

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



重新建構詐欺罪——從財產支配關係的觀點出發

Reconstruction of the Crime of Fraud: From the
Perspective of Property Dominance Relationship

蔡承諭

Cheng-Yu TASI

指導教授：謝煜偉 博士

Advisor : Yu-Wei HSIEH, Ph.D.

中華民國 107 年 6 月

June 2018



國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

重新建構詐欺罪——從財產支配關係的觀點出發
Reconstruction of the Crime of Fraud: From the
Perspective of Property Dominance Relationship

本論文係 蔡承諭 君 (R03A21058) 在國立臺灣大學法律學系
完成之碩士學位論文，於民國 107 年 6 月 25 日承下列考試委員審
查通過及口試及格，特此證明

指導教授： 謝煜偉
口試委員： 謝煜偉
許恆遠
薛智仁



謝辭



「最近論文寫得怎麼樣了？」不知道在這段時間裡，這句話已經聽了多少次，而我的回答，則就像是從原本波光粼粼的湖面，隨著時間而趨於表面的平淡，卻也多少掩飾了在深沉逐漸形成的黯淡。在書寫論文的這段期間，我深刻的體會到，學術研究畢竟還是沒有捷徑的，如果不是經過那些枯燥乏味的鑽研，又如何能夠採收只能依賴時間灌溉的成果？尤其是在法律領域，奇蹟式的突發奇想往往是那麼地不切實際，而終歸還是要歷經踏實的苦思冥想。不過，雖然曾經在深夜，對於這看似永無止境的、必須與論文緊銜的明天感到絕望；雖然曾經在電腦前，對於這看似永遠無法達成的進度感到不知所措；雖然曾經凝視著不斷節外生枝的問題，不由得開始對於自己對刑法的熱情感到懷疑，在一次又一次地提醒自己不要捨棄初衷之下，終究我還是走到了那個曾經認為遙不可及的出口，為這趟迷途的研究所路程按下同時象徵結束與新生的 ENTER 鍵。

當然，這並非是只憑藉著我一個人就可以做到的。首先，真的非常感謝我的指導教授謝煜偉老師，從大四選修老師的課開始，就覺得老師對於問題的思考無比清晰，最重要的是，老師從來就不會直接否定學生們對於問題的看法，而是點出這樣的見解可能會面臨的挑戰，並且讓我們能夠進一步的思考與討論。一直到後來真的考上刑法組，去找老師討論可能可以研究的論文題目，再到決定題目、擬定大綱，中間經過無數次與老師的討論，老師也總是不厭其煩地回應我的看法，並指明我可以更加深入思考的方向，可以說從老師身上所學到的東西，不僅僅只是這篇論文，而是在整個做學術研究的過程中所應該具備的思維與態度，這應該是我至今的學生生涯中所獲得的最高價值的收穫。另外，也很感謝薛智仁老師以及許恒達老師願意擔任我的口委，兩位老師都很認真地看完了這篇還不成熟的論文，並且在口試時毫無保留地提供許多寶貴的意見，讓我能夠再重新審思些許於論文中論述上的瑕疵而予以改進。

再來，也要感謝時常與我一起討論論文問題，同時也是口試紀錄的德照，每次都會認真看待我的一些天馬行空的想法，並且仔細地幫我分析這樣的看法可能存在著什麼樣的缺陷，當然也要一起感謝平常大家都很忙卻還是可以約出來的阿鏞、淘德、秉仁和小傑，以及我的高中同學東陽、不點和叮噹，在我苦悶的論

文生活中，讓我也能適度地緩解壓力；還有，要感謝所有一起參加謝老師所舉辦的學術合宿的同學們，在論文發表時提供我許多極具價值的意見，對於我往後的論文寫作也有非常大的幫助；最重要的，感謝與我一起奮鬥寫論文的涵綾，讓我能有一個非常安心的寫作環境，平常能夠互相砥礪，有進度時一起開心的分享慶祝、遇到問題時也可以毫無顧忌地跟對方抱怨，真心祝福你也可以早日完成論文，順利畢業。

最後，感謝這一路走來總是支持我的家人，我的爸媽、阿公阿嬤，以及姑姑姑丈，謝謝你們可以毫無怨言地接受都已經 26 歲卻還在念書的我，還有老媽，謝謝你這段時間以來對我的督促以及勉勵，我總算是可以結束從出生到現在已經不知過了多久的學生生涯，並且即將步入社會了。最後的最後，謝謝可涵、昱豪、俞甄在這段期間給我的鼓勵，真是慚愧沒想到我竟然是最後一個結束學生生涯的人，還有也謝謝從來都不曾讓我擔心的沂呈。

這並非是我一個人獨自完成的論文，而是藉助了大家的力量才得以完成，再次感謝所有在我寫論文的這段時間幫助過我的人。

2018 年 6 月 台北

中文摘要



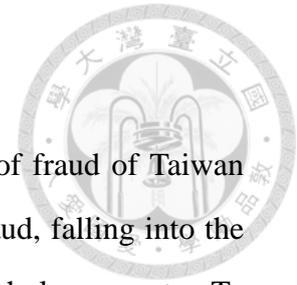
我國刑法第 339 條之詐欺罪，一直以來都是學說上爭論不休的罪名，其構成要件自行為人施以詐術、被害人陷於錯誤、被害人處分財產，以及最後部分學說所認為的不成文構成要件—整體財產損害，可以說在這一連串的犯罪流程中，每一個環節在解釋上多少都還是存有分歧的見解。對此，本文自（足以影響構成要件解釋的）詐欺罪之保護法益出發，亦即，重新檢視刑法所保護的財產法益之內涵，並拋棄以往以「財產」為重的觀點，援引最近學說上所提出的「人的財產概念」，而認為應將刑法所保護財產法益定位為個人對於財產的支配關係，也就是強調財產的價值應是源自於個人使用或處分財產的可能性，而非作為客體的財產本身；因此，整體財產損害最多也就只能當作是用以判斷財產支配關係是否受到侵害的其中一項判斷因素，重點仍是在於，被害人支配財產的意思自由是否有受到干擾，以及此是否為值得由刑法加以保護的財產支配關係。

由上述所建構的詐欺罪的保護法益為基礎，即可再處理其所分支出的兩項重要問題，其一，詐欺罪中「施以詐術」以及「陷於錯誤」要件之範圍，即應契合值得由刑法加以保護的財產支配關係之範圍，而此一部分，又必須再結合置身於被害人同意理論中的法益關係錯誤論加以觀察，最終本文認為，應再將被害人對於財產的支配關係，初步區分為消極的處分自由以及積極的處分自由，並分別對於自由的保護課予不同的客觀限制；再者，有關詐欺罪中的「財產處分」要件，則又會牽涉到詐欺罪與其他財產犯罪（尤其是竊盜罪）之間的界線問題，甚至會直接影響到刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3 的電腦詐欺罪之定位，對此本文則是認為，詐欺罪與其他財產犯罪之間的差異，主要即是在妨害自由的手段類型上有所不同，而電腦詐欺罪的行為態樣即因此較類似於詐欺罪；不過，我國現行刑法針對電腦詐欺之規範，就行為客體而言，僅額外劃分出自動收費設備以及自動付款設備，仍應已不足以應付現今常見的利用第三方付款設備詐欺之情形。

關鍵詞：詐欺罪、財產法益、財產支配關係、陷於錯誤、法益關係錯誤、
財產處分、電腦詐欺



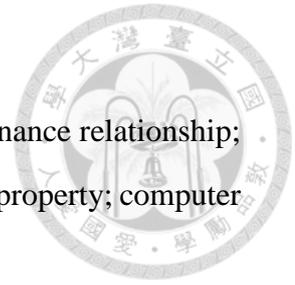
Abstract



There is a huge controversy over the elements of the crime of fraud of Taiwan (Article 339 of Taiwan Criminal Code), including the action of fraud, falling into the trap, the disposition of the property, and the damage of the whole property. To reconstruct the crime of fraud, this paper started with reviewing the legal interest of the property. I hold that the legal interest of the property should be regarded as the Property Dominance Relationship, not as the property itself. Therefore, the damage of the whole property could only be considered one of the factors in judging whether the Property Dominance Relationship is aggrieved. After all, the key to making the judgment lies in whether the victim's freedom to dominate the property has interfered or not, and whether the Property Dominance Relationship deserves to be protected by the Criminal Law or not.

As a result, there are two crucial issues derived from the concept of the legal interest of fraud. First, the action of fraud and falling into the trap, two of the elements of fraud, should correspond with the Property Dominance Relationship, which is worth the protection of the Criminal Law. Also considering the Error relating to Legal Interest, the theory of the consent of the victim, I hold that the victim's freedom to dominate the property should be distinguished into the positive freedom and the passive freedom. The objective restrictions on the positive freedom and the passive freedom are different. Second, the disposition of the property, one of the elements of fraud, is related to the boundary between the crime of fraud and the crime of larceny, and furthermore the position of the computer fraud (from Article 339-1 to Article 339-3 of Taiwan Criminal Code). I hold that the differences between the crime of fraud and other property crimes lie in the varied means of interference of freedom. Accordingly, the computer fraud is similar to the crime of fraud. However, the computer fraud of Taiwan could not contain the action that misusing the device of Third-Party Payment.

Keywords: crime of fraud; legal interest of property; property dominance relationship;
Caught in error; the error relating to legal interest; the disposition of property; computer
fraud



目次



口試委員會審定書.....	I
謝辭.....	III
中文摘要	V
ABSTRACT	VII
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機及問題意識.....	1
第一項 以三則實務案例為開端	1
第二項 問題提出：詐欺罪的保護法益與構成要件之解釋	3
第二節 研究範圍與論文架構.....	5
第一項 研究主軸、限制與方法	5
第二項 各章節內容概述	5
第二章 財產法益與詐欺罪之保護法益.....	7
第一節 財產法益中的「財產」與「財產支配關係」	8
第一項 向來財產法益的討論重心	8
第一款 「財產」與「財產損害」概念之爭論	
一法律財產概念說與經濟財產概念說.....	8
第一目 法律財產概念說.....	8
第二目 經濟財產概念說.....	9
第三目 法律經濟財產概念說.....	10
第二款 奪取罪保護法益之爭論—本權說與持有說.....	12
第一目 本權說.....	13
第二目 持有說（占有說）	14
第三目 中間說.....	15
壹、平穩持有說.....	15

貳、擴張本權說（合理持有說）.....	16
參、修正本權說.....	16
第三款 學說的分析與檢討.....	17
第二項 新的財產法益概念	
一以人與財產間的支配關係為討論重心.....	19
第一款 概說.....	19
第二款 人的財產概念.....	20
第三款 動態財產概念.....	21
第四款 學說的分析與檢討.....	22
第三項 自由法益與財產法益間之關係.....	23
第一款 支配關係的定位—法益處分權在保護法益中的定位.....	23
第二款 處於特別關係的財產法益與自由法益.....	26
第二節 財產支配關係觀點下的財產法益.....	27
第一項 個人對於「財物」與「財產上利益」的支配關係	
一相較於自由法益（一般行為自由）的特殊性.....	27
第一款 經濟觀點下的財產支配關係.....	27
第二款 對於有形物的支配與掌控.....	29
第一目 概說.....	29
第二目 「合理的」財物支配關係.....	30
壹、私力救濟禁止—財產秩序之維護？.....	31
貳、黑吃黑—刑法秩序之一致性？.....	33
參、純粹之商品及貨幣—交換價值比重過高之情形？.....	34
第三款 無形的支配關係：對於財產上利益的支配.....	36
第一目 概說.....	36
第二目 具「可移轉性」的財產上利益.....	37
第三目 具「可複製性」、「可分享性」的財產上利益.....	38
第四款 小結：財產法益的架構	
一與單純侵害自由法益的刑度差異之原因.....	42
第二項 侵害個別物所有權與侵害整體財產之犯罪	



 一詐欺罪保護法益之爭論.....43

 第一款 向來實務見解分析.....43

 第二款 以行為客體劃分：詐欺取財罪與詐欺得利罪.....46

第三章 詐欺罪的「施以詐術」與「陷於錯誤」

一重新探討應用於詐欺罪的法益關係錯誤論49

 第一節 促使被害人同意（承諾）的欺罔與錯誤.....50

 第一項 主觀說51

 第一款 重要錯誤說.....51

 第二款 主觀的意思自由喪失錯誤說.....53

 第二項 客觀說—法益關係錯誤說55

 第一款 法益關係錯誤說.....55

 第二款 法益關係錯誤說登場以後的學說發展.....58

 第一目 規範的自律性說.....59

 壹、與法益處分的種類、範圍有關的錯誤—承諾無效.....59

 貳、與對待給付（交換利益）有關的錯誤—承諾有效.....60

 參、與附隨事項有關的錯誤—承諾有效.....61

 肆、與博愛目的有關的錯誤—承諾無效.....62

 伍、與類似緊急避難之狀況有關的錯誤—承諾無效.....64

 第二目 間接正犯原理說.....66

 第三目 法益關係錯誤內容擴張說.....67

 第四目 雙階段檢驗說—法律上重要性說.....68

 壹、第一階段：法益關係性.....69

 貳、第二階段：法律上重要性.....70

 第五目 保護法益內涵包含處分自由說.....73

 第三項 學說的分析與檢討76

 第一款 主觀說與客觀說之爭.....76

 第二款 各項罪名構成要件守備範圍之分配.....77

 第三款 各項保護法益本身的合理範圍.....79

第一目 消極的處分自由（存立保護）	79
第二目 積極的處分自由（交換保護）	82
第二節 詐欺罪中的欺罔與錯誤	85
第一項 詐欺罪「陷於錯誤」的範圍—財產法益合理的保護範圍	85
第一款 學說見解整理—於詐欺罪中之運用	85
第二款 學說的評析與檢討	89
第一目 「施以詐術」與「陷於錯誤」	89
第二目 對於積極處分自由之限制	90
第三目 對於財產法益固有狀態之保護？	91
第二項 小結：個別問題之檢討	92
第一款 情感詐欺	93
第二款 宗教詐欺	94
第三款 捐款詐欺	96

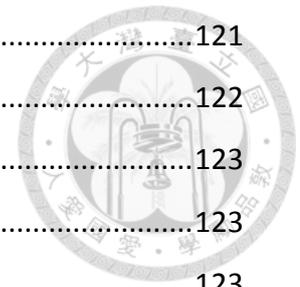
第四章 詐欺罪的「財產處分」行為

一詐欺罪、竊盜罪與電腦詐欺罪之間的關係	99
第一節 用以區分詐欺罪與竊盜罪的「財產處分」行為	100
第一項 「財產處分」作為區分要件的原理	
一詐欺罪與竊盜罪在本質上關鍵之差異	101
第二項 對於「（被害人的）財產處分」行為之解釋	103
第一款 處分意識不必要說	104
第二款 處分意識嚴格說	105
第三款 處分意識緩和說	107
第三項 學說之分析與檢討	108
第一款 詐欺罪本質上即為竊盜罪之間接正犯？	108
第二款 分別作為詐欺取財、得利罪之構成要件的「財產處分」行為	110
第二節 電腦詐欺罪—若干實務案例之分析	111
第一項 案例簡述—實務見解之走向	112

第一款 有關「不正方法」之解釋.....	112
第一目 盜用他人之提款卡	
—台中地方法院 105 年簡字第 41 號刑事判決.....	112
壹、 本案事實（判決 1）.....	112
貳、 法院判決分析.....	113
第二目 越權使用他人之提款卡	
—嘉義地方法院 99 年簡上字第 182 號刑事判決.....	114
壹、 本案事實（判決 2）.....	114
貳、 法院判決分析.....	114
第三目 利用機器故障之溢額提領	
—台灣高等法院 90 年上易字第 1755 號刑事判決.....	115
壹、 本案事實（判決 3）.....	115
貳、 法院判決分析.....	115
第二款 有關行為客體之認定及罪名適用.....	116
第一目 不正使用自助加油機	
—新北地方法院 102 年易字第 2874 號刑事判決.....	116
壹、 本案事實（判決 4）.....	116
貳、 法院判決分析.....	117
第二目 網路交易平台詐欺	
—新北地方法院 104 年原簡字第 79 號刑事判決.....	117
壹、 本案事實（判決 5）.....	117
貳、 法院判決分析.....	117
第二項 重新定位刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3	118
第一款 電腦詐欺罪之本質.....	118
第一目 學說見解.....	119
壹、 本質上之竊盜罪說.....	119
貳、 類似詐欺罪說.....	119
第二目 學說之評析與檢討.....	120
壹、 不同於竊盜罪之類似詐欺罪.....	120



貳、 其他相關問題之說明.....	121
第二款 類似詐欺罪各罪名間之關係.....	122
第三項 案例分析	123
第一款 有關「不正方法」之解釋.....	123
第一目 相關學說見解.....	123
第二目 學說之分析與檢討.....	125
第二款 有關行為客體之認定.....	127
第四項 小結	130
第五章 結論.....	133
第一節 財產支配關係觀點下的詐欺罪.....	133
第二節 緒論案例之分析.....	138
參考文獻	141



第一章 緒論



第一節 研究動機及問題意識

第一項 以三則實務案例為開端

刑法第 339 條規定：「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（第一項）。以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同（第二項）。前二項之未遂犯罰之（第三項）。」此即在刑法分則中相當廣為人知的普通詐欺罪的法條明文，同時這確實也是在實務上經常會用到的罪名¹；不過，雖然刑法詐欺罪的構成要件只有短短的幾行文字，惟在適用上其實仍存在著許多待解的問題，以下就先從幾個發生於現實生活中的案例開始說起。

案例一：【直播拍賣案】

甲利用深夜時段在 Facebook 群組「XX 屋直播特賣會」上進行直播，販賣各式偽冒的歐洲名牌皮包；雖然該些皮包正版價格由數萬至十幾萬元不等，惟甲則是以每個 1000 元之價格購入後，再以約 4000 元之價格賣出，試圖以低價吸引無知的顧客。警方接獲舉報後展開調查，成功循線偵破案件，將甲逮捕並查扣上百件仿冒各大名牌商標的皮包，而於偵訊後即依詐欺罪嫌和違反商標法移送法辦。

案例二：【以身相許案】

甲在一場飯局中認識富商乙，並於熟識後開始向乙哭訴要養家，欠下千萬元債務、父母生病開刀、哥哥癱瘓、還說母親往生沒錢下葬等，並暗示將以身相許，

¹ 根據法務部的統計資料，於民國 106 年地方檢察署所起訴的罪名中，詐欺罪即名列第五（20939 人）；前四名則分別為：公共危險罪（61443 人）、毒品危害防制條例（51020 人）、竊盜罪（26529 人），以及傷害罪（24615 人）。資料來源：法務統計，http://www.rjtd.moj.gov.tw/rjtdweb/common/WebList3_Report.aspx?list_id=805（最後瀏覽日：2018 年 6 月 2 日）。

讓乙信以為真，每次都匯款 200 至 300 萬元不等，甚至按月匯款 50 萬元給甲當生活費；後來，乙發現甲劈腿與其他富商交往且亦要求資助，始驚覺受騙而怒告甲詐欺。案經檢察官以詐欺罪名起訴，並經台北地方法院有罪判決確定²。

案例三：【行動支付案】

甲透過網路認識乙，並於交往期間取得對方之信任，進而獲得乙之信用卡個資（包括卡號、到期日以及卡片末三碼）；其後，甲再打電話給銀行客服，透過自己所知的乙的身分資料通過銀行的身分核對，並要求變更銀行於發送「動態簡訊密碼（OTP）」時所約定的手機號碼，以此成功將乙的信用卡綁定於自己手機上的行動支付功能，最終，甲再使用自己手機的行動支付功能（實際上則是使用乙的信用卡），上網盜刷筆電、手機與化妝品等。案經警方調查，至甲之住處搜索出大批盜刷贓物之後，並將甲逮捕。

眾所周知，雖然原本詐欺罪所預設的最典型之情形，本即是行為人在交易上施以詐術而謀取不正利益，舉例來說，甲欺騙乙說，自己攤位上賣的皮包全都是自外國進口的名牌，雖然價格偏高（價位與名牌價格相當），但品質絕對有保證，殊不知甲所販賣的皮包都只是隨意縫製的仿冒品，此時，甲即會因施以詐術，而使乙陷於錯誤並交付財物（價金），故成立詐欺取財罪，並無疑問；然而，這是否即意味著只要在交易上施用詐術，就一律皆可論以詐欺罪？尤其，在【案例一：直播拍賣案】中，由於被害人的支出與所購買的商品，在客觀價值上看似即不具有太大的落差，故此時是否仍有刑法詐欺罪之適用，其實並不是那麼理所當然地就可以得到解答。

再者，除了在交易場合之外，詐欺罪在日常生活中的曝光率可以說同樣也是非同小可，姑且不論成天占滿新聞版面的詐騙集團事件，上述【案例二：以身相許案】之情形，在現今人際關係複雜的社會中，其實也早已算是多見不怪了；不過，於該案中，雖然行為人確實是施以詐術而自被害人處取得財產，然而，被害人在處分財產的當下，卻應該也是為了愛情而心甘情願的，是以，在詐欺罪終究

² 台北地方法院 106 年度審易字第 2615 號刑事判決。

仍是在保護財產法益的前提下，行為人這種嚴格來說反而比較像是欺騙感情之行為，是否仍可算是侵害他人之財產而應成立詐欺罪？這同樣也應該是非常值得再進一步探究的問題。

最後，在同樣也是科技進步、交易型態愈發多元的現代化社會中，詐欺之手法似乎也從未停滯，且反而早就已經順應時勢地將市場逐步移往機器、電腦領域，甚至是網路世界；依此，在一般傳統的對「人」的詐欺已經算是小巫見大巫的時代背景下，單就刑法第 339 條之普通詐欺罪，當然也就早已不足以應付。雖然，我國刑法也可以算是不落人後地有新增了第 339 條之 1 至第 339 之 3 等與電腦詐欺相關之罪名；然而，光就新制定的三項罪名，即欲一舉解決在現今複雜多元的交易型態下的詐欺案件，可能還是過於天真。在此，單以上述的【案例三：行動支付案】為例，究竟行為人應成立其中的何項罪名，甚至是否皆無可適用之餘地，即亦無法一目瞭然地就下定論。

結合上述三則案例可知，不論是傳統詐欺罪的範圍，抑或新型態的詐欺，無疑地皆仍存有許多可再深入探討的空間，也因此，學說上對於詐欺罪的問題提出與爭論可以說至今仍舊未曾間斷，甚至要說詐欺罪是整部刑法分則中爭點數名列前茅的罪名，或許也不為過；然而，光就前兩則案例而言，我國實務見解卻似乎可以毫不猶豫地認為行為人會成立詐欺罪³，至於，在電腦詐欺之情形，過往法院也未曾具體地論述適用相關罪名的依據或理由，由此即可看出我國實務見解對於詐欺罪不求甚解的態度，而也正是因為這樣的學說（尤其是外國學說）與我國實務見解之間所存在的如此巨大的差異性，即成為筆者決心想要深入研究上述詐欺罪之相關問題的契機。

第二項 問題提出：詐欺罪的保護法益與構成要件之解釋

為了要解析上述案例，最核心的問題仍莫過於，刑法詐欺罪所保護的對象法

³ 在【案例 2：以身相許案】中，法院即是幾乎不附理由地判被告成立詐欺罪（台北地方法院 106 年度審易字第 2615 號刑事判決）。

益究竟為何？又對此是否仍應有一定的範圍限制？雖然，在此或許可以直截了當地說詐欺罪的保護法益就是財產法益；然而，就財產法益的內涵而言，事實上學說至今對此亦難謂已達成共識。按我國多數學說見解承繼德國學說見解而認為，詐欺罪所保護的應是整體財產法益，故應將「財產損害」當作是詐欺罪的不成文構成要件；換句話說，被害人必須要有整體財產減損，才有討論詐欺罪的空間。不過，如此一來，被害人單純對於財產的處分自由即會完全被排除在保護範圍之外；或許，多數學說的觀點是在於，財產法益本來就是指「財產」本身，因此，只要沒有對於客觀的財產造成侵害，本即無論以財產罪之餘地，然而，為何不能將財產法益定性為個人對於財產的支配關係呢？儘管有受到客觀上等值的財產填補，而難謂有整體財產損害，惟此對於被害人而言，仍舊是受有現實上的不利益，難道這就不能轉換為法律上的不利益而一律不值得保護嗎？此或許即為在進一步討論詐欺罪的構成要件之前，首先必須要釐清的問題。

再者，以詐欺罪所保護的財產法益之內涵為基礎，如果認為此應包含個人對於財產的支配關係，則下一個所要面臨的問題就會是，在客觀上應如何去判斷被害人的財產處分自由是否有受到妨害？在此，為了要排除被害人的自由根本就沒有受到干擾，或者其所受到干擾的是不值得由刑法加以保護的自由之情形，詐欺罪中「施以詐術」以及被害人「陷於錯誤」之要件，在解釋上即有必要具備相對應的篩漏功能；而在討論與被害人的錯誤相關之問題時，當然也就不免要論及由德國學者 Arzt 在 1970 年代所提出的法益關係錯誤論，並且在這之後也有許多包括德國、日本的學者嘗試對此提出更為合理或者更加完整的見解，由此可知，整理並深入探討上述的學說見解，即將成為這一部份最重要的課題。最後，其實我國刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3 的問題，同樣也會與財產法益的內涵有所牽扯，此將會影響如何定位這些與電腦詐欺相關之罪名，亦即，究竟這些罪名果真在本質上即為詐欺罪，抑或其是較接近於竊盜罪？而這就又會與詐欺罪的「(被害人的)財產處分」要件產生關聯，並且也可能會左右該等罪名構成要件中「不正方法」之解釋。

第二節 研究範圍與論文架構



第一項 研究主軸、限制與方法

依循上述的問題意識，基本上本文的研究範圍即是以詐欺罪的保護法益—財產法益的內涵為核心，並再以此為基礎，延伸探討分別銜接詐欺罪的「施以詐術、陷於錯誤」以及「財產處分」這兩大構成要件之問題，亦即法益關係錯誤論，以及詐欺罪、竊盜罪與電腦詐欺罪之間的關係。是以，一方面雖然本文的內容主要仍是圍繞著刑法第 339 條之詐欺罪，惟既然要對財產法益的內涵為更進一步深入的探討，則不免還是會觸及同為保護財產法益的財產罪中之其他罪名（尤其是竊盜罪）；另一方面，在爭點雲集的詐欺罪中，本文自然也無法在有限的篇幅內將所有的問題一掃而空，且這樣也會使得論述的內容無法聚焦而顯得零散，故諸如不作為詐術、詐欺罪的既遂時點，抑或近年新增訂的加重詐欺等問題，即不在本文的討論範圍之內。

再者，由於本文的研究主題仍是較偏向於刑法釋義學，故於研究方法上，主要還是多為文獻整理，並會同時插入些許實務上曾發生或學說上所舉的案例，以協助理論的分析與說明，最後，再試著提出對於學說的評析以及本文自己的看法。至於，在參考資料的引用上，因為受限於筆者的語言能力，故主要仍是以國內以及日本的文獻為主，而對於相關的德國重要學說見解之介紹，則皆是轉引自上揭文獻，藉此對於論述的內容加以補足。

第二項 各章節內容概述

綜上所述，本文的章節安排，扣除本章之緒論，大致的內容架構如下：

• 第二章 財產法益與詐欺罪的保護法益

本文首要處理的核心問題，即為釐清詐欺罪的保護法益，也就是財產法益的內涵，而向來學說上在討論財產法益的內涵時，大多是直接將焦點放在可脫離於

重新建構詐欺罪—從財產支配關係的觀點出發

個人的「財產」上；依此，在本章中，即會先分析在此一觀點下可能會產生的問題，接著再進一步介紹後來學說所提出的新的財產法益概念，並以此為基礎論述將財產法益概念定位為「個人對於財產的支配關係」的可能性。至於，以往學說上對於詐欺罪保護法益之爭論，亦即，究竟是侵害個別物所有權抑或整體財產，則是置於本章之末端，結合已浮現輪廓的財產法益內涵進行討論。

- **第三章 詐欺罪的「施以詐術」與「陷於錯誤」**

- 重新探討應用於詐欺罪的法益關係錯誤論

在對於詐欺罪的保護法益有所釐清之後，即可延伸出其中一項本文主要所要探討的問題，也就是應如何認定詐欺罪中的「施以詐術」以及「陷於錯誤」；而有關被害人陷於錯誤的問題，其實又與活躍於總論中的被害人同意理論有很深的因緣，故本章之第一節即會先整理在被害人同意理論下的諸家學說，並於第二節進一步論述此於詐欺罪中之運用，且在本章最後，再以將抽象理論套用於具體案例中加以檢討作結。

- **第四章 詐欺罪的「財產處分」行為**

- 詐欺罪、竊盜罪與電腦詐欺罪之間的關係

可再由詐欺罪的保護法益以及財產法益之內涵所延伸出的另外一項問題即為，詐欺罪與其他財產罪之間應如何區別，而在這之中，又以詐欺罪、竊盜罪以及電腦詐欺罪之間的關係最為糾纏不清，並且這個問題主要亦圍繞著詐欺罪的其中一項要件，也就是被害人之「財產處分」行為。是以，本章亦先將於第一節對於詐欺罪中的「財產處分」要件進行深入之探討，並再於第二節，正式進入這一章的重頭戲，也就是本文主要所要處理的刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3 的定位問題，以及對於「不正方法」之構成要件與罪名適用選擇之說明。

- **第五章 結論**

最後，本文將在第五章之結論整合上述各章之論述，並且套用於在緒論中所提及的三則實務案例中加以解析。

第二章 財產法益與詐欺罪之保護法益

誠如緒論所述，在進入詐欺罪的犯罪構造以及個別構成要件的探討之前，必然得觸及刑法分則中所有罪名都無法忽視的核心問題，亦即，應如何詮釋或塑造該項罪名的「保護法益」，此攸關罪名底下構成要件的解釋路徑；甚至，為了契合作為可罰性基礎的保護法益，在論罪時，也可能必須再以所謂的「不成文構成要件」，來阻隔那些被認為與法益侵害無關的犯罪事實¹。

而如何使抽象又虛渺的保護法益，產生為人可知的外型與輪廓，在釋義學上，最直接的方式，或許即是按照條文中犯罪構成要件的組合來加以描繪，此亦可謂最能夠貼近立法者所預設的該項罪名的原意；然而，由犯罪構成要件來拼湊保護法益的外型，再以以此成形的保護法益來決定各項構成要件的解釋路徑，如此一來，似乎即難以擺脫有循環論證的嫌疑。換言之，以單項罪名的構成要件所形塑的保護法益，最多也就只能用來確保系爭罪名底下的各該構成要件之間，並不會產生相互矛盾的情形。

依此，真正對於犯罪構成要件具有指引作用的保護法益，應該還是要透過數項具有共通規範目的的罪名，從體系面切入並加以分析，較為合理；就本文的主題而言亦是如此，也就是說，相較於「詐欺罪的保護法益」，究竟應如何建構出財產犯罪的保護法益—「財產法益」，或許才是一切問題的根源。故以下本章的主軸，即是以向來學說上對於財產法益的爭論為開端，對此一以法益客體為重的論述方式進行分析及檢討，並試著將焦點拉回至「個人（法益主體）與財產（法益客體）」之間的保護法益關係，亦即，立於所謂的「財產支配關係」之觀點，重新探究財產法益的本質；最終，再於這樣的基礎上，回過頭來解決學說上爭論已久的詐欺罪保護法益之問題。

¹ 此即為法益的解釋機能；許恒達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌，197期，2011年10月，頁135。

第一節 財產法益中的「財產」與「財產支配關係」



第一項 向來財產法益的討論重心

一直以來，財產罪給人的印象就是對於「財產（有形的財物或無形的財產上利益）」的保護，不論所用以侵害他人財物的手段是竊盜、強盜、詐欺或毀損等，其共通點都是造成他人人身之外的財產之損害；因此，學說上有關財產法益的討論，向來大多也都集中在「財產」此一保護客體上，只是，基於觀察角度的不同，分別在德國及日本，其所著重的對於財產法益的討論面向又有些許之差異。

第一款 「財產」與「財產損害」概念之爭論

—法律財產概念說與經濟財產概念說

德國學說上有關財產法益的討論，主要集中在應如何認定構成要件中的「財產損害」，以及由此所延伸出的「財產」概念的問題，並大致可區分為位於光譜兩端的法律財產概念說以及經濟財產概念說。

第一目 法律財產概念說

法律財產概念可以說是較早被提出的財產概念理論，它的核心觀點在於，財產法益中的「財產」，應是指「法律上（刑法之外的其他法規範）所保護的利益」（尤其是民事法上個別的財產權）²，行為人只要侵害了此一法律上的權利，即使沒有造成他人經濟上的損失，仍會構成財產犯罪；依此，有關「財產損害」之認定，所得出的即是端視被害人主觀上的權利是否受有損害，而不考慮能否以對價予以填補的「主觀的財產損害概念」³。

按照此說，儘管是在現實上具有經濟價值的利益，只要尚未被歸入民事法的

² 大谷實『刑法講義各論〔第4版補訂版〕』189頁（2015年）。曾根威彥『刑法各論（第5版）』103頁（2012年）。

³ 足立友子「詐欺罪における欺罔行為について（四）—詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成—」法政論集214号336頁（2006年）。

權利體系中，同樣都會被排除在刑法的保護對象之外；本身即明顯與法規範相悖的贓物、違禁物等固然不論，就連勞動力、營業秘密、顧客，亦或契約基礎外的期待等還沒有晉身為民事法上的「權利」的經濟利益，皆仍不能稱得上是刑法所應保護的財產。而且，值得注意的是，在法律財產概念下，只要沒有侵害財產上的權利，就算是對此有高度侵害的可能性，並進而造成蘊含於權利中的經濟價值有所減損，也仍然不能算是刑法上的財產損害⁴。

法律財產概念說的立論基礎在於，刑法對於財產法益之保護，只不過是為了填補民事法對於私人財產保護的缺漏；意即，單靠民事法上的回復原狀以及損害賠償機制，由於並不會使得行為人侵害他人財產所付出的成本高於獲利（最多只能持平），而可能無法達到嚇阻侵害發生的效果，因此，為了使法律上（尤其是民法上）基於財產權所為的利益分配在現實上也能夠實現，即必須仰賴刑法財產罪所課予行為人的超出利潤的額外成本，也就是「刑罰」，以此補足保護財產權的預防效果⁵。

然而，此說經常受到抨擊之處則在於，由於在現今經濟發達的社會中，法規範往往不能及時順應如此快速的時代變遷，此將可能致使某些新穎的財產型態，在現實上雖具有經濟價值，惟卻會因為尚未被納入民事法體系而無法受到保護⁶；不過，支持法律財產說者對此亦有所回應，簡單來說，若是貫徹刑法財產罪僅僅是立於民事法財產權規範的補充地位的觀點，則既然民事法尚未針對新的財產型態加以規定，刑法似乎也毋須越俎代庖地搶先將此納入保護範圍⁷。

第二目 經濟財產概念說

相對於法律財產概念說，於其後由德國實務界所開創的經濟財產概念說則是

⁴ 足立友子，前揭註 3，336-337 頁。

⁵ 張天一，對財產犯罪中「財產概念」之再建構（下）——以「支配關係」所形成的財產概念，月旦法學雜誌，165 期，2009 年 2 月，頁 207-208。

⁶ 陳子平，刑法各論（上），2013 年 10 月初版，頁 353。

⁷ 張天一，同註 5，頁 211-212。

認為⁸，財產法益中的「財產」，應是指「在交易流通上被認為具有經濟價值（金錢價值）的有形財物或無形利益」，並由此推導出所謂的「客觀的財產損害概念」，亦即，假若被害人的處分行為致使其之財產經濟價值總額有所減少，且又沒有因對價給付而受到完全的填補，那麼就會被認定為有財產損害；此外，與法律財產概念說大相逕庭，此說認為，只要是在現實上、客觀上具有經濟價值的利益，即使尚未被納入其他法規範的體系中，仍然可以成為刑法上的財產，甚至，儘管是雖具有經濟價值惟卻明顯與其他法規範相悖的利益，例如違反公序良俗，或者因為違反禁止交易規定而致無效的請求權，如果能在現實中具有實現可能性，則同樣也可以受到刑法財產罪的保護⁹。

經濟財產概念說主要的論點在於，刑法財產罪所保護的財產法益，應跳脫出民事法所規範的財產權的框架，而以刑法獨立的觀點來加以思考。在此，學說上也有認為，在經濟財產概念說下，應同時將「維持刑法上的財產秩序」作為財產犯罪的處罰依據；具體而言，在竊取贓物、侵占不法所得等「黑吃黑」，以及私力救濟之情形，考量到刑法秩序的一致性，即使被侵害的客體並非民事法上所保護的正當權利，仍有使行為人入罪之必要¹⁰。

只是，經濟財產概念說在此亦飽受批判，最常被指出的問題點即在於，若是相當程度地切割刑事法與民事法領域，並劃分出兩種截然不同的財產保護範圍，則雖然顧及了刑法本身的一致性，惟卻反而使得整體法秩序產生矛盾與分歧，仍非妥適¹¹。

第三目 法律經濟財產概念說

承上所述，在極端的法律財產概念說與經濟財產概念說皆無法圓滑地處理財

⁸ 為了與其後的「法律經濟財產概念說」區分，德國學說上又有將此另稱為「純經濟的財產理論（rein wirtschaftliche Vermögenslehre）」，或者「極端的財產理論（extrem wirtschaftliche Vermögenslehre）」。張天一，刑法上之財產概念—探索財產犯罪之體系架構，輔仁大學法律學研究所博士論文，2007年，頁147。

⁹ 足立友子，前揭註3，337頁。

¹⁰ 林東茂，刑法綜覽，2016年3月八版修訂版，頁2-170、171。

¹¹ 黃榮堅，刑法問題與利益思考，2003年10月初版，頁95。

產概念的情況下，主流見解遂逐漸朝向折衷的法律經濟財產概念說靠攏，亦即，刑法財產罪所保護的財產法益，其中之「財產」主要仍是以有形物或無形之利益是否有客觀上的經濟價值、金錢價值為認定標準，不過，仍然不能完全捨棄在法規範下的觀點，必須適當地考量刑法上對於財產之保護與民事法的財產權架構是否會產生太大的衝突；具體而言，在沒有明顯違背其他法規範的情況下，尚未被納入民事法體系的具有經濟價值的財物或利益，仍有可能被納入刑法財產罪的保護範圍¹²。

再者，採取折衷說的學者，在「財產損害」之認定上，多半則是借助德國實務界所提出的「客觀-個別的財產損害概念」¹³；亦即，雖然是在「經濟的財產損害概念」的基礎上作修正，惟卻不全然以金錢價值之減損為基準，而是在相當的對價給付之外，再添加金錢以外的要素來加以判斷，例如契約使用目的、個別的利用價值或再入手價值等，只要這些個人的主觀要素也能夠轉換為具有客觀的經濟價值，則亦可作為判斷財產損害的考量因子¹⁴。

然而，法律經濟財產概念說雖說是目前的主流見解，惟仍難謂皆無缺失；簡單來說，折衷說下的財產概念觀點，既然主要是建立在刑法與其他法規範調和的基礎上，則於其間相互碰撞的過程中，兩者間對立的分界仍難免有所浮動，這就可能使得刑法上財產的概念變得模糊，甚至可以說特定之物或利益是否可須以刑法財產罪加以保護，反而更偏向是刑事政策的問題¹⁵。

另一方面，值得注意的是，現今德國多數學說大致上又將財產犯罪區分為兩大類型，亦即「侵害個別物所有權的犯罪」，以及「侵害整體財產的犯罪（狹義財產犯罪）」¹⁶，雖然，嚴格來說，這與學說上所討論的財產概念並沒有太大的關

¹² 林山田，刑法各罪論（上），2006年11月修訂五版，頁459。

¹³ 張天一，同註8，頁173。

¹⁴ 足立友子，前揭註3，348頁。

¹⁵ 謝煜偉，財產犯、財產法益與財產上利益，收於：春風煦日論壇編輯小組編，刑事法與憲法的對話—許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集，2017年3月，頁693。

¹⁶ 蔡聖偉，財產犯罪：第一講 概說：所有權犯罪與侵害整體財產之犯罪（上），月旦法學教室，69期，2008年7月，頁54-57。

聯，惟似乎仍不難看出這樣的財產犯罪分類方式與經濟財產概念，或者仍舊以經濟財產概念為骨幹的法律經濟財產概念之間的親近性¹⁷。申言之，在被歸類為侵害整體財產的犯罪中¹⁸，由於整體財產損害的判斷方式，即是以被害人受有經濟上的損害為論罪前提（並非保護個別財物的處分自由¹⁹），且此時通常就會利用以被害人的整體財產為基準的「價值總額理論」來加以判斷，並計算出在被害人處分財產與獲得對價給付這樣的一來一往之間，是否有受到整體財產（經濟上）之減損²⁰，因此，即難以想像在法律財產概念下會發展出這樣的財產犯罪類型；相對地，只有在犯罪構成要件僅以「他人之動產」為行為客體的情形下，才可例外地又回到以法律財產概念為基礎的判斷方式，不再著重於被害人是否受有客觀上的經濟價值損害，而將此歸類為侵害個別物所有權的犯罪²¹。

侵害個別物所有權與侵害整體財產犯罪之區分方式，固然由於德國刑法的某些財產罪名中有「財產損害」此一構成要件，而有一定的說服力；然而，在日本或我國刑法並沒有特別將「財產損害」定為財產犯罪的構成要件之情形下，應如何劃分何者屬於侵害個別物所有權之犯罪，何者又是屬於侵害整體財產之犯罪，即非無疑。尤其，雖然在德國學說上，德國刑法第 263 條之詐欺罪因為有「財產損害」之要件，故一面倒地被認為是侵害整體財產之犯罪，惟於日本學說上，日本刑法第 246 條之詐欺罪，則仍有整體財產侵害說與個別財產侵害說之爭論²²，就此似仍有更深入討論之必要。

第二款 奪取罪保護法益之爭論—本權說與持有說

相較於在德國，由於某些財產罪名中已經有明文「財產損害」之構成要件，

¹⁷ 此為本文分析上述學說見解後，自行得出的看法。

¹⁸ 典型的如德國刑法第 263 條之詐欺罪、第 253 條之恐嚇取財罪等。

¹⁹ 蔡聖偉，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，2008 年 8 月，頁 48。

²⁰ 只是，如前所述，在折衷說的「客觀-個別財產損害概念」下，亦非全然以金錢價值計算，仍可能因被害人的主觀因素，而有客觀上個別化的經濟價值減損。

²¹ 典型的如德國刑法第 242 條之竊盜罪、第 249 條之強盜罪等。

²² 佐伯仁志「詐欺罪（1）」法學教室 372 號 106-108 頁（2011 年）。

故將財產法益的討論聚焦於「客體—財產」的定義以及「財產損害」之認定；日本刑法的財產罪則大多僅是以他人之「物」或「利益」為行為客體，因此，學說上則是較著重於在探討財產奪取罪（尤其是竊盜罪）背後的保護法益為何？且猶如法律財產概念說與經濟財產概念說間的拉扯，在此一議題上看似處於極端對立的「本權說」以及「持有說」之間，也反而存在著更多早已揚棄非黑即白立場的折衷見解。

第一目 本權說

首先，在戰前受到日本實務以及多數學說見解支持的本權說是認為，刑法上的財產奪取罪終究是在保護「現實上持有『背後的合法權源』」，主要也就是民法上的所有權，換句話說，行為人破壞所有權人對於財物的現實上支配關係，其實就是等於侵害了在背後支撐著此一支配關係的所有權。不過，現今日本學說上幾乎已不復存在支持這種最傳統的本權說的見解，亦即僅將竊盜罪的保護法益限定在民法上的所有權；反而，大多是採取較為寬鬆的立場，並認為此亦包含質權、留置權、借貸權等可用以支撐持有財物之合法性的其他權利²³。

在法律條文的解釋上，本權說即因此認為，由於日本刑法第 235 條之竊盜罪是以「他人之財物」為行為客體，故應以保護他人的所有權（之權能）為原則；至於，第 242 條則是例外擴張之規定，而亦將基於質權、租借權等權源之持有列為保護對象²⁴。是以，如果被害人對於財物之持有並無合法權源，即應排除於奪取罪的保護範圍之外，典型的如所有權人暗自取回他人不法占有的自己之財物，並不會構成竊盜罪。不過，也正因為如此，此說主要被指謫的問題點即在於，這樣豈不等同於肯認人民間的財產糾紛能夠不透過民事法院而逕行私力救濟？如

²³ 小野清一郎『新訂刑法講義各論〔增補版〕』235頁（1950年）；瀧川幸辰『刑法各論』119頁（1951年）。學說上會有這樣的轉變，主要應該是與明治41年所修正的竊盜罪之條文有關，亦即將原本「他人之所有物」之行為客體修正為「他人之物」。木村光江『財產犯論の研究』38-41頁（1988年）。此外，我國學說上也有直接認為，竊盜罪的行為客體即為「他人『所有』之動產」，故若行為人所竊取的自己的所有物，即無論以竊盜罪之餘地。許恒達，竊盜被害人事後奪回所有財物的刑責問題，月旦法學教室，117期，2012年7月，頁33。

