

釋憲聲請書

1

2 聲請人 蔡○○

3

4

5 代理人 邱律師

6

7 壹、聲請解釋憲法之目的

8 聲請人認為最高法院 102 年台上字第 5003 號（附件 1）、台灣高
9 等法院 102 年上訴字第 1618 號（附件 2）、與台灣新北地方法院 101
10 年矚字第 3 號（附件 3）確定判決（下稱系爭判決）所適用之刑法第
11 231 條第 1 項（下稱系爭規定）：「意圖使男女與他人為性交或猥褻之
12 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
13 十萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。」不法侵害憲法第 15 條所
14 保障之工作權，與憲法第 22 條保障之性自主權，違反憲法第 23 條之
15 比例原則，故依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款：「人
16 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
17 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
18 法之疑義者。」請求鈞院解釋系爭規定違憲，並諭知系爭規定應自本
19 解釋公布日起失其效力。另懇請依鈞院釋字第 725 號之意旨，諭知檢
20 察總長於本號解釋公布後，依刑事訴訟法第 441 條第 1 項，以系爭判
21 決牴觸憲法為由，聲請非常上訴，以確保本案聲請人受憲法保障之權
22 利。

23 貳、疑義之事實與經過

24 本案聲請人蔡○○於民國 100 年 10 月間，在網路論壇「花魁藝
25 色館電子佈告欄系統」（Bulletin Board System，該站網址：telnet：
26 //libido.cx，以下簡稱花魁 BBS 站）的「Group」版內（下稱花魁群交
27 版），以帳號「relexman」發文，號召舉辦模擬日本成人風俗片「癡

28 「漢電車」的企畫活動。該活動安排參加者扮演公共運輸交通工具上的
29 通勤族，由男性參加者對女性參加者為性騷擾、性交、猥褻行為，藉
30 以重現日本情色片中「癡漢電車」的情節。本活動性質為私人性愛派
31 對，參加人均需繳納新台幣(下同)700元至800元，作為租借電車、
32 購買保險套、礦泉水與相關衛生用品之費用。

33 本案聲請人於101年1月22日，透過前揭花魁BBS站結識暱稱
34 「小雨」之女子(於花魁BBS站之帳號為「rainyfull」，下稱A女)，
35 並邀請A女參加本活動。確認A女為本活動之女主角後，本案聲請
36 人陸續於網路以skype通訊軟體語音會談篩選徵得活動之助理2人、
37 男性糾察隊3人及有意與已滿18歲女子性交之男性活動參加者18
38 人。本活動之參加者須各自匯款800元至本案聲請人所指定於合作金
39 庫銀行自強分行申設之帳戶。收得19,200元後，本案聲請人旋向交
40 通部臺灣鐵路管理局申請租用101年2月19日第521車次莒光號
41 列車加掛客廳式車廂內之全部座位，並於花魁BBS站，以寄發站內
42 信方式，告知「癡漢電車」活動參與者須於101年2月19日，在臺
43 北火車站集合，參與者應手持其上記載其花魁BBS站帳號之前揭繳
44 交上開對價的匯款單或存摺內頁轉帳明細以為辨識暗號，方能參與活
45 動。

46 活動當日，本案聲請人在臺北火車站2樓微風廣場先以約定暗號
47 方式辨識尋得女助理與男糾察隊等人，並與A女會合後，本案聲請
48 人隨即分配指派助理等人之工作內容，由助理負責於同日14時30分
49 許，前往臺北火車站1樓北三門，以前揭約定暗號，辨識尋得男性
50 參加者18人，並檢查渠等隨身行李有無攝錄器材及違禁藥品，以防
51 有人攜帶針孔設備竊錄活動過程。依預定任務編派內容進行後，於同
52 日15時25分，本案聲請人及活動參與者共25人，如期登上前揭火
53 車，本案聲請人旋藉詞私人開會為由，請該加掛車廂配屬之服務員離
54 開，並將車廂門鎖上，隨即宣布「癡漢電車」活動開始。活動期間由
55 男性參加者18人對A女為撫摸胸部、臀部、大腿之猥褻行為，或以
56 性器插入A女性器或口腔而為性交；兩名助理在旁協助遞交漱口
57 水、礦泉水、濕紙巾、衛生紙、保險套、潤滑液等清潔及衛生用品予

58 A 女及參加者；三名男性糾察隊則負責維持秩序，確認未有參加者動
59 作過於激烈，或違反 A 女意願為猥褻、性交行為等違規事項。嗣該
60 列車於同日 16 時 56 分許駛至新竹火車站時，本案聲請人宣布活動結
61 束，參與成員即為場地恢復及清潔工作；本案聲請人將活動結束尚未
62 用畢而有財產價值之物品予以回收。同日 17 時 13 分，該列車行至竹
63 南火車站後，18 名男子就地解散，各自出資返程；本案聲請人以上
64 開剩餘款項偕同助理、糾察隊及 A 女至竹南火車站附近某義大利麵
65 餐館聚餐、支付飲料費用及渠等 7 人之返程車資。

66 101 年 2 月 24 日因新聞媒體報載台鐵車廂發生私人性愛派對，
67 內政部警政署鐵路警察局員警向臺灣鐵路管理局調閱客廳車廂申請
68 人資料，得知係由本案聲請人申請，本案聲請人爰於同（24）日 21
69 時 40 分許主動到案說明。本案經內政部警政署鐵路警察局第一警務
70 段報告臺灣板橋地方法院（現為新北地方法院）檢察署檢察官偵查
71 後，認為本案聲請人構成刑法第 231 條第 1 項，遂向新北地方法院提
72 起公訴。

73 新北地方法院於民國 102 年 4 月 11 日以 101 年矚訴字第 3 號判
74 決，認定本案聲請人主觀上有媒介女子與他人性交以營利之意圖，並
75 客觀上有媒介女子與他人性交之行為，構成刑法第 231 條第 1 項之犯
76 罪行為，判處本案聲請人有期徒刑六個月，得易科罰金。本案聲請人
77 上訴於臺灣高等法院，該院以 102 年上訴字第 1618 號判決，認為上
78 訴無理由，駁回上訴。本案聲請人上訴於最高法院，該院以 102 年台
79 上字第 5003 號判決認為，原審判認本案聲請人行為該當刑法第 231
80 條第 1 項之構成要件，並未違背法令，駁回聲請人之上訴確定。聲請
81 人認為，系爭判決所適用之刑法第 231 條第 1 項規定侵害其憲法保障
82 之性自主權與工作權，謹向鈞院聲請憲法解釋，以資救濟。

83 參、涉及之憲法條文

84 刑法第 231 條第 1 項違反法律明確性原則並抵觸憲法第 23 條之
85 比例原則，侵害本案聲請人憲法第 15 條保障之工作權以及憲法第 22
86 條保障之性自主權。

