

釋字第666號解釋協同意見書

大法官 林錫堯 陳敏 陳春生

本號解釋認社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款規定（以下簡稱為系爭規定）為違憲，應限期二年失效之結論，本席等亦可認同。惟針對系爭規定，本號解釋僅以平等原則作為審查基準，有其審查結構上之侷限，尚有不足之處。蓋本號解釋未能針對系爭規定乃行為規範與制裁規範之本質，從自由權 - 諸如性自主權或職業自由 - 角度進行審查，以致對於系爭規定所禁止之行為，未能明確表明其行為是否可罰。上述問題，容有予以釐清之必要，爰補充說明如下：

壹、系爭規定僅以平等原則作為審查基準，固有其見地，惟尚有不足之處

一、多數意見以平等原則為審查基準之意義

依多數意見，關於性交易行為如何管制及是否處罰，屬立法裁量之範圍，系爭規定以主觀上有無意圖得利作為處罰之標準，法律上已形成無正當理由之差別待遇，因而認其與平等原則有違，應自本號解釋公布之日起至遲於二年屆滿時失其效力¹。就系爭規定違反平等原則而違憲之結論，本席等敬表贊同。有待言者，本號解釋之意旨，僅在確認系爭規定違反平等原則，從而排除其效力，並肯認立法者就性交易行

¹ 德國聯邦憲法法院實務操作上對於授益規範違反平等原則而被認定違憲之情形，因存有多種消除違憲狀態之可能性，向來不逕予宣告該規範自始無效，而係課予立法者排除違憲狀態之義務。相關討論可參見：Schlaich/ Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 7. Aufl., 2007, Rn. 401-403. 本件解釋採取之宣告模式與德國聯邦憲法法院上開實務相似，惟受指摘違憲之規定乃處罰規範而非授益規範，二者已有不同；本件前提上是否適宜僅以平等原則審查處罰規範尚有商榷餘地，詳見後述。

為之規範有裁量空間存在。惟僅依此意旨觀之，尚難認為已排除日後釋憲者就有關限制及處罰性交易行為之法律規定，再依比例原則或其他憲法原則予以審查之可能性。又系爭規定僅處罰性交易中意圖得利之一方而違反平等原則，日後立法裁量上是否仍全面禁止性交易且處罰雙方行為人，抑或認性交易行為已不具可罰性，雙方皆不予處罰，就此容有立法裁量之空間，然並不得解讀為，須應處罰性交易行為雙方始為合憲。

二、不宜僅以平等原則為審查基準

本號解釋多數意見以憲法第七條平等原則為審查基準，固有其見地²。惟一般之平等原則，要求在法律上對相同事物為相同處理，對不同事物為不同處理。因此，僅有符合憲法及法律之平等，而無違反憲法或法律之平等。就法規範而言，本質上符合憲法之法規範，對相同之事物，如無正當理由而為不同之處理，即構成違憲之恣意差別待遇。反之，本質上違反憲法之法規範，對相同之事物縱然為相同之處理，僅徒增違憲之效果，而不具憲法價值。由於平等權並未以特定之法律價值為建構基礎，為形式之基本權。反之，自由權所保障者，為人民受憲法肯定及保護之特定活動或行為方式，而為實質之基本權。平等權必須配合其他之自由權，始具有實質意義。因平等原則具有評價開放性(Wertungsoffenheit)之特質，作為釋憲之審查基準，在理解與操作上有其困難³。基本權受侵害者，不在於要求他人亦受相同之侵害，亦不在於要自己亦如同他人之不受侵害，而在於根本排除該違憲法規之侵害。法律對自由權之侵害，已無一

² 國內學者亦有持相同見解者，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 71-72。

³ Osterloh, in: Sachs(Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl., 2009, Art. 3 Rn. 1ff.

般之違憲情事時，始進而有法律上平等對待之可言⁴。多數意見未能先從系爭規定所涉及之自由權進行審查，易滋系爭規定並不涉及自由權保障之誤解；且對於自由權與平等原則之審查結構，亦未有著墨，殊為可惜⁵。

系爭規定之本質，係禁止性交易之行為規範，以及課處拘留或罰鍰之制裁規範。有關係爭規定之合憲性爭議，涉及人民此一行為是否受憲法保障之自由權利之問題。本號解釋雖關係以有無得利意圖而為是否予以處罰之差別待遇，但系爭規定既以「侵害自由權」之方式為之，重點應在於自由權侵害之合憲性審查部分⁶，亦即應優先適用比例原則審查。就系爭規定限制自由權部分，如經認定為違憲，再審查其是否違反平等原則，則實益有限。反之，如先審查平等權，因性交易雙方 - 意圖得利者及給付對價者 - 之行為本質相同，應為相同處理，乃認僅處罰意圖得之一方違反平等原則，憑此仍難得出禁止之行為規範違憲之結論。換言之，平等原則僅能得出「均應」或「均不應」處罰雙方行為人之選項，仍需透過自由權審查始能獲致「應處罰」或「不應處罰」之結論⁷。如前所述，多數意見僅據平等原則審查，而未以比例原則

⁴ Pieroth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006, Rn. 338a.

