

釋字 791 重點提示

【通姦罪及撤回告訴之效力案】

《解釋爭點及解釋要旨》

解釋爭點	<ol style="list-style-type: none"> 1. 刑法第 239 條規定是否符合憲法第 22 條保障性自主權之意旨？本院釋字第 554 號解釋應否變更？ 2. 刑事訴訟法第 239 條但書規定是否符合憲法第 7 條保障平等權之意旨？
解釋要旨	<ol style="list-style-type: none"> 1. 刑法第 239 條規定，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；於此範圍內，本院釋字第 554 號解釋應予變更。 2. 刑事訴訟法第 239 條但書規定，與憲法第 7 條保障平等權之意旨有違。

《本號釋字重點提示》

要旨	內容
有重新檢討系爭規定一合憲性及系爭解釋之必要	<ol style="list-style-type: none"> 1. 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）。 2. 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。 3. 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。 4. 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。

<p>據以審查之憲法權利及其審查基準</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 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）。 2. 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。
<p>系爭規定一違憲</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 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。 2. 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。 3. 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

	<p>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。</p> <p>4. 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。</p> <p>5. 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。</p>
<p>據以審查之憲法權利及審查基準</p>	<p>1. 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。</p> <p>2. 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</p>

	<p>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有實質關聯而定。</p>
<p>系爭規定二違憲</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 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。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。 2. 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。 3. 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。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

《解釋文》

- 1、 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。
- 2、 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》

1. 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司法院釋字第 554 號解釋（下稱系爭解釋）。
2. 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。
3. 聲請人林建宏（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牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋憲法暨變更系爭解釋。
4. 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。
5. 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。
6. 本院於中華民國 109 年 2 月 21 日公告言詞辯論事宜後，另有：

7. 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。
8. 聲請人林志宏（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。
9. 聲請人林庭安（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。
10. 聲請人林郁芸（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。
11. 聲請人詹民進、羅秀燕（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。
12. 聲請人周方慰（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。

13. 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。
14. 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。

15. 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

- (1) 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）。
- (2) 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

- (1) 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。
- (2) 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。
- (3) 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。

- (4) 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。
- (5) 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

- (1) 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。
- (2) 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

- (1) 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。
- (2) 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。
- (3) 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。

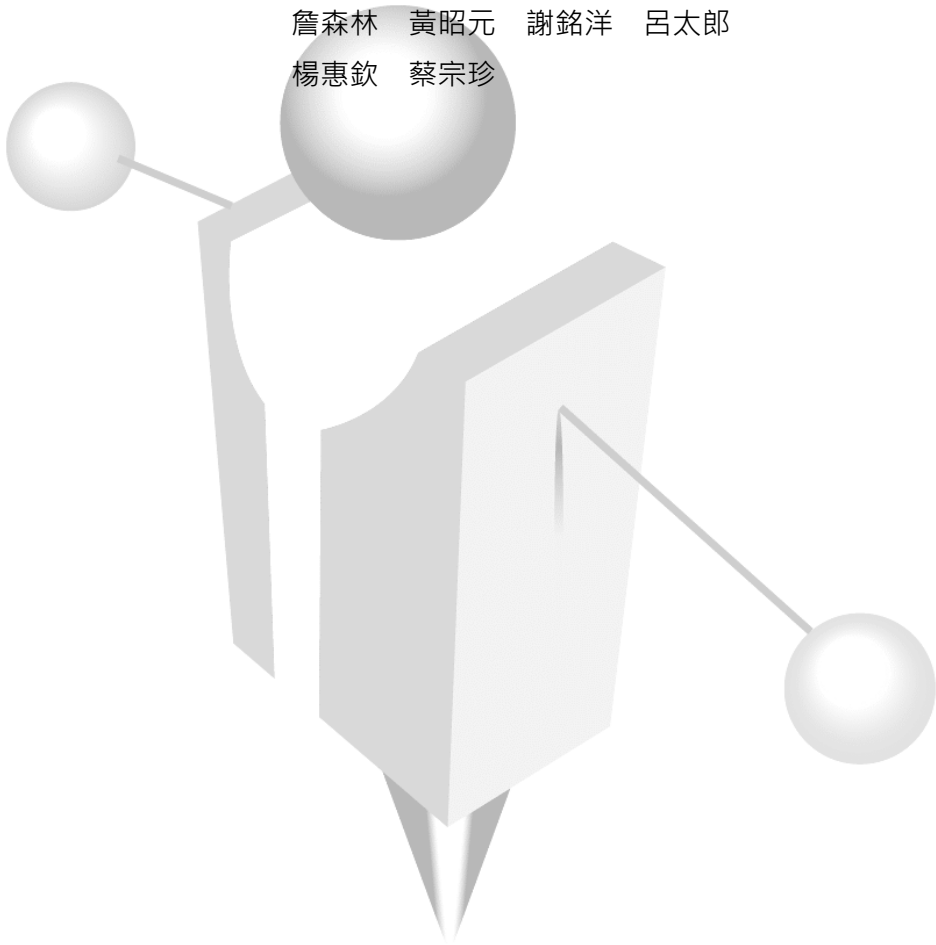
參、系爭規定一及二之實際適用結果有性別失衡之現象

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糖核酸採樣條例第 5 條、第 6 條違憲部分，核其所陳，並未具體指摘前開去氧核糖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	吳陳鏗	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		



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

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。

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

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。

⁵ 佐藤幸治著，同註 3，頁 135-137。

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，個人擁有不必要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、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。

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

⁶ 井上達夫著，共生の作法，創文社，1994年第5刷，頁117、118。

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。

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、未成年人之性剝削、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

版權所有，重製必究！

¹⁰ 佐藤幸治著，同註 3，頁 140-143、147-151。

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。

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）。¹³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

【高點法律專班】

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。

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。

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。

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，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

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

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。