

最高法院刑事判決

111年度台上字第498號

111年度台上字第502號

上訴人 顧承恩（原名顧志杰）

選任辯護人 徐盛國律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國110年9月1日第二審判決（110年度上訴字第342、355號，起訴及追加起訴案號：臺灣臺中地方檢察署108年度偵字第2427、10977、10978、10979、21371號），提起上訴，本院判決如下：

主 文
上訴駁回。

理 由

一、按依刑事訴訟法第377條規定，提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件；而上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查。如果上訴理由書狀並未具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所為指摘，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。至於原判決究竟有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、本件原審經審理結果，認為上訴人甲○○如其附表（下稱附表）二除編號36強制部分以外所示，分別以詐術、脅迫使兒童、少年製造猥褻行為之電子訊號等犯行均明確，因而撤銷第一審關於此部分所為之不當判決，改判論處上訴人如附表一（不包括編號36之強制罪）所示罪刑，及依法諭知沒收，並定其應執行刑，已詳敘調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。上訴人不服，提起上訴。

三、經查：

（一）原判決認定上訴人本件使附表二所示兒童、少年製造猥褻行

為之數位照片、影片等電子訊號，係以詐術為手段等情，業於理由內，以上訴人對附表二所示之被害人，或佯裝自己為女性，或隱匿自己身分，假裝與被害人交往，藉以降低被害人心防；或分別佯裝係韓國明星團體 Super Junior、BTS 之後援會、粉絲團、後台工作人員，或佯稱為韓國團體之經紀公司，托詞甄選練習生，或謊稱倘依指示製造猥褻行為之數位照片或影片等電子訊號，可獲取演唱會門票、周邊商品、近距離接觸明星、加入韓國團體之經紀公司等福利；惟上訴人實際上並未任職於任何韓國明星團體或經紀公司，有其財產、所得資料及勞保局被保險人投保資料等可憑，且其非韓國明星團體後援會、粉絲團或工作人員，縱依其指示製造猥褻行為之數位照片或影片等電子訊號，仍無法與韓國明星團體見面等情，亦據上訴人於偵、審中供承不諱，是上訴人係藉掩飾真實身分，降低被害人心防，或以虛構之事實及不存在之利益，使被害人陷於錯誤等手段，遂其犯罪之目的，自屬以詐術使兒童、少年依其指示製造猥褻行為之電子資訊等語，為必要之說明。經核並無不合。

(二)上訴意旨雖以兒童及少年性剝削防制條例（下稱兒少性剝削條例）第32條、第33條對使兒童、少年為性交易行為之處罰規定，前於民國94年間修法時，已將「詐術」部分，自以強暴、脅迫、藥劑、催眠術等違反本人意願之方法為手段之規定，移列至以引誘、容留、媒介、協助等方法為手段之規定，其修法理由應係認施用詐術並未違反被害人意願；同條例第36條第2項、第3項對使兒童、少年製造性交、猥褻物品之處罰規定，雖未同步修正，然其第3項所指「詐術」一語，基於與上開修法同一理由，自應從嚴解釋，限縮其適用範圍，以免對「詐術」之同一構成要件，竟為不同之解釋；且就同以詐術為手段而言，使兒童、少年製造性交、猥褻物品行為之可受非難性，顯低於使兒童、少年為性交易行為，若對前論以同條例第36條第3項之罪，其處罰將重於後者，致輕重失衡為由，指摘原判決認本件上訴人單純隱瞞性別、以話

