

發文單位：司法院

解釋字號：釋字第 623 號

解釋日期：民國 96 年 01 月 26 日

資料來源：司法院公報 第 49 卷 4 期 1-63 頁

司法周刊 第 1324 期 1 版

法令月刊 第 58 卷 2 期 135-137 頁

司法院大法官解釋續編（二十）第 1-84 頁

總統府公報 第 6737 期 76-190 頁

守護憲法 60 年 第 67-70 頁

相關法條：中華民國憲法 第 11、23 條

兒童及少年性剝削防制條例 第 29 條

解 釋 文： 憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。商業言論所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障。惟憲法之保障並非絕對，立法者於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制，業經本院釋字第四一四號、第五七七號及第六一七號解釋在案。

促使人為性交易之訊息，固為商業言論之一種，惟係促使非法交易活動，因此立法者基於維護公益之必要，自可對之為合理之限制。中華民國八十八年六月二日修正公布之兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定：「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」，乃以科處刑罰之方式，限制人民傳布任何以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容之訊息，或向兒童少年或不特定年齡之多數人，傳布足以促使一般人為性交易之訊息。是行為人所傳布之訊息如非以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人者，即不屬該條規定規範之範圍。上開規定乃為達成防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件之國家重大公益目的，所採取之合理與必要手段，與憲法第二十三條規定之比例原則，尚無牴觸。惟電子訊號、電腦網路與廣告物、出版品、廣播、電視等其他媒體之資訊取得方式尚有不同



，如衡酌科技之發展可嚴格區分其閱聽對象，應由主管機關建立分級管理制度，以符比例原則之要求，併此指明。

理由書： 憲法第十一條保障人民之言論自由，乃在保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。商業言論所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障，惟憲法之保障並非絕對，立法者於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，得以法律明確規定對之予以適當之限制，業經本院釋字第四一四號、第五七七號及第六一七號解釋在案。

促使人為性交易之訊息，乃促使人為有對價之性交或猥褻行為之訊息（兒童及少年性交易防制條例第二條、第二十九條參照），為商業言論之一種。至於其他描述性交易或有關性交易研究之言論，並非直接促使人為性交或猥褻行為，無論是否因而獲取經濟利益，皆不屬於促使人為性交易之訊息，自不在兒童及少年性交易防制條例第二十九條規範之範圍。由於與兒童或少年為性交易，或十八歲以上之人相互間為性交易，均構成違法行為（兒童及少年性交易防制條例第二十二條、第二十三條、第二十四條、刑法第二百二十七條、社會秩序維護法第八十條參照），因此促使人為性交易之訊息，係促使其為非法交易活動，立法者基於維護公益之必要，自可對之為合理之限制。

兒童及少年之心智發展未臻成熟，與其為性交易行為，係對兒童及少年之性剝削。性剝削之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。從而，保護兒童及少年免於從事任何非法之性活動，乃普世價值之基本人權（聯合國於西元一九八九年十一月二十日通過、一九九〇年九月二日生效之兒童權利公約第十九條及第三十四條參照），為重大公益，國家應有採取適當管制措施之義務，以保護兒童及少年之身心健康與健全成長。兒童及少年性交易防制條例第一條規定：「為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，特制定本條例」，目的洵屬正當。

兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定：「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」，乃在藉依法取締促使人為性交易之訊息，從根本消弭對於兒童及少年之性剝削。故凡促使人為性交易之訊息，



而以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容者，具有使兒童少年為性交易對象之危險，一經傳布訊息即構成犯罪，不以實際上發生性交易為必要。又促使人為性交易之訊息，縱然並非以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容，但因其向未滿十八歲之兒童少年或不特定年齡之多數人廣泛傳布，致被該等訊息引誘、媒介、暗示者，包括或可能包括未滿十八歲之兒童及少年，是亦具有使兒童及少年為性交易對象之危險，故不問實際上是是否發生性交易行為，一經傳布訊息即構成犯罪。惟檢察官以行為人違反上開法律規定而對之起訴所舉證之事實，行為人如抗辯爭執其不真實，並證明其所傳布之訊息，並非以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人者，即不具有使兒童及少年為性交易對象之危險，自不屬該條規定規範之範圍。

保護兒童及少年免於因任何非法之性活動而遭致性剝削，乃普世價值之基本人權，為國家應以法律保護之重要法益，上開規定以刑罰為手段，取締促使人為性交易之訊息，從根本消弭對於兒童少年之性剝削，自為達成防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件之立法目的之有效手段；又衡諸保護兒童及少年免於從事任何非法之性活動之重大公益，相對於法律對於提供非法之性交易訊息者權益所為之限制，則上開規定以刑罰為手段，並以傳布以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容之訊息，或向未滿十八歲之兒童少年或不特定年齡之多數人傳布足以促使一般人為性交易之訊息為其適用範圍，以達防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件之立法目的，尚未逾越必要合理之範圍，與憲法第二十三條規定之比例原則，並無牴觸。又系爭法律規定之「引誘、媒介、暗示」雖屬評價性之不確定法律概念，然其意義依其文義及該法之立法目的解釋，並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背（本院釋字第四三二號、第五二一號、第五九四號、第六〇二號及第六一七號解釋參照）。

兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定為危險犯，與同條例第二十二條、第二十三條、第二十四條、刑法第二百二十七條、社會秩序維護法第八十條規定之實害犯之構成要件不同，立法目的各異，難以比較其刑度或制裁方式孰輕孰重；另電子訊號、電腦網路與廣告物、出版品、廣播、電視等其他媒體之資訊取得方式尚有不同，如衡酌科技之發展可嚴格區分其閱聽對象，應由主管機關建立分級管理制度，以符比例原則之要求。至聲請人臺灣高雄少年法院法官何明晃聲請意旨主張兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定有牴觸憲法第十五條及第一百五十二條疑義一節，



僅簡略提及系爭法律間接造成人民工作權或職業自由之限制，惟就其內涵及其如何違反該等憲法規範之論證，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，均併此指明。

大法官會議主席	大法官	翁岳生
	大法官	林永謀
		王和雄
		謝在全
		賴英照
		余雪明
		曾有田
		廖義男
		徐璧湖
		彭鳳至
		林子儀
		許宗力
		許玉秀

部分協同與部分不同意見書

大法官 許宗力

- 一、兒童及少年性交易防制條例之立法目的在防制、消弭兒童及少年淪為性交易對象，以保護兒童及少年之身心健康與健全成長（本條例第一條參照）。根據系爭兒童條例第二十九條規定，凡促使人為性交易之訊息，而以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容者，或縱非以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容，但廣泛散布或針對兒童及少年傳布，皆有引誘或媒介兒童及少年為性交易之危險，故一經散布訊息即構成犯罪，不以使兒童及少年實際上發生性交易為必要。是很明顯地，立法者係將系爭規定設計為抽象危險犯，認為非將刑罰前置化，使刑罰制裁範圍往前擴大至言論散布之層次，即不足以達到有效保護兒童及少年免於從事性交易之目的。
- 二、抽象危險犯的基本理念是法益保護的前置，乃立法者就無數個案的觀察歸納，發現某些行為與實害結果之間的關連性特別強，且通常隨著這類行為會造成個人法益或公眾法益或結合兩者之法益等等的嚴重侵害，認為若不前置處罰會來不及保護法益，才將此類行為抽離出來，界定為一種獨立的犯罪類型。因為抽象危險犯犯罪之構成不以發生實害為必要，所以不僅毋庸證明損害之發生，也當然毋庸證明因果關係，比實害犯更容易入罪，所以在不同層面也同時產生不利影響，例如大幅降低被告的防禦可能性，也大幅降低立法者原本藉由立法以指導司法者解釋

各該構成要件之機會。也因為抽象危險犯沒有受害者或淡化受害者之存在，是長期以觀，抽象危險犯會傷害、降低不法（Unrecht）的可辨識性與可察覺性（註一）。因此，將刑罰前置化的立法設計是需要謹慎的，為通過比例原則的試煉，有必要檢驗「不前置處罰會來不及保護法益」的真實性。就本件而言，因為與兒童及少年為性交易，強制兒童及少年為性交易，或引誘、容留、媒介、協助兒童及少年為性交易之行為，現行法皆已有刑罰制裁之規定，故是否有必要另外設計抽象危險犯，將刑罰制裁擴張至言論層次，相信會有仁智之見。主管機關提供本院資料，充其量只說明系爭規定對保護兒童及少年免於從事性交易之目的之達成是有效的，對是否「不前置處罰會來不及保護法益」之疑惑，未能提供有說服力之解答。惟衡諸保護兒童及少年免於從事性交易，乃普世價值，為重大公益，而傳布以兒童及少年為性交易之訊息屬較低價值之言論，本席願採較寬容之審查態度。參酌主管機關所提供過往雛妓汙濫之資料，就立法者有關「不前置處罰會來不及保護法益」之事實認定，本席認為應係合乎事理，可以支持的。

三、抽象危險犯基本上是對有發生實害之危險的擬制，因此是不許針對「不會發生危險」舉出反證以排除犯罪之構成的。如果可以反證推翻的話，抽象危險犯就變成具體危險犯，而兩者是明顯有別犯罪類型。是倘能證明設計為容許以反證推翻犯罪構成之具體危險犯，即足以達成保護法益之目的，則抽象危險犯的設計即難逃違反比例原則之指摘。惟判斷未必容易。例如在德國，非法持有槍械之行為，不須證明持有槍械是否真正發生危險，一律處以刑罰，不容許反證推翻，一般並無異議。至縱火罪，倘無鄰宅，並已確定無人在場，是否可以此反證推翻犯罪之構成，學說則產生爭議（註二）。以本件而論，如行為人所傳布訊息，並非以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容，且已採必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人，是否應允許以反證推翻？由於既已採必要之隔絕措施，可以避免兒童及少年接觸該訊息，當無使兒童及少年為性交易之危險，是要求予以除外不罰，並非無據。惟亦有擔心不怕一萬，只怕萬一者，認為再有如何之隔絕措施，仍無法百分之百排除兒少接觸之可能性，是為防杜僥倖，仍以一律處罰為當。不同看法導致系爭規定合憲與否之不同命運，究以何見解為當，司法者當有形成更明確審查基準之必要。

本件多數意見認為行為人只要採取必要之隔絕措施，即得免罰。理由是既然已採必要之隔絕措施，「使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人者，即不具有使兒童及少年為性交易對象之危險，自不在該條規範範圍之內」。顯然，多數意見是訴諸立法意旨，將系爭規定直接以具體危險犯視之。姑不論此番立法意旨之解讀是否過於一廂情願，是否妥適，就此例外情形不罰之結論而言，本席認為是正確的。因系爭規定無異於禁止任何促使人為性交易之廣告，則連促使成年人與成年人間為性交易之廣告，亦在本條刑罰處罰之列，業已遠遠超出兒少條例保護

兒童及少年之規範目的。況成年人間自主之性交易行為，根據現行法固仍屬不法之行為，惟充其量亦只是構成違反社會秩序維護法（第八十條）之秩序犯，並不構成犯罪。是促使成年人間為性交易之廣告倘構成犯罪，會造成實際行為不構成犯罪，鼓吹該行為之言論卻構成犯罪的荒謬現象，其荒謬猶如對預備行為之處罰重於已實施行為之處罰，違背體系正義至為顯然。是本席認為系爭規定因涵蓋過廣而難謂與比例原則暨平等原則無違。多數意見顯然也意識到系爭規定因涵蓋過廣，將導致違憲結果，才對其作合憲性的目的限縮解釋，將已採必要隔絕措施之成年人間性交易廣告排除於系爭規定之適用範圍。惟本件作成合憲解釋是否妥適，如下述，非無疑慮。

四、如本席所指出，就已採必要隔絕措施之成年人間性交易廣告排除於處罰範圍之外之結果言，本席是持肯定立場的。惟以合憲性解釋途徑達此目的，本席擔心有違反權力分立之虞。本席於本院釋字第 585 號解釋部分不同意見書曾指出，合憲解釋固然可以勉力維繫住法律之合憲性，然適用合憲解釋原則仍有其界限，例如不得逾越文字可能合理理解的範圍，並不能偏離法律明顯可辨的基本價值決定或規範核心。如果逾越立法的基本價值決定或規範核心，強賦予法律明顯非立法者所欲之內容，再宣告其合憲，這種解釋方式，與其說是出於對立法者意志儘可能最大的尊重，倒不如說是司法者僭越立法者地位立法，與對立法者的善意強暴無異，在此情形，反而是直接宣告其違憲，讓立法者有機會重新思索，或選擇作進一步修正，繼續追求其原始的立法目的，或選擇改弦更張，以嶄新思維另立新法，才是對立法者的真正尊重。就本件言，立法者明顯係將系爭規定設計為抽象危險犯，抽象危險犯之設計無疑構成系爭規定明顯可辨之基本價值決定或規範核心，今多數意見經由合憲解釋途徑將其更改為迥然有異之具體危險犯，實難脫逾越合憲解釋界限之指摘。

五、最後，姑且不論多數意見是否逾越合憲解釋界限，就多數意見所指出，「惟檢察官以行為人違反上開法律規定而對之起訴所舉證之事實，行為人如抗辯爭執其不真實，並證明其所傳布之訊息，並非以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施，使其訊息接收者僅限於十八歲以上之人者，……自不屬該條規定規範之範圍」等相關內容，是否違反無罪推定原則，本席認為有進一步澄清之必要。依本席之見，欲對行為人定罪，檢察官至少應證明（1）行為人所傳布之訊息，以兒童及少年性交易或促使兒童及少年為性交易為內容，或證明（2）對非以兒童及少年性交易為內容之性交易訊息，有可能使兒童及少年得以接觸到。至所謂「行為人應證明」其已採必要之隔絕措施云云，應僅止於指行為人針對其已採必要之隔絕措施之抗辯負有「提出證據之責任」（burden of producing evidence），也就是主觀舉證責任，並不及於說服責任（burden of persuasion），也就是客觀舉證責任。蓋有利於被告的抗辯事由（affirmative

defenses），被告自己知悉或掌握得最清楚，由其負證據提出之責任（註三），較能夠使爭點單純化，並提升訴訟程序之效率。至於行為人就有利之抗辯事由提出證據後，該有利抗辯事由存在與否依然不明時，就此事實不明之不利益究應由控方或辯方承擔？換言之，抗辯事由的說服責任（客觀舉證責任）該由何方負擔？美國法院實務曾有不同見解（註四），我國最高法院近年裁判則傾向有利於被告之見解，例如九十四年度台上字第七一六九號判決即指出，「刑事訴訟法規定被告有緘默權，被告基於『不自證己罪原則』，既無供述之義務，亦無真實陳述之義務，同時亦不負自證清白之責任，不能因被告未能提出證據資料證明其無罪，即認定其有罪。」本席除根據無罪推定與不自證己罪原則支持最高法院上開見解，另一考慮是，一般而言，立法者很容易利用文字之操控，將犯罪構成要件轉為有利之抗辯事實要件，藉以減輕控方之舉證負擔，而使辯方承擔更多舉證之不利益，則堅持由辯方就有利抗辯事由亦負擔客觀舉證責任，自非妥適。以本件事實為例，假設立法者決定修改系爭規定，將內容不涉兒童及少年性交易，且有必要防護措施之廣告排除於處罰範圍之外，他有可能選擇「檢察官以行為人未採必要之隔絕措施，致使十八歲以下之人得以接受性交易之訊息」等之文字，也可能選擇「行為人如抗辯檢察官起訴所舉證之事實不真實，並證明其所傳布訊息，已採必要之隔絕措施」之文字，前者情形，就表示「未採必要之隔絕措施」屬犯罪構成要件，應由檢察官負主觀、客觀舉證責任；後者情形，至少就字面言，很容易令人解讀為有利之抗辯事實（例如阻卻違法事由），而變成由辯方負客觀舉證之責。是在界定為犯罪構成要件，或有利抗辯事由，純繫乎立法者一心之情形下，實不宜要求由行為人就有利抗辯事實之存在負客觀舉證之責。

縱有人堅持檢察官就犯罪構成要件之存在，負主、客觀舉證責任，行為人則就有利之抗辯事由負主、客觀舉證責任，根據該主張，仍難獲致本件之行為人應就「已採必要隔絕措施」之事實負客觀舉證責任之結論。蓋本件多數意見基於合憲性的目的限縮解釋，已指明兒少條例第二十九條乃在「限制人民傳布任何以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容之訊息，或向兒童少年或不特定年齡之多數人，傳布足以促使一般人為性交易之訊息」，則在此範圍以外之「散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息」行為，核非兒少條例第二十九條所禁止之犯罪行為。此與殺人罪乃刑法所禁止之犯罪行為，但得因正當防衛而阻卻違法，故檢察官僅須證明殺人行為之存在，而由行為人就正當防衛要件之存在負主觀與客觀舉證責任之情形，無法相提並論。是倘認為多數意見所稱「行為人證明已採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人」，亦包括客觀舉證責任在內，無異是要求行為人自行證明犯罪構成要件不存在，此違反「不自證己罪原則」及「無罪推定原則」甚鉅，當非多數意見之本意。

- 註一：Winfried Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, S.378ff., 381.
- 註二：德國學者相關討論，中文文獻可參林東茂，危險犯的法律性質，台大法學論叢 23 卷 1 期，1994，頁 40 以下。
- 註三：我國刑事訴訟並非採美式當事人進行主義，例如根據刑事訴訟法第 163 條第二項，法官對被告之利益有重大關係事項，也應依職權調查之。是在我國，學者認為由誰提出證據之主觀舉證責任問題並沒有一般想像之重要，案件經過審理調查後客觀上已否證明至毫無合理懷疑，亦即是否達到無罪推定原則所要求之有罪確信的客觀舉證責任問題，才是關鍵。詳參閱林鈺雄，誹謗罪之實體要件與訴訟證明--- 兼評大法官釋字第五〇九號解釋，台大法學論叢，32 卷 2 期，頁 84 以下。
- 註四：在 Mullancy v. Wilbur (421 U.S. 684 (1975)) 中，美國聯邦最高法院認為，緬因州法律就殺人罪之被告能證明其係因他人「突如其來之挑釁」(sudden provocation)，「滿懷激憤」(in the heat of passion) 而殺人者，將由處以無期徒刑之重罪(felonious homicide)降為處以 20 年以下有期徒刑或 1,000 元以下罰金之輕罪(manslaughter)之規定違憲，蓋聯邦最高法院認為「突如其來之挑釁」及「滿懷激憤」係屬犯罪構成要件(elements of the crime)之一環，依正當法律程序條款(Due Process Clause)應由檢察官負舉證責任。但在兩年後之 Patterson v. New York (432 U.S. 197 (1977)) 中，聯邦最高法院則認為，紐約州法律規定殺人罪之被告非證明其行為係受「極度情緒干擾」(extreme emotional disturbance)等事由，即構成二級謀殺罪之規定，係屬合憲，蓋「極度情緒干擾」屬於「有利抗辯事由」(affirmative defense)而非犯罪構成要件，立法者得規定由被告負舉證責任。由 Justice Powell 執筆之不同意見書指出，Patterson 之多數意見乃「使立法者得任意轉換刑事案件中任何要素的說服責任」，無法令人信服。

部分不同意見書

大法官 許玉秀

針對民國八十八年六月二日修正公布的兒童及少年性交易防制條例（以下簡稱兒少條例）第二十九條規定：「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」（以下簡稱系爭規定），多數意見依據兒少條例第一條所揭示的立法目的，採取與系爭規定立法理由不同的立場，對於系爭規定作合憲的目的限縮解釋。

就憲法第二十三條比例原則的規定而言，多數意見排除系爭規定構成要件逾越比

例原則部分，限縮系爭規定構成要件的適用範圍，避免對人民言論自由乃至性自由的過度侵害，本席原本沒有必要反對，因為多數意見藉由要求行為人採取限制閱聽對象的必要措施，已經適度保障性消費者的性自由與性言論自由，以及以成年人為性交易對象的商業性言論自由。但是多數意見雖認為系爭規定違反比例原則，卻迴避作成系爭規定違憲的宣告，且未能貫徹比例原則對法定刑及構成要件明確性的審查；因限縮不法構成要件的適用範圍而增加採取必要隔絕措施的要件，必要隔絕措施之有無，決定不法構成要件的範圍，同時決定行為人故意之有無，引致證明必要隔絕措施可能違反原告舉證原則的疑慮；對於言論自由的審查論述陷於循環論證等等，皆有另行補充與釐清的必要。此外，釋憲機關難免需要採用合憲性目的限縮解釋類型，有必要嘗試逐步確立採取此種解釋類型的必要條件。是以提出部分不同意見書補充論述理由如下。

壹、審查比例原則的正確與不足

一、多數意見認為系爭規定行為規範違反比例原則

多數意見認為系爭規定所處罰的行為，限於傳布促使兒童及少年為性交易或促使與兒童及少年從事性交易為內容的訊息，以及針對兒童及少年或沒有限制對象地散布一般性交易的訊息。之所以處罰沒有限制對象地散布一般性交易的訊息，因為有導致兒童及少年接近一般性交易訊息的危險，而有促成兒童及少年為性交易的風險。因此如果已採取防止兒童及少年接近性交易訊息的必要措施，即不在系爭規定處罰之列。

