

抄臺灣臺北地方法院刑事第二十庭法官廖晉賦釋憲聲請書

壹、聲請解釋之目的

一、按憲法為國家最高規範，法律牴觸憲法者無效，法律與憲法有無

牴觸發疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第

171 條、第 173 條、第 78 條及第 79 條第 2 項有明文規定。又法

官依據法律獨立審判，憲法第 80 條定有明文，故依法公布施行

之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律違憲而逕行拒

絕適用。惟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，認為有

牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是

遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，

提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解

釋，鈞院大法官釋字第 371 號解釋著有明文。而所謂「法官於

審理案件時」，係指法官於審理刑事案件、行政訴訟事件、民事

事件及非訟事件等，爰此，所稱「裁定停止訴訟程序」自亦包括

各該事件或案件之訴訟或非訟程序之裁定停止在內，裁定停止訴訟或非訟程序，乃法官聲請釋憲必須遵循之程序。又所謂「先決問題」係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂「提出客觀上形成確信法律違憲之具體理由」，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之；如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由；又各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。俟大法官就該先決問題作成有拘束力之憲法上判斷後，審理原因案件之法院始得以之作為裁判基礎，續行個案之審理程序，釋字第 601 號、第 590 號、第 572 號解釋亦分別揭示甚明。

二、按司法院釋字第 554 號解釋認為：「婚姻關係存續中，配偶之

一方與第三人間之性行為應為如何之限制，以及違反此項限制，

應否以罪刑相加，各國國情不同，應由立法機關衡酌定之。刑

法第二百三十九條對於通姦者、相姦者處一年以下有期徒刑之規定，固對人民之性行為自由有所限制，惟此為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要。為免此項限制過嚴，同法第二百四十五條第一項規定通姦罪為告訴乃論，以及同條第二項經配偶縱容或宥恕者，不得告訴，對於通姦罪附加訴追條件，此乃立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間，與憲法第二十三條比例原則之規定尚無違背。」然隨著司法院釋字第 748 號解釋認為：「民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨有違。有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定。至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍。逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記。」再加上我國司法實務向來認為刑法第 239 條通姦罪規定之「通姦」係以「男女性器接合」為必要，換言之，通姦罪之成

立要件，除了在「行為態樣」方面應限縮至「性器接合」，而不及於刑法第 10 條第 5 項規定之「以性器進入他人之肛門或使之接合（即肛交）」、「以性器進入他人之口腔或使之接合（即口交）」或「以性器以外之身體部位（口交、肛交以外之身體交）或器物進入他人之性器、肛門或使之接合（即器物交）」外，於「行為主體」方面亦限縮為「異性間」，不含「同性間」，從而於司法院釋字第 748 號解釋公布 2 年後（即 108 年 5 月 23 日）後，倘同性伴侶依照立法院制定通過之相關同性婚姻或伴侶法律成立民法上之婚姻關係，並於婚姻關係存續間，與同性之其他成年人發生男女性器接合之通姦行為，依照司法實務現況，將被排除於通姦罪處罰之列，而僅處罰異性間之通姦行為，不處罰同性間之通姦行為，將違反憲法第 7 條之平等原則；又日本於第二次事件大戰後，因制定新憲法，並於第 14 條規定：「法律之下人人平等」；第 24 條規定：「婚姻應係基於兩性之合意而成立，並以夫妻享有同等權利為基本，而相互協力維持之。關於配偶之選擇、財產權、繼承、住居之選定、離婚及其他相關於婚姻及家庭之事項，法律應以個人之尊嚴，與兩性本質上之平等為基礎，而制定之。」從而日本亦著手對該國僅處罰「有夫之婦」之通姦罪規定進行存廢研議，該國參議院最終以 74 對 66 之比數通過廢除