術欺瞞等手段，使被害人製造猥褻電子訊號之行為，非屬兒
少性剝削條例第36條第2項所稱之「引誘」，而為同條第3項
所稱「詐術」，有不適用法則或適用不當之違法云云。
惟施用詐術致被害人因陷於錯誤而同意為一定行為，既使被
害人立於錯誤之基礎上而為意思決定，其雖未如強暴、脅迫
、藥劑、催眠術等，達於使被害人喪失意思決定自由之程度
，惟既已妨礙被害人意思決定之自由，仍屬違反被害人意願
之手段。上開規定所處罰之使兒童、少年為性交易行為，與
使兒童、少年製造猥褻物品，二者係截然不同之犯罪行為，
就此二不同犯罪之行為人，如何依其犯罪手段對被害人意願
影響之程度而為輕重不同之處罰，於不違反罪刑相當原則之
前提下，要屬立法自由形成之範疇。兒少性剝削條例前於九
十四年間（當時名稱為兒童及少年性交易防制條例，下稱兒
少性交易條例）修正時，將使兒童、少年為性交易之處罰規
定中「詐術」部分，自兒少性交易條例第24條第1項（即現
行兒少性剝削條例第33條第1項）以強暴等違反本人意願之
方法為手段之規定，移列至兒少性交易條例第23條第1項（
即現行兒少性剝削條例第32條第1項）關於引誘等方法之規
定，於該項後段增列「以詐術犯之者，亦同」；此次修法雖
使施用「詐術」者與以引誘等方法為手段者，同其處罰，然
是否基於「詐術」非屬違反被害人意願方法之考量，立法理
由並無相關之說明。另兒少性剝削條例關於處罰兒童、少年
製造猥褻物品之行為，並未同步修正，且其既未因違反罪刑
相當原則經宣告違憲，自仍具規範效力。是原判決就上訴人
本件犯行，論處以詐術使兒童、少年製造猥褻行為之電子資
訊罪刑，核無不合。此部分上訴意旨雖援引本院110年度台
上字第1530號判決為據，然該判決所謂兒少性剝削條例第36
條第3項關於處罰使兒童、少年製造猥褻行為電子資訊規定
中之「詐術」部分，應從嚴解釋，限縮其適用範圍一節，主
要係說明被害人若對行為人提供之訊息已產生懷疑，即非立
於受詐術之錯誤基礎上為意思決定，而係因受行為人提供之

01 訊息激起內心之意願，此情形行為人之手段僅屬「引誘」，
02 尚非詐術；核該判決所認定之具體事實，顯與本案不同，且
03 依其論述，亦非謂已使被害人陷於錯誤而符合詐術之手段，
04 仍應適用關於引誘規定之意。至於以「詐術」使兒童、少年
05 為性交易之行為，雖因上開修法而與以引誘等方法為手段者
06 同其處罰，然並不因此改變其屬違反被害人意願方法之本質
07 ，自無上訴意旨所指摘對同一構成要件，為不同解釋之問題
08 。再者，依兒少性剝削條例第32條第1項、第33條第1項及第
09 36條第2項、第3項等規定，就同以詐術為手段而言，使兒童
10 、少年分別為「製造猥褻物品之電子資訊」及「性交易」之
11 不同行為，所應適用之同條例第32條第1項及第36條第2項處
12 罰規定之法定刑，前者顯重於後者，足徵立法者認前者之可
13 受非難性高於後者；上訴意旨竟主張前者之可非難性低於後
14 者，並執以指摘原判決適用法律結果，將使此二犯罪行為之
15 處罰輕重失衡云云，顯屬無據。此部分上訴意旨洵非適法之
16 第三審上訴理由。

17 (二)上訴意旨雖另以本件附表二編號40以外部分犯行之手段，其
18 違反被害人意願，並未達於與強暴等方法相同之程度，原判
19 決未考量兒少性剝削條例第36條第3項規定，有如上所述未
20 妥為修法之情形，於適用時，應「當然」適用刑法第59條規
21 定酌減其刑予以調整，亦忽略此部分犯行與附表二編號40同
22 有原判決所認定之情輕法重，可資憫恕之處，徒以此等部分
23 依刑法自首規定減輕其刑後，已無情輕法重所堪予憫恕之處
24 ，均未依上開減刑規定予以酌減其刑，而指摘原判決有理由
25 不備、理由矛盾及不適用法則、適用法則不當之違法云云。
26 然刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上
27 足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑，猶嫌過重
28 者，始有其適用，且該規定係裁判上之酌減，乃法院於職權
29 範圍內得為酌定之事項，除其裁量權之行使，明顯違反比例
30 原則外，不得任意指為違法。原判決就上訴人本件除附表二
31 編號40以外部分犯行，以依自首規定減輕其刑後，已無縱宣

