對人陷於錯誤

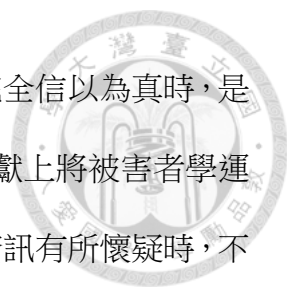
陷於錯誤，是指詐術的施用對象主觀上的認知與事實上的情形不一致，即產生一種與事實狀態不相符之錯誤認知，該錯誤包含相對人對於事實核心部分的任何不符真相的認知或想像。相對人要陷於錯誤的前提，必須對行為人所表達的資訊具有一定的認識，若相對人對行為人所呈現的資訊毫無概念，自不會有陷於錯誤之情形，然這並不排除對於那些認為理所當然、不刻意去知覺的事物亦存在陷於錯誤的情形⁸⁰，例如點了雞腿排送上的卻是青蛙肉。

若如本文所指出的，詐術是透過錯誤資訊提供或未提供，而向被害人輸出法不容許風險的話，那麼「陷於錯誤」要件，其實可以整合進法不容許風險的意涵之中，亦即，以對何謂「陷於錯誤」要件的可能解釋，來判斷什麼是法不容許風險，也因此可以進一步掌握詐術的意涵。

是否只要相對人產生與事實不符之錯誤認知，都該當詐欺罪的陷於錯誤？學說上針對此問題的討論包含兩方面：一為引用被害者學觀點，處理當相對人主觀上對於行為人所傳遞的資訊有所懷疑時，是否仍屬陷於錯誤的情形；二則是從刑法上被害人承諾理論的觀點出發，探討在詐欺罪上所發生的哪些錯誤會使得被害人所為之同意無效，而將詐欺罪所發生之錯誤限縮於這些類型的錯誤之中。

第一項 被害者學觀點之引進

⁸⁰ 盧映潔，前揭註 46，頁 725-726；林鈺雄（2008），〈論詐欺罪之陷於錯誤〉，氏著，《刑法與刑訴之交錯適用》，頁 412、418，臺北：元照；林山田，前揭註 46，頁 455。

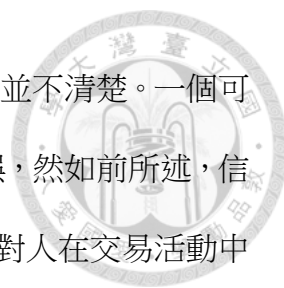


當被害人主觀上對於行為人所傳遞的資訊有所懷疑，並非完全信以為真時，是否亦應將之評價為詐欺罪之陷於錯誤？國內有學者引進德國文獻上將被害者學運用在詐欺罪構成要件的討論，認為當被害人仍對行為人所傳遞資訊有所懷疑時，不應認為被害人是陷於錯誤，從而行為人之行為並不會成立詐欺既遂罪。學說上支持此立場的觀點主要有三：第一、被害人完全陷於「錯誤」與其仍然抱持「懷疑」，這兩者在文義上屬於不同的概念，不應將這兩者完全等同處理；第二、詐欺罪其實是由行為人與被害人的互動而產生，不應忽略被害人行為在判斷犯罪成立與否上的地位；第三、基於刑法最後手段性原則，若相對人對於行為人所提出之資訊有所懷疑，即代表行為人可以採取步驟避免自己陷於錯誤，行為人若可以自我保護，國家則無需動用刑罰權對行為人予以制裁⁸¹。

被害者學固然提供了一個有意思的思考方向，然而將之適用於對詐欺罪陷於錯誤要件的判斷，是否妥適，似乎尚待進一步思考。刑法上構成要件該當與否的判斷，是將所觀察到的現象予以評價，因此應該要問的是，從刑法規範性觀點看來，陷於錯誤此要件所具有的內涵為何，而這樣的內涵有無包含被害人仍有懷疑的時候，並非直接從與刑法無關的文義來判斷仍有懷疑是否被包含於錯誤的涵攝範圍。

此外，相對人對行為人說辭的相信與懷疑在概念上並非截然二分，相對人可能完全相信（也就是完全陷於錯誤）或完全不相信行為人所提供的資訊，但在大部分的情形下，相對人可能都處在這個完全相信或完全不相信的光譜之間，之所以會為處分財產的決定，毋寧是作該決定的期望值大於零（即被提供資訊為真的機率乘上因此獲得的主觀利益，減去該資訊為偽的機率乘上因此所損失的主觀利益）。被害者學觀點忽略了相對人懷疑的程度其實是量的差異，並無法據此劃定規範上所要

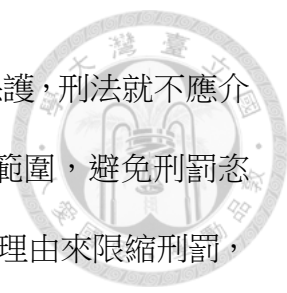
⁸¹ 林鈺雄，前揭註 80，頁 431-432；王梅英、林鈺雄（1998），〈從被害者學談刑法詐欺罪〉，《月旦法學雜誌》，35 期，頁 97-99。



求的是或否的問題，要達到多少程度的相信才會該當陷於錯誤，並不清楚。一個可能的劃定方式是，要求被害人要完全相信才能被認為是陷於錯誤，然如前所述，信與不信是一個光譜式的分佈，位在端點兩側的案例並非常態，相對人在交易活動中往往是傾向於相信，卻也或多或少抱持懷疑，若採用此基準，將大幅限縮詐欺罪的適用範圍，有失其保護財產法益的目的⁸²。因此應該思考的，並非在概念上對「陷於錯誤」與「仍有懷疑」進行二分，毋寧應從刑法規範性觀點出發，判斷哪些事實型態是詐欺罪所要非難的對象，而使得被害人就事實所發生的誤認，可以該當陷於錯誤要件。

針對引入被害者學觀點的第二個理由，即詐欺罪是由行為人與被害人互動而生，而應在犯罪判斷上納入被害人之行為，可以探討的則是，其實不只有詐欺罪，任何一種法益侵害行為，都可以被某程度的認為是在行為人與被害人互動的情況下所生。例如甲之所以能成功殺了乙，並非單單取決於甲的行為，乙的行為亦促成了自己的死亡。若乙沒有在那個時間、那個地點出沒，沒有苦苦求饒而是奮力一搏，也許就能避免此結果。若在殺人罪或其他罪之中，被害人能否自我保護並不影響行為人成立該罪與否的判斷，那必須說明的是，詐欺罪之於其他罪的特殊之處為何？僅以其包含行為人與被害人的互動，這個許多罪皆具有的要素作為論據，並不充分。

⁸² 劉邦揚（2017），〈化粧品廣告誇大不實的刑事不法問題〉，《月旦醫事法報告》，14期，頁39；許恒達（2013），〈偽裝化緣與捐贈詐欺－評板橋地院88年度易字第4578號判決〉，《台灣法學雜誌》，218期，頁135。R. Hassemer教授將被害人受欺騙後的狀態分成主觀確信、不明確的懷疑，以及具體的懷疑，主觀確信是指被害人完全相信，不明確的懷疑意指個人由於缺乏交易經驗或對行為人的不信賴而產生懷疑，具體的懷疑則指對特定具有重要性的資訊產生懷疑，並認為當被害人的懷疑程度到達具體懷疑時，他有能力採取具體行動來自我保護，因而不屬於詐欺罪的陷於錯誤。不過即使依照此區分，對特定資訊的具體懷疑仍有程度上的區分，是否只要存在一點懷疑，被害人就有對資訊進行查證的自我保護能力，仍有疑問，且根本的問題是，為何被害人的自我保護能力，會影響到刑罰的範圍？關於R. Hassemer教授的見解，參見李立暉（2006），〈被害者信條學與詐欺罪〉，頁96-97，國立臺北大學法律學研究所碩士論文。



至於刑法最後手段性原則是否能導出，只要被害人能自我保護，刑法就不應介入的觀點？最後手段性原則的目的在於規制國家實施刑罰權的範圍，避免刑罰恣意擴張，這是否即能支撐以一個「受害者能夠自己保護自己」的理由來限縮刑罰，不無疑問。刑法所非難的行為是那些侵害法益的行為，觀察視角因此應從行為人出發，以判斷他的哪些行為是刑法所不容許的。若在個案中將個別被害人能防免其法益受到侵害的能力，納入行為人不法與否之判準，如此將無異於把行為人的責任轉嫁到特定被害人身上，較高的防免法益被侵害的能力，反倒成了一種處罰⁸³。是以，要將被害者學觀點納入詐欺罪陷於錯誤要件的判斷，仍存在不小疑問。

第二項 被害人承諾理論之引進

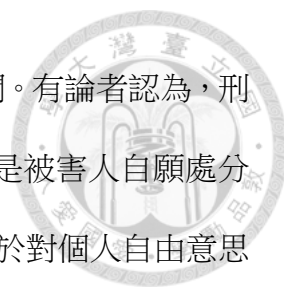
被害人承諾，是指被害人以自願承諾的方式放棄自己所能處分之法益，據此，他人建立在此等被害人承諾上之已該當犯罪構成要件的行為，得以根據「得被害人承諾」而阻卻原本行為所具有之違法性⁸⁴。

刑法上主流學說會將「被害人承諾」與「被害人同意」作區分，不同於前者是在違法性層次的判斷上發生作用，後者則是針對那些已於構成要件中明示或性質上是以違反被害人意思為前提者，當法益侵害行為有取得被害人之同意時，會阻卻該行為該當犯罪構成要件⁸⁵，例如詐欺罪之成立，是以違反處分財產者之意思為必要。

⁸³ 相同見解，參見盧映潔，前揭註 46，頁 726。Roxin 對刑罰的範圍取決於被害人需保護性的批評則為，這與立法者之本意相違，會讓被害人對他人的信賴被任意壓榨，且刑罰權由國家獨占，也意謂人民的自我保護義務被解除。Roxin 對將被害者學運用於刑法保護範圍的質疑，參見潘俞樺（2004），《詐欺取財罪構成要件之再檢視》，頁 66-67，國立臺北大學法律學研究所碩士論文。

⁸⁴ 王皇玉（2015），《刑法總則》，頁 300，臺北：新學林。

⁸⁵ 王皇玉，前揭註 84，頁 300-301；吳耀宗（2013），〈被害人受騙之承諾〉，《月旦法學教室》，126 期，頁 27-28。



然而被害人之承諾與同意是否有加以區分之必要，不無疑問。有論者認為，刑法其實一般性的允許被害人自由處分法益，當一法益侵害行為是被害人自願處分的結果，只要對該法益之處分並未超出刑法所允許之界限，應基於對個人自由意思之尊重，認為該行為根本不該當犯罪構成要件。因此不論是被害人之承諾或同意，都是在構成要件上根本的阻卻法益侵害行為之不法，與構成要件之意義或有無明文並無關聯，沒有加以區分的必要⁸⁶。且Arzt與Roxin亦是立基於對被害人承諾與同意二分的批判，而提出其影響深遠的被害人承諾理論，是以，將被害人承諾理論用於判斷詐欺罪被害人同意之有效性，應是沒有問題的。以下仍會使用被害人承諾的用語進行論述，不過這些討論在詐欺罪中，仍是適用的⁸⁷。

在被害人承諾理論下，被害人承諾的真摯性會影響該承諾有效與否，當一人遭受強暴或脅迫，其作出之承諾固然有重大瑕疵而會被刑法評價為無效，然若被害人之承諾是出於受到他人欺罔而發生的錯誤，這個由錯誤而生的承諾是否有效，則不無疑問⁸⁸。當被害人是基於特定類型的錯誤而作成處分法益承諾時，該承諾會被學說評價為無效而不得阻卻行為人之不法，而這些會使被害人承諾無效的錯誤，才會該當詐欺罪所要求的陷於錯誤。應留意的是，下述學說所討論的由欺騙行為所生的

⁸⁶ 王皇玉（2013），〈強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心〉，《臺大法學論叢》，42卷2期，頁416-417；林東茂（2008），〈醫療上病患承諾的刑法問題〉，《月旦法學雜誌》，157期，頁49-50。

⁸⁷ 若採通說的觀點，將被害人承諾與被害人同意加以區分，兩者不僅在阻卻不法的作用層次上不同，判斷這兩者是否存在的標準也有所不同，認為同意存在的要件會比認為有承諾來得寬鬆。例如被害人在欠缺認識能力，或是意思有瑕疵時，均可能認為被害人所為之同意有效，卻會認為其承諾無效。關於德國通說對同意與承諾區分標準之見解，參見王皇玉，前揭註86，頁414-416；林東茂，前揭註86，頁47-49。值得一提的是，即使採取將同意與承諾予以區分的見解，通說認為，被害人受到欺騙所為的同意，並不會影響該同意的效力，而得以發揮阻卻構成要件的效果，然而刑法卻又設立詐欺罪對違反意願的財產處分行為進行保護，可想而知，在詐欺罪存在的脈絡下，被害人處分財產的行為不可能全部被刑法評價為有效，因為這樣根本不會成立詐欺罪。是以，即使將同意與承諾二分，在此探討承諾的有效性亦可能有其意義，仍可能可用於探討哪些是刑法所應保障的非自願處分財產行為。

⁸⁸ 本段關於詐欺罪陷於錯誤要件的討論，會使用「欺騙」、「欺罔」等一般性用語，來表示行為人提供或未提供特定資訊而使他人對事實發生誤認的情形，由於這種行為不一定會向他人輸出刑法所不容許的風險，並不一定該當刑法所非難的「詐術」，故在用語上予以區分。



錯誤，可能由行為人提供錯誤資訊而生，亦可能是由於未提供特定資訊而生，在通說的脈絡下，這兩種態樣分別對應到以作為或不作為的欺罔方式造成被害人的錯誤，然在本文所採觀點下，這些錯誤皆是由於行為人的作為而產生。

針對在什麼樣的錯誤下所為之承諾，會被刑法評價為無效的問題，我國學說並未發展出獨立的論述，大多援引德、日學說上的見解，故在此先以德、日的主要學說作為論述主軸⁸⁹，再提出將其適用到詐欺罪陷於錯誤要件判斷的見解。主要學說可大致區分為主觀說及客觀說，前者是以法益處分者本身的主觀意思來判斷承諾有效與否，後者則訴諸刑法規範性觀點，以下分述之。


壹、主觀說

採取主觀判準之學說，將法益處分者承諾的有效與否繫諸於處分者本身主觀的意思，至於如何判斷法益處分決定與主觀意思一致與否，則存在不盡相同的見解。

日本實務與傳統通說所採取的是重要錯誤說(或稱主觀真意說、本質錯誤說)，其是以條件關係來判斷被害人的法益處分意思是否具重大瑕疵而為無效，若被害人沒有陷於此錯誤，則不會為此行為，該錯誤即使得承諾具重大瑕疵而無效⁹⁰。換言之，被害人受欺騙後所作出的承諾是否有效，取決於其若未因欺騙而產生錯誤是否可能不會作出承諾，而使得所發生的錯誤，是屬於會使承諾無效的重要錯誤。

⁸⁹ 針對此問題，學說有發展出非常多不同見解，本文並無意在此逐一檢視各個理論，僅列出當中幾個主要見解進行討論。

⁹⁰ 塩谷毅(2003)，〈被害者の同意と錯誤理論〉，《刑法雜誌》，43卷1号，頁130-131，轉引自：蔡承諭(2018)，〈重新建構詐欺罪－從財產支配關係的觀點出發〉，頁52，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。



相較於重要錯誤說完全以相對人之主觀意思作為判斷依據，學者林幹人提出了主觀意思自由喪失錯誤說，該說進一步要求，被害人基於錯誤所作出之法益處分決定，該錯誤須已達到支配被害人意思的程度，當被害人本身的自由意思實質上已是由欺騙行為所支配時，所作出的承諾才會無效。錯誤支配了被害人與否，必須從被害人主觀面加以認定，當被欺騙的被害人主觀上確信其處分法益所能換取的利益遠大於所處分法益本身的價值時，得認為其對法益的處分是受到行為人意思極大的操作，該出於不自由的承諾應為無效⁹¹。所處分法益本身的價值即為處分法益的不利益，因為將法益處分後就無法再享受該法益為自己帶來的價值，是以此學說也可以被理解為，當被害人誤以為處分法益的利益遠大於不利益時，其法益處分行為為無效。

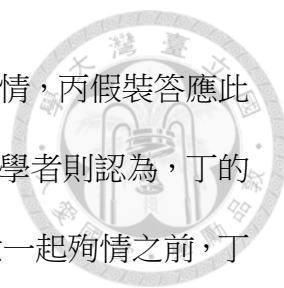
至於該如何判斷處分法益的利益遠大於不利益呢？學者林幹人認為，當被害人主觀上認為其所欲處分的法益很重要，或誤信其處分法益所能帶來的利益對其具有高度價值時，應認承諾為不自由；反之，當其主觀上認為欲處分的法益不重要，或認為處分法益所能獲得的利益僅具有低度價值時，則應認被害人所為之法益處分行為是自由的⁹²。

學者林幹人並具體將上述判準運用到具體案例中。第一個案例為「恩將仇報案」，此案大致為，甲不欲還錢給乙，故欺騙乙有人誣陷他犯罪，他有可能被關入獄中，乙因此自盡。針對此案，學者指出，乙所面臨的不利益甚大，自盡是為了避免此不利益，應認其自殺行為是出於不自由⁹³。而第二案為「欺騙殉情案」，案例

⁹¹ 林幹人（1998），〈錯誤に基づく被害者の同意〉，芝原邦爾（等編），《松尾浩也先生古稀祝賀論文集（上卷）》，頁 249-250，轉引自：魏志修（2008），《基於欺罔、錯誤的被害人承諾－以日本的議論為中心》，頁 14，國立臺北大學法律學研究所碩士論文。

⁹² 林幹人，前揭註 91，頁 252，轉引自：魏志修，前揭註 91，頁 15。

⁹³ 林幹人，前揭註 91，頁 253，轉引自：蔡承諭，前揭註 90，頁 54。



事實大致為，丙和丁提分手，丁不願，甚至提出了要與丙一同殉情，丙假裝答應此要求並提供毒藥給丁，但並未在丁服毒死亡後自殺。針對此案，學者則認為，丁的確是將一起殉情的價值看得比自己的生命重要，然在丙假裝同意一起殉情之前，丁本來就為著不能和丙結婚感到非常痛苦，並因此向丙提議一起殉情，丙只是很勉強的回應此要求而已。故在這個案例中，相較於丙的欺騙行為，毋寧是丁自身的價值判斷在自殺決意中的比重比較高，丁之自殺行為並沒有到達不自由的程度，而不應將丙論以殺人罪⁹⁴。

針對此見解，本文欲提出的疑問是，此學說是建立在當一個決定主觀上的利益明顯大於不利益時，人一定會作出那個決定，故當該利益其實是行為人所編造的，會認為行為人支配了這個決定。然此看法卻忽略了，即使一個決定主觀上的利益只稍稍大於不利益時，人還是「別無選擇」，只會為該決定。換句話說，人會作出一個決定，並不是因為主觀利益明顯大於不利益，而在於進行衡量後，最終認為作決定的主觀利益會大於不利益。

例如，我在考量是否要把蘋果送給朋友時，一方面會認為如果朋友收到蘋果很開心，我也很開心，然而另一方面，我卻無法再隨時把它吃下肚。不過只要送蘋果能為我帶來的開心大於不開心，蘋果就勢必會被送出去，不論主觀利益是否真的大於不利益很多，因為這是我作送蘋果決定的唯一考量，任何因素都能轉變為主觀上的評價而納入此一利弊得失的衡量中。是故，若要以主觀意思自由喪失錯誤說所考量的出發點—被支配與否作為承諾有效與否之判準，應不會要求行為人之欺騙要使被害人主觀上確信其處分法益所能換取的利益「遠大於」所處分法益本身的價值，行為人毋寧只要讓被害人誤以為其主觀上處分法益的利益「大於」處分法益的

⁹⁴ 林幹人，前揭註 91，頁 253，轉引自：蔡承諭，前揭註 90，頁 54。

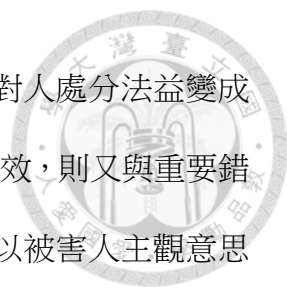


不利益，即會讓被害人「毫無選擇」的作出法益處分行為，也就是實質上支配出被害人承諾的結果。

再者，學者以被害人主觀賦予欲處分法益的價值，以及主觀上認為處分法益所能獲得的利益，作為個案操作的具體標準。若基於上述對人進行決策模式的理解，亦即人會作出某決定是由於主觀利益大於不利益，則被處分法益本身或處分法益會獲得的利益，都是作決定前衡量的一個要素，必須對彼此進行權衡才會對人的決定產生作用，它們各自本身被賦予價值的高低並不能說明什麼。

在第一例恩將仇報案中，學者是基於乙主觀上認為被誣陷入獄是很大的不利益，而使自殺似乎成為一個不得不為之的選擇。然主觀上賦予處分法益所能獲得利益很高的價值，並不能導出乙就不得不自殺，甲對乙的死亡真正有所支配的地方在於，甲的欺騙讓乙認為自殺行為的利益大於不利益，而使自殺成為必然的結果。且單從乙主觀上認為被誣陷入獄是很大的不利益，而斷定乙自殺是出於不自由，這樣的論理也與本學說被提出的內涵有所出入，乙不一定會認為自殺的利益，也就是能避免被誣陷入獄，一定會遠大於乙所賦予生命的價值，旁人僅能從乙最終自殺的行為推論出，乙認為自殺的利益大於生命的價值。在第二例欺騙殉情案的判斷上也發生了同樣的問題，學者是以丁在受到丙的欺騙前本來就沒有很看重自己的生命，而認為丁的決定沒有受到他人支配。然丁在丙答應一起殉情後才願意自殺，丁原本主觀上認為自殺的不利益大於利益，而沒有自殺，丙的同意使得丁自殺的利益變成大於不利益，而使丁的自殺成為必然，這不正代表了，丁自殺是由丙的欺騙行為所支配的嗎？且在此案例中，論理也與此學說的內涵並不相符，誰知道丁是多麼看重丙與其一同殉情，而使得丁與其一同自殺的價值遠高於生命呢？

基於上述說明，主觀意思自由喪失錯誤說從其內涵到操作都存有疑問，然若貫



徹本文所採對於何謂受行為人支配的觀點，即只要欺騙者讓相對人處分法益變成利大於弊的行為，相對人是因為受欺騙才為法益處分時，承諾無效，則又與重要錯誤說的條件關係無異。雖然主觀意思自由喪失錯誤說表面上是以被害人主觀意思來認定其承諾是否被支配而無效，然在實際操作上，毋寧是出自一個外於主觀，但並未被說清楚的判斷原則。

