

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<sup>1</sup>，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<sup>2</sup>。

然而，本件解釋與釋字第六一七號相較，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

---

<sup>1</sup> 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 other s.” 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，早自一九六零、七零年代以還就已取得「刑法只能用來維護特定之法益（Schutz von bestimmten Rechtsgütern）」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 Hörnle, *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，對踰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）。

<sup>2</sup> 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)。

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台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。<sup>3</sup>」；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<sup>4</sup>；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<sup>5</sup>。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，也能如法炮製以刑罰相繩，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

<sup>3</sup> 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)。

<sup>4</sup> *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。 )

<sup>5</sup> *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。 )

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連觀之，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殆；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<sup>6</sup>。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”<sup>7</sup>)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<sup>8</sup>，從而該國憲法法院之大法官亦有主張性

---

<sup>6</sup> *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。)

<sup>7</sup> *Id.* at 279.

<sup>8</sup> *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.”)

別案件應援用相同的標準予以認定<sup>9</sup>。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（überwiegend）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<sup>10</sup>。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<sup>11</sup>。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

<sup>9</sup> 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。

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> [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 )

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」是一種身份，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<sup>12</sup>。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詢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，而以國家以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<sup>13</sup>。

### 三、系爭規定涉及人民工作權之限制

就有關係爭規定禁止性交易，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

<sup>12</sup> Jordan and Others v. the State, at para 39.

<sup>13</sup> 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。……。」

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：例如劃定合法的營業區域、發給執照、強制定期健康篩檢等均是<sup>14</sup>，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，而是合目的性地鑑於政策需要，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

處罰性工作者對其帶來的不利益，不只是裁罰所致之財產自由限制而已，系爭規定使性工作者，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臺，櫃臺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

---

<sup>14</sup> 參許春金等，成年性交易除罪化評估報告，頁 24（2009）。

作者為主<sup>15</sup>。美國經驗也顯示類似的情況：阻街女郎/牛郎 (streetwalker) 是最底層的性工作者，其雖僅佔全部性工作者 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<sup>16</sup>。

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，本件解釋乃稍嫌過份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。

---

<sup>15</sup> 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)。

<sup>16</sup> Sylvia A. Law, *Commercial Sex: Beyond Decriminalization*, 73 S. CAL. V. REV. 523 (2000).