

釋字第 791 號解釋不同意見書

吳陳銀大法官 提出

刑法第 239 條對於通相姦行為之處罰規定，並不違憲，本院釋字第 554 號解釋無變更之必要。刑事訴訟法第 239 條但書規定，亦不違憲。該等規定是否已不合當前社會之風俗教化、倫理觀、價值觀，而應予修正或廢止，應由代表全國民意之中央立法機關經由立法程序之間接民主程序或由全國民眾透過公民投票複決法律之直接民主程序決定之，¹非屬釋憲機關之本院得以越俎代庖。

一、刑法第 239 條對於通相姦行為之處罰規定，並不違憲

（一）對通相姦者以刑罰制裁，依憲法第 22 條規定，不生侵害性行為自由及隱私權之違憲問題

1、性行為自由及隱私權，以不妨害社會秩序公共利益為前提，始受憲法之保障

按性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，得自主決定是否及與何人發生性行為，受憲法第 22 條之保障，經本院釋字第 554 號解釋釋明在案，²次按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，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資

¹ 公民投票法第 2 條第 2 項第 1 款規定：「全國性公民投票，依憲法規定外，其他適用事項如下：一、法律之複決。」

² 本院釋字第 554 號解釋解釋文及理由書均釋明：「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。」

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 22 條所保障，亦經本院釋字第 603 號³及第 585 號⁴解釋釋明在案。

惟按憲法第 22 條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」該條所保障之自由及權利，以不妨害社會秩序、公共利益者為限，此觀該條之規定自明。而憲法第 22 條所保障之各項自由及權利，以不妨害社會秩序公共利益為前提，亦經本院釋字第 780 號⁵、第 699 號⁶、第 689 號⁷及第 554 號⁸解釋釋明在案。

故依憲法第 22 條所衍生之性行為自由及隱私權，須以不妨害社會秩序公共利益為前提，始受憲法之保障。

2、通相姦行為衍生所謂之性行為自由及隱私權，妨害社會秩序公共利益，不受憲法之保障

³ 本院釋字第 603 號解釋理由書釋明：「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，並為保障個人生活私密領域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。」

⁴ 本院釋字第 585 號解釋理由書釋明：「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……。」

⁵ 本院釋字第 780 號解釋理由書釋明：「除憲法已保障之各項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第 22 條所保障。」

⁶ 本院釋字第 699 號解釋理由書釋明：「人民有隨時任意前往他方或停留一定處所之行動自由，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，受憲法第二十二條所保障。」

⁷ 本院釋字第 689 號解釋理由書釋明：「除憲法已保障之各項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第二十二條所保障。」

⁸ 本院釋字第 554 號解釋文及理由書均釋明：「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，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。」

按「立法機關就婚姻關係之有效成立，訂定……一夫一妻等要件，旨在……維持倫理關係、社會秩序以及增進公共利益……」、「婚姻涉及身分關係之變更，攸關公共利益，……一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障。……婚姻不僅涉及當事人個人身分關係之變更，且與婚姻人倫秩序之維繫、家庭制度之健全、子女之正常成長等公共利益攸關，……」經本院釋字第 647 號⁹及第 552 號¹⁰解釋分別釋明在案。一夫一妻婚姻制度屬應維持之社會秩序，亦經本院釋字第 362 號¹¹及第 242 號¹²解釋釋明在案。

「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（本院釋字第三六二號、第五五二號、第五五四號及第六九六號解釋參照）。家庭制度植基於人格自由，具有繁衍、教育、經濟、文化等多重功能，乃提供個人於社會生活之必

⁹ 本院釋字第 647 號解釋理由書釋明：「查立法機關就婚姻關係之有效成立，訂定登記、一夫一妻等要件，旨在強化婚姻之公示效果，並維持倫理關係、社會秩序以及增進公共利益，有其憲法上之正當性。」

¹⁰ 本院釋字第 552 號解釋解釋文釋明：「婚姻涉及身分關係之變更，攸關公共利益，……」理由書釋明：「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障。……婚姻不僅涉及當事人個人身分關係之變更，且與婚姻人倫秩序之維繫、家庭制度之健全、子女之正常成長等公共利益攸關，……」

¹¹ 本院釋字第 362 號解釋文及理由書均釋明：「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，……。」

¹² 本院釋字第 242 號解釋文釋明：「中華民國七十四年六月三日修正公布前之民法親屬編，其第九百八十五條規定：『有配偶者，不得重婚』；第九百九十二條規定：『結婚違反第九百八十五條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷』，乃維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序所必要，與憲法並無牴觸。」理由書亦釋明：「中華民國七十四年六月三日修正公布前之民法親屬編，其第九百八十五條規定：『有配偶者，不得重婚』，旨在建立一夫一妻之善良婚姻制度，其就違反該項規定之重婚，於第九百九十二條規定：『結婚違反第九百八十五條之規定者，利害關係人得向法院請求撤銷之。但在前婚姻關係消滅後，不得請求撤銷』，以資限制。此項規定，並不設除斥期間，乃在使撤銷權人隨時得行使其撤銷權，為維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序所必要，與憲法並無牴觸。」

