

釋字第六六六號解釋協同意見書

大法官 黃茂榮

有許多人失業是一個事實，而失業後，如不能從國家或社會獲得救助，如何生活？求人既難，只能求己！當走投無路，偷竊、從娼或自殺幾乎是僅有的三個反社會性最低的選項。無論如何選擇，都難以周全。由於徒法或唯道德，皆不能濟急，本號解釋面對如此困境，亟思自法制面為一合理之回應，結論雖值贊同，惟相關問題尚有說明之必要，爰提出協同意見書，補充說明如下：

即便認為任何人皆應有性自主的基本權利，然而當有人必須依據該神聖的、象徵人格尊嚴的權利從事性工作時，總是一件令人無比感傷的事態。本號解釋不在於以性工作之有秩序的合法化彰顯人性的尊嚴，而在於不忍對因失業而必須藉此謀生者，雪上加霜，施以超乎比例原則的管制或處罰。希望各政府機關及各方善士大德，對不得已從事性工作者，給予關懷，並儘可能給予幫助，減少傷害。盼望經濟的復甦，能及早協助其回到社會一般道德比較能夠接受，而且比較有發展的行業。

社會秩序維護法第八十條第一項規定：「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。」該條項除有本號解釋文所針砭之罰娼不罰嫖不平等問題外，亦有禁娼可能使部分非從事性服務即難以獲得生活所需之金錢者更加無以為生的問題。然而性工作之開放，亦伴隨有性傳染病的傳布、販賣人口、各種形式之

控制等無盡的隱憂，必須對之採取必要的應對措施。上述諸問題及其解決之道間存在的相互衝突，應透過利益權衡給予妥適的安排。

本號解釋文中關於平等之形式論述，言而有據。惟當依平等原則將該條規定宣告為違憲，即產生一個法律漏洞，應予補充。其可能之補充的結果為：(1) 以罰娼為基礎，亦罰嫖，此即更進一步嚴格禁娼。(2) 以不罰嫖為基礎，亦不罰娼，此即廢止禁娼，肯認性工作之合法性。(3) 在全罰與全不罰間，規劃有秩序的解禁之道。究竟應皆罰或皆不罰以符形式的平等，或應有條件的解禁以符合實質的需要？這應從立法目的出發，檢討如何禁娼或解禁，俾所涉對於基本權利的限制能符合憲法第二十三條規定之比例原則。

社會秩序維護法第八十條第一項之立法目的，依其立法資料，旨在維護國民健康與善良風俗（立法院公報第八十卷第二十二期第一〇七頁參照）。論諸實際，這是唯道德論的規範評價。蓋為國民健康之維護，禁娼尚非唯一之必要的手段。例如為防止性病之傳播，配以有效之健康檢查措施的娼妓證照制度，化暗為明，亦可產生同等之防制功能。因此，以維護國民健康為理由禁娼，並不符合憲法第二十三條所定之比例原則。至其道德論上的評價，隨近代關於基本權利的理論與實務的發展，是否依然符合時代潮流，或必須重新加以檢討，值得深思。在失業率高漲之現狀下，性工作者尚有其生活困頓，不能適時從既有之國家社會救助制度獲得解決的矛盾。例如本聲請案所涉當事人為四十九歲之高齡娼妓及二個七十餘歲之高齡嫖客，每次性交易代價僅新台幣三百元。類似個案之飢寒交迫的經濟

上現實，不是道德教條所能及時消除，顯而易見。國家社會之制度性的救助既然難以周全，而民間有經濟能力者對於經濟陷於困頓之婦女，亦非均有意願無償施以援手。面對該形勢，性工作在衛生上及道德上雖然皆有瑕疵，容易百般受到歧視，但能暫時實際解決飢寒交迫之生存困境，實為令人感傷，但不可諱言之事實。由此可見，從法實效性及法社會性的觀點立論，對於因貧困從事性工作者，社會秩序維護法第八十條第一項之存在並無意義，而可廢止。是故，縱使不適合全面肯認性工作的合法性，至少應該檢討有秩序的開放合法性交易，並透過適當的安排，給予保護，使其有朝一日想改變工作，能有退路。

因此，在質疑社會秩序維護法第八十條第一項規定違反平等原則，而要重新安排與性工作有關之法律秩序時，只能順從性自主及性工作權之肯認及保障的方向發展，亦即前述第（3）種解決之道，並思考如何比較好的避免因其開放而產生之負面的衝擊。該負面的衝擊主要有傳統上認為重要之公共衛生（性傳染病的蔓延）、善良風俗之價值的扭曲、從事性工作之人口的過度膨脹。面對該衝擊之對策為：性傳染病的預防，性工作者個人及其家屬之心理諮商與輔導，務期讓性工作者認識此為不得已的最後謀生方法，一有機會即希望能夠協助其從良。

為使上述的考慮成為可能，必須藉助於證照之發給、對執業者給予關照及輔導，協助其從善從良。例如：（1）在發給證照前應先由社會工作人員確實瞭解其家庭、技能及精神等狀況，判斷有無可能施以職業訓練及就業輔導幫其不要踏入從事性工作之悲淒路途。（2）在經前述救助而仍無能挽回時，應給予健康檢查確認無性傳染病後，始發給執照，並定期複檢。（3）

對性工作從業人員提供適當保護，避免受到暴力、高利貸及毒品等不法控制與剝削。(4) 只要性工作者有從良的意願，即應按其意願與技能條件，儘速提供職業訓練及就業輔導。

社會秩序維護法第八十條第一項之規定既然有牴觸憲法第七條規定平等原則之疑義，且其規定之處罰除無助達成其立法目的外，又使性工作者所遭遇之生活問題雪上加霜，自屬顯非必要，從而違反憲法第二十三條規定之比例原則。因此，應自本號解釋一定期間後失其效力，俾相關政府機關另籌符合憲法秩序之管理制度。