通姦罪。德國原先亦有通姦罪規定，其規定：「由於通姦而惹起離婚者，有罪責配偶之一方及其共同負責人，處 6 月以下懲役。其刑事訴追，非經告訴不開始。」，相較於我國僅以通姦行為為成立要件，德國通姦罪尚以「因通姦導致離婚」作為限縮要件，然即便如此，德國亦於 1969 年通過廢除通姦罪之議案¹。另韓國原亦有通姦罪之規定，其刑法第 241 條規定：「具配偶者通姦時，處以 2 年以下徒刑，與其相姦者亦同。」，然於 2015 年 2 月 26 日該國憲法法庭亦已宣告通姦罪違憲。承此，同為民主先進國家之我國倘仍於刑法中保留通姦罪之規定是否有違國際除罪化之趨勢。何況，司法院釋字第 554 號解釋自 91 年 12 月 27 日公布迄今已逾 14 年，不僅國人對婚姻其家庭制度之觀點已有所轉變，民法上有關婚姻制度、夫妻財產制及子女親權等法律規定亦經過多次修正，足徵相較於 91 司法院釋字第 554 號解釋公布日已我國社會現況及法律設計均已有改變，是上開解釋實非無因應時代變遷，加以修正之必要。又司法院釋字第 554 號解釋固已就憲法保障之「個人性行為自由」與「婚姻、家庭制度之價值」作出權衡判斷，然仍未將處罰通姦罪可能涉及之其他基本權納入與

¹ 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 748 號解釋」，台灣大學法學論叢，第 47 卷特刊，2018 年 11 月，第 1520 頁至 1521 頁。

「婚姻及家庭制度之價值」之權衡判斷中，例如與保障個人私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制攸關之「隱私權」業經司法院釋字第 603 號解釋認為：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。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（本院釋字第五八五號解釋參照）。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。惟憲法對資訊隱私權之保障並非絕對，國家得於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，以法律明確規定對之予以適當之限制。」司法院釋字第 585 號解釋理由書亦認為：「國家機關行使權力均須受法之節制，立法院行使憲法所賦予之權力，亦無例外，此乃法治原則之基本要求。立法院調查權之行使，依調查事項及強制方式之不同，可能分別涉及限制多種受憲法保障之人民基本權利，如憲法第八條保障之人身自由、憲法第十一條保障之消極不表意自由（本院釋字第五七七號解釋參照）、憲

法第十二條保障之秘密通訊之自由、憲法第十五條所保障之營業秘密、隱私權……等等。其中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（本院釋字第五〇九號、第五三五號解釋參照）。」又細觀上開司法院釋字第 603 號解釋亦可知悉「自主決定權」之保障，當亦屬基於人性尊嚴理念，對個人主體性及人格自由發展之憲法保障，甚至為隱私權所欲保障之權利之一。而上開不論是「隱私權」或「自主決定權」既均未見於司法院釋字第 554 號解釋之具體權衡中，則倘將通姦罪處罰可能涉及之基本權均納入比例原則之衡量判斷，重新權衡其等與「婚姻及家庭制度」之價值優劣，上開解釋之結論或有變更之可能。是聲請人審理 107 年度審易字第 2901 號被告許○○ 妨害婚姻案件過程中，依據憲法第 7 條之平等原則、第 22 條之隱私權及自主決定權及第 23 條之比例原則，基於下述合理之確信，認為於審理本案過程中，所應適用之刑法第 239 條通姦罪有違憲之疑義，業已裁定停止其訴訟程序。茲依鈞院釋字第 371、572、590、601 號解釋意旨，聲請司法院大法官解釋憲法。懇請 鈞院以變更解釋或補充解釋之方式，實現憲

法保障人民基本權利之意旨。

貳、疑義性質與經過，及涉及之憲法條文

一、本院受理 107 年度審易字第 2901 號妨害婚姻案件，該案係臺灣臺北地方檢察署檢察官以 107 年度偵字第 17044 號提起公訴，其起訴之犯罪事實略以：許○○明知劉○○（所涉通姦罪嫌，另為不起訴處分）乃有配偶之人，竟仍基於相姦之犯意，於民國 107 年 2 月 24 日晚間 11 時許至翌日（25 日）中午 12 時 39 分許間某時許，在位於臺北市○○區○○路○號之「○○ Motel-○○館」內，與劉○○發生性行為乙次。案經被告劉○○之配偶連○○訴由臺灣臺北地方檢察署檢察官偵查後，經認被告許○○涉犯刑法第 239 條後段之相姦罪嫌而提起公訴。

二、聲請人經審酌刑法第 239 條制訂時之立法意旨及 鈞院釋字第 554 號解釋之解釋意旨，認刑法第 239 條之實務運用情形，因我國社會文化脈絡造成女性遭起訴之比率多於男性、男性獲得不起訴比率多於女性，導致女性獲判有罪之情形亦多於男性，蓋本罪係告訴乃論之罪，實務常見妻僅對通姦之夫撤回告訴，獨留相姦人面對刑事訴追之情，有違反平等原則；且自釋字第 554 號解釋迄今已逾 14 年，我國國民對於通姦行為之規範意識應有所變化，通姦罪之存在為求保護婚姻、家庭制度之目的雖屬正當，但

