

# 優生進化與罪罰變革\*

風化的解禁

許雅斐\*\*

## Eugenic Evolution and Changes in Crime and Punishment Removing Statute of Limitations for Sex Offenses by Yafei HSU

關鍵詞：妨害風化、優生學、進化論、法益、性價值、性交易第三方

Keywords: contra bonos mores (sex offenses), eugenics, evolutionism, legal good, sexual values, third parties working in the sex trade

收稿日期：2018年12月12日；通過日期：2019年7月8日

Received: December 12, 2018; in revised form: July 8, 2019

\* 本文是台灣科技部性別與科技研究計畫「優生學與性／別：德國性管制啟示錄」(MOST 105-2629-H-343-001)研究成果的展現。主要資料大多是在2016年中於德國弗來堡大學、2017及2018年於德國馬克斯普朗克研究院國外與國際刑法研究所(Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 簡稱MPI)擔任訪問學者期間所蒐集的。本文部分內容曾以〈知識觀點與性／別立法：從德國歷史經驗解讀台灣的性政治〉為題，發表於中央大學性／別研究室舉辦的「性／別20年」國際學術研討會(2015年5月17日)。由於德國妨害風化罪修法及後續發展資料龐雜，為了擷取其中對台灣最具啟發性的部分，作者分別書寫了3篇具連貫性的論文：第一篇為〈有生權力與性／別立法：台灣性政治的德國歷史經驗解讀〉，著重理論與歷史，已於2017年8月發表；第二篇即本文，將前一篇的論點延伸至法理論證與法律改革；第三篇題目暫訂為〈法益保護與法制規範：德國性工作的除罪化歷程〉，預定於2020年發表。對於審查者的意見與各方的指正，作者非常感謝。

\*\* 服務單位：南華大學國際事務與企業學系  
通訊地址：622嘉義縣大林鎮南華路一段55號  
E-mail: yfhsu@nhu.edu.tw

## 摘要

社會風化的概念與19世紀以來的優生學與進化論息息相關。隨著生物學的快速發展，在以種族基因為優秀遺傳基礎的前提下，每個家庭都必須傳承優良的血緣，促成國家社會的進步。為此，刑法中的相關條款被用來保護特定的性道德情感（一夫一妻異性戀婚姻家庭）。直到1960年代後期，許多德國學者重新思考，刑法的性犯罪條款究竟要保護什麼樣的性？這可以歸屬於法益的範疇嗎？除了區隔道德與法益的界線之外，他們也致力於探究性價值基礎與性管制原則之間的關連性，促成了一連串的刑法改革。新的立法目標在於，將刑法的管轄範圍僅限於懲處那些嚴重危害社會的行為，而諸如性工作及性交易第三方等，過去被認為妨害風化的不雅行為，也逐一除罪化。本文將以德國性交易第三方的除罪化過程為例，探討其中的知識論點與歷史過程，並與台灣當前的相關法條對照，以凸顯當代社會風化概念與罪罰變革之關連。

## Abstract

Modern criminal codes demonstrate that political decisions about negative sexuality are the core of sexual offense legislation. "Contra bonos mores" (sexual offenses) are thought as crime because they are harmful to the moral welfare of society. Indeed, the concept of gross indecency has much to do with the eugenics and evolution theory of the 19th century. Under the premise that ethnic genes are the "excellent" genetic basis, each family must inherit (excellent) blood and promote the progress of the national society. A complete reform of the laws concerning sex and sexuality was introduced on November 23, 1973. The reform was driven by the changing views about sexual morality in society, which rapidly ousted the traditional longstanding assessments about wrongdoing with respect to sexual conduct. In the 19th century, the relevant section was named "Offenses against Morality" (Straftaten wider die

Sittlichkeit). In 1973, it was renamed as “Offenses against Sexual Autonomy,” to reflect the objective of these rules, which is to protect the rights of individuals, and not morality. The new sexual-political landscape braced for a major historical shift reflected the demarcation line of state protection. This article will take the decriminalization process of the third party in sex trade in Germany as an example to shed light on the inquiry of the changing regulatory policies in Taiwan.

社會風化是《中華民國刑法》第16之1章的保護標的，但凡媒介色情、容留他人性交、意圖營利而強迫男女與他人性交、公然猥褻或散布猥褻物品等，均屬於妨害風化罪管制的範圍。在面對「社會風化是什麼？」的問題時，〈釋字第407號解釋〉的說法是：「有關風化之觀念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同，主管機關所為釋示，自不能一成不變，應兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進」。而後，〈釋字第617號解釋〉進一步指出：「為維持男女生活中之性道德感情與社會風化，立法機關如制定法律加以規範，則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」。根據此種解釋，社會風化是一種特定的性道德情感，是立法者基於該社會的多數決原則所做成的價值判斷，在兼顧青少年健康與善良風俗的考量下，將其置於法律的保護之中，人民都必須遵守。

但是，社會風化的內涵到底是什麼？既然是社會多數人的共通價值，為何還需要保護？或者，可以問的是，**為何刑法必須用來保護特定的性道德**？再者，在一個多元發展的時代，人們對性道德的認知不斷改變，它並非一個靜態的概念；可想而知，對國家與社會而言，如何可能存在一致的性道德？

賀爾伯特·耶格(Herbert Jäger)與艾伯爾哈特·修爾許(Eberhard Schorsch)在回顧德國1970年代的刑法修正過程時曾指出，經常被忽略的是，那些與性相關的刑事條款不僅能對危害社會的行為產生抵禦與遏阻作用，而且比其他刑事條款具有更大的影響力，深深地介入人民的生活取向、關係結構與犯罪動機(Jäger & Schorsch 1987: 1-2)。畢竟，相較於其他的法律制度，性犯罪法所要對抗的不只是個別的犯罪行為，而是監管和控制複雜的生活條件。它定義了一個社會的容忍度，限制了多元生活形式與經驗的可能形貌，並決定各種道德概念的合法性；它是社會對性少數的普遍態度及個人自由極大化的指標，在其他法律領域幾乎看不到此種特質。而公眾的情感取向也在其中獲得

理解，因為它明顯地觸及國家控制的一個特別敏感區，由此規範所樹立的指標，或多或少地、間接地影響著人們的心理壓力(Jäger & Schorsch 1987: 2)。確切地說，耶格與修爾許之所以特別關注此議題並進行長期研究，關鍵即在於性管制原則對人民生活的影響遠較其他法律為甚，它既介入總人口的健康與社會環境，也管理著不同人口群之間的關係，更重要的是，介入的理由與方式是必須審慎以對的。

1961年，在避孕藥被引入德國後，性、婚姻與生殖的連結不再被視為理所當然，間接促使1960年代的性解放運動在歐洲如火如荼地展開。為回應此種社會改革的浪潮，在1969至1973年間，德國國會通過了4個刑法修正案。其中《第4刑法修正案》(4. StrRG)<sup>1</sup>針對的是性犯罪，包括與婚姻家庭相關的刑事條款。《刑法》第13章標題不再是「妨害風化罪嫌」，而是「妨害性自主罪嫌」。「通姦」這一具性價值判斷的術語從法律文本中消失，被「性行為」一詞所取代(Schulz 1994: 42)。自1970年9月1日起，除非涉及於雙方的依賴關係，否則成年男性間的同性戀行為不再受到懲罰。同樣地，性工作、通姦、人獸交等也不再屬於刑事管轄的範疇(Schroeder 1971: 83)。在這個時期，除罪化是刑法性管制原則的重要指標，許多過去被認為可能危害個人及群體的性行為，都被重新檢視並進入法理分析過程，因此得以釐清那些「確實危害他人的」與「僅止於影響個體自我性榮譽的」行為之間有何差異，新的性管制原則也才得以確立。

同時，德國的性工作與性交易第三方也歷經了管制原則的改變。在1973至2001年間，性工作被視為是「合法，但不道德且對社會有害」，而任何超出房屋租賃的性交易仲介方式都必須受到懲罰(Galen

1 德國《第4刑法修正案》全名為Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts，縮寫為4. StrRG，於1973年11月23日制訂，1974年1月1日生效，全文詳見*Bundesgesetzblatt* (《德國聯邦法律公報》)，刊登於*Bundesanzeiger Verlage* (聯邦公報出版社)：<[https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//\\*%5B@attr\\_id=%27bgbl173098.pdf%27%5D#\\_\\_bgbl\\_\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl173098.pdf%27%5D\\_\\_1509261737372](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//*%5B@attr_id=%27bgbl173098.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl173098.pdf%27%5D__1509261737372)>。

