

臺灣雲林地方法院解釋憲法聲請書

壹、聲請憲法解釋之目的

一、按憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務。

法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認有牴觸憲法之疑義者，得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋，大法官釋字第 371 號解釋可資參照。

二、本院審理 106 年度易字第 209 號被告李 ○○、林 ○○

妨害婚姻案件，認為所應適用之刑法第 239 條，有牴觸憲法第 22 條、第 23 條規定之疑義，業已裁定停止其審判。

三、依前述釋字第 371 號解釋，聲請司法院大法官解釋憲

法，以求宣告刑法第 239 條因違憲而無效，立即停止適用。

貳、聲請疑義之原因事實及所涉之憲法條文

一、本案之原因事實

李 ○○ 係鍾 ○○ 之夫，為有配偶之人，而林 ○○ 亦明知李 ○

○係有配偶之人。詎李○○及林○○竟分別基於通姦、相姦之接續犯意，分別於民國104年11月21、27、28日、12月4、6日，在李○○位於○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○號之住處內，以性器官插入之方式發生性行為多次，林○○並因之於105年3月22日產下一子。

二、所涉之憲法條文為憲法第22條、第23條。

參、聲請解釋憲法之理由即確信本案法律違憲之論證

一、系爭法律為國家權力限制性自主權、隱私權

按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。以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。此為憲法第22條、第23條明文所定。而性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，人民得自主決定是否及與何人發生性行為（大法官釋字第554號參照）；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，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第22條所保障（大法官釋字第509號、第535號、585號解釋參照）。刑法第239條之通姦罪將

已婚之人與他人相姦行為列為刑事處罰對象，明顯限制人民自主決定是否與何人發生性行為之自由，及個人生活秘密空間免受國家權力侵擾之權利，而國家以刑罰權限制此種人民基本權利，所欲保護的法益究竟為何？是他方配偶的因婚姻所取得之自由權利(他人基本權)？為維護婚姻制度所必須(制度性保障)？或是社會一般善良風俗？

前開大法官解釋第 554 號首先肯認：性行為自由與人格有不可分離之關係，而屬於人性尊嚴之範疇。其次則認為：性行為之自由，應受婚姻與家庭制度之制約；以法律限制性行為自由乃是維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要，固然具有其時代之瞻。然社會透過歷史事件的堆疊思辯與對話，人民對於社會組成與人際關係的通念變遷無日稍停，「婚姻與家庭制度」作為一種社會秩序或公共利益，其內涵難謂恆久不變。前開解釋做成距今已逾 14 年，若重新檢視憲法保障「婚姻與家庭」之制度與權利內涵，仍不能指出與人性尊嚴相當的具體保護法益，能否僅以抽象的社會生活秩序為由，做為以刑罰限制人性尊嚴一環之性行為自由的理由，而通過基本權利侵害目的之檢驗，殆有疑問。

二、婚姻與家庭自由之基本權利與制度性保障內涵

婚姻與家庭乃是社會生活上的重要關係架構，婚姻與家庭植基於人格自由，為社會形成所發展之基礎，受到憲法保障，此經大法官一再正面肯定(大法官釋字第 554 號、第 696 號、第 712 號解釋)，然而婚姻與家庭作為一種基本權利，或將之視為一種制度性保障，其基本權效力、受保障之權利內涵為何，在本案中涉及人性尊嚴層次之基本權侵害，首先必須清晰辨明。

(一) 婚姻與家庭自由做為基本權利之內涵

婚姻係為營永久共同生活，並使雙方人格得以實現與發展之生活共同體。因婚姻而生之此種永久結合關係，不僅使夫妻在精神上、物質上互相扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎(大法官釋字第 554 號解釋理由書參照)。婚姻與家庭做為一種人格自由，其意義乃是個人能自主選擇婚姻是否結成與結婚對象，透過與配偶結婚的身分，在社會生活上取得共同生活的角色，藉此實現人格。

因此，婚姻與家庭自由實為個人為實現自我所從事的一種生活形態的選擇，保障個人有此種選擇之自由，係屬尊重個人人性尊嚴與維護個人主體性及人格發展，所不可或缺之

一環。若將之與一般人格權之內涵相較，選擇並維繫婚姻與家庭生活的權利，亦應被評價為具有基本權利之本質¹。換言之，婚姻與家庭自由作為一種基本權利，保障的是每一個人想組成家庭時，能自由選擇對象與時機，透過結婚追求幸福人生的權利。

