



元照出版提供 請勿公開散布

通姦罪之憲法審查

——評司法院釋字第七九一號解釋*

Constitutional Review of the Adultery: Discussion of Judicial Yuan Interpretation No. 791

薛智仁**

Chih-Jen Hsueh

要 目

壹、問題背景	二、撤回告訴效力規定違反平等權
貳、解釋內容	三、實際適用結果有性別失衡之現象
一、通姦罪違反比例原則	參、通姦罪之比例原則審查
(一)目的正當性	一、刑法規範之憲法審查結構
(二)手段適合性	二、通姦罪之基本權限制
(三)手段必要性	
(四)手段狹義合比例性	

DOI : 10.3966/168067192021120042001

投稿日期：2021年4月7日；接受刊登日期：2021年11月5日

* 本文係筆者就本號解釋所出具之鑑定意見書大幅改寫而成。筆者在此誠摯感謝助理曾昱誠協助蒐集文獻，以及匿名審查人之寶貴修改意見。受限於寫作目標及格式，本文僅能就刑事立法憲法界限的難題提出初步分析，其他的重要問題則留待未來繼續探索。

** 德國杜賓根大學法學博士；國立臺灣大學法律學院教授。



(一)性自主權保障通姦行為	(二)通姦罪之手段必要性
(二)性自主權不屬於隱私權	六、手段狹義合比例性
三、目的正當性	(一)手段之正面效益
(一)保護婚姻作為憲法上之正當目的	(二)手段之負面效益
(二)法益概念作為刑法規範之目的正當性標準？	(三)整體權衡
四、手段適合性	七、小結：兼論性別平等問題
(一)刑罰之預防效力	肆、撤回告訴效力規定之平等權審查
(二)刑法手段適合性之審查標準	一、撤回告訴對象之差別待遇
(三)通姦罪之手段適合性	(一)告訴主觀不可分原則之例外
五、手段必要性	(二)差別待遇之規範目的
(一)刑法謙抑性作為必要性審查標準？	二、告訴行使方式之差別待遇
	伍、結 論



摘 要

司法院釋字第七九一號解釋，以刑法第二三九條通姦罪限制性自主權違反比例原則，刑事訴訟法第二三九條但書違反平等權之保障意旨，宣告二者違憲失效，使臺灣不再是世界上處罰婚外性行為的少數國家。面對兩公約內國法化後的新一波通姦除罪化論述，本號解釋延續釋字第五五四號之解釋路線，一方面未採納侵害隱私權與平等權之憲法主張，另一方面亦未完全採納違反法益理論和欠缺刑罰必要性之刑法觀點。本文嘗試在刑法規範之憲法審查架構底下，比較分析這些相異的論述策略，對本號解釋之論證提出批判性檢討，並期待此一檢討結果，可以作為將來建立刑法規範憲法審查架構的起點。

關鍵詞：通姦罪、性自主權、隱私權、法益概念、一般預防理論、刑法謙抑性、比例原則、告訴不可分、平等權



Abstract

Judicial Yuan Interpretation No. 791 (hereinafter, J. Y. I. No. 791) declares Article 239 of the Criminal Code (the crime of adultery) has restrained the sexual autonomy, and violates proportionality; the proviso of Article 239 also violates the protection of equal rights. Therefore the aforementioned provisions are unconstitutional. Taiwan has become one of the few countries in the world which do not punish extramarital sex. After “The International Covenant on Civil and Political Rights” (ICCPR) and “The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights” (ICESCR) had domestic legal status in Taiwan, a new trend of advocating decriminalized adultery has raised. Facing these advocacies, the Justices of Judicial Yuan sustained the discussion of J. Y. I. No. 554. The Justices did not adopt the constitutional proposition, which considers Article 239 violated the people’s privacy and equal rights in J. Y. I. No. 791. However, neither did they review Article 239 solely from the stand of criminal law, that is, the adultery infringed legal interest and lacked the punishment necessity. This study aimed to analyze these different discussions under the constitutional review structure with criminal law and propose critical arguments about J. Y. I. No. 791. Hoping this study may be a starting point to build the constitutional review framework with criminal law.

Keywords : adultery, sexual autonomy, privacy, the concept of legal interests, general prevention, the principle of restraint, proportionality, complaint indivisible principle, the equal rights



壹、問題背景

我國刑法自一九三五年公布起，刑法第二三九條：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑；其相姦者亦同。」明訂處罰通姦與相姦的婚外性行為¹。雖然社會大眾的多數民意支持通姦罪（及相姦罪，以下不另敘明）的存續，但是許多法學菁英認為通姦罪不具正當性，例如刑法學者黃榮堅在一九九四年曾撰文主張通姦除罪化，其認為系爭罪名不僅無法挽救感情和婚姻，甚至只有加速摧毀的作用，刑罰因為欠缺適合性而不符合比例原則²。二〇〇〇年高雄地方法院法官葉啟洲，引用此一學說論點首次為刑法第二三九條通姦罪聲請釋憲。二〇〇二年大法官作成釋字第五五四號解釋，認定婚外性行為之限制應由立法機關審酌之，通姦罪對於人民性行為自由的限制，係維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要，未逾越立法者形成自由之空間，符合憲法第二十三條比例原則。有了多數民意和大法官的背書，法務部與立法院對於通姦除罪化的態度更加消極。

直到二〇〇九年兩公約內國法化，客觀情勢則稍有改變。二〇一三年兩公約國際審查委員會，在對臺灣落實國際人權公約初次報告的審查意見中，明確認定通姦罪違反公政公約第十七條對個人私生活的保障，建議我國政府廢除本罪³。同年，立法委員尤美女在立

¹ 清末民初關於婚外性行為之刑法規範演進及爭議，詳見蔡炯墩大法官，司法院釋字第791號解釋協同意見書，司法院公報，第62卷第6期，2020年6月，頁60-69。

² 黃榮堅，論通姦罪的除罪化，收錄於：刑罰的極限，1999年，頁16。通姦除罪化之立法論趨勢，詳見林慈偉，同性婚姻釋字後的通姦罪解釋及其因應：從司法院釋字第554號到第748號解釋，臺大法學論叢，第47卷特刊，2018年11月，頁1517-1524。

³ 對中華民國（臺灣）落實國際人權公約初次報告之審查 國際獨立專家通



法院提案廢除通姦罪與相關規定，婦運團體婦女新知同步進行廢除通姦罪連署獲得兩百多位法學者的支持，此一法案仍無疾而終⁴。二〇一七年，在對落實兩公約第二次報告之審查意見中，國際專家重申通姦除罪化的建議，並關切此項罪名對於婦女所造成的不利影響⁵；同年，總統府司改國是會議第五分組亦作成通姦除罪化的決議⁶。上述新發展不但形成政府廢除通姦罪的壓力，也激發法學菁英再次提出新的通姦除罪化論述⁷。在刑法學上，不少文獻批判通姦罪欠缺保護法益及欠缺刑罰必要性⁸；在憲法學上，一方面強調通姦罪本身及其

過的結論性意見與建議（2013年3月1日提出）第70點：「公民與政治權利國際公約第17條禁止對個人私生活的無理侵擾。由於以刑事手段管制性行為會構成對私生活的無理侵擾，除非是受影響的人需要保護或是以強迫手段為之而有絕對的必要，專家認為通姦罪不符合公民與政治權利國際公約第17條。專家建議政府應採取措施從刑法中廢除這項規定。」

⁴ 陳昭如，通姦無罪，婚姻萬歲——從司法院釋字第七九一號解釋論大法官的新婚姻制度保障論，婦研縱橫，第113期，2020年10月，頁43。

⁵ 對中華民國（臺灣）落實國際人權公約第二次報告之審查國際獨立專家通過的結論性意見與建議（2017年1月20日提出）第70點：「2013年結論性意見與建議中，審查委員會曾建議政府應採取措施以廢除通姦罪，因為此罪構成對隱私權的侵犯。在本次審查期間，政府引用顯示目前對通姦罪廢除尚無共識的民意調查，作為其未遵循建議的正當化理由。然而，委員會強調，使法律制度與國際人權法一致，並透過意識提升或其他方案，帶頭化解關於婚姻及家庭制度的保護上一般大眾抱持的疑慮，是政府的責任。委員會因此重申通姦除罪化的建議，並對於此項罪名造成對婦女不成比例的負面影響表達關切。」

⁶ 總統府司改國是會議成果報告，2017年9月8日，頁86-87。

⁷ 最具代表性者莫過於國立臺灣大學法律學院人權與法理學研究中心於2013年4月12日舉辦之「婚外性的罪與罰」座談會，與會專家學者一致支持通姦除罪化，詳見許宗力等，婚外性的罪與罰座談會，台灣法學雜誌，第223期，2013年5月，頁16-55。通姦除罪化之問題綜述，陳昭如，婚外性的罪與罰，台灣法學雜誌，第223期，2013年5月，頁10-13。

⁸ 詳見以下各處所引用之刑法文獻。



追訴構成對當事人「隱私權」的侵害，違反比例原則⁹，另一方面主張通姦罪看似是性別中立規定，實則女性有罪比例長期穩定高於男性有罪的比例，屬於間接的性別歧視，違反性別實質平等¹⁰。這些多元觀點，某程度上都是對釋字第五五四號論證不足的批判性回應。

在新一波通姦除罪化的論述影響之下，二〇一五年苗栗地方法院法官陳文貴，再度就刑法第二三九條通姦罪聲請釋憲。直至釋字第七九一號解釋公布之前，陸續累積十六件法官聲請案與六件人民聲請案，全部聲請案均就刑法第二三九條通姦罪聲請解釋憲法並變更釋字第五五四號解釋，二件法官聲請案就刑事訴訟法第二三九條但書「但刑法第二百三十九條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」一併聲請解釋憲法。大法官於二〇二〇年三月三十一日舉行言詞辯論，並邀請多位聲請人、六位鑑定人與二位法庭之友出席表示意見。同年五月二十九日，大法官公開宣示釋字第七九一號解釋，變更釋字第五五四號解釋，宣告刑法第二三九條對性自主權之限制違反比例原則，刑事訴訟法第二三九條但書規定違反平等權，二者均違憲立即失效。大法官在本號解釋共計提出八份協同意見書，僅一份不同意見書，顯示其對於通姦罪及其相關告訴規定違憲的高度共識。

本號解釋使生效八十六年的通姦罪走入歷史，絕對是對於臺灣社會影響最重大的解釋之一，值得各界從多種面向探討其重要性¹¹，但

⁹ 例如邱忠義，以自主隱私權之侵害評析我國通姦罪之處罰，輔仁法學，第46期，2013年12月，頁130-140；張文貞，婚姻、隱私與性別平等——通姦罪違憲的憲法與國際人權法基礎，台灣法學雜誌，第392期，2020年5月，頁20-25。

¹⁰ 例如張文貞，同前註，頁26-28，其中引用學者官曉薇的統計分析。

¹¹ 詳見陳昭如，同註4，頁44-53批判大法官的新婚姻制度保障論、大法官就



本文的關心重點僅於，對照前述通姦除罪化的各種論述策略，分析本號解釋對於刑法第二三九條進行憲法審查所採取的論證，有無說服力。如下所述，本號解釋對於系爭規定之違憲宣告，係延續釋字第五五四號解釋之論述路線，以其限制性自主權違反比例原則為主軸，未直接認定其侵害隱私權與平等權，但是仍可看出大法官受到學說的新論述策略所影響。大法官在審查系爭規定是否符合比例原則時，明白採納刑法學說所主張之「刑法謙抑性原則」，並且考量追訴通姦所造成的隱私侵害，最後以「併予指明」之方式，說明本罪適用結果不利於女性，可能不符合憲法增修條文第十條第六項促進兩性實質平等的要求。本文希望指出，大法官在本號解釋延續釋字第五五四號解釋的路線，而與否定通姦罪正當性的其他論述策略「保持距離」，是否、在多大範圍內足以成為未來刑法規範之憲法審查的典範。

據此，本文以下先整理釋字第七九一號解釋內容（貳），然後分別就刑法第二三九條通姦罪（參）與刑事訴訟法第二三九條但書撤回告訴效力（肆）之憲法審查論證進行檢討，最後總結研究成果（伍）。

貳、解釋內容

一、通姦罪違反比例原則

本號解釋首先說明，基於社會自由化與多元化之發展，婚姻關係中的個人人格自主更加受到重視，婚姻的社會功能趨於相對化；

司法院主管法規釋憲案之迴避問題。除此之外，大法官變更釋字第554號解釋的理由是否充分，以及多大程度上應尊重立法者的形成自由，也是值得進一步反省。對於上述問題，本文基於寫作目的之限制，僅能在相關的論述脈絡下略予說明，無法進行系統性的深入檢討。



加上憲法保障之基本權種類與範圍，亦經大法官解釋持續擴增與深化，故有必要重新檢討刑法第二三九條通姦罪是否合乎比例原則的要求（解釋理由書23-24段）¹²。

大法官接著說明，刑法第二三九條規定「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」禁止有配偶者與第三人間發生性行為，係對於受憲法第二十二條保障之性自主權之限制，應符合憲法第二十三條比例原則。由於性自主權與個人之人格有不可分離之關係，是否符合比例原則，應受較為嚴格之審查（解釋理由書25-27段）¹³。大法官透過下述論證，認定通姦罪對於性自主權之限制違反比例原則，自解釋公布之日起失其效力¹⁴：

(一)目的正當性

通姦罪之目的是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，具有目的正當性（解釋理由書29段）。

(二)手段適合性

基於刑罰之一般預防功能，通姦罪對於通姦與相姦行為施以刑罰制裁，具有一定程度的嚇阻作用；但是配偶一方違反婚姻忠誠義務，不當然妨害婚姻關係之存續，故本罪之手段適合性較低，但尚非完全無助於立法目的之達成（解釋理由書30段）。

(三)手段必要性

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

¹² 司法院釋字第791號解釋，司法院公報，第62卷第6期，2020年6月，頁7-8。

¹³ 同前註，頁8。

¹⁴ 同前註，頁8-10。



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。通姦行為固已損及婚姻忠誠義務，有害對方之感情與對婚姻之期待，但尚不致明顯損及公益，有無必要以刑法處罰通姦行為，尚非無疑（解釋理由書31段）。

（四）手段狹義合比例性

通姦罪雖非完全無助於立法目的之達成，但得以實現之公益尚屬不大。反之，其不僅直接限制人民之性自主權，追訴審判程序亦必然侵害人民之隱私，二者之侵害實屬重大。況且，國家以刑罰制裁手段處罰通姦人，因國家權力介入婚姻關係，反而可能會對婚姻關係產生負面影響，故系爭規定限制所致之損害顯然大於其目的所欲維護之利益，而有失均衡（解釋理由書32段）。

二、撤回告訴效力規定違反平等權

依據刑事訴訟法第二三九條但書：「但刑法第二百三十九條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」告訴人對通姦人撤回告訴之效力不及於相姦人，對相姦人撤回告訴之效力則及於通姦人，形成僅相姦人受追訴處罰而通姦人不受追訴處罰之差別待遇。大法官認定系爭規定造成之差別待遇，與立法目的間欠缺實質關連，違反平等權保障，加上因刑法第二三九條違憲失效而失所依附，故自解釋公布之日起失其效力。理由如下：

（一）憲法第七條保障平等權，法規範所為之差別待遇，以差別待遇之目的合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成有一定程度之關連性為要件。本案攸關刑罰制裁，須與立法目的間具有實質關連，始與平等權保障無違（解釋理由書36-37段）¹⁵。

¹⁵ 同前註，頁10-11。



(二)系爭規定之立法考量，在於使為顧全夫妻情義之被害配偶，得以經由對通姦配偶撤回告訴之方式，促使其婚姻關係得以延續。惟對通姦配偶撤回告訴之效力是否及於相姦人，與具體婚姻關係是否延續，並無實質關連。蓋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婚姻關係。後續之僅對相姦人追訴處罰，就被害配偶言，往往只具報復之效果，而與其婚姻關係之延續與否，欠缺實質關連。況在相姦人被追訴審判過程中，交互詰問和判決書皆會公開通姦事實，此一過程可能加深配偶間婚姻關係之裂痕，對挽回配偶間婚姻關係亦未必有實質關連（解釋理由書39段）¹⁶。

三、實際適用結果有性別失衡之現象

本號解釋附帶指明，上述規定是否符合憲法增修條文第十條第六項促進兩性地位實質平等之要求，確有疑義。上述規定雖屬性別中立之規定，惟長年實際適用結果，女性受有罪判決之總人數明顯多過男性，顯現女性於通姦及相姦罪之訴追、審理過程中，實居於較為不利之處境。惟上述規定已經宣告違憲失效，上述性別失衡之問題將不復存在（解釋理由書43段）¹⁷。