2004: 2)。當時的法律規範旨在凸顯，立法的目的是為了阻止任何人從事性工作——無論他們是自由選擇或被迫。這是一種扭曲的法律家長主義制，將任何可以改善工作者生活狀況的專業服務定義為刑事犯罪(Crofts 2002: 10-11)。2002年施行的《性工作法》<sup>2</sup>顯然注意到了性工作的管制重點應該是：**性工作者有自己的想法和意願，而法律應該保護他們在不受他人影響的情況下行使此一權利。**

這個性管制原則的巨大轉變是如何產生的？對其他國家而言，這樣的改革有何意義？德國的性犯罪法改革歷程證明了，社會風化只不過是被強制套用的道德規範，藉由貞潔與淫亂等相互對立的性價值觀，驅動所有人遵守單一的性道德價值。而當此種單一性價值觀隨著社會的多元發展而產生變化時，刑法的權利保護機制也隨之改變。德國的經驗顯示，此種改變反映的是對社會平衡的重新理解，並透過法理論證的創新過程，以創造性的方式縝密改革既定法規，達成法律管制的目的與正當性。

反觀台灣，正因為大法官會議認定維護社會風化為不言自明、無須論證的法益，促使本文對性犯罪法介入社會的理由深入探討。德國法律學者約翰尼斯·布旅格曼(Johannes A. J. Brüggemann)曾指出，妨害風化罪其實是立基於優生進化論所形成的性管制原則，而前者所連結的「種族—血緣遺傳—家庭制度」極度要求個人的性別正確與性愛忠貞。但依照維護社會和平的極大化原則，刑法不能用來作為道德的守護者。最重要的是，根據法益的概念，不道德的行為不能被決斷為刑事犯罪，除非人口群之間的和平共處因此種行為而遭受損害。因此，道德不能等同於法益。然而，由於過去對法律概念的理解不夠完整，

---

2 德國《性工作法》德文名稱為Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten，簡稱Prostitutionsgesetz，德文縮寫為ProstG。在此法施行的同時，德國《刑法》中規範性交易第三方的第180條第1項及第181條第1項亦同時修正，詳見本文第三節。

以致於法益的保護未能成為刑事規範的必要條件。在此種情況下，為了保護道德與風化，便輕易地將猥褻行為罪罰化(Brüggenmann 2013: 33)。有鑑於此，本文將進一步探討；台灣刑法保護社會風化的目的是什麼？社會風化可以是一種法益嗎？當德國早已將仲介性交易視為一般商業活動時，台灣為何仍以刑 231 禁制懲處？

## 一、優生進化：從科學真理到性／別威權

雖然台灣的法律規章從未對社會風化做出明確定義，但其內涵的演變已在晚近德國學界的研究分析中浮現。布旅格曼在提及妨害風化罪的成因時曾指出，長期以來，由於一夫一妻異性戀婚姻家庭被認為是種族延續的根基，國家為求社會能穩定進步，必須維護此種體制，導致性忠誠、性別二元論、血緣與種族之間產生必然連結；而進化論則為此提供了知識論基礎，這正是妨害風化罪的由來。傅科(Michel Foucault)以種族化的純淨身體，說明自 18 世紀以來發展出來的「有生權力」與「規訓權力」，如何建構性、種族與知識之間的連結，而優生進化論則是其中的一個環節，從而發展出後續的「國家種族主義」(state racism)(Foucault 2003)。換句話說，優生學與進化論的科學知識之所以能作為妨害風化罪的基本框設，是因為一套用來維持穩定與秩序的性規範，被認為足以達成社會的集體利益。

優生學是 19 世紀中期歐洲的新興學科，在後續的歷史發展中，也被認為是一種奠基於生物學與遺傳學的意識形態。受到進化論的影響，在以種族基因為優秀遺傳基礎的前提下，每個家庭都必須傳承種族血緣，促成國家社會的進步。在 20 世紀早期，科學儼然成為社會理論建構的關鍵因素，它不僅僅是社會動能的引擎，更像是一種強迫性的社會義務。它的核心概念就是總人口的健康超越個人的利益。從 1870 年代到兩次大戰間，社會是一個有機體的概念，悄悄地將優生學

延伸為一個萬用的語言策略，將與個人相關的權利概念，都轉化為健全社會發展的一環，為了延續優秀的後代子民，個人生活必須臣服於集體利益之下。

在此種集體進步至上的聲浪中，法律被用來維護種族的純淨，而科學則扮演著支持性的角色。特別是1900年代之後的遺傳學，非常鼓勵「社會應該在基因中潛藏的傳染病擴散之前，將其根除」的觀點。這可以被理解為強制介入性醫療的先驅，也可以看作是改善公共衛生及社福制度的先決條件，其負面意涵則顯現為種族或社會淨化、婚姻禁令與不適者的設定。在許多方面，優生學變得既是科學論述也是社會道德，它將任何涉及「好的與壞的教養」、「想要的與不想要的」類型具體化，並認定應該被控制的是那些太過度的、不受控制的、乃至於超出正當與責任的。例如，種族或社會淨化所針對的往往是那些混亂的、麻煩的、骯髒的，而偏好可控制的、乾淨的、理性的。關鍵在於，在執行優生學政策時，立法機制的著重點在哪裡，國家層次的行動能進行到何種程度。具體地說，優生學與種族主義之間關係複雜，許多時候，被問題化的是內部的他者，而非遠方的陌生人。

因此，在1973年之前，德國的性犯罪法所要維護的社會風化，其內涵雖為優生進化論，但產生的實際效應卻是懲處國家內部的他者。在《必須保衛社會》(*Society Must be Defended: Lectures at the College de France, 1975-1976*)一書中，傅科在分析生命政治時曾提及，自18世紀以來，權力進入了自然的身體，並在個體層次上建立了規訓機制；到了18世紀後期，以總人口的生命狀態為管理目標的有生權力發展出來，並在20世紀與規訓權力合流之後，「身體健康與社會健全」成為了社會的集體價值，而國家則被動員來保護這個「純淨的、健康的、種族化的身體」(Foucault 2003)。對傅科而言，所謂的優生進化論不過是權力機制的一個環節，基於此所設定的社會風化，就是為了規範特定的身體與性，排除那些國家內部的不適者，達成國家種族主義的目標。



依照傅科的論點，種族可以說是國家內部特定利益人口群的代稱，而社會風化所要保護的群體與所使用的手段昭然若揭。一方面，為了讓種族持續朝特定的方向進化，殺害或勢在必行的殺戮他者是必然得接受的，這並非是為了抵禦外侮，而是為了消除或限縮那些可能威脅種族進化的勢力(Foucault 2003: 256)。另一方面，國家的定位也很清楚，它不再是某一種族對抗另一種族的工具；國家是，而且必須是種族的完整、優秀、純淨的保護者。社會風化只不過是那些延續特定種族所依循的性規範，將他者罪罰化就是一種必要的手段。所以，以特定人口群為中心的種族主義，是在「種族純淨的主旋律取代了種族鬥爭」時產生的(Foucault 2003: 81)。這樣說來，**維護社會風化所仰賴的並非具有客觀權利基礎的法益保護，而是私刑。**

近年來，部分德國研究者藉由法理論證持續深入探究社會風化及優生進化論之間的連結。例如，顏賜·多伯勒(Jens Dobler)在2014所發表的《公共道德如何形成》(*Wie öffentliche Moral gemacht wird*)一書中即指出，妨害風化的罪罰源由實為：在育種條件的限制下，凡是未能達到目標的異性戀行為——口交、肛交、通姦、賣淫、使用避孕藥性交、猥褻行為與色情文字圖片等——都可能是刑法懲處的標的(2014: 15)。性價值的界定是以異性戀生殖為核心標的，其餘性活動則因其享樂取向而被定義為「必須被懲罰的淫亂行為」，而育種的道德指標也促使未成年者的性受到重重管制，以便延續身心健全的下一代，正是這樣的性價值觀導致妨害風化得以一度構成刑法的一環。

即使社會風化至今仍在台灣刑法中擁有牢不可破的地位，作為一種罪罰依據，它所諭示的其實是此種性管制原則的合憲性問題。在1950到1970年代，當許多法律學者企圖釐清刑法法益的界線時，「國家到底應該保護什麼？」成為一個重要的課題。作為一種以優生學與進化論為基底的性道德價值，妨害社會風化罪嫌已遠遠超越了憲法所授權的管制範疇，且導致被懲處的性／別人口更加弱勢。從這個角度