我國為重視個人基本權利保障之民主國家，通姦罪存在不僅將導致國家以刑罰權強加「犯罪人之烙印」於通相姦人，使其等永生難以抹滅其等曾為犯罪人之記憶，且參諸司法實務將通姦罪之成罪限定為「異性間之性器接合」，導致通姦罪之成罪標準甚嚴，此不無鼓勵私人以侵害隱私權深刻之方式蒐集證據之虞，何況通姦行為為雙方合意之性交行為，雙方均可自性行為過程中獲得歸屬及幸福感，只要性行為非公開，雙方均為成年人，客觀上並無法益侵害存在，唯一受害的可能僅為「遭感情背叛之配偶一方之憤恨情緒」，然現代國家是否可以於無法益保護存在之前提下，單純以刑罰平撫「國人之憤恨情緒」，答案是顯然易見的，此外刑法學界亦早已形成「善良風俗」或「倫理道德」無法成為刑法保護法益之共識，從而以刑法處罰通姦行為實欠缺充分之正當理由，此外縱勉強以「家庭或婚姻價值之維護」作為通姦罪之保護法益，亦是對刑罰功能的過度期待，因刑罰往往只會加深夫妻雙方之怨恨，無法挽回彼此破裂之情感，故通姦罪之處罰亦過度限制個人之性行為自由。承此，聲請人認為相較於滿足配偶一方之懲罰情緒，毋寧將通姦行為之處理重點置於「民事求償」，以實質協助感情遭背叛之配偶一方得以在經濟及社會地位上自立，而我國民法規定經多次修正後，既已賦予配偶一方得請求損害賠償

之依據，配偶一方即非無救濟之途，通姦罪即已無存在之必要。

綜上，職本於自己之法律確信後，認為本案判決所應適用之刑法

第 239 條規定，確有牴觸憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條之疑義，

是已於 108 年 1 月 10 日裁定停止本案訴訟程序。

叁、聲請解釋憲法之理由及對本案所持之立場與見解

一、刑法第 239 條規定之實務運用，違反憲法第 7 條平等原則

(一) 按憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等；次按等者等之，不等者不等之，為憲法平等原則之基本意涵。是如對相同事物為差別待遇而無正當理由，或對於不同事物未為合理之差別待遇，均屬違反平等原則。此為 鈞院釋字第 485 號解釋、釋字第 593 號解釋理由書所揭櫫之意旨。

(二) 刑法第 239 條通姦罪固然平等處罰男性及女性通（相）姦人，然觀之法務部製作之「妨害婚姻及家庭罪案件性別統計分析」可知，93 年至 103 年地方檢察署辦理妨害婚姻及家庭罪案件偵查終結 2 萬 7,379 人，男性佔 52.6%，女性佔 47.4%；女性起訴比率為 24.7%，較男性高 2.7 個百分點；男性不起訴比率 64.8%，較女性高 2.4 個百分點²。足見刑法第 239 條形

² 法務部統計處 94 年至 103 年間妨害婚姻及家庭罪案件性別統計分析。請參照

式上雖平等處罰男女之通姦行為，然司法實務上確呈現女性之起訴率較男性為高之趨勢，故女性獲判有罪之人數高於男性亦為合理預期，此與大眾理解「通姦罪保障大老婆並有效嚇阻小三」的印象，相距甚遠³，此處罰之不平等已違反平等原則。

(三) 又觀諸司法院釋字第 554 號解釋理由書記載：「(一) 夫妻雙方互負忠誠義務，與個人人格不可分離關係之性行為自由，僅於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障，自應受婚姻與家庭制度之制約。(二) 通姦罪之處罰為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要…」可知司法院釋字第 544 號解釋是以夫妻互負忠實義務為限制性行為自由之基礎，並承認通姦罪之合憲性，然夫妻間忠實義務之範圍除包含配偶不得與其他異性為性器接合之行為外，理應包含配偶亦不得與其他同性或異性為口交或肛交之行為，則通姦罪之處罰範圍僅限於配偶與其他異性為性器接合行為之依據何在，不無啟人生疑之處。何況，婚姻關係之締結屬民法上之契約關係，而民事契約之違反，僅會產生民事法上之法律效果（例如損害賠償或解除契約等），

http://www.rjtd.moj.gov.tw/RJSDWEB/common/WebListFile.ashx?list_id=1361(最後瀏覽時間：2018 年 1 月 10 日)。