⁵ 自由權與平等原則之審查結構有別，應屬通說見解。參見：法治斌、董保城，憲法新論，2004年10月，2版，頁183以下；吳信華，平等權的體系思考（上、下），月旦法學教室第55期、第56期，2007年5月、6月，頁83-91、頁97-102；陳愛娥，基本權限制之審查基準，司法院大法官釋憲六十週年學術研討會：違憲審查基準與社會國原則（上），2008年9月20日，會議論文頁16-20以下；Kirchhof, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Isensee/ Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. , 1992, §124, Rn. 165 f.

⁶ 就此，黃昭元教授則主張，「平等權為獨立權利，有其獨立的規範內涵，因此將涉及分類及差別待遇的系爭侵害，都優先（或僅）以平等權進行審查。只有在審查系爭差別待遇的「量」（程度）（分類效果）是否合憲時，才可能需要進行類似自由權限制的審查」。參見氏著，平等權與自由權競合案件之審查 - 從釋字第64九號解釋談起，法學新論第7期，2009年2月，頁21以下。

⁷ 針對系爭規定是否有抵觸平等原則，顏厥安教授指出單純操作平等原則，將有

為審查基準，尚難推斷系爭規定不違反比例原則。

再者，本院釋字第五八四號解釋亦曾針對道路交通管理處罰條例第三十七條第一項禁止曾犯特定罪者辦理營業小客車駕駛人執業登記之規定，先審查該規定對職業自由之侵害是否違反比例原則，認不違憲後，再以平等審查。此即競合適用自由權（職業自由）與平等原則之案例。由此足見，涉及行為與制裁規範之合憲性爭議，如已屬自由權保障範圍之列，應優先為自由權之審查。

綜上所述，多數意見以平等原則為審查基準，固有其見地，但對所涉及之自由權利審查，尚有不足之處，以下則進一步檢討之。

貳、系爭規定有違性自主權與比例原則

一、性自主權之概念與保障範圍

按我國憲法並未明文保障性自主權或性行為自由，惟憲法第 22 條規定，「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」，學理上遂以此規定作為憲法上未列舉之基本權利之依據⁸。

而本院釋字第 554 號指出，「性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第 22 條規定，於不妨害社會秩序公共利益之

不法平等之疑慮，詳見夏鑄九、顏厥安、王增勇、王卓脩，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 31 日，頁 50 以下。但該文中主張，平等原則在此處的真正重點，並不在於罰娼與罰嫖的平等，而是抵觸了 Dworkin 所謂之「平等的關懷與尊重」，亦即國家應該儘可能地保持對價值觀與生活方式的中立態度。

⁸ 詳請參見李震山，憲法未列舉權保障之多元面貌 - 以憲法第二十二條為中心，多元、寬容與人權保障 - 以憲法未列舉權之保障為中心，元照，2007 年 9 月，二版，頁 3 以下。

前提下，始受保障」，明白承認性行為自由係屬憲法所保障之權利，並援引憲法第 22 條為其立論基礎⁹。

如同我國憲法第 22 條規定之功能，德國基本法第 2 條第 1 項規定：「每個人於不侵害他人權利、不牴觸合憲秩序及公序良俗之情形下，皆有自由發展其人格之權利」，此係關於「人格自由發展」(Freie Entfaltung der Persönlichkeit)之規定，依學理上之闡述，係保障兩項基本權，一為「一般行為自由」(allgemeine Handlungsfreiheit)；另一為「一般人格權」(allgemeines Persönlichkeitsrecht)。兩者皆不限於特定之生活領域，而是涵蓋所有生活範圍。前者乃具有補充性質之自由權概括條款 (subsidiäre Generalklausel der Freiheitsrechte)，著重權利主體之行為保障¹⁰；後者則是為避免個人之生活範圍，無法受其他具體自由權之充分保障而發展出之補充要件，而與人性尊嚴之保障相同，以權利主體之主體性為其重點¹¹。此種基本權之性質屬補遺性基本權 (Auffanggrundrecht)，若個別基本權利保障範圍所及之事項與內涵，即非其保障範圍所涵蓋。換言之，係居於其他基本權利之後，僅在特別基本權之保護領域所不及之處，始生作用¹²。

