

現行法中之道德管制及其正當性

何建志

本文收錄於《法律哲理與制度(基礎法學)——馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集》，台北：元照出版，2006年，頁139-176。

摘要：

現今許多法律的制訂與解釋上，道德因素對於人民自由權利的威脅，並未受到足夠重視與嚴肅討論。本文首先針對現行法中各種道德管制加以檢討，其次則試圖由法理層面分析實施道德管制的正當條件。本文基本立場為：實施道德管制必須基於具體、實質的合理政策目的與客觀證據。否則，人民原本享有的憲法自由權利將有遭受不合理限制的危險。為了使道德發揮其合理適當的社會功能，我們應當謹慎處理道德管制，方能使道德補充法律不足而促進社會發展，否則，道德領域反將成為法治國中的黑森林。

關鍵字：道德、道德管制、法治、權利、憲法基本權利、法律解釋、理性選擇、法律經濟分析、自由主義、自由放任主義

Keywords: morality, moral regulation, rule of law, rights, constitutional rights, legal interpretation, rational choice, economic analysis of law, liberalism, libertarianism

- 壹、前言
- 貳、現行法中各種道德管制
 - 一、以道德管制人身自由與行為自由
 - (一) 社會秩序維護法與放蕩行為
 - (二) 侵權行為法與婚姻關係
 - 二、以道德管制言論自由
 - (一) 政治性言論
 - (二) 藝術性與猥褻性言論
 - (三) 商業性言論
 - 三、以道德管制結社自由
 - 四、以道德管制財產權
 - (一) 給付請求權
 - (二) 物權與智慧財產權
 - 五、以道德管制工作權與營業自由
 - (一) 娛樂產業
 - (二) 殯葬產業
 - (三) 專門職業技術
 - 六、以道德管制契約自由
 - (一) 性與婚姻交易
 - (二) 其他契約
 - 七、以道德管制國際交流
 - (一) 以道德管制外國人入出國
 - (二) 以道德管制涉外案件
- 參、實施道德管制之正當條件
- 肆、結論

壹、前言

道德管制(moral regulation)是法律基於道德因素而限制自由與權利的一種特殊管制型態。道德(morality)曾經是社會控制的重要手段，尤其是在法治尚未發達的社會。在法治已經發達的社會，法律與道德的功能分化是一個顯著的社會結構特徵，公領域秩序主要由法律所支配，道德基本上屬於私領域事務。不過即使如此，在法治國家中有時道德與法律二者仍有重疊或相互影響，以致於道德間接透過道德管制形式限制了人們的自由。準此，道德與道德管制並不相同，道德本身是沒有強制力的社會規範，違反道德本身不會引發法律責任與公權力制裁。道德管制則是道德成為法律內容而限制了人民的自由與權利，違反道德管制將引發法律責任與公權力制裁。

從某觀點來看，大多數法律均有道德意義，如禁止殺人、竊盜與詐欺等刑法規定。不過，經過人類社會長久的法律演化，在當今時空環境下，這些法律的正當性與合理性，都可以訴諸非道德理由獲得支持，例如維護人身安全與促進社會生產效率等。從而，主要以訴諸道德理由作為正當性與合理性基礎的法律管制措施，才是屬於本文有興趣研究的道德管制。不過，鑑於道德管制性質的法律為數頗多，因此本文討論內容將以民法與行政法中的道德管制條款為主，而無法逐一討論刑法道德管制規定，如通姦罪與大多數的妨害風化罪等。在以下本文中，將對現行法中的各種道德管制加以檢討，其次，則試圖由法理層面分析道德管制的正當條件。

貳、現行法中各種道德管制

一、以道德管制人身自由與行為自由

(一) 社會秩序維護法與放蕩行為

人身自由是個人表現自由意志的重要方式，若個人行為不傷害他人合法權利，法律不應限制人身自由。不過，當個人行為已經造成他人的不愉快或困擾，而尚未達到侵害他人權利的程度，法律是否應當介入而限制人身自由？原則上，此時法律原本不應當介入限制人身自由，而應將這種問題任憑私人自行處理。例

如，當有人走路姿勢醜陋造成他人反感，或是在餐廳吃東西樣子難看破壞他人食慾，法律不應介入管制這種尚未侵害他人權利的行爲。不過，在我國的現行法律制度下，對於涉及性慾及性興趣的行爲卻例外加以限制。若是「於公共場所或公眾得出入之場所，任意裸體或爲放蕩之姿勢，而有妨害善良風俗，不聽勸阻者」，社會秩序維護法第 83 條第 2 款對之處新台幣六千元以下罰鍰。

基於憲法第 8 條，個人原本擁有人身自由，當然也包含從事裸體與放蕩行爲的自由。當個人在公共場所從事這些行爲，嚴格來說並未侵害他人的生命、身體、健康、名譽、財產等等權利，而只是可能對某些人造成不愉快或困擾。如果法律承認他人有權利阻止這些行爲，或是可要求賠償，則會導致某些人可以基於個人性道德而限制他人人身自由，由憲法上比例原則來看，這種法律的合憲性有值得討論的餘地。退一步說，即使法律承認他人有權利停止這些行爲，或是可要求賠償，有人會上法院起訴的機會應當微乎其微。當社會秩序維護法第 83 條第 2 款對這些行爲課處罰鍰，則是由國家警察力量代替私人起訴管制這些行爲。不過，這種公權力管制是否具有正當性？

以身體實施涉及性慾及性興趣的行爲，若導致他人不愉快或困擾，這在經濟學意義上屬於外部性(externality)或外部成本(external costs)。¹從另一觀點來看，若是禁止這些行爲取悅衛道人士，則取悅衛道人士的同時也造成性慾及性興趣行爲無法滿足的外部性，因此這個問題其實是不同人士之間具有「相互外部性」。如果世界上沒有衛道人士存在，則放蕩人士的行爲根本不會對任何人產生困擾；反之，如果世界上沒有放蕩人士，則衛道人士也不會遭受任何困擾。換言之，外部性問題之所以發生，來自於利益衝突的衛道人士與放蕩人士人同時存在，若是其中一方不存在，則不會有外部性問題。²

在公共場所中是否要禁止放蕩行爲，涉及使用空間資源的效率問題，亦即將空間運用於何種用途方能使社會福祉極大化。由社會福祉損益分析來看，如果滿

¹ 以經濟學觀點，在契約交易之外，一個人的行爲對他人產生的影響便稱之為外部性。在各種外部性中，對他人有利的影響為外部利益(external benefits)，而對他人有害的影響則是外部成本(external costs)。

² 一般人在日常生活中習慣使用單向思維分析外部性問題，但是相互外部性則能使我們的看法更加完整。事實上，相互外部性是諾貝爾經濟學獎得主 Ronald H. Coase 對於法律經濟分析的重要貢獻之一，見 Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 THE JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 1 (1960).

足放蕩人士所增加的效用多於衛道人士的效用減少，則在政策上應當容許放蕩行爲，方能使社會福祉趨向極大化；反之，若滿足衛道人士所增加的效用多於禁止放蕩行爲的效用損失，則在政策上應當禁止放蕩行爲。不過，在社會秩序維護法第 83 條第 2 款的情形，由於比較不同人士對於性道德價值觀的真實偏好與價值有所困難，導致進行社會福祉成本效益分析有所困難。

在理論上，空間資源應當交給對於資源評價最高者使用，方能提升使用資源的效率。在交易成本爲零的情形，使用資源的優先順序可以由利害關係人自行協商解決，而不需法律強行介入，便能達到最有效率的境界。³不過在公共場所的使用問題之上，極高的交易成本導致利害關係人無法進行交易。例如，雖然衛道人士可以藉由收買放蕩人士而達到在公共場所不出現放蕩行爲的目的，不過，爲當利害關係人數眾多時，居高不下的協商成本將使這種收買交易難以進行。另一導致高交易成本的問題是策略性談判，例如放蕩人士虛報從事放蕩行爲的真實偏好與價值，或是原本不放蕩的人士藉由表現放蕩行爲而由衛道人士獲取利益。

如果允許在公共場所從事放蕩行爲，則不願意看見這些行爲的人士必須遠離公共場所方能避免效用受損，不過如此一來就降低了公共場所的使用人數，形成資源未受到充分使用的無效率浪費。反之，當法律禁止在公共場所從事放蕩行爲，固然放蕩人士與衛道人士可能同樣因爲協商成本過高而無法交易，但是放蕩人士可以自行選擇衛道人士稀少的公共場所從事放蕩行爲，如此一來就可以避免相互外部性的衝突。而當法律允許在公共場所從事放蕩行爲時，則是由衛道人士選擇放蕩人士稀少的公共場所從事活動。

以上這兩種法律規範方式何者較有效率？如果將「放蕩行爲」解釋爲偏離社會一般多數人道德觀的行爲，則顯然對於在公共場所從事放蕩行爲有需求的人士爲少數，而不需要在公共場所從事放蕩行爲的人士爲多數。準此，禁止在公共場所從事放蕩行爲，應較能促進公共場所的使用效率。不過我們也應注意，公共場所是一個廣泛的事物範疇，其使用價值仍有具體時空下的個別差異性。在某些公共場所，或許將空間交給放蕩人士使用是比較有效率的作法，尤其是當某些公共場所已經建立了從事裸體與放蕩行爲的慣例，則於此情形不應適用社會秩序維護法第 83 條第 2 款加以處罰，方能合乎效率與比例原則的要求。換言之，一個能

³ 關於交易成本理論，見 Ronald H. Coase 同前註文。

夠兼顧偏好與使用效率相對性的分區管制模式才是最佳政策，而這有賴於執法者與法院以彈性解釋法律的方式加以實現，而其關鍵在於對「放蕩行爲」的解釋。相同的行爲，在某些公共場所可被解釋爲不屬於放蕩行爲，而在某些公共場所應被解釋爲放蕩行爲，如此則能以分區管制模式促進空間的使用效率。