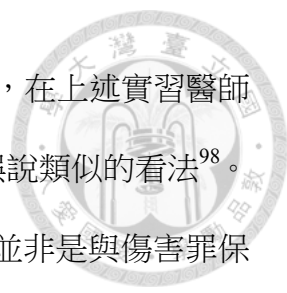
德國學說上，主觀說是以 Knut Amelung 所提出的學說為代表，其採取兩個階段來判斷被害人發生錯誤所為之承諾是否有效。第一階段為，若該承諾與被害人的價值體系一致，才屬於有效的承諾，反之，基於錯誤或脅迫的情況而與被害人價值體系有所矛盾的承諾，則屬無效⁹⁵。

而第二階段的觀察視角，則由被害人轉向欺騙者，將承諾的態樣類型化以分別判斷是否可將法益侵害結果歸屬於行為人。經第一階段所判斷出的無效被害人承諾，不一定使得行為人可受歸責，仍須在客觀歸責的層次上作歸責的限定⁹⁶。例如實習醫師向病患謊稱自己已是合格醫師，在治療過程中卻真的展現出合格醫師所具備的專業技術，該名實習醫師不應以傷害罪論處。而在被害人對待給付受到欺騙的情形，例如欺騙者向被害人謊稱只要捐血就給其一定金錢時，應認此情況被害人之承諾無效，且欺騙者在此完全不值得保護，應論以傷害罪。然若將此例改為，被害人早就想要賣血，有人欺騙他願意以市價 2 倍高的價格購買，則會因為傷害罪的保護範圍並不及於此種情況下的身體傷害，而使騙人者不成立傷害罪⁹⁷。

⁹⁵ Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung der Verletzten, *Strafrechtliche Abhandlungen Neue Folge Band 108*, 1998, S. 73, 轉引自：黃郁珊（2012），《被害人許可對於犯罪成立之影響－以承諾與同意他人的危害為中心》，頁 79-80，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

⁹⁶ Amelung (Fn. 95), S. 73, 轉引自：黃郁珊，前揭註 95，頁 80。

⁹⁷ 須之內克彥（2004），《刑法における被害者の同意》，頁 117-120，東京：成文堂，轉引自：魏志修，前揭註 91，頁 22-24。



何謂行為人可受歸責？Amelung 並未提出一個明確的判準，在上述實習醫師偽稱自己為主治醫師的案例中，其似乎採取了與法益關聯性錯誤說類似的看法⁹⁸。該名實習醫師不可歸責的實質理由應在於，病患所發生的錯誤並非是與傷害罪保護法益有關的錯誤，對病患身體會輸出風險的並非表面上醫師的職稱，而為醫師實際上的醫術。易言之，只要醫術與主治醫師相當，真實身分不論為實習醫師或真為主治醫師，其醫療行為所輸出的針對身體的風險都相同，既然病患所承諾的與實際上接受的皆為相同的法益侵害風險，沒有理由否認病患所為承諾的有效性。在捐血拿錢的例子裡，Amelung 則明白採取與法益關聯性錯誤說相異的見解，認為承諾會無效，然捐血者一開始願意捐血與否，會影響騙人者可否受歸責的理由並不清楚，捐血者最終之所以願意捐血，不是皆因為受到欺騙嗎？行為人可否受歸責的標準是什麼，似乎並不存在一個可供依循的標準，而使得判斷結果有淪為恣意的可能。

另一個可以進一步思考的是，Amelung 將承諾有效與否與行為人可受歸責與否分開判斷，認為即使被害人之承諾無效，行為人仍須在客觀上可受歸責時，才應對法益侵害結果負責。然通說認為被害人承諾理論在刑法體系上所扮演的角色是「阻卻違法」，當承諾有效，會發生阻卻已該當構成要件行為之違法性，反之當承諾被判斷為無效時，行為人所為之行為仍為不法，判斷承諾有效與否的意義，在於對那些行為人已受歸責的行為，進一步確認其違法性。

Amelung 的二階段判斷標準在通說脈絡下可能存在的問題是，即使第一階段認為被害人承諾無效，在第二階段中，仍有可能認為行為人的違法行為沒有不法，換言之，在沒有其他阻卻違法事由存在，且亦不存在被害人有效承諾的情形下，行為人原本的違法行為竟然會被認為沒有違法，此學說與現行的刑法體系並不相容。

⁹⁸ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, §13 Rn. 110, 轉引自：黃郁珊，前揭註 95，頁 81。



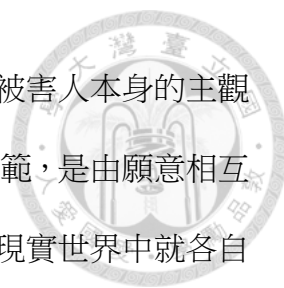
例如在上述實習醫師謊稱自己是合格醫師的案例中，正確的判斷順序，應先由客觀歸責理論判斷傷害結果是否為實習醫師行為法不容許風險的實現，若認為傷害結果並非該法不容許風險之實現，實習醫師即無需為病患傷害結果負責，若認為是該非容許風險之實現，則再進一步判斷病患承諾之有效性，以確認是否可阻卻其違法性。

若要將此學說納入現有刑法體系中，毋寧僅應以第一階段判準來判斷被害人承諾之有效性，當被害人的錯誤是那些與自己價值體系不符的錯誤，才足以讓承諾無效。然這樣的理解似乎也與重要錯誤說沒什麼差別，當被害人沒有陷於此錯誤，就不會為特定行為時，該錯誤似乎皆可以被認為是與被害人價值體系不符的錯誤。

貳、主觀說在詐術判斷之運用

若將主觀說的見解適用於詐欺罪，可以得知，若被害人因受到欺騙而陷於「重要的錯誤」、「實質上被行為人所支配的錯誤」，或是「與被害人價值體系不一致的錯誤」，可認為被害人基於此錯誤所作出的財產處分行為無效。不過從上述討論可知，不論是何種觀點，其內涵似乎沒有太大差別，難以跳脫條件關係式的判斷邏輯，即當被害人未發生該錯誤就不會作特定決定時，該錯誤即是會讓同意無效之錯誤，也是該當詐欺罪陷於錯誤要件的錯誤。

由於本文是將既有學說上對陷於錯誤要件的討論，用以填充詐術所輸出法不容許風險的內涵，是以，若以主觀說對陷於錯誤要件的理解來決定何謂法不容許風險，詐術會被定義為：行為人提供錯誤資訊或未提供特定資訊，而創造被害人作出若其正確掌握該資訊就不會作出的處分法益決定之風險。



然而這樣的理解，會使得行為人該當詐術與否，完全取決於被害人本身的主觀認知。依本文觀點，刑法作為一套社會上人們共同踐行的行為規範，是由願意相互承認彼此皆處於平等地位，認為彼此同身為絕對主體的人們，在現實世界中就各自的行動範圍所取得的合致⁹⁹。單單建立在被害人主觀認知的行為標準並不可採，因為由此標準所樹立的合法與不法界線是模糊的、浮動的，並無法發揮個人在社會中行為的導引功能，使得社會交往活動不再立基於人與人間自由的劃定與尊重，反倒成為個人恣意擴張其自由，或被迫限縮其自由的一個權力爭競的場域。

舉具體的例子而言，今天甲若以 500 元買了外包裝標示 500g 的咖啡豆一包，回家拿電子秤一量，卻僅為 499g，由於甲以發揮每一塊錢的最大價值作為人生座右銘，1g 的差別確實會影響其購買意願。在此例，甲若一開始即知道是 499g 咖啡豆賣 500 元則不會購買，甲之購買行為無效。又例如菜販並未向乙告知其所販賣的蔬菜是出自苗栗通霄鎮，乙購買後不經意得知此資訊，乙因為其仇人與該蔬菜是「同鄉」而把購買的蔬菜通通丟棄。此例中，由於乙一點也不想購買跟仇人同鄉的蔬菜，而使其購買行為無效。不論是咖啡豆 1g 的誤差或未告知蔬菜出產的鄉鎮，在此理解下皆會使處分財產行為無效，而使出售者之行為該當詐術，詐術概念的射程範圍因此變得非常廣，而且具有高度不確定性。

詐術概念的高度不確定性，不但有違罪刑法定原則所衍伸出罪刑明確性原則的疑慮，又由於該當詐術與否完全取決於難以預測的被害人之意思，使得刑法加諸於交易對象的資訊提供義務，其實逾越了其有能力遵守的範圍，違反所課予義務不得超出遵守義務能力的要求¹⁰⁰。因此，以主觀說作為詐欺罪陷於錯誤要件之判斷，並以之填充詐術法不容許風險的意涵，並不恰當。

⁹⁹ 參見本文第五章第二節。

¹⁰⁰ 周漾沂，前揭註 72，頁 1478。



參、客觀說

相較於主觀說是以被害人主觀心理狀態作為判斷承諾有效與否之標準，採取客觀判準的學說認為，刑法要評價承諾有效與否，應從刑法自身規範性觀點出發，採外於被害人的客觀標準。客觀說是以權利濫用說與法益關聯性錯誤說為代表，且諸多學說皆是以後者為基礎再作出各種修正。

由德國學者 Kühne 所提出的權利濫用說，將承諾是出於錯誤的情況區分為內容、表示上的錯誤，以及動機錯誤。前者例如甲誤鐵球為木球，而同意乙將之投擲到其腳上。Kühne 認為，除非承諾的接受者明知法益處分者有錯誤，或利用欺罔、脅迫或暴力行為取得該承諾而構成權利濫用，不然原則上若承諾者並未明確表明法益處分的界限，接收承諾者應可以主張其能信賴承諾是有效的。亦即本例中，除非乙是透過欺騙、脅迫或暴力行為使甲為承諾，或是明知甲以為該球是木頭製的，不然原則上甲所為之承諾為有效而得阻卻乙行為之不法¹⁰¹。

針對動機錯誤的情形，若是關於未來情事或現在有償的法益放棄的錯誤，承諾依然有效，若是關於現在無償的法益放棄之錯誤，則可基於行為人是權利濫用而認為被害人之承諾無效。舉例而言，基於以為自己已收到現金或將來會給付自己現金而捐血，會由於其非屬於刑法上重要事項，而認為承諾有效，即使該錯誤是出於他人之欺罔，亦不影響承諾之有效性。反之，被欺騙而以為火燒車中有他人之妻子而出手相救，結果其實是一隻小狗，在此情形下所為之承諾則為無效¹⁰²。簡言之，由於欺罔而在承諾內容上發生錯誤，Kühne 會認為承諾因此無效，然由於欺罔所發生

¹⁰¹ 山中敬一（1983），〈被害者の同意における意思の欠缺〉，《関西大学法学論集》，33 卷 3、4、5 合併号，頁 304-305，轉引自：魏志修，前揭註 91，頁 27-29。

¹⁰² 山中敬一，前揭註 101，頁 306-307，轉引自：魏志修，前揭註 91，頁 27-29。



的動機錯誤，則需要視該動機的內容而定。

Kühne 在學說上面臨到的批評在於，動機錯誤中對於有償與無償的法益處分錯誤給予不同評價，並沒有道理。例如捐血者被告知捐血是有償的，且這些血液會作為輸血之用，假若這些血液其實是被當作藥品原料，捐血者之承諾卻依然由於是有償的而被評價為有效，反之若捐血為無償，捐血者被欺騙血液之用途時，承諾則為無效¹⁰³。當被害人為承諾的理由並不僅在於有對待給付，甚至是外於對待給付的因素才是為該承諾的主要考量時，有償與否也許並不適宜作為劃分承諾有效與否之標準。而且可以進一步追問的是，為何在金錢對價上所發生的錯誤就不是刑法上重要的錯誤，也許是出於認為刑法並不保護以法益來換取金錢，然為何以法益來追求金錢以外的目的就是允許的，也並不清楚。對有償無償區分的質疑也帶出了權利濫用內涵的模糊，Kühne 認為在動機錯誤下，欺騙者被評價為權利濫用只及於無償的情形，惟當有償與否的區分並不妥當時，似乎凸顯出權利濫用適用上的不清楚，運用此概念的真正標準，似乎也只存在於 Kühne 本人心中。

德國學者 Arzt 於 1970 年代提出了影響深遠的法益關聯性錯誤說，指出承諾有效與否，必須取決於刑法各罪所保護之法益，只有與該法益侵害的種類、範圍、結果有關的錯誤，始會影響被害人承諾之有效性，反之，若發生錯誤的內容所涉及的是對待給付與處分法益的動機，承諾仍為有效¹⁰⁴。提出此種說法的理由在於，縱使欺騙行為一般而言並不為人所欲，然應尊重刑法各罪有其保護特定法益的目標，而不應使得意思自由在刑法上受到一般性的保護，且當被害人對法益關聯的事項發

¹⁰³ 山中敬一，前揭註 101，頁 351，轉引自：魏志修，前揭註 91，頁 38。

¹⁰⁴ Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 20-22，轉引自：王皇玉，前揭註 86，頁 416-417。



生誤認時，才會認為其決定不具自律性¹⁰⁵。

Arzt 並舉例說明，在行為人欺騙被害人，只要讓他揍一拳就給予其金錢的事
件中，若認為被害人之承諾無效，而將行為人論以傷害罪，等同承認傷害罪所保護
法益不僅在於身體本身，尚及於身體法益的交換價值，故在此例中，應認被害人之
承諾足生阻卻傷害行為違法之效力¹⁰⁶。然在因欺罔而使對方誤以為自己沒有戴手
指虎，而承諾讓其毆打的情形，則由於被害人所發生的是與其法益侵害程度有關的
錯誤，故可認為該承諾無效¹⁰⁷。

Arzt 之理論既受到廣大關注，隨之而來的批評自也不會少。在承諾有效性判
斷上採取被害人主觀視角的 Amelung，即批評此見解的採行會與被害人之利益相
違。對被害人而言，所作出承諾的意義很大幅度取決於其處分特定法益的目的，若
目的落空，卻仍將該承諾評價為有效，過分忽視此承諾對被害人而言其實也不再具
有什麼意義，不能認為這樣的承諾也是出於個人的自我決定¹⁰⁸。

本文認為，雖然 Amelung 所提出的批評是建立在「承諾有效與否應取決於被
害人賦予該承諾的意義」的預設上，然而卻也正確的指出，被害人被欺騙而作出承
諾行為的重點，有時並非在於其所處分法益本身，反倒在於之所以為處分法益行為
的目的為何。因此可以思考的是，刑法作為法益保護法，所要保護的法益內涵，真
否只限於 Arzt 那般較為狹隘的、靜態式的理解，還是可能可作出一種較為動態的
理解，將看似與法益存在本身沒什麼直接關聯，但與處分法益行為相關的因素，也

¹⁰⁵ 王皇玉，前揭註 86，頁 419。

¹⁰⁶ 余振華（2010），《刑法違法性理論》，2 版，頁 349，臺北：瑞興。

¹⁰⁷ 森永真綱（2002），〈被害者の承諾における欺罔・錯誤（一）〉，《関西大学法学論集》，52 卷 3 号，頁 203，轉引自：蔡承諭，前揭註 90，頁 55-57。

¹⁰⁸ Amelung/Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS 2001, S. 943，轉引自：王皇玉，前揭註 86，頁 419-420。




納為對法益的保護內涵中，而擴大會影響承諾有效性要素的範圍。

甚至 *Arzt* 本人針對一些表面上看似屬於動機錯誤的邊際案例，亦承認其構成使承諾無效的理由，而屬於法益關聯性錯誤。例如病患承諾接受盲腸手術，若手術真切除其盲腸，卻是由不具醫師資格者進行，雖然是否由醫師動刀看似與法益本身無關，而使病患以為手術是由醫師來進行的錯誤，並非標準的法益關聯性錯誤，*Arzt* 亦認為病患接受手術之承諾無效，不能阻卻手術實際上是由非醫師之人執行之不法¹⁰⁹。

在此可以觀察到，*Arzt* 本人對何謂與法益有所關聯的判斷似乎並沒有緊扣其所提出的定義，由誰執刀不應屬於與盲腸本身無關的動機上的錯誤嗎？法益關聯性本身是否並不具規範上的劃定意義，反倒只是替由法感所判斷出的結果背書的工具？一個可能的理解是，由非醫師之人開刀會升高法益侵害的風險，而應認與法益有所關聯，然這樣的理解也凸顯出法益關聯與非法益關聯錯誤間界線的模糊，若要採最寬廣的解釋，任何錯誤都可能某程度的與被處分的法益有關，而使得此學說之內含有恣意被擴充或縮減之危險。

而法益關聯性錯誤說受到最普遍的批評，與 *Amelung* 所提出的批評相似。此學說將影響被害人承諾有效性的錯誤，限定在與法益侵害的種類、範圍、結果有關者，會使得許多案例在實際操作上產生不少問題，例如利他目的與緊急情況的欺騙。前者指的是讓被害人誤以為存在利他目的，而使其無償處分法益，後者則是指行為人使被害人誤以為現在存在緊急情況，被害人為了保全處於急迫危險的其他利益，而承諾處分法益。在 *Arzt* 學說的脈絡下，這兩個案例類型由於被害人對自

¹⁰⁹ 佐伯仁志（1985），〈被害者の錯誤について〉，《神戸法学年報》，1号，頁204，轉引自：魏志修，前揭註91，頁33。



己所要放棄的法益具有清楚的認識，所發生的錯誤與法益本身並無關聯，而使被害人的承諾為有效，得阻卻行為人之不法，然這樣的判斷結果似乎不太妥適¹¹⁰。其實當此結論明顯的與批評學者們的「法感」有違時，其實也意謂著法益關聯性錯誤說的內涵，可能存在修正的必要，修正的途徑可能是擴大與法益有所關聯的內涵範圍，也可能根本性的質疑承諾無效必須出於具法益關聯性的錯誤的要求。

對 Arzt 的法益關聯性錯誤說的一個重要修正，是 Roxin 於 1980 年代所提出的規範的自律性說，此說不但受到 Arzt 本人所支持，現今亦廣泛為德國學界所採。此學說的內涵為，承諾要被評價為有效的標準在於，整件事必須被認為是法益處分者自律性的表現，亦即法益處分行為必須被認為是出於自主決定¹¹¹。此處的自律性並非單單由被害人主觀面予以判斷，毋寧為一種客觀法的評價。

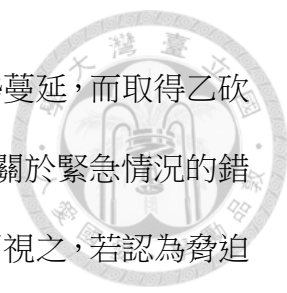
Roxin 與 Arzt 學說主要的相異之處，是在法益關聯性錯誤說下，承諾會被評價為有效的利他目的與緊急情況的錯誤。前者例如欺騙孩子的父母，其小孩由於眼角膜受損而須進行眼角膜移植手術，誘使父母捐出自己的眼角膜，卻在取得之後隨意丟棄。在此例子中，被害人並不能以民法上請求權要求行為人履行給付目的，亦無法獲得詐欺罪的保護，故應跳脫法益關聯性錯誤說認為侵害交換自由不影響承諾有效性的觀點，從整體事件判斷被害人的決定其實是被操弄而得的，而屬於非出於自律性的無效承諾¹¹²。

而針對緊急情況的錯誤，Roxin 所舉的案例有三：一、甲對乙謊稱其頭上長滿頭蝨，而取得乙讓其剃掉整頭秀髮的承諾；二、甲欺騙乙，其所養兇猛的寵物破欄而出，必須將之射殺以保護民眾安全，因而取得乙射殺其寵物的承諾；三、甲向乙

¹¹⁰ 蔡承諭，前揭註 90，頁 58。

¹¹¹ 吳耀宗，前揭註 85，頁 29。

¹¹² Roxin (Fn. 98), §13 Rn. 104，轉引自：黃郁珊，前揭註 95，頁 78。



謊稱附近發生森林大火，必須將乙所種植的樹木砍掉以避免火勢蔓延，而取得乙砍伐其樹木的承諾¹¹³。Roxin認為，當被害人由於欺罔行為而發生關於緊急情況的錯誤時，該錯誤所發生的強制作用應與基於脅迫而發生的強制等同視之，若認為脅迫下所作的承諾無效，發生緊急情況的錯誤所作成的承諾亦應無效¹¹⁴。依照Arzt的觀點，這些情形下的錯誤並非法益關聯性錯誤，承諾因此有效，但這會使得處分法益的意思受到侵害時，不但無法將行為人論以強制罪（強制罪只限於侵害行為是強暴或脅迫），亦會由於被害人承諾有效而阻斷行為人之不法，保護並不周到。是以，將出於此類型錯誤的承諾評價為受到與脅迫相當的強制，而使得保護被處分法益的構成要件，得作為處分法益意思受到侵害的保護，應屬合理¹¹⁵。

Roxin表面上雖是以處分法益者是否保有自律性來判斷承諾有效與否，然觀察其對於Arzt學說所提出修正的實質理由，似乎皆著眼於該錯誤是否能被法律所充分保障，亦即若認為承諾有效而阻卻行為人之不法時，被害人能否受到民法或刑法上其他罪名的保護。Roxin所認為自律性的內涵，除了「與法益有所關聯」之外，無非就是以「法律對被害人的法益處分意思是否保護周到」來填充。然而進一步思考後，不難發現法律是否對法益處分意思提供充分保障，並不足以作為該法益處分意思就應受到保障的理由，例如上述捐眼角膜給孩子的案例，民法與刑法詐欺罪皆不保障，並不代表傷害罪就應該要提供保障，結論毋寧是Roxin出於此類型侵害行為應受到保障的預設，在緊急情況的案例也存在此情形。因此，雖然Roxin不同意Arzt在利他目的與緊急情況中的判斷結果，然其並未提供一個會得出不同判斷結果的實質論據。

¹¹³ Roxin (Fn. 98), §13 Rn. 105, 轉引自：黃郁珊，前揭註 95，頁 79。

¹¹⁴ Roxin (Fn. 98), §13 Rn. 105, 轉引自：黃郁珊，前揭註 95，頁 79。

¹¹⁵ 森永真綱，前揭註 107，頁 213-214，轉引自：蔡承諭，前揭註 90，頁 64-65。



Arzt的法益關聯性錯誤說除了在德國引起廣大迴響，促使修正學說陸續被提出外，日本亦有學者承繼此學說，並也主要就當中備受批評的利他目的與緊急情況的欺罔判斷進行修正¹¹⁶。


不論在德國或是日本，學者對Arzt法益關聯性錯誤說所提出的各種修正，皆在指出，不應單單將與法益有關聯與否，作為被害人承諾有效性的唯一判準，毋寧仍應納入其他標準來判斷該承諾是否是自律性的產物。不過，這些主張對法益的理解，仍不脫於Arzt一開始所揭示的，將法益本身視為一種靜態的存在，法益的內涵並不及於對該法益的處分自由。晚近有學者挑戰Arzt一開始為法益內涵所劃定的界限，嘗試擴張法益關聯性錯誤的範圍。例如學者小林憲太郎指出，當法益持有者願意進行法益狀態的變更時，他人對該法益的更動並不會被認為是不法侵害，因此，對法益的處分自由也可納為法益本身的內涵，即使是與處分法益有關的理由或動機發生錯誤，亦有可能被認為與法益有所關聯¹¹⁷。

