

解釋字號：司法院 98.11.06 釋字第 666 號

解釋日期：民國 98 年 11 月 06 日

解釋文：社會秩序維護法第八十條第一項第一款就意圖得利與人姦、宿者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰之規定，與憲法第七條之平等原則有違，應自本解釋公布之日起至遲於二年屆滿時，失其效力。

理由書：憲法第七條所揭示之平等原則非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。法律為貫徹立法目的，而設行政罰之規定時，如因處罰對象之取捨，而形成差別待遇者，須與立法目的間具有實質關聯，始與平等原則無違。

社會秩序維護法第八十條第一項第一款規定（下稱系爭規定），意圖得利與人姦、宿者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰，其立法目的，旨在維護國民健康與善良風俗（立法院公報第八十卷第二十二期第一〇七頁參照）。依其規定，對於從事性交易之行為人，僅以意圖得利之一方為處罰對象，而不處罰支付對價之相對人。

按性交易行為如何管制及應否處罰，固屬立法裁量之範圍，社會秩序維護法係以處行政罰之方式為管制手段，而系爭規定明文禁止性交易行為，則其對於從事性交易之行為人，僅處罰意圖得利之一方，而不處罰支付對價之相對人，並以主觀上有無意圖得利作為是否處罰之標準，法律上已形成差別待遇，系爭規定之立法目的既在維護國民健康與善良風俗，且性交易乃由意圖得利之一方與支付對價之相對人共同完成，雖意圖得利而為性交易之一方可能連續為之，致其性行為對象與範圍廣泛且不確定，固與支付對價之相對人有別，然此等事實及經驗上之差異並不影響其共同完成性交易行為之本質，自不足以作為是否處罰之差別待遇之正當理由，其雙方在法律上之評價應屬一致。再者，系爭規定既不認性交易中支付對價之一方有可非難，卻處罰性交易圖利之一方，鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利。系爭規定以主觀上有無意圖得利，作為是否處罰之差別待遇標準，與上述立法目的間顯然欠缺實質關聯，自與憲法第七條之平等原則有違。

為貫徹維護國民健康與善良風俗之立法目的，行政機關可依法對意圖得利而為性交易之人實施各種健康檢查或宣導安全性行為等管理或輔導措

施；亦可採取職業訓練、輔導就業或其他教育方式，以提昇其工作能力及經濟狀況，使無須再以性交易為謀生手段；或採行其他有效管理措施。而國家除對社會經濟弱勢之人民，盡可能予以保護扶助外，為防止性交易活動影響第三人之權益，或避免性交易活動侵害其他重要公益，而有限制性交易行為之必要時，得以法律或授權訂定法規命令，為合理明確之管制或處罰規定。凡此尚須相當時間審慎規劃，系爭規定應自本解釋公布之日起至遲於二年屆滿時，失其效力。

大法官會議主席 大法官 賴英照  
大法官 謝在全  
徐璧湖  
許宗力  
許玉秀  
林錫堯  
池啟明  
蔡清遊  
黃茂榮  
陳 敏  
葉百修  
陳春生  
陳新民

#### 部分協同意見書

大法官 許玉秀

柏林邦行政法院，曾經為了一件性販售案件，詢問柏林市五十個民間團體，包括各種公益團體、婦女團體及教會，所得到的答案完全一致：性販售行為不違反公序良俗（註一）。德國人的公序良俗和我國的善良風俗不一樣嗎？或者柏林人的公序良俗特別不一樣？例如同樣的問題，如果問巴登符騰堡邦（Baden-Württemberg）或巴伐利亞邦（Freistaat Bayern）的民間團體，說不定不會這樣意見一致。不同城市可能有不同的善良風俗，不同邦可以有不同的善良風俗，在我國似乎就是這樣，不是所有的城市同一步調。

雖然適用於全國的社會秩序維護法第八十條第一項（下稱系爭規定）處罰性販售行為，但是仍然有幾個城市，對於性販售行為僅僅有所管制，而非全面禁止，例如高雄市有高雄市管理娼妓自治條例、臺中市有臺中市娼妓管理自治條例、臺南市有臺南

市管理娼妓自治條例、宜蘭縣有宜蘭縣娼妓管理自治條例、桃園縣有桃園縣管理娼妓自治條例、臺中縣有臺中縣管理娼妓自治條例、南投縣有南投縣娼妓管理自治條例、臺南縣有臺南縣管理娼妓自治條例、澎湖縣有澎湖縣管理娼妓自治條例、臺東縣有臺東縣管理娼妓自治條例。以聲請人所在的宜蘭縣為例，宜蘭縣娼妓管理自治條例第 7 條規定：「已經登記或申請執業有案之妓女，以在原登記區域內執業為限。」就之前已經有執業登記的性販售者（指依臺灣省各縣市管理娼妓辦法取得執業登記），仍得繼續營業（註二）。

當有一些城市局部准許性販售行為時，系爭規定可能全面適用嗎？一部應該適用於全國的法律，卻必須對某些縣市讓步，這樣的法律可能不需要檢討嗎？多數意見的違憲結論，理所當然可以支持，只是論述理由閃爍迂迴，沒有面對核心的人權問題有所澄清，從而督促立法檢討改進，難免理不直氣不壯。特提出部分協同意見書說明本席所持的違憲理由。

#### 壹、多數意見違反平等原則的結論欠缺論述基礎

##### 一、不確定的假設得不出違反平等原則的結論

多數意見操作平等原則，卻又擔憂遭解讀為本院大法官認為性交易雙方均應該受處罰，而提出應考慮對性交易（按：性販售）者施行健康檢查、宣導安全性行為等管理措施，或採取職業訓練、輔導就業等以提升性交易（性販售）者的工作能力或經濟狀況，或採行有效管理措施等檢討改進建議。這種兩面游移的論述，無助於解決問題。如欲避免遭解讀為本院大法官認為性交易雙方均應該受處罰，唯一的辦法，就是面對本件聲請的核心問題，闡明處罰性販售行為是否違反比例原則，只有在處罰性販售行為不違反比例原則的前提之下，僅處罰性交易的一方，才可能違反平等原則。如果認為處罰性交易與否，立法者有立法形成自由，即不可能得出違反平等原則的結論，因為當立法者決定不對性交易另一方為處罰時，應該也屬於立法形成自由（在立法者的認知中，原本就是一方販賣淫亂、另一方價買青春。）。

##### 二、應該適用的審查準據是比例原則

學理上有主張不法者，不能以他人未受處罰，而主張違反平等原則，因為只是法律有漏洞（註三）。這樣的回答與平等原則的質疑並不對等。所謂法律有漏洞，表示有應處罰而未處罰的情形，也就是認為不法的認定基礎沒有瑕疵。既然一樣都應該受處罰，應該受處罰的理由相同，竟然只處罰一部分的人，不處罰另一部分的人，自然產生歧視一部分行為人的情形，仍然足以認定違反平等原則。依據平等原則比較難以質疑的，則是不法的認定基礎有瑕疵的情形。如果不法的認定基礎有瑕疵，則沒有受到處罰，本屬應當，如何能夠以違反平等原則為由，

將不該受處罰的人也納入處罰？因此在不法的認定基礎有瑕疵的情形，平等原則不能解決問題，應該適用的審查準據，是比例原則。

## 貳、性自主與善良風俗

究竟處罰性交易是否合乎比例原則，必須審查處罰目的與處罰手段。系爭規定的目的之一（註四），在於維護善良風俗，因此不能避免地，必須釐清善良風俗的概念。檢討善良風俗的概念時，不能避免地，會處理性能否成為交易客體的問題，處理性能否成為交易客體的問題，自然涉及憲法對性自主的保障。

### 一、善良風俗作為保護目的？

究竟善良風俗是什麼？沒有說清楚之前，一口咬定違背善良風俗作為處罰目的洵屬正當，不能讓人明白處罰的正當基礎何在。善良風俗是一個非常概括的概念，因此不可能、至少很不容易給予正面定義，不貪小便宜、不搬弄是非、敦親睦鄰、守望相助、路不拾遺，都可以是善良風俗。但是除了刑法有侵占遺失物罪之外，貪小便宜、搬弄是非、不敦親睦鄰、不守望相助、自掃門前雪，還都不會成為法規範所處罰的對象。如果性販售行為違反善良風俗，還未必得出性販售行為應該加以處罰的結論。

### 二、建構在人性尊嚴上的善良風俗

姑不論善良風俗的內涵能不能確定，符合善良風俗的行為會受到讚美，因此可以推論出符合善良風俗的行為人，會因為自己的行為符合善良風俗，而感到光榮。相反地，行為抵觸善良風俗會遭到責罰，違反善良風俗的行為人，會因為、或必須因為行為違反善良風俗，而感到羞恥。

性販售行為的行為人，必須為自己的行為感到羞恥，理由應該在於性不可以成為交易的對象，在善良風俗之下，性不可以是一種商品。如果有人被要求以性作為交換利益的對價，應該要感覺受到羞辱；如果以性作為給予利益的對價，等於羞辱對方。因為性作為商品，等於將人當作商品。換言之，所謂的善良風俗，其實建構在人性尊嚴上面。貪小便宜、搬弄是非、不敦親睦鄰、不守望相助，顯示的都是人格不光明，這些行為不能彰顯人格、是有失尊嚴的人性。

### 三、性不能作為交換的客體？

商品就是交易的客體，可以作為交易的客體，必然是一種可以為生活所利用的資源，性不是一種可以為生活所利用的資源嗎？就以使得性被宣告為神聖的婚姻制度來說，在婚姻中，性不就是一種能夠充實婚姻生活的資源嗎？婚姻對性而言，其實是一種性資源的分配制度，這種分配制度，創造出通姦罪、血親性交罪，婚姻成為保障合法性行為的手段，不也同時使婚姻成為換得合法性行為的手段嗎？

不管是不是因為愛而結婚，因而取得性資源，在世俗生活中，感情既然已經可以成為交換餽贈的理由，縱使因為愛而締結婚姻而為性行為，性成為一種可以交換的資源、具有充實生活內容的功能、因而有經濟價值，是世俗生活裡的現實，而且時時刻刻都在發生。

#### 四、性作為商品等於人作為商品？

性作為商品，之所以被認為等同於人作為商品，因為至今對於性行為的認知，都是透過人的身體進行。但是商品的第一個特質，不是交易價值，而是被支配的客體，必然成為被支配的客體，才進而能具有交換的價值。人的身體如何行動，如果聽命於身體所依附的主體，身體就是被主體所支配，而不是被另一個意志主體所支配。身體的主體對自己身體的支配，稱為自主，既然自主，就不是被支配。基於自由的意志，決定為性販售行為，不管拿性交換什麼，都沒有讓人淪為被支配的客體。性作為交換的客體，也就是作為商品，不等於人作為商品。所以人作為商品危害人性尊嚴因而違背善良風俗的命題，與性作為商品毫無關係。相反地，與性有關的善良風俗，必須靠憲法所保障的性自主來建構，善良的性風俗，就是尊重並保障性自主的風俗。

#### 參、性販售作為一種職業？

既然性是一種具有經濟價值的資源，可以作為一種商品，就可能成為謀生的工具。性如果可能作為一種謀生的工具，人民有沒有以性作為謀生工具的自由？性販售行為可否受到憲法對職業自由的保障？

##### 一、維護國民健康的目的

多數意見認為系爭規定以維護國民健康作為規範目的合憲，將性販售行為當作危害國民健康的危險犯。然而有危險的是性行為，而不是性販售。要防堵性行為造成的國民健康漏洞，最好的辦法當然是管控性行為，如果禁止性販售行為，逼使性販售行為成為地下活動，如何管控？因此如果規範目的在於維護國民健康，有效的辦法是納入規範，而不是排除於規範世界之外。全面禁止性販售行為，正好是不負責任地將可能危害國民健康的行為，驅趕到公權力看不見的地方（註五）。

納入規範，是國家保障職業自由的常態，國家對於職業自由的管制，理由在於防止職業自由危及重大的公共利益。性販售必須被承認為一種職業，方才能納入管制，納入管制的理由，正好在於維護國民健康，所以如果出於維護國民健康的目的，應該認為國家保障性販售的職業自由，而不是全面當作違反秩序的行為加以處罰。

##### 二、為維護建構在人性尊嚴上面的善良風俗

性作為商品之所以會和人作為商品連結，因為性販售者容易成為性剝削的對象。性販售者可能淪為性產業的客體，是社會的現實，尤其當性販售行為成為法律追殺的對象時，必然需要依附在社會負面勢力之下，才能存活，性販售者因而容易淪為社會負面勢力的禁臠，也因此的確會造成性販售者人性尊嚴受到侵害的後果，那麼建構在人性尊嚴上面的善良風俗，當然也會受到危害。

若要有效截堵這種危害善良風俗的路徑，最簡單的方式就是公權力出面保護性販售者，所以憲法保障性販售者的職業自由，目的正好是在於維護善良風俗。而全面禁止性販售行為，則正好在危害善良風俗，特別是危害建構在人性尊嚴上面的善良風俗。

#### 肆、如何檢討修正？

多數意見要求立法機關在兩年內修正系爭規定，如果期待修法方向不是危害國民健康和善良風俗，而是真正能維護國民健康和善良風俗，德國的法治經驗或許值得參考。因為視性販售行為為毒蛇猛獸的人，必然恐懼放棄全面禁止性販售行為，將使得臺灣成為買春天堂。而德國人通過規範性販售的管理條例之後，德國並沒有因此成為買春天堂，反而是別人的國家成為德國人的買春天堂。

##### 一德國管制性販售行為的法治經驗

在 2002 年制定施行性販售管理條例後 (Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten, Prostitutionsgesetz-ProstG) ，性販售如未與犯罪連結，不構成違反善良風俗，而且與自始不受憲法職業自由規定保障的犯罪職業不同，除非有具體的證據證明性販售行為會危害到非常重大的公共利益，否則性販售與其他職業一樣，受到該國憲法第 12 條第 1 項第 1 句對職業自由的保障 (註六) ，在民法、刑法、保險法及營業法上面受到保護。

在此之前，促成性販售管理條例制定的關鍵性判決，是柏林邦行政法院於 2000 年 12 月 1 日作成的「因促成性販售而撤銷餐旅營業執照 (Widerruf der Gaststättenerlaubnis wegen Anbahnung der Prostitution.) 」判決 (註七) 。該判決的理由成為性販售管理條例的立法理由：認為必須違反性販售者的意思而保護他們的人性尊嚴，正是在侵害性販售者受人性尊嚴所保障的自主權 (自我決定自由) ，並且固化性販售者在法律上與社會上所受到的歧視。

柏林邦行政法院在前揭判決理由中，首先說明從 1981 年開始進行的一項長期且具相當規模的民意調查結果，認為「無論如何絕對不可為性販售」的人數，逐年遞減，從 1981 年 42 % 的西德受訪者、1990 年 30 % 的西德受訪者及 51% 的東德受訪者，至 1994 年時只剩下 25 % 的西德受訪者和 34 % 的東德受訪者。判決認為，因為問卷調查和經過民意公開辯論的國會程序不同，民主正當

性不足，所以法院針對學者專家、民間團體、職業團體、教會進行了聽證程序，所得到的結論，是德國的社會意識已經有所變遷。成年人出於自由意志，且未伴隨刑事犯罪的性販售行為，已經是德國社會上所肯認的倫理價值觀所能接受，這種價值觀不受到道德判斷影響，法院因而作成性販售行為不違反公序良俗的決定，並強調公序良俗不是由法官依據個人主觀的道德觀來決定，而是應該更進一步將所謂的公共秩序的內涵予以具體化。

由於上述判決並未處理基本法第 12 條第 1 項規定是否適用於提供性交易場所的餐旅營業問題，所以在性販售管理條例制定通過後，行政主管機關仍然認為性販售行為雖然在民法、刑法及相關保險法上並不違法，但是仍不受營業法的保障，而不願發給營業執照。聯邦行政法院遂於今年三月間作成一則裁定（註八），表示性販售行為並未構成餐旅業管理條例第 4 條第 1 項第 1 句第 1 款的「違反公序良俗」，而准許發給提供性交易場所的餐旅業營業執照。

註一：2008 年 11 月，來台參加第四屆德台學術研討會（台大法律學院主辦，中研院法律學研究所籌備處協辦）的德國教授們，在 11 月 10 日至本院拜會，並參加由許宗力大法官主持的座談會。其中針對善良風俗能否作為憲法法益的問題，德國下薩克森邦憲法法院院長 Jorn Ipsen 說了這一則司法故事以為回應。

註二：依據 91.10.1 廢止的臺灣省各縣市管理娼妓辦法第 7 條第 1 項：「凡經登記或申請執業之妓女，其執業場所應劃定區域（妓女區），加強管理。」規定應劃出公娼區，以為管理。90.3.27 廢止的臺北市公娼管理辦法第 7 條：「凡經登記或申請執業之公娼限在左列劃定區域內執業。一、江山樓公娼區。二、寶斗里公娼區」則直接指明公娼區的範圍。

註三：行政院內政部婦女權益促進發展委員會委託，夏鑄九主持，顏厥安、王增勇、王卓脩共同主持，我國性產業與性交易政策之研究，2002.10.31，頁 50-51。

註四：參見立法院公報，第 80 卷第 22 期，頁 107。

註五：從違章建築驅趕到五星級飯店或私人俱樂部，公權力就算盡了責任？

註六：對於職業的客觀限制條件，參見 BVerfGE 7(1958), 377, 397.

註七：VG Berlin 01.12.2000-35 A 570/99. Vgl. NJW 2001 983.

註八：BVerwG, Beschluss vom 23. 3. 2009-8 B 2. 09: Wer in einem Bordell eine Gaststättte betreibt und dort die Anbahnung von Kontakten zwischen Prostituierten und Kunden ermöglicht, leistet dadurch nicht stets im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG der Unsittlichkeit Vorschub.

協同意見書

大法官 陳新民

給予被虐待者尊嚴，並施愛心於卑賤淪落者，乃是藝術家與具仁心者應為之重要工作。

德國·歌德

冬天已經走了，雪也融了，死者也已入土為安。你們這些還活著的人，爬下床來，抖擻精神。

德國·布萊希特

本席對於本號解釋認定社會秩序維護法第八十條第一項第一款（以下簡稱：系爭條文）違憲之意見，本席敬表贊成。然而就以違憲之理由，多數意見認為系爭條文，「罰娼不罰嫖」形同對女性的處罰，形成抵觸憲法第七條所保障男女性別平等。這種見解頗為失真，且有可能促使立法者更為「雙罰」的危險性，故本席歉難同意此種立論（註一）。

本號解釋亦不深論系爭條文抵觸憲法保障弱勢國民生計權利、人性尊嚴、人格權及系爭條文所依據之公序良俗等概念是否已形落伍、不無陷入「泛道德」之窠臼，致使本號解釋不能大力發揮督促立法者正視重新規範一個符合進步社會所需要之性工作者法制（例如制定「性工作者扶助與保護法」之功能，甚為可惜）。本席爰提出協同意見書如次，以抒己見：

#### 一、侵犯平等權之疑慮—「鋸箭法」式且「未完成」的解釋方式

本號解釋理由書第三段將本號解釋作出違憲的理由，強調在違反男女平等。然而，這正是十分危險的推論。按多數意見乃承認：「按性交易行為如何管制及應否處罰，固屬立法裁量之範圍，社會秩序維護法係以處行政罰之方式為管制手段，而系爭規定之立法目的既在維護國民健康與善良風俗，明文禁止性交易行為…」，而給予立法者限制性交易行為合憲性的依據。只不過對於「罰娼不罰嫖」的違憲性，作出如下的判斷：「…則其對於從事性交易之行為人，僅處罰意圖得利之一方，而不處罰支付對價之相對人，並以主觀上有無意圖得利作為是否處罰之標準，法律上已形成差別待遇。系爭規定之立法目的既在維護國民健康與善良風俗，且性交易乃由意圖得利之一方與支付對價之相對人共同完成，雖意圖得利而為性交易之一方可能連續為之，致其性行為對象與範圍廣泛且不確定，固與支付對價之相對人有別，然此等事實及經驗上之差異並不影響其共同完成性交易行為之本質，自不足以作為是否處罰之差別待遇之正當理由，其雙方在法律上之評價應屬一致。再者，系爭規定既不認性交易中支付對價之一方有可非難，卻處罰性交易圖利之一方，鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異僅針對參與

性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利。系爭規定以主觀上有無意圖得利，作為是否處罰之差別待遇標準，與上述立法目的間顯然欠缺實質關聯，自與憲法第七條之平等原則有違」。

在論理上，顯然是一種「鋸箭法」式的推論：按性交易行為既然是違反公序良俗之行為，其禁止之合憲性未獲大法官之挑戰，而僅針對處罰對象只是一方，而認為違憲，豈非是對一個由多種病因所造成的沈痾，醫者只以「外觀病癥」來開藥方，而忽略在根本上應醫治產生病因隱疾，即難謂為善醫。尤其是立論上將被罰者「…鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰」之論點，這種比喻，即易有許多的反證：例如可否因（過去習稱之）強暴罪絕大多數處罰男性，即可指稱此處罰規定違反平等權？以及墮胎罪只以女性為處罰對象，即有性別歧視之嫌乎？顯然，這個推論不能夠站得住腳。

按所謂平等權，乃指「同同、異異」，即「相同的事務，應當同等對待；不同的事務，應當區別對待」（gleiche Sachverhalte gleich und Ungleiche ungleich behandelt）。而所謂「相同」與「不相同的事務」，必須由立法者來判斷。因此，立法者必須在必要時固然要「相同對待」，也可能必須要「差別對待」。對於是否為「相同的事務」而給予規範，應在公益考量上，獲得一致結果的評價，方可列為相同的事務（註二）。

就本案而言，如果確認性交易行為是一個「評價的整體」，即在有無妨害公序良俗或國民健康來作評判時，就必須導出交易雙方都負擔同一法律責任的結論：要嘛全罰，或不罰的唯一結論。這個情形迥異於賄賂罪中，立法者對行賄與收賄的可罰性及刑度，得有不同的判斷：因為於賄賂行為中，收賄的一方，多半為公權力擁有者。相對的行賄者乃處於弱勢、且多半非自願。因此，立法者可以針對兩方不同的情況，以及行賄者主動與被動性，分別為不同的法律責任之決定。

但如果認為性交易行為是可以「分裂評價」，認為嫖客行為與娼妓行為可以分別評價。若立法者明知兩方都妨害公序良俗或侵害國民健康之虞（如上述「整體評價」情形），但決定只處罰一方，即當然違反平等權。如果立法者在此有不同的評價，認為：嫖客行為並不（或不嚴重）違反善良風俗，而且所謂公共秩序之侵害，認為多半來自娼妓的行為（例如造成民眾住居安寧，或形成黑道集中），且傳染性病等，也多由娼妓而非嫖客為傳播途徑…（註三），而作出不罰的「區別待遇」。此時若非能先檢驗確認立法者之判斷為「非理智」之錯誤，否則不能逕自以違反平等權論斷。

因此，對於是否為相同事務，以及應為平等或區別對待，都是以「結果論」來推敲立法者的判斷。由於是立法者，而非釋憲者，代表社會上民意的價值判斷，故釋憲者應當儘量尊重之（釋字第六一七號解釋理由書參照）（註四）。當然立法者鮮少會承認故意抵觸平等權，而為差別待遇；而作出的差別待遇的理由，也經常隱晦不明，只是就有待釋憲者來「推論」立法者是否基於性別歧視（例如釋字第四五七號解釋），或是基於其他非出於理智性或與憲法人權理念不合的判斷，而作出違反平等權的立法決定。

在對嫖客不罰的系爭條文，儘管本號解釋（理由書第三段）也承認立法者未對嫖客有非難性，吾人也無法得知立法者對嫖客行為不罰的立論何在，從而判斷此區別待遇是否違反平等權，便增加困難度。本號解釋似乎立刻斷定立法者乃必須採「同一評價論」（此觀諸理由書第一段即有下列的文字：「…法律為貫徹立法目的，而設行政罰之規定時，如因處罰對象之取捨，而形成差別待遇者，須與立法目的間具有實質關聯，始與平等原則無違」；第三段亦有下述的敘述：「…且性交易乃由意圖得利之一方與支付對價之相對人共同完成，雖意圖得利而為性交易之一方可能連續為之，致其性行為對象與範圍廣泛且不確定，固與支付對價之相對人有別，然此等事實及經驗上之差異並不影響其共同完成性交易行為之本質，自不足以作為是否處罰之差別待遇之正當理由，其雙方在法律上之評價應屬一致。…」），所以系爭條文「未非難」嫖客，即導出了違反平等權，且認為娼妓應當亦為不罰之結論。

