

司法院釋字第 791 號解釋抄本



司法院公布令	1
解釋文及解釋理由書	1
黃大法官虹霞提出之部分協同意見書	17
蔡大法官明誠提出之部分協同意見書	36
許大法官宗力提出之協同意見書	53
蔡大法官烟燉提出之協同意見書	60
許大法官志雄提出之協同意見書	70
黃大法官瑞明提出，詹大法官森林加入之協同意見書	85
黃大法官昭元提出之協同意見書	100
謝大法官銘洋提出之協同意見書	120
吳大法官陳環提出之不同意見書	124

解釋

司法院 令

發文日期：中華民國 109 年 5 月 29 日

發文字號：院台大二字第 1090015723 號

公布本院大法官議決釋字第 791 號解釋

附釋字第 791 號解釋

院長 許 宗 力

司法院釋字第 791 號解釋

解釋文

刑法第 239 條規定：「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，本院釋字第 554 號解釋應予變更。

刑事訴訟法第 239 條但書規定：「但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」與憲法第 7 條保障平等權之意旨有違，且因刑法第 239 條規定業經本解釋宣告違憲失效而失所依附，故亦應自本解釋公布之日起失其效力。

解釋理由書

聲請人臺灣苗栗地方法院苗栗簡易庭快股法官等（下併稱聲請人一），為審理各該法院如附表一所示之案件（聲請人及原因案件如附表一，共 13 件聲請案，15 件原因案件），

認應適用之刑法第 239 條規定：「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」（下稱系爭規定一）有抵觸憲法之疑義，經裁定停止訴訟程序後，向本院聲請解釋憲法暨變更司法院釋字第 554 號解釋（下稱系爭解釋）。

聲請人臺灣桃園地方法院刑事審查庭直股法官等（下併稱聲請人二），為審理各該法院如附表二所示之案件（聲請人及原因案件如附表二，共 2 件聲請案，3 件原因案件），認應適用之系爭規定一及刑事訴訟法第 239 條但書：「但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」（下稱系爭規定二）有抵觸憲法之疑義，經裁定停止訴訟程序後，向本院聲請解釋憲法暨變更系爭解釋。

聲請人林○宏（下稱聲請人三）因涉犯通姦罪嫌，經檢察官提起公訴，臺灣高雄地方法院 106 年度易字第 678 號刑事判決判處罪刑。聲請人三上訴後經臺灣高等法院高雄分院 107 年度上易字第 350 號刑事判決，以上訴無理由駁回確定。是本件聲請，應以前開臺灣高等法院高雄分院刑事判決為確定終局判決。聲請人三認前開確定終局判決所適用之系爭規定一有抵觸憲法之疑義，向本院聲請解釋憲法暨變更系爭解釋。

查聲請人一及二之聲請，均經法院裁定停止訴訟程序，並依客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，向本院聲請解釋憲法，經核均與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件相符，爰予受理。又聲請人三之聲請，經核與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款要件相符，亦予受理。

又聲請人一至三之聲請客體相同，均涉及系爭規定一有無違憲，暨系爭解釋應否變更之疑義，爰併案審理；聲請人

二另指摘系爭規定二違憲部分，因系爭規定二與系爭規定一有密切關聯，亦併案審理。

本院於中華民國 109 年 2 月 21 日公告言詞辯論事宜後，另有：

聲請人臺灣彰化地方法院刑事第五庭申股法官（下稱聲請人四），為審理該院 107 年度易字第 1044 號、第 1176 號及第 1271 號妨害婚姻案件 3 件，認應適用之系爭規定一有牴觸憲法之疑義，經裁定停止訴訟程序後，向本院聲請解釋憲法暨變更系爭解釋。

聲請人林○宏（下稱聲請人五）因涉犯相姦罪嫌，經檢察官提起公訴，臺灣臺中地方法院 108 年度易字第 1670 號刑事判決判處罪刑。聲請人五上訴後經臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 1237 號刑事判決，以上訴無理由駁回確定。是本件聲請，應以前開臺灣高等法院臺中分院判決為確定終局判決。聲請人五認前開確定終局判決所適用之系爭規定一有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋憲法暨變更系爭解釋。

聲請人林○安（下稱聲請人六）因涉犯相姦罪嫌，經檢察官提起公訴，臺灣高雄地方法院 106 年度易字第 855 號刑事判決判無罪。檢察官不服提起上訴，經臺灣高等法院高雄分院 107 年度上易字第 427 號刑事判決撤銷原判決，改判聲請人六有罪。聲請人六上訴後，經最高法院 108 年度台上字第 2772 號刑事判決，認上訴違背法律上程式，而以上訴不合法駁回確定。是本件聲請應以前開臺灣高等法院高雄分院判決為確定終局判決。聲請人六認前開確定終局判決所適用之系爭規定一有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋憲法暨變更系爭解釋。

聲請人林○芸（下稱聲請人七）因涉犯相姦罪嫌，經檢察官提起公訴，臺灣臺中地方法院 107 年度易字第 3463 號刑事判決判處罪刑。聲請人七上訴後經臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 547 號刑事判決，以上訴無理由駁回確定。是本件聲請，應以前開臺灣高等法院臺中分院判決為確定終局判決。聲請人七認前開確定終局判決所適用之系爭規定一有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋憲法暨變更系爭解釋。

聲請人詹○進、羅○燕（下併稱聲請人八）因分別涉犯通姦、相姦罪嫌，經檢察官提起公訴，臺灣板橋地方法院（現更名為臺灣新北地方法院）101 年度簡字第 6872 號刑事判決判處罪刑。聲請人八上訴後經臺灣新北地方法院 102 年度簡上字第 97 號刑事判決，以上訴無理由駁回確定。是本件聲請，應以前開臺灣新北地方法院判決為確定終局判決。聲請人八認前開確定終局判決所適用之系爭規定一有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋憲法。

聲請人周○慰（下稱聲請人九）因涉犯通姦罪嫌，經檢察官提起公訴，臺灣臺北地方法院 106 年度易字第 889 號刑事判決判處罪刑。聲請人九上訴後經臺灣高等法院 107 年度上易字第 1071 號刑事判決，以上訴無理由駁回確定。是本件聲請，應以前開臺灣高等法院判決為確定終局判決。聲請人九認前開確定終局判決所適用之系爭規定一有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋憲法。

查聲請人四之聲請，經法院裁定停止訴訟程序，並依客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，向本院聲請解釋憲法，經核與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件相符，爰予受理。又聲請人五至九

之聲請，經核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款要件相符，亦予受理。聲請人四至九之聲請客體與本件前開已受理併案審理之聲請客體相同，爰併案審理。

本院公告言詞辯論事宜後，依大審法第 13 條第 1 項規定通知聲請人一至三及關係機關包括法務部、司法院（刑事廳）指派代表及代理人，於 109 年 3 月 31 日上午於憲法法庭行言詞辯論（聲請人四至九因係於公告言詞辯論期日後始聲請解釋，故未參與言詞辯論），要旨如下：

一、系爭規定一及系爭解釋部分

1、聲請人方主張系爭規定一違憲，且系爭解釋應予變更。其理由略以：（1）系爭解釋作成當時（91 年）對於婚姻與家庭之社會通念，於多年後已發生重大變化。就法制面而言，國際間如韓國憲法法院、印度最高法院等已相繼宣告通姦罪違憲，我國相關法制亦有演進，例如司法院大法官作成釋字第 748 號解釋後，婚姻不僅僅是承載社會功能之制度，更是個人權利、人格之展現，故系爭解釋有予檢討之必要。

（2）系爭規定一之行為規範部分限制憲法第 22 條保障之性自主決定權及隱私權；制裁規範則構成對憲法第 8 條人身自由之限制。對前開權利之限制，應採較嚴格之審查。（3）系爭規定一之立法目的在於規範夫妻間之忠誠義務，以維持婚姻與家庭制度，惟社會與法制變遷之下，難認為係合乎憲法價值之特定重要法益。（4）縱該立法目的合憲，系爭規定一亦不合乎比例原則：就一般預防及特別預防而言，均無助於維繫婚姻家庭；其所欲達成之目的，亦可藉由民事方式達成，故系爭規定一之刑法手段，並非最小侵害手段；系爭規定一採自由刑之處罰方式，與其欲保護之利益間，不符狹義比例原則。（5）系爭規定一結合刑法第 245 條第 2 項宥恕規定及

系爭規定二，實際上形成判決有罪之女性被告多於男性被告之性別差異，有違憲法第 7 條等語。

2、關係機關法務部主張系爭規定一合憲，系爭解釋無變更必要。其理由略以：（1）系爭解釋已就系爭規定一之合憲性闡述甚明，並指出是否以刑罰手段處罰通姦，屬立法形成自由。大法官變更解釋之情形甚少，如無情事變更，應無輕易變更解釋之必要。司法院釋字第 748 號解釋肯定婚姻所建構之基本倫理秩序，並未改變系爭解釋所欲維護之婚姻及家庭秩序，且社會情事並無重大更迭，故系爭解釋無變更之必要。（2）系爭規定一限制憲法第 22 條所保障之隱私權及性自主權。系爭解釋非僅採寬鬆審查，依該解釋，系爭規定一如符立法目的正當性、刑罰手段有助於立法目的達成、無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用，即無違憲之虞。（3）系爭解釋已闡明系爭規定一所採之刑罰手段對婚姻家庭之維護，具有一般預防功能；如認民事損害賠償功能可取代刑罰功能，等同肯認有財富者得任意為通姦或相姦行為，且弱勢配偶恐難獲得損害賠償，故民事手段無法取代刑罰。（4）系爭規定一為性別中立之立法，並無違反憲法第 7 條情事等語。

二、系爭規定二部分

1、聲請人二主張系爭規定二違憲，其理由略以：系爭規定二之立法目的係為使夫妻可以早日脫離訴訟關係，促使婚姻關係得以延續，惟於較嚴格之審查下，此不屬合憲之目的。再者，已為通姦告訴之配偶間，能否再繼續婚姻關係容有疑問，系爭規定二之手段與其目的間難認有實質關聯等語。

2、關係機關司法院（刑事廳）認系爭規定二違憲，其理由略以：（1）系爭規定二雖為性別中立之立法，但在實踐上

卻使得依系爭規定一起訴或論罪之女性人數顯多於男性，故系爭規定二在實質上係以性別為基礎而產生差別待遇，應採較嚴格之審查。(2)系爭規定二係為顧全夫妻情誼、隱私及避免婚姻、家庭破裂。就手段言，由於撤回告訴之效力不及於相姦人，告訴人及通姦人均仍須以證人身分作證或參與其他程序，該手段未必有助於婚姻之維護。其次，配偶間亦可能有其他告訴乃論之犯罪，就通姦罪設特別規定之理由並不充分。故系爭規定二之手段與目的間欠缺實質關聯等語。

本院斟酌全辯論意旨，作成本解釋，理由如下：

壹、系爭規定一部分

一、有重新檢討系爭規定一合憲性及系爭解釋之必要

查婚姻係配偶雙方自主形成之永久結合關係，除使配偶間在精神上、感情上與物質上得以互相扶持依存外，並具有各種社會功能，乃家庭與社會形成、發展之基礎，婚姻自受憲法所保障（系爭解釋與本院釋字第 748 號解釋參照）。惟隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化。此由系爭規定一對婚姻關係中配偶性自主權之限制，多年來已成為重要社會議題可知。是憲法就此議題之定位與評價，自有與時俱進之必要。此外，憲法所保障之基本權種類與範圍，亦經本院解釋而持續擴增與深化。經本院釋字第 585 號及第 603 號解釋明確肯認為受憲法第 22 條保障之隱私權，即為適例。從而，系爭解釋所稱系爭規定一「為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要……立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間」乙節，已非無疑；尤其

系爭規定一是否仍合乎憲法比例原則之要求，更有本於憲法相關基本權保障之新觀念再行審查之必要。

二、據以審查之憲法權利及其審查基準

系爭規定一明定：「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」禁止有配偶者與第三人間發生性行為，係對個人得自主決定是否及與何人發生性行為之性行為自由，亦即性自主權，所為之限制。按性自主權與個人之人格有不可分離之關係，為個人自主決定權之一環，與人性尊嚴密切相關，屬憲法第 22 條所保障之基本權（系爭解釋參照）。

系爭規定一既限制人民受憲法保障之性自主權，應符合憲法第 23 條比例原則，即須符合目的正當性，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護法益之重要性亦合乎比例之關係。又性自主權與個人之人格有不可分離之關係，是系爭規定一對性自主權之限制，是否合於比例原則，自應受較為嚴格之審查。

三、系爭規定一違憲

按婚姻制度具有維護人倫秩序、性別平等、養育子女等社會性功能，且因婚姻而生之永久結合關係，亦具有使配偶雙方在精神上、感情上與物質上互相扶持依存之功能。故國家為維護婚姻，非不得制定相關規範，以約束配偶雙方忠誠義務之履行。查系爭規定一以刑罰制裁通姦及相姦行為，究其目的，應在約束配偶雙方履行互負之婚姻忠誠義務，以維護婚姻制度及個別婚姻之存續，核其目的應屬正當。

首就系爭規定一維護婚姻忠誠義務之目的言，其主要內容應在於維護配偶間親密關係之排他性，不許有配偶者與第

三人間發生性行為而破壞婚姻關係。基於刑罰之一般犯罪預防功能，系爭規定一就通姦與相姦行為施以刑罰制裁，自有一定程度嚇阻該等行為之作用。又配偶雙方忠誠義務之履行固為婚姻關係中重要之環節，然婚姻忠誠義務尚不等同於婚姻關係本身。配偶一方違反婚姻忠誠義務，雖可能危害或破壞配偶間之親密關係，但尚不當然妨害婚姻關係之存續。因此，系爭規定一以刑罰規範制裁通姦與相姦行為，即便有助於嚇阻此等行為，然就維護婚姻制度或個別婚姻關係之目的而言，其手段之適合性較低。惟整體而言，系爭規定一尚非完全無助於其立法目的之達成。

惟基於刑罰之一般預防犯罪功能，國家固得就特定行為為違法評價，並採取刑罰手段予以制裁，以收遏阻之效。然基於刑法謙抑性原則，國家以刑罰制裁之違法行為，原則上應以侵害公益、具有反社會性之行為為限，而不應將損及個人感情且主要係私人間權利義務爭議之行為亦一概納入刑罰制裁範圍。婚姻制度固具有各種社會功能，而為憲法所肯認與維護，惟如前述，婚姻制度之社會功能已逐漸相對化，且憲法保障人民享有不受國家恣意干預之婚姻自由，包括個人自主決定「是否結婚」、「與何人結婚」、「兩願離婚」，以及與配偶共同形成與經營其婚姻關係（如配偶間親密關係、經濟關係、生活方式等）之權利，日益受到重視。又婚姻之成立以雙方感情為基礎，是否能維持和諧、圓滿，則有賴婚姻雙方之努力與承諾。婚姻中配偶一方違背其婚姻之承諾，而有通姦行為，固已損及婚姻關係中原應信守之忠誠義務，並有害對方之感情與對婚姻之期待，但尚不致明顯損及公益。故國家是否有必要以刑法處罰通姦行為，尚非無疑。

系爭規定一雖尚非完全無助於立法目的之達成，但其透過刑事處罰嚇阻通姦行為，得以實現之公益尚屬不大。反之，系爭規定一作為刑罰規範，不僅直接限制人民之性自主權，且其追訴審判程序亦必然干預人民之隱私。按個人之性自主權，與其人格自由及人性尊嚴密切相關。系爭規定一處罰通姦及相姦行為，直接干預個人性自主權核心範圍之程度，堪認嚴重。再者，通姦及相姦行為多發生於個人之私密空間內，不具公開性。其發現、追訴、審判過程必然侵擾個人生活私密領域及個人資料之自主控制，致國家公權力長驅直入人民極私密之領域，而嚴重干預個人之隱私（本院釋字第 603 號解釋參照）。是系爭規定一對行為人性自主權、隱私之干預程度及所致之不利益，整體而言，實屬重大。況國家以刑罰制裁手段處罰違反婚姻承諾之通姦配偶，雖不無「懲罰」違反婚姻忠誠義務配偶之作用，然因國家權力介入婚姻關係，反而可能會對婚姻關係產生負面影響。是系爭規定一之限制所致之損害顯然大於其目的所欲維護之利益，而有失均衡。

綜上，系爭規定一對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，系爭解釋應予變更。

貳、系爭規定二部分

一、據以審查之憲法權利及審查基準

憲法第 7 條保障人民之平等權，法規範所為差別待遇，是否符合平等保障之要求，應視該差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第 682 號、第 722 號、第 745 號及第 750 號等解釋參照）。又法律為貫徹立法目的，而設刑事追訴審判之規定時，如就必要共犯撤回告訴之效力形成

差別待遇者，因攸關刑罰制裁，則須與立法目的間具有實質關聯，始與平等權保障無違。

系爭規定二明定：「但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」所稱刑法第 239 條之罪，包括有配偶而與人通姦罪及相姦罪，性質上屬刑法必要共犯之犯罪，具犯罪成立之不可分關係。系爭規定二以撤回告訴之對象是否為告訴人之配偶為分類標準，對通姦人撤回告訴之效力不及於相姦人；反之，對相姦人撤回告訴之效力則及於通姦人，亦即仍適用刑事訴訟法第 239 條前段規定，因而形成在必要共犯間，僅相姦人受追訴處罰而通姦人不受追訴處罰之差別待遇。是該差別待遇是否符合平等權保障，應視其與立法目的間是否具實質關聯而定。

二、系爭規定二違憲

系爭規定二之立法考量，無非在於使為顧全夫妻情義之被害配偶，得以經由對通姦配偶撤回告訴之方式，促使其婚姻關係得以延續。惟對通姦配偶撤回告訴之效力是否及於相姦人，與具體婚姻關係是否延續，並無實質關聯。蓋被害配偶於決定是否對通姦配偶撤回告訴時，通常多已決定嗣後是否要延續其婚姻關係。後續之僅對相姦人追訴處罰，就被害配偶言，往往只具報復之效果，而與其婚姻關係之延續與否，欠缺實質關聯。況在相姦人被追訴審判過程中，法院為發現真實之必要，向以證人身分傳喚通姦人到庭作證，進行交互詰問，以便法院對相姦人判處罪刑，相關事實並將詳載於刑事判決書，公諸於世。此一追訴審判過程，可能加深配偶間婚姻關係之裂痕，對挽回配偶間婚姻關係亦未必有實質關聯。是系爭規定二對本應為必要共犯之通姦人與相姦人，因其身分之不同而生是否追訴處罰之差異，致相姦人可能須最

終單獨擔負罪責，而通姦人則毋須同時擔負罪責，此等差別待遇與上述立法目的間欠缺實質關聯，自與憲法第 7 條保障平等權之意旨有違。

況系爭規定二之適用，以系爭規定一合憲有效為前提，系爭規定一違憲，應自本解釋公布之日起失其效力，既如前述，則系爭規定二更已失所依附。

綜上，系爭規定二與憲法第 7 條保障平等權之意旨有違，且因系爭規定一業經本解釋宣告違憲失效而失所依附，故亦應自本解釋公布之日起失其效力。

參、系爭規定一及二之實際適用結果有性別失衡之現象

又兩性地位之實質平等，受憲法之保障，國家負有消除性別歧視，以促進兩性地位實質平等之義務（憲法增修條文第 10 條第 6 項規定參照）。查系爭規定一及二雖就字面觀察，並未因受規範者之性別而異其效力，屬性別中立之規定，且目前實務上通姦及相姦罪之成立，以男女共犯為必要，其男女人數理應相當，惟其長年實際適用結果，女性受判決有罪之總人數明顯多過男性。是系爭規定二之實際適用結果致受系爭規定一刑事處罰者，長期以來，呈現性別分布失衡之現象，顯現女性於通姦及相姦罪之訴追、審理過程中，實居於較為不利之處境，足見系爭規定一及二之長期存在，與憲法增修條文第 10 條第 6 項促進兩性地位實質平等之要求，是否相符，確有疑義。惟系爭規定一及二既如前述已經宣告違憲失效，上述性別失衡之問題將不復存在，併此指明。

肆、不受理部分

聲請人三指摘去氧核醣核酸採樣條例第 5 條、第 6 條違憲部分，核其所陳，並未具體指摘前開去氧核醣核酸採樣條例規定有如何抵觸憲法之處。是此部分聲請，核與大審法第

5 條第 1 項第 2 款規定不符，依同條第 3 項規定，應不受理。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡焜燉 黃虹霞 吳陳環 蔡明誠

林俊益 許志雄 張瓊文 黃瑞明

詹森林 黃昭元 謝銘洋 呂太郎

楊惠欽 蔡宗珍

附表一

編號	聲請人	原因案件
1	臺灣苗栗地方法院苗栗簡易庭快股法官	臺灣苗栗地方法院 104 年度苗簡字第 592 號妨害婚姻案件
2	臺灣雲林地方法院刑事第四庭	臺灣雲林地方法院 105 年度簡上字第 83 號妨害婚姻案件
3	臺灣花蓮地方法院刑事第一庭松股法官	臺灣花蓮地方法院 106 年度花原易字第 7 號妨害婚姻及家庭案件
4	臺灣雲林地方法院刑事第四庭肅股法官	臺灣雲林地方法院 106 年度易字第 209 號妨害婚姻案件
5	臺灣花蓮地方法院刑事第三庭	臺灣花蓮地方法院 106 年度原易字第 223 號妨害婚姻案件
6	臺灣花蓮地方法院刑事第三庭	臺灣花蓮地方法院 106 年度易字第 589 號、第 600 號、107 年度花原易字第 5 號妨害婚姻及家庭案件
7	臺灣高雄地方法院刑事第十三庭寅股法官	臺灣高雄地方法院 106 年度易字第 790 號妨害婚姻案件
8	臺灣花蓮地方法院刑事第五庭松股法官	臺灣花蓮地方法院 107 年度原易字第 89 號妨害婚姻案件
9	臺灣花蓮地方法院刑事第三庭	臺灣花蓮地方法院 107 年度花原易字第 20 號妨害婚姻案件
10	臺灣臺北地方法院刑事第二十庭甲股法官	臺灣臺北地方法院 107 年度審易字第 2901 號妨害婚姻及家庭案件
11	臺灣臺北地方法院刑事第十庭	臺灣臺北地方法院 108 年度簡上字第 114 號妨害婚姻案件

12	臺灣臺中地方法院刑事第五庭功股法官	臺灣臺中地方法院 108 年度易字第 3441 號妨害婚姻案件
13	臺灣桃園地方法院刑事第一庭	臺灣桃園地方法院 109 年度原易字第 7 號妨害婚姻及家庭案件

附表二

編號	聲請人	原因案件
1	臺灣桃園地方法院刑事審查庭直股法官	臺灣桃園地方法院 105 年度審易字第 1585 號、第 1818 號妨害婚姻及家庭案件
2	臺灣高雄地方法院刑事第十三庭寅股法官	臺灣高雄地方法院 107 年度易字第 103 號妨害婚姻案件

釋字第 791 號解釋部分協同意見書

黃虹霞大法官提出

「50 年前，結婚容易，離婚難；
50 年後，離婚容易，結婚難。」

從本院收案、決議受理到開始審理本件聲請案、言詞辯論、作出本件解釋，本席之心情始終處於戰戰兢兢之狀態。是因為感受到就這個議題 We all care，是因為已經很多很多年了，絕大部分法律人及很多婦女團體均一再呼籲廢除刑法第 239 條對通姦及相姦行為（以下併稱通姦行為）之處罰而不可得；且除了美國部分州及一些有宗教上考量之國家外，世界上很多很多國家早就沒有通姦罪規定，比如歐盟會員國、鄰近之日本、中華人民共和國，韓國、印度也在幾年前由法院判決通姦罪違憲等。但是主管機關法務部一再稱依照民調，我國仍有過半數比例之國人不贊同通姦除罪，因此決定不提案刪除通姦罪。從而通姦罪規定是否仍應繼續存在刑法之中，這個困擾問題唯賴大法官解決；亦即大法官責無旁貸。

作為大法官除了應該注意傾聽正反意見尤其不同意見，秉持良知作出適當解釋外，於所持解釋應有結論與國人多數意見不同時，特別是認為需要變更本院前解釋時，應該反思再反思，避免菁英式傲慢而生之偏見，當然更有責任於解釋理由中詳予說理。如若因故無法在解釋理由中充分抒發己見，也有透過意見書，善盡以文字與持不同意見人民溝通之職責。爰提出本部分協同意見書說明本席贊同刑法第 239 條違憲（連帶刑事訴訟法第 239 條但書規定亦失所依附，暨本院釋字第 554 號解釋應變更）之理由，包括一些相關考量，希望能獲得原持不同意見者之理解，甚至贊同。謹略述本席之理由及相關考量如下，並因最近公暇正聆聽寬謙法師講龍

樹菩薩造「大智度論」，故乃思仿倣龍樹菩薩，嘗試以設問自答方式，希望讀者較易於理解，有助於意見溝通：

一、問：大法官不必受大法官先前解釋之拘束嗎？通姦罪之合憲性已經大法官在 91 年間，作成釋字第 554 號解釋肯定，大法官還可以變更見解嗎？即使可以，這樣會不會太不尊重前輩大法官？

答：大法官解釋之定位，學者間有不同看法，但至少應具有法律位階之地位。又不論法律或憲法都可以依一定程序變更前法，故大法官可以決議變更先前作成之解釋，而且本院早有變更解釋之先例。¹

雖然大法官不是常常變更解釋，但是時代巨輪不斷大步往前，從未停歇，尤以 21 世紀以降為然。人權保障為憲法最主要功能之一，人權之內涵因時代不同而有所異，憲法解釋自亦應隨人權內涵之變動而與時相應，並為必要之補充或變更。又法律規定亦應然，必須與時俱進，即使曾經大法官之審查，並依作成解釋當時情況，以解釋認為該規定合憲，但主管機關仍應隨時注意檢討該規定是否仍合於憲法人權保障意旨，並於其已不合時宜之際，主動修正之；否則，該規定不當能豁免於大法官之違憲再審查。

本院大法官於 21 世紀初作成釋字第 554 號解釋當時，除了首度肯定與通姦罪相關之性自主權（性行為自由）受憲法第 22 條保障，堪稱先進，並曾對當時世界各國有無通姦罪立法（當時韓國、印度仍有通姦罪規定）作通盤了解考量，暨強調以刑罰手段限制有配偶之人與第三人間之性行為自由，乃不得已手段等外，另雖本乎職責，並依據該解釋當時情形（於其解釋理由書第 3 段中段特限定稱：立法機關「就

¹ 本院釋字第 439 號變更釋字第 211 號解釋、釋字第 556 號解釋變更釋字第 129 號解釋、釋字第 581 號解釋變更釋字第 347 號解釋、釋字第 684 號解釋變更釋字第 382 號解釋、釋字第 771 號解釋變更釋字第 108 號及第 174 號解釋、釋字第 784 號解釋變更釋字第 382 號解釋。

當前」等語)，肯認刑法通姦罪規定，對一般大眾具預防威嚇作用，故就增強人民對婚姻尊重之法意識，及維護婚姻與家庭制度之倫理價值言，仍有其一定功效；即認依該解釋當時情形，以刑罰手段可達到預防通姦、維繫婚姻之立法目的。惟前輩大法官同時也本於人權保障應與時俱進，並對於刑法通姦罪規定有時不僅不足以維繫已趨破裂之婚姻，亦可能使原尚能勉強維繫之婚姻頓陷破裂，造成處以刑罰反而比未處刑罰發生更不利之結果等事實，亦有相當認知（本院釋字第 554 號解釋卷參照）；故而於其解釋理由書第 2 段末已以附加：「倘 1、立法目的具有正當性、2、刑罰手段有助於立法目的達成，又無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用、尤其 3、而刑罰對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，亦處於合乎比例之關係者（即須符合狹義比例原則）」等條件之方式，預作保留。²足見本院釋字第 554 號解釋原即已認知並應寓有：該解釋作成後之未來，若對人格自由之維護、婚姻制度之功能、違反性忠誠義務對婚姻造成破壞之程度、處以刑罰對於個別婚姻維繫及整體婚姻價值所能發揮之影響，以及社會對性行為自由容忍之程度等，已異於該解釋作成當時者，本院得因應並與時俱進，另作出補充或變更解釋，以更適當調整之意思。

二、問：人權內涵情狀已有那些變動，致需重新檢視刑法第 239 條通姦罪之合憲性呢？

答：本件相關之性自主權為個人自主決定權之一部分，民主法治國係建立在該國家之每一個公民之自主決定權之上；又性為有性生殖含人類繁衍之所繫，涉及人性及其尊嚴。不論公民自主決定權或人性尊嚴均為憲法所保障人民基本權之基礎，係先於民主法治國家之憲法存在，當然受憲法保障，本不待憲法另予明文規定。本院釋字第 554 號解釋肯認

² 既稱「倘」即係附條件，故條件如變動，自己許結論可以有別，乃當然之理，是可認已預作保留。

性行為自由，即認性自主權受憲法保障，誠屬確當。

在本院釋字第 554 號解釋之後，本院除了以作成違憲解釋方式持續守護憲法明列之人民基本權外，並於多號解釋中肯認人性尊嚴乃自由民主憲政秩序之核心價值。³另亦以納入憲法第 22 條基本權保障範圍之方式，擴大保護人民，比如與對性自主權限制密切相關之隱私權，⁴即經本院以釋字第 585 號及 603 號解釋肯認其屬憲法第 22 條保障之基本權。此外，平等權本即為憲法明定之第一個基本權，所稱平等非僅指形式平等，更包括實質平等，不但本院解釋肯認之，⁵我國人權意識尤其性別實質平等要求，更不斷大幅升高。

另除了國際間如韓國憲法法院、印度最高法院也在近五年內相繼宣告該國刑法通姦罪規定違憲等外，我國也在 98 年起，完成公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）及經濟社會文化權利國際公約施行法及消除對婦女一切形式歧視公約施行法等之立法，人權內涵自是今非昔比，而且有公政公約規定與刑法通姦罪規定相衝突之情事，亟待解決。⁶因此，

³ 本院釋字第 567 號、第 585 號、第 603 號、第 631 號、第 656 號、第 664 號、第 689 號、第 712 號、第 748 號及第 756 號解釋參照。

⁴ 除性行為本身屬個人隱私範圍外，刑法第 239 條縱未直接限制隱私權，但以刑罰處罰通姦行為，其追訴審判程序必然涉及隱私權之侵害。

⁵ 本院釋字第 649 號、第 666 號、第 728 號及第 748 號等解釋參照。

⁶ 公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第 17 條第 1 款規定：「任何人之私生活……不得無理……侵擾……」係關於隱私權之保障規定，我國已於 98 年間制定公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法，明定公政公約所揭示保障人權之規定（含上開第 17 條第 1 款關於隱私權保障之規定），具有國內法律之效力（該施行法第 2 條規定參照）；而如前所述，性行為本身屬個人隱私外，另對通姦行為之追訴審判，必然涉及隱私權之侵害，因此，自上開施行法施行之日（98 年 12 月 10 日）起，亦已滋生適用刑法第 239 條之結果與上開公政公約規定間相衝突之情事，亟待解決。另請參照 102 年 3 月 1 日之「對中華民國（臺灣）政府落實國際人權公約初次報告之審查國際獨立專家通過的結論性意見與建議」第 70 點：「《公民與政治權利國際公約》第 17 條款禁止對個人私生活的無理侵擾。由於以刑事手段管制性行為會構成對私生活的無理侵擾，除非是受影響的人需要保護或是以強迫手段為之而有絕對的必要，專家認為通姦罪不符合《公民與政治權利國際公約》第 17 條。專家建議政府應採取措施從刑法中廢除這項規定。」

本院有與時俱進，相應重新檢視刑法第 239 條通姦罪規定是否仍應合憲之必要。

三、問：婚姻與家庭為社會形成發展之基礎，釋字第 554 號解釋因而肯認婚姻制度之存續與圓滿應受憲法保障，難道不再是這樣了嗎？

答：不是的，大法官還是肯定婚姻制度。按婚姻係配偶二人為營永久共同生活，並使雙方人格得以實現與發展之生活共同體。因婚姻而生之此種永久結合關係，不僅使配偶雙方在精神上、物質上互相扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎，婚姻制度因之迄今仍具有維護人倫秩序、性別平等及養育子女等社會性功能（本院釋字第 554 號解釋參照）。又忠誠含婚姻忠誠，不但係應受鼓勵及讚揚之美德及價值，古今中外應皆然；且性忠誠作為一種義務，不論出於身分或契約，均應信守。是刑法第 239 條通姦罪規定所欲維護者，迄今仍應認係重要法益，故其目的核屬正當。即本件解釋未否定婚姻制度仍然是社會形成發展的重要基礎，婚姻制度仍應受憲法保障。本件解釋也未否定婚姻忠誠義務。

四、問：那為什麼要變更釋字第 554 號解釋呢？是因為婚姻制度起了什麼大變化，以致大法官解釋必須相應與時俱進呢？

（下載自 <http://www.humanrights.moj.gov.tw/dl-17414-6a64c7853ed942b2b0392082714feaa3.html>，最後瀏覽日：109 年 5 月 26 日。）

