

解釋憲法聲請書

聲請人 臺灣桃園地方法院法官

中華民國 106 年 7 月 25 日

目錄

壹、聲請解釋目的	3
一、解釋目的	3
二、依據	3
三、涉及之案件	3
四、本件釋憲標的、理由與先前既經解釋者並不相同	4
(一) 本件聲請釋憲之標的	4
(二) 釋字第 554 號	5
(三) 釋字第 569 號	5
貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文	7
一、疑義之性質與經過	7
二、本案所涉及之憲法權利（及刑事法條文）	7
(一) 涉及之憲法權利	7
(二) 涉及之刑事法條文	8
參、聲請解釋憲法之理由（聲請人對本案所持之立場與見解）	9
一、刑法第 239 條、刑事訴訟法第 239 條及其但書	9
(一) 告訴條件作為刑法第 239 條之合憲基礎	9
1. 刑法第 239 條及其告訴條件之目的	9
2. 告訴條件之限制屬於刑法第 239 條合憲基礎	10
(二) 告訴制度於通姦罪適用的基本現況	11
1. 刑事訴訟法的告訴制度	11
2. 告訴條件的適用情形	11
3. 小結	12
二、違反憲法的論證	12
(一) 審查密度	12
(二) 通姦罪及其告訴制度違反比例原則	13
1. 告訴權人配偶必須提出告訴再行撤回，違反適當性原則	13
2. 各別提出告訴，無從維護婚姻，違反適當性原則	15
3. 喪失配偶身分仍得實行告訴，違反適當性原則	15
(三) 通姦罪之撤回告訴制度違反平等原則及比例原則	16
1. 「前」配偶撤回權限：不得單獨撤回對行為人配偶的告訴	16
2. 不得單獨撤回對「前」配偶告訴的抵觸憲法情形	17
3. 「前」配偶縱得單獨撤回對行為人配偶告訴，仍抵觸憲法	18
(四) 其他制度無法彌補上述告訴制度的問題	18
1. 取消告訴乃論，將使通姦罪擴張適用，不符釋字第 554 號意旨	18

2.縱容或宥恕而不得告訴的制度，無法取代告訴制度	19
三、結論	19
肆、附論	21
一、本聲請與同性婚姻之解釋無涉	21
二、所涉刑事案件被告、辯護人之請求事項	21

壹、聲請解釋目的

一、解釋目的

聲請人聲請宣告刑法第 239 條，及刑事訴訟法第 239 條及其但書
在該罪適用範圍內，均因違反後述憲法條文及原則（第 7 條、第 22
條、第 23 條）而無效或失效。

二、依據

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（釋字第371號解釋文參照）。

三、涉及之案件

聲請人審理105年度審易字第1585號被告高○○涉嫌妨害婚姻及家庭案件、105年度審易字第1818號被告阮○○涉嫌妨害婚姻及家庭

案件，認為所應適用之刑法第239條，以及刑事訴訟法第239條及其但書在該罪適用範圍內，有牴觸憲法第7條（平等原則）、第22條（婚姻自由¹）、第23條規定（比例原則）之疑義，而屬先決問題，業已分別裁定停止其訴訟程序，並本於合理確信提出後述具體理由，聲請鈞院大法官解釋。

四、本件釋憲標的、理由與先前既經解釋者並不相同

（一）本件聲請釋憲之標的

刑法第239條的規定（以下亦以「通姦罪」稱之，但「相姦行為」亦包含在內），因涉及高度不同價值觀的衡量、衝突，立法層次上，存廢與否始終仍見爭議。鈞院大法官雖然在釋字第554號作出通姦罪合憲的結論，但或許限於該案釋憲標的之故，對於告訴條件的具體適用情形，並未多加著墨。據此，聲請人認為，倘若實體法的處罰，進一步與程序法上的訴追條件結合時，應該必須另外進一步考量其效應及合憲性，因而本於後述確信，認刑法第239條、刑事訴訟法第239條及其但書在該罪適用範圍內，於具體案件之適用無法逕自拆解。因而，該等條文併予適用時，將導致違反後述憲法規範及原則情形。