87 肆、聲請解釋憲法之理由

88 有關本件聲請，首須聲明，當事人在歷次審判中所主張之事實，
89 並非以舉辦此等活動為常業。惟最高法院 102 年台上字第 5003 號判
90 決仍認為本案該當刑法第 231 條第 1 項之構成要件，認為下級審在事
91 實認定上之判斷，未違背法令。惟，綜觀前揭事實可知，本案聲請人
92 僅為「癡漢電車」活動之召集人（即所謂「主揪」），且同為系爭活動
93 之參加者。而事先收取之費用亦僅為系爭活動進行所需之必要支出
94 （包括車廂租用費、相關用品費等）；聲請人亦有繳交相同費用，與
95 所有參加者共同分擔活動之支出。由此可知，聲請人舉行「癡漢電車」
96 活動，實為社會生活中不同性想像和性活動的類型，在沒有侵害他人
97 法益的情形下，應為其性自主權之範圍，並非意圖營利而從事性交易
98 媒介。而聲請人之所以有號召、收取費用等作為，只是因為系爭「癡
99 漢電車」活動本質上需要多人參與並平均分攤必要支出，並非具有營
100 利意圖。如果「癡漢電車」不需多人參與，那就不是「癡漢電車」這
101 種特定類型的性活動。而聲請人作為活動參加者，其行為最終目的仍
102 是參與此次私人性愛派對活動，滿足其性生活的特殊態樣，屬於憲法
103 所保障之一般行為自由，與媒介性交易無關。因此，聲請人認為，最
104 高法院以系爭刑法規定相繩，與本案事實有所出入。然而，本件聲請
105 係以最高法院判決所適用之法律違憲為由，不涉及事實認定問題。謹
106 此敘明，以供備查。

107 最高法院判決以刑法第 231 條第 1 項為適用法條，聲請人依
108 現行司法院大法官審理案件法認為系爭規定違反法律明確性原則及
109 憲法第 23 條比例原則，侵害人民憲法第 15 條保障之工作權及第 22
110 條保障之性自主權而違憲。再者，我國管制媒介性交易行為之立法，
111 與刑法第 231 條第 1 項密切相關，無論從刑事政策或行政管制之觀點
112 而言，皆欠缺全盤性的思考，有重新檢討之必要。茲詳述系爭規定違
113 憲之理由如下：

114 一、系爭規定違反法律明確性原則

115 鈞院釋字第 432 號解釋指出：「法律雖以抽象概念表示，不論其

116 為不確定概念或概括條款，均須無違明確性之要求。法律明確性之要
117 求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍
118 得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法
119 上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。有關專門職
120 業人員行為準則及懲戒之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理
121 解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂
122 與前揭原則相違。」故法令之要件與效果均應使受規範者足以理解、
123 得以預見其適用之具體情境，方不至於對法律適用者造成突襲。

124 法律明確性的審查密度，會因為涉及的事件類型，而有寬嚴不同的
125 差異。若涉及高度侵害人民基本權利之事項，例如刑罰，其明確性
126 之要求會遠高於其他領域。我國過往憲法解釋也多少承襲這樣的想
127 法，例如釋字第 636 號便曾指出：「憲法第八條之規定，國家公權力
128 對人民身體自由之限制，於一定限度內，既為憲法保留之範圍，若涉
129 及嚴重拘束人民身體自由而與刑罰無異之法律規定，其法定要件是否
130 符合法律明確性原則，自應受較為嚴格之審查。」釋字第 799 號解釋
131 也指出：「依憲法第 8 條之規定，國家公權力對人民身體自由之限制，
132 若涉及嚴重拘束人民身體自由而與刑事處罰有類似效果之法律規
133 定，其法定要件是否符合法律明確性原則，固應提高審查密度（本院
134 釋字第 636 號及第 690 號解釋參照），惟強制治療雖拘束人身自由於
135 一定處所，因其乃以保護人民生命安全與身體健康為目的，與刑事處
136 罰之本質不同，且事涉醫療專業，故應適用中度標準予以審查。」釋
137 字第 777 號解釋亦指出：「惟涉及拘束人民身體自由之刑罰規定，其
138 構成要件是否符合法律明確性原則，應受較為嚴格之審查。」故系爭
139 規定以刑罰作為其處罰法律效果，法明確性之檢驗自應較其他法令更
140 為嚴格。

141 比較法言，德國法透過基本法第 20 條的「法治國原則」，推衍出
142 法律明確性原則，要求法律的構成要件必須足夠明確，法律之適用才
143 能穩定。所謂足夠明確(hinreichend)，係指法令要件所乘載的資訊雖
144 然不須鉅細靡遺，但應足夠使法律適用者理解其所規範之對象與事
145 件，並且在事件尚未發生之前，明白可能適用的法律條文與適用效

146 果。法明確性之要求，會因為所涉及之領域，而異其要求之程度；在
147 審查上，也因法律適用者對該領域法令之熟悉程度，而有所不同。若
148 法令之抽象程度甚高，但適用法令之人因其領域之專業性，通常足以
149 清晰明白法令所針對之標的(對象、行為、效果等)為何，此時仍未違
150 背法律明確性之要求。

151 系爭規定之客觀構成要件為「引誘、容留或媒介以營利」，其中
152 三種行為態樣：引誘、容留或媒介，究竟應如何解釋，欠缺客觀可操
153 作之認識基礎。而究竟涉及多少金額才構成「營利」，最高法院在解
154 釋本條時，往往採取較為寬鬆的認定標準，僅以行為人引誘、容留和
155 媒介後「是否尚存財產上利益／利益之多寡」、該利益客觀上是否已
156 經是「行為人自己可以支配」為判斷標準。這導致諸多較有爭議的個
157 案也被論以本條之罪，像是開設旅社提供性交易工作者與消費者使用的
158 旅社經營者、運載消費者前往性交易場所的司機、甚至主辦一次性
159 聯誼活動並對參與成員是否嗣後性交或猥褻存有未必故意的活動主
160 辦人，都可能成為系爭規定處罰的對象。尤其，現今社會生活在網路
161 發達後，各種手機通信軟體(如 Line、WhatsApp、交友軟體如 Tinder
162 等)，均有「交友」之功能，很容易被法院認定為「引誘」或「媒介」。
163 以最誇張但很普遍的例子來說明，媒人介紹婚姻，必然是以男女雙方
164 共營家庭為目的，而生兒育女需要透過性行為才能完成，媒人若收取
165 紅包，是否即構成文義上之「意圖使男女為性交之行為，而媒介以營
166 利」？縱使刑法學者可以欠缺「不法意識」或「可罰之違法性」等學
167 理加以脫免，然而法條文義過度不明確，造成社會生活隨時可能落入
168 法網，入人於罪。一旦系爭規定形成適用上的外溢效應，便導致人民
169 無法事前知悉其行為是否會遭受刑法非難，因而遭受信賴上之突襲，
170 違反法治國原則。職是，系爭規定實已違反憲法上的法明確性原則而
171 有牴觸憲法之虞。

172 二、系爭規定侵害人民憲法第 15 條保障之工作權，違反憲法第 23 條
173 比例原則

174 (一)工作權之保障領域與思維

175 憲法第 15 條保障人民之工作權，係保障人民從事、不從事特定
176 職業，以及職業執行內容之自由，業經鈞院釋字第 404 號、第 411 號、
177 第 649 號解釋說明在案。憲法保障之工作權，係保障人民透過工作獲
178 取相對應之經濟利益，藉以維持生活之延續。故任何足以產生經濟上
179 利益，並且維持人民生活於不墜之經濟活動，均應受到工作權之保
180 障。鈞院釋字第 659 號解釋便指出：「職業自由為人民充實生活內涵
181 及自由發展人格所必要，不因職業之性質為公益或私益、營利或非營
182 利而有異，均屬憲法第十五條工作權保障之範疇。」