要支持，並為社會形成與發展之基礎。」「婚姻與家庭植基於人格自由，為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（本院釋字第五四號解釋參照）。」「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照本院釋字第三六二號、第五五二號解釋）。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……」「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係，實現男女平等原則，及維持社會秩序，應受憲法保障。……婚姻不僅涉及當事人個人身分關係之變更，且與婚姻人倫秩序之維繫、家庭制度之健全、子女之正常成長等公共利益攸關……」經本院釋字第 712 號、第 696 號、第 554 號及第 552 號解釋分別釋明在案。而「有配偶而與人通姦，悖離婚姻忠誠，破壞家庭和諧，侵害憲法第二十二條所保障之自由權利」，亦經本院釋字第 569 號解釋釋明在案。

故一夫一妻婚姻制度、男女平等、包括配偶人格權與父母子女關係之婚姻人格倫理秩序、家庭完整之家庭制度、婚生與婚外性行為所生子女之正常成長及國家社會之安定與發展，攸關社會秩序公共利益，性行為自由及隱私權與通相姦行為有關之部分，其行使之結果，將妨害前揭所述之公共利益，揆諸上開說明，於此範圍內，自不受憲法第 22 條之保障。這就如同犯血親為性交、竊盜、搶奪、強盜、侵占、詐欺等罪者，與其犯罪有關之性行為自由及隱私權，並不受憲法之保障。¹³

¹³ 美國猶他地區聯邦地方法院 (United States District Court, District of Utah, Central

3、對通相姦者以刑罰制裁，依憲法第 22 條規定，不生侵害性行為自由及隱私權之違憲問題

綜上說明，憲法第 22 條所保障之各項自由及權利，以不

Division)，於 *Oliverson v. West Valley City* 一案中，亦表示：原告雖主張猶他州通相姦行為之刑罰制裁規定，侵害美國聯邦憲法修正條文第 14 條所保障之隱私權。但通相姦行為數世紀以來，均認為係與家庭完全不相容之行為，猶他州法律亦禁止之。通相姦者共同侵害婚姻及家庭，就像詐欺或竊盜之共犯，不僅損及通姦者之配偶，通姦者亦可能付出情緒上重大之代價，亦可能導致不想出生子女之出生與婚外情所生子女巨大養育及權利不受保障之問題，亦可能導致家庭破碎甚至嚴重之暴力行為及離婚，其結果可能是悲慘的，可能由無辜子女及親屬承擔嚴重之後果，因此通相姦行為，有嚴重危害社會及心理之後果，並非無被害人之犯罪，猶他州有極重要之公共利益防止通相姦行為，雖然通相姦行為經常發生，但不能作為憲法限制以刑罰加以制裁之正當理由，就像侵占或其他違反信賴關係之行為，並不能以經常發生作為憲法限制以刑罰加以制裁之正當理由一樣，因此無論以嚴格或合理之審查標準，該州立法以刑事罰制裁通相姦行為，係為維護合法之家庭利益，並不侵害隱私權，亦不違憲。（“The plaintiff contends the Utah adultery statute violates a privacy interest protected by the Fourteenth Amendment...The freedom of disclosure is not involved in the act of adultery since the joint nature of the act inherently involves disclosure beyond one person. There is no marital union, no privacy protected by familial interests; indeed the act has for centuries been viewed as totally antithetical to the family. It is a physical sexual act involving two persons not having any obligation to each other. The Utah law does not compel disclosure of anything. It precludes the act in the first instance. The privacy is in conduct like that of deceit or theft and similar to that of conspiracy, not that of a marriage relationship.... It is suggested here that adultery is akin to a conspiratorial act in violation of the family.... “Adultery is a transgression against the marriage relation which relation the law endeavors to protect....” ... An adulterous relationship imposes costs on the non-involved spouse.... Costs may also be incurred by the errant spouse. Emotional costs may be substantial.... It may lead to unwanted children and greater problems of child support.... It may also lead to the destruction of a family and even serious violence. A state also has an interest in preventing disease and adultery may be more deterrable than fornication.... The adulterer whose liaison produces offspring may not have a protectable interest in the child. Adultery does not guarantee special status towards a child produced from the liaison..... Adultery in the case of many will lead to divorce and breakup of a family unit as a positive social and economic unit and force in society. The results can be tragic and the social costs may impact innocent children and relatives....adultery to have serious and endangering social and psychological consequences. It is not a victimless crime. There can be substantial adverse social costs. The state has an interest in avoiding the deficits and damages of the adulterous affair. The fact that adultery may occur with some frequency is no justification for a constitutional restriction on the criminalization of adultery any more than on embezzlement or numerous other violations of trust which frequently occur.... Whether under the circumstances a strict scrutiny or a rational basis standard applies for constitutional review is not material to the resolution of this issue.... The State of Utah and the defendants have a compelling state interest in preventing adultery.... Law Professor Martha A. Fineman...notes that in regulating intimacy, the norms of the nuclear family have been firmly supported by the law.... Professor Fineman notes changes that have taken place, but the “family as a legal, functional, and symbolic institution in America is based” on natural law.... It has “tremendous societal value which helps to explain why it alone continues to serve as the only legitimate referent for our political and public discussions about intimacy, sexuality, and morality, as well as defining for us what are appropriate ‘family’ policies and needed law reforms.” ... Therefore, if this is so, it is appropriate for a state legislature to criminalize adultery in support of legitimate family interests.’ 875 F.Supp. 1465, 1477-78, 1484-85 (D. Utah, 1995).)