106 年 1 月 20 日作成之「對中華民國（臺灣）政府關於落實國際人權公約第二次報告之審查國際審查委員會通過的結論性意見與建議」第 70 點：「2013 年結論性意見與建議中，審查委員會曾建議政府應採取措施以廢除通姦罪，因為此罪構成對隱私權的侵犯。在本次審查期間，政府引用顯示目前對通姦罪廢除尚無共識的民意調查，作為其未遵循建議的正當化理由。然而，委員會強調，使法律制度與國際人權法一致，並透過意識提升或其他方案，帶頭化解關於婚姻及家庭制度的保護上一般大眾抱持的疑慮，是政府的責任。委員會因此重申通姦除罪化的建議，並對於此項罪名造成對婦女不成比例的負面影響表達關切。」

（下載自 <http://www.humanrights.moj.gov.tw/dl-17577-8f4e0ab78f814769b661690a6eaa1b3.html>，最後瀏覽日：109 年 5 月 26 日。）

答：是的。是因為婚姻制度已經起了一些大變化。

（一）本院釋字第 554 號解釋認婚姻制度具有維護人倫秩序、性別平等及養育子女等社會性功能，這已經是本於 91 年當時之婚姻觀，而且是很正向、理念性地加以觀察及特予支持。實則婚姻觀已因時而異：

1、24 年即現行刑法第 239 條通姦罪立法前：難謂有婚姻自由；因婚姻而生之兩當事人間關係是存在於男女間，稱為夫妻關係，但不等於一夫一妻關係；而且在出嫁從夫傳統觀念下，性別本質不平等；在不孝有三無後為大的觀念下，生養兒子是妻之本分；男系血統純正很重要，應該是為避免血統混淆，所以妻與人通姦被以刑法（例如 17 年之刑法）治罪，夫與人通姦則未入罪。

2、24 年即現行刑法第 239 條通姦罪立法：雖然現代民法於 18 年已先制定並在新規定下，婚姻關係已經由身分走入契約，應由當事人自主決定，但人民之觀念改變需要時間醞釀，不會因法律規定改變立即產生遽變，故婚姻仍非立即自由；已同時建立一男一女之一夫一妻婚姻制度，禁止重婚；性別仍不平等，譬如冠夫姓、夫妻財產制、住所、子女親權、監護權等規定；雖然已明定收養制度，但未生養兒子仍是妻之痛；通姦罪不止處罰出牆紅杏，也處罰出軌丈夫，這是在立法過程中，三讀推翻原二讀所通過之通姦罪刪除（不入罪）提案後，諸多婦女前輩費了極大心力爭取到的形式上平等，她們的努力及成就著實令人敬佩及感謝。但是同樣地，人民觀念仍待提昇，尋花問柳、三妻四妾仍非鮮見，甚至在社會賢達間也不必然以為恥。

3、時至今日：婚姻自由不但受憲法保障，且係常識並被落實，不但不婚非異常、跟誰結婚由當事人自主選擇，而且民法更經多次修正，在現行民法規定下，在破綻主義精神下，離婚之限制也一再降低，越來越容易；重婚禁止雖依然，但

配偶關係已不以異性為限；婚姻關係中，尊重個人人格及自由、配偶間平等，包括姓氏、夫妻財產制、住所、子女親權、監護權，及共同生活費之負擔等，甚至「性不性」也需尊重他方配偶意願，如強而為之，在刑法第 229 條之 1 及第 221 條規定下，會構成觸犯強制性交重罪。未生養兒子殆已非妻之痛，決定婚後不生養子女者，不但非異類甚至或可算是一種智慧表現；又因為經由 DNA 檢測可以判斷親子血緣關係，原民法第 986 條婦女禁婚期規定已經被以係屬純道德性規範為由刪除。⁷以上種種婚姻關係之內容均已有重大變異，唯一沒有改變的是刑法第 239 條通姦罪規定，而且迄今 85 個年頭，仍無法斷絕通姦行為；又在刑法第 229 條之 1 及第 221 條規定下，斷絕婚外性行為，可能另衍生人道問題；國際間沒有通姦罪規定之國家越來越多、仍有通姦罪規定之國家則日益減少（如附件），現行刑法第 239 條規定之存在被突顯，還不時引致國際人權組織對我國之批評等等。如將通姦罪規定比擬為盲腸，無益甚至有害，殆非言過其實。再者，85 年來刑法第 239 條通姦罪之實務運作結果，迄仍呈現女性被起訴、定罪人數多於男性之情形，⁸即尚未能全然落實性別實質平等，也是事實，因此，也與憲法增修條文第 10 條第 6 項國家應消除性別歧視，促兩性地位之實質平等規定，難謂相符。

4、綜上，刑法第 239 條通姦罪立法前及制定當時迄今，85 年來，國人之婚姻觀，尤其 24 年以來經多次修正之新民法婚姻相關規定，所反映或型塑之國人之婚姻觀已然大不同，最近民間流傳的「50 年前後比較」，其中有「50 年前，

⁷ 刪除該條之立法理由指出：「本條有道德制裁之意味，且無實益，淪為報復他人。允許撤銷其婚，將使子女成為非婚生子女，徒增社會問題。」立法院公報，87 卷，31 期，頁 228 參照。

⁸ 法務部 105 年 1 月 14 日法檢字第 10504501620 號函立法院「刑法通姦罪修法方向之說明」，立法院第 9 屆第 1 會期第 7 次會議議案關係文書，院總第 887 號政府提案第 15350 號之 148，頁 592 至 593；法務部，妨害婚姻及家庭罪案件統計分析，108 年 6 月，下載自 https://www.rjtd.moj.gov.tw/rjtdweb/common/WebListFile.ashx?list_id=1654（最後瀏覽日：109 年 5 月 26 日）。

結婚容易、離婚難；50年後，離婚容易、結婚難」，⁹還真是一語道盡刑法第239條立法以來之世事變遷，今昔迥不相同。

（二）還有，應該特別注意的是，本件解釋認為刑法第239條通姦罪規定違憲，不能再以刑罰處罰通姦罪，不等於否定婚姻制度或婚姻忠誠義務、不保護受害配偶，甚或肯定外遇行為或婚外性行為。本件解釋只是基於刑罰之特性，認為不可再以刑罰處罰通姦罪而已。

五、問：什麼是刑罰之特性？本件解釋認為通姦罪規定違憲，也就是說刑法不應該有通姦罪規定，為什麼不是等於否定婚姻制度或婚姻忠誠義務、不保護受害配偶，甚或肯定外遇行為、婚外性行為呢？又大法官解釋不是常常說屬於立法形成自由範圍嗎，為什麼刑法第239條規定不應在立法形成範圍呢？

答：不是所有不善行為都應該以刑罰處罰。又性自主權應受憲法保障，是本院釋字第554號解釋即已肯認的。而刑法第239條通姦罪規定，是以刑罰限制配偶及其相姦人之性自主權，依憲法第23條規定，刑法第239條通姦罪規定須符合手段適當性（對婚姻制度之維護等有相當程度助益）、必要性（有以刑罰處罰違反行為之必要，因為刑罰具最後不得已手段特性，刑罰能不用就該不用），並須符合狹義比例原則（以刑罰處罰之利大於弊）。謹再分別說明如下：

（一）不適合以刑罰作為處罰手段，因為對婚姻制度之維護等沒有相當助益

刑法第239條通姦罪規定存在之目的原在維護婚姻制度及個別婚姻關係之存續與圓滿（本院釋字第554號解釋參照），但由我國法院實務等近數十年之通姦罪與離婚相關統計資料顯示：

⁹ 不婚不生是自由，應受包括父母長輩在內之尊重。惟是不是緣於婚姻相關規定之束縛呢？也值得考量。

1、離婚終結個別婚姻關係，對婚姻制度傷害大。而我國民之離婚率一直居高不下，本院釋字第 554 號解釋作成肯定刑法第 239 條通姦罪規定合憲，可以以刑罰為手段處罰通姦行為後，離婚率也未見下降改善。¹⁰且近 10 年以通姦為原因之各地方法院年裁判離婚終結事件件數在 9 件至 22 件之間，其佔年離婚裁判總數之比例均不及百分之一，¹¹即通姦（外遇）明顯並非婚姻破裂難以維持之主要原因；另就以通姦為原因之各地方法院年裁判離婚終結事件言：原告非全為無責之女方、也包括無責之男方。以上亦足見通姦罪規定之存在，與婚姻制度及個別婚姻關係之存續及圓滿應已無相當關聯，且因未分性別同等受害（或加害），故該條規定對一般認為在婚姻關係中處於較弱勢地位之女性方也不再特具保護功能。

2、又最重要的是婚姻美滿的基礎在於感情，而感情植基於自由意志，有時難以道理計。配偶間為美滿婚姻所必要之兩情相悅，無法經由法律強制建構，故而刑法第 239 條通姦罪規定對配偶間情感維繫、婚姻美滿是無效之手段；且此一規定常致生配偶對簿公堂之結果，而配偶對簿公堂，影響配偶和睦及家庭和諧（本院釋字第 569 號解釋參照）；更經本院進一步調查結果，亦證實經通姦罪之訴追後，婚姻很大比例係以離婚收場。¹²

¹⁰ 依中華民國統計資訊網之資料，70 年至 72 年間之粗離婚率（離婚率一般係指粗離婚率，為離婚對數與同時間內總人口數之比例乘以 1000，即 1000 人中有多少離婚對數）低於 1；73 年至 86 年間則介於 1 至 2 間；86 年後則不曾低於 2，最高曾達 2.87。請參見 <http://www.stat.gov.tw/ct.asp?xItem=15409&CtNode=3622&mp=4>（最後瀏覽日：109 年 5 月 26 日）。

¹¹ 依自 71 年起之司法統計資料，各年度地方法院終結離婚事件中，以通姦為原因者數量不曾超過 150 件，近 10 年（自 98 年起）每年以通姦為原因而裁判離婚者，更僅介於 9 至 22 件間。請參照 80 年司法統計提要，頁 268；87 年司法統計提要，頁 290；97 年司法統計年報，頁 9-90；107 年司法統計年報，頁 9-94。

¹² 以 102 年度因犯通姦罪而判刑確定者為例，如以 97 年 12 月 31 日為比對基準日，當時有配偶者為 140 人，截至 105 年 12 月 6 日，離婚者有 68 人，離婚之比率為 49.28%。內政部 105 年 12 月 15 日台內戶字第 1050445726 號函參照。

綜上，刑法第 239 條通姦罪規定對婚姻制度之維護沒有相當關聯，對個別婚姻關係之存續與圓滿未有助益，甚至有害；對配偶間感情沒有加值、只有貶值作用，與其立法目的之達成間，已難再謂其具手段適當性。

3、又查現代婚姻制度所已生之問題很多，縱認部分係因性開放觀念而與善良風俗有關，但亦非僅此一端而已；且就性開放觀念言，縱認需予導正，也非以刑法第 239 條通姦罪規定所能導正，更何況所謂本條之預防通姦行為功能亦未經實證。此外，通姦罪規定係以刑罰為手段，而刑罰之客體為犯罪行為，一般而言：外觀相同之行為在刑法上之有罪無罪評價應相同；準此，非合意之強制性交（涉及對他人自由之強制侵害，故應受刑法規範尚無爭議），既不因被強制者與強制者間有無婚姻關係而異其刑法上之評價（均有罪），則合意之性交，亦應無因行為人是否有婚姻關係而異其刑法上之評價（有罪或無罪）之理，是通姦行為之刑罰可罰性顯有疑問。即就善良風俗之維護言，以通姦罪規定作為手段之適當性，亦堪再斟酌。

（二）沒有以刑罰處罰之必要

婚姻制度應受國家重視，並受憲法制度性保障，乃屬當然；但此與通姦罪應否合憲沒有論理上之必然關聯，因為以刑法規範通姦行為不等於重視婚姻制度；反之，若認其違憲也不等於不重視婚姻制度。

另通姦行為有悖於善良風俗並嚴重違反婚姻契約，應受非難指摘，固屬社會一般通念；惟非難指摘不等於應科以刑罰，又通姦罪之告訴不乏係出於報復目的，但刑罰應避免為報復目的而設，且報復固有疏解一時情緒之作用，惟沒有回復原狀或實質補償之功能，也難以根絕被害人之困擾。

尤其婚姻本質為民事契約關係，就婚姻契約之違反，本質上為民事契約不履行及或侵權行為之爭議，其救濟原則上

屬民事訴訟範疇；而就其制度性救濟，民法既已設有保障機制，自應回歸且宜回歸民事損害賠償救濟。又經全盤考量後，縱仍認應進一步保障，也是如何落實民法既有規定或至多增強民法規定之問題而已。

更何況較諸現行由國家對通姦罪行為人常見之易科歸入國庫之罰金處罰，¹³判令加害人金錢賠償之民事救濟，對受害之他方配偶更具實質補償效益。另刑法第 239 條規定之法定刑為 1 年以下、2 月以上有期徒刑，屬對犯罪行為人科處短期自由刑之規定，而短期自由刑之矯正教化功能極其有限，本當避免；尤其通姦者如為家庭之經濟來源，其若須入監服刑，還可能使家庭成員頓失依怙。是通姦不當行為尚難謂已達必須動用刑罰不得已手段之程度，即刑法第 239 條規定尚難認符合刑罰侵害最小手段原則。從而自難遽謂刑法第 239 條通姦罪規定對通姦行為人科處刑罰係維持社會秩序、公共利益之所必要，或謂為婚姻制度性保障目的而尚仍有以刑法規範通姦行為之必要。

又刑法有謙抑、節約原則，應該被用來處理較重大反社會性之行為；如果是單純背於道德之作為，較不具刑罰可罰性，不該以刑罰處理之。很多國家不再有通姦罪規定應該就是基於這個道理。尤有進者，刑法不同於其他法律，刑法是以刑罰合法處罰人民的法律，最重可以剝奪人民的生命，其次是無期限或相當期限剝奪人民的行動自由，受判刑者還會留下前科紀錄。生命、自由加上名譽誠可貴，大法官作為憲法守護者，最重要職責就是保障人民基本權，應該將刑法規定也委諸立法形成嗎？本席期期以為不可。

（三）手段與所欲保護法益間之比例關係不相當，即所

¹³ 以 107 年度臺灣高等法院及其各分院審理犯妨害婚姻及家庭罪為例，該年度終結案件之被告為 80 人，經判處有期徒刑以上者為 53 人，其中 52 人為 6 月以下有期徒刑，得易科罰金（以 6 月有期徒刑為例，易科罰金金額最低為新台幣 18 萬元、最高為 54 萬元，刑法第 41 條第 1 項參照）。107 年司法統計年報，頁 6-38 至 6-43 參照。

造成之弊害大於其利益

刑法第 239 條通姦罪規定及所施予之刑罰暨其追訴審判程序，直接對人民性自主權附加限制、間接侵害人民身體自由及隱私，其限制或侵害之程度，與其所欲保護之法益間，未處於適當之比例關係，弊大於利，已然失衡。謹說明如下：

1、通姦罪規定係以限制人身自由作為手段，其直接使與人性尊嚴相關之人民性自主權受到重大限制，並其追訴審判過程則不免觸及隱私，致亦間接侵害隱私，極不利個人人格之自由發展。又通姦罪之追訴輒淪為報復手段，更致兩敗俱傷，對告訴與被告即配偶雙方均造成嚴重、甚至無可彌補之傷害，並常導致婚姻關係無可挽回、家庭破裂。

2、通姦罪規定屬告訴乃論之罪（刑法第 245 條第 1 項參照），其罪質與公益本已較無關聯，甚且通姦罪規定係刑法中僅見之以縱容或宥恕為限制告訴權人即受害配偶告訴權行使之條件者（刑法第 245 條第 2 項參照），足見刑法第 239 條規定所欲保護法益之公益性質本屬薄弱；反之，刑法更於 88 年間增訂第 229 條之 1，規定配偶間亦有強制性交罪之適用，即進一步以刑罰手段強化配偶性自主權之保護。以上兩相對照，亦可見刑法第 239 條通姦罪規定原欲保護之法益本即較輕，而所限制、侵害之法益則越來越重。

3、是若續以刑法第 239 條規定作為處罰通姦行為之手段，其相關法益之保護與限制間自失均衡。

4、另以目前之實況，若再由本院釋字第 554 號解釋之立論觀察，刑法第 239 條規定亦已因弊大於利，而難再符合狹義比例原則：

（1）婚姻制度確具維護人倫秩序、性別平等及養育子女等社會性功能。現行刑法第 239 條規定立法之初，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，於三讀時推翻原通姦不入罪之二讀結論，改認以刑罰為手段，約束配偶雙方互負性忠誠義務，

或非不合宜或無必要。惟婚姻共同生活基礎之維持，原即應出於配偶雙方之情感等；而情感發乎自性，刑罰或可壓抑已婚者對配偶以外之人之情感，但已然不利於該行為人個人人格之自由發展，尤其不能促使其對配偶產生維持婚姻共同生活基礎所必要之感情，故該規定已然無相當助益於婚姻制度之維護與個別婚姻關係之存續與圓滿。再者，為婚姻存續圓滿之核心應為配偶之民事同居義務，但就此一義務之違反，尚且無法經由民事強制執行程序落實之，更遑論刑法第 239 條規定充其量只能對通姦配偶科以短期自由刑，根本不能強迫二人和諧同居，是該手段對其所欲達成之立法目的除不具實質有效性外，其以科處行為人自由刑作為手段，嚴重限制其人身自由，甚至如因之需入監服刑，更可能使家庭成員頓失依怙，反而不利婚姻家庭之存續圓滿，自難認所欲保護之法益與所限制、侵害之法益間輕重相衡。

(2) 又人倫秩序及性別平等之維護，應已不再貴在婚姻之形式維護，而在於真誠信守及其不可得時之實質有效保護、補償或救濟。本院釋字第 554 號解釋作成後，離婚制度、配偶人身保護相關規定如家庭暴力防治法、性侵害犯罪防治法等俱已修法漸趨完備，受害配偶已受更適當保護。又真誠信守，發乎內心，刑罰充其量是處罰已違背信賴之行為而已，不能使配偶值得被信賴；如彼此沒有真誠互信，這樣的婚姻應該由國家動用刑罰雙刃刀勉強維護嗎？這樣會比較妥當、比較好嗎？另通姦行為為法定離婚原因（民法第 1052 條第 1 項第 2 款規定參照），且性忠誠義務本即屬民法債篇侵權行為規定所保護之法益之一，受害配偶得對通姦配偶及為共同侵權行為人之相姦者，請求財產上或非財產上損害賠償（最高法院 41 年台上字第 278 號及 55 年台上字第 2053 號判例意旨參照），故一方配偶違反性忠誠義務時，他方受害配偶亦有刑法第 239 條規定以外，原即有其他侵害較小之手段可資運用，若續以刑罰處罰之，輕重自屬顯然失衡。

(3) 另養育子女固屬父母天職，父母慈愛雙親和諧家庭值得追求。但雙親不必然和諧，更非當然慈愛。尤其通姦罪追訴結果，無助父母婚姻之存續圓滿，甚至有害，還可能累及子女，使子女因父或母入監而生活失所依怙或心靈受創，故就養育子女之社會性功能言，刑法第 239 條規定亦非實質有效之手段。又此部分涉及未成年子女之監護，民法親屬篇亦已於本院釋字第 554 號解釋後，作適當修正以更保護未成年子女之權益在案。¹⁴是迄若再以刑罰處罰通姦行為，亦難謂輕重相衡。

六、問：本件解釋後，怎麼保護受害配偶？被背叛的痛，怎麼可能被彌補？孩子何其無辜啊！

答：被背叛的痛，刻骨銘心，有人因之椎心疾首，這般痛確實無法完全被彌補撫平！但這是情感上的傷害，是以加諸背叛者刑罰之方式所能治癒的嗎？

出軌是配偶間婚姻契約之違反，而婚姻契約本質上是民事關係，故婚姻契約之違反，屬民事爭議，宜循民事訴訟程序解決。受害配偶如無法再容忍與背叛者共同生活、不想繼續與背叛者有身分上牽絆，可以主動訴請離婚，休了他或她！當然前面提過還可以請求損害賠償。唉！金錢賠償是否能彌補撫平傷害，固然有疑，但多少能在經濟上照顧被害人，不是嗎？多少無奈啊！

受害配偶，尤其是女性被害人，面對背叛，最牽腸掛肚的是年幼子女，擔心監護權歸他方配偶、孩子沒人疼愛，擔憂扶養不起孩子，操心女兒還未出嫁，將來會因為父母離異

¹⁴ 例如 96 年 5 月 23 日之民法修正，增訂第 1089 之 1，規定父母不繼續共同生活達 6 個月以上時，關於未成年子女權利義務之行使或負擔，準用第 1055 條、第 1055 條之 1 及第 1055 條之 2 之規定；修改第 1090 條，規定父母之一方濫用其對於子女之權利時，法院得依他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權，為子女之利益，宣告停止其權利之全部或一部。97 年 5 月 23 日民法修正，修改父母均不能行使親權時，如何定監護人之相關規定。

遭到婆家嫌棄……真是天下父母心。惟社會對離婚者原有之排斥觀念已經有相當改變；上述這些可能被不公平對待困擾的法律障礙基本上應已不復存在，問問自己的法律顧問或就近向法扶基金會諮詢就知道。

孩子真的何其無辜！孩子從來都不是客體或玩具，更不應是出氣筒！而且再小的孩子都遠比父母以為的對外界事物敏感，會因父母間齟齬而心靈受傷。為人父母者，請謹記之！請善盡適度保護孩子責任，盡可能避免使孩子身心受傷。請儘量平和化解配偶間爭執，關於親權、監護權之行使及歸屬決定，請務必客觀且以孩子最佳利益為考量。

痛苦與否取決於個人的感受，只有自己能打開心鎖，別人無法代勞，婚姻關係中遭遇挫折的朋友，請不要折磨自己。執行律師業務 30 多年，本席深刻體會訴訟是苦！想起多年前，在一家醫療診所，看到一幅對聯：「但願世間人無病 不愁架上藥生塵」，自省同樣面對苦，法律人當如何發願？是「唯願人間無訴訟 法院門前可羅雀（律師樓前可羅雀）」！提到醫療，應該記得並謹向武漢肺炎期間守護全民健康的工作人員、醫療人員致謝。附記之。

七、問：國情不同，法律應有別，不是嗎？那我國國情無需特別考量嗎？把現行刑法第 239 條通姦罪規定像割盲腸一樣割掉，真的比留著好嗎？婚姻制度會不會因此不保？

答：是的，割掉比較好；而且婚姻制度不至於因而不保。

85 年前，現行刑法第 239 條制定當時之立法過程中，就曾於二讀程序通過通姦不入罪，可惜功虧一簣。官方立法資料很難尋，最近大法官研究助理們費心找出 1、1936 年由曾親身參與立法之簡又文立法委員編「立法院修正『有配偶而與人通姦者』一條新刑法之經過」，¹⁵由是可知：在 24 年當

¹⁵ 簡又文編，〈立法院修正「有配偶而與人通姦者」一條新刑法之經過〉，《逸經》，9 期，頁 65 以下(1936)；該期刊收錄於「中文期刊全文數據庫 (1911-1949)」。

時已有相當高民意主張：婚外性行為本質屬於民事爭議，應仿英美法例等一般法制之新傾向，不以刑法處罰通姦行為，而應回歸民事處理。至現行通姦罪之立法，當時主要參考之外國法例是德國法等，但在現行通姦有罪立法之後，含德國在內之歐盟全體成員早已全數刪除通姦罪規定；2、1934年景元先生著「通姦罪的平等問題」，詳細列載當時通姦罪上男女平等問題三種主張及其理由，尤其其中第三，主張夫婦犯姦均不受刑法制裁所列12點理由，非常值得參考。¹⁶

¹⁶ 照錄原文如下：「**第一**，主張有夫之婦犯姦罪須受刑法制裁，有婦之夫犯姦則可不負刑事上之責任，是現行法第二五六條的規定，也就是新刑法第二三九條的規定，（所差者為減輕徒刑一年），最主要的理由約有左列九點：1 妻犯姦，混亂血統；2 社會組織仍為父系社會，夫為家庭之主；3 因有娼妓制度存在，蓄妾制度盛行，夫犯姦者若亦處刑，於實際難行；4 夫妻間在經濟上的負擔不平等；5 妻犯姦所生之子，常須丈夫供養；6 男女間性慾不均衡，性慾起訖年齡亦不相等，這是生理學上的證明不應平等；7 妻犯姦，在習俗上辱及其夫，反之則否；8 歷史上及設社會習慣上均特別重視婦女的貞操；9 參考法國日本的法例。

第二，主張有配偶犯姦者不分男女均須受刑法制裁，亦即為立法院所提出刑法修正案初稿第二二八條的規定，其最主要的理由則有左列十一點：1 符合男女平等的原則，——並符合國民黨黨綱，總理遺教，約法規定，世界潮流；2 互守貞操義務，保障夫婦制度，維持家庭和平；3 矯正淫蕩之風；4 女子經濟未能獨立，夫犯姦不處刑，妻若輕提離婚要求，轉於女子不利；5 離婚後，夫續娶易，妻再嫁難；6 可為消滅蓄妾制度及娼妓制度的重要政策之一。7 打破傳統的封建觀念，剷除男子的自私心理；8 保持重視貞操的美德；9 若以為實行困難，則可於施行法中明文規定不追既往；10 若視通姦為非刑事問題，則違反提倡禮義廉恥的新生活運動；11 參考德國法例。

第三，主張夫婦犯姦，均不受刑法的制裁，此則為本年十月二十五日立法院大會以六十九分之四十的人數所通過的決議案，其主要的理由又有左列的十二點：1 符合男女平等原則；2 應以愛情維持家庭，不應以法律維持家庭；3 應以道德維護貞操，不應以法律維持貞操；4 配偶犯姦，應視為純係民事問題；5 若不離婚而科以通姦罪，徒增家庭間的惡感與仇恨；6 若於離婚後方得告訴通姦罪，則為不必要之科刑，簡直多此一舉；7 妻犯姦，有名譽上道德上的制裁，丈夫並可利用經濟上的權威以為對抗，無科刑的必要；8 婦女經濟雖然未能獨立，夫犯姦，妻欲離婚，儘可援用民法第一〇五六及第一〇五七條的規定請給付賠償及贍養費，於女子並無不利，不能因為夫犯姦亦須處刑的理由；9 若以婦女經濟未能獨立為慮，則雖規定配偶犯姦均須處刑，夫犯姦，妻也不會有告訴的勇氣，無異虛設；10 欲消滅蓄妾其娼妓制度，應從普及女子教育提倡女子職業入手，使女子有獨立之經濟與人格，非徒然刑法規定夫犯姦須科刑所能濟事；11 以經濟組織的演變，同居義務，難以履行，應亦從而輕減，此則為性自由必然的趨勢；12 不但早有英美的法例存在，且通姦為的根本消滅為法制上一般的新傾向。」請參見景元，〈通姦罪的平等問題〉，《社會半月刊》，1卷6期，頁1，1-3（1934）；該期刊收錄

又本席感念簡又文委員、景元先生大作解惑，原擬以兩文全文為附件方式向兩位先生致敬並分享後世。惟考量尚難確認兩文均已逾著作權保護期限，且其後人難考，無法取得使用之必要同意，爰予作罷。有興趣者，請自行至「中文期刊全文數據庫（1911-1949）」查看全文。

立法及大法官解釋通常會盡力搜集各國立法例作為參考。通姦罪是否應該存在？已經爭議良久。不但 24 年現行通姦罪立法當時遍查各國立法例（詳請見簡文），本院釋字第 554 號解釋當時還曾透過外交管道確認義大利原有通姦罪規定已經被刪除（本院釋字第 554 號卷參照），本次解釋亦同。其實在本件解釋作成前，我國仍存在通姦罪規定這個事實至少在法律人間存在突兀感，但尚非全無異音，而且民調結果，主張維持通姦罪規定者過半。反對廢止通姦罪規定的法律人不是不知道國際趨勢，那為何仍反對呢？主要的理由除了宗教（如天主教、伊斯蘭教）信仰，本席尊重之故不論也不必另論外，就是認為我國國情不同，還有擔心婚姻制度因之不保。但我國國情如何不同？是與傳統儒家思想有關嗎？中華人民共和國不論，深受儒家思想影響的日本、韓國也已經沒有通姦罪規定了啊！在 24 年現行通姦罪立法前，就已經有很多國家不認為應該以刑法處罰通姦行為，24 年至今國際間有更多國家陸續取消通姦罪，難道這些國家不關切婚姻制度嗎？這些已經沒有通姦罪規定之國家，他們的婚姻制度因而不保崩壞了嗎？事實不是這樣子的啊！通姦罪規定的威嚇力有限，如前所述，以通姦為由訴請離婚的比例的只佔百分之一而已，請放下這些擔心吧！

85 年過去了，一般人的程度提高了，取消通姦罪規定無疑已是世界主流價值！對照觀察，我國到今日才宣告刑法第 239 條規定違憲失效，已經有點慢，但能呼應景文及簡文之文末所言：「符合世界一般的傾向，乃為適應時代的潮流，亦

於「中文期刊全文數據庫（1911-1949）」。

即社會進化的表現」、「將來一般人的程度高了，再把刑法上的規定取消，又有何不可呢？」也算是對前輩的一種致敬方式，尤其是本席由衷認為宣告刑法第 239 條通姦罪規定違憲，是相對良好並正確之選擇！企盼不同意見者能轉為贊同，至少原有的不安得以釋懷。大家攜手同心努力向前，拒絕婚外性行為，配偶齊心經營，願全民婚姻更和諧、家庭更和樂！最後再籲請大家一起放下歧見，跟通姦罪說 bye bye！

附件：無通姦罪之國家及其除罪化年份（西元）

國家	除罪化年	國家	除罪化年
*印度	2018	葡萄牙	1982
*韓國	2015	巴拿馬	1982
墨西哥	2011	希臘	1981
*烏干達	2007	西班牙	1978
羅馬尼亞	2006	法國	1975
海地	2005	盧森堡	1974
巴西	2005	馬爾他	1973
土耳其	1998	玻利維亞	1972
薩爾瓦多	1997	芬蘭	1971
多明尼加	1997	*義大利	1969
奧地利	1997	德國	1969
尼加拉瓜	1996	芬蘭	1948
*瓜地馬拉	1996	日本	1947
阿根廷	1995	英國及其他歐盟國家	1875 年至 2006 年
阿爾巴尼亞	1995	加拿大	N/A
智利	1994	澳洲	N/A
蘇丹	1994	中華人民共和國	N/A
柬埔寨	1992	南非	N/A
秘魯	1991	紐西蘭	N/A
瑞士	1990	新加坡	N/A
巴拉圭	1990	泰國	N/A
比利時	1987	馬來西亞	N/A
宏都拉斯	1985	俄羅斯	N/A
厄瓜多	1983		

說明：標*者為確定由法院宣告通姦罪違憲者。

資料來源：韓國與印度以外之資料，係參考陳昭如、陳正維製表，〈婚外性的法律效果〉，《臺灣法學》，頁 14，14-15 (2013)及 David John Frank et. al., *Worldwide Trends in the Criminal Regulation of Sex, 1945 to 2005*, 75 AM. SOC. REV. 867, 879 tab. 1 (2010); DEBORAH L. RHODE, *ADULTERY: INFIDELITY AND THE LAW* 159-183 (2016)。

釋字第 791 號解釋部分協同意見書

蔡明誠大法官

本號解釋涉及通姦罪與相姦罪除罪化及相關告訴不可分例外規定是否違憲之憲法爭議，所作出之解釋，認刑法第 239 條規定：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑；其相姦者亦同。」（下稱系爭規定一）對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，本院釋字第 554 號解釋（下稱系爭解釋）應予變更。又刑事訴訟法第 239 條但書規定：「但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」（下稱系爭規定二）與憲法第 7 條保障平等權之意旨有違，且因刑法第 239 條規定業經本解釋宣告違憲失效而失所依附，亦應自本解釋公布之日起失其效力。本席就刑法第 239 條通姦罪與相姦罪除罪化，及刑事訴訟法第 239 條後段（但書）有關告訴不可分例外規定失其依附等立法政策方向問題，認宜在社會條件及適當規範配合下，優先以修法方式予以除罪，否則由本院解釋逕予宣告違憲，亦應有更充分之論理，並另予指明，呼籲其他配套措施，以期衡平。爰提出部分協同意見如下：

一、通姦罪及相姦罪之除罪化與立法者自由形成之空間

（一）刑事政策與立法者自由形成空間及婚姻之社會功能

系爭解釋認「婚姻關係存續中，配偶之一方與第三人間之性行為應為如何之限制，以及違反此項限制，應否以罪刑相加，各國國情不同，應由立法機關衡酌定之。」本號解釋則謂「隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主（包括

性自主權)之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化。此由系爭規定一對婚姻關係中配偶性自主權之限制，多年來已成為重要社會議題可知。是憲法就此議題之定位與評價，自有與時俱進之必要。」此立論係基於當代民主國家婚姻法制之發展及婚姻社會功能之相對化，惟觀察所謂當代民主國家之發展，雖有不少已將通姦(Ehebruch; Adultery; L'adultère; adulterium) 犯罪除罪化之情形¹，有些國家係逐漸減少適用通姦罪作為處罰手段。²至於仍存在通姦罪之刑事立法例，其理由多端，或基於社會文化原因，或基於宗教因素等。罪與刑之刑事立法，攸關一國刑事政策，係屬社會政策之重要一環。於此，往往委予立法者就刑事立法政策形成，有較大自由裁量空間，藉以符民意之社會要求。關於婚姻之社會功能，從社會學觀點，婚姻之功能，具有發揮種族繁衍、經濟、制約、社會、心理及提供親

¹ 例如德國刑法通姦罪於 1969 年修法廢除，認為沒有必要維持一個沒有保護作用又問題叢生的通姦罪制度。主要理由之一為，通姦罪的廢除並不致於誤導國民意識，不致於使一般國民誤以為國家不再重視婚姻。日本為符合二次戰後新憲法之精神，原刑法僅處罰有夫之婦通姦之條文必須有所修正，於 1947 年將通姦罪除罪化。參照林慈偉，通姦罪除罪化思維於我國司法實務之實踐－以高等、地方法院近年相關裁判為中心，軍法專刊，58 卷 5 期，頁 124-125。

² 有就美國通姦(Adultery)之刑事偵審及處罰情況分析，有些州受刑事訴追者，逐漸減少，有些卻具有一定刑事處罰執行力。美國未除罪化之州，有將通姦罪歸類為一種輕罪(misdemeanor)，但卻亦有以重罪(felony)處罰，處罰範圍有處 10 美元之罰金(馬里蘭州)至處有期徒刑(密西根州)者，且有關通姦罪之定義，亦不盡相同。又禁止通姦罪法律規定之執行力出現不連貫性及隨意性，有認因立法者對法律廢除之不作為，法院應以其違反憲法保護隱私權，而排除適用，並減少將法律作為婚姻忠誠之警察手段。參照 Deborah L. Rhode, *Adultery: An Agenda for Legal Reform*, 11 Stan. J. Civ. Rts. & Civ. Liberties 179, 181-191, 203(June, 2015).