183 媒介他人為性交、猥褻並意圖營利之行為，乃中介他人發生性交
184 易之經濟活動，既然屬於經濟活動，自應受到憲法第 15 條之保障。

185 從過往大法官解釋所採取的態度觀之，鈞院釋字第 666 號許宗力大法
186 官協同意見書曾指出：「憲法第十五條職業自由所稱之職業，原則上
187 只要是人民用以謀生的經濟活動即足當之，毋庸沾染太多道德或價值
188 判斷的色彩，至於該職業應否管制或如何管制始為正當，則是後續的
189 問題。」誠如許宗力大法官之看法，工作權所保障的是人民從事經濟
190 活動的自由，而經濟活動的態樣繁多，有些經濟活動也或多或少的傷
191 害了某些人的道德情感，但仍受到大法官解釋的接受，認為屬於基本
192 權保障的範疇。例如釋字第 738 號亦承認人民有經營電子遊戲場業的
193 營業自由；釋字第 577 號也承認菸商販賣菸品的行為是營業自由保障
194 的範疇。這些營業活動其實也碰觸了某些社會上不樂見的經濟產業，
195 因為這些活動難免帶來一些社會秩序上的風險。但在考量保障人民經
196 濟活動的憲法意旨下，大法官並未將這些經濟活動拒於基本權保障的
197 範疇之外，反而採取價值中立的立場，承認了這些產業的正當性。故
198 以性交易或媒介性交易為業，雖然與部分人民所認知的社會道德有距
199 離，或者從警察行政的角度來看，可能帶來管理或社會秩序上的風
200 險，但論其本質，自有人類社會以來，就有性交易存在（不論稱為風
201 俗業、八大行業或紅燈區）。既然名為性交易，就交易的層面，其實
202 與一般社會經濟活動並無二致，自應受到憲法的尊重與保障。

203 再者，有關憲法基本權的保障範疇，雖然學說上有採取「基本權
204 內在界線」的觀點，認為「妨害社會秩序或公共利益」的活動，應自

205 始排除在基本權保護範圍之外。但通說認為，唯有將這些看似可能對
206 社會帶來風險的活動也納入基本權保障範圍內，才能讓具有多元且直
207 接民主正當性的立法者，透過公開、透明的立法程序，決定如何從事
208 行業管制。而且，社會秩序和公共利益的概念本來就很抽象，如果過
209 早納入價值判斷，不免讓人民的生活領域暴露在不受憲法保障的風險
210 之中（許宗力，基本權利的保障與限制，月旦法學教室第 11 期，第
211 65 頁）。從平等保障的角度以視，憲法亦不應因人民所從事的職業不
212 同，而在憲法保障上給予差別待遇。職是，性交易應納入憲法第 15
213 條的工作權保障範疇。

214 從社會實然面觀之，台灣自民國 48 年間制定「台灣省各縣市管
215 理娼妓辦法」之後，各縣市政府陸續實行管理娼妓自治條例，至釋字
216 第 666 號解釋後，立法院於民國 100 年增訂社會秩序維護法第 91 條
217 之 1，其第 1 項明定「直轄市、縣（市）政府得因地制宜，制定自治
218 條例，規劃得從事性交易之區域及其管理。」在此期間，性交易始終
219 受到公權力的正視，並納入管制範圍。且性交易工作之經營，因具有
220 一定程度之風險，通常需要其他相關工作的支持，例如透過中介篩選
221 性交易之對象，避免性工作者本身可能遭遇的人身、財產危險。由此
222 可知，多數情形下，性工作並非提供性交易服務者可獨自運作，性產
223 業的健全發展上包括媒介他人從事性交易的環節，刑法所稱「媒介、
224 容留、引誘」實為性交易制度之不可或缺的一環，自不應排除於憲法
225 基本權保障領域之外。單獨將「媒介、容留、引誘」刑罰化，仍是將
226 性產業視為刑罰權可以行使的對象。這種悖於現實的法律，只會讓性
227 產業繼續存在社會陰暗角落，而無法將之納入正常社會生活的管制範
228 圍。

229 **(二)刑法第 231 條限制人民從事媒介性交易之工作，侵害人民之工作**
230 **權**

231 目前我國的法律體系並未全面性地禁絕個人從事媒介性交易之
232 活動。依據社會秩序維護法第 91-1 條本文「直轄市、縣（市）政府
233 得因地制宜，制定自治條例，規劃得從事性交易之區域及其管理」，
234 該條第 4 款至第 7 款更規範了「性交易場所負責人」應遵受之規範，

235 例如應領有執照（第 4 款）、不得具備特定之前科（第 5 款），並於該
236 條第 3 項規定：「前二項規定經營性交易場所者，不適用刑法第二百
237 三十一條之規定。」係承認只要合乎社會秩序維護法之規定，於性交
238 易專區中從事媒介性交行為，即不構成刑法第 231 條之要件。

239 然而，社會秩序維護法修法迄今將近十年，仍未有任何地方自治
240 團體規劃性交易專區。考其原因，不外乎地方首長與地方民意代表囿
241 於地方居民觀感與個人政治利益之考量，認為設置性交易專區對其政
242 治生涯有百害無一利。因此，縱使社會秩序維護法第 91-1 條設有刑
243 法第 231 條之例外，但實際上卻不存在任何免除刑法第 231 條適用的
244 客觀物理空間。此實難委諸立法形成空間，而是：從民主政治之運作
245 弊病來看，刑法第 231 條的適用結果，已經造成「實質阻絕」從事媒
246 介性交易之可能，對於人民之工作權造成極為嚴重的干預。

247 (三)系爭規定「實質阻絕」任何媒介性交之經濟活動，應嚴格審查其
248 合憲性

249 有關工作權之違憲審查密度，鈞院向來參酌德國聯邦憲法法院
250 1958 年「藥房判決」(Apothekurteil)所建立之三階審查標準
251 (Drei-Stufen-Theorie)，視法令係涉及工作權之客觀條件限制、主觀條
252 件限制、或執行職業之限制，而有所差異。誠如鈞院釋字第 649 號指
253 出：「對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之
254 容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法
255 者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之
256 自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具
257 備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，
258 例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利
259 益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之
260 條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特
261 別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均
262 須與比例原則無違。」

263 另按，鈞院第 738 號解釋：「對從事工作地點之執行職業自由所

264 為限制，故除其限制產生實質阻絕之結果而涉及職業選擇自由之限制
265 應受較嚴格之審查外，立法者如為追求一般公共利益，且該限制有助
266 於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資
267 運用，而與其所欲維護公益之重要性及所限制行為對公益危害之程度
268 亦合乎比例之關係時，即無違於比例原則。」據此，若法令雖僅涉及
269 人民職業執行之地點限制，但該限制的實施結果，已經實際上阻斷任
270 何從事該職業的可能性，則該法令即應採取較為嚴格之審查標準。