肆、客觀說在詐術判斷之運用

在採取外於行為人主觀觀點來判斷承諾有效性的學說中，主要是以Kühne的權利濫用說與Arzt的法益關聯性錯誤說及其修正學說為代表。前者表面上將錯誤類型化，區分為內容、表示上的錯誤與動機錯誤，實際上則是以權利濫用與否作為判準，

¹¹⁶ 例如，學者山中敬一認為在緊急情況的錯誤下，當承諾者誤以為有優越的法益存在遭受急迫侵害的危險時，若放棄其他法益來保全之，是對法益的相對價值產生了錯誤，此情形不能認為是出於自由的價值決定，而應認承諾無效。亦有學者認為承諾的有效性應以雙階段檢驗之，第一階段先判斷該錯誤是否有法益關聯性，若有則承諾無效，若沒有關聯，則應進一步在客觀評價上，判斷該承諾是否制約了意思自由，若有，則應與在強制狀態下所作出之承諾等同視之，而認該承諾無效。關於日本學者對於Arzt法益關聯性錯誤說所提出的詳細修正，參見魏志修，前揭註91，頁79-82；蔡承諭，前揭註90，頁68-73。

¹¹⁷ 小林憲太郎（2005），〈いわゆる「法益關係的錯誤」の意義と限界〉，《立教法学》，68號，頁31-46，轉引自：魏志修，前揭註91，頁89-92。



然權利濫用與刑法規範意義的連結為何，並不清楚，也因此並不可採。在後者中，除了判斷哪些錯誤屬於法益關聯性錯誤的標準不明確之外，動機錯誤也可能使得被害人之承諾無效，而使得法益關聯性錯誤說及其修正學說，似乎也無法決定陷於錯誤要件的內涵。由於本文是將學說對陷於錯誤要件的討論用於定義詐術法不容許風險的意涵，因此客觀說對於詐術概念的判斷，也無法發揮作用¹¹⁸。

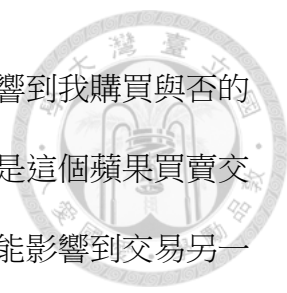
第三節 陷於錯誤要件的再定位

確立了詐術是以錯誤提供或未提供特定資訊，而向他人輸出法不容許風險，以及既有學說對陷於錯誤的討論並無法填充法不容許風險的內涵後，在此其實可以一併釐清在本文脈絡下，陷於錯誤要件應如何被理解，它在詐欺罪判斷上的角色為何？

首先確認的是，一人透過行為向他人輸出的「風險」，指的是法益侵害風險。前已提及，詐欺罪保護法益，是個人對其財產的支配關係，然透過詐欺罪「處分財產」要件可以得知，其所保護的，限於這個支配關係下個人對財產所進行的處分。亦即，會對詐欺罪保護法益造成侵害的風險，是有可能讓被害人從原本不會處分財產，轉而會對財產進行處分。

並非所有跟交易有關的資訊，都會影響一人處分財產與否，而那些會影響到處分財產決定的交易資訊，本文稱為在交易上具有重要性的資訊。舉例而言，買蘋果

¹¹⁸ 通說是以整體財產作為詐欺罪保護法益，有學說在詐欺罪財產損害的認定上，考量被害人在交易中取得特定物的目的，或在捐助行為中考量被害人的捐助目的是否偏離，即是承認即使是交易動機上的錯誤，仍會該當詐欺罪陷於錯誤要件，而使得被害人因行為人之行為所進行的財產處分，可歸責給行為人。本文將詐欺罪保護法益視為個人對財產的支配關係，這個支配關係包含對財產的使用與交換，因此與財產法益有關聯的錯誤，不僅是財產本身的種類與範圍，也及於處分財產的動機。不過對法益關聯性錯誤還是動機錯誤的判定，在陷於錯誤與詐術要件的判斷上，並不具重要性。



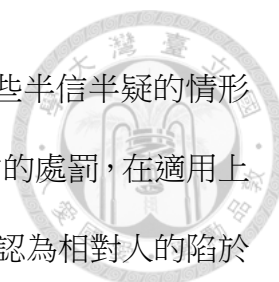
時，跟蘋果本身有關的資訊非常多，但只有當中的幾項會真的影響到我購買與否的決定，例如產地如果並非出自台灣，我就不想購買，這時產地就是這個蘋果買賣交易上的重要資訊。因此，一錯誤提供或未提供資訊的行為，要可能影響到交易另一方的處分財產決定，勢必是創造出讓對方對交易重要資訊誤認的可能，錯誤資訊提供或未提供行為所輸出的風險，是讓對方對交易重要資訊發生誤認的風險。

學說在詐欺罪判斷上所要求的陷於錯誤要件，在本文理解下，因此並非所有被害人主觀認知與事實不符的情形，而僅限於被害人由於行為人之行為，對交易上具有重要性的資訊所發生的誤認¹¹⁹，這意謂被害人是落於行為人所創造的法不容許風險中，確保了處分財產是行為人所創造法益侵害風險的實現。假如被害人所發生的錯誤並非針對交易重要資訊，蘋果的重量並非我在乎的，即使店家標示的重量比實際上重，也不影響我是否購買這顆蘋果，這時我對重量這個資訊的誤認就不能認為該當陷於錯誤要件，因為之所以購買並非出於店家的欺騙行為，對蘋果的重量發生誤認並非落在店家行為所輸出的風險範圍中，而使得購買決定並非店家所輸出風險的實現¹²⁰。

在對陷於錯誤要件進行定位後，一個在通說下對該要件所存在的疑問，而在本文脈絡下仍可以討論的是，當被害人主觀上對於行為人所傳遞的資訊仍抱持懷疑，並非完全發生誤認時，是否仍該當詐欺罪的陷於錯誤？本文已論及，若以陷於錯誤

¹¹⁹ 採相同見解者，參見曾淑瑜，前揭註 73，頁 163；林鈺雄，前揭註 80，頁 420-421。

¹²⁰ 通說確保處分財產是行為人行為之結果的方式是，要求施用詐術、陷於錯誤與處分財產之間須具備因果關聯。如果不論被害人是否發生錯誤都會處分財產的話，就不能認為該處分財產與錯誤有因果關聯，行為人沒有詐欺既遂。然而本文是將詐術理解為以錯誤提供或未提供特定資訊而向他人輸出法不容許風險，學說上既有對陷於錯誤要件的討論並無法用於判斷風險的容許性，已如前述，因此陷於錯誤要件的定位，是用來確保被害人處分財產是行為人行為之結果，在本文脈絡下，即是確保處分財產真是行為人所輸出法不容許風險的實現，可歸責給行為人。在通說下認為與陷於錯誤沒有因果關聯的處分財產行為，在本文理解下，則是由於所發生的錯誤根本沒有落在行為人所創造法不容許風險的範圍裡，而根本不該當陷於錯誤要件，所為之財產處分也因此並非該非容許風險之實現。



要件判斷詐術所輸出風險的容許性，並以被害者學觀點判斷那些半信半疑的情形非屬於陷於錯誤，可能變相成為對被害人較高法益侵害防免能力的處罰，在適用上仍有疑義。然若先以其他觀點填充詐術法不容許風險的意涵，再認為相對人的陷於錯誤是落在行為人所輸出的法不容許風險中，而對交易重要資訊發生誤認，可以討論的是，此誤認是否也包含了仍有懷疑的情形？

由於陷於錯誤要件存在的目的，在於判斷被害人處分財產是否為行為人所創造法不容許風險的實現，因此要思考陷於錯誤是否包含仍有懷疑的情形，其實也等同是思考，當被害人對行為人所提供重要資訊的正確性抱持懷疑，卻仍處分財產時，該財產處分行為是否可被視為行為人的作品，而要求行為人對此結果負責？

本文認為，即使被害人主觀上並沒有完全相信被提供資訊的正確性，然而最後之所以會處分財產，還是由於被害人心中所閃過的最後一個念頭，仍是決定相信該資訊的正確性，不論被害人的心理歷程為何，在相信與不信間拉扯的時間有多久，最終仍是由於行為人的錯誤資訊提供行為而決定相信了。因此，應可認為對資訊仍抱持懷疑的被害人所作出的財產處分，也是行為人所輸出法不容許風險的實現，抱持懷疑，也該當陷於錯誤¹²¹。

¹²¹ 這邊須留意的是，被害人最終決定相信資訊的正確性，此處的相信必須落於行為人提供錯誤資訊所輸出法不容許的風險中，被害人才會有詐欺罪所要求的陷於錯誤。假如被害人最終相信資訊為真的理由，非屬於行為人所輸出非容許風險之典型實現，例如因神明託夢而認為該資訊為真，則不該當陷於錯誤。當然本文也曾提及，被害人最終決定要處分財產，其實也不一定是姑且相信行為人所提供的資訊為真，而是處分財產的期望值大於零，亦即被害人私自估算資訊為真的機率乘上處分財產所獲得的主觀利益，減去資訊為假的機率乘上不處分財產的主觀利益為正值，處分財產只是經過評估後的產物，而非相信資訊全然為真的結果。不過即使採取此觀點，本文認為依然可將被害人對資訊抱持懷疑的情形評價為陷於錯誤，被害人的處分財產仍為行為人的作品。理由在於，當採同一行為的主觀利益大於不利益，一人就一定會去做，此觀點在本文對學者林幹人提出的主觀意思自由喪失錯誤說的思想中已提及。若行為人的錯誤資訊提供行為，使得被害人把錯誤資訊為真的機率高估（完全相信，就是把資訊為真的機率高估為 1，仍有懷疑時，也可能把資訊為真的機率高估了），而讓處分財產的期望值從原本的小於零變為大於零，被害人從原本不處分財產轉而進行財產處分的行為，可被視為由行為人支配而得，財產處分，是行為人所創造法不容許風險的實現。在此理解下，行為人的錯誤資訊提供，所創造出讓被害人對交易重要資訊發生誤認的風險，其實也能被詮釋為使被害人高估了該資訊為真的機率的風險，被害人不論是完全發生誤認還是仍抱持懷疑，都是落



本文對詐術與陷於錯誤要件的定義，也與既有學說對詐欺既未遂的定義相容。學說一般認為，行為人之行為只要該當詐術，即使被害人未陷於錯誤，依然可將之論以詐欺未遂¹²²。詐術，是以刑法本身觀點判斷行為人是否有輸出法不容許風險，行為人成罪與否是取決於規範性觀點，而非個人恣意的想像或後續偶然的條件。至於行為人著手實行後，所輸出風險是否真有實現為法益侵害結果，則取決於後續的偶然條件。本文的陷於錯誤及處分財產要件，即是判斷在行為人採取詐術行為後，相對人是否真因該行為而受害。

第四節 小結

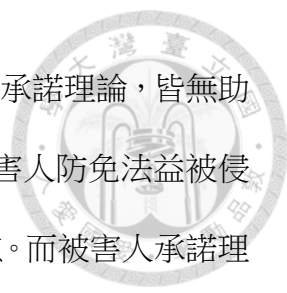
進入本章之前，本文對詐欺罪的理解為，行為人提供錯誤資訊或未提供特定資訊，而侵害到被害人對其財產的支配關係。然而，到底哪些資訊提供或未提供對他人財產支配關係所造成的影響會受刑法所非難，仍非常模糊。

本章透過對詐欺罪構成要件－詐術以及陷於錯誤的討論，嘗試釐清此問題。首先確立的是，對資訊進行事實性與評價性的區分，並無法提供刑法上作出不同評價的理由。而實務上大部分發生在交易場域的詐欺型態，皆是作為詐欺，行為人之行為是否應受詐欺罪所非難，須判斷其所為之資訊提供或未提供，是否是向他人輸出刑法所不容許的風險。

至於學說對陷於錯誤要件的討論，是否能填充詐術法不容許風險的內涵？在

在行為人所輸出的風險中，都該當陷於錯誤。當然，被害人仍有可能在接收到錯誤資訊後，並未因此高估該錯誤資訊為真的機率，或是高估該機率後，仍不足以把處分財產的期望值轉變為正值，雖然仍可認為後者的情形符合陷於錯誤要件，然在這兩種情形下，被害人皆不會處分財產，行為人所輸出之風險並未實現成結果。

¹²² 盧映潔，前揭註 46，頁 738；林山田，前揭註 46，頁 462-463。法院採相同見解者，參見臺灣高等法院 100 年度重上更（二）字第 116 號刑事判決、臺灣高等法院 100 年度上易字第 350 號刑事判決、臺灣高等法院 96 年度上訴字第 3648 號刑事判決。



對現有觀點進行檢視後，本文認為，不論是被害者學或是被害人承諾理論，皆無助於我們對法不容許風險獲得進一步的理解。被害者學有處罰被害人防免法益被侵害的能力，並將行為人的法益侵害責任轉嫁到被害人身上的疑慮。而被害人承諾理論的主觀說，不但有違反罪刑明確性原則的嫌疑，也課予了超出一人能力的義務，客觀說的適用結果，也無法為詐術提出一個妥當的定義。

行文至此，已確認了詐術，是某種提供錯誤資訊或未提供特定資訊，而向他人輸出法不容許風險的行為，陷於錯誤，則是被害人對交易重要資訊發生誤認，而使其落於行為人所創造的法不容許風險中，並確保其所為的財產處分，是行為人所創造法益侵害風險的實現。既然詐術並非是那些會讓個案中的被害人，主觀上對交易重要資訊發生誤認的情形，那麼從刑法自身規範性觀點出發，提出一個在詐術判斷上具有意義的風險容許性判準，即顯得必要。

以下將回歸人類基本圖像及實質不法的概念，嘗試建立具有正當性與可操作性的詐術意涵。

第五章 重構詐術之意涵



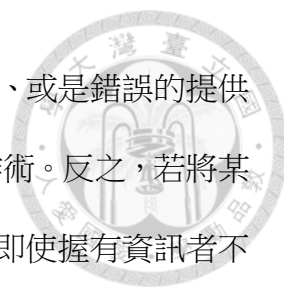
由上一章可知，在詐欺罪中引入一個具有正當性、用於判斷風險容許與否的標準，是有必要的。本章將從個人身為自由法主體的視角出發，嘗試證立以社會交往模式作為風險容許與否之判準。

第一節 風險容許與否取決於資訊負責範圍之劃定

在交易場域上，行為人什麼樣的資訊提供或不提供對他人所創造的風險，是刑法所不容許的？一個很直覺的觀點是，應讓交易中原本即握有資訊者，負責確保該交易是建立在雙方對全部與交易相關資訊的正確認知上，只要任一方錯誤提供或沒有提供其所握有的相關資訊，就是創造對交易另一方支配其財產的非容許風險。

然而這個想法明顯無法被實踐：「全部」並無法劃定資訊的範圍，反而會讓資訊的範圍無限擴大。例如甲出售一件洋裝，與洋裝有關的所有資訊，會從尺寸、剪裁、布料、產地、價格，再進一步延伸到衣領大小、袖口寬窄、裙擺寬度與長度、布料出自哪個國家、哪個工廠，若再繼續延伸下去，縫紉機是哪一年製造的，也不能說外於該洋裝相關資訊的範圍，一個資訊會無限延伸至下一個資訊。而且消費者往往也不在意過於細節的交易資訊，刑法課予過高的資訊提供義務，反倒徒增許多不必要的交易成本。然而若又反過來認為，握有與交易相關資訊者並不需要提供任何資訊，則又與現實世界的交易方式悖離。

是以，與交易相關資訊的負責範圍，應被理解為在握有資訊者與接收資訊者間的分配問題。當認為某些資訊應由握有資訊者提供，其即負有正確提供這些資訊給



對方，以確保交易是建立在這些正確資訊上的義務，若其未提供、或是錯誤的提供資訊，應認為是向對方輸出非容許風險，而以作為的方式該當詐術。反之，若將某些資訊分配給接收資訊者，其則負有自行探知這些資訊的義務，即使握有資訊者不主動提供、甚至錯誤的提供這些資訊，所輸出的風險也非法不容許風險。

例如，雖然甲同時握有資訊 A 與資訊 B，然而刑法上將資訊 A 劃分在甲的資訊負責範圍內，將資訊 B 劃分在乙的資訊負責範圍內。甲若未提供或提供不實之資訊 A'給乙，甲即是向乙輸出非容許風險，該當詐術；反之，若甲未提供或提供錯誤資訊 B'給乙，甲向乙所輸出的則是容許風險，不該當詐術。交易上資訊負責範圍作為交易雙方間的分配問題，資訊不是分配給一方，就是分配給另一方，當一方就特定資訊的提供負有義務，也等同另一方就該資訊的欠缺或錯誤享有受刑法保護的權利，反之一方之權利，亦對映於另一方之義務。為了行文的方便，也由於詐欺罪的觀察視角在於行為人所為之行為，以下討論會從握有資訊者的角度出發，探討其應負責的資訊範圍，也代表那些未由其負責的其他資訊，應交由資訊接受者自行探知。

第二節 以社會交往模式劃定資訊負責範圍之證立

錯誤提供或未提供特定資訊的行為，是否是輸出法不容許風險，取決於該資訊是否屬於行為人所負責的資訊範圍。本文嘗試引進具有制度性地位的社會交往模式，作為劃分資訊負責範圍的標準，亦即，以那些社會中既存的、具支配性的相互對待模式，作為劃分交易雙方誰應負起正確提供特定資訊之義務。若從社會交往觀點看來，一資訊通常是由特定一方所提供，該資訊即落於其資訊負責範圍內，若其



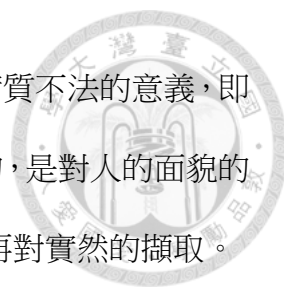
未確保交易是建立在雙方對該項資訊的正確認知上，即是向對方輸出法不容許風險而該當詐術。

一個對於採用此標準的直接的想法是，社會交易上既有的運作方式本來就是交易雙方會各自提供一定的資訊，不然交易根本無從發生。例如，我之所以會向水果行老闆購買蘋果，是因為水果行老闆把蘋果擺在攤位上並標上價錢，讓我知道他要賣蘋果，而水果行老闆之所以願意賣給我，則是因為我有付錢給他。由這種最基本的買賣交易可以看出，交易上所需要的資訊，即此例中的蘋果本身、蘋果售價及我的支付能力，本來就會自然而然的由交易上握有該資訊的特定一方提供，因此資訊的分配無需動用刑法來進行劃分，刑法只要對違反既有交易模式之人進行處罰即可。

刑法作為人與人相處之規範，其規範內容本來就不可能逸脫於社會現實，然上述的看法僅意指，以社會交往模式劃分資訊提供範圍，是具有高度實效性的¹²³，以此觀點所劃定出的義務內容很容易被遵守，因為人們本來就這麼做了。然高實效性並不能得出這樣的劃分即具有正當性，交易上既有的運作方式，並無法直接使得個人在刑法上負有依此方式進行交易的義務。人們通常都如此做，與刑法規定人們應該如此做是有區別的。實然作為應然的規範對象，雖然會影響應然規範的建立，但並不得直接定義應然，毋寧要從應然角度所樹立的評價標準，而對實然進行擷取。雖然刑法世界不可能外於現實世界而被建構，然而現實世界要如何對應於刑法世界，仍是要以既有刑法世界的觀點而對現實世界中的現象進行詮釋，而非以現實世界的現象定義刑法世界。

因此有必要進一步探討的是，從刑法自身的規範性觀點，如何能導出用社會交

¹²³ 周漾沂，前揭註 54，頁 296。



往模式來決定交易雙方的資訊負責範圍，而這必須回歸刑法上實質不法的意義，即一行為之所以不被刑法所允許的根本理由¹²⁴。證立過程所涉及的，是對人的面貌的實然認知，由實然認知而生的對應然的建構，以及建構應然後再對實然的擷取。

第一項 作為自由主體的個人

在以自由作為典範的法學中，人被認為是自由的個體。此處的自由，並非物理上人可以隨自己意思、不受他人或其他外力干涉的任意行動，而是人具有一種能力，可以單單依照自己所設定的行為準則來行動，不受自然的因果歷程所支配或束縛¹²⁵。

人之所以是自由的，是因為人具有一種意志，它被稱為自由意志，可以外於經驗的設定人據以行動的準則，並且這項意志也會遵守自己所設定的準則，這是自律性的意涵¹²⁶。自律，使得個人有能力外於經驗而作成決定，所採取的行動得以不被任何外於自己的權威所導引或強制¹²⁷，而讓自由成為可能。由意志所設定的行動依據，由於與個人的主觀經驗無關，而必然具有普遍性、得以適用到所有人身上，此

¹²⁴ 此處可能的疑問是，既然刑法的目的在保護法益，那為何不能直接認為一行為不被刑法允許的根本理由，即在於該行為侵害了法益或對法益造成危險？邏輯上的確可以如此認為，然這樣的論述方式並無助於我們探明引入特定觀點判斷不法與否的正當性。法益作為刑法所保護的利益，或是一人在刑法上享有的權利，「刑法的目的在保護法益」這個論述，因此也可以被理解為「刑法的目的在保護刑法所保護的利益」，而不法，則是行為侵害了刑法所保護的利益或對該利益造成危險。但很顯然的，在此理解下，要知道被保護的利益為何，以及行為在哪些情況下會對該利益造成侵害（即該利益受刑法所保護的程度為何），皆不可能逸脫於對刑法實質概念的掌握。我們不可能在說明刑法是什麼之前，就知道刑法所保護的利益為何，或是哪些手段是對這些利益的保護。確立了刑法的實質意義，也會一併確立應受刑法保護利益的實質內涵，以及不法的實質意義。以下著眼的是後者，也是引入社會交往模式判斷行為不法與否的基礎。關於法益如何作為刑法實質意義的下位概念，參見周漾沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，41卷3期，頁981-1053。雖然邏輯上，一定是先產生對刑法的實質概念，才能進一步推論受刑法所保護的利益，然而在產生刑法是什麼的概念之前，也可能是先認為哪些利益應該受到保護，再進一步將刑法當作保護這些利益的規範。不過無論如何，法益皆不可能外於刑法而被理解。

¹²⁵ 周漾沂，前揭註124，頁1004。

¹²⁶ Immanuel Kant（著），李明輝（譯）（1990），《道德形上學之基礎》，頁75-76，臺北：聯經。

¹²⁷ 林倍伸（2017），《論妨害公務罪－以法治國家中的公務概念為核心》，頁107，臺北：元照。



即康德所謂的定言令式，它一個絕對的、不附條件的誠命¹²⁸。其最廣為人知的實質內涵為：應如此行動，將你還是其他每個人，始終同時當作目的，絕不只當作工具來使用¹²⁹！

