

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授 李聖傑博士

論詐欺罪之「詐術」



研究生 鍾葦怡 撰

中華民國一百年元月

第一章 緒論	5
第一節 問題提出.....	5
第二節 討論架構.....	7
第一項 研究方法.....	7
第二項 研究範圍.....	8
第二章 「詐術」的介紹	9
第一節 我國現有見解之提出.....	9
第一項 我國學說實務的見解.....	9
第一款 「詐術」的通說內涵.....	9
第二款 小結.....	11
第二項 問題的提出.....	11
第一款 學說定義的不足.....	11
第二款 交易上重要性?.....	12
第三項 小結.....	13
第二節 德國學說實務見解.....	14
第一項 概論.....	14
第二項 「事實」的意義.....	16
第一款 「事實」定義.....	16
第二款 「事實」的類型與內涵.....	17
第一目 外在／內在事實.....	17
第二目 未來的事實.....	19
第三目、不可能的事實.....	23
第三款 小結.....	23
第三項 「評價」的判斷.....	24
第一款 概論.....	24
第二款 「評價」的意義.....	25
第一目 「評價」的定義.....	25
第二目 「評價」的闡釋.....	27
第三目 重要案例.....	31
第三款 小結.....	36
第四項 「事實」概念的範圍.....	36
第一款 限縮「事實」.....	36
第一目 並非所有謊言均應非難.....	37
第二目 抽象標準之提出.....	38
第二款 行為的交易上意義.....	41
第一目 「可得推知的詐術」概論 (konkludente Täuschung)	41
.....	41

第二目	變動外部狀態.....	42
第三目	各種交易行為的解讀.....	43
第四目	不會被合理推導出的行為意義.....	45
第三款	「對事實的不知」(ignorantia facti)	46
第四款	對真正事實的宣稱.....	47
第五款	小結.....	49
第三節	問題的提出.....	49
第一項	既有討論下呈現的觀點.....	49
第二項	深化定義.....	50
第三項	討論步驟.....	51
第三章	事實與價值	51
第一節	事實的「客觀核心」.....	51
第一項	事實的範圍.....	52
第一款	由字義上出發.....	52
第二款	可檢驗性來自「科學」.....	54
第二項	作為檢驗工具的「科學」.....	55
第一款	「科學」的定義.....	56
第二款	「科學」所能認識的世界.....	58
第一目	科學如何呈現客觀.....	58
第二目	科學研究無法免於價值涉入.....	63
第三款	科學的有限性.....	67
第一目	科學革命.....	67
第二目	科學的本質.....	70
第三項	順帶一提「類科學」.....	73
第一款	概說.....	73
第二款	以氣功與特異功能的研究為例.....	74
第四項	小結.....	77
第二節	「評價」的相對性.....	78
第一項	「評價」無所謂真假.....	78
第一款	認識「評價」.....	78
第一目	著重於抽象性質討論.....	78
第二目	價值學上的主客觀之爭.....	79
第三目	主客觀爭論之實益.....	83
第二款	如何標示出「評價」.....	84
第一目	定義「價值」之困難.....	84
第二目	語言邏輯之討論.....	87
第三目	小結.....	90
第二項	「評價」之區分可能性.....	90

第一款 「評價」之相對性.....	90
第一目 評價隨著客觀性而變動.....	90
第二目 純粹評價與絕對.....	91
第二款 以「美」為例.....	93
第一目 「美」是什麼.....	93
第二目 「美」無法客觀認識.....	95
第三目 「美」仍可能具備相對性.....	97
第三款 即使是美也可能區分.....	98
第三項 主觀仍事涉客觀.....	99
第三節 小結.....	100
第四章 「交易上重要性」的闡釋	102
第一節 我國學說見解.....	102
第一項 概說.....	102
第二項 學說呈現之討論.....	102
第一款 散見案例.....	102
第一目 默示的詐欺.....	102
第二目 不作為詐欺.....	103
第二款 「不實廣告」的討論.....	105
第三項 小結.....	107
第二節 我國實務見解.....	107
第一項 廣告不實案例.....	107
第一款 各種既存案例.....	107
第二款 不動產買賣爭議.....	109
第二項 保健用品案例.....	111
第一款 科學檢驗決定.....	111
第二款 一般經驗法則.....	112
第三款 加入被害人的考量.....	113
第三項 宗教案例.....	115
第一款 宗教非可由科學檢驗.....	115
第二款 加入社會相當性.....	117
第四項 小結.....	120
第五章 「詐術」的詮釋	121
第一節 「詐術」的要素.....	121
第一項 事實與價值.....	121
第一款 事實的客觀性有限.....	121
第二款 附著於客觀的評價.....	122
第二項 交易上重要性.....	123
第三項 小結.....	125

第二節 案件評釋.....	125
第一項 評釋 90 年度上易字第 1466 號判決.....	125
第一款 犯罪事實.....	125
第二款 法院見解.....	126
第三款 本文見解.....	127
第二項 評釋 97 年矚上訴字第 8 號判決.....	128
第一款 犯罪事實.....	128
第二款 法院見解.....	129
第三款 本文見解.....	130
第三項 評釋 91 年度上易字第 409 號判決.....	131
第一款 犯罪事實.....	131
第二款 法院見解.....	132
第三款 本文評釋.....	133
第六章 結論	135
一、「事實」的認定.....	135
(一) 事實的定義.....	135
(二) 事實受科學的限制.....	135
二、「評價」亦可能構成詐術.....	136
(一) 評價難以定義.....	136
(二) 評價與事實交錯.....	136
(三) 評價仍可區分.....	138
三、交易上的重要性.....	139
参考文献	140

第一章 緒論

第一節 問題提出

在網路流通、資訊爆炸的現代社會中，充斥著許多來源不明、真實性如何無從查證的訊息。寫作本文時，爆發社會矚目的醫學詐欺案件，遭指控詐欺者自稱醫學博士，推廣販售事實上並無療效之精力湯、酵素予癌症病患，若翻閱其所著之書籍，其中充斥許多沒有任何引註，一般人難以辨識真假的各種醫學資訊，舉數例說明之：「世界衛生組織發現，世界上 80% 以上的疾病都跟水源不潔有直接的關係」；「我們誤認為煮沸的水才好喝、才健康衛生，因為想藉由煮沸的過程，將水中的氯除掉。但不幸的是，水在除氯的過程，經過高溫燒煮之後，會產生三鹵甲烷。」；「三鹵甲烷它是標準的致癌物質，而且只要微量就會導致癌症」；「美國環保局 (E.P.A) 工程師 FRANK BELL 已實驗證實，在煮沸自來水過程中，使三鹵甲烷急遽加速形成。毒物學研究證實，三鹵甲烷是屬於直接作用在基因上的毒物。意思是致癌力極強，微量即有效應」；「當我們的體液 PH 值呈 7.0~7.2 的時候，已經是癌症體質了，所以得到癌症的人，都是體質先酸化的。而純水的 PH 值為 7 以下，在長期飲用狀況下，無非是創造了癌症的環境，讓癌細胞可以悠遊自在快速發展」、「電磁波會干擾褪黑激素」、「大哥大電磁波會造成胚胎畸形」、「電腦輻射症候群危及下一代」、「科技家電，隱藏過敏致癌危機」¹；「後來我就把聯合國所公布的四大醫學系統其中的三大醫學統合，即西醫的解剖學、中醫的辨證論治及自然醫學的治療觀，加以整合運用。至今已經發展到一套醫學，可以在一分鐘內將癌症檢查出來，而且甚至是 0.1 公分的惡性腫瘤，不需要任何儀器，只需要一根筷子」²等等。這些訊息究竟是真是假，乍看之下難以分辨。其中究竟哪些係具科學依據的事實，哪些又只是個人意見的表達，難以認定。而

¹ 以上引自，林光常，無毒一身輕—21 天改變體質，頁 63、65、74、75、76、77。

² 林光常，無毒一身輕—21 天改變體質，頁 42。

究是否為「事實」，對於是否成立詐欺罪之構成要件認定上具關鍵性的影響。

在詐欺罪對「詐術」的討論當中，國內學說討論往往僅以「與事實不符者」一語帶過，而「評價」則因屬主觀意見，並無真偽之別，因此評價並無成立詐術之餘地。然而，「事實」是什麼？「評價」又是什麼？是否描述特定狀態或事件者，使用「是」或「否」等確定用語者就是事實；而以形容詞型態出現，使用「像」、「似」等用語者即屬評價？似乎很難一概而論。「天氣是晴朗的」或「老師是辛勤的園丁」此種論述中，雖使用「是」此一用語，然而這種敘述似乎難以被認為係屬對事實的陳述？而此種區辨，在交易上變得更加複雜難解，例如著名的廣告用語「只要十四天，讓你晶瑩剔透」，這是一種事實的陳述或是評價的表達？又，通說將「未來的事實」排除在事實的範圍之外，為何如此？若是如此，「明天降雨機率是百分之二十」、「颱風在接下來十二小時的動態預測」都只是一種意見的表達嗎？另外，是否只有事實方具真偽，而評價則絕無真偽之辨？「全球第一」³、「杏仁粉第一品牌」⁴都曾經被公平交易委員會認定屬廣告不實，此等用語若屬評價卻仍被認為與事實不符，則是否表示評價未必無真偽之別？

而在「事實」、「評價」區辨問題之外，是否只要與事實不符，就應一律認屬詐欺罪之「詐術」？若消費者於交易市場上買了一張唱片，而該專輯對於歌手的「學歷」或「身高」、「體重」表達出不實的資訊，消費者能否以該部分係屬不實，而主張有施行詐術之情形？第一種可能是，通常購買歌手專輯，都是因為喜歡該歌手的外型以及歌聲、音樂類型等等，似乎與其學歷無關，該因素縱使偽造，因

³ 參照行政院公平交易委員會處分書公處字第 098084 號。

⁴ 參照行政院公平交易委員會處分書公處字第 099093 號，其認為「按事業於廣告中以具體文字對商品或服務為表示或表徵，諸如『唯一』、『第一』、『冠軍』或『最大』等最高級用語，須有客觀數據或調查資料足以證明，並敘明比較基礎，否則其廣告即有構成虛偽不實及引人錯誤之虞。」

其與財產處分無因果關係，故應排除其詐欺罪的成立。然而，第二種情形可能是，若消費者之學歷確屬消費者購買專輯之考量因素之一，是否即成立詐術？此即涉及在交易市場中，賣方為了招徠顧客，無不竭盡所能的包裝、美化商品的廣告行為此等交易常態，於何範圍內應受詐欺罪規範之問題。若將所有不實陳述都列入詐術處罰的範圍，形同箝制廣告言論，事實上亦無可能。因此，問題即在於，交易市場上的誇大或不實在何等程度內方屬合理？應以如何之標準判斷？例如，某冷氣品牌於廣告中打出「XX 冷氣請加油！」⁵的用語，再加上其他圖表的標示，被公平交易委員會認為，有表達出該產品排名下滑或變差的意義，而屬廣告不實。承此，若對於事實的認定不僅以字義上作為判斷標準，而尚須加上其他交易上意涵，則應具備之交易上意義又應如何認定？

第二節 討論架構

第一項 研究方法

就上述問題，本文擬先由國內外文獻的介紹作為起點，即先立基於我國學說以及德國學說之既有觀點作出整理，並提出在所整理的文獻當中，可能出現的問題，再就「事實」以及「評價」作出概念上的釐清。以科學作為事實認定的基礎，因此，對於科學的認識有助於事實概念的認識。而評價相對於事實，通說認為不包括在詐術的構成要件範圍之內，藉由對評價的定義以及描述，亦可以反面使詐術要件更加具體明確，而在評價的討論當中，同時也進一步檢討通說見解中「評價無所謂真偽」此一命題。

另外，行為的交易上意義也是認定詐術之要素，本文擬先從我國以及德國文獻中行為意義的現有討論出發，然而學說上的討論並不足夠，而且就交易上重要性的認識，不同的社會風俗將有不同的結論，因此，在此章加入實務見解的討論，

⁵參照行政院公平交易委員會處分書公處字第 098084 號。

試圖在無法以演繹的方式推得交易上重要性的情形下，藉由實際案例的推理及結論歸納出現有交易觀點上承認的重要性。最後，將以本文所建立的判斷體系，對於實務上近年來重要的詐欺案例作出評釋，以明其對於「詐術」之檢驗是否符合學理，作為本文的結尾。

第二項 研究範圍

本文就「詐術」的討論，原則上雖不限於任一種詐欺類型，而包括所有交易類型，然而因時間與能力受限，類型大多仍集中於交易上的詐術，就其他的詐欺類型例如網路或電腦詐欺、信用卡詐欺、自動取款機詐欺等類型，並未各別詳細討論，合先敘明，另因受限於德文能力，德文教科書以及專論部分亦相對有限，無法閱讀全部文獻，僅以轉引之方式帶出，然而因德國學者寫作習慣未必會原文據實一字不漏之引述，是可能會產生與原文無法完全相同之情形，就此文獻閱讀及引註上之差異，併請注意。

第二章 「詐術」的介紹

第一節 我國現有見解之提出

第一項 我國學說實務的見解

第一款 「詐術」的通說內涵

我國刑法第 339 條詐欺罪之成立，通說舉出之客觀要件有：施用詐術、使他人陷於錯誤、陷於錯誤者的處分財產、財產處分者本人或第三人的財產損失。主觀要件則有詐欺故意及獲利意圖等⁶。學說對於「施行詐術」之討論往往集中在行為態樣中之不作為詐欺的型態，不論以作為或不作為型態施行本罪，均須具備詐術虛偽之要素，至於此一虛偽要素究應具備何等內涵，方為本文之重點。以下將略去刑法第 339 條之詐欺取財罪其他構成要件的闡述，直接就「詐術」之內涵作出學說實務見解的鋪陳。

有學說將「詐術」簡單定義為「一切足以使人陷於錯誤的行為。不以積極之欺罔行為為限，即消極利用他人之錯誤而使其為財產之交付者，亦足當之」⁷；有認為此乃指「傳遞與事實不符之訊息」⁸；亦有指出，詐欺罪之「施用詐術」即「欺瞞事實」；或有認為「詐術謂以詐偽方法欺騙他人，使人確信其為真實而發生錯誤，其所施用之詐術，須有使人發生錯誤之可能」⁹，或認詐術「須有欺罔行為；其次，須『詐欺他人』，即向交付財物或提供利益者施用詐術致其陷於錯誤之行為，不論係以言語、動作、直接或間接、過去或現在之事實，甚至是以

⁶ 林山田，刑法各罪論（上冊），2006，頁 447。

⁷ 甘添貴，刑法各論（上），2009，頁 310。

⁸ 黃榮堅，刑法解題—關於詐欺等財產犯罪，刑法問題與利益思考，1995，頁 91。

⁹ 蔡墩銘，刑法各論，2006，頁 248。

將來事實詐欺他人均非所問」¹⁰。學說見解一般認為，詐術之施行以事實表示為限，因為價值判斷或其他意見之表示純屬個人主觀意思之表達，與事實是否虛偽無關¹¹。惟亦有認為事實與價值二者間的界限頗為模糊，是「無論係有關事實之表示，抑或有關價值判斷或其他意見之表示，凡足以使人陷於錯誤之一切方法，均足成立詐欺罪」，例如以仿冒品訛言為真品，且詐稱其品質甚佳之情形是¹²。而所謂的「虛偽」應如何認定，學說舉例，若號稱隔空抓藥，此於自然科學與生活經驗上皆屬虛妄，所以是欺騙，若此行為使人受財產損失，即成立詐欺罪¹³。

又，事實須為「現在」或「過去」之事實，未來的事實如屬任何人均無法逆料者，例如，油價之漲落、地震之發生等情形等是。但如隱匿過去或現在之事實，甚或虛構事實，足使對方對於未來事實陷於錯誤判斷者，即於未來臆測中還加上某些「現在或過去事實要素的欺瞞」，此時仍然可能成立詐術，例如，建商虛偽廣告政府已編列預算建造捷運，且將通過其所推行之建案附近，是房屋及土地預期會飆漲，使投資客信以為真，此時應成立詐術。反之，若確有開發情事，則不構成詐術，縱使顧客買屋之後，該項都市計畫被變更或因徵收不順而被延宕，此乃當初無法逆料之事，建商不構成詐欺罪¹⁴。另有學者舉出宗教捐獻的例子，認為善男信女為了求（將來的）平安而捐獻，該詐騙者亦不成立詐術，係因為其屬未來之事¹⁵。

¹⁰ 曾淑瑜，刑法分則實例研習—個人法益之保護，2004，頁 318。

¹¹ 林東茂，詐欺罪的財產損害，一個知識論上的刑法學思考，2001，頁 266；同見解，林鈺雄，台大法學論叢第 32 卷第 3 期，頁 124。

¹² 甘添貴，刑法各論（上），2009，頁 311。

¹³ 林東茂，刑法綜覽，2009，頁 2-135。

¹⁴ 甘添貴，刑法各論（上），2009，頁 310。相同見解，林東茂，詐欺罪的財產損害，一個知識論上的刑法學思考，2001，頁 266；同見解，林鈺雄，論詐欺罪之施用詐術，台大法學論叢第 32 卷第 3 期，頁 127-128，類似案例，類似案例，林東茂，刑法綜覽，2009，頁 2-134。

¹⁵ 林東茂，刑法綜覽，2009，頁 2-134。

事實也包括內心的事實，因此，沒錢卻上餐館吃飯也是詐術，因為他對服務生隱瞞的是自己主觀的給付能力和給付意願。坐計程車不付錢也是一樣¹⁶。此類案例尚涉及「可得推知的行為」之問題，即某些行為為其整體判斷，依一般的交易習慣或觀點，可以理解為某種定事實所為的默示表示，例如，食客點餐的舉止，可得推知其能夠且願意負擔餐費，即行為人積極表達其支付能力及支付意願¹⁷。故若最後他並不付錢，則可能成立詐欺罪。

第二款 小結

學說對於「詐術」的討論，在簡單的說明了只有「事實」適用於本罪構成要件之後，再以二分法的方式排除掉所有的主觀意見即「評價」，然而就為何本罪詐術的實施僅能對「事實」為之，大部分學說並沒有太多說明。惟此處尚涉及一個問題，即是否人的表達當中，除了「事實」與「評價」以外，沒有第三種類型？否則如何能導出在「事實」範疇以外，全部都屬於「評價」的結論？接下來，將承接對於學說定義的認識和歸納，進一步提出學說的定義有何問題，以及接下來的討論步驟和方法。

第二項 問題的提出

第一款 學說定義的不足

前揭國內學說均某種程度過於簡化「詐術」的定義，例如，將之定義為「一切足以使人陷於錯誤的行為」，何謂「陷於錯誤」？若某人對於一件古董稱讚其「不買可惜」，而使交易相對人因而購買，嗣後交易相對人是否可主張此屬「足使人陷於錯誤的行為」？然而為何「錯誤」僅限於「事實」，仍未見學說上更進一步的闡明。另外，「事實」亦無定義，只說現在或過去的「事實」才是「事實」；

¹⁶ 林東茂，詐欺罪的財產損害，一個知識論上的刑法學思考，2001，頁 267。

¹⁷ 林鈺雄，論詐欺罪之施用詐術，台大法學論叢第 32 卷第 3 期，頁 130。

未來的「事實」不得為詐術之內容，那麼是否表示，不管是過去、現在或未來，都是「事實」，只是未來的「事實」不為詐欺構成要件所包含？若真是如此，同為「事實」，為何僅有未來的「事實」不為構成要件所包含？

另舉數例如下：學者舉出宗教捐獻的例子，認為善男信女為求將來的平安而捐獻，該詐騙者亦不成立詐術，係因其屬未來之事¹⁸。然而，不成立詐術的原因究係因其屬未來之事？或因捐獻與保平安間因果關無法證明而不屬「事實」之關係所致？另外，學者認為，號稱隔空抓藥，此於自然科學與生活經驗上皆屬虛妄，所以是欺騙，如果使人受財產損失，成立詐欺罪¹⁹。然而，究竟何謂「自然科學」？又何謂「生活經驗」？是故，在同一個案例當中的事實可能有多種型態，其論述未區分各種情形為之，逕自論以詐欺罪，似亦有未完整說明之疏漏。

第二款 交易上重要性？

承上，國內學說在詐術問題上的討論，除了對於事實並沒有足夠清楚的說明之外，另外一個問題為，是否只要呈現出與事實不符的狀態即足，而無庸限制「事實」的範圍？一個簡單的例子為，學歷及專業證照為選擇醫生或律師等專業服務時的重要考量因素²⁰；然而，在選購市面上的唱片或音樂專輯的時候，交易上所重視者可能即非該歌手的學歷或是專業證照，而是其名氣或是音樂類型的屬性等。易言之，因應不同的交易類型，有些與事實不符的內容未必為交易當事人所關心、或甚至是交易上根本不被重視的。此種事實上的不符，若交易當事人並不關心，則除無因而產生錯誤之餘地外，被害人似亦欠缺保護必要性。然若當事人信以為真，則此一虛偽情事是否即應受詐欺罪之處罰？

¹⁸ 林東茂，刑法綜覽，2009，頁 2-134。

¹⁹ 林東茂，刑法綜覽，2009，頁 2-135。

²⁰ 相關實務見解認為在病患明知醫生無合法執照仍為其醫治時，即可能不構成詐欺，參照最高法院 87 年度台非字第 32 號刑事刑事判決。

若由詐欺罪之保護法益出發，詐欺取財罪禁止任何人以欺騙的手段自他人處取得財產或利益，因此，欺騙必須和財產或利益的取得相互連結，即應能影響其對於「是否」、以及「如何」處分財產的決定，若於此無關，則逸脫了本罪保護法益的範圍。基此，即使是積極的欺騙行為，該等「欺騙」對於交易相對人的影響也必須具備一定的特質，而該特質對於當事人作出交易上的決定有相當程度的影響，才可能構成刑法上的詐欺罪，此處將此種特質姑且稱之為「交易上重要性」。國內學者在積極詐術的討論上，大多並未就「交易上重要性」作出說明，而多集中焦點於「不作為詐術」的討論。就交易上重要性之討論，較多集中於廣告語言的討論，此詳見第四章。事實上，不僅廣告會有這種問題，其他的交易類型當中亦必須討論此等問題，而此等交易上重要性的觀點，於德國學說上亦有相當多的討論，詳見下述。

第三項 小結

有鑑於我國國內學說對於所謂「詐術」的問題討論有上開討論不足、定義不清、以致於舉例不當、結論有誤的情形，使得這個問題在實務上也難有一個合理的判斷標準，似乎進入一個人言人殊的境地²¹，有加以釐清的必要。惟在進行更進一步的論述之前，擬先介紹德國刑法學者對於「詐術」問題的討論，期藉由他山之石，進一步對這個問題作出分析，並期待能夠為這個問題的解決提供一些靈

²¹ 甚至有實務見解在詐欺的認定上，還出現了這樣的「論理法則」：「於欠缺醫療之專業能力下，佯稱藉助宗教力量可使已為植物人之 A 回復神智，並保證若未能實現，則可退費，使告訴人因此陷於錯誤，自屬施用詐術，委無疑義」、「另被告辯稱：A 之所以未能甦醒，神壇作法未具功效，乃肇因於告訴人於法會期間 4 個月內說髒話所致云云，惟被告除未能證明告訴人於法會期間曾口出髒話外，衡以論理法則，各人造業各人擔，A 是否甦醒與告訴人是否口出穢言，顯難認有因果關係，是被告所言，純屬無稽...」，參見臺灣士林地方法院刑事判決 96 年度易字第 1215 號。

感和啟發。

第二節 德國學說實務見解

第一項 概論

欲介紹德國刑法學界以及實務對於「施行詐術」的各種觀點之前，必須先從介紹德國刑法對於詐欺罪的規範內容開始。德國刑法詐欺罪訂於第 263 條，其條文內容分為 7 項，其中與本論文相關的部分為第一項，其餘分別為未遂²²、特別加重要件²³、以及其他常業犯以及刑罰等規定²⁴的部分，與施行詐術的解釋較無

²² 第二項，「未遂犯亦罰之」。

²³ 第三項，「在特別重大的類型，處以六月以上十年以下有期徒刑。這些類型原則上存在於當行為人：

- (1) 依職業上的或作為一個團體的內部成員，此一團體以進行繼續性的文件詐騙或詐欺行為目的而結合；
- (2) 引起大規模的財產損害，或以此意圖，透過繼續性的詐欺請求帶給人大量的財產價值損害的危險，
- (3) 帶給第三人經濟上的困難，
- (4) 濫用其作為公務員所享有的權力或職務，或
- (5) 為了假造保險給付事故，以這個目的，本人或第三人燒毀、或透過縱火行為全部或一部的銷毀具有重要價值的物品，或使船沈沒、擱淺。

²⁴ 臚列如下：第四項：「247及248a亦適用之。」第五項：「被處以一年以上十年以下有期徒刑、或在較輕微案型中被處六月以上五年以下有期徒刑者，作為詐欺團體的成員，而此一團體常業的持續進行依263至264或267至269的犯罪行為。」第六項：「法官可以安排監護處分。」第七項：「當行為人作為一個以持續進行263至264或267至269的犯罪行為而結合的團體的成員，可以適用43a以及73d。當行為人常業犯之的時候，73條也可以適用。」

關聯，故於此略過，僅就第 263 條第 1 項的部分作相關的闡述，合先敘明。

德國刑法第 263 條第 1 項規定：「意圖為自己或第三人獲得不法財產利益，藉由虛構錯誤的事實，或是透過扭曲、隱瞞真正的事實，引發或維持一個錯誤，損害他人的財產者，處五年以下有期徒刑或併科罰金。」對照我國刑法第 339 條第 1 項的構成要件，可以發現，相較於我國單純用「以詐術使人…」來呈現構成要件行為，德國刑法的構成要件明確的以「透過虛構錯誤的事實、扭曲、隱瞞真正的事實」表達，更為精確的指出，此等欺騙必須藉由對於「事實」的加工為之，惟我國通說之看法亦從之，已如前述²⁵。另外，相較於我國刑法未明文，以至於將「陷於錯誤」作為一個不成文構成要件解釋，德國刑法則直接點明，這些對事實加工的行為必須「引發或維持一個錯誤」。

而本於構成要件之歧異，相對於我國學界在討論構成要件中的「詐術」問題時，先將詐術的客體限於事實、排除評價的討論方式，德國學說直接將討論集中於「事實」為何、「事實」與「評價」又應如何區分的問題上，相對於國內學說較未就「事實」部分作直接定義或作出較為深入的說明，大多集中在何謂「評價」的討論上，德國學界不但有試圖對於「事實」作出定義者，也有從實務案例當中盡可能歸納出一些「事實」的類型，對於「事實」有一套與我國學說討論不同的思考模式。而就構成要件行為方面，德國刑法中的「虛構」、「扭曲」、和「隱瞞」相較於我國的「以詐術為之」，已有相對的明確性，因此爭議較小，在學說上的討論因而較少，然而德國學說在行為態樣之外，尚進一步對「可得推知的詐術」（konkludente Täuschung）以及各種積極作為的類型中行為的意義作出更進一步的討論，此即與我國一般的學說將構成要件行為的討論重點置於不作為的討論不同，而是在各種討論上進一步描繪出詐術的各種態樣，此等均詳見後述。

下面將分別介紹德國學說實務等對於「事實」以及「評價」定義和區別，以

²⁵ 見第一節、第一項、第一款

及構成要件行為的內涵等相關見解，希望藉由德國學說的討論，更進一步的釐清前開我國學說實務所未能詳述的問題。由於本文的討論重點在於「詐術」，故擬將重點置於「事實」與「評價」的定義和區別，因為「施行行為」並不是本文所要論述的對象，故除了對於行為的交易上意義所涉及的解釋問題部分，會提及以積極行為實行詐術之外，不另對不作為部分多作討論，合先敘明。

第二項 「事實」的意義

第一款 「事實」定義

對於「事實」的判斷，德國學說的討論方式有二：其一為定義再演繹出各種類型者，另則以實務所累積的案例歸納而成。就「事實」定義者如：「事實應理解為，所有具體的過去或現在的事件，外在或內在於人類精神生活的狀態。感覺上可認知的、經驗上可驗證的、以及因此原則上可以理解該論證」；「事實不只是發生過的，也包括那些被視為聽說已發生或存在的事，只要它足作為客觀上特定及確信的要素」²⁶。依照通說，不可能的事情也可以作為事實陳述中的客體²⁷，因此有認為這裡不是獲得事實上的，而是原則上的感官上可辨識的以及可驗證性。故將定義修正為「事實是過去或是現在的具體的歷程或是狀態，他是客觀上可證明的」²⁸。還有認為，「…事實透過客觀確定性和明確性來描述²⁹。任何人的表達包含了一個可掌握以及可檢驗的本質的事實類型，當他用一個大多數所判定的元素來點綴時，就被認為是事實聲明³⁰。」另外依德國通說，對事實的認識以

²⁶ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn.6.

²⁷ Tiedemann, LK, 2005, Rn. 10.就關於不可能的事實的討論，詳見本節第二項、第二款、第三目。

²⁸ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch: Kommentar, 2007, Rn.10; Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 18.

²⁹ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 8; Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S.90.

³⁰ Maurach/Schröder, BT-1, S. 403; Lackner, StGB, §263 Bem. 15.轉引自，Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S.90.

事實的感官上的可辨識性、以及經驗上可驗證性的有無來認定之³¹。而德國實務見解認為，通說所稱的可驗證性，在被害人對於一個有問題的事實情狀認為是可得證明的時候，就可以成立。因此，當對一個迷信的被害人主張超自然的能力，或者依一個客觀上完全無效的工具可以治癒疾病這樣的行為，都可以被歸入事實聲明的範圍³²。然而事實的客觀性和被害人自己所認為的可驗證性並不同，故如果被害人自己相信了一個客觀上根本無驗證可能性的占卜或是魔術，則應該自己負責³³。

上開對「事實」所為的定義雖然都略有不同，然而仔細觀察則可以發現，對於事實的認定仍有共通的特點，其中以「客觀性」最為重要，即不論事實被描述為事或物、歷程或狀態、表達或行為，它都必須是人客觀上所能夠認識到的，姑且不論所謂的「客觀性」從何而來，這涉及如何檢驗的問題³⁴，進一步要問的是，「客觀上」所要認識的、作為事實的「客體」是哪些「東西」？從前述學說的定義當中，所出現的「事件」、「歷程」、以及「狀態」，這些定義仍尚屬抽象，對於這些用語，如何進一步將其具體化？舉例而言，「事件」是指發生過的事情，那麼，現在正在眼前的「物品」算不算是一個「事件」？在學術討論中有許多的「理論」，此等理論算不算是「事件」？除此之外，「事實」又有哪些類型？這些都是要經由對事實概念的解釋以進一步釐清的，亦屬我國國內學說所未多加著墨者。

第二款 「事實」的類型與內涵

第一目 外在／內在事實

³¹ Tiedemann, LK, 2005, Rn. 10.

³² BGHSt 8, 237(238); 32, 38ff.; BGH wistra 1987, 255(256); LG Mannheim NJW 1993, 1488 mit Bespr. Loos/Krack JuS 1995, 204.轉引自，Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 21.

³³ 參照 Cagegen BGHSt 32, 38 ff. 轉引自，Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 21.

³⁴ 就此問題，詳見第三章。

事實依其所呈現的樣態，尚被學說區分為「外在事實」及「內在事實」，就「外在事實」，學說認為是「可輕易辨識、或認識的」，具體的例子如³⁵：「事物」，指物的集合以及非實體的客體，包括事物的磨損狀況以及與他相關的資料，例如，一輛汽車的里程數等；「年齡」³⁶；「狀態」，例如一個裝載的貨品只有上面一層是零瑕疵的；其他的例子尚有：「來源」；「身份」；「價格」；「品質」；「數量」等等。另有學說舉出一些例子，如「物品的特質」、「合乎契約的」、「有交通能力的」、「來源」、「身分或目前的家庭、社會、身體、經濟狀況」³⁷。抽象者如³⁸：「法律關係」，例如所有以及受限制的物權、資格證明書的作廢、一個房地產的法定情形、處分權（包括處分人的身分）等；「契約的約定」，其內容、範圍以及射程（也和與第三人的契約有關）；（藥物、清潔劑等）方法上的（化學性、物理性等）「有效性」；「經濟上的關係」，如產品的銷售性；「選擇權交易的獲利保證」；「產品的市場地位」等等。

而就所謂的「內在事實」，則有學說提出：內在事實（精神上的事件）的例子如：意圖、感覺、動機、信服、理解以及知悉等，依照通說，當它們與外部的過去或現在的歷程或狀態有明顯的關係時，都是同樣合適的詐術的客體（以及事實的一部分）³⁹。相對於早期文獻的思考，施詐人的內在的歷程或狀態也是屬於（內在）事實的範疇，儘管並不是內心的事實，而只是其結果可知覺的以及／或者可證明的。這種對內心事實的欺騙行為的例子有：儘管內心的意圖是相反的，卻仍聲稱，他將在未來的償付日準時履行；或聲稱要將貸款運用在特定的投資目的；或者放棄特定的未來的請求權、上車後會補票、在加油後會付錢等⁴⁰。故依贊成內在事實的觀點，內在事實與外在事實的差別僅在於，此等事實較難辨識，

³⁵ Tiedemann, LK, 2005, Rn. 11.

³⁶ 同時參照，Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch: Kommentar, 2007, Rn.13.

³⁷ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 8.

³⁸ Tiedemann, LK, 2005, Rn. 11.

³⁹ Tiedemann, LK, 2005, Rn. 12.

⁴⁰ Tiedemann, LK, 2005, Rn. 12.

需借助外在的結果或關係等以辨識之，然而就作為事實的性質而言，並無本質上的差異。

對於通說所採取的內在事實的觀點，有學說提出了反對的看法。其認為今日的通說承認了將內在的意圖納入構成要件意旨中的相關事實的見解⁴¹，這是值得批判的，因為如此一來，事實的概念就會越來越稀釋⁴²。而且在這裡會造成詐欺可罰性的擴張。而在所謂的非構成要件式的詐騙的評價上尤其會產生訐格之處。即可能會產生評價也被涵攝入詐欺罪的情形，因為任何評價都同時包括了內在事實的表達，這個表達為判斷人對自己判斷的正確性的確信⁴³。然而，這個說法似有把「評價」和「內在事實」混為一談的疑慮，對「評價」與「內在事實」之間關係的討論，見後述三、「預測」帶有「內心事實」，以及第二節、第三項、第二款、第二目的討論。

第二目 未來的事實

一、Welzel 的見解

通說認為，未來的事件還不是事實，因為它基於一個尚不肯定的狀況⁴⁴，要到它發生時才是⁴⁵。對此，Welzel 認為，部分的未來的事件被承認是詐欺罪意義下的事實，當它「被視為一個信守不渝的必然的發生」⁴⁶，此種類型如日蝕以及四季；然而非屬必要發生者，例如一個即將來臨的戰爭即不屬此類，因為這些事

⁴¹ Arzt, LH 3, S. 129.轉引自，Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 96.

⁴² Mazer, Strafrechtsreform, S.77.轉引自，Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 96.

⁴³ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 96.

⁴⁴ Arzt, LH 2, S. 129; Maurach/Schroeder, BT-1, S. 402.轉引自，Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 96; Urs Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 20.

⁴⁵ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 8.

⁴⁶ Welzel, LB, S. 368. 轉引自，Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 97-98.

件的發生雖然有其可能性，但並不能是真的或是假的⁴⁷。對此有學者提出反對意見，兩個理由如下：其一，若依純粹的語言本質，「事實」的概念是源自於拉丁字 *factum*（事情、事件）；事實因此依一般的語言理解為「所遭遇的事件」，所以一個對於這個概念的擴張而來的未來的事件，並沒有被掌握⁴⁸。其二是針對此種觀點之立論不連貫：其認為邏輯上不容許去區別一個即將到來的自然事件以及一個即將到來的戰爭⁴⁹，因為此二者都只有可能性或不可能性，而不應依各發生的可能性程度來區別是否有真假之別⁵⁰。

就上述對 Welzel 說法的討論，其結論在通說中已經找到贊同的意見，但其理由卻未受到肯定。有學者指出，未來的自然事件不是事實，除非當其基於一個以科學的認知或慣例的預測基礎上，而這個認知或慣例允許一個對未來事件的發生的確定結論，則此等未來事實才會被歸入事實⁵¹，此即涉及何謂「科學上的認知或慣例」的問題。另外一種未來事實可能成為「事實」的可能情形，存在於一個對未來事件的「預測」，此處所涉及者乃所謂的「內心事實」。簡言之，在一個對特定事件將會在一個未來存在的時間點發生的聲明當中，同時包括了現在內心的事實聲明在內，這個聲明的內容是，說話者相信了預測的正確性⁵²。而就這兩種說法，學說上亦有相當多的討論，將分別說明如後。

二、科學的慣例

就此問題，Welzel 的見解把未來的事件依「是否一定會發生」來決定是否為

⁴⁷ Welzel, LB, S. 368. 轉引自，Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 97-98.