在此脈絡下，學理上對於性自主權 (Recht auf sexuelle Selbstbestimmung) 之憲法依據，多數見解將之列入一般人格

⁹ 學者官曉薇則是主張，性行為自由之內容包括下列三種：1、性自主權；2、決定與何人發生性行為之自由；3、決定如何發生性行為之自由。參見氏著，性、謊言、婚外情 - 從大法官解釋釋字第 554 號解釋談性行為自由之憲法基礎與架構，判解研究彙編 (八)，頁 29。

¹⁰ Pieroth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006, Rn. 368.

¹¹ Pieroth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006, Rn. 373.

¹² Pieroth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006, Rn. 369.

權保障¹³。例如德國學者 Di Fabio 認為，個人性領域（Sexualbereich）係屬不可侵犯之私密領域；具有性目的傾向之行為，係受到基本法第 2 條第 1 項與第 1 條第 1 項之自主保障（Autonomieschutz）；個人對於性別具有何種觀點或以何種方式安排其性生活，享有自主決定權¹⁴。學者 Silberkuhl 也指出，個人得決定性關係及其性伴侶，原則上亦得由自己決定個人是否以及在如何範圍、以何種目的接受第三人之影響¹⁵；個人性自主權包含本身性別認同及其性傾向之發現與認識（das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität sowie der eigenen sexuellen Orientierung），此乃屬於人格最私密之範圍，僅能在特別之公共利益存在時始得被限制之¹⁶。

¹³ Vgl. Bumke/ Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 5. Aufl., 2008, S. 77-78.; Sodan/ Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 2. Aufl., 2007, § 27, Rn. 7.; Jarass/ Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 10. Aufl., 2009, Art. 2, Rn. 48.; Di Fabio, in: Maunz/ Dürig(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2003, Art.2 Abs. 1, S. 196.; Silberkuhl, Art. 2 GG – LNK – Persönliche Freiheitsrechte, 2009, Rn. 30.（特別提及是受到第 2 條第 1 項與第 1 條第 1 項保障）。不同意見，參見 Dreier, Grundgesetz Kommentar, 1996, Art. 2, Rn. 25.（認為是屬於一般行動自由所保障）。就此不同見解之爭議，應與「性自主權」與「性行為自由」；「一般人格權」與「一般行動自由」兩組概念內涵與範圍不盡相同有關。

¹⁴ 在此基礎上，Di Fabio 指出，隱匿親密關係以及伴隨而來的非婚生子女之生父，又如在婚姻、類似婚姻之結合關係或是與變性伴侶，異性戀與同性戀之生活方式等，均屬於性自主權之範圍內。此外，氏進而主張，從性自主保障可得推導出的是，個人具有去實現他可能既存的天性而成為變性人（Transsexueller），參見 Di Fabio, a.a.O., S. 196-197.相同見解，另參見 Jarass/ Pieroth, a.a.O., Rn. 48. 德國聯邦憲法法院亦曾多次針對變性議題做出裁判，參見 BVerfGE 49, 286/297ff. ; 60, 123/134 ; 88, 87 ; 115, 1 ; 116, 243/264. 中文文獻，可參見張永明，德國變性人法案與著名憲法裁判簡介，台灣法學雜誌第 118 期，2008 年 12 月 15 日，頁 53 以下。

¹⁵ 德國聯邦憲法法院在性教育一案中亦有相同見解，Vgl. BVerfGE 47, 46, 73 - Sexualkunde, zit. nach Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein(Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 10. Aufl., 2004, Art. 2, Rn. 31.

¹⁶ Silberkuhl, a.a.O., Rn. 30.