（二）侵權行爲法與婚姻關係

在一般行爲管制議題，行政法與侵權行爲法常常是被用於影響行爲誘因的重要手段。例如爲了維護交通安全，可用行政法在肇事前處罰違規行爲人，也可用侵權行爲法在肇事後追究損害賠償責任。以侵權行爲法作爲管制手段，其效果在於增加行爲的預期成本，而減少當事人從事特定行爲的誘因。在道德管制方面，尤其是性道德管制，除了使用行政法之外，以侵權行爲法實施性道德管制，在我國當代法制史已經成爲長久通例。由比較法觀點而言，這也是我國法律文化的特殊現象。

民法第 184 條規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行爲無過失者，不在此限。」準此，在現行侵權行爲法下，能夠請求侵權賠償的情形有三種：不法侵害權利、以背於善良風俗方法加損害於他人、違反保護他人法律。對於既未侵害他人權利、又無違反保護他人法律的所謂不道德行爲，「以背於善良風俗方法加損害於他人」便成爲實施道德管制的利器。

在通姦案件方面，法院早已認定與他人配偶通姦屬於「以背於善良風俗方法加損害於他人」。1952 年最高法院台上字第 278 號判例認爲：「民法親屬編施行前之所謂夫權，已爲現行法所不採，故與有夫之婦通姦者，除應負刑事責任外，固無所謂侵害他人之夫權。惟社會一般觀念，如明知爲有夫之婦而與之通姦，不得謂非有以違背善良風俗之方法，加損害於他人之故意，苟其夫確因此受有財產上或非財產上之損害，依民法第一百八十四條第一項後段，自仍得請求賠償。」

在本判例中，一方面法院能夠符合法治精神，而否定在現行法上毫無根據的「夫權」，但另一方面卻又以缺乏實證基礎的「社會一般觀念」，認爲通姦行爲屬於故意以背於善良風俗方法加損害於他人。法院這個判決似乎是自欺欺人。以與

有夫之婦通姦為例，如果行為人根本就不認識女方的丈夫，怎可說行為人故意加損害於女方丈夫？即使是行為人認識女方的丈夫，根據侵權行為法的構成要件解釋，通姦行為必須具有傷害女方丈夫的目的，方能具備主觀構成要件故意。以進行通姦達成傷害女方丈夫目的，而不是以享受通姦過程中的性滿足為目的，或者以通姦同時實現性滿足與傷害女方丈夫的雙重目的，以上這些情形雖然並非絕對不可想像，可是法院必須是基於充分證據才能如此論斷。否則，在沒有實質、具體證據之下，僅僅以「社會一般觀念」臆測行為人的主觀故意，這在程序正義及證據法上顯然具有重大瑕疵。這個判例顯示了我國法院具有重道德而輕法治的文化傾向。

在 1960 年台上字第 1582 號判例中，法院認為違反夫妻之間悔過書約定構成侵權行為：「被上訴人於發覺上訴人通姦姘居後，即著由上訴人出立悔過書斷絕往來，乃上訴人仍姘居如故，因認上訴人共同以背於善良風俗之方法加害於被上訴人，自應連帶負賠償責任。」根據這個判例，即使悔過書本身沒有約定違約賠償條款，而當事人無法根據契約請求債務不履行損害賠償，但夫妻一方仍可以基於悔過書向他方請求侵權賠償。

在法院後續的判例發展之下，即使沒有悔過書或其他明文約定，配偶一方仍可向通姦的他方請求侵權賠償。這種論點則是來自於將「通姦屬於故意以背於善良風俗方法加損害於他人」的邏輯擴張適用於配偶。只要配偶一方有通姦行為，他方即可根據違反誠實義務請求損害賠償。1966 年最高法院台上字第 2053 號判例：「民法第一百八十四條第一項前段規定，以權利之侵害為侵權行為要件之一，故有謂非侵害既存法律體系所明認之權利，不構成侵權行為。惟同法條後段規定，故意以背於善良風俗之方法加害於他人者，亦同。則侵權行為係指違法以及不當加損害於他人之行為而言，至於侵害係何權利，要非所問。而所謂違法以及不當，不僅限於侵害法律明定之權利，即違反保護個人法益之法規，或廣泛悖反規律社會生活之根本原理的公序良俗者，亦同。通姦之足以破壞夫妻間之共同生活而非法之所許，此從公序良俗之觀點可得斷言，不問所侵害係何權利，對於配偶之他方應構成共同侵權行為。婚姻係以夫妻之共同生活為其目的，配偶應互相協力保持其共同生活之圓滿安全及幸福，而夫妻互守誠實，係為確保其共同生活之圓滿安全及幸福之必要條件，故應解為配偶因婚姻契約而互負誠實之義務，配偶之一方行為不誠實，破壞共同生活之圓滿安全及幸福者，即為違反因婚姻契約

之義務而侵害他方之權利。」

我國法院也曾經將侵權行為法適用於違背婚約。1939 年最高法院上字第 1172 號判例認為：「甲與其子乙共同對於某女以正式婚姻相許，騙使與乙同居，致某女受有損害者，即不能不對某女共負賠償之責。」本判例後來也在台灣地區受到遵循。1980 年最高法院台上字第 104 號判例：「被上訴人詭稱將與上訴人結婚，誘使成姦，難謂非以故意違反善良風俗之方法，加損害於他人，參照本院二十八年上字第一一七二號判例意旨，上訴人可依侵權行為之法則，訴請被上訴人賠償，而上訴人因此生育子女所支出之扶養費，既因侵權行為所生財產上之損害亦得依民法第一百八十四條第一項規定，請求賠償。」

事實上，對於不履行婚約的法律責任，親屬法已有明文規定。民法第 978 條：「婚約當事人之一方，無第九百七十六條之理由而違反婚約者，對於他方因此所受之損害，應負賠償之責。」民法第 979 條第 1 項：「前條情形，雖非財產上之損害，受害人亦得請求賠償相當之金額，但以受害人無過失者為限。」根據這二條規定，信賴婚約的受害人可請求賠償財產上與非財產上損害。不論為了保護信賴婚約者，或是為了制裁違背婚約者，根本就不須訴諸侵權行為法。以上這二個案件為何如此判決？究竟是當事人不知引用親屬法規定？或是當事人本身有過失導致無法適用親屬法規定？則不得而知。

二、以道德管制言論自由

在當代社會中，言論自由是個人實現自我價值的重要手段。對於侵害他人權利的言論，現行民事與刑事法律已經有詐欺、誹謗與侵害隱私等制度加以規範。不過，對於尚未侵害他人權利的言論，現行法中仍有大量的道德管制介入，以致於限制了人民的言論自由，以下將分別敘述之。

（一）政治性言論

現行法在政治選舉方面對於言論自由進行道德審查，主要集中於總統選舉與公民投票的無線電視頻道政見發表會。依據總統副總統選舉罷免法第四十五條第一項授權，總統副總統選舉候選人電視政見發表會實施辦法第 6 條第 2 項規定：

「候選人發表政見時，不得攜帶危險物品或有違背公共秩序、善良風俗之行爲。」其違反者，同法第 7 條規定主持人「應予制止，並得不予播出。」此外，依公民投票法第 18 條第 2 項授權，全國性公民投票意見發表會或辯論會實施辦法第 7 條第 2 項規定：「代表人發表意見時，不得攜帶危險物品或有違背公共秩序、善良風俗之行爲。」其違反者，同法第 10 條規定：「主持人應立即制止，並不予播出。」

上述選舉與投票結果均影響國家重大政治決策，當政治意見的傳遞高度依賴電視媒體時，對於這種言論的管制原本應當極爲謹慎，方能維護民主憲政的適當運作。不過，現行法以道德因素管制政治言論，而且採取不予播出的消音手段，對於政治言論自由的這種限制應已逾越比例原則的容忍限度。不論是總統選舉或公民投票辯論，其參與者皆已是政治經驗豐富人士，而非地方性選舉參與者可相提並論。若其政治言論果真違反善良風俗而顯示其政治立場偏頗，則正好足以提供選民有用資訊以進行投票決策，因此並無限制必要。若其政治立場屬於挑戰當前社會價值觀，則禁止其言論並不准播出，將限制了社會道德價值觀變遷的發展機會，也違背了道德多元主義的理念。況且，政治言論是否違反善良風俗，往往是相對性見仁見智問題，現行法賦予主持人針對政治言論進行道德審查的權限，可能引發執行上判斷爭議。總之，除非有明顯而立即危險，關於政治言論之價值判斷應交付國民決定，而不應由行政機關進行言論審查。涉及道德的政治言論，不論其立場如何，應不至於造成明顯而立即危險，因此現行法對於政治言論的道德管制一方面並非以避免重大危害爲目的，另一方面又限制了政治言論自由而干預國家重大選舉，顯然已超過比例原則的容許界線。

（二）藝術性與猥褻性言論

對藝術性言論進行道德管制是古今中外普遍現象，尤其是在道德觀狹隘保守而美學思想不開放的社會。但是在我國現行法律體系中，卻大量而廣泛地賦予了行政主管機關各種干預行政與給付行政手段管制藝術性言論。例如，電影法第 26 條：「電影片不得有左列情形之一：一、損害國家利益或民族尊嚴。二、違背國家政策或政府法令。三、煽惑他人犯罪或違背法令。四、傷害少年或兒童身心健康。五、妨害公共秩序或善良風俗。六、提倡無稽邪說或淆亂視聽。七、污穢

古聖先賢或歪曲史實。違反前項規定之電影片，中央主管機關於檢查時，應責令修改或逕予刪剪或禁演。」根據以上這麼多的抽象含糊規定，事實上行政機關掌握了極大裁量權進行道德管制，且能夠實施刪減或禁演等嚴厲處分。

除干預行政之外，電影法也賦予主管機關透過獎勵等給付行政方式進行管制的權限，如果經認定具有「闡揚倫理道德」貢獻則可獲得獎勵，例如第 33 條對製片業的獎勵、第 34 條對發行業的獎勵、第 35 條對映演業的獎勵、第 37 條對從業人員的獎勵等。雖然給付行政不直接傷害人民自由與權利，不過如果給付行政已經具有補貼效果而影響了廠商之間的競爭時，則實施給付行政應避免行政干預電影市場而侵害人民的言論自由與營業權。⁴