⁴⁸ Schischkoff, Philosophisches Wörterbuch, 21. Aufl. 1982, S. 684.

⁴⁹ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 98.

⁵⁰ Samson, JA 78, 471; Arzt, LH 3, S. 129; Maurach/Schroeder, BT-1, S. 402; Blei, Strafrecht II, BT, S. 222. 轉引自，Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 98.

⁵¹ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 8.

⁵² Samson, JA 78, 471; Arzt, LH 3, S. 129; Maurach/Schroeder, BT-1, S. 402; Blei, Strafrecht II, BT, S. 222. 轉引自，Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 98.

事實或價值，然而，究竟何謂「一定會發生」？並沒有進一步說明。在這個問題上，有見解指出，科學的認知、事件如經驗法則以及慣例（例如陽／西曆）通常被描述成是事實，因為他們原則是經驗上可驗證的，即證明是易於獲得的⁵³。德國學說上另有採取類似的見解，其認為在科學的認知或約定的情形下，可以允許對未來事件，例如日蝕，春天的第一天，復活節作出確定結論，此時可視為現在的事實⁵⁴，類似見解認為，對可得期待或是依曆法所能特定的事件，例如漲潮的到來、再四個星期就來臨的五十歲生日等情形，在這些情形下限制未來事件不得作為「事實」應較無說服力⁵⁵。相對的，非科學的認知或約定之情形即無法被視為事實，故舉例言之，當有人以「這個夏天某地區將會有冰雹」的聲稱，使第三人締結了相應的保險契約，此時不存在一個詐術行為，排除詐欺罪的成立，因為，其認為詐欺只有在基於自然法則之本然之上才能實行，亦即如聲稱在科學認知的理由上計算地震來臨的確切時點⁵⁶。故前揭見解似認為，當科學能夠允許對於未來事件作出確定的預測或是陳述時，則未來的事件仍然可以被視為事實。

然而，這種把未來事件例外認作事實的論點必須建立在科學的效能之上，如果科學根本不可能對未來事件作出精準預測，那麼這個說法也只是空言。舉例言之，氣候無法精準確知，地震、海嘯等自然現象更無從事先預測。另外，還必須討論科學本身的可信性如何。有學者認為，科學上的預測之所以可以被認為是事實，是因為實驗科學由統計法則以及自然法則所組成，而此等法則可以再次呈現出事實。然而，科學所呈現出的「事實」和詐欺罪的「事實」是否相同？這涉及科學所使用的方法，以及科學所能呈現的世界的態樣為何。如此種種，均將於第三章作更進一步的詳細論述。

⁵³ Tiedemann, LK, 2005, Rn. 17; Urs Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 22.

⁵⁴ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 8.

⁵⁵ Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 20.

⁵⁶ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 8.

三、「預測」帶有「內心事實」

承上，鑑於現有的科學技術下，幾乎沒有任何未來的事件可以被百分之百的確定，未來的事件殊難被歸類到詐欺罪所要規範的「事實」當中之後，接下來所要面對的問題為，「預測」是否為詐欺構成要件中的「事實」？預測即為對未來事實的預先判斷，即在事件尚未發生或出現之前，對其作出認定。而這樣的預測行為本身又應該如何定性？學說見解認為，對於未來的發展的預測通常與評價為密不可分的、或根本是一樣的，故因此一時間問題而不成為事實陳述。然而，此一預測在行為人所立基的事實性預測基礎之上，是一個詐術。例如，在信用卡消費或是借貸的例子，雖然未來的支付可能性並不能被認為是事實，但消費者以及借方在當下，對於其未來償付可能或是其接下來的支付的意圖或準備等的確信卻可被認為是事實⁵⁷。因此，此一見解認為，預測在關於形成內在事實的圖象上，特別是行為人所信服的部分，可能被認為具備事實的特質⁵⁸。也就是說，對於未來事件的預測本身並不能被認為是事實，然而，這並不影響作為預測的基礎事件作為一種「事實」，只要預測是基於準確的現在關係，而確實符合了「事實」的要素，那麼在這個預測的聲明當中就有事實主張。

然而這個說法並沒有討論「預測」本身是否為事實，依其說法反面推論，「預測」並不被包括在事實範圍之內。另一種看法則將「預測」作出語言意涵的區分，其認為未來事件的預測可以在「內心事實」的情形下被認定為事實。亦即在一個對未來事件的陳述當中，同時表示出了說話者現在內心的事實聲明，這個內心的聲明即為說話者藉由對預測的陳述，表達出其相信了預測的正確性⁵⁹。有學者直接指出，每一個對於在未來存在的事件發生的預言也包含了事實聲明，更確切的

⁵⁷ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch: Kommentar, 26 Aufl., 2007, Rn. 4.

⁵⁸ Tiedemann, LK, 2005, Rn. 16.

⁵⁹ Samson, JA 78, 471; Arzt, LH 3, S. 129; Maurach/Schroeder, BT-1, S. 402; Blei, Strafrecht II, BT, S. 222. 轉引自，Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 98.

說，係依先決條件，對預測正確性的法則性說明以及主觀上的信服⁶⁰。亦即，其認為說話者藉由預測的陳述同時表示出其內心「我確信我所陳述為真」這個狀態，而這個確信與否可以被檢驗以及確定，可以被認為「事實」，只是可能會有主觀意圖如何證明的問題而已。若肯定此一前提，那麼事實上被認為「事實」者，仍然並非「預測」本身，而是說話者「內心的確信」。對於「預測」可否作為「事實」似乎仍無法獲得肯定的答案。然而，若「預測」非屬事實的範疇，是否即屬於評價？而對於此一「預測」的信賴是否全然不受本罪保護？此皆詳見評價部分的討論⁶¹。

然而，學說在這裡對內心事實的說明存在一個不確定性，因為要揭露人們內心的事實，僅在邏輯上辦得到，所以在努力將反對過度運用這樣的內心事實的圖像概念，使得每一個未來事實的有意識的錯誤聲明都變成構成要件合致的⁶²。

第三目、不可能的事實

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

第三款 小結

對於事實的討論，德國學說以經驗、歷程、狀態等作為描述事實的用語，

⁶⁰ Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 100.

⁶¹ 詳見本節第三項、第二款、第二目。

⁶² Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 98-99.

在定義之外，進一步類型化區分出內外部事實、現在與將來的事實等等，不論用語為何，「事實」概念的描述並未脫離客觀性，亦即事實必須具可驗證性、或大多數人所能認識的特質，然而，要怎麼樣得以使事實具備可驗證性或大多數人能夠認識的特質，則必須仰賴目前為止最客觀最有普遍性的科學作為驗證的工具，然而，科學驗證所得出的事實，仍並不是唯一絕對的真理，這和人的因素、科學技術的有限性均有關聯，此部分討論詳見第三章。

第三項 「評價」的判斷

第一款 概論

德國學說在討論「評價」時，往往先對客觀的「事實」作出定義，然後由「事實」與「評價」二者間之區分作為定義「評價」的論述起點。然而這個論述的合理性，必須建立在確實只有「事實」與「評價」二分法，而沒有第三種類型存在，才可能以定義「事實」並標明二者間界線的作法，以達成說明「評價」的目的。雖然學說討論中，對某些特定案例，仍有是否可能將其歸入「事實」或「評價」以外的第三種類型的疑問⁶³，然而，大部分的學說並不著重於定義「評價」，至多是輕描淡寫的指出「評價」相對於「事實」，具備了主觀性質，有將「評價」描述為「單純的評價與純粹的意見表達一起構成事實聲明的相對，因為他們是表達主觀的個人評價，而且其真實性並無法被檢驗或者證實」⁶⁴；或者「評價或意見表達構成了事實聲明的相對」⁶⁵。另有類似見解認為，主張事實聲明的內容相對於評價是被視為客觀的，而且是可以獲得證明的⁶⁶。而大部分的學說都承認，

⁶³ Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 90.

⁶⁴ Tiedemann, *LK*, 2005, Rn. 13.

⁶⁵ Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 26 Aufl., 2007, Rn. 5.

⁶⁶ Arzt, *LH* 3, S. 128 Fn. 8; Samson, *SK*, §263 Bem. 10. 轉引自，Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 90.

兩者間的界線是流動的⁶⁷，還有見解乾脆指出，事實或價值之認定，對於實務的運作以及學說的解釋上都「製造了很大的困難」⁶⁸。

第二款 「評價」的意義

第一目 「評價」的定義

德國通說對於「評價」，相對於事實聲明的「客觀性」，主張評價陳述具有「主觀性」，即「評價」必須出於主觀，對於評價的認定，往往以反面排除的方式為之，即先以「客觀性」作為認定事實的標準，再反面的以缺乏「客觀性」者非屬事實而認定為評價。Cramer 有類似見解，其認為「建立在事實主張之上者，為純粹的假設、推論、臆測、評價或意見表達」⁶⁹，以及「應以一客觀事實核心是否來自外部釋明價值，因而足以引起關於被騙者錯誤認識的存在或缺乏而定。所以特定的評價，只要它跟具體的事件有關，而且是非法律人也常用的用語，在法律關係中即會被視為事實」⁷⁰，Lackner 亦採取類似的用語，其認為，「決定性的區別標準在於，是否這個表達可以獲得一個客觀、可審查的證據的事實核心，而可以激起一個關於其存在或是缺乏的不正確的想像」⁷¹。這兩者都以「客觀事實的核心」作為認定的基礎，似屬對前述 Ellmer 的「客觀性」較為具體的描述。Tiedemann 對此一問題亦提出類似觀點，其認為，「單純的評價與純粹的意見表達都是事實聲明的相對性概念，因為他們表達主觀的個人評價，而且其真實性並無法被檢驗或者證實」⁷²，以「是否可被檢驗或證實」作為標準，而「檢驗」或者「證實」事實上都隱含著客觀性，其進一步說明，對於邊際案例，通說往往依

⁶⁷ Lackner, StGB, §263 Bem. 30. 轉引自 Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 90; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch: Kommentar, 26 Aufl., 2007, Rn. 5.

⁶⁸ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 90.

⁶⁹ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 2006, Rn. 9.

⁷⁰ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 2006, Rn. 9.

⁷¹ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2007, §263, Rn. 5.

⁷² Tiedemann, LK, 2005, Rn. 13.

據其客觀意義是否為「可掌握的」作為判斷基礎，若其包括了一個可獲得的事實本質或一個事實基礎⁷³，則屬事實的範疇。於此，Wessels 的說法綜合前述各說，其認為，「標準在於，該表達是否包含了依一有形、可得證明的事實核心而生的客觀意義」⁷⁴。即同時表達出可檢證的以及事實核心的概念。

承上，不管用語為何，學說對於「評價」的討論，明顯的有一個共同點，也就是所謂的「客觀性的存否」，簡而言之，學說的重點仍在於客觀性的排除，排除那些不具備任何客觀要素、不屬於事實者，即屬純粹的主觀表達，而純粹的主觀表達即為評價。然而，由於人的意思表達方式千百種，同樣的意思可能以不同的方式表達；反之亦然。同樣一句話，可能同時包含「事實」與「評價」在內，因此，即使在所採取的標準上，主客觀截然二分，似無模糊空間可言，然而，具體個案的判斷上並非皆如此清楚。舉個簡單的例子，就一件物品的品質或價值的說明可能是純粹的評價，但在就該物本身的性質特定化的時候，也可以認為是事實的主張，學說舉出的例子如下：對於一個物品的交易價值、抵押權擔保的存在、專利的利用可能性、貨物是「完好的」而且「可用的」、一家店「運作良好」、瘦身或生髮工具的有效性是「受科學驗證的」這樣的聲明等等⁷⁵。這些聲明看起來似乎都是主觀性、評價性的表達，然而其仍可能被認定為屬於事實，其中決定性的標準，雖在於這個表達的意義是否可以得到一個客觀的、可檢驗的證明⁷⁶，然而實際上的問題在於，究應如何正確判斷人的語言表達所具備的性質。德國實務上就出現許多難以界定的案例，例如：法律解釋、專家意見、預測以及經驗法則、誇張的讚頌或廣告、一般的慣用語、還有對於一個投資行為聲稱為「安全的」或「沒有風險的」等等⁷⁷。此等行為外觀上雖都有「評價」的主觀外衣，惟是否具

⁷³ Tiedemann, LK, 2005, Rn. 14.

⁷⁴ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2 Straftaten gegen Vermögenswerte, 2001, Rn. 496.

⁷⁵ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 9.

⁷⁶ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch: Kommentar, 26 Aufl., 2007, Rn. 5.

⁷⁷ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch: Kommentar, 26 Aufl., 2007, Rn. 5.

備客觀性，仍有相當的解釋空間，學說上對於相關爭議案例的討論仍沸沸揚揚，是以，即使對於「評價」下了定義，對於「評價」的判斷，於實際案例的操作上仍然存在困難。

第二目 「評價」的闡釋

一、「評價」與「事實」於語言上的模糊性

評價為主觀的表達，相對於事實的客觀性，二者之間的界線似乎十分清楚，然而，實際上並非如此。Ellmer 提出，這裡的區分困難，可以概括的歸因於評價本身複雜的語言邏輯結構⁷⁸。評價通常可說包含了兩種不同的語言形式：一種是描述性的，一種是說明性的。當使用描述性的語言，來調查過去或現在的事實，也就是建立了一個事實聲明，這時說明性的語言證實了作為一種語言的媒介，使用這種語言媒介而給予命令、忠告、以及建議。評價是一個判斷，在這個判斷中我們使用了表達，他不僅僅有描述性的同是也有說明性的意義。依情況而定，是否描述性意義占優勢或者說明性的意義占優勢，人們從「次級的」或是「原始的價值」來說明⁷⁹。其以一個例子說明：在「X是世界上最好的清潔劑」的評價下，其提出購買這個清潔劑的建議存在著一個說明性的意義；而描述性的意義相對存在於資訊即事實聲明當中，也就是說，稱X是世界上「最好的清潔劑」時，同時表示了X具備了大部分清潔劑所應具備的品質要素。若是如此，則所有的語言當中都同時具備有事實以及價值，則在如此的語言邏輯模式下，要區分出評價以及事實即有其困難⁸⁰。

評價既然依附於事實之上，故在評價當中傳達出某種事實的訊息亦非少見。

⁷⁸ 以下參照 Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 95.

⁷⁹ 參照 R. M. Hare, *The language of Morals*, 1952; 同作者, *Freedom and Reason*, 1963. 轉引自, Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 95.

⁸⁰ 也就是說，事實上要在話語中區分此二者並不可能，Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 96.

有學說即指出，評價同樣也可以包括事實，在評價具有的傳達以特別專業知識為基礎的情形，例如，醫生就疾病發展的聲明；訴訟輔助人所出的法律意見，主張一個判決符合最高法院的判例；或對於藝術品的鑑賞，對該畫的真實性相信與否⁸¹。然而，學說進一步認為，對詐欺不重要的事實，則只是對評價正確性的內在相信，若非如此，幾乎任何評價的意見或是診斷，都被包含在事實主張的範圍內，因此也可以作為詐欺行為的對象⁸²。上述學說所舉出案例當中的各種類型都有值得討論之處，例如，醫生對於疾病如何發展所作出的聲明，可能涉及專家意見以及預測的問題；法律意見內容往往不純粹只是判決與判例是否相符，若涉及說話人的專業判斷以及個人的認知，則同樣為專家意見的問題；對藝術品的真假的鑑賞當中，在話語當中對客觀性質的認定以及主觀意見的判斷又應如何區分等等。而這些例子中的共同特點為所謂的「專家意見」，而「專家意見」本身究屬於「事實」或是「評價」亦有許多討論；而此等本身含有資訊在內的評價類型又是否以及在何等範圍內受到詐欺構成要件的規範，亦屬以下要討論的問題。

二、精確區分「評價」

就評價當中包含事實的類型應如何判斷的問題，學說認為，若要找出正確的解讀方式，不論表達出來的形式為何，除了注意其解讀必須與說話內容所試圖傳達的資訊有關，而且要注意者為，「評價」獨立於「事實」，所以始終要精確的將形式上看起來為評價的表達區分為「評價」部分以及「事實」部分。在特定單純情形下固無問題，例如：一個含有侮辱性的字眼的誹謗的言論，可能同時包含相關事實的陳述以及對被辱人的評價。其他相關的例子如：當評估是基於特定能證明的事實的情形，例如實驗的結論、對於規範及評價的認識、關於事實效力的聲

⁸¹ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 2006, Rn. 10; Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 23.

⁸² Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 2006, Rn. 10.

明等等，其中包括的事實主張都可能是與詐欺相關的⁸³。換言之，不論是實驗的結果、醫學上的判準、法律意見、真實性的認定、以及對事情的認識和聲明等，這些都有可得驗證的結論存在，並不是因人而異的主觀意見而已，因此，在這些情形下，對「評價」及「事實」的認定尚非困難。

然除此之外，仍存在相對模糊之案例，其中以「專家意見」為例，與一般個人意見的評價不同之處在於，專家相對於一般人而言，享有知識上的權威性。有學者即指出，專家所贊同的正確性或強制性會變成事實聲明⁸⁴。故在「專家意見」的情形下，可能出現「評價」不受詐欺構成要件保護的例外，即，雖然被害人信賴主觀意見這點似乎難認為值得保護⁸⁵，然而，在行為人具有優勢的專業知識的情形，此處的評價，依照交易觀點，是被如同事實主張來對待。故，因為專家意見本身的特殊性，這個意見表達仍然可能被認為是詐欺構成要件合致的。然而，有學者指出，專家證言在日常生活中被作為事實看待，因而具備構成要件合致性，並不是因為專家證言本身即為事實，而是因為專家證言通常一併帶有事實性的共同點，而使其成為具有事實核心的意見表達⁸⁶。若依此見解，「專家意見」之所以被認為是「事實」，是因為其意見的本身帶有「事實」的性質，是合致詐欺構成要件部分者，仍為「專家意見」當中的「事實」部分，而非「意見」的本身。

另外，對「專家意見」的認定，可能來自於「專家意見」所呈現出的「內心事實」。承前面對於「內在事實」的討論，該評價的聲明本身尚可能包含內在事實的聲明，即評價者表達出其內心對於該事物「事實上就跟他所描述的一樣」產

⁸³ Kindhäuser, in: Nomos Kommentar, 2005, Rn. 104.

⁸⁴ Tiedemann, LK, 2005, Rn. 16.

⁸⁵ Krey/Hellmann, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, Vermögensdelikte, 13. Aufl., 2002, §11: Betrug, Rn. 341.

⁸⁶ Krey/Hellmann, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, Vermögensdelikte, 13. Aufl., 2002, §11: Betrug, Rn. 342.

生一種確信⁸⁷。是否能夠如此解讀，涉及語言解釋的問題。就此，Searle 提出了「真誠規則」，認為一個「允諾」，只有在說話者在採取語言行為時有意要將該允諾的行為事實上實現時，才能被表達出來，所以如果行為人說出了和其內心認知不符的話，則違反了真誠規則⁸⁸。Pawlik 表達了贊成的看法，認為這個內心存在一個對所表達事實的確信，可以視為真誠規則在法律上的轉換⁸⁹。雖然這個規則可以適用於所有話語施事行為（*illokutionären Akte*）⁹⁰，然而，在詐術行為的認定上，通說只有將之適用在特定的情勢—尤其是在說話者享有或虛構了一個專業能力，或者說話者的相對人沒有能力對於評價當中的事實性基礎作出檢驗的情形時⁹¹。換言之，原則上，「真誠規則」應該一致的適用於所有的語言使用，然而，在詐欺構成要件的解讀上，通說則以被害人的資訊能力不足以抗衡行為人時，才認為應使用「真誠規則」，而可推得該行為人的表達與其內心的真意相符。此時，即可由意見的提出推論出，行為人乃出於確信其所言的內心狀態而為意見的提出。是在「專家意見」中，也可能有此內心事實的存在，即該陳述人內心的確信。

然而，在不同的類型當中所能推得的內心事實並不能一概而論。例如有學說提出，在法律交易中，不同於律師所為的法律意見表達，一個普通人所為的法律意見表達不會認為該說話者對自己說的話有確信⁹²。因而，究竟在這樣的「專家

⁸⁷ Pawlik, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, S. 94.

⁸⁸ John R. Searle, *Speech Acts*, 1969. 轉引自，Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 128

⁸⁹ Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 128; Pawlik, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, S. 94.

⁹⁰ 這是由 J. L. Austin 在他 1962 年的 *<How to Do Things with Words>* 一書中所提出的語言概念，其認為話語有三種作用，其中所謂的「話語施事行為」所指涉的概念為，藉由話語行為表達的過程達成某事，即可能達到允諾、威脅、警告、命令等效果。而這個行為會產生一些「慣例性的結果」，例如權利、承諾或義務等。參見 J. L. Austin, *How to Do Things with Words*, 1962.

⁹¹ Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 97.

⁹² Krey/Hellmann, *Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, Vermögensdelikte*, Aufl. 13, 2002, §11: *Betrug*, Rn. 343.

意見」，甚或是其他評價語言的情形下，應如何解讀。除了一般的語言規則可能作為一定的標準之外，似仍有借助其他標準的必要。

第三目 重要案例

除了對於評價的認定標準作出一般性闡述之外，學說上尚有針對個別案例的說明與歸納，舉例如下：

一、廣告中的語言

廣告中所使用的語言在文獻中有很多討論，究竟廣告中的語言有什麼內涵？它們又可否成為詐欺罪的客體？Kindhäuser 指出，對事實、利益以及效能的宣傳以及其他的稱頌，一般缺乏嚴肅性，而嚴肅性在對所欲請求的事實上的信賴是必須的。充其量在一些例外的情形下，在其關於財產處分的基礎作為可信賴的訊息時，這些表達因此會具備重要性⁹³。除了那些已經由於其交易傳統上被認為不重要的誇大之外，依照實務見解，當主張了明確的特定事實—尤其是目錄以及傳單裡的陳述，就應該要考慮詐欺的問題。這裡缺乏的是，純粹引起幻想、明顯的只是在稱讚、以及所為主張與該有問題商品的特性間沒有因果關係的類型⁹⁴。

Ellmer 有更詳盡的說明，他先否定了「在交易觀點上誇大其辭的讚頌以及誇張的廣告，在宣傳的範圍之內，通常並不是作為一個認真的事實主張來理解」這樣的見解，例如：「最多人買的刮鬍刀」、「世界上最好的洗滌劑」、「最多人看的雜誌」⁹⁵等等表達都缺乏了必要的具體、可檢驗的事實本質。Ellmer 認為，這樣的立論是難以成立的。因為在這些聲明當中，都包含著一些事實的主張在內。一個產品是「最多人買的」，這個聲明表達出「其他競爭產品的銷售數量是比較少

⁹³ Kindhäuser, in: Nomos Kommentar, 2005, Rn. 106; Urs Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 23.

⁹⁴ Kindhäuser, in: Nomos Kommentar, 2005, Rn. 106.

⁹⁵ Wessels, BT-2, S.110; Lackner, StGB, §263 Bem. 15.

的」這樣的資訊，這些數字關係不僅具體而且可得檢驗。同樣的，在「世界上最好的洗滌劑」這個例子中，這個聲明同時表達出了「沒有其他的洗滌劑可以到達相同的品質」這樣的內涵。這個事實是具體的、而且也理智上可檢驗的，因為它可以在使用科學上被確保的方式，而設置洗滌劑必須擁有的品質特徵的目錄，然後透過試驗來確定，所稱的洗滌劑表現出最多的品質特徵。這並不是不切實際的幻想，德國的消費者安全基金會就在做這樣的工作。

就廣告內容的性質，另一種說法並不針對內容是否認真，而是針對使用該內容之人的主觀心態。其認為「一個廣告對他所使用的聲明並不認真，而且從這裡不言自明的可以得出，消費者對這一點也是清楚的」，然而從經濟學的觀點，廣告說明經常會對一般私人的最終消費，產生買賣交易的決定上情報性以及招攬性的效果。廣告的情報性功能因此是實際上廣告以及行銷的決定性合法理由。最新的調查顯示，75%的消費者期待廣告帶來資訊；67%期待獲益；62%期待可信性；61%期待有參考作用。從這裡得出一個結果，人們——也從消費者的觀點——沒辦法認真的說對廣告缺乏真摯性。鑑於對值得信賴的資訊的介紹以及因此同時內在於廣告的通知如此的重要性，當人們排他的將宣傳性的讚頌放入評價的範圍，以及因此否定與事實的任何關聯時，只是顯得更啟人疑竇而已⁹⁶。

Ellmer 並指出，通說認為廣告似的讚頌並不是事實聲明，此種觀點亦與民法上對廣告聲明的認定和規範亦處於對立的位置。而民法就產生這個責任的法律基礎的論述，其認為，與其視為破壞一個具體的信賴關係，不如說是保護交易往來順遂而生的概括需求。一個經濟社會的結構越簡單，它就越沒有動機去合理的保護對可能的潛在交易相對人聲明的信賴⁹⁷。每一個貨物的交換所必然伴隨著的不信任將會提供足夠的保護。但是，在現代化高度複雜的經濟社會當中，卻是需要完全不同的行為。在一些特定的範圍內，當自身的控制機制不是根本不可行、

⁹⁶ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 91-92.

⁹⁷ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S.92-93.

就是在需要鉅額的、經濟上不智的花費的情形下時，法律上的信賴保護就變得急迫需要，而這裡要反映的是一種交易上必要的信賴⁹⁸。

另外，對於此種「廣告性的誇大」，民法認為不足以作為法律責任的基礎而缺乏構成責任的要素，理由並不是在於沒有事實聲明的呈現，而是因為廣告性的誇大並沒有賦予一個理智的消費者任何資訊價值，即其並不可靠。所以，這裡之所以否定了詐欺的成立，並不是因為欠缺了事實的通知，而是對於被通知事實的信賴並不能享有保護，因為理智的消費者並不信賴這樣的資訊，而且也不需要相信，亦即這裡並未存在一個必要的信賴，這裡信賴的人，盡管聲稱是誤信，也可能是可歸責於自己的損害⁹⁹。而且「不該透過詐欺的禁止來保護愚蠢以及對生活的不熟悉。...對於誇大的讚頌、不承擔義務的習慣用語、以及叫賣式的廣告，『這些在交易當中沒有被習慣性的受到重視以及因此也不被允許受到重視的聲明』，已經缺乏了一個詐術行為」¹⁰⁰。「被害人自我歸責」以及「必要的信賴」兩種觀點在此是密切相互交織的¹⁰¹。

總結以上，對於廣告語言的討論，Ellmer 先從廣告語言本身代表的意思作出分析，而認為即便是評價，仍帶有事實基礎的內涵；並藉由調查數據指出廣告對於一般消費者仍有相當程度的指標性，而不能全盤否認廣告內容之嚴肅性；最後透過民法觀點提出交易上必要的信賴以及被害人自我歸責的看法，就人們對於廣告語言應有如何的認識，作出一些限縮。

二、對訴訟行為品質的宣稱

⁹⁸ Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 92-93.

⁹⁹ Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 93.

¹⁰⁰ H. J. Hirsch, *ZStW* 74 (1962), 78, 130; 他對構成要件作了限制，而這個限制中，他試圖以社會相當性作為解釋的輔助工具。轉引自 Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S.93, Fn. 75.

¹⁰¹ Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 93-94.

大體上，在德國的實務以及文獻上都嘗試著在事實標準—可證明的「事實核心」—的輔助下，區分詐術相關的主張以及與詐術無關的評價，但學說認為，這些結果都不夠有論據上的說服力。舉例而言，在「品質比較」的例子：當一個國家檢察機關的助手對被告說，他可以依照案情以及法律情況在程序中執行如同律師般「同等價值」的職務，學說認為這樣的說法不會被認為是關於事實的詐術；然而，德國地方高等法院採納了品質比較具備事實特性的見解，認為品質較須倚賴一個既存的特定法律認知—例如一個外國法—為之。然而，在下面的情形，詐欺是被否認的，行為人以一個與詐欺相關的事實影響了其未來「當事人」的決定：他主張可以透過行為—這個行為是他能做且被允許的—來影響程序，而且他還以一些暗示性的事實陳述—例如相應的法律認知的存在—來評價其行為的品質。否認的理由在於，行為人就其被允許的程序輔助的範圍沒有說謊，而且有鑑於其所支配的這些有關法律認知的行為與其他競爭的律師確實是可相類比的¹⁰²。

三、法律意見的提出

當法律情勢的說明依據特定的法律準則、判例、以及文獻中代表性的觀點而提出時，即可能有詐欺上的重要性。例如，一個法律見解或一個法院決定被認為與一個高等法院持續性的判例相一致的情形¹⁰³；或者是一個特定的判例、法律意見的存在等情形¹⁰⁴。另有學者認為，闡述一個法律的觀點時，法律意見始終包含著價值元素。當它們與決定性的以及拘束性的請求權相結合的時候，它們可能再次成為事實聲明，例如在主張特定買賣價金的請求權時，所立基的事實（即一個相合致的意思表示）¹⁰⁵。德國實務有見解認為，民事訴訟程序中，當事人所提出

¹⁰² Kindhäuser, in: Nomos Kommentar, 2005, Rn. 105.

¹⁰³ Kindhäuser, in: Nomos Kommentar, 2005, Rn. 109.

¹⁰⁴ Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 24.

¹⁰⁵ Tiedemann, LK, 2005, Rn. 18; Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 24.

的法律意見僅代表一方由其角度出發的立論，並不能作為對造或是法院就法律情勢的參考資訊¹⁰⁶。另外，當事人並無義務對於對造當事人或法院精確的提供法律情勢的看法，因為法律的適用和尋找是法院的任務¹⁰⁷。

當簡單的法律概念（例如借貸、所有、買賣、租賃、互易）與一個具體的事件有關聯時，它們也可能被視為事實¹⁰⁸。也就是說，法律的觀點若與事實上的權利或是具體事件相關時，會使得這個法律意見帶有事實性。同樣的，如果對作為評價前提的狀態表達看法，這些狀態同時也作為一種事實資訊。例如，當談到財產、贈與、買賣、租賃、婚姻、債權讓與等等，會指向特定的生活狀態¹⁰⁹，或者是生活中的法律關係要藉著一般性的法律概念（例如「買賣」、「租賃」）來描述的情形¹¹⁰。

四、科學的聲明

科學的認知以及事件，如經驗法則以及慣例（例如陽／西曆）通常被描述成事實，因為他們原則是經驗上可驗證的，即證明是可以得到的。相反的見解認為，只有適用一個特定的科學法則或特定的慣例的聲明能被視為事實聲明¹¹¹。

¹⁰⁶ 參照 BGH JR 1958, 106 m. Anm. Schröder; Eisenberg Salger-FS 15(20); Graul JZ 1995, 595(602ff.). 轉引自，Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 24, Fn. 21.

¹⁰⁷ 參照 BGH JR 1958, 106; OLG Koblenz NJW 2001, 1364 f.; Eisenberg Salger-FS 15(20); Graul JZ 1995, 595(602f.); a.A. Protzen wisra 2003, 208ff. 轉引自，Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 24, Fn. 22.

¹⁰⁸ Tiedemann, LK, 2005, Rn. 18.

¹⁰⁹ Kindhäuser, in: Nomos Kommentar, 2005, Rn. 108.

¹¹⁰ 參照 BGHSt 22, 88f.; OLG Düsseldorf wisra 1996, 32ff.; Graul JZ 1995, 595(600); Seier ZStW 102(1990), 563(568). 轉引自，Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 24, Fn. 19.

¹¹¹ Tiedemann, LK, 2005, Rn. 17.

五、對未來事實的預測

關於「未來事件的預測」：學說認為，在包含一個未來事件的評價或預知的語言中，可能存在一個事實主張¹¹²。然而，對未來事件的預測，除了其基於現在確定的事件，而使其聲明可能具備事實性質外，預測本身並不能被認為是事實，前已論及。有學說指出，若預測是基於科學的認知或其他法則的支持，而這些認知或法則允許一個確定的結論，那麼每一個未來事件的本質上不確定性就可以降到最低，結果就是，信賴會顯得值得保護。此處，因為一般人通常完全無法對那些法則驗證，所以也會一樣的會提及必要的信賴的思考¹¹³。然而，預測在何等情形下可以被允許提出一個確定的結論？若無法找出這樣的例子，結論上，似乎仍應認為「預測」既然無法確定，則被害人的信賴並不值得保護，該「預測」仍非「事實」。

第三款 小結

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

第四項 「事實」概念的範圍

第一款 限縮「事實」

¹¹² Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 10.

¹¹³ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 100.

第一目 並非所有謊言均應非難

雖然依照德國刑法第 263 條，詐欺構成要件行為只描述了「對事實的虛構、扭曲、或隱瞞」，並沒有指明應對何種「事實」為之方成立本罪，惟法律上並不存在一個對謊言的普遍禁止，純粹的謊言也可以不發生刑事責任，因此依客觀歸責理論，對一個不真實的表達並沒有一個普遍性的刑法責任¹¹⁴。更詳細的闡明有：法律並沒有一個一般性的誡命，規定每一個聲明—或者也只有每一個法律交易中的聲明—都必須是真實的。那些從奧古斯丁所形塑的道德神學或是一個嚴格遵守的道德立場出發，已是一個應受譴責的謊言的情形（例如假裝不在家以躲避不速之客之情形），依照日常道德的慣例可以被認為是中性行為。而那些已經被社會認為是重大的失禮行為—例如對於問路而為之有意識錯誤答覆—也同樣不必然符合刑法的重要性標準¹¹⁵。若進一步限縮到財產交易關係的情形，則即使是依照傳統的觀點，也絕對不會把每一個謊言都作為詐欺罪有重要性的詐術¹¹⁶。詐術行為要作為導致錯誤的原因，必須呈現出一種附加的品質，這個品質一般而言可以被描述為「對被詐騙人的知識上的影響」¹¹⁷。

承此，依德國學說見解，單純與事實不符並不足以被認定屬構成要件合致，該事實本身需具備一些重要的特質。而這個重要特質的內涵，來自於法律必須保護對於資訊真實性利益正當的信賴，而不是強加一個一般性的真實義務¹¹⁸。尚有學者指出，在明示的詐術的範圍當中，有一個任務，要在刑法以及特別法的詐欺規定中重要的詐術，以及倫理學、社會道德標準二者之間劃定界線¹¹⁹。

¹¹⁴ Kindhäuser, Nomos Kommentar, 2 Aufl., 2005, Rn. 119.

¹¹⁵ Michael Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Köln: Heymann, 1999, S. 98-99.

¹¹⁶ Michael Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Köln: Heymann, 1999, S. 99.

¹¹⁷ Mangred Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 119.

¹¹⁸ Kindhäuser, Nomos Kommentar, 2 Aufl., 2005, Rn. 118.

¹¹⁹ Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 98.

第二目 抽象標準之提出

一、社會相當性

若並非所有謊言、與事實不符均合致詐欺構成要件，則接下來的問題即在於應如何劃出界線。依 Kindhäuser 的見解，當對「關於交易本質上重要的特質」，其資訊的真實性是被擔保為可辨識的，一個在德國刑法第 263 條意義下的詐術才會存在¹²⁰。Graul 想要在經濟性互換交易的領域中對有詐欺重要性的誤導作出限制，這個誤導對於被害人而言，須掩蓋其處分的財產損害性；在被害人受行為人誤導而為捐贈的案例類型，應該只有在該誤導係關於客觀上決定性的社會目標，才是屬於詐術適格的。然而 Pawlik 認為，即使這個思考值得贊同，然而卻很難在詐欺罪上重要的詐術的範圍內給予一個全面性的責任界線的圖象¹²¹，因為重要性的內涵並不清楚。故一個受歡迎的釋義學輔助工具是「社會相當性」，即事實聲明應該是「通常在交易上沒有價值而且也不允許有價值」，才能被排除於構成要件之外¹²²。然而，Ellmer 指出，這個用社會相當性的輔助來排除§263 構成要件的嘗試，證明了「事實概念」可能沒辦法達成限制構成要件的功能，因為在與社會相當性的說明中所舉的例子，可說都已缺乏了詐欺重要的事實性格，這些例子有：粗糙的誇大之詞、不受拘束的慣用語、讚頌、廣告等等¹²³。如此一來，既然在這種類型當中，構成要件的實現以及因為缺乏「事實」的要素而失敗，為什麼人們還要費心於難以掌握的「社會相當性」¹²⁴？因此，Pawlik 認為，詐術是「社會相當的」此種觀點，是一個公式化的而不是一個**實事求是、內容豐富**的回答¹²⁵。

¹²⁰ Kindhäuser, Nomos Kommentar, 2 Aufl., 2005, Rn. 103.

¹²¹ Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 102.

¹²² H. J. Hirsch, ZStW 74(1962), 78, 130.轉引自，Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 116.

¹²³ 參照 H. J. Hirsch, wie Fn. 175.轉引自 Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 117.

¹²⁴ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 117.

¹²⁵ Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 99.

