

私立東海大學法律學研究所
碩士論文

指導教授：鄭昆山 博士

網路援助交際與刑法之比較法研究

-----以美國法制為借鏡

研究生：王唯鳳 撰

中華民國九十二年六月

謝辭

終於畢業了！自大學到研究所，整整七個年頭的日子，從對法律的懵懂無知，直到取得碩士學位，感謝這一路走來許多陪伴及關心我的師長及朋友們。本論文得以順利完成，主要歸功於鄭昆山老師的盡心指導及慷慨地將其研究室借給學生使用，使我能充分利用老師研究室中的書籍、網路資源，便於蒐集論文相關資訊。鄭老師研究學問的方法與認真的態度，著實令人敬佩，每與老師討論，總能從中獲得許多靈感的啟發。年初，鄭老師因傷在家休養，但仍心繫學生論文的進度，老師如此對我的期望及支持，更是成為我加速寫作的動力，在此對老師致上我最高的敬意。

感謝柯耀程老師及高金桂老師不辭辛勞地逐字詳細審閱學生的論文，對於論文未臻成熟部分加以指正，並於口試時給了許多的建議與改進的方向，二位老師幽默、風趣的態度，緩和了論文口試時緊張的氣氛，在愉快地學術討論氣氛之下結束了論文口試。老師們豐富的學識見解，亦是學生所佩服之處，謝謝您們！

論文研究期間，十分感謝彩鈺同學出借其筆記型電腦，使我能妥善地掌握論文的進度；好友旻真，協助分析外國文獻及相關資料；仲廷同學，平日幫忙處理學校事務、蒐集期刊等；室友祝吟、好友小燕，生活起居上的照護與陪伴；台中地方法院刑事庭王國棟庭長、吳崇道法官及好友惠雯，在工作上給予鼓勵、協助，使我得以在工作之餘，順利地完成論文後期修改的工作；系上蔡耀州助教、馬躍中助教及陳美蘭助教，幫忙處理論文口試及論文相關事務等；及一些關心、支持我的朋友們，謝謝！

此外，要感謝男友柏寬及其家人對於我體貼及關懷，尤其男友不時地為我加油打氣、包容我寫作遇瓶頸時的情緒等，柏寬，謝謝你為我所做的一切！最後，要感謝我的父母，因為他們含辛茹苦地栽培我取得學位，才会有今日的我，爸、媽，您們辛苦了！

謹誌

2003/06/12

論文提要

由於網際網路中人際關係交流頻繁，許多現實社會中產生之犯罪問題，亦有可能會發生於網路中，甚至較傳統犯罪更難防制、查緝。所謂「食色性也」，由於網路具有使用者隱密性等特性，而使色情在網路上氾濫之程度，成為國際上重要議題之一。近年來，隨著網路普及化，發展出一種新式的媒介色情型態，即「網路援助交際」，俗稱為「網路援交」。

「援助交際」一詞係源自日本，此非法律性質之專有名詞，謂高中女生陪男子聊天、約會，甚至提供猥褻、性交之行為，藉以獲得金錢或物質之對價。而「網路援助交際」，即是透過網際網路之利用，來達到媒介性交易之謂。我國實務目前處理網路援助交際案件，大多援引兒童及少年性交易防制條例第二十九條論處，但亦有不同之見解。法官的意見迥異，主要關鍵在於兒童及少年性交易防制條例第二十九條本身條文的問題，該條文所處罰之行為過於前置、適用之對象見解不一、行為輕重與法益侵害亦無區分等，顯然違反憲法第二十三條比例原則之規定。

兒童及少年性交易防制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，得併科新台幣一百萬元以下罰金。」在網路上散布、播送或刊登性交易之訊息，立法者並無審究該等言論是否造成明顯而立即之危難，逕以保護兒童少年之謂，過度犧牲成年人於網路上的言論自由權。本文參照美國通訊端正法遭聯邦最高法院宣告違憲，說明保護網路言論自由之界限，其判決之見解不僅宣示國家對於保護人民言論自由之重視，更影響日後美國網路兒童保護法及兒童色情防制法亦遭違憲宣告命運之一事，作為我國兒童及少年性交易防制條例第二十九條之借鏡，顯示出該條文違憲之處。

本文提出警察機關偵辦網路援助交際案件所衍生陷害誘捕之問題，配合日前立法院修正通過「警察職權行使法」，該法明確規範警

察行使職權，不得以引誘、教唆人民犯罪或其他違法之手段為之，及實務處理網路援助交際案件的趨勢，藉以說明正當法律程序之重要性。此外，關於處罰性交或猥褻之行為，在普通刑典中已有規定，過多的附屬刑法、特別刑法處罰同一行為，除使刑法體系之混亂、適用矛盾之外，尚造成人民對於多如牛毛的法令規定無所適從，即「特別刑法肥大症」之問題。故最根本之做法，乃是將附屬刑法、特別刑法中具有刑罰性質的條文，回歸至普通刑法。基於以上論點，本文建議應將違憲之兒童及少年性交易防制條例第二十九條予以刪除或為適當之修改，方能符合我國憲法保障基本人權之精神。

目 錄

第一章 前言	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究方法與步驟	3
第三節 研究對象與限制	5
第四節 預期成果	6
第一項 對學術理論的貢獻	6
第二項 對現行實務的幫助	6
第二章 網路色情與網路援助交際	9
第一節 網路色情之界定	9
第一項 網際網路之概念	10
第一款 網際網路之定義	10
第二款 網際網路之特性	11
第一目 跨地性	11
第二目 全球性	12
第三目 使用者匿名性(anonymity)	12
第四目 公開性	13
第五目 效率性	13
第六目 設備經濟性	13
第七目 由下而上發展模式	14
第二項 色情之定義	14
第一款 我國實務界對「色情」或「猥褻」之定義	15
第二款 我國學者對於「色情」或「猥褻」之定義	18
第三款 美國法院判決對於「色情」或「猥褻」之定義	21
第三項 網路色情的類型	23
第一款 散布、播送猥褻品	25
第二款 販賣猥褻品	25
第三款 以他法供人觀賞猥褻品	26
第四款 散布、播送或刊登性交易訊息	26
第五款 媒介性交易或猥褻	27
第二節 網路援助交際之類型	27

第一項 援助交際的概念-----	28
第二項 援助交際類型之區分方式-----	30
第一款 年齡-----	30
第一目 援助交際之雙方均為滿十八歲者-----	30
第二目 援助交際之對象一方為十八歲以下者-----	31
一、援交者（即提供性服務者）為未滿十八歲之人-----	31
二、被援交者（即提供性交易費用者）為未滿十八歲之人-----	33
第三目 援助交際之雙方均為十八歲以下者-----	34
一、援交者之法律責任-----	34
二、被援交者之法律責任-----	36
第二款 方式-----	37
第一目 以廣告物之方式-----	37
第二目 以出版品之方式-----	38
第三目 以廣播之方式-----	39
第四目 以電視之方式-----	39
第五目 以電子訊號之方式-----	39
第六目 以電腦網路之方式-----	40
第二項 網路援助交際適用兒童及少年性交易防制條例第二十九條之爭議性-----	41
第一款 對於同一行為因利用的手段不同而有相異的處罰-----	41
第二款 處罰的界線過於前置-----	41
第三款 實務上過度擴張構成要件要素之解釋適用-----	42
第四款 罪刑不平衡-----	42
第五款 有違刑法最後手段性原則-----	43
第三節 網路援助交際與網路色情之法事實觀察-----	44
第一項 我國對網路色情之管制-----	44
第二項 我國對網路援助交際案件之管制-----	45
第四節 小結-----	50
第三章 網路援助交際與憲法基本人權的保障-----	53
第一節 法治國刑法原則與法益保護之問題-----	53
第一項 法治國刑法之概念-----	54

第一款 刑事立法要件-----	55
第二款 刑事司法要件-----	55
第一目 積極要件-----	55
第二目 消極要件-----	56
第三款 刑事執行要件-----再社會化原則；立法從寬，執法從嚴原則-----	56
第二項 法治國刑法之可罰性要件-----	57
第一款 法益侵害-----	57
第一目 何謂法益-----	58
一、法益一元論-----	58
二、法益二元論-----	58
第二目 法益的重要性-----	59
第三目 處罰「性交易」所保護的法益-----	60
一、「個人法益」？-----	60
二、「社會法益」？-----	61
第二款 行為禁令與行為準則-----	61
第三款 刑罰最後手段性原則-----	61
第二節 基本人權言論自由之保障-----	62
第一項 表現自由之基礎理論-----	63
第一款 追求真理說-----	63
第二款 健全民主說-----	63
第三款 表現自我說-----	64
第四款 第四權理論-----	64
第二項 雙軌理論與雙階理論-----	65
第一款 雙軌理論-----	65
第一目 言論內容中立的限制 (content-neutral restriction) -----	65
一、「時間、地點與方法之合理限制」基準-----	66
二、限制「象徵性言論」的審查基準-----	66
第二目 言論自由基礎的限制 (content-based restriction) -----	67
第二款 雙階理論-----	68
第三節 美國 CDA 法案宣告違憲之例-----	70

第一項 通訊端正法主要內容-----	70
第二項 通訊端正法遭受違憲控訴的理由-----	72
第一款 「猥褻」一詞定義模糊-----	72
第二款 違反比例原則-----	72
第三款 其與傳統之廣電媒體性質不同-----	73
第四節 小結-----	74
第四章 從美國實務觀察網路言論自由之保障-----	77
第一節 概述-----	77
第二節 美國 CDA 法案宣告違憲之一案-----	79
第一項 代表美國政府提出上訴的聯邦司法部 (The Department of Justice) 之陳述-----	81
第二項 多數大法官之判決見解-----	82
第三項 少數法官之判決見解-----	86
第三節 美國 COPA 法案宣告違憲之一案-----	87
第一項 The Child On-Line Protection Act (網路兒童保護法案) -----	88
第一款 禁止性行為 (Prohibited Conduct) -----	88
第二款 故意違反 (Intentional Violations) -----	89
第三款 民事處罰 (Civil Penalty) -----	89
第二項 賓州聯邦地方法院對 ACLU v. Reno () 一案之判決-----	92
第三項 COPA 法案被裁定違憲之理由-----	93
第一款 不符合比例原則之規定-----	93
第二款 「肯定性防衛措施 (Affirmative Defenses) 」造成的負擔-----	94
第三款 次級效應所引發的自我檢查及恐懼效應-----	94
第四款 管制網路色情及不雅言論之合憲尺度及不必然違憲性-----	95
第四節 美國 CPPA 法案部分宣告違憲之一案-----	96
第一項 美國兒童色情防制法案之發展-----	99
第二項 CPPA 法案之主要內容-----	101
第三項 CPPA 法案部分遭美國聯邦法院宣告違憲之由-----	102

第五節 小結-----	103
第五章 檢視兒童及少年性交易防制條例第二十九條之問題-----	107
第一節 兒童及少年性交易防制條例之立法目的及沿革-----	107
第一項 我國娼妓制度之爭論-----	108
第一款 廢娼之見解-----	110
第二款 反廢娼之見解-----	110
第二項 兒童及少年性交易防制條例立法緣起-----	111
第一款 就供的層面而言-----	112
第一目 社會因素-----	112
第二目 經濟因素-----	112
第三目 家庭因素-----	113
第四目 個人因素-----	113
第二款 就需的層面而言-----	113
第三項 兒童及少年性交易防制條例之立法目的-----	116
第二節 兒童及少年性交易防制條例第二十九條之分析與探討	116
第一項 兒童及少年性交易防制條例第二十九條之法規沿革	116
第二項 兒童及少年性交易防制條例第二十九條之構成要件	119
第一款 處罰之行為-----	119
第二款 行為主體-----	120
第三款 行為客體-----	120
第一目 認為不以未滿十八歲為限者-----	120
第二目 認為應以未滿十八歲者為限-----	122
第三項 兒童及少年性交易防制條例第二十九條新舊條文之比較分析-----	124
第一款 兒童及少年性交易防制條例第二十九條修正前之條文內容-----	124
第二款 現行法與修正前條文規定不當之處-----	126
第一目 修正前之兒童及少年性交易防制條例第二十九條-----	126
一、法定刑過高-----	126
二、立法上之疏漏-----	127
三、構成要件之解釋未有一致的標準-----	127

第二目	現行之兒童及少年性交易防制條例第二十九條	127
一、	行為人之罪責與刑罰不符比例原則	128
二、	處罰訊息之行為有違憲法保障人民之言論自由	128
三、	構成要件之解釋仍有不一致之標準	128
四、	本條文性質上屬「結果犯」抑或「危險犯」？	129
第三節	兒童及少年性交易防制條例第二十九條之違憲審查	131
第一項	兒童及少年性交易防制條例第二十九條與言論自由之關係	131
第二項	以「比例原則」檢視其刑事立法界限	133
一、	罪責為刑罰的前提要件	133
二、	刑罰必須與罪責相當	134
第一款	比例原則的內涵	134
第二款	適當性原則——恣意立法的禁止	138
第三款	必要性原則——刑法謙抑原則	139
第四款	禁止過度原則——殘虐刑罰禁止原則	140
第四節	小結	141
第六章	我國現行實務處理網路援助交際案件所衍生之相關問題	143
第一節	警察人員績效問題	143
第一項	造成警員捨大案就小案之情形	144
第二項	造成誘捕偵查手段之濫用	147
第三項	造成網路交友之顧慮	148
第二節	警察人員辦案「誘捕」行為	149
第一項	誘補偵查之概念	150
第一款	誘補之定義	150
第二款	誘捕之構成要件	151
第三款	誘補之法律性質	152
第四款	誘捕者本身可罰性之爭議	154
(一)	主張可罰說	154
(二)	主張不可罰說	154
(三)	主張區分可罰情況	155
第二項	誘陷抗辯之理論	156
第一款	美國判例學說狀況	156

第一目 誘陷抗辯的要件-----	157
一、主觀說（機會提供型之誘捕偵查理論）-----	157
二、客觀說（犯意誘發型之誘捕偵查理論）-----	157
第二目 誘陷抗辯的認定方法-----	158
第二款 日本實務判決及學說狀況-----	159
第一目 實務判決見解的趨勢-----	159
一、早期下級審裁判-----	159
二、昭和二十八年（西元一九五三年）三月五日最高裁判所 裁判-----	160
三、近期下級審裁判-----	160
第二目 違法誘捕偵查的效果-----	160
（一）不受理說-----	161
（二）無證據能力說-----	161
（三）免訴說-----	161
第三項 實施誘捕偵查手段應注意之要點-----	162
第一款 實施誘捕偵查之要件-----	162
一、實施誘捕偵查須出於必要性與補充性-----	163
二、實施誘捕偵查，以「客觀」上被告有犯罪嫌疑為前提 -----	163
三、實施誘捕偵查，不能侵害犯罪嫌疑人的實質權利 -	163
四、避免誘捕偵查的濫用-----	163
第二款 保護被誘捕者訴訟上應有的機制-----	164
第一目 檢察官應證明該誘捕偵查為合法-----	164
第二目 被告得請求偵查機關提示誘捕偵查之資料-----	164
第三目 法院應避免以素行預斷被告犯罪成立-----	165
第三節 小結-----	166
第七章 我國實務處理網路援助交際案件的趨勢-----	169
第一節 刑事法院之裁判-----	169
第一項 認為網路援交行為，乃觸犯兒童及少年性交易防制條例 第二十九條規定者-----	170
第二項 認為網路援交行為，不一定會觸犯兒童及少年性交易防 制條例第二十九條規定-----	171

第二節 最高法院法律座談會	172
第三節 其他相關法規	176
第一項 刑法妨害風化章節規定	176
第一款 提供性交易費用者之法律責任	176
第二款 協助、促成性交易者之法律責任	177
第二項 社會秩序維護法之規定	177
第四節 小結	179
第八章 結論及建議	181
第一節 結論	181
第二節 建議	185

圖 表 目 錄

表 一：九十年度兒童及少年性交易防制工作成果報告表	46
表 二：各級法院檢察署執行判決確定有罪之兒童及少年性交易防制 條例人犯年齡	48
表 三：各級法院檢察署執行判決確定有罪之兒童及少年性交易防制 條例人犯教育程度	49
表 四：各級法院檢察署執行判決確定有罪之兒童及少年性交易防制 條例人犯職業	49
表 五：「誘陷抗辯」主觀說、客觀說理論之比較	158

第一章 前言

第一節 研究動機與目的

由於現代電腦資訊發展日新月異及趨於普及化，人民得以利用網際網路具有快速、方便、跨國界的特性，來獲得其所需的資訊。然，藉由網際網路上人際關係交流互動頻繁，許多現實社會中所產生的犯罪問題，亦可能發生於網路中，然則會因網路本身具有使用者隱密性、無國界的特性等，甚至較傳統犯罪更難防制、更加嚴重，目前我國有電信警察¹之設置，負責網路犯罪案件的查緝工作。

性的商品化、性行為的自由化、娛樂休閒化與多樣化，已是一個自由社會不得不然的一般趨勢。而在台灣社會現象，性行為與性倫理道德嚴重分歧，面對與「性」有關的社會變遷，當然需要建立新而健康的性道德與性倫理，以及一切與性行為有關的新價值觀。性行為除非有具體個人的生活利益受到傷害，若無涉於公共秩序者，刑法通常是不會去干涉的。隨著社會的自由化與多元化，醫藥對於生育與性病的有效控制，以及人工流產的合法化，已使社會達到性解放的地步，要不是愛滋病的威脅，性解放的程度還會更徹底²。

手機廣告裡的宣傳語：「科技始終來自於人性」，而子曰：「食色性也」，所以網路色情由於其隱密性使然，早就成為人們接觸或使用色情資訊的一大管道，網路色情以各種方式呈現，也滿足了不同的慾望及需求。網路色情氾濫的程度，已經成為國際上重要之議題。賣春

¹ 內政部警察署刑事警察局資訊室在 1996 年 9 月成立了「電腦犯罪小組」專門負責網路犯罪案件的偵查與預防。此一犯罪小組成立的目的，不是要阻止或妨礙 Internet 的發生，而是要維持 Internet 世界中安定正常的環境，以吸引和鼓勵更多的使用者上網使用 Internet，並保障大多數網路用戶的安全和權益。請參見 <http://www.cib.gov.tw> 2002/11/23 查閱。

² 請參見林山田著，性與刑法—以強制性交罪的立法為例，收錄於氏著，刑法的革新，學林文化事業有限公司出版，2001/08，頁 278。

現象在日本是一個嚴重的社會問題，高中女生之間尤其氾濫，她們的賣春型態稱為「援助交際」³，而網路使用的普及，亦得使其透過網路作為媒介。根據一項勵馨社會福利基金會針對網路族群所做的調查報告指出，有 35.2%的受訪者認為「網路援助交際」的確普遍存在青少年族群中，有 45.5%認為存在但不普遍，而只有 19.3%的受訪者認為只存在於一小群人中；而在問到是否曾經以上網等方式尋找援交對象時，只有 7.9%(590 人)受訪者答是，92.1%受訪者則為否定的答案⁴。

觀之我國實務目前處理網路援助交際案件所適用之法律依據多半引用「兒童及少年性交易防制條例」之規定⁵。以現有的法律規定去規範網路行為的做法，目前為大多數國家所採用，在迫於解決問題的現實壓力下，網路行為的特殊性並未受到各國的重視，除了有少數國家已特別為網路行為制定專法限制外，大多數還是以現有的法制規範來規範網路行為⁶。然，社會上除了對於「援助交際」行為本質上的爭議外⁷，按照這個條例，目前即使是成年人，只因為在網路上寫援助交際四字，就被認定是意圖性交易，誘捕後可處五年以下有期徒刑。相較之下，成年人之間自願的性交易行為卻都沒有如此重罪。言

³ 請參見李月華報導，1999/06/19，中時晚報。

⁴ 請參見勵馨社會福利事業基金會網址：<http://www.goh.org.tw> 2002/11/23 查閱。

⁵ 網路援交悄悄話對談判無罪，王己由/台北報導，隨著電腦網路的發達，網路援交案件愈來愈多。台北地方法院在審理一件韓姓女華僑被控援交案時，法官認為韓女是在網路聊天室以一對一的「悄悄話」方式對談，並沒有公開，不符合兒童及少年性交易防制條例散布、播送或刊登性交易訊息的處罰規定，判決韓女無罪。2002/07/05，中國時報。中央社記者孫承武/台北報導，就讀某私立大學的女學生為籌措生活費用，利用學校所學電腦專業知識，自行架設網路援交聊天室從事色情交易，昨天深夜遭台北市警察局松山分局員警循線在台北縣三重逮捕，全案依「兒童及少年性交易防制條例」移送法辦。2002/10/30，中央社即時，臺灣社會。<http://news.sina.com.tw> 2003/01/14 查閱。

⁶ 請參見黃炳合著，網路色情氾濫所引發的法律問題，警光，1999/06，頁 65。

⁷ 中央大學何春蕤教授認為，「援助交際」一詞是從日文翻譯過來的「文化名詞」，且援助交際事實上並不等於「性交易」，而是一種有金錢交易的「交際行為」；此外，文化名詞更不等同於「法律名詞」，若說於網路上的言論學說「過當」，將會觸及刑法，那將是扼殺「言論自由」的行為。何春蕤進一步表示，日前警方因一名少女在網路上進行援交，即以「兒童與少年性交易防制條例」對其起訴，其實也是種迫害言論自由的行為。她反而認為此法條文規範，若因言論而導致其構成犯罪事實，這才是「過當」，此舉反而比限制政治言論自由還恐怖。記者陳康宜、黃春菁 / 台北報導，2002/05/23，Ettoday 電子報。<http://www.ettoday.com/2002/05/23/350-1306176.htm> 2003/01/13 查閱。

論比實際行為還嚴重判刑，這是不合理的；成年人之間的性交易，卻以「兒童及少年性交易防制條例」來規範，更是名不正言不順。

美國通訊端正法（Communications Decency Act，簡稱 CDA）於一九九六年二月一日通過，主要是防止青少年經由網路接觸有害的資訊，其內容對於藉由通訊設備傳送淫穢或猥褻資訊與十八歲以下之青少年，或者是明知利用其設備為傳送色情資訊的行為而允許者，最高可處兩年以下有期徒刑或罰金或二者併罰。但此法案於一九九七年六月二十六日被美國聯邦最高法院宣告違憲⁸。通訊端正法被宣告違憲，並不代表在網路上傳輸任何型態的內容都是合法，只是保護青少年之外，也須考量其他基本人權，其手段是否適當或逾越了必要程度。

憲法明文規範基本人權之保障，國家不可恣意或違法干預人民之人身自由，「無法律則無犯罪」、「無犯罪則無刑罰」，且依罪刑法定原則，不可任意擴張解釋刑法條文之規定，否則有濫用國家刑罰權之虞。基於網路援助交際案件日益遽增，我國現今未有明確條文規範該網路不當行為的處罰性之下，於憲法本文第八條及第二十三條基本人權之保障外，依罪刑法定原則，國家不得將現行存有的法律條文加以擴張解釋，作為處罰人民的法律依據。然，檢視我國目前實務上對於網路援助交際行為，不論行為人是否為十八歲以下之兒童或青少年，皆以兒童及少年性交易防制條例第二十九條論罪，擴張該法之適用對象的範圍，故本文的研究目的係針對我國目前實務上處罰網路援助交際行為所適用之法規是否妥當而論，進而對實務處理此類案件現況所衍生之問題提出檢討及建議。

第二節 研究方法與步驟

色情自古以來就已存於人類社會，技術上網路色情也並非一定就能繩之以法，但基於保護青少年及兒童的身心健康不受到網路色情的

⁸ 請參見錢世傑著，網際網路色情資訊防範措施之相關問題探討，全國律師，1998/11，頁 30-31。

影響，確有立法限制的理由⁹，目前研考會正委託學者進行網路內容分級管制技術的研發計畫，並委託學者制定「網路管理法」的可行性¹⁰。

本文的研究目標乃在於我國實務上處罰利用網際網路作為媒介色情的工具之行為，是否與憲法所賦予人民言論自由相牴觸，以及處罰網路援助交際行為所適用「兒童及少年性交易防制條例」之規定是否恰當。並就本研究之進行下列分析：

- a、釐清性交易犯罪所保護的法益為何，以界定國家行使刑罰權的界限。
- b、處罰行為人透過電腦散布、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之行為，與憲法所保障人民言論自由有無牴觸。
- c、檢視兒童及少年性交易防制條例第二十九條之構成要件、適用對象及其適用範圍，作為檢討我國目前實務裁判針對網路援助交際行為之適法性。
- d、為確實保障人民基本人權以落實法治國原則的理想，實務上網路援助交際案件所衍生之問題，如警員偵查辦案所使用的手段、警員為求辦案績效而「捨大案，就小案」的心態等，造成對人民更大的侵害。

本文將以刑事政策的考量透過法律事實研究法¹¹與比較法學研究法，對於目前現行實務在處理網路色情犯罪中，如何處理此類利用網際網路作為媒介性交易的工具之案件，進行研究。以我國現行實務處理網路援助交際之案件所為之裁判中，檢視現行兒童及少年性交易防制條例第二十九條之問題，及網路援助交際案件所衍生，如性交易犯罪所保護之界限、網路有無言論自由之保障及警察人員上網以「釣魚」

⁹ 請參見黃炳合著，前揭文，頁 65。

¹⁰ 請參見錢世傑著，前揭文，頁 41。

¹¹ 以法事實研究的方法，即系統地對於法律事實所進行的一種實證研究，運用於檢視現今處罰網路援助交際行為的可罰性及合法性與否。請參見鄭昆山著，刑事法學研究方法論，東海大學「刑事法學研究方法論」課程講義，2000/10/31。

的方式誘補行為人是否符合法治國中正當法律程序等，依刑事政策的角度判斷現行實務之作法能否有效抑制網路色情日漸遽增的現象，以檢討目前實務的缺失，及有無修改之必要，做為將來修法或糾正現今實務裁判上改進之參考。

本文之工作內容有，以美國 CDA 法案為主對於網路色情規範之見解及探討、針對國內對於網路援助交際案件所為之裁判做一通盤檢討；及其是否須動用刑罰權來作為規範的唯一手段；並針對網路警察所使用之偵查技巧與手段，加以分析檢討。

研究步驟：

- a、蒐集國內外有關資料，並就研究工作內容撰寫報告，並與指導教授互相討論。
- b、對於國內外有關網路色情犯罪資料加以整理、分析，並預測採行本計劃觀點之成果。
- c、就相關問題諮詢學有專精之學者專家，並蒐集分析實務處理運作之現況。

第三節 研究對象與限制

「援助交際」乃是日本對於販賣少女色情的一種文雅說法，因為著名日劇「神啊！請多給我一點時間！」而成為一時話題。加上傳媒一再塑造「金錢至上」的價值觀，追求財富已然成為一股時狂。在如此的社會價值影響下，青少年在無法延緩金錢上的需求和滿足時，便興起「援助交際」的念頭。網路援助交際在法律上仍處模糊地帶，一般而言，真正能查辦的網路援助交際，除非是因援交未成年青少年而觸法，否則很難斷定是否正在進行違法的性交易。然而若涉及未成年者，則根據「兒童及少年性交易防制條例」的相關規定處理。上網留言援交，是一種類似在公共場所或公眾出入之處的拉客行為，僅受到「社會秩序維護法」的規範，而網路援助交際是否構成犯罪，法官的

見解迥異¹²。某些法官認為應以依照「兒童及少年性交易防制條例」判處罰責，但某些則認為應依據有行政罰性質的「社會秩序維護法」加以規範。

本文所研究的範圍乃在於我國實務上處罰利用網際網路作為媒介色情的工具之行為，是否與憲法所賦予人民言論自由相牴觸，以及處罰網路援助交際行為所適用「兒童及少年性交易防制條例」之規定是否恰當。進而加以探討我國實務對於此類案件裁判的趨勢。

第四節 預期成果

第一項 對學術理論的貢獻

利用網路做為性交易的媒介，社會大眾俗稱為「網路援交」。援助交際此名詞係由日本所發源的，賣春現象在日本是一個嚴重的社會問題，高中女生之間尤其氾濫，她們的賣春型態稱為「援助交際」。而成年人彼此間販賣性交易者，我國目前實務是以違反社會秩序維護法來作為規制的法令，此係為行政罰的性質。且國家針對性交易犯罪動用刑罰權的界限亦有釐清的必要，刑法上所欲保護的法益為何，須符合刑法謙抑原則，不可濫用國家刑罰權，否則結果只有損害到刑法與刑事司法的威信。本文乃從刑事政策角度，檢視目前我國處罰的必要性及其界限之妥當性。

第二項 對現行實務的幫助

上網留言援交，是一種類似在公共場所或公眾出入之處的拉客行為，係以網際網路做為媒介色情的工具者，僅受到「社會秩序維護法」的規範，而網路援助交際是否構成犯罪，法官的見解迥異。某些法官

¹²網路援交有罪無 法官看法迥異，記者郭子弘/台北報導，中國時報，2001/03/19。

認為應以依照「兒童及少年性交易防制條例」判處罰責，但某些則認為應依據有行政罰性質的「社會秩序維護法」加以規範。

我國目前應予除罪化的犯罪¹³，如：

- a. 被害法益不明之犯罪。
- b. 倫理、宗教直接結合之犯罪。
- c. 不適宜介入刑罰制裁之犯罪。
- d. 無法公平執行且易造成執法過度負擔之犯罪。
- e. 依其他手段即得防止不法之犯罪。

本文乃對現行實務的助益，約有：

- a. 因應社會時代環境的變動。
- b. 配合法益觀念的轉變。
- c. 確實保障人民之基本人權。
- d. 避免司法資源過度浪費。
- e. 減少監獄短期自由刑之流弊。
- f. 落實法治國的理念。

本文與其他已發表之論文不同處，乃在於除了探討網際網路上之表意自由（針對色情言論）¹⁴、或是針對兒童及少年性交易防制條例之研究¹⁵抑或研究偵查機關誘捕教唆¹⁶外，本文乃基於實務處理偵辦網路援助交際之案件的現狀，援引兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定，該條文為求保護青少年之身心發展，將處罰規定前置為

¹³ 因各人之價值理念不同，自難期其有一致之見解。請參見甘添貴著，犯罪除罪化與刑事政策，收錄於林山田教授六十歲生日祝賀論文集，罪與刑，五南圖書出版，1998年10月初版，頁618-635。

¹⁴ 如葉慶元撰，網際網路上之表意自由——以色情資訊之管制為中心，中興大學法律學系碩士論文，法治斌教授指導，1997/06。

¹⁵ 如謝采倩撰，兒童及少年性交易防制條例之研究——以「雛妓問題」法概念之相關議題為中心，中正大學法律學研究所碩士論文，施慧玲教授指導，1998/07。

¹⁶ 如林書楷撰，論誘捕教唆之可罰性，中興大學法律學研究所碩士論文，劉幸義教授指導，1999/06。郭緯中撰，論誘捕偵查與誘捕抗辦，中國文化大學法律學研究所碩士論文，甘添貴教授指導，1999/06。

危險犯之性質，然而限制或剝奪人民利用網際網路等媒體發表言論之權利，及無論發表或接收言論訊息之人是否以兒童或青少年為性交易對象，均論以該條文處罰規定，此舉是否恰當及有無違憲之處，均是本文所探討之重點。不能僅因為傳統社會理念認為色情會使人有羞愧、難登大雅之堂等，會間接產生社會負面影響之原因，如性犯罪、性汙濫現象，因而極盡打壓之能事，使社會呈現完全「禁慾主義」之現象，犧牲憲法保障人民基本人權，而漠視或違反法治國真正理念及原則。希期以本文之提出能夠幫助實務執法者及民間團體一些不同角度之思維，藉能提昇我國對於保障人權之法治觀念。

第二章 網路色情與網路援助交際

本章節主要欲探討的內容，乃界定網際網路的定義及其特性，並且分析我國目前實務上及學者對「色情」一詞的解釋及見解，討論目前現有的網路色情所呈現之類型及其所觸犯的法規。而現今社會中常見的網路援助交際，簡稱為「網路援交」，即是利用網路來作為媒介性交易的工具，此亦為網路色情其中之一類型，並依對象之年齡及利用的方式作不同法律責任之檢視，提出我國現行實務處理網路援交的案件所援用的「兒童及少年性交易防制條例第二十九條」，其法律適用的妥當性與否做一合理的評論。最後藉由法事實觀察現今社會中因網路援交而遭檢查機關偵查、起訴，而被法院宣告有罪判決的比例及案件數，顯示出國家對於干涉人民之基本權利須更為嚴謹，方符合憲法第二十三條之意旨。

第一節 網路色情之界定

界定「網路色情」之定義，首先須對於何謂「網際網路」的概念有一定之瞭解，藉由其跨地性、全球性、空間性及匿名性等特性，故更給予了有心利用網路來完成犯罪者，提供一項最佳且隱密的管道，所以在現今社會上可見的犯罪型態，亦可透過網路來達其目的。其中，又以網路色情的問題最為氾濫。本節內容中，特別提出我國實務上及學者對於「色情」之見解，及我國法規相關之規定。且對於典型的網路色情作一分類，加以描述。

第一項 網際網路之概念

第一款 網際網路之定義

「網際網路」(Internet)此一名詞，基本上並無學術上或法律上專有之定義性敘述。所謂之網際網路實際上並不是真正的網路，而是由不同區域及數量相當多之區域網路¹(a Local Area Network)及廣域網路²(a Wide Area Network)所連結起來，藉以提供服務之結合體。目前網際網路係以傳輸控制通訊協定(Transmission Control Protection)及網際網路通訊協定(Internet Protocol)，兩者合稱TCP/IP，所組成之全球性電腦網路系統³。

美國通訊端正法遭美國人民自由聯盟(America Civil Liberties Union)控訴違憲一案⁴，承審的最高法院大法官 John Paul Stevens 於該案判決中指稱：「網際網路是一種電腦相互連接的國際網路。其乃發源於一九六九年一項名為『ARPANET』的軍事計劃之產物，該項計劃係被設計來使電腦系統在戰爭中即使某部分網路毀損時，依然能夠以剩餘的頻道傳輸訊息而提供軍事方面的操作與應用。雖然ARPANET 已不復存在，但它提供了民用網路一個範例，終而彼此間相互連結，至今全球幾乎有一億的人口可以相互連結並進行通訊與傳輸無可計數的資訊。網際網路已經是人類通訊上一項獨特且全新的全球性之溝通媒介。」⁵

¹ 所謂區域網路係指一群電腦彼此互相連線或連線至中央電腦，且所有電腦均位於同一區且距離不遠。請參見董浩雲著，論網路安全機制及展望，資訊法務透析，1999/11，頁50，註2。

² 所謂廣域網路係指一群電腦彼此相互連線或連線至中央電腦，但至少有一部或多部電腦物理上距離很遠。請參見董浩雲著，前揭文，頁50，註2。

³ Henry H. Perritt, Jr., What is the Internet?, <http://www.kentlaw.edu/cyberlaw/resources/what is.html>.2002/11/23 查閱。

⁴ Reno v. ACLU, 521U.S.844(1997).

⁵ 原文為：”The Internet is an international network of interconnected computers. It is the outgrowth of what began in 1969 as a military program

目前我國法制與實務方面尚未有對於網際網路做出明顯定義之條文或判決，僅有法務部座談會意見聊備一格，其認為網際網路，係指供公眾使用之開放式網路⁶。簡言之，兩部以上之電腦彼此相連，以數位之方式交換資料，即形成一電腦網路，而所謂網際網路，即為電腦網路之網路⁷。

第二款 網際網路之特性

網際網路所具有的特性有跨地性、全球性、使用者匿名性、公開性、效率性、設備經濟性、由下而上發展模式等。

第一目 跨地性

網路空間(Cyberspace)僅是邏輯上之概念，使用者於網際網路中，只能認知其自身所處之實際位置，無法認識其所傳遞之電子訊息將經過真實世界之何地；使用者透過網際網路相互傳遞訊息時，雖知其對方於網際網路上之網址(IP address, Internet Protocol address)為何，但仍因網址係電腦上在邏輯上之位置，與國界間未必相互對應，故當事人無法透過網址認識對方實際之所在位置⁸。

called "ARPANET", which was designed to enable computers operated by the military, defense contractors, and universities conducting defense-related research to communicate with one another by redundant channels even if some portions of the network were damaged in a war. While the ARPANET no longer exists, it provided an example for the development of a number of civilian networks that, eventually linking with each other, now enable tens of millions of people to communicate with one another and to access vast amounts of information from around the world. The Internet is "a unique and wholly new medium of worldwide human communication." "

⁶ 請參見法務部公報，第 214 期，1998/04/30，頁 141。

⁷ 請參見李復甸著，網際網路行為準據法之研究，收錄於國際私法理論與實踐（一）——劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編輯，學林文化事業有限公司，1997/09，頁 17。

⁸ 請參見蔡元仕撰，網際空間與涉外民事裁判管轄之決定，東吳大學法學院法律學

第二目 全球性

網際網路可以說是眾多網路的集合，使用 TCP/IP 作為資訊傳輸的標準，跨越了地理上的限制，連接眾多不同的網路，包括工業、教育界、政府與研究等領域。網際網路可視為一個區域及廣域網域之全世界網路的大連線，我們可以將之視為一個通往世界各地的超大型網路，World Wide Web 及 E-mail 都是使用此種方式進行連線⁹。網際網路之通訊能力跨越國際，故具有全球性之特色，其面貌可能受到各國不同利益與文化價值觀之影響¹⁰。

第三目 使用者匿名性(anonymity)

「匿名」是使用電腦中介傳播系統的一大重要特徵，網路的使用者大多是透過「匿名」方式互動，無法在這個通道中直接獲之對方的性格、特質，以及所處在的場景與情境。面對這樣一個新社群的成立，不論是大眾媒體或是國家權力的機制，在談到網路這個虛擬社群之時，總是以一種犯罪與管制的出發點，來嘗試了解、管理這個新社群。匿名性會造成互動的品質和深度很難提升。因此大部份的虛擬社群成員只能維持一個較淺的關係。網路和真實世界比起來，它容易建立關係，也就是說，它的互動的門檻降低，提供了一個方便互相談話，開始互動的場所¹¹。也使得網路使用者因此而更具有批判性與自我性格，促進了網際網路上言論自由的發展¹²。

系碩士班碩士論文，2001/07，頁 33。

⁹ 請參見全球資訊網，網際網路概要，
http://www.lttc.ntu.edu.tw/dtve2002/Homepage/Intro_Internet.htm。2002/11/23 查閱。

¹⁰ 請參見劉靜怡著，網路社會規範模式初探，台大法學論叢，第 28 卷第 1 期，1998/10，頁 8。

¹¹ 請參見簡恆信撰，虛擬社群匿名行為模式研究---以網際網路電子布告欄為例，東吳大學社會學系碩士班碩士論文，1998/07，頁 2-3。

¹² 請參見王勝毅撰，網際網路上犯罪行為之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2000/12，頁 27。

第四目 公開性

網路使用者雖具有隱匿之性質，惟，對於網路上所刊登資料的取用則是公開、無限制的共享。取用者只需鍵入該資料所在的網址即可閱覽、下載或線上參考，而且網路上資料傳輸速度極為快速，因此除了將資料加密(encryption)外，會在上載的瞬間造成資料公開的情形

¹³。

第五目 效率性

現今資訊藉由網際網路的傳輸、通訊而得以快速、便利的獲得，節省了傳統以往所需花費的時間、勞力及費用。只需一部電腦、點下滑鼠，即可暢遊世界以獲得最新資訊。且透過網路低成本、高效率的性質，人民得以將其所欲發表之言論，利用網際網路達於眾人皆知的效果。

第六目 設備經濟性

網際網路可謂符合一般大眾經濟性的標準，因為個人上網最基本簡要的設備，僅需一台個人電腦 一條電話線路(亦或透過 Cable Modem 方式¹⁴)及一部數據機，並申請 ISP 服務帳號即可達成上網的方法，因此不須購買大型主機電腦或特殊設備，故上網基本設備有其經濟性質所在。

¹³ 請參見王勝毅撰，前揭文，頁 27。

¹⁴ 分為單向上網及雙向上網。單向上網是指電腦將指令透過電話線上傳，到有線電視頭端機房後，連到公眾網際網路；索取到資料後，傳回頭端機房，再經由有線電視網路下載傳回電腦。所謂的雙向傳輸，顧名思義就是無論上傳或下載資料，都是經由有線電視的網路，連上頭端機房後，再連上網際網路。

第七目 由下而上發展模式

網際網路的基礎架構源自於政府之補助，其後的發展卻係因為電腦資訊業者不斷地研發改進及推動科技化努力的成果。不同於法令係由上而下發展之特性，網際網路現有技術與使用規範之形成，多數來自於基層之使用者及業者，而由下而上地影響有關網際網路之決策與立法¹⁵。

第二項 色情之定義

「色情」按其字面上之解釋係謂男女間之情慾，即性慾、色慾也¹⁶，為社會上習慣用以形容或描述挑逗人之情慾之事物的用語。綜觀我國法典，並無明確指稱「色情」一詞，較接近者應係為「猥褻」一詞。如：

一、我國刑法第二百三十五條規定

散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。意圖散布、播送、販賣而製造、持有前項文字、圖畫、聲音、影像及其附著物或其他物品者，亦同。前二項之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之。

二、兒童及少年性交易防制條例第二十七條規定

拍攝、製造未滿十八歲之人為性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，處六個月以上五年以下有期徒刑

¹⁵ 請參見蔡元仕撰，前揭文，頁 34。

¹⁶ 請參見中文大字典，第七冊，中國文化大學印行，1980/08，頁 1319。

刑，得併科新台幣五十萬元以下罰金。意圖營利犯前項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑，應併科新台幣五百萬元以下罰金。引誘、媒介或以他法，使未滿十八歲之人被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金。以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使未滿十八歲之人被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、錄影帶、影片、光碟、電子訊號或其他物品者，處五年以上有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金。以犯第二項至第四項之罪為常業者，處七年以上有期徒刑，應併科新台幣一千萬元以下罰金。第一項至第四項之未遂犯罰之。第一項至第四項之物品，不問屬於犯人與否，沒收之。

其中所謂「猥褻」之定義，係一不確定之法律概念，須透過執法者其所學及所知，來判斷是否符合「猥褻」行為之標準。

第一款 我國實務界對「色情」或「猥褻」之定義

根據我國司法院大法官會議於一九九六年七月五日所作成的釋字第四百零七號解釋意旨，其揭示「猥褻的出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。」並指出「猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之。」而且有關風化之觀念常隨社會發展、風俗變異而有所不同。

於該解釋理由書中指出，一九九二年二月十日強版字第 二二七五號函釋所為之例示性解釋：「出版品記載觸犯或煽動他人觸犯出版法第三十二條第三款妨害風化罪，以左列各款為衡量標準：

- 甲、內容記載足以誘發他人性慾者。
- 乙、強調色情行為者。
- 丙、人體圖片刻意暴露乳部、臀部或性器官，非供學術研究之用

或藝術展覽者。

丁、刊登婦女裸體照片、雖未露出乳部、臀部或性器官而姿勢淫蕩者。

戊、雖涉及醫藥、衛生、保健，但對性行為過分描述者。」

並附有足以誘發、強調色情、刻意暴露、過分描述等易引起性慾等特定條件，非單純刊登文字、圖畫即屬相當，函釋本身未對人民出版自由增加法律所未規定之限制，與憲法尚無牴觸¹⁷。

該解釋協同意見書中，吳庚大法官指出，美國憲法增修條文第一條開宗明義揭示：「國會不得制定法律剝奪人民之言論及新聞自由。」（Congress shall make no law abridging the freedom of speech, or of the press）從一九五一年以降，聯邦最高法院成員中除 Hugo Black 及 William O Douglas 二位之外，幾乎所有大法官皆認為猥褻物品非前述憲法增修條文所稱之「言論」或「新聞」¹⁸，聯邦最高法院於審理相關案件時，曾努力尋求判斷猥褻或淫穢之標準，於是有所謂：

- （一）採地域標準或社區性標準。
- （二）依一般人而非特別敏感者之感受與反應。
- （三）明顯引起淫亂之興趣。
- （四）顯然惡劣。
- （五）全然欠缺補償性之社會重要性或無嚴肅之文學、藝術、政治或科學價值。

但對如何判別猥褻性之文字圖畫，依然欠缺放諸四海而皆準之恆久性準則。在法規未通盤檢討修正前，為消除執法之爭議，中央主管機關宜設置諮詢委員會，邀集文學、藝術、法學、醫學及出版業各方面專家，以及不同宗教信仰或世界觀之人士，對發生爭議之出版品是

¹⁷ 請參見大法官會議解釋第四百零七號解釋理由書。

¹⁸ Paul E. Johnson, Gury J. Miller, John H. Aldrich, David W. Rohde and Charles W. Ostrom, Jr., *America Government*, 3rd ed., 1994.p.122. 引註自大法官會議解釋第四百零七號解釋吳庚大法官之協同意見書，註4。

否合於處罰之要件，逐案審查，提供有公信力之鑑定意見，並可減少與法院認定兩歧之情況出現¹⁹。

惟該解釋不同意見書中，孫森森大法官認為，憲法第十一條之表現自由，在於保障人民得藉以交換知識與思想，促進人民智識與道德之發達。此項基本權利，依憲法第二十三條規定，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之必要，得以法律限制之。故限制人民之基本權利時，必須考慮個人利益與社會公益之間二者之權衡問題，並以維護公共利益所必要且適當為要件，且限制之範圍，應力求明確。

承上，其認為關於刑法第二百三十五條規定所謂「猥褻」之意義，直接關涉禁止出版品之出售、散布及發行，以行政規則訂定「猥褻出版品」之構成要件時，自應力求嚴謹。解釋文謂之：「猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。」此與一九二八年十月十三日最高法院決議謂：「猥褻者，其行為在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之謂。」及最高法院二十七年上字第五五八號判例謂：「所謂猥褻係指姦淫以外，有關風化之一切色慾行為而言。」係與專指猥褻行為者，有所不同。且構成刑法之猥褻罪，除猥褻行為外，尚須具備其他要件，方能成罪。

並引述學者法治斌教授所著「論出版自由與猥褻出版品之管制」一文中，敘及「如非以噁心或下流之方式描寫或攝影性器官或性行為，則單純之刺激性慾，既與他人無涉，對自己亦未必有害，則為何須接受法律之制裁？」及刑法學者韓忠謨教授於所著刑法各論謂：「文明社會咸賴道德以維持風化，使男女性愛發乎情，止於禮，無背於公序良俗。」既云「發乎情」，而「飲食男女，人之大欲存焉」，則出版品的記載足以刺激或滿足性慾，原係順應「人之大欲」，刺激或滿足性慾本身，應不為罪。