²⁴ 松原芳博「財產罪の保護法益」法學セミナー693号120頁（2012年）。

此一來，勢必會造成財產法秩序的混亂²⁵。



第二目 持有說（占有說）

相對於本權說，持有說在第二次世界大戰之前萌芽，並持與本權說相對立的立場而認為，被害人對於財物的持有關係**本身**，即是財產奪取罪所應保護的重心²⁶，且對於本權說僅保護具有合法權源的持有關係提出強烈的批判，大致的理由是，在權利關係複雜化的現代社會中，僅保護本權（所有權以及質權、租借權等其他權源）已然不足，而有必要保護持有的事實狀態本身，以此禁止自力救濟並維持刑法上的財產秩序²⁷，故應認為不論持有關係的背後是否有「權利」加以支撐，皆不影響持有本身受到刑法保護的地位。

在此一觀點下，持有說內部對於日本現行刑法條文的解釋，又有分為兩種不同的解釋方向。其一，第 235 之「他人之物」即是指「他人持有之物」，至於第 242 條就單純只是確認規定而已；其二，同於本權說而將第 235 條之他人之物解釋為「他人之所有物」，只是第 242 條則又再將此擴張至毋須以權利為前提的全部的持有關係²⁸。

惟無論如何，結果就是不管持有人是否基於合法權源而持有財物，甚至是持有贓物、違禁物等明顯違法的持有關係，皆仍受到刑法的保護。然而，雖謂持有說一直都主打著「維護財產秩序」的標語，惟如此一來，儘管是根本與合法權源相悖的持有關係，例如竊盜犯人對於他人所有物之持有，也通通都會被視為刑法的保護對象，反而犧牲了整體法秩序的相容性，此即持有說最大的罩門。再者，學說上對於將「權利關係複雜化」作為有必要單獨保護持有關係的理由，亦多有所質疑；簡單來說，在資本主義高度發達的現代社會下，即使以所有與持有經常分離為由，應該也只能得出要更加保護各種用益物權、租借權等所有權以外的「權

²⁵ 陳子平，同註 6，頁 355。

²⁶ 牧野英一『刑法各論（下卷）』593 頁（1951 年）。

²⁷ 佐柏仁志「財產犯の保護法益」法学教室 364 号 102 頁（2011 年）。

²⁸ 松原芳博，前揭註 24，120-121 頁。

利」的結論，直接以此作為保護違法的持有關係的理由，似乎於理不合²⁹，且正因為是在持有與所有者總是分離的情境下，委由民商法更細膩地處理人與人之間的財產法律關係，最終再由刑法保護終局的權利狀態，或許反而才是較適宜的解決方案³⁰。

第三目 中間說

如前所述，就算認為在權利關係複雜化的前提下，社會共識是傾向於優先以持有關係作為財物歸屬的認定標準，惟對於現實上持有的保護也不應毫無限制³¹；依此，如今的日本學說大多皆認為，不論是極端的本權說抑或持有說，似乎都有加以修正的必要，而有出現許多從對立的兩端逐漸向中間靠攏的折衷見解³²。

壹、平穩持有說

此說緩和原本的持有說，並認為在開始「平穩持有」的範圍內，強制行為人採取民事救濟途徑才比較說得過去，而可以成為值得保護的對象³³。具體而言，返還期限屆至後對於應返還財物的持有關係，仍然屬於平穩的持有，所有權人逕自奪回所有物，同樣會構成財產犯罪；然而，竊盜犯人於竊盜當時（既遂後）所持有之盜物，即非平穩的持有，所有權人奪回所有物，並不會構成財產犯罪；只是，此一竊盜後對於贓物的持有關係，對無關的第三人而言仍然是平穩的持有，第三人再竊取之，則會該當竊盜罪。

²⁹ 松原芳博，前揭註 24，121 頁。

³⁰ 謝煜偉，同註 15，頁 697-698。

³¹ 陳子平，財產罪的重要課題：第一講 財產罪的保護法益，月旦法學教室，88 期，2010 年 2 月，頁 58。

³² 有關中間說對於極端的本權說或持有說所作的修正，其實主要不外乎即是為處理下列兩項較為具體的問題，亦即：1) 所有權人奪回自己被偷竊（搶奪）的財物，以及 2) 第三人竊取竊盜犯人的贓物、違禁物，是否會成立竊盜罪？

³³ 平野龍一『刑法概說』206 頁（1977 年）。

貳、擴張本權說（合理持有說）

此說認為，在權利關係逐漸複雜的現代社會中，持有關係的背後是否具有合法權源也會變得越來越無法輕易辨識，而有證明困難的問題；依此，本權說的立場勢必會有所動搖。是以，至少在最終的權利歸屬尚未明朗之前，優先保護目前「看起來」是基於合法權源所為的持有，應該是比較合理的，意即，被害人（原持有人）並不需要非常明確地證明權利存在，只要有權利存在的外觀，亦或主張權利存在大致上有合理的理由，即應肯定為值得保護的持有³⁴。

不過，此說的用字雖然與上述的平穩持有說稍有不同，惟所謂的「外觀上大致有理由的持有」，在判斷時應該也很難得出與「平穩持有」不同的結論；因此，在竊取違禁物、所有人奪回竊盜犯人所持有的盜物，亦或無關第三人竊取贓物等典型案例中，所得出的行為人成罪與否的結論，基本上也都會與平穩持有說一致。

參、修正本權說

此說的立論基礎同樣在於，現今確實有單獨保護持有關係的必要，惟並非全部的持有皆值得用刑法來加以保護，基於刑法的補充性地位，應認為僅須保護合乎於民事法的正當利益所為之持有；雖然持有說有認為，持有本身即應可作為民法上值得保護的正當財產利益（不存在「事實上持有 ≠ 正當利益」之情形），不過，如果是在與所有權人對立之情形，那麼這樣的說法就還是有疑問的³⁵。

再者，雖然持有說的基本立場是，由於民法上的權利關係相當複雜，故若是在行為當下還沒有辦法明確地判斷出權利歸屬，則刑事法院就不應該容許行為人逕自侵害被害人因持有關係所掌控的現實上利益；然而，此處的重點在於，在權利關係不明朗的情況下，為何是以對於現狀（現在、事實上的持有關係）的保護為優先？由於持有移轉罪並非單純的是在維護財產秩序，故不論是私力救濟禁止，

³⁴ 西田典之『刑法各論〔第6版〕』155頁以下（2012年）。大谷實，前揭註2，192-193頁。藤木英雄『刑法講義各論』273頁（1976年）。且學說上亦有認為，即使事實關係明確，在有關權利歸屬的法律解釋上有爭議時，同樣有保護持有關係的必要。島田聡一郎「財産犯の保護法益」法学教室289号102頁以下（2004年）。

³⁵ 佐伯仁志，前揭註27，108頁。

亦或法律、事實關係不明確，都不應該獨自作為此類犯罪的可罰性基礎，勢必還是得牽起與「財產」之間的關聯³⁶。

是以，不應認為外觀上大致有理由的持有即值得保護，反而應該是只要行為人在事後可證明（優勢證據）被害人的持有並無合法權源，即無論以財產犯罪之餘地³⁷。不過，在無關第三人竊盜贓物之情形，由於竊盜犯人有返還竊盜物的義務，且就算不能返還也必須負起賠償責任，故竊盜犯人（被害人）對於第三人而言，仍有保有竊盜物的（民事法上的）正當利益（且竊盜犯人是否有返還的意思並不重要）。對此，雖有認為將持有概念相對化並非妥適³⁸，惟提出此一見解者對此亦有所回應，簡單來說，相對化的並非是持有的事實狀態，而是持有的**保護必要性**；依此，對於所有人以及無權利人而言，對於保護必要性的判斷，自非必要求一致³⁹。

最後，在竊取違禁物之情形，由於違禁物本來就只有在行政法上被禁止持有而已，此並不代表在民法上不能有違禁物的所有權；尚且，所謂的「沒收」，應是國家剝奪所有人的所有權並移轉的行為，因此，對於違禁物的沒收，當然也是要以被沒收人有對違禁物的所有權為前提。是以，若是在非經正當程序的情形下，妨害所有人對於違禁物之所有權，自然也應該成立財產犯罪⁴⁰。

第三款 學說的分析與檢討

有關奪取罪保護法益之爭論，本權說與持有說的分歧，雖然看似是落在保護法益的本質（實體）上，亦即奪取罪所應保護的究竟是「民事法上的所有權（或

³⁶ 佐伯仁志，前揭註 27，106-108 頁。

³⁷ 雖然修正本權說在此所提出的「持有關係是否值得保護」的判斷標準，看似與平穩持有說、擴張本權說分道揚鑣，不過其實這也不太會影響在實體法上所得出的結論（尤其再與下文中的兩個典型案例一併觀察），反而只是將戰場轉移至訴訟法上對於證明程度的要求而已。除此之外，更細緻的討論，大概也就是這些問題究竟應該是要放在構成要件該當性階層，抑或具體的違法性階層處理？惟由於此一問題與財產法益本身較無關聯，而是牽扯到整個犯罪審查體系的建構，故本文對此即不再作更深入的介紹。

³⁸ 木村光江，前揭註 23，489 頁。

³⁹ 佐伯仁志，前揭註 27，107 頁。

⁴⁰ 佐伯仁志，前揭註 27，頁 107。

其他合法權源)」，抑或「現實上之持有關係」？然而，事實上，除非要捨棄奪取罪的財產實害犯的定位，而將此前置於危險犯的範疇（甚至是抽象危險犯），否則，在位於持有背後的合法權源，無論如何都不會因為行為人破壞持有關係而隨之喪失之情況下，即可能較難得出「破壞持有關係 = 侵害持有背後的合法權源 = 侵害財產法益」的聯結關係；依此，嚴格來說，財產罪的行為人對於持有背後的合法權源所造成的妨礙，應該是破壞持有關係之後，致使所有權人無法實現所有權的「現實上的利益」，而非直接剝奪「法律上的地位」，不過，如此一來，本權說與持有說所掌握的奪取罪的保護法益，亦即「能夠使所有權實現的現實上利益」以及「持有的現實上利益」，其實根本也就沒有所謂的本質上的差異了，到頭來只是保護法益**範圍**的問題而已⁴¹。

總而言之，本權說所認定的奪取罪的保護範圍，是僅限於有合法權源作為後盾的持有關係，而持有說則沒有這樣的限制；如此一來，不論是本權說、持有說或是中間說，仍然都還是圍繞著一個較為抽象的問題，亦即，財產罪一般客體的保護必要性，是要附隨於民法來加以判斷（從屬說），還是由刑法自己來判斷（獨立說）⁴²？至此，雖然對於探討財產法益的切入點稍有不同，本權說與持有說的爭論，終究還是又與法律財產概念說、經濟財產概念說相呼應，雖然繞了一大圈，但仍然是在處理同樣的問題，也就是刑事法上的財產概念是否要受到民事法上財產權體系的限制⁴³。

在現今經濟高度發展的社會中，利益型態變化多端，若是以較為完整地保護個人所應享有的財產上利益為目標，則以民事法上的權利體系來限制刑法上財產概念的範圍，似乎已不合時宜；在法規範之外（尤其是民事法體系），另外以一個一般社會所能夠共同認可的客觀標準來定義「財產」概念，應該是有必要的。依此，跳脫出較為狹隘的奪取罪保護法益的爭論，法律經濟財產概念說（折衷說）

⁴¹ 松原芳博，前揭註 24，頁 118-119。

⁴² 松原芳博，前揭註 24，119 頁。

⁴³ 事實上，日本學說上也有許多援用「法律經濟財產概念說」作為中間說的立論基礎者。例如：林幹人『財產犯の保護法益』346 頁（1984 年）；大谷實，前揭註 2，192 頁。

對於整個財產法益犯罪中的「財產」概念之認定，或許不失為一個可行的方向⁴⁴。不過，若以此說為標竿，似乎刑法上的「財產」，即應以有客觀上的經濟價值為前提，如此一來，勢必只能將不具有「經濟（金錢）損失」之情形（尤其是單純侵害財物使用自由之情形），排除於財產罪的保護範圍之外，此是否又合乎一般社會對於「財產」的理解，即仍存有疑問⁴⁵。

綜上所述，有關財產法益的爭論，如果只是純粹地將焦點鎖定在「客體—財產」上，並以此為討論重心（主要在處理客觀上財產範圍的問題），那麼就很有可能導致所描繪出的財產法益的樣貌過於平面，以至於就算只是在討論保護法益範圍的問題，也幾乎已經面臨瓶頸，而應該有另闢蹊徑的必要。

第二項 新的財產法益概念

—以人與財產間的支配關係為討論重心

第一款 概說

如前所述，德國實務界在財產損害的認定上，雖然一直以來都是踩著經濟財產概念這塊基石，惟仍不得不承認在為數不少的個案中，單純以客觀經濟價值或金錢價值的減損來認定財產損害是不可行的；尤其，在德國聯邦法院 1887 年「保險費案」的判決中即指出，除了金錢價值的比較之外，在判斷是否有財產損害發生時，亦必須考量能否合乎被害人的契約使用目的。此一審查架構，後來學說上即稱之為「客觀-個別的財產損害概念」⁴⁶。

然而，所謂的「客觀-個別的財產損害概念」雖然不斷強調，能夠影響財產損

⁴⁴ 在此，日本學說上也已經有從奪取罪保護法益的討論，擴展至探討整個財產罪的保護法益的趨勢，並有「狹義的財產罪保護法益論」以及「廣義的財產罪保護法益論」之區分。松原芳博，前揭註 24，119 頁。

⁴⁵ 就算撇除沒有「財產損害」之構成要件的個別物所有權之財產侵害類型不說，如上所述，就連德國實務界也有將不具客觀經濟價值（金錢價值）的當事人主觀要素納入財產損害的判斷素材中的情形（例如契約使用目的、個別的利用價值等）。如果說這種純粹的主觀要素也可以轉換為有「客觀上的經濟價值」，那麼客觀經濟價值的概念，或許早就已經連外觀上最粗淺的輪廓都褪去了。

⁴⁶ 足立友子，前揭註 3，339 頁。

害認定的被害人「個別的」因素，仍然必須是立於社會上一般人的觀點來加以判斷，故仍未偏離「客觀的」財產損害概念，而與以法律財產概念為前提的主觀財產損害概念不同；惟若是捨棄將此處的「客觀」與「主觀」的對立，定位在「金錢價值」與「無法以金錢價值衡量的個人因素」上，反而僅是退守至一般人標準與行為人標準的分界，則客觀財產概念與主觀財產概念其實也就已經相當接近了。

對此，德國學說上即有認為，雖然財產概念不可能單純以法律而為形式的認定，勢必還是得另外以客觀上的經濟概念為基礎；惟使財產脫離個人關係而完全客觀化，並且純粹以客觀上的金錢價值來認定財產損害，同樣也是不可想像的，應該還是要考量到具體個案中的個人關係對於財產損害之影響⁴⁷。至此，即劃出了一條嶄新的財產（損害）概念的討論路徑，並為於其後所提出的不同學說奠定基礎。

第二款 人的財產概念

以上述見解為基礎而展開的即為「人的財產概念（personaler Vermögensbegriff）」，其之主要觀點在於，對於財產的保護，重點應該要放在「財產」與它的主體—「人」之間的關係。依此，首先學說上即有提出所謂的「財產人格（Vermögensperson）」的概念，並認為財產犯罪的立法意旨，應同時有保護個人以財產進行經濟活動的自由之目的，故不論是法律財產概念說亦或經濟財產概念說，將財產自個人抽離並予以中性化的理解方式，即可能與立法意旨有所齟齬；是以，應該將「財產」理解為「以個人為中心的經濟力所作用之全體」，且在此一前提下，即可能包含對於「非物質的利益（immaterielle Interessen）」以及「處分自由（Dispositionsfreiheit）」的保護⁴⁸。至於，在財產損害的認定上，即必須由此考慮到具體個案中財產與個人之間的關係；相反地，若是採經濟財產概念說或法律經濟財產概念說，則可能就會因為過於僵化的判斷標準，而產生一律有

⁴⁷ Mezger, Vermögensberechnung, bei Sachwucher und Betrug, DR 1937, 1289. 轉引自：張天一，同註 8，頁 175。

⁴⁸ P.Bockelmann, Der Unrechtsgehalt des Betruges, aus: Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch, 1944, S.249f. 轉引自：足立友子，前揭註 3，340 頁。

罪或無罪的結論，進而忽略了在具體個案中的差別性⁴⁹。

順著此一脈絡，學說上亦有更進一步提出，所謂的「保護法益」，應是指受到法規所保護的，「主體一人」與客體之間現實上的關係；依此，財產罪的保護法益，即為人（主體）對於財產利益（客體）的支配關係（*Herrschaftsbeziehung*），至於在此一觀點下的財產，則是一種經濟能力，並源自於對於「被法共同體視為具有經濟交換性的獨立客體」的支配力。而有關於財產損害的認定，即應以當事人是否發生「經濟上的目的欠缺（*wirtschaftliche Zweckverfehlung*）」為判斷標準，亦即，並非只著重在財產客體的金錢價值與市場價值，在經濟上不能計算的損失以及契約目的的落空等都應該納入考量⁵⁰。

第三款 動態財產概念

不過，除此之外，學說上也有出現反對人的財產概念的看法，主要原因在於，人的財產概念過於強調對於處分自由的保護，惟處分自由在性質上應是屬於自由法益，其本身所具有的人格性（人格價值）並不能以財產價值來衡量，將此視為財產內涵的一部分即會顯得格格不入⁵¹；依此，相對於人的財產概念，學說上另外有提出「動態財產概念（*dynamischer Vermögensbegriff*）」，並認為應該還是要將重點放在「客體—財產」之上，只是，由於現代的經濟生活與刑法定制之初大不相同，僅僅是維持財產的靜止狀態已不足以保護財產，對於動態的財產變化，亦即「財產的增加可能性」，也應該一併納入刑法的保護範圍。

是以，從經濟上的觀點來看，財產即是人以最合乎經濟理性之方式，運用財務上的資產的一種事實上能力與可能性，而刑法財產罪所保護的即為「個人在經濟活動上的自由（*wirtschaftliche Bewegungsfreiheit*）」，且以詐欺罪為例，並非只

⁴⁹ Bockelmann, Zum Begriff des Vermögensschadens Betrug, JZ 1952, S.464. 轉引自：張天一，同註 8，頁 176-177。

⁵⁰ H.Otto, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, S.32f.,65, 70. 轉引自：足立友子，前揭註 3，340-341 頁。

⁵¹ Eser, Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden, GA 1962, 289ff. 轉引自：張天一，同註 8，頁 178。

要是被害人昧於真實而交付財物，即可謂有侵害財產法益，而應限於此一交付在客觀上、經濟上是無意義或不合理的，此與在人的財產概念下所保護的「處分自由」不同⁵²。



第四款 學說的分析與檢討

或許是基於「財產」在外觀上可脫離自個人的特性，而與一般所理解的人格權（生命、身體、名譽、自由、隱私等）不同，所以一直以來，學說上也就漸漸地沉浸於想要徹底地切割「身為主體的人」與「作為客體的財產」，並試圖為自立門戶的財產法益，找到屬於它的客觀上的價值定位；然而，如上所述，這樣的作法終究還是會因為無法忽視對於主觀價值之保護，而只能一步一步地陷入難以自圓其說的矛盾困境中，亦即，一方面認為財產應具有客觀經濟價值，另一方面，在認定財產損害時，又不得不承認必須同時考量契約使用目的等主觀要素。

誠如上述在德國實務界被廣泛使用的「個別的財產損害概念」，再加上學說所提出的較新的財產概念理論，在在皆可說明，財產的價值其實在大多數的情況下，仍必須依附於個人而有個別化、個人化的特性，在個案中無論如何都不可能只將所謂的客觀經濟價值或金錢價值，當作是判斷財產損害的唯一指標；是以，本文亦支持人的財產概念理論而認為，刑法所保護的財產法益，並非單純是指財產（客體）本身，而應為「主體—人」與「客體—財產」之間的**支配關係**，且所謂的財產損害，即是指基於此一支配關係所能實現的利益，因支配關係遭到破壞而不能實現之情形⁵³。

不過，這也並不表示財產法益即可因此捨棄，甚至顛覆長久以來以客觀經濟價值為基礎的財產概念，學說上對於人的財產概念所提出的批判，亦即，人的財產概念使財產法益染上了具有人格權性質的自由法益的色彩，尤其是將一般處分

⁵² Eser, Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden, GA 1962, S.289ff. 轉引自：足立友子，前揭註3，341頁。

⁵³ 國內亦有採類似見解者，如：許恒達，公職詐欺與財產損害—以臺灣高等法院九十九年度囑上易字第二號刑事判決為討論中心，月旦法學雜誌，217期，2013年6月，頁28、謝煜偉，同註15，頁698、張天一，同註5，頁207-211。

自由納入財產罪的保護範圍，這確實是將財產法益與支配關係劃上等號後，首先要面對的重要問題。換句話說，如果客觀上的經濟價值、金錢價值不再適用於刑法上的財產，一切皆為處分、管理或使用財產的自由所取代，則刑法所保護的財產法益以及自由法益，豈非變得難以區分？依此，一直以來因人格性之差異而被視為難以相容的自由法益與財產法益，究竟應如何理解其間之關係，即仍有待進一步釐清之必要⁵⁴。

第三項 自由法益與財產法益間之關係

第一款 支配關係的定位—法益處分權在保護法益中的定位

事實上，如果將財產法益的內涵從「財產」轉移至「財產支配關係」，在這樣的觀點下，即可能會面臨與自由法益混同的問題；則刑法上的其他保護法益，在不能否認被害人同樣也有支配該等法益的自由的前提下，似乎也就都會碰到同樣的質疑。其實，支配關係在刑法保護法益的概念中，還有一個意義極為相似的名稱，亦即「法益處分權」，而長久以來學說上所爭論的法益處分權的定位問題，或許也就是釐清法益支配關係與自由法益間之關聯的關鍵所在。

刑法上的保護法益與法益所有人（被害人）之間究竟是處於何種關係？分析向來學說上的論述，大致可以得出兩種不同的看法⁵⁵。首先，有認為保護法益應是可脫離法益所有人而獨立存在的概念，並將法益客體直接稱呼為「法益」，例如財產法益中的「財產」，即可脫離財產所有權（持有）人而獨自彰顯財產法益的價值。再者，亦有認為，刑法是為了保護「人（主體）」而存在的法律，是以，

⁵⁴ 在此，動態財產概念雖然一再強調，財產法益的重點應該還是要放在「客體—財產」上，以此劃清與（將財產法益引向自由法益的）人的財產概念間的界線，然而，最終不免還是以「人在經濟活動上的『自由』」來理解刑法所保護的財產法益，故本文認為，動態財產概念對於財產法益的理解，與人的財產概念間其實並沒有太大的差別，只是又更加強調「經濟性」在財產法益中的地位而已，並試圖以此區分財產法益與具有「人格性」的自由法益，惟這樣的區分是否妥適？本文將於接下來的章節再為逐步的分析與論述。

⁵⁵ 以下整理自：松原芳博「法益主体の同意(その1)—不処罰根拠・体系的地位・不処罰効果の例外・同意傷害」法学セミナー660号102頁（2009年）。

保護法益的概念自始即不應置於外界之物本身，而應理解為人對此所能享有的效用或利益，也就是說，保護法益即是法益所有人對於法益客體的「利用關係」，故保護法益本身也無從與法益所有人作切割；依此，犯竊盜或毀損罪所侵害的法益，即是通過損害法益客體之方式，進而達到對於人使用、收益、處分財產所能實現的效用或利益之侵害。

若按照上述後說，則於法益主體同意，也就是行使所謂的「法益處分權」並放棄對於法益客體的利用關係時，即等於根本就不存在有對於保護法益之侵害⁵⁶；不過，若是直接將法益客體視為保護法益（上述前說），對於法益處分權的定位問題，則又有不同的說法。首先，雖亦有認為在法益主體同意的情形下，作為客體的法益應是會因此喪失保護的必要性，而可能得出與「法益侵害不存在」較為相似的結論⁵⁷；惟有力見解則是認為，並非所有的法益都會直接因為主體的同意而失去保護的必要性，在此必須有所區別。亦即，刑法分則所保護的個人法益，應可以不法性是否有緊緊繫於「違背被害人的意思（或未得被害人的同意）」而作初步的區分；在該項罪名本身即是將「被害人不同意」作為構成要件要素之情形，由於結果之不法性此時即是依附於「違背他人的意思」，故若是反而有助於被害人實現他的法益處分權，則應認為自始即不該當犯罪構成要件中的不法結果，而無侵害保護法益（阻卻構成要件之「同意」），典型的如強制罪、強制性交罪、竊盜罪或毀損罪等。然而，像是殺人罪、傷害罪、妨害名譽罪等，則與被害人的意思無關，故儘管法益所有人於此行使處分權（同意），仍不能因此即否定法益有受到侵害的事實，而只有在「自我決定的利益」之價值大於受侵害之法益時，才有可能放棄對於該法益之保護（阻卻違法之「承諾」）⁵⁸。

⁵⁶ 林東茂，同註 10，頁 1-128。

⁵⁷ 松原芳博，前揭註 55，102 頁。

⁵⁸ 林山田，刑法通論（上），2008 年 1 月 10 版，頁 353 以下。吳耀宗，被害人受騙之承諾，月旦法學教室，126 期，2013 年 4 月，頁 27-28。而且，多數學說亦認為，阻卻構成要件的「同意」與阻卻違法的「承諾」兩者的要件並非完全相同；亦即，阻卻構成要件的同意並不以同意人對於行為或行為的不法性具有完整的認識能力和判斷能力為必要，而只要有基本的意思表示能力而為外觀上的同意即為已足，舉例而言，有精神障礙的甲歡迎訪客乙入屋，則乙即不會因此構成侵入住居罪。彭美英，我把遊戲變真了！—被害人同意與犯罪構成要件之結構與解釋，月旦法學雜誌，167 期，2009 年 4 月，頁 235-236。

與此極具關連性的即為加工自殺罪處罰正當性的問題，在此，學說上即有認為，由於生命法益是包含了自我決定權（自由意志）等所有權利的前提，而具有最崇高的價值，故自非位於被害人處分權的範圍內，換句話說，被害人的法益處分權於此受到了限制，即使法益主體同意，仍不能否定生命法益有受到侵害的事實，以及對其之保護必要性。是以，此處的重點其實就只是在於，各個保護法益的內涵究竟是僅止於法益所有人意思自由之展現，抑或可再追溯至能夠展現意思自由的「前提」？在後者之情形，作為自由的前提本身，邏輯上當然就不能再成為人的自由意志的決定對象；依此，即使行為人並未侵害法益所有人之處分權，或者並未妨害法益主體對於法益客體的利用、支配關係⁵⁹，仍是破壞了自由的前提而難謂沒有對保護法益造成侵害⁶⁰。

然而，正如上述的區分說將財產罪分配至「不法性源自於『被害人不同意』」之陣營⁶¹；無論如何，財產本身都不應該作為財產支配關係的前提，刑法財產罪所保護的也並非是財產本身，而是人在自由意志下對於財產的利用、支配關係⁶²。

⁵⁹ 舉例而言，在殺害剛出生的嬰兒之案例中，由於學說上皆傾向於認為，嬰兒根本就不具有自由意志（連潛在的意思自由都沒有），故亦難謂行為人是利用嬰兒欠缺同意能力之狀態，進而妨害其對於生命的利用、支配關係；此時，即應認為行為人就單純地只是侵害了嬰兒的「生命」法益而已。

⁶⁰ 不過，是否可依此即直接認為，生命法益處分權的價值小於生命（前提）法益本身？在行為人自己想要了結生命的情況下，作為自由意志的前提之生命，如果要喪失於「個人」法益的本質，則是否仍可維持足以無視一切的至高價值？本文在此採取保留的態度。除此之外，這邊其實還隱含有一個重要的議題，亦即，生命、身體罪章等保護「自由意志的前提」之罪名，是否同時也有將法益處分權或者支配關係（也就是生命自主權、身體自主權等）劃入保護法益的範圍內，雖然這同樣也已經超出了本文的討論範圍，惟承上註所述，答案應該是否定的；至於，加工自殺罪、加工自傷罪等罪名，嚴格來說，則非是因行為人並未干擾被害人的意思自由而為減輕，而應為行為人額外實現了被害人自我決定之利益，故（部分）抵銷原本侵害生命、身體法益的不法性。

⁶¹ 另可參考：林鈺雄，新刑法總則，2011年9月3版，頁283。

⁶² 如此一來，按照區分說，至少在財產犯罪中，只要是合乎他人之意願，即不至產生法益侵害之結果，故似乎也就沒有進入違法性階段為利益衡量的必要。不過，在此本文認為，在違法性階段本來就不全然只是優越利益的審查，構成要件該當性階段與違法性階段應該是處於「形式與實質」、「抽象與具體」的關係；因此，雖然原則上「被害人同意」可以直接在構成要件該當性階層以形式上不該當構成要件的解釋來處理（例如受他人委託而在他人昂貴的畫紙上作畫，並不會該當「毀損」），然而，萬一真的無法依此加以過濾，當然也不應該排除在違法性階段認定「行為人實質上、具體上並沒有侵害保護法益」的可能性，而使得「被害人承諾」此一超法規阻卻違法事由仍有出場的空間。只是，要特別強調的是，既然只有形式審查與實質審查的差異，對於被害人「同意」或「承諾」的標準，當然就應該要等同視之，換句話說，若是相同的事實放在構成要件該當性階段審查可以認為符合「同意」的標準，則放在違法性階段審查，就

依此，本文認為，財產法益本來就可以算是一種「特別的」自由法益，且就個人對於財產的支配關係而論，個人所擁有的財產本來就都是由自己或他人犧牲自由而取得的，又對於財產的支配，一直以來也都是實現自我的重要方式，故無視財產法益所具有的人格意義，反而才是難以想像的⁶³；更進一步地說，並不能因為財產所具有的「身外之物」的性質，即將此視為與「自由」水火不容的保護法益，如果將焦點從作為客體的財產拉回個人對於財產的支配關係，則財產法益仍究不失為一項個人專屬的法益⁶⁴，此時，重點反而是在於，應如何劃分自由法益以及財產法益所保護的「自由」。

第二款 處於特別關係的財產法益與自由法益

總而言之，刑法財產罪所保護的「財產法益」，基本上應該可以定義為，個人對於財產的支配關係，且有別於在自由法益概念下的一般行為自由、行動自由或人身自由；不過，究竟所謂的「財產支配關係」相較於「一般行為自由」，又有何更為特別的內涵？如果只是再回到一概地以行使自由的對象具有「可脫離個人的客觀經濟價值」來強調財產法益的特殊性，則可能就還是無法擺脫硬是要將財產客觀化的舊有思維，大費周章地再提出人的財產概念，也就變得毫無意義了。

另一方面，正如同對於自由法益的保護，並非表示對於人的自由即可毫不設限；在財產罪中，當然也不可能完全依照個人喜好來認定財產損害（財產法益之

應該也要得出有「承諾」的效果。依此，在註 58 的案例中，乙若是不知甲有精神障礙，並以為經同意而入屋，則應該是要以主觀構成要件該當性阻卻犯罪之成立（欠缺故意），而非從客觀構成要件該當性著手；相反地，在乙知情的情況下，即難謂不該當「無故」之要件。同樣認為「同意」與「承諾」意義相同，只是法律效果不同之見解：曹昌棋，受害者同意的刑法評價—以死亡幫助為中心，警專學報，3 卷 5 期，2004 年 12 月，頁 73。

⁶³ 許澤天，刑法各論（一）財產法益篇，2017 年 2 月初版，頁 7-8。此外，司法院大法官釋字第 400 號解釋亦指出：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。」

⁶⁴ 舉例而言，對於青春時期自己收到的情書，或者是自己長年以來已用習慣的毛毯，雖然確實仍可能轉讓予他人，惟所轉讓的不過也就只是作為客體的財產而已，個人對於特定財物專屬於自己的支配利益，終究還是無法轉讓的。而且，如果自由、隱私等可以被視為是與生俱來而無法與權利主體分離的人格權，則基於上述之觀點，又有何理由將個人對於外界事物的支配自由排除於外呢？

侵害)，是以，應如何畫出「合理的」財產支配關係的範圍，亦即向來學說上爭論已久的財產法益的保護範圍的問題，儘管已將戰場從「財產」移轉至「財產支配關係」，終究還是無法迴避而必須提出一個可令人接受的答案；而且，如上所述，雖然在超出民事法的權利體系之外，以客觀經濟價值予以限縮或許是一個可行的方向，惟同樣也不能只是單薄地丟出「具有客觀經濟價值 = 合理的財產支配關係」的結論。依此，為了更完整地理解此一「較特別的」財產支配自由，勢必還得建立起更為細緻的架構。

第二節 財產支配關係觀點下的財產法益

第一項 個人對於「財物」與「財產上利益」的支配關係

—相較於自由法益（一般行為自由）的特殊性

第一款 經濟觀點下的財產支配關係

確實，不論是在經濟學、民法學甚至憲法學上，皆仍可明顯看出，相對於「使用價值」，財產的「交換價值（可轉讓性、非專屬性）」毫無疑問地才是更加受到重視的特異點；雖然在經濟學上所謂的「財」，應可簡單地定義為「能夠滿足人對於物質的慾望而具有『使用價值』之物」，然而，在因有限的資源分配而又再度將財區分為「自由財」與「經濟財」的前提下，應由法規加以保護的「財產」，似乎又會較為單一地指向因資源相對稀少而可以與他人進行交換的經濟財⁶⁵。依此，更進一步地從民法學或憲法學的觀點來看，相較於對「身體」、「個人資訊」或者「性」等人格權的支配，對於「財產」的支配最特別之處亦莫過於，能夠輕

⁶⁵ 至於，財產的經濟價值（市場價值），按照新古典主義經濟學所提出的「客觀的價值理論（objective theory of value）」，則是透過「合理的經濟人（homo economicus）」考量自身利益後，自己所選擇的經濟行動來加以決定；亦即，在無關乎他人利益而僅追求自我利益最大化的市場模型中，藉由調和需求與供給來達成資源分配的最適化，在這個過程中逐漸得出個別財產的經濟價值。足立友子「詐欺罪における欺罔行為について（五）—詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成」法政論集 215 號 406-407 頁（2006 年）。

易地將支配客體抽離個人，並且完全地轉讓予他人⁶⁶。

財產所具有的客觀經濟價值，即是由上述的相對稀有性、可轉讓性，以及自此所衍伸的交換價值而來。再切換回刑法學的觀點，若是依循此一脈絡，則或許亦可認為，刑法財產罪所保護的，即是個人對於「內含於外界之物的『客觀經濟價值』」的支配關係，而這樣的支配客體的獨特性，確實也已經足以與自由法益劃清界線；然而，當財產的客觀經濟價值受到過度的重視，甚至已經反過來將作為載體的財產吞噬殆盡時，即可能會得出一個荒謬的結論，亦即，在換算為「客觀上」等值的金錢或貨幣之後，世間的「物」對於人類而言，即皆不再具有個別的意義，若此，則所謂的「客觀經濟價值」又有何獨自存在的意義呢⁶⁷？由此可知，倘若仍是將財產法益視為有助於個人實現自我的個人法益，則個人對於客觀經濟價值的支配，也不過就只是支配財產的其中一種方式而已，而且在選擇這樣的支配方式的同時，甚至可以說這也只是一種為了實現最終目的的中間手段（純粹的經濟價值亦僅能用以交換而不能直接有助於實現自我）。

是以，財產因交換價值而產生的客觀經濟價值，其實也只就不過是使用價值的一部分。雖然個人對於財產的客觀經濟價值的支配關係若是受到妨害，則同樣也會影響到最終想要換取的有助於實現自我的利益，故直接保護前者亦可間接達到保護後者的目的；然而，個人支配財產所欲成就的最終目的，卻不必然皆須通過使用客觀經濟價值的路徑才能抵達，尤其是在財產已經**物質化**而不再需要依靠它的交換價值即可展現使用價值時，片面地以財產的客觀經濟價值取代對於整個財產支配關係的保護，即非妥適。是以，以這樣的構造為基礎，似乎即可再將刑法所保護的財產支配關係拆成兩種不同的類型，亦即「對於有形財物之支配」，以及「對於無形的財產上利益之支配」，且應有必要各自比較與自由法益間的區別。

⁶⁶ 森田宏樹「財の無体化と財の法」NBL 1030 號 43 頁（2014 年）。

⁶⁷ 俗話說：「窮得只剩下錢。」或許亦謂於此。



第二款 對於有形物的支配與掌控

第一目 概說

承上所述，個人對於有形財物的支配關係，並非僅限於對其中的客觀經濟價值的支配，儘管特定財物對於一般人而言難謂有轉讓、交換的用途，惟已經物質化的有形財物仍有其他許多針對個人的使用價值存在，不應否定藉由支配有形財物而為自我實現的多樣性。再者，雖然亦不能否認絕大多數的有形財物在市場上仍具有客觀經濟價值，惟即使是被認為具有客觀經濟價值的財物，此與依附於個人的使用價值間，也不一定能夠輕易地換算；舉例而言，一隻陪伴自己多年的經典泰迪熊玩偶，雖然放到網路上同樣也會使人爭相購買，然而，對於將玩偶視為重要的同伴的主人而言，賣出玩偶所換得的再高額的價金，都可能比不上玩偶本身的價值，此時，若僅保護對財物的客觀經濟價值的支配，則對於財物的持有人而言，仍可以說是幾乎不具有任何意義⁶⁸。

依此，對於財物支配關係的保護，拋下對於有形財物的客觀經濟價值的執著，並果斷地將重心移轉至對主觀上使用價值的保護，應該才是比較妥適的作法。而且，即使不再將財物定義為具有客觀經濟價值之物，亦不至於因此即會使得**有形的財物**喪失可完全脫離於個人的特性；是以，財物支配關係（自由）與自由法益間，同樣還是存在「支配客體是否可脫離於個人」如此明顯之差異，並能夠以此劃清界線，換句話說，財物支配自由相較於一般行為（行動）自由，即是能夠按照自己的意思以利用或使用「身外之物」的自由⁶⁹。

然而，要特別強調的是，雖然可以說財產罪基於對「身外之物」的支配自由，

⁶⁸ 在此，學說上亦有將有形的財物劃分為「純粹主觀評價的價值」（例如代表思念的石頭）、「具有客觀屬性的使用價值」（例如慣用的毛毯），以及「金錢價值」等三個不同的價值階段；又雖然在前兩個階段會有概念及範圍不明確的問題，惟皆仍可藉由財物的「有體性」加以明確化。田山聡美「財產的利益の意義に関する議論の整理」刑事法ジャーナル 49 号 17 頁（2016 年）。

⁶⁹ 只是，在此要特別強調的是，「能夠完全脫離於個人」只不過是**支配客體**的特性，並不能執此而謂為財產法益自身的特性；如上所述，在將財產法益定位為財產支配關係的觀點下，財產法益與自由法益應同樣是專屬於個人而不能轉讓的。



而與一般妨害自由的犯罪是處於特別關係（典型的如強制罪）⁷⁰，惟此仍不代表財產罪即可將一般妨害自由之罪名完全包含在內，也就是說，在行為人侵害他人之財物支配自由之行為無法以財產罪論處之情形下，仍並非皆可再退而求其次地轉而討論一般妨害自由之罪名；原因在於，對於財物支配自由之侵害相較於一般行為自由，除了行為客體是可脫離於人體的有形物之外，其實還有另外一項與侵害結果相關之特性，也就是財物支配關係通常所受到的都是無法輕易逆轉（回復）的破壞，依此，從財產罪的規範架構也可以看出，其所保護的除了現實上的、顯在的支配自由之外，同時也包含了潛在的支配自由⁷¹，而相比之下對於一般行為自由之保護，即不一定有必要再另外保護潛在的自由。

在此，以「對物強暴」之情形為例，雖然在被害人面前將機車鎖死而使其無法騎用，除了會侵害一般行為自由之外，也可能同時會因為侵害被害人的財物支配關係，故有討論刑法第 354 條毀損罪之空間（對於構成要件採擴張解釋）⁷²。不過，若是換個例子，行為人是在被害人不知情的情況下，弄壞其之機車而又自行修好，則此時仍應成立毀損罪，固無疑問；然而，此處由於行為人只是侵害了他人潛在的意思自由，故即難謂仍有論以刑法第 304 條強制罪之餘地，而這應該也可以作為財物支配自由與一般行為自由的另一條分界⁷³。

第二目 「合理的」財物支配關係

另一方面，正因為財物支配關係是有別於一般行為自由的特殊自由類型，故如同自由法益並非當為個人可持以為所欲為的免死金牌，財產損害（財產法益侵

⁷⁰ 亦即，當行為人所侵害的是被害人對於「有形財物」的支配自由時，即應優先討論財產罪，而排斥強制罪等妨害自由罪名之適用。

⁷¹ 在這方面，財產犯罪應是較類似於妨害性自主之犯罪。

⁷² 此時，若認為可成立毀損罪，在競合時即應排除強制罪之適用。

⁷³ 不過，如果是尚未終局地破壞被害人的財物支配自由，而且又只是侵害潛在自由的情形，是否仍可認為還有以財產罪處罰之必要，即非無疑。舉例來說，行為人在被害人不知情的狀態下，將其機車上鎖 3 個小時後再解鎖，此時，應不會構成強制罪並無疑問，惟是否可認為其因妨害他人潛在的財物支配自由而有必要論以毀損罪？本文認為，此處即已難謂被害人的自由在現實上有受到任何的干擾，而應無再論以毀損罪之必要；由此可知，有關毀損罪的構成要件設計，或許還有再檢討的空間。

害)之認定,同樣也不可能完全取決於個人的主觀想法,而仍應有如何劃定保護範圍的問題。在此,似可取徑於身體法益、隱私法益等個人法益保護範圍之形成標準,亦即,應該只有在現今社會的財產制度下被認為是「合理的」財物支配關係,才能夠成為刑法財產罪值得保護的對象;從此一觀點出發,以下即主要再探討(包括曾於介紹日本學說時所提到過的)幾個較為具體的問題。

壹、私力救濟禁止—財產秩序之維護?

