

釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法之目的

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。」本條規定包含前段之「通姦罪」及後段之「相姦罪」。聲請人認為，在現行法下，刑法第 239 條違憲之理由主要有：一、國家以刑事處罰通姦、相姦行為，作為保障婚姻、家庭制度之干預手段，與憲法第 23 條比例原則之意旨不符。二、國家針對通姦、相姦行為，設定完全相同之刑罰規定，違背罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則之意旨不符。三、我國刑法處罰通姦、相姦行為之規定，僅針對「異性婚」設有處罰，與憲法第 7 條保障平等權之意旨不符。

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。」聲請人認為，在現行法下，刑事訴訟法第 239 條但書規定違憲之理由主要有：一、刑事訴訟法獨將「對『犯通姦罪之配偶』撤回告訴」定為「告訴不可分原則」之例外，與憲法第 7 條保障平等權之意旨不符。二、本條但書規定使告訴人對犯通姦罪之配偶撤回告訴之效力，例外不及於共犯該罪之相姦人，造成單獨訴追相姦人之情形，與憲法第 23 條比例原則之意旨不符。

綜上，爰依鈞院大法官釋字第 371 號解釋，裁定停止審判，聲請大法官解釋，請宣告刑法第 239 條、刑事訴訟法第 239 條但書規定違憲，並立即失效。

貳、疑義之經過與性質及涉及之憲法條文

一、疑義之經過與性質

聲請人審理臺灣高雄地方法院 107 年度易字第 103 號「妨害婚姻」刑事案件，該案檢察官以被告王○○、李○○均明知王○○為告訴人之妻，仍於民國 106 年 3 月下旬某日、4 月中旬某日、4 月下旬某日，在被告李○○位於高雄市○○區住處為性交行為。檢察官因王

○○之配偶提出告訴而開始偵查，並認被告王○○、李○○依序涉犯刑法第 239 條第 1 項前段通姦罪、刑法第 239 條第 1 項後段相姦罪，向本院提起公訴。嗣於本院審理中，告訴人撤回對配偶王○○之通姦告訴。

二、涉及之憲法條文

本案涉及刑法第 239 條通（相）姦罪之實體規定，及刑事訴訟法第 239 條但書之程序規定是否牴觸憲法，聲請人認為涉及之憲法條文有憲法第 7 條（平等權）、第 22 條（性行為自由）、第 23 條（比例原則、罪刑相當原則）。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

聲請人認為刑法第 239 條、刑事訴訟法第 239 條但書規定違反憲法之主要論點已簡述如上，茲就相關聲請理由分別詳述如下：

一、國家以刑法第 239 條限制人民性行為自由，作為保障婚姻、家庭制度之干預手段，與憲法第 23 條比例原則之意旨不符

（一）鈞院釋字 554 號解釋有重行檢視之必要

鈞院於 91 年 12 月 27 日作成釋字第 554 號解釋，我國社會進入急速發展階段，在西方個人主義思潮衝擊下，國人性觀念意識急速開放，現今國人對於婚姻和性行為自由間之理解，不僅與刑法第 239 條於 24 年 1 月 1 日制定之時迥異，縱與鈞院釋字第 554 號解釋作成之時空背景相較，亦有顯著差距¹，誠有重行檢視該規定是否牴觸憲法之必要²。

（二）基本權競合與審查基準擇定

¹ 鈞院大法官釋字 748 號解釋，承認「同性婚姻」亦受憲法「婚姻自由」之保障，即與鈞院昔日有關「婚姻」之解釋，均係以「一夫一妻」之「異性婚」為前提有顯著差異。

² Constitutional Court of Korea, 2009 Hun-Ba 17, Feb. 26, 2015, majority opinion. available at: <http://english.court.go.kr/ckhome/eng/decisions/majordecisions/majorDetail.do> (last visited 03/26/2018). 比較法上，對照與我國同受東方文化影響之南韓，南韓刑法第 241 條同樣設有處罰通姦罪之規定，且該規定曾先後在 1990 年、1993 年、2001 年、2008 年，4 度經南韓憲法法院認定合憲，然於時空轉換變遷下，南韓憲法法院終於 2015 年認定該規定違憲，即為一例證。See Seokmin Lee, Adultery and the Constitution: A Review on the Recent Decision of the Korean Constitutional Court on 'Criminal Adultery', Journal of Korean Law, Vol. 15, 325-353, June 2016, p. 326.

