

司法院釋字第六六六解釋 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」，進而宣告系爭規定牴觸憲法平等原則，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¹（本院釋字第五五四號解釋參

¹ 美國聯邦最高法院於宣告德州禁止同性性行為相關立法牴觸聯邦憲法之 *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

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²。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³，不僅學說見解不同⁴，本院歷來解釋亦有少數意見對此加以批評⁵。惟自本院釋字第四 0 四號解釋認「憲法第 15 條規定人民之工作

選譯，第四輯，2003 年 9 月，頁 156 以下。

² 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。

³ 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。

⁴ 例如李惠宗，憲法要義，2009 年版，頁 246-247。

⁵ 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。

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⁶。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⁷。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⁸，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

⁶ 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。

⁷ 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。

⁸ 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, Deliège v. Ligue Francophone de Judo et Disciplines Associées 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 Freiburg* [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。

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。然從憲法第十五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⁹。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¹⁰，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¹¹，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」¹²作為其維持生計之方式，同時應

⁹ 本院釋字第六五九號解釋參照。

¹⁰ 本院釋字第四六二號解釋參照。

¹¹ 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 Offences 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 Münch 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 Münch, 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，國立台灣大學政治學系主辦，2003 年 12 月 26 日。

¹² 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。

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」¹³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¹⁴。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¹⁵。

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

¹³ Vgl Ingo von Münch, Staatsrecht II, 5. Aufl., 2002, S. 391-392，轉引自陳愛娥，前揭文。

¹⁴ 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。

¹⁵ 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。

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）¹⁶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¹⁷。

(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

¹⁶ 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。

¹⁷ 本院釋字第五八四號解釋參照。

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¹⁸。

二、性交易是否為憲法保障之工作權¹⁹

(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²⁰可言，自應受憲法工作權之保障²¹。

¹⁸ 本院釋字第六四九號解釋參照。

¹⁹ 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。

²⁰ 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.

²¹ 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雇於他人提供勞務已換取報酬/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 Financiën [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, Jany 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

(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²²，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²³，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²⁴。

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/> (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。

²² 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。

²³ 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。

²⁴ 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*,

(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²⁵之非公開從事之性交易行為，應受憲法工作權予以保障²⁶，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²⁷，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 年間制訂「台灣省各縣市管理娼妓辦法」²⁸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²⁹。以宜蘭縣

127 U. PA. L. REV. 1195, 1215-1221 (1979) [hereinafter *Commercial Sex and the Rights of the Person*].

²⁵ 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.

²⁶ 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。

²⁷ 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.

²⁸ 民國 49 年 8 月 22 日制訂公布，91 年 10 月 1 日廢止。

²⁹ 截自目前（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 日制訂公布、90 年 1 月 1 日施行）、「臺南市管理娼妓自治條例」（92 年 7 月 30 日制訂公布並施行）、「宜蘭縣娼妓管理自治條例」（92 年 11 月 28 日制訂公布並施行）、「桃園縣管理娼妓自治條例」（93 年 12 月 20 日制訂公布並施行）、「臺中縣管理娼妓自治條例」（90 年 4 月 30 日制訂公布、90 年 1 月 1 日施行）、「南投縣娼妓管理自治條例」（90 年 7 月 17 日制訂公布並施行）、「臺南縣管理娼妓自治條例」（90 年 3 月 8 日制訂公布、90 年 1 月 1 日施行）、「澎湖縣管理娼妓自治條例」（89 年 10 月 31 日制訂公布、90 年 1 月 1 日施行）及「台東縣管理娼妓自治條例」（90 年 2 月 20 日制訂公布並施行）。

娼妓管理自治條例³⁰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³¹，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³²。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³³。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」³⁴，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³⁵外，另一項重要的爭論在

³⁰ 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。

³¹ 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。」

³² 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。」

³³ 參照台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）

³⁴ 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。」

³⁵ 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，

於「性」可否予以商品化³⁶，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³⁷。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³⁸。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，進而改變性工作乃至於社會對性別歧視之制度性壓迫³⁹。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⁴⁰（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⁴¹，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⁴²。

頁 87-139。

³⁶ 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；何春蕤，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。

³⁷ 例如陳宜中，前揭註23文，頁33以下。

³⁸ See Richards, *Commercial Sex and the Rights of the Person*, supra note 24, at 1236-1271.

³⁹ 何春蕤，前揭註36文，頁218。

⁴⁰ 類似見解，參見陳宜中，前揭註23文，頁38以下。

⁴¹ 何春蕤，前揭註36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，載於何春蕤編，前揭書，頁254-279，頁258。

⁴² 何春蕤，前揭註36文，頁245；卡維波，前揭註41文，頁261。

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⁴³。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⁴⁴。

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

⁴³ 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).

⁴⁴ 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]。

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⁴⁵。」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⁴⁶。

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、確實達成上該目的，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，需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

⁴⁵ 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。

⁴⁶ 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，個人としての尊重と公共性，載於安西文雄等人合著，憲法學の現代的論点，2006 年 4 月，頁 257-280。

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⁴⁷。

（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⁴⁸之權利，亦有所缺憾。

憲法第七條規定，人民在法律上一律平等；憲法增修條

⁴⁷ 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38，頁91以下。

⁴⁸ 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649號解釋談起，法學新論，第7期，2009年2月，頁17-39，頁23以下。

文第十條第六項復規定，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⁴⁹。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⁵⁰。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⁵¹中多數意

⁴⁹ 本院釋字第四九〇號解釋、第六四九號解釋參照。

⁵⁰ 例如日本「売春防止法」(昭和31年5月24日法律第118号，最後修正平成14年5月29日法律第46号)第二條規定，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。同法第三條亦規定，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，買売春を考える，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，為避免造成牴觸性別平等之嫌，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.

⁵¹ *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

見所持之理由。蓋該國性犯罪防制法⁵²本身僅規定「任何人」意圖營利而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⁵³。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⁵⁴。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

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，牴觸南非憲法(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，系爭規定究有無牴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，認定系爭規定並無牴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。

⁵² 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。

⁵³ S. v. Jordan and Others, at paras. 18-19.

⁵⁴ S. v. Jordan and Others, at paras. 10, 15.

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⁵⁵。

(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⁵⁶。人民自願從事性工作時，不管

⁵⁵ 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> (last visited November 5 2009)

⁵⁶ *S. v. Jordan and Others*, at para. 16.

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⁵⁷。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⁵⁸。

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⁵⁹，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⁶⁰。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）⁶¹。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⁶²。

⁵⁷ S. v. Jordan and Others, at para. 16.

⁵⁸ S. v. Jordan and Others, at para. 19.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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 36 文，頁 216。

⁶¹ S. v. Jordan and Others, at para. 74.

⁶² S. v. Jordan and Others, at para. 68.

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，而係立法者在制訂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⁶³，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

⁶³ 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).

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⁶⁴。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⁶⁵，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

⁶⁴ 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 23 文，頁 8-12。

⁶⁵ 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 44，頁 96 以下。

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。