參、通姦罪之比例原則審查

整體而言，本號解釋對於刑法第二三九條通姦罪的違憲論證是：系爭規定限制人民之性自主權，此一限制係追求維護婚姻之正當目的，刑罰對於通姦行為具有一般預防之嚇阻效果，儘管以刑罰處罰通姦行為之必要性「尚非無疑」，但是其對於性自主權及隱私

¹⁶ 同前註，頁11-12。

¹⁷ 同前註，頁12。



之侵害顯然大於所實現之公益，故違反比例原則。本文以下根據比例原則的審查步驟，逐一分析其論證之妥當性。

一、刑法規範之憲法審查結構

在審查刑法第二三九條通姦罪的合憲性之前，有必要先說明刑法規範的憲法審查架構。依據規範理論（Normentheorie），所有刑法規範都是由「行為規範」與「制裁規範」共同組成：行為規範係指禁止或要求受規範者從事特定行為，以維護特定利益，制裁規範係指授權國家處罰違反行為規範之人，以維護行為規範的效力。不少德國文獻認為，刑法規範所包含的「行為規範」與「制裁規範」，其限制基本權的目的、種類和方式不同，對於刑法規範的憲法審查，應該區分「行為規範」和「制裁規範」進行¹⁸。

以刑法第三一〇條第一項誹謗罪為例，其行為規範係指「禁止指謫或傳述足以毀損他人名譽之事」，制裁規範係指對於誹謗行為人應判決有罪，並得科處一年以下有期徒刑、拘役或一萬五千元以下罰金。本罪之「行為規範」禁止個人發表特定的言論，構成對於言論自由的限制，此一限制之目的在保護他人名譽。為了保護名譽而限制言論自由，是否符合比例原則，應視此一限制是否為保護名譽所適合、必要且均衡的手段。相對地，本罪之「制裁規範」授權法院對於誹謗行為人宣示有罪判決並科處徒刑、拘役或罰金，有罪判決是國家宣示對於誹謗行為的正式譴責，構成對於一般人格權的

¹⁸ 德文文獻，參考 Ivo Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 569 ff.; Otto Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 78 ff. 中文文獻之詳細說明，許澤天，*刑法規範的基本權審查——作為刑事立法界限的比例原則*，收錄於：黃舒芃主編，*憲法解釋之理論與實務*（第七輯），2010年，頁266-270；許玉秀，*刑罰規範的違憲審查標準*，收錄於：國際刑事法學會台灣分會主編，*民主、人權、正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集*，2005年，頁392-399。



限制，刑罰制裁則是構成對於人身自由或財產的限制，其目的是強化「禁止誹謗」之行為規範的效力。為了強化「禁止誹謗」之行為規範的效力而限制人民的一般人格權、人身自由或財產，是否符合比例原則，取決於此一限制是否為維護行為規範效力所適合、必要且均衡的手段。因此，在進行誹謗罪的憲法審查時，必須先確認「禁止誹謗」行為規範是否合憲，此一審查不涉及刑罰手段之正當性；如果「禁止誹謗」的行為規範合憲，才進一步審查「宣告有罪及科處刑罰」的制裁規範是否合憲，此一審查才涉及刑罰手段之正當性。

區分「行為規範」和「制裁規範」進行憲法審查的主張，看似是使憲法審查的內容和層次更加清晰，但是忽略了行為規範和制裁規範的密切關連性¹⁹。一方面，行為規範對於基本權的限制程度，必定和違反行為規範的法律效果有關，不考量制裁規範就不可能完整說明行為規範的意義。例如，「禁止誹謗」作為一個具有法律拘束力的行為規範，其前提必定是誹謗會帶來一定的法律後果。既然「禁止誹謗」的行為規範內含違反規範所可能發生的法律效果，那麼此一法律效果究竟是民事損害賠償、行政罰或刑罰，也必定構成受規範者決定是否發表言論時的重要因素，影響「禁止誹謗」的行為規範對於言論自由的限制程度。另一方面，制裁規範對於基本權的限制，其目的看似只是在維護行為規範的效力，但是透過此一方

¹⁹ 參考薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，第17期，2015年9月，頁179；許恆達，行為規範、保護法益與通姦罪的違憲審查——評釋字第791號解釋，月旦法學雜誌，第305期，2020年10月，頁21。德文文獻，如 *Ingke Goeckenjan*, Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: überfällige Inventur oder Irrweg?, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, Tübingen, 2015, S. 193 ff.; *Marei Verena Wilfert*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 2017, S. 160 f.

式所達成的公共利益到底有多大，還是必須看行為規範所欲保護的利益有多重要，制裁規範的憲法審查也無法完全不看行為規範。例如，誹謗罪授權國家對於行為人論罪科刑，其對基本權之限制是否符合比例原則，必須看確保「禁止誹謗」行為規範效力所達成之名譽保護效果，是否足以正當化對一般人格權、人身自由或財產的限制。基於行為規範與制裁規範的內在關連性，如果在進行刑法規範的憲法審查時，分開審查「行為規範」和「制裁規範」是否符合比例原則，在審查「行為規範」時完全不考量國家係以刑罰維護其適用效力，或在審查「制裁規範」時完全不考量行為規範的規範目的，反而是看不清刑法規範以其譴責與刑罰的手段達成保護法益的效果，其係作為一個整體規範而限制基本權的特色²⁰。

據此，對刑法規範的憲法審查，應該是合併行為規範和制裁規範所限制的全部基本權，審查其是否符合比例原則。具體而言，一個刑法規範之合憲性，取決於行為規範對於憲法所例示之自由權利或一般行為自由的限制，以及制裁規範授權國家論罪科刑所限制之一般人格權、人身自由或財產，整體上是否符合比例原則²¹。此種整體審查模式的最大作用是，在進行比例原則審查時，必須以行為規範及制裁規範所限制的全部基本權為基礎，並且將這些基本權被限制的加乘效果納入考量。如果分開審查行為規範與制裁規範，其各自的基本權限制均符合比例原則，刑法規範即屬合憲，無法考量基本權限制的加乘效果。

²⁰ 值得注意者，許玉秀，同註18，頁394-395亦認為行為規範與裁判規範相互影響，但基於所干預之基本權不同，審查標準不同，而主張應該分開審查二者之合憲性。另可參考鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，2012年，頁189-190，主張目的審查時應合併為之，手段審查時應分開為之。

²¹ 關於考量限制多個基本權的加乘或累積效果，僅參考Torsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl., 2016, Rn. 307.



回顧我國釋憲實務，大法官對於刑法規範的憲法審查，形式上並未明白區分行為規範和制裁規範，看似將二者合併視為一體，整體審查對於基本權之限制是否符合比例原則。但是，若是觀察個別解釋的內容，大法官實質上似乎有時只考量行為規範所限制的基本權，有時只考量裁判規範所限制的基本權。例如，釋字第五五四號對於刑法第二三九條通姦罪，僅以其對於「性行為自由」之限制未違反比例原則為由宣告合憲；釋字第五五八號對於一九九二年修正之國安法第三條第一項明訂人民入出境一律應經主管機關許可，不分國民在臺灣有無戶籍，同法第六條第一項明訂，未經許可入境者科處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣九萬元以下罰金，以其「侵害國民得隨時返國之自由」違反比例原則宣告違憲，皆是僅以行為規範所限制之基本權為審查對象。相對地，釋字第五九四號對於一九九三年修正之商標法第七十七條侵害商標罪，則是以其對於「人民之身體自由與財產權」限制未違反比例原則宣告合憲，僅以制裁規範所限制之基本權為審查對象。由此可知，大法官在形式上採取整體審查模式，卻僅挑選系爭規定所限制之部分基本權進行比例原則審查，此種審查方式顯然是不夠完整。

大法官在本號解釋再次審查刑法第二三九條是否違反比例原則時，也沿用了上述不夠完備的審查模式。在整體審查模式之下，系爭規定之「行為規範」係禁止通姦行為，也就是異性之性器官接合²²，其構成性行為自由或性自主權（憲法第二十二條）之限制；「制裁

²² 林山田，刑法各罪論（下），五版，2006年，頁497-498；盧映潔，刑法分則新論，十五版，2020年，頁458-459；甘添貴，刑法各論（下），四版，2015年，頁300。不同見解：林東茂，刑法分則，2020年，頁329；陳子平，刑法各論（下），三版，2020年，頁483，皆基於維護家庭婚姻之目的，認為應該比照性交來解釋通姦概念。實務爭議整理，林慈偉，同註2，頁1527-1531、1534-1549。



規範」是授權國家機關宣告有罪判決及一年以下有期徒刑，限制行為人的一般人格權（憲法第二十二條）及人身自由（憲法第八條），二者應該被合併為比例原則的審查標的。然而，大法官在採取整體審查模式的外觀之下，一方面認定系爭規定僅係限制人民之性自主權，未考量對一般人格權和人身自由的限制，看似只以行為規範所限制的基本權作為審查對象；另一方面在進行比例原則審查時，卻是著眼於刑罰的預防效果、刑罰的謙抑性、實現刑罰對於隱私和婚姻的破壞性，也就是只以制裁規範的基本權限制效果作為審查基礎。本文認為，既然通姦罪的憲法疑義不在於禁止通姦行為本身，而是在於對通姦行為是否應該論罪及科刑²³，表示大法官也認為系爭規定所限制的基本權並非僅止於性自主權，而是包括（更具重要性的）一般人格權與人身自由，本號解釋在文字上僅說明系爭規定對於性自主權的限制，不僅是形式上不夠完備，而且與其審查內容自相矛盾²⁴。

二、通姦罪之基本權限制

暫且不論本號解釋的上述審查結構問題，其認定刑法第二三九條係限制人民之性自主權，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，屬憲法第二十二條所保障之基本權。對於此一權利，釋字第五五四號稱之為「性行為自由」，本號解釋改稱為「性自主權」，乃進一步強調性

²³ 此一憲法爭議的核心，可參考黃昭元大法官，釋字第791號解釋協同意見書，司法院公報，第62卷第6期，2020年6月，頁100：「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？……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。」

²⁴ 相同批評，許恆達，同註19，頁21。



行為自由與人格自主形成及發展的內在關連²⁵。對照不同意見書及聲請人或鑑定人之主張，此一多數意見面臨兩個問題：性自主權是否保障通姦行為？性自主權是否屬於隱私權的保障對象？

(一)性自主權保障通姦行為

針對第一個問題：性自主權是否保障通姦行為，吳陳鏗大法官認為通姦之性行為自由的行使結果，將妨害一夫一妻婚姻制度、男女平等、家庭制度、子女正常成長及國家社會安定，不符合憲法第二十二條「不妨害社會秩序公共利益」的要件，不受憲法所保障²⁶。依此，通姦罪自始未限制性自主權而合憲，無庸審查其是否符合比例原則。

通姦行為是否被性自主權所保障，取決於如何理解憲法第二十二條為未明文基本權所設定之消極要素：「不妨害社會秩序公共利益」。對此一要素的定位與內涵，我國釋憲實務並無明確立場，憲法學界的見解則仍有歧異。部分文獻認為，此一要素並非承認未明文基本權的前提要件，而是與憲法第二十三條一樣，僅屬於對基本權的外部限制²⁷。部分文獻認為，從其法條文義，以及和憲法第二十三條的體系關連來看，此一要素似乎是制憲者為未明文基本權所特別設定的內在限制，係考量不受明文基本權所保護的自由，是否

²⁵ 黃昭元大法官，同註23，頁106-107（進一步認為此一用語包含其他親密關係之自主決定）。類似見解，許志雄大法官，釋字第791號協同意見書，司法院公報，第62卷第6期，2020年6月，頁74-78。相對地，蔡明誠大法官，釋字第791號解釋部分協同意見書，司法院公報，第62卷第6期，2020年6月，頁43-45，認為性行為自由與性自主權概念有再釐清之必要。

²⁶ 參照吳陳鏗大法官，釋字第791號解釋不同意見書，司法院公報，第62卷第6期，2020年6月，頁124-129（包括通姦行為之隱私權在內）。

²⁷ 就此，詳見陳宗憶，憲法第22條之詮釋——以司法院釋字第748號解釋為例，法令月刊，第69卷第4期，2018年4月，頁87-96。



值得保護及其保護內容為何，尚待觀察，故採取保守、謹慎的態度。但是，承認基本權的內在限制，將特定對公益有害的行為類型自始排除在保護領域之外，則有不當限制自由的危險，並開啟行政權規避法律保留原則的大門，故對於「不妨害社會秩序公共利益」宜採限縮解釋²⁸。倘若過度提高未明文基本權的門檻，將無法適應個人自由隨著社會變遷所提高的保障需求，而且容易使原本屬於基本權限制是否符合憲法第二十三條比例原則的問題，被轉化成是否承認系爭行為受基本權保障的問題，反而錯失由立法者進行利益衡量，就所擬禁止之行為作更精確規定的機會²⁹。本文認為，儘管從基本權理論來看，不宜承認基本權的內在界限，但是根據法條文義和體系，憲法第二十二條係以「不妨害社會秩序公共利益」作為未明文基本權的內在限制，此一制憲者的意思無法被視而不見，因此只能對於此一要素作最嚴格的解釋，除非特定行為根本上抵觸憲法價值或有重大社會損害性，否則應從寬肯定其受基本權所保護。至於此一限縮解釋標準的具體內涵為何，我國憲法文獻似乎尚無進一步的看法。在釋憲實務上，大法官歷年來承認憲法第二十二條之未明文基本權時，均強調系爭權利係維護人性尊嚴與人格自由發展所必要³⁰，而系爭權利又因為「妨害社會秩序公共利益」而根本不能被承認為基本權者，在釋憲實務上尚未出現過。因此，憲法第二十二條之「不妨害社會秩序公共利益」作為未明文基本權的內在限制，在實務上似僅具宣示意義。

²⁸ 以上參考許宗力，基本權的保障與限制（上），月旦法學教室，第11期，2003年9月，頁67。相似見解：吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，六版，2019年，頁91-92；法治斌、董保城，憲法新論，七版，2020年，頁395-396。

²⁹ 參考許宗力，同前註，頁66。

³⁰ 相關解釋之整理，參考陳宗憶，同註27，頁88-89。



據此，通姦行為僅管與一夫一妻婚姻制度等公共利益有所衝突，仍不應逕行以其「妨害社會秩序公共利益」為由，自始被排除在憲法第二十二條性自主權的保護範圍之外。通姦行為和其他所有性行為一樣，都有滿足個人慾望和情感需求的作用，行為人藉此實現自我人格的正面價值，不因為其走入婚姻而完全被否定。在多數情形下，通姦行為只會被視為對於配偶的背叛，不當然是對社會的重大損害；對於仍受形式婚姻關係拘束，卻因配偶失蹤、生病而無法享有性生活的人來說，通姦行為不僅不會被視為對配偶的背叛，反而是滿足個人性慾與情感的唯一管道，甚至被社會的人道考量所接受³¹。由此可知，通姦行為幾乎不可能被評價為自始牴觸憲法價值或有重大社會損害性，因而屬於「妨害社會秩序公共利益」而絕對不受憲法保障的性行為。如果因為刑法禁止通姦行為，就逕行認定通姦行為不在憲法性自主權的保護領域內，實際上反而是完全交給立法者來決定哪些權利應受憲法保障，或者限制這些權利的憲法界限何在。此一結果明顯和基本權之防禦功能背道而馳，因為如果憲法基本權條款還要能對立法權產生拘束力，那麼釋憲機關就必須自行決定基本權的保護領域，而不是反而依據立法者的意思決定哪些個人自由受基本權保障³²。據此，如同本號解釋多數意見所主張的，通姦行為應受憲法第二十二條之性自主權所保障。真正必須處理的是，當此一性自主權的實現與婚姻家庭制度或他人權利發生衝突時，憲法上如何加以取捨。

³¹ 相似意見，張明偉，婚姻中的愛慾與通姦罪，台灣法學雜誌，第392期，2020年5月，頁37-38。

³² 反對將犯罪行為排除在一般行為自由之保護範圍之外，詳見Johannes Kaspar, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014, S. 359 ff.

