

釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法之目的

聲請人係臺灣彰化地方法院法官，因審理本院 107 年度易字第 1044 號被告羅○傑妨害婚姻案件、107 年度易字第 1176 號被告吳○真、唐○龍妨害婚姻案件、107 年度易字 1271 第號被告黃○評妨害家庭等三個案件，對於所應適用之刑法第 239 條之通（相）姦罪¹，依合理之確信，認此一規範侵害被告之性行為自由、隱私權，而違反人性尊嚴、比例原則，且無合憲性解釋之可能，應屬違憲。

此又為本案裁判所須適用之法律，如經宣告違憲，上開案件將直接導致有罪或無罪之不同審理結果，明顯屬於上揭案件之先決問題，乃依司法院大法官釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號等解釋意旨，先行裁定停止訴訟程序【詳附件】，並提出客觀上形成確信法律違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋。

貳、本案疑義之經過、性質暨涉及之憲法條文

一、本院 107 年度易字第 1044 號（下稱：【LINE 火辣對話案】）

（一）起訴之犯罪事實

被告羅○傑知悉陳○汎（業經告訴人即陳○汎之配偶鐘○奕撤回告訴，檢察官另為不起訴處分確定）為有配偶之人，竟基於相姦之接續犯意，先後於民國 107 年 3 月 14 日晚上、107 年 3 月 15 日晚上、107 年 4 月 12 日晚上、107 年 4 月 13 日晚上，在被告羅○傑當時位於彰化縣和美鎮之租屋處，以將二人性器官接合

¹ 以下統稱通姦罪。

之方式為性行為而通姦共 4 次。因認被告羅○傑所為，係犯刑法第 239 條後段之相姦罪。

（二）被告之辯解、本案審理過程及事實之認定

被告羅○傑於本院審理時坦承有於起訴書所載之時間、地點，與陳○汎為所示之性行為，但其辯稱當時並不知悉陳○汎為有配偶之人。

公訴人請求傳喚證人陳○汎，欲證明雙方在為上開性行為當時，被告知悉陳○汎已婚，且公訴人另提出卷內被告羅○傑與陳○汎 LINE 的對話資料為證據，欲佐證被告羅○傑主觀之相姦犯意。

本院認為，證人陳○汎的交互詰問程序、雙方 LINE 對話內容的調查，涉及性隱私的干預，與通姦罪（可能）的保護法益相較，無法通過比例原則的檢驗，因而尚未進行本案的實質審理，乃裁定停止訴訟，聲請本案解釋。

二、本院 107 年度易字第 1176 號（下稱：【配偶外「獄」案】）

（一）起訴之犯罪事實

被告吳○真為告訴人徐○福之妻，為有配偶之人；被告唐○龍亦明知被告吳○真為有配偶之人，被告 2 人基於通姦、相姦之接續犯意，於 105 年 11 月、12 月間，在臺南市善化區工業區某工地貨櫃屋宿舍內，發生以將 2 人性器官接合方式之性行為而相姦、通姦 3 次以上。嗣因被告吳○真懷孕，而於 106 年 5 月產下女兒徐○○，告訴人徐○福始知悉上情。因認被告吳○真、唐○龍所為，分別犯刑法第 239 條前段、後段之通姦罪、相姦罪。

（二）被告之辯解、本案審理過程及事實之認定

被告吳○真於本院審理時坦承上情，被告唐○龍則於本院審理時，承認檢察官起訴之客觀相姦事實，但其辯稱並不知道吳○真尚未離婚等語。

本案告訴人徐○福前於 104 年間，因強盜案件，於 104 年 12 月 11 日起羈押在案，嗣因判決確定後，與其所犯之施用毒品、竊盜等案件執行迄今，而本案被告吳○真在告訴人徐○福在監執行中為前述通姦行為，本院於審理時盡力促成雙方和解，告訴人徐○福請求賠償 20 萬元，但被告吳○真、唐○龍無力賠償，只能進行本案實質審理。