¹ 參釋字第748號解釋文：「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……。」。

（二）釋字第 554 號

鈞院釋字第 554 號解釋認為：刑法第 239 條限制性行為之自由，但已附有告訴乃論之訴追條件，因而認定並不違反憲法第 23 條之比例原則²。但是，該解釋係於當時之時空、環境，就刑法第 239 條之解釋結果，且關於告訴條件制度作為刑法第 239 條通姦罪之訴追條件，亦僅屬抽象衡量。該號解釋並未就如後述刑法第 239 條、刑事訴訟法第 239 條及其但書，併予就其具體適用情形審查。因此，釋字第 554 號解釋，與本件聲請解釋之標的並不相同。

（三）釋字第 569 號

釋字第 569 號，則係以院字第 364 號、1844 號解釋、最高法院 29 年上字第 2333 號判例前段及 29 年非字第 15 號判例，援用「告訴不可分原則」，限制人民對於與其配偶共犯告訴乃論罪之人亦不得提起自訴，並非為維持家庭和諧及人倫關係所必要，而有違憲法保障人

² 釋字第 554 號解釋文：「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障……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。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。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約」、「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 239 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 245 條第 1 項規定通姦罪為告訴乃論……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 23 條比例原則之規定尚無違背」。

民訴訟權之意旨³。該解釋標的在於自訴人的自訴權限，因為受到法律以外所無之限制，因而認定違反憲法。因此，該號解釋之審查標的，也與本件聲請者並不相同。

³ 釋字第 569 號解釋文：「憲法第十六條明定人民有訴訟之權，旨在確保人民權益遭受不法侵害時，有權訴請司法機關予以救濟。惟訴訟權如何行使，應由法律規定；法律於符合憲法第二十三條意旨之範圍內，對於人民訴訟權之實施自得為合理之限制。刑事訴訟法第三百二十一條規定，對於配偶不得提起自訴，係為防止配偶間因自訴而對簿公堂，致影響夫妻和睦及家庭和諧，乃為維護人倫關係所為之合理限制，尚未逾越立法機關自由形成之範圍；且人民依刑事訴訟法相關規定，並非不得對其配偶提出告訴，其憲法所保障之訴訟權並未受到侵害，與憲法第十六條及第二十三條之意旨尚無牴觸。

刑事訴訟法第三百二十一條規定固限制人民對其配偶之自訴權，惟對於與其配偶共犯告訴乃論罪之人，並非不得依法提起自訴。本院院字第三六四號及院字第一八四四號解釋相關部分，使人民對於與其配偶共犯告訴乃論罪之人亦不得提起自訴，並非為維持家庭和諧及人倫關係所必要，有違憲法保障人民訴訟權之意旨，應予變更；最高法院二十九年上字第二三三三號判例前段及二十九年非字第一五號判例，對人民之自訴權增加法律所無之限制，應不再援用。」

貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文

一、疑義之性質與經過

臺灣桃園地方法院檢察署檢察官先後起訴，認為被告高○○係有配偶之人而有通姦行為，因認被告高○○、阮○○各自涉嫌犯刑法第 239 條前段通姦罪及同法第 239 條後段相姦罪⁴。上開案件嗣後分別由聲請人受理，現以 105 年度審易字第 1585 號（被告高○○，以下簡稱 A 案）、105 年度審易字第 1818 號（被告阮○○，以下簡稱 B 案）審理中。經聲請人認後述適用之法律有牴觸憲法疑義，並經裁定訴訟程序停止。茲以前述釋字第 371 號解釋文為程序依據，提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由如後，聲請鈞院大法官解釋。