密關係等功能。上述一般婚姻功能之描述，固非婚姻存在之要件，並隨各社會發展階段之不同而異其形成，但缺少其中某項社會功能，亦不宜認為婚姻之社會功能已相對化，因某一社會制度之結構及功能，往往因社會及文化之差異，加上社會發展或變遷而自然而然地演化，產生社會之變遷。此外，亦可能因採取不同社會學理論³，有係採宏觀或微觀，或兩者整合觀點⁴，而異其論述重點，實非社會功能相對化之結果。

³ 社會學理論，可能因採取功能論（強調家庭能夠滿足家庭成員之需求，並維持社會之穩定）、衝突論（認為家庭是社會不平等之最終根源，限制女性機會、過度保障男性，並限制性自主權及選擇配偶等）、女性主義及互動論（如探討家庭個體層面及發生於家庭中之親密的、面對面關係）等不同理論，對於家庭與配偶及親屬間之關係，就其社會功能有不同觀點。參照 Richard T. Schaefer 著，劉鶴群、廖淑娟、陳竹上、陳美靜編譯，社會學，台北市：麥格羅希爾，2016年1月3版5刷，頁366以下。

⁴ 社會學理論，有以現代或後現代、客觀或主觀、宏觀或微觀等作為理論建構或分析研究之出發點。如採取微觀與宏觀（或譯巨觀）之整合(Micro-Macro Integration)觀點，例如美國社會學者瑞澤(Ritzer)教授等所主張整合之見解，將宏觀與微觀範疇，結合客觀與主觀作為理論整合分析，其中將社會、法律等屬於宏觀—客觀範疇，行為形式、行動、互動等，作為微觀—客觀範疇。（參照 George Ritzer, Jeffrey Stepnisky, *Sociological Theory*, 9th ed., New York: McGraw-Hill, 2013, 490-491；馬立秦，社會學理論---主要理論及學派，台北市：五南，2013年12月初版1刷，頁396以下；喬治·雷瑟(George Ritzer)、道格拉斯·古德曼(Douglas Goodman)著，柯朝欽、鄭祖邦、陳巨擘譯，社會學理論(下)，台北市：麥格羅希爾，2004年9月初版3刷，頁434以下。）茲借用此整合理論觀點，將婚姻及家庭制度歸屬於宏觀—客觀保障範疇，而性行為自由之行為形式、行動或互動，歸屬於微觀—客觀保障範疇，此或許可基於宏觀與微觀整合，綜合觀察婚姻及家庭制度保障與性行為自由之關聯性或制約，以避免因肯認婚姻自主決定其性行為之對象或時地等條件之自由約定，引發不必要誤解。

（二）與時俱進之權利觀念與立法者之自由形成空間

再者，法需與時俱進，固屬常理。本號解釋認「系爭解釋所稱系爭規定一『為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要……立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間』乙節，已非無疑；尤其系爭規定一是否仍合乎憲法比例原則之要求，更有本於憲法相關基本權保障之新觀念有必要再行審查之必要。」惟系爭解釋既已認為系爭規定一具有立法形成自由之空間，本號解釋卻認為其有可疑之處，究竟其可疑之處何在？宜更多說理及具體明確之指摘。犯罪除罪化政策之形成，較佳處理方式，宜透過社會充分溝通，待討論成熟，且達成社會共識後，始進一步形成立法政策。從現況而言，因多年來立法者之所以未有除罪化之立法積極作為，自對社會因素有所顧忌，否則何須本號解釋之越廚代庖？惟如事涉立法者未積極作為或社會條件不足，自有其原由，似非有何所謂「已非無疑」之處。

本號解釋認系爭規定一是否仍合乎憲法比例原則之要求，有本於憲法相關基本權保障之新觀念再行審查之必要。從法律用語而論，人格權係屬歐陸法系之民法用語，隱私權或隱私概念，係從美國法之用語，發展至今，所謂隱私權，可能被涵蓋於憲法上自主保障或一般人格權概念之中。⁵從婚

⁵ 現今民法典及新興媒體法或資訊法等法律領域，逐漸有隱私權或資訊隱私權等概念之運用。例如民法第 195 條第 1 項前段規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」其中明定隱私，即其一例。前開規定所稱隱私，是否等同逐漸廣義解釋隱私概念，或有如本號解釋有關憲法保障隱私概念，則屬於另一問題。

姻家庭制度與性行為自由基本權之制約，兼論夫妻間之隱私，於系爭解釋即有提及，似未見其有何可疑，解釋究竟有何新穎之處，似不無疑問。詳言之，本號解釋係立基於憲法個人人格自由發展及人性尊嚴，並兼含隱私觀念，但系爭解釋當時其實已論及婚姻家庭制度保障與性行為自由，並提及隱私等憲法基本權概念，該等概念或用語，雖係於系爭解釋作成後，陸續由本院解釋闡明確認，惟於系爭解釋作成後事隔十多年，其內涵是否與現代憲法發生極大扞格之處，實非無疑。況且在專業用語之時空發展上，往往有所謂時間限定(Zeitbestimmung)⁶，就此而言，實難苛責系爭解釋。

(三) 學說與法院實務見解

從我國刑事及憲法之學說而言，不乏探討通姦罪除罪化之問題。⁷例如有主張通姦罪在先天上必然註定是個失敗之刑事立法，而淪為妨害婚姻及家庭之犯罪，並認系爭解釋並未

⁶ 例如雖有人評論康德之著作中，強調「永久和平」(Zum Ewigen Frieden, 1795)，並未特別提及「正義」(Gerechtigkeit)，但有認不應對此過多苛責，因其係屬當代之「時間限定」，實難以強求或苛責，更何況之後有不少政治哲學家或法哲學家有關正義論，受到康德之影響。

⁷ 有參考德國 1969 年前之通姦罪規定之立法理由、1969 年廢除之理由及評論、從刑法任務觀點上考察，以及對刑罰應報主義目的予以批評，提出我國通姦罪廢除之立論，認為通姦罪所要保護之利益，應該是透過廢除通姦罪之方式才能促使它實現。參照黃榮堅，論通姦罪的除罪化，律師通訊，182 期，頁 51-56。又有建議參考日本 1947 年通姦罪除罪化之情形，作為我國之借鏡。參照余振華，對性犯罪之刑罰規定的再檢討，月旦法學雜誌，96 期（2003 年 5 月），頁 95-97。另有從德國及日本通姦罪除罪化立法例之演變過程出發，進而分析我國實務判決及本院系爭解釋，認為通姦罪係屬感覺立法（感覺領導的刑法通姦罪）。參照林慈偉，同註 1 文，頁 120-140。

提出任何結論之說理，且亦無任何社會實證研究之論據。⁸亦有認通姦罪既無具體之保護法益，縱認通姦行為與社會之倫理秩序有違，亦無再認其成立犯罪之必要，應予以除罪化。⁹另有參酌前述除罪化及法界學者專家之見解，認為通姦罪不僅不會達到本罪應有之效果，反而成為破壞婚姻與家庭之結果。¹⁰有建議應重新檢視系爭解釋所持通姦罪具合憲性之結論，並認為其對性行為自由權之過度限制，有違反人性尊嚴之疑慮，非維護家庭制度之必要手段。¹¹對於通姦行為的禁止與處罰，事實上是不是維護婚姻關係的有效手段？有認要用通姦罪之刑罰來維護夫妻間之感情關係，在適當性上已無立足之餘地。¹²

再者，有認為當事人會對通姦者提出告訴之原因，不外乎是懲罰婚外情之配偶及第三者，請求第三者賠償或作為離婚時獲取贍養費之手段，或者是希望發生婚外情之一方回心轉意，或是為爭得孩子監護權，求得一紙離婚證書，以較好之條件保障離婚後之生活。但事實上，除請求賠償、爭取孩子監護權或作為獲取贍養費之手段無須經由刑事告訴、可逕依民事訴訟途徑解決外，其他報復懲罰或希望另一方回心轉

⁸ 參照林山田，刑法各罪論（下冊），台北：作者發行，2006年11月5版2刷，頁499, 501。

⁹ 參照甘添貴，刑法各論（下），台北市：三民書局，2014年2月修訂3版1刷，頁301-302。

¹⁰ 參照陳子平，刑法各論（下），台北市：元照，2020年1月3版1刷，頁489。

¹¹ 參照張明偉，通姦罪合憲性之再思考，月旦裁判時報，59期（2017年5月），頁60-66。

¹² 關於通姦罪與婚姻及夫妻感情維護間之關係，詳參黃榮堅，論通姦罪的除罪化，律師通訊，182期，頁51-56。

意之目的，能否經由通姦罪之告訴來達成，仍有疑問。¹³

另有主張我國刑法如要通姦罪除罪化，應考慮其他配套措施，諸如放寬離婚原因，保障無責配偶之子女親權之行使、放寬贍養費請求之規定、提高通姦及離婚之損害賠償額、放寬並提高子女扶養費之給付、政府及社會團體應加強法治宣導、落實婚前教育及推行婚姻保險，並提出修正法律之建議。¹⁴

由以上對系爭規定一之立法目的及除罪化立論或建言，論理各有特色，亦可略窺我國學者專家對通姦罪除罪化議題之論點，均值得比較參考。

（四）民意與立法者之自由形成空間

本號解釋作出通姦罪及相姦罪除罪化之結論，或可得前述主張除罪化專家之贊同，但此問題實非純屬立法論或憲法審查問題，其似難以忽略尚且存在於社會之高度反對除罪化聲量。另如此高之不贊同廢除通姦罪之現象，亦不宜簡化為「民粹」現象，民意輿論存在強烈反對除罪化聲音，可見此問題不純然合憲與否之是非題，亦非單就法律是否防阻不道德行為之法與道德關聯性或宗教文化等議題之論辯問題。是對此議題，吾人需要更多時間及耐性面對此等社會問題，循民主機制進行社會溝通及形成共識，再由立法者決定是否除罪化，如形成除罪化之結論，亦宜同時一併討論其相關配套政策或法制上對應策略，透過立法形成之過程，決定其是否除罪化之立法政策，或許可減緩社會之衝擊。亦即給予立法

¹³ 關於通姦罪之刑事實務分析，詳參徐昌錦，通姦除罪化—案例研究與實證分析，台北市：五南，2006年6月初版1刷，頁65-116。

¹⁴ 參照徐昌錦，同上揭書，頁198-217, 232-234。

者更多形成空間，由司法權直接介入，並逕予論斷其是非，或許並非為最佳解決之道。總之，此等問題之解決，應更加慎重面對、處理及多面向整合探討。

再從社會觀點論之，為何存在法學專業菁英與社會大眾民意（輿論取向）之法意識或想法上差異，究竟其差異原因何在，亦值得深究。從本件聲請人與參與憲法法庭之專家見解及外界（包括法庭之友）建言及其高度關切之情形，雖注重於法理上論辯，但整體觀察正反論者之主張，並非純屬法學問題，故其解決之道，宜以微觀與宏觀之整合觀點，從社會、法與道德、宗教及文化等因素出發，特別是不道德行為是否得經由法律加以執行或制約，且應以宏觀之婚姻制度保障，與微觀之婚姻關係中之性行為自由與婚外性行為之不作為忠誠義務之行為形式、行動及互動層面，分析兩者之關聯性及制約問題。當然，此非大法官解釋之固有任務，但如採取多元化方法作為解釋立論，亦即除上述社會學觀點外，另亦可就倫理學、法與道德哲學等層面再加思考，或許將更精準地探究憲法保障基本權是否已在社會真實形成所謂「新觀念」。總之，系爭解釋就婚姻家庭制度保障與性行為自由之調和或制約之論述，即使時至今日，仍有其延續適用之價值，於此部分，實不宜輕言變更。

二、性行為自由及性自主權之概念宜再釐清

本號解釋認「系爭規定一禁止有配偶者與第三人間發稱性行為，係對個人得自主決定是否及與何人發生性行為之性行為自由，亦即性自主權，所為之限制。按性自主權與個人之人格有不可分離之關係，為個人自主決定權之一環，與人性尊嚴密切相關，屬憲法第 22 條所保障之基本權（系爭解釋參照）。」惟系爭解釋係稱「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，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」亦即僅提及性行為自由，並未提及性自主權。況且，性行為自由與性自主權之概念範圍並不相同。既然本號解釋所根據之基本權基礎在於「性自主權」，則性行為自由、性自主權與個人自主決定等關係究竟如何，其與一般行為自由、一般人格權或隱私權等之關係又如何，因係屬前述所謂新觀念之基本權，故有再探究之必要。

比較法觀察，如以德國基本法為例，有關自主保障 (Autonomieschutz)，係基本法第 2 條第 1 項個人人格自由發展連結同法第 1 條第 1 項人性尊嚴規定，而作為憲法依據。從德國基本法文獻中，有認一般人格權 (das allgemeine Persönlichkeitsrecht) 包含私人及私密領域之保護、自主決定權等下位類型，人格自由發展與自主決定並非等同之類型概念。¹⁵ 就本號解釋有關性自主決定權 (Recht auf sexuelle

¹⁵ 有從一般人格權之對物保障範圍（或稱事物保障範圍、物之保護範圍）(Sachlicher Schutzbereich)，再分為私人及私密領域之保護 (Schutz der Privat- und Intimsphäre)、個人實現權 (Recht an der Darstellung der eigenen Person)（包含自我實現保護 (Selbstdarstellungsschutz (Rn. 166-168))、父母保護 (Ehrenschutz (Rn. 169-171))、資訊自主決定權 (Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Rn. 173-192))、作為干預一般人格權之國家資訊措施 (Staatliche Informationsmaßnahmen als Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Rn. 173-178))、其他個人自主保護 (Sonstiger Schutz personaler Autonomie)（包含性自主決定權 (Recht auf sexuelle Selbstbestimmung (Rn. 200-202))、姓名權 (Namensrecht (Rn. 203))、病人自主決定權 (Selbstbestimmungsrecht des Patienten (Rn. 204-206)) 等。

Selbstbestimmung)而言，由於人類之性領域，歸屬於私人領域 (Privatsphäre)，通常亦屬於不可侵之私密領域 (die unantastbare Intimsphäre)，其中有將前述性自主決定權，作為其他個人自主保護類型之一種。自主保障為上位概念，其與性自主決定權並非屬相同概念，而係上下位概念之關係。人類性目的之行為，享有基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項第 1 段 (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) 有關特別自主保障 (über einen besonderen Autonomieschutz)，為性自主保障類型之一種，亦歸屬於個人享有自主決定權 (das Recht zur Selbstbestimmung)。¹⁶有關性行為自由與性自主保障，解釋上並非相同位階之等同關係。

如參酌前述德國法見解，性行為自由、性自主決定，與憲法自主保障有所關聯，其可包含個人私密領域之權利保障，以我國憲法第 22 條保障一般人格權作為基本權依據，性行為自由、性自定權包含隱私之概念。如採此見解，則與美國法所承認隱私權作為獨立權利，有所不同。

三、本號解釋與系爭解釋之解釋依據問題

系爭解釋稱「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照本院釋字第 362 號、第 552 號解釋）。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。……是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」本號解釋雖多次出現婚姻制度，但忽視系爭解釋將婚姻家庭制度保

¹⁶ 參照 Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 89. EL Oktober 2019-Beck-online, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 200-202.

障併列，不無疑義。就婚姻家庭制度保障，現行憲法對之仍不應忽視。¹⁷因憲法對基本權之防禦權、客觀法秩序、價值決定或國家保護義務等面向，可發展出多面向基本權之憲法原則。¹⁸此等制度之保障，係屬基本權之制度面，¹⁹亦即所謂

¹⁷ 有認為制度性保障之憲法解釋模式，在台灣引進適用，完全沒有憲法文本上的依據，並從相關解釋之系爭問題上來看，其實不援用制度性保障作為說理模式，一樣能夠把問題解決，甚至認為其會對未來之社會改革，造成障礙。參照楊智傑，制度性保障說理模式對社會改革的阻礙(下)（原刊載於台灣本土法學雜誌，61期(2004年8月)，頁5-16），引自月旦法學知識庫數位出版部重新編輯，頁5-8, 10-12。（最後瀏覽日期：109年5月25日）此見解，自有其立論及道理。惟在基本權之衝突或調和時，尤其是在衡量主觀個人權及人格利益與客觀法面向時，系爭解釋採取制度保障與性行為自由之制約，德國法之解釋方法或許有參考之價值，亦即德國說理模式是否有其立足之餘地，值得再思考及探究。

¹⁸ 基本權具有多面向，於不同基本權面向之間(zwischen verschiedenen Grundrechtsdimensionen)，區分作為防禦權、給付權(Leistungsrechte)、憲法價值決定(verfassungsrechtliche Wertentscheidungen)或作為保護義務基礎(als Grundlage von Schutzpflichten)之基本權效力(Wirkung der Grundrechte)。於國家行為與外國環境相連結者(Einbindung staatlichen Handelns in ein ausländisches Umfeld)，於基本權干預正當理由要求時，應考量比例性(Verhältnismäßigkeit)。另對人及對物之保護(保障)範圍(hinsichtlich des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs)，得有不同保護效力範圍及主張。德國聯邦憲法法院新近判決，再度重申基本權具有多面向。例如 BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 - 1 BvR 2835/17, 德國公權力受基本法第1條第3項規定基本權之拘束，不受限於德國國家領域。個別基本權之保護，得有內國與外國之區別。任何情形，對於電信監理，作為防禦權之基本法(Art. 10 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG)保護亦得及於外國之外國人，亦即基本權效力及於外國領域。

（https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200519_1bvr283517.html）（最後瀏覽日期：109年5月28日）。

¹⁹ 至於制度保障(Einrichtungsgarantien)之憲法保護見解，學理上，有區分公法上制度性保障(institutionelle Garantien)（例如公務員制

制度保障係基本法之客觀法之表現形式，²⁰即使現代民主憲法亦不容忽視。²¹另德國基本法第 6 條就婚姻及家庭規定應受國家制度之特別保護(Institutionenschutz für die Ehe)，其蘊含道德觀念，並對人民之私人及私密領域給予保護。基本法賦予婚姻特別制度保護(besonderen Institutionenschutz für die Ehe)，但通常與當地道德觀念相符合(aber regelmäßig in

度、地方自治等制度性保障)，與私法上制度保障(Institutsgarantien) (例如財產權、繼承權及婚姻家庭等制度保障)。參照 Friedhelm Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 6. Aufl., München:Beck, 2017, §5 Rn.17f.; Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33.Aufl., München:Beck, 2018, Rn.12ff.; Volker Epping, Grundrechte, 5.Aufl., Berlin, Heidelberg: Springer, 2012, Rn.429ff., 509ff..

²⁰ 參照 Christian Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, Band 1, 7. Aufl., München: Beck, 2018, Rn.174,f..其引用 Häberle 教授之見解，基本權之制度面，與個人權及人格相結合，基本權及其歸屬之法律所蘊涵客觀秩序，經由法律秩序所歸屬主觀個人權及因此而生之自由人格，藉以保障其自由之特質。

²¹ 有關婚姻之制度保障，聯邦憲法法院判決承認作為制度保障，基本法第 6 條第 1 項保障婚姻及家庭之存續及重要架構 (參照 Uhle, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 42. Edition, Stand: 01.12.2019-beck-online, GG Art.6 Rn.29 m.w.Nachw..) 學理上，亦認婚姻及家庭之制度保障者，參照 Badura, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 89. EL Oktober 2019, GG Art.6 Rn. 69ff..又對於同性婚姻是否合憲時，學理上論及德國制度保障之起源及發展，在威瑪憲法期間，自 Carl Schmitt 提出制度保障 (或稱法律制度保障) 與制度性保障後，1934 年 Friedrich Klein 認現今仍可適用，並提議以制度保障 (Einrichtungsgarantie) 作為上位概念，亦即並不否認婚姻作為基本法之制度保障時，在憲法轉變與穩定性之抉擇，探討基本法婚姻是否限於男女之婚姻，故有所謂 'Die "Ehe für alle" (為所有人之婚姻)' 而修正民法婚姻規定之立法行動，無論如何，並不否認基本法第 6 條第 1 項對於婚姻之制度保障。(參照 Sina Haydn-Quindeau, Die "Ehe für alle" – ein Verstoß gegen die Institutsgarantie des Art. 6 I GG? Zugleich eine Analyse der Lehre von den Einrichtungsgarantien, NJOZ 2018, 201ff..)

Übereinstimmung mit herrschenden Moralvorstellungen)。²²

因此，本號解釋單以性自主權作為憲法基本權依據，反而不如系爭解釋就婚姻制度保障與性行為自由之制約，相互衡量兩者之憲法保障程度，作為其立論。因此，系爭解釋既可不失本院解釋重視婚姻及家庭制度保障之憲法價值，亦可彰顯保障性行為自由之時，並使其受一定程度之制約，或對其規制而設有一定界限，以免因性自主決定或性行為之自由約定而發生失序，導致婚姻及家庭制度之規範失調現象。是本號解釋宜延續系爭解釋之立論原則，亦即對於婚姻家庭制度保障對性行為自由制約及雙方配偶均應負有婚姻關係中性忠誠之不作為義務，而非在於強調可隨意向外發展婚外性關係之作為自由意涵。本號解釋如能基於系爭解釋之立論原則出發，將可呈現前後解釋原則之延續性，並以自由基本權與制度保障之關聯性，或將其基本權之衝突加以調和。又在確定基本權之保障範圍（Schutzbereich；保護範圍）後，進而審查基本權之干預(Eingriff)或限制之正當性理由，最後就系爭解釋對系爭規定一是否符合比例原則（限制之限制；Schranke-Schranke），再進行探究。

本號解釋大致依循比例原則進行審查，主要係以欠缺狹義比例原則（相當性原則）作為違憲之依據。其中對於婚姻制度具一定社會性功能，及國家為維護婚姻，非不得制定相關規範，以約束配偶雙方忠誠義務之履行，並不予否認，且認其目的核屬正當。之後論述系爭規定一以刑罰規範制裁通姦與相姦行為之手段之適合性較低，但整體而言，仍尚非完全無助於其立法目的之達成。最後，本號解釋在手段與所欲

²² 參照 Di Fabio, in: Maunz/Dürig, 前揭書，GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 200.

達成目的間之衡平性（相當性）之狹義比例原則部分，並未延續系爭解釋合憲性之見解，變更為系爭規定一違憲之結論。惟細譯本號解釋有關比例原則之論述，仍有值得商榷之處。因上開論述既認其立法目的正當，且與其適合性相符。至於刑事處罰與所欲達成目的之效益間相互衡量，卻不認具有其相當性，亦即欠缺狹義比例原則。惟從比例原則審查之整合觀察，本號解釋既認為在刑事立法目的既屬正當性，且立法者就此所作出系爭規定之政策決定，亦認原則上其具適合性，隨之如欲認其不具相當性（衡平性）或有過苛（Übermaß）之情形，宜有更多之說理，以全其說。例如通姦罪處罰甚為輕微，為避免短期自由刑之流弊，其處罰往往流於形式，既不符採取刑罰手段所欲達成之目的，亦未達到維護婚姻關係存續之目的，有時卻適得其反，甚至導致婚姻關係之破裂，反而不符憲法婚姻及家庭制度保障之目的。另從社會面向而言，系爭解釋有關比例原則立論之社會基礎是否已真實變遷或如何變遷，均宜再推敲。如從社會觀察，仍有不少反對廢除通姦罪之聲音，故本號解釋既認系爭規定一不符合比例原則，其對於社會反對觀點，宜有更充分之論辯，藉以回應外界批判之聲浪。

四、系爭規定二違憲立論之再思考

本號解釋認系爭規定二違反平等保障，本席認為於審查系爭規定一是否違憲時，亦宜同時一併論及與平等保障原則是否牴觸，藉以回應系爭規定一有無違反憲法保障平等權或平等原則之主張。換言之，如認為刑法第 239 條規定違反憲法比例原則，亦宜兼論其與平等保障有無相符。於此不問以何一基本權作為解釋依據，若認為系爭規定一違憲，系爭規定二既以系爭規定一作為基礎，則因系爭規定一違憲，系爭

規定二適用系爭規定一之基礎，已不復存在，當然已失其依附，於此部分，實毋庸再論是否違反平等保障原則。

另從解釋理由之內容而言，本號解釋認為被害配偶於決定是否對通姦配偶撤回告訴時，通常多已決定嗣後是否要延續其具體婚姻關係。後續之僅對相姦人追訴處罰，就被害配偶言，往往僅具報復之效果，而與具體婚姻關係之延續，欠缺實質關聯。²³惟現實生活時，被害配偶運用對相姦人之告

²³ 此將被害配偶依刑法通姦罪規定循求法律救濟之目的，認為其僅具報復效果，雖符部分之社會現實，但此將前述刑罰手段，以報復論說明，頗值得再推敲。況且系爭解釋及本號解釋並不否認刑罰目的，具有預防功能（即一般預防功能），且對特定行為人而言，被害配偶對於行為人，亦可能採取刑罰作為特別預防手段，以防範相姦人繼續破壞其婚姻及家庭生活，如此作為，似亦符合部分社會現況。如借用德國刑罰目的論(Strafzwecktheorien)之觀點，在德國聯邦憲法法院判決（例如 BVerfGE, 45, 187, 253ff.-Lebenslange Freiheitsstrafe），係採取綜合論(Vereinigungstheorie)。學理上，有將之區分刑事程序之法律(Gesetz)、判決(Urteil)與刑罰執行(Strafsvollstreckung)發展階段，採取不同刑罰目的論。另有認為刑法階段，因採行為人罪責原則，係屬應報論，判決及刑罰執行階段，係屬預防論。但有採 Roxin 教授之預防綜合論(die präventive Vereinigungstheorie)，放棄任何形式之應報，罪責原則作為干預界限之手段(Das Schuldprinzip als Mittel der Eingriffsbegrenzung)，而非以應報作為刑法規定之目的(參照 Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, München:Beck, 2006, Rn.37ff.)，亦即刑罰目的，不以應報論作為刑法階段之立論，而改以消極一般預防論(Die negative Generalprävention)，對社會大眾發生威嚇(Abschreckung)作用。在判決及刑罰執行階段，建立於相對刑罰論(Die relative Straftheorie)，以一般或特別預防論(Spezialprävention)作為立論。因此，本號解釋在考慮刑罰謙抑性及最後手段性以外，再從前述刑罰目的論觀之，被害配偶運用刑罰手段，主觀上可能有報復之意念，但借用上述刑罰目的論可見，或許客觀上其不純然僅係為達到絕對刑罰論(Die absolute Straftheorie)所稱之報復(Vergeltung)效果，尚有其他目的存在之可能。

訴或訴訟上和解等訴訟手段，逼走相姦人，讓對方配偶重回家庭，實亦不乏其例。又本號解釋認為在相姦人被追訴審判過程中，法院為發現真實之必要，向以證人身分傳喚通姦人到庭作證，進行交互詰問，以便法院對相姦人判處罪刑，經詳載於刑事判決書，公諸於世。此一追訴審判過程，可能加深配偶間具體婚姻關係之裂痕。此說雖呈現幾分社會現象之真實面，惟在現實生活中，如雙方配偶走向俗稱所謂對簿公堂，無論其循何種法律救濟途徑，往往因兩造間之感情已淡，衝突難免加劇，當然其婚姻關係在訴訟攻防中將更加惡化，且往往帶給被害配偶之甚重壓力或傷害，亦宜同時考量，以期公允。總之，上述配偶雙方相互傷害之狀況，並非僅存在於刑事訴訟。在民事訴訟之攻防，兩造未嘗不會雙方互揭瘡疤，造成婚姻之裂痕或破綻，此等狀況於任何訴訟中均在所難免，且頗為常見，故上述狀況，在民刑訴訟有何差異？此作為論據是否妥適，不無疑義。

五、宜增列「併予指明」部分而呼籲相關規範或措施再檢討

本號解釋之餘，是否另應併予指明，實屬不易決定，何況指明不盡完善，或有人認為多此一舉。惟法律制度之功能，何嘗不是具有引導社會價值之效果？現今社會價值觀日趨多元，本號解釋具有劃時代之意義，替代立法者宣示通姦罪除罪化之立場，如此並非忽視婚姻及家庭制度之社會功能，反而應該讓我們體認法律任務及功能有其極限，正是所以在此有必要強調婚姻及家庭制度保障之憲法價值之緣故，藉以告知世人維護婚姻及家庭制度更重要者，尚需仰賴雙方積極經營婚姻及家庭關係。²⁴而在身心受創部分，社會亦需

²⁴ 參照余振華，同註7文，頁96。

發揮其功能，提供各種不同方式，以期尋得其他妥適之出口或解決方案。尤其是對於弱勢受害者，應提供更多協助之管導。如從本件聲請人為數之多，且各方關注程度之高，亦不亞於本院釋字第 748 號解釋（同性二人婚姻自由案）釋憲時所受到之社會關注，且如前所述，對通姦罪及相姦罪除罪化及告訴不可分例外規定刪除等議題，本席認為需要更多時間及耐性，循民主機制進行社會溝通及形成共識，再由立法者決定是否除罪化，並如決定除罪化時，亦宜設有相關配套政策或法制上對應策略，以減緩社會之衝擊。因此，本號解釋如能更多關注不同聲音所反映之另外觀點，以衡平觀點，實有必要於解釋理由中納入「併予指明」部分。雖其係屬呼籲性質，但如此作法，或將可彰顯本號解釋對於社會矚目釋憲案，在合憲與否論斷外，尚可使立法者或對解釋結果不同期待而失望者，另外給予其他可能之解決方向，否則本號解釋一旦公布，將系爭規定一、二均宣告違憲，等同通姦罪及相姦罪之刑事法相關規定完全解禁，對於社會衝擊或後續效應，斷難一一評估。

司法院釋字第七九一號解釋

協同意見書

許宗力大法官 提出

本號解釋涉及婚外性行為刑事處罰（即刑法第 239 條及刑事訴訟法第 239 條但書規定，以下分稱系爭規定一及二）的合憲性問題，系爭規定一不管是立法之初乃至於法律適用而實際呈現受處罰者女恆多於男之結果，長期受到違反性別平等的質疑與挑戰。本院於釋字第 554 號解釋從性行為自由之基本權切入而認定系爭規定一合憲，並未明確回應當時對其違反平等權而構成「歧視女性」的論點；至本院於今再度審查系爭規定一時，外界主張其違反性別平等之呼聲仍高，也期待本院就此明確加以回應。本號解釋多數意見固然宣告系爭規定一違反性自主權、系爭規定二不當區分通姦人與相姦人於撤回告訴效力之不同而違反平等權，然就系爭規定一及二是否因實際適用結果，出現女性受處罰者人數明顯多過男性之現象，而構成以性別為分類標準之差別待遇，進而違反憲法第 7 條平等權保障之意旨等情，則保持沈默，僅以與憲法增修條文第 10 條第 6 項促進兩性地位實質平等之要求未必相符等語帶過，論者勢必對此感到不解與失望。對此，本席認有必要加以說明。

一、間接差別待遇不易辨識

關於婚外性行為刑事處罰所涉及的性別平等問題，學者間提出各種社會學¹、性別研究或法律經濟分析²等觀點，主張該處罰係構成對女性的不合理差別待遇。本院對法律規範進行違憲審查，必要時固應適時借鏡社會科學理論學說闡述憲法保障人民基本權利之意旨；然而，憲法解釋是否具有可操作性、其標準是否一致等考量，無疑是本院作為釋憲者最重要的著眼點。

釋憲者審理任何平等權違憲審查案件，第一步而往往也是最困難的起點，就是判斷法規範有無構成差別待遇。基本上，立法者在法律規範上明白以文字根據特定分類標準作差別待遇，其差別待遇之存在相對上容易辨識。然而，在規範字面上看不出差別待遇，表面上呈現「中立」的法律，不論是出於立法者刻意設計與否，也可能因為社會結構性因素或長期形成的刻板印象或偏見，而導致「適用結果」出現「間接」或「事實上」之差別待遇。如何辨識、判斷這類間接、事實上差別待遇之存在，對釋憲者而言，相對就困難許多。

本院於釋字第 666 號解釋審查行為時社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款處罰意圖得利與人姦宿者，其於法律規範本身即形成對於從事性交易之行為人，僅處罰意圖得利之一

¹ 據考證，人類歷史上第一部成文法典「烏納姆法典」(Code of *Ur-Nammu*) 第 7 條即已規定，已婚女性與配偶以外之男性發生性行為者，處死刑，該男性則無罪釋放。See ERIC BERKOWITZ, *SEX AND PUNISHMENT: FOUR THOUSAND YEARS OF JUDGING DESIRE* 13 (2012).