01 告法定最低度刑，猶嫌過重之情形，故未再援引刑法第59條
02 規定酌減其刑，此乃原審刑罰裁量權之適法行使，尚無違反
03 比例原則或其他濫用裁量權之情事。而上訴人上揭對兒少性
04 剝削條例第36條第3項規定關於詐術部分未妥修法之質疑，
05 純屬其個人之主觀見解，並無足取，亦已詳述如前，上訴意
06 旨猶執為指摘原判決未適用該酌減其刑規定之理由，顯非適
07 法。

08 (四)原判決關於量刑，業已說明係以上訴人之責任為基礎，並審
09 酌上訴人本案利用兒童、少年年輕識淺，崇拜偶像、渴望戀
10 情、急欲賺錢之心理，藉欺罔手段，使被害人等製造猥褻物
11 品，以逞其色慾之犯罪動機與目的；利用網際網路犯罪，時
12 間長達數年，被害人及製造之猥褻照片、影片均具相當數量
13 之犯罪手段與情節；所犯不僅侵害兒童、少年身心健康與隱
14 私，且影響網路安全與秩序，敗壞社會風俗，致生危害匪淺
15 之犯罪結果；上訴人犯後已坦承不諱，並與部分被害人成立
16 調解，賠償彼等損害等，尚稱良好之犯後態度，兼衡上訴人
17 素行良好，及其大學戲劇系畢業，從事音樂演出工作，與家
18 庭生活、經濟小康之狀況等一切情狀，顯已依刑法第57條，
19 以上訴人之責任為基礎，並注意該規定所列舉各項科刑輕重
20 標準，而為刑之量定，既未逾越法定刑，亦無濫用裁量權之
21 情事，自難謂與法有違。上訴意旨雖以原判決就上訴人以書
22 狀所主張上訴人係樂於學習及助人之青年；過去身心之黑暗
23 狀態現已藉宗教力量、醫療協助而祛除；上訴人業因本案致
24 原有教學活動、應聘與求學計畫及與女友之交往均被迫終止
25 ，並支付鉅額賠償，已付出重大代價等各項有利於上訴人之
26 情狀，俱未審酌，有理由不備之違法云云。然上訴人賠償部
27 分被害人損害一節，業經原判決於量刑時審酌，已如上述，
28 上訴意旨指摘原審未予審酌，顯係未依卷證而為指摘；至其
29 餘上訴意旨所指各節，核與本案科刑輕重裁量，並無直接必
30 然之關聯，原判決本無贅予逐一說明之必要。上訴意旨執為
31 指摘原判決之理由，自非適法。

01 (五)其餘上訴意旨所指各節，亦均非確實依據卷內訴訟資料具體
02 指摘原判決究有如何違背法令之情形。

03 四、綜上所述，本件上訴意旨，無非係就屬原審採證認事、適用
04 法律職權之適法行使及原判決已說明事項，徒憑己見，任意
05 指摘為違法，且仍為單純事實之爭執，要難謂為適法之第三
06 審上訴理由。是本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

07 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

08 中 華 民 國 111 年 2 月 17 日

09 刑事第七庭審判長法官 李 錦 樑

10 法官 林 孟 宜

11 法官 吳 淑 惠

12 法官 錢 建 榮

13 法官 蔡 彩 貞

14 本件正本證明與原本無異

15 書記官

16 中 華 民 國 111 年 2 月 24 日