(二)性自主權不屬於隱私權

第二個問題是，性自主權是否屬於隱私權的保護範圍，系爭規定因而構成對隱私權的侵害？在本號解釋之前，部分學說借鏡公政公約第十七條之私生活保障與美國憲法之隱私權概念³³，認定通姦罪侵害隱私權，已如前述。本號解釋則是明確肯認性自主權屬於一個獨立的基本權，未將其納入隱私權的保護範圍。此一問題所牽涉的是，隱私權是否包含個人對性行為的自主決定權在內？

對此，大法官過去並無機會表達立場。在釋字第五五四號作成之前，大法官已經承認人民的隱私權應受保障，但是並未明確闡述其內涵³⁴，故釋字第五五四號並未從隱私權角度審查通姦罪是否合憲。直至釋字第五八五號解釋理由書，大法官始首次說明：「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障」³⁵。問題是，依據這個定義，通姦罪對性自主權

³³ 美國法的隱私權概念強調「個人自主決定」之保障，參考劉靜怡，隱私權：第二講 隱私權保障與國家權力的行使——以正當程序和個人自主性為核心，月旦法學教室，第50期，2006年12月，頁39-49。

³⁴ 司法院釋字第293號解釋：「銀行法第四十八條第二項規定『銀行對於顧客之存款、放款或匯款等有關資料，除其他法律或中央主管機關另有規定者外，應保守秘密』，旨在保障銀行之一般客戶財產上之秘密及防止客戶與銀行往來資料之任意公開，以維護人民之隱私權。」；司法院釋字第509號解釋理由書：「惟為保護個人名譽、隱私等法益及維護公共利益，國家對言論自由尚非不得依其傳播方式為適當限制。」；司法院釋字第535號解釋：「臨檢實施之手段：檢查、路檢、取締或盤查等不問其名稱為何，均屬對人或物之查驗、限制，影響人民行動自由、財產權及隱私權等甚鉅，應恪遵法治國家警察執勤之原則。」

³⁵ 司法院釋字第585號解釋理由書、司法院釋字第603號解釋。大法官對於隱私權的發展歷程，詳見葉俊榮，探尋隱私權的空間意涵——大法官對基本



的限制，構成對隱私權的限制嗎？基本上，性生活不僅是私人領域，甚至是絕對不可被侵犯的私生活領域³⁶，屬於上述隱私權定義中的「個人生活秘密空間」。但是，國家禁止通姦是否構成對個人生活秘密空間的「侵擾」，則有解釋空間。如果「侵擾」係指他人對於個人生活秘密空間的刺探，國家禁止通姦本身，除非有後續「侵門踏戶」蒐集通姦證據的手段，否則不發生刺探生活秘密空間的效果，不構成對隱私權的限制。然而，如果「侵擾」泛指介入他人安排個人生活秘密空間的自主決定，包括個人與特定人從事性行為在內，禁止通姦本身就構成對隱私權的限制。因此，對於大法官而言，若是利用作成本號解釋的機會，將個人對性行為之自主決定納入隱私權的保護範圍內，並非理論上不可能。

在上述兩種可能的解釋之間，本文比較傾向將「侵擾」理解為對於個人生活秘密空間的刺探，不包括介入他人對此生活秘密空間的安排³⁷。因為，大法官對於隱私權的理解至今仍然著重在防止個人資訊被刺探與揭露，而不是藉此賦予個人安排私人生活空間（例如婚姻、家庭或生育）的自由³⁸。儘管美國憲法的隱私權概念，涵蓋個人對於攸關人格、生活等重要事務之自主決定權，明顯比起我國大法官所承認的隱私權範圍更廣。但是，我國大法官歷年來早已針對不同類型的個人重要事務之自主決定權，發展出各種特定類型

權利的脈絡論證，中研院法學期刊，第18期，2016年3月，頁5-19。

³⁶ Vgl. nur *Udo Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Werkstand: 88 EL, 2019, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 200.

³⁷ 似乎也傾向此種理解者，李惠宗，*憲法要義*，八版，2019年，邊碼1950；吳庚、陳淳文，同註28，頁342-343。

³⁸ 亦參考林子儀，*公共隱私權*，收錄於：第五屆馬漢寶講座論文彙編，2015年，頁38：「如與美國司法實務或美國學者所主張的隱私權類型比較，我國司法院大法官到目前為止，只肯認空間隱私權及資訊隱私權兩種類型，而未及於自主決定隱私權、具財產價值之隱私權其它類型。」

的非明文基本權，諸如人格發展自由（釋字第五八〇號）、一般行為自由（釋字第六八九號）等，沒有必要再透過隱私權概念涵蓋個人對於重要事務的自主決定權³⁹。因此，既然大法官已經承認性自主權受憲法第二十二條所保障，並且強調其與個人人格有不可分離之關係，不將其納入隱私權並不會產生保護漏洞，將其納入隱私權也不會提升其保護程度，反而徒增兩種未明文基本權保護範圍的區分困難。基此，系爭規定禁止通姦行為，只需要確定其構成對性自主權的限制即可，無庸也不應再從限制隱私權的角度加以觀察。

綜上所述，本號解釋認定通姦罪限制人民的性自主權，將通姦行為納入性自主權之保護範圍，而且承認其為獨立於隱私權的基本權，均值得贊同。唯獨需要再強調的是，本號解釋未明白說明通姦罪在限制性自主權之外，同時限制一般人格權及人身自由，對於本罪限制基本權的種類與程度的說明不夠完整。

三、目的正當性

通姦罪所造成的基本權限制是否符合憲法第二十三條比例原則，第一個審查項目就是目的正當性。依據多數意見，系爭規定以刑罰制裁通姦行為，「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，核其目的應屬正當」。婚姻之所以值得保護，理由是「婚姻制度具有維護人倫秩序、性別平等、養育子女等社會性功能，且因婚姻而生之永久結合關係，亦具有使配偶雙方在精神上、感情上與物質上互相扶持依存之功能。」

³⁹ 參考黃昭元大法官，同註23，頁109-110。類似見解，許志雄大法官，同註25，頁78認為自主決定權之內容豐富，其性質與「隱私」一語有所扞格，宜自成一種憲法權利而不納入隱私權範疇。



(一)保護婚姻作為憲法上之正當目的

依據憲法第二十三條，法律對基本權的限制必須是出於「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益」之目的，一般認為此一限制僅在禁止立法者追求明顯違憲的目的，換言之，系爭法律所追求之公共利益為憲法所容許，即可滿足目的正當性的要求⁴⁰。所謂立法者負有維護公共利益的任務，則是在強調禁止國家只為了部分個人或群體（例如貴族）之利益而限制基本權。因此，一個刑法規範是否符合憲法第二十三條之目的正當性，判斷標準在於其是否追求憲法所容許的公共利益。我國釋憲實務上，大法官並未針對（廣義）刑法規範之目的正當性，採取特別嚴格的審查標準。例如，釋字第六一七號就刑法第二三五條的合憲性，認為「為維持男女生活中之性道德感情與社會風化，立法機關如制定法律加以規範，則釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重」。類似於此，釋字第六六六號針對社會秩序維護法第八十條第一項第一款意圖得利與人姦宿之處罰，也是承認其「維護國民健康與善良風俗」之目的正當，僅指摘其差別待遇與立法意旨之間欠缺實質關連性，違反平等原則。

根據上述，請求配偶忠誠或維護家庭和諧，即使在憲法上不被承認為一種基本權利，也無礙於其係憲法所容許的公共利益。釋字第五五四號所稱「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」，以及釋字第五六九號所述「有配偶而與人通姦，背離婚姻忠誠，破壞家庭和諧，侵害憲法第

⁴⁰ 許宗力，基本權的保障與限制（下），月旦法學教室，第14期，2003年12月，頁51-52；蔡宗珍，公法上比例原則初論——以德國法的發展為中心，政大法學評論，第62期，1999年12月，頁92。德國文獻，參考 Bernd Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 92 EL August 2020, Art. 20 Rn. 111.



二十二條所保障之自由權利」，在婚姻忠誠及家庭和諧以外，承認他方配偶之自由權利亦受通姦罪保護，雖然內涵不明⁴¹，仍然無礙於通姦罪之目的正當性。即使認為通姦罪僅在保護禁止婚外性行為之性道德，不論個人是否認同此一性道德，也不會改變其具有目的正當性的結論。因為所謂不得從事婚外性行為的道德風俗，並非憑空設想的意識形態，在現實上和婚姻或家庭成員存在一定之利害關係。有許多文獻指出，外遇（包含通姦在內）會對於他方配偶造成生理與心理的負面影響，包括作息失調、產生失落感、失去自我認同或自尊，甚至也會影響子女⁴²。因此，不排除所謂性道德的表象背後，含有保障配偶與其他家庭成員之身心利益的意義。就此而言，本號解釋雖然將通姦罪之保護對象限縮於婚姻，將家庭排除在外，但其肯定系爭罪名之目的正當性，值得認同。

然而，黃昭元大法官對此提出質疑。他認為婚姻忠誠義務的核心要素，就是配偶一方對他方性器官的排他、獨占使用權。但是從縱容或宥恕之配偶喪失通姦的告訴權（刑法第二四五條第二項）、夫妻同居義務不得強制執行（強制執行法第一二八條第二項）、配偶強制性交構成犯罪（刑法第二二一條）等規定可知，法律體系賦予性自主權優先於性獨占權的地位。若是通姦罪之目的係維護婚姻關係的性獨占權，此項目的之涵蓋範圍顯然過於廣泛，效力過於強

⁴¹ 對此之批評，林子儀大法官，釋字第569號解釋協同意見書，司法院公報，第46卷第1期，2004年1月，頁15-16。

⁴² 詳見Janis Abrahms Spring & Michael Spring著，柯清心、高蘭馨譯，外遇的男女心理：如何走出創傷與重建信任，1998年，頁11-43；簡春安，外遇的分析與處置，1991年，頁103-121、125-139。特別強調通姦對未成年子女人格健全發展的影響者，參考林士欽，從兒童及少年保護評大法官釋字第791號解釋，銘傳大學法律判解評論，第2期，2020年12月，頁80-83。



烈，難調合憲⁴³。

本文認為，以「婚姻忠誠義務」包裝的性獨占權，僅屬於他方配偶不能訴求國家強制實現的利益，固然是對法律體系評價的正確觀察。但是，性獨占權的法律效力不完整，並不等於保護性獨占權係憲法所不許可；否則的話，不僅保護性獨占權的通姦罪違憲，就連侵害性獨占權的民事損害賠償責任，也應該自始欠缺目的正當性而違憲。如果我們接受通姦可以（或只能）建構民事損害賠償責任，就表示以「婚姻忠誠義務」包裝的性獨占權，基本上仍是憲法所許可追求的目的。據此，黃大法官所言「此項目的涵蓋範圍顯然過於廣泛，效力過於強烈，難調合憲」，應該不是主張國家禁止通姦所欲保障之性獨占權本身自始不正當，而是主張就動用刑罰手段而言，保護性獨占權欠缺目的正當性。此一主張預設在目的正當性審查上，刑法規範不能僅止於保護合憲之公共利益，而是必須限於保護更為重大之公共利益，但通姦罪所保護之性獨占權並未達到此一重大公益的門檻⁴⁴。若是如此，必須進一步思考的是：刑法規範應否適用特殊之目的正當性標準？

⁴³ 黃昭元大法官，同註23，頁116-118。類似考量，張明偉，同註31，頁35。

⁴⁴ 從違憲審查密度的角度所提出之類似觀點，許志雄大法官，同註25，頁83：「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。」另參考許育典，從婚姻制度演變探討通姦除罪化的憲法正當性，月旦法學雜誌，第305期，2020年10月，頁10，批評本號解釋一方面宣稱採取嚴格審查標準，在目的正當性審查卻未採取重大公益目的標準。類似質疑，李念祖、李劍非、廖崇歲，評釋字第791號解釋——從性別身分到平等契約？，月旦法學雜誌，第315期，2021年8月，頁77。

(二)法益概念作為刑法規範之目的正當性標準？

刑法規範是否適用特殊之目的正當性標準，此一標準又應該如何具體化，在憲法學上並未受到討論。不過，如果將目光轉向刑法學，即可發現一個界定刑法正當性的支配性概念：法益（Rechtsgut）。通說認為，刑法的任務在於保護法益，法益概念一方面作為解釋犯罪構成要件的指導方針（體系內部功能），另一方面作為批判犯罪構成要件正當性的標準（體系批判功能）⁴⁵。在法益的體系批判功能觀點下，如果刑法規範之目的不是保護法益，而是保護某種純粹的道德，此一刑法規範就欠缺正當性。因此，刑法學說強烈批評通姦罪自始欠缺值得刑法保護的法益，諸如「單純善良風俗或一般道德觀念的維護，甚至是婚姻或人生的幸福美滿，均非刑法存在之目的⁴⁶」、「通姦行為被視為無被害人的犯罪，僅屬於道德錯誤，維護舊時代思潮下的性道德價值，不足以正當化通姦入罪⁴⁷」、「在性質上，家庭婚姻圓滿利益自始不適用以處理公共事務為目的的刑法⁴⁸」等。由此可知，依據刑法學之法益概念，刑法規範所保護之利益，不能僅止於不牴觸憲法，而是必須具有一定的質量，才值得國家動用刑罰。

在上述背景底下，在目的正當性層次上，有無必要援引刑法學

⁴⁵ Vgl. nur Jörg Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, Vor §§ 13 ff. Rn. 9a f.

⁴⁶ 張明偉，通姦罪合憲性之再思考，裁判時報，第59期，2017年5月，頁63。同此見解：王皇玉，刑法總則，六版，2020年，頁29；謝如媛，刑法規範下的家庭秩序，臺大法學論叢，第35卷第6期，2006年11月，頁315；蔡聖偉，通姦罪的違憲審查——兼評司法院釋字第554號及第791號解釋，興大法學，第29期，2021年5月，頁13-14。

⁴⁷ 邱忠義，同註9，頁138。

⁴⁸ 林慈偉，通姦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，第58卷第5期，2012年10月，頁137。



的法益概念作為專屬於刑法規範的憲法審查標準，在德國受到熱烈討論。德國聯邦憲法法院在二〇〇八年的血親性交罪合憲裁定中清楚表示，刑法規範在憲法上僅受比例原則之限制，就其所追求之目的，並不適用刑法上的法益概念所設定的更高標準。憲法法院認為學說對於法益概念並無一致的看法，如果將法益理解為立法者透過現行法加以保護的利益，法益概念僅在表達刑法規範的立法目的，並無指導立法的作用。相對地，如果僅將社會生活上的特定事物視為正當的法益，或以其他方式承認某種超實證的法益概念，並將其理解為一個憲法審查標準的要素加以適用，這種觀念將與立法者的權限有所衝突。因為，在基本法秩序底下，確定刑罰所追求之目的、刑法手段所應保護的利益，以及使刑法規範適應社會變遷等，都屬於具有民主正當性之立法者的事務，任何宣稱先於實證法而存在的法益概念，或是某個超越立法者的審級所決定的「公認」法益概念，都不能限縮上述的立法者權限。立法者的權限毋寧只受憲法本身所拘束，在刑法領域跟在其他領域一樣，只要所追求之目的不是自始抵觸憲法即可。無論如何，憲法的任務僅在為立法者的制定權力劃定最外圍的界限，法益保護並無法提供一個憲法非採用不可的實質標準，至於其對於立法政策或刑法釋義學有何種貢獻，則是另一個問題⁴⁹。

德國聯邦憲法法院否定法益概念的立法批判功能獲得部分學說的支持⁵⁰，但是部分學說不但肯定法益概念的立法批判功能，而且

⁴⁹ BVerfGE 120, 224 (242).

⁵⁰ Vgl. *Wilfert*, aaO. (Fn. 19), S. 163 ff.; *Carl-Friedrich Stuckenberg*, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, GA 2011, S. 653 ff.; *Eric Hilgendorf*, § 17 Strafrechtspolitik und Rechtsgutslehre, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Band 1 Grundlagen des Strafrechts, Heidelberg, 2019, § 17 Rn. 126 ff. 在聯邦憲法法院之血親性交罪合憲裁定之前已採此立場者，例如 *Appel*,



認為法益概念可以被整合進憲法的比例原則審查。例如，Roxin/Greco認為法益概念是從刑法的任務推導出來，刑法的任務又是源自憲法的自由主義與保障基本權的要素，因此國家刑罰權的界限也必須來自這項刑罰的理由。一個沒有保護法益的刑法規定，就是不相當而對於公民自由造成過量的限制⁵¹。因此，法益理論可以毫無障礙地被整合進憲法的過量禁止原則（Übermaßverbot），規定憲法應該如何對刑法規範進行比例原則的審查。在刑法領域運用法益概念進行比例原則的審查，主要是考量到刑罰構成對於人類生來權利的侵害，與其他領域進行一般的比例原則審查有所不同。二者的差別尤其在於，保護道德或善良風俗不能再被用來作為正當化刑罰的理由，但是仍然可作為其他基本權限制措施（例如營業禁止或科予職業負擔）的正當目的。至於法益概念應該放在比例原則審查的「目的正當性」或是「狹義比例性」層次，則是次要的問題，但是為了自始排除刑法受到道德主義式的濫用，應該將其置入「目的正當性」層次較有說服力⁵²。

aaO. (Fn. 18), S. 199 ff.; Lagodny, aaO. (Fn. 18), S. 145 ff. 中文文獻之詳細說明，許澤天，同註18，頁273-279。

⁵¹ Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., 2020, § 2 Rn. 92.

