

臺灣花蓮地方法院解釋憲法聲請書
聲請人 臺灣花蓮地方法院刑事第三庭

承審法官 何効鋼

上列聲請人因審理本院107年度花原易字第20號妨害家庭案件，對於應適用之法律，依合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，茲提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請憲法解釋如下：

壹、聲請解釋憲法之目的

刑法第239條（下稱系爭規範）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。」本條規定對人民之性自主決定權造成干涉，且無法達成維護婚姻及家庭制度之目的。婚姻家庭受破壞之人得以民事訴訟方式請求損害賠償，亦為我國民事實務之通常見解，系爭規範為法定刑度1年以下有期徒刑之刑事處罰，在實務上多處以得易科罰金之刑度，就一般預防之觀點上實無實證基礎證明有超越民事賠償之效果，應認為同等有效之手段，是實無以對人民施以刑事處罰之非最小侵害手段，以達成上開維繫婚姻家庭道德目的之必要性；況系爭規範所定之法定刑僅有1年以下有期徒刑之主刑種類，並無罰金刑之可能，亦即系爭規範之適用將必然導致人民受自由刑之處罰，而構成人身自由之干涉。人民之人身自由及性自主決定權，與個人之人格均有不可分離之關係，受憲法第8條、第22條之保障，是上開刑法條文已構成對人民性自主決定權之干涉，且欠缺以刑罰手段達成維護婚姻及家庭制度之適當性與必要性，違反憲法第23條之比例原則要求而牴觸憲法第8條、第22條關於人身自由及性自主決定權之保障。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

本院受理107年度花原易字第20號妨害家庭案件，被告許○○係被訴違反刑法第239條後段之相姦罪。被訴之犯罪事實係於民國106年3月起至106年10月間，在起訴書所載之地點，明知彭○○為有配偶之人，以每月2次之頻率，與彭○○合意性交（共同被告彭○○業經告訴人撤回告訴，由本院另為不受理判決）。

二、涉及之憲法條文：憲法第8條人身自由保障、第22條性自主決定權、憲法第23條、鈞院大法官釋字第554號解釋。

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

一、系爭規範干涉人民之人身自由及性自主決定權

（一）性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，人民得自主決定是否及與何人發生性行為，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，此等性自主決定權受憲法第22條之保障，此為鈞院大法官釋字第554號解釋解釋理由書第1段所肯認，足認個人對於性行為發生與否及對象之自主決定權，為憲法保障之基本權利。而刑法第239條以「有配偶而與人通姦者」及「其相姦者」為要件，對上開性行為設定刑事處罰之規定，以刑罰之手段欲禁止、嚇阻有配偶之人與配偶以外之人為性交行為，即禁止他人與有配偶之人為性交行為，顯然已經構成對於人民性自主決定權之干涉。

（二）又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的而侵害較小之手段可資運用，而刑罰對基本權之限制與其所欲維護法益之重要性及行為對法益危

害之程度，亦合乎比例之關係者，並非不得為之。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（鈞院大法官釋字第669號、第551號、第544號解釋參照）。系爭規範規范之法律效果為「處1年以下有期徒刑」，並無拘役或罰金刑之設置，雖若判處6月以下有期徒刑得有易科罰金之機會，但其本質仍均為自由刑，被告是否有能力繳納易科罰金或檢察官是否准許易科罰金，均仍繫諸非承審刑事案件之法院所得考量之因素，自仍屬對人民人身自由之限制。鈞院大法官第669號關於槍砲彈藥刀械管制條例第8條第1項規定、第551號解釋關於毒品危害防制條例第16條規定，均認為各該刑罰之規定侵害人民受憲法第8條保障之人身自由權利，足見使用刑事處罰此一手段本身，即已構成對於憲法第8條人身自由保障之干涉，而須通過均院大法官要求「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的而侵害較小之手段可資運用，而刑罰對基本權之限制與其所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，亦合乎比例之關係者」之檢驗，始得制定刑罰之規定。