歐洲人權公約第 8 條規定，「任何人均享有『私生活 (Privatleben)』、家庭生活、居住與通訊受尊重之權利。」依此，奧地利學者 Öhlinger 即認為，「性行為即屬於此私生活保障之列。因此，未公開於眾之賣淫行為，法律對此禁止之規定是違憲，在民主社會中為道德保護而禁止賣淫是不必要的」¹⁷。奧地利學者 Berka 亦指出，「國家僅能在人民行為涉及他人權利或公共秩序時，始能針對個人性行為加以規範。此一個人行為被評價為非道德之狀態...本身單獨而言並不成為問題，僅在於將賣淫作為職業而加以行使，或涉及顯現於公眾之賣淫活動時，方得限制或禁止賣淫」¹⁸。

綜上所述，性自主權之概念範圍尚難為明確之界定，惟參酌上述國內外學理與實務見解，我國有關性自主權之保障似可說明如下：性自主權雖非憲法明文列舉保障之權利，惟為維護個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家公權力及他人之侵擾，性自主權亦受憲法第 22 條規定所保障。性自主權保障個人對於諸如個人性別認同與性傾向、性觀點，性生活之對象、時間、地點及方式、乃至是否基於對價關係而從事性行為等性領域之事項得自主決定之權利。此外，不僅保障消極性之性自主權（即不為性行為之自由），亦兼及於積極性之性自主權（亦即為性行為之自由）。

二、系爭規定有違比例原則

（一）目的正當性之審查

關於立法目的之憲法上審查，由於憲法之框架與開放

¹⁷ Öhlinger, Verfassungsrecht, 7. überarbeitete Aufl., 2007, Rn. 812. ; 另參照 VfSlg 8272/1978, 8907/1980.

¹⁸ Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2008, Rn. 1395. ; 另參照 VfSlg 9252/1981, 11.926/1988.

性，復因立法者本身之直接民主正當性，當複雜之社會問題有待規範而往往有多種不同之解決可能時，立法權之行使，並非只是單純將憲法規定予以具體化，毋寧帶有自主形成之色彩¹⁹。因此就立法目的之憲法審查，應肯認立法者就立法目的與手段之選擇享有一定程度之形成自由²⁰。德國學者 Sachs 指出，比例原則之法適用過程，必須指向於個別規範之目的，且不得以憲法上重要之目標來取代立法目的；相對於法規命令乃取決於授權母法所預先設定之目的，國會形式之立法則依據民主主權而自主決定其目的，只要該目的不為憲法所禁止，特別不違背憲法本身所預設之目的，即可通過目地性審查²¹。

惟肯認立法者就立法目的享有一定程度之形成自由，並不代表釋憲機關在此完全放棄審查，毋寧說係採取寬鬆之審查態度，此在我國與德國之釋憲實務皆係如此²²。如此並非表示對立法目的之審查完全失其意義，在憲法第 23 條之限制下，倘立法者明白引用非屬憲法第 23 條之公益目的作為其限制基本權之目的；或立法者完全未指出係基於何種理由

¹⁹ 李建良，論立法裁量之憲法基礎理論，憲政時代第 26 卷第 2 期，2000 年 10 月，頁 76 以下。

²⁰ Grabitz, Das Übermaßverbot, in: Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 95f.表示在立法目的設定上，立法者享有幾乎是恣意禁止之自由空間。

²¹ Sachs, in: Sachs(Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl., 2009, Art. 20 Rn. 149.

²² 我國法部份，可參見許宗力，比例原則之操作試論，法與國家權力(二)，2007 年 1 月，頁 123 之分析；此外，德國學者 Schlink 亦指出，德國聯邦憲法法院對於立法目的之合憲性，向來採取極為寬鬆之審查態度，原則上推定其合憲性。Vgl. Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/ Dreier(Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, Bd. , S. 450.此亦可從合憲解釋原則之運用來理解，蓋解釋者之所以優先採取合憲解釋之方法，其基本思惟之一即在於以規範維持(Normerhalten)為依歸，避免宣告法規違憲無效，有助於維護法定安性，若從權力分立原則觀察，亦可認係釋憲者尊重立法者與維護立法成果之結果。就此可參見 Lüdemann, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, S. 28-29.

限制基本權，則仍逾越憲法容許之界限²³。

因此，依系爭規定之條文體系與立法過程，其立法目的旨在維護國民健康與善良風俗，就國民健康而言，其目的正當性實可肯認。至於善良風俗得否作為限制人民基本權利（特別涉及與「性」有關之行為）之立法目的，學理上不無爭議²⁴。鑑於本院歷來關於善良風俗與性領域之釋憲實務（釋字第 407、554、617 與 646 等號解釋參照），就善良風俗之審查並未多加著墨，似一概肯認其合憲性。如前所述，蓋自憲法第 23 條之法文結構觀察，釋憲者就立法目的之審查，僅要求立法者不得追求明顯違憲之目的，並符合憲法所預設或容許之公益目的。惟善良風俗之概念與內涵常隨社會發展、性文化及性道德之演變而有所不同，倘該善良風俗之內涵係為維繫當時社會共通價值所必要，或為排除人民有害於社會之行為，則維護善良風俗亦得作為合憲之立法目的。茲考量性交易行為所可能衍生之種種弊端，諸如妨害社會秩序與公共安寧、危害兒童及少年身心健全發展以及婚姻及家庭制度等，而採取禁止性交易之手段時，其立法目的應屬正當。