雖謂直接就民事法的權利體系來決定刑法財產罪的保護範圍,終究會招致觀點過於狹隘的批評,惟若是完全無視依此所得出的權利歸屬關係,似乎也同樣難以受到發展至今的財產制度所認同;從而,在所有權人從現持有人的手中奪回自己的所有物的案例中,若還是堅持排斥所有權人在民法上的權利,獨厚事實上的持有關係,亦即,在判斷現持有人的財物支配關係是否合理時,毫無保留地調高「私力救濟禁止」此項判斷因子的權重,並使其可以完全壓過最終民事法所決定的權利歸屬,則仍可能會背離一般人對於所謂的「合理的財物支配關係」之期待。

在此,日本學說上即有認為,大部分的中間說或持有說所提出的「私力救濟禁止」之觀點,將使得財產罪變成不是在保護個人財產,反而是直接將民事法上的紛爭解決機制視為保護對象,亦即賦予其強制性以及不予使用的非法性;然而,民事法上的紛爭解決機制本來應該是具有任意性的,無視最終的權利歸屬而處罰行為人,可以說是直接以刑法的觀點介入當事人的民事糾紛中,並以此強迫當事人透過民事法院尋求救濟,並非妥適⁷⁴,且除此之外,單純不使用民事訴訟程序之非法性,亦難以對應竊盜罪如此高的刑度⁷⁵。

不過,另一方面,亦有學說見解認為,由於還是由國家機關來貫徹對於民事法上權利之保護,較為妥適,故原則上仍不應容許私力救濟之情形發生;然而,此一基於「私力救濟禁止」而使財產犯成立之觀點,並非即意味著發動刑法只是

⁷⁴ 內田幸隆「財產罪における可罰性の核心—その変遷と限界について」法律時報 1009 号 63 頁(2009 年)。

⁷⁵ 松原芳博,前掲註 24, 121-122 頁。

為了維持單純、抽象的財產秩序，其間最主要的差別在於，這確實有益於民事法上權利之保護。再者，若是不處罰此種獨斷的私力救濟之行為，則於錯誤之情形（行為人以為自己有正當權利），行為人的故意即可能會因此被阻卻，此將造成即使是正當權利人之權利也很有可能會被侵害之後果，並使得財產保護遭到弱化。依此，應可認為現持有人所具有的正當利益即為，在經由正當法律程序確認權利關係之前，其對該項財物的支配關係應可不受到他人之干擾或妨礙；雖然這確實不同於民法上的財產權，惟仍非是與民事法毫不相干之利益，反而可以說這正是現行法秩序下「民事法上的利益」⁷⁶。

然而，這種單純以禁止私力救濟為由來合理化支配關係的說法，其實和自身所批評的「維護財產秩序」的說法並沒有太大的差異⁷⁷，故本文認為，此處仍應更加具體、明確地指出在經由正當法律程序之前，現持有人基於財物支配關係所獲得的「合理利益」為何？否則，在持有人因財物支配關係所取得的現實上利益皆屬「不合理的利益」之情形下，保護這樣的財物支配關係，就會變成只是在保護其之合理**可能性**，並使得財產犯罪從實害犯搖身一變為危險犯，尤其是在事後的民事裁判結果認為行為人確實是正當權利人時，甚至會完全喪失侵害個人法益的不法內涵。

申言之，現持有人之財物支配關係是否合理，因含有法益侵害結果之屬性，故不應以行為時點為判斷時點，而必須採事後裁判基準；依此，即不能純粹以行為時權利關係難以釐清，亦或所謂的「外觀上合法」為由而處罰行為人⁷⁸。不過，這也並不代表只要事後證明行為人有正當權源，即皆可阻卻財產犯罪之成立；誠如上述，財產罪所保護的應是合理的財物支配關係，而非僅限於合乎民事法權利體系的財物支配關係。在大部分的情況下，或許確實可以借用民法上的權利歸屬

⁷⁶ 井田良「刑法と民法の關係」山口厚ほか編『理論刑法学の最前線 II』63-64頁（2006年）。

⁷⁷ 山口厚「刑法と民法の關係 コメント①」山口厚ほか編『理論刑法学の最前線 II』86頁（2006年）。

⁷⁸ 松原芳博，上掲註24，122頁。且該說認為，若是以權利存否真偽不明為由而肯定財產罪之成立，則可會違反罪疑惟輕原則。

來判斷支配關係是否「合理」，惟於法律關係漸趨複雜的現在，尤其是在民事法院的裁判又往往曠日廢時之情形下，在法律關係明朗化之前，應更是不能否認此段期間因支配財物而產生的現實上利益之價值。

依此，本文認為，如果在事後綜合客觀上所有的因素（包括被害人的特殊認知）判斷，被害人在民事法院裁判確定前，因支配財物所能獲得之現實上利益仍屬合理，舉例而言，從事後所得之客觀事實來看，被害人應該是非常有可能被判定具有合法權源的，只是因為法院獨特的法律見解而致敗訴，此時，縱然民事法院在事後認定行為人才是真正具有合法權源之人，亦仍應有討論財產犯罪之空間；換言之，在判斷「合理的」財物支配關係時，似乎還是無法否認有必要適當地融入「私力救濟禁止」之觀點⁷⁹。

貳、黑吃黑—刑法秩序之一致性？

相對地，若個人之財物支配關係本即與民事法等其他的法規範相悖，典型的如無關第三人竊取盜者所持有的贓物或違禁物之情形，則與上述只是因單純的民事糾紛而致法律關係不明朗之情形不同，從事後民事判決確定時的角度觀之，此即自始至終皆為不合理的財物支配關係，且此時原持有人在裁判確定前因財物支配關係所取得之現實上利益，亦難謂是值得由刑法加以保護的合理的利益；除此之外，竊盜犯人（被害人）所負有的返還義務，由於終究仍是歸屬於所有人之利益，故直接將此轉換為竊盜犯人之正當利益，而認為仍有加以保護之必要，似乎亦更是於理不合⁸⁰。

在此，學說上即有認為，既然行為人並沒有侵害任何值得由刑法加以保護的正當利益，則執意地抗拒不成立竊盜罪之結論，難道不是單純地源自於對行為態樣的惡劣形象嗎？是以，在無關第三人竊取盜物之案例中，行為人應只能因破壞

⁷⁹ 若以此為前提，則甚至是在被害人自己已經有認知目前並無合法權源之情況下，例如租借期限屆至之情形，是否可以一律允許所有權人未經被害人之同意，暗自奪回所有物？亦非無疑。

⁸⁰ 松原芳博，前揭註 24，頁 123。

所有人潛在的財物支配關係，而論以侵占遺失物罪⁸¹。確實，在行為人並未侵害他人所擁有的合理利益之前提下，亦即，自始即欠缺結果不法時，則不論其之行為基於一般人眼中的惡劣形象而產生多高的不法性，最終都應該會因為無法反映在結果不法上而仍不具有可罰性；依此，學說上經常提出的刑法不應助長「黑吃黑」的說法，終究也不過只是難以無視這樣的純粹的行為不法而已，若是仍堅持刑法所處罰的對象必須要以有結果不法為前提，且貫徹始終地將財產犯罪定位為實害犯，則不論行為人是竊取盜物或違禁物，似乎本來就應該沒有可論以竊盜既遂罪之餘地。只是，本文認為，在行為人不知自己所竊取者為盜物之情形下，仍可能因其主觀不法以及所惹起的法益侵害之危險，而有討論竊盜未遂罪之空間⁸²；至於，竊（奪）取違禁物之情形，則討論其他侵害社會法益或國家法益之犯罪即可⁸³。

參、純粹之商品及貨幣—交換價值比重過高之情形？

調和刑事法與其他法規範（尤其是民事法）的整體法秩序，可以說是現今社會上財產制度運作的重要參考指標，進而可能在相當程度上影響個人基於財物支配關係所取得之利益是否合理，並會以此決定值得由刑法加以保護的範圍，固無疑問；惟除此之外，財物支配關係下的「使用方式」是否合理，在認定行為人所侵害的是否為合理的財物支配關係時，應同樣也是一項重要的判斷因素，亦即，若是個人使用財物之方式（尤其是處分財物之動機、目的），已超出客觀一般人可預期的合理限度，則仍可能會使之成為不合理的財物支配關係，從而脫離刑法的保護範圍。

在此，首先值得討論的是，若是個人在外觀上已經有明顯表示其只著重於財物的交換價值，例如將商品置於架上販售，則由於在一般人眼中應已可排除商品所有人選擇其他財物支配方式的意願，故其於客觀上的「合理的」財物支配空間

⁸¹ 松原芳博，前揭註 24，頁 123。

⁸² 此處不論是採印象理論亦或實質客觀說，皆亦應不屬於不能未遂。

⁸³ 例如毒品危害防制條例第 11 條、第 12 條之持有毒品罪。

也會因此受到壓縮；是以，在行為人順著此一使用方式（例如按照標價之金額）而予以交換後，儘管商品所有人又再基於某些原因而不願出售，亦難謂其所主張的仍為合理的財物支配關係而有受到財產法益侵害。只是，依循本文一貫的脈絡，在判斷個人使用財物的方式是否合理時，自不應以財物本身為重心，抽象地去劃分哪些特定種類的財物僅具有交換價值，而應該要在個案中具體認定被害人是否有將財物用以交換的強烈的外顯行為，並使得其於客觀上的財物使用方式已有所限縮，否則，仍等同於是一種抹滅財物支配關係之多樣性的作法；舉例而言，即使是紙鈔（貨幣），也同樣不能否定其具有針對個人的特殊使用價值之可能性（例如新年前去銀行換的要包紅包用的連號紙鈔），而這也正是將財產法益自「財產（客體）」重新定位在「財產支配關係」的意義所在。

再者，在個人所選擇的財物支配方式即是利用財物的「交換價值」之情形，若同樣是以刑法中不存在無止境的自由為前提，則自然也不應該期待每個人都可以隨心所欲地用自己所支配的財產換到想要的東西；換句話說，刑法不可能只因為原財產支配者對於所換得之物有那麼一丁點不滿意，即認為其之財產支配關係已受到侵害，而有加以保護之必要，故在此同樣也應該要劃出「將財產用以交換」這樣的財產支配方式的合理範圍。是以，本文認為，此處亦應限於個人所預設的自身財產的交換對象，至少必須是要在交易市場上可合理期待能夠換得之對象，否則就不能說個人所受到妨礙的是合理的財產支配關係；不過，無論如何，金錢價值仍舊絕對不會是用以判斷交換對象合理性之唯一標準，除了在現實上本來就存在有許多金錢價值難以衡量之事物之外（例如真愛、友誼、壽命等），即使是確實具有客觀經濟價值之交易目標，仍應結合個案中的種種因素，尤其是交易場合亦或以往的交易習慣等，而為更加具體之判斷⁸⁴。

⁸⁴ 對此，其實德國學說上也有對「人的財產概念」加以修正，並進而提出所謂的「功能的財產概念」之見解，亦即認為，若是所有處分財產的動機錯誤都可以由刑法加以保護，則顯然會過於擴張財產的定義，並也會使得財產法益的處罰範圍處於不穩定的狀態，故刑法所保護的財產即應是指，人對於**法律上歸屬其享有**之可轉換利益的處分權，也就是說，並非只要被害人陷於處分財產之動機錯誤，即可認定有財產法益之侵害，而必須是無法達成外部第三人可以從交易型態感知到的交易目的，亦即「客觀化、外部化」的交易動機時，才可以肯定被害人對於特定財產的處分權能已然受到影響，而受有財產損害。許恒達，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，2013年2月，頁139-140。

第三款 無形的支配關係：對於財產上利益的支配

第一目 概說

除了有形的財物之外，無形的財產上利益無疑地也是刑法財產罪所保護的另一個重要對象；不過，若是依循本文的脈絡，而將財產法益定位為財產支配關係或者支配自由，則支配無形的利益以實現自我的說法，即會因為失去「有形體」之媒介，而使得作為財產法益客體（支配客體）的無形的利益，與最終實現自我的利益在概念上無從區分，亦即，對於無形利益的支配關係其實根本就仍與自由法益完全重疊。

是以，如上所述，如果要使無形的財產上利益有別於自由法益的支配客體，則勢必只能將其理解為只是用以達成最終目的的中間利益，換句話說，相對於有形的財物，無形的財產上利益是專門用來與他人交換，並以換得最終能夠實現自我的利益為目標，而這樣的特性，即是透過其所具有的客觀經濟價值加以展現。依此，不同於有形的財物，無形的利益必須要與客觀經濟價值結合，才能夠轉變為無形的財產上利益⁸⁵，並藉此跳脫出與自由法益客體間之重疊範圍，而刑法財產罪於此亦即是通過保護個人對於無形的財產上利益的支配關係，以達到間接保護最終利益之目的⁸⁶。

不過，此處可能會面臨的難題是，由於在現今的資本主義社會中，幾乎任何無形的利益皆難謂不具有可用以與他人交換的客觀經濟價值，故無形的財產上利益支配關係與一般行為自由間，即仍可能無法輕易地劃清界線；為了處理這個問題，本文認為，應可再將無形的財產上利益區分為下列兩種不同的類型，而有分

⁸⁵ 相同結論：伊東研祐「二項犯罪における『財産上利益』と『處分行為』の意義・内実」『現代社會と刑法各論〔第2版〕』227頁（2004年）。此外，學說上亦有從「處罰範圍明確性」的觀點出發，而認為由於無形的財產上利益無法藉由「有體性」的要素加以明確化，故必須限定於具有客觀明確基準的金錢評價可能性之情形；舉例而言，在畢業時與學長姐（一般私人）握手的機會，即不能算是無形的財產上利益。田山聰美，前揭註68，16-18頁。

⁸⁶ 依此，有關無形財產上利益支配關係的保護範圍，除了和有形的財物一樣有法體系間應如何調和的問題之外，由於無形的財產上利益的使用價值幾乎就等同於交換價值，故如上所述，被害人所預設的交換對象是否為市場上可合理期待能夠換得的對象，即應為判斷行為人是否有侵害「合理的」財產支配關係的重點。



別討論的必要。

第二目 具「可移轉性」的財產上利益

首先，能夠明顯與自由法益客體相區辨的即為，僅是單純地將具有客觀經濟價值的有形財物（尤其是金錢）無形化的財產上利益，例如銀行帳戶的餘額或是債權等。在此，日本學說上大多即認為，由於財產得利罪（二項犯罪）只是取財罪的補充規定，故無形的財產上利益在本質上仍應對應有形的財物，亦即，必須是能夠與有形財物等同視之的具有「現實性」、「具體性」的利益（利益性）⁸⁷，而且在取財罪（強盜、詐欺等）有「移轉（破壞並取得）支配關係」之構成要件時，無形的財產上利益自然也應該具備與有形財物相同的「可移轉性」。

申言之，雖然日本判例基本上是認為，所謂的「財產上利益」並不以在法律上有效取得為必要，而且也不一定要能夠明確地計算出它的金錢價值⁸⁸，惟學說上則有強調，有關得利罪中「利益移轉」之認定，應該要能夠具體地指出被害人所喪失的利益，以及行為人所取得對應的現實上利益為何⁸⁹，尤其是在被害人因遭欺瞞而未行使債權的案例中，即應限於現實上相當程度地提高了債權行使的困難性（往後的長時間皆難以行使），亦或錯過本應履行債務的重要特定時點之情形，始可謂有移轉無形的財產上利益；否則，若是無法具體地說明財產上利益的內容，例如只是單純地使被害人陷於「一時猶豫」的狀態，以至於並未於當下催討債權，即仍無論以得利罪之餘地⁹⁰。

值得一提的是，近期日本實務上亦有將身分、地位直接視為一種財產上利益之趨勢，較著名的案例如，行為人以強暴脅迫之手段迫使被害人說出提款卡密碼，

⁸⁷ 町野朔『犯罪各論の現在』148頁以下（1996年）。

⁸⁸ 參照：大判明治42年11月15日刑15輯錄1614頁、大判昭和14年10月16日刑集18卷487頁。

⁸⁹ 佐藤結美「財産上の利益と他の無形的利益の区別」刑事法ジャーナル49号32頁（2016年）。

⁹⁰ 照沼亮介「財産的『利益』の刑法的保護」刑事法ジャーナル49号8頁（2016年）。不過，本文認為，在行為人為了不履行債務而殺害債權人之案例中，雖然在債權人死後，其所有之債權會直接移轉予被繼承人，惟於債權證明因扣除債權人本人的聲明而變得不明確的情形下，即仍難謂行為人沒有因此取得現實上不用還款的利益，故仍應成立強盜殺人（得利）罪。



法院判決即認為，在行為人得知提款卡密碼的時點，即可成立強盜得利（既遂）罪⁹¹。然而，若是以上述財產上利益的「具體性」、「現實性」，以及得利罪的移轉性要件為前提，則由於行為人所取得的提款卡密碼只不過是取得財產上利益（銀行存款）的「前置條件」，而難謂是現實上具有客觀經濟價值的具體利益，尚且迫使被害人說出提款卡密碼，也只是使自己與被害人共同處於可提款的地位，不能該當得利罪的移轉性要件，因此，日本學說上對此一實務見解亦大多持反對立場⁹²。

總而言之，由於實務以往經常將身分、地位等取得財產上利益的前置條件寄託於有形的財物上（例如信用卡與信用卡的卡號），故可不假思索地一律以取財罪論處；惟如今這樣的身分、地位已經在數位化、網路化的時代下漸漸地與有形的財物分道揚鑣，在這樣的科技洪流中，確實是應該要正視財產上利益的保護範圍可能會無限向前延伸的問題。不過，如果在同樣的時代變遷下，身分、地位已然可獨自作為交換客體而具有客觀經濟價值（例如點數卡的序號），則財產得利罪仍僅固守傳統的財產上利益，似乎亦難辭其咎；依此，是否可直接以不符合典型的移轉關係（破壞 → 取得）為由，進而否定得利罪之成立，即有再進一步討論的必要。

第三目 具「可複製性」、「可分享性」的財產上利益

在取財罪中，由於財物本身擁有固定的形體而不具有可複製性，故行為人取得有形的財物，基本上即可表示被害人對於財物的支配關係會連帶地遭到破壞；惟如上所述，若行為人是取得無形的財產上利益，那麼就未必會伴隨支配關係的破壞，反而在財產上利益本身具有「可複製性」、「可分享性」之情形下，行為人從被害人身上取得財產上利益之行為，就可能只是使被害人受到一種消極的損害，亦即，被害人並沒有獲得提供利益後所應取得之對價。

此類具有可複製性、可分享性的利益，應同於典型的具有可移轉性的利益，

⁹¹ 參照：最決平成 22 年 7 月 27 日刑集 64 卷 5 号 829 頁。

⁹² 謝煜偉，同註 15，頁 704-705。

而只有在具有客觀經濟價值時才能稱得上是財產上利益，並以此與自由法益的客體作切割，固無疑問；然而，在現今資本主義充斥的社會中，此類無形的財產上利益（包括勞務，甚至是性行為），基本上都很難會被認為不具有任何客觀經濟價值，故若是一概地將此視為財產罪所保護的支配關係的客體，則刑法財產罪的保護範圍即可能因無法承受現今資本主義社會的催化，進而無限擴張至併吞其他諸如自由法益或者性自主法益等犯罪⁹³。是以，為了鞏固財產法益與自由法益的可辨性，對於此類財產上利益的支配關係之保護，似乎仍必須要有所限制。

誠如上述，日本學說大致上即是將財產得利罪視為取財罪的補充規定，並試圖以「移轉支配關係」之要件來限縮得利罪的保護範圍，惟如此一來，儘管是典型被認為具有客觀經濟價值的「勞務」，也可能會因為被害人提供勞務所受之損害，與行為人所取得財產上利益之「內容」並非完全相同，故仍不符合得利罪移轉性之要件，而無法論以財產犯罪。依此，現在學說上對於「移轉性」之要求，大多也都已經轉而採取較為寬鬆的立場，亦即認為行為人所取得之利益與被害人所受之損害，並不一定要能夠在內容上完全對應，只要是源自於「同一處分行為」，即仍可該當得利罪移轉性之要件（修正移轉性說）⁹⁴。

雖然修正移轉性說在限定得利罪的保護範圍的同時，也有試圖調整「移轉支配關係」的概念，並使其不再侷限於傳統意義，這樣的修正方向固值贊同；然而，若只是要求行為人所取得之財產上利益與被害人所受之損害是基於同一處分行為，則於現今的無形利益幾乎都具有客觀經濟價值而可被視為財產上利益的情況下，似乎仍無法避免逐漸走向所有妨害一般行為自由之行為皆可論以財產犯罪之結局。依此，本文認為，由於有形的財物與無形的財產上利益在性質上本來就有

⁹³ 由此可知，一些向來被認為是人格權的法益，例如名譽、隱私等，當它們隨著資本主義社會的洪流而可能漸漸地產生交換價值時（例如個人資料的買賣），也會變得不再能夠輕易地完全與財產法益切割，如今典型的即為性自主法益；較新的例子，則是日本實務在最近承認的「個人公開權」（包括姓名、肖像的公開等），法院判決認為，此即為具有商業價值的從人格權而來的財產上利益。參照：最判昭和 63 年 2 月 16 日民集 42 卷 2 号 27 頁。

⁹⁴ 照沼亮介「ドイツにおける詐欺罪の現状」刑事法ジャーナル 31 号 34 頁（2012 年）。足立友子「強盜得利罪の客體をめぐる考察：東京高裁平成 21 年 11 月 16 日判決を手がかりに」成城法学 81 号 158-159 頁（2012 年）。

所差異，故既然支配客體具有不同的性質，則確實對於「支配」以及「破壞支配」的態樣也沒有必要再執著於作相同的解釋；只是，財產得利罪既然同樣也是以被害人的財產法益（財產支配關係）受到侵害為犯罪結果，則除了行為人有取得利益之外，同時也應該要更加具體地說明其是如何妨礙被害人對於「財產上利益」的支配關係⁹⁵。

從而，像是在目前最具爭議性的奪取情報（商業機密）的案例中，雖然大多數學說見解仍皆以欠缺「移轉性」要件為由，進而否定財產得利罪之成立；惟若是從上述觀點出發，個人所支配的情報（無形的財產上利益），即仍可能因為使他人知悉而直接分散自己手上情報的價值，此與典型的移轉支配關係的差別，終究也就只是被害人「可能」並沒有完全喪失自己所支配的財產上利益而已，也就是說，其間應該只有程度上的區別，以此直接否定該等行為成立財產得利罪的可能性，應非妥適⁹⁶。再者，回到上述曾提到的直接將身分、地位視為財產上利益的問題，如果在市場上有人願意購買這樣的身分、地位，而使其已獨自具有客觀經濟價值，則於被害人因分享自己的身分、地位，將可能擠壓自己對於此類財產上利益的支配關係之情形下，即似亦難謂其之財產法益沒有受到侵害。

不過，以此為前提，仍不能否認可能會出現行為人取得財產上利益之行為，幾乎無法對應有何妨礙被害人的財產支配關係之情形，舉例而言，在強盜勞務的案例中，即難以認定被害人受到侵害的財產支配關係為何。在此，即有以嚴格要求「移轉性」為基礎之學說見解認為，被害人所受侵害的其實是因提供勞務而對行為人所取得之債權（債務脫免說）；惟另一方面，傾向採修正移轉性說之立場

⁹⁵ 在主觀面上，亦有學說見解認為，被害人不需要有對於利益「移轉」的認識，只要被害人對於利益的「存在」有所認識，且行為人之行為對此一認識有造成直接的妨害即可；具體而言，可能是促使被害人為有瑕疵的意思表示（使被害人對於利益的認識產生誤解），或者陷於完全脫意思化的事實狀態（直接抹滅被害人對於利益的認識，例如殺人強盜）。伊東研祐，前揭註 85，232-234 頁。不過，本文認為，這樣的見解同樣也可能會面臨難以區分強制罪和強盜得利罪的難題。

⁹⁶ 在此，學說上亦有認為，「移轉性」應非當然是財產犯罪行為客體的必要要件，在財產罪亦有其他非移轉罪（侵占、背信、毀損）之規定的前提下，為了使財產罪的行為客體可以有一個統一的概念，將移轉性視為移轉罪的要件，而非財產之要件，應較為妥適；依此，有關上述奪取具有高度經濟價值的情報之行為，即可能另外以移轉罪之外的立法形式，並置入財產罪體系中加以規範。田山聰美，前揭註 68，18-19 頁。

者則是認為，只要被害人主觀上有具體的用勞務換取對價之意思，則行為人所取得的無形的財產上利益與被害人所受之損害，即仍難謂無法對應，而有討論得利罪之空間（有償役務說）⁹⁷。

本文認為，雖然被害人提供此類具有「可複製性」的財產上利益，並非是藉由切斷自己與此項財產上利益間之支配關係，反而可以說是從無到有地製造出一項全新的財產上利益，惟此時仍不應無視被害人因製造利益，而本應享有的能夠對應此項利益的對於客觀經濟價值的支配關係，也就是說，行為人並未為相對應的給付之行為，仍可說是一種對於「客觀經濟價值（交換價值）」支配關係的侵害，故立基於修正移轉性說的有償役務說似較為可採；只是，此處的重點應是在於，由於此時所著重的並非是該項利益的名目，而是其背後所蘊含的客觀經濟價值（交換價值），因此，應該是要在客觀上有可合理期待能夠獲得相對應的給付之情形，例如已有交易的外觀或被害人與行為人已有達成交易的共識，始可謂其所製造出的「利益」具有客觀經濟價值而可轉換為「財產上的利益」，並能夠與單純侵害自由法益的犯罪有所區別⁹⁸。

綜上所述，在分辨此類具「可複製性」的財產上利益與一般行為自由的支配客體時，即可得出一個較為粗淺的結論，亦即，受強暴脅迫所提供的利益，從一開始就會因為無法合理期待能夠獲得相對應的給付，而不具有客觀經濟價值；然而，舉例而言，若是行為人一開始偽裝為正常的客人搭計程車，並於下車時才掏出手槍拒絕付車錢，則由於計程車司機所提供的勞務早已轉換為具有客觀經濟價值的財產上利益，故此時即仍有論以強盜得利罪之空間⁹⁹。

⁹⁷ 佐伯仁志「財產上の利益」西田典之ほか編『刑法の争点〔第3版〕』157頁（2000年）。

⁹⁸ 要特別強調的是，此處的合理性是用以判斷單純的利益是否具有客觀經濟價值而可晉升為財產上利益，與支配者對此的支配關係是否合理的判斷（貳、二）應屬不同層次的問題。

⁹⁹ 附帶一提，個人資訊（隱私）與上述所提到的商業情報不同，由於個人資訊若只是單純地由隱私權人加以掌控，則應難謂其有何客觀經濟價值可言，因此，應該只有在有人願意收購個人資訊的情況下，才可能可以說提供個人資訊予他人是製造了一項全新的財產上利益。在此，在擅自取得個人資訊的案例中，即有學說是從行為人的觀點來認定此項由隱私權人所提供的個人資訊是否具有金錢價值，亦即，如果行為人是意圖獲得經濟上的利益，那就有金錢價值，否則，若單純只是為了詆毀被害人，即僅能討論侵害隱私權的犯罪。佐藤結美，前揭註 89，34頁。然而，本文認為，有關保護法益侵害之認定，應該還是要自被害人的角度觀察較為合理，亦即，如上所述，應以被害人客觀上是否可合理期待獲得對價給付為判斷標準；是以，在行為

第四款 小結：財產法益的架構—與單純侵害自由法益的刑度差異之原因

總而言之，刑法財產罪對於其所保護的財產支配關係，應可大致區分為兩個不同的保護面向，亦即分別針對「有形的財物」與「無形的財產上利益」這兩種性質相異的行為客體，並再各自用不同的構成要件加以規範。再者，不論是財物支配關係，亦或無形的財產上利益支配關係，應亦皆可劃出與自由法益間的分界，雖然在財產型態日新月異的時代下，在具體個案中的判斷標準仍難免可能會產生變化，然而，至少在抽象概念上，即使是以將個人的自由意志視為共通的保護對象為前提，應該還是可以建構出財產法益相對於自由法益的特殊性。

至此，還殘留的疑問可能就只剩下，侵害財產法益與侵害自由法益的犯罪間之刑度差異是從何而來？最常見的說法，大概就是延伸自持有說的觀點，而認為財產罪除了是在保護個人對於財產的支配自由之外，同時也有維護社會上財產秩序之功能；然而，此處首先應該要釐清的是，所謂的「財產秩序」的具體內涵為何？如果說財產秩序只是一種用來劃定「個人『合理的』財產支配關係」的社會觀點，那麼同樣的名詞應該也可以被轉換為「身體秩序」、「名譽秩序」、「隱私秩序」甚至是「生命秩序」，在刑法所保護的個人法益的罪名中，幾乎或多或少都有加入社會觀點來認定構成要件以及保護範圍的前提下，這樣的社會觀點的維護，就應該不能算是一種特別存在的法益內涵，而不過就只是所有犯罪的成立前提而已。

另一方面，若是真的要將資本主義社會下的「財產制度」視為財產法益的其中一部分內涵，則姑且不論於上文中曾提到過的，同一項罪名在混合個人法益與社會法益後，可能會發生的論罪認定困難的問題，甚至是推論到最後即不得不承認，財產罪只不過是以個人的財產損害為危險性要件的「適性犯」；有關財產制度對於人類社會的影響，以及「破壞持有」與「財產制度的崩壞」間之危險關聯，也都應該還要有更加嚴謹的論證過程。依此，本文認為，就目前我國的刑法架構而言，仍應將財產法益定位為純粹的個人法益，較為妥適；至於，侵害財產法益

人是擅自取得被害人的個人資訊的情況下，此等個人資訊是否仍已產生客觀經濟價值而可屬「財產上利益」，即非無疑。

與侵害自由法益的犯罪間之刑度差異，應該即是源自於有形的財物以及無形的財產上利益的共通的特性，亦即，將財產視為工具並用以實現自我所能成就的面向，會較單純地利用身體舉止來得更加廣泛，故尤其是在當今資本主義充斥的社會中（沒有錢即萬萬不能），可以說刑法似乎即有更加重視財產法益之必要¹⁰⁰。

第二項 侵害個別物所有權與侵害整體財產之犯罪

—詐欺罪保護法益之爭論

如第一節所述，德國學說上大多又將財產犯罪區分為「侵害個別物所有權之犯罪」以及「侵害整體財產之犯罪」，且這樣的區分方式，甚至會直接影響財產法益侵害結果之判斷標準；尤其，在詐欺罪之情形，有關是否要以被害人的整體財產損害為犯罪成立之前提，也是因此而爭論不休。不過，若是按照上述的財產法益架構，亦即，將財產法益重新定位為財產支配關係，則這樣的區分方式是否仍有足夠的依據與實益，即非無疑；故以下即再分別就我國向來實務以及學說見解，並結合上述的財產支配關係之觀點，對此一攸關詐欺罪保護法益的問題，進行更加深入的探討。

第一款 向來實務見解分析

雖然我國刑法第 339 條以及第 339 條之 4 之（加重）詐欺罪並沒有「財產損害」之構成要件，故於早期的判例中，即使認定行為人成立詐欺罪，也幾乎都不會再特別提到被害人所受之財產損害為何¹⁰¹；然而，近期實務見解似乎是因為受到德國學說的影響，而使得在詐欺罪的論罪理由中，已開始有浮現「財產損害」或「財產損失」等字眼，例如在認定加重詐欺罪既遂與否時，最高法院 106 年台

¹⁰⁰ 不過，即使如此，似乎仍不足以解釋強盜得利罪與強制罪間天差地遠的刑度之由來；雖說強盜罪有造成額外的人身危險可能會是一項有力的理由，惟強制罪亦難謂不會有涉及人身危險之情形。因此，這或許也就只能以強盜罪給世人的「印象值」來解釋了，亦即可以說與近年來歷經頻繁修正的醉態駕駛罪有「異曲同工之妙」。

¹⁰¹ 例如最高法院 28 年上字第 3912 號判例要旨（1）：「上訴人提出偽契，對於他人所有之山場杉木，訴請判令歸其所有，即係向法院施用詐術，使將第三人之物交付於己，雖其結果敗訴，仍於行使偽造私文書罪外，成立詐欺未遂罪名。」

上字第 1095 號判決即指出：「上訴人與所屬詐欺集團成員既以假冒醫院人員、警察、檢察官等公務員名義，於前揭時間，持續撥打電話向甲○○詐稱其涉嫌詐領健保費，須將名下帳戶內之 300 萬元存款領出交由其等監管作為擔保金，甲○○雖未因此受騙，並報警處理，而未生財產損害，惟上訴人及所屬詐欺集團成員既已著手於詐欺取財罪構成要件施用詐術行為，原判決論處上訴人上開罪名，並無不合。」又最高法院 105 年台上字第 424 號判決亦認為：「雖詐欺集團若無蔡展誠施以助力，即無法獲得財產上之利益，惟詐欺取財罪所處罰者，係實施詐術之惡性，其既遂與否，取決於被害人是否受有財產損害，而非行為人是否獲得財產利益，故蔡展誠領款得手與否，無礙於詐欺集團犯罪之成立與刑度(惡性)之輕重；蔡展誠之行為，與詐欺罪之罪質內涵及構成要件，盡皆不同，其主觀上雖有所領款項來自詐騙所得之認識，惟並無自己實施詐術之認知與意欲，自不能認其有自己參與犯罪之意思。原判決認其為共同正犯，有違反論理法則之違法。」

不過，儘管實務見解看起來已經有將「財產損害」視為詐欺既遂罪的不成文結果要件之趨勢，惟仍鮮少有再更進一步地直接以「整體財產減損」來認定「財產損害」之判決，比較特別的大概也就只有在不正使用信用卡之「假消費、真借貸」的案例中，最高法院 102 年台上字第 1336 號判決認為：「原判決既謂信用卡持有人於向上訴人以假消費、真刷卡換取現金時，主觀上並無詐取簽帳款之不法所有意圖，故不得認定各該持卡人屬詐欺罪之共同正犯；復未說明上開持卡人於發卡銀行通知繳納簽帳款時，有何拒絕給付，致使發卡銀行受有若干金額之實質財產損害等情形。則已先付款貸借與前開持卡人之上訴人，能否僅因違反發卡銀行要求不得以刷卡方式，從事非實際消費性之簽帳融資墊付現款之約定，即認係詐欺取財？要非全無研酌餘地。原審未詳加釐清審認，遽以上訴人從事假消費、真刷卡，『使該等(發卡)銀行受有呆帳風險，足生損害於上開發卡銀行』，即認上訴人所為係構成詐欺取財，自嫌速斷。」此外，在行為人因受騙而買到贓物的案例中，實務見解亦是以「基於民法第 949 條之規定，該車之原所有人乙對該車仍得基於占有物回復請求權對丙主張，故丙所取得之車輛仍有受他人追討之風險，

其所取得者即非完整之權利，故而丙之**支出與所得並非均衡**」為由¹⁰²，進而肯定被害人實質上仍受有財產損害，自此或許才勉強可以說實務見解有將詐欺罪指向整體財產犯罪之傾向¹⁰³。

除此之外，目前實務見解大多也就只有在量刑時，才會特別計算被害人的整體財產損失，並以此衡量行為人的刑度輕重；而且，此項考量因素，並非僅限於用在德國學說上所謂的整體財產犯罪，在強盜或是搶奪之案例中，例如最高法院 103 年台上字第 1831 號判決即是採用財產犯罪（尤其是奪取罪）一貫的從重量刑之事由，並認為：「本件丙○○所涉犯罪，原判決審酌丙○○有懲治盜匪條例案件等刑案前科，素行非端正，經長年徒刑之矯正教化，猶未能深切警惕及反省，再為本案趁被害人無防備之際進入住家，或以破門窗而入之方式侵入住家，且均以持兇器要脅之方式遂行強盜，致被害人身心遭受高度驚嚇而受創，亦不乏受有高額財產損失，已嚴重影響被害人之財產安全及社會治安，所為實屬目無法紀，參以丙○○為本案中二次強盜之主謀，惡性尤屬嚴重，兼衡丙○○犯後僅坦承部分犯行，並審酌丙○○國中肄業之智識程度，暨其自陳之經濟及家庭狀況、公訴檢察官之求刑意見等一切情狀而維持第一審判決所量處之刑。」

綜上所述，其實可以看出除了少數幾個特定的判決之外，我國實務見解並沒有嚴格地將財產犯罪區分為侵害個別所有物抑或侵害整體財產之犯罪，其中，雖然也確實有出現能夠對應德國刑法中（作為整體財產犯罪之構成要件）「財產損害」或「財產損失」之用語，惟大多似乎也就只能理解為是用以替換「財產法益

¹⁰² 臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會刑事類提案第 7 號。

¹⁰³ 相較之下，在最高法院的判決受到德國學說影響，而有開始出現「財產損害」之字眼之前，最高法院 88 年台上字第 1409 號判決反而還曾明確地指出：「按刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪，係對於他人**個別財產之犯罪**，祇須被害人因受詐欺而喪失個別財物，即足成立；至於被害人在私法上得依何種法律關係主張權利，或行為人應負何種責任，則非所問。」另一方面，甚至有實務見解認為刑法第 321 條之竊盜罪亦屬整體財產犯罪，可參照最高法院 101 年台上字第 5295 號判決：「依刑法第三百二十三條修正理由說明，因電磁紀錄具有可複製性，與其他電能、熱能經使用後即消耗殆盡之特性不同，行為人於建立自己持有時，未必會同時破壞他人對該電磁紀錄之持有，對被害人整體財產總額並無影響，與竊盜罪構成要件有所扞格，改納入刑法妨害電腦使用罪章。依此，如果以侵害財產法益之觀點解釋刑法第三百五十九條不法取得電磁紀錄罪，將無故限縮其適用範圍，且違反該章保護電腦使用者免受侵害之本質不符。」（惟民國 92 年刑法第 323 條之修正理由中，並未有出現「整體財產」之字眼。）

受到侵害」的詞彙而已，很難說有何更深層的內涵。



第二款 以行為客體劃分：詐欺取財罪與詐欺得利罪

既然詐欺罪與其他被認為是侵害個別物所有權之財產罪同樣都是在保護財產法益，則為何會因為在德國刑法中只是多了一項「財產損害」之要件，就會使得其所被認定的財產侵害結果變得完全不同？如上文所述，此即應是源自於在法律經濟財產概念說的基礎上，此處的「財產」早就難以脫離客觀經濟價值的束縛，並使得財產的「交換價值」已完全覆蓋了其他可能的使用價值；在此，德國學說大致上即認為，詐欺罪之所以有「財產損害」之構成要件，而被劃分為侵害整體財產之犯罪，主要理由即是在於，詐欺罪的被害人既已自己同意處分財產，則代表其所著重的應是財產的交換價值，而已不在乎對於該項財產的其他支配方式，依此，詐欺罪才會必須要以「有無整體財產（客觀經濟價值）之減損」來判斷犯罪成立與否¹⁰⁴。

惟另一方面，由於在日本及我國刑法的詐欺罪條文中並沒有「財產損害」之要件，故學說上並不如德國學說而一致認為詐欺罪是侵害整體財產之犯罪，在此，主要仍可區分出兩種不同之觀點，亦即，有與德國學說持大致相同的立場而認為，詐欺罪必須要以有造成被害人整體財產損害為成罪前提（整體財產侵害說），只是，在價值總額的計算上，則可能並非是以金錢價值為唯一判斷標準¹⁰⁵；然而，日本多數學說見解則是認為，詐欺罪與竊盜罪、強盜罪等同樣都是侵害個別財產之犯罪，只是除了在外觀上有「交付（或處分）財產」的動作之外，應該還存在著其他足以認定財產法益受到侵害的理由（個別財產侵害說）¹⁰⁶。

雖說在詐欺取財的案例中，被害人在交付財物時，內心確實是應該有著重於財物之交換價值之意思，惟此仍應是被害人在受到詐欺而陷於錯誤之狀態下，所

¹⁰⁴ 蔡聖偉，同註 19，頁 49。

¹⁰⁵ 林幹人『刑法各論〔第 2 版〕』150 頁（2007 年）。

¹⁰⁶ 西田典之，前揭註 34，183 頁；中森喜彥『刑法各論〔第 2 版〕』145 頁以下（1996 年）；佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戶法學年報 1 号 105 頁（1985 年）。

為的有瑕疵的意思表示，換句話說，被害人此時會選擇財物的交換價值而捨棄其他可能的使用價值，本身即仍可能並非是其自由意志的展現；是以，行為人施以詐術，並因此使得被害人在陷於錯誤的狀態下做出以財物的使用價值換取其他事物之決定，即使行為人在事後有予以填補同等的客觀經濟價值，也同樣難謂其並未對被害人個別的財物支配關係（自由）造成侵害。再者，如上文所述，即使一開始將詐欺罪定位為僅是在保護財產的使用價值，並依此將其劃分為侵害整體財產之犯罪，惟最終在認定財產損害時，仍舊還是要回到所謂的「個別-客觀的財產損害概念」，如此一來，就算實際上並沒有侵害財產的交換價值，還是有可能會成立詐欺罪，則這樣繞一大圈的論罪過程就會顯得沒有太大的意義；依此，影響詐欺罪成罪與否的主要因素，應該還是與其他的財產犯罪相同，亦即，被害人對於個別財產的支配關係，是否有因行為人妨害意思自由之行為（強暴、脅迫、詐欺、恐嚇等皆屬之）而受到破壞。

至於，在詐欺得利之情形，雖然本文亦認為無形的財產上利益應以具有客觀經濟價值為前提，以此才能夠劃清財產得利罪與單純侵害自由法益之犯罪間之界線，然而，這也並非就意味著詐欺得利罪即應理所當然地被歸類為侵害整體財產之犯罪。申言之，儘管無形的財產上利益並不如形體的財物而具有固定的形體，惟此應並不影響在個人整體的財產上利益之下，再細分出許多「個別的」、「特定的」財產上利益，舉例而言，某甲將自己總計 100 萬元的銀行存款，分別存放在 A、B、C、D、E 五間不同的銀行，則於其中 A 銀行的 20 萬元存款遭盜領時，當然還是可以直接認定某甲「個別的（20 萬元存款）」無形財產上利益的支配關係受到破壞¹⁰⁷，而並非一定要以整體財產減損（100 萬元存款 → 80 萬元）來認定財產法益受到侵害。從而，與行為客體是有形財物之情形相同，若將財產法益的重心拉回至人與財產間的支配關係，而非單純僅聚焦於財產之上，則客觀上整體財產的價值總額是否有所減損，終究還是無法作為用以判斷財產法益（財產支配關係）是否有受到侵害的唯一標準，最多也就只不過是其中一項參考要素而已。

¹⁰⁷ 此處先暫不討論帳戶所有人對於銀行內的存款，是否具有現實上的支配關係的問題。

綜上所述，尤其是在我國刑法中，詐欺罪根本就沒有「財產損害」之構成要件之前提下，將此與其他財產犯罪同樣視為侵害**個別的**財產支配關係之犯罪，或許才是更加直截了當的作法；依此，似乎也就沒有必要再另外劃分出「侵害整體財產」之犯罪類型，只是，如上文所述，畢竟僅具有交換價值的無形的財產上利益，本來就難以與有形的財物同一而論，故基於行為客體本質上的差異，將包括詐欺罪在內的財產犯罪再區分為取財罪與得利罪，並分別制定不同的犯罪構成要件，反而應該才是能夠使刑法財產罪的架構更加清晰的劃分方式。是以，在這樣的基礎上，不論是詐欺取財罪亦或詐欺得利罪，除了個別的財產支配關係是否有遭到破壞之外，為了要更進一步地認定被害人的財產法益是否真的有受到侵害（是否值得由刑法加以保護），行為人所破壞的是否為「合理範圍內」的財產支配自由，即應作為另一項取代「整體財產減損」的更加全面的判斷要素，亦即，相對於「財產損害」，行為人「施以詐術」之構成要件與被害人是否有因此「陷於錯誤」，或許才應該是檢驗詐欺罪成立與否的關鍵所在。

第三章 詐欺罪的「施以詐術」與「陷於錯誤」 ——重新探討應用於詐欺罪的法益關係錯誤論

接續前章所述，在詐欺罪中，被害人有「處分財產（使得行為人取得財產）」的動作，也就是行為人有轉移財產持有人對於個別財產的支配關係，並沒有辦法直接導出財產法益有受到侵害之結論；亦即，為了要確認行為人所破壞的是一個「合理的」財產支配關係，又或者說是一個值得由刑法加以保護的財產支配自由，在這中間應該還是有必要設置其他的關卡。依此，既然詐欺罪的犯罪流程是行為人施以詐術、使被害人陷於錯誤、被害人為財產處分之行為，並於最終導致行為人取得財產，則最有可能影響被害人的財產支配自由是否值得受到保護者，無非即為行為人「施以詐術」而使被害人「陷於錯誤」之階段。

申言之，既然財產罪所保護的財產支配關係也算是一種自由，則當然也就會有被害人所主張的自由，是否全部都值得由刑法加以保護的問題；刑法不可能無止境地保障所有人民的所作所為，而使得人人皆可橫行于世，故置身於廣大的自由概念底下的財產支配自由，當然也不可能毫無限制，而在詐欺罪中，這樣的限制就只能由行為人「施以詐術」以及被害人「陷於錯誤」之要件來負責把關。白話地說，雖然有時候可能會因為行為人的某項行為，而使得被害人內心所認識的事物與現實不同，因此多少會影響到被害人之想法，並使其做出「不想要做」的行動，而這大概就是日常生活中隨處可見的「欺騙」；然而，若是依循上述對於自由應有所限制之觀點，則刑法自然就不可能去介入日常生活中所有的「欺騙」，尤其，為了使被害人因受騙而受的損失更貼近於詐欺罪的保護法益（財產法益）內涵，詐欺罪中的「施以詐術」，其概念之範圍當然也就會較日常生活的「欺騙」有所限縮而更為狹隘。

不過，事實上，在刑法分則中與「欺騙」相關之罪名，亦並非只有詐欺罪，在牽涉到妨害自由、法益處分權，或者被害人同意的概念之後，甚至可以說決大多數的罪名都可能必須去處理有關「欺罔」以及「錯誤」的問題；依此，本章亦先自在刑法總則領域中更上位的被害人同意之理論著手，尤其是針對近代法益關

係錯誤論的提出，去探討究竟是在什麼樣的情況下，「欺騙他人」才能夠算是侵害了位於刑法保護範圍內的意思自由，之後，再於這樣的大原則之下，重新將焦點拉回詐欺罪中的「施以詐術」與「陷於錯誤」之解釋。



第一節 促使被害人同意（承諾）的欺罔與錯誤

承上所述，詐欺罪不法內涵的核心在於，被害人處分財產之行為，因是在行為人基於詐術所惹起的錯誤狀態下所為，故並不能說是出自其本意之行為，換句話說，詐欺罪的犯罪模型，其實也就是一種基於欺罔、錯誤的「無效的被害人同意」¹；因此，在討論詐欺罪「施以詐術」之構成要件或者被害人「陷於錯誤」的範圍時，自然也就脫離不了同樣可適用於大多數個人法益犯罪的「被害人同意（承諾）」的理論基礎，以及與此相關的學說爭議。

所謂的「被害人同意（承諾）」²，誠如第二章所述，即是指法益主體行使法益處分權，進而同意或承諾他人所為之法益侵害，故可能會因為該法益已因此欠缺保護必要性，甚至系爭行為根本就不被認為具有法益侵害性，而阻卻犯罪之成立³。只是，被害人同意作為阻卻犯罪事由，當然必須是要以該同意是為被害人真摯、有效的同意為前提；也因此，在這之中可以說是最為複雜且難解的問題，即是應如何判斷被害人基於欺罔、錯誤所為的同意的有效性，而這正好就與詐欺罪有非常強烈的聯結（雖然向來的討論主要仍多集中於殺人、傷害行為）。對此，目前在學說上大致可區分出兩種不同的思考路徑，亦即，傾向以被害人主觀上的意思為判斷基準的主觀說，以及除此之外另從客觀的角度要求與保護法益間之關

¹ 足立友子「詐欺罪における欺罔行為について（二）—詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成—」法政論集 211 号 141 頁（2006 年）。

² 以往德國學說上有認為，應該要將被害人處分法益之行為明確區分為「同意（Einverständnis）」和「承諾（Einwilligung）」，而這也會牽涉到「被害人同意（承諾）」究竟是要放在構成要件該當性或者違法性階段討論的問題；對此，本文已於第二章有所提及，在此即不再深入探究，而且，目前學說上大多也都認為，兩者間不論是在理論上或實際上都不太能夠明確地加以區分（足立友子，前揭註 1，174 頁 [注(2)]），故本文往後在用語上亦不會嚴加區分「同意」與「承諾」，合先敘明。

³ 陳子平，刑法總論，2008 年 9 月 2 版，頁 280-281。

聯性的客觀說，以下將分別論述之。



第一項 主觀說

在被害人受到欺罔而陷於錯誤之情況下，應以何作為其同意有效性之判斷基準？在此，最直觀的論點大概就是以被害人主觀上真實的想法為基準，也就是去比較接收錯誤資訊的被害人，如果接收了真實資訊，在想法上是否會有落差；不過，雖然同樣都是立於被害人內心意思的基礎之上，其中不同學說間仍可看出有些微判斷上的差異。