妨害社會秩序公共利益為前提，除為憲法所明定，並經本院釋字第 780 號、第 699 號、第 689 號及第 554 號解釋釋明在案，已如前述。則除非修改憲法，否則解釋憲法之機關無權推翻憲法之明文規定，而為不同見解之解釋。通相姦行為衍生所謂之性行為自由及隱私權，妨害社會秩序及公共利益，既不受憲法第 22 條之保障，則對通相姦者，以刑罰制裁，自不生侵害性行為自由及隱私權之違憲問題。

（二）通相姦行為衍生所謂之性行為自由及隱私權，縱受憲法之保障，以刑罰制裁通相姦行為，仍不違反憲法第 23 條規定之比例原則

縱如本號解釋多數意見之見解，憲法第 22 條所保障之各項自由及權利，不以不妨害社會秩序公共利益為前提，而應直接審查對通相姦者以刑罰制裁，是否違反憲法第 23 條規定之比例原則，亦即應直接審查對通相姦者以刑罰制裁，是否違反憲法第 23 條規定之比例原則而侵害通相姦者之性行為自由及隱私權。基於下列理由，仍不生違反憲法第 23 條比例原則之問題。

1、對通相姦者以刑罰制裁，係為維持社會秩序增進公共利益之目的，目的正當

通相姦行為妨害一夫一妻婚姻制度、男女平等、婚姻人格倫理秩序、家庭完整之家庭制度、婚生與婚外性行為所生子女正常成長及國家社會安定與發展之社會秩序等公共利益，已如前述。對通相姦者以刑罰制裁，限制通相姦者之性

行為自由及隱私權，不僅係為確保婚姻忠誠義務之履行，亦係為維持上開社會秩序及增進上開公共利益之目的，目的正當。

2、對通相姦者以刑罰制裁，限制通相姦者之性行為自由及隱私權，有助於上開維持社會秩序增進公共利益目的之達成

對通相姦者以刑罰制裁，限制通相姦者之性行為自由及隱私權，得以發揮刑罰之一般預防功能，有助於確保婚姻忠誠義務之履行與一夫一妻婚姻制度、男女平等、婚姻人格倫理秩序、家庭完整之家庭制度、婚生子女正常成長及國家社會安定與發展目的之達成。

3、無其他較以對通相姦者以刑罰制裁侵害為小之方法，可以同樣達成上開維持社會秩序增進公共利益之目的

本號解釋多數意見認為，婚姻制度之社會功能已逐漸相對化，而通相姦行為係損及個人感情且主要係私人間權利義務爭議之行為，尚不致明顯損及公益，故不應納入刑罰制裁範圍。惟婚姻制度事涉多重公益，已如前述，並不能單純以私人之間的民事關係視之。或謂以民事方式，亦可達成上開確保婚姻忠誠義務履行與一夫一妻婚姻制度、男女平等、婚姻人格倫理秩序、家庭完整之家庭制度、婚生子女正常成長及國家社會安定與發展等刑法第 239 條之立法目的之達成，對通相姦者以刑罰制裁，限制通相姦者之性行為自由及隱私權，非屬侵害最小之方法。