（二）比例原則之審查

就系爭規定是否有助於達成立法目的而言：按從事性交易行為者，因其性行為對象廣泛及不確定，確有散布性傳染

²³ 學者陳愛娥亦指出，德國模式以立法目的為獨立之審查對象並僅審究目的本身之合憲性，其中包含對立法政策方向選擇自由之尊重。參見氏著，基本權限制之審查基準，司法院大法官釋憲六十週年學術研討會：違憲審查基準與社會國原則（上冊），2008年9月20日，會議論文頁26。

²⁴ 詳見許育典，多元文化國下色情管制的憲法正當性 - 以中央大學性/別研究所動物戀網頁案為例，東吳法律學報第17卷第2期，2005年12月，頁68-69。另請參見黃榮堅，性交易與刑法上妨害性自主概念關係之研究，自由·責任·法 - 蘇俊雄教授七秩祝壽論文集，2005年8月，頁307以下；同氏著，對於性交易的刑法觀點 - 兼評大法官釋字第623號解釋，政治與社會哲學評論第23期，2007年12月，頁194以下。

病之風險，而與國民身體健康之危害具有某種程度之關聯，故系爭規定全面禁止性交易行為，應屬有助於維護國民健康目的之手段。又考量性交易行為除有違一般社會價值外，常伴隨暴力剝削、組織化經營等有害社會之實況，系爭規定全面禁止性交易，亦屬可達成維護善良風俗，進而維護社會秩序之手段。

次就系爭規定是否為達成國民健康與善良風俗立法目的之必要手段而言：按全面禁止性交易之結果，將使性交易活動轉為地下化或隱密為之，致衛生主管機關對從事性交易者，難以實施各種定期健康檢查或宣導性行為安全等其他可有效維護國民健康而限制較小之管制或輔導措施。就此而言，系爭規定即非維護國民健康之必要手段。又按善良風俗具有抽象、不確定與道德等特質，其概念與內涵常隨社會發展、性文化及性觀念之演變而有所不同，自不宜僅為維護善良風俗，即逕行全面禁止性交易行為²⁵。況藉性交易行為之原因及情況萬殊，其中有迫於饑寒而出於無奈者，為求生存，實逼處此，當非處罰取締所能禁絕。又性交易活動類皆避人耳目，隱密進行，多非公然為之，對善良風俗或社會秩序之危險客觀上有其限度。是系爭規定不問性交易行為是否影響第三人權益、是否對社會秩序造成之具體危險等之不同，即一概全面禁止，形成對個人性自主權之高度限制，已難謂有其必要。

況且立法者為維護善良風俗或避免社會秩序之具體危

²⁵ 例如賭博行為，一般均將其界定為違反善良風俗之行為，惟立法者亦得採取程度、範圍不同之有效管理措施，以取代全面禁止。參見公益彩券發行條例（特別是第 20 條規定「若有影響社會安寧或善良風俗之重大情事者，經主管機關函送立法院同意後，得停止其繼續發行。」），以及離島建設條例第 10-2 條規定開放離島設置觀光賭場，並於同條第 5 項規定「依前項法律特許經營觀光賭場及從事博弈活動者，不適用刑法賭博罪章之規定。」

險，當可對從事為性交易者施以職業訓練或其他教育，並輔導轉業，以提昇其工作能力及經濟狀況，使其無須再以性交易為謀生手段。此外，立法者可配合有效管理措施，限縮禁止性交易之範圍，亦足以維護國民健康及善良風俗，又不致對從事性交易者之性自主權為過度之干涉。

參、性交易行為是否屬職業自由保障範圍，容有討論空間

一、性交易行為是否屬職業自由保障範圍之爭議

論者有主張以「工作權」之保障討論系爭規定合憲性²⁶，其核心問題在於，此一受社會秩序維護法所禁止之意圖得利與人姦宿之行為，是否為職業自由保障範圍所及²⁷？

（一）我國學界見解：

學者有認為：『職業』既然指的是具有持續性的營利『活動』（Tätigkeit），此等活動自然以「行為」（Handlung）為內涵；亦即，『職業』即是由一組相關聯的行為群所構成。於此情形下，若『職業』所本之行為本身已經由刑事法規定受到禁止時，除了意味著該行為本身為法所不許者外，也意味了該相關的『職業』概念無法建立，從事如此之違法行為者亦無法主張受職業自由之保障。據此，凡是刑事法處罰的行為，如竊盜、販毒等，其行為人均無法主張受職業自由之保障，僅能就與該行為相關之基本權項目來加以審視各該刑事

