

司法院大法官審理會台字第 12664 號解釋案

法務部書面意見

109.3.31

壹、 刑法第 239 條之立法目的為何？其係為保障何種法益或基本權利而設？又因此限制或侵害人民何種基本權利？其審查基準為何？

一、 有關刑法第 239 條之立法目的、保障之法益或權利部分：

（一） 大院第 554 號解釋業已說明：

第554號解釋認為，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。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 1 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。

（二） 憲法保障之基本權及社會法益

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。而上開

自由與權利，雖未於憲法中一一列明，仍為歷來大院大法官解釋予以肯認者，例如釋字第 242、362、399、535、552、554、576、580、585、587、603、626、643、656、664、689、712、716、748、749 等號解釋曾指明之婚姻自由、姓名權、一般行為自由、性行為自由、契約自由、身體權、隱私權、人格權、受國民教育以外教育之權利、名譽權、收養子女自由等¹。其中，釋字第 554 號解釋，即對於刑法第 239 條所維護之婚姻家庭制度及社會秩序有所闡釋，業如前述。

我國憲法雖未如德國基本法對婚姻與家庭之保障有特別規定，但大院已作成多號解釋，以保護婚姻與家庭，例如釋字第 362 號、第 552 號、第 554 號、第 696 號、第 712 號等。而釋字第 712 號亦提出「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障。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要支持，並為社會形成與發展之基礎。」之觀點；釋字第 554 號亦為相同說明。

關於婚姻家庭制度，本諸憲法第 22 條等關於自由權利應受保護之基本價值理念，大院另作成若干關於婚姻家庭之重要解釋，其主要者如：肯定父母行使親權之平等原則（釋字第 365 號），強調人格尊嚴、人身安全為婚姻關係及家庭生活之基礎（釋字第 372 號），保障夫妻間選擇住所之自由（釋字第 452 號）等。大

¹清華大學科技法律研究所教授陳仲嶼著，我國憲法上未列舉權利之發展，司法院大法官 106 年度學術研討會報告

院歷年解釋建構了婚姻與家庭制度之憲法規範，確認婚姻與家庭係一種基本權，應受憲法制度性之保障，得對抗公權力之侵害，並使國家負有保護義務，影響及於法院對憲法及民法相關規定之解釋適用，具體形成關於婚姻、家庭、子女之法律關係²。

刑法於第十七章設有妨害婚姻及家庭罪章，亦即，立法者為落實憲法第 22 條所保障之其他自由及權利，基於國家保護義務，採取立法裁量，將侵害上開自由及權利之行為予以處罰，所保護者即為婚姻家庭及社會秩序之社會法益，基於權力分立原則，對此立法權之行使宜予尊重。

二、有關刑法第 239 條限制或侵害人民何種基本權利部分：

(1) 隱私權

論者多謂刑法第 239 條限制人民隱私權，然配偶之一方與配偶以外之人合意性交為裁判離婚之原因，並負損害賠償責任，隱私權在面對民事上之法律效果，與通姦罪之處罰相同，須適度限縮。因此，隱私權與婚姻家庭權衡後，隱私權並非完全不被限制。

(2) 自由權

論者亦謂刑法第 239 條限制人民性自由權，然人民選擇進入結婚及建立家庭後，所謂性自由權即應受到節制，此也表示自由選擇進入婚姻及家庭制度者，同時也接受國家所規範之婚姻與家庭制度，在我國規範之婚姻與家庭制度中，性自由權並非全無限制。

² 釋字第 552 號解釋大法官王澤鑑協同意見書

(3)平等權

本條條文本身並未對男女有差異性規定，男性女性均在處罰範圍，無違反憲法第 7 條及釋字第 485 號解釋意旨。縱使聲請書所指女性起訴有罪判決確定人數高於男性，亦係法律規定罪名及執行之效果；況多種犯罪類型之行為人性別多為男性，例如酒駕、殺人等，是難以此項法律執行之結果，遽論條文本身違反平等原則。

三、刑法第 239 條之審查基準

依釋字第 578 號解釋許宗力大法官協同意見書：「參酌外國釋憲經驗，關於對立法事實判斷之審查，約可粗分三種寬嚴不同審查基準：如採最寬鬆審查標準，只要立法者對事實的判斷與預測，不具公然、明顯的錯誤，或不構成明顯恣意，即予尊重；如採中度審查標準，則進一步審查立法者的事實判斷是否合乎事理、說得過去，因而可以支持；如採最嚴格審查標準，司法者對立法者判斷就須作具體詳盡的深入分析，倘無法確信立法者的判斷是正確的，就只能宣告系爭手段不符適合原則之要求。何時從嚴，何時從寬審查，應考量許多因素，例如系爭法律所涉事務領域，根據功能最適觀點，由司法者或政治部門作決定，較能達到儘可能「正確」之境地，系爭法律所涉基本權之種類、對基本權干預之強度，還有憲法本身揭示的價值秩序等等，都會影響寬嚴不同審查基準之選擇。」

再者，釋字第 554 號解釋理由書已說明刑法第 239 條之審查基準，亦即，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，及違反此項限制，應否以

罪刑相加，因各國國情不同，立法機關於衡酌如何維護婚姻與家庭制度而制定之行為規範，如選擇以刑罰加以處罰，倘立法目的具有正當性，刑罰手段有助於立法目的達成，又無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用，而刑罰對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，亦處於合乎比例之關係者，即難謂與憲法第 23 條規定之比例原則有所不符。又婚姻共同生活基礎之維持，原應出於夫妻雙方之情感及信賴等關係，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違社會一般人通念，而人民遵守此項義務規範亦非不可期待之情況下，自難謂無法以刑罰手段達到預防通姦、維繫婚姻之立法目的。