² 學者認為，婚外性行為之處罰，就是父權社會裡，藉以降低男性得以確保其子女血統純正的外部成本與男性因為女性配偶外遇遭受到較大的情感成本等等。See RICHARD A. POSNER, *SEX AND REASON* 184-186 (1992).

方，而不處罰支付對價之相對人的差別待遇，多數意見並在此前提下，進一步以：

「系爭規定不認性交易中支付對價之一方有可非難，卻處罰性交易圖利之一方，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。」

而認定適用結果已有以性別為分類標準，形成性交易雙方當事人，「幾僅」管制處罰「為娼女性」而未同等處罰「為嫖男性」。

這種區分「娼嫖」身分之不同而形成是否處罰的差別待遇，與本號解釋審查系爭規定二區分「通姦、相姦人」身分不同而形成撤回告訴效力是否所及類似，從法律規範字面上即可輕易判斷差別待遇的存在及其分類標準。然而，就系爭規定二所定被害配偶撤回告訴效力不及於「相姦人」，是否因此得以認定亦屬「幾僅」處罰為相姦人之「女性」，致未同等處罰通姦人之「男性」而形成性別間接差別待遇，本號解釋的多數大法官並無法如釋字第 666 號解釋多數意見一般，逕自直接「鑑諸社會現況」而得到確信。相信這是可以理解的，畢竟釋字第 666 號解釋所涉案件之性別社會背景與本號解釋所涉者，兩者明顯無法相提並論。因此，本號解釋系爭規定一及二之適用結果，是否存有以「性別」為分類標準而形成之「間接差別待遇」，須進一步作深入檢討。

二、間接差別待遇之判斷標準

本席於釋字第 666 號解釋提出之協同意見書中，曾指出此種以性別為分類標準而形成間接差別待遇之審查，各國釋憲機關容有不同判斷標準：

首先美國最高法院是從「立法者歧視意圖」加以判斷。若採此判準，則因本號解釋於審理過程中，並沒有明確且充分證據顯示，於系爭規定一及二之制定或修正時，立法者確有其適用結果，將導致多以處罰女性之預見，或者有多為處罰女性之意圖，從而無法判斷有間接性別差別待遇之存在。

其次，從德國、南非憲法法院所採「極為懸殊之規範效果」之標準加以判斷，目前可見統計數據固然呈現女性遭判處有罪之比例，較男性多約 10%。然此種統計上可認定為「顯著差距」之結果，是否該當於足以認定系爭規定一及二適用上於男女之間，構成極為懸殊之規範效果之要件，答案恐怕是否定的。

由於間接差別待遇之判斷，係挑戰立法者在法律文義字面規範外之適用結果，對於釋憲者而言，確實應更為謹慎；但無可否認，如一味地堅持「立法者歧視意圖」或「極為懸殊之規範效果」等嚴格標準，諸多隱藏在性別中立規範下的不堪的性別歧視現實，勢難等到有被提出來檢視的機會。所幸我們也看到一些歐洲國家在歐盟法院影響下發展出另一種較為寬鬆的判準，足供參考：³例如英國改制前最高法院(House of Lords)⁴與荷蘭平等保障委員會(*Commissie Gelijke*

³ See e.g. JULE MULDER, EU NON-DISCRIMINATION LAW IN THE COURTS: APPROACHES TO SEX AND SEXUALITIES DISCRIMINATION IN EU LAW (2017).

⁴ 英國 1978 年就業保障法第 54 條規定，只要持續工作滿 1 年以上、受雇於 20 人員工以上之雇主之勞工，即可主張不受非法解雇，之後於 1985 年透過行政命令修正上開規定，得主張不受非法解雇之勞工，必須工作滿 2 年以上。兩位女性勞工於 1991 年任職滿 1 年就被雇主解雇，兩人

Behandeling, Dutch Equal Treatment Commission)及國家人權委員會(*College voor de Rechten van de Mens*, Netherlands Institute for Human Rights)⁵等，即參考歐盟法實務見解，認為相關性別中立之工作條件限制，對於男性與女性勞工而言，即便適用結果的性別差異程度，未達懸殊程度，但此種差異程度如已達到統計上的顯著性(statistical significance)，或者此種差異比例雖然明顯較小 (considerably smaller percentage)，但呈現長期相對穩定狀態(persistent and relatively constant disparity over a long period)而非單純意外結果(purely accidental)，也構成間接差別待遇。⁶若根據上開標準，系爭規定一及二確實在適用上呈現女性受起訴、判處有罪之比例多於男性約 10%，未達懸殊程度，但此種差距之存在長期以來呈現穩定狀態，因此應可以認定係以性別為分類標準而形成間接差別待遇，須以平等權加以審查。可惜多數意見並未勇敢踏出這一步。

三、系爭規定一及二構成性別間接歧視而違憲

主張雇主非法解雇，但因為不符合工作 2 年之要件而遭駁回。一審法院維持原處分，二審法院則認為兩年限制構成對於女性勞工的間接歧視而認定違反歐盟性別平等指令。英國政府上訴至上議院後，針對本案是否構成性別間接歧視等問題，上議院聲請歐體法院解釋。歐體法院於 1999 年作出判決。See C-167/97 - Seymour-Smith and Perez [1999] ECR I-623, available at <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-167/97> (last visited 2020.05.26).英國上議院則根據歐體法院上開判決意見，具體認定 2 年限制是否有足夠數據顯示係對女性構成間接差別待遇。See *Regina v. Secretary of State for Employment, Ex Parte Seymour Smith and Another*, available at <https://publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd000217/seymou-2.htm> (last visited 2020.05.26).上議院統計自 1985 年至 1993 年，女性工作滿 2 年以上之比例均少於男性，分別落在 8.8%至 4.3%之間，前 6 年持續穩定維持在 8%上下，而於 1991 年逐漸降低兩者差距。上議院多數大法官即以之認定 1985 年命令構成對於女性勞工間接差別待遇。

⁵ See MULDER, *supra* note 4 at 231.

⁶ See C-167/97 - Seymour-Smith and Perez, paras 60-61.

本席於釋字第 666 號提出之協同意見書中認為，「認定間接之性別差別待遇存在與否，並不等於決斷該規範係合憲或違憲，毋寧是要將隱藏在性別中立規範下，具有憲法重要性的規範現實揭露出來，一併考量。」本號解釋系爭規定一的制裁對象是「有配偶而與人通姦者」及其「相姦者」，雖未明文以性別為分類基準，表面上性別中立，但一般人大致同意，在我國的社會文化脈絡下，即使在性別平等日益受到重視的今日，對婚外性行為管制與處罰仍帶有濃厚性別意涵，同時對於男女發生婚外性行為的價值判斷存在雙重標準：同樣是參與婚外性行為，女性通姦者遭到社會斥為淫娃蕩婦，而男性通姦者都只是犯了「天下男人都會犯的錯」；女性永遠背負著貞節牌坊，要從一而終，通姦根本十惡不赦，沒浸豬籠就算了，還敢奢望得到原諒；而男性腳踏兩條船，不僅容易獲得原諒，甚至為世人所暗自欽羨。更甚者，男性作為通姦人，本是婚外性行為不可或缺的參與者，在系爭規定二適用結果下，因為被害配偶或基於經濟因素或子女利益、家庭和諧等考量而撤回對通姦配偶之告訴，其撤回告訴效力不及於相姦人，而搖身一變成為國家處罰女性相姦人不可或缺的「幫手」。如論者所言，不管是對被害配偶或相姦人而言，女性永遠是最終的輸家。總之，即便於當代性別平等思潮下，對婚外性行為的評價與處罰，依然帶有社會看待性別如 Gayle Rubin 所稱“Charmed Circle”般之階層化的價值判斷，在一幕幕社會新聞的版面上，我們只會看到女性通姦配偶「洗門風」的新聞，卻幾乎未曾聽聞男性通姦配偶也同樣被社會期待要「洗門風」，就是信手拈來的一例。這個社會顯然還有很長一段需要共同學習成長的路要走。

基於以上理由，本席認為系爭規定一及二固然屬於性別中立之法律規範，其適用結果已形成對於女性長期穩定之不利處境，更隱藏對於婚外性行為處罰之性別雙重標準，此種性別間接差別待遇，並無法確實維繫婚姻關係之和諧與圓滿，其手段與目的間並無實質關聯，而與憲法第7條保障性別實質平等之意旨不符。本號解釋多數意見固已看出系爭規定一及二適用結果，呈現性別分布失衡之現象，卻對是否違反憲法第7條性別平等保障的問題過門不入，而拐個彎，轉到憲法增修條文第10條第6項促進兩性地位實質平等要求之脈絡，可惜了。爰提出協同意見補充說明如上。

司法院釋字第 791 號解釋協同意見書

蔡焜燉大法官提出

本號解釋認為，刑法第 239 條規定：「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」對憲法第 22 條所保障性自主權的限制，與憲法第 23 條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，本院釋字第 554 號解釋應予變更。本號解釋另認為，刑事訴訟法第 239 條但書規定：「但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」與憲法第 7 條保障平等權的意旨有違，且因刑法第 239 條規定業經本解釋宣告違憲失效而失所依附，亦應自本解釋公布之日起失其效力。

本號解釋前述結論及解釋理由書的論述，本席敬表贊同。不過本席認為，有關男性或女性於婚姻關係外性行為¹的規範，自古以來，尤其在中國，就是一項極具爭議而難解的問題。相關刑事規範，在我國的演進，相當複雜，有進一步闡述的必要。因而提出協同意見書，就民初以來相關刑事規範的發展，略敘梗概，以資補充。

壹、廢除無夫姦處罰的規定

中國一直到 19 世紀清末為止，以禮教為重心的法律觀念與制度，一直未有重大變化，即重禮輕法。依中國固有法制，女子於婚姻關係外的性行為，為道德所不許，自然為法

¹ 本意見書中所謂男女於「婚姻關係外之性行為」，泛指尚未進入婚姻關係中之「單身」男女與他人，及男女「處於婚姻關係中但與配偶以外之人」發生「自主」的性行為而言。

律所禁，故無夫姦罪，向有專條規範²。清末在處理當時列強在中國的領事裁判權，研修刑律時，就有關中國固有的「無夫姦罪」，即不得不予以正視。由於西方對無夫女子與男子之和姦行為，並不加以處罰，受到西方注重個人人權思維的影響，當時在研議要否將「無夫姦」除罪時，正反意見，相持不下³。而最後提出的《欽定大清刑律》正文，於第 289 條⁴僅處罰「有夫姦」，另於過渡性的《暫行章程》第 4 條處罰「無夫姦」⁵，惟於正式實施前，清朝便已覆亡⁶。

中華民國政府建立後，於民國元年 3 月頒布施行《暫行新刑律》，其沿襲《欽定大清刑律》正文之規定，於第 289 條僅處罰有夫姦⁷。然而袁世凱掌握實權之政府於 3 年 12 月 24 日頒布之《暫行新刑律補充條例》，其中第 6 條將「無夫姦」

² 馬漢寶，法律、道德與中國社會的變遷，收於氏著，法律與中國社會之變遷，Airiti Press，2012 年 6 月，頁 8-9。例如《大清律例/刑律·犯姦》中規定：「凡和姦，杖 80；有夫者，杖 90。」（薛允升著述，黃靜嘉編校，讀例存疑重刊本（第 5 冊），成文出版社，民國 59 年，頁 1079。）

³ 黃源盛，晚清民國刑法春秋，犁齋社，2018 年 3 月，頁 423-433。

⁴ 該條規定：「和姦有夫之婦者，處 4 等有期徒刑或拘役。其相姦者，亦同。」見黃源盛，前揭文，頁 432。

⁵ 該條規定「犯第 289 條之罪為無夫婦女者，處 5 等有期徒刑、拘役或 1 百圓以下罰金。其相姦者，亦同。……」見黃源盛，前揭書，頁 432。其實依宣統 2 年（1910）12 月初 6 日資政院院會對無夫姦條文的表決結果，多數者認為無夫姦應列於刑律正文，但憲政編查館卻無視此表決結果而僅將無夫姦放在《暫行章程》中，實為立法過程之瑕疵。見黃源盛，前揭書，頁 432。

⁶ 見黃源盛，前揭書，頁 432-433。

⁷ 《暫行新刑律》第 289 條規定：「和姦有夫之婦者，處 4 等以下有期徒刑或拘役。其相姦者，亦同。」見黃源盛，前揭書，頁 435。民國肇建後，將《欽定大清刑律》略加刪修，以《暫行新刑律》頒行，一直施行至 17 年《中華民國刑法》（下稱舊刑法）頒布為止。然而舊刑法實施前，對於「無夫姦」應否處罰，仍有爭議。見徐昌錦，通姦除罪化，案例研究與實證分析，五南，2006 年 6 月，頁 20-23。

入罪處罰⁸。而在 17 年 3 月國民政府頒布《中華民國刑法》（下稱舊刑法）前，當時所研擬的刑法修正案，亦曾考慮將「無夫姦」入罪處罰⁹，但舊刑法終未採納。自此無夫婦女非婚姻關係中的性行為，正式由中國刑事規範除罪。此一現象，反應了重視禮教法制的中國思維，已朝重視個人權利的西方思維大步邁進。

然而舊刑法第 256 條規定：「有夫之婦與人通姦者，處 2 年以下有期徒刑。其相姦者，亦同。」是承襲《暫行新刑律》第 289 條規定修改而來，只處罰有夫之婦的通姦行為，不處罰有婦之夫的通姦行為。表面觀之，即有違男女平等原則。顯現當時社會仍無法完全擺脫傳統中國觀念中已婚婦女對夫的片面守貞義務。

貳、通姦行為的處罰及於男性

20 年 6 月 1 日公布的訓政時期約法第 6 條¹⁰宣示男女平等原則，舊刑法第 256 條上開規定，在當時某些婦女團體看來，即與約法上開條文的精神不符。她們認為，維持家庭幸福是男女雙方共同的責任，片面要求女方持守貞節，並無法達成維持家庭幸福的目的，必須男女雙方互守貞操，才能使

⁸ 《暫行新刑律補充條例》第 6 條規定：「和姦良家無夫婦女者，處 5 等有期徒刑或拘役。其相姦者，亦同。……」見黃源盛，前揭書，頁 435。

⁹ 刑法第二次修正草案第 244 條規定：「和姦未滿 20 歲良家無夫之婦女者，處 6 月以下有期徒刑、拘役或 3 百圓以下罰金。其相姦者，亦同。」見修訂法律館編輯，法律草案彙編（二），成文出版社，民國 62 年 6 月，刑法第二次修正案，頁 87。

¹⁰ 中華民國訓政時期約法第 6 條規定：「中華民國國民無男女、種族、宗教、階級之區別，在法律上一律平等。」見國民政府公報第 786 號，民國 20 年 6 月 1 日，頁 6。

家庭幸福圓滿¹¹。

因而在 20 年到 23 年間立法院著手修正舊刑法的準備過程中，婦女團體即積極參與並提出修法建議¹²。例如由婦女共鳴社彙整南京市婦女之意見而草擬的《修改刑法意見書》，認為舊刑法第 256 條上開規定，應改為「有婦之夫或有夫之婦與人通姦者，處 2 年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」或「有配偶而與人通姦者，處 2 年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」¹³22 年 12 月間完成的舊刑法第 256 條修正案初稿，採納了婦女界的意見，修改為「有配偶而與人通姦者，處 2 年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」並將條號修改為第 234 條¹⁴。

但此一修正案於立法院開會討論時，引起主張將舊刑法第 256 條規定予以刪除、修正或維持原狀立法委員間的激烈辯論，幾經波折，立法院終於在 23 年 10 月 31 日的大會中，經在場委員 68 人、40 人起立同意通過修正條文，其內容為：「有夫之婦與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」條號則修改為第 239 條¹⁵。亦即本日通過的通姦罪修正案，除刑度減輕為 1 年以下有期徒刑外，其餘內容均與舊刑

¹¹ 梁惠錦，民國 23 年婦女爭取男女平等科刑之經過，刊於國史館館刊（復刊第 23 期），民國 86 年 12 月，頁 144-145。

¹² 當時婦女團體之參與情形及所表達之意見，詳見梁惠錦，前揭文，頁 146-147。

¹³ 談杜英，中國婦女運動史，民國叢書第 2 編第 18 冊（台北：上海書店，根據民國 25 年婦女共鳴社版影印），頁 271-274。轉引自梁惠錦，前揭文，頁 148，註 14。

¹⁴ 梁惠錦，前揭文，頁 148。

¹⁵ 簡又文，立法院修正「有配偶而與人通姦者」一條新刑法之經過，刊於逸經第 9 期，1936 年，頁 69-75；梁惠錦，前揭文，頁 150-151。簡又文先生時任立法委員（見國民政府立法院第 3 屆第 76 次會議議事錄之出席委員名單，刊於立法院公報第 63 期，頁 19），參與當時刑法通姦罪之修法過程。這篇文章的內容，可說是他對修法過程之第一手記錄資料，深具參考價值。

法第 256 條相同，等於又回復婦女團體無法接受的不平等舊路¹⁶。婦女團體於是要求復議。但在立法院於 11 月 1 日召開的三讀會，出席委員 63 人中，只有 12 人贊成復議；該次會議最終三讀通過上開刑法條文的修正案¹⁷。

爾後，不滿的婦女團體聯合各界婦女團體的力量，共同向中國國民黨中央政治會議（下稱中政會）請願，請求由中政會將上開刑法條文修正案交付立法院復議。中政會於 11 月 14 日決議，依男女平等原則，將立法院通過的刑法第 239 條修正案交付立法院復議。其間婦女團體並廣泛進行遊說¹⁸。立法院於 11 月 28 日審查中政會交付復議的刑法第 239 條修正案，最後表決結果多數決定以「與有配偶之人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。」的提案內容，通過復議案。隔日立法院召開大會，經激烈討論後，在場委員共計 74 名，經 44 名委員起立同意，通過刑法第 239 條修正案，其最終通過之內容為：「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」¹⁹（現行刑法於 24 年 1 月 1 日公布，同年 7 月 1 日施行）婦女界爭取刑法第 239 條之修正終至成功，正式終結中國律法長期以來以刑罰附加於女性的片面貞操義務²⁰。

參、通姦罪應否除罪的爭議

其實早在 23 年，社會各界對通姦罪的態度，除有前述贊

¹⁶ 梁惠錦，前揭文，頁 154。

¹⁷ 簡又文，前揭文，頁 75-76；梁惠錦，前揭文，頁 151-152。

¹⁸ 簡又文，前揭文，頁 76；梁惠錦，前揭文，頁 152-159。

¹⁹ 梁惠錦，前揭文，頁 159。當日立法委員的詳細發言內容，可見簡又文，前揭文，頁 76-83。

²⁰ 梁惠錦，前揭文，頁 164、168。

成男女都予以處罰的意見外，支持廢除刑法通姦罪的呼聲，也不小。在立法院二讀會甚至還曾通過刪除通姦罪的修正案，只可惜後來招致翻案²¹，三讀會最終並未通過此一決議。

根據前人的研究，及與會的簡又文立法委員在會後所描述的修法經過，立法院於 23 年 10 月 25 日第 76 次大會（二讀會）²²，討論刑法通姦罪修正案時，即有立法委員主張廢除本條之規定。當時立法委員的立場約可分為三派²³：其一為支持刪除通姦罪之規定，認為可將通姦行為完全除罪化，將其以民事責任予以處理即可；其二為維持舊刑法第 256 條通姦罪之規定，僅處罰有夫之婦的通姦行為；其三為贊成（當時所提出之）刑法第 234 條修正案，將有夫之婦及有婦之夫的通姦行為皆納入處罰。當日的表決結果，在場委員共 69 人，40 人起立同意刪除刑法通姦罪的規定，將通姦行為除罪化²⁴。

23 年 11 月 1 日立法院第一次三讀通過刑法第 239 條修正案後，婦女團體共同向中政會請願，請求由中政會將上開刑法條文修正案交付立法院復議，當時呈交中政會的呈文內容提及：「……竊現行刑法第 256 條，單科『有夫之婦』與人通姦罪，對於『有婦之夫』之通姦行為，則不處罰，顯背男女平等之原則，久為世所詬病。此次立法院修改刑法，經全國婦女界一致要求修改，刑法委員會採納眾議，于起草時已將條文修改為『有配偶而與人通姦者，處 2 年以下有期徒刑，其相姦者亦同。』原極公允，毫無流弊。不料二讀會討

²¹ 簡又文，前揭文，頁 69-75；梁惠錦，前揭文，頁 150-151。

²² 簡又文，前揭文，頁 65；梁惠錦，前揭文，頁 149。

²³ 簡又文，前揭文，頁 65-69；梁惠錦，前揭文，頁 149。

²⁴ 簡又文，前揭文，頁 68；梁惠錦，前揭文，頁 150。

論時（10月25日）竟未獲通過。並以大多數表決，刪除此條。即有配偶之男女違背貞操之行為，僅負民事責任，而不受刑法制裁。此本為近世立法之新趨向。各立委因顧及施行後之困難及紛擾，乃主張不加規定。亦具相當理由。……」

²⁵即當時婦女界對於刪除通姦罪處罰規定的表決結果，表示可以接受，認為舊刑法第256條之規定僅處罰有婦之夫雖不符合男女平等之精神，但如有配偶之男女之通姦行為皆不以刑法相繩，亦合乎平等原則，因此不予反對²⁶。

值得一提的是，23年時任海牙國際法庭法官的王寵惠先生²⁷，於同年11月1日立法院第一次三讀通過刑法第239條修正案後，曾對媒體發表意見支持刪除通姦罪之處罰：「有夫之婦與人通姦者科罪，而有婦之夫與人通姦者則否，此固根據生理學上之理由，各國百年前之舊法律，莫不如是，即迄今亦有三、四國仍奉行，我國亦其一也，惟此雖根據生理學上之理由，然確有背乎男女平等之原則，但此次京滬各地婦女團體要求對於有婦之夫與人通姦者亦科以同等之罪，在事實上，亦難以實行，蓋因此項法律實行之後，娶妾者固皆刑事犯也，我國娶妾者達百分之三十以上，是則以全國之監獄，盡禁此有婦之夫與人通姦罪者，尚嫌不足矣，本人以為有夫之婦或有婦之夫犯通姦者，可規定於民法範圍之內，不必視為刑事犯，而以懲罰之責任屬諸社會，及個人道德之修養，學問之研究，宗教之信仰，世界各國之法律大多如是，我國

²⁵ 簡又文，前揭文，頁76；梁惠錦，前揭文，頁154。

²⁶ 梁惠錦，前揭文，頁150。

²⁷ 王寵惠為中華民國首任司法院長（17年11月至21年1月），並於37年7月至47年3月間再次擔任司法院長。見司法院網站：<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-26-1730-ce2a1-1.html>（最後瀏覽日：109年5月29日）。

亦可取法也云云。」²⁸

當年實際參與通姦罪條文修法過程的簡又文立法委員，將修法過程中諸多立法委員所發表的不同言論，歸納為三種立場，並予以評述：其一是主張通姦行為不須入罪處罰，完全以民法加以解決；這是當時世界上最新的主張，但仍無法被當時中國社會的實際民情與舊思想所接受。其二是堅持僅處罰有夫之婦通姦行為的舊刑法條文；但這個守舊思想違背當時婦女運動追求男女平等新思想的潮流，亦無法見容於當時社會。其三則是占多數的折衷主張，認為根據男女平等原則，有夫之婦及有婦之夫的通姦行為皆須入罪處罰²⁹。依簡又文委員所述，通姦除罪，是當時世界上最新的主張。而在立法院歷次表決過程，該主張也曾勝出（出席 69 位委員中 40 位同意刪除刑法通姦罪的規定，贊成人數占出席委員人數達 58%（40/69）；且當時婦女團體就此結果也不反對），只因守舊派的反撲，才使通姦除罪的主張，功虧一簣。不過，通姦應否除罪、是否違憲的爭議，在現行刑法立法後的數十年間，從未間斷。

本院於 91 年底，就臺灣高雄地方法院法官葉啟洲有關通姦罪是否違憲的聲請案，作出釋字第 554 號解釋（下稱系爭解釋）。系爭解釋確認性行為自由與個人之人格有不可分離的關係，屬於憲法第 22 條所規定的權利，在當時的時空環境下，實屬進步見解。但系爭解釋認為，刑法第 239 條是達成維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序等的必要手段，進而肯認刑法第 239 條合憲。該見解於當時之時空環境背景，或

²⁸ 婦女共鳴月刊，第 3 卷第 11 期，民國 23 年，頁 16。

²⁹ 簡又文，前揭文，頁 83。

有其立論依據。不過系爭解釋的作成，並未平息各界對通姦罪的違憲疑慮。抑有進者，姑不論刑法第 239 條本身的違憲疑慮，刑事訴訟法第 239 條但書搭配刑法第 239 條的適用結果，女性因通姦或相姦行為被處罰的人數，長期以來明顯多於男性，也產生刑法第 239 條在適用上違反實質平等原則的違憲疑慮。而相關立法部門於系爭解釋作成後，未能體察多年來臺灣社會對通姦行為評價的變遷，正視多年來相關婦女團體要求修法的呼聲，及時反映社會脈動，進而提出刑法第 239 條的修正案，以消弭許多專家、學者所指出的相關違憲疑慮，只能說態度上有點消極保守。

肆、結語

依上所述，我國由清末至今，婦女於婚姻關係外性行為相關刑事規範的發展歷程，或可分為三個階段：第一階段由「歧視」（《欽定大清刑律》僅處罰無夫姦及有夫姦）到「部分消除歧視」（舊刑法廢除無夫姦之處罰）；第二階段由「部分消除歧視」到「對男女通姦行為處罰的形式平等」（現行刑法將通姦行為之處罰及於男性。但在實際運作下，被處罰的女性人數多於男性）；第三階段由「對男女通姦行為處罰的形式平等」到「對男女性自主權保障的實質平等」（本號解釋宣告刑法通姦罪違憲）。如由相關刑事規範發展的時間長短予以審視，第一階段耗費約 20 餘年，第二階段耗費約 7 年，第三段則耗費約 85 年。就舉世大多數國家早已對通姦行為除罪的現象而言³⁰，我國於第三階段所花費的時間或許久了一

³⁰ 參照本號解釋黃虹霞大法官部分協同意見書附件。即便 23 年舊刑法修法過程中，主張應保留通姦罪處罰規定的立法委員，例如黃右昌委員，也曾以當時德國等國家仍保有類似規定為例（見簡又文，前揭文，頁 69-70）。如今德國也已廢除通姦罪之規定（自 1969 年 9 月 1 日起西德舊刑法刪除第 172 條通姦罪之規定；兩德統一後，通姦行為並未再次入罪處罰。見 <https://lexetius.com/StGB/172.4>（最

點；但由歷史洪流的角度出發，社會文化價值觀的轉變，需要長時間的醞釀與耕耘，無法一蹴可幾。今日本號解釋的作成，就歷史觀而言，或可謂「恰如其時」。

後瀏覽日：109年5月29日))。

釋字第 791 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

刑法第 239 條規定：「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」(下稱系爭規定一)原經本院釋字第 554 號解釋(下稱系爭解釋)認定與憲法第 23 條比例原則之規定尚無違背。本號解釋變更見解，釋示系爭規定一對憲法第 22 條所保障性自主權之限制，與比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，系爭解釋應予變更。另刑事訴訟法第 239 條但書規定：「但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」(下稱系爭規定二)本號解釋認與憲法第 7 條保障平等權之意旨有違，且因系爭規定一業經宣告違憲失效而失所依附，故亦應同時失其效力。對於上開結論，本席敬表贊同。惟系爭規定一及系爭解釋何以有重新檢討之必要，多數意見係從系爭解釋作成後外在因素之變化，包括國內外婚姻法制之發展趨勢、社會通念之鬆動，以及基本權之擴增與深化現象加以說明，而對於系爭解釋本身所蘊含之內在說理問題，並未碰觸。本號解釋承認自主決定權及性自主權，但對其權利之性質、定位、內容及界限少有著墨。又解釋理由書中關於系爭規定一違憲性之論述，似有不足或待商榷之處。凡此，尚有補充、釐清之必要，爰提出協同意見書。

一、釋字第 554 號解釋之商榷

2002 年 12 月 27 日大法官作成系爭解釋，釋示：「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

秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。」依其意旨，性行為自由即性自主權，受憲法第 22 條概括性權利保障條款之保障。平心而論，縱使已邁入 21 世紀，國內外性觀念大幅開放，但台灣社會仍然瀰漫著泛道德論。在這種大環境下，大法官能於解釋中正式公開承認性行為自由屬憲法上權利，委實不易。

按憲法上權利包含憲法列舉之人權、由概括性權利保障條款導出之人權，以及其他權利。以現行憲法為例，人身自由（第 8 條）、表現自由（第 11 條及第 14 條）及宗教自由（第 13 條）等，屬於憲法列舉之人權；隱私權、身體權及人格權等，則係由概括性權利保障條款導出之人權。至於一般行為自由，因範圍廣泛，及於一切生活領域有關之行為，而不以有關人格利益或自律者為限，且未直接牽涉個人尊嚴之維護，是尚不宜列入人權範疇。惟其可排除國家之「違憲強制」或「違憲侵害」，有助於個人主體性之實現，故應為受憲法保障之其他權利，只是一般行為自由之審查密度通常較低，有關規制立法之違憲可能性亦相對減少（釋字第 749 號解釋本席協同意見書參照）。不過，審查密度較低，只是通常而非必然導致合憲結論。釋字第 749 號解釋認定，道路交通管理處罰條例有關吊銷駕駛執照之規定剝奪人民駕駛汽車之自由，顯逾達成目的之必要程度，不符憲法第 23 條比例原則，與憲法第 22 條保障人民一般行為自由之意旨有違。其屬違憲解釋，足以為證。

關於性行為自由，究係憲法第 22 條保障之人權或其他憲法權利，系爭解釋並未言明。從其所稱，性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，按理應定性為人權，而非僅屬

其他憲法權利性質之一般行為自由。再者，系爭解釋表示，對於婚姻關係存續中，配偶之一方與第三人間之性行為，如以刑罰加以處罰，須其規定之「立法目的具有正當性，刑罰手段有助於立法目的達成，又無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用，而刑罰對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，亦處於合乎比例之關係」。該論述明確指出，性行為自由之限制規定除應具備「目的之正當性」外，亦須符合「手段之適合性」、「手段之必要性」及「狹義之比例性」。其不厭其煩詳列比例原則之各項要件，示意性行為自由相當重要，其限制規定非接受各項要件之檢驗不可，亦可作為性行為自由應定性為人權之佐證。

然另一方面，系爭解釋卻強調，性行為自由於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障；而「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照本院釋字第362號、第552號解釋）。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務」；從而認為「性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約」；對於通姦行為，認「應否以罪刑相加，各國國情不同，應由立法機關衡酌定之」。據此，性行為自由受忠誠義務及婚姻家庭制度之雙重制約，是否以刑罰制裁通姦行為，屬政策形成自由或立法裁量範圍。是性行為自由廣泛受限制，保障程度偏低，似與人權之旨趣相悖，無寧較接近於一般行為自由。而且，在政策形成自由之前提下，通姦罪即使尚未經比例原則之審查，其合憲性亦已呼之欲出。

更且，於比例原則之實際操作上，系爭解釋之審查密度相當寬鬆，手法更有過於粗疏之嫌。其解釋理由書開宗明義即揭示婚姻及家庭之重要性，而後稱：「刑法所具一般預防功能，於信守夫妻忠誠義務使之成為社會生活之基本規範，進而增強人民對婚姻尊重之法意識，及維護婚姻與家庭制度之倫理價值，仍有其一定功效。」是對通姦罪立法目的之正當性，以及手段之適合性，略有說明。然關於手段之必要性，系爭解釋既強調婚姻共同生活基礎之維持，應出於夫妻雙方之情感及信賴等關係，卻又認通姦罪規定以刑罰手段限制有配偶之人與第三人間之性行為自由，乃不得已之手段。前後說法，不無違和之感。其解釋理由書謂：「刑法就通姦罪處1年以下有期徒刑，屬刑法第61條規定之輕罪；同法第245條第1項規定，通姦罪為告訴乃論，使受害配偶得兼顧夫妻情誼及隱私，避免通姦罪之告訴反而造成婚姻、家庭之破裂；同條第2項並規定，經配偶縱容或宥恕者，不得告訴，對通姦罪追訴所增加訴訟要件之限制，已將通姦行為之處罰限於必要範圍」。惟其所列輕罪、告訴乃論及不得告訴之規定，或可作為通姦罪之刑罰已限定在最小範圍之論據，但尚不足以證立以刑罰制裁通姦行為係最小侵害手段。至於狹義之比例性，亦即通姦罪規定所造成之損害與欲達成目的之利益是否均衡，系爭解釋未置一詞，最為可議。總之，系爭解釋關於通姦罪規定與比例原則無違之論斷，殊值商榷。