²⁶ 例見，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，頁 87-139。詳盡介紹與整理，參見何春蕤編，性工作：妓權觀點，巨流圖書，2001 年 4 月。

²⁷ 夏鑄九、顏厥安、王增勇、王卓脩，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 31 日，頁 51；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 72 以下。

法規定的合憲性」²⁸。

亦有學者認為，「對職業自由的討論，可以分為以下幾個層次：首先，原則上任何營利活動都受到職業自由的保障。其次，但是如果該營利活動受到國家法律禁止規範的禁止，此等活動就不落在職業自由的內在界限。第三，國家會透過禁止規範來禁止的營利活動，通常是該活動的本身就具有實質違法性，例如竊盜、銷贓、走私，因此原則上當然是以刑法來加以禁止。具有實質違法性的營利活動，當然不受到憲法職業自由的保障。第四，如果要透過行政法來『管制』職業，那一定是針對職業之行使，而非職業本身，來進行必要的管制措施。因此，若國家要禁止性交易，必定是認為該等營利活動具有某種實質違法性，而且也必須以刑法來加以制裁。而我國刑法並未制裁性交易行為本身，只有秩序法制裁，更表明立法者也認為『性工作』作為一種職業，並不具有實質違法性，因此其他法律規定就只能有合憲形塑或限制的作用，針對行為引起的外部效果加以制裁或限制，若踰越此一限制的法律規定就有侵害職業自由之虞。但社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款之制裁規定乃限制性交易行為『本身』，因此可以說該項規定違憲地干預了某種『職業行為』或得為職業之行為」²⁹。

上述二見解，在學理上不無斟酌之餘地。前者，係以合法行為作為職業自由之前提，不無以立法來詮釋憲法基本權利保障範圍之嫌³⁰；後者則係將刑事不法與行政不法認定為

²⁸ 蔡宗珍，前揭文，頁 73。氏更進一步於該文註釋 11 指出，德國聯邦憲法法院即曾指出，構成職業的活動需以「受允許的」(erlaubt)行為為前提，BverfGE 7, 377(397).另指引參考 Pieroth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 10. Aufl., 1994, Rn. 877.惟此一著作較新版本之同書已修正見解，詳後述。

²⁹ 參見夏鑄九、顏厥安、王增勇、王卓脩，前揭書，頁 51-52。

³⁰ 參見該次「「台北市廢娼事件中之憲法問題」研討會之會議紀錄(下)」，羅明

質的區別，再據立法者對某一行為應施予刑事罰或行政罰之擇定，進而認定該行為是否具有實質違法性與國家得對之加以管制的程度，不無速斷之嫌，亦有以法律界定作為闡釋憲法基本權利保護範圍之誤解。

（二）德國憲法學上關於職業概念之界定爭議

關於職業之概念，實務與學理上探討最多、爭議最大者，應屬「職業行為之容許性」(die Erlaubtheit der Tätigkeit)之問題。

「職業行為之容許性」之概念特徵，首先由聯邦憲法法院所提出，以是否違反刑法規定作為有無可容許性之判斷標準。憲法法院雖未曾將此項概念特徵適用於具體個案中，但其理念為聯邦行政法院所承襲，惟其後聯邦行政法院修正其見解，改採「是否絕對危害社會之行為」作為有無可容許性判斷標準，並曾認為賭博、職業犯罪（如竊盜）、偷窺秀與娼妓等均非屬職業概念之範疇³¹。

德國學界對上開問題亦有所討論，例如 Pieroth/ Schlink 認為，職業概念並非由立法者所支配，蓋不為立法者所允許之行為，立法者即可透過立法禁止其為職業，如此將輕易地排除基本法第 12 條第 1 項之保障範圍，並脫免職業自由之

通律師與陳愛娥教授之發言，律師雜誌第 229 期，1998 年 10 月，頁 89、95。

³¹ 整理自 Pieroth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006., Rn. 810ff. ; Scholz, in: Maunz/ Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Bd. , 1996, Art. 12, Rn 24f. 以及中文文獻，參見劉建宏，德國法上之職業自由，憲政時代第 18 卷第 2 期，1992 年 10 月，頁 60-61。顏厥安，性工作是否違反人性尊嚴或善良風俗 - 以德國聯邦行政法院「偷窺秀判決」作為探討對象，夏鑄九、顏厥安、王增勇、王卓脩，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 31 日，頁 142 以下（附錄一）。惟聯邦憲法法院後來見解是以所謂「職業圖像」(Berufsbild) 的說法，加以理解職業概念，參見 Tettinger, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 108(1983), S. 100ff.