³ 官曉薇，「通姦處除罪化的人權意涵」，蘋果日報，102 年 3 月 16 日。請參照 <https://tw.appledaily.com/headline/daily/20130316/34891043/>(最後瀏覽時間：2018 年 1 月 10 日)。

一般而言，不當然導出可論處刑罰之結論⁴。何況，刑法上與民事契約較相關之刑法第 339 條之詐欺罪或刑法第 342 條之背信罪之成立，在背景事實上，雖多以雙方當事人成立民事契約為前提，然並不非以違反民事契約為成罪之唯一要件，主觀上尚要求行為人有「不法所有意圖」或「損害意圖」等要件，客觀上亦要求「被害人需交付財物」、「行為人或第三人需得財產上不法利益」或「致生損害於被害人之財產獲其他利益」等要件，從而相同作為民事契約之婚姻契約何以具有違反後直接成罪之特性，亦堪質疑。

(三) 又因通姦罪非屬刑法第 5 條保護主義或世界主義之犯罪，亦無刑法第 7 條屬人主義之適用（因非最輕本刑 3 年以上之罪），從而當有配偶之人與異性在我國境外從事通姦行為時，並不受通姦罪之處罰，如此是否隱含「窮人沒錢到境外從事不罰通姦行為」之階級歧視，更令人肯定刑法第 239 條之處罰，並無助於夫妻忠誠義務之維護⁵。

(四) 再者，近來司法院釋字第 748 號解釋認為：「民法第 4 編親屬第 2 章婚姻規定，未使相同性別二人，得為經營共同生活

⁴ 張明偉，「通姦罪合憲性之再思考」，月旦裁判時報第 59 期，2017 年 5 月，第 62 頁。

⁵ 張明偉，前揭註 4，第 62 頁。

之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，於此範圍內，與憲法第 22 條保障人民婚姻自由及第 7 條保障人民平等權之意旨有違。有關機關應於本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨完成相關法律之修正或制定。至於以何種形式達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍。逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記。」再參酌我國司法實務認為刑法第 239 條通姦罪規定之「通姦」係以「男女性器接合」為必要，換言之，通姦罪之成立要件，除了在「行為態樣」方面應限縮至「性器接合」，不及於刑法第 10 條第 5 項規定之「以性器進入他人之肛門或使之接合（即肛交）」、「以性器進入他人之口腔或使之接合（即口交）」或「以性器以外之身體部位（口交、肛交以外之身體交）或器物進入他人之性器、肛門或使之接合（即器物交）」外，於「行為主體」方面亦限縮為「異性間」，不含「同性間」。準此，司法院釋字第 748 號解釋公布 2 年後（即 108 年 5 月 23 日）後，倘同性伴侶依照立法院制定通過之相關同性婚姻或伴侶法律成立民法上之婚姻關係，並於婚姻關係存續間，與同性之其他成年人發生男女性器接合之通姦行

為，依照司法實務見解，似無論處通姦罪之可能，如此一來將形成異性伴侶與同性伴侶間之不平等對待。

二、刑法第 239 條規之處罰及蒐證程序將侵害憲法第 22 條之隱私權及自主決定權

(一) 通姦行為亦屬自主權之行使，自主之核心概念在於，個人有權定義自己存在之價值與意義、世界觀與人類生命之奧妙，故如不對通姦罪予以除罪化，外遇或第三者所背負之污名將會繼續烙印在人之一生當中。如果通姦行為不涉及未成年人，也不是在公眾場合發生之性行為或性交易，所涉及者，係 2 名成年人合意之私密通姦行為，其生活之隱私及自主決定權之選擇，應獲尊重，立法者不應藉由將通姦行為入罪化之方式，試圖操縱個人之命運及性慾望，亦即法律並不具有任何重大迫切之政府利益（優勢利益），足以正當化其窺視並介入當事人之私生活。

(二) 刑法將通姦罪此一私密合意性行為，如同重大犯罪般地緊緊烙印著犯罪之標記，此結果等同於，在沒有獲得另一方配偶允許之情形下，通姦罪所要處罰者，係一個人已不再愛自己之配偶而愛上另外一個人，亦即要處罰變心行為。通姦罪雖只是最高法定刑度為 1 年以下有期徒刑之輕罪，但仍然存有犯罪前科烙

