

# 刑法上「偽（變）造」的解釋

## －學理與實務的對話

劉 柏 江\*

### 壹、（公訴）事實摘要

甲意圖供行使用，於民國 91 年 4 月 1 日某時，在不詳地點，將其自經銷商乙處所購買之未中獎吉時樂公益彩券中「對手的魚 18」塗改數字為「對手的魚 13」，使「對手的魚 13」數值小於「漁夫的魚 15」而符合中獎條件，而「偽造」該未中獎彩券成為得以兌換新臺幣 5 千元之「有價證券」。復於同日上午 10 時 40 分許，持前揭偽造彩券，前往位於臺北市文山區○○○路○段 136 號之臺北銀行萬隆分行兌換獎金，因該行承辦人員丙發現有異，遂報警處理而當場查獲。案經臺北市警察局長文山二分局報請臺灣臺北方法院檢察署檢察官偵查起訴。

### 貳、判決要旨

本案，自民國 91 年起，由第一審審判法院臺灣臺北地方法院審理迄今(民國 97 年)已由最高法院第三次發回臺灣高等法院審理，——期間，法院共作出 7 個判決——，即本案目前尚未確定。以下，將就法院自民國 91 年起迄今所作出的 7 個判決作一扼要說明：

#### 一、臺灣臺北地方法院 91 年度訴字第 998 號判決要旨（以下簡稱判決 A）：被告無罪

- 「被告所持以兌獎之吉時樂公益彩券其上「對手的魚」號碼『18』，其下記有英文數字縮寫『egtn』，雖其上阿拉伯數字『8』字左半部遭刮除，而變為『3』，惟尚不影響臺北銀行或其授權經銷之廠商誤認其上數字為中獎之彩券，且依臺北銀行之數字設計，『3』與『8』的右半部係明顯不同，且其下方由經銷商刮除之密碼亦得由電腦加以核兌而確認，此乃發行機構臺北銀行為求慎重，以此三部分均無誤始得兌換現金之設計，故未全部『偽造』此三部分，臺北銀行或其授權之經銷商均不致陷於錯誤而認該彩券係屬得獎現之中獎彩券，且證人…亦證稱被告所持之該彩券並未中獎，則扣案之彩券並非經他人偽造完成之中獎彩券，其不能中獎兌現，自非屬有價證券…」

#### 二、臺灣高等法院 92 年度上訴字第 328 號判決要旨（以下簡稱判決 B）：撤銷原判

\* 劉柏江，國立臺北大學法律研究所碩士。

### 決，被告犯偽造有價證券罪

- 被告既故意將彩券之數字「18」工整地刮除一部分，而成為「13」，且在未經仔細觀閱下，顯無法察知其間之差異，在客觀上已足使人誤信此為中獎之彩券而予兌獎，至被告是否突破臺北銀行所另設置之防偽設計（如同鈔票上多樣性之防偽設計）（按被兌獎人亦不一定按照臺北銀行所定兌獎程序逐一核對）而併予偽造，並不影響本件「偽造罪」之成立。
- 「…按未中獎之彩券，其本身已無價值，一經改造使與中獎條件相符，即能行使其券面所載之權利，自係偽造有價證券而非變造…」

### 三、最高法院 94 年度臺上字第 6158 號判決要旨（以下簡稱判決 C）：撤銷原（臺灣高等法院）有罪判決，發回臺灣高等法院

- 「…似指彩券兌獎人若有條碼不符之情形，仍不得兌換彩金。則彩券上條碼之作用，究為中獎條件之一，抑或僅為彩券發行人即臺北銀行之防偽措施，攸關上揭塗改號碼之彩券是否為有價證券之認定，自有究明之必要…」

### 四、臺灣高等法院 94 年度上更(一)字第 757 號判決要旨（以下簡稱判決 D）：撤銷原（第一審無罪）判決，被告犯偽造有價證券罪

- 「…公益彩券吉時樂上『條碼』之作用，並非中獎條件之一，亦非防偽措施，其組成結構為『彩券期數彩券本號碼彩券序號中獎認證部分號碼（碼）』，其主要作用是商品管理之媒介，如辦理商品驗收，配送等管理之用，及兌獎認證輸入之輔助媒介，便於輸入該張彩券之兌獎認證資料…，故被告係屬偽造有價證券犯行甚明」。

