

憲法內辦性愛趴

許雅斐

(相關法律論點整理)

刑法第 231 條第一項

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。

台鐵火車性愛趴經最高法院 2013 年台上字第 5003 號判決確定，主辦人蔡育林先生依刑法第 231 條求刑六個月。以此條款強行將多人合意的性愛趴主辦人定罪，法律所要保護的到底是什麼？這個「罪」是立基於什麼樣的性自主權？

現行刑法第 231 條條文於 88 年 4 月 21 日修正通過，88 年 4 月 23 日生效，當年修法時增列「媒介」作為犯罪的構成要件，處罰對象為引誘、容留或媒介者。此罪責構成要件乃以行為人主觀上有營利及使男女與他人為性交或猥褻行為，客觀上則有引誘、容留或媒介行為，屬於形式犯。所以行為人只要以營利為目的，有促使男女與他人為性交或猥褻行為的意圖，而著手引誘、容留或媒介行為，即構成犯罪。(臺灣高等法院新聞稿，99.5.14)「意圖營利，媒介性交」正是本案檢察官起訴時的案由。然而，性愛趴到底侵害了何種重大法益？

根據上述構成要件，蔡被認定是觸犯刑法的「形式犯」(又稱舉動犯或行為犯)，其原文為“*Versari in re illicita*”，字面意義為：對於法律所明文禁止的行為，違反者都必須為其所造成的一切後果負責。亦即任何人的行為若符合相關的構成要件，不論結果如何，都算是犯罪。在遠古時代，此原則的基本型態即告確立：任何人都必須為自己的行為後果負起責任，不論其心理狀態為何。作為教會法的一環，它可回溯至第七世紀，是當時教會處置(宗教上)品行不端者的基本原則：無價值者應該被排除在教會的運作之外。由於教會的倫理標準極高，要求絕對的道德純淨，以致於導致傷害發生的任何責任都必須被追溯及相關者的錯誤行為。假如有人錯誤行為連帶地導致他人死亡，無論其關連性多麼薄弱，都必須為此負責。英美法認為此原則在強制責任上效用極大—使人難以脫離任何與傷害相關的因素，且必須為其負起責任—以致於該原則早已根深蒂固，難以動搖。然而，在現代社會，刑法以保護法益為目的，任何行為都是因為嚴重侵犯法益才構成犯罪，就此意義而言，形式犯不應該存在。藉著「形式犯」的定義將性少數入罪，不過是凸顯「法律已被虛化為道德」的社會情境。況且，以今日社會現況而言，

台灣所有的飯店、旅社、賓館等豈不是每天都在觸犯刑法第 231 條嗎？

按憲法第 22 條規定：**凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。**本條乃對於人民基本自由之概括保障規定。而性自主權，除了拒絕不想要的性接觸與性行為之外，亦包括追求性的愉悅和滿足的權利，亦即個人可自由決定是否發生性行為、性交對象以及如何發生性行為等，均與人格不可分離，為受憲法規定保障之基本權之一。刑法第十六章的妨害性自主罪，即屬刑法上落實憲法對於性自主權保障之具體規定。釋字 554 曾論及此觀點：**性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。**這個「社會秩序公共利益」界線何在？

首先，在現實生活中，性行為的發生，無法否認的是，無論是出於愛情、出於肉慾，抑或出於金錢，這些因素均存在於個人之內心深處，繫於個人自我認知，而與人格不可分離。刑事法律所能規範的，僅止於客觀的行為，若某一行為並不對其他個人發生實害或危險，...法律對之課以刑罰，...實有以刑罰規範人格與意志及侵害人性尊嚴之嫌。若不能認識刑罰的極限性與謙抑性，徒思以刑罰的控制個人的性交往，無異緣木求魚，此時國家刑罰權的行使應屬濫用。（釋字 554）

再者，台鐵火車性愛趴判決文所提及的「善良風俗」，是一極為抽象且與特定時空的道德觀念緊密結合的不確定法律概念。因此，刑法所追求的善良風俗實難以還原為可理解的特定個人法益。若從此觀點來看，將性愛趴界定為犯罪行為，是否符合刑法為「法益保護法」的屬性，更非無疑。（釋字 554）因此，台鐵火車性愛趴的判決結果實有聲請大法官會議解釋的必要，請大法官就此進行目的審查，以便釐清刑法第 231 條所要保護的法益為何。因為使用刑罰的手段，所保護的法益，必須屬於重大的公益，尤其應該和基本權相連結。對一個沒有干擾社會秩序、沒有侵害他人基本權益的行為，使用刑罰手段，看不出來具有什麼目的正當性。（許玉秀，釋字 678 不同意見書）