

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。