看，國家只有在保護自由和權利時，才可以行使自己的權力：如果國家把權力用於其他目的，就會造成法律合憲性的問題(Brüggenmann 2013: 91)。歐爾藍·李(Orlan Lee)與羅伯特森(T. A. Robertson)更在《「道德秩序」與刑法》(*"Moral Order" and the Criminal Law: Reform Efforts in the United States and West Germany*)一書中指出，國家早已將特定的道德用來作為整肅異己的工具，利用「軍備重整」對抗國內具威脅的勢力(Lee & Robertson 1973: 182)。以針對他者的道德武器為手段，在在顯示了社會風化不足以構成刑法保護的要件。為此，德國法學研究者陸續探討性道德與知識之間的關連，逐漸在去道德化與除罪化的論證中探討與刑法罪罰的依據。

## 二、法益與道德：刑法應該保護什麼？

台灣的〈釋字第617號解釋〉主張，刑法必須保護多數人的性道德價值，這無疑是認定，妨害風化罪是建立在集體的性道德——而非法益——之上。然而，法律本身並非目的，而是為了達到特定目的所採用的最嚴厲手段，只有基於保護法益的目的，刑法才能限制犯罪行為人的自由與權利，這是「法益保護原則」的基本意涵。而法益則常被定義為「個人在社會整體制度範圍內生存與發展的條件」，這與多數人的性道德情感有何關連？該如何釐清法益與性道德之間的界線？

在1950年代，耶格即曾分析，道德是一種絕對的價值觀，它指涉那些必然是好的、良善的社會價值觀。因此，道德往往藉由一種「大家公認」的絕對正確，成為人人必須遵守的行為準則。事實上，沒有任何權利可以反對道德上的義務，象徵著一個人以自己的良心，在胸前對上帝承諾一個更好的自己；亦即，道德行為是一種「自由的行為，因其內在因素而被認為是好的」(Jäger 1957: 30-31)。也就是說，道德是一種無須論證的價值觀，它建立在諸如良心、人性等集體的認知之上，無

須言說也不言自明，但事實上，所謂「內在因素」往往是因人而異的。

然而，結合了特定性價值的道德觀卻帶著某種強制色彩與作用。一旦那些受到多數人擁戴的性價值形成絕對的道德觀念，往往帶來超乎尋常的嚴重後果，因為那些不符合既定性道德規範的性實踐者，經常被公然嘲笑或嘲弄。這種直接將性價值觀扣連個人外部行為的作法，顯示了性道德與法律本質的接近甚至是重疊：道德與合法性之間的界線是非常模糊的。因此，道德的法制化本身就是問題，因為就性價值而言，道德只不過是對特定性關係之外的、婚姻之外的負面性價值認知。簡言之，性道德非常接近「習慣或習性」。它可以被稱作是集體的社會習俗、一種不成文的群體公約，或者一種被特定群體所強化的道德價值(Jäger 1957: 31)。沒有任何標準或尺度可以用來檢驗此種性道德的必要性，因為它被視為是人人必須遵守的，特定性價值觀的絕對化導致了排除異己。

從社會大眾的觀點來看，性道德不過是日常生活中的例行事務；然而，從歷史的角度來看，性道德可以回溯到禁忌、習慣、公約、宗教信仰等所構成的多層次法令組合，也可以追溯到針對個人深層心理黑暗面的性衝動所進行的性控管。例如，宗教信仰可能使人們在性實踐上受到不同程度的束縛。從性政治的角度來看，性道德的正確性充分顯示了，某些規範擁有堅實的外部保護，形成不容挑戰的法律制度，以致於我們必須放棄「其他」的可能想像，將無法被含括在此種性道德之內的一切意識、自由、推論等都摒棄在外(Jäger 1957: 31-32)。藉此，特定的性價值觀形成了立基於性道德之上的管制原則，那些不符合此種性價值的觀念與行為，則被排除在眾人可接受的法律之外。反過來說，在這個法律框架之外的性觀念和性行為，則被認為是不合宜或偏差，因此被置於妨害風化的罪名之下。

但為何如此這般的性價值觀能夠深刻地介入人民生活？其法理依據來自何方？法律如何判斷哪些性行為是合法的，哪些是非法的？研

究指出，在過去，醫學知識常被用來作為社會控制的一環：偏差的性行為之所以被標示為病態，其實是性犯罪論述與特定的醫學知識合謀的結果。由於自身與其他的科學領域相互串連，法律論斷下的性學也援引了對自己的負面看法，堅持「離經叛道」的性行為必須受到懲罰。性慾的株連形式（儘管它是逐步被轉化為醫療用語的），是醫生、心理諮詢師和性學家的認知問題（Dannecker & Schorsch 1987: 134）。但更重要的是，即使在性偏差已經被定義為疾病，刑法也從未由各種不同的性偏差形式撤離。那些被視為疾病的性偏差行為，仍舊被歸屬於罪行。對於性偏差行為的管制主要是由兩個功能強大的系統——醫療和刑法——合作形成的；也因此，道德與法益的界線變得更加模糊了。

耶格曾在1950年代對西德性犯罪法中的道德立法進行分析，在1980年代後期，他與修爾許重新回顧性犯罪法在此期間的修法過程，曾質疑「法益是什麼？刑法性管制的界線何在？」。他們指出，自20世紀60年代以來，西德的刑事立法在政策思想面發生了根本性的變化，對其合理性及科學理論基礎的鑽研越來越深。對立法缺陷的認知，以及在決定除罪化時是否需要科學的論證，已經有了相當的共識。在法律變革過程中，討論的關鍵主要集中在「以一個日趨理性的方法」來確定方向、標準和規範，在決策過程中更加強化人文與社會科學研究成果的應用，同時增加專家意見和專家聽證會（Jäger & Schorsch 1987: 6-7）。換句話說，源自於自然科學領域的優生學與進化論不再是性犯罪管制的唯一基礎，新的性犯罪法設立了一道法益保護界線：人文與社會科學知識。

其次，刑事改革必須顧及性政治思想的變革，考量未來的需要，審慎地設定、檢視新的法律政治思想模式。畢竟，社會與法律秩序必須回應多元的、非主流的性行為與生活型態，而非用各種抵制方式來回應性少數的需求。法律必須保護的不是眼前所看到的性，而是讓偏差的性得以遂其所願。不僅如此，國家應該主動地迎接被污名化的人

口群(Jäger & Schorsch 1987: 3)。這也就是說，性犯罪法必須回應社會的改變而致力於法律規範的創新，避免性道德價值觀的單一化；國家所要保護的並非多數人的性道德情感，反而必須確實保障性少數的基本權益，此為第二道法益保護界線。

更重要的是，性是一種內心感受，刑法難以規範。刑法不能只是將性「非人化」。事實上，性是個人與他人連結的最親密領域，但個人的困惑、焦慮、明確表達的障礙，卻被隔離在刑法的性行為之外。性必須藉著「想像力、記憶與內在世界」才有成為個人經驗的可能，也視個人的情感、期許、希望、恐懼、衝突等而定，但這些往往被排除在刑事法則之外(Jäger & Schorsch 1987: 5)。確切地說，刑法有其自身的限制，法律無法處理或限制個人情感；因此，在涉及個人情慾需求時，必須更著重於當事人所處的情境，此為法益保護的第三道界線。

具體落實前述法益保護的作法則是：持續檢視性道德價值與性管制原則之間的連結。耶格與修爾許在評論1969至1973年間(延續至1980年代中期)的西德刑法改革時強調，若要評估這一波刑法改革成效，重點不僅僅在於是否達成了進步與成效，同時也必須檢視刑事政策目標的設定。此種內在於刑法的批判，主要是檢視法律變革所隱含的概念，並探究刑事司法制度的立法程序是否仍然落在其後(亦即程序跟不上實質的法律變革)。許多跡象顯示，目標與執行之間的落差相當大，這部分迫切需要科學分析(Jäger & Schorsch 1987: 2-3)。這意味著，性犯罪法所設定的目標必須經常地自我審核，並分析其中所隱含的價值設定。

在論及性管制的標準該如何設定、廢除、限制或維持，以及立法者的作為是否符合科學理論所設定的方式時，耶格與修爾許特別提及了「**前瞻性視角**」的必要(Jäger & Schorsch 1987: 6-8)。他們認為，就性科學的研究而言，最重要的是詳查其論證過程是否有誤，某些說法是否出發點就有問題，或實證研究的假設與現實的詮釋太過頭了。同

