

抄臺灣花蓮地方法院刑事第五庭法官吳志強釋憲聲請書

壹、聲請解釋之目的

一、按憲法為國家最高規範，法律牴觸憲法者無效，法律與憲法有無

牴觸發疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第

171 條、第 173 條、第 78 條及第 79 條第 2 項有明文規定。又法

官依據法律獨立審判，憲法第 80 條定有明文，故依法公布施行

之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律違憲而逕行拒

絕適用。惟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，認為有

牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是

遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，

提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解

釋，鈞院大法官釋字第 371 號解釋著有明文。而所謂「法官於

審理案件時」，係指法官於審理刑事案件、行政訴訟事件、民事

事件及非訟事件等，爰此，所稱「裁定停止訴訟程序」自亦包括

各該事件或案件之訴訟或非訟程序之裁定停止在內，裁定停止訴訟或非訟程序，乃法官聲請釋憲必須遵循之程序。又所謂「先決問題」係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂「提出客觀上形成確信法律違憲之具體理由」，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之；如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由；又各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，聲請大法官解釋。俟大法官就該先決問題作成有拘束力之憲法上判斷後，審理原因案件之法院始得以之作為裁判基礎，續行個案之審理程序。 鈞院釋字第 601 號、第 590 號、第 572 號解釋亦分別揭示甚明。

二、按司法院釋字第 554 號解釋認為：「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。刑法第二百三十九條對於通姦者、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，同法第二百四十五條第一項規定通姦罪為告訴乃論，以及同條第二項經配偶縱容或宥恕者，不得告訴，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，與憲法第二十三條比例原則之規定尚無違背。」。惟自 鈞院釋字第 554 號解釋作成後，刑法第 239 條通姦罪在具體個案適用上，自民國〔下同〕94 年起至 103 年之近十年間，地方法院檢察署辦理妨害婚姻及家庭罪案件中，**女性起訴比率較男性高 2.7 個百分點**、而男性不起訴比率較女性高 2.4 個百分點¹，且 104 年 1 月至 12 月、105 年 1 月至 12 月及 106 年 1 月至 4

¹ 法務部統計處 94 年至 103 年間妨害婚姻及家庭罪案件性別統計分析。請參照 http://www.rjtd.moj.gov.tw/RISDWEB/common/WebListFile.ashx?list_id=1361 (最後瀏覽時間：2017 年 5 月 19 日)。

月間：因妨害婚姻及家庭罪案件經檢察官以刑法第 239 條起訴之
人數：女性均高於男性；有罪法條為刑法第 239 條之裁判確定有罪
人數：女性均高於男性²，論者進而指出外遇之男性相較於外遇之
妻子與第三者較少受到通姦罪之懲罰，通姦罪之規定固然性別中立
，但在性別不平等的現實中，仍舊是作為處罰出軌妻子與女性第三
者之利器³；且通姦行為涵攝之客觀情事業已含括非難可能性及反
社會性極微弱之類型〔例如：尚未離婚但現實上長期分居者與第三
人為性行為之情形〕⁴，而立法者對於通姦罪僅規定「一年以下之
有期徒刑」，顯然無法就個案本質上之差異性而為適當之處理，違
反平等原則。爰此，現行刑法第 245 條第 1 項規定刑法第 239 條通
姦罪係告訴乃論之罪，而刑事訴訟法第 239 條但書規定：通姦罪之

² 法務部統計處性別統計表檢察統計部分。請參照

http://www.risd.moj.gov.tw/RJSDWEB/common/WebList3.aspx?menu=GEN_PROSECUTION (最後瀏覽時間：2017 年 5 月 19 日)。

³ 陳昭如，「婚外性的罪與罰」，第 11 頁至第 12 頁，臺灣法學雜誌第 223 期，2013 年 5 月。

⁴ 按韓國憲法法院對該國刑法第 241 條通姦罪之違憲意見，其中之一則是認為通姦罪對於欠缺非難可能性及反社會性之情形仍科予刑罰，已屬過度使用。請參照崔鍾植，「姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化」，頁 49，神戸学院法學第 45 卷第 1 号，2015 年 6 月。於此，聲請人淺見認為通姦罪之存在或有同時違反平等原則與比例原則之情形，亦即現行刑法第 239 條之通姦罪除有違反比例原則之過度使用禁止的問題外，就所有通姦案件一律論處 1 年以下有期徒刑，並未區分情節輕重，導致未能因個案差異性而為適當性之處置，違反鈞院釋字第 485 號解釋、釋字第 593 號解釋理由書所揭櫫之意旨。