在廣播電視法中也有嚴厲的道德管制，如廣播電視法第 21 條：「廣播、電視節目內容，不得有左列情形之一：一、損害國家利益或民族尊嚴。二、違背反共復國國策或政府法令。三、煽惑他人犯罪或違背法令。四、傷害兒童身心健康。五、妨害公共秩序或善良風俗。六、散佈謠言、邪說或淆亂視聽。」違反這種道德管制者，電視事業處五千元以上、二十萬元以下罰鍰，廣播事業處三千元以上、三萬元以下罰鍰（第 43 條第 2 款），情節重大者處三萬元以上、四十萬元以下罰鍰，並得予以三日以上、三個月以下之停播處分（第 44 條第 4 款）。而以上的停播處分則可能影響廣播電視事業的換發執照（第 12-1 條第 1 項第 5 款），如果已受定期停播處分二次，再有違反者甚至於將面臨吊銷執照待遇（第 45 條第 1 項第 6 款）。事實上，除了廣播電視法之外，有線廣播電視法（第 40 條、第 66 條第 6 款）、衛星廣播電視法（第 17 條、第 36 條第 5 款）也都有類似的道德管制與罰鍰處分。

在過去曾經有演藝事業暨演藝人員輔導管理規則（已於 2000 年 6 月 30 日廢止）針對演藝人員的表演進行道德管制。依該規則第 13 條，節目內容有「一、違反國策者。二、妨害公共秩序、善良風俗或社會安寧者。三、演出節目有害身心健康或有危險性不能確保演藝人員及觀眾安全者。四、演出之節目或歌曲經禁止者。」則不得演出，其宣傳海報、節目單及演出有關資料等不得散發及張貼。根據憲法第 23 條、中央法規標準法第 5 條以及依法行政原則，過去這項管理規則

⁴ 當然，在目前國片產業不振現況下，主管機關的獎勵其實不具有影響電影言論市場競爭的效果。

在沒有法律授權之下限制人民言論自由，是一個顯然違法的規定，而且其執行也構成公務員犯罪與侵權行爲。不過，正由於我國文化向來缺乏尊重自由的傳統，而當時法治運作與人權保障體系也不健全，因此行政機關得任意訴諸道德理由肆無忌憚違背法律，而社會也在重道德輕法治的文化下予以容忍。目前該規則的廢止，顯示了我國的法治情況已經較爲改善。

現行法對於文化藝術表現自由的道德管制，甚至還使用了租稅減免上的歧視性措施。文化藝術獎助條例第 30 條規定：「經認可之文化藝術事業，得減免營業稅及娛樂稅。前項認可及減免稅捐辦法及標準，由文建會會同財政部定之。」在法律授權之下，文化藝術事業減免營業稅及娛樂稅辦法第 5 條第 3 款規定，得予免徵營業稅或減徵娛樂稅之認可，僅限於文化藝術事業及舉辦之活動無妨害公共秩序或善良風俗者。換言之，當某一文化藝術事業經行政機關認定爲妨害公共秩序或善良風俗者，即使該事業或活動內容尙未違反刑法或侵害他人權利，但卻無法如同其他文化藝術事業得免徵營業稅或減徵娛樂稅。

文化藝術事業減免營業稅及娛樂稅辦法第 5 條第 3 款的重大問題在於，文化藝術獎助條例根本未針對減免稅賦的文化事業內容加以規定，也未有差別待遇之規定，然而該辦法卻增加法律所無之限制，而選擇性地進行差別待遇，是以這項法規命令在形式合法性上已經有逾越授權範圍之嚴重瑕疵。更何況，實驗性、前衛性文化藝術事業往往可能與社會既有價值或美學觀念不一致，在該辦法的實施下，將造成實驗性、前衛性文化藝術在財務上的相對劣勢，而破壞了實驗性、前衛性文化藝術與其他文化藝術活動的公平競爭。

目前現行法律對於性言論自由的道德管制仍相當嚴格。例如，若是「於公共場所或公眾得出入之場所，唱演或播放淫詞、穢劇或其他妨害善良風俗之技藝者」，社會秩序維護法第 82 條第 1 項第 2 款對之處三日以下拘留或新台幣一萬二千元以下罰鍰。如本文先前所述，這項管制在一定條件下的確能促進公共場所的使用效率，因此具有合理性。不過，該法第 82 條第 2 項則規定：「前項第二款唱演或播放之處所，爲戲院、書場、夜總會、舞廳或同類場所，其情節重大或再次違反者，得處或併處停止營業或勒令歇業。」由本文先前所述分區管制觀點來看，如果在這些場所聚集人士都是喜好淫詞穢劇者，則在這些空間中就不會發生衛道人士與非衛道人士之間的相互外部性，禁止表演即造成消費者偏好無法滿足的福

利損失，但是卻無法增加社會福祉，因此這是一個無效率的管制，如果用比例原則嚴格審查，其合憲性也有疑義。

在當前的資訊社會環境下，刑法第 235 條是目前限制性言論自由最嚴重的道德管制：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。意圖散布、播送、販賣而製造、持有前項文字、圖畫、聲音、影像及其附著物或其他物品者，亦同。前二項之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之。」

在過去出版法尙未廢止的年代，出版法第 32 條第 3 款⁵對於性出版品設有禁止管制規定。該法第 36 條規定：「出版品如違反本法規定，主管官署得為左列行政處分：一、警告。二、罰鍰。三、禁止出售散佈進口或扣押沒入。四、定期停止發行。五、撤銷登記。」在以上嚴厲的刑罰與行政罰結合之下，過去出版業者的性言論自由受到極大限制。根據新聞局中華民國八十一年二月十日（八一）強版字第○二二七五號函釋，只要是出版品內容涉及「甲、內容記載足以誘發他人性慾者。乙、強調色情行為者。丙、人體圖片刻意暴露乳部、臀部或性器官，非供學術研究之用或藝術展覽者。丁、刊登婦女裸體照片、雖未露出乳部、臀部或性器官而姿態淫蕩者。戊、雖涉及醫藥、衛生、保健、但對性行為過分描述者」，則行政機關可基於違反出版法與刑法進行取締與制裁。

雖然目前出版法已經廢止，不過在刑法第 235 條的解釋與適用上仍處於高度的不確定性。根據大法官釋字第 407 號解釋：「惟猥褻出版品，乃指一切在客觀上，足以刺激或滿足性慾，並引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化之出版品而言。猥褻出版品與藝術性、醫學性、教育性等出版品之區別，應就出版品整體之特性及其目的而為觀察，並依當時之社會一般觀念定之。又有關風化之觀念，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，應基於尊重憲法保障人民言論出版自由之本旨，兼顧善良風俗及青少年身心健康之維護，隨時檢討改進。至於個別案件是否已達猥褻

⁵ 出版法第 32 條：「出版品不得為左列各款之記載：一、觸犯或煽動他人，觸犯內亂罪、外患罪者。二、觸犯或煽動他人，觸犯妨害公務罪，妨害投票罪，或妨害秩序罪者。三、觸犯或煽動他人，觸犯褻瀆祀典罪，或妨害風化罪者。」（本法目前已廢止）

程度，法官於審判時應就具體案情，適用法律，不受行政機關函釋之拘束，乃屬當然。」

如果將人類的資訊集合比喻為空間，則資訊空間的利用與相互外部性問題也可用物理空間的分區管制模式處理。刑法第 235 條未區分散布、播送、販賣與陳列方式，而一概加以處罰，即使在當年立法環境下是可接受的規範方式，但是在當今的社會條件下已經不合時宜，而有過度管制與事後違憲嫌疑。雖然大法官在前述解釋文中已經顧及「社會發展、風俗變異」因素，從而一部分在過去被認為猥褻的出版品在目前可以被解釋為不具猥褻性，不過，如果在解釋與認定之後系爭出版品仍具有猥褻性，則仍在禁止之列。依本文所見，刑法第 235 條不分散布、播送、販賣與陳列方式，而將猥褻出版品一概禁止的作法，已經逾越了比例原則中的必要性原則或最小侵害原則。為了避免厭惡猥褻出版品人士接觸到這些資訊，以證照許可方法管制出版與銷售，即可避免不適當者接觸該類資訊，而又能使願意接觸者保有接觸機會。

即使是以證照許可方法管制猥褻資訊之出版與流通，或許仍然無法充分滿足衛道人士要求。對於某些極端衛道人士而言，即使他們沒有觀看這些出版品，僅僅是這類資訊的存在本身就能引起不愉快。當猥褻資訊存在時，即使是透過受限制的方式進行流通，也有可能吸引新的讀者加入消費行列，而這種猥褻出版品消費者增加的可能性本身，就能夠威脅衛道人士的價值觀。「自己獨善其身不看就好，為何還要禁止別人看？」由社會學觀點可知，人的價值觀會有社會同儕相互增強的效果，不論是保守價值或叛逆性價值皆然。如果消費猥褻資訊人口增加，則衛道人士人口將相對減少，而這將削弱衛道人士之間的相互增強，以及衛道人士社會、政治影響力。

基於自由主義憲法與國家中立性原則，國家雖可以基於政治多數決定而立法進行價值判斷，但是卻不應在政治過程中事先預設價值判斷而封殺少數人的意見自由與表現自由，乃至斷絕未來政治、社會變遷可能性。如果是不問出版流通方式而一概禁止猥褻言論，由經濟學觀點來看，這使得保守價值擁護者得以減少競爭而維持既得市場優勢地位。⁶問題是，我們的憲法難道支持在道德價值觀上減

⁶ 關於保守主義者利用政治過程實施道德管制，Herbert Hovenkamp 有深入說明，見 Herbert Hovenkamp, *Law and Morals in Classical Legal Thought*, 82 IOWA LAW REVIEW, 1427 (1997).