二、民法上的誠信原則

除了社會相當性之外，也有學者採取民法的解釋途徑。例如有學者舉出民法上關於意思表示的解釋的規則，可見德國民法第 133 條、第 157 條、第 242 條等規定，在此，非常模糊的「誠信原則」的概念的途徑會在詐欺構成要件的解釋當中出現。當通說要求，行為人的整體行為必須獲得一個聲稱價值的結果時；Lackner 否定了聲稱價值的結果，而且單獨透過規範性的標準的輔助來特定一個合理的詐術行為的領域，在此領域當中，錯誤的風險分配的思考扮演一個重要的角色。這個 Lackner 認為是決定性的規範標準，它同時也是對誠信原則在規範上考慮的結果。從這個文義上導出的解釋，已經產生了下面的結果，即依此原則的輔助，應該解答下面的問題：人們在何種程度下會受到自身聲稱的限制，而且第三人對於這個聲稱感到失望時，其信賴應受到合理的保護。在此領域當中，錯誤風險的分配思考扮演一個重要的角色，因為誠信原則是直接致力於合理的風險分配問題，尤其是錯誤的風險所涉及的分配問題¹²⁶。

三、被害人歸責原則

另外一種觀點是由被害人的資訊劣勢，以及被害人自我可責原則出發。惟從階層體系上而言，「何為詐術」屬構成要件的釋義問題；而「被害人是否值得保護」或「被害人共同可責原則」屬法政策的討論，二者是否可以混為一談，非無疑義。然而，此處似係以法政策作為目的解釋的方法，以被害人的保護範圍決定如何對行為人的聲明作出評價。Ellmer 指出，對於行為人的行為而添加的特定解釋內涵，他是與事實行為相依存的，也是獨立於潛在行為人及被害人間所存在的不平衡，而這個特定的聲稱內涵會因為雙方資訊優劣的差異而影響風險分配，強勢的當事人其資訊優勢越大，則關於交易觀點的原有風險分配就會被修正，而且因此會偏離了在契約當中每個人必須保護自己的原則。而在極端少數的部分情形

¹²⁶ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 101-102.

下，認識錯誤的風險會從弱勢方移轉到強勢方，即將強勢方之行為評價為，基於弱勢一方的利益而經過適當的考量。這尤其適用於交易當中，弱勢的一方對適當性各別檢驗的可能被排除、或者根本就是很困難的¹²⁷。通常的情形會涉及以下的類型，在這種類型當中，門外漢的被害人面對行家的行為人沒有能力就支付的品質作出各別的評價¹²⁸。

而這並不只限於行為人擁有事實上的知識優勢的情形，同時也適用於，對被害人而言沒有期待可能性去支配、減少相對人的優勢，或者能達到與行為人相同知識水平的情形，而後者正是自我負責原則的結果。行為人的優勢性越大，相應的被害人自我保護可能性就越小，行為人的行為將被添加的解釋內涵就越多，產生的結果是，其欲利用優勢的餘地就越小。因為，他的行為被推定是依被害人的利益所為的適當考量，若利用優勢，此時即冒著一個違反其所被推定的保證的風險，進而被認定施行一個詐欺行為¹²⁹。自我負責原則以及必要的信賴相互存在一個緊密的連結。必要的信賴的思考產生了一個限制了自我負責原則的功能，這個功能從自我保護措施可期待的評價中表現出來¹³⁰。

就此問題有一重要的實務上的案例，在聯邦最高法院的一個貨物運送的案例當中，行為人向貨物收受人索取並獲得比官方稅率所規定的運送費率較高的金額，聯邦最高法院以透過合理的行為所招致的錯誤為理由，認為未費事檢查的貨物收受人沒有能力去確定，是否所索取的費用和費率是一致的。因此，收受人是被允許信賴鐵路轉運人的誠實可靠以及較好的專業知識。故此處，聯邦最高法院

¹²⁷ Lackner, LK, §263 Bem. 46; BGH, LM Nr. 5 zu §263; OLG Celle, OLGSt §263, S. 21. 轉引自，Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 103.

¹²⁸ Lackner, LK, §263 Bem. 46, 例子如在藥局、古董以及珠寶的交易中，或對複雜技術性設備的維修產銷契約，轉引自，Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 103-104.

¹²⁹ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 104.

¹³⁰ 從自我保護措施而來的不可期待性情形下的自我負責原則的限縮，見 Seelmann, NJW 80, 2548. 轉引自，Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 104.

限縮了自我負責原則的範圍，認為不能過分期望被害人去做費事的控制措施。而 Ellmer 認為，此處若要求被害人應採取控制措施，將增加花費，而於交易的順暢無摩擦會有負面影響，因此應無法合理期待。最後 Ellmer 指出，此處對於可得推知行為的詐術的研究得出的結果是，被害人共同歸責的思考以及一致的必要的信賴在許多觀點上，闡明出顯著的重要性¹³¹。

第二款 行為的交易上意義

第一目 「可得推知的詐術」概論 (konkludente Täuschung)

於本章第一節、第二節已略為提及，詐術的實施不限於話語表達，也可能透過明示或默示的行為實施詐術。明示的詐術不論在意義或範圍上均屬明確，較無解釋上的問題；然而就默示的詐術，則在學說以及實務的討論上產生許多爭議，此一問題於文獻上的用語為「可得推知的詐術」(konkludente Täuschung)。所謂的「可得推知」的內容，是指該資訊內容由對話的上下文推導出來，並非明示而得的，此一資訊乃於明示的事實表達內容當中所間接形成的內容¹³²，而該內容某些時候不言自明；但在一些具體的個案當中，則該聲明的內涵究竟包括何等內涵，則必須透過解釋來決定¹³³。關鍵在於，依交易觀點，對行為人的整體行為應得出何等釋明價值¹³⁴。值得注意的是，迄今就何時一個詐術是明示的、而非屬純粹的可得推知的詐術，尚非清楚。這個界線很難用聲稱的方式來得出，因為一方

¹³¹ Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 104-106.

¹³² Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte*, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 31.

¹³³ Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte*, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 31 f. 這裡舉的例子是，在買賣交易當中，物的出賣人被合理推定了其具備處分權限，然而卻沒有被合理推定其應該為所有權人，因為其處分權可能來自於委任關係。在此處，對於「具備處分權限」為可推定之內容；然而「是否為所有權人」則並非可直接推定者，則何者為必然帶有的解釋內容，又應如何判斷，此處並未能提出一個抽象的標準。

¹³⁴ Cramer, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, §263, 2006, Rn. 14/15.

面可得推知的詐術同樣也可使用言語；另一方面，明示的詐術也可以用信號、姿勢或者其他溝通工具來施行。依照 Lackner，甚至連純粹的沈默（例如對於一個「確定的問題：您已經付錢了嗎？」）都可以是明示的詐術，因此，界線是流動的。

行為的解釋評價如同包含在行為當中的解釋內容，依照普遍性的解釋原則來決定。這代表了，首先要確定的是表示的客觀內容，除此之外，還必須考慮那些以其他依類型、及行為人的關係作為解釋內容來理解的情狀¹³⁵。而這要依據涉及具體存在於問題中的交易類型來確定，於此，交易當事人對風險的分配，依各種交易情勢建立一個基本的、但非唯一的觀點。就具體行為的解釋評價的調查因此不僅要以事實上的，也是規範上的觀點來考慮¹³⁶。

第二目 變動外部狀態

如果只是創設或改變一個外部情形，還沒有解釋的價值；然而，當溝通行為中出現的這類情形誤導的影響了第三人的理解時，即可能產生解釋的價值。這就涉及第二章所介紹的「對事實的不知」（*ignorantia facti*）的問題，對於事物的變動如果他人不知，尚非詐欺罪的錯誤；然而，若變動者藉由溝通行為誤導第三人的理解時，就可能產生其行為有解釋價值的問題。例如，當行為人在商店中將貨物上的標價掉換以取得有利的買價，然後把這個貨物提出到櫃台；或者當行為人影響了計算機的運作並將附有這個動過手腳計數器的器具或運輸工具作為出賣之用。這裡行為的解釋應該是什麼？標籤符合價錢的標示？或是計數器是功能上沒有問題的？¹³⁷就此，學者提出倒轉汽車里程計數器的例子，當一個二手車商將一輛待價而沽的汽車的里程計數器倒轉使其里程數減少，此時還沒有存在一個詐欺重要的詐術行為。毋寧是在當車商與一個對買賣有興趣的消費者在車子的交易對話中的範圍建立了溝通關係時起，車商才算是著手進行了這樣的行為。依照交易觀點，車商如未為其他行為，則其與消費者建立買賣契約的行為可以被合

¹³⁵ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 12.

¹³⁶ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 14/15.

¹³⁷ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 12.

理推導出一個結論，即該計數器正確的描述出了該車事實上的里程數¹³⁸。

另外，學說上亦舉出一些語言表達之例子，當行為人明知或意圖使受話者有錯誤的認識，而不撤回他所作的客觀真實內容的陳述時，即可能成立詐欺。另外，在「事後賭注」(Spätwette)此種案件中，行為人明明已經知道比賽的結果，卻對那些下注的人說，他已經準備好要冒這個險了¹³⁹，此種陳述就可以合理被推定為，說話者對勝負亦無把握，否則何來冒險？或者，當行為人的主張內容是可能發生的時候，卻讓訊息接收人產生該主張內容屬玩笑式宣稱的印象，使對方產生與陳述內容相反的印象¹⁴⁰。至於對特定解釋內容的沈默這件事，許多情形下，單純的沈默並不具備交易上的意義，然而，很多情形下，沒有行動本身也可能產生對事實為虛構的效果。例如：若A應該在股票價格跌到100塊以下的最好時機點打給B，而後來A並未打電話，則其「未打電話之行為」可以被解釋為，「股票價格跌到最好時機點」這件事情並沒有發生¹⁴¹。

第三目 各種交易行為的解讀

契約義務的承擔可以包括履行意願的宣稱。除此之外，在交易中，履行能力將會被共同表達出來，也就是履行義務的承擔應同時表達了當事人具備支付能力。所以白食者就其支付意願及支付能力，在契約訂立時即表達出相反的意念，即其具有支付意願及支付能力，因此其契約訂立行為屬詐欺。而德國通說認為，行為人單純地繼續受領飯店基於已經合致且未受騙的契約所為的給付，並不構成默示欺騙，因為單純受領，無法推論出其重新作出即其對待給付的能力與意願仍然繼續存在這樣的宣稱主張¹⁴²。

¹³⁸ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 120.

¹³⁹ Lackner, LK, §263 Bem. 9.

¹⁴⁰ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 12.

¹⁴¹ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 13.然而這似乎與不作為難以區分。

¹⁴² Krey/Hellmann, BT/2, Rn. 345 結論相同者，Lackner/Kühl, StGB, §263 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp, BT/2, Rn. 499; Reniger, Strafrecht BT/1, §13 Rn. 9; Hohmann/Sander, BT/1, §13 Rn. 27.轉引自，吳耀宗，詐欺罪詐術行使之解析，月旦法學雜誌第163期，2008.12，註39。

同樣的論述也適用於不想付錢的自助商店顧客，透過在自助加油站加滿油之行為，對在旁觀看的店員施行了一個準備要付錢的詐術¹⁴³。而在沒有其他情況發生的時候，對一個契約義務的承諾應包含著債務人願意履行契約，以及依他的判斷，他在到期日時會有這樣的意願的默示聲明¹⁴⁴。另外，當某人將購物車推到賣場的櫃台，這就默示了他要完整的對店家提出自貨架上獲得的貨品，而且已經準備好要為這些東西付錢。

和解契約的締結可合理推出，其依先前的協商作為既定的事實情勢的基礎，而這個情勢在締約的時點沒有改變¹⁴⁵。就外國錢幣的提出，可以合理的被推斷出這些錢幣有與紙面呈現之相應價值，且這些貨幣沒有貶值¹⁴⁶。而一個法律交易的提出，同時也被當然的推論出了處分的權限。所以在買賣交易當中，一個賣方會被合理的推論其藉由出售的表示而傳達出其享有移轉的權限一事。相同的，債權轉讓者也會被推定為，他作為債權的持有人並且具處分權限¹⁴⁷。因此有類似的見解認為，當一個律師答應了一個他不能實現的義務（例如，移轉一筆土地）時，就是詐騙¹⁴⁸。

在債權的取得情形，法律文件的使用會產生一個合理的推定，即此文件代表了持有人應屬權利人、或為債權的受授權人。而透過取車者自信的出現，也可以得出「其具有自公共停車場領取車輛的權限」這樣的意義。除此之外，在法律交易的實施中，交易能力的存否也會成為被當事人合理推定的部分¹⁴⁹。在線上拍賣的情形，賣方藉由安放商品聲明其遵守了拍賣的規則¹⁵⁰。

在參與賭博活動或競賽活動時，默示可推知，參與者並不排除意外情形之發生，或者，其不會去影響結局，亦即表示其願意接受賭博風險或競賽風險，因此，如果行為人在參與賽馬或賭馬活動之前，事先去買通騎士或給競賽的馬匹餵食與

¹⁴³ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 16a, Lackner, LK, §263, Rn. 9.

¹⁴⁴ Lackner, LK, §263 Rn. 9.

¹⁴⁵ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 16f.

¹⁴⁶ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 16f.

¹⁴⁷ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 16b.

¹⁴⁸ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 16a.

¹⁴⁹ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 16b.

¹⁵⁰ Lackner, LK, §263 Rn. 9.

奮劑，以減低其賭馬或賽馬活動之輸贏的風險，而排除其他參與者獲勝的機會，則構成默示的欺騙¹⁵¹。

另外，在銀行作業疏失致提款人帳戶多出一筆錢，而提款人填寫提款單將其提出或填寫匯款單匯款以清償其債務的情形，德國通說認為，甲填寫提款單或匯款單交給銀行行員，其可推知的表示，甲在戶頭當中有相對應的一筆存款存在，但事實上甲並沒有此等相對應的存款存在（甲對於銀行並無這筆款項的請求權），故甲的行為構成默式的欺騙¹⁵²。

第四目 不會被合理推導出的行為意義

就一個貨物或支付要求一個特定的價格本身，並不會因此而被推知這個價格是合理的¹⁵³。特定價格或補償的要求，原則上並不包括適當性或習慣的聲稱，所以鑑於契約自由，在過高的價格約定下，沒有詐欺的存在¹⁵⁴。然而，在當一個固定的稅率或是關稅存在，或者當它涉及了一個基於信賴關係的交易時，則有不同，因為他不可能檢驗它的適當性，或僅可能對費用是否不合比例來作檢驗，例如在某種專業領域（醫藥、古董、以及珠寶交易...等等）¹⁵⁵。不能從一個物品的提出或提供而得出該物屬沒有缺點的、或擁有一個可能的、作為前提的特性的結論，即不能從物品的提出推論該物品屬無瑕疵或合乎給付義務的。雖然德國民法第 433 條第 1 項第 2 句已聲明了供給無瑕疵之物為賣方之主義務，然而並不因此而連繫到法益保護的延展，這個義務不如說是來自德國民法第 123 條¹⁵⁶。

尚有學者認為，在下列的情形中，此等積極行為並非具有刑法上意義的詐欺，這裡只要考慮不作為的詐欺，對此，一個闡明義務是必要的¹⁵⁷。收受人並不

¹⁵¹ Hohmann/Sander, BT/1, §13 Rn. 26; Lackner/Kühl, StGB, §263 Rn. 9. 轉引自吳耀宗，詐欺罪詐術行使之解析，月旦法學雜誌第 163 期，2008.12，註 35。

¹⁵² Hohmann/Sander, BT/1, §13 Rn. 28. 轉引自吳耀宗，詐欺罪詐術行使之解析，月旦法學雜誌第 163 期，2008.12，註 37。

¹⁵³ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 16d, Lackner, LK, §263, Rn. 10.

¹⁵⁴ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 17c.

¹⁵⁵ Lackner, LK, §263, Rn. 10.

¹⁵⁶ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 17b.

¹⁵⁷ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 17.

因收受給付而表示他要對這個給付負責。例如，有所謂對誤計或誤轉的撤回、雙倍以及超額的計算，收受了超額的找回零錢也算是。收受社會給付的行為並不會被解讀為，允許收受給付的前提資格要件還存在著，也就是收受者還具有收受社會給付的資格¹⁵⁸。然而，在沒有任何對保險金額的請求權存在時，保險支付的要求本身是一個詐術的行使¹⁵⁹。

第三款 「對事實的不知」 (ignorantia facti)

這裡還涉及了一個「不知事實」的問題，這和一個問題有關，即是否在§263下的錯誤的前提必須是一個不正確的積極事實認識，或者是否單純的對事實的無知（等於「不知事實」）就足夠。通說認為單純的不知並不足夠，而必須要求錯誤要素的實踐，一個詐術行為的受話人陷於關於事實的積極的錯誤認識，而這個事實是詐術行為的客體¹⁶⁰。而第 263 條的行為，應該以行為人與被害人間建立一個溝通關係，在這個溝通關係中，行為人成功的對被害人透過思想上的影響來欺騙之，而此源自於詐欺的本質。故當潛在的行為人只是對一個東西作了狀態上的改變，而沒有與被害人之間建立一個溝通關係，則欠缺了這個本質要素¹⁶¹。然而，在交易上必須建立溝通關係才可能達成目的，故對事物的純粹不知必須在發生溝通關係的情形下討論，正如學者所舉的例子，如果一個行為發生在一個「隱蔽的小房間」，而這裡沒有可以注意的對象在場，因此一個這樣的行為無法滿足德國刑法第 263 條意義下的詐術行為¹⁶²。

在明示的詐術情形中不需要探討行為帶有什麼樣的聲稱價值；僅有在可得推

¹⁵⁸ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 17a.

¹⁵⁹ Lackner, LK, §263, Rn. 9.

¹⁶⁰ 參照對 Samson, SK, §263 Bem. 50.的鳥瞰，轉引自，Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 118.

¹⁶¹ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 121.

¹⁶² 同此見解 Gauf, NStZ 83, 505; Mohrbotter, GA 1975, 41, 49.轉引自， Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 120.

知的詐術的情形下，才有必須討論如何依行為人在交易觀點以及受話人的水平之上的事實上行為添加上一個聲稱的價值。而聲稱的價值也只有在一種行為下可以被賦予，就是行為人透過它來和其被害人接觸的那個行為。而透過這個接觸創造了一個可能性，即可以依規範性標準的輔助而給予溝通的關係一個具體的內容¹⁶³。一個對物品的操縱只有在當他是一個整體行為的一部分，獲得一個再次作為溝通關係的前提的聲稱的價值，才會是詐欺重要的¹⁶⁴。因此，如果一個行為人操縱物品而且使得被害人因為這個新的物品的情勢而使其導出錯誤的結論，則就足以成立詐術，例如，當車子的里程數碼表被倒轉，對買方偽稱這輛車有較少的已行駛里程數而因此有比較少的耗損的情形¹⁶⁵。Cramer 簡潔的點明，其認為若只是創設或改變一個外部情形，還不足以成立詐術，只有當溝通行為指向了這個創設或改變，而且誤導的影響了第三人的理解時，則例外的具有釋明價值¹⁶⁶。Cramer 並舉例，例如，當行為人在商店中將貨物上的標價掉換以取得有利的買價，然後把這個貨物拿到櫃台結帳；或者當行為人影響了計算機的運作，並將附有這個動過手腳計數器的器具或運輸工具作為出賣之用的情形¹⁶⁷。這裡行為人的行為，可以被解釋為「標籤符合價錢的標示」、或是「計數器是功能上沒有問題的」。而行為的著手時點，並不在於掉換標籤或是改變計數器的時候，而是在進行溝通行為時，例如提出至櫃台結帳時，或是進行車輛買賣的溝通時¹⁶⁸。

第四款 對真正事實的宣稱

¹⁶³ Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 120.

¹⁶⁴ 大致同此見解 Cramer, in: Schönke/Schröder, §263 Bem. 11; Eser, *Strafrecht IV*, S. 119 A 53.轉引自，Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 120.

¹⁶⁵ Lackner, *LK*, §263 Rn. 19; Samson, *SK*, §263 Bem. 23.轉引自，Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 119; Lackner/Kühl, *Strafrechtgesetzbuch Kommentar*, 26 Aufl., 2007, § 263, Rn. 8.

¹⁶⁶ Cramer, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, §263, 2006, Rn. 12.

¹⁶⁷ Cramer, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, §263, 2006, Rn. 12.

¹⁶⁸ Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986, S. 120.

而行為可得推知的意義也可能用於「真正事實」的情形之下，即當行為人明知或意圖使受話者有錯誤的認識，而不撤回他所作的客觀真實內容的陳述的情形。例如，當這個主張是可能發生的時候，卻讓其產生玩笑式宣稱的印象¹⁶⁹。例如，以假鈔付錢時用開玩笑式的方式說「這是假鈔」¹⁷⁰。通說在此肯定了詐欺可以透過真實事實的聲明來為之，因為說真話並沒有違反義務，所以這裡沒有出現前行為義務違反的情形。而於此處一個可得推定的詐術會因此立基於，這個指向特定受話人的聲稱不僅僅是依照其客觀的內容來解釋，也要考量受話人的批判能力即其水平來作解釋。於此要問的是，受話人當時如何可能以及允許去理解這個聲稱。如果他那時候有所誤解，有見解認為此時便存在詐術。其認為，詐欺的構成要件也有一個任務，就是要保護交易上不機敏的或者比較沒有受過教育的人不受財產上重要的詐騙¹⁷¹。

然而這樣的見解受到了批評，這些批評特別是來自於通說的刑事政策立論，他們認為刑法的任務並不是要為所有的個人遮蔽所有可想到的風險。刑法—在這裡特別指詐欺罪構成要件—並不是要保護個人免於因缺乏批判能力而面臨的危險。刑法因此並不是在保護被害人變得無能。因此在刑法第 263 條詐欺罪的文義以及在目的論解釋的範圍內變得重要的「自我負責原則」不接受透過真實事實來違犯詐欺的可能性。這也相應的適用於多重意義的聲稱¹⁷²。

這些討論的核心問題在於，「自我負責原則」在詐欺構成要件的內部影響可以到達什麼程度。於此，Schröder 承認被害人共同歸責原則。只是他在這裡是以個人的主觀認知為基礎，即根據具體的受話人如何被允許用他的個別的理解力

¹⁶⁹ Cramer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, §263, 2006, Rn. 12.

¹⁷⁰ 參照 T-Fischer §263 Rn. 11; LK-Tiedemann §263 Rn. 25; einschr. Hoffmann GA 2003, 610ff. 轉引自, Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte, Aufl. 4, 2004, §27, Rn. 25, Fn. 23

¹⁷¹ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 114-115.

¹⁷² Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 115.

以及批判能力來理解他人的聲稱。Schumann 則相對的應用了一個客觀的措施：他認為有決定意義的不是具體的受話人，而是典型的、有理智的受話人，像一般人依照交易觀點的情形去理解這個聲稱¹⁷³。

第五款 小結

從前述的討論可以看出，依據不同的交易型態，行為的意義呈現出各種解釋可能，有些時候甚至不僅止於一種意義。雖然從學說的討論中我們可以看出，對於可得推知行為的詐術的研究，被害人自我負責的思考以及必要的信賴在許多觀點上表現出顯著的重要性。雖然標準仍屬抽象，但是與要從分散的具體個案中作歸納的工作比較起來，此等標準已有相當的助益，增加了幾個值得參考的觀點。

就事實概念的限縮，學說所提出來的思考方式，不論是「交易上重要性」、「社會相當性」以及「被害人自我負責原則」等，標準雖都仍有其模糊之處，卻仍具有可操作性，僅必須加入更具體的內容充實這些概念。標準較為不明者應屬「行為可得推知價值」的判斷，除了舉出實務上的各種案例來作個案的判斷和說明之外，並沒有一個一般性的抽象標準，雖然因為交易方式各異導致找出統一的認定標準幾乎難以為之，的確必須依照具體交易情形而有不同，惟如此一來視同放棄定義「交易上重要性」，然而，也呈現出一個現象，即每一種交易當中的行為都必須因應不同的交易規則來認定，此等問題亦將在後面的章節作出介紹。

第三節 問題的提出

第一項 既有討論下呈現的觀點

德國學說上對於詐欺罪的討論，在對「事實」的定義中，有以較具體的方式呈現出「事實」的概念，就事實所指涉的對象（事件、歷程、狀態）、事實的特

¹⁷³ Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, S. 116.

質（客觀的、可感知的、可掌握的、可驗證的）等都有相對清楚的呈現，雖然定義仍難以脫離抽象性，但其重要的表達出了「事實」作為一種客觀的存在的脈絡。其後對於「評價」的認定，則亦緊扣「客觀性」的標準，即致力於排除那些不具「客觀性」特質，而只有「主觀性」要素的「評價」。故在德國學說上的討論完全集中於「客觀性」此一重點。對於接下來的「交易上重要性」的問題，也提出了例如社會相當性、民法上的輔助標準等，並在廣告語言部分有很深入的討論。故，在這些方面，德國學說也相對補足了我國學說見解所未能詳細論述的問題。另一方面，德國學說尚另外討論了一個我國學說見解較未觸及的部分，即交易上行為意義的闡釋，而因為交易種類眾多，難以提出一個一般性的標準，故於此處，學說佐以實務上所累積的各種案型作出歸結和整理。

第二項 深化定義

從上述的介紹中可以發現，對於事實與評價的問題，不論是我國或是德國學說，對於事實的描述和定義都相對抽象化，而著重於交易上的解讀，並沒有花太多篇幅解釋何謂「事實」。承前所述，固然學說有舉出「客觀性」、「可驗證性」、「可掌握性」等定義，然而「客觀性」的「客觀」指涉什麼？又應該如何驗證？缺乏更深入的說明，似乎「客觀性」本身已經是不言而喻的。承我國學者所提出者，「客觀性」的判斷標準似乎可以來自於「科學」，然而「科學」所指涉的內涵又如何？科學的有限性與刑法上的事實間又有何關聯？

另外，因為在德國詐欺罪的構成要件當中已經明文了「事實」此一要素，故當然的排除了評價可能成立詐欺罪的可能性，然而，和我國學說較為不同的地方是，德國學說認為，並不是所有主觀意見的表達即一律排除於構成要件之外，而尚應區分出評價即含有事實之情形，當主觀意見立基於客觀事實，而該客觀事實可以藉由主觀意見的表達而被推論出來，此時，就該部分即可以被作出是否真實的判斷，因而合致詐欺構成要件。然而，除此之外，「評價」本身並不在詐欺罪

的範圍當中。這裡要問的是，除了這些本身即帶有相對強度的資訊性的評價之外，如前已述及的「品質良窳」、「效能高低」等說法之外，對於那些極端抽象的評價，是否即真無可能為詐欺構成要件所規範？舉例而言，例如對於藝術作品的高度或低度評價（「美」、「醜」）此等完全無所謂客觀標準的評價，是否即真的完全逸脫於詐欺構成要件之外？這同時必須回到為何「價值」從一開始就被排除在詐欺構成要件之外的理由。

最後是如何在「事實」的概念中篩選出「詐欺適格的事實」，也就是前已提及的交易上重要性的問題，承前所述，交易上的重要性固然必須因應交易類型而有不同的解釋，而交易型態千百種，如何以及是否能建立一個統一的標準、或找出一個共通的規則，亦為接下來討論之重點。

第三項 討論步驟

承接前開學說討論後所遺留下來的問題，接下來的討論步驟，擬從對於「事實」其「客觀性」的討論出發，試圖在既有的基礎之上對於「事實」的客觀性作出更進一步的深入探討。接著針對「客觀性」所涉及的檢驗標準——「科學」作出介紹，試圖呈現出刑法規範中所要求的「科學」應有的圖象，進一步，再加入一些「類似科學的」現象的討論，在此等並非不常見的類科學類型當中可能涉及的詐術問題。事實的討論結束之後，再針對「事實」以外的「評價」作出討論，就評價原本在價值學上的呈現，以及評價在語言上的意義作出描述，再以單純的評價可否作為詐欺罪的客體作為結論。最後，就交易上的重要性的說明，以國內學說實務的介紹作為基礎，試圖藉由對於現行有關交易上重要性的討論，歸納出一些類型。

第三章 事實與價值

第一節 事實的「客觀核心」

第一項 事實的範圍

第一款 由字義上出發

依教育部國語辭典，「事實」是指「事情的真實情形」。韓非子·存韓：「聽奸臣之浮說，不權事實。」史記·卷六十三·老子韓非傳：「畏累虛、亢桑子之屬，皆空語無事實。」然而，什麼是「事情」？第一種解釋是指事物的實際情形。戰國策·秦策二：「道遠，臣不得復過矣，請謁事情。」漢書·卷七十六·趙廣漢傳：「尤善為鈎距，以得事情。」第二種解釋是指人類所作所為及自然界的一切現象或活動。三國演義·第一一〇回：「自此，中外大小事情，皆歸於昭。」紅樓夢·第二十六回：「誰知接接連連許多事情，就把你忘了。」第三種解釋是，處事的道理及人情事故。晉書·卷四十四·鄭袤傳：「其人好謀而不達事情，自昔建勛幽州，志望無限。」文選·嵇康·與山巨源絕交書：「足下舊知吾潦倒麤疏，不切事情，自惟亦皆不如今日之賢能也。」而又何謂「真實」？字典上的定義為「真確實在而不虛假。」相對於誕妄、荒謬、荒誕、虛幻、虛假、虛偽、失實、子虛、造作、做作等等概念。然而，理解了「事實」的文字意義只是解釋的起點，重要者在於，事實究竟指涉哪些對象，其所涵蓋的範圍和意涵又為何等等。方可能進一步具體化構成要件中的「事實」概念。

學者認為，儘管「事實」和「事物」、「事件」等詞間有重要的差別，但同時又有重要的相似性，他們同屬真正在世界中的東西，並不存在斯特勞森所說的邏輯上重要的類型差別。因為，真正在世界中的東西遠不只是事物和人，還包括現象、事件、情況、事態，而後面這些東西都可以說是事實。例如，第三帝國的毀滅是一個事件又是一個事實—曾經是一個事件又曾經是一個事實¹⁷⁴。在他看來，說某個東西是一個事實，至少部分意指它是世界中的某種東西，並進一步地把它歸為在世界之中的某種特別種類的東西，即這種東西是真實的。正是在這方面，

¹⁷⁴ 楊玉成一奧斯丁：語言現象學與哲學，2003，頁42。

事實與事件或事態不同，事件或事態可以是可能的或虛構的，而事實只能是實際發生的事件或「實際的事態」(1954, 165)。此外，奧斯丁還通過詞源的考察表明「事實」意指的是「實際發生的某種東西」。他追溯了「事實」與「行為」或「行動」、「事件」或「發生的事物」在詞源含義上的關聯，從而得出「事實」最初是作為「在世界中的某物」的名稱這樣一個結論¹⁷⁵。

在奧斯丁所說明的圖象當中可以看到「事實」所指涉的對象，包含一個由實際發生的東西所構成的現實世界，同時包括可能的事物或事態等構成的可能世界。而前者包括的可能是輪胎、收音機、黃金獵犬、指甲油、空氣等這種容易想像得到的實存物，然而，除了這些實際碰得到的東西之外，由這些實物所組合而成的抽象概念也應該同樣被包含在內，例如我們說「人類」、「文書」、「交通」、「環境」等。過去所發生的事情，即所謂的「歷史」，也是實際發生的東西，因此似乎也應該屬於「事實」的範疇之內。而在實體存在物之外的「事實」，我們應如何認識？即在奧斯丁的定義當中，所謂的「可能世界」應如何理解？一般所稱的「可能性」，應以現有的知識水平為基準，判斷事件的發生或不發生的機率，而機率可能是客觀的，例如：降雨機率百分之四十、擲硬幣正反面的機率各是二分之一；然而機率也可能是主觀的，例如對事件發生的預測，是以人的主觀經驗對於客觀事態作出判斷，此種情形下所根據的未必是科學，因此代表的往往是個人意見。

若依「事實具備客觀性」的觀點排除這種主觀的「可能性」，則所謂的「可能性」應該建立在現實的知識基礎之上，而最普遍的現實的知識基礎就是「科學」，因此，「可能性」的認定應該來自科學。然而，所有實體存在的事物同樣也都是可以透過科學知識予以理解的，因此，「事實」的概念應定位於，從科學的知識出發可能認識的事物。此時，就排除了許多人們所相信的存在，例如「真

¹⁷⁵ 楊玉成一奧斯丁：語言現象學與哲學，2003，頁43。

理」、「神」等等。而還沒有發生的事情，我們無從得知他的可能性，因此「未來」同樣也是科學所不及的，同樣應該被排除在「事實」之外。然而，「科學」本身並不是沒有疑義的，這個工具是否可靠？其又以何等方式運作？這是對「事實」的認識前，必須先予釐清者。

第二款 可檢驗性來自「科學」

應該以何作為探究事實的工具，即應該以什麼來確認事實的客觀性，首先想到的可能是最普及的「科學」。然而，姑且先跳過「科學究竟是什麼」的問題，科學本身是否真的能獲得事實真相、客觀性，或者所謂的真理？這涉及科學與真理之間的關係，即，科學能否獲得真理的問題。就此問題大致區分為兩種看法，一種看法來自科學哲學中的「實證派」，總體而言，他們認為科學與真理是同一回事，而這表現在，他們認為科學是由真的命題構成、或是包含真正命題的，維根斯坦有一句名言：「全部真命題就是自然科學。」這就是實證論者早期認為科學就是真理的觀點的代表¹⁷⁶。這也是傳統經驗主義的看法，而也就在這種觀念下，導致了在歷史上，科學和真理的關係問題，是與科學方法分不開的，科學方法的提倡，最重要的理由之一，就是因為科學的方法能供提供真理¹⁷⁷。

相反的，另一種看法係所謂的「非實證派」，他們主張科學不等於真理，科學也不是真理。而其所提出的理由是，其一，真理永遠無法被達到，或者，即使被達到，我們也不知道；其二，如果說科學就是真理，則無法解釋為何昨天說一個科學的陳述完全為真，今天就變成了假的，這和人們對於真理的看法不相容，真理是不能今天有，明天就沒有的；其三，科學、科學理論都不過是假設、猜測，它們是不能被證實的；第四，科學知識很明顯地把偏見、臆想、期望混雜於其中

¹⁷⁶ 舒煒光著，科學哲學導論，1994，頁 283-287。

¹⁷⁷ 舒煒光著，科學哲學導論，1994，頁 295。

¹⁷⁸。不過力主這一派的學者也認為，科學雖然不能達到真理，但是能逐漸逼近真理，科學歷史的發展，就是逼真度的不斷增長和提高¹⁷⁹。

然而，究竟有沒有「真理」存在？「真理」又是什麼？這個問題的本身已經難以解決，而對於這些問題的回答，本身又何嘗不是另外一種評價？然而，可以肯定的是，科學所關注的確實是事物的客觀面。它希望辨識出的是事物中任何人都可以分辨的客觀性，而這個客觀性不論人以什麼樣的經驗背景來看都一樣¹⁸⁰。正如英國哲學家 F. C. S. Schiller 說的：「有很大部分的實際經驗是被作為『主觀的』而埋沒且排除的，這是為了要將焦點關注在那些適於作為揭露客觀真實的部分經驗…因此，在有經驗的特點上，即使沒有被直接的拒絕，也只會被認定對於科學目的是不重要的，而且就其本身會被忽略。在這個假設之下，科學可以去建構一般大眾交易來往的世界，或『客觀真實性』，而使得不同的觀察者都可以設法去發現¹⁸¹。」而科學所得的資訊是只要是人就能普遍獲得的，不是主觀、個人、或只對有特殊背景或經驗條件的個人才能獲得的。也就是說，在自然科學以量取勝的傾向下，那些對於人在品質的、感情上的、評價上的面向的認知是被省略的¹⁸²。亦即，儘管科學與真理間的關係爭議猶存，無庸置疑的是，科學的發展方向確實致力於客觀性的探求；而且科學是我們探求客觀性最能夠掌握的工具。是以，不管用語是「真理」、「客觀」、或是「事實」，科學之作為檢驗工具，應為可認定之事，問題僅在於，科學對於客觀的檢驗能夠到達什麼程度而已，此等詳見下述。

第二項 作為檢驗工具的「科學」

¹⁷⁸ 舒煒光著，科學哲學導論，1994，頁 302-304。

¹⁷⁹ 舒煒光著，科學哲學導論，1994，頁 306。

¹⁸⁰ Nicholas Rescher, *Studies in Value Theory*, 2006, p. 150.

¹⁸¹ F.C.S. Schiller, *Must Philosophers Disagree?*(London: Macmillan, 1934), pp. 5-7.轉引自，Nicholas Rescher, *Studies in Value Theory*, 2006, p. 150.

¹⁸² Nicholas Rescher, *Studies in Value Theory*, 2006, p. 150.