多數意見上開解釋結論，明顯反對立法理由所謂「由於廣告之內容，通常不會記載被引誘對象之年齡，因此本條之被引誘對象無未滿十八歲之限制（註一）」，也就是根本上認為，不區分訊息內容和傳布對象地全面禁止傳布性交易訊息，作為防制兒童及少年為性交易行為的手段，顯然逾越立法目的，因此必須從所傳布的性交易訊息內容、傳布對象，以及是否採取限制對象的傳布方式上面，限縮系爭規定構成要件的適用範圍，方能符合憲法第二十三條的比例原則。換言之，多數意見實質上正確地認為系爭規定違憲，理由是：構成要件所架構的行為規範過度限制人民的言論自由。

雖然限縮的解釋及時排除系爭規定構成要件逾越比例原則的部分，但是所要求的必要措施可能發生認定上的困難，例如網路不能識別年齡，標示、警告未滿十八歲之人不得進入是否已屬足夠，即不無疑義。

二、多數意見不能證立系爭規定罪刑相當

兒少條例第二十二條規定對於與十六歲以上未滿十八歲少年為性交易的行為，處一年以下有期徒刑、拘役或新臺幣十萬元以下罰金；社會秩序維護法第八十條規定對於性交易行為及引誘性交易行為科以三日以下拘留或三萬元以下罰鍰。相較之下，系爭規定的法定刑，五年以下有期徒刑、得併科一百萬元以下罰金，

顯然輕重失衡，難道兒少條例所要防制的性交易，比傳布促使人為性交易訊息，更不嚴重？

多數意見以系爭規定與其他處罰性交易行為的規定，如兒少條例第二十二條、第二十三條、第二十四條、刑法第二百二十七條及社會秩序維護法第八十條等規定，因為分別屬於危險犯及實害犯，構成要件不同，立法目的各異，難以比較相互之間的刑度或制裁方式孰輕孰重，而迴避對系爭規定法定刑為是否符合比例原則的審查。如果多數意見的說法可以成立，那麼實害犯的既遂犯與未遂犯的法定刑，也是無從比較？刑法第二百七十二條殺人罪與第二百九十四條遺棄罪的法定刑也無從比較？刑法第一百九十五條偽造貨幣罪與第一百九十九條製造、交付或收受偽造貨幣器械原料罪的法定刑也無從比較？如果再繼續舉例質疑，將不能理解整部刑法一切犯罪構成要件的法定刑究竟是如何制定出來。多數意見應該並非對於實害犯與危險犯之間的輕重關係無所知悉，只是自陷矛盾而不自知。多數意見一方面在解釋文及解釋理由書第二段以下，認為傳布促使人為性交易訊息，目的在於防制兒童及少年的性交易或與兒童及少年為性交易，另一方面卻在解釋理由書最後一段主張處罰傳布促使人為性交易訊息的危險犯與處罰性交易的實害犯立法目的不同，法定刑輕重難以比較。

就刑法第二百二十七條與幼年男女為性交罪的法定刑三年以上十年以下而言，傳布促成這種行為的訊息，處以五年以下有期徒刑，看似尚非難以容忍，但是就兒少條例第二十二條第二項的法定刑而言，一年以下有期徒刑與系爭規定的五年以下有期徒刑，顯然出現難以理解和容忍的輕重失衡。立法者既然針對不同年齡的兒童及少年為性交易，給予非常懸殊的法律效果，在傳布促使人為性交易訊息時，竟然未顧及會促成哪一種年齡的人為性交易，而沒有依年齡區隔接收訊息的階層，並定管制效果，明顯與罪刑相當原則不符。

貳、多數意見實質推翻釋字第五〇九號解釋所堅持的原告舉證原則

一、反證歸屬不能推翻原告舉證原則

多數意見特別提到「惟檢察官以行為人違反上開法律規定而對之起訴所舉證之事實，行為人如抗辯爭執其不真實，並證明其所傳布之訊息，並非以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人者，即不具有使兒童及少年為性交易對象之危險，自不屬該條規定規範之範圍。」所謂檢察官起訴所舉證的事實，指的自然是構成要件事實，系爭規定的構成要件事實，經多數意見限縮解釋，限於傳布促使兒童及少年為性交易或促使與兒童及少年從事性交易為內容的訊息，以及針對兒童及少年或沒有限制對象地散布一般性交易的訊息兩種。檢察官如果以前者起訴行為人，自然必須證明行為人傳布的訊息內容，是關於傳布促使兒童及少年為性交易或促使與兒童及少年從事性交易為內容的訊息，這些證據必然是非供述證據，根據不

自證己罪原則，被告可以保持緘默，檢察官所提出的證據，如果不足以證明被告實施構成要件所涵攝的行為，也就是曾傳布促使兒童及少年為性交易或促使與兒童及少年從事性交易為內容的訊息，即不能論被告以系爭規定之罪，被告並不需要舉證證明自己不曾傳布促使兒童及少年為性交易或促使與兒童及少年從事性交易為內容的訊息，以求免罪，至於被告有權利舉出反證，推翻檢察官的控訴，自不待言。如果檢察官所起訴的犯罪事實，是被告針對兒童及少年或沒有限制對象地傳布一般性交易的訊息，則檢察官必須證明被告有以兒童及少年為特定對象，傳布足以促使一般人為性交易的訊息，或者證明被告所傳布足以促使一般人為性交易的訊息，因為沒有對兒童及少年採取隔絕措施，人人皆可接近取得，亦即必須積極證明人人皆可接近取得。由於所謂沒有隔絕措施是措施不存在的證據，除非檢察官隱匿所掌握的隔絕證據，可能觸犯刑法第一百二十五條濫權追訴罪之外，有隔絕措施的反面證據，自然只有被告才可能提出，被告如果不能舉出採取隔絕兒童及少年接近或取得所傳布足以促使人為性交易訊息的措施，例如所採取的隔絕措施遭到破壞而無從舉證，即不能推翻檢察官的控訴，不利益將歸屬於被告，多數意見上述特別描述反證的舉證歸屬，看似可以避免被質疑為舉證責任的倒置，但是確實有舉證責任倒置的實質效果。

二、必須證明足以引誘、媒介人為性交易

多數意見正確地認為系爭規定意旨為：行為人一旦有傳布性交易資訊的行為，不問是否真正促成性交易，皆已成罪。但是如果因此將系爭規定解釋為抽象危險犯，而認為不必證明所傳布的性交易資訊是否足以促使人為性交易，則屬誤會。制定兒少條例的目的，在於防制未滿十八歲兒童及少年免於為性交易而遭受性剝削，因此而處罰傳布足以引誘或媒介兒童及少年或促使與兒童及少年為性交易訊息的行為，因為提前處罰有導致與兒童及少年為性交易之虞的危險行為，方能更有效地攔截促成兒童及少年為性交易或與兒童及少年為性交易的機會，防止兒童及少年因性交易，而淪為性剝削的對象。是否傳布了特定訊息，足以導致兒童與少年的性交易，取決於所傳布的訊息，是否具有促成兒童及少年性交易的風險。所以如要證明被告的行為符合系爭規定的構成要件，必須證明訊息內容有促成性交易的可能。

這種以有某種危險能力描述構成要件行為的構成要件類型，在上個世紀六〇年代後期，開始有德國學者（註二）稱之為抽象具體危險犯（abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte），其後被稱為虞犯（Eignungsdelikte）（註三），因為被認為不需要如具體危險犯必須證明有具體危險，例如證明致生損害於公眾或他人（例如刑法第二百十條）、致生危害於安全（例如刑法第二百零五條）等；又不若抽象危險犯不需要證明危險，但也只需要證明有某種危害能力，而成為環境刑法、消費者保護法等領域重要的立法選擇。在我國刑法典中，繼受

自德國刑法第三百十六條的我國刑法第一百八十五條之三醉態駕駛罪，屬於這種構成要件的描述形式。

就行為必須具有某種危險能力而言，系爭規定的構成要件類型其實可以歸類為具體危險犯，就任何抽象危險犯的構成要件行為都是具有某種危險能力的行為而言，也可以歸類為抽象危險犯（註四），因此，在德國文獻上，虞犯這種構成要件類型曾經受到不少質疑（註五）。主張虞犯這種構成要件類型有獨立存在價值的理由，在於抽象危險犯的成立，不需要證明因果關係，具體危險犯的成立需要證明具體因果流程的具體因果關聯，虞犯的成立則只需要證明一般的因果關係（*generelle Kausalität*, *generelle Geeignetheit*）（註六）。

□、空洞的構成要件明確性原則

多數意見解釋理由書對於系爭規定的構成要件明確性，可以說並沒有審查。在對所解釋的概念沒有進一步的說明之下，所謂「雖屬評價性之不確定法律概念，然其意義依其文義及該法之立法目的解釋，並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，與法律明確性原則尚無違背」幾乎可以稱為審查法律明確性原則的陳腔濫調。多數意見面對構成要件明確性原則的質疑，其實只有回應沒有審查。

系爭規定對構成要件的描述有兩個根本的問題：其一，使用文法結構不清楚的語句，文法結構之所以不清楚，因為動詞概念位階混亂。所不准許傳布的訊息，應該是足以引誘或媒介性交易的訊息，至於引誘或媒介的方法，可能是暗示或其他具有能發生引誘或媒介效果的促使人為性交易的方法。構成要件將引誘、媒介與暗示或其他方法並列，已經使得語句不可能被理解，之所以至今仍然被適用，是因為適用系爭規定這個構成要件的裁判者，基本上脫離構成要件的語句在適用系爭規定。其二，暗示作為例示的方法，顯然不是一個好的例子，因為暗示的涵蓋範圍非常不確定，尤其在語言面臨解構的時代更困難。例如在黃色笑話充斥的環境裡，雙關語盛行，任何語句都可能有暗示意味，要確定對話者之間的意思，已經很困難，加上裁判者的語言習慣如果與社會的語言環境有一些距離，使用暗示作為認定事實的依據，顯然十分危險。而因為暗示概念過於不確定，要從暗示類推理解出「其他」是什麼，有明顯的困難。

多數意見甚至沒有企圖將構成要件語句結構釐清，不能認為已經完成構成要件明確性的審查。

肆、論述言論自由的循環論證

本院大法官歷來對商業言論的審查論述，至少有兩個值得檢討之處，釋字第四一四號解釋認為商業言論與實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮的言論有所差距，似乎仍然受士、農、工、商階級意識所支配。這個盲點在釋字第五七七號解釋獲得修正，釋字第五七七號解釋認為，

商業言論與其他領域的言論並無二致，但是仍然認為應受憲法保障的商業言論是合法的言論。這個盲點持續到本號解釋，多數意見依舊主張「商業言論所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障」。

憲法所要審查的是，法律是否過度限制人民基本權，如果憲法卻回答，因為法律保護你，我才保護你，人民不禁要問，那我何必來向憲法求救？憲法保障言論自由，如果應該有界限，並進而有限制準則，所依據的不是有無法律規定，法律是否應該保護或限制基本權，取決於憲法是否認為有保護的必要，以法律是否認可，決定憲法是否應該保護，是降低憲法的位階，而且是倒果為因，而不可避免地會導致循環論證。

多數意見對憲法言論自由保護界限的論述之所以重蹈覆轍，因為沒有查覺不是「憲法保障合法言論」，而應該是「憲法所保障的言論合法」。

伍、檢討本件聲請採取合憲性限縮解釋的妥當性

一、合憲性限縮解釋的誘惑

如果釋憲者背負必須立刻解決問題的壓力，或者是對於立法者的怠惰拖延感到不耐，甚至是面對立法者的不友善而陷於權力對抗的漩渦時，不管是基於護憲、保護人民基本權的使命，或者是為了捍衛司法權的基本尊嚴，採取所謂合憲性解釋的釋憲政策，最能立竿見影、回復憲法秩序。從反面來說，如果釋憲者想要採取所謂的合憲性限縮解釋，有類如上述諸多理由，可以自我正當化。在這些正當化的動機當中，實現權力是一個根本的誘惑。尤其當實現權力的誘惑，可以隱藏在反抗立法權壓迫的悲情當中，可以隱藏在滿足救天下蒼生的使命感當中時，合憲性限縮解釋的精（幽）靈就會出現。

二、採取合憲性限縮解釋的可能條件

這些正當理由都顯示，合憲性限縮解釋可以有一定正當的基礎，正因為有一定正當的基礎，所以這些正當基礎都可以掩飾釋憲權力機關的慾望或單純的偏見，這使得它猶如刀之兩刃，可以福國利民，也可以是恣意的擴權。恣意擴權的時候，所侵害的不只是立法權，因為使立法者沒有行使立法權修法或立法的機會，也可能侵害普通法院的權限，因為在憲法的界限內操作法律，正好就是普通法院法官的職責，而且實際掌握足夠案例的普通法院法官，才能比較精準地預測系爭規定構成要件的操作效果。

究竟採取合憲限縮解釋的可能條件是什麼？從實務的經驗所能知悉的是：難以掌握。也就是確立一個標準縱使不是不可能，也是非常不容易。因為不只是標準不容易找到，邏輯常識更告訴我們，再好的標準都可能在個案中被濫用，本席也只能就本件解釋的個案來檢視合憲性限縮解釋在本件中的價值。就明白而清楚的立法意旨而言，本件合憲性限縮的解釋的確不符合立法的意旨，但是就目前國

內的立法環境而言，如果就本件解釋作成違憲解釋，等待立法者在時程上加緊處理，似乎不太能夠期待，這不管能不能成為一個標準，卻會是釋憲機關採取合憲限縮解釋最強的一個藉口，而有機會成為一個採取合憲性限縮解釋政策的條件。本席姑且稱之為合憲性限縮解釋的外在條件。

採取合憲性限縮解釋當然需要有一個存在於解釋客體的客觀解釋可能性，這個可能性應該存在於系爭規定構成要件的描述方法當中。以本件聲請為例，系爭規定的所謂促使人為性交易，雖然沒有明白限縮為兒童及少年，但是在兒少條例的立法目的脈絡之下，因為人可以涵蓋的範圍夠廣，進行目的限縮解釋相對容易。換言之，法律概念的多義性、構成要件明確性較低，皆有利於合憲性限縮解釋，這或許可以稱為合憲性限縮解釋的內在條件。

除了上述這些可以表面化的或隱藏的理由之外，釋憲實務上還可能存在一個促成合憲限縮解釋的動機：避免聲請人尋求特別救濟的機會。這個動機當然不能讓合憲限縮解釋正當化，它和滿足權力慾望一樣，都是最危險、卻最有驅動力的理由，他們應該歸類為合憲性限縮解釋的消極條件。

就前述兩個積極內在及外在條件而言，多數意見在本件聲請選擇合憲性限縮解釋，確有便利之處，但是就系爭規定的法定刑而言，並非透過合憲性限縮解釋可以處理，因為法定刑的調整，取決於相類犯罪構成要件態樣的設計，本件聲請系爭規定應該屬於一個犯罪構成要件類型家族，必須在相屬的犯罪構成要件類型家族中，才可能找到適當的刑罰高度，例如性交易的可罰性，包括成年人與兒童及少年性交易；兒童及少年的性交易與與幼年男女性交罪的區隔；傳布性資訊與性交易資訊的區隔，包括不同傳布對象的區隔、不同傳布方法的區隔等等。因為規範的不完備，使得合憲性限縮的解釋方法不可能處理法定刑違反比例原則的問題，這並不是實害犯與危險犯難以比較、無從比較的問題，而是只有立法者全盤重新規劃，才能解決的問題，因此採取合憲性限縮解釋並不是解決本件聲請系爭規定所涉違憲疑義的適當方法，這也是本意見書之所以必須部分不同的根本原因。

註一：參見謝啟大委員等三十人提案之立法理由，立法院公報 86 卷 46 期，頁 111。

註二：Schroder, Abstrakte-konkrete Gefährdungsdelikte, JZ 1967, 522 ff.; ders., Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 (1969), 7 ff.

註三：本席曾經翻譯為適格犯。

註四：許玉秀，無用的抽象具體危險犯，台灣本土法學雜誌第 8 期，2000 年 3 月，頁 88。

註五：Roxin, Strafrecht AT14, 2006, 11/127; Schunemann 著，鍾豪峰、彭文茂

合譯，批判德國刑法思潮，收錄於許玉秀、陳志輝合編，不移不惑獻身法與正義－許迺曼教授刑事法論集，春風煦日論壇刑事法叢書系列 9-1，2006 年 12 月，頁 71 以下。

註六：Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 17.

不同意見書

大法官 林子儀

緣聲請人蕭○煒、高○洋、姜○○為違反兒童及少年性交易防制條例案件，王○傑為妨害風化案件，認確定終局判決所適用之兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定有牴觸憲法第十一條及第二十三條等規定之疑義，分別先後向本院提出解釋憲法之聲請；另臺灣高雄少年法院法官何明晃為審理兒童及少年性交易防制條例案件，亦認其所應適用之兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定有相同牴觸憲法之疑義，乃聲請本院解釋憲法。本院大法官茲就上開聲請案件併案審查系爭規定有無違反上開憲法規定之意旨，而作成本號解釋。

多數意見以目的限縮解釋之方法，將系爭規定適用之範圍予以限縮，而認系爭規定尚無與憲法牴觸。然本席認為系爭規定即使採取目的限縮之解釋方法限縮該條適用之範圍，系爭規定仍不符憲法第二十三條之比例原則，牴觸憲法保障言論自由之意旨，而屬違憲之規定。爰提不同意見書如下：

一、兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定之目的與實際執行產生落差現象之檢討

維護兒童及少年身心健康與發展健全人格之機會，為國家對國民之基本保護義務。保護兒童及少年免於從事任何非法之性活動，更為普世價值之基本人權，國家應有積極建立制度之保護義務。兒童及少年性交易防制條例係為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件而制定（同條例第一條參照），對於維護兒童及少年身心健全發展與基本權利之維護，誠屬重要規範。而同條例第二十九條規定：「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」其立法意旨係在阻斷兒童及少年接收以性作為交易客體之訊息，進而防制兒童及少年性交易的發生。係為維護重大法益所制定，目的自屬正當，而毋庸細究。本案所爭議者，乃在該條規定之手段（包括經由法定構成要件所規範禁止之行為與對其之處罰）是否因規範過廣而將不應予以處罰之行為予以處罰，是否因對違反本條規定者之處罰過重，而不符憲法第二十三條規定之比例原則。

本案聲請人之一，何明晃法官為臺灣高雄少年法院法官，以保護兒童及少年為職責，如從目前我國現實社會仍有雛妓存在之事實，兒童及少年遭性剝削之情形嚴重，從儘可能讓系爭規定發揮保護兒童及少年之功能著眼，應會支持系爭規

定之手段才是。何以其仍主張系爭規定違憲，而聲請本院解釋，自有深究之必要。何明晃法官於其聲請書中，從實務運作結果分析，系爭規定含有諸多規範上之疑義，包括：（1）系爭規定立意雖善，然因刑法規定有其特性與限制，若未謹慎使用，將反受其害，未必能夠達成立法目的。（2）由於系爭規定之立法技術不當，間接導致許多員警動輒運用公權力，專注在網路聊天室或網站中，以守株待兔或引誘方式，將一時好奇之訊息張貼者加以逮捕、移送，其中不乏涉世未深之少年，而真正有意規避者，則往往逍遙法外，長此以往，反使犯罪偵查發生排擠作用，對於社會秩序之維護助益有限。（3）司法實務對此類案件多判處短期自由刑，再予易科罰金或給予緩刑之宣告，如此，短期自由刑之流弊亦伴隨而至。（4）系爭規定有違反憲法上之比例原則，及牴觸憲法所保障之言論自由等（註一）。

上述質疑之部分原因應係屬執行不當或解釋適用法律不當所生之問題，諸如警察業績考核制度所造就之執法文化，或者法院於具體適用系爭規定之際，僅著眼於客觀構成要件之合致，未能衡諸系爭條例之整體立法意旨而為判決等因素。凡此，當非司法釋憲者所能管轄及解決之問題。惟若係因法律規定不明確所致，則本案應予重視並予審查。

且若由違反系爭規定案件裁判結果之實際統計數據來看（註二），不僅以該法處罰以營利為目的而媒介性交易之案件數極低（註三），絕大多數的案件所處罰之對象僅止於單純刊登訊息之行為，且判決有罪案件中，宣告六個月以下有期徒刑者為最大宗，大多又得易科罰金及同時宣告緩刑（註四），司法實務運作結果的確相當程度地反映了如前開何明晃法官所言之系爭規定本身之缺陷，亦即立法者對於系爭條文所規範之行為而給予的評價（五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金），並未獲法院實務之認同，二者之間存有極大的落差；而伴隨著大量短期自由刑的宣告，刑罰之威嚴亦有減損之可能與危險。而法院實務所以會對此類案件多判處短期自由刑，再予易科罰金或給予緩刑之宣告，應係法官認系爭規定所規定之刑罰與實際違反該條規定行為之處罰，並不相當所致。而刑、責之不相當，即與憲法第二十三條所規定之比例原則有違，而有違憲之可能。

二、多數意見雖以目的限縮解釋之方法，將系爭規定適用之範圍予以限縮，系爭規定仍不符憲法第二十三條之比例原則，而與憲法保障言論自由之意旨有所牴觸

多數意見認系爭規定以目的限縮解釋之方法，將系爭規定適用之範圍予以限縮，系爭規定即不牴觸憲法。故多數意見主張「行為人所傳布之訊息如非以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人者，即不屬該條規定規範之範圍。」然本席認為系爭規定即使採取目的限縮之解釋方法限縮該條適用之範圍，系爭規定仍不符憲法第