¹⁹ 請參見大法官會議解釋第四百零七號解釋吳庚大法官之協同意見書。

第二款 我國學者對於「色情」或「猥褻」之定義

我國學者對於「猥褻」一詞，各有不同定義之見解，分別整理如下²⁰：

1、蔡墩銘教授

蔡墩銘教授大致上與實務見解相同，認為「猥褻甚難定其概念，一般言之，凡違背善良風俗之一切足以引起或滿足性慾之行為，皆屬於猥褻行為。此種行為在客觀上雖足以誘起他人性慾，但主觀上不足以滿足自己性慾者，在刑法上仍視為猥褻，例如公然猥褻即是。因之，所謂猥褻，係指性交以外有關風化之一切色慾行為而言，苟其行為在客觀上尚不能認為基於色慾之一種動作，即不得謂係猥褻行為」²¹。

2、林山田教授

林山田教授基本上亦與實務見解相同，即「稱猥褻行為乃指性交行為以外之一切滿足自己之性慾，或足以挑逗他人引起性慾之色慾行為而言，故如其行為在客觀上不能遽認為係基於色慾之一種動作，而且又不致逗引他人之性慾，在行為人主觀上亦不能滿足其本人之性慾，即非猥褻行為」²²。

3、許玉秀教授

許玉秀教授認為「表現色慾的行為，如果是屬於性權利的行使，沒有加以禁止的道理，之所以制裁性犯罪，不在於行為人實施足以引起性慾或滿足性慾的行為，而在於他沒有權利實施足以引起性慾或滿

²⁰ 請參見陳子平著，從強吻案談強制猥褻罪，從「強吻案」談刑法上猥褻概念法律座談會，台灣本土法學雜誌、台灣刑事法學會主辦，台灣本土法學雜誌第 42 期，2003/01，頁 86-87。

²¹ 請參見蔡墩銘著，刑法精義，作者自版，1999/09，頁 556。

²² 請參見林山田著，刑法各罪論（上），作者自版，修訂三版，2002，頁 213-214。

足性慾的行為。什麼時候性主體沒有權利實施足以引起性慾或滿足性慾的行為？當他以另一個性主體為對象，而該性主體不同意的時候，對其他性主體為違背性主體意願的性行為，即侵害其他性主體的性自主。制裁性犯罪，並不是因為某個性主體實施了引起或滿足性慾的行為，而是因為他以其他性主體為工具，發洩自己的性慾，侵害了其他性主體的性自主。建立在性自主法益上的性犯罪，需要以描述被害特徵彰顯行為的應罰性，也因此除了行為人利用他人為工具，實施引起或滿足性慾的行為之外，使被利用工具因而感受侵犯，也是猥褻行為的特徵。猥褻因而是：性交以外，一切足以引起或滿足性慾而使人厭惡或恐懼的行為」²³。

4、林東茂教授

林東茂教授認為，猥褻的概念應就妨害性自主罪與妨害風化罪做一區別的認定，「依照實務的意見，無論妨害性自主或妨害風化的猥褻，似乎均做相同解釋。亦即：『姦淫以外，有關風化的一切色慾行為。此行為，在客觀上足以誘起他人的性慾，在主觀上足以滿足自己的性慾。』依我看，強制猥褻向外攻擊，凡侵略行為必令人憎惡，因此猥褻的概念無需從嚴理解。凡基於性滿足的傾向，不受許可的碰觸他人身體，我認為都是妨害性自主的猥褻，成立強制猥褻罪。行為人基於性慾的飢渴而發動攻擊，即是猥褻，無須性慾得到滿足，更無須被攻擊者的性慾受到激惹」²⁴。

此外，林東茂教授認為妨害風化的猥褻概念應當緊縮，分為販賣猥褻物品與公然猥褻。「處罰販賣猥褻物品與公然猥褻，都是為了保護善良風俗。國家的任務是否包括維護善良風俗，促進人民幸福，在政治哲學或法律哲學上是大有疑問的。人要如何度其生命，要如何放縱自己的情慾，基本上都是個人自己的事。、、、依我看，處罰販賣或陳列猥褻物品，真正要保護的，應該是未成年人的心智發展，善良

²³ 請參見許玉秀著，強吻非強制猥褻？，月旦法學雜誌，90期，2002，頁309。

²⁴ 請參見林東茂著，猥褻的概念，從「強吻案」談刑法上猥褻概念法律座談會，台灣本土法學雜誌、台灣刑事法學會主辦，台灣本土法學雜誌第42期，2003/01，頁78。

保護只是次要的保護。是否猥褻，除了內容之外，還要兼顧物品的流通方式。如果內容確定的不是刺激性慾（如豐胸廣告或模特兒內衣秀），無論何種年齡層的消費者都可以接觸，不能評價為猥褻。如果內容處於灰色地帶，似為藝術似為猥褻，但處於少年可以接觸的狀態，此物品比較可以評價為猥褻。猥褻與否，可能要從本質與物品呈現的脈絡，綜合評價。」

「維護道德不是刑法的任務，亦非其他法律的任務，甚至也不是國家的主要任務。制訂公然猥褻罪只可能讓國家的角色更加尷尬，手足無措。不過，刑法既已規定公然猥褻罪，並且也沒有廢除的跡象，解釋上的難題就必須面對。我認為，公然猥褻的猥褻概念必須獨立界定，而且比起販賣猥褻物品的猥褻意義，必須更加窄小。理由很簡單。猥褻物品罪還有較為具體的保護對象（少年的人格發展），但是公然猥褻的保護對象太曖昧不清。公然猥褻所指的猥褻，應當是『行為人刻意顯露於公眾縱慾態度，並足以激起一般理性人的公憤』」²⁵。

5、盧映潔助理教授

盧映潔助理教授認為，「吾人若站在立法者的立場就可以想像，、、、行為人的舉動能夠引起自己或一般人的性慾也好，不能引起也罷，重要的是被害人是否因該舉動受到侵犯，而對被害人的性自主權與身體控制權產生侵害。基此，筆者以為，上述實務或文獻見解將猥褻行為的闡釋拘泥在『是否足以引起性慾』的討論上，是一種只站在行為人角度思考的刑法闡釋，係欠缺以立法目的與被害人角度思考之下的產物。亦即，以行為人或一般人的感覺來決定被害人法益是否受到侵害，其荒謬可想而知。、、、筆者以為，實務或文獻見解之所以會將猥褻行為與足以引起性慾的行為劃上等號，一個很少被提到的想法可能是條文用詞本身的問題。亦即『猥褻』一詞本身就令人聯想到一些不可告人的男女慾望之事，在判決中呈現『性慾』、『以性器摩擦』或『撫摸敏感部位』等敘述都是用來說明何謂『猥褻』行為。筆者認為，或許可以參考德國在違反性自主罪章之中，在所有的類型

²⁵ 請參見林東茂著，同註 24，前揭文，頁 81-82。

中皆運用『性的行為』²⁶。

第三款 美國法院判決對於「色情」或「猥褻」之定義

法院針對猥褻定義曾有數種之標準，如 Roth 標準、Roth-Memoirs 標準、Stanley 排除標準及 Miller 標準等²⁷。最高法院在 Miller 案所建立之新標準，可分為幾個重點²⁸：

- 1、繫爭標的物經整體觀察，依據當地社區一般人之標準，其主旨係在於激發色情興趣；
- 2、繫爭標的物係以明顯惡劣之方式描述或形容現行法律所定義之性行為；
- 3、繫爭標的物欠缺重大之文學、藝術、政治或科學價值。

此三要件仍有不確定之法律概念，尤其增加「地區性」以及「重大」兩項考量，更增認定上之困難及不確定性。觸犯猥褻法制者動輒遭到刑罰之制裁，在構成要件上卻是嚴重地不明確，對於刑法罪刑法定原則實為一大諷刺²⁹。

隨科技的發展之下，Miller 標準所建立之「社區標準」適用於網際網路時，產生定義上之困難，政府針對網路上的猥褻或是低俗不雅資訊，進行管制與追訴、處罰時，也就分別遭遇了不同的挑戰。網際網路具有超越國界之性質，如將 Miller 案的社區標準強加於網路上，則勢必會產生不公之情形。法院對「地方」社區，定義以地理區域為基準，具備同質性，且各自分離，此一概念要適用在現代多元化的社會事實上有其困難。因為網路的快速散布資訊功能，會大幅地提升地方社區意見的多元性，地方社區的同質性亦會降低，針對特定地域而對言論進行限制必流於徒勞無功³⁰。

²⁶ 請參見盧映潔著，強吻案之評釋，月旦法學雜誌，90期，2002，頁309。

²⁷ 詳細內容介紹請參見葉慶元撰，網際網路上之表意自由——以色情資訊之管制為中心，中興大學法律學系碩士論文，法治斌教授指導，1997/06，頁108-118。

²⁸ 請參見葉慶元撰，前揭文，頁117。

²⁹ 請參見葉慶元撰，前揭文，頁117。

一九七五年，聯邦通訊委員會首度對「indecency」定義，藉以提醒廣電業者，並與 Miller 案對「猥褻」所做之定義作區隔³¹：

描寫或敘述關於性或排泄之活動或器官 (sexual or excretory activities or organs)，而依據當下社區標準 (contemporary community standard) 對廣播媒體 (broadcast medium) 而言，係以明顯惡劣 (patently offensive) 之方式，並於一天中孩童具有合理風險 (reasonable risk) 而得以收聽之時段播出³²。

相對於猥褻而言，此定義非常廣泛，省略了所謂「刺激色情興趣」之要件，對於具有政治、文學、科學、藝術價值的題材也沒有加以排除，並且亦無要求須就繫爭內容全文而為觀察。

色情一詞本來就是非常模糊的字眼，亦非法律用語。文學裡亦不乏有色情行為的描述，但卻仍為優良的文學著作，且為後人所接受。例如，勞倫斯 (Lawrence, D. H.) 的「查泰萊夫人的情人」(Lady Chatterley's Lover) 即曾為禁書³³。因此，色情的標準乃隨時空而變化。

由於各地方標準不一，美國最高法院規定，地方政府必須在法條上明文規定構成色情行為之要件，然後才可以對違法者加以處罰。而警察或執法人員則必須獲得法院的許可，才可以沒收所謂的色情文件，然後由陪審團 (jury) 來決定這些文件是否違反了當時的法條及社區標準。因此，色情的標準實際上因各地區而不同。

猥褻之概念無論是依照我國實務見解為，「係指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者」此行為，在客觀上足以誘起他人的性慾，在主觀上足以滿足行為人的性慾；或是我國學者所認為「行為人刻意

³⁰ 請參見葉慶元撰，前揭文，頁 180。

³¹ 請參見葉慶元撰，前揭文，頁 118-119。

³² Id. at 495.

³³ 請參見李茂生著，資本、資訊與電腦犯罪，收錄於氏著權力、主體與刑事法——法邊緣的論述，作者自版，國立台灣大學法學叢書編輯委員會編著，1998/05，頁 210。

顯露於公眾縱慾態度，並足以激起一般理性人的公憤」等；抑或美國法院所持 Miller 案所建立之新標準，「繫爭標的物經整體觀察，依據當地社區一般人之標準，其主旨係在於激發色情興趣；係以明顯惡劣之方式描述或形容現行法律所定義之性行為；欠缺重大之文學、藝術、政治或科學價值。」等，由於是以刑罰作為制裁行為人之手段，故在構成要件上須更為嚴謹，避免使用過多不確定或模糊的概念，來作為界定「猥褻」行為之定義，而造成過度干涉人民之情形。且本文認為法律所處罰之「猥褻」應係為「動態」之猥褻行為，須視被害人有無受行為人之該舉動而使其性自主權或身體控制權受到侵害，如有，國家方有以刑罰介入之必要。

本文認為，不能僅以行為人或一般人的感覺來決定被害人法益是否受到侵害，來認定該行為為猥褻行為。除了實務所認定之標準外，凡基於性滿足的傾向，不受許可的碰觸他人身體，行為人基於性慾的飢渴而發動攻擊，即是猥褻，無須其性慾得到滿足，重要的是被害人是否因該舉動受到侵犯，而對被害人的性自主權與身體控制權產生侵害。如被害人的性自主權與身體控制權因行為人之猥褻行為而受到侵害，國家方能以刑罰加以介入干涉，否則如無任何被害法益存在，行為人之行為僅為個人道德問題，正如學者所言，建立在性自主法益上的性犯罪，需要以描述被害特徵彰顯行為的應罰性。制裁性犯罪，並不是因為某個性主體實施了引起或滿足性慾的行為，而是因為他以其他性主體為工具，發洩自己的性慾，侵害了其他性主體的性自主。

第三項 網路色情的類型

基本上現行所有的網路服務型態均可以充作色情資訊的媒體，目前常見的網路傳輸色情資訊的模式如下列三種³⁴：

- 1、WWW 色情網站。

³⁴ 請參見王勝毅著，前揭文，頁 62-65。

WWW 色情網站是目前最通用的網路色情大本營，此類網站利用其圖形介面的存取形式，大多將色情資訊與其他音樂、影像、動畫結合在一起，使得網站的內容既有聲又有「色」，逐漸吸引大批上網觀覽的人潮。色情網站不論其是否為營利性質，大概可分為兩大類，一是提供免費貼圖區供人上下載猥褻影像，而靠網友點選廣告鏈結的收入營生；二是自行經營色情事業，如提供猥褻圖片或影像免費或以會員制收費方式供他人瀏覽或下載、販賣猥褻光碟，或是收取費用媒介色情³⁵（提供「一夜情」、「援助交際」等性交易）等等不一而足。總言之，網路色情可說是目前全球資訊網上最炙手可熱接觸色情之工具³⁶。

2、情色文學電子佈告欄與網路新聞群組之性討論區。

這類電子佈告欄情色版或討論區，最初成立的目的為了交換情色文學創作並宣導正確的性觀念與知識。但隨著網路快速發展，使用者的高度私密性，內容也逐漸趨於煽情，不再為單純心得交換討論。

3、E-Mail。

E-Mail 的使用型態，不再只是單純的文字傳送，色情資料不論為文字、聲音、影像或動畫等多媒體型態都可透過郵件傳送至各地。

色情觀賞是否有害是爭論不休的社會問題。但基本上，這應是實

³⁵ 請參見張雅雯著，從「越軌網站」談網路色情的法律規範與管理，載於「非色情網站」，<http://www.crime.org.tw/data01-a0201.html>.2002/11/23 查閱。

³⁶ 以國內曾喧騰一時的色情網站「浮聲豔影」一案為例，請另詳見臺灣台北地方法院刑事判決，88 年度少連易字第 8 號。主嫌柯某經營「GoGo 休閒網站」，自 1999/02 起向 ISP 業者租用虛擬主機與網路頻寬，於網站上設計「浮聲豔影」貼圖區，供不特定人貼圖，存放性交、自慰、裸露性器官等猥褻圖片與文字，其中「幼女」部分專貼未滿十八歲女子之猥褻圖片。另外，提供色情網站之鏈結與廣告，並於廣告連結張貼未滿十八歲女子暴露性器官之圖片，並進而將虛擬主機與網路頻寬轉租他人經營色情網站。

證上的問題，不同於法律、藝術與道德之間的糾葛。雖然，有些證據支持，色情觀賞有害身心，但亦有證據指出色情觀賞無害於身心。在一九七一年，美國的全國色情檢討委員會(National Commission On Obscenity and Pornography)在檢討所有有關的研究後指出，色情與暴力犯罪之間並無明顯的相關。因此建議各級政府及立法機關不應干涉成人閱讀、觀賞或獲取色情書刊的權利。而庫琴斯基(Kutchinsky, Berl, 1973)在丹麥的研究也發現，在色情於一九六七年被除罪化後，性犯罪反而有明顯的下降。他認為這是由於色情觀賞使得人們的衝動得以宣洩，而不致於從事暴力行為所致。

依刑法妨害風化或兒童及少年性交易防制條例等相關規定，猥褻之資訊約有數種態樣³⁷：

第一款 散布、播送猥褻品

如於個人網站或新聞群組置放猥褻圖片，或設置貼圖區供不特定人張貼猥褻圖片。(兒童及少年性交易防制條例第二十八條、刑法第二百三十五條)。利用網際網路成立「成人網站」，傳送猥褻圖文，因色情圖片或動畫影像的散布顯然違反社會善良風俗，同時戕害青少年身心健康，故就現行司法實務而言，係觸犯刑法第二百三十五條第一項以電腦網站傳送猥褻圖畫供人觀賞罪。此種開設色情網站的行為觸犯了兒童及少年性交易防制條例第三十三條「電腦網路散播色情廣告」罪及刑法第二百三十五條「散布猥褻圖畫影像」罪。如果所提供的是未滿十八歲之人的猥褻圖片，則觸犯了兒童及少年性交易防制條例第二十八條第一項的罪。

第二款 販賣猥褻品

如在網站上或以電子廣告郵件廣告販賣色情光碟，進而販賣予不

³⁷ 請參見葉奇鑫著，網路色情與偵查策略，2000年網際空間-資訊、法律與社會研討會論文集，內政部警政署、中央警察大學主辦，頁93-94。

特定人之行為。(兒童及少年性交易防制條例第二十八條、刑法第二百三十五條)。利用電子郵件信箱販售色情光碟等行為，因色情圖片或動畫影像的散布顯然違反社會善良風俗，同時戕害青少年身心健康，故就現行司法實務而言，係觸犯刑法第二百三十五條第一項販賣猥褻物品罪。至於買受者因僅是供自己或極少數特定人觀賞，未達危害社會秩序之程度，應屬個人自由權限範疇，不構成犯罪(最高法院八十四年台上字第六二九四號判例參照)。此種開設色情網站的行為觸犯了兒童及少年性交易防制條例第三十三條「電腦網路散播色情廣告」罪及刑法第二百三十五條「散布猥褻圖畫影像」罪。如果所提供的是未滿十八歲之人的猥褻圖片，則觸犯了兒童及少年性交易防制條例第二十八條第一項的罪。

第三款 以他法供人觀賞猥褻品

如提供色情網站連結者，其法律責任如同上述，因色情圖片或動畫影像的散布顯然違反社會善良風俗，觸犯刑法第二百三十五條「散布猥褻圖畫影像」罪，如果所提供的是未滿十八歲之人的猥褻圖片，則觸犯了兒童及少年性交易防制條例第二十八條第一項的罪。(兒童及少年性交易防制條例第二十八條、刑法第二百三十五條)。

第四款 散布、播送或刊登性交易訊息

目前有些色情網站提供留言版給網友上網留言，以找尋性伴侶。且這些留言訊息涉及性交易，如在網站上刊登援助交際等訊息，行為人則構成了兒童及少年性交易防制條例第二十九條中所處罰之行為，「以電腦網路散布、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」。(兒童及少年性交易防制條例第二十九條)。而該網站亦會以兒童及少年性交易防制條例第三十三條之規定，「廣告物、出版物、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，由各目的事業主管機關處以新台幣五萬元以上六十萬元以

下罰鍰。新聞主管機關對於違反前項規定之媒體，應發布新聞並公告之。」加以處罰。

第五款 媒介性交易或猥褻

如在網站上刊登性交易廣告，進而媒介性交易之進行。就現行司法實務而言，則可能構成刑法第二百三十一條第一項「意圖使男女與他人為性交或猥褻之行為者，而引誘、容留或媒介以營利者」，與刑法第二百三十三條第一項「意圖使未滿十六歲之男女與他人為性交或猥褻之行為者，而引誘、容留或媒介之者」，兒童及少年性交易防制條例第二十九條等罪。（刑法第二百三十一條、第二百三十三條）。另外，社會秩序維護法第八十一條也規定，媒合暗娼賣淫者，處三日以下拘留或新台幣三萬元以下罰鍰。

綜上所述，針對處罰性交或猥褻之行為，普通刑法及社會秩序維護法皆有相關之規定，本文認為過多的附屬刑法、特別刑法處罰同一行為，不但無「嚴刑峻罰」之效，可能會造成刑法體系之混亂，及適用之矛盾。關於處罰性交或猥褻之行為，在普通刑法典中已有規定，然，目前實務上存在一種現象，即是「特別刑法肥大症」，乃於普通刑法典之外，就特別刑法所依據特別的人、事、物等，再規定具刑罰性質之條文。於普通刑法外，尚有附屬刑法、特別刑法對於人民基本權利的限制，造成一般人民對於多如牛毛的法令規定，何者僅具行政罰性質、具有刑罰性質，亦無所適從。最根本的作法，乃是將附屬刑法、特別刑法中具有刑罰性質的條文，回歸至普通刑法。

第二節 網路援助交際之類型

網路援助交際，簡稱為「網路援交」，此非為我國法律專有名詞，源於日本的社會現象，「援助交際」，原係指日本高中以下女學生性交易行為的俗稱，在我國以往將其稱為「雛妓」。經由我國媒體大肆地渲染及誤解其範圍，「援助交際」一詞已成為所有性交易的代名詞。

漸漸影響至我國實務上對於此類案件的判斷，擴張了法規適用的範圍。本節中從法律學及社會學上的觀點解釋援助交際的定義，及透過所利用的媒介加以區分其類型，及探究各類的法律責任。並提出實務上處罰網路援交行為所援用法規的爭議性。

第一項 援助交際的概念

美國社會學家 Daniel Bell 在「資本主義之文化矛盾」一書中作出結語：「資本主義文化雖然在生產過程中極盡理性自制、情慾壓抑之能事，以求人力的高度開發，但在貨物行銷及市場開拓的煎迫之下，也發展出了一套慾望澎湃、追求短暫直接的感官歡愉文化。」何謂援助交際？此乃源於日本的專有名詞，指女學生陪男人聊天約會、甚至供其猥褻、性交，女學生可由此獲得金錢的援助。這樣的交易行為等同賣淫³⁸。此非法律性質之專有名詞，經由我國媒體大肆渲染及誤解，漸漸擴張其定義所涵蓋之範圍，形成一切性交易等同援助交際，援助交際成為賣淫之文雅用語。

「援助交際」在日本的定義原為中學以下的女學生獲得金錢的援助之一種方式，年齡大致上為未滿十八歲之兒童或青少年。援助交際在日本，係指未成年少女與成年男性之間的性交易。女方藉由援助交際，可以獲取高額的零用金，男方則可以排遣寂寞。援助交際在台灣，則泛指一方提供性服務，另一方則給付金錢之行為。願意提供性服務者，以二、三十歲之上班族居多，而且不限女性，也有不少男性藉此賺取可觀的金錢。由於網路具有匿名性及方便性，許多人便選擇網路以張貼徵求援助交際之訊息，或是利用電子郵件，大量寄送尋求援助交際之廣告。從事援助交際之人數，也隨之激增³⁹。

對於援助交際的徹底理解，必須從「交際」開始，就先從女性主

³⁸ 請參見高毓婷著，從「援助交際—中學女生放學後的危險遊戲」一書看台灣青少年價值觀，中等教育 51 卷 4 期，2000/08，頁 138。

³⁹ 請參見吳志揚著，婦女權益- 網路援交，

<http://www.t1catv.com.tw/law/4/910712.htm>。2003/04/17 查閱。

義婦女解放的觀點對「交際」做一個社會歷史的考察，由此來看援助交際的意義⁴⁰。「交際」其實是個相當現代的觀念與文化行為。現代人的交際雙方通常不是原生家庭的面對面圈子，亦即，我們並不和家人或天天見面的人「交際」。當傳統社會轉型為一個「陌生人的社會」(A society of strangers)時，交際的社會功能也益形重要，交際提供了陌生人或熟識者發生進一步關係的工具。隨著性開放的趨勢，男女(包括男男、女女)的交際與交往也常伴隨著性活動，這些性活動可能終止於一夜情，也可能成為朋友，也可能變成愛情或婚姻，但是也可能在事後發生饋贈的情形。正如同一般交際與交往會產生很多不同的結果，性的交際與交往也是一樣。

援助交際的「原理」或背後原則就是來自現代人的交際或交往的最基本原則。援助交際只是現代交際與交往的進一步發展。援助交際發展了現代交際的可能形式，藉由援助交際人們可以開創出新的可能：新的情感、新的性模式、新形式的性工作、新的人際關係等等。援助交際所帶來的可能，就像任何交際一樣，不是可以事先確定與必然的，例如援助交際也可能帶來婚姻愛情、事業幫助等等。朝社會角度觀點的學者認為透過警方與媒體的建構，援助交際被化約為「利用網路從事性交易」，實際上其與傳統的性交易差異甚大，分為三個面向⁴¹：

- (一) 援助交際有傳統性交易所無「交際」層面。對於主體、人際關係與性愛文化的影響，有別於傳統性交易。
- (二) 援助交際有非職業性交易者的參與，而且結合了特定弱勢族群或次文化之社會處境，是這些族群的培力(empower)實踐。
- (三) 有些援助交際根本不是性交易，例如雖然有金錢援助，

⁴⁰ 請參見何春蕤著，援助交際：性權派女性主義的立場，載於中央大學性/別研究室，
<http://intermargins.net/repression/sexwork/types/enjo/jointercourse.htm>.2003/01/13 查閱。

⁴¹ 請參見援助交際 性交易一文，載於中央大學性/別研究室，
http://intermargins.net/repression/sexwork/types/enjo/enjo_sextrade.htm.2003/01/13 查閱。

但無性關係，或者有性關係，可是並非金錢交易，只是花費援助（請客或贈禮）。換言之，援助交際有「合法援交」的部分，援助交際不一定是非法的。

但依目前我國實務及一般社會大眾的認知下，此非法律性質之專有名詞，經由我國媒體大肆渲染及誤解，漸漸擴張為一切性交易之型態，援助交際成為賣淫之文雅用語。所以對於援助交際行為，本文乃從法律學及現實面的角度，分析援助交際各種型態，在法律上所賦予之評價。

第二項 援助交際類型之區分方式

關於現行實務上對處罰援助交際之案件，以下列情狀區分不同之數種類型及其所適用之法律規範：

第一款 年齡

依據性交易行為對象的年齡作不同的劃分，目的在於所規制的法律責任各有不同。

第一目 援助交際之雙方均為滿十八歲者

若與滿十八歲以上之人為援助交際行為者，即性行為交易，除可能觸犯刑法第二百三十九條通姦罪規定之情形外，援交者（即提供性服務者）大多以社會秩序維護法第八十條第一項之規定：「有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新台幣三萬元以下罰鍰：1、意圖得利與人姦、宿者。2、在公共場所或公眾得出入之場所，意圖賣淫或媒合賣淫而拉客者。」處罰之。被援交者（即提供性交易費用者）則不構成社會秩序違反行為。

第二目 援助交際之對象一方為十八歲以下者

若與未滿十八歲以下之人為援助交際行為者，其法律責任再予以細分為：

一、援交者（即提供性服務者）為未滿十八歲之人

（一）援交者之法律責任：

依據兒童及少年性交易防制條例第十九條之規定：「未滿十八歲之兒童或少年從事性交易或有從事之虞者，如無另犯其他之罪，不適用少年事件處理法及社會秩序維護法之規定。未滿十八歲之兒童或少年從事性交易或有從事之虞者，如另犯其他之罪，應依第十六條至第十八條之規定裁定後，再依少年事件處理法移送少年法庭處理。」亦即，援交者如無另犯其他之罪，其提供性服務之行為本應構成社會秩序維護法第八十條之處罰規定，但因兒童及少年性交易防制條例第十九條特別明文排除適用，故援交者為未滿十八歲之人不受法律處罰。此乃基於兒童少年對於性觀念有所偏差，為導正其心智發展之考量，不處罰其行為之規範。

（二）被援交者之法律責任：

被援交者，即提供性交易費用者之法律責任，依據兒童及少年性交易防制條例第二十二條之規定：「與未滿十六歲之人為性交易者，依刑法之規定處罰之。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。中華民國人民在中華民國領域外犯前二項之罪者，不問犯罪地之法律有無處罰規定，均依本條例處罰。」亦即，分為兩種情形：

1、被援交者（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，按兒童及少年性交易防制條例第二十二條第二項之規定，處一年以下有期徒刑、拘役或新台幣十萬元以下罰金。

此外，在此本文提出一疑問，觀察刑法第二百二十七條第一項及第三項、兒童及少年性交易防制條例第二十二條第二項，十八歲以上之人與十六歲以上未滿十八歲之人為性交者，在刑法上並無處罰之規定；反而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，須受到兒童及少年性交易防制條例第二十二條第二項處一年以下有期徒刑、拘役或新台幣十萬元以下罰金，造成同一行為無對價者不罰，處罰有對價者之情形。試想若是基於保護兒童少年之身心起見，對同一行為則不會區分有無對價，而有相異之處罰。故兒童及少年性交易防制條例第二十二條之規定反而造成與刑法體制扞格不入之情形。

2、被援交者（十八歲以上之人），與未滿十六歲之人為性交易者，按兒童及少年性交易防制條例第二十二條第一項，依刑法之規定處罰之。根據刑法第二百二十七條規定：「對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑。對於十四歲以上未滿十六歲之男女為對於猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑。第一項、第三項之未遂犯罰之。」，亦分為兩種情形：

- (1) 對於未滿十四歲之人為性交易者。刑法第二百二十七條第一項規定，對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。
- (2) 對於十四歲以上未滿十六歲之人為性交易者。刑法第二百二十七條第三項規定，對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑。

且以上此兩種情形均有未遂犯之處罰規定。

刑法依照援交者之年齡為不同的處罰規定。蓋未滿十六歲之人心智尚未發展成熟，對其性自主權尚非能為正確適當的判斷，為求保護起見，對於未滿十六歲之人所同意的性行為皆屬無效。惟亦有學者提

出審究其構成要件，兒童及少年性交易防制條例之「性交易」與刑法之「性交、猥褻」似有差異，且執法者對於該二者之可罰程度亦多有爭議，故其執行可行性則仍待觀察⁴²。

二、被援交者（即提供性交易費用者）為未滿十八歲之人

（一）援交者，其法律責任區分為：

- 1、被援交者為未滿十四歲之人者。援交者之法律責任，依兒童及少年性交易防制條例第二十二條第一項，依刑法之規定處罰之。依刑法第二百二十七條第一項規定，處三年以上十年以下有期徒刑。且同時構成社會秩序維護法第八十條第一項之規定。
- 2、被援交者為十四歲以上未滿十六歲之人者。援交者之法律責任，依兒童及少年性交易防制條例第二十二條第一項，依刑法之規定處罰之。依刑法第二百二十七條第三項規定，處七年以下有期徒刑。且同時構成社會秩序維護法第八十條第一項之規定。
- 3、被援交者為滿十六歲以上未滿十八歲之人。援交者之法律責任，依兒童及少年性交易防制條例第二十二條第二項規定，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。且同時亦構成社會秩序維護法第八十條第一項之規定。

此外，引起實務上爭議的兒童及少年性交易防制條例第二十三條⁴³之規定，最高法院法律座談會有不同之見解⁴⁴，決議認為性交易過程

⁴² 請參見施慧玲著，論我國兒童少年性剝削防治立法——以兒童少年福利保護為中心理念之法律社會學觀點，國立中正大學法學集刊第2期，1999/07，頁66。

⁴³ 兒童及少年性交易防制條例第二十三條之規定：「引誘、容留、媒介、協助、或以他法，使未滿十八歲之人為性交易者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金。意圖營利而犯前項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑，應併科新台幣五百萬元以下罰金。以犯前項之罪為常業者，處五年以上有期徒刑，應併科新台幣一千萬元以下罰金。收受、藏匿前三項被害人或

中參與之當事人，主要有下列三種：支付金錢、財物等對價者、提供性服務者及協助、促成性交易者，其中法律所處罰之對象者為前述第一種人(第二十二條)及第三種人(第二十三條至第二十九條)，而前述第二種人，不論其係自願、被引誘或被脅迫，提供性服務者，縱因其已滿十八歲，而不認為其為被害人，其意圖得利與人姦淫，或在公共場所或公眾得出入之場所，意圖賣淫而拉客(即引誘行為之一種)等行為，依社會秩序維護法第八十條第一項規定，亦僅將之視為「妨害善良風俗」之行政法上不法行為，而科處拘留或罰鍰，尚無刑法之可責性。因而，兒童及少年性交易防制條例第二十三條之解釋適用應侷限於協助、促成性交易者而不及於提供性服務者。

(二) 被援交者，其法律責任探究如下：

兒童及少年性交易防制條例第十九條之規定中，未滿十八歲之兒童或少年「從事」性交易或「有從事之虞」者，如無另犯其他之罪，不適用少年事件處理法及社會秩序維護法之規定。而被援交者乃是在性交易中扮演著提供性服務費用者之角色，應非為「從事」性交易之解釋，蓋「從事」之一名詞，係有藉以此行為為營利以賺取金錢之性質，故被援交者不受法律規範所苛責。

第三目 援助交際之雙方均為十八歲以下者

援助交際之雙方均為十八歲以下者，其法律責任各為：

一、援交者之法律責任

(一) 被援交者為未滿十六歲(包括未滿十四歲及十四歲以上未滿十

使之隱避者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣三十萬元以下罰金。為前項行為之媒介者，亦同。第一項、第二項、第四項及第五項之未遂犯罰之。」

⁴⁴ 請參見臺灣高等法院暨所屬法院九十年法律座談會彙編，2002/07，頁 335-338。

六歲者) 之人。

依據兒童及少年性交易防制條例第十九條之規定：「未滿十八歲之兒童或少年從事性交易或有從事之虞者，如無另犯其他之罪，不適用少年事件處理法及社會秩序維護法之規定。未滿十八歲之兒童或少年從事性交易或有從事之虞者，如另犯其他之罪，應依第十六條至第十八條之規定裁定後，再依少年事件處理法移送少年法庭處理。」亦即，援交者如無另犯其他之罪，其提供性服務之行為本應構成社會秩序維護法第八十條之處罰規定，但因兒童及少年性交易防制條例第十九條特別明文排除適用，故援交者為未滿十八歲之人不受法律處罰。此乃基於兒童或少年對於性觀念有所偏差，為導正其心智發展之考量，不處罰其行為之規範。

惟，被援交者為未滿十六歲（包括未滿十四歲及十四歲以上未滿十六歲者）之人，援交者之法律責任，依兒童及少年性交易防制條例第二十二條第一項，依刑法之規定處罰之。根據刑法第二百二十七條規定作不同情形的論處，另依刑法第二百二十七條之一規定，十八歲以下之人犯前條之罪者，減輕或免除其刑。刑法第二百二十九條之一規定，未滿十八歲之人犯第二百二十七條之罪者，須告訴乃論。依兒童及少年性交易防制條例第十六條至第十八條之規定裁定後，再依少年事件處理法移送少年法庭處理。此外，同上所述，本條例第二十三條所處罰之對象為「協助、促成性交易者」，並不包括提供性服務之人，否則其可能係被害人又為加害人。

（二）被援交者為滿十六歲以上未滿十八歲之人。

援交者之法律責任，兒童及少年性交易防制條例第二十二條第二項規定，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，但此處援交者亦為未滿十八歲之人，故不符合該條之構成要件，不適用該條規定。

二、被援交者之法律責任

(一) 援交者為未滿十六歲之人。分為兩種：

- 1、援交者為未滿十四歲之人。被援交者，依兒童及少年性交易防制條例第二十二條第一項，依刑法之規定處罰之。刑法第二百二十七條第一項，處三年以上十年以下有期徒刑。另依刑法第二百二十七條之一規定，十八歲以下之人犯前條之罪者，減輕或免除其刑。刑法第二百二十九條之一規定，未滿十八歲之人犯第二百二十七條之罪者，須告訴乃論。
- 2、援交者為十四歲以上未滿十六歲之人。被援交者，依兒童及少年性交易防制條例第二十二條第一項，依刑法之規定處罰之。刑法第二百二十七條第三項，處七年以下有期徒刑。另依刑法第二百二十七條之一規定，十八歲以下之人犯前條之罪者，減輕或免除其刑。刑法第二百二十九條之一規定，未滿十八歲之人犯第二百二十七條之罪者，須告訴乃論。

(二) 援交者為十六歲以上未滿十八歲之人。

按兒童及少年性交易防制條例第二十二條第二項之規定，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。惟，被援交者乃為未滿十八歲之人，不符該條之構成要件，故不適用該條規定，故被援交者不受法律規範所苛責。

綜上所述，此外，兒童及少年性交易防制條例第十五條還特別規定：「法官、檢察官、司法警察官、司法警察、聯合稽查小組或第六條之任務編組查獲及救援從事性交易或有從事之虞之兒童或少年時，應立即通知主管機關指派專業人員陪同兒童或少年進行加害者之指認及必要之訊問，並於二十四小時內將該兒童或少年移送直轄市、縣（市）主管機關設置之緊急收容中心。第九條之人員或他人向主管

機關報告或主管機關發現兒童或少年從事性交易或有從事之虞者，主管機關應將該兒童或少年暫時安置於其所設之緊急收容中心。從事性交易或有從事之虞之兒童或少年自行求助者，主管機關應提供必要之保護、安置或其他協助。」等保護安置之措施。

第二款 方式

依據兒童及少年性交易防制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的方式，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。而援助交際可藉由下列方式達到招攬性交易的目的：

第一目 以廣告物之方式

亦即利用張貼廣告的方式，散布或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息。依一九九九年十月二十七日修正的廣告物管理辦法第三條規定：「本辦法所稱廣告物，其種類如下：一 張貼廣告：指張掛、黏貼、粉刷、噴漆之各種告示、傳單、海報等廣告。二 招牌廣告：指固著於建築物牆面上之市招等廣告。三 樹立廣告：指樹立或設置之廣告牌（塔）、電腦顯示板、電視牆、綵坊、牌樓、電動燈光、旗幟及非屬飛航管制區內之氣球等廣告。四 遊動廣告：指於車、船或航空器等交通工具設置之廣告。」且第七條指出：「廣告物之文字圖畫不得有下列情形：一 違反法令規定者。二 妨害公共秩序或善良風俗者。」

最近社會上較為常見的是，將小便條紙黏貼於他人之機車、汽車上，留有足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息，引起許多民眾的困擾，且無形中造成環境的髒亂及垃圾問題。因此，有台北市警察局為徹底執行「掃黃」工作，採取獎勵的方式，使民眾幫忙清除一定數量上述的小廣告，對廣告上聯繫電話要求電信業者將其斷

話，以杜絕色情廣告的氾濫⁴⁵。

第二目 以出版品之方式

在已廢止的出版法中，第三十二條規定：「出版品不得為左列各款之記載：一 觸犯或煽動他人，觸犯內亂罪、外患罪者。二 觸犯或煽動他人，觸犯妨害公務罪，妨害投票罪，或妨害秩序罪者。三 觸犯或煽動他人，觸犯褻瀆祀典罪，或妨害風化罪者。」亦即，在出版品中不得記載如足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易等妨害風化之內容。惟，立法院院會於一九九九年一月十二日決議通過廢止具有近七十年歷史的「出版法」，該法並於一九九九年一月二十日正

⁴⁵ 市警局呼籲民眾踴躍檢舉色情小廣告單並將對不法業者採嚴厲禁絕措施，臺北市政府警察局新聞稿，「臺北市警察局自 1999 年 01 月起，將清查取締色情小廣告單列為重點工作，持續執行至 2000 年 05 月 25 日止，計清查色情小廣告單九、〇七二張、電話三二五門號，循色情小廣告單查獲妨害風化（俗）罪移送法辦案件三三八件、五八一人；執行斷水斷電之營業場所二十二家，查獲違規營業移主管機關處理有二九八件、三九二人，以廢棄物清理法移由環境保護局裁罰有九、〇七二件，由電信單位對廣告單印載之電話門號執行斷話有四十三門號。

為加強取締有效斷絕源頭，警察局長王進旺更於 2000 年 05 月 16 日宣布對散發色情小廣告單者，鼓勵市民檢舉，凡經檢舉而由員警當場查獲散發行爲人之案件，每案發給檢舉人獎金三千元，宣示以來市民反應熱烈，一致認爲檢舉色情廣告，對市容及遏止色情氾濫均有助益，立即提出檢舉，日前市警局中山分局已有市民檢舉而查獲散發色情廣告單之案件，中山分局並立即發放獎金，另有三件由員警查獲當場散發色情廣告單之行為人，均依法嚴予究辦，王局長再次呼籲市民踴躍檢舉，發揮全民力量打擊色情行業。

警察局表示，為強力取締散發色情小廣告單之業者，自 05 月 15 日起，專案執行查緝工作，凡查獲散發色情小廣告單者，或經由已散發之廣告單中，循線追查營業地點，查有散布性交易訊息者，均依違反兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定，移送地檢署偵辦，此種行為最高可判五年有期徒刑併科一百萬元以下罰金，目前被警察機關移送法辦者，計六件二十一人，市警局籲請市民如發現有散發、夾附色情小廣告單者，可撥 0 8 0 0 五三二六九、0 8 0 0 五三二七九免付費專線電話或 110 電話或利用網址：<http://www.tmpd.gov.tw/踴躍檢舉以改善住居環境>，凡經查獲屬實者，發獎金新臺幣三千元，檢舉人身分絕對保密，並希望業者不要存有僥倖心理，一經查獲將受到重罰。」發稿時間：2000 年 05 月 26 日，<http://www.tmpd.gov.tw/tmpdweb-v4/newinfo/new/89052603.html>。2003/02/24 查閱。

式廢止，各界認為此舉象徵我國言論自由向前邁進一大步，回歸憲法保障新聞出版自由的精神。

第三目 以廣播之方式

廣播電視法第二十一條第四款、第五款之規定：「廣播、、、節目內容，不得有左列情形之一：、、、四 傷害兒童身心健康。五 妨害公共秩序或善良風俗。」且第三十二條：「第二十一條及第二十六條之一第二項規定，於廣告準用之。」亦即，於廣播電台節目中，應避免讓一般民眾認為有足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息，節目中的廣告亦同。因為，所能接觸廣播電台的使用者，無法判斷收聽對象的年齡，為保護兒童及青少年起見，故有限制廣播的內容及時段，廣播電視廣告內容審查標準第二條：「廣告審查包括內容、聲音、畫面、文字、旁白與播送時段。」亦有相同的規定。

第四目 以電視之方式

廣播電視法第二十一條第四款、第五款之規定：「、、、電視節目內容，不得有左列情形之一：、、、四 傷害兒童身心健康。五 妨害公共秩序或善良風俗。」且第二十六條之一：「主管機關應依電視節目內容予以分級，限制觀看之年齡、條件；其分級處理辦法，由主管機關定之。電視事業應依處理辦法播送節目。主管機關得指定時段，播送特定節目。」第三十二條：「第二十一條及第二十六條之一第二項規定，於廣告準用之。」接觸電視的使用者，無法判斷收看對象的年齡，為保護兒童及青少年起見，應避免有足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息，節目中的廣告亦同。

第五目 以電子訊號之方式

電訊科技的快速發展，形成現今社會人手一機的現象，因此，利

用手機簡訊傳遞訊息的使用率，亦較容易為民眾所接收到，故色情業者亦利用此管道，傳遞足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息⁴⁶，政府為杜絕此現象，亦要求民眾檢舉使電信業者將其斷話的手段。

第六目 以電腦網路之方式

因電腦科技亦日漸進步，民眾使用電腦的頻率也逐漸普及化，因而各種資訊可藉由上網快速獲得，色情媒介亦不免涵蓋在內。立法者考量利用電腦的使用者具有不特定性及普遍性，容易使兒童或青少年接觸到不當的資訊，因而修正兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定：「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。」藉以保護兒童及青少年的心智發展健全。

⁴⁶ 色情小廣告全面入侵手機，「最近有不少人接到充滿淫穢字眼的手機簡訊，內容火辣，語調曖昧，面對色情小廣告，登堂入室，全面入侵一般民眾的手機，警方表示，如果沒有確實性交易行為發生，這類廣告，很難追查，也沒有罰則。0204 色情廣告，已經不單純是出現在深夜時段的有線頻道，汽車小貼紙，也不稀奇，現在骯髒污穢的小廣告，化身成手機簡訊，到處流傳，女議員看了，面紅耳赤，這些下流得字眼，真的唸不出來。議員指責，這種淫穢簡訊，很多還是詐騙集團的手法，他們假借色情包裝，行詐騙之實，就算民眾不買帳，當先生的，接到這種廣告，會被老婆懷疑外面有女人，造成家庭糾紛。色情廣告全面入侵，不過警方卻束手無策，市刑大坦承，如果沒有實際性交易行為發生，很難抓人，要一一過濾手機簡訊，更不可能，只有奉勸寂寞的男士們，小心，別上當了。」，2002/07/24，
<http://www.cts.com.tw/news/headlines/news20020724A15.htm>。2003/02/24 查閱。

第二項 網路援助交際適用兒童及少年性交易防制條例第

二十九條之爭議性

對於我國目前實務上處理網路援助交際行為乃援引兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定，針對此條文所規範的行為及刑責，在刑事政策預防犯罪及比例原則上，是否適當而無違憲之處，提出下列幾款疑問：

第一款 對於同一行為因利用的手段不同而有相異的處罰

成人間的援助交際行為，援交者（即提供性服務者）可能僅觸犯社會秩序維護法第八十條之規定，乃為行政罰的處罰。若援交者利用網際網路進行性交易之引誘、媒介等行為者，則係觸犯了兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定，此乃為刑罰之處罰。援交者所進行皆為達性交易之目的，而所為引誘、媒介或招攬的行為，僅因利用的方法或手段不同，則有不同處罰之法律效果。有認為因網路的便利性及普遍性，使兒童或少年亦有接觸此類訊息的機會，所以其帶來的影響更甚於面對面的交易行為。惟，為保護兒童及少年避免接觸此類資訊，而剝奪成年人接收此類訊息的行為，及加重援交者的法律責任，此是否妥當仍待探究。

第二款 處罰的界線過於前置

實務上目前處理網路援助交際的案件多引用兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定：「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。」將彼此間性交之結果前置於散布、播送或

刊登促使人為性交易之訊息，然而，此處罰的界線是否有侵害憲法所保障人民的言論自由權，不無疑問。

第三款 實務上過度擴張構成要件要素之解釋適用

兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定，「促使『人』為性交易」中之『人』所指為何？依立法目的⁴⁷及最高法院座談會⁴⁸可知，應為目的性限縮解釋為兒童及少年，且應侷限於協助、促成性交易者而不及於提供性服務者自身。而目前實務多數以網路具有使用者不特定性，兒童及少年亦有機會接收至此類訊息為由，就算接收訊息者為滿十八歲以上之成年人，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，仍以兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定論處，此乃不合理之處。