(三) 是以揆諸上開說明，系爭規範既然係以刑事處罰規定，對於人民之性自主決定權造成干涉，參照鈞院大法官解釋第669號解釋理由書第1段、第551號解釋理由書第1段、第544號解釋理由書第1段，立法機關欲設立刑事處罰規定，應須出於為保護合乎憲法價值之特定重要法益之目的，且該刑罰應有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，且刑罰造成之侵害必須與所欲維護之法益重要性及行為侵害法益程度合乎比例，始能認為系爭干涉人民基本權利之刑罰規定符合憲法第23條比例原則之要求。

二、系爭規範並非保障合乎憲法價值之特定重要法益

(一) 系爭規範之目的在於維持作為社會形成與發展基礎之婚姻與家庭制度，考量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，不僅使夫妻在精神上、物質上互相扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎，故由國家制定相關規範約束夫妻雙方互負忠誠義務（鈞院大法官釋字第554號解釋理由書第1段、第2段參照）。於釋字第554號解釋作成時，鈞院大法官認為立法機關就「當時」對夫妻忠誠義務所為評價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，而認可上開之立法目的具有正當性（鈞院大法官釋字第554號解釋理由書第3段參照）。

(二) 然而上開解釋作成於91年12月27日，距今已逾15年，上開大法官對於「當時」社會通念之社會事實認定，已經發生重大變化。社會上對於個人之情感與性自主權意識逐漸建立，對於多元之情感模式之尊重亦成通念，鈞院大法官亦於106年5月24日作成釋字第748號解釋認定民法未保障同性婚姻之結婚自由抵觸憲法之規定，足見我國之社會與法秩序對於婚姻及家庭之認知已經有大幅度的變動，上開釋字第554號解釋之社會事實基礎已經不復存在。婚姻從所謂維繫社會、繁衍之基本單位此等承載高度社會義務意義之觀念，逐漸成為攸關維護人格健全發展與人性尊嚴之個人結婚自由。固然婚姻之忠貞性仍然是被普遍肯認之道德規範，但性行為畢竟是高度私人領域之事務，是否適宜以刑罰作為道德規範的確保，即非必然。如上所述，現今社會已經廣泛接納高度個人主義之個人性自主權之意識，社會上是否依然存在將「婚外性行為刑罰化」之共識、通

念，實非無疑。而如果「婚外性行為刑罰化」是一個具有高度爭議性的道德觀念議題，則以部分社會成員（不論成員是多數或少數）之道德價值觀念一般性的刑罰化，以刑罰的方式強迫全體社會成員一體遵行，是否能認為屬於正當之立法目的，即顯有疑義。

- (三) 與我國社會風俗、文化觀念高度相近，同為東亞文化圈之韓國，其憲法法院亦於104年2月26日以2009Hun-Ba17號判決認定該國之通姦罪牴觸該國憲法（參見附件一之上開韓國憲法法院判決）。其於判決理由即載明：「性行為及愛情是私人的事務，不應該受刑罰之管制，雖然通姦行為是不道德的，並違反婚姻忠貞，依然不應該以刑事法律處罰。」因其認為韓國社會已經改變成為個人性自主利益高於性道德和家庭的社會利益的社會，而因社會對於社會結構、婚姻、性和性自主的認同改變，社會上已經不存在將通姦罪刑罰化的共識。而個人的性生活本質上屬於私密的私人領域，應該由其自主決定，避免國家的介入與管制。刑罰應作為最後的手段。是以成年人間的合意性關係，應屬於自由的個人領域（但公然猥褻行為可受法律管制）。如果國家介入且處罰應屬於性道德與社會秩序領域的私人性行為時，即會構成對性自主決定權的侵害（參見附件一，V. A. (3). ①、②）。我國之社會風俗與文化觀念均與韓國社會有其相似性，上開韓國憲法法院對韓國社會變遷的理解，亦與我國社會近年的變遷相符，實屬東亞社會文化的共同變遷途徑。是在現今社會不存在通姦刑罰化的通念或共識之社會事實之情形下，以此社會部分成員之道德觀念作為刑罰之立法目的，應難認為符合「合乎憲法價值之特定重要法益」之要求。