二十三條之比例原則，牴觸憲法保障言論自由之意旨，而屬違憲之規定。

- (一) 多數意見雖採目的限縮之解釋方法，限縮系爭規定之適用範圍，惟其解釋並未減少對言論自由之限制

按系爭規定之文字內容為「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」暫且不論該條規定是否符合法律明確性原則，亦不論立法者立法技術是否妥當，就該條文義解釋，其所擬規範者係任何人以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以促使人為性交易之訊息之行為；條文規定之「引誘、媒介、暗示」均屬立法者就所欲規範之「促使」人為性交易之行為態樣例示。而多數意見認該條係「以科處刑罰之方式，限制人民傳布任何以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容之訊息，或向兒童少年或不特定年齡之多數人，傳布足以促使一般人為性交易之訊息」。是依其解釋，系爭規定在規範以下三種類型之言論或行為：（1）傳布任何以兒童及少年性交易為內容之訊息；（2）促使兒童及少年為性交易為內容之訊息；及（3）向兒童少年或不特定年齡之多數人，傳布足以促使一般人為性交易之訊息。準此，則於上述第一種類型言論之情形，多數意見應認為任何人只要「傳布任何以兒童及少年性交易為內容之訊息」，即屬足以促使人為性交易之訊息，而得以系爭規定處罰之。

惟以兒童及少年性交易為內容之訊息，與足以促使一般人為性交易之間並不具有必然性，若未同時強調該訊息尚須係「足以使人為性交易」者，則依據多數意見解釋之結果，系爭規定之規範範圍即有過廣之嫌。雖然多數意見於解釋理由書中，言及「其他描述性交易或有關性交易研究之言論，並非直接促使人為性交或猥褻行為，無論是否因而獲取經濟利益，皆不屬於促使人為性交易之訊息，自不在兒童及少年性交易防制條例第二十九條規範之範圍」，然其意旨並非清楚。即使所言之「其他描述性交易或有關性交易研究之言論」，包括描述兒童及少年性交易或有關兒童及少年性交易研究之言論在內，仍有相當多其他類型言論並未在排除於不適用系爭規定之範圍，例如文學、政治主張等類型（註五）。是多數意見對系爭條文之解釋，因認「以兒童及少年性交易為內容之訊息」屬系爭規定所規範之範圍，凡符合此一要件者，不論是否引起促使人為性交易之危險，即構成系爭規定處罰之對象，則其結果無疑反而擴大對言論自由之限制，並違反憲法保障言論自由之意旨（註六）。

- (二) 系爭規定雖經多數意見採目的限縮之解釋方法，限縮其適用範圍，仍不符法律明確性原則

基於法治原則，涉及限制人民權利之法律，應符合法律明確性原則，以確

保法律具有預先告知之要件，使受規範者對法律有預見可能性。而刑罰係以國家強制力為後盾，且動輒剝奪人民生命、自由及財產權利之制裁手段，自應以嚴格之標準要求其規範內容之明確性，此即「罪刑法定主義」作為刑法規範基本原則之根本意義所在，本院釋字第五二二號解釋對此已有明確闡釋（註七）。

系爭規定雖經多數意見限縮其適用範圍，惟其規定仍以「足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易」為構成要件，其中所謂「『足以』引誘、媒介、暗示」與「促使」等語，係立法者基於社會生活事實複雜性與立法技術之考量，而運用不確定法律概念作為規範方式。惟不確定法律概念之使用，須符合意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認等要求，始與法律明確性原則無違。此係本院一向之見解，迭經解釋在案。從文義解釋而言，系爭條文中「引誘、媒介、暗示」皆係達成「促使」之手段類型，因此，系爭規定所欲規範之行為，係傳布足以促使人為性交易之訊息。然而，所謂「足以促使」之意涵究何所指，有無客觀、一致之認定標準，不僅一般人難以明確掌握，即使司法實務亦常有將凡與性交易可能有關之言論，即認係屬於「足以引誘、媒介、暗示」而促使人為性交易之言論，而以系爭規定予以處罰之例，致人民有關性交易言論動輒得咎。是依系爭規定，何種與性交易有關之言論屬該規定所規範之範圍，非受規範者所得具體預見，不符法律明確性原則。且司法實務對於構成要件合致之解釋寬嚴不一，雖未必有執法不公或濫權之情事，仍徒增法官在認事用法上的分歧與困擾。

法律明確性之要求同時亦在維護法律之安定性，並防止執法者恣意曲解法律而有執法不公之濫權情形，此亦為正當法律程序所要求。若法律規定不夠明確，最顯而易見之後果即為漫無標準之執法。

從本件釋憲聲請書中所提出之分析，可以發現系爭規定確已在實務運作上出現任意性執法之流弊，致受處罰者多為涉世未深之少年，而專業之色情業者，卻往往逍遙法外。此等流弊，乃基層執法單位為求表面成效選擇性執法之後果。而該條之文義不清，正是助長此等現象之主因之一。而法院實務對此類案件多判處短期自由刑，再予易科罰金或緩刑宣告之現象，亦顯示法院即使對被告之行為是否應科與刑罰有所懷疑，卻礙於系爭條文之涵攝範圍寬廣，故以輕刑之方式處理。是從實務執行情形，即可佐證系爭規定不符法律明確性原則，而屬違憲之規定。

又若欲以法律限制言論自由，則尚須慮及對於公民社會一般言論所造成之效果。網際網路之開放特性，早已使其成為一般庶民對公眾事務發言之最佳管道，原為民主社會不可多得之言論平台。但正因其開放之特性，使言論之發生原點與最終之接受者之間，存在多元且多層次之中介傳播者，例如學校之各級

單位，網路聊天室之站長、室長，討論區之站長、版主等等。此等中介傳播者多數不僅缺乏法律專業知識，亦無傳統媒體編審人員之經驗。則在從事司法實務之人業已對系爭條文之解釋發生強烈疑義之際，又如何期待上述中介傳播者得以毫無刑責相繩可能之疑慮，而不進行過度之言論監控？此等寒蟬效應，有悖於健全言論自由發展之精神，實非吾人所樂見。

（三）系爭規定雖經多數意見以目的限縮之解釋方法，限縮其適用範圍，於法律規範之體系正義，仍有未符

刑罰係國家最嚴峻的權力作用，因而不免具有制裁、嚇阻犯罪之形象，惟刑罰本身並非即為目的，刑法第一要義不在於炫示其威嚴，而在彰顯法律所承認並加以保護的利益。法益之保護才是刑法存在目的，就侵害法益行為予以處罰，刑罰始具正當性（註八）。惟對侵害法益行為之刑度，應依法益受侵害程度之差異而有區別；故刑法規範應以法益侵害之密度為基準，對侵害法益之行為給予適當之評價。是就兒童及少年性交易防制條例之規範體系而言，第二十二條至第二十八條規定之要件包括對未滿十六歲或未滿十八歲之人為性交易、性交或猥褻之行為，在文義解釋上，該等規定均係針對侵害未滿十六歲或未滿十八歲之個人利益而為處罰，為保護個人法益之刑罰規定；但系爭第二十九條規定之要件並無年齡身分上的限制，從此一差異性出發，明顯得知系爭規定所欲規範者，並非侵害特定兒童或少年個人利益之行為，而是助長性交易風氣之行為，將對不特定兒童及少年之個人利益造成侵害之危險（註九）。立法者就系爭規定所欲防範之危險，規定了五年以下有期徒刑、得併科新臺幣一百萬元以下罰金之刑度；然若將之與同條例第二十二條所規定之與兒童少年性交易實害犯相較，該條第二項規定十八歲以上之人與十六歲以上、未滿十八歲之人為性交易者，處一年以下有期徒刑、拘役或新臺幣十萬元以下罰金，二者相較，明顯可知系爭規定之刑度遠高於前開第二十二條第二項規定。因刑度規定與法益侵害程度實為一體兩面的關係，於上開規定，立法者所為法益侵害及行為評價之權衡，顯係認為形成危險比發生實害更具有法益侵害性，致於處罰規定有如此之評價。其結果法益衡平考量上輕重失序，有違體系正義（註十）。是以，即便多數意見以目的限縮之解釋方法，限縮系爭規定之適用範圍，但仍無法解決系爭規定在法益保護上之不均衡，以及所形成之個別立法與整體法律體系規範間之衝突，若要嚴格貫徹立法者在系爭規定所預設之行為評價，勢必將造成因法益權衡失序所導致之不平等現象（註十一）。

（四）在目前可行的資訊科技下，為阻斷兒童及少年接收以性交易為內容之訊息，不分傳布媒介之特性或類型，一律以刑罰處罰及限制人民傳布任何以兒童及少年性交易或促使其為性交易內容之訊息，並非合於憲法第二十三條比例原則之侵害較少之必要手段

系爭規定之立法目的係在阻斷兒童及少年接收以性作為交易客體之訊息，進而防制兒童及少年性交易的發生。惟兒童與少年之所以會認知性交易之存在，並非僅有系爭規定所擬禁止之表意行為一途。故以系爭規定處罰禁止該表意行為，並無法完全阻斷兒童及少年接收以性作為交易客體之訊息。況以阻斷兒童及少年接收以性作為交易客體之訊息，作為防制兒童及少年性交易發生之手段，係採取使其無知之消極方法，彷彿只有置兒童及少年於完全摒除以性交易為內容之訊息的無毒無菌空間，才可使兒童及少年在性心理、性觀念上的成熟度獲得建立。再者，兒童及少年對於性觀念的認知程度，隨年齡、個別心智發展狀況而有不同，對於以性交易為內容之訊息的理解及可能所受影響亦然，但系爭規定並未慮及此一差異性，而將全體兒童及少年劃一看待。是以立法者於系爭規定所採手段，並非適當之治標手段，更遑論屬於治本之方法。即使認為立法者對於達成目的之手段，應採取積極教育或消極防止之方法，司法釋憲者原則上不應質疑其合憲性；惟肯認立法者得採取消極防止之手段，仍須符合憲法第二十三條規定之比例原則。

姑且不論系爭規定所為刑、責不相當之規範，不符比例原則之要求，就手段而言，在目前可行的資訊科技下，為阻斷兒童及少年接收以性交易為內容之訊息，對於傳布媒介之特性或類型不加以區分，一律以刑罰處罰及限制人民傳布任何以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容之訊息，亦非合於憲法第二十三條比例原則之侵害較少之必要手段。多數意見於解釋文末段言及「電子訊號、電腦網路與廣告物、出版品、廣播、電視等其他媒體之資訊取得方式尚有不同，如衡酌科技之發展可嚴格區分其閱聽對象，應由主管機關建立分級管理制度，以符比例原則之要求」。是多數意見對於利用電子訊號或電腦網路散布或取得以性交易為內容之訊息，應與利用傳統媒介散布或取得者，異其管制方式，已有認識。且依多數意見之解釋，若目前科技發展，已有可行之資訊科技，得以防止兒童及少年經由電腦網路接收或取得以性交易為內容之訊息，而不須採取以刑罰處罰之方法直接禁止使用電腦網路散布以性交易為內容之訊息時，立法者即須檢討修正目前規定所採取之手段，否則即有違比例原則之可能。多數意見此種見解，本席完全支持。惟本席與多數意見不同者即在，目前可行之資訊科技是否已達系爭規定必須作檢討修正之程度，有不同之認識。

本席認為依目前可行之資訊科技，就電腦網路的使用而言，已經存有不必採取以刑罰處罰方法禁止散布以性交易為內容之訊息，仍能防止兒童及少年接收或取得該類訊息之方法。例如政府已推動網站與電腦遊戲內容分級制度，家長、學校可藉由具內容過濾與辨識功能之軟硬體設備，代兒童及少年選擇適宜其接收之網路資訊；又如透過數位憑證與個人身分資料庫的結合，可使網站或資訊論壇的經營管理者確認參與者之身分，藉以建構會員制模式，而非不特定

人所能任意進出之封閉型訊息交換平台，如此可阻絕兒童及少年因加入該平台而接觸到不適宜其年齡的資訊。以上僅略舉二例，均為現行資訊科技已證明確實可行之方案，即可有效地防止兒童及少年接收或取得以性交易為內容之訊息。故就電腦網路的使用而言，既存有侵害較小手段可供選擇，則採取系爭規定所選擇之手段即非符合比例原則之必要手段。

目前電腦網路之利用已相當普及，其低成本之特性，利用電腦網路而傳布或接收以性交易為內容之訊息，已成為主要態樣。於此情形，即應定期要求立法者檢討修正系爭規定，妥善利用現有之資訊科技擬定侵害較小之手段，方屬正途。而立法者為有效管理兒童及少年接收或取得以性交易為內容之訊息，實際要如何結合與運用目前已存之資訊科技，作為管制之手段，亦須審慎為之，以避免利用科技所可能引致侵害人民基本權利之弊。

又多數意見主張「檢察官以行為人違反上開法律規定而對之起訴所舉證之事實，行為人如抗辯爭執其不真實，並證明其所傳布之訊息，並非以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人者，即不具有使兒童及少年為性交易對象之危險，自不屬該條規定規範之範圍。」是否違反無罪推定原則，本席贊同許宗力大法官部分協同部分不同意見書就此部分所表示之意見，併此指明。

註一：請參見何明晃法官聲請釋憲書，「壹、聲請解釋憲法之目的」。在此段文字中，何法官並引用其聲請書之附件中，之附件一：臺灣高雄少年法院九十年度～九十二年度（一月至十二月）、九十三年度（一月至十月）因違反兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定，經警方移送之少調字案件裁判結果統計表、與附件二：臺灣高雄地方法院九十二年度（一月至十二月）、九十三年度（一月至九月）因違反兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定遭起訴之裁判案號、判決結果（判決主文）統計表，以為其論述之佐證。又何明晃法官聲請書，同時亦主張系爭規定牴觸憲法所保障之工作權而違憲。惟其就該部分之論述，僅簡略言及系爭規定間接造成人民工作權或職業自由之限制，尚難謂已提出客觀上形成確信系爭規定為違憲之具體理由，無從為實體審查，多數意見因此就該部分即未予審理。

註二：因時間短促，本席僅能以所蒐集之 94 年度與 95 年度之案件統計為例。

註三：95 年度臺北地方法院判決違反系爭規定之有罪案件共 125 件，其中以該方法媒介性交易而營利之案件僅有 1 件，同年度桃園地方法院有罪案件為 112 件，其中媒介性交易而營利之案件為 4 件。

註四：94 至 95 年間全國地方法院刑事第一審違反系爭規定之裁判結果統計如下（資料來源：本院統計處）：

單位：人

		被 告 人 數														
		科 刑								無 罪	免 訴	不 受 理	管 轄 錯 誤	通 緝 回 國	撤 回 公 訴	駁 回 公 訴
		有 期 徒 刑						拘 罰								
		小 計						6 月 以 下	逾 6 月 至 1 年 以 下	逾 1 年 至 2 年 以 下	逾 2 年 以 上					
年 別	總 計	計														
94	702	656	652	643	5	4	4	0	21	6	2	3	10	2	0	
95	802	765	762	753	7	2	3	0	26	2	1	2	3	2	1	

[illegible]

+	+	+	+
	1	384	648
+	+	+	+
	0	380	754
+	+	+	+

註五：例如肯認十六歲以上之人即應有決定是否從事性交易之自由、主張兒童及少年性交易應予合法化之政治主張，或如以兒童及少年性交易為內容之小說或藝術創作等。

註六：憲法保障言論自由之目的之一，即在允許人民得以經由自由之言論，對現行制度提出批評檢討，進而獲取社會多數支持，俾能以符合民主程序之方式，達到變革之目標。如有主張兒童及少年性交易應予合法化之言論或主張，雖與目前法律規範者不符，其主張與直接促使人（包括兒童及少年）性交易之言論仍有不同，應給予表達及促成公眾討論之空間。

又多數意見於解釋理由書中謂：「惟檢察官以行為人違反上開法律規定而對之起訴所舉證之事實，行為人如抗辯爭執其不真實，並證明其所傳布之訊息，並非以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人者，即不具有使兒童及少年為性交易對象之危險，自不屬該條規定規範之範圍。」僅排除傳布非以兒童及少年性交易為內容之訊息，且已採取必要隔絕措施，使兒童及少年無以接收該訊息之情形，是傳布以兒童及少年性交易為內容之訊息者，其仍無法透過證明並無促使他人為性交易之主觀意圖，或證明傳布該等訊息並不會造成促使他人為性交易之危險，而免於系爭規定之刑罰。如此，亦與系爭規定文義解釋及立法意旨不符。

註七：參見本院釋字第六一七號解釋，本席所提之部分不同意見書，有關檢討法律明確性原則之部分。

註八：參見蘇俊雄，《刑法總論 I》，1998 年 3 月修正再版，頁 5-6。

註九：參見黃榮堅，〈今夜你寂寞嗎？〉，月旦法學雜誌第 42 期，1998 年 11 月，頁 18-19。

註十：又以刑法第二百三十一條之規定為例，該條規定：「意圖使男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介以營利者，處五年以下有期徒刑，得併科十萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。」該條規定所適用之範圍係以結果發生為必要，然而系爭規定之法定有期徒刑刑度卻與之相同，甚至併科罰金之金額亦為該條規定之十倍。

註十一：系爭規定於實務運作上大多皆以重罪輕判的結果收場，以 94 及 95 年度全

國地方法院刑事第一審違反系爭規定案件之裁判結果為例，判決科處有期徒刑六月以下者，佔宣告有罪案件之 99 % 以上，最重亦未有宣告逾二年以上之有期徒刑者（請參見前揭註 4 之統計資料）。換言之，絕大多數承審法官均認為此類案件並不足以科處二年以上之徒刑，更遑論五年有期徒刑之法定刑度。而法官之普遍判斷情形實際上反映了均衡考量法益侵害性之結果，也證明了立法者於系爭規定所為之評價實與體系正義有間。

抄蕭○煒聲請書

茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條第一項之規定，聲請解釋憲法，並將有關事項說明如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

請求解釋臺灣板橋地方法院九十年簡上字第一五三號刑事確定判決所適用之兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定牴觸憲法。

貳、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

一、疑義之性質與經過：

（一）緣聲請人蕭○煒涉嫌於民國（下同）九十年三月十八日下午，在其台北縣中○路○巷○號○樓住處，以家中之電腦，在奇摩網站

<http://tngs.hypermart.net//friend/friend.cgi?action=click&number=2683> 刊台灣新世紀同志交友站，化名小明，刊登「173/62/18y 援助我、住新店、短髮、內雙眼、無誠勿試 0919954526」之足以引誘人為性交易之訊息，引誘上網瀏覽之不特定人，以前開訊息內所登載之電話與其聯繫進行性交易，嗣於同年三月二十三日下午四時許，為警在台北縣新店市北新路二段一五○號前查獲，並扣得其所有之行動電話 0919954526 號晶片卡乙張。案經台北縣警察局樹林分局報請臺灣板橋地方法院檢察署檢察官偵查起訴，經臺灣板橋地方法院檢察署以違反兒童及少年性交易防制條例（以下簡稱本條例）第二十九條罪嫌（以下簡稱系爭條文），向臺灣板橋地方法院聲請簡易處刑判決（臺灣板橋地方法院檢察署九十年偵字第六四○一號），經臺灣板橋地方法院審理認聲請人觸犯系爭條文，判處聲請人有期徒刑？月（九十三年度訴字第二三五號）。案經上訴，臺灣板橋地方法院審理後亦為相同之認定，駁回聲請人之上訴（九十年簡上字第一五三號），聲請人遂因違反系爭條文而遭判處有期徒刑○月確定。

按司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者」得聲請解釋憲法，聲請人經向臺灣板橋地方法院提起上訴遭駁回確定後，就其所遭受侵害之權利

，已依法用盡救濟途徑，爰依本條向鈞院聲請解釋憲法，以保障聲請人受憲法保障之權益。

(二) 系爭條文之立法沿革及爭議性質：

本件起訴罪名即系爭條文規定(89 年 11 月 8 日修正)：「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」。上開現行法規定與八十四年八月十一日舊法該條：「利用宣傳品、出版品、廣播電視或其他媒體刊登或播送廣告、引誘、媒介、暗示或以他法使人為性交易者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科一百萬元以下罰金」之規定，在構成要件及法律效果上有下述重大之差異：

(1) 犯罪方法增加以「電子訊號」、「電腦網路」散布、播送者。

(2) 不採結果犯：

因實務上在適用舊法第二十九條案件，解釋「使人為性交易」之構成要件時，多數意見認以發生性交易結果為必要(最高法院八十七年刑庭決議採丑說)，立法院乃於八十九年修法時修改該句條文為「促使人為性交易之訊息」者，明示不採實務上之「結果犯說」，亦即祇須行為上「足以……促使人為性交易」者，即構成該條罪名，不以有無實際發生性交易結果為必要(參見附件二)。

(3) 刑度降低：

舊法處一年以上七年以下有期徒刑部分，新法修降為五年以下有期徒刑。

二、涉及之憲法條文：

系爭條文修法增加以電腦網路為散布、播送方法，並將該罪自結果犯修改為即成犯後，引起是否侵害言論自由等基本權利之違憲爭議。聲請人認系爭條文已涉及牴觸憲法第七、十一及二十三條之嫌，違反比例原則及法治國原則，發生有牴觸憲法之疑義。