本案與【LINE 對話調查案】的事實上爭點相同，一旦欲證明被告唐○龍主觀之犯意，勢必進行同案被告吳○真的證人調查程序，此涉及性隱私的揭露，無法通過比例原則的檢驗。甚且，告訴人徐○福於本院審理時，並未表示其因本案婚外性行為受到任何痛苦、婚姻與家庭受到如何之打擊，而是主張損害賠償，本院開始思索，究竟通姦罪所要保護的法益為何？本案最後適用的結論，是否變成損害賠償的工具。據此，本院尚未進行本案的實質審理，乃裁定停止訴訟，聲請本案解釋。

三、本院 107 年度易字第 1271 號（下稱：【勘驗性器官案】）

（一）起訴之犯罪事實

張○琪係告訴人黃○新之妻，被告黃○評明知張○琪為有配偶之人，竟分別基於通姦、相姦之接續犯意，先後於起訴書附表所示之時間、地點，通姦及相姦 13 次。嗣告訴人黃○新於 106 年 7 月 2 日某時，無意間發現張○琪與陌生男子有曖昧之臉書對話紀錄，經其追問，張○琪始坦承有與被告黃○評發生上開姦淫行為。因認被告黃○評所為，係犯刑法第 239 條後段之相姦罪（張○琪部分，業經告訴人黃○新撤回告訴，本院另為不受理判決確定）。

（二）被告之辯解、本案審理過程及事實之認定

被告黃○評否認有何相姦之犯行，其辯稱：我跟張○琪雖然有去旅館，雙方有擁抱、親吻的行為，但並無性器官的接觸，我在網路上認識張○琪，她長期受到丈夫精神及經濟上的暴力，我因為好奇，才會開始跟張○琪接觸等語。

因被告黃○評否認犯行，故檢察官聲請傳喚張○琪為證人，欲證明其與被告黃○評曾經發生過性交行為，而張○琪曾於偵查中書寫「自白狀」，內容記載雙方如何發生性交行為，張○琪亦於偵查中指稱被告黃○評的包皮很長包住龜頭、睪丸下方有痣等語，檢察官於偵查中，亦曾勘驗被告黃○評之性器官確認無誤，因此，本院審理時，勢必將進行證人張○琪之詰問程序，內容必然涉及雙方如何發生性交行為、上開自白書之內容真偽、被告黃○評性器官的特徵，必要時，本院甚至還要當庭勘驗被告黃○評性器官，以確認證人張○琪的指證是否與事實相符。

如果被告黃○評所述屬實，張○琪長期受家庭暴力的困擾，這是一段不圓滿的婚姻，張○琪為了逃離家庭暴力，獲得短暫的解脫，而與被告發生性行為，是在追求個人人格的實現，滿足自己的需求，國家機關基於何種理由，要限制張○琪追求自我的滿足，難道只是要維持一個不圓滿的婚姻。

而且，即便通姦罪之立法目的如同釋字第 554 號解釋所言，在於維繫婚姻、維護婚姻與家庭倫理價值，但國家為了要追訴犯罪，必須開啟刑事追訴程序，「程序本身，就是處罰」，通姦罪之偵查、起訴、審判程序所造成之基本權干預，能否通過合憲性的檢驗，備受質疑。因此，本院尚未進行任何證據調查程序，乃裁定停止訴訟程序，聲請本案解釋。

四、上揭案件所涉及之憲法條文

本案上開系爭案例，公訴人均以刑法第 239 條通姦罪、相姦罪起訴，而刑法第 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。」

從上開條文結構看來，通姦罪的行為規範，在於：「有配偶之人禁止為婚外性行為」、「禁止與有配偶之人為婚外性行為」，由此觀之，通姦罪限制行為人的性行為自由，而釋字第 554 號解釋，從人格權推演出性行為自由為憲法保障之基本權，因此，國家干預人民的性行為自由，必須符合憲法第 23 條。

為了確保通姦罪的行為規範可以被具體落實，立法者在通姦罪設下違反的法律效果為：「1 年以下有期徒刑」（制裁規範），為了維持行為規範的法律效力，國家司法機關必須透過偵查、追訴及審判程序，用以確認行為人的違法行為，且給予相當的法律效果。而確認為違法本身（有罪宣告），干預行為人的名譽，法律效果的宣示，更不可避免涉及人身自由的干預。

