

一、私法與公法：從文化價值到法律變革

1. 德國民法與公法（憲法）的關連（德國 70、80 年代的性/別除罪化）
2. 1999 台灣刑法的修訂（回溯刑法 231 在 1920 年代的立法背景）

早在八〇年代末期，台北律師公會婦女問題研究委員會、婦女救援基金會、現代婦女基金會等婦女團體即開始研擬刑法妨風化罪章修正事宜，力倡強姦罪應從告訴乃論之罪改為公訴罪，以免受害婦女因加害人之恐嚇，不敢挺身控告加害者。然而，社會上因欠缺保障遭性侵害婦女免受二度傷害的制度及立法，因此，是否將強姦罪改為公訴一直懸而未決。一直到彭婉如案發生，因性侵害犯罪防治法已於一九九七年一月公佈，保護性侵害受害人免於二度傷害，因而在婦女團體的督促下，該項修正案才在一九九九年四月由立法院三讀通過。（陳美華，〈一九九九台灣女權報告〉頁 10）

不論是作為特別刑法的《兒少條例》，或是刑法 231 在 1999 年修法時加入的「媒介」，關鍵都在於婦團對「兒少性交即性侵害」的假設。這是此案定罪的理由（檢察官和法官口徑一致，以「意圖營利」論證蔡的罪名）。如果「刑法未罪刑化性交或性交易」，那不可能產生這個判決的。

二、刑法第 231 條第一項的違憲爭議

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。

我最後所設定的目的是：這個條文不管是廣義解釋或是狹義解釋，我是認為它都不應該存在。（黃，頁 8）

必須要從憲法上那個自由本身的詮釋去作呈現，如果是問我的話，我會理解它是自由權利的一部份啦！（黃，頁 9）

基本上，那個基本概念跑不掉的是：不管你是性交或是性交易，只要沒有侵害的話，都沒有正當性。（黃，頁 12）

我的基本主張是，你管我有沒有收錢，你管我是不是性交易，你管我是不是性交，總之基本原則：沒有侵害，一概不構成犯罪。（黃，頁 18）

可分為 4 部分討論：

1. 犯罪的部分，2. 具商業仲介質的性交易，3. 一般性質的商業交易，4. 性自主權

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。假如有人的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。

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 22 條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。

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）。

三、憲法相關條文

憲法第 22 條（基本人權保障）

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。

【解釋】[釋 204 號](#)*[釋 206 號](#)*[釋 242 號](#)*[釋 274 號](#)*[釋 275 號](#)*[釋 362 號](#)*[釋 399 號](#)*[釋 486 號](#)

第 23 條（基本人權之限制）

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。

【解釋】[釋 38 號](#)[*釋 105 號](#)[*釋 106 號](#)[*釋 222 號](#)[*釋 223 號](#)[*釋 237 號](#)[*釋 240 號](#)[*釋 255 號](#)[*釋 274 號](#)[*釋 281 號](#)[*釋 284 號](#)[*釋 290 號](#)[*釋 292 號](#)[*釋 313 號](#)[*釋 345 號](#)[*釋 366 號](#)[*釋 380 號](#)[*釋 384 號](#)[*釋 390 號](#)[*釋 394 號](#)[*釋 395 號](#)[*釋 402 號](#)[*釋 404 號](#)[*釋 409 號](#)[*釋 414 號](#)[*釋 417 號](#)[*釋 423 號](#)[*釋 428 號](#)[*釋 432 號](#)[*釋 433 號](#)[*釋 439 號](#)[*釋 442 號](#)[*釋 443 號](#)[*釋 444 號](#)[*釋 445 號](#)[*釋 456 號](#)[*釋 462 號](#)[*釋 471 號](#)[*釋 476 號](#)[*釋 488 號](#)[*釋 490 號](#)[*釋 497 號](#)[*釋 505 號](#)[*釋 507 號](#)[*釋 514 號](#)[*釋 517 號](#)[*釋 518 號](#)[*釋 521 號](#)[*釋 523 號](#)[*釋 528 號](#)[*釋 531 號](#)[*釋 532 號](#)[*釋 534 號](#)[*釋 538 號](#)[*釋 542 號](#)[*釋 544 號](#)[*釋 545 號](#)

<http://www.6law.idv.tw/6law/law/%E6%86%B2%E6%B3%95.htm>