

釋字第六六六號解釋部分協同意見書

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¹。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、台中市有臺中市娼妓管理自治條例、台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、台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、台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、台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

¹ 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。

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²。

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。

² 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 廢止的台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畫定區域內執業。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。

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，因為只是法律有漏洞³。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。系爭規定的目的之一⁴，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，

³ 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。

⁴ 參見立法院公報，第 80 卷第 22 期，頁 107。

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⁵。

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

⁵ 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？

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，將使得台灣成為買春天堂。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。

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⁶，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⁷。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，首先說明從一九八一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% 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

⁶ 對於職業的客觀限制條件，參見 BVerfGE 7 (1958), 377, 397.

⁷ VG Berlin 01.12.2000 - 35 A 570/99. Vgl. NJW 2001 983.

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⁸，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。

⁸ BVerwG, Beschluss vom 23. 3. 2009 - 8 B 2. 09: Wer in einem Bordell eine Gaststätte 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.