然而所謂的「法律上評價應屬一致」，也有另一個解釋的可能性——「全罰」，故主張適用平等權，就必須接受並承擔會導致應採「全罰」或「全不罰」二個選項之風險，不能只有單罰與否的問題。既然本號解釋認定「…按性交易行為如何管制及應否處罰，固屬立法裁量之範圍，社會秩序維護法係以處行政罰之方式為管制手段，而系爭規定之立法目的既在維護國民健康與善良風俗，明文禁止性交易行為…」云云，顯示立法贊成禁娼的公益性，而援引平等權只作為不贊成單方面處罰娼妓的立論。則與平等權要求立法者要「相同對待」的精神，完全不符——對遭受違反平等權而受到不平對待者，得要求國家採行積極行為，來「拉平」其待遇。但一旦在系爭條文禁娼的合憲性既獲得大法官之確認，受處罰的「不法」娼妓對此立法確認的處罰，已無法挑戰其合憲性，此時若認為可援引平等權，僅是可要求立法者應對嫖客為同等的處罰待遇而已。試問：這種「拖嫖客下水」的訴求，對娼妓的權益有何助益？這種援引平等權又有何實益可言？只有導入娼妓和嫖客皆「無罪」的立法待遇，才對娼妓的權利有所幫助。

因此，主張平等權的真正實益，必須「上溯探源」進一步論究，娼妓行為無

處罰的合憲依據，來源出必須是「全不罰」的唯一結果。否則只是討論了一半，屬於「未完成樂章」的探討（註五）。

故本號解釋僅以此執行對象的單方處罰，認為違反平等權，即寓有鼓勵立法者重新檢討「單罰」的動因。一旦立法者不敵社會「泛道德化」之激情，改採「雙罰」時，本號解釋似乎也提供了合憲性依據。此觀乎本號解釋理由書第四段有下列的敘述：「…為防止性交易活動影響第三人權益，或避免性交易活動侵害其他重要公益，而有限制性交易行為之必要時，得以法律或授權訂定法規命令，作適當明確之管制或處罰規定。…」，由該解釋理由書最後一段的「（立法者可）適當明確之管制或處罰規定」，本席擔心的「立法改為雙罰」之舉，並非純係杞人憂天之慮矣！

一旦如此，是否本號解釋日後勢必有再作補充解釋之可能性？本院面對檢驗立法者當初在規定系爭條文之所以對嫖客行為不罰的立法判斷，究竟基於何種考量的困難問題，可以不必斤斤於平等權的判斷。何妨敞開心胸，另闢蹊徑的依循憲法保障弱勢國民人權（如憲法增修條文第十條第六項規定：「國家應維護婦女人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等」）的旨意，何不「鼓其餘勇」，前瞻性的澈底解決系爭條文可能產生的其他違憲爭議？

## 二、人民擁有性自主權的意義不容忽視

本號解釋也未有隻字片語提到成年國民的性自主權，對於成年國民的自主性性行為，如果與「營利」有關，是否其受到憲法保障之範圍應有不同？大法官過去的解釋提供饒有意義的探究素材。爰先以性言論與性資訊散布來論述：

大法官在釋字六一七號解釋雖然言明性言論的表現與性資訊的流通，涉及社會的風化，不論是否出於營利之目的，皆受到憲法言論及出版自由的保障。但其是否可得以限制，必須符合憲法第二十三條比例原則。本號解釋值得重視之處，乃是憲法第十一條保障的言論與出版自由，即使涉及到「性」，同樣不因是否為營利，都可獲得同樣的憲法保障。

而在性行為方面，大法官在釋字第五五四號解釋，更明白宣示：性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，故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，於不妨礙社會秩序、公共利益之前提下，始受保障。

在該號解釋（釋字第五五四號解釋）理由書中，大法官首先肯認：性行為屬於個人人格權之一，故有「性自主」之權利。然而鑑於婚姻與家庭為社會形成與發展基礎，受憲法制度性保障（本院釋字第三六二號解釋及第五五二號解釋），故得以作為限制性行為自由之依據。在限制依據方面，大法官雖然以憲法第二十

二條作為保障性自主之依據，但仍然以比例原則作為有無違憲侵犯此性自主權之依據。易言之，與上述釋字第六一七號解釋的檢驗標準，並無二致。

由大法官解釋的「體系正義」（die Systemsgerechtigkeit）而論，由這兩號解釋大概可以導出本案有關的解釋標準：性自主行為，不論營利與否，皆屬於人格權之範疇；立法者必須在有公共秩序及公共利益的必要情形，方得立法拘束之，但仍受憲法第二十三條之保障。

而在限制性自主及性言論行為的「公益需求」方面：這兩號解釋似乎提出明確度各不相同的立論。

在釋字第五五四號解釋乃援引憲法婚姻制度的「制度性保障」作為限制性自主的依據，法益位階甚高，內容自然較為清楚明瞭。

反而在釋字第六一七號解釋則較為模糊，因為其認為：「釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重…，除為維護社會多數共通性價值所必要，而得以法律或法律授權訂定之命令，加以限制者外，仍應對少數性文化族群，依其性道德感情與對社會風化之認知而形諸為性言論表現，或性資訊流通，予以保障」。此見解顯然認為儘管社會有「共通的性道德標準與價值判斷」，但為了「保護少數族群的性道德與文化」，似乎立法者便必須尊重此些「少數判斷」乎？

而在本號解釋，大法官則未援引釋字第五五四號或第六一七號解釋的往例，檢討系爭條文的「公益需求」何在，只逕自肯定為維護公序良俗及國民健康之故，而援引平等權作為違憲立論，大法官未如往例先論究審查基準，究採寬鬆的「合理審查」標準（例如本院釋字第四四五號、第五七五號、第五七八號、第五八〇號、第五八四號、第五九三號、第六〇五號、第六三九號及第六四七號解釋），亦或是採取較嚴格的「中度審查」標準（例如本院釋字第四九〇號、第五六〇號、第六一八號、第六二六號、第六四九號解釋），甚至最「嚴格」的審查基準（釋字第三六五號解釋）。本號解釋理由書（第一段及第三段）雖也約略提出「實質關聯」之用語（且其立論僅是：性交易雙方乃以「共同完成性交易行為」為其本質。見理由書第三段），顯示應採中度審查標準，但卻未有論述其「較嚴格審查」之處何在。故這種作出違反平等權的標準，也不無失之草率。

### 三、公序良俗的概念已嫌落伍僵化

系爭條文是以行政罰的方式來處罰性交易行為，且以公序良俗（次要目的應為國民健康之維護，否則罰則應加重）作為主要立法目的，而邀得本號解釋多數意見支持。如以上述兩號本院解釋（釋字第五五四號及第六一七號）的立法限制，都是以刑法的高度來限制之。反觀系爭法條是以輕度的行政罰來處罰，此固然

是可論以基於比例原則之考量。然而「見微知著」，這種「法律責任的不對等性」，是否顯示出立法者的「象徵性處罰」的立法目的（註六）？同時，這「象徵性處罰」是否也代表立法者「聊應」，或是「草草應付」社會價值所援引公序良俗的「禁娼」訴求？

公序良俗的內容，雖然以社會上大多數共通人的價值判斷為準（釋字第六一七號解釋理由書參照），但也應當隨著時代風氣進步開放，憲法所承認基本人權的內涵與擴充的人權認知（例如承認價值多元與寬容），以及進步的立法實務，而產生「質變」。例如墮胎行為以往視為大逆不道的罪惡，但隨著優生保健法的制定與概念的宣導，而迥異於以往者；對於同性戀的容忍（註七）、色情或情色明星的工作成就之肯定（註八）。傳統的民法，雖然將出賣靈肉的行為與契約，視為典型違反公序良俗，而導致契約無效，故即使完成性交易後，娼妓對嫖客並無價金請求權（註九）。然而一旦嫖客支付對價後，能否請求返還？實務及學說均認為此乃不法之原因而為給付，故不得請求返還（註十）。

這種見解，雖有阻卻國民買春賣春行為之良意，但豈非導致弱女子的娼妓必須依賴行使暴力的保護者，引來黑道吸血鬼上身的惡劣因果關係？難道社會不能以更寬大的眼光，打開民法公序良俗的百年窄窗，把區區的皮肉小錢納入國家法律與合法公權力的保障範圍之內？

而視娼妓服務費為不法行為所得，而不能產生債之關係，也和實施公娼制度不合。臺灣以往各地方都有公娼制度，目前還有合法成立的公娼十一間（註十一）。而各地方的公娼收費標準屬於地方議會的自治事項（註十二）。依地方制度法第十八條之規定，此自治事項可為之規定，即有法定之拘束力。因此即取得了法定請求權之地位（註十三）。如此一來是否認定：嫖客必須支付公娼接客費，此雖然違反善良風俗（註十四），但既然須依照「官方」所定之（依各種接客場地設備不同，而有不同標準）付費規定，顯然又為維護公共秩序所必須，如此一來造成善良風俗與社會秩序各有不同的內容，難道非矛盾之至乎（註十五）。

我國民法所師法的德國，和我國民法傳統見解一樣，本將娼妓視為違反公序良俗之行業，而不成立債之關係。但德國終於糾正這種「鴛鴦心態」，光明正大地打開窗戶，迎入陽光。德國眾議院在二〇〇一年十月十九日通過了「娼妓法律關係規範法」（Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse von Prostituierten）（註十六），本法只有短短三個條文，且條文名稱把「娼妓法律關係」列入，顯示德國正式立法承認娼妓服務所得有合法之請求權。

如果國家法律已經把娼妓的性給付視為合法的工作（如德國），且受到法律的保障，下一步，便可以將社會保險、組織工會等權利納入，使其享有勞動與社

會政策的保障。在德國這種進步與實事求是立法精神的對照下，我國相關法制的落伍窘相一一畢現也。

#### 四、弱勢族群的生計照顧

打開傳統民法公序良俗的「黑窗」，迎入陽光後，就必須要正視此些從事性交易弱勢族群的權益，以及應享有的人權保障。大致上性工作者應區分為：以從事性工作為職業，抑或兼職性質兩種（註十七）。前者涉及到其生存權、工作權（職業權），德國已將之列入法律予以承認。如果必須加以規範及管制，則應當用法律方式為之（法律保留及適用比例原則）；後者為拜金性質（援交），可援引性自主權。雖然現代社會的風氣多半譴責之，仍有可予寬容餘地，最多只予以道德譴責即足，因其對社會公益的侵害不大，無庸動用到法律來予以制裁（註十八）。國家應當重視者闕為前者。

本號解釋理由書最後（第四段）也明白指出：「…而國家除對社會經濟弱勢之人民，盡可能予以保護扶助外，為防止性交易活動影響第三人之權益，或避免性交易活動侵害其他重要公益，而有限制性交易行為之必要時，得以法律或授權訂定法規命令，作適當明確之管制或處罰規定。」因此，作出了系爭條文「應自本解釋公布之日起至遲於二年屆滿時，失其效力。」的決定。立法者即負有應當在二年內制定出一套新的娼妓管理法制。本席亦以為，立法者應當體認本號解釋多數意見所隱含的意旨—自主之性交易行為的除罪化—，但並非表示國家應當採取「娼妓政策的放任主義」，而應採取更積極的管理方式。例如將最大的警力投注在防止逼良為娼、販賣人口、雛妓救援（註十九），以及掃除經營、媒介色情交易（刑法第二百二十三條及第二百二十三條之一）。同時也可為了避免影響人民居家安寧，而限定一定的性交易處所（例如劃定專區、或允許在旅社等處進行交易）…，都容有甚大的研議空間。立法者甚至為了避免約定成俗的污名化，亦可將此娼妓政策改稱為「性交易政策」。此固然是立法者的職權，非容有釋憲機關在此越俎代庖之必要。然本案在研議過程，既然已參酌各先進國家相關法制及理論，亦可累積若干心得，提供立法者日後形塑新的相關政策之參考。簡言之，應透過制定類似：「性工作者扶助與保護法」，以貫徹憲法保障此些弱勢國民權益：

- 1、將性工作之管理，列入社會行政的一環，由社會行政體系來管理之。亦即不再屬於治安行政的一環。
- 2、由專職與義務職的混合編組之社工人員取代警察，成為管理與輔導人員。
- 3、由「訪視」取代「取締」，以持續關注性工作者生活、工作及健康狀況，隨時施以公權力與非公權力之協助。

- 4、以憐憫心、宗教情懷之態度，取代輕蔑、追究法律責任的執行心態。
- 5、建立彈性生活扶助的救濟政策，以取代僵性、以貧戶救濟為救濟的標準，以逐漸減少「依娼生計」的依賴性。每年社福預算保障以一定的比例投注此領域之救助。

#### 五、系爭條文亦侵犯隱私權及人格尊嚴

本號解釋多數意見惜也未提及執行系爭條文必然也侵犯了相關人民的隱私權與人格尊嚴。按性交易都在隱密的地方完成，執行本系爭條文的查緝，也將迫使性交易雙方人民必須將絕對的隱私，暴露於警方與法院的文書之中。按本院過去對於隱私權之重視，是以極為嚴密及嚴格的審查標準來把關之。除非有極為高度的公共利益考量，方得許可立法侵犯之。此觀乎在保障人民秘密通訊方面，本院釋字第六三一號解釋理由書明白提到：「…秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家、他人侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利（本院釋字第六〇三號解釋參照），憲法第十二條特予明定。國家若採取限制手段，除應有法律依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符憲法保障人民基本權利之意旨」。

對一般通訊內容，尚且給予如此高度的保障，而涉及性交易雙方人民絕對私密的行為，難道可比上述的一般通訊還獲得更低度的保障乎？其次，在釋字第六〇三號解釋，大法官對區區國民的指紋，都視為應受到憲法極嚴格保障的客體，而可以阻絕行政與立法部門所確認的「維護治安」等的強勢公共利益。兩相比較之下，人民性行為的隱密性，以及受憲法保護性，豈可比指紋來得薄弱甚多乎？

因此，本席願意再度援引本院解釋的「體系正義」，以性行為的絕對隱密性，遠遠超過了一般通訊隱私權與泛泛的指紋隱私權，其披露曝光造成人格尊嚴的高度扭曲，都使得系爭條文的執行過程與獲得適用（按社會秩序維護法並不處罰未遂犯），都不可避免會侵犯隱私權與人格權，而產生違憲的後果，而非文明法治國家所可容忍者。

#### 六、結論—社會與立法者何時「大悲心起」？

國家對其子民，應當不分貧賤貴富，都應負起妥善的照顧義務。在強調個人自由化的時代，國家固然要鼓勵人民窮盡一切合法手段，來謀一己、一家之生計，以及追求最大的富足與快樂。但對於憑己力無法獲得社會公認最起碼的生活與物資水準者，國家當義無反顧的接手照顧與援助之。當國家未能履行這種職責時，即有愧於公理正義，且愧對於這些掙扎求生的國民。而國家施予這些待援國民的援手，不能是無法療飢禦寒的空泛道德訴求，而必須具體的在立法上、國家公

權力實施上，提出真正有實惠的給付。

然而在國家令人滿意的完成此神聖職責之前，吾人仍生活在一個不完美的社會之中。若干國民都不免面臨了失業、疾病、無助的打擊，徘徊在生存線上掙扎。現代法學基本概念已經告誡我們：「法律既不能作為提升道德風氣的手段，也不能作為徒然無用之維持最低道德水準的工具」。系爭條文將處罰娼妓作為維繫社會假象之「善良風俗」與「社會秩序」之用，便是將「泛道德化」作為警察與司法公權力追求的目標。

娼妓自古以來背負著「笑貧不笑娼」的污名，彷彿娼妓乃「笑貧者」，殊不知娼妓皆為「貧者」。除了偶而兼職者外，為謀生而為娼妓者，很難再以「拜金主義者」來形容之。試問如今有多少娼妓能夠以工作所得購買令社會多數人傾羨、豪門鉅室貴婦們所擁有的行頭裝扮之奢侈品（註二十）？哪些都不是出自破碎家庭，且家有嗷嗷待哺之幼兒、智障之家人……等？為躲避社會投以之「千夫所指」的眼光、警察查緝的風險、嫖客傳來之暗疾…，娼妓必須以極大的勇氣才能夠維持其工作。這種忍一般人所不能忍的污名評價、勉強維繫的人格尊嚴與自尊，是需要極大的勇氣。她們都是立身在國家黑暗的角落裡，我國的民法甚至對其不偷不搶所得的菲薄收入，拒絕、不屑給予任何法律上的保障，已迫使她們必須與暴力掛勾，仰賴保護，無異乃「為叢驅雀」，硬把綿羊送入豺狼之口。相較於德國立法的實事求是，我國民法這種僵硬落伍的觀念，遠比系爭條文的「違憲惡性」，且「偽君子」的虛假身段，來得更為強烈！國家社會何時承認她們努力自掙生活之資為「公序良俗」？

其實，國民大概都已經了然於心，可以認定這些娼妓為國民中的絕對弱勢。娼妓可不是皆為人女、人母乎？這種為了生存付出自己靈肉的掙扎，本席不得不起德國上個世紀最著名的劇作家布萊希特（Bertolt Brecht）在著名的劇作「勇氣媽媽與其子女」中有一段動人的唱詞：

冬天已經走了，雪也融了，死者也已入土為安。你們這些還活著的人，爬下床來，抖擻精神。

布萊希特稱呼這些女人為「勇敢媽媽」（Mutter Courage），不唱高調的悲天憫人的情懷，躍然紙上（註二十一）。

本號解釋的理由書第三段也提到系爭條文會使「…尤以部分迫於社會經濟弱勢，而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利…」，灼然顯現出大法官同仁的「不忍人之心」。本席目睹大法官同仁的慈心善意，也不得不動容感佩！然而本號解釋可以產生的實際效果，也僅僅比政府已作出的「娼妓除罪化」政策早走了一小步而已（註二十二），且論理上未能跨出

更宏觀的一步，未能督促立法者建立更符合人性的娼妓法制，而敲響一個更為宏亮的警鐘，以產生更為強大的壓迫力與說服力。儘管如此，本席再有一言必須提出：本號解釋至少再度強調了我國必須正視目前娼妓管理法制的落伍，已達到痛下決心加以整治不可的時刻，這也是本號解釋能產生最大的功效矣！

本號解釋公布後，難免會有衛道之士或社福團體擔憂我國將淪為色情氾濫之處，甚至「有土斯有娼」！但本號解釋定下二年的失效期間，正是督促立法者必須善盡「樹立良法」之二年義務期。社會究竟是「以人為本」的社會，當絕大多數的國民已經衣食無虞的時刻，何妨反思一下：何不即刻「頓悟」，起而效法我國佛學大師聖嚴法師的名言：「大悲心起」來關懷並拯救這一批躲在社會陰暗角落掙扎求生的「社會棄兒」？本席合十禱告。

註一：依我國司法院大法官審理案件法施行細則第十八條第一項之規定，協同意見書乃對解釋文草案之原則其理由有補充或不同意見者，而對解釋文違憲與否不反對時，得撰寫之。然而，對於貫穿解釋文之理由，雖贊成違憲與否，並無反對，似乎不得撰寫不同意見。這種以結論而非解釋理由有無歧異的二分法，似乎失之空泛。特別是憲法解釋牽涉到憲法重要之理念，釐清各種基本人權的內涵與其理論與效力範圍，甚為重大，因此，有必要許可認為「對於構成釋憲結論的重大理論或理由依據，如有不同意見時，亦得以提出不同意見書或部分不同意見書，德國聯邦憲法法院處務規程第五十六條即許可法官就裁判及裁判理由提出不同意見書。然而，德國聯邦憲法法院通過決議為普通多數決，不似我國大法官會議的絕對多數決，因此，我國大法官會議勢必要將提出不同意見的範圍加以限縮，否則甚難獲得絕對多數決議。本席著眼於此也只能放棄提出「部分不同意見」，而提出協同意見。惟希望日後儘速將「構成釋憲結論的重大理論或理由依據，如有不同意見時，亦得以提出不同意見書或部分不同意見書」，完成立法程序。關於不同意見書的制度，可參見：劉鐵錚，大法官會議不同意見書之理論與實際，月旦出版公司，一九九八年，第十九頁以下；李建良，不同意見書與釋憲制度，收錄於氏著：憲法理論與實踐（二），學林文化事業有限公司，二〇〇〇年十二月，第四二〇頁；另可參見：陳淑芳，法院判決之不同意見書—德國法學界對此問題之討論，收錄於氏著：民主與法治—公法論文集，元照出版公司，二〇〇四年十月，第三二七頁以下。

註二：陳新民，平等權的憲法意義，收錄於憲法基本權利之基本理論，上冊，二〇〇二年五版，第五〇二頁以下。

註三：由本號解釋理由書第三段有下列的敘述：「…雖意圖得利而為性交易之一方可能連續為之，致其性行為對象與範圍廣泛且不確定，固與支付對價之相對人有

別，然此等事實及經驗上之差異並不影響其共同完成性交易行為之本質，自不足以作為是否處罰之差別待遇之正當理由。」似乎已經推論出立法者對嫖客不罰的立法考量。

註四：可參照本席在釋字第六五六號解釋「部分協同、部分不同意見書」中所主張立法者係代表國民法感情與手段、價值的取捨判斷。

註五：顏厥安，德國新進性工作者法律關係改革立法簡介，收錄於夏鑄九主持：我國性產業與性交易政策之研究期末報告書，內政部婦女權益促進發展基金會委託，二〇〇二年十月三十一日，第五十頁以下。

註六：我國刑法第十六章之一有處罰妨害風化罪，並沒有處罰賣淫者，僅有處罰媒介為性交之行為（刑法第二百三十一條）及圖利強制使人為性交（第二百三十一條之一）。然而，對於意圖供人觀賞、公然為猥褻行為者，處一年以下有期徒刑，拘役或三千元以下罰金（第二百三十四條第一項）。意圖營利為前項之罪者，加重其刑一倍，即二年以下有期徒刑，拘役或一萬元以下罰金（第二百三十四條第二項）。對照起系爭條文處罰賣淫，而不只是猥褻行為，最高處罰僅為三日之拘留或三萬元以下罰鍰，可知系爭條文的法律責任比起刑法的妨害風化有甚大差距。

註七：就在本號解釋作成前一週（十月三十一日），臺北凱達格蘭大道舉行「同志大遊行」，參加人數超過二萬人，各大媒體都紛紛加以報導，沒有斥之為傷風敗俗者。這種遊行已進入第七年，此為以往所不可思議者。

註八：例如日本著名 AV 女優飯島愛曾在二〇〇二年二月來台參加國際書展，舉辦簽書會，造成影迷轟動的熱烈新聞，便是社會對風化明星觀念改變的一證。

註九：例如權威學者洪遜欣便認為：「…約定永久在風化地區為藝娼妓服務等，其本身雖無反社會性，但依該行為之全部旨趣觀之，一方當事人既不得受法律上之拘束，則此等行為不論對其不履行有無約定違約金，大率無效。」見洪遜欣，中國民法總則，民國六十五年一月修訂版，第三四〇頁；王澤鑑亦認為：「…性與道德及法律的關係，涉及社會價值觀念的變遷及性關係的自由化及市場化，在何種情形始構成違反善良風俗，實值研究。支付對價從事性行為（宿娼）的契約有悖善良風俗，衡諸國民之一般道德觀念，實無疑問，即使相對人係屬所謂的公娼，亦然」。見王澤鑑，民法總則，二〇〇八年十月修訂版，第三一九頁。