□、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持立場與見解

一、系爭條文違反憲法第十一條言論自由保障條款：

(一) 按憲法第十一條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由」，司法院釋字第 509 號解釋並進一步闡釋：「言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見，追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮」，而該號解釋蘇俊雄大法官之協同意見書更指出：「言論自由既攸關人性尊嚴，此項憲法核心價值的實現，在多元社會的法秩序理解下，國家原則上理應儘量確保人民能在開放的規範環境中，發表言論，不得對其內容設置所謂『正統』的價值標準而加以監督。」

從而針對言論自由本身對人類社會所造成的好、壞、善、惡的評價，應盡量讓言論市場自行節制，俾維持社會價值層出不窮的活力」。

(二) 基於以上對憲法保障言論自由的核心價值理念，聲請人認系爭條文使人「因言獲罪」，確有牴觸憲法保障人民言論自由之虞：

1、「性交易」的社會容許性問題，牽涉高度的道德判斷，在法律規範層面對「賣春行為」或「性工作者」的評價，不必然是採「禁絕政策」，反而通常是有條件承認其合法性（如公娼制度），即令現行法如社會秩序維護法第八十條對賣淫者加以非難，亦僅以賣淫者或拉客之人為處罰對象，且其法律效果為拘留或罰鍰之非刑罰手段，而對買淫之人則無任何處罰，此即所謂「罰娼不罰嫖」。在社會對「性交易」的道德容許性猶有爭議，而刑法或社會秩序維護法就此爭議問題亦採低度規範的情形下，系爭條文似乎急於對此一道德爭議問題，藉由法律強制方法定於一尊，且既有刑法或行政秩序法之規範意旨均僅以實際上有性交易行為存在為其處罰要件，而系爭條文竟將之擴大至「言論」層面（刑罰前置化），再加以「暗示」、「引誘」等不確定法律概念相繩，既不問行為人之主觀意圖為何（開玩笑、學術研究、好奇心、社會調查……等均非所問）？也不問所謂傳播之性交易訊息事實上有無回應（例如在網路上回覆訊息）？有無受害人？而所要約之「性交易對象」是否為未成年人亦所不論？造成新法規定擴大化、肥大化之異象。該法實施以來，在主管機關制定「檢察機關偵辦違反兒童及少年性交易防制條例刑事案件獎懲辦法」（參見附件三）的激勵下，檢警人員頻頻於網路出擊，釣魚辦案之爭議層出不窮，而移送違反系爭條文之案件亦節節高升（參見附件四），系爭條文不啻已成為現代網路文字獄的製造機。

2、如前所述，系爭條文造成法律體系上「罰言論，不罰行為」的錯謬現象，且執法者在「業績」的考量下，冠冕堂皇扮演起媒介平台檢查者的角色，大開人權倒車而不自知，已嚴重損害人權立國的國際形象。蓋「性交易」在道德上的對錯問題，本應由言論市場決定，法律上或許可以基於禁止「性剝削」或保護兒童與少年身心發展，而對此具體法益保護予以設限及規範，但畢竟要以有發生侵害具體法益之行為或結果為必要，若謂有人在理念上是無條件支持「性交易」（不論是道德上或法律上），就會有構成犯罪之虞，則豈不是要以公權力壟斷或獨占「性議題」的討論空間？又豈不是藉此刑罰手段來壓縮性自主表達的言論自由？凡此可知系爭條文使人「因言獲罪」，並未能保障任何具體值得保護的法益，其因果關係亦難以建立，對於援助交際，以妨害風化作為論罪的理由，恐怕只是人們在為自己性觀念上的自我奴役尋找維護尊嚴的藉口，未能符合最低限度的利益衡平



原則（參見附件五），反而斷喪人民表達意見，實現自我的言論自由。

- 3、亦即吾人認為網路援交問題，性交易主體如涉及兒童或少年者，為避免其因不當的性觀念影響，法律雖有權介入干涉，但管制對象應有所選擇，不應以言論的表達即作為刑事科刑之手段，只罰言論，不罰行為，甚至連「暗示性交易」的偏離客觀標準的不確定法律概念，也予以羅織入罪，顯示政府極端高壓的言論管制模式，顯然已侵害人民依憲法所受保障之言論自由權。
- 4、本條不符危險犯性質：立法者將網際網路視為危害社會秩序的洪水猛獸，粗率將「引誘、媒介或暗示之訊息」列為刑罰處罰對象，不採結果犯。此是否符合危險犯性質，存有疑問。蓋刑法上就「預備犯」之處罰亦限於行為本身已經具有相當的危險性，有難以控制、支配的趨向，並且與犯罪構成要件有密切的關係，處罰散布、播送或刊登訊息之行為似乎比刑法上處罰故意犯罪行為之陰謀階段，還要更甚為前置。故本條例第二十九條顯有違憲之處（參見附件六）。

（三）就比較法觀點：美國聯邦最高法院曾一再強調，政府限制未成年人可取得之資訊，以達到保護未成年人身心健康之目的時，應採取對於成年人之言論自由限制或資訊取得限制最少之規制手段，而且必須通過立法用語明確以及涵蓋範圍適當之檢驗，否則即被判定為違憲（參見附件七）。

- 1、美國有各種可以讓父母師長自行決定用那種適合自己所要保護的未成年人身心成熟度的過濾軟體供參考的現狀。
- 2、美國聯邦最高法院就網路內容強制分級和過濾的做法，至今仍堅持「政府未採取侵害最小且最為可行的管制措施」因而構成違憲的態度，建立對言論自由的核心價值理念。
- 3、美國法院在審查政府立法或管制措施是否合憲時，必須先審查該政府立法或管制措施所追求的管制目的或者政府利益（government interest）是否非常重要而具有重大急迫（compelling）利益的性質，其次則是審查其所採取的具體管制手段是否為必要且侵害最小之管制手段。由於此嚴格審查的標準，自美國法院判決歷史觀察，只要法院選擇嚴格適用嚴格審查基準，幾乎所有被審查的政府立法與管制措施均難逃被宣告違憲的命運。
- 4、歐洲則採取鼓勵業者自律模式，鼓勵使用者自行篩選內容，俾符言論價值意涵。
- 5、參考上述外國法例，我國立法者顯然過度規範。蓋國家倘若要對言論內容進行管制，尤其對網際網路所出現的「援交訊息」進行管制，不免阻礙言論自由保障的功能，縱使將援交訊息定義為低價值的猥褻性言論，仍然只有在猥褻性言論足以明顯產生或造成對兒童或少年身心上對性觀念有急迫

或立即的社會失序時，方得禁止，現行兒少條例第二十九條顯然不符合此標準。何況，現行法是否有利於遏阻或減少網路色情或網路援助交際的發生，仍有疑問的前提下，謹請爰引美國司法審查之標準，宣告本條文違憲。

二、系爭條文違反憲法第七條平等原則及體系正義原則：

- (一) 按憲法第七條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，此一平等原則之規定立法、行政、司法各權應均受其拘束。再者，立法者於個別立法時尚須注意既有法律體系間之平衡與平等問題，避免因規範衝突而生不平等情形，法律是否符合體系正義應係憲法第七條平等原則檢驗標準之一。
- (二) 系爭條文規定散布或傳播足以促使人為性交易之訊息者即構成犯罪，但對未以散布或傳播為方法而實際發生性交易之行為人，反而在既有法律規範體系中對之不加處罰。系爭條文的立法造成一種荒謬的不平等現象－「嘴巴講的成罪，實際行動者卻不處罰」。其與刑法第二百三十一、二百三十一之一條之妨害風化罪及社會秩序維護法第八十條第一項第二款妨害善良風俗之處罰均以處罰有行為結果為必要，大異其趣，甚至空有言論而無行為之人，其所受之處罰又重於「意圖賣淫或媒合賣淫而拉客者」，造成不同法律體系中對法益保護的輕重失衡，違反體系正義與憲法第七條平等原則，應堪認定。

三、系爭條文違反憲法第二十三條比例原則及罪刑法定原則中的「明確性原則」：

- (一) 按憲法第二十三條規定揭櫫法律保留原則與比例原則，憲法所保障之基本權利，原則上不得以法律限制之，除非是該條所列舉事由且屬「必要」者，始得以法律限制之。比例原則要求行政、立法及司法行為，其所採手段與其所欲達成之目的間，要有合理的比例關係，手段與目的間不得不成比例或不相當，其內涵包括適當性原則、最小侵害原則及狹義比例原則等，大法官亦迭著多號解釋闡明。
- (二) 比例原則在刑事立法上可導出「法益保護原則」，亦即立法者欲將某行為予以「入罪化」時，應考慮其欲保護之法律利益為何？以及其所採之手段是否適當？是否相當？刑罰之最後手段性正是比例原則的一種呈現。系爭條文所規範的範圍擴及對成年人的性交易訊息的散播，其法益保護與本條例已難調適切（本條例立法目的原係為保護兒童與少年，並不及成年人），且禁止為促使人為性交易訊息之散播，而又不以實際上有發生具體性交易行為為必要，則其要保護的顯非特定之具體法益，無寧是基於所謂「善良風俗」的考量，而以刑罰的強烈手段，禁止散播違反善良風俗的言論或意見（支持性交易是否違反善良風俗猶有爭議），豈非法律管制過度？其真能達到所欲管制言論之目的（適當性原則）？將散播違反善良風俗言論者以「罪犯」視之，能謂侵害最小？投入龐大

的檢警資源偵辦網路援交，果已發生杜絕性交易之立法目的？網路色情有因此而收斂，或者反而更加蓬勃？如此以刑罰管制網路言論的必要性與有效性，當然令人質疑其手段與目的間不成比例。

- (三) 特別是，以法律規範管制的手段，選擇以刑事制裁處罰時，尤應考慮到手段的必要性（刑罰謙抑思想），以美國為例，現行法分級制度要求一九九八年之後出售的電視機都必須裝置特殊的電腦晶片，亦能夠讓收視者藉以控制其所欲接收的節目；網路亦有過濾軟體。本條例不規範網路平台提供者應有之管理監督責任，卻對於網路平台使用之人，課予嚴格的刑事責任，顯然違反比例原則。退萬步言之，法律若課予網路平台提供者，負有管理排除猥褻訊息的責任，已足以達到規範目的，並能避免國家耗費巨額檢警人力，蒐集、網羅或偵辦網路言論之處罰。以期充分運用國家警力，全力打擊危害社會治安之犯罪。何況，政府對人民違法行為欲加以制裁時，理應選擇較輕之處罰手段，如仍不能達到警惕及嚇阻作用時，才考慮處以較重、嚴厲且痛苦性的刑罰制裁，該條捨「先行政，後司法」的處理原則，已違反刑法最後手段性原則。現行法網路色情防範成效有限，反而造成警察捨大案就小案以及誘捕偵查手段的濫用（參見附件六）。
- (四) 刑事制裁須符合「維護法益」的目的，國家刑罰權才有實質正當性，防止恣意的立法，俾符「適當性原則」。然若以該條例第二十二條至第二十七條規定，均分別載明「未滿十六歲之人」、「十六歲以上未滿十八歲之人」、「未滿十八歲之人」，而第二十九條則僅謂使「人」為性交易之訊息者，足見第二十九條規定係有意省略年齡，將其擴張解釋為十八歲以上之人時，則成年人間單純的違反道德行為，亦屬本條文射程之內，則為干預性的立法，無法符合憲法第二十三條有關「適當性原則」之規定（參見附件六）。
- (五) 刑法罪刑法定主義體現憲法法治國原則保障人民基本權利之精神，而罪刑法定主義不僅係罪與刑應均受法律保留原則的拘束，且亦應符合「明確化」原則之要求，倘犯罪構成要件寬廣、模糊不清，違反罪刑明確原則，恐與法治國原則有悖。系爭條文規定之犯罪方法為「引誘」、「暗示」促使人為性交易之訊息，設若行為人於網路散發之訊息為所謂之網路文學，而文章中有援交或性交易、一夜情之描述，能否謂為「暗示」，又如何決定或判斷所散發之訊息有「暗示」性交易？均非明確，有流於因人而異之弊，不符明確性原則之要求。
- (六) 本條例第二十九條均違反憲法第二十三條所要求的適當性原則、必要性原則及禁止過度原則，且此言論之散布、播送或刊登予產生兒童及少年受到性剝削之結果，應有行為輕重及法益侵害程度區分之必要性，方符罪責原則，故本條顯然違反憲法第二十三條之規定。另條文內容亦不符合「明確性原則」，顯然有違憲之虞。

肆、綜上所述，聲請人所持立場，認系爭條文有違憲之疑義，爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條之規定聲請憲法解釋，謹請宣告系爭條文無效，以保障人民權益為禱。

伍、相關文件

附件一、本件刑事案件確定判決（臺灣板橋地方法院九十年度簡上字第一五三號）影本乙份。

附件二：立法院公報第八十七卷第二十八期（節本）乙件。

附件三：檢察機關偵辦違反兒童及少年性交易防制條例刑事案件獎懲辦法乙件。

附件四：王唯鳳撰「網路援助交際與刑法之比較法研究－以美國法制為借鏡」碩士論文（節本）乙件（參第 45 頁以下）。

附件五：黃榮堅教授著書「基礎刑法學」（上）第 20 頁及「刑法妨害風化罪章增修評論一文」各乙件。

附件六：鄭昆山教授、王唯鳳撰文「評兒童及少年性交易防制條例第二十九條」一文乙件（參第 7 頁以下）。

附件七：劉靜怡教授撰文「一個自由主義女性法學者的憲法反思：錯亂『淨化』價值觀下的情色言論規範框架曾否改變？」一文乙件（參第 41、43、46 及 47 頁）。

此 致

司 法 院

聲 請 人：蕭 ○ 煒

訴訟代理人：羅 秉 成 律師

尤 伯 祥 律師

馬 在 勤 律師

徐 立 信 律師

中華民國九十五年十一月二十四日

（附件一）

臺灣板橋地方法院刑事判決

九十年簡上字第一五三號

上 訴 人

即 被 告 蕭○煒

選任辯護人 陳志豪 律師

右列上訴人因兒童及少年性交易防制條例案件，不服本院板橋簡易庭九十年簡字第八七一號，中華民國九十年六月二十日第一審判決（聲請簡易判決處刑書案號：臺灣板橋地方法院檢察署九十年簡偵字第六四〇一號），提起上訴，本院管轄第二審之合議庭判決如左：

主 文

上訴駁回。

蕭○煒緩刑肆年，緩刑期間交付保護管束。

事 實

一、蕭○煒於民國（下同）九十年三月十八日下午，在其臺北縣土城市中○路○巷○號○樓住處，以家中之電腦，在奇摩網站

<http://tngs.hypermart.net/friend/friend.cgi?action=click&number=2683>

刊台灣新世紀同志交友站，化名小明，刊登「173/62/18y 援助我、住新店、短髮、內雙眼、無誠勿試 0919954526」之足以引誘人為性交易之訊息，引誘上網瀏覽之不特定人，以前開訊息內所登載之電話與其聯繫進行性交易，嗣於同年三月二十三日下午四時許，為警在台北縣新店市北新路二段一五○號前查獲，並扣得其所有之行動電話 0919954526 號晶片卡乙張。

二、案經台北縣警察局樹林分局報請臺灣板橋地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

一、訊據被告蕭○煒固坦承，有於前開時地在網站上刊登前開訊息，惟矢口否認有與他人為性交易之意，且迄今僅透過該訊息結識某些網友，並未發生任何性交易行為云云。惟查，以電腦網路刊登足以引誘他人為性交易之訊息，即該當於兒童及少年性交易防制條例第二十九條之罪，該條文並不以使非自己之他人為性交易，或以有性交易之發生為要件，與刑法第二百三十一條之規定迥不相同，辯護人爰引前開條文欲作相同解釋，自非適法，合先敘明。再查右揭事實業據被告於警、偵訊中坦承不諱，並有上開網頁列印資料及行動電話 0919954526 號晶片卡乙張在卷可稽。且被告在網路上刊登「173/62/18y 援助我、住新店、短髮、內雙眼、無誠勿試 0919954526」等文詞，介紹自己，並請求「援助」，觀之即有引誘他人與之性交易之意，自係以電腦網路刊登足以引誘他人為性交易之訊息，與兒童及少年性交易防制條例第二十九條之罪之構成要件相符，所辯無與他人為性交易之意，顯為事後卸責之詞諉不足採，被告犯行事證明確，洵堪認定。

二、核被告所為，係犯兒童及少年性交易防制條例第二十九條之罪。原審認被告罪證明確，適用前開條項、刑法第十一條前段、第四十一條第一項前段，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條，並審酌被告並無前科，犯罪動機、目的，所生危害及犯後坦白承認之態度一切情狀，量處有期徒刑？月，如易科罰金，以？佰元折算壹日，核其認事用法，並無不合，量刑亦屬妥適，被告上訴否認有犯罪之意，而指摘原判決不當，為無理由，應予駁回。末查：被告未曾受有期徒刑以上刑之宣告，此有臺灣高等法院檢察署刑案紀錄簡覆表在卷可稽，因年輕識淺，誤蹈法網，經此偵審程序，應知警惕，當無再犯之虞，本院認其所宣告之刑以暫不執行為當，併諭知緩刑四年，緩刑期間交付保護管束，以勵自新。扣案行動電話

晶片雖為被告所有，惟非專供本件犯罪所用之物，業據被告陳明在卷，毋庸沒收，原審疏未論及，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第四百五十五條之一第一項、第三項、第三百六十八條，刑法第七十四條第一款、第九十三條第一項，判決如主文。

本案經檢察官毛有增到庭執行職務。

中華民國九十年九月二十八日

（本件聲請書其餘附件略）

抄高○洋聲請書

茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條第一項之規定，聲請解釋憲法，並將有關事項說明如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

請求解釋最高法院九十五年度台上字第四九五三號、臺灣高等法院九十三年度上訴字第二八二九號、臺灣新竹地方法院九十三年度訴字第二三五號刑事確定判決所適用之兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定牴觸憲法。

貳、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

一、疑義之性質與經過：

（一）緣被告高○洋涉嫌於民國（下同）九十二年八月二日十九時三十一分，在新竹縣竹東鎮中興路四段一九五號工業技術研究院○館○樓內，以 LEON 之名義，利用電腦在「台灣性網」之「一夜情、性經驗—情色討論區」內刊登標題為：「徵求一夜情」，內容為：「用過的都說好！試徵北部 GIRL，條件不拘，援交，開玩笑勿擾」等足以引誘、媒介、暗示使人為性交易訊息之留言一篇，經臺灣新竹地方法院檢察署以違反兒童及少年性交易防制條例（以下簡稱本條例）第二十九條罪嫌（以下簡稱系爭條文），向臺灣新竹地方法院聲請簡易處刑判決（九十三年度偵字第九八號），案經臺灣新竹地方法院審理認其犯罪尚屬不能證明，而諭知被告無罪判決（九十三年度訴字第二三五號）；檢察官不服提起上訴，經臺灣高等法院九十三年度上訴字第二八二九號撤銷原判決，判處被告有期徒刑二個月得易科罰金，緩刑兩年，被告高○洋不服，提起上訴，經最高法院九十五年度台上字第四九五三號駁回上訴，被告高○洋被判決有罪確定。

（二）系爭條文之立法沿革及爭議性質：

本件起訴罪名即系爭條文規定（89 年 11 月 8 日修正）：「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」。上開現行法規定與八十四年八月十一日舊法

該條：「利用宣傳品、出版品、廣播電視或其他媒體刊登或播送廣告、引誘、媒介、暗示或以他法使人為性交易者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科一百萬元以下罰金」之規定，在構成要件及法律效果上有下述重大之差異：

（1）犯罪方法增加以「電子訊號」、「電腦網路」散布、播送者。

（2）不採結果犯：

因實務上在適用舊法第二十九條案件，解釋「使人為性交易」之構成要件時，多數意見認以發生性交易結果為必要（最高法院八十七年刑庭決議採丑說），立法院乃於八十九年修法時修改該句條文為「促使人為性交易之訊息」者，明示不採實務上之「結果犯說」，亦即祇須行為上「足以……促使人為性交易」者，即構成該條罪名，不以有無實際發生性交易結果為必要（參見附件二）。

（3）刑度降低：

舊法處一年以上七年以下有期徒刑部分，新法修降為五年以下有期徒刑。

二、涉及之憲法條文：

系爭條文修法增加以電腦網路為散布、播送方法，並將該罪自結果犯修改為即成犯後，引起是否侵害言論自由等基本權利之違憲爭議。聲請人認系爭條文已涉及牴觸憲法第七、十一及二十三條，違反比例原則及法治國原則，發生有牴觸憲法之疑義。

□、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持立場與見解

一、系爭條文違反憲法第十一條言論自由保障條款：

（一）按憲法第十一條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由」，司法院釋字第 509 號解釋並進一步闡釋：「言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見，追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮」，而該號解釋蘇俊雄大法官之協同意見書更指出：「言論自由既攸關人性尊嚴，此項憲法核心價值的實現，在多元社會的法秩序理解下，國家原則上理應儘量確保人民能在開放的規範環境中，發表言論，不得對其內容設置所謂『正統』的價值標準而加以監督。從而針對言論自由本身對人類社會所造成的好、壞、善、惡的評價，應儘量讓言論市場自行節制，俾維持社會價值層出不窮的活力」。

（二）基於以上對憲法保障言論自由的核心價值理念，聲請人認系爭條文使人「因言獲罪」，確有牴觸憲法保障人民言論自由之規定：

1、「性交易」的社會容許性問題，牽涉高度的道德判斷，在法律規範層面對「賣春行為」或「性工作者」的評價，不必然是採「禁絕政策」，反而通常是有條件承認其合法性（如公娼制度），即令現行法如社會秩序維護法第八十條對賣淫者加以非難，亦僅以賣淫者或拉客之人為處罰對象，且其