值得注意的是，立法者透過行為規範與制裁規範形成的刑事犯罪行為，成為國家機關開啟刑事追訴的法定事由，除了審判終結後的宣示判決涉及上開基本權的干預外，為了進行追訴審判所為的各種措施，包含強制處分的實施、法院審理時調查證據的程序、私人採證、乃至於媒體報導，都不可避免涉及其他憲法基本權的干預，這裡也必須進行合憲性的檢驗，也就是國家為了追訴犯罪，會不會付出過大、不合比例的代價²。

釋字第 554 號解釋，雖然認為通姦罪合憲，但實有必要再次思索

² 關於無罪推定、當事人對等之訴訟及刑事訴訟程序進行對於人權的影響，可見黃朝義，《刑事訴訟法》，第 5 版，2017 年 9 月，第 8 頁至第 40 頁。

當時所為合憲宣告的理由是否充分，尤其該號解釋迄今已經 18 年，社會環境、價值觀已有相當之改變，且該號解釋亦未觸及通姦罪之制裁規範，可能伴隨的各種基本權干預是否已經違反比例原則，實有變更該號解釋見解之必要。

叁、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、通姦罪之立法目的

（一）維繫婚姻？

通姦罪的行為規範，涉及行為人性行為自由的干預，究竟立法目的為何，涉及通姦罪是否追求合憲的正當的目的。

對此，釋字第 554 號解釋認為，透過通姦罪刑罰的手段，可以達到「維繫婚姻」的立法目的（見該號解釋理由書第 3 段）。換言之，立法者限制行為人的性行為自由，用以維繫婚姻。

而通姦罪規範在刑法第十七章妨害婚姻及家庭罪章，從體系結構看來，刑法第 238 條為詐術締婚罪，與婚姻的締結有關，第 240 條為和誘罪，與婚姻締約、履行無涉，從此觀之，通姦罪應與婚姻有關，釋字第 554 號解釋認為通姦罪的立法目的在於維繫婚姻，其來有自。

然而，這樣的觀點，或有再次思索之處。因為無法維繫婚姻的原因甚多，婚外性行為只是其中可能的原因「之一」，何以立法者「獨厚」婚外「性行為」，卻對其他具有高度可歸責性、無法維持婚姻事由，卻視而不見，例如：感情出軌，配偶已經移情別戀、拋家棄夫（妻），只要不發生性關係，立法者並不處罰，此種處罰上的差別待遇，恐怕並非單純的維繫婚姻可以加以解釋。

其次，立法者在通姦罪只規定「有配偶而與人通姦」，並未要求

該通姦行為已經導致雙方的婚姻無法繼續維繫，因此，若雙方已無感情基礎，僅維持形式上的婚姻關係，亦在立法者所預設的處罰範圍。換言之，立法者透過刑罰，限制行為人的性行為自由，用以維持形式上或實質上存在的婚姻關係。

但如果婚姻已經「名存實亡」，那麼，立法者憑什麼限制行為人的性行為自由，來維持形式上存在的婚姻，難道形式上存在的婚姻，真有如此重要的公共利益，非得動用刑罰不可？！

以【配偶外「獄」案】為例，該案之告訴人徐○福因可歸責於自己的事由，而犯強盜、竊盜、施用毒品等罪，分別經判處罪刑確定，嗣經分別裁定應執行有期徒刑4年6月、5年2月，並接續執行在案，告訴人徐○福於105年1月15日入監執行，前科表顯示，告訴人上徐○福開罪刑執行完畢日期為114年8月9日（尚未計算縮刑或羈押折抵日數），這段婚姻關係根本無法繼續正常維持，且長達9年多，然而，即便告訴人徐○福具有高度可歸責性，違反夫妻之間的忠誠義務³，但立法者並未就告訴人徐○福違反婚姻忠誠義務的行為，另外再施加刑罰。