時，必須以法律政策諮詢與立法機構提供的意見作為參照，這不只是基於現代刑事政策的程序概念，也是為了法律秩序的維護。**科學的分析並非是為了短期的執行成效，而是為未來的政治形勢做準備**(3)。然而，從後續的社會發展形勢回頭來看，這點對應的應該是「國家必須回應性少數的需求」。他們運用道德、法益二分法以釐清刑法的性管制基礎，點出性少數除罪化的必要。以德國男同志的除罪化為例，自1871年5月15日起，《刑法》第175條即將男性之間的性行為視為犯罪。1933至1945年間，納粹政府將最長刑期上修為5年。1969年西德修法將同性戀除罪化，1994年完全廢除，到2017年德國議會才立法給予受害者金錢補償，這個「未來的政治形勢」顯然是性少數的抗爭塑造出來的，政府其實只是「被迫準備」。

就「法益取代性道德」的政治實踐過程而言，在經由一連串的刑法改革後，西德確立了國家不再僅止於保護一夫一妻異性戀婚姻家庭，各種性傾向、性關係、性交易、色情傳播等，只要不侵害個人權益，都不再是刑法管制的標的。從性價值的觀點來看，包括個人性自主權、青少年的性不受干擾自由發展，以及免於被性騷擾的自由，都是必須保護的法益(Schroeder 1971: 85)。換句話說，新的性管制原則——妨害性自主權——之所以能夠確立，靠的是新的性價值觀念：人人皆具備的性自主權利，不應受到他人侵害，並以此終結原有的妨害風化罪。

新的立法目標在於，將刑法的管轄範圍僅限於懲處那些嚴重危害社會的行為。然而，廢除過時的道德標準，並不意味著人們終於在原來位置設置了一個自由權利。一個社會的道德效力是如此強大和全面，所以似乎不需要任何客觀基礎。因此，雖然「淫亂」和「性貞潔」已被視為是過時的、沒必要的，但「尊嚴」、「隱私權」和「自決」等術語，卻也隱藏著一個社會所建構的新道德基礎(Welter & Rind 2016: 208)。此種觀點也凸顯出，法益終究也是一個涉及性價值衡量的問題，性犯罪法的管制界線總是得不斷面對社會變動適時調整。



從西德 1970 年代的性犯罪法改革過程看來，性道德的價值批判與性價值觀的改變確立了新的管制原則。當時刑法改革的結果顯示，刑法的施行必須對社會損害原則與法益保護目的做出明確承諾，刑事手段只能被用來維護個人與公眾的合法權益。由於過去的妨害風化罪嫌只是為了保護那些「針對性少數價值觀的負面論點」，耶格與修爾許因此特別強調，只有當個人或公眾的法益受到攻擊或危害，而且沒有適當的刑事懲戒就無法得到充分保護的情況下，刑事懲戒才得以施行（Jäger & Schorsch 1987: 7）。由此可見，刑法改革的首要工作是限制性犯罪的定義（只限於用在會對人民造成嚴重傷害的性行為），而後才能將那些無犯罪事實的部分除罪化，落實刑法法益保護的目標。

### 三、德國性交易第三方的除罪化歷程

非博克·厚賀豪斯（Wiebke Hochhaus）在考察德國《刑法》第 181 條第 1 項的緣起時曾指出，該條款於 1900 年被置入《德意志帝國刑法典》<sup>3</sup> 之中，但它並非在制訂時即存在，顯然在當時並未被視為必要（2009: 14）。立法者為何在 20 世紀之交制定了該條款？可以想見的是，隨著遺傳學與生物學者大力鼓吹優生強國的論調，淫亂一詞才在第 181 條第 1 項出現（Hochhaus 2009: 25）。其後的許多判決都採用此觀點，性交易第三方因此被納入淫亂的概念，意指那些違反「育種」和「習俗」，且意圖喚起或滿足人們性慾的行為。此後，猥褻行為又被分為客觀和主觀兩個部分：客觀上，必須確實存在違反性道德的行為；主觀上，必須以喚起或滿足性慾為目的（26）。從德國《刑法》第 181 條的立法背景看來，懲處性交易第三方的原因，在於其歸屬於妨害風化的淫亂行為，這與台灣〈釋字第 617 號解釋〉針對散佈色情猥褻物品的《刑法》第

3 《德意志帝國刑法典》（*Reichsstrafgesetzbuch*，縮寫為 RStGB，正式的全稱為 *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*）於 1871 年 5 月 15 日制訂，1872 年 1 月 1 日生效。

235條<sup>4</sup>管制原則非常類似：「客觀上足以刺激或滿足性慾，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限」。無論是台灣或德國，針對性交易第三方設定的管制界線反映的都是負面的、不見容於社會的性道德情感。不過，德國原先的法條，將其分為主觀目的與客觀行為兩個層次，台灣則純粹以客觀的道德情感來衡量。

當厚賀豪斯在2009年以專著探討「為何性交易第三方必須受到刑事裁罰？在何種前提之下，性交易第三方可以被懲罰？必要性為何？」等問題時，他特別指出，在1900年，德國《刑法》第181條第1項將性交易第三方（皮條客）的罪行認定為：**任何促使女性以猥褻行為為常業，並剝削其部分或全部不道德所得之男性**，這除了反映德國當年立法時，社會普遍存在「賣淫是男性剝削女性」的觀念外，同時也點明皮條客一詞並不包括在第181條第1款的條文內容，而是各種相關行為都可能被含沙射影；因此，各種不具有犯罪特質的行為也可能因涉及性而被納入犯罪嫌疑（Hochhaus 2009: 22）。這顯示，負面的性道德情感在刑法中具有不確定性與過度擴張的可能。直到1960年代後期，德國司法界及學界重新考量性交易第三方「是否危害他人？是否真的剝削女性？」，才開始進行修法。

在西德，1960年代的解放運動徹底撼動了人們對性道德的想像，並為公共生活注入了性改革的能量。在1968年，第47屆法官會議針對西德《刑法》第181條第1項進行了討論。方案之一是將該法條完全自刑法中刪除，其基本論點在於，仲介性交易並非危害他人的犯罪行為，而且他們的工作絕不是各種犯罪行為的滋生地（Hochhaus 2009: 30）。相反地，性工作者大多是社會弱勢，而嫖客除了物質優勢之外，也經常在妓女身上找到情感的支持。對皮條客的懲罰只是因為社會大

4 〈釋字第617號解釋〉是台灣司法院大法官會議針對《刑法》第235條（散布猥褻物品罪，歸屬於第16之1章的妨害風化罪章則）所做出的解釋。



眾對他們極度厭惡，這是一種莫名的、對「反社會者」的懲罰。然而，社會大眾的鄙視和道德憤慨並無法確認其刑事罪責（30-31）。此種論點一語道破性交易第三方的刑事管制源由與管制界線的問題：拉皮條本身並非犯罪行為，但社會大眾的偏見卻將其置入刑事罪罰之中。

在1973年之前，西德《刑法》第13章都沒有太大變動。直到《第4次刑法修正案》才將罪名由「妨害風化罪嫌」更改為「妨害性自主罪嫌」。第13章所奠基的淫亂概念至此終止，以避免與其所夾帶的性價值相連結，賣淫的商業淫亂部分也自此脫離了《刑法》第181條第1項，對性交易第三方的管制大幅限縮：1. 利用或剝削性工作者；2. 監視他人從事賣淫活動、地點及時間，以獲取自身的經濟利益，其介入賣淫活動的程度，足以決定賣淫者是否能放棄賣淫，<sup>5</sup>並與其保持著超越仲介工作的關係，才可能被處以六個月至五年的刑罰。這樣的規定目的是使從事賣淫者不至於受到皮條客的操控或剝削。修正後的法條試圖在經濟和個人層面給予性工作者獨立的、額外的保護，以及保護他們免於受到不良工作環境的制約。此次改革也帶給《刑法》第181條第1項新的保護標的：**雖然公共安全與秩序必須受到保護，但是保護賣淫也佔了重要的份量。**

然而，即使西德在1973年已將性工作除罪化，但相關的性產業環節，例如仲介、廣告促銷等仍可能遭受行政處分。部分西德學者自1970年代中期後已察覺，賣淫所承載的道德與社會污名是最難以撼動的。賣淫者是一群被邊緣化的人口，她們被剝奪了民事、刑事與社會的保護，遭受隔離，在法律規範中只能以負面教材的方式呈現，很少人會關注她們的處境（Jäger & Schorsch 1987: 3）。從污名與權利剝奪這一點看來，社會的隔離與法律的偏差，都反映出以優生學與進化論為