試想，假若今天人所設定的行為準則是依照經驗而來，例如我餓了想要買蘋果吃，我之所以去買蘋果，是由於受制於經驗：我知道人要存活必須依靠食物。雖然好像是我自己決定要買蘋果，並依著這樣的設定來行動，但不能說我是自由的，我僅是受制於自然界的運作原理而不得不採取這樣的行動，之所以會如此行是為了達成不讓自己餓死的特定目的。若我根本不會餓，那麼買蘋果就沒有意義，蘋果本身亦不具價值，它只被當成生存的工具來使用¹³⁰。

基於經驗所採取的行動必然服膺於某個目的，其價值取決於所欲達成目的之價值，然而由外於經驗的意志所設定的行為準則，則能掙脫出行動作為一種手段的桎梏，唯有行動本身足以支撐採取行動的理由，任何行動的目的也僅能回歸行動本身，行動本身即彰顯出絕對的價值。在這樣的行動下，沒有任何一人會被當成達成特定目的的手段，人的價值不會受到外在條件左右，而完全取決於人的價值本身。我會為了果腹而購買蘋果，也可能為了獲得折扣而讚美老闆，但有些時候，當我看到老闆辛苦的把成箱的蘋果擺放至攤位上，卻有幾顆滾落地面時，也會單單的隨手將之拾起放回，不是為了達成任何目的，而僅是出於認為我應該這麼做。當行動根本不是手段，而已然就是目的時，人也不是為了某種目的而存在，存在自身就是目的。撿起老闆的蘋果是唯一支撐撿起老闆蘋果的理由，老闆在我將蘋果拾起放回的那一刻，是個全然、不被任何外於自身價值所定義的存在，老闆不是會因此感謝我、

¹²⁸ Immanuel Kant (著)，前揭註 126，頁 76。

¹²⁹ Immanuel Kant (著)，前揭註 126，頁 53。

¹³⁰ 林倍伸，前揭註 127，頁 101、104-105。



送我蘋果而為我帶來一點愉悅的人，他就是他。

具有普遍性、會普遍承認人不可撼動的絕對性地位的行為準則，是出於自由意志的設定，由於自由意志是由一個純粹的、具有絕對性的理性而生¹³¹，能外於經驗設定行為準則並依此行動的個人，因此也被稱為具有絕對理性之主體。

第二項 法作為個人間取得合致的絕對行為準則

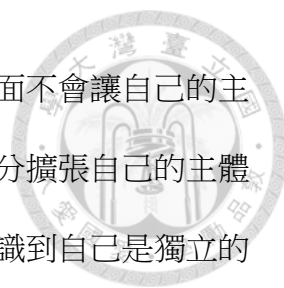
人因為擁有自由意志，得設定不受因果歷程所支配的行為準則來行動，並透過該行動將自己與他人同樣當成目的，承認對方是與自己居同地位、具有絕對性的主體。然而現實世界是，人並無法單單憑著意志而生活，人需要供應用以支撐意志的身體的需要，而這樣的需要，必須仰賴現實世界中的具體條件，例如身體、食物與錢財。在現實世界中，對一人身為絕對主體的承認，不可能無視於這些維繫生存的需要，這些維繫生存的需要是意志之所以能存在的條件，即是一人所具有的權利。權利領域，也就是在討論作為與不作為詐術時曾提及，可以被想像為以個人意志為中心的完美球體，個人可以在當中隨自己的意念¹³²來驅動自己的身體，並支配外於身體的事物。這些支撐意志存在的現實條件，與人的意志具有同一性，否定這些條件，也等於是否定意志的地位，也是對他人身為絕對主體的否認¹³³。

在多數人並存的現實社會中，個人也會透過其所具有的自由意志，設定行為準則，這個準則會無條件的同時承認自己與他人的主體地位，並與他人同時承認他人

¹³¹ Immanuel Kant (著)，前揭註 126，頁 13。

¹³² 「意志」與「意念」是康德所作出的區分，前者意指外於經驗而設定絕對行為準則，並據以行動的能力，後者則是在經驗面向上，能透過行動對外界客體加以支配之能力，參見周漾沂，前揭註 124，頁 1006。

¹³³ 周漾沂，前揭註 54，頁 286-287。



與自己主體地位的行為準則，取得合致。身處社會中之人，一方面不會讓自己的主體性在人群中解消，會對自己身為一個人有所認識，卻也不會過分擴張自己的主體地位而致否定他人也是一個人，也同樣具有主體地位。人不僅意識到自己是獨立的個體，亦深知這個個體是存活於眾多個體所組成的群體之中，人是個別的人，也是社會中的人。

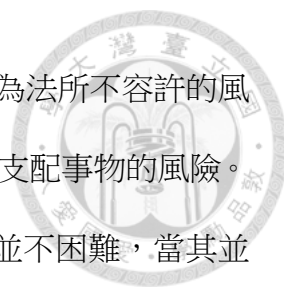
由每個人基於自己的自由意志所設定出的、最終會取得合致的行為準則，即為實質的法，而刑法，不過是將實質的法予以明文化¹³⁴。法的本質既然為人與人在現實世界中的正確對待方式，那麼唯有那些具體化人們相互承認彼此主體性的行為準則，才是一種出於個人自我決定而具有正當性的實證法¹³⁵。法是自由意志的產物，而人的自由，也透過對法的實踐而進一步受到確立與鞏固，任何將個人當作達成特定目的之工具、貶抑個人絕對價值的規範，毋寧皆構成對個人身為自由主體的否認與對個人自由的轄制，而不具正當性。

一個出於自由意志所設定的行為準則，會將他人與自己同等看待與對待，而這樣的誠命落實於現實世界中，是透過讓他人能夠像自己一樣，可以在自己的權利領域內隨自己的意念對事物進行支配，來承認對方與自己皆為主體。因此，實質的不法在於，透過讓他人無法在自己的權利領域內隨自己的意念支配事物，來否認他人的主體性，也是個人違反自律性的展現。

第三項 風險容許與否取決於個人對該風險是否認識與接受

¹³⁴ 周漾沂(2014)，〈風險承擔作為阻卻不法事由－重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14期，頁196。

¹³⁵ Immanuel Kant (著)，張榮、李秋零(譯)(2013)，《道德形而上學(注釋本)》，頁28，北京：中國人民大學。



基於對實質不法概念的掌握，我們可以認為，一個會被評價為法所不容許的風險，是那些會讓他人無法在自己的權利領域內，隨自己的意念來支配事物的風險。那麼到底什麼樣的風險會讓人無法憑己意來支配事物呢？答案並不困難，當其並沒有被人所認識並且願意承擔時，會認為因此所為的對事物的支配，並非出於自己的意念。一風險之所以不被容許的根本理由，在於當其被輸出至他人權利領域時，他人並沒有對其有所認識並願意接受之¹³⁶。這樣的風險輸出由於會影響到他人自己權利領域內的支配，因此也被認為是對他人權利領域的侵害，反之，若風險是被他人認識與接受，則可認為其並未對他人的支配關係造成影響，反倒整合進對方的權利領域之中，而為容許風險。

第四項 符合社會交往模式所生的風險為容許風險

然而，為何社會交往模式可以作為判斷風險容許與否的標準呢？當一種社會交往模式被人們所廣泛採取，其被採取的程度，甚至可以認為已成為一種「制度」（institution，或譯為體制）¹³⁷時，該行為模式不僅被許多人所踐行，亦形塑出參與者各自對自己行動的界限與他人行動的期待：參與者一方面建立起自己所採取行動的範圍，知道自己能夠如何對待他人，一方面也形塑對他人所採行動的期待，知道他人會如何對待自己，而且也知道他人也會如同自己一般的對待自己與期待他

¹³⁶ 周濛沂，前揭註 134，頁 203-204。

¹³⁷ 本文所稱的制度，主要參考制度經濟學家 North 的定義，他認為制度是人類發生互動行為的範圍，一方面限制個人不能做什麼，另一方面指引個人可以做什麼，詳見本章第三節。雖然不同研究者會從各自的研究視角提出不盡相同的對制度的定義，但核心觀點皆不脫制度是由社會上的個人所形塑，亦會影響個人在社會交往中所採取的行動。關於制度理論之內涵及其變遷的詳細論述，參見郭紫堯（2011），《傳統制度主義、新制度主義與 Douglas North 制度變遷觀點之比較研究》，頁 17-83，國立中山大學政治學研究所碩士論文。不過不能忽略的是，相較於經濟學單純關注制度被人們所實踐的面向，在本文脈絡下，由於制度是作為人們所設定絕對行為準則的具體化，故此相互對待的方式勢必要展現對制度參與者同身為主體的尊重。若一社會交往模式被廣泛採行，卻明顯剝奪當中特定個體的具體生存條件，也並非本文所謂的制度。



人，也知道他人也會如同自己一般的知道他人會如同自己一般的對待自己與期待他人。

在這樣的社會交往模式下，行為所生的風險相較於零散的行為模式，是可以被觀察並得以掌握約略輪廓的。當一人進入該社會交往模式中，我們其實可以認為，其對該交往模式所生的風險，不但已有所認識，而且透過參與其中的方式，表達出願意承擔起該風險¹³⁸。雖然不可能直接探明參與者真正的意思，但依然可以透過其參與了一個具有可被描述的風險的社會交往模式，而「擬制」其也承擔起該風險。由於參與者已被擬制為接受制度運作風險，依循制度並採取行動之人，並不會創造法不容許風險，該行動並不會讓他人無法在自己的權利領域內隨自己的意念來支配事物，沒有不法。

踐行制度而生的風險，是被參與者所認識並且接受的容許風險，依循制度的每個人，都是隨己意在其權利領域內進行支配。因此制度，似乎可被認為是由自由意志所設定的絕對行為準則在現實世界中的落實，制度其實也是實質的法，違反制度運作模式，也就是不法。更精準的說，由於人是被擬制為有承擔起制度內的風險，故制度是被「推定」為實質的法。

第五項 以社會交往模式劃定資訊負責範圍

符合社會交往模式之行為，所輸出之風險是對方有所認識並願意承擔的。因此，資訊提供或未提供行為，若是符合既有的社會交往觀點，所輸出的就是容許風險，並不會該當詐術；反之，若不符合既存的相互對待模式，則是向對方輸出其所

¹³⁸ 周漾沂，前揭註 134，頁 215-216。



不願接受的法不容許風險，該當詐術。制度劃定了參與交易者所承擔風險的同時，也決定其在交易時應負責的資訊範圍¹³⁹。

資訊負責範圍的樣貌，取決於那些在制度下被承擔起或未被承擔起的風險，因此若要進一步掌握其內涵，我們勢必要了解具有制度性地位而被人們所廣泛採取的行為本身，其意義為何。

行為，在本文理解下，是由個人的意志為起點，進而驅動自己身體的舉措，並非單單在客觀上可被觀察到的身體動靜，而是以意志為核心所驅動的現象上變動。因此並不能認為，以意志為代表的主觀面與以身體行動為代表的客觀面，兩者分別構成行為的一部分，行為並非由主觀與客觀面分別組成，因為身體毋寧是意志的具體化展現，客觀不過是主觀的外在彰顯¹⁴⁰。而主觀，也是基於意志對客觀的詮釋而生。

如果行為是如此被理解，那麼具有制度性地位的人們相互對待模式，也就不是單單的採取某種身體上的行止，參與制度的人們所認識與願意承擔起的風險，也因

¹³⁹ 至此，本文或許可以回應將財產法益定義為人對財產的支配關係所可能產生的疑義。學說上一般認為詐欺罪在保護整體財產法益，相對人須有整體財產經濟價值的損害，行為人才有構成詐欺罪之餘地，只有在例外情況下，才將財產處分目的的偏離納入財產損害與否的考量。本文對財產法益如此寬鬆的定義，使得所有交易上跟財產本身或處分動機有關的錯誤，都受到詐欺罪的保護，可能會被批評為過度擴張財產法益的保護範圍，使其受到保護的範圍很模糊。然而本文的想法是，要對財產法益造成侵害而成立詐欺罪，勢必是那些該當詐欺罪構成要件的行為，既然符合社會交往模式的資訊提供，並不會輸出法不容許的法益侵害風險而該當詐術，那麼財產法益本身的不確定性，其實也不會讓參與交易者無所適從。雖然相較於學說對財產法益的理解，本文的觀點會使得一行為更可能輸出財產法益風險，然只要該風險並非法不容許風險，在刑法的評價上也跟未輸出風險的行為是相同的，而沒有必要就財產法益概念作限縮。學說上關於財產法益是否包含財產處分自由，又應包含至何種程度的討論，參見薛智仁（2013），〈巧取公職之詐欺罪責－評臺北地方法院九十八年度金重易字第九號及臺灣高等法院九十九年度矚上易字第二號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，212期，頁218；許恒達，前揭註82，頁135-141。

¹⁴⁰ 周漾沂，前揭註72，頁1484-1485。行為身為刑法評價的基本單位，本文所採觀點應不同於因果行為論與社會行為論，因為這兩種看法將行為人的主觀意志與外在客觀的變動看作是分離的兩部分，意志的功用僅在於引發外在變動，而目的行為論與人格行為論對行為概念之界定，則基本上與本文之理解相容。關於各個行為理論的基本內涵，參見許恒達（2013），〈再訪行為理論〉，《成大法學》，26期，頁9-24；林鈺雄（2003），〈刑法總則：第四講－行為與行為理論〉，《月旦法學教室》，7期，頁66-69。

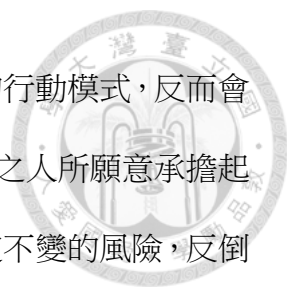


此並非某種客觀身體行止下所依然存留的風險，而是由意志所驅動的舉措下仍然保有的風險。

舉例而言，在不同的交易場域中其實存在著可被觀察到的具有制度性地位的交易模式。當面的買賣交易可能會由消費者對該商品本身進行仔細的檢查確認，但網路買賣交易則一般是由賣家提供商品照片與品牌、產地、尺寸等相關資訊給消費者參考。參與交易的人們對自己應該提供，或是會獲得哪些資訊，通常有大概的了解，也會期待交易對象會依照該既有的模式來提供及獲得資訊。賣家不會在進行面交前只寄了一張商品照片給買家，並規定在面交時不得檢視該商品，面交的買家也會期待他可以在交易時查看商品狀況；網路購物的消費者不會要求店家要先把商品寄到自己家中，待自己親自查看後再決定要不要下單，店家也知道不需要先將商品寄給消費者讓其決定是否購買。在當面的買賣交易中，可認為消費者所願意承擔的風險，是那些無法在當下透過對該商品的檢視所得出的資訊，可能並不那麼盡如人意；而對於使用網路進行交易的個人，則可以推定其在交易上有所認識且願意承擔的風險，是那些無法完全在網路上被揭露的商品資訊，可能與自己想像中的有所落差。

然而上述情形，僅針對買賣雙方沒有特別溝通時。在面交時，買家在親自檢視商品後，可能會詢問該商品是否有被使用過，或是否經維修過等可能無法單單透過觀看商品即得出的資訊；網購時，消費者也可能傳訊息給店家，詢問那些未被店家公開提供的商品相關資訊。在這些情形下，依照具有制度性地位的社會交往觀點，可能會認為只要要求的資訊沒有過於細節，賣家跟店家會提供該資訊，然若該資訊連賣方都需花上一番功夫才能掌握，則沒有提供的必要。

由於行為是個人在對客觀事態進行詮釋，形成主觀認知後，再將個人意志落實



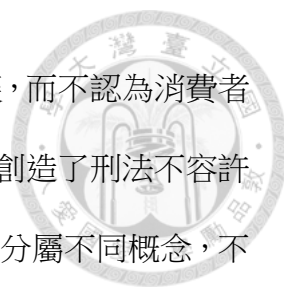
於身體行止之中，被廣泛踐行的行為並非現象上看來固定不變的行動模式，反而會因著各個交易情境的不同，而存在著多變的樣貌。因此參與制度之人所願意承擔起的風險，也並非僵化的侷限於某種客觀身體舉止下所存留的固定不變的風險，反倒會脈絡化的決定其範圍。在當面交易中，參與者所承擔起的風險範圍，不一定是無法在當下透過檢視商品所得出的資訊；在網路交易中，那些店家未公開提供的資訊，也不一定即成為參與者所承擔起的風險範圍。

不過應一提的是，那些會在社會交往觀點的判斷上發揮作用，亦即在接受制度觀點評價後，被認為具有重要性的主觀認知，僅限於跟被害人願意承擔風險與否有關者，因為唯有這些認知，才具有判斷一人所輸出風險容許與否的重要性，而應納入該當詐術與否的判斷之中。行為人可能在對方表明自己很想知道某項資訊後，主觀上仍認為該資訊在對方最終的交易決定上無足輕重。但接受制度觀點評價的主觀認知，並非對方覺得資訊「無足輕重」，而是對方當下「很想知道」。具有規範上意義的主觀認知，不會是對當下事態的恣意詮釋與想像¹⁴¹。

另外可以思考的是，在社會交往觀點的判斷上具有重要性的主觀認知，是否等同故意？社會交往模式劃定交易上的資訊負責範圍，未正確提供該範圍內的資訊，是輸出法不容許風險。而故意則是對詐術此構成要件事實有認知與意欲，既然詐術必須是向對方輸出法不容許風險，那故意勢必也要對該風險有所認識。亦即，本文所謂的主觀認知，影響的是被刑法評價為非容許風險的範圍，而故意，則是判斷行為人是否對該風險範圍有所認識¹⁴²。再舉網購的例子，假設社會普遍的運作模式是，只要消費者詢問的資訊沒有過於細節，店家會提供該資訊，該資訊即屬於店家的資訊負責範圍，將其錯誤提供或未提供是輸出法不容許風險。然而，店家雖認知

¹⁴¹ 周漾沂，前揭註 72，頁 1502-1503。

¹⁴² 周漾沂，前揭註 72，頁 1504-1505。

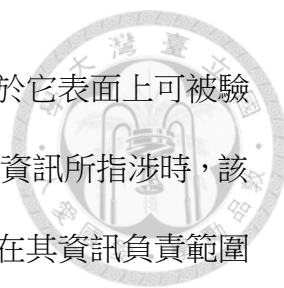


到消費者想知道更多資訊，卻可能將之視為存心找碴或藉機攀談，而不認為消費者所詢問的資訊，真會影響其購買決定，店家會由於沒有意識到其創造了刑法不容許的法益侵害風險，而不具有故意。雖然主觀認知與故意在邏輯上分屬不同概念，不過在實際判斷的過程，差異也可能很隱微。假若消費者詢問資訊的方式非常挑釁，被廣泛踐行的模式可能是店家不會基於此事實認知而提供資訊，被詢問的資訊不因此落於店家之資訊負責範圍，但也可能認為，大部分店家都會提供資訊，因此僅可能認為其對所輸出之法不容許風險沒有認識，而不具故意。

社會交往模式除了劃定資訊負責範圍外，也決定了交易資訊應以什麼方式被提供。個人在參與制度時認識與接受的風險，不僅是參與者就其所負責的資訊範圍提供資訊所生的風險，亦是參與者會依照符合社會交往觀點的方式來對特定資訊進行提供而生的風險。若行為人並未依照此方式提供資訊，也就是該資訊是以從社會交往觀點看來錯誤的方式被提供，那麼其所輸出的風險就是對方沒有承擔的非容許風險¹⁴³。

在第四章討論詐術此構成要件時，本文對學說將詐術限定於可檢驗真偽的事實提出質疑，認為事實與價值判斷似乎無法截然二分，因為從社會觀點看來，某些字面上純粹的價值判斷，亦可能指向特定範圍內的事實，一個事實，亦可能僅由一定範圍內的價值判斷進行表述。奠基於此理解，會將餐具愈洗愈油膩的洗碗精，人們普遍不會以超級神奇來形容，而海砂屋，也不會以能住得很安心來形容。人們所願意承擔的交易風險，僅及於以能指涉洗碗精與海砂屋狀態的形容詞來提供資訊。因此，即使神奇與安心乍看下皆是形容詞，仍由於在社會交往觀點下，其所指向的特定事實並不包含愈洗愈油膩與海砂屋，而使行為人的資訊提供行為所輸出的是

¹⁴³ 相同見解，參見許恆達，前揭註 82，頁 133-134。



非容許風險，該當詐術。要判斷資訊錯誤與正確的前提，並不在於它表面上可被驗證與否，而在於社會所賦予它的意義。當一事實狀態並無法被某資訊所指涉時，該資訊即為錯誤的，反之則是正確的。制度參與者，因此有義務要在其資訊負責範圍內，提供在社會意義下具有正確性的資訊。

第六項 風險容許與否終究取決於雙方之合意

社會交往觀點的引入，如前述，僅是透過人們進入了一個具有可被觀察到的風險的交往模式，而「擬制」其承擔起制度運作下仍然保有的風險。人們透過既存的、被廣泛踐行的行為模式，知道可以如何行動，也知道別人會如何行動。制度為參與者們所劃定的行動界線，可被視為參與者們各自所設定絕對行為準則合致之所在。

然而，絕對行為準則之合致，終須回歸實際互動下雙方之意志，制度作為達成合致之輔助手段，終究不能取代參與者彼此間之合意，交易雙方所願意承擔的風險範圍，因此不一定即是制度運作下依然存在之風險¹⁴⁴。

若一方想提供的資訊較其由社會交往觀點所劃定之資訊負責範圍少，且徵得另一方之同意，即使其真的少提供了資訊，也並非輸出法不容許風險，因為少提供資訊之風險已然透過雙方之合意而由資訊接收者承擔。又若一方想接收的資訊較另一方由社會交往觀點所劃定之資訊負責範圍多，且另一方也同意，同意之一方若未多提供正確資訊，則是輸出法不容許風險，因為依照社會交往觀點提供資訊所生之風險，已不全然由資訊接收者承擔。例如在網購的例子，即使消費者詢問店家的訊息，在社會交往觀點下並非屬於店家的資訊負責範圍，然店家若願意提供，則有

¹⁴⁴ 周漾沂，前揭註 134，頁 211-213。



正確提供該資訊的義務，因為消費者所承擔的風險範圍，已經由雙方合意而縮減，店家的資訊負責範圍也因此擴張。

風險承擔範圍須經交易雙方合意，才有變更餘地，才能認為是絕對行為準則之合致而具有實質的法之適格。單方面擴張他人或縮減自己應承擔的風險範圍，即是在擴張自己主體地位的同時，也壓制了對方的主體性，因此在風險範圍的認定上並不具重要性，毋寧只能被評價為個人的恣意。不過須留意的是，單方面認知無法改變制度運作下已然成形的風險範圍，並不意謂其在何謂制度性社會交往模式的判斷上，也不具重要性。我們仍可能認為，當握有資訊者知道對方很想得知某一資訊，只要該資訊沒有過分不合理，握有資訊者也有將其提供的必要，而使得單方面認知亦有可能在風險承擔範圍本身的判斷上發生影響。