271 所謂實質阻絕，若觀察釋字第 738 號解釋之脈絡，乃指法令所設
272 置的「職業時間、地點和方式之限制」過於嚴苛，而「由量變而質變」
273 為一種職業經營者「個人能力所不能改變的客觀許可條件」。當此種
274 法令條件已經達到此種難度，就不能僅被當作一種輕微的權利干預而
275 予以寬鬆審查。故法令設定之條件是否構成「實質阻絕」，毋寧需考
276 量法令所設下的門檻是否為職業經營者本身主觀努力足以克服的條
277 件；若該職業條件必須倚賴外在的偶然因素，例如政治、經濟或文化
278 條件等個人難以跨越的障礙，個人能不能從事這個職業全靠運氣，此
279 時就應該認定該法令已「實質阻絕」職業的可能，形成「客觀許可條
280 件」。

281 若體系觀察刑法第 231 條與社會秩序維護法第 91-1 條，立法者
282 似乎是以「性交易專區內」和「性交易專區外」為界分，若為前者之
283 範疇，則人民即能享有媒介性交易之自由；若為後者，則應受刑罰之
284 裁處，性質上應屬「職業執行地點之限制」，原則上寬鬆審查即可。
285 但實際適用上，因為台灣地方政治的客觀因素，地方政府囿於政治壓
286 力，根本未曾設置任何的性交易專區，所以任何在性交易專區中可以
287 享有的職業自由不過僅為法律上之想像，現實生活中根本不可能存
288 在。

289 此種情況下，刑法第 231 條實際上實質阻絕了任何媒介性交易得
290 利的行為，豈能說只是一種「職業執行自由之限制」而僅須受寬鬆審
291 查？據此，刑法第 231 條應被認為從事媒介性交易的「客觀條件限
292 制」，採取最嚴格之審查標準。若欲通過違憲審查，刑法第 231 條之
293 立法目的必須是為「保護特別重要之公共利益」，且不論何種情形之

294 限制，所採之手段均須與比例原則無違。

295 (四)系爭規定之立法目的違憲

296 刑法第 231 條自民國 24 年 1 月 1 日刑法公布施行之後，業經民
297 國 88 年 4 月 21 日、民國 94 年 2 月 2 日兩次修法，其中以民國 88 年
298 4 月 21 日該次修法的法條文字調整幅度較大，並確立本條保護之法
299 益與立法目的。該次修法之理由指出，「由於妨害風化犯罪樣態多元
300 化，應召站主持人、掮客、保鏢等媒介嫖客與賣淫者於非特定場合為
301 性交或為猥褻之行為，造成色情氾濫，社會風氣敗壞，加上色情行業
302 利潤豐厚，以詐術使人行之者，亦常見，故增列『媒介』及施用『詐
303 術』行為之處罰。」足見本條係以「維護善良風俗」為立法目的，以
304 刑罰處罰為手段，避免媒介性交易之活動損害社會風氣。

305 支持性交易刑罰化的論點不外乎，為了維繫社會善良風俗，避免
306 未成年人受不當影響。假設不涉性產業專區，導致「春城無處不飛
307 花」，街頭巷尾都可以看到風俗業者的廣告招牌，對於一般人民的日
308 常生活將造成極大困擾，甚至衍生治安問題。然而，就此議題，刑法
309 是否為最佳的管制手段，容後詳論。僅就刑法可否為維護善良風俗而
310 處罰特定行為，鈞院個別大法官已於部分法律意見中表明見解。如釋
311 字第 617 號林子儀大法官部分不同意見書，指出「什麼才是現今台灣
312 社會共享的性道德價值，並不能逕以某個法律存在之事實而獲得證
313 明。當司法釋憲者逕自指稱系爭法律之存在，即必然代表立法者可決
314 定有某種公共之抽象道德情感值得保護，不僅可能缺乏根據，更危險
315 的是可能逕自聲稱保護一種或許並不存在的性道德。」而釋字第 666
316 號許宗力大法官協同意見書更曾指出，保障抽象的善良風俗不應被認
317 為屬於合憲的重要立法目的，因為以刑法維護善良風俗，無異於透過
318 刑法「迴護特定性道德價值」，並且將刑罰的威脅加諸於其他性價值
319 與性認同之上。畢竟「善良風俗」本身就是極為不確定的法律概念，
320 隨著時代與社會之演進，「風俗」也會與時俱進。」正如鈞院釋字第
321 407 號解釋文指出：「有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而
322 有所不同，主管機關所為釋示，自不能一成不變，應兼顧善良風俗及
323 青少年身心健康之維護，隨時檢討改進」；釋字第 617 號解釋理由書

324 也指出：「社會風化之概念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同…
325 惟性言論與性資訊，因閱聽人不同之性認知而可能產生不同之效應，
326 舉凡不同社群之不同文化認知、不同之生理及心理發展程度，對於不
327 同種類及內容之性言論與性資訊，均可能產生不同之反應。故為貫徹
328 憲法第十一條保障人民言論及出版自由之本旨，除為維護社會多數共
329 通之性價值秩序所必要而得以法律或法律授權訂定之命令加以限制
330 者外，仍應對少數性文化族群依其性道德感情與對社會風化之認知而
331 形諸為性言論表現或性資訊流通者，予以保障。」

332 善良風俗之內容如此多變、不確定，因此相較於其他更為具體的
333 公共利益，國家實難以將善良風俗視為一特別重要之公共利益作為限
334 制人民職業自由之依據。從自由民主憲政秩序的觀點，國家不應以刑
335 罰處罰多數人所不認同的生活型態，藉以貫徹多數人視為良善的生活
336 方式。因為在自由民主的憲政秩序中，必須承認每一個人在道德決定
337 上，擁有平等的自主決定權利，人們不能以為自己的道德判斷更加優
338 越，任意取代他人的抉擇，而國家在各式道德立場之中，則具有中立
339 的義務，對私領域的事務中尤為如此。雖然釋字第 617 號解釋指出，
340 「釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊
341 重。」但，多數共通價值是否已經上升到具有憲法保障的價值？該價
342 值是否脆弱到需要以剝奪人民生命、身體與自由的刑法來維繫、保
343 護？該價值是否過度凌駕於其他價值，反而不利於其他價值之發展？
344 都應該被釋憲者審慎考量。據此，刑法第 231 條所欲保障的抽象的善
345 良風俗與道德，不管在保障的重要程度、價值的脆弱程度等各層面，
346 都不具有成為法律保障的公共利益之質量，系爭規定恐怕無法構成
347 「保護特別重要之公共利益」，而已屬違憲。

348 (五)系爭規定之手段無法通過比例原則之檢驗

349 1. 適當性原則

350 退一步言之，即便承認「維護善良風俗」是一個合憲的立法目的，
351 以維護善良風俗為名懲罰媒介性交易，恐怕也無法通過適當性原則之
352 檢驗。因為，不管是處罰性交易本身、或是處罰媒介性交易的行為，