而且，被告吳○真已經與告訴人徐○福分居，雙方已無實質的婚姻關係，告訴人徐○福亦於偵查中表示，他曾經答應被告吳○真可以隨時離婚等語，可見雙方僅剩形式上維持婚姻，但立法者卻透過刑罰，欲維持一個「形式上」存在的婚姻，此一立法，果真是只是為了要維繫婚姻，實待考慮。

再以【LINE 火辣對話案】為例，告訴人之配偶陳○汎於偵查中證

³ 在此借用大法官釋字第554號解釋的說法，但夫妻間忠誠義務的內涵、建立之基礎、憲法或法律位階，該號解釋似乎並未進一步闡釋。

稱其於本案通姦行為當時，正與告訴人鐘○奕為了離婚乙事發生爭吵等語，從卷內被告羅○傑與告訴人鐘○奕的 LINE 對話紀錄看來，被告羅○傑與告訴人鐘○奕曾經就相姦乙事發生爭執，告訴人鐘○奕知道被告羅○傑與其配偶發生相（通）姦行為後，曾對被告羅○傑表示：「感謝你幫我爭取到絕對的扶養權」等語。因此，告訴人鐘○奕已經與其配偶並無感情基礎，雙方正在洽商離婚、協議孩子的親權，通姦罪的處罰，並非維持告訴人鐘○奕已經岌岌可危的婚姻，而是告訴人鐘○奕爭取孩子扶養權的籌碼，難道維繫婚姻真是該條的立法目的？！

因此，透過本案上開真實案例可以得知，釋字第 554 號解釋雖然認為通姦罪的立法目的在於：維繫婚姻，但這可能只是出於一種想像，恐怕並非該條主要的立法目的，因為立法者僅針對「婚外性行為」進行處罰，其他違反婚姻忠誠義務的行為，不在處罰的範圍，且通姦罪不以實質侵害婚姻繼續存續為構成要件，形式上存在的婚姻，亦在保護之列，我們無法想像，已經名存實亡的婚姻，有何重要的公共利益，值得用刑罰保護。

（二）維護婚姻及家庭制度之倫理價值？

從釋字第 554 號解釋理由書第三段的文字敘述看來，該號解釋似乎亦認為通姦罪之處罰，有助於「維護婚姻與家庭制度之倫理價值」，而倫理價值，說穿了就是道德，一種多數人在當時認為正確、應該去做的事情。

的確，一旦結婚，我們對於另一半，多半會要求在感情與性對象上的專一，這是目前多數人對於婚姻的基本要求，而婚外情與婚外性，都違反婚姻忠誠義務，均有悖於「婚姻與家庭制度的倫理價值」。

然而，立法者僅針對婚外「性」進行處罰，卻不以刑罰管制婚外

「情」，形成差別待遇，就通姦罪之立法目的為：維護婚姻與家庭制度的倫理價值而言，恐怕無法自圓其說。

而且，倘若婚外性行為違反「婚姻與家庭制度的倫理價值」，表示立法者欲透過刑罰，維持、貫徹這樣的倫理價值，讓這樣的公序良俗可以在社會中被執行，具有公益的性質，但依據刑法第 245 條第 1 項之規定，通姦罪須告訴乃論，同條第 2 項又規定，配偶縱容或宥恕，不得提起告訴，可見通姦罪處罰與否，取決於個人意願，與公益無關。

因此，上開立法目的，亦待商榷。

（三）保護名譽？

對於夫妻雙方而言，婚外性行為可能涉及名譽（面子）問題，以往在男尊女卑的社會風氣中，若女性配偶一旦發生婚外性行為，男性配偶將被稱以「戴綠帽」，此一稱謂，多有貶抑之意，因此，通姦罪保護法益，或許可以從名譽權的角度加以出發。

但這樣的觀點，備受質疑，因為不論境外或境內的婚外性行為，對於配偶另一方的名譽，侵害應屬相同，但境外的婚外性行為，卻不在刑法效力範圍內，不予處罰，於此無法自圓其說⁴。