法律效果為拘留或罰鍰之非刑罰手段，而對買淫之人則無任何處罰，此即所謂「罰娼不罰嫖」。在社會對「性交易」的道德容許性猶有爭議，而刑法或社會秩序維護法就此爭議問題亦採低度規範的情形下，系爭條文似乎急於對這一道德爭議問題，藉由法律強制方法定於一尊，且既有刑法或行政秩序法之規範意旨均僅以實際上有性交易行為存在為其處罰要件，而系爭條文竟將之擴大至「言論」層面（刑罰前置化），再加以「暗示」、「引誘」等不確定法律概念相繩，既不問行為人之主觀意圖為何（開玩笑、學術研究、好奇心、社會調查……等均非所問）？也不問所謂傳播之性交易訊息事實上有無回應（例如在網路上回覆訊息）？有無受害人？而所要約之「性交易對象」是否為未成年人亦所不論？造成新法規定擴大化、肥大化之異象。該法實施以來，在主管機關制定「檢察機關偵辦違反兒童及少年性交易防制條例刑事案件獎懲辦法」（參見附件三）的激勵下，檢警人員頻頻於網路出擊，釣魚辦案之爭議層出不窮，而移送違反系爭條文之案件亦節節高升（參見附件四），系爭條文不啻已成為現代網路文字獄的製造機。

- 2、如前所述，系爭條文造成法律體系上「罰言論，不罰行為」的錯謬現象，且執法者在「業績」的考量下，冠冕堂皇扮演起媒介平台檢查者的角色，大開人權倒車而不自知，已嚴重損害人權立國的國際形象。蓋「性交易」在道德上的對錯問題，本應由言論市場決定，法律上或許可以基於禁止「性剝削」或保護兒童與少年身心發展，而對此具體法益保護予以設限及規範，但畢竟要以有發生侵害具體法益之行為或結果為必要，若謂有人在理念上是無條件支持「性交易」（不論是道德上或法律上），就會有構成犯罪之虞，則豈不是要以公權力壟斷或獨占「性議題」的討論空間？又豈不是藉此刑罰手段來壓縮性自主表達的言論自由？凡此可知系爭條文使人「因言獲罪」，並未能保障任何具體值得保護的法益，其因果關係亦難以建立，對於援助交際，以妨害風化作為論罪的理由，恐怕只是人們在為自己性觀念上的自我奴役尋找維護尊嚴的藉口，未能符合最低限度的利益衡平原則（參見附件五），反而斷喪人民表達意見，實現自我的言論自由。
- 3、亦即吾人認為網路援交問題，性交易主體如涉及兒童或少年者，為避免其因不當的性觀念影響，法律雖有權介入干涉，但管制對象應有所選擇，不應以言論的表達即作為刑事科刑之手段，只罰言論，不罰行為，甚至連「暗示性交易」的偏離客觀標準的不確定法律概念，也予以羅織入罪，顯示政府極端高壓的言論管制模式，顯然已侵害人民依憲法所受保障之言論自由權。
- 4、本條不符危險犯性質：立法者將網際網路視為危害社會秩序的洪水猛獸，



粗率將「引誘、媒介或暗示之訊息」列為刑罰處罰對象，不採結果犯。此是否符合危險犯性質，存有疑問。蓋刑法上就「預備犯」之處罰亦限於行為本身已經具有相當的危險性，有難以控制、支配的趨向，並且與犯罪構成要件有密切的關係，處罰散布、播送或刊登訊息之行為似乎比刑法上處罰故意犯罪行為之陰謀階段，還要更甚為前置。故本條例第二十九條顯有違憲之處（參見附件六）。

（三）就比較法觀點：美國聯邦最高法院曾一再強調，政府限制未成年人可取得之資訊，以達到保護未成年人身心健康之目的時，應採取對於成年人之言論自由限制或資訊取得限制最少之規制手段，而且必須通過立法用語明確以及涵蓋範圍適當之檢驗，否則即被判定為違憲（參見附件七）。

- 1、美國有各種可以讓父母師長自行決定用那種適合自己所要保護的未成年人身心成熟度的過濾軟體供參考的現狀。
- 2、美國聯邦最高法院就網路內容強制分級和過濾的做法，至今仍堅持「政府未採取侵害最小且最為可行的管制措施」因而構成違憲的態度，建立對言論自由的核心價值理念。
- 3、美國法院在審查政府立法或管制措施是否合憲時，必須先審查該政府立法或管制措施所追求的管制目的或者政府利益（government interest）是否非常重要而具有重大急迫（compelling）利益的性質，其次則是審查其所採取的具體管制手段是否為必要且侵害最小之管制手段。由於此嚴格審查的標準，自美國法院判決歷史觀察，只要法院選擇嚴格適用嚴格審查基準，幾乎所有被審查的政府立法與管制措施均難逃被宣告違憲的命運。
- 4、歐洲則採取鼓勵業者自律模式，鼓勵使用者自行篩選內容，俾符言論價值意涵。
- 5、參考上述外國法例，我國立法者顯然過度規範。蓋國家倘若要對言論內容進行管制，尤其對網際網路所出現的「援交訊息」進行管制，不免阻礙言論自由保障的功能，縱使將援交訊息定義為低價值的猥褻性言論，仍然只有在猥褻性言論足以明顯產生或造成對兒童或少年身心上對性觀念有急迫或立即的社會失序時，方得禁止，現行兒少條例第二十九條顯然不符合此標準。何況，現行法是否有利於遏阻或減少網路色情或網路援助交際的發生，仍有疑問的前提下，謹請爰引美國司法審查之標準，宣告本條例違憲。

二、系爭條文違反憲法第七條平等原則及體系正義原則：

- （一）按憲法第七條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，此一平等原則之規定立法、行政、司法各權應均受其拘束。再者，立法者於個別立法時尚須注意既有法律體系間之平衡與平等問題，

避免因規範衝突而生不平等情形，法律是否符合體系正義應係憲法第七條平等原則檢驗標準之一。

- (二) 系爭條文規定散布或傳播足以促使人為性交易之訊息者即構成犯罪，但對未以散布或傳播為方法而實際發生性交易之行為人，反而在既有法律規範體系中對之不加處罰。系爭條文的立法造成一種荒謬的不平等現象—「嘴巴講的成罪，實際行動者卻不處罰」。其與刑法第二百三十一、二百三十一之一條之妨害風化罪及社會秩序維護法第八十條第一項第二款妨害善良風俗之處罰均以處罰有行為結果為必要，大異其趣，甚至空有言論而無行為之人，其所受之處罰又重於「意圖賣淫或媒合賣淫而拉客者」，造成不同法律體系中對法益保護的輕重失衡，違反體系正義與憲法第七條平等原則，應堪認定。

三、系爭條文違反憲法第二十三條比例原則及罪刑法定原則中的「明確性原則」：

- (一) 按憲法第二十三條規定揭櫫法律保留原則與比例原則，憲法所保障之基本權利，原則上不得以法律限制之，除非是該條所列舉事由且屬「必要」者，始得以法律限制之。比例原則要求行政、立法及司法行為，其所採手段與其所欲達成之目的間，要有合理的比例關係，手段與目的間不得不成比例或不相當，其內涵包括適當性原則、最小侵害原則及狹義比例原則等，大法官亦迭著多號解釋闡明。
- (二) 比例原則在刑事立法上可導出「法益保護原則」，亦即立法者欲將某行為予以「入罪化」時，應考慮其欲保護之法律利益為何？以及其所採之手段是否適當？是否相當？刑罰之最後手段性正是比例原則的一種呈現。系爭條文所規範的範圍擴及對成年人的性交易訊息的散播，其法益保護與本條例已難謂適切（本條例立法目的原係為保護兒童與少年，並不及成年人），且禁止為促使人為性交易訊息之散播，而又不以實際上有發生具體性交易行為為必要，則其要保護的顯非特定之具體法益，無寧是基於所謂「善良風俗」的考量，而以刑罰的強烈手段，禁止散播違反善良風俗的言論或意見（支持性交易是否違反善良風俗猶有爭議），豈非法律管制過度？其真能達到所欲管制言論之目的（適當性原則）？將散播違反善良風俗言論者以「罪犯」視之，能謂侵害最小？投入龐大的檢警資源偵辦網路援交，果已發生杜絕性交易之立法目的？網路色情有因此而收斂，或者反而更加蓬勃？如此以刑罰管制網路言論的必要性與有效性，當然令人質疑其手段與目的間不成比例。
- (三) 特別是，以法律規範管制的手段，選擇以刑事制裁處罰時，尤應考慮到手段的必要性（刑罰謙抑思想），以美國為例，現行法分級制度要求一九九八年之後出售的電視機都必須裝置特殊的電腦晶片，亦能夠讓收視者藉以控制其所欲接收的節目；網路亦有過濾軟體。本條例不規範網路平台提供者應有之管理監督責任，卻對於網路平台使用之人，課予嚴格的刑事責任，顯然違反比例原則。

退萬步言之，法律若課予網路平台提供者，負有管理排除猥褻訊息的責任，已足以達到規範目的，並能避免國家耗費巨額檢警人力，蒐集、網羅或偵辦網路言論之處罰。以期充分運用國家警力，全力打擊危害社會治安之犯罪。何況，政府對人民違法行為欲加以制裁時，理應選擇較輕之處罰手段，如仍不能達到警惕及嚇阻作用時，才考慮處以較重、嚴厲且痛苦性的刑罰制裁，該條捨「先行政，後司法」的處理原則，已違反刑法最後手段性原則。現行法網路色情防範成效有限，反而造成警察捨大案就小案以及誘捕偵查手段的濫用（參見附件六）。

- （四）刑事制裁須符合「維護法益」的目的，國家刑罰權才有實質正當性，防止恣意的立法，俾符「適當性原則」。然若以該條例第二十二條至第二十七條規定，均分別載明「未滿十六歲之人」、「十六歲以上未滿十八歲之人」、「未滿十八歲之人」，而第二十九條則僅謂使「人」為性交易之訊息者，足見第二十九條規定係有意省略年齡，將其擴張解釋為十八歲以上之人時，則成年人間單純的違反道德行為，亦屬本條文射程之內，則為干預性的立法，無法符合憲法第二十三條有關「適當性原則」之規定（參見附件六）。
- （五）刑法罪刑法定主義體現憲法法治國原則保障人民基本權利之精神，而罪刑法定主義不僅係罪與刑應均受法律保留原則的拘束，且亦應符合「明確化」原則之要求，倘犯罪構成要件寬廣、模糊不清，違反罪刑明確原則，恐與法治國原則有悖。系爭條文規定之犯罪方法為「引誘」、「暗示」促使人為性交易之訊息，設若行為人於網路散發之訊息為所謂之網路文學，而文章中有援交或性交易、一夜情之描述，能否謂為「暗示」，又如何決定或判斷所散發之訊息有「暗示」性交易？均非明確，有流於因人而異之弊，不符明確性原則之要求。
- （六）本條例第二十九條均違反憲法第二十三條所要求的適當性原則、必要性原則及禁止過度原則，且此言論之散布、播送或刊登予產生兒童及少年受到性剝削之結果，應有行為輕重及法益侵害程度區分之必要性，方符罪責原則，故本條顯然違反憲法第二十三條之規定。另條文內容亦不符合「明確性原則」，顯然違憲。

肆、綜上所述，聲請人所持立場，認系爭條文有違憲之疑義，爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款及第八條之規定聲請憲法解釋，謹請宣告系爭條文無效，以保障人民權益為禱。

伍、相關文件

附件一、本件刑事案件歷審判決影本（含簡易判決處刑聲請書）各乙件。

附件二：立法院公報第八十七卷第二十八期（節本）乙件。

附件三：檢察機關偵辦違反兒童及少年性交易防制條例刑事案件獎懲辦法乙件。

附件四：王唯鳳撰「網路援助交際與刑法之比較法研究－以美國法制為借鏡」碩

士論文（節本）乙件（參第 45 頁以下）。

附件五：黃榮堅教授著書「基礎刑法學」（上）第 20 頁及「刑法妨害風化罪章增修評論一文」各乙件。

附件六：鄭昆山教授、王唯鳳撰文「評兒童及少年性交易防制條例第二十九條」一文乙件（參第 7 頁以下）。

附件七：劉靜怡教授撰文「一個自由主義女性法學者的憲法反思：錯亂『淨化』價值觀下的情色言論規範框架曾否改變？」一文乙件（參第 41、43、46 及 47 頁）。聲請人：高○洋訴訟代理人：羅秉成律師中華民國九十五年十一月二十三日

（附件一）

最高法院刑事判決

九十五年度台上字第四九五三號

上訴人 高○洋

選任辯護人 羅秉成 律師

上列上訴人因違反兒童及少年性交易防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國九十五年六月七日第二審判決（九十三年度上訴字第二八二九號，聲請簡易判決處刑案號：臺灣新竹地方法院檢察署九十三年度偵字第九八號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，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，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決撤銷第一審不當之判決，仍處上訴人高○洋以電腦網路刊登足以引誘、暗示促使人為性交易之訊息罪刑，併予宣告緩刑。已詳？認定犯罪事實之依據及憑以認定之理由，並對上訴人否認犯罪之辯詞，如何不足採信；如何未依上訴人辯護人之聲請，裁定停止審判，聲請司法院大法官解釋；均已依據卷內資料予以指駁及說明，從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。上訴意旨置原判決之論？於不顧，仍執陳詞為事實上之爭辯，並對原審採證認事之職權行使，任意指摘，難謂已符合首揭法定上訴要件，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。至上訴意旨請求本院裁定停止審判，聲請司法院大法官解釋一節，本院認無必要，併予敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。中華民國九十五年九月七日

臺灣高等法院刑事判決

93 年度上訴字第 2829 號

上訴人 臺灣新竹地方法院檢察署檢察官

被告 高○洋

選任辯護人 魏順華 律師

羅秉成 律師

上列上訴人因被告兒童及少年性交易防制條例案件，不服臺灣新竹地方法院 93 年度訴字第 235 號，中華民國 93 年 8 月 31 日第一審判決（起訴案號：臺灣新竹地方法院檢察署 93 年度偵字第 98 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

高○洋以電腦網路，刊登足以引誘、暗示促使人為性交易之訊息，處有期徒刑貳月，如易科罰金，以□佰元折算壹日。緩刑貳年。

事 實

一、高○洋於民國九十二年八月二日十九時三十一分許，在位於新竹縣竹東鎮中興路四段一九五號工業技術研究院○館○樓內之工作地點，利用該研究院之電腦，進入一般不特定人皆可任意進入之「台灣性網」（TW-SEX.COM）網站之「一夜情、性經驗—情色討論區」內，以 Leon 之名義刊登標題為：「徵求一夜情」、內容為：「用過的都說好！誠徵北部 GIRL，條件不拘，援交，開玩笑勿擾。信箱：Leonkau@yahoo.com.tw」等語之訊息，而於電腦網路刊登此一足以引誘、暗示促使人為性交易之訊息。嗣經警根據此一訊息追查來源之 IP 位置並發信至上開信箱內與高○洋聯絡而為警查獲。

二、案經臺南縣警察局新營分局函移臺灣新竹地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

一、訊據被告高○洋固承認其有利用工作地點之電腦於上揭網站討論區內刊登上揭訊息之事實，惟否認有何違反兒童及少年性交易防制條例之犯意，辯稱：我刊登該訊息是開玩笑，並沒有真的要援交的意思云云，又辯稱：當時就是希望不要給人援交的訊息，所以才會寫「援交，開玩笑勿擾」，那只是開玩笑的話，我是要一夜情，所以援交和開玩笑的人都不要來找我，因我使用的工研院內部共用電腦，其內只有安裝微軟新注音輸入法，並無安裝平常慣用之「自然輸入法」，我不會以微軟新注音輸入法輸入「頓號」，所以才輸入「逗號」，我的真意是援交、開玩笑的人均勿擾云云。

二、經查：

（一）被告於事實欄一所示之時地以電腦網路刊登上揭訊息之事實，為被告始終供承

在卷，並經證人即查獲本案之警員謝貴琳於原審證述其寄發電子郵件至被告上揭訊息所留之信箱與被告聯絡因而查獲本案之過程明確（見原審卷第三九頁），復有上揭刊登內容之網站網頁影本及被告電子郵件信箱之資料在卷可稽（見偵查卷第六頁、第十一頁至第十二頁，對此二文書證據之證據能力，被告及辯護人均表示無意見，未予爭執）。而上開網站及網頁，並未限制資格，一般不特定人皆可隨意進入之情，亦經被告於警詢中供承在卷（見偵查卷第十頁正面）。則被告有以電腦網路於上開網頁刊登上揭訊息使不特定人均得共見之事實，堪以認定。

- （二）按兒童及少年性交易防制條例第二十九條之制定，係鑒於各種媒體上色情廣告泛濫，助長淫風，且因廣告內容通常不記載被引誘對象之年齡，而特設之處罰規定，並非僅以未滿十八歲之兒童、少年為保護對象。又自條文之比較觀之，本規定並無如同條例第二十二條至第二十七條明定以未滿十八歲或未滿十六歲，或十六歲以上未滿十八歲之人為性交易對象，足見本條所稱之「人」不以未滿十八歲為限。又從立法意旨而言，本規定在處罰利用各種廣告物、媒體等以散布、刊登或播送足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，藉以防制淫風之訊息，淨化社會風氣。故本規定之「暗示」，依其文義自指非以明示方式而得此性交易之訊息，意即凡一般稍具社會經驗者依此訊息內容，足以引發性交易之聯想皆屬之（最高法院 93 年度台上字第 330 號判決意旨參照）。查所謂「援交」，乃「援助交際」之簡詞，源於日本，原意係指「女中學生與中年男子進行性交或愛撫，藉以交換金錢或商品對價」之行為，近來日風逐漸傳入國內，成為性交易之另一代名詞，依現今社會對於「援交」一詞之理解，大多數使用網路之人均知「援交」即代表性交易之意思，被告於警詢中自承：「（問：你在刊登訊息中有提到『援交』，請問是否指『援助交際』？）正確」等語（見偵查卷第十頁正面），亦見被告對「援交」一詞係指性交易之情，知之甚明。而被告於上開網頁上以「Leon」名義刊登標題為：「徵求一夜情」、內容為：「用過的都說好！誠徵北部 GIRL，條件不拘，援交，開玩笑勿擾」等語之訊息，被告既明示「徵求一夜情」、「誠徵北部 GIRL，條件不拘，援交」之語，於文字意義上，知「援交」意義之具有社會經驗之人見此訊息，應皆會聯想到該訊息之刊登者有意與北部女子進行一夜情之性交易，且刊登者希望單純開玩笑者，不要打擾，是該訊息顯屬足以引誘、暗示他人與之為性交易之訊息，此當為知「援交」含意之被告所明知，其仍以上揭方法刊登該一訊息，則被告有以電腦網路於上開網頁刊登足以引誘、暗示他人與之為性交易訊息之故意及行為，亦至為灼然。至於同網頁之其他刊登訊息者使用之文字為何，是否係明示欲與人為性交易或僅暗示欲與人為性交易，係該等他人是否亦有同類行為之問題，與被告使用之文字是否屬足以引誘、暗示促使人為

性交易訊息之判斷，並無關連性。另對被告刊登之訊息有無人於網頁內回應，或與刊登之時間及警員下載網頁之時間有關（即尚無人回應時警方即下載作為證據），亦或與被告於訊息內留有信箱聯絡方法有關（既留有信箱，有意者直接寄發電子郵件聯絡即可，如警員即係透過該信箱與被告取得聯繫），是卷附之上開網頁資料顯示無人於網頁內回應，尚不足為異，亦不足為有利於被告認定之證據。

- （三）被告於檢察官偵查、原審及本院審理時，雖皆以：因使用工研院內部共用電腦，內中只有安裝微軟新注音輸入法，並無安裝其平常慣用之「自然輸入法」，其不會以微軟新注音輸入法輸入「頓號」，所以才在「援交，開玩笑勿擾」之語中間打逗號，其真意是援交、開玩笑的人均勿擾云云置辯。惟查，被告係研究所畢業之學歷，且當時在工業研究院任職，為被告自承在卷，對上開訊息所代表之意義，其應有清楚之認識，且觀其上揭用語中除有「逗號」外，並有「驚嘆號」，文字部分亦無任何錯字，顯示其輸入文字及標點符號實無何困難可言，其稱：因其不會以微軟新注音輸入法輸入「頓號」，所以才在「援交，開玩笑勿擾」之語中間打逗號云云，已難採信。再者，被告於九十二年八月四日之警詢中並未曾主張其標點符號用錯或打錯或不會打微軟新注音輸入法之「頓號」，而係辯稱：「（刊登此訊息目的）只是想知道到底有沒有在援交。……我的用意不是要援交，只是想知道網路一夜情援交是否為真，我不是要援交」等語（見偵查卷第十頁正面），與其嗣於九十三年二月三日偵查庭訊時起，以標點符號為內容之辯解（見偵查卷第二二頁），實有出入，證人即製作警詢筆錄之警員謝貴琳於原審亦證稱：筆錄製作完後，沒有印象被告有請其教被告以微軟新注音輸入法打頓號等語（見原審卷第四〇頁），是被告嗣以標點符號為辯解，實難採信。原審判決認被告使用文字之可能解釋或許有二：（一）為希望與他人援交；（二）為不希望援交與開玩笑之人與被告聯絡，而不希望與他人援交云云，實與被告明白用字之文意及被告於警詢中之供述不符，自不足採。
- （四）被告雖另以：整篇皆是開玩笑，其無援交之真意為辯。姑且不論被告有於上揭訊息內留有自己之信箱，若僅係開玩笑，則實無留信箱之必要及理由，被告此一辯解與其留有自己信箱供與人聯絡之用之動作，實有齟齬。且按刑法第十三條第一項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意」。學理上稱之為直接故意或確定故意，係指行為人認識犯罪構成之事實，進而決意使之發生。至同法第五十七條所稱「犯罪之動機」，則指決定犯罪之原因，而非犯罪構成事實之意欲。二者內涵不同，不容相混。兒童及少年性交易防制條例第二十九條所定以媒體散布性交易訊息罪，係以行為人以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體上，散布、播送或刊登

