

釋字第 791 號解釋協同意見書

謝銘洋大法官提出

本件解釋涉及在我國爭議已久的議題，包括多位被告以及審理案件的法官都提出通姦罪是否違憲，以及聲請變更本院釋字第 554 號解釋（系爭解釋）。本件解釋的標的涉及刑法第 239 條的規定：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」（系爭規定一），以及刑事訴訟法第 239 條但書的規定：「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。」（系爭規定二）

經本院審理後，認為系爭規定一對性自主權的限制不符合比例原則，系爭解釋應予變更，且系爭規定二也違反憲法對平等權的保障。本件解釋的意義在於以個人人格自主為基礎，肯定性自主權是個人人格自主的一部分，並認為通姦罪的刑罰對個人人格自由與隱私權所造成的侵害，顯然甚於婚姻制度所要維護的利益。本席贊同本件解釋的結論，並提出協同意見。

一、 婚姻的維持，無法靠刑罰的威嚇

婚姻與家庭是社會穩定和發展的重要基石，而婚姻是以感情為基礎，通姦除罪化並不表示婚姻不重要，只是告訴大家，婚姻是兩情相悅的事，不能靠國家來幫你們維持，不能靠國家拿著刑罰的鞭子在後面鞭策；婚姻要靠自己，夫妻必須花更多心思來互相了解、尊重，更關心另一半，以積極主動的態度去提升婚姻的品質並經營美滿的家庭生活，刑罰的介入反而扭曲了婚姻的本質。

婚姻在有第三者介入後，就已經出現破綻，此時對於夫妻雙方而言，應該是如何修補破裂的婚姻，包括雙方坦承以對，甚至尋求專業的婚姻諮商，而不是利用刑罰的威嚇手段，去造成更大的撕裂，或只是勉強維持婚姻的形式。以刑罰處理婚姻問題，只是鋸箭法，其實並沒有真正解決婚姻關係中的破裂問題。通姦罪的存在，甚至使得已經分居多年，卻因某種原因而仍然維持形式婚姻關係者，也同樣面臨通姦罪刑罰的威脅。而父母親對簿公堂、以刑罰相逼，對子女更是造成一輩子難以抹滅的傷害。

二、 刑罰應是不得已的最後手段，不應被濫用

國家對個人之刑罰，應是不得已的強制手段，特別是自由刑，涉及對人民身體自由的嚴重限制，除非必須對其採強制隔離施以矯治，才能維護社會秩序時，其科處始屬正當合理（本院釋字第 544 號解釋參照）。

然而過去國人對於刑罰的「迷戀」程度，在其他民主國家殊屬罕見，許多案件其實都只是民事糾紛，但卻因為有刑罰的規定，不僅可以「以刑逼民」，還可以利用檢察官來蒐集證據，而且刑事附帶民事無須繳納裁判費，更是助長了以刑逼民的風氣（其實無資力者，目前已經有訴訟救助與法律扶助可資協助，刑事附帶民事制度實有重新檢討之必要）。

若人民對刑罰的依賴性過高，須靠國家刑罰來解決民事紛爭，不僅無法真正解決問題，而且造成更大的社會問題並嚴重浪費國家司法資源。此由過去票據法以及專利侵害之刑罰規定所產生的嚴重問題即可知，在當時除罪化的過程中雖然有不少反對聲浪，然而除罪化後，不僅沒有產生問題，反

而使相關制度運作更為順暢。

通姦的問題，主要是夫妻雙方的感情與婚姻的問題，純粹是私的生活領域的問題，以國家刑罰介入，不僅不適當，而且以刑逼民的結果，往往寬恕了自己的配偶，卻迫使相姦的第三者必須支付高額的賠償費。而且國家於刑罰權發動時，所進行的犯罪偵查以及後續的刑事審判程序，必須介入極為隱密的私的領域而且必須一再的揭露，更是造成對個人隱私權嚴重且持續性的傷害。

三、 系爭規定施行的結果往往造成對女性實質不平等

在國際上，不僅只有極為少數的國家還留有通姦罪，在相關國際公約上，通姦罪更是成為對婦女歧視的象徵，此由「消除對婦女一切形式歧視公約」(CEDAW) 第 2 條要求消除對婦女歧視，且在第 35 號一般性建議第 29 條 c 款(一) 應廢除將通姦定為刑事罪的條款，即可知。

而系爭規定二對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人，使得對婚姻有忠貞義務的配偶可以脫免於刑罰之外，卻使對婚姻無忠貞義務的第三人，要單獨受到處罰，實屬不合理的現象，而且在台灣，單獨受到處罰的，往往是女性，這也引起許多婦女團體和學者的批評。

四、85 年前的價值觀已經不符自由多元發展的當今社會

通姦罪是在 1935 年刑法制定之初就已經存在的規定，迄今已經有 85 年了。近年來，臺灣的社會快速的發展，社會通念與價值觀已經逐漸有所改變，對於婚姻的觀念也逐漸改變，朝向更為自由、平等、尊重個人自主權、人格健全發展

與人性尊嚴維護的方向發展，此由本院釋字第 748 號解釋可知。而本院釋字第 554 號解釋，有感於社會的發展與觀念的改變，肯認婚姻制度是植基於人格自由，且性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，雖然已經踏出一步，然而還是受制於舊時代的觀念，認為通姦罪的存在，是維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要。系爭解釋做成於 2002 年，到現在也已經將近 18 年了，這段期間臺灣社會已經邁向更為自由化、民主化與多元化的發展，本件解釋沒有僵守數十年前的價值觀所制定的通姦罪並能超越系爭解釋而與時俱進，是值得贊同的，因此提出協同意見書如上。