印於通姦者身上，而永生標記，此種污名化人格一輩子之標籤化作用，有時難免影響該感情違犯者之人生。是通姦罪之法律如果只有充當象徵性之教育意義，並給通姦者一個污名之恥辱，通姦罪之刑罰規定無疑地將欠缺法律上立足之理由⁶。

(三)再者，因我國司法實務曾對口交是否成立通姦罪召開法律問題座談會，座談結論上基於罪刑法定原則之精神，認定「姦淫」行為並不宜擴張至刑法修正後之「性交」行為，仍應維持男友性器官之交媾行為方符合通姦罪姦淫行為之構成要件⁷。亦即，該決議認為「口交行為」僅屬於「姦淫行為」以外足以興奮或滿足性慾之色情行為，因此無法認定其屬於刑法第 239 條所規定之通姦行為。而此決議立場，最主要之影響是現行實務上對於通姦罪之證據認定方式，將面臨嚴格之考驗。換言之，一般對於通姦行為之採證，皆係採取現場是否留有保險套、殘留精液痕跡之衛生紙等物品來判斷姦淫行為存在與否，是於上開決議下，因通姦行為之定義僅限於具有「姦淫行為」之情形，從而僅依據所採證之保險套或殘留精液痕跡之衛生紙等物品，將無法明確證明有通姦行為存在⁸。承此，可合理想像的

⁶ 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，第 118 頁及第 141 頁。

⁷ 91 年 11 月 11 日臺灣高等法院暨所屬法院法律座談會刑事類提案第 7 號。

⁸ 余振華，「對性犯罪之刑罰規定的再檢討」，月旦法學雜誌第 96 期，2003 年

是，將來為夫妻一方為證明他方有通姦之事實，當極盡所能採取諸如裝設針孔攝影機、竊聽器或破門而入之舉證方式證明他方配偶有通姦行為，如此一來形同鼓勵國人以重大侵害隱私權之手段，協助檢察官履行刑事訴訟法上之舉證義務。爰此，刑法第 239 條規定實已違反憲法第 22 條隱私權及自主決定權之保障。

三、刑法第 239 條之規定違反憲法第 23 條之比例原則

(一) 比例原則作為法治國之基本原則之一，並為違憲審查之具體基準，主張國家行為所採取之方法應有助於目的之達成（即適當性原則），且若有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最小者（即侵害最小原則），且採取方法所造成之損害不得與欲達成之目的利益顯失均衡（即狹義比例原則或相當原則）。

(二) 「通姦」是指行為人與相姦者彼此合意而為的婚姻關係外的性行為，換言之，通姦罪並不處罰精神上外遇，而是強調配偶彼此有性方面的忠誠義務，或者是保持貞操之義務，若有違反此種貞操義務，國家將動用刑罰處罰之，目的在透過刑罰之威嚇力預防婚外性行為，藉此保護一夫一妻之婚姻制度及家庭和諧

⁹。然論者認為通姦罪所要保護的婚姻美滿或配偶對婚姻之忠誠性等法益，原則上僅是一種「道德上的訴求」，法律無法要求每一對配偶都應該努力經營婚姻，也不應要求即使配偶個性不合或婚姻暴力，其中一方不得與他人為性行為，而必須努力勉強維持婚姻的存在。外遇是個人私生活問題，在道德上或許可以非難，但不具有公共性，法律僅因外遇或通姦的事實即將個人以刑法相繩，應屬不正當之刑法¹⁰。且「通姦」本質上是一種家庭內的衝突、個人之憤怒或怨懟，通姦罪之告訴等於是要求公權力來處理此種情緒，故刑罰無介入之必要¹¹。何況，通姦罪已被理解成是「沒有被害人」之犯罪，則單以一般人普遍認為通姦行為是一種「道德錯誤」之概念，根本不足以正當化通姦入罪之理由，且即便是以傳統意義之婚姻關係及無辜配偶、子女、親屬之保護為理由，亦無法否定性自主決定權之憲法基本價值¹²。承此以觀，當通姦罪本身所保護之「婚姻制度及家庭和諧」已不足以作為國家適合以刑罰追求之正當目的（即國家無法將婚姻制度及家庭和諧供作「重要利益」及「優勢利益」加以追求）時，通姦罪即喪失存在依據，應予以除罪