且從通姦罪的規範體系架構看來，亦非刑法第 27 章妨害名譽與信用罪章內，更可說明通姦罪與名譽無關。

另從名譽的本質看來，名譽是一種外部評價，與事實連結，只有行為人做了或沒有做某件事情，才會受到外部好或不好的評價，這才是名譽。配偶通姦，對於通姦配偶而言，因為婚外性行為而有外部的

⁴ 此一質疑，見張明偉，〈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。

負面評價，但對於遭背棄的他方而言，並沒有因配偶的婚外性行為，而受到外部不利的評價，充其量可能只是「心裡不爽」的感覺，與名譽無關。

因此，通姦罪的立法目的，並非名譽。

（四）確保血統純正？

通姦罪保護法益另外一個思考方向，可能在於「維持血統純正」。

但這樣的說法，依然備受質疑，因為通姦罪並不以通姦後生子為要件，只要行為人為婚外性行為，就要處罰。因此，通姦罪的立法目的，應與避免血統混淆無關。

（五）財產權的保護！

就結論而言，本院認為通姦罪之立法目的在於：財產權的保護。或許，這裡可以從通姦罪處罰歷史的演進看出端倪。

依據文獻的說明，在中國秦代，如果發現「妻子」與他人私通，丈夫抓姦就算殺人也不會受到處罰。這樣的制度在之後的中國封建王朝統治中，不斷被確認，直到民國建立，由袁世凱總統於 1912 年 3 月頒布之暫行新刑律第 289 條規定：「和姦有夫之婦者，處四年以下有期徒刑或拘役，其相奸者，亦同」才有所調整。1928 年施行之舊刑法第 256 條亦維持相同的不法構成要件，僅將刑度調降為 2 年以下有期徒刑，並刪除拘役刑。直到現行刑法。才基於男女平等之革命思想，將處罰擴及於「有婦之夫」⁵。

而中國古代封建王朝承認一夫多妻制，在民國初年仍然維持這樣

⁵ 見張明偉前揭文，第 60 頁。

的傳統與道德，當時「男尊女卑」的觀念在社會亦習以為常，這也不難理解，為何在當時僅處罰「有夫之婦」的通姦行為。

在一夫多妻、男尊女卑的父權思想下，女性多被期待扮演順從男性的角色，這裡從民法親屬篇多次以違反男女平等原則被宣告違憲的法律可以獲得印證，限制女性配偶之性行為自由，說穿了，就是將女性視為傳宗接代、滿足性慾的工具，女性配偶的貞操為財產，通姦代表他人對家族財產權的侵犯⁶。

現行刑法通姦罪，就是延續這樣的價值觀、意識形態而存在，立法者基於男女平等，所以男女配偶都處罰，這表示雙方因為婚姻的締結，而成為對方的財產，婚外性行為，形同財產權的侵奪。

事實上，前開通姦罪立法目的：保護名譽、確保血統純正、維護婚姻及家庭制度之倫理價值的討論，背後的價值觀、意識形態，可能都是出於財產權的保護，因為，我們將配偶視為生兒育女、滿足性慾的工具，才會認為婚外性行為，侵害名譽、無法確保血統純正、違反倫理價值。

從而，本院認為，通姦罪的立法目的，應該在於財產權的保護，與維繫婚姻、維護倫理價值、保護名譽、維持血統純正無關。

二、通姦罪欠缺合憲的正當目的

通姦罪的立法目的在於保護財產權，依據憲法第 15 條之規定，財產權具有憲法位階，國家當然有義務確保財產權不受他人任意侵害，通姦罪之行為規範，從這個角度看來，具有公共利益。

⁶ 見嚴秀萍，《童話中的反動思維：以狼和女巫形象之遞嬗為討論核心》，2010年3月，第54頁。

但此一論證的前提在於：將配偶的貞操，視為家族、個人財產。我們無法接受這樣的觀點，因為將他人的性行為自由（貞操）視為個人財產，侵害他人自由意志，讓配偶為個人的任意支配客體，嚴重違反人性尊嚴。