雖然制度僅作為擬制，交易雙方承擔起的風險範圍終究取決於實際互動下之合意，而使得後者似乎是原則，前者則是在後者無法被採取時才尋求的例外。然依本文觀點，制度仍不失為判斷風險承擔範圍的原則，因為有實際交往可能的雙方，仍通常是以普遍的社會交往模式進行互動，而使得被承擔的風險範圍大部分取決於制度，風險承擔範圍的合意，也大多是以制度運作下存留風險的擴張或減縮來理解。雙方合意決定彼此接受之風險，在大部分情況下，毋寧是雙方合意擴張或減縮彼此在制度中所承擔之風險。

第七項 以社會交往模式劃定財產權

本文於第三章第五節時，曾提及以具制度性地位的社會交往模式來劃定個人有權支配財產的範圍。在對何謂實質的法進行論述後，這邊也可以一併處理引進此



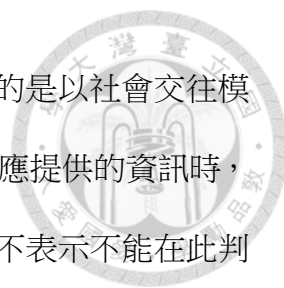
觀點判斷刑法上財產權範圍的正當性問題。

刑法上財產權的劃定，是對人可以隨自己意念任意支配財產的範圍的劃定，所牽涉到的，其實是不法與否的問題。若認為 A 是甲所能支配的財產，那麼乙違反甲意念對 A 進行支配的行為，就是不法，因為乙讓甲無法在自己的權利領域內隨自己的意念來支配事物；反之，若 A 是劃定給乙來支配，那麼乙任何對 A 所進行的支配，即使違反甲的意念，仍非不法。

社會中，個人如何支配外於己身的事物，其實存在著一套體制性觀點，人會依循該觀點來進行支配，也知道他人會依循同樣的觀點支配事物。個人對此支配方式所生的風險有所認識，也可認為其透過參與這樣的體制而承擔起該風險。依循制度觀點所進行的財產支配，對他人所創造的風險都是容許風險，並非不法，而未依照此觀點之財產支配，對他人所創造的風險則為非容許風險，為不法。因此我們可以認為，涉及不法與否的財產權劃定問題，其實就是依制度性社會交往模式來劃定個人對外於自己事物的可支配範圍。

證立了以社會交往觀點來對交易資訊負責範圍、交易資訊提供方式，以及刑法上財產權進行判斷後，更加確認了制度在詐欺罪判斷上的作用：一人只被允許以符合社會交往模式的方式為資訊提供，一人對外在事物的支配，也僅在社會交往模式所承認的範圍內受到保護。制度作為人們所設立絕對行為準則取得合致的具體展現，在交易領域中，也正是交易雙方權利領域合致之所在，確立了人們相互對待的界線，逾越這條界線，就是輸出法不容許風險，而否認對方的主體性。

第三節 對制度性社會交往模式的實然考察



完成上述的證立工作後，首先再次強調的是，本文所證立的是以社會交往模式來劃分交易雙方的資訊負責範圍，是以，在判斷一人在交易上應提供的資訊時，當然也僅以社會交往觀點作為唯一判準。然作為唯一的判準，並不表示不能在此判準下建立起其他判斷依據，增加其可操作性，並降低個案適用上的疑義。

在詐術判斷上具有正當性的社會交往觀點，劃定出應被觀察的實然範圍：那些實際上被交易參與者所踐行的資訊提供方式，而且被實踐的程度必須達到「制度」性地位，始有被引入的正當性。詐欺發生之處常生於交易所在之處，該當詐術與否的判斷，因此有賴於具有制度性地位的經濟交易實踐。

在此一個必須進一步思考的問題浮現了：一個廣泛被人們在經濟場域所踐行的制度，它具有什麼可供描述的特徵，讓我們可以更加掌握這個抽象的概念，好幫助我們判斷何謂詐術？本文以下將借助制度經濟學中對於經濟制度的相關論述，以進一步釐清此問題。

第一項 制度經濟學

制度經濟學作為經濟學的一門分支領域，不同於傳統經濟學將研究視角放置於個人身上，將人視為外於環境的獨立個體，其認為制度在人們所為的決策上扮演要角，而將研究重點擺在社會上由人們所形塑、卻也引導個人行動的制度，是如何與經濟活動相互影響¹⁴⁵。一般認為，新制度經濟學的濫觴是 Coase 於 1937 年的論文〈The Nature of the Firm〉，而與舊制度經濟學有所區隔。後者由 Veblen 於 1899 年出版的《The Theory of the Leisure Class》奠定基礎，其將經濟學研究視角由人本

¹⁴⁵ EIRIK G. FURUBOTN & RUDOLF RICHTER, INSTITUTIONS & ECONOMIC THEORY: THE CONTRIBUTION OF THE NEW INSTITUTIONAL ECONOMICS 1-2 (2d ed. 2005).



身轉向對制度層面的理解，並將制度視為個人或特定社群所普遍存在的文化與思想習慣，因此要研究現今制度之所以存在的理由，勢必要對歷史進行爬梳¹⁴⁶。

Coase 所引領的新制度經濟學與既往研究的主要差異在於，他提出了以往被經濟學家所忽略的「交易成本」概念，並以此說明制度對經濟活動的重要性¹⁴⁷。在他之後，又有 Williamson 及 North 分別在交易成本理論及制度變遷研究上，為制度經濟學作出重要貢獻。

不同於 Williamson 的研究主要承繼了 Coase，而將研究重點置於對各種交易成本的分析，以及交易成本如何影響人們的經濟行為，North 所處理的，則是制度本身會如何影響一國之經濟表現，因而有必要就制度的形成、變遷與作用提出一套解釋方法。雖然本文所欲處理的問題與 North 的核心關懷沒有直接關聯，然其對制度概念本身的討論，有助於在本文的脈絡下進一步掌握交易制度概念的意涵。以下論述將以 North 對制度本身的探討為骨幹，再輔以相關研究作為填充。

第二項 North 的制度理論

壹、制度的產生

要研究制度，首先必須先為它下個定義。何謂制度？它是一個社會中的遊戲規

¹⁴⁶ THORSTEIN VEBLÉN, *THE THEORY OF THE LEISURE CLASS: AN ECONOMIC STUDY OF INSTITUTIONS* 190-191 (1998).

¹⁴⁷ 在〈*The Nature of the Firm*〉一文中，Coase 指出企業的出現是為了降低交易成本，在〈*The Problem of Social Cost*〉中，Coase 則指出，若交易成本完全不存在，則不論一開始如何在個人間分配財產權，最終都能透過交易而獲致最有效率的分配結果，即分配給那些將財產權賦予最高價值之人。然這樣的結論也意謂著，存在交易成本的現實世界中，如何分配財產權會影響到資源配置效率，因此並不能輕忽對制度的設計。參見 Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4(16) *ECONOMICA* 386-405 (1937); Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS* 1-44 (1960).



則，是人為了約束彼此的行為而制定出的限制，以限縮個人能夠選擇的範圍¹⁴⁸。制度作為人際互動的規範與限制，可能以任何形式存在，包含正式的憲法、法律與經濟規則，亦包含非正式的傳統與習慣¹⁴⁹。但在一個多人並存的社會中，為何需要制度呢？

North 認為制度之所以產生，在於人為了減少人際互動中的不確定性，而此不確定性之所以會發生，在於人無法完全掌握他人的行為訊息，以及環境本身的複雜度¹⁵⁰。人之所以會採取特定行為的理由並不容易掌握，其主要是基於個人主觀動機及其對環境的詮釋。動機並不僅僅如傳統經濟學所預設的極大化財富，研究指出，還包含了利他心以及自我約束¹⁵¹。又由於人們所掌握的資訊是有限的，而且處理資訊的心智能力也是有限的，因此會建立起一套心智模型（**mental models**）以對所處環境進行詮釋。這套模型可能一部分與個人所處的文化、自身的經驗有關，但也有一部分是外於文化與經驗的，而使得掌握了相同資訊的不同人，會對該資訊有不同的解讀，而最終作成相異的決定¹⁵²。

環境的複雜度則反映於，當一人決定要進行交易前，必須先就與交易有關事物的特性進行衡量，要辨明這些特性所需要的訊息成本，是交易成本的根本來源¹⁵³。即使像買一顆蘋果，這種最簡單的交易形式，我都必須先評估水果攤上的蘋果，哪一顆的重量、顏色及可能的滋味是我想要的，而它又是否值得我拿這麼多錢去買。而且明顯存在的事實是，交易雙方所握有的與交易相關的資訊並不對等，人們可能

¹⁴⁸ Douglass C. North (著)，劉瑞華 (譯) (2017)，《制度、制度變遷與經濟成就》，頁 23-24，臺北：聯經。

¹⁴⁹ Douglass C. North, *Institutions*, 5(1) JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 97 (1991).

¹⁵⁰ Douglass C. North (著)，前揭註 148，頁 57-58。

¹⁵¹ Douglass C. North (著)，前揭註 148，頁 49-50。

¹⁵² Douglass C. North, *Institutions and Economic Theory*, 61(1) THE AMERICAN ECONOMIST 73 (2016).

¹⁵³ Douglass C. North (著)，前揭註 148，頁 64-65。



透過隱藏特定資訊或公開特定資訊而獲得利益¹⁵⁴。

人對他人行為掌握的困難度，以及現實環境上的複雜度，使得人們為了減少人際交往的不確定性，好讓各種交易能順暢進行，而建立起制度。但應留意的是，由複雜環境而生的交易成本雖賦予制度產生的動能，但制度作為一種個人間資源上的分配，亦會反過來決定交易成本。

North 對制度成因的理解，與本文對人身為絕對理性主體的預設並不相悖。在本文脈絡下，人作為擁有不受經驗所侷限的絕對理性主體，會無條件承認他人亦為絕對主體，並以這樣的認知在社會上行動。絕對理性一方面建立起非經驗性的應然訴求，要求人須將他人視為絕對主體來對待，另一方面，在感官接收到實然面向的因素後，會在實際的人際交往上具體踐行出一套無損於各自的絕對主體性、彼此間相互承認的交往原則。

具體言之，我經反思後，知道我應該要絕對的尊重人、把人當成另一個與我相同的個體來對待，但在真正進入人際交往前，我並不知道具體應該採取什麼方式來對待他人，我只知道他人會如同對待他自己般來待我，但我也並不知道他具體上是否真會如我所期望的一樣來與我相處。假設今天這樣的我跟他終於相遇了，而且是在一個獨木橋上，要走向相反的方向。我尊重對方，但我實際要採取的行動，必須評估我和他的時間成本、我和他的肢體協調性、他對我和他時間成本的評估、他對我和他肢體協調性的評估等等，這些訊息太複雜，若要等到彼此都完全處理好，可能兩人就要一直杵在那兒了。因此，我們可能透過肢體動作或是口頭同意，採取一個能夠讓兩人皆順利過橋的方式，可能是誰先後退，抑或是彼此都謹慎的側身而

¹⁵⁴ Douglass C. North (著)，前揭註 148，頁 65-66。



過。若這樣的共識是被多數人所採行，即成為制度。

由於他人行為訊息跟環境的複雜度，而使得制度有必要出現以作為人的絕對理性的具體實踐，將對他人亦身為絕對主體的尊重落實於現實世界中¹⁵⁵。

貳、制度的模樣

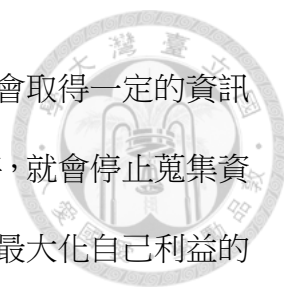
前面探討了交易制度的成因，這邊要觀察的，則是為了減少人際交往複雜性而生的制度的模樣。要勾勒出制度的模樣，勢必得先了解，形塑出制度的人，其本身模樣為何。在此，行為經濟學的研究可讓我們進一步了解，真實的個人到底會如何決策。

新古典經濟學對人的基本假設有三：一、人會最大化自己的效用；二、人具有一組穩定的偏好；三、人在各個市場中，會取得最適資訊量以作成決定¹⁵⁶。人們僅會考量與自身相關的實體利益，並採取行動以符合自己的最佳利益，而且在作決定前，人對所面對的各種選項，其偏好是一貫且穩定的，會滿足遞移律（transitivity axiom）、反身律（reflexive axiom）與完整性（completeness axiom）¹⁵⁷。人們進行選擇的方式，是藉由自身利益與穩定偏好所建立起的效用函數：當函數數值愈高，人就會愈偏好這個選項。由於作成決定有賴於對相關資訊的掌握，不論是資訊的取

¹⁵⁵ 即使認為制度的產生與人的絕對理性相悖，人只是為了追求自己利益的最大化而願意與他人合作、建立制度，也無損於本文以制度來判斷刑法上風險容許與否的正當性。理由在於，制度真正產生的原因在本文中其實並不重要，重點是既有制度運作所生的風險被人們認識與接受，且人們透過踐行制度運行模式展現出對他人主體性的尊重。

¹⁵⁶ GARY S. BECKER, THE ECONOMIC APPROACH TO HUMAN BEHAVIOR 14 (1976).

¹⁵⁷ 當存在 A、B、C 三組選項時，若一人偏好 A 勝於 B，偏好 B 勝於 C，那麼他也會偏好 A 勝於 C，這是遞移律。反身律所指的，是一人對任一選項的偏好都不會小於該偏好本身。完整性，則意指任兩種選項都能比較，一人不是偏好 A 勝於 B、不是偏好 B 勝於 A，就是認為 A 與 B 一樣好。參見陳恭平（2009），〈人非聖賢：簡介行為經濟學〉，《人文與社會科學簡訊》，10 卷 4 期，頁 18；JAN DE JONGE, RETHINKING RATIONAL CHOICE THEORY – A COMPANION ON RATIONAL AND MORAL ACTION 10-11 (2012).



得還是處理，都需要耗費相當成本，一個追求利益最大者因此只會取得一定的資訊量，當再額外取得與處理資訊的成本會大於因此所獲得的利益時，就會停止蒐集資訊¹⁵⁸。這些基本假設所刻畫出的人類圖像，是會採取最適手段以最大化自己利益的「理性」¹⁵⁹（rational）個體。

然而心理學與認知科學所累積的研究成果，卻動搖了這些在形式上看似完美的假設。將這些研究成果納入個人經濟決策的分析，而發展出的研究領域，為行為經濟學（Behavioral Law and Economics）。

行為經濟學中對個人圖像的描繪，是有限理性（bounded rationality）、有限意志力（bounded willpower），以及有限自利（bounded self-interest）¹⁶⁰。有限理性意指人們的認知能力並非傳統上所認為的那般完美無暇，因此對事物的判斷與實際上進行選擇的結果，會與奠基於理性經濟人假設所預測出的人類行為存在不小落差¹⁶¹。

在判斷過程中，人們會依據經驗法則，認為容易被回想起的事件存在著較高的發生機率。然而容易想到，不一定能代表該事件發生的機率就比較高¹⁶²。人們也容易立足於一個跟選擇本身並不具關聯性的出發點，該出發點無形中會影響判斷過程，進而在最後作成的決定上發生作用¹⁶³。

¹⁵⁸ *Id.* at 9.

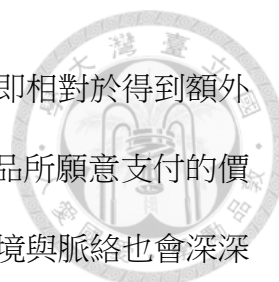
¹⁵⁹ 此處的理性（rational）不同於前面 Kant 的絕對理性，是一種用於計算以採取會最大化自己利益的行動的工具式理性（instrumental rationality），由此作成的決定會被稱為理性選擇（rational choice）。

¹⁶⁰ Christine Jolls et al., *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50(5) STAN. L. REV. 1476-1477 (1998).

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² 容易回想起的事件當然也有可能是由於其較常發生，但也不能排除事件本身讓人印象深刻、事件才發生不久等原因，也會讓我們容易想起它，進而產生它很普遍的錯覺。參見 Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185(4157) SCIENCE 1127-1128 (1974).

¹⁶³ 例如要求受試者估計聯合國中非洲國家所佔比例，並同時在其面前轉動輪盤以決定 0 到 100 之間的數字。決定好數字後，受試者先被要求指出所估計的比例是高於或低於該數字，再精確指出比



而在作決定上，則存在著稟賦效應（*endowment effect*），亦即相對於得到額外的東西，人們更不希望失去既有的東西，自己為了得到一樣物品所願意支付的價錢，會低於自己已擁有該物品時所願意出售的金額¹⁶⁴。此外，情境與脈絡也會深深影響一決定之作成，人們傾向於選擇在多個方案中看起來較為折衷的方案（*compromise effects*），且當存在另一個類似卻明顯較差的選項時，人們容易選擇這個能被比較出來是較好的選項，而忽略其他可能（*contrast effects*）¹⁶⁵。人用來處理外界資訊並產生決策的框架（*decision frame*），極為容易被資訊提供者所形塑¹⁶⁶。

上述對人的有限理性的勾勒，直指傳統經濟學對人存在穩定偏好的假設，可能過分簡化了人在進行判斷與決策時的複雜程度，人的認知能力並無法精準預測與評估所有可能發生的事物，並有條不紊的予以排序¹⁶⁷，使得依據穩定偏好而建立起的效用函數，也與實際的選擇模式存在不小出入。

有限意志力的意涵，則是人們即使知道自己現在若採取某一行動，可能會與其長遠的利益有所衝突，仍很有可能會如此行動¹⁶⁸。例如減肥永遠是明天的事，準備考試永遠是考試前一天的事。即使立下明確目標，知道怎麼做對自己最好，結果卻

例是高於還是低於該數字多少。實驗指出，當轉盤決定的數字是 10，所估計比例的中位數是 25，然而若被決定的數字是 65，則估計比例的中位數高達 45。參見 *Id.*

¹⁶⁴ Daniel Kahneman et al., *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, 98(6) JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 1325-1348 (1990).

¹⁶⁵ 例如敘述一段行為人犯罪的情境，受試者傾向選擇嚴重程度處於中間的犯罪，又在給出可能的刑罰選項時，當其中的兩個選項有一種明顯較另一種來得差時，人們會由於明顯較差選項的存在，而被引導至選擇相對較好的選項。參見 Mark Kelman et al., *Context-Dependence in Legal Decision Making*, 25(2) THE JOURNAL OF LEGAL STUDIES 287-318(1996).

¹⁶⁶ 觀察到框架效應的經典實驗是，對於能讓人免於因疾病而死的不同方案，若以救活人數來表述，人會傾向於趨避風險，選擇能確定救活一定人數的方案，而非以機率表現但期望值相同的另一個選項。然而，若以死亡人數來表述，人會較偏好風險，而選擇以機率表現但期望值與確定死亡人數相同的方案。以救活與死亡不同的表述方式，竟會讓人們傾向選擇不同的方案。參見 Amos Tversky & Daniel Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, 211(4481) SCIENCE 453 (1981)；Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Choices, Values, and Frames*, 39(4) AMERICAN PSYCHOLOGIST 343-344 (1984).

¹⁶⁷ DAVID M. KREPS, A COURSE IN MICROECONOMIC THEORY 745 (1990).

¹⁶⁸ Jolls et al., *supra* note 160, at 1479.



常常讓人失望，人在追求自己效用最大化的路上，跌倒是常態。不過有趣的是，人們也深知自己意志力的有限，而會採取行動以減少傷害，例如在節食時會盡量遠離甜點¹⁶⁹。

有限自利，作為對新古典經濟學人類基本假設的最大修正，指出人不只在乎與追求實體上有利於自己的事物，也會在意他人的利益與公平性，人們不但希望自己被公平對待，也希望自己可以公平對待他人¹⁷⁰。遭遇他人不公平對待時，人們傾向於願意付上經濟代價給予對方懲罰¹⁷¹，而遇到那些對自己友善的人時，也願意犧牲自己的經濟利益，而且不論對方是否與自己熟識¹⁷²。此外，個人聲譽與自己希望成為的模樣，也會影響被作出的決定¹⁷³。人並非全然自利的存在，其作成決定的考量超出自己的實體利益，也包含別人的利益、別人為特定行為的動機，以及自己所重視的無形價值¹⁷⁴。

¹⁶⁹ *Id.*

¹⁷⁰ *Id.* 關於人作決定時會將他人納入考量的研究極為繁多，相關整理參見 Ernst Fehr, Klaus M. Schmidt, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism- Experimental Evidence and New Theories*, in HANDBOOK OF THE ECONOMICS OF GIVING, ALTRUISM AND RECIPROCITY 621-628 (S. C. Kolm & J. M. Ythier eds., 2006).

¹⁷¹ 早期知名的針對人們是否在乎公平的實驗，名為最後通牒賽局 (ultimatum game)，一方被分配到金錢，並可以決定要分多少錢給另一方，若對方接受，兩人可以得到分得的金錢，但若對方不接受，兩人皆沒錢可拿。若人是完全理性的，分配者會盡可能把最少錢分給對方，而對方不論收到多少，應該也都願意接受，因為聊勝於無。然實驗結果並非如此，當對方收到的錢少於分配者所有的20%時，他會拒絕接受，等於是自己原本所能獲得的經濟利益來懲罰對方，而分配金錢的一方似乎也深知這點，通常會提供40-50%的金錢給對方。參見 Werner Güth et al., *An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining*, 3(4) JOURNAL OF ECONOMIC BEHAVIOR & ORGANIZATION 367-385 (1982).

¹⁷² 相關研究指出，人們並非全然利己或全然利他，而是會依據對方的選擇對自己較有利或不利，來判斷對方對自己是善意還是惡意，進而決定要採取對於對方較有利或不利的選項，人們傾向於不是善善相報，就是惡惡相待。雖然對公平性的追求，可能隨著為追求公平所犧牲的利益愈大而愈不顯著，然而人們願意付出很大的代價追求公平，且大部分發生的經濟互動所涉及的報酬並不大，而使得人們對公平性的考量在現實世界中不容忽視。參見 Matthew Rabin, *Incorporating Fairness into Game Theory and Economics*, 83(5) THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 1281-1284 (1993).

¹⁷³ Jolls et al., *supra* note 160, at 1494.