第一款 重要錯誤說

【案例 1：相約殉情案⁴】

甲男因婚前壓力過大，故向未婚妻乙女提出分手，惟乙卻不願意接受感情破裂的事實，反而要求甲與之殉情；甲明明就沒有要自殺的意思，然而，為擺脫乙之糾纏，仍欺騙乙說，若乙喝下毒藥自殺，自己也願追隨乙而死去；乙女深信甲男仍深愛著自己，而且是真的願意為了自己而殉情，故毅然決然地喝下甲為其準備的毒藥，在謊言中死去。

【案例 2：花錢紓壓案⁵】

甲欺騙乙說，如果你不做反抗地用你的臉頰，正面接下我的一記右鈎拳，那麼我就會給你一萬元當作報酬；殊不知甲自始就沒有要給錢的意思，甚至身上根本就湊不出一萬元，惟乙仍因近日缺錢花用而接受甲的提議，果不其然，甲在揍了乙一拳後，趁乙頭暈目眩時即逃之夭夭。

在【案例 1：相約殉情案】中，日本判例認為，如果不是受到欺騙，則被害人就不會產生處分（生命）法益的意思，故被害人自殺的決意，仍是屬「並未融

⁴ 改編自：最判昭和 33 年 11 月 21 日刑集 12 卷 15 号 3519 頁。

⁵ 改編自：小林憲太郎「いわゆる『法益關係的錯誤』の意義と限界」立教法学 26 号 28 頁（2005 年）。

入真意的具有重大瑕疵的意思」；是以，行為人使被害人誤信自己會跟著殉情，並使其自殺之行為，仍該當殺人罪而非加工自殺罪⁶。

此一日本實務見解，即是採用向來在「基於錯誤的同意」的問題上占據重要地位的傳統學說—「重要錯誤說」（又稱「本質錯誤說」、「主觀真意說」），其主要是以條件關係公式來認定被害人的法益處分意思是否具有重大瑕疵，並以此作為同意有效性的判斷基準，也就是說，如果被害人沒有陷於錯誤就很可能不會表示同意，則其基於錯誤所為的同意即為具有重大瑕疵的無效的同意，反之則否⁷。故若按照此說，在【案例 2：花錢紓壓案】中，應該也會得到同樣的結論；亦即，如果甲一開始就知道乙根本就沒有一萬元，那麼當然就不會平白無故地同意讓乙揍一拳，故此仍非有效的同意，乙於未得被害人同意的情況下為傷害行為，自應成立傷害罪⁸。

重要錯誤說下的判斷標準，可以說是相當衷於被害人的主觀想法，只要是與被害人真意相違的同意，基本上就都會被認定為無效的同意；然而，正因為如此，此說在目前受到相當強烈的批判。除了主要由法益關係錯誤說所提出的質疑之外（容見下述）⁹，日本學說上亦有認為，從上述判例的見解似乎可以看出，在條件關係公式下，法院認為被害人所陷之錯誤只要是與處分法益的理由（動機）有關，則該錯誤就會是重要的錯誤，且會使得同意無效，如此一來，即等同於肯認刑法全面保護基於任何理由處分法益的自由（以保護法益換取任何事物都是合理的），不過，這樣的看法很明顯是有問題的；舉例來說，即使以強暴的手段阻止要自殺的人，行為人也不會因此構成強制罪，依此，至少應該就可以看出，刑法並不保護基於某些特定理由的法益處分自由，也就是說，並不能只是因為被害人處分法益時並未達到預想的目的，即以與其真意相違為由，直接斷定同意無效，在此，

⁶ 山口厚「被害者の行為を利用した法益侵害」法学教室 290 号 104 頁（2004 年）。

⁷ 塩谷毅「被害者の同意と錯誤理論」刑法雑誌 43 卷 1 号 130-131 頁（2003 年）。

⁸ 小林憲太郎，前掲註 5，28 頁。

⁹ 山中敬一「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 298-299 頁。高橋則夫「同意殺人罪の要件」西田典之ほか編『刑法の争点』134-135 頁（2000 年）。

在與被害人真意相違的前提下，仍有必要更進一步地去限制在刑法上具有重要意義的錯誤的範圍¹⁰。



第二款 主觀的意思自由喪失錯誤說

【案例 3：恩將仇報案¹¹】

甲為了不想償還自己向年老的乙所借的借金，故欺騙乙說，乙已因被誣陷犯罪而惹禍上身，警察馬上就會找上門來，再這樣下去的話，如果乙被逮捕而被關進監獄，甚至還有可能會連累親人；乙因相信甲所編的謊言，故只好含淚在家中自盡。

【案例 4：走投無路案¹²】

甲為與乙爭奪公司權位，故欺騙休假自國外歸來的乙說，公司因新上市的產品發生嚴重的問題，現正面臨倒閉危機，更糟的是，乙的妻子也就是身為產品負責人的丙遭到警方逮捕，並已在監獄自殺。乙接到消息時剛好看到電視上播報自家產品的負面新聞，心理衝擊過大以致無法冷靜思考，當下即從住家的頂樓跳樓自殺。不過，其實當天新聞雖有播報乙公司的產品問題，惟該問題根本就不致使公司倒閉，乙的妻子也沒有被警方逮捕，只是因疲於奔命而未即時與乙聯絡。

不同於重要錯誤說只是單純地以條件關係公式來檢驗被害人的同意是否具有重大瑕疵，主觀的意思自由喪失說則比較像是從「正面」加以審查，亦即，被害人在為法益處分時，其是否已因陷於錯誤而受到行為人的支配，並因此喪失做此決定的意思自由。具體而言，被害人若是受到欺騙而誤以為所能換取的利益遠大於處分的法益，則幾乎就等於毫無衡量餘地地封鎖了被害人「不處分」、「不交換」的選擇，此時，既然被害人已確信不得不犧牲法益去換取僅存在於錯誤中的利益，則代表其之決定相當程度地受到行為人意思之操弄，而已難謂仍是出自於

¹⁰ 山口厚，前揭註 6，104-105 頁。

¹¹ 改編自：福岡高宮崎支判平成元年 3 月 24 日刑集 42 卷 2 号 103 頁。

¹² 改編自：井田良「被害者の同意をめぐる諸問題」法学教室 345 号 72-73 頁（2009 年）。

本身的意思自由¹³。

至於，在衡量處分法益與所換取的利益的價值時，既然是要用以判斷被害人是否有喪失意思自由的情形，則當然也是要以被害人本人的價值觀為基準。只是，究竟被害人所認定的對待利益要凌駕於所犧牲的法益至何種程度，才能夠說被害人已經沒有可以自我決定的空間？亦即，「不自由」的程度要有多高，才能夠說被害人的同意是無效的同意？這應該就是刑法分則各項罪名的解釋問題。舉例來說，殺人罪所保護的生命法益，對於任何人而言應該都是具有無可取代的價值，因此，即必須通過相當高的門檻才可能可以認定，有一個足以使被害人誤信可凌駕於生命的利益，且其為此不得不放棄生命以求不要失去該利益，進而得出「被害人喪失意思自由」的結論；從這點上來看，有關【案例 1：相約殉情案】的判例即存有諸多疑問。確實，甲男答應乙女隨之殉情，可以說是乙女決意自殺的一個重要理由，然而，在這之前，乙女本來就因為不能與甲男有情人終成眷屬而感到痛苦，並且是自己提議要殉情，故相較於甲男虛偽的承諾，促成乙女自殺之決意，反而應該是乙女自身的價值判斷所占的比重較高，故本案根本就尚未達到足以論處殺人罪的「不自由」的程度¹⁴。

不過，與此不同的是，在【案例 3：恩將仇報案】中，如果考慮到乙所面臨的是如此巨大的不利益，故為了迴避這樣的不利益而只好選擇以死一了百了，則仍應認為其於處分生命法益時已喪失自由意志，較為妥適¹⁵；此外，亦有傾向支持此說的學者認為，像是在【案例 4：走投無路案】中使他人陷入絕望而自殺的情形，即應成立殺人罪而非加工自殺罪；如果還是要堅持這樣的動機錯誤不能算是刑法上的錯誤，則無異於鼓勵行為人以此方式侵害他人之法益¹⁶。

主觀的意思自由喪失錯誤說相較於上述的重大錯誤說，固然是更加限縮了刑法上錯誤的範圍，惟學說上對此以被害人主觀想法為判斷基準的見解，同樣仍存

¹³ 林幹人「錯誤に基づく被害者の同意」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集（上卷）』249-250 頁（1998 年）。

¹⁴ 林幹人，前掲註 13，253 頁。

¹⁵ 林幹人，前掲註 13，253 頁。

¹⁶ 井田良，前掲註 12，72 頁。



有不少的批評。有學說見解即指出，如果只是單純地以被害人的價值基準來決定同意或承諾的有效性，則舉例來說，身為偶像的行為人欺騙狂熱粉絲說：「你現在去死我會親吻你的屍體。」而促使粉絲決意自殺之情形，亦或欺騙迷戀自己的情人說：「你在背上刺青我就跟你結婚。」而使他人去刺青的情形，在這兩個案例中，如果以被害人的主觀價值為判斷基準，則亦難謂其等並未喪失意思自由，行為人仍會成立殺人罪以及傷害罪；再者，如果要貫徹運用於【案例 4：走投無路案】中的判斷標準，則舉例來說，行為人在對於被害人可能會自殺有間接故意的情況下，依然對其強制性交，若是被害人在事後果真為此自殺，行為人似乎也應該要成立殺人罪，然而，這是否會造成行為人有罪、無罪的結論過於依憑被害人的心情？到頭來，應該還是有必要從規範的角度，在客觀上判斷欺罔與錯誤在刑法上的重要性¹⁷。

第二項 客觀說—法益關係錯誤說

相較於以被害人主觀上內心的真實想法為主要判斷基準，目前學說上反而大多較傾向於認為，在審查被害人同意或承諾的有效性時，亦必須同時納入客觀的法規範評價；尤其，在於此一議題上可以說是具有標竿地位的法益關係錯誤說被提出後，刑法上欺罔與錯誤的重要性之判斷，更是已經漸趨一致地指向以所謂的「法益關聯性」為主要基準¹⁸。在此，本文亦直接以法益關係錯誤說為核心，再逐步向外介紹圍繞著此說發展的諸家學說。

第一款 法益關係錯誤說

【案例 5：狐假虎威案¹⁹】

甲為修理乙，便在手上偷偷裝上手指虎，並挑釁乙說，你有種就站著不動讓

¹⁷ 森永真綱「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 205-206 頁（2002 年）。

¹⁸ 不過，學說間對於「法益關聯性」的定義與理解仍不盡相同，容見下述。

¹⁹ 改編自：森永真綱，前揭註 17，203 頁。

我揍一拳，乙心想反正甲看起來如此瘦弱，就算被他揍一拳也還扛得住，甚至可藉此機會恫嚇甲以後不要再來找麻煩，於是便答應讓甲揍自己一拳；之後，乙正面迎接甲裝戴上手指虎的拳頭，應聲倒地。



【案例 6：手術報復案】

醫生甲告知病患乙說，乙位於左腳的傷口因細菌感染必須馬上截肢，否則可能會有生命危險，乙身陷生死關頭，只好萬分無奈地同意甲將其左腳截肢；事實上，乙左腳上的傷口根本就沒有細菌感染，這一切都只是甲為了報復乙橫刀奪愛所編造的謊言。

法益關係錯誤說是由德國學者 Arzt 在 1970 年代所提出的見解，其核心概念在於，在檢討被害人的意思是否有瑕疵或錯誤時，不能只依憑被害人主觀上的期待或設想，而必須同時著眼於刑法上各該罪名構成要件的機能；換句話說，如果「是否有錯誤的情形存在」之判斷，會影響行為人最終成罪與否，則錯誤的範圍就應該要對應於該項罪名（由構成要件所彰顯的）保護法益的範圍²⁰。

至於，應該要如何去解讀刑法上各該罪名構成要件的機能（保護法益的範圍）？在此即必須先釐清民法以及刑法在保護受欺騙的被害人時在功能上的差異。相對於在刑法上基於欺罔的承諾全部都是以「無效」論，在民法上若是基於故意的欺罔所為的意思表示，則表意人應可選擇行使撤銷權，而這即是導因於民事法所秉持的私法自治原則，且相關條文也都是著重在對於交換自由、交換程序之保護；依此，從這樣的保護「交換自由」的觀點來看，表意人是對自身之給付亦或對待給付有所誤認，基本上並不會有太大的性質差異。然而，刑法所保護的法益，原則上應皆是呈現靜態的樣貌（就民法而言最典型的就像是對於所有權之保護），所謂的「交換自由」，最多也就只是以性犯罪、詐欺罪、恐嚇（取財得利）罪等特別的構成要件來加以保護²¹。而且，就解釋論而言，如果認為殺人罪、傷害罪等同時也要保護所有對應於被害人法益處分喜好的「交換自由」，則各該罪名構

²⁰ 森永真綱，前揭註 17，201-202 頁。

²¹ 以上整理自：森永真綱，前揭註 17，201-203 頁。

成要件背後的保護法益，即可能藉由「被害人承諾」的撮合，而一同淪為只是一種對於普遍性（一般性）自由的保護，刑法分則各項法益之間也會因此失去區分的意義²²；因此，為了衷於刑法上殺人罪、傷害罪等構成要件之機能，若是行為人使被害人陷於與**對待給付**有關的錯誤中，則除了可能另外檢討是否該當詐欺罪等特別保護交換自由的罪名之外，應不能再執此認為行為人有侵害生命、身體等「靜態的」（呈現固有狀態的）法益，而以殺人罪或傷害罪論處²³。

在這樣的基礎上，在刑法上應該就只有與法益侵害的**種類、範圍或結果**有關的錯誤，才算得上是能夠契合構成要件機能的錯誤，也就是所謂的「法益關係錯誤」，又或稱「具有『法益關聯性』的錯誤」²⁴。如此一來，則不論是在上述的【**案例 1：相約殉情案**】、【**案例 2：花錢紓壓案**】、【**案例 3：恩將仇報案**】或者【**案例 4：走投無路案**】中，被害人所陷之錯誤都只是與交換利益有關的錯誤，對於自身所要處分或犧牲的法益則皆已具備清楚且正確的認知，故非屬法益關係錯誤，承諾應為有效；相反地，在【**案例 5：狐假虎威案**】中，乙即是對於自己的身體法益受到侵害的程度有所誤認，此時才能夠說是法益關係錯誤，故甲應該當傷害罪²⁵。

總而言之，法益關係錯誤說最原始的構想，即是將刑法分則中各項罪名的保護法益大致區分為兩種不同的類型，也就是「對於固有（靜態）法益之保護」（原則）以及「對於交換自由之保護」（特別、例外）；而在前者的情形，典型的如殺人罪、傷害罪，只要被害人對於法益侵害本身有正確的認識，即使其對於對待給付或交換利益有所誤認，仍皆不會影響同意或承諾的有效性²⁶。只是，比較特別

²² 佐伯仁志「被害者の錯誤について」神戸法学年報 1 号 59 頁（1985 年）。山中敬一，前揭註 9，302-303 頁。

²³ 除此之外，該說亦認為，刑法有著只保護「法益（有別於其他的利益）」的謙抑性，而法益關係錯誤論正是有助於達成這個謙抑性的理論。森永真綱，前揭註 17，頁 204。

²⁴ 山中敬一，前揭註 9，303 頁。

²⁵ 國內採類似見解者，另可參考：許恒達，變質的友情：侵入住居與妨害性自主之個案檢討，月旦法學教室，166 期，2016 年 8 月，頁 25。吳耀宗，被害人受騙之承諾，月旦法學教室，126 期，2013 年 4 月，頁 29。

²⁶ 山中敬一，前揭註 9，304 頁。

的是，在醫療案件中，如【案例 6：手術報復案】，如果真的貫徹上述法益關係錯誤說的區分方式，則由於乙明確知道醫生要將其左腳截肢，故仍可能會得出並非法益關係錯誤的結論（只是動機或目的的錯誤）；因此，該說對於這樣的「不合情理」亦有所修正，亦即，在類似的醫療案件之情形，雖然如果只是從表象上觀察，則病人確實已經對於醫生對其特定身體部位的侵害有所認識，惟若是就被害人全方位的身體完整性而言，事實上，其並未瞭解到醫生的手術行為不但不會使得自己的身體變得更健康或者避免損傷，反而手術本身即是侵害身體健康的元兇，依此，在並未認知到手術之後身體健康的「總分」反而會倒扣的前提下，這仍然算是對法益侵害結果有所誤認的一種法益關係錯誤²⁷。

第二款 法益關係錯誤說登場以後的學說發展

在 Arzt 提出上述的法益關係錯誤說之後，學說上幾乎一面倒地表示支持此一從規範的角度來判斷承諾的有效性的見解，法益關係錯誤說甚至一度成為足以壟斷當時的刑法教科書的最有力說。然而，好景不常，雖然法益關係錯誤說相較於以往以條件關係公式來判斷承諾有效性的重要錯誤說，在基本的思考方向上是更加妥適的，惟學說上也漸漸地對經由此說所得出的部分結論提出質疑；最為人詬病的，即是在陷於緊急情況的錯誤之情形，若是完全按照法益關係錯誤說的判斷方式，則由於被害人在此皆只是因為對於所要保全的處於急迫危險的其他利益有所誤認，對於自身所要放棄的法益仍難謂沒有清楚的認知，因此，最終即可能會得出不會影響承諾有效性的結論，而這樣的結論正是令人難以接受的（尤其是在如【案例 11：捐眼角膜案】、【案例 14：猛獸脫逃案】等情形，容見下述）。

換句話說，一概地將刑法的保護法益區分為「維護存立（固有）狀態」以及「保護交換自由」兩種類型，不論是為此區分背後所持之依據，亦或區分之後所得出結論的合理性，皆仍有再檢討之必要。

²⁷ 森永真綱，前揭註 17，204 頁。佐伯仁志，前揭註 22，61 頁。不過，學者上對此仍有所批評，亦即，如此一來，將會因犧牲的法益是為了自己的利益抑或他人的利益（例如捐血），而得出與保護法益有關抑或無關的不同結論，此應非妥適。Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 289ff. 轉引自：森永真綱，前揭註 17，216 頁。

第一目 規範的自律性說

首先，同樣由德國學者 Roxin 在 1980 年代所提出的「規範的自律性說」，可以說即是以法律關係錯誤說為藥引，並於調整法律關係錯誤說可能得出的諸多不合理的結論之後，已然成為當今德國學界的主流見解。此說主要顛覆法律關係錯誤說之處在於，其指出不應該直接將「法益關係性」作為原則來判斷承諾的有效性，而是要以「承諾者的決定或選擇是否為自由處分下（自律性）的產物」為判斷基準²⁸；不過，最困難之處即是在於，要如何去詮釋在什麼樣的情況下，承諾者所為的決定是自由處分的產物？既然無法直接歸納出一個可適用於所有案例的共通標準，則舉出典型的事例並類型化以探究其之界線，應該才是較為妥適且可行的做法²⁹。

壹、與法益處分的種類、範圍有關的錯誤—承諾無效

【案例 7：木球鉛球案³⁰】

甲挑釁乙說，為了證明你的膽量過人，你現在就用我給你的木球砸自己的腳，而且不可以發出痛苦的叫聲；乙興然接受挑戰，殊不知，甲拿給乙的根本就不是木球，而是砸到腳即會使得骨頭發出哀號的鉛球。

【案例 8：支解手機案³¹】

乙的手機因為泡水而當機，甲見狀欺騙乙說，只要把手機整個拆開，再把裡面的零件分別拿出來曬乾，就可以把手機修好了，至於重新組裝手機的方式，只要按照拆解的步驟反過來進行即可，並不會太過困難；然而，其實甲知道乙的手機只要完全拆解，幾乎就不可能再完好無恙地組裝回去，其單純就只是為了報復

²⁸ 要特別強調的是，這仍然是客觀的法規範評價的問題，而非全然依憑被害人主觀的想法。Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in: Gedächtnisschrift für Noll, 1984, S.2.281ff. 轉引自：齊藤誠二「欺罔にもとづく承諾」沢登俊雄ほか編『刑事法学の歴史と課題：吉川経夫先生古稀祝賀論文集』164、167、175 頁（1994 年）。

²⁹ 森永真綱，前揭註 16，207 頁。

³⁰ 改編自：Roxin, Noll-GS, S.283. 森永真綱，前揭註 17，208 頁。

³¹ 改編自：Roxin, Noll-GS, S.283. 森永真綱，前揭註 17，208 頁。

乙摔壞自己的手機才出此計策。

該說所舉出的第一類型，恰好也就是上述的法益關係錯誤說認為典型的與保護法益有關的錯誤之情形，故於相關的案例中，如【案例 5：狐假虎威案】、【案例 7：木球鉛球案】或【案例 8：支解手機案】，此說與法益關係錯誤說所得出的結論並無不同，皆是認為被害人因受到欺罔所為的承諾無效；只是，關鍵的差異在於，承諾無效的理由並不再是該項罪名的構成要件只有對於法益「存立的保護」而無「交換的保護」，且該說亦認為，劃分「存立的保護」與「交換的保護」是缺乏根據的，而且一律將所謂的「交換自由」排除於傷害罪、殺人罪等罪名的保護範圍之外，亦非妥適³²。尤其，在【案例 6：手術報復案】之情形，上述區分方式的缺陷即表露無遺，簡單來說，被害人自願犧牲特定的身體部分，以求換取更高價值的身體部位，甚至是自身生命的延續，皆難謂此並非是一種交換自由的展現³³。

依此，被害人陷於與法益處分的種類、範圍有關的錯誤，此時承諾無效的理由即是在於，被害人所為的承諾，若是基於與構成要件該當結果有關的欺罔，則該項承諾即不能說是法益主體自律意思下的產物；白話地說，如果被害人連自己處分的標的都沒有清楚的認知，那麼就很難說這是在其之自由意志支配下，自己充分思考過後所為的決定。

貳、與對待給付（交換利益）有關的錯誤—承諾有效

其次，在與對待給付（交換利益）有關的錯誤之情形，最典型的案例即為【案例 2：花錢紓壓案】，此說所得出的結論仍與法益關係錯誤說相同，亦即，有關此一類型的錯誤並不會影響承諾的效力，即使被害人事後察覺自己受騙，該項承諾仍屬有效。不過，同上所述，此說認為不能直接以錯誤與保護法益無關，亦或被害人對於自己所處分的法益已有明確的認識為由，即因此認為承諾有效，重點仍是在於，於此情形，被害人處分法益的決定是否可視為具有自律性的產物？而為

³² 森永真綱，前揭註 16，211 頁。

³³ Rönnau, Willensmängel, S. 282ff. 轉引自：森永真綱，前揭註 16，211 頁。



了找出這個問題的答案，即不能忽視刑法與民法之間的關聯。

在民事法上，雙務契約的締結者本來就經常要承擔無法獲取對待給付的風險，故民法特別賦予其履行請求權；然而，正因為如此，締結契約的一方在主張履行請求權時，即使是基於欺罔而為締結的契約，該項契約仍然會被認為是有效的，也就是說，契約的締結與履行在此仍是被視為當事人行動自由的產物，而這樣的思考路徑，在刑法上應該也是可以適用的³⁴。依此，即使行為人使被害人陷於對待給付的錯誤中，因而與其達成某種協定，這頂多也就是民法上債務不履行的行為而已，並不足以動用刑法的傷害罪或毀損罪，既然被害人尚可行使民事法上的履行請求權，則對其而言應該就已經算是有受到足夠的保護了³⁵。

再者，若是按照法律經濟概念財產說，在【案例 2：花錢紓壓案】之情形，由於被害人所處分的客體（身體侵害）有違反公序良俗之嫌，進而與民事法的財產權體系相悖，故即可能不被視為刑法上的財產，行為人自然也就不會該當詐欺罪；既然如此，本例就更不能以傷害罪論處，否則就會招致明明已逾越詐欺罪的保護界線，卻仍可變相地用傷害罪的構成要件加以保護的不當結論³⁶。

參、與附隨事項有關的錯誤—承諾有效

【案例 9：實習醫生案】

乙向皮膚科診所預約要進行冷凍治療，並在掛號時指定由診所網站上有掛名的其中一位醫生丙為其作治療；然而，由於當天看診的病患眾多，乙所指名的醫生早已分身乏術，故護士甲為了想要盡快打發乙，只好請正好在當天來到診所實習的實習醫生丁（長相與丙的照片相似）為乙作治療。

【案例 10：保證迷人案³⁷】

整形醫生甲為了診所的營收，便欺騙一直懷抱著明星夢的乙說，如果讓我來

³⁴ 森永真綱，前揭註 17，208-209 頁。

³⁵ 齊藤誠二，前揭註 28，175-176 頁

³⁶ Roxin, Noll-GS, S.283ff. 轉引自：森永真綱，前揭註 17，208-209 頁。

³⁷ 改編自：Roxin, Noll-GS, S.288ff. 轉引自：森永真綱，前揭註 17，209 頁。

幫你動刀，那麼保證整形完只要把相片放到網路上，不久後一定就會有經紀公司和你聯絡；乙聽信甲而接受整形手術，殊不知乙整形完雖然長相甜美，但因為沒有太大的特色，故仍然無法踏上明星之路。

此一類型的錯誤，成為討論的焦點的非醫療案件莫屬，尤其，在【案例 9：實習醫生案】之情形，被害人對於侵害主體有所誤認，此時，是否會影響承諾的有效性？此說認為，在類似的案例中，應以所謂的「合理的患者」為判斷標準，並同樣從規範的觀點來討論承諾的有效性；依此，假設被害人是一位理性的患者，則於實習醫生的治療技術因手術的難易度較低，而可達到與正式醫生幾乎相等的水平時，被害人即應認為自己處分身體法益所可能招致的風險或安全性，並不會因為執行手術的人是實行醫生而產生差異，故這樣的人別錯誤就不會是重要的錯誤，同時也不會影響自己所做決定的自律性³⁸。

以此為基礎，在醫生未盡說明義務的情形，尤其是在並未充分告知手術的副作用以及失敗的可能性時，同樣也是要以上述的「合理的患者」為標準，以此判斷醫生究竟要盡到何等程度的說明義務，才能夠說不至於影響被害人處分身體的決定，而並未妨礙其之自律性。此外，值得一提的是，在行為人使被害人陷於有關附隨利益的期待錯誤之情形，如【案例 10：保證迷人案】，此說即認為，由於執行整形手術本身的客觀意義，即是使被害人轉變為特定的樣貌，故被害人只要對此有所認識，即應認為承諾有效，至於除此之外其他可能伴隨的利益，在客觀上即不應作為足以影響被害人的自律性的理由³⁹。

肆、與博愛目的有關的錯誤—承諾無效

【案例 11：捐眼角膜案⁴⁰】

醫生甲因看不慣富人乙只因自己的小孩丙在外玩耍時，眼睛外圍稍微被石頭

³⁸ Roxin, Noll-GS, S.288ff. 轉引自：森永真綱，前揭註 17，209 頁。不過，在此傾向法益關係錯誤說立場之學說見解，基本上所得出的結論亦大致相同，可參考：佐伯仁志，前揭註 22，73 頁。山中，前揭註 9，328-329 頁。

³⁹ Roxin, Noll-GS, S.288ff. 轉引自：森永真綱，前揭註 17，209 頁。

⁴⁰ 改編自：Roxin, Noll-GS, S.280ff. 轉引自：森永真綱，前揭註 17，212 頁。

割傷，即大費周章的來到大醫院掛急診，甚至對醫護人員頤指氣使，揚言若是自己的小孩有任何一丁點損失，就要告到整家醫院倒閉；故欺騙乙說，你的小孩眼角膜受損，必須由親人捐獻眼角膜進行移植，否則有很高的機率會失明，乙不疑有他，再加上愛子心切，因此當下就決定將自己的眼角膜捐給丙。其實，丙根本就不需要移植眼角膜，甲在將乙的眼角膜摘除後，便直接丟進一旁的垃圾桶。

【案例 12：街頭捐血案⁴¹】

甲將自己的休旅車偽裝成救護車，並停在路邊佯裝成是在為某公立醫院募血；然而，其實甲都是直接將善心人士所捐獻的血液拿去黑市販售。

【案例 13：醫學實驗案⁴²】

甲將自己的休旅車偽裝成救護車，並停在路邊佯裝成是在為某政府機構募血，以便於進行相關的醫學實驗；然而，其實甲只是想要近距離觀賞捐血者因打針而感到疼痛的表情。

若是按照法益關係錯誤說，則無論是【案例 11：捐眼角膜案】、【案例 12：街頭捐血案】或【案例 13：醫學實驗案】，由於被害人對於自願犧牲的法益本身皆已有清楚的認識，其等所陷之錯誤最多只不過是會影響對於交換自由的保護而已，故承諾仍屬有效；然而，規範的自律性說在上述的案例類型則是持相左之見解，亦即認為，由於被害人的決定皆是在行為人的巧妙操弄下所形成，因此不能說是被害人行動自由的產物，若在此仍執意認定被害人的承諾有效，則無非是不妥適的⁴³。

規範的自律性說在此之所以會得出與法益關係錯誤說不同的結論，最關鍵的理由應是在於，相較於法益關係錯誤說將此類案例全部都歸類為只是對於交換自由之侵害，該說則是認為，與博愛目的有關的錯誤之情形與上述【(二) 與對待給付(交換利益)有關的錯誤】之情形不同，其並沒有辦法以民法的履行請求權

⁴¹ 改編自：Roxin, Noll-GS, S.280ff. 轉引自：森永真綱，前揭註 17，212 頁。

⁴² 改編自：Roxin, Noll-GS, S.280ff. 轉引自：森永真綱，前揭註 17，212 頁。

⁴³ 森永真綱，前揭註 17，212 頁。

或許欺罪的構成要件加以保護，如此一來，即可能會造成被害人達成目的的方法完全被阻斷的後果；依此，跳脫出法益關係錯誤說將法益區分為「存立的保護」與「交換的保護」之觀點，並且就整體事件觀察，在此一類型的案例中，即仍難謂被害人所做的決定是自律性的產物，承諾應屬無效⁴⁴。

值得一提的是，該說亦認為，在【案例 11：捐眼角膜案】中，對於移植（捐獻）對象的正確認知，就被害人（捐獻者）而言同樣也是極其重要的；在本例中，假若醫生甲並沒有直接將乙捐獻的眼角膜丟掉，而是用它來醫治自己的親人，則此時即仍應認為乙的承諾是無效的，原因在於，為了拯救他人而犧牲自己的身體法益是屬於相當高度的人格行為，因此，只有在尊重被害人所選擇的使用對象的前提下，從客觀的角度來看，被害人的捐獻行為才能夠稱得上是其自由處分的產物⁴⁵。

伍、與類似緊急避難之狀況有關的錯誤—承諾無效

【案例 14：猛獸脫逃案⁴⁶】

甲欺騙乙說，你養在庭院的巨型犬咬破鐵欄逃走了，現在已經在市區的大街上暴走中，並請求射殺陪伴乙多年之寵物，乙在無可奈何的情況下，只好同意甲的要求；但其實乙的寵物仍好好地趴在庭院曬太陽，並在毫無防備的情況下遭到甲射殺。

【案例 15：蝨子侵襲案⁴⁷】

理髮師甲欺騙乙說，你的頭髮上已經長滿蝨子，必須要把頭髮全部剃掉才能夠根除，乙雖然心疼，但不得已還是只能聽從甲的意見，剃掉整頭的烏黑秀髮；殊不知，乙的頭髮上根本就沒有蝨子，甲所做的一切都只是為了要惡整乙而已。

⁴⁴ 森永真綱，前揭註 17，213 頁。齊藤誠二，前揭註 28，178 頁。

⁴⁵ 森永真綱，前揭註 17，213 頁。

⁴⁶ 改編自：Roxin, Noll-GS, S.282. 轉引自：森永真綱，前揭註 17，213 頁。

⁴⁷ 改編自：Roxin, Noll-GS, S.282. 轉引自：森永真綱，前揭註 17，213 頁。

【案例 16：森林大火案⁴⁸】

甲與乙皆在山間購買別墅，比鄰而居，惟甲一直覺得乙種在別墅旁的檳榔樹很礙眼；某日，甲謊稱有森林大火，並欺騙乙說，如果我現在不把你種的檳榔樹砍掉，你家的別墅可能就會受到大火波及，乙由於身在外地工作，無暇確認，故只好同意甲將檳榔樹砍倒。

此說所舉出的最後一種錯誤類型，是與類似緊急避難之狀況有關之錯誤，亦即，行為人使被害人誤認現在正存在著一個緊急情況，並使得其必須要在緊急情況所可能會引發的不利後果，與為了避免不利後果而勢必得犧牲的自身法益之間做抉擇，上述的【案例 14：猛獸脫逃案】、【案例 15：蟲子侵襲案】及【案例 16：森林大火案】即是如此。

同樣地，若是按照法益關係錯誤說，上述的案例可能都會因為被害人已明確知悉所處分法益的內容，故而得出承諾仍然有效的結論；然而，規範的自律性說則是認為，此一類型的錯誤即應使被害人的承諾無效，主要理由在於，這是強制程度與脅迫相當，而致使被害人的心理受到強烈壓制的欺罔行為，故既然受到脅迫的承諾毫無疑問地是無效的承諾，則基於與脅迫相當程度的欺罔所為的承諾，應該也會是無效的⁴⁹。再者，雖說對於一般意思活動自由之保護，本來應該是要落在強制罪的守備範圍，然而，在被害人處分刑法上的保護法益時行為人對其意思自由之侵害，卻仍非皆可為強制罪力所能及，故在此因被害人處分法益是受到強制程度足以與脅迫匹敵的欺罔行為所致，是以，在強制罪之外，直接以保護該項法益的構成要件論處（如傷害罪、毀損罪），應亦屬合理⁵⁰。

要特別強調的是，儘管是在此一類型下，論斷承諾有效與否的核心判準，同樣是「法益主體所為法益處分的決定是否為自律性的產物」；依此，假設行為人所編造的緊急情況真的存在，則在被害人所做的決定仍可幾乎不受緊急情況干擾之情形下，亦即被害人仍可憑藉自己的自由意志去衡量利弊得失，此時，即與上

⁴⁸ 改編自：Roxin, Noll-GS, S.282. 轉引自：森永真綱，前揭註 17，213 頁。

⁴⁹ 齊藤誠二，前揭註 28，179 頁。

⁵⁰ 森永真綱，前揭註 17，213-214 頁。

述的案例情形不同，而仍應肯定承諾的有效性⁵¹。



第二目 間接正犯原理說

【案例 17：街頭賣血案⁵²】

甲在學校附近欺騙學生可以用少量的血換取高額の報酬，以誘拐想要賺取零用錢的學生讓甲抽血；事實上甲根本就沒有要付錢給賣血學生的意思，每次都在抽完血後即藉故逃逸。

除了規範的自律性說之外，由同為德國學者 **Jakobs** 所提出的間接正犯原理說，同樣也是圍繞著作為理論起源的法益關係錯誤說，並嘗試修正部份令人較難以接受的結論；此說認為，法益關係錯誤說所提出的以「法益關係性」作為判斷承諾有效性的主要標準，原則上是可採行的，且於被害人是因欺罔而陷於法益關係錯誤之情形，由於其根本就不具備對於處分法益的認識而欠缺處分意思，故可以說被害人在此等於是在**欠缺故意**的情況下，自己侵害自己的法益，亦即，在現實上成為受行為人所利用的「侵害自己的道具」。依此，在上述的情形，對於「承諾者 = 道具」、承諾的瑕疵具有支配地位的行為人，其實也就是所謂的間接正犯⁵³。

而此說除了承繼法益關係錯誤說所提出的「法益關係性」之判斷標準之外，之所以又再背後套上間接正犯之原理依據，主要理由即是在於，其認為並不是只有在被害人因陷於法益關係錯誤而致**承諾無效**時，始有論以間接正犯之餘地；即使並不存在法益關係錯誤，只要行為人使被害人誤認其是為了「『合理的』利益交換（*Umschichtung*）」而為法益處分，這樣的欺罔行為同樣仍應以間接正犯論處；尤其，在上述的【**案例 6：手術報復案**】、【**案例 11：捐眼角膜案**】、【**案例 15：蝨子侵襲案**】、【**案例 16：森林大火案**】之情形，只要在行為人所捏造的假象中，被害人自願犧牲的法益相較於以此所換取的利益，在結算後至少不會有所損失，

⁵¹ Roxin, Noll-GS, S.286ff. 轉引自：森永真綱，前揭註 17，214 頁。

⁵² 改編自：Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S.246.

⁵³ Jakobs, AT, S. 247. 轉引自：森永真綱，前揭註 17，210 頁。

亦即，在將犧牲的法益與因此獲得的利益數值化後，利弊相減的差額大於等於零，則欺罔者即仍是支配他人的法益處分行為的間接正犯⁵⁴。而且，要特別注意的是，並非只有在被害人誤認緊急狀況之情形，才有間接正犯之適用；在有關對待給付的錯誤之類型，如【案例 17：街頭賣血案】，此說亦認為被害人仍是對於「合理的利益交換」有所誤認，故仍有討論間接正犯的空間，而此即與上述規範的自律性說所得出的結論略有不同⁵⁵。

第三目 法益關係錯誤內容擴張說

又除了德國學說之外，日本學說上雖然也有基本支持法益關係錯誤說的見解，惟有許多學者亦對此提出質疑，且焦點主要也都是集中在法益關係錯誤說最大的破綻—與類似緊急避難之情況有關的錯誤。對此，首先即有認為，相較於日本判例直接以條件關係公式為主要的判斷標準，法益關係錯誤說至少在方向上是正確的；正如法益關係錯誤說對以往的重要錯誤說的批評，亦即，既然被害人對於受侵害法益已有清楚的認知，那麼它就不會再是刑法所應保護的法益，如此一來，若是仍執意使欺騙他人（單純使他人陷於動機錯誤）的行為入罪，則等於是將該項罪名轉而用來處罰與保護法益無關的欺罔行為，甚至是直接將一般的意思活動自由當作是保護對象⁵⁶。

不過，在被害人陷於與緊急狀況（或博愛目的）有關的錯誤之情形，若是完全按照最原始的法益關係錯誤說來加以判斷，所得出的結論亦非妥適。在此，如上所述，雖然有德國學說認為，應將此一類型的欺罔行為，視為與脅迫程度相當的強制手段；惟從此一方向切入並幾乎夷平法益關係錯誤說的原則架構，這樣的推論方式是有問題的，尤其是在假設緊急狀況為真之情形下，這個問題就會變得更加地顯而易見。舉例而言，行為人為了救助病患，在路上強拉被害人來捐血，

⁵⁴ Göbel, Die Einwilligung in Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrecht, 1992, S. 116f. 轉引自：森永真綱，前揭註 17，210 頁。

⁵⁵ Jakobs, AT, S. 249. Göbel, Einwilligung, S. 120. 轉引自：森永真綱，前揭註 17，210 頁。林美月子「錯誤に基づく同意」松尾浩也ほか編『刑事法学の現代的状況・内藤謙先生古稀祝賀』33-34 頁（1994 年）。

⁵⁶ 山口厚『問題探究刑法總論』81-82 頁（1998 年）。

在這樣典型的案例中，行為人應成立傷害罪（甚至因無法通過緊急避難之檢驗而不能阻卻違法），固無疑問；然而，相反地，若好心的被害人本身即同意捐血救助患者，則自然也就不會成立傷害罪。依此，若按照上述學說見解而認為，在緊急狀態下的承諾因被害人是處於與受脅迫相當的心理壓制狀態，故承諾一律無效，則在這個例子中，即使被害人自己同意捐血，行為人也同樣應該要成立傷害罪才對，這樣的結論顯然是不合理的，由此可知，即使是受到脅迫的承諾，也並非是那麼理所當然地皆為無效；況且，為了救助患者而捐血本來應該是值得讚揚的行為，如今若是按照上述之推論，即使是自願捐血，同樣也會被認為獻血者並非是自由的，因此反而根本就沒有嘉許之必要，如此一來，社會上的為善之人大概也都會啞口無言吧⁵⁷？

然而，這也並不是說被害人在陷於此類錯誤的情況下，所為的承諾就都會是有效的；相反地，只要對法益關係錯誤說稍作補充，應該同樣也可以得出承諾無效的結論。以【案例 14：猛獸脫逃案】為例，如果乙所飼養的大型犬果真咬破鐵欄並於大街上暴走，則於甲向乙請求射殺其之寵物時，乙本來就沒有選擇的餘地，即使乙表示不同意，甲在射殺後仍可主張正當防衛、緊急避難等，以阻卻其侵害乙之法益的違法性；由此可知，法益主體在此一情形下，即有必要忍受法益受到侵害的事實。是以，行為人若是捏造事實，而使被害人陷於此一類型的錯誤中，即等於是使被害人對於自身法益的「保護必要性」有所誤認，而這也應該被認為是一種足以否定承諾有效性的法益關係錯誤⁵⁸。

第四目 雙階段檢驗說—法律上重要性說

在法益關係錯誤說問世之後，學說上對此有傾向支持的立場，惟亦不乏許多質疑與批判，並陸續有提出不同的修正見解，業如上述；而正是經過這樣長期的理論戰爭，這些有關欺罔、錯誤的被害人承諾理論，可以說也已經在這樣的亂世下發展地越趨成熟、茁壯。近期，即開始有學說見解整合法益關係錯誤說以及上

⁵⁷ 山口厚，前揭註 56，82-83 頁。

⁵⁸ 山口厚，前揭註 56，83 頁。

述諸家學說，在「法益關係性」之外，另外建構出所謂的「法律上重要性」的概念，並試圖將此一爭論多年的議題，導向一個更為完整且縝密的結論⁵⁹。

此說的基本架構為，首先，雖仍是以法益關係錯誤說所提出的「法益關係性」為判斷基準，亦即，只要是與保護法益有關的欺罔或錯誤（被害人對於所處分的法益欠缺清楚的認知），被害人在這樣的情況下所為的決定，原則上即非是基於自由意志的具有任意性的同意；然而，並不能反過來說在非法益關係錯誤之情形，即皆可直接得出被害人的同意有效之結論，在經過第一階段的法益關係性的檢驗之後，有關被害人的同意或承諾是否有效的問題，仍必須進入第二階段的檢驗，亦即，進一步具體判斷此一欺罔或錯誤是否具有法律上的重要性，並因此亦足以影響被害人基於自由意志所為的決定，以下將分別就此前後兩階段說明之。

壹、第一階段：法益關係性

【案例 18：強健手臂案⁶⁰】

乙到醫院做健康檢查，在抽血時，因為認為自己的右手比較強壯，故特別吩咐護士甲要從自己的右手抽血，惟甲因長時間工作而感到心煩氣躁，故只是隨便敷衍一下乙，結果趁乙用右手低頭划手機時，還是直接從乙的左手抽血。

如前所述，第一階段基本上是援用法益關係錯誤說的判斷基準，亦即，被害人只要對於法益侵害結果有所誤認，即為法益關係錯誤，而這可能包含對於侵害範圍、程度，以及侵害者、侵害時間、侵害地點等錯誤之情形；不過，值得注意的是，此說認為，這樣的法益關係錯誤，同樣也應該是要以具有法律上的重要性為前提，舉例來說，手術時病患對於自己可能受損的細胞構造（受侵害法益之一部），並沒有必要具備全然的認知⁶¹；此外，法益的種類亦或處分法益的目的，也可能會成為足以影響錯誤是否具有法律上重要性的因子。

舉例而言，病患在手術前承諾醫生在自己的腹部劃一道三十公分的傷口，則

⁵⁹ 以下主要整理自：森永真綱，前揭註 17，219-233 頁；林美月子，前揭註 55，33-36 頁。

⁶⁰ 改編自：森永真綱，前揭註 17，251 頁 [注 54]。

⁶¹ 森永真綱，前揭註 17，220 頁。

儘管醫生在開刀時故意多劃一公分，在這樣一分公分的誤差對於被害人的影響根本就微乎其微的前提下，即應不至於直接使得承諾無效；然而，若醫生是故意在病患的舌頭上多劃一分公分的傷口，那麼可能就會得出完全不同的結論⁶²；又在對於侵害部位有所誤認的情形，例如醫生得到病患的承諾而要將其右手截肢，惟卻誤斷其左手，此時被害人的承諾當然是無效的，然而，若是在【案例 18：強壯手臂案】之情形，被害人所陷之法益關係錯誤（對於自己的左手被針戳傷缺乏認知），即非具有法律上的重要性。另一方面，就法益的種類對此之影響而言，例如委託他人處理自己的財產，即使是於行為人再委託第三人處理，而致法益侵害者有所變更之情形，只要不會使法益侵害結果產生變化，則應難謂此為具有法律上重要意義的錯誤；然而，如果將侵害對象替換為身體法益，則被害人對於法益侵害者的錯誤，就有可能會被認為具有法律上的重要性⁶³。

最後，在此一階段可能會面臨的比較複雜的問題是，有關法益侵害者**資格**的錯誤應如何處理？首先，此說認為，若是實際的侵害者與被害人所預想的侵害者在客觀上具有同等的資格，則被害人之錯誤就會轉變為單純對於侵害者「人別」的錯誤，而在大部分的情況下，此即非重要的錯誤，上述【案例 9：實習醫生案】即為適例。不過，此處仍可能殘留的疑問在於，若是無資格者偶然地完成受委託之事，例如沒有醫生執照之人意外地完成手術，則行為人是否即可因此脫免於原本應受的刑責？在此，由於最終促成有利的結果不過就只是運氣使然，故於當今已步入專業化的社會中，應該還是要直接認為行為人插入手術刀的行為即該當傷害罪（無法以被害人承諾阻卻違法），較為妥適⁶⁴。

