

憲法

遲來的正義

一 解讀釋字 666 號解釋

文 尚老師

(律師高考及格)

壹、概說

釋字 666 號解釋係大法官宣告社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款(以下均稱該款)違憲，而該款條文¹主要係用以處罰娼妓的規定，本號解釋對於娼妓業是否納入管理、立法者得否以公序良俗作為立法目的、平等權的審查對象等議題均有重大的影響，有多加留意的必要。

本文先分為形式與實體對本號解釋加以觀察，並將各協同意見加以整理，以呈現本號解釋所涉及的全貌。

貳、形式觀察

釋字 666 號解釋文延續近來明顯區分解釋文與理由書的格式，解釋文簡潔明確，理由書則分為四大段。

解釋文僅提及該款規定與憲法平等權有違，並宣告該款規定於二年內失其效力，採取「定期失效」的方式。

解釋理由書第一段與大部分的平等權解釋相同，援引自釋字 412 號解釋及釋字 485 號解釋以來的架構，表明憲法的平等原則並非絕對、機械的平等，而是保障實質法律地位的平等，若無正當理由不得作差別待遇。與釋字 649 號解釋視障按摩案相較，本號解釋可說是承襲歷來平等權解釋的傳統，然而觀諸個別大

¹ 社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款：「有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新台幣三萬元以下罰鍰：一、意圖得利與人姦、宿者。」。

法官意見書，似又非為如此，則本號在平等權方面究較歷來解釋有無不同？

第二段隨即指明，該款規定只處罰得利之一方，不處罰支付對價之人。

第三段則指明以有無支付對價應不能改變性交易是雙方共同完成的行為，雙方在法律上的評價應一致，立法者的目的無法說明為何有如此差別待遇（處罰得利之一方），可見第三段是宣告違憲的主要理由。不過第三段大法官同時表明性交易如何管制、是否管制是立法裁量的範圍。

第四段比較傾向是大法官對於修法的建議，認為可對性交易之人實施健檢、訓練及其他配套之管理，以管理代替處罰，惟大法官同時指出，為防止侵害第三人的權利，仍然可以對於性交易加以限制，並以貫徹國民健康與善良風俗作為立法目的。

參、實質檢討

一、問題點

值得注意的是，無論是解釋文或理由書，除平等原則外，大法官並未提及任何基本權利，然而本號解釋是否真未涉及其他憲法所保障之權利？其次，憲法對於性交易的態度如何，在本號解釋未有任何說明，是否保持中立態度不得而知，然而大法官在解釋理由書第四段卻又說明立法者可以基於貫徹國民健康與善良風俗為目的而對於性交易加以管制，則既然立法者只罰支付價金之一方

違憲，則將來修法改為雙方均處罰理應合乎本號解釋意旨，然而此真為本號解釋意旨嗎？抑或大法官有不能說的難處？協同意見有何不同說明？

本號解釋看似著眼於支付價金與意圖營利方的法律地位差異而宣告違憲，但是否以此限？尤其大法官提及部分社會經濟弱勢而從事性交易之女性，則本號是否亦有男女平等的問題？若有，為何解釋文沒有明說？此外本號解釋針對男女平等的審查上有無異於過去之方式？

以上各問題，個別大法官的協同書各作有部分說明，以下便區分主題將各大法官個別意見作一整理。

二、宣告方式的批評

所謂宣告方式的批評是指本號解釋並未對於核心的內容與價值予以說明，單單僅就平等原則違反部分作成解釋，而如此操作的結果很可能引發立法者「全罰」（指對支付價金之人與收取價金而為性交易之人）的結果，然而「全罰」卻又對於大法官所憂心的女性地位並無改善，明顯非大法官所要的結果，而大法官卻又沒有明說對於性交易應如何處理，導致內在雙重的矛盾。