註十：王澤鑑，債法原理（二）：不當得利，一九九九年十月出版，第一一一頁以下。

註十一：中國時報，民國九十八年六月二十五日新聞。

註十二：例如臺北市公娼管理辦法（民國九十年三月二十七日）第十四條規定，接客費標準由主管機關（臺北市政府警察局）訂定後，送議會審議。

註十三：公娼的許可或管理，是否應當列入在地方自治事項，以及目前的規定有無違反法律保留或授權明確性原則？皆不無疑問。以往公娼列入特許營業，惟政府決定全面禁娼後，基於保護既有合法成立之公娼及業者，方採取自然消滅方式，不再發給新營業許可。根本之道，必須用法律的方式來列入管理。至於公娼收費標準既然由地方議會所通過，其性質類似地方自治團體所規定的費率，例如地方公有營建物（公園、市場）由民間申請經營營業，必須接受地方自治機關所規定的收費標準，所謂的地方費率管制。這種拘束力雖是公法性質，但產生民事法律關係，地方政府規範可類似行政私法，應適用公法之原則，來拘束行政權力之運用（釋字第四五七號解釋），但不妨害產生爭訟時，應以民事訴訟方式解決之。但實務上的運作則不循此途徑（可參見下註十五處）。

註十四：可參照王澤鑑上註十，（宿娼為違反善良風俗，宿公娼亦同）之見解。

註十五：至於不付公娼接客費的法律後果為何？實務上是不論是不付公娼或私娼的接客費，一律依刑法第三百三十九條第二項詐欺得利罪處置。顯示民法與刑法的價值判斷並不一致。

註十六：顏厥安，德國新進性工作者法律關係改革立法簡介，頁一四九～一五三。

註十七：當然嚴格來作此二分法，也會導出第三種徘徊在兩者中間的「經常性兼差」，亦即非以賣春為主要生計來源，而作為「貼補家用」或「拜金之需」，對其看待也不妨從寬的彈性分別納入二分法之內，無庸加以排外性的分類。

註十八：用一個比較現實的「管制成本」來論，如果人民果為拜金之需，非要滿足某些物質慾望而力有未逮，倘以竊盜方式為之，則須擔負五年以下有期徒刑；而選擇類似援交的行徑，則只有系爭條文的處罰。國家是「期盼」行為人採行哪種方式達成願望？如果要用刑罰方式來嚇阻，自然會比系爭的行政罰來得強烈。試問：國家有無必要運用這種重罰，來處罰人民之為拜金而為之性交易行為？這是屬於道德戒律方面的領域。輕罰性質的行政罰，也應當只有有限的嚇阻力，何必以法律作為取代道德力的工具？

註十九：例如民國九十七年一年臺灣各地方法院總共收到移送之觸犯系爭條文案卷共有五千九百十六件，代表警方至少進行超過六千次以上的查緝行動。如果系爭條文改為不罰後，這批龐大的警力轉撥到其他更嚴重的風化犯罪案件，例如：拯救雛妓的任務，避免警方「備多力分」之弊。

註二十：系爭條文的實際處罰對象幾乎都是迫於生計而為性交易者，從未聽說有依據

此條文來處罰豪門鉅富「包養」明星或模特兒者。媒體上的八卦新聞往往毫不遮掩的由當事人敘述此包養事蹟，不但未遭此條文處罰，社會也鮮有批評為傷風敗俗者。如此「罰不上豪門」，豈是善良風俗的表現？要否論之為侵犯平等權乎？

註二十一：猶記得本席在就讀大學三年時，曾以一年的時間跟隨德國包惠夫博士（Dr. Wolf Baus）逐句研讀這本敘述三十年戰爭（一六一八年至一六四八年）中，一個隨軍賣貨婦人生涯的劇本。同窗一位同學徐文哲不久（民國六十七年）將之翻譯成中文出版（華歐出版社），目前坊間可看到由英文譯成中文之版本，見劉森堯譯，勇氣媽媽，書林出版社，二〇〇六年。

註二十二：依行政院「人權保障推動小組」第十五次會議作出了結論（九十八年六月二十四日）：政府將推動修正系爭條文，以性工作除罪化作為修法目標；責成內政部以六個月為目標，儘速研擬性工作相關法令及配套措施；關於設立專區部分，原則上不以公投方式辦理，較宜由各縣市政府及議會決定；內政部應協調衛生署提供性工作免費之傳染病篩檢；內政部將繼續執行警察查獲本系爭條文之成果，不列入績效分數原則；加強對未成年性工作、人口販子、媒介性工作等的取締，以及建議司法院轉知各地法院，在修法確定除罪化前，對相關案例以罰鍰，而非拘留方式，並強調比例原則來裁處之。

## 協同意見書

大法官 許宗力

本件解釋以社會秩序維護法第八十條第一項第一款規定（以下簡稱系爭規定），僅處罰意圖得利而從事性交易之一方（以下簡稱性工作），不處罰支付對價以獲取性服務之相對人，其對性交易雙方所為之差別待遇，牴觸憲法第七條保障人民平等權之規定。本席雖贊同系爭規定違憲之結論，但多數意見肯認模糊抽象的社會善良風俗，得為處罰性工作之合憲立法目的；對平等權審查之操作流於表面；且對所涉職業自由權未置一詞，論理不足之處甚多，未能觸及處罰性工作合憲性問題的核心，爰提協同意見書如下：

### 一、抽象善良風俗不應遽認為合憲之重要立法目的

本院釋字第六一七號解釋指出，為免危害社會多數人普遍認同的性道德感情與社會風化，立法者以刑罰限制性言論之表現與性資訊之流通，並不牴觸憲法第十一條及第二十三條規定，是釋憲者似承認國家得以刑罰為手段，維護抽象之社會善良風俗。但實則該號解釋係以限縮刑法第二百三十五條規範範圍之方式，將抽象的社會善良風俗具體化為對第三人法益之保護，亦即限於處罰散布、製造、

持有含暴力、性虐待或人獸性交等無藝術、醫學或教育價值之猥褻物品，因為這類資訊可能誘發暴力犯罪之傾向，而危害大眾人身安全；以及處罰對其他猥褻物品未採取適當之安全隔絕措施而為傳布，或意圖使一般人得以見聞而製造、持有之行為，因其已侵及第三人免於被迫聽聞猥褻資訊的自由。

上開解釋對刑法第二百三十五條之限縮，乃是對彌爾（J. S. Mill）以降之自由主義傳統的呼應與肯認（註一），具有深刻的意義。它揭示抽象的社會風化不得作為刑罰保護的對象，縱少數人的某些行為令絕大多數人心生厭惡、難以苟同，而欲為道德上之抵制譴責，但在不侵害他人具體法益或權利的前提下，國家即不得以刑罰的強制力，去貫徹特定人的道德觀念視為良善的生活方式。因為在自由民主的憲政秩序中，必須承認每一個人在道德決定上，擁有平等的自主決定權利，人們不能以為自己的道德判斷更加優越，任意取代他人的抉擇，而國家在各式道德立場之中，則具有中立的義務，對私領域的事務中尤為如此（註二）。

然而，本件解釋與釋字第六一七號解釋相較，乃是不幸的退卻。由系爭規定的立法理由及其在法典中的體系地位（訂於社會秩序維護法「第二章妨害善良風俗」）觀之，其處罰性工作者的目的除維護國民健康外，即在維護社會善良風俗。在此所謂社會善良風俗的意涵甚為抽象模糊，但多數意見並不追究立法者透過非難性工作者，所要保護的善良風俗具體內涵為何、其與憲法價值秩序是否相符、有否涉及對他人的具體法益侵害，便全盤接受維護抽象、不特定的社會善良風俗，得作為處罰性交易的重要公共利益，這無異使立法目的正當性的審查完全落空。

距今不過六、七十年前的日治時期，戀愛與婚姻之自主在臺灣社會尚且是嚴重違反善良風俗的行為，而遭輿論譴責為：「若乃不由父母，不問門第德性，而曰自由戀愛，則與嫖客娼妓何異。（註三）」；而不到 50 年前，黑白種族強制分離的生活方式在美國還是廣為接受的公序良俗（註四）；處罰不同種族通婚的法律，尚且得為保護社會多數道德感情之故而留存（註五）。透過時間空間的距離，我們很容易看出上述所謂「善良風俗」的內涵，是如何侵犯人們核心的自主權利、蔑視其平等的尊嚴，根本不得為憲法上之正當立法目的。這些事例適足以提醒我們，以國家公權力將特定時空中多數人恰巧接受的風俗，強加於所有社會成員之上，可能是多麼危險的權力濫用。

立法者確實比釋憲者更適合認定此時此地善良風俗的內容為何，但從憲法的客觀價值秩序著眼，辯證善良風俗的道德內涵得否為國家權力行使的正當基礎，則是釋憲者責無旁貸的任務。回到本件解釋的脈絡，成年人間自願的性交易行為，若不涉及對於第三人具體利益的侵害，即使社會多數人的性道德情感傾向於認

為，良好的性應不涉及對價、或應發生在婚姻關係之內而非萍水相逢的雙方之間，國家亦不得僅因多數人輕賤涉及金錢交換的性行為，而以刑罰非難之。否則不難想見，基於同樣的理由，多數人若對同性伴侶間的性行為感到不悅，或對其在公開場合牽手擁抱覺得礙眼，也能如法泡製以刑罰相繩，而這樣的社會豈非自由的終結？

國家並非不能管制性交易，正如其他行業一般，性產業可能伴隨諸多不良的外部效應，需要國家管制的介入防免，例如：不特定多數人頻繁的性接觸，可能增加性病傳布的機會，危害國民健康；因不良份子介入性產業，可能隨之滋生暴力、幫派、毒品等犯罪；因利之所趨可能提高人口販賣之危險，尤其導致跨國人口販賣之猖獗；或因色情產業之發展而有礙兒童及青少年之身心健康等等。如果本件能將抽象的性道德感情或善良風俗，轉化為對上述具體利益的保護，便得以之為合憲的立法目的，並據以審查系爭規定對人民權利之限制，之於上開目的之達成，是否屬於合憲的手段。不過從系爭規定整體的立法資料與體系關聯觀之，立法者認知禁止性交易主要就是為了保護抽象的社會性道德，因此以具體的風險或損害，詮釋抽象的善良風俗，是否符合立法者原意，本席亦感疑慮。從而本件實則毫無選擇，釋憲者應認為維護抽象善良風俗不得作為處罰性工作者合憲的立法目的。

最後，如果迴護特定的性道德觀念及抽象的善良風俗，得不經審查，全盤接受為本案國家權力行使的正當理由，那麼多數意見甚至欠缺立場質疑「罰娼不罰嫖」的差別待遇，之於其立法目的不具實質關聯性。試想，立法者或許認為藉性交易謀生的行為，較諸消費性服務的行為，更為敗德、更觸犯眾怒而不值寬貸；又或認為女性貞操之純潔具有高度的道德性，因此不珍惜貞操的女性性工作者，特別值得非難。依多數意見對善良風俗如此寬縱的邏輯，上述的「善良風俗」及性道德觀念不僅應該被接受，尚且恰如其分地反映在系爭規定的差別待遇中，則其如何能指摘為違憲呢？

綜言之，社會多數人廣泛認同的社會風俗，不一定能通過憲法價值體系的檢驗，又即使某種道德觀念合於憲法的價值秩序，也不意謂國家即得運用刑罰，制裁背離該道德觀念的行為，而必須進一步檢視在此有無具體的法益受侵害。自由社會要求公民肩負彼此寬容的義務，有時這意謂著必須接受道德立場上的敵人當我們的鄰居。

## 二、系爭規定涉及間接之性別差別待遇

規範上非以性別作為差別待遇基準的法律，如果實際施行的結果，在男女間產生非常懸殊的效應，尤其是對女性構成特別不利的影響，即可能涉及間接（

indirect) 或事實上 (de facto) 的性別差別待遇，須進一步檢討有無違反性別平等的問題，這在我國有憲法增修條文第十條第六項明文規定，賦予國家消除性別歧視積極任務，而應提高違憲審查密度的脈絡下，尤具意義。

有關間接性別差別待遇如何認定，在比較憲法上有許多案例及法則得供參考。例如美國聯邦最高法院指出，如果立法者基於歧視的意圖，以非關性別差別待遇的法令，對特定性別造成不利的影響，該法令仍屬事實上之性別差別待遇（註六）。不過由於美國聯邦最高法院將歧視的意圖解為，立法者單是對差別效應有所預見還不夠，必須有部分的動機是為了（“because of”，not merely “in spite of”（註七））對女性（或男性）不利，由於歧視性的立法意圖往往難以證明，這使事實上歧視的案件幾難成立，也因此飽受批評。相較之下，南非憲法法院對間接歧視的態度則顯得較為開放，其在種族案件中承認只要法令事實上在黑白種族間產生極為懸殊的規範效果，即為間接之差別待遇（註八），從而該國憲法法院之大法官亦有主張性別案件應援用相同的標準予以認定（註九）。德國聯邦憲法法院則是採取比較折衷的立場，認為表面上性別中立的規範，如果適用結果壓倒性地（uberwiegend）針對女性，且這種現象可以歸結到男女的自然生理或社會差異的因素，即構成間接的性別差別待遇（indirekte Ungleichbehandlung），而應接受性別平等的檢驗（註十）。上開標準中肯而具有操作可能性，特別值得我國借鏡。

認定間接之性別差別待遇存在與否，並不等於決斷該規範係合憲或違憲，毋寧是要將隱藏在性別中立規範下，具有憲法重要性的規範現實揭露出來，一併考量。本件解釋系爭規定的制裁對象是「意圖營利而與人姦宿者」，雖未明文以性別為差別待遇基準，為一表面性別中立的立法例，但在我國的脈絡中，對性工作者的管制與處罰卻帶有非常濃厚的性別意涵，是最典型的事實上性別差別待遇案例：首先，雖然性工作者男女皆有之，但女性性工作者仍佔絕大多數，這從現有少數對於色情行業的調查可略知梗概（註十一）。其次，立法者亦認知女性是主要性工作的從業人員及規範對象，這從各縣市的公娼管理自治條例規範的都是「妓『女』戶」也可以得到部分的佐證。再者，雖然欠缺確切的統計數字，但如地毯式的閱覽各簡易法庭依系爭規定所為之裁罰判決，幾可判斷男性性工作者遭取締的案例，縱使存在，也是非常罕見。

總之，理論上性工作者雖不限於女性，支付對價獲取服務的他方亦不限於男性，惟鑑諸我國過去經驗、社會現實與系爭規定執行情形，參與性交易的性工作者（尤其是遭到取締者）幾乎均為女性，而絕大多數支付對價之相對人則為男性，從而系爭規定之規範效果，對同樣參與性交易之人民，幾無異於僅處罰其中的

女性而不非難男性，對女性產生極為懸殊之不利影響，已屬間接之性別差別待遇規定。基此，系爭規定之差別待遇，須為追求重要之公共利益，且與目的之達成間有實質關聯者，方符憲法第七條、第二十三條及增修條文第十條第六項規定保障性別平等之意旨。

承前有關善良風俗一節之說明，系爭規定合憲的立法目的僅有維護國民健康，但處罰（女性）性工作者、不處罰其（男性）顧客的差別待遇，與上開目的間，卻難謂有何實質聯繫。或有謂性工作者乃常業從事性交易，而顧客僅偶一為之，因此前者較易危害國民健康，自較諸後者可罰。但上述說法充其量只是一種臆測，實則有相當比例的尋芳客慣常地尋求性服務。此外，正因性工作者乃常業性地從事性交易，因此更有可能謹慎採取安全性行為，以保護自己與顧客的健康。如果本案屬於適用合理審查標準的差別待遇類型，立法者對性工作者較其顧客，更易影響國民健康的推測，或許尚可接受，但在中度審查之下，則顯得率斷、欠缺依據，終難逃違憲的命運。

最重要的是，國家單獨非難女性性工作者，對男性顧客略而不論的規定，乃在對性工作者表達直接道德譴責之餘，進一步反映了對兩性的雙重道德標準。南非憲法法院 O' Regan 與 Sachs 大法官於 *Jordan and Others v. the State* 一案中相當傳神地指出：同樣是參與性交易，女性性工作者遭到社會放逐，男性客戶則蒙社會寬許：「娼」是一種身分，是社會的邊緣人，帶著永難洗刷的污名；但「嫖」卻只是一種男人常做、無傷大雅的行為，在片刻的邂逅之後，旋即回復為受人尊敬的社會成員（註十二）。此種傾斜的性別權力關係，在各簡易法庭依系爭規定裁罰的裁判書中更是凸顯，其幾乎千篇一律地以性工作者的自白及交易相對人的警訊筆錄作為入罪的證據，尋芳客本是性交易不可或缺的參與者，惟在「罰娼不罰嫖」的政策前，乃搖身一變成為國家取締性交易不可或缺的「幫手」。一言以蔽之，系爭規定不斷強化對女性有害的刻板印象，而以國家公權力複製此種刻板印象本身就構成一種性別歧視，不僅違反憲法保障性別平等之意旨，也違反消除對婦女一切形式歧視公約之精神（註十三）。

### 三、系爭規定涉及人民工作權之限制

就有關系爭規定禁止性交易，究竟限制人民何種憲法上權利，主要有二種見解：其一主張涉及性自主權，其二主張涉及工作權。這兩說未必衝突，但本席較傾向後說立場，其中最重要的理由是，提供性服務以收取對價應認為是一種職業，而納入憲法職業自由之討論。蓋憲法第十五條職業自由所稱之職業，原則上只要是人民用以謀生的經濟活動即足當之，毋庸沾染太多道德或價值判斷的色彩，至於該職業應否管制或如何管制始為正當，則是後續的問題。

有論者主張，立法者對該活動合法與否的評價，是憲法上職業概念的內在界線，但這樣的論點會造成以法律規定來界定憲法上權利界線的矛盾，難謂妥當。又有些論者可能進一步質疑，如果非法的活動也能算是職業，豈非認走私、洗錢、販毒，甚至殺手都可以成為職業？平心而論，上述犯罪行為仍不失為少數人用以謀生的經濟活動，但即使承認其屬職業，鑑於這些行為高度的法益侵害性，自仍得輕易正當化國家對其全面禁止的合憲性，實在沒有必要為了這些極端事例，刻意預先限縮憲法上職業自由的職業概念。此外，就實定法的層面觀之，我國多年來一直存在特許的娼妓業，例如民國六、七十年軍中營區設有軍中樂園，部分縣市迄今仍存在領有執照的公娼，不論上述管制政策良窳與否，公娼既然是現行法制向來承認的職業，則更無認為性交易有本質上不能算是職業的理由。

既然藉性服務營利是一種職業，在憲法第十五條職業自由的脈絡下審查國家管制手段的合憲性便甚為切中要點。相較之下，性自主權是自主權的一種，在憲法體系上歸屬於第二十二條所保障的人格權，與職業自由間具有普通法與特別法之關係，依特別法優先於普通法適用之原則，本件自應以職業自由作為審查準據。

總而言之，在憲法職業自由的審查模式下，系爭規定全面處罰禁止意圖營利與人姦宿之行為（除各地方政府以自治條例所為之特許外），就該干預手段的性質觀之，乃全面排除人民選擇從事性工作的可能性，設定非個人努力所能達成的條件，應屬對人民選擇職業應具備客觀條件之限制，依本院釋字第六四九號解釋意旨，須為保護特別重要之公共利益，且所採之手段是否合乎比例原則，須採嚴格標準審查。

系爭規定所保護之性道德感情及抽象公序良俗，非屬上揭特別重要之公共利益，已如前述，茲不再贅。至於維護國民健康，及保護兒童青少年身心、避免滋生其他犯罪，避免人口販運等（為討論方便暫認屬系爭規定之立法目的），固不失為特別重要之公益，但為達成保護上開利益之目的，較諸全面處罰性工作者，至少有一種相同有效（甚至更有效），但對之侵害更小的管制措施存在：例如畫定合法的營業區域、發給執照、強制定期健康篩檢等均是（註十四），是系爭規定不符憲法第二十三條比例原則必要性之要求。

其實，如果立法者不是採取全面禁止的手段，而是合目的地鑑於政策需要，對從事性工作之方法、時間、地點等執行職業之自由，予以適當限制，則由於一根據職業自由的三階理論—此類管制手段性質上屬寬鬆之合理審查的範疇，立法者反而能獲取更大的政策形成空間，一得一失之間，何者明智，已不言可喻。

#### 四、結語

處罰性工作對其帶來的不利益，不只是裁罰所致之財產自由限制而已，系爭規定使性工作，除合法的公娼外，均成為警察取締、法令責難的對象。使其在面對性工作原有的職業風險之餘，如不幸遭到經濟剝削、暴力威脅或人身侵害，也因該工作的違法性，而一併被剝奪向公權力求助的機會，並須時時忍受公權力的查緝甚至騷擾，違警之前科紀錄也造成選擇其他行業的困難。

此外，系爭規定在我國實際的執法經驗，亦顯示對性工作者的查緝及處罰，帶有階級歧視的色彩。根據對員警的訪談，由於警察臨檢星級以上旅館必須知會旅館櫃檯，櫃檯得事先通報住宿旅客，這對警察查緝性交易的作業造成「困擾」，因此警察實際上很少在星級以上旅館進行取締，而多對小旅館臨檢，是受檢及遭取締的對象，自然以低階的性工作為主（註十五）。美國經驗也顯示類似的情況：阻街女郎／牛郎（streetwalker）是最底層的性工作，其雖僅佔全部性工作 10 %-20 % 的比例，但卻佔性交易取締案件的 85 %-90 %，如加上低收入及種族的因素交叉分析，則比例還要更高（註十六）。

或許慮及社會對整體性交易管制政策尚未有清楚的方向，為避免過早封閉相關議題廣泛的討論空間，本件解釋乃稍嫌過分謹慎地在最窄的打擊範圍內，以最淺的，有若白開水的論理獲致違憲的結論，也算是煞費苦心。但無論釋憲者對相關問題有多少歧見，卻一致肯認那些因經濟困難而在街頭從事性交易的中高齡婦女，是受系爭規定影響最不利的群體，公權力的行使不僅沒有提供她們當有的安全與保護，反而加劇她們為生計掙扎的苦楚，而這樣的不正義，該是停止的時候了。

就此而言，正是社會底層性工作者日日的艱難，統一了立場分歧的見解。本件解釋固以平等權的形式操作，為立法者保留了偌大的管制手段選擇空間，但無論政治部門將來選擇何種性交易管制政策，都必須謹記：本件解釋乃是為了她們在多重弱勢下交相逼迫的痛苦而作，在國家對此有所回應之前，廉價的「娼嫖皆罰」絕對不該是選項。

註一：肯定 Mill 的傷害原則：“That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.” John Stuart Mill, *On Liberty* 26 (Legal Classics Library ed., 1992) (1859) 轉引自 Bret Boyce, *Obscenity and Community Standards*, *Yale Journal of Internal Law*, 33 *YALE J. INT’L L.* 299, at 352 (2008). 在德國，刑法學界基於慎刑、最後手段的思考，早自一九六〇、七〇年代以還就已取得「刑法只能用來維護特定之法益 (Schutz von bestimmten Rechtsgutern)」以

及「刑法不能用於制裁單純之道德違反 (bloße Moralwidrigkeiten)」的共識 (Vgl. dazu Tatjana Hornle, Grob anstößiges Verhalten, Frankfurt aM. 2005, S.1 mwN) ,國會並順勢將過去所謂的「倫理犯」 (Sittlichkeitsdelikte) 予以除罪化。基於同樣考慮,德國秩序違反法 (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) 也不處罰違反善良風俗,對逾越法定場所或法定時間從事性交易者,乃是以違反公共秩序為由加以處罰 (§ 120),而非善良風俗。在我國,有關可否以秩序罰為手段來保護善良風俗的討論,尚不多見,但已有不少刑罰學者強調國家刑罰權之運用必須僅限於保護具體法益者,如黃榮堅,刑法妨害風化罪章增修評論,月旦法學雜誌,51 期,頁 83-85 (1999)。

註二：亦即中立原則：國家權力的行使必須中立於對人生終極價值的特定理解,始有正當性,因為人具有同樣的道德能力與道德地位,必須得到平等的尊重。參如 RONALD DWORKIN, Do We Have a Right to Pornography, A MATTER OF PRINCIPLE, 182 (1985)。

註三：一九二〇年代的臺灣日日新報批判自由戀愛之語,參聯合報,陳柔縉 (2009/06/13)。

註四：Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)。(本案例中美國聯邦最高法院宣告州法設立黑白分立之公立學校,違反美國憲法增補條文第十四條之平等保護條款,侵害黑人學童享受平等教育之機會,推翻自 Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896) 一案以來之「分離但平等」原則,亦即認如火車等公共設施,在設備相同的前提下得採取種族分離的措施,並不違反平等。)

註五：Loving v. Virginia, 388U.S. 1 (1967)。(本案例中美國聯邦最高法院宣告維吉尼亞州對白人與非白人通婚處以徒刑之法律違憲,推翻自 Pace v. Alabama, 106 U.S. 583 (1883) 以降承認處罰種族通婚之法律合憲性之見解。)

註六：Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney, 422 U.S. 256 (1979)。(美國聯邦最高法院在 Feeney 案中就間接歧視的認定,其實是承繼 Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976) 對種族間接歧視認定的標準而來。)

註七：Id at 279.