，足以引誘、媒介、暗示或促使人為性交易之訊息，作為犯罪之特別構成要件，雖亦必須具備一般構成要件之故意，但祇要行為人認識其在廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體上，一旦散布、播送或刊登訊息，即足以引誘、媒介、暗示或促使人為性交易，乃仍決意為散布、播送或刊登之行為，即成立該條之罪，至於其行為動機究係出於營利、介紹或其他原因（如開玩笑），在所不問，亦不以確有發生性交易為必要（最高法院 94 年度台上字第 6261 號判決意旨參照）。查上開表明「援交」之意之訊息顯屬足以引誘、暗示他人與之為性交易之訊息，既應為知「援交」含意之被告所明知，其仍決意以上揭方法刊登該一訊息，則足認被告有以電腦網路於上開網頁刊登足以引誘、暗示他人與之為性交易訊息之故意，業見前述，被告所辯整篇都是開玩笑云云，亦不足採且無解於被告本案犯罪之成立。

（五）又兒童及少年性交易防制條例第二十九條所定以媒體散布性交易訊息罪，只須行為人認識其在廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體上，一旦散布、播送或刊登訊息，即足以引誘、媒介、暗示或促使人為性交易，乃仍決意為散布、播送或刊登之行為，即成立犯罪，至於被告是否確有與他人援交之真意及行為，尚非所問。更何況，於網路上尋找援交對象者，因彼此皆不相識，其態樣各異，更未必會刊登自己身體之特徵，而本件被告復留有信箱供他人得以私下聯絡之用，若憑被告學歷、地位，即謂：「苟被告希望給付相當對價而希望有居住北部之女孩願意與其從事性交易行為，則依一般常情而論，被告應會同時要求有意願者符合相當之條件，其竟然刊載『條件不拘』，顯然非以給付對價之方式希望他人與其援交」；而苟被告係希望他人給付對價與其援交，依常情以觀，似應將自己身體特徵刊登在網站內容裡，以引誘、暗示促使他人願意給付對價與被告為性交易，惟被告刊登上開短文，又似非右述情況，當不得僅以被告所刊登之內容有『援交』之文字，在客觀上即遽認定被告確有援交之意思」云云，實屬個人理想或經驗之詞，且有針對同一文字訊息會依被告學歷、地位為不同事實判斷、認定之嫌，其論理之不足採，至為明顯。至於兒童及少年性交易防制條例第二十九條之罪顯未以行為人屬不法業者為客觀犯罪構成要件，此見該條規定自明，自尚不得以被告係研究所畢業，任職工業技術研究院，有正當之工作，應非與性交易行業有關係之「不肖業者」云云，而依被告身分認被告不成立該條犯罪，附此敘明。

三、綜上所述，本件事證明確，被告所辯要屬事後圖卸刑責之詞，無一足採，其本案犯行洵堪認定。

貳、論罪科刑部分：

一、核被告所為，係犯兒童及少年性交易防制條例第二十九條之以電腦網路刊登足以引誘、暗示促使人為性交易之訊息罪。

二、原審採信被告辯解，並以被告刊登之上開訊息有二種解釋可能，及被告非不肖業者等理由，為被告無罪之判決，尚有未當，檢察官認被告應成立上開犯罪，提起上訴，指摘原審判決不當，為有理由，自應由本院予以撤銷改判。爰審酌被告無其他前科紀錄，有本院被告前案紀錄表及前案案件異動查證作業表各一份在卷可考，素行良好，本件應係一時失慮，未知行為之嚴重性，並斟酌被告未有與他人為性交易之行為等一切情狀，量處有期徒刑二月，並諭知易科罰金之折算標準。末查被告前未曾受有期徒刑以上刑之宣告，已見前述，因一時失慮，偶觸法網，經此偵審教訓，當知警惕，應無再犯之虞，本院認對其所宣告之刑以暫不執行為適當，併宣告緩刑二年，以勵自新。

□、至於兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定有無違反憲法第七條、第十一條、第二十三條之規定，因本合議庭評議結果未達違憲之確信，而未依被告辯護人之聲請，裁定停止審判，聲請司法院大法官解釋，惟該條條文是否確有違反憲法本旨，既尚有商榷、討論之餘地，實務上如本件事實之案例極多（即一般網友於電腦網路刊登類似訊息未實際進行性交易而為警查獲），事涉憲法保障之人民基本權利及比例原則，若被告本案日後經判決有罪確定，被告仍得依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定聲請解釋憲法，以求澈底解決爭議，附此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第 369 條第 1 項前段、第 364 條、第 299 條第 1 項前段，兒童及少年性交易防制條例第 29 條，刑法第 11 條前段、第 41 條第 1 項前段、第 74 條第 1 款，罰金罰鍰提高標準條例第 2 條，判決如主文。

本案經檢察官陳維練到庭執行職務。

中 華 民 國 95 年 6 月 7 日
（本件聲請書其餘附件略）

抄臺灣高雄少年法院函

受文者：司法院大法官書記處

主 旨：檢送本院何明晃法官聲請釋憲書一份，請 釋示。

院長 莊 秋 桃

釋憲聲請書

茲依司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款及第八條第一項規定，聲請解釋憲法，並將有關事項敘明如左：

壹、聲請解釋憲法之目的

目前各種媒體充斥色情廣告，影響社會風氣，立法者試圖以刑罰手段加以規制，特設兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定，處罰此種不當利用媒體之

行為，以淨化社會風氣，其用意雖善，惟仔細思索，卻未必能達成目的。蓋刑法之規定有其特性與限制，倘未謹慎使用，反受其害。舉例言之，由於該條文立法技術不當，加上司法實務之解釋，間接導致許多員警動輒運用公權力，專注在網路聊天室或網站中，以守株待兔或引誘方式，將一時好奇之訊息張貼者加以逮捕、移送，其中不乏涉事未深之少年（參閱附件一），而真正有意規避者，則往往逍遙法外，長此以往，可能使犯罪偵查產生排擠作用。此外，從附件二之統計表可得知，司法實務針對此類案件多判處短期自由刑，再予易科罰金或給予緩刑之宣告，惟此種處理模式，短期自由刑之流弊亦伴隨而至，因此，該條文之運作缺失可見一斑。再者，倘深入檢視，更不難發現該條文內容有違反憲法上之比例原則，及牴觸憲法所保障之工作權與言論自由，因認有透過大法官解釋，將兒童及少年性交易防制條例第二十九條宣告違憲之必要。

貳、疑義之性質暨所涉及之憲法條文

- 一、按法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官解釋，司法院釋字第三七一號解釋在案。目前本院受理之少年保護事件（參閱附件三），雖未必依少年事件處理法第二十七條第一項、第二項規定移送檢察官偵查、起訴、判決，但兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定內容，既有違憲之疑義（容後述），此乃適用法規之先決問題，爰依上述解釋意旨，裁定停止調查程序，提出相關具體理由，提起本件聲請，合先敘明。
- 二、細繹兒童及少年性交易防制條例第二十二條至第二十八條條文，或明定「未滿十六歲」、或明定「未滿十八歲」、或明定「十六歲以上未滿十八歲」，倘對照同條例第一條之立法目的（為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，特制定本條例），足認兒童及少年性交易防制條例所欲規範之對象，係未滿十八歲者之性交易行為，殆無疑義！
- 三、惟兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定：「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」，條文中全然未敘及「未滿十六歲」、「未滿十八歲」、或「十六歲以上未滿十八歲」等年齡規定，此一立法技術之失當，加上八十八年六月二日修法前之規定，導致司法審判實務運作上，對本罪存在相當多之爭議（參閱附件四）。
- 四、茲有疑義者，並不在於附件四所臚列之意見爭執，而在於本條例制定之初係為救援雛妓，然而，由於時空變換，本條文之執行，能否真正達成最初之立法目的，已非無疑？且該條文內容明顯侵害憲法第十一條、第十五條所保障之工作權及言

論自由，亦與憲法第二十三條揭櫫之比例原則有違，更與刑法之效益原則、罪刑均衡原則與最後手段性原則嚴重悖離，應屬牴觸憲法而無效。

□、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、侵害工作權部分：

- (一) 按「人民之生存權……應予保障」、「人民具有工作能力者，國家應予以適當之工作機會。」憲法第十五條及第一百五十二條定有明文。憲法保障人民有從事與選擇工作之權利，使人民得因工作而獲得物質生活之基本需求，使個人人格得以自我實現，從而，工作權可謂人民生存與物質生活之基礎。
- (二) 不論男、女，若達相當年齡，均有權享有就業上之選擇權，甚至包括對身體之自我掌控—從事性交易。兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定內容，固未直接限制性工作、職業之選擇自由，但本條文所規定之處罰，已間接造成對人民工作權或職業自由之限制，無疑係不當之侵害，應屬違憲。

二、侵害言論自由部分：

- (一) 有鑑於言論自由有實現自我、溝通意見、追求真理、滿足人民知之權利，並具有形成公意，促進各種合理之政治、社會活動，及維持民主多元社會正常發展不可或缺等機制，國家應給予最大限度之保障，故我國憲法第十一條即明定：人民之言論自由應予保障，司法院釋字第五〇九號解釋理由書亦載述甚明。
- (二) 已滿十八歲之人自願與他人發生性關係，甚至以性作為交易之對價，現行刑罰法規並無處罰明文，何以單純以文字或訊息表達上開內容，卻須負擔刑事責任，兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定無異對於言論自由與思想自由造成箝制。
- (三) 或謂：網路世界難以設防，為避免未滿十八歲之人接觸不當性交易訊息之危險，適度加以限制，應無不當云云。上開顧慮看似成理，但實屬多慮，蓋本罪所規範之相關行止，是否會直接造成未滿十八歲之人之立即危險，尚未可知，但相較於本罪已明顯對於言論自由所構成之實質限制，兩者相衡，輕重偏失，灼然自明！況且，色情訊息傳播管道五花八門，豈能完全以刑罰方式加以禁絕？

三、違反比例原則部分：

- (一) 國家對於犯罪行為之處罰，固屬立法自由形成之範疇，但就特定行為科處之刑罰，仍須與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性及限制妥當性符合，始符比例原則。
- (二) 如前所述，已滿十八歲者自願與他人從事性交易，縱使真正進行性交行為，依現行刑罰法律，既無任何處罰明文，為何尚未真正從事性交易之散布、張貼性交易訊息之單純行止，竟然可判處最重五年之有期徒刑（按：相當於直接侵犯他人財產法益之竊盜、侵占、詐欺等罪），於情、於理、於法，均不合乎比例！

四、違反恣意立法禁止原則部分：

- (一) 凡以法律加以保護之生活利益，即稱之為法益，刑事立法上將某種侵害法益之行為界定為犯罪，必該行為已侵害公益或嚴重侵害個人權益或具有立即之危險性，換言之，唯有對社會危害重大之行為，方可予以犯罪化。
- (二) 兒童及少年性交易防制條例第二十九條條文，其所欲保護之法益為何，並未臻明確？本罪之犯罪被害人為何，亦未可知？在此等法益保護不明確之情況下，竟須犯罪行為人以其人身自由相贖（或應報以自由刑），立法過程是否失之輕率，不無可議！

五、違反刑法基本原則部分：

- (一) 效益原則：國家刑罰權之行使，應考量成本效益。以網路張貼色情訊息為例，目前偵查實務中，警方運用相關科技手段所能破獲者，多為缺乏經驗、一時好奇或惡作劇等實質違法性甚低之個案，更不乏許多在學學生；反之，真正利用該條所規定之媒體從事性交易者，則有其規避管道，根本不易查緝，長此以往，不僅不符效益原則，更間接排擠刑事偵查工作之推展，足見本條文之設計，顯無法達成刑事犯偵查之最大邊際效用。
- (二) 罪刑均衡原則：依據現行條文之解釋，單純張貼足以促使人為性交易之訊息，不論有無因而引發性交易行為，均足以成立本罪。本罪之設計，猶如性交易行為之預備犯。然而，對照刑法僅針對重大犯罪行為始設有預備犯罪之處罰，及本條規定之最重本刑竟高達五年有期徒刑參互以觀，罪刑明顯失所均衡。
- (三) 最後手段性原則：刑罰之法律效果，乃所有法律規範中最具嚴厲性、最具痛苦性、最具強制性者，立法者若有其他法律或社會控制機制可資運用而防制不法行為，即應避免使用刑罰，以免輕易動用刑罰充當制裁之手段，減損刑法之規範功能，亦即刑法具有謙抑思想。試問：立法者是否已窮盡其他社會控制手段或其他法律規定，仍無法達成防制性交易訊息傳播之目的，始決定採用刑罰之法律效果制裁相關行為？

六、性犯罪或性交易行為自古即有之，性觀念之改變更係與時俱進，苟試圖以刑罰手段禁絕性交易訊息之傳播，或冀望透過刑罰之力量提昇人民性道德，無異緣木求魚！誠然，立法機關難免為應付社會一時現況，而制定侵害人權之規範，形式上縱符合法律保留原則，但究其實質，不少仍屬情緒性之立法，實應由釋憲機關利用憲法審查之機會，將之回歸憲政常軌。綜合前述，兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定，對於防制兒童及少年從事性交易，並無實質之助益，反有明顯牴觸憲法之疑義，為此聲請宣告該條文違憲無效。

肆、關係文件之名稱及件數

附件一：臺灣高雄少年法院九十年度（一月至十二月）、九十一年度（一月至十二月）、九十二年度（一月至十二月）、九十三年度（一月至十月）因



違反兒童及少年性交易防制條例第二十九條，經警方移送之少調字案件裁判結果統計表。

附件二：臺灣高雄地方法院九十二年度（一月至十二月）、九十三年度（一月至九月），因違反兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定遭起訴之裁判案號、判決結果（判決主文）統計表。

附件三：臺灣高雄少年法院九十三年度少調字第一〇五八號事件卷面及移送書。

附件四：歷年來與兒童及少年性交易防制條例第二十九條有關之實務見解及相關法律問題。

此 致

司 法 院

聲 請 人：臺灣高雄少年法院法官何明晃

（本件聲請書附件略）

抄姜○○聲請書

主 旨：為因臺灣花蓮地方法院刑事判決（附件一），適用兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定，牴觸憲法第十一條、第二十三條，向 貴院聲請解釋憲法。

說 明：一、聲請解釋憲法之目的

按人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法，此乃司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款定有明文。本案因違反兒童及少年性交易防制條例（下稱本條例）第二十九條之規定，科處聲請人三個月有期徒刑之刑罰；惟該刑罰應屬違法且侵害聲請人之言論表述之自由權，且已盡訴訟程序，故基於憲法第十一條：「人民有言論、講學、著作及出版之自由」之保障，及前開法條意旨提起 貴院解釋。

二、疑義之經過與性質及涉及之憲法條文

（一）疑義之經過

聲請人於民國九十三年三月二十二日，於工作所在地（批發茶莊），受老板之友人委請雇用，為其將開設之酒店張貼「性感尤物、裸露左胸電腦製作虛擬女子人像圖、0917-931712」之文字圖形、號碼為內容之宣傳廣告，而於同年月二十三日為警查獲，案經移送、偵查、審理過程中，聲請人積極主張該廣告之作為，矢口否認違反本條例第二十九條規定之行為；案經檢察官聲請簡易裁決（未開簡易調查庭）聲請人科處四個月有期徒刑之刑罰，其後聲請人不服該判決，依法提起上訴，經臺灣花蓮地方法院合議裁定科處三個月有期徒刑之刑罰；因

屬簡易程序，經地方法院合議裁定，且按判決書裁示不得上訴，而告確定。

（二）疑義之性質及涉及憲法條文

按人民有言論表述自由權之保障。憲法所列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者，不得以法律限制之，憲法第十一條與第二十三條分別定有明文，明白揭示言論自由應符合憲法對於基本權限制之法律保留原則與比例原則。鈞院釋字第五〇九號解釋文揭示，為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制。又鈞院釋字第四七六號等多號解釋亦揭示限制人民之權利須無違比例原則。尤以鈞院釋字第五五一號等多號解釋揭櫫人民身體自由與生存權應予保障，國家為實現刑罰權，將特定事項以特別刑法規定特別之罪刑，其內容須符合目的正當性、手段必要性、限制妥當性，方符合憲法第二十三條之規定。然上開機關，僅以聲請人受僱張貼文字、圖形、號碼之宣傳廣告，竟認定違反本條例第二十九條之規定：「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」，科處聲請人刑罰，無視上揭憲法之規定與鈞院多號解釋之意旨；且聲請人按本條例第一條立法之目的及第二條犯罪構成要件，多次提起非常上訴，意略：「原判決僅以聲請人受僱張貼文字、圖形、號碼之內容廣告，作為主觀事實之依據，而尚未發見性交易工作者（賣淫者）客觀證明存在，顯於法不合」，而審查機關皆駁回救濟訴訟之聲請，不法侵害聲請人憲法上之權利，亦有違憲法保障人民基本權利之意旨。

三、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

（一）比例原則

按限制人民權利須符合憲法第二十三條比例原則之精神，鈞院釋字第五五一號、第五一〇號、第四三六號等多號解釋闡釋在案。又鈞院釋字第五〇九號、第四七六號等多號解釋亦明白揭示，限制人民權利須與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合者，即無乖於比例原則。

- 1、按本條例第一條立法目的，「為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，特制定本條例」，究其立法目的與意旨，為避免兒童少年因懵懂無知或環境因素影響下，涉足性交易之行為，淪為性方面受害者，導致身心受創及行為偏差，並立本法強制有意者遠離或涉及以兒童少年性交易對象之行為而限制，為其立法之根本。然本條例第二十九條規定中，並無對行為人



或當事人之年齡限制，僅由主管機關，以預防兒童少年涉及之名義，及任意舉出維護社會善良風俗之大纛，作為認定事實之依據，無異以該規定，適於裁量中任意濫用，傷及無辜與人民權利，致使立法目的及意旨盡殆，動輒得咎，成為一體適用肅殺人民言論自由之惡法，與毒蘋果樹原理何異？系爭僅以文字、圖形、號碼表述內容與兒童及少年性交易防制條例，顯屬南轅北轍，且本條例第二十九條規定，非客觀能預見發生事實之可能，僅憑主觀預設立場作為認知之可能，足顯該規範屬逾越母法，不當且違憲，有違目的正當性原則。

- 2、次從手段必要性而言，「刑法謙抑」之思想，貫穿整體刑事法領域之基本理念，尤其於價值多元、開放現代社會，刑法謙抑之思想更須予強調。於此原則下，期許藉由刑法規定來提升道德或倫理水準，而將某一行為犯罪化，否則即屬刑法之濫用，因而足以危害刑法本質與其規範之功能。且對於行為者主觀並無犯罪意願，亦非於客觀侵害國家或他人法益之人民，科處刑罰；易言之，其侵害人民權益至鉅，造成傷害難以回復。按社會秩序維護法第八十條第一項第二款規定，「在公共場所或公眾得出入之場所，意圖賣淫（從事性交易工作者）或媒合賣淫而拉客者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰」。系爭本條例第二十九條之規定，人民僅為維持生計，受僱張貼廣告工作，且廣告表述內容以文字、圖形、號碼，標示組合而成，主管機關竟未善盡職責，查究其目的，而以本條例第二十九條規定，處罰人民，不當且違憲侵害人民權益，且與意圖賣淫（從事性交易工作者）或媒合賣淫而拉客處罰者相較，此一手段顯非侵害對人民權益損害最小之方法，違反手段必要性原則。
- 3、復從限制妥當性而言，按本條例第二條規定，「本條例所稱之性交易，指有對價之性交或猥褻行為」，換言之，本條例所謂對價關係，除客觀上須有對價之交付外，尚須當事人間一方兒童少年，雙方主觀上有以之為性交對價或猥褻對價之認識，且雙方均具有為此合意之能力，始克當之。然本條例第二十九條規定，「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者」，依主管機關認定其成立要件，並非以行為人以傳播方式使接受該訊息之人，因而發生性交易之結果為必要，亦無須具有第一條及第二條規定之性質外，且無須客觀證明行為人傳播之目的，僅憑接受者或主管機關依其表述內容，作為主觀認定，犯罪要件即成立，顯該規範屬侵害人民言論表述自由權之無之限制，且以該規定處罰與達成目的顯失均衡，均已逾越母法授權之範圍，亦違反限制妥當性原則。綜前所述，本條例第二十九條規定，違反憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段