第四款 罪刑不平衡

兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定：「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。」此種處罰散布、播送或刊登此種訊息之行為，相較於已發生實害結果之刑法第二百二十七條第一項規定：「對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。」同條第三項規定：「對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑。」是否有過重之嫌，此尚須檢討。

⁴⁷ 如兒童及少年性交易防制條例第一條、第四條及第五條之意涵可看出為保護的主體為兒童及青少年。

⁴⁸ 請參見前述的臺灣高等法院暨所屬法院九十年法律座談會彙編，2002/07，頁335-338。

第五款 有違刑法最後手段性原則

刑法規定的法律效果係所有法律規範中最为嚴厲而具痛苦性、強制性與殺傷性的法律手段。基於比例原則，對人民為違法行為而欲加以制裁時，先經處以較輕之處罰手段而仍不能達到警惕及嚇阻作用者，才考慮處以較重及嚴厲之刑罰，採「先行政，後司法」之處理原則。特定行為之刑事處罰必屬國家之最後不得已的反應，同時應顧及刑罰與犯罪行為之比例原則。以其他法律效果未能有效防制不法行為之時，始得以刑罰做為制裁的法律效果，這即是刑法的最後手段性。兒童及少年性交易防制條例第二十九條中所規定散布、播送或刊登訊息之行為，因尚未使人完成性交易之結果，故先以行政罰等法律制裁此類不當之言論即可，蓋色情自古存於人類社會，不會因國家採以較嚴厲的刑罰手段而使其銷聲匿跡，此舉反而造成對人民言論自由過大的侵害。言論不當，顧及刑罰與犯罪行為之比例原則，應先採取行政罰等法律效果作為制裁方為適當。立法上若有刑罰以外的法律效果，且亦能有效防制不法行為時，則應避免使用刑罰，否則，輕易動用刑罰權作為制裁的法律效果，不但會使人民動輒得咎，亦使刑法嚇阻犯罪的能量耗損，減低刑法的規範功能。

故基於憲法第二章人民之權利義務保障規定，於憲法第二十三條指出，「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外」，不得以法律限制之。所以實務處理網路援交的案件，多半援引兒童及少年性交易防制條例第二十九條論處，先不論該條文本身之問題，針對為網路援交之行為人，即在網路上留有性交易服務之訊息者，實務上以保護兒童少年之身心發展為由，不論接收訊息者是否為兒童少年或成年人，皆以兒童及少年性交易防制條例第二十九條論處，此與法律解釋適用上即生矛盾。且此條文之規定，是否有過度干涉、限制成年人接收此類訊息的權利，是相當有疑問的。

第三節 網路援助交際與網路色情之法事實觀察

網路色情是今日所謂電腦犯罪當中非常普遍而受到質疑的一種行為。基本上一個行為為電腦以外的世界中為一個犯罪行為，如透過電腦為之，也應屬於犯罪行為。網路色情，就是一個很典型的例子。色情文化，不是電腦所發明出來的東西，而是我們社會上原本所存在的東西，當社會無法解決根治這個「問題」時，電腦世界自然也沒有辦法免於此一問題的困擾⁴⁹。

第一項 我國對網路色情之管制

在這些色情網站中，最普遍提供的服務項目仍是色情圖片、色情聊天室等型態。然而，目前傳輸科技的急速進步，目前網路上色情資訊以圖片為主的型態將會改變。可透過視訊傳輸，收看到頗為煽情、惹火的實際真人演出的畫面。從檢警機關處理網路色情的模式來看，絕大多數均是以現有的「刑法」條文，或者以「刑罰」為管制手段的相關法律，做為執法依據。例如，刑法第二百三十五條第一項規定「散布或販賣猥褻之文字、圖畫或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀賞者，處一年以下有期徒刑，拘役或科或併科三千元以下罰金」，其第二項又規定「意圖散布、販賣而製造、持有前項之文字、圖畫或其他物品者，亦同」。

一九九七年十月八日公布刑法部份修正條文，其中刑法第二百二十條修正第一項規定為：「在紙上或物品上之文字、符號、圖畫、照像，依習慣或特約，足以為表示其用意之證明者，關於本章(刑法第十五章偽造文書印文罪)及本章以外各罪，以文書論。」第二項為新增規定，規定內容為「錄音、錄影或電磁記錄，藉機器或電腦之處理所顯示之聲音、影像或符號，足以為表示其用意之證明者，亦同。」

⁴⁹ 請參見黃榮堅著，刑法增修後的電腦犯罪問題，收錄於林山田教授六十歲生日祝賀論文集，罪與刑，五南圖書出版公司，1998/10 初版，頁 332。

同條並且新增第三項解釋何謂電磁記錄，其規定內容為「稱電磁記錄，指以電子、磁性或其他無法以人之知覺直接認識之方式所製成之記錄，而供電腦處理之用者。」這幾個條文，是處理網路色情案件的主要依據⁵⁰。

網路色情在檢警機關和媒體不斷進行汙名化的手法下，不但數據誇張，許多合法色情的存在空間早已付諸闕如，甚至，除了刑法以外，以「社會秩序維護法」取締內容另類的網站，以處罰「暗示」行為的「兒童及少年性交易防制條例」取締網路援交行為，都是此種極端高壓的管制模式的最佳說明。諸如此類管制模式，不但會犧牲掉不少實質合法的活動空間，其實還會引發不少法律適用上的困難。以畏懼、焦慮和無知做為立法或執行規範的依據，通常不會是明智之舉，但是從台灣許多既有的網際網路立法和執法措施來看，可以發現不少諸如此類的現象，往往欠缺衡平的考慮，逕而將網際網路予以汙名化的模式，進行管制，在整體論述過於偏重以終止童妓現象為藉口的網路色情管制、以保護兒童少年的網路援交取締行動，表面上雖然都有看似正當的政府管制理由，但是從受管制對象和管制手段來看，卻都呈現出違憲的問題⁵¹。

第二項 我國對網路援助交際案件之管制

在現實社會中，成年人之間的性交易，除了受到社會上道德非難之外，其所承受的乃為社會秩序維護法第八十條之法律責任，性質上屬於行政罰之法律效果；但若行為人利用網際網路的方式，立法者的解釋乃基於保護兒童及青少年在電腦網路上使用的普遍性，接收到類似足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息，為避免其心智發展受到不正當的影響，故限制此類之言論在網路上散布、播送或刊登，特別以刑罰之法律效果加以遏阻此情形產生。

⁵⁰ 請參見劉靜怡著，資訊社會的規範困境：台灣網際網路法律發展的歷史考察，<http://140.109.196.10/pages/seminar/infotec4/4-3.doc>。2003/04/28 查閱。

⁵¹ 請參見劉靜怡著，同註50，前揭文。

從(表一)可得知,檢警機關偵辦違反兒童及少年性交易防制條例的案件有八六七件共一六九人,引用兒童及少年性交易防制條例第二十九條而起訴的有八六一人,且統計日期乃於一九九九年七月至二〇〇〇年十二月,在修正兒童及少年性交易防制條例第二十九條之後,在實務上運用的頻率顯然佔有相當多的程度。在法院裁決情形⁵²中,受理違反兒童及少年性交易防制條例案件的人數共一五四一人,受有罪判決的人數則有七三四人,被判有罪的機率幾乎為二分之一,若兒童及少年性交易防制條例第二十九條之構成要件不加以嚴謹解釋適用的話,將會不當剝奪人民的基本人權。

二〇〇〇年各警察機關偵辦兒童及少年性交易案件計一一五八件,較上年增加一三.六八%,平均每天發生三件;按受(處)理機關分,以臺北市三五四件最多,臺北縣二七七件居次,桃園縣一七九件再次之。同期查獲嫌疑犯一五九一人,較上年增加九七.三%,平均每天查獲四人;按查獲機關分,以臺北市五二二人最多,臺北縣三六六人居次,桃園縣二二八人再次之。二〇〇〇年各社政單位受理兒童及少年性交易案件查獲人數有四四七人,較上年減少三.八七%;按國籍別分,本國籍有四三七人,外國籍有十人;按地區別分,以桃園縣六九人最多,台中市六七人居次,台北縣六四人再次之。二〇〇〇年各社政單位緊急安置兒童及少年性交易案件人數有七二三人(短期),較上年減少七.九%;安置於緊急收容中心者三四二人;安置於短期收容中心者三八一人。同期陪同偵訊個案數有四九四人,較上年增加四.二%⁵³。

表一：九十年度兒童及少年性交易防制工作成果報告表

法務部所屬各地方法院檢察署 --- 統計日期：一九九九年七月至二〇〇〇年十二月

⁵² 請參見內政部統計, <http://volnet.moi.gov.tw/sowf/02/05.htm>. 2003/02/24 查閱。

⁵³ 內政部統計處
<http://www.moi.gov.tw/W3/stat/topic/topic216.htm>. 2003/02/24 查閱。

收 案 件 數	主 管 機 關 報 告 件 數	警 方 移 送 件 數			檢 方 自 行 偵 查 件 數 (含 受 告 訴 告 發 及 自 動 檢 舉)	合 計			
	一 六 四	一、四 五 九			七	一、六 三			
偵 辦 成 果 (被 告 處 理 情 形)	起 訴 件 數 / 人 數	不 起 訴 件 數 / 人 數			簽 結 件 數 / 人 數	尚 在 偵 查 中 件 數			
	八 六 七 / 一 〇 六 九	三 / 四 五			一 八 八 件	二 七 五			
起 訴 分 析	起 訴 法 條 分 析	不 起 訴 原 因 分 析			有 罪 判 決 確 定 數	起 訴 廣 告 委 刊 人 數			
	§2: 三 六 人 §3: 一 四 六 人 §4: 三 人 §7: 五 人 §8: 一 六 人 §9: 八 六 人	罪 嫌 不 足 : 四 三 人 曾 經 判 決 確 定 : 一 二 人 撤 回 告 訴 : 一 人 行 為 不 罰 : 二 人			五 八 二 人	八 六 人			
法 院 裁 決 情 形	受 理 件 數	受 理 人 數	有 罪 人 數	免 刑	無 罪 人 數	免 訴 人 數	不 受 理 人 數	通 緝 人 數	撤 回 人 數

	一 一 六 九	一 五 四 一	七 三 四		一 三 三	三	— —	— 五	— —
--	------------------	------------------	-------------	--	-------------	---	--------	--------	--------

資料來源：內政部⁵⁴

二 一年各級法院檢察署執行判決確定有罪兒童及少年性交易防制條例人犯之年齡，則較往年有年輕化的現象，以分布於 18 至 24 歲未滿者最多（212 人，占 36.43%）（如表二）。此外，二 一年各級法院檢察署執行判決確定有罪兒童及少年性交易防制條例其 582 人當中，其教育程度不但以中學程度所占比例最多（366 人，62.89%），且中學程度以上之較高學歷之人犯比例較往年高（如表三）。另有關二 一年各級法院檢察署執行判決確定有罪兒童及少年性交易防制條例其 582 人當中，在職業方面，以無業者最多，銷售員及服務工作人員及勞動工（技術工及有關工作、機械設備操作及組裝工、體力工及非技術工）亦各占相當比例（如表四）⁵⁵。

表二：各級法院檢察署執行判決確定有罪之兒童及少年性交易防制條例人犯年齡

年 齡	1999 年		2000 年		2001 年	
	人數	%	人數	%	人數	%
總 計	360	100.00	320	100.00	582	100.00
14-18 歲未滿	1	0.28	3	0.94	-	-
18-24 歲未滿	33	9.17	64	20.00	212	36.43
24-30 歲未滿	65	18.06	75	23.44	168	28.87
30-40 歲未滿	126	35.00	83	25.94	141	24.23
40-50 歲未滿	73	20.28	53	16.56	47	8.08
50-60 歲未滿	23	6.39	20	6.25	5	0.86

⁵⁴ 請參見內政部編印，統計時間：2001 年 01 月 01 日至 2001 年 12 月 31 日，<http://volnet.moi.gov.tw/sowf/02/05.htm>。2003/02/24 查閱。

⁵⁵ 請參見法務部著，犯罪狀況及其分析，法務部發行，2001/09，頁 27-69。

網路援助交際與刑法之比較法研究

60-70 歲未滿	16	4.44	9	2.81	6	1.03
70-80 歲未滿	18	5.00	12	3.75	-	-
80 歲以上	3	0.83	-	-	3	0.52
不 詳	2	0.56	1	0.31	-	-

資料來源：法務部統計處

表 三：各級法院檢察署執行判決確定有罪之兒童及少年性交易防制條例人犯教育程度

教育程度	1999 年		2000 年		2001 年	
	人數	%	人數	%	人數	%
總 計	360	100.00	320	100.00	582	100.00
不 識 字	10	2.78	3	0.94	2	0.34
小 學 程 度	58	16.11	48	15.00	31	5.33
中 學 程 度	188	52.22	179	55.94	366	62.89
大 專 程 度	23	6.39	28	8.75	100	17.18
自 修	-	-	-	-	1	0.17
不 詳	81	22.50	62	19.38	82	14.09

資料來源：法務部統計處

表 四：各級法院檢察署執行判決確定有罪之兒童及少年性交易防制條例人犯職業

職業分類	1999 年		2000 年		2001 年	
	人數	%	人數	%	人數	%
總 計	360	100.00	320	100.00	582	100.00
民代行政企業主管 經理人員	9	2.50	1	0.31	-	-
專 業 人 員	2	0.56	1	0.31	2	0.34
技術員及助理專業 人員事務工作人員	22	6.11	19	5.94	40	6.87
銷售員及服務工作 人員	74	20.56	61	19.06	117	20.10
農林、漁牧、工作 人員	7	1.94	1	0.31	5	0.86

技術工及有關工作人員機械設備操作及組裝工體力工及非技術工	47	13.06	63	19.69	94	16.15
現 役 軍 人	1	0.28	1	0.31	-	-
無 業	145	40.28	127	39.69	247	42.44
不 詳	53	14.72	46	14.38	77	13.23

資料來源：法務部統計處

第四節 小 結

色情問題從古至今在社會上均無法獲得有效的解決及抑制，網路使用者的匿名性又更加深了杜絕色情的困難度，網路援交問題乃為網路色情之一部份，性交易之主體如涉及兒童或少年者，為避免其因不當的性觀念影響，法律有權來加以介入干涉。若性交易之主體皆為成年人，只因其係藉由網路來達到媒介性交易的目的，在網路上散布、播送或刊登此類訊息者，將其科以刑罰，但行為人之行為所發生之結果並未侵害兒童或少年之性自主權，卻得受到刑罰制裁，此究竟適當與否，仍須探究。

援助交際性質上及解釋上均等同性交易行為，無論是針對性交或猥褻行為，抑或涉及相對人之年齡，於普通刑法中之妨害風化章節，均有相關處罰之規定。成年人間「性行為」本身若無涉及婚姻關係者，乃法律所不加以規範，更是憲法所保護人民基本之權利。若「性行為」是以對價取得者，如以此行為「違反善良風俗」等模糊性保護法益，來規範成年人間性交易行為，仍以僅具行政罰性質的社會秩序維護法來規範。然而若行為人(滿十八歲以上者)利用網路來招攬性交易者，卻以兒童及少年性交易防制條例第二十九條論以刑罰，是否實務機關有過度依賴該條文之適用，來抑制目前網路援交案件的數量，達到「嚴

刑峻罰」之目的⁵⁶。

兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定，係基於保護兒童及少年之目的，然而不論是否有危害之結果產生，將處罰之規定前置於「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」，且實務上多將該「人」解釋為十八歲以上之成年人亦適用，此舉是否有違法治國刑法原則及違憲之處，乃待下列章節加以檢討。

⁵⁶ 「刑罰的意義，不論是公正報應，或威嚇社會大眾，或去除犯罪人的危險性格，共同的前提是，犯罪人被抓到了。比起嚴刑峻罰，破案本身更具一般預防的功能。」請參見林東茂著，刑事政策與自由主義，收錄於刑事法學之理想與探索第四卷——甘添貴教授六秩祝壽論文集，甘添貴教授六秩祝壽論文集編輯委員會編輯，學林文化事業有限公司出版，2002/03，頁 8。

第三章 網路援助交際與憲法基本人權的保障

憲法第二十三條指出，人民基本權利的限制，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外，不得以法律限制之。若於網路上散布、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，則觸犯兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定。由於刑法限制或剝奪人權的廣度與深度，均為所有法律之冠。然，兒童及少年性交易防制條例此法本身目的在於保護兒童及少年之身心發展所制訂之法規，此種散布、播送或刊登訊息之行為是否會造成「明顯而立即之危難」情形；且處罰此散布、播送或刊登訊息之行為，是否會過度干預或限制成年人的言論自由；另外，藉由美國 CDA 部分條文遭聯邦最高法院宣告違憲之例，說明在網路上所謂「猥褻」言論所判斷的標準為何，均為本章節所欲探討之重點。

第一節 法治國刑法原則與法益保護之問題

本節主要內容乃為闡釋何謂法治國刑法的原則，及其主要的任務為何，與刑事政策的關係，藉而說明國家規制性交易的界限，避免造成過度干涉人民基本權利及嚴刑峻罰的情形。僅單純違反道德觀念，如無涉及侵犯法益或社會危害的行為，應不在刑法規範之內。價值體系利益觀念及社會模式的變遷，基於司法經濟理由及刑事司法過度負荷問題，將若干犯罪行為逐漸除罪化是刑事法規改革之趨勢。

第一項 法治國刑法之概念

法治國原則是指，所有國家的刑罰手段，都必須有法律上的依據，此乃為形式上的法治國原則。法律的制訂必須有「正義」的基礎，或「正當性」的根源，這是實質的法治國原則¹。刑罰權的界線必須明確，因此有禁止類推適用原則與禁止溯及既往的提出與適用，以及國家刑罰權的行使必須以行為罪責為依據與界限的主張與貫徹²。法治國刑法的任務在於 1. 保護功能（保護社會秩序、保護刑法法益、保護社會倫理之行為價值、保護每個人之基本人權）；2. 鎮壓與預防功能（一般預防、特別預防）³。

東歐諸國過去國家型態皆屬於專制之政黨警察國家。其一般司法體系之共同特性有⁴：a、法律乃是實踐「階級」專制之工具；b、法律永遠位於專制國家政治權利之下。而就刑事司法而言，一般普遍具有：a、嚴重違反人權事件層出不窮，如刑求、濫用刑法以遂其政治目標；b、刑事司法之政治附屬性，在刑法中應諸多不明確法律概念，以便法院就刑罰裁量上泛政治化與意識型態化，如「社會危害性」、「國家安全」等等概念之廣泛應用；c、警察具有顯不相當之政治權力，如以警察作為政治上排除異己之工具；d、就刑事法學研究上，其一言黨、一致化傾向非常明顯。東歐自一九八九年政治變革後，在刑法改革趨勢上，由過去「嚴厲鎮壓」、「意識型態」及「政治取向」刑法特色，走向「和緩慎刑」、「除犯罪化」、「補償恢復名譽」及「法治國化」新刑法，可說是穩健成功地改革。

德國學者 W.Frisch 提出所謂「現代的法治國刑事立法」之重要

¹ 請參見林東茂著，一個知識論上的刑法學思考，五南圖書出版有限公司出版，1999/09，頁 329-330。

² 請參見林山田著，刑法通論（上），作者自版，增訂八版，2002/11，頁 86。

³ 請參見鄭昆山著，圖解法治國刑法入門（上）---犯罪理論解析，作者自版，2001/09，頁 34-35。

⁴ 請參見鄭昆山著，論東歐民主化及其刑法改革（中文發表），東海大學東海學報 34 卷，1993，頁 553-555。

可罰要件標準，可自權力分立原理分述之⁵：

第一款 刑事立法要件

以刑罰作為規制人民之手段，須符合下列要件：

- 1、值得以刑法加以保護法益侵害的必要性。
- 2、合乎行為禁令與行為準則之違反。
- 3、合乎刑罰最後手段性。
- 4、符合法律保留原則：刑法領域的權限分配。
- 5、基本權利視為刑罰權的界限：基本權利在刑事立法上，被理解為消極的權限規定。

觀之，我國實務目前處罰在網路上散布、播送或刊登使人為性交易之訊息，依兒童及少年性交易防制條例第二十九條，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金之規定，皆不符合上述之刑事立法要件。

第二款 刑事司法要件

第一目 積極要件

(1) 刑事實體法

- a、實質可罰性要件排除犯罪類型化：無阻卻違法事由、罪責原則、無免除刑罰事由。
- b、須符合形式上可罰性之要件：罪刑法定、目的原則。

(2) 刑事程序法

- a 功能強大的刑事司法作為法制國家的基本要求。

⁵ 請參見鄭昆山著，同註4，前揭文，頁558-560。引註自W. Frisch, Wesentliche Strafbarkeitsvoraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung(BRD), Material des internationalen Symposiums, 1992 Diss.S.13ff.

- b、公平的程序權利作為法治國原則的基本要求。
- c、刑事訴訟原則的憲法定位在聯邦憲法法院的判決。

第二目 消極要件

- (1) 禁止重大侵害基本人權。
- (2) 禁止不當之刑訊。
- (3) 禁止為達政治目的而濫用刑法。
- (4) 禁止法院有政治附屬性、依賴性。
- (5) 禁止警察具有過當的政治權力。

兒童及少年性交易防制條例第二十九條顯然違反上述要求之罪刑法定原則、目的原則，且造成過度侵害人民之言論自由權利，不符刑事司法要件。

第三款 刑事執行要件----再社會化原則；立法從寬，執法從嚴原則。

綜上所述，法治國刑法原則應是：

1. 刑法補充性與正當性、合法性原則（最後手段性）。
2. 罪刑法定原則。
3. 罪責原則。
4. 刑法比例性與正義化身。
5. 人道原則。
6. 必要原則（慎刑）。
7. 目的原則—抗制犯罪。
8. 平等原則。
9. 再社會化原則。

東歐民主法治化之改革歷程，並非一蹴可及，「當然本身可自為法治國刑事司法（eo ipso rechtsstaatliche Strfjustiz）」，而仍

須在司法實務中實踐法治國之刑事立法上可罰性要件。故在刑事立法上，重點在於應如何防制犯罪。積極一般預防的目的，乃立法者最優先考慮的刑罰目的，藉以回復社會大眾法信賴感。而在建立積極一般預防目的時，亦須考量公正應報的刑事立法，以符合罪責原則並建立國民的法感情。然而，導因於執法能力不足，無法有效抑制犯罪，造成民眾懼怕犯罪，要求政府嚴懲犯罪者，以強調一般預防效果，因而衍生出「治亂世用重典」之問題。

「治亂世用重典」，然而此舉乃不符合刑法謙抑思想，及刑法是法益保護的最後手段。刑法在本質上就有它的不完整性格，不可能用來對付一切輕重不等的法益破壞活動。這種觀念，實際上是源自法治國原則所衍生出的「比例原則」：國家只有在無更溫和的手段以抑制不法行為時，才可動用最嚴厲的法律制裁手段⁶。

第二項 法治國刑法之可罰性要件

依據傳統標準，行為侵犯被保護的刑法法益，而具有應刑罰性與刑罰必要性，乃為實質的犯罪概念。刑罰在本質上具有最後手段性原則，與社會危害性與反社會性。具體可就法益侵害、行為禁令與行為準則及最後手段性方面而論⁷。

第一款 法益侵害

國家權力最強烈的作用乃在於對人民之刑事處罰權，基於罪刑法定主義對國家行使刑罰權的要求，刑罰權須符合犯罪的「不法構成要件」。不法構成要件係依據它所想要保護的法益而制定的⁸。若僅單純違反特定的宗教、道德或其他價值觀念，如無涉及侵犯法益或社會危

⁶ 請參見許福生編著，刑事學講義----(刑事政策、犯罪學、特種刑事法令、刑法)，作者自版，2001/03，頁66-67。

⁷ 請參見鄭昆山著，同註3，前揭書，頁35-36。

⁸ 請參見林山田著，同註2，前揭書，頁208-209。

害的行為，應不在刑法規範之內。價值體系利益觀念及社會模式的變遷，基於司法經濟理由及刑事司法過度負荷問題，將若干犯罪行為逐漸除罪化是刑事法規改革之趨勢。

第一目 何謂法益

社會共同生活中，無論個人、社會及國家，均有所謂「生活利益」，凡以法律手段而加以保護之生活利益，即稱為「法益」⁹。法益，我國學說區分為個人法益、國家法益與社會法益，而德國通說又將其分為個人法益與超個人法益（整體法益）¹⁰。關於個人法益及整體法益間的關係，有下列學說：

一、法益一元論

主張「一體性法益概念」者，認為任何的整體法益的本質都應該和個人法益相同，個人法益是整體法益的核心。兩者唯一的不同點在於法益持有人的數目，個人法益的持有者為單一的人，整體法益的持有者為多數人，並進而主張無區分個人法益與整體法益的必要。

二、法益二元論

一、質相異說

整體法益與個人法益有不同的本質，各有其目的與體系。整體法益的持有者並非多數人的集合，而是獨立的法益持有者，此持有者係抽象而不具體地存在的人格或準人格，可以和個人分立，而不必與個體的人有所聯繫。

⁹ 請參見林山田著，同註2，前揭書，頁57。

¹⁰ 請參見陳志龍著，法益與刑事立法，國立臺灣大學法學叢書（六一），作者自版，1992年二版，頁137-157。

二、量相異說

認為整體法益與個人法益並非本質上有所不同，而是量的差異。此與一元論的不同，在於本說還是承認個人法益與整體法益之分。整體法益無論如何都必須要能夠「還原」成個人法益，換句話說，它跟個人法益的保護應該是方向一致，而不是互相對立的。

儘管法益概念在細節上仍有爭議，但針對「法益」一詞而言，其原始意義乃指一個現實狀態，此現實狀態存在與否，會使我們不經思索的感到痛苦與快樂。所以簡言之，確認某一個構成要件的保護法益，其實相對的也就是在確認這個構成要件所針對的行為會對我們造成怎樣的傷害¹¹。

第二目 法益的重要性

確定「法益」的概念後，才可判斷

一、在立法上刑罰是否有必要性；

二、在司法上處刑是否具有合理性。

國家刑罰權的實質正當性乃是該應予處罰之行為，侵害公益或嚴重侵害個人權益或具有危險性，國家有義務予以制裁，刑事制裁須具有「維護法益」的目的。故刑事立法時應避免導入與「維護法益」目的無關的要素而形成恣意的刑事處罰。

刑法的任務，在於法益的保護。依據德國學者黑爾伯特·耶各（Herbert Jäger）在一九五七年發表有關法益理論的專書「妨害風化罪的刑事立法與法益保護」（Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten）¹²。該書主要係

¹¹ 請參見黃榮堅著，論行為犯，載於現代國家與憲法----李鴻禧教授六秩華誕祝壽論文集，李鴻禧教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編輯，三民書局，1997/02，頁1561。

¹² 請參見陳志龍著，同註10，前揭書，頁25-28。

以達成性犯罪刑法 (Sexualstrafrecht) 的自由化目的，且以法益來作為主要的論據。法益保護是成立一個刑罰規範主要的原則，唯有在法益保護之前提下，才有行為的非難性與應刑罰性。

按照耶各的看法，法益保障的思想，係源自於啟蒙時代的歷史背景。配合著啟蒙思想，法益的構成，必須符合有價值性、可侵害性、並且有能保護的「社會情況」(Soziale Zustände)¹³。可罰的違反風俗的社會結果，也是在考慮到有無法益保護時，列為重點。因而，他認為在德國刑法分則第十三章當初的立法，即有缺失。因為立法者在決定刑罰構成要件當時，即將一些「無社會侵害性的行為」，也列入處罰。如近親相姦、通姦、猥褻媒介、賣淫等，即非有社會損害性，或只有在某種特定情況下才有社會損害性（針對未成年人）。

第三目 處罰「性交易」所保護的法益

一、「個人法益」？

判斷一個行為是否有處罰之必要，應先視其對法益有否造成侵害或危險以為決定，並作為認定犯罪之最外圍或最大限。觀察刑法中妨害風化罪章所處罰的對象，刑法第二百三十一條、第二百三十一條之一及第二百三十三條乃針對媒介、協助、促成性交易者，而非針對支付金錢、財物等對價者及提供性服務者。性交易買賣雙方彼此間若無涉及兒童、青少年抑或非出於無意識、脅迫等因素者，由於個人有其性自主權，將「性」作為買賣之標的物，實屬個人之性道德觀問題，無個人法益被害。

¹³ 請參見 Jäger : Rechtsgüterschutz, S.13. 引註自陳志龍著，同註 10，前揭書，頁 26，註 46。

二、「社會法益」？

若無涉及未成年人者，對於將「性」作為金錢交易的對價，其最終目的乃維護一般民眾的道德感及社會善良風俗。然善良風俗太過一般道德化，且過於抽象與曖昧，內涵不甚明確。故將善良風俗、國民道德等作為一種法益，而藉由刑罰之手段予以保護，實有疑義。

所謂「性的道德」，在德國學者耶各的觀點，是不可以當作刑法意義下的法益，因而對於上述妨害風化的刑事處罰規定，勢必因缺乏法益，而遭到刪除的命運。在其結論中提出很明確的原則：「無法益保障即無刑法規範。如有不清楚時，則無可罰性」¹⁴。換言之，如非明確、具體的法益存在，則無刑事處罰的必要性。

第二款 行為禁令與行為準則

唯有被禁止的行為與違反準則的不作為方可加以刑事處罰，此種禁令或準則亦須符合明確性原則。

第三款 刑罰最後手段性原則

特定行為之刑事處罰必屬國家之最後不得已的手段，同時應顧及刑罰與犯罪行為之比例原則。刑罰具有有限的維護社會功能，行為應刑罰性與刑法處罰必要性之界限標準似仍曖昧不明，有些行為即被排除用刑法處罰，稱之為「刑法之篩出效應」。有學者基於比例原則認為，對人民為違法行為而欲加以制裁時，先經處以較輕之處罰手段(如行政罰等)而仍不能達到警惕及嚇阻作用者，始不得已才考慮處以較重嚴厲之刑罰，即採「先行政，後司法」之處理原則，應符合「比例

¹⁴ 原文為：” Keine Strafrecht snorm ohne Rechtsgüterschutz. Im Zweifelsfalle keine Strafbarkeit.”請參見 Jäger : Rechtsgüterschutz, S.123. 引註自陳志龍著，同註 10，前揭書，頁 28，註 50。

原則」之要求¹⁵。

刑法規定的法律效果係所有法律規範中最为嚴厲而具痛苦性、強制性與殺傷性的法律手段。立法上若有刑罰以外的法律效果，且亦能有效防制不法行為時，則應避免使用刑罰，否則，輕易動用刑罰權作為制裁的法律效果，不但會使人民動輒得咎，亦使刑法嚇阻犯罪的能量耗損，減低刑法的規範功能。唯有在以其他法律效果未能有效防制不法行為之時，始得以刑罰做為制裁的法律效果，這即是刑法的最後手段性¹⁶。故刑罰只具有補充性，於其他法律效果不足以達到法律所欲規制的目的時，方能採用，又稱為刑罰謙抑原則。

綜上所述，基於有效、合理、均衡的「調和」，現今刑事政策的走向，有學者¹⁷認為應採取「兩極化刑事政策」，亦即是對於重大犯罪及危險犯罪者，採取嚴格對策之嚴格刑事政策；對於輕微犯罪及某種程度有改善可能性者，採取寬鬆對策之寬鬆刑事政策。

第二節 基本人權言論自由之保障

憲法第十一條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」此四種自由權利，即屬廣義的言論自由，亦有稱之為「表現自由」(Freedom of Expression)、「意見自由」、「表意自由」等。泛指人民表達意見、觀念、情緒、事實等資訊的權利，甚至也包括收受訊息之權利(The Right to Receive)、學術自由(Academic Freedom)、知的權利(The Right to Know)、接近媒體之權利(The Right of Access

¹⁵ 請參見廖義男著，公平交易法之理論與立法——公平交易法修正之重點與理由，作者自版，1995/10，頁326。

¹⁶ 「有兩種考慮促使這個原則受到注意。其一，現實上的壓迫。如果立法與司法不小心謹慎，刑罰介入太多太快，不但社會成本將難以支應，刑事司法體系也必然崩潰。其二，自由思想的維護。刑罰的使用太迅速太頻繁，人民動輒得咎，將有無止無盡的災難。只有反倫理程度較高、社會危險性較嚴重的行為類型，方能加以犯罪化。」請參見林東茂著，刑事政策與自由主義，收錄於刑事法學之理想與探索第四卷——甘添貴教授六秩祝壽論文集，甘添貴教授六秩祝壽論文集編輯委員會編輯，學林文化事業有限公司出版，2002/03，頁9。

¹⁷ 請參見許福生編著，同註6，前揭書，頁28。

to Media) 等一切有關資訊傳播之權利。本節主要內容乃討論表現自由之理論及判斷準則。如何將言論區分為何謂「高價值言論」、「低價值言論」, 加以探究規範「猥褻」言論的界限。

第一項 表現自由之基礎理論

表現自由的基礎理論¹⁸有追求真理說、健全民主說、表現自我說及第四權理論等, 如下簡述:

第一款 追求真理說

此說認為表現自由可幫助人民發現真理、進而增長知識。其認為政府對言論若加以禁止或事前限制, 將會阻礙人類知識的進步。美國聯邦最高法院大法官 Oliver W. Holmes 曾以「觀念自由市場」(Free Marketplace of Ideas) 的說法來說明表現自由與追求真理的關係。其指出唯有將各種思想置於自由競爭的市場上, 才能藉由觀念的自由交換, 而使大眾決定是否接受何種觀念為真理。

對於此說有學者認為, 由於追求真理對於人類, 特別是政府的智慧存疑, 其自然反對政府對某種言論、觀念予以歧視、限制, 因為這將會扭曲市場競爭, 使得真正的真理難以出現。

第二款 健全民主說

此說主張表現自由之所以應受保護, 即在於其有助於民主政治的運作。因為民主政治乃是「人民自治」(Self-government), 由人民行使選舉、被選舉, 以及批判、檢討政策等方式來達成國民主權之目標。而表示自由, 特別是有關公共事務的批判討論, 能使民主政治主

¹⁸ 此部分資料參考賀祥宏編著, 中華民國憲法, 高點文化事業有限公司出版, 2001/08, 頁 2.122-126。

權在民的精神予以實現。

至於表現自由如何健全民主政治，有下列：

- 1、政治資訊的流通：人民在投票、選舉時，必須有著充分的資訊，才能夠做出理智而正確的選擇，而不至於被偏見、成見所惑。
- 2、公意的自由形成：民主國家的政策形成，必須探究「公意」，然而公意的形成，有賴於公眾對各類資訊的充分了解，並進行討論與辯論。

從健全民主說的立場出發，則對於有關「政治性」的言論，會優先保護。如：美國法院基本上認為毀謗言論並不受保護，但若該項言論係對於「公務員」進行批評，則仍受相當程度的保護，以免人們為了自保而不敢批評政府官員，造成「寒蟬效應」(Chilling Effect)。

第三款 表現自我說

此說認為表現自由的主要價值，乃是保障個人發展自我、實現自我，亦即，保障個人的自主 (Autonomy) 與自我表現 (Self-expression)。強調個人的人格尊嚴，認為個人將其思想、觀念甚至情緒予以表達，乃是實現自我、表現自我的行為。基於憲法基本權利對於個人尊嚴予以保障，個人表現自我的行為，當然應該保障之。

從表現自我說的角度來看，受保護的言論範圍極廣，凡是有助於個人思想之展現者，均屬於表現自由的保障範圍。依此說，表現自由之所以值得保護，並非因其具有「追求真理」、「促進民主」等「工具性價值」，而是為了保護表意人自身的利益。

第四款 第四權理論

第四權理論 (The Fourth Estate Theory) 是針對報社、廣播電

視台等大眾傳播媒體，作為表現自由的基本權利主體所發展出的理論。乃將新聞傳播「媒體」當作是行政、立法、司法三權以外的第四權，作為監督政府、防止政府濫權，發揮制度性的功能。亦有學者稱之為「監督功能理論」(the watchdog function theory, the checking theory)。此一理論，賦予「傳播媒體」與「其他人民」不同的地位與價值。

綜上所述，就以上各種理論，雖然彼此間於邏輯上未必相容，然而實務尚在處理有關表現自由的案件時，釋憲機關其實並未單獨採用何種理論，而是綜合性的接納各種價值。

第二項 雙軌理論與雙階理論

國家不得立法以限制人民的言論自由，此用於國會檢定言論自由表達運用時，對其內容中立 (content-neutral) 與內容基礎 (content-based) 界定的檢定準則。雙軌理論 (Two-track Theory) 將政府的管制措施做此區分，主要認為國家保障表現自由之主要目的，就是防止政府基於言論所表現出的訊息、思想、議題或內容而禁止該言論之表達。而雙階理論 (The Two Level Theory) 指各種類型的言論間，並非全受到憲法同等程度的保障，應區分為「高價值言論」 (High-value Speech) 與「低價值言論」 (Low-value Speech)。

第一款 雙軌理論

第一目 言論內容中立的限制 (content-neutral restriction)

此又稱為「非針對言論內容之限制」，雖然並非直接控制言論內容之類型，然其管制了言論表達的「方法」或「管道」，因此也會亦有附帶的造成對表現自由的限制之虞。言論內容中立的限制是在保障國家較大的利益，同時必須使用較不介入的處理方式。如何在言論自

由的內容中立的界限中維持平衡的審判，並非易事，規範著言論自由以維持政府與社會的公益，同時亦需維護憲法所希冀的「追求真理」等價值¹⁹。

對於「言論內容中立的限制」，並無統一的審查基準，下列兩大類型乃較為常見：

一、「時間、地點與方法之合理限制」基準

意指一個對於言論表達之「時間、地點與方法」的限制措施，若欲合憲，則應符合以下要件：

- A、不涉及言論表達內容。
- B、可增進實質的政府利益。
- C、尚有許多其他管道供該言論之表達使用。

我國大法官釋字第四四五號採取此種見解，認為集會遊行採取許可制，並不違憲，因為「有關時間、地點與方法等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尚無抵觸。」

二、限制「象徵性言論」的審查基準

主要適用於人民表達一定之價值觀念，但非以言論、海報、影片直接表達，而是以「行為」、「動作」表達之。政府如欲對該「行為」加以限制時，法院即採取以下步驟檢驗其合憲性：

- A、政府之限制權利乃憲法所賦予。
- B、該限制措施可增進「重要」或「實質」的政府利益。
- C、所增進之利益並非為了壓制表現自由。

¹⁹ 請參見林瑞發著，言論自由與兒童網路色情，靜宜人文學報第 13 期，頁 11-12。

D、該項限制措施對表現自由所造成的「附帶限制」並不超過為追求上述政府利益的「必要限制」。

美國對於此一基準，較出名乃為有關焚燒徵兵卡的案件。美國徵兵法規定，役男不得毀損政府所發的徵兵卡，而當事人卻以焚燒徵兵卡表示反戰的決心，而遭逮捕。聯邦最高法院即以上述標準審查係爭法律是否違憲，最後認定該項法律並未過份侵害表現自由而合憲。

故不若一般案件有明確的判定標準，因而更須嚴格的審視，以求積極的維護政府的權益，亦保障憲法所賦予的權利不受危害。只有在憲法所保障的言論自由不存在時，才無所謂言論內容中立原則的適用，此時明白而立即的危險²⁰（clear and present danger）和強制性利益²¹（compelling interest）的原則才得適用。

第二目 言論自由基礎的限制（content-based restriction）

此又稱為「針對言論自由之限制」。係指政府的管制措施，明文限制某一類型之內容或某一種觀點的言論，或其目的是針對「訊息傳播之影響」。針對此限制，釋憲機關在審查時，首先應判斷其係屬「高價值言論」或「低價值言論」。如屬「高價值言論」，則法院採取「嚴格審查基準」審查其合憲性。我國集會遊行法第四條與第十一條第一款規定，集會遊行不得主張共產主義或分裂國土，違反者集會遊行應不予許可。此就是典型針對「高價值言論」之「言論自由基礎的限制」。釋字第445號解釋認為，此種規定「使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違」，宣告其應自解釋公布日起失效。若「低價值言論」，則採「類

²⁰ 「明白而立即的危險」（clear and present danger）允許政府在必須依法阻止即刻而嚴重危害利益時，限制個人的言論自由，請參見 Justice Oliver Wendell Holmes, *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47, 1919.

²¹ 「強制性利益」（compelling interest test）則是較為嚴格的平衡性考驗，用以審視參考國家利益與個人言論自由的比例考驗原則，當國家採取行動時必須擁有相當的合法性，請參見 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 1944.

型化的利益衡量」方式審查之²²。

有關猥褻性的言論自由主要是建立於言論表現的內容基礎之限制中，其檢驗的標準遠較內容中立的言論基礎嚴格。對於言論內容基礎限制的審視，先檢測該言論是否屬於憲法增修條文中所謂「低價值言論」的內容。被法院認定為只具有憲法增修條文之低價值言論者有：煽動表意、事實錯誤的言論、猥褻言論、商業言論、攻擊言論及兒童色情等。

第二款 雙階理論

對於雙階的劃分，主要是列舉某些低價值之言論類型，其他屬高價值言論者，受到憲法充分的保護²³。雙階理論²⁴的產生，主要係美國法院在從事有關表現自由之違憲審查時，對於某些類型的言論，並不給予充分的保障，此稱為「低價值言論」。對於限制、侵犯高價值言論的法令措施，法院多以「嚴格審查基準」檢驗其合憲性。被列入「低價值言論」，並不表示該類言論就當然完全不受保護，通常會再依據不同類型之言論，採取「利益衡量」的方式加以審查。

如「煽動違法行動之言論」乃屬於低價值言論之一，但是政府機關仍不得任意認定某項言論屬於「煽動違法」而加以禁止處罰。依據美國法院的見解，僅有在係爭言論的「內容」是直接鼓吹立即從事不法行為，而「效果」上也有發生立即危險的可能時，政府方能限制。我國學者通常稱之為「明顯而立即之危險」(Clear and Present Danger) 基準。

²² 請參見林瑞發著，同註 19，前揭文，頁 13-15。

²³ 美國法院所認定的「低價值言論」，主要包括：

- (1) 猥褻、色情等言論。
- (2) 毀謗言論。
- (3) 挑釁言論。
- (4) 煽動違法行動之言論。
- (5) 商業性言論。

²⁴ 請參見賀祥宏編著，同註 18，前揭書，頁 2.130-131。

色情資訊在法律上仍有「猥褻」與「低俗不雅」之分，猥褻言論固然被視為所謂「低價值言論」，而不受憲法增修條文第一條表意自由之保障，從而只要管制猥褻言論之措施與目的間具有合理關連性，其措施即為合法²⁵；而未達於猥褻程度之低俗不雅言論，則仍受憲法增修條文第一條之保障，只有為了保護未成年人以及非自願的成年人時，並於一定的條件下，方能加以限制²⁶。

法院在區隔低價值言論內容後，接著就必須考量依據比例原則來平衡對言論自由的限制。平衡憲法所保障的低價值言論自由須考量兩項要件：

(1) 言論相對價值的比例原則。

(2) 阻遏表述高價值言論的風險。

因此只有在煽動的言論足以產生或引發立即失序的行動時，才得以加以禁制。

網路既屬於公共論壇，對於其中表意活動之限制亦須受到嚴格之審查。政府如欲針對網路上的言論或是意見加以管制，必須以重大急迫之政府利益為前提，而採行的手段也不能逾越政府所追求目的之必要限度，亦應以侵害最小的手段為之。對於網路上低俗不雅之言論亦應遵守如此原則²⁷。然而，政府以刑罰之手段處罰色情資訊言論者，須對「猥褻」與「低俗不雅」等處罰要件，作一明確之定義，否則會增加網路上表意人之不確定感，且明顯地會造成所謂的「寒蟬效應」。

²⁵ 請參見林子儀著，言論自由之限制與雙軌理論，收錄於現代憲法與國家----李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文，李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會編輯，三民書局，1997/02，頁66。

²⁶ Randolph Stuart Sergent, The "Hamlet" Fallacy: Computer Networks and the Geographic Roots of Obscenity Regulation, 23 HASTINGS CONSTI. L. Q. 671, 720 n.617 (1996). 引註自葉慶元撰，網際網路上之表意自由----以色情資訊之管制為中心，中興大學法律學系碩士論文，法治斌教授指導，1997/06，頁173，註85。

²⁷ 請參見葉慶元撰，同註26，前揭文，頁189。

第三節 美國 CDA 法案宣告違憲之例

美國憲法修正條文第一條的意旨：國會不得針對建立和傳播宗教、或剝奪言論與出版自由、人民集會結社、要求廢除政府不平等待遇等權利進行立法²⁸。就其所稱的言論自由意涵而言，此等自由的要求是一針見血而無所置疑，即國家不得立法以剝奪人民言論自由的權利²⁹。

一九九六年通訊端正法³⁰係美國國會一九九六年二月間所通過之通訊傳播法 (Telecommunications Act of 1996) 之一部份，此以規範網際網路上之色情資訊內容為目的。CDA 法案在公布不久後立即受到美國人民自由聯盟 (American Civil Liberties Union, 以下稱 ACLU) 提出違憲控訴。

第一項 通訊端正法主要內容

通訊端正法其主要內容為³¹：

- 一、明知閱讀者未滿十八歲而製作、創設、銷售、或架設電訊設施、傳送任何猥褻或低俗不雅的評論、建議、提案、要求、圖像或其他內容，處有期徒刑或易科罰金³²。

²⁸ U.S.Const.amend.I.

²⁹ 其他相關重要內容請參詳本論文第四章部分之論述。

³⁰ Telecommunications Act of 1996 ; 47U.S.C.§223 et.seq.

³¹ 請參見謝名冠撰，網路犯罪之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，2000/07，頁 159-161。

³² 原文為” Section 223 (47 U.S.C. 223) is amended—

(B) by means of a telecommunications device knowingly--(ii) initiates the transmission of, any comment, request, suggestion, proposal, image, or other communication which is obscene or indecent, knowing that the recipient of the communication is under 18 years of age, regardless of whether the maker of such communication placed the call or initiated the communication”.Communications Decency Act , Enacted by the U.S.