二、自主決定權與性自主權

近代立憲主義最核心之價值，在於個人之自律與自主決定¹。其設想之「個人」圖像，為「理性之人」、「強者」²或「具人格自律性（personal autonomy）之存在」³。憲法列舉之自由權，莫不以「自主決定之自由」作為核心內涵。惟憲法保障之人權，不以憲法明文列舉者為限。基於個人尊嚴或人性尊嚴原理，為人格自律上所不可或缺者，即使未見諸明文，亦應承認其為憲法保障之人權；憲法若設有概括性權利保障條款，更可以之為實定法之依據。美日憲法學說即著眼於此，普遍承認個人之自主決定權。理論上，從概括性權利保障條款導出之自主決定權，應不包括憲法業已明文列舉之權利。換言之，自主決定權居於補充地位，其保障之對象事項，以不屬憲法個別條文保障者為限⁴。

本號解釋理由書表示：系爭規定一「禁止有配偶者與第三人間發生性行為，係對個人得自主決定是否及與何人發生性行為之性行為自由，亦即性自主權，所為之限制。按性自主權與個人之人格有不可分離之關係，為個人自主決定權之一環，與人性尊嚴密切相關，屬憲法第 22 條所保障之基本權」。其除延續系爭解釋之見解，肯定性行為自由受憲法第 22 條概括權利保障條款所保障外，更明白指出性行為自由即性自主權，屬個人自主決定權之下位概念。性自主權係具人權性質之基本權，不言可喻。

¹ 樋口陽一著，自由をめぐる知的狀況——憲法學の側から，ジュリスト第 978 號，1991 年 5 月，頁 14。

² 許志雄著，人權論—現代與近代的交會，元照，2016 年，頁 36 以下。

³ 佐藤幸治著，日本國憲法と「法の支配」，有斐閣，2003 年初版第 3 刷，頁 135。

⁴ 竹中勳著，個人の自己決定とその限界，ジュリスト第 1022 號，1993 年 5 月，頁 33。

所謂自主決定權，係指對於一定之重要私事或個人事項，不受公權力干涉，而可以自主決定之權利。凡具有理性、責任感者，其自身之事應本諸自律，由自己處理。唯當自主決定之自由獲得保障，善加發揮，個人之人格方能健全發展，尊嚴方能確保，進而更可維繫民主之多元價值。蓋人格自律之自律觀，兼具消極面與積極面，不僅指個人獨立於外部，不受他人意思之支配，尚包括個人自主決定，自己撰寫自己之人生。而且，自律具本質性價值，其價值在於自律本身，並非依選擇後之結果加以評價⁵。進一步言之，自主決定所以應受尊重，係因其為個人自己之決定、選擇，並非因該決定符合某種普遍性原則而正確無誤。此乃自由之核心，但同時暗示，自由之理念本身蘊含與正義理念對立之要素。不容否認，自由與利己主義相關，有時難免不符正義之要求。正義與自由唯有雙方相互讓步，方能兩立。亦即，為求兩立，正義之一方必須承認，個人擁有不必以普遍性原則加以正當化，而只要「因係自主選擇」即可之生活領域；反之，自由之一方必須承認，在某些領域，個人之決定與選擇應與普遍性原則一致⁶。因此，自主決定權受憲法保障，但有界限，於一定條件或情況下，自主之決定或選擇須向普遍性原則讓步，亦即如後所述，公益可以作為自主決定權之制約根據。

自主決定權之內容大致包含下列四類：一、關於自己之生命、身體處分事項（如尊嚴死、安樂死、拒絕治療、人體器官移植）；二、關於生育事項（如避孕、妊娠、生產、墮胎）；三、關於家族之形成、維持事項（如結婚、離婚、同居）；四、

⁵ 佐藤幸治著，同註3，頁135-137。

⁶ 井上達夫著，共生の作法，創文社，1994年第5刷，頁117、118。

其他事項(生活方式之選擇)⁷。各類之間未必可以截然劃分，例如代理孕母問題即同時涉及第一類及第二類事項。而第四類涵蓋層面甚廣，凡與個人外型、興趣、嗜好或其他生活形態有關者，如服裝、髮型，性行為、吸菸、飲酒、登山、游泳、騎機車等，都可能牽涉在內。其中何者受自主決定權保障，何者不然，常有爭議。惟自主決定權既為人權，得列入保障範圍之事項自以重要者，亦即屬人格自律上所不可或缺者為限。因此，服裝及髮型或可列入自主決定權保障範圍，而吸菸、飲酒、登山、游泳、騎機車等事項反之，性質上應僅受一般行為自由之保障。至於性行為，過去受傳統禮教束縛，連一般行為自由亦無，更遑論為自主決定權所涵蓋。如今，在立憲主義下，既強調個人之自律與自主決定，而性行為位處人格自律之核心部分，要難否認；且與他人從事性行為，固須得到他人同意，但自主決定仍是決定過程中之本質要素⁸；則如本號解釋之立場，承認性行為屬自主決定權之對象，並肯定性自主權，寧非當然之事？

廣義之性自主權或性行為自由包含性愛行為自由、結婚，以及相關連之妊娠、生產與墮胎自由⁹。惟結婚主要為第三類關於家族之形成、維持事項，而妊娠、生產與墮胎已納入第二類關於生育事項，於此探討性自主權或性行為自由，應以狹義為限，不包含之。本號解釋理由書所謂：「……個人得自主決定是否及與何人發生性行為之性行為自由，亦即性自主權……」即採狹義見解。

⁷ 佐藤幸治著，日本國憲法と「自己決定權」，法學教室第98號，1988年11月，頁16-18；芦部信喜著，憲法學II，有斐閣，1994年第1版第2刷，頁394以下。

⁸ 戶波江二著，幸福追求權の構造，公法研究第58號，1996年，頁17。

⁹ 上村貞美著，性をめぐる自由，ジュリスト第978號，1991年5月，頁114。

憲法保障自主決定權，強調自己之人生自己撰寫。惟個人並非孤立之存在，自主決定權之行使仍會與外界產生互動關係，在顧及社會與制度之條件及前提下，自主決定權不免受到制約。其制約之正當化事由，主要出自阻止「加害他人」及「加害自己」之原理。依阻止「加害他人」原理，人權以不侵害他人為原則，為謀求個人相互間權利自由之調整，人權存有應受最小限度規制之內在制約，自主決定權自不例外。關於阻止「加害自己」原理之適用，涉及監護式制約，於其他人權已須十分審慎，於自主決定權更應限定在極小範圍之例外。原則上唯當個人欠缺自律能力或條件，或因個人之自主決定將對人格自律本身造成傷害而導致回復不能時，方例外允許監護式之制約¹⁰。此外，在福利國家中，為推動一定之財政、經濟或社會政策，以追求公益（公共福祉），未嘗不可對人權（經濟自由）施加政策性制約；但於包括自主決定權在內之其他人權方面，這種制約常有爭議。本席認為，當代國家為公益而限制人權之情形，比比皆是，堅持僅容許以人權之調整為由限制人權之想法，顯然不切實際。基於公益而限制人權，既未與現實脫節，且有其必要。惟所謂公益，絕不能是全體主義思想下超越個人之「全體」利益。立憲主義之憲法以保障人權為目的，重視個人，要求所有個人同等受到人權之保障，故公益應指最終所有個人皆得享受之利益。此種意義下之公益，可作為人權之制約根據，殆無疑義。由是以觀，例如國家藉公權力調整人權之衝突、禁止侵害他人人權、為他人之利益而限制人權，以及為本人之利益而限制其權利，莫不與公益有關，可作為人權制約之正當化基礎

¹⁰ 佐藤幸治著，同註 3，頁 140-143、147-151。

¹¹。不過，這只是抽象說法，具體作為是否滿足公益要求，是否合憲，仍應依人權之種類及規制之強弱等因素，個別判斷。

性自主權非受絕對保障，若為維護公益之必要，得為一定程度之限制。因此，各國法制常設有妨害性自主罪、妨害風化罪，以及關於性騷擾、未成人之性剝削、性工作者與性交易行為之防制及管制規定。通姦罪亦係為維護公益而設，惟其對性行為施以強力規制，是否逾越應有程度，能否合憲，必須深入探討。

三、通姦罪之違憲性

本號解釋以性自主權為焦點，據以審查系爭規定一之合憲與否。另外聲請人及論者主張之隱私權（right to privacy）及平等權部分，並未直接列入據以審查之憲法權利範圍。蓋 right to privacy 之意義及內涵不斷發展，學者之見解分歧，迄無定論。廣義之 right to privacy 涵蓋對象廣泛且複雜，除古典理論所稱「獨處不受干擾之權利」（right to be let alone）外，尚包括個人資料之自主控制權（資訊隱私權）及自主決定權等。我國釋憲實務上，已承認前二者屬隱私權範圍（釋字第 293 號、第 585 號及第 603 號解釋參照），至於自主決定權，則迄無相關解釋。本席認為，自主決定權之內容豐富，且其性質與「隱私」之語意有所扞格，以自成一種憲法權利而不納入隱私權範疇為宜¹²。性自主權屬自主決定權之一環，自應

¹¹ 高橋和之著，立憲主義と日本國憲法，有斐閣，2006 年初版第 3 刷，頁 102-104。

¹² 論者指出，自主決定權既係「自己決定自己私生活事項之權利」，則至少以「私生活」為重要因素一點上，與隱私權相似。惟秘密性非自主決定權之本質性特徵，例如髮型之選擇，為自主決定權之問題，但因不涉及秘密，故不屬隱私權。又如選擇怪異之生活方式，係自主決定權，而加以掩蓋不為人知，則係隱私權，亦可用以說明之。籠統言之，自主決定權屬行為權，而隱私權屬狀態權。參照內野正幸著，自主決定權と平等，收於「岩波講座 現代の法 14『自主決定權と法』」，岩波書店，1998 年，頁 13。

與隱私權有別。解釋理由書所謂：「系爭規定一作為刑罰規範，不僅直接限制人民之性自主權，且其追訴審判程序亦必然干預人民之隱私。……通姦及相姦行為多發生於個人之私密空間內，不具公開性。其發現、追訴、審判過程必然侵擾個人生活私密領域及個人資料之自主控制，致國家公權力長驅直入人民極私密之領域，而嚴重干預個人之隱私（本院釋字第 603 號解釋參照）。」，顯然未將性自主權本身納入隱私權範疇，諒係採取同一觀點。是本號逕以性自主權為對象，而不直接涉入隱私權之討論，堪稱妥適。又系爭規定一是否違反憲法第 7 條平等權保障規定，尤其是否與憲法增修條文第 10 條第 6 項揭示之性別實質平等意旨不符，向為論者所關注，容有探討之價值¹³。惟本案主要涉及實體性權利，亦即性自主權之侵害問題。從實體性權利之角度審查，既已獲致違憲之結論，應無續就平等權部分加以審查之必要。是本號解釋未審查平等權部分，亦屬允當。

本號解釋理由書指出：「婚姻係配偶雙方自主形成之永久結合關係，除使配偶間在精神上、感情上與物質上得以互相扶持依存外，並具有各種社會功能，乃家庭與社會形成、發展之基礎，婚姻自受憲法所保障（系爭解釋與本院釋字第 748 號解釋參照）。惟隨著社會自由化與多元化之發展，參諸

¹³ 從歷史上各國通姦罪之規定以觀，其往往充斥歧視女性之色彩。參照上村貞美著，同註 9，頁 115。通姦罪之廢止，在此脈絡上具有消除性別歧視之意味。系爭規定一形式上為性別中立之規定，並無男女之差別待遇，若實際適用後卻產生明顯不利於女性之結果，則屬間接歧視。其問題除與系爭規定二有關外，癥結更在於社會因素。惟有無此種間接歧視現象，應以實證方法檢驗之。依本件關係機關司法院刑事廳之書面意見，以 2000 年至 2019 年共 20 年間「地方法院刑事第一審訴訟案件被告違反刑法第 239 條終結有罪、無罪及不受理統計（依性別）」結果為例，通姦罪及相姦罪案件合計，男性、女性被告判決有罪人數分別為 3,460 人、4,068 人，占判決有罪總人數之比例分別為 45.96%、54.04%，且占全部男性（6,155 人）、女性（6,733 人）被告之比例分別為 56.21%、60.42%。整體而言，依通姦罪或相姦罪論罪科刑之人數及比例，女性皆顯然多於男性。此種性別失衡現象，已有違反平等權保障意旨之虞。

當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化。此由系爭規定一對婚姻關係中配偶性自主權之限制，多年來已成為重要社會議題可知。是憲法就此議題之定位與評價，自有與時俱進之必要。」並對系爭解釋所稱系爭規定一「為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要……立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間」提出質疑。就性自主權（自主決定權）與婚姻、家庭制度孰輕孰重，亦即權利與制度之輕重關係，本號解釋與系爭解釋呈現顯著不同之取向。系爭解釋偏重制度（婚姻、家庭制度），而本號解釋轉為重視權利（性自主權、自主決定權）。在違憲審查方面，關於立法之制度形成界限之審查，系爭解釋採取「制度論理」手法，本於立法裁量之優越性觀念，輕易承認系爭規定一未逾越立法形成自由之空間；反之，本號解釋採取「權利論理」手法，關注性自主權之保障，從而主張對限制性自主權之系爭規定一應為較嚴格之審查。本席認為，本號解釋之立論兼顧婚姻本質、國內外婚姻法制發展趨勢、婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性、婚姻所承載社會功能之相對化、當代人權之擴增與深化現象等，可謂面面俱到。本號解釋一反系爭解釋之立場，改採較嚴格之審查基準，其理由充分，殆無疑義。

理論上，比例原則適用之嚴寬、審查密度之高低，應與立法所涉權利之重要性及限制之強度成正比。如前所述，就權利性質而言，性自主權性屬人權之一種，與個人之人格有不可分離之關係，係重要權利，其有關立法若具有強力限制

性，即應受較為嚴格之審查。系爭規定一以刑罰處罰通姦者及其相姦者，顯然係對性自主權強力限制之立法。本號解釋以嚴謹之態度，採取較高密度之比例原則審查系爭規定一，堪稱妥適。

首先，系爭規定一之立法目的為何，從立法資料尚無可考。本號解釋稱：「究其目的，應在約束配偶雙方履行互負之婚姻忠誠義務，以維護婚姻制度及個別婚姻之存續」，實係綜合婚姻之意義、制度與功能、社會通念及相關學說所為推論之結果。據此，立法目的分成兩個層次，亦即直接目的為「約束配偶雙方互負忠誠義務之履行」，最終目的為「維護婚姻制度及個別婚姻之存續」。此處所謂忠誠義務，應指性忠誠義務、貞操義務或忠貞義務，蘊含於「具有親密性及排他性之永久結合」之婚姻關係中（釋字第 748 號解釋參照）。

其次，本號解釋肯定系爭規定立法目的之正當性，但對手段之適合性相當懷疑。多數意見認為，基於刑罰之一般犯罪預防功能，系爭規定一或有助於前揭直接目的之達成，但於最終目的之追求，效果有限，故勉強作成下列結論：「就整體而言，系爭規定一尚非完全無助於其立法目的之達成。」一般為適合性之審查時，除非規制手段對立法目的（規制目的）之實現構成阻礙，或不具促進之作用，應否定其適合性外，只要手段可促進目的之實現，原則上不問助益程度大小，皆肯定符合適合性之要求¹⁴。多數意見指稱「系爭規定一尚非完全無助於其立法目的之達成」，顯然刻意強調系爭規定一之實際作用有限，已為其違憲性埋下伏筆。蓋即使認定立法目的所追求者屬重要公益，但其手段實現目的之效果低，能

¹⁴ 小山剛著，「憲法上の權利」の作法，尚學社，2009年初版第2刷，頁76。

獲得之利益勢必較小，於進行狹義比例性之審查，為損益之衡量時，恐不易過關。

復次，關於手段之必要性審查。本號解釋理由書表示：「基於刑法謙抑性原則，國家以刑罰制裁之違法行為，原則上應以侵害公益、具有反社會性之行為為限，而不應將損及個人感情且主要係私人間權利義務爭議之行為亦一概納入刑罰制裁範圍。……婚姻之成立以雙方感情為基礎，是否能維持和諧、圓滿，則有賴婚姻雙方之努力與承諾。婚姻中配偶一方違背其婚姻之承諾，而有通姦行為，固已損及婚姻關係中原應信守之忠誠義務，並有害對方之感情與對婚姻之期待，但尚不致明顯損及公益。故國家是否有必要以刑法處罰通姦行為，尚非無疑。」嚴格而言，該論述並非就有無其他比刑罰侵害小亦能達成相同目的之手段可資運用，所為評斷，故非真正比例原則中之必要性審查。依其文義，無寧係認為通姦行為主要涉及感情及私人間權利義務，與公益關係不大，似不應以刑罰手段制裁之。是所質疑者，係手段本身是否合憲，而非有無較小侵害之手段可資運用。

依理，配偶關係以雙方之愛情及信賴為基礎，其性倫理亦應藉當事人之自律予以維持。配偶間之愛情及信賴，若因婚姻外之性關係而破壞，則以離婚方式解決即可。是民法將婚姻外性關係視為不貞行為，列作裁判離婚原因，有其正當性。至由國家權力介入並處罰，則無必要。何況配偶性忠誠義務之信守，本應植基於彼此間之愛情及信賴，無由國家權力強制之道理。論者甚至指出，通姦罪之存在，會抑壓人們

真摯之愛與熱情，否定出自人性之生活態度或方式¹⁵。從自主決定之角度思考，此一觀點亦耐人尋味。職是之故，系爭規定一以刑罰手段制裁通姦行為，或有手段違憲之虞。

此外，前引解釋理由書中有關通姦行為尚不致明顯損及公益之說法，反襯出系爭規定一所能追求之公益不大，已牽涉到狹義之比例性審查。如所言為是，豈非暗示系爭規定一之立法目的未達重大公益程度？理論上，採取較嚴格之審查時，立法目的須為追求重要公益，否則目的即欠缺正當性，構成違憲。本號解釋理由書肯定系爭規定立法目的之正當性於前，否定重大公益於後，不無矛盾之嫌。

最後，關於狹義之比例性審查。解釋理由書本諸前述手段適合性部分之觀點，先認定系爭規定一得以實現之公益不大，接著就系爭規定一對個人性自主權之限制、隱私之侵害，以及對婚姻關係可能造成之負面影響等因素，綜合評估其損害，而得出損害顯然大於利益之結論。據此，系爭規定一違反狹義之比例性要求，自與比例原則不符，而構成違憲。

綜上，對於系爭規定一之審查，本號解釋先是勉強承認其手段之適合性，繼則懷疑手段本身之合憲性，最後則斬釘截鐵認定不合狹義之比例性。系爭規定一違憲判斷之關鍵，在於狹義之比例性，無可置疑。

附帶一言，學者眼中彷彿是法律考古學對象之通姦罪¹⁶，自本號解釋公布後立即走入歷史，成為法制史之一部分。就此結果，各方意見勢必分歧，支持與反對之聲浪此起彼落，

¹⁵ 金城清子著，法女性學のすすめ，有斐閣，1992年第3版，頁200。

¹⁶ 王皇玉教授鑑定意見書參照。

殆難避免。本席認為，這不僅是民主多元社會之正常現象，更可彰顯自律與自主決定之可貴，而印證本號解釋所重視之價值。

釋字第 791 號解釋協同意見書

黃瑞明大法官 提出

詹森林大法官 加入

有配偶之人與第三人發生婚外性行為，即俗稱通姦，應否由國家以刑罰加以制裁，世界各國之立法趨勢大致是由早期的刑事處罰，逐漸鬆綁為僅以民事賠償加以制約。本號解釋宣告刑法第 239 條處罰通姦之規定「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」違憲而應自解釋公布之日起失其效力，故自本號解釋公布之日起，通姦不再是犯罪行為。按現行刑法第 239 條於民國（下同）24 年制定公布，89 年時曾有法官認該條規定違憲而向本院聲請釋憲，大法官於 91 年作出釋字第 554 號解釋，認為通姦罪之規定固然對人民之性行為自由有所限制，但此為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要，因此認為通姦罪之規定並不違憲。自該號解釋作出之後，長年以來學者批評聲音不斷，但依法務部所作民意調查，仍有超過 70% 之民意支持該規定。近年有十餘位地方法院法官於審理通姦罪之案件時，認為通姦罪之規定違憲而裁定停止訴訟程序，聲請釋憲；另外有幾位受通姦罪判決有罪者亦認為通姦罪之規定違憲，而聲請釋憲。本院合併審理後作出本號解釋，讓通姦罪走入歷史，本席贊同本號解釋，並提出補充意見。

一、人民性自主權（即性行為自由）之意涵

釋字第 554 號解釋結論雖認通姦罪之規定合憲，但解釋文提出性行為自由之觀念，且認「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」；本號解釋以「保障人民性自主權」作為通姦罪違憲之理由。因為性行為自由與人民性自主權皆未於法律明文規定，故有必要就人民性自主權（即釋字第 554 號解釋所稱之性行為自由）之理念進一步闡釋，始能理解本號解釋所植基之理念內涵。按「性自主權」（或性行為自由），在不同之領域有不同之內涵。¹本號解釋認性自主權與個人之人格有不可分離之關係，為個人自主決定權之一環，與人性尊嚴密切相關，此為本號解釋之核心見解。然而承認有配偶之人擁性自主權，不應被理解為已婚者得自由從事婚外性行為，而應只是對婚外性行為之評價採取較寬容與容忍的眼光，不再以刑法嚴厲對待。各國對於婚外性行為之譴責源自宗教、道德、家庭制度、倫理等規範，最後具體化為刑罰制裁，而各國相繼免除刑罰制裁，其實是與作為譴責基礎之理念鬆動有關。受基督教影響較深之歐美地區與受儒教文化影響較深之東亞地區，對於婚外性行為評價之鬆動過程自有所差異。隨著國際交流密切、文化相互影響，差異已漸不明顯，但仍得分別論述。

（一）基督教為主之歐美社會對婚外性行為評價之轉折

1、14、15 世紀興起人文主義緩和基督教對婚外性行為之譴責

在西方文明搖籃的雅典，女人通姦被視為犯罪，是因為雅典男人堅決拒絕自己神聖的家庭摻雜進陌生的血液。²基

¹夫妻間雖有同居之義務，但任一方不得強迫他方進行性行為，否則仍成立強制性交罪，即為保障夫或妻之性自主權之一環。

²參見馬克思·克魯澤（Max Kruse）著，何珊、郭穎杰譯，時間的長河—西方文明五千年（上），遠流出版，2005 年 1 月二版，頁 239。

督教興起後，原始基督教之教義認為婚姻是在神面前之承諾，肉體與官能的享受為罪惡的根源，³因此婚外性行為等於挑戰神權，是不可饒恕的罪。教會法典明定管理每一位教徒的道德行為，包括性行為。⁴14 至 15 世紀興起的文藝復興帶來的人文主義打破中世紀神學對人們思想的桎梏。由人文主義（humanism）的觀點解讀人的行為，也就是由「人文」來扮演神在基督教的角色，以人類經驗為宇宙賦予意義。

在人文主義影響下，現代人對婚外情的看法各有不同，但無論如何，都比較偏向人的感受，而不再是因為「聖經」或神的誡命。啟蒙運動下的哲學家以人的理性思考取代上帝的信仰，通過締結婚姻的終身契約，使性行為神聖化，因此法律以外的享樂方式都是應該受到譴責的。⁵在人文主義的倫理中，婚外情要考慮的是感覺衝突的情境，如果被另一半發現，可能有一段時間會痛苦萬分，如果導致離婚，可能連孩子都會帶著情感上的傷痕。⁶在這個時代的許多文學作品均在描繪出軌男女之情感糾纏，但不著重道德譴責。在不幸福的婚姻下，女性外遇反而成為精神獨立、有勇氣追求幸福之象徵。⁷

³聖奧古斯丁：「肉體具有反精神的貪慾，善並不在我們的肉體中，我們器官的法則是與精神的法則相對立的。」「當夫妻的性行為是針對生育時，它便不再是一種罪惡。」參見米歇·翁福雷（Michel Onfray）著、劉漢全譯，享樂的藝術，邊城出版、家庭傳媒城邦分公司發行，2005 年 7 月再版，頁 177、194。

⁴參見伊恩·莫蒂默（Ian Mortimer）著，胡訢諄譯，漫遊歐洲一千年，時報文化出版，2016 年 2 月初版，頁 69。

⁵康德將婚姻定義為：「兩個異性為彼此永久地擁有他們的性屬性而進行的結合。」並且說：「如果男人和女人想利用他們的性功能來相互享受歡樂，那他們就必須結婚。按照純理性的法律規定，這是必須的。」轉引自米歇·翁福雷前揭書，頁 202、203。

⁶參見哈拉瑞（Yuval Noah Harari）著、林俊宏譯，人類大命運：從智人到神人，遠見天下文化出版，2017 年 1 月，頁 249 至 254。

⁷較著名的作品如俄國托爾斯泰著，安娜·卡列尼娜；美國瑪格麗特·米契爾著，

人文主義與宗教影響力之強弱各地不同，17世紀時，英格蘭與美國的清教徒開始熱烈追求道德與神學的改革，1605年英格蘭甚至通過「通姦法案」(Adultery Act)，對婚姻之外的性行為判處死刑。⁸直到今天許多教會仍把婚外性關係看成一種罪惡。⁹美國各州法律對於是否保留通姦罪、允許墮胎或是承認同性婚有所不同，與各該州之宗教力量密切相關。宗教力量影響世界觀，連帶牽動各地之政治版圖。

2、20世紀初期精神分析理論對婚外性行為賦予新的意義

20世紀初佛洛伊德向所有禁忌中最根深蒂固的禁忌——即不許公開討論兩性問題——提出挑戰。¹⁰「社會以其最極端的方式加以界定的性道德，在我看來是非常可鄙的。我主張自由得多的無法相比的性生活，雖然我本人很少利用這種自由」¹¹佛洛伊德是一個道德家，他要讓人們卸掉性罪感和偽善的負擔，以及由此而引起的神經官能症。」¹¹佛洛伊德認為科學證實，不快活的神經官能應是性壓抑引起的。正式夫妻以外的任何性行為皆被制止時，用心理症狀來逃避衝突的人，也會增加不少。¹²新式的精神分析理論認為，性愛是人類渴望和別人產生關聯的途徑之一而已，¹³把性愛貶抑為「肉慾」，係忽略了性愛在精神層面的滿足感。追求外遇，部分

飄；又法國莫泊桑著，脂肪球，對於男性對女性身體貞潔之虛假道德立場提出批判。

⁸同註4，頁221。

⁹同註2，頁352。

¹⁰參見亞倫·布洛克(Alan Bullock)著、董樂山譯，西方人文主義傳統，究竟出版，2000年11月初版，頁240至241。

¹¹同註10，頁242至243。

¹²參見佛洛伊德著、林克明譯，性學三論·愛情心理學，志文出版，2015年2月重排再版，頁245。

¹³參見弘兼憲史、和田秀樹著，許嘉祥譯，黃昏戀愛術，尖端出版，2006年10月1版，頁42。

導因於精神上孤獨的感覺。精神分析理論讓人得以較為寬容的精神看待外遇，衝破了維多利亞時代的矯情，正視性在人類活動之重要性。

除了佛洛伊德之外，其他的精神分析理論均承認性的追求其實與孤獨有密切之關係，婚外性行為並非單純之生物學之觀點，而是通常具有情感活動為基礎，承認性之源起其實為心理與情感之活動，性行為，包括婚外性行為，遂與人格結合而成為人格權之一部分。

3、二戰後 68 學運對傳統權威之衝擊

從 1960 年初期的反核、抗議美國介入越戰到 1968 年歐美相繼爆發之學運對歐美社會影響深遠，震波延續至世界各地，影響至今，一般以「68 學運」稱之。¹⁴「68 學運」最大的特徵就是自成一格的青少年文化衝撞上一代的權威。60 年代以來，西方國家經歷一連串的民權運動，包括性革命、女性解放與女性主義、爭取同志權益等，都在西方世界進展得轟轟烈烈。「要做愛，不要作戰」是當時著名的口號。每一個運動的宗旨都在擺脫傳統社會規範或道德與法律的限制，¹⁵包括對性道德的挑戰，就是 60 年代開始的身體革命。¹⁶

德國於 1969 年修法通過刪除通姦罪，當年也是戰後首次政黨輪替。法國於 1975 年修法廢除通姦罪；美國於 1968

¹⁴參見馬克·馬佐爾 (Mark Mazower) 著、齊思賢譯，新黑暗大陸：從文明的曙光到 21 世紀歐洲，時報文化出版，2002 年 1 月初版，頁 222 至 223。另參見蔡慶樺著，美茵河畔思索德國：從法蘭克福看見德意志的文明與哀愁，春山出版，2019 年 1 月初版，頁 167 至 197。

¹⁵法蘭西斯·福山 (Francis Fukuyama) 著、張美惠譯，跨越斷層—人性與社會秩序重建 (The Great Disruption: Human Nature and the Reconstitution of Social Order)，時報文化出版，2000 年 4 月初版，頁 36。

¹⁶參見蔡慶樺前揭書，頁 207。另參見東尼·賈德 (Tony Judt) 著、黃中憲譯，戰後歐洲 60 年 (卷二)，左岸文化出版、遠足文化發行，2013 年 5 月初版，頁 318。

年通過民權法案修正案，都代表「68學運」所帶動之思潮對傳統社會與政治秩序之衝擊，由各國通姦除罪化之時間點，可以看出重大的法律變革背後其實是社會脈動力量對傳統思維之挑戰。¹⁷

（二）儒教文化影響較深之東亞社會對婚外性行為評價之轉折—小家庭興起促成男女平權

前述歐美社會對婚外性行為評價之轉折影響及於各地，包括亞洲國家。

盛行於東方的佛教固然有嚴格的禁慾主義，但一般僅適用於出家修行者。在受儒學影響較深之東亞國家，婚姻是以繁衍子孫、傳宗接代為宗旨。為了維繫血統純正，對於女性賦予最高之忠貞義務，不貞的女性往往受到國家法律、社會禮法甚至家法之嚴厲制裁，1947年修法前的日本刑法以及民國23年修法前的我國刑法均只處罰通姦之女性而不處罰男性，即為具體例證。傳統禮教對於女性忠貞義務之要求乃出於宗族血統延續之目的，而非出於夫妻間彼此忠誠之道德要求，民間固有嚴謹自持之人士，但官宦與大戶往往擁有三妻四妾，封建體制下一方面獎勵貞節牌坊，另一方面最高統治者皇帝以極端侵害人權之方式保障其擁有眾多妻妾之獨佔權，在體制內卻少見批判，可見一斑。

工業革命之後，生產方式改變，小家庭可以成為獨立生產單位，婦女進入職場，而不必依賴大家庭，傳統大家庭制度之倫理觀亦隨之變化，促成男女平等觀念之興起。1919年

¹⁷就此而言，大法官於2017年作成釋字第748號解釋，宣告民法婚姻規定，對同性別二人未給予同等保障而違憲，以及2020年作出本件釋字第791號解釋，宣告通姦罪違憲，都與2014年的太陽花學生運動以及2016年選舉立法院首度政黨輪替，所反映的社會思潮變動有所關聯。

的五四運動以打倒吃人的禮教為口號，即為受西方思潮影響的年青人對傳統禮教之挑戰，許多參與五四運動的女學生組織婦女團體，15年後衝擊立法院要求修改通姦罪為平等適用於男女。

（三）東、西合流之世界趨勢：婚姻目的在於追求個人幸福而非僅家族延續

在前述東、西方思潮之影響下，各國年輕一代共同的趨勢是認為婚姻乃二人透過婚姻關係以共同追求幸福，傳宗接代已非婚姻之主要目的。婚姻之社會功能已經淡化，而且在婚姻關係中，個人主體人格和自主獨立性仍持續存在，已受到廣泛認同，¹⁸即為本號解釋認為國家應放棄對婚外性行為處以刑罰最關鍵之理念基礎。韓國憲法法院於2015年2月26日宣告通姦罪違憲即以此為主要理由，其判決理由指出「(韓國)社會已日漸變化，基於個人尊嚴與幸福之觀點，對個人性自主權之私人權益之保障，已優先於對性道德以及家庭之社會公益之保障」。¹⁹另外，本號解釋認為國家在發現、追訴與審理通姦罪之過程中，以國家公權力長驅直入人民極私密之領域，而嚴重干預個人之隱私，即是肯認二人同意進入婚姻並不減損個人主體之理念。

¹⁸就此而言，中、西文化仍有程度之差別，學者研究1980及1990年代台灣及西方婚外情案例後指出，「在西方的外遇故事描述裡，人們最終希望忠於的，是當事人的自我(self)，不僅是表面的自我，更重要的是忠於那個在心靈深處的自我」
「相較之下，台灣的婚外情新聞報導顯示，已婚男人在婚姻裡忠誠的對象也不是他們的妻子，而是忠於他們所肩負的家庭角色及對家庭最終的責任」，載張瑞珊著，情愛關係裡的你和我，立緒文化出版，107年12月二版，頁260至261。

¹⁹韓國憲法法院2015年2月26日判決相關部分之英文翻譯為「Also, the society is changing into one where the private interest of sexual autonomy is put before the social interest of sexual morality and families from the perspective of dignity and happiness of individuals.」載 Constitutional Court Decisions by the Constitutional Court, the Republic of Korea, p.6.