陳新民大法官於本號協同意見書即指出：「…若立法者明知兩方都妨害公序良俗或侵害國民健康之虞（如上述『整體評價』情形），但決定只處罰一方，即當然違反平等

權。如果立法者在此有不同的評價，認為：嫖客行為並不（或不嚴重）違反善良風俗，而且所謂公共秩序之侵害，認為多半來自娼妓的行為（例如造成民眾住居安寧，或形成黑道集中），且傳染性病等，也多由娼妓而非嫖客為傳播途徑…，而作出「區別待遇」。此時若非能先檢驗確認立法者之判斷為「非理智」之錯誤，否則不能逕自以違反平等權論斷。…當然立法者鮮少會承認故意抵觸平等權，而為差別待遇；而作出的差別待遇的理由，也經常隱晦不明，只是就有待釋憲者來「推論」立法者是否基於性別歧視（例如釋字第四五七號解釋），或是基於其他非出於理智性或與憲法人權理念不合的判斷，而作出違反平等權的立法決定。…所謂的「法律上評價應屬一致」，也有另一個解釋的可能性——「全罰」，故主張適用平等權，就必須接受並承擔會導致應採「全罰」或「全不罰」二個選項之風險，不能只有單罰與否的問題。…主張平等權的真正實益，必須「上溯探源」進一步論究，娼妓行為無處罰的合憲依據，來源出必須是「全不罰」的唯一結果。否則只是討論了一半，屬於「未完成樂章」的探討。

故本號解釋僅以此執行對象的單方處罰，認為違反平等權，即寓有鼓勵立法者重新檢討「單罰」的動因。一旦立法者不敵社會「泛道德化」之激情，改採「雙罰」時，本號解釋似乎也提供了合憲性依據。此觀乎本號解

釋理由書第四段有下列的敘述：「…為防止性交易活動影響第三人權益，或避免性交易活動侵害其他重要公益，而有限制性交易行為之必要時，得以法律或授權訂定法規命令，作適當明確之管制或處罰規定。…」；許宗力大法官協同意見書亦指出：「…由系爭規定的立法理由及其在法典中的體系地位（訂於社會秩序維護法第二章「妨害善良風俗」）觀之，其處罰性工作者的目的除維護國民健康外，即在維護社會善良風俗。在此所謂社會善良風俗的意涵甚為抽象模糊，但多數意見並不追究立法者透過非難性工作者，所要保護的善良風俗具體內涵為何、其與憲法價值秩序是否相符、有否涉及對他人的具體法益侵害，便全盤接受維護抽象、不特定的社會善良風俗，得作為處罰性交易的重要公共利益，這無異使立法目的正當性的審查完全落空。…如果迴護特定的性道德觀念及抽象的善良風俗，得不經審查，全盤接受為本案國家權力行使的正當理由，那麼多數意見甚至欠缺立場質疑「罰娼不罰嫖」的差別待遇，之於其立法目的不具實質關聯性。」。

三、憲法與性交易—所謂的善良風俗

既然本號解釋有上述雙重的矛盾，則本號若真要宣告該款規定違反憲法平等原則，又能兼顧大法官對於從事娼妓業女子的關懷，則本號解釋即應面對該款規定背後的立法目

的與價值判斷，亦即憲法對於性交易的看法。

法秩序是否不容許性交易？陳新民大法官以釋字 554、617 號解釋角度來觀察，認為「…由這兩號解釋大概可以導出本案有關的解釋標準：性自主行為，不論營利與否，皆屬於人格權之範疇；立法者必須在有公共秩序及公共利益的必要情形，方得立法拘束之，但仍受憲法第二十三條之保障。」，而既然立法者對於意圖營利而與人姦宿者施以行政罰，可見立法者認為法秩序不容許性交易，則依上開見解，立法者必須提出公共秩序與公共利益的理由。

對此，立法者顯然係以維護善良風俗作為立論基礎，然此受到多數大法官的批評，許宗力大法官協同意見書：「…少數人的某些行為令絕大多數人心生厭惡、難以苟同，而欲為道德上之抵制譴責，但在不侵害他人具體法益或權利的前提下，國家即不得以刑罰的強制力，去貫徹特定人的道德觀念視為良善的生活方式。在自由民主的憲政秩序中，必須承認每一個人在道德決定上，擁有平等的自主決定權利，人們不能以為自己的道德判斷更加優越，任意取代他人的抉擇，而國家在各式道德立場之中，則具有中立的義務，對私領域的事務中尤為如此。…成年人間自願的性交易行為，若不涉及對於第三人具體利益的侵害，即使社會多數人的性道德情感傾向於認為，良好的性應不涉及對價、或應