二、利用互動電腦網路，將描繪或敘述性或排泄行為或器官，在現行社會標準下明顯侵略性之評論、建議、提案、要求、圖像或其他內容加以傳送、展示或供給未滿十八歲之未成年者，無論其為仲介或經營該項資訊服務³³。

三、知情利用電訊設施供給上開猥褻或低俗不雅資訊者，處罰金及兩年以下有期徒刑³⁴。網路上之資訊提供者，在下列所示之情形下，得免責：

- (1) 網路業者已盡善良管理人之注意義務，防止未成年人接近使用線上內容³⁵。
- (2) 業者使用信用卡或帳號、密碼以過濾未成年人³⁶。

Congress on February 1, 1996.

<http://www.epic.org/cda/cda.html>.2003/02/21 查閱。

³³ 原文為”Section 223 (47 U.S.C. 223) is amended—

(d) Whoever--(B) uses any interactive computer service to display in a manner available to a person under 18 years of age ,any comment, request, suggestion, proposal, image, or other communication that, incontext , depicts or describes, in terms patently offensive as measured by contemporary community standards, sexual or excretory activities or organs, regardless of whether the user of such service placed the call or initiated the communication.” Communications Decency Act , Enacted by the U.S. Congress on February 1, 1996.

<http://www.epic.org/cda/cda.html>.2003/02/21 查閱。

³⁴ 承上，原文為” (2) knowingly permits any telecommunications facility under such person's control to be used for an activity prohibited by paragraph (1) with the intent that it be used for such activity, shall be fined under title 18, United States Code, or imprisoned not more than two years, or both.”

³⁵ 原文為” has taken, in good faith, reasonable, effective, and appropriate actions under the circumstances to restrict or prevent access by minors to a communication specified in such subsections, which may involve any appropriate measures to restrict minors from such communications, including any method which is feasible under available technology”Communications Decency Act , Enacted by the U.S. Congress on February 1, 1996.<http://www.epic.org/cda/cda.html>.2003/02/21 查閱。

³⁶ 原文為” has restricted access to such communication by requiring use of a verified credit card, debit account, adult access code, or adult personal identification number.” Communications Decency Act , Enacted by the U.S. Congress on February 1, 1996.

- (3) 由政府制訂合理、有效而適當之尺度，業者依其標示而分級提供給網路使用者。

第二項 通訊端正法遭受違憲控訴的理由

於 *Reno v. ACLU*³⁷ 一案中，美國聯邦最高法院認為認為 CDA 法案中部分條文的用語過廣，可能因此剝奪網路上其他資料的流通，而判定違反憲法第一修正案關於言論自由保護之規定。本案之主要爭執點乃在法律本身對於猥褻或低俗不雅之定義不明，且失之過廣，嚴重違反比例原則並威脅言論之自由發展。嗣於一九九七年六月美國聯邦最高法院判決上開法案宣告無效。主要理由為³⁸：

第一款 「猥褻」一詞定義模糊

所謂猥褻、低俗不雅之資訊，難以具體特定其界限及範圍，雖該法曾提出以當時社區標準（temporary community standard）來判斷，明顯令人感覺不悅，但何謂低俗不雅，其語義十分模糊，且只要在網路流通之任何涉及情色之資訊，不論其是否具備其他正當之藝術價值，極可能被判定是低俗不雅，而需受刑罰之制裁，顯已失之過苛。

第二款 違反比例原則

固然維護未成年人之身心，係法律上應保護之對象，但是除了刑事制裁手段外，網路透過濾軟體及分級制，亦能達此目的，如為保護未成年人之理由，未經嚴格之合理設計，即以不確定之法律概念，使成年人處在言論可能違法之恐慌中，造成其言論自由之限制，有違比

<http://www.epic.org/cda/cda.html>.2003/02/21 查閱。

³⁷ *Reno v. ACLU*, 521U.S.844 (1997)。

³⁸ 請參見蔡宗賢撰，電腦犯罪防治的發展趨勢---以美國為重心，中國文化大學美國研究所碩士論文，1998/07，頁 102-108。

例之原則。

第三款 其與傳統之廣電媒體性質不同

網路唯一新興之傳媒，聯邦最高法院在 FCC v. Pacifica Foundation 案件中，對廣電媒體固曾指出：由於廣播電視本身屬於影響層面極深且廣之媒體，並且是一般未成年容易接觸之資訊管道，所以政府得以採取管制措施，要求業者將粗俗之節目，安排在特定深夜時刻播出，但網路與傳統之廣電媒體性質上仍有不同，故上開對廣電媒體言論之限制，對於網路並不當然適用。

一九九七年六月二十六日，美國聯邦最高法院對於通訊端正法做成判決，以七比二之多數，形成了通訊端正法之判決。最高法院表示「傳播猥褻資訊」(indecency transmission) 和「明顯違犯」(patently offensive) 條款的用語過於模糊，認定的範圍可能會過廣，剝奪了美國憲法第一修正法保障民眾言論自由 (the freedom of speech) 的基本權利。再者，通訊端正法除了欠缺明確性之外，雖然其基於保護青少年免於接觸有害之資訊，而具有利益，但通訊端正法卻因此限制了成年人基於憲法所賦予寄發以及接收資訊的權利。故聯邦最高法院認為，若有其他的方法可以達到通訊端正法對成年人資訊所加諸的負擔即係不可容忍，而由於現行可以就現有的軟體或其他科技設備與相關制度來管制色情資訊，因此通訊端正法所採取的手段即非唯一合適之手段。

通訊端正法的被宣告違憲，並不代表在網路上傳輸任何形態的內容都是合法的。只是代表保護青少年的同時，也要注意其他基本的人民權利，其手段是否適當，是否已經逾越了必要程度。因此，我國若要以法律來限制人民之自由，除了考量憲法針對人民之基本權利之保障，與憲法第二十三條要件之限制，需符合上述情況所制訂的法規，才不會與憲法基本權利保障之精神相牴觸³⁹。

³⁹ 請參見錢世傑著，網際網路色情資訊防範措施之相關問題探討，全國律師，

第四節 小結

法治國的真意在於，法律的制訂必須有正義的基礎，有正當性的根源。國家權力發動的法律依據是否正當，在一個自由開放的社會，必須允許討論、辯證與嚴厲的批判。經過辯證，如果察覺國家權力的發動是錯誤的，此權力必須撤除。這個法治國原則，是自由主義的產物⁴⁰。

自由主義從近代西方人文思想孕育而出，珍視個人尊嚴，堅信自由與人權是人類社會不可或缺的價值，是一種關於政治權力的原則。自由思想，對現代人來說，表示在法治下得到保護而不受干涉；對古代人來說，意味著享有某種參與集體決策的權利。自由主義的特徵是⁴¹：

- 第一、個人主義 (individualism)，亦即斷定個人相對於任何社會集體的要求，都具有道義上的首要性。
- 第二、平等主義 (egalitarianism)，一切人皆具有相同的道德地位。
- 第三、普遍主義 (universalism)，肯定人類種屬上的同一性。
- 第四、向善主義 (meliorism)，肯定所有社會制度和政治安排都可以得到糾正和改善。

依照二十世紀的古典自由主義學者波普 (Karl Popper, 1902-1994) 的自由觀念，國家限制人民的自由，必須侷限在「防止災難發生」。唯有如此，才能保障個體性得到最廣泛的表現。套用在刑法的規範上，凡不對社會或其他人製造災難的行為，刑罰不可以使用⁴²。現代意義的自由思想給予國家干涉人民基本權利更多的藉口，且還受制於功利主義的影響，以區辨善惡為主要內容的倫理學，英美的主流意見是訴諸經驗。凡可以提供愉快的情感經驗的行為，是善的

1998/11，頁 31。

⁴⁰ 請參見林東茂著，同註 16，前揭文，頁 9-10。

⁴¹ 請參見林東茂著，同註 16，前揭文，頁 12-13。

⁴² 請參見林東茂著，同註 16，前揭文，頁 15-16。

行為；相反的，製造不愉快情感經驗的行為，即為惡行。這種判斷標準不僅用以區別個人行為的善惡，也用以評價國家措施的善惡，這種思想傾向，稱為功利主義⁴³。

對於成年人間在網路上散布、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或進而達成性交易、網路色情（如刊登色情圖片等）而言，縱然這些與一般社會大眾的倫理道德觀相違，但是不能只為了滿足社會多數人的情感，追求功利或實效而發動國家權利。只有在為了防止災難發生的條件下，才有發動國家刑罰權的理由。我國實務針對在網路上散布、播送或刊登促使人為性交易之訊息者，所援引的兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定，其刑責乃為五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金，更甚於刑法第二百二十七條行為人實際與幼年男女為猥褻行為之處罰，此顯然已違憲法上的比例原則。國家發動刑罰權，不可以把人當成工具，一種追求為抑制網路性交易氾濫目的之工具。處罰一個人，甚至處死一個人，不是為了滿足社會大眾的情感，不是殺雞儆猴，也不是防衛一個虛擬的集體被害情境⁴⁴。

由於法律和文化或風俗在本質上即應有一明確的界定。所謂「文化」或「風俗」，本就是因人而異的評價。文化，在於表彰人類生活值得稱許的事物；風俗，在於表達人類某社會對行為之形象觀；而法律則是在界定人與人間行為的規則。如將三者混為一談，則不可避免的，可假借或歸類文化或風俗為「國民價值之保護」或「惡性情操之顯現」等字眼，而將原本是文化或風俗的事務「轉換」成法律保護客體（即法益）的內涵。如此求出的「法益質」，由於僅是某些人的好惡評價，缺乏客觀「明確性」，自不得認其為刑法的法益概念⁴⁵。

道德與法律規範內涵間，確實有很多相同因子；從法律的歷史發展過程，也可從道德法中找到一些根源，特別是刑法。刑法乃最低標準之道德規範，較諸其他法律，刑法與道德具有較密切的關係，因為

⁴³ 請參見林東茂著，同註 16，前揭文，頁 16。

⁴⁴ 請參見林東茂著，同註 16，前揭文，頁 25。

⁴⁵ 請參見陳志龍著，同註 10，前揭書，頁 68-69。

刑罰規範並非立法者隨心所欲而制訂的行為規範，為數不少的刑法規範均源自於道德規範。但人為立法與道德法兩者間的性質、目的畢竟不是完全一致，表現在規範的要求上，也未必相同⁴⁶。

故我國處罰「性交易」之目的大致上是為求保護國民道德觀及維護社會善良風俗。本文認為，刑法乃在保護具體的法益被侵害時，國家以刑罰權作為制裁之手段，然而，保護之法益避免過於抽象，否則易侵害憲法二十三條所保障人民之基本人權。刑法規範是以人的行為作為規制之對象，雖然刑法不宜過份介入社會倫理或個人道德領域，然，法律乃是最低限度的道德，在維持社會秩序之必要範圍內，亦有其必要。但因侵害法益行為態樣違反社會倫理之程度高低不同，須規定刑度不同之處罰。所以於社會秩序維護法第八十條訂有處罰提供性服務者之規定，但性質上仍屬於行政罰。

⁴⁶ 請參見劉文仕著，現代刑法規範內涵的道德結構，收錄於氏著，刑法類推與司法造法，學林文化事業有限公司出版，2001/12，頁 96。

第四章 從美國實務觀察網路言論自由之保障

現實世界裡的憲法言論自由保障原則，在網路世界裡已經遭逢前所未有的嚴酷挑戰，如何透過適當的網路內容規範模式，使憲法保障言論自由的真意不至於在網路世界裡萎縮於無形。從美國這個網路先驅國家的經驗著眼，我們不難發現網路色情的爭議同樣喧騰已久，尤其是近幾年來接二連三的相關網路事件，出現之後，更是對此一爭議產生了相當程度的加溫作用。本章節藉由探討美國 CDA 法案遭聯邦最高法院宣告違憲之一事，說明保護網路言論自由之界限，其判決之見解不僅宣示國家對於保障人民言論自由之重視，此外，更影響了日後美國 COPA 法案 (Child On-Line Protection Act, 簡稱 COPA) 及兒童色情防制法 (Child Pornography Prevention Act, 簡稱 CPPA) 亦遭違憲宣告之命運。將美國實務對於網路言論自由之見解，作為日後我國對於兒童及少年性交易防制條例第二十九條修正之參考。

第一節 概述

美國所經歷的網路色情爭議，其範圍不僅限於我們在現實生活中所討論多時的言論自由界限問題，以及未成年人到底應該接受何種類型的網路資訊，應該接受何種程度保護的問題。以美國所審定的判例來探討色情言論限制的發展。源自於對色情導向行為之規範的無力感，法院對於猥褻與色情行為的界定著重於下列三項要件¹：

- (1) 反社會的行為 (antisocial conduct) 本質，

¹ 請參見林瑞發著，言論自由與兒童網路色情，靜宜人文學報第 13 期，頁 15-16。

- (2) 公然淫亂的色慾意圖 (patent intention and interest),
- (3) 違反當時的社會標準 (contemporary community standard)。

低價值言論自由的內容基礎檢驗,除了缺乏嚴肅的神學、經濟、政治、科學和藝術等價值外,其他如社會道德價值和家庭隱私等,也都是色情猥褻言論所需規範的言論內容。

猥褻色情言論因其對社會秩序和道德禁忌的挑戰,常受到社會的貶抑及排拒,在引發生理與心理激憤狀態的色情言論刺激,究竟為藝術或色情,會因人而異產生不同的效應,單純對內容基礎的空白檢驗是否就能達到判定其言論保障的目的,難有定論,故依舊須回歸到法律以個案 (case by case) 確認的方式,來達成檢視是否為色情言論和可否受言論保障的程度。

色情的侵害可包括,直接參與色情出品的成員、無辜而間接性犯罪的受害者,和因為透過社會情境而被傳達的歧視和非法行為都可能造成的傷害。但即使透過心理學、社會學和犯罪學所蒐集的證據和研究發現,都很難肯定其中的因果關係。色情猥褻言論所傳達的訊息,為因應法律的規範,也逐漸以內容、訊息、情緒、說法、觀點和理念等言詞來替代既有的詞彙,以符合內容基礎限制的言論保障原則,但單就猥褻色情言論的起源而言,法律的規範關係可能只存在於猥褻色情言論表達者與消費者之間而已,政府的事前審查或許為多此一舉。

純以社會道德進行審視並非為禁止猥褻色情言論的萬靈丹。道德規範與法律規範之間的差異性,使得言論的內容難以完全的受到拘束。此外,道德規範本身的模糊性和地域性,尤其是猥褻色情認定的主觀性和複雜性,更加深了判定結果的困難度。因此,就連最基本的公然違犯 (patently offensive) 的客觀性,也難以清楚的界定²。

在近來的美國法院案件中最引起爭議的,乃為法院特別注重通訊

² 請參見林瑞發著,同註1,前揭文,頁20-21。

端正法 (Communication Decency Act 1996) 在合憲議題中之不雅通訊及公然違犯等要件。在引用通訊端正法來加以約束此種以言論空白內容基礎為檢驗標準的過程中，卻發現想要保護兒童不受低俗不雅 (indecent) 和明顯違犯 (patently offensive) 言論的侵犯，實為不易之事。

低俗不雅之傳播與明顯違犯是通訊端正法的訴求重點，同時亦為 Reno v. American Civil Liberties Union 案件之爭議所在。該法主要目的在於保護兒童免受網路猥褻色情言論之侵害，然而國會在立法通過後，卻使法院適用時多所得咎。首先便是在低俗不雅之傳播與明顯違犯要件的定義過廣，並且侵害憲法對言論自由的保障。在該法案通過後不久，檢察總長 Janet Reno 質疑通訊端正法對言論自由在兒童保護限制的合憲性，便引發了更長期的論戰³。其中以不得以嚴格檢視 (strict scrutiny) 來規範內容基礎審視的言論自由，不得從嚴認定 (narrowly tailored) 足以妨害兒童的猥褻色情材料⁴，同時可能侵害非商業目的之色情言論的自由表達⁵。

第二節 美國 CDA 法案宣告違憲之一案

要從 CDA 引起爭議的條文⁶，探討網路言論自由問題⁷，不免必須

³ 請參見 ACLU v. Reno, 929F.Supp.824, 826-827, 1996.

⁴ 請參見 ACLU v. Reno, 929F.Supp., Chief Judge Sloviter, pp.855-857, 1996.

⁵ 請參見 ACLU v. Reno, 929F.Supp., Judge Dalzell, pp.878-879, 1996.

⁶ 具有爭議的 CDA 條文原文重要部份如下：....

(a)Whoever—

(1)in interstate or foreign communications.....(B)by means of a telecommunications device knowingly—

(i)makes, creates, or solicits, and

(ii)initiates the transmission of, any comment, request, suggestion, proposal, image, or other communication which is obscene or indecent, knowing that the recipient of the communication is under 18 years of age, regardless of whether the maker of such communication placed the call or initiated the communications;

(2)knowingly permits any telecommunications facility under this control to be used for any activity prohibited by paragraph (1) with the intent

簡單回顧美國對於具有猥褻性質 (obscene) 與色情 (pornography) 內容的言論與資訊所採取的立場。根據美國聯邦最高法院的見解，具有猥褻性質或者以兒童為色情描繪內容 (child pornography) 的資訊內容或言論，屬於低價值的言論 (low-value speech) 中受到最少保障的言論類型，政府對於此一類型的言論採取規制措施，難謂有違反憲法言論自由保障的問題⁸。值得注意的是，有關色情與猥褻性言論或資訊的判斷，所涉及者往往是極為細微的差異，並非所有的「色情」資訊或言論，都可以被判定為屬於「猥褻」的資訊或言論，不受

that it be used for such activity, shall be fined under Title 18, or imprisoned not more than two years, or both.

47 U.S.C.A. 223 (a) (Supp. 1997) .

Whoever—

(1) in interstate or foreign communications knowingly—

(A) uses an interactive computer device to send to a specific person or persons under 18 years of age, or

(B) uses any interactive computer service to display in a manner available to a person under 18 years of age, any comment, request, suggestion, proposal, image, or other communication that, in context, depicts or describes, in terms patently offensive as measured by contemporary community standards, sexual or excretory activities or organs, regardless of whether the user of such service placed the call or initiated the communication; or

(2) knowingly permits any telecommunications facility under such person's control to be used for an activity prohibited by paragraph (1) with the intent that it be used for such activity, shall be fined under Title 18, or imprisoned not more than two years, or both. 47 U.S.C.A. §23 (d) (Supp. 1997) .

另外，在 §23 (e) (5) 中，CDA 還規定：如果散佈其規範範圍內之網路資訊者已經採取要求使用經過查證有效之信用卡、扣帳帳戶，或者其他透過軟體、密碼等方式檢證要求取得色情資訊者是否已達成人年齡的措施，則不在處罰範圍之內。See 47 U.S.C.A. §23 (e) (5) (A) (Supp. 1997) . 若提供網路資訊者已經基於善意，提供合理、有效且適當的措施，以防止未成年人接近取得網路色情資訊者，亦同。See 47 U.S.C.A. §23 (e) (5) (A) .

⁷ 關於此部分詳細中文資料請詳見劉靜怡著，誰怕網路色情言論自由、資訊科技與女性主義的三邊對話，

<http://www.law.ntu.edu.tw/TaiwanLawSociety/cyl.doc.2003/01/24> 查閱。

⁸ 根據美國聯邦最高法院所採取的審查標準與傳統見解，猥褻性質的言論不受言論自由保障。See, e.g., Paris Adult Theatre I v. Slaton, 413 U.S. 49 (1973); see also New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982) .

憲法言論自由之保障⁹。

根據美國聯邦最高法院的看法，基於保護未成年人身心健康的理由，政府可以在合理的範圍內，針對不具有猥褻性質，但內容已達低俗不雅程度，不適宜未成年人接受的言論或資訊出現在廣電媒體上或者其他公開展示場合的情況，予以規制，不過，此等規制措施必須以不限制成年人取得上述粗鄙不雅資訊的言論自由權利為前提，亦早為聯邦最高法院所肯認¹⁰。如果政府基於保護未成年人的理由，對低俗不雅但不構成猥褻的資訊或者言論內容進行規制。而其所採取的規制措施已經造成即使連成年人應該可以接收或取得的言論或資訊內容，也只限於適合未成年人接收或取得的資訊範圍內時，則此類規制措施往往會遭到被判定為違憲的命運¹¹。

Reno v. CDA 此一判決是美國聯邦最高法院首度針對網路法律問題提出見解，此一多數判決意見，並且有七位大法官 Stevens、Scalia、Kennedy、Souter、Thomas、Ginsburg、以及 Breyer 加入聯署意見。

第一項 代表美國政府提出上訴的聯邦司法部 (The Department of Justice) 之陳述

根據 Miller v. California¹² 此一判決，猥褻性的資訊或言論除

⁹ 有些具有色情性質的資訊或言論，本質上可能僅屬於低俗不雅 (indecent) 的色情言論或資訊 (non-obscene sexual speech)，仍然應該受到言論自由的保障，則是美國聯邦最高法院向來所採取的見解。See, e.g., Sable Communications of California, Inc. v. FCC, 492 U.S. 115, 126 (1989) (此一判決判定限制色情服務電話的規制措施為違憲)。

¹⁰ See, e.g., Ginsberg, 390 U.S. at 629.

¹¹ See, e.g., Denver Area Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC, 116 S. Ct. 2374, 2837-38 (1996); see also Butler v. Michigan, 352 U.S. 380, 383 (1957).

¹² 93 S. Ct. 2607 (1973).

了必須是整體觀察下 (taken as a whole) , 訴諸一般人的淫慾 (prurient interest) , 並且欠缺嚴肅的文學、藝術、政治或者科學價值者¹³ (lacks serious literary, artistic, political, or scientific value) , 方屬該當。CDA 所採的定義, 與 Miller 案所建立的定義標準相較之下, 無模糊之嫌。

除了立法用語過於模糊 (vague) 致使網路使用者隨時必須猜測自己的網路行為是否有觸法之虞外, 發表網路言論或傳送網路資訊者, 必須採取何種程度的措施, 才可能符合 CDA 的要求, 也是本案的另一爭執焦點所在。聯邦司法部主張, 由於目前許多電腦軟體都已經具有標示 (tag) 網路資訊內容的功能, 也就是說低俗不雅的言論或資訊內容可以透過軟體的作用被篩選出來, 現實上是屬於可行的規制手段, 所以 CDA 並無規制手段不合理而導致涵蓋範圍過廣的問題可言¹⁴。

其次, 聯邦司法部主張既然 CDA 只適用於明知接收資訊者為十八歲以下的未成年人的情況, 也不處罰在傳送網路資訊前透過信用卡資料等認定資訊接收者年齡者, 所以, CDA 不應該被認定為違憲¹⁵。

第二項 多數大法官之判決見解

首先, John Paul Stevens 大法官說明 CDA 與 Ginsberg v. New York 必須加以區別之處, 在於 CDA 沒有將決定何種資訊適合於未成年人的決定權交到未成年人的父母手中, 與 Ginsberg v. New York 案的情形的確大有不同¹⁶。在此一判決中, 大法官 Stevens 作出此一判決的核心: 「不容否認地, 我們已經一再地表明在保護兒童免於具有傷害作用的資訊影響方面, 政府的確有其正當利益可言。可是, 此一政府利益卻不能作為正當化以非屬必要的方式, 廣泛壓制傳播給成人的資

¹³ Id. at 2615.

¹⁴ Id. at 2349.

¹⁵ Id. at 2348.

¹⁶ Id. at 2329-30.

訊的作法。」¹⁷

Ginsberg 案確立了有關對未成年人身心健康有害的資訊之認定標準，亦即該判決認為系爭色情資訊必須是對於未成年人而言完全不具有任何可取的社會價值（utterly without redeeming social importance for minors），方得禁止之；相對地，CDA 對於網路上的猥褻性言論或資訊所採取之規範手段，顯然未能符合此一認定標準。根據聯邦最高法院的判決歷史，媒體本身的定性與分類，往往是決定其應該受到何種程度之言論自由保障的主要關鍵所在¹⁸。在本案中，聯邦最高法院明顯採取了拒絕將廣電媒體的模式適用到網際網路上的立場。

從聯邦最高法院有關言論自由的判決歷史來觀察，我們不難發現早在一九七八年，所謂「低俗不雅」的言論，即已出現在美國聯邦最高法院的判決中。在 FCC v. Pacifica Foundation¹⁹ 中，聯邦最高法院即已針對廣電媒體的內容管制，正式提出見解。

大法官 Stevens 指出聯邦最高法院過去針對低俗不雅的言論所作出的判決，與本案所涉及的網際網路內容，應該有所區別。其指出：Pacifica 案所涉及者，乃是影響層面深遠（invasive）的廣電媒體，而基於其使用有限資源的頻道之特性，自其出現以來，廣電媒體向來受到比較嚴格的政府管制²⁰。此外，就有線電視而言，其所牽涉到的資源有限性問題，雖然不若傳統的廣電媒體來得嚴重，但是其仍應受

¹⁷ 117 S. Ct. 2346.

¹⁸ See, e.g., Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969); Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974); FCC v. League of Women Voters, 468 U.S. 364 (1984).

¹⁹ Pacifica Foundation, 438 U.S. at 726. 在此一判決中，聯邦最高法院強調：由於廣播電視本身屬於影響層面既深且廣的媒體，並且是一般未成年人十分容易接近利用的資訊取得管道，所以政府可以採取規制措施要求廣電業者將低俗不雅的節目安排在某些特定的晚間時段播出，以避免未成年人觀賞，此一規制作法尚屬適當。

²⁰ See, e.g., FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726 (1978); Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969); CBS, Inc. v. Democratic National Committee, 412 U.S. 94 (1973).

到相當程度的規範²¹。不過，根據 Stevens 大法官的看法，上述廣電媒體與有線電視的特性，都不存在於網際網路上；職是之故，廣電媒體與有線電視的規範模式，不見得應該直接適用到網際網路的規範上。

Stevens 大法官進一步指出：雖然在一般廣電媒體與有線電視情形，到底低俗不雅的言論或資訊之定義為何，以及應該受到何種規範，透過聯邦最高法院判決意見的澄清與累積，相當程度而言似乎已經相當明確，但是，在本案所涉及的網際網路內容規範方面，上述所謂的「低俗不雅」言論或資訊的定義，卻可能顯得相當模糊(vague)，其主要理由如下：首先，CDA 所使用的兩個主要用語，亦即「低俗不雅」(indecent)，以及以描寫「性交行為或性器官」(sexual or excretory activities or organs)為主的「以當時社區標準來判斷，明顯令人感到不悅」(patently offensive taken "in context" and "measured by ontemporary community standards")兩個用語，未有明確之定義，是 CDA 被判決為違憲的致命傷所在。

其特別指出：CDA 甚至根本沒有規定就整體加以判斷，欠缺嚴肅的文學、藝術、政治或科學價值者，方屬所謂猥褻的言論或資訊內容，等於根本否定了「猥褻」與「低俗不雅」兩者定義方面的差異在判斷某一網路資訊或言論應該受到言論自由保障方面應該扮演有意義的角色。CDA 中所設定的規範標準，與聯邦最高法院在 Miller v. California 案所建立判斷基準相較之下，顯得非常模糊，根本不可能通過違憲審查。此一定義問題之所以值得討論，主要原因在於其往往是判斷應該以何種社區標準認定某一網路內容或資訊是否應該受到言論自由保障的關鍵。而定義與標準不清的弊病，則是可能導致網路言論發表者或資訊傳送者產生混淆，進而由於懼怕受到 CDA 的處罰而心生恐懼，導致其不敢發表演論或傳送資訊的後果。

此外，CDA 本身是透過刑法制裁的方式規制網路內容，非 Denver

²¹ See, e.g., Turner Broadcasting v. FCC, 114 S. Ct. 2445 (1994); Denver Area Telecommunications Consortium, 116 S. Ct. at 2837-38.

案中所涉及之民事法規可以比擬者，刑法制裁對於網路言論發表者而言，則是具有更強的嚇阻效果，因此，在違憲審查方面，CDA 此一刑事法規應該接受比較嚴格標準的審查²²。

亦即，從言論自由保障的基本原則著眼，如果某一特定政府規制措施的確是為了達到保護未成年人身心健康此一極具重要性的利益（compelling interest），而其所採取的規制手段也經過合理的設計，立法內容明確，不至於產生使不具有猥褻性質且適合成人接收取得的資訊大幅萎縮的寒蟬效果（chilling effect）者，才能夠通過合憲的審查。

就網際網路現存的各種運作實況，例如新聞群組（Usenet）、電子郵件通訊名單（mailing lists）以及各種網頁（webpages）來說，本質上都具有成千上萬人可以取得其資訊的狀況，而這些潛在的資訊接收者的真正身分，很少是發表言論或傳送資訊者所知悉的。此一 CDA 之適用範圍可能涵蓋所有的網際網路傳播通訊模式的情況²³，是 Stevens 大法官多數判決意見書認定 CDA 違憲的主要考量背景之一。

詳言之，Stevens 大法官最終認為 CDA 規範範圍過於廣泛的理由有三：

- 1、針對所謂軟體標示功能的說法，其認為究諸實際狀況，透過電腦軟體的輔助達到標示網路資訊內容的目的，目前在技術上還不是完全可行的作法²⁴。
- 2、從網路傳播通訊的特性來看，發表網路言論或傳送網路資訊者，根本無從一一檢查每一個接收資訊者的年齡，確定其是否已經成年²⁵。
- 3、上訴人聯邦司法部所提出透過以檢查信用卡資料等方式確認資訊者年齡的作法，即使對網路商業業者而言是一種可行的

²² Reno, 117 S.Ct. at 2344-45.

²³ Id. at 2334-37.

²⁴ Id. at 2348-49.

²⁵ Id. at 2350.

作法，對於絕大多數不具有商業營利性質的一般網路使用者而言，則是根本毫無效率的無理要求。

簡言之，Stevens 大法官堅持 CDA 此一法律所涵蓋之範圍過廣，就網路現狀而言，是無法徹底執行的。

第三項 少數法官之判決見解

大法官 Rehnquist 和 O'Connor 兩位所提出少數意見書，由 O'Connor 大法官所執筆，對於多數意見書的見解，提出部份贊同與部份反對的看法。本判決之少數意見書，對網路世界進行分區管制的主張，顯然具有相當程度的吸引力。O'Connor 大法官在少數意見書中表示：CDA 唯一可以被判定為違憲之處，在於其規制方式限制了一般成年人原可接觸取得的網路資訊²⁶。但是，上訴人所提出的 CDA 乃是對網路世界進行分區管制的主張和理念，則是值得贊同的²⁷。

O'Connor 大法官首先指出：細究 CDA 的規範目的，事實上只是國會想要透過「分區管制」的方式，在網際網路上創造出只適合成人進出的「成人區」(adult zones)，而觀諸聯邦最高法院過去所作成的判決，此種分區管制的規範手段，在憲法層面上應該是可以被允許的²⁸。其引用許多州禁止未成年人進入色情電影院、成人書店、酒店、酒吧和其他成人娛樂場所的法律規定，藉以說明其認為實施分區管制的法律，在滿足以下兩種條件時，應該被判定為合憲有效的見解：

- 1、此一分區管制之規範手段不會不當地限制成年人接近取得色情或猥褻資訊；
- 2、對於未成年人而言，其在憲法上不得主張其基於未成年人的身份，具有閱讀或瀏覽色情或猥褻資訊的言論基本自由權利²⁹。

²⁶ Id. at 2353.

²⁷ Id. at 2352-53.

²⁸ Id. at 2351.

²⁹ Id. at 2352-53.

針對這兩個基準，O'Connor 大法官指出：以一九九七年的網際網路現狀而論，CDA 的確無法通過上述第一個條件的檢驗³⁰，亦即 CDA 保護未成年人的作法，的確限制了成年人取得色情網路資訊的權利。可是，另一方面，就第二個條件而言，O'Connor 大法官則認為：既然未成年人不可主張取得色情與猥褻性資訊的言論自由權利，則 CDA 所採取的規範手段，應該可以被評價為禁止未成年人取得上述資訊的必要手段³¹。

O'Connor 大法官的少數意見書中相當值得注意的是其認為網路世界是一個可以進行分區管制 (zoneable)，但目前尚未實施此一規範體制的世界³²。其亦承認資訊科技本身目前的能力尚無法達成百分之百分區管制的阻絕效果，但卻也同時主張依照資訊科技目前樂觀的發展現狀來看，有朝一日，透過資訊科技的運用，在網路世界中設置路障、辨識使用者的真實年齡與身分，讓網路世界更接近於已經實施分區管制措施的現實世界，甚至規劃出比現實世界的分區管制更為完善的分區管制架構，應該是可以期待的³³。

第三節 美國 COPA 法案宣告違憲之一案

美國聯邦最高法院於一九九七年六月六日，裁定 CDA 法案違反第一修正案對言論自由保障之規定³⁴，美國國會為了有效規範網路言論，針對最高法院對 CDA 法案之意見加以參考修正，於一九九八年十月立法通過 (Child On-Line Protection Act，簡稱 COPA)。ACLU 卻馬上在賓州東區聯邦地方法院提出控訴，在 ACLU v. Reno () 本案例中，指責 COPA 法案也違反第一修正案對言論自由保障之規定，要求美國政府不得執行 COPA 有關規定。

³⁰ Id. at 2353, 2354, 2355.

³¹ Id. at 2356-57.

³² Id. at 2353-54.

³³ Id. at 2354-57.

³⁴ 關於此部分詳細中文資料請參見余依婷、鄭慧文、法治斌合著，從 ACLU v. Reno () 看美國如何管制網路色情言論，資訊法務析透，1999/10，頁 26-47。

第一項 The Child On-Line Protection Act (網路兒童 保護法案)

CDA 法案被最高法院裁定違憲後，國會即針對大法官之意見，對於之後的 COPA 立法草案加以修改，並特別針對必須加以管制之言論特性仔細著墨，以「對未成年人有害之事物 (materials that is harmful to minors)」之一詞，其定義詳列於 47 U.S.C.231 (e)(2) (B):「任何具有猥褻意味之傳播、照相畫片、影像、圖文檔案、文章、錄音、寫作素材，及符合下列標準者，均為對幼童有害之事物。此標準包括：

- (A) 當普通人根據現有的群體標準來審視特定事物的整體性時，若認為其對幼童具有引發淫亂感之特性，則此特定事物視為有害。
- (B) 若特定事物以相當冒犯幼童的方式，將實際、虛擬、正常、或變態之性行為或性動作加以凸顯、描繪、或展現者，或將人體的性器官或女性胸部以淫盪穢亂方式展現者，則此特定事物視為有害。
- (C) 從整體的眼光審定特定事物對幼童的影響時，若缺乏文學、藝術、政治、科學等層面的重大價值。則此特定事物為有害。」

根據 47 U.S.C.231 的規定，網路兒童保護法案的要點如下³⁵：

第一款 禁止性行為 (Prohibited Conduct)

事前預知特定資料性質、且欲藉由網路商業行為散播此等特定資料者，當此特定資料將對未成年幼童造成傷害，因此一網站商業行為將使得未成年幼童得以有機會接收有害資訊時，得處五萬美金以下罰

³⁵ H.R.3783, 105th Congress 2D Session. 引註自余依婷、鄭慧文、法治斌合著，同註 34，前揭文，頁 28，註 5。

金、六個月以下有期徒刑或兩者併科處分。

第二款 故意違反 (Intentional Violations)

違反前項之罪者，除依前項規定處罰其行為外，對該行為人每次犯行亦須處以五萬元美金以下罰金，並按天數連續處罰至停止前項行為止。

第三款 民事處罰 (Civil Penalty)

違反前兩項規定之罪者，除依前兩項規定處罰其行為外，對該行為人每次犯行亦須處以五萬美金以下罰金，並按天數連續處罰至停止前項行為止。

若將最高法院對於不雅言論判定的三項標準，及 COPA 有害言論的三項定義加以比較，可以發現其最大差異在於「現行法律之定義 (specifically defined by applicable state law)」，亦即 COPA 並無此一限制。就 COPA 的立法精神而言，其所欲管理之對象乃是內容為主的表意，因此必須接受嚴格的檢視規範，在此審核前提之下，COPA 存在著可能擴大適用的空間，進而發展成干擾或阻撓意見自由交換之可能性。有鑑於此，主審法官 Reed 法官認為，COPA 雖然已盡量「縮減 (narrowly tailored)」其適用範圍，但仍有擴大解釋之可能，因而違反了憲法第一修正案的精神³⁶。

我國學者認為兒童網路色情之言論自由限制在實施上尚有下列困難之處：網路管制之規範的管轄困境³⁷、網路訊息交錯的內容與速

³⁶ 賓州聯邦法院民事訴訟第 98-5591 號判決書，VI (A) (4)。ACLU v. Reno，主審法官為 Lowell A. Reed, Jr. URL: http://www.aclu.org/court/acluvreno?_pi_order.html .2003/4/25 查閱。

引註自余依婷、鄭慧文、法治斌合著，同註 34，前揭文，頁 38，註 32。
³⁷ 網際網路的管轄權是首先需要克服的問題。網路主機 (host computers) 與網路

度³⁸、網路使用者身份的不確定性³⁹、商業化色情言論的性質歸屬⁴⁰、法律規範的過廣性與模糊性⁴¹、通訊形式的本質差異和類推⁴²、網路

服務提供者 (internet service providers, ISP) 所提供的各種網路通訊管道，因為數目眾多和網絡龐大，以致造成無法或難以管轄的困境。網路貫通方法的多樣性，可同時混雜以文、圖、光、聲等形式，傳送各種資訊。其組成的溝通介面及無遠弗屆和隨手可得的虛擬空間，即時展開著多樣的內容。請詳見林瑞發著，同註 1，前揭文，頁 27-32。

³⁸ 網路色情的呈現性質各異，可以文字、圖像、交談、動畫等等不同形式加以呈現，其規範的類屬究竟以何種傳播或通訊法規適用之，亦難以分辨。是以傳統的文字平面媒體的性質對其製作之傳播圖文加以分類歸屬約束，或是以無線電視法規針對其傳播的稀有幸和有限性進行節目製作的必要審查和分級，及至於以通訊法規相縛，只能對其傳播管道加以管制和對其言論進行事後的懲罰。請詳見林瑞發著，同註 1，前揭文，頁 27-32。

³⁹ 通訊端正法雖有規範網路使用者身份認證的規章，法院卻發現竟無任何有效的方法，足以確定資訊擷取者確切年齡，雖然有人認定以信用卡有助於確認使用者的年齡，並且也較能有效的規範身份不詳的問題。但是在網路使用上特有的匿名性和移轉性，以及身份認定資料被冒用的可能性，迫使既定法令的功效大打折扣，無法有效的隔絕兒童擷取網路上的色情言論，杜絕其受不雅言論的傷害。另外，由於使用者身份的不確定性，兒童之所以接觸到網路上的色情言論可能純屬偶然，除非多數網路皆為色情網站，否則要求所有網路都加以限制，似乎過猶不及。請詳見林瑞發著，同註 1，前揭文，頁 27-32。

⁴⁰ 對於商業言論的低價值內容基礎檢驗審視與保護，然是否適用在以保護兒童的前提下，而必須進行更嚴格檢視的言論範圍之內；如果要求以信用卡支付款項和證明消費者年齡的動作在商業網站上，也許是必要的行為，但是對於非營利性質的網站，可能逼迫其關閉。然而對於言論的自由表達，確有負面的傷害。倘若令其網站也行商業化的轉變，則又可能淪為受商業目的所左右，喪失其既有言論自由的色彩。通訊端正法過度強調不雅而傷害的內容，卻未提及定義「端正」的正面意義。請詳見林瑞發著，同註 1，前揭文，頁 27-32。

⁴¹ 通訊端正法的合憲性，飽受過廣性與模糊性之苦而難以完全適用，尤其是因此所產生的定義困難，使得原有的基本法律構成要件，常須作因地、因時及形式的不同，進行內容檢視的工作，不但得重新詮釋法條的意義，甚至連既有的法理基礎都可能因此產生動搖，更容易引發前後不一的矛盾。如是無具體的配套法令，若原就為依據空白的法規，更可能造成行政機關的濫權。請詳見林瑞發著，同註 1，前揭文，頁 27-32。

⁴² 網路通訊的傳播形式雖與目前的各種媒體有所類同，卻也有不盡相同之處。同樣內容的呈現風貌，在不同的途徑、場合和呈現特質上，會產生不同的規範效果。網路圖文是使用者個人主動尋取的結果，其選擇性相當有彈性，對於色情猥褻言論的接觸，也自然難以限制，特別是在時效經濟的程度，也遠較傳統傳媒為快速且不受限制，類推援引著作出版的相關法規，殊屬不當；若引用傳播法令，視其為節目的製播，可以事先排定，按時播送，同時因為其不便提供更多說明式的平衡報導，而稍加多些限制，似乎也難指出網路傳播雖然可以事前製作，但卻因其高度的地域穿透性和時間無限延伸性，如此便無法完全進行事前審查或限制的規範，這便造成因通訊特質而發生的困境。請詳見林瑞發著，同註 1，

接觸使用者的不確定性⁴³、保護限制與正常發展的爭議⁴⁴、色情言論認定標準的歧異性⁴⁵及社會法律體制整體配合性⁴⁶問題。模糊性的使用固然可使言論失當者受到刑事的處罰，倘若能妥善適用，將有助於成為言論失當的行為人之責任，然而刑罰裁量的刑度卻依然得注意不可過度。兒童網路色情的言論自由限制，遠比傳統的猥褻色情言論議題來得複雜而難以規範，通訊端正法的施行，的確解決了當前言論保障限制的部分難題，惟，對於法理適用與構成要件的探討，及社會法律等整體考量因素，特別是關於兒童與人類成長過程的解讀和協助，執法者應充分的體認社會的現實。

前揭文，頁 27-32。

- ⁴³ 儘管有些案例如 *Ginsberg v. New York*, 390 U.S.629 (1968)，可以預先將觀眾群加以區隔，以利不同族群加以利用，特別是成人書籍特區的應用，可以針對不同的需要，提供滿意之言論內容的服務，言論的應用與解釋會隨著時空的伴隨因素而異 (contextual effect)，猥褻色情言論內容不雅的解釋與認定，也將隨之發生變異，即便是其中所謂的公然違犯，如果只是個人私下單獨的接用網路訊息，是否仍有適用的空間，都是有待釐清的論調。請詳見林瑞發著，同註 1，前揭文，頁 27-32。
- ⁴⁴ 保護限制兒童接觸在網路中有關猥褻色情的言論，固然對幼小的兒童有益，至少可以協助其遠離色情的誘惑與誤導，乃至於模仿與實施不雅的行為，但過度保護的結果，也有可能剝奪學習與成長的機會，因此無法規範限制成人利用提供此類的猥褻色情言論給兒童，以及父母用以教育子女正常發展之所需的性教育。存在於其中的方法的拙劣和不成熟，是否會產生不必要的負面效應，以及是否強加限制，亦需更明確的答案。故而公然違犯也不應以缺乏文學、藝術、政治或科學的嚴肅意義，而加以打壓。請詳見林瑞發著，同註 1，前揭文，頁 27-32。
- ⁴⁵ 使用「當時的社會標準」(contemporary community standard) 來區隔是否屬於色情言論的範疇，特別是在其主觀意慾的本質上，因此究為該以何種標準來確認言論內容基礎檢驗的標準，應該仍是在法律實務案件上的困難之處。因而造成了通訊端正法在執行方法上無可避免的瑕疵，並且危及於其合憲的法定程序之公平與合理性。請詳見林瑞發著，同註 1，前揭文，頁 27-32。
- ⁴⁶ 運用國家體制來評估與認定不雅言論內容的檢驗，如果僅是通過某些單純時間點的檢視，引用純法律的判斷，卻缺乏事實的佐證的資料，往往難以真正限制會影響兒童身心與社會道德健全發展的色情言論，不僅在網路上不當言論，就連一般傳播媒體上的色情內容所造成的傷害，恐怕也非盡職的父母或關切的社會大眾所重視和呼籲的話題，因此，在方法執行層面上的擴充與整合，才是限制網路色情言論的要務，尤其在各種不同法律所保障規範目的上，在實務執行單位的理念及作法上，應有統一的標準。請詳見林瑞發著，同註 1，前揭文，頁 27-32。

第二項 賓州聯邦地方法院對 ACLU v. Reno () 一案之

判決

ACLU 根據下列理由要求法院禁止 COPA 的施行⁴⁷：

- 1、根據美國憲法第一修正案對美國民眾言論自由之保障規定，COPA 法案規定已經明顯無效，亦無法應用於網路管制。
- 2、根據美國憲法第一修正案對美國未成年幼童民眾權利之保障規定，COPA 法案已經明顯無效。
- 3、根據美國憲法第一修正案之規定，COPA 法案不但定義含糊，且有違憲之嫌。

聯邦地方法院對於案件事實之查訪認為，傳統媒體的視聽群眾是區域性、有時限性，但是網際網路的視聽群眾卻是世界性、沒有時段差異⁴⁸。網友不論身在何處，都可以隨心所欲地進入或離開任一個網頁或網站，接觸到全世界每一個角落的特定資訊。此時，帶有色情意味的資料如文字、圖畫、聲音、影響等，可以靜態或動態的方式存在於網路空間。不論網友是否有心理準備，也不論網友的身份背景、地理位置等，都能利用網路訊息傳播方法與網友產生直接接觸。

法院對於原告指控 COPA 違憲其所檢查的標準為，最高法院於一九九七年在 ACLU v. Reno () 一案中指出：「若欲將憲法第一修正案之檢查標準應用至本案之新興媒體網路時，基本上是不合理的。」若有人認為，可將廣電媒體之檢查標準適用於網路中，即可根據最高法院之見解駁斥⁴⁹。

⁴⁷ 賓州聯邦法院民事訴訟第 98-5591 號判決書。關於聯邦地方法院對案件事實之查訪認定、兩造言詞辯論等中文詳細資料請參見余依婷、鄭慧文、法治斌合著，同註 34，前揭文，頁 28-35。

⁴⁸ Id, Joint Exhibit 3 41.引註自余依婷、鄭慧文、法治斌合著，同註 34，前揭文，頁 30，註 11。

⁴⁹ 請參見余依婷、鄭慧文、法治斌合著，同註 34，前揭文，頁 33。

第一修正案對於非猥褻的性言論表達權利給予充分的保障。因此法院認為，從管制這類言論內容之角度而言，COPA 無疑是站不住腳的，而且 COPA 也必須接受嚴格的檢視。從美國憲法的傳統意義而言，法院認為，在無法舉證說明言論管制之好處之前，政府若是欲對言論內容進行管制，則此種作法恐將會阻礙意見的自由交流，卻未必能有利於自由意見之交換。最高法院一再強調，不得把成人的言論自由權利侷限於與兒童同一標準的範疇。