情形，對配偶撤回告訴其效力不及於相姦人，以致於我國刑法第 239 條於司法實務之運用實態，誠因我國社會文化脈絡已有造成性別上之差別對待，且適用該條規定時未能就不同事物為合理之差別對待，進而存有違反憲法第 7 條及 鈞院釋字第 485 號解釋所揭櫫實質平等原則之虞；況鄰近之東亞民主國家之韓國，該國憲法法院業已於 2 年前宣告施行長達 62 年之韓國刑法第 241 條通姦罪違憲，我國既為同為東亞民主國家，仍留存夾雜傳統道德遺緒之刑法第 239 條通姦罪恐有悖於符合國際潮流及重視個人自由權利之民主國家形象⁵，且 鈞院釋字第 554 號解釋自 91 年 12 月 27 日公布迄今已逾十四年，期間不僅人權法治觀念變遷甚鉅，我國之民法關於離婚、夫妻財產制及子女親權等制度亦有重大變革，國情較諸 14 年前宜認已有變動，故本件解釋實亦有因應時代變遷，而予以變更之必要。又 鈞院釋字第 554 號解釋雖已就憲法第 22 條保障

⁵ 按海峽左岸之中國，其刑法典並未涉立通姦罪，於其治安管理處罰法中也未將通姦行為視為治安違法行為，論者表示：「蓋通姦罪保護法益是配偶間的性忠誠義務，然而此種義務是基於感情上的自我約束，動用刑罰來保障這個義務，是刑法家長主義的過分擴張，中國大陸刑法對此保持警惕。」。請參照柏浪濤，「中國大陸性刑法立法綜覽與問題評析」，第 32 頁至第 33 頁，月旦刑事法評論第 3 期，2016 年 12 月。

之個人性行為自由及憲法第 23 條比例原則與婚姻、家庭制度之價值作出權衡判斷，然作為概括基本權條款之憲法第 22 條，除性行為自由外，尚涵括 鈞院於釋字第 585 號解釋理由書所言及：基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，作為不可或缺的基本權利之隱私權，此亦為公民與政治權利國際公約【下稱：公政公約】第 17 條「禁止對個人生活隱私之無理侵擾」所保障之權利，如一併納入價值權衡判斷，則刑法第 239 條通姦罪有違反憲法第 23 條比例原則之情形。是聲請人審理 107 年度原易字第 89 號被告李○○因妨害家庭案件過程中，依據憲法第 7 條之實質平等原則、第 22 條、公政公約第 17 條之隱私權及第 23 條之比例原則，基於下述合理之確信，認為於審理本案過程中，所應適用之刑法第 239 條通姦罪有抵觸憲法第 7 條、第 22 條、公政公約第 17 條及第 23 條之疑義，業已裁定停止其訴訟程序。茲依 鈞院釋字第 371、572、590、601 號解釋意旨，聲請司法院大法官解釋憲法。懇請 鈞院以變更解釋或補充解釋之方式，實現憲法保障人民基本權利之意旨。

貳、疑義性質與經過，及涉及之憲法條文

一、本院受理 107 年度原易字第 89 號妨害家庭案件，該案係臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官以 107 年度偵字第 64 號提起公訴，其聲請之犯罪事實略以：被告李○○明知余○○為有配偶之人，然被告李○○、余○○竟仍各自基於相姦、通姦之犯意，於 106 年 4 月至同年 11 月止，在花蓮縣境內不詳地點，多次之合意發生性交行為。案經余○○之夫黃○○訴由臺灣花蓮地方法院檢察署檢察官偵查後，經認被告李○○涉犯刑法第 239 條通姦罪嫌而提起公訴。

二、聲請人經審酌刑法第 239 條制訂時之立法意旨及 鈞院釋字第 554 號解釋之解釋意旨，認刑法第 239 條具體運用實態，因我國社會文化脈絡造成女性遭起訴之比率多於男性、男性獲得不起訴比率多於女性之情，蓋本罪係告訴乃論之罪，因行為人之經濟能力存在差別而異其結果，而有違反平等原則；且自 鈞院釋字第 554 號解釋迄今已逾 14 年，其間我國國民對於通姦行為之規範意識應有所變化，通姦罪之存在為求保護婚姻、家庭制度之目的雖屬正當，但我國為重視個人基本權利保障之民主國家，通姦罪存在將導致不論是國家或私人蒐集證據均嚴重侵害個人隱私權，且通姦罪本身為無被害人之犯罪類型，並無法益侵害，故而一

方面，難以期待刑法規定通姦罪後便能達到抑制通姦行為之效果，另一方面刑法第 239 條之法定刑僅規定有期徒刑，儼然違背個人責任及刑事處罰間之罪刑相當原則。當民事法規定幾經修法妥為規範後，採取刑事處罰已違反手段之適切性及最小侵害性，是刑法第 239 條「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑；其相姦者亦同。」規定是否仍有存在之必要，誠有疑義，是職本於自己之確信後，認為本案判決所應適用之刑法第 239 條規定，確有牴觸憲法第 7 條、第 22 條及第 23 條之疑義，是已於 106 年 5 月 11 日裁定停止本案訴訟程序。