5 此處強調的是，從事賣淫者有其自由意志，性交易第三方不得任意操控或藉由仲介之名強迫賣淫者繼續工作，尤其當賣淫者不願意繼續從事此工作時，第三方不得以工作條件等限制強迫他們繼續賣淫。

基礎的社會禁制並未徹底消失，特別是從1970年代至2001年間，性工作與性產業的管制方式仍不斷變動。

事實上，自第二次世界大戰後，西德所實施的聯邦體制，使聯邦與各邦對性交易第三方的相關環節擁有不同的管轄權。就聯邦層次而言，在2002年《性工作法》實施之前，德國的性交易並不算違法：相關法規主要是對營業區域、勞動契約及第三方做出限制。妓院處於法律的灰色地帶，通常可以容忍，但禁止提供保險套、毛巾及刊登廣告等任何支持性的商業行為；因此，妓院經營者仍有受到法律懲處的可能。司法部門在審查案件時常宣稱賣淫不但傷風敗俗(*sittenwidrig*)且可能危害社會集體生活(*gemeinschaftsschädlich*)，為此，德國《基本法》第12條第1項(工作權的保護)無法涵蓋性產業從業者，這也是為何**性工作者被排除在社會福利(如失業救濟)、醫療保險和勞工權益保障之外的原因**。在1973年的刑法改革之後，任何「促進賣淫」(*Förderung der Prostitution*)的行為，直到2001年為止仍可能受罰。

就西德的民法而言，由於提供性服務是不道德的，性工作者與嫖客之間的交易，也因無法獲得民法認可而被認為不具效力，這連帶影響了刑事規範(Crofts 2002: 3)。這種對性交易的價值歧視，清楚地顯現在交易雙方權利義務的不對等：即使性工作者依照約定如實地提供了性服務，但嫖客卻可能拒絕付款。這意味著，民法對性工作價值的認知，導致交易雙方在法律上受到差別待遇：嫖客的貨幣顯然具有交易價值，但性服務卻因妨害風化而被認為不具交易價值，所以無法強制嫖客付款。

因為性交易是一種不道德行為，所以刑法傳達了一種基本信念，即性交易第三方是剝削者，必須受到懲罰。因此，管制賣淫的目的是為了保護性工作者的性自主權，懲罰那些鼓勵人們賣淫，阻止性工作者離開這行或剝削其利得者。在1973年的刑法改革之前，這部分的罪行又可細分為：「促進賣淫」(*Förderung der Prostitution*，《刑法》第180條

第1項)，「人口販運」(Menschenhandel，《刑法》第180條第2項)，「嚴重人口販運」(Schwere Menschenhandel，《刑法》第181條)和「仲介賣淫」(Zuhälterei，《刑法》第181條第1項)(Crofts 2002: 3-4)。而這些條款在2002年之後都持續進行修正。

在這些條款中，第180條第1項和第181條第1項是西德刑法改革過程主要的討論對象。第180第1項意味著，任何向妓女提供超出住宿之資源的人，例如保險套，都可能受到處罰。這是因為一旦妓院所提供的工作環境既乾淨又安全，即可被視為是阻止她們離開這行的手段。另一方面，妓院提供的小房間無助於改善性工作者的生活，也就沒有被起訴的風險。這揭示了有關賣淫的法律本身存在著矛盾：這些法律宣稱必須保護性工作者的性自主權，實際上卻常導致她們陷入更糟糕的工作環境。

同樣地，《刑法》第181條第1項的皮條客條款也被認為是有問題的，因為它沒有區分剝削者和對性工作者有利的管理者。這導致任何對性工作者發出指示的人，都可能被視為阻止他們離開該行業；因此，在其他行業裡那些微不足道的管理措施，例如指導她們應該在何時何地改變工作程序，都可能被認為是剝削性工作者，從而導致管理者陷入法律訴訟中(Crofts 2002: 5)。儘管大家都知道，性道德觀念與社會倫理會隨著時代而改變，但此種司法裁決上的慣例已經重複了幾十年，只有少數例外，很少人認為有必要使用新的知識觀點證明此種價值觀是否正確，直到柏林行政法院的判決才改變這一切。

即使在1973年將性工作除罪化後，德國最高法院亦曾一再裁定性工作違反公序良俗，所以容留性工作者的酒吧和旅館可能因此被吊銷執照。1999年，在柏林經營咖啡館(店名為Psst!)的費里希塔司·韋格曼(Felicitas Weigmann)在容留性交易雙方並收取租金後，營業執照被吊銷了。她為此狀告柏林市政府，認為社會已然改變，性工作不再被視為違犯公序良俗。審理該法案的法官為此進行了廣泛的調查，並徵

求公眾的意見。針對韋格曼的訴訟，柏林行政法院於2000年12月1日裁定，<sup>6</sup>由於人民的價值觀已改變，性交易早已被廣泛接受，不再被視為違反公序良俗，而是社會共同生活的一部分。在判決文中，法院透過大量證據確定「賣淫是成人自願進行的，並未觸及犯罪……依照現今我們社會認可的社會倫理價值……在法律意義上不再被認為是不道德的」(Urteil VG 35 A 570.99 2000; Galen 2004: 5)。該判決文開頭即明確列出5個要點：

1. 《餐館法》屬於商業法規，只要人們的社會行為無損於共同利益，那麼必然能在其間共存，而這並未涉及界定最低道德標準的問題。

2. 成年人自願賣淫且未涉及任何犯罪，從現今公認的社會和倫理價值看來——無論其所涉及的價值判斷為何——已不再被視為妨害風化了。

3. 對於我們現今所認知的倫理價值而言，法官不能只憑個人道德認知斷案，而是務實地確定客觀證據以便進行裁決；除了判例、政府做為、媒體報導、具公信力的專家和合法的公共機構所做的調查外，也必須釐清「公共秩序」和「不道德」所指為何。

4. 至於那些自認為「必須保護被迫賣淫者人性尊嚴」的人，他們其實是挪用了自身(受人性尊嚴所保障)的自主權，來強化對性工作者的法律和社會歧視。

5. 《基本法》第12條第1項是否適用於妓院，是值得討論的。

2001年，德國聯邦議會(Bundestag)通過了《性工作法》，並於2002年1月生效。柏林高等行政法院針對性交易第三方所做的裁決，被認為是促成《性工作法》立法通過的重要因素。在司法裁決與立法爭議中

6 此判決案號為VG 35 A 570.99，全文詳見Urteil VG 35 A 570.99 (2000)：<<https://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/unterseiten/5-2001/urteil.html.html>>。

再次浮上檯面的「妨害風化」到底是什麼？隨著「性工作是一種工作，他們的性自主權必須受到保護」的觀念逐漸被社會認可，德國司法機構顯然認定仲介賣淫並非罪惡，而是一種商業行為。這不僅使得德國《刑法》第181條第1項必須進行修正（受懲罰者僅限於那些強迫他人從事性工作並加以剝削者），新的《性工作法》也讓性交易第三方得以徹底除罪化。

確切地說，德國性交易第三方除罪化的過程證明了，性價值觀的轉變可能帶來性管制原則的變革，其中最關鍵的是淫亂概念。在1970年代之前，此概念包含任何兩人之外的性交，也包括任何一種以激發情慾為目的，且符合「傷害普世性道德」標準的性活動（Brüggemann 2013: 91）。不以生殖為目的的情慾被認為是負面的、對社會的集體生活具有殺傷力，所以應該受到刑事制裁。在歷經法理批判與立法改革之後，妓院經營者被認為可以為性工作者創造就業機會。因此，妓院的合法運作應被視為一項專業活動，而德國《基本法》第12條第1項的保護也適用於妓院經營者。特別是在預防性工作者想脫離該行業而受阻的問題，德國《刑法》第181條第1項第2款提供了新的保護，遏阻那些阻止他人放棄性工作的惡劣手段。此外，該條款第1項第2款也描述了抽象的危險活動，即監督賣淫，確定地點、時間、範圍和其他情況（Hochhaus 2009: 33）。總體而言，在21世紀初，德國法學界審慎地隨著到社會性價值觀的改變將刑法的性管制原則逐步自由化。

#### 四、台灣性交易第三方的罪罰化

台灣的研究者大多認定，妨害風化罪源自於《大清刑律》。從實際的法律條文看來，1897年草擬的《光緒二十三年刑律草案》也提供了一些端倪。該草案來自於清末為了訂定現代化的刑律而提出的。草案內第23章名為〈關於姦非及重婚之罪〉，在立法源由中曾論及：