據此，通姦罪的立法目的，違反人性尊嚴，明顯違憲。

三、釋字第 554 號解釋容有變更之必要

釋字第 554 號解釋認為通姦罪的立法目的在於：維繫婚姻、維護婚姻及家庭制度之倫理價值，姑且不論這樣的立法目的是否正確，本院試圖從這樣的立法目的進行論證，說明即便是出於上開立法目的，依然無法通過合憲的檢驗。詳下論證如下：

（一）維護婚姻及家庭制度之倫理價值非刑法法益

若通姦罪的立法目的在於維護婚姻及家庭制度之倫理價值，接下來我們必須討論，以刑罰來達到此一立法目的，是否可以通過違憲審查的檢驗。

就通姦罪的制裁規範看來，該罪之法定刑為「1 年以下有期徒刑」，此涉及人身自由的限制，因對基本權的干預程度較高，自應受到比較嚴格的審查，而刑法理論法益保護原則，可以在制裁規範的過度禁止判斷充分結合，欠缺法益保護的犯罪制裁規範，抵觸過度禁止原則⁷。

因此，問題的核心在於：何種利益是刑法所保護的法益，維護婚姻及家庭制度之倫理價值，是否為刑法所應該要保護的法益。

⁷ 許澤天，〈刑法規範的基本權審查-作為刑事立法界線的比例原則通姦罪合憲性之再思考〉，《憲法解釋之理論與實務》，第七輯，民國 99 年 12 月，第 296 頁。

對此，本院認為，既然刑罰涉及生命、人身自由與財產權的剝奪，而這些權利都出自於憲法的保障，國家以刑罰權限制上開憲法所保障的基本權，必須也是這個行為也同等的侵害憲法所保障的權利。換言之，刑法之保護法益，都可以從憲法上找到對應的法益，刑法所保護人民社會生活所需要的利益，必然是憲法認為必須予以保障的利益⁸。

以刑法第 302 條之剝奪行動自由罪為例，該條之法定刑為「五年以下有期徒刑、拘役或 9 千元以下罰金」，就制裁規範而言，顯然剝奪行為人的人身自由與財產權，這些都是憲法保障的權利，而該條之保護法益為被害人之人身自由，就是憲法第 8 條所保障的人身自由，只有同屬於憲法上的權利（侵害法益與被保護的法益同具憲法位階），國家方可動用刑罰。

因此，問題的視角，將回到「維護婚姻及家庭制度之倫理價值」，是否是憲法的基本權。

婚姻權，我國大法官並未清楚定義其實質內涵，不過釋字第 362 號解釋認為，結婚的自由，是受憲法第 22 條保障的概括基本權，從這個角度理解，婚姻權的內涵，包含是否結婚、與何人結婚的自由。學者指出，憲法上所保障婚姻自由與婚姻權的內涵，應是在二個具有平等人格尊嚴主體之間，具有親密性及排他性的永久結合⁹。因此，如果以不法方式讓人結婚，構成刑法第 238 條的詐術結婚罪，該條所要保護的法益，正是結婚的自主決定自由。據此「維護婚姻及家庭制

⁸ 此部分係參考：許玉秀，〈刑罰規範的違憲審查標準〉，收錄於《民主·人權·正義-蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，2005 年 9 月，第 401 頁至第 402 頁。

⁹ 張文貞，〈會台字第一二七七號聲請人臺北市府及會台字第一二六七四號聲請人祁家威聲請解釋案：鑑定意見書〉，《月旦法學雜誌》，第 264 期，2017 年 5 月，第 91 頁。

度之倫理價值」，並非婚姻權的內涵。

事實上，「維護婚姻及家庭制度之倫理價值」，其實本質上就是道德，一種良善風俗，社會上多數人在當時普遍認為正確、良善的事情，而道德、善良風俗，將會隨著時代演進有所不同，其具體內涵為何，更無法精確掌握，一般人認為普遍的良善，未必正確，符合憲法價值，就如同許宗力院長在釋字第 666 號解釋補充理由書中，所舉的三個例子：戀愛與婚姻自由在臺灣日治時代不被允許、黑白種族強制隔離的生活方式，當時在美國是廣為接受的公序良俗、處罰不同種族的通婚，因為保護了多數道德情感而得以繼續留存，可見公序良俗曾經如此壓迫少數，根本不是憲法上的基本權，更無法作為入罪的理由。

