

## 釋字第六二三號解釋部分不同意見書

許大法官玉秀

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<sup>1</sup>」，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之適用範圍，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、拘役或新台幣十萬元以下罰金；社會秩序維護法第八十條規定對於性交

---

<sup>1</sup> 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。

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、刑法第二百零二十七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「對於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，並非以兒童及少年為性交易或促使兒童及少年從事性交易為內容，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，而不在該條規定規範範圍之內。」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<sup>2</sup>稱之為抽象具體危險犯（abstrakt-konkrete Gefährungsdelikte），其後被稱為虞犯（Eignungsdelikte）<sup>3</sup>，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（例如刑法第三百〇五條）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

---

<sup>2</sup> Schröder, Abstrakte-konkrete Gefährungsdelikte, JZ 1967, 522 ff.; ders, Die Gefährungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81 (1969), 7 ff.

<sup>3</sup> 本席曾經翻譯為適格犯。



費者保護法等領域重要的立法選擇。在我國刑法典中，繼受自德國刑法第三百一十六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<sup>4</sup>，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<sup>5</sup>。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係，虞犯的成立則只需要證明一般的因果關係(*generelle Kausalität, generelle Geeignetheit*)<sup>6</sup>。

### 參、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

<sup>4</sup> 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。

<sup>5</sup> Roxin, *Strafrecht AT*<sup>4</sup>, 2006, 11/127; Schönemann 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。

<sup>6</sup> Zieschang, *Die Gefährungsdelikte*, 1998, S. 17.

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。所不允許傳布的訊息，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。