⁵² Vgl. Roxin/Greco, aaO., § 2 Rn. 92a. Im Ergebnis Goeckenjan, aaO. (Fn. 19), S. 201 f.; 許恆達，同註19，頁28-31；蔡聖偉，同註46，頁6-9。類似立場，許玉秀，同註18，頁401-402主張刑法法益概念與憲法基本權結合，成為刑法規範違憲審查之目的審查標準，所謂目的審查也就是對法益的審查。除此之外，Frank Saliger, Die Bedeutung der Rechtsgutslehre für ein modernes rechtsstaatliches Strafrecht, in: Rosenau/Kunig/Yildiz (Hrsg.), Rechtsstaat und Strafrecht, Tübingen, 2021, S. 103 f., 106 ff. 為法益概念辯護，認為法益概念只是一個論證結構，透過它提出其他入罪化與除罪化原則，原本就不是描述一個超越時空、特定的、前實證的實體，有如數學般精確地據此推論出刑法規範的正當性。在刑法規範之比例原則審查上，從法益概念可以推論出對於目的正當性、手段適合性及必要性更嚴格的要求。



此一爭議橫跨憲法與刑法、民主原則與法治國原則之衝突等面向，本文不可能在此進行完整的分析，僅能提出初步的想法。從刑罰通常被視為國家所能採取的最嚴厲手段來看，透過刑法法益概念來強化刑法規範之目的正當性審查要求，提高憲法審查的密度，是符合直覺的做法。但是到目前為止，此一觀點至少存在無法克服兩個困難：一是法益概念的內涵模糊性，二是法益概念忽略民主原則。

首先，法益理論對於什麼是值得以刑法保障的正當生活利益，至今仍是眾說紛紜，難以正面確立法益的內涵，而是至多負面臚列出不具法益資格的類型⁵³。何以致之？法益概念所欲處理的刑法正當性範圍的問題，根本上取決於立法者在不同的社會、政治、經濟或文化脈絡下，如何為相衝突的利益尋求平衡，刑法學說卻希望將這個複雜的利益權衡過程，以單一化約的法益概念來表達，導致法益概念自始就承擔了一個超出其語意所能乘載的功能⁵⁴。最明顯的

⁵³ 德國文獻上各種法益概念的定義，參考Roxin/Greco, aaO. (Fn. 51), § 2 Rn. 3; Armin Engländer, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, ZStW 127 (2015), S. 619 f. 不問是否支持法益之體系批判功能，法益概念之模糊性可說是共識，參考Wolfgang Joecks/Volker Erb, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 4. Aufl., 2020, Vor § 1 Rn. 38 ff.; Wolfgang Frisch, Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden, 2003, S. 216 ff. 國內文獻亦早已指出此一事實，參考許恆達，刑法法益概念的茁生與流變，收錄於：法益保護與行為刑法，2016年，頁1-26；黃宗旻，法益論的侷限與困境：無法發展立法機能的歷史因素解明，臺大法學論叢，第48卷第1期，2019年3月，頁159-210。

⁵⁴ 此一觀念參考Gerhard Seher, Prinzipien gestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden, 2003, S. 44 f. 類似觀點，Eisele, aaO. (Fn. 45), Vor § § 13 ff. Rn. 10, 認為法益概念並不是一個一般性原則，所規範之



例子是，法益理論向來區分違反道德和侵害法益兩個範疇，主張違反道德的行為並未侵害法益，故不得以刑法加以處罰。但是，法益理論將道德與法益當成對立的範疇自始就是有問題的，因為法益也可能有其道德基礎，而道德在特定脈絡底下也會帶有值得保護的利益⁵⁵。究竟是否以刑法來確保一個行為規範的效力，無法訴諸道德與法益的二分法，而是需要進行細緻的利益權衡。本文認為，法益概念的功能超載，也是學說就其內涵無法獲致共識的原因：法益概念的內涵越具體明確，看似越能發揮界定刑法正當性的功能，卻無法滿足社會使用刑法的各種正當需求；法益概念的內涵越抽象模糊，越能容納社會使用刑法的各種正當需求，卻越是喪失界定刑法正當性的功能。

其次，法益理論的立法批判功能，也會與民主原則有所牴觸⁵⁶。刑法學說致力於提出法益概念，固然是出於對刑事立法者的深刻不信任，擔心他們透過刑法危害個人自由。不過，我們不能忘記的是，民主至今仍被認為是最能夠確保個人自由的國家型態，沒有理由特別在刑法領域裡，將國民的民主自決只看成對自由的威脅，而毫無實現個人自由的機會。在民主憲政秩序底下，我們必須接受民主立法者享有決定空間，自由決定其所欲達成之目標，以及為達成此一目標所欲使用之手段，只要不牴觸憲法的界限，其做出的決定都是國民主權的正當表現。即使立法的結果是違背理論或其他錯誤，也不能立刻就認定其違憲失效，立法者的失敗作品只要

生活領域越複雜，不斷變遷的社會價值觀念越是模糊，法益概念所製造的問題比解決的問題更多。

⁵⁵ 參考許澤天，同註18，頁277；Wilfert, aaO. (Fn. 19), S. 165; Georg Freund, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 4. Aufl., 2020, Vor § 13 Rn. 50 ff. 不同見解，例如鍾宏彬，同註20，頁218-219。

⁵⁶ Vgl. nur Frisch, aaO. (Fn. 53), S. 219 ff.; Stuckenberg, aaO. (Fn. 50), S. 658 ff.



未達違憲的門檻，都只能透過政治過程予以治癒⁵⁷。因此，刑法法益理論主張民主立法者「依法」只能處罰侵害法益的行為，或主張刑法只能保護個人法益或可還原為個人法益的超個人法益，或是只能處罰造成實害或具體危險的行為、不得處罰抽象危險的行為等，若是無法被轉換成具有憲法強制性的理由，都會牴觸民主立法者的行為自由。這並不是說民主立法者的刑事立法無需監督，而是主張監督的方式並非對其立法內容提出限制，重點毋寧是強化對於立法過程的程序控制。法益理論作為學說所提出之刑法正當性標準，只能作為在政治過程中的一種政策性論述，提供立法者做出理性刑事政策決定的參考⁵⁸。

事實上，支持法益概念之立法批判功能的學說，也無法逃避上述法益概念的侷限，這明顯表現在其對於法益拘束立法權的程度，經常游移在刑事政策與憲法層次之間⁵⁹。以前面提到的Roxin/Greco為例，二者雖然支持法益之立法批判功能，卻也考量法益概念的內涵欠缺最低共識，又承認立法者有權決斷一個行為會對和平自由的共同生活產生何種後果，此種損害後果發生的危險有多高，故主張從法益概念所推論的結果並非全都有憲法拘束力，毋寧只是「以憲法為基礎的刑事政策要求」，立法者必須遵守，但不受其強制⁶⁰。我們可以發現，Roxin/Greco先是賦予法益概念對於比例原則審查的拘束力，卻又將其效力弱化為對於立法者的刑事政策要求，也顯示

⁵⁷ Vgl. *Stuckenberg*, aaO. (Fn. 50), S. 658 ff.; *Wilfert*, aaO. (Fn. 19), S. 80 ff.; *Hilgendorf*, aaO. (Fn. 50), § 17 Rn. 126 ff.; *Klaus Ferdinand Gärditz*, *Strafbegründung und Demokratieprinzip*, *Der Staat* 49 (2010), S. 331 ff.

⁵⁸ 亦可參考許澤天，同註18，頁314-315。

⁵⁹ Vgl. *Stuckenberg*, aaO. (Fn. 50), S. 660; *Wilfert*, aaO. (Fn. 19), S. 172 f.

⁶⁰ Vgl. *Roxin/Greco*, aaO. (Fn. 51), § 2 Rn. 93 f.; ähnlich *Eisele*, aaO. (Fn. 45), Vor § § 13 ff. Rn. 10a.; *Saliger*, aaO. (Fn. 52), S. 105.

其對於在憲法上以法益概念拘束立法權的猶豫不決。

根據上述分析，刑法規範有無正當性，只能根據細緻的利益權衡結果而定。我們或許可以根據更多元的價值原則，最終得出某個刑法規範所欲保護的利益具有正當性，並以法益概念來稱呼刑法規範所保護的正當利益，但是不應該將法益理解為一種先於刑法規範而存在的正當性判斷標準；任何以此種意義的法益概念取代或簡化此一複雜的利益衡量的努力，都很可能因為掩蓋了問題的本質而以失敗收場。從基本權釋義學的角度來說，與其費勁地將法益概念當成刑法規範之目的正當性審查標準，卻又無法給出可供操作的法益概念，倒不如自始就否定法益概念對於比例原則審查的重要性，完全透過一般比例原則（尤其是狹義合比例性之子原則）進行刑法規範的憲法審查⁶¹。刑法規範的憲法審查，在目的正當性層次上，無庸援引刑法法益概念提升審查標準，而是以所追求之公益不牴觸憲法價值為已足。刑法規範即使是在保護道德或善良風俗，只要道德或善良風俗沒有違反憲法價值（例如性別平等），仍可認為是追求正當目的⁶²。對於通姦罪而言，這意味著其所追求之保障婚姻制度與具體婚姻關係，不論背後的實質意義是性獨占權或性道德，都可以通過目的正當性的審查⁶³。

⁶¹ 有鑑於法益概念之模糊性，也沒有理由樂觀地相信其比起比例原則更能夠抵抗國家刑罰權的擴張，參考 *Joecks/Erb*, aaO. (Fn. 53), Vor § 1 Rn. 41; *Hilgendorf*, aaO. (Fn. 50), § 17 Rn. 128.

⁶² *Ebenso Appel*, aaO. (Fn. 18), S. 200 f.; *Goekenjan*, aaO. (Fn. 19), S. 199; *Wilfert*, aaO. (Fn. 19), S. 165; *Stuckenberg*, aaO. (Fn. 50), S. 659; *Kaspar*, aaO. (Fn. 32), S. 212 ff., 437 f.

⁶³ 質疑見解，許恆達，同註19，頁31；蔡聖偉，釋字第791號解釋：通姦罪及撤回告訴之效力案，月旦法學教室，第215期，2020年9月，頁69-70。



四、手段適合性

本號解釋對於通姦罪之手段適合性，主張基於刑罰之一般預防功能，通姦罪對於通姦與相姦行為施以刑罰制裁，具有一定程度的嚇阻作用；但是配偶一方違反婚姻忠誠義務，不當然妨害婚姻關係之存續，故本罪之手段適合性較低，但尚非完全無助於立法目的之達成。相對於此，刑法學說對於通姦罪保護婚姻的效力有強烈的質疑，認為在夫妻感情已有裂痕的情形下，處罰通姦並無法增進夫妻雙方之信賴與婚姻和諧，對簿公堂的結果反而會加速婚姻毀滅，因為對於通姦之配偶或第三人科以刑罰，只會加深雙方裂痕，促使通姦之配偶決意離婚⁶⁴。甚至有認為，通姦罪並未使通姦行為減少，甚至成為社會常態，顯示刑法無法完成抑制犯罪的固有任務，反而成為統治者的鎮壓工具⁶⁵。如此一來所產生的問題是，通姦罪的追訴會加速婚姻毀滅，通姦行為並未因為通姦罪而消失等，是否等於通姦罪因此不能通過手段適合性的審查？

⁶⁴ 參考邱忠義，同註9，頁142；張明偉，同註46，頁65；林慈偉，同註48，頁133；李惠宗，同註37，編碼1942；陳子平，同註22，頁489；林山田，同註22，頁499-501；蔡聖偉，同註63，頁70-71；蔡聖偉，同註46，頁22-29；黃榮堅，同註2，頁16；徐昌錦，通姦罪合憲性解釋之評析，台灣本土法學雜誌，第77期，2005年12月，頁46；鄭昆山，通姦罪在法治國刑法的思辨——評釋字第五五四號解釋，月旦法學雜誌，第105期，2004年2月，頁221-222；鄭錦鳳，論通姦除罪化——兼評大法官釋字第554號解釋，軍法專刊，第55卷第5期，2009年10月，頁117；莊喬汝，看不見的第三者——通姦罪導向較好的婚姻？，台灣法學雜誌，第223期，2013年5月，頁62-63；黃虹霞大法官，釋字第791號解釋部分協同意見書，司法院公報，第62卷第6期，第2020年6月，頁25-26。對於此一觀點之質疑，簡資修，婚姻，兒戲乎？——司法院釋字第791號解釋評釋，裁判時報，第104期，2021年2月，頁70。

⁶⁵ 陳文貴，評大法官釋字第五五四號解釋——比例原則之再檢視，刑事法雜誌，第58卷第5期，2014年10月，頁21。

(一)刑罰之預防效力

為此，我們必須先確定刑罰是以什麼方式達成保護法益的效果。刑法規範的主要作用是對於違反行為規範之人宣告有罪與施加刑罰，以維護行為規範所欲保護的法益。至於刑罰是如何達成保護法益的效果，則涉及刑法學上的「刑罰目的」。一般認為，刑罰具有一般預防和特別預防的作用，前者係指嚇阻潛在行為人實施犯罪（消極一般預防）及穩固社會大眾對於法規範的信賴（積極一般預防），後者係指嚇阻犯罪人將來再犯（消極特別預防）及使其重新回歸社會（積極特別預防）⁶⁶。因此，刑罰並不是使已經被危害的具體法益獲得修復（例如：死者復活），而是阻止行為人或潛在行為人未來犯罪，保護不特定法益在未來不受到侵害。大法官在審查刑法規範的合憲性時，也多次強調一般預防的作用⁶⁷。不過，依據目前為止的犯罪學研究，刑罰具有預防效果的理論主張，至今尚未獲得充分證實⁶⁸。以刑罰的消極一般預防效果來說，目前的實證研

⁶⁶ 刑罰目的是否包括對犯行之應報，以及應報是否為比例原則意義下之正當目的，本號解釋在論述上並未觸及此一難題，故本文暫且省略討論。質疑見解，*Roxin/Greco*, aaO. (Fn. 51), § 3 Rn. 8 f.; *Joecks/Erb*, aaO. (Fn. 53), Vor § 1 Rn. 57; *Kaspar*, aaO. (Fn. 32), S. 134 ff.; 許澤天，同註18，頁280。

⁶⁷ 釋字第544號解釋：「但究其目的，無非在運用刑罰之一般預防功能以嚇阻毒品之施用，挽社會於頹廢」；釋字第669號解釋理由書：「但立法機關認前述行為已足造成高度危險，為保護上開重要法益，乃採取刑罰之一般預防功能予以管制，可認係有助於重要公益目的之達成。」釋字第790號解釋理由書：「又栽種大麻固屬製造毒品之前階段行為，但對生命、身體法益之侵害已具一定程度之危險性，立法機關為保護此等重要法益，乃採取刑罰之一般預防功能予以管制，可認係有助於重要公益目的之達成。」

⁶⁸ 就刑法規範本身的保護法益效果而言，由於在設立刑法規範之時，還不存在已經被確定犯罪的行為人存在，我們可以暫且不討論刑罰有無特別預防效果，而是把焦點放在刑罰的一般預防效果上。



究「無法排除」刑罰有嚇阻作用，只能確定犯罪被發現的風險比起刑罰嚴厲性而言，對於刑罰的嚇阻效力影響力較大，但也不是適用於所有犯罪或所有人；至於其他刑罰變數在什麼條件下影響嚇阻作用，仍有待繼續尋找⁶⁹。對於刑罰的積極一般預防效果，則是更難以實證研究的方式加以確認，因為其所使用的「法規範信賴」及「穩定規範」就是欠缺可操作性的概念，以至於被批評是對於刑罰的真正效力提出一個模糊不清的主張，藉此使其無法被證明為虛偽⁷⁰。因此，刑罰究竟有無一般預防作用，只能說尚未被證實，但也尚未被推翻。

(二) 刑法手段適合性之審查標準

在目前對於刑罰一般預防作用的有限認知之下，立法者以刑法規範追求保護法益的目的，能否通過手段適合性的審查？這涉及手段適合性的標準及審查密度。按照德國聯邦憲法法院的觀點，手段適合性係指國家所採手段並非完全不適合，亦即只要對於所追求的公益目的有部分或些微的助益或效果，即可通過手段適合性的審查⁷¹。對於手段適合性的審查，涉及事實的認定和調查，德國聯邦憲法法院發展出三種寬嚴不同的審查基準：明白性審查、可支持性審查與強烈內容審查。何種情形應該適用哪個審查標準，應依所涉及及規範領域的性質、形成有足夠把握之決定的可能性大小、以及所涉及相關法益之重要性等因素而定，不過還是相當不明確⁷²。我國釋

⁶⁹ 中文文獻的相關介紹，鍾宏彬，刑罰一般嚇阻作用之實證研究回顧，收錄於：春風煦日論壇編輯小組編，刑事法與憲法的對話——許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集，2017年，頁311-358。

⁷⁰ Vgl. nur *Goeckenjan*, aaO. (Fn. 19), S. 203; *Bernd Meier*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl., 2019, S. 28 f.