第一款 「科學」的定義

「科學」如何定義？眾說紛紜。若從字義解釋，其拉丁字源為 *scientia*，廣義來說，「科學」泛指「學習」、「求知」、「知識」¹⁸³。所以嚴格而言，一開始的「科學」並非專指自然科學。而是泛泛的包括了涵蓋各種系統性的學問。若試圖為「科學」定義，說法則百家爭鳴，有認為科學是「以系統性的努力蒐集關於世界的知識，並將之整理納為可以試驗的定律及理論¹⁸⁴。」而且進一步認為，科學的成果和確實性繫於科學家遵守下列兩條規則的意願：「一、將新的概念與結果無保留的公諸於世，以供其他研究者獨立試驗，並重複證明其結果。二、在更完整與可靠證據光照下，必須放棄或修改已被接受的理論¹⁸⁵。」還有「所謂自然科學，是指對自然界各種現象作系統化研究的學問¹⁸⁶」；「自然科學最重要的特徵是：其任何的描述或理論都要和自然界的現象沒有衝突，否則都在摒棄之列。¹⁸⁷」有認為應從科學家的活動作出對「科學」的歸納和認識，而將之描述為「敘述、創造與理解人類經驗的一種方法¹⁸⁸。」甚至有人依照科學的各種特性，對科學整理出了八種可說是包山包海的定義¹⁸⁹：

- (1) 科學乃是人們控制自然環境的行為模式，科學結合工藝和技術的傳統，當史前人類學會如何冶煉金屬與農耕時，他們就認為對科學的成長做出了貢獻。

¹⁸³ 陳瑞麟，科學與世界之間—科學哲學論文集，2003，頁 186。

¹⁸⁴ 我們上了科學的當—巫毒科學的興趣：由愚蠢邁向詐欺之路(Voodoo Science: The Road from Foolishness to Fraud)／羅伯·派克 (Robert Park)；周孟擘譯，2002，頁 58。

¹⁸⁵ 我們上了科學的當—巫毒科學的興趣：由愚蠢邁向詐欺之路(Voodoo Science: The Road from Foolishness to Fraud)／羅伯·派克 (Robert Park)；周孟擘譯，2002，頁 59。

¹⁸⁶ 李怡嚴編，大學物理學，東華書局，頁 96。

¹⁸⁷ 李怡嚴編，大學物理學，東華書局，頁 111。

¹⁸⁸ 科學與文化 (The Role of Science in Civilization)，林德賽 (Rober Bruce Lindsay) 著，方祖同譯，1991，頁 6。

¹⁸⁹ David Linberg, *The Beginning of Western Science*, 1992, p.1-2.

- (2) 科學和技術有別，科學是「理論知識的體系，技術則是這體系在實際問題上的應用。在這種觀點看來，設計和建造汽車的技術不同於理論力學、空氣動力學、和其它指導設計與建造的學科，只有產生純粹理論的學科才算是科學。」
- (3) 科學是理論性的知識體系，但並非所有的理論知識體系都是科學。科學的理論體系都有其獨特的敘述形式—以數學表達的普遍、定律性的敘述才是科學理論。
- (4) 科學是建立在實驗程序（科學方法）上的理論。有人認為以敘述形式來定義科學未免過於狹隘，應該改從方法學來定義科學。如此科學被聯結到一組特別的程序，通常是實驗的。這程序是為了探測自然的秘密，而且驗證和否證有關自為的理論。一項主張是科學的，唯有在它具備實驗的基礎。
- (5) 科學應用科學方法所產生的可修正、可改變的信念。這是從第四個定義中導出的定義。它是一種從知識論地位、甚至是科學家掌握科學學說的堅持性來定義科學的企圖。譬如羅素就論證說：「不是科學界相信的東西區分了科學和非科學，而是科學界如何且為什麼相信。科學的信念是暫時的，不是獨斷的；它們建基在證據上，不是在權威或直觀上。」在這個觀點上，科學是一種認知和證成吾人知識的特別方式。
- (6) 在許多脈絡中，科學不是由它的方法學或知識論地位來定義，而是由它的內容。科學是一組關於自然的特別信念—或多或少地包括了當前物理學、化學、生物學、地質學的教學。在這個定義下，鍊金術、占星學和特異心理學是非科學的。
- (7) 以性質來定科學：任何嚴格、精確、或客觀的程序或信念，都可以算是科學。
- (8) 還有一種流行在大眾心目中的定義，是主張科學「是一種具有懷疑

精神的心態，對證據尚未齊全的事物，不妄下斷語，不輕易排斥。」

亦有提出實質觀點，認為自然科學傾向於關注那些自然當中可以探測得到的、存在的法則以及過程，而不是在那些推測性的領域上，因此創造性的層面，那些抽象的藝術或音樂形式，是在科學關注的範圍以外的¹⁹⁰。雖然嚴格而言，一個對「科學」完整的定義似難達成，然而，無法精確定義科學，卻不代表我們不能認識科學。從「科學」各式各樣的討論當中，我們可以歸納出來，所謂的「科學」，廣義的代表著一種系統性的知識體系和方法，不應侷限於狹義的自然科學，例如物理學、化學、物質學等項目，任何有條理及系統的知識體系都應可被視為科學。故，不論是狹義的，以觀察、實驗、理論、數據所累積起來的自然科學，或是其他被冠上「科學」名號的理論，都應該被納入「科學」認定的範疇當中。執世界物理界牛耳的美國物理學會在1999年11月14日發表了一份文件<What is Science>，當中說明了科學的本質：「科學是收集宇宙相關的知識，將其組織、濃縮成經得起考驗的法則與理論的系統性大業。科學的成功與信譽繫於科學家願意：1. 公開他們的想法與結果，接受別人獨立的檢驗與複製，這需要公開交換數據、過程與資料。2. 當遇到更完整，更可靠的實驗或觀察的證據挑戰時，願意放棄或修正先前所接受的結論。科學家忠於以上的原則，可以提供自我糾正的機制，這是科學信譽的基礎。」這可以作為更進一步了解科學意義的基礎。

第二款 「科學」所能認識的世界

第一目 科學如何呈現客觀

一、觀察與理論之爭

科學藉由什麼方式得出知識，這是科學方法的問題。而「觀察與理論」是考察科學發現問題的實質性問題，也是對進一步深入研究有關科學的產生發展等一

¹⁹⁰ Nicholas Rescher, *Studies in Value Theory*, 2006, p. 151.

系列的開端¹⁹¹。科學哲學史上，就分析知識的起源，有一個觀察與理論的關係問題¹⁹²。而所謂「觀察與理論」的問題，就是在探討觀察依賴於理論，還是理論依賴於觀察的問題。換言之，是觀察決定理論，還是理論決定觀察的問題¹⁹³。在這個問題上，歸納主義和反歸納主義採取相反的意見。前者認為，理論依賴於觀察，而這來自於近代科學的運用經驗方法的成功。也就是，進行科學研究，人必須先從事於觀察或實驗，從觀察和實驗中收集事實（經驗事實），然後對事實加以分類和經過其他的邏輯程序，而從事實中推論出定律來¹⁹⁴。因為理論建立在觀察之上，所以理論的特性，比如說客觀性、真理性、確定性等，就要依賴於觀察的特性，也就是說，理論之所以是客觀的，依照他們的觀點，就因為觀察是客觀的。理論之所以為真，是因為觀察是正確的¹⁹⁵。然而究竟怎才算忠實的態度呢？這個標準如何訂定？能否完全不帶偏見和成見？這都是上述論點所產生的問題。

而反歸納主義的觀點則認為，觀察應該依賴於理論，代表性人物為波帕爾（Propper, Karl Raimund），其認為研究科學的方式必須先從問題開始，問題引發了理論之後，再進行觀察與實驗。他以水桶和探照燈的例子作說明，他認為歸納論者是把人們原來的客觀、心靈比喻成空桶，知識是通過感官從外部像水一樣被引入桶內的。他認為這是不對的，人們在得到視覺經驗時，其所看到的東西與人們的視覺經驗中間有一個中介，這個中介就是探照燈，而人們透過探照燈看東西時，物體先是出現在探照燈照射區域內，感覺器官直接接受的是探照燈照射下的形象，而不是觀察物體的本來形狀和面貌¹⁹⁶。這種說法中貫穿著一個主要思想，

¹⁹¹ 舒焯光著，科學哲學導論，1994，頁 252。

¹⁹² 舒焯光著，科學哲學導論，1994，頁 252。

¹⁹³ 舒焯光著，科學哲學導論，1994，頁 253。

¹⁹⁴ 舒焯光著，科學哲學導論，1994，頁 253-257。

¹⁹⁵ 舒焯光著，科學哲學導論，1994，頁 257。

¹⁹⁶ 舒焯光著，科學哲學導論，1994，頁 261-263。

也就是不存在純粹的觀察，反過來說，即觀察中都滲透著理論¹⁹⁷。在這個說法基礎之上，費爾本德（Fezerabend, Paul Kurl）提出了論述，他指，在科學史上的天文學發展中，伽利略用望遠鏡來觀察天體而看到一些肉眼所不見的現象，例如，木星軌道上存有四顆衛星，這種現象就符合於太陽中心說。而這些有利於哥白尼學說的解釋。相反的，托勒密學說的維護者當時拒絕用望遠鏡而堅持用肉眼觀察，雙方之所以有這樣不同的選擇，就在於他們的目的性質很明確，他們的手段可以維護他們的理論¹⁹⁸。漢森（N. R. Handson）在〈發現的模式〉（Patterns of Discovery）當中也主張這樣的概念，認為每個觀察語詞和語句應該都含有理論的成分。他說，當我們有理論上的期待時，我們才會去注意事物，那會使事物看起來有趣，或至少有意義¹⁹⁹。他在〈正電子〉（The Positron）當中也同樣主張，如果沒有理論指引，我們不能看得到正電子的軌跡，亦即，「注意」是含有「理論」的²⁰⁰。

然而，不管採取前面理論中的何者，我們會發現，實際上我們常能夠把理論和事實分開，可能的例子是，即使完全不懂得理論，一個普通的技師也可以熟練儀器並找出儀器上的毛病²⁰¹。況且，理論不可能憑空假想，雖然必須承認沒有一個重要的陳述是沒有一個概念框架的，而且受到這個概念框架的支配和影響。但是有其他看法認為，不同的框架可以區別為常識，以及更高層次的理論。而高層次的理論，是否是以經驗證據作基礎，從觀察得來的，還需要進行檢驗。因此，也許可以退一步說，理論的產生、科學的發現是有多種來源的，但並不能說完全來自理論²⁰²。觀察、實驗，並從中收集事實（經驗事實），然後對於事實加以分

¹⁹⁷ 舒煒光著，科學哲學導論，1994，頁 265。

¹⁹⁸ 舒煒光著，科學哲學導論，1994，頁 268。

¹⁹⁹ Ian Hacking 著，蕭明慧譯，科學哲學實驗（Representing and intervening），1991，頁 198。

²⁰⁰ Ian Hacking 著，蕭明慧譯，科學哲學實驗（Representing and intervening），1991，頁 206。

²⁰¹ Ian Hacking 著，蕭明慧譯，科學哲學實驗（Representing and intervening），1991，頁 207。

²⁰² 舒煒光著，科學哲學導論，1994，頁 277-279。

類和經過其他的邏輯程序，從推出定律來，這樣的程序也是不可缺的²⁰³。

二、科學實在論

不管觀察與理論的爭議是否能有定論，當「科學」被作為檢驗事實的工具時，接下來要問的是，這些被人們使用科學方法所呈現出來的，是否就是這個世界的「真實」？換句話說，「科學」本身作為一種方法，在這個方法下所作出的結論，是否能夠代表真實的世界和現象？對此，有正反兩種意見。其代表性的肯定見解為「科學實在論」²⁰⁴。論者認為，正確的理論所描述的物質，狀態、過程確實存在，質子、光子、黑洞的真實性，就像腳指甲、渦輪機的真實性一樣²⁰⁵。實在論者相信，存在著一個獨立客觀的外在世界，而且科學就是一套揭開這個實在的理性程序。譬如，提出假設，然後接受經驗的驗證，當經驗顯示假設無法成立時，科學家不管多麼喜歡它，也不得不放棄它。絕不能以自己的偏愛來強行堅持甚至推銷自己的理論。其並提出，雖然科學發展至今天，儘管總是有科學家因為自己的偏愛而堅持錯誤的學說，並且表現出不理性的特徵；但整個科學大洪流的走向卻是理性的、朝向真理的，那些經不起考驗的學說，終將被理性的科學洪流所淘汰²⁰⁶。

另一方面，反對科學實在論者被稱之為社會建構論，其認為科學知識是利益、權力、意識型態、性別等種種社會因素所建構的，是科學家在社群中磋商折衝後才約定俗成的，因此不是如過去學者所想像般單純地反映自然實在。因此所謂的

²⁰³ 舒煒光著，科學哲學導論，1994，頁 257。

²⁰⁴ 有將之定義為：「一種論題，認為必須將理論科學的主張不是視為真，便是視為假，如果我們接受一理論為真，便承認了它在本體論上的存在，承認了理論主張存在事物，即便我們無法探查這些事物。」參見，Alex Rosengerg 著，歐陽敏譯，科學哲學的論證（Philosophy of Science），2009，頁 225。

²⁰⁵ 科學哲學實驗(Representing and intervening)，Ian Hacking 著，蕭明慧譯，1991，頁 23-24

²⁰⁶ 陳瑞麟，科學與世界之間－科學哲學論文集，2003，頁 222-223。

客觀性，並不存在。更激進的社會建構論甚至宣稱，根本不存在著客觀的經驗事實，連科學知識所說明的科學「事實」本身，都是被實驗工具和社會過程建構出來的（這一派又被稱作「存有論的社會建構論」）²⁰⁷。而對於實在論者相信所有的東西都是存在的，反對實在論者認為，以電子理論為例，電子事實上根本不存在，只是虛構。電子的理論不過是思想的工具。不論我們多麼仰慕自然科學在理論和技術上的成就，連最強而有力的理論我們也不該當作真的。尚有一派反實在論者認為，「理論」是理智的一種工具，因此不能被瞭解為是對世界真相的描述。另一派則主張，理論必須被當作理論來看，別無他法能夠了解。如果生物家用金屬和彩色球建構分子模型，那他們可以藉由模型更仔細的思考胺基酸的問題，但這並不能表示事物的真實圖象²⁰⁸。

就這兩種觀點的差異，進一步以下面的例子說明之。發明顯微鏡之後，我們變得可以看見例如基因等肉眼無法看見的東西。然而實證論者會說，那是理論使我們假設鏡片所顯示的東西是真實的。我們所相信的只是顯微鏡所呈現的照片，而不是任何可靠的真實小東西²⁰⁹。而在觀察的過程當中，往往需要加入一些染劑，而大部分的苯胺染液是首號毒藥，因此所看到的通常是死細胞，而且也是個結構被破壞的細胞，他顯示的結果是製作過程的人為結果²¹⁰。然而，事實上，在顯微鏡的運作中，我們只有依照它的設計例如繞射定律而不是折射定律時才能看到物體²¹¹；另一種說法是，只有當試片與光線的物理交互作用「相同」時，我們才能透過顯微鏡看到物體。因此，這樣的使用不需理論，也就是說，即使完全不懂物理原理的生物學家，也還是可以作實驗，使他們有能力區分在製作上或儀

²⁰⁷ 陳瑞麟，科學與世界之間－科學哲學論文集，2003，頁 200-201。

²⁰⁸ Ian Hacking 著，蕭明慧譯，科學哲學實驗(Representing and intervening)，1991，頁 23-24。

²⁰⁹ Ian Hacking 著，蕭明慧譯，科學哲學實驗(Representing and intervening)，1991，頁 215。

²¹⁰ Ian Hacking 著，蕭明慧譯，科學哲學實驗(Representing and intervening)，1991，頁 227-228。

²¹¹ Ian Hacking 著，蕭明慧譯，科學哲學實驗(Representing and intervening)，1991，頁 216。

器上的人為效應，以及以顯微鏡所看到的真實結構²¹²。亦即，並不會因為事後理論的修改而影響我們看到影像的真實性，顯微鏡學的實驗生命是利用非理論的方法將人為效果與真實事物分開²¹³。而顯微鏡的真實性，在鉛板論證中即可獲得證明，即我們製作了特定微型字母的鉛板，在明知字母為何的情形下，將其置於顯微鏡下。因為鉛板本身的製作過程是可靠的，我們可以透過顯微鏡看到跟製作結果一樣的內容，所以透過顯微鏡看到的顯然是真實的²¹⁴。然而，即使我們可以用顯微鏡看到東西，我們並不能因而說那物體是真實的。這裡想表達的只是，我們可以用顯微鏡觀察東西，而且我們可以相信我們以各種不同的顯微鏡所看到的結構，之所以有如此信心，一部分是因為我們能有系統地除去像差及人為效應²¹⁵。

承上，若稱科學能完全觀察到客觀，而無涉其他因素的影響，歷史上有許多例證可以否定這個論點²¹⁶；然而要說完全是來自於外在因素的影響，又未免太過否定科學的實證性，科學雖然並不只是政治社會因素考量下的產物，然而科學確實有無法排除主觀價值之處，詳見下述。

第二目 科學研究無法免於價值涉入

一、人的科學

對於科學是否完全客觀正確，不帶有任何價值判斷，肯定論者提出兩點理由：一、科學家在進行科學時，不會被他們的道德或政治的價值所影響；二、科學的推論是不具有價值性的。然而，這種論點明顯是有問題的，其一，科學家不可能完全排除價值的進行科學，因為他們跟我們一樣都是人。而且，即使真的有

²¹² Ian Hacking 著，蕭明慧譯，科學哲學實驗(Representing and intervening)，1991，頁 221。

²¹³ Ian Hacking 著，蕭明慧譯，科學哲學實驗(Representing and intervening)，1991，頁 230-231。

²¹⁴ Ian Hacking 著，蕭明慧譯，科學哲學實驗(Representing and intervening)，1991，頁 234。

²¹⁵ Ian Hacking 著，蕭明慧譯，科學哲學實驗(Representing and intervening)，1991，頁 240-241。

²¹⁶ 伽利略被教廷壓迫必須承認地球中心說即為一著例。

人認真的去排除價值觀對科學的影響，這件事情又有多少人去做、以及有多少達成率？其二，科學的內容並不是完全排除價值的，因為科學的結果是被典範性規則所規制的，科學家試圖為他們的假設建構「好的」或是「不好的」試驗；他們會作出「好的」、「不好的」、或某些推論係「有力的」、「有缺陷的」、或「薄弱的」。亦即，科學家們為其所建構出來的理想的實體加上一些典範²¹⁷。因此，在進行科學的過程當中，無法免除人的因素。不僅在該科學事件所會造成的後果應如何評價因人而異；其內在的價值和信念，甚至會使科學家作出與當今科學理論相違、或不受認同的結論，這樣的現象在科學史上亦並非少見。

據說伽利略（Galileo Galilei）於 1633 年在羅馬宗教裁判所被迫宣示棄絕日心地動說時，仍以腳點地喃喃自語道：「可是，它在動呀！」伽利略不僅相信地球的確在轉動，他也相信海水的潮汐現象正是由於地球之轉動而有，從而也就是地球之進行轉動的明證。而愛因斯坦（Albert Einstein）則是在廣義相對論尚未真正大功告成之前，便於 1914 年寫信向友人透露：不管日蝕觀測的實驗是否成果，都不會動搖他對於理論之正確的信心。不只相信廣義相對論是正確的，愛因斯坦還相信量子力學的哥本哈根詮釋根本是不完備的。除此之外，他也曾表示宇宙常數 λ 的引進，實為他生平所犯下的最大錯誤。從今日角度，海水的潮汐現象並無法證明地球之進行轉動；而量子力學的哥本哈根詮釋也並沒有被因果說明上更為完備的理論給取代。至於愛因斯坦所後悔引進的宇宙常數 λ ，則已經捲土重來、東山再起²¹⁸。至於前亦略提及的電磁場、夸克、光子…等理論，即使它們屬於以人的知覺無法觸及的物質，亦為科學家們所深信不疑，他們相信科學理論對於這些確實存在之事物的描述也是正確的²¹⁹。因此，由這些例子我們可以看出，科學家們在探索一個未知的領域時，必須加入自己的信念，而這些信念很多時候並不

²¹⁷ Harold Kincaid (Editor), John Dupré (Editor), Alison Wylie (Editor), Value-Free Science?, 2007, p. 109-110.

²¹⁸ 王榮麟，科學實在論與反實在論，課程大綱。（<http://www.phil.nthu.edu.tw/course/1369>）

²¹⁹ 王榮麟，科學實在論與反實在論，課程大綱。（<http://www.phil.nthu.edu.tw/course/1369>）

是來自於研究的成果，而是一種信仰。因此，我們可以發現，科學知識的探討和形成必定會受到人既有的信念所影響，即便是科學家也並無不同。

二、價值影響科學信念

現實主義、工具主義或自然主義者，他們知道某些經驗價值上的改變，可能會造成科學結果的不同，然而他們同時也深信，那些使科學家得以作出真實結論的知識仍然是不受影響的而且是一致的。反對見解則認為，在一些歷史性的案例中，在目的、問題或方法上的改變，會使一個好的、被承認的、真實的理論標準被改變。就此點，認定基於科學的證據的改變當然的影響了結論。操作著古典的、認為認知是真實而且正當化的信念，這些科學的哲學家們傳統上會將科學知識作為與完整建構的觀察性證據的本體相關。當證據本體改變，則科學家們所相信的正當性也跟著改變了²²⁰。然而，不僅是對於實證的認知，對於經驗性價值和標準的認知，也一樣有相對性。以化學的演進為例，有許多新的化學理論，其中的化學效果不是沒有被舊時期的化學家們認可，就是被邊緣化。或者是，化學家們也拋棄了很多，新的化學理論所認可的現象。標準的說法是，這種轉變表達了一種科學概念和信念的改變，而且通常也會帶出一種假設，也就是新的化學理論是來自於比較完善的觀察。即，新的理論因為有了觀察性的證據，比起舊的理論，享有比較好的經驗性上的成果。

對此，「科學是充滿價值的」這樣的理論並不反對上述說法，反而能進一步補充這種觀點下所不足的理由和原因。可以發現，對於什麼才是真正的知識、及一個物質到底可以得出什麼樣的特質等問題，指向同一個真實的不同意見的出現，往往會使得原有的經驗性價值岌岌可危。這也可以解釋，如何、以及為什麼一個新的化學理論可以在完全放棄、或沒有解釋當代的核心的化學問題的情形下

²²⁰ Harold Kincaid (Editor), John Dupré (Editor), Alison Wylie (Editor), Value-Free Science?, 2007, p. 191-192.

出現、並且成長茁壯，而且同時仍尋求一個系統性的解答。因此，雖然新理論的出現，涉及新的信念以及經驗主義的成果，然而在這裡，事實上，對於為什麼化學家有時候無法將化學核心的經驗性的問題以及現象一致於任何科學法則，經驗性的標準中規範性的面向提供了較佳的解釋，他們拋棄的不只是對於化學原有的信念、概念、方法以及目標，還有所有在這些成分下作為基礎的，「充滿價值的」化學的概念。而若沒有這種規範性合意、秩序以及缺乏秩序的動態性，我們無法給予科學知識的製造、傳輸、轉變以及進步一個合理的理由²²¹。

三、社會科學亦受價值影響

承上，科學的發展，不僅可以藉由以觀察的方式得到的證據作為呈現的基礎，人的價值判斷也是作為呈現科學的必要的元素。而在人類社會的發展過程中，科學的形成與演進，也受到不只是人的價值判斷，還有很多其他很多價值判斷的影響。不僅是自然科學，社會學或其他科學研究中也有一樣的價值介入的問題。例如，社會學家們會認為，他們的研究，是科學而且客觀的，不摻雜主觀的意見，而他們使用的字彙「異常的」或「不正常的」都只是技術性的字眼，並不是代表個人的意見，因為他們所觀察到的，人們所想要的、喜好的東西等，都是社會群體所反映出來的意見，而不是他們自己的。然而，如果社會學研究只是反映出數字，例如多少人贊成這件事情、或媒體如何影響人們對某件事如何下標籤，則此等研究結果並不會與政策有關，因為下政策時人們必須知道他們「應該」做或不做什麼，而不是知道他們現在做或不做什麼²²²。所以在社會學的研究當中，必然會對現象作出討論，或對問題作出定義，這些行為的本身就是評價的展現。

²²¹ Harold Kincaid (Editor), John Dupré (Editor), Alison Wylie (Editor), *Value-Free Science?*, 2007, p. 196-197.

²²² Harold Kincaid (Editor), John Dupré (Editor), Alison Wylie (Editor), *Value-Free Science?*, 2007, p. 46-48, 53.

以如何定義「就業」為例，在許多現代文化中，擁有工作被廣泛的認為是一個對社會地位以及甚至是自我尊重所必要的條件，然而，什麼才算是工作，卻是一個複雜而且受爭論的議題，而且對於各種經濟政策都有很深重的意涵。通常而言，人們會以收到經濟上的回饋作為認定的標準，如果只是從事家庭事務，例如養小孩或是作飯，從經濟的觀點，就是一種無業。一種比較不同的概念是來自亞當斯密（Adam Smith），他認為工作一般而言是以「不愉快的、辛苦而且麻煩」，並且相對於悠閒或輕鬆此等概念為人所知。另一個觀點來自馬克斯（Karl Marx），他認為工作提供了人類自我滿足的可能性²²³。這兩種觀點明顯的充滿價值判斷，因此，認為可以找出一個純粹經濟學工作概念的人，似乎都是被誤導以及有潛在的危險。總體而言，在很多情形下，價值的用語被使用於許多概念的建構，科學性的概念也不例外²²⁴。

第三款 科學的有限性

第一目 科學革命

從托勒密的地球中心論到哥白尼的地球繞日說，從燃素論到氧化理論，從幾何光學到波動光學，從遺傳因子說到基因說甚至是現在的 DNA 理論，不論是天文、物理、化學、生物學，科學隨著時代不斷發展與進步、不斷改變。科學為何、以及如何立基於過去那些現在被認為是錯的理論之上發展出新的理論？這涉及了科學為何可能改變、如何改變，這些都涉及了科學本身的性質以及科學的發展模式。科學的改變，可能在於舊有的理論中有些無法解決的問題；或者舊有的理

²²³ Harold Kincaid (Editor), John Dupré (Editor), Alison Wylie (Editor), *Value-Free Science?*, 2007, p.39.

²²⁴ Smith, A. 1776/1994. *The Wealth of Nations*. Ed. E. Cannan. New York: Modern Library. 轉引自，Harold Kincaid (Editor), John Dupré (Editor), Alison Wylie (Editor), *Value-Free Science?*, 2007, p.39.

論仍然不符合現有的需求；有的時候，甚至只是一個意外²²⁵。然而，在既存的、為人所認識的科學理論下，即孔恩（Thomas S. Kuhn）所稱的「典範」之下，要如何發展出新的觀點。這涉及「典範」如何改變或被代替的問題。

所謂的「典範」是指，在某一時期、某一專門研究的歷史中，有一組反覆出現而近於標準的範例，演示各種理論在觀念上、觀察上、及在儀器上的應用。這組範例就是該科學社群的典範，它們出現於教科書中、課堂上、實驗課中，而且由一個科學社群所享有²²⁶。然而，對於典範的認知，卻未必在所有科學家間可以得到共識，科學家們都能同意，牛頓（Isaac Newton）、拉瓦錫（Antoine-Laurent de Lavoisier）、馬克斯威爾（James Clerk Maxwell）或愛因斯坦之輩的學者，已為一群重要的問題找到了看來是互古不易的解決方式，但對於究竟是這些解答的哪一些抽象特徵使它們有永恆的價值，這些科學家的意見彼此就有可能不同（有時候他們並不會意識到這一點）。例如，量子力學（或牛頓力學、或電磁理論）是許多科學團體的典範，但對不同團體來說，這一典範的意義，會依不同的人所修習的不同課程、讀過的教科書、看什麼學報而有不同，因之，它可同時決定常態科學中許多不同的研究傳統，而它們的研究領域雖有重疊之處，但不盡相同。也就是說，他們可以同意典範是哪一個，但不一定對完整地詮釋這個典範，或使這個典範合理化的方式有相同的看法，甚或根本對這一類問題不感興趣²²⁷。

而在既有的「典範」之下，仍然可能發現新事物，當典範愈精確，涵蓋面愈

²²⁵ 例如拉瓦錫是因為普里斯特利陰錯陽差的實驗，而得真正發現並為「氧」命名；發現X光的倫琴，也是在研究陰極射線激發玻璃壁而發生螢光時，偶然的發現了放在高真空的放電管附近的、用黑嚴密包好的照相底片被感光。參照，潘永祥等編，自然科學概論，1990，頁138-140、218-219。

²²⁶ 孔恩（Thomas S. Kuhn）著，程樹德·傅大為·王道還·錢永祥譯，科學革命的結構（The Structure of Scientific Revolutions），1994，頁91。

²²⁷ 孔恩（Thomas S. Kuhn）著，程樹德·傅大為·王道還·錢永祥譯，科學革命的結構（The Structure of Scientific Revolutions），1994，頁92。

廣，則它愈能提供偵測到異常現象的機會——這時往往是典範變遷的契機，要發現新現象，必須具備下列種類的特徵：1)先察覺到異常現象，此一異常現象是相對於典範所提供的期望而言的；2)分辨與了解異常現象是同一個逐步發展著的過程；3)最後發生典範所指定的範疇與程序的變遷。而所有重要的科學新事物（如發現新現象、發現新理論）的出現都會經歷這種過程（或極類似的過程）。然而在我們認識了科學發現的這種程序之後，就可以開始瞭解，何以常態科學——一種並不企圖生產新奇事物，甚至在新鮮事物剛出現時，還會加以抑制的活動——能有效的促成新事物的出現，發現新事件並不代表舊有典範的立即被取代²²⁸，從覺察典範崩潰開始至新典範出現為止，有相當長的一段時間。當科學家面對公認的、不能納入現存理論中的異常現象時，他的首要工作，通常是設法對該現象作更為精確的界定，並分析其結構。雖然他已知道常態研究規則並不對症，在探究出現問題的領域時卻更為嚴格的遵守這些規則，以便了這些規則的適用範圍究竟有多大（或究竟在哪裡）。同時設法將現行理論的缺陷擴大，讓它顯得更清楚更驚人，以及更有啟發性，因為在過去常態研究中所做的實驗，都是理論上可以預測結果的那一類，因此即使發現理論值與實驗值不符合也不易使我們看清理論上的缺陷何在。所以危機時期中的科學家會不斷地構思出各色理論——這些理論若成功，有助於建構新典範，若不成功，也能輕易的放棄²²⁹。

發現新事物之後至成為典範前，有時候科學家會認定，被視為實驗錯誤者，是某種全新的事物，而且是潛在的典範災難，也就是對舊有典範的挑戰。如果最後的結果得出了一個新典範，則科學家所做的事，便以後見之明而稱之為新發現。若當倫琴（Wilhelm Röntgen）首次製造出X射線時，他便視這個結果為感光板的污染，一旦典範轉移容許了這件事，同樣的感光板便成了重要現象的證據。

²²⁸ 孔恩(Thomas S. Kuhn)著，程樹德·傅大為·王道遷·錢永祥譯，科學革命的結構(The Structure of Scientific Revolutions)，1994，頁 113-115。

²²⁹ 孔恩(Thomas S. Kuhn)著，程樹德·傅大為·王道遷·錢永祥譯，科學革命的結構(The Structure of Scientific Revolutions)，1994，頁 139-140。

如果最終結果並非體現為典範轉移，它便被視為錯誤，例如聚水（poly-water），或者更糟的情形，甚至會被視為騙局，例如冷融合（cold-fusion）。也就是說，新的現象仍可能只是一種例外，無法成為推翻舊有理論的新物，只有在出現了一個持續未解決、並在典範上重要的異例，才會造成科學革命。這個異例的歷程可能如下：常態科學進步後，其消弭於應用之中，成為被解決的謎題。以孔恩的用語，便是典範的「精鍊」。當這個異例對解答反抗得夠久，而造成危機，革命便發生，縱使其他異例屈服了，當越來越多科學家問題越加重視，整個學科的研究計劃便開始聚焦於未解決的異例。然而，即使新的事物無法成為可供替代的典範，使得科學學門繼續接受原有典範。然而，在這種情形下典範已受到弱化；某些科學家開始思索新的機制、新的研究規則、新的設備、以及新的理論，以用來解釋新事物與此學科的關連²³⁰。而當科學家們經歷上面的程序，發現了另一個新的典範，足以取代另一典範時，革命便發生了。

第二目 科學的本質

本質上，科學知識是建立在觀察、實驗的步驟之上，而實驗之前必須先有假設作為設定實驗的前提。不管科學家是否意識到，只要他決定使用某一特定的儀器，並用一特定的方式來使用它，就無異於假定了，只有某些情況會發生。在研究工作中，除了理論上的期望之外，還有實驗上的期望——它們經常在科學發展上扮演重要的角色。例如，在「氧」的發現，拉瓦錫（Antoine-Laurent Lavoisier）在 1775 年年初，本來是有機會分辨從硃砂釋出的氣體是一種新氣體的，但是他在下結論之前，採用了當時的一種標準程序，來測試這種氣體與空氣的相似程度，問題出在：1)這套測試程序完全得自經驗，沒有什麼學理上的根據；2)它不太能夠區別普遍空氣與氧氣。因此拉瓦錫得到了一個錯誤的結論：這種氣體就是空氣，只是較純罷了。普里斯特里（Joseph Priestley）事實上在 1775 年年初也用

²³⁰ Alex Rosenberg 著，歐陽敏譯，科學哲學的論證（Philosophy of Science），2009，頁 174-177。

過這套程序並得到與拉瓦錫相同的結論，不過後來發生了一連串陰錯陽差，使他另外再作了一些檢驗，才明白自己已經發現了一種新的氣體。由這個例子我們可以看出：原來他們倆所採用的測試程序，雖大量的經驗作為依據，卻根本排除了氧氣這種氣體存在的可能性²³¹。然而，是否表示因為實驗上的信念經常會發生誤導的作用，因此科學應該放棄標準試驗與標準儀器？不行，因為這樣會導致難以想像的研究方法。程序與應用方式上的典範，跟定律與理論上的典範一樣，對科學都是必須的，而且它們有相同的作用。它們會限制科學研究所能觸及的現象領域，這在任何一個時期都是難以避免的²³²。因此我們可以發現，科學的儀器可能會限制科學家們實驗的步驟和範圍，使實驗限縮於一定的思考或邏輯範疇內，因此，科學的發展事實上必須受限於現有的技術和理論之中。

科學的實驗所試圖建立的是普遍性，必須以預想的假設為前提，並試驗之。然而，測試這些假說並非易事。「所有的A均為B」這類型的普遍假設，例如「所有的銅都會導電」，不可能受到決定性的驗證，因為假設涉及的是數目無限的A，而經驗能提供的證據只涉及了有限的數目，數量再大，對於涉及潛在無限數量之銅的假說，也可能只是數量極微的證據，雅尼納（Ioannina）大學醫學院的流行病學家約阿奈德斯（John Ioannidis）博士曾在美國醫學會期刊上發表過一篇論文，表示若是以隨機方式任選一篇科學論文，其結果的可靠度低於50%。他的分析指出，由於實驗及統計方法、樣本數太少、研究者的立場與選擇性報告等問題的影響，大部分的發現都不可信²³³。頂多，經驗證據支持了一假設至某種程度。

²³¹ J. B. Conant, *The Overthrow of the Phlogiston Theory: The Chemical Revolution of 1775-1789* ("Harvard Case Histories in Experimental Science", Case 2; Cambridge, Mass., 1950), p. 18-20.. 轉引自，孔恩（Thomas S. Kuhn）著，程樹德·傅大為·王道還·錢永祥譯，*科學革命的結構*(*The Structure of Scientific Revolutions*)，1994，頁110，註9。

²³² 孔恩（Thomas S. Kuhn）著，程樹德·傅大為·王道還·錢永祥譯，*科學革命的結構*(*The Structure of Scientific Revolutions*)，1994，頁110-111。

²³³ Dr. Joe Schwarcz 著，葉偉文譯，*科學新聞不能這樣看－蘇老師教你聰明解讀*（*Let Them Eat Flax*），2009，13頁。然而作者認為，這個論證可能也會導致這位博士自己的發現也一樣變

但如同我們將看到的，它也可能同樣支持其他許假說至相同的程度²³⁴。而在假設無法被證立的時候，並無法表示該待證假說即屬不成立，因為假設的證明建立在許多其他的假說之上，因此，假設可能可藉由將錯誤歸咎於輔助假定的錯誤，而免遭否證，甚至可以因而得到正確的結論者。經典的例子如下，十九世紀，由牛頓力學導出對木星和土星在夜空位置的預測，因望遠鏡觀測的改進而被否證。但天文學家並不歸咎於對牛頓運動定律的否證，反而挑戰了輔助假定認為的，除了源自於所知行星的力以外，並不存在其他的力影響土星及木星。藉著計算還需要多少額外重力及力所來的方向，使牛頓定律和表面上否證牛頓定律的資料得以一致，並導致天文學家成功發現海王星及天王星。就邏輯而言，科學定律既無法由可得的證據而完全建立，也無法被有限的證據組確實否證。然而，這並不意味著科學家會因為敵對的證據而放棄假說，或因為實驗的結果而接受假說。這意味著，驗證和證偽是更複雜的事，不僅是受試假說導出實證或否定的例子而已²³⁵。

承上，科學的普遍性建立在相對極少數的證據實驗之上，所以科學的普遍性其實並沒有那麼普遍，更不用說事實上更並沒有想像中絕對。至於科學建立在假說之上，而假說又建立在層層以假說為基礎的前提之上，因此，科學的「客觀性」或「真實性」更是相對有限。假設客觀價值、客觀資料都確有其物，然而所謂「客觀」，是指事物在沒有觀察者存在的環境中，所處的狀態、資訊。然而，因為我們所說的「科學」，不可能不建立在「人」的認識之上，因為科學正是人類用來認識這個世界的工具，而人類不可能完全摒除所有外在的干擾、感情的波動、內在價值觀的影響來認識「客觀」。更不用說，人可能會犯錯，使用的儀器會有誤差，使用的語言可能不一樣等等。對大學生和高中生可能都不陌生的一個簡單的例子是，課本上的實驗做不出來時，數字必須要捏造、實驗室要改進！另一個故

得不可信。

²³⁴ Alex Rosenberg 著，歐陽敏譯，科學哲學的論證（Philosophy of Science），2009，頁 138。

²³⁵ Alex Rosenberg 著，歐陽敏譯，科學哲學的論證（Philosophy of Science），2009，頁 140。

事是，同樣一套儀器，A做出了驚人的成果；然而在同一領域的B研究了二天之後沮喪離去，A真的獲得了他所要的嗎？還是他騙人？在這裡所要提醒而且不能忽略的是，大部分的時候，實驗是做不出來的²³⁶。因此，對於所謂的科學所能帶來的「客觀性」，必須認識到其本質上的有限性，而且是可能誤謬的，必須以審慎的觀點去認識。

第三項 順帶一提「類科學」

第一款 概說

這裡所謂的「類科學」想要表達的概念是，因為精力有限，學問無窮，科學之外仍有許多未知的領域。有些他們部分或非常少量的使用科學資訊作為闡述的基礎，然而雖然聲稱使用科學，但可能概念有明顯的錯誤、或者只有極少量的臨床實驗或根本沒有數據可以證實，也就是他們的「科學」所使用的科學方法和科學資料和真正的「科學」相比是相對不足的，甚至使其是否能被認定為一種「科學」，變得相對備受爭議。應予注意者為，這種情形應和下列情形區別，即所認識的資訊是未受驗證的或是錯誤的資訊，這在網路資訊泛濫的現在，於醫學、食品等與人類生活息息相關的領域中隨處可見，例如對於咖啡喝多了可能致癌；吃有機食品可以降低致癌機率；微波爐是誘發癌症的原因；小麥草汁可以治病，因為它含有活的酵素等等這些看法，這些資訊常常是因為網路的流言、媒體的渲染，人云亦云之後而變得有真實性上的疑慮，然而，它們究竟是真是假，都可以以科學說明之²³⁷，在這種情形下，他們仍處於科學的範疇之內，一般人的誤信只是知識上的差距，並不是其究竟是否為科學的問題。

除了前述類似科學的情形之外，還有一些情形，是完全不以任何經驗法則、

²³⁶ Ian Hacking 著，蕭明慧譯，科學哲學實驗（Representing and intervening），1991，頁 266。

²³⁷ 以上例子的說明，分別參照 Dr. Joe Schwarcz 著，葉偉文譯，科學新聞不能這樣看－蘇老師教你聰明解讀（Let Them Eat Flax），2009，46-50、94-99、171-174、80-84 頁。

或自然科學的理論或現象作為基礎的，然而，這些東西在人類社會當中已經運用了一段歷史，甚至形成了某種系統和規則，例如：道教煉丹術、占星術、紫微斗數、易經八卦、鍊金術、海地巫術這些神祕奇特的思想，它們也自然形成了某種系統性的「理論」。而這些能否算是科學？就算它們在原始階段，但是否可以在精心發展之後，形成和「現代西方科學」平起平坐的「另一種科學」²³⁸？以下將以「氣功」及「特異功能」的討論為例，說明這些類似科學，又似未為科學所完全包含的事物，我們究應如何看待。

第二款 以氣功與特異功能的研究為例

國內研究氣功以及特異功能最備受爭議的學者為台大校長李嗣涔，其使用腦波儀來測試人左右腦的腦波，說明練氣功之人大腦枕部及頂部之「alfa 波」的振幅會大幅的增加，並由腦枕部逐漸擴散到腦的其他部位²³⁹，以及修習氣功之人所產生的「氣」。而其尚從氣功的研究進一步發現，氣功尚能產生其他的特異感應和功能，例如研究者提出「修練過程中，一個人可以逐超越自己身體的界線，感應到他人的喜怒哀樂與身體狀況。人不再只是一個個彼此間界線分明的個體。在身體變化階序上的高位者，往往超越了人與人間的界線，進入到『天地萬物與我一體』的境界²⁴⁰」。根據李嗣涔教授的自述，1999 年其意外的在公開展示手指識字的場合²⁴¹，使他的研究面對一個「信息場」的新世界、「靈」世界、「另類存在」

²³⁸ 陳瑞麟，科學與世界之間－科學哲學論文集，292 頁。

²³⁹ 李嗣涔·張揚全，由腦 alfa 波所定義的兩種氣功態，*Journal of Chinese Medicine*, Vol. 2, No. 1, Oct. 1991, p. 30.