¹⁷⁴ 在此可以探討的是，本文曾在幾處採取對人決策模式的假設進行論述，那些假設是否與行為經濟學的觀點抵觸？本文在論述交換價值是以使用價值來填充時，似乎是建立於人在進行買賣交易時，僅會考量一物能為自己帶來的利益有多少。有限自利指出，人在交易時不只考量此因素，還會包含他人利益與其他無形價值，不過這僅意謂主觀使用價值不是交換價值的決定性因素，交換價值的決定還有可能基於其他考量，這並無法排除使用價值仍可作為交換價值的重要內涵。而在評析學者林幹人所提出的主觀意思自由喪失錯誤說，以及討論在本文脈絡下，陷於錯誤是否包涵仍有懷疑時，則是基於作決定的主觀利益大於主觀不利益時，人會作成特定決定。此見解也未與行為經濟學



在新古典經濟學的假設下，可能會認為制度的運作會趨向於效率。制度作為被人們所廣泛採取的交往模式，趨利避害的人們會運用其工具理性，盡可能以最小成本最大化個人利益，要判斷何謂制度，也因此是以自居理性經濟人的個體，透過成本效益分析來判斷到底怎樣的交易安排，是比較「聰明」且「合理」的，而會被大多數人所踐行。

人所作成的交易決定，只會立基於一定資訊量，當額外取得與處理資訊的成本會大於因此所獲得的利益時，就會停止取得資訊。對此有所認識的資訊握有者，知道當他提供超過一定資訊量時，並不會影響對方交易與否的決定，不過在提供到一定資訊量前，他每多提供一項資訊，會吸引更多潛在交易者為交易。然而當其多提供一項交易資訊時，所需要額外付出的成本也愈多，因為資訊會變得愈來愈細節，而使資訊握有者在確認與提供資訊時，需要耗費更多心力與時間。資訊握有者因此也只願意提供一定量的資訊，當額外提供資訊所獲得的交易利益不再高於所費成本時，他就會停止資訊提供。

至於資訊接收者，也會將資訊提供者只願意提供一定量的資訊納入資訊取得成本中，而使得超出一定量的資訊取得成本會很高，雖然本來每多取得一項資訊，就會由於增加資訊處理的負擔而需花費更多成本。不過當其多獲取一項資訊後，所獲得的利益也愈多，畢竟掌握愈多交易資訊，愈能精準作出有利的決定。當額外接收資訊所獲得的交易利益不再高於所花成本時，他就會停止資訊接收。資訊提供者與接收者基於對自己利益與對方行為的預期，所產生的最適資訊量合致之所在，即為日常交易中會被提供的交易資訊。那些看起來奇怪的、不符合此運作邏輯的資訊提供，則不會成為制度，例如蘋果人工果蠟的成分，不論對交易哪一方而言，都不

相悖。有限理性與有限自利僅指出，人的主觀利益與不利益，容易受到外界形塑，而不存在穩定的偏好，且其內涵不只包含跟自己相關的實體經濟利益，亦及於其他考量。



會落於值得提供或接收的資訊範圍裡。

人既然是以有限理性、有限意志力與有限自利的方式在作選擇，並進行人際間互動，那麼，由這樣的個人所組成的社會中，那些被一貫踐行的體制，就很難認為一定會趨向於效率，人在決定提供與接收的資訊時，並非不受情境影響，也不只考量自己的實體利益。有些制度可能乍看與效率並不相悖，但並非要符合效率，才能被認為是制度。

然本文欲進一步指出，提出經濟理性與效率的概念，並非指出一種對制度的可能描繪方式，只是制度剛好不能完全以這種方式描述罷了。認為制度可能符合效率但也不一定符合效率，正如同說出大象可能是象牙但也不一定是象牙，象牙作為大象的一部分，不可能反過來定義大象。使用大象與象牙的比喻，意謂本文立場並非完全拒斥新古典經濟學對人的假設，新古典經濟學並非錯誤的，但行為經濟學也並非正確的，本文對人的基本模樣的想像，並非停留在既有的研究結果上，後者的引用不過是讓更多的真實存在態樣被正視，使得本就存在的人類多樣面貌得以在被建構的理論中並存。

即使行為經濟學所提出的眾多實驗結果，可被理解為對理性經濟人假設的有力質疑，然卻也無法排除其能作為個人經濟理性更深層的展現，而得以強化並擴展理性的意義。支撐有限理性概念之一的稟賦效應，可能只是反映出人要把已經擁有的東西賣出，本來就要比購入新東西還要花上更多成本，因為賣出特定物品後，還要花成本去適應沒有該物品、尋找替代品或購入新物品的生活。此外，物品所帶來的利益並非持續不變，而會隨時間產生變化，當擁有一樣東西愈久，因為習慣使用之，所有者從中可能獲取的利益也愈大，失去它所造成的損害也會愈大，而需要更



高的金額才能填補¹⁷⁵。

至於支持有限自利的論據指出，人們不只在意與自身相關的實體利益，也會考量到他人與公平性。然而，善待對自己好的人，懲罰對自己不好的人，即使表面上看似對自己所能獲取的實體利益造成損失，卻也可能有助於自身利益的獲取。由生物演化觀點觀之，在同一環境下，平均適應力較好的群體，由於能繁衍更多持有該團體基因的後代，而會逐漸淘汰適應力較差者，而能在環境中持續生存。利他行為在演化上的意義，是個體降低自己的適應力，以增強群體內他人的適應力。採取利他行為者乍看下似乎有損失，但只要該行為對群體適應力的貢獻大於自己適應能力的受損，此行為仍有助於個人所處群體與他群體的競爭與延續¹⁷⁶。雖然當接受利他行為的對象與自己有血緣關係，且必須與他群體在特定環境中競爭時，才使得利他行為有必要作為生存機制，然現今人們仍延續了此行為機制，依然會下意識的將利他行為當成彼此間互惠的手段¹⁷⁷。以表面上的經濟利益回饋對自己友善的人，可能也不過是透過相互的善待行為而從中獲利。

而報復行為看似不理性，因為既然他人對自己的傷害已然造成，若再對其採取任何行動，不過是徒然增加自己的成本而已。然不能忽略的是，若人們真的這麼「理性」，而對既有的損失不再計較，這些個體似乎也成了容易被他人侵犯的對象，因為對其進行攻擊並不需花費太多代價。如此一來，對侵犯自己的人採取報復手段，似乎才是合理的，這樣不但增加了他人心懷不軌的成本，也同時提升了自己的生存機會¹⁷⁸。在最後通牒賽局中，對方願意提供的金額過少，由於可能被解讀為對自己的不尊重或虧待，犧牲經濟代價予以懲罰的行為，也不過是個人維繫生存的自

¹⁷⁵ Richard A. Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, 50(5) STAN. L. REV. 1565-1567 (1998).

¹⁷⁶ Herbert A. Simon, *Altruism and Economics*, 83(2) THE AMERICAN ECONOMIC REVIEW 156 (1993).

¹⁷⁷ Posner, *supra* note 175, at 1561-1562.

¹⁷⁸ *Id.* at 1562-1563.



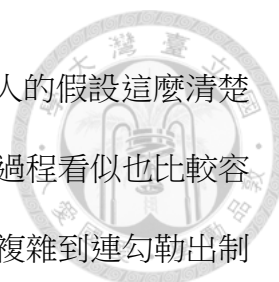
我保護¹⁷⁹。

透過自封為理性存在者對成本與利益內涵的修正，理性經濟人也能繼續有立足之地，那麼行為經濟學研究在本文的引入，似乎也能夠不僅止於其研究結果本身，而得被本文觀點所用。本文深知自己無法透過自身反思就知道我所認為的人跟他人所認為的人是否一樣，也深知自己所看見的人跟他人所看見的人不一定一樣，因此人類本身模樣到底為何，本文並沒有定論，或者所下的定論即是：人的模樣就只能是人的模樣。心理學對人類認知與行為研究的羅列，不過是一個指向人類無法被網羅與定義的樣貌的契機，當現有研究仍持續進行，且依然保有廣泛的詮釋空間時，我們或許可以更堅定的認為，大象就是大象，不是扇子、管子、柱子或繩子。

既然本文立場是不對人的模樣下定義，而只能由人的模樣來定義其自身，那在建構實質不法所採取的人身為自由主體的實然預設，是否與此立場有矛盾？既然本文無法透過反思與觀察獲得人就是如何的任何結論，又為何能認為所有人皆有能力設定與踐行絕對行為準則，以體現對自己與他人同為主體的尊重？自由人預設的採取，因此只作為讓本文核心立場有機會被貫徹的策略性理念，在人身為自由主體的預設下，制度性社會交往模式的實然觀點被引入，因此有機會讓人的真實模樣在刑法運作下仍然被保留，而不被過於輕易的推斷。亦即，本文基於人的模樣不應被輕易定義的應然理念，選擇「看見」會相互尊重的個人，而使得自己所採的觀點得以被貫徹於刑法中¹⁸⁰。

¹⁷⁹ *Id.* at 1564.

¹⁸⁰ 雖然自由人的基本預設，能夠貫徹本文的核心理念，不過即使以效益作為刑法核心典範，也不盡然會讓人無法被定義的模樣，俯伏於外於個人的損益衡量之中。社會總體利益大於不利益的認定其實很模糊，一事物所帶給人的快樂或不快樂是主觀的，一人的愉悅狀態可能是另一人所憎惡的，反之亦然，而且主觀感受在個體間也會有程度上的差異，多數人都享有的一點愉悅，不一定勝過少數人才有的極度痛苦，很難拿一把客觀的量尺去細細衡量各種感受加總起來是否真的利大於弊。因此在下判斷時，很有可能僅是出於單一個人的直覺，僅從個人有限的角度去推測他人也會如同自己一樣因著一事態而感到快樂或不快樂，並以此為基礎評估利害得失。本文所採立場，也可能透過損



這邊存在一個可能的質疑是，既然新古典經濟學對理性個人的假設這麼清楚明瞭，人的決策模式可以透過一套原則而獲得解釋，人們的互動過程看似也比較容易掌握，為何要「捨近求遠」，採取一個如此複雜的觀點，甚至複雜到連勾勒出制度的基本輪廓都成了一項艱鉅的挑戰？本文以為，對理性個人的觀察也蘊含對個人是理性的想像，人就是如此的認知，是對人應當如此的投射，一現象到底是為求公平還是為求生存，取決於認為人應該會追求公平或是生存。本文既然不認為人就應當如何，自然也無法接受為求解釋與預測能力而發展出的模型，本文所觀察到的現實也與單由經濟理性個體¹⁸¹所構築的世界並不相符：人不僅在現實世界中努力求生，也同時在精神世界中盡力獲得完整，人一邊侍奉維繫自己生存的條件，卻也一邊信仰無形價值以獲得精神上的成全。能簡單明瞭的掌握人是什麼與制度會是什麼，當然有其判斷上的優點，然這對本文而言，是較為明確、但也更不正確的答案。

如果認為象牙是好的，我們或許可以緊抱象牙不放，那些看起來、摸起來不同於象牙的部分，則把它們想辦法變成象牙。但若想了解的是整頭大象，我們則有必要放下任何正擁抱著的部分，繼續摸索。對制度模樣的實然考察，只能是持續在制

益衡量的有限而獲得貫徹，正由於得與失在認定上的模糊，而使得人的多元性也可能因此被保留，我表面上透過對他人造成不利益而得到的利益，也許並非真的利益，他人為了我的快樂而不快樂，也或許並非真的那麼不快樂，在以效益為核心典範的刑法中具有正當性的利大於弊的事態，並無法被輕易斷定。例如註 73 中，有學說認為過於誇張而一般人不會發生錯誤的欺騙，在刑法上沒有必要限制之，這是採取損益衡量觀點來判斷詐騙行為是否輸出法不容許風險。然而對誇張的詐騙進行限制，也可能符合大多數人的利益，畢竟消費者還是期待自己所獲得的資訊跟商品與實際情形愈接近愈好，不但能減少自己的購買慾被挑起，也有助於買到自己真正需要的商品。但如此一來對消費者是否真的更好，其實也不一定，因為誇張的廣告雖然有時會促使我們買進不需要的東西而造成困擾，但也會賦予我們更多體驗不同商品的樂趣。而即使採取人身為自由主體的觀點，並引進制度性社會交往模式，亦可能由於在制度的認定上輕易的進行損益衡量，而與本文對人的模樣的基本立場有違。以自由或效益作為刑法典範，沒有誰對誰錯的問題，重點是這些典範能否為自己所用，而彰顯出屬於自己的真實。關於將效益主義運用於法學的批評，可參見 Richard A. Posner, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 8(1) THE JOURNAL OF LEGAL STUDIES 111-119 (1979).

¹⁸¹ 經濟學家 Richard Thaler 立基於心理學對人類決策的研究，認為未來經濟學所研究的人，會從以往所預設的理性經濟人，逐漸變為真正的人類，其中的轉變可能包含智力退化、學習力變弱、認知能力下降與更情緒化等等，而且個體間也會存在差異。參見 Richard H. Thaler, *From Homo Economicus to Homo Sapiens*, 14(1) JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 134-140 (2000).

度當中的穿梭探求。



參、非正式制度與正式制度

釐清了制度與效率的關係，本文要再回到 North 關於制度的描述：制度可能以任何形式存在，包含正式的憲法、法律與經濟規則，也可能存在於那些非正式的傳統與習慣。以下先談非正式制度，再提正式制度，並思考兩者的關係為何，它們如何共同塑造社會中人們所廣泛踐行的行為模式。

非正式制度，是那些來自於社會所傳遞的訊息，代代傳承而成為我們文化的一部分¹⁸²。依照 Boyd 與 Richerson 的定義，文化是透過教育與模仿，從上一代傳至下一代的知識、價值和其他影響行為的因素¹⁸³。文化提供我們一套詮釋環境的框架，讓人們能依循過去的方式來解決問題與作出決定¹⁸⁴。非正式制度雖然很難明確描繪出它的輪廓，很難具體說出它就是什麼，但卻無可否認的深深影響著人們對待彼此的方式，影響力甚至不亞於成文化的法規規則。人類學研究讓我們認識到，在國家與正式制度發展出來已先，原始的人類部落即有一套行為應遵守的準則，據此界定各種情況下被允許的行為，以化解或減少衝突¹⁸⁵。

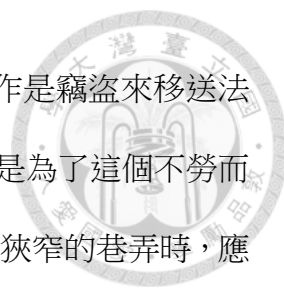
非正式制度在現代社會中也佔據要角，我們都會同意，雖然法律明確界定出人與人間的權利義務關係，但生活上大部分的相處模式與協調過程，卻並非由法律來

¹⁸² Douglass C. North (著)，前揭註 148，頁 76。

¹⁸³ ROBERT BOYD & PETER J. RICHERSON, *CULTURE AND THE EVOLUTIONARY PROCESS 2* (1985). 另有研究者將會影響經濟結果的文化定義為種族、宗教和社會群體代代傳承的習慣性信念與價值，參見 Luigi Guiso et al., *Does Culture Affect Economic Outcomes?* 20(2) *JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES* 23 (2006).

¹⁸⁴ Arthur T. Denzau & Douglass C. North, *Shared Mental Models: Ideologies and Institutions*, 47(1) *KYKLOS* 3-4、12-13 (1994).

¹⁸⁵ ELIZABETH COLSON, *TRADITION AND CONTRACT: THE PROBLEM OF ORDER* 51-53 (1974).



引導。例如我把家中的馬克杯拿到宿舍使用，並不會被我媽當作是竊盜來移送法辦；鄰居家的攀藤植物蔓延到自家庭院裡，我可能會跟他溝通或是為了這個不勞而獲而沾沾自喜。即使彼此互不相識，我亦知道當對方車輛正駛進狹窄的巷弄時，應該先緊貼在路旁讓車通過，而非以肉身緊逼著車要它後退。

正式制度相較於非正式制度，它的外沿是相對清楚的。它呈現階層式的分布，由一般化的規定到具體、個別化的限制，從憲法、法律，再到經濟規則，而法院判決也屬於正式制度的一環。正式制度決定了社會的權利結構，人們可以依據自己的偏好，在此結構中進行互動與經濟交換¹⁸⁶。正式制度的制定並無法外於政治體制運作來理解¹⁸⁷，明顯存在的情形是，制定者不只考量社會整體利益的大小，也在意交易中弱勢者的保護，而且訂定正式制度的過程是複雜的，涉及各個利益團體間的遊說、交換、結盟，以及訂定規範者的政治策略。

非正式制度是社會中那些自發產生而成為文化的不成文行動準則，其與為了特定目的而被訂定的正式制度，共同作為人們在人際交往上的具體實踐¹⁸⁸，既塑造個人對他人行動的期待，亦作為個人採取行動的限制。然這兩者並非各自獨立，而有可能互相影響，相互形塑出彼此的樣貌¹⁸⁹。一個容易想像的情況是，由於人認知能力的有限與世上事態的複雜度，正式制度不可能被鉅細靡遺的訂定，法律除了可能明文要求非正式制度填補其不足¹⁹⁰，在法律漏未規定之處，人們亦可能自行訴諸

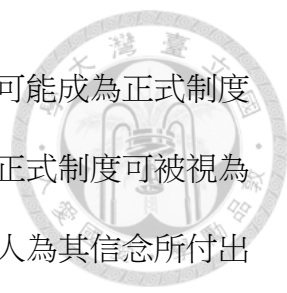
¹⁸⁶ Douglass C. North (著)，前揭註 148，頁 93。

¹⁸⁷ Douglass C. North (著)，前揭註 148，頁 99-100。

¹⁸⁸ 制度研究者認為制度的兩種不同形式，即為正式與非正式制度，前者是人為了特定目的而塑造出來，後者則是自然而然產生的。參見 James S. Coleman, *Constructed Organization: First Principles*, 7 JOURNAL OF LAW, ECONOMICS, AND ORGANIZATION 7-8 (1991); Oliver E. Williamson, *Economic Institutions: Spontaneous and Intentional Governance*, 7 JOURNAL OF LAW, ECONOMICS, AND ORGANIZATION 159-160 (1991).

¹⁸⁹ Luigi Guiso et al., *Corporate Culture, Societal Culture, and Institutions*, 105(5) AMERICAN ECONOMIC REVIEW 336-337 (2015).

¹⁹⁰ 例如民法上規範相鄰關係的條文（例如第 776、781、784 條），會以習慣作為權利義務關係的劃定標準，民法第 1 條亦明文規定以習慣作為民法所未規定者的補充。



於非正式制度來劃定人際界線。一社會所擁抱的文化價值，除了可能成為正式制度的一部分、補充其不足，亦可能影響被建立起的正式制度，使得正式制度可被視為文化價值的具體展現。而正式制度作為社會權利結構，會改變個人為其信念所付出的代價，因而影響人們對非正式制度的採行¹⁹¹。與該權利結構沒有明顯悖離的文化價值，由於只需付上較小代價就能被實踐，而較容易存續。正式與非正式制度的影響並非單向¹⁹²，而使得在不同情形下被廣泛採取的行動，可能是由多種不同的正式與非正式制度共同交織而成，錯綜影響著個人在社會上被允許與期待的行動範圍。

第四節 小結


本文嘗試回歸實質不法的意涵，並引入具有制度性地位的社會交往模式，作為判斷詐欺罪風險容許與否的標準。社會交往觀點劃定了一人的資訊負責範圍，也決定資訊被提供的方式。一人在自己的資訊負責範圍內，有義務提供在社會意義下正確的資訊，若錯誤提供或未提供該資訊，即是向交易對方輸出法不容許風險。

至於社會交往觀點是否有任何可供描述的特徵？由於人的模樣並無法被完全掌握，因此無法從人是什麼樣子，推敲出制度是什麼樣子。而且人既是個別存在的人，也是社會中的人，無形的文化與有形的規定不只影響我們，也藉由我們而相互影響。

我們因此無法完全肯定的直指某一種人際間的相互對待模式，就具有制度性

¹⁹¹ Douglass C. North (著)，前揭註 148，頁 87。

¹⁹² 研究上的具體例子如，當人們間信任感很強時，對於規範他人不得採取不利於社會之行為的需求很小，在低密度的規範下，人們也持續保有對彼此的信任；然而當信任感很弱時，對於規範的需求升高，且在高密度的規範下，人們也持續不信任彼此。其他關於文化與正式制度交互影響的實證研究，參見 Alberto Alesina & Paola Giuliano, *Culture and Institutions*, 53(4) JOURNAL OF ECONOMIC LITERATURE 928-938 (2015).