在同一受干預法益，同時屬於多數憲法基本權保障範圍時，屬於基本權真正競合。此時，若多項基本權之保障強度有別，應以保障強度最高者，作為審查干預基本權之措施是否正當之基準³。準此，本案通（相）姦罪，同時干預人民受憲法保障之「性行為自由⁴」與「平等權」，應適用保障強度最高者，作為本案之審查基準。

聲請人認為，在鈞院釋字第 748 號解釋宣告同性婚姻亦受憲法婚姻自由、平等權，並定期要求立法者完成同性婚姻制度之立法後，我國之婚姻制度將同時存在「異性婚」與「同性婚」之事實，要屬無疑。而刑法第 239 條規定：「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」依照最高法院 45 年台上字第 1149 號、62 年台上字第 2090 號判例，通（相）姦罪係以兩性生殖器官已否接合（實際插入）為準。基於通（相）姦罪不處罰未遂行為，及「同性傾向」與「異性傾向」者與其發生性行為之對象之生理構造差異，通（相）姦罪僅能適用於「異性婚」⁵。

準此，於婚姻概念變遷為包含「異性婚」及「同性婚」後，刑法第 239 條規定顯然係針對「性傾向」所為之差別待遇。又刑法第 239 條所涉及之差別待遇措施，並非僅涉及國家之給付行為（例如：提供同性婚姻制度或其他種類之給付），而係涉及是否針對特定人施加刑事處罰。從而，依照鈞院釋字第 748 號解釋理由書揭示之標準，於審查國家應否提供婚姻制度，以保障「同性傾向」伴侶間之婚姻自由（國家給付措施）時，應適用較為嚴格之中度審查標準。則本案涉及以「性傾向」（異性婚）作為是否施加刑事處罰（國家干預措施）之分類標準，其審查標準自應更為提升，是本案至少亦應適用「較為嚴格之中度審

³ 參見 吳庚，憲法理論與政府體制，增訂 5 版，106 年 9 月，第 162-163 頁。

⁴ 參見鈞院大法官釋字第 554 號解釋。

⁵ 在美國法上，對於通姦罪之處罰，有法律直接明定為「不同性別」間之性交行為者；或法律雖未指明須為「不同性別」，但依其構成要件之描述，僅能適用於「不同性別」間之行為者；抑或構成要件之設計明確包含「同性別」間之行為者。See Peter Nicolas, The Lavender Letter: Applying the Law of Adultery to Same-Sex Couples and Same-Sex Conduct, 63 Fla. L. Rev. 97, Jan. 2011, p.115-117.

查基準」(甚至嚴格審查基準)作為判斷其合憲性之準據。是以，國家欲以刑罰(刑法第239條規定)限制人民性行為自由，除其「目的」須為追求「重要公共利益」外，其手段與目的之達成間亦須具有「實質關聯」⁶。

所謂「手段與目的之達成間是否具有實質關聯」，通常雖係指「手段能否有效達成目的」而言，而不問「有無其他限制較少之替代手段亦可達成同一目的，亦即並未採取「限制較少之替代手段檢驗("less restrictive alternative" test)。然實際上，中度審查基準(中標)所謂「手段與目的之達成間須有實質關聯」可以包含「(一般強度的)限制較少之替代手段檢驗」(a regular "less restrictive alternative" test)。亦即，如有其他限制較少的手段能夠同樣有效地達成同一目的時，系爭差別待遇手段即有所謂「涵蓋過廣」(over-inclusive)而「殃及無辜」的瑕疵，從而可以認定「手段與目的之達成間欠缺實質關聯」⁷。

(三) 目的正當性

刑法第239條規定在刑法分則「妨害婚姻及家庭罪章」，刑法學者認為，本條保護法益為「家庭生活、夫妻感情的圓滿」⁸或「婚姻之純潔性」⁹。依鈞院釋字第554號解釋，本條目的在於保障「婚姻與家庭制度」，而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。準此，「保障婚姻與家庭」之立法目的，尚屬重要公共利益。

(四) 適當性原則

⁶ See Peter Nicolas, *supra* note 5, p.125. 作者認為，法院就禁止同性婚姻之違憲審查中，針對以「性傾向」作為分類之法律，採取「嚴格審查基準」(heightened scrutiny)，同理在審查以「性傾向」作為是否處罰婚姻外性行為的通姦罪，也應該適用同一審查基準。另有認為，只有在保障極重要公益(compelling state interests)，且無其他侵害較小之手段(cannot be accomplished through means less restrictive)時，國家方可以刑事處罰通姦行為， *Constitutional Barriers to Civil and Criminal Restrictions on Pre- and Extra-marital Sex*, 104 Harv. L. Rev. 1660, May 1991, p. 1679.