因此，「維護婚姻及家庭制度之倫理價值」並非刑法保護之法益，就通姦罪的制裁規範而言，欠缺手段與目的之均衡性，違反比例原則¹⁰。

（二）通姦罪之制裁條款侵害隱私權違反比例原則

立法者透過制裁規範，擔保行為規範可以具體實現，因此，就制裁條款的近程目標而言，即在於維持行為規範的效力，就遠程目標而言，在於行為規範所要追求的立法目的可以實現¹¹。但國家為了要將制裁規範的刑罰施加在行為人，必須開啟刑事訴訟程序，此一程序上的不利益，必然導致基本權受到輕重程度不同的干預，而有「程序本身，就是處罰」的干預現象¹²，所以我們也必須討論此一程序上的不

¹⁰ 公序良俗是否是合憲的正當目的，亦待討論，但因本案涉及刑事處罰，刑法法益保護概念可以在制裁規範的手段與目的均衡性進行檢驗，故在方法論的選擇上，本院在此一層次進行檢驗。

¹¹ 許澤天，前揭文，第 279 頁。

¹² 許澤天，前揭文，第 270 頁。

利益，與通姦罪所要保護的法益相較，是否符合憲法比例原則。

因為通姦罪的構成要件行為是「姦」，不論採傳統實務意見的性器接合說，或放寬至口交等其他性接觸¹³，都不可避免涉及與「性」相關行為的窺探，不論是國家或私人取證，為了「破獲」通姦行為，可能會在房間、廁所、車內裝竊聽器，亦會採取跟監、車上裝設衛星定位的方式掌握行蹤，更會進入住宅、旅館房間內，來個「人贓俱獲」，翻找垃圾桶搜尋沾滿體液的衛生紙，甚至會檢驗子女的 DNA 證明血緣關係，或查找配偶與第三者的聯繫對話資料，或翻看日記，或要求配偶「自白」具體寫下各次性行為的時間、地點與方式，這些蒐證方式，至少涉及（性）隱私、居住安寧的法益侵害，更有甚者，為了認定犯罪事實，這些證據將來會在偵查庭或法庭上接受調查，檢察官、法官必須將證據或得心證的理由「寫在」起訴書或判決書中，這些正是八卦媒體最佳寫作的題材。

通姦罪的法定刑是「1 年以下有期徒刑」，此與開啟追訴程序，可能涉及的基本權干預，立法者所設置的制裁規範，例如：刑法第 304 條強制罪：「3 年以下有期徒刑」、刑法第 307 條違法搜索罪「2 年以下有期徒刑」、刑法第 315 條之 1 妨害秘密罪：「3 年以下有期徒刑」等罪相較（只以法定最高度刑比較），明顯不合比例¹⁴。換言之，立法者在刑度的安排，是基於行為罪責而來，依據侵害法益程度的不同，給予高低不同的法定刑，透過法定刑的比較可以得知，立法者對於自由意志、隱私權的重視程度，遠高於通姦罪，為了要追訴通姦罪，

¹³ 相關的質疑與討論，可見錢建榮，〈是堅守罪疑唯輕原則，還是恐龍判例作祟？——兼談通姦除罪化〉，《台灣法學雜誌》，第 223 期，2013 年 5 月 1 日，第 66 頁至第 69 頁。

¹⁴ 通姦罪程序干預違反比例原則的質疑與討論，可見林鈺雄在「婚外性的罪與罰」座談會發言，《台灣法學雜誌》，第 223 期，2013 年 5 月 1 日，第 23 頁至第 24 頁。

就必須付出更多的代價，違反比例原則。

2013 年 3 月 1 日對中華民國（臺灣）政府落實國際人權公約初次報告之審查國際獨立專家通過的結論性意見與建議第 70 段認為，通姦罪不符合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，臺灣政府應在刑法廢除通姦罪。2017 年 1 月 20 日第二次報告之審查，亦重申通姦罪違反隱私權，臺灣政府應廢除通姦罪，不能因為民意的要求，而違反國際人權，尤其通姦罪對於婦女將造成極為負面影響。