貳、第二階段：法律上重要性

【案例 20：強盜追殺案⁶⁵】

⁶² 森永真綱，前揭註 17，220 頁。

⁶³ 森永真綱，前揭註 17，220-221 頁。

⁶⁴ 森永真綱，前揭註 17，221-222 頁。

⁶⁵ 改編自：森永真綱，前揭註 17，227-228 頁。

甲因覬覦鄰居乙偌大的豪宅已久，一直想要進門參觀卻苦無機會，偏偏最近又因一點小事與乙鬧不合，故甲於某日夜晚，打扮狼狽地來到乙家門口，並欺騙乙說，自己家裡遭強盜入侵，想要借乙家一避，乙不疑有他，遂放甲進門。

【案例 21：偽造搜索案】

甲追蹤乙數月，懷疑乙是販毒集團的重要成員，並於家中藏有大量毒品，惟一直苦無證據；某日，甲接獲線報得知乙即將潛逃海外，在無計可施的情況下，只好偽造搜索票來到乙家，請求入屋搜索，乙見甲所持幾可亂真的搜索票，無奈之下也只好讓甲進門。

法益關係錯誤並不是使承諾無效的唯一原因，如同被害人在受到強暴、脅迫下所為的決定，儘管對於處分客體有充分的認識，其終究仍是處於意思自由受到壓迫之狀態，故當然還是會影響承諾的有效性；詐欺之情形亦同，除了法益關係錯誤之外，應該也同樣可能會有其他足以干擾被害人的自由意志之情形，並因此使得被害人的同意或承諾無效。

在此，日本學說上即有沿用德國學者 Jakobs 所提出的「合理的利益交換」為此一階段主要的判斷基準，並認為在被害人陷於類似緊急避難狀況的錯誤之情形，利益衡量或許亦不失為一種論斷被害人的意思決定是否自由的指標⁶⁶，只是，單純以抽象的「合理性」為判斷標準，即有可能會使承諾的範圍無限擴大⁶⁷，依此，較為具體且妥適的操作方式，應是以客觀上的法益價值為衡量基準，並且只有在被害人所要保全的法益大於所犧牲（處分）的法益時，才能夠說被害人是因行為人的欺罔行為而「不得不」做此決定，亦即，被害人的意思自由在此仍有受到壓制，故可導出承諾無效的結論⁶⁸。

⁶⁶ 林美月子，前揭註 55，35 頁。不過，該說並沒有同時援用 Jakobs 所提出的間接正犯原理，對此，本文將置於【第三項 學說的分析與檢討】再一同論述。

⁶⁷ 在此，學說上也有提出批評，亦即，通常被害人只有在認為交換是合理的時候，才會在被欺騙的情況下處分法益，否則根本就不會有處分法益的動機，如此一來，幾乎所有的欺罔行為都會成立正犯，而這樣的標準也就會變成沒有任何的過濾效果。Roxin, Noll-GS, S.293. 轉引自：林美月子，前揭註 55，34 頁。

⁶⁸ 林美月子，前揭註 55，34-35 頁。

除此之外，為了強化利益衡量基準的正當性，學說上也有結合 **Jakobs** 以外的其他學說，而為更加具體的補充說明；首先，按照上述的標準，在為了挽救較低的利益而處分法益之情形，法益主體的決定即應視為具有任意性（既然是較低的利益，當然也可以選擇不救），此時，刑法的介入自然也要有所節制。例如在【**案例 3：恩將仇報案**】中，如果將生命法益與不要成為犯罪者的利益（或是不給親人添麻煩的利益）同時放在天秤上秤量，則當然應該要以生命法益為優先，故本案中的被害人仍難謂無選擇之餘地，其所為的承諾應屬有效⁶⁹。不過，除了單純的利益衡量之外，在此仍應同時考量被害人所欲換取的利益，是否為法律上值得保護的利益；舉例而言，甲欺騙乙說，你讓我打一拳，之後我也讓你打一拳，殊不知甲根本就沒有打算讓乙反擊，在打了乙之後即逃之夭夭，此時，雖然若是單純按照利益衡量的基準，則甲似乎是有使乙陷於具有法律重要性的錯誤，惟這樣的結論並非妥適，原因即是在於，「傷害別人」很難說是法律所要保護的利益，而這應該也是 **Jakobs** 並非直接用利益衡量，而是添加了「合理性」的用語的主要原因⁷⁰。

雖說，被害人所欲換取的利益是否為法律上值得保護的利益，這是很難一概而論的，惟此處似仍可歸納出足以將結論指向「肯定」的兩種情形，並且能夠對應於 **Roxin** 所舉出的與博愛目的、類似緊急避難之狀況有關之錯誤類型。其一，即同為在上述有所提及的，使被害人陷於與法益的「保護必要性」有關的錯誤，申言之，假設行為人所虛構的緊急情況為真，則儘管被害人並未同意放棄法益，法益侵害者亦得主張依法令行為、正當防衛或緊急避難等阻卻違法事由，故雖然被害人並沒有積極放棄法益以拯救他人之義務，惟實際上其對於自身的法益受到侵害仍必須加以忍受，而身陷不得不放棄法益的困境中，依此，被害人因行為人所虛構的緊急情況而陷於錯誤，自應具有法律上的重要性，典型的案例如【**案例 20：強盜追殺案**】及【**案例 21：偽造搜索案**】；甚至，如果行為人是使被害人誤

⁶⁹ 以此為基礎，該說即認為，在此並不太可能會出現足以斷定「處分生命是合理的」的情形，最多也就只會在為了避免過大的痛苦（且應該是專指生理上的症狀）而寧願放棄生命之情形，才有可能會斷定犧牲生命法益是合理的。森永真綱，前揭註 17，226 頁。

⁷⁰ 森永真綱，前揭註 17，226-227 頁。

認為有（行為人得主張）正當防衛之情形，則儘管被害人因此所放棄的法益小於所要保全的利益（未通過利益衡量標準），仍可能會被認為是具有法律上重要性的錯誤⁷¹。

再者，是單純以利益衡量較無法說明之情形，亦即，較類似於被 Roxin 歸類為與博愛目的有關的錯誤類型，此同樣也應該算是使被害人誤認此為「『合理的』利益交換」，且因而會影響承諾的有效性；原因在於，以【案例 12：街頭捐血案】及【案例 13：醫學實驗案】為例，在醫學進步的現代社會，雖然藉由醫學之力可能拯救許多國民，然而，作為此之前提，捐血應是不可或缺的，而由此所伴隨的不利益應該也是每個國民都必須承受的；依此，在絕大多數國民的眼中，也就會產生這種「必須共同維繫社會」的印象，而這樣的「連帶感」可以說即是形成現今社會的關鍵，故刑法亦不應容忍利用他人的連帶感來侵害他人法益之欺罔行為⁷²。

第五目 保護法益內涵包含處分自由說

【案例 22：收購頭髮案⁷³】

甲欺騙乙說，願意出高價收購乙留了多年的長髮，乙因近日正好缺錢花用，故答應將頭髮出售予甲；不料，甲自始即沒有要付錢的意思，在收到頭髮之後，即開始藉故拖延付款，不久便銷聲匿跡。

【案例 23：生日蠟燭案⁷⁴】

乙受託於丙的父親，在丙生日當天，帶著蛋糕插好蠟燭來到學校，想要在同學面前給丙驚喜、為丙慶生；當乙帶著插好蠟燭的蛋糕來到教室時，丙正好離開去處理公事，沒想到丙的同班同學甲竟冒充丙，並要求要馬上吹蠟燭，乙不疑有

⁷¹ 森永真綱，前揭註 17，227-228 頁。

⁷² 森永真綱，前揭註 17，229-230 頁。

⁷³ 改編自：山口厚「『法益關係的錯誤』說の解釋論的意義」司法研修所論集 111 号 103 頁以下（2003 年）。

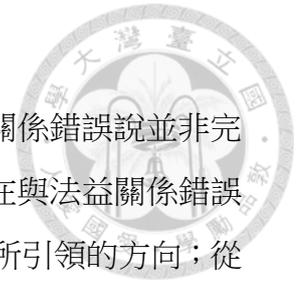
⁷⁴ 改編自：小林憲太郎，前揭註 5，64 頁。

他，在甲假裝許願後即讓甲把蠟燭吹熄。

至此，雖然上述所介紹的諸多學說，或多或少都認為法益關係錯誤說並非完美，並且紛紛提出各種改良過後的見解，然而，正如這些學說在與法益關係錯誤說對話時，在開頭都會先點出：基本上仍肯定法益關係錯誤說所引領的方向；從這點即可看出，即使推論的過程以及最終所得出的結論都可能略有不同，惟不論是 Roxin 或 Jakobs，似乎都還是沒有過於偏離法益關係錯誤說在一開始就提出的核心概念，亦即，刑法以法益存立（固有狀態）之保護為原則，至於法益的處分自由、交換自由，則只有在特定的例外情況下才加以保護，而這就可能包含上述所提到的，使他人陷於類似緊急避難狀況之錯誤，亦或利用他人之連帶感，以至於使被害人的自由意志仍被視為有受到壓制之情形。

不過，最近也已經開始有學說見解試圖要突破窠臼，亦即，不再一概地認為，只要是與處分法益的目的、動機有關之錯誤，即應接受原則上就要被排除在法益關係錯誤之外的命運。首先，即有傾向此一立場的見解認為，雖然以往的日本判例（重要錯誤說）等於是全面保護法益的處分自由，並非妥適；然而，法益關係錯誤說以完全不保護法益的處分自由為理論基礎，對於保護法益的理解同樣也是過於狹隘。簡單來說，即使保護法益在外觀上受到侵害，只要這個侵害結果與法益主體的意思合致，則難謂此時仍具有所謂的「法益侵害性」；相反地，如果侵害結果與法益主體本身的意思並非一致，那麼法益侵害性就不會喪失，故此處的重點即在於，法益主體的意思與侵害結果的吻合程度，對於法益侵害性的判斷會造成什麼樣的影響？在此，若是與法益侵害的質、量、程度有關的錯誤，甚至是於被害人對於作為法的評價的基礎事實有所誤認時（亦即，類似緊急避難情況之情形），則應該都會被認為侵害結果與法益主體的意思不一致，依然存有法益侵害性，固無疑問；然而，如果認為法益處分自由也是保護法益的構成部分，則於被害人陷於與法益處分的目的、動機有關的錯誤之情形，似乎也就不是不可能肯定此時同樣存在著法益侵害性⁷⁵，依此，在【案例 22：收購頭髮案】中，甲即仍

⁷⁵ 山口厚，前揭註 6，106 頁。國內亦有援引間接正犯的法理，而採類似見解者：王皇玉，欺瞞病人而抽血成立傷害罪嗎？，月旦法學教室，80 期，2009 年 6 月，頁 15。



可能構成傷害罪。只是，雖說不應忽視對於法益處分自由之保護，惟尤其是在處分法益的價值本身過於崇高之情形（如生命法益），對於法益處分自由之保護更是必須要有所限制，故例如【**案例 1：相約殉情案**】，則仍應認為行為人僅成立加工自殺罪，較為妥適。

再者，此處亦有學說見解認為，雖然法益處分自由確實可以被理解為是保護法益的一部分，而與法益處分自由有關的錯誤，或許也就有可能會是法益關係錯誤，然而，仍不應直接由此推論出，所有與處分法益的目的、動機有關的錯誤，即皆為法益關係錯誤；原因在於，刑法分則各項罪名中不同的構成要件，本來就保護著不同的法益處分自由，故除了該項罪名所保護的處分自由之外，即使被害人在其他方面的處分自由受到侵犯，此仍與該項罪名的保護法益毫無關聯。依此，在與法益處分的動機、理由有關的錯誤中，若所涉及的是它項罪名或構成要件所保護的處分自由，則仍不應視為是與該項保護法益有關的錯誤，否則，刑法分則中不同保護法益之間的劃分也就會失去意義⁷⁶。

不過，反過來說，只要各項罪名掌管好各自所保護的處分自由，而不要有互相越界的情形，則儘管是與（處分法益時的）附加條件有關的錯誤，應該也可以算是法益關係錯誤。舉例而言，病患誤認為是技術好的名醫為自己開刀，惟事實上執刀的卻是好幾年來手術成功率一直都不高的醫生，此時，亦應認為是與法益處分自由有關的法益關係錯誤；然而，若是在【**案例 9：實習醫生案**】之情形，由於就這個簡單的手術而言，醫生的技術應該是一樣的，即不能認為這是與傷害罪有關的法益處分自由，故此應為與保護法益無關之錯誤。只是，要特別注意的是，刑法分則中各個保護法益所著重的目的、動機並非完全相同，以財產罪為例，在【**案例 23：生日蠟燭案**】中，被害人本來買來要讓壽星吹滅的蠟燭，結果卻被第三人吹滅；雖然都是自願要讓他人吹熄蠟燭，惟此時對象的差異，即會直接影響到被害人使用蠟燭的人格實現，故仍有討論毀損罪之空間。依此，法益關係錯

⁷⁶ 小林憲太郎，前揭註 5，31-33 頁。

誤之認定，終究仍是與刑法分則各項罪名保護法益的解釋息息相關⁷⁷。



第三項 學說的分析與檢討

第一款 主觀說與客觀說之爭

在判斷被害人的同意或承諾是否有效時，被害人主觀上的真意終究還是最核心的考量要素，最明顯的情形即在於，假設在個案中法益主體在事後仍自稱，自己處分法益完全是出於任意性，此時，同意的有效性可以說就已經是不可動搖了；依此，在被害人因受欺罔而陷於錯誤之情形，將上述主觀說的條件關係公式設為判斷同意有效與否的首道關卡，似乎並無疑問。只是，此處的重點即是在於，是否所有通過條件關係公式檢驗之情形，皆可毫無保留地認為被害人是陷於刑法上的錯誤，並即得因此否定同意的有效性？正如本章之前言所述，本文認為，既然刑法所保護的個人的自由意志並非漫無天際，則於判斷被害人的同意或承諾是否有效時，自然也不能僅依憑被害人內心的期望與想法，而仍有必要同時設立一個客觀上的基準；是以，在探討此一議題時，相較於主觀說，自客觀、規範的角度，將「法益關聯性」作為主要限制的法益關係錯誤說，或許即仍是較為適合作為出發點的學說。

雖然，法益關係錯誤說有一個眾所皆知較為致命的罩門，亦即，該說在認定所謂的「法益關聯性」時，大多呈現不安定、不鮮明的色彩，而無法同主觀說幾乎可以得出一個非黑即白的結論；然而，除非放任各項罪名的保護法益之範圍得以無限擴張，否則勢必得在某種價值判斷下劃定保護法益的界線，而既然是價值判斷，所得出的結論多少也就會因為判斷者的不同而產生歧異，只能說這是在釋明保護法益時必經的崎嶇，以此否定法益關係錯誤說所作的法益關聯性的限制，應該才是不切實際的。只是，相對於主觀說賦予法益主體偌大的自由，且對於處分自由之保護幾乎可以說是毫不設限；法益關係錯誤說認為刑法僅著重於保護法

⁷⁷ 小林憲太郎，前揭註 5，33-34 頁。

益的固有狀態，這雖然誠如該說所言，確實是有助於避免各項罪名的守備範圍發生錯亂，亦即，或許可以將位於傷害罪、殺人罪等構成要件保護範圍之外的侵害情狀，移交由詐欺罪來加以保護，惟除此之外，卻也等於是連帶地完全封鎖了法益主體以自身的法益換取其他利益的法益使用方式，就劃定保護法益的範圍而言，此是否還能夠算是一條適中的界線？這同樣也是存有疑問的。況且，單就刑事法與民事法之間規範的差異性，似乎亦無法直接推論出刑法是以對於法益存立的保護為原則，而對於處分自由之保護就只能作為第二順位的例外。

是以，承接第二章所述，本文認為，法益處分自由亦是一種對於法益支配關係之展現，故基本上與近期的學說見解持相同的立場並認為，至少應將處分自由視為保護法益的構成部分⁷⁸；不過，正如刑法分則中各項保護法益本身皆必定會有保護範圍的問題，對於法益處分自由的保護，當然也還是必須在客觀上有所限制。在此，自法益關係錯誤說出發，並路經此後的諸家學說，似乎即可將此一客觀限制大致區分為兩個互有關聯卻又不盡相同的面向，以下即再分別說明之。

第二款 各項罪名構成要件守備範圍之分配

首先，雖然同樣都是法益處分自由，但是刑法分則中各項罪名的構成要件，應該都有屬於各自所要保護的「特定的」處分自由而必須有所區別，故若是個案中的侵害情狀所牽涉的是他項罪名所要保護的處分自由，則在檢討系爭罪名時，當然就不能再說行為人因侵害被害人的該項法益而應成立犯罪；否則，攪和保護法益的守備範圍之後果，即如法益關係錯誤說所言，最終所有的個人法益罪名都會一同淪為只是對於無法區分的普遍性自由的保護，並非妥適。

是以，此處的重點即是在於，必須要在個案中具體判斷，被害人受到侵害的處分自由是與何項罪名的保護法益有關？又在這之中最具爭議性的，大概也就是上述諸說較常提及的，身體法益與財產法益之間轉換的問題。本文認為，首先，

⁷⁸ 嚴格來說，在保護生命、身體法益的殺人、傷害罪章，若是單就殺人罪或傷害罪而言，誠如第貳章所述，理論上所保護的法益應該是不包含處分自由或交換自由較為合理；然而，如果是在個案中要討論究竟應論以普通殺人（傷害）罪抑或加工自殺罪（無罪）時，則法益處分自由就應該仍舊是不容被忽視的存在才對。

如【案例 22：收購頭髮案】以及【案例 17：街頭賣血案】之情形，被害人所處分的客體，亦即自身的頭髮和血液，皆因產生客觀經濟價值並與身體脫離，故而已轉換為財產法益；因此，被害人處分該等頭髮和血液的自由，當然就不會再與傷害罪有所關聯，固無疑問。然而，比較複雜的是，在單純傷害身體之情形，如【案例 2：花錢紓壓案】，亦或同樣於【案例 17：街頭賣血案】中，只是討論的對象變成是針筒所造成的身體傷害時，在行為人看似會支付對價，而使得這些傷害的承受可能也已經產生客觀經濟價值的情況下，被害人所處分的客體究竟是身體法益抑或財產法益，答案即不再如此明朗；在此，比較能夠合理區分身體法益與財產法益的作法應該是，當在外觀上已經能夠看出，被害人自己決定要將身體法益之一部分轉換為可特定化的具有客觀經濟價值的個別物件（交換客體）時，即應視為法益主體對於身體法益之處分已然終了，並使得該部分的身體法益在此之後即轉變為財產法益；是以，若被害人的自由意志是在往後交換的過程中受到妨害，而在此之前將身體法益轉換為財產法益的過程皆仍是出於任意性，則就單純只是對於財產法益處分自由之侵害，應已與身體法益無關，上述兩則案例即皆是如此⁷⁹。

不過，要特別強調的是，雖然同樣都是以身體法益交換其他利益，惟若是個案中的交換態樣並不足以使法益主體所處分的身體法益產生客觀經濟價值，則此時的交換客體就仍然不會轉變為財產法益，故即使是在交換過程中，此仍是落於身體法益處分自由的範疇；例如在【案例 9：實習醫生案】、【案例 10：保證迷人案】之情形，雖然行為人皆是於被害人處分身體法益以換取其他利益之交換過程中，使被害人陷於與對待利益有關的錯誤中，惟此時被害人並沒有將身體法益轉換為具有客觀經濟價值的財產法益，故此二則案例之討論即仍應是位於傷害罪的管轄範圍內。只是，這並非意謂可以直接得出上述案例中的行為人即皆成立傷害罪之結論，在此，仍須更進一步地檢討被害人所行使的法益處分自由，是否亦未逾越各項保護法益本身的合理範圍，而這也就正是下一個階段要處理的問題。

⁷⁹ 至於，是否會成立詐欺罪，應該還要再另外檢討行為人所侵害者是否為合理的財產支配關係，而在此主要即是指向是否有明顯悖於民事法體系的問題。

第三款 各項保護法益本身的合理範圍

承上所述，對於法益處分自由的另一項客觀限制，即是法益主體所行使的處分自由，不應超出該項罪名保護法益本身的合理範圍；而這尤其是指，當法益主體將其自身的保護法益拿來當作是交換客體時，刑法並不能保證其能夠予取予求地換得一切可以滿足自己期望的事物。是以，本文在此亦將法益處分自由大致區分為「消極的處分自由（存立保護）」與「積極的處分自由（交換保護）」，並依此檢討各自應如何對應在這一個階段的客觀限制；不過，要特別強調的是，雖然這樣的區分基本上仍可對應於 *Arzt* 對保護法益所作的劃分，惟此應不再作為判斷法益關係錯誤與否的絕對基準，而只不過是一種初步的劃分而已⁸⁰。

第一目 消極的處分自由（存立保護）

若法益主體並未將自身的法益拿來當作是交換客體，而只是單純的保有法益，亦即，如法益關係錯誤說所言，使保護法益呈現靜態的樣貌，則行為人對此一已被刑法認可的法益固有狀態之侵害，除了有阻卻違法事由之外，基本上應該都是不被允許的，這是刑法對於法益最基本的保護，應無疑問⁸¹。只是，此處比較容易產生的爭議反而是在於，個案中的侵害情狀在判斷上是否得落入此一**最基本的**保護範圍內？尤其，本文認為，被上述諸多學說視為焦點的錯誤類型，亦即使被害人陷於緊急情況之錯誤的問題，即仍有相當大的討論空間。

在此，首要檢討的是 *Jakobs* 所提出的間接正犯原理說，誠如上述學說介紹，此說認為，除了使被害人陷於法益關係錯誤而致同意無效之外，在使被害人誤認有「合理的利益交換」之情形，行為人同樣也會成立間接正犯，而且，之所以要在被害人的同意有效之前提下，使行為人仍因欺罔行為而成立間接正犯，主要的

⁸⁰ 而且，嚴格來說，此處所謂的「在法益處分自由中消極地對於固有狀態的維護」，雖然可能大致上仍會與「對於固有價值的法益（完全剝離法益主體意思自由的生命法益、身體法益）的保護」有所重疊，惟在概念上應該還是略有差異。

⁸¹ 也就是說，如上述的雙階段檢驗說，首先應可以此先過濾**確定是**法益關係錯誤的情形（使被害人陷於與法益侵害結果的範圍、種類、程度有關的錯誤）。

用意有以下三點；其一，在處理上可以與被害人受到欺罔而自傷的情形相一致⁸²，再者，可以將欺罔行為的評價基準定位在，只有在接近強制之情形始可成立正犯，最後，在行為人欠缺對於被害人同意的支配時（由第三人所支配），亦可提供適當的解決方法⁸³。然而，學說上對此多有所批評，最主要的理由即在於，一方面認為被害人的同意並非無效，惟另一方面又認為在背後利用被害人同意的適法行為具有違法性，並使行為人成立間接正犯，此應有所矛盾，況且，該說用以檢驗行為人是否應成立間接正犯的公式，看似仍是回歸於以被害人的意思自由為主要基準，而這可能就會使得在前一階段已檢驗過的同意的有效性，悖於其作為自我決定的表現的基本構想，同時更無法直接由此得出成立間接正犯所必要的支配性⁸⁴。

撇開間接正犯的原理不談，上述仍有許多學說是在法益關係錯誤之外，再沿用 Jakobs 所提出的「合理的利益交換」來判斷同意的有效性，惟若是直接這樣拆解間接正犯原理說，並將客觀上的法益衡量與同意的有效性劃上等號，亦即，將此類欺罔行為視為類似脅迫之行為，則除了於上述學說介紹時有提到的，在假設緊急情況為真時，即可能會得出捨身成仁的同意仍為無效的荒謬結論之外，在被害人被威脅以客觀上較高價值的法益換取較低價值的法益之情形，被害人的同意是否即會因未通過法益衡量之基準而具有效力⁸⁵，亦非無疑。再者，雖然學說上有認為，即使並未通過法益衡量之基準，如【案例 11：捐眼角膜案】，似亦仍可以被害人正處於緊張狀態為由，進而同樣否定同意的有效性；然而，舉例而言，被害人若是為了醫治自己小孩養的狗的視力，而自願移植眼球，則按照上述緊張狀態的標準，醫生亦不能主張被害人同意，至多也就只能依避難過當之規定而減

⁸² 白話地說，此時應是構成傷害罪的間接正犯，而非直接正犯。

⁸³ 舉例來說，爸爸欺騙兒子頭上有頭蝨，必須去理髮廳把頭髮剪掉，並且告知理髮師此事，而理髮師表面上則是按照兒子的意思替其剪頭髮。

⁸⁴ 林美月子，前揭註 55，35-36 頁。

⁸⁵ 舉例來說，尤其是在保全對象是財產法益的情形，如果行為人騙說被害人很珍貴（但客觀上無價值）的物品在自己手上，要被害人在自己臉上劃一刀留下傷疤才會還他，此時，如果仍按照緊急避難的檢驗標準，則被害人犧牲的法益與所挽救的利益應該就不會達到平衡，惟是否即可依此推斷被害人的意思自由並未受到干擾，即非無疑。

輕其刑，應非合理⁸⁶。

依此，本文認為，在此一情形下，被害人的決定在客觀上是否有通過法益衡量之基準，亦或是否為「合理的利益交換」，應該都不是最重要的，這些審查基準無非都是將判斷的重點導向，此時是否要例外地開啟對於交換自由的保護？然而，這樣的前提在根本上就是有問題的，簡單來說，被害人的意思自由並不是因為在法益(利益)交換的過程中，基於法益衡量而有受到妨害，反而是在此之前，其放棄保有法益並被迫選擇「交換」的法益使用方式時，即已受到干擾，亦即，行為人使被害人陷於「保有法益 → 受到不利益」與「放棄法益 → 免於不利益」的二選一的困境中，而此似仍應被歸類為是對於法益固有狀態之侵害，較為妥適⁸⁷。以此為前提，在假設緊急狀況為真之情形，被害人若真的是自願為他人犧牲法益，那麼也就不會再得出同意因通過法益衡量而無效之荒謬結論。

最後，判斷被害人的意思自由是否有受到壓制(有無被迫做「交換」之選擇)，雖然不能說與往後的法益衡量完全無關⁸⁸，惟以此作為絕對的客觀限制，顯然是不合理的；同樣地，學說上有認為應以被害人是否有陷於「保護必要性」之錯誤為基準，仍然是過於侷限。申言之，雖然不能無限擴張對於被害人意思自由的保護，然而，這並不代表被害人所考量的價值順位就要完全順從刑法上的優越利益衡量(正當防衛、緊急避難等之標準)，刑法上優越利益衡量之準則是建立在相對法益受到侵害之前提下，故通過審查的門檻當然也就會比較高，相對地，如果只是要判斷在什麼樣的情況下，才能夠說被害人選擇「保有法益」的意思決定受到壓制，則標準亦自應較為寬鬆。依此，只要在法益主體被迫陷於只能在兩個固有利益之間選擇其一的困境時，相對於保護法益的一側是一個具體、明確且合法的利益，且在客觀上亦可察知其於當下幾乎是處於走投無路的心理狀態，則被害

⁸⁶ 小林憲太郎，前揭註 5，43-46 頁。

⁸⁷ 不過，必須強調的是，這是使被害人陷於複數之一的「固有利益」可能被侵害的二選一的困境，而與單純將法益用以交換的二選一不同；依此，【案例 3：恩將仇報案】及【案例 4：走投無路案】應可被歸為此一類型，而使得被害人的同意無效，固無疑問；惟【案例 1：相約殉情案】即仍應是單純的侵害交換自由的問題。

⁸⁸ 理論上，確實受威脅的利益價值越高，仍選擇保有法益(不犧牲)的意思自由就越有可能受到壓制。

人此時對於類似緊急情況之誤認，即應視為具有法律上重要性且是與保護法益有關的錯誤。



第二目 積極的處分自由（交換保護）

相對地，若法益主體所選擇的法益支配方式，本來就不僅僅只是消極的保存，而是用來交換其他事物，或者，雖然被害人是在行為人的慫恿下才產生交換的念頭，惟其所做的「捨棄保存並將法益用以交換」之選擇，即使除去行為人在當下所為的欺罔行為，仍然很有可能維持不變，例如乙從銀行領了三千元大鈔準備上街買鞋，在路上碰到拿盜版球鞋冒充正版球鞋的攤販甲，並在甲強力的推銷下買了甲所販售的盜版球鞋，此時，即難謂乙所做的「將鈔票用以交換（購物）」的選擇，會因甲之欺罔行為而不具有任意性；則於此情形，即必須更進一步地探討行為人是否有侵害被害人積極的法益處分自由（交換自由），而已與其消極地保存固有益的自由無關。而且，由於交換自由的展現，基本上可以說是有無限多的可能性，惟刑法不可能無微不至地保護如此全方位的自由，故相較於對法益的固有狀態採取原則上一律保護的方針，在此，勢必會有較多的客觀限制。

若是按照學者 Roxin 的分類，行為人對於被害人的法益交換自由之侵害，最典型的即為使他人陷於與對待給付有關的錯誤中；然而，誠如上述，該說並不認為此一類型的錯誤會影響被害人同意的有效性，主要原因在於，此時即如同被害人與行為人之間有締結一份雙務契約，而於被害人向行為人主張履約請求權時，既然該項契約仍被視為有效，則在法律上也就應該認為契約的締結與履行皆仍為被害人自由的產物，因此，這時候賦予法益主體民事法上的履行請求權就已經足夠了，而無須再動用刑法上的傷害罪或毀損罪。換句話說，該說基本上就等於是完全封鎖在大多數的刑法罪名中，對於法益交換自由的保護；然而，本文認為，即使在民事法上有賦予契約當事人履行請求權，惟這完全不能夠推導出受欺罔之被害人在締結契約時意思自由並無受到妨害，反而，民事法在規範上除了賦予契約當事人履行請求權之外，受欺罔的被害人同樣也可以主張撤銷契約，難道這不正是代表在法律上應該要認為受欺罔的被害人在締結契約時意思自由是受到干

擾的嗎？依此，在行為人使被害人陷於與對待給付有關的錯誤之情形，應該還是有刑法出場的空間，否則，等於是無視相當大一塊法益用以人格實現之價值，並非妥適。只是，既然不能夠完全否定，那麼在劃定刑法值得保護的法益交換自由之範圍時（這同時也應該是動機錯誤與法益關係錯誤重疊的範圍），到頭來仍可能必須要回歸各項保護法益本身的內涵去做解釋；在此，最多也就只能從不同的保護法益中提取出一些共通的標準。

首先，在法益主體於交換過程中本來就勢必要面臨某種程度的風險時，刑法對其即不應再給予過度的保護，此應包含被害人所預期的對待給付為將來極不明確的利益回收⁸⁹，亦或交換利益過於抽象，以致於在客觀上根本就難以證明是否可實現；例如在【案例 1：相約殉情案】中，被害人既然願意以生命換取真愛，則由於刑法對於如此使用生命之行為，本來就不能也不應做任何的擔保，故此時被害人即必須自行承擔無法獲取回報的風險，而這當然也就包含應該要自己面對行為人說謊的可能性；是以，此處不論被害人是洞悉事實亦或陷於錯誤，即皆不再是刑法所關切的重點⁹⁰。然而，在法益主體是以博愛目的作為交換對象之情形，如【案例 12：街頭捐血案】、【案例 13：醫學實驗案】，即仍有必要將其視為值得由刑法加以保護的法益使用（交換）方式；原因在於，正如上述學說所言，既然現今社會多多少少仍必須仰賴人民有人溺己溺的精神來加以維繫，則法律即不能一方面期待人民有共同維繫社會的情操，另一方面又把因此所可能產生的風險全部都歸加於被害人，故而，對於利用這樣的社會維繫結構以達到侵害他人目的的行為人，即仍有動用刑法予以處罰之必要⁹¹。

再者，亦值得於此討論的是，被害人陷於與侵害者的人別、資格有關的錯誤

⁸⁹ 學說上也有以刑法的法評價並不取決於將來的事實變更為由，而認為對於將來事實的動機錯誤，並不會影響承諾的效力。Kühne, Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts JZ 1979, S. 241ff. 轉引自：魏志修，基於欺罔、錯誤的被害人承諾——以日本的議論為中心，臺北大學法律學研究所碩士論文，2008 年，頁 36-38。

⁹⁰ 不過，刑法所願意為被害人擔保的風險到哪裡為止，這終究還是會因各項保護法益之不同而有程度上的差異。

⁹¹ 只是，此時應是限於被害人所陷的是與維繫社會有關的對價給付的錯誤，例如捐血的對象、原因等，故若是與此無關的錯誤，則仍然不能算是法益關係錯誤，詳細可見【第二節 第二項 小結：個別問題之檢討】。

之情形，由於法益主體對於侵害者人別、資格的認知，可以說是會直接影響到其犧牲法益所欲換取的目的，故本文認為，此亦應納入侵害交換自由的討論範疇，較為合理。依此，與侵害者的人別、資格有關的錯誤是否為法益關係錯誤，即仍應視此交換自由之行使是否值得用該項罪名加以保護而定，亦即，侵害者的人別、資格對於法益主體所預期的交換利益的影響，是否可落入系爭法益合理的保護範圍內？此即難免因各項不同的法益而產生判斷上的差異；舉例來說，就身體法益而言，被害人對於醫生的人別、資格的錯誤是否亦屬法益關係錯誤，此即應以個案中的錯誤是否會影響被害人達到身體健康的目的（身體法益的內涵）為斷，尤其若是因資格不符而產生的額外風險已超出被害人本應承受的風險，例如沒有執照的醫生借牌開診所替他人看診，則當然還是要認為，此時被害人對於醫生資格的錯誤同樣亦屬於法益關係錯誤⁹²。另一方面，若同時比較性自主法益與財產法益，似乎也會發現此二項法益的保護內涵對於侵害者人別的重視程度，即存在著相當大的差異。

由此可知，刑法分則中各項保護法益的內涵對於法益關係錯誤的判斷而言，可以說仍舊是最為關鍵的要角，惟由於本文的重點仍是放在對於詐欺罪與財產法益之研究，故對於其他保護法益的解讀，至此也只能算是稍微提供點較為粗淺的看法；也因此，從下一節開始，論述的內容即會聚焦於被害人同意原理在詐欺罪中的適用，而這剛好也就會和曾於第二章所論及的財產支配關係的觀點相接軌。

⁹² 惟若是已脫離身體法益的保護內涵，例如不是由自己愛慕的醫生幫忙看診，或是像【案例 9：實習醫生案】，錯誤根本就對於身體健康並無影響，則仍應認為並非法益關係錯誤。此外，本文認為，判斷是否有侵害法益處分權的關鍵，並不是在於被害人客觀上最終是否有如實取得對待利益，而是是否有對事物有充分的認識，並且能夠在自我決定、衡量的情形下處分法益；依此，儘管只是提高無法使被害人取得對待利益的風險，亦仍應算是侵害法益處分權既遂，頂多只能再討論有無緊急避難之適用而已。同樣的概念應亦可適用於學說上所謂的「聘用詐欺」以及「公職詐欺」的案例中，不過，我國學說上對此一問題之討論，則仍是偏向於對於詐欺罪的財產損害要件之認定，可參考：許恒達，公職詐欺與財產損害—以臺灣高等法院九十九年度矚上易字第 2 號刑事判決為討論中心，月旦法學雜誌，217 期，2013 年 6 月、薛智仁，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 9 號及臺灣高等法院九十九年度矚上易字第 2 號刑事判決，月旦法學雜誌，212 期，2013 年 1 月。

第二節 詐欺罪中的欺罔與錯誤



第一項 詐欺罪「陷於錯誤」的範圍—財產法益合理的保護範圍

誠如本章之前言所述，既然詐欺罪之成立，主要同樣也是要取決於被害人處分財產之行為，是否是基於自己有效的同意？則於詐欺罪中被害人「陷於錯誤」之判斷，甚至是與此密切相關的「欺罔行為」之構成要件，自然也就無法脫離在上一節所提到（雖然主要是在處理總論的被害人同意）的諸家學說而為自成一格的解釋；是以，本文在此亦將先整理這些以法益關係錯誤說為首的各家學說於詐欺罪中之運用，之後，再嘗試提出對於學說的評析以及筆者個人的看法。

第一款 學說見解整理—於詐欺罪中之運用

首先，以條件關係公式為基準的重要錯誤說，體現於詐欺罪中即是著重被害人的財產處分行為與陷於錯誤之間的**因果關係**，亦即，必須是相當地影響被害人處分財產之決意的要素，始可稱之為「重大的」錯誤。在這樣的基準下，確實可能排除一些與財產處分決定的關聯極其稀薄的原因，例如在一大包巧克力豆中僅存在著一到兩顆的誤差；然而，如果只將因果關係作為門檻，則除了與財產法益有直接關聯的要素之外，單純與財產處分行為有關的周邊情事也同樣可能會成為影響被害人決定的關鍵因子，如此一來，要充分、明確地限定「重大錯誤」的範圍，就會變得非常困難，甚至，最終很有可能會走向幾乎所有的錯誤都會被認為是重大錯誤的局面⁹³。

相反地，如果完全按照法益關係錯誤說最原始的檢驗方式，則恐怕反而會使結論完全翻轉地變成幾乎不會有成立詐欺罪之情形，原因在於，被害人對於「財產移轉」的事實應該都有相當完整的認識；因此，正如該說所言，應認為詐欺罪在刑法中除了有維護法益的固有狀態之外，同時也例外的是保護「交換自由」之罪名，至於在該項罪名中用以界定錯誤範圍的基準，當然也就應該要隨著其保護

⁹³ 足立友子，前揭註 1，144、146 頁。

法益的特殊性質而有所調整。在此，即有親近法益關係錯誤說的學說見解認為，財產法益並不如生命、身體法益等本身即具有固有的價值，尤其，在轉讓財產之情形，由於在物質世界中的財產具有流通性，故無法比照生命、身體法益可以直接用外觀上法益之消滅來判斷財產損害（法益侵害）⁹⁴；因此，在認定財產法益侵害時，反而必須要考慮到的是對於財產的利用以及交換價值之保護⁹⁵，換句話說，並不能單純地將此處的重點放在財產移轉上，而應該要另外檢視被害人所為移轉財產的目的是否有實現⁹⁶。依此，即使被害人對於財產處分的有無、程度皆有清楚的認知，惟若是對於財產的利用、交換價值有所誤認，則同樣也應該算是有瑕疵的同意；舉例而言，甲騙乙說，乙所有的高價的古董花瓶其實是一文不值的仿冒品，並因此使乙同意以低價轉讓予甲，此時，即由於乙對於古董花瓶的（使用、交換）價值並沒有正確的認識，故甲仍應成立詐欺罪⁹⁷。

不過，雖然說法益主體的（財產）交換自由是詐欺罪必須要保護的對象，但保護的範圍應該要劃到哪裡為止，那應該是另外一回事；如果說只要有任何不符合被害人移轉財產的目的之情形，詐欺罪即須介入保護，則同樣還是會有保護範圍無限擴張的問題⁹⁸。因此，對於財產移轉目的之錯誤，仍必須是與財產法益有所關聯的錯誤，才能夠算是詐欺罪中的法益關係錯誤，並得影響同意（處分財產）的有效性⁹⁹，亦即，被害人應是對於「有客觀化可能的具體給付內容或者經濟上重要目的」有所誤認，除此之外，若只是單純與（偏離財產法益目的的）其他附隨事項有關之錯誤，則仍無論以詐欺罪之餘地。舉例來說，未成年人甲偽裝成年人向店員乙購買 18 禁的書籍，此時，即使乙基於保護青少年的熱心，而於心中

⁹⁴ 足立友子，前揭註 1，154 頁。

⁹⁵ 佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚ほか編『理論刑法学の最前線 II』97-98 頁（2006 年）。

⁹⁶ 山口厚『問題探究刑法各論』169 頁（1999 年）。

⁹⁷ 佐伯仁志，前揭註 95，98 頁。

⁹⁸ 佐伯仁志，前揭註 95，107-108 頁。

⁹⁹ 在此，學說上也有認為，此即可取代在詐欺罪中現行法上並不存在的「財產損害」之要件，並用以限縮詐欺罪的成立範圍，法益關係錯誤說應具有這樣的積極意義。山口厚，前揭註 73，108 頁以下。

認為相較於賺錢，不能將 18 禁的書籍賣給未成年人的目的更為重要，仍由於與財產法益有關的販賣書籍的目的（換取價金並獲得財產上利益）已達成，故即無再論以詐欺罪之必要¹⁰⁰。

另一方面，誠如上一節所述，由於法益關係錯誤說在「與博愛目的（利他目的）有關」以及「與類似緊急避難之狀況有關」的這種兩錯誤類型中，始終無法自圓其說，故亦有不少學說見解傾向另尋出路，並認為法益關係錯誤說的區分構造並不是萬能的，在論斷同意的有效性時，最終仍應回歸以**被害人的意思自由是否喪失**為主要基準¹⁰¹；在此，雖然也有學說認為，應以被害人主觀上的意思為主要判斷標準（主觀的意思自由喪失說）¹⁰²，惟大多數學說為了有效限制詐欺罪中陷於錯誤的範圍，故對於被害人的意思自由是否喪失的問題，大致上仍皆是以客觀、規範的角度來加以掌握（包括在上一節所提到的規範的自律性說、法律上重要性說等），亦即，在假設行為人使被害人陷於類似緊急避難狀況的錯誤為真之情況下，若是被害人以為要保全的利益與其所處分的財產法益可以通過客觀上利益衡量之檢驗，則儘管此時被害人所陷之錯誤無關乎財產法益所要保護的財產使用（交換）目的，由於還是很難說被害人的意思自由沒有受到壓制，因此仍可能成立詐欺罪。此外，在捐款詐欺的情形，若是按照法益關係錯誤說，可能就必須要去解釋被害人處分財產的社會意義目的與財產法益間之關係，惟在此即亦可整合意思自由受到妨害的觀點來加以說明¹⁰³。

最後，除了「陷於錯誤」的範圍之外，在詐欺罪中還有一個較為值得討論的問題，而這也是總論中單純只討論被害人同意的有效性時較容易被忽略的，亦即，如何牽起行為人的欺罔行為與被害人陷於錯誤之間的聯繫？換句話說，其實

¹⁰⁰ 佐伯仁志，前揭註 95，109 頁。此外，該說亦認為，雖然詐欺罪所保護的就是個人的財產，並無疑問；然而，如果認為除此之外還有維護交易的誠實信用的功能的話，那就算實際上沒有財產侵害，同樣也會成立詐欺罪，此應非妥適。

¹⁰¹ 此處之學說介紹主要整理自：足立友子，前揭註 1，150 頁以下。

¹⁰² 林幹人，前揭註 13，249 頁以下。

¹⁰³ 林幹人「詐欺罪における財産上の損害—最高裁平成一三年七月一九日判決を契機として—」現代刑事法 44 号 55 頁（2002 年）。然而，此處學說上仍有認為，上述兩種情形，在詐欺罪中，都仍然算是處分財產的「用途」上的錯誤，因此，同樣還是可以用法益關係錯誤的概念來理解，並不會產生太大的問題。足立友子，前揭註 1，155 頁。

就是應如何解釋詐欺罪中「施以詐術」的構成要件？其中，最直截了當的見解，大概就是認為所有足以致使被害人陷於錯誤之行為，皆應該當「施以詐術」；然而，此處學說上當然還是有提出其他不同的看法，且不妨可以說是對於成立詐欺罪而言，又多設立了一道新的關卡。首先，以「風險分配」為原理基礎，有認為詐欺罪構成要件中的「施以詐術」應是限於，即使被害人在已經（按照一般人之標準）充分思考過後，仍足以致使其陷於錯誤之行為；依此，舉例來說，儘管店家欺騙顧客已經找不到其他店會賣得比自己便宜，由於消費者本來就負有自行比較商品在市場上的價格之責任，故就算其果真因此陷於錯誤，也不應歸責於店家之欺騙行為，亦即，店家的行銷話術在此尚不足以該當刑法詐欺罪之「施以詐術」¹⁰⁴。再者，從被害者學的角度推論，由於當被害人有自我保護的可能性時，基於刑法的謙抑性、最後手段性，刑法本來就不應該再介入；因此，當被害人已經對於行為人所提供的錯誤資訊有所懷疑，或者是因自身的重大失誤而未能察覺時，即同樣也不能再將被害人的錯誤歸責於行為人，而使其該當詐欺罪的施以詐術¹⁰⁵。不過，此處仍有反對見解認為，若是真的按照上述標準，則在過程中有產生懷疑的被害人，其所受到刑法之保護，居然反而會比完全輕率而沒有懷疑的被害人要少？既然被害人在最後還是有處分財產，那就表示雖然其抱持懷疑但最終仍選擇相信，依此，即仍有論以詐欺罪之必要¹⁰⁶。

¹⁰⁴ 林幹人『刑法各論〔第2版〕』227頁（2007年）。此處亦有國內學說見解認為，詐術行為之認定應採一般人標準，較為妥適；依此，若是欺騙手段過於誇張不實、扭曲現實，而不致使一般人陷於錯誤，仍難謂該當詐欺。舉例來說，在夜市吆喝販賣名牌真皮皮包，如果僅僅只是仿冒某知名名牌商標，惟根本欠缺標的物之品質，如顯而易見材料為塑膠皮而非真皮，亦或價格差異甚大，而使得一般交易相對人觀察判斷即可知屬仿冒品者，則仍非屬詐欺行為。曾淑瑜，騙人不一定成立詐欺罪，台灣法學雜誌，225期，2013年6月，頁162。

¹⁰⁵ 佐伯仁志，前揭註95，102頁。另國內文獻對於被害人者學之介紹，可參考：王梅英、林鈺雄，從被害者學談刑法詐欺罪，月旦法學雜誌，35期，1998年4月，頁96-103。