### 五、最高法院 96 年度臺上字第 6534 號判決要旨（以下簡稱判決 E）：撤銷原（臺灣高等法院更審）判決，發回臺灣高等法院

- 「…彩券上『英文數字縮寫』作用、功能為何，攸關塗改號碼之彩券是否為有價證券之認定，原審就此部分未予調查究明，顯有違誤」

### 六、臺灣高等法院 96 年度上更(二)字第 860 號判決要旨（以下簡稱判決 F）：駁回臺北地院檢察官之上訴，維持第一審法院無罪判決

- 「…英文數字縮寫，係臺北富邦銀行特別設計用來作為防偽及辨識之用…該等部分均無誤始得兌換現金…本件被告之『變造』行為，並未使該彩券成為得兌換彩金之彩券，易言之，被告之雖已著手於彩券之變造行為，然其變造行為並未使該彩券成為得兌換彩金之彩券，而未得逞，僅達未遂之程度。然因刑法第 201 條第 1 項並無處罰未遂之規定，是於法尚不遑繩被告以偽造有價證券之罪名」

### 七、最高法院 97 年度臺上字第 4486 號判決要旨（以下簡稱判決 G）：撤銷原（臺灣



## 高等法院更二審）判決，發回臺灣高等法院

- 「…刑法第 201 條第 1 項偽造有價證券罪，其所稱『偽造』係指無製作權人意圖供行使之用，摹擬真品而製作，只須所偽造者具有證券之形式，足使一般人誤信為真實者，即可構成，不以事實上能否兌現為必要。至是否不能發生犯罪之結果，又無危險，有無同法第 26 條不能未遂之適用，係另一問題。本件原判決認被告之變（偽）造行為，並未使該彩券成為得兌換彩金之彩券，僅達未遂之程度。因刑法第 201 條第 1 項並無處罰未遂之規定，尚不能繩被告以偽造有價證券之罪名等語，似認本件被告之變（偽）造行為，須使該彩券成為得兌換彩金之彩券，始該當刑法第 201 條第 1 項之偽造有價證券罪，其法律見解尚有可議。原判決並未審認被告所偽（變）造者，是否已具有證券之形式，而足使一般人誤信為真實？如屬肯定，有無同法第 26 條不能未遂（行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰）之適用？遽為論斷，復有調查職責未盡及判決理由不備之未洽。」

## 參、理論先行

### 一、偽（變）造就是違背事實而制作

對於偽造與變造之用語，常見的說法是：前者是無權制作而制作，後者是無權改造而改造。白話點來講，兩者皆是「無權」制作或改造；偽造是制作出本來沒有的東西——即無中生有；變造是就本來就存在的東西加以改造——即就既存的真物加以改變，但卻不得改變其本質，否則即為偽造。甚至有所謂「有形偽（變）造」、「無形偽（變）造」、「形式主義」和「實質主義」之說。但這些說法真的毫無疑問嗎？！就「有形偽（變）造」和「無形偽（變）造」而言，一般的說法是，前者是指，無制作權之人，冒用他人名義，制作內容虛偽的行為；後者是指，有制作權之人，制作一個內容虛偽的行為。以上的分類，看似已將偽（變）造的概念窮盡分類，即偽（變）造不是有形偽（變）造，就是無形偽（變）造。但就無制作權之人，制作出一個內容與事實相符的行為，似乎就難以歸類於上述的有形偽（變）造或無形偽（變）造的概念<sup>1</sup>。換個角度來說，我國現行刑法於分則上，對於偽（變）造的用語，個別分散在刑法第 115 條、165 條、169 條、171 條、195 到 196 條、199 到 200 條、201 到 205 條、210 到 212 條、216 到 219 條、253 到 254 條<sup>2</sup>。但翻開刑法教科書<sup>3</sup>或參見實務上之判