姦非之罪自元以後漸次加重，竊思姦非雖能引起社會國家之害，然徑以社會國家之故，科以重刑，於刑法之理論未協。例如，現時並無制限泥飲及情眠之法，原以是等之行為非行罰所能為力也。姦非之性質亦然，惟禮教與輿論足以防閑之，即無刑罰之制裁，此種非行亦未必因是增加，此本案刪舊律姦罪各條而僅留單純之姦非罪也。（《光緒二十三年刑律草案》1897：57，標點符號為作者所加）

從這段話可以看出，當時草擬法案者早已思考過，社會所認定的性道德價值並不能作為性犯罪的管制依據，既然「姦非之性質亦然，惟禮教與輿論足以防閑之」，那麼社會風化只屬於「禮教」和「輿論」的規範事項，不應歸屬於刑法管制範圍，所以在該草案的第277條法條沿革中載明：「明律，凡娼優樂人買良人子女為娼優及娶為妻妾或乞養為子女者，杖一百。知情嫁賣者同罪，謀合人減一等，財禮入官，子女歸宗。現行律同」（《光緒二十三年刑律草案》1897：58，標點符號為作者所加）。最後訂定了該草案第277條：「凡引誘良人賣姦以營利者，處五等有期徒刑、拘留或一百圓以下罰金。若以前項之犯罪為常業者，處三等以下有期徒刑併科五百圓以下罰金」（58，標點符號為作者所加）。除了說明該法條沿襲《明律》，將「娼優樂人」與「良人」劃分開來，強化階級界線外，也詳列仲介良民賣淫牟利的後果；凡引誘良人賣姦營利者需受刑法懲處，以此為業者更甚。可以說，在當時，刑法定制下的社會風化所針對的是：性底層不可透過逼良為娼的方式營利，藉此維護良民階級的婚姻家庭制度，維繫社會秩序。

在1911年之後，由於清朝覆亡，幾經政權更替，最後在1934年完成立法、1935年公布《中華民國刑法》，其中第16章妨害風化罪則中載明：「意圖營利，引誘或容留良家婦女與他人姦淫者，處三年以下有期徒刑，得併科五百元以下罰金。意圖營利，使人為猥褻之行為者亦

同。以犯前二項之罪為常業者，處五年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金」。另外，1943年10月1日起施行的《違警罰法》（已於1991年6月29日廢止）亦列明「妨害風俗之違警」第64條第3項：「意圖得利，與人姦宿或代為媒合，或容留止宿者」，處七日以下拘留或五十圓以下罰鍰或罰役；代為媒合或容留止宿者為旅店時，並得停止其營業，若為戲院、書場或舞台，並得停止其營業或勒令歇業。此兩條款懲罰的主要對象為性交易第三方，懲罰方式為罰款、監禁、拘留或停業，理由則為妨害風化。至於什麼是社會風化，無論是《刑法》或《違警罰法》都未曾言明，但從法條的歷史沿革可看出，就1935年至1999年期間所施行的《刑法》第231條而言，該條款所欲保護的「良家婦女」，與1897年《大清新刑律草案》第277條的立法源由極為相似。

1999年，《刑法》第231條再度修正為：「意圖使男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介以營利者，處五年以下有期徒刑，得併科十萬元以下罰金。以詐術犯之者，亦同。以犯前項之罪為常業者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金」。當時提案的謝啟大委員曾在提案說明會及立法院的審查會中，數次說明修正「妨害風化罪」章則及（新增）「妨害性自主罪」章則的原因：

強暴、性騷擾、婚姻暴力、買賣人口、逼其為娼，是長期以來就存在的問題。近年來，由於各種婦女自助團體的成立，使被害人有所訴求助之機會，但也暴露出問題的嚴重性。對於被害人，吾人除了回復其身心健康，協助其就學、就業，使其得以重返家庭社會之外，如何改善社會觀念，導正社會風尚，維護兩性平等，無疑的，是更重要的課題。而在法治社會，法律是制裁犯罪，回覆被害人之尊嚴，導正社會風尚，維護社會安全最基本的規範，立法妥適與否，影響至鉅。有鑑於此，民國七十九年研究者，蒐集資料，研究分析，經無數次的討論，無不深切的體認到現行刑



法「保安處分」、「妨害風化罪」及「妨害自由罪」章，實有進一步增刪修正之必要。（立法院公報處 1998年5月23日：307）

為何刑法的立法目的會是「導正社會風尚」？提案者曾在審查會中進一步指出，這是為了維護社會法益，更在此次修法過程中，增列容留性交易雙方者需受刑事懲處的文字。然而，該提案並未解釋，何為社會法益。如果從妨害風化的法律定義<sup>7</sup>來看，它的同義字其實就是危害社會法益，只不過後者披上了一層「刑法必須保護法益」的外衣而已。所以，此處的社會法益說穿了就是道德立法，等於是社會風化的再度擴充。

事實上，在過去30年間，台灣以維護社會法益之名而不斷強化對性交易第三方的罰則，而德國卻將其除罪化。對於同一行為，管制的原則為何大相逕庭？台灣的《刑法》第231條歸屬於「妨害風化罪」；相對地，德國在1973年刑法改革之後，管制「強迫他人從事性交易者」的《刑法》第181條卻屬於妨害性自主罪，為何有此差異？台灣1999年的刑法修正規模為歷年之最，但提案者的理由卻只有「改善社會觀念，導正社會風尚」，這是刑法必須維護的法益嗎？反觀德國學者不斷探求性犯罪法的科學基礎與知識論背景，即使自1973年起將性自主權視為必須保護的法益，但其法律界線為何，依然是不斷受到學界質疑。到底將性交易第三方罪罰化的法理考量何在？台灣的立法者是這樣說的：

色情氾濫成災，引誘、容留、媒介、協助者推波助瀾，為色情行業不可或缺之角色，但現行刑法無處罰之規定。又現行法將婦女

7 依照梅爾安韋伯斯特(merriam-webster)字典的說明，妨害風化的法律定義(legal definition of contra bonos mores)即為「違反善良風俗」(against good morals: harmful to the moral welfare of society)，此亦為台灣刑法偵辦妨害風化案件的常用語，參見 <<https://www.merriam-webster.com/legal/contra%20bonos%20mores>>。



分為良家婦女與非良家婦女，有違平等原則，事實上男妓日益普遍，同樣敗壞社會風尚，但現行刑法並無處罰之規定，此外，現行法有關罰金之金額太低與此一行業之暴利不成比例，顯無法發生嚇阻之作用。(立法院公報處 1998年5月23日：309)<sup>8</sup>

從「色情氾濫成災」的論點來看，1990年代台灣新興的各種與性相關的行業，如檳榔西施、鋼管女郎等，不但被認為威脅了傳統婚姻家庭，也擾亂了社會善良風俗，以致成為修法緣由。一方面，就法條所規範的犯罪樣態而言，「由於妨害風化犯罪樣態多元化，應召站主持人、捐客、保鑣等媒介嫖客與賣淫者於非特定場合為性交或為猥褻之行為」(立法院公報處 1998年5月23日：319)<sup>9</sup>，所以修正為「引誘、容留、媒介、協助者」，試圖涵蓋所有性產業從業人員，且因「加上色情行業利潤豐厚，以詐術使人行之者，亦常見」，所以增列意圖營利「媒介」或以「詐術」或他法，使男女與他人為性交或為猥褻行為之處罰(319)。這不但取代了1897年《新大清刑律草案》第277條中的「引誘良人賣姦以營利者」，也大幅擴充社會風化的意涵：任何涉及仲介性交易者皆屬於刑法懲治的範圍。

另一方面，提案修法者顯然認為，法律應該只保護婚姻家庭內的性，性工作者的性只是性犯罪的一環，強調「為維護民眾身心之健康，正當之男女關係，導正社會風尚，本修正案認為不宜承認娼妓制度」(立法院公報處 1998年5月23日：320-321)<sup>10</sup>。所以「將婦女分為『良家婦女』及『非良家婦女』有違平等原則，且男妓日益普遍，亦妨害風化」(320-321)，以此為理由，將保護對象由「良家婦女」擴大為「男女」，並

8 此段引自《立法院公報》87卷27期〈立法院議案關係文書院總第二四六號 委員提案第二二〇八號〉，提案修正說明書第六點。

9 參見《立法院公報》87卷27期，「增刪及修正理由」部分第一點。

10 同前註，參見第四點。

提高罰則(321)。<sup>11</sup>由此可見，在明清時期，娼優樂人等社會底層從事性工作或透過仲介性交易營利，是可以被容許的，只要他們能遵守階級區隔的界線，不去強迫、販賣或嫁娶良民百姓，都不算犯罪；但1999年台灣《刑法》第231條的修法結果卻是將仲介性交易者全面罪罰化。可以說，明清時代的社會風化指涉的是：隔離不同階層的人口以維持社會秩序；1999年《刑法》第231條修法的結果，卻是強化單一的性道德價值觀。