⁷¹ BVerfGE 39, 210 (230); 47, 109 (117); *Kaspar*, aaO. (Fn. 32), S. 403 ff.

⁷² 參考許宗力，同註40，頁52-53；法治斌、董保城，同註28，頁233-234；

憲實務的比例原則審查，雖然在近年來也有結合不同審查基準的趨勢，但是依據學者的觀察，其所採取之審查標準寬嚴，對於最終的審查結果影響不明顯，最終似乎還是著重於個案的衡量⁷³。例如，釋字第646號解釋在審查未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場之刑罰合憲性時，雖然事涉憲法第八條人身自由之限制，卻表明「惟對違法行為是否採取刑罰制裁，涉及特定時空下之社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論等諸多因素綜合之考量，而在功能、組織與決定程序之設計上，立法者較有能力體察該等背景因素，將其反映於法律制度中，並因應其變化而適時調整立法方向，是立法者對相關立法事實之判斷與預測如合乎事理而具可支持性，司法者應予適度尊重。」換言之，大法官並未因為系爭規定涉及人身自由就採取嚴格內容審查，反而是遷就立法者對於刑罰效力的判斷與預測，採取可支持性審查。

本文認為，大法官沒有因為刑法規範限制重大的基本權利，就在操作比例原則時採取嚴格的審查基準，至少在手段適合性及必要性的審查階段，值得支持。主要理由在於，刑罰到底是如何去影響、操縱人類行為，涉及諸多目前已知和未知的複合因素，此種無法證實也無法推翻刑罰一般預防效力的知識狀態，在可預見的未來也難以改變。基於此種事務領域的特殊性，如果釋憲者基於刑法規範限制一般人格權及人身自由，二者皆屬重要的基本權利，就採取

吳庚、陳淳文，同註28，頁831-834。

⁷³ 參考黃舒芃，比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，中研院法學期刊，第19期，2016年9月，頁11-43。黃舒芃建議，系爭規定對於重要基本權利有重大影響，就應該採取嚴格或偏向嚴格的審查標準，提升合憲性門檻。同樣呼籲應該根據不同基本權領域，建立類型化的審查基準，參考許宗力，比例原則與法規違憲審查，收錄於：戰鬥的法律人——林山田教授退休祝賀論文集，2004年，頁229-230。



嚴格內容審查⁷⁴，要求立法者積極證實刑罰的預防效力才能制定刑法規範，那就必定會癱瘓刑事立法⁷⁵。釋憲者無論如何必須考量到，刑法是國家維護個人權利與公共利益所不可獲缺的手段，以過高的舉證門檻凍結立法者制定刑法的可能性，只是免除了刑法侵蝕個人自由的危險，卻也可能使刑法缺席而侵蝕個人的其他自由。因此，在主要進行經驗性認定的手段適合性及必要性審查階段，就刑罰有無一般預防效力的認定，釋憲者應該廣泛地尊重立法者的評價優先權限（*Einschätzungsprärogative*），僅在證實刑罰毫無預防效果時才否定適合性⁷⁶。然而，在進行價值權衡的手段狹義合比例性階段，刑法規範限制之一般人格權及人身自由價值重大，刑罰一般預防效力之不穩定性，則是使限制所達成公共利益程度降低的因素。

(三)通姦罪之手段適合性

基於上述觀點，前述刑法學說否定通姦罪之手段適合性，並不具說服力。在判斷通姦罪有無維護婚姻的作用時，重點在於對通姦行為的譴責及刑罰，能否嚇阻其他潛在行為人實施通姦，或者強化社會大眾對於禁止通姦的規範信賴，而不是在於追訴通姦能否挽救行為人的婚姻關係。如同對於殺人行為的處罰，我們不會因為處罰殺人無法讓被害人復活，就斷定殺人罪沒有保護生命的效果，同樣

⁷⁴ 如此主張，許宗力，同註40，頁53；吳庚、陳淳文，同註28，頁835-836；法治斌、董保城，同註28，頁235；徐昌錦，同註64，頁48。

⁷⁵ Vgl. Lagodny, aaO. (Fn. 18), S. 319; 許澤天，同註18，頁282-286。

⁷⁶ 這並不是說，立法者可以拿著這個評價優先權限，說刑罰多有效就多有效，完全不去考量犯罪學對於刑罰嚇阻作用的研究成果。例如，至今犯罪學研究大致上獲得一個共識，亦即刑罰加重或重刑（死刑）並不會提升嚇阻作用，這就是立法者不能忽視不理的經驗知識。因此，對於加重刑罰的刑法規定（尤其我國諸多特別刑法）的手段適合性審查，大法官就應該嚴格把關，不能以「尊重立法形成自由」帶過。



不應該因為處罰通姦無法修復行為人與其配偶之間的關係，就認為通姦罪沒有保護家庭婚姻的作用。據此，多數學說指出通姦的追訴經常加速婚姻的崩壞，固然可能是個事實，但是這與判斷通姦罪的手段適合性無關，因為通姦罪維護婚姻家庭的效果，來自刑罰嚇阻他人通姦或強化大眾對禁止通姦之規範信賴。從消極一般預防來看，經驗上並不能排除在潛在行為人之中，有人因為害怕刑罰而不實施通姦行為，雖然這種嚇阻作用的高低還是取決於行為人是否預期通姦行為會被發覺和追訴。從積極一般預防來看，立法者透過通姦罪向社會大眾傳達保持對配偶的忠誠、維護家庭和諧的價值觀念，此種觀念的建立和鞏固，同樣可能影響個別的行為人是否通姦的決定⁷⁷。通姦罪的上述一般預防效果，至今並未被充分的實證證據所推翻。至於部分論者所說通姦罪從來沒有讓通姦行為消失，反而是社會常態，也無法改變通姦罪有一般預防效力。因為，刑罰原本就只是可能影響個人是否犯罪的因素之一，即使社會觀念變遷而使通姦行為的數量增加，只要不排除其可能阻止部分的人實施通姦，就足以肯定其手段適合性。

或許有人會質疑，就算通姦罪能夠嚇阻他人通姦，但是婚姻美滿和家庭和諧倚賴的是當事人的感情投入與用心經營，嚇阻其通姦並無助於婚姻家庭的圓滿，因此通姦罪無法達到維護家庭婚姻的公益目的⁷⁸。本文並不否認，婚姻家庭的圓滿主要是靠雙方感情的投入，刑罰既無法改變一個人的感情，也無法強制一個感情生變的配偶用心經營婚姻。但是，刑罰對於法益的保護作用，從來不是在改善或增進法益持有人的福祉，而只是在防止法益持有人的福祉下降

⁷⁷ 釋字第554號解釋理由書：「然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。」

⁷⁸ 此一角度的論述，蔡聖偉，同註46，頁23-24。



而已。因此，通姦罪對於家庭婚姻的保護作用，不是在使一個感情生變的婚姻，提升為一個感情濃密的婚姻，而只是在防止家庭婚姻的狀態（即使原本就已經是感情破裂），因為配偶違反忠誠義務而更加惡化。如果我們不排除通姦罪能夠嚇阻他人通姦，或是使他人認同家庭價值而不為通姦，那麼通姦罪可以減少他方配偶遭到背叛、妨礙家庭和諧的負面因素，應該也是難以被否認的作用。因此，婚姻家庭圓滿有賴雙方配偶的自願感情投入，並不能否定通姦罪可能減少妨礙家庭和諧的負面因素，進而有助於維護家庭婚姻，得以通過手段適合性的審查。

綜上所述，本號解釋肯定通姦罪之手段適合性，其理由與結論皆值得認同。唯一值得商榷的是，大法官一方面以本罪所限制之性自主權與個人人格有不可分離之關係為由，強調在比例原則上應受較嚴格之審查，另一方面對於手段適合性的實際審查卻相當寬鬆，對於刑罰的一般預防功能尊重立法者的判斷，有自我矛盾之嫌⁷⁹。

五、手段必要性

在手段必要性的審查上，本號解釋認為「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。」類似於此，學說對於通姦罪的手段必要性也有不少質疑，認為我國民法提供他方配偶請求裁判離婚（民法第一〇五二條第一項第二款）的可

⁷⁹ 正確批評，許育典，同註44，頁10。



能性，並得請求損害賠償（民法第一〇五六條），其因通姦所受之非財產上損害，亦得以「侵害基於配偶關係所生之身分法益」而請求慰撫金（民法第一九五條第三項）⁸⁰，已經足以彌補他方配偶的傷痛與損失⁸¹。因此，對於通姦這種違反婚姻契約義務的行為，沒有必要再以刑罰制裁通姦行為⁸²。多數意見和刑法學說都傾向認為刑罰並非制裁通姦行為之必要手段，但是提出的理由實質上不完全相同。對於此一公認的觀點，本文有不同想法。

（一）刑法謙抑性作為必要性審查標準？

依據公認的見解，手段必要性原則，係指當立法者所追求之公益目的，存在多數具有相同適合性的手段時，則應採取限制基本權最輕微的手段，否則將違反手段必要性⁸³。依此，刑法規範是否為達成正當目的之必要手段，必須與國家所可能採取的民法或行政法手段進行有效性評估和侵害基本權程度的比較。然而，多數意見並未評估、比較通姦罪與民事裁判離婚及損害賠償責任之效力與後

⁸⁰ 相關學說及實務，參考王澤鑑，*侵權行為法*，增訂新版，2015年，頁214-217；孫森焱，*民法債篇總則（上）*，四版，2018年，頁222-223；陳聰富，*人格權的保護*，*月旦法學教室*，第132期，2013年10月，頁48；葉啟洲，*身分法益侵害之損害賠償的實務發展及其檢討*，*政大法學評論*，第128期，2012年8月，頁39、42-43；陳洸岳，*配偶及未成年子女對通姦行為相對人之慰撫金請求*，*台灣法學雜誌*，第184期，2011年9月，頁87-92。

⁸¹ 參考張明偉，同註46，頁63；謝如媛，同註46，頁316；陳文貴，同註65，頁22-23；邱忠義，同註9，頁141；徐昌錦，同註64，頁47；鄭昆山，同註64，頁222；林慈偉，同註48，頁138；鄭錦鳳，同註64，頁112-113；莊喬汝，同註64，頁60。

⁸² 參考莊喬汝，同註64，頁60；鄭昆山，同註64，頁218、223；張明偉，同註31，頁38-39；黃虹霞大法官，同註64，頁26-27；李念祖、李劍非、廖崇歲，同註44，頁77-81。

⁸³ 李惠宗，同註37，邊碼05306。詳細說明，許宗力，同註40，頁54-57。



果，反而以通姦行為未明顯損及公益，違反刑法謙抑性原則為理由，質疑通姦罪的必要性。因此，許志雄大法官認為多數意見並未進行必要性審查⁸⁴，學說認定多數意見是夾帶刑法規範必須保護重大公益的目的正當性審查⁸⁵，皆是正確的觀察。

本文認為，本號解釋以刑法謙抑性原則作為必要性審查標準，已經超越了必要性原則在比例原則審查架構中的應有功能。按照學說的詮釋，刑法謙抑性原則係指刑法必須本於謙讓抑制之本旨，在必要及合理之最小限範圍內，始予以適用之法思想，僅在民法或行政法對不法行為之處理，無法滿足社會一般人之正義理念或遏止該不法行為時，始有將其規定為犯罪而動用刑罰制裁之必要。學說進一步從此一思想推論出三個內涵：1. 刑法的補充性（最後手段性）⁸⁶、2. 刑法的片斷性（僅保護重大生活利益）及3. 刑法的寬容性（放任部分不法行為存在）⁸⁷。如果仔細分析這三個內涵，我們可以發現，1. 刑法的補充性表達出刑罰手段與民法、行政法手段的相對關係，其意義最貼近必要性原則；2. 刑法的片斷性僅在表達刑法不可能保護全部的生活利益，描述刑法適用範圍有限的現象，而不是提出刑法正當性的判斷標準⁸⁸；3. 刑法的寬容性則是說明當適用刑罰手段的結果是利大於弊時，刑法也必須接受不罰特定不法行為的結果，已經屬於狹義合比例性審查的範疇。由此可知，所謂的刑法謙抑性原則，在內涵上兼具描述性的內容與規範性的標準，而

⁸⁴ 許志雄大法官，同註25，頁82。

⁸⁵ 參考許恆達，同註19，頁25-26。

⁸⁶ 概念定義：王皇玉，同註46，頁57-58；林鈺雄，新刑法總則，八版，2020年，頁11-12。

⁸⁷ 上述內容參考甘添貴，刑法之謙抑思想，收錄於：刑法案例解評，1999年，頁1-4。

⁸⁸ 相同見解：Appel, aaO. (Fn. 18), S. 411; Kaspar, aaO. (Fn. 32), S. 253.

規範性的標準又包含手段必要性與狹義合比例性在內，相較於比例原則，不算是一個有獨立內涵的法律原則⁸⁹。本號解釋以刑法謙抑性原則作為必要性審查標準，不僅沒有提升比例原則的審查效能，反而是混淆不同層次的審查項目。

除此之外，本號解釋基於刑法謙抑性所提出的實質犯罪概念非常模糊。相對於法益理論至少嘗試定義值得刑法保護的生活利益，大法官沒有定義「侵害公益、具有反社會性之行為」，「公益」和「反社會性」概念之空洞程度更甚於法益概念⁹⁰。連帶地，為何「損及個人感情且主要係私人間權利義務爭議之行為」不算是侵害公益或具有反社會性，同樣令人費解。我們可以追問：一個老人被兒女騙走退休金，同時承受親情背叛與財產損失，屬於侵害公益的犯罪，或是純屬私權爭議？倘若這個行為應該成立詐欺罪，那麼使此一行為超越私權爭議而侵害公益、具有反社會性的特徵何在？我們無法從本號解釋的理由書及意見書得到任何解答的線索。此一刑法謙抑性原則意義下的實質犯罪概念，欠缺可供操作的刑法正當性審查標準，其原因還是在於：一個行為是否值得以刑罰制裁，必須在不同政經社脈絡下，根據衝突利益的權衡結果來決定，「侵害公益、具有反社會性」概念自始就無法乘載此一複雜的利益權衡考量。就此而言，本號解釋以通姦違反婚姻忠誠義務、損及他方配偶對於婚姻的期待，就認定其未明顯損及公益的說法，最終只是不附理由的獨斷⁹¹。

⁸⁹ 對於此一原則的其他批評，周漾沂，未遂犯可罰性基礎及著手實行概念：風險輸出理論的建構與運用，臺大法學論叢，第47卷第1期，2018年3月，頁438-440。

⁹⁰ 對於「社會損害性」概念之批評，參考Appel, aaO. (Fn. 18), S. 393 f.; 許澤天，同註18，頁298。

⁹¹ 相似質疑，簡資修，同註64，頁71-73。



(二)通姦罪之手段必要性

不同於本號解釋訴諸模糊不清的刑法謙抑性原則，多數學說從通姦可以適用民事損害賠償及請求裁判離婚的效果，推論通姦入罪化不符合必要性，是符合手段必要性審查的論證方式。但是此種流行的論證方式，在說理上過於簡略。首先，通姦行為可適用民事法律效果，並不能立刻推論通姦入罪化違反刑罰最後手段性。否則我們也可以宣稱，詐欺或竊盜行為已可適用民事法律效果，故詐欺或竊盜行為之入罪化違反刑罰最後手段性。至今無人如此宣稱，乃是因為詐欺或竊盜行為人，通常沒有能力和意願賠償損害，而且大多數都會規避債權人的追討，因此民事損害賠償責任無法有效保護財產⁹²。換言之，在判斷民事手段能否取代刑罰時，必須比較二者的保護法益效果是否相同才能下結論。其次，以通姦僅係「違反婚姻契約義務」就否定入罪化的必要性，也是一個速斷的說法。我們可以看到，違背義務遺棄罪、背信罪及損害債權罪等，形式上都含有行為人違反民法契約義務的性質，立法者卻從保護生命、財產或確保強制執行程序效力的角度，將這些違反民法契約義務的行為入罪化。既然如此，通姦作為違反婚姻忠誠義務的行為，仍然有可能在某種維護公共利益的角度底下，同時成為刑法所禁止與處罰的對象⁹³。因此，上述學說訴諸通姦之民事法律效果否定通姦行為之刑罰必要性，並無法證立通姦罪違反手段必要性原則。

如果要證立通姦罪違反手段必要性原則，我們必須審查：就通姦罪所欲追求之公益目的而言，民事損害賠償及裁判離婚係1.「同樣有效」且2.「限制基本權較輕微」的手段。針對前提2.「限制基

⁹² Roxin/Greco, aaO. (Fn. 51), § 2 Rn. 98.