惟按刑罰有其一般預防及特別預防之功能，非民事方式得以達成，否則諸如殺人、強盜、竊盜、詐欺、背信、違反金融法規等所有刑事處罰規定，亦應均可以民事方式，達成防止侵害國家、社會及個人法益之目的，而廢止全部之刑事處罰規定，其理不通至明。更何況以民事方式，處罰通相姦之行為，對於富有資力者而言，其資力足以承擔，對其無關痛癢，並無法達成防止通相姦行為之目的；對於無資力者而言，其資力無法負擔，被害配偶只能依強制執行法規定取得執行法院發給之債權憑證，¹⁴對於通相姦者，亦無關痛癢，同樣無法達成防止通相姦行為之目的；至於仍維持婚姻關係之夫妻，在現行民法夫妻法定財產制¹⁵及夫妻互負扶養義務之規定下，¹⁶民事上之制裁，並無任何意義，無法達成防止通相姦行為所欲滿足之立法目的。故並無法以民事方式，達成防止通相姦行為，確保婚姻忠誠義務履行與一夫一妻婚姻制度、男女平等、婚姻人格倫理秩序、家庭完整之家庭制度、婚生子女正常成長及國家社會安定與發展之目的。

4、對通相姦者以刑罰制裁，係為維護極重要之公共利益，所採取之手段，非屬失衡

一夫一妻婚姻制度、男女平等、婚姻人格倫理秩序、家

¹⁴ 強制執行法第 27 條規定：「（第 1 項）債務人無財產可供強制執行，或雖有財產經強制執行後所得之數額仍不足清償債務時，執行法院應命債權人於一個月內查報債務人財產。債權人到期不為報告或查報無財產者，應發給憑證，交債權人收執，載明俟發見有財產時，再予強制執行。（第 2 項）債權人聲請執行，而陳明債務人現無財產可供執行者，執行法院得逕行發給憑證。」

¹⁵ 民法第 4 編親屬第 2 章婚姻第 4 節第 2 款法定財產制第 1,017 條至第 1,030 條之規定參照。

¹⁶ 民法第 1116 條之 1 規定：「夫妻互負扶養之義務，其負扶養義務之順序與直系血親卑親屬同，其受扶養權利之順序與直系血親尊親屬同。」

庭完整之家庭制度、婚生子女之正常成長及國家社會之安定與發展，均屬極重要之公共利益。¹⁷對通相姦者以刑罰制裁，縱使侵害通相姦者之性行為自由及隱私權，所採取之手段，仍非屬失衡。一個文明、法治之社會，難道要容許一夫多妻、一妻多夫甚至多夫多妻之婚姻制度？亦難道要容許男女不平等、婚姻人格倫理秩序蕩然無存、各個家庭支離破碎、婚生與婚外性行為所生子女均在不正常之環境中成長，造成動盪不安之國家社會，而危害國家社會之發展？

（三）刑法第 239 條並不生違反平等原則之問題

有謂刑法第 239 條規定結合刑法第 245 條第 2 項宥恕規定及刑事訴訟法第 239 條但書規定，實際上形成判決有罪之女性被告多於男性被告之性別差異，有違憲法第 7 條。

惟查刑法第 239 條對通相姦之男女均加處罰，其刑度均相同，對通相姦者及男女均無差別待遇，自不生違反平等原則之問題。另查刑法第 245 條第 2 項規定：「第 239 條之罪配偶縱容或宥恕者，不得告訴。」只要對配偶縱容或宥恕，即對通相姦之男女均不得告訴(本院院字第 1605 號及第 2261 號解釋參照)，亦即對通相姦者及男女亦均無差別待遇，自亦不生違反平等原則之問題。至刑事訴訟法第 239 條但書規定，亦無違平等原則，容於下詳述之。

¹⁷ 美國猶他地區之聯邦地方法院(United States District Court, D. Utah, Central Division)，於 *Oliverson v. West Valley City* 一案中，亦認為猶他州有極重要之公共利益以防止通相姦行為。(‘The State of Utah and the defendants have a compelling state interest in preventing adultery.’ 875 F.Supp. 1465, 1485 (D. Utah, 1995).)

二、刑事訴訟法第 239 條但書亦不違憲

(一) 差別待遇是否符合平等原則之審查原則

按憲法第 7 條保障之平等權，並不當然禁止任何差別待遇，立法與相關機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理差別待遇。法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第 682 號、第 750 號、第 768 號、第 788 號及第 790 號等解釋參照）。而所採取之分類如未涉及可疑分類，應採寬鬆審查，倘差別待遇之目的係為追求合法公益，且所採手段與目的之達成間具合理關聯，即與平等原則無違（本院釋字第 768 號解釋參照）。惟綜合考量規定之分類標準及其差別待遇所涉之權利類型，如應適用較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性，則除其目的須為追求重要公共利益外，其手段與目的之達成間並須具有實質關聯，始符合憲法第 7 條保障平等權之意旨（本院釋字第 783 號、第 782 號、第 781 號、第 760 號、第 748 號、第 649 號及第 626 號等解釋參照）。