²⁴⁰ 顏學誠，修練與身心互動，「氣的文化研究：文化、氣與傳統醫學學術研討會」，2000.10.13-15

²⁴¹ 此等研究內容由李嗣涔於 1999 年 8 月發現，由其發表於同年 12 月 11 日的生命電磁科學學會，其表示，在過去超過八百次的實驗中，字體均是一筆一劃出現在小朋友的腦海中...手指彷彿是這些特殊兒量的「第三隻眼」，根據記載，具「特異功能」者打開第三眼時，常有人形影像出現在腦中屏幕上，甚至可以對話和求教。但這究竟是幻覺，還是宇宙間存在一種「信息場」，而這種「信息場」存在於四度空間和目前物理學所知的四種力場之外，可以傳達物質世界以外的靈界訊息？或許可藉其研究逐步解答。參見，1999 年 12 月 12 日自由時報。

的世界，之後他試圖建立一個「身心靈架構的證悟」科學：「…藉由氣功的修『身』，得以發展出由『心』掌控的特異功能，產生心物合一的現象。藉由關鍵字之幫助，可以連通到『信息場』而產生『靈』的證悟²⁴²。」他認為特異功能小朋友在實驗宗教信息時所產生了「象」，李教授相信這些異象絕不是「深層意識或幻覺」，因此必定要推論「在門所處的四度時空物質世界以及四種已知力場（重力場、強作用力場、弱作用力場、電磁場）以外，還有一個『信息場』存在，充滿各類之信息，…一旦心物合一，大腦意識就連上了『信息場』，而將『信息場』內與字相關的信息引回大腦屏，而看見了異象²⁴³。」而自 2004 年起，從其得知俄羅斯對於撓場（Torsion Field 或有譯為「扭場」）的研究後，其認為「信息場」與俄國人所描述過的撓場性質相近，而於近期往這方向研究中，以水晶及功能人進行撓場的發射與接收等測試²⁴⁴。

然而，李教授所為的研究受到諸多批評，有學者指出李教授完全忽略已為科學證實為假的理論或現象。例如，李嗣涔坦承他不清楚 Shipov 的理論，但一直堅信 Shipov 的扭場就是他自創的信息場，可是卻從不提及俄國科學院對 Shipov 扭場理論調查的結果²⁴⁵，對俄國科學院指出其理論謬誤視而不見，明確違反了科學研究者應有的基本態度，和公正原則中的「避免因主觀立場影響研究結論」。而且李嗣涔的研究論文不公開發表，卻在公開場合直接說出其已有研究成果，亦被批評違反了學術倫理，為科學未來的發展作出錯誤示範²⁴⁶。另外還有指出，李

²⁴² 李嗣涔，由氣功、特異功能、信息場到宗教：人體身心靈架構的證悟，氣的文化、氣與傳統醫學學術研討會，2000，頁 20。

²⁴³ 李嗣涔，由氣功、特異功能、信息場到宗教：人體身心靈架構的證悟，氣的文化、氣與傳統醫學學術研討會，2000，頁 19。

²⁴⁴ 相關內容參見，李嗣涔·鄭美玲合著，難以置信—科學家探尋神祕信息場，2000。

²⁴⁵ 有關「扭場」（或有譯為「撓場」Torsion Field）的科學真相揭露，參見 Alexander Konkretny, *The Torsion Field Fraud*, 2001.

²⁴⁶ 楊信男，科學研究的倫理—評李嗣涔的「撓場」〈torsion field〉研究，物理雙月刊(廿九卷四期) 2007.8，頁 874。

教授推崇美國杜克大學學者喬瑟夫萊恩 (Joseph Banks Rhine) 的超感官研究 (內容為紙牌和比賽的圖案的超感官感應等), 但 1932 年諾貝爾化學獎得主歐文蘭米爾 (Irving Langmuir) 在 1934 年看過喬瑟夫萊恩 (Joseph Banks Rhine) ²⁴⁷ 的報告後, 認為這是病態科學的例子, 其症候之一是可查證的證據很有限, 另一特徵是找不到方法增加效應的強度。李教授在 1993 年開始宣稱中日混血少女高橋舞的特異功能, 但 1995 年美國魔術師蘭迪 (James Randi) ²⁴⁸ 發現高橋作弊, 2000 年美國心理學家也發現高橋作弊, 而李教授雖已明知高橋作弊, 仍在 1998、2000、2004 年各出一書, 稱讚高橋的特異功能, 李常搬出擋箭牌「實驗是檢驗真理的唯一標準」, 惟若作弊, 即使實驗一萬次「而為真」也枉然²⁴⁹。

另有認為李教授的實驗個體有限, 科學性不足, 而且同時也並未考慮其他可能的假說—此係指立基在現有科學成果上的假說。其提出了有關瀕死經驗的研究作為比較的對象。在對瀕死經驗的研究中, 日本學者立花隆蒐集了各國瀕死體驗經驗的案例, 訪談心理學家、醫學家、大腦神經學家、瀕死體驗者, 寫了六百五十多頁的〈瀕死體驗〉一書, 其仍不敢鐵口直斷地論斷:「靈魂與死後世界必定存在」, 相反地, 他對瀕死體驗的生理機制作了十分豐富與深入的訪談與討論。全書來回地在兩大假說之間反覆詰難論證、質疑辯護。最後終究沒有定論:「... 筆者 (指立花隆) 雖然雖然基本上認為腦內現象說是正確的, 但同時也不敢完全

²⁴⁷ 一名研究超感官知覺科學的杜克大學學者, 他創立了杜克大學的超感官研究中心, 同時為超感官期刊 (Journal of Parapsychology) 以及人類本質研究基金會 (Foundation for Research on the Nature of Human) 的創始人。引自維基百科 http://en.wikipedia.org/wiki/Joseph_Banks_Rhine.

²⁴⁸ 職業魔術師 (藝名為「驚奇蘭迪」Amazing Randy), 同時也是一個科學懷疑論者, 最為人所知者為其對於超自然聲明以及假科學的挑戰和拆穿。為蘭迪教育基金會 (James Randi Educational Foundation) 的創始人。引自維基百科 http://en.wikipedia.org/wiki/Amazing_Randy.

²⁴⁹ 林基興, 〈台大招牌特異功能?〉, 刊文於 2006 年 3 月 29 日自由電子報自由廣場。

<http://www.libertytimes.com.tw/2006/new/mar/29/today-o5.htm>

否定現實體驗說²⁵⁰…」另外，立花隆還寫到了威廉詹姆斯（William James，美國的心理學家及哲學家，西元 1842-1910，曾對超常態現象進行科學的研究）曾說過的話，他認為想要證明超常態現象，在本質上都有其界限。所有能夠找到的證據都充滿了曖昧性，因為這些證據雖然可以讓相信超常態現象的人深信不疑，但同時卻也可以讓不相信的人從中找出各種疑點。或許只能找到某種層次的證據，可以用來做為超常態現象的定義。而我們將此稱為是威廉·詹姆斯法則²⁵¹，因此可觀察到的是，對超自然現象的研究必須有更嚴謹的態度²⁵²。

我們的文化當中，雖然有自己的一套「氣與經絡理論」，但對於「氣功」和「氣與經絡」的「科學認識」則還沒有發展出來，其應介於「前科學」與「常態科學初步階段」之間的曖昧狀態²⁵³。由李教授對氣功以及特異功能的研究可知，雖然其嘗試用實驗、個案累積的方式對氣功以及特異功能作科學化的研究，然而，排除純粹的作弊和欺騙而製造出來的現象以外，其研究的對象範圍仍小、次數有限，對於特異功能領域的認識程度亦尚未深達可具備一般性的科學認知階段，雖然以科學研究之名，惟程度有限，因而飽受爭議。因此目前為止，氣功仍是常態科學外的事件，是學者所稱的「典範外的現象」²⁵⁴。

第四項 小結

承上說明，於此認識了科學本質上的限制，在人類能夠找到比科學更好的工具之前，對於「事實」的認識必須妥協於短暫的「真實性」；而科學實驗的客體普遍遠小於母體數量，因此我們所能得到的結論，都只是部分的真實性。另外，在科學之外，還有很多「存在」或「事件」，人類尚無法認識，例如前所論及的

²⁵⁰ 立花隆著，吳陽譯，瀕死體驗，1998，頁 668。

²⁵¹ 立花隆著，吳陽譯，瀕死體驗，1998，頁 478。

²⁵² 陳瑞麟，科學與世界之間—科學哲學論文集，頁 311。

²⁵³ 陳瑞麟，科學與世界之間—科學哲學論文集，頁 315-316。

²⁵⁴ 陳瑞麟，科學與世界之間—科學哲學論文集，頁 304-305。

「神」或「外星人」等等，因為科學能力有限，無法將該等事物列入「事實」的範疇。所以當人們聲稱他們感應到神，他們知道或認識了神的存在，這種太過主觀個別的經驗，並不能作為科學觀點下的事實聲稱，如果他不能證明，也並不是事實欺瞞的問題，因為既然科學還不能知道「神」是否真的存在或曾經存在，則任何說法都無法被辯駁或贊成，邏輯上言之，也不可以因為證明不出來就等於不存在。因此，對於「神」或其他科學領域外的事項的任何說法，在科學的框架之外，變成不過是說話者的主觀判斷、甚至是個人意見而已。既然無法被科學檢驗，則亦無被納入詐欺罪規範之可能性。

從正面的定義以及描述「事實」或「客觀」後，相對於此者為「評價」，通說認為評價僅屬個人的主觀意見，既為主觀意見，則應無真偽之別。然而評價真的只是個人主觀意見嗎？評價真無可能區分嗎？皆為接下來討論的重點。

第二節 「評價」的相對性

第一項 「評價」無所謂真假

第一款 認識「評價」

第一目 著重於抽象性質討論

若查國語辭典，價值有許多意義，具體的有「泛稱物品的價格」、「以各種等值標準或交換標準所表示的價值，如成本、重置成本、市價等。」，抽象者有認為價值係「正面作用」、「凡有助於促進道德上的善，便是價值。如以真、善、美為追求的理想，且持此以為衡量的準繩，則視為價值。」若就具體意義論之，則「價值」為一個具體事物，為一種「事實」，則與「評價」自有不同。惟若就其抽象意義言之，「價值」代表的是對事物本身抽象價值之判斷。而具體部分，如事物之價錢等為客觀事實固無疑義，是本款要藉由價值學所討論之「價值」將僅

限縮在抽象「價值」，即人對於事物之抽象評斷。

而「評價」亦係人對評價客體所提出的評斷，而這個觀點是對客體作出一種判斷，從人的角度出發，這些判斷可能是表達出人的興趣，例如喜好、憎惡；而當人們說「這真討厭」、「多麼令人快樂」時，它們也可能是表現出人的情緒；然而，評價雖必然關乎客體本身，然而並不是描述該客體的外形、樣式、性質、成分等各種客觀可以觀察得到的東西，而是對於事物作出好壞、優劣、合理與否等「價值」的判斷。而於詐欺罪之討論中，相對於「事實」的「價值」，必然涉及人的觀點，是此處對於價值的討論，既已排除具客觀性可作為「事實」之部分，剩下的「價值」部分，則在概念的指涉上，實指由人出發所作的判斷，是與「評價」間似無甚區別實益。此由接下來價值學中對「價值」主客觀論者之爭辯及最後的結論均可得出，詳見下述。簡而言之，「價值」可暫定義為「評價」的對象，但在很多情形下是以下將有「評價」與「價值」交錯適用之情形，

第二目 價值學上的主客觀之爭

價值學談的「價值」有主客觀之爭，客觀說認為，評價只是對價值的掌握，價值本即存在，因為價值存在，我們才欲求它們；主觀說則認為，價值是來自於人的欲求，如果沒有人欣賞，如何會知道這樣的價值存在？又主觀說認為，如果價值確實存在，那麼應該是一致的，怎會因人而異；對此客觀說反駁，對於科學的基本原理也沒有一致的看法，然而某些人犯下的錯誤並不危害真理的客觀性，真理就是真理，價值也一樣，鑑賞力差的人並不加強或減損真理的真實性；然而主觀論會再進一步的答覆，認為這樣的不一致包括了價值本身，即人們對於具體對象有不同的爭論，這種爭議是由於雙方對漂亮本身有不同的理解方式²⁵⁵。

解決上述爭議之點在於，找出價值是否都具有相同的特性。即主客觀因素是

²⁵⁵ Risieri Frondizi 著，黃藿譯，價值是什麼－價值學導論（What is Value-An Introduction to Axiology），1984，頁 14-15。

否會依價值的類型而有所變異？在最極端的例子當中，最低的價值例如愉不愉快，這歸因於主體的部分較大，例如對於葡萄酒和可口可樂的喜好可能有完全相反的選擇；然而在價值等級最高層次，例如道德價值，這種主觀優勢就喪失了，判斷態度是否誠實、裁判是否公平，並不是基於個人主觀的情緒，甚至我們可能必須違反個人願望和興趣的承認之，在這種意義下，它所顯示的客觀成分比起那愉快層次所有的還要大的多。在極端之間尚其他的價值，如「實用價值」、「生命價值」、「美感價值」等。而在美感價值上，主觀與客觀之間似乎最能保持平衡，然而這種均衡卻也因為美感價值的本質而有所不同²⁵⁶。以下將分別就主客觀論者之觀點加以詳論。

一、主觀論

霍布士在〈巨獸〉中主張：沒有東西是完全或絕對的，從事物自身的本質來說，好壞並沒有任何定則。休謨在他的人性論中說明美德與惡行之別並非從理性得來，他提出這樣的論證：「當你斷定某種行為或品格為邪惡時，你所指的不過是在內心中沈思這類事情時對之會有一種譴責的心情。因此惡行與美德和聲、色、冷、熱等等，根據現代哲學看來，並不是事物中的性質，而是心中的知覺而已。」休謨對美學也認為，「美共不是事物本身的性質；它只存在於欣賞者的心中，而每個人心中所感受到的美，都是不一樣的。」另外，偉大的理性主義哲學家史賓諾沙（Baruch Spinoza, 1632-1677）在他的倫理學（Ethics, III, Prop. IX, Schol）一書中主張類似的學說：「我們絕不因為我們認為某個東西好才去追求、企求或希望得到它；正好相反，我們認為，某個東西好，是因為我們追求、企求或希望得到它²⁵⁷。」

²⁵⁶ Risieri Frondizi 著，黃藿譯，價值是什麼－價值學導論（What is Value-An Introduction to Axiology），1984，頁 19-21。

²⁵⁷ Risieri Frondizi 著，黃藿譯，價值是什麼－價值學導論（What is Value-An Introduction to Axiology），1984，頁 28。

羅素 (Bertrand Arthur William Russell) 認為，價值問題存於科學之外，當我們認為某件事物有價值的時候，我們並不是在敘述一件與我們個人感受無關的事實；相反的，我們是在表達自己的情緒。對他而言，倫理學是在某些個人欲望加上普遍意義的嘗試。而他採取主觀說的理由是「根本不可能找到任何論據來證明任何東西具有內在價值²⁵⁸。」若價值的每項爭論都隱含了嗜好上的差異，則就不會存在罪惡了，因為對於一個人是罪惡的，對於另外一個人可能是件好事。而且沒有任何確定的講法能確定誰才是錯誤的，這樣一來，這個理論隱藏了不道德的後果。然而羅素認為，道德責任不應該只基於教條，而應基於欲望。然而，針對這點，是什麼讓那些欲望變成不道德的？而若認為「好」的欲望就是一種大家贊許的欲望，那麼又怎麼知道我們所希望的結果是好的？社會的判準嗎？但社會又用什麼標準來贊同或不贊同我們的行為呢？或者，社會要是腐敗怎麼辦？若我們的欲望獲得了不道德的贊許，難道還會是善的嗎？如果認為根本不能判斷社會是否「腐敗」或「不道德」，或根本沒有所謂的「腐敗」或「不道德」，則羅素的這個說法最後還是會得到不道德的結果。否則，羅素就必須承認，當我們從道德的觀點來判斷一個社會時，有些價值的因素並不只是社會的贊同而已，仍然必須有一個準則存在²⁵⁹。願望和實際評價也並不任意或胡亂作成的，在客觀的實在裡面，必然有一些迫使我們依某種方式來評價的因素²⁶⁰。

二、客觀說

謝勒 (Max Scheler) 認為：價值是獨立於其載體之外的一種性質，是先驗的

²⁵⁸ Religion and Science (New York: Holt, Rinehart, and Winston, Inc.), p. 238. 轉引自，Risieri Frondizi 著，黃藹譯，價值是什麼－價值學導論 (What is Value-An Introduction to Axiology)，1984，頁 62-64。

²⁵⁹ Risieri Frondizi 著，黃藹譯，價值是什麼－價值學導論 (What is Value-An Introduction to Axiology)，1984，頁 65。

²⁶⁰ Risieri Frondizi 著，黃藹譯，價值是什麼－價值學導論 (What is Value-An Introduction to Axiology)，1984，頁 104。

性質。而價值作為獨立的性質並不隨事物而變化，「縱使謀殺從未『被判有罪』，它仍舊是件罪惡。雖然善舉從未受到人們注意，它總不失為善。」正如一件藍色的東西被漆成紅色時，藍色並不變成紅色；價值是不變的、絕對的。我們對價值的認識才是相對的²⁶¹。他反對主觀論者的說法，認為價值不是依賴生命，若然，則不可能對生命提供任何價，即，生命本身就會成為一件與價值無關的事實²⁶²。而價值並不能化約為某種感受的表現，因為我們掌握價值經常與我們經驗到的感受無關。因此，我們能在我們敵人身上掌握住某種道德價值的存在²⁶³。

而客觀論者對主觀論的評論在於，如果價值只不過是主體愉快、欲望或興趣的投射，則一定會造成價值的混亂，因為欲望與興趣因人、因地而有不同。而且如果認為價值是主體所創造，而對任何可能超越主體本身的因素完全不加考慮，則行為規範就會被化約成個人的恣意，則欲建立任何穩定的審美形式即有本質上之不可能。其並認為，雖然無法為真正的價值本質找到一個可以接受的價值判斷標準，但這並不表示這種判準不存在。而也並非所有價值判斷都是表達情緒，例如當我面對一種道德上的衝突而不知道該怎麼辦，我想做我應該做的事，也希望我的抉擇是有理由的，我要審查各種事實，並觀察是否有任何有效的道德規範能夠適用。如果我最後選擇了其中之一，並說「這樣做才是對的」，並不是在表達情緒，而只是在一次理智分析終了時作一次價值的評定而已，即，可能是一種理性的、哲學的和帶情緒的分析結果。甚至在某些情況中，道德的抉擇與行為主要在制止情緒、抗拒驅力、偏向和情感的壓力、道德意志，例如在康德倫

²⁶¹ Risieri Frondizi 著，黃藹譯，價值是什麼－價值學導論 (What is Value-An Introduction to Axiology)，1984，頁 79。

²⁶² Max Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*(Bern: Francke-Verlag, 1954), p. 289.轉引自，Risieri Frondizi 著，黃藹譯，價值是什麼－價值學導論(What is Value-An Introduction to Axiology)，1984，頁 82，註 30。

²⁶³ Max Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*(Bern: Francke-Verlag, 1954), S. IV. C. I, 特別是頁 189，轉引自，Risieri Frondizi 著，黃藹譯，價值是什麼－價值學導論 (What is Value-An Introduction to Axiology)，1984，頁 84，註 37。

理學中所談到的，能夠以理性來導引²⁶⁴。

然而，對客觀論的評論，主觀論者亦有回應，其以謀殺為例，如果人們都不認為謀殺是件壞事，它為什麼還是壞事呢？正因為謀殺被人定義為壞事，其後也必然被人視為壞的。從歷史的過程當中，人們經常改變他們對於善的觀念，我們能夠完全不管全人類認為善是什麼，而獨自決定善的本質嗎？謝勒的經典例句是：「補品就是補品」，然而此一論據完全忽略營養是一種相對的、有條件的概念，因此，採取價值是一種先驗的、不根據主體可能經到的實際反應的客觀論者即產生如此的誤謬²⁶⁵。

第三目 主客觀爭論之實益

看完了主客觀論者的說法之後，最後不禁要問，是否價值必定要劃歸為主客觀之一方？一個東西在沙漠掉落的聲音是否「存在」，如果沒有耳朵聽得到那個聲音，則就它本身而言，並不存在，因為聲音當然是聽得到的聲音；另一方面，如果我們瞭解聲音的存在是物體墜落地面時所造成的振動，情況便大不相同了，因為這種存在並不需要聽覺的存在。在分析味覺時，更加明顯。「甜」是味覺經驗，故這種經驗不能沒有舌頭存在，也就是說，不能沒有一個具有此種經驗的主體。所以，價值只能夠在與一評估它的主體相關情況下存在，無論如何，不可能如同客觀論者，完全的切斷主體與客體間的關係。然而，雖然必須存在主體去感受客體，然而，主體並不是創造，而只是去評價，故必須有相應的評價對象在場，而生活的環境、主體的心情，也都會影響我們的評價。較為高層次的例子是竊盜的禁止，如果社會不保障私有財產，則偷竊沒有意義，因此價值會隨著歷史、環

²⁶⁴ Risieri Frondizi 著，黃藿譯，價值是什麼－價值學導論（What is Value-An Introduction to Axiology），1984，頁 95-98。

²⁶⁵ Risieri Frondizi 著，黃藿譯，價值是什麼－價值學導論（What is Value-An Introduction to Axiology），1984，頁 105-106。

境的改變而改變。然而價值的等級高，客觀的成分也愈增²⁶⁶。

縱使把價值從一特定的情境中分離出來，價值的本質仍然是非常複雜的，他必須在具體的人類情境中才存在以及具有意義。價值結構從經驗性質而來，而且具現價值的對象是我們生活於其中的實在界的一部分。然而，另一方面，價值不能化約成那些支持它存在的經驗性質，也不能化約成它所具現的價值對象²⁶⁷。價值必須是由特定情境所造成，學者認為價值是一種綜合主客觀優點的完形性質，只有在具體的人類情境中才能存在和具有意義。因此，價值既然無法與人的因素分離，必須經過人的經驗和表達才能呈現出價值，是在此種意義上，「評價」與「價值」間的區分在某種程度上並不明顯；況且在討論詐欺罪時，所涉及者必然是經由人表達出來的價值，也沒有區分二者的實益，這亦呼應了前面一開始的立論。

第二款 如何標示出「評價」

第一目 定義「價值」之困難

一、性質上難以定位

前已述及，價值不能化約成支持它的經驗性質，也不能化約成它所具現的價值對象，價值是另外一種形式，然而這樣的形式究竟應該怎麼定義或描述，卻難以說明。英國哲學家摩爾（G. E. Moore）認為，價值（「善」等）是沒有組成部分、不可分析、單純的概念（例如像「黃」這種概念），是一種不能加以定義的特質。價值不可定義，只能以直覺的方式把握。對此見解，有認為，從個別或特殊的東西中呈現出來的共性或一般考察，可以把握住這種共性或一般特質的本質

²⁶⁶ Risieri Frondizi 著，黃藿譯，價值是什麼－價值學導論（What is Value-An Introduction to Axiology），1984，頁 114-118。

²⁶⁷ Risieri Frondizi 著，黃藿譯，價值是什麼－價值學導論（What is Value-An Introduction to Axiology），1984，頁 130。

的；至於採取何種定義方式，提出所謂的「外延定義」：認為因為外延和內涵間的本質連繫，使外延的明確有助於內涵的把握。即藉由詳盡的列舉出價值的全部或大部分外延，如好壞、利害、善惡、美醜等，有助於人們對價值的清晰理解。雖有言不可定義，然而亦有提出幾種流行的價值定義：a)價值就是有價值的事物本身，即價值為價值客體中的某種東西；b)價值為客體固然的某些屬性或功能（「屬性說」或「功能說」）；c)價值是人類的一種精神或心理現象，是與人的興趣、欲望、情感、態度意向或規定等相關的東西；d)價值是客體滿足主體需要的關係；e)價值是人。

然而這些定義都必須受到批評，其一，「善」不等於「善的客體」；其二，價值若為客體固有的某些屬性或功能，則無法解釋為何同一事物對不同主體或不同時間、條件、狀態下的同一主體，會具有不同的價值。其三，將價值認為是人純粹的主觀認識，忽略了價值必須現實、具體的與主體相關。否定了價值的客觀性，沒有客觀的標準。其四，若認為價值只是客體滿足主體需要的關係，實際上混淆了客觀的價值現象與對之的反映或評價。用「關係」來描述也許可以，然而「需要」要如何客觀化範圍？其五，突顯出以主體為價值本質問題的理解重點，但它也同樣否定了物、對象在價值中的應有地位和意義，主體與客體在價值中皆不可少²⁶⁸。因此有提出，價值應屬客體及其屬性等與主體目的、需要之間的一種關係——以主體尺度為尺度的客觀關係。然而這種說法仍屬抽象，因此學者以語言中的具體案例說明之。較簡單的例子，如「是」的用法可能有兩種情形，一種可能是事實判斷，表示「存在」；如主詞與謂詞的外延關係（北京是R O C的首都）、相似關係（老師是辛勤的園丁）；另外則可能是價值判斷，例如「誠實是美德」、「吸菸有害身體」、「他簡直是禽獸不如」。另外，在較複雜的情形，例如「應該」的用法，則有更多種。例如表示客觀必然性的情形：「摩擦應該生熱」；表示規範、約束、和命令：「應該贍養父母」；此亦可能依據時態的不同而有異：「我應該（現

²⁶⁸ 孫偉平，事實與價值，2000，頁 83-86。

在)」表決定；「我本來應該」表評價等²⁶⁹。

二、回到客觀性之排除

固然，同樣的字在不同的用法下可能產生不同的意義，甚至發生可能有事實及價值的差異，而上述的例子也呈現了這樣的想法，然而，從上述的案例當中並無法看出所謂「客體與主體之間的一種客觀關係」的具象化，亦即，此一分類並沒有呈現出價值的特徵或現象，而只是把語言的可能用法列出來，而且明顯的也並不是全部的用法。甚至還舉出現令人困惑的例子，例如「老師是辛勤的園丁」被認為是事實判斷的理由是，其屬於「相似關係」。然而，何謂相似關係？「相似」本身是不是可能根本是一種價值判斷？另外，明顯的是，此處並不是真的認為老師是一個「園丁」，此種語言學上的「轉化」修詞方式，絕對不只是單純對事實的敘述而已，反而是一種形容，形容老師的勤奮教學有如園丁對他的田園一般。所以，這句話仍是對老師的一種評價，和「他簡直是禽獸不如」這種用語的認定應該是相同的。

承上，對於價值的定義似乎並不成功。然而這可能必須歸咎於語言的多樣性。語言的用法幾乎無可計量，不可能一一列舉作出分析，因此在語言當中若要辨識「價值」，最明確的標準似乎就是「客觀性」的排除，然而不能只是排除客觀性就能正確解讀話語，尚必須參考各種情狀，例如：語言中使用了形容詞詞彙；所表達的是人的主觀觀點；甚至必須考量到語言使用的領域等。舉例言之，「這是一個殺人行為」，在一般人的用語中，若只是用來描述一個兇手的行為，那麼只是一個事件的描述；如果是在「司法殺人」這樣的用法下，其實是在說明司法的不公正就如同使當事人被殺死一般，那麼這是一種譬喻、一種形容，因此是一種評價。如果換個場景，到了專業刑法學的領域當中，判斷一個行為是否為刑法第二百七十一條的構成要件行為，那麼變成了一個涵攝後的結論。而涵攝本身即

²⁶⁹ 孫偉平，事實與價值，2000，頁 127-135。

是一種刑法上的判斷，即是否可能涵攝在構成要件的範圍內，並非只有一種可能性，它同樣因適用法律之人的法學素養、人生歷練等而有異，因此他沒有一個客觀的普遍性以及絕對性存在，並不是事實，而是一種評價。

因此，與其為價值找一個定義，不如試圖在人的語言當中找出哪些不是客觀性的要素以排除之。此對在交易往來中發生的詐術的判斷更加有實益，因此，語言部分的討論是認識語言性質時很重要的部分，藉由語言邏輯的另一種討論，將為釐清「價值」或「評價」時提供更多思考。

第二目 語言邏輯之討論

一、事實性與評價性

在人的多種語言形式當中，應該如何區分出「事實性的」以及「評價性的」描述，在嚴格的「事實性」或「評價性」的情形並不困難，前者完全不包括任何的評價用語，例如好或壞、值得或不值得、重要或不重要。然而後者則相對的，對於事物表達它們的價值，不論是明白的或隱晦的、正面的或負面的，它是關於對一個事物應該如何被贊同（或不贊同）、偏好（或不偏好）等。差別可以說是，前者是「描述性的」，後者則是「評價性」的。例如：「這是一個中國的花瓶」是描述性的；而「這是一個漂亮的花瓶」則是評價性的。在抽象的理論基礎上，二者間的區分似乎是清楚明白的，然而，真正的困難出現在具體的實際操作上。例如，對於「X是很有天份的」這句話發問：「對於什麼很有天份？」如果回答「他對射擊很有天份」，則可能表達了他可以比大部分的人都射得準，那麼是一個事實性的表達；但如果回答「他對詩詞很有天份」，則表達的是，他可以寫出比大部分人都好的詩，則表達出一個評價性的觀點²⁷⁰。

因此，語言的形式不能代表「事實」或「評價」的絕對認定標準，簡單的例

²⁷⁰ Nicholas Rescher, *Studies in Value Theory*, 2006, p. 26-27.

子如下：「Smith 喜歡狗」、「美國人一般而言喜歡狗」、「狗是很忠心的動物，他們通常喜歡跟在主人身邊」，這些被學者認為屬於事實性的描述，沒有對狗有任何評價性的說明。相對的是：「狗是很好的伙伴」、「狗有很多優點」、「狗是人的好朋友」。則屬評價性的陳述。他們不只是呈現了某些狗身上描述性的特徵，而且還把這些特徵歸入某些正面的屬性當中²⁷¹。這裡用很簡單的例子就清楚的呈現出了語言中的特性，即並不是使用「是」、「否」者就屬於描述性句子；而使用「好」、「壞」等形容詞者就是評價性句子，必須看句子的結構所要呈現的內容而定。然而就算是如此簡單的例子，在事實性陳述或是評價性陳述的區分上，仍不免有令人疑惑的地方，例如「狗是很忠心的動物」與「狗是很好的伙伴」為何只是替換了形容詞，而導致二者的結論不同？所謂的「描述性」和「評價性」究竟應如何區分？另外，我們可能發現，在一般的語言當中，句子中標準的精準度高低，可能會把評價性的用語轉變為描述性的，在「Sam 是個暴力的孩子」的陳述中，當專家們是基於「他一小時當中發生了五次暴力舉動」而作出的結論，則完全是事實性的。這種陳述，如果是基於特定的基礎而從科學家口中說出，則完全是屬於事實，可能會造成一些模糊性，因此，可能的結論是，當說明一個客觀情形時，科學家應該要盡量使用那些被標準病理學手冊當中的細節性的技術性定義，而不是說這個人瘋了。然而這當然無法排除仍然會有很多令人為難的例子，他們也是寓評價於事實的情形：酥脆、濕軟；新鮮、不新鮮、腐壞；活潑、昏沈、懶散、蠢笨或聰明等。要理解這些，必須要對語言更精確的理解才能體會²⁷²。

二、語言結構的分析

而同一句話當中，可能同時包含「評價」與「事實」在內，例如，在「美國是一個暴力的國家」的陳述當中，可能來自兩種解釋的結論，一種是事實性的結

²⁷¹ Nicholas Rescher, *Studies in Value Theory*, 2006, p. 27-28.

²⁷² Harold Kincaid (Editor), John Dupré (Editor), Alison Wylie (Editor), *Value-Free Science?*, 2007, p.29-30.

