

釋字第六六六號解釋協同意見書

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

大法官陳新民

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¹。

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

¹ 依我國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，對於貫穿解釋解釋文理由，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。

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（例如制訂「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疴，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，即易有許多上的反證：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²。

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

² 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，二二年五版，第五二頁以下。

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…³，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）⁴。當然立法者鮮

³ 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。

⁴ 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

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

法感情與手段、價值的取捨判斷。

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，來導源出必須是「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⁵。

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

⁵ 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，二〇一二年十月三十一日，第五十頁以下。

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，另闢蹊徑的依循依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」，前瞻性的徹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佈來與論述：

大法官在釋字第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」，同樣不應是否為營利，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。

在本號（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），故得以做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於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，原則上應與尊重…，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、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），亦或是採取較嚴格的「中度審查」標準（例如釋字第四九〇號、第五六〇號、第六一

八號、第六二六號、第六四九號)，甚至最「嚴格」的審查基準（第三六五號）。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⁶？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？

⁶ 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（刑法第二三一條）及圖利強制使人為性交（第二三一之一條）。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（第二三四條第一項）。為意圖營利為前項之罪者，加重其刑一倍，即二以下有期徒刑，拘役或一萬元以下罰金（第二三四條第二項）。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。

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，而迥異於往者；對於同性戀的容忍⁷、色情或情色明星的工作成就之肯定⁸。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⁹。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¹⁰。

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

⁷ 就在本號解釋作成前一週（十月三十一日），台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。

⁸ 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。

⁹ 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。

¹⁰ 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。

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¹¹。而各地方的公娼收費標準屬於地方議會的自治事項¹²。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¹³。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¹⁴，但既然需依照「官方」所定之（依各種接客場地設備不同，而有不同標準的）付費規定，顯然又為維護公共秩序所必需，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

¹¹ 中國時報，民國九十八年六月二十五日新聞。

¹² 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。

¹³ 公娼的許可或管理，是否應當列在地方自治事項，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）。

¹⁴ 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。

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）¹⁶，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，

¹⁵ 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，一律依刑法第三三九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。

¹⁶ 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。

抑或兼職性質兩種¹⁷。前者涉及到其生存權、工作權（職業權），德國已經將之列入法律來予以承認。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¹⁸。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

¹⁷ 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。

¹⁸ 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，則需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的強烈。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？

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¹⁹，以及掃除經營、媒介色情交易（刑法第二二三條及第二二三條之一）。同時也可為了避免人民居家安寧，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，提供立法者將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。

¹⁹ 例如民國九十七年一年臺灣各地方法院總共收到移送來觸犯系爭條文案件共有五千九百一十六件。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。

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，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²⁰？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，本席不得不想起德國上個世紀

²⁰ 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，社會也顯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？

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²¹。

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²²，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

²¹ 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，二〇一六年。

²² 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，以性工作者除罪化作為修法目標；責成內政部以六個月為目標，儘速研擬性工作者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者免費之傳染病篩檢；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者、人口販子、媒介性工作者等的取締，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

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！

本號解釋公佈後，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「訴立良法」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。