少競爭而維持某種價值觀獨占市場？

由競爭法或反托辣斯法的原理來看，完全禁絕猥褻資訊的作法將導致資訊市場與價值觀市場缺乏競爭，而扼殺了「社會發展、風俗變異」的機會。當我們爲了提升消費者福祉，則應當鼓勵廠商以提升品質的方式從事公平競爭，而不應容忍廠商以限制競爭、阻礙進入市場的方式維持市場地位。同理，如果某種價值觀的擁護者想擴大其價值觀的支持人口，應當以加強優點、提升品質的方式從事公平競爭，而不應以限制競爭、禁絕對手進入市場的方式維持市場地位。在一個缺乏競爭的價值觀市場中，價值觀的發展將缺少更新誘因與活力，而易於陷入陳腐僵化的窠臼，如此反而使價值觀調和群我、指導生活的功能降低。總之，如果我們不想讓憲法成爲反對社會變遷的保守主義憲法，則應可同意，刑法第 235 條一概禁絕猥褻出版品的作法已經不當過度侵害言論自由。

（三）商業性言論

商業性言論在現行法律體系下也受到了高度的道德管制，而且其領域之廣及事項之多令人詫異。首先，根據廣播電視法第 33 條，廣告播出前必須經過主管機關審查，而依據同法第 32 條準用第 21 條，「妨害公共秩序或善良風俗」的廣告便在禁止之列。在當代民主國家之中，通常對於言論自由的限制以採取事後處罰取締爲原則，而少用事前審查方式進行。之所以政府能夠對廣播與電視廣告實施事前言論審查，主要因爲這是一種受到國家高度管制的特許事業。電台的設立與換發執照一直處於主管機關的監督之下，從而主管機關得以將監督電台的管制權力延伸到商業廣告的言論審查。如果是在網際網路之上的廣告，由於一般個人均可自行架設網站，行政機關無法藉由特許核准權獲得管制權力，因此網際網路上的廣告便享有較多言論自由。

由於廣播與電視廣告言論自由受到事前審查，如果主管機關不許可播出，則該廣告連出現的機會都沒有便遭受禁播。當然，理論上人民可以循行政爭訟途徑獲得法律救濟，不過，由於主管機關在廣播與電視產業擁有許多正式與非正式權力，實際上與主管機關進行法律抗爭往往不是業者的可行選項。更何況，等到漫長法律救濟程序確定之後，也已經超過廣告產品的商品生命週期或失去市場商

機。基於這些因素，實際上主管機關的言論事前審查權擁有極大優勢，而不是人民所能對抗。在此情形下，言論自由所受到限制極為嚴重，因此必須以較嚴格的標準審查這種管制的合憲性。

假設一個廣告極端不道德，而在沒有事前審查之下經由電視頻道公開播出。試問，在這情況下社會將會蒙受何種損害？由於廣播與電視廣告針對不特定多數人播出，當收聽或收看者無法事先預料廣告內容時，一個極端不道德的廣告確實可能使得某些人士感到意外、震驚而痛苦。如果在第一次收看廣告前，收聽、收看者能夠預先與廣告委託人或電視台簽訂契約管制廣告內容，則自然不須由法律多此一舉管制廣告內容。不過，當收聽、收看者與廣告委託人或電視台之間進行此種契約的交易成本過高時，由行政機關進行事前管制可能是較有效率的作法。即便如此，鑑於一個廣告能產生巨大社會危害的情形實在極為難以想像，因此行政機關在進行事前言論審查時，不應輕易以道德因素限制商業性廣告播出，方能尊重人民的思想與表現自由。況且，鑑於廣告對於激發人民文化創造力具有重大影響，因此允許人民有最大自由播出廣告，也是一個最佳的文化政策。

現行法對商業性言論進行事前審查還及於商標。商標法第 23 條第 10 款規定，商標有妨害公共秩序或善良風俗者情形者不得註冊。由於獲得商標專用權必須向主管機關申請註冊，主管機關在核准程序中，便能夠利用核准權針對商標內容進行事前言論審查。照理說，商標法的目的在於避免消費者誤認商品或服務來源，以提供廠商維持商品或服務品質的誘因。可是，商標法是否具有道德守門人的功能？或者商標法適合承擔道德守門人的功能？

當一項商品或服務的品質合乎法律規定，則一個不道德商標並不會傷害消費者福祉，因此商標法這款規定在合憲性上是有可疑餘地。如果一項商品或服務藉由不道德商標獲得市場優勢，這是屬於廠商的行銷策略，不過，商標法與商標主管機關適合扮演管制廠商行銷策略的角色？在一個自由市場當中，關於廠商行銷策略的成敗優劣，消費者才是最有資格判斷的人。以主管機關針對使用商標的行銷策略進行事前言論審查，不但妨礙言論自由，更干預了人民營業權與市場秩序，如果沒有其他重大理由，則難以通過比例原則的審查。如果只是純粹根據「商標作為言論」加以管制，則像商標這種訊息能夠對社會造成多大危害？更何況，現今商標業務主管機關為經濟部智慧財產局，該局人員是否在道德修養或道德哲

學上能夠充任道德裁判者角色？實在相當可疑。

現行法對於商品內容標示也進行道德管制。商品標示法第 6 條第 3 款規定，商品標示不得有背公共秩序或善良風俗。若有違反者，依本法第 14 條，主管機關得命限期改正；屆期不改正者，處新臺幣三萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰至改正為止；其情節重大者，並得令其停止營業六個月以下或歇業。根據該法第 9 條商品標示之內容為：商品名稱，生產與製造商名稱、電話、地址及商品原產地、進口商名稱、電話及地址，商品內容（主要成分或材料、淨重、容量、數量或度量等）、國曆或西曆製造日期、其他依中央主管機關規定應行標示之事項。試問，在以上事項之中如何能夠記載「有背公共秩序或善良風俗」訊息？如果商品標示法第 6 條第 3 款只是「備而不用」性質，則該等立法似乎是道德被害妄想症的產物。或許商品名稱是唯一可能有違反道德之虞的內容，不過，在當代教育普及、民智已開的環境下，如果商品名稱果真抵觸一般人道德觀，消費者自然會以拒絕購買加以抵制，根本不需勞動主管機關進行道德管制。反之，如果商品名稱能夠為消費者所接受，則行政機關的道德管制顯然就是過度剝奪人民言論自由與營業權。總而言之，市場力量本身就是一個自然的管制機制，除非有具體明顯證據顯示有市場失靈情形，否則對商品標示進行道德管制違反了比例原則的必要性要求。

除了商品標示法一般性規定之外，植物品種及種苗法第 13 條第 4 款也特別針對植物品種名稱進行言論審查。如果品種名稱有違反公共秩序或善良風俗者，依該法第 35 條規定，中央主管機關得定相當期間，要求品種權人另提適當名稱。不過，植物品種權的主管機關為農業委員會，由農業專家擔任道德裁判者顯然超出其專業能力範圍。行政業務主管機關適合針對執掌範圍內技術性、專業性事項從事管制，而不應將管制權力擴張至專業領域外的道德問題。除非在技術與專業考量上可證明商品名稱將導致具體實質危害，否則以道德因素管制人民的商業言論自由並不合比例原則的要求。當法律連植物名稱都要進行道德審查時，這似乎顯示了管制者已經有嚴重的道德被害妄想症。

現行法對商業性言論的管制也及於法人名稱。公司法第 18 條第 3 項規定，公司不得使用妨害公共秩序或善良風俗之名稱。如本文先前所述之立場，在自由市場當中，公司名稱是否合乎道德自有市場機能加以規範，不需行政機關進行審

查。除非公司名稱使人誤信營業內容、財務信用或商品與服務品質，否則，一個公司名稱即使不道德，也不至於傷害市場秩序與交易相對人。

此外，言論審查更氾濫及於許多行業的營業所名稱。如醫事檢驗師法第 21-1 條第 3 款規定，醫事檢驗所不得使用妨害公共秩序或善良風俗之名稱。物理治療師法第 21-1 條第 3 款規定，物理治療所不得使用妨害公共秩序或善良風俗之名稱。職能治療師法第 21-1 條第 3 款規定，職能治療所不得使用妨害公共秩序或善良風俗之名稱。醫事放射師法第 21-1 條第 3 款規定，醫事放射所不得使用妨害公共秩序或善良風俗之名稱。甚至於連助產人員法第 17 條第 3 款也規定，助產機構不得使用妨害公共秩序或善良風俗之名稱。以上這些營業所名稱受到言論審查的行業，都是受到證照管制的醫療服務業。對於這些行業，衛生主管機關應監督執行業務是否合法，如果其執行業務合乎法律規定，應無必要連營業所名稱都加以管制。如果有人試圖使用不道德營業所名稱作為不正當招攬業務方法，在現行法中也都有相關規定可供規範，因此對於醫療服務業的名稱管制已經違反了比例原則的必要性要求。

三、以道德管制結社自由

人民擁有結社自由，乃憲法第 14 條所明文賦予之權利。不過，民法第 36 條卻以道德因素限制了人民結社自由：「法人之目的或其行為，有違反法律、公共秩序或善良風俗者，法院得因主管機關、檢察官或利害關係人之請求，宣告解散。」由於公序良俗為抽象不確定概念，如果濫用此一概念，將導致人民結社自由受到不合理限制。在過去司法實務上，便曾發生有人曾試圖濫用本條規定處理單純民事糾紛，所幸均遭法院予以駁回。

臺灣高等法院 85 年抗字第 2880 號：「按法人之目的或其行為如有違反法律、公共秩序或善良風俗者，法院得因主管機關、檢察官或利害關係人之請求宣告解散之；...縱如抗告人所云相對人決議有一地兩約之情事，亦僅相對人與抗告人間之糾紛，並不構成民法第三十六條所示之違反法律、公共秩序、善良風俗之情形」

臺灣高等法院 87 年抗字第 131 號：「是以利害關係人請求法院宣告法人解散之要件，需法人之目的或行為有違反法律、公共秩序或善良風俗之情形之一，並

應由聲請人就此情形之存在，負舉證責任。經查抗告人主張相對人藉由消極地緩行重整程序，損害抗告人之債權云云，並未舉證以實其說，已難採信。況查相對人既係經由法院裁定准予重整，則抗告人依法即應循重整程序行使債權，其債權暫時不能獲得滿足清償，係依法律規定之結果，不能認係故意損害抗告人之債權，亦無違反法律、公共秩序或善良風俗之情形。至於抗告人所指關係人會議召集之次數寥寥可數，相對人消極地緩予踐行重整程序等，無非係指重整人執行職務有違法或不當情事，抗告人自應循重整之法定程序，促使重整監督人聲請法院解除重整人之職務，另行選派重整人進行重整事務，非得謂重整人執行重整職務有違法或不當情事時，各利害關係人即得聲請法院宣告公司解散。」