論，即可能是著重在社會學家所舉出的某段期間內美國所發生的謀殺率或是家庭暴力的案件量較其他國家為高的現象所得出；或者，純粹認為這只是一個說話者的負面評價²⁷³。這在前述看似簡單的例子當中也一樣會出現，當說話者表示「美國人一般都喜歡狗」時，可能表示出其所觀察出來的美國人對於狗的一般的態度；同時也可能只是表達說話人自己的主觀認定。在這種情形下，到底應該如何求真意，除了從具體個案中說話人所要表達的意思出發，也許亦可以事實與評價間的關係作為參考基準。邏輯上言之，人們的喜好本身並不能夠真正解決評價的問題，因為我們並不能知道這個人的喜好是不是正確、適當、或合理的，他所「認為」的價值，和該物是否真的「有」價值並不是同一件事；然而反之，嚴格的事實陳述可能推導自評價性陳述，例如從「狗會追貓是件很棒的事」如此的評價性陳述，可以得出「狗追貓」此嚴格的事實上聲明²⁷⁴。

然而是否反之亦然？例如：(1) Jones 藉由做 A 動作故意傷害 Smith 的感情(事實)；(2) 而不管在 Jones 對做 A 事此事的實際行動或是想法中，都沒有任何有建設性的進一步的目的(事實)；(3) 傷害別人的感情是道德上錯誤的，因為做這件事無法以其他任何的方式補償(評價性的老生常談)。這三個前提可以推出的結論是：Jones 故意傷害別人的感情，是(道德上)錯誤的行為。故，前述的「事實」要能夠作為確實支持後面結論的基礎，那必須在於有一個評價式的前提存在方可能達成²⁷⁵。然而，在「狗追貓」這樣的事實陳述中，邏輯上可以得出「狗追好的貓」這樣的事實，這是否為從事實無法得出評價的例外？應認為此句省略了「好貓也是貓」這樣的前提，可被認為是一種評價式的混合類型(即混合事實以及評價)²⁷⁶。故此處可以得出一個結論，即評價當中可能推導出事實；然而純粹

²⁷³ Harold Kincaid (Editor), John Dupré (Editor), Alison Wylie (Editor), *Value-Free Science?*, 2007, p. 28-29.

²⁷⁴ Nicholas Rescher, *Studies in Value Theory*, 2006, p. 31-32.

²⁷⁵ Nicholas Rescher, *Studies in Value Theory*, 2006, p. 43.

²⁷⁶ Nicholas Rescher, *Studies in Value Theory*, 2006, p. 36.

的事實當中卻不能推導出評價。理由在於，事實陳述只是對某物描述性的說明；而評價性的陳述一定會包括什麼是要被稱讚或認為有價值的；以及傳達接受或信念。故評價所包括的總是大於事實所能涵蓋的，故不可能從事實中得出評價²⁷⁷。

第三目 小結

此處以「描述性」以及「評價性」作為二種語言的區分類型，雖然看似具體，然而實際上就價值的部分仍然沒有作出任何特別的定義，將其中的「評價性」作為自明之理的說明前提，標準未能明確提出的狀況底下，此種討論方式仍會出現疑義，已如前述。然而，對照於前面對於價值的說明，這裡確實更清楚指出了語言當中評價和事實的交錯關係。亦即評價依附於事實，大多數的時候，評價與事實同時出現，不只有事實性的陳述才可能得出事實，評價性的語言當中亦可能推導出事實，由此更可證出語言性質的混雜。綜上所述，在價值定義困難、語言使用方式千變萬化的情形，對於價值的判斷似無法以演繹的方式為之，只能在排除客觀性事實之後，對於那些由人的主觀性出發而生的觀點，參照各種語言的情狀來判斷之。

第二項 「評價」之區分可能性

第一款 「評價」之相對性

第一目 評價隨著客觀性而變動

藉由前揭討論，可知「價值」概念的模糊，而使得「評價」亦難以確定，而此等主觀認知會依照不同的人、時間、環境、地點而有異，因此，通常可以認為，「評價」並沒有普遍性和客觀性，無所謂真假。然而，承前所述，「評價」在不同的層級中會產生不同的客觀程度，是否可能到達甚至可能有真偽之別之程度？

²⁷⁷ Nicholas Rescher, *Studies in Value Theory*, 2006, p. 37.

有區分高低層級的價值概念作出討論，在較低層級的價值概念中，其所指涉之內容通常與該物相關。人的評價必須附著於事物之上，因此，評價不可能逸脫事物本身而獨自存在，因此，是否可能因為評價所涉客觀性的高低將會影響評價本身的客觀程度。在最具體的案例當中，例如：「這輛車很小」、「這間房子空間很大」、「這個人長得很高」，「大」、「小」、「高」、「矮」固然都是評價，然而，在具體案例當中，我們仍會發現有檢驗真偽的可能性，以比較的情形為例，固然，相對於卡車或可以運送車輛的連結車，一般的小客車是「小」；然而在一般的小客車當中，賓士和 Smart 也有大小之比較。如果硬要說 Smart 和賓士 350 比起來，前者「比較大」，雖然是評價，但它的內容卻因為涉及車子的長度、高度、寬度、座位的尺寸等等的比較，而有非常具體的事實指涉存在。而這亦不可能以「個人意見」為由而認為無所謂真假。

第二目 純粹評價與絕對

然而，是否在單純的說明「這輛車很大」情形下，即無可能具備真偽的性質，而僅是個人意見？這必須觀察汽車的大小的評定標準而言，截至目前為之，排除那些特殊的例子，市面上汽車買賣中所能看到的最大以及最小的汽車都各有固定的汽缸排放量，若將小型車當中最大排放量的車評價為「小車」、或將小型車中汽缸排放量最小的車評價為「大車」，在同樣小型車的範圍內，是不恰當、甚至根本是「不真實的」。再舉一例，如果說一個 165 公分的人比 155 公分的人「高」，雖然是評價，但實際上確有真偽之別。即使不是比較，而單純的描述某一個人為「高」，亦可能有真偽的問題，在最極端的例子，例如稱金氏世界紀錄當中最矮的男人為「高個子」，除非是開玩笑，或者將此人置於一群身高都比他矮小的幼兒當中，否則顯然是不真實的說法。

因此，即使是評價，其所傳達出來的意義除了個人意見之外，尚可能有事實的陳述在內，因此，評價並非全然不可能具備客觀性質，應視其如何附著於客觀

事實而定。固然，形容人「心胸寬大」、「氣量狹小」都是非常抽象的評價，殊難辨明如何才是「寬大」或「狹小」；然而，同樣的「大」、「小」評價，若用於對車子、房子等具體事物的形容，因為隱含著對特定體積或空間的描述，將會具有事實特性。然而，這種具體性會到達何等程度，則必須視評價所附著的具體事物而定，不可一概而論。因此，所謂「評價無所謂真偽」只是一種過分概括的說法，並不是所有表達主觀個人意見的說法都毫無客觀性可言，仍須在話語之中作出區隔，找出其所可能指涉的客觀性。而如何尋找，則必須視語言的使用方法、陳述所可能帶有的意義以及社會的理解等等，作為判斷的標準。

相反的，在最高層級的評價當中，此種評價帶有絕對的主觀性，可能涉及道德、美感等等的判斷。例如，當人們說「殺人是罪惡的」，這個句子顯然屬於一種評價，他並不純然的描述事件「殺人」，同時尚為此一事件加上了一種價值性的論述「罪惡的」。這樣的評價，有否真偽的問題？應採否定見解。殺人是否為罪惡，社會規範只能呈現出一種社會的共識，然而這個共識只能說是大部分人的觀點，而不能代表全部。殺人對某些人、或在某種情形下而言也可能並不是罪惡的，這樣的情形必定存在。因此，「殺人是罪惡的」仍然是一種因人而異的評價，只是這個評價可能可以代表較多數人的共識。因此，較高標準的價值規範並不能因此轉為「真」、「偽」的事實問題，他所代表的，可能只是一種較一致的評價。

另外，一般觀點認為，美醜各有所好、見仁見智。乍看之下，美醜之別的確無法以長度、寬度或顏色、大小等等客觀標準具體衡量，即使是數學家所創設出來的黃金比例，也未必就是人人都認為最美的比例，因此，和道德的判斷類似，美感的判斷似乎欠缺了客觀要素，對於藝術作品的觀感固然可能有完全的絕對，然而，若跳脫純粹藝術的範疇，是否仍是如此？以對人的美醜認定為例，若形容某女貌似某名模，實則該女為一以醜陋面容聞名之諧星，則是否仍可言美醜觀點因人而異，不可一概而論？當代社會有沒有可能就美醜找出一個一般的觀點？以下將試圖對此等屬極度抽象的評價作出討論。

第二款 以「美」為例

第一目 「美」是什麼

對於美是什麼，與價值學的討論類似，學者同樣在兩種觀點之間論爭。唯心論的觀點認為，美只是個人主觀的直覺形式，美感或美感經驗就是「形相的直覺」，此中的「直覺」是一種脫淨了意欲和抽象思考的心理活動，而「形相」則為直覺所見到孤立、絕緣的意象，這是學者整個理論的基礎。而「形象的直覺」具有兩個要素：一是直覺所見到的意象和實際人生有一種適當的距離。我們只觀賞這種孤立、絕緣的意象，一不問它和其他事物的關係如何，二不問它對於人的效用如何。思考和欲念都暫時失其作用。二是觀賞這種意象時，我們處於聚精神以物我兩忘的境界，所以於無意之中以我的情趣移注於物，以物的姿態移注於我，我的情趣和物的姿態往迴流²⁷⁸。對此，唯物論者致力於提示客觀美的存在，否定唯心論的認定，其認為在這個表面看來是「獨立自足」、「無沾無礙」的個別事物的具體形象的直覺本身中，即已包含了極為豐富複雜的社會生活的內容，包含了我們對這種生活的了解和認識，而這就正是包含了我們對事物關係的認識。我們之所以能夠從直覺中對個別事物有知識，是因為我們在日常生活和文化教養的影響和薰陶下，不自覺的形成了對個別事物的了解，對這個事物在整個生活的關係和聯繫的了解，所以，沒有足夠的社會生活知識的小孩以至原始人類都不能夠欣賞梅花²⁷⁹。人類獨有的審美感是長期社會生活的歷史產物，對個人來說，它是長期環境感染和文化教養的結果。而美感是完全被決定以及被制約於一定歷史時代條件的社會生活，是這一生活的客觀必然的產物。任何一個人的「超功利」和超理智的主觀美感直覺中，即已不自覺的包含了一個階級一個時代一個民族的客觀的理智的功利的判斷²⁸⁰。因此，美不是物的自然屬性，而是物的社會屬性。

²⁷⁸ 傅佩榮，導讀朱光潛〈談美〉，頁 7-8。

²⁷⁹ 李澤厚，美學論集，1987，頁 7。

²⁸⁰ 李澤厚，美學論集，1987，頁 10-11。

美是社會生活中不依存於人的主觀意識的客觀現實的存在。自然美只是這種存在的特殊形式²⁸¹。

然而二說都無法圓滿的說明「美」，雖然唯心論將美純粹歸於人的主觀無助於了解美，亦無法說明美的概念的形成；然而對唯物論最簡單的批評是，若認為美是物所固有的、本即物的屬性，則凡是長眼睛的人們應都可以看到，應該都承認它美，然而實際上卻並不是如此。就美的討論，哲學家們認為美是心的產品，但他們的說法並不一致，康德以為美感判斷是主觀的而卻有普遍性，因為人心的構造彼此相同。黑格爾以為美是在個別事物上出「概念」或理想，例如你覺得峨嵋山美，是由於它表現了「莊嚴」、「厚重」的概念。這些說法都犯了過信理智的毛病，藝術的欣賞大半是情感的而不是理智的，在覺得一事物美時，我們純憑直覺，並不是在下判斷，如康德所說的，也不是在從個別事物中見出普遍原理。然而，美亦非與物無關，物須先有使人覺得美的可能性，人不能完全憑心靈創造出美來²⁸²。

因而，美不但不是純粹的主觀或客觀，它同樣亦非僅僅是受過美學教育的人才可能認識美。北方人初看到西湖，平原人初看到峨嵋，即使是審美力薄弱的村夫，也會驚訝於此等奇景。因此美亦不完全是後天的學習，它同樣帶有先天的認知存在。否則在同樣的教育底下，為何人人發展出迥異的美的觀點？例如未見過西湖或峨嵋之人對這兩個名勝的觀感，與生長在西湖或峨嵋的人即會不同，後者除了以居近名勝自豪之外，心裡往往覺得西湖和峨嵋實在也不過如此。新奇的地方都比熟悉的地方美，東方人初到西方，或是西方人初到東方，都往往覺得前景物件件值得玩味²⁸³。這些不同之處都在於觀點和態度的差別²⁸⁴。因此，美的認

²⁸¹ 李澤厚，美學論集，1987，頁 28。

²⁸² 朱光潛，談美，1994，頁 70-72。

²⁸³ 朱光潛，談美，1994，頁 12。

²⁸⁴ 朱光潛，談美，1994，頁 14-15。

識中有非常複雜的因素存在。

第二目 「美」無法客觀認識

「美」如此的複雜，其是否可能用客觀、科學的方式來理解分析？我們習慣上總認為科學與美是處於對立的位置，這點幾乎是沒有疑問的。科學是理性的產物，美感則是感性的產物。在人類的意識中，理性不是與感性相對立的嗎？如何能用客觀的科學來決定主觀的美？況且，今日的科學並不具備絕對的客觀性，科學的理論或發現只是暫時解決了問題的答案，並不是真理。若科學都沒有絕對真理這回事，那麼更何況是感覺！

科學與美感的關係最早可以推到古希臘的一元論。柏拉圖認為，一物只要合乎功能，就盡善、盡美。而這觀念又是以真為中心的，也就是說，一件事物如果是真實的，那就同時合乎美、善的原則。如果不真，就必然不善、不美了。在這種觀點下，善與美都是真的附庸。最好的例子就是對行為的評價，在文明社會中，人與人的關係上，誠信是根本的德行，沒有誠信，就表示虛偽或欺騙。既然欺騙還有什麼善可言？而欺騙予人以厭惡的感覺，巧言令色，又如何使人產生美感？然而這並不是普遍為人信服的理論，我們知道中看不中用的東西是常見的。同時，我們又不能不承認確有很多堅固、合用卻不美的東西。所以我們知道一元論的美與一般人所了解的美略有不同之處²⁸⁵。而在文藝復興以後，人們把真和美分開，使美到達可以與真分庭抗禮的程度。此時，藝術家自古典思想中找到數學與美的關係，發現樂音與視覺美的和諧與比例的原則時，就相信數學與美都是上天所賜的真理。形式美是可以演算的，藝術家在建築的正面上，或繪畫的構圖上，或人體與面孔的描繪上，都顯現比例與幾何的重要性。也就是認識了美與秩序間的關係。而另外一個形式美的來源是直接訴諸自然。由於科學是研究自然，自其中發現真理的學問。然而在生活經驗中，我們觀察自然物大多是為欣賞其美感，

²⁸⁵ 漢寶德，談美感，2007，頁 51-54。

只是有些人好奇，去追問美的來源，才驚奇的發現到處都有秩序存在，而秩序也是一種美的來源²⁸⁶。

而在現代主義科學掛帥的時代，一切思想都向科學看齊，談美的思想家也會放棄哲學的思考，希望把美感植基於科學之上。美的科學：一般而言，談美有兩大系統，一是德國系統，是把美當哲學談的；另一是英國系統，把美當科學談。英國人務實，尚經驗而不重理性思考，在藝術史與審美上都沒有理論，只重實際。二十世紀最要的藝術教育學者赫伯雷德（Herbert Read）就視美為科學。這有個好處，把美當哲學談，不但抽象而且不易達成共識；當科學談，要到物質世界裡找，如果找到，容易建立共識。但找得到嗎²⁸⁷？應採肯定的看法，以數學為例，美的根本在節奏的和諧，而形式的和諧在秩序，大自然的內在秩序是幾何學與數學的等式。而人的五官所接觸的就是形狀、色彩與聲音，這三種要素就是傳達美感的媒介。而以我們的視覺與聽覺為接受的媒介²⁸⁸。

然而，我們知道，即使那些用數字比例作出來的「美」，也不是最極致的美，真正享有黃金比例者未必是我們所能一致認為最美的人。究竟什麼是美？有認為人物都以常態為美²⁸⁹，健全是常態，耳聾、口吃、面麻、背駝、足跛等都不是常態，所以都使人覺得醜。而生物的常態是生氣蓬勃、活潑靈巧，所以就自然美而論，豬不如狗，龜不如蛇，老年人不如少年人。非生物也是如此，山的常態是巍峨，所以巍峨最易顯出山的美；水的常態是浩蕩明媚，所以浩蕩明媚最易顯出水的美。同理，花宜清香、月宜皎潔，春風宜溫和，秋雨宜淒厲²⁹⁰。然而，是否真是如此？學者又提出，藝術的美和自然的美醜是兩回事，藉由人的表現，可能醜

²⁸⁶ 漢寶德，談美感，2007，頁 56-57。

²⁸⁷ 漢寶德，談美感，2007，頁 62-63。

²⁸⁸ 漢寶德，談美感，2007，頁 67-68。

²⁸⁹ 類似觀點亦有認為，美的事物就是典型的事物，就是種類的普遍性、必然性的顯現者。參見蔡儀，新美學，1974，頁 80。

²⁹⁰ 朱光潛，談美，1994，頁 81-82。

物變傑作，荷蘭書家倫勃朗喜歡畫老朽人物，法國文學家波德萊爾喜歡拿死屍一類的事物作詩題，雕刻家羅丹和愛樸斯丹也常用在自然中為醜的人物，都是最顯著的例子²⁹¹。然而，與其說藝術的美不同於自然的美，不如認真面對，不同的人對於事物的欣賞確有不同。因此美無法有客觀的標準，然而，是否即因此認為美是絕對的，沒有對錯，沒有真偽之辨？

第三目 「美」仍可能具備相對性

有學者指出，中國文化中對美的感受不同，所謂的燕瘦、環肥之說，前者是指漢宮中的趙飛燕，後者是指盛唐時的楊玉環，都是歷史上有名的美女。前者是瘦弱之美、玉環是肥胖之美。這說明了時代背景的不同，美感的條件有異，表示瘦也可以美，胖也可以美。若以今天對美的標準來看，瘦而美是可以理解的，至少有輕盈動人的體態，至於胖，怎麼會美呢？確有問題。作者從唐代的三彩陶所發現的陶瓷得之，唐代之人確實喜歡肥女，然而如果脫掉衣服，是否仍討唐明皇的歡心？有學者認為，唐人喜歡肥女，是因為他們以衣冠之美為美的緣故²⁹²。

然而這種說法事實上也是一種價值的判斷的呈現，而且在其今古有別的說明當中，更進一步的呈現出了，即使是美醜此等如此抽象的價值，仍可能具有當代社會的觀點存在，否則如何能確定唐代人一般的觀點確實喜歡豐腴的女性，而今日社會觀點喜好的是清瘦的女性？更進一步，如果美醜確無絕對亦無真假，又如何能以今非昨，認為唐代人喜歡肥女並不是真的喜歡她們的體態？此一論述不正是表達出「瘦方為美」的觀點？觀察現今社會現象，現今電視瘦身廣告產品盛行、女性公眾人物作為媒體寵兒須具備的苗條有致形象都在在不言自明的顯示，當代文化中「瘦」與「美」之間的緊密關聯。雖然清純雛菊和嬌豔玫瑰都有各自的美，但不能否認的是，「美」仍有程度之分，高下之別。在極端的案例中很難忽略這

²⁹¹ 朱光潛，談美，1994，頁 87-88。

²⁹² 漢寶德，談美感，2007，頁 158-159。

種美醜所呈現出來的客觀性。

而對事物以其他事物作出「美」的類比時，相較於純粹的抽象形容，例如：人們以「人比花嬌」、「貌賽貂蟬」來形容女子的美貌，這仍然只是純粹的形容詞，因為人和花之間並沒有任何的客觀相似之處，無比較的基準可言；而貂蟬雖然是史上有名的美女，然而除了史書當中所見的形容詞之外，沒有人真正見過貂蟬，所以依然只是一個抽象的形容詞，和「非常美麗」這樣的說法沒有兩樣。因此，這些說法仍然是一種抽象的「美」的表達。然而，若以女子的長相「與林志玲非常相似」、「與林志玲一樣」來說明她的美貌，則可能產生客觀性，因為是否與林志玲相似，必須不論是五官的形狀位置、臉型以及身材都和林志玲近似，而林志玲的樣貌是人人得而見之的，因此，所謂的「非常相似」有具體的比照對象，應該具備她的雙眼皮大眼、高挺鼻樑、優美小嘴、擁有吹彈可破的肌膚等等，才可以說「與林志玲非常相似」或甚至說「與林志玲一樣」。雖然究竟五官、身材等等長得像不像同樣事涉主觀判斷，因為並非大小長度必須完全一樣才叫作相像或相同，因此一般情形下，是否相像仍然無一個客觀的準則；然而，即便如此，是否相像必須有一些基本上相類似的客觀因素，試想，若所指稱之人眼歪嘴斜、連正常一般人所應具備的相貌都沒有；或者，所指稱的人為單眼皮小眼、扁鼻、闊嘴以及矮胖的身材，在這種極端例子中客觀差距如此之大的情形下，是否相像的基本客觀因素就難以認為存在、主觀不確定因素因而降低，應可被認為客觀上所言之不實？

第三款 即使是美也可能區分

因此，即使是美貌，在此形容詞當中含有對人的具體描述時，依然可能具備客觀的性格。然而，仍必須注意的是說話者語言的涵義。「和林志玲一樣漂亮」的這種用語，除了可能表達所指對象可能和林志玲長得相似之外，更常用來表達對所指女性外貌的稱讚之意，所以不見得是長得相似，而是形容其享有相當的美

貌。然而究竟是不是和林志玲達到相同的漂亮等級，美則純屬個人美感評價的問題，此時應回到先前對「美」的認識部分的討論，就此部分的判斷具有許多複雜因素以及個人主觀的介入，除非有前述非常極端差距的情形，否則應無法作出客觀上是否「真」、「偽」的認定，而純屬主觀意見而已。然而，在此種極端例子以外，其他關於美感的描述，應均被認為屬主觀意見的表達。

第三項 主觀仍事涉客觀

「評價」一向被排除在詐欺罪的構成要件範圍之外，理由都在於認為「評價」沒有真偽之別，因為它只是純粹主觀的意見表達。然而，細究價值，雖然我們無法明確為其定義，然而並不影響價值為人所認識，它存在於客觀事物之外，與客觀的事物緊密相連。雖然人對「價值」的感覺受到社會文化、成長環境的影響，然而仍有許多先天的價值感受，因此價值觀的形成因素非常複雜。而也因為存於每個人心中的先後天影響所產生的不同價值觀，對應上不同外在的環境、情狀，而使不同的人對一樣的事物產生出相同或不同的評價判斷，因此，從人的主觀觀點出發所產生的評價形成的因素非常複雜，看起來的確沒有客觀的標準可循。

然而，這種說法並不精確，買賣時稱所賣之物為「精品」、「好物」，此時雖然看起來只是泛泛的正面評價，然而在買賣交易當中所認定的「好」可能作出客觀意義的解釋，其必定是以特定品質的存在作為認定基準，而認為該物已較同類型的物品有較高的品質，如功能更強、更持久耐用等等，因此，若將跑不快、毛色不亮、不健康的馬匹比擬作千里馬；或將地攤的粗糙製品當作名牌精品，雖然是評價，仍然是以偽作真的欺騙行為，因此，不能僅因只是「評價」而一概的認為皆無真偽可言，於評價的相對範圍內，對照具體事物的性質，仍有可能具備真偽之別。國內即有學者提出，若將劣馬訛言良駒、粗物詐稱精品，亦屬詐術範圍²⁹³，為何其採取與其他通說不同的見解，並未見其說明理由。若依評價本身所帶

²⁹³ 甘添貴，刑法各論（上），2009，頁311。

有的客觀意義作為解釋取向，則此一說法即非無理由。而此處評價之所以具有真偽之別，乃在於評價的內容不只是純粹的主觀意見表達，而同時含有對於所指稱物品的客觀性質的描述，而使得看似評價的話語具有真偽之分，因此，在這種情形當中，「評價」本身究竟帶有何等的意義和客觀性，則是交易上解釋意義所必須闡明的問題，詳見交易上重要性之討論。

另外，即使是純粹的評價仍然可能因為社會共識的形成而出現客觀性，而是否具有共識，可能必須觀察社會的主流意識或文化以定之。承前所述，即使是對於「美」的看法，每一個時代會有其社會較共同一致的觀感，唐代普遍以豐腴為美，今日社會則普遍以清瘦為美。雖然並不是每一個人都有相同的想法，然而這種大部分或社會的觀點的認定在交易市場上有其意義，稱讚女人身材勻稱可能會反映出群體性的觀點，而使人將其理解為身材纖細而不是身材肥胖。因此，社會認識的一致性同樣影響了個人的主觀表達中可能被理解的意義，會使得評價有特定的解釋方式，而如何解釋，亦涉及交易觀點、語言解釋等問題。

第三節 小結

本章的重心，在於對「事實」以及「評價」作出更深入的討論。「事實」的認定必須倚靠科學，雖然「科學」由人作成，本質上一定會受到主觀的影響，然而因為科學仍是我們現今最可以使用的工具中最具備客觀性以及普遍性者。因此，「事實」必須受限於科學的有限及暫時性，我們所認識的事實並不是絕對的真理。另外，「評價」相對於「事實」，並不是容易掌握的概念，每個人的心中卻都有一把價值的尺，大部分的時候，價值是因人而異，沒有對錯、沒有真偽的，然而，在交易市場上，在對具體事物作出評價時，更可能直接的從評價中找出其所具備的客觀性質。就算沒有具體的客觀性質，在同一個社會當中，就一個評價的內容仍可能發現一些共識性的內容，甚至這些共有的價值會形成一種共識，使得原本只是個人觀感的概念，形成了某種程度上一致性的觀點，而這個一致性即

可能因此由集體的主觀變成客觀，此時，評價也並不完全是純然主觀。

對「事實」與「價值」的討論，只是試圖劃出詐欺罪構成要件中的客體。然而找出了客體，而行為人亦確實進行了欺騙行為，然而，是否交易中所有的欺騙都包含在詐欺犯罪的構成要件當中？這必須回歸到詐欺罪所要保護的法益，同時要考量交易市場的複雜性以及風險分配的問題，而此等問題皆必須從交易規範觀點出發，刑法詐欺罪如何認定之，即為接下來第四章所要討論的重點。



第四章 「交易上重要性」的闡釋

第一節 我國學說見解

第一項 概說

並非所有的欺騙均具有法律上的重要性，如何屬有法律上的重要性，依據不同的交易型態，行為的意義呈現出各種解釋可能，有些時候甚至不僅止於一種意義。雖然從學說的討論中我們可以看出，對於可得推知行為的詐術的研究，被害人自我負責的思考以及必要的信賴在許多觀點上表現出顯著的重要性。雖然標準仍屬抽象，但是與要從分散的具體個案中作歸納的工作比較起來，此等標準已有相當的助益，增加了幾個值得參考的觀點。

本章將以我國實務見解對於成立詐術之行為所應具備之性質，因詐欺罪事涉交易，是就此一刑法上之特質，本文稱之為「交易上重要性」，以此思考為討論重點。蓋交易上的觀點並不僅僅是純粹學理性的問題，除了相類似之交易型態可能相互援引相同或相類的觀點之外，不同社會的經濟活動均有差異，是雖可參考德國立法例，惟討論我國刑法中之詐術，則交易觀點的認識往往必須來自各行各業交易類型之觀察，同時尚應順應我國獨有的民情以及交易習慣。因此，除了學說提出的觀點外，本文於此同時加入我國實務的見解，試圖找出我國社會交易上的標準和觀點。

第二項 學說呈現之討論

第一款 散見案例

第一目 默示的詐欺

承前，我國實務學說對於交易上重要性的討論並不多，有的以「默示的詐欺」

來描述此等積極行為。有學者引用德國文獻，提出詐術可以用不論是語言、文字明示，或透過可推知的舉動，傳達錯誤的信息，均可該當本罪之詐術²⁹⁴。然而，其雖提出「可得推知舉動」之用語，然而其下所舉的例子則並未區分究屬明示行為、或屬可得推知舉動之詐術。其中，行為人在量販店或超市中將低價位的物品自其包裝中取出，換裝上高價位的物品，封好包裝至櫃台結帳此種案例²⁹⁵，亦屬德國學說所舉出之可得推知行為之例。此外，除顯為明示的詐術案件之外，如行為人斷章取義或故意遺漏重要情節而使人陷入錯誤之情形²⁹⁶。雖然學者並未就此種情形加以說明，然而可能的推論為，行為人並未直接陳述不實內容，惟其如未加說明其陳述並非完整資訊，即可能使聽話者誤認為該陳述已屬完整，因而受話者所取得的資訊即屬有缺陷、甚至是誤導性的。然而，若此種情形中，行為人已向受話者明白表示「我所言為完整的事實」，則屬明示的詐術無疑，非可得推知行為的問題。然而此等皆屬本文之推論，學說上僅舉出例子，並未說明理由。

第二目 不作為詐欺

依德國通說的見解，可得推定行為的類型都必須以積極行為作為前提，理論上和本質為無積極行為的「不作為詐欺」之間應無混淆之虞。然而，在許多例子當中，行為人可被非難的重點為何，判斷上有其爭議，因此常會涉及究屬積極詐術，或者根本屬不作為的問題。

最典型的爭議案例為無錢食宿的例子。此等案例中的行為人並無支付能力與意願，卻仍點餐或住房，亦為德國學說所提及，屬可得推知行為的例子。而我國的討論亦將之區分為犯意先行型以及食宿先行型²⁹⁷，犯意先行型係指，行為人自始即無支付對價之意思與能力，而為食宿之行為。究竟成立作為或不作為的詐欺

²⁹⁴ 林山田，刑法各罪論上冊，2005，頁453，註13。

²⁹⁵ 法務部：問題彙編(5)，頁323。

²⁹⁶ 林山田，刑法各罪論上冊，2005，頁453。

²⁹⁷ 甘添貴，刑法各論(上)，2009，頁312-313。

罪，向有爭議，有採不作為的詐欺說，認為通常觀念總認為食客或住宿人對於餐費或住宿費具有支付能力，如食客或住宿人明知自己身無分文，根本無支付能力，卻未告知店主，應構成不作為之施詐²⁹⁸。惟另有學為認為，衡諸社會生活與交易之實態，顧客進入餐廳訂餐食用，或進入旅館訂房住宿，鮮有先行告知店主其有否支付對價之意思與能力者。因此，認其在交上有告知事實之義務，如違反告知義務，即應成立不作為詐欺罪之見解，顯無可採²⁹⁹。所以學者此處係認為，交易上並沒有於點餐時即有表明支付能力與意願之義務，因而否定不作為。並未就該積極行為本身是否在交易上具備何等意義作出闡釋，而且其所持的理由僅為「衡諸社會生活與交易之實態」，實屬非常空泛而抽象的理由。

另於食宿先行型的案例，行為人先享用食宿後，方發現無支付能力，此種情形，學者有認為行為人於享用食宿時並未施用詐術，而係於支付對價時始施用詐術，不生詐欺取財罪之問題。至於行為人於發現無支付能力或已無支付意願之後卻繼續受領食宿，是否會成立另一個新的詐術？學者認為，僅僅繼續受領已經合致的給付行為，並不是「可得推知行為」的重新表意，亦即，行為人並未因繼續吃住而重新表彰其能夠並有意清償「對待給付」³⁰⁰。相反的，若行為人除繼續受領外，尚另為一次新的點餐行為，則屬一次全新的表意，也就是藉由點餐而可推知行為人對該點餐有支付能力與支付意願，因此構成可得推知的施用詐術³⁰¹。

另外，實務上有公立醫院醫師在外兼業，卻持續受領不兼業獎金的案例³⁰²，學說見解認為，即使是消極的不告知行為，亦可能傳遞不實的資訊，例如，工程

²⁹⁸ 林山田，刑法各罪論上冊，2005，411 頁。同見解：韓忠謨，刑法各論，最新增補，吳景芳增補，民國 89 年，445 頁。

²⁹⁹ 甘添貴，刑法各論（上），2009，頁 313；同見解：陳子平，白吃白住與詐欺罪，台灣本土法學第 40 期，2002.11，頁 145。

³⁰⁰ 林鈺雄，論詐欺罪之施用詐術，臺大法學論叢第三十二卷第三期，131-132 頁。

³⁰¹ 林鈺雄，論詐欺罪之施用詐術，臺大法學論叢第三十二卷第三期，132 頁。

³⁰² 案例事實，參照最高法院刑事判決 93 年度台上字第 5678 號。

師在承諾書上簽字表示，不在外兼差，若兼差而不告知，將失去受領獎勵金的資格，如工程師在外兼差而不告知，卻按月受領獎勵金，此一不告知即積極傳遞了不實的資訊；另外，中古車商隱匿重要資訊（如汽車曾有重大撞擊或發生過命案），購車者誤為尋常汽車，以市場價格買下，車商的不告知，亦為不實資訊的傳遞³⁰³。然而，究竟這樣的行為是告知義務的違反，或是積極的欺騙？學說認為，如果體個案中，醫師在承諾書上表示：「若有兼差，即行告知，並放棄獎勵金」，則醫院已經全然的信賴了醫師的告知。因此一旦在外兼差，卻不告知，即傳遞了不實的訊息，等於積極行騙。然而，如果醫師並沒有在約定書上作這種表示，即無告知義務，縱使兼差卻又坐享獎金，也不成立詐欺罪³⁰⁴。

第二款 「不實廣告」的討論

任何交易類型都會出現行為應予如何解釋的問題，於此，本文將先針對涉及消費者保護法、公平交易法、民法甚至會跨及刑法的「不實廣告」作出介紹。蓋其問題所涉甚廣，有從民法觀點出發最後連結到刑法者³⁰⁵。而所謂的「不實廣告」，應指該廣告內容有與事實不符的部分。不實廣告是否應受刑法制裁，向有爭議，有認為財經犯罪是指行為除了與財經行政法秩序規範抵觸，並且侵害刑法所保護之法益，亦即同時牽涉到刑法秩序，此時可能會產生不同法秩序構成要件競合的問題，而財經犯罪其實就是以不正手段攫取利益的行為，侵害的是公平的財經競爭秩序，若以詐術為之，則此種詐欺行為並非針對特定人所為，稱之為「新詐欺」³⁰⁶。亦有認為刑法構成要件較嚴謹，要以刑法詐欺罪之強化對於不實廣告

³⁰³ 林東茂，不作為詐欺一評最高法院九三年台上字第五六七八號刑事判決，台灣本土法學雜誌第 69 期，2005.04，頁 256。

³⁰⁴ 林東茂，不作為詐欺一評最高法院九三年台上字第五六七八號刑事判決，台灣本土法學雜誌第 69 期，2005.04，頁 256-257。

³⁰⁵ 李洙德，不實求職廣告之法律管制—從經濟法跨越到刑法，全國律師 11 期第 9 卷，2007.09，頁 70。

³⁰⁶ 陳志龍，財經行政與財經犯罪，《城仲模教授六秩華誕祝壽論文集》，頁 108-113。

作出規範，顯難達成目的；且為了避免刑法體系紊亂及特別法充斥，亦非逕將不實廣告「入刑化」，而應從行政管制著手³⁰⁷。然而，因為我國現行實務仍不乏有對不實廣告處以詐欺罪制裁之案例，因此，仍有必要探討不實廣告與詐欺罪之間可能的連結關係。

學者有從比較法的角度，舉出德國不正競爭防止法的刑罰制裁規定³⁰⁸，然而，在我國，公平交易法中並未對不實廣告作出刑罰制裁，究竟哪些情形可能由刑法詐欺罪制裁，尚難一概而論。有學者認為，廣告行為容許一定程度的誇大性存在，但應有其限度，必須非屬於廣告重要內容之不實，且非行業普遍性現象，且對於競爭機能有所損害，而具有商業倫理非難性，導致特定消費者陷於錯誤而受損害，或相關大眾有錯誤認知之虞時，則構成所謂的「不實廣告」³⁰⁹。然而，究竟何種情形係「超過一定合理性之誇大效果」？似難有一個客觀一般的標準，而必須探究個案情形決定之。學者提出，可能得以消費者資訊獲取能力的高低決定之。其認為，一般的廣告行為如僅影響零星消費者的判斷，則可非難性較低；然而，就新興交易活動，消費者往往處於資訊弱勢，此時如廣告誇大不實，則其廣告行為之非難性應提高到法律的非難性³¹⁰。其試圖以市場上資訊不對等的觀點，作為廣告是否應入罪的標準，似乎與前述德國學說中所提出的風險分配的觀點有些許相類之處。