⁹³ 相同批評，許育典，同註44，頁9。不同見解，李念祖、李劍非、廖崇歲，同註44，頁77-81、85-88（甚至批評這是民刑不分）。



本權較輕微」，我們可以肯定，通姦行為之民事法律效果係限制財產權及婚姻自由，通姦罪之制裁規範則是具有限制人身自由的效果，即使得易科罰金或易服社會勞役，亦無法排除個案中限制人身自由的可能性，民事法律效果比刑罰手段更輕微。但是，前提1.民事法律效果和刑罰手段「同樣有效」，是否真的存在？本文認為答案是否定的。

第一個理由是，二者所追求的「目的」並不相同，難以相互比較。通姦所衍生的民事損害賠償及請求裁判離婚，其目的是填補他方配偶所受到的（財產上及非財產上）損害，並且結束關係已有破綻而難以存續的婚姻。相對地，通姦罪的譴責及制裁，其目的並不在填補他方配偶的損害和處理有破綻的婚姻關係，而是在嚇阻或引導其他人不為通姦行為，進而達成維護不特定多數婚姻家庭的效果。因此，對於通姦行為的民事法律效果與刑罰手段，在抽象層次上都是為了保護婚姻家庭，但是在具體層次上，民事法律效果的任務在回顧式處理有破綻的婚姻，刑罰手段的任務是在展望式防止其他婚姻受到破壞，二者無法相互比較。

第二個理由是，即使承認民事損害賠償也帶有一般預防的效果，使其在所追求的目的上得以和刑罰手段相提並論，二者的「預防效果」也難以相互比較。前面提過，犯罪學至今無法證實也無法推翻刑罰的嚇阻效果，至多能夠指出某些因素足以影響嚇阻作用，刑罰的穩定規範效力更是難以實證測量。民事損害賠償的預防效力有多大，則是很少被實證研究；即使加以研究，也必定會遭遇刑罰嚇阻作用研究的困難，也就是無法分辨損害賠償影響人類行為的複合因素及機制。因此，在目前與可預見的將來，我們並沒有證據去論斷民事法律效果和刑罰手段在一般預防效力上的高低⁹⁴，此一經

⁹⁴ Vgl. Lagodny, aaO. (Fn. 18), S. 362; Appel, aaO. (Fn. 18), S. 541 f.; Goeckenjan,



驗知識的欠缺也適用在通姦罪上。經驗上無法斷定民事法律效果和刑罰之預防效果高低，釋憲者也無法做出比立法者更周全睿智的判斷，因此在手段必要性的審查上，只能尊重立法者的優先評價權限。就保護婚姻家庭的公益目的而言，立法者既然認為民事效果欠缺與刑罰手段相同的保護效果，那麼在憲法審查上就無法否定刑罰手段之必要性。

從上述分析可知，在手段必要性的審查上，以通姦的民事法律效果逕行斷定刑罰欠缺必要性的說法，建立在二者追求相同目的，並且預防效力可以相互比較的前提下，但是從民刑法之不同規範目的及既有的實證成果來看，這個前提其實並不存在。推而廣之，倘若嚴肅面對此一手段必要性審查的前提，刑法學長期以來所堅持之刑罰最後手段性（*ultima ratio*）或補充性原則（*Subsidiaritätsprinzip*），就必須訴諸其他理論基礎⁹⁵，才有可能被視為從憲法比例原則所推論出來的結果，否則就只是一種純粹的修辭而已⁹⁶。本文推測，在手段必要性審查上，本號解釋不去真正比較民事與刑法手段的效力與後果，或許是預見論證刑罰最後手段性之根本困境，只好訴諸所謂刑法謙抑性原則，改以內涵不明的實質犯罪概念佯裝手段必要性之審查，並得出通姦罪之必要性「尚非無疑」的曖昧結論。不過或許更好的論證策略是，大法官必須尊重立法者的優先評價權限，承認通姦罪符合手段必要性原則，將憲法審查的重心放在手段狹義合比例性層次上。

aaO. (Fn. 19), S. 205; 許澤天，同註18，頁287-290。

⁹⁵ 新近之理論嘗試，參考Matthias Jahn/Dominik Brodowski, Krise und Neubau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima-Ratio-Prinzips, JZ 2016, S. 969 ff.

⁹⁶ 例如，Klaus Ferdinand Gärditz, Demokratizität des Strafrechts und Ultima-Ratio-Grundsatz, JZ 2016, S. 644.

六、手段狹義合比例性

本號解釋最後認定通姦罪欠缺手段狹義合比例性，主要理由是其透過刑事處罰嚇阻通姦行為，得以實現之公益尚屬不大，卻會直接限制人民之性自主權，且其追訴審判程序亦必然限制人民之隱私，整體不利益實屬重大。況且國家權力介入婚姻關係，反而可能會對婚姻關係產生負面影響，故通姦罪所導致之損害顯然大於其目的所欲維護之利益，而有失均衡。

手段狹義合比例性的審查重點在於進行整體的利益衡量，一方面必須考量立法者所欲保護之法益的價值、系爭法益遭受損害的程度、損害發生的可能性高低；另一方面必須考量限制的嚴重性、限制幅度以及所處罰的行為和所欲防止之損害是否密切⁹⁷。因此，在此所應審查的是，通姦罪以限制性自主權、一般人格權及人身自由之方式，達成維護家庭婚姻完整性之目的，在手段與目的之間是否合乎比例。本號解釋的論述符合此一利益衡量的架構，所考量的權衡因素亦屬合理，不過仍有幾點理由值得補充。

(一)手段之正面效益

通姦罪係透過刑罰阻止他人以婚外性行為破壞家庭或婚姻和諧，其所維護的公共利益價值有多大，則可以從兩個角度切入：一是婚姻忠誠義務的價值，二是刑罰維護婚姻忠誠義務的效力。誠如本號解釋所言，其所能達成之公益程度尚屬不大。

首先，「不從事婚外性行為」作為婚姻忠誠義務的型態之一，其價值無法只訴諸家庭和諧或圓滿等抽象概念，而是需要配合社會背景予以具體化。在婚姻以生殖繁衍後代為目的的傳統中，不得與第三者從事性行為的忠誠義務，主要作用在確保生殖只發生在婚姻

⁹⁷ Goeckenjan, aaO. (Fn. 19), S. 206; Sondervotum B. Sommer BVerfGE 90, 145 (214).



之中，避免造成後代血統的混淆。不過，在發展出避孕方法及親子血緣鑑定技術之後，以禁止通姦防止後代血統混淆的必要性已不存在，此種忠誠義務的意義必須根據現代的婚姻概念重新界定。亦即，婚姻僅被視為具有親密性與排他性之永久結合關係，其功能不在於繁衍後代，而是在維護個人人格健全及人性尊嚴⁹⁸，不得與第三者從事性行為的忠誠義務，其作用在於維持配偶彼此的尊重及信任，發展親密的情感。我們可以肯認，配偶之間的尊重、信任及親密情感，絕對是建立實質婚姻關係的基礎，因此禁止通姦的忠誠義務所維護的價值重大。

其次，刑罰禁止通姦所產生的維護婚姻效果多高，則是存在評估上的困難。第一個困難來自刑罰嚇阻作用至今難以證實，也難以推翻，此一嚇阻效力不穩定的問題也適用在通姦罪。根據目前實證上普遍被接受的觀點，刑罰的嚇阻效果和行為人犯罪被發覺的風險有正相關，那麼考量通姦行為通常具有隱密性，刑罰嚇阻作用在通姦罪可能相對偏低。第二個困難則是專屬於通姦罪，亦即處罰通姦行為和維護婚姻關係之間的關連性不高。理由是，形式的婚姻關係是一回事，配偶有尊重、信任及親密情感則是另一回事，後者受到個人、家庭或社會的各式各樣因素所影響，哪些因素會使彼此的情感產生化學變化，因人因時因地而異，甚至連當事人都不易察覺及預料，難以指認某個單一因素和配偶相互尊重、信任及親密情感高低之間的因果關係。例如，先生因公司裁員而失業，可能增加其陪伴家人的時間而提升親密關係，也可能因為在家時間增加而增加口角衝突；先生工作獲得陞遷，可能緩解雙方以往因為經濟壓力而來

⁹⁸ 參考釋字第748號解釋理由書：「復鑑於婚姻自由，攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，就成立上述親密、排他之永久結合之需求、能力、意願、渴望等生理與心理因素而言，其不可或缺性，於同性性傾向者與異性性傾向者間並無二致，均應受憲法第22條婚姻自由之保障。」



的緊張關係，也可能因為應酬增加而使彼此關係更疏離。同樣地，在通姦行為和配偶相互尊重、信任及親密情感之間，也很難找到一個若P則Q的線性關係。已有不少文獻指出，通姦行為不一定是破壞配偶關係的原因，反而是雙方已無尊重、信任或親密情感，或者雙方關係無法支撐其中一方回應外在環境或壓力變動，才產生通姦行為。即使在雙方關係親密的狀況下，通姦會短期地破壞配偶雙方的信任或親密情感，但是這最終會使婚姻毀滅或維持，則是很大程度上取決於雙方如何面臨這個危機事件。抓姦、與配偶對質等做法無助於改善彼此的關係⁹⁹，相反地，雙方花時間去瞭解自己與對方的關係，透過彼此坦誠溝通，重新建立信任，才可能尋求改變現狀的做法，不管最後是走向分手或復合¹⁰⁰。據此，對於所有潛在受保護的婚姻家庭而言，在配偶感情已有裂痕時，刑罰禁止通姦行為可能根本無助於維護婚姻關係；在配偶感情沒有裂痕時，刑罰禁止通姦行為可能不是維護婚姻關係所必要。

綜上所述，刑罰禁止通姦所維護的實質婚姻關係雖然價值重大，但是通姦的隱密性使原本就不穩定的刑罰嚇阻作用更加降低，加上配偶實質感情的狀態及影響因素多端，禁止通姦對於維護實質婚姻關係的影響力可能非常稀薄。

⁹⁹ Peggy Vaughan著，施寄青譯，當外遇發生時，1991年，頁74-80。

¹⁰⁰ 參考Janis Abrahms Spring & Michael Spring著，同註42，頁88以下。另外，陳宜倩，改寫異性戀霸權腳本？——通姦罪與罰之女性主義法學透視，世新法學，第2卷第1號，2008年12月，頁33指出「關於婚外情慾議題之研究，大約可確定兩件事：婚姻的不滿意不一定是導致婚外性行為發生的原因，婚前性的自由經驗與對性忠誠的價值觀相較於前者更是常被提及影響婚外性行為的因素。婚外性行為的發生對婚姻造成的衝擊與效果也不一定都是負面的。」



(二)手段之負面效益

另一方面，通姦罪的刑罰所造成的權利限制程度及幅度有多大，則應該考量以下因素：一是本罪行為規範對於性自主權的限制，二是本罪制裁規範對於一般人格權和人身自由的限制，三是踐行刑事程序對於隱私的限制¹⁰¹。依本文之見，本號解釋正確地考量第一、三個因素，但是漏未考量第二個因素。

誠如本號解釋所言，本罪「禁止通姦」對性自主權之限制程度重大。性自主權係指個人得自由決定是否、與誰、何時、以何種方式從事性行為，由於性行為是滿足性慾的基本人類需求的手段，同時也是與他人發展最親密關係的方法，因此性行為自由和個人人格健全發展及人性尊嚴有密切關係，是價值重大的基本權利。本罪「禁止通姦」，導致有配偶之人與配偶以外之人之間不得實施性器官接合，限制有配偶之人及其相對人的性自主權。此一限制在有配偶之人身上尤其重大，因為其於「婚姻存續期間」不得和「配偶以外」之所有人為性器官接合。儘管本罪在法律上保留有配偶之人與「配偶」為性行為的可能性，不過實現此一性自主權仍然以獲得配偶同意為前提，如果配偶不同意與之為性行為，在極端情況（例如雙方長期分居或關係破裂）之下，將導致有配偶之人現實上沒有實施性行為的可能性¹⁰²。據此，本罪行為規範「禁止通姦」對於性自主權之限制程度重大¹⁰³。

除此之外，本號解釋也正確地考量到追訴通姦的隱私侵害性。

¹⁰¹ 建議一併考量程序的副作用，林明昕發言，收錄於：許宗力等，婚外性的罪與罰座談會，台灣法學雜誌，第223期，2013年5月，頁29、33。

¹⁰² 參考張明偉，同註46，頁65；鄭錦鳳，同註64，頁114，二者主張這是對人性尊嚴的侵害。

¹⁰³ 比較李惠宗，同註37，邊碼1942，其認為這類似國家強迫私人應如何為情感之表達，類似國家對個人思想之改造，應絕對予以禁止。



本罪授權國家機關踐行刑事程序調查通姦事實，除非已有外遇所生小孩作為通姦證據¹⁰⁴，否則必須取得其他直接證明性器官接合的證據。然而通姦通常發生在私密領域裡，取得通姦證據必定伴隨著高度侵害隱私的後果，例如住宅搜索、身體檢查、拍照攝影等。在實務上，由於通姦罪是告訴乃論之輕罪，檢警鮮少發動職權取得通姦證據，而是仰賴告訴人提出私人不法取得之證據，例如竊錄性愛聲音或影像、擅自截取通訊軟體訊息等。相對於檢警取證仍然受到法律的限制，例如調查通姦不得進行通訊監察（通訊保障及監察法第五條），搜索或身體檢查亦應受比例原則之拘束，私人取證行為不適用刑事訴訟法的相關規定，即使取證行為實際上逾越應有的尺度，其合法性在實務上甚至受到寬認¹⁰⁵。不僅如此，法院在審判期日調查通姦證據的方法，不論是勘驗性愛錄影或錄音、朗讀當事人記載通姦事實的文件（日記或記事本），都是公開揭露當事人最私密的個人資訊，令當事人極度難堪¹⁰⁶，構成對其隱私的二度傷害。即便我國刑事訴訟法採取證據排除法則，若是禁止法院調查國家或私人違法取得之通姦證據，即可排除再度侵害個人隱私的危險。但是，我國並非採取絕對證據排除法則（刑事訴訟法第一五八條之四），實務在決定是否排除違法取得之證據時，不論是在國家或私人不法取證的狀況，通常傾向追訴犯罪的公益大於程序合法性，容

¹⁰⁴ 莊喬汝，同註64，頁61-62，其認為此種證明方式侵害小孩的人性尊嚴。

¹⁰⁵ 詳見薛智仁，基於取證目的之私人竊聽，台灣法學雜誌，第183期，2011年9月，頁162-175。

¹⁰⁶ 參考林鈺雄發言，收錄於：許宗力等，婚外性的罪與罰座談會，台灣法學雜誌，第223期，2013年5月，頁23-24。相同意見：莊喬汝，同註64，頁60-61；蔡聖偉，同註63，頁71；蔡聖偉，同註46，頁25-26；張明偉，同註31，頁40。就此而言，簡資修，同註64，頁72認為犯罪追訴與審判必定侵入人民私密領域，通姦罪並不特殊，似乎未充分考量上述通姦蒐證實務的特性。



許使用違法取得之證據¹⁰⁷。基於這些考量，通姦罪之追訴在事實上潛藏過度侵害當事人隱私權的危險。

可惜多數意見漏未考量，本罪制裁規範「宣告有罪」及「宣告一年以下有期徒刑」也重大限制行為人的一般人格權及人身自由。一般人格權的內涵之一是個人在公眾的名聲或形象不會受到貶損，本罪授權國家宣告行為人成立「通姦罪」，對於行為人公開正式譴責其犯行，因而構成對其一般人格權的限制。由於國家是將特別具有社會可非難性的行為模式規定為犯罪行為，因此「有罪宣告」是對於個人行為的重大譴責及人格否定。加上我國目前並無註銷犯罪紀錄的相關規範，任何人在網路上亦得隨時查詢有罪判決及其犯罪事實，有罪判決對於一般人格權的侵害程度也隨之大幅增加¹⁰⁸。至於「宣告一年以下有期徒刑」，同時構成對於行為人人身自由的限制。雖然本罪屬於一年以下有期徒刑的輕罪，通常得以易科罰金、易服社會勞動或緩刑等方式避免限制人身自由，不過這並未改變行為人之人身自由受到限制的危險。