<sup>1</sup> 或謂，這就是「實質主義」所要討論的行為——其實，這也是「形式主義」所欲討論的行為——，但很明顯的，於討論偽（變）造時，現今通說將之區分為有形、無形偽（變）造的說法是有待商榷的！

<sup>2</sup> 須特別注意的是，刑法第 14 章雖名為「偽造度量衡罪」，但 206 條卻係明文規定「製造」而非「偽造」。對於第 206 條所言之「製造」與其他條所言之「偽造」之區別，詳見：林山田，《刑法各罪論（下冊）》，頁 409，2006 年 11 月，5 版 2 刷；陳煥生、劉秉鈞，《刑法分則實用》，頁 221，2006 年 8 月，初版。

法體系入門，445-483 頁，1998 年，修訂五版。

<sup>3</sup> 刑法教科書對於偽變造定義的討論，請自行參閱：林山田，《刑法各罪論（下冊）》，頁 61（偽變造國權書證罪）、頁 237（妨害刑事證據罪）、頁 262-263（準誣告罪）、頁 266-267（未指定犯人的準

決（例）<sup>4</sup>，對於上述分散在各個條文之中的偽（變）造用語的解釋是否能得到一致的結論，答案是：不一定！為何就同一部法律的同一用語，學說暨實務皆有不同的看法，這是值得我們深思的問題。這到底是立法者立法技術上的問題，抑或適用法律的司法者和「解釋」法律的法律學者對於法律的認識錯誤？！

筆者認為，長期以來，我們對於偽（變）造用語的解釋之所以會如此混沌不明，是因為通說或實務皆將分屬不同層次的：偽（變）造「構成要件行為」、偽（變）造「構成要件行為客體」；偽（變）造「構成要件行為客體」是否「足以使一般人誤信為真」和偽（變）造「構成要件行為客體」已達「足以使一般人誤信為真」的程度後，是否「足以生損害於公眾或他人」全部混為一談！簡言之，本來不應該納入偽（變）造定義的要件，卻經常被納入考量，而造成討論的對象——或稱討論的「構成要件」——不同，偽（變）造的定義也就隨之不同。

其實，當我們在探討是否成立偽（變）造時，其判斷標準應該只有一個——即是否違背「事實」而制作。至於符合這個「事實」的標準是什麼，筆者認為，一個具有制作權之人制作一個內容與事實相符的行為，應該是毫無爭議的不會被認為是構成偽（變）造。也就是說，只有在具有制作權之人制作內容與事實相符的行為，才不屬於違背「事實」而制作。質言之，必須是形式與實質內容皆須與事實相符，除此之外，不管是形式或實質內容與事實不符而制作，皆屬違背事實而制作的概念——即偽（變）造的概念。也就因此，嚴格來說，所謂的「有形偽（變）造」和「無形偽（變）造」其實都只是「偽（變）造」的下位概念，因為兩者不管是「有形」或「無形」其實都還是違背「事實」而制作——偽（變）造。

## 二、「偽（變）造構成要件行為」要素的「實現」僅是相關「偽（變）造構成要件該當性」的必要條件，而非充分條件

偽（變）造的用語雖然經常被定位為構成要件行為，但單單實現此一構成要件行為是否就足以作為處罰行為人行為的基礎？答案應是，否定的。因為，與「偽（變）造」相同的，「猥褻」和「性交」這些構成要件要素，雖可單獨作為構成要件行為要素，但並非行為人單純的為「偽（變）造」、「猥褻」和「性交」行為，刑法就得對之加以處罰。因為，如果單純的實現這些行為，刑法就得對之加以處罰，那麼一如「性交」行為，不管什麼樣類型的「性