二、本案所涉及之憲法權利（及刑事法條文）

（一）涉及之憲法權利

憲法第 7 條（平等原則）、憲法第 22 條（婚姻自由）、憲法第 23 條（比例原則）。

⁴ 參臺灣桃園地方法院檢察署檢察官 105 年度偵字第 5857 號、偵緝字第 1412 號起訴書（附件 1）。

（二）涉及之刑事法條文

刑法第 239 條、刑事訴訟法第 239 條及但書（在刑法第 239 條適用範圍內）。

叁、聲請解釋憲法之理由（聲請人對本案所持之立場與見解）

一、刑法第 239 條、刑事訴訟法第 239 條及其但書

（一）告訴條件作為刑法第 239 條之合憲基礎

1. 刑法第 239 條及其告訴條件之目的

刑法第 239 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」。而釋字第 554 號解釋文亦以：「刑法第 239 條……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 245 條第 1 項規定通姦罪為告訴乃論……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 23 條比例原則之規定尚無違背」。

該號解釋理由書，並以：「刑法第 239 條規定……以刑罰手段限制有配偶之人與第三人間之性行為自由，乃不得已之手段。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。立法機關就當前對夫妻忠誠義務所為評價於無

達社會一般人通念，而人民遵守此項義務規範亦非不可期待之情況下，自得以刑罰手段達到預防通姦、維繫婚姻之立法目的。矧刑法就通姦罪處一年以下有期徒刑，屬刑法第 61 條規定之輕罪；同法第 245 條第 1 項規定，通姦罪為告訴乃論，使受害配偶得兼顧夫妻情誼及隱私，避免通姦罪之告訴反而造成婚姻、家庭之破裂……對通姦罪追訴所增加訴訟要件之限制，已將通姦行為之處罰限於必要範圍，與憲法上開規定尚無牴觸」。

2. 告訴條件之限制屬於刑法第 239 條合憲基礎

依照上開條文及解釋，足以顯示通姦罪之立法目的，在於維護婚姻、家庭制度，而以刑罰之手段作為一般預防方式，限制人民與配偶以外之人為性交行為。但因通姦罪最終仍是刑罰效果，因此設計告訴乃論的「訴訟條件」機制，限制刑罰之發動，並藉此「使受害配偶得兼顧夫妻情誼及隱私，避免通姦罪之告訴反而造成婚姻、家庭之破裂」。從而，倘若通姦罪去除了告訴乃論的訴訟條件機制，那麼通姦罪就會成為一個難以適當節制的處罰條文，也會反過頭來使得「夫妻情誼及隱私」無法兼顧、造成婚姻家庭之破裂。準此，依照上開釋字第 554 號解釋意旨，可見通姦罪與其告訴條件，應該必須整體適用；「告訴條件」的存在（限制刑罰發動），是通姦罪合憲的基礎。

(二) 告訴制度於通姦罪適用的基本現況

1. 刑事訴訟法的告訴制度

「告訴」的意義，是指「犯罪之被害人或其他告訴權人，向偵查機關申告犯罪事實並為請求追訴之意思表示」⁵。此外，告訴也是對於個別犯罪事實要求追訴的意思表示，並不會概括地及於其他犯罪事實。依照刑事訴訟法第 232 條：「犯罪之被害人，得為告訴」、第 234 條第 2 項「刑法第 239 條之妨害婚姻及家庭罪，非配偶不得告訴」、第 237 條第 1 項：「告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於 6 個月內為之」。第 239 條：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。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」。

2. 告訴條件的適用情形

另外，告訴原則不得附加條件或限制、亦不能事先拋棄⁶。另外，通姦罪的告訴權人，倘若在離婚後或其他原因而喪失配偶身分者，亦

⁵ 林鈺雄，刑事訴訟法（下），2010 年 9 月，頁 31。

⁶ 參照林鈺雄，刑事訴訟法（下），2010 年 9 月，頁 49-50，以及第 56 頁整理的實務見解（最高法院 26 年上字第 1906 號判例、90 年度台非字第 389 號判決要旨法律見解）。其餘相同實務見解例如：最高法院 70 年度台上字第 4505 號、90 年度台非字第 16 號、臺灣高等法院 103 年度上易字第 586 號、臺灣高等法院臺中分院 102 年度交上易字第 1510 號、104 年度上易字第 556 號、臺灣高等法院臺南分院 104 年度上易字第 463 號、臺灣高等法院高雄分院 88 年度交上易字第 127 號判決要旨法律見解（參附件 2）。