(二) 刑事訴訟法第 239 條但書非以性別為區別之基礎

有謂刑事訴訟法第 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。」雖為性別中立之立法，在實踐上卻使得依刑法第 239 條規定起訴或論罪之女性人數顯然多於男性，故刑事訴訟法第 239 條但

書規定在實質上係以性別為基礎而產生差別待遇。

惟按，刑事訴訟法第 239 條但書規定，並非以性別為分類標準，而係以男女性皆該當之配偶與相姦人為區別標準，為性別中立之立法。

次查因以往犯通姦罪經告訴後偵查及判處罪刑者，以男性居多數，以自 105 年起始區分通姦罪、相姦罪加以統計之 105 年 1 月至 108 年 4 月間為例，¹⁸因涉犯通姦罪，經檢察官偵查終結之男性及女性分別為 2,488 人、1,860 人，經提起公訴之男性及女性分別為 497 人、395 人（見附表 1），¹⁹經判決有罪確定由檢察官指揮執行之男性及女性分別為 214 人、192 人（見附表 2）。²⁰因適用刑法第 245 條第 1 項規定同法第 239 條之罪，須告訴乃論，及刑事訴訟法第 239 條前段告訴與撤回告訴不可分及但書對於配偶撤回告訴效力不及於相姦人規定，依刑法第 239 條規定起訴或論罪之女性人數多於男性，乃當然結果。倘犯通姦罪經告訴後偵查及判處罪刑者，以女性居多數，則適用上開規定之結果，依刑法第 239 條規定起訴或論罪之男性人數即會多於女性。²¹

¹⁸ 法務部，法務統計，統計分析，統計摘要分析：妨害婚姻及家庭罪案件統計分析，頁 5 註 2。http://www.rjtd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebListFile.ashx?list_id=1654 最後瀏覽日：2020/05/29。

¹⁹ 同前註，頁 6 表 4。

²⁰ 同前註，頁 7 表 5。

²¹ 告訴乃論之罪，告訴雖僅係訴追條件，而非刑事訴訟法第 228 條第 1 項「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查」之偵查條件。但犯通姦罪者，如未經告訴，實務上不太可能發動偵查。

附表一

地方檢察署偵查通姦相姦罪案件終結情形

105年至108年4月

單位：人、%

項目別		總計 a	起訴			緩處起訴分		不處起訴分		犯疑罪不嫌足		撤逾期回告或訴		其他
			b	b/a ×100	訴分	c	c/a ×100	d	d/c× 100	e	e/c× 100			
總計	計	8,532	1,901	22.3	7	5,724	67.1	2,471	43.2	3,025	52.8	900		
	男	4,184	913	21.8	4	2,824	67.5	1,168	41.4	1,539	54.5	443		
	女	4,348	988	22.7	3	2,900	66.7	1,303	44.9	1,486	51.2	457		
通姦罪	計	4,348	892	20.5	4	3,020	69.5	1,033	34.2	1,860	61.6	432		
	男	2,488	497	20.0	3	1,732	69.6	564	32.6	1,091	63.0	256		
	女	1,860	395	21.2	1	1,288	69.2	469	36.4	769	59.7	176		
相姦罪	計	4,184	1,009	24.1	3	2,704	64.6	1,438	53.2	1,165	43.1	468		
	男	1,696	416	24.5	1	1,092	64.4	604	55.3	448	41.0	187		
	女	2,488	593	23.8	2	1,612	64.8	834	51.7	717	44.5	281		

說明：自105年起始有區分通姦罪、相姦罪。

附表二

地方檢察署執行通姦相姦罪案件裁判確定情形

105年至108年4月

單位：人、%

項目別		總計 a	有罪						無罪	不受理				其他
			計 b	有期徒刑				拘役及免刑		撤 回 告 訴 e				
				六 月 以 下 c	逾 一 年 六 月 未 滿 d/a ×100	逾 一 年 未 滿 e	撤 回 告 訴 f							
											六 月 以 下 g	逾 一 年 六 月 未 滿 h/b ×100	逾 一 年 未 滿 i	
總計		1,798	1,048	58.3	1,046	99.8	-	2	73	673				37.4
總計	計	854	480	56.2	480	100.0	-	-	33	338	39.6	318	94.1	3
	男	944	568	60.2	566	99.6	-	2	40	335	35.5	313	93.4	1
	女													
通姦罪	計	805	406	50.4	404	99.5	-	2	21	376	46.7	359	95.5	2
	男	457	214	46.8	214	100.0	-	-	14	228	49.9	220	96.5	1
	女	348	192	55.2	190	99.0	-	2	7	148	42.5	139	93.9	1
相姦罪	計	993	642	64.7	642	100.0	-	-	52	297	29.9	272	91.6	2
	男	397	266	67.0	266	100.0	-	-	19	110	27.7	98	89.1	2
	女	596	376	63.1	376	100.0	-	-	33	187	31.4	174	93.0	-