---

誣告罪）、頁360-378（偽造貨幣罪章）、頁379-408（偽造有價證券罪章）、頁415-469（偽造文書印文罪章）、頁541-544（偽造仿造商標商號罪、販賣虛偽商標商號的貨物罪），2006年11月，5版2刷；蔡墩銘，《刑法各論》，頁606-607（消滅國權證據罪）、頁730（普通偽變造證據罪）、頁742（偽變造誣告之證據罪）、頁745（未指定犯人而偽變造證據罪）、頁485-501（偽造貨幣罪章）、頁501-524（偽造有價證券罪章）、頁530-555（偽造文書印文罪章）、頁559-562（偽造仿造商標商號罪、販賣陳列輸入偽造仿造商標商號之貨物罪），2001年10月，修訂4版；林東茂，《刑法綜覽》，頁2-270-281（偽造罪）、頁2-314-315（湮滅證據），2007年9月，修訂5版；針對文書的偽變造相關問題，可參，陳志龍，《人性尊嚴與刑法體系入門》，頁445-483，1998年，修訂5版。

<sup>4</sup> 實務見解與學說對於偽變造之基本概念，大致上均一致，僅在某些較細微的問題有所出入。因此，筆者於此將不一一列舉之。



交」，只要一「性交」就構成犯罪，那麼我們所生存的地方，大概不是什麼「法治國家」，而是某種宗教的聖潔園地吧！況且，這樣的說法，不就是說，我們大家幾乎都是「犯罪下的產物」？！其實，刑法本身根本不是要致力於處罰「性交行為」，毋寧是以「是否違背被害人之意願」為其主要考量。

同樣的，刑法根本也不是致力於處罰「偽（變）造行為」，而是考量到這個「偽（變）造行為」是否會因此產生「使一般人誤信為真」的中間結果，最後產生「足以生損害於公眾或他人」的最終結果——或稱「構成要件結果」。嚴格來說，如果行為人的這個「偽（變）造行為」根本無法致一般人誤信為真，或是縱然已達使一般人誤信為真的程度，但依舊尚未實現「足以生損害於公眾或他人」的結果，以刑罰手段介入此種「偽（變）造行為」，實難謂無違法治國刑法「最後手段性」、「謙抑性」原則<sup>5</sup>。

總而言之，行為人的行為若實現「偽（變）造XX構成要件行為」，並不代表行為人即具有「偽（變）造XX構成要件該當性」。「偽（變）造構成要件行為」要素的「實現」僅是相關「偽（變）造構成要件該當性」的必要條件，而非充分條件。所以，在解釋何謂「偽（變）造XX構成要件行為」時，根本不應參雜許多不應考量的因素而刻意限縮「偽（變）造」的範圍，導致許多分屬不同層次的問題，通通在「偽（變）造」這一個層次中就要解決<sup>6</sup>。

### 三、偽（變）造「構成要件行為客體」是否「足以使一般人誤信為真」與偽（變）造是否「足以生損害於公眾或他人」係屬不同層次的概念

接著要說明的是，偽（變）造「構成要件行為客體」是否「足以使一般人誤信為真」與偽（變）造是否「足以生損害於公眾或他人」是分屬兩個不同層次的問題。

舉例來說，甲向乙借 100 萬，甲並立下借據交予乙，惟嗣後乙遺失該借據，而自行以甲的名義再制作一張與先前一模一樣的借據。首先，乙乃非具有借據制作權之人，縱使其所制作之內容與事實相符，但乙仍然是違背事實而制作。而在確定乙實現偽造構成要件行為「後」，我們接著要問的是，這個「偽造」「構成要件行為客體」「私文書」——借據——是否「足以使一般人誤信為真」。本例，乙自行制作的借據與甲先前所制作的借據已達一模一樣的程