而這個單一的性價值觀，也開始進行法律概念的重整：

傳統「妨害風化罪」一章，其犯罪行為實分屬兩種類型，其一為妨害「性自主」行為，其二為妨害「風化」，但「姦淫」一詞，其意為男女私通、男女不正當之性交行為，有放蕩淫亂之意涵，對於妨害性自主罪之被害人而言，實在相當之不堪。因此將傳統妨害風化罪章有關「姦淫」一詞仿德、美立法例，全部以中性之名詞「為性交」替代。(立法院公報處 1998年5月23日：319-320)<sup>12</sup>

弔詭的是，將「姦淫」改為「性交」，據稱是參考當時德國與美國的先例。事實上德國在1973年之所以將淫亂概念自刑法中去除，是為了避免單一性道德導致法紀敗壞，並承認成年性工作者的性自主權；但台灣修法的方向卻是為了強化單一的性道德。提案者預先設定，所有女人都必須符合良好的性道德規範，這對婚姻家庭內的好女人而言可以成立，至於那些無法符合此種性道德規範的性工作者，就變成了被性侵的受害者，仲介性交易者則變成了加害者，即使他們的性道德價值與好女人們不同，也只能被法律抹去。這其實是藉著好女人的性價值壓迫性底層的性價值，所以1998年提出刑法修正案者便直接將性工

11 同前註，參見第六點「加重刑罰，以遏歪風」。

12 同前註，參見第三點。

作及性產業視為敗壞社會風化，必須以法律懲處，卻沒有說明懲處的法理原則。所謂的「維護民眾身心之健康，正當之男女關係，導正社會風尚，本修正案認為不宜承認娼妓制度」，實際上與德國19世紀設立妨害風化罪的原因——在育種條件的限制下，賣淫因未能達成此目標而成為刑法懲處的標的——相當一致。說到底，這是將性道德壓迫法制化，性工作第三方的罪罰源由，其實是因為他們被認為「侵害」了優生論式的異性戀婚姻家庭專屬權利。

當1998年部分立法委員所提的刑法修正案進入立法院院會進行討論時，依照〈立法院司法委員會第三屆第五會期審查「刑法部分條文修正草案」等案第一次全體委員會議記錄〉所述，當時的黃國鐘委員在發言時曾說：

我們不要談道德或妨害風化這種大題目，事實上色情的行為增加人民很多幸福和快樂，必須從人性基本觀點來觀察這件事情。國家不是道德的維護者，只是將道德中須以法律規範的行為以國家公權力加以推行；因此，本席同意謝委員和提案委員們所主張的「女性身體自主性」，女性身體自主性最嚴肅的是表現在墮胎行為上，法律到底要不要進入到家庭來推行計畫生育或避免計畫生育的工作，實在是非常值得思考的。（立法院公報處 1998年6月3日：328）

由此可見，仍有部分意見反映出，對性工作及性產業的懲處，是出於性道德價值觀的差異，並非為了保護女性的性自主權，這點出了法律與道德之間的界線。黃國鐘委員也試圖以女性身體控制權來回應其他人對性自主權與性產業的認知，並強調該產業可能帶來的幸福與快樂，說明性與生殖的關連才是立法考量的所在。可惜的是，此觀點

未獲院會採納，隨後發言的范巽綠委員亦強調，色情行業只能帶來痛苦，堅決反對此觀點。

在1980年代的雛妓救援運動中，許多婦女及宗教團體都將「防制兒少性交易」的矛頭指向色情產業，認定它是罪惡之源，所以在立法過程中積極以人權保護之名維護「未成年者的性純淨」，當時的周荃委員即曾提及：

據社會團體非正式之統計台灣有四至六萬之雛妓，雛妓問題牽涉甚廣，它不只是單純之娼妓問題，更是人權上的問題。是因為我們對人權之不尊重及雙重標準才使得雛妓問題潛藏社會深處未能獲得解決。而最根本的是法律上對此一犯罪利益結構沒有徹底瓦解的決心。（立法院公報處 1999年4月7日：121）

對照德國透過修法將性交易第三方徹底除罪化的歷史過程，台灣則是藉由擴大妨害社會風化罪的方式，以保護未成年者的性為由，聲稱性交易第三方屬於犯罪利益結構的一環，必須徹底根除。先前〈釋字第407號解釋〉曾提及「有關風化之觀念應……兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進」，從1999年刑法修正過程的討論看來，所謂的「善良風俗與青少年身心健康」似乎不過是優生學式性道德的代稱而已，如何才能證明這樣的單一性道德價值觀是對社會整體有益的？

再者，未成年者的性純淨是刑法必須保護的嗎？什麼樣的保護才算足夠？曾接受阿爾弗雷德·金賽（Alfred Charles Kinsey）和他的同事訪談的人，大多是在20世紀的20年代至40年代間經歷了他們的第一次性經驗。在當時，美國多數的社交圈中普遍瀰漫著立基於性禁忌的宗教氣息。因此，這些經驗是在特定的論述空間中形成的。普遍的禁忌削弱了個人對性的認知，強化了自我強加的沉默。許多人都沒有意識

到，與性犯罪相關的負面概念已被劃分為數個常用語。所以，在其中的性本身就被認為是負面的、創傷式性行為，尤其是兒童和青少年的性，常帶著特定的污名與罪惡標籤(Welter & Rind 2016: 217)。台灣許多主張兒少保護者，利用「性純淨」的想像所要達成的目的又是什麼？

即使德國刑法中的妨害風化罪已在1973徹底廢除，但針對年齡差異所設定的性管制原則仍在晚近引發了諸多討論。許多學者都指出，立基於醫學及心理學對未成年者所做的研究，完全忽略了他們的性自主權。事實上，未成年者與成年人之間性關係的全然負面論述，導致了更多的負面效應。從論述構成的角度來看，其他人如何談論我們的經驗，影響著我們對這些經驗的價值評估。因此，現今的情況仍可能如70年前的金賽一般，投注更少的正面與更多的負面反應，因為當前的性論述特性顯然是否定的(Welter & Rind 2016: 217)。許多藉著「救援、保護兒童及青少年」之名推動立法的NGO團體，不斷強化公眾對「受害兒少」已淪落至萬劫不復的想像。自20世紀70年代以來，這些團體更繪製了「男人的性是具侵略性且無情」的圖像，製造出「男人的性帶來危險」的錯誤刻板印象。受害者研究與受害者保護團體在創建此種氛圍時扮演了重要角色，也在立法過程發揮了關鍵作用。這遠遠超越了任何形式的援助，也違反「刑法的要旨在於保護法益」的基本原則。

隨著「性道德價值超越刑法基本原則」的推進，台灣的《刑法》第231條不但直接懲處性交易第三方，更在晚近透過修改《社會秩序維護法》<sup>13</sup>（屬於行政法，以下簡稱《社維法》），授權地方行政機構在必要時

13 《社維法》於1991年6月29日施行，取代先前的《違警罰法》。其中第80條因在2009年11月6日經大法官會議宣告違憲，之後已經修正。此處引用的是該法第80條自1991年至2009年間的條文，以凸顯台灣以妨害風化為名，對性交易第三方的管制措施。該法條全文如下：

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。

前項之人，一年內曾違反三次以上經裁處確定者，處以拘留，得併宣告於處罰執行

得吊銷經營者執照。2018年2月4日，台灣報端出現了這樣的新聞標題〈社維法修訂後首例 養生館暗營色情遭勒令歇業〉，主要內容提及：

養生館詹姓負責人等人前年被警方查獲招募女按摩師，店內從事色情按摩，提供半套性交易，詹等人被依妨害風化罪中的「圖利容留猥褻罪」判刑六月不等徒刑，中山分局前天依社維法勒令歇業，成為社會秩序維法修訂以來，台北市首起被強制歇業案例，且不得再營業……社維法於二〇一六年增訂第十八條之一規定「公司或商業利用其名義犯妨害風化等罪，經判決有期徒刑以上之刑責，應即遏止其繼續經營。」（李承穎 2018年2月4日）