實務上對於廣告不實的見解亦屬認定分歧，有認為成立不實廣告同時也成立

³⁰⁷ 王銘勇，《公平交易法不實廣告與詐欺罪之界限》，頁 356。

³⁰⁸ 陳櫻琴，不實廣告保護法益之研究—「廣告詐欺犯罪」之省思，中原財經法學第五期，2000，頁 240。

³⁰⁹ 陳櫻琴，不實廣告保護法益之研究—「廣告詐欺犯罪」之省思，中原財經法學第五期，2000，頁 282。

³¹⁰ 陳櫻琴，不實廣告保護法益之研究—「廣告詐欺犯罪」之省思，中原財經法學第五期，2000，頁 54。

詐欺的³¹¹；也有認為即使成立廣告不實也未必成立詐欺³¹²，就實務上對於廣告不實的見解，詳見下述。

第三項 小結

學說上對於行為的交易上意義的討論往往著重在於作為犯以及不作為犯間的問題，並未如同德國學說所使用的「可得推知的行為」等用語，而且對於行為為何如此解讀，亦常只提出似乎自明之理的結論，或者就理由部分以「社會常情」等一語帶過，並未進一步就理由作出說明，然而，交易上的意義無法僅依學理說明，因為事涉實際交易型態以及當事人的觀點等多重因素，因此，在認定交易上意義時即不免參酌實務見解以定之，故接下來將從我國實務見解的介紹作出交易觀點的認定。

第二節 我國實務見解

第一項 廣告不實案例

第一款 各種既存案例

早期的實務見解有認為，廣告的誇大不實屬於公平交易法的問題，傾向不予刑事處罰的觀點，「但查廣告物之散發，本係商人促銷其產品之手段，屬民法上之要約引誘。如有誇大不實，應屬公平交易法規範之範疇。原判決執以為被告犯詐欺罪之證據，顯不合法³¹³。...」；即使違反了公平交易法，並不當然即可引為

³¹¹ 臺灣臺北地方法院刑事判決 86 年度易字第 1564 號。

³¹² 「...商業廣告依其性質或有誇大不實之處，然尚難以其誇大不實即認為與施用詐術相當...被告所用之廣告方式容有誇大不實之處，有違殷實商人應具之誠謹作風，然尚與刑法詐欺罪之構成要件有間...」。參見臺北地方法院 86 年度更(一)字第 50 號刑事判決，後來高等法院改判有罪，參見臺灣高等法院 88 年度上易字第 1194 號。

³¹³ 節錄自最高法院刑事判決 90 年度台非字第 241 號。

詐欺犯罪之依據，「然違反公平交易法第二十一條第一項規定於商品或廣告上對於商品品質、內容等為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，與首揭刑法詐欺罪之構成要件尚屬有間，尚不能以其違反該規定者即認應成立刑法之詐欺罪責³¹⁴。...」但均並未明確說明，為何與該等虛偽不實的內容不得逕以刑事法處罰之。有實務試圖以刑法的最後手段性、消費者利益損害的輕微性作為理由者，「事實上，商業上欺罔行為，依法律體系，本有民事、行政上規範，非謂一有欺罔行為，即該當刑法詐欺構成要件...縱些許利益有所損及，消費者並非全然立即於對價上全然失衡，即無任意加諸刑罰之必要，換言之，此時以行政罰或民事救濟，即足達制衡之正義目的³¹⁵。...」

固然，刑法與行政法的認定未必相同，然而，重要者在於，就廣告內容誇大究應至何程度方可能成立詐術，實務上觀察的角度常以該誇大情形「是否尚屬社會容許的風險範圍內」來定之，例如「綜上所述，本件告訴人等並非因觀看推廣錄影帶及附卷有關本件產品廣告紙之內容便與被告簽約，是起訴書中所載有關公訴人之個人意見部分，縱屬不虛，仍與判斷被告是否應成立詐欺罪之關鍵無涉。蓋廣告詞誇張，無非為刺激消費大眾之購買慾望，且事所恆有，尤以增高、減肥、美容等廣告為然。是被告對本件產品之廣告，衡情尚不能與詐術相提並論，換言之，縱被告所製作用以推廣產品之錄影帶有所誇大之處，惟告訴人二人亦不致因此陷於錯誤而與被告簽約，且查被告之上開產品，均有專利證書可憑，係屬合法之商品，已如前述，苟以刑法過分干預彼等間之商業行為，亦有違信賴保護原則，並有害於交易之安全³¹⁶。...」；或「應徵工作或為桌服員、伴唱員，或直稱「優質男人」，並以高薪、可兼職、自由業等詞誘引相邀，與一般稍有誇大之徵職廣告，並無顯著差異，與同類行業應徵公關之用語，尤無不同，不能認係

³¹⁴ 節錄自臺灣高等法院臺中分院刑事判決 90 年度上更(一)字第 298 號。

³¹⁵ 節錄自臺灣高等法院高雄分院刑事判決 90 年度上易字第 1466 號。

³¹⁶ 節錄自最高法院刑事判決 87 年度台非字第 252 號。

詐術³¹⁷。…」等。

第二款 不動產買賣爭議

實務上尚出現為數不少的不動產買賣爭議案例，其中引人注意者為預售屋買賣。預售屋本質上即為買賣當下無法檢驗標的物之交易類型，因而，極易出現房屋蓋好之後與買方主觀認知產生落差的情形。然而，房屋買賣所涉因素繁多，因此，往往即使廣告傳單、看板、甚至是房屋模型與實物有落差，法院仍未必一律認定成立施用詐術，應區分個案情形認定之：「…然而，預售中房屋並未具體完成，透由廣告文采吸引消費者注目，乃廣告訴求目的，因此廣告文宣上自會使用動人之文辭，然房屋具體完成成為成屋之後，消費者購買房屋必當親臨觀看，符合心中期許，始有承購意願；且購買房屋不若一般消費性商品，消費者因經濟問題終身僅能購買一棟或一層房屋者不在少數，因之，於購買時對於房屋之結構、材質、環境、設施必然有相當瞭解，謹慎篩選評估，始決定有無購買意願，而縱有佔滿篇幅之廣告佐以文字之說明，吹噓該建物之優點，一般消費者亦會親臨現場實地察看，以瞭解是否符合自己所需，否則縱有本國或外國大師級人物之參與，若其所設計、營造或建築之品質不符消費者之期待，亦難認消費者有絕對購買之意願。…則自訴人等之所以願意締結該買賣契約書，亦均經其等實地勘查確認符合其所需後所為之決定，自非僅憑被告等於雜誌或廣告刊登該等建物有外國人士之參與，而遽為買賣之決意。再者，自訴人果真那麼在意外國大師設計或青木建設承造，自可於買賣契約書上特別加註請求出賣人保證，然事實上，自訴人等不僅未於簽訂買賣契約時特別聲明，在兩造發生糾紛並互為存證信函往來時，皆僅論及貸款及車位爭議而從未提及與廣告不實相關事項，由此足證，自訴人等本案房屋買賣承買與廣告之內容並無直接關係³¹⁸。…」此一判決認為，消費者在

³¹⁷ 節錄自臺灣基隆地方法院刑事判決 96 年度易字第 29 號。

³¹⁸ 節錄自臺灣高等法院臺中分院刑事判決 91 年度上易字第 545 號。

購買房屋時，必定已先經過慎審的事前考量，廣告中之「外國大師設計」並不會構成決定性的因素，不因此部分之虛構而認出賣人成立詐術；然而，即便此點確為消費者購買的決定性因素，消費者亦應在契約中明定由出賣人保證之，兩者文書往來中均隻字未提，顯然可得認定，此一因素對消費者而言並非決定性因素。故法院的判準是先出於一般消費者在購屋時的考量觀點；再依個案中，個別消費者是否確實對此部分陷於錯誤，並因而為消費行為，來決定是否成立詐術。亦即，法院是以「該點屬不重要之點」、「與消費行為間沒有因果關係」作為排除成立詐欺罪之理由。

亦有判決提出，預售屋交易所資以參照的透視圖一般會較為美化、寫意，與受限於建築法規的施工藍圖會有落差，而所呈現出來的房屋模型亦會與實屋有差距，然而若都已呈現在交易現場，則難認為出賣人有詐欺的意圖；又一般而言，廣告與模型屋的展示都是在呈現房屋的外觀整體造型，「…而非其細部之建築規劃設計，蓋對大多數承購房屋之人而言，其等並非熟諳建築師之設計，是要不能以該完工之建物與模型屋間之若干細部有所差別，即認被告二人係藉此施詐，欺騙自訴人訂立本件契約³¹⁹。…」另外，亦有認為變更房屋的使用方式未必為施用詐術，「…而事後將地下一樓精品街變更為百貨及美食區，係基於建築商基於商業經營之觀點，而為之整體規劃，藉此以因應瞬息萬變之市場景況而作規劃上之設計變更，核此情事亦不能回溯而認被告於訂約時即係對上訴人有施用詐術，況且就攤位之銷售而言，究係精品街與百貨美食區，何者較能吸引購買攤販者及吸引顧客，已難以界定，建商將精品街變更設計為百貨及美食區，顯難認係故意施用詐術³²⁰。…」

³¹⁹ 節錄自臺灣高等法院臺中分院刑事判決 90 年度上更(一)字第 298 號。民事案件中亦有類似見解，否定房屋的內部結構屬交易上重要之點，最高法院 92 年度台上字第 788 號刑事判決參照。

³²⁰ 節錄自臺灣高等法院高雄分院刑事判決 89 年度上易字第 979 號。

第二項 保健用品案例

這裡要介紹的案例，和人的健康、外觀有關，可能是食品或者是用品，而這些產品帶有某些對人的健康、外觀的促進或改善等效用。例如，可以長高、治病等等，此處本文將此等產品歸為所謂的「保健用品」。而其中部分事實上也涉及廣告不實的問題，只是為了歸類方便，歸於此處說明之。

第一款 科學檢驗決定

實務上的標準非常一致，都是以「是否與事實不符」為依歸。一般的檢驗程序都是，先將係爭的產品送機關鑑定，或由專家作證，使用科學方法決定是否該陳述為真：「再參以卷附臺灣大學醫學院附設醫院九十一年九月十八日函覆意見略以：『1.人體長高僅限於未成年期，在甲狀腺素、腦下垂體生長激素、類胰島素生長激素……等等荷爾蒙之作用下，動用身體內之蛋白質、礦物質等，才能增加骨骼之長度。一旦過了青春期（男性約晚女性二年），骨骼之骨骺生長板骨化，則不論任何刺激，不能再增加骨頭之長度；2.依該產品A（指「善意得活性元素」標示之海蟹殼粉末，鯊魚軟骨粉末等成分），似無可刺激骨骼變長之成分；3.依產品B（指「第四代灌籃高手繼續高激進素」、「脊椎貼片」標示之褐藻、柏樹、橙花、甘油、苦橙葉等成分，為植物成分，內含量複雜，本院醫師無從判斷，但持此種聲明者，應有合乎此論點之實驗證據，否則不應公開宣示此效果。）』等語明確（見他字卷五一頁），足見醫學已否定該產品有增高之效用。另衡諸被告以公司形態長期在電視購物頻道大肆廣告行銷並販『售世紀高二〇〇一』、『世紀高二〇〇二』，然竟無法提出前開產品能使人體增高之任何資料或實驗數據，益見被告…以此詐術方式販售前開產品，甚為明確。³²¹」

³²¹ 節錄自臺灣臺中地方法院刑事判決 93 年訴字第 1018 號。類似檢驗方式，參照臺灣高雄地方法院刑事判決 95 年度醫訴字第 1 號。

「…國內目前僅核准臺北市新光醫院進行NK療法之人體試驗。且NK療法目前對於癌症之療效仍屬甚低，在我國、日本、美國均處於人體試驗階段，並非常規之醫療方法，亦無相關文獻資料可證明比癌症傳統治療方法（即手術治療、放射線治療與化學治療等）之療效為高或可治癒某種疾病。…³²²」、「…又系爭膠囊係屬食品，並不具任何醫藥療效一節，業據行政院衛生署藥物食品檢驗局檢驗在卷，有該局94年9月6日藥檢參字第0949425254號函附檢驗成績書、94年11月7日藥檢參字第0949430488號函附檢驗成績書在卷可稽（見調查卷第30—41頁）³²³。」「…宙○○明知其進貨販售之腳底穴按摩機、電位器、電位器腰帶等商品並無特殊醫療效果…而行使詐術…。³²⁴」

當然，亦有送檢驗之後發現該產品確有所聲稱之效果，「…而康藤公司所生產之新蕊微膠囊青春基素經被告甲○○委託台北醫學大學進行抗氧化活性及細胞賦活之相關實驗後，其實驗結果顯示新蕊微膠囊青春基素可抑制自由基產生，當細胞依不同濃度之新蕊微膠囊青春基素處理後，可提升細胞存活率等情，亦有台北醫學大學94年1月31日北醫藥理字第940131001號函1件、試驗委託備忘錄1份、評估實驗報告摘要1件在卷可參…難謂有何虛偽不實³²⁵。」

第二款 一般經驗法則

另外，實務有以「一般經驗法則」定之，而非依傳統方式送鑑定機關，由科學方式決定者，「…播放之DVD中顯示就治療炎痛部分：莊元和宣稱：『這瓶酸痛藥物（即指療炎痛）是從德國進口的』、『針對關節退化，腿抬不起來無法彎曲者最好用，效用百分之百』、『有關節退化拿酸痛回去治療一個月，腳就勇

³²² 節錄自臺灣臺中地方法院刑事判決96年度醫訴字第5號。

³²³ 節錄自臺灣高等法院高雄分院刑事判決98年度醫上訴字第11號。

³²⁴ 節錄自臺灣高雄地方法院刑事判決98年度易字第959號。

³²⁵ 節錄自臺灣高雄地方法院刑事判決95年度易字第1171號。

起來，走路非常有力』、『脊椎骨酸痛，婦女生小孩婦女酸痛，生骨刺如果要手術的話，千萬不要手術，這瓶酸痛藥品吃下去萬無一失』、『生骨刺沒有什麼好說，百分之百一定會好』、『有五十肩，肩膀酸痛舉不起來，這罐酸痛吃下去，五十肩不會再酸痛』、『脖子酸痛，吃了我們這個酸痛預防中風』、『蹲不下去，這罐酸痛吃好了非常、非常多的人』、『晚上手腳抽筋，晚上吃一次，早上吃一次，連續吃了二個星期，吃我們酸痛最好用』、『這罐酸痛尤其對風濕痛、關節炎、手腳拿不起來、脖子酸痛、血會濁，這種症狀百分之百非常有用』，…莊元和非醫師，則其所宣稱療炎痛、賓士牌軟膏之療效治癒期間、治療效果，及食用上開千里眼、腦精及酵素後，會治療上開身體多種疾病，且一定期間就會好，**就一般經驗法則，顯屬不實，而應屬詐術。**³²⁶」惟若依一般經驗法則即可認屬不實，表示此種詐術顯屬重大明顯不實之情形，則其是否仍為具有交易上重要性的詐術？

第三款 加入被害人的考量

就健康食品是否有效，有實務見解認為，許多重症患者多會四處尋求可能的偏方，因此該等心態應為「無論是否有效，姑且一試」，因此被害人之購買亦與被告的主張無關，「...我是血癌患者，88年間有去找被告看過，是別人介紹去的，大約去過10次左右，1次買3千元，是生機飲食及精力湯，被告有跟我講，一定可以吃到好等語（見原審訴字第835號卷第138頁），**固能證明被告有對其誇大治癌療效之情，然證人復證稱：我覺得沒有被被告騙，因為我有退燒，病情有好轉等語（見原審訴字第835號卷第138頁）。參以精力湯及生機飲食，在民間已盛行多年，若服用得宜，確能增強免疫力及抵抗力，對癌症患者而言，常抱著姑且一試之心理，也不乏因此而抗癌成功之個案。是由證人林淑英之證言觀**

³²⁶ 節錄自臺灣高等法院臺中分院刑事判決95年度上訴字第1829號。然於臺灣南投地方法院刑

事判決96年度訴緝字第10號，就不同被告亦以相同標準為相同的認定。

之，其係基於『姑且一試』之心態而購買被告之生機飲食及精力湯，並非因被告浮誇治癌效果致陷於錯誤而購買甚明，是亦不能執此遽認被告有施用詐術之詐欺犯行。³²⁷」因此，就行為人相同的廣告及陳述行為，實務雖認定被告有誇大療效的行為，但其同時認為，這種情形下被害人之所以購買，並非因被告誇大療效之行為，而是依一般交易觀點（「民間盛行多年」）自己相信而購買，因此與被告的詐欺行為無因果關係而排除詐欺。如此，則被告仍應屬施用詐術僅因無因果關係而未既遂之詐欺未遂，然而，判決最後的認定係不成立詐欺罪，似認為應直接排除「詐術」的成立。有趣的是，就同樣的事實與證人證詞，其他法院卻有不同的看法，「...我是血癌患者，88年間有去找被告看過，是別人介紹去的，大約去過10次左右，1次買3千元，是生機飲食及精力湯，被告有跟我講，一定可以吃到好等語（同原審卷第138頁）。依上開證人之證述，證人或本身有病（甲○○、王振興、林淑英）、或親人有病（江蕭麗雪），其病症或為肝病、或為胃癌、或為血癌，渠等或看到上開廣告，或經他人介紹，而向被告購買上開『精力湯』，自係誤認為有療效，否則豈有任令重症延醫而耽誤病情之理？應係受被告上開誇大不實之『癌』症廣告，始願意購買。上開證人所稱沒有受騙的感覺云云，應係事後迴護被告之詞，不足採信³²⁸。」此見解明顯仍認為詐術與被害人的購買行為間有因果關係，即此仍成立詐術。

另外還有實務見解參酌被害人的智識作為考量，「...縱告訴人指稱被告佯稱其加持過之寶石具有能量乙節屬實情，此除涉及被告授課品質之良窳外，參諸坊間眾多介紹寶石之書籍亦多有類此之說法，則是否願意相信寶石能量之療效而購買被告所謂加持過之寶石，衡諸告訴人之教育程度及經濟能力，告訴人非無選擇正確判斷及願否購買之能力，亦不足僅憑告訴人之指述或證詞即謂被告有詐欺犯

³²⁷ 節錄自臺灣高等法院高雄分院刑事判決 97 年度上更(一)字第 67 號。

³²⁸ 節錄自臺灣高等法院高雄分院刑事判決 96 年度上訴字第 1795 號。

行…³²⁹」亦即，就算被告所言不實，考量民間一般對於寶石的認識及介紹非少，再衡量被害人的智識能力，法院認為被害人既有自我判斷能力，則其即並非僅因被告所言即為購買，似乎亦以無因果關係排除詐欺罪的成立，然而，無因果關係和是否施用詐術殊屬二事，法院於此，似乎與前開案例相同，把無因果關係當作未施用詐術，此是否即屬加入交易觀點後否定詐術成立的結論？或只是法院對於構成要件檢驗未予辨明？僅從判決的用語，本文尚無法驟下定論。

第三項 宗教案例

第一款 宗教非可由科學檢驗

絕大部分的實務見解都認為，宗教是憲法所保障的信仰自由，無法以司法干預，節錄 96 年度囑上更(二)字第 3 號判決³³⁰為例：「…然超自然現象存否，信者有之、不信者亦有之，此即屬宗教信仰之領域，非司法機關所得干預，亦非本院所應審究之內容。…」然而，不得以規範干預者為內在的宗教信仰，若人民假造之進而欺騙別人，則規範自得涉入，「…惟按信仰宗教為憲法明文保護之自由權，而超自然現象存否，信者有之、不信者亦有之，此即信仰與否之自由，屬宗教信仰之領域，自非司法機關所得干預，亦非本院所應審究之內容。但如假造神蹟神通，以愚弄人民，藉此訛詐獲取財物，則屬刑法詐欺罪之範疇，即應課以刑責。然究有無詐欺取財之行為，則須依證據認定之，並審究詐術之施行與交付財物間之因果關係…³³¹」。

³²⁹ 節錄自臺灣高等法院臺中分院刑事判決 95 年度上易字第 688 號。

³³⁰ 節錄自臺灣高等法院刑事判決 96 年度囑上更(二)字第 3 號，此為眾所矚目之宋七力案，已於民國 97 年獲無罪刑事判決確定。其餘類似見解如最高法院刑事判決 93 年度台上字第 4456 號；臺灣高等法院臺南分院刑事判決 96 年度上易字第 528 號。

³³¹ 節錄自臺灣高等法院臺中分院刑事判決 95 年度上易字第 688 號。

另有判決指出，宗教信仰有超理性之特質，無法以科學加以檢驗，「…而宗教信仰，本有超越理性、科學之特質，無法以一般科學知識來判斷，更難以現有的科技技術加以驗證證明，對於宗教器物之價值及有無做法事所產生之效果，亦往往取決於信徒之主觀判斷，本不能僅以信徒因信仰所支付之金額，多出一般社會常情，作為是否遭受詐騙之衡量…³³²」既無法以科學檢驗，則應認為屬無法驗證，自不可能責令被告再加以用科學證明，否則即屬矛盾，「…而宗教對於神道信仰，所信仰的神或道，本即有超越理性特質，無法以一般常識來判斷，也難以現有科學技術檢驗證明。憲法保障人民信仰自由、崇拜自由及傳教自由，人民以言論、文字及出版等方式宣揚傳播其信仰的事務或宗教，也應受憲法保障。…佛法是否可信等均涉宗教信仰問題，難以科學方法加以驗證，自不能責令被告丁○○證明其主張的上述事項確實存在，否則即謂其施用詐術。被告縱以言論、文字及出版等方式宣揚上情，因受憲法信仰自由、意見自由保障，如無其他不法情事，自不能遽認為詐欺行為；況且以自己所信，向他人宣揚，也不生施用詐術問題³³³。…」

而基於此類現象的無可驗證性，有判決甚至認為各該現象或效力應純屬個人主觀的感受，「…至被告身為乩童，偶爾於起乩後，依其所謂之神明指示以毛筆在冥紙上所畫之符令供信徒服用，應僅屬傳統民間信仰之心靈療法，是否有一定之療效，因人而異，難以證明，難認屬醫師法上之醫療行為…³³⁴」；另有判決立於相同見解指出，此等現象或事件的效力有其可疑，應非屬不可期待被害人所知

³³² 節錄自臺灣高等法院臺南分院刑事判決 96 年度上易字第 528 號。

³³³ 節錄自臺灣高等法院刑事判決 97 年度重上更(三)字第 113 號，此為轟動一時的妙天禪師案，最新判決為最高法院刑事判決 98 年度台上字第 3709 號，仍在更審中。類似見解尚有臺灣臺北地方法院刑事判決 97 年度易字第 1441 號、臺灣高等法院刑事判決 92 年度上更(一)字第 70 號。

³³⁴ 節錄自臺灣高等法院臺南分院刑事判決 89 年度上易字第 214 號。

悉之狀況，若在此情形下，被害人未能採取保護自己的措施，則有被害人是否仍值得保護的問題，「…宗教行為與一般現實世界之現象不同，生病就醫者，可以期待經由醫師之醫療行為，讓病情得以好轉，但是宗教所允諾可以治療『手腫難消』，自不可期待當然實現。而對於『生前功德做不夠』、『感情不穩定』等現象，能否經由宗教活動得到解決，更屬可疑。是以，本院認為詐欺罪之成立，本質上以被害人積極之行為介入為前提時，判斷構成要件該當性之同時，即應評價被害人之因素。且刑法作為國家預防法益侵害的最後手段下，在被害人能夠自我保護卻疏於保護時，是否仍有保護被害人法益之必要，仍有可疑³³⁵。…」另外，甚至有認為，因為客觀無法驗證，因此應視行為人主觀有無詐欺故意及不法意圖而定，「…法院所得審認者，並非行為人所傳述『非科學信仰』之真實與否，而係行為人主觀上對其所傳述之『非科學信仰』之真實性相信與否，如行為人信其所陳述之『非科學信仰』教義，或其所施之宗教民俗儀式為真實時，即難認主觀上有何詐欺之故意，而難與詐欺罪責相繩。…」然而這個說法僅是暫時迴避了宗教是否為詐欺構成要件的「事實」問題，若今行為人主觀上對該非科學信仰之真實並不相信，或者存有懷疑時，則又應如何判斷是否為詐術？

第二款 加入社會相當性

早期的判決中可以看到社會相當性的看法：「…按關於宗教信仰，法院及常人不可介入信仰或教義，而應從行為外觀判斷其是否違法，凡行為之目的、方法、結果欠缺社會正當性、相當性時，即屬不法。被告提出自訴人每次法會須支付之款項…亦超越一般民間為消災解厄、祈福改運，需支付之費用的認知。是以，被告利用自訴人身體不適，向神明祈求平安之際，假藉『祖先未超渡、冤魂附身』之說，煽起其等不安全感，使不能作理性的判斷，超越社會一般容許之限度，並

³³⁵ 節錄自臺灣臺中地方法院刑事判決 92 年度易字第 1211 號，此一判決引學說見解，以被害者學作為其論理基礎，雖被害者學與本文關聯較小，就相關聯部分仍值得一讀。

取得顯著不相當之財產，應認為具有違法性³³⁶。」此一見解似乎亦認為，「社會相當性」是作為認定宗教行為是否具備詐術的要素，然而「社會相當性」不但非屬構成要件要素，連是否能作為實質阻卻違法事由都有疑問，實務以此作為判斷構成要件，使其在前面以「法院或常人無法介入信仰或教義」而否定的「詐術」要件起死回生，似有體系錯亂之嫌，此體系之矛盾，自不因其乃是針對「行為外觀」的判斷而有異。

類似此種看似針對違法性、實則針對構成要件所提出的「社會相當性」討論的判決，近期尚有「…按宗教自由或民俗信仰雖係憲法保障之基本人權，但外部宗教行為之自由，仍應有所限制，更不容以假藉信仰之外觀，作為實施犯罪之手段。科學理論乃至於司法審查，固難以介入宗教教義之可信與否，惟若自該宗教行為外觀，判斷其目的、方法、結果，欠缺社會正當性、相當性，且係趁他人處於煩惱焦慮或不幸的狀態下，以能解決所遭遇的問題，壓制他人之理性思考空間，使其作成損害於己之決定，因而取得與社會一般合理範圍顯不相當之財產，則此行為已與刑法規範之詐欺行為無異，即難謂不具違法性…且夫妻間之感情或人與人之間的感情，並非單方付出即可培養，亦非借用宗教的力量即可達成挽回之效果，被告…其等所為顯欠缺社會正當性、相當性³³⁷。…」，此判決的論述如同前判決，同樣有體系不清之問題，另外，若其承認宗教內容無法檢驗，又怎能用其所謂「夫妻感情並非單方付出即可培養，亦非借用宗教的力量即可達成挽回結果」此等純粹的價值判斷來作為否定宗教效力的依據？另外，何謂「宗教外觀的社會正/相當性」？若宗教之可信度已無法被確認其真偽，則又如何判斷出自於此等教義之目的、方法、結果具備「社會正當性」？

³³⁶ 節錄自臺灣高等法院臺中分院刑事判決 92 年度上易字第 2046 號。

³³⁷ 節錄自臺灣高等法院刑事判決 97 年度上訴字第 4732 號。

除了上述針對宗教能力或超自然能力作出「社會相當性」的說明外，尚有判決同樣以「社會相對性」針對宗教行為本身是否為詐術的判斷，「…而參諸一般民間信仰均會要求被驅邪之本人在場，直接對該人進行驅邪儀式，且坊間一般亦認為驅邪淨化一事，必須有相當修為之人始得為之，顯非單純以口頭簡略傳述之急就章方式即可逕行為之。…且所稱驅邪之情節亦與常情不符…³³⁸」；較近期的類似見解有，「…惟查，密宗（即佛教中之大乘金剛乘）…各項修法亦有一定之儀軌，例如修行前應先由不斷傳承上師處受灌頂，以使修行無障礙。被告未皈依任何密宗上師，卻自創論命方式，而所有法事均係透過靜坐方式進行，宣稱靜坐時其靈魂會出竅，其精神能量會去觸動對方元神，並自稱前世是植物，被告所述顯與密宗及一般民間信仰迥異，且荒誕不經，顯屬虛偽。³³⁹…」此似對於前述判決中所謂的「社會相當性」作出說明，亦即對於宗教行為的外觀，以民間的一般常情，即社會的常規習俗作為判斷標準。然而，宗教本身並無可以科學檢驗之餘地，僅用客觀強度甚至不及科學的社會風俗來解釋宗教是否「合理」、甚至判斷其真偽，此等見解同樣有對宗教本質認識不清的違誤之處。

另判決有針對宗教組織的宣傳方法，認為其內容即使是虛構的，仍係屬推展其思想的合理行為，而不屬於詐欺行為者，例如「…（前面為人名列舉）等人組成天人合一協會或成立分會，出版專書，製作攝影合成照片販售，此乃為推展其等所主張之思想觀念採行之方法，尚符社會常情，而被告等就其信仰之丙○○天人合一思想之理念，以製作攝影合成照片或出版專書推展，基於信仰或認人有分身，或會發光，或有舍利之存在等，客觀上無從檢驗其真與假，基於憲法保障宗教之信仰自由，司法對於人民真誠信仰之教義或內容，不容加以干預，或檢驗其真偽，自難認被告等人本於宗教活動所為，係在共同施行詐術騙取財物³⁴⁰…」；

³³⁸ 節錄自臺灣高等法院臺中分院刑事判決 94 年度上易字第 563 號。

³³⁹ 節錄自臺灣高等法院刑事判決 98 年度上易字第 504 號。

³⁴⁰ 節錄自臺灣高等法院刑事判決 87 年度上訴字第 2431 號。

另有，「…各種宗教雖教義不同，但均各自深植信眾之心，自不能以法律之規範，評論其價值孰為真孰為假，孰為優劣，被告…教導上開協會會員左旋光能運動、百獸陣、七星陣、五雷十字八卦陣等靈修課程，並著有『玄黃文化』書籍闡述其等理念，凡此均為推展其等所主張之思想觀念所採行之方法，尚符社會常情，難以據此即認被告…意在共同施行詐術騙取財物³⁴¹。」。此處認為，表達信仰思想的行為符合社會常情，難以被認為屬施詐之行為，此一結論殊值可採，然理由並不是在於符合社會常情。蓋宗教本身無法以科學檢驗，其所代表的只是一種價值的陳述，而價值只能全憑個人的主觀判斷來決定。因此，當信教者傳播他們的信念時，只是闡述思想的「價值」，此時自然不受詐欺罪構成要件的限制。

第四項 小結

前揭判決呈現出，對於如何才能成立詐術，不論在廣告、健康食品交易或甚至是宗教案例中，交易觀點依具體事項均有不同的解讀，沒有一致性。總結我國學說實務對於交易上觀點的認定，可以觀察出，不論學說或是實務見解，判斷「詐術」時都或多或少都會將交易社會等各種因素納入考量，而應否納入考量，另涉及是否在交易上呈現出重要性，而此必須依不同的交易型態各別判斷，不可能一概而論。綜上所述，在我國學說實務的見解當中，雖然並未見到「交易上重要性」這種用語，然而，詐術的判斷並不能脫離交易觀點的考量，已屬可以確定的結論。

³⁴¹ 節錄自臺灣高等法院臺中分院刑事判決 92 年度上訴字第 1067 號。

第五章 「詐術」的詮釋

第一節 「詐術」的要素

第一項 事實與價值

第一款 事實的客觀性有限

承前，對於「事實」的討論，德國學說細緻化的論述，以經驗、歷程、狀態等作為描述事實的用語，而且在定義之外，進一步類型化區分出內外部事實、現在與將來的事實等等，不論用語為何，「事實」概念的描述並未脫離客觀性，我國學說論述亦同，均認為有真偽之分者方為事實，亦即事實必須具可驗證性、或大多數人所能認識的特質。而所謂的可驗證性，必須建立在人所能利用的工具當中，最具有普遍性的科學之上。然而，承第三章所述，科學的發展中，人的價值判斷也是作為呈現科學的必要的元素，因此，在科學的研究當中，也加入了很多價值性的元素，使得科學並不是純然客觀。另外，科學技術的有限性，使得科學即使可以作為一個普遍性的驗證工具，其驗證所得出的事實，仍並不是唯一絕對的真理。因為科學技術的有限，今日被奉為圭臬的科學定律、真理，只是現有的有限技術下所能得出的結論，可能在科學繼續發展下去的明日，即受到挑戰或被改變。另外，也因為人的因素加入科學實驗當中，難免會滲入人的主觀信念和評價，因此，實驗結論不可避免的必須受到人的價值判斷的影響，無法全然客觀。

而詐欺罪作為一個社會規範，它所能夠規制的，也必須限於我們人力所能及的「事實」，亦即，所謂的「不真實」即必須以包括法官在內的一般人所能認識到的這個世界的事實作為基礎，既然不可能每一個人都是全知全能的上帝，對於所謂的事物的狀態和本質，我們僅能以有限的知識作為框架，去認定究竟什麼才是符合我們知識範疇內的「事實」。同時，我們既然知道知識的有限性，就不可

能要求一個完全正確的絕對，例如，我們無法要求一個絕對有效的止痛藥，因為止痛藥的試驗過程也只是占所有樣本的相對少數，它的普遍性仍然相對的小，甚至有時候只是大量的動物試驗而已；再加上對於人體我們仍有太多有待摸索之處，因此對於醫藥的效力、效果，不可能要求科學必須作到百分之百。在「止痛藥能止痛」的這個描述當中，它確實是「事實」，但是我們必須在這個事實的背後加上「止痛的效果可能因人而異」，或「此一藥劑止痛的效果出現在大多數／百分之幾的實驗對象身上」³⁴²等前提要件，因此我們所認識的事實其實是受限的，也就是說，在某些前提要件之下，止痛藥可以發揮止痛的效力，也就是說，所謂的真偽仍然存在，僅該真偽的檢驗，必須限於某些前提條件之下。

第二款 附著於客觀的評價

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

³⁴² 以嘉喜人類乳突病毒（HPV）疫苗的施打為例，在疫苗的說明書上即清楚的標明疫苗之內容物，以及其實驗之後的結果。而其實驗的對象共 20,541 位女性，試驗時為 16-26 歲，四個計劃的追縱時間分別為 4.0、3.0、2.4、和 2.0 年，而在施打本疫苗前，就各該受試者並未預先篩檢是否已感染 HPV，收錄受試者時亦未考慮其基礎 HPV 狀態。而受試者在追縱期間的確有大部分降低了 HPV 的感染機率，但是仍有部分受試者仍然受到感染。其說明書中並列出表格，表示受感染者的狀況與其他未受感染者之狀況的差異，以及疫苗的後遺症和副作用等等。

交易活動上，價值並非純然只是一種主觀意見的展現，它亦可能同時具有表達商品客觀性質的作用。而評價是否能夠達到表達出商品客觀性質的功用，必須視各該評價所表達出來的內容而定。而該評價應如何被解讀，則應依交易觀點作出詮釋，而交易觀點的解讀將隨著交易型態而有異，非有統一的見解。

另外，即使是被認為屬極端抽象、純粹與個人意識及感知相關的評價，例如對於藝術創作所為「美」、「醜」、「好」、「壞」的評價等等，也並非完全不可能區分之，商品可能依其所欲達成的功能，而得從評價中推論出其應具備的品質；而由一般社會觀感中對於「美女」的認識，則受話者即可能自行推得「美女」可能具有的形象。也就是說，在極端抽象的評價中，亦非不可能因應社會上一般性的觀點而取得某種程度的客觀性，然而，如何認定是否有此等觀點的存在可能成為問題。另外，即便找出此等觀點的存在，必須注意者為，除了極端例子的情形之外，基本上美感的認定應純屬主觀，並無法認定真偽。

第二項 交易上重要性

不論德國或我國學說實務的討論，雖然討論方式未必相同，然而卻都有指出交易觀點的重要性，並對交易觀點作出詮釋。從德國學說的討論可以觀察出，也許就交易觀點的呈現，可能以抽象的原則，例如社會相當性、民法上誠信原則、以及風險分配與自我負責原則等等作為判斷基準加以認定。然而，因為交易型態的不同，以及具體個案的情形亦不一致，每一種類型的交易都有其不同的著重點以及交易觀點的呈現，難以一概而論，前已述及。

而依我國實務的討論，是否成立詐術有幾個考量，在廣告不實當中，預售屋買賣的案例情形，標準特別細緻化，第一是如果同時涉及其他法規的違背時，例如公平交易法、民法等規範，則會考量刑法的最後手段性，如果依各該其他法律的規定已足夠時，則不應動用刑法。另外，實務見解亦有承認交易上一般會具有

的誇大性，尤其廣告本為招攬客戶，為吸引消費者的眼光，難免有相當程度的誇大或是美化，而這是在合理的範圍之內，因此不應認為一有不實即受詐欺罪的規範，此應屬出於平衡交易安全的保障以及同時維護刑法目的的合理解釋。而就交易上出賣人應有何等的說明義務，實務亦依交易類型的不同而有不同的認定，例如在預售屋的案例中，實務即認為就房屋管線的分布，除當事人明示其重要性之外，應不在事前說明義務的範圍之內。另外，實務亦提出類似被害人自我保護原則的觀點，認為如果消費者未盡力查證而一味的相信出賣人所為之吹噓或不實宣傳，則被害人亦應自己負責。尚有從因果關係的認定出發，認為對於交易決定不重要的點，亦即當事人並不在乎的部分，即使不實，也因此一不實與財產的處分間無因果關係，而不成立本罪，然而似認為仍應成立詐術。因此可見，我國實務在認定詐術時，參酌非常多交易的因素，而被害人自我負責的考量涉及雙方資訊實力的均衡以及風險分配的問題。