<sup>5</sup> 於此，我們可以作一個簡單的比對。與相關「偽（變）造構成要件」類似的「詐欺構成要件」雖然也具有不成文構成要件要素「使人陷於錯誤」的中間結果，但討論該「使人陷於錯誤」的前提是，行為人必須有「詐術」「實施」的構成要件行為，始有討論是否該當「詐欺構成要件」的可能；惟就「偽（變）造構成要件」而言，其雖也具有不成文構成要件要素「使一般人誤信為真」的中間結果，但其並不以行為人具有「行使」的構成要件行為為其前提，只要行為人所偽（變）造者「足以使一般人誤信為真」的程度，即有可能該當於某些「偽（變）造構成要件」，如刑法第 201 條第 1 項的偽（變）造有價證券構成要件——事實上，本項構成要件係屬「實質的預備犯」。而刑法如此的差別待遇，似乎在其立法的正當性上有其檢討的必要。

<sup>6</sup> 容筆者在此大膽假設，就是因為誤把「偽（變）造構成要件行為」的實現與「偽（變）造構成要件該當性」當作同一回事，才會使得許多人在解釋何謂「偽（變）造」時，不斷的把其他的構成要件要素一併放入討論是否成立「偽（變）造」。但這樣的結果，根本無助於我們對於「偽（變）造」概念有更清楚的理解，反倒是造成更多困擾。



度，而足以使一般人誤信為真，但乙的偽造行為之所以不可罰，並不是因為乙的行為不是偽造行為，也不是乙所偽造的構成要件行為客體私文書——借據——尚未達足以使一般人誤信為真的程度，而是因為乙的偽造行為並未達「足以生損害於公眾或他人」。因為，按刑法第 210 條的規定：「偽造、變造私文書，足以生損害於公眾或他人者…」可見，行為人除實現偽（變）造私文書的構成要件行為外，尚須實現以「足以生損害於公眾或他人」作為偽（變）造私文書構成要件結果要素的要素，行為人的偽（變）造行為始具可罰性——構成要件行為客體私文書「足以使一般人誤信為真」，於此屬一種不成文的中間構成要件結果要素。本案，甲乙間確實存在著債權債務關係，因而乙的偽造行為雖已達使一般人誤信乙自行偽造的借據為真，但並不足以生損害於公眾或他人甲，而不構成偽造私文書罪。

另外，或謂「足以生損害於公眾或他人」這樣的「危險」判斷標準是「主觀」的，而主張應將具體危險犯廢除，而只留下抽象危險犯的說法<sup>7</sup>，實在是有待商榷。這就好比，主張於偽造文書罪中，若將「足以生損害於公眾或他人」作為構成要件結果要素，將會是虛無、空洞的，而應將之納入判斷是否成立偽造文書罪所稱的文書<sup>8</sup>。上述這兩種說法，其實都沒有解決其所致力批評的「危險」其實是一種「純主觀成分物」、「虛無化的判斷標準」，取而代之的是，上述這兩種說法，只是將這個「構成要件結果要素」移至其他地方。例如，主張廢除具體危險犯的規定，其理由毋寧是，具體危險犯規定的存在，會使得實務操作上，法院就具體個案中，難以判斷這個行為是否具有「足以生損害於公眾或他人」的「構成要件危險」的存在，於是我們應該回歸到只留下抽象危險犯的規定，法院也因此而不必再去考量這個所謂的「純主觀價值」判斷的東西，而直接「推定」行為人的行為，只要一實現構成要件行為即具有構成要件危險。但是，此種「不利被告」的論證，筆者實在難以苟同。試想，如果一個享有龐大資源的司法機關都難以證明此等「（構成要件）危險」的存在，那麼作為一個資源遠不如國家權力機關的小井市民又如何去「舉證推翻」一個國家權力機關都難以證明的「（構成要件）危險」是不存在的呢？！換個角度來說，所謂被告須「舉證推翻」立法者所「推定」的「（構成要件）危險」，其實就是「假設」這個「（構成要件）危險」是存在的，然後被告要去證明其不存在，但是如果本來就不存在「（構成要件）危險」呢？！對於沒有的東西又要如何去證明？！難不成被告的「舉證責任」是要積極的去證明「（構成要件）危險」是存在的？！這實在是荒謬的說法<sup>9</sup>！又如，認為「足以生損害於公眾或他人」是虛無的、空洞的，那麼將之作為判斷是否成立「構成要件行為客體」的判斷標準，是否就可解決其所