¹⁰⁶ 佐伯仁志，前揭註95，102頁。

第二款 學說的評析與檢討

第一目 「施以詐術」與「陷於錯誤」

首先，有關如何牽起「陷於錯誤」與「欺罔行為（施以詐術）」之間的聯繫的問題，雖然從風險分配以及被害者學的觀點出發，交易中的雙方當事人多多少少都應該還是要自行負起一部分保護自己不受騙的責任，固屬有理；然而，本文認為，即使爾虞我詐自古以來都是商場的代名詞，惟無論如何仍不應就這樣推波助瀾地容許積極欺騙他人之行為¹⁰⁷，且從風險分配的角度來看，積極施用詐術之行為人，似乎本來也就應該要承擔絕大部分比重的責任，而沒有理由再反過來將此轉化為被害人必須要「保護自己」之義務。再者，若是按照被害者學來選擇保護對象，甚至最終還有可能得出無論被害人是太笨（沒有察覺顯而易見的詐術）或太聰明（明明有所懷疑卻還是選擇相信）皆不值得保護的荒謬結論。

其次，相較於在外觀上較為明顯可辨的強暴、脅迫行為，欺騙與否本來就多仰賴受騙者主觀上的內心想法而定，故就行為的性質而言，無法按照一般人標準而使欺罔行為成為一個完全不會浮動的客觀上實行行為，應該也是無可奈何的。依此，除非是極端的交易習慣（例如店家喊著西瓜超甜）¹⁰⁸，否則，在檢驗系爭行為是否該當詐欺罪之「施以詐術」時，基本上應該都還是要回歸以該行為是否足以使被害人「陷於錯誤」為判斷基準，換句話說，此處的重點無非還是財產法益概念下錯誤範圍之劃定¹⁰⁹。

¹⁰⁷ 當然，如果是不作為的消極施用詐術，則有關雙方風險分配的問題（是否應課予告知義務）即應另當別論。

¹⁰⁸ 至於，上述學說所舉的標榜自己的商品最便宜的案例，本文認為，其實重點應該是要放在店家是否具備詐欺故意，若有，則在被害人真的因為店家的積極保證而陷於錯誤之情況下，應該也很難說這是基於交易習慣而不成立詐欺罪吧？

¹⁰⁹ 此外，學說上也有主張，詐術行為應僅限於與事實相關的陳述，換句話說，被害人因任何評價性、預測性之言論而陷於錯誤，即皆不能歸責於行為人。林鈺雄，論詐欺罪之陷於錯誤，收於：刑法與刑訴之交錯適用，2008年8月，413-415。在此，本文認為，如果真的是無法證明真偽的言論，基於罪疑惟輕原則，上述見解固應值得贊同；然而，若是已經明顯低於社會生活上共通之標準，例如整完形之後不但沒有變「美」，反而像是被硫酸潑到一樣地毀容，則仍然應該有討論詐欺罪之空間。



第二目 對於積極處分自由之限制

事實上，不論是上述的何家學說見解，似乎皆不得不承認詐欺罪同時是一項有保護「法益的交換自由」之罪名，故處分財產之目的或動機錯誤，仍然有可能會影響被害人同意的有效性；誠如第二章所言，本文亦認為，財產罪所保護的並非是財產本身，而應該是個人在自由意志下對於財產的利用、支配關係，依此，除了消極地保有財產之外，這當然也包含積極地將財產予以交換之自由¹¹⁰。只是，雖然交換自由確實位於財產罪的保護範圍內，然而，正如先前不斷強調的，由於將法益用以交換之情形存在著無限多的可能性，惟刑法始終不可能無微不至地去保護如此全方位的自由，故對此勢必還是要有客觀上的限制。

學說上雖然也不乏有討論到財產交換自由的保護範圍之界線，並以此限制被害人陷於動機錯誤時可成立詐欺罪之情形，惟大多仍只是聚焦於是否有侵犯他項保護法益的守備範圍的問題¹¹¹；不過，本文認為，受到財產法益的內涵所影響的財產交換自由之保護範圍**本身**的界線，應該也是非常值得探討的另外一項重點。在此，結合在上一節所提到的可運用於所有保護法益的「風險承擔」之共通概念，以及於第貳章所述之財產法益的內涵，就詐欺罪而言，既然法益主體在此已經按照自己的意願選擇將手頭上的財產拿來當作是交換客體，則此時保護的重點應該就只能放在財產支配者對於財產背後的（作為交換媒介的）客觀經濟價值的支配關係；而且，基於在財產法益概念下的客觀經濟價值僅能容身於交易市場中的特性，此處刑法所能介入的，其實也就應該僅限於在個別的交易場合中，客觀上一一般人認為客觀經濟價值能夠用以交換之情形，除此之外，刑法即不應再為被害人所為的不存在於交易市場中的交換方式做任何的擔保¹¹²。

¹¹⁰ 不過，有關詐欺罪是刑法中「例外地」保護交換自由的罪名之說法，仍然有待商榷；況且，本文也不認為財產罪之所以保護交換自由是與財產的可移轉性有關。

¹¹¹ 例如，即使是行為人謊報自己的年齡向超商店員購買香菸，由於此處所牽扯的其實是對於社會法益之侵害，而與財產法益無關，故亦不能論以詐欺罪。佐伯仁志「詐欺罪（1）」法學教室 372 號 頁（2011 年）。

¹¹² 在此，要特別強調的是，雖然同樣都是對於目的或動機錯誤之限制，但是在個別的交易中，應該還是會有不同之展現；舉例而言，在買東西時，只要在交易市場上是可合理期待由客觀經濟價值換得之事物，被害人對於這樣的交換對象之誤認，基本上應該都可以算是足以致使詐欺罪成立的動機錯誤，然而，在出售商品之情形，由於在一般交易市場的觀念下，通常商品背後

因此，在單純用客觀經濟價值即可合理期待能夠換取之情況下，例如對於所購買的書的內容之選擇、指定理髮師、指定品牌、所獲取的回報在市場上正當的風險控制等，對於這些可以說是「經濟上」、「交易上」之要素的動機錯誤，即仍應屬於與詐欺罪的保護法益有關之錯誤；相反地，在所欲換取之事物根本就不存在於一般交易市場中之情形，例如以金錢換取真愛，則此時單純對於交換對象或目的之錯誤，即難謂與詐欺罪所保護的財產法益有關，而非其所重視之錯誤。

第三目 對於財產法益固有狀態之保護？

雖然按照上述的推論，在詐欺罪中，對於被害人「陷於錯誤」的範圍之限制看似仍是與學說雷同，亦即，必須要是對於「有客觀化可能的具體給付內容或者經濟上重要目的」有所誤認，才有討論詐欺罪之空間；然而，在被害人是陷於類似緊急情況的錯誤之情形，似乎就很難說被害人所陷之錯誤仍然是與經濟上的重要目的有關，故若是認為此時仍應成立詐欺罪（而這似乎也是學說上一致之見解），則尚須提出其他更為合理的說明。

誠如第二章所述，本文認為，財產罪所保護的財產支配關係，並不僅限於財產支配者對於財產的客觀經濟價值（交換價值）之掌控，其亦可選擇去發揮財產的其他使用價值，而這當然也包含單純保有財產之使用方式（消極的處分自由）。再者，在詐欺罪中，雖然在大多數的情況下，既然有「財產處分」之構成要件，那麼基本上就表示被害人應該都還是按照自己的意願將財產用以交換，故最多也就只會發生積極處分自由（交換自由）受到侵害之情形；然而，若行為人是利用詐術而使被害人陷於類似緊急避難情況之錯誤，例如行為人假扮檢察官騙收保證金，亦或許騙集團騙被害人說兒子被綁架而須交付贖金等情形，如上一節所述，則由於被害人是陷於「保有法益 → 受到不利益」與「放棄法益 → 免於不利益」的二選一的困境中，因此始以為自己**必須要**放棄法益，故此時被害人所受到侵害的即並非是可任意選擇交換對象、交換目的的積極處分自由，而是在選擇財產支

的客觀經濟價值所能夠合理換取的就是價金，故除此之外若是出售者仍有對於其他目的之要求，則所受到的限制可能會較買東西的情形來得多。

配方式的過程中，就已經喪失了「可以保有財產」的消極處分自由；申言之，在此情形下，即已無關乎對於交換自由的保護範圍之限制，無論被害人之後對於交換對象的錯誤是否與經濟上目的有關，皆會因行為人在此之前即利用詐術行為徹底封鎖了被害人「不處分財產」之選擇，而仍同樣算是已對於財產法益（財產支配關係）造成侵害。

最後，值得討論的是，在使被害人陷於與財產之價值有關的錯誤之情形，究竟是屬於侵害被害人的交換自由，抑或單純保有財產之自由？此仍應視個案情況而定；亦即，重點在於，被害人是否在選擇將財產用以交換的過程中意思自由即受到妨害，抑或單純只是在交換時陷於與對待給付有關之錯誤中；前者之情形，典型的即如行為人欺騙被害人其之財產為贓物，而後者之情形，例如被害人已將自己預期要出售的古董拿去當舖詢問價錢，此時，即應已落入保護交換自由之範疇，而必須另外注意從財產法益內涵所得出的對於動機錯誤範圍之限制。

第二項 小結：個別問題之檢討

至此，對於詐欺罪的「陷於錯誤」以及「施以詐術」之判斷，本文算是已經提出了一個大致的架構；申言之，行為人是否該當詐欺罪「施以詐術」之構成要件，主要仍是取決於系爭行為是否足以致使被害人陷於錯誤，至於「陷於錯誤」的範圍，則依被害人所受到的財產法益侵害，是屬對於「積極處分自由」抑或「消極處分自由」之侵害，而有不同的判斷方式。若被害人在選擇將財產用以交換的過程中具有任意性，只是在交換時對於交換對象有所誤認，則應該就只能檢驗對於積極處分自由（交換自由）之侵害，此時，由於受限於僅能容身於交易市場中的財產法益概念，故被害人所陷之錯誤，也就同樣必須與存在於交易市場中之事物有所關聯；相反地，若行為人是根本地封鎖被害人「單純保有財產」之選項，而侵害其之消極處分自由，則基於刑法原則上保護法益的固有狀態之立場，對於被害人陷於錯誤之範圍，基本上就不會有太大的限制。

不過，要將上述的判斷模式套用於不同的個案中，似乎仍必須要有更為具體

的說明，故以下即再舉出幾個在詐欺罪中較常被討論到的案例，包括情感詐欺、宗教詐欺，以及捐款詐欺等，並搭配我國的實務見解，而分別為更進一步的檢討。



第一款 情感詐欺

由於刑法詐欺罪所保護的是財產法益，故欺騙他人之「感情」（最典型的如劈腿）並不會成立詐欺罪，自無疑問；然而，若是行為人利用他人的感情，促使被害人陷於錯誤，且亦因此處分自己的財產，則此時究屬單純的欺騙感情，抑或應認為已侵害他人之財產法益，而有討論詐欺罪之餘地？即不能一概而論。舉例來說，甲在網路上認識乙，由於乙不時地向甲表達愛意，甚至脫口希望與甲結為連理，同甘共苦一世等，故當乙向甲訴說自己最近陷入經濟上的困境時，甲二話不說就借了 100 萬元讓乙花用，不料乙在得款後便隨即在網路上消失地無影無蹤。在此，可以看出甲根本就不在乎乙要將這 100 萬元花在什麼地方，甚至也不曾過問乙的償還意願或償還能力等，故可以說甲處分其 100 萬元財產之目的，應該就只是為了換取（或者說堅固）乙對其之「愛意」；依此，若認為此處甲是陷於錯誤，其並非是自願處分 100 萬元之財產，故乙侵害甲之財產法益而應成立詐欺罪，則就等於是肯定詐欺罪有保護以客觀經濟價值去換取他人對自己的「愛意」的交換自由。

然而，如上所述，保護財產法益的財產罪（包括詐欺罪），理論上不應該去保護財產支配者將財產用以交換不存在於交易市場中的事物，此將會使得財產罪的保護對象，脫離原本所要保護的財產法益的概念，故若財產支配者仍執意要用客觀經濟價值去換取根本就不存在於交易市場中的真愛，則其即應自行承擔無法獲取回報的風險，而這也就代表被害人在此所陷之錯誤，即非與詐欺罪的保護法益有關。

因此，在常見的利用被害人的感情而騙說需要借錢之情形，單純陷於有關對方對於自己的「感情」的錯誤，即難謂財產法益有受到侵害，而無論以詐欺罪之餘地；不過，若是除此之外，被害人尚有對於在一般借貸制度下可以期待的回報或條件有所誤認，則就應該還是會落入財產法益的範疇。在此，學說上即有認為，

在借貸關係中，借用人的償還意願以及償還能力對貸與人來說即應為重要的資訊，故若是被害人因為行為人的詐術行為而對此有所誤認，即仍是屬於詐欺罪的陷於錯誤¹¹³。此外，我國實務見解亦認為，在對於借用人的借用目的有所誤認之情形，同樣也可以成立詐欺罪，尤其，在類似上述的情感詐欺的案例中，法院在判定行為人成立詐欺罪的理由中，即皆會強調行為人有故意使被害人陷於虛構的借用目的之錯誤，而與行為人對於被害人的感情是否為真無關¹¹⁴。

本文基本上贊同上述學說及實務之見解，亦即，成立詐欺罪的前提在於，被害人應是對於在借貸關係中與財產法益有關的重要資訊有所誤認；只是，如此一來，尤其是在情感詐欺的案例中，其實重點應該就會更偏向於被害人所陷之錯誤與其處分財產之間是否有真的因果關聯？簡單來說，即使行為人使被害人誤認自己的償還意願、償還能力甚至是借用目的，惟若是被害人事實上對此根本就毫不在乎，其所重視的反而就只是把錢借出去之後行為人對自己的感情，則似仍同樣無論以詐欺罪之餘地¹¹⁵。

第二款 宗教詐欺

感情與信仰同樣都是身為人在這世上，幾乎可以說是不可或缺之事物，也因此，除了利用他人的感情之外，利用他人之信仰以騙取財物之行為，在從古至今的社會中亦皆屬常見；然而，這並不代表所有的宗教詐欺案件即皆可以詐欺罪論處，在此，仍同樣應該要按不同之情形來加以檢討。

首先，必須要特別注意的是，在此一類型的案例中，也有可能會出現根本地

¹¹³ 林鈺雄，同註 109，頁 433-434。

¹¹⁴ 如新北地方法院 106 年審簡字 2192 號判決、高等法院 97 年度上易字第 464 號。

¹¹⁵ 於此可參考台中高等法院台中分院 104 年上易字 327 號判決（節錄）：「上訴人亦承認在交往期間曾主動或被動將金錢財物贈與被上訴人之事實，雙方當為你情我願性質，難謂被上訴人當時無與上訴人交往之真意，或有何詐欺取財行為。尤不能因事後被上訴人不願歸還各該款項，並在前案訴訟抗辯成立贈與，且獲法院有利之認定，遽認其有利用雙方感情，藉詞詐騙上訴人錢財之不法侵權行為。」同樣的理由，本案即使被害人提起刑事訴訟，結論應該也是無罪才對。附帶一提，除了對於他人對自己的感情有所誤認之外，現今許多網路詐騙之案例，其實被害人通常所在乎的也都不是上述在借貸制度下可以期待的回報或條件（償還能力、償還意願、借用目的等），反而是另外重視借用人的性別、長相，甚至身材等，則此即皆亦難謂是與財產法益有關之錯誤。

侵害他人對於財產的消極處分自由之情形，亦即，行為人以被害人的宗教信仰為基礎編造一個緊急情況，並以此徹底封鎖其「單純保有財產」之選項（迫使被害人將財產用以交換）；舉例而言，行為人欺騙被害人說，你被惡鬼附身，如果再不捐錢給神明的話，7 天內一定會死，被害人深信不疑，故毫不猶豫地匯了 1000 萬到行為人的戶頭。此時，即如上述，本文認為無論行為人所編造的謊言有多荒謬，只要被害人在最終果真相信而陷於錯誤，就應該要認為是該當詐術行為，且在被害人所認識的事實中，其亦是被迫為了一個具體、明確的利益（生命），才不得不作出犧牲自己原本保有的財產法益之決定，難謂其處分財產之意思自由並沒有受到干擾，故被害人所陷之錯誤確實是與財產法益（對於法益固有狀態之保護）有關，而可討論詐欺罪。

再者，若被害人是自願將財產用以交換與宗教信仰有關之事物，只是因行為人的詐術而對於交換對象有所誤認，此時，是否有討論詐欺罪之空間？即仍應視被害人所欲換取之事物是否有存在於交易市場中而定。舉例來說，行為人謊稱自己女兒收集的市價幾百塊的娃娃可以作為護法，除得保佑信徒平安健康之外，亦可陪同修習氣功，並以高於市價數倍的价格賣給被害人，在本案中，法院判決是認為，行為人應成立詐欺罪¹¹⁶；然而，本文認為，所謂的「平安健康」、「陪同修習氣功」，本即非一般交易市場上可以客觀經濟價值換取之事物，故對此之錯誤亦難謂仍位於刑法所保護的財產法益的範圍內，儘管被害人因受騙而無法如願獲得所欲換取的對象（事後才發現該娃娃與一般市面上所販售的娃娃相同，根本就不具有保佑平安健康或陪同修習氣功的功效），亦不能再仰賴刑法的財產罪加以保護。依此，既然被害人已經對於「自己花 100 萬元去買一隻娃娃」有清楚的認知，那麼對於真正與財產交換有關的目的即無錯誤可言，最多也就只能算是陷於與財產法益無關的附隨目的之錯誤，應無論以詐欺罪之餘地。

不過，在宗教詐欺的案例中較為特別的是，除了要判斷客觀上被害人所陷之錯誤是否與財產法益有關之外，基於宗教自由以及許多宗教信仰依現今的科學技

¹¹⁶ 桃園地方法院 101 年矚易字第 8 號判決。

術仍舊難以證明之特性，尚須視行為人是否亦相信自己所說的話，以此判斷其有無詐欺之故意；亦即，儘管按照現今的科技尚無法證明行為人所言為「真實」，若行為人因自身的宗教信仰而並不認為此為錯誤資訊，則由於其並不具有詐欺故意，故仍不成立詐欺罪¹¹⁷。



第三款 捐款詐欺

另一方面，在財產支配者並非是為了獲得對價給付而處分財產之情形，亦即，被害人為了社會或公益目的捐獻自己的財產，並且亦明確知悉自己處分財產之行為會造成客觀上的財產損害；此時，在傾向將「財產損害」作為詐欺罪之不成文構成要件的學說中，多數見解即認為，此應屬於用以計算財產損害的「折算式原則」之例外，而必須另外採用所謂的「社會目的欠缺理論」，簡單來說，雖然這樣的財產處分行為（捐款）本來是不求回報的，惟若是處分財產當時所著眼的社會性目的最終並未實現，則仍屬有發生財產損害¹¹⁸。不過，對此亦有持反對立場之學說認為，實際上是否有實現捐款的「社會性目的」，雖然看似有客觀化的標準，惟實質上卻很有可能因過度導向個人主觀上的善惡觀念，而會顯得浮動且不確定，舉例來說，甲本來捐錢給乙，是為了讓乙可以去買便當來填飽肚子，然而，乙卻將甲的捐款拿來買菸酒，則此時會認為甲捐款之社會性目的並未實現，難道不是取決於個人主觀上的善惡觀念嗎（認為菸酒「非善類」）¹¹⁹？

依此，另有學說見解提出，在檢驗類似案例是否成立詐欺罪時，重點應該是要放在被害人「陷於錯誤」與「財產損害」之間的功能性關聯之上，亦即，此處是否有財產損害之判斷應是取決於被害人是否自願捐助（放棄）財產，若是可以肯定被害人處分財產之行為是出於真摯的同意，則自無財產損害可言，而此一檢驗步驟即會提前落入詐欺罪中「施以詐術」之構成要件的範疇；是以，只要捐助

¹¹⁷ 在此，亦有學說見解認為，既然行為人亦堅信自己所言，則除了主觀上不具備故意之外，基於宗教自由，在客觀上應該也不會該當詐術行為。黃帥升、蕭愛貞、黃柏夫，宗教與詐欺座談會，全國律師，1卷4期，1997年4月，頁3-9。

¹¹⁸ 許恒達，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，2013年2月，頁136-138。

¹¹⁹ 古承宗，捐助詐欺與施用詐術，月旦法學教室，147期，2015年1月，頁24。

者一開始就清楚明白捐助行為（財產處分行為）並不會獲得任何對價，且在客觀上自己本來就會產生一定的財產減損，則行為人施用詐術之行為與被害人的財產損害之間，即會因有被害人的意思（真意）介入，而欠缺功能性關聯，換句話說，被害人在知悉上述事實的前提下，即使對於捐款的其他目的有所誤認，亦無討論詐欺罪之餘地¹²⁰。

誠如第二章所述，本文並未將「財產損害」作為詐欺罪的不成文構成要件，而是將財產法益是否受到侵害的判斷重點（主要是內含意思自由的財產支配關係是否有受到妨害），移轉至「施以詐術」以及「陷於錯誤」之要件上，並且再用財產法益本身的內涵（預設的保護對象）來限縮被害人陷於錯誤的範圍，因此，應是與上述所提到的施用詐術否定論，亦即，強調「陷於錯誤」與「財產損害」之間的功能性關聯的見解，在方向上是較為一致的；只是，按照上文所得出的詐欺罪「陷於錯誤」之範圍的判斷標準，被害人處分財產所欲實現的捐款目的，同樣也有可能是在一般交易市場中可期待獲得的，而使得被害人這樣的財產支配方式成為詐欺罪（財產罪）所要保護的對象，尤其是在捐助者的目的是促使（金錢可換取的）物質上的援助結果得以實現之情形，例如讓偏鄉地區的窮困學生有營養午餐吃、使身障者或高齡者可以利用捐款雇請他人照顧等，若是行為人利用詐術行為，而使捐助者對於此等捐助目的（嚴格來說其實也仍然可以稱作是「交換對象」）有所誤認，則仍應是使被害人陷於與財產法益有關之錯誤中，自會成立詐欺罪。依此，上述學說見解等於是將與財產處分有關的目的，限縮於處分財產之當下並不會獲得對價，以及單純的自己為財產損害之行為，觀點可能過於狹隘¹²¹；況且，捐助者的捐款目的除了可能作為上述的經濟上重要目的之外，如本章的第一節所述，此應同時屬於一項博愛（公益）目的，故姑且不論此是否為存在於交易市場中的交換對象，而與財產法益的核心內涵有關，保護因展現「社會連帶感」而受到侵害的被害人，應該也是刑法所有的保護法益共通的內涵才對，也

¹²⁰ 古承宗，同註 119，頁 24-25。

¹²¹ 極端的說，就像是在借貸關係中，在處分財產時（把錢借出去的時候），被害人當然也不會在當下獲得任何對價，難道也可以說其認為借用人未來能夠償還也只能算是附隨目的嗎？

就是說，就財產法益而言，這應該也是屬於值得受到保護的財產支配方式。

不過，若是捐款者並未陷於「使物質上的援助結果實現」之錯誤，而是對於捐款的其他目的有所誤認，典型的案例如，甲分別至乙、丙家募款，並皆告知乙、丙另外一家闊氣地捐了 5 萬元，乙、丙為了顧及在鄰居間的顏面，因此兩個人都不約而同地捐了兩倍的款項；此時，乙、丙所陷之錯誤即皆與財產法益，亦或所謂的「社會連帶感」無關，故甲並不會成立詐欺罪¹²²。除此之外，較為值得說明的是，在捐款者是對於「捐款對象」有所誤認之情形，由於若是回歸就財產法益原本的內涵而論，則捐款在一般交易市場上可以期待換得之事物，應該就只有系爭款項可用以購買援助他人之物品或服務，依此，捐款者所陷之除此之外的錯誤，包括對於捐款對象之誤認，看似即應與財產法益無關；然而，若是如上所述而認為，刑法的保護法益（個人法益）皆應具有保護他人之「社會連帶感」之共通內涵，則於此捐款對象是否真的為「需要受到援助的對象」，就應該也是一項與保護法益有關的重要資訊，故若捐款者對此有所誤認，則仍應有討論詐欺罪之空間，相反地，如果對於捐助對象的誤認並非是「需要受到援助與否」，而就只是單純對於「特定對象」之誤認，例如甲以為要捐給 A 學校的資金其實是被捐給同樣需要幫助的 B 學校，但甲與 B 學校的校長交惡，如果知道是要捐給 B 學校就不會捐了，此時，即非為與保護法益有關之錯誤，而應無論以詐欺罪之餘地。

¹²² 相同見解：佐伯仁志，前揭註 95，107 頁。此外，就算是採社會目的欠缺理論，亦會得出同樣的結論。許恆達，同註 118，頁 137-138。

第四章 詐欺罪的「財產處分」行為—詐欺罪、 竊盜罪與電腦詐欺罪之間的關係

姑且先不論是否支持將「(整體)財產損害」視為詐欺罪的不成文構成要件，要成立詐欺罪，至少要滿足行為人「施以詐術」之行為、被害人「陷於錯誤」，以及被害人有「財產處分」之行為等要件，這應該是在學說上幾乎沒有爭議的¹；依此，在討論完詐欺罪的核心爭點，也就是應如何劃定陷於錯誤之範圍的問題之後，接下來，本章即會再涉入探討詐欺罪另外一項也是相當重要的構成要件，也就是被害人的「財產處分」行為。

一般而言，詐欺罪中的「財產處分」要件被認為主要具有以下兩項功能，其一，串起「(施以詐術行為所造成的)被害人陷於錯誤」此一中間結果與財產法益受到侵害之間的因果關聯，換句話說，被害人陷於錯誤本來並不一定會直接導致財產法益受到侵害之結果，在此仍必須要以「(被害人的)財產處分行為」作為媒介，才會使得先前的詐術行為具有可歸責性；相反地，如果將結果導向財產法益侵害的並不是被害人的財產處分行為，而是行為人再度介入的其他行為，則此一財產法益受到侵害之結果，即不能再歸咎於詐術行為，行為人自然也就不會成立詐欺罪，而是要討論其他的財產犯罪。由此可知，財產處分要件另外一項也可以說是最主要的功能，即是使詐欺罪與其他財產犯罪之間的區分更為明確化，而這尤其是指，能夠劃清詐欺罪與作為其他取得罪之代表的竊盜罪之間的界線²；

¹ 許澤天，詐欺罪的法條與論證，月旦法學雜誌，197期，2011年10月，頁193。雖然學說上亦有認為，刑法第339條第1項詐欺取財罪的要件是「使他人『交付』財物」，而非「處分財產」；因此，同條第2項的詐欺得利罪應不以被害人有處分財產為要件。甘添貴，體系刑法各論（第二卷），2004年2月初版，頁295-296。然而，多數學說所謂的「財產處分」行為，似乎是包括「交付財物」在內的涵義更廣之行為；依此，「財產處分」要件在刑法第339條第1項之詐欺取財罪中，自然即是指**交付財物**，而在同條第2項的詐欺得利罪中，為了牽起取得利益與詐術行為之間的因果關聯，勢必也是要以涵義較廣的財產（利益）處分概念為要件，此處的問題應僅是在於，是否應以被害人主觀上有處分意思為必要而已（詳見後述）。是以，應該還是要將財產處分行為當作是刑法第339條詐欺罪（包括第1項的取財罪與第2項的得利罪）之構成要件，較為妥適，而且，雖然學說上有認為，在第2項的詐欺得利罪中，財產處分應是屬不成文構成要件，惟本文認為，不論是自同條第1項的「使交付」，或者第2項的「以前項方法」皆可看出，應可直接將此視為成文的構成要件。

² 川端博『集中講義刑法各論』118頁以下（1999年）。山口厚「詐欺罪における處分行為」內

甚至，在現行刑法並不處罰竊盜得利之情形下，更肩負有劃定詐欺得利罪的範圍之任務³。

是以，可以看出學說上對於詐欺罪中「財產處分」要件的討論與解釋，其實主要仍是圍繞著以竊盜罪為首的取得罪與詐欺罪之間的關係，故以下本文也會針對此一問題先稍作釐清，並在這之後，即再進一步探討在緒論中曾經提及的，同樣也是與此具有密切關聯的電腦詐欺罪之議題。

第一節 用以區分詐欺罪與竊盜罪的「財產處分」行為

雖然現今不論是在德國、日本或我國，亦不論是實務或學說見解，基本上皆一致認為，區分詐欺罪與竊盜罪的關鍵要素，即是在於被害人是否有為「財產處分」之行為⁴，舉例來說，甲至商家購物結帳時，刻意以脫下的外套蓋住置放於購物車內的高級雪茄，而不讓收銀員乙發覺，藉此不法取得未結帳的商品，在此，雖說甲亦是對乙有所欺瞞而使乙陷於錯誤(以為購物車內只有雪茄以外的其他商品要結帳)，看似有討論詐欺罪之空間，惟多數學說則是認為，由於甲之所以取得該巧克力，並非是基於乙之交付(處分)，故仍是屬於竊盜罪之範疇⁵；然而，學說上對於此一區分方式背後的原理，亦即，在罪質上應如何劃出詐欺罪與竊盜罪之間的界線，則多少還是存有分歧之見解，且這也就同時會影響對於「財產處分行為」此一關鍵的區分要件之解釋。

藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集(上卷)』443頁以下。

³ 佐伯仁志「詐欺罪(2)」法學教室 373 期 117 頁(2011年)。

⁴ 就我國實務見解而言，最高法院 19 年上字第 1699 號判例亦認為：「詐財罪之成立，要以加害者有不法而取得財物之意思，實施詐欺行為，被害人因此行為，致表意有所錯誤，而其結果為財產上之處分，受其損害。若取得之財物，不由於被害人交付之決意，不得認為本罪之完成。」

⁵ 吳耀宗，詐欺罪與竊盜罪之區別，月旦法學教室，149 期，2015 年 3 月，頁 25。

第一項 「財產處分」作為區分要件的原理

—詐欺罪與竊盜罪在本質上關鍵之差異



首先，向來德國學說上是認為，詐欺罪與竊盜罪應分別是屬於「自損型」與「他損型」之財產犯罪，亦即，詐欺罪中的財產損害，事實上是被害人在陷於錯誤之狀態下自己（處分財產）所造成的後果，相反地，在竊盜罪中被害人所受到的財產法益侵害，則是直接源自於行為人的外力介入⁶，而這也就成為必須用「（被害人親自所為的）財產處分」要件來區分詐欺罪與竊盜罪的最主要原因；依此，詐欺罪與竊盜罪應是處於一種互斥之關係，且被害人內心的意思方向在此即成為兩者間區分之關鍵，換句話說，詐欺罪必須是經由被害人有意的持有支配移轉（處分），而竊盜罪則是根本未得被害人的同意（拿取）⁷。

不過，追根究柢而論，詐欺罪中的被害人之所以會做出上述所謂的「財產自損（Selbstschädigung）行為」，同樣也是基於行為人之欺罔行為而陷於錯誤所致，則被歸類為「財產自損犯罪」的詐欺罪，看似即無法凸顯其與強盜罪、竊盜罪等「財產他損犯罪」之間的差異；換句話說，只因為在詐欺之過程中有摻雜被害人自己的行為，似乎尚不足以說明詐欺罪與竊盜罪為何會被分類為在本質上完全不同的犯罪，且也沒有一個實質的理由必須要將被害人的財產處分行為視為如此至關重要的區分要素。是以，此處即有學說認為，事實上詐欺罪不同於竊盜罪之處應是在於，詐欺罪本身即具有間接正犯之構造，簡單來說，詐欺罪中之行為人是將被害人作為「道具（自己犯罪之工具）」，又建立此一情境之前提即是在於，這個被當作是（為了成就行為人本身之目的的）道具的被害人，其根本就沒有察覺

⁶ 吳耀宗，同註 5，頁 25。林東茂，刑法分則：第三講 詐欺罪的財產處分，月旦法學教室，8 期，2003 年 6 月，頁 90。

⁷ 吳耀宗，同註 5，頁 26。徐育安，三角詐欺之實務與理論—最高法院九十五年度台上字第七四〇號及臺灣高等法院九十九年度上易字第二一八七號判決評析，月旦法學雜誌，194 期，2011 年 7 月，頁 243。黃惠婷，搶奪或詐欺？，台灣本土法學雜誌，74 期，2005 年 9 月，頁 137。不同見解：薛智仁，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上易字第二號刑事判決，月旦法學雜誌，212 期，2013 年 1 月，頁 220。

自己的處分行為已受到影響，且亦因此不具有為此項招致損害之行為與否的選擇可能性⁸；換言之，行為人是利用詐術行為，使被害人陷於錯誤，並讓他自己做了一個會直接導致法益侵害結果的行為，而此即正好與間接正犯的構造吻合。依此，詐欺罪是行為人藉由推動被害人的意思所為，而非直接介入其之權利領域，故本罪之構成要件在構造上應可再拆解成兩個部分；亦即，真正的法益侵害行為應該是，被害人自己向行為人或第三人所為的會招致財產減損之「處分行為」，以及在法條上已明示必須要為被害人的此項行為負責的「欺罔行為」⁹。

從這樣的詐欺罪具有「間接正犯之構造」的觀點出發，或許即有助於釐清詐欺罪與竊盜罪之間的關係¹⁰；不過，這是否就意味著詐欺罪只不過是（以竊盜罪為首的）其他財產取得罪之間接正犯，而詐欺罪中「財產處分」之要件，也僅僅就只是為了彰顯使竊盜行為人從直接正犯變成間接正犯這樣的犯罪型態上之差異？在此，即可看出學說上仍存有分歧之見解。首先，多數學說見解是認為，詐欺罪並非單純是竊盜罪之間接正犯，且反而可以說是在無法成立竊盜罪之間接正犯時，額外獨立存在的擴張處罰規定，原因在於，理論上只有在被害人對於財產侵害（破壞持有）之有無、程度有所誤認時，始有論以竊盜罪之間接正犯之空間，故若是除此之外的其他有關財產處分之目的或動機之錯誤，也就是在「財產交換失敗」的情形，則就必須另外用詐欺罪來加以處罰，換句話說，在不會成立竊盜罪之間接正犯的情形，還是有可能會因為「（必然會伴隨被害人之財產處分行為的）財產交換失敗」這樣相異於竊盜罪獨自的法益侵害態樣，而可能成立詐欺罪

⁸ P.Cramer, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, 1968, S.207. 轉引自：足立友子「詐欺罪における欺罔行為について（二）—詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成—」法政論集 211 号 159 頁（2006 年）。

⁹ U.Kindhäuser, *Betrug als vertyppte mittelbare Täterschaft*, aus: *Festschrift für Günter Bemann*, 1997, S.351f. 轉引自：足立友子，前揭註 8，161-162 頁。

¹⁰ 學說上當然對此亦有所批評，最主要的理由即在於，構成間接正犯的前提應是建立在，即使幕後支配者是親自為被利用人之行為，同樣也是可罰的；然而，在詐欺罪中，根本就不存在行為人親手為侵害財產法益的行為之情形（不論是間接正犯或基本犯）。W.Frisch, *Funktion und Inhalt des "Irrtums" im Betrugstatbestand*, aus: *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, S.647. 轉引自：足立友子，前揭註 8，160 頁。不過，學說上對此亦有所回應，亦即，從刑法典上間接正犯的規定來看（德國刑法第 25 條），並沒有說一定要是幕後指使者親自為之也會成立犯罪。Kindhäuser, a.a.O. (Amn.9), S.339ff. 轉引自：足立友子，前揭註 8，161 頁。

¹¹。總而言之，詐欺罪所保護的，應該是「行為人**直接影響**被害人的意思形成」所可能造成的財產法益侵害之面向，此與竊盜罪所保護的財產法益面向並非完全相同¹²，故詐欺罪並非是竊盜罪之間接正犯，其僅是一項具有間接正犯構造的獨立之罪名。

然而，另一方面，德國學說上亦有認為，詐欺罪確實就只不過是竊盜罪之間接正犯，亦即，這兩項罪名在所有權侵害以及因此所衍生之財產侵害的一般不法領域中，只是表現形態不同的本質上相一致的犯罪¹³。此外，同樣有日本學說見解認為，上述有力說將「財產交換失敗」作為詐欺罪獨自的侵害態樣，並非無疑；詳言之，財產法益並不像是生命、身體法益等具有固有的價值，而應該考慮到的是對於利用、交換價值之保護，因此，除了詐欺罪之外，其他的財產罪本來也就都應該包含有「財產交換失敗」的侵害態樣。確實，竊盜罪與詐欺罪相比，前者可能較偏向對於財產的靜態面向之保護，後者則是偏向對於在交易場合的動態面向之保護，然而，與其說這是保護法益本質上的差異，毋寧說這就只是因法益保護方法不同而生的差異，或許才是比較貼切的¹⁴。

第二項 對於「(被害人的)財產處分」行為之解釋

在稍微釐清了學說是如何理解詐欺罪與竊盜罪之間的關係後，接下來，不免還是要再進一步探討與上述議題極具關聯的，學說上對於「(被害人的)財產處分」行為在解釋上的爭議。按照多數學說之見解，在此所謂的「財產處分」行為即是指，處分人依其自由決定，直接導致財產減損的任何行為、不作為或容忍；至於，所謂的「直接導致財產減損」，則是指行為人對於被害人的財產損害，不必另外再做一次違法行為¹⁵。雖然，此一對於處分行為在客觀上的定義，學說基

¹¹ 島田聰一郎『正犯・共犯論の基礎理論』170頁(2002年)。

¹² 足立友子，前揭註8，169-170頁。

¹³ Kindhäuser, a.a.O. (Amn.9), S.350f. 轉引自：足立友子，前揭註8，164頁。

¹⁴ 佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」山口厚ほか編『理論刑法学の最前線 II』97-98頁(2006年)。

¹⁵ 林東茂，同註5，頁90。此外，學說基本上亦認為，詐欺罪的財產處分並非屬於民法上的概

本上是沒有爭議的；惟於某些案例中，究竟被害人之舉止是否符合學說上所認為的財產處分行為，似乎仍並非如此簡單的即可得出結論，尤其，在行為客體是財產上利益之情形，此更是會直接涉及系爭行為是否具有可罰性（刑法不罰竊盜得利）。

以最典型的白吃白喝（白住）案為例¹⁶，行為人若是欺騙店家自己因某項原因而須先暫時離開，之後再回來付錢（犯意後行—裝計脫逃型），則老闆在行為人尚未結帳之情況下即放任其離去之行為，是否應屬於一種財產處分行為，而可成立詐欺罪，抑或只是不可罰的竊盜得利？在此，「處分行為是否要以被害人主觀上具有處分意識為必要」即成為學說上在討論此一問題時所關注的焦點。

第一款 處分意識不必要說

此說並不特別要求被害人在處分財產時必須具備所謂的「處分意思」，而仍是將判斷的重點放在客觀上的財產處分行為之上，亦即，被害人移交財產之行為與行為人取得財產之間，必須要具有「直接性」，始可謂此是為財產處分行為。具體而言，在此應明確劃分被害人是否已因行為人之欺罔行為，而在陷於錯誤之情況下為財產移轉之行為，抑或行為人僅止步於使被害人對於該項財產處於「鬆懈的管理狀態」（尚未移轉）；若是於後者之情形，則行為人之後再採取其他手段而取得財產（例如趁被害人不注意、不及反應），即由於後階段行為之介入已切斷被害人的舉止與行為人取得財產之間直接性，故不能說行為人取得財產是基於被害人之處分行為，在不該當財產處分要件之前提下，自無論以詐欺罪之餘地¹⁷。

念，而是純粹的事實概念，因此，處分人是否具有民法上的行為能力，即非關鍵所在。是以，這邊的處分行為，有可能是民法上的法律行為，但也有可能是事實行為。吳耀宗，同註 5，頁 25。陳子平，論詐欺罪之財產處分行為，收於：刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯，2003 年 4 月，頁 562。林山田，刑法各罪論（上），2006 年 11 月修訂五版，頁 456。

¹⁶ 在此，學說上又有將此區分為「犯意先行型」、「犯意後行—單純逃走型」，以及「犯意後行—裝計脫逃型」等三種不同的類型，且由於就「犯意先行型」而言，行為以詐術取得食物（住宿利益），自應成立詐欺取財（得利）罪，並無疑問，故以下主要探討的皆屬後面兩種類型，合先敘明。

¹⁷ 佐伯仁志，前揭註 3，114 頁。黃惠婷，同註 7，頁 137-138。

舉例來說，甲向服飾店的店員乙表示要試穿衣服，然而，從更衣間出來後，甲卻趁乙在向其他客人推薦合適的衣服之空檔，直接穿著試穿的衣服逃出發飾店；此時，雖然服飾店的衣服因為讓甲試穿而暫時穿在甲的身上，惟只要甲仍位於店內，店家對於該件衣服即仍具有支配關係，故乙同意讓甲試穿衣服之行為，即非交付財物之行為，最多也就只是使財物處於較為鬆懈的管理狀態而已¹⁸。是以，上例中自不該當「財產處分」之要件，甲並非構成詐欺罪，而應是成立竊盜罪¹⁹。

不過，若是完全不管被害人（處分行為人）主觀上的認識，而光就客觀事實來認定處分行為，則由於在客觀上消極地不阻止行為人將財物拿走之「忍受」，也會被視為是一種處分行為，故在某些典型的竊盜或搶奪的案例中，亦即，行為人利用詐術而使被害人疏於防範，並成功奪取財物之情形，被害人讓行為人拿走財物即可能也會被認定為「無意識的忍受」而屬處分行為，此將使得詐欺罪與竊盜罪之間的界限變得模糊，並非妥適²⁰。依此，雖然並不特別要求必須要有處分財產之意思，惟許多傾向此說立場者亦認為，至少處分行為人主觀上要對於上述財產移轉（並非僅是處於鬆懈的管理狀態）的**外觀事實**有所認識，才能夠稱得上是財產處分行為²¹。

第二款 處分意識嚴格說

相對於處分意識不必要說，此說則是認為，除了客觀上的處分行為之外，處分行為人在主觀上亦必須要對財物之交付或利益之移轉有完整的認識；依此，此

¹⁸ 吳耀宗，同註 5，頁 26。

¹⁹ 我國實務見解亦認為類似案例應成立竊盜罪，86 年台上字第 487 號判決：「按刑法上之詐欺罪與竊盜罪，雖同係意圖為自己或第三人不法之所有而取得他人之財物，但詐欺罪以施行詐術使人將物交付為其成立要件，而竊盜罪則無使人交付財物之必要，所謂交付，係指對於財物之處分而言，故詐欺罪之行為人，其取得財物，必須由於被詐欺人對於該財物之處分而來，否則被詐欺人提交財物，雖係由於行為人施用詐術之所致，但其提交既非處分之行為，則行為人因其對於該財物之支配力一時弛緩，乘機取得，即與詐欺罪應具之條件不符，自應論以竊盜罪。」然而，要特別注意的是，由於不論是採處分意識嚴格說或緩和說也都會得出同樣的結論，故此應並非意味著我國實務即是採處分意識不必要說。

²⁰ 山口厚『問題探究刑法各論』150 頁（1999 年）。

²¹ 大谷實「刑法講義各論〔第 4 版補訂版〕」268 頁（2015 年）。西田典之「刑法各論〔第 6 版〕」191-193 頁以下（2012 年）。平野龍一「詐欺罪における交付行為」『犯罪論の諸問題（下）』332 頁（1982 年）。

說在結論上與上述的處分意識不必要說有所差異之處，最主要即在於，被害人（處分行為人）根本就不知道自己已有債權存在之情形²²。舉例來說，甲在餐廳吃完飯後欺騙老闆乙說，自己已經付過錢了，由於乙整晚忙於招待客人，故根本就不記得甲究竟有沒有付過錢，於是聽信甲而放任其離去；此時，雖然乙對於利益移轉的外觀事實（讓甲不用付錢就離開）有所認識，惟若是按照處分意識嚴格說，則由於乙根本就不知道自己對於甲仍握有債權，故自然也就不可能會有免除債務（利益移轉）的意思，是以，乙雖然在甲沒付錢的情況下就讓甲離開，惟仍因欠缺處分意識而非財產處分行為，甲不成立詐欺罪，而只會有民事法上債務不履行的問題²³。

不過，若是換個例子，老闆乙清楚地記得甲還沒付錢（債權存在），惟甲卻假裝自己要回車上拿錢包，等一下就回來付錢，故乙仍聽信甲而放任其離去；此時，即有學說見解認為，雖然乙並不具有使免除債務之法律效果發生的意思，惟其於現實上仍是做了一個「先不跟甲要錢就讓甲離開」的決定，而這樣的決定確實也讓甲取得「暫時不用付錢」的利益，因此，乙對於此一現實上的利益移轉應有所認識，仍有討論詐欺得利罪之空間²⁴。然而，其他學說對此仍有所批評，固然處分行為人對於現實上的利益移轉（不限於法律上的利益移轉）有所認識，或許也可以說算是具有處分意識²⁵，惟本例中，乙所認識的只不過是「暫時讓甲不用付錢」，但是在客觀上卻幾乎是等於產生了永久性的債務免除之效果（現實上的效果；非法律上的效果）；依此，若是真的要貫徹處分意識嚴格說，則由於乙主觀上所認識的處分標的與客觀上移轉的利益並非相同（至少存有量差），故應該也是要認為乙對於「現實上（非法律上）免除甲之債務」欠缺處分意識，較為

²² 佐伯仁志，前揭註 3，114 頁。

²³ 陳子平，同註 15，頁 569。

²⁴ 曾根威彥「刑法各論（第 5 版）」151 頁（2012 年）。

²⁵ 相對地，我國學說見解則有認為：「店主許其暫時離開，並非免除其支付食宿之對價，行為亦無取得財產上利益之可言，無從成立詐欺得利罪，僅屬於民事債務不履行的問題」。甘添貴，同註 1，頁 287-288。