⁷ 參見鈞院大法官釋字第696號解釋湯德宗大法官協同意見書。

⁸ 參見盧映潔，*刑法分則新論*，第9版，新學林出版，第433頁。

⁹ 參見林東茂，*刑法綜覽*，第5版，一品文化出版社，第2-300頁。

適當性原則主要檢視立法者所採手段，是否有助於目的之達成。而在採取中度審查基準之前提下，所謂有助於目的之達成，非僅止於與目的之達成有「合理關聯」之程度，而應達到對於目的之達成有「實質關聯」者始足當之。基於以下理由，聲請人認為採取刑事處罰之手段，與前述立法目的之達成間，欠缺「實質關聯」：

1. 通（相）姦罪無助於忠誠義務之履行

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。」此為我國處罰婚姻關係存續中之一方與配偶以外之人合意為姦淫¹⁰行為之實體規定。依照最高法院 62 年台上字第 2090 號判例，所謂「姦淫」係以兩性生殖器官已否接合為準；而所謂「已否接合」則係以雙方生殖器官是否實際插入為斷。準此，刑法對於通姦行為之處罰，係以婚姻關係存續中之一方與配偶以外之人基於合意，而發生一方以生殖器官插入他方生殖器官之姦淫行為¹¹。

然而，除非將夫妻間忠誠義務限縮為排他性性器接合權利。否則，夫妻間忠誠義務之種類，或隱瞞配偶購買電器、汽車，或隱瞞配偶與配偶以外之人外出約會看電影、牽手、接吻、愛撫，甚或與配偶以外之人發生口交、肛交¹²行為，均違反夫妻雙方互負之忠誠義務，且通（相）姦罪對於上述違反忠誠義務行為之預防，全然無助¹³。是縱認通（相）姦罪並非絲毫無助於配偶間忠誠義務之履行，惟既然刑法第 239 條無法「有效達成」保障婚姻與家庭之立法目的，其間之關聯，充其量僅屬「合理關聯」而未達「實質關聯」。

¹⁰ 參見最高法院 45 年台上字第 1149 號判例。

¹¹ 因為我國刑法對於「性交」已有「較性器官接合為廣」之定義（參見刑法第 10 條第 5 項），以下為求行文之便利及用語之精確，故暫以我國刑事實務目前用以單純指涉「性器官接合之性交行為」的「姦淫」，與「性交」區別，單純指稱刑法定義「性交」中之「性器官接合行為」。

¹² 參見 甘添貴，妨害婚姻與口交通姦，臺灣本土法學雜誌，第 42 期（2003 年 1 月），第 149-151 頁；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（民國 102 年 12 月），第 140 頁。學者邱忠義認為，口交、舔陰、肛交等性行為，對於婚姻及他方配偶之衝擊不亞於正常性交，難認通姦罪在倫理維繫上具有正當性。

¹³ 參見 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 61 頁。

2. 要求配偶提出「告訴」將惡化婚姻關係

鈞院釋字第 554 號解釋雖認為，刑法第 245 條第 1 項將通姦罪定位為「告訴乃論」之罪，足以彌補通（相）姦罪可能過於嚴格的缺失。實則，立法者將通姦罪定位為「告訴乃論」之罪，反而使刑法通姦罪之規定更無助於婚姻與家庭關係之維護。

蓋依刑事訴訟法第 239 條規定，告訴人對相姦人提起告訴時，效力及於通姦人。試想，在配偶一方被訴通姦係以他方提出刑事告訴為前提之情況下，提告一方並無將通姦一方遭追訴之結果，以通姦行為屬於非告訴乃論之罪為由而卸責於檢察官之可能。最終，無論孰是孰非，通姦一方當已認為提告之一方對其已無夫妻情分可言，又豈會認為其與提告之一方間，尚有繼續維繫婚姻關係之可能。此外，於刑事偵、審過程中，提告一方與被訴一方間之立場對立，雙方之衝突必然隨著訴訟過程之演進而高漲。在雙方劍拔弩張、針鋒相對之下，對於婚姻與家庭關係之維護，豈有絲毫益處可言¹⁴。因此，刑法第 239 條既無「有效達成」保障家庭與婚姻制度目的之效果，自難認具有兩者間具有實質關聯。

3. 「撤回告訴」亦恐「覆水難收」

縱然提告一方，尚可以撤回告訴之方式，使被訴通姦罪之配偶可免受通姦罪之刑事處罰。但覆水難收，曾經因一方提出刑事告訴而決裂並對簿公堂之 2 人，其間之婚姻與家庭關係，是否可隨一方撤回告訴而和好如初，誠值可疑¹⁵。況且，曾遭配偶以刑罰恐嚇之一方，若僅為避免追訴而佯裝和好，在撤回告訴以後，由婚姻所維繫之家庭關係，也勢必隨配偶關係逐步惡化而崩解¹⁶。甚至，在他方配偶藉此威脅通

¹⁴ Constitutional Court of Korea, 2009 Hun-Ba 17, Feb. 26, 2015 (majority opinion); Seokmin Lee, supra note 2, p. 334.

¹⁵ Constitutional Court of Korea, 2009 Hun-Ba 17, Feb. 26, 2015 (majority opinion); Seokmin Lee, supra note 2, p. 334.