<sup>7</sup> 詳見，陳友鋒，〈危險的偽造犯〉，《臺灣本土法學》，第 90 期，頁 49-51，2007 年 1 月。

<sup>8</sup> 詳見，吳耀宗，〈偽造文書罪之研究——以我國法與德國法為比較〉，《國立臺北大學博士論文》，頁 318-328。

<sup>9</sup> 從這個角度來看，抽象危險構成要件對於主張「刑法萬能」者，當然是極力提倡設計如此的構成要件，以達其為嚇阻犯罪發生的目的；但就法治國法益刑法的觀點來說，如此的設計是有待商榷的！因為，不管是實害構成要件也好，具體危險構成要件也好，法院都必須去證明這個「構成要件實害」或「構成要件危險」是存在的，若無法證明該「構成要件實害」或「構成要件危險」是存在的，那麼法院就只能依照刑事訴訟法第 301 條第 1 項前段的規定：「不能證明被告犯罪…應諭知無罪之判決」。



提出的，這是一個虛無而空洞化的判斷標準？！這樣的說法，就好比把一個灰色的滑鼠，從德國帶回臺灣，就說它不是灰色的，而是黑色的！

總而言之，刑法並非處罰所有的偽（變）造行為，就某些偽（變）造構成要件而言，立法者是以明文規定「足以生損害於公眾或他人」作為構成要件結果要素限縮偽（變）造行為的處罰範圍。而這個備受批評而不具明確性概念的「足以生損害於公眾或他人」，或許於實際上難以證明，——於多數的實務見解中，我們似乎罕見論證何謂「足以生損害於公眾或他人」的判決（例）——，但就上述筆者所舉的偽造借據的例子，不就正好符合我們判斷是否具有「足以生損害於公眾或他人」的判斷標準之一？！當然，實質內容符合事實或許可以作為判斷是否具有「足以生損害於公眾或他人」的判斷標準之一，但是否是只要實質內容符合事實就一定不具有「足以生損害於公眾或他人」，則有待保留空間——畢竟，它僅提供我們作為判斷標準之一，而非唯一的判斷標準。

## 肆、判決評析

首先，臺北地方法院——即判決 A——認為，本案之吉時樂公益彩券上的「阿拉伯數字」、「英文字縮寫」、「條碼」三部分均須無誤，該彩券始得兌換現金而成為有價證券。惟因被告並無針對上述三部分均「偽造」成功，而使臺北銀行或其授權之經銷商均不致於陷於錯誤而使該彩券中獎兌現，該彩券自非屬有價證券，而難以偽造有價證券相繩。筆者認為，判決 A 犯了以下幾個錯誤：

- 是否屬偽（變）造的概念，其判斷標準應是，是否違背事實而制作。本案——先不論行為人是否具有供行使之意圖——，於客觀上，已有將「阿拉伯數字」「18」改為「13」而違背事實而制作的行為。所以，具有偽（變）造行為是無疑問的。甚至，我們可以這麼說，就是因為具有偽（變）造行為，我們才會討論到何者會陷於錯誤的問題！否則，在無違背事實而制作的情況下，我們要討論什麼錯誤？！
- 在確定具有偽（變）造行為之後，所要討論的就是「何人」會因為該行為而陷於錯誤，而誤信該偽（變）造者為真。誠如前述，「偽（變）造構成要件」中的不成文構成要件要素「足以使人誤信為真」，應係以「一般人」為其判斷標準，而非以具有專業知識者為其判斷標準。是故，本判決捨棄了「一般人」的判斷標準，而以具有專業知識的臺北銀行或其授權之經銷商取而代之，實在是一個很明顯的錯誤。更嚴重的是，本判決把分屬不同層次的：偽（變）造「構成要件行為」、偽（變）造「構成要件行為客體」；偽（變）造「構成要件行為客體」是否「足以使一般人誤信為真」通通混為一談。