註八：Pretoria City Council v. Walker 1998 (2) SA 363 (CC); 1998 (3) BCLR 257 (CC), at paras 31-32. (“It would be artificial to make a comparison between an area known to be overwhelmingly a ‘black area

' and another known to be overwhelmingly a 'white area', on the grounds of geography alone. The effect of apartheid laws was that race and geography were inextricably linked and the application of a geographical standard, although seemingly neutral, may in fact be racially discriminatory. ” )

註九：Jordan and Others v. the State, 2002 (6) SA 642; 2002 (11) BCLR 1117; 2002 (6) SA 642 (CC), at paras 36-37. 該案少數意見 (5 票) 主張南非處罰性工作者之法令，雖然表面上不涉及性別差別待遇，但依 Pretoria City Council 一案所確立的標準，應屬間接之性別差別待遇，而多數意見 (6 票) 不採。惟應注意的是，Jordan 案與我國本案解釋在背景很大的不同之處在於，前者還涉及對南非法律的銓解爭議，多數意見不認為南非處罰性工作者的規定是性別差別待遇的理由之一在於，他們認為南非尚有其他處罰買春者的法律可資運用，因此嚴格來說並不涉及「罰娼不罰嫖」的問題，而是娼嫖皆罰。

註十：BVerfGE 97, 35, 43; 104, 373, 393. Werner Heun 則主張應區分「隱藏性歧視」(versteckte Diskriminierung) 與「事實上不利益」(faktische Benachteiligung) 二種：前者是立法者將歧視的動機包裝在表面中立的法規中，評價上應等同於立法者直接之歧視，而構成違憲，國家如主張其沒有歧視意圖，須負舉證責任；後者情形則是沒有歧視意圖，但適用結果，事實上卻壓倒性只對女性不利，此種情形合憲與否，應視差別待遇之理由是否令人信服(überzeugend)。Heun 進一步認為法規範是否構成「事實上不利益」，應嚴格認定，且不利益須屬重大，因為任何法規範本來或多或少就會對不同的規範對象產生不同的效果，如果不嚴格認定，則幾乎每一規範都會構成對女性(或男性)的事實上不利益。以上，參閱 Werner Heun, in: H. Dreier (Hrsg.) , Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, Art. 3 Rn. 108.

註十一：[http://wrp.womenweb.org.tw/Page\\_Show.asp?Page\\_ID=145](http://wrp.womenweb.org.tw/Page_Show.asp?Page_ID=145) (最後造訪 2009/11/1) 。

註十二：Jordan and Others v. the State, at para 39.

註十三：我國在 2007 年主動頒發加入書。該公約第二條規定：「締約各國譴責對婦女一切形式的歧視，協議立即用一切適當辦法，推行消除對婦女歧視的政策。為此目的，承擔：……(g) 廢止本國刑法內構成對婦女歧視的一切規定。……。」第五條規定：「締約各國應採取一切適當措施：(a) 改變男女的社會和文化行為模式，以消除基於性別而分尊卑觀念或基於男女任務定型

所產生的偏見、習俗和一切其他做法。……。」。

註十四：參許春金等，成年性交易除罪化評估報告，頁 24（2009）。

註十五：參夏鑄九等，我國性產業與性交易政策之研究期末報告書，頁 46（2002）。

。

註十六：Sylvia A. Law, Commercial Sex: Beyond Decriminalization, 73 S. CAL. V. REV. 523 (2000)。

## 協同意見書

大法官 葉百修

本件解釋多數意見以社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定（下稱系爭規定），對從事性交易之行為人，「僅處罰意圖得利之一方，而不處罰支付對價之相對人，並以主觀上有無意圖得利作為是否處罰之標準，法律上已形成差別待遇」；且系爭規定「與上述立法目的（按：維護國民健康與善良風俗）間顯然欠缺實質關聯，自與憲法第七條之平等原則有違」，進而宣告系爭規定抵觸憲法平等原則，本席對該結論敬表贊同。惟系爭規定所侵害人民基本權利之具體內容為何，以及憲法保障實質平等之意涵，多數意見均未能進一步深論，是該獲致違憲結論之理由略感不足，爰提出協同意見如后。

### 一、工作權之意義與保障範圍

#### （一）系爭規定侵害憲法保障之工作權

本件解釋標的（即系爭規定）因其處罰意圖得利與人姦、宿者，致憲法上保障之人民何種基本權利受侵害，當屬本件解釋首應闡明者。或有少數意見以為：系爭規定係侵害人民之性自主權及人性尊嚴等基本權利。誠然，人民就其性別認同與性行為之對象、時間、地點、方式等事項得自主決定之性自主權，應受憲法予以保障（註一）（本院釋字第五五四號解釋參照），惟系爭規定以「意圖得利」與人姦、宿為處罰之要件，致侵害人民之基本權利，與限制人民從事性行為之對象、時間、地點、方式等事項得自主決定之性自主權尚不具直接關聯性，即性交易整個制度結構本身確實有可能侵害人民之性自主權，但國家以處罰而禁止性交易行為，與該制度結構性問題並無關聯，重點在於當性交易成為一種工作及職業，所應討論的不是該工作及職業中涉及的「性行為」本身，而是性行為作為一項「工作及職業」之內容是否獲得國家平等保障。而多數意見僅從系爭規定條文規範之形式觀察，得出僅處罰意圖得利而從事性交易之行為人而不及於支付對價者，構成不合理之差別待遇，與憲法平等原則不符；惟本席認為，系爭規定所侵害人民之基本權利，乃係限制人民以性行為作為交易換取對價（報酬）之工作及職業選擇之自由。

## （二）工作權之意義：從維持生計到人格發展

憲法第 15 條規定，人民之工作權應予保障。此項規定所保障人民之工作權，一般學說上亦認屬社會經濟權之範圍（註二）。工作權涉及人民於社會生活中如何以相關經濟活動獲取賴以維生之資源。其本質上究屬自由權或受益權（註三），不僅學說見解不同（註四），本院歷來解釋亦有少數意見對此加以批評（註五）。惟自本院釋字第四〇四號解釋認「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計」以後，本院詮釋憲法工作權保障之意義，均係以人民得自由選擇工作及職業為中心（註六）。然社會生活態樣變化日增，工作及職業已不單作為人民維持生計之方式，同時並具有人民以之為充實生活內涵及自由發展人格之重要功能（註七）。是以，凡人民自由選擇維持生計或表現其人格所從事持續性或短暫性之經濟活動（註八），均屬憲法保障工作權之意涵。惟人民雖得自由選擇工作及職業而構成憲法上所稱工作權之範圍，與此項工作及職業是否、及如何受憲法之保障，分屬不同層次的考量。換言之，就人民基本權利予以定性與該權利之保障範圍乃屬二事，故人民之任何經濟活動雖定性為工作權，非即應受憲法一部或全部之保障。

## （三）工作權之保障範圍

### 1、工作及職業不以具有正當性為必要

人民選擇工作及職業之自由雖受憲法保障，然所謂工作及職業之意義為何，本院歷來解釋則從未予以具體說明。誠然，工作與職業之類型複雜，且隨社會生活演進而有增減消長，本難一語道盡。然從憲法第 15 條之結構與該條所保障人民權利之性質，人民所選擇之工作及職業，均須係確保其生計得以維持，終不以該工作及職業究屬持續性或短暫性而有所不同，亦不因其工作及職業之性質為公益或私益、營利或非營利而有異（註九）。惟人民之工作及職業存在於社會生活之中，涉及社會公共福祉，人民選擇作為謀生之工作及職業，其本質上應具正當性，始受憲法工作權之保障（註十），即該工作及職業所從事之經濟活動，不論是否具有獨立性，若該活動並未造成第三人或社會整體具體傷害（註十一），均應認屬憲法工作權所保障之工作及職業之意涵。然此項工作正當性之要求，並非謂凡「迄今未被認識的、不尋常的或非典型的活動」，即不受憲法關於工作權之保障，而係透過憲法對於工作權之保障，人民應享有自由選擇「不符合特定的、傳統的甚至法律上所規定之職業模式」（註十二）作為其維持生計之方式，同時應避免立法者以有害社會或不具社會價值為理由而禁止特定活動，使人民得從事該活動之自

由「排除於職業自由的保障範圍之外，藉此淘空」（註十三）憲法所保障之工作權。且此項工作權之保障，亦應包括人民得積極選擇其工作及職業，以及消極不選擇國家所為強制從事之特定工作及職業（註十四）。因此，憲法工作權保障之工作及職業之概念，應以最大限度從寬認定，不宜逕以工作及職業性質而斷然否定其受憲法保障之可能性。

## 2、營業（職業）自由

基於憲法上工作權之保障，人民固得自由選擇從事正當之工作及職業。就人民從事工作及職業而言，則有受僱與自行創業之分。人民受僱於人成為勞工，其權益本受憲法工作權之保障，如其自由選擇一定之營業為其職業，亦有開業、停業與否及從事營業之時間、地點、對象及方式之自由，並基於憲法上財產權之保障而有營業活動之自由，例如對其商品之生產、交易或處分均得自由為之（註十五）。

## 3、工作權之限制

### (1) 執行職業自由：合理（低度）審查

憲法對於人民權利之保障並非絕對。人民之工作及職業因與社會公共福祉有密切關係，故對於從事一定工作及職業應具備之資格或其他要件，於符合憲法第 23 條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制。關於從事工作及職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由，因與社會整體生活有密切相關，立法者除為公共利益之必要，即非不得予以適當之限制，並有較大立法形成空間。對立法者就人民執行職業所應具備之相關規範（Ausübungsregelung），司法機關原則上應尊重立法者之形成自由，僅於此項限制有明顯恣意，始與憲法保障人民工作權之意旨有違。

### (2) 選擇工作及職業之主觀許可要件：較嚴格（中度）審查

至人民選擇工作及職業之自由，如屬應具備之主觀許可要件（subjective Zulassungsvoraussetzung），乃指從事特定工作及職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者而言，例如知識能力、學位、年齡、體能、道德標準（例如犯罪前科等）（註十六）等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行工作及職業自由之限制更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制（註十七）。

### (3) 選擇工作及職業之客觀許可要件：嚴格（高度）審查

而人民選擇工作及職業應具備之客觀許可要件（objective

Zulassungsvoraussetzung），係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成之謂，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之；且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違（註十八）。

## 二、性交易是否為憲法保障之工作權（註十九）

### （一）肯定見解

對於以性行為提供性服務以換取對價（報酬）之經濟活動，是否構成憲法上工作權之保障，首先應探討該經濟活動是否屬於憲法上工作權之意涵。憲法上工作權之意涵，並不以該行為有無法律所合法承認為必要，而係以該行為所呈現的經濟活動之態樣與實施，是否造成第三人或社會整體具體傷害。對於成人間自願從事性交易之行為，就性行為參與者而言，若該性行為之進行並未造成第三人或社會整體有任何具體傷害（註二十）可言，自應受憲法工作權之保障（註二十一）。

### （二）否定見解

對於性交易構成憲法上工作權意涵持否定見解者認為，不論性工作者是否自願，性交易行為對於從事性交易而提供服務者本身以及社會整體而言，均構成傷害性（註二十二），而不應受憲法工作權之保障。其論據在於性交易將性行為作為一種可資交易換取對價之行為，無異將從事性交易之行為人（特別是女性）視為一種商品，造成對於人性尊嚴之一種貶抑（註二十三），同時，對傳統社會將性行為視為具有神聖性之價值觀，以及從事性行為衍生對上開價值觀所形成之善良風俗有所妨害，況且，性交易行為通常伴隨著其他犯罪行為如竊盜、性騷擾、人口販賣及其他組織性犯罪，增加性傳染病散布之危險等等，其行為本身應不得構成憲法工作權意涵下之工作及職業（註二十四）。

### （三）本席意見

本席就憲法工作權所保障之工作及職業之概念採從寬認定，並對成年人間自願性（註二十五）之非公開從事之性交易行為，應受憲法工作權予以保障（註二十六），其理由尚有以下兩點：

#### 1、現行法規對性交易管理制度所形成的工作權應受憲法之保障

對於性工作者權利保障之性交易制度，固然因各國國情與社會歷史文化之不同而異（註二十七），我國目前對於性交易制度亦非全然毫無管理規範。自民國 48 年間訂定「台灣省各縣市管理娼妓辦法」（註二十八）以來，性交易行為即已視為是一種人民所自由選擇之工作及職業。隨後雖因該辦法廢止，然各縣市仍本於地方自治之精神，分別訂定各該自治條例而對性交易

行為進行管理，實際上並未全面禁止性交易行為（註二十九）。以宜蘭縣娼妓管理自治條例（註三十）之規定為例，對於性交易行為亦非全面予以禁止，而採取肅清暗娼、登記管理、職業輔導與收容教化之方式對性交易行為進行管理（註三十一），雖然對於提供性交易之行為人與工作場所，該條例採不准新設而使逐漸淘汰之方式，即該提供性交易之行為人與工作場所，除原登記許可者外，不予開放申請登記而為新設（註三十二）。然而，對於從事性交易之行為人本身，大多數縣市自治條例則並無限制，換言之，任何性別之成年人均可自願登記取得許可而「合法」從事性交易行為（註三十三）。因此，於現行各縣市政府所訂定自治條例之規範下，人民自得選擇以性交易作為工作及職業，並以系爭規定處罰「未經登記許可」而「意圖得利與人姦、宿者」（註三十四），藉以保障經登記許可而從事性交易之行為人，此項工作權合乎憲法工作權之保障意涵，自應受憲法予以保障。

## 2、性交易行為予以除罪化，無礙性工作者之人性尊嚴

關於性交易行為是否除罪化，除了前述關於性交易是否可以成為一種工作及職業之討論（註三十五）外，另一項重要的爭論在於「性」可否予以商品化（註三十六），以及因為性商品化之後，在傳統父權社會對於女性性別權力不對等的現象予以公開宣示其正當性（註三十七）。換言之，性交易行為破壞傳統上性行為作為「人類延續生命的工具地位」，以及性行為所應伴隨的人類情感交流的結果（註三十八）。性交易作為人類歷史上最古老的職業，自古以來均難以禁絕，而性交易現實關係中，提供性服務之性工作者，通常為弱勢女性且不具社會影響力，對性交易行為予以除罪化，或許其惡劣處境得以改善，避免性工作者受到執法人員、性交易業者與尋求性交易服務者之不當剝削，進而改變性工作乃致於社會對性別歧視之制度性壓迫（註三十九）。更重要的是，性交易除罪化之後，將可使女性對其身體與身分得以自我控制的主體性權力獲得實踐，方為維護性工作者之人性尊嚴，同時可以促進社會對於性別平等之重視（註四十）（續見本意見書第四節之說明）。簡言之，工作及職業無貴賤，性交易作為一項工作及職業，性工作者並非僅因其選擇性交易作為其工作及職業，其人性尊嚴即受到貶抑（註四十一），反而是經由承認性工作受憲法工作權之保障，使從事性工作者獲得自信與保障之工作空間（註四十二）。

## 三、系爭規定違反憲法對性交易工作權之保障

肯認性交易屬憲法工作權意涵下之工作及職業概念，則系爭規定似有違反憲法對於工作權保障之意旨，蓋：

(一) 對以選擇性交易作為工作及職業之客觀許可要件構成限制

系爭規定以處罰意圖得利與人姦、宿，乃係對人民選擇以性交易作為工作及職業之自由形成限制，此項規定並非對從事性交易行為人之主觀許可要件如年齡、知識能力、體能或有無犯罪前科等事項所為之限制，亦非對從事性交易行為之方法、時間、地點、對象或內容等執行工作及職業之自由之限制，而係全面禁止人民選擇以性交易作為工作及職業之自由，屬客觀許可要件之限制，應以嚴格標準，就系爭規定之合憲性加以審查，即必須具有保護特別重要公共利益之立法目的，其限制人民基本權利之手段必須是最小侵害且與目的之間具有緊密關聯性，始與憲法保障工作權之意旨無違。

(二) 系爭規定不符嚴格（高度）審查之標準

如多數意見所指出，系爭規定其立法目的在於維護國民健康與善良風俗。然就其全面禁止性交易行為，其目的並非特別重要之公共利益，且該限制手段已過度侵害人民之工作權，不符嚴格審查之標準，應屬違憲。

1、系爭規定之立法目的非屬限制工作權之特別重要公共利益之範圍

以維護國民健康之目的而言，該目的本身與系爭規定處罰性交易行為本質上並無關聯性，其作為系爭規定之立法目的，實際上僅係立法者對於性交易行為所為之價值判斷，並不足以構成藉維護國民健康作為系爭規定立法目的之正當性（註四十三）。論者雖以降低性傳染病以維護國民健康為由，認系爭規定以之為立法目的應屬正當，然而，性傳染病與「意圖得利與人姦、宿」間並不具有當然、直接之關係；就從事性交易工作之行為人而言，維護其個人身體健康及工作場所之公共衛生，乃有助其於交易市場競爭，故理論上並不以性行為是否「得利」而增加其危害國民健康之風險。換言之，性傳染病之散佈，在於是否進行安全性行為等從事性行為之方式、對象之問題，與性行為是否得利無涉。尤有甚者，以性交易行為作為工作及職業者，若予以合理管理，適足以達成維護國民健康之目的（註四十四）。

其次，就維護善良風俗之目的而言，系爭規定僅係以社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式，以維持人民社會生活中之性道德感情與社會風俗文化，逕以全面禁止性交易行為，本件解釋多數意見既未就立法者何以維護善良風俗而得以處罰方式禁止從事性交易行為予以審查，即肯認抽象之性道德感情得為合憲之立法目的，無異從法律存在之事實而直接承認法律立法目的之正當性及重要性。若以承認「保護多數人之普遍認同之性道德感情或社會風化」，作為限制人民選擇工作及職業自由之目的，「毋寧是由多數指導少數如何生活、指導少數應該擁有哪些價值，即非尊重每一個人對其生活之自

主選擇與安排之能力，亦否認每一個人獨立存在之價值（註四十五）。」是以，系爭規定僅以抽象而不確定之維護國民健康及善良風俗為其立法目的，尚難謂屬合憲之特別重要之目的（註四十六）。

## 2、全面禁止性交易行為過度限制人民工作權

退步言之，即便肯認維護國民健康與善良風俗屬合憲之立法目的，惟以處罰而全面禁止性交易行為作為達成上開立法目的之手段，非但無助於直接、確實達成上開目的，過度限制人民工作權，其手段與目的之間，亦不具緊密之關聯性。蓋若為維護國民健康，雖從事性交易之性工作者與性行為之對象均可能具有廣泛、不確定之性關係，然性行為、性關係與性傳染病之間是否即具有直接、確實之關聯性，須更多客觀證據始足認定，國家逕以處罰而全面禁止性交易行為作為手段，並非可直接、確實達成維護國民健康之特別重要之目的。換言之，為達成維護國民健康之目的，國家仍可以其他方式對性交易行為加以管理，例如要求從事性交易之性工作者應定期進行健康檢查與接受各項性傳染病之血液篩檢，由相關主管機關負責辦理與列管等，均可直接、確實達成維護國民健康之目的，並避免如系爭規定予以處罰而全面禁止性交易，徒使性交易行為轉趨地下化、邊緣化而無助於性交易行為之妥善管理與達成維護國民健康之目的。再者，性交易行為縱與現今社會大多數人所形成之善良風俗有所不合，然此種道德上之可責性，是否適宜由國家以處罰手段進一步成為法律上之可責性，亦值商榷（註四十七）。

### （三）小結：

從憲法保障人民有自由選擇工作及職業，藉以維持其生計或充實其生活內涵及自由發展人格，系爭規定以處罰而全面禁止性交易行為，屬於限制人民工作及職業選擇自由之客觀許可要件，僅以維護國民健康及善良風俗之立法目的，並非特別重要之公共利益；以處罰作為達成上開立法目的之方式，亦非直接、確實之手段，其手段與目的之間不具有緊密之關聯性，核與嚴格（高度）審查之要件均有不符，應屬違憲。

## 四、系爭規定違反憲法對性別平等之保障

如採多數意見之見解，從系爭規定僅處罰意圖得利之一方，而不處罰支付對價之相對人之形式觀察，認定與憲法平等原則不符，卻未進一步探討系爭規定所涉及侵害憲法對於不同性別之人獲得實質平等保障（註四十八）之權利，亦有所缺憾。

憲法第 7 條規定，人民在法律上一律平等；憲法增修條文第 10 條第 6 項復規定，國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，

促進兩性地位之實質平等。查性別乃非人力所得控制之生理狀態，且經常伴隨社會文化以性別角色扮演之不同，建立不同社會生活功能角色與既定社會觀念，進而對不同性別之人之行為形成不同價值判斷與差別待遇，將使不同性別之人，因其生理狀態或社會生活功能角色所造成之結構性弱勢地位不易改變，無法獲得憲法上基本權利保障之實質平等（註四十九）。故立法者以性別或性別所生之社會生活功能角色而為差別待遇之規定，所追求之目的須為重要公共利益，所採差別待遇之手段，須非造成人民基本權利過度限制，且有助於達成重要公共利益之維護，而與目的間有實質關聯者，方與憲法平等原則之意旨相符。

（一）表面上性別中立之法律仍有構成間接歧視之可能性

系爭規定從條文觀之，固屬「性別中立」（gender-neutral）之立法，即並無區分從事性交易行為者之性別（註五十）。即便社會現實中大多數的性工作者為女性、尋求性服務者為男性，並不能因此認定系爭規定對女性造成歧視，此為南非憲法法院於 2003 年，在 *S. v. Jordan and Others* 一案（註五十一）中多數意見所持之理由。蓋該國性犯罪防制法（註五十二）本身僅規定「任何人」意圖營利而與他人從事非法的性交或猥褻行為者均構成該項犯罪，其行為人均及男性與女性。即便真有偏頗情形發生，亦屬執法問題，與法律規範本身無涉（註五十三）。一如本件解釋所審查者，系爭規定僅處罰意圖得利與人姦、宿者，而將性工作者與尋求性服務者為處罰與否之差別待遇，或可以兩者具有本質上差異，在於性工作者以從事性交易為其職業營生，是一種持續性的慣習行為；反之，就尋求性服務者而言，可能只是偶發性尋求性交易，兩者本屬不同，立法者所為之相異規範，並無歧視存在（註五十四）。同時，就系爭規定為達成維護國民健康與善良風俗之立法目的而言，從供給面（supplier）直接管制較消費面（consumer）管制有效，因此，若欲全面禁止性交易行為，從處罰性工作者較尋求性服務者容易達成立法目的。

上開論點似言之成理，惟此種見解不啻忽略女性在生理上（sex）與社會性別觀念上（gender）長期以來所面對的歧視與刻板印象。女性在生理構造上原本就比男性對於性服務的提供上較為有利，簡言之，女性生理構造較男性於性交行為的次數與對象均有明顯的差異，因此便造成在提供性服務此項工作上，女性本就較男性「有利」，自然反映在就業市場上大多以女性性工作者為多。因此，從女性之生理構造與社會文化對於女性之社會生活角色之扮演，性交易於供給與消費關係層面上，均使女性提供性交易的比例大於男性，是系爭規定僅就性交易之供給者予以處罰，實質造成系爭規定之適用，係以性別所生之社會生活功能角色之不同而有差別待遇，同時強化女性應扮演之特定社會生活