（二）婚姻與家庭自由做為制度性保障之內涵

大法官解釋多次闡明婚姻與家庭屬制度性保障，所謂制度性保障之意義，由比較法的演進觀察，一度指防止特定權利因立法更迭而受不當侵擾，晚近則演變為加強自由權之規範效力、協助個人實現自由為其主要目的²。而我國憲法所保障的婚姻與家庭自由，作為一種制度性保障的內涵究竟為何，仍應該檢視國家可能透過設置法律與制度提供何種私權的保障，以及如何協助個人實現自由。

大法官釋字第 554 號解釋中固然提到「婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務」等語詞，然而「婚姻制

¹ 參見大法官釋字第 696 號解釋羅昌發大法官協同意見書註解 3。

² 整理自黃舒玓，婚姻之「制度性保障」所謂何來？評釋字第六九六號解釋，月旦裁判時報 2013 年 12 月，頁 11。

度之存續」與「婚姻之圓滿」乃屬二事，首先不可不辨。所謂國家確保「婚姻制度之存續」，積極而言，應包括提供正面的制度與規範，確保人民得以行使其成立婚姻關係或建立家庭的權利，及使其家庭生活得以被尊重；消極而言，則應排除對「成立」婚姻關係或「建立」家庭造成負面影響之制度性因素，並排除干預家庭權利的法規制度或行政作為³。憲法保障婚姻之內涵僅在使個人選擇進入婚姻關係之權利不受國家干擾，婚姻生活之繼續、維持亦不受國家干擾。至於「婚姻之美滿」則是婚姻與家庭生活的經營與維持，屬私人如何經營生活之領域，本質上不可能由國家積極提供，若將「國家確保婚姻制度之美滿」甚至「國家確保婚姻之美滿」誤認為婚姻與家庭制度性保障內涵，顯然逾越了制度性保障的功能。質言之，「維持婚姻美滿」是多數人對於私領域家庭生活的一種期待，與制度性保障係在確保國家有義務使人民權利得以實現、不受國家立法侵擾的功能全然無涉。

(三)婚姻與家庭自由在國際潮流下的定義

由國際公約所揭示保障婚姻價值的敘述觀察，1984年世界人權宣言（Universal Declaration of Human Rights

³ 大法官釋字 696 號解釋羅昌發大法官協同意見書。

第 16 條承認家庭作為社會自然且根本的單位，並承認男女結婚共組家庭的權利。經濟、社會與文化權利國際公約（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)）第 10 條說明選擇結婚對象與自由自願結婚之基本權利。公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)）第 23 條亦明訂家庭作為社會自然且根本的單位，並應享受社會與國家的保障，以及達於結婚年齡男女建立家庭的權利。歐洲人權公約（The European Convention on Human Rights）第 8 條第 1 項規定關於「家庭生活之保障」：「人人均有受他人尊重其私人與家庭生活、其家庭及其通訊之權⁴。」第 2 項更明確揭示公權力不應介入此一私人家庭生活⁵。同公約第 12 條另規定「組織家庭之權利」：「達到結婚年齡之男女，皆有權依照規範此等權利行使之各國法律，成立婚姻關係及建立家庭⁶。」以上各公約無不著重於結婚與組成家庭之權利，以及家庭生活及私生活不受國家侵犯，

⁴ Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

⁵ There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

⁶ Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.

隻字未提國家有何義務建構法律以維繫婚姻中的夫妻忠誠，遑論以國家公權力確保婚姻生活中的性忠貞。事實上，兩公約審查委員會分別於 2013 年及 2017 年對我國提出建議，指刑法第 239 條違反公民與政治公約第 17 條之隱私權保障，並指出廢除此一罪名乃是政府的責任⁷。足見在國際潮流中的普世人權價值，國家權力及法律應保障婚姻之內涵僅止於結婚與組成家庭，至於婚姻家庭的經營，反而是國家不得侵犯的隱私權範圍。

三、系爭法律目的並非出於制度性保障

綜觀婚姻與家庭的制度性保障內涵，乃源自於婚姻必須藉由法律制度實現，人民渴望並主動追求婚姻與家庭關係之際，國家必需設立制度使人民能自由透過法律進入婚姻與家庭關係，不得由國家權力任意阻撓，或對於結婚之人給予不利益對待而已。尚無由踰越於此，課予已婚人民尊重或維持婚姻之義務，或教示人民評價自己或他人婚姻在社會生活上之重要性。故即使婚姻與家庭屬於制度性保障，仍不能推論