然而，接下來的幾個判決，其實都不是在討論何謂「偽（變）造構成要件行為」，毋寧是直接跳躍式的討論是否具有「偽（變）造構成要件該當性」的問題——並且是以選擇性的

---

然而，抽象危險構成要件的設計，卻是先「推定」這個「危險」是存在的，然後要求被告須舉證推翻「證明」該「危險」是「不存在」、「沒有」的。與其說是，被告可以舉證推翻立法者所推定的「危險」，毋寧是，抽象危險構成要件的設計，幾乎可以說是把「沒有危險」「視為」「有危險」。

方式探討相關構成要件要素。例如，把焦點集中在偽（變）造「構成要件行為客體」是否「足以使一般人誤信為真」——判決 B——；行為人所偽（變）造者是否符合「構成要件行為客體」「有價證券」的定義——判決 C、D、E、F——；甚至，有認為本案是成立「變造未遂」而非「偽造」——判決 F——。不過，會出現這些跳躍式思考的判決，也並不在筆者意外之中——反倒是，意料之中！因為，就現行學說架構下或實務向來的見解，討論相關偽（變）造構成要件，偽（變）造的定義從來都不是重點，取而代之的，毋寧是各個構成要件的「構成要件行為客體」。因為，只要一確定不符合偽（變）造 XX 構成要件的「構成要件行為客體」的要件，就可以直接跳躍式的認為不具有偽（變）造 XX 構成要件該當性，而不必再討論偽（變）造的問題。甚至，在討論不同構成要件的時候，可以修改偽（變）造的定義，而有所謂「有形偽（變）造」和「無形偽（變）造」。然而，為何我們在一部刑法典所使用的同一個用語——偽（變）造——，於不同的構成要件中，卻可以導出不同的結論？！而導出如此不同的結論，究竟是因為德國或日本有如此的權威學說，或明文的規定，還是有其邏輯思考脈絡可循，實在是耐人尋味！

不過，對於偽（變）造的議題，縱使目前學說或實務，並沒有如前述將分屬不同層次的問題——區分開來檢討之，仍然值得一提的，最高法院——判決 G——似乎已經意識到，偽（變）造「構成要件行為客體」是否「足以使一般人誤信為真」和偽（變）造是否「足以生損害於公眾或他人」是分屬兩個不同層次的問題，而謂：「…刑法第 201 條第 1 項偽造有價證券罪，其所稱「偽造」…只須所偽造者具有證券之形式，足使一般人誤信為真實者，即可構成，不以事實上能否兌現為必要。至是否不能發生犯罪之結果，又無危險，有無同法第 26 條不能未遂之適用，係另一問題…原判決並未審認被告所偽（變）造者，是否已具有證券之形式，而足使一般人誤信為真實？如屬肯定，有無同法第 26 條不能未遂（行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰）之適用？遽為論斷，復有調查職責未盡及判決理由不備之未洽」。

但就「偽造」行為的定義而言，與筆者不同的是，最高法院就偽造有價證券構成要件，乃係將「足以使一般人誤信為真」作為成立「偽造」的要件之一，而非指於確定成立「偽造」行為後，始要判斷是否實現的要件。又到底最高法院指出，於確定實現「足以使一般人誤信為真」的要件後，尚須判斷是否有刑法第 26 條的適用，是否即意謂著偽（變）造有價證券構成要件具有不成文的構成要件結果要素「足以生損害於公眾或他人」？就此點而言，最高法院並無清楚的表達其立場。一般而言，刑法第 26 條所謂的「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者」係指就特定構成要件而言。例如，甲以為在食物中加入大量的糖可使乙致死，但乙僅因食入甲所加入大量糖的食物而導致嚴重腹瀉。就殺人構成要件而言，甲為殺人不能犯，依照刑法第 271 條第 1 項暨第 2 項和第 26 條的規定，甲的行為因不能發生致乙死的犯罪結果，又無致乙死的危險，而不得以殺人既遂或殺人未遂論處之。但是否因此即可謂甲的行為屬不可罰的行為，答案是否定的。因為，於本案，甲的行為至少已構成乙嚴重腹瀉而至少實現傷害構成要件，並且實現傷害實害的結果，至少可依傷害罪論處。因此，刑法第 26 條所謂的犯罪無危險所指的乃係特定構成要件的「構成要件危險」。申言之，按刑法 201 條的規定來看，似乎看不出有何「構成要件危險」可言。因為，該條並無明文規定的「足以生損害於公眾或