二、由民國 23 年立法院討論修改通姦罪時之激烈論辯與動員看社會思潮²⁰

17 年公布的刑法係延續清末制定的刑法，對於通姦罪只處罰有夫之婦而不處罰有婦之夫，即第 256 條規定「有夫之婦與人通姦者處 2 年以下有期徒刑，其相姦者亦同」，要求女性負片面貞操義務。婦女團體對此不滿，要求改為無論有夫之婦或是有婦之夫與人通姦者均應受處罰，以實現男女平等之精神。為修改刑法而於立法院內設立刑法委員會，於 23 年 10 月提出修法草案，並請婦女界表達意見。婦女團體要求除了通姦罪應該平等適用於男女外，另外還要求加重重婚罪之刑罰及增加納妾罪。²¹修正草案初稿乃採納了婦女界之意見而定為「有配偶而與人通姦者，處 2 年以下有期徒刑，其相姦者亦同」但於立法院討論時，卻引發男性立委之激烈反對，反對者最強烈之立論為「維繫男系血統主義」以及「與人通姦者即犯罪，則中國二萬萬男子或恐有三萬萬人都犯罪矣」，²²足見當時立法委員秉持男系血統主義之心態，並透露出當時的社會風氣社經地位較高的已婚男子有婚外性活動並不受譴責。但男女皆罰之草案於二讀表決結果未獲通過，反而是以 69 票對 40 多票通過將只處罰女性通姦罪之刑法第 256 條刪除，而未定新條文，亦即無論男女通姦僅負民事責任，而不受刑法處罰。婦女界表示如此作法符合男女平等原則可以接受。因以為立法院三讀時僅作文字修改，故於三讀時未列

²⁰本段有關立法經過之敘述係依據梁惠錦著，民國 23 年婦女爭取男女平等科刑之經過，載國史館館刊復刊第 23 期，1997 年 12 月 1 日出版，頁 143 至 168。

²¹梁著前揭文，頁 147。

²²梁著前揭文，頁 149 至 150。

席旁聽。想不到三讀時立委重提修正案，最後表決結果翻盤，回復僅處罰有夫之婦通姦之舊條文。

消息傳出，婦女團體群情激憤，請求立法院復議不成，乃通電全國婦女及各界同胞仗義聲援，電文中有語「今乃為立法院一部份委員，代表封建勢力，違反二萬萬女同胞之意志，公然作此摧殘婦女幸福，保障男子犯罪之規定……望我女界同胞，一致奮起，誓死力爭」，²³並向中國國民黨中央政治會議（中政會）請願呈文「……有配偶之男女違背貞操之行為，僅負民事責任，而不受刑法制裁，此本為近世立法之新趨向……」並發表宣言，列舉 5 大理由爭取男女平等，可惜該宣言受到媒體之冷淡對待，僅獲南京一家報紙刊登。²⁴

中政會在婦女界之壓力下乃決議要求立法院復議，立法院復議後，交立法院刑法委員會與法制委員會聯席會議研議，研議後提出條文案為「與有配偶之人通姦者，處 1 年以下有期徒刑」亦即僅處罰相姦者，而出軌者無論是男或女均不處罰，按當時社會風氣，出軌者以男性佔絕大多數，此條文等於是把通姦的責任全部「甩鍋」給小三，也算是神來一筆，由此可見男性立委抗拒處罰出軌男人之堅強意志。此條文到大會時才修正通過為通姦男女均罰，即第 239 條「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」²⁵適用了 86 年至今成為本號解釋之標的。

由 23 年修正刑法第 239 條之經過，可知：

1、23 年時婦女同胞爭取權益，為具現代思潮之婦女團體與仍存封建意識之男性立委間之攻防，其過程之曲折激烈，及動

²³梁著前揭文，頁 153。

²⁴梁著前揭文，頁 154 至 155。

²⁵梁著前揭文，頁 159。

員之幅度，實不下於政黨競爭時代立法院內之激烈爭鬥。

2、如果當年是依照 23 年二讀通過之草案完成立法，即不論男女通姦均不受刑事處罰，則今日釋憲之結果早在當時就已實現，成為超前立法。不過當年婦女各界所稱通姦僅以民事責任規範為「近世立法之新趨向」應該是指當時各國學說立論而言，因為在 23 年（1934 年）時廢除通姦罪之國家應該僅限部分北歐國家，大部分國家到第二次世界大戰之後才漸次廢除。

3、處罰通姦罪的刑法第 239 條以及與其密切相關的刑事訴訟法第 239 條（當時為第 218 條，於 56 年修正公布為第 239 條）規定：「告訴乃論之罪，對於共犯之人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」均修正公布於 24 年 1 月 1 日（但書部分即本號解釋之系爭規定二）。系爭規定二適用的結果讓掌握家庭經濟大權的男性如果通姦，往往能夠獲得女性配偶撤回告訴的待遇，而僅處罰小三，如此完全符合立法院復議後聯席會議所提出僅處罰相姦者之草案所期待的結果，立法資料對於制定系爭規定二未載明任何立法理由，但由刑法第 239 條立法經過之轉折，同時制定之系爭規定二很可能是立委「扳回一城」之力作，施行結果確已達其所願。後世學者稱該條文之目的是為了維護家庭，恐係美化了當時隱藏的立法意旨。事實上系爭規定二適用之結果，通姦者一方面脫免罪責，另一方面可以與自己配偶聯手向相姦者請求損害賠償，更可以以暴露自己為主角之一的私密行為，作為相姦者犯罪的證據，以向對方求償，如此訴訟手段實具道德

風險，²⁶實務上也確實發生通姦者依此向相姦者索財的個案，其合憲性實值懷疑，故本號解釋已同時宣告系爭規定二違憲。

三、現代陳世美不受任何處罰？

婚姻關係之承諾除了雙方互負情感與性之忠誠義務外，其實最重要的是透過雙方角色分工、互補而共同創造幸福家庭。世人眼中「幸福家庭」的具體呈現就是婚姻關係中創造出來的財富及生養之子女。通姦罪受社會大眾認同之理由與其說是對情感或性背叛者之報復，毋寧說是對可能奪取婚姻果實者之防堵。感情固然無法透過通姦罪而挽回或維持，但是婚姻關係中形成之家庭分工體系卻是值得保障之社會法益，典型的例子就是妻子持家並養育子女，丈夫在外打拚事業，待子女成長而丈夫事業有成之後，丈夫卻挾其資產拋棄糟糠之妻另築愛巢，即現代陳世美案例，流傳至今仍然能獲得社會的同情，以刑罰制裁忘恩負義的現代陳世美為通姦罪能獲得社會支持之主要原因。

對於付出一輩子之青春守住家庭的女人，通姦罪之刑罰可以讓弱勢之配偶透過公權力之介入而取得證據及較強之談判地位，縱然不能挽回婚姻，亦可於離婚後之財務分配與子女保護教養權歸屬，獲得較有利之地位。婦女團體經過多年的努力，促成民法上離婚要件、離婚後子女保護教養權歸屬及離婚後財產分配等重要修正，對受害配偶之權益增加了保障。這些民法規定之變更也是促成本號解釋變更釋字第554號解釋之原因之一。就此簡述如下。

²⁶德國於1969年修法廢除通姦罪之前，通姦罪除告訴乃論之外，其構成要件係以通姦行為導致離婚為要件，即可避免通姦者協助配偶向相姦者求償之道德風險。

- 1、民法親屬編自 74 年迄今已歷經多次之修正，由傳統封建的「男尊女卑」、「父、夫權獨大」的「家父長制」修正為符合個人主義、婚姻自由及男女平等，兼具市民法及社會法精神。
- 2、尤其 85 年修正夫妻離婚後子女之保護教養權以子女的最佳利益為依歸，不再當然歸夫，妻不必證明夫通姦、不適任，才能取得子女之保護教養權。
- 3、96 年及 99 年修改子女姓氏由夫妻雙方約定，子女成年後可以自己決定從父姓或母姓，使離婚婦女如果再婚，不會受到子女姓氏的困擾。
- 4、重婚亦由得撤銷到無效，到例外前後婚都有效，到 96 年修改為重婚之雙方當事人因善意且無過失信賴一方前婚姻關係消滅之兩願離婚登記或離婚確定判決而結婚者，只有後婚有效，才真正落實一夫一妻制。
- 5、74 年增訂其他重大事由得以請求裁判離婚，96 年將民法第 1052 條第 1 項第 2 款「與人通姦者」，改為「與配偶以外之人合意性交」，擴大通姦意涵，且 98 年增訂法院可以調解、和解離婚，逐漸走向離婚破綻主義，強調「好聚好散」。
- 6、最重要者則是 91 年夫妻財產制之全面修正，保障家庭主婦或家庭主夫之財產權。我國民法親屬編原本對結婚女性婚後的財產設了許多不合理的規定，並未將已婚女性視為是一個完整的人格，可以擁有財產完整的所有權及使用、收益、處分權。這種情況雖然在 74 年修正後有所改善，將所有權分歸夫、妻，但因為聯合財產之管理、使用、收益權，原則歸夫，除非夫妻另有書面約定，並至法院登記，否則不能對抗第三人，實務上往往發生夫之債權人主張登記在妻名下之

財產是夫所有，對登記在妻名下之財產進行強制執行，故於 85 年修正民法親屬編施行法第 6 條之 1，讓登記於妻名下之財產真正能夠歸屬於妻所有。到 91 年修正夫妻法定財產制才真正落實夫、妻各自對其財產有完整的所有權及管理、使用、收益、處分權。

7、在 74 年增訂了民法第 1030 條之 1 剩餘財產分配請求權，肯定夫妻婚後所增加的財產是兩人共同努力的結果，一旦婚姻關係結束，雙方可以請求將兩人婚後財產扣除債務、遺產或其他無償取得之財產後的剩餘部分，平均分配給兩人，讓家庭主婦的家務勞動價值獲得肯定及保障，確實是一大進步。但在實務上因為欠缺脫產保全的措施及追加計算與追回的設計，使得許多婦女在離婚後發現丈夫早已脫產，妻根本無法分配到任何財產，使該規定形同具文，喪失當時立法之美意。在婦女團體的努力之後，於 91 年增訂第 1030 條之 2 及第 1030 條之 4，明定得分配之剩餘財產範圍及價值計算時點，夫妻因判決而離婚者，以起訴時為價值計算之時點，並為保障剩餘財產分配請求權，增訂一方就婚後財產所為之無償行為或惡意之有償行為，有害及他方剩餘財產分配請求權，他方得聲請法院撤銷之規定（第 1020 條之 1 及第 1020 條之 2），並增訂追加計算（第 1030 條之 3 第 1 項）及追回（第 1030 條之 3 第 2 項）之規定。

8、此外，在 106 年進行年金改革修法時，亦增訂了離婚配偶年金分配請求權，使得對退休公務人員於共同生活時曾有貢獻之前配偶，得以分配公務人員的退休金。惟為避免衝擊過大，自 107 年 7 月 1 日生效，且於之前退休或離婚者均不適用。

綜上，對於為家庭奉獻青春及心力的人（絕大多數是女性），可以說是有了有一定程度的保障，不至於發生結婚後守著家庭、脫離職場，在離婚後一無所有，孑然一身還得想辦法重返職場、辛苦討生活的結果。現代陳世美已無法囊括婚姻關係產生之全部成果，另尚應負賠償之義務。

四、人文主義之極致與傳統道德之衝突

通姦除罪化及同性婚姻合法化，均為在自由主義之下興起之民權及婦女運動之結果，對傳統道德文化造成衝擊，甚至引起社會之分裂與對抗。強調個人主體性與個人利益的人文主義的確是會與傳統倫理道德發生衝突，這些衝突是否會侵蝕社會穩定之傳統而造成社會沉淪或動亂，是許多關心傳統道德者所憂心，亦為社會與政治學者論辯和爭議的題材。就此法蘭西斯·福山（下稱福山）於 1999 年的大作「跨越斷層—人性與社會秩序重建」以豐富田野調查的數據，探討此問題，書中指出「淪入過度個人主義的陷阱可能是自由民主社會最大的弱點……寬容是最高的美德。我們需要的不是道德的共識，而是透明的法律架構與可以創造政治秩序的體制」。²⁷「以個人的利益作為社會的基石，雖不如以道德為基石來得高尚，卻是相對較穩定的」。²⁸福山近年著作討論民主政治之困境，但對此議題之立場未見改變。另外美國書評家艾肯貝瑞（G. John Ikenberry）評釋福山上開書時指出：「民權及婦女運動可能有侵蝕社會穩定的傳統泉源，但它同時也替自由民主注入了新的正當性意義」。²⁹的確，在放鬆對婚外

²⁷同註 15，頁 33。

²⁸同註 15，頁 34。

²⁹同註 15，頁 11，引自南方朔對法蘭西斯·福山前揭書之推薦序。

性行為之譴責時，其實也為婚姻賦予新的意義，例如一對怨偶之離婚可能造成二對佳偶，以及鼓勵另一半出軌之男／女選擇原諒、修復關係或是重拾自我、逕自向前走，把他／她留在後面等正面思維。至於宣告通姦罪違憲會不會有造成社會道德敗壞之疑慮，本席認為國家對屬於個人情感領域的行為採取較少干預的態度，只會讓社會更多元與寬容，而非變壞。³⁰

³⁰ 蔣勳探討文化對情慾的壓抑，指出「對人性的無知才是使人變壞的肇因，因為他不懂得悲憫」，可供參考。載蔣勳著，孤獨六講，聯合文學出版，2007年8月初版，頁45。

釋字第 791 號解釋協同意見書

黃昭元大法官提出

一、本號解釋結論及本席立場

[1] 在社會現實上，通姦可說是人類社會有婚姻制度以來就存在的現象。幾可謂：有婚姻，就會有通姦行為。古今台外皆然，至今不減。¹隨著婚姻制度逐漸演變為由個人自主決定，並限於一加一的對偶婚，並禁止多偶婚 (polygamy) (在異性婚姻下，包括一夫多妻、一妻多夫)，一般認為通姦是有害婚姻之負面行為。即使是在強調性別平等的婚姻制度下，亦是如此。在多數國家之法制上，就婚姻所涉之民事關係，通姦多仍有其法律關聯及意涵，例如民事賠償、離婚事由等，過去甚至還會影響到夫妻財產分配、子女監護等。在規範評價上，除非雙方於締結婚姻時即有無須相互忠誠之相反約定，如所謂開放式婚姻 (open marriage)，否則通姦仍屬婚姻 (性) 忠誠義務的違反，不僅有違雙方在締結婚姻時所為之個人自主承諾，且破壞雙方的相互信賴。國家以法律制裁通姦行為，自有其正當性。問題在於：從現代憲法的原則來看，國家應否以刑罰手段制裁通姦？這就是通姦罪是否違憲的問題核心。問題不在於國家能否禁止通姦？應否制裁通姦？而是制裁手段的界限。故不僅本件所涉的通姦罪之刑事制裁有憲法

¹ 有一則夜店笑話可以說明通姦之歷史悠久：摩西從西奈山下來，告訴以色列人，他帶來一個好消息和一個壞消息。好消息是：經過他的努力，神對百姓的誡命已減為十個；壞消息是：通姦還在裡面。See Deborah L. Rhode, *Adultery: Infidelity and the Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press, p.184 (2016). 有關十誡之原始出處，參聖經，舊約出埃及記 20: 1-17。其中第 7 誡就是不可姦淫，參出埃及記 20:14。英王詹姆斯一世下令翻譯的欽定本 (KJV 版) 聖經譯為 "thou shalt not commit adultery"，聖經和合本 (中文版) 將之譯為「不可姦淫」。在解釋上，其誡命範圍及於婚姻外的任何性行為，包括通姦及未婚姦 (fornication)。

爭議，即使是民事制裁 (civil sanction) (例如再婚限制) 也可能會逾越憲法界限。²

[2] 本號解釋結論與主要理由：本號解釋審理兩項法律規定，一是刑法第 239 條通姦罪 (除另有限定外，均包括相姦罪，下同) (下稱系爭規定一)，一是刑事訴訟法第 239 條但書所定「對於通姦配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人」部分 (下稱系爭規定二)。本號解釋多數意見認為上述兩項法律均違憲，至其主要理由，就系爭規定一，本號解釋認其侵害憲法第 22 條所保障性自主權而違憲，並同時變更認系爭規定一合憲之本院釋字第 554 號解釋 (下或稱系爭解釋)；就系爭規定二，本號解釋則以違反平等權、因系爭規定一違憲而失所依附等兩個理由，宣告違憲。

[3] 本席立場：本席贊成上述多數意見之結論，然就 1. 為何變更釋字第 554 號解釋、2. 據以審查系爭規定一之權利、3. 系爭規定一所追求之目的，則有以下之補充理由。

二、為何變更釋字第 554 號解釋？

[4] 即使在沒有判決先例拘束原則的國家，法院基於效率、公平、一致等考慮，也大多會延續過去裁判先例之見解。下級法院因受上訴及審級制度之拘束，自主變更法律見解的空間相對較小。但終審法院因已無上訴審之拘束，如有變更，多半也是變更自己的先前見解，其自主變更的空間較大。至於法院為何會變更先前裁判之見解，尤其是同一法院所為之裁判先例，其可能的原因包括：(1) 回應規範變遷或社會變遷的需求；(2) 帶領規範或社會的演進；(3) 上述兩種原因的混雜。當法院被動回應已發生之規範變遷 (如修憲、修法等) 或社會變遷 (如人口之消長、經濟發展、新移民或新技術之

² 例如美國有些州法律 (曾或仍) 限制通姦人終身不得與任何人再婚、或不得與相姦人結婚、或於一定期間內不得 (與相姦人或其他人) 再婚、或不得於原婚姻之被害配偶去世前與相姦人結婚。這類再婚限制的規定，也可能會有憲法爭議。See Mark Strasser, *Sodomy, Adultery, and Same-Sex Marriage: On Legal Analysis and Fundamental Interests*, *UCLA Women's Law Journal* 8(2): 313, 324-333 (1998).

出現、社會通念的改變等)時，這時法院可說是趨勢跟隨者，也比較不會受到質疑。但法院有時也可能扮演社會工程師的領頭羊角色，透過裁判去引領規範及社會的演進，甚至推動改變。至於引領的方式，可能是決斷式的強制要求，也可能是對話式的輕推 (nudging) 互動。以本案而言，本席認為本號解釋兼具回應及帶領的雙重功能。

[5] 我國歷年來的多次民調結果顯示：國人支持通姦罪繼續存在的比例有高達7成。對支持通姦罪的人來說，本院在本號解釋宣告通姦罪違憲，似乎是逆時鐘而行。對此，本號解釋理由書第24段說明本院變更釋字第554號解釋之考量及理由為：「隨著社會自由化與多元化之發展」(社會變遷)、「參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢」(規範變遷)、「憲法所保障之基本權種類與範圍，亦經本院解釋而持續擴增與深化」(規範變遷)，顯然是訴諸情事變更，並回應社會及規範變遷的需求。但上述社會發展及婚姻法制之發展，其實並不全然是釋字第554號解釋公布後才出現的新現象。就憲法層面的規範變遷而言，本號解釋則只提及釋字第585號及第603號所承認的隱私權。但本席認為：與本號解釋最相關的憲法規範變遷，應該是釋字第748號解釋。釋字第748號解釋雖未否認婚姻具有一定的社會功能(如組成家庭、人倫秩序等)，卻更重視個人就其婚姻的自主與平等保障，因此宣告限制同性別二人結婚的民法違憲，並要求立法保障同性婚姻。此即本號解釋理由書第24段所稱：「婚姻關係中個人人格自主(包括性自主權)之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化」。至於本號解釋所稱之性自主權，其指涉範圍包括性親密關係之自主決定權，固不限於性行為，然其核心範圍必然包括釋字第554號解釋所稱之性行為自由。就此而言，本號解釋比較是延續釋字第554號解釋所已經承認的同一權利，尚非突破性的新創權利。放在上述憲法規範變遷的脈絡下，應更能理解何以類似的性行為自由在釋字第554號解釋要婚姻制度之制約，而本號解釋改稱為性自主權則可對抗並突破婚姻制度的制約。

[6] 在上述回應變遷的範圍內，本號解釋或仍有趨勢跟隨者之色彩。然本席認為：在這個安全說法的表面下，本號解釋其實也兼有濃厚的帶領企圖。究其原因，應與大法官之更替及價值立場傾向之改變有關。

[7] 認為通姦罪合憲的釋字第 554 號解釋係於 2002 年 12 月 27 日公布，迄今已有 17 年 5 個月，參與作成這號解釋的 17 位大法官均已卸任。隨著大法官之更替，不同世代間有不完全相同的價值立場，並反映在解釋中，致先前解釋有所變更，實非反常之特殊現象。按我國大法官有固定任期，且自 2003 年 10 月起，至多 8 年就會全部更換。比起終身任期、一次只換一人的美國最高法院，我國大法官變更解釋的可能性應該更大。據統計，至 2018 年止，美國最高法院已自行變更過 300 件以上的判決先例。³以其約 230 年的歷史而言（自 1789 年起算），平均每年至少會變更 1 件判決，但不超過 2 件，整體比例其實也不大。我國大法官至今共作成 791 號解釋，由於有些變更解釋是以補充解釋之名為之，實際上的變更解釋總數，仍欠缺精確統計。本席粗略估計，過去 70 年間本院明示變更先前解釋的總數不超過 10 件，即使併計「名為補充、實為變更」者，甚至包括根本未表明是補充的「實質變更」⁴者，其總數大概也不會超過 30 件。與美國相比，出現變更的頻率更低。本號解釋算是新增 1 件變更解釋的案例，卻也可能是迄今最富價值爭議之變更解釋之一。

[8] 因法官更替，特別是當有持不同立場、想法之新法官加入，致法院之多數及少數板塊產生位移，而於涉及同一議題或爭點的類似案件中，變更判決先例，實非異端。例如韓國

³ See Ryan Struyk, *"The Supreme Court has overturned more than 300 rulings. Is Roe next?"*. CNN (September 6, 2018), available at <https://www.kbzk.com/cnn/2018/09/06/what-the-history-of-overruled-supreme-court-cases-means-for-roe-in-one-chart/> (Retrieved May 29, 2020); Wikipedia, List of overruled United States Supreme Court decisions, available at https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_overruled_United_States_Supreme_Court_decisions#cite_note-1 (Retrieved May 29, 2020).

⁴ 釋字第 261 號解釋其實是「實質變更」釋字第 31 號解釋，從而開啟我國民主化及憲政改革。這是涉及重大政治爭議的另一件變更解釋之先例。

憲法法院曾在 1990、1993、2001 及 2008 年四度判決韓國刑法（1953 年制定）之通姦罪規定合憲，後於 2015 年才宣告違憲。韓國憲法法院大法官共 9 人，任期 6 年，得連任。2001 年判決時之 9 名大法官，在 2008 年判決時已經全部更替。於 2008 年參與判決宣告通姦罪合憲之 9 名大法官（4 票合憲，5 票違憲，違憲票數未達 6 票），在 2015 年判決宣告違憲時，也已全部更替。⁵可見同一法院確有可能因法官之更替而改變對類似案件之立場。

[9] 其次，也有可能是同一法官於任期中改變或修正其立場，以致法院變更判決先例。這在終身任期的法院，如美國最高法院，亦曾出現。⁶例如於 2010 年退休的美國最高法院大法官 John Paul Stevens，他曾在 1976 年的 *Gregg v. Georgia*⁷ 判決中，支持恢復死刑。之後，他於 *Thompson v. Oklahoma* (1988)⁸ 及 *Atkins v. Virginia* (2002)⁹ 二案，則修正立場而認死刑在某些情形會違憲。在 2005 年的 *Roper v. Simmons* (2005)¹⁰ 一案，他更投票支持多數意見，認為對未成年人宣告死刑，應屬違憲。在他正式退休後，Stevens 大法官甚至公開表示：

⁵ 韓國憲法法院需要有 6 票（全體大法官總額之三分之二）才能宣告法律違憲，在 2008 年判決中，雖已有 5 位大法官認為韓國刑法第 241 條所定之通姦罪違憲，但因未達上述 6 票門檻，因此仍宣告合憲（少數勝出！）。在我國，依司法院大法官審理案件法之規定，如表決結果為已過半數但未達三分之二之情形（9:6 或 8:7），則只能繼續討論、表決，而無法做出任何解釋。韓國憲法法院上述 2008 年判決全文，參韓國憲法法院官網，available at http://search.court.go.kr/xmlFile/0/010400/2008/pdf/e2007k17_1.pdf（最後瀏覽日：2020 年 5 月 29 日）。

⁶ 例如美國第一位女性大法官 O'Connor 於 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986) 一案是支持多數方（5 票），認處罰違異性行為（sodomy）之 Georgia 州刑法規定合憲；她在 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) 一案，則改支持多數方（6 票），認處罰同性別者間性行為之德州刑法規定違憲。但她認為 Texas 州法律是因違反平等而違憲，並非因侵害隱私權所保障之性行為自由而違憲，因此她只支持違憲之結論，而不支持變更 *Bowers* 一案之判決先例。Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 579 (2003) (O'Connor, J., concurring in the judgment).

⁷ 428 U.S. 153 (1976) (overruling *Furman v. Georgia*). 美國最高法院曾於 *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) 一案判決中宣告死刑違憲。

⁸ 487 U.S. 815 (1988).

⁹ 536 U.S. 304 (2002).

¹⁰ 543 U.S. 551 (2005).

他在 *Gregg v. Georgia* 一案判決支持恢復死刑，是他一生最後悔的一票。在 *Gregg v. Georgia* 一案判決同樣曾支持恢復死刑的 Harry Blackmun 和 Lewis F. Powell, Jr. 兩位大法官，後來也都變更見解而認為死刑違憲，只是沒能形成新的多數而完全推翻認死刑合憲的判決先例。

[10] 相關機關法務部於言詞辯論時，主張我國大多數民意至今仍支持通姦罪之繼續存在，固有其民主意涵，但由此也可合理預見代表多數民意的立法院恐難以透過民主程序修法廢除通姦罪。立法代表並反映多數民意，自有其民主正當性，惟立法結果甚至程序仍會受到司法違憲審查。特別是在少數群體的權利受到多數壓迫，而無法期待民主程序之自我修正時，法院尤應採取敏感的態度，以適當的方式介入審查。從權力分立的觀點來看，司法違憲審查制度存在的主要功能正是在制衡包括立法權在內的其他政府權力，而不是在代表民意或反映民意。至於是否制衡？何時制衡？如何制衡？則為個案審查時，法院決定在程序上是否受理？受理後採取何種審查標準？違憲宣告後採取何種效力模式（如單純違憲宣告、定期失效或立即失效等）？審查範圍及理由是要「寬且深」(wide and deep) 或「窄且淺」(narrow and shallow) 等不同層次的問題。但這些都是司法違憲審查（實質）正當性的問題，而非（形式）合憲性的問題。

[11] 換言之，只要有司法違憲審查制度的存在，就會有法律被宣告違憲。只要有法律被宣告違憲，就可能會引發對抗或反多數 (counter or anti-majority) 之質疑，因為任何法律都是由立法多數通過或維持，甚至還有人民多數的支持。上述質疑是司法違憲審查制度的宿命，也是大法官必須誠懇面對並謹慎看待的正當壓力來源。法院在審查時，雖亦得同時考量民意、政策、效率、社會成本等相關因素，但並不當然受其等拘束。由於規範體系及社會集體之變遷，加上個別乃至於多數大法官價值立場之變遷，本院今日宣告通姦罪違憲，並變更 17 年前公布的釋字第 554 號解釋，固有其時代意義，但也有其必然的時代脈絡及侷限。本號解釋一旦公布，即成歷

史，而應（也會）受到當下及未來世代之討論、質疑或批判。本席既然支持多數意見，自當承擔此項歷史責任。

三、據以審查系爭規定一的憲法權利

（一）性自主權

[12] 多數意見係以（也僅以）性自主權為依據，進而審查並宣告系爭規定一違憲。部分聲請人及多位鑑定人雖另主張系爭規定一亦侵害隱私權（參本號解釋理由書第 16 段）、違反（性別）平等，¹¹然未為多數意見明確接受。

[13] 從性行為自由到性自主權：釋字第 554 號解釋認通姦罪限制了憲法第 22 條保障之性行為自由，顯係以性行為自由為本院據以審查之權利，其內涵為：是否及與何人發生性行為之自主決定權。按系爭規定一所處罰之通姦及相姦行為，依立法意旨及向來法院實務見解，僅限於男女間之性器官接合行為，而不包括其他類型之性交行為，¹²亦不包括精神上外遇等不涉及肉體上性行為之性親密關係。故其所限制之個人權利，最直接及最主要者，確為（狹義的）性行為自由。於 2002 年公布之釋字第 554 號解釋中，大法官首度並明白承認性行為自由屬憲法第 22 條保障之非明文權利，就憲法權利之演進而言，自有其釋憲史上的重要意義，值得致敬。

[14] 在此基礎上，本號解釋則改以性自主權來指稱系爭規定一所限制之權利，乃係進一步強調性行為自由與個人人格自主形成及發展的內在關聯，而不只是較無關人格自主的一般行為而已。蓋釋字第 554 號解釋亦同時強調性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，本號解釋改採性行為自由之上位概念，即性自主權，以凸顯性行為自由應屬個人就其性親

¹¹ 本案聲請人及鑑定人於言詞辯論所提出的書狀，參本院大法官 109 年 3 月 31 日言詞辯論相關資料，司法院官網，網址：<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/contents/show/32aqtnyhuphqhdb5>（最後瀏覽日：2020 年 5 月 29 日）。

¹² 參刑法第 10 條第 5 項：「稱性交者，謂非基於正當目的所為之下列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔，或使之接合之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門，或使之接合之行為。」

密關係所為之自主決定，且強調性自主權與人性尊嚴、人格發展、個人自主間之密切關聯。又性自主權之概念及用語，與目前法制用語¹³亦較為接近；其涵蓋範圍，除了性行為之自主決定外，另包括不涉及肉體上性行為之其他性親密關係的自主決定，例如所謂的精神上外遇、心靈伴侶、同性或異性密友等各層面的性親密關係。對此，本席亦認為性自主權是比性行為自由更適當的權利名稱。

（二）隱私權？

[15] 如本號解釋理由書第 16 段所概述者，部分聲請人及多位鑑定人除主張系爭規定一侵害性自主權（或性行為自由）外，另主張系爭規定一亦侵害隱私權。其所稱隱私權，除指空間及資訊隱私外，似另包括個人重要事務之自主決定權。就此，本號解釋理由書第 32 段認為：

...通姦及相姦行為多發生於個人之私密空間內，不具公開性。其發現、追訴、審判過程必然侵擾個人生活私密領域及個人資料之自主控制，致國家公權力長驅直入人民極私密之領域，而嚴重干預個人之隱私（本院釋字第 603 號解釋參照）...

雖然引用了釋字第 603 號解釋，卻止於認為「隱私」會受干預，而未將「隱私權」亦納為審查依據。就此而言，本號解釋如另以隱私權為審查依據，而認系爭規定一亦同時侵害釋字第 603 號解釋所稱之空間及資訊隱私權，是有其正面意義，即可凸顯「別讓警察進入臥室」(Keep Police Out of the Bedroom)¹⁴的個人自主。本號解釋理由書第 32 段中警示系爭規定一之發現、追訴、審判過程會「致國家公權力長驅直入人民極私密之領域」，亦為同旨。

¹³ 如刑法第 16 章之章名已經修正為「妨害性自主罪」。

¹⁴ See Andrew B. Schroeder, Keeping Police out of the Bedroom: Justice John Marshall Harlan, Poe v. Ullman, and the Limits of Conservative Privacy, *Virginia Law Review* 86(5): 1045-1094 (2000).