得提出告訴⁷。

3.小結

因此，依照上述的告訴規定及實務見解，於通姦罪之適用情形是：

(1) 告訴權人配偶必須在知悉犯人之後 6 個月內提出告訴。告訴權不能附加條件或限制，也無法事先拋棄，亦不會及於其他的個別犯罪事實；

(2) 縱使在離婚或其他原因喪失配偶身分，告訴權人配偶仍然可以提出告訴；

(3) 倘若提出告訴，告訴效力及於相姦人，但得以對配偶（通姦人）單獨撤回告訴。

二、違反憲法的論證

(一) 審查密度

通姦罪的法律效果是刑罰，所進行的也是刑事訴訟程序。對於人民之基本權干預程度，自偵查、審判到執行，都產生了嚴重的限制情形，更涉及人民間「性生活」的隱私核心事實認定、證據蒐集及各類

⁷ 例如：最高法院 25 年非字第 41 號判例、臺灣高等法院 103 年度上易字第 2035 號、105 年度上易字第 653 號、臺灣高等法院臺南分院 92 年度上易字第 258 號、臺灣高等法院高雄分院 98 年度上易字第 773 號、100 年度上易字第 458 號判決要旨法律見解（參附件 3）。

基本權干預作為。且自鈞院前開解釋可知，通姦罪尚且必須與限制訴追的告訴條件併合審視合憲性，足以證立通姦罪及其追訴程序本身，並不是一個輕微的干預手段。因此，對於本件訴訟標的，聲請人認為應該要以較為嚴格的審查密度（標準）加以審查。通姦罪及其告訴條件的整體適用，其目的與手段之間，至少必須有實質關聯性存在。

（二）通姦罪及其告訴制度違反比例原則

1. 告訴權人配偶必須提出告訴再行撤回，違反適當性原則

依照前述，告訴不能事先拋棄或附條件，告訴期間是6個月。那麼告訴權人配偶倘若想要就個別的犯罪事實，在法律上確定、終局地「不」追訴另一配偶（通姦人），以此方式來「維護婚姻、家庭」，就只能先對通姦、相姦人提出告訴，再撤回對於通姦人的告訴（倘不如此，可能造成縱容、宥恕的效果，詳後述），等同迫使告訴權人配偶必須先行對於犯罪事實表達訴追的意思——換言之，通姦人必須要先行受到刑事告訴，才能由告訴權人配偶再進一步撤回告訴。如此一來，因為上開規範制度緣故，導致告訴權人配偶必須對其通姦人配偶先行表達刑事訴追的意思（提出告訴），反而造成家庭、婚姻和諧關係的障礙。從而，通姦罪及其告訴制度之適用，致使原本要限縮訴追以「兼顧夫妻情誼及隱私，避免造成婚姻、家庭破裂」的告訴條件，成為應

先行提出的必要條件，手段與目的間欠缺實質關聯，產生矛盾。

此外，理論上，雖然可以想像告訴權人配偶得以透過事前表達不追究的方式，達到不追訴通姦罪行為人的情況。然而，告訴權人配偶若(表明)不提出告訴，可能也會構成刑法第 245 條第 2 項的「縱容」或「宥恕」⁸，導致告訴權全然喪失，進而無法對相姦人提出告訴，也更難期待告訴權人配偶會一般性地如此行動及主張。因此，縱使現實上有(表明)不提出告訴的運作，仍然無解於上開告訴制度的目的、手段衝突。

綜上，現行告訴制度於通姦罪的適用，與前揭大院解釋所闡釋的「使受害配偶得兼顧夫妻情誼及隱私，避免通姦罪之告訴反而造成婚姻、家庭之破裂」利益，彼此會呈現悖反的狀態。在此，法律規範的手段(導致先行提出再撤回告訴)與目的(維護婚姻、家庭)之間，無法實質地連結其正當性，反而違反了通姦罪所要保護的利益。從而，通姦罪及其告訴要件的適用，其手段無助於目的達成，違反比例原則的適當性要件(憲法第 23 條)。