功能角色（註五十五）。

## （二）系爭規定強化社會對於性交易行為及性別角色扮演的刻板印象

論者或以社會大眾對於性工作者的確存在刻板印象（stereotypes）與污名化（stigmatization）的現象，然此種負面印象係來自社會現實而非法律規範本身所造成的結果，再者，這種刻板印象與污名化的現象，存在於性工作之「行為」上（即禁止「性交易」），而與「行為人」之性別無涉，換言之，無論男性或女性從事性工作者，均有可能受到來自於社會大眾的歧視或負面印象（註五十六）。人民自願從事性工作時，不管其性別是男性或女性，實際上已經接受其於社會大眾眼中可能存在負面觀感的危險性（註五十七）。系爭規定雖然在執法或法律適用上產生某種歧視或不合理的差別待遇，然此項差別待遇並非系爭規定規範本身或甚至規範解釋適用上所造成，尚不足以構成認定系爭規定違憲之基礎（註五十八）。

惟從性交易的供給與消費所形成的社會不平等而言，性交易涉及性行為與金錢的交換，自然涉及兩人以上，就性交易予以處罰者，系爭規定單純僅就供給面予以處罰，實際上是賦予從事性工作者在刑事可非難性上的最直接效果（註五十九），對於尋求性服務者而言，或許在其他法律規範上與性工作者一併受罰，單純就系爭規定而言，處罰性交易的供給者，實際上是處罰以「性」作為交易客體之行為人，其目的在於維護性的「神聖性」，亦即，女性只有在傳統婚姻關係中從事性行為始具有正當性（註六十）。系爭規定僅處罰提供性服務者而言，實際上是強化在性關係結構裡處於弱勢之一方（通常是女性），不得透過「性」作為展現權力的工具（以性服務作為可支配的客體）（註六十一）。並且將社會對於性工作的刻板印象與污名化，經由對於性工作者（通常是女性）的行為非難而完全迴避掉尋求性服務者（通常是男性）的道德可非難性（註六十二）。

其次，系爭規定所造成的歧視現象並非單純僅係社會大眾基於既有的刻板印象而形成，而係立法者在制定系爭規定時所為的價值判斷，進而強化甚至給予社會大眾對於性工作者的刻板印象與污名化的正當性基礎。更有甚者，於社會性別觀念上，男性原本就被賦予扮演性別權力支配者的角色，而女性則為男性權力支配的對象，在這種權力關係之下，自然也形成在提供性服務這種屬於受支配的社會性別觀念底下，女性性工作者較男性性工作者為多的社會現實。即便系爭規定於條文規範上並未以性別作為處罰與否之差別待遇的基準，然系爭規定於性別的生理概念與社會概念之下，仍不斷經由這種「雙重標準」強化社會對於女性作為性別權力受支配者的刻板印象與污名化（註六十三），而與

憲法平等原則之意旨不符。

#### 五、性交易雖受憲法工作權保障，仍應採取其他配套措施

綜上所述，系爭規定以處罰方式而全面禁止性交易行為，過度限制人民選擇以性交易行為作為工作及職業之自由，與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨有所不符；系爭規定僅處罰意圖得利與人姦、宿者，即性交易行為中提供性服務之性工作者，以雙重道德標準對於性工作者（通常是女性）的行為非難，而完全迴避掉尋求性服務者（通常是男性）的道德可非難性，並強化社會對於女性作為性別權力受支配者的刻板印象與污名化，亦與憲法保障性別平等之意旨不符。又多數意見認定系爭規定僅處罰意圖得利之一方，而不處罰支付對價之相對人與平等原則之意旨不符，僅從形式觀察，是否可能導出性交易中意圖得利與支付對價之雙方均應「平等」予以處罰？基於性工作應受憲法工作權保障之上述論證，則處罰性工作者既屬抵觸憲法平等原則及保障工作權之意旨，即無兩者皆罰之可能性存在。至於其他立法可能性，則須視立法者相關立法所提之目的、手段與兩者關聯性，再就其合憲性為進一步之判斷。

惟系爭規定雖因抵觸憲法平等原則與保障工作權之意旨，並非謂性交易行為即當然合法化（legalization）。本件解釋雖宣告系爭規定違憲，並於二年內失其效力，僅係否定系爭規定處罰性交易行為之合憲性，將性交易行為予以除罪化（decriminalization），並不排除立法者得於符合本件解釋之意旨內，採取符合性工作者之工作權保障之適當措施，就性交易行為予以妥善管理之可能性（註六十四）。例如對於性工作者考量是否採行登記或許可制，性工作場所的營業項目、營業地點、營業時段之管理許可是否比照一般行業之工商營業登記；研究性工作者與一般工作適用勞動基準法、兩性工作平等法、勞工保險條例及全民健康保險法、組織工會等權利保障之可能性；對性工作者實施安全性行為之教育宣導，鼓勵性工作者參與公共衛生計畫並爭取於工作中應有之健康保障，並針對我國性產業政策予以通盤檢討（註六十五），始能就性工作者之基本權利予以充分保障，落實憲法保障人民工作權與性別平等之意旨。

#### 六、結語

本件解釋之意義不僅係本於憲法而就系爭規定宣告違憲，與憲法意旨不符之相關立法應檢討修正；更期以藉由本件解釋作為社會教育之一部分，藉由本件解釋之作成，社會大眾能以更加多元、寬容的態度，對我國社會存在性交易行為與性工作的現狀加以正視，建立一個更符合人性尊嚴與性別平等的社會。

註一：美國聯邦最高法院於宣告德州禁止同性性行為相關立法抵觸聯邦憲法之

Lawrence v. Texas 一案中亦明白指出，憲法所保障之隱私權，旨在確保同性

戀者於其住宅內及其私人生活中，自由選擇並型塑其親密關係，而保有作為一個自由之人所應享有之人性尊嚴。See *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)。該判決中文翻譯，參見司法院編，美國聯邦最高法院憲法判決選譯，第四輯，2003年9月，頁156以下。

註二：參照吳庚，憲法的解釋與適用，2004年6月，第3版，頁266以下；法治斌、董保城，憲法新論，2004年10月，頁252以下。

註三：例如憲法第152條規定：「人民具有工作能力者，國家應予以適當之工作機會。」此項規定是否即賦予人民得請求國家給予工作之權利即受爭論。參見蔡茂寅，工作權保障與勞動基本權的關係及其特質，律師雜誌，第219期，1997年12月，頁25-26。

註四：例如李惠宗，憲法要義，2009年版，頁246-247。

註五：參照本院釋字第五一四號解釋黃越欽大法官所提不同意見書。

註六：如本院釋字第四一一號解釋、第四一二號解釋、第四三二號解釋、第四六二號解釋、第五一〇號解釋、第五一四號解釋、第五八四號解釋、第六〇六號解釋、第六一二號解釋、第六三四號解釋、第六三七號解釋、第六四九號解釋、第六五九號解釋參照。

註七：本院釋字第六五九號解釋參照。憲法保障人民工作權得自由選擇其職業，其原因在於傳統封建社會中，人民對於其工作及職業通常是一種世襲的階級制度，唯有打破這種封建制度，人民才能經由自由選擇其工作及職業，藉以選擇其維持生計之方式，並彰顯其自我存在之價值。參見藤井俊夫，憲法と人權 II，成文堂，2008年4月，初版，頁188。並參照本院釋字第五一四號解釋黃越欽大法官所提不同意見書。

註八：歐體法概念下之經濟活動範圍採廣義認定（see *Joined Cases C-51/96 and C-191/97, Deliege v. Ligue Francophone de Judo et Disciplines Associees ASBL* [2000] ECR I-2549, paras 53-54.），僅於經濟活動的交易客體屬於本質上具有危害性，而於現行法律制度下予以管制者，如毒品，其毒品交易之經濟活動則自始排除於歐體法之保障範圍之內（see *Case C-294/82, Einberger v. Hauptzollamt Friburg* [1984] ECR 1177.）。於歐體法下界定為受保障之經濟活動，並不表示該經濟活動即完全受歐體法四大自由之保障，各會員國仍可就各該國家之現實社會環境與公共政策（public policy），就屬於歐體法概念之經濟活動予以管制，而此時歐體法所關注者，則係該項管制是否符合歐體法相關規範。

註九：本院釋字第六五九號解釋參照。

註十：本院釋字第四六二號解釋參照。

註十一：例如英國國會於 1954 年組成「同性戀犯罪與娼妓賣淫委員會」（Committee on Homosexual Offenses and Prostitution），針對英國當時有關禁止同性戀及性交易行為之法律予以調查、研究，作為國會修法之依據，並於 1957 年提出報告—即所謂「沃芬登報告」（Wolfenden Report），以該國著名政治學家 John Stuart Mill 於其著作「論自由」（On Liberty）一書中所提出之「傷害原則」（Harm Principle）為基礎，建議將成年人間私下進行之同性性行為予以除罪化，而關於性交易行為則建議予以保留。該報告最重要的精神在於，法律不應作為社會多數人用以實踐其道德價值判斷之工具。詳見石元康，道德、法律與社群—哈特與德弗林的論辯，當代，第 127 期，1998 年 3 月，頁 30 以下，第 32 頁。

德國學者 Ingo von Munch 亦指出，若該「活動的目標本身就指向侵害他人的基本權，則可根據基本法的人類形象與基本權所建構的價值體系來將之排除於基本權的保障範圍之外。」Vgl Ingo von Munch, Staatsrecht II, 5. Aufl., 2002, S. 391-392，轉引自陳愛娥，憲法工作權涵義之演變—我國與德國法制之比較，發表於「全球化與基本人權：政治學與公法學之對話」學術研討會，國立臺灣大學政治學系主辦，2003 年 12 月 26 日。

註十二：此為德國聯邦憲法法院之判決見解，其原文為：“Er umfasst nicht nur alle Berufe, die sich in bestimmten, traditionell oder sogar rechtlich fixierten“Berufsbildern” darstellen, sondern auch die vom Einzelnen frei gewählten untypischen (erlaubten) Betätigungen, aus denen sich dann wieder neue, feste Berufsbilder ergeben mögen …” Vgl BVerfGE 7, 377, 397f. 中文翻譯參照司法院編，西德聯邦憲法法院裁判選輯（一），1990 年 10 月，頁 128 以下。

註十三：Vgl Ingo von Munch, Staatsrecht II, 5. Aufl., 2002, S. 391-392，轉引自陳愛娥，前揭文。

註十四：參照本院釋字第四〇四號解釋吳庚大法官所提之不同意見書。

註十五：本院釋字第五一四號解釋參照。惟此項自由是否併屬財產權之保障範圍，容有討論之餘地。

註十六：例如須無一定犯罪之前科紀錄等，本院釋字第五八四號解釋參照。

註十七：本院釋字第五八四號解釋參照。

註十八：本院釋字第六四九號解釋參照。

註十九：正反意見陳述，可參見許宗力等，「台北市廢娼事件中之憲法問題」研討會

之會議記錄（下），律師雜誌，第 229 期，1998 年 10 月，頁 85-100

。

註二十：有關從社會學角度觀察性交易行為中不同參與者如提供、媒介性交易及消費者等各層面，分析是否造成第三人或社會整體之傷害，see ROBERT F. MEIER & GILBERT GEIS, VICTIMLESS CRIME? PROSTITUTION, DRUGS, HOMOSEXUALITY ABORTION 27-65, at 44-56.

註二十一：就此，歐體法院亦認為，性交易所涉及之客體即性行為本質上並不具有危害性，一般社會亦極少管制人民「私人間自願性」之性行為，因此，性交易自屬歐體法所保障之經濟活動之範圍。假如承認性交易是歐體法所保障之經濟活動之範圍，則限制性交易涉及何種歐體法所保障之自由？即便性交易屬於歐體法所稱經濟活動之範圍，然而，從事性交易工作者，是否即構成歐體條約第 39 條所稱「勞力」／「勞工」？理論上，歐體條約第 39 條所稱勞工，必須是在一定期間內受僱於他人提供勞務以換取報酬／對價（remuneration），假如沒有此種監督關係（relation of subordination），一般即認為屬於從事自營事業者，則屬構成歐體條約第 49 條所稱提供服務之範疇（see Case C-107/94, Asscher v. Staatssecretaris van Financien[1996] ECR I-3089, paras. 25-26.）。就此，一般從事性交易工作之個人，其所為性交易，應屬以提供性行為之勞務以換取報酬而屬於歐體條約第 49 條之範疇（see Case C-268/99, Janý v. Staatsecretaris van Justitie[2001] ECR I-8615, paras. 48-49.）。

其他國際公約如 1979 年聯合國「消除對婦女一切形式歧視公約」（The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, CEDAW）第 6 條規定：「締約國應採取一切適當措施，包括制定法律，以禁止一切形式販賣婦女和強迫婦女賣淫對他們進行剝削的行為。」；隨後並經該委員會決議，婦女自願從事性工作，亦受同公約第 11 條第 1 項第 3 款所稱，締約各國應採取一切適當措施，消除在就業方面對婦女的歧視，以保證他們在男女平等的基礎上享有相同的權利，特別是「享有自由選擇專業和職業」權利之保障。該公約官方中文翻譯，參見聯合國婦女權益促進委員會（The Division for the Advancement of Women, DAW）官方網站：<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/0360794c.pdf>（2009 年 11 月 4 日造訪）。其他如國際性工作者人權委員會（International Committee for Prostitutes' Rights,

ICPR) 於 1985 年所提出之「全球性工作者人權保障憲章」(World Charter for Prostitutes' Rights) 第 1 條宣示, 成年人間自願從事性交易應予除罪化。Available at <[http://www.scarletalliance.org.au/library/men/International\\_Committee\\_for\\_Prostitutes\\_Rights\\_1985/](http://www.scarletalliance.org.au/library/men/International_Committee_for_Prostitutes_Rights_1985/)> (last visited November 4 2009). 以及歐洲性工作者人權保障國際委員會(The International Committee on the Rights of Sex Workers in Europe, ICRSE) 於 2005 年所提出之「歐洲性工作者宣言」(Sex Workers in Europe Manifesto) 主張性工作者基本權利應受保障。Available at <<http://www.sexworkeurope.org/site/images/PDFs/manbrussels2005.pdf>> (last visited November 4 2009).

國內學者持肯定見解者, 例如蔡宗珍, 性交易關係中意圖得利者之基本權地位的探討, 律師雜誌, 第 228 期, 1998 年 9 月, 頁 64-77, 頁 74; 李惠宗, 前揭書, 頁 244。

註二十二: 例如謝世民, 猥褻言論、從娼賣淫與自由主義, 政治與社會哲學評論, 第 16 期, 2006 年 3 月, 頁 1-41, 第 28 頁以下。

註二十三: 從性別平等論點反對性交易不應除罪化之討論, 參見陳宜中, 性交易該除罪化嗎? 對性別平等論證的幾點省思, 政治與社會哲學評論, 第 27 期, 2008 年 12 月, 頁 1-50, 第 22 頁以下。

註二十四: See Sylvia A. Law, Commercial Sex: Beyond Decriminalization, 73 S. CAL. L. REV. 523, 530-551 (2000) [hereinafter Commercial Sex]; David A. J. Richards, Commercial Sex and the Rights of the Person: A Moral Argument for Decriminalization of Prostitution, 127 U. PA. L. REV. 1195, 1215-1221 (1979) [hereinafter Commercial Sex and the Rights of the Person].

註二十五: 憲法對於從事性行為之自由, 係本於對性自主權之保障, 強調人民個人獨立的自主決定有無受到尊重, 藉以認定國家介入管制性行為自由之合憲性與否。然而, 對於從事工作及職業, 該選擇有時雖出於自願, 有時卻身不由己。因此, 當性行為作為一種工作, 其本質上是否即與性自主權有違? 既有工作及職業所適用之相關法律制度, 是否會因為承認性交易屬工作及職業之一種, 而有其適用上之困難? See Law, Commercial Sex, supra note 24, at 586-608.

註二十六: 類似見解, 可參照蔡宗珍, 性交易關係中意圖得利者之基本權地位的探討, 律師雜誌, 第 228 期, 1998 年 9 月, 頁 64-77, 第 72 頁以下。

註二十七：有關世界主要國家以及美國各州對於性交易制度之比較，see Law, Commercial Sex, supra note 24, at 552-573.

註二十八：民國 49 年 8 月 22 日訂定公布，91 年 10 月 1 日廢止。

註二十九：截至目前（2009 年 10 月 16 日最後一次查詢）為止仍屬有效者，包括「臺中市娼妓管理自治條例」（90 年 7 月 18 日制定公布、90 年 1 月 1 日施行）、「臺南市管理娼妓自治條例」（92 年 7 月 30 日制定公布並施行）、「宜蘭縣娼妓管理自治條例」（92 年 11 月 28 日制定公布並施行）、「桃園縣管理娼妓自治條例」（93 年 12 月 20 日制定公布並施行）、「臺中縣管理娼妓自治條例」（90 年 4 月 30 日制定公布、90 年 1 月 1 日施行）、「南投縣娼妓管理自治條例」（90 年 7 月 17 日制定公布並施行）、「臺南縣管理娼妓自治條例」（90 年 3 月 8 日制定公布、90 年 1 月 1 日施行）、「澎湖縣管理娼妓自治條例」（89 年 10 月 31 日制定公布、90 年 1 月 1 日施行）及「臺東縣管理娼妓自治條例」（90 年 2 月 20 日制定公布並施行）。

註三十：此為本件聲請人臺灣宜蘭地方法院宜蘭簡易庭法官林俊廷所在縣市，且依據行政院內政部警政署 2007 年所為統計數字，宜蘭縣登記從事性工作者（19 人）及營業處所（5 處）相較為多數，故以之為例。

註三十一：宜蘭縣娼妓管理自治條例第 3 條：「娼妓管理及輔導如下：

- 一、肅清暗娼。
- 二、登記管理。
- 三、職業輔導及收容教化。
- 四、不得新增妓女及妓女戶。」

註三十二：宜蘭縣娼妓管理自治條例第 3 條第 4 款：「不得新增妓女及妓女戶。」

註三十三：參照臺東縣管理娼妓自治條例第 4 條第 4 款規定：「禁止新設妓女戶並逐漸淘汰」。（底線為本意見書所標示）

註三十四：台東縣管理娼妓自治條例第 5 條第 1 款：「凡有下列各款情形之一者，應依有關法律規定處理：

- 一、意圖得利與人姦、宿者。」

註三十五：從哲學觀點對性交易是否是一種工作及職業之正反論述，參見甯應斌，性工作是否為「工作」？—馬克思的商品論與性工作的社會建構論，台灣社會研究季刊，第 46 期，2002 年 6 月，頁 87-139。

- 註三十六：例如黃榮堅，性交易與刑法上妨害性自主概念關係之研究，載於自由、責任、法—蘇俊雄教授七秩祝壽論文集，2005 年 8 月，頁 297-326，第 313 頁以下；何春蕙，女性主義的色情／性工作立場，載於氏編，性工作：妓權觀點，2001 年 4 月，頁 213-254，頁 233 以下。
- 註三十七：例如陳宜中，前揭註二十三文，頁 33 以下。
- 註三十八：See Richards, Commercial Sex and the Rights of the Person, supra note 24, at 1236-1271.
- 註三十九：何春蕙，前揭註三十六文，頁 218。
- 註四十：類似見解，參見陳宜中，前揭註二十三文，頁 38 以下。
- 註四十一：何春蕙，前揭註三十六文，第 228 頁；卡維波（即甯應斌），性工作的性與工作—兼駁反娼女性主義，載於何春蕙編，前揭書，頁 254-279，頁 258。
- 註四十二：何春蕙，前揭註三十六文，頁 245；卡維波，前揭註四十一文，頁 261。
- 註四十三：美國聯邦最高法院亦曾指出，若立法者所為立法之目的，僅係對該立法所涉及之特定族群所持之「敵意」（animosity），該立法目的「本質上」（per se）即與憲法保障人民基本權利之意旨不符。See Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996)。
- 註四十四：參見夏鑄九主持、顏厥安、王增勇、王卓脩共同主持，我國性產業與性交易政策之研究期末報告書，行政院內政部婦女權益促進發展基金會，2002 年 10 月，頁 110-117〔下稱夏鑄九主持，性產業與性交易政策之研究期末報告〕。
- 註四十五：本院釋字第六一七號解釋林子儀大法官所提之部分不同意見書參照。
- 註四十六：日本實務上亦有將限制人民職業選擇自由的立法目的區分為「消極目的」與「積極目的」。前者係職業選擇自由對國民健康、安全造成危險時，為防止或除去所生之弊害所為之限制，應適用較嚴格之審查標準，參照日本最高法院大法庭昭和 50 年 4 月 30 日判決，民集第 29 卷第 4 號第 572 頁；後者則是在福祉國家的理念下，為保障弱勢族群，均衡並調和社會經濟發展而對人民職業自由加以限制者，則採取較寬鬆之審查標準，只有在立法者恣意行使其立法裁量權，所為之限制明顯地不具合理性時，司法機關始予以介入審查，參照日本最高法院大法庭昭和 47 年 11 月 22 日判決，刑集第 26 卷第 9 號第 586 頁。對於日本最高法院所發展的「目的二分論」，學者間亦多有批評，諸如上述二目的之區分不易、現代國家任務多元所形成的「複合性目的」等等，均使得目的二分論之適用困

難而不易操作。縱且不論上開目的二分論是否值得贊同，學者對於國家限制人民基本權利均須有所欲達成的具體目的不得僅以抽象的「公共福祉」或社會整體利益作為立法目的。以上均參見卷美矢紀，個人とレテの尊重と公共性，載於安西文雄等人合著，憲法學の現代的論，2006年4月，頁257-280。

註四十七：相關討論，參見顏厥安，自由與倫理，載於氏著，法與實踐理性，1998年，頁373以下；夏鑄九主持，性產業與性交易政策之研究期末報告，前揭註三十八，頁91以下。

註四十八：有關實質平等之意涵與違憲審查之操作，可見黃昭元，平等權與自由權競合案件之審查—從釋字第六四九號解釋談起，法學新論，第7期，2009年2月，頁17-39，頁23以下。

註四十九：本院釋字第四九〇號解釋、第六四九號解釋參照。

註五十：例如日本「春防止法」（昭和31年5月24日法律第118，最後修正平成14年5月29日法律第46）第2條規定，本法所稱之「賣春」，係指收受對價或受其他原因拘束，而與不特定之相對人為性交之行為。同法第3條亦規定，任何人均不得從事賣春或與之為相對人。然而學者間亦有承認該法實際處罰「從事賣春之壓倒性多數之女性」，賣春者亦多稱之為「賣春婦」。參見角田由紀子，買春を考える，輯於氏著，性差別と暴力，2001年3月，頁121-148，第123頁。然而，據美國憲法學者David A. J. Richards於30年前的論文研究發現，從人類歷史發展而言，大多數的從事性交易之行為人均為女性，因此，對於從事性交易之行為人之性別自無須特別加以註明，其原因在於傳統上以女性作為從事性交易之行為人，其本質上係隱含對女性一種貶抑。而在現代法律制度觀念下，為避免造成抵觸性別平等之嫌，且法律規範的重心轉移至有無對價關係，因此，對於從事性交易之行為人則以「性別中立」的立場，無論男性或女性均可能從事性交易行為。See Richards, Commercial Sex and the Rights of the Person, supra note 24, at 1203-1215.

