

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。