¹⁶ Constitutional Court of Korea, 2009 Hun-Ba 17, Feb. 26, 2015 (majority opinion); Seokmin Lee, supra note 2, p. 334.

姦與相姦之行為人，或利誘通姦行為人轉為「污點證人」，共同威脅相姦行為人之情形，對於婚姻尊嚴與關係之維護，均無助益¹⁷。由此益徵，刑法第 239 條通姦罪之規定，對於婚姻與家庭制度之維護，實無具體助益可言¹⁸。從而，刑法第 239 條並無「有效達成」保障家庭與婚姻制度之效果，而無實質關聯存在。

4. 易科罰金減損共有財產

縱使絕大部分之通（相）姦行為人均可易科罰金，而在同居共財之配偶關係下，除非雙方離婚，否則易科罰金無異於對配偶之共同財產及家庭總財產造成減損，難認對婚姻與家庭之維繫有何益處。若雙方已決意離婚，更難推想處罰通姦行為人對於婚姻及家庭之維繫，有何效果可言。就此而言，刑法第 239 條對於保障家庭與婚姻制度之立法目的間，並不具有「有效達成」之實質關聯。

5. 通姦罪與離婚率欠缺實質關聯

丹麥、瑞典、日本、德國、法國、西班牙、瑞士、阿根廷、奧地利等國，依序在西元 1930 年、1937 年、1947 年、1969 年、1975 年、1978 年、1990 年、1995 年、1996 年廢除以刑法處罰通姦行為之規定¹⁹。對於通姦行為去刑事化可能造成之不良影響而言，目前欠缺實證資料足證其與性道德崩壞或離婚率提高之間，有因果關係存在²⁰。甚且，據統計資料顯示，在前述廢除通姦罪之國家中，日本、德國、法國的離婚率²¹，普遍均低於我國²²。是由統計數據觀察，有無通

¹⁷ 參見 黃榮堅，論通姦罪的除罪化，律師通訊第 182 期（1994 年 11 月），第 51 頁。

¹⁸ 相同見解，參見 謝如媛，刑法規範下的家庭秩序，國立臺灣大學法學論叢，第 35 卷第 6 期（民國 95 年 11 月），第 320-321 頁。

¹⁹ Constitutional Court of Korea, 2009 Hun-Ba 17, Feb. 26, 2015 (majority opinion).

²⁰ See Seokmin Lee, *supra* note 2, p. 335.

²¹ 在此係指「粗離婚率」(Crude Divorce Rate)，亦即「離婚數」/「年均人口」所得數值。

²² See Premchand Dommaraju & Gavin Jones, Divorce Trends in Asia, *Asian Journal of Social Science* 39 (2011), p.725-750, at 728, available at: https://www.researchgate.net/publication/233709670_Divorce_Trends_in_Asia (最後瀏覽日 2018 年 3 月 26 日)。以統計資料觀察，1995 年間、2000-2003 年間、2004-2005 年間、2006-2008 年間，臺灣、日本、德國、法國的「粗離婚率」(Crude Divorce Rate) 依序為千分之 2.1、1.6、2.1、2.1；

姦罪之處罰，與婚姻與家庭制度之維繫好壞，亦無因果關係存在，自難認刑法第 239 條對於保障家庭與婚姻制度之立法目的間，具有「有效達成」之實質關聯。

(五) 以刑事處罰維繫婚姻、家庭制度不符必要性原則

1. 通（相）姦去刑事化不等於無責化

即便不以通（相）姦罪處罰通（相）姦行為人，亦不代表通（相）姦行為人無須承擔任何法律責任。非通姦一方之配偶，仍可透過提起離婚訴訟或請求損害賠償之方式²³，使通（相）姦行為人負起法律責任²⁴。因此，廢除刑法第 239 條規定，並不代表國家全面委棄對於家庭、婚姻制度之保障義務，而是以較符合符合比例原則之民事究責方式，在兼顧平等權、性行為自由等基本權下，履行國家對於家庭、婚姻制度之保障義務。

2. 民事責任已足以保障家庭與婚姻制度²⁵

若考量民事、刑事訴訟要求之舉證責任門檻不同，在以民事求償作為通（相）姦之救濟途徑時，作為原告之配偶，僅須提出優勢證據證明有通（相）姦行為存在，即可達成民事求償之目的；反之，在以刑事處罰作為通（相）姦之救濟途徑時，其證明義務須至無合理懷疑存在之程度，且通（相）姦罪之構成要件設計嚴格之情況下，告訴人通常均須以違法

千分之 3.0、2.2、2.6、2.1；千分之 3.4、2.0、2.4、2.5；千分之 2.9、2.1、2.3、2.2。其中 2002 年後之統計資料數據，均為釋字 554 號解釋作成時，所不及參考者，適足以說明在本案時空背景下，有基於不同事實基礎作成解釋之充分正當性。