第三項 COPA 法案被裁定違憲之理由

言論自由基礎理論相關學說中，最被討論的有追求真理說、健全民主說、表現自我說及安全閥說 (Safety Valve) 等，Reed 法官採與 ACLU v. Reno () 一案中與最高法院持相同的審理見解，從「自由市場理論」出發，認為 COPA 一案中「不雅言論 (Indecent speech)」與健全民主程序並無相關，同時此類「低價值言論」亦與自我實現、完成自我的宗旨目標無涉⁵⁰。儘管這類言論並無太大的社會實用價值，這一類言論仍受到美國憲法第一修正案的保障。

第一款 不符合比例原則之規定

為保護未成年人不受網路色情訊息之傷害，國會制訂的 COPA 法案對違反規定者處以每日十五萬美金罰鍰及六個月以下的監禁。法官認為以刑法起訴此種不雅言論之傳播行為是否恰當固然需要斟酌，其刑罰規定比較起其他犯罪行為或其他媒體之相同行為顯然過重，因此 COPA 之規定並不符合憲法之比例原則。

⁵⁰ 請參見余依婷、鄭慧文、法治斌合著，同註 34，前揭文，頁 41-45。

第二款 「肯定性防衛措施 (Affirmative Defenses)」造成的負擔

國會在制訂 COPA 時，提供了善意建議供網站經營者參考，以避免發表言論的網友誤觸 COPA 的刑責規定，包括：

- 1、當網友進入網站時，必須提供其信用卡帳號、成人會員號碼、成人身份認證號碼、預付卡帳號之資訊、以作為網友身份確認之參考。
- 2、網站必須提供電子認證服務，以作為辨識網友年齡之依據。
- 3、現階段任何可作為身份辨識及認證之技術，均可應用之。

然，此所謂「肯定性防衛措施 (Affirmative Defenses)」，不但無法有效幫助網友順利的發表言論，反而對言論自由發言者及網站經營者加重了相當程度的負擔。

因為這些技術提高了網路發言的門檻、網路應用技術的難度及網站經營成本的上揚，使得沒有資金、沒有技術的網友及弱勢網站經營者面臨退出網路發言市場的危機，只有懂得應用高科技及擁有巨額資金的網友或網站經營者方能加入網路發言的行列。此規定不僅背離了網際網路興起的原意，亦違反了大眾皆可使用網路的普遍性原則。

第三款 次級效應所引發的自我檢查及恐懼效應

「低門檻 (low entry barrier)」乃是一般人得以應用網路發言的主要原因，也是網際網路科技與言論自由保障權及言論管制等爭議產生密切關連性之主要原因。「接近媒體使用權⁵¹ (the right of access to the media)」，是給予一般人民使用媒體傳播管道的權利。其理論基礎主要有「健全及維護言論思想之自由市場⁵²」及「實踐平等的自

⁵¹ 所謂接近使用傳播媒體之權利，簡稱「近用權」。意指一般人得請求傳播媒體，在一定條件下，提供版面、頻道或時段，允許請求人免費或付費使用，藉以表達意見的權利。

⁵² 大眾傳播媒體乃是現代社會中最重要的公共論壇。然而限於技術與經濟因素，僅有少數人能夠擁有傳播媒體。同時也等於僅有少數人在現代社會能夠控制傳播

由權理念⁵³」。然而 COPA 法案的規定，反而阻礙了「接近媒體使用權」的實現。從另一角度觀查，「不雅言論」是針對未成年人而設立的標準，但此所謂「不雅言論」卻是成年人有權接收閱讀的資訊。以「民眾有知的權利」而言，COPA 禁止散布不雅言論的規定，及其規定所引發的次級效應，顯然違反憲法保障言論自由之規定。

此外，COPA 要求網路經營者確認網友身份及年齡，以確保其為成年人的作法，亦已構成「次級效應 (Secondary Effect)」⁵⁴。由於違反此項規定亦將遭受刑罰處分，其次級效應所引發的「寒蟬效應 (chilling effect)」也將使網友無形中減少言論發表的次數及意願，自然不符合「言論自由市場」的精神，嚴重違反美國憲法第一修正案保障言論自由之立憲原意。

第四款 管制網路色情及不雅言論之合憲尺度及不必然違憲性

從人權保障的觀點衡量各種基本權利的優先順序而言，法院現今多半採用兩種標準：一是大法官 Holmes 在 Schenck v. U.S., 249 U.S. 47, 39 S.Ct. 247 L.Ed. 470 (1919) 中所提出的「明顯而立即的危險 (Clear and Present Danger)」原則；或是大法官 Frankfurter 在 Bridges v. California 314 U.S. 252, 62 S.Ct., 203, 86 L.Ed. 213 (1941) 不同意見書中提出的「特定利益平衡 (Ad Hoc Balancing of Interests)」原則。

Reed 法官一再以「重大利益 (Compelling Interest)」一詞來說明保障未成年人不受色情或不雅言論侵害之重要性，若以「明顯而立

管道。如此可能使言論市場為少數人所寡占。給予一般人民近用權，能夠打破壟斷、活絡言論市場，提供不同的意見，以維持表現自由市場的有效運作。請參見賀祥宏編著，中華民國憲法，高點文化事業有限公司出版，2001/08，頁 2.156。

⁵³ 平等自由權保障每一個人都受到與他人一樣平等的關心與尊重，因此政府不僅應排除對個人不平等的侵害，更應積極的提供個人有「充分表達意見的機會」。唯有給予一般人民近用媒體之權利，才能夠確保每一個人都獲得相等之尊重。請參見賀祥宏編著，同註 52，前揭書，頁 2.156。

即的危險」原則來對此一觀點加以判斷，色情或不雅言論確實會對發育中的未成年人造成實質上的身心傷害，對其日後的心智生理發展造成不良影響，因此色情或不雅言論對未成年人之傷害顯屬「重大惡行 (substantial evils)」之一類，因此國會有責任在保障未成年人健康身心發展的前提下，制訂相關法律以保障未成年人的健康權。

然而就「特定利益平衡」原則的角度觀察，在「保障未成年人身心健康」與「保障人民言論自由」這兩者基本人權間，Reed 法官認為，COPA 法案過於偏重未成年人身心健康之健康權保障，因而不當侵害成年人的言論自由權，顯有「未能適當裁減」的缺失。因此國會應注意：

- 1、「最小限制手段 (the least restrictive means)」的採用：國會應該採用現實可行的其他方法，以減少網路發言者及網站經營者的技術及經濟負擔⁵⁴。
- 2、從比例原則的精神出發，訂立適當合理的懲罰方式：國會必須放棄以刑法嚴厲處分或制裁對於違反管制網路色情及不雅言論相關規定的網友及網站經營者的偏差心態，宜從符合比例原則的立場出發，修正立法策略，改採技術上及經濟上的最小限制可行手段，輔以行政罰或民事罰之規定管制，在保護兒童健康權與保障成年人言論自由權間求取平衡。

第四節 美國 CPPA 法案部分宣告違憲之一案

美國最高法院於二〇〇二年四月十六日宣告一個已經施行六年的法律違憲⁵⁵，即兒童色情防制法 The Child Pornography Prevention

⁵⁴ 如「標籤 (Tag)」及「網頁內容過濾軟體 (filtering software)」的應用，即可避免 COPA 規定之肯定性防衛措施引發的發言負荷及二次寒蟬禁止發言效應，但卻可以有效防止未成年人進入含有色情或不雅言論之網站，同時又維持成年人接收色情或不雅言論網路訊息之權利。請參見余依婷、鄭慧文、法治斌合著，同註 34，前揭文，頁 44-45。

⁵⁵ Supreme Court strikes down ban on 'virtual child porn', April 18, 2002
Posted: 1:13 PM EDT (1713 GMT)
<http://www.cnn.com/2002/LAW/04/16/scotus.virtual.child.porn/index.html>. 2003/04/17 查閱。

WASHINGTON (CNN) -- The U.S. Supreme Court Tuesday struck down a 6-year-old law that prohibits the distribution and possession of virtual

child pornography that appears to -- but does not -- depict real children.

The law had banned a range of techniques -- including computer-generated images and the use of youthful-looking adults -- which were designed to convey the impression of minors engaging in sexually explicit conduct.

The 6-3 ruling says the law violates the First Amendment guarantee of freedom of speech. The decision hands a major setback to the Justice Department and the majority of Congress in their legislative efforts to fight child pornography.

Writing for the majority, Justice Anthony Kennedy said key provisions of the Child Pornography Prevention Act of 1996 were "overbroad" and infringed on established protections of material with artistic value that does not violate community standards.

"Pictures of what appear to be a 17-year-old engaging in sexually explicit activity do not in every case contravene community standards," the court said.

"The (Act) also prohibits speech having serious redeeming value, proscribing the visual depiction of an idea -- that of teenagers engaging in sexual activity -- that is a fact of modern society and has been a theme in art and literature for centuries."

The opinion cited several artistically significant instances in which teenage sex was portrayed, including William Shakespeare's play "Romeo & Juliet," and the recent movies "Traffic" and "American Beauty." Kennedy was joined by justices John Paul Stevens, David Souter, Ruth Bader Ginsburg and Stephen Breyer. Clarence Thomas wrote a separate opinion agreeing with their conclusion.

Justices Sandra Day O'Connor, in a dissent, disagreed with much of the majority opinion, and was joined by Chief Justice William Rehnquist and Antonin Scalia.

In a separate dissent Rehnquist, backed by Scalia, strongly disagreed with the majority, saying "the computer-generated images are virtually indistinguishable from real children."

The ruling came in a case named *Ashcroft v. The Free Speech Coalition*. U.S. Attorney General John Ashcroft and President George W. Bush's Justice Department inherited defense of the law from former Attorney General Janet Reno and the President Clinton Justice Department, which had defended the law in the lower courts.

The Free Speech Coalition is comprised primarily of a trade association of publishers of pornographic materials.

Ashcroft said he was disappointed by the court's decision.

"This morning the United States Supreme Court made our ability to prosecute those who produce and possess child pornography immeasurably more difficult," Ashcroft said.

Act ,CPPA) —該法案禁止行為人擁有或展示以虛擬方式描繪兒童性行為的情色作品。該法案禁止的範圍包括使用一定程度技術(包含以電腦製作的虛擬影像以及使用看起來非常年輕的成年人作為模特兒),來描繪未成年人所進行的性行為。本件判決為六比三的多數決,認為上述法案違反了美國憲法第一修正案「保障言論自由」。此項判決也對於司法部及國會對打擊兒童色情在立法上的努力是一項重大的挫折。

最高法院法官 Anthony Kennedy 在多數意見書中表明此項法案已經被「過度擴張」並且對那些並不違反社會通念標準且具有藝術價值的作品造成侵害。解釋理由書中說道:「並非每一張十七歲的未成年人從事性交的照片都會與社會通念標準相牴觸。」這個法案同時也禁止了一些具有相當附加價值的言論,剝奪了行為人將思想作具體化的呈現,於本案是指青少年從事性行為的主題,然而事實上幾個世紀以來都是現代社會中藝術與文學上所常使用的。

在意見書中同時也引用了幾則在藝術表現上非常卓越的例子,包括莎士比亞作品「羅密歐與茱麗葉」以及近期的電影「天人交戰」、「美國心玫瑰情」。少數意見書則以「視覺上,電腦虛擬的影像跟真正的兒童根本難以分辨!」原告美國司法部長認為最高法院的判決對於起訴製造持有兒童色情作品的的能力造成莫大的困難,會持續打擊兒童色情

Ashcroft said the Justice Department would use every resource to prosecute child pornography cases and said child pornographers "will find little refuge in today's decision."

He said he would work with Congress to pass new laws that would survive the court's scrutiny.

"I believe today's opinion and the Constitution leave open legislative avenues to protect our children from harm and we will seek to develop the means to do so with legislative endeavor," Ashcroft said.

Still to be decided by the Supreme Court this spring is another case involving a separate law, which specifically restricts the access of minors to sexually explicit material on the Internet.

<http://a257.g.akamai.net/7/257/2422/16apr20021045/www.supremecourt.gov/opinions/01pdf/00-795.pdf>

The Child Pornography Prevention Act of 1996 (CPPA) 18 U. S. C. §256(8) ASHCROFT v. FREE SPEECH COALITION

犯罪。然而，仍不得侵害憲法保障人民基本權益之最低界限。

第一項 美國兒童色情防制法案之發展

自兒童色情問題於一九七七年成為公共議題(public issue)後，美國政府在政策上即將兒童色情與一般猥褻資訊的管制予以區分，透過獨立的法律，予以規範。一九七七年國會通過反兒童性剝削保護法(Protection of Children Against Sexual Exploitation)，其重點之一為對製造兒童色情者予以處罰，並增加為商業目的而散布猥褻物品罪之刑度。所謂兒童色情，係指對十六歲以下兒童為明顯性行為之描繪(any visual depiction of “sexual explicitly conduct” involving children)。其後，聯邦最高法院在一連串的案例中確認禁止兒童色情圖片及產品的合憲性。

一九八二年聯邦最高法院在 New York v. Ferber 一案中，就紐約州法律禁止散布兒童性表演之非猥褻(non-obscene)資訊是否違反憲法言論自由保障條款時表示，兒童色情與猥褻問題不同。後者乃針對觀看猥褻作品之不良後果；前者則著重於防制以兒童為內容之性虐待情形。聯邦最高法院認為被性剝削之兒童無法於未來發展健全之人際關係，他們在性方面亦可能失常，並於成年後有成為性施虐者之傾向。同時有效的法律執行在於以重罪處罰販售、廣告、促銷兒童色情產品之行為，以杜絕其市場。聯邦最高法院並認為法律對於描繪兒童之春宮圖片可以擁有較大規範空間的原因主要有下列五項⁵⁶：

- (一) 防止兒童免於性剝削及性虐待為政府高度重要的目標(objective of surpassing importance)，因為政府能夠體驗到他們(被害人)在身體，情緒及心理健康方面的傷害；
- (二) 散布兒童春宮圖片之行為與兒童性虐待有因果關係存在；
- (三) 兒童色情本身即屬違法，故應禁止；
- (四) 容許兒童從事性行為之表演及色情圖片之製造，其價值甚低，不值得保護；

⁵⁶ 美國法制，<http://home.kimo.com.tw/joc31407/a--9.3.htm>，2003/4/17 查閱。

(五) 認為非猥褻之兒童色情不屬於憲法第一修正案所保障之言論自由與法院過去一貫的判決相符。

此項判決不但對兒童色情與一般猥褻作一嚴格的區分，更確立所謂兒童色情包括非猥褻之情形。

Ferber 一案後，國會於一九八四年作出回應修改其反兒童性剝削保護法，將非商業性之重製兒童色情資訊列入處罰範圍。除刑度增加外，亦將受保護之兒童年齡由十六歲以下提高至十八歲以下。

一九九一年，聯邦最高法院在 *Osborne v. Ohio* 一案就俄亥俄州法律處罰持有兒童色情圖片是否違反憲法修正案第一條之言論自由及第四條隱私權之保障時，再度肯定兒童保護政策的優先性。聯邦最高法院認為有三項理由足以認為俄亥俄州之該項法律並不違憲⁵⁷：

- (一) 兒童色情產品為對受害人虐待之永久紀錄，足以對其未來造成持續性傷害；
- (二) 由於證據顯示戀童症者利用兒童色情圖片引誘兒童，故禁止持有以消滅兒童色情圖片之製造為法所許；
- (三) 對於州法律處罰持有以減少市場上之需求政策係屬合理。

Osborne 案最直接的效果是導致國會於一九九一年再度修法。此項法案名為兒童保護、康復及處罰促進法 (*Child Protection Restoration and Penalties Enhancement of 1990*)，對持有三張以上兒童色情圖片者予以處罰。而所謂「持有」包括真實的 (*actual*) 及擬制 (*constructive*) 的持有。一九九四年，國會再度修正其關於兒童色情之法律，在一項名為兒童性虐待防制法 (*Child Sexual Abuse Prevention Act of 1994*) 中，對於製造及進口未成年人明顯之性描繪之物品者皆予以處罰，並對兒童色情圖片之受害人實施強制復健處遇。回顧 1994 年以前之聯邦法院判決可以發現，對於兒童色情之處罰係以有兒童真實參與及受虐待之情形為處罰前提，而此乃基於兒童保護政策使然⁵⁸。

⁵⁷ 同註 56。

⁵⁸ 同註 56。

第二項 CPPA 法案之主要內容

在一九九六年的修正案，即兒童色情防制法中（The Child Pornography Prevention Act of 1996），聯邦法律進一步擴大兒童色情之範圍，而將電腦合成（computer-generated）或虛擬（virtual）之兒童色情列為法律所處罰之犯罪。

依本法，所謂兒童色情係指：「任何視覺描繪，包括照片、影片、錄影帶、圖片或電腦或電腦合成之影像或圖片（computer-generated image or picture），經由電子、機械或其他方式製造，而有明顯之性行為者，其⁵⁹：

- （1）製造涉及利用未成年為明顯之性行為者，或；
- （2）視覺描繪，或看似為視覺描繪，為由未成年人為明顯之性行為者；
- （3）視覺描繪係經由製作，改編或修正而呈現可得確認之未成年為明顯之性行為者；或
- （4）宣傳、散布、推廣或以類似手法呈現以傳達未成年人為明顯性行為之視覺描繪之印象者。

有部份學者因此認為此項法律已背離 Ferber 一案以來已有真實兒童受害為處罰之提前，因而違反憲法上對於言論自由之保護。

⁵⁹ 原文為：18 U.S.C. §2256（8）"child pornography" means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, of sexually explicit conduct, where- (A) the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct; (B) such visual depiction is, or appears to be, of a minor engaging in sexually explicit conduct; (C) such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct; or (D) such visual depiction is advertised, promoted, presented, described, or distributed in such a manner that conveys the impression that the material is or contains a visual depiction of a minor engaging in sexually explicit conduct. 請參見高玉泉著，網際網路上兒童色情資訊規範之回顧與檢討（1999-2002）----一個由兒童人權出發的觀點，國立中正大學法學集刊第 11 期，2003/02，頁 16，註 32。

第三項 CPPA 法案部分遭美國聯邦法院宣告違憲之由

美國第九巡迴上訴法院於一九九九年十二月十七日主張一九九六年通過之「兒童色情防制法」(The Child Pornography Prevention Act)違反美國憲法第一修正案。該法有兩個備受爭議的用語：在 U.S.C.2256(8)(B)規定任何「看起來像是」(appear to)青少年的圖像都是被禁止的；在 U.S.C.2256(8)(D)禁止對於「傳達類似印象」(conveys the impression)的圖像，進行廣告、鼓勵、呈現、描述或散布的行為。但到底什麼叫做「看似為」、「傳達類似印象」？太過模糊廣泛，使社會上一般人無所遵循，不知道什麼是違法的⁶⁰。

美國聯邦最高法院於二〇〇二年四月十六日宣佈兒童色情防制法中之一部份違憲，且管制範圍過大。該法之此部份因而形同廢止⁶¹。最高法院法官 Anthony Kennedy 在多數意見書中表明此項法案已經被「過度擴張」並且對那些並不違反社會通念標準且具有藝術價值的作品造成侵害。因而，部分條文遭受違憲之宣告。首先，聯邦最高法院認為 CPPA 法案違反了 Miller 案之標準。Miller 案基本上認為只有猥褻之資訊才受法律之管制。至於猥褻與否，應由政府就作品為整體觀察，從社區標準的角度認定其具明顯冒犯性且欠缺重大文字、藝術、政治或科學意義等事項舉證。但 CPPA 法案所處罰顯然逾越猥褻範圍，且就作品以停格式、畫面獨立的方式為違法判斷之基礎，不符合 Miller 案所建立之標準⁶²。

CPPA 法案最大的爭議在於所處罰合成之兒童色情，並無涉及犯

⁶⁰ 美國第九巡迴法院認為「兒童猥褻防制法」違憲，科技法律要聞，
<http://stlc.iii.org.tw/tlnews/02-2-12.htm#n8>，取材自：
<http://www.lawnewsnetwork.com/stories/A12044-1999Dec21.html>
<http://news.cnet.com/news/0-1005-200-1500891.html?tag=st.ne.1002.2003/04/17> 查閱。

⁶¹ 「兒童色情防制法」之判決，
<http://www.jura.uni-sb.de/chinesisch/ndw581.html> .2003/04/17 查閱。

⁶² 請參見高玉泉著，同註 59，前揭文，頁 17。

罪，也無被害人。因此，其本質上屬於言論自由之一種，而與兒童性剝削或性虐待無關。既為言論，其內容縱為有害、會導致犯罪，其間之因果關係亦屬於偶然及間接。傷害未必來自言論，而係取決於無從量化的潛在的後續犯罪行為。許多事物如卡通、電腦遊戲等，本身為無害的，卻可能被利用作不道德的事，但法律不可能基於其可能被濫用而予以禁止。故 CPPA 法案侵害了憲法第一修正案所保障之言論自由⁶³。

CPPA 法案所欲保護者，非兒童色情圖片中遭性剝削之被害人，而係廣大網路上的觀看者（包括兒童），使其免於受思想荼毒。但其所處罰者包括猥褻以外之不雅情節，勢將必陷入模糊及過於廣泛之爭議。網路是個貫通全球的資訊網，需要國際規範及合作方能約束其內容。故眾議院於二〇〇二年十月表決通過，為「兒童猥褻及色情防制法」(Child Obscenity and Pornography Prevention Act of 2002)，修正被宣告違憲的 CPPA 法案第 2256(8)(B) 條項，將合成兒童色情明確定義為「該視覺描繪為電腦影像或電腦合成影像，其為未成年人進行明顯之性行為或無法與未成人之進行明顯之性行為區分者。⁶⁴」至於其未來是否仍將遭到合憲性的挑戰，值得關注⁶⁵。

第五節 小結

一九九七年十一月，參議員 Dan Coats 提案修正一九三四年通訊法第二百二十三條之規定 (the Communications Act of 1934)，此項法案將網站內容，包括圖片、聲音、影像、文字等等列入管制，卻將新聞討論群組 (newsgroup) 排除在外，但此一新法案仍將引起嚴重的違憲爭議⁶⁶。此種法律很容易引起侵害憲法上所保護人民權利的

⁶³ 請參見高玉泉著，同註 59，前揭文，頁 17-18。

⁶⁴ 原文為：“Such visual depiction is a computer image or computer-generated image, or appears virtually indistinguishable form, that of a minor engaging sexually explicit conduct.” 請參見高玉泉著，同註 59，前揭文，頁 22，註 48。

⁶⁵ 請參見高玉泉著，同註 59，前揭文，頁 22。

⁶⁶ 請參見 <http://www.wired.com/news/politics/story/10589.html> .2003/01/14 查閱。

爭議，也與一般的民主思潮不相符合，尤其是語意模糊、定義不明確的法律規定，非常可能成為箝制人民思想的工具，達到長期維持在上位者統治地位之目的。我國在解決網路的問題，更應審慎地進行利益上的評估⁶⁷。

CDA、COPA 及 CPPA 對於言論呈現的方式幾乎是採取一網打盡地加以管制，使得出現在網站上的所有訊息都可能成為有害未成年人身心的色情言論。但是就色情網站的營運成效而言，圖片和影像才是真正能夠吸引色情網友的主要因素。美國國會在制訂 CDA、COPA 及 CPPA 法案時，因採用過於嚴厲的保護措施，而被最高法院判定違反憲法第一修正案保護人民言論自由的立法精神。此並不意味著美國最高法院不認同幼童有免於色情言論侵害之權利；相反的，由此可看出美國最高法院認為此一保障的方式須作適度的修正，以達成保護幼童免於網路色情侵害，而不致於損害成人言論自由之目標⁶⁸。

反觀，我國兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定：「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。」其中只要有散布、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的行為，則構成此罪。立法原意在於因廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路等媒體，兒童及少年接觸的機會極為容易，尤其電腦網路無遠弗屆的特性，若有此類不雅言論的散布、播送或刊登，恐對於兒童或少年其身心發展及其性觀念有不當的影響，故立法以刑罰嚴加嚇阻此類言論。

然而，就該條文處罰此類不雅言論的基礎立論上仍有相當大的問題，此類足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息，是否會對社會產生「明顯而立即的危險」？對於兒童及少年是否有侵害到其身心發展？本文的見解認為，在廣告物、出版品、廣播、電視、電

⁶⁷ 請參見錢世傑著，網際網路色情資訊防範措施之相關問題探討，全國律師，1998/11，頁 37-38。

⁶⁸ 請參見余依婷、鄭慧文、法治斌合著，同註 34，前揭文，頁 47。

子訊號、電腦網路等媒體中接收此類不雅言論的行為人，是否會因該訊息而引起其「性慾」，關鍵在於該行為人本身性觀念及性道德感的問題。成年人具有對「性觀念及性道德」有獨立判斷思考的能力，亦有對其「性行為」有獨立負責的能力，就成年人之部分，此類言論不會引起「明顯而立即的危險」；相反的，此類言論的接收是成年人所享有的權利。兒童或少年不小心接受到此類訊息，不免會有傷害其對於性觀念的可能，但如其性觀念受到正確的教育及輔導，自然傷害程度會減少，且能幫助其對於「性」有辨別及獨立思考的能力，過度保護的結果，可能剝奪學習與成長的機會，且此類訊息尚未達侵害兒童或少年性自主的結果，無所謂「明顯而立即的危險」情況的存在。

從美國這個網路先驅國家的經驗，美國 CDA、COPA 及 CPPA 法案部分遭聯邦最高法院宣告違憲，宣示國家對於保障人民言論自由之重視。政府若是欲對言論內容進行管制，則此種作法恐將會阻礙意見的自由交流，卻未必能有利於自由意見之交換。美國最高法院一再強調，不得把成人的言論自由權利侷限於與兒童同一標準的範疇。宜從比例原則的精神出發，修正立法策略，國會必須放棄以刑法嚴厲處分或制裁對於違反管制網路色情及不雅言論相關規定的網友及網站經營者的偏差心態，改採技術上及經濟上的最小限制可行手段，以行政罰或民事罰之規定管制，在保護兒童健康權與保障成年人言論自由權間求取平衡。綜上所述，故我國兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定實有修正之必要。

第五章 檢視兒童及少年性交易防制條例第

二十九條之問題

一九九五年立法通過的「兒童及少年性交易防制條例」可說是國內第一個有關防制兒童、少年性侵害的法令，當初是為防制雛妓問題而由民間團體共同推動的立法。該法開宗明義揭示的立法精神即在：防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，亦即保護未成年的兒童少年免於遭受「性剝削」(sexual exploitation)；廣義言之即在保護免於遭受潛在的「性侵害」(sexual assault)¹。然而，基於實務針對網路援助交際案件不斷地援引本條例第二十九條之規定及運作下，亦發生在構成要件解釋上及適用對象上之違誤，漸漸顯示兒童及少年性交易防制條例第二十九條修法不妥之處及與人民言論自由發生扞格不入之情形。故於本章節中，主要目的係探究本條文不當規定或違憲之處。

第一節 兒童及少年性交易防制條例之立法目的及

沿革

我國於一九八五年起，經報章雜誌披露原住民少女被父母販賣從娼的事件之後，未成年少女從娼的問題漸為社會所重視。而在輿論、學界及民間公益團體（如婦女救援基金會、勵馨文教基金會、終止童妓協會彩虹婦女事工中心及台灣世界展望會等）的疾呼下，雛妓在法律與社會上的角色定位也有了顯著的轉變，且對於雛妓的研究相較以往也有廣泛及深入的探討，其不再被視為偏差或犯罪者，而是「性剝

¹ 請參見陳慧女著，性剝削問題的本質與處境——兒童及少年性交易防制工作的省思，社區發展季刊第 91 期，2000/10，頁 316。

削、性虐待」下的受害者。雛妓是娼妓制度下的產物，更是人類社會中病態的現象。一九九五年八月為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，立法院通過「兒童及少年性交易防制條例」。該條例本質上為社會立法，以救援、安置、保護等方法，多管齊下，期望能有效防止以兒童少年為性交易對象之行為。

第一項 我國娼妓制度之爭論

何謂「娼妓」(prostitution)？一般而言，係指以性交易作為其職業之婦女而言。有學者認為娼妓有下列特點²：

- 1、以肉體供他人性交之用；
- 2、性交行為係一種有償行為；
- 3、係一種雜交行為，亦即性交行為的對象是針對不特定人或特定多數人；
- 4、男、女性皆可成為娼妓主體。

因此，娼妓係指「有償地提供肉體與不特定人或特定多數人為性交而用之婦女」³。但亦有學者為其正名為「性工作者」⁴。

台灣地區娼妓營業的型態五花八門，政府雖有管理政策，因長久以來取締成效不彰，群鶯亂飛，色情場所到處林立。其經營型態除所謂「公娼館」(指向政府登記經許可執業的娼妓)外，亦有諸多未經登記許可的私娼場所，包括流鶯⁵、應召站⁶、理容中心等場所，電話

² 請參見沈美真著，台灣被害娼妓與娼妓政策，前衛出版社，1990，頁17-18。

³ 請參見黃富源、范國勇、張平吾合著，犯罪學概要，中央警察大學出版，2002/05，頁296。

⁴ 如中央大學何春蕸教授、台北日日春關懷互助協會等。

⁵ 俗稱「流鶯」或「落翅仔」，以其不獨秘密賣淫，而且時常當街拉客。另詳見鄭昆山著，刑事政策學—法治國刑法的思考，作者自版，東海大學刑事政策學授課講義，2002/09，頁252。引註自劉昌博著，氾濫色情何時了？，新聞天地42卷13期，1986/03/29，頁18-22。

⁶ 又稱色情連絡站，為應召女郎聯絡的處所。常在報上登小廣告，有興趣者只要一通電話就有人接應，依照安排把應召女郎送到旅社或其他預約的地方。請詳見鄭昆山著，同註5，前揭文，頁255。

交友、伴遊小姐⁷及雛妓等從事色情交易工作，可謂花樣百出，令人嘆為觀止⁸。

娼妓制度在台灣社會中存在已久，並不斷的被政府透過公權力進行取締或禁止的動作。一九九七年台北市廢公娼事件，引發了一連串關於娼妓問題的爭論。這個事件所以會引起龐大的效應，除了公娼身份的特殊性，更重要的意義在於它是台灣社會中第一起有娼妓親自參與其中的抗爭運動，並且直接從政策面進行抗爭⁹。

從台北廢娼事件當中，有來自各個不同領域的看法，包括女性主義、社會福利、公共政策、人權團體等，但主要是可以分成兩大立場，廢娼與反廢娼。在此先簡述這兩大立場的基本論點¹⁰：

⁷ 以嚮導客人伴同遊玩、按時取費，間有代客媒合，或誘客姦宿之女性。近年來我國提倡觀光發展旅遊事業，伴遊之風氣盛極一時。請詳見鄭昆山著，同註 5，前揭文，頁 255。

⁸ 請參見黃富源、范國勇、張平吾合著，同註 3，前揭書，頁 296。

⁹ 「台北市公娼將於三月廿八日走入歷史，北市府委託學者專家研究的北市性產業政策報告也陸續出爐。台北市日日春關懷互助協會表示，廢娼之後，不論是市府、市議會或社會大眾，都必須面對台北全面禁娼卻無處不飛花的窘境。北市性產業政策是公共政策，而不是公娼政策，需要政府及全體市民面對。

市府委託學者針對性產業政策研究的兩份報告在公娼緩衝結束前一個月出爐。日日春協會理事長周佳君表示，在這兩份被視為台北市政府下階段性產業政策的建議書中，均未做出具體表示應採取管理或禁止。但許春金的研究發現傾向：相較於禁娼而言，開放管理確為務實及減少社會成本的做法。

日日春協會指出，市府在公娼廢娼後，如何面對全面地下化的非法性產業，是市民關切的問題。雖然法界大部份認為應由中央制定性產業政策，但台北市為首善之都，即使無法越權代替中央擬定政策，北市府至少應該表達立場。

周佳君表示，目前公娼的存在，讓北市府得以延後面對性產業政策，而今公娼將平靜地走入歷史。一來避開成為社會對性產業全面地下化的焦慮投射對象，因為廢娼之後，不論是市府、市議會、或社會大眾，都必須面對台北全面禁娼卻無處不飛花的窘境；二來也更凸顯性產業政策是公共政策並非公娼政策，政策的解決是執政當局的責任，公娼不宜也不應再背負這樣的重擔。」請參見性產業何去何從 大家傷腦筋，楊珮君/台北報導，中國時報，2001/02/28。
<http://forums.chinatimes.com.tw/special/ban/03270108.htm>.2003/4/29 查閱。

¹⁰ 請參見陳柏藁著，性工作者的權利問題：從法律來思考，文化研究月報----三角公園第 8 期，2001/10/15，
http://www.ncu.edu.tw/~eng/csa/journal/journal_park51.htm.2003/4/28 查閱。

第一款 廢娼之見解

認為社會當中不應該存在「性」的產業，所有的性產業、娼妓都應該被禁絕，國家應該以法律強制禁絕性產業的存在。而對於娼妓則抱持兩種看法，第一種是救援的態度，認為娼妓是因為經濟上的弱勢而不得不從娼，所以應該予以救援，幫助其脫離弱勢的環境。另一種則是認為娼妓錯誤的接受了父權體制下想法，才會認為從娼是正當的工作，或是想藉由「輕鬆的」性工作獲得高報酬，因此應該予以輔導、再教育、幫助其轉業。當然這種對娼妓「譴責」的觀點，通常是受到反色情以及鞏固社會善良風俗、家庭價值的意識型態。支持廢娼的理由，主要可以分成以下幾點¹¹：

- 一、女人的身體被物化。
- 二、強化父權宰制，同意父權體制之下的情慾邏輯。
- 三、從娼者在性產業中被剝削。
- 四、娼妓帶來周邊的不法行為（黑/白道介入、毒品交易、賭博、人口販賣）。

第二款 反廢娼之見解

認為娼妓為「性工作者」，認為從娼是一種正當的工作，所以應該享有與其他工作一樣的保障。並且認為社會中父權體制對女性的剝削並不只是性買賣之問題，家庭或其他領域當中都存在各種因父權產生的不公，因此並不能以此為廢娼的理由。此主要是駁斥廢娼見解所提出的理由，並不斷強調性工作應該被視為一種正當的「工作」。主要的論點在於¹²：

- 一、娼妓為正當的工作，應保障其工作權。
- 二、每個人有身體、情慾的自主權。

¹¹ 請參見陳柏蓁著，同註 10，前揭文。

¹² 請參見陳柏蓁著，同註 10，前揭文。

- 三、性產業中剝削與不公的情形應予以重視及改善。
- 四、禁絕性工作反而惡化性工作者的處境。

本文認為，主張廢娼者主要把焦點放在父權體制下的「性」，而反對廢娼者則是將焦點集中在「工作」及「人權」。因此性工作者指的是「主動以自己的身體從事與性相關之活動，以交換有價物品。」。所以像是被賣的雛妓或受騙跨國賣淫者，就應該重視其可能被騙被剝削，討論援助的問題，而不是從「工作」的角度來分析。

可以發現國家權力對娼妓在社會中的定位有十分重要的影響力，且大都站在「正當」(政府)對「不正當」(娼妓或淫媒)的取締位置，國家機器透過不同的社會機制規範娼妓，包括有形的法律約束、審核的制度到無形的關於「性」的意識型態(在法律上所呈顯出來的就是與「風化」相關的條文)。而在種種社會機制中，最具有強制性的莫過於法律，意識型態一旦經由法律「確認」，轉化成法律條文，國家機器便有強制執行的正當性，可以進行所謂的「取締」¹³。

實際上國家權力干涉至性工作的領域，不管是唯一有所謂法律保障的「公娼」，或是其他所有性工作者，都在法律規定的範圍內，前者被嚴格的規定從娼的細節，工作的時間、地點、酬庸，從娼的「身體」被納入國家機器的監控：年齡、性病的檢查、健康...等等。後者則可能隨時被臨檢、移送法辦，更不用說因其非法身份被執法人員勒索或威脅。然而，就算是在這樣的監控管理之下，政府真的能達到禁娼的目的嗎？改進最重要的辦法則是加強社會教育，也就是說必須從教育著手，根本的改善社會「笑貧不笑娼」的觀念¹⁴。

第二項 兒童及少年性交易防制條例立法緣起

雛妓是娼妓制度下的產物，更是人類社會中病態的現象。有關雛

¹³ 請參見陳柏蓁著，同註 10，前揭文。

¹⁴ 請參見陳柏蓁著，同註 10，前揭文。

妓的成因，可歸納出供（即形成的因素）需（即存在的因素）兩個層面來加以說明¹⁵：

第一款 就供的層面而言

多數研究者對於少女是為「被迫」或是「自願」從事色情行業，咸認為少女未具有獨立判斷及選擇的能力，因此並無是否為「自願」可言。另外，就未成年的福利與保護來說，並無所謂「自願」、「被迫」從娼的區分，因任何未成年人並無自願或被迫從事性猥褻的權力。根據研究指出¹⁶，少女從娼成因極為複雜，是由個人、家庭、經濟及社會等四項因素交互影響的結果：

第一目 社會因素

社會不良風氣及偏差社會價值觀的導引，色情業者或人口販子有計畫的誘騙或押賣、社會中色情文化高度氾濫及吸引、執法人員未能嚴格有效的執行法令及不良同儕及親友的影響。

第二目 經濟因素

經濟因素是研究雛妓時最常被提出的形成因素，卻並非是直接的因素。色情行業的高收入似乎是未成年少女從娼的主要誘因，然而家庭經濟的高低並不是影響從娼與否的顯著因素。

¹⁵ 請參見許福生編著，刑事學講義----(刑事政策、犯罪學、特種刑事法令、刑法)，作者自版，2001/03，頁421-423。

¹⁶ 請參見黃富源、林滄綜合著，不幸少女形成因素與防制對策，中央警察大學警學叢刊，第32卷第4期，2002/01，頁109-135。

第三目 家庭因素

被父母迫賣、家庭經濟貧困、家庭結構不完整、父母管教監督不當、家庭人際關係不良、家庭暴力、虐待與疏忽行為及家人偏差行為的影響等。

第四目 個人因素

負面的學習經驗、不健全的人格與認知、個人經濟上的困窘、早期不幸遭遇及較多的偏差行為（尤以逃家為主）。逃家行為是少女從娼的關鍵，所以少女一旦逃離家庭的控制，極易與其他從娼因素相結合而致從娼。

惟雛妓形成的原因十分複雜，絕非單一因素所能解釋含括，其常是包含兩種以上的分析因素交互影響而成，且有時是難辨其因果關係，這也是對於雛妓問題一直難思其解之處。

第二款 就需的層面而言

社會對少女從事色情行業的需求不斷，歸因於國內不少嫖客有不良的性癖好，認為少女清純、可滋養補身；另一方面受中國傳統重男輕女的觀念影響，而業者又以「幼齒」、「秀麗」等大肆宣傳，終至「雛妓」問題的氾濫。此種現象不僅擴展業者的經營範圍，令人擔憂的是，如此的需求更擴大了無數少女因而受害的可能。從許多的研究裡發現，色情業者或暴力控制其行動自由，而未成年少女在社會各方面的抗拒力較弱，其不管在體能、智慮、經驗或資源上都處於一種弱勢的狀態，而經業者有計畫及有目的的威嚇與懷柔並用下，逐步踏入或深陷在色情行業當中乃就成為色情業者所預見。

對於「兒童少年性剝削」所採行的態度不應單從刑罰制裁或治療

的角度，而應以社會福利的角度來解決該問題。以嚴刑峻罰加以嚇阻，卻忽略影響該行為的政治、經濟、社會以及文化上的因素，因此對於「兒童少年性剝削」問題僅會產生治標的效果，並無法真正達到治本之目的。若以社會福利的角度來規範「兒童少年性剝削問題」，其所關切的不僅在於個人，更包括家庭以及導致該問題的社會情境，因而國家的介入，除了制裁加害者外，更重要的是對於家庭功能及社會環境的改善，才能真正能夠消弭「兒童少年性剝削」的問題¹⁷。

具體而言，「兒童及少年性交易防制條例」之制定緣由如下¹⁸：

- (一) 台灣目前有數萬名十八歲以下少女被賣或被騙從事色情行業。
- (二) 警察單位數年來破獲雛妓案件僅一、二千人，相較於數萬名雛妓，顯然執行不力。另不少民意代表、警察人員及黑社會勢力介入或包庇，獲取不法暴利。
- (三) 主管機關在硬體設施方面，迄今仍無足夠的空間來安置、保護及教育被救援的雛妓，導致不少雛妓被保護半年後，又重操舊業。
- (四) 現行刑法對加害者，或無處罰規定、或處罰太輕、或係告訴乃論罪，無法抑制人口販賣或嫖雛妓的現象，另刑法修正曠日廢時，緩不濟急。
- (五) 兒童福利法及少年福利法對於雛妓防治之教育宣傳並無規定，對於雛妓安置保護以規定亦有缺失，如同時修正二法，可能有二法不一致之虞。
- (六) 雛妓防治如有統一之法律，有助於雛妓防治工作的落實。

因此，立法委員乃於一九九三年十月二十一日提案制定「防制對

¹⁷ 請參見謝采倩撰，兒童及少年性交易防制條例之研究——以「雛妓問題」法概念之相關議題為中心，中正大學法律學研究所碩士論文，施慧玲教授指導，1998/07，頁 123。

¹⁸ 請參見勵馨基金會著，淺談「兒童及少年性交易防制條例」之訂定緣由及立法過程——兼談施行困境及我們的期待，律師雜誌 5 月號，第 212 期，頁 33。

少年兒童為性交易防制條例」(俗稱雛妓防治法),其中經歷一九九四年九月二十二日第一次召開的一讀審查聯席會,至一九九五年六月二十六日的第八次聯席會完成一讀審查程序,一九九五年七月十三日立法院同時完成二、三讀,並於同年八月十一日經總統公布為「兒童及少年性交易防制條例」。此相較於一般的民生法案動輒費時五年、十年的立法進度而言,實可看出社會對兒童及少年從事性交易行為的認知與重視,而此舉也使我國在保護兒童及少年的作為上又更加的具體。

兒童及少年性交易防制條例在第四章罰則中,以十五個條文(第二十二條至三十六條),對於兒童少年性交易事件中之加害行為,分別作類型化且有別於刑法相關條文之特別規範。該等規定之設計乃由參與「反雛妓運動」之法律實務工作者,將民間團體多年來處理相關個案作統整分析後,歸納出加害者行為之各種類型,再將該個別行為內涵法概念化,以刑法條文構成要件及刑度之形式,確立各該行為之違法性及有責性。就立法技術與程序應可謂之嚴謹,然該條例在一夕之間創造出十餘個罪刑,在適用上又可能與傳統刑法上罪刑概念產生競合或衝突的問題¹⁹。

另有學者認為,現行法中所謂從事「性交易」之兒童少年,實則出自施虐或失教家庭,經歷在性交易產業中之層層剝削,再進入將之標籤化為「行為偏差」之法律體系,最後卻要其獨自面對視之為敝屣的社會,這一連串的過程,應定義為加害兒童少年之「虐待或疏忽的行為或情境」。為達成我國兒童少年性剝削防治法制之福利保護共識,從意識型態上正本清源,應將「兒童及少年性交易防制條例」更名為「兒童少年性剝削防治條例」,以確立「兒童少年性剝削」之法

¹⁹ 以嫖客條款為例,在修正前之兒童及少年性交易防制條例第二十二條第一項與當時刑法準強姦罪與姦淫幼女罪之競合問題,引起實務及學者相當之討論。請參見施慧玲著,論我國兒童少年性剝削防治立法---以兒童少年福利保護為中心理念之法律社會學觀點,國立中正大學法學集刊第2期,1999/07,頁65-66。劉文仕著,與少女性交易之法律競合問題及其解決---並論刑事法領域內之司法造法權,收錄於氏著,刑法類推與司法造法,學林文化事業有限公司出版,2001/12,頁125-149。

律概念²⁰。

第三項 兒童及少年性交易防制條例之立法目的

一九九五年八月為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，立法院通過「兒童及少年性交易防制條例」。該條例本質上為社會立法，以救援、安置、保護等方法，多管齊下，期望能有效防止以兒童少年為性交易對象之行為。該法規定，法務部與內政部應成立檢警之專責任務編組，負責全國性之兒童少年性交易犯罪偵查工作，並設立全國性救援專線。而醫師、藥師、社工人員、教育人員、警察、司法及其他執行兒童福利或少年福利業務人員，知悉未滿十八歲之人從事性交易或有從事之虞者，應向當地主管機關報告。

故從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，特制訂本條例。」可知其立法目的核心，乃在於以兒童及少年為保護之對象，而所制訂之法律，滿十八歲以上之人應不在本法所規範之內。此亦可從該法第四條²¹、第五條²²得知。

第二節 兒童及少年性交易防制條例第二十九條之

分析與探討

第一項 兒童及少年性交易防制條例第二十九條之法規沿

²⁰ 請參見施慧玲著，同註 19，前揭文，頁 72-73。

²¹ 兒童及少年性交易防制條例第四條規定：「本條例所稱兒童及少年性交易防制之課程或教育宣導內容如下：一 正確性心理之建立。二 對他人性自由之尊重。三 錯誤性觀念之矯正。四 性不得作為交易對象之宣導。五 兒童或少年從事性交易之遭遇。六 其他有關兒童或少年性交易防制事項。」

革

兒童及少年性交易防制條例第二十九條於一九九九年六月二日修正前原條文為：「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，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」依立法理由的角度來看，該條文原為處罰危險犯而設，然而，第二十九條是否有性交易之結果為成立要件之問題，引發各專業人士的激烈爭辯²³。

最高法院八十六年度台上字第六三六五號刑事判決之見解：「該罪以『使人為性交易』為要件，屬實害犯，而非危險犯，刊登廣告之行為，雖可能增加使兒童及少年性交易行為之危險性，但未達實際發生性交易行為之實害程度者，自不成立該罪。」最高法院八十七年刑庭總會第一號決議亦認為：「該條所謂『引誘、媒介、暗示或以他法使人為性交易』之文義，和與刑法第二百三十一條第二項所定『使人為猥褻之行為』、同法第二百八十九條第一項、第二百九十一條第一項所定『使人墮胎』之文義相同，據係以發生一定之結果為構成要件。是其罪名之成立，必行為人有施以引誘、媒介、暗示等之方法，使接收該媒體訊息之對象因而發生性交易結果為要件。」