地位。然而認知到掌握制度的不容易，並不只構成侷限，亦不失為一種契機，因為我們知道制度不會只是法律，不會只是文化，也更不可能單單出於個人對人的模樣的主觀想像，當嘗試把既有對制度的觀察框架挪去，而全然置身於制度中，也許會獲致嶄新的理解。

引入社會交往模式的正當性，來自其被廣泛踐行且得作為人們相互承認彼此主體性的特徵，唯有實際上被大多數人所採取，才能認為制度中存留的風險明確到能被參與者認識與承擔，也唯有當維繫個人生存的具體條件被確保時，才能將該相互對待模式視為絕對行為準則的具體化，而具有法之適格。本文其實已可在此作結，畢竟制度的定義，取決於每個身處當中人們的持續探求，本文僅是賦予願意在制度中穿梭的動能，對任何制度樣貌的指稱，都可能削弱此動能。

不過邏輯上，本文所引入的制度性觀點，不只在刑法上需具備正當性，其可操作性也必須被檢驗，因為能在實際案例中進行判斷，是任何判準被提出與證立的理由。為了使本文與此邏輯相符，避免那些對既有實務學說觀點反省的書寫，成為不明所以的賣弄，以下仍試圖將社會交往模式於實務案例中具體化。不過這些具體運用有無道理，有賴於持續不斷的檢視與反思，比起全然的同意或批評，本文所追求的毋寧是更多的懷疑。

第六章 詐術概念的具體運用



詐術，是違反制度性社會交往模式的資訊提供或未提供，而因此向對方輸出法不容許風險。社會交往觀點，劃定了參與者在交易中的資訊負責範圍，亦同時決定參與者願意承擔的風險範圍，並會由於當下具體情境的不同，而存在靈活多變的樣貌。行為人單方面對外界事態的主觀認知，亦可能在制度的判斷上具有重要性，而影響所輸出風險是否被容許。

以下將本文所引入的社會交往觀點，具體運用於第二章有關詐欺行為的實務案例。雖不特別論及，仍應留意在任何交易中雙方之合意，會變更雙方各自承擔的風險範圍。案例運用僅作為具體化抽象判準的嘗試，本文提出之想法，僅是眾多可能思考方向的一種，並不具任何支配力。

第一節 僅立基於一個或少數幾個特定資訊的交易

許多實務案例中，被害人所作成的財產處分，僅是立基於一個或少數幾個特定資訊，而在現行交易制度下，多是由握有資訊的一方來提供，另一方也通常不會被要求要對被提供的資訊進行查證。例如，主動提議幫忙對方變賣財物、舉辦活動或投資，或是告知某種公益目的以募款，這些位於資訊提供者資訊負責範圍的資訊，應被正確的提供。

在借款的例子，欲借款者為了取得他人信任，會在交涉過程中一方面提供與還款能力相關的資訊，另一方面取得對方借款所立基的資訊。那些為了取得借款機會而被提供的資訊，例如從事職業、家世背景、會在短期內還款，甚至是愛情等等，



從社會交往觀點看來，可能是由於其與還款能力與意願息息相關，亦可能是由於主觀認知到對方會立基於這些資訊而決定是否出借款項，而落於借款者的資訊負責範圍。錯誤的提供或未提供之，該當詐術。

社會交往模式不只劃定資訊負責範圍，也決定資訊提供方式，資訊須以在社會意義下正確的方式提供，不限於透過言語所傳遞看來可驗證真偽的事實，也包含不可被驗證的宣稱與行為。即使資訊本身乍看並非錯誤，或其看起來無法被驗證而不能被認為是錯誤，也可能由於其在社會觀點下的意義與實際情形不符，而成為不被允許的錯誤資訊提供。

曾發生的案例是，行為人稱家中經營某企業，卻由於該企業與廣為人知的另一間大企業的閩南語發音相同，使他人對其身分發生誤認而出借金錢¹⁹³。即使行為人所提供的資訊就事實觀點並非錯誤，不同的中文字也會有相同的閩南語發音，然資訊的意義是從社會觀點來理解，以與另一間大企業聽起來相同的名稱來稱呼自家企業，即是錯誤的資訊提供。

實務上亦存在購買宗教相關物品時，由於認為自己買貴了，而指稱對方實施詐術的案例。例如甲經營佛教飾品店，由於發現乙對自己所賣的玉器有高度興趣，便告訴乙該玉器價值二萬元，乙由於非常喜歡而欣然購入，殊不知前一天甲才以一萬元將相同的玉器出售給丙。本例中，甲對乙是否有錯誤資訊提供，取決於玉器價格的社會意義。一般而言，當物品涉及宗教時，其價格有一定程度可能取決於交易當下消費者的喜好，畢竟宗教物品並非單單被拿來使用，尚具有鑑賞、珍藏，甚至淨化靈性的功用，被賦予的價值對不同人而言可能大不相同。若佛教玉器價格的意義在此，甲也的確是以與此意義相符的方式來訂定價格，那二萬元並非錯誤資訊，乙

¹⁹³ 臺灣高雄地方法院 103 年度易字第 549 號刑事判決。



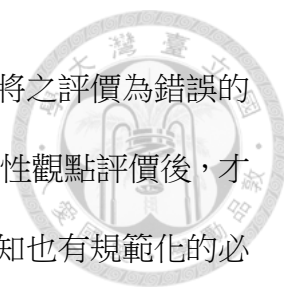
即使認為自己買貴了，也不影響甲並未施詐。然而，若今天所賣出的商品自社會觀點看來，存在公定價格而不會任意提高售價，那麼甲由於看乙喜歡而開出高於公定行情之售價，即屬提供錯誤資訊。

與宗教相關的案例，還包括行為人告訴被害人其會採取一定方式幫忙消災解厄，例如舉行特定法事，若其未真正從事該行為，是錯誤提供資訊。不過即使行為人僅向被害人宣稱其擁有特定法力，表面上並未提供可被驗證的事實資訊¹⁹⁴，依本文之見，仍有可能該當詐術。因為在社會意義下，擁有特定法力者是透過某種方式為他人改運或消除業障，若行為人沒有採取一定手段解決被害人之問題，被提供的資訊仍為錯誤。然而，若行為人的確採取了一些方法，卻無法達到對方所預期的效果時，則會由於其所提供以超自然力量來解決問題的資訊，從主流的社會觀點看來，本就不會是每次都能靈驗的手段，真有改善會被視為奇蹟，若無改變也不會覺得有特別奇怪之處，故即使宗教行為無法達成特定效果，也不應認為該當詐術。

此外，到餐廳點餐與到加油站加油等行為，雖沒有以口頭傳達跟給付商品款項的能力與意願相關之資訊，然點餐與加油等行動的社會意義，皆是向交易對象表達自己有付款的能力與意願，若一開始就不打算支付對價，亦為提供錯誤資訊。

應留意的是，單方面主觀認知不只可能會在資訊負責範圍上發生作用，也可能影響資訊正確與否的判斷。因企業名稱發生誤認的例子中，若行為人是以書寫中文字向對方傳達自家企業名稱，雖然看似大部分人都不會發生誤會，對方卻仍誤認

¹⁹⁴ 學說上存在基於保障宗教自由、國家應保持宗教中立的理由，而認為法院不應以自己對宗教信仰之主觀價值，將宗教上無法驗證真偽之訊息內容認定為虛偽不實。參見張天一（2013），〈拿人錢財，不與人消災？「類宗教行為」於詐欺罪上之問題／最高院 100 台上 5493 判決〉，《台灣法學雜誌》，234 期，頁 184-185；許育典、周敬凡（2009），〈宗教自由作為宗教詐欺的犯罪檢驗〉，《東吳法律學報》，21 卷 1 期，頁 27-29。不過由於本文認為，表面上無法驗證真偽的訊息，並不表示其在社會意義下即未指向特定事實，而使得法院依舊可能就此類訊息進行該當詐術與否的判斷。



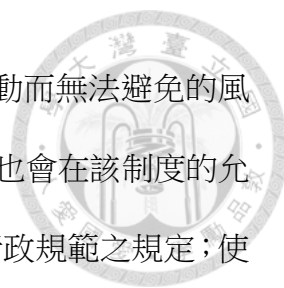
成另一間大企業而為行為人所知，從社會交往觀點看來，仍可能將之評價為錯誤的資訊提供。正如行為人單方面對外界事態的主觀認知，須經制度性觀點評價後，才能決定其是否影響資訊負責範圍，對資訊的正確性而言，主觀認知也有規範化的必要。

會影響資訊負責範圍與正確性的主觀認知，並不限於行為人與被害人接觸前即具有，亦可能在雙方互動過程中產生，且不論何種交易型態，都有可能存在。因此具有制度性地位的社會交往模式，並沒有靜態的、定型化的判準，毋寧應在個案中脈絡化的觀察交易雙方的互動過程，是否有形塑出一方在制度判斷上具有重要性的認知。即使兩人當面進行交易，亦有可能由於沒有太多互動而不足以讓行為人產生此認知，例如甲與乙在一手交錢、一手交貨後就各奔東西。而即使兩人透過網路取得聯繫，甲亦有可能因為乙明確表達了自己想知道的資訊或對特定資訊意義的理解，而獲致對其資訊負責範圍或應提供資訊的方式產生影響的認知。

第二節 在既有成文制度內的交易

實務上亦存在不少運用既有成文的社會或經濟制度行騙者，這些制度可能包含保險制度、信用卡制度、證券市場制度及銀行存款制度等等，引導著社會上各種交易的運作。

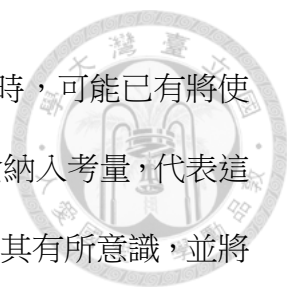
雖然本文曾提及，在社會上具有支配性地位的制度，並不一定以成文的方式存在，不一定是一種可以被明確定義出的社會體制，然而在此類型的詐欺態樣中，以行為人所明確違反的成文制度，來填充社會交往觀點的核心內涵，應不會過分不合理。個人願意參與該社會或經濟制度，並從中獲得便利與其他好處，其實也是同意



接受以該制度允許的方式來參與其中，並承擔起依照該制度行動而無法避免的風險。例如醫療院所參與全民健康保險制度，意謂當中的醫護人員也會在該制度的允許範圍內進行看診與點數申報，而依照全民健康保險法與相關行政規範之規定；使用一般人身保險者，也會以符合保險法及相關規定的方式，來參與保險制度。

至於實務上常見的與信用卡制度相關的案例，到底應如何判斷是對信用卡的誤用而得評價為錯誤的資訊提供，則存在進一步討論空間。在申辦信用卡時，行為人會與信用卡公司簽訂契約，而同意遵守信用卡的使用條款，例如持卡人應親自使用信用卡，或是不得以違反誠信的方式使用信用卡換得現金，行為人可能是以使用偽造信用卡、盜刷信用卡、以他人名義申辦信用卡，或以假消費真借款的方式來違反這些條款。可以討論的是，這些行為人曾同意的契約條款，是否會形塑出信用卡實際被社會上人們所使用的方式。本文傾向肯認之，既然持卡前已知道要依照這些規定，那麼沒有理由不遵守之，而認為可以採取違反這些規定的方式來使用卡片。而且信用卡公司對於違反者通常定有處罰，可能會因此暫停或終止持卡者使用卡片之權利，而更不可能使明顯違反這些契約條款的行為，成為人們所廣泛踐行的信用卡使用模式¹⁹⁵。不過在持卡人無力負擔卡費仍刷卡的情形，本文則認為，信用卡本來的功能就是在延後付費，也是變相的預支款項，持卡者當下付不出錢，甚至當下對於未來付不出錢的認知，其實並不會被排除於信用卡制度的運作模式，亦屬於社會交往下會被採取的使用方式，因此並不該當詐術。

¹⁹⁵ 可能的疑問是，信用卡公司之所以不允許假消費真借款，理由在於會這麼做的人，常是還款能力不佳而無法透過一般管道借得款項者。若一個具有充分還款能力之人，其假消費真借款，既然對信用卡公司不會造成什麼傷害，是否即可認為符合社會交往模式？被廣泛踐行的相互對待模式，參與其中者很有可能乍看下皆不會受到明顯損害，因為當有一方明顯受到不利對待時，會使其較不願採行該交往模式。然而並不能因此即認為，只要雙方利益沒受到損害，就是具制度性地位的社會交往模式，即使信用卡公司在有還款能力者假消費真借款時，實際利益並不會受損，但我們要探求的，仍是這樣的使用模式是否在社會上被廣泛採取。一個看來無損於交易雙方，而在理念上應該可以被允許的行為，並不表示其真為現實世界的運作方式。

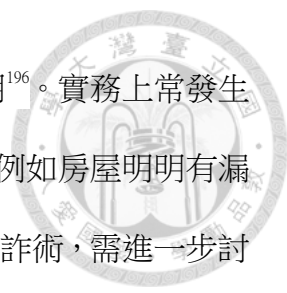


另外值得一提的是，信用卡公司在設計信用卡年費及利率時，可能已有將使用者違反成文制度規則的行為風險納入考量。公司會將這些風險納入考量，代表這樣的行為並非屬於特例，甚至可能存在一定的數量，而使公司對其有所意識，並將之納入營運成本中。然而，公司將違反成文制度規則行為的成本納入營運考量，僅表示這些行為在公司的營運上具有重要性，其所造成的成本已有必要反映在年費跟利率上，並不代表這些行為已然廣泛被信用卡使用者採行。依本文看法，真正形塑人們如何運用這些制度的，仍是信用卡使用條款，將某些行為風險納入營運考量，並不同這些行為在社會即具有支配性地位。

第三節 商品買賣交易

決定購買一商品所立基的交易資訊極為繁多，除了一定會考量的商品價格，商品本身所具有各種資訊，皆可能影響到消費者最終的購買決定。本文曾提及，「全部」資訊的概念並不存在，任何資訊都可以無限制的再進一步延伸出更詳細的內容，因此並不可能要求賣方要提供與商品有關的全部資訊。而且賣方盡可能提供所有他能取得的商品資訊，也不太可能成為實際上運作的交易制度，因為對交易雙方而言，取得與處理資訊的過程既耗時又費力。以下將從實務上引發較多爭議的商品－房屋與食品買賣的相關案例，探討在社會交往模式下，賣方的資訊負責範圍與資訊提供方式為何，相關行政規範的內容，又如何可能在判斷上發生作用。

現行房屋交易上，通常會由房屋本身出售者填寫不動產現況說明書，若有委託不動產經紀業者代為出售，則業者亦會依內政部所公布不動產說明書應記載及不得記載事項，在對該房屋進行實際調查後，製作不動產說明書，就房屋是否有滲漏



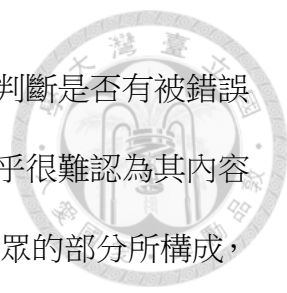
水、是否有停車位、是否曾發生非自然身故等各種資訊進行說明¹⁹⁶。實務上常發生的狀況是，房屋出售者或經銷商並未據實告知說明書上的資訊，例如房屋明明有漏水的情形，卻在說明書上勾選沒有滲漏水。這樣的行為是否該當詐術，需進一步討論。

本文認為，之所以會有不動產說明書的出現，目的在於讓房屋交易的過程更流暢，由於此種交易所費不貲，要作成購買決定需要立基在許多資訊上，由較能充分掌握屋況的出售者及經銷商，主動提供社會一般所認為與購買房屋決定密切相關的資訊，能讓交易雙方都節省不少時間。因此，不動產說明書中的資訊，本來就是在社會交往觀點下認為在房屋交易上具有重要性，而應由對屋況較為了解者來提供的資訊，而且當交易上普遍使用此說明書來對屋況進行說明時，其實也會進一步形塑出個人對房屋重要交易資訊的認知。出售者與經紀業者原則上是以說明書上所載事項作為資訊提供範圍，也會認為買房者若沒有提出特別的訴求，主要是以這些資訊考量買房與否；而欲購屋者，也會將說明書中的資訊納為主要考量，並認為對方會提供之。一個以社會交往觀點作為資訊提供範圍的說明書，在實際交易上被廣泛使用的結果，會進一步形塑交易雙方彼此對自己行為的認知與他人行為的期待，而達到制度性地位。是以，不動產說明書中的資訊應屬於房屋出售者之資訊負責範圍，為了提高行情而在說明書中勾選與實際屋況不符之資訊，應是違反正確提供這些資訊之義務，該當詐術¹⁹⁷。

房屋交易常見的與詐欺有關的案例，還包括預售屋不實廣告。廣告是否該當詐

¹⁹⁶ 內政部主管法規查詢系統－不動產說明書應記載及不得記載事項，<http://glrs.moi.gov.tw/Newscontent.aspx?id=2626>（最後瀏覽日：07/31/2019）。

¹⁹⁷ 當然，交易雙方的主觀認知也可能影響社會交往觀點下的資訊負責範圍。例如明知對方購屋是為了開店營業時，通常會認為出售者會提供房屋是否得作為店面使用的資訊，故隱匿不告知，是施用詐術。

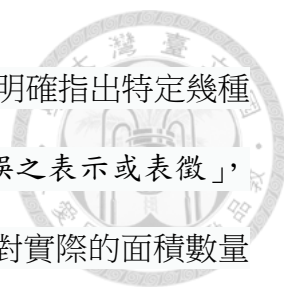


術，取決於其內容是否屬於業者的資訊負責範圍，若屬之，則需判斷是否有被錯誤提供。廣告作為吸引潛在買主之手段，從社會交往觀點看來，似乎很難認為其內容一定要包含哪些資訊，廣告毋寧是由建商自行挑選建案能吸引大眾的部分所構成，例如是由知名設計師團隊打造，或是公共設施很完善等等。不過在訂定預售屋買賣契約時，廣告會成為契約的一部分¹⁹⁸，既然雙方同意交易會立基於廣告內容，買方所承擔的風險因此是握有廣告所傳遞資訊仍保有的財產支配風險，建商的資訊負責範圍也擴張至其所提供的廣告內容。雖然一般而言，廣告中不一定要包含特定資訊，然交易雙方已透過合意而確立建商的資訊負責範圍及於廣告內容，建商因此負有正確提供廣告中資訊給買方的義務。

然而廣告的目的在於提升商品吸引力，本就具有一定程度的誇大性質，誇大與不實的界線如何決定，殊值探討。公平交易法第 21 條，是用於規範不實廣告的重要條文，該條第 1 項規定：「事業不得在商品或廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於與商品相關而足以影響交易決定之事項，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。」第 2 項規定：「前項所定與商品相關而足以影響交易決定之事項，包括商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地，及其他具有招徠效果之相關事項。」又依同法第 1 條之意旨，公平交易法之目的，在於維護交易秩序與消費者利益，並確保自由與公平的競爭，以促進經濟安定繁榮。實務上會由於公平交易法的訂定目的與詐欺罪保護財產法益之目的有間，而認為違反前者與成立後者並沒有關聯。

然本文認為，公平交易法的實施及公平交易委員會依據該法第 21 條所訂定之「公平交易委員會對於不動產廣告案件之處理原則」，其實對於形塑社會中個人對

¹⁹⁸ 行政院網站－預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項，<http://www.ey.gov.tw/Page/DFB720D019CCCB0A/3c664c56-ecd2-4c4c-8d51-b4f95821c52f>（最後瀏覽日：07/31/2019）。

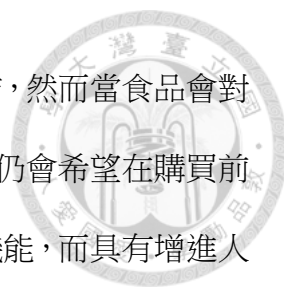


房屋廣告內容意義的理解，具有不容忽視的影響力。該處理原則明確指出特定幾種情形會構成公平交易法第 21 條第 1 項中的「虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵」，例如廣告中所呈現出的公共面積或公用空間配置，會讓消費者對實際的面積數量與格局配置情形發生誤認，廣告中房屋有夾層設計，但實際上並沒有，或是廣告中所表示一定期間內房屋之投報率，其與事實之差異難為一般大眾所接受等等。雖然這些規定目的在於促進房屋交易上的公平，消弭買賣雙方極為懸殊的資訊落差，然當公平會確實對違反這些規定的不實房屋廣告進行懲處，其實也正在劃定出哪些是社會上認為可以接受的廣告，而哪些又是過分誇大而會誤導人的不實廣告。不實廣告的內涵是主觀且模糊的，公平交易委員會對不實廣告界限的劃定，不僅可能反映既有社會對廣告誇大容許程度的強勢觀點，亦可能讓原本分歧的看法漸趨一致，不僅讓業者了解哪些內容的誇大程度不被大眾接受，民眾也會藉由公平會之處理原則，來判斷廣告是否虛偽不實。

是以，公平交易法第 21 條及公平交易委員會對於不動產廣告案件之處理原則，雖然表面上似乎與詐欺罪保護財產法益的宗旨相異，然在社會運作上，其會藉由媒體的傳播而形塑出人們對不實廣告內涵的理解，而在詐欺罪資訊是否被錯誤提供的判斷上具有重要性。未違反這些規定的房屋廣告，較可能從社會觀點看來並非錯誤，反之則較可能該當詐術。

不實廣告的爭議也存在於食品中。依本文觀點，房屋廣告中的資訊，是透過買賣契約之訂定而成為建商的資訊負責範圍，然在食品買賣上，廣告內容則似乎並未成為消費者與食品業者的合意。這是否即意謂，食品公司在刑法上不負提供正確廣告內容的義務？

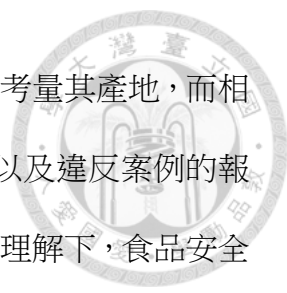
本文對此是存疑的，特別當廣告內容涉及食品療效時。一般而言，人們對食品



的口感與味道雖然在意，但即使在購買前不知其滋味如何也無妨，然而當食品會對生理結構或生理機能產生影響時，即使產生結果是好的，消費者仍會希望在購買前取得該資訊。當食品公司所生產之產品會透過影響生理結構或機能，而具有增進人體健康之效果時，也會有誘因將此功效告知消費者，以促進買氣。因此可能被廣為採用的社會交往模式是，食品中與改善健康相關的資訊，會由食品業者來提供，其因此就這些資訊負有正確提供的義務。若虛構專家或其他使用者的使用心得，或是單純詐稱某食品具特定功效，皆該當詐術。

與食品相關的詐欺案例，近年來受到關注的是食品成分的標示問題，應該將食品成分標示到什麼地步，涉及的是資訊負責範圍的認定。食品安全衛生管理法於民國 64 年即已制定，目的在管理食品衛生，以期維護國民健康。近年來由於食安問題浮上檯面，食品安全衛生管理法遂成為修法重點。人們在食安議題上態度的改變，從該法這幾年來的數度修正中可見一斑，例如關於食品外包裝應標示事項，從一開始僅規定應顯著標示出品名、內容物成分、重量、食品添加物及其含量、製造廠名、地址，以及製造日期或保存期限，到現行法第 22 條的規定，除了一開始要求的資訊外，尚需標明原產地（國）、營養標示、含基因改造食品原料，且內容物的主要成分尚要標明其所佔百分比，而在國內通過農產品驗證者，也應標示出可追溯之來源。

愈發嚴格的資訊揭露要求，除了反映出食品成分愈來愈複雜、生產者與消費者間的資訊落差愈來愈大的事實外，亦呈現出民眾對自己吃下肚的東西更加不安，因此在選購食品時會更留心相關資訊。本文已提過，一規定除了是社會當下現實的反映，亦會反過來形塑人們的認知。食品安全衛生管理法關於食品資訊揭露的規定，除了指出哪些資訊是人們認為重要的、會影響購買決定的資訊，亦會在訂定並正式



實施後，影響購買時所立基的資訊。例如一般大眾在購買米時會考量其產地，而相關規範在要求廠商應標示米之產地後，也會隨著媒體對此規定以及違反案例的報導，而進一步使得民眾在選購米時會特別留意其出自哪裡。在此理解下，食品安全衛生管理法對食品標示的規定，會在廠商資訊負責範圍的認定上發生影響。將大部分為棕櫚油的油品標示為橄欖油與葡萄籽油、在羊肉片中攪混豬肉，抑或是將越南米標示為台灣米，這些內容物主成分或產地並未標示清楚的行為，很有可能是廠商錯誤提供其資訊負責範圍內的資訊，而為刑法所不容許。

此外，實務上也曾發生未告知豆芽菜浸泡過低亞硫酸鈉水，或使用有毒塑化劑作為起雲劑原料等未明確違反食品安全衛生管理法第 22 條資訊標示規定的行為，但其卻不符合衛生福利部所訂定之「食品添加物使用範圍及限量暨規格標準」。此標準正面表列了可作為食品添加物之成分，並限制其可被添加進的食品及用量。針對此種極為詳細又涉及高度專業的規定，似乎較難成為社會大眾在購買食品時的主要考量。例如在購買白葡萄乾時，我們不太會特別關注它有沒有添加亞硫酸鈉，如果有添加，用量又是否低於衛福部允許的 1.5g/kg。這些細部規定對社會的主要意義，在於讓專業人士為民眾食的安全把關，而非成為民眾普遍具有的採購食品知識。相較於食品安全衛生管理法的規定，由行政部門依據該法所訂定的細部作業標準，較難成為在食品資訊負責範圍認定上的制度性觀點。因此，與這些標準相關資訊的錯誤提供或未提供，也難以被認為該當詐術。不過這也並非必然，若所涉及的添加物對人體有明顯危害，例如將有毒塑化劑作為起雲劑原料，強勢的社會交往觀點應會肯認明顯有害於人體的添加物是交易上重要事項，而認為廠商要就該添加物成分進行告知。是以，即使此案例違反的是行政部門訂定的細部標準，仍由於涉

及有毒添加物的資訊本就要由廠商進行提供，而使對其的隱匿行為該當詐術¹⁹⁹。



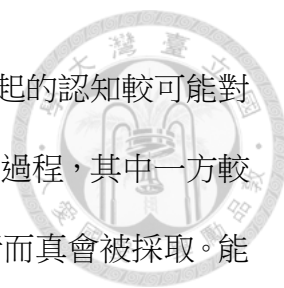
第四節 小結

本章將本文建立起的詐術意涵，具體適用於實務案例。人是存在於社會的個別存在，人們實際的相互對待模式，除了受個人實體利益與價值信念影響，亦與其所身處的文化與社會既有成文規範相關。文化與成文規範除了會相互影響外，此兩者一方面某程度的反映出既有社會運作方式，另一方面亦形塑人們對自己與他人所採行動的限制與期待。身為社會性存在的個人，並無法被原子化而外於群體的被理解，卻也不因此而完全解消於群體中，人是一個又一個的被鑲嵌於社會之內²⁰⁰，接收來自社會自我形塑的養分，卻也同時賦予社會促進其變遷的動能。我們不可能外於社會既有成文與不成文規範而指稱人，也不可能單單透過某個規範來描述人，只能細緻的觀察人與社會間如何取得平衡。因此，要描繪廣泛踐行的制度面貌，不只需認識到個別的人所具備的特殊性，也需留心社會的人間所可能存在的一致性。

制度的難以掌握，除了反映在對個人如何鑲嵌於社會、如何與社會取得動態平衡觀察的不易外，也由於外界事態與主觀認知的交互作用，使得制度有賴於脈絡化的觀察。參與者對當下情境的解讀，可能會影響制度的面貌，但也可能不會，不過

¹⁹⁹ 針對食品標示問題，學說上存在以業者是否有義務依行政規範呈現出特定資訊，以及該資訊是否影響民眾購買意願等因素，綜合考量業者標示不清的行為是否該當詐術。在本文脈絡下，這些因素並非各自作為詐術判斷中一項獨立的考量，其彼此間可能相互影響，行政規範可能會影響購買意願，購買意願也可能反過來促使行政機關訂定相關規範。判斷的重點因此在於，這些因素的交互作用是否會對劃定業者資訊提供範圍的社會交往模式造成影響。學說見解參見許華偉（2018），〈再論詐欺罪之「行使詐術」要件〉，《月旦醫事法報告》，24期，頁95-100；盧映潔（2013），〈詐欺與廣告不實〉，《台灣法學雜誌》，233期，頁148。

²⁰⁰ Mark Granovetter, *Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness*, 91(3) AMERICAN JOURNAL OF SOCIOLOGY 487 (1985).