註五十一：S. v. Jordan and Others (Sex Workers Education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae (CCT31/01) [2002] ZACC 22; 2002 (6) SA 642; 2002 (11) BCLR 1117 (9 October 2002) 2002 (6) SA 642 (CC). Available at <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/22.pdf>> (last visited October 14 2009). 本件事實係於1996年

8 月 20 日一名警察假扮「尋求性服務者」進入位於 Gauteng 省 Pretoria 市（南非行政中心）Jorissen 街一間隱蔽的妓院，隨後大批警察進入搜索，當場逮捕從事性工作之數名女性及妓院負責人 Ellen Jordan，並以上開法律規定將眾人起訴。就從事性工作者遭起訴部分（即第三上訴人 Christine Louise Jacobs），承審法院法官最後以認定性犯罪防制法第 20 條第 1 項第 aA 款規定，抵觸南非憲法（行為時之過渡憲法）第 10 條人性尊嚴、第 12 條第 2 項個人身體自主權（bodily integrity）、第 14 條隱私權及第 22 條職業自由（rights to practice a trade and occupation）等而拒絕適用。至於非從事性工作之其餘被告，包括妓院負責人 Jordan 女士及另一名妓院女性職員 Louisa Johanna Francina Broodryk 則因以同法第 2 條、第 3 條第 b 項及第 c 項有關禁止開設「妓院」之規定，受罰，二人主張爾等不屬於系爭規定之處罰範圍，且三人並主張系爭規定只處罰意圖得利從事性工作者，而未處罰支付代價而獲取性服務者，有違憲法第 9 條（即過渡憲法第 8 條第 2 項）保障性別平等之意旨。案件經提交南非憲法法院審理，本件聲請最主要的爭點在於，系爭規定究有無抵觸憲法保障平等權之規定。經憲法法院於言詞辯論後，以六比五的些微差距，認定系爭規定並無抵觸憲法保障平等權之意旨。但就上訴人所主張系爭規定違反南非憲法第 10 條人性尊嚴、第 11 條個人人身自由及安全、第 13 條隱私權、第 26 條經濟活動自由等，多數意見與少數意見見解均認為，系爭規定雖涉及上開憲法所保障之基本權利，惟其對諸權利之限制，與憲法比例原則並無不符，僅於平等權保障方面，少數意見認為系爭規定僅處罰性交易行為中提供服務者（即性工作者），與憲法保障性別平等之意旨不符，而屬違憲。

註五十二：南非性犯罪防制法第 20 條第 1 項第 aA 款規定：「任何人意圖得利而與他人從事非法的性交或猥褻行為者為構成犯罪行為」（any person... who has unlawful carnal intercourse, or commits an act of indecency, with any other person for reward ... shall be guilty of an offence）。違反此項規定者，處三年以下有期徒刑，得併科南非蘭特（Rand）6000 元以下之罰金。

註五十三：S. v. Jordan and Others, at paras. 18-19.

註五十四：S. v. Jordan and Others, at paras. 10, 15.

註五十五：See Jennifer Simpson, Stereotyping Sex Workers: S. v. Jordan and

Others, Paper submitted to the 2009 JOHN AND MARY YAREMKO FORUM ON MULTICULTURALISM AND HUMAN RIGHTS: STUDENT SYMPOSIUM ON WOMEN 'S HUMAN RIGHTS, University of Toronto, Faculty of Law, March 6, 2009. Available at <[http://www.law-lib.utoronto.ca/diana/2009\\_symposium\\_papers/simpson\\_paper.pdf](http://www.law-lib.utoronto.ca/diana/2009_symposium_papers/simpson_paper.pdf)> (last visited November 5 2009).

註五十六：S. v. Jordan and Others, at para. 16.

註五十七：S. v. Jordan and Others, at para. 16.

註五十八：S. v. Jordan and Others, at para. 19.

註五十九：參照南非憲法法院由法官 O' Regan 及 Sachs 共同主筆，副首席法官 Langa、法官 Ackermann 及 Goldstone 共同連署之少數意見書，S. v. Jordan and Others, at para. 63.

註六十：學者批評前述南非憲法法院判決，亦認為不論多數意見或少數意見，仍有將「性」視為神聖化，將女性從事性行為之目的以此區分均有不當，see Elsje Bonthuys, Womens Sexuality in the South African Constitutional Court, 14 FEM. L. STU. 391, at 400-402 (2006)；何春蕤，前揭註三十六文，頁 216。

註六十一：S. v. Jordan and Others, at para. 74.

註六十二：S. v. Jordan and Others, at para. 68.

註六十三：S. v. Jordan and Others, at paras. 64, 67. 實際上，此種污名化的原因是性交易行為成為女性得自主決定其性關係，而與傳統上女性之性關係須於婚姻、家庭、繁衍後代等「固有性行為」(civil sex) 之目的不符，see Nicole Fritz, Crossing Jordan: Constitutional Space for (un) Civil Sex?, 20 SOUTH AFRICAN JOURNAL FOR HUMAN RIGHTS 230, at 238 (2004)。

註六十四：兩者差別或僅屬程度上之不同，see Law, Commercial Sex, supra note 24, at 553-554；並見陳宜中，前揭註二十三文，頁 8-12。

註六十五：相關說明可見夏鑄九主持，性產業與性交易政策之研究期末報告，前揭註四十四，頁 96 以下。

協同意見書

大法官 黃茂榮

有許多人失業是一個事實，而失業後，如不能從國家或社會獲得救助，如何生活？求人既難，只能求己！當走投無路，偷竊、從娼或自殺幾乎是僅有的三個反社會性

最低的選項。無論如何選擇，都難以周全。由於徒法或唯道德，皆不能濟急，本號解釋面對如此困境，亟思自法制面為一合理之回應，結論雖值贊同，惟相關問題尚有說明之必要，爰提出協同意見書，補充說明如下：

即便認為任何人皆應有性自主的基本權利，然而當有人必須依據該神聖的、象徵人格尊嚴的權利從事性工作時，總是一件令人無比感傷的事態。本號解釋不在於以性工作之有秩序的合法化彰顯人性的尊嚴，而在於不忍對因失業而必須藉此謀生者，雪上加霜，施以超乎比例原則的管制或處罰。希望各政府機關及各方善士大德，對不得已從事性工作者，給予關懷，並儘可能給予幫助，減少傷害。盼望經濟的復甦，能及早協助其回到社會一般道德比較能夠接受，而且比較有發展的行業。

社會秩序維護法第八十條第一項規定：「有左列各款行為之一者，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。」該條項除有本號解釋文所針砭之罰娼不罰嫖不平等問題外，亦有禁娼可能使部分非從事性服務即難以獲得生活所需之金錢者更加無以為生的問題。然而性工作之開放，亦伴隨有性傳染病的傳布、販賣人口、各種形式之控制等無盡的隱憂，必須對之採取必要的應對措施。上述諸問題及其解決之道間存在的相互衝突，應透過利益權衡給予妥適的安排。

本號解釋文中關於平等之形式論述，言而有據。惟當依平等原則將該條規定宣告為違憲，即產生一個法律漏洞，應予補充。其可能之補充的結果為：（1）以罰娼為基礎，亦罰嫖，此即更進一步嚴格禁娼。（2）以不罰嫖為基礎，亦不罰娼，此即廢止禁娼，肯認性工作之合法性。（3）在全罰與全不罰間，規劃有秩序的解禁之道。究竟應皆罰或皆不罰以符形式的平等，或應有條件的解禁以符合實質的需要？這應從立法目的出發，檢討如何禁娼或解禁，俾所涉對於基本權利的限制能符合憲法第二十三條規定之比例原則。

社會秩序維護法第八十條第一項之立法目的，依其立法資料，旨在維護國民健康與善良風俗（立法院公報第八十卷第二十二期第一〇七頁參照）。論諸實際，這是唯道德論的規範評價。蓋為國民健康之維護，禁娼尚非唯一之必要的手段。例如為防止性病之傳播，配以有效之健康檢查措施的娼妓證照制度，化暗為明，亦可產生同等之防制功能。因此，以維護國民健康為理由禁娼，並不符合憲法第二十三條所定之比例原則。至其道德論上的評價，隨近代關於基本權利的理論與實務的發展，是否依然符合時代潮流，或必須重新加以檢討，值得深思。在失業率高漲之現狀下，性工作者尚有其生活困頓，不能適時從既有之國家社會救助制度獲得解決的矛盾。例如本聲請案所涉當事人為四十九歲之中高齡娼妓及二個七十餘歲之高齡嫖客，每次性交易代價僅新臺幣三百元。類似個案之飢寒交迫的經濟上現實，不是道德教條所能及時消除，顯

而易見。國家社會之制度性的救助既然難以周全，而民間有經濟能力者對於經濟陷於困頓之婦女，亦非均有意願無償施以援手。面對該形勢，性工作在衛生上及道德上雖然皆有瑕疵，容易百般受到歧視，但能暫時實際解決飢寒交迫之生存困境，實為令人感傷，但不可諱言之事實。由此可見，從法實效性及法社會性的觀點立論，對於因貧困從事性工作者，社會秩序維護法第八十條第一項之存在並無意義，而可廢止。是故，縱使不適合全面肯認性工作的合法性，至少應該檢討有秩序的開放合法性交易，並透過適當的安排，給予保護，使其有朝一日想改變工作，能有退路。

因此，在質疑社會秩序維護法第八十條第一項規定違反平等原則，而要重新安排與性工作有關之法律秩序時，只能順從性自主及性工作權之肯認及保障的方向發展，亦即前述第（3）種解決之道，並思考如何比較好的避免因其開放而產生之負面的衝擊。該負面的衝擊主要有傳統上認為重要之公共衛生（性傳染病的蔓延）、善良風俗之價值的扭曲、從事性工作之人口的過度膨脹。面對該衝擊之對策為：性傳染病的預防，性工作者個人及其家屬之心理諮商與輔導，務期讓性工作者認識此為不得已的最後謀生方法，一有機會即希望能夠協助其從良。

為使上述的考慮成為可能，必須藉助於證照之發給、對執業者給予關照及輔導，協助其從善從良。例如：（1）在發給證照前應先由社會工作人員確實瞭解其家庭、技能及精神等狀況，判斷有無可能施以職業訓練及就業輔導幫其不要踏入從事性工作之悲淒路途。（2）在經前述救助而仍無能挽回時，應給予健康檢查確認無性傳染病後，始發給執照，並定期複檢。（3）對性工作從業人員提供適當保護，避免受到暴力、高利貸及毒品等不法控制與剝削。（4）只要性工作者有從良的意願，即應按其意願與技能條件，儘速提供職業訓練及就業輔導。

社會秩序維護法第八十條第一項之規定既然有抵觸憲法第七條規定平等原則之疑義，且其規定之處罰除無助達成其立法目的外，又使性工作者所遭遇之生活問題雪上加霜，自屬顯非必要，從而違反憲法第二十三條規定之比例原則。因此，應自本號解釋一定期間後失其效力，俾相關政府機關另籌符合憲法秩序之管理制度。

協同意見書

大法官 林錫堯

陳 敏

陳春生

本號解釋認社會秩序維護法第八十條第一項第一款規定（以下簡稱為系爭規定）為違憲，應限期二年失效之結論，本席等亦可認同。惟針對系爭規定，本號解釋僅以平等原則作為審查基準，有其審查結構上之侷限，尚有不足之處。蓋本號解釋未能針對系爭規定乃行為規範與制裁規範之本質，從自由權—諸如性自主權或職業自由一角

度進行審查，以致對於系爭規定所禁止之行為，未能明確表明其行為是否可罰。上述問題，容有予以釐清之必要，爰補充說明如下：

壹、系爭規定僅以平等原則作為審查基準，固有其見地，惟尚有不足之處

一、多數意見以平等原則為審查基準之意義

依多數意見，關於性交易行為如何管制及是否處罰，屬立法裁量之範圍，系爭規定以主觀上有無意圖得利作為處罰之標準，法律上已形成無正當理由之差別待遇，因而認其與平等原則有違，應自本號解釋公布之日起至遲於二年屆滿時失其效力（註一）。就系爭規定違反平等原則而違憲之結論，本席等敬表贊同。有待言者，本號解釋之意旨，僅在確認系爭規定違反平等原則，從而排除其效力，並肯認立法者就性交易行為之規範有裁量空間存在。惟僅依此意旨觀之，尚難認為已排除日後釋憲者就有關限制及處罰性交易行為之法律規定，再依比例原則或其他憲法原則予以審查之可能性。又系爭規定僅處罰性交易中意圖得利之一方而違反平等原則，日後立法裁量上是否仍全面禁止性交易且處罰雙方行為人，抑或認性交易行為已不具可罰性，雙方皆不予處罰，就此容有立法裁量之空間，然並不得解讀為，須應處罰性交易行為雙方始為合憲。

二、不宜僅以平等原則為審查基準

本號解釋多數意見以憲法第七條平等原則為審查基準，固有其見地（註二）。惟一般之平等原則，要求在法律上對相同事物為相同處理，對不同事物為不同處理。因此，僅有符合憲法及法律之平等，而無違反憲法或法律之平等。就法規範而言，本質上符合憲法之法規範，對相同之事物，如無正當理由而為不同之處理，即構成違憲之恣意差別待遇。反之，本質上違反憲法之法規範，對相同之事物縱然為相同之處理，僅徒增違憲之效果，而不具憲法價值。由於平等權並未以特定之法律價值為建構基礎，為形式之基本權。反之，自由權所保障者，為人民受憲法肯定及保護之特定活動或行為方式，而為實質之基本權。平等權必須配合其他之自由權，始具有實質意義。因平等原則具有評價開放性（Wertungsoffenheit）之特質，作為釋憲之審查基準，在理解與操作上有其困難（註三）。基本權受侵害者，不在於要求他人亦受相同之侵害，亦不在於要自己亦如同他人之不受侵害，而在於根本排除該違憲法規之侵害。法律對自由權之侵害，已無一般之違憲情事時，始進而有法律上平等對待之可言（註四）。多數意見未能先從系爭規定所涉及之自由權進行審查，易滋系爭規定並不涉及自由權保障之誤解；且對於自由權與平等原則之審查結構，亦未有著墨，殊為可惜（註五）。

系爭規定之本質，係禁止性交易之行為規範，以及課處拘留或罰鍰之制裁規

範。有關係爭規定之合憲性爭議，涉及人民此一行為是否受憲法保障之自由權利之問題。本號解釋雖關係以有無得利益圖而為是否予以處罰之差別待遇，但系爭規定既以「侵害自由權」之方式為之，重點應在於自由權侵害之合憲性審查部分（註六），亦即應優先適用比例原則審查。就系爭規定限制自由權部分，如經認定為違憲，再審查其是否違反平等原則，則實益有限。反之，如先審查平等權，因性交易雙方一意圖得利者及給付對價者一之行為本質相同，應為相同處理，乃認僅處罰意圖得利之一方違反平等原則，憑此仍難得出禁止之行為規範違憲之結論。換言之，平等原則僅能得出「均應」或「均不應」處罰雙方行為人之選項，仍須透過自由權審查始能獲致「應處罰」或「不應處罰」之結論（註七）。如前所述，多數意見僅據平等原則審查，而未以比例原則為審查基準，尚難推斷系爭規定不違反比例原則。

再者，本院釋字第五八四號解釋亦曾針對道路交通管理處罰條例第三十七條第一項禁止曾犯特定罪者辦理營業小客車駕駛人執業登記之規定，先審查該規定對職業自由之侵害是否違反比例原則，認不違憲後，再以平等審查。此即競合適用自由權（職業自由）與平等原則之案例。由此足見，涉及行為與制裁規範之合憲性爭議，如已屬自由權保障範圍之列，應優先為自由權之審查。

綜上所述，多數意見以平等原則為審查基準，固有其見地，但對所涉及之自由權利審查，尚有不足之處，以下則進一步檢討之。

## 貳、系爭規定有違性自主權與比例原則

### 一、性自主權之概念與保障範圍

按我國憲法並未明文保障性自主權或性行為自由，惟憲法第二十二條規定，「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」，學理上遂以此規定作為憲法上未列舉之基本權利之依據（註八）。

而本院釋字第五五四號解釋指出，「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」，明白承認性行為自由係屬憲法所保障之權利，並援引憲法第二十二條為其立論基礎（註九）。

如同我國憲法第二十二條規定之功能，德國基本法第二條第一項規定：「每個人於不侵害他人權利、不牴觸合憲秩序及公序良俗之情形下，皆有自由發展其人格之權利」，此係關於「人格自由發展」（Freie Entfaltung der Persönlichkeit）之規定，依學理上之闡述，係保障兩項基本權，一為「一般行為自由」（allgemeine Handlungsfreiheit）；另一為「一般人格權」（allgemeines Persönlichkeitsrecht）。兩者皆不限於特定之生活領域，而是涵

蓋所有生活範圍。前者乃具有補充性質之自由權概括條款（subsidiare Generalklausel der Freiheitsrechte），著重權利主體之行為保障（註十）；後者則是為避免個人之生活範圍，無法受其他具體自由權之充分保障而發展出之補充要件，而與人性尊嚴之保障相同，以權利主體之主體性為其重點（註十一）。此種基本權之性質屬補遺性基本權（Auffanggrundrecht），若個別基本權利保障範圍所及之事項與內涵，即非其保障範圍所涵蓋。換言之，係居於其他基本權利之後，僅在特別基本權之保護領域所不及之處，始生作用（註十二）。

在此脈絡下，學理上對於性自主權（Recht auf sexuelle Selbstbestimmung）之憲法依據，多數見解將之列入一般人格權保障（註十三）。例如德國學者 Di Fabio 認為，個人性領域（Sexualbereich）係屬不可侵犯之私密領域；具有性目的傾向之行為，係受到基本法第二條第一項與第一條第一項之自主保障（Autonomieschutz）；個人對於性別具有何種觀點或以何種方式安排其性生活，享有自主決定權（註十四）。學者 Silberkuhl 也指出，個人得決定性關係及其性伴侶，原則上亦得由自己決定個人是否以及在如何範圍、以何種目的接受第三人之影響（註十五）；個人性自主權包含本身性別認同及其性傾向之發現與認識（das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität sowie der eigenen sexuellen Orientierung），此乃屬於人格最私密之範圍，僅能在特別之公共利益存在時始得被限制之（註十六）。

歐洲人權公約第八條規定，「任何人均享有『私生活（Privatleben）』、家庭生活、居住與通訊受尊重之權利。」依此，奧地利學者 ohlinger 即認為，「性行為即屬於此私生活保障之列。因此，未公開於眾之賣淫行為，法律對此禁止之規定是違憲，在民主社會中為道德保護而禁止賣淫是不必要的」（註十七）。奧地利學者 Berka 亦指出，「國家僅能在人民行為涉及他人權利或公共秩序時，始能針對個人性行為加以規範。此一個人行為被評價為非道德之狀態…本身單獨而言並不成為問題，僅在於將賣淫作為職業而加以行使，或涉及顯現於公眾之賣淫活動時，方得限制或禁止賣淫」（註十八）。

綜上所述，性自主權之概念範圍尚難為明確之界定，惟參酌上述國內外學理與實務見解，我國有關性自主權之保障似可說明如下：性自主權雖非憲法明文列舉保障之權利，惟為維護個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家公權力及他人之侵擾，性自主權亦受憲法第二十二條規定所保障。性自主權保障個人對於諸如個人性別認同與性傾向、性觀點、性生活之對象、時間、地點及方式、乃至是否基於對價關係而從事性行為等性領域之事項得自主決定之權利。此外，不僅保障消極性之性自主權（即不為性行為之自由），亦兼及

於積極性之性自主權（亦即為性行為之自由）。

## 二、系爭規定有違比例原則

### （一）目的正當性之審查

關於立法目的之憲法上審查，由於憲法之框架與開放性，復因立法者本身之直接民主正當性，當複雜之社會問題有待規範而往往有多種不同之解決可能時，立法權之行使，並非只是單純將憲法規定予以具體化，毋寧帶有自主形成之色彩（註十九）。因此就立法目的之憲法審查，應肯認立法者就立法目的與手段之選擇享有一定程度之形成自由（註二十）。德國學者 Sachs 指出，比例原則之法適用過程，必須指向於個別規範之目的，且不得以憲法上重要之目標來取代立法目的；相對於法規命令乃取決於授權母法所預先設定之目的，國會形式之立法則依據民主主權而自主決定其目的，只要該目的不為憲法所禁止，特別不違背憲法本身所預設之目的，即可通過目的性審查（註二十一）。

惟肯認立法者就立法目的享有一定程度之形成自由，並不代表釋憲機關在此完全放棄審查，毋寧說係採取寬鬆之審查態度，此在我國與德國之釋憲實務皆係如此（註二十二）。如此並非表示對立法目的之審查完全失其意義，在憲法第二十三條之限制下，倘立法者明白引用非屬憲法第二十三條之公益目的作為其限制基本權之目的；或立法者完全未指出係基於何種理由限制基本權，則仍逾越憲法容許之界限（註二十三）。

因此，依系爭規定之條文體系與立法過程，其立法目的旨在維護國民健康與善良風俗，就國民健康而言，其目的正當性實可肯認。至於善良風俗得否作為限制人民基本權利（特別涉及與「性」有關之行為）之立法目的，學理上不無爭議（註二十四）。鑑於本院歷來關於善良風俗與性領域之釋憲實務（釋字第四〇七、五五四、六一七與六四六等號解釋參照），就善良風俗之審查並未多加著墨，似一概肯認其合憲性。如前所述，蓋自憲法第二十三條之法文結構觀察，釋憲者就立法目的之審查，僅要求立法者不得追求明顯違憲之目的，並符合憲法所預設或容許之公益目的。惟善良風俗之概念與內涵常隨社會發展、性文化及性道德之演變而有所不同，倘該善良風俗之內涵係為維繫當時社會共通價值所必要，或為排除人民有害於社會之行為，則維護善良風俗亦得作為合憲之立法目的。茲考量性交易行為所可能衍生之種種弊端，諸如妨害社會秩序與公共安寧、危害兒童及少年身心健全發展以及婚姻及家庭制度等，而採取禁止性交易之手段時，其立法目的應屬正當。

### （二）比例原則之審查

就系爭規定是否有助於達成立法目的而言：按從事性交易行為者，因其性

行為對象廣泛及不確定，確有散布性傳染病之風險，而與國民身體健康之危害具有某種程度之關聯，故系爭規定全面禁止性交易行為，應屬有助於維護國民健康目的之手段。又考量性交易行為除有違一般社會價值外，常伴隨暴力剝削、組織化經營等有害社會之實況，系爭規定全面禁止性交易，亦屬可達成維護善良風俗，進而維護社會秩序之手段。

次就系爭規定是否為達成國民健康與善良風俗立法目的之必要手段而言：按全面禁止性交易之結果，將使性交易活動轉為地下化或隱密為之，致衛生主管機關對從事性交易者，難以實施各種定期健康檢查或宣導性行為安全等其他可有效維護國民健康而限制較小之管制或輔導措施。就此而言，系爭規定即非維護國民健康之必要手段。又按善良風俗具有抽象、不確定與道德等特質，其概念與內涵常隨社會發展、性文化及性觀念之演變而有所不同，自不宜僅為維護善良風俗，即逕行全面禁止性交易行為（註二十五）。況藉性交易行為之原因及情況萬殊，其中有迫於饑寒而出於無奈者，為求生存，實逼處此，當非處罰取締所能禁絕。又性交易活動類皆避人耳目，隱密進行，多非公然為之，對善良風俗或社會秩序之危險客觀上有其限度。是系爭規定不問性交易行為是否影響第三人權益、是否對社會秩序造成之具體危險等之不同，即一概全面禁止，形成對個人性自主權之高度限制，已難謂有其必要。

況且立法者為維護善良風俗或避免社會秩序之具體危險，當可對從事性交易者施以職業訓練或其他教育，並輔導轉業，以提昇其工作能力及經濟狀況，使其無須再以性交易為謀生手段。此外，立法者可配合有效管理措施，限縮禁止性交易之範圍，亦足以維護國民健康及善良風俗，又不致對從事性交易者之性自主權為過度之干涉。

叁、性交易行為是否屬職業自由保障範圍，容有討論空間

一、性交易行為是否屬職業自由保障範圍之爭議

論者有主張以「工作權」之保障討論系爭規定合憲性（註二十六），其核心問題在於，此一受社會秩序維護法所禁止之意圖得利與人姦宿之行為，是否為職業自由保障範圍所及（註二十七）？

（一）我國學界見解：

學者有認為：「『職業』既然指的是具有持續性的營利『活動』（Tätigkeit），此等活動自然以『行為』（Handlung）為內涵；亦即，『職業』即是由一組相關聯的行為群所構成。於此情形下，若『職業』所本之行為本身已經由刑事法規定受到禁止時，除了意味著該行為本身為法所不許者外，也意味了該相關的『職業』概念無法建立，從事如此之違法行為者亦無法主張受

職業自由之保障。據此，凡是刑事法處罰的行為，如竊盜、販毒等，其行為人均無法主張受職業自由之保障，僅能就與該行為相關之基本權項目來加以審視各該刑事法規定的合憲性」（註二十八）。