(三) 整體權衡

以通姦罪的正面與負面效益為基礎，接著應就正負效益進行整體權衡，判斷二者是否合乎比例。依據德國聯邦憲法法院所發展之「越如何，則越如何」的比較性衡量公式，對基本權的侵犯越嚴重，所獲致的利益就必須越大，越有份量¹⁰⁹。通姦罪所直接限制之性自主權、一般人格權、人身自由，以及間接影響之隱私權，不僅

¹⁰⁷ 關於私人不法取證之證據能力，參考薛智仁，刑事程序上私人取證之證據能力——評析最高法院判決之新發展，台灣法學雜誌，第260期，2014年11月，頁47-62。

¹⁰⁸ 邱忠義，同註9，頁142：通姦罪使外遇者或第三者背負一輩子的污名，難免影響其人生。

¹⁰⁹ 許宗力，同註40，頁58-59。



都是和人性尊嚴的實現有密切關係的基本權利，其侵害程度也都相當直接重大，因此只有在正面效益重要而迫切的時候，才能夠認定其合於比例。就此，通姦罪所欲保護之實質婚姻關係儘管價值亦屬重大，但是一來因為通姦被察覺的風險低，二來實質婚姻關係之影響因素多端，通姦罪刑罰透過嚇阻作用，所產生維護不特定多數實質婚姻關係的效果相當稀薄，通姦罪的正面效益和負面效益之間不成比例。

值得討論的是，通姦罪作為刑法第六十一條之輕罪及告訴乃論之罪，是否足以減少其負面效益，因而扭轉前述整體權衡的結果。釋字第554號強調，本罪作為刑法第六十一條之輕罪及告訴乃論之罪，使受害配偶得兼顧夫妻情誼及隱私，避免通姦之告訴反而造成婚姻、家庭之破裂。本號解釋變更釋字第554號，卻對此一重要論據未置一詞，殊為可惜。重新檢討此一論據，應該更能夠強化變更解釋的正當性。

本文認為，法定刑高低，確實是影響刑罰手段是否合乎比例的因素。按照大法官歷年的解釋，各罪之法定刑必須和犯罪情節符合比例，對情節輕微案件之刑罰不會過苛，始符合罪刑相當原則；如果違反罪刑相當原則，似乎就被認為違反憲法第二十三條比例原則¹¹⁰。從罪刑相當原則來看，通姦罪法定刑為一年以下有期徒刑，保留了情節輕微案件適用易科罰金、緩刑及緩起訴的可能性，不會造成過苛的刑罰，故應該是符合罪刑相當的要求¹¹¹。不過，本文認為刑法規範符合罪刑相當原則，並不當然就符合手段合比例性，因為二者的審查內容並不完全一致：手段合比例性則是審查刑罰的一般預防效

¹¹⁰ 相關整理，參考薛智仁，肇事逃逸罪之合憲性——評釋字第777號解釋，裁判時報，第92期，2020年2月，頁88-91。

¹¹¹ 對此之批評，參考許澤天，同註18，頁306-309。



果與其帶來的利益侵害之間是否符合比例，刑罰一般預防效力之大小必須被納入考量；相對地，罪刑相當原則，是在確定刑罰之預防效力合乎比例之後，審查刑罰程度和犯罪情節是否均衡，將刑罰的預防作用限定在合乎罪責的程度之內。因此，罪刑相當可以成為手段合比例性審查的一部分，但無法和手段合比例性劃上等號，即使通姦罪符合罪刑相當原則，這並不能改變通姦罪的一般預防效果稀薄，無法平衡其所帶來的負面效益。就此而言，釋字第五五四號提及通姦罪的法定刑很低，或許隱含本罪符合罪刑相當的想法，卻可能忽略了本罪之刑罰一般預防效力稀薄，會使其整體利益權衡的結果不成比例。

除此之外，告訴乃論使他方配偶可以透過不提告訴或撤回告訴，阻止法院對通姦行為人宣告有罪及刑罰，足以減少制裁規範的負面效益，因此釋字第五五四號在進行手段合比例性審查時，將告訴乃論納入考量，是可支持的做法。不過，釋字第五五四號所忽略的是，告訴乃論在減少對通姦行為人的制裁可能性之餘，一併使通姦罪所能達成的一般預防作用降低，因為只要告訴人不提告訴或撤回告訴，國家就不能處罰本案的通姦行為人，無法發生嚇阻其他潛在行為人通姦或向社會大眾宣示維護婚姻的價值。我們甚至可以進一步說，通姦罪採取告訴乃論的設計，使國家刑罰權是否發動完全取決於他方配偶的意思，而他方配偶又是純粹根據自己如何解決婚姻關係的需求，決定是否提起通姦罪告訴，使得通姦罪的處罰，不是淪為爭取有利離婚條件（例如贍養費）的籌碼，就是對於通姦配偶的復仇¹¹²。一旦刑罰的發動是繫諸他方配偶之財產或復仇需求，通姦罪宣示維護婚姻價值的一般預防作用，也會被大幅抵銷。基於上述考量，告訴乃論會同時降低通姦罪之負面與正面效益，在結果

¹¹² 就此之相同見解，李念祖、李劍非、廖崇歲，同註44，頁85。



上無法扭轉二者不成比例的整體權衡結果。

上述利益權衡的結果，可能被質疑是不當地取代了立法者所做的價值決定。手段合比例性的審查潛藏這種危險，這是無可否認的。不過，立法者在民國二十四年制定通姦罪，至今已經過了八十六年，追訴通姦的社會背景已有重大轉變，尤其婚姻制度的意義從繁衍後代變成實現自我人格、社會對於婚外情的非難程度下降、民法離婚規定更趨於男女平等、科技發展大幅提升蒐集通姦證據的隱私侵害程度等。這些社會變遷，無一不會影響處罰通姦行為之正負效益比重及利益權衡結果。原本立法者應該體察社會的轉變，重新檢討通姦罪是否仍然符合憲法保障基本權的意旨，但是迄今並無任何作為。因此，大法官根據幾乎是全新的社會背景，在價值權衡上否定通姦罪之手段合比例性，應該不至於過分凌駕立法者的權限。

七、小結：兼論性別平等問題

綜上所述，本號解釋延續釋字第五五四號路線，審查通姦罪侵害性自主權是否違反比例原則，最終以其欠缺手段狹義合比例性為由宣告違憲。多數意見肯定保護婚姻之目的正當性、刑罰對通姦的一般預防功能、將追訴通姦的隱私侵害納入考量等，皆值得肯定；其憲法審查架構未明白包括裁判規範在內，以刑法謙抑性原則取代手段必要性之審查，則有待商榷。在論證密度上，本號解釋充實其對比例原則的審查，比起釋字第五五四號僅訴諸尊重立法形成自由¹¹³，已經是一大進步。

附帶說明的是，本號解釋宣告通姦罪違反比例原則而違憲失效，未再審查其是否違反憲法第七條平等權，只有許宗力和黃昭元大法官檢討此一難題。前面已經提過，許多文獻認為通姦罪係性別

¹¹³ 陳文貴，同註65，頁14-17。同樣批評釋字第554號之論證缺失，許志雄大法官，同註25，頁70-73。



中立的規定，但是造成不利女性的適用結果，故構成性別的間接差別待遇而違反性別平等¹¹⁴。對於通姦罪的有罪比例在男女之間相差約百分之十，許宗力大法官認為此種差異程度未達統計上的顯著性，但是已呈現長期相對穩定的狀態而非單純意外的結果，亦構成以性別為分類標準而形成之間接差別待遇，違反憲法第七條平等權¹¹⁵。相對地，黃昭元大法官認為即使統計上的差異到達法律上之顯著差異，此一差異是源自刑事訴訟法第二三九條但書，而不是通姦罪所直接必然導致者，故尚無法認定有違性別平等¹¹⁶。

本文傾向認同黃大法官的看法。第一個理由是，通姦罪男女有罪比例差距約百分之十，此一統計上的差異並非顯著懸殊。在大多數犯罪類型，男性有罪比例都明顯高於女性，但我們無從據此認定，多數刑罰規範之實際適用結果構成對男性的間接歧視¹¹⁷。第二個理由是，男性與女性之有罪比例差距，是否直接來自通姦罪本身，確實是值得懷疑。因為，通姦罪作為告訴乃論之罪，其追訴處罰取決於他方配偶是否提起告訴、告訴人是否撤回告訴、撤回告訴之效力等變數。我們或許可以推測，社會對男女外遇的雙重標準以及婚姻關係中的女性弱勢地位，導致女性對於男性通姦提起告訴的比例較低，而且撤回通姦告訴的比例較高，導致男性通姦有罪的比例低於女性。但是，如果通姦罪不適用告訴乃論，或者撤回告訴亦

¹¹⁴ 間接差別待遇（間接歧視）亦構成差別待遇，應受平等權之檢驗，係憲法學上的共識，僅參考法治斌、董保城，同註28，頁341-343；吳庚、陳淳文，同註28，頁183-184。

¹¹⁵ 許宗力大法官，司法院公報，第62卷第6期，2020年6月，頁55-59。贊同此一見解，李念祖、李劍非、廖崇歲，同註44，頁83-84（進一步依立法史實認定該規定有處罰女性之間接歧視惡意）。

¹¹⁶ 黃昭元大法官，同註23，頁111-112。

¹¹⁷ 黃昭元大法官，同註23，頁112。



適用告訴主觀不可分原則，上述男女雙標及女性弱勢地位是否還會造成有罪比例的性別差異，則是需要做進一步的統計分析始有可能確定。因此，通姦罪本身是否導致性別的間接差別待遇，違反憲法第七條平等權，仍難以確認。

肆、撤回告訴效力規定之平等權審查

本號解釋的第二個標的是刑事訴訟法第二三九條但書，通姦罪之告訴人對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。多數意見認為，此一規定導致僅相姦人受追訴處罰而通姦人不受追訴處罰之差別待遇，其立法考量在於使顧全夫妻情義之被害配偶，得經由對通姦配偶撤回告訴之方式，促使其婚姻關係得以延續。但是，僅追訴處罰相姦人，與其婚姻關係之延續與否欠缺實質關連；而且追訴相姦人必定導致通姦事實公諸於世，對挽回配偶關係亦未必有實質關連。因此，系爭規定違反憲法第七條保障平等權之意旨。然而，本文認為此一規範目的之認定有檢討餘地。

一、撤回告訴對象之差別待遇

(一)告訴主觀不可分原則之例外

系爭規定之規範目的究竟為何，無法從立法相關資料探知，僅能基於系爭規定是告訴主觀不可分原則之例外規定，根據此一原則之規範意旨，反面推論此一例外規定之規範目的。依據學說的歸納，告訴主觀不可分之理論基礎有三：一是犯罪偵審之便利：共犯間對犯罪有相互利用關係，無庸告訴權人逐一對共犯告訴，國家即可對所有共犯追訴處罰¹¹⁸。二是告訴之性質：告訴係對於犯罪事實

¹¹⁸ 此說是國內多數意見，參考林俊益，*刑事訴訟法概論（下）*，十五版，2019年，頁38；林鈺雄，*刑事訴訟法（下）*，九版，2019年，頁127；黃



為之，並非對特定犯人為之，因而告訴本來即應就所有共犯發生效力。告訴權人只能決定是否欲提出告訴；如欲告訴，則告訴之對象即應由法律定之。三是公平考慮：不應任由告訴權人恣意選擇犯罪行為人為告訴，否則有的共犯被追訴處罰，有的共犯卻不能追訴處罰，將產生不公平現象¹¹⁹。問題是，就系爭規定所適用之通姦罪而言，其排除適用告訴主觀不可分原則的規範目的為何？

從「犯罪偵審之便利」觀點來看，告訴主觀不可分原則使國家調查單一的犯罪事實，就得以同時追訴處罰所有共犯，其適用必要性來自共犯之犯罪事實的證據共通性，節省國家重複調查的耗費。就此而言，由於通姦事實是由通姦人與相姦人的行為組合而成，屬於所謂「必要共犯」，二者的犯行無疑具有證據共通性，對於通姦事實的調查，必定能夠同時證明共犯雙方的犯行。因此，系爭規定僅就通姦罪排除適用告訴主觀不可分原則，並非因為欠缺便利犯罪偵審之需求。

從「告訴之性質」觀點來看，告訴的對象是「犯罪事實」，故告訴人僅能選擇是否對「犯罪事實」提起告訴，不能選擇對哪個共犯提起告訴。姑且不論此一說法只是套套邏輯，因為它根本沒有解釋，既然告訴乃論制度的用意在於尊重被害人的追訴意思，為何被害人只追訴特定共犯的意思卻不被尊重。在此一觀點下，此一告訴性質應該是一體適用於全部的告訴乃論之罪，系爭規定獨排通姦罪適用告訴主觀不可分，更不是因為通姦告訴之性質與其他告訴之性質不同所致。

從「追訴公平性」觀點來看，告訴主觀不可分原則的考量可能

朝義，刑事訴訟法，五版，2017年，頁169。

¹¹⁹ 何賴傑，論刑事告訴之法律性質與適用，收錄於：王兆鵬主編，當代刑事法學之理論與發展，2002年，頁342-343。不過，何賴傑教授認為，上述三點理由並不足以正當化告訴主觀不可分的規定。



是擔心，如果告訴人得恣意決定，相同犯行的共犯受到「追訴」與「不追訴」的差別待遇，會引起社會大眾對於刑事追訴公正性的質疑。以一個極端例子來說：甲、乙一起毆打丙成傷，兩人都沒有道歉賠償的意願，丙因為乙有黑道背景，只敢對甲提出告訴。如果沒有告訴主觀不可分的規定，丙對甲告訴的效力不及於乙，甲、乙因為身分背景的差異就受到「追訴」與「不追訴」的差別待遇，會令社會大眾質疑國家放過強勢犯罪人、只追訴弱勢犯罪人的印象。從這個角度來說，系爭規定就通姦罪排除適用告訴主觀不可分原則，其理由可能就在於，在通姦罪尊重被害配偶之意願，不追訴通姦人而僅追訴相姦人，其背後代表比起追訴公平性更重要的價值，即使產生不平等的追訴後果，還不至於動搖對刑事追訴的公正性信賴¹²⁰。

(二)差別待遇之規範目的

問題是，系爭規定尊重被害配偶之追訴意願所代表的價值為何？歸納而言，學說大致上有兩種看法：第一種是考量被害配偶有怨通姦人，卻未必有怨相姦人，若是使撤回告訴之效力亦及於相姦人，將有違人情¹²¹。第二種是為顧及婚姻關係中之夫妻情義、家庭和諧，夫妻可早日脫離訴訟關係，重修舊好，破鏡重圓，促使婚姻關係得以繼續延續¹²²。

本文認為，系爭規定和被害配偶促進延續婚姻關係延續並無關

¹²⁰ 如果採取這種觀點，立法者可以將告訴主觀可分的範圍擴大到共犯有「配偶」與「第三人」的所有情形（例如：先生協同友人毆打妻子成傷），不必然僅限於通姦罪。但是，在所有告訴乃論之罪當中，只有通姦罪的共犯必定有「配偶」及「第三人」，其他犯罪的共犯不必然有此種身分關係，故系爭規定只排除通姦罪適用告訴主觀不可分，屬於立法形成自由。

¹²¹ 參考黃朝義，同註118，頁170；林永謀，刑事訴訟法釋論（中），改訂版，2006年，頁329。

¹²² 林俊益，同註118，頁39。



係。從系爭規定之規範功能來說，它並不是單純在給予被害配偶撤回對通姦人之告訴的權利，使配偶雙方能夠自行處理被通姦所破壞的婚姻狀態，此種配偶雙方自行處理婚姻、排除國家刑罰介入的可能性，已經透過通姦罪係告訴乃論之罪之規定（刑法第二四五條第一項）獲得實現。系爭規定的功能在於創設告訴主觀不可分原則之例外，避免被害配偶在宥恕通姦人之餘，被迫一併放棄對相姦人究責。除此之外，被害配偶撤回對通姦人之告訴，僅直接表達其不欲追究通姦人之刑事責任，卻不當然有延續婚姻關係的主觀意願與客觀效果。我們可以輕易設想到，被害配偶可能不願意延續婚姻關係，純粹是考量往日情份、子女教養、親友壓力、或爭取離婚的有利條件而撤回告訴；即使被害配偶有意願延續婚姻關係，撤回告訴卻可能只是被害配偶一廂情願的表現，最終仍然無法修復與通姦人的感情關係。因此，系爭規定之規範目的，並不是實現被害配偶延續婚姻關係的意願，而是尊重被害配偶單獨究責相姦人的意願。