²³ 至於是否限於配偶提出離婚訴訟後，始得請求損害賠償，學說上仍有爭議存在。參見 劉昭辰，通姦行為侵害「配偶權」？必須負損害賠償責任？—由台中地院兩則判決談起，法令月刊，第 58 卷第 6 期（民國 96 年 6 月），第 33-44 頁。學者劉昭辰認為，我國實務肯認配偶偉請離婚之情形下，可以對通姦人、相姦人提起損害賠償請求之見解，有違親屬法之價值判斷，應有修正之必要。

²⁴ 相同見解，參見 邱忠義，前揭文（註 12），第 145-146 頁。

²⁵ 相同見解，參見 唐順明，從法律經濟分析觀點論通姦罪之除罪化，銘傳大學法學論叢，第 22 期（民國 103 年 12 月），第 119 頁；陳文貴，評大法官釋字第 554 號解釋—比例原則之再檢視，刑事法雜誌，第 58 卷第 5 期（民國 103 年 10 月），第 21-23 頁；鄭錦鳳，論通姦除罪化—兼評大法官釋字第 554 號解釋，軍法專刊，第 55 卷第 5 期（民國 98 年 10 月 8 日），第 16 頁。

方式進行蒐證²⁶，對於通（相）姦行為人隱私權侵害之程度必然較高²⁷，且絕大多數通（相）姦行為人，縱使成立犯罪，亦可易科罰金，是實際結果而言並無顯著差異。是民事求償應屬相同有效下，對基本權侵害較小之手段，故通（相）姦罪之處罰亦不符必要性原則。

(六) 刑法第 239 條對性自主權造成之限制與所能達成維繫婚姻、家庭制度之成效間不符比例

綜上所述，以刑法處罰通姦行為，在刑事政策上，難以證立具有保護婚姻與家庭制度之一般預防或特殊預防功能²⁸。在此前提下，以限制人身自由之干預措施限制人民性自主權，所造成人民性自主權之侵害，與其所能達成維繫婚姻與家庭制度之微乎其微的效果相較，顯已過度侵害人民之性自主權、隱私權，而與狹義比例原則相違²⁹。

二、國家針對通姦行為僅設有「有期徒刑」一種處罰，且針對相姦行為，設定完全相同之刑罰規定，違背罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則之意旨不符

(一) 罪刑相當原則

人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。鑑於限制人身自由之刑罰，嚴重限制人民之基本權利，係屬不得已之最後手段。立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，並認施以刑罰有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目

²⁶ 例見：臺灣高等法院臺南分院 108 年度上易字第 713 號刑事判決、臺灣高等法院 108 年度上訴字第 2561 號刑事判決、臺灣高等法院高雄分院 108 年度上訴字第 760 號刑事判決。前述判決所涉案例事實大致均為告訴人強行進入汽車旅館房間扯下通姦配偶與相姦人用以遮掩身體之棉被，進而強行拍攝。

²⁷ 刑事訴訟要求法院須達到無合理懷疑之心證，才能判決被告有罪，且通姦罪僅處罰異性間性器接合之既遂行為，所以控方必然朝「抓姦在床」之目標前進，對於通（相）姦罪之行為人隱私權侵害程度自然相應提升。我國實務上，「私人不法取證」之案例，多數均與妨害家庭案件相關，可為例證。例見：臺灣高等法院 106 年度上易字第 2132、1810、1099、823、320 號；臺灣高等法院臺中分院 106 年度上易字第 899、1545、351 號；臺灣高等法院臺南分院 106 年度上易字第 554 號、105 年度上易字第 631 號、104 年度上易字第 341 號；臺灣高等法院高雄分院 106 年度上易字第 855、7 號、106 年度原上易字第 15 號、105 年度上易字第 346 號判決。

²⁸ See Seokmin Lee, supra note 2, p.335.

²⁹ See Seokmin Lee, supra note 2, pp. 335-336.