四、以道德管制財產權

（一）給付請求權

爲了積極鼓勵人民履行道德義務，或是消極避免人民的行爲抵觸道德，現行法對於人民財產上請求權施加道德管制。前者例如民法第 1020-1 條第 1 項：「夫或妻於婚姻關係存續中就其婚後財產所爲之無償行爲，有害及法定財產制關係消滅後他方之剩餘財產分配請求權者，他方得聲請法院撤銷之。但爲履行道德上義務所爲之相當贈與，不在此限。」以及民法第 1030-3 條第 1 項：「夫或妻爲減少他方對於剩餘財產之分配，而於法定財產制關係消滅前五年內處分其婚後財產者，應將該財產追加計算，視爲現存之婚後財產。但爲履行道德上義務所爲之相當贈與，不在此限。」

在以上情形，配偶一方無償行爲或處分行爲原本構成侵害他方剩餘財產分配請求權，但是現行法卻例外在履行道德義務時採取網開一面作法。雖然看起來這種情形似乎頗能促進道德，不過這卻有可能便利配偶一方假借道德名義侵害他方配偶權利。例如，當婚姻關係趨向惡化之時，爲了減少在離婚時對配偶他方之給付，而以履行道德義務名義減少名下財產。鑑於以上這些道德條款有被濫用的可能性，法院在適用這些條款時應當基於嚴格的調查與解釋，方能保障無辜他方配偶之財產權。否則，當道德被浮濫解釋之後，人民的剩餘財產分配請求權將受到不當危害。

以道德管制給付請求權的民法規定尚有不少。如，民法第 180 條第 1 款：「給付有左列情形之一者，不得請求返還：一、給付係履行道德上之義務者。」在此情形下，人民的不當得利返還請求權受到了道德限制。民法第 174 條第 2 項：「前項之規定，如其管理係為本人盡公益上之義務，或為其履行法定扶養義務，或本人之意思違反公共秩序善良風俗者，不適用之。」於本條情形，人民對於個人財產的支配權受到了道德管制所干預，以致於其意願受到限制而必須向無因管理人為給付。民法第 408 條：「贈與物之權利未移轉前，贈與人得撤銷其贈與。其一部已移轉者，得就其未移轉之部分撤銷之。前項規定，於經公證之贈與，或為履行道德上義務而為贈與者，不適用之。」原本贈與人在法律上享有撤銷贈與之自由，但是如果贈與契約涉及道德義務者，則這項自由便無法行使，而必須負擔法律上給付贈與標的義務。

在我國法律體系中，道德管制甚至也進入了公法上金錢給付請求權領域，而這也是道德管制侵害人權最黑暗的歷史之一。冤獄賠償法第 2 條第 2 款規定，若人民之行為違反公共秩序或善良風俗時，可例外不予冤獄賠償。換言之，當政府誤用公權力陷無辜人民於冤獄時，政府可事後以道德理由不給予冤獄賠償。侵害人民權利如此嚴重的法律，直到 1999 年方才經大法官宣告為違憲。不過即使如此，仍有大法官對於這項違憲宣告不以為然。在釋字第 487 號解釋不同意見書中，孫森焱大法官主張：「冤獄賠償法第二條第二款規定行為違反公共秩序或善良風俗者，國家拒絕賠償被害人之損害，乃立法者衡酌社會風氣，認為對此行為人如果給予賠償，有失事理之平之故。此為立法機關於制定法律，決定應否賠償之原則時所為價值判斷。...賠償法第二條第二款規定於有上開情形，始不予賠償之限制，為立法裁量範圍，與憲法比例原則並無違背。司法機關應予尊重，不得率爾宣告違憲而不予適用。」

至於本案多數大法官，雖然宣告這項規定違憲，但是仍然傾向保守，而未全盤否認這項道德管制的合憲性。在釋字第 487 號解釋文中，多數大法官認為：「冤獄賠償法第二條第二款前段，僅以受害人之行為違反公共秩序或善良風俗為由，剝奪其請求賠償之權利，未能以其情節是否重大，有無逾越社會通常觀念所能容忍之程度為衡量標準，與前述憲法意旨未盡相符。上開法律第二條第二款與本解釋不合部分，應不予適用。」根據多數大法官意見，對於「逾越社會通常觀念所能容忍」的不道德行為，便可以剝奪人民冤獄賠償請求權。在多數大法官的憲政

理念與憲法哲學之下，道德管制在一定條件下仍然可以合憲地剝奪人民權利，即使是在冤獄的情形亦然。

（二）物權與智慧財產權

在物權方面，現行法則針對動產留置權之發生施加道德限制。民法第 930 條：「動產之留置，如違反公共秩序或善良風俗者，不得為之。其與債權人所承擔之義務或與債務人於交付動產前或交付時所為之指示相牴觸者，亦同。」根據這條規定，當債權人基於不道德原因而占有債務人所有之動產，則不可合法發生留置權。事實上，民法第 928 條已規定，當動產非因侵權行為而占有者，方能發生留置權。於債權人非因侵權行為占有動產時，此時已不需要保護債務人，可是民法第 930 條卻給予債務人提出道德抗辯否認留置權的機會，這已經對於債務人提供過度保護，而且過度限制債權人之權利。更何況，發生留置權的前提要件是債務人已經延遲清償，除非有不可抗力情形或其他重大事由導致遲延清償，若真由道德觀點來看，債務人才是事件本末最應負責之人。鑑於留置物品是債權人維護權利的重要手段，當法律純以道德因素剝奪其權利，在比例原則的檢驗下具有合憲性疑義。因此，最好的政策仍是將道德問題交付社會輿論評判，不應混淆道德與法律。

除了有體物之外，純粹由於道德因素而例外無法獲得財產權，甚至也規定於專利法。依專利法第 24 條第 3 款，發明有妨害公共秩序、善良風俗或衛生者，不予發明專利。依專利法第 96 條，新型有妨害公共秩序、善良風俗或衛生者，不予新型專利。依專利法第 112 條第 4 款，物品妨害公共秩序、善良風俗或衛生者，不予新式樣專利。專利制度的功能本應在於「為鼓勵、保護、利用發明與創作以促進產業發展」（專利法第 1 條），可是專利法卻又在可專利標的要件上設置道德限制，如此一來抵觸了鼓勵發明創作的目標。當然，為了避免人們發明不道德的新產品或新技術，專利法如此規定無可厚非。可是，在當代多元社會，人們在事物上的道德觀點時有歧見，尤其是新興科技議題。以生物技術的應用為例，假設以人類胚胎幹細胞作為研究材料可以開發出新藥物或新療法，而進行該項研究必須毀壞人類胚胎方能取得研究材料，則毀滅人類胚胎一事對某些人而言屬於違反道德，但是開發新藥物與新療法拯救已經存在的人類生命，在其他人看來可能是一件極為重要而道德的行為。鑑於人們的道德價值觀可能往往相左，未來法

院如果有機會審理新興技術的可專利性問題，對於道德條款的解釋必須極為謹慎，而且唯有該項產品或技術違反道德程度已經達到一般人皆不容置疑，方可用道德條款否認可專利性，否則將會阻礙科學發展，甚至影響社會大眾的福祉。

在動產的使用方面，動物保護法有特殊規定。動物保護法第 10 條第 3 款規定，對動物不得為有害社會善良風俗之行爲。違反者，依該法第 27 條規定，處新台幣五萬元以上二十五萬元以下罰鍰。在法律的表面意義層面，鑑於動物在現行法上不具權利主體資格，無權起訴追究人類的行爲，動物保護法便以國家警察力量取締對於動物實施有害社會善良風俗行爲。然而，本條規定的實際目的與效果可能不在於保護動物，而在於限制人類進行所謂不道德行爲，因此本條規定在手段與目的上的合理關連具有疑義，而有違反比例原則中的適當性原則嫌疑。

針對虐待、宰殺動物，以及動物科學實驗方面，動物保護法已經設有各種保護規定。除此之外，我們能夠想像出在不虐待、不宰殺與不實驗動物時，人類對動物能做出有害社會善良風俗行爲？一個可能情形是人獸性交。嚴格來說，如果動物在人獸性交過程中享受快感，則我們無法以虐待動物名義制裁與動物性交的人。爲了制裁人獸性交，在法律技術上必須使用動物保護法第 10 條第 3 款作爲根據。否則，當人民能舉證動物因爲人獸性交享受快感時，在解釋上便難以適用虐待動物法律責任。不過，這種道德條款是否不當侵害人民憲法上的自由權利？這種規定是否反而傷害了動物福祉？⁷以動物表演爲例，尤其是像馬戲團動物表演的情形，動物時常必須在人類逼迫下接受嚴苛痛苦的訓練，可是在現行動物保護法下，請問何人曾經因爲驅使動物表演而遭受法律制裁？現實情形是，社會大眾甚至爲了獲得娛樂而購票觀賞動物表演，因而支持了動物表演的道德正當性。反之，對於不必然傷害動物的人獸性交，社會大眾反而可能給予嚴厲譴責。由這些例子顯示，大眾的品味偏好與成見，而不是動物本身的福祉，才可能是決定何謂有害社會善良風俗的決定因素。

爲了避免道德管制過於浮濫而不合理地限制人民自由，我們應當針對動物保護法第 10 條第 3 款進行嚴格解釋。依據法律的目的解釋，動物保護法的目的自然在於保護動物，因此動物保護法第 10 條第 3 款所謂的「有害社會善良風俗」

⁷ Kent Greenawalt 曾指出，禁止人獸性交的主要目的不在於保護動物，見 Kent Greenawalt, *Legal Enforcement of Morality*, 85 JOURNAL OF CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY 710, 723 (1995).