憲法基準³²。另 Manssen 亦指出，為避免使立法者得以決定基本權利之保障範圍，必須放棄以容許性作為界定職業之特徵³³。至於娼妓 (Prostitution) 是否為職業之爭議，德國學界於 2001 年制定性工作者法律關係規制法之前，則多有爭議³⁴。

(三) 德國法制概述

關於娼妓是否為職業之爭議，長久以來，娼妓業在德國雖於刑法中不處罰，但被定義為「有害風俗」(sittenwidrig)。學者指出，娼妓本身在過去被迫訴刑事責任者並不多見，僅為避免干擾他人、危害青少年之道德或避免傳染病之目的，始予管制，並以刑事規範貫徹之。如今，娼妓僅於違反禁制區之規定時，方屬違反秩序之行為(德國違反秩序罰法第 120 條第 1 項第 1 款)³⁵，而此禁制區乃為了保護青少年或是避免干擾他人而頒布，並且限於有持續性之違反行為(即現行德國刑法第 184 條 e) 或危及未成年人(即現行德國刑法第 184 條 f) 時，始以刑法處罰之³⁶。總之，德國法上係以行政秩序作為其管制之出發點，主要針對性交易對於青少年與公共安寧有所危害，依地方自治團體個別規範而為特定地點、

³² Pieroth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006, Rn. 810ff.

³³ Manssen, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck(Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., 2005, Art. 12 Abs. 1, Rn. 42.

³⁴ 詳細討論，參見 Scholz, in: Maunz/ Dürig(Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd.1, 1996, Art. 12, Rn 25.; Hofmann, in: Bleibtreu/ Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 10. Aufl., Art. 12, Rn. 28. 其中德國學者 Wesel 於 1999 年發表「娼妓作為職業」(Prostitution als Beruf)一文，其回顧 19 世紀以來的爭議，最後總結地認定，「吾人已經相當自由，但還不夠自由。娼妓必須被承認為職業，而列為基本法第 12 條之保障」參見 Wesel, Prostitution als Beruf, NJW 1999, 2865-2866.

³⁵ Kurz, in: Senge(Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., 2006, § 120, Rn. 1-20.

³⁶ Maurach/ Schroeder/ Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 9. Aufl., 2003, §21 , Rn. 1. (原著所引條文係第 184a 及 184b，經查新法修正為 184e 及 184f)

時段之限制³⁷。

溯自 1851 年普魯士刑法典首次將有違風俗或營利之皮條客（第 147 條）以及資助娼妓者全然地列為處罰。早期曾以妨害風俗之犯罪（Sittlichkeitsdelikte）規範有關性犯罪之行為，而妓院業應予廢除，除非其取得許可證以作為訴追障礙。此項規定被 1871 年刑法典第 180 所繼受³⁸。於 1973 年第四次刑法修正法廢止了全面禁止皮條客之規定，除了保障青少年免受媒介行為（§ 180）外，刑法僅針對資助娼妓之行為；娼妓業也被嚴格限定於拘束娼妓時始受規範³⁹。由過去立法程序中所顯示之觀點，雖然娼妓本身並無可罰性，但始終被認為是道德敗壞者⁴⁰。

但 2001 年 10 月 19 日德國聯邦眾議院通過性工作者法律關係規制法（Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse von Prostituierten, Prostitutionsgesetz –ProstG），並於 2002 年生效，該法律承認性交易之民事法律關係效力，並為適當之規範；又配合上述變革，將刑法當中部分犯罪行為除罪化，且修正德國刑法第 180a 條及第 181a 條⁴¹。學理上因該法之通

³⁷ 德國聯邦憲法法院亦多次針對管制性交易行為之法規進行審查，其主要重點在於規範管制區之法規命令是否符合明確性要求。參見 Bundesverfassungsgericht Kammerentscheidungen - Verbot der Prostitution-Sperrgebietsverordnung, NVwZ 4/2009, S. 239-240. ; NVwZ 14/2009, S. 905-908.

³⁸ Maurach/ Schroeder/ Maiwald, a.a.O., Rn. 2.

³⁹ Maurach/ Schroeder/ Maiwald, a.a.O., Rn. 3.