亦有學者認為，「對職業自由的討論，可以分為以下幾個層次：首先，原則上任何營利活動都受到職業自由的保障。其次，但是如果該營利活動受到國家法律禁止規範的禁止，此等活動就不落在職業自由的內在界限。第三，國家會透過禁止規範來禁止的營利活動，通常是該活動的本身就具有實質違法性，例如竊盜、銷贓、走私，因此原則上當然是以刑法來加以禁止。具有實質違法性的營利活動，當然不受到憲法職業自由的保障。第四，如果要透過行政法來『管制』職業，那一定是針對職業之行使，而非職業本身，來進行必要的管制措施。因此，若國家要禁止性交易，必定是認為該等營利活動具有某種實質違法性，而且也必須以刑法來加以制裁。而我國刑法並未制裁性交易行為本身，只有秩序法制裁，更表明立法者也認為『性工作』作為一種職業，並不具有實質違法性，因此其他法律規定就只能有合憲形塑或限制的作用，針對行為引起的外部效果加以制裁或限制，若逾越此一限制的法律規定就有侵害職業自由之虞。但社會秩序維護法第八十條第一項第一款之制裁規定乃限制性交易行為『本身』，因此可以說該項規定違憲地干預了某種『職業行為』或得為職業之行為」（註二十九）。

上述二見解，在學理上不無斟酌之餘地。前者，係以合法行為作為職業自由之前提，不無以立法來詮釋憲法基本權利保障範圍之嫌（註三十）；後者則係將刑事不法與行政不法認定為質的區別，再據立法者對某一行為應施予刑事罰或行政罰之擇定，進而認定該行為是否具有實質違法性與國家得對之加以管制的程度，不無速斷之嫌，亦有以法律界定作為闡釋憲法基本權利保護範圍之誤解。

## （二）德國憲法學上關於職業概念之界定爭議

關於職業之概念，實務與學理上探討最多、爭議最大者，應屬「職業行為之容許性」（die Erlaubtheit der Tätigkeit）之問題。

「職業行為之容許性」之概念特徵，首先由聯邦憲法法院所提出，以是否違反刑法規定作為有無可容許性之判斷標準。憲法法院雖未曾將此項概念特徵適用於具體個案中，但其理念為聯邦行政法院所承襲，惟其後聯邦行政法院修正其見解，改採「是否絕對危害社會之行為」作為有無可容許性判斷標準，並曾認為賭博、職業犯罪（如竊盜）、偷窺秀與娼妓等均非屬職業概念之範疇（註三十一）。

德國學界對上開問題亦有所討論，例如 Pieroth/Schlink 認為，職業概念並非由立法者所支配，蓋不為立法者所允許之行為，立法者即可透過立法禁止其為職業，如此將輕易地排除基本法第十二條第一項之保障範圍，並脫免職業自由之憲法基準（註三十二）。另 Manssen 亦指出，為避免使立法者得以決定基本權利之保障範圍，必須放棄以容許性作為界定職業之特徵（註三十三）。至於娼妓（Prostitution）是否為職業之爭議，德國學界於二〇〇一年制定性工作法律關係規制法之前，則多有爭議（註三十四）。

### （三）德國法制概述

關於娼妓是否為職業之爭議，長久以來，娼妓業在德國雖於刑法中不處罰，但被定義為「有害風俗」（sittenwidrig）。學者指出，娼妓本身在過去被追訴刑事責任者並不多見，僅為避免干擾他人、危害青少年之道德或避免傳染病之目的，始予管制，並以刑事規範貫徹之。如今，娼妓僅於違反禁制區之規定時，方屬違反秩序之行為（德國違反秩序罰法第一百二十條第一項第一款）（註三十五），而此禁制區乃為了保護青少年或是避免干擾他人而頒布，並且限於有持續性之違反行為（即現行德國刑法第一百八十四條 e）或危及未成年人（即現行德國刑法第一百八十四條 f）時，始以刑法處罰之（註三十六）。總之，德國法上係以行政秩序作為其管制之出發點，主要針對性交易對於青少年與公共安寧有所危害，依地方自治團體個別規範而為特定地點、時段之限制（註三十七）。

溯自一八五一年普魯士刑法典首次將有違風俗或營利之皮條客（第一百四十七條）以及資助娼妓者全然地列為處罰。早期曾以妨害風俗之犯罪（Sittlichkeitsdelikte）規範有關性犯罪之行為，而妓院業應予廢除，除非其取得許可證以作為訴追障礙。此項規定被一八七一年刑法典第一百八十四條所繼承（註三十八）。於一九七三年第四次刑法修正廢止了全面禁止皮條客之規定，除了保障青少年免受媒介行為（§ 180）外，刑法僅針對資助娼妓之行為；娼妓業也被嚴格限定於拘束娼妓時始受規範（註三十九）。由過去立法程序中所顯示之觀點，雖然娼妓本身並無可罰性，但始終被認為是道德敗壞者（註四十）。

但二〇〇一年十月十九日德國聯邦眾議院通過性工作法律關係規制法（Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse von Prostituierten, Prostitutionsgesetz - Prost-G），並於二〇〇二年生效，該法律承認性交易之民事法律關係效力，並為適當之規範；又配合上述變革，將刑法當中部分犯罪行為除罪化，且修正德國刑法第一百八十 a 條及第一百八十一 a 條（註

四十一)。學理上因該法之通過，先前關於娼妓是否屬於職業概念之爭議也隨之解消，因而肯認性工作者也應受基本法第十二條第一項之保障（註四十二）。

（四）本案不宜處理性交易行為是否為職業自由所保障之理由

基於下列理由，目前不宜處理性交易行為是否為職業自由所保障之爭議：

首先，觀察德國立法過程，對於性交易行為本身係從全面處罰改為具備特定條件始為處罰，且保障娼妓之人身與財產權利。我國目前現行法制配合當前之社會環境及文化觀念，對性交易行為僅科處行政罰，而未論以刑責，但立法政策上仍將性交易本身界定為違法行為，且稅法實務上就娼妓所得不予課稅（註四十三），民事法上亦不承認其契約合法性。鑑諸德國法之發展，承認性交易行為屬職業自由保護範圍之列，有其學理上依據，蓋應儘可能將個人行為廣泛涵蓋進基本權保障範圍，再針對不同公益目的之要求，進行廣狹不一限制。然就此爭議，由於在我國尚乏一致共識，且若視為職業，後續職業訓練、保障、輔導管理及監督等機制，均有賴於行政及立法部門審慎規劃。因此依目前法制現況、社會文化觀念等因素，是否適宜逕由釋憲機關承認其屬憲法上之職業概念，復受憲法上職業自由保障，容有爭議。

再者，就本案而言，縱使承認其屬職業自由之列，其與性自主權兩者間即構成基本權競合（註四十四），而以性自主權之涉及程度較為直接且涵蓋較廣，因系爭規定之處罰對象，不以性交易為業者為限，非以性交易為業者如有符合其構成要件之行為，亦在處罰之列，即非職業自由所能完全涵蓋，故以性自主權加以審查即為已足（註四十五）。

註一：德國聯邦憲法法院實務操作上對於授益規範違反平等原則而被認定違憲之情形，因存有多種消除違憲狀態之可能性，向來不逕予宣告該規範自始無效，而係課予立法者排除違憲狀態之義務。相關討論可參見：Schlaich/ Koriöth, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 7. Aufl., 2007, Rn. 401-403. 本件解釋採取之宣告模式與德國聯邦憲法法院上開實務相似，惟受指摘違憲之規定乃處罰規範而非授益規範，二者已有不同；本件前提上是否適宜僅以平等原則審查處罰規範尚有商榷餘地，詳見後述。

註二：國內學者亦有持相同見解者，例如：蔡宗珍，性交易關係中意圖得利者之基本權地位的探討，律師雜誌第 228 期，1998 年 9 月，頁 71-72。

註三：Osterloh, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl., 2009, Art. 3 Rn. 1ff.

註四：Pieroöth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006, Rn.

338a.

- 註五：自由權與平等原則之審查結構有別，應屬通說見解。參見：法治斌、董保城，*憲法新論*，2004 年 10 月，2 版，頁 183 以下；吳信華，*平等權的體系思考*（上、下），*月旦法學教室*第 55 期、第 56 期，2007 年 5 月、6 月，頁 83-91、頁 97-102；陳愛娥，*基本權限制之審查基準*，*司法院大法官釋憲六十週年學術研討會：違憲審查基準與社會國原則*（上），2008 年 9 月 20 日，會議論文頁 16、20 以下；Kirchhof, *Der allgemeine Gleichheitssatz*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, 1992, § 124, Rn. 165 f.
- 註六：就此，黃昭元教授則主張，「平等權為獨立權利，有其獨立的規範內涵，因此將涉及分類及差別待遇的系爭侵害，都優先（或僅）以平等權進行審查。只有在審查系爭差別待遇的「量」（程度）（分類效果）是否合憲時，才可能需要進行類似自由權限制的審查」。參見氏著，*平等權與自由權競合案件之審查—從釋字第六四九號解釋談起*，*法學新論*第 7 期，2009 年 2 月，頁 21 以下。
- 註七：針對系爭規定是否有抵觸平等原則，顏厥安教授指出單純操作平等原則，將有不法平等之疑慮，詳見夏鑄九、顏厥安、王增勇、王卓脩，*我國性產業與性交易政策之研究期末報告書*，*行政院內政部婦女權益促進發展基金會*，2002 年 10 月 31 日，頁 50 以下。但該文中主張，平等原則在此處的真正重點，並不在於罰娼與罰嫖的平等，而是抵觸了 Dworkin 所謂之「平等的關懷與尊重」，亦即國家應該儘可能地保持對價值觀與生活方式的中立態度。
- 註八：詳請參見李震山，*憲法未列舉權保障之多元面貌—以憲法第二十二條為中心，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心*，元照，2007 年 9 月，二版，頁 3 以下。
- 註九：學者官曉薇則是主張，性行為自由之內容包括下列三種：1、性自主權；2、決定與何人發生性行為之自由；3、決定如何發生性行為之自由。參見氏著，*性、謊言、婚外情—從大法官解釋釋字第五百五十四號解釋談性行為自由之憲法基礎與架構*，*判解研究彙編*（八），頁 29。
- 註十：Pieroeth/Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 22. Aufl., 2006, Rn. 368.
- 註十一：Pieroeth/Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 22. Aufl., 2006, Rn. 373.

- 註十二：Pieroeth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006, Rn. 369.
- 註十三：Vgl. Bumke/Vobkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 5. Aufl., 2008, S. 77-78.; Sodan/Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, 2. Aufl., 2007, § 27, Rn. 7.; Jarass/Pieroeth, Grundgesetz Kommentar, 10. Aufl., 2009, Art. 2, Rn. 48.; Di Fabio, in: Maunz/Durig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2003, Art. 2 Abs. 1, S. 196.; Silberkuhl, Art. 2 GG - LNK - Personliche Freiheitsrechte, 2009, Rn. 30. (特別提及是受到第 2 條第 1 項與第 1 條第 1 項保障)。不同意見，參見 Dreier, Grundgesetz Kommentar, 1996, Art. 2 I, Rn. 25. (認為是屬於一般行動自由所保障)。就此不同見解之爭議，應與「性自主權」與「性行為自由」；「一般人格權」與「一般行動自由」兩組概念內涵與範圍不盡相同有關。
- 註十四：在此基礎上，Di Fabio 指出，隱匿親密關係以及伴隨而來的非婚生子女之生父，又如在婚姻、類似婚姻之結合關係或是與變性伴侶，異性戀與同性戀之生活方式等，均屬於性自主權之範圍內。此外，氏進而主張，從性自主保障可得推導出的是，個人具有去實現他可能既存的天性而成為變性人 (Transsexueller)，參見 Di Fabio, a. a. O., S. 196-197. 相同見解，另參見 Jarass/Pieroeth, a. a. O., Rn. 48. 德國聯邦憲法法院亦曾多次針對變性議題作出裁判，參見 BVerfGE 49, 286/297ff.; 60, 123/134; 88, 87; 115, 1; 116, 243/264. 中文文獻，可參見張永明，德國變性人法案與著名憲法裁判簡介，台灣法學雜誌第 118 期，2008 年 12 月 15 日，頁 53 以下。
- 註十五：德國聯邦憲法法院在性教育一案中亦有相同見解，Vgl. BVerfGE 47, 46, 73-Sexualkunde, zit. nach Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 10. Aufl., 2004, Art. 2, Rn. 31.
- 註十六：Silberkuhl, a. a. O., Rn. 30.
- 註十七：ohlinger, Verfassungsrecht, 7. uberarbeitete Aufl., 2007, Rn. 812. ; 另參照 VfSlg 8272/1978, 8907/1980.
- 註十八：Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2008, Rn. 1395. ; 另參照 VfSlg 9252/1981, 11.926/1988.
- 註十九：李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，憲政時代第 26 卷第 2 期，2000

年 10 月，頁 76 以下。

註二十：Grabitz, Das übermabverbot, in: Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 95f. 表示在立法目的設定上，立法者享有幾乎是恣意禁止之自由空間。

註二十一：Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl., 2009, Art. 20 Rn. 149.

註二十二：我國法部分，可參見許宗力，比例原則之操作試論，法與國家權力（二），2007 年 1 月，頁 123 之分析；此外，德國學者 Schlink 亦指出，德國聯邦憲法法院對於立法目的之合憲性，向來採取極為寬鬆之審查態度，原則上推定其合憲性。Vgl. Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, Bd. II, S. 450. 此亦可從合憲解釋原則之運用來理解，蓋解釋者之所以優先採取合憲解釋之方法，其基本思維之一即在於以規範維持（Normverhalten）為依歸，避免宣告法規範違憲無效，有助於維護法安定性，若從權力分立原則觀察，亦可認係釋憲者尊重立法者與維護立法成果之結果。就此可參見 Ludemann, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, S. 28-29.

註二十三：學者陳愛娥亦指出，德國模式以立法目的為獨立之審查對象並僅審究目的本身之合憲性，其中包含對立法政策方向選擇自由之尊重。參見氏著，基本權限制之審查基準，司法院大法官釋憲六十週年學術研討會：違憲審查基準與社會國原則（上冊），2008 年 9 月 20 日，會議論文頁 26。

註二十四：詳見許育典，多元文化國下色情管制的憲法正當性—以中央大學性／別研究所動物戀網頁案為例，東吳法律學報第 17 卷第 2 期，2005 年 12 月，頁 68-69。另請參見黃榮堅，性交易與刑法上妨害性自主概念關係之研究，自由·責任·法—蘇俊雄教授七秩祝壽論文集，2005 年 8 月，頁 307 以下；同氏著，對於性交易的刑法觀點—兼評大法官釋字第 623 號解釋，政治與社會哲學評論第 23 期，2007 年 12 月，頁 194 以下。

註二十五：例如賭博行為，一般均將其界定為違反善良風俗之行為，惟立法者亦得採取程度、範圍不同之有效管理措施，以取代全面禁止。參見公益彩券發行條例（特別是第 20 條規定「若有影響社會安寧或善良風俗之重大情事者，經主管機關函送立法院同意後，得停止其繼續發行。」）以及離島建設條例第 10-2 條規定開放離島設置觀光賭場，並於同條第 5 項規定「依

前項法律特許經營觀光賭場及從事博弈活動者，不適用刑法賭博罪章之規定。」

註二十六：例見，甯應斌，性工作是否為「工作」？—馬克思的商品論與性工作的社會建構論，台灣社會研究季刊第 46 期，2002 年 6 月，頁 87-139。詳盡介紹與整理，參見何春蕙編，性工作：妓權觀點，巨流圖書，2001 年 4 月。

註二十七：夏鑄九、顏厥安、王增勇、王卓脩，我國性產業與性交易政策之研究期末報告書，行政院內政部婦女權益促進發展基金會，2002 年 10 月 31 日，頁 51；蔡宗珍，性交易關係中意圖得利者之基本權地位的探討，律師雜誌第 228 期，1998 年 9 月，頁 72 以下。

註二十八：蔡宗珍，前揭文，頁 73。氏更進一步於該文註釋 11 指出，德國聯邦憲法法院即曾指出，構成職業的活動須以「受允許的」(erlaubt) 行為為前提，BverfGE 7, 377 (397)。另指引參考 Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 10. Aufl., 1994, Rn. 877。惟此一著作較新版本之同書已修正見解，詳後述。

註二十九：參見夏鑄九、顏厥安、王增勇、王卓脩，前揭書，頁 51-52。

註三十：參見該次「「台北市廢娼事件中之憲法問題」研討會之會議紀錄(下)」，羅明通律師與陳愛娥教授之發言，律師雜誌第 229 期，1998 年 10 月，頁 89、95。

註三十一：整理自 Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006., Rn. 810ff.; Scholz, in: Maunz/Durig, Grundgesetz. Kommentar, Bd. I, 1996, Art. 12, Rn 24f. 以及中文文獻，參見劉建宏，德國法上之職業自由，憲政時代第 18 卷第 2 期，1992 年 10 月，頁 60-61。顏厥安，性工作是否違反人性尊嚴或善良風俗—以德國聯邦行政法院「偷窺秀判決」作為探討對象，夏鑄九、顏厥安、王增勇、王卓脩，我國性產業與性交易政策之研究期末報告書，行政院內政部婦女權益促進發展基金會，2002 年 10 月 31 日，頁 142 以下(附錄一)。惟聯邦憲法法院後來見解是以所謂「職業圖像」(Berufsbild) 的說法，加以理解職業概念，參見 Tettinger, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AoR 108 (1983), S. 100ff.

註三十二：Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006, Rn. 810ff.

- 註三十三：Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., 2005, Art. 12 Abs. 1, Rn. 42.
- 註三十四：詳細討論，參見 Scholz, in: Maunz/Durig (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 12, Rn 25.; Hofmann, in: Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 10. Aufl., Art. 12, Rn. 28. 其中德國學者 Wesel 於 1999 年發表「娼妓作為職業」(Prostitution als Beruf) 一文，其回顧 19 世紀以來的爭議，最後總結地認定，「吾人已經相當自由，但還不夠自由。娼妓必須被承認為職業，而列為基本法第 12 條之保障」參見 Wesel, Prostitution als Beruf, NJW 1999, 2865-2866.
- 註三十五：Kurz, in: Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, § 120, Rn. 1-20.
- 註三十六：Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 9. Aufl., 2003, § 21 I, Rn. 1. (原著所引條文係第 184a 及第 184b，經查新法修正為第 184e 及第 184f)
- 註三十七：德國聯邦憲法法院亦多次針對管制性交易行為之法規進行審查，其主要重點在於規範管制區之法規命令是否符合明確性要求。參見 Bundesverfassungsgericht Kammerentscheidungen—Verbot der Prostitution—Sperrgebietsverordnung, NVwZ 4/2009, S. 239-240.; NVwZ 14/2009, S. 905-908.
- 註三十八：Maurach/Schroeder/Maiwald, a. a. O., Rn. 2.
- 註三十九：Maurach/Schroeder/Maiwald, a. a. O., Rn. 3.
- 註四十：Wolters/Horn, SKStGB II, 8. Aufl., 2004, § 180a, Rn. 1a.
- 註四十一：針對性工作者法律關係法生效後，對於刑法相關條文解釋及適用上的介紹，請參見黃榮堅，對於性交易的刑法觀點—兼評大法官釋字第 623 號解釋，政治與社會哲學評論第 23 期，2007 年 12 月，頁 191。依學者黃榮堅之說明，內容相似的德國刑法第 180a 條，舊條文所冠上的罪名簡稱是資助性交易 (Forderung der Prostitution)，新條文所冠上的罪名簡稱是對性交易者的剝削 (Ausbeutung von Prostitution)，新法之立法目的並不是禁娼或是對於性秩序的維護，而是對於從事性工作者之廣泛自主權的維護，亦即保護其個人自由及經濟獨立。另可參見張天一，引誘媒介性交或猥褻罪之問題檢討—以性交易行為之可罰性為中心，軍法專刊第 47 卷，2001 年 7 月，頁 38。

- 註四十二：Manssen, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., 2005, Art. 12 Abs. 1, Rn. 42.; 而 Pieroth/Schlink 亦認為，娼妓已屬職業，因為具有對價之性交易行為依性工作者法律關係法已屬一項具有法律效力的請求，參見 Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006, Rn. 811. 另針對性工作者法律關係法通過後，對於民、刑等其他法秩序的影響，可參見 Lehmann, Prostitution und gestattenrechtliche Unsittlichkeit im Wandel der Zeit, NVwZ 14/2009, S. 888-891.
- 註四十三：參見柯格鐘，稅法之解釋函令的效力—以稅捐實務上娼妓所得不予課稅為例，成大法學第 12 期，2006 年 12 月，頁 61 以下。
- 註四十四：學理上對於基本權競合之理解，出入不大，基本上均以「同一基本權主體之某特定行為，同時符合數個基本權之構成要件，而受數個基本權競合保護」界定之，基本權競合概念之提出，其目的在於探討究應根據哪一基本權以判斷國家所為干預行為的合憲性的問題。參見董保城·法治斌，憲法新論，2004 年 10 月，元照，頁 198 以下。
- 註四十五：就本案而言，性自主權與職業自由兩者間並不存在特別—普通關係，蓋兩者保護領域之構成要件並不相同，受保護之行為方式亦有差別，無法僅以職業自由充分保障系爭規範所涉及之行為。至於性自主權以憲法第 22 條作為依據，並不意謂著，若個案中涉及其他憲法明定之基本權利，即排除憲法第 22 條保障之性自主權。關於基本權競合的理論，詳見 Stern/Sachs, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S. 1365-1408.

