

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)

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).

或社會變遷（如人口之消長、經濟發展、新移民或新技術之出現、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。

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。

[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

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.ccourt.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).

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：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

¹⁰ 543 U.S. 551 (2005).

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。

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。」

[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，

¹³ 如刑法第 16 章之章名已經修正為「妨害性自主罪」。

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。

[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

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).

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

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」。

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、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」。

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。

¹⁷ 類似見解，參本號解釋，許志雄大法官協同意見書，頁 9-10。

[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

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，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。

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

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。...」

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。

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

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。

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。

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

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。

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。

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

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。

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

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。

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

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.”)

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。

[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

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）。

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。