⁹ 謝如媛，「刑法規範下的家庭秩序」，台灣大學法學論叢第35卷第6期，2006年11月，第313頁。

¹⁰ 王皇玉，刑法總則，新學林，2018年8月，第29頁。

¹¹ 謝如媛，前揭註9，第315頁。

¹² 邱忠義，前揭註6，第138頁至第139頁。

化，更何況當配偶一方對他方提出通姦罪之刑事告訴，通常雙方感情已幾無感情基礎，國家當無以刑罰強制挽回之必要性。

(三) 又倘就「適當性原則」而論，有文獻指出以刑罰手段達到刑法通姦罪預防通姦、維繫婚姻之立法目的是無實質幫助的，想要事前或事後藉由通姦罪的威嚇或處罰以維護或挽回任何一段幸福的婚姻，均是難以達成的，而通姦罪的存在對於婚姻本身之維護作用，實際上僅係純出於想像，相反地，在大部分情況，通姦罪的追訴只會對婚姻發生毀滅效果，不具正面意義¹³。準此以觀，相較於以通姦罪處罰外遇配偶，就維護家庭與婚姻制度而言，更重要的者反應係「夫妻雙方應該認真且積極地經營婚姻關係」，而非一味仰賴國家以刑法處罰感情世界的背叛者，司法實務再怎麼加強通姦罪之處罰強度，亦無法增進夫妻雙方之信賴與婚姻之和諧。

(四) 就「必要性原則」以觀，因民法已提供無責配偶可對通姦行為人請求侵權行為「離因損害」賠償（非財產上損害），及「離婚損害」賠償（民法第 1056 條之財產及非財產上損害）之機制，用以彌補無辜配偶所受到之傷痛及損失¹⁴。是雖有論者主

¹³ 鄭昆山，「通姦罪在法治國刑法的思辯：評釋字第 554 號解釋」，月旦法學雜誌第 105 期，2004 年 2 月，第 218 頁

¹⁴ 邱忠義，前揭註 6，第 141 頁。

張事實上有許多妻子處於經濟上弱勢，通姦罪之規定可以對丈夫有所警惕，使處於弱勢地位之妻子有所保障，然倘妻子之社會地位及經濟地位薄弱，恐怕也不敢提起通姦罪告訴，從而為保護處於弱勢地位之妻子，最有效的方式理應係協助其在「社會上與經濟上自立」，而非對配偶判處刑罰¹⁵。準此，弱勢妻子既可以依照民法規定請求離因損害賠償及離婚損害賠償，某程度已有救濟之途，應無以通姦罪處罰外遇配偶之必要性。

（五）另就「狹義比例原則而論」，釋字第 554 號解釋固認為為維護婚姻及家庭制度，個人之性行為自由當應有所限制，從而立法者既已將通姦罪規定為告訴乃論，並訂有配偶縱容或宥恕者，不得告訴之規定，通姦罪應無違反比例原則之問題。然有文獻指出性行為自由包括「要不要發生性行為」及「要與誰發生性行為」2 種內涵，因傳統上認為得以婚姻制度限制性行為自由，遂形成於婚姻關係中以「妻只能與夫發生性行為」及「妻不能拒絕與夫發生性行為」為主要內涵之性道德風俗，甚至衍生出「丈夫當場殺死姦夫淫婦不應處罰」等帶有高度父權色彩之法規範，因「在傳統的社會集體意識中，婚姻與性行為不可分，婚姻的重要目的之一就是為性行為，婚姻顯然就是一種分配性

¹⁵ 謝如媛，前揭註 9，第 316 頁。

資源的制度，婚姻的公開宣示，同時宣示婚姻當然享用性資源的權限範圍，性忠誠便是為了鞏固這種性資源使用權而生」¹⁶，是以倘已意識到傳統婚姻觀與性道德的社會意義僅在維護傳統並穩定父權思惟下之性秩序，恐將難以繼續肯認忠誠義務與一生一世內涵之傳統婚姻為所謂「善良」風俗。再者，隨著男女平權意識的提升，傳統上「妻不能拒絕與夫發生性行為」之性行為自由限制，已為刑法第 229 條之 1：「對配偶犯強制性交罪，需告訴乃論。」之立法所否認，從而傳統性道德只剩下「配偶一方只能與他方發生性行為」此項內涵，然國家既有義務排除任何人性尊嚴之侵犯，則何以立法者為保障夫妻一方之性自主權及人性尊嚴，而以上開規定將強制性交罪之適用範圍擴張至夫妻間，惟於婚姻關係出現破綻時，特別是配偶一方已出軌之情況下，卻仍執意以通姦罪限制他方配偶只能與配偶發生性行為？蓋就維護與保障人性尊嚴之角度而言，以法律強迫他方配偶只能與主觀上已產生噁心與反感之配偶發生性係，否則即不能享有性生活帶來之愉悅與幸福（即放棄自親密關係獲得歸屬感之權利），難道不算是強人所難而屬對人性尊嚴之過