必須與保護動物必要者有所關連。如果人類的行為並未傷害到動物，則不能僅僅以人類行為「有害社會善良風俗」而適用該條款制裁。

五、以道德管制工作權與營業自由

(一) 娛樂產業

現行法下對於工作權與營業自由的道德管制，多以各種行政法規納入特許事業加以管理。至於以法律禁絕，則多見於以刑法處理人類自古以來常見的賭博與娼妓行業。鑑於賭博與娼妓問題對於社會影響的牽連複雜而有另行獨立討論必要，非本文所能涵蓋，故以下僅討論以行政法規所進行的道德管制。

以商業登記制度管制營業自由是現行法常用手段。如商業登記法第 29 條第 1 項第 2 款規定，營業行為有違反法令、公共秩序或善良風俗，受勒令歇業處分者，主管機關得依職權或據利害關係人申請，撤銷登記或部分登記事項。如果人民經營未登記之營業，依同法第 32 條規定，處新台幣一萬元以上三萬元以下罰鍰，並由主管機關命令停業。經主管機關依前項規定處分後仍拒不停業者，得按月連續處罰。

在過去二十年間，電動玩具曾經普遍受到兒童與青少年歡迎，而被認為引起許多社會問題。2000 年通過的「電子遊戲場業管理條例」，便是呼應社會道德譴責而生的法律，其中關於電子遊戲場業的營利事業登記，則是商業登記法的特別法。對於經營者、營業內容、遊戲機具、營業地點、營業時間、營業檢查等等，電子遊戲場業管理條例設有許多嚴格規定，因此該產業是一種受到高度管制的特許事業。當民間業者因資格不符而無法辦理營利事業登記，許多地下電子遊戲場便應運而生，而有業者則試圖以商業登記法第 4 條所例外規定的小規模商業名義經營，作為不須辦理登記的理由。

不過，2001 年 8 月 16 日最高法院台非字第 276 號判例認為，即使是小規模電子遊戲場原本不須依商業登記法辦理登記，但是仍必須依照電子遊戲場業管理條例辦理營利事業登記：「所謂電子遊戲場『業』，指『業務』而言。刑法上所謂業務，係以事實上執行業務者為標準，指以反覆同種類之行為為目的之社會的活

動而言；執行此項業務，縱令欠缺形式上之條件，仍無礙於業務之性質。因此不論該事業是否「專營」電子遊戲場業，亦不問經營是否需達『一定之規模』，即使於原本所營事業外，兼營電子遊戲場業，或所經營之電子遊戲場不具相當之規模，亦無礙於電子遊戲場業管理條例相關規定之適用。故商業登記法第四條所規定之小規模商業，縱得免依該法申請商業登記，但如未依電子遊戲場業管理條例辦理營利事業登記，仍不得經營電子遊戲場業，自不待言。否則，業主為逃避該條例之規範、處罰，儘可以『兼營』或『小規模』等經營方式為之，將出現管理及規範上之漏洞，反而無法有效達成立法之目的，亦與電子遊戲場業管理條例之立法意旨有違。」

在過去社會風氣保守的時代，行政機關與司法機關法律對於酒店行業採取歧視性嚴格管制措施，甚至於公然違反依法行政原則，而這又是我國現代法制史上重道德輕法治的例證之一。1969年行政法院判字第252號認為：「被告官署公布實施之『台北市酒店酒館改善及管理要點』，旨在維護社會善良風俗。其對台北市已核准設立之酒店酒館，除列入特種營業管理外，悉依該要點之規定加強管理，並無損於人民正當權利及守法商人之營業。原告等如認為該要點內容有窒礙難行之處，僅得依照請願法之規定，或以一般申請方式，表示其願望，要不得提起訴願。」根據行政法院見解，只要是出於維護社會善良風俗目的，行政機關即可未經法律授權加強管理，即使增加人民負擔，相對人亦不得提起訴願尋求法律救濟。

事實上，在過去行政機關曾有針對酒家、歌廳、舞廳、戲院等行業以「特種營業」方式加以管制。1973年行政法院判字第146號：「戲院為特定營業，有妨害善良風俗者，除刑事範圍移送司法機關辦理外，該管警察局（所）得依有關法令勒令停業或歇業，並得報請縣市政府吊銷其登記證，其屬營業範圍以內者，營業負責人與從業員工應受連帶處分。」而這項特種營業制度，後來經過1991年制訂取代違警罰法的社會秩序維護法所正式法制化。社會秩序維護法第18條：「經營特種工商業者之代表、受雇人或其他從業人員關於業務上違反本法之行為，得併罰其營業負責人。前項特種工商業，指與社會秩序或善良風俗有關之營業；其範圍，由內政部定之。」在內政部經該法授權的指定之下，列管之特種工商業竟有達到二十種行業之多，除了傳統上提供唱歌、跳舞、喝酒、看電影處所的行業之外，也包含理髮、按摩、沐浴、當舖、電動玩具遊戲場等，而新興的酒

吧、MTV、KTV 等也在管制之列。根據以上清單可知，凡是不屬於主流社會標準所肯定的「正當娛樂」，大多都被歸於應加強管制範圍之列。

除了社會秩序維護法的特種工商業之外，現在道德管制對於營業權的限制又進一步延伸到了觀光與新興娛樂事業。發展觀光條例第 53 條規定，觀光旅館業、旅館業、旅行業、觀光遊樂業或民宿經營者，有玷辱國家榮譽、損害國家利益、妨害善良風俗等行為者，應課處新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰，情節重大者，應受停止營業或廢止營業執照或登記證處分。漁業法 43 條規定：「中央主管機關對專營或兼營娛樂漁業之漁船設備、人員安全及應遵守事項，應訂定辦法嚴格管理之。」而在這些「嚴格管理辦法」之中，娛樂漁業管理辦法第 23 條第 1 項第 3 款特別規定，娛樂漁業漁船出海從事海上娛樂漁業活動，不得提供或容許有礙公共秩序、善良風俗之活動。對於以上觀光業及娛樂漁業的道德管制，主要目的是加強管制刑法處罰範圍之外的不道德行為。可是，既然這些行為尚未達到觸犯刑法的程度，僅僅以妨害善良風俗作為限制人民營業權的理由，實有違反法治原則之虞。由於妨害善良風俗是一個高度不確定概念，以這種不確定概念對人民的自由權利課與負擔，有導致行政濫權危險。更重要的是，漁業法 43 條的授權規定，應當僅限於「漁船設備、人員安全」等應遵守事項，亦即維護人員安全所必需設備的技術性事項。然而，娛樂漁業管理辦法第 23 條卻進一步限制娛樂漁業之實質經營內容，這已經屬於增加法律所未有之規定，因此構成逾越授權範圍的違法瑕疵。

由社會秩序維護法的「特種工商業」制度，以及發展觀光條例及漁業法的這些道德管制可知，現行法對於人民經營的娛樂產業施加特別嚴格管制，而這種作法是否具有合理根據？一個可能理由是，娛樂產業的消費者之中有較高比例的犯罪傾向者，或者，人民從事娛樂行為時比平時更容易犯罪。如果真是如此，則基於預防犯罪目的管制這些產業，自有相當合理性。基於憲政保障人民自由權利的目的，當法律限制人民權利時，必須由國家提出具體、客觀證據舉證相關行為的社會危害性。不然，僅僅以「傷風敗俗」等含糊籠統名義作為管制理由，便只不過是出於禁欲主義心理學而限制人民權利。當國家無法提出具體、客觀證據，此時道德理由可能淪為國家用以限制人民權利的廉價藉口。為了避免道德名義反而貶值為恣意限制人民權利的藉口，對於以上這些道德管制立法，應逐一以客觀、嚴謹態度檢驗其合憲性，方能實現憲法保障人民自由權利的目的。

（二）殯葬產業

現行法對於產業施加的道德管制也及於生命終點。根據殯葬管理條例第 53 條，殯葬服務業或其他個人提供之殯葬服務，不得有妨礙善良風俗之情事。違反者，依同法第 67 條，處新臺幣三萬元以上十萬元以下罰鍰，經限期改善，屆期仍未改善者，得連續處罰。情節重大或再次違反者，得廢止其許可。在一個實施憲政主義的自由社會，人民原本就有選擇殯葬服務的自由權利。如果殯葬服務並未侵害他人權利或造成實質損害，限制殯葬服務內容過度侵害了人民的權利。當然，由殯葬業者的觀點而言，如此的限制也侵害了營業自由。本文前已提及，以道德管制限制自由具有限制競爭的效果。而在殯葬產業中，將服務內容限制於合乎善良風俗，等於是限制了廠商提供服務的內涵，也限制了廠商從事服務創新與競爭的自由。

（三）專門職業技術

最後，專門職業技術人員也是現行法實施道德管制的重要項目。一方面，專門職業技術人員的執業行為對於人民生命、健康、財產有重大影響。另一方面，在專門職業領域的契約關係中，消費者與專家在資訊上不對等，因而導致容易發生市場失靈。因此在一定條件下，法律對於專門執業技術人員加以管制，確實有其正當性。依本文立場，對專門職業技術人員實施道德管制，應以保障消費者權利所必要者為限。除此之外，如消費者權利並未遭受損害，則不應以違反專業倫理對執業者進行制裁，方不至於不當侵害人民營業自由。

醫師法第 25 條規定，醫師執行業務違背醫學倫理時，由醫師公會或主管機關移付懲戒。在過去社會條件單純的時代，社會大眾對於醫師角色的期待不外乎治病救人而已。不過，在當代科技進步、價值多元化的社會，很可能不同人士對於醫療服務的需求，以及對醫師角色的期待，將有越來越多的不一致。例如代理孕母，目前在技術上可行，但是不同人士的價值判斷則南轅北轍。或者，實施有健康風險的減肥方式，或許某些消費者願意為實現目的而甘冒風險，但是其他人可能不以為然。

在一個憲政主義國家，人民應有選擇生活方式與醫療服務的自由權利，只要不侵害他人合法權利，個人均有權利進行選擇。當消費者出於自由意志與理性

判斷，且經過充分告知，則醫師應消費者需求提供專業服務，只要該項服務並未受到法律明文禁止，且實施過程合乎專業技術標準，應不構成違反醫學倫理。否則，如果僅僅因為某些人士對於特定醫療行為給予負面價值判斷，便認為此等行為不合醫學倫理，則無異是以部分人士的價值喜好限制了其他人的自由，然而這並不合乎尊重憲法權利的理念。