2000年德國柏林高等行政法院在判決書中確認，性交易第三方只是商業運作的一部份，不必因違反行政管制而受罰；相反地，台灣的性交易第三方除了可能因《刑法》第231條入罪外，尚須受《社維法》裁罰。但細查相關文獻，實在缺乏法理論證基礎，更遑論如德國對性交易第三方除罪化般清晰的法理決斷。若與1897年的《新大清刑律草案》相對照，也不過是以「刑法保護社會法益」的名義，擴充單一性道德內涵與價值而已。

以上藉由分析性價值與性管制原則的關連，並探求隱藏在法條背後的性價值差異，本文試圖展現妨害風化罪嫌立法過程背後不同思維的演變。此處所要達成的並非將德、台兩地個案進行片面的相互比較，而是批判性地釐清兩種不同性管制取向的目的性與正當性。

## 五、結論

德國在歷經 1970 年代的刑法改革之後，社會大眾逐漸體認到，所謂的社會風化或公序良俗，凸顯的正是性道德與法益界線不清的問題，故而以「去道德化」的觀點重新檢視性犯罪法是否合宜。回顧耶格與修爾許所提出的法益保護三道界線<sup>14</sup>——以人文與社會科學知識為基礎、確保性少數的基本權利、理解刑法的性管制有其內在限制，柏林高等行政法院在 2000 年 12 月對性交易第三方所做的判決，不僅徹底去除了妨害風化罪在性產業留下的印記，釐清人性尊嚴的法律界線，拿出以人文及社會科學為基礎的審判準則，更以憲法層次的工作權，回應性產業的需求。

賣淫是一種社會現實，無法消除，法律的改革顯然是集體性價值觀的轉變帶來的。回溯德國性交易第三方罪罰變革的源由，自 20 世紀 70 年代末以來的妓權運動，在持續對抗社會歧視的同時，也要求承認他們的工作權：因為此種「犯罪」是由偏差的價值觀造成的。當法院認定賣淫是不道德的，就會對相關從業者造成嚴重後果。而反對改革者所關注的是如何透過性道德的標記來保留以前那些遏制賣淫的觀念。然而，當多數德國人民的想法改變後，法律也必須修正。德國的經驗顯示，對賣淫的歧視只會傷害從業者。唯有改變對她們的歧視，為更好和更安全的工作環境提供法律基礎，才真正地符合社會利益。在德國的性工作、同性戀、成人色情等皆已除罪化之後，過去 10 年間，因應社會改變與人工生殖科技的進步，兄弟姐妹間的亂倫成為新一輪的除罪化目標，未成年者的性自主權也被視為重要的研究標的。這不但促使那些奠基於優生學與進化論的血緣與年齡設定將可能被消解，也預示著人工生殖科技將對性犯罪法的管制界線帶來新的衝擊。從這個

14 可參照本文第二節。



意義上來說，法律的任務應該是以創造性的方式確切地革新那些不合時宜的性道德觀念，而非任其侵害刑法的法益保護原則。

然而，台灣的妨害風化罪卻走上了一條危險的道路，它總是透過同質化的、單一的性道德價值觀來威嚇、壓制各種不同的性少數。如果刑法的存在確實是為了保護法益並尊重性道德的多元化，那麼就必須關注「法律如何阻礙多元性道德的發展」，以及那些維護多元性道德的文化機制(Piar 2012: 169)。確切地說，在顧及某些少數群體特別需要法律保護的情況下，前瞻性的違憲審查是較合理的，因為真正的公共道德應該從屬於性少數群體的權利保護，而非以多數壓迫少數。而後，那些具影響力的多元性道德價值觀才有可能蓬勃發展，促成個人和社會的進步。

#### 參考書目

##### 中文書目

- 立法院公報處。(1998年5月23日)。**〈立法院議案關係文書院總第二四六號 委員提案第二〇八號〉**。《立法院公報》87卷27期，頁305-334。台北：立法院。
- 立法院公報處。(1998年6月3日)。**〈立法院司法委員會第三屆第五會期審查「刑法部分條文修正草案」等案第一次全體委員會議記錄〉**。《立法院公報》87卷30期，頁317-364。台北：立法院。
- 立法院公報處。(1999年4月7日)。**〈立法院司法委員會函：台(87)司法發字第134號〉**。《立法院公報》88卷13期(上)，頁111-129。台北：立法院。
- 司法院大法官會議。1996。**〈釋字第407號解釋〉**。<<http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=407>>(上網日期：2017年5月1日)。
- 司法院大法官會議。2007。**〈釋字第617號解釋〉**。<<http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=617>>(上網日期：2017年5月1日)。
- 《光緒二十三年刑律草案》。1897。<<http://web.nchu.edu.tw/~hftsai/downloads/course/library/1.pdf>>(上網日期：2018年3月22日)。
- 李承穎。(2018年2月4日)。**〈社維法修訂後首例 養生館暗營色情遭勒令歇業〉**。《聯合新聞網》。<<https://udn.com/news/story/7321/2966757>>(上網日期：2018年10月11日)。



西文書目

- Brügge mann, J. A. J. 2013. *Entwicklung und wandel des sexualstrafrechts in der geschichte unseres StrGB: Die reform der sexualdelikte einst und jetzt*. Baden-Baden: Nomos.
- contra bonos mores. 2018. *Merriam-Webster Dictionary*. <<https://www.merriam-webster.com/legal/contra%20bonos%20mores>>. Retrieved 19 November 2018.
- Crofts, T. 2002. Prostitution law reform in Germany: the oldest profession on it way to becoming a profession. *Scarlet Alliance*. <<http://www.scarletalliance.org.au/library/croft>>. Retrieved 1 June 2018.
- Dannecker, M., & Schorsch, E. 1987. Sexualwissenschaft und strafrechts. In H. Jäger & E. Schorsch (Eds.), *Sexualwissenschaft und strafrecht* (pp. 134-143). Stuttgart: Ferdinand Enke.
- Dobler, J. 2014. *Wie öffentliche Moral gemacht wird: Die Einführung des § 175 in das Strafgesetzbuch 1871*. Hamburg: Männerscharm.
- Foucault, M. 2003. *Society must be defended: Lectures at the College de France, 1975-1976*. (D. Macey, Trans.). New York: Picador.
- Galen, M. von. 2004. *Rechtsfragen der prostitution: Das prostitutionsgesetz und seine auswirkungen*. München: C. H. Beck.
- Hochhaus, W. 2009. *Strafbare formen der zuhälterei*. Baden-Baden: Nomos.
- Jäger, H. 1957. *Strafgesetgebung und rechtsgüterschutz bei sittenlickeitsdelikten*. Stuttgart: Ferdinand Enke.
- Jäger, H., & Schorsch, E. 1987. *Sexualwissenschaft und strafrecht*. Stuttgart: Ferdinand Enke.
- Lee, O., & Robertson, T. A. 1973. "Moral order" and the criminal law: Reform efforts in the United States and West Germany. Hague: Martinus Nijhoff.
- Piar, D. F. 2012. Morality as a legitimate government interest. *Penn State Law Review*, 117(1), 139-169. <<http://www.pennstatelawreview.org/117/1/117%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%20139.pdf>>. Retrieved 15 June 2017.
- Schroeder, F. 1971. *Reform des sexualstrafrechts*. Berlin & New York: Walter de Gruyter.
- Schulz, C. 1994. *Paragraph 175 (abgewickelt): Homosexualität und strafrecht in Nachkriegsdeutschland – Rechtsprechung juristische diskussion und reformen seit 1945*. Hamburg: MännerschwarmSkript.
- Urteil VG 35 A 570.99. (2000, December 1). Grundeigentum Verlag. <<https://premium.grundeigentum-verlag.de/doremi/suche/35f620375b2a/urteile/gaststaettenkonzession>>. Retrieved 15 June 2017.
- Viertes gesetz zur reform des strafrechts (4. StrRG). (1973, November 23). *Bundesgesetzblatt Teil I*, Nr. 98 vom 27.11.1973, 1725-1736. Bundesanzeiger Verlage. <[https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//%5B@attr\\_id=%27bgbl173098.pdf%27%5D\\_\\_bgbl\\_\\_%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl173098.pdf%27%5D\\_\\_1509261737372](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//%5B@attr_id=%27bgbl173098.pdf%27%5D__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl173098.pdf%27%5D__1509261737372)>. Retrieved 15 June 2016.

- Welter, M., & Rind, B. 2016. The social construction of sexual self-determination in German law: Empirical considerations. In Daniela K. & Rüdiger L. (Eds.), *Sexualität und strafe* (pp. 207-222). Weinheim: Beltz Juventa..