一個大致的原則是，當參與者間有相互接觸與溝通時，因之建立起的認知較可能對資訊負責範圍產生影響，反之則較不會。理由在於透過實際互動過程，其中一方較容易知道另一方想知道的資訊，提供該資訊的行為因容易被踐行而真會被採取。能力不能決定義務，並不表示能力與義務沒有關聯，擁有為特定行為的能力，也意謂該行為較有可能被實際踐行，刑法義務又是以被廣泛踐行的模式作為表彰，能力與義務因此以社會交往模式為中介而產生關聯。

雖然本文強調以制度判斷風險容許與否的正當性，來自於其被人們普遍踐行以表達對彼此同身為主體的尊重，人們透過此互動模式而知道自己可以如何對待他人，也知道他人會如何對待自己。不過直到本章，本文才深覺要在具體案例中考察制度的模樣，無可避免的會取決於心中對特定情境下制度的想像。當本文指出制度是什麼時，其實只是表達出自己覺得制度應該是什麼，即使認為是立基於對所處世界實際現象的觀察，卻也僅是被有限的視角所侷限，而看到那些自己想看的。不過任何在案例中對制度的判斷，倒也不因此即失去正當性，畢竟對制度應該為何的期待，不只可能從被觀察到的制度而來，也會回過頭來影響被實際踐行的制度，而使得制度模樣的實然考察，似乎也能被理解為是對社會集體期待的探尋。不過正如制度的模樣難以被掌握，集體期待也不易尋得，所看到的與所期待的，終究是社會與個人、外界事態與主觀認知在某個瞬間達成的均衡。

至此，本文第二章於回顧實務判決後所提出的三個問題，似乎已陸續獲得一些解答。首先，現象上積極提供資訊與消極隱匿資訊，與刑法上的作為和不作為不存在直接對應關係。刑法所在意的是讓他人受損的行為，作為與不作為是刑法世界中可能讓他人受損的行為模式，必須以存在於概念上的權利領域與風險來理解。作為因此是向他人權利領域輸出風險，不作為則是未撲滅他人權利領域內的既有風險，

不論在現象上是告知或隱匿資訊，皆有可能是作為或不作為。



其次，符合社會交往觀點的行為，其所生之風險因為被參與者認識與承擔，且個人的主體性在此對待模式中被確保，而能認為該行為沒有輸出法不容許風險，不該當詐術。原則上，社會交往模式是參與者所廣泛採取的相互對待方式，劃定出實際界線，因此在每個交往活動中，皆有適用餘地，不過仍不排除雙方自行合意之情形，人們要如何對待彼此，終須回歸實際互動下雙方之意志。此外，行為作為意志的延伸，不可能與人的主觀面無涉，因此被廣泛踐行的行為模式，也不可能外於參與者的主觀認知而被理解。

最後，既有成文規範不但可能是社會運作模式的反映，亦可能進一步形塑人們對相互對待模式的認知，因此雖然行政規範與刑法訂定目的有異，仍有可能基於前者與社會交往觀點的關係，而將其納入該當詐術與否的判斷。

第七章 結論

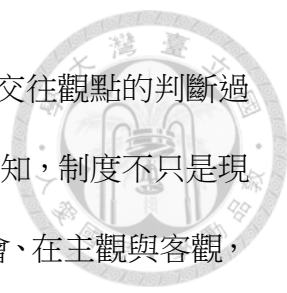


本文目的，在於為詐欺罪的詐術要件，提出一個具正當性，且能被一貫適用於各種案例的標準。作為詐術，是違反制度性社會交往模式的錯誤資訊提供或未提供，而向他人輸出法不容許的財產支配風險。社會交往觀點，不只決定交易雙方各自的資訊負責範圍，也決定資訊應被提供的方式。

本文的論述過程，也是將看似相互對立的概念進行整合的過程：使用價值與交換價值、事實觀點與評價觀點、提供與隱匿、完全相信與抱持懷疑、法益關聯性錯誤與動機錯誤、意志與身體、非正式制度與正式制度、個人與社會，以及主觀與客觀。引入社會交往模式的證立，也不再僅基於對人的模樣的認知，由此認知建構規範，再由規範對實際社會交往模式進行擷取。此種實然建構應然、應然劃定實然觀察範圍的模式，已被重新理解為在各階段中皆存在著實然與應然的互動關係：人應該是什麼影響人實際是什麼，制度應該是什麼影響制度實際是什麼，而刑法，則作為串接兩種實然與應然互動觀點的中介。

兩個概念的對立，可能來自現象的觀察，也可能出自邏輯的推演，然而當我們觀察，會受到形體的侷限，當我們推演，會受到語言的束縛。規範世界是由對現象世界的觀察而建構，現象世界又必須被規範世界所規制，現象上的對立放到規範世界中，是否仍須受到形體的侷限，而邏輯上的對立放到現象世界裡，是否也須受到語言的束縛？是否存在一種可能，是在規範世界中將形體瓦解，又在現象世界裡把語言揉碎？本文僅作為一個極不成熟的嘗試。

如此的嘗試一邊整合著，一邊也提煉著，最終被提煉出的詐術概念，與法院既有的判斷方式也沒有太大出入，不過是將交易所立基資訊的提供與隱匿，都視為作



為，並皆以社會交往模式判斷所輸出風險是否被刑法容許。社會交往觀點的判斷過程，不只是制度實際為何，也無可避免的包含制度應該為何的認知，制度不只是現實，也難脫離期待。也許法院的判斷就真是個平衡，在個人與社會、在主觀與客觀，在作成決斷的那一瞬間，相互對立的概念得以在當中並存。

本文目的，即存在於對立概念間的來回往復。

參考文獻



中文文獻

書籍

- Douglass C. North (著)，劉瑞華 (譯) (2017)，《制度、制度變遷與經濟成就》，臺北：聯經。
- Immanuel Kant (著)，李明輝 (譯) (1990)，《道德形上學之基礎》，臺北：聯經。
- Immanuel Kant (著)，張榮、李秋零 (譯) (2013)，《道德形而上學 (注釋本)》，北京：中國人民大學。
- 王皇玉 (2015)，《刑法總則》，臺北：新學林。
- 甘添貴 (2017)，《刑法各論 (上)》，4 版，臺北：三民。
- 余振華 (2010)，《刑法違法性理論》，2 版，臺北：瑞興。
- 周治平 (1972)，《刑法各論》，2 版，臺北：三民。
- 林東茂 (1999)，《一個知識論上的刑法學思考》，臺北：五南。
- 林山田 (2005)，《刑法各罪論 (上冊)》，修訂 5 版，臺北：自刊。
- 林鈺雄 (2008)，《刑法與刑訴之交錯適用》，臺北：元照。
- 林倍伸 (2017)，《論妨害公務罪－以法治國家中的公務概念為核心》，臺北：元照。
- 高金桂 (2003)，《利益衡量與刑法之犯罪判斷》，臺北：元照。

- 
- 陳志龍（1997），《法益與刑事立法》，3 版，臺北：國立台灣大學法學院圖書部。
 - 陳子平（2017），《刑法各論（上冊）》，3 版，臺北：元照。
 - 許澤天（2017），《刑法各論（一）：財產法益篇》，臺北：新學林。
 - 黃榮堅（1998），《刑法問題與利益思考》，臺北：月旦。
 - 蔡墩銘（2008），《刑法各論》，6 版，臺北：三民。
 - 盧映潔（2017），《刑法分則新論》，12 版，臺北：新學林。
 - 韓忠謨（1982），《刑法各論》，7 版，臺北：三民。

期刊論文

- 王皇玉（2013），〈強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心〉，《臺大法學論叢》，42 卷 2 期，頁 381-432。
- 王梅英、林鈺雄（1998），〈從被害者學談刑法詐欺罪〉，《月旦法學雜誌》，35 期，96-103。
- 古承宗（2011），〈刑事交通事件中的容許風險與信賴原則〉，《月旦法學雜誌》，193 期，頁 40-54。
- 吳耀宗（2013）〈被害人受騙之承諾〉，《月旦法學教室》，126 期，27-29。
- 林東茂（2002），〈刑法分則：第一講—不作為詐欺〉，《月旦法學教室》，2 期，頁 91-95。
- 林東茂（2008），〈醫療上病患承諾的刑法問題〉，《月旦法學雜誌》，157 期，頁 45-70。
- 林鈺雄（2003），〈論詐欺罪之施用詐術〉，《臺大法學論叢》，32 卷 3 期，

頁 117-147。



- 林鈺雄(2003)，〈刑法總則：第四講—行為與行為理論〉，《月旦法學教室》，7期，頁64-71。
- 周漾沂(2012)，〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，41卷3期，981-1053。
- 周漾沂(2014)，〈風險承擔作為阻卻不法事由—重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14期，169-243。
- 周漾沂(2014)，〈重新建構刑法上保證人地位的法理基礎〉，《臺大法學論叢》，43卷1期，頁209-269。
- 周漾沂(2014)，〈刑法上作為與不作為之區分〉，《科技法學評論》，11卷2期，頁87-129。
- 周漾沂(2014)，〈從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《臺大法學論叢》，43卷4期，頁1469-1532。
- 周漾沂(2017)，〈財產犯罪中的持有概念：社會性歸屬的證立與運用〉，《臺大法學論叢》，46卷1期，頁269-338。
- 陳恭平(2009)，〈人非聖賢：簡介行為經濟學〉，《人文與社會科學簡訊》，10卷4期，16-28。
- 張天一(2009)，〈對財產犯罪中「財產概念」之再建構(上)—以「支配關係」所形成之財產概念〉，《月旦法學雜誌》，164期，頁263-279。
- 張天一(2009)，〈對財產犯罪中「財產概念」之再建構(下)—以「支配關係」所形成之財產概念〉，《月旦法學雜誌》，165期，頁202-217。
- 張天一(2013)，〈拿人錢財，不與人消災？「類宗教行為」於詐欺罪上之問題／最高院100台上5493判決〉，《台灣法學雜誌》，234期，頁179-186。

- 
- 許澤天（2011），〈詐欺罪的法條與論證〉，《月旦法學雜誌》，197期，頁191-200。
 - 許恒達（2012），〈盜用存摺提款與不法所有意圖－評最高法院一〇〇年度台上字第三二三二號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，16期，頁59-70。
 - 許恒達（2013），〈偽裝化緣與捐贈詐欺－評板橋地院88年度易字第4578號判決〉，《台灣法學雜誌》，218期，頁132-142。
 - 許恒達（2013），〈再訪行為理論〉，《成大法學》，26期，頁1-58。
 - 許華偉（2018），〈再論詐欺罪之「行使詐術」要件〉，《月旦醫事法報告》，24期，頁88-101。
 - 許育典、周敬凡（2009），〈宗教自由作為宗教詐欺的犯罪檢驗〉，《東吳法律學報》，21卷1期，頁1-37。
 - 黃榮堅（2000），〈財產犯罪與不法所有意圖〉，《台灣本土法學雜誌》，25期，頁112-117。
 - 曾淑瑜（2013），〈騙人不一定成立詐欺罪〉，《台灣法學雜誌》，225期，頁160-167。
 - 蔡聖偉（2007），〈不作為犯：第一講－論故意之不純正不作為犯（一）〉，《月旦法學教室》，51期，頁47-57。
 - 蔡聖偉（2008），〈財產犯罪：第一講－概說：所有權犯罪與侵害整體財產之犯罪（下）〉，《月旦法學教室》，70期，頁48-59。
 - 劉邦揚（2017），〈化粧品廣告誇大不實的刑事不法問題〉，《月旦醫事法報告》，14期，頁33-44。
 - 盧映潔（2013），〈詐欺與廣告不實〉，《台灣法學雜誌》，233期，頁147-149。



- 薛智仁（2013），〈巧取公職之詐欺罪責－評臺北地方法院九十八年度金重易字第九號及臺灣高等法院九十九年度矚上易字第二號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，212期，頁200-224。

學位論文

- 李立暉（2006），《被害人信條學與詐欺罪》，國立臺北大學法律學研究所碩士論文。
- 張天一（2007），《刑法上之財產概念－探索財產犯罪之體系架構》，天主教輔仁大學法律學研究所博士論文。
- 郭榮堯（2011），《傳統制度主義、新制度主義與 Douglas North 制度變遷觀點之比較研究》，國立中山大學政治學研究所碩士論文。
- 黃郁珊（2012），《被害人許可對於犯罪成立之影響－以承諾與同意他人的危害為中心》，國立成功大學法律學研究所碩士論文。
- 潘俞樺（2004），《詐欺取財罪構成要件之再檢視》，國立臺北大學法律學研究所碩士論文。
- 蔡承諭（2018），《重新建構詐欺罪－從財產支配關係的觀點出發》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 魏志修（2008），《基於欺罔、錯誤的被害人承諾－以日本的議論為中心》，國立臺北大學法律學研究所碩士論文。

網路資源

- 內政部主管法規查詢系統－不動產說明書應記載及不得記載事項，<http://glrs.moi.gov.tw/NewsContent.aspx?id=2626>（最後瀏覽日：07/31/2019）。
- 行政院網站－預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項，<http://www.ey.gov.tw/Page/DFB720D019CCCB0A/3c664c56-eed2-4c4c-8d51-b4f95821c52f>（最後瀏覽日：07/31/2019）。



日文文獻

書籍

- 須之内克彦（2004），《刑法における被害者の同意》，東京：成文堂。

書之篇章

- 林幹人（1998），〈錯誤に基づく被害者の同意〉，收於：芝原邦爾（等編），《松尾浩也先生古稀祝賀論文集（上巻）》，頁 233-255，東京：有斐閣。

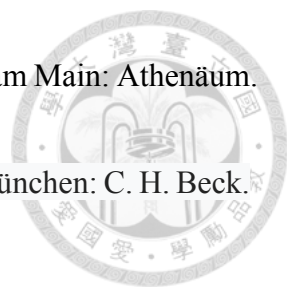
期刊論文

- 山中敬一（1983），〈被害者の同意における意思の欠缺〉，《関西大学法学論集》，33 卷 3、4、5 合併号，頁 271-358。
- 小林憲太郎（2005），〈いわゆる「法益關係的錯誤」の意義と限界〉，《立教法学》，68 号，頁 27-51。
- 佐伯仁志（1985），〈被害者の錯誤について〉，《神戸法学年報》，1 号，頁 51-123。
- 森永真綱（2002），〈被害者の承諾における欺罔・錯誤（一）〉，《関西大学法学論集》，52 卷 3 号，頁 199-253。
- 塩谷毅（2003），〈被害者の同意と錯誤理論〉，《刑法雑誌》，43 卷 1 号，頁 128-139。

徳文文獻

書籍

- Amelung, K. (1998). *Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung der Verletzten*, Strafrechtliche Abhandlungen Neue Folge (Bd. 108). Berlin: Duncker & Humblot.

- 
- Arzt, G. (1970). *Willensmängel bei der Einwilligung*. Frankfurt am Main: Athenäum.
 - Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. Aufl., Bd. I). München: C. H. Beck.

期刊論文

- Amelung, K./Eymann, F. (2001). Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht. *Juristische Schulung*, 2001, 937-946.

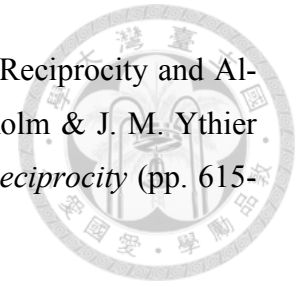
英文文獻

書籍

- Becker, G. S. (1976). *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press.
- Boyd, R., Richerson P. J. (1985). *Culture and the Evolutionary Process*. Chicago: University of Chicago Press.
- Colson, E. (1974). *Tradition and Contract: The Problem of Order*. Chicago: Aldine.
- De Jonge, J. (2012). *Rethinking Rational Choice Theory- A Companion on Rational and Moral Action*. London, England: Palgrave Macmillan.
- Furubotn, E. G., & Rudolf, R. (2005). *Institutions & Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics*. Michigan: University of Michigan Press.
- Kreps, D. M. (1990). *A Course in Microeconomic Theory*. New York: Harvester.
- Veblen, T. (1998). *The Theory of the Leisure Class: An Economic Study of Institutions*. New York: Prometheus.

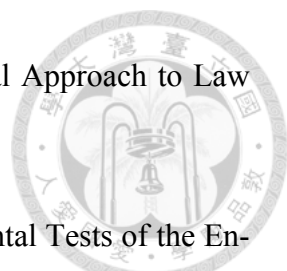
書之篇章

- Fehr, E., Schmidt, K. M. (2006). The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism- Experimental Evidence and New Theories. In S. C. Kolm & J. M. Ythier (Eds.), *Handbook of the Economics of Giving, Altruism and Reciprocity* (pp. 615-691). Amsterdam, Netherland: North Holland.



期刊論文

- Alesina, A., & Giuliano, P. (2015). Culture and Institutions. *Journal of Economic Literature*, 53(4), 898-944.
- Coase, R. H. (1937). The Nature of the Firm. *Economica*, 4(16), 386-405.
- Coase, R. H. (1960). The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 3, 1-44.
- Coleman, J. S. (1991). Constructed Organization: First Principles. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 7, 7-23.
- Denzau, A. T., & North, D. C. (1994). Shared Mental Models: Ideologies and Institutions. *Kyklos*, 47(1), 3-31.
- Granovetter, M. (1985). Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness, *American Journal of Sociology*, 91(3), 481-510.
- Guiso, L., Sapienza, P., & Zingales, L. (2006). Does Culture Affect Economic Outcomes? *Journal of Economic Perspectives*, 20(2), 23-48.
- Guiso, L., Sapienza, P., & Zingales, L. (2015). Corporate Culture, Societal Culture, and Institutions. *American Economic Review*, 105(5), 336-339.
- Güth, W., Schmittberger, R., & Schwarze, B. (1982). An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining. *Journal of Economic Behavior & Organization*, 3(4), 367-388.
- Hardin, G. (1968). The Tragedy of the Commons. *Science*, 162(3859), 1243-1248.

- 
- Jolls, C., Sunstein, C. R., & Thaler R. H. (1998). A Behavioral Approach to Law and Economics. *STAN. L. REV.*, 50(5), 1471-1550.
 - Kahneman D., Knetsch J. L., & Thaler R. H. (1990). Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem. *Journal of Political Economy*, 98(6), 1325-1348.
 - Kahneman D., & Tversky, A. (1984). Choices, Values, and Frames. *American Psychologist*, 39(4), 341-350.
 - Kelman M., Rottenstreich Y., & Tversky A. (1996). *Context-Dependence in Legal Decision Making*, 25(2), 287-318.
 - North, D. C. (1994). Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, 5(1), 97-112.
 - North, D. C. (2016). Institutions and Economic Theory. *The American Economist*, 61(1), 72-76.
 - Posner, R. A. (1979). Utilitarianism, Economics, and Legal Theory. *The Journal of Legal Studies*, 8(1), 103-140.
 - Posner, R. A. (1998). Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law. *STAN. L. REV.*, 50(5), 1551-1575.
 - Rabin, M. (1993). Incorporating Fairness into Game Theory and Economics. *The American Economic Review*, 83(5), 1281-1302.
 - Simon, H. A. (1993). Altruism and Economics. *The American Economic Review*, 83(2), 156-161.
 - Thaler, R. H. (2000). From Homo Economicus to Homo Sapiens. *Journal of Economic Perspectives*, 14(1), 133-141.
 - Tversky, A., & Kahneman D. (1974). Judgment Under Uncertainty: Heuristics and

Biases. *Science*, 185(4157), 1124-1131.

- Tversky, A., & Kahneman D. (1981). The Framing of Decisions and the Psychology of Choice. *Science*, 211(4481), 453-458.
- Williamson, O. E. (1991). Economic Institutions: Spontaneous and Intentional Governance. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 7, 159-187.