⁸ 僅參照：臺灣高等法院 99 年度上易字第 2846 號、臺灣高等法院臺中分院 98 年度上易字第 1703 號、104 年度上易字第 620 號、臺灣高等法院臺南分院 103 年度上易字第 227 號、105 年度軍上易字第 3 號判決要旨法律見解(參附件 4)。因此，配偶如果想要一方面「維持婚姻、家庭圓滿」，而無意追訴配偶，但想要追訴相姦人時，唯一有效的方法就是提出對於通姦、相姦人的告訴後，再撤回對於通姦者的告訴。

2. 各別提出告訴，無從維護婚姻，違反適當性原則

此外，刑法刪除連續犯、牽連犯後，犯罪行為除有刑法第 55 條之情形以外，均以一罪一罰為基礎⁹。因此，在制度的整體解釋上，通姦罪的成罪與否，必須以各自犯罪事實的告訴作為訴訟條件。通姦罪是要維護整體婚姻、家庭制度的圓滿，但因為通姦仍然是屬於個別的犯罪事實，如此一來，告訴權人配偶可以針對不同的犯罪事實表達不同的訴追之意。換言之，告訴權人配偶可以依照具體情形，對於通姦、相姦人數次的犯罪事實，表達或不表達訴追意思；甚至在告訴期間內，也可以另行針對不同的犯罪事實表達告訴。如此一來，告訴制度的適用結果，造成告訴權人配偶足以依其意願切割提出告訴，無助於整體婚姻、家庭制度的圓滿，手段與目的間同樣無法達成實質關聯，違反比例原則的適當性要件（憲法第 23 條）。

3. 喪失配偶身分仍得實行告訴，違反適當性原則

依據前述，縱使在離婚或其他原因喪失配偶身分，告訴權人仍然可以提出告訴。那麼，在婚姻解消後，告訴權人配偶仍然得以據其原本的「被害告訴權」，對於通姦行為人配偶、相姦者提出告訴。則此告訴，無法維護一個已經不存在的婚姻家庭，手段與目的間同樣不存

⁹ 例如臺灣高等法院 104 年度上易字第 2598 號、105 年度上易字第 837 號、臺灣高等法院臺中分院 105 年度上易字第 641 號、106 年度上易字第 351 號、臺灣高等法院臺南分院 102 年度上易字第 25 號、102 年度上易字第 714 號判決要旨法律見解（參附件 5）。

在實質關聯，亦違反比例原則的適當性要件（憲法第 23 條）。

（三）通姦罪之撤回告訴制度違反平等原則及比例原則

1. 「前」配偶撤回權限：不得單獨撤回對行為人配偶的告訴

刑事訴訟法第 239 條規定：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。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」。現行司法實務通說對系爭條文的意見是：「對於配偶撤回告訴者」的「配偶」解釋，並不包括「前配偶」¹⁰。理由是：該條文字的意義並沒有包括「前配偶」，而且既然婚姻關係既然已不存在，單獨撤回告訴就沒有促使家庭和諧、婚姻關係繼續存在的意義。因此若允許告訴權人配偶對於「前配偶」（通姦行為人）單獨撤回告訴，與該條文文義或規範目的都不符合。換言之，必須回到刑事訴訟法第 239 條本文的「主觀不可分」規範，撤回告訴之效力將及於相姦人。

上述實務見解，其用意或許在限縮通姦罪的適用，而有其正當的目的存在（聲請人在此也不深究、贅論告訴權人配偶實際上可能遭受的突襲問題）。不過，於聲請人受理的 A 案件中，被告高○○（涉

¹⁰ 最高法院 104 年度台非字第 293 號、台非字第 273 號判決要旨、臺灣高等法院 103 年度上易字第 1593 號、第 1812 號、104 年度上易字第 802 號、臺灣高等法院臺南分院 102 年度上易字第 110 號判決、臺灣高等法院暨所屬法院 104 年法律座談會刑事類提案第 25 號、第 26 號（參附件 6）。