發生在婚姻關係之內而非萍水相逢的雙方之間，國家亦不得僅因多數人輕賤涉及金錢交換的性行為，而以刑罰非難之。否則不難想見，基於同樣的理由，多數人若對同性伴侶間的性行為感到不悅，或對其在公開場合牽手擁抱覺得礙眼，也能如法炮製以刑罰相繩，而這樣的社會豈非自由的終結？…綜言之，社會多數人廣泛認同的社會風俗，不一定能通過憲法價值體系的檢驗，又即使某種道德觀念合於憲法的價值秩序，也不意謂國家即得運用刑罰，制裁背離該道德觀念的行為，而必須進一步檢視在此有無具體的法益受侵害。自由社會要求公民肩負彼此寬容的義務，有時這意謂著必須接受道德立場上的敵人當我們的鄰居。」；陳新民大法官協同意見書：「……公序良俗的內容，雖然以社會上大多數共通人的價值判斷為準（釋 617 理由書參照），但也應當隨著時代風氣進步開放，憲法所承認基本人權的內涵與擴充的人權認知（例如承認價值多元與寬容），以及進步的立法實務，而產生『質變』。例如墮胎行為以往視為大逆不道的罪惡，但隨著優生保健法的制定與概念的宣導，而迥異於以往者；對於同性戀的容忍、色情或情色明星的工作成就之肯定。…我國民法所師法的德國，和我國民法傳統見解一樣，本將娼妓視為違反公序良俗之行業，而不成立債之關係。但德國終於糾正這種「駝鳥心態」，光明正大地打開窗戶，迎入陽光。德國眾議院

在 2001 年 10 月 19 日通過了「娼妓法律關係規範法」，本法只有短短三個條文，且條文名稱把「娼妓法律關係」列入，顯示德國正式立法承認娼妓服務所得有合法之請求權。如果國家法律已經把娼妓的性給付視為合法的工作（如德國），且受到法律的保障，下一步，便可以將社會保險、組織工會等權利納入，使其享有勞動與社會政策的保障。在德國這種進步與實事求是立法精神的對照下，我國相關法制的落伍窘相一一畢現也。」；葉百修大法官亦言：「…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。』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。」。

由上可見，立法者若持「維護社會善良風俗」作為處罰的依據，在憲法秩序上未能站的住腳，蓋國家應堅信人民有能力自行判斷道德觀念與價值，不應時時以刑罰或法律規定「正確的」道德價值，亦不能逕以「所謂的多數」與少數的差異，即作為處罰的後盾，尤其所謂的多數通常是浮動且隨時間變化而改變的。然而如上所述，因為解釋理由書未闡明憲法對性交易的態度，並非難立法者以維護善良風俗為由而處罰之合憲性，因而造成雙重的矛盾。

四、平等原則的操作－間接性差別性待遇的審查

(一) 本案涉及性別平等之提出：

本號解釋看似在維護性交易雙方法律地位的平等，對於性別的平等未有論述，不過在理由書第三段卻又提及：「…鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利。系爭規定以主觀上有無意圖得利，作為是否處罰之差別待遇標準，與上述立法目的間顯然欠缺實質關聯，自與憲法第七條之平等原則有違。」至此看似係又係對於立法者只處罰從事性交易之女性因而違反兩性平等，惟此是否為釋憲者的本意？

對此，葉百修大法官協同意見書有清楚

的說明：「…系爭規定從條文觀之，固屬『性別中立』（gender-ne-utral）之立法，即並無區分從事性交易行為者之性別。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，…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…」；許宗力大法官協同意見書亦指出：「本件解釋系爭規定的制裁對象是『意圖營利而與人姦宿者』，雖未明文以性別為差別待遇基準，為一表面性別中立的立法例，但在我國的脈絡中，對性工作者的管制與處罰卻帶有非常濃

厚的性別意涵，是最典型的事實上性別差別待遇案例…雖然性工作者男女皆有之，但女性性工作者仍佔絕大多數，這從現有少數對於色情行業的調查可略知梗概。其次，立法者亦認知女性是主要性工作的從業人員及規範對象，這從各縣市的公娼管理自治條例規範的都是「妓『女』戶」也可以得到部分的佐證。再者，雖然欠缺確切的統計數字，但如地毯式的閱覽各簡易法庭依系爭規定所為之裁罰判決，幾可判斷男性性工作者遭取締的案例，縱使存在，也是非常罕見。…鑑諸我國過去經驗、社會現實與系爭規定執行情形，參與性交易的性工作者（尤其是遭到取締者）幾乎均為女性，而絕大多數支付對價之相對人則為男性，從而系爭規定之規範效果，對同樣參與性交易之人民，幾無異於僅處罰其中的女性而不非難男性，對女性產生極為懸殊之不利影響，已屬間接之性別差別待遇規定。」。