[16] 不過，即使是在現代憲法原則之下，象徵國家公權力的警察其實並非完全不能進入臥室，有時甚至還必須進入臥室執法。例如家暴或性侵害縱令發生於家宅、臥室之內，因涉及對人身安全、身心健康、性自主等重要權利之重大侵害，國家仍應介入調查、追訴；立法者或法院亦難以干預隱私為由，拒警察於臥室門外。本席認為：系爭規定一確實是直接限制性自主權，也常會間接干預個人生活私密領域及資料自主控制之隱私權。然後者尚非系爭規定一本身在表面上直接且必然干預者，而是適用系爭規定一所造成之常見後果，較屬間接之限制。在少數之例外情形，如發生於公共場所（如公園、野外等處）之通姦行為，或通姦人坦白自認、留下公開或其配偶可知悉之通姦證據者（如已認領非婚生子女之戶籍登記等），即可能不致干預通姦雙方之上述空間及資訊隱私權。

[17] 又被害配偶以通姦為由，訴請離婚或賠償，其訴訟過程其實也會干預通姦雙方之空間及資訊隱私權。在實務上，通姦所引發之刑事追訴或民事訴訟，都是要先由檢方或原告舉證，再由法院據以為裁判基礎。雖然在刑事訴訟中，法院仍可依職權調查，但在實務上，有關通姦罪之證據實多半來自私人蒐證，再由檢方提出，罕見由檢警主動偵查或法院依職權調查所發現。如果被害配偶只針對相姦人提起自訴（參釋字第 569 號解釋），則未必會有檢察官偵查程序之介入，而更接近於民事訴訟的程序架構。因此不管是刑事或民事訴訟，其訴訟程序都會干預通姦人及相姦人之上述隱私，結果上並無不同。只是單純的民事訴訟並無法發動警方協助蒐證，國家公權力介入的程度較低。惟如認系爭規定一侵害隱私權而違憲，則以通姦為由所提起的民事訴訟，其審理程序可能也會發生類似的違憲疑慮。能否有效區別刑事與民事訴訟，而認前者之干預隱私應該違憲，但後者之干預隱私則合憲？這會是個難題。基於上述理由，本席仍贊成本號解釋未以隱私權為審查依據，而僅於審查系爭規定一對性自主權之干預是否符合狹義比例原則時，才提及隱私，並認系爭規定一對於隱私之干預重大，因此 $B > Z$ （弊大於利）而違憲。

[18] 又部分聲請人及部分鑑定人另援引美國憲法的隱私權概念及範圍，主張系爭規定一亦侵害個人之隱私權（指性行為之自主決定）。按釋字第 603 號解釋固早已承認隱私權為我國憲法第 22 條所保障之權利，但也指明其保障範圍為「個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制」這兩個次類型，並未擴張及於個人事務的自主決定權。其保障範圍，明顯小於美國憲法之隱私權。美國憲法實務及學說所稱之隱私權，除了上述空間（含身體）及資訊隱私權外，另包括個人對攸關其人格、生活等重要事務之自主決定權，此即決定隱私權(decisional privacy)。自 1960 年代以來，（決定）隱私權是美國法院用以承認各種非明文憲法權利的最重要依據，業經法院承認者包括：婚姻、家庭、終止懷孕（即墮胎）、生育、教養子女、某些親密行為¹⁵等之自主決定(autonomy)。可見美國憲法之（決定）隱私權之性質及地位實屬概括性權利，而相當於我國憲法第 22 條所保障之非明文權利的總和或泉源。不過，我國歷年大法官解釋早已針對不同類型的個人重要事務之自主決定權，發展出並承認各種特定類型之非明文權利，¹⁶只有在難以歸類為某種特定之非明文權利時，始分別歸入人格發展自由（釋 580）（另可稱為一般人格自由、一般人格權）或一般行為自由（釋 689、699、

¹⁵ Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003) (“...Liberty presumes an autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct. The instant case involves liberty of the person both in its spatial and more transcendent dimensions.”). 依本判決，性行為亦屬隱私權所保障之自由。在這件判決中，兩名成年男子因發生性行為而被處刑罰，Tex. Penal Code Ann. §21.06(a)(2003)。於上訴後，美國最高法院最後宣告處罰「違異性行為」(deviate sexual intercourse, 通稱為 sodomy) 之德州刑法規定違憲。上述「違異性行為」之翻譯，係參考港英政府於 1865 年制定之侵害人身罪條例，其將 sodomy 稱為「違異性行為」。

¹⁶ 例如姓名權（釋 399）、名譽權（釋 656）、隱私權（釋 585、603、689）、婚姻自由（釋 362、748）、性行為自由（釋 554）、少年人格權（釋 664）、受拘禁者人格權（釋 690）、獲知生父身分之子女人格權（釋 587）、收養自由（釋 712）、契約自由（釋 576、580）、受國民教育以外教育之權利（釋 626）、健康權（釋 785）等。在概念上，上述少年人格權、受拘禁者人格權、及獲知生父身分之子女人格權，或可統整歸入人格發展自由（釋 580）之範疇。如此意義的人格發展自由即與美國憲法所稱之決定隱私權類似，都是一種概括性權利。

749、780)。反之，如果系爭事項已為某一特定的非明文權利所保障（如本號解釋所稱之性自主權），自毋須也不應同時引用屬於概括性權利之一般人格自由或一般行為自由。因此在我國憲法解釋上，即使要參考美國憲法而承認隱私權為我國憲法保障之非明文權利，也不必將上述決定隱私權納入其保障範圍。至於歐洲人權公約第8條所稱尊重私人生活及家庭之權利，其概念及功能實與美國憲法之隱私權類似，同屬概括性權利，因此也不適合引以為審查系爭規定一之權利依據。¹⁷

（三）平等權？

[19] 部分鑑定人又主張由於有系爭規定二，致系爭規定一之適用結果違反性別實質平等。其主要理由為：歷年統計顯示，依系爭規定一起訴或判決有罪確定的被告，不論是人數或比例，女性均高於男性，且其差異程度已達統計上之顯著差異。就此，本號解釋雖未明白認定系爭規定一違反性別平等，但也於理由書第43段提及上述統計上差異，並認為系爭規定一及二之長期適用結果，確有違反性別平等的疑義。只是因為本號解釋已經宣告系爭規定一及二均違憲，因此認為「上述性別失衡之問題將不復存在」。

[20] 這個爭點也是本席在審理本案時，感到困擾並糾結難清者。依法務部統計，在2008年至2015年10月間，因系爭規定一起訴（含緩起訴）、或判決有罪者，均呈現女多於男的現象；依系爭規定二單獨對配偶撤回告訴者，則呈現男性通姦人多於女性通姦人之現象。以上三種情形，都顯示系爭規定一及系爭規定二的實際適用結果，確實存在相對有利男性的現象，但比例差異大致都在10%以內，而未超過20%（女>男）。¹⁸上述統計上差異，縱認已達顯著程度，但是否可認

¹⁷ 類似見解，參本號解釋，許志雄大法官協同意見書，頁9-10。

¹⁸ 參法務部，105年1月14日法檢字第10504501620號函附件一（送立法院「刑法通姦罪修法方向之說明」報告），收於：立法院第9屆第1會期第7次會議議案關係文書（105年3月30日），院總第887號 政府提案第15350號之148公報，第587、591-593頁。值得注意的是：2008年妻撤回對夫告訴者有70人，

已有法律上之顯著差異，而足以認定系爭規定一之實際適用結果，已經構成間接歧視(或稱差別影響歧視)，這是個難題。

[21] 過去本院在釋字第 666 號解釋中，曾認當時的社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款之罰娼不罰嫖規定，「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」，而與憲法第 7 條之平等權有違(參釋字第 666 號解釋理由書第 4 段)。這號解釋所提及的性別差異程度，合理推測應該有達女 9 成以上，男 1 成以下之懸殊差異。其認定上述法律之實際適用結果有間接的性別歧視，應可成立，較無爭議。又本院釋字第 760 號解釋也曾認當時的警察人員人事條例第 11 條第 2 項之實際適用結果，使 100 年之前考試及格之未具警察教育體系學歷人員無從取得職務等階最高列警正三階以上職務任用資格，「致其等應考試服公職權遭受系統性之不利差別待遇」(參釋字第 760 號解釋文第 1 段、理由書第 7 及 10 段)。此處所稱之系統性不利差別待遇，在「具」或「未具」警察教育體系學歷人員間，甚至已達百分之百，而無例外。¹⁹釋字第 760 號解釋據以認定存在有上述間接歧視，應無疑問。

[22] 在本案，縱令不考量相對有利女性的少數年份統計，而以多數年份所呈現的女多於男之整體統計結果為準，此項統計上的性別差異程度多年來大致在 10% 以內，並未超過 20%，明顯未達釋字第 666 號及第 760 號解釋所認定之懸殊程度，是否已足以構成間接的性別歧視，這是本號解釋多數意見猶豫之處。蓋任何法律之實際適用結果，多會有性別、種

夫撤回對妻告訴者有 113 人，女性整體反而是相對有利的一方。同上述報告，頁 593。另依法務部 104 年 8 月及 108 年 6 月有關「妨害婚姻及家庭罪案件性別統計分析」資料，其整體統計多亦顯示相對不利女性的結果。惟在 105 年至 108 年 4 月間統計資料則顯示：因通姦罪起訴之男性(夫)多於女性(妻)(相對不利男性)，因相姦罪起訴之女性(小三)則多於男性(小王)(相對不利女性)。參法務部，109 年 4 月 21 日法檢字第 10904510080 號復本院函，附件二，頁 6。

¹⁹ 釋字第 760 號解釋理由書第 7 段：「...然經多年實際適用，就 100 年之前警察三等特考及格者之職務任用及後續晉升而言，已形成對警大及警官學校之畢業生恆為有利，而對一般生恆為不利之規範效果。...」

族、年齡等各種因素之統計上差異；完全不出現任何因素之統計上差異者，反屬例外。以判決有罪確定被告之性別比例來說，於大多數犯罪類型，男性被告人數都明顯高於女性。我們應無從據以主張：多數刑罰規定之實際適用結果，對於男性會構成間接歧視。在統計上，如何控制變數，並排除無關之相關因素，以認定確實存在有統計上的顯著差異，固可參考援引統計學的各種專業方法（如迴歸分析、卡方檢定等）。然即使認定存在有統計上（顯著）差異，是否當然就構成違憲的法律上差異，仍須進一步論述。前者是事實問題，後者已涉及規範評價。²⁰

[23] 以本案來說，系爭規定一之實際適用結果所以會有上述性別差異，其實是源自系爭規定二，而非系爭規定一所直接且必然導致者，²¹此即本號解釋理由書第 43 段中所述：「...系爭規定二之實際適用結果致受系爭規定一刑事處罰者，長期以來，呈現性別分布失衡之現象，...」。換言之，在系爭規定一與其適用結果之呈現性別分布失衡現象間，其實是另有系爭規定二之變數，這才是更主要、甚至是真正的變數。立法者如先修正系爭規定二，改為告訴不可分，系爭規定一即不至於會產生上述之性別差別影響歧視，而只會有是否侵害性自主權之違憲爭議。本號解釋於審查系爭規定一時，並未引用性別平等為依據，而在審查系爭規定二時，始於理由書第 43 段以併此指明的方式，回應並很委婉地贊同社會輿論及學說之上述指摘，應該是比較細緻、穩妥的論述方式。²²

[24] 系爭規定二之實際適用結果，固然會造成受系爭規定一刑事處罰者之人數及比例，出現性別差異，但這只是就起訴或判決有罪確定之情形而言。如進一步考量那些沒有啟動通

²⁰ 相關討論，參，例如，黃昭元，論差別影響歧視與差別對待歧視的關係—評美國最高法院 *Ricci v. DeStefano* (2009) 判決，中研院法學期刊，11 期，頁 1、27-36 (2012)。

²¹ 如果統計結果顯示：因通姦或相姦罪被判決有罪確定者之宣告刑，女性明顯也恆重於男性，這就比較會是系爭規定一本身適用結果所造成的間接歧視。

²² 明確認為系爭規定一及二已構成間接性別歧視者，參本號解釋，許宗力大法官協同意見書。

姦罪之刑事審判程序者，其實系爭規定二本身之適用結果往往也可能會導致更複雜的其他性別分布失衡現象，值得注意。系爭規定二容許得單獨撤回對通姦配偶的告訴，這個看似顧及雙方情義的規定，反而會使通姦人及其親友對告訴配偶施加人情、經濟、子女等壓力，而進一步壓迫告訴配偶。單獨撤回固有可能得到通姦方（包括其父母、親戚等應援團）之感激；但如果堅持不撤回告訴，反而會讓告訴配偶成為看似無情無義之人。本席相信，在社會現實上，女方所受壓力通常會大於男方。上述法務部統計資料所顯示的：依系爭規定二單獨對配偶撤回告訴者，男性通姦人多於女性通姦人，即可窺知。²³身為女性的告訴配偶往往還會因此獲得心眼小、悍妻、壞媳婦等反映性別刻板印象的負面評價，甚至為夫家方假藉各種理由掃地出門，而淪為悲情媳婦。²⁴

[25] 如果原婚姻關係中配偶雙方之經濟、社會、家族背景等地位並不相當，或有一方自認不相當，於相對強勢之一方通姦時，相對弱勢的他方更容易迫於生活、親情等壓力，而撤回對通姦人之告訴。因此系爭規定二在實際適用上，是有可能會對相對弱勢之無責配偶造成更大的壓迫。雖然我國女性地位已日益提升，許多女性在政治、經濟及社會等各個層面，也早有不亞於男性，甚至更為突出的表現，而不必然是相對弱勢的性別方。然在婚姻及家庭關係中，身為妻子或母親的女性一方，其所承擔的家務勞動、教養子女等事務，多半仍明顯超過丈夫或父親所承擔者，妻方甚至會因此放棄就業。在我國，專職的家庭主婦人數明顯多於專職的家庭主夫，至今猶然，由此亦可窺知男女在婚姻及家庭關係中之相對地位。於異性婚姻中，許多女方在現實上往往是處於相對弱勢之一方。因此上述相對弱勢一方所受之額外壓迫，也常會落在女性一方。就此而言，系爭規定二本身的適用結果，是可能會發生較不利於女性的差別影響。然由於相關的統計資料不可得，故尚難從上述之籠統敘述即直接推演出系爭規定二

²³ 資料來源，同前註 18。

²⁴ 類似見解，參本號解釋，許宗力大法官協同意見書，頁 5-6。

的適用結果，必會產生顯著的間接性別歧視，而只能留意此可能現象並繼續觀察。

[26] 從平等權的面向來說，本案除了有上述性別平等的爭議外，其實另有源自性傾向分類之平等問題。按 1999 年 4 月 21 日修正公布之刑法第 10 條雖增定第 5 項有關性交之定義，然系爭規定一仍稱通姦或相姦，並未同時修正為（合意）性交，至今未變。在法院實務上，通姦罪仍只處罰男女間性器官接合之行為，而不包括刑法第 10 條第 5 項所定其他類型之性交行為，亦不處罰（異性或同性婚姻）配偶與同性別第三人間之性行為。²⁵故縱認系爭規定一對於性自主權（或性行為自由）之限制合憲（如釋字第 554 號解釋及本件關係機關法務部之立場），或有人會主張：依向來法院實務見解，系爭規定一只處罰發生於異性別者間之婚外性行為，而未同時處罰發生於同性別者間之婚外性行為，應屬涵蓋過窄（underinclusive）之分類，從而違反平等權。²⁶或至少在立法政策上，立法者應將系爭規定一所定之通姦及相姦行為，改為刑法第 10 條第 5 項所定之性交，從而將上述男女間其他類型之性交行為、同性婚姻之配偶與同性別第三人間之性交行為，均納入通姦罪之處罰範圍。如此擴大通姦罪的適用範圍，應該會是重視婚姻忠誠、倫理等價值者所會想像或期待的平等。惟由於本號解釋已宣告系爭規定一違憲，因此亦無上述立法修正之問題。

²⁵ 司法院釋字第 748 號解釋施行法自 2019 年 5 月 24 日起施行後，我國已正式承認同性婚姻。故同性婚姻之配偶與異性別第三人間（如女同配偶與男性第三人、或男同配偶與女性第三人）如發生性行為，在解釋上固有可能落入通姦罪之處罰範圍。然同性婚姻之配偶一方與同性別第三人間之性行為，則有如異性婚姻之配偶一方與同性別之第三人發生性行為，因非男女間之性器官接合，在解釋上均仍不構成通姦罪。

²⁶ 參本院釋字第 748 號解釋理由書第 16 段：「...惟若容許相同性別二人得依婚姻章實質與形式要件規定，成立法律上婚姻關係，且要求其亦應遵守婚姻關係存續中及終止後之雙方權利義務規定...」。依此段理由之意旨，如認異性婚姻之配偶間互負性忠誠義務，同性婚姻之配偶間亦然。故系爭規定一之僅處罰異性婚姻之配偶之通姦行為，而不處罰同性婚姻之配偶之類似行為，就可能因涵蓋過窄而違反平等權。

四、通姦罪規定所追求之目的？

[27] 本號解釋雖然認為系爭規定一違憲，但仍承認其目的合憲，只是其目的所可達成的利益，明顯小於對人民性自主權及隱私所造成的損害，因此是手段違憲。就目的之審查而言，本號解釋其實與釋字第 554 號解釋相同，都是認為目的合憲。

[28] 釋字第 554 號解釋之解釋文第 1 段認「性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約」，顯然是將婚姻與家庭之保障並列為刑法通姦罪之立法目的。不過，其主要理由實多與婚姻有關，而未對維護家庭制度之目的有進一步說明。與之相比，本號解釋則僅以維護婚姻（包括婚姻制度及個別婚姻關係）為系爭規定一之立法目的，而排除維護家庭制度之目的。蓋通姦罪所直接保護的利益主要是婚姻，至於配偶以外的家庭成員，包括子女、父母或其他親屬、家屬，實難以主張通姦行為會直接損及其等之任何法律上權利。幸福家庭雖然有其可貴之處，但終究屬於感情血緣或人際關係之事項，並不適合國家透過刑罰手段予以保障，故也無從承認子女等其他家庭成員得對配偶雙方主張「彼此應專心相愛的法律上請求權」。又如配偶雙方之外，並無其他家庭成員，於此情形，維護家庭就是維護婚姻，亦無須另將維護家庭制度列為系爭規定一之立法目的。²⁷

[29] 就維護婚姻之目的言，釋字第 554 號解釋在解釋文第 1 段及理由書第 1 段中均進一步強調：「...國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠

²⁷ 另一值得注意的差別是：釋字第 554 號解釋認「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障...」並以制度性保障作為限制人民性行為自由的理由及依據。本號解釋雖仍提及婚姻制度（參本號解釋理由書第 29 至 31 段），但並未進而引用制度性保障理論來制約或限制人民之性自主權，這也是本號解釋和釋字第 554 號解釋不同之處。其實本院在釋字第 748 號解釋理由書第 16 段中，也曾有類似的論述：「究國家立法規範異性婚姻之事實，而形成婚姻制度...」，同樣也只是提及婚姻是一種制度，而未引用制度性保障理論。在本號解釋和釋字第 748 號解釋的脈絡下，所謂制度性保障，對於性自主權及同性婚姻平等權而言，其效果反而都是制度性限制，而非保障；且應為受審查之事項（通常為目的審查），而非可當然據以審查的規範依據。

誠義務...」本號解釋理由書第 29 段也有類似的闡釋：「...故國家為維護婚姻，非不得制定相關規範，以約束配偶雙方忠誠義務之履行...」除了將夫妻改為配偶外，本號解釋基本上仍延續釋字第 554 號解釋之立場，明白承認配偶雙方互負並應履行對他方之忠誠義務。本席認為：這是系爭規定一立法目的是否合憲之關鍵所在。

[30] 本號解釋和釋字第 554 號解釋都只是很含蓄地指出配偶雙方互負忠誠義務，而沒有進一步明示忠誠義務之核心要素，也沒有說明配偶一方依據忠誠義務究竟可以對他方主張什麼權利？縱使承認有配偶權，其內容究竟為何？如果系爭規定一之目的是要以刑法處罰違反婚姻忠誠義務的通姦行為，以「預防通姦、維繫婚姻」(釋字第 554 號解釋理由書第 3 段)，然與通姦人同罪之相姦人究竟是對何人違反了什麼忠誠義務？

[31] 本席認為：上述所謂婚姻忠誠義務，說穿了，就是配偶一方對於他方性器官的排他、獨占使用權，這是本號解釋和釋字第 554 號解釋所沒有說出口的配偶權之核心要素。所謂系爭規定一之目的在維繫婚姻，其實是在維護上述性獨占權。婚姻既課以雙方互負(性)忠誠義務，也賦予雙方互有性獨占的對等權利。通姦罪所要保護的核心法益，其實是婚姻存續中，配偶一方對他方之性獨占權，且得排除任何第三人，而不只是要求他方配偶要盡其性忠誠義務而已。如此也才能解釋為何非婚姻關係一方之相姦人應與通姦人同罪，因為通姦人及相姦人係共同破壞了建立在上述性獨占權之上的合法婚姻關係及婚姻制度。再者，所謂婚姻忠誠義務在理論上及實際上本都還會包括精神及感情層面的忠誠義務，而不只是性行為層面之忠誠。違反精神或感情層面的忠誠義務，其對婚姻之破壞，未必小於通姦。然系爭規定一並不處罰違反(廣義)忠誠義務的精神上出軌行為，而僅處罰違反性行為忠誠義務的通姦行為。即使擴大通姦罪的處罰範圍，而包括男女性器官接合行為以外的其他性交行為(參刑法第 10 條第 5 項)，受處罰之行為仍然只是性行為，而不及於精

神及感情層面的不忠誠行為。由此可證通姦罪所要維護的婚姻之忠誠義務，其核心正是上述性忠誠義務（即性獨占權）。

[32] 康德是如此定義婚姻：婚姻是一男一女為終身享有對方性器官（使用權）所成立之結合。²⁸哲學家以其洞見，一語揭穿了法律的面紗。依此定義，所謂配偶雙方互負忠誠義務，如從權利面來說，其實就是配偶雙方互惠使用對方性器官的排他性獨占權利。這不但是個雙務契約，甚至還有對世效力，因為能排除任何第三人之使用他方配偶性器官，並可追究相姦人之責任。相姦人之所以應與通姦人同罪，也正是侵害了被害配偶之性獨占權，而不是相姦人違反了什麼性忠誠義務。從憲法觀點來說，通姦罪所涉及的核心爭點，正是婚姻關係中，配偶一方之性獨占權與他方（包括通姦人與相姦人）性自主權的衝突。

[33] 其實我國現行法律體系並未完全堅持或貫徹婚姻應具有上述性獨占權的規範效力。刑法第 245 條第 2 項規定：配偶縱容或宥恕者，對通姦人及相姦人都不得告訴。套句康德的用語來說，在刑法第 245 條第 2 項規定下，配偶性器官使用權並不必然是終身獨占、徹底排他的。綜合刑法第 239 條及第 245 條第 2 項規定，似可推知其整體意旨為：配偶性器官之使用權，在原則上固應為雙方各自獨占，但仍可授權或容忍他方配偶與第三人分享使用，因此較接近優先使用的效力，而不是徹底排他。就此而言，作為刑法通姦罪規範前提之性獨占權，因為刑法第 245 條第 2 項之存在，其意涵及效力已經動搖，至多只能說是性優先權而已。依刑法第 245 條 2 項規定，被害配偶對於通姦人，既可以事前縱容，也可於事後宥恕，顯然通姦所侵害的法益，與公益關聯很低，因此容許配偶處分。既然其屬個人利益的性質顯然高於公共利益，國家實無必要非以刑法處罰不可。

²⁸ Immanuel Kant, *Metaphysics of Morals (Metaphysik der Sitten)* [MS] 6, p. 277 (trans. Mary Gregor), Cambridge, U.K.: Cambridge University Press (1996) (“sexual union in accordance with law is marriage (*matrimonium*), that is, the union of two persons of different sexes for lifelong possession of each other’s sexual attributes.”)

[34] 其次，依強制執行法第 128 條第 2 項規定，法院命夫妻同居之判決，仍不得強制執行。換言之，國家並無法以法律手段強制配偶相互間之實際履行其性義務。如真要貫徹性獨占權，在法理邏輯上，是否應容許強制執行？在現實上，有可能嗎？國家之所以不提供其公權力，以貫徹配偶一方對他方性器官之使用權，是否意謂在法理上，婚姻雙方之是否及如何發生性關係，實不具公益性，而屬感情領域事項，最終仍應由個人自主決定。即使是訴諸忠誠義務，也無法強制配偶一方對他方履行性義務。

[35] 再者，已婚配偶間之強制性交亦有刑法第 221 條強制性交罪之適用，這也是容許配偶一方得基於其性自主，而拒絕履行性義務。配偶中任一方如違反他方意願而強制為之，甚至會構成犯罪。可見配偶之性自主權，並不當然受婚姻之拘束；反而是配偶間之性義務應受到個人性自主權之制約，而不是性自主權當然應受性義務之制約。

[36] 綜合上述刑法及強制執行法相關規定之立法意旨，於性獨占權和性自主權相衝突時，上述法律都仍是以性自主權優先。回到系爭規定一立法目的之審查，本席認為其關鍵問題為：是否應無條件賦予並承認婚姻制度當然有上述性獨占權之保障及內涵，且具有排他效力？本席認為：如繼續以維護婚姻關係的性獨占權為系爭規定一之立法目的，此項目的之涵蓋範圍顯然過於廣泛，其效力也過於強烈，而難認合憲。

29

[37] 如果已婚配偶間的忠誠義務如此重要，值得國家以刑法保障，未來如立法承認非婚姻之伴侶制度（同性或異性間均可適用），並具有類似婚姻的效力，由於伴侶在法律上也會互負一定的（性）忠誠義務，是否也要將通姦罪之適用範圍擴張及於伴侶關係？如再延伸下去，長期穩定交往，甚至已經

²⁹ 結論類似但理由不同之意見，參本號解釋，許志雄大法官協同意見書，頁 14（質疑系爭規定一之立法目的可能未達重大公益程度，而無法通過本件所採較為嚴格審查標準之檢驗，致目的本身就可能違憲）。

同居的兩人，不論是依個人倫理或社會通念，其實也會互負一定的（性或感情）忠誠義務。如其中一方背叛他方，是否也應制定負心罪處罰？

[38] 可是刑法...婚姻回不去了：在現實世界中，被害配偶一旦發動刑法通姦罪之追訴程序，縱令後來撤回對通姦配偶之告訴，又即使一方想要回到平凡一天，但雙方婚姻多半就如電視劇「犀利人妻」最終回的著名台詞：「可是瑞凡...我回不去了」。據統計，在法院審理的通姦罪案件中，就算通姦配偶最後未被判決有罪（包括撤回告訴或判決無罪等情形），也約有半數案件之婚姻最後仍是離婚收場。可見系爭規定一之存在，其立法目的或係為維繫婚姻，然其實際後果往往是破壞個別婚姻關係。

[39] 感情的世界多屬個人道德、倫理的自主範疇，就連父母、親人也難以干預或勉強，更遑論國家法律。在兩人世界中，能夠攜手同行，白頭偕老，固屬美事。然如因各種因素致難以繼續同行，縱令動用刑法伺候，監獄關得住人，但還是關不住心。刑法第 239 條通姦罪規定，是該劃下句點了。

釋字第 791 號解釋協同意見書

謝銘洋大法官提出

本件解釋涉及在我國爭議已久的議題，包括多位被告以及審理案件的法官都提出通姦罪是否違憲，以及聲請變更本院釋字第 554 號解釋（系爭解釋）。本件解釋的標的涉及刑法第 239 條的規定：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」（系爭規定一），以及刑事訴訟法第 239 條但書的規定：「但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」（系爭規定二）

經本院審理後，認為系爭規定一對性自主權的限制不符合比例原則，系爭解釋應予變更，且系爭規定二也違反憲法對平等權的保障。本件解釋的意義在於以個人人格自主為基礎，肯定性自主權是個人人格自主的一部分，並認為通姦罪的刑罰對個人人格自由與隱私權所造成的侵害，顯然甚於婚姻制度所要維護的利益。本席贊同本件解釋的結論，並提出協同意見。

一、 婚姻的維持，無法靠刑罰的威嚇

婚姻與家庭是社會穩定和發展的重要基石，而婚姻是以感情為基礎，通姦除罪化並不表示婚姻不重要，只是告訴大家，婚姻是兩情相悅的事，不能靠國家來幫你們維持，不能靠國家拿著刑罰的鞭子在後面鞭策；婚姻要靠自己，夫妻必須花更多心思來互相了解、尊重，更關心另一半，以積極主動的態度去提升婚姻的品質並經營美滿的家庭生活，刑罰的介入反而扭曲了婚姻的本質。

婚姻在有第三者介入後，就已經出現破綻，此時對於夫妻雙方而言，應該是如何修補破裂的婚姻，包括雙方坦承以對，甚至尋求專業的婚姻諮商，而不是利用刑罰的威嚇手段，去造成更大的撕裂，或只是勉強維持婚姻的形式。以刑罰處理婚姻問題，只是鋸箭法，其實並沒有真正解決婚姻關係中的破裂問題。通姦罪的存在，甚至使得已經分居多年，卻因某種原因而仍然維持形式婚姻關係者，也同樣面臨通姦罪刑罰的威脅。而父母親對簿公堂、以刑罰相逼，對子女更是造成一輩子難以抹滅的傷害。

二、 刑罰應是不得已的最後手段，不應被濫用

國家對個人之刑罰，應是不得已的強制手段，特別是自由刑，涉及對人民身體自由的嚴重限制，除非必須對其採強制隔離施以矯治，才能維護社會秩序時，其科處始屬正當合理（本院釋字第 544 號解釋參照）。

然而過去國人對於刑罰的「迷戀」程度，在其他民主國家殊屬罕見，許多案件其實都只是民事糾紛，但卻因為有刑罰的規定，不僅可以「以刑逼民」，還可以利用檢察官來蒐集證據，而且刑事附帶民事無須繳納裁判費，更是助長了以刑逼民的風氣（其實無資力者，目前已經有訴訟救助與法律扶助可資協助，刑事附帶民事制度實有重新檢討之必要）。

若人民對刑罰的依賴性過高，須靠國家刑罰來解決民事紛爭，不僅無法真正解決問題，而且造成更大的社會問題並嚴重浪費國家司法資源。此由過去票據法以及專利侵害之刑罰規定所產生的嚴重問題即可知，在當時除罪化的過程中雖然有不少反對聲浪，然而除罪化後，不僅沒有產生問題，反

而使相關制度運作更為順暢。

通姦的問題，主要是夫妻雙方的感情與婚姻的問題，純粹是私的生活領域的問題，以國家刑罰介入，不僅不適當，而且以刑逼民的結果，往往寬恕了自己的配偶，卻迫使相姦的第三者必須支付高額的賠償費。而且國家於刑罰權發動時，所進行的犯罪偵查以及後續的刑事審判程序，必須介入極為隱密的私的領域而且必須一再的揭露，更是造成對個人隱私權嚴重且持續性的傷害。

三、 系爭規定施行的結果往往造成對女性實質不平等

在國際上，不僅只有極為少數的國家還留有通姦罪，在相關國際公約上，通姦罪更是成為對婦女歧視的象徵，此由「消除對婦女一切形式歧視公約」(CEDAW) 第 2 條要求消除對婦女歧視，且在第 35 號一般性建議第 29 條 c 款(一) 應廢除將通姦定為刑事罪的條款，即可知。

而系爭規定二對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人，使得對婚姻有忠貞義務的配偶可以脫免於刑罰之外，卻使對婚姻無忠貞義務的第三人，要單獨受到處罰，實屬不合理的現象，而且在台灣，單獨受到處罰的，往往是女性，這也引起許多婦女團體和學者的批評。

四、85 年前的價值觀已經不符自由多元發展的當今社會

通姦罪是在 1935 年刑法制定之初就已經存在的規定，迄今已經有 85 年了。近年來，臺灣的社會快速的發展，社會通念與價值觀已經逐漸有所改變，對於婚姻的觀念也逐漸改變，朝向更為自由、平等、尊重個人自主權、人格健全發展

與人性尊嚴維護的方向發展，此由本院釋字第 748 號解釋可知。而本院釋字第 554 號解釋，有感於社會的發展與觀念的改變，肯認婚姻制度是植基於人格自由，且性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，雖然已經踏出一步，然而還是受制於舊時代的觀念，認為通姦罪的存在，是維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要。系爭解釋做成於 2002 年，到現在也已經將近 18 年了，這段期間臺灣社會已經邁向更為自由化、民主化與多元化的發展，本件解釋沒有僵守數十年前的價值觀所制定的通姦罪並能超越系爭解釋而與時俱進，是值得贊同的，因此提出協同意見書如上。

釋字第 791 號解釋不同意見書

吳陳銀大法官 提出

刑法第 239 條對於通相姦行為之處罰規定，並不違憲，本院釋字第 554 號解釋無變更之必要。刑事訴訟法第 239 條但書規定，亦不違憲。該等規定是否已不合當前社會之風俗教化、倫理觀、價值觀，而應予修正或廢止，應由代表全國民意之中央立法機關經由立法程序之間接民主程序或由全國民眾透過公民投票複決法律之直接民主程序決定之，¹非屬釋憲機關之本院得以越俎代庖。

一、刑法第 239 條對於通相姦行為之處罰規定，並不違憲

(一) 對通相姦者以刑罰制裁，依憲法第 22 條規定，不生侵害性行為自由及隱私權之違憲問題

1、性行為自由及隱私權，以不妨害社會秩序公共利益為前提，始受憲法之保障

按性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，得自主決定是否及與何人發生性行為，受憲法第 22 條之保障，經本院釋字第 554 號解釋釋明在案，²次按隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資

¹ 公民投票法第 2 條第 2 項第 1 款規定：「全國性公民投票，依憲法規定外，其他適用事項如下：一、法律之複決。」

² 本院釋字第 554 號解釋解釋文及理由書均釋明：「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前提下，始受保障。」

料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障，亦經本院釋字第 603 號³及第 585 號⁴解釋釋明在案。

惟按憲法第 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。」該條所保障之自由及權利，以不妨害社會秩序、公共利益者為限，此觀該條之規定自明。而憲法第 22 條所保障之各項自由及權利，以不妨害社會秩序公共利益為前提，亦經本院釋字第 780 號⁵、第 699 號⁶、第 689 號⁷及第 554 號⁸解釋釋明在案。

故依憲法第 22 條所衍生之性行為自由及隱私權，須以不妨害社會秩序公共利益為前提，始受憲法之保障。

2、通相姦行為衍生所謂之性行為自由及隱私權，妨害社會秩序公共利益，不受憲法之保障

³ 本院釋字第 603 號解釋理由書釋明：「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障。」

⁴ 本院釋字第 585 號解釋理由書釋明：「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障……。」

⁵ 本院釋字第 780 號解釋理由書釋明：「除憲法已保障之各項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第 22 條所保障。」

⁶ 本院釋字第 699 號解釋理由書釋明：「人民有隨時任意前往他方或停留一定處所之行動自由，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，受憲法第二十二條所保障。」

⁷ 本院釋字第 689 號解釋理由書釋明：「除憲法已保障之各項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第二十二條所保障。」

⁸ 本院釋字第 554 號解釋文及理由書均釋明：「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，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。」