353 均無助於矯正社會風氣。刑法並非維繫性道德的適當手段；以刑法來
354 規範性產業，無助於性道德的維繫。

355 從比較法的角度而言，性交易和媒介性交易之行為在德國也曾被
356 認為是違反善良風俗的活動。在 1901 年到 2002 年間，德國法律雖未
357 直接禁止，但普遍將性交易視為違反善良風俗(sittenwidrig)的行為。
358 1901 年德意志帝國法院便認為街邊的性交易(Straßenprostitution)是民
359 法典中「違反善良風俗」且不生法律效力的交易行為，因為該行為抵
360 觸了「所有公正且公平思考之人的禮儀觀感」(Anstandgefühl aller billig
361 und gerecht Denkenden)。

362 實則，在 1973 年第四次刑法改革之前，德國刑法第十三章所保
363 護的仍屬於性道德 (Sexmoral)。性交易行為本身雖然因現實考量不
364 受處罰，然而，媒介、提供機會而促使淫行 (Unzucht) 之人，由於
365 違反善良風俗，仍受當時德國刑法第 180、181 條懲罰。依據該等規
366 定，任何誘使他人從事性交易，或使他人更難脫離性交易環境的行
367 為，皆為刑法規制的對象。因此，解釋上，向性工作者提供住宿以外
368 資源之行為，如供應保險套、提供高額工作報酬及乾淨安全的工作環
369 境，都是刑法欲處罰的對象，因為此等行為可以被視為阻止性工作者
370 離開其工作的手段。在這樣的解釋方式下，性工作者處於非常不利的
371 處境，被迫轉入地下經營，並因此暴露於更高的職業風險，例如性交
372 易的顧客拒絕支付價金時，性工作者無法透過訴訟途徑保障其權益；
373 性工作者也無法加入健康、失業和租金保險。

374 而在 1973 年刑法改革後，德國刑法第十三章所保護者轉變為性
375 自主權 (sexuelle Selbstbestimmung)，而刑法條文則逐漸朝向性工作
376 者的自主權修正，所處罰者轉變為侵害性工作者自主權的行為，如透
377 過經濟優勢等手段剝削性工作者，或是誘使缺乏完整性自主權之未成
378 年人從事性交易，以及人口販運等行為。

379 2000 年柏林行政法院的「Café Pssst!」判決(VG Berlin, 01.12.2000
380 - 35 A 570.99)，進一步使「性工作違反公序良俗」的思維產生了巨大的
381 的轉變。Café Pssst!是柏林夏洛騰堡區的一間咖啡廳，該咖啡廳因涉

382 嫌媒合性交易工作者與消費者，以及提供房間給性工作者作為性服務
383 使用，遭區公所(Bezirksamt)認定構成德國餐飲業法(Gaststättengesetz)
384 第 4 條第 1 項第 1 款「鼓勵不道德之行為」(Vorschub leisten der
385 Unsittlichkeit)之要件，故撤銷其營業許可。該咖啡廳之經營者不服該
386 撤銷許可之行為，認為即便媒介性交易，也不構成「鼓勵不道德」，
387 遂向柏林行政法院提起訴訟。柏林行政法院為了釐清「性交易是否構
388 成餐飲業法第 4 條第 1 項第 1 款『鼓勵不道德』之要件」，廣泛徵詢
389 了許多政治、學術、經濟機構和新教教會的意見，並得出了「性交易
390 並不違反善良風俗」的結論。柏林行政法院表示，本判決未遵循聯邦
391 行政法院過往的見解，將性交易解讀為一種危害社會的活動，是因為
392 隨著德國社會、經濟條件的變遷，德國社會已普遍認為性交易不是一
393 種違背道德的行為。法院更指出，此種「營業」雖然不會被認定為具
394 有正面的道德價值，但至少吾人應該接受，性工作其實是當代社會共
395 同生活的一部分。因此，為性工作者創造一個有利的工作條件，既不
396 是鼓勵不道德的行為，也不會對社會整體產生損害。在此立基點上，
397 柏林行政法院廢棄了區公所撤銷許可的行為，該判決也成為德國性交
398 易除罪化的起點。

399 2001 年德國性交易法終於通過，不再將性交易視為社群損害的
400 行為 (gemeinschaftsschädlich)，甚至試圖為性工作創造更好的工作環
401 境 (bessere Rahmenbedingungen)。

402 誠如德國性交易除罪化的思考歷程轉變，德國法律體系原先拒絕
403 接受性交易與媒介性交易是「合乎善良風俗」的行為，但嗣後也承認，
404 性交易與媒介性交易是普遍存在於社會中、不可否認的一種職業活
405 動，且隨著社會變遷，性交易已經不是社會價值所不能接受的職業活
406 動。實則，現代生活的流動性創造了陌生人在任何空間的接觸機會，
407 提供性交易服務的人因此不一定是長期、職業、固定地點的從事此一
408 行業，而常常暫時的、臨時的、隨機的、流動的涉足交易。正如許多
409 行業都發展出自主工作、彈性工作、派遣工作等等形式 (及相關媒介
410 / 仲介行業)，性交易也出現了類似的發展演進。既然如此，以法律
411 禁絕性交易和媒介性交易其實是昧於社會現實之需求，對於維護善良

412 風俗之目的難謂有何幫助。同理可證，在性文化多元發展的今日台灣
413 社會，處罰媒介性交易的行為，其實無助於維繫社會道德。根據德國
414 的經驗，單純禁止性交易之媒介、容留對於性工作者的自主權，並沒
415 有正面意義。

416 或有論者主張，系爭規定之保障法益為「避免媒介性交易散播性
417 傳染病，藉以保障國民健康」，但實際上以限制媒介性交易而「保障
418 國民健康」也並非合憲之目的。散播性傳染病的原因，是未從事安全
419 性行為，而並非媒介性交易。不管是「媒介」或是「性交易」行為，
420 都和性傳染病無關。限制媒介性交易，並無助於維護國民健康的目
421 的，只會讓性產業蒙上危害公共衛生的汙名而已。

422 2. 必要性原則

423 再退一步言之，即便禁止媒介性交易有助於維護善良風俗，全面
424 性的禁止媒介性交易恐怕也不是對人民權益侵害最少的手段，無法通
425 過必要性原則之檢驗。因為，相較於全面禁絕，納入法令管制反而更
426 能達成維繫善良風俗的目的。在國家的監管下，更能避免媒介性交易
427 的中介者剝削性工作者、或是以違反性工作者意願之方式強制性工作
428 者提供性服務。

429 在 Café Pssst! 判決之後，2002 年德國也通過「性交易法」
430 (Prostitutionsgesetz)，該法雖然僅有三條規定，且屬於民事法令，但
431 其規範了性交易契約應遵循的形式(例如不可權利讓與或承擔)，以及
432 性交易契約得成為民事法院審判之標的。2018 年德國國會再度通過
433 具有行政管制性質的「性交易保障法」(Prostitutionsschutzgesetz)，該
434 法就詳實的規範了性產業的各種管制事項，例如性工作者的登記義
435 務、性工作者對行政機關的通知義務(Informationspflicht)、性工作者的
436 的定期體檢義務等等。這些規定均有助於使國家確切掌握性交易工作
437 者與媒介者的經營情況，相較於全面禁業，顯然屬於相同有效、但對
438 人民職業選擇自由侵害較小的管制手段。