是此號解釋已說明刑法第 239 條之審查基準，並於該號解釋作成時，亦已依該審查基準審查之，亦即立法目的正當性、刑罰手段有助於立法目的達成、無其他侵害較小亦能達到相同目的之手段可資運用等，而審查後認為並無違反憲法比例原則，更進一步闡釋於違憲審查時，所應採取尊重立法權行使之分際。

貳、 刑法第 239 條處罰婚外性行為之手段，是否有助於所揭目的之達成？手段與目的間是否存有一定關聯性？

釋字第 554 號解釋已經說明，刑法具一般預防功能，本條

於信守配偶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。

次參照釋字第 509 號解釋在闡述言論自由之限制時，說明限制之手段究應採用民事賠償抑或兼採刑事處罰，應就國民守法精神、對他人權利尊重之態度、現行民事賠償制度之功能、媒體工作者對本身職業規範遵守之程度及其違背時所受同業紀律制裁之效果等各項因素，綜合考量。以此延伸，如通姦或相姦行為得以金錢賠償而了卻責任，豈非享有財富者即得任意為之，此應非憲法保障人民權利之本意。雖聲請意旨有認，刑法第 239 條因舉證困難，而難以達成其立法目的，應以侵害較小之民事損害賠償制度，即可達到目的。惟不可否認，配偶之一方有經濟或社會地位居於弱勢者，其在民事賠償制度中，因舉證責任問題，欲獲得保護，顯有困難。因此，刑法第 239 條之刑罰手段與立法目的間，仍具有相當程度之關聯性。

參、 大院釋字第 554 號解釋有無變更解釋之必要？

司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力，此有釋字第 185 號解釋在案。因此，大院大法官所為解釋具有與憲法相當之效力。如無情事變更，應無輕易更易前所為解釋之正當理由。

再以大院歷次解釋觀之，大法官前有變更解釋之情形，首見於因第一屆立法委員行使職權問題而變更解釋，即第 261 號變更第 31 號解釋；次者，為保障訴訟權，將原認限制行政訴

訟要件之法令為合憲之解釋予以變更，例如釋字第 684 號變更第 382 號、第 439 號變更第 211 號；再者，就解釋已廢止之法令之條文定義予以變更，例如第 556 號變更第 68 號有關懲治叛亂組織之「參與」定義；末查，將原解釋雖認合憲，但已說明相關規定應隨時檢討修正者，予以變更，例如第 581 號變更第 347 號。

分析上述變更之解釋，不外乎就已不合時宜之制度(第一屆立法委員)、已廢止法令之解釋(懲治叛亂條例)、原解釋即認應隨時檢討修正之法令(自耕能力證明申請及核發注意事項)、以及為行政訴訟權之保障，而變更解釋，反之，若社會現狀或法令規定均無變更，即不宜輕易推翻先前解釋。而釋字第 554 號就刑法第 239 條解釋以後，我國婚姻與家庭制度並未改變，自無變更該解釋之因素存在。

再以大法官對於刑罰之解釋而言，除第 551 號解釋認為，肅清煙毒條例第 16 條規定栽贓誣陷或捏造證據誣告他人犯本條例之罪者，處以其所誣告之罪之刑，以所誣告罪名反坐，罪刑不相當，違反憲法第 23 條比例原則，而認為違憲並予以變更解釋以外，其餘有關刑罰應罰性之違憲審查，均認委由立法者衡酌定之，未有宣告某刑罰規定之「存在本身」為違憲者，可知大法官向來對法律是否違憲之審查，均相當謹慎與節制，並嚴守權力分立之界線。因此，釋字第 554 號解釋已就刑法第 239 條為違憲審查並為解釋，其對於該條為立法形成自由，亦符合大法官對於刑罰之解釋所為之一貫立場。

又大法官釋字第 748 號雖認婚姻制度應保障同性婚姻，而為劃時代之解釋，然該號解釋亦已說明，僅係就民法婚姻章規定，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，認違反憲法第 22 條保障之婚姻自由及第 7 條保障之平等權，作成解釋，不及於其他；並說明，若容許相同性別二人得依婚姻章實質與形式要件規定，成立法律上婚姻關係，且要求其亦應遵守婚姻關係存續中及終止後之雙方權利義務規定，不影響現行異性婚姻制度所建構之基本倫理秩序(詳解釋理由書)。可見，釋字第 748 號之作成，亦未改變釋字第 554 號所欲維護之婚姻、家庭制度及社會生活秩序；更何況，社會情勢並無重大更迭，異性或同性配偶間同樣互負忠誠義務，仍為社會共識，因此，釋字第 554 號並無變更解釋之必要。

肆、有關刑事訴訟法第 239 條但書部分

關於刑事訴訟法第 239 條但書部分，本部尊重司法院之職權，惟該條但書對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人之規定，參照日本 1907 年舊刑法第 183 條僅處罰有夫之婦通姦（不處罰夫通姦），其 1922 年刑事訴訟法仍規定夫對妻撤回告訴，對相姦人亦發生撤回告訴之結果，亦即，從比較法制而言，通姦罪可單獨對配偶撤回告訴，並非法理之必然。因此，立法上容有再予酌量之空間。