按「立法機關就婚姻關係之有效成立，訂定……一夫一妻等要件，旨在……維持倫理關係、社會秩序以及增進公共利益……」、「婚姻涉及身分關係之變更，攸關公共利益，……一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障。……婚姻不僅涉及當事人個人身分關係之變更，且與婚姻人倫秩序之維繫、家庭制度之健全、子女之正常成長等公共利益攸關，……」經本院釋字第 647 號⁹及第 552 號¹⁰解釋分別釋明在案。一夫一妻婚姻制度屬應維持之社會秩序，亦經本院釋字第 362 號¹¹及第 242 號¹²解釋釋明在案。

「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（本院釋字第三六二號、第五五二號、第五五四號及第六九六號解釋參照）。家庭制度植基於人格自由，具有繁衍、教育、經濟、文化等多重功能，乃提供個人於社會生活之必

⁹ 本院釋字第 647 號解釋理由書釋明：「查立法機關就婚姻關係之有效成立，訂定登記、一夫一妻等要件，旨在強化婚姻之公示效果，並維持倫理關係、社會秩序以及增進公共利益，有其憲法上之正當性。」

¹⁰ 本院釋字第 552 號解釋解釋文釋明：「婚姻涉及身分關係之變更，攸關公共利益，……」理由書釋明：「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障。……婚姻不僅涉及當事人個人身分關係之變更，且與婚姻人倫秩序之維繫、家庭制度之健全、子女之正常成長等公共利益攸關，……」

¹¹ 本院釋字第 362 號解釋文及理由書均釋明：「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，……。」

¹² 本院釋字第 242 號解釋文釋明：「中華民國七十四年六月三日修正公布前之民法親屬編，其第九百八十五條規定：『有配偶者，不得重婚』；第九百九十二條規定：『結婚違反第九百八十五條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷』，乃維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序所必要，與憲法並無抵觸。」理由書亦釋明：「中華民國七十四年六月三日修正公布前之民法親屬編，其第九百八十五條規定：『有配偶者，不得重婚』，旨在建立一夫一妻之善良婚姻制度，其就違反該項規定之重婚，於第九百九十二條規定：『結婚違反第九百八十五條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷』，以資限制。此項規定，並不設除斥期間，乃在使撤銷權人隨時得行使其撤銷權，為維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序所必要，與憲法並無抵觸。」

要支持，並為社會形成與發展之基礎。」¹³「婚姻與家庭植基於人格自由，為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（本院釋字第五五四號解釋參照）。」「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照本院釋字第三六二號、第五五二號解釋）。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能……」「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障。……婚姻不僅涉及當事人個人身分關係之變更，且與婚姻人倫秩序之維繫、家庭制度之健全、子女之正常成長等公共利益攸關……」經本院釋字第 712 號、第 696 號、第 554 號及第 552 號解釋分別釋明在案。而「有配偶而與人通姦，悖離婚姻忠誠，破壞家庭和諧，侵害憲法第二十二條所保障之自由權利」，亦經本院釋字第 569 號解釋釋明在案。

故一夫一妻婚姻制度、男女平等、包括配偶人格權與父母子女關係之婚姻人格倫理秩序、家庭完整之家庭制度、婚生與婚外性行為所生子女之正常成長及國家社會之安定與發展，攸關社會秩序公共利益，性行為自由及隱私權與通相姦行為有關之部分，其行使之結果，將妨害前揭所述之公共利益，揆諸上開說明，於此範圍內，自不受憲法第 22 條之保障。這就如同犯血親為性交、竊盜、搶奪、強盜、侵占、詐欺等罪者，與其犯罪有關之性行為自由及隱私權，並不受憲法之保障。¹³

¹³ 美國猶他地區聯邦地方法院(United States District Court, District of Utah, Central

3、對通相姦者以刑罰制裁，依憲法第 22 條規定，不生侵害性行為自由及隱私權之違憲問題

綜上說明，憲法第 22 條所保障之各項自由及權利，以不

Division)，於 *Oliverson v. West Valley City* 一案中，亦表示：原告雖主張猶他州通相姦行為之刑罰制裁規定，侵害美國聯邦憲法修正條文第 14 條所保障之隱私權。但通相姦行為數世紀以來，均認為係與家庭完全不相容之行為，猶他州法律亦禁止之。通相姦者共同侵害婚姻及家庭，就像詐欺或竊盜之共犯，不僅損及通姦者之配偶，通姦者亦可能付出情緒上重大之代價，亦可能導致不想出生子女之出生與婚外情所生子女巨大養育及權利不受保障之問題，亦可能導致家庭破碎甚至嚴重之暴力行為及離婚，其結果可能是悲慘的，可能由無辜子女及親屬承擔嚴重之後果，因此通相姦行為，有嚴重危害社會及心理之後果，並非無被害人之犯罪，猶他州有極重要之公共利益防止通相姦行為，雖然通相姦行為經常發生，但不能作為憲法限制以刑罰加以制裁之正當理由，就像侵占或其他違反信賴關係之行為，並不能以經常發生作為憲法限制以刑罰加以制裁之正當理由一樣，因此無論以嚴格或合理之審查標準，該州立法以刑事罰制裁通相姦行為，係為維護合法之家庭利益，並不侵害隱私權，亦不違憲。(‘The plaintiff contends the Utah adultery statute violates a privacy interest protected by the Fourteenth Amendment...The freedom of disclosure is not involved in the act of adultery since the joint nature of the act inherently involves disclosure beyond one person. There is no marital union, no privacy protected by familial interests; indeed the act has for centuries been viewed as totally antithetical to the family. It is a physical sexual act involving two persons not having any obligation to each other. The Utah law does not compel disclosure of anything. It precludes the act in the first instance. The privacy is in conduct like that of deceit or theft and similar to that of conspiracy, not that of a marriage relationship.... It is suggested here that adultery is akin to a conspiratorial act in violation of the family.... “Adultery is a transgression against the marriage relation which relation the law endeavors to protect....”... An adulterous relationship imposes costs on the non-involved spouse.... Costs may also be incurred by the errant spouse. Emotional costs may be substantial.... It may lead to unwanted children and greater problems of child support.... It may also lead to the destruction of a family and even serious violence. A state also has an interest in preventing disease and adultery may be more deterrable than fornication.... The adulterer whose liaison produces offspring may not have a protectable interest in the child. Adultery does not guarantee special status towards a child produced from the liaison..... Adultery in the case of many will lead to divorce and breakup of a family unit as a positive social and economic unit and force in society. The results can be tragic and the social costs may impact innocent children and relatives....adultery to have serious and endangering social and psychological consequences. It is not a victimless crime. There can be substantial adverse social costs. The state has an interest in avoiding the deficits and damages of the adulterous affair. The fact that adultery may occur with some frequency is no justification for a constitutional restriction on the criminalization of adultery any more than on embezzlement or numerous other violations of trust which frequently occur.... Whether under the circumstances a strict scrutiny or a rational basis standard applies for constitutional review is not material to the resolution of this issue.... The State of Utah and the defendants have a compelling state interest in preventing adultery.... Law Professor Martha A. Fineman...notes that in regulating intimacy, the norms of the nuclear family have been firmly supported by the law.... Professor Fineman notes changes that have taken place, but the “family as a legal, functional, and symbolic institution in America is based” on natural law.... It has “tremendous societal value which helps to explain why it alone continues to serve as the only legitimate referent for our political and public discussions about intimacy, sexuality, and morality, as well as defining for us what are appropriate ‘family’ policies and needed law reforms.” ... Therefore, if this is so, it is appropriate for a state legislature to criminalize adultery in support of legitimate family interests.’ 875 F.Supp. 1465, 1477-78, 1484-85 (D. Utah, 1995).)

妨害社會秩序公共利益為前提，除為憲法所明定，並經本院釋字第 780 號、第 699 號、第 689 號及第 554 號解釋釋明在案，已如前述。則除非修改憲法，否則解釋憲法之機關無權推翻憲法之明文規定，而為不同見解之解釋。通相姦行為衍生所謂之性行為自由及隱私權，妨害社會秩序及公共利益，既不受憲法第 22 條之保障，則對通相姦者，以刑罰制裁，自不生侵害性行為自由及隱私權之違憲問題。

(二) 通相姦行為衍生所謂之性行為自由及隱私權，縱受憲法之保障，以刑罰制裁通相姦行為，仍不違反憲法第 23 條規定之比例原則

縱如本號解釋多數意見之見解，憲法第 22 條所保障之各項自由及權利，不以不妨害社會秩序公共利益為前提，而應直接審查對通相姦者以刑罰制裁，是否違反憲法第 23 條規定之比例原則，亦即應直接審查對通相姦者以刑罰制裁，是否違反憲法第 23 條規定之比例原則而侵害通相姦者之性行為自由及隱私權。基於下列理由，仍不生違反憲法第 23 條比例原則之問題。

1、對通相姦者以刑罰制裁，係為維持社會秩序增進公共利益之目的，目的正當

通相姦行為妨害一夫一妻婚姻制度、男女平等、婚姻人格倫理秩序、家庭完整之家庭制度、婚生與婚外性行為所生子女正常成長及國家社會安定與發展之社會秩序等公共利益，已如前述。對通相姦者以刑罰制裁，限制通相姦者之性

行為自由及隱私權，不僅係為確保婚姻忠誠義務之履行，亦係為維持上開社會秩序及增進上開公共利益之目的，目的正當。

2、對通相姦者以刑罰制裁，限制通相姦者之性行為自由及隱私權，有助於上開維持社會秩序增進公共利益目的之達成

對通相姦者以刑罰制裁，限制通相姦者之性行為自由及隱私權，得以發揮刑罰之一般預防功能，有助於確保婚姻忠誠義務之履行與一夫一妻婚姻制度、男女平等、婚姻人格倫理秩序、家庭完整之家庭制度、婚生子女正常成長及國家社會安定與發展目的之達成。

3、無其他較以對通相姦者以刑罰制裁侵害為小之方法，可以同樣達成上開維持社會秩序增進公共利益之目的

本號解釋多數意見認為，婚姻制度之社會功能已逐漸相對化，而通相姦行為係損及個人感情且主要係私人間權利義務爭議之行為，尚不致明顯損及公益，故不應納入刑罰制裁範圍。惟婚姻制度事涉多重公益，已如前述，並不能單純以私人之間的民事關係視之。或謂以民事方式，亦可達成上開確保婚姻忠誠義務履行與一夫一妻婚姻制度、男女平等、婚姻人格倫理秩序、家庭完整之家庭制度、婚生子女正常成長及國家社會安定與發展等刑法第 239 條之立法目的之達成，對通相姦者以刑罰制裁，限制通相姦者之性行為自由及隱私權，非屬侵害最小之方法。

惟按刑罰有其一般預防及特別預防之功能，非民事方式得以達成，否則諸如殺人、強盜、竊盜、詐欺、背信、違反金融法規等所有刑事處罰規定，亦應均可以民事方式，達成防止侵害國家、社會及個人法益之目的，而廢止全部之刑事處罰規定，其理不通至明。更何況以民事方式，處罰通相姦之行為，對於富有資力者而言，其資力足以承擔，對其無關痛癢，並無法達成防止通相姦行為之目的；對於無資力者而言，其資力無法負擔，被害配偶只能依強制執行法規定取得執行法院發給之債權憑證，¹⁴對於通相姦者，亦無關痛癢，同樣無法達成防止通相姦行為之目的；至於仍維持婚姻關係之夫妻，在現行民法夫妻法定財產制¹⁵及夫妻互負扶養義務之規定下，¹⁶民事上之制裁，並無任何意義，無法達成防止通相姦行為所欲滿足之立法目的。故並無法以民事方式，達成防止通相姦行為，確保婚姻忠誠義務履行與一夫一妻婚姻制度、男女平等、婚姻人格倫理秩序、家庭完整之家庭制度、婚生子女正常成長及國家社會安定與發展之目的。

4、對通相姦者以刑罰制裁，係為維護極重要之公共利益，所採取之手段，非屬失衡

一夫一妻婚姻制度、男女平等、婚姻人格倫理秩序、家

¹⁴ 強制執行法第 27 條規定：「(第 1 項) 債務人無財產可供強制執行，或雖有財產經強制執行後所得之數額仍不足清償債務時，執行法院應命債權人於一個月內查報債務人財產。債權人到期不為報告或查報無財產者，應發給憑證，交債權人收執，載明俟發見有財產時，再予強制執行。(第 2 項) 債權人聲請執行，而陳明債務人現無財產可供執行者，執行法院得逕行發給憑證。」

¹⁵ 民法第 4 編親屬第 2 章婚姻第 4 節第 2 款法定財產制第 1,017 條至第 1,030 條之規定參照。

¹⁶ 民法第 1116 條之 1 規定：「夫妻互負扶養之義務，其負扶養義務之順序與直系血親卑親屬同，其受扶養權利之順序與直系血親尊親屬同。」

庭完整之家庭制度、婚生子女之正常成長及國家社會之安定與發展，均屬極重要之公共利益。¹⁷對通相姦者以刑罰制裁，縱使侵害通相姦者之性行為自由及隱私權，所採取之手段，仍非屬失衡。一個文明、法治之社會，難道要容許一夫多妻、一妻多夫甚至多夫多妻之婚姻制度？亦難道要容許男女不平等、婚姻人格倫理秩序蕩然無存、各個家庭支離破碎、婚生與婚外性行為所生子女均在不正常之環境中成長，造成動盪不安之國家社會，而危害國家社會之發展？

（三）刑法第 239 條並不生違反平等原則之問題

有謂刑法第 239 條規定結合刑法第 245 條第 2 項宥恕規定及刑事訴訟法第 239 條但書規定，實際上形成判決有罪之女性被告多於男性被告之性別差異，有違憲法第 7 條。

惟查刑法第 239 條對通相姦之男女均加處罰，其刑度均相同，對通相姦者及男女均無差別待遇，自不生違反平等原則之問題。另查刑法第 245 條第 2 項規定：「第 239 條之罪配偶縱容或宥恕者，不得告訴。」只要對配偶縱容或宥恕，即對通相姦之男女均不得告訴(本院院字第 1605 號及第 2261 號解釋參照)，亦即對通相姦者及男女亦均無差別待遇，自亦不生違反平等原則之問題。至刑事訴訟法第 239 條但書規定，亦無違平等原則，容於下詳述之。

¹⁷ 美國猶他地區之聯邦地方法院(United States District Court, D. Utah, Central Division)，於 *Oliverson v. West Valley City* 一案中，亦認為猶他州有極重要之公共利益以防止通相姦行為。(‘The State of Utah and the defendants have a compelling state interest in preventing adultery.’ 875 F.Supp. 1465, 1485 (D. Utah, 1995).)

二、刑事訴訟法第 239 條但書亦不違憲

(一) 差別待遇是否符合平等原則之審查原則

按憲法第 7 條保障之平等權，並不當然禁止任何差別待遇，立法與相關機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理差別待遇。法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第 682 號、第 750 號、第 768 號、第 788 號及第 790 號等解釋參照）。而所採取之分類如未涉及可疑分類，應採寬鬆審查，倘差別待遇之目的係為追求合法公益，且所採手段與目的之達成間具合理關聯，即與平等原則無違（本院釋字第 768 號解釋參照）。惟綜合考量規定之分類標準及其差別待遇所涉之權利類型，如應適用較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性，則除其目的須為追求重要公共利益外，其手段與目的之達成間並須具有實質關聯，始符合憲法第 7 條保障平等權之意旨（本院釋字第 783 號、第 782 號、第 781 號、第 760 號、第 748 號、第 649 號及第 626 號等解釋參照）。

(二) 刑事訴訟法第 239 條但書非以性別為區別之基礎

有謂刑事訴訟法第 239 條但書規定：「但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」雖為性別中立之立法，在實踐上卻使得依刑法第 239 條規定起訴或論罪之女性人數顯然多於男性，故刑事訴訟法第 239 條但

書規定在實質上係以性別為基礎而產生差別待遇。

惟按，刑事訴訟法第 239 條但書規定，並非以性別為分類標準，而係以男女性皆該當之配偶與相姦人為區別標準，為性別中立之立法。

次查因以往犯通姦罪經告訴後偵查及判處罪刑者，以男性居多數，以自 105 年起始區分通姦罪、相姦罪加以統計之 105 年 1 月至 108 年 4 月間為例，¹⁸因涉犯通姦罪，經檢察官偵查終結之男性及女性分別為 2,488 人、1,860 人，經提起公诉之男性及女性分別為 497 人、395 人（見附表 1），¹⁹經判決有罪確定由檢察官指揮執行之男性及女性分別為 214 人、192 人（見附表 2）。²⁰因適用刑法第 245 條第 1 項規定同法第 239 條之罪，須告訴乃論，及刑事訴訟法第 239 條前段告訴與撤回告訴不可分及但書對於配偶撤回告訴效力不及於相姦人規定，依刑法第 239 條規定起訴或論罪之女性人數多於男性，乃當然結果。倘犯通姦罪經告訴後偵查及判處罪刑者，以女性居多數，則適用上開規定之結果，依刑法第 239 條規定起訴或論罪之男性人數即會多於女性。²¹

¹⁸ 法務部，法務統計，統計分析，統計摘要分析：妨害婚姻及家庭罪案件統計分析，頁 5 註 2。http://www.rjtd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebListFile.ashx?list_id=1654 最後瀏覽日：2020/05/29。

¹⁹ 同前註，頁 6 表 4。

²⁰ 同前註，頁 7 表 5。

²¹ 告訴乃論之罪，告訴雖僅係訴追條件，而非刑事訴訟法第 228 條第 1 項「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查」之偵查條件。但犯通姦罪者，如未經告訴，實務上不太可能發動偵查。

附表一 地方檢察署偵查通姦相姦罪案件終結情形
105年至108年4月

單位：人、%

項目別	總計 a	起訴		緩處 起訴分	不處 起訴分		犯疑 罪不 嫌足		撤逾 回期 告或 訴		其 他	
		b	b/a ×100		c	c/a ×100	d	d/c× 100	e	e/c× 100		
總計	計	8,532	1,901	22.3	7	5,724	67.1	2,471	43.2	3,025	52.8	900
	男	4,184	913	21.8	4	2,824	67.5	1,168	41.4	1,539	54.5	443
	女	4,348	988	22.7	3	2,900	66.7	1,303	44.9	1,486	51.2	457
通姦罪	計	4,348	892	20.5	4	3,020	69.5	1,033	34.2	1,860	61.6	432
	男	2,488	497	20.0	3	1,732	69.6	564	32.6	1,091	63.0	256
	女	1,860	395	21.2	1	1,288	69.2	469	36.4	769	59.7	176
相姦罪	計	4,184	1,009	24.1	3	2,704	64.6	1,438	53.2	1,165	43.1	468
	男	1,696	416	24.5	1	1,092	64.4	604	55.3	448	41.0	187
	女	2,488	593	23.8	2	1,612	64.8	834	51.7	717	44.5	281

說明：自105年起始有區分通姦罪、相姦罪。

附表二 地方檢察署執行通姦相姦罪案件裁判確定情形
105年至108年4月

單位：人、%

項目別	總計 a	有罪						無 罪	不 受 理 d	撤 回 告 訴 e	其 他			
		計		有期徒刑		拘 役 及 免 刑								
		b	b/a ×100	c	c/b ×100									
							六 月 以 下					逾 一 年 六 月 滿		
總計	計	1,798	1,048	58.3	1,046	99.8	-	2	73	673	37.4	631	93.8	4
	男	854	480	56.2	480	100.0	-	-	33	338	39.6	318	94.1	3
	女	944	568	60.2	566	99.6	-	2	40	335	35.5	313	93.4	1
通姦罪	計	805	406	50.4	404	99.5	-	2	21	376	46.7	359	95.5	2
	男	457	214	46.8	214	100.0	-	-	14	228	49.9	220	96.5	1
	女	348	192	55.2	190	99.0	-	2	7	148	42.5	139	93.9	1
相姦罪	計	993	642	64.7	642	100.0	-	-	52	297	29.9	272	91.6	2
	男	397	266	67.0	266	100.0	-	-	19	110	27.7	98	89.1	2
	女	596	376	63.1	376	100.0	-	-	33	187	31.4	174	93.0	-

說明：自105年起始有區分通姦罪、相姦罪。

附表一、二之資料來源：法務部，法務統計，統計分析，統計摘要分析：妨害婚姻及家庭罪案件統計分析，http://www.rjtd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebListFile.ashx?list_id=1654 最後瀏覽日：2020/05/29。

況查，105 年 1 月至 108 年 4 月間，因涉犯通姦罪及相姦罪，經檢察官偵查終結之男性及女性分別為 4,184 人、4,348 人，涉犯通姦罪，因撤回告訴或逾期告訴而為不起訴處分男性及女性，占各該性別全部被告之比例分別為 63%、59.7%（見附表 1），²²因犯通姦罪及相姦罪，經判決有罪確定由檢察官指揮執行之男性及女性分別為 480 人、568 人，犯通姦罪，因撤回告訴而經判決不受理之男性及女性，占各該性別全部被告之比例分別為 96.5%、93.7%（見附表 2），²³依刑法第 239 條規定起訴或論罪之女性人數或比例固略多於男性，惟其差異並非屬顯著；且涉犯相姦罪，因撤回告訴或逾期告訴而為不起訴處分男性及女性人數分別為 448 人、717 人，占各該性別全部被告之比例分別為 41%、44.5%（見附表 1），²⁴犯相姦罪，因撤回告訴而經判決不受理之男性及女性人數分別為 98 人、174 人，占各該性別全部被告之比例分別為 89.1%、93%（見附表 2），²⁵亦即犯相姦罪經依刑事訴訟法第 239 條規定撤回告訴而經為不起訴處分或判決不受理之女性人數及比例均高於男性。

綜上說明，刑事訴訟法第 239 條但書規定，係以男女性皆該當之配偶與相姦人為區別標準，而與其他告訴乃論之行為人為差別對待，其實際適用之結果，犯相姦罪經依刑事訴訟法第 239 條規定撤回告訴而經為不起訴處分或判決不受理之女性人數及比例均高於男性，男女性別間並不生差別對待

²² 同註 19。

²³ 同註 20。

²⁴ 同註 19。

²⁵ 同註 20。

之結果，故並非在實質上以性別為基礎而產生差別待遇。

(三) 刑事訴訟法第 239 條但書不違反平等原則

刑事訴訟法第 239 條但書，既係以男女性皆該當之配偶與相姦人為區別標準，而非以種族或性別等可疑分類為分類標準，非屬嫌疑分類 (suspect classifications) 或準嫌疑 (quasi-suspect classifications) 等可疑分類，依本院釋字 768 號解釋之意旨，自不適用嚴格之審查標準 (strict scrutiny)，亦不適用較嚴格或中度之審查標準 (intermediate scrutiny, middle-tier scrutiny)，而應適用合理之審查標準 (minimum scrutiny, rational basis review)，亦即所採取之手段，與目的之達成間具有合理關聯 (rationally related)，即與憲法第 7 條之平等原則無違。²⁶

查刑事訴訟法第 239 條但書規定：「但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」對相姦者，排除同條前段「告訴乃論之罪，對於共犯之一人撤回告訴者，其效力及於其他共犯」撤回告訴不可分原則規定之適

²⁶ 有關嫌疑分類 (suspect classifications)、準嫌疑分類 (quasi-suspect classifications) 及嚴格之審查標準 (strict scrutiny)、較嚴格或中度之審查標準 (intermediate scrutiny, middle-tier scrutiny)、合理之審查標準 (minimum scrutiny, rational basis review)，係學者就美國聯邦最高法院審查法律或政府措施是否違反美國聯邦憲法平等保障條款所表示之見解彙整出。我國司法院解釋就法規是否合於平等原則之審查，亦有參考此種分類及審查標準者，例如釋字第 768 號解釋即認未涉及可疑分類，應採寬鬆審查，所採手段與目的之達成間具合理關聯，即與平等原則無違。

See ERWIN CHEMERINSKY, *CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES*, 4th ed., NY: WOLTERS KLUWER LAW & BUSINESS, 683-809 (2011); Doug Linder, *Levels of Scrutiny Under the Equal Protection Clause, Exploring Constitutional Law* (2019), UNIVERSITY OF MISSOURI-KANSAS CITY, SCHOOL OF LAW, <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/epscrutiny.htm> (last visited May 29, 2020).

用，除係為防止配偶間因訴訟，致影響夫妻和睦及家庭和諧，以維護婚姻人格倫理秩序、家庭完整、婚生子女正常成長及國家社會之安定與發展外，並係為防止相姦者再犯相姦罪，以免繼續破壞他人婚姻人格倫理秩序、他人家庭完整、婚生子女正常成長及國家社會安定與發展之特別預防目的，其目的係為維護上開極重要之公共利益，目的自屬合憲，所採手段與上開目的，不僅具合理之關聯，亦具實質關聯 (substantially related)，自無違憲法第 7 條之規定。

三、通相姦行為是否以刑罰制裁及是否適用撤回告訴不可分原則，屬立法裁量

按「男女共營社會生活，其關於性言論、性資訊及性文化等之表現方式，有其歷史背景與文化差異，……逐漸形塑為社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式，而客觀成為風化者。社會風化之概念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同。然其本質上既為各個社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式，自應由民意機關以多數判斷特定社會風化是否尚屬社會共通價值而為社會秩序之一部分，始具有充分之民主正當性。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。」經本院釋字第 617 號解釋釋明在案。

次按「涉及……社會等諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，如非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關固宜

予以尊重……。」²⁷「涉及……社會等諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，如非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關即宜予以尊重。」亦經本院釋字第 712 號及第 618 號解釋分別釋明在案。²⁷

通相姦行為應否以刑罰制裁及是否適用撤回告訴不可分原則，涉及社會風俗教化、價值觀、倫理觀等諸多因素之考量與判斷，代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，既無明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋

²⁷ 美國聯邦最高法院(The Supreme Court of the United States of America)對立法機關就有關社會價值觀(social beliefs)、社會狀況(social conditions)及倫理觀(morality)所為之判斷，亦認法院應予尊重。例如在 *Kahn v. Shevin*、*Joseph E. Seagram & Sons, Inc. v. Hostetter* 及 *Ferguson v. Skrupa* 案中，該院即均表示：「法院不能取代經由選舉產生，負責審議法律之立法機關就社會價值觀所為之判斷。」(‘We have returned to the original constitutional proposition that the courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies, which are elected to pass laws.’ *Kahn v. Shevin*, 416 U.S. 351, footnote 10 (1974); ‘Under the system of government created by our Constitution, it is up to legislatures, not courts, to decide on the wisdom and utility of legislation. There was a time when the Due Process Clause was used by this Court to strike down laws which were thought unreasonable, that is, unwise or incompatible with some particular economic or social philosophy. The doctrine that due process authorizes courts to hold laws unconstitutional when they believe the legislature has acted unwisely has long since been discarded. We have returned to the original constitutional proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies, who are elected to pass laws.’ *Joseph E. Seagram & Sons, Inc. v. Hostetter*, 384 U.S. 35, 47 (1966); ‘The doctrine that prevailed in *Lochner*, *Coppage*, *Adkins*, *Burns*, and like cases—that due process authorizes courts to hold laws unconstitutional when they believe the legislature has acted unwisely—has long since been discarded. We have returned to the original constitutional proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies, who are elected to pass laws.’ *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726, 730 (1963).) 又如在 *Griswold v. Connecticut* 一案中，該院亦表示：「美國聯邦最高法院不能以超立法機關自居，就有關經濟問題、商業事務及社會狀況，決定立法是否明智、符合需要及妥當性。」(‘We do not sit as a super-legislature to determine the wisdom, need, and propriety of laws that touch economic problems, business affairs, or social conditions.’ 381 U.S. 479, 482 (1965).) 另如在 *Joseph E. Seagram & Sons, Inc. v. Hostetter* 及 *Ferguson v. Skrupa* 案中，該法院亦表示：「法院不能以自己之觀點，就倫理觀、合理性及實用性，決定法律對特定事項是否課以過重之負擔而違反正當法律程序。」(it is not the province of courts to draw on their own views as to the morality, legitimacy, and usefulness of a particular business in order to decide whether a statute bears too heavily upon that business and by so doing violates due process.) 384 U.S. 35, 47 (1966); It is the province of courts to draw on their own views as to the morality, legitimacy, and usefulness of a particular business in order to decide whether a statute bears too heavily upon that business and by so doing violates due process. 372 U.S. 726, 728-29 (1963).)

²⁸ 美國麻薩諸塞州最高法院(Supreme Judicial Court of Massachusetts)在 *Commonwealth v. Judith Stowell* 一案中，認為：美國聯邦最高法院判決清晰地指出，僅有可以視為基本權利或聯邦憲法增修條文第 5 條或第 14 條所隱含之自由權，個人隱私權方包含在內而受保障。無論隱私權之精確定義及其所保障性行為之範圍如何，均無基本之個人隱私權隱含在自由權之概念中，而足以禁止追訴成年人間合意之私下通相姦行為，因此該刑事制裁通相姦行為之法律本身，並不違憲。該規定於適用於本案時，亦不違憲，因州基於其規制之權限，對於婚姻制度加以規範，毫無疑問並不侵害基本權，麻薩諸塞州廣泛行使其規定之權限，對於婚姻關係在許多方面加以規範，該州既對於婚姻制度廣泛關注，則該州對於可能危害婚姻制度之行為予以禁止，即具有合法之利益，如同美國聯邦最高法院於 *Southern Sur. Co. v. Oklahoma* 一案中曾經說過：「通相姦行為乃危害婚姻關係之犯罪行為，屬於各州可以以自己之方式規範之範疇。」麻薩諸塞州法律，除以刑罰禁止通相姦行為外，並以之作為離婚之事由，通相姦行為經常破壞婚姻關係，亦為許多離婚事件之因素。我們不是不知悉反對通相姦行為之公共政策，最常於離婚之訴訟程序中呈現，很少作為刑事追訴之對象。但如同上訴法院所指出，此種現象不能視為以刑罰制裁通相姦行為之法律已經失效或司法機關不能執行，故未起訴其他犯通相姦罪者，於本案中並不是法律問題，該制裁通相姦行為之刑事法律仍屬容許呈現之公共政策。倘因未追訴通相姦犯罪顯示一般民眾不喜歡該法律，適當表達此種民意之權限在立法機關，因該規定並未違憲，法院無權宣告其無效。（‘the Supreme Court decisions “make it clear that only personal rights that can be deemed ‘fundamental’ or ‘implicit in the concept of ordered liberty,’ *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325, 58 S.Ct. 149, 152, 82 L.Ed. 288 (1937), are included in this guarantee of personal privacy.” *Roe v. Wade*, supra 410 U.S. at 152, 93 S.Ct. at 726. Whatever the precise definition of the right of privacy and the scope of its protection of private sexual conduct, there is no fundamental personal privacy right implicit in the concept of ordered liberty barring the prosecution of consenting adults committing adultery in private. Accord *Suddarth v. Slane*, 539 F.Supp. 612, 613 (W.D.Va.1982); *Johnson v. San Jacinto Junior College*, 498 F.Supp. 555 (S.D.Tex.1980); *Wilson v. Swing*, 463 F.Supp. 555 (M.D.N.C.1978); *Hollenbaugh v. Carnegie Free Library*, 436 F.Supp. 1328 (W.D.Pa.1977), *aff’d*, 578 F.2d 1374, *cert. denied*, 439 U.S. 1052, 99 S.Ct. 734, 58 L.Ed.2d 713 (1978). Therefore, the statute is not unconstitutional on its face.... Nor is the statute unconstitutional as applied to the defendant’s conduct. The right of the State to regulate the institution of marriage under its police power is unquestioned where it does not infringe on fundamental rights. *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 396, 98 S.Ct. 673, 686, 54 L.Ed.2d 618 (1978) (Powell, J., concurring).... The Commonwealth has extensively exercised this power to regulate numerous aspects of the marriage relationship. See generally G.L. c. 207. Given this broad concern with the institution of marriage, the State has a legitimate interest in prohibiting conduct which may threaten that institution. See *Green v. Richmond*, 369 Mass. 47, 51, 337 N.E.2d 691 (1975) (“Massachusetts has a strong public interest in ensuring that its rules governing marriage are not subverted”); *French v. McAnarney*, 290 Mass. 544, 546, 195 N.E.2d 714 (1935) (“The Commonwealth has a deep interest that [marital] integrity is not jeopardized”). As the Supreme Court has stated: “Adultery is an offense against the marriage relation and belongs to the class of subjects which each State controls in its own way.” *Southern Sur. Co. v. Oklahoma*, 241 U.S. 582, 586, 36 S.Ct. 692, 694, 60 L.Ed. 1187 (1916). In addition to prohibiting adultery by criminal statute, Massachusetts law also makes adultery a ground for divorce.... We take judicial notice that the act of adultery frequently has a destructive impact on the marital relationship and is a factor in many divorces. We are not unaware that the public policy against adultery is most often expressed in these divorce proceedings and that the crime of adultery is rarely made the subject of criminal prosecution.... as the Appeals Court further noted: “To recognize that fact is not to say that [this statute has] become invalid or judicially unenforceable.... The failure to prosecute others is not presented by the legal questions reported in this case. The statute remains as a permissible expression of public policy. If any lack of prosecution of the crime of adultery indicates a general public disfavor with the statute, appropriate means exist to address such disfavor to the Legislature, which has the power to change or repeal the statute.... In the absence of a constitutional violation, we have no power to invalidate the statute.’ 389 Mass. 171, 174-6 (1983).)