439 或有論者認為，社會秩序維護法第 91-1 條已經建立了我國性產
440 業的管制框架，滿足了立法者對性產業的管制義務，也符合釋字第

441 666 號之要求。但立法者是否已經盡其義務，不能僅觀察抽象的法律
442 規範，更應具體考量法律適用的結果，到底目前國家對於性產業「有
443 沒有真的盡其管制義務」。從法適用之現實來看，目前的法令似乎「只
444 有禁絕、沒有管制」，這個產業實際上是不能合法的在台灣社會運行。
445 而系爭規定不分情形，一率予以刑罰化，違反「刑法謙抑性」（如釋
446 字第 791 號即認為以通姦罪制裁違反婚姻忠誠義務的配偶及第三
447 人，已直接限制人民的性自主權，且將干預人民隱私，有違刑法謙抑
448 性），實非最小侵害手段。因此系爭規定適用的法律效果，仍違反必
449 要性原則。

450 再者，如立法目的所言，施用詐術從事性交易媒介之情形，媒介
451 行為本身與「詐術」之可罰性顯有不同，系爭規定亦有涵蓋過廣之問
452 題，未細緻區辨媒介行為本身與施用詐術之意涵。

453 3. 狹義比例性（衡量性）原則

454 為了保障善良風俗而禁絕媒介性交易，實際上是輕重失衡的政府
455 措施。性交易在釋字第 666 號解釋之後，已經為我國憲法所承認的合
456 法職業類型。即便在釋字第 666 號解釋之前，性交易工作者都只能算
457 是違反行政法上義務的「行政不法」，尚不至於構成「刑事不法」。系
458 爭規定所禁止的「意圖使男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、
459 容留或媒介以營利」之行為，只是性交易的「幫助犯」，縱使有營利
460 的性質，究非從事性行為之本人。立法者卻將其納入刑事處罰的範
461 疇；「幫助」性交易的行為其違法性是否高到有必要單獨成立「刑罰」，
462 光從行為人應承擔法律責任的層面來看，在刑法上已有輕重失衡之
463 嫌。

464 媒介性交易所產生的危害和風險，並不是直接的對特定人或群體
465 造成具體法益的侵害；其可能致生的危害，其實，是侵害社會中某一
466 群人的性道德感情。為了維護某群人的性道德感情，卻必須完全禁絕
467 整個性交易產業，兩相權衡顯然輕重失衡。此外，目前刑法第 231 條
468 更常用於處罰「因為沒有設置性交易專區，被迫躲藏入民宅中營業的
469 性交易工作者」，這些性交易工作者多半屬於社會中的邊緣弱勢，透

470 過性交易賺取日常生活所需。釋字第 666 號解釋所不欲處罰的性工作
471 者，卻在地方政府推託卸責、未設置性交易特區的情形下，雖然擺脫
472 了社會秩序維護法的禁錮，卻被論以更重的「刑責」。性產業的正常
473 運作，才是社會生活的常態。誨盜誨淫的封建思想，禁絕人性的舒展，
474 讓性產業入罪，卻又認為性工作者享有值得憲法保障之工作權，造成
475 刑法第 231 條所保障之利益與所造成之侵害，兩者輕重失衡，完全無
476 法通過狹義比例原則之審查。因此，不論從規範面與適用面來看，系
477 爭規定為了保障抽象的善良風俗，顯然已經過度限制人民的權利。

478 三、系爭規定侵害憲法第 22 條保障之性自主權，違反憲法第 23 條比
479 例原則

480 (一)性自主權之保障領域與思維

481 憲法第 22 條保障人民之性自主權，使人民擁有決定是否、與何
482 人發生性關係之權利。性自主權涉及個人對於身體的支配，以及如何
483 安排其私密生活之權利，與人性尊嚴具有高度關聯。故鈞院第 791 號
484 解釋指出：「性自主權與個人之人格有不可分離之關係，為個人自主
485 決定權之一環，與人性尊嚴密切相關，屬憲法第 22 條所保障之基本
486 權。」

487 性自主權之保障領域不僅限於「是否」及「和誰」發生性關係的
488 選擇權，更包含性生活作為個人生活領域之各種決定權。依釋字第
489 666 號林錫堯、陳敏、陳春生三位大法官共同提出之協同意見書之意
490 見，例如個人的性別認同與性傾向、對於性的認知與觀點、性生活之
491 對象、性關係發生之時間、地點及方式、乃至是否基於對價關係而從
492 事性行為等各層面的自主決定權，均屬性自主權保障之領域。凡基於
493 個人性意識所開展的生活領域，且出於自主之決定，都屬於性自主權
494 保障的範疇。世界性健康協會(World Association for Sexual Health)在
495 1999 年 8 月 26 日發布的性權利宣言(Declaration of Sexual Right)便指
496 出，性自主權應保障個人「性自由」、「性自主與身體不受侵犯」、「性
497 隱私」、「不受歧視的性別評價」、「性慾望」、「表達性感受之權利」、「自
498 由的性伴侶選擇權」等面向。因此性自主權自應充分保障性生活各個

499 層次的自我決定權，而不限於是否、和誰發生性關係的自由而已。

500 以本案具體情形而論，聲請人策劃「痴漢電車」之集體性活動，
501 與其他 18 名男性參加者，在租借之台鐵車廂仿照日本成人風俗片汁
502 內容，進行性交或愛撫之行為。固然此舉並非社會常見之性行為，然
503 而亦屬完成自我所規劃之性活動。倘若吾人承認性自主權，就不可能
504 僅限於，例如，一夫一妻固定體位之特定性行為。社會生活百態，性
505 生活也可能有多種變化。無論選擇無性生活、固定性伴侶、不固定性
506 伴侶，均為人民的自主決定。憲法所保障之性自主權應允許人民在不
507 侵犯他人法益範圍內，保持個人在生活私密領域從事其所規劃或慾望
508 之性活動。性活動既是人類生活常態，就不需視而不見或將之污名化
509 為猥褻或敗德。聲請人本身策劃並參與「痴漢電車」，即為其性自主
510 權之實現。

511 退一步言，縱以最高法院判決所見，聲請人「意圖」以此為業而
512 觸犯刑法第 231 條，該條所處罰者為「意圖使男女與他人為性交或猥
513 褻之行為，而引誘、容留或媒介以營利者」，此種「幫助犯」本身不
514 一定從事性行為，應如何主張性自主權？聲請人認為性自主權所保障
515 之範圍非僅限於從事性行為之本人，性行為態樣亦非單純一男一女從
516 事，可能有一男多女、多男一女、多男多女，甚至性別不拘；在此過
517 程中，亦可能有人不參與傳統意義上性器官交合之性交過程，可能觀
518 看、錄影（滿足窺視慾或暴露意圖）、拍照、從旁提供服務（遞毛巾
519 或水瓶），而其媒介（引誘之定義不明確，應包括在媒介內）或容留
520 亦可能成為性活動之一部分，否則無以展開或實現。此等活動往往附
521 隨於主要的性行為（否則沒有必要進行），如將之排除於性自主權之
522 外，實刻意忽略人類社會從事性行為和性活動之實際態樣。蓋如下
523 述，現實社會中並非人人都可以隨時輕而易舉找到實施性行為之對
524 象。而至於營利與否，往往難以認定。性自主權之實現，應以行為人
525 本身之性活動和附隨之幫助行為不受國家過度干預與限制為主，是否
526 涉及利益交換並非所問。