三、系爭規範無助於其立法目的之達成

- (一) 本件既係涉及刑罰規範，而構成對於人民人身自由之侵害，自應適用鈞院於大法官解釋第669號解釋理由書第1段、第551號解釋理由書第1段所適用之嚴格審查基準。對於規範有無助於目的之達成，政府機關並不享有推定之利益，而應由政府機關積極舉證證明系爭規範確實有助於目的之達成，合先敘明。
- (二) 而系爭規範對於已經發生之通姦行為，沒有任何維繫婚姻存續之功能。因通姦罪在我國刑法典為告訴乃論之犯罪，必以他方已經發現並提起告訴始有適用之可能，而當雙方的婚姻關係已經發生其中一方與他人通姦之行為，且為他方所得知並提起告訴時，雙方的婚姻關係即早已經產生嚴重的破綻。此時系爭規範對於雙方已經發生破綻之修補，並無任何積極的功能，相反地，系爭規範只是提供婚姻親密關係中受損害之一方一個報復他方或索取賠償之武器。在提起告訴前之蒐證階段，婚姻關係中的他方即有可能使用如未得同意之錄音、錄影、以可能提起訴訟向通姦人或相姦人索取賠償、閱覽他方之通訊或跟監等其他手段進行蒐證，姑且不論上開蒐證行為之適法性，此等行為均僅會造成婚姻破綻進一步的擴大。於告訴提起後，在訴訟上的攻防與對抗，亦對於婚姻的維繫難有幫助，反而使雙方修補婚姻破綻之可能性更為降低。對於已經發生破綻的婚姻是否要修補或維持，均是個人之自主選擇，並無良窳之別，但系爭規範既然目的在於維繫婚姻及家庭制度，則自不能使其功能在於報復與作為請求損害賠償之武器，而無任何積極之維繫婚姻家庭功能。至少就已經發生之通姦行為，系爭規範並不具備其立法目的所需要的功能。
- (三) 是以系爭規範作為目的在於維繫婚姻與家庭制度之刑罰規範，其唯一的功能僅在於一般預防之事前嚇阻效果。但此種嚇阻效果究竟是否確實存在，亦是高度可疑的。韓國憲法法院在此議題上將通姦行為區分為有感情基礎與無感情

基礎之通姦行為進行討論，其認為在有感情基礎的通姦行為，建基於情感與信任之婚姻關係顯然已經受到破壞，此時是否有以對於處罰的恐懼來維持已經受到破壞的婚姻之必要性已有可疑，而也難以認為刑事處罰對此種通姦行為有何嚇阻效果，行為人高度可能依然進行通姦行為。而在無感情之通姦行為，自社會中廣泛存在的性交易觀察，顯然也難以證明通姦罪有何嚇阻效果（見附件一，V. A. (3). ③）。故以刑罰來嚇阻通姦行為，其效用是可疑的，而且我們也欠缺相關的實證研究基礎證明。且在廢除通姦罪的各國中，也沒有任何統計顯示廢除通姦罪會導致性道德秩序敗壞或離婚率上升（見附件一，V. A. (3). ③第5段）。

- (四) 綜上所述，系爭規範顯然欠缺規範人民行為之功能之積極效果。其實婚姻情感信賴基礎的破壞，往往發生於通姦行為之前，通常是夫妻雙方情感基礎已經出現破綻，才會進而發生與配偶外之人的感情或進一步的通姦行為。通姦行為往往是婚姻情感信賴基礎破壞的結果，而非原因。系爭規範無法協助當事人維持情感與信賴的基礎，僅能透過嚇阻的方式讓當事人出於恐懼維持已經發生破綻的婚姻，或在通姦行為發生後，授予他方攻擊通姦人與相姦人之武器。而這樣的規範結果，顯然完全無助於婚姻家庭的維持。是以刑罰處罰通姦或許是直觀的反應，但系爭規範藉由處罰來表彰的社會道德意義，其實遠遠大於「維繫婚姻家庭」的功能，故系爭規範實欠缺對於其立法目的之適當性。