「民間團體與立法委員們努力立法通過『兒童及少年性交易防制條例』，為的就是要消弭色情行業對兒童及少年的性剝削，而欲遏止不法的交易，就必須從最基礎的色情宣傳品開始取締，因而有了第二十九條：『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，得併科新台幣一百萬元以下罰金。』之罰則規定。依據一般經驗法則，色情業者絕不會在色情傳單上直接載明性交易項目，卻會以極盡挑逗、圖文並茂，甚至如此案例：以少女為主角，引誘、

²² 兒童及少年性交易防制條例第五條規定：「本條例有關兒童及少年性交易防制事項之特別法，優先他法適用。本條例未規定者，適用其他法律之規定。」

²³ 請參見施慧玲著，兒童及少年性交易防制條例之立法意義與執法極限——一個應用法律社會學的觀點，律師雜誌第 222 期，3 月號，頁 45-46。

暗示人對性交易產生聯想。此種『媒介』手法，極其高明。故在訂定第二十九條時，是以幫助教唆的概念訂定，並載明原意，認為只要客觀上足以認定有暗示或引誘他人進行性交易，即構成犯罪要件，不必以有無實際從事性交易為認定依據。」²⁴

從兒童及少年性交易防制條例第二十九條之立法目的看來，只要在客觀上足以認定有暗示或引誘他人為性交易者即應受罰，因其涉及兒童及少年，基於嚴重敗壞社會風氣，因此有一年以上七年以下有期徒刑之重罰。但若從罪刑衡平性的角度觀之，一年以上七年以下有期徒刑顯然過重，使執法者偏向「結果犯」之解釋，亦可料想的到。惟，民間團體仍以最高法院以「結果論」為處罰要件的判決，渾然不知色情業者的技倆，這只會讓色情業者更肆無忌憚為由，戲稱判決的法官是「恐龍時代」的人。是在複製父權文化，完全無視婦幼的權益，成為性剝削婦幼的共犯等批評²⁵。

故於一九九八年三月十三日立法委員高惠宇召開了「兒童及少年性交易防制條例第二十九條、第三十三條修法公聽會」，會中經過討論後有下列共識：以立法原意修正現行條文之構成要件，並降低法定刑、廢除刑度下限，使法官有專業裁量之權。而形成了現行法第二十九條：「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。」將結果犯前置處罰之規定。

然而，是否須將該條文處罰要件前置於散布、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」之必要，方能抑制或遏阻危害青少年性觀念之色情資訊的產生，則是仍有疑問的。本文認為，青少年性自主之維護，首重教育其對於性觀念的態度，及適時

²⁴ 請參見紀惠容著，恐龍時代的法官，勵馨雜誌 18 期，1998/02，http://210.60.194.100/life2000/database/910612/910612_2.htm.2003/04/17 查閱。

²⁵ 請參見紀惠容著，同註 24，前揭文。

地指導正確的知識及良好的態度，使其不輕易受不當的資訊所誘惑，而非以刑罰作為抑制此類不當色情資訊之唯一手段。

第二項 兒童及少年性交易防制條例第二十九條之構成要件

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，得併科新台幣一百萬元以下罰金。」故該條之構成要件分析如下：

第一款 處罰之行為

- 1、利用廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體。
- 2、有散布、播送或刊登訊息之行為。
- 3、散布、播送或刊登之訊息足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易。

本條文所指之媒體，包括廣告物、出版品（報紙、雜誌、書籍等）、廣播、電視、電子訊號（包括色情電話、行動電話等）、電腦網路或其他媒體等。所謂「引誘」，指勾引、誘惑；「媒介」，指介紹、從中安排；「暗示」，應係指為訊息之文字、圖畫、影像與聲音等並不明講性交易或猥褻，但暗喻或使人意會理解，知悉其用意。又本條文規定，只要有散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示促使人為性交易之訊息，即為已足，構成本罪。至於收到訊息之人是否受到影響進而實際從事性交易，在所不問，與本條文在修法前，被最高法院決議以結果

犯論斷（即是否有性交易之結果），大為不同²⁶。

第二款 行為主體

本條之行為主體應為「利用廣告物、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」。此行為主體不以未滿十八歲為限，即包括一般成年人在內。

第三款 行為客體

有學者認為²⁷，制訂「兒童及少年性交易防制條例」的立法，除增加一些明確的保護措施值得稱許外，關於性犯罪的罪責部分則予以再度的加重刑罰，於此實則有違刑事政策之「罪責法定原則」，無疑的是再度破壞法社會之安定性原則，以致於更漸形成法律叢林的亂象。本條「引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易」中所稱之「人」，是否以未滿十八歲為限？實務曾有不同之見解。主要爭議點在於該條文中並未明文指出「兒童或少年」等字眼，究竟應從該條例立法目的來解釋，抑或此條文乃特設處罰規定，並非僅以未滿十八歲之兒童、少年為保護對象。

對於兒童及少年性交易防制條例第二十九條中「使人為性交易之訊息」，所稱之「人」是否以未滿十八歲為限？：

第一目 認為不以未滿十八歲為限者

1、最高法院刑事庭會議八十七年度第二次刑事庭會議，於一九九八

²⁶ 請參見尤英夫著，保護未成年、性侵害被害人法律與新聞媒體，軍法專刊，第 47 卷第 2 期，2001/02/01，頁 2-3。

²⁷ 請參見鄭昆山著，同註 5，前揭文，頁 268。

年三月三日做出下列決議。

院長提議：兒童及少年性交易防制條例第二十九條²⁸規定：「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。」此所謂「人」，是否限於「未滿十八歲之少年或兒童」有甲說及乙說之不同見解，其說明如下：

甲說：本條關於犯罪客體之規定，雖無「兒童、少年」等字樣：但依同條例第一條規定：「為防止、消弭以兒童、少年為性交易對象事件，特制定本條例」觀之，除其第二十一條、第三十七條有例外明示規定外，應依立法目的為限制之解釋，以兒童、少年為限，不得擴張解釋及於十八歲以上之人。

乙說：本條之制定，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，本條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，且第三十七條亦規定：對十八歲以上之人犯第二十四條之罪者，依本條例規定處罰。足見本條所稱之「人」不以未滿十八歲為限。

決 議：採乙說。

2、最高法院八十八年台上字第四二 八號。

要 旨：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，本條並無如同條例第二十二條至第

²⁸ 此為 1999 年 06 月 02 日修正前原條文：「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，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」

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，且第三十七條亦規定：對十八歲以上之人犯第二十四條之罪者，依本條例規定處罰。足見本條所稱之「人」，不以未滿十八歲為限。

3、最高法院八十七年台上字第三一八號。

要旨：兒童及少年性交易防制條例第二十九條之構成要件，並不限於以未滿十八歲之兒童或少年為犯罪之客體，故本件上訴人之犯行，仍有該法條之適用。復查兒童及少年性交易條例第一條固規定：「為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，特制定本條例」，但詳閱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」，而同條例第二十九條則僅謂使「人」為性交易，足見第二十九條規定係有意省略年齡之規定，原判決適用該條例論處上訴人罪刑，並無違背法令可言。

第二目 認為應以未滿十八歲者為限

1、最高法院八十六年台上字第六二七三號。

要旨：兒童及少年性交易防制條例係特為防制、消弭以兒童少年為性交易對象所制定之法律，該條例第一條、第五條均明定斯旨。是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。又按犯罪之成立應具備法律規定之犯罪構成要件始可，否則即與罪刑法定主義有違。

2、臺灣高等法院八十六年上訴字第一五三八號。

要旨：按兒童及少年性交易防制條例之立法目的，係為防制、消弭以兒童及少年為性交易對象事件，該條例第一條定有明文。該條例

第四章罰則之規定，自二十二條起至二十八條止，均係以對未滿十八歲之少年兒童為性侵害者為處罰對象，另第三十七條所定對十八歲以上之人仍得依該條例處罰者，限於第二十四條或第二十五條之罪，是依該法之立法目的、保護對象、適用範圍及立法技術，足認其係以對未滿十八歲之少年兒童為犯罪行為者為處罰對象，如有擴大適用於十八歲以上之人時，為例外之列舉規定，該條例第二十九條雖未就使「人」為性交易保護年齡有何限制之規定，惟依目的性限縮解釋，應僅限於未滿十八歲之兒童及少年(參見第三十四期司法業務研究會法律問題研究第三十四則、最高法院八十六年台上字第三五一號判決)。

3、最高法院八十六年台上字第三五一號。

要旨：原判決係依兒童及少年性交易防制例第二十九條論處上訴人前開罪刑，按該條係規定：「利用媒體刊登廣告，引誘、媒介、暗示，或以他法使人為性交易者」，即必須有以廣告等方式引誘、媒介、暗示或他法，使兒童少年與他人為性交易行為，始構成犯罪。條文雖無兒童、少年字樣，但依該條例第一條及立法意旨，當然應為此限制解釋。

綜上所述，兒童及少年性交易防制條例第二十九條中所謂「人」，是否限於未滿十八歲之少年或兒童？本文認為，犯罪之成立應具備法律規定之犯罪構成要件始可，此乃罪刑法定主義，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。該法之立法目的、保護對象、適用範圍及立法技術，足認其係以對未滿十八歲之少年兒童為犯罪行為者為處罰對象，不得擴張解釋及於十八歲以上之人，否則有違罪刑法定主義及憲法保障人民權益之規定。

第三項 兒童及少年性交易防制條例第二十九條新舊條文

之比較分析

兒童及少年性交易防制條例第二十九條於一九九九年六月二日因立法委員以符合立法原意為由，降低法定刑、廢除刑度下限，使法官有專業裁量之權，而形成了現行法第二十九條：「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。」將結果犯前置處罰之規定。然而，此舉是否真正能符合兒童及少年性交易防制條例之立法原意，乃為下列內容之重點所在。

第一款 兒童及少年性交易防制條例第二十九條修正前之條文內容

兒童及少年性交易防制條例第二十九條於一九九九年六月二日修正前原條文為：「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，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」其構成要件有：

- 一、利用宣傳品、出版品、廣播電視或其他媒體；
- 二、刊登或播送廣告引誘、媒介、暗示或以他法使人為性交易之行為；
- 三、主觀上有使人為性交易行為之故意。

本條例之立法目的乃是為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，依最高法院八十七年刑庭總會決議指出，必須被引誘者看了廣告之後，而有性交易的結果，始處罰引誘者。該罪以「使人為性交易」為要件，屬實害犯，而非危險犯，刊登廣告之行為，雖可能增加使兒童及少年性交易行為之危險性，但未達實際發生性交易行為之實害程

度者，自不成立該罪²⁹。該條所謂「引誘、媒介、暗示或以他法使人為性交易」和與刑法第二百三十一條第二項所定「使人為猥褻之行為」之文義相同，據係以發生一定之結果為構成要件。是其罪名之成立，必行為人有施以引誘、媒介、暗示等之方法，使接收該媒體訊息之對象因而發生性交易結果為要件³⁰。

然而其他學者有不同之見解³¹，認為兒童少年從事色情行為應是屬於兒童性剝削，而非兒童性交易的問題，基於保護未成人之立場，應認為未成人並沒有性的同意權，無論其是否出於「自願」而從娼，或者從性行為中獲得任何利益或是物質上的交換，都應該被視為性虐待及性剝削的受害者。因此，以刊登廣告的方式而為媒介，並不需要一定因而有為性交易的結果，既為避免兒童受到性剝削之目的，對於具有媒介角色的色情廣告等，當然予以禁止，並不需要論及有無為性交易的結果存在。故如認為該罪以「使人為性交易」為要件，屬實害犯，而非危險犯，則本條規制之立法精神將為落空³²。當初推動制訂的民間團體，鑒於實務對於本條例採結果犯之見解，認為有模糊立法的原意，對於色情業者之生存空間將有助長擴大之勢，因此於一九九八年三月十三日，針對「兒童及少年性交易防制條例」第二十九條舉行修法公聽會，為求呼應原來之立法意旨，以意圖以及所有透過媒體等各種方式促使他人為性交易之訊息者，該當本條例第二十九條之規定。

然而從刑法之解釋方法³³中，文義解釋³⁴的最大範圍，就是超出此範圍，便有違罪刑法定原則。兒童及少年性交易防制條例第二十九條中，「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」，依文義解釋來看，「使

²⁹ 請參見最高法院八十六年度台上字第六三六五號刑事判決。

³⁰ 請參見最高法院八十七年刑庭總會第一號決議。

³¹ 請參見謝采倩撰，同註 17，前揭文，頁 121。

³² 請參見謝采倩撰，同註 17，前揭文，頁 140。

³³ 如目的解釋、文義解釋、體系解釋、歷史解釋、合憲解釋等。請詳見於林山田著，刑法通論（上），作者自版，增定八版，2002/11，頁 42 以下。

³⁴ 文義解釋又稱為「文理解釋」或「文法解釋」，係指自條文用字的通常意義來闡釋法條的法律意義。

人為性交易者」，應指係因媒體刊登或播送廣告導致有已發生性交易之結果。若以解釋本條之立法原意係為採危險犯之處罰，而強加條文解釋為前置處罰之性質，則不符合法治國刑法原則之精神，故之前實務的見解並無違誤。

第二款 現行法與修正前條文規定不當之處

第一目 修正前之兒童及少年性交易防制條例第二十九條

修正前之條文為：「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，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」其不當或有缺失之處有：

一、法定刑過高

利用媒體而達至引誘、媒介、暗示或以他法使人為性交易之行為，行為人之法律責任為處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。反觀刑法第二百三十三條之規定，「意圖使未滿十六歲之男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介之者，處五年以下有期徒刑、拘役或五千元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。意圖營利犯前項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五萬元以下罰金。」，行為人受嚴重的刑責尚須有該條第二項「意圖營利」而犯之情形，而兒童及少年性交易防制條例第二十九條不僅刑度高達七年、得併科新臺幣一百萬元以下罰金，且尚有刑度下限，故此成為日後修法任務之一。

二、立法上之疏漏

以色情廣告方式而為兒童性剝削的媒介，並不限於報紙、雜誌等平面媒體，電視、廣播等電子媒體亦有可能為兒童性剝削的媒介，然本條例第三十三條卻只限於「出版品」以刊登廣告的方式引誘、媒介、暗示或以他法使人為性交易，並不包括其他電子媒體，顯為立法上的疏漏³⁵。隨著網路的發展及個人電腦的普及，亦包括於本條例第二十九條之修正條文之適用範圍。

三、構成要件之解釋未有一致的標準

就本章第二節第二項第二款所探討之內容，本條文中「使人為性交易」所指之「人」究為限於十八歲以下或不限於十八歲以下之人，實務上竟有不同解釋適用，此源係於構成要件之規定不明確，造成執法者對於法律擴張解釋之情形。但若從本法之立法目的可知主要係保護兒童及少年起見，應作法規體系的解釋，本法所規定保護之對象為「兒童及少年」，故應解釋為限於十八歲以下之人。故無論過去或目前實務上處理網路援助交際案件所適用的法律，實有不妥之處。

第二目 現行之兒童及少年性交易防制條例第二十九條

現行法第二十九條：「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。」其不當或有缺失之處有：

³⁵ 請參見謝采倩撰，同註 17，前揭文，頁 141。

一、行為人之罪責與刑罰不符比例原則

刑法科處行為人的刑罰種類或刑罰的輕重程度必須與行為人的罪責程度相當，而具罪責相當性。行為人以媒體散布、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，而論以此罪。此言論之散布、播送或刊登與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之區分，於本章第三節第二項有詳細之探討。

二、處罰訊息之行為有違憲法保障人民之言論自由

針對本條處罰利用媒體而散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易訊息之行為，修法理由大多為基於兒童及少年接觸媒體的頻率甚繁及便利，而媒體對於身心尚未發育完全的兒童及少年有相當的影響力，故為求保護兒童及少年之目的，而限制行為人利用媒體為此種不雅言論，但立法者卻未探究該言論是否明顯造成對兒童或少年身心上對性觀念有急迫之危險產生，及為求保護兒童及少年之目的而犧牲成年人接收此類言論之權利。然而，將處罰兒童及少年性剝削之結果前置於對不雅言論之處罰，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。

三、構成要件之解釋仍有不一致之標準

如同修法前已存在之問題，於修法後本條文中「使人為性交易」所指之「人」，目前實務上亦有不同之解釋，然而，漸漸有傾向將條文範圍侷限在十八歲以下之人的趨勢³⁶。且該「人」應為侷限於散布、播送或刊登此種訊息以外之人，如性交易者為該散布、播送或刊登此

³⁶ 關於此部分請參見本文第七章有詳細之探討。

種訊息之人，不論其是否為成年人，均不在本條所處罰之範圍內³⁷，惟，現今實務上仍有將該「人」擴張解釋至散布、播送或刊登此種訊息之人，故仍須透過修法途徑來解決此一情形。

四、本條文性質上屬「結果犯」抑或「危險犯」？

本條文之爭議繼適用對象是否僅限十八歲以下之人外，從修法前至修法後另一爭議議題為，本條文究為「結果犯」或「危險犯」之性質，日前修正兒童及少年性交易防制條例第二十九條主要理由為，鑒於實務對於採結果犯之見解，認為有模糊立法的原意，對於色情業者之生存空間將有助長擴大之勢，為求呼應原來之立法意旨，而修正採危險犯之前置處罰方式。

相較於刑法第二百三十一條第一項，一九九九年修正前條文為，「意圖營利，引誘或容留良家婦女與他人姦淫」，本罪以引誘或容留良家婦女，與他人姦淫為要件³⁸，故此為客觀構成要件，過去實務及學說均將本罪解釋為結果犯，並非以「引誘、容留行為」之完成，即謂其犯罪已告成立，必須該婦女已與他人姦淫使得構成本罪。在一九九九年修正後該條之第一項規定為，「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」，現行法不需要被誘人在客觀上確實有性交或猥褻的行為，與舊法相較，「與他人為性交或猥褻行為」成為主觀意圖，不再為客觀要素，是一種刑罰之前置化。

兒童及少年性交易防制條例第二十九條修正前：「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」若以體系解釋³⁹來看，本罪以行為人利用媒體引誘、媒介、暗示或以他法使人為性交易者為要件，故此係為客觀

³⁷ 請參見最高法院法律座談會，臺灣高等法院暨所屬法院九十年法律座談會彙編，2002/07，頁335-338。

³⁸ 請參見褚劍鴻著，刑法分則釋論(上)，台灣商務印書館發行，1996/05，頁669。

³⁹ 體系解釋，又稱為「系統解釋」，係指就法條在整個法律中地位，以及法條與其他法條之體系關係來闡釋法條之意義。

構成要件，應將本罪解釋為結果犯，並非以「引誘、媒介或暗示行為」之完成，即謂其犯罪已告成立，必須已使人為性交易使得構成本罪。故修正前實務的作法並無違誤。

本條文於修正後為：「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」行為人僅須散布、播送或刊登足以促使人為性交易之訊息，即構成本罪。相較實際產生性交易之結果而言，修法者將本罪前置於性交易之訊息的散布、播送或刊登行為，將本罪解釋為「危險犯」。

兒童及青少年性交易防制條例第二十九條所規定的是「...足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息」，所以「促使」與否，應該是判斷關鍵所在，而促使之有無，應該有相當強烈且特定的主觀要素，希望特定的他人著手進行此一行為，才足以構成。通常乃是針對不特定多數人而發的網路援交廣告是否均能滿足此一要件，其實有相當大的討論空間。從目前實際發生的案例來看，在法律的解釋適用上，顯然執法機關在追求「業績」的心態驅使下，有過度放寬的明顯趨勢。同樣地，所謂的「性交易」，在此一以刑法為手段的管制結構下，也應該做嚴格的解釋，才可能是合憲的。否則，不但學術討論可能構成此一規定的犯罪行為，連男女間自願性的交往行為，政治明星的選舉助講內容，也都可能構成此處所謂的犯罪，遺憾的是檢警機關執法時的態度顯然和此背道而馳⁴⁰。

且上網留言援交，是一種類似在公共場所或公眾出入之處的拉客行為，僅受到社會秩序維護法的規範，如果將刑法妨害性自主罪章中有關「使人為性交易」擴大解釋，也將「使人與自己性交易」包含在內，將造成法律體系上的混淆，且處罰也過重，更非立法原意。立法機關立法之際訴諸直覺地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，是針對

⁴⁰ 請參見劉靜怡著，資訊社會的規範困境：台灣網際網路法律發展的歷史考察，<http://140.109.196.10/pages/seminar/infotec4/4-3.doc>.2003/04/28 查閱。

網路進行過度立法的結果，且將本罪散布、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之行為解釋為「危險犯」，此是否符合危險犯之性質，仍有疑問，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⁴¹。故兒童及少年性交易防制條例第二十九條顯有違憲之處。

第三節 兒童及少年性交易防制條例第二十九條之

違憲審查

如何使憲法保障言論自由的真意不至於在網路世界裡萎縮於無形，本節之工作為檢視兒童及少年性交易防制條例第二十九條本身違憲之處，其與憲法所保障的人民之言論自由，以及條文本身是否符合憲法上比例原則之要求，均為本節中所主要探討的內容。

第一項 兒童及少年性交易防制條例第二十九條與言論自

由之關係

憲法第十一條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」泛指人民表達意見、觀念、情緒、事實等資訊的權利，甚至也包括收受訊息之權利。國家不得立法以限制人民的言論自由，此用於國會檢定言論自由表達運用時，對其內容中立（content-neutral）與內容

⁴¹ 所謂陰謀，是指兩人以上，互為意思表示，共同協議計謀實施犯罪。刑法上只有針對特定重大的犯罪類型，例外地設有陰謀犯的處罰規定，如刑法第一百零一條第二項、第一百零三條第三項。故相較之下處罰單純於網路上散布、播送或刊登性交易訊息之行為，更甚前置於刑法所處罰之陰謀犯規定。

基礎 (content-based) 界定的檢定準則。言論表現的內容基礎之限制，係指政府的管制措施，明文限制某一類型之內容或某一種觀點的言論，或其目的是針對「訊息傳播之影響」。

若是欲對言論內容進行管制，則此種作法恐將會阻礙意見的自由交流，卻未必能有利於自由意見之交換。有關猥褻性的言論自由主要是建立於言論表現的內容基礎之限制中，其檢驗的標準遠較內容中立的言論基礎嚴格。平衡憲法所保障的低價值言論自由須考量兩項要件：1、言論相對價值的比例原則。2、阻遏表述高價值言論的風險。因此只有在言論足以產生或引發立即失序的行動時，才得以加以禁制

⁴²。

兒童及少年性交易防制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」，立法原意在於因廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路等媒體，若有此類不雅言論的散布、播送或刊登，恐對於兒童或少年其身心發展及其性觀念有不當的影響，故立法以刑罰嚴加嚇阻此類言論。雖然其基於保護青少年免於接觸有害之資訊，而具有利益，卻也因此限制了成年人基於憲法所賦予寄發以及接收資訊的權利。

美國最高法院一再強調，不得把成人的言論自由權利侷限於與兒童同一標準的範疇。政府在採取限制未成年人取得網路資訊的範圍，以達到保護未成年人身心健康的目的時，應該採取對於成年人的言論自由權利限制程度最低的規制手段，此一規制手段除了必須是不得不然的最後手段外，並且必須通過立法用語是否明確，以及涵蓋範圍是否適當兩者的檢驗，否則即有違憲之虞。

「性」本應為人類的基本需求，行為人在網路上單純散布、播送或刊登性交易訊息之行為，如國家不加以衡量言論自由限制之界限而斷然採取剝奪之手段，並對違反者科以刑罰，我國憲法有關人民自由

⁴² 關於此部分於本文第三章、第四章均有詳細之論述。

權利事項，雖沒有明文規定人性尊嚴的保障，但根據我國憲法第二十二條概括保障以及民主國社會國體之規定（憲法第一條），應為當然之解釋，國家刑罰權之行使或各種刑事制裁措施，應符合人性尊嚴、人道精神。故兒童及少年性交易防制條例第二十九條之處罰規定亦違反人性尊嚴之保障。

第二項 以「比例原則」檢視其刑事立法界限

由於刑法限制或剝奪人權的廣度與深度，均為所有法律之冠（國家最嚴厲的制裁手段），故法律優位原則與法律保留原則在刑法領域，則較其他法律領域更加強調之必要。刑罰權的界限必須明確，因此有禁止類推適用原則與禁止溯及既往的提出與適用，以及國家刑罰權的行使，必須以行為罪責為依據與界限的主張與貫徹⁴³。

罪責原則係指確認行為人為刑法上可責難，而具有罪責時，始足以引致國家刑罰權的行使，從而衍生兩點涵義⁴⁴：

一、罪責為刑罰的前提要件

刑罰係以罪責為前提要件，欠缺罪責的行為，即不得科處刑罰，即是，無罪責則無刑罰。故罪責可說是刑法制裁的基礎。

兒童及少年性交易防制條例第二十九條，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，若性交易買賣雙方當事人若有涉及至兒童或青少年者，基於保障兒童及青少年之目的，認為此交易有社會損害性，國家得以刑罰權手段加以介入；若性

⁴³ 此部分相關資料請另詳鄭昆山著，誣告反坐在特別刑法的法治國原則思辯----評釋字第五五一號解釋，月旦法學雜誌，93期，2003/02，頁276-280。

⁴⁴ 請參見林山田著，同註33，前揭書，註26，頁88-89。引註自Jescheck/Weigend, AT., S. 23f.

交易雙方彼此間無涉兒童、青少年或無脅迫等情事，則事關個人道德行為，故無刑法上罪責之問題，故行為人亦無刑罰。

二、刑罰必須與罪責相當

刑法科處行為人的刑罰種類或刑罰的輕重程度必須與行為人的罪責程度相當，而具罪責相當性。簡言之，刑罰的輕重程度不得逾越罪責的高低度，逾越行為罪責程度的刑罰，應予禁止，形成超量禁止原則。在如此之情形下，方能透過刑事立法與刑事司法，以罪刑相當的公正刑罰，提升人民的法意識，而使刑罰能夠充分發揮其鎮壓犯罪與預防犯罪的功能。

兒童及少年性交易防制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，得併科新台幣一百萬元以下罰金。」相較於刑法第二百二十七條第二項之規定：「對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑。」或刑法第二百二十七條第四項之規定：「對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑。」利用媒體散布、播送或刊登足以促使人為性交易之訊息的行為，其刑罰之科刑還甚於行為人實際對未成年人為猥褻行為，兩者相較之下，何者對於未成年人之傷害更大呢？故本文認為，兒童及少年性交易防制條例第二十九條之刑責過於嚴苛，刑罰的輕重程度與行為人的罪責程度不相當，而不具罪責相當性。

第一款 比例原則的內涵

比例原則係源於德國的警察法，旨在強調國家在進行干預行政時，「不得為達目的而不擇手段」。換言之，比例原則在強調目的與手段間之均衡。在德國，比例原則有廣狹二義，一般取其廣義理解。所

謂「廣義比例原則」包括適當性原則、必要性原則及禁止過度原則⁴⁵。我國憲法第二十三條：「以上各條列舉之自由權利，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外，不得以法律限制之⁴⁶。」此乃比例原則作為規範違憲審查之準則明文規定⁴⁷。

適當性原則（合目的性原則）：係指在干預行政的（刑事）立法上，應有合憲之目的，如果有干預性的立法，無法涵攝於憲法第二十三條的目的中，即不合乎本項原則。

必要性原則：係指限制或干預某一基本權已合乎憲法所揭示之目的，但仍須檢討：1.達到相同目的的手段可能有幾種；2.各種手段對基本權會有如何之限制；3.選擇一侵害最少的手段。

禁止過度原則（含狹義比例原則）：係指採取限制基本權的手段縱然合乎一定的目的，且屬必要的最低侵害的手段，但仍不可與其欲達之目的顯失均衡。

將比例原則作為檢視刑事立法妥當與否之準繩，其判斷標準分析說明如下：

1、適當性原則----恣意立法的禁止

透過立法的三讀程序，表彰法律係人民多元意志經過辯證與妥協所獲得的結果。但不代表法律必然是符合公平正義或具有實質正當

⁴⁵ 請參見李惠宗著，憲法要義，敦煌書局，1997/09，初版，頁87-88。

⁴⁶ 本條在憲法解釋論上，為限制基本權之限制，其要件有四：1.為達成四項國家目的之一；2.須合乎比例原則（行程7）；3.須合乎法律保留（中標5；憲法170-172；H. Kelson法位階論）；4.須合乎憲法保留：基本權利核心（Wesengehalt）不可侵犯，即基本權利視為刑罰化的界限（Pönalisierungsschranken）Vgl. Auch Lewisch, aaO.詳鄭昆山著，圖解法治國刑法入門（上）---犯罪理論解析，作者自版，2001/09，頁28。

⁴⁷ 請參見盛子龍著，比例原則作為規範違憲審查之準則——西德聯邦憲法法院判決及學說之研究，1989，指導教授翁岳生，台灣大學碩士論文。

性。國家權力最強烈的作用乃在於對人民之刑事處罰權，基於罪刑法定主義對國家行使刑罰權的要求，刑罰權須符合犯罪的「不法構成要件」。不法構成要件係依據它所想要保護的法益而制定的⁴⁸。

社會共同生活中，無論是個人或團體、社會、政府或國家，均存有生活利益，凡以法律手段而加以保護的生活利益，即稱為法益（Rechtsgüterschutz）⁴⁹。確定「法益」的概念後，才可判斷 1. 在立法上刑罰是否有必要性；2. 在司法上處刑是否具有合理性⁵⁰。國家刑罰權的實質正當性乃是該應予處罰之行為，侵害公益或嚴重侵害個人權益或具有危險性，國家有義務予以制裁，刑事制裁須具有「維護法益」的目的。故刑事立法時應避免導入與「維護法益」目的無關的要素而形成恣意的刑事處罰。比例原則在適當性原則上，即可具體化為「恣意立法的禁止」因此，唯有對於社會危害性重大的行為方可加以犯罪化，單純的違反道德行為則非屬刑事不法領域⁵¹。

2、必要性原則----刑罰謙抑原則

必要性原則運用在刑事立法上，係屬比較的問題，特別是在比較「刑事制裁」與「行政制裁」何者更易達到目的，縱立法目的能正確的涵攝於憲法第二十三條的範圍裡，必要性原則仍要求「不必要刑罰之禁止」。在此原則之下，立法者負有必須衡量採取刑事處罰或僅採取行政秩序罰的方式，其所耗費的成本與所欲達到的目的是否有相當

⁴⁸ 請參見林山田著，同註 33，前揭書，頁 208-209。

⁴⁹ Vgl. Auch Lewisch, aaO. S. 223. 請參見林山田著，同註 33，前揭書，頁 57。

⁵⁰ 法治國刑事立法要件有五項：第一，必須某不法行為具有法益（Rechtsgüter）之侵害，亦即該行為侵害刑法所保護人類社會生活之利益；其次，必須該行為違反禁止或準則之刑法義務，第三，刑罰必須具備最後手段性，而且第四，基本人權為刑事立法消極權限之規定，也就是說刑事立法絕對不可侵犯基本人權之本質內涵，最後，刑事立法應該符合法律保留或國會保留之基本原則。詳鄭昆山著，從「法治國原則」論集會遊行刑事罰之「行政從屬性」——兼論司法院大法官會議釋字第四四五號解釋，律師雜誌，222 期，1998/03，頁 15-32。

⁵¹ 歐洲人權公約第 8 條（Art. 8 EMRK）即規定私領域（Privatheit）範圍國家不可侵犯，單純的違反道德行為加以犯罪化，與該公約意旨不符。Vgl. Lewisch, aaO. S. 224. 詳參釋字第五五四號解釋，通姦犯罪之違憲審查似仍有甚大探討空間。黃錦嵐等報導，大法官：通姦除罪或裁罰 都不違憲，2002/12/28，中國時報。

之責任⁵²。

因此有學者基於比例原則認為，對人民為違法行為而欲加以制裁時，先經處以侵害基本權利較輕之處罰手段（如行政罰等）而仍不能達到警惕及嚇阻作用者，始不得已才考慮處以較重及嚴厲之刑罰，即採「先行政，後司法」之處理原則，應符合「比例原則」之要求。

刑法規定的法律效果係所有法律規範中最为嚴厲而具痛苦性、強制性與殺傷性的法律手段。立法上若有刑罰以外的法律效果，且亦能有效防制不法行為時，則應避免使用刑罰，否則，輕易動用刑罰權作為制裁的法律效果，不但會使人民動輒得咎，亦使刑法嚇阻犯罪的能量耗損，減低刑法的規範功能。唯有在以其他法律效果未能有效防制不法行為之時，始得以刑罰作為制裁的法律效果，這即是刑法的最後手段性（ultima ratio）⁵³。故刑罰只具有補充性，於其他法律效果不足以達到法律所欲規制的目的時，方能採用，又稱為刑罰謙抑原則⁵⁴。

3、禁止過度原則----殘虐刑罰禁止原則

對於某種違反共識秩序通過前述的「適當性原則」及「必要性原則」之檢驗，而採取刑事處罰的手段，仍須進一步檢驗，該刑事處罰是否過度嚴格，以致於與欲達成之目的，顯失均衡。不法領域乃違反應然規範——禁令（Verbot）或準則（Gebot）。而罪責乃個人在人格上可被非難之情狀，強調個人之能力或可能性。罪責原則與法治國刑法——刑罰以罪責為要件，無罪責則無刑罰。罪責原則乃憲法層級的。雖並無法律明確規制之下，但根據法治國原則理念，不具罪責的刑罰將是違憲的⁵⁵。

⁵² 請參見李惠宗，論比例原則作為刑事立法界限----評大法官釋字第五一七號解釋，台灣本土法學雜誌，18期，2001/01，頁32。

⁵³ 請參見林山田，同註33，前揭書，頁64。亦為法治國刑事立法要件之一，另詳鄭昆山著，同註46，前揭書，頁146。

⁵⁴ 請參見甘添貴，刑法之謙抑思想，月旦法學雜誌，24期，1997/05，頁50以下。

⁵⁵ 詳鄭昆山著，同註46，前揭書，頁146。

縱然立法經過衡量，認為當時處以刑事處罰確有必要，亦必須進一步以「禁止過度原則」再審查該項處罰是否過度，於是乃產生「殘虐刑罰之禁止」原則⁵⁶，包括禁止所有殘忍的、鄙視性的、不人道的及屈辱性的處罰。德國基本法第一二條即基於比例原則而廢止死刑：「法治國家原則與人性尊嚴的連結，乃要求刑事處罰必須是合乎比例、有意義並且是有節制的。」於肯認刑事處罰必要性之後，仍應考量其所科處之刑罰是否過重，刑罰之高度應針對行為對法益實害或危險之程度加以衡酌，始合乎比例原則。

第二款 適當性原則----恣意立法的禁止

侵害公益或嚴重侵害個人權益或具有危險性，國家有義務予以制裁，刑事制裁須具有「維護法益」的目的，才能符合國家刑罰權的實質正當性，應避免導入與「維護法益」目的無關的要素而形成恣意的刑事處罰。比例原則在適當性原則上，衡量對於社會危害性重大的行為可加以犯罪化，單純的違反道德行為則非屬刑事不法領域。在干預行政的（刑事）立法上，應有合憲之目的，如果有干預性的立法，無法涵攝於憲法第二十三條的目的中，即不合乎本項原則。

兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定中，促使「人」為性交易之訊息者，若限縮解釋為兒童或少年，則基於兒童及少年之保護、輔導等，此已非屬單純的違反道德行為，顯然影響青少年身心的健全發展對於社會危害性重大，加以犯罪化乃為當然之事。

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

⁵⁶ 請參見日本憲法第 36 條規定「殘虐刑罰應絕對禁止」。世界人權宣言（1948 年 12 月 10 日）第 5 條規定「任何人不容加以酷刑，或施以殘忍不人道或侮慢之待遇或處罰。」

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之規定，即不合乎本項原則。

本條文中雖無兒童、少年字樣，依該法之立法目的、保護對象、適用範圍及立法技術，足認其係以對未滿十八歲之少年兒童為犯罪行為者為處罰對象，如有擴大適用於十八歲以上之人時，為例外之列舉規定，該條例第二十九條雖未就使「人」為性交易保護年齡有何限制之規定，惟依目的性限縮解釋，應僅限於未滿十八歲之兒童及少年。目前我國實務有少數法官對於本條之見解雖有異議，但仍以本條例第二十九條之規定擴張解釋為十八歲以上之人，論處網路援助交際行為為多數。

第三款 必要性原則----刑法謙抑原則

如前述，在此原則之下，立法者負有必須衡量採取刑事處罰或僅採取行政秩序罰的方式，其所耗費的成本與所欲達到的目的是否有相當之責任。尚須檢驗：

1. 達到相同目的的手段可能有幾種；
2. 各種手段對基本權會有如何之限制；
3. 選擇一侵害最少的手段。

在以其他法律效果未能有效防制不法行為之時，始得以刑罰作為制裁的法律效果，這即是刑法的最後手段性，刑罰只具有補充性，於其他法律效果不足以達到法律所欲規制的目的時，方能採用。

在兒童及少年性交易防制條例第二十九條中規定，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，將完成性交易之行為結果前置於散布、播送或刊登之「訊息」行為，以刑罰作為制裁其散布、播送或刊登之「訊息」行為的法律效果，但此究屬恰當，有非常大的疑問。

第四款 禁止過度原則----殘虐刑罰禁止原則

經立法衡量，認為當時處以刑事處罰確有必要，但仍須檢視刑事處罰是否過度嚴格，以致於與欲達成之目的，顯失均衡，包括禁止所有殘忍的、鄙視性的、不人道的及屈辱性的處罰。刑事處罰必須是合乎比例、有意義並且是有節制的。刑罰之高度應針對行為對法益實害或危險之程度加以衡酌，始合乎比例原則。兒童及少年性交易防制條例第二十九條之刑度為，五年以下有期徒刑得併科新台幣一百萬元以下罰金，然而，就針對散布、播送或刊登此類言論者，無產生性交易結果，亦該當此罪，此是否符合行為對法益實害或危險之程度加以衡酌，有相當大的疑問，反觀相同之行為在廣播電視法中，僅論以行政罰之處罰⁵⁷。

綜上所述，兒童及少年性交易防制條例第二十九條在作為檢視刑事立法妥當與否之比例原則判斷標準，均違反其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、播送或刊登與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，方能罪責相符，故本條文顯然違反憲法第二十三條之規定，當然違憲。

⁵⁷ 廣播電視法第二十一條：「廣播、電視節目內容，不得有左列情形之一：一 損害國家利益或民族尊嚴。二 違背反共復國國策或政府法令。三 煽惑他人犯罪或違背法令。四 傷害兒童身心健康。五 妨害公共秩序或善良風俗。六 散佈謠言、邪說或淆亂視聽。」第四十一條：「廣播、電視事業違反本法規定者，視情節輕重，由新聞局予以左列處分：一 警告。二 罰鍰。三 停播。四 吊銷執照。」第四十三條：「有左列情形之一者，電視事業處五千元以上、二十萬元以下罰鍰；廣播事業處三千元以上、三萬元以下罰鍰：一 播送節目或廣告，違反第二十一條第三款至第六款規定之一或第三十二條準用第二十一條第三款至第六款規定之一者。」第四十四條：「廣播、電視事業有左列情形之一者，除處三萬元以上、四十萬元以下罰鍰外，並得予以三日以上、三個月以下之停播處分：一 播送節目或廣告，違反第二十一條第三款至第六款之一，情節重大者。」

第四節 小結

一九九五年八月為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，立法院通過「兒童及少年性交易防制條例」。兒童及少年性交易防制條例第二十九條中所謂「人」，是否限於未滿十八歲之少年或兒童，在本文之見解認為，基於罪刑法定主義及立法目的、保護對象、適用範圍及立法技術，該條例第二十九條雖無兒童、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。該法之足認其係以對未滿十八歲之少年兒童為犯罪行為者為處罰對象，不得擴張解釋及於十八歲以上之人，否則有違罪刑法定主義及憲法保障人民權益之規定。

現行之兒童及少年性交易防制條例第二十九條，其不當或有缺失之處有：行為人之罪責與刑罰不符比例原則、處罰訊息之行為有違憲法保障人民之言論自由、構成要件之解釋仍有不一致之標準等。

上網留言援交，是一種類似在公共場所或公眾出入之處的拉客行為，僅受到社會秩序維護法的規範，如果將刑法妨害性自主罪章中有關「使人為性交易」擴大解釋，也將「使人與自己性交易」包含在內，將造成法律體系上的混淆，且處罰也過重，更非立法原意。立法機關立法之際訴諸直覺地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，是針對網路進行過度立法的結果，且將本罪散布、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之行為解釋為「危險犯」，此是否符合危險犯之性質，仍有疑問，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。蓋陰謀犯，是指兩人以上，互為意思表示，共同協議計謀實施犯罪。刑法上只有針對特定重大的犯罪類型，例外地設有陰謀犯的處罰規定，如刑法第一百零一條第二項、第一百零三條第三項。故相較之下處罰單純於網路上散布、播送或刊登性交易訊息之行為，更甚前置於刑法所處罰之陰

謀犯規定。

網路援交廣告的內容管制和後續活動的管制上時，不免都會牽涉到言論自由保護和管制界限的問題。從歷史發展軌跡來看，當言論內容受到以國家刑罰為管制手段的方法管制時，法院進行違憲審查時所使用的標準通常是最嚴格的標準，也就是通常不大容易通過檢驗而被判斷為違憲。立法者和執法者對於言論採取刑罰管制措施時，似乎總是採取過於理所當然的粗率作法，導致目前這種有違憲嫌疑的立法和執法到處充斥的結果。上述現象其實是立法者和執法者希望資訊類型單一化、希望某些他們不理解或者厭惡的資訊不會出現在公共領域裡的心態反映。必須思考的是此種心態和作法是不是真的經得起檢驗，以及這種「虛假的純淨」長遠來說對社會整體而言是不是件「好事」的問題⁵⁸。

⁵⁸ 請參見劉靜怡著，同註 40，前揭文。

第六章 我國現行實務處理網路援助交際案件所衍生之相關問題

由於「釣魚」是目前偵辦網路援助交際案件中最普遍的方式，警方為維護善良風俗，近年來積極取締網路援交案，加上敘獎優渥，基層員警一窩蜂投入援交案偵辦，但也引發許多爭議。最令人詬病的是，員警透過網路情色討論區刊登援交訊息引魚上鉤，談妥價碼相約見面後加以逮捕，有違刑事程序正義原則。由於主動刊登援交訊息已觸犯兒童及少年性交易防制條例第二十九條，在上級嚴令禁止下，員警多半改以進入情色討論區、聊天室，針對援交、「徵求一夜情」等挑逗性留言與之交談，誘使對方達成援交協議，但此舉同樣也難脫引誘犯罪之嫌。誘捕偵查的實施，若未有一定的規範，容易導致人民喪失對司法的信賴。本章節乃為探討誘捕偵查於美、日兩國的實務及學說發展現狀，提出有關外國處理誘捕偵查的文獻資料，給予國內實施誘捕偵查時應有作為之參考。

第一節 警察人員績效問題

兒童及少年性交易防制檢警專責任務編組實施要點第二條規定：「臺灣高等法院檢察署及內政部警政署共同成立『兒童及少年性交易防制督導小組』（以下簡稱督導小組），專責指揮督導各地方法院檢察署及警察機關辦理有關本條例犯罪之偵查工作；各地方法院檢察署及轄區警察機關共同成立『兒童及少年性交易防制執行小組』（以下簡稱執行小組），專責辦理本條例犯罪之偵查工作。」及第九條規定：「執行小組應特別注意各媒體廣告，發現有以廣告物、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，即主動積極偵辦，並進而追查本條例所列之各項犯罪。」針對目前警察機關偵查網路援

助交際的案件，援引兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定，依積極偵辦之職責外，且警察機關查處違反兒童及少年性交易防制條例案件獎懲辦法亦有優渥的獎勵規定，造成有下列情形之產生：

第一項 造成警員捨大案就小案之情形

二 二年三月二十六日公布的「警察人員獎懲標準表」中，第一條規定：「有左列情形之一者，嘉獎：

- 一、工作勤奮、服務認真，有具體成績表現者。
- 二、操守廉潔，有具體事實，足資矜式者。
- 三、主動為民服務，有具體優良事實表現者。
- 四、主動協助貧困，解決問題，有具體事實者。
- 五、對上級交辦任務，圓滿達成者。
- 六、研擬各種計畫辦法，考慮週詳，設計縝密，具體可行，經核定實施者。
- 七、主動宣導警政，促進社會了解，有具體事實表現者。
- 八、愛護團體，建議應興應革事項，確具價值，經長官採擇者。
- 九、研究簡化各項工作程序，合理可行，因而提高工作效率者。
- 十、整理編撰重要專案資料、報告、內容完整、充實，足資範式者。
- 十一、提供有關資料，因而查獲人犯或破案者。
- 十二、一般行政機關政務之推行，遇有阻礙，能盡力協助排除者。
- 十三、參加各警察機關舉辦業務、勤務之競賽或測驗考核，成績優良者。
- 十四、查獲顯然妨害安寧秩序或善良風俗之重大違反社會秩序維護法案件得力者。
- 十五、查獲或取締違反各種處以行政罰之案件，著有成績者。
- 十六、偵破刑案辛勞得力者。
- 十七、查獲通緝犯或執行拘提刑事人犯一人，或違反社會秩序維護法裁定拘留、易以拘留案件之被處罰人，經強制到場二人以上者。

- 十八、查得查尋人口二人以上，並依規定處理完竣。
- 十九、辦理保防工作，成績優良者。
- 二十、處理重大交通事故，妥善得力者。
- 二十一、取締妨害風化（俗）案件，認真努力，有優良事實者。
- 二十二、主動取締職業性賭博，努力認真，有具體事實者。
- 二十三、協助取締違法出版品，認真努力，成績優良者。
- 二十四、勸導感化不良分子改過遷善，裨益社會，有具體事實者。
- 二十五、考管取締不良分子得力，對社會治安確具有貢獻者。
- 二十六、協助執行環境保護工作努力，有具體事實者。
- 二十七、辦理戶口查察工作，成績優良者。
- 二十八、查獲獵槍、空氣槍、瓦斯槍、麻醉槍、魚槍、子彈及二十之(二十)以外其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲。
- 二十九、執行重要警衛，圓滿達成任務者。
- 三十、策劃或督導有關業務、勤務，辛勞得力者。
- 三十一、勤務督察成績優良者。
- 三十二、參加各種演習有特殊表現，足資示範者。
- 三十三、對入出境安全檢查管制確實，辛勞得力者。
- 三十四、執行教育輔導工作，辛勞得力者。
- 三十五、辦理員警福利，辛勞得力者。
- 三十六、對裝備器材及車輛保養維護，辛勞得力者。
- 三十七、代表警察機關對外參加競（比）賽，成績優良者。
- 三十八、辦理救災工作，辛勞得力者。
- 三十九、其他辦理公務有關事項，辛勞得力者。」