或許有認為，尊重被害配偶單獨究責相姦人的意願，最終只是在滿足其報復第三者的慾望，而不是在追求正當的目的。不過，被害人請求國家追訴犯行，不應該只被貶抑為滿足報復的慾望，而是也有請求國家確認自己所承受的痛苦係不法的正當利益，國家得透過有罪判決來表達與被害人同一陣線，同時再次宣示刑罰所擔保的行為規範應被遵守。此一事實並不因為特定犯行被規定為告訴乃論之罪，被害人得依其主觀考量決定哪個共犯之犯行受到追訴，而有所不同。對通姦罪的被害配偶而言，他（她）可以選擇追訴通姦人來實現其確認不法的利益，也應該可以選擇追訴相姦人來實現其確認不法的利益，二者都是立法者透過告訴乃論之規定所賦予的可能性，沒有理由在被害配偶希望單獨追訴相姦人時，就將其貶抑為純為滿足報復的慾望。

據此，系爭規定根據撤回告訴的對象是「通姦人」或「相姦



人」，區分是否適用告訴主觀不可分，與「實現單獨究責相姦人」之規範目的有關連性，並不違反平等權保障之意旨¹²³。本號解釋認定系爭規定之規範目的是促使婚姻關係延續，不僅是誤會系爭規定之規範功能，而且無視被害配偶撤回告訴之多種現實考量¹²⁴，正是因為對於系爭規定之規範目的有錯誤解讀，才會認為差別待遇與規範目的之間欠缺實質關連性，見解有待商榷。

二、告訴行使方式之差別待遇

儘管如此，本文認為系爭規定仍有違反平等權保障的意旨，但理由在於其依據通姦罪告訴人「提起告訴」和「撤回告訴」，區分是否適用告訴主觀不可分，與「實現被害配偶單獨究責相姦人的意願」之規範目的沒有實質關連性。依此規定，提起告訴適用告訴主觀不可分原則，對相姦人告訴效力及於通姦人，被害配偶無法單獨究責相姦人；相對地，對通姦人撤回告訴不適用告訴主觀不可分原則，對通姦人撤告效力不及於相姦人，被害配偶得以單獨究責相姦人。質言之，被害配偶單獨究責相姦人的意願，在「提起告訴」不被尊重，在「撤回告訴」獲得尊重。問題是，從實現單獨究責相姦人的意願來看，此一差別待遇沒有實質關連性。因為，被害配偶的究責意願，原本就是會隨著時空而變動，只要沒有意思瑕疵，都是個人的自主決定，法律不能代替告訴人判定其單獨究責意願的價值高低，遑論概括地不尊重「提起告訴」時的單獨究責意願，僅尊重「撤回告訴」時的單獨究責意願。系爭規定實際上只造成一個程序繁複的後果：想單獨究責相姦人的被害配偶，不能一開始就單獨對

¹²³ 至於系爭規定是否導致性別不平等的結果，由於男女有罪比例差異尚非重大顯著，此一差異又無法確定是系爭規定所導致，故同樣難以確認有間接的性別歧視。

¹²⁴ 其他質疑，參考蔡明誠大法官，同註25，頁50-51。



相姦人提起告訴，而是必須先提起告訴，再撤回對通姦人告訴，迂迴地達成單獨究責相姦人的目標。據此，系爭規定依據行使告訴權的方式，區分是否適用告訴主觀不可分，與實現被害配偶之單獨究責相姦人意願之間，欠缺實質關連性。

伍、結 論

一、司法院釋字第七九一號解釋以刑法第二三九條限制性自主權違反比例原則，刑事訴訟法第二三九條但書違反平等權之保障意旨，宣告二者違憲失效，變更先前之釋字第五五四號解釋，使臺灣不再是世界上處罰婚外性行為的少數國家（貳）。本文認同此一解釋結論，對其所提出之論證，則是部分支持、部分反對。

二、刑法第二三九條通姦罪構成對憲法第二十二條性自主權之限制，所欲保護之婚姻制度或具體婚姻關係具有目的正當性。由於刑法法益概念之內涵模糊、又欠缺對民主立法者之拘束力，不得作為提高刑法規範之目的正當性審查的標準。本號解釋之結論同此（參、二及三）。

三、基於刑罰之一般預防效力，通姦罪對於預防通姦行為並非毫無效果，而且是民事手段所無法取代的效果，故具有手段適合性及必要性。刑法學說認為通姦罪加速婚姻破裂，通姦之民事法律效果可以取代刑罰制裁，皆是論證過於簡略的主張。本號解釋正確理解通姦罪之一般預防效果，卻不當引用內涵模糊的刑法謙抑性原則質疑其手段必要性（參、四及五）。

四、通姦罪透過禁止通姦所達成之婚姻保護效果極小，其行為規範侵害屬於人格權核心之性自主權、制裁規範侵害一般人格權與人身自由、追訴過程重大侵害隱私權，故欠缺手段狹義合比例性，違反憲法第二十三條比例原則。本號解釋在此一層次的利益權衡說



理詳盡，可惜未將制裁規範之基本權限制納入考量（參、一及六）。

五、刑事訴訟法第二三九條但書撤回告訴規定，其依據撤回告訴之對象異其效力之差別待遇，規範目的係尊重被害配偶單獨究責相姦人之意願，二者之間有實質關連性；但是其根據行使告訴方式而異其效力之差別待遇，與上述規範目的之間欠缺實質關連性，故違反憲法第七條平等權保障之意旨。本號解釋以促成婚姻關係之維護作為系爭規定之規範目的，係誤會其規範功能及無視被害配偶撤回告訴之多種現實考量，並不妥適（肆）。

六、發展自啟蒙時期的刑法學提出法益保護原則、最後手段性原則、刑法謙抑性原則等基本原則，致力於限制國家刑罰權，並且獲致豐碩的成果。在憲法學已建立一套基本權釋義學，作為國家公權力合憲性的審查體系之後，在限制國家刑罰權的刑法原則與刑法規範之憲法審查標準之間，有無彼此取代、補充或具體化的作用，成為值得反省的根本問題¹²⁵。本文對釋字第七九一號解釋之評釋，僅是探討此一問題的初步嘗試，指出刑法學的法益理論與刑罰最後手段性原則與憲法比例原則之間的差距；刑法學是否及如何續造自身的刑事立法原則，以充實憲法比例原則對於刑法規範的審查標準，仍然有待未來進行深入的研究。

¹²⁵ 德國文獻已經逐步展開此一方向的研究，例如 *Michael Kubiciel/Thomas Weigend, Maßstäbe wissenschaftlicher Strafgesetzgebungskritik, KriPoZ 2019, S. 35 ff.*。我國文獻已開啟此一研究課題者，如許玉秀，同註18，頁384-407；許澤天，同註18，頁259-323。



參考文獻

一、中文

- Janis Abrahms Spring & Michael Spring著，柯清心、高蘭馨譯，外遇的男女心理：如何走出創傷與重建信任，1998年。
- Peggy Vaughan著，施寄青譯，當外遇發生時，1991年。
- 王皇玉，刑法總則，六版，2020年。
- 王澤鑑，侵權行為法，增訂新版，2015年。
- 甘添貴，刑法之謙抑思想，收錄於：刑法案例解評，1999年。
- 甘添貴，刑法各論（下），四版，2015年。
- 何賴傑，論刑事告訴之法律性質與適用，收錄於：王兆鵬主編，當代刑事法學之理論與發展，2002年。
- 吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，六版，2019年。
- 李念祖、李劍非、廖崇歲，評釋字第791號解釋——從性別身分到平等契約？，月旦法學雜誌，第315期，2021年8月，頁64-88。
- 李惠宗，憲法要義，八版，2019年。
- 周漾沂，未遂犯可罰性基礎及著手實行概念：風險輸出理論的建構與運用，臺大法學論叢，第47卷第1期，2018年3月，頁405-489。
- 林士欽，從兒童及少年保護評大法官釋字第791號解釋，銘傳大學法律判解評論，第2期，2020年12月，頁69-87。
- 林子儀，公共隱私權，收錄於：第五屆馬漢寶講座論文彙編，2015年。
- 林山田，刑法各罪論（下），五版，2006年。
- 林永謀，刑事訴訟法釋論（中），改訂版，2006年。
- 林東茂，刑法分則，2020年。
- 林俊益，刑事訴訟法概論（下），十五版，2019年。



- 林慈偉，通姦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，第58卷第5期，2012年10月，頁120-140。
- 林慈偉，同性婚姻釋字後的通姦罪解釋及其因應：從司法院釋字第554號到第748號解釋，臺大法學論叢，第47卷特刊，2018年11月，頁1513-1564。
- 林鈺雄，刑事訴訟法（下），九版，2019年。
- 林鈺雄，新刑法總則，八版，2020年。
- 法治斌、董保城，憲法新論，七版，2020年。
- 邱忠義，以自主隱私權之侵害評析我國通姦罪之處罰，輔仁法學，第46期，2013年12月，頁87-151。
- 孫森焱，民法債篇總則（上），四版，2018年。
- 徐昌錦，通姦罪合憲性解釋之評析，台灣本土法學雜誌，第77期，2005年12月，頁35-54。
- 張文貞，婚姻、隱私與性別平等——通姦罪違憲的憲法與國際人權法基礎，台灣法學雜誌，第392期，2020年5月，頁19-31。
- 張明偉，通姦罪合憲性之再思考，裁判時報，第59期，2017年5月，頁60-67。
- 張明偉，婚姻中的愛慾與通姦罪，台灣法學雜誌，第392期，2020年5月，頁33-41。
- 莊喬汝，看不見的第三者——通姦罪導向較好的婚姻？，台灣法學雜誌，第223期，2013年5月，頁56-65。
- 許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於：國際刑事法學會台灣分會主編，民主、人權、正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005年。
- 許育典，從婚姻制度演變探討通姦除罪化的憲法正當性，月旦法學雜誌，第305期，2020年10月，頁6-14。



- 許宗力，基本權的保障與限制（上），月旦法學教室，第11期，2003年9月，頁64-75。
- 許宗力，基本權的保障與限制（下），月旦法學教室，第14期，2003年12月，頁50-60。
- 許宗力，比例原則與法規違憲審查，收錄於：戰鬥的法律人——林山田教授退休祝賀論文集，2004年。
- 許宗力等，婚外性的罪與罰座談會，台灣法學雜誌，第223期，2013年5月，頁16-55。
- 許恆達，刑法法益概念的茁生與流變，收錄於：法益保護與行為刑法，2016年。
- 許恆達，行為規範、保護法益與通姦罪的違憲審查——評釋字第791號解釋，月旦法學雜誌，第305期，2020年10月，頁15-32。
- 許澤天，刑法規範的基本權審查——作為刑事立法界限的比例原則，收錄於：黃舒芄主編，憲法解釋之理論與實務（第七輯），2010年。
- 陳子平，刑法各論（下），三版，2020年。
- 陳文貴，評大法官釋字第五五四號解釋——比例原則之再檢視，刑事法雜誌，第58卷第5期，2014年10月，頁1-30。
- 陳宜倩，改寫異性戀霸權腳本？——通姦罪與罰之女性主義法學透視，世新法學，第2卷第1號，2008年12月，頁1-42。
- 陳宗憶，憲法第22條之詮釋——以司法院釋字第748號解釋為例，法令月刊，第69卷第4期，2018年4月，頁84-98。
- 陳昭如，婚外性的罪與罰，台灣法學雜誌，第223期，2013年5月，頁10-13。
- 陳昭如，通姦無罪，婚姻萬歲——從司法院釋字第七九一號解釋論大法官的新婚姻制度保障論，婦研縱橫，第113期，2020年10月，頁36-59。



- 陳洸岳，配偶及未成年子女對通姦行為相對人之慰撫金請求，台灣法學雜誌，第184期，2011年9月，頁87-92。
- 陳聰富，人格權的保護，月旦法學教室，第132期，2013年10月，頁42-53。
- 黃宗旻，法益論的侷限與困境：無法發展立法機能的歷史因素解明，臺大法學論叢，第48卷第1期，2019年3月，頁159-210。
- 黃朝義，刑事訴訟法，五版，2017年。
- 黃舒芃，比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，中研院法學期刊，第19期，2016年9月，頁1-52。
- 黃榮堅，論通姦罪的除罪化，收錄於：刑罰的極限，1999年。
- 葉俊榮，探尋隱私權的空間意涵——大法官對基本權利的脈絡論證，中研院法學期刊，第18期，2016年3月，頁1-40。
- 葉啟洲，身分法益侵害之損害賠償的實務發展及其檢討，政大法學評論，第128期，2012年8月，頁1-78。
- 劉靜怡，隱私權：第二講 隱私權保障與國家權力的行使——以正當程序和個人自主性為核心，月旦法學教室，第50期，2006年12月，頁39-49。
- 蔡宗珍，公法上比例原則初論——以德國法的發展為中心，政大法學評論，第62期，1999年12月，頁75-103。
- 蔡聖偉，釋字第791號解釋：通姦罪及撤回告訴之效力案，月旦法學教室，第215期，2020年9月，頁66-73。
- 蔡聖偉，通姦罪的違憲審查——兼評司法院釋字第554號及第791號解釋，興大法學，第29期，2021年5月，頁1-44。
- 鄭昆山，通姦罪在法治國刑法的思辨——評釋字第五五四號解釋，月旦法學雜誌，第105期，2004年2月，頁213-227。
- 鄭錦鳳，論通姦除罪化——兼評大法官釋字第554號解釋，軍法專刊，第55卷第5期，2009年10月，頁108-118。



- 盧映潔，刑法分則新論，十五版，2020年。
- 薛智仁，基於取證目的之私人竊聽，台灣法學雜誌，第183期，2011年9月，頁162-175。
- 薛智仁，刑事程序上私人取證之證據能力——評析最高法院判決之新發展，台灣法學雜誌，第260期，2014年11月，頁47-62。
- 薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，第17期，2015年9月，頁131-204。
- 薛智仁，肇事逃逸罪之合憲性——評釋字第777號解釋，裁判時報，第92期，2020年2月，頁78-97。
- 謝如媛，刑法規範下的家庭秩序，臺大法學論叢，第35卷第6期，2006年11月，頁291-329。
- 鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，2012年。
- 鍾宏彬，刑罰一般嚇阻作用之實證研究回顧，收錄於：春風煦日論壇編輯小組編，刑事法與憲法的對話——許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集，2017年。
- 簡春安，外遇的分析與處置，1991年。
- 簡資修，婚姻，兒戲乎？——司法院釋字第791號解釋評釋，裁判時報，第104期，2021年2月，頁67-73。

二、德 文

- Appel, Ivo*, *Verfassung und Strafe*, 1998.
- Engländer, Armin*, *Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?*, *ZStW* 127 (2015), S. 616 ff.
- Erb, Volker/Schäfer, Jürgen* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, 4. Aufl., 2020.



- Frisch, Wolfgang*, Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, 2003, S. 215 ff.
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Strafbegründung und Demokratieprinzip, *Der Staat* 49 (2010), S. 331 ff.
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Demokratizität des Strafrechts und Ultima-Ratio-Grundsatz, *JZ* 2016, S. 641 ff.
- Goeckenjan, Ingke*, Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: überfällige Inventur oder Irrweg? in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, Tübingen, 2015, S. 184 ff.
- Hilgendorf, Eric*, § 17 Strafrechtspolitik und Rechtsgutslehre, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), *Handbuch des Strafrechts, Band 1 Grundlagen des Strafrechts*, Heidelberg, 2019.
- Jahn, Matthias/Brodowski, Dominik*, Krise und Neubau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima-Ratio-Prinzips, *JZ* 2016, S. 969 ff.
- Kaspar, Johannes*, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2014.
- Kingreen, Torsten/Poscher, Ralf*, *Grundrechte Staatsrecht II*, 32. Aufl., 2016.
- Kubiciel, Michael/Weigend, Thomas*, Maßstäbe wissenschaftlicher Strafgesetzgebungskritik, *KriPoZ* 2019, S. 35 ff.
- Lagodny, Otto*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Werkstand: 92 EL August 2020.
- Meier, Bernd*, *Strafrechtliche Sanktionen*, 5. Aufl., 2019.



- Roxin, Claus/Greco, Luis*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., 2020.
- Saliger, Frank*, Die Bedeutung der Rechtsgutslehre für ein modernes rechtsstaatliches Strafrecht, in: *Rosenau/Kunig/Yildiz* (Hrsg.), Rechtsstaat und Strafrecht, Tübingen, 2021, S. 94 ff.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019.
- Seher, Gerhard*, Prinzipien gestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden, 2003, S. 39 ff.
- Stuckenberg, Carl-Friedrich*, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, GA 2011, S. 653 ff.
- Wilfert, Marei Verena*, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 2017.