的而侵害較小之手段可資運用，雖得以刑罰規範限制人民身體之自由，惟刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違³⁰。

(二) 刑法 239 條處罰種類僅限於有期徒刑違反罪刑相當原則

1. 主刑種類

刑法將「刑」分為「主刑」及「從刑」，主刑種類有「死刑」、「無期徒刑」、「有期徒刑」、「拘役」、「罰金」。立法者可依犯罪侵害法益之種類、程度，按罪刑相當原則選擇適合之法定刑處罰。

2. 通（相）姦罪法定刑違反罪刑相當原則

刑法第 239 條針對通常為隱密進行之通（相）姦犯罪行為所設之法定刑僅有「1 年以下有期徒刑」，並無「拘役」、「罰金」之選擇。相較於此，刑法第 234 條第 1 項針對直接侵害善良風俗之公然猥褻犯罪行為，所設法定刑之上限同為 1 年有期徒刑；同條第 2 項針對意圖營利而公然猥褻之犯罪行為，法定刑上限則為較通（相）姦犯罪行為為高之 2 年有期徒刑，然與刑法第 239 條之規定不同，兩者均設有「拘役」、「罰金」之處罰可供選擇。

然而，相較於公然猥褻而言，通（相）行為之類型可能更多，且個案情節差異可能更大。例如：嫖妓引發之通姦行為、單一偶發之通姦行為（行為人尚無終結婚姻關係之意思）、長期交往之通姦行為（行為人因此產生終結婚姻關係之意思），對於婚姻與家庭之影響程度差異甚大，均僅能於有期徒刑之範圍內審酌，而無依照具體個案情節選擇「拘役」、「罰金」作為處罰手段之設計，顯然有違罪刑相當原則³¹。

³⁰ 參見鈞院釋字第 669 號、第 646 號、第 551 號、第 544 號解釋意旨。

³¹ Constitutional Court of Korea, 2009 Hun-Ba 17, Feb. 26, 2015. (Lee Jin-Sung J., concurring).

(三) 通姦、相姦行為之差異性

刑法第 239 條之通姦罪係以「有配偶之人」與配偶以外之人發生姦淫行為者為其構成要件。是刑法第 239 條所定「通姦」與「相姦」，最主要之差異在於行為人是否為「有配偶之人」³²。又成年人間未違反意願之姦淫行為，本屬憲法第 22 條保障人民「性行為自由」之範疇，刑法第 239 條以處罰有配偶之成年人與配偶以外之成年人合意之姦淫行為，依釋字第 554 號解釋，既係以保障婚姻制度而設之夫妻忠誠義務為基礎，處罰對象自應以違反該忠誠義務者為限，或至少應就行為人是否違反其與配偶間之忠誠義務而異其處罰之輕重³³。

因此，對於未婚之成年人，在雙方同意的前提下，與已婚之成年人發生相姦行為之情形下，行為人既未違反因婚姻關係所生之忠誠義務，故其性行為自由應受更高之保障。然刑法第 239 條卻將其視同「違反婚姻忠誠義務之通姦行為」處罰，對於並未違反婚姻忠誠義務之未婚相姦行為人而言，顯然違反由比例原則所衍生之罪刑相當原則³⁴。

(四) 比較法上相姦行為可責性未必等同通姦行為

比較法上，在同樣處罰通姦之美國各州中，亦有對行為人於行為時是否具有婚姻關係，而分別就通姦、相姦行為異其應適用規定之規範模式³⁵。是針對就婚姻與家庭負有不同程度義務之通姦、相姦行為人，規定完全相同之法定刑度，亦顯與罪刑相當原則相違³⁶。

三、我國刑法處罰通姦、相姦行為之規定，僅針對「異性婚」設有處罰，與憲法第 7 條保障平等權之意旨不符

³² 至於「有配偶之人」與配偶以外之「有配偶之人」發生姦淫行為者，雙方均成立「通姦罪」。參見 林東茂，刑法綜覽，第 5 版，一品文化出版社，第 2-300 頁。

³³ See Peter Nicolas, *supra* note 5, p.107-108.

³⁴ Constitutional Court of Korea, 2009 Hun-Ba 17, Feb. 26, 2015. (Kim Yi-Su J., majority opinion).

³⁵ See Deborah L. Rhode, *Adultery: An Agenda for Legal Reform*, 11 *Stan. J. Civ. Rts. & Civ. Liberties* 179, p. 181.

³⁶ Constitutional Court of Korea, 2009 Hun-Ba 17, Feb. 26, 2015. (Kim Yi-Su J., majority opinion).

(一) 刑法第 239 條僅適用於「異性婚」

刑法第 239 條係以**兩性生殖器官接合（插入）**為「構成要件」，基於生理構造上之差異，僅可能成立於「異性性傾向」之人。是系爭規定雖未明定僅適用於「異性婚」，然依其須以「一方性器插入他方性器」始能成立犯罪之構成要件設計，殆無適用於「同性性傾向」之 2 人所締結之「同性婚」之可能³⁷。是其適用結果，實與明定以「異性婚」為處罰對象之情形無異³⁸。

(二) 釋字第 748 號解釋後之婚姻制度

鈞院釋字 748 號解釋揭示：「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。」是我國法下，對於婚姻制度之理解，在鈞院釋字 748 號解釋作成後，應涵蓋「同性婚」與「異性婚」在內，殆無疑義。

