

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）。根據系爭兒少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佈之層次，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¹。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

¹ Winfried Hassemer, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, S.378ff.,381.

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氾濫之資料，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，而兩者是明顯有別的犯罪類型。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，不需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²。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

² 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。

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，----自不在該條規範範圍之內」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³，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⁴，

³ 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。

⁴ 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

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，

(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。

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。