⁷ 法務部網站人權大步走專區：兩公約國家人權報告>結論性意見與建議後續追蹤>結論性意見與建議(Concluding Observations and Recommendations)

<http://www.humanrights.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=328070&ctNode=37008&mp=200>

兩公約國家人權報告>第二次國家報告之國際審查(2017)>結論性意見與建議(Concluding Observations and Recommendations)

<http://www.humanrights.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=464124&ctNode=45414&mp=200>

憲法保障婚姻之內涵及於由國家提供對人民生活價值觀之指導，進而論稱國家有義務提供規範排除對婚姻存續有害之婚外性行為。

大法官釋字第 554 號解釋理由書第 3 段中所稱「刑法所具一般預防功能，於信守夫妻忠誠義務使之成為社會生活之基本規範，進而增強人民對婚姻尊重之法意識，及維護婚姻與家庭制度之倫理價值，仍有其一定功效」之保護目的，乃是立於教導人民婚姻應受尊重之父權主義(Paternalism)⁸思維，置於今日人民權利意識已逐漸健全的社會背景下，顯與一般人民認知關於婚姻家庭關係之經營純屬感情私領域事務，國家不得加以干預教示之觀念存有差池。前開第 554 號解釋首段謂「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」，其所持論之規範目的實已逾越婚姻與家庭之制度性保障內涵，自不能空以婚姻與家庭制度性保障為名，限制人民基本權利。

四、系爭法律目的並非保障他人基本權利

婚姻與家庭自由的制度性保障面向無法推論國家限制婚外行為之論據，那麼婚姻與自由的基本權面向是否得以支持

⁸ 此處之父權主義用語乃指國家對人民以促進其福祉為由，積極干預其自由，尚非指社會上性別權力的差異。

國家權力限制婚外性行為？此一疑問必須解析對於已婚者而言，婚姻與家庭自由做為一種基本權利，是否包含國家保護義務之效力？更具體而言，通姦配偶的他方配偶是否能基於婚姻與家庭自由而主張國家應保障其「免於配偶出軌」以及「免於他人與配偶相姦」之基本權？

(一)通姦配偶之他方配偶沒有「免於配偶出軌」的憲法上基本權利

婚姻與家庭自由的基本權內涵乃是保障個人結婚與追求家庭生活的機會，欲實現此一權利，本質上必然牽連到配偶的婚姻與家庭自由、性自主權、隱私權等人格權。然而基本權利保護每個人的人格發展自由不受侵擾，可否將限制或剝奪他人人格自由列為基本權的權利內涵？實有疑問。若認為個人藉由結婚即可取得「免於配偶出軌」，即「限制他方配偶性行為自由之自身專屬權」為內容之嶄新基本權利，此種權利顯然需仰賴「國家保護義務」，亦即由國家積極限制他人性自主權來達成，論理上乃是將他方配偶之性自主成為配偶一方之權利客體，實已違背「任何人不得成為他人基本權利之客體」之人性尊嚴保障原則¹⁰。因此，憲法上婚姻與家

¹⁰ 同前林永謀大法官一部協同、一部不同意見書。

庭自由之基本權面向，不可能包含「免於配偶出軌」之基本權利。

再者考量親密關係不確定的本質，婚姻與性行為不可分離，而性行為自由與人格緊密連結，屬於人性尊嚴範疇，於兩人自願結婚之際，大多數當事人間皆會互相承諾情感忠誠與性行為對象獨佔，此種許諾必須仰賴配偶雙方在共同生活時空中，不斷有意識地自我決定，始可能實現。婚姻向不確定的將來繼續發生的進程中，配偶雙方究竟相親相愛、白頭偕老，或日久生倦、同床異夢，如何「免於婚姻破綻」乃是雙方配偶必須調和彼此相異人格，尋求共同生活可能性的難題。法律與制度提供進入婚姻的機會，個人則須自行承擔感情生變、配偶不忠貞的風險，此為親密關係必然伴隨的不確定性，唯有個人植基於性行為自由而選擇情感忠誠與性行為對象忠貞，才能成就圓滿的婚姻¹¹。若婚姻內的性自主決定受到國家權力干預，顯然失去婚姻與家庭自由做為一種自主實現人格方式的基礎，反而與該基本權保障目的背道而馳。唯有在有意識的自由選擇下，對於婚姻家庭及性行為對象的忠誠方得實現個人的人格，發揮基本權利、甚至人性尊嚴一