由上可見，該款規定雖然未涉及性別，但實際適用的結果卻形成只處罰女性的結果，形同間接形成不平等的情況，依上開協同意見意旨，亦為憲法平等權的適用對象，相較於解釋理由書甚至過去平等權的解釋只探求法律地位、機會的

平等有深刻的差異²。此是否意味大法官將採取實質平等觀³，以及大法官將開始注意事實層面的平等而非僅維持法律的平等？尚待觀察。

(二) 本案違反性別平等之理由：

本款規定形成只處罰女性的不平等結果，對於此種結果，上揭協同意見書稱此為「間接的差別待遇」，而對此間接差別待遇追本溯源，是因為立法者預設從事性交易者為女性，形同國家對於從事性交易為業之女性的非難，殊與憲法維護兩性平等的意旨不符，對此許宗力大法官協同意見書有深刻的批評：「…國家單獨非難女性性工作者，對男性顧客略

而不論的規定，乃在對性工作者表達直接道德譴責之餘，進一步反映了對兩性的雙重道德標準。南非憲法法院 O'Regan 與 Sachs 大法官於『Jordan and Others v. the State』一案中相當傳神地指出：同樣是參與性交易，女性性工作者遭到社會放逐，男性客戶則蒙社會寬許：『娼』是一種身份，是社會的邊緣人，帶著永難洗刷的污名；但『嫖』卻只是一種男人常做、無傷大雅的行爲，在片刻的邂逅之後，旋即回復為受人尊敬的社會成員。此種傾斜的性別權力關係，在各簡易法庭依系爭規定裁罰的裁判書中更是凸顯，其幾乎千篇一律地以性工作者的自白及交易相對人的警詢筆錄作為入罪的證據，尋芳客本是性交易不可或缺的參與者，惟在『罰娼不罰嫖』的政策前，乃搖身一變成為國家取締性交易不可或缺的『幫手』。一言以蔽之，系爭規定不斷強化對女性有害的刻板印象，而以國家以公權力複製此種刻板印象本身就構成一種性別歧視，不僅違反憲法保障性別平等之意旨，也違反消除對婦女一切形式歧視公約之精神。」；葉百修大法官協同意見書亦指出：「…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，而係立法者在制定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

² 因此本號解釋在平等權方面的進展值得特別注意。

³ 國內留美學界大多採取實質平等的看法。如林子儀大法官、黃昭元教授、廖元豪教授。實質平等觀不只保障競爭機會的平等，更以積極的方式來達到現實地位的平等。正因為現實社會留有過去以來不平等的情形，造成弱勢族群至今仍然無法在機會已平等的情況下以己力獲得平反，蓋事實面的立足點已不平等，法律面平等也無濟於事。釋字 571 號林子儀大法官不同意見書即明白指出：「…本院習稱之『實質平等』，其與『等者等之，不等者不等之』平等公式思考如出一轍。此亦為美國、德國、日本等國法院在實際解釋適用憲法所保障的平等權時所運用的公式，然而單憑『等者等之，不等者不等之』公式卻無從指引我們：得否將人分類？如何將人分類？應選擇何人與何人相比？兩者間就何種事項而言應屬相同（或不同）？又何謂相同待遇（或差別待遇）？換言之，『等者等之』公式本身不包涵任何實質價值在內，故也無法幫助我們進行上述諸種實質價值判斷，其毋寧僅是一種形式、空洞且同義反覆的說法，因此與所謂『實質平等』之用語並不相稱。就其概念、內涵缺乏實質價值而言，毋寧亦屬於一種『形式平等』。」

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，而與憲法平等原則之意旨不符。」。

雖然此僅為協同意見書的意見，並非解釋文或理由書的明文，但將來未必不會形成多數意見，尤其大法官將來若將平等權審查範圍擴及事實層面不平等及間接不平等的情形，則大法官審查的態度及方式為何，值得高度關注。許宗力大法官在其協同意見書中引介德國聯邦憲法法院模式：「…表面上性別中立的規範，如果適用結果壓倒性地針對女性，且這種現象可以歸結到男女的自然生理或社會差異的因素，即構成間接的性別差別待遇，而應接受性別平等的檢驗。