說明：自105年起始有區分通姦罪、相姦罪。

附表一、二之資料來源：法務部，法務統計，統計分析，統計摘要分析：妨害婚姻及家庭罪案件統計分析，http://www.rjtd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebListFile.ashx?list_id=1654 最後瀏覽日：2020/05/29。

況查，105 年 1 月至 108 年 4 月間，因涉犯通姦罪及相姦罪，經檢察官偵查終結之男性及女性分別為 4,184 人、4,348 人，涉犯通姦罪，因撤回告訴或逾期告訴而為不起訴處分男性及女性，占各該性別全部被告之比例分別為 63%、59.7%（見附表 1），²²因犯通姦罪及相姦罪，經判決有罪確定由檢察官指揮執行之男性及女性分別為 480 人、568 人，犯通姦罪，因撤回告訴而經判決不受理之男性及女性，占各該性別全部被告之比例分別為 96.5%、93.7%（見附表 2），²³依刑法第 239 條規定起訴或論罪之女性人數或比例固略多於男性，惟其差異並非屬顯著；且涉犯相姦罪，因撤回告訴或逾期告訴而為不起訴處分男性及女性人數分別為 448 人、717 人，占各該性別全部被告之比例分別為 41%、44.5%（見附表 1），²⁴犯相姦罪，因撤回告訴而經判決不受理之男性及女性人數分別為 98 人、174 人，占各該性別全部被告之比例分別為 89.1%、93%（見附表 2），²⁵亦即犯相姦罪經依刑事訴訟法第 239 條規定撤回告訴而經為不起訴處分或判決不受理之女性人數及比例均高於男性。

綜上說明，刑事訴訟法第 239 條但書規定，係以男女性皆該當之配偶與相姦人為區別標準，而與其他告訴乃論之行為人為差別對待，其實際適用之結果，犯相姦罪經依刑事訴訟法第 239 條規定撤回告訴而經為不起訴處分或判決不受理

²² 同註 19。

²³ 同註 20。

²⁴ 同註 19。

²⁵ 同註 20。

之女性人數及比例均高於男性，男女性別間並不生差別對待之結果，故並非在實質上以性別為基礎而產生差別待遇。

（三）刑事訴訟法第 239 條但書不違反平等原則

刑事訴訟法第 239 條但書，既係以男女性皆該當之配偶與相姦人為區別標準，而非以種族或性別等可疑分類為分類標準，非屬嫌疑分類(suspect classifications)或準嫌疑(quasi-suspect classifications)等可疑分類，依本院釋字 768 號解釋之意旨，自不適用嚴格之審查標準(strict scrutiny)，亦不適用較嚴格或中度之審查標準(intermediate scrutiny, middle-tier scrutiny)，而應適用合理之審查標準(minimum scrutiny, rational basis review)，亦即所採取之手段，與目的之達成間具有合理關聯(rationally related)，即與憲法第 7 條之平等原則無違。²⁶

查刑事訴訟法第 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。」對相姦者，排除同條前段「告訴乃論之罪，對於共犯之一人撤回告

²⁶ 有關嫌疑分類(suspect classifications)、準嫌疑分類(quasi-suspect classifications)及嚴格之審查標準(strict scrutiny)、較嚴格或中度之審查標準(intermediate scrutiny, middle-tier scrutiny)、合理之審查標準(minimum scrutiny, rational basis review)，係學者就美國聯邦最高法院審查法律或政府措施是否違反美國聯邦憲法平等保障條款所表示之見解彙整出。我國司法院解釋就法規是否合於平等原則之審查，亦有參考此種分類及審查標準者，例如釋字第 768 號解釋即認未涉及可疑分類，應採寬鬆審查，所採手段與目的之達成間具合理關聯，即與平等原則無違。

See ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW: PRINCIPLES AND POLICIES, 4th ed., NY: WOLTERS KLUWER LAW & BUSINESS, 683-809 (2011); Doug Linder, *Levels of Scrutiny Under the Equal Protection Clause, Exploring Constitutional Law* (2019), UNIVERSITY OF MISSOURI-KANSAS CITY, SCHOOL OF LAW, <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/epscrutiny.htm> (last visited May 29, 2020).