¹¹ 關於通姦配偶之他方配偶並無憲法上權利受侵害之論述，詳見大法官釋字第 569 號解釋林子儀大法官協同意見書、林永謀大法官一部協同、一部不同意見書。

環的功能。

至於個人給予配偶的忠誠許諾是否實現，乃是私人間承諾之履行，當配偶一方違背承諾而通姦時，無過失一方配偶對他方可能有離婚及損害賠償請求權，然而此僅是無過失配偶於分配私權損害與責任之際取得的相對權利，與憲法保障人民不受國家侵犯之基本權性質係屬二事。

綜上所述，婚姻與家庭自由的基本權內涵，仍因止於自由選擇進入婚姻，以及在私領域與配偶經營婚姻的權利，尚不及於「免於配偶與他人通姦」。

(二)通姦配偶之他方配偶沒有「免於他人與配偶相姦」的憲法上基本權利

對於非婚姻關係中的第三者而言，其與有配偶之人性交，固然可能使他方配偶精神痛苦，然而此際他方配偶被侵害的權利為何？其權利位階如何？關係到刑法第 239 條後段，以刑罰限制非婚姻關係中之人性行為自由之論理基礎。如前所述，婚姻與家庭受憲法保護的之內涵立基於個人自主選擇透過結婚、共同生活而實現人格與生命，此為自我決定之價值展現，尚不能擴大推論憲法保障已婚者不受情感背叛及性忠貞背叛之自由。婚姻既然是人格實現的重要自由，婚姻圓

滿與否僅能由配偶間共同經營，考量此種人格權本質，自不可能由國家以任何方式提供「圓滿不受第三者介入的婚姻」，同樣亦無法推論已婚者享有受憲法保障「免於因第三者與配偶性交而情感痛苦之自由」。

五、國家權力欠缺保護目的而限制人民基本權利

綜上所述，所謂婚姻與家庭之自由，無論做為基本權利與制度性保障看待，似皆未能導出任何足以支持國家保障婚姻美滿之義務，或國家保護已婚者免於他方配偶婚外性行為之基本權利。若謂刑法第 239 條是為保護善良風俗，則法益更加模糊不可辨認，姑不論性行為通常私密不為人知，縱婚外性行為因故被他人知悉，仍不改其純然屬私領域活動之本質，至多成為好事者茶餘飯後閒話題材，實難想像對於他人權利或公共秩序、公共利益有何影響。刑法第 239 條真的存在保護法益嗎？與虛無飄渺的保護法益相對，刑法第 239 條所限制之權利，卻皆為貨真價實具有憲法位階的基本權：作為人性尊嚴一環之性自主權，以及經營私生活之隱私權。甚至可以說刑法第 239 條對於婚姻私生活的過度干預，侵蝕了婚姻家庭價值的基礎——忠貞與忠誠必須源於自由。上開權利自民國 17 年刑法立法以來，即被國家以刑罰手段嚴厲限制

，時至今日，一一拆解婚姻與家庭自由後，即可發現通姦罪之保護法益已無一得以證立，我們是否仍要無視婚姻自由必然伴隨婚姻出現瑕疵的風險，繼續被國家教示人民「應尊重婚姻價值」之空洞父權思維綁架？我們是否仍要無視婚姻圓滿唯有透過配偶雙方共同經營才能實現，依舊迷信婚姻的價值來自國家以刑罰相加來保障「信守夫妻忠誠義務」？

選擇婚姻與走入家庭乃是國家保障人民的基本權利，然而經營婚姻與親密關係，則是配偶雙方的責任，也僅具有私領域的性質。遭受配偶負心背叛、欺瞞出軌，是親密關係中潛在的風險，相對地，享有互信互愛，忠貞不渝的婚姻，則是親密關係中被讚揚追尋的美好可能。婚姻的美滿與破碎，皆繫於人，國家不可能保障美滿的婚姻，只能透過婚姻制度給予人民追尋美滿婚姻的可能。停止以國家刑罰權處罰婚外性行為，並不會使婚姻制度的價值崩解，只是讓婚姻的瑕疵停留在配偶之間，由配偶間以私領域權利義務關係決斷婚姻瑕疵的大小與婚姻的去留。刑法第 239 條非基於保障任何公共利益、公共秩序或保障何種基本權利所必要，逕以法律限制人民性行為自主權與隱私權，自應予宣告違憲。

此 致

司 法 院

聲請人：

臺灣雲林地方方法院刑事第四庭 法 官

李 逸 逸

中 華 民 國 一 〇 六 年 八 月 三 十 日