然而，就保健食品部分的討論，則較少交易觀點的論述，大部分都以科學檢驗直接作為認定真偽的依據，不再論述交易觀點。除了依實際情形，認定被害人有自我判斷能力，或有其他考量因素，而認為其財產處分行為應與行為人之詐術屬無因果關係之情形外，幾乎皆會成立詐術的行使。即使是在療效非常誇大的情形之下，實務反而認為此屬無須科學檢驗，而係直接依一般社會經驗即可認識的不實詐術³⁴³。然而，依交易觀點，若此種不實確依一般社會經驗即可辨識，為何被害人仍會受騙？何以可以不經科學的驗證即得出詐術的結論？然而，若認為此等誇大不實屬依一般社會經驗即可辨識的詐術，則此種不實是否仍具備刑法上的意義？基於刑法的最後手段性以及被害人自我負責理論，不具一般常識的被害人若未盡力區辨真偽而單純盡信明顯誇大不實的用語，是否反而不應該受到詐欺罪的保護，而得出不成立詐欺罪的結論？

³⁴³ 臺灣高雄地方法院刑事判決 95 年度易字第 1171 號參照。

第三項 小結

對於「詐術」的認定，最重者在於何為「與真實不符」。從事實與評價的討論可以得到，重點在於客觀性的有無以及認定，而從語言結構的討論以及即使是評價，也可能具備客觀性質。另外，與事實不符本身尚不足以成立詐術，因此尚須就行為的交易意義作出認定，而只有具有交易上意義的那些不實，才可能成立刑法上的「詐術」。

在本文提出了詐術判斷的標準之後，接下來，要以此標準試圖對實務見解作出檢驗，在第四章時已介紹過部分廣告不實以及健康食品的案例，此處將先以宗教詐欺案件作為討論的對象，此等案件往往是行為人以宗教或鬼神之名，使希望獲得無形力量庇佑之消費者購買特定物品，而該等物品嗣後並未發生相當的效力，而宗教詐欺案件中常常會涉及究竟是無法客觀評斷、信者恆信的問題，或者根本是虛構事實的問題，因而有是否屬詐術的爭議。另外，就邇來受矚目的健康食品案件，其內容就涉及交易觀點部分並未予以區分，有加以深究之實益，就寫作之時已出現的二審判決，將分別介紹一二審判決，再以本文所建立之檢驗標準評釋之。

第二節 案件評釋

第一項 評釋 90 年度上易字第 1466 號判決

第一款 犯罪事實

被害人向被告購買預售屋，被告卻故意虛構與其所申請變更並獲准建築內容不實之工程圖樣（俗稱建築監圖），委其廣告代理商即興富發廣告公司，製作各種不實之海報及廣告平面圖等各種圖說、資料與銷售講義，故意隱瞞或虛構例如房屋柱體之厚度，使消費者誤信其室內有大面積之空間可利用；或將大樓興建完

成後之中庭花園廣場僅約二百八十坪之事實予以隱藏，佯稱「內部又擁有一近五百坪歐洲宮庭風格的大中庭」、「寸土寸金的市中心為你擘建五〇〇餘坪希臘式皇家中庭」、「中庭花園（希臘式廣場，希臘假牆，雕塑廣場，四季花園，斜坡休閒區）；另就住戶以外之不特定公眾得隨時出入並使用中庭花園之事實隱瞞不談，而在廣告銷售圖表示其中庭部分為封閉式庭院，在銷售圖說載明「輝皇時代的入口大門比一般大家都來得氣派，來得軒昂，歐式拱門的隱重厚實還有鑲著彩色玻璃的華麗大門，加上二十四小時堅守崗位的御林守衛…」、「為確保居家安寧，尊貴，將統一入口大門設於民權路，從林蔭大道進出門戶，倍顯名門氣派」，使自訴人等誤信為封閉性庭院，獨享尊貴等等多項具體事實均作出不實陳述，使被害人受騙進而訂購預售屋。

第二款 法院見解

其先提出欺騙行為仍並非一律成立刑法上的詐欺，仍有不法程度上的區別³⁴⁴。接著，法院提出房屋買賣交易的特殊性，其認為房屋買賣的特殊性在於，除了房屋本身之外，其價值繫於主客觀多種因素，而這些因素一般而言會偏向購屋者主觀上對房屋價值之認定有關，是否因此就認為出售建商必須毫無保留完全告知，實有爭議。而預售屋的廣告應該認為非對商品價值直接訴求，而僅具招徠之效果，依房屋買賣契約本身的特性關係，依座落地段、生活機能、大樓設計規畫之精緻程度、購買戶整體社經地位結構等等主客觀因素，其間的不實性應該有程

³⁴⁴ 節錄刑事判決本文如下：「...商業上欺罔行為，依法律體系，本有民事、行政上規範，非謂一有欺罔行為，即該當刑法詐欺構成要件，尤其現行公平交易法對『不實廣告』有其明文規範，並特別明文民事或行政救濟途徑，並未因此即列入刑罰之立法考量，概就事業不實廣告特別立法規範之目的，其目的在使廣告者提供正確資訊，以免消費者基於錯誤資訊而作出『不當』有損其利益之決定，並使事業免以此不公平方法取得對同業的競爭優勢，若果該『不當』決定已然發生，縱些許利益有所損及，消費者並非全然立即於對價上全然失衡，即無任意加諸刑罰之必要，換言之，此時以行政罰或民事救濟，即足達制衡之正義目的...」

度的區分，非一有不實即逕認必以刑罰相加³⁴⁵。因而，就不會構成買賣意願之絕對決定性因素的細微末節部分與實際情形不符所呈現之反社會性、可責性，難認已達應施加刑事處罰之程度。就本案具體涵攝部分，法院認為，對爭議之一的中庭大小，既然已於契約明文必須依建築法規，則建法規中有關一般公寓、大廈容積率、建蔽率之限制，為一般民眾建築法令常識其中之一環，因此，當事人即不應該完全毫不保留的接受，更不應該有廣告者既已明確承諾願實現該廣告詞內容，即認廣告者負有法律上義務。購屋者不不應任憑建商吹噓、包裝，而動搖了買賣意願的判斷³⁴⁶。另外，法院指出了雙方對中庭的爭議起因在於定義不同，而此與公共設施分擔比例產權之契約標的並無關係，且也並無涉私有部分之產權爭議，另外，購屋人的考量因素眾多（例如交通方便、價位合理等），足認中庭面積爭議非絕對影響購屋的重要因素，因此，此一爭議與買受人的決定之間無直接而且重要的因果關係。在本案中，法院明確的指出了，建商所為廣告雖有不實，但廣告用意僅在吸引消費者，消費者本即不應完全不予查證而盡信之；況且購買房屋所考量因素甚多，本案中爭執的廣告不實的部分，與消費者之決定間應無因果關係，故不成立詐欺。

第三款 本文見解

³⁴⁵ 詳參臺灣高等法院高雄分院刑事判決 90 年度上易字第 1466 號本文。

³⁴⁶ 節錄原文如下：「只要依一般常識判別，本難令人完全無異議接受自訴人所指被告廣告內容所稱：『擁有近五百坪歐洲宮庭風格的大中庭』一詞，為屬可實現且應實現之標榜，更無可供認知該廣告者明確承諾願受該廣告詞內容實現之法律上義務。…再加上建築法令因於社區整體景觀之觀念，所對於一般公寓、大廈容積率、建蔽率之限制，已是一般民眾建築法令常識之一環，購屋者本有其對建築空間利用之一般認知與關心層面，斷非任憑建商吹噓、包裝，即謂因此可動搖購買意願所憑之判斷。」 「…另外，自訴人亦曾稱：當初購買系爭房屋，係認該大樓之地點及格局均不錯、交通方便，價位依當時行情尚稱合理等語（參照前開偵查卷第七一頁背面筆錄），適反應預售屋之買賣過程，就『中庭』一詞之考量，購屋者於決意時之考量重點實情，足認該大樓中庭之面積爭議，並非絕對影響購屋之重要因素，是系爭大樓實物『中庭』面積，縱與當初廣告宣傳內容不符，亦難遽認被告之行為係該當刑法所稱『詐欺』之要件。」

此一判決指出了很重要的二點，即「廣告本即帶有誇大性質」，以及「交易上不重要之點即便不實，亦不成立詐術」。而何謂「交易上不重要之點」，則依具體個案情形判斷之，本案則依當事人主觀上的認知以及期望作為參考的因素。另外，法院尚認為消費者尚應就具體的法規範有所認識，不應一律盡信廣告內容而指其為詐欺，此似同時參酌消費者的智識能力作為是否成立詐術的考量，是否係由被害人保護的觀點出發，殊值注意。

第二項 評釋 97 年矚上訴字第 8 號判決

第一款 犯罪事實

行為人利用現代民眾害怕罹患癌症、肥胖及文明病之心理，持未經我國教育部認可，亦未經美國教育部認可之任何高等教育採認機構之採認之「美國環球大學 (American Global University) 的「東方醫學 (Department of Oriental Medicine Research Advancement) 博士」學歷，明知其在國內並未經任何中西醫醫師考試及格，亦未依醫師法領有醫師證書，然開始對外自稱具有醫師、教授之資格。同時明知其所參與經營的「路加公司」所生產、販售之產品不具有「治療癌症」、「治療腫瘤」、「減肥」及「排毒」等效果，利用在各地教會、靈糧堂演講之機會，使不特定之聽講人員誤信其具有我國認可之醫學博士、教授、中西醫考試及格之醫師資格，且對腫瘤及癌症之治療為特別之專家，只須依照其指示之方式食用其所推薦之「健康排毒餐」，即可毋庸化療就可控制癌細胞，復於所著作之書中向不特定之讀者詐稱，僅須依照其書內所記載之內容食用其指示之「健康排毒餐」即能治好癌症、使腫瘤變小，並對癌症之預防特別有幫助。其間行為人復佯稱其可以「一根筷子」診斷疾病、「血癌不可做化療、放療，不然會誤診」、「在大陸地區做過臨床診斷」、「在醫院開過門診」、「曾以喝胡蘿蔔汁方式，治療癌症病患成功案例」等之言論，復在大眾稱其為林醫師時亦不否認，致使不知情之大眾不疑而陷於錯誤，誤以為行為人具有合法學歷及國內合法之教授、醫師等

資格，因而建立權威醫學形象，取信於他人，再藉由電視台頻道廣告而強力播送見證人士使用前、後之見證，並訛稱玄○○所實際負責之「路加公司」如附表三所示產品具有「治療乳癌」、「治療肝癌」、「淨化血液」、「增加纖維質」及「排出宿便以大量排毒，並可使腫瘤變小」等誇大、不實之保健功效。被害人花費鉅額金錢，嗣後卻發現所罹患之癌症不僅未能治癒，反而引起腫瘤復發轉移之更嚴重之病情，始知受騙。

第二款 法院見解

被告就實務所認定之事實提出幾點抗辯，卻遭實務一一駁斥，以下就被告所提出之抗辯併同實務的見解，依爭點各別說明之：

一、行為人主張，其確實具有美國環球大學博士學位以及中國大陸中醫師資格，並以畢業證書以及遼寧省遼寧中醫學院附屬醫院結業證書、臨床實踐證書、食療科臨床手寫稿等證明之。此等學歷雖未經教育部認可，但學歷確實為真。另外行為人亦主張其確曾擔任遼寧省中華文化學院之客座教授，且目前仍是澳大利亞針灸進修學院之客座教授。而且，即使其享有此等學歷，然在國內參與任何活動均未對外表達具有醫師資格及表明醫師身份，亦未從事任何醫療行為。

然實務認為，其所獲得之美國環球大學的學歷，只是經過視訊的課程，而且該「大學」其實也是一個十坪大的建築物，其學歷並未為美國或我國所認可，並非正規的教育體系。又被告雖主張有參加國際中醫師考試合格證書，惟該考試僅為世界中醫學會所舉辦，乃為測試中醫水平之考試，並非中醫考試資格的檢定，行為人亦未取得任何國內中醫師的證照，其應不得以醫師名義執業，然而卻於人稱醫師時亦並未否認而使人陷於錯誤；而其對外宣稱具有博士學歷，並使人誤信其確實有我國教育部所認可之博士學歷，而且尚使用「一根筷子」的方式為人診療，並告訴民眾只要食用其酵素產品則身體會改善，顯確有施用詐術的行為。

二、行為人另稱其所販售之產品確實具有療效，然而經實務送台北醫學大學鑑定之結果，行為人所稱酵素可以補充或治療身體的疾病等說法，均無科學上之依據，應屬與事實不符之詐術。

第三款 本文見解

本案當中被告所言不實者有兩大部分，一為其學歷之部分，一為其所販售產品的效力部分。就產品部分較無爭議，實務採取一向對於健康食品的檢驗方式，即以科學作為檢驗的依據，若科學上並無依據，則即屬詐術。就此部分，該等產品是否真能達到其所稱的功效，的確為事實的認定，並無爭議。

然而有爭議者為被告自稱具有的學歷此部分，由事實中可知，被告的確具有「美國環球大學」所核發的博士學位證書；亦確實有修畢學分，以取得遼寧中醫學院的畢業證書及中醫師的資格。然而，實務卻以該等學位之取得不等於在國內取得醫師資格，並命其實際就中醫師國家考試的題目作答，實質認定其醫師能力之有無³⁴⁷。實務的觀點似認為，其雖取得其所稱之學位，然而此等所取得的學位不足以使其具備真正醫師的能力，而被告於他人稱其為醫師時竟不否認，顯有施行詐術之行為。雖然實務上並沒有使用任何「交易上重要性」或「可得推知行為」的字眼，然而，實務的見解其實隱含著對於行為內容意義的解讀。亦即，行為人就其學位的宣稱，實際上會帶有相當能力或資格的宣稱意涵在內，因為既然其稱

³⁴⁷ 刑事判決理由部分摘錄：「...又本院於九十七年十一月二十五日依刑事訴訟法第二百十二條、第二百十三條第六款及第二百十四條對被告玄○○進行勘驗，即以考試院九十六年度中醫師檢定考試之內科學及方劑學試題請被告玄○○當庭作答，其勘驗結果為：一、內科學：二十六·二五分；二、方劑學：被告稱：我現在腦袋一片空白，非常疲倦，所以沒辦法作答等語（詳本院卷二第十二頁至第十三頁及第十九頁至第二七頁），則被告玄○○是否確有如其演講及書中所述如附表四內容之治療癌症之經驗，顯屬可疑...」

自己為「博士」，則一般人會因而認定其具備應取得博士資格所應具備的能力與學識，因之進而相信其所為的專業意見。因此，這個學位的有無在交易上的意義為相當學識能力的有無。因此，如果這個博士學位根本為行為人所虛構，則等於對此一學位所代表的背後的學識根本不存在，則自屬詐術無疑。

本文中，並非博士學位不存在，即便學位存在，實務仍認為，該博士學位實際上並未代表任何相應的學識與資格。而其判斷則是以該學位之取得方式（如何上課以及如何取得學歷資格等）、以及是否受美國以及我國政府所認可二者為標準，不論從方式或是否受認可二方面，實務認為此博士學位均非依正規教育體系取得，當事人顯然未經正常課程的訓練，因此，應認為其即使空有學歷，卻不具實質的學識能力，因而認為其行使詐術。

因此，實務上對於詐術的認定並不限於形式上與事實不符，尚包括對其所稱事實內涵的解讀。因此，是否「與事實不符」必須先就事實作出交易意義的認定，再以此一意義作為認定的基礎，這亦是本文所稱的「交易上意義」的認定。雖然實務並未提出標準，然而博士學位之有無往往代表專業形象的存否，也是搏得他人信賴其專業的基礎，因此，博士學位究竟是否真的代表專業能力為交易上必然重要之點，而一般人根本無從認識國外的學制如何，有保護之必要。因此，實務從實質觀點認定學位資格，應屬對於交易上重要性合理妥當之認定，實值贊同。惟此一認定所加入的解釋，是否變相的擴張構成要件即詐術之認定，在目的解釋與罪刑法定主義之間如何拿捏，應有加以審慎考量之餘地。

第三項 評釋 91 年度上易字第 409 號判決

第一款 犯罪事實

被害人指稱，其請求「王母宮」神壇負責人即行為人為其辦理事務，希冀有助於夫妻感情、子女乖巧及事業順利，而行為人自八十六年十月間起，至八十七

年九月底止，先後六次在台南縣南化鄉、高雄縣甲仙鄉山上、臺東縣山上及告訴人家中等處，為被害人辦理「奇門遁甲」及「安財位」等法事，然而，行為人無法提出具有道士資格之證書，卻仍索取高額費用，替被害人辦理法事，其中陳稱作「奇門遁甲」、「安財位」等法事所用之法器，乃行為人虛報價錢，超乎一般行情，而且事後並無行為人所稱之效果，被害人因而提起本件詐欺告訴。

第二款 法院見解

一、法院先指出，「行使詐術」乃指行為人陳述與「客觀事實不符之資訊」予相對人而言，亦即行為人所傳遞資訊之內容，必須係「關於過去或現在之事實」始足當之，如所傳達者係屬關於未來事實或價值判斷時，法院無從就此認定行為人之該等陳述內容與客觀事實不符，則亦難認其係行使詐術之行為。

二、法院以憲法所保障的宗教自由作為基礎，認為法院無從審認行為人所傳述「非科學信仰」之真實與否，而僅能審認行為人主觀上對其所傳述之「非科學信仰」之真實性相信與否，如行為人信其所陳述之「非科學信仰」教義，或其所施之宗教民俗儀式為真實時，即難認主觀上有何詐欺之故意，而難與詐欺罪責相繩。而參照事證，應認為被告確實相信法事有一定之效果，縱被告認施作法事之後，因告訴人個人緣故，未達其施作法事所預設之目標、效果，然其既對所祀奉神明及作法事之效果深信不疑，即難認其有何明知不實而為前開行為之詐欺故意。

三、告訴人與被告之間在辦理六次法事，而告訴人依法事進度逐次給付法器及辦理法事、祭祀之相關費用，屬雙方意思表示合致，對於契約內容應屬清楚明瞭，至於告訴人希望藉由辦理法事有助於夫妻感情、子女乖巧及事業順利，惟此僅屬締約的動機，被告等既已依契約內容辦理相關法事，則告訴人締約之動機縱未滿足，亦難認其係受詐欺而締約。

四、法院認為告訴人指稱被告所收受的法器價錢有顯不相當之情事，法院除了向從事古董買賣的證人求證，得知其市價並非不相當之外，而且認為宗教、民俗信仰，本即有超越理性、科學之特質，無法以一般科學知識來判斷，更難以現有之科技技術加以驗證證明，對於宗教器物之價值亦往往取決於信徒之主觀判斷，本不能僅以信徒因信仰所支付之金額，多出一般交易常情，即據以論斷信徒必因此受騙而陷於錯誤。

五、而就辦理事事是否有助於夫妻感情、子女乖巧及事業順利之效果，因屬認定宗教與「非科學信仰」之真實性，揆諸首開說明，基於國家對宗教中立性之原則，本院即無從審酌。然辦理事事是否可達信眾所祈求之效果，其相信程度固因人而異，然信眾至廟宇、神壇拜拜時，均依其各人境遇之不同，祈求財富、事業、婚姻、子嗣、考試、消災或解厄等等，不一而足，信徒主觀上應係相信渠等信仰之神明存在，而對於祈求事項抱持著可能發生之心態而為之，亦即「寧可信其有，不可信其無」，事後縱未如願，亦能因心靈上有所希望或寄託，而得到情緒上之舒緩及滿足，故宗教及民間信仰中，本存在有「不確定發生所祈求效果」之認知，衡諸常情，一般心智正常之人亦應對此有所認識。何況告訴人也有說「可以試試看」等語，亦可知告訴人當時即知並無絕對「有求必應」之結果。

六、而對於辦法事本身的正當性，經法院檢送被告等所提之收據三紙送臺南市道教會送鑑定之結果，被告所使用之器具確為道教法事所用「奇門遁甲」之法器無誤；於必要時神尊起駕辦理等語，則益徵被告等所列民俗儀式所需之法器，及所為之法事，確有所依憑，告訴人事後雖認為法事未達其理想或目的，尚不得因此逕認其委請被告等辦理事事，係遭被告等施用詐術而陷於錯誤。

第三款 本文評釋

本判決對於宗教詐欺事件作出了很多立論具體的觀點，首先，法院認為先將

詐欺罪的客體限縮於「客觀性、現在或過去的具體資訊」上，然後以宗教屬「非科學信仰」，認為不能作為構成要件的「事實」。其同時也指出，法院所能認定的只有行為人的主觀想法，即行為人是否對其所為之行為有所確信，然而此並不影響宗教事件之無法被認定。而就宗教之性質為何，判決指出宗教的效力人言人殊，純依信仰者的主觀而定，因而就該宗教行為未必能達到一定的效力此點而言，應屬一般人所應知悉，事後縱未如願，也不可以認為受到詐騙。而宗教器物的價值亦是依信仰者的主觀而定，無客觀價值可言，不能以客觀一般市價作為認定屬詐騙的基礎。此等論述點出宗教無客觀性之本質，而為何宗教行為的效力會因人而異，乃出於個人信仰以及價值判斷之不同，不以行為人確信該行為之效力而有異，因此被害人不能因為客觀效力未能達成而認遭詐欺。不論是對於詐術中的「事實」要件具體點出，而且對於宗教的主觀性亦作出說明，雖未點明宗教在目前科學能力之外，故僅屬於一種價值而僅具主觀性，然其結論與推論實屬鞭辟入理，深值贊同。

然而，猶須探討者為，法院以行為人所行為法事器具符合道教協會的鑑定為由，認定行為人對該等法器之索求係屬正當，非施行詐術。然而，施行法事所必須之器具是否必然需引經據典，若不引經據典即可認為虛偽不實？此種看法似乎又落入前揭「社會相當性」的迷思之中，值得深究。另外，法院將是否有助於夫妻感情、子女乖巧及事業順利認定為僅屬締約的動機，是否妥適的問題，然此非本文所要討論的重點，僅略提出之。

第六章 結論

以下將本論文於前開各章所獲得的研究成果分列如下：

一、「事實」的認定：

(一) 事實的定義

不論是將「事實」理解為：「所有具體的過去或現在的事件，外在或內在於人類精神生活的狀態。感覺上可認知的、經驗上可驗證的、以及因此原則上可以理解該論證」、「事實不只是發生過的，也包括那些被視為聽說已發生或存在的事，只要它足作為客觀上特定及確信的要素」、或者「事實是過去或是現在的具體的歷程或是狀態，他是客觀上可證明的」等定義，「事實」應該被認為是得以科學加以驗證的各種事件、狀態，而這些描述都是在強調刑法上所稱的「事實」應該具備客觀性。

因此，過去和現在發生的事件是事實，例如對於歷史人物是否存在、如何存在皆是屬於曾經發生的事件，科學可以驗證，結論如何則端視考古學所蒐集的證據是否足夠等等而定；然而，未來可能會發生的事件，除了有特殊情形可能預先確定者外，應認為尚非科學所可驗證的，因此，尚不屬於「詐術」所描述的「事實」；因此，明天的降雨機率、未來的颱風走向、股市行情等等，因為尚未發生，不能具確定性，被排除在「事實」的意義之外。

(二) 事實受科學的限制

事實的可驗證性必須仰賴最有實效性及普遍性的工具，現代人類所能享有者即屬科學。然而，科學並不是全然客觀，歷史事件告訴我們，科學實驗的過程當中摻雜非常多人的因素，涉及科學家本身的信仰、生活經驗等等主觀意志。而科學技術的有限，也會影響人類對事物的觀察和認定，因此，我們透過科學所能認

識的世界，並不是完全客觀而且絕對正確的。另外，科學所能達到的普遍性，只占全體的極小部分，因此，科學所產生的效果以及結論，都只是建立在極少數的群體實驗，以及非常多的前提之上。這亦屬科學本質不得不然的結果。因此事實的認定即必須建立在科學有限的前提之上。例如，大家都知道頭痛藥並不是必然能治療頭痛，它也會隨著人的體質不同而可能無法或只能部分的達到治療的效果。然而，這是因為它只能建立在科學有限實驗樣本的前提之上的關係，因此，它具有治療頭痛的效果這件事仍然是事實。

二、「評價」亦可能構成詐術

(一) 評價難以定義

在討論評價時，必須先認定的是「價值」。而不管是主客觀說，都很難完整描述價值，縱使將價值自特定情境中分離出來，價值的本質仍然是非常複雜的，他必須在具體的人類情境中才存在以及具有意義。價值結構從經驗性質而來，而且具現價值的對象是我們生活於其中的實在界的一部分。然而，另一方面，價值不能化約成那些支持它存在的經驗性質，也不能化約成它所具現的價值對象，價值難以定義。而評價是人對客觀事物所為的一種價值論斷，一般它的表達方式可能是好壞、利害、善惡、美醜等，而在論斷的同時，展現出個人的意志、喜好，也同時包括了對物品的形容和認識。評價摻雜了很多因素，加上價值難以被清楚描述，使得評價內容變得複雜。

(二) 評價與事實交錯

評價是對客體的價值論斷，因此，評價當中會加入評價者對客體的認識。在本文的第三章中已有作出說明，即使是一個看似純粹評價性的「X是個暴力的孩子」的陳述中，當專家們是基於「他一小時當中發生了五次暴力舉動」而作出的結論，則變得完全是事實性的陳述。在「美國是一個暴力的國家」的陳述當中，

可能來自兩種解釋的結論，一種是事實性的結論，即可能是著重在社會學家所舉出的某段期間內美國所發生的謀殺率或是家庭暴力的案件量較其他國家為高的現象所得出；或者，純粹認為這只是一個說話者的負面評價。因此評價與事實通常並不可能分離，而是交錯著存在。

因此，在第一章所提到被公平交易委員會認為廣告不實的例子變得可以解釋，不論是「全球第一」、「杏仁粉第一品牌」等說法，都隱含著對於客觀物品的性質、品質的描述。以「全球第一」為例，冷氣要能夠全球第一，則表示其應享有最多作為一個冷氣所應該具備的品質，或是每一個品質都比其他品牌的冷氣更好、能達到最強的效能，例如溫控、濕度等控制能力最為精準等等。因此，「全球第一」不只是一種評價，而是代表對於客觀事實的描述。然而，這當然無法排除實際上存在的很多無法精確描述的例子，例如，一個食品「新不新鮮」或「健不健康」即便可能以客觀意義來理解，仍有一片很大的模糊地帶，因為評價本身就涉及個人的主觀認知，究竟什麼才叫作「新鮮」或「健康」，很難有一個非常精確的說明。

要理解這些，必須要對語言有更精確的理解，同時亦必須對於說話者的真意予以認識，這尚涉及語言結構的認識等等。例如在「天氣是晴朗的」、「老師是辛勤的園丁」這兩個句子，前者在形容沒有下雨的狀況³⁴⁸，所以如果實際上正在下雨、或是沒有太陽的，則這種說法就是錯誤的。因此，即使認為晴朗是一種形容詞，也不改變它是對於事實的描述。而在看起來完全是事實認定的後者，則其實並不是在說明老師作為園丁這樣的職業，而是形容老師對學生的教導，就像園丁照顧園子裡的草木一樣。

³⁴⁸ 國語字典對「晴朗」的定義為：「天氣晴朗無雲，陽光普照沒有雲霧。」

(三) 評價仍可區分

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

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

然而，即使在最為主觀的美醜認知上，某些情形仍可能產生真偽的差異。以「像林志玲一樣美麗」的陳述為例，如果是在表達和林志玲長得像，則因為她的長相變成了一個比較基準，如果被描述的那個人所擁有的特徵和林志玲完全不同或差異極大，例如根本面容殘缺不全等，則雖然是評價的說明，仍不能不承認具備客觀的特質在內；然而，如果這句話只是在稱讚被指述對象的外貌，則究竟是否「一樣美」？作為認定標準的模糊地帶非常大，可以說幾乎沒有真偽之可言。相同的情形也出現在不涉比較，純粹說明某人為「美女」的情形下，現代人對於美女的想像，固然極可能是指身材纖細而不是肥胖或過重的女性，然而，這種社

會共識的是否存在尚值懷疑，因此也殊難想像出一個共同主觀的「美」的圖像。除有殘缺或缺乏一般人所應具有的正常體態或面容等此種極端情形之外，一般人都可能被適用這樣的評價，純屬主觀，無法認為有真偽之別。

因此，即使是評價，如果可能在其評價當中找出客觀性質的存在，評價並沒有一定沒有真偽問題之理由。甚至對於純粹的抽象評價，也有可能極端的例子當中取得相當的客觀差異而使其具有真偽之別。

三、交易上的重要性

並不是所有的謊言都應該被非難，而交易過程當中本來就會有一些必要的廣告以及推銷，所以並不是所有交易上的誇大不實都應該被處罰。以這個認識為出發點，在認定詐欺是否成立時，亦必須加入交易觀點的考量。

交易觀點會影響對於事實甚至是評價應如何解讀的問題，例如在本文第四章所提出的我國預售屋實務案例，實務有見解即從交易情形、廣告性質、甚至是被害人自我負責原則等論點出發，對於預售屋廣告不實的部分作出成立詐欺罪的決定，在其他廣告案件也一樣，並不是一旦不實即成立行使詐術，而是必須考量眾多因素。然而，正因考量因素及交易型態無法計數，交易觀點因而無可能以演繹方式推出一個一致性的論點，僅可能將不同的案件整理歸納，再輔以抽象上位原則，例如德國學說所提出的誠信原則、風險分配、被害人自我負責原則等，以求得個案中對於是否成立詐術行為的正確合理解釋。限於時間與能力，本文對於交易觀點的討論，僅能作出有限制的歸納和說明，尚無法作出一個有系統的演繹體系，尚待更多文獻未來更深入的探討。

參考文獻

壹、中文文獻（按姓氏筆劃排列）

一、教科書

1. 林山田，刑法分則，2005
2. 林東茂，刑法綜覽，2009
3. 甘添貴，刑法各論（上），2009
4. 黃仲夫，刑法精義，2005
5. 曾淑瑜，刑法分則實例研習－個人法益之保護，2004
6. 蔡墩銘，刑法各論，2006

二、期刊文章

1. 王銘勇，〈公平交易法不實廣告與詐欺罪之界限〉，第六屆競爭政策與公平交易法學術研討會。
2. 李聖傑，〈溢領借款的詐欺--評臺北地院九十二年度自字第十七號判決〉，月旦法學雜誌第 120 期，2005.05，219-228 頁。
3. 李洙德，〈不實求職廣告之法律管制－從經濟法跨越到刑法〉，全國律師 11:9，2007.09，頁 57-71。
4. 吳耀宗，〈詐欺罪詐術行使之解析〉，月旦法學雜誌第 163 期，

2008.12，頁 50-64。

5. 李嗣涔，由氣功、特異功能、信息場到宗教：人體身心靈架構的證悟，氣的文化、氣與傳統醫學學術研討會，2000。
6. 林鈺雄，〈從被害人學談刑法詐欺罪〉，月旦法學雜誌第 35 期，1998.04，頁 96-103。
7. 林鈺雄，〈論詐欺罪之陷於錯誤〉，甘添貴教授祝壽論文集：刑事法學之理想與探索，2002，頁 245-270。
8. 林鈺雄，〈論詐欺罪之施用詐術〉，國立臺灣大學法學論叢 32 卷第 3 期，2003.05，頁 117-147。
9. 林東茂，〈不作為詐欺—評最高法院九三年台上字第五六七八號判決〉，臺灣本土法學雜誌第 69 期，2005.04，頁 255-257。
10. 林東茂，〈詐欺或竊盜—一個案例的檢討〉，刑事法雜誌第 43 卷第 2 期，1999.04，頁 44-61。
11. 陳子平，〈白吃白住與詐欺罪〉，臺灣本土法學雜誌第 40 期，2002.11，頁 145-149。
12. 陳志龍，〈財經行政與財經犯罪〉，《城仲模教授六秩華誕祝壽論文集》。
13. 陳櫻琴，〈不實廣告保護法益之研究—「廣告詐欺犯罪」之省思〉，中原財經法學第 5 期，2000.07，頁 229-289。

14. 陳英淙、黃惠婷，〈由宗教自由探討宗教詐欺的問題〉，中央警察大學警學叢刊第 36 卷第 5 期，2006.03，頁 263-274。
15. 楊信男，〈科學研究的倫理—評李嗣涪的「撓場」〈torsion field〉研究〉，物理雙月刊(廿九卷四期)，2007.08。
16. 蔡聖偉，〈論盜用他人提款卡的刑事責任〉，臺灣本土法學雜誌第 144 期，2007.05，頁 20-40。
17. 謝長廷，〈宗教迫害？或宗教詐欺？〉，全國律師第 1 卷第 4 期，1997.04，頁 10-18。
18. 〈宗教與詐欺座談會〉，黃柏夫主持，全國律師第 1 卷第 4 期，1997.04，頁 3-9。
19. 顏學誠，修練與身心互動，「氣的文化研究：文化、氣與傳統醫學學術研討會」，2000.10.13-15

三、專論/書

1. 阿蘭·賴恩(Alan Ryan)著，顧蓓曄譯，財產 (Property)，1991。
2. Alex Rosengerg 著，歐陽敏譯，科學哲學的論證 (Philosophy of Science)，2009。
3. Ian Hacking 著，科學哲學實驗(Representing and intervening)，蕭明慧譯，1991。

4. Dr. Joe Schwarcz 著，葉偉文譯，科學新聞不能這樣看－蘇老師教你聰明解讀 (Let Them Eat Flax)，2009。
5. Peter K. McInerney 著，林逢祺譯，〈Introduction to Philosophy〉，1996。
6. 林德賽 (Rober Bruce Lindsay) 著，方祖同譯，科學與文化 (The Role of Science in Civilization)，1991。
7. 羅伯·派克 (Robert Park) 著，周孟暉譯，我們上了科學的當－巫毒科學的興趣：由愚蠢邁向詐欺之路 (Voodoo Science: The Road from Foolishness to Fraud)，2002。
8. 立花隆著，吳陽譯，瀕死體驗，1998。
9. 朱光潛，談美，1994。
10. 李澤厚，美學論集，1987。
11. 傅佩榮，導讀朱光潛〈談美〉，2003。
12. 李怡嚴編，大學物理學，1990。
13. 沈清松著，物理之後／形上學的發展，1987。
14. 林東茂，一個知識論上的刑法學思考，2001。
15. 林東茂，危險犯與經濟刑法，1996。
16. 陳志龍，法益與刑事立法，1997。
17. 陳瑞麟，科學與世界之間－科學哲學論文集，2003。

18. 陳志良主編，西洋哲學三百題，1997。
19. 黃榮堅，刑法問題與利益思考，1995。
20. 舒煒光著，科學哲學導論，1994。
21. 楊玉成一奧斯丁：語言現象學與哲學，2003。
22. 漢寶德，談美感，2007。
23. 蔡儀，新美學，1974年。

四、碩、博士論文

1. 江信賢，詐欺罪適用之檢討－以傳統詐欺罪與經濟詐欺為中心，2004。
2. 潘俞樺，詐欺罪構成要件再檢視，2004。
3. 張天一，刑法上之財產概念－探索財產犯罪之體系架構，2007。

貳、外文文獻（按姓名字母排列）

一、德文部分

1. Hefendehl, Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, 1. Aufl., 2006.
2. Kindhäuser, Nomos Kommentar, 2 Aufl., 2005.
3. Krey/Hellmann, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, Vermögensdelikte, 13. Aufl., 2002.
4. Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch: Kommentar, 46. Aufl., München: C. H. Beck, 2007.

5. Ellmer, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986.
6. Pawlik, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln: Heymann, 1999.
7. Tiedemann, *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., Berlin u.a.:de Gruyter, 2005.
8. Wittig, *Das Tatbestandsmässige Verhalten des Betrugs*, 2005.
9. Rudolphi/Horn/Gunther/Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch 2 Besonderer Teil §§223-358*, 5. Aufl., 1996.
10. Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., München: Beck, 2006.
11. Tröndle/Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Auflage, 2007.
12. Wessels/Hillenkamp, *Strafrecht Besonderer Teil/2 - Straftaten gegen Vermögenswerte*, 24. Aufl., 2004.
13. Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenrechte*, 4. Aufl., 2004.
14. Krey/Hellmann, *Strafrecht Besonderer Teil, Band 2- Vermögensdelikte*, 13. Aufl., 2002.

二、英文部分

1. David Linberg, *The Beginning of Western Science*, 1992
2. Harold Kincaid (Editor), John Dupré (Editor), Alison Wylie (Editor), *Value-Free Science?*, 2007.
3. Nicholas Rescher, *Studies in Value Theory*, 2006.