肆、結論

每一段圓滿的婚姻，都有背後的原因；每一段破碎的婚姻，也有背後的原因，如果我們只看到被告發生婚外性行為的結果，而不去歸咎背後的因素，可能無法理解被告為何做出這個決定，從而無法給予正確的罪責非難。

在【配偶外「獄」案】中，告訴人因故意犯罪，而入監服刑，被告吳○真就此段婚姻無法繼續圓滿維持，並無任何可歸責性，或許她是因為渴望愛情或單純只是為了滿足需求而為婚外性行為，但這都是出於人性，構成人性尊嚴的核心需求，難道我們要期待被告吳○真繼續苦守寒窯，等待告訴人歸來，或許，有人會說，這才是偉大貞潔的表現，但誰可以保證告訴人回歸家庭後，被告吳○真就可以從此家庭和樂生活美滿，或許，也有可能，這是另一場惡夢的開端，阻止被告吳○真基於自我意願，追求自己的人生，開展自我，為自己的選擇承擔，是一種懲罰，多數人認為貞潔的價值觀，不應該成為入罪的理由。

通姦罪的保護法益，應該是財產權，是過往封建、父權意識形態遺留下來的產物，所謂「維繫婚姻」、「維護婚姻及家庭制度之倫理價值」、「夫妻忠誠義務的履行」，可能只是託詞，背後隱含財產權被侵

奪的意識形態，將配偶當成是生兒育女、滿足性慾工具的個人財產，嚴重違反人性尊嚴，應屬違憲。

釋字第554號解釋雖然認為通姦罪合憲，但並未深論公序良俗是否可以被認為是刑法應該保護的利益，且亦未檢驗通姦罪制裁規範所帶來隱私權的傷害，應有變更之必要。

在【LINE火辣對話案】、【配偶外「獄」案】、【勘驗性器官案】中，雙方已經沒有感情基礎，僅剩形式上的婚姻，我們不能要求雙方被這個形式上的婚姻綁架，被迫放棄找尋另一段感情、發展自我的機會，難道形式上婚姻關係的存在，如此重要，值得我們用刑罰保護？！難道婚姻及家庭制度之倫理價值，包含國家有義務維持已經支離破碎的婚姻？

我們更無法忽視通姦罪之制裁規範所帶來的隱私權侵害。

在【LINE火辣對話案】中，卷內有許多被告與告訴人之配偶關於性的討論，公訴人亦聲請告訴人之配偶為證人，欲證明雙方在為性交行為當下，被告知悉此一婚姻關係存在，這些LINE的對話、被告及告訴人配偶對於性行為的揭露，都必須在法庭上進行，甚至寫在判決書中，這是對於人類最私密的性隱私進行窺探，與釋字第554號解釋所闡述通姦罪的保護法益相較，欠缺衡平，應屬違反比例原則。

在【配偶外「獄」案】中，檢察官於偵查中曾核發鑑定許可書，欲採集被告吳○真之女之DNA進行鑑定，以確認通姦對象，無辜的孩子，竟是犯罪證據，成為認定母親犯罪事實的最佳證明，而被告吳○真於本院審理時必須接受詰問，清楚交代如何發生婚外性行為、孩子的生父之誰，此一刑事追訴程序，明顯違反人性尊嚴、比例原則，應屬違憲。

在【勘驗性器官案】中，檢察官在偵查中已經勘驗過被告黃○評的性器官，因被告黃○評否認犯行，本院於審理時，可能必須再次勘驗，且將勘驗結果寫在判決書中，性器官涉及私密的身體部位，如此公諸於世，對於隱私權侵害甚大，與通姦罪所欲保護的法益相較，顯然不符合比例原則，應屬違憲。

懇請大法官做出通姦罪違憲的結論。

此 致

司法院

聲請人 臺灣彰化地方法院刑事第五庭申股

法官 陳 德 池

中 華 民 國 1 0 9 年 3 月 5 日

【附件】停止訴訟程序之裁定