相較於對醫療服務的道德管制，現行法對法律服務業的道德管制比較合乎法治原則要求。律師法第 37 條：「律師不得違背法令、律師規範或律師公會章程，要求期約或收受任何額外之酬金。」律師法第 39 條則規定：「律師有左列情事之一者，應付懲戒：一、有違反第二十條第三項、第二十一條、第二十二條、第二十四條、第二十六條、第二十八條至第三十七條之行為者。二、有犯罪之行為，經判刑確定者。但因過失犯罪者，不在此限。三、有違背律師倫理規範或律師公會章程之行為，情節重大者。」依同法第 15 條規定，律師公會應訂立章程，報請所在地地方法院檢察署層轉法務部及所在地社會行政主管機關備案；而全國律師公會聯合會應訂立律師倫理規範，提經會員代表大會通過後，報請法務部備查。準此，對於違反專業倫理的懲戒，至少已有律師公會事先訂立與公布的倫理規範做為參考依據，而較不至於淪為依據抽象標準而有恣意判斷的情形出現。相較於醫師法的道德管制架構，律師法是比較進步的規定。

在我國新近建立的心理師制度中，在專業團體的道德自律上也採取律師法的專業自律模式。心理師法第 59 條規定：「臨床心理師公會或諮商心理師公會會員有違反法令、章程或專業倫理規範之行為者，公會得依章程、理事會、監事會或會員（會員代表）大會決議予以處分。」同法第 57 條第 7 款則規定，會員應遵守之專業倫理規範與公約應載明於心理師公會章程。

不過除此之外，心理師法卻又以內容不確定的行政罰規定管制執業行為。心理師法第 41 條：「心理師於業務上有違法或不正當行為者，除本法另有規定外，處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰；其情節重大者，並處一個月以上一年以下停業處分或廢止其執業執照。」由於該條文中以「不正當行為」作為處罰依據，在當代價值多元化的社會環境，這有導致行政機關濫用懲罰權力之虞。例如，心理師是否可與求診者發生性關係？這向來是心理諮商專業界中爭論已久的議題。以這個問題為例，本文認為，如心理師在執業過程中未使用詐欺、脅迫方法

傷害求診者權利，則行政機關不應針對法律未明文禁止的行為實施行政罰。即使系爭問題具有道德爭議性，但是如果涉及以處罰限制人民的自由與權利時，該問題應當由立法機關進行公共決策，而不應由主管機關任憑己見施加處罰。準此，心理師法第 41 條以不確定構成要件處罰人民，應已違反法治原則的要求。

六、以道德管制契約自由

(一) 性與婚姻交易

在當代社會生活，人與人之間交易頻繁，從而對於契約施加的道德管制與一般人的生活關連最為密切。在現行契約法中，民法第 72 條是最基本的道德管制條款：「法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效。」毫不令人意外的是，在我國司法實務歷史上，性道德與婚姻又是主要的管制客體。1976 年最高法院台上字第 2436 號：「上訴人為有婦之夫，涎被上訴人之色，誘使同居，而將系爭土地之所有權移轉登記與被上訴人，復約定一旦終止同居關係，仍須將地返還，以資箝制，而達其久佔私慾，是其約定自係有背善良風俗，依民法第七十二條規定應屬無效，上訴人依據此項約定，訴請被上訴人移轉系爭土地之所有權殊非正當。」

乍看之下，這個判例否定返還土地約定的法律效力，似乎能夠嚇阻婚外同居關係。不過，根據這個判例，因為婚外同居關係而獲得財產利益者，可以保有該利益而不須返還，所以這個判例反而為被引誘同居提供了正面誘因。可是，如果沒有人同意被引誘，則婚外同居關係自始就不會發生。這個判例的問題在於，僅注意婚外同居關係的善後，但是卻忽略了婚外同居關係的發生誘因。此外，當事人在法律訴訟技術上的表現也不理想。既然男方為了引誘女方而移轉土地所有權予女方，這個移轉土地的物權行為難道就不違背公序良俗？當物權行為在法律上無效，男方本可主張自始就沒有喪失土地所有權，因此可用確認之訴回復其土地所有權，而不須提起給付之訴請求返還土地所有權。

關於維持婚外同居關係，如果丈夫為了維持與第三者的同居關係，而收買妻子放棄追訴刑法通姦罪責任，則我國法院也否認這種契約的法律效力。1998 年最高法院台上字第 886 號判決：「有配偶之人與他人為婚姻外之同居通姦，固屬

違反善良風俗；如因之約定以金錢交付與他方配偶，取得他方配偶同意其繼續維持不正常關係，則亦屬違背公序良俗。原審未違查明上訴人按月給付被上訴人十萬元，是否作為其同意上訴人與李玟萱繼續維持不正常關係之代價，僅泛言依其和解書、字據以觀，並無違背公序良俗，即為不利於上訴人之判斷，殊欠允洽。」根據法院判決，通姦者即使承諾對於他方配偶提供金錢給付，也可合法事後反悔抵賴。

在現今社會，人民之間會簽訂這種契約的原因，是刑法仍有通姦罪的處罰規定。刑法第 239 條：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」如果沒有這個懲罰規定存在，則夫妻之間根本就不須為了婚外性關係而進行談判。換言之，刑法通姦罪規定使未通姦的一方對於他方有談判優勢。關於刑法通姦罪是否有存在必要，雖然在當今社會條件下已經受到質疑，不過 2002 年保守的大法官釋字 554 解釋仍肯定這條規定的合憲性。在刑法通姦罪仍有效的前提下，夫妻之間放棄追訴通姦罪的和解契約應否承認其效力？否認這種契約對當事人福祉的影響如何？

由於婚姻關係具有高度個別差異性，如果否認這種契約，將使當事人安排婚姻關係善後方法的選擇受到限制，從而各利害關係人便可能無法實現最適化的利益分配狀態。如此一來，可能利害關係人之間的糾紛將無法迅速和解，甚至持續對當事人生活造成困擾。如果當事人出於自由意志與理性判斷而簽訂這種契約，則否定契約效力將使當事人只能選擇次佳方案而非最佳方案解決糾紛，因而導致當事人福祉損失。準此，前述的法院判決並不是理想的處理方式。不過，當事人仍可使用撰寫契約技術避免契約被認為無效。根據前述判決，如果和解契約的給付約定不是作為「繼續維持不正常關係之代價」，則不在違反公序良俗之列。因此，由婚外同居配偶給付「精神痛苦慰撫金」或「生活費」予他方配偶，即可減少契約被認為無效的機會。

現行法對婚姻的道德管制也延伸到了婚姻的結束方式。1961 年台上字第 2596 號判例：「夫妻間為恐一方於日後或有虐待或侮辱他方情事，而預立離婚契約者，其契約即與善良風俗有背，依民法第七十二條應在無效之列。」這項法院判決顯然忽視了婚姻契約本身的特殊風險，因而可能反而阻礙婚姻制度的功能。凡是繼續性的長期契約關係，均會面臨相對人在未來不誠實履行契約的風險，不

論是商業契約或婚姻契約皆然。甚至婚姻契約對當事人的風險可能更高於一般商業性契約，這是因為當事人在婚姻契約中往往投入可觀的沈沒成本(sunk costs)，這些成本是當事人在契約結束之後無法回收的成本，例如青春年華與許多有形、無形給付。當契約風險高於一定程度時，如果導致當事人的預期成本高於預期利益時，則當事人最理性的選擇便是放棄締結契約。

根據民法第 1052 條第 1 項，現行親屬法原則上對於單方訴請離婚仍然固守「有責主義制度」，唯有配偶他方有法律列舉的過錯時，方能單方訴請離婚。雖然同條文第 2 項也規定：「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚」，但是在向來保守的法院解釋下，這個規定被適用的成功率不高。在這種司法實務下，人民以離婚減少決策錯誤成本的選擇被大幅限制。由風險管理觀點來看，婚姻成爲「請神容易送神難」的高風險契約。根據前述判例，當人民預先使用契約安排離婚事項，則將會被認定爲違反善良風俗而無效，所以人民連使用契約控制婚姻契約風險的自由權利都被剝奪。對於厭惡風險或不願意承擔高風險者而言，如果無法經由契約事先控制風險，則人民最理性的決策便是放棄締結婚姻。可是如此一來，當使用婚姻制度的人變少，這其實不利於社會中婚姻制度的運作。由這個有問題的判例可知，在當代社會條件日趨複雜的環境下，對於「善良風俗」的解釋應當符合當代人民的需求，僵化的法律解釋反而可能危害人民對於生活幸福的追求。

（二）其他契約

在民法第 72 條之外，還有其他特別法有相同的契約無效規定。信託法第 5 條第 2 款規定，信託行爲目的違反公共秩序或善良風俗者無效。臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 63 條第 1 項規定：「本條例施行前，臺灣地區人民與大陸地區人民間、大陸地區人民相互間及其與外國人間，在大陸地區成立之民事法律關係及因此取得之權利、負擔之義務，以不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者爲限，承認其效力。」

在勞動關係方面，除了可適用民法第 72 條之外，現行法也使用道德條款限制契約內容履行或執行業務。勞動契約法第 10 條：「勞動者應依僱方或其代理人之指示，爲勞動之給付。但指示有違法、不道德或過於有害健康者，不在此限。」同法第 36 條規定，勞動者與雇方同住而爲放浪之生活，經雇方警告仍不悔改時，

或勞動者對於雇方、雇方之家族、雇方之代理人或同夥勞動者，有重大之侮辱，或對於雇方之家族，誘引其為不法或不道德之行爲時，雇方得不經預告，於勞動契約期滿前解約。同法第 37 條第 3 款規定，雇方或其代理人對於勞動者或其家族有重大之侮辱，或企圖使其為不法或不道德行爲，或對於勞動者犯有應受拘役以上之刑時，勞動者得不經預告，於勞動契約期滿前解約。就業服務法第 5 條第 2 項規定，雇主招募或僱用員工，不得指派求職人從事違背公共秩序或善良風俗之工作。

七、以道德管制國際交流

（一）以道德管制外國人入出國

現行法不但以道德管制限制本國人的自由權利，也針對外國人進行防衛性的道德管制。入出國及移民法第 17 條第 1 項第 13 款規定，外國人有危害我國利益、公共安全、公共秩序或善良風俗之虞者，得禁止其入國。同條文第 3 項規定，在第 1 項第 13 款情形，主管機關應聘請包括社會公正人士組成審查委員會審核，經審核許可者，同意其入國。如果發現外國人在國內有危害善良風俗之行爲，則依同法第 34 條第 2 款規定，得強制驅逐出國。