¹⁶ 許玉秀，「夫妻間保證人地位一兼論通姦罪」，台灣本土法學雜誌第 39 期，2002 年 10 月，第 91 頁。

度侵害（性行為自由之過度限制）¹⁷。何況，即便承認國家得以婚姻制度限制與規範配偶一方與其他人發生性行為，然該限制亦應僅限於短期限制（例如 100 天冷卻期），任何長期限制正常人從事性行為的法律（例如在離婚訴訟長期不能定讞之情形中，以通姦罪處罰離婚者），都應評價為對人性尊嚴造成過度侵害，不符合憲法要求維護人性尊嚴之國家義務。是以，除非現行離婚制度能確保夫妻一方在短期內解消其不欲維繫之婚姻關係，否則國家即不應以法律（通姦罪）處罰符合人性本質的人際互動¹⁸。承此，聲請人認為釋字第 554 號解釋雖於具體權衡婚姻及家庭制度與性行為自由後，認為通姦罪之立法應屬合憲，然倘將通姦罪對性行為自由之上開限制，及通姦罪同時亦侵害個人屬於憲法第 22 條隱私權及自主決定權，並伴隨有違反憲法第 7 條平等原則之疑慮均納入利益權衡，通姦罪無疑地將違反憲法第 23 條之比例原則。

肆、結論

通姦行為係在男女雙方基於真摯同意下所實行，從事性行為之雙方並未因通姦行為受有任何法益侵害，真正因通姦罪受害的僅能是遭感情背叛的他方配偶，然倘深究他方配偶究竟因通姦行為受有何等損

¹⁷ 張明偉，前揭註 4，第 64 頁至第 65 頁。

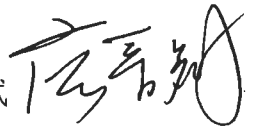
¹⁸ 張明偉，前揭註 4，第 65 頁。

害，可能僅是因配偶之變心感到憤怒或悲痛，而找不到處罰之合理依據。又即便認為通姦罪之保護法益為「婚姻及家庭制度」，然因通姦罪之處罰不僅無法挽回破綻百出之婚姻關係，實際運用狀況，只會惡化婚姻，甚至成為以刑逼民之工具，且依人性以觀，亦難排除通姦者與相姦者因同為刑事被告而培養出休戚與共之深厚感情，此毋寧是對早已岌岌可危之婚姻關係雪上加霜。且因我國民法設有離婚損害及離因損害之民事損害賠償制度，故被害人亦非毫無救濟之途，且上開損害賠償之獲得，相較於通姦罪之處罰，更有助於被害人因配偶通姦而離婚後之經濟及社會地位上之自立。再者，因通姦罪於婚姻關係解消前永久禁止有婚姻關係之個人與異性通姦，已過度限制個人無法享有性生活帶來之愉悅與幸福（即放棄自親密關係獲得歸屬感之權利），而屬對個人性行為自由之過度限制，而侵害人性尊嚴，此情形倘再疊加上開通姦罪有違憲法第 7 條之平等原則並侵害第 15 條之隱私權及自主決定權之情形，通姦罪之法律規範，顯然已無法通過憲法第 23 條比例原則之檢驗。據上而論，聲請人考量刑法第 239 條之文義與目的，並參酌國人社會觀念已有變遷，及先進各國紛紛廢除通姦罪之國際趨勢，通姦罪之刑罰規定顯無合憲解釋之可能，而有聲請變更或補充解釋之必要，爰提出上開確信法律為違憲之具體理由，聲請
鈞
院大法官解釋憲法。

此 致

司 法 院

聲請人：臺灣臺北地方法院法官廖晉賦



中 華 民 國 108 年 1 月 17 日