上開標準中肯而具有操作可能性，特別值得我國借鏡。」此審查方式能否成為將來之通說，值得觀察。

五、本案所涉的其他憲法權利？

本案除平等原則外是否即無涉及其他憲法權利？依各協同意見書見解，尚涉及工作權及隱私權等，茲分述如下：

(一)工作權：

1. 本案涉及工作權：

本款規定涉及工作權的侵害相關說明，以葉百修大法官闡述多，其將參考自德國藥房案的工作權三階理論⁴再次表明，值得同學多加留意。

葉大法官認為性交易仍屬工作權保障範疇，其謂：「…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，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，均屬憲法保障工作權之意涵。…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』，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。…」；許宗力大法官亦謂：「有論者主張，立法者對該活動

⁴ 即執業自由的限制、選擇工作及職業主觀要件限制及職業之客觀要件限制三種，分別適用不同的審查密度，另參見釋字 649 號及李惠宗，工作權保障系譜，收於氏著，權力分力與基本權保障，1999 年，頁 369。

合法與否的評價，是憲法上職業概念的內在界線，但這樣的論點會造成以法律規定來界定憲法上權利界線的矛盾，難謂妥當。又有些論者可能進一步質疑，如果非法的活動也能算是職業，豈非認走私、洗錢、販毒，甚至殺手都可以成爲職業？平心而論，上述犯罪行爲仍不失爲少數人用以謀生的經濟活動，但即使承認其屬職業，鑑於這些行爲高度的法益侵害性，自仍得輕易正當化國家對其全面禁止的合憲性，實在沒有必要爲了這些極端事例，刻意預先限縮憲法上職業自由的職業概念。此外，就實定法的層面觀之，我國多年來一直存在特許的娼妓業，例如民國六、七十年軍中營區設有軍中樂園，部分縣市迄今仍存在領有執照的公娼，不論上述管制政策良窳與否，公娼既然是現行法制向來承認的職業，則更無認爲性交易有本質上不能算是職業的理由。既然藉性服務營利是一種職業，在憲法第十五條職業自由的脈絡下審查國家管制手段的合憲性便甚爲切中要點。」

由上可見，工作權的範圍並未以正當或合乎法律秩序爲要，只要個人以之維持生活或表現人格所持續爲之之動作，均可劃歸爲憲法所稱的工作，至於國家有無理由對之加以限制，則屬另一問題，並無必要將之先排除於工

作權外。

2. 本案違反憲法對工作權的保障：

既然涉及工作權的保障問題，則本款規定究竟有無違反憲法保障憲法工作權規定？對此，許宗力大法官認爲：

「…系爭規定全面處罰禁止意圖營利與人姦宿之行爲（除各地方政府以自治條例所爲之特許外），就該干預手段的性質觀之，乃全面排除人民選擇從事性工作的可能性，設定非個人努力所能達成的條件，應屬對人民選擇職業應具備客觀條件之限制，依本院釋字第六四九號解釋意旨，須爲保護特別重要之公共利益，且所採之手段是否合乎比例原則，須採嚴格標準審查。…維護國民健康，及保護兒童青少年身心、避免滋生其他犯罪，避免人口販運等（爲討論方便暫認屬系爭規定之立法目的），固不失爲特別重要之公益，但爲達成保護上開利益之目的，較諸全面處罰性工作者，至少有一種相同有效（甚至更有效），但對之侵害更小的管制措施存在：例如劃定合法的營業區域、發給執照、強制定期健康篩檢等均是⁵，是系爭規定不符憲法第二十三條比例原則必要性之要求…」；葉百修大法官亦認爲：「系爭規定以處罰意圖得利與人姦、宿，乃

⁵ 參許春金等，成年性交易除罪化評估報告，2009年，頁24。

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。…以維護國民健康之目的而言，…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。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…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。」。

由上可見，部分大法官認為該款規定亦不符憲法保障工作權之意旨，但此未能形之於公布的解釋文或理由書中。

應予補充者，姑不論立法目的係為維護國民健康或善良風俗的不當，該款規定於意圖營利與人姦宿者加以處罰，二位大法官認為係屬對於選擇職業的客觀限制，應以嚴格的審查基準審查，換言之國家此時必須有特別值得保護的公共利益，否則該手段均屬違憲。然而該款規定是否真屬非個人努力所能達成似屬未必，蓋誠如二位大法官亦提及縣市政府對於娼妓業設