(三) 刑法第 239 條規定違憲

不論「同性婚」、「異性婚」，均以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為目的，對於婚姻關係下之人所應要求之法律義務，自不應有不合理之差別待遇存在。刑法第 239 條之規定，雖以確保維繫婚姻之配偶忠誠義務得以

³⁷ 參見 楊肅民，同性戀外遇通姦不構成通姦罪，現代法律，第 194 期（1998 年 10 月），第 18 頁。

³⁸ 法務部於民國 102 年 3 月 14 日曾發布新聞稿指出，刑法第 239 條並未就不同性別為差別待遇處罰（應係指無論婚姻關係下之「男方」、「女方」，與配偶以外之人發生「性器接合」之行為，均得適用刑法第 239 條規定處罰），而無違反平等原則等語，並未考量「同性婚」與「異性婚」存在之適用差異，參見：<https://www.moj.gov.tw/cp-21-50850-fe77c-001.html>，最後瀏覽日：民國 107 年 3 月 7 日。

落實，為其立法目的，然此一立法目的不因「性傾向」而有所區分，是僅能適用於「異性婚」之刑法第 239 條，顯與憲法保障平等權之意旨不符。

四、我國刑事訴訟法獨就通姦罪設計告訴不可分之例外，與憲法第 7 條保障平等權之意旨不符

(一) 告訴應以「犯罪事實」為對象

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。」本條本文部分，為刑事訴訟法上之「告訴不可分原則」。立法理由在於，共犯間有互相利用之關係，為求偵查便利、訴追條件充實，無庸逐一為之，況告訴是以犯罪事實為對象，而非以犯人為對象，告訴權之行使，僅就該犯罪事實是否告訴有自由決定之權，並不許對犯人有選擇權³⁹。

(二) 刑事訴訟法第 239 條但書構成不合理之差別待遇

或謂刑事訴訟法第 239 條但書是基於「確保夫妻和睦及家庭和諧，為維護人倫關係所為之合理限制⁴⁰」。然果若如此，本條但書何以限定於犯通姦罪之情形？而配偶與人共犯其他告訴乃論之罪時，何以不見「維護人倫關係」之考量？

另就與告訴人配偶共犯一罪者之角度以觀，其與告訴人配偶共犯法定刑較通姦罪為重之傷害罪（刑法第 277 條第 1 項）、妨害秘密罪（刑法第 315-1 條）、毀損罪（刑法第 352 條）、妨害電腦罪（刑法第 358 至 360 條）等告訴乃論之罪，當告訴人對共犯配偶撤回告訴時，其效力均及於與告訴人配偶共犯該罪之人，何以法定刑較前述罪名為低之通姦罪，其撤回告訴之效力反不及之，顯見刑事訴訟法第 239 條但書所為差別待遇之不合理。

³⁹ 參見 林俊益，刑事訴訟法概論（下），新學林，2013 年 9 月，10 版 6 刷，第 38 頁。

⁴⁰ 類似論點，曾見於鈞院釋字第 569 號解釋。

五、我國刑事訴訟法使告訴不可分例外之規定，使「相姦者」刑罰重於「通姦者」與憲法第 23 條之「罪刑相當原則」不符

(一) 告訴權之行使亦有罪刑相當原則之適用

「被告所犯之罪，法律規定是否須告訴乃論，其內容及範圍之劃定，暨其告訴權之行使、撤回與否，事涉國家刑罰權，非僅單純之程序問題，如有變更，應認係刑罰法律之變更⁴¹。」我國司法實務上，涉及法律變更，而需比較新舊法何者有利於被告時，亦須就前述告訴權有關設計進行比較。是此部分既與被告所受刑罰之輕重有關，亦應有罪刑相當原則之適用。

(二) 刑事訴訟法第 239 條但書使「相姦者」處罰重於「通姦者」

刑事訴訟法第 239 條但書規定，使告訴人對與他人共犯通姦罪之配偶撤回告訴時，效力不及於與其配偶共犯該罪之相姦人，然當告訴人僅對共犯該罪之相姦人撤回告訴時，撤回告訴之效力反及於通姦之配偶。由此以觀，無異於使相姦者受告訴人撤回告訴效力所及之範圍，明顯小於通姦人，形同產生使「相姦者」處罰重於「通姦者」之結果。而就通姦罪所欲保障之婚姻制度以觀，「通姦者」之可責性應高於「相姦者」，是刑事訴訟法第 239 條但書規定，自與憲法第 23 條之「罪刑相當原則」不符。

叁、結論

隨著法治進展，刑法早已突破「家門」，甚至突破「房門」的限制，進入許多人民私生活領域，但刑法有其極限，終難想像刑法可以突破人民「心門」，透過刑事處罰讓分離的心復合。誠如學者所言，對於如何修復遭遇通姦情況的婚姻關係，婚姻諮商師、家中長輩、同儕摯友等，都遠比刑事法院適合作為尋求解答的場所⁴²。聲請人雖以刑法第 239 條規定僅適用於「異性婚」作為該規定違反憲法第 7 條保

⁴¹ 參見 最高法院 100 年度台上字第 6875 號判決。

⁴² See Alyssa Miller, Punishing Passion: A Comparative Analysis of Adultery Laws in the United States of America and Taiwan and Their Effects on Women, 41 Fordham Int'l L.J. 425, 467.