527 (二)刑法第 231 條之適用結果侵害人民之性自主權

528 在現實社會中，許多人滿足性慾望、實現性自主權的唯一管道便
529 是透過性交易。鑒於社會現實，除了一般擁有婚姻、男女朋友或伴侶
530 的個人之外，亦存在部分族群難以透過社會交往獲致性伴侶，例如身
531 心障礙者、社經條件較弱之群體、年長者、獨居者、遭社會排除在外
532 之人等。這些群體時常因社經條件不足而難以開展性生活；多半只能
533 透過造訪個人經營的性工作室來滿足性慾望；許多性工作者所服務的
534 對象，也多半是此種難以透過社會交往開展性生活的個人。在社會秩
535 序維護法的性交易專區始終未能落實、性工作者僅能於陰影處偷偷營
536 業的現況下，更使得此一族群的性欲落入了社會制度的晦暗之處，成
537 為法律、社會的三不管地帶。此一狀態因系爭規定之限制而更形嚴
538 峻，蓋系爭規定所禁止者乃媒介他人性交或猥褻之行為，但其適用結
539 果卻實質上卻對特定族群的性生活形成障礙，尤其透過中介找尋性伴
540 侶的性生活模式，將因本條規定而被視為違法，導致特定族群的性自
541 主權根本無法實現。

542 再者，在整體社會仍對性抱持某程度負面態度的社會裡，一般的
543 性需求之表達或溝通已非容易，如果性偏好與一般的想像不同，其需
544 求就更難得到滿足，在此情況下，性交易可能是唯一能夠透過協商使
545 得性需求獲得滿足，以實現其性自主權的方式。

546 職此，系爭規定已過度侵害個人憲法第 22 條保障之性自主權。

547 (三)系爭規定應受較嚴格之檢驗

548 依釋字第 554 號、第 791 號之意旨，性自主權受憲法第 22 條概
549 括基本權所保障，但因與人格發展與人性尊嚴相關聯，故屬於受憲法
550 高度保障之基本權。釋字第 791 號解釋即指出：「又性自主權與個人
551 之人格有不可分離之關係，是系爭規定對性自主權之限制，是否合於
552 比例原則，自應受較為嚴格之審查」。再者，德國法和台灣的脈絡相
553 當類似，並未透過基本法明文規定人民的性自主權。但德國學說與聯
554 邦憲法法院係透過基本法第 2 條第 2 項的「一般人格權」，推衍出個
555 人的性自主權(das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung)，並承認個人
556 的性自主權也是一種自我決定的基本權利。正因為涉及自我決定，和

557 個人能否自我決定如何生活、個人尊嚴密切相關，若法令限制人民的
558 性自主權，自應受較為嚴格之審查。

559 (四)系爭規定無法通過比例原則之審查

560 不管系爭規定之立法目的為維護善良風俗或是維護國民健康，為
561 了達成這個目的，犧牲的卻是特定族群實現性自主權的機會，從比例
562 原則之角度觀之，實在輕重失衡。從維護善良風俗的角度觀之，若肯
563 認系爭規定合憲，毋寧是承認社會中的多數可以為了其抽象的道德感
564 完全剝奪特定族群的性生活，甚至彰顯「只有某種性關係的發生方式
565 才是正確的—至少買春來滿足性慾不是」。如蔡宗珍教授於〈性交易
566 關係中意圖得利者之基本權地位的探討〉所論，「(社維法第 80 條處
567 罰…媒合賣淫而拉客者)以上所列各款行為不涉及他人自由與緊急危
568 難的情形，應無可疑；且由於『公共利益』的目的在於呈現其概念背
569 後所代表的整體各別個人的利益，限制原享有行為自由者不得進行或
570 媒介性交易行為，恐亦無法主張係基於追求公共利益之考量。所可考
571 慮者應為『維護社會秩序』的限制理由。然而社會秩序之維護係著重
572 於社會共同生活所不可或缺之基本生活規範，非必然涉及道德、風俗
573 之律則或價值判斷。(…)此等私領域行為如何危及外部的社會秩
574 序？」(參見聲證 1，第 70 頁至第 71 頁)

575 這樣的規範毋寧抵觸了自由民主憲政秩序中「把每一個人當作
576 人」、「每一個人的決定都應被尊重」的基本誠命，因此即便不進行比
577 例原則操作，也難以在憲法上獲得證立。縱以比例原則檢驗，其刑罰
578 規定未必可以達到維護社會秩序與善良風俗之立法目的，因而無法通
579 過適當性原則。若系爭規定是為了保障國民健康，避免性病傳播，從
580 必要性原則的角度來看，國家更應做的是思考如何在法制上保障需透
581 過性交易滿足性慾的特定族群、建立行政管制系統，而不是全面禁絕
582 媒合性交易。而不分情形一律予以刑罰化，更無法通過狹義比例原則
583 之檢驗。

584 四、管制媒介性交易行為的立法欠缺全盤性的思考，應重新檢討

585 綜合來看，我國對於性交易媒介者之管制方式、構成要件之界

586 定、乃至違法所裁處的法律效果，欠缺一致性、全盤性的思考。立法
587 者對於媒介性交易的立法形成顯然存有瑕疵，應全面性的檢討修正。

588 (一)刑事政策觀點

589 系爭規定雖號稱處罰性交易媒介者，但其將處罰的重點放置在
590 「引誘、容留和媒介」行為，一旦行為人著手於上述行為立即成罪，
591 至於性工作者與消費者是否果真從事性交和猥褻行為，並不影響是否
592 成罪（可參酌最高法院 100 年台上第 6537 號判決）。從刑法的角度更
593 精確的描述，系爭規定所處罰的行為意義上更傾向於性交易行為的實
594 質預備犯，而該行為的不法性格是否如此強烈，立法者有必要將其單
595 獨入罪，恐有商榷之餘地。

596 此外，系爭規定之要件並未規範營利之規模，這導致小規模的、
597 一次性的媒介行為都可能成為本罪處罰的對象。立法者特別於立法理
598 由中提及，系爭規定之目的是為了矯正社會風氣、端正善良風俗。事
599 實上，若營業之規模未達一定程度，恐怕也甚難對社會風氣造成衝
600 擊。在法律實務上，受到系爭規定處罰之行為人也多半規模不大；只
601 有相當零星的案件，是屬於大型的媒介性交易集團。若權衡違法行為
602 對法益之侵害程度，系爭規定未規範犯罪規模，恐怕是嚴重的立法瑕
603 疵。

604 從制裁效果觀之，系爭規定之法律效果為「五年以下有期徒刑，
605 得併科十萬元以下罰金」，屬於制裁效果相當強烈的重罪。誠如前述，
606 媒介性交易所創造的風險，其實不值得也不需要設置如此強烈的處罰
607 效果；系爭規定有違反罪責相當原則之嫌。而社會秩序維護法第 80
608 條則訂有「性交易專區外從事性交易之處罰」，其效果為「新臺幣三
609 萬元以下罰鍰」。若性交易專區外的性交易確實具有不法性，性交易
610 工作者和性交易媒介者的處罰法律效果也未免相差太大，顯然立法上
611 並沒有考量行為的違法性而設置合乎事物本質的管制效果。