抄臺灣宜蘭地方法院函

發文日期：中華民國 98 年 5 月 8 日

發文字號：宜院瑞文字第 0980000384 號

主旨：檢呈本院宜蘭簡易庭法官林俊廷審理社會秩序維護法案件就該法認涉有違憲之聲請書及附件（本院 98 年度宜秩字第 32 號、同年度宜秩字第 33 號、同年度宜秩字第 36 號卷宗影本各 1 宗），恭請鑒核。

說明：本院受理之 98 年度宜秩字第 32 號、同年度宜秩字第 33 號、同年度宜秩字第 36 號違反社會秩序維護法案件，承審法官就社會秩序維護法第八十條第一項第一款規定，認有抵觸憲法第二十三條、第七條之疑義，業已裁定停止審理，而有聲請解釋憲法之必要。

院 長 黃 瑞 華

## 抄林俊廷法官釋憲聲請書

### 壹、聲請解釋憲法之目的

為社會秩序維護法第八十條第一項第一款規定（以下簡稱系爭規定），發生抵觸憲法第二十三條、第七條之疑義，聲請解釋並宣告系爭規定全部或部分違憲而無效。

### 貳、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

一、按憲法為國家最高規範，法律抵觸憲法者無效，法律與憲法有無抵觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院大法官審理，憲法第一百七十一條、第一百七十三條、第七十八條及第七十九條第二項定有明文。憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守憲法之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律有合理之確信，認為有抵觸憲法之疑義者，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋憲法，司法院釋字第三七一號解釋著有明文。

二、現行社會秩序維護法第八十條第一項第一款規定：意圖得利與人姦、宿者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰。逾越憲法第二十三條所規範之「比例原則」及第七條之「平等原則」，致生下述違憲疑義。

三、本院審理九十八年度宜秩字第三二號、同年度宜秩字第三三號及同年度宜秩字第三六號之社會秩序維護法案件，經宜蘭縣警察局宜蘭分局移送陳○花、楊○淑、莊游○梅三人，本院認為其所應適用之系爭規定，有抵觸憲法第二十三條、第七條規定之疑義，業已裁定停止其審理程序。

### 參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

#### 一、關於系爭規定有違「比例原則」之部分：

憲法第八條、第十五條規定人民身體之自由與財產權應予保障。法律對於人民自由之處罰或剝奪其財產權，除應有助於達成立法目的，尚須考量有無其他效果相同且侵害人民較少之手段，處罰程度與所欲達成目的間並應具備合理必要之關係，方符合憲法第二十三條規定之比例原則，前經釋字第四七六號解釋闡釋相關見解在案。系爭規定處以拘留及罰鍰之規定，具有限制人民自由權及財產權之性質，自應符合憲法上「比例原則」之檢驗，以下即分別予以說明：

#### （一）目的正當性之檢驗：

按社會秩序維護法第一條規定：為維護公共秩序，確保社會安寧，特制定本法。故系爭規定必須有助於「公共秩序之維護」、「社會安寧之確保」兩項目的，始符「目的正當性」。又所謂「公共秩序」、「社會安寧」者，皆屬不

確定之法律概念，其定義難以一概而論，惟皆以保障公眾之安全與自由為主要核心。經查：男女之間之性行為，除有妨礙他人權利者，並非國家制裁之對象，系爭規定處罰之重點明顯置於「意圖得利」此點。立法者認為性行為不應存有對價關係，如有對價關係，將造成行為人藉由性行為而獲利，有礙善良風俗。然而，行為人藉由性行為而獲利本身，並無直接侵害公眾之安全與自由或侵害他人權利，其行為亦無招致其他權益受害之危險而必須提前予以處罰，系爭規定只是反應立法者的道德價值觀，並無助於維護公共秩序與社會安寧之立法目的。況世界先進各國，對於性工作之觀念，已由消極之防堵轉為積極之管理，此乃各國考量藉由性行為而獲利，乃人類長久以來的社會行為之一，即便國家法令予以嚴厲禁止處罰，實際上均難以防堵。各國民情雖有不同，但系爭規定是否有助於前開立法目的之達成，在憲法層次上非無研議之必要。

(二) 手段必要性之檢驗：

以本件聲請釋憲之三件案例為例，被移送人之年齡分別為四十一歲、五十一歲及五十九歲，屬於中高年齡之婦女，彼等之獲利均為每次數百元而已，如非謀生能力有限，家計需要維持，焉能背負社會之負面觀感而繼續從事此等行為？藉由性行為而獲利者，雖非全部屬於經濟上之弱者，但中高齡之行為人，多數均有經濟上之壓力，且彼等在一般就業市場上亦屬於弱勢地位。現代社會法治國家，除負有傳統消極行政或高權行政之任務以外，並負有積極行政或給付行政之任務，處於社會經濟之弱勢者，藉由出賣肉體而以性行為獲利，雖非吾人所樂見，亦非目前社會風俗所能接受，但國家動輒以處罰方式限制彼等之自由或財產，實非現代社會法治國家之應有態度。如以我國之國情而論，立法者認為政策上無法開放性行為產業成為特種營業，仍須予以禁止者，國家是否應先尋求其他前置措施或替代措施，亦即以其他最小侵害性之手段先行為之？例如經過先行輔導彼等就業之前置程序，如行為人經過該等程序仍然從事性交易行為時，始以社會秩序維護法之規定予以處罰，避免對於社會弱勢者逕予處罰，不符手段必要性即最小侵害性。

(三) 限制妥當性之檢驗：

系爭規定處罰行為人拘留三日或新臺幣三萬元以下罰鍰之制裁，考量從事性交易之行為人，如屬社會弱勢別無其他謀生方法者，上述處罰根本無法禁絕其繼續以此方式獲利，因為其有經濟上之需要仍須藉此獲利；如屬觀念偏差而有其他謀生能力者，上述處罰亦無法禁絕其繼續以此方式獲利，因為上述制裁不足以導正其觀念。蓋藉由性行為獲利者，本身並無侵害他人權益，本質上屬於經濟或觀念之問題，而非對他人造成危險或侵害之問題，此與一般刑事或行

政處罰係為保障公益或他人權益而須以制裁方式為之的性質有別。是系爭規定採取之手段與達成之目的之間並無合理之關聯，不符限制妥當性之要求。

## 二、關於系爭規定有違「平等原則」之部分：

按憲法第七條規定，人民在法律上一律平等，其內涵並非指絕對、機械之形式上平等，乃係保障人民在法律上地位之實質平等，此有釋字第六四八號解釋之理由書參照。故「平等原則」之憲法檢驗，端視系爭規定對於同一行為是否有「合理之差別待遇」。以下乃分別予以說明：

### （一）違反男女平等：

系爭規定形式上雖無規定僅處罰女性之行為人，然而，實務上處罰男性之行為人者，實屬罕見。其原因在於從事性交易獲利之行為人，多數均為女性，而非男性，此與女性一般不願支付對價關係換取與男性為性行為之社會情況及生理需求有關，而男性對於支付對價關係換取與女性為性行為之機會，態度上較為接受。而系爭規定僅處罰藉此獲利之行為人，卻不處罰支付對價之行為人，亦即不處罰一般俗稱之「嫖客」。警察臨檢查獲時，女性之行為人將遭致系爭規定之處罰，男性之行為人卻只有在警察局製作筆錄而已，並無任何法律責任可言，導致從事同一性交易行為之兩造，女性受罰，男性無責，有違憲法所保障「男女平等」之平等原則。如果立法者真是認為性交易為法所不容，何以僅處罰通常是女性之性行為人，卻豁免通常是男性之性行為人？顯見系爭規定在現實上具有歧視女性的疑慮。

### （二）違反經濟平等：

系爭規定僅處罰獲利之行為人，而支付對價之行為人卻無責任，也造成在性交易行為之兩造中，處於經濟弱勢之一方即獲利之行為人，與處於經濟強勢之一方即支付對價之行為人，彼此因為經濟地位之不同而有差別待遇之問題。要言之，有能力支付對價之行為人，不因從事性交易行為而受罰，需要藉此獲利之行為人，卻因從事性交易行為而受罰，無形中，使得經濟能力之強弱，成為是否受罰之標準，系爭規定實質上亦有違憲法所保障「經濟平等」之平等原則。

## 肆、結論

我國是否開放允許合法從事性交易行為，在立法政策上，固為立法機關之「立法裁量」，非司法機關所能審查，但系爭規定在實務上適用之結果，造成從事性交易行為之中高齡婦女在面臨經濟困境下，承受社會負面觀感而藉此獲利，卻僅有彼等遭到系爭規定之處罰，而與之性交易之男性行為人無庸負擔法律責任之扭曲現象。系爭規定淪於立法者片面的道德價值觀之反應，在憲法層次上是否符

合「比例原則」及「平等原則」之檢驗，而違反現代社會法治國家之憲法價值，非無疑義。聲請人基於對系爭規定有合理之確信，認為有抵觸憲法之疑義，提出上述客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，爰請鈞院大法官本於「憲法守護者」之地位，宣告系爭規定全部或部分違憲，以保人民權益。

此 致

司 法 院

聲請人：臺灣宜蘭地方法院宜蘭簡易庭

法官 林 俊 廷

中 華 民 國 九 十 八 年 五 月 四 日

抄林俊廷法官聲請補充理由書

#### 壹、聲請解釋憲法之疑義及聲請解釋憲法之理由

聲請人前於民國九十八年五月間曾針對社會秩序維護法第八十條第一項第一款規定（下稱系爭規定）涉及違憲乙節，向鈞院大法官聲請解釋憲法在案。聲請人因承辦業務之故，陸續受理與系爭規定相關之其他案件，包括本院九十八年度宜秩字第四十七號、四十九號、五十號、五十三號之案件，業已依法裁定停止審理，上述案件因與前開聲請釋憲之內容相同，相關理由論述，均援引前開聲請釋憲書之理由，資不贅述，以下僅提出補充理由，合先敘明。

#### 貳、補充理由

聲請人提出釋憲聲請書之後，根據媒體報導，今年以來，立法院有委員提出系爭規定之修正案（如附件一），行政院亦有通盤檢討系爭規定及性工作者管理法規的重要宣示（如附件二），民間團體也有倡議廢除罰則的主張（如附件三），且有是否要設專區的討論（如附件六）。而專家中，有以性別宰制觀點反對承認性工作者工作權，而僅主張不罰者（如附件四），亦有從經濟角度分析主張開放管理者（如附件五）。足以顯現系爭規定之存廢及修正，深受立法、行政及民間之關注。作為「憲法守護者」的代表：鈞院大法官，對於系爭規定及其所涉及的憲法價值及觀點，究竟為何，如能藉由此項釋憲案件予以闡釋及說明，將有助於未來修法之方向能切實符合憲法之精神，彰顯人權保障及社會公益。

固然，司法釋憲者之角色扮演，不應取代立法者之角色扮演，雖然系爭規定有可能在釋憲結果出現以前，業已修正或廢止，但本項釋憲仍具有下述之意義：

#### （一）修法前空窗期的適用：

系爭規定未來如何修正，誠屬立法者之選擇，但除非立法者採取溯及既往的規定，否則，本件釋憲案之四名當事人及前開釋憲案之三名當事人，依然無

法適用修正後之系爭規定，則本件釋憲案的結果，將有助於指引司法機關、警察機關於修法前應如何適用系爭規定，提供具體而適切的準則。

(二) 憲法層次的同步檢驗：

一般而言，釋憲者通常是針對業已完成立法的法律，以憲法層次檢驗其合憲或違憲，是屬於「過去式」的憲法價值檢驗。由於系爭規定之相關修法及討論，現已由立法機關及行政機關予以檢討中，則鈞院適時的釋憲結果，勢必會影響立法機關及行政機關對於系爭規定的修正及檢討，可以說是「現在式」的憲法檢驗，除了提供憲法上當為及應為的具體指引，亦可避免系爭規定修正後與憲法價值的落差。就某種程度而言，可謂透過憲法層次的同步檢驗，實質參與了修法的方向。

叁、結論

現代社會法治國家面臨了各種價值觀的對立與衝突，立法機關及行政機關往往由於性質及功能所需，從「民意」與「專業」當中，擇定了某種價值觀予以立法，但其選擇之立法內容，於具體適用法律之結果，是否有違反現代憲法人權保障的問題，則有賴鈞院大法官予以闡釋釐清。聲請人前已提出具體理由，認為系爭規定在憲法層次上是否符合「比例原則」及「平等原則」之檢驗，實有疑義，茲因後續受理之案件，有相同之情形，於此提出補充理由，爰請鈞院大法官本於「憲法守護者」之地位，宣告系爭規定全部或部分違憲，以保人民權益。

此 致

司 法 院

聲請人：臺灣宜蘭地方法院

法官 林 俊 廷

中 華 民 國 九 十 八 年 九 月 八 日

抄臺灣宜蘭地方法院函

發文日期：中華民國 98 年 10 月 7 日

發文字號：宜院瑞文字第 0980000790 號

主 旨：檢呈本院羅東簡易庭法官楊坤樵審理社會秩序維護法案件就該法認涉有違憲之聲請書及附件（本院 98 年度羅秩字第 11 號、同年度羅秩字第 12 號裁定正本各 1 件），恭請鑒核。

說 明：本院受理之 98 年度羅秩字第 11 號、同年度羅秩字第 12 號違反社會秩序維護法案件，承審法官認應適用之社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定，認有抵觸憲法之疑義，業已裁定停止審理，而有聲請解釋憲法之必要。

院 長 黃瑞華

抄楊坤樵法官釋憲聲請書

聲請人於受理宜蘭縣政府警察局羅東分局移送之違反社會秩序維護法案件（臺灣宜蘭地方法院 98 年度羅秩字第 11、12 號）時，對於應適用之社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定，依合理之確信，認其內容有抵觸憲法之情，乃以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信該規定違憲之具體理由，爰依司法院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號解釋意旨，提出釋憲之聲請，並將有關事項敘明如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款「意圖得利與人姦、宿者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰」之規定，侵害憲法所保障之性行為自由、工作權及平等權等基本權利，且違反比例原則及平等原則，發生有抵觸憲法第 23 條及第 7 條之疑慮，爰提出釋憲之聲請，聲請宣告系爭規定違憲，並停止適用。

貳、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

一、疑義之性質及經過

（一）茲因被移送人陳○雲（女，○年○月○日生）分別於民國 98 年 8 月 13 日上午 7 時及 9 時許，在宜蘭縣○○鎮○○路○段○○號○樓內與鄭○（男，○年○月○日生）、方○懽（男，○年○月○日生）發生有對價關係之性交行為，經宜蘭縣政府警察局羅東分局以其違反社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款、第 2 款規定移送（98 年 8 月 24 日警羅偵字第 0983104458 號、98 年 8 月 18 日警羅偵字第 0983104344 號），現由宜蘭地方法院羅東簡易庭以 98 年度羅秩字第 11、12 號審理中。該等案件應適用之社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定，限制人民之性行為自由、工作權及平等權，有違反比例原則、平等原則之疑義。

（二）本件被移送人除涉有社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款外，另涉有社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 2 款，該款規定，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 3 日以下拘留或新臺幣 3 萬元以下罰鍰。條文所稱之「拉客」所指為何或有解釋之空間，惟吾人考量此規定亦涉及人民性行為自由及職業自由之限制，應以從嚴解釋為當，是除積極之拉扯行為，或違反他人意思，而以堵阻去路、強行糾纏等方式，以達意圖賣淫或媒合賣淫之目的，可視為「拉客」外，單純之私下勸誘、招攬等均不屬於「拉客」之文義，附此敘明之。

## 二、涉及之憲法條文

憲法第 7 條、第 15 條、第 22 條、第 23 條。

### 叁、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場及見解

#### 一、有關社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款之適用

社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定，意圖得利與人姦、宿者，處 3 日以下拘留或新臺幣 3 萬元以下罰鍰，就其構成要件以觀，只要有牟取利益之主觀意思，而為姦、宿之客觀行為者，即有上開規定之適用，不以利益之取得為必要，此構成要件所規範之行為一般以「性交易」稱之。又其僅限於處罰意圖得利者，並不處罰尋歡客（嫖客），因而有所謂「罰娼不罰嫖」之說法。於本案（宜蘭地方法院羅東簡易庭 98 年度羅秩字第 11、12 號），被移送人陳○雲與男客為性器接合之性交行為後，即向男客收取新臺幣 300 元現金，被移送人之客觀行為及主觀意思均與社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定之構成要件相吻，應有該規定之適用。

#### 二、社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款限制人民之性行為自由、工作權及平等權

- (一) 憲法基本權之保障範圍有其本質上之內在界限，對於嚴重危害人民生命、身體、財產之惡行，應排除於基本權保障範圍外，此所以不承認職業殺手、販毒集團、詐騙集團或縱火犯享有憲法保障之一般行為自由。然性交易與上開惡行有明顯之差異，不宜一概而論。單就我國現行刑事法規範，對於性行為之處罰僅限於侵害他人性自主決定或出於保護未成年人身心發展、優生學等目的，並不處罰單純以金錢為對價而與他人發生性關係之行為，是性交易本質上與上開惡劣行為不同，自憲法保障人民基本權利不應有漏洞之角度，不宜自始即將性交易排除於憲法保障之範圍外。
- (二) 司法院釋字第 554 號解釋文謂：「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。」是性行為自由為我國憲法第 22 條所保障之基本權利已有規範上之依據。性行為自由之內涵不僅包括被動性自主之保障，即拒絕性行為之尊重，也包括主動性自主，即尋求性關係之自由（註一），由於性交易是一方提供性交服務，一方給付對價，在沒有強暴、脅迫或傳染疾病之特殊情況下，是你情我願的契約關係，自應為性行為自由之保障範圍。
- (三) 憲法第 15 條規定之工作權，保障人民從事工作並有選擇職業之自由，司法院著有釋字第 404 號、第 510 號、第 584 號、第 612 號、第 634 號、

第 637 號、第 649 號等多號解釋在案，而職業自由所欲保障者為人民於營利活動領域中，就工作種類、性質、場所等自由選擇之權利，國家原則上不得強制人民接受特定之工作，也不容國家限定「職業」之定義與種類，只要是營利性且具有持續性之活動，即可主張此等營利活動為「職業」，無須有客觀上之經濟性價值或所謂足以促進人格發展之價值（註二），依此，吾人似不宜逕予否定性交易作為職業類別之一種。雖有論者認為性交易是出賣、物化身體之行為，有違人性尊嚴，不宜肯定，然一項人類活動能否被視為工作或商品，取決於社會的制度、權力關係與組織方式（註三）。在資本主義體制下，勞動力的商品化早已是創造經濟成長之必然，除了使人淪為奴隸外，勞動階級出賣勞動力之行為已少有人視為物化的過程，則何以單獨反對性勞動之商品化？事實上，提供性交易者係以個人身體、勞力賺取金錢，與其他絕大多數之職業並無不同，自無排除於憲法工作權保障範圍外。

- （四）憲法第 7 條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」此一規定除具有客觀法規範之意涵外（平等原則），亦具有主觀公權力之性質，對於無正當事由受差別待遇之人民應有權利保障之功能。社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定，僅處罰性交易關係中性服務之提供者，而不處罰接受性服務、給付對價之相對人，因而有「罰娼不罰嫖」之說法，立法者在此明顯地對於提供性服務者與接受性服務者採取了差別待遇，造成性交易當事人法律上地位之不平等，自然涉及平等權受侵害之疑慮（註四）。

### 三、對社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定之審查應採取從嚴審查基準

司法院釋字第 649 號解釋理由書謂：「對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制。至人民選擇職業之自由，如屬應具備之主觀條件，乃指從事特定職業之個人本身所應具備之專業能力或資格，且該等能力或資格可經由訓練培養而獲得者，例如知識、學位、體能等，立法者欲對此加以限制，須有重要公共利益存在。而人民選擇職業應具備之客觀條件，係指對從事特定職業之條件限制，非個人努力所可達成，例如行業獨占制度，則應以保護特別重要之公共利益始得為之。且不論何種情形之限制，所採之手段均須與比例原則無違。」解釋理由明確地採取不同之審查基準，認為對非個人因素之職業限制應採取從嚴審查之標準，證明有管制必要性之舉證責任應由國家承擔。本件社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款雖未明文禁止性交易，然因其制裁效果，實質上具有禁止從事性服務之意，相當於國家對於性

交易為一種職業類別之全盤否定，自應採取最嚴格之審查基礎。

#### 四、社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款不具備憲法第 23 條規定之公益動機

憲法第 23 條規定，只有出於防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益之目的，始得以法律限制人民之自由權利。社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款限制人民之性行為自由、職業自由及平等權，已如上述，惟其立法目的是否合於憲法第 23 條規定實有疑義。由於性交易之當事人均係出於自願，無暴力、脅迫之強制行為，並不涉及「妨礙他人自由」與「緊急危難」之情形，且由於公共利益仍係眾多個人利益之彙整，亦難想像禁止性交易有何「增進公共利益」之作用，較有可能者即為社會秩序維護法第 1 條所稱「維護公共秩序，確保社會安寧」。然公共秩序、社會安寧是個抽象的概念，每每隨著時間、地域、教育程度及人數多寡而有差異，甚且民主、開放之社會不可能強求秩序、觀念之同一，否則即與法西斯、共產極權無異，是所謂「維持社會秩序」應僅能著重於社會共同生活所不可或缺之基本規範，而不應有道德、風俗及情緒性之價值判斷。觀諸人類社會之經濟活動無一不是依靠身體之一部完成，有勞心者憑藉智慧、腦力；有勞力者憑藉手、腳運動經營自己之經濟生活，無論是憑藉身體之何部位，都是個人身體之自我支配與掌握，如何危及公共秩序、社會安寧，是社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款不具備憲法第 23 條所列限制基本權利之公益理由（註五）。

#### 五、社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款違反比例原則

- (一) 縱使社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款具備憲法第 23 條規定之公益動機，亦與憲法第 23 條發展出之比例原則不符，該原則強調手段與目的間之合理聯結，其內涵包括：(1) 適宜性，即限制基本權利之規範必須能達到規範所預定之目的。(2) 必要性，即在適合達到相同目的之多種手段中，選擇對人民侵害最小者。(3) 狹義比例性，即對於基本權利所造成的侵害程度與所欲達成之目的間，應合理且符合比例，而無不相稱之情形。社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款與上述 3 項子原則均有違背，詳述如後。
- (二) 就適宜性而言，由於社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款保障之法益、目的不明，管制手段要達成何種規範目的本身就是一個問題。即便是訴諸於社會安寧此類空泛之目的，對於此人類文明千百年來長期存在之特殊行業，也很難想像社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定對社會安寧究竟改善、維護了些什麼。甚且，現時性觀念、社會風氣之開放及視聽網路之發達，所謂「援助交際」、「一夜情」、「炮友」等用以描述社會現象之用語早已充斥於我們的日常生活之中，性產業（諸如成人電影、雜誌、小說、網站、情趣用品

、脫衣舞孃、鋼管秀等)更是蓬勃發展,此均可反應社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款並無助於改善社會風氣之良善。反而因為法令之禁止,致使性交易者長期遭受污名化,進而地下化,增加行業管制之困難,犯罪黑數顯然更為可觀,是就手段能否達成管制目的之評估顯然缺乏實證及數據上之支持。

(三)就必要性而言,社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款對性交易採取完全禁絕之態度,然比較英國、荷蘭、德國、澳洲等先進國家就性交易之管制模式,可知現行的管制手段並非對人民侵害最小者。由於現行全面禁止,違者處罰之管制手段,不僅無助於管制目的,甚且導致性交易工作者遭遇黑道、經紀人、客人、老鴇,甚至員警之暴力、脅迫、剝削或債務不履行(白嫖)時,礙於自身行為亦屬違法,而有求助無門之困境。其實觀諸人類社會發展,應可清楚認知性交易根本無從禁絕,與其任由地下化、污名化,衍生更多的剝削、宰制、暴力、衛生、市容等問題,不如直接明白了當地承認性交易作為一種特殊之職業類別,固然應受管制,但管制之手段應僅侷限於營業之方式、時間、地點等執行業務之細節事項,此與現行全面禁止,違者處罰之管制手段相比,顯然是對人民(即從事性交易工作者)權利侵害較小之手段,且有助於保護性交易工作者免於暴力、脅迫及剝削。

(四)就狹義比例性而言,由於從事性交易在現今社會之主流道德評價上仍處較為負面的觀點,是非萬不得已,甚少有人願以從事性交易為其一生職志,從事此一行業者多有不得已之苦衷,且絕大多數都是經濟窘迫且無一技之長之弱勢族群,其等長期處於社會邊緣,唯一的謀生工具就只有人類最原始的肉體,完全禁絕其等從事此行業,無異於剝奪其生存工具,對其權利侵害之程度極為重大,而侵害、剝奪其等權利之目的卻僅係為空泛且純屬主觀感受之社會安寧,其間之荒謬與不符比例不言可喻。

#### 六、社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定違反平等原則

現行「罰娼不罰嫖」之立法,對於提供性服務者與接受性服務者採取了差別待遇,此差別待遇之基礎在於是否意圖得利,意圖得利之賣方受處罰,給付對價之買方則不受處罰,惟以此作為差別待遇之基礎顯不符事物本質而不具合理性。蓋性交易係指有對價關係之性行為,係當事人兩造自願、合意、共同促成的買賣行為,而如上所述,立法者禁止此有對價關係之性行為應係出於對「維護公共秩序,確保社會安寧」之想像,所著重者就是性交易這個關係本身,與何人得利並無關聯。再者,供給與需求是相互影響的,有需求始有供給,亟需性服務之買方對於性交易之存在與否有著決定性之因素,既然買方與賣方共同肇致性交易的發

生，何以僅罰賣方，不罰買方，此一規定顯然有違平等原則。

#### 七、註釋

註一：黃榮堅，對於性交易的刑法觀點—兼評大法官釋字第 623 號解釋，刊於：政治與社會哲學評論第 23 期，民國 96 年 12 月，第 199 頁。

註二、蔡宗珍，性交易關係中意圖得利者之基本權地位的探討，刊於：律師雜誌第 228 期，民國 87 年 9 月，第 73 頁。

註三、甯應斌，性工作是否為工作？馬克斯的商品論與性工作的社會建構論，收於：異議（下冊），徐進鈺、陳光興編，臺灣社會研究雜誌社，民國 97 年 9 月出版，第 120 頁。

註四、陳宜中，性交易該除罪化嗎？對性別平等論證的幾點省思，刊於：政治與社會哲學評論第 27 期，民國 97 年 12 月，第 1 頁以下。

註五、蔡宗珍，性交易關係中意圖得利者之基本權地位的探討，刊於：律師雜誌第 228 期，民國 87 年 9 月，第 71 頁；張天一，引誘媒介性交或猥褻罪之問題檢討—以性交易行為之可罰性為中心，刊於：軍法專刊第 74 卷第 7 期，民國 90 年 7 月，第 35 頁。

#### 肆、關係文件之名稱及件數

臺灣宜蘭地方法院羅東簡易庭 98 年度羅秩字第 11、12 號裁定各 1 件。

此 致

司 法 院

聲請人 臺灣宜蘭地方法院

法官 楊 坤 樵

中 華 民 國 九 十 八 年 九 月 二 十 一 日

（本件聲請書其餘附件略）

資料來源：司法院司法周刊第 1465 期 1 版司法院公報第 52 卷 2 期 8-72 頁司法院大法官解釋（二十二）（99 年 7 月版）第 200-295 頁總統府公報第 6898 號 10 頁法令月刊第 61 卷 2 期 129-130 頁