嫌通姦人)與告訴人(配偶)辦理離婚之後，隨即於本院進行準備程序，告訴人表示要撤回對於被告高○○、但堅持告相姦人。聲請人為了避免突襲，曉諭被告高○○與告訴人上開司法實務通說見解，被告高○○及告訴人對此即回答稱：「可以擇期再開嗎，我們再去辦理結婚」，「我可以為了撤回對他一人的告訴，而跟他辦理結婚成為配偶後，撤回告訴，再跟他辦理離婚」¹¹。如此一來，可見前揭規範的適用結果，將使已離婚之配偶，為了同時達到「撤回對通姦人的告訴」、「懲罰相姦人」的目的，產生無結婚真意而違背事實或違背法律的作為(並詳後述)。

2.不得單獨撤回對「前」配偶告訴的牴觸憲法情形

刑事訴訟法第 239 條但書的規定，本來是為了促進配偶間的家庭、婚姻和諧而設計。但是當配偶之間已無意繼續婚姻關係時，該條但書的設計，反而致使發生「不可以離婚，否則會告不成相姦人」、「若已離婚，雖無結婚真意仍需回復婚姻關係」的情形。如此，本為限縮通姦罪發動的告訴條件，反而造成限制人民「不」持續婚姻關係的婚姻自由權利、甚至鼓勵人民嘗試違法¹²。因此，刑事訴訟法第 239 條但

¹¹ 本院 105 年度審易字第 1585 號 105 年 9 月 9 日準備程序筆錄第 2-3 頁(附件 7)。

¹² 無結婚真意而登記者，可能構成刑法第 214 條的使公務員登載不實罪，例如：最高法院 99 年度台非字第 47 號、臺灣高等法院 96 年度上訴字第 1229 號、105 年度矚上重更(一)字第 2 號、臺灣高等法院臺南分院 97 年度上訴字第 337 號、臺灣高等法院高雄分院 103 年度上易字第 1 號判決要旨法律見解(參附件 8)。以此相同推論，離婚登記亦同，而可能會構成相同犯罪(實務上案例亦可參臺灣花蓮地方法院 99 年度易字第 358 號判決，同參附件 8)。

書，於配偶之間已離婚時，造成限制婚姻自由權利（不持續婚姻的自由）、並變相鼓勵違反法秩序之效應，致使離婚前後產生不平等的狀態，手段與目的之間於此亦無法產生實質關聯，違反憲法第 7 條（平等原則）、第 22 條（婚姻自由權）、第 23 條（比例原則）。

3. 「前」配偶縱得單獨撤回對行為人配偶告訴，仍牴觸憲法

倘若刑事訴訟法第 239 條但書，也將「前配偶」納入，使離婚後之告訴權人配偶，仍得單獨對於行為人即共犯配偶撤回告訴時（亦即，將刑事訴訟法第 239 條但書解釋為「若已離婚仍可單獨撤回對通姦者的告訴」），前述疑慮或許可以消除。但是，配偶既然已經離婚，則允許告訴權人配偶僅撤回對於通姦者的告訴時，只剩下懲罰相姦人的意義，也確實沒有維護婚姻的利益可言（婚姻已不存在）。是以，縱為如此之解釋，手段與目的同樣無法產生實質關聯，仍然違反憲法第 23 條（比例原則）。

（四）其他制度無法彌補上述告訴制度的問題

1. 取消告訴乃論，將使通姦罪擴張適用，不符釋字第 554 號意旨

可以想像的方法是，直接將通姦罪的告訴乃論條件取消，形成非告訴乃論之罪。但如此一來，如同前述，通姦罪將成為過度的刑罰，違背鈞院釋字第 554 號解釋意旨。

2.縱容或宥恕而不得告訴的制度，無法取代告訴制度

刑法第 245 條第 2 項的「……配偶縱容或宥恕者，不得告訴」，是指配偶在特殊情境下「不得告訴」的規定，並不是一般的提出或撤回告訴制度，適用的依據、評價的標準並不相同，沒有辦法替代上述告訴制度。