612 從風險防堵的角度觀之，媒介性交易可能產生的風險，例如媒介
613 性交易者對於性交易工作者之剝削、強迫兒童及少年從事性交易、跨
614 國人口販運等等問題，刑法第 231-1 條、兒童及少年性剝削防制條例

615 第 31 條至第 33 條、人口販運防制法第 31 條都有相對應的因應措施
616 與處罰。在上述法律仍然有效施行的前提下，刑法第 231 條沒有存在
617 的必要。

618 (二)行政管制觀點

619 從垂直權力分立的角度而言，我國目前對性產業的管制方式係由
620 「中央與地方共同協力」(鈞院釋字第 550 號、第 738 號參照)，並由
621 中央設置框架性規範、地方自治團體依其自治權規範管制之細節性事
622 項。中央與地方應如何協力，立法者固然有其立法形成空間，在不侵
623 害地方自治之核心之情況下，中央得決定如何設置框架性規範；但立
624 法者不能僅將規範的決定權全權委由地方決定，也應在確保人民基本
625 權的前提下，監督地方對協力事項之運作。依據社會秩序維護法第
626 91-1 條，人民是否擁有從事性交易、媒介性交易之自由，端視地方自
627 治團體是否願意設置性交易專區。這毋寧將性交易最核心的問題「是
628 否除罪化」交給地方自治團體決定。立法者固然可以主張此為尊重地
629 方自治團體自治權之立法模式，但具體言之，毋寧是將人民權利與自
630 由之保障放置於較劣後的順位，而以地方自治為推卸政治責任之藉
631 口。立法者應勇於承擔性產業的管制責任，重新架構一套合乎基本權
632 保障的管制結構。

633 而此管制結構，應以基本權之保障為核心，確保人民之工作權與
634 性自主權得以在此架構下受到妥適的保障。亦即，從前揭違憲理由及
635 德國經驗可知，性交易管制的目的絕非一味打壓與禁止，而是建構合
636 理的制度環境，以保障各方權利。除了正視性工作產業之存在，考量
637 媒介者等各方於權利保障之角色，亦有其重要性。倘若不分情形一律
638 予以刑罰化，只會讓性交易或特殊性活動轉為地下。以本案為例，多
639 人性活動 (group sex)，若有「組織者」統一規劃管理活動，維持秩
640 序，將得以較為完善地保障性服務者之權利與安全。本案聲請人即為
641 此種「組織者」，管理秩序和提供妥適安排。但各級法院卻僅牽強地
642 以刑法第 231 條處罰性交易媒介者之刑罰邏輯對待之，反而使該活動
643 潛入地下化。難道臺灣社會從此就沒有多人性活動？在欠缺統籌規劃
644 者的情形下，恐更容易造成，例如，性剝削或性奴役，之不良結果。

645 最後，重新檢視性交易管制立法，著實必要且急迫。民國 98 年
646 釋字第 666 號解釋之聲請書中，提及許多受裁罰之中高齡女性，每次
647 性交易之對價僅有三百元至數百元不等。許宗力大法官的協同意見書
648 指出：「但無論釋憲者對相關問題有多少歧見，卻一致肯認那些因經
649 濟困難而在街頭從事性交易的中高齡婦女，是受系爭規定影響最不利的
650 的群體，公權力的行使不僅沒有提供她們當有的安全與保護，反而加
651 劇她們為生計掙扎的苦楚，而這樣的不正義，該是停止的時候了。」
652 然而，釋字第 666 號解釋作成後，性交易專區之相關修法理應是邁向
653 保障權利之管制制度嘗試，但現實上，這種粗糙地將「是／否」設置
654 交由地方自治之邏輯，卻造成了工作選擇的「實質阻絕」。更有甚者，
655 刑法第 231 條仍舊處罰性產業工作者，主犯不罰而罰幫助犯，以為只
656 要以「性產業專區」就可以解套所有問題，實在昧於現實，更為德不
657 卒，造成名義上似乎性工作者的性自主權和工作權獲得保障，實際上
658 仍然處於暗夜深淵中。十餘年過去，過去的不正義並沒有停止，對原
659 本處境已非常艱難的性工作者和性產業而言，處境與釋字第 666 號作
660 成前相較，依然看不見改善的希望，依然在等待黎明，不知何時才到
661 來。

662 五、結論

- 663 1. 系爭規定以意圖得利而媒介他人性交易或猥褻為處罰對象，因其
664 適用之範疇過廣，使適用之人民無法預見其適用之個案，違反法
665 律明確性原則。
- 666 2. 系爭規定過度限制人民憲法第 15 條之職業選擇自由。媒介性交
667 易若為人民維持經濟生活之方式，自應受憲法之保障；系爭規定
668 配合社會秩序維護法第 91-1 條之適用結果，實質阻絕人民選擇媒
669 合性交易為業的自由，自應受最嚴格的違憲審查。系爭規定以保
670 障善良風俗為立法目的，但保障善良風俗之內容過於抽象且不確
671 定，不應作為憲法上保障之法益。又系爭規定無助於維護善良風
672 俗，因為性交易本身就不抵觸善良風俗，此亦可參酌德國法之發
673 展。從必要性與衡量性的角度觀之，系爭規定並非對人民權益的
674 最小侵害手段；且過度侵害人民從事職業的機會，已違反憲法第

675 23 條保障之比例原則而違憲。

- 676 3. 此外，憲法第 22 條保障之性自主權，除保障個人能自主決定是
677 否、和誰發生性關係之外，更包含性生活各層面的決定權。某些
678 因社會客觀條件難以透過社會交往開展性生活之群體，多半倚賴
679 性交易之方式滿足性慾，系爭規定卻將性產業工作排除於性活動
680 之附隨範圍外，罔顧社會現實，限制了前述少數群體滿足性慾、
681 選擇實現性自主權的輔助管道，有違反比例原則之虞。性自主權
682 與個人人格和自我決定有關，故系爭規定應受較為嚴格之審查；
683 在此前提下，不管系爭規定之立法目的是維護善良風俗或保障國
684 民健康，都難以通過比例原則之審查而違憲。尚祈鈞院繼釋字第
685 666 號解釋後，宣告系爭規定違憲，以保障國人於性產業中的職
686 業選擇自由以及性行為自由。
- 687 4. 目前有關媒介性交易之管制策略，從刑事政策和行政管制的角度
688 觀之，均存有明顯而重大瑕疵。立法者應重新考察性產業的管制
689 政策。

690 伍、所附關係文件之名稱及件數

691 附件 1：最高法院 102 年台上字第 5003 號刑事判決

692 附件 2：台灣高等法院 102 年上訴字第 1618 號刑事判決

693 附件 3：台灣新北地方法院 101 年矚字第 3 號刑事判決

694 聲證 1：蔡宗珍，〈性交易關係中意圖得利者之基本權地位的探討〉，

695 律師雜誌 9 月號，第 228 期，第 64 頁至第 77 頁，1989 年

696 （以上均影本）

697 謹呈

698 司法院 公鑒

699 聲請人 蔡○○

700 代理人 邱律師

701 中 華 民 國 1 1 0 年 2 月 2 日