合理²⁶。

第三款 處分意識緩和說

此說雖然同樣也要求詐欺罪的財產處分行為，必須同時由客觀上的財產處分事實以及主觀上的財產處分意識所構成，惟其認為處分意識嚴格說在設定處分行為人必須具備的處分意識時，太過沉溺於追求劃清詐欺取財罪與竊盜罪之間的界線，以至於當同樣的標準套用在詐欺得利罪的財產處分的要件上時，即可能會不當地限縮詐欺得利罪的範圍（被不可罰的竊盜得利所侵蝕）²⁷；依此，尤其是在被害人誤認債權不存在，或者對於所處分的債權的量有所誤認之情形，處分意識緩和說即認為，應適當緩和處分意識嚴格說所要求的強烈的處分意識，亦即，處分行為人毋須對於「債權存在」有完整、清楚的認識，其主觀上只要具有「（即使我們之間有債權債務關係也）就這樣處理好了！」的決算意思，即亦可視為對於利益之移轉具有處分意識²⁸。

此外，在詐欺取財罪之情形，此說也不要求被害人對於交付財物的數量、總類必須要有精確的認識，只要有大概的認識即可；舉例來說，乙誤認魚箱裡面有 10 條吳郭魚而交付予甲，則不論是事實上箱子裡面其實是有 12 條吳郭魚（數量誤認）、9 條吳郭魚和 1 條石斑（種類誤認），或者 9 條吳郭魚和 1 塊牛排（種類、數量皆誤認），乙對於箱子的內容物皆可算是具有處分意識，而有討論詐欺罪之空間²⁹。

²⁶ 佐伯仁志，前揭註 3，116 頁。除非是要採「量的認識緩和說」，請見下述。

²⁷ 佐伯仁志，前揭註 3，117、120 頁。

²⁸ 山口厚，前揭註 2，455 頁。

²⁹ 就結論而言，我國實務似乎亦是較傾向於採此說之見解。台灣高等法院暨所屬法院 89 年法律座談會刑事類提案第 7 號：「法律問題：甲在大型賣場內，乘人不注意之機會，將已裝箱封妥每箱標價新台幣（下同）五百元之盒裝義美餅干全部自箱內取出置於一旁，換裝高達五千元價值之洋菸後，仍將裝箱外表封妥回復原狀，搬至賣場出口收銀處結帳。收銀人員眼見裝箱封口完好無缺，但不知其中有詐，仍依裝箱標價結帳而向甲收取五百元後，將該箱物品交付甲取走，問甲所犯何罪？丙說（研討結果）：構成詐欺取財罪。甲意圖為自己不法之所有，施用欺罔手法，使收銀人員陷於錯誤，未經開箱查驗，將裝箱之高價洋菸誤認係低價之義美餅干，而以義美餅干裝箱標價計價，使甲詐取洋菸得逞，自係構成刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪。至於甲支付義美餅干低價品之價額，無非係欺罔之手法，不影響詐欺取財罪之成立。」



第三項 學說之分析與檢討



第一款 詐欺罪本質上即為竊盜罪之間接正犯？

誠如第貳章所述，本文亦認為，財產罪的保護法益並非是作為法益客體的「財產」本身，而應該是個人在自由意志下對於財產的利用、支配關係（或可謂個人的財產支配自由）；因此，即使是竊盜罪，亦難謂其所保護的財產法益即不包含個人對於財產的處分或交換自由，換句話說，詐欺罪與竊盜罪既同為財產罪，則這兩項罪名所保護的「財產法益」之內涵即不應該存有歧異。只是，相較於一般行為自由，由於財產支配自由在受到侵害時又具有無法輕易回復之性質，故財產罪除了要確保被害人「（對於財產的）現實上、顯在的意思自由」不會受到妨害之外，同時也應有保護「潛在的意思自由」之必要³⁰，而竊盜罪即是這樣的典型的針對潛在意思自由之保護所設計的罪名；依此，在行為人僅是侵害他人潛在的意思自由之情形下，自然也就難以想像此會招致有侵害到積極的財產處分自由（交換自由）之結果，基本上其所能對應的，應該就只有對於消極的財產處分自由之侵害而已（也就是學說上所謂的對於處於「靜態的」法益之保護），是以，詐欺罪與竊盜罪的保護對象在外觀上之差異，即應為侵害手段所可能造成的侵害結果的侷限性所致³¹。

借用學說上對妨害性自主犯罪所作之區分，亦即，對於潛在的意思自由之侵害所對應到的行為態樣應為「未得他人同意」，而對於現實上（顯在的）意思自由之侵害則可對應「違反他人意願」³²；在財產罪中，竊盜罪即應被歸類為前者

³⁰ 亦即，縱然於財產支配關係受到破壞之當下被害人並未察覺，而沒有發生意思自由受到壓制之情形，惟只要原財產支配者並沒有明確地表示同意，就還是要推定此仍然算是一種對於他人意思自由之侵害。有關上述妨害自由手段的類型劃分，可參考：蔡聖偉，臺灣刑法中保護性自主決定的制裁規範—現行法制的介紹以及未來修法的展望，月旦刑事法評論，3期，2016年12月，頁7以下。

³¹ 不過，要特別強調的是，誠如本文的第三章所述，並不能反過來說，詐欺罪所可能發生的結果，就只有對於積極的處分自由之侵害。

³² 此處亦可參考：李聖傑，妨害性自主：第三講—類型闡述，月旦法學教室，23期，2004年9月，頁99-100。只是，該文在用語上是以「當然侵害」以及「擬制侵害」來加以劃分。

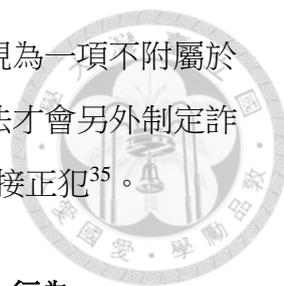
之類型³³，業如上述，惟詐欺罪卻看似皆不屬於上述的任何一種類型，在此究竟應如何理解其之行為態樣與竊盜罪之間的差異？本文認為，雖然在被害人陷於錯誤之情況下，其對於自身財產的移轉並沒有明確做出反對的意思表示（甚至反而是同意），而可能使得詐欺看似較傾向於「未得他人同意」之手段類型，然而，此處被害人之所以沒有表示反對，並且在整個犯罪過程中看起來像是意思自由沒有受到壓制，主要仍是因為行為人刻意製造了一個使被害人無法（真實地）為意思表示之情境；依此，在被害人的「並未反對」亦是由行為人直接造成之前提下，其實應該就已經相當接近於行為人在現實上直接壓制被害人的自由意志，故詐欺在本質上即是與催眠術、施以藥劑，或者強暴致昏迷等強制手段類似，而應被歸類為「違反他人意願」之類型，較為合理³⁴。

綜上所述，雖然保護法益同為財產法益，惟就妨害意思自由的手段類型而言，詐欺罪與竊盜罪在本質上仍截然不同；而且，在這樣的基礎上，詐欺罪與竊盜罪的間接正犯就當然也不能同一而論。申言之，竊盜罪之間接正犯所表彰的不法內涵，理論上應該要與竊盜罪之直接正犯完全相同，故可論以竊盜罪之間接正犯之情形應是僅限於，行為人利用**第三人**以未得被害人同意之手段侵害財產法益；相反地，若是被利用人即為被害人本人，則如上所述，行為人所為的「（表彰間接正犯幕後支配地位的）欺罔行為」與「未得他人同意」，即會作用於同一人身上而質變為「違反他人意願」，並且產生出與竊盜罪完全不同的不法內涵。是以，

³³ 雖然學說上也有認為，對他人意思自由為不露恐嚇痕跡的施壓，亦可論以竊盜罪，意即，竊盜罪並不限於未得他人同意（乘人不知）之情形，在明確違反他人意願（可能低程度）之情形下，也有可能成立竊盜罪。林東茂，同註 5，頁 92-93。然而，此處本文認為，從刑法第 320 條之構成要件觀之，既曰「『竊』取」，則應該就是專指「乘人不知」之情形，故若是真的有發生違反他人意願但是又未達恐嚇之程度之情況，基於罪刑法定原則，應該也是無罪才對；不過，以上述學說所舉的超市案為例（請見該文 89 頁），被害人應該也是覺得如果不把商品交出來，可能就要被帶回警局，因此，如果真的認為警察並沒有處分權，故並非三角詐欺（類似訴訟詐欺），則甲應該也是成立恐嚇取財罪的間接正犯才是。類似見解：何靜宜，詐欺與竊盜之區別，刑事法雜誌，43 卷 3 期，1999 年 6 月，頁 83-92。

³⁴ 不過，學說上也有持相反見解而認為，詐欺性交應構成被歸類為「侵害潛在意思自由」類型的乘機性交罪（刑法第 225 條）。蔡聖偉，同註 30，頁 12-13。抑或，只有在詐術行為近似恐嚇而有壓制被害人的自由意志時，始可討論強制性交罪。惲純良，以靈異災厄之說誘騙性交是否屬於「其他違反意願之方法」？— 評最高法院 104 年度台上字第 2902 號刑事判決，月旦裁判時報，51 期，2016 年 9 月，頁 55-56。

本文認為，雖然詐欺罪確實具有間接正犯之構造，惟仍應將此視為一項不附屬於任何其他財產犯罪之獨立罪名，較為妥適；也正因为如此，刑法才會另外制定詐欺罪，而不是直接採用被害人同意的原理，並論以竊盜罪之間接正犯³⁵。



第二款 分別作為詐欺取財、得利罪之構成要件的「財產處分」行為

承上所述，雖然在詐欺罪與竊盜罪中，行為人同樣都是在被害人並未（真實的）表示同意或反對的狀態下取得財產（被害人受到財產損害），惟於詐欺罪之情形，這樣的情境卻是由行為人故意施以詐術所製造的，故此一無法為意思表示之狀態是否能夠緊扣行為人的詐術行為，而使得這一系列的犯罪流程串聯成「違反他人意願」之手段類型，即是區分此二項罪名的關鍵所在。進一步來說，為了使得詐欺罪的犯罪流程能夠串聯起來，在使被害人陷於不能表示同意或反對的狀態之後，行為人除了利用這個因詐術所致的情境之外，即應不能再插入其他的不法行為（包括利用與詐術無關的「不知」或「不注意」），否則，被害人受到財產損害之結果就不能夠再歸咎於原先由「行為人施以詐術 → 被害人陷於錯誤（處於不能表示之狀態）」所構成的「違反他人意願」之手段類型；依此，在詐欺罪的檢驗流程中，接續在「施以詐術」以及「陷於錯誤」之後的「財產處分」要件，可以說即須肩負有「排除行為人額外的不法行為介入」之過濾功能，而有關於此一構成要件的解釋，自然也就同樣應該要遵循這樣的原理。

從這點來看，其實在詐欺取財罪與詐欺得利罪中的財產處分行為即可能無法一概而論；詳言之，在詐欺取財罪之情形，在被害人只是因陷於錯誤而無法真實地為意思表示的情況下，為了取得被害人的財物（以不插入其他的不法行為為前提），使被害人產生有交付財物的意思並且自己交付財物，似乎也就會變成唯一可能的路徑，故作為詐欺取財罪之構成要件的「財產處分行為」，或許即仍應以處分行為人對於特定的財物具有處分意識為必要³⁶。然而，在詐欺得利罪之情形，

³⁵ 在殺人罪章中，即由於殺人罪並沒有區分「未得他人同意」或「違反他人意願」之手段類型，因此，即使對被害人本人施以詐術，也不會使得不法內涵產生質變，故始能夠直接論以殺人罪之間接正犯。

³⁶ 在此，雖然處分意識不必要說認為，只要對於交付財物的外觀事實有所認識即可，然而，以

由於財產上利益不若財物具有物質上的形體，故行為人在施以詐術並使被害人陷於錯誤之後，可能根本就不需要使被害人產生移轉財產上利益的意思，甚至行為人在這之後就算什麼都不做，也有可能直接自被害人處取得現實上的利益；因此，在詐欺得利罪的情形，即沒有必要同樣用處分意思來排除行為人後續行為之介入，只要被害人對於足以代表利益移轉的外觀事實有所認識，即為已足³⁷。不過，雖然這樣看似在行為客體是財產上利益時，對於財產處分要件之檢驗會較為寬鬆，而即可能得出比較容易成立詐欺得利罪之結論，惟此並不代表詐欺罪與竊盜罪在行為客體是財產上利益時即會產生重疊之部分；申言之，這兩項罪名仍會因為迥然不同的行為態樣（妨害意思自由之手段類型）而處於明確的互斥關係，故最多也就只能說，此處是因行為客體之差異始導致對於行為態樣之認定產生變化而已。

第二節 電腦詐欺罪—若干實務案例之分析

誠如緒論所述，近代電腦詐欺犯罪興起，並進而導致傳統刑法對於財產犯罪的規範，開始出現越來越不足以應付之情形，許多國家便因此紛紛增訂電腦詐欺相關之罪名，我國亦不例外，而於 1997 年增訂刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3，立法理由並寫明：「按目前社會自動付款或收費設備之應用，日益普遍，如以不正方法由此種設備取得他人之物或得財產上不法利益，不特有損業者權益，而且破壞社會秩序，有加處罰之必要。」然而，自 1997 年增訂此三項罪名起，相關案例在論罪上的問題即未曾間斷，尤其有關對於「不正方法」構成要件行為之解釋，在實務及學說上更是一直以來都爭論不休；直至 2018 年的今日，也已經

偷藏商品結帳案為例，似乎也很難說店員對於交付財物的外觀事實沒有認識，故終究還是要限於對於特定財物具有交付意思，較為合理。至於，在交付財物的種類或數量有誤差之情形，本文認為，若是在交易習慣上，賣方本來就不會特地再對包裝的內容物進行詳細的確認，則被害人的處分意思在這個時候就應該對應到**包裝單位**，而非具體的內容物；也就是說，此時被害人只要有認識到自己將「這盒○○」或「這箱○○」交給行為人，就已經算是有處分意思，至於對內容物的誤認，即是典型的對於交易上可合理期待獲知的重要資訊有所誤認，故使被害人陷於此項錯誤之行為人，當然要論以詐欺罪。

³⁷ 日本學說上也有採類似的「二元說」的見解者，可參考：平野龍一，前揭註 21，338 頁。山中敬一『刑法各論〔第 2 版〕』330 頁（2009 年）。

超過二十個年頭，除了從立法後即一直殘留而仍待解決的問題之外，電腦及網路科技又再度今非昔比，雖然在 2014 年修法時，亦有對相關罪名做些微之調整，然而也只是提高罰金以及增訂了未遂犯之處罰規定而已，現行刑法對於財產犯罪之規範，是否又會再一次地被新興的犯罪手法用在後頭，可能反而才是真正要面臨的問題。

是以，延續上述所論及的詐欺罪與竊盜罪之間應如何劃分的議題，以下本文就先從實務上幾個較為常見的與電腦詐欺相關的案例切入，稍加介紹目前實務見解對於各該罪名間構成要件之解釋以及論罪的走向，並且接著即將重點放在重新定位刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3 的本質，最後，再回過頭來針對相關案例進行較為深入的探討。

第一項 案例簡述—實務見解之走向

第一款 有關「不正方法」之解釋

第一目 盜用他人之提款卡—台中地方法院 105 年簡字第 41 號刑事判決

壹、本案事實（判決 1）³⁸

X 與 Z 為兄弟，其等與比鄰而居的 Y 及 Y1 夫妻感情良好，並經常受邀至 Y 的住處飲酒、聚會；甚至，X 與 Z 亦曾分別協助 Y 及 Y1 提領農會帳戶的款項，也因此知悉 Y 及 Y1 所使用之農會帳戶之提款卡密碼。某日，X 與 Z 又受邀至 Y 的住處飲酒，不料 X 與 Z 竟因缺錢花用，乘 Y 酒醉不醒、Y1 已服安眠藥入睡之際，由 X 自 Y 吊置於房間的褲子口袋內的皮夾中，取走 Y 所持有的農會帳戶提款卡，而於同日至該農會的自動櫃員機，擅自使用 Y 的提款卡，並輸入密碼，從該帳戶提領現金 3 萬元，之後隨即返回 Y 之住處，並將提款卡放回 Y 的皮夾內，

³⁸ 以下案件之事實敘述，皆以代號取代當事人之姓名，合先敘明。

使 Y 未能察覺上情³⁹。

貳、法院判決分析

本案法院在判決理由中，一如既往地援用最高法院 94 年台上字第 4023 號刑事判決之見解，亦即：「刑法第 339 條之 2 第 1 項之以不正方法由自動付款設備取得他人之物罪，其所謂『不正方法』，係泛指一切不正當之方法而言，並不以施用詐術為限，例如以強暴、脅迫、詐欺、竊盜或侵占等方式取得他人之提款卡及密碼，再冒充本人由自動提款設備取得他人之物，或以偽造他人之提款卡由自動付款設備取得他人之物等等，均屬之。」據此，本案中的 X 與 X1 未經被害人 Y 之同意，盜用 Y 之提款卡，並於自動櫃員機輸入先前已知悉的 Y 之提款卡密碼，使該自動付款設備之辨識系統陷於錯誤而交付金錢，自應該當刑法第 339 條之 2 的「不正方法」，而有本罪第 1 項之適用。

由此可知，自最高法院於 94 年作出台上字第 4023 號判決以來，實務對於盜用他人提款卡之案例，可以說一直都維持著相當穩定的見解，亦即此一竊取他人之提款卡，並再冒用他人名義提款之行為，一致該當刑法第 339 條之 2 自動付款設備詐欺罪之「不正方法」，而應以該罪論處。不過，值得注意的是，本案對於行為人竊取提款卡之行為，並沒有再另外論以刑法第 320 條之竊盜罪，理由在於，X 與 X1 在盜領帳戶內之款項後，即將提款卡放回 Y 之皮夾內，足認其等僅是基於使用竊盜之意思而取走 Y 之提款卡，主觀上僅為一時之用，並無不法所有意圖，故不成立竊盜罪⁴⁰。

³⁹ 除本案之外，較近的案例另可參照：基隆地方法院 105 年易字第 401 號刑事判決、高雄地方法院 101 年簡字第 6391 號刑事判決。

⁴⁰ 惟此即是有關財產犯罪中的「不法所有意圖」，其所對應的對象之問題，而較不涉及刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3 之罪名，故囿於篇幅，本文以下即不再對此為更進一步地討論；不過，此似乎為實務上較為穩定的見解，可參照：最高法院 100 年台上字第 3232 號判決。



第二目 越權使用他人之提款卡

—嘉義地方法院 99 年簡上字第 182 號刑事判決



壹、本案事實（判決 2）

X 因自身金融帳戶遭凍結，遂商請 Y 至農會開立帳戶，並將存摺及提款卡借給 X 供其使用。惟於借用帳戶的期間，X 卻冒用 Y 之名義申辦請領殘障補助金，並隱瞞 Y 前揭補助金已經核准並撥付之情，在未徵得 Y 同意之情形下，將按月核撥至 Y 帳戶內的殘障補助金之一部分提領花用，另一部分則轉帳匯出至配偶的帳戶中，以償付其餐飲生意之應付款項；嗣因 Y 另經家人陪同洽辦殘障補助金申請時，經鎮公所告知業已核撥，始得悉上情⁴¹。

貳、法院判決分析

本案法院認為，由於 Y 只有將帳戶借給 X 使用之意思，故應僅是授權 X 提領自己所存入之款項，而不包括鎮公所按月核撥至 Y 帳戶內的殘障補助金；依此，在 X 提領殘障補助金花用的部分，X 即是未徵得 Y 之同意，而越權使用 Y 的提款卡及密碼，以此不正方法，使自動付款設備的辨識系統陷於錯誤，亦即以為使用者有提領權限，進而放款，故 X 所為之上開行為，應分別構成刑法第 339 條之 2 第 1 項的自動付款設備詐欺取財罪（提領現鈔），以及同條第 2 項的自動付款設備詐欺得利罪（匯款）。

綜觀上述兩則案例，應可看出實務是較傾向認為，不論是在「無權」或是「越權」使用他人之提款卡之情形，系爭行為皆會使自動付款設備誤認行為人有提款權限，而該當刑法第 339 條之 2 之「不正方法」。不過，有趣的是，若行為人是以填寫取款條之方式提款，例如臺灣高等法院臺中分院 98 年上訴字第 2048 號刑事判決⁴²，行為人兩次分別在經授權之情況下溢額（越權）提領款項，以及未經

⁴¹ 類似的案例，亦可參照：彰化地方法院 103 年簡字第 214 號判決。

⁴² 臺灣高等法院臺中分院 98 年上訴字第 2048 號刑事判決（要旨）：「事實：（二）丙基於意圖為自己不法所有之業務侵占犯意，利用甲授權其提領彰銀臺中分行程泰光學儀器行乙存帳戶之機會，蓋用獲得授權使用之該帳戶印章於取款條上，然提領如附表之提領金額後（溢額提領），

授權而提領，法院則是認為前者應論以侵占罪，只有後者才會成立詐欺罪；據此，實務一方面認為經授權填寫取款條卻溢額（越權）提領之行為不會構成詐欺罪，惟另一方面，又認為經授權使用提款卡卻溢額（越權）提領之行為會構成刑法第 339 條之 2 的自動付款設備詐欺罪，其間是否有產生矛盾，即非無疑。

第三目 利用機器故障之溢額提領

—台灣高等法院 90 年上易字第 1755 號刑事判決

壹、本案事實（判決 3）

X 明知其在 A 銀行所開立之存款帳戶，因電腦程式變更之關係，本應作關戶的動作惟卻沒有成功關閉帳戶，致可溢額提領款項，遂利用此一電腦程式錯誤之機會，擅自由其他金融機構設置之自動提款設備，連續自該帳戶內提款多次，其間並推由一不知名之成年男子繼續提領款項，總計詐領新台幣四百三十一萬之餘，之後經 A 銀行核對帳目始發覺上情⁴³。

貳、法院判決分析

X 於 A 銀行開戶時，其所簽具之開立存款帳戶約定書第 6 條規定：「存戶同意經收受貴行寄送之相關對帳單後，如發現對帳單有任何不符時，應於收到對帳單七日內以書面通知貴行重行核對，否則視為核對無誤。」及第 9 條：「因貴行處理錯誤存入帳戶或由第三人誤寫帳號或戶名而存入帳戶者，貴行自得逕自該帳

將實際獲得授權提領之金額使用於程泰光學儀器行如附表之用途，將溢額提領之金額 1 萬元部分，變易持有為所有之意思，予以侵占入己，挪為己用。（三）丙另基於行使偽造私文書及意圖為自己不法所有之詐欺取財之犯意，至彰銀臺中分行，明知自己未獲授權，仍利用其持有保管彰銀臺中分行程泰光學儀器行乙存帳戶之存摺、印章之機會，而持上開存摺、印章，虛偽填載提領日、帳號、提領金額等內容之彰化商業銀行提款條之私文書，且均盜用「程泰光學儀器行」及甲之印章於上開提款條存戶簽章欄位上，進而持向彰化商業銀行臺中分行詐領存款，使不知情之該分行承辦人員陷於錯誤，因而將附表所示之提領金額依丙之指示，匯入丙所有之帳戶。論罪科刑：二、核被告丙如事實欄一之（二）所為，係犯刑法第 336 條第 2 項之業務侵占罪；被告如事實欄一之（三）所為，係犯刑法第 216 條、第 210 條之行使偽造私文書罪、刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪……」

⁴³ 類似的案例，亦可參照：台灣高等法院台中分院 90 年上易字第 166 號刑事判決、宜蘭地方法院 90 年易字第 110 號刑事判決、台北地方法院 92 年自字第 17 號刑事判決。

戶扣除更正之，倘該存入款已被支用，一經貴行通知，存戶應即退還貴行，不得拖延。」據此，法院認為，X 在發現 A 銀行之電腦程式發生錯誤時，即會因此負有告知義務，若未予告知，甚至利用該錯誤而溢額提領鉅額款項，則有違誠實信用原則；又依最高法院 24 年上字第 4515 號判例：「刑法第三百三十九條第一項所謂之詐術，並不以欺罔為限，即利用人之錯誤而使其為財物之交付，亦不得謂非詐欺」之意旨，縱行為人未施以積極的欺罔行為，僅係消極利用人之錯誤而取他人之物，其不作為之不正方法所為，仍應構成詐欺。是以，比照不作為詐欺之審查模式，將自動櫃員機代換為銀行行員，銀行行員在知悉行為人無權溢額提領款項時，儘管行為人所輸入者為正確之密碼，亦會拒絕付款，故 X 故意違背 A 銀行之意思，連續由自動付款設備溢領額度外之現款，顯係以不正之方法取得他人之物，應論以刑法第 339 條之 2 第 1 項的自動付款設備詐欺取財罪。

在此，法院似乎是將詐欺罪之審查模式，直接套用在刑法第 339 條之 2 的自動付款設備詐欺罪上，並主要以開立存款帳戶約定書以及誠信原則為依據，肯認行為人負有告知義務而具保證人地位，再依此以不作為詐欺之方式該當刑法第 339 條之 2 的「不正方法」，故論以該罪。此外，值得注意的是，本案法院在援引開立存款帳戶約定書時，亦提及約定書第 9 條「提領誤存入自己帳戶之款項之退還責任」，似乎亦有認為此種情形同樣可該當刑法第 339 條之 2 之傾向。

第二款 有關行為客體之認定及罪名適用

第一目 不正使用自助加油機—新北地方法院 102 年易字第 2874 號刑事判決

壹、本案事實（判決 4）

X 某日駕駛小客車前往加油站，欲利用自助加油機加油時，拾獲 Y 先前利用同一台自助加油機加油後疏未取走而遺留在刷卡機上的信用卡，遂在未經 Y 同意或授權之情形下，擅自使用該張信用卡，將其插入自助加油機內感應以購買油品。

貳、法院判決分析

本案法院認為，行為人是不正使用他人之信用卡，使自助加油機連線至發卡銀行後，誤認其係有正當權源之持卡人刷卡消費，進而出售汽油；亦即，行為人是以不正方法將信用卡插入自助加油機之收費設備，以此取得財物，故應是構成刑法第 339 條之 1 的收費設備詐欺罪。

第二目 網路交易平台詐欺—新北地方法院 104 年原簡字第 79 號刑事判決

壹、本案事實（判決 5）

X 與 Y 曾為同事關係，X 亦曾向 Y 借用信用卡購買手機 APP 遊戲軟體及遊戲點數，也因此得知該信用卡之卡號以及使用期限等資料。某日，X 即在未經 Y 同意或授權之情形下，用手機上網至 GOOGLE PLAY 網路購物平台，並冒用 X 之名義輸入上開信用卡資料，以購買遊戲點數。嗣於數日後，Y 始發覺自己的信用卡消費帳款有異，而經報警處理⁴⁴。

貳、法院判決分析

本案法院認為，X 冒用被害人之名義，在網路上購買商品時，輸入 Y 信用卡之相關資料，即是偽造不實的網路刷卡消費電磁紀錄（依刑法第 220 條之規定為「準私文書」），並將此網路消費訂購單經網路傳輸予 GOOGLE PLAY 網路購物平台，向其為願付款消費 APP 軟體及遊戲點數價金之表示，而行使前開不實之準私文書，使 GOOGLE PLAY 網路購物平台誤信 X 為上開信用卡之有權使用人刷卡消費而陷於錯誤，並以此取得財產上之利益，故應分別成立刑法第 210 條之偽造準私文書罪，以及刑法第 339 條第 2 項之詐欺得利罪。

自相關案例可推知，目前實務見解似乎仍未將行為人在網路交易平台盜刷信用卡之行為，放在刑法第 339 條之 2 或第 339 條之 3 之罪名下做討論，基本上此

⁴⁴ 類似之案例，亦可參照：台中地方法院 104 年訴字第 657 號刑事判決、高雄地方法院 103 年簡字第 211 號刑事判決、新北地方法院 104 年訴字第 252 號刑事判決、新北地方法院 104 年審簡字第 2386 號刑事判決、高雄地方法院 102 年審訴字第 1405 號刑事判決。

類行為都還是以刑法第 210 條之偽造準私文書罪，以及刑法第 339 條第 2 項之詐欺得利罪論處；不過，若比照實務在捨詐欺罪並轉而討論自動收費設備或自動付款設備詐欺罪時所提出的判決理由，亦即「機器並不會陷於錯誤」，則於在購物 APP 盜刷他人信用卡之案例中，由於同樣也沒有經過人為審核，而是由程式軟體自行判斷消費者的付費資訊之後，給付相對應的服務或商品；依此，實務仍將此類案例視為傳統的詐欺得利罪之見解，即可能有待商榷。

第二項 重新定位刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3

第一款 電腦詐欺罪之本質

在 1997 年修法前，多數學說見解皆認為，若行為人施以詐術的對象並非是「人」，而是「機器」，則由於大部分的機器或電腦都不會像自然人一樣有思考能力，它只是按照輸入的指令，進而做出程式設計上相對應的回應；因此，並沒有「陷於錯誤」的問題，而無適用刑法第 339 條詐欺罪之餘地⁴⁵。雖然，當時亦另有學說見解持不同的看法，並認為收費設備或自動付款設備等機器，應是機器設置者手足之延伸，故若是以不正方法使用機器設備，而使其無法按照設置者原本所設定的方式運作，即等同於對機器設置者施以詐術，而使之陷於錯誤，並透過機器交付財物或處分利益，自得成立刑法第 339 條之詐欺罪⁴⁶；惟立法者在此之後仍增訂了刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3，且從立法理由似乎可以看出，立法者增訂此些罪名之目的，主要仍是為了填補詐欺罪之處罰漏洞。

不過，學說上對於此類以機器為欺罔對象的犯罪類型之本質，並沒有因為立法者增訂上開罪名即不再爭論，雖然由於新增訂的罪名有被賦予「特別規定」的性質，所以即可解決大部分在罪名適用上的問題，惟於構成要件的解釋上，則仍不免受到本質論所影響。

⁴⁵ 林山田，刑法各罪論（上），2006 年 11 月修訂 5 版，頁 475。

⁴⁶ 甘添貴，刑法各論（上），2014 年 8 月修訂 4 版，頁 333。



第一目 學說見解

壹、本質上之竊盜罪說

此說認為，除了機器不會陷於錯誤之外，行為人利用機器、電腦而取得財物或利益之行為，亦不該當詐欺罪中最重要的「(被害人)財產處分」之要件，且此一要件正好就是劃分刑法第 339 條詐欺罪與刑法第 320 條竊盜罪之界線，故向機器施以詐術而取得財物或利益之行為，本質上應屬未經他人同意而破壞持有之竊盜。申言之，機器因行為人之不當操作，進而吐出放置在機器內之財物，並使行為人取得，此並非是基於機器設置者的意思所為之交付行為，故既然沒有交付之行為，那麼就只能回頭討論刑法第 320 條之竊盜罪⁴⁷。

依此，刑法第 339 條之 1 第 1 項以及第 339 條之 2 第 1 項之「取財」罪名，本質上應屬刑法第 320 條竊盜罪之特別規定；換句話說，此類犯行本來就可以竊盜罪論處，只是因為犯罪情節以及對於財產法益之侵害通常較輕微，故特設減輕處罰之規定；至於，刑法第 339 條之 1 第 2 項、第 339 條之 2 第 2 項，以及第 339 條之 3 之規定，則是為填補竊盜罪不處罰「得利」情形之漏洞而設，且刑法第 339 條之 3 理論上應該不會出現取得財物之情形，在此仍分設取財罪(第 1 項)及得利(第 2 項)罪，似屬立法錯誤。

貳、類似詐欺罪說

不同於上述學說，此處另有見解認為，機器的設置者並非自始欠缺移轉財物或利益之意思，而與未經同意之竊盜情形有異，嚴格來說，機器設置者是「附條件地同意」他人利用機器取得放置於機器內之財物(或機器所提供之利益)，故

⁴⁷ 張麗卿，機器與詐欺，收於：新刑法探索，2008 年 6 月，頁 329-330。林東茂，刑法綜覽，2016 年 3 月 8 版修訂版，頁 2-158。黃榮堅，刑法增修後的電腦犯罪問題，收於：刑罰的極限，1999 年 4 月，頁 301-344。李茂生，資本、資訊與電腦犯罪，收於：權力、主體與刑事法，1998 年 5 月，頁 227-230。此外，亦有學說見解認為，刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3 同時具有竊盜罪及詐欺罪之性質；蔡蕙芳，刑法第三三九條之一不正利用收費設備取財得利罪之適用問題，月旦法學雜誌，138 期，2006 年 11 月，頁 236-238。

仍可該當詐欺罪所需具備之「財產處分」要件⁴⁸；依此，立法者之所以另外設立刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3，確實就只是因為很難說機器會因詐術而陷於錯誤，故除了將「施以詐術使陷於錯誤」之行為代換為「不正使用機器設備」或「將虛偽資料或不正指令輸入電腦」之外，其他上開罪名之構成要件，皆仍應比照詐欺罪而論⁴⁹。

第二目 學說之評析與檢討

壹、不同於竊盜罪之類似詐欺罪

在此，本文認為，此類利用機器設備或電腦程式設計上之缺漏，並進而取得財物或利益之現代化犯罪行為，雖然確實有異於傳統對「人」施以詐術而使之陷於錯誤的詐欺罪，惟仍是與竊盜罪完全不同的財產犯罪類型。誠如第一節所述，詐欺罪與竊盜罪之間最主要的差異即在於，此二項犯罪用以侵害財產支配自由的手段類型截然不同，且連帶地也就呈現出兩種完全不同的犯罪構造；申言之，竊盜罪只是單純在「未經他人同意」之情況下，破壞他人對於財物之持有，而詐欺罪則是行為人自行以詐術使被害人處於無法為真摯同意之狀態，並因此促成被害人為財產處分之行為，故後者應該可以說是已經相當接近於妨害他人（現實上）顯在意思自由的「違反他人意願」之類型，而非僅止於侵害他人潛在意思自由的「未得他人同意」⁵⁰。

是以，在行為人利用機器設備或電腦程式設計上之缺漏，並進而取得財物或利益之情形，也同樣是有自行製造出一個情境，使機器作出「因使用者有按照正常程序操作機器設備，故必須要吐出財物或提供財產上利益」之判斷，此即與竊盜罪之行為人並未製造錯誤狀態，而僅是單純利用他人的「沒有同意」並因此取

⁴⁸ 黃常仁，「困頓新法」--論刑法第三三九條之一、第三三九條之二與第三三九條之三，台灣本土法學雜誌，27 期，2001 年 10 月，頁 8。

⁴⁹ 林幹人「電子計算機使用詐欺罪の新動向」『判例刑法』327-328 頁（2011 年）。

⁵⁰ 不同見解：薛智仁，網路釣魚的刑事責任，東吳法律學報，24 卷 3 期，2013 年 1 月，頁 165-167。

得財物之情形有所差異⁵¹。依此，刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3 即應是與詐欺罪屬於相同類型的財產犯罪，雖然行為人所製造的「使對象以為有意願或必須交付財物（或財產上利益）」之情境，以及製造此一情境之方式，因為對象間之差異（人、機器）而變化出不同的樣貌，但除此之外，其等仍應具有相同的犯罪結構，故在討論上開罪名的構成要件時，即應傾向與詐欺罪作同一解釋，並與竊盜罪作適當的切割⁵²。

貳、其他相關問題之說明

首先，如上所述，若著眼於刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3（以下皆統稱為「類似詐欺罪」）有與刑法第 339 條之詐欺罪相同之犯罪結構，則在行為人並沒有自行製造錯誤情境，亦即並未使機器或電腦作出「必須吐出財物或提供利益」之判斷時，即應不能以類似詐欺罪論處，例如行為人直接以外力破壞機器設備，並逕自取走放置於其內之財物，亦或以磁力或電力損壞機器內部之零件，使機器設備喪失防衛功能等行為，皆應論以竊盜罪。

其次，類似詐欺罪與普通詐欺罪間最大的差別即在於，在類似詐欺罪之情形，從機器或電腦做出（對於機器設置者而言）錯誤之判斷，一直到行為人因此取得財物，其間全程即必須都沒有人為的介入，而使得被害人的財產損害是由機器或電腦自行運作之後所導致的結果；因此，若在這過程中有其他人介入，並依據機器或電腦所顯示的處理結果，將財物交給行為人，則應直接討論普通詐欺罪，而並無再適用類似詐欺罪之餘地⁵³。舉例而言，甲對電子遊戲機動手腳，並使機台的螢幕顯示甲獲得相當高的分數，之後甲再請店員為該機台進行「分數歸零（洗

⁵¹ 此外，若認為刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3 在本質上為竊盜罪，可能也會沒有辦法解釋為什麼在上開罪名取得利益之情形，並不是按照竊盜罪之原理不罰，而是以填補漏洞之名再另外增設第 2 項之得利罪？

⁵² 依此，本文認為，就算刑法第 339 條之 1 及第 339 條之 2 沒有處罰未遂犯之規定，本來也就不能再回歸適用竊盜未遂罪，故若是以「上開罪名之未遂犯可能會因適用竊盜未遂罪而有導致罪刑不均衡之情形」，作為增訂收費（付款）設備詐欺未遂罪之理由，即非妥適。

⁵³ 林幹人，前揭註 49，332-335 頁。

分)」的動作，以此換取對價之獎金⁵⁴，此時，即由於甲取得財物即非是由機器或電腦全程運作而產生之結果，故應直接討論對店員構成詐欺取財罪，而非成立刑法第 339 條之 1 的收費設備詐欺取財罪⁵⁵。不過，在某些可能有人為及機器進行「雙重確認」之情形，例如甲將偽造的停車幣投入停車場出口的閘門機器內，使閘門開啟，且一旁的保全也因此誤以為甲已按規定付費而有出場之權限，此時，仍可能會發生普通詐欺罪與類似詐欺罪競合的問題⁵⁶。

第二款 類似詐欺罪各罪名間之關係

承上所述，若認為類似詐欺罪只是刑法第 339 條詐欺罪的一種特殊行為類型，則下一步會面臨的問題就是，類似詐欺罪與普通詐欺罪間，以及類似詐欺罪各罪名之間的刑度差異何來？在此，可能會有兩種不同的解釋路徑；第一，以刑法第 339 條之 3 的電腦詐欺罪為此行為類型之基本規定，若此，刑法第 339 條之 1 以及刑法第 339 條之 2 則是立法者基於行為情狀及財產損害較輕微之考量，而設之特別減輕規定，如此一來，所謂的自動收費設備以及自動付款設備之認定，即亦應朝此一方向解釋，而只有在系爭行為客體在解釋上無法受上述二者所涵蓋之情形下，才有討論刑法第 339 條之 3 的空間，不過，雖然這可能比較符合立法者的原意，惟如此解釋就會面臨為何刑法第 339 條之 3 的刑度甚至比普通詐欺罪要高的問題⁵⁷。

第二，刑法第 339 條之 3 其實是類似詐欺罪的加重處罰規定，該罪除了保護個人的財產法益之外，亦同時混有保護電子金融制度之社會法益之性質，因此刑度甚至高於刑法第 339 條之普通詐欺罪⁵⁸；不過，這樣的解釋路徑，反而會使得

⁵⁴ 士林地方法院 84 年易字第 2184 號刑事判決。

⁵⁵ 惟若甲是用同樣的方法，自電子遊戲機取得代幣或彩票，再持之向櫃台換取獎金，則由於代幣或彩票本身即具有經濟價值，故即應認為甲取得財物（代幣或彩票）是直接因電子遊戲機之運作所致，而成立收費設備詐欺取財罪。可參照高雄地方法院 92 年易字第 883 號刑事判決。

⁵⁶ 蔡蕙芳，電腦詐欺犯罪：第一講—不正利用收費設備取財得利罪，月旦法學教室，44 期，2006 年 6 月，頁 72-73。

⁵⁷ 像是日本刑法第 246 條之 2（電腦詐欺罪）的刑度，即與刑法第 246 條（普通詐欺罪）相同，都是 10 年以下有期徒刑。

⁵⁸ 類似見解：甘添貴，虛擬遊戲與盜取寶物，台灣本土法學雜誌，50 期，2003 年 9 月，頁

類似詐欺罪產生規範漏洞，意即，當行為對象並非刑法第 339 條之 1 或第 339 條之 2 的客體，惟系爭行為又不至危及電子金融制度時，即可能會面臨不知道究竟應適用何一罪名的難題。依此，本文認為，最終較為合理的解釋仍應是，刑法第 339 條之 3 的電腦詐欺罪是為類似詐欺罪的基本規定，其只是因為本身具有電腦犯罪之性質，而在造成個人財產法益的損害額上，通常甚至會高於普通詐欺罪，故有較高的法定刑⁵⁹。

至於，刑法第 339 條之 2 與第 339 條之 1 的區別，亦即自動付款設備與自動收費設備之差異，則應以機器所給付之財物或財產上利益是「基於通過身分認證而給付」，抑或只是「收費的對價」來加以區分⁶⁰，且由於需透過身分認證機制而取得之財物，通常價值也會較經由直接付費而取得之對價財物來得高，因此，刑法第 339 條之 2 自動付款設備詐欺罪的刑度，自然也就比刑法第 339 條之 1 自動收費設備詐欺罪之刑度還要高一些。

第三項 案例分析

第一款 有關「不正方法」之解釋

第一目 相關學說見解

有關刑法第 339 條之 1 及第 339 條之 2 所指之「不正方法」，學說上對此之解釋亦有所分歧，主要可分為處分人主觀意思說、設備使用規則說，以及類似詐欺說等三種不同的見解。處分人主觀意思說認為，只要行為人使用機器設備的方式，不符合機器設置者之期待，即屬本罪所指之「不正方法」⁶¹，依此，不論是盜用他人之提款卡，或是利用機器故障溢額提款之行為，皆可成立本罪，而此說

182。

⁵⁹ 不過，本文還是建議，在立法論上，似應比照日本刑法，而將第 339 條之 3 電腦詐欺罪的刑度，調整至與普通詐欺罪相同，較為妥適。

⁶⁰ 許恆達，電腦詐欺與不正方法，政大法學評論，140 期，2015 年 3 月，頁 124-128。

⁶¹ 盧映潔，不拿白不拿？，月旦法學教室，77 期，2009 年 3 月，頁 25。

也正好與最高法院 94 年台上字第 4023 號刑事判決以來的實務穩定見解相呼應。

設備使用規則說則是認為，機器設置者既然設置機器設備供人使用，自應擬制其已同意所有客觀上合於一般使用規則之使用方式，換言之，行為人是否不正使用機器設備，不應任由設置者獨斷，而必須綜合考量社會大眾對此之認知⁶²。是以，採此說立場者基本上皆會認為，只要行為人所持有的是真正的卡片，而非自行偽造，即已符合提款機的使用規則，故不論是盜用他人之提款卡，亦或利用機器故障溢額提款之行為，皆不構成本罪。

最後，類似詐欺說認為，基於本罪在犯罪流程上與詐欺罪之相似性，故可借用詐欺罪的檢驗方式，亦即，假設將自動提款機替換成銀行職員，行為人出示卡片之行為，是否算是施以詐術而使行員陷於錯誤？不過，在行為人盜用他人提款卡之情形，同樣採此說者亦存有不同之見解，有認為由於此時行為人所使用的仍為真正的提款卡，故銀行就算放款，亦非是須受到歸責之一方；因此，事實上銀行根本就不會在意真正提款卡背後的使用人為何人，就算其誤以為使用者為真正的持卡人而非盜用人，也不會有陷於錯誤的問題，相對地，只有偽造或變造提款卡，才算是會使銀行陷於錯誤之詐術行為，在類似詐欺說下，也才會該當刑法第 339 條之 2 的「不正方法」⁶³。然而，亦有認為，既然提款時除了要使用提款卡之外，還另外要求必須輸入理論上只有本人才知道的提款卡密碼，可見在此一交易項目上，「人別認證」受到相當高度的重視，故若將自動櫃員機替換為行員，則行為人將他人的卡片當作是自己的卡片出示，即是對行員施以詐術而使之陷於錯誤；因此，在類似詐欺說下，行為人此一利用技術上無法突破之瓶頸（自動櫃員機無法辨識授權與否），盜用他人提款卡之行為，自應屬刑法第 339 條之 2 的「不正方法」，而可成立該罪⁶⁴。

⁶² 黃榮堅，同註 47，頁 318-319。

⁶³ 蔡聖偉，論盜用他人提款卡的刑事責任，月旦法學雜誌，144 期，2007 年 5 月，頁 24-25。

⁶⁴ 許恒達，同註 60，頁 132-134。

第二目 學說之分析與檢討

既然本文在定位刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3 時，是認為其等與普通詐欺罪具有相同的犯罪構造而屬於同一財產犯罪類型，則在此自然也是同樣認為類似詐欺說較為可採⁶⁵；亦即，將自動櫃員機替換為銀行行員，若是行為人之行為可被認定為對銀行行員施以詐術而使之陷於錯誤，則同樣也會該當刑法第 339 條之 2 的「不正方法」，而得以該罪論處。雖然反對此說者有認為，類似詐欺說的標準並不明確⁶⁶，惟此即應是詐欺罪之「欺罔行為」或「陷於錯誤」要素本身標準較為複雜的問題，此說所強調的就只是要比照上揭要素來認定此處的「不正方法」，就此，本文認為，即應屬對於「不正方法」較為合理之解釋⁶⁷。