四、系爭規範之功能亦能藉由民事管道達成

- (一) 因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法益而情節重大，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額，此為我國民法第184條第1項及第195條第3項所明定。而通姦、相姦之足以破壞夫妻間之共同生活而非法之所許，此從公序良俗之觀點可得斷言，對於配偶之他方應構成共同侵權行為。婚姻係以夫妻之共同生活為其目的，配偶應互相協力保持其共同生活之圓滿安全及幸福，而夫妻互守誠實，係為確保其共同生活之圓滿安全及幸福之必要條件，故應解為配偶因婚姻契約而互負誠實之義務，配偶之一方行為不誠實，破壞共同生活之圓滿安全及幸福者，即為因違反婚姻契約之義務而侵害他方之權利。與夫妻之一方相姦，足以破壞夫妻間共同生活之圓滿與家庭之幸福，而非法之所許，因此對於配偶之他方自屬故意以違背善良風俗之方法，加損害於人，為相姦之第三人，對該另一方之配偶構成侵權行為，其受害一方之配偶精神上自受有痛苦，得請求非財產上之損害賠償，此為最高法院55年台上字第2053號、51年台上字第223號判例註有明文，亦為我國民事實務穩定之見解。
- (二) 又民法第1052條第1項明定：「夫妻之一方，有下列情形之一者，他方得向法院請求離婚：…二、與配偶以外之人合意性交。」第2項亦明定：「有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚。」是以通姦之一方將承擔他方得取得向法院訴請離婚之形成訴權之危險，並在主張民法第1052條第2項離婚事由時，可能因其對於婚姻破綻有較高度之可歸責性，而不能主張離婚。
- (三) 是以通姦或相姦之行為人，在財產法上可能承擔高額的慰撫金損害賠償請求；在身分法上，通姦之行為人將在離婚訴訟中立於不利之地位，除他方可能可以取得訴請離婚之形成訴權外，通姦之一方欲主動請求離婚時亦可能受限於其較可歸責之地位而無法主張。而系爭規範為法定最重本

刑1年以下有期徒刑之輕罪，在我國刑事實務上絕大多數均判處得易科罰金之刑度，本院依職權搜尋我國判決資料庫，以「通姦」、「相姦」為關鍵字，並於主文欄搜索「有期徒刑柒月」、「有期徒刑捌月」、「有期徒刑玖月」、「有期徒刑拾月」、「有期徒刑拾壹月」、「有期徒刑壹年」，並逐一過濾數罪定刑及合併其他犯罪之情形，我國自100年以後全國地方法院收案之通姦罪及相姦罪，僅4件判處不得易科罰金之刑度（臺灣桃園地方法院100年度訴字第88號、臺灣新北地方法院100年度易字第77號、臺灣臺南地方法院100年度易字第893號、105年度簡上字第59號判決），其中臺灣桃園地方法院100年度訴字第88號經上訴二審後就相姦部分改判無罪，臺灣臺南地方法院105年度簡上字第59號判決經上訴二審後改判得易科罰金之罪。是我國自101年以來地方法院收案之通姦罪及相姦罪案件，均無經地方法院判決不得易科罰金之罪確定之案例。是以在刑事實務之操作上，通姦、相姦罪之處罰有高度可能得以罰金替代之。如此相當於財產上不利益之嚇阻效果，與前述民事救濟管道造成之嚇阻效果，似未能有顯著之區別。在沒有任何實證研究可以證明通姦罪之存在能在民事損害賠償與離婚制度以外產生任何嚇阻效果，而前述民事管道能與系爭規範達到同等效果之情形下，難認系爭規範以刑罰作為嚇阻人民從事通姦、相姦行為之手段，為侵害最小之手段。

五、綜上所述，在近10餘年之現代社會對於家庭之結構、性自主意識之觀念變遷後，社會上對於「通姦刑罰化」並不存在統一的共識或通念，在有爭議的道德議題上將部分人民道德觀刑罰化而適用於全體，並非保障合乎憲法價值之特定重要法益。系爭規範無助於維繫婚姻家庭制度此一目的之達成，亦無實證支持其較諸民事損害賠償制度、離婚制度有何更有效之嚇阻效果，並非最小侵害之手段。是刑法第239條規定違反比例原則的侵害人民之人身自由與性自主決定權，應屬違憲。鈞院大法官釋字第554號解釋，實有補充或變更之必要，爰聲請解釋。

肆、關係文件之名稱與件數

- 一、韓國憲法法院2009Hun-Ba17號判決英文版全文。
- 二、本院107年度花原易字第20號停止審判程序裁定。

此 致

司法院大法官

中 華 民 國 107 年 8 月 28 日
刑事第三庭 審判長 法官 林恆祺
法官 謝欣苾
法官 何効鋼