他人」作為構成要件結果要素的構成要件要素，該條就形式上觀之乃係屬抽象構成要件。而就抽象構成要件的设计，已如前文所敘，法院並無義務舉證「構成要件危險」的存在與否，也就因此根本不會有法院忽略審查是否具有刑法第 26 條的適用而有調查職責未盡及判決理由不備的情形發生。除非，最高法院肯認偽（變）造有價證券具有不成文的構成要件結果要素「足以生損害於公眾或他人」，否則何來法院必須調查是否有刑法第 26 條適用的情形。不過，最高法院於此的原意究指為何，似乎仍有待觀察。

## 伍、「違背事實而制作全部或一部」取代「偽（變）造」——代結語

嚴格來說，「有形偽（變）造」、「無形偽（變）造」、「身分同一性」（形式主義）、「實質主義」等名詞的產生，非但無助於我們對於「偽（變）造」有更清楚的理解，反倒是很容易混淆我們判斷是否成立偽（變）造。因為，是否屬於偽（變）造的概念，是以是否違背「事實」而制作為其判斷基準，而上述的「有形偽（變）造」和「無形偽（變）造」等名詞，其實都不是在談「偽（變）造」是什麼，而是在談就現行的抽象構成要件規定之下，我們可以就不同構成要件間加以形式分析而得出幾種類型的偽（變）造<sup>10</sup>，乃至於逕自竄改前提——即加了不同的要素來限縮「偽（變）造」的範圍——，而使得「偽（變）造」的概念會隨著探討的構成要件不同，其定義也就不同——例如，就偽（變）造文書構成要件而言，即限縮於「無制作權人」所為之行為，「有制作權之人」縱使制作內容虛偽之文書，亦不屬本構成要件所言之偽（變）造；而「實質主義」似有將作為判斷是否「足以生損害於公眾或他人」的判斷標準之一「內容真實性」納入考量，而限縮了「偽（變）造」的範圍。

另外，不斷的在「無中生有」或「就既有中改變，但不得改變其本質」中打轉，而區分「偽造」和「變造」。似乎也不是什麼明智之舉，因為，以「本質」來區分「變造」所能「改變」的界線，似乎難以解決究竟什麼是「本質」的難題。一般教科書所舉的例子，猛看之下，都是顯而易見的「質變」，但於模糊地帶呢？！甚至，不知道是誤打還是如何，本文所評析的判決，從判決 A 認為是有關偽造有價證券的爭議，到了判決 F 竟又突然轉為「變造」，而認被告的變造行為並未使該彩券成為得兌換彩金之彩券，而未得逞，僅達未遂之程度。

總而言之，筆者認為，要清楚的掌握「偽（變）造」的概念，就必須先確定如何才不會構成「偽（變）造」，然後再將之反定義，確定「偽（變）造」概念的範圍。說穿了，偽造和變造的概念，其實，就是「違背事實而制作全部或一部」的概念。

最後，筆者要再次強調的是，本文所處理的範圍僅限於「客觀」的「偽（變）造構成要件行為」——乃至於本文所評析的實務見解，亦然——，而非涉及「主觀」上的「意圖供行使」。換言之，行為人主觀上的故意或過失，乃至於特殊主觀處罰條件的「意圖」並不在本文的討論範圍內。而所謂的「足以使一般人誤信為真」也不在討論是否成立偽（變）造 XX 構成要件行為的範疇內，乃至於「足以生損害於公眾或他人」，亦然。

<sup>10</sup> 至於，通說對此的分類是否正確，則是另外一個問題。簡言之，有所分類是一回事；分類的方式、標準是否正確又是另外一回事。