⁴⁰ Wolters/ Horn, SK-StGB , 8. Aufl., 2004, §180a, Rn. 1a.

⁴¹ 針對性工作者法律關係法生效後，對於刑法相關條文解釋及適用上的介紹，請參見黃榮堅，對於性交易的刑法觀點 - 兼評大法官釋字第 623 號解釋，政治與社會哲學評論第 23 期，2007 年 12 月，頁 191。依學者黃榮堅之說明，內容相似的德國刑法第 180a 條，舊條文所冠上的罪名簡稱是資助性交易（Forderung der Prostitution），新條文所冠上的罪名簡稱是對性交易者的剝削（Ausbeutung von Prostitution），新法之立法目的並不是禁娼或是對於性秩序的維護，而是對於從事性工作者之廣泛自主權的維護，亦即保護其個人自由及經濟獨立。另可參見張

過，先前關於娼妓是否屬於職業概念之爭議也隨之解消，因而肯認性工作者也應受基本法第 12 條第 1 項之保障⁴²。

（四）本案不宜處理性交易行為是否為職業自由所保障之理由

基於下列理由，目前不宜處理性交易行為是否為職業自由所保障之爭議：

首先，觀察德國立法過程，對於性交易行為本身係從全面處罰改為具備特定條件始為處罰，且保障娼妓之人身與財產權利。我國目前現行法制配合當前之社會環境及文化觀念，對性交易行為僅科處行政罰，而未論以刑責，但立法政策上仍將性交易本身界定為違法行為，且稅法實務上就娼妓所得不予課稅⁴³，民事法上亦不承認其契約合法性。鑑諸德國法之發展，承認性交易行為屬職業自由保護範圍之列，有其學理上依據，蓋應儘可能將個人行為廣泛涵蓋進基本權保障範圍，再針對不同公益目的之要求，進行廣狹不一限制。然就此爭議，由於在我國尚乏一致共識，且若視為職業，後續職業訓練、保障、輔導管理及監督等機制，均有賴於行政及立法部門審慎規劃。因此依目前法制現況、社會文化觀念等因素，是否適宜逕由釋憲機關承認其屬憲法上之職業概

天一，引誘媒介性交或猥褻罪之問題檢討—以性交易行為之可罰性為中心，軍法專刊第 47 卷，2001 年 7 月，頁 38。

⁴² Manssen, in: Mangoldt/ Klein/ Starck(Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., 2005, Art. 12 Abs. 1, Rn. 42.; 而 Pieroth/ Schlink 亦認為，娼妓已屬職業，因為具有對價之性交易行為依性工作者法律關係法已屬一項具有法律效力的請求，參見 Pieroth/ Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006, Rn. 811. 另針對性工作者法律關係法通過後，對於民 刑等其他法秩序的影響，可參見 Lehmann, Prostitution und gestättenrechtliche Unsittlichkeit im Wandel der Zeit, NVwZ 14/2009, S. 888-891.

⁴³ 參見柯格鐘，稅法之解釋函令的效力 - 以稅捐實務上娼妓所得不予課稅為例，成大法學第 12 期，2006 年 12 月，頁 61 以下。

念，復受憲法上職業自由保障，容有爭議。

再者，就本案而言，縱使承認其屬職業自由之列，其與性自主權兩者間即構成基本權競合⁴⁴，而以性自主權之涉及程度較為直接且涵蓋較廣，因系爭規定之處罰對象，不以性交易為業者為限，非以性交易為業者如有符合其構成要件之行為，亦在處罰之列，即非職業自由所能完全涵蓋，故以性自主權加以審查即為已足⁴⁵。

⁴⁴ 學理上對於基本權競合之理解，出入不大，基本上均以「同一基本權主體之某特定行為，同時符合數個基本權之構成要件，而受數個基本權競合保護」界定之，基本權競合概念之提出，其目的在於探討究應根據哪一基本權以判斷國家所為干預行為的合憲性的問題。參見董保城：法治斌，憲法新論，2004年10月，元照，頁198以下。

⁴⁵ 就本案而言，性自主權與職業自由兩者間並不存在特別 - 普通關係，蓋兩者保護領域之構成要件並不相同，受保護之行為方式亦有差別，無法僅以職業自由充分保障系爭規範所涉及之行為。至於性自主權以憲法第22條作為依據，並不意謂著，若個案中涉及其他憲法明定之基本權利，即排除憲法第22條保障之性自主權。關於基本權競合的理論，詳見 Stern/ Sachs, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1/2, 1994, S. 1365-1408.