三、結論

1.通姦罪若無告訴制度存在，無法合理限制刑罰發動。

2.刑事訴訟法第 239 條及其但書的告訴制度，亦無法合理化刑法第 239

條的通姦罪。適用上開條文時，一般情形之下，迫使身為配偶的告訴權人，必須先行對通姦行為人提出告訴再撤回告訴，或得以對個別犯罪事實提出告訴，均足以造成破毀婚姻家庭的效果；允許婚姻解消後仍得提出告訴，發動刑事訴追亦無助於婚姻家庭之維護。從而，上開規範均已牴觸憲法上維護婚姻家庭制度的規範意旨（憲法第 22 條），產生手段與目的不存在實質關聯的情形，違反比例原則的適當性原則（憲法第 23 條）

3.在先行婚姻解消而導致告訴人成為「前配偶」時，上開條文的適用亦可能造成違反平等原則（憲法第 7 條）、致使人民「不」繼續婚

姻的自由受到不當限制（憲法第 22 條），且產生鼓勵人民違法的不當效果，亦違反比例原則的適當性原則（憲法第 23 條）。

4.其餘限制刑罰或追訴發動的制度（「縱容」及「宥恕」的限制），無法替代或彌補上述問題。

5.綜上所述，刑事訴訟法第 239 條及其但書，是刑法第 239 條的合憲基礎。但併行適用時，情況錯綜複雜，將產生違反憲法上平等原則、違反憲法保障婚姻及家庭制度意旨、且有不當限制「不」繼續婚姻之自由、違反比例原則（適當性）等規範意旨的結果。

肆、附論

一、本聲請與同性婚姻之解釋無涉

大院釋字第 748 號，作成解釋略以：「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」。

同性婚姻或結合關係，其主體縱使也作為通姦罪的處罰對象，也無法正當化前述的違憲狀態，且將造成更多不當入罪的情形。

二、所涉刑事案件被告、辯護人之請求事項

上開聲請人(法官)之聲請意旨，係以鈞院釋字第 554 號為前提，認為通姦罪及其告訴條件之整體適用，仍屬違反憲法。惟鈞院倘於時

空經過後，認刑法第 239 條之通姦罪之實體處罰要件，或其相關之訴訟程序，本身獨自即存有違憲疑義，而應予分別檢視者，聲請人（法官）認本院受理之 B 案件被告阮○○、辯護人（法扶）馬翠吟律師於 106 年 2 月 21 日提出之「刑事請求聲請釋憲狀」，其關於通姦罪本身之聲請釋憲理由略以：通姦罪侵害憲法第 22 條保障之性自主權、隱私權，違反比例原則，訴追程序亦侵害核心隱私領域，欠缺必要性¹³；關於刑事訴訟法第 239 條但書之違反憲法疑義論證，另略以：單獨撤回告訴，致使獨留相姦人為被告並為追訴、處罰，卻使違背忠誠義務較高的通姦人配偶不受追訴，其效應並非保護婚姻，而是實際上交換證詞、報復相姦人的武器，則此手段與保護婚姻的目的欠缺實質關聯（該狀第 12 頁，3、4 以下的論證¹⁴），仍值參照。

為此，倘鈞院不予採取聲請人（法官）前述「整體審查」脈絡及意見，而認有必要分別檢視刑法第 239 條及其訴訟程序者，為免被告、辯護人將來仍必須再次持相同理由聲請違憲審查，並避免訴訟資源之重複耗費，仍請參酌該案件被告、辯護人主張之理由、論證，為適當之程序處置，以維彼等權益。

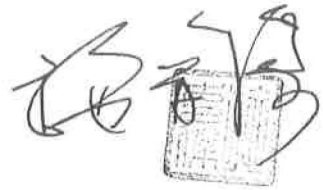
¹³ 附件 9，頁 8、9。

¹⁴ 附件 9，頁 12、13。本件聲請人（法官）所主張的理由，是以「整體審查」作為基礎，被告及辯護人「聲請狀」的出發點、脈絡，則是分別檢視，兩者論述基礎並不相同，因此聲請人並不予以援用。

此 致

司 法 院 大 法 官

聲請人 臺灣桃園地方法院刑事審查庭法官



中 華 民 國 1 0 6 年 7 月 2 5 日