訴者，其效力及於其他共犯」撤回告訴不可分原則規定之適用，除係為防止配偶間因訴訟，致影響夫妻和睦及家庭和諧，以維護婚姻人格倫理秩序、家庭完整、婚生子女正常成長及國家社會之安定與發展外，並係為防止相姦者再犯相姦罪，以免繼續破壞他人婚姻人格倫理秩序、他人家庭完整、婚生子女正常成長及國家社會安定與發展之特別預防目的，其目的係為維護上開極重要之公共利益，目的自屬合憲，所採手段與上開目的，不僅具合理之關聯，亦具實質關聯 (substantially related)，自無違憲法第 7 條之規定。

三、通相姦行為是否以刑罰制裁及是否適用撤回告訴不可分原則，屬立法裁量

按「男女共營社會生活，其關於性言論、性資訊及性文化等之表現方式，有其歷史背景與文化差異，……逐漸形塑為社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式，而客觀成為風化者。社會風化之概念，常隨社會發展、風俗變異而有所不同。然其本質上既為各個社會多數人普遍認同之性觀念及行為模式，自應由民意機關以多數判斷特定社會風化是否尚屬社會共通價值而為社會秩序之一部分，始具有充分之民主正當性。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。」經本院釋字第 617 號解釋釋明在案。

次按「涉及……社會等諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，如

非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關固宜予以尊重……。」²⁷「涉及……社會等諸多因素之考量與判斷，對於代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，如非具有明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋憲機關即宜予以尊重。」亦經本院釋字第 712 號及第 618 號解釋分別釋明在案。²⁷

通相姦行為應否以刑罰制裁及是否適用撤回告訴不可分原則，涉及社會風俗教化、價值觀、倫理觀等諸多因素之考量與判斷，代表多元民意及掌握充分資訊之立法機關就此所為之決定，既無明顯之重大瑕疵，職司法律違憲審查之釋

²⁷ 美國聯邦最高法院(The Supreme Court of the United States of America)對立法機關就有關社會價值觀(social beliefs)、社會狀況(social conditions)及倫理觀(morality)所為之判斷，亦認法院應予尊重。例如在 *Kahn v. Shevin*、*Joseph E. Seagram & Sons, Inc. v. Hostetter* 及 *Ferguson v. Skrupa* 案中，該院即均表示：「法院不能取代經由選舉產生，負責審議法律之立法機關就社會價值觀所為之判斷。」(‘We have returned to the original constitutional proposition that the courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies, which are elected to pass laws.’ *Kahn v. Shevin*, 416 U.S. 351, footnote 10 (1974); ‘Under the system of government created by our Constitution, it is up to legislatures, not courts, to decide on the wisdom and utility of legislation. There was a time when the Due Process Clause was used by this Court to strike down laws which were thought unreasonable, that is, unwise or incompatible with some particular economic or social philosophy. The doctrine that due process authorizes courts to hold laws unconstitutional when they believe the legislature has acted unwisely has long since been discarded. We have returned to the original constitutional proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies, who are elected to pass laws.’ *Joseph E. Seagram & Sons, Inc. v. Hostetter*, 384 U.S. 35, 47 (1966); ‘The doctrine that prevailed in *Lochner*, *Coppage*, *Adkins*, *Burns*, and like cases—that due process authorizes courts to hold laws unconstitutional when they believe the legislature has acted unwisely—has long since been discarded. We have returned to the original constitutional proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies, who are elected to pass laws.’ *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726, 730 (1963).)又如在 *Griswold v. Connecticut* 一案中，該院亦表示：「美國聯邦最高法院不能以超立法機關自居，就有關經濟問題、商業事務及社會狀況，決定立法是否明智、符合需要及妥當性。」(‘We do not sit as a super-legislature to determine the wisdom, need, and propriety of laws that touch economic problems, business affairs, or social conditions.’ 381 U.S. 479, 482 (1965).)另如在 *Joseph E. Seagram & Sons, Inc. v. Hostetter* 及 *Ferguson v. Skrupa* 案中，該法院亦表示：「法院不能以自己之觀點，就倫理觀、合理性及實用性，決定法律對特定事項是否課以過重之負擔而違反正當法律程序。」(it is not the province of courts to draw on their own views as to the morality, legitimacy, and usefulness of a particular business in order to decide whether a statute bears too heavily upon that business and by so doing violates due process.) 384 U.S. 35, 47 (1966); It is the province of courts to draw on their own views as to the morality, legitimacy, and usefulness of a particular business in order to decide whether a statute bears too heavily upon that business and by so doing violates due process. 372 U.S. 726, 728-29 (1963).)