依此，重點仍是在於，個案中行為人所欺瞞之事項，對於替換自動櫃員機的銀行行員而言，是否屬於在交易上可合理期待能夠獲知的重要事項，並可能使其因對此之誤認而陷於與財產法益有關之錯誤中。在【判決 1】之情形，正如學說所述，自動櫃員機因尚要求持卡人輸入理論上只有本人才會知道的提款卡密碼，而有高度的身分認證機制，且此亦為社會大眾所接受，由此可知，銀行並非僅能重視持卡人輸入自動櫃員機之密碼，或操作內容之真實性，其應亦可同樣重視輸

⁶⁵ 依此，對於刑法第 339 條之 1 以及第 339 條之 2 的「不正方法」之理解，應該會是一致的。至於，刑法第 339 條之 3 的「不正方法」，則應與承接在後的「將虛偽資料或不正指令輸入電腦或其相關設備」一同理解；不過，基本上與刑法第 339 條之 1 以及第 339 條之 2 的「不正方法」間，仍沒有太大的差異，只是，要特別強調的是，此處所謂的「輸入虛偽資料」，並非是指涉無權輸入帳號密碼等行為，而是指冒用他人名義，在處理紀錄的硬碟中，偽造電磁紀錄之行為，例如盜用他人之遊戲帳號，並冒用他人的名義，在遊戲公司的硬碟中，偽造移轉寶物的電磁紀錄。不同見解：許恒達，同註 60，頁 146-148。

⁶⁶ 蔡聖偉，同註 63，頁 24。

⁶⁷ 此外，其他有關處分人主觀意思說以及設備使用規則說的問題，簡要說明如下：

首先，若是採處分人主觀意思說，則將使得銀行的意思成為行為人成罪與否之關鍵，且此處銀行為了迴避損害及風險，很有可能就會無限擴張對於「不正方法」之認定，意圖把所有的責任都轉嫁到最終被判有罪的行為人身上，並非合理。再者，誠如第三章所述，本文認為，設備使用規則說與類似詐欺說所得出的結論，其實在大多數的情況下都會是一樣的，畢竟，系爭行為是否合於一般使用規則，以及是否會使被害人陷於與法益相關之錯誤，仍然會有一定程度的關聯；惟前者在判斷上，有時候可能還是會額外加入一些其他的社會因素，導致其與財產法益之保護產生偏差（例如行為人因弄丟提款，故自行偽造一張來用，則若是採設備使用規則說，可能就會因為系爭行為並不符合一般所認同合理使用提款機之方式，而該當不正方法），故似仍以類似詐欺說較為可採。

入上揭資料之**名義**的真實性⁶⁸；再者，雖說在判斷行為人所欺瞞者是否為銀行在交易上可合理期待能夠獲知之事項時，亦須同時將機器設備的程式設計納入考量，不能完全將自動櫃員機轉化為銀行行員，不過，此處同樣也必須要同時考量技術上所無法突破的障礙，亦不能僅因為自動櫃員機無法分辨是否由持卡人親自提款，即一概否定盜用他人之提款卡為不正方法之可能性。因此，本文亦認為，盜用他人提款卡之行為，仍是屬對於交易上重要事項之欺瞞，而會使（用以代換自動櫃員機的）銀行行員陷於與財產法益有關之錯誤中⁶⁹，應該當「不正方法」，而可成立刑法第 339 條之 2 的自動付款設備詐欺罪⁷⁰。

不過，在【判決 2】中，由於對於用以代換自動櫃員機的銀行職員來說，在行為人有「越權」而溢額提領之情形，既然已經可以確保帳戶所有人與行為人之間存在著「授權」與「被授權」的法律關係，則銀行似乎即沒有必要再介入授權人與被授權人的糾紛中⁷¹，故其所在意的應該就只限於行為人「有權」或「（完全未經授權的）無權」使用而已，在此並不能算是有陷於錯誤；因此，系爭行為亦不該當「不正方法」，而不會成立自動付款設備詐欺罪⁷²。只是，在行為人越權提領現鈔之情形，由於銀行仍然只有將現鈔移轉給真正持卡人意思，行為人對此並不具有所有權，故還是有可能會對持卡人（授權人）成立易持有為所有之侵占

⁶⁸ 內田幸隆「人はだませてもワタシはだまされない—電子計算機使用詐欺罪をめぐる諸問題」法学セナミ—738 期 106-108 頁（2016 年）。且就主觀面而言，銀行為了維護客戶（帳戶所有人）的權益，應該也很難說真的完全不在乎提款卡是否有遭到盜用。

⁶⁹ 佐伯仁志「詐欺罪（1）」法学教室 372 期 108-109 頁（2011 年）。渡邊卓也「電子計算機使用詐欺罪における『虚偽』性の判断」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝壽論文集』377 頁（2015 年）。

⁷⁰ 不過，若是公共電話，或影印機等收費設備，則由於並無身分認證機制，因此，盜用他人之電話卡、影印卡之行為，即不能算是刑法第 339 條之 1 的不正方法，而不成立該罪。雖有學說見解認為，刑法第 339 條之 1 以及第 339 條之 2 的「不正方法」應作同一解釋，不能割裂而一方面認為盜用他人之提款卡該當「不正方法」，另一方面又認為拿偷來的錢去投自動販賣機不該當，蔡聖偉，同註 63，頁 29-31；黃榮堅，電腦的心事，月旦法學雜誌，37 期，1998 年 6 月，頁 20-21。惟本文認為，確實刑法第 339 條之 1 與第 339 條之 2 的「不正方法」在解釋上要有一致性，然而，在認定「不正方法」的背後，有關交易上重要事項之判斷，本來就會有因為機器設備的設置目的而產生不同的結論，並不能執此即認為對於「不正方法」之解釋不一貫。

⁷¹ 換句話說，帳戶所有人應自行承擔授權他人提款所可能發生的風險，並自己處理其與被授權人之間內部關係的問題，這已經超出銀行「維護客戶權益」的責任範圍了。

⁷² 不同見解，許恒達，註 58，頁 138。

罪⁷³。

最後，【判決 3】的行為流程，其實即類似於在普通詐欺罪中學說上經常討論到的「找錯錢案」，故若按照類似詐欺說，則系爭行為是否會該當「不正方法」的重點即在於，行為人的不作為(溢額提領而未告知銀行)是否有違反告知義務？至此，實務見解的論罪過程尚屬可採。不過，本文認為，本案仍不能與「找錯錢案」同一而論，原因在於，銀行與用戶人(持卡人)並非是典型對等的買賣交易關係，事實上，可以說銀行是在利用自動提款機提供用戶存錢以及領錢的服務，以此營利，故銀行自然應自行承擔機器損壞以及需維修機器之風險，並不能再將此風險任意轉嫁至用戶人身上，而無條件地課予其告知義務⁷⁴。因此，若將提款機代換成銀行職員，行為人既仍因欠缺保證人地位而不該當不作為之欺罔行為，則亦不能該當自動付款設備詐欺罪之「不正方法」⁷⁵。

第二款 有關行為客體之認定

承【第四章 第二節 第二項 第二款 類似詐欺罪各罪名間之關係】所述，若按照本文的見解，亦即以刑法第 339 條之 3 的電腦詐欺罪為基本規定，且基於行為情狀以及財產損害額通常較輕微之原因，而將刑法第 339 條之 1 的自動收費設備詐欺罪以及第 339 條之 2 的自動付款設備詐欺罪定位為電腦詐欺罪的特殊減輕規定，則在認定類似詐欺罪的行為客體以選擇所應適用之罪名時，即亦似應將此一分設罪名之理由納入考量。

⁷³ 基本上，就是因為持卡人有請託行為人代為提款，才會把密碼告訴行為人；不過，若在特殊情況下，持卡人只要求行為人代為「保管」卡片，惟行為人是因其他原因而得知帳號密碼，自行提領現金，則當然還是屬於「無權」之情形，自應成立刑法第 339 條之 2 的自動付款設備詐欺罪。可參照：台灣高等法院 98 年上易字第 1159 號刑事判決。

⁷⁴ 相同結論：李聖傑，溢領借款之詐欺—評台北地院 92 年自字第 17 號判決，月旦法學雜誌，120 期，2005 年 5 月，頁 228。相對地，本文則傾向認為，在「找錯錢案」中之行為人即應負有告知義務。

⁷⁵ 此外，在行為人根本欠缺溢額提領之故意之情形下(通常是第一次的提款行為)，即由於行為人是先取得自動櫃員機所吐出的現鈔，才有不作為詐欺之行為，並不符合詐欺罪的定式因果關係，故甚至沒有必要討論行為人是否負有告知義務，自不成立本罪。不過，此處仍有採處分人主觀意思說之學者認為，由於此時溢額之款項並非是基於銀行之意願而移轉，故行為人仍可能該當刑法第 337 條之侵占遺失物罪。盧映潔，同註 61，頁 25。

簡單來說，雖然曾經財產是存在於現實世界中或虛擬的金融世界中，可能會是影響其價額高低之「常態」的關鍵因素⁷⁶，惟於網路平台交易發達的現代，這種「實體」與「虛擬」的差異，其實早就已經與財產價值高低的常態沒有太大的關聯，因此，在解釋上，即不應再將刑法第 339 條之 1 的「自動收費設備」與刑法第 339 條之 2 的「自動付款設備」限縮於有實體的機器設備，更應包含像是遊戲點數加值網頁或是網路銀行等虛擬的收費或付款設備，始較符合此等罪名作為類似詐欺罪中的特殊減輕規定之定位；換言之，刑法第 339 條之 1、第 339 條之 2 與刑法第 339 條之 3 之行為客體的差異，其實就是在於，前者在性質上為日常生活中較被頻繁使用的交易設備，故在財產損害額方面，通常並不會像駭客直接侵入銀行的主機系統更改帳戶紀錄般如此巨大。

惟另一方面，有鑑於電子貨幣（信用卡、儲值卡，甚至付款 APP 等）之崛起，並在使用率上逐漸取代傳統貨幣（鈔票或硬幣），因此，其實現在很容易就會碰到同時具有身分認證功能以及收費性質的機器設備，在【判決 4】中的自助加油機，即是一個典型的例子，而此亦可能造成在類似詐欺罪之罪名適用上的困擾。本文認為，首先，在【判決 4】之情形，由於行為人不正使用他人信用卡之行為，並非是針對自助加油機的收費功能（加油站最終仍有取得發卡銀行所墊付的款項），故事實上應不符合立法者當時所預設的刑法第 339 條之 1 自動收費設備詐欺罪的行為態樣；其次，雖然系爭行為等於是干擾自助加油機的身分認證機制，以此取得發卡銀行代付款項給加油站的財產上利益，惟此應同樣與立法者所預設的刑法第 339 條之 2 自動付款設備詐欺罪的行為態樣有所差異，簡言之，所謂的「自動『付款』設備」，應該要限於能夠「直接」使操作者自機器本身取得款項（自動櫃員機）或是等同於該筆款項的財產上利益（匯款功能）者，而難謂得涵蓋藉由代付款項給特約商店的方式，並「間接」使操作者取得財產上利益的第三方支付設備。

依此，【判決 4】中的行為人，大概也就只能以類似詐欺罪之基本規定論處，

⁷⁶ 例如通常刷卡的金額會比付現還要高，匯款的金額會比直接提款還要高等。

亦即該當刑法第 339 條之 3 的電腦詐欺罪⁷⁷；不過，如上所述，行為人不正使用此類第三方支付設備之行為，其之行為情狀以及可能造成之財產損害額，事實上應該都還是較類似於不正使用自動櫃員機等自動付款設備之行為，故於立法論上，本文建議，往後立法者應可考慮在刑法第 339 條之 2 中再增列第三方支付設備詐欺罪之專項，以順應現代交易工具之躍進；此外，雖然使用此類機器設備通常並不需要輸入密碼，亦無簽帳單，惟由於代付款公司仍是以申請人本人的還款能力，作為是否發給信用卡或其他相關憑證的重要考量因素，故無權使用之行為，例如盜用他人之信用卡，或是擅自使用他人手機的付款 APP，自仍應屬針對交易上重要事項之欺瞞，並會使（用以代換機器設備的）代付款公司的職員陷於與財產法益有關之錯誤中，而同樣可該當「不正方法」⁷⁸。

最後，在【判決 5】之情形，行為人盜刷他人之信用卡，在手機之購物 APP 上購買點數或遊戲 APP 等，如前文所述，由於自行為人輸入所盜用的信用卡的卡號及有效期限，直至其從購物 APP 取得所購買的商品為止，其間全程皆是由電腦程式自行運作，並未經過其他人為的審核或確認，故自無適用刑法第 339 條第 2 項詐欺得利罪之餘地，實務見解對於相關案例所適用之罪名，可以說是並未對應到現今刑法的版本而尚未更新，似非妥適；再者，本案之行為人雖然同樣也是以冒用真正持卡人名義之方式，取得發卡銀行替其墊付款項之利益，而屬針對身分認證機制的不正使用行為，惟如上所述，此仍與刑法第 339 條之 2 自動付款設備詐欺罪所預設的行為態樣有所差異，故在修法增訂針對第三方支付設備之相關規範之前，似乎就還是只能討論刑法第 339 條之 3 的電腦詐欺罪。

⁷⁷ 亦即，行為人在發卡銀行的紀錄硬碟中，冒用真正持卡人的名義，偽造本應不存在的消費紀錄，故自應該當刑法第 339 條之 3 的「以不正方法將虛偽資料輸入電腦或相關設備」。

⁷⁸ 然而，應予區辨者為接受悠遊卡、電話卡、影印卡（儲值卡）等支付工具的相關設備，由於其並非是藉由身分認證機制，使第三方代操作者給付款項，而是直接扣取儲值額並給付相對應的財物或利益，故仍可直接歸類為自動收費設備，適用刑法第 339 條之 1，而無規範脫節的問題。

第四項 小結

首先，有關刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3 的定位，本文認為，此三項罪名在本質上並非是竊盜罪，而是與詐欺罪屬於同樣的財產犯罪類型，故除了手段行為因對象之差異，而有變化出不同的態樣之外，其餘要件皆應比照詐欺罪而論。再者，應以刑法第 339 條之 3 的電腦詐欺罪為類似詐欺罪的基本規定，至於刑法第 339 條之 1 以及第 339 條之 2，則是基於行為情狀以及所造成的財產損害額通常較輕微，而特設的減輕處罰規定。依此：

在【判決 1】之情形，實務見解認為，所謂「不正方法」，係泛指一切不正當之方法而言，並不以施用詐術為限，故行為人盜用他人提款卡之行為，自應成立刑法第 339 條之 2 的自動收費設備詐欺罪；本文於此之結論雖然與實務見解相同，惟卻是站在類似詐欺說的立場，並認為行為人冒用真正持卡人身分，是屬於對交易上重要事項之欺瞞，故若將自動櫃員機代換成銀行行員，即為對銀行行員施以詐術而使之陷於錯誤，應該當刑法第 339 條之 2 的「不正方法」，成立本罪。

在【判決 2】之情形，實務見解認為，行為人越權而溢額提領之行為，同樣該當刑法第 339 條之 2 的「不正方法」；惟本文認為，此處銀行所在意的應該就只有行為人是「有權」或「無權」使用而已，至於行為人是否有「越權」而溢額提領之情形，應不在審查事項之列，故不該當此處之不正方法，而不成立自動付款設備詐欺罪。

在【判決 3】之情形，實務見解依照存款帳戶約定書，並認為行為人利用機器故障溢額提款之行為，違反告知義務，而該當刑法第 339 條之 2 的「不正方法」；惟本文認為，此處行為人與銀行並非是立於典型對等的買賣交易關係，銀行應自行承擔機器損壞之風險，而不能再將此轉嫁予行為人，硬是課予其告知義務，故行為人因欠缺保證人地位而不構成不作為之欺罔行為，同樣不該當刑法第 339 條之 2 的「不正方法」，不成立本罪。

在【判決 4】之情形，實務見解認為，自助加油機是自動收費設備之一種，



故行為人盜用他人之信用卡加油之行為，應構成刑法第 339 條之 1 的自動收費設備詐欺罪；惟本文認為，由於此處不正使用之行為，並非是針對設備的收費機制，故不能以刑法第 339 條之 1 的自動收費設備詐欺罪論處，且行為人並非「直接」自設備取得等同於提領款項的財產上利益，而是藉由使銀行墊付款項而「間接」取得，故此類第三方支付設備，亦難謂是刑法第 339 條之 2 的自動付款設備，最終，只能討論刑法第 339 條之 3 的電腦詐欺罪。只是，基於分設刑法第 339 條之 2 以及第 339 條之 3 罪名之原理，在立法論上，本文建議，應順應現代交易工具之躍進，再增訂刑法第 339 條之 2 第 3 項之第三方支付設備詐欺罪（未遂犯則移至第 4 項）。

在【判決 5】之情形，實務見解則是認為，行為人盜用他人之信用卡，在手機的購物 APP 購買點數或遊戲 APP 之行為，應是構成刑法第 339 條第 2 項的詐欺得利罪；惟本文認為，自行為人盜刷信用卡，直至其從購物 APP 取得所購買的商品為止，其間全程皆是由電腦程式自行運作，並未經過其他人為的審核或確認，故並無適用普通詐欺罪之餘地，而應如【判決 4】，在修法增訂第三方支付設備詐欺罪之前，以刑法第 339 條之 3 的電腦詐欺罪論處。

綜上所述，現行刑法對於財產犯罪之規範，似乎又再度不足以應付一些較為「現代化」的犯罪態樣；況且，我國實務見解甚至還更落後於條文本身，幾乎無法與此類新興的電腦詐欺犯罪順利接軌，尤其在類似詐欺罪行為客體的劃分上，皆少有著墨；隨著未來科技越來越發達，社會上的交易方式也只會越來越多樣化，若相關法規與實務見解不能與時俱進，則遲早會在更加複雜的電腦犯罪態樣中迷失方向，對此應有所警惕。



第五章 結論



第一節 財產支配關係觀點下的詐欺罪

雖然小時候常常聽說人與人之間最重要的就是信任，一直到長大後才發現，相較於信任，現實中往往寄棲於人際關係間的反而是欺騙與隱瞞；然而，在謊言必然不可能消失於這人世間，甚至已然成為一種大家默認的「溝通方式」時，或許即更應該要深思：值得動用刑法加以處罰的「詐欺」究竟為何？單純的說謊自然是不能成為刑法所要處罰的對象，而仍必須有具體地侵害到他人值得由刑法加以保護的利益，而且，此處應可毫無顧忌地認為，僅僅只是造成他人內心產生不好（不舒服）的感受，絕對稱不上是刑法值得保護的利益。

話雖如此，刑法分則中與欺騙有關的罪名仍已不勝枚舉，甚至若是再加上間接正犯的概念，要使他人因欺騙的行為而成立刑事責任，其實也不算是太過困難的事情。然而，單就刑法第 339 條之詐欺罪而言，詐欺罪的保護法益即為財產法益，而有關財產法益的內涵，本文在第貳章即先行介紹以「(作為客體的)財產」以及依此所生的「財產損害」概念為核心的向來學說見解，並且對此提出質疑，也就是在這樣的觀點下的財產概念可能過於重視財產的客觀經濟價值（交換價值），或者在反過來想要重新納入主觀價值時，亦可能與自身所立基的架構產生矛盾；進而引進新的重視個人與財產之間的關係的財產概念學說，亦即，應可將財產法益定位為個人對於財產的支配關係或者支配自由¹。只是，若是要將財產法益或者財產支配關係也視為一種自由，則就必須又要再劃清一般行為自由與支配財產自由之間的界線；在此，本文首先認為，自然不能再回過頭一概以對於「客觀經濟價值」的支配來限縮財產支配自由，這終究也只不過是支配財產的其中一種方式而已，尤其是在財產已經「物質化」的情況下，當然也是有可能跳過財產的客觀經濟價值（交換價值），直接使用財產以達到實現自我的目的；依此，似

¹ 以下可見【第二章 財產法益與詐欺罪之保護法益】。

又可將財產區分為「有形的財物」以及「無形的財產上利益」，並各自比較與一般行為自由之間的差異。

在有形財物方面，不再強調財物的客觀經濟價值，而是直接將重心移轉至主觀上使用價值的保護，或許才是比較妥適的作法；而且，單純就支配客體可脫離於個人而為一個有形的存在之特性，應該也已經足以與一般行為自由有所區別。不過，既然仍是對於自由的保護，則當然就不可能毫不設限，故財產罪所保護的財物支配關係，自然也應該以「合理的」財物支配關係為限；在此，主要又可分為兩個不同的討論面向，其一，就支配客體而言，本文認為，雖然並不強調透過支配財物所獲得之利益一定要置身於民事法權利體系下才算是合理，惟為避免財產犯罪成為危險犯，至少也應該是要在事後裁判基準下被認為是可合理保有的利益，才能夠納入保護範圍，再者，就支配方式而言，當財物持有人已經有將財物用以交換的強烈的外顯行為時，即不能再奢求僅存在於自身內心的其他交換動機、目的受到刑法的保護，又既然財物持有人已選擇使用財物的交換價值，則刑法當然也不可能保證其皆可換得自己想要的東西，此時，至少即應限於交換目標是一般交易市場上可合理期待換得者，始可謂此為值得受到刑法保護的合理的財物支配方式。至於，在無形的財產上利益方面，由於並不若財物具有形體，故即只能將此一類型的財產法益限於，是對無形的財產上利益背後的**客觀經濟價值**的支配，並以此來劃分其與一般行為自由之間的區別；然而，既曰「利益」，則於現今資本主義至上的社會中，即很難說有完全不具有客觀經濟價值的利益，尤其是不同於以往典型的具有「可移轉性」的利益，在支配客體是具有「可複製性」、「可分享性」之利益之情形，應如何劃分其與一般行為自由之間的界線，即非易事。在此，本文認為，由於無形的利益與有形的財物在性質上本來就不同，故就破壞支配的態樣而言，應該也沒有必要再執著於同樣都要求要有所謂的「移轉性」之要件，故此處的重點即在於，行為人是否有侵害他人對於無形利益背後的「客觀經濟價值」的支配關係？在此，即應於行為人自被害人處獲得這種可複製性的利益時，除了被害人主觀上有將此視為具有客觀經濟價值之利益之外，客觀上也應該是可合理期待能夠獲得對價給付之情形，始得以彰顯此為無形的財產上利益。

而在處理完財產支配自由與一般行為自由之間應如何區辨之後，剩下的問題大概就是，財產罪與一般妨害自由罪名之間的刑度差異何來？在此，本文認為，若是仍將財產罪定位為純粹保護個人法益的罪名，則似乎就只能歸咎於這樣的支配「工具（＝身外之物之財產）」以實現自我的方式，較單憑個人的行為舉止所能成就之範圍更為廣泛。以此為基礎，同樣是保護財產支配自由的詐欺罪，似乎也就沒有必要再將所謂的「整體財產減損」當作是不成文構成要件，重點反而應該是在於被害人的自由是否真的受到侵害，以及其所受到侵害的是否為值得由刑法加以保護的自由？而這個問題，即應由在詐欺罪中的「施以詐術」以及「陷於錯誤」這兩項構成要件負責接手。

有關詐欺罪中「施以詐術」以及「陷於錯誤」這兩項構成要件的解釋問題，本文則是置於第參章論述，且在處理詐欺罪被害人陷於錯誤的範圍之前，即不得論及作為上位概念的在總論中的被害人同意理論，亦即，若是被害人同意處分法益是基於行為人的欺罔行為而陷於錯誤所致，則此時應如何判斷同意的有效性²？在此，學說上雖然也有立基於主觀觀點的重要錯誤說、主觀的意思自由喪失說等，惟近代所發展的學說見解，大多都還是圍繞著從客觀、規範的觀點出發的法益關係錯誤說；自 1970 年代由 Arzt 所提出的法益關係錯誤說啟程，一路歷經由 Roxin 在 1980 年代所提出的幾乎又成為當時的主流見解的規範的自律性說，以及同為德國學者 Jakobs 所提出的極具啟發性的間接正犯原理說，再至最近日本學說上對於上述見解所提出的種種修正，包括將對於法益「保護必要性」之誤認亦納入法益關係錯誤之範圍、以法律上重要性取代以往被視為鐵則的法益關係性，甚至從根本推翻將法益處分自由之保護放在第二順位的法益關係錯誤說的核心觀點等，在綜覽這些堪稱已（或足以）名留青史的學說見解之後，本文亦提出些許看法，亦即，首先在保護被害人的意思自由時，終究仍不可能獨厚被害人的主觀想法而沒有任何的客觀限制，而這樣的客觀限制，大致又可區分為兩個互有關聯卻又不盡相同的面向，其一，即各項罪名構成要件守備範圍之分配，簡單來

² 以下可見【第三章 詐欺罪的「施以詐術」與「陷於錯誤」—重新探討應用於詐欺罪的法益關係錯誤論】。

說，不同種類的自由應隸屬於不同的罪名而受到保護，故若是在檢討該項罪名時隨意觸碰它項罪名所保護的自由，則最終可能將使得所有的個人法益皆一同淪為只是對於無法區分的普遍性自由之保護。

再者，各項保護法益本身的範圍，在客觀上也應該要有合理的限制，絕非無邊無際；依此，本文又初步地將其劃分為對於「消極處分自由」以及「積極處分自由」之保護。首先，對於消極處分自由之保護，由於被害人只是單純的保有法益，故此應是屬於刑法對其最基本的保護，原則上除了有阻卻違法事由之外，任何對於保護法益的消極處分自由之侵害都應該是不被允許的，尤其，在使被害人陷於緊急情況之錯誤的情形，事實上被害人的意思自由並不是在積極處分法益的交換過程中受到干擾，而是在此之前，在選擇放棄保有法益時即已受到壓制，且此即應歸咎於行為人使被害人陷於二選一的困境中，故仍應被歸類為對於消極處分自由之侵害，較為妥適；是以，既然此一錯誤類型是對於刑法最基本要保護的法益之侵害，對於被害人陷於錯誤之認定，即不應摻雜過多的限制，而必須回歸判斷被害人的意思自由是否有受到壓制，在此，有別於學說上以法益衡量為基準，本文則是認為，只要被害人以為所要保全的利益是一個具體、明確且合法的利益即可。其次，對於積極處分自由之保護，由於法益主體使用法益的方式存在著無限多種的可能性，故刑法自然不可能全部都納入保護範圍，否則無疑是表明法益主體可以藉由支配法益為所欲為；不過，以被害人仍具有民事法上的履約請求權為由，進而完全否定刑法對於交換自由的保護，同樣也應該是不合理的；在此，即應結合刑法分則中各該罪名保護法益的內涵以及風險承擔的共通概念，以劃定刑法對於法益的積極處分自由的保護範圍，舉例來說，當被害人是要用法益去換取將來極不明確的利益回收時（如以刺青換取真愛），即不能再強求刑法對此提供任何擔保，故被害人是否對於此一預期利益有所誤認，也將不再是刑法所關切的重點，相反地，在法益主體將博愛目的當作是交換對象時，由於刑法不能一方面要求人民保有以人溺己溺的情操以維持社會結構，另一方面又將奉獻社會的風險全部轉嫁予人民，故對於利用這樣的方式以達成侵害他人之目的之行為人，即仍有動用刑法加以處罰之必要。

將上述的被害人同意之理論套用於詐欺罪，並結合在第貳章曾論及的財產法益之內涵，則於財產持有人已經決定要將財產用以交換之情形下，由於財產持有人在此所重視的「客觀經濟價值」具有僅能容身於交易市場中的特性，故詐欺罪應該也就不能夠再為那些不存在於交易市場中的交換方式提供任何的擔保，依此，也就只有在對於客觀上可合理期待換取之事物有所誤認時，才能夠該當詐欺罪的「陷於錯誤」。然而，另一方面，詐欺罪應該也不是只有保護客觀經濟價值的支配關係，如上所述，如果行為人在這之前就已經封鎖了被害人單純保有財產的選項，亦即，使其陷於二選一的困境中，則就應該是屬於侵害財產法益的消極處分自由，當然也同樣會該當詐欺罪的「陷於錯誤」。至於，有關施以詐術以及陷於錯誤之間的關聯的問題，本文則是認為，雖然詐術行為是構成要件行為，惟基於妨害自由手段的特殊性，此處仍不應以一般人基準為限，而終究還是只能將此定義為一個足以使他人陷於錯誤之行為。

最後，本文在第肆章處理詐欺罪、竊盜罪與電腦詐欺罪定位的問題，而這也就牽涉到詐欺罪的另外一項構成要件—被害人的「財產處分」行為³。在此，本文認為，詐欺罪與竊盜罪都是在保護個人對於財產的支配關係，故其間之差異性仍應回歸至侵害手段（行為態樣）上；然而，由於詐欺罪中被害人無法（真實地）表示同意或反對之狀態是源自於行為人故意的欺罔行為，故事實上已經相當接近於直接壓制被害人的意思自由的「違反他人同意」的類型，而與以「未得他人同意」為妨害自由手段的竊盜罪完全不同，並非只是竊盜罪之間接正犯明文化之規定。依此，「財產處分」要件作為區分這兩種不同類型的罪名之關鍵，即必須可以排除行為人在被害人陷於錯誤之後又再介入其他的不法行為之情形；從這點來看，雖然在詐欺取財罪中，行為人的詐術行為直接產生被害人有交付財物的意思，應是唯一個可能藉此取得財物的路徑，惟於詐欺得利罪之情形，基於無形的財產上利益之特性，似乎即沒有必要再同樣以處分意識來排除行為人後續行為之介入。

從上述竊盜罪與詐欺罪之間的差異性的觀點來看，由於在電腦詐欺罪中，行

³ 以下可見【第四章 詐欺罪的「財產處分」行為—詐欺罪、竊盜罪與電腦詐欺罪之間的關係】。

為人同樣是先行製造一個情境（如利用程式設計上之缺漏），而使得設置機器的財產支配者在無法（真實地）表示同意或反對之情況下，由機器代為處分財產，故其應是屬與詐欺罪相同的財產犯罪類型。是以，有關在電腦詐欺罪中對於「不正方法」之解釋，自然也應該要比照詐欺罪的犯罪結構，而以採類似詐欺說較為妥適，並且，本文亦認為，從自動提款機皆要求輸入理論上只有本人才知道的密碼來看，提款人的身分是否與持卡人吻合，應該可以算是銀行在客觀上可合理期待得知的交易上重要事項，故盜用他人提款卡之行為，自仍應為侵害銀行「合理的」財產支配關係，而可成立刑法第 339 條之 2 的不正使用自動付款設備罪。至於，有關刑法第 339 條之 1 至第 339 條之 3 的罪名適用問題，其中最具爭議的不正使用第三方付費設備之情形，本文則是認為，由於此時並非是直接使操作者（行為人）自機器取得利益，故並不能以刑法第 339 條之 2 論處，最多只能轉而討論刑法第 339 條之 3，惟考量到此種犯罪手法與刑法第 339 條之 2 的相似性，或許往後可以考慮在該條文中增訂專項規範之。

第二節 緒論案例之分析

首先，就【案例一：直播拍賣案】而言，自第貳章所得出的結論觀之，此處的重點應是在於，被害人是否有因交付價金而使其對於價金的財物支配關係受到侵害，亦即應著重於對詐欺罪的「施以詐術」以及「陷於錯誤」的構成要件之判斷；至於，被害人是否受有整體財產損害，則非所問。依此，又由於在現今社會中，交易客體的「品牌」早已成為絕大部分人在交易時必定會關注的重要事項，甚至可以說能夠堪比對於醫生必須具有醫師執照、計程車司機必須具備駕照等人別、資格的要求，亦即，即便最終可以證明在客觀上品質皆相同，惟仍然算是使消費者承受額外的風險，而於其交付價金時即有造成對財產支配自由之侵害。是以，就品牌之真偽而言，自亦應認為是客觀上可合理期待以財產換取之資訊，故被害人對於品牌的真偽有所誤認，即是陷於與財產法益有關的錯誤中，甲應成立詐欺罪。

再者，在【案例二：以身相許案】中，自第參章所得出的結論觀之，若被害人是要以金錢換取（或堅固）他人對自己的愛意，則由於真愛並非是存在於一般交易市場中的事物，故刑法詐欺罪也不應該再為此種財產支配方式提供任何的擔保，即使行為人施以詐術而使被害人對此有所誤認，亦非為與財產法益有關的錯誤。依此，就於借貸關係中的重要事項而言，亦即對於乙的償還意願或償還能力，甲看似即皆不在乎，故應認為其對於此等事項並未陷於錯誤；至於，就借用目的而言，如果可以證明甲若是知道乙借錢並非是為了安葬母親等目的，即不會借錢給他，則似仍有討論詐欺罪之空間，惟至少就每月給乙 50 萬元生活費之部分，仍應無成立犯罪之餘地。

最後，有關【案例三：行動支付案】此類新型態的詐欺事件，自第肆章所得出的結論觀之，由於甲在使用行動支付功能時，並沒有經過人為審查，故不能適用刑法第 339 條之普通詐欺罪，而是要討論第 339 條之 1 至第 339 條之 3 的電腦詐欺罪。在此，雖然在多重的身分認證機制下，似可肯定使用行動支付的持卡人身分對於銀行而言，應屬客觀上可合理期待獲知的交易上重要事項，按照類似詐欺說，即可該當刑法第 339 條之 2 的「不正方法」；然而，由於行為人藉此所得之利益，並非是直接源自於機器本身（間接取得銀行代付款項之利益），故已難謂可該當該條文所規範的行為客體—自動付款設備，目前應只能轉而討論刑法第 339 條之 3 的電腦詐欺罪。





參考文獻

一、中文文獻

(一) 書籍

- 甘添貴 (2014)，刑法各論 (上)，修訂 4 版，臺北：三民。
- 甘添貴 (2004)，體系刑法各論 (第二卷)，臺北：瑞興圖書。
- 林山田 (2006)，刑法各罪論 (上冊)，修訂 5 版，臺北：元照。
- 林山田 (2008)，刑法通論 (上)，10 版，臺北：元照。
- 林鈺雄 (2011)，新刑法總則，3 版，臺北：自版。
- 林東茂 (2006)，刑法綜覽，8 版修訂版，臺北：一品文化。
- 許澤天 (2017)，刑法各論 (一) 財產法益篇，臺北：新學林。
- 陳子平 (2013)，刑法各論 (上)，臺北：元照。
- 陳子平 (2008)，刑法總論，2 版，臺北：元照。

(二) 碩博士論文

- 張天一 (2007)，刑法上之財產概念—探索財產犯罪之體系架構，輔仁大學法律學研究所博士論文。
- 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，臺北大學法律學研究所碩士論文。

(三) 專書論文

- 李茂生 (1998)，資本、資訊與電腦犯罪，收於：權力、主體與刑事法，頁 165-300，臺北：自版。
- 林鈺雄 (2008)，論詐欺罪之陷於錯誤，收於：刑法與刑訴之交錯適用，頁

409-434，臺北：元照。

- 張麗卿（2008），機器與詐欺，收於：新刑法探索，頁 321-332，臺北：元照。
- 陳子平（2003），論詐欺罪之財產處分行為，收於：許玉秀編，刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯，頁 555-575，臺北：新學林。
- 黃榮堅（1999），刑法增修後的電腦犯罪問題，收於：刑罰的極限，頁 301-344，臺北：元照。
- 謝煜偉（2017），財產犯、財產法益與財產上利益，收於：春風煦日論壇編輯小組編，刑事法與憲法的對話—許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集，頁 689-716，臺北：元照。



(四) 期刊論文

- 王皇玉（2009），欺瞞病人而抽血成立傷害罪嗎？，月旦法學教室，80 期，頁 14-15。
- 王梅英、林鈺雄（1998），從被害人學談刑法詐欺罪，月旦法學雜誌，35 期，頁 96-103。
- 古承宗（2015），捐助詐欺與施用詐術，月旦法學教室，147 期，頁 24-26。
- 甘添貴（2003），虛擬遊戲與盜取寶物，台灣本土法學雜誌，50 期，頁 179-187。
- 何靜宜（1999），詐欺與竊盜之區別，刑事法雜誌，43 卷 3 期，頁 83-97。
- 吳耀宗（2013），被害人受騙之承諾，月旦法學教室，126 期，頁 27-29。
- 吳耀宗（2015），詐欺罪與竊盜罪之區別，月旦法學教室，149 期，頁 24-26。
- 李聖傑（2004），妨害性自主：第三講—類型闡述，月旦法學教室，23 期，頁 99-106。
- 李聖傑（2005），溢領借款的詐欺—評台北地院 92 年自字第 17 號判決，月旦法學雜誌，120 期，頁 219-228。
- 林東茂（2003），刑法分則：第三講—詐欺罪的財產處分，月旦法學教室，8 期，頁 89-94。

- 徐育安（2011），三角詐欺之實務與理論—最高法院九十五年度台上字第七四〇號及臺灣高等法院九十九年度上易字第二一八七號判決評析，月旦法學雜誌，194期，頁240-250。
- 張天一（2009），對財產犯罪中「財產概念」之再建構（下），月旦法學雜誌，165期，頁202-217。
- 曹昌棋（2004），被害人同意的刑法評價—以死亡幫助為中心，警專學報，3卷5期，頁69-80。
- 許恒達（2011），刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌，197期，頁134-151。
- 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（2015），電腦詐欺與不正方法，政大法學評論，140期，頁83-161。
- 許恒達（2012），竊盜被害人事後奪回所有財物的刑責問題，月旦法學教室，117期，頁33-35。
- 許恒達（2013），公職詐欺與財產損害—以臺灣高等法院九十九年度矚上易字第二號刑事判決為討論中心，月旦法學雜誌，217期，頁15-32。
- 許恒達（2016），變質的友情：侵入住居與妨害性自主之個案檢討，月旦法學教室，166期，頁24-26。
- 許澤天（2011），詐欺罪的法條與論證，月旦法學雜誌，197期，頁191-200。
- 陳子平（2010），財產罪的重要課題：第一講—財產罪的保護法益，月旦法學教室，88期，頁55-64。
- 彭美英（2009），我把遊戲變真了！—被害人之同意與犯罪構成要件之結構與解釋，月旦法學雜誌，167期，頁228-241。
- 惲純良（2016），以靈異災厄之說誘騙性交是否屬於「其他違反意願之方法」？—評最高法院104年度台上字第2902號刑事判決，月旦裁判時報，51期，頁50-59。
- 黃帥升、蕭愛貞、黃柏夫（1997），宗教與詐欺座談會，全國律師，1卷4期，頁3-9。

重新建構詐欺罪—從財產支配關係的觀點出發

- 黃常仁（2001），「困頓新法」--論刑法第三三九條之一、第三三九條之二與第三三九條之三，台灣本土法學雜誌，27期，頁1-12。
- 黃惠婷（2005），搶奪或詐欺？，台灣本土法學雜誌，74期，頁136-139。
- 黃榮堅（1998），電腦的心事，月旦法學雜誌，37期，頁20-21。
- 蔡蕙芳（2006），刑法第三三九條之一不正利用收費設備取財得利罪之適用問題，月旦法學雜誌，138期，頁233-244。
- 蔡蕙芳（2006），電腦詐欺犯罪：第一講—不正利用收費設備取財得利罪，月旦法學教室，44期，頁64-73。
- 蔡聖偉（2007），論盜用他人提款卡的刑事責任，月旦法學雜誌，144期，2007年5月，頁20-40。
- 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（上），月旦法學教室，69期，頁52-60。
- 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。
- 蔡聖偉（2016），臺灣刑法中保護性自主決定的制裁規範—現行法制的介紹以及未來修法的展望，月旦刑事法評論，3期，頁5-23。
- 盧映潔（2009），不拿白不拿？，月旦法學教室，77期，頁24-25。
- 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。
- 薛智仁（2013），網路釣魚的刑事責任，東吳法律學報，24卷3期，2013年1月，頁149-185。

二、日文文獻

(一) 書籍

- 大谷實（2015），刑法講義各論，4版補訂版，東京：成文堂。
- 小野清一郎（1950），新訂刑法講義各論，增補版，東京：有斐閣。



- 山口厚（1998），問題探究刑法總論，東京：有斐閣。
- 山口厚（1999），問題探究刑法各論，東京：有斐閣。
- 山中敬一（2009），刑法各論，2版，東京：成文堂。
- 中森喜彥（2006），刑法各論，2版，東京：有斐閣。
- 木村光江（1988），財産犯論の研究，東京：日本評論社。
- 平野龍一（1977），刑法概説，東京：東京大。
- 西田典之（2012），刑法各論，6版，東京：弘文堂。
- 町野朔（1996），犯罪各論の現在，東京：有斐閣。
- 林幹人（1984），財産犯の保護法益，東京：東京大。
- 林幹人（2007），刑法各論，2版，東京：東京大。
- 牧野英一（1951），刑法各論（下卷），東京：有斐閣。
- 島田聡一郎（2002），正犯・共犯論の基礎理論，東京：東京大。
- 曾根威彦（2012），刑法各論，5版，東京：弘文堂。
- 川端博（1999），集中講義刑法各論，東京：成文堂。
- 瀧川幸辰（1951），刑法各論，京都：世界思想社。
- 藤木英雄（1976），刑法講義各論，東京：弘文堂。
- 平野龍一（1982），犯罪論の諸問題（下），東京：有斐閣。

(二) 專書論文

- 伊東研祐（2004），二項犯罪における「財産上利益」と「處分行為」の意義・内実，現代社會と刑法各論，2版，頁 224-245，東京：成文堂。
- 井田良（2006），刑法と民法の關係，山口厚、佐伯仁志、井田良編，理論刑法学の最前線 II，49-81 頁，東京：岩波書店。
- 高橋則夫（2000），同意殺人罪の成立要件，西田典之、山口厚、佐伯仁志編，刑法の争点，頁 134-135，東京：有斐閣。

- 佐伯仁志（2006），詐欺罪の理論的構造，佐伯仁志、井田良編，理論刑法学の最前線 II，頁 95-133，東京：岩波書店。
- 佐伯仁志（2000），財産上の利益，西田典之、山口厚、佐伯仁志編，刑法の争点，頁 156-157，東京：有斐閣。
- 山口厚（1990），詐欺罪における處分行為，内藤謙、田宮裕、松尾浩也、芝原邦爾編，平野龍一先生古稀祝賀論文集（上卷），頁 441-464，東京：有斐閣。
- 斉藤誠二（1994），欺罔にもとづく承諾，光藤景皎、沢登俊雄編，刑事法学の歴史と課題：吉川経夫先生古稀祝賀論文集，頁 159-183，京都：法律文化社。
- 渡邊卓也（2015），電子計算機使用詐欺罪における「虚偽」性の判断，高橋則夫、松澤伸、松原芳博編，野村稔先生古稀祝賀論文集，頁 361-377，東京：成文堂。
- 林幹人（1998），錯誤に基づく被害者の同意，芝原邦爾、井上正仁、西田典之編，松尾浩也先生古稀祝賀論文集（上卷），頁 233-255，東京：有斐閣。
- 林幹人（2011），電子計算機使用詐欺罪の新動向，判例刑法，頁 324-336，東京：東京大。
- 林美月子（1994），錯誤に基づく同意，松尾浩也、芝原邦爾編，刑事法学の現代的状況—内藤謙先生古稀祝賀，頁 21-53，東京：有斐閣。

(三) 期刊論文

- 内田幸隆（2009），財産罪における可罰性の核心—その変遷と限界について，法律時報，1009号，頁 59-65。
- 内田幸隆（2016），人はだませてもワタシはだまされない—電子計算機使用詐欺罪をめぐる諸問題，法学セナミー，738号，頁 106-112。
- 井田良（2009），被害者の同意をめぐる諸問題，法学教室，345号，頁 64-74。
- 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。





- 佐藤結美（2016），財産上の利益と他の無形的利益の区別，刑事法ジャーナル，49号，頁31-37。
- 佐伯仁志（2011），詐欺罪（1），法学教室，372号，頁106-115。
- 佐伯仁志（2011），詐欺罪（2），法学教室，373号，頁112-120。
- 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。
- 佐伯仁志（2011），財産犯の保護法益，法学教室，364号，頁102-110。
- 山口厚（2004），被害者の行為を利用した法益侵害，法学教室，290号，頁100-108。
- 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巻3・4・5合併号，頁271-358。
- 小林憲太郎（2005），いわゆる「法益関係的錯誤」の意義と限界，立教法学，26号，頁27-51。
- 松原芳博（2012），財産罪の保護法益，法学セミナー，693号，頁118-125。
- 松原芳博（2009），法益主体の同意(その1)—不処罰根拠・体系的地位・不処罰効果の例外・同意傷害，法学セミナー，660号，頁102-106。
- 照沼亮介（2012），ドイツにおける詐欺罪の現況，刑事法ジャーナル，31号，頁29-36。
- 照沼亮介（2016），財産的「利益」の刑法的保護，刑事法ジャーナル，49号，頁4-14頁。
- 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巻3号，頁199-253。
- 森田宏樹（2014），財の無体化と財の法，NBL，1030号，頁34-45。
- 足立友子（2012），強盗得利罪の客体をめぐる考察：東京高裁平成21年11月16日判決を手がかりに，成城法学，81号，頁141-165。
- 足立友子（2006），詐欺罪における欺罔行為について（五）—詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成，名古屋大学法政論集，215号，頁391-423。

- 足立友子，詐欺罪における欺罔行為について（四）—詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成—，名古屋大学法政論集，214号，頁329-363。
- 足立友子，詐欺罪における欺罔行為について（二）—詐欺罪の保護法益と欺罔概念の再構成—，名古屋大学法政論集，211号，頁137-181。
- 田山聡美（2016），財産的利益の意義に関する議論の整理，刑事法ジャーナル，49号，頁15-22。
- 島田聡一郎（2004），財産犯の保護法益，法学教室，289号，頁96-105。
- 林幹人（2002），詐欺罪における財産上の損害—最高裁平成一三年七月一九日判決を契機として—，現代刑事法，44号，頁48-55。