及第二條規定：「有左列情形之一者，記功：

- 一、偵破重大內亂、外患、擾亂金融、經濟或其他重要刑案，功績卓著者。
- 二、查獲內亂、外患等罪之重要人犯者。
- 三、處理重大治安事件得當，因而消弭禍患者。
- 四、搶救重大災害，奮不顧身，有具體效果者。
- 五、冒險犯難捕獲持有兇器之重要案犯者。
- 六、執行特定警衛，對意外事故處置得宜，化險為夷者。

- 七、研定警察法規，能秉持政策，把握原則，內容縝密、完備、合理可行，有助益於警政之革新或推行，具有具體績效者。
- 八、於國家舉行重要大典或重要公職人員選舉期間，策劃週詳，措施得宜，圓滿達成維護治安秩序之任務者。
- 九、主動策劃或提供警政興革之建議，或引進有關警察之學術，新設施、新工具，經採擇施行有良好績效，確有裨益警政之革新進步者。
- 十、冒險犯難查獲二之(二十)所列各式槍砲、炸彈或爆裂物，消弭禍害，功績卓著者。」

反觀在一九九六年二月九日公布的「警察機關查處違反兒童及少年性交易防制條例案件獎懲辦法」中，該辦法第三條之規定：「有下列情形之一者，嘉獎一次或嘉獎二次：

- 一、對上級交辦有關本條例案件，圓滿達成者。
- 二、提供有關資料，有助於防制兒童及少年性交易或因查獲違反本條例人犯者。
- 三、辦理有關本條例防制業務教育宣導工作，辛勞得力者。
- 四、策劃、督導有關本條例救援及偵辦工作，辛勞得力者。
- 五、查獲本條例第二十二條、第二十八條第一項案件，並依法令處理者。
- 六、接獲民眾檢察有關本條例案件，積極協調處理，有具體優良表現者。」

又該辦法第四條之規定：「有下列情形之一者，記功一次或記功二次：

- 一、查獲本條例第二十三條至第二十七條、第二十九條至第三十一條或第三十七條案件，並依法令處理者。
- 二、策劃、督導有關本條例救援及偵辦工作，著有績效者。
- 三、整理、編撰本條例工作資料報表，內容充實完整，有具體事蹟者。
- 四、擴大蒐證查處，因而查獲跨越二縣(市)以上之本條例案件，績效卓著者。」

相較之下，基於警察機關查處違反兒童及少年性交易防制條例案件獎懲辦法，警員欲透過偵查網路援助交際的案件來獲得嘉獎或記功

的機會更顯得輕而易舉，因為兒童及少年性交易防制條例第二十九條所規定之要件，行為人僅須於電腦網路上，有散布、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，即構成此罪。一間電腦室、幾台電腦，投資報酬率如此大的記功機會，員警僅須在網路上積極的「釣魚」或消極的守株待兔即可。相較於警察人員獎懲標準表中，警員須偵破、查獲重大刑事案件或處理特殊事件等，身陷危險的情況下，方有獲得嘉獎或記功之機會。相同的嘉獎或記功，難怪會導致部分員警不願冒生命危險擔任重大刑案的偵查工作，造成捨大案就小案之情形。

第二項 造成誘捕偵查手段之濫用

因為網路色情具有使用者匿名性及不確定性等，且隨著偵辦網路援助交際的案件日益漸增，網友們均小心翼翼地，避免在網路上留有兒童及少年性交易防制條例第二十九條「足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息」的文字，消極守株待兔的等待方式，漸漸不收成效而不被員警們所採，投資報酬率如此大的記功機會，不可避免地員警們會採以積極的「釣魚」方式，引誘網友們留言「性交易」的文字訊息，然後謊稱與其性交易約定特定的時間、地點而將其逮捕¹。

¹ 「警方偵辦風化案件經常以『釣魚』的方式誘出嫌犯再逮捕，如此的做法不僅有引誘犯罪之嫌，更容易引發警員『擄妓勒贖』的風紀問題，台中市警察局為此特別要求員警偵辦網路援交或取締色情時，切勿以『釣魚』方式辦案。據了解，部分員警為求績效，經常利用閒暇時上網徵求援交，再相約見面進行性交易，等對方進入旅館房間開出價碼後，佯裝嫖客的警員立即表明身分，將援交妹帶回警局偵辦，這種『釣魚』的作法，雖可爭取績效，卻有引誘犯罪的爭議，更衍生許多弊病。警界人士指出，警員利用『釣魚』的辦案方式爭取績效已行之有年，但近年來民眾人權意識高漲，如此有爭議性的辦案方式，經常落人口實，而且警員在未報備的情況下自行偵辦援交案，更可能衍生『擄妓勒贖』的風紀問題。因此，市警局在這個月的擴大聯合勤教中，就特別要求各分局所屬單位，在偵辦網路援交或是取締色情案件時，搜證務必確實，掌握賣淫及色情事證後才得以進行搜索逮捕，不能自己充當嫖客又要抓人。」請參見台中市警局嚴禁所屬以「釣魚」方式偵辦援交案件，簡光義 / 台中報導，中國時報，2002 / 09 / 17。

警政署有鑑於此，日前下令員警不得以誘導性文字透過網路「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訊息」，並要求各警察機關嚴加審核，如員警以上述「釣魚」方式偵辦網路援交案，一律視為違反偵查程序，不得敘獎²。即使未主動刊登援交訊息，但若進入情色網站所謂「一夜情」、「徵友」等留言，表達有意援交的意願，誘使對方談妥價錢促成性交易協議，亦屬於「釣魚」方式。性觀念日趨開放，雖然不能放任網友利用網路便利性，造成性交易更為氾濫之情形，唯警方偵辦網路援交案應更為嚴謹，不能一味只求績效、功獎，才能為社會大眾接受。

第三項 造成網路交友之顧慮

個人在社會上的一項重要學習的課題為人際關係的相處，人際關係運用得當便會造就許多利益，因網際網路具有無國界性、無地域性等特性，所以可透過網路的連結來結識更多的網友，認識不同的國情、獲得更多的資訊。然而，目前偵查機關為達防制網路色情的目的，基於保護兒童及少年的身心發展之由，不時埋伏於網路中，尋找可能犯案的目標或是在網站上表達有意援交的意願，誘使其他網友談妥價錢促成性交易協議，嗣後再加以誘捕。在無形之中，亦造成網路交友上之顧慮。縱使成年男女彼此透過網路上談妥性交易之協議，其本質上仍應屬社會秩序維護法所規範之行為，不應以刑罰處罰。

綜上所述，因為基於警察機關查處違反兒童及少年性交易防制條例案件獎懲辦法所規定優渥的嘉獎記功方式，相較於一般規定之警察人員獎懲標準表的嘉獎記功方式，更引起部分員警的「盡忠職守」，特別針對網路援交案件而為偵查，此舉更顯示出員警辦案的本末倒置，造成誘捕手段之濫用，嚴重違反法治國刑法原則，故員警偵辦網路援交案應更為嚴謹，不能一味只求績效、功獎³。另外，日前立法

² 請參見「釣魚」不得敘獎 援交辦不下去？，鮮明/中縣報導、周庭慶/台中報導、吳江泉/高雄報導，中國時報，2003/02/13。

³ 「警政署以違反偵查程序正義為由，下令員警不得以『釣魚』方式偵辦援交案，否則不予敘獎，立意值得肯定，但對所謂『釣魚』之定義並未明確說明，常有

院針對警察職權行使法進行朝野協商，於二〇〇三年六月五日立法院第五屆第三會期第十五次會議確定通過警察偵辦網路援交、媒介色情案件，行使職務時「不得以引誘、教唆人民犯罪及其他違法之方法為之」條文，換言之，員警以往「釣魚」辦案，都可望成為歷史。類似「釣魚」等「以罪治罪」的手法，不外乎利用民眾的好奇心來製造、誘使民眾犯罪。為使警察機關辦案程序，確實符合「正當法律程序」，於原法第三條增列第三項條文，明確限制員警辦案，不得使用「陷害教唆」方法為之⁴。

第二節 警察人員辦案「誘捕」行為

偵查機關為搜尋在網路上兒童色情及相關資訊犯罪行為人，往往會利用所謂的誘捕手段。比較常見的方式是檢警人員在網路上偽裝自己為未成年人，於網路之交談區（chat room）上與行為人溝通，至時機成熟後，邀約見面，並將之逮捕。此種取得犯罪證據的手段在講

青少年只因好奇刊登『一夜情』訊息，卻在員警誘導下落入援交陷阱，警方相關規範宜更為嚴謹，避免涉世未深的青少年成為員警績效掛帥下的犧牲品。警方目前取締網路援交案的法源依據，主要是根據兒童及少年性交易防制條例第廿九條規定，『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。』唯少數員警為求績效，主動在網路刊登援交訊息，引誘他人犯法，有違偵查程序，因此，警政署才會下令嚴禁以『釣魚』方式偵辦網路援交案，且不得敘獎。不過，警政署並未明確說明『釣魚』的定義，維護程序正義的用意打了折扣。據了解，在警方所查獲的援交案例中，有相當比例是未成年或在學學生，這個時期的青少年對性充滿幻想，常有徵求親密異性朋友或一夜情的念頭，網路討論區、留言版恰好提供此一媒介，他們的標題、留言或許誇大聳動，但未必存有性交易念頭。不過，少數員警在績效掛帥下，化身女性以各種方式引誘對方進行性交易，甚至主動表示願意出高價，青少年在金錢誘惑及滿腦子性幻想的情況下，極易落入陷阱而誤觸法網，成為抹不去的遺憾。性觀念日趨開放，但也不能放任年輕男女利用網路便利性，造成性交易更為氾濫，唯警方偵辦網路援交案應更為嚴謹，不能一味只求績效、功獎，才能為社會大眾接受。」請參見偵辦網路援交勿濫用正義，鮮明報導，中國時報，2003/02/13。

⁴ 增修警察職權行使法第三條第三項：「警察行使職權，不得以引誘、教唆人民犯罪或其他違法之手段為之。」請參見立院短波：未來警方不得釣魚辦案，陳重生報導，中時電子報，

<http://tw.news.yahoo.com/2003/05/28/society/ctnews/4015213.html>. 2003/05/28 查閱。

究高度人權保障的國家裡並不當然被允許，因其可能違反正當法律程序（due process of law）而不被法院採用。偵查機關以誘捕的方法，積極介入犯罪的形成過程，以掌握犯罪或證據的調查，對社會安全的維護應有正面功能。但，誘捕偵查的實施，若未有一定的規範，容易給人專制警察國家壓迫人民的惡質印象，進而導致人民喪失對司法的信賴。尤其當檢警機關在處理網路援助交際的案件，面對兒童及少年性交易防制檢警專責任務編組實施要點中優渥的獎勵規定，造成部分警員捨重大刑案就小案之情形，而濫用誘捕手段。國內目前有關外國處理誘捕偵查的文獻資料，大多植基於英美法系的法理，本節乃參考美、日兩國的實務及學說發展現狀，對國內訴訟制度提出應有之作為。

第一項 誘捕偵查之概念

實務及學界上認為誘捕教唆的誘捕者是否成立犯罪，關鍵在於對於教唆犯「雙重教唆故意」的理解之上。實務上認為，誘捕教唆的誘捕者主觀上須具備教唆故意，而其內涵除須是「對於自己行為貢獻的故意」外，還必須有「促使他人主行為既遂之犯意」。若自其立場觀察，行為人以陷害他人之目的而為教唆，顯然缺乏後一部分的「促使他人主行為既遂之犯意」，而不成立教唆故意，因為誘捕者根本不想行為人真正成立犯罪，而既然欠缺了主觀的故意，不論客觀上所有犯罪構成要件是否具備，皆不應成立犯罪。惟國內學者就誘捕者所實施誘捕行為是否可罰，有不同之見解，故以下針對誘捕行為法律性質、要件逐一探討。

第一款 誘捕之定義

「誘捕」（entrapment）其語意起源於狩獵時為引誘獵物接近所採取之誘獲手段。而誘捕偵查乃指偵查機關或受偵查機關委託者，教唆他人犯罪，在於該被教唆者從事犯罪行為時立即加以逮捕之偵查方法。即，偵查機關或其協力者，提供行為人實行犯罪的機會或方便其犯罪，以誘發行為人犯意或強化其犯意，而待行為人從事犯罪行為，

再予以逮捕、追訴的犯罪偵防方式。這種偵查手法的使用，在日本導源於二次世界大戰後，美國軍隊為徹底追訴有關毒品犯罪而引進。

而「誘捕」在字義上也有多種不同的意義，如僅等待犯罪行為之實施，不對犯罪行為進行引誘者，稱之為 spies；迎合被告之要求，而提供其犯罪行為之實施者，稱之為 collaborators；對被告進行引誘，而助長其犯罪行為之實施者，稱之為 tempters；為使本無實施犯罪意圖之被告上鉤，而積極地加以引誘，並勸誘其實施犯罪者，稱之為 agents provocateurs⁵。偵查人員喬裝買春客，為一單純之誘捕術，稱之為 sting operation。

第二款 誘捕之構成要件

在我國的偵查實踐中採用誘惑偵查手段並不少見，也不能否認「偵查陷阱」確實存在，只是學界對之鮮有深入探討而已。這實際上就是「偵查陷阱」，其構成要件有三：

- 1、誘惑者的身份必須是偵查人員，一般公民是不能作為誘使者。即使是記者為了暗訪違法犯罪行為，如假扮嫖客、購毒者，客觀上也是在參與違法犯罪活動。
- 2、誘使者的行為超出了提供機會的限度，積極地誘使被告人實施犯罪。對於提供機會的誘惑偵查，大多數國家是允許的，一旦過度誘人犯罪則屬於違法的「犯意誘發型」，行為人就可以作「陷阱抗辯」。
- 3、行為人的主觀因素，如果事先沒有犯意而只是在偵查人員的引誘下才萌發，那麼就可以基本認定「偵查陷阱」的成立。

⁵ 請參見黃朝義著，誘捕偵查之相關法律問題—最高法院八十九年台上字第九一八號等相關刑事判決評釋，台灣本土法學雜誌 13 期，2000/08，頁 88。引註自 Michael J. ALLEN, "Judicial Discretion and The Exclusion of Evidence in Entrapment Situations in Lights of The House of Lord Decision". Northern Ireland Legal Quarterly, Summer ,1982 ,p.105.

惟亦有學者認為，美國刑法條文上，「Entrapment」（中譯為誘捕）一詞並不是泛指一切經過偽裝設計以作為犯罪偵查的方法，因為美國最高法院主張，警察人員基於偵查犯罪的需要，可以合法地使用各種方法與技巧，即使這些方法技巧包含欺騙的性質，並不一定就構成刑法上的誘捕。換言之，刑法上的誘捕不等於一般人觀念中的「釣魚」⁶。

其主張美國聯邦法院認為，任何釣魚型式的犯罪偵查，並不需要在有特定的嫌疑犯時才能發動，因此要主張自己遭誘捕而可免於被追訴時，在實務上嫌疑人必須提出偵查人員對其施以極力說服、威脅、恐嚇、騷擾，以造成嫌疑人因而從事犯罪行為的證據。

然而在實際操作時，「合法」和「不當」之間的界限卻有著很大的灰色地帶，特別當不名譽之行為（如性交易、同性戀等等）牽涉在內時，偵查犯罪更容易成為濫權和勒贖的溫床。美國法律雖然設立「誘捕」的辯護名目，容許嫌疑人以此抗告警方的偵查手法，然而同時也要求嫌疑人自行負責證明：第一，嫌疑人在被誘之前並無此犯行傾向，第二，偵查者曾積極誘惑因而促成犯行發生⁷。

第三款 誘捕之法律性質

警方此類以誘捕目的為前提的教唆行為，刑法學理上有稱為「陷害教唆（agent provocateur）」、「虛偽教唆」⁸、「誘捕教唆

⁶ 請參見黃富源、林敬著，犯罪偵查 誘捕不等同釣魚，中國時報，2001/10/11。

⁷ 請參見何春蕤著，合法與不當之間的灰色地帶鼓勵濫權勒贖--沒有特定嫌疑犯的釣魚濫捕有違正義原則一文，載於中央大學性/別研究室，http://intermargins.net/repression/sexwork/types/enjo/enjo_skill/n6.htm.2003/01/13 查閱。

⁸ 「虛偽教唆」，係指教唆犯必須教唆者故意唆使他人為符合期待的犯罪行為，若教唆者認識到被教唆者無法實現不法構成要件，或雖然意識到法益之侵害的可能性，但確信其不會發生下予以教唆。請參見黃惠婷著，由教唆犯本質論虛偽教唆，台灣本土法學雜誌 21 期，2001/04，頁 11。

(Lockspitzel) 」甚至於「未遂教唆」⁹，因此有釐清彼此關係之必要。

「陷害教唆」，其重點在於教唆者令被教唆者墮落，由被教唆者的立場評價教唆行為。由中文字義而言，此陷害係對被教唆者設下陷阱而使其成為犯罪人的一種教唆，其對於受害者之法益是否受到侵害，並非是重點。因此，陷害教唆乃具有負面評價的意義¹⁰。

「誘捕教唆」，乃常發生在警察基於犯罪偵查而自己或透過線民唆使他人為犯罪行為，在犯罪結果未發生前予以逮捕。其著眼點置於教唆的目的上，但與「陷害教唆」一樣，仍無法顯示出虛偽教唆者的教唆故意，因為虛偽教唆的目的並非只有逮捕偵查，其有可能基於陷害或測試被教唆者的品行等。所以，「誘捕教唆」只能視為虛偽教唆下的一種類型¹¹。

虛偽教唆與未遂教唆的相同點為客觀上都沒有因教唆而令他人犯罪的結果發生。二者相異點在於主觀的教唆故意，未遂教唆自始就具有使他人完成犯罪的故意，只是客觀上違背其意願而無法如期發生。虛偽教唆雖外表上有故意為教唆行為，但內心自始就認識他人的犯罪不會有結果。最後結果的不發生，乃是在意料中，而此發展並沒有違背其本意。所以，虛偽教唆並非是未遂教唆概念下的一種型態¹²。

因而有學者認為，誘捕行為其法律性質應屬於「誘捕型的虛偽教唆」¹³。認為只要是唆使他人犯罪，正犯所達到的犯罪階段有僅於未遂，或犯罪構成要件形式上完成，或唆使構成要件形式上與實質上同時完成的犯罪，雖然正犯所達的犯罪階段有所不同，但在相同的偵查目的下，具有共同特點是依正犯所涉及的法規範目的而言，唆使者皆

⁹ 「未遂教唆」，係指教唆者預先認識結果之不發生而為教唆，或自始即以被教唆者之實行行為未遂之意思而為教唆之情形。請參見甘添貴著，刑法總論講義，瑞興圖書股份有限公司出版，1992，頁228以下。刑法案例解評，頁187。

¹⁰ 請參見黃惠婷著，同註8，前揭文，頁11。

¹¹ 請參見黃惠婷著，同註8，前揭文，頁11。

¹² 請參見黃惠婷著，同註8，前揭文，頁12。

¹³ 請參見黃惠婷著，同註8，前揭文，頁12-13。

不願意及事實上也沒有令相關規範所保護的法益受到侵害。

第四款 誘捕者本身可罰性之爭議

一般分為「誘捕者」與「被誘捕者」二部分，分別討論其是否成罪。一般而言，在學理及實務上較有爭論的是在誘捕者的部分，因為誘捕者是以引起犯罪的方式來遏止犯罪，其引起犯罪的行為是否要加以處罰，學理上有正反不同意見。

實務界認為若警察為偵查犯罪而施以誘捕教唆，之所以不為罪，乃是教唆者欠缺犯罪構成要件故意，因而不具有教唆故意，其屬於刑事實體法探討的範圍。被教唆者之所以不負法律責任是因為教唆者以不正當手段獲得證據，因而不具有證據能力，此為刑事程序法的問題。

國內學者有著不同之看法，如下¹⁴：

（一）主張可罰說

主張誘捕者應加以處罰之見解者，其主要理由基於兩點考量：第一、誘捕教唆人對被教唆者之不能完成犯罪，不具有確切的支配能力，因此關於被教唆者之犯罪既遂有未必故意存在，仍應成立犯罪。既有教唆他人犯罪之意思，至少應負教唆未遂之責。第二、教唆者的動機在陷人入罪，惡性已深，有處罰之必要性。我國刑法對於教唆犯為獨立犯罪採共犯獨立性說，則教唆行為如表明其固有之反社會性，應予以處罰¹⁵。

（二）主張不可罰說

目前多數學者主張誘捕者不可罰，但各個立論基礎有些差異：

¹⁴ 請參見黃朝義著，同註5，前揭文，頁99-100。

¹⁵ 採取此種見解者有韓忠謨著，刑法原理，作者自版，1997/12，頁303以下。郭君勳著，案例刑法總論，作者自版，1992，頁520以下。

- 1、有謂從雙重教唆故意的觀點出發，必須包括教唆故意及教唆既遂故意，既使正犯實現構成要件事實之故意，因而主張誘捕教唆，因欠缺教唆既遂故意，故不予處罰¹⁶。
- 2、有謂誘捕教唆因為具有實現構成要件結果之意思，欠缺教唆犯的故意，應不予處罰¹⁷。
- 3、有謂教唆故意除了共犯之故意外，另須具備構成要件故意，因此缺少構成要件故意的誘捕教唆，不能認為有教唆故意¹⁸。
- 4、有謂從共犯處罰根據理論觀點來探討，認為處罰共犯的理由，是因為共犯引起法益的破壞，若誘捕者不想引起法益的破壞，即欠缺了法益的攻擊意思，沒有被處罰的理由¹⁹。

（三）主張區分可罰情況

有謂教唆犯的成立，實質上具雙重教唆故意之特徵。由於故意犯有一定的行為類型與不法內容，故教唆犯與其所教唆之行為與行為人間，必須有充分的連結關係，教唆犯至少與正犯間至少須具備限制從屬性的關係，與一般的犯罪煽動行為沒有特定對象有所不同。早期學說認為缺乏使人犯罪真摯之意，並無可罰性，然就從犯罪原因之學說立場而言，此見解對於重大危險類型之犯罪，則未盡妥當，故實務上亦有肯定其處罰合法性之例²⁰。

或有援引「臥底」之例，而認為誘捕教唆與臥底行為二者性質相似，故應等同看待皆係無罪。惟誘捕教唆與目前極力欲法制化的「臥底」行為二者大不相同，「臥底」是以洩露行為人的犯罪消息，藉此以達制裁之目的，本身並未再如誘捕教唆般引起新法益侵害的風險，二者不得相提並論²¹。

¹⁶ 請參見林山田著，刑法通論（下），作者自版，1998，頁420以下。

¹⁷ 請參見甘添貴著，教唆犯之故意與未遂教唆，月旦法學雜誌，第6期，1995，頁47。

¹⁸ 請參見蔡墩銘著，刑法精義，作者自版，1999/09，頁248。

¹⁹ 請參見林東茂著，危險犯與經濟刑法，頁255以下。

²⁰ 請參見蘇俊雄著，刑法總論（二）犯罪總論，修正自版，1998/12，頁440-443。

²¹ 請參見游明得著，傳統辦案方法之再省思 - 陷害教唆諸般問題之解析，國政研究

實施誘捕者若在法律上之依據以進行相關之誘捕行為，基本上可認為該偵查行為係依法令之行為，應可免除其刑事責任。惟依現今法令規定，對於任何犯罪行為進行誘捕偵查者，實際上並無明確的法律依據，包括偵查人員及受其委託者在內，所行使之誘捕行為，其適法性可能出現問題。縱誘捕偵查之實施有法令依據，偵查人員之偵查方法若有違法，亦很難認為係依法令規定之行為而阻卻其刑事責任。因誘捕偵查屬於偵查活動之一環，若實施之行為有違法或濫用權限時，實難以偵查為由而阻卻實施誘捕偵查者之違法性²²。

第二項 誘陷抗辯之理論

關於被誘捕者之刑事責任處分部分，無論係採何種救濟方式（無罪說、不受理說、免訴說或證據排除說等），皆不能提供具有決定性的依據使得被誘捕者免除刑事之裁判²³。我國最高法院大致上均認為被誘捕者之刑事責任存在，為大多見解乃對以具有犯罪傾向之被誘捕者之誘捕提供詮釋，而對於原本未具有犯罪傾向者，被誘捕時究應如何處理，似尚未明確論及。因此可參考美國在誘捕偵查實施上所提及之客觀理論，用以限制偵查人員的極度地非法引誘行為，方得保障被非法誘捕者之權益²⁴。以下就美國及日本對於誘陷抗辯之理論與學說作一簡介。

第一款 美國判例學說狀況

誘捕偵查有可能使原本守法之人，從事犯罪行為的危險性。美國

報告，2001/07/23，
<http://www.npf.org.tw/PUBLICATION/CL/090/CL-R-090-041.htm>.2003/01/24 查閱。

²² 請參見黃朝義著，同註5，前揭文，頁101。

²³ 關於此部分中文詳細資料請參見林裕順著，誘捕偵查與誘陷抗辯之理論探討，警學叢刊28卷6期，1998/05，頁242-248。

²⁴ 請參見黃朝義著，同註5，前揭文，頁102。

於訴訟中發展出「誘陷抗辯」(entrapment defence) 程序，以保護被告權利。所謂「誘陷」，是指偵查人員以勸說、欺騙的方式使人犯罪的偵查行為。而「誘陷抗辯」，則為被告所主張，用以限制偵查人員使用此種偵查方式的範圍。

第一目 誘陷抗辯的要件

一、主觀說（機會提供型之誘捕偵查理論）

認為被告被誘發犯罪時，主觀上是否已有事前的「犯罪傾向」作為評價的標準²⁵。若被告是屬「只要有機會，就要實行犯罪」的情形，而被引發犯罪者，即應認定有「事前的犯罪傾向」，被告所提誘陷抗辯的聲明也就不會成立。

主觀說是以解釋刑罰法規的立法意旨為基礎，認為立法者訂定犯罪的處罰，解釋上並無適用偵查人員誘發他人犯罪的情形，此時偵查機關引誘被告犯罪，應否定其構成要件的該當性。

二、客觀說（犯意誘發型之誘捕偵查理論）

客觀說的判斷標準，從被告是否有「事前的犯罪傾向」，轉移到偵查人員的唆使方式是否超過「通常的引誘基準」²⁶（ordinary temptation test），如美國法律家協會模範刑法典第二百十二條：「使無犯罪意圖的人從事犯罪，而發生實質危險勸說、誘惑的方法」，此時被告提出誘陷抗辯，是可成立的。

本說的解釋依據，否定主觀說以立法意旨為基礎，而以公共政策

²⁵ 詳細相關見解請參見黃朝義著，同註5，前揭文，頁91。

²⁶ 詳細相關見解請參見黃朝義著，同註5，前揭文，頁91-92。

為根據。換言之，法院不處罰掉入陷阱的人，不是因為被告的行為不該當構成要件，而是不認同政府偵察機官採用超過通常引誘基準的誘捕方法。法院對誘捕偵查案件之職責，從公共政策的需要，轉為抑制偵查人員過度的誘捕行為。

第二目 誘陷抗辯的認定方法

依美國聯邦最高法院所採主觀說的見解，於被告提出誘陷抗辯時，檢察官為證明被告有事先犯罪傾向，可排除證據法則的適用。誘陷抗辯的成立與否，為事實問題而非法律問題。若採客觀理論，認為偵查人員的引誘行為超過通常基準的舉證責任在被告，唯有法院經年累月累積下來的判決經驗所得到的明確基準，方符合刑事司法工作執行上的需求，而認為誘陷抗辯屬於法律問題²⁷。

關於誘捕偵查案件，若被告於訴訟程序中提出「誘陷抗辯」，依主觀說、客觀說理論的不同，有如下的差別²⁸：

表五：「誘陷抗辯」主觀說、客觀說理論之比較

	訴訟抗辯性質	判斷標準	舉證責任	成立抗辯理由	法律效果
主觀說	事實問題	被告有無犯罪傾向	檢察官就被告犯罪傾向有舉證責任	犯罪的不該當（實體法的評價）	無罪
客觀說	法律問題	誘捕行為是否逾越通常引誘基準	被告就誘捕行為超過通常基準有舉證責任	抑制不合理偵查手段（程序法的判斷）	無罪

²⁷ 請參見黃朝義著，誘捕偵查與誘陷抗辯理論，中央警察大學法學論集，1996/03，頁386-387。

²⁸ 請參見林裕順著，同註23，前揭文，頁244。

第二款 日本實務判決及學說狀況

日本對於被告因偵查機關實施誘捕偵查而被起訴的案件，基本上仍受美國歷來的判決多數說（主觀說）影響，在判決中依被告有無事前犯罪傾向，而區分偵查機關實施誘捕偵查的方法為「機會提供型」與「犯意誘發型」²⁹。

第一目 實務判決見解的趨勢

一、早期下級審裁判

（一）為被告無罪判決。此時期³⁰無罪判決只是少數，各判決理由主要為：

a、 偵查機關違背誠信。

「國家一方面引導易受誘惑的人使其實行犯罪，公然製造犯罪人，另一方面又將該人逮捕。這樣的方式作為偵查手段，應受非難。」橫濱地方裁判所昭和二十六年（西元一九五一年）六月十九日。

b、 違反司法無瑕性。

「屬國家行政機關的偵查人員，先誘導易受誘惑的人使其犯罪，而逮捕之；再由同屬國家機關的法院為處罰的判決，此方式應受非難。」橫濱地方裁判所昭和二十六年（西元一九五一年）七月十七日。

c、 被告行為無危險性。

「被告從偵查機關的輔助者受讓毒品，再轉讓給偵查人員。被告持有毒品的具體危險性、抽象危險性均不存在。」東京高等裁判

²⁹ 請參見林裕順著，同註 23，前揭文，頁 244-247。

³⁰ 這裡所謂「早期」係指二次世界大戰後，日本從美國佔領軍引進誘捕偵查的方法，至日本最高裁判所做出相關判決止，1953/03。

所昭和二十七年（西元一九五二年）七月二十九日。

（二）為被告有罪之判決。

此類判決在誘捕偵查的案件中占大多數，理由的說明，大多認為被告於誘捕前已有犯意存在，偵查機關實施誘捕行為只不過是提供被告「犯罪機會」，所以誘捕偵查應屬合法。另外，即使被告因誘捕行為而生犯意（誘發犯意型），判決中亦有認為被告行為嚴重危害社會、破壞國民健全的社會生活及公共福祉（主要指毒品犯罪），為「徹底調查以消滅犯罪根源」仍允許該誘捕行為。

二、昭和二十八年（西元一九五三年）三月五日最高裁判所裁判

本號判決的見解，在往後偵查機關實施誘捕偵查的相關訴訟中，經常被下級裁判所引為參考的基準，此判決顯示的意義有二：

- a、不論偵查機關的誘捕行為對被告而言，是「誘發」犯意或「強化」犯意，被告行為於實體法、訴訟法上均無救濟途徑而應被處罰。
- b、偵查機關的誘捕行為成立犯罪與否，與被告於訴訟上的處理，應分別考量。

三、近期下級審裁判

有認為誘捕偵查，以公共福祉之名而侵害個人基本人權之實，破壞國家和其構成員間的信賴，因此，必須再度檢討誘捕偵查的合理性。

第二目 違法誘捕偵查的效果

日本審判實務上，雖對誘捕偵查案件著重於偵查機關誘捕行為合

法性的判斷，但大多數的意見均考量社會治安的維護，認為誘捕偵查有存在必要而為適法的評價，以致誘捕偵查如違法該如何處理相對地較少論及。至於違法誘捕偵查的處理，大多來自學者的論述，而有「不受理說」、「無證據能力說」、「免訴說」。

（一）不受理說

因違法誘捕偵查而提起的訴訟，該公訴提起手續有瑕疵，而應為不受理判決。此說認為，若違法的誘捕偵查不存在，則該公訴亦不可能被提起，是以為防止違法偵查之產生，法院理應不受理該訴訟³¹。

（二）無證據能力說

誘捕偵查既然違法，藉此所得到的證據即違法蒐集證據，應排除之。扣押證據的手續，嚴重違反憲法及刑事訴訟法所規定令狀主義之精神，對於該證據的容許性，因抑制未來違法偵查而認為不適當時，應否定其證據能力。此說認為，若違法的誘捕偵查存在時，則誘捕者所蒐集之證據，應認定為係屬違法蒐集之證據，在一定條件下，此證據不具有證據能力，不得作為認定事實之依據，法院應排除此證據之適用³²。

（三）免訴說

違法的誘捕偵查，公訴權並不存在。國家因實施誘捕偵查而失去處罰被告的適格，欠缺實體的訴訟要件，應為免訴判決。此說認為，若國家偵查機關實施誘捕偵查，引誘被告產生犯意時，則國家欠缺具備處罰被告之適格條件，故不得對被告行使刑罰權。此時國家應準用公訴權消滅之法理判處被告以免訴。被誘捕者之犯罪行為雖成立，但

³¹ 請參見黃朝義著，同註5，前揭文，頁93。

³² 請參見黃朝義著，同註5，前揭文，頁93-94。

誘捕行為本身違反了正當法律程序，法院應不可對被誘捕者加以處罰

³³
。

本文認為，基於建立社會普遍的公平正義，及抑制警察人員將來違法行為之產生起見，對於偵查機關以違法的誘捕手段，因誘發或引誘之下而犯罪者，就正當法律程序保障而言，以無證據能力說者較為適當，依法應排除該證據在法律上之證據能力。

綜上所述，實施誘捕者之刑事責任部分，依共犯獨立性理論或共犯從屬性理論，分為可罰及不可罰之見解，但在我國實務上至今並未出現處罰實施誘捕者之實例。嚴格說來，無法對違法誘捕偵查之行為作有效地遏止。反觀被誘捕者不論出於本身之犯意抑或被誘發而產生犯意，皆無法免除被誘捕後之刑事責任，實有不妥之處。故有學者提出解決之道，「對於誘捕者之行為若屬違法情形，則理應依法加以處罰，對被誘捕者之刑責部分，只要被誘捕者主張自己本身並未具有任何之犯罪傾向，而自己之所以犯罪，乃因偵查人員之引誘行為所致時，則偵查機關應就被告具有犯罪傾向之事實負舉證責任，偵查機關若無法有效地舉證時，則應判處被誘者無罪」³⁴。

第三項 實施誘捕偵查手段應注意之要點

第一款 實施誘捕偵查之要件

在一個法治的社會裏，國家打擊犯罪也必須遵循法律的原則。程序的法治化，首先應當是偵查權力的法治化，它也與人權保障狀況息息相關。而實施誘捕偵查須注意下列要件³⁵：

³³ 請參見黃朝義著，同註 5，前揭文，頁 93。

³⁴ 請參見黃朝義著，同註 5，前揭文，頁 103。

³⁵ 請參見林裕順著，同註 23，前揭文，頁 248-249。

一、實施誘捕偵查須出於必要性與補充性

對法益侵害嚴重的犯罪，如職業犯罪或組織犯罪等，由於對社會秩序的危害甚大，應可容許實施誘捕偵查（必要性）。另外對於具有高度隱密性特徵的案件，如「無被害人犯罪」等，傳統的偵查模式難以達到或缺乏效率，誘捕偵查方式可補其不足（補充性）。

二、實施誘捕偵查，以「客觀」上被告有犯罪嫌疑為前提

我國刑事訴訟法第二百二十八條第一項：「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。」所以只要檢察官知有犯罪嫌疑即可開始偵查，並不以客觀事實存否為必要。誘捕偵查的實施，往往導致犯罪嫌疑人從事犯罪行為，若不嚴格落實犯罪嫌疑認定標準客觀化，以作為合法評價的要件，將造成行政機關利用誘捕偵查羅織他人罪名的利器。

三、實施誘捕偵查，不能侵害犯罪嫌疑人的實質權利

犯罪嫌疑人因誘捕偵查而從事犯罪之「犯意誘發型」，有剝奪犯罪嫌疑人的意思自由，侵害其人格權之虞，應不允許。此外，「機會提供型」尚未侵害被告人格自律權，但仍須注意實施的手段有無近似強制、脅迫的情形，或類似提供超過一般人亦不能抗拒高額利益誘惑之情形。

四、避免誘捕偵查的濫用

如賄賂罪的調查，以特定政黨為對象，易產生權利濫用的誤解，即應加以避免。

第二款 保護被誘捕者訴訟上應有的機制

誘捕偵查的合法性與否，是以犯罪嫌疑人有無犯意為準，即偵查機關為誘捕行為時，犯罪嫌疑人「該次犯罪」是否出於自由意思。在訴訟程序中，若未能給予犯罪嫌疑人防衛權利的機制，實不能期待該犯罪嫌疑人能對抗掌握國家豐富資源的偵查機關，以證明偵查機關的偵查行為出於詐騙等不法情事。反而，只要犯罪嫌疑人有前科或其他不良紀錄資料，很有可能被「推定」有犯罪意思。如此一來，犯罪的判斷將變成對行為人之性格裁判，實不合理。

配合我國刑事訴訟法規定，可由以下各方面著手，於訴訟程序上賦予保護被誘捕者之機制³⁶：

第一目 檢察官應證明該誘捕偵查為合法

誘捕偵查，為偵查機關介入犯罪的形成過程。因此偵查機關參與的程度、態樣與被告犯罪的成立、犯罪的態樣有密切關係，即偵查機關的誘捕行為違法，被告犯罪即不成立。所以若被告能釋明誘捕偵查存在，檢察官除誘捕行為資料的提示外，應如我國刑事訴訟法第一百六十一條第一項：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明方法。」之規定，證明誘捕行為並無違法。

第二目 被告得請求偵查機關提示誘捕偵查之資料

判斷誘捕偵查的合法性，首先應讓誘捕偵查的事實公開於法院，不能只依檢察官（偵查機關）所移送的「證據資料」為認定事實的基礎，其「證據方法」、「證據調查」亦應一起接受評價。

³⁶ 請參見林裕順著，同註 23，前揭文，頁 249-251。

若在某些特定的情況，檢察官提示誘捕偵查的資料，將危及參與誘捕人員或其親屬生命、身體、財產安全，亦可參酌我國刑事訴訟法第一百六十九條：「審判長預料證人、鑑定人或共同被告於被告前不能自由陳述者，經聽取檢察官及辯護人之意見後，得於其陳述時，命被告退庭。但陳述完畢後，應再命被告入庭，告以陳述之要旨，並予詰問或對質之機會。」之規定，以使法院有完全證據資料而為裁判。

第三目 法院應避免以素行預斷被告犯罪成立

由於前述誘捕資料的提示，法院經訊問誘捕偵查人員或相關人員所得之心證，往往忽略偵查人員介入程度對於被告犯罪的影響。若被告有前科、不良素行等資料，經常會被認定有犯罪的傾向。

為避免法院類此「先入為主」的偏見，除加重檢察官證明誘捕行為為合法的舉證責任，相對地，減輕被告證明自己事先無犯罪意圖的負擔外，法院應先行調查偵查機關誘捕行為的態樣、方法、必要性與是否有足夠合理懷疑被告犯罪而對其行誘捕偵查等，再就被告的前科、經歷導致犯罪的可能性做論辯³⁷。

因而，甚至還有學者為避免偵查機關用誘捕的方式使人誘陷犯罪，提出分辨合法的援助交際與非法的援助交際的見解。「非法的援助交際就是指『有對價的性交與猥褻行為』。更簡單的說，如果與人援助交際，但是不涉及金錢交易，那麼這就是合法的援助交際；或者，如果與人援助交際，沒有發生性關係，這也是合法的援交，故而不是所有援交都是非法的」³⁸。故對誘捕偵查做某種程度的限制，卻未於

³⁷ 請參見林裕順著，同註 23，前揭文，頁 251。

³⁸ 「當你要從事合法的援助交際時，如果你想要在網路上登廣告想從事合法援助交際的你不要寫上『援助交際』的字眼；和對方通電話或見面，從頭到尾都不能談金錢交易，而且可以偷偷錄下談話內容以自保，不論對方怎麼問，都不能講出性交易的內容或報酬，避而不答，如果你說要多少錢，那就是非法的性交易了。」請參見援交密訣—反對警方的誘捕一文，載於中央大學性/別研究室，http://intermargins.net/repression/sexwork/types/enjo/enjo_skill/enjo_skill.htm.2003/01/13 查閱。

訴訟程序的設計中，能給犯罪嫌疑人或被告相當的防衛機制，縱實施誘捕偵查之要件限制再為嚴格，也是枉然的。

第三節 小結

對於某些隱蔽而極難破獲案件，警方設置誘餌，令犯罪分子自投羅網，這本是偵查之謀略。但如果被誘惑者並無犯罪意圖，只是抵禦不住偵查人員再三勸誘而犯罪，則不免有點冤枉，偵查機關的做法似有陷人入罪之嫌。其實，在國外，這種設置圈套誘人犯罪的偵查手段乃稱為「偵查隱阱」(entrapment)，被視為偵查機關違法之行為而遭禁止³⁹。

基於警察機關查處違反兒童及少年性交易防制條例案件獎懲辦法中嘉獎記功方式之規定，相較於一般之警察人員獎懲標準表的嘉獎記功方式，更為優渥，引起部分員警辦案的本末倒置，捨重大刑案而就小案，特別針對網路援交案件而為偵查。又偵辦網路援交案件往往受限於網際網路的匿名性等特性，造成員警習以為常地使用誘捕偵查之手段，以達辦案之績效。本文主要目的乃提出就此獎懲辦法所造成之現象，此部分相關問題仍尚待有關單位作一詳細的評估與檢討後，針對獎懲辦法逐一做適當的修正。

執法人員以不當的手段誘陷人從事犯罪行為並加以逮捕，因此在法律上只要犯罪偵查的方法被法院判定為「誘捕」，那麼被告就可免除被法律追訴的責任。而且美國法律又規定，被告對於該偵查方法是否不當，必須擔負舉證責任。被告要主張自己遭誘捕，首先要證明自己的犯罪行為是因為偵查作為的誘導才開始產生，如果沒有該偵查行為，那麼犯罪行為就不會發生。為避免法院類此「先入為主」的偏見，除加重檢察官證明誘捕行為為合法的舉證責任，另外，減輕被告證明自己事先無犯罪意圖的負擔外，法院應先行調查偵查機關誘捕行為的

³⁹ 請參見江南小龍著，探討：一個法學問題，中南論壇，2001/08/28，http://intermargins.net/repression/sexwork/types/enjo/enjo_skill/20011206a.htm.2003/03/31 查閱。

態樣、方法、必要性與是否有足夠合理懷疑被告犯罪而對其行誘捕偵查等，再就被告的前科、經歷導致犯罪的可能性做論辯。

法律總是動態的，不斷隨著人權和法治觀念的相互對話改變的。一九七三年美國最高法院已經宣告：「執法的功能是預防犯罪並逮捕罪犯，很明顯的，這個功能並不包含製造罪行。」連美國著名的前國會議長歐尼爾（Tip O'Neill）也說過：「誘捕是違反美國精神的，它不應該被包含在執法裡面」。國家偵查機關的職責在於打擊犯罪，因而得以使用必要的偵查手段，但如果它突破了打擊犯罪之底線，不是抑制犯罪而是製造犯罪，顯然與其初衷背道而馳。更重要是，由此對人民基本權利的侵犯，將造成消極的社會影響。

第七章 我國實務處理網路援助交際案件的趨勢

西諺：「娼妓先人類文明而存在」，西方哲學大師羅素在其「結婚與道德」一書中指出，婚姻制度需要賣淫（性交易）制度來補充，使未婚男子或出外旅行男子，即不甘心長期禁慾，在風俗道德上又無法對良家婦女加以施暴，遂需要依靠娼妓賣淫來維護良家婦女的貞操。因此娼妓的存在便成為社會中一種「必要的罪惡」¹。然而，依照刑法法益保護的觀點，成年人間的單純性交易行為，並無任何法益受到侵害的受害者存在，故不可以該行為係單純違反社會善良風俗此種抽象的法益為由，加以科處刑罰²。目前我國實務針對網路援交案件，大致上係援引兒童及少年性交易防制條例第二十九條處斷，該條除了修法上之缺失外³，尚有適用對象、構成要件解釋上的爭議，導致法官的判決結果不一致之現象。本章節主要內容在於整理及分析我國實務處理網路援交案件趨勢。

第一節 刑事法院之裁判

我國刑事法院對於網路援助交際行為有以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，得併科新台

¹ 請參見沈美真著，台灣被害娼妓與娼妓政策，前衛出版社，1990，頁14-15。

² 關於此部分，成年人間單純之性交易行為，乃屬於無受害者犯罪類型之一種，因其乃為「主客同體」，具有對向犯之性質，「對向犯」係指在構成要件上，雖僅預定一人之行為，但為充足構成要件之內容，須有立於對向關係之他方（但非被害人或攻擊之客體）一定之行為協力之必要。然而，單純在網路上散布、播送或刊登性交易訊息之行為，無法特定其所接收之對象，非屬於對向犯之性質，故是否能勸稱為無受害者犯罪之類型，尚有待保留。

幣一百萬元以下罰金。」來處理此類案件：有的法院裁判則否。

第一項 認為網路援交行為，乃觸犯兒童及少年性交易防制

條例第二十九條規定者

1、裁判字號：臺灣高等法院八十九年上訴字第三九七五號。

要旨：被告在電腦上透過網際網路，於上開網站刊登足以引誘、暗示促使人為性交易之訊息，核其所為，係犯兒童及少年性交易防制條例第二十九條以電腦網路刊登足以引誘、暗示人為性交易之訊息罪。

2、裁判字號：臺灣臺北地方法院八十九年訴字第一一八八號。

要旨：二人係為泰平天國餐廳同事，二人竟基於共同以電腦網路，刊登足以引誘、暗示促使人為性交易訊息之犯意聯絡，由 以其電腦在奇摩網站一夜情人網留言天地留言版上，化名「艾瑞克」，刊登足以引誘、暗示促使人為性交易之訊息。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。