障平等權意旨之部分理由，然其真意係在凸顯鈞院釋字第 748 號解釋因應世代變遷而將婚姻制度理解為包含「同性婚」、「異性婚」在內後，對於鈞院釋字第 554 號解釋所闡述保障「異性婚」下婚姻、家庭制度之法律制度，亦應隨此制度及社會觀念之變遷而有相應之調整⁴³。刑法第 239 條規定，在婚姻制度僅針對「異性婚」設計之時代下已有前述過度干預人民性自主權、違反罪刑相當原則之疑慮，是婚姻概念包含「同性婚」、「異性婚」之變遷，僅更進一步印證，以刑法通姦罪保障婚姻、家庭制度所存在之盲點，自不應解為立法者若進一步擴張通姦行為之範疇，而對「同性婚」、「異性婚」之通姦行為均施以通姦罪之處罰，即不違憲之可能⁴⁴。

另就刑事訴訟法第 239 條但書而言，告訴乃論之設計雖在尊重犯罪直接被害人之權利行使，然告訴權之行使涉及國家刑罰權之發動，並與司法資源分配、被告權益保護等公益事項密切相關，非可任由被害人恣意行使。刑事訴訟法第 239 條但書僅就配偶與人共犯通姦罪之情形設有告訴不可分原則之例外規定，欠缺為差別待遇之合理基礎，而與平等原則有違，且造成法律對「相姦人」之處罰更甚於「通姦人」，亦與罪刑相當原則不符，另於此法制設計下，更存在「通姦人」因撤回告訴之「利誘」轉為「污點證人」而不實指控「相姦人」之道德風險。

綜上所述，刑法第 239 條規定，以刑事處罰作為干預手段，限制成年人間合意之性交行為，已過度干預人民受憲法第 22 條保障之性自主權，而牴觸憲法第 23 條之比例原則；又刑法第 239 條規定，針對通姦行為人僅設有「有期徒刑」之主刑種類，及對有婚姻關係之通姦行為人，與未婚之相姦行為人，未區分兩者在違反婚姻關係下配偶互負之忠誠義務，而設完全相同內容之處罰，均違背罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則之意旨不符；復，婚姻制度經鈞院釋字 748

⁴³ 在美國法上，承認同性婚姻合法化的州，多數也不處罰通姦行為。See Peter Nicolas, *supra* note 5, p. 106.

⁴⁴ 釋字第 666 號解釋，針對社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款「罰娼不罰嫖」之規定，以其違反平等原則宣告違憲，結果主管機關修法時，並非廢除處罰，而是改為「娼、嫖均罰」，然依解釋理由書第 3、4 段觀之，其實寓有認定社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款對從事性交易之人之性行為自由之限制，已違反適用「中度審查基準」（重要公益+實質關聯）之比例原則。

號解釋確立為包含「同性婚」與「異性婚」在內，而刑法第 239 條規定，在現行法下，僅針對「異性婚」始有適用，造成國家以「性傾向」作為是否發動刑罰權之分類標準，與憲法第 7 條保障平等權之意旨相違；再者，刑事訴訟法第 239 條但書規定，依配偶與他人共犯之罪為「通姦罪」與「非通姦罪」，作為是否適用告訴不可分原則之標準，欠缺合理基礎，而與憲法第 7 條保障平等權之意旨相違；末，刑事訴訟法第 239 條但書規定，使「相姦人」適用撤回告訴之情形小於「通姦人」，違背罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則之意旨不符。

綜上，聲請人確信刑法第 239 條及刑事訴訟法第 239 條規定違憲，爰依鈞院大法官釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號解釋，裁定停止訴訟程序，聲請鈞院大法官解釋憲法，並請求宣告刑法第 239 條及刑事訴訟法第 239 條規定，自解釋公布之日起失其效力。

肆、關係文件之名稱與件數

聲請書所引外文資料除引用檢附網址者外，均係於司法院購置之「West Law 檢索系統」查得，中文資則係於司法院「法官版法學資料檢索系統-法學論著」檢索而獲，暫無資料檢附。如鈞院認有必要，尚祈惠命補正。

此 致

司 法 院

聲 請 人：臺灣高雄地方法院 法 官 何一宏

(刑事第十三庭 寅股)

中 華 民 國 一 〇 七 年 八 月 二 十 八 日