有若干管理自治條例，可見仍有人員可以合法從事娼妓業，則稱該款規定對於以性交易為業之人設立了客觀的限制，未盡妥適。

其次，既然憲法的工作權保障個人維持生活或展現人格的各種活動，且不論該活動正當性與否均屬工作權範疇，則地方自治團體有無娼妓業管理的規定，均不足以作為本案涉及工作權的依據，然而前引大法官意見書以之作為本案涉及工作權的理由，不無體系上的矛盾。

(二) 隱私權與人格尊嚴：

陳新民大法官特別指出，本案尚涉及個人的隱私與人格尊嚴，其謂：「本號解釋多數意見惜也未提及執行系爭條文必然也侵犯了相關人民的隱私權與人格尊嚴。按性交易都在隱密的地方完成，執行本系爭條文的查緝，也將迫使性交易雙方人民必須將絕對的隱私，暴露於警方與法院的文書之中。按本院過去對於隱私權之重視，是以極為嚴密及嚴格的審查標準來把關之。除非有極為高度的公共利益考量，方得許可立法侵犯之。此觀乎在保障人民秘密通訊方面，本院釋字第六三一號解釋理由書…對一般通訊內容，尚且給予如此高度的保障，而涉及性交易雙方人民絕對私密的行為，難道可比上述的一般通訊還獲得更低度

的保障乎？其次，在釋字第六〇三號解釋，大法官對區區國民的指紋，都視為應受到憲法極嚴格保障的客體，而可以阻絕行政與立法部門所確認的『維護治安』等的強勢公共利益。兩相比較之下，人民性行為的隱密性，以及受憲法保護性，豈可比指紋來得薄弱甚多乎？…因此，本席願意再度援引本院解釋的『體系正義』，以性行為的絕對隱密性，遠遠超過了一般通訊隱私權與泛泛的指紋隱私權，其披露曝光造成人格尊嚴的高度扭曲，都使得系爭條文的執行過程與獲得適用…」。

陳大法官注意到國家對於取締如此私密行為的公益理由不足，並舉釋字 631 號解釋尚要求要有法官保留，但本款規定卻放任國家在執法上忽略對於個人隱私及人格尊嚴的保障，殊有輕重失衡的情形，誠屬的論！

肆、未完的樂章—代結論

本號解釋固然對於向來罰娼不罰嫖的情形作出明確的表態，然而如上說明，本號解釋也刻意不對於性交易的憲法價值判斷作說明，此終將導致本號解釋打擊面不足甚至大法官所不欲見到的全罰後果。

本號解釋最值注意者在於其對於平等權的審查對象是否改變，由個別大法官意見書見解可知，大法官似乎已從過去關注維持法律、機會的平等，擴及對於「間接性差別待遇」的

審查，而此種表面看似中立、平等的法規，但其實是立法者偏頗思維的展現，則大法官應如何加以審查？又若係法規表面中立、平等，而係法規的解釋或執行造成事實的歧視或不平等，是否亦能透過大法官獲得救濟？值得後續詳加觀察。

大法官個人意見書對於以抽象的善良風俗作為立法目的深不以為然，基於國家是個人人格形成的協助者而非塑造者，國家不應以任何形式（在本案中為法規、處罰方式）要求人民保有何種道德觀或價值觀，並極力避免以所謂多數與少數差別作為施予刑罰與否的差別待遇，凡此等等均屬的論值得贊同。然而，諸多立法均仍以善良風俗維護作為立法目的，則其他號解釋為何不見大法官對於所謂的善良風俗加以反省？相較下，釋字 617 號解釋仍然維持刑法第 235 條合憲，分級制度是否即可正當化國家動用刑罰的理由？誠有深刻檢討的必要。

此外，個別大法官意見書提及國家對於權利的限制，不應著眼於多數人與少數人的差異，但在釋字 649 號解釋（視障者按摩案）中，是否即不存有多數與少數的問題？何以法規不能特別保障少數人的利益而對於職業自由範圍作有高門檻的限制？職業自由的三階段理論是否全無檢討的必要？

若從事娼妓業女子是社會的弱勢、底層，有必要自法規中解放，視障者又何嘗不是如此？然而釋字 649 號解釋的結果卻是將其從法規的保護中「解放」，任由市場自由競爭，

而此是否真有助於視障者生活的改善？相較於本號解釋，大法官在該號解釋是否思慮不周？

以上各點均係本號解釋所未解決的疑點，值得吾人持續觀查，但本號解釋仍屬大法官在人權解釋類的一大突破，對於改善長久以來的積習偏差，仍有相當貢獻。