必要性、限制妥當性三大原則，有違比例原則。

（二）法律保留原則

基於法治原則，憲法第二十三條法律保留原則之法律，應符合法律明確原則，以確保法律具有預先告知之要件，使受規範者對法律有預見可能性，同時亦可維護法律之安定性，並防止執法者恣意曲解法律而有執法不公之濫權情形，此亦為正當法律程序所要求。惟立法者制定法律，免不了須斟酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定，如其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違，此乃鈞院一向之見解，迭經多號解釋在案。

又刑罰係以國家強制力為後盾，且動輒剝奪人民生命、自由及財產權之制裁手段，自應以嚴格之標準要求其規範內容之明確性，此即「罪刑法定主義」作為刑法規範基本原則之根本意義所在，鈞院釋字第五二二號解釋對此已有明確闡釋。若刑法規範內容對受規範之人而言不具可預見性者，則其規範之正當性基礎將因而動搖。

人民有積極表意與消極不表意之自由，憲法第十一條所保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述；然而，現今社會發展進步，受外來文化風俗之影響而有所不同，開閱報章雜誌、電視、電腦網路，行人路上廣告招牌，其內容含引誘性、暗示性，以全裸或半裸之真人為表述廣告，比比皆是，主管機關均未依法取締，反而以聲請人類此個案之弱勢人民，無辜遭殃，難道僅以文字、圖形、號碼為標示內容，即構成犯罪要件嗎？

系爭條文，其規範並非在傳述行為人，於客觀能預見其可發生之行為與目的；而係以引發接受人主觀之聯想認知，作為構成犯罪要件；申言之，縱以傳述者，以簡明性交易或相關文義作為傳述，而行為者主體並無此意願行為與目的，僅以客體聯想認知作為結果，無庸置疑其規範使人民生活在任何言行舉止不確定危機之中，有欠缺明確性之虞；且主管機關亦未深究其事實與目的，僅任意舉出為維護社會善良風俗，且又能兼顧兒童少年之名義，即能對人民任意入罪、恣意處罰，實有違「法律明確性原則」。

次查，內政部於中華民國八十四年八月十一日制定本法，經立法公布本條例全文三十九條條文；於民國八十八年四月二十一日刪除本條例第五章附則第三十七條規定，「對十八歲以上之人犯第二十四條或第二十五條之罪者，依本條例規定處罰」，又於同年六月二日修正公布本條例第二十九條規定，「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者」，立法者為考量行為（成年）人利用兒童少年涉及，將上開規定擴張，並非以無之名義將該規

定作為預見或未能預見之一體適用之年齡範圍，與其開宗明義之立法宗旨；背道而馳，實有違反憲法上「法律保留原則」、「法律明確性原則」，應屬無效。

綜上所陳，本條例第二十九條規定，違反憲法上「比例原則」、「法律保留原則」，且侵害人民基於憲法保障之言論自由權，懇請 鈞院惠予宣告上開規定牴觸憲法而無效。

四、附件

附件一：臺灣花蓮地方法院刑事判決影印本乙份。

附件二：最高法院檢察署函影印本乙份

附件三：同上

附件四：同上

附件五：同上

附件六：同上

附件七：同上

謹 狀

司 法 院 公 鑒

聲 請 人 姜 ○ 輝

中華民國九十五年十二月五日

（附件一）

臺灣花蓮地方法院刑事判決

九十三年簡上字第八八號

上 訴 人

即 被 告 姜 ○ 輝

右列上訴人因違反兒童及少年性交易防制條例案件，不服本院花蓮簡易庭九十三年度花簡字第一八四號，中華民國九十三年四月二十八日第一審判決（聲請簡易處刑案號：九十一年度偵字第五六五號），提起上訴，本院管轄之第二審合議庭判決如左：

主 文

原判決撤銷。

姜○○共同連續以廣告物散布足以引誘人為性交易之訊息，處有期徒刑？月，如易科罰金，以□佰元折算壹日。

扣案之小廣告伍佰貳拾伍張沒收。

事 實

一、緣一姓名年籍不詳綽號「江先生」之人，於民國九十三年初，委請姜○○在花蓮縣花蓮市區不特定汽車車窗上，黏貼印有「性感尤物 0917-931172」字樣的小廣告，並言明一次黏貼六百張小廣告可得報酬新臺幣（下同）三百元，姜○○知

該小廣告上印有性感尤物等字樣，有些小廣告上並有以電腦製作，裸露左胸部的虛擬女子人像，內容含有足以引誘、媒介、暗示使人為性交易之訊息，竟仍同意受「江先生」的雇用，而與「江先生」及另一名姓名年籍不詳同樣受「江先生」僱用，綽號「阿忠」之人，共同基於概括的犯意，先後於九十三年三月二十二日下午及三月二十三日下午，自「阿忠」處各領得三百元報酬及上述印有「性感尤物」字樣的小廣告約六百張後，隨機黏貼在花蓮市市區各街道所停放的汽車車窗上，以此方式散布足以引誘、暗示使人為性交易之訊息。嗣於三月二十三日下午六時三十分許，在花蓮市國聯五路與國興五街口，為警當場查獲，並扣得小廣告五百二十五張。

二、案經花蓮縣警察局花蓮分局報告臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官偵查後聲請簡易判決處刑。

理 由

一、訊據被告姜○○雖坦承受姓名年籍不詳人稱「江先生」之人的僱用，自姓名年籍不詳綽號「阿忠」之人處取得報酬及小廣告後，分別於上述的時間、地點，連續黏貼扣案小廣告於汽車車窗上的事實，但是仍矢口否認有違反兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定之犯行，辯稱：他是幫老闆的朋友江先生張貼作為開酒店宣傳用，但江先生說不是賣春色情的那一種酒店，且小廣告上的女子像為電腦製作，有無裸露胸部並不明顯，該圖像並無足以引誘、暗示或促使人為性交易的訊息，而且小廣告上的電話經檢察官當庭打出並無人回應，事後江先生也說店沒開成等語。但是經本院調查後認為：

- (一) 按兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定：「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」，此項規定雖制定在兒童及少年性交易防制條例之法規下，但該法條內並未限制「促使人為性交易」之對象須為未滿十八歲之人，此觀該條例第四章罰則中第二十二至二十七條均有對被害人為年齡限制之規定，僅該條無此限制，究其該條立法目的，無非係為避免有關「促使人為性交易」之訊息，透過傳播而對社會善良風氣產生戕害，故該條之規定並不以行為人有因廣告為引誘、媒介、暗示等方法，使接受該廣告之人因而發生性交易之結果為成立之要件，此合先敘明。
- (二) 上述犯罪事實，除據被告坦白承認有散布該小廣告的事實外，並有卷內所附的現場照片三幀，以及扣案的小廣告五二五張可供佐證，又扣案的小廣告經本院當庭勘驗的結果，其中一百八十五張小廣告上僅印有「性感尤物 0917-931172」字樣，另外三百四十張小廣告除印有「性感尤物 0917-931172」字樣外，並有以電腦製作，裸露左胸之虛擬女子人像印製在小廣告上，此有本院審判筆錄

在卷可按（詳本院卷第四十九頁），上開廣告既以性感尤物、裸露左胸之性暗示圖像為內容，且僅有電話，而無任何足以辨識酒店店名、地址之訊息，一般人明顯即知此與開設酒店之廣告不符，而屬引誘人為性交易之廣告物，被告將印有類此字樣及圖像的廣告黏貼於不特定的汽車車窗上，自屬足以引誘促使人為性交易之訊息。揆之上述說明，縱使「江先生」所欲經營之酒店並無為性交易的情形，且依小廣告上的電話打出並無人回應，被告的行為仍與兒童及少年性交易防制條例第二十九條之構成要件相當，被告前開辯解，尚無足取。

（三）綜上，本案事證明確，被告右揭犯行，均堪認定，自應依法予以論罪科刑。

二、被告以廣告物散布足以引誘、暗示促使人為性交易之行為，係犯兒童及少年性交易防制條例第二十九條之罪。被告與姓名年籍不詳綽號「江先生」及「阿忠」之人間，均有犯意聯絡及行為分擔，皆為共同正犯。又被告先後二次犯行，時間緊接，犯罪構成要件相同，顯係基於概括犯意為之，應依連續犯之規定論以一罪，並加重其刑。原審對被告予以論罪科刑，固非無見，被告否認所為構成犯罪，並以原審量刑過重為由，要求撤銷改判，核無理由，惟原審漏未審酌被告與「江先生」及「阿忠」二人應構成共同正犯，實有未洽，原審判決既有前開瑕疵而無可維持，自應將原判決撤銷，由本院管轄之第二審合議庭自為判決。爰審酌被告犯罪的動機僅為貪得小利，然已破壞社會善良風氣，犯罪後態度尚稱良好等一切情狀，量處如主文所示之刑，並諭知易科罰金之標準。

三、扣案之小廣告五百二十五張，為共同正犯「江先生」所有，而且是供犯罪所用之物，應依法併為沒收之諭知。

據上論斷，應依刑事訴訟法第四百五十五條之一第三項、第三百六十九條第一項前段、第三百六十四條、第二百九十九條第一項前段，兒童及少年性交易防制條例第二十九條，刑法第十一條前段、第二十八條、第五十六條、第四十一條第一項前段、第三十八條第一項第二款，罰金罰鍰提高標準條例第二條，判決如主文。

本案經檢察官許建榮到庭執行職務。

中華民國九十三年八月三日

（本件聲請書其餘附件略）

抄王○○聲請書

壹、聲請解釋憲法之目的

請求解釋最高法院九十二年度台上字第五九〇五號刑事確定終局判決適用兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定牴觸憲法。

貳、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

聲請人於八十九年三月三十一日遭臺灣臺北地方法院檢察署以違反兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定及其他法律規定而起訴，於地方法院審理中，

聲請人雖抗辯本案所查獲之男客均為已滿十八歲之人，從業女子亦為已滿十八歲之人，無兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定之適用；惟臺灣臺北地方法院謂該條所稱之「人」不以未滿十八歲者為限，而認聲請人觸犯兒童及少年性交易防制條例第二十九條之罪及其他法規，並判處聲請人一年十個月之自由刑（附件二）。案經上訴後，聲請人為相同辯解，臺灣高等法院九十年度上訴字第三〇八一號判決仍認聲請人構成兒童及少年性交易防制條例第二十九條之罪，亦判處聲請人一年十個月之自由刑（附件三）。本案再經上訴最高法院，最高法院九十二年度台上字第五九〇五號判決亦為相同認定，而駁回聲請人之上訴（附件四）；聲請人因此因違反兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定及其他法規，而遭判處有期徒刑一年十個月確定。鑑於上開確定判決適用兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定有牴觸憲法第八條第一項保障人身自由之規定，第十一條言論自由之規定，及第二十三條比例原則等規定之疑義，爰依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定，聲請鈞院解釋憲法。

□、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解：

一、最高法院九十二年度台上字第五九〇五號確定判決適用兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定，乃違反憲法第八條第一項規定：

（一）憲法第八條第一項規定「人民身體之自由應予保障」，刑法第一條規定「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」，故凡剝奪人民身體自由之刑罰規範，均須明確；對刑事規範之解釋，亦須依立法目的從嚴為之，以貫徹罪刑法定主義及憲法保障人身自由之旨。

（二）次查兒童及少年性交易防制條例第一條規定「為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，特制定本條例」，同條例第五條亦規定「本條例為有關兒童及少年性交易防制事項之特別法，優先他法適用」，均一再明示「兒童及少年性交易防制條例」之立法目的係為防制兒童及少年為性交易；則同條例第二十九條處罰散布性交易訊息之刑事規範，亦應出於「防制兒童及少年為性交易」之目的所制定，故該條刑事規範規定之「……促使人為性交易之訊息」之「人」，依上開立法目的為解釋，自應限於「未滿十八歲之兒童或少年」。最高法院八十六年度台上字第六二七三號判決謂：「……該條例第二十九條所稱『使人為性交易』，雖無兒童、少年字樣，但其係指『使兒童及少年與他人為性交易』而言，此乃依前揭立法意旨當然應為之限制解釋」（附件五），即採相同見解。

（三）矧最高法院九十二年度台上字第五九〇五號確定判決將兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定之「人」，超出立法目的而擴張解釋為包括超過十八歲以上之人；而於本案判斷上，不問是否有散布性交易訊息予未滿十八歲之兒童少年之事實（按依該確定判決所載犯罪事實，並無任何兒童或少年獲得性交易訊

息之情事），遽認聲請人構成兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定之罪，乃未依立法目的從嚴解釋剝奪人民身體自由之刑事規範，殊違反憲法第八條第一項保障人身自由之規定。

二、最高法院九十二年度台上字第五九〇五號確定判決適用兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定，乃違反憲法第十一條言論自由之規定，憲法第二十三條比例原則之規定：

- （一）憲法第十一條規定「人民有言論、講學、著作及出版之自由」，鈞院釋字第四四五號解釋謂「……憲法第十一條規定之言論、講學、著作及出版之自由，同屬表現自由之範疇，為實施民主政治最重要的基本人權」，釋字第五〇九號解釋亦稱「言論自由為人民基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮」；該憲法第十一條保障之言論自由，自包括「散布訊息」之言論自由在內。再「若欲對人民之自由權利加以限制，必須符合憲法第二十三條所定必要之程度」，此除鈞院釋字第四四三號解釋明文闡釋之外，釋字第三七三、四五四、四七九、四八八、五四二號等解釋亦均有相同意旨。另「國家為實現刑罰權，將特定事項以特別刑法規定特別之罪刑，其內容須符合目的正當性、手段必要性、限制妥當性，方符合憲法第二十三條之規定」，鈞院釋字第五五一、四七六號解釋均闡釋在案。
- （二）查兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定，以「散布、播送或刊登性交易訊息」作為科處刑罰之構成要件行為，自屬限制人民言論自由規定；既係限制人民憲法第十一條所保障之言論自由之規定，依前引釋字解釋，自須符合憲法第二十三條所定必要之程度。次查若依本案確定判決之見解，將兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定「……促使人為性交易之訊息」之「人」，擴張解釋為包括十八歲以上之人，則限制「對十八歲以上之人散布性交易訊息」之「手段」，並無法達成「防制、消弭以兒童少年為性交易對象」之「目的」；既「手段」無從達成「目的」，其限制言論自由之手段當然違反憲法第二十三條所定必要之程度。
- （三）再十八歲以上之人為性交易係刑法未處罰之行為，縱認社會秩序維護法第八十條第一項第一款規定「有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰：一、意圖得利與人姦、宿者」，而處罰為性交易行為之人，惟該處罰僅屬行政罰，其處罰目的則僅為一抽象之「善良風俗」（見社會秩序維護法第三篇第二章章名），故處罰之效果至多僅為拘留三日或罰鍰新臺幣三萬元。既十八歲以上之人為性交易為刑法所不處罰或社會秩序維護法至多處罰三日拘留之行為，則就「對十八歲以上之人散布性交易訊息」之「事前輔助」之行為，自亦不應予以刑事處罰、或其處罰亦不應大於對於「為性交易行為之人」

之三日拘留之處罰，如此所限制之手段（限制言論自由）與所欲達成之目的（善良風俗）始妥當相當。而若依最高法院九十二年度台上字第五九〇五號確定判決之見解，即將兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定「……促使人為性交易之訊息」之「人」擴張解釋為包括十八歲以上之人，則將導致兒童及少年性交易防制條例第二十九條刑事規範限制對十八歲以上之人散布性交易訊息之限制言論自由之「手段」（即兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定之「處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」），與社會秩序維護法第八十條處罰為性交易行為之人之「目的」（「善良風俗」，見社會秩序維護法第三篇第二章章名；又社會秩序維護法第八十條規定「處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰」）顯不相當，而違反憲法第二十三條比例原則中之「手段必要性」及「限制妥當性」原則。

肆、關係文件之名稱及件數：

附件一：委任書原本乙件。

附件二：臺灣臺北地方法院八十八年度少連訴字第五六號、八十九年度少連訴字第十五號刑事判決影本乙件。

附件三：臺灣高等法院九十年度的上訴字第三〇八一號刑事判決影本乙件。

附件四：最高法院九十二年度台上字第五九〇五號刑事判決影本乙件。

附件五：最高法院八十六年度台上字第六二七三號判決要旨影本乙件。

謹 呈

司 法 院 公 鑒

聲 請 人 王 〇 傑

代 理 人：戴 嘉 慧 律師

中華民國九十三年一月六日

（附件四）

最高法院刑事判決

九十二年度台上字第五九〇五號

上 訴 人 施〇〇

選任辯護人 鄭庭壽 律師

上 訴 人 蘇〇〇

高〇〇

莊〇〇

右二人共同

選任辯護人 吳尚昆 律師

上 訴 人 賴〇〇

陳〇〇

呂○○

葉○○

陳○○

右 一 人

選任辯護人 鄧湘全 律師

上 訴 人 王○○

選任辯護人 戴森雄 律師

戴嘉慧 律師

上 訴 人 陳○○ 改名（陳○○）

右上訴人等因妨害風化案件，不服臺灣高等法院中華民國九十一年五月十六日第二審判決（九十年度上訴字第三〇八一號，起訴案號：臺灣臺北地方法院檢察署八十八年度偵字第七三七七、七七一九、一一八六八、一三三四九、一三九七七、一三九七八、一八七二八號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、關於上訴人施○○、蘇○○、高○○、賴○○、莊○○、葉○○、呂○○、陳○○、王○○、陳○○部分：

按刑事訴訟法第三百七十七條規定：上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件；如果上訴理由狀並未依據卷內訴訟資料具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，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，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決撤銷第一審關於上訴人施○○、蘇○○、高○○、賴○○、莊○○、葉○○、呂○○、陳○○、王○○、陳○○部分之科刑判決，改判論上訴人施○○、蘇○○、陳○○以共同以意圖使女子與他人為性交之行為，而媒介以營利為常業罪，依序判處有期徒刑□年、貳年、壹年陸月；論上訴人高○○、賴○○、莊○○、葉○○、呂○○、陳○○、王○○以共同以意圖使女子與他人為猥褻之行為，而媒介以營利為常業罪，呂○○（為累犯）、高○○、賴○○、莊○○、葉○○均各判處有期徒刑壹年陸月；陳○○有期徒刑壹年捌月；王○○有期徒刑壹年拾月。係依憑共同被告何○伸（經原判決論以共同以意圖使女子與他人為猥褻之行為，而媒介以營利為常業罪，判處有期徒刑貳年陸月，未提起第三審上訴，已確定）、蘇○○（經臺灣臺北地方法院以民國八十八年度少連訴字第五六號、八十九年度少連訴字第一五號判決論以共同意圖為自己不法之所有，以詐術使人將本人之物交付罪，判處有期徒刑陸月確定）、蔡○文（經同上第一審判決論以共同以意圖

使女子與他人為猥褻之行為，而媒介以營利為常業罪，判處有期徒刑壹年拾月確定）及上訴人施○○、蘇○○、莊○○、葉○○、陳○○等人於審理中所供「貝○柔美容名店」、「現代○○美容名店」、「○○○護膚中心」，均為案外人陳○嘉、常○道（未提起公訴）合夥開設，並在○○市○○○路四一三號○○大樓十二樓成立總管理處，各店成員須輪流至總管理處開會或上課，其上課情形為教櫃台人員如何接電話……該總管理處在中山區就有十二家連鎖店，○○○護膚中心是其中之一，幹部去開會，基層的去聽課，講習內容包括如何應對警察臨檢訊問，如問做什麼就說做美容；問有沒有做色情就說沒有；電話線要拔掉；如何推銷會員卡，在介紹會員卡過程中會吹噓說加入會員後可到俱樂部去，但實際上這些都是詐騙的，並沒有所謂的俱樂部；美容小姐也會去上課，副理以上及美容小姐可以賣卡，由美容小姐先推銷確定客人要買講好價錢，刷了卡或付現後，再由經理或副理進來要客人加價買另外一種會員卡，再帶到外面虛晃……公司（按即總管理處）就是希望客人加入會員，公司會開會，有一位姓杜的顧問，他會上課教員工，公司的原則就是去遊說客人，讓客人覺得似有似無（性交易），若有爭執，就退費給客人，若無爭執，公司的原則是能拖多久就拖多久，沒辦法時只好退費，公司如倒了，公司就置之不理……公司要我們告訴客人說有俱樂部，但事實上沒有。總管理處上課時，他們教如何為客人服務，要我們告訴客人有俱樂部，有特別的服務，來吸引客人加入會員，但事實上客人加入會員並沒有特別的優待。所有美容師、副理都要到總管理處上課，賣卡可以抽成，賣新臺幣（下同）一萬元可抽二千元，如果副理、經理也要抽成賺錢的話，他們要再增額推銷……剛進去公司時都會去上課，有告訴我們如何推銷會員卡，教我們所謂的「話術」等情之供詞，而認該總管理處人員經由上課、講習與各分店人員在職期間形成共識，而有犯意之聯絡。並以（一）、上訴人施○○、蘇○○就原判決事實一（關於「○○○美容名店」）部分：係依憑上訴人施○○、蘇○○及共同被告何○伸、蘇○○、曾○玫（經同上第一審判決論以共同連續以出版品，刊登足以暗示促使人為性交易之訊息罪，判處有期徒刑捌月確定）、黃○○（經同上第一審判決論以共同以意圖使女子與他人為猥褻之行為，而媒介以營利為常業罪，判處有期徒刑壹年拾月確定）、證人即被媒介之美容師女子王○○等人供認：伊等明知並無所謂俱樂部及特別服務，推由蘇○○向客人洪○○詐稱加入會員即可到俱樂部享受性交易之特別服務，而騙取洪○○會員費，當日洪○○總共刷卡五萬四千六百元等情之自白，及共同被告何○伸坦承小廣告係伊去刊登的等語，參酌證人洪○○、黃○○之證詞，及卷附廣告名片、中國信託商業銀行信用卡簽帳單影本（洪○○），台北市政府營利事業登記證影本、人事資料卡影本、信用卡刷卡單存根聯影本（黃○○）、報紙分類廣告剪報影本、客戶進報表、美容師業績表、營業日報表、抽成表、報紙分類廣告底稿影本等證據資料，而為論斷，已敘述其所