²⁸ 美國麻薩諸塞州最高法院(Supreme Judicial Court of Massachusetts)在 *Commonwealth v. Judith Stowell* 一案中，認為：美國聯邦最高法院判決清晰地指出，僅有可以視為基本權利或聯邦憲法增修條文第 5 條或第 14 條所隱含之自由權，個人隱私權方包含在內而受保障。無論隱私權之精確定義及其所保障性行為之範圍如何，均無基本之個人隱私權隱含在自由權之概念中，而足以禁止追訴成年人間合意之私下通相姦行為，因此該刑事制裁通相姦行為之法律本身，並不違憲。該規定於適用於本案時，亦不違憲，因州基於其規制之權限，對於婚姻制度加以規範，毫無疑問並不侵害基本權，麻薩諸塞州廣泛行使其規定之權限，對於婚姻關係在許多方面加以規範，該州既對於婚姻制度廣泛關注，則該州對於可能危害婚姻制度之行為予以禁止，即具有合法之利益，如同美國聯邦最高法院於 *Southern Sur. Co. v. Oklahoma* 一案中曾經說過：「通相姦行為乃危害婚姻關係之犯罪行為，屬於各州可以以自己之方式規範之範疇。」麻薩諸塞州法律，除以刑罰禁止通相姦行為外，並以之作為離婚之事由，通相姦行為經常破壞婚姻關係，亦為許多離婚事件之因素。我們不是不知悉反對通相姦行為之公共政策，最常於離婚之訴訟程序中呈現，很少作為刑事追訴之對象。但如同上訴法院所指出，此種現象不能視為以刑罰制裁通相姦行為之法律已經失效或司法機關不能執行，故未起訴其他犯通相姦罪者，於本案中並不是法律問題，該制裁通相姦行為之刑事法律仍屬容許呈現之公共政策。倘因未追訴通相姦犯罪顯示一般民眾不喜歡該法律，適當表達此種民意之權限在立法機關，因該規定並未違憲，法院無權宣告其無效。(‘the Supreme Court decisions “make it clear that only personal rights that can be deemed ‘fundamental’ or ‘implicit in the concept of ordered liberty,’ *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325, 58 S.Ct. 149, 152, 82 L.Ed. 288 (1937), are included in this guarantee of personal privacy.” *Roe v. Wade*, supra 410 U.S. at 152, 93 S.Ct. at 726. Whatever the precise definition of the right of privacy and the scope of its protection of private sexual conduct, there is no fundamental personal privacy right implicit in the concept of ordered liberty barring the prosecution of consenting adults committing adultery in private. Accord *Suddarth v. Slane*, 539 F.Supp. 612, 613 (W.D.Va.1982); *Johnson v. San Jacinto Junior College*, 498 F.Supp. 555 (S.D.Tex.1980); *Wilson v. Swing*, 463 F.Supp. 555 (M.D.N.C.1978); *Hollenbaugh v. Carnegie Free Library*, 436 F.Supp. 1328 (W.D.Pa.1977), *aff’d*, 578 F.2d 1374, *cert. denied*, 439 U.S. 1052, 99 S.Ct. 734, 58 L.Ed.2d 713 (1978). Therefore, the statute is not unconstitutional on its face.... Nor is the statute unconstitutional as applied to the defendant’s conduct. The right of the State to regulate the institution of marriage under its police power is unquestioned where it does not infringe on fundamental rights. *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 396, 98 S.Ct. 673, 686, 54 L.Ed.2d 618 (1978) (Powell, J., concurring).... The Commonwealth has extensively exercised this power to regulate numerous aspects of the marriage relationship. See generally G.L. c. 207. Given this broad concern with the institution of marriage, the State has a legitimate interest in prohibiting conduct which may threaten that institution. See *Green v. Richmond*, 369 Mass. 47, 51, 337 N.E.2d 691 (1975) (“Massachusetts has a strong public interest in ensuring that its rules governing marriage are not subverted”); *French v. McAnarney*, 290 Mass. 544, 546, 195 N.E.2d 714 (1935) (“The Commonwealth has a deep interest that [marital] integrity is not jeopardized”). As the Supreme Court has stated: “Adultery is an offense against the marriage relation and belongs to the class of subjects which each State controls in its own way.” *Southern Sur. Co. v. Oklahoma*, 241 U.S. 582, 586, 36 S.Ct. 692, 694, 60 L.Ed. 1187 (1916). In addition to prohibiting adultery by criminal statute, Massachusetts law also makes adultery a ground for divorce.... We take judicial notice that the act of adultery frequently has a destructive impact on the marital relationship and is a factor in many divorces. We are not unaware that the public policy against adultery is most often expressed in these divorce proceedings and that the crime of adultery is rarely made the subject of criminal prosecution.... as the Appeals Court further noted: “To recognize that fact is not to say that [this statute has] become invalid or judicially unenforceable.... The failure to prosecute others is not presented by the legal questions reported in this case. The statute remains as a permissible expression of public policy. If any lack of prosecution of the crime of adultery indicates a general public disfavor with the statute, appropriate means exist to address such disfavor to the Legislature, which has the power to change or repeal the statute.... In the absence of a constitutional violation, we have no power to invalidate the statute.” 389 Mass. 171, 174-6 (1983).)