

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。