3、裁判字號：臺灣桃園地方法院八十九年訴字第八八七號。

要旨：查被告在電腦網路網路工館訪客留言版上刊登「需要性愛之四十歲以下之女性請與阿福援助交際五百元起跳」之足以引誘及促使人為性交易訊息，並以行動電話0九一六0八0三二五號做為聯絡工具。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。

³ 關於此部分請參見本文第五章之詳細探討內容。

第二項 認為網路援交行為，不一定會觸犯兒童及少年性交

易防制條例第二十九條規定

1、裁判字號：臺灣高等法院八十六年上訴字第一五三八號。

要旨：按兒童及少年性交易防制條例之立法目的，係為防制、消弭以兒童及少年為性交易對象事件，該條例第一條定有明文。該條例第四章罰則之規定，自二十二條起至二十八條止，均係以對未滿十八歲之少年兒童為性侵害者為處罰對象，另第三十七條所定對十八歲以上之人仍得依該條例處罰者，限於第二十四條或第二十五條之罪，是依該法之立法目的、保護對象、適用範圍及立法技術，足認其係以對未滿十八歲之少年兒童為犯罪行為者為處罰對象，如有擴大適用於十八歲以上之人時，為例外之列舉規定，該條例第二十九條雖未就使「人」為性交易保護年齡有何限制之規定，惟依目的性限縮解釋，應僅限於未滿十八歲之兒童及少年(參見第三十四期司法業務研究會法律問題研究第三十四則、最高法院八十六年台上字第三五一號判決)。

2、裁判字號：最高法院八十六年台上字第三五一號。

要旨：原判決係依兒童及少年性交易防制條例第二十九條論處上訴人前開罪刑，按該條係規定：「利用媒體刊登廣告，引誘、媒介、暗示，或以他法使人為性交易者」，即必須有以廣告等方式引誘、媒介、暗示或他法，使兒童少年與他人為性交易行為，始構成犯罪。條文雖無兒童、少年字樣，但依該條例第一條及立法意旨，當然應為此限制解釋。

從兒童及少年性交易防制條例所制定立法目的之角度而言，其條例乃以兒童及少年作為保護的對象，而制定出相關保護、收容、教化等之規範。故綜合上列所舉之判決理由，整理較為適當之見解，如下：

- 1、按兒童及少年性交易防制條例之立法目的，係為防制、消弭以兒童及少年為性交易對象事件，該條例第一條定有明文。該法之立法目的、保護對象、適用範圍及立法技術，足認其係以對未滿十八歲之少年兒童為犯罪行為者為處罰對象，如有擴大適用於十八歲以上之人時，為例外之列舉規定。
- 2、該條例第二十九條雖未就使「人」為性交易保護年齡有何限制之規定，惟依目的性限縮解釋，應僅限於未滿十八歲之兒童及少年。條文雖無兒童、少年字樣，但依該條例第一條及立法意旨，當然應為此限制解釋。

由此可見，實務裁判見解的不一致，導致相同行為卻有不同判決結果之產生，間接更加深人民對司法的不信任感。解決之道，除透過修法將構成要件明確化之外，刑罰手段之運用，亦須符合刑罰謙抑原則之要求，若行政罰之法律效果便可達到目的，則無須透過刑罰之手段。本文認為，成年人間單純之性交易，如無涉及未成年人或脅迫等情事，國家實無需以法律來作為規制之手段。「性」作為交易的標的物，我國目前是以社會秩序維護法為依據，認為基於保護社會善良風俗，應對於提供性交易服務之人做行政罰之處置，此是否妥當尚且不論，然兒童及少年性交易防制條例第二十九條，竟以保護未成年人為由，將網路上所有促使人為性交易之訊息，皆論以刑罰，而不論是否有被害法益，無被害人存在卻被科處刑罰，實則嚴重違反刑法罪責原則，亦違反憲法保障人權之意旨。

第二節 最高法院法律座談會

發文字號：二〇一一年十一月二十二日臺灣高等法院暨所屬法院

發文日期：二〇一一年十一月二十二日

座談機關：臺灣高等法院暨所屬法院

法律問題：被告在報紙或網際網路留言板上刊登：「我是A，今年二十一歲，1××CM，××KG，家住臺北市，因為缺錢，所以想被援助，可以配合您想要作任何事，北市女來電：0938290322」內容之廣告，引誘、暗示不特定人女性與之聯絡為性交易行為，是否涉

犯兒童及少年性交易防制條例第二十九條之罪？

討論意見：

甲說：

按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，特制定本法，開宗明義揭明為保護兒童及少年，不得以渠等為性交易對象。而該條例有關性交易過程中參與之當事人，主要有下列三種：支付金錢、財物等對價者(即所謂之嫖客或買春客)、提供性服務者(即所謂之雛妓)、協助、促成性交易者(包括所謂之老鴇、應召站、女中、司機、保鏢等；其中法律所處罰之對象者為前述第一種人(第二十二條)及第三種人(第二十三條至第二十四條)，而前述第二種人，不論其係自願、被引誘或被脅迫，均視為被害人，並予以安置、輔導(見本條例第二十三條第四項、第二十四條第四項、第二十五條第五項、第二十六條及第三章安置保護之規定)。

而本條例第二十三條所處罰之對象均係如前所述第三種人之「協助、促成性交易者」，並不包括提供性服務之第二種人(否則其可能係被害人，又為加害人，例如一未滿十六歲之少女甲，引誘一未滿十八歲之少男乙支付金錢後，至知情之丙所開設之旅社房間為性交易，該乙依本條例第二十二條第一項，應依刑法規定處罰，丙觸犯本條例第二十三條第一項或第二項之罪，而該少女甲則觸犯本條例第二十三條第二項之圖利引誘未滿十八歲之人《即乙》為性交易罪，惟此應非本條例立法之目的)。故本條例第二十九條規範之對象，亦應指前述第三種人之「協助、促成性交易者」，而非「提供性服務者」。

再按一九九九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之罪，係以「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」為其要件。而所謂「使人為性交易」，應係指使人與他人為性交易而言，尚不包括使人與自己為性交易，此從刑法第二百三十一條第一項規定之妨害風化罪要件係：「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」，對照兒童及少年性交易防制條例第二十二條第一項規定：「與未滿十六歲之人為性交易者，依刑法之規定處罰之」、同條例第二十三條第一項規定：「引誘、容留、媒介、協助、或以他法，使未滿十八歲之人為性交易者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金」，及同法條第二項規定：「意圖營利而犯前項之罪者，處三年以上十年以下有期徒刑，應併科新臺幣五百萬元以下罰金」之文義觀之自明。

且兒童及少年性交易防制條例第二十九條所規範之行為，乃散布、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之行為，從立法目的及體系解釋上，該「促使人為性交易之訊息」應只限於「促使人與他人為性交易之訊息」。蓋類似本件被告此等提供性服務者，縱因其已滿十八歲，而不認為其為被害人，其意圖得利與人姦淫，或在公共場所或公眾得出入之場所，意圖賣淫而拉客(即引誘行為之一種)等行為，依社會秩序維護法第八十條第一項規定，亦僅將之視為「妨害善良風俗」之行政法上不法行為，而科處拘留或罰鍰，尚無刑法之可責性。

再者，賣淫拉客僅受行政罰之處罰，而刊登引誘人與自己為性交易之廣告，乃一種類似在公共場所或公眾得出入之場所拉客之行為，若認「促使人為性交易之訊息」包括「促使人與自己為性交易之訊息」，則無異強以特別刑法處罰僅受行政罰處罰之「拉客」行為，造成法律體系上之矛盾與混淆。

是以，若將本條例第二十九條所規範者，解釋為包括本件被告刊登色情廣告以引誘人與自己為性交易之行為，非僅紊亂法律體系，且其處罰顯然過重而失衡，亦非立法者之本意。綜上，應認為前述條文所欲規範者僅係前揭所述之協助、促成性交易者，不包括提供性服務之人。是本件被告之行為不成立兒童及少年性交易防制條例第二十九條之罪。

乙說：

按兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定，係以行為人利用廣告物、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即足當之，揆諸該法第一條之立法目的在於防制、消弭以兒童、少年為性交易對象，被告於報紙或網際網路留言板上刊登促使人為性交易之訊息，客觀上既足以使不特定之人能閱知該廣告與人為性交易，是以刊登廣告者是否親自提供性服務在所不論。核被告所為，係違反兒童及少年性交易防制條例第二十九條之罪。

初步研討結果：多數採甲說。

審查意見：擬採甲說。

研討結果：

法律問題第三行「、、、是否涉犯」修正為「、、、是否觸犯、、、」。

經付表決結果：(應到六十三人，實到六十人)採甲說：二十五票；

採乙說：二十八票。

提案機關：臺灣士林地方法院

(臺灣高等法院暨所屬法院九十年法律座談會刑事類提案第十八號)

參考法條：兒童及少年性交易防制條例第一、二十二、二十三、二十九條、中華民國刑法第二百三十一條、社會秩序維護法第八十條。

故依據最高法院座談會決議之結果，其對於兒童及少年性交易防制條例第二十九條之適用範圍見解為：

- 1、本條例開宗明義揭明為保護兒童及少年，本條例第二十九條規範之對象，應為協助、促成性交易者，而非處罰「提供性服務者」。
- 2、本條例第二十九條所謂「使人為性交易」，應係指使人與他人為性交易而言，尚不包括使人與自己為性交易。
- 3、從立法目的及體系解釋上，該「促使人為性交易之訊息」應只限於「促使人與他人為性交易之訊息」。若認「促使人為性交易之訊息」包括「促使人與自己為性交易之訊息」，則無異強以特別刑法處罰僅受行政罰處罰之「拉客」行為，造成法律體系上之矛盾與混淆。

- 4、行為人已滿十八歲而提供性服務者，在公共場所或公眾得出入之場所，意圖賣淫而拉客(即引誘行為之一種)等行為，依社會秩序維護法第八十條第一項規定，亦僅將之視為「妨害善良風俗」之行政法上不法行為，而科處拘留或罰鍰，尚無刑法之可責性。

第三節 其他相關法規

關於性交易行為，包括成年人間彼此單純的性交易或其中牽涉至兒童或少年者，除兒童及少年性交易防制條例為特別法之外，亦有刑法及社會秩序維護法等相關條文規定，分述如下：

第一項 刑法妨害風化章節規定

刑法依提供性服務者之年齡，來作不同法律責任之區分：

第一款 提供性交易費用者之法律責任

若性交易之一方若有涉及未成年人者，依兒童及少年性交易防制條例第二十二條第一項規定：「與未滿十六歲之人為性交易者，依刑法之規定處罰之。」依刑法第二百二十七條之規定，按提供性服務者之年齡不同，其法律責任有：

- 1、對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑(刑法第二百二十七條第一項)並有處罰未遂犯之規定。
- 2、對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處六月以上五年以下有期徒刑(刑法第二百二十七條第二項)。
- 3、對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑(刑法第二百二十七條第三項)並有處罰未遂犯之規定。
- 4、對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑(刑法第二百二十七條第四項)。

另外，兒童及少年性交易防制條例第二十二條第二項尚規定：「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。」此乃基於對未成年人性自主權之限制及保護。故若性交易雙方當事人彼此間若無涉及未成年人或脅迫、違法之情事，國家沒有以刑罰加以介入之必要。

第二款 協助、促成性交易者之法律責任

規定於刑法第二百三十一條（媒介性交及猥褻罪）、第二百三十三條（媒介未成年人性交猥褻罪）：

一、刑法第二百三十一條之規定

「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。以犯前項之罪為常業者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金。公務員包庇他人犯前二項之罪者，依各該項之規定加重其刑至二分之一。」

二、刑法第二百三十三條之規定

「意圖使未滿十六歲之男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介之者，處五年以下有期徒刑、拘役或五千元以下之罰金。以詐術犯之者，亦同。意圖營利犯前項之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五萬元以下罰金。」

第二項 社會秩序維護法之規定

- 一、我國社會秩序維護法第二章妨害善良風俗中第八十條第一項規定

「有下列各款行為之一者，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。二、在公共場所或公眾得出入之場所，意圖賣淫或媒合賣淫而拉客者。」

二、社會秩序維護法第八十一條規定

「媒合暗娼賣淫者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰。」

三、社會秩序維護法第八十三條規定

「有左列各款行為之一者，處新臺幣六千元以下罰鍰：一、故意窺視他人臥室、浴室、廁所、更衣室，足以妨害其隱私者。二、於公共場所或公眾得出入之場所，任意裸體或為放蕩之姿勢，而有妨害善良風俗，不聽勸阻者。三、以猥褻之言語、舉動或其他方法，調戲異性者。」

依據上述社會秩序維護法的規範，意圖得利與人為性行為或於公共場所或公眾得出入之場所意圖以性交易的方式與之為性行為或招攬客人者，依社會秩序維護法第八十條第一項規定處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰。針對利用網際網路做為媒介性交易的工具而意圖與人發生性行為者，其於網路上登載訊息之性質應等同於在公共場所或公眾得出入之場所。

而我國兒童及少年性交易防制條例第二十九條中所規定的：「以電腦網路，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。」其立法理由為電腦網路係公開、迅速、便利供不特定多數人得以使用，然電腦使用者不只限於成年人，尚包括兒童及青少年等其他族群，如不加以對於網路上性交易之行為予以規制，唾手可得的性交易資訊必然戕害兒童及青少年的心智發展及對於性觀念的誤導，故以刑罰手段來遏阻此類訊息之產生。然而此舉是否適當，仍有疑慮。以保護兒童及少年身心發展之由，卻不考量此類訊息有無對社會造成明顯而立即的危險，而剝奪了成年人發表或接收此類訊息之權利者

外，加上該條文構成要件適用對象解釋的不一致，造成實務不當剝奪或限制人身自由。

目前實務逐漸朝向嚴謹而為解釋的做法，認為兒童及少年性交易防制條例第二十九條中，雖未就使「人」為性交易保護年齡有何限制之規定，惟依目的性限縮解釋，應僅限於未滿十八歲之兒童及少年，不應擴張於成年人間之性交易行為。此外，從立法目的及體系解釋上，該「促使人為性交易之訊息」應只限於「促使人與他人為性交易之訊息」。否則無異強以特別刑法處罰僅受行政罰處罰之「拉客」行為，造成法律體系上之矛盾與混淆。

第四節 小結

許多無被害者犯罪並非無侵害到法益，可能恰好為「主客同體」，亦即被害者本身也是該行為的加害者，而非無被害者存在，娼妓問題即是。廢娼曾「一度」成為世界潮流，不過這個潮流很快就被事實驗證為無效，不僅對性產業的問題沒有獲得根本的解決，只是徒然讓問題由台面轉入地下。日本政府之訂立「賣春防治法」，主要源自一九四九年，聯合國通過了「反對性交易者及其剝削者條款」，而當時日本在戰後極力振興國內經濟，意圖重回國際社會，為進入聯合國，日本政府簽署該項宣言，並從一九五八年開始，全面禁止性產業的活動。更嚴重的問題是，由合法轉為非法，失去公權力保護的性產業，讓日本幫派得以趁隙進入性產業，反而使得性工作者遭受更多的剝削與危險⁴。

成年人間單純的性交易行為係為無被害者犯罪之主要類型，如無涉及侵害他人法益者，我國亦不以刑罰作為其規制手段，僅以社會秩序維護法具有行政罰性質之法規作為規範。若性交易之對象有涉及兒

⁴ 請參見翁健誠、廖雲章著，性工作權就是人權，轉錄自：國際性串連性工作權與性產業國際論壇，
<http://stmail.fju.edu.tw/~a8635612/sex/de-foreign.htm>.2003/4/29 查閱。

童或少年時，基於兒童或少年身心發展及其對性自主觀念的不成熟性，國家有責任為達保護兒童及少年之目的，制定法規以避免有兒童或少年性交易之情形產生。然而，如將對兒童及少年所為性交易之實害保護，擴張至處罰散布、播送或刊登性交易訊息之行為，除無法收當初立法之成效外，尚有嚴重違反憲法保護人民基本權利之原則。更重要的是，教育部、執法機關與司法者倘若未能徹查過去至今所有類似事件的程序瑕疵，並且以憲法和刑事訴訟法的精神為依歸，合力訂定標準處理程序，仍然一味地將網路犯罪偵查的執法迫切性，當做過度執法的藉口，再多的宣示動作亦將枉然⁵。

故解決之道，除透過修法將構成要件明確化之外，刑罰手段之運用，亦須符合刑罰謙抑原則之要求。另外，執法人員亦須以嚴謹的態度來解釋法律規範，不能因目前無法律規範來解決網路援交案件的氾濫情形，便以兒童及少年性交易防制條例第二十九條來作為處斷之依據，將該條文所適用之對象擴張解釋至成年人之範圍，否則會淪為過度侵害人民權利之情形。

⁵ 請參見劉靜怡著，資訊社會的規範困境：台灣網際網路法律發展的歷史考察，<http://140.109.196.10/pages/seminar/infotec4/4-3.doc>.2003/04/28 查閱。

第八章 結論及建議

第一節 結論

「賣淫」(即性交易)乃為歷代社會發展以來所無法根絕的社會問題之一。社會上的供需理論,有人需要性服務而提供金錢,必然會造成他人需要金錢而提供性服務之可能性。將「性」作為買賣標的物,此在社會上引起許多不同的議論。有認為身體係屬於人格權的一環,一旦身體如果作為交易之標的物,會貶低人性尊嚴,造成人格物化的情形;另一方面,有論者認為無須將人的身體神聖化,性交易提供者與其他出賣勞力換取金錢的勞動者並沒有任何不同,身體既是人格權表彰的一部份,就表示每個人對其身體的使用有完全的支配能力,無須強加以社會道德通念及法律作為約制。且「性」本就是人類基本需求之一,過度壓抑或干涉人民之性自主權,豈不是亦為一種貶低人性尊嚴之做法。在刑法的法益的概念下,以風化作為法益的名稱,是一種包裝的守法:包裝了一個空洞的利益,卻顯示出一個實在的專制。事實上,除非性行為的對象是青少年,可能會有身心發展等問題。否則,只要是雙方當事人出於自願,對於其性行為,法律根本沒有介入的正當性¹。

針對在網路上散布、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,我國實務多數援引兒童及少年性交易防制條例第二十九條處理,大多數的理由係基於以保護兒童及少年之身心發展為由,不論接收訊息者是否為兒童及少年或成年人,但此與法律解釋適用上即生矛盾。因為從該條例第一條便可知悉立法核心係針對兒童少年為主。執法者可以不同意、不喜歡甚至或憎惡某些特定類型的言論或資訊,但是並不表示從憲法保護言論自由的觀點來看,這些言論或資訊完全沒有存在且受到保護的必要。在此本文僅就兒童及少年

¹ 請參見黃榮堅著, 刑法增修後的電腦犯罪問題, 收錄於 罪與刑——林山田教授六十歲生日祝賀論文集, 五南圖書出版公司, 1998/10 出版, 頁 27-28。

性交易防制條例第二十九條提出本身既有之問題：

- 一、條文中「使人為性交易之訊息者」所指之「人」，究為僅限兒童少年，抑或不以兒童少年為限，因係牽涉至犯罪客體適用之認定，實務上曾有不同之見解²。
- 二、條文中「使人為性交易之訊息者」所指之「人」，是否包括使人與自己為性交易之情形？因為此牽涉至行為人僅觸犯「社會秩序維護法」抑或「兒童及少年性交易防制條例」，兩者法律效果不同，實務上亦有不同之見解³。
- 三、條文中處罰「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」，參照美國國會在制訂 CDA COPA 及 CPPA 法案時，因採用過於嚴厲的保護措施，而被聯邦最高法院判定違反憲法第一修正案保護人民言論自由的立法精神。反觀我國情形，立法者卻未探究該言論是否明顯造成對兒童或少年身心上對性觀念有急迫之危險產生，僅為達保護兒童及少年之目的而犧牲成年人接收此類言論之權利。由此可看出美國聯邦最高法院認為此一保障的方式須作適度的修正，以達成保護幼童免於網路色情侵害，而不致於損害成人言論自由之目標。故本條文顯然與憲法所保障之言論自由有違⁴。
- 四、條文處罰散布、播送或刊登訊息者「處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金」，此規定不僅不符合刑法最後手段性原則、罪責原則⁵，且在作為檢視刑事立法妥當與否之比例原

² 請參見最高法院八十七年度第二次刑事庭會議、最高法院八十七年刑議字第一號提案、台灣基隆地方法院八十五年度座談會、台灣高等法院檢察署暨所屬各級法院檢察署八十六年度法律座談會等討論。

³ 請參見（90）法檢字第 001708 號台灣新竹地方法院檢察署九十年度座談會。

⁴ 不難發現，任何僅僅以未成年人「可能」會接收或取得為理由，便處罰公開傳送粗鄙不雅或者明顯令人感到不悅，但不具猥褻性質的資訊或言論之行為的立法，都可能引起極大的言論自由爭議。政府在採取限制未成年人取得網路資訊的範圍，以達到保護未成年人身心健康的目的時，應該採取對於成年人的言論自由權利限制程度最低的規制手段，此一規制手段除了必須是不得不然的最後手段外，並且必須通過立法用語是否明確，以及涵蓋範圍是否適當兩者的檢驗，否則即有違憲之虞。

⁵ 刑法科處行為人的刑罰種類或刑罰的輕重程度必須與行為人的罪責程度相當，而具罪責相當性。行為人以媒體散布、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，而論以此罪。此言論之散布、播送或刊登與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之區分。

則判斷標準，均違反其所要求的適當性原則、必要性原則及禁止過度原則，更是過度侵害人民之基本人權。

五、一九九六年二月九日公布的「警察機關查處違反兒童及少年性交易防制條例案件獎懲辦法」中，優渥的嘉獎記功方式相較於一般規定之「警察人員獎懲標準表」的嘉獎，更引起部分員警的「盡忠職守」，特別針對網路援交案件而為偵查，此舉更顯示出員警辦案「捨大案，就小案」的本末倒置，造成誘捕手段之濫用，嚴重違反法治國刑法原則。本文提出就此獎懲辦法所造成之現象，此部分相關問題仍尚待有關單位作一詳細的評估與檢討後，針對獎懲辦法逐一做適當的修正。

日本「兒童買春兒童色情等處罰及兒童保護等法律」中，該法第二條第一項則明文指出，所稱「兒童」，係指未滿十八歲之人。於該法第八條（兒童買春等目的之人身買賣等），亦明白指出以「兒童」作為構成要件之行為客體⁶。本文撰寫完稿之際，適逢立法院三讀通過修正「兒童及少年福利法」⁷，該法第二條明訂「本法所稱兒童及少年，指未滿十八歲之人；所稱兒童，指未滿十二歲之人；所稱少年，指十二歲以上未滿十八歲之人。」更重要的是，在該法第三十條第九款規定：「任何人對於兒童及少年不得有下列行為：、、、九 強迫、引誘、容留或媒介兒童及少年為猥褻行為或性交。」如違反該規定者，依該法第五十八條第一項規定：「違反第三十條規定者，處新台幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰，並公告其姓名。」其乃採行政罰之法律效果。雖然有和兒童及少年性交易防制條例相競合之情形，然兒童及少年福利法所規定之構成要件明確指出「兒童及少年」等語，相較兒童及少年性交易防制條例第二十九條之規定用語更為嚴謹，不致造成流於處罰對象擴大解釋之弊，故兒童及少年性交易防制條例第二十九

⁶ 日本兒童買春兒童色情等處罰及兒童保護等法律第八條第一項：「以兒童為兒童買春之性交等相對人，或以描寫第二條第三項第一款、第二款或第三款之兒童之姿勢而製造兒童色情之目的，而買賣該兒童者，處一年以上十年以下有期徒刑。」請參見陳秀峰著，談網路兒童色情之處置——以日本處理網路兒童色情為例，月旦法學雜誌第 69 期，2001/02，頁 157-158。

⁷ 立法院第五屆第三會期第十次會議通過，正確條文以總統府公告之條文為準，2003/05/02。法源法律網，<http://www.lawbank.com.tw/fnews/news.2003/05/06> 查閱。

條更有修正之必要。

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」，行為人僅須散布、播送或刊登足以促使人為性交易之訊息，即構成本罪。相較實際產生性交易之結果而言，修法者將本罪前置於性交易之訊息的散布、播送或刊登行為，將本罪解釋為「危險犯」。然就故意犯罪行為之階段：動機、決意、陰謀、預備、著手實行、完成行為及發生結果等，針對可罰性前置之問題，如陰謀犯、預備犯而言，就「陰謀犯」，刑法上對特定重大之犯罪類型設有例外之處罰規定；就「預備犯」，刑法亦限於行為本身已經具有相當的危險性，有難以控制、支配的趨向時才特別例外規定處罰。在沒有確認行為人存有不法意志時，以刑罰處罰，恐怕是對於人性過於苛刻的要求，甚至是違反人性尊嚴的做法，把刑罰的起點提早至陰謀階段，事實上是否能有效的保護法益，早已引起許多學者的質疑⁸。

「陰謀犯」，尚有二人以上，互為意思表示，共同協議計謀實施犯罪。而在網路上散布、播送或刊登性交易訊息之行為，尚無特定對象與之互為意思表示，亦無任何兒童少年受到此類訊息之侵害時，而兒童及少年性交易防制條例第二十九條將此稱為「危險犯」之立法，處罰其散布、播送或刊登性交易訊息之行為，相較之下，更嚴苛於「陰謀犯」之處罰。基於法治國刑法原則，兒童及少年性交易防制條例第二十九條顯然有過度侵害人民基本權利而違憲，對於網路上性交易之訊息的散布、播送或刊登行為，國家不能以違憲之條文來作為處罰人民之依據，故解決之道，應透過執法者將此條文宣告違憲加以刪除或予以適當之修改。

⁸ 如我國學者黃榮堅教授、黃常仁教授等。

第二節 建議

雖不能謂色情之出版品、廣播電視或其他資訊對未成年人無負面影響，因有些案件是由於行為人從上述的資訊管道等加以模仿而犯罪，故在我國現行取締色情資訊的法律，大部分為國人所接受。然，社會日趨開放，價值觀趨於多元化，與情色有關之資訊管道亦是稀鬆平常，從保護未成年人的角度來看，如何設法不使其接觸或在家長指導下接觸，便成了主管機關的責任；但從成年人的角度而言，情色資訊確實有需求與存在之空間，不應全面封殺；從藝術工作者的觀點而言，情色章節或畫面全面查禁，無非是不可能之事，亦打擊其創作之空間。網路上之色情資訊如何建立有效的控管機制，以便能兼顧兒童少年之保護利益及成年世界有關情慾資訊之流通需求？因此，有學者建議有關情色之資訊，不論是出版品、電影、電視、網際網路等媒體，只要不是被認定為非法之猥褻部分，應建立分級制度⁹。日前立法院三讀通過修正「兒童及少年福利法」第二十七條，即採取分級制度之見解¹⁰。

針對解決目前網路援助交際案件的現況，本文試著從網路援交之行為主體及行為客體之類型來解決：

- (一) 當散布、播送或刊登性交易訊息之行為主體為成年人者，提供性交易服務之行為客體為成年人時。此時成年人間性交易之行為，法律無須以刑罰加以介入。
- (二) 當散布、播送或刊登性交易訊息之行為主體為成年人者，所提供性交易服務之行為客體為未成年人者。基於保護兒童少年之利益，法律有其保護之必要性，但須根據行為程度來區分罪責輕重，若僅有散布、播送或刊登性交易訊息之行為，以刑罰加

⁹ 請參見尤英夫著，保護未成年、性侵害被害人法律與新聞媒體，軍法專刊，第47卷第2期，2001/02/01，頁6。

¹⁰ 兒童及少年福利法第二十七條修正為：「出版品、電腦軟體、電腦網路應予分級；其他有害兒童及少年身心健康之物品經目的事業主管機關認定應予分級者，亦同。前項物品列為限制級者，禁止對兒童及少年為租售、散布、播送或公然陳列。第一項物品之分級辦法，由目的事業主管機關定之。」

以論處，實則過於嚴苛之立法，故宜採用行政罰來解決此情況。但若行為人與未成年人因此發生性交易之結果，本文認為，應透過刑法之相關規定來論處該行為人。且該提供性交易之未成年人須依兒童及少年性交易防制條例之相關規定對其進行安置、協助及輔導等措施。

- (三) 當散布、播送或刊登性交易訊息之行為主體為未成年人者，所提供性交易服務之行為客體為成年人者。此時，應對散布、播送或刊登性交易訊息之未成年人採行依兒童及少年性交易防制條例之相關規定協助、教育及輔導等措施，使其性觀念受到正確知識之矯正。
- (四) 當散布、播送或刊登性交易訊息之行為主體為未成年人者，所提供性交易服務之行為客體亦為未成年人者。應對二者加以依兒童及少年性交易防制條例之相關規定協助、教育及輔導等措施，使其性觀念受到正確之矯正。

「制訂兒童及少年性交易防制條例」的立法，就其整個條例內容來看，不外乎將普通刑法典、社會秩序維護法、兒童及少年福利法中，增加一些明確的保護措施值得稱許外，關於性犯罪的罪責部分則予以再度的加重刑罰，於此實則有違刑事政策之「罪責法定原則」，無疑的是再度破壞法社會之安定性原則，以致於更漸形成法律叢林的亂象。而對於行為人的犯罪動機、心理因素及其他相關因素，似乎並無考慮，一味地對行為人重刑重罰，想以嚴刑峻罰來達到威嚇功能，殊不知是緣木求魚、治標不治本之做法，對於性犯罪只是表面的改善，並不能達到預防及再社會化的功能，而對於被害人的保護及心理輔導、治療也未能做到整體一致性的改善¹¹。

故本文建議，針對處罰性交或猥褻之行為，普通刑法及社會秩序維護法皆有相關之規定，過多的附屬刑法、特別刑法處罰同一行為，不但無「嚴刑峻罰」之效，可能會造成刑法體系之混亂，及適用之矛盾。關於處罰性交或猥褻之行為，在普通刑法典中已有規定，然，目

¹¹ 請參見鄭昆山著，刑事政策學——法治國刑法的思考，作者自版，東海大學刑事政策學授課講義，2002/09，頁268。

前實務上存在一種現象，即是「特別刑法肥大症」，乃於普通刑法典之外，就特別刑法所依據特別的人、事、物等，再規定具刑罰性質之條文。於普通刑法外，尚有附屬刑法、特別刑法對於人民基本權利的限制，造成一般人民對於多如牛毛的法令規定，何者僅具行政罰性質、具有刑罰性質，亦無所適從。最根本的作法，乃是將附屬刑法、特別刑法中具有刑罰性質的條文，回歸至普通刑法。使兒童及少年性交易防制條例成為一般安置、協助、教育、保護及輔導兒童少年之法律，將有關刑罰之規定回歸至普通刑法來解決，這樣一來，方能符合刑法改革所應尋求「於理可通、在勢可行、行之有效」之道¹²。希藉以本文提出兒童及少年性交易防制條例第二十九條之問題，幫助我國實務上改善處理網路援助交際案件違憲之判斷。

¹² 請參見鄭昆山著，同註8，前揭文，頁11。

參考文獻

一、中文專書、期刊、論文：

1. 尤英夫著，保護未成年、性侵害被害人法律與新聞媒體，軍法專刊，第47卷第2期，2001/02/01，頁2-6。
2. 王勝毅撰，網際網路上犯罪行為之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2000/12，頁27-65。
3. 甘添貴著，刑法之謙抑思想，月旦法學雜誌，24期，1997/05，頁50以下。
4. 甘添貴著，犯罪除罪化與刑事政策，收錄於林山田教授六十歲生日祝賀論文集，罪與刑，五南圖書出版，1998年10月初版，頁618-635。
5. 甘添貴著，刑法總論講義，瑞興圖書股份有限公司出版，1992，頁228以下。
6. 甘添貴著，教唆犯之故意與未遂教唆，月旦法學雜誌，第6期，1995，頁47。
7. 何春蕤著，合法與不當之間的灰色地帶鼓勵濫權勒贖--沒有特定嫌疑犯的釣魚濫捕有違正義原則一文，載於中央大學性/別研究室，http://intermargins.net/repression/sexwork/types/enjo/enjo_skill/n6.htm。
8. 何春蕤著，援助交際：性權派女性主義的立場，載於中央大學性/別研究室，<http://intermargins.net/repression/sexwork/types/enjo/jointercourse.htm>。
9. 余依婷、鄭慧文、法治斌合著，從ACLU v. Reno () 看美國如何管制網路色情言論，資訊法務析透，1999/10，頁26-47。
10. 吳志揚著，婦女權益- 網路援交，<http://www.t1catv.com.tw/law/4/910712.htm>。
11. 李茂生著，資本、資訊與電腦犯罪，收錄於氏著權力、主體與刑事法----法邊緣的論述，作者自版，國立台灣大學法學叢書編輯委員會編著，1998/05，頁210。
12. 李復旬著，網際網路行為準據法之研究，收錄於國際私法理論與實踐(一)----劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集，劉鐵錚教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編輯，學林文化事業有限公司，

- 1997/09，頁 17。
13. 李惠宗，論比例原則作為刑事立法界限----評大法官釋字第五一七號解釋，台灣本土法學雜誌，18 期，2001/01，頁 32。
 14. 李惠宗著，憲法要義，敦煌書局，1997/09，初版，頁 87-88。
 15. 沈美真著，台灣被害娼妓與娼妓政策，前衛出版社，1990，頁 14-18。
 16. 林子儀著，言論自由之限制與雙軌理論，收錄於現代憲法與國家----李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，李鴻禧教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編輯，三民書局，1997/02，頁 66。
 17. 林山田著，刑法各罪論（上），作者自版，修訂三版，2002，頁 213-214。
 18. 林山田著，刑法通論（下），作者自版，1998，頁 420 以下。
 19. 林山田著，刑法通論（上），作者自版，增訂八版，2002/11，頁 26-209。
 20. 林山田著，刑罰學，台灣商務印書館發行，1992，頁 106-108。
 21. 林山田著，性與刑法—以強制性交罪的立法為例，收錄於氏著，刑法的革新，學林文化事業有限公司出版，2001/08，頁 278。
 22. 林東茂著，一個知識論上的刑法學思考，五南圖書出版有限公司出版，1999/09，頁 329-330。
 23. 林東茂著，刑事政策與自由主義，收錄於刑事法學之理想與探索第四卷----甘添貴教授六秩祝壽論文集，甘添貴教授六秩祝壽論文集編輯委員會編輯，學林文化事業有限公司出版，2002/03，頁 8-25。
 24. 林東茂著，無被害人的犯罪，犯罪學論叢，中央警官學校，1985，頁 307-315。
 25. 林東茂著，猥褻的概念，從「強吻案」談刑法上猥褻概念法律座談會，台灣本土法學雜誌、台灣刑事法學會主辦，台灣本土法學雜誌第 42 期，2003/01，頁 78-82。
 26. 林書楷撰，論誘捕教唆之可罰性，中興大學法律學研究所碩士論文，劉幸義教授指導，1999/06。
 27. 林瑞發著，言論自由與兒童網路色情，靜宜人文學報第 13 期，頁 11-16。
 28. 林裕順著，誘捕偵查與誘陷抗辯之理論探討，警學叢刊 28 卷 6

- 期，1998/05，頁 242-251。
29. 施慧玲著，兒童及少年性交易防制條例之立法意義與執法極限——一個應用法律社會學的觀點，律師雜誌第 222 期，3 月號，頁 45-46。
 30. 施慧玲著，論我國兒童少年性剝削防治立法——以兒童少年福利保護為中心理念之法律社會學觀點，國立中正大學法學集刊第 2 期，1999/07，頁 66-73。
 31. 紀惠容著，恐龍時代的法官，勵馨雜誌 18 期，1998/02，http://210.60.194.100/life2000/database/910612/910612_2.htm。
 32. 翁健誠、廖雲章著，性工作權就是人權，轉錄自：國際性串連性工作權與性產業國際論壇，<http://stmail.fju.edu.tw/~a8635612/sex/de-foreign.htm>。
 33. 高玉泉著，網際網路上兒童色情資訊規範之回顧與檢討（1999-2002）——一個由兒童人權出發的觀點，國立中正大學法學集刊第 11 期，2003/02，頁 16-22。
 34. 高金桂著，無被害犯罪之研究與抗制，犯罪學論叢，中央警官學校，1987，頁 415-432。
 35. 高毓婷著，從「援助交際——中學女生放學後的危險遊戲」一書看台灣青少年價值觀，中等教育 51 卷 4 期，2000/08，頁 138。
 36. 張平吾著，被害者學，三民書局，1996/10，頁 194-205。
 37. 張雅雯著，從「越軌網站」談網路色情的法律規範與管理，載於「非色情網站」，<http://www.crime.org.tw/data01-a0201.html>。
 38. 盛子龍著，比例原則作為規範違憲審查之準則——西德聯邦憲法法院判決及學說之研究，1989，指導教授翁岳生，台灣大學碩士論文。
 39. 許玉秀著，強吻非強制猥褻？，月旦法學雜誌，90 期，2002，頁 309。
 40. 許福生編著，刑事學講義——（刑事政策、犯罪學、特種刑事法令、刑法），作者自版，2001/03，頁 63-423。
 41. 郭君勳著，案例刑法總論，作者自版，1992。
 42. 郭緯中撰，論誘捕偵查與誘捕抗辦，中國文化大學法律學研究所碩士論文，甘添貴教授指導，1999/06。

43. 陳子平著, 從強吻案談強制猥褻罪, 從「強吻案」談刑法上猥褻概念法律座談會, 台灣本土法學雜誌、台灣刑事法學會主辦, 台灣本土法學雜誌第 42 期, 2003/01, 頁 86-87。
44. 陳志龍著, 法益與刑事立法, 國立臺灣大學法學叢書(六一), 作者自版, 1992 年二版, 頁 25-157。
45. 陳秀峰著, 談網路兒童色情之處置-----以日本處理網路兒童色情為例, 月旦法學雜誌第 69 期, 2001/02, 頁 157-158。
46. 陳柏蓁著, 性工作者的權利問題:從法律來思考, 文化研究月報-----三角公園第 8 期, 2001/10/15, http://www.ncu.edu.tw/~eng/csa/journal/journal_park51.htm。
47. 陳慧女著, 性剝削問題的本質與處境—兒童及少年性交易防制工作的省思, 社區發展季刊第 91 期, 2000/10, 頁 316。
48. 游明得著, 傳統辦案方法之再省思 - 陷害教唆諸般問題之解析, 國政研究報告, 2001/07/23, <http://www.npf.org.tw/PUBLICATION/CL/090/CL-R-090-041.htm>。
49. 賀祥宏編著, 中華民國憲法, 高點文化事業有限公司出版, 2001/08, 頁 2.122-156。
50. 黃炳合著, 網路色情氾濫所引發的法律問題, 警光, 1999/06, 頁 65。
51. 黃富源、林敬著, 犯罪偵查 誘捕不等同釣魚, 中國時報, 2001/10/11。
52. 黃富源、范國勇、張平吾合著, 犯罪學概要, 中央警察大學出版, 2002/05。
53. 黃富源、林滄霖合著, 不幸少女形成因素與防制對策, 中央警察大學警學叢刊, 第 32 卷第 4 期, 2002/01, 頁 109-135。
54. 黃惠婷著, 由教唆犯本質論虛偽教唆, 台灣本土法學雜誌 21 期, 2001/04, 頁 11-13。
55. 黃朝義著, 誘捕偵查之相關法律問題—最高法院八十九年台上字第九一八號等相關刑事判決評釋, 台灣本土法學雜誌 13 期, 2000/08, 頁 88-103。
56. 黃朝義著, 誘捕偵查與誘陷抗辯理論, 中央警察大學法學論集, 1996/03, 頁 386-387。
57. 黃榮堅著, 刑法增修後的電腦犯罪問題, 收錄於罪與刑-----林山

- 田教授六十歲生日祝賀論文集，五南圖書出版公司，1998/10 初版，頁 332。
58. 黃榮堅著，論行為犯，載於現代國家與憲法-----李鴻禧教授六秩華誕祝壽論文集，李鴻禧教授六秩華誕祝壽論文集編輯委員會編輯，三民書局，1997/02，頁 1561。
59. 葉奇鑫著，網路色情與偵查策略，收錄於 2000 年網際空間-資訊、法律與社會研討會論文集，內政部警政署、中央警察大學主辦，頁 93-94。
60. 葉慶元撰，網際網路上之表意自由-----以色情資訊之管制為中心，中興大學法律學系碩士論文，法治斌教授指導，1997/06，頁 108-189。
61. 董浩雲著，論網路安全機制及展望，資訊法務透析，1999/11，頁 50。
62. 廖義男著，公平交易法之理論與立法-----公平交易法修正之重點與理由，作者自版，1995/10，頁 326。
63. 褚劍鴻著，刑法分則釋論(上)，台灣商務印書館發行，1996/05，頁 669。
64. 劉文仕著，與少女性交易之法律競合問題及其解決-----並論刑事法領域內之司法造法權，收錄於氏著，刑法類推與司法造法，學林文化事業有限公司出版，2001/12，頁 125-149。
65. 劉邦繡著，特定類型性侵害犯罪之研究-----以性侵害犯罪防治法之實體與程序的探討為中心，中正大學法律學研究所碩士論文，柯耀程教授指導，2002。
66. 劉靜怡著，資訊社會的規範困境：台灣網際網路法律發展的歷史考察，<http://140.109.196.10/pages/seminar/infotec4/4-3.doc>。
67. 劉靜怡著，網路社會規範模式初探，台大法學論叢，第 28 卷第 1 期，1998/10，頁 8。
68. 劉靜怡著，誰怕網路色情言論自由、資訊科技與女性主義的三邊對話，<http://www.law.ntu.edu.tw/TaiwanLawSociety/cyl.doc>。
69. 蔡元仕撰，網際空間與涉外民事裁判管轄之決定，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2001/07，頁 33-34。

70. 蔡宗賢撰，電腦犯罪防治的發展趨勢-----以美國為重心，中國文化大學美國研究所碩士論文，1998/07，頁 102-108。
71. 蔡墩銘著，刑法精義，作者自版，1999/09，頁 556。
72. 鄭昆山著，刑事法學研究方法論，東海大學「刑事法學研究方法論」課程講義，2000/10/31。
73. 鄭昆山著，刑事政策學—法治國刑法的思考，作者自版，東海大學刑事政策學授課講義，2002/09，頁 252-255。
74. 鄭昆山著，從「法治國原則」論集會遊行刑事罰之「行政從屬性」——兼論司法院大法官會議釋字第四四五號解釋，律師雜誌，222 期，1998/03。
75. 鄭昆山著，圖解法治國刑法入門（上）-----犯罪理論解析，作者自版，2001/09，頁 28-146。
76. 鄭昆山著，誣告反坐在特別刑法的法治國原則思辯-----評釋字第五五一號解釋，月旦法學雜誌，93 期，2003/02，頁 276-280。
77. 鄭昆山著，論東歐民主化及其刑法改革（中文發表），東海大學東海學報 34 卷，1993，頁 551-568。
78. 盧映潔著，強吻案之評釋，月旦法學雜誌，90 期，2002，頁 309。
79. 錢世傑著，網際網路色情資訊防範措施之相關問題探討，全國律師，1998/11，頁 30-41。
80. 勵馨基金會著，淺談「兒童及少年性交易防制條例」之訂定緣由及立法過程—兼談施行困境及我們的期待，律師雜誌 5 月號，第 212 期，頁 33。
81. 謝名冠撰，網路犯罪之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，2000/07，頁 159-161。
82. 謝采倩撰，兒童及少年性交易防制條例之研究-----以「雛妓問題」法概念之相關議題為中心，中正大學法律學研究所碩士論文，施慧玲教授指導，1998/07，頁 40-123。
83. 韓忠謨著，刑法原理，作者自版，1997/12，頁 303。
84. 簡恆信撰，虛擬社群匿名行為模式研究---以網際網路電子布告欄為例，東吳大學社會學系碩士班碩士論文，1998/07，頁 2-3。
85. 蘇俊雄著，刑法總論（ ）犯罪總論，1998/12，修正自版，頁 138-443。

二、外文文獻：

1. Cannon , Robert . A Parent's Guide to Supervising a Child's Online and Internet Experience----Online Children's Safety , Esq.Shack, Crawford & Cannon,Version. 1.0 Updated: April 5,1996 <http://www.spectacle.org/cda/parents.html> .
2. Perritt , Henry H. Jr., What is the Internet?, <http://www.kentlaw.edu/cyberlaw/resources/whatis.html> .
3. Communications Decency Act Struck Down! , The U.S. Congress on February 1, 1996 <http://www.epic.org/cda/> .
4. Supreme Court strikes down ban on 'virtual child porn' , April 18, 2002 Posted: 1:13 PM EDT (1713 GMT) , <http://www.cnn.com/2002/LAW/04/16/scotus.virtual.child.porn/index.html> .
5. Supreme Court to consider Internet indecency law , December 6,1996 Posted: 10:30 PM EST ,<http://www.cnn.com/US9612/06/internet.indecency/> .
6. What's indecent on the Internet, and who should decide?----on-line debate rages as lawsuit goes to court ,March 21,1996 Web posted at:1:00 PM EST , <http://www.cnn.com/TECH/9603/cda/index2.html> .
7. Wallace , Jonathan . Dalzell on Broadcast v. New Metaphor , June 12,1996 <http://www.spectacle.org/cda/dalzell.html> .
8. Wallace , Jonathan . and Mark Mangan . Sex , Laws and Cyberspace , has been printed in hardeover by Henry Holt & CO . September 27 , 1997 <http://www.spectacle.org/freespch/> .
9. Wallace , Jonathan . SEX , LAWS AND CYBERSPACE BULLETIN ----THE INTERNET IS A LIBRARY , April 13 ,1996 <http://www.spectacle.org/cda/lib.html> .
10. Wallace , Jonathan . THE RELIGIOUS RIGHT AND INTERNET CENSORSHIP , June 2 ,1996 <http://www.spectacle.org/cda.rr/html> .

11. Wallace , Jonathan . A NAIL THROUGH THE GENITALS: The Outer Limits of Speech , May 2,1996 [http:// www .spectacle.org/ cda/nail.html](http://www.spectacle.org/cda/nail.html) .
12. Warren , Patricia Nell . YOUTH CONTROL , NOT YOUTH PROTECTION : The Real Threat of the CDA , Novelist and ACLU Plaintiff, April 6,1996 [http://www. spectacle.org/ cda/ warren.html](http://www.spectacle.org/cda/warren.html) .