憑之證據及認定之理由。而以上訴人施○○、蘇○○否認有詐欺、恐嚇取財未遂、妨害風化及散發色情廣告之犯行，施○○辯稱：有在「○○○美容名店」工作，我們推薦的會員卡是客人以後到店中消費可以打折，卡分為一至五萬元共五級，並沒有俱樂部，我不知道小姐為何會騙人，蘇○○告訴我有客人要求退費，我出來時客人已經報警了，客人要求退費我說好，但要經總公司同意，當時店內已無客人，不可能跟他說有竹聯幫大哥在店內，並未恐嚇客人，洪○○這事發生時我在睡覺，我們自己了解有沒有色情○○辯謂：伊擔任「○○○美容名店」副理，客人洪○○要退費，我說我不能處理，因有客人來退卡才知有辦卡之事，竹聯幫大哥付費之事，我不知道，應是沒這回事，當時伊原坐在沙發上談，後來他們改在辦公室談，辦公室內只有施○○一人，竹聯幫大哥一事，伊有問施○○，施告以沒這回事各等語，均為飾卸之詞，不足採取，在理由內依憑卷證資料，詳加指駁；並說明證人洪○○係受蘇○○詐騙，倘其存心構陷，當無獨捨蘇○○之理？其所為指訴應係屬真實；證人王○○雖供述：黃○○於店中做全套餐（不含撫摸生殖器）服務，費用九千元云云，惟與黃○○所供其做半套付費六千元加基本消費共九千五百元不符，而該黃○○消費確共支付九千五百元，有刷卡單存根聯影本在卷可參，足見王○○所供並非實在。況該店美容師均曾至總管理處上課，授以如何應付警察訊問之技巧，自難期其為真實之陳述。縱使美容師事先書立不准作色情之合約，亦僅係該店預作逃避刑責之措施而已，否則美容師違約時，為何未依法索賠，且又未提出合約以供法院審認？該店廣告名片或報紙廣告之設計、刊登係由總管理處統籌規劃，並每日與各該店核對廣告內容、電話等，由總管理處僱工讀生散發，或交各店由少爺、副理、新進人員散發，各店須逐日派員工剪下已刊登之報紙廣告，以便核對廣告公司之請款，副理亦須詢問客人是否看廣告而來，以統計櫃檯業績，櫃檯人員再據以抽佣，足證各店員工顯均分擔部分工作。上訴人等利用媒體○○時報第五十九版等報紙，刊登「秘密 25603118 不要張揚」之廣告，再行媒介性交易，復有猥褻之結果，顯係以間接方法而媒介女子與不特定男客為性交易，其所刊登之內容係暗示促使人為性交易訊息，上訴人施○○、蘇○○犯刑法第三百三十九條第一項詐欺取財罪、第三百四十六條第三項、第一項之恐嚇取財（洪○○）未遂罪，兒童及少年性交易防制條例第二十九條以廣告物、出版品散布或刊登足以暗示促使人為性交易之訊息罪及刑法第二百三十一條第二項、第一項之以圖利容留使人猥褻為常業罪之犯行堪以認定之理由。

（二）、上訴人莊○○、高○○、賴○○、葉○○、王○○、陳○○、呂○○就原判決事實二（關於「○○○護膚中心」）部分：係依憑共同被告何○伸供稱：總公司有規定，副理或經理一早要把總公司所登報紙之廣告剪下來，集中後再傳回公司，供公司核對，以便廣告公司請款，扣案之登報廣告稿是由總公司當中間人，若要刊登此廣告，總公司會傳回各店，經理都看得到，且經理還要核對電話

，若內容要更正，還要傳回總公司；共同被告黃○○供以：廣告有部分是自己交給報社處理，有些是交給總公司處理；共同被告蔡○文供述：店內有時會發 DM，有時刊登廣告，我們副理沒有參與內容製作及和報社交涉，大多是由新進人員去發，印象中陳○○有發過；上訴人施○○供明：刊登之廣告都是總公司登的，報社會打電話告知廣告已經登好了；廣告方面總公司有陳小姐處理，DM 小廣告是總公司找廠商印製，剛開始是由少爺、副理發，因危險性高，所以後來請工讀生散發；陳○○供陳：登廣告之事也都是施○○處理；葉○○供謂：發廣告的事我不知情，公司告訴我們說如果去發被抓去關；副理的工作有一項是要去問客人……若是第一次來，是看廣告來的還是朋友介紹來的……這樣會和客人熟一點，也可統計櫃檯的業績；廖○○是早班的客人，由早班的經理處理，這個客人又哭又跪的，當時我們處理的人有大小聲，客人要求退費，但店裏拖延；上訴人王○○、陳○○均陳明：有對廖○○說安靜點或聲量放小，不要吵各等語，並參酌證人廖○○、蔡○○、廖○○、黃○○等人於警訊、第一審審理時及證人周○德於警訊時之證詞，及卷附印有「激情浪漫 TEL25610750 漂亮寶貝優質感性」、「神秘特區 n 引爆登場、意亂情迷 n 視覺享受、碰觸之間 n 貼身的服務，野性的呼喚 25628001」等字樣之廣告名片、電話介紹台詞表、帳單十八張、交易所得一萬六千五百元、自動櫃員機交易紀錄五張、本票十張、黃○○簽發之本票三紙、贓物認領保管收據等證據資料，而為論斷，已敘述其所憑之證據及認定之理由。而以上訴人莊○○、高○○、賴○○、葉○○、王○○、陳○○均否認有散發色情廣告及妨害風化之犯行；上訴人呂○○亦否認有妨害風化、恐嚇犯行；王○○、陳○○則否認有恐嚇犯行，上訴人葉○○辯稱：發廣告的事我不知情，公司告訴我們說如果去發被抓去關；呂○○辯謂：知道店內有發名片、刊登廣告之事，是老闆叫副理去的，伊未發過，「○○○護膚中心」包廂有一小玻璃門，自外可窺見內部，工作期間絕無從事性交易，客人廖○○之事剛發生時，伊在當班，但不在店內，伊是外出用餐後再回來，回來時廖某已穿好衣服，在櫃檯爭執要退錢了，當時只是去了解，若有恐嚇就不會領六萬元要還他，是因廖某不願寫收據，所以未還他，當時在場者還有蔡○文、王○○、陳○○等，伊未恐嚇廖某；莊○○辯稱：伊是晚班人員為代理經理（晚上八時至翌晨六時），公司運作不是很清楚；陳○○辯以：警方所查獲之廣告名片、報紙廣告，僅係為吸引顧客而以較誇大、煽情之字眼表達，主觀上並無引誘、暗示他人為性交易之意圖，且該店所印製登之廣告，乃伊任職前即已存在，與伊無涉，有關店內所謂撫摸生殖器之指控，不過係證人片面之詞，況證人周○德於審判中亦已推翻前供，改稱小姐並未撫摸其生殖器，且伊在店內僅係副理，店內小姐縱有撫摸客人生殖器，亦屬該人之個人行為。伊係在廖○○與店內人員理論時，前往關心，並請其聲量放小，以免打擾其他客人之安寧而已，伊只是說話比較大聲，告訴他不要吵，並非恐

嚇或欲對其不利，廖○○所指姓依的經理應是呂，他雖是晚班經理，但有時也會比較早來，又事實上都是蔡○文和呂○○和他談，伊和王○○只是在旁邊；王○傑亦辯稱：消費男客均為十八歲以上之人，與兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定無關，又其為低層之副理，絕無散發廣告或刊登促使人為性交易之訊息，尤無與該店負責人黃○○等人有犯意聯絡可言，男客廖○○並非由伊接待，僅係於將下班之際，見廖某在客廳吵鬧，即趨前對廖表示「你安靜點，裡面還有別的客人，你不要吵」，絕無恐嚇之言詞，且伊隨後即下班離去，伊離去時，廖某尚未離去，此由廖某於審理中供證稱「當時他（按指王○○）只是態度不友善，他說的不算恐嚇」、「陳○○說不要吵，不然要打我，蔡○文也說類似這種話，呂○○逼我簽本票，作勢要打我，王○○類似把風角色」可得證明，男客黃○○於八十八年六月九日自願簽發三張本票交伊之後，當日隨即離去，係數日後，黃某反悔，再次前來店中，要求退還本票，伊僅向黃某表示：拿錢換回本票，並無恐嚇情事；高○○則辯以：公司未叫我去上課，也未派我去發小廣告；賴○○辯謂：店內應是沒有色情交易，因他們在美容室我們沒去看，且美容室的門有透明玻璃各等語，均為飾卸之詞，不足採取，在理由內依憑卷證資料，詳加指駁；並說明關於刊登廣告部分，是各店員工均分擔部分工作，已如前述；且兒童及少年性交易防制條例第二十九條所為規定，並無如同條例第二十二條至第二十七條明定以未滿十八歲或未滿十六歲，或十六歲以上未滿十八歲之人為性交易對象，足見本條所稱之「人」不以未滿十八歲為限；證人周○德雖於審理中翻異前詞改稱小姐根本未挑逗伊及撫摸性器官云云，惟依警訊筆錄所載，其教育程度為大學肄業，在臨檢紀錄表及警訊筆錄中均供承：美容師許○英曾以手隔著紙內褲撫摸碰觸及生殖器數次，並予簽名負責，其當無不知所載內容而予簽認，是其翻異前供，要係事後迴護之詞，並無可採；證人廖○○於對質時亦改稱：我不覺得恐嚇我等語，惟其既稱當時害怕，又謂不覺得恐嚇我，要係面對曾對之為惡害通知者，猶有懼意之故，並無違常情。另依前開證人廖○○所供：上訴人等對其恫稱如果在他們店內鬧，他們就要打我……一堆小弟不要我說話，只要我趕快走等情節觀之，應係證人在該店內欲索還現金，不願離去，引起爭執，上訴人等始有「不要吵（鬧），不然要打你」等恐嚇言詞，是則上訴人呂○○應同係要廖某不要吵（鬧），作勢要打人，雖非逼廖某簽本票，惟仍是恐嚇危害安全犯行，是上訴人等所辯未恐嚇廖○○，並無可採。上訴人莊○○、高○○、賴○○、葉○○、王○傑、陳○○等均犯有兒童及少年性交易防制條例第二十九條以廣告物、出版品散布或刊登足以暗示促使人為性交易之訊息罪及與呂○○共犯刑法第二百三十一條第二項、第一項之以圖利容留使人猥褻為常業罪之犯行，上訴人王○○、陳○○、呂○○又犯刑法第三百零五條恐嚇危害安全罪均堪以認定之理由。（三）、上訴人施○○、蘇○○、陳○○就原判決事實三（關於現代○○美容名店）部分：

係依憑蘇○○於第一審供稱：現代○○美容名店確有與○○賓館合作，以應客人需求之詞，並參酌證人梁○○、阮○育於警訊、第一審審理中之證詞，及卷附利用媒體在自立晚報、中國時報刊登「男來店配對 25977398」之廣告等證據資料，而為論斷，已敘述其所憑之證據及認定之理由。而以上訴人施○○、蘇○○、陳○○等人均否認有散發色情廣告、妨害風化之犯行，上訴人施○○辯稱：刊登之廣告都是總公司登的，報社會打電話告知廣告已經登好了，內容不清楚，伊非現代○○的負責人，只是店長，約在八十八年五月中旬離職，出事時已不是店長了，因伊是登記負責人才被找去，離職後因登記負責人為伊，曾回去與老闆陳○○爭執；陳○○辯以：登廣告之事都是施○○處理；店內完全沒有做性交易，因現場只有伊一個男的，所以就被帶走了，查獲之大陸女子不是伊介紹的，但聽裡面的副理說如果要小姐的話，可以到○○賓館那裡叫，當時客人在店裡消費後，問何處有色情的地方，我僅帶他下樓，告訴他那邊可能有在做，然後我去便利商店買東西，絕非我帶去的；蘇○○辯謂：客人梁○○之事，陳○○有告訴我不是他帶去的，當時我不在現場，事發後我問陳○○，陳○○說不是他帶的各等語，為飾卸之詞，不足採取，在理由內依憑卷證資料，詳加指駁；並說明證人梁○○於原審證稱：女子王○宣是根據先前朋友給他電話，自己叫來的云云，此與其先前所陳迥異，應係迴護之詞，非可採信。關於刊登廣告部分，由各店員工各分擔部分工作，亦如前述。而上訴人等分別使男子梁○○、阮○育受引誘前往，再行媒介性交易，復有性交易之結果，顯係以間接方法而媒介女子與不特定男客為性交易，其所刊登之內容係暗示促使人為性交易之訊息。上訴人施○○、蘇○○、陳○○犯兒童及少年性交易防制條例第二十九條以廣告物、出版品散布或刊登足以暗示促使人為性交易之訊息罪及刑法第二百三十一條第二項、第一項之以圖利容留使人性交為常業罪堪以認定之理由。（四）、上訴人施○○就原判決事實四（關於「○○名品店」）部分：係依憑證人趙○勇於警訊、審理中之指證及共同被告林○立於警訊及偵查中所供：公司規定刷卡消費不知可否領到帳款，故要求客人刷到七萬元之後才可退費等語，及卷附趙○勇之信用卡消費明細表、人事資料卡、和解書、台北市政府營利事業登記證、員工名冊等證據資料，而為論斷，已敘述其所憑之證據及認定之理由。而以上訴人施○○否認有詐欺犯行，辯稱：伊當時只是去了解而已，當時客人一刷卡就要求退費，但事實上客人還是有意思要買，並沒要他補七萬元，是警察寫錯了，若要退現金則由老闆處理云云，為飾卸之詞，不足採取，在理由內依憑卷證資料，詳加指駁；並說明如證人趙○勇刷卡三萬元時不能退費，何以補足七萬元即可退費？徵之上訴人施○○前曾述及受過推銷會員卡之講習，行為態樣復如出一轍，所辯洵非可採，其犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪已堪認定之理由。從形式上觀察，原判決並無採證違法之情形存在。按取捨證據及認定事實，乃事實審法院職權之行使，其對證據證

明力所為之判斷，苟係基於吾人日常生活之經驗，而未違背客觀上應認為確實之定則，並已敘述其何以為此一判斷之理由者，即不能指為違法。查（一）、證人廖○○、阮○育均證稱：伊等係看廣告單或報紙廣告，認為有做性交易而打電話聯絡後，前往消費。足證不論上訴人所屬公司散發之廣告單或在報紙刊登之廣告，均已傳達暗示促使人為性交易之訊息無訛。證人黃○○、廖○○、蔡○○、周○○、廖○○等人均證稱：美容小姐有為渠等撫摸生殖器等語，而證人梁○○、阮○育亦均因陳○○之媒介而與大陸女子完成姦淫之性交易，亦經證人梁○○、阮○育二人證述在卷。而上開「○○○美容名店」、「○○○護膚中心」、「現代○○美容名店」、「○○名品店」經營方式及性質均相同，並成立總管理處，各店成員須輪流至總管理處上課或開會，各上訴人等雖分屬不同之店，但各店經營手法完全相同，縱廣告係由總管理處處理，上訴人等既須每日核對廣告內容陳報，渠等縱未實際散發或刊登廣告，仍難以其上班時數較短或未至總管理處上課為詞，諉調不知情而卸責。（二）、上訴人等所經營或工作之「○○○護膚中心」有散發如事實欄二、之色情廣告單，業經證人廖○○、蔡○○供證屬實，並有渠等提供之色情廣告單附卷可按（八十八年度偵字第一一八六八號卷第二十五頁），其上所刊載之電話號碼「二五六一〇七五〇」、「二五六二八〇〇一」，亦經上訴人高○○、及共同被告黃○○供稱：係「○○○護膚中心」所使用或曾使用之電話無誤（詳同上卷第六十五頁），上訴意旨以原審以「○○○美容名店」之廣告名片認定「○○○護膚中心」員工有參與其事，及該廣告名片係非法搜索扣押者，即有誤認。（三）、原判決事實認定：被害人廖○○同意代提領其所有台灣中小企業銀行之存款，而由江○如取出廖某之金融卡，交由「○○○護膚中心」之副理至自動提款機提領七萬元等情，並未認定該款係上訴人等所盜領，上訴人陳○○上訴意旨以廖某前後指證不一，伊等未盜領廖某存款，而指摘原判決違法，即有誤會。又原判決事實欄就恐嚇被害人黃○○、廖○○部分，並未認定上訴人葉○○為參與其事之共犯，上訴人葉○○上訴意旨以其當時未在场，原判決對此有利於伊證據未予說明，而指摘原判決不當，亦屬誤謬。又警方係以上訴人陳○○工作之「○○○護膚中心」人事資料卡上照片及身分證影本供被害人廖○○指認（詳八十八年度偵字第一三九七七號卷第九、六十七頁）。上訴意旨以警方提供陳○○身分證影本供被害人廖○○指認，易生違誤云云，同有誤會。（四）、原判決係以上訴人呂○○、王○○、陳○○等人於廖○○拒絕購買六萬元之會員卡而要求返還其委託代為提領之款項時，出言恐嚇以「如果在店內鬧，將毆打，對伊不利」等語，致廖某心生畏懼，而認上訴人等三人另犯恐嚇罪等情。查被害人廖○○係因要求店家退款而與上訴人等爭執，其乃為排除該店家之不法侵害所為權利之行使，上訴人等為阻止廖某行使其權利而為上開恐嚇言詞，顯非基於正當之目的，此與防止他人不法侵害而附條件以「如再偷東西，就打死你」

之情並不相同，自非可引喻失義，認係附條件之言論，不構成恐嚇罪。（五）、按兒童及少年性交易防制條例第二十九條所為規定，並無如同條例第二十二條至第二十七條明定以未滿十八歲或未滿十六歲；或十六歲以上未滿十八歲之人為性交易對象，則本條所稱之「人」不以未滿十八歲為限，上訴意旨以本件所查獲之男客為已滿十八歲之男子，從業女子亦為已滿十八歲之女子，無兒童及少年性交易防制條例第二十九條之適用云云，尚屬無據。（六）、原判決理由八係說明公訴意旨以：「○○○護膚中心」於八十八年五月二十一日遭查獲後，上訴人呂○○、莊○○、高○○、賴○○、葉○○、陳○○、王○○，仍共同基於概括之犯意聯絡，並以散發印有 25610893、25610753 電話之廣告名片，且在報紙刊登廣告，散布足以引誘、暗示人為性交易之訊息，對外招攬客人等情。因認渠等另涉有兒童及少年性交易防制條例第二十九條罪嫌云云。原審以此部分無論廣告名片或報紙分類廣告，俱未經扣案，無從印證是否有散布足以引誘、暗示人為性交易之訊息，且查無其他佐證，而認此部分犯罪自屬不能證明，此與前開判決有罪部分係屬不同之事實，上訴意旨以原判決理由有前後矛盾之違誤，實有誤會。以上俱難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。另原判決事實認上訴人施○○就事實一、四所犯詐欺罪部分，係基於概括之犯意，應為連續犯刑法第三百三十九條第一項之詐欺取財罪，其理由說明上訴人施○○所犯詐欺罪與其所犯兒童及少年性交易防制條例第二十九條、刑法第二百三十一條第二項、第一項、第三百四十六條第三項、第一項各罪間有方法結果之牽連關係，應從一重之以圖利使人性交為常業罪論處。雖原判決理由欄六、（五）就施○○上開連續詐欺犯行，未論以連續犯，容有疏漏，惟既於判決之主旨及上訴人應負刑之刑責，不生影響，本即不構成撤銷之原因，亦不得執以指摘為第三審上訴之正當理由。上訴人等其餘上訴意旨主張原判決有採證違法、認定事實與卷內資料不符、理由不備、理由矛盾、應於審判期日調查之證據未予調查之違法云云，核係對原審取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使及原判決理由已經說明之事項，再加爭辯，徒以自己之說詞，泛指其為違法，並為單純事實上之爭執，皆非適法之第三審上訴理由，其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

二、關於上訴人陳○○（即陳○○）部分：

按當事人對於下級法院之判決有不服者，得提起上訴，其上訴期間為十日，自送達判決後起算，刑事訴訟法第三百四十九條前段定有明文。本件上訴人陳○○（即陳○○）因妨害風化案件，經原審判決後，於民國九十一年六月五日送達於上訴人收受，有送達證書附卷可按，其上訴期間，因上訴人居住於原審法院所在地，無在途期間可言，截至九十一年六月十七日即已屆滿（其期間之末日九十一年六月十五日為星期六，經順延至九十一年六月十七日為上訴期間屆滿日），惟其竟至九十一年六月十九日始行提起上訴，顯已逾期，其上訴自非合法，應予駁回。



。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中華民國九十二年十月二十二日

（本件聲請書其餘附件略）

參考法條：中華民國憲法 第 11、23 條（36.01.01）

兒童及少年性交易防制條例 第 29 條（88.06.02）