外國護照簽證條例也有類似規定，其第 12 條第 1 項第 12 款規定，有危害我國利益、公共安全、公共秩序或善良風俗之虞者，外交部及駐外館處受理簽證申請時，外交部或駐外館處得拒發簽證。而同條文第 2 項則規定，依前項規定拒發簽證時，得不附理由。同法第 13 條第 1 項第 3 款規定，簽證持有人有在我國境內或境外從事詐欺、販毒、顛覆、暴力或其他危害我國利益、公務執行、善良風俗或社會安寧等活動者，外交部或駐外館處得撤銷或廢止其簽證。

（二）以道德管制涉外案件

本國人與外國人從事法律行爲時，關於決定準據法，涉外民事法律適用法第 25 條規定：「依本法適用外國法時，如其規定有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之。」由各國在文化與社會條件上的差異，外國法律往往可能規定

了本國法律未規定事項，甚至於抵觸本國法律的規定。不過，如果單純以外國法律內容不合本國法律規定，而排除外國法律的適用性，則不利於國際交流。此外，本國法院在適用道德條款篩選外國法時，不應過度濫用善良風俗概念，而應謹慎節制使用，以避免道德優越主義、道德歧視主義與道德保護主義。

對於適用涉外民事法律適用法第 25 條規定，我國法院已能保持道德開放性。實例曾發生國人到美國賭城簽發本票換取籌碼，而發票人於回國後試圖引用涉外民事法律適用法第 25 條主張本票無效。雖然我國刑法設有賭博罪規定，但法院並不因此否認在外國簽發本票換取籌碼的法律效力。1994 年最高法院台上字第 130 號判決：「涉外民事法律適用法第二十五條規定，依本法適用外國法時，如其規定有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之。係指適用外國法之結果，與我國公序良俗有所違背而言。並非以外國法本身之規定作為評價對象。上訴人為閱歷豐富，有充分辨識能力之完全行為能力人，既明知遊樂性賭博行為為美國內華達州法律所允許之行為，在該地遊樂賭博，為尊重行為地之秩序，自應受該地法律規範，本國法律自無予以保護之必要。」

臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 44 條也有類似規定：「依本條例規定應適用大陸地區之規定時，如其規定有背於臺灣地區之公共秩序或善良風俗者，適用臺灣地區之法律。」

除了對於涉外法律行為進行道德管制，現行法也針對外國判決進行道德審查。民事訴訟法 402 條第 1 項第 3 款規定，外國法院之確定判決，有背中華民國之公共秩序或善良風俗者，不認其效力。在實例上曾發生當我國人民於外國法院受不利判決，而外國人持該判決於國內申請強制執行時，我國人民常試圖以前述民事訴訟法第 402 條第 1 項第 3 款主張該判決違背公序良俗。不過，我國法院目前均未濫用該公序良俗條款。1999 年最高法院台上字第 3073 號判決：「所謂外國法院之判決，有背公共秩序或善良風俗，係指外國法院判決之內容係命為我國法律所禁止之行為，或係我社會觀念上認為違背善良風俗者而言。系爭外國確定判決認上訴人應負損害賠償責任，而命其給付賠償金，其內容並無違背我國公共秩序或善良風俗之情形。」2003 年最高法院台上字第 985 號判決：「再按民事訴訟法第四百零二條第三款所規定外國法院之判決，有背於公共秩序或善良風俗者，係指外國法院判決所宣告之法律上效果或宣告法律效果所依據之原因，違反

我國社會一般利益及道德觀念而言。系爭英國判決命上訴人就債務不履行及侵權行為負損害賠償責任，給付被上訴人賠償金，其所宣告之法律上效果所命被上訴人應給付之賠償金，並無違反我國社會一般利益及道德觀念。」

其他程序法也有類似規定。非訟事件法第 49 條第 3 款規定，外國法院之確定非訟事件之裁判，有背公共秩序或善良風俗者，不認其效力。仲裁法第 49 條第 1 項第 1 款規定，當事人聲請法院承認之外國仲裁判斷，有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，法院應以裁定駁回其聲請。臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 74 條第 1 項：「在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可。」

參、實施道德管制之正當條件

爲了管制某類行爲，如果我們可以找出合理的政策目的與客觀證據，則不需空泛訴諸道德。例如，對於管制藥物生產與銷售，我們可用維護國民健康作爲立法理由，而不需要訴諸道德或善良風俗；或者，對於處罰酒後駕車，我們可用維護道路交通秩序與人身安全作爲立法目的，而不需訴諸保護道德或善良風俗；或者，我們可以基於維護證券交易秩序而處罰內線交易，而不需訴諸道德或善良風俗。當道德作爲限制自由與權利的主要理由或甚至是唯一理由，這往往顯示了管制者其實無法提出具體、實質政策目標與客觀證據作爲管制理由，或者，此時管制所保護者僅僅是主觀而不確定的道德情緒感受。

當然，道德(morality)能協調社會中人際互動，在一定條件下能促進社會資本(social capital)⁸的累積與社會發展，因此道德並非一無可取，也值得在一定條件下受到維護。爲了在道德議題上討論更精確，此處我們可以區分道德(morality)道德觀(moral view)。道德是行爲是非標準的整體集合或一般性範疇，而道德觀則是評價某種行爲是非對錯的特定價值觀點。基於這個區分可知，人人都有個人

⁸ 社會資本是一個社會學概念，雖然各學者定義側重層面不同，但基本上指涉可用於促進社會合作的各種社會關係或社會人際網路。除學術討論以外，社會資本目前也成爲公共政策的重要議題，如世界銀行爲了促進開發，曾經進行過社會資本的研究計畫，見<<http://www1.worldbank.org/prem/poverty/scapital/index.htm>> (visited July 14, 2005) (按，世界銀行社會資本網站正在更新中，此處爲其舊網站資料)。

道德觀，然而人人的道德觀卻不必然相同。

在當代社會變遷迅速、價值多元化的環境下，當管制者企圖以法律強行實現某種道德觀時，我們應當先問：「何時的道德觀？」與「何人的道德觀？」如果法律所維護的道德觀不合時代需求，則維護這種道德觀反而造成社會損失。因此，當我們動用法律強行實施某種道德觀時，必須謹慎檢討時代與環境的需要，以避免盲目的道德保守主義動輒侵害人民憲法上自由權利。⁹其次，當法律所維護的道德觀只是某一部分社會成員的道德觀，而並非社會多數成員的道德觀，或者，當法律是出於少數有強烈意見者的價值偏好，而社會多數成員卻未有特別好惡時，則以法律強制力支持這種局部性的道德觀，實際上反而剝奪了其他社會成員實現個人道德立場的自由。誠如Charles H. Whitebread所言，在「我們」與「他們」的區分之下，對於異己者的社會不安，正是而且總是，道德管制的起源。¹⁰為了避免部分人士的道德歧視主義不當宰制其他社會成員的道德立場，對於以法律進行道德管制的措施，必須基於客觀的實證證據確認該等道德觀是否為社會多數成員的重要價值，方能避免立法機關、行政機關與司法機關恣意解釋與濫用道德限制人民自由權利。

如果我們認為法律其目的應當在於增進社會福祉，則法律應當支持有效率的道德觀而摒棄無效率的道德觀。而由於法律是一種公共制度，法律的制訂與實施均應在公共論壇中接受理性檢驗，所以當法律在實施道德管制時，我們也應該理性檢討以法律強行系爭道德觀的必要性。這就是為何本文處處強調實施道德管制必須基於具體、實質的合理政策目的與客觀證據。否則，人民原本享有的憲法自由權利將有遭受不合理限制的危險。

肆、結論

隨著近年來政治民主化與一連串大法官解釋的發展，在我國現行法律體系

⁹ 例如「女子無才便是德」、「父母在，不遠遊」，即使這在過去農業社會環境下可能是有效率的作法，但是在當代社會環境下，這種作法顯然是不利於培養社會人力資源的無效率政策。

¹⁰ 見Charles H. Whitebread, *"Us" and "Them" and the Nature of Moral Regulation*, 74 SOUTHERN CALIFORNIA LAW REVIEW 361, 370 (2000).

下，對人民自由權利的保障機制已經較為完善。不過，雖然目前政治因素對於限制人民自由權利的影響力已經減弱，但是現今許多法律的制訂與解釋上，道德因素對於人民自由權利的威脅，則未受到足夠重視與嚴肅檢討。本文是針對現行法律體系中道德管制的一個初步整理與檢討。在討論的範圍上，由於現行法道德管制已經有過於氾濫的傾向，本文並未窮盡所有現行法的道德管制。另外在討論的深度上，鑑於法律與道德是法理學上一個爭論已久的重要主題，因此針對道德管制進行更深入的理論研究，則不是本文範圍所及，而有待於他日以專文討論。¹¹最後應強調的是，為了使道德發揮其合理適當的社會功能，我們應當謹慎處理道德管制，方能使道德補充法律不足而促進社會發展，否則，道德領域反將成為法治國中的黑森林。

參考文獻

Coase, Ronald H.

1960 *The Problem of Social Cost*, 3 THE JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 1 (1960).

Hovenkamp, Herbert

1997 *Law and Morals in Classical Legal Thought*, 82 IOWA LAW REVIEW, 1427 (1997).

Greenawalt, Kent

1995 *Legal Enforcement of Morality*, 85 JOURNAL OF CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY 710 (1995).

Whitebread, Charles H.

2000 *"Us" and "Them" and the Nature of Moral Regulation*, 74 SOUTHERN CALIFORNIA LAW REVIEW 361, 370 (2000).

¹¹ 關於法律與道德問題，我國法理學界向來偏重於針對部分西方法理學經典文獻的介紹與評論，但是在具體制度與法律實踐上的深入檢討，以及結合當代社會科學研究等方面，則有明顯不足。在充滿價值衝突的當代社會，為了使法理學研究能夠引導法學研究與法律實踐，國內法理學研究應加強嘗試將抽象理論具體化，而在制度運作上提出實踐操作原則，並且進一步結合社會科學的理論與實證研究成果。否則，在法學界中，法理學研究仍難以擺脫「空談理論」的陳腐印象。