

## 釋字第六二三號解釋

不同意見書

大法官 林子儀

緣聲請人蕭 煒、高 洋、姜 輝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，得併科新台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。<sup>1</sup>

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，<sup>2</sup> 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，<sup>3</sup> 絕大多

---

<sup>1</sup> 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。

<sup>2</sup> 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。

<sup>3</sup> 95 年度台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

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，<sup>4</sup> 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，得併科新台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。

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。

<sup>4</sup> 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

年別	被 告 人 數															宣 告 緩 刑	得 易 科 罰 金	
	總計	科刑						無 罪	免 訴	不 受 理	管 轄 錯 誤	通 緝	撤 回	駁 回 公 訴	其 他			
		計	有期徒刑			拘 役	罰 金											
94	702	656	652	643	5			4	4	0	21	6	2	3	10	2	0	1
95	802	765	762	753	7	2	3	0	26	2	1	2	3	2	1	0	380	754

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，即不在該條規定規範範圍之內。」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，得併科新台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，並非直接促成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<sup>5</sup>。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。<sup>6</sup>

（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

---

<sup>5</sup> 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。

<sup>6</sup> 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。

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。<sup>7</sup>

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

---

<sup>7</sup> 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，有關檢討法律明性原則之部分。

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。<sup>8</sup>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。<sup>9</sup>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、得併科新台幣一百萬元以下罰金之刑度；然若將之與同條

---

<sup>8</sup> 參見蘇俊雄，《刑法總論 I》，1998年3月修正再版，頁5-6。

<sup>9</sup> 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。

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、拘役或新台幣十萬元以下罰金，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。<sup>10</sup>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。<sup>11</sup>

（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

---

<sup>10</sup> 又以刑法第二三一條之規定為例，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。

<sup>11</sup> 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。

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此使其為性交易內容之訊息，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，如可嚴格區分其閱聽對象並建立分級管理制度，應由主管機關衡酌科技之發展，依比例原則隨時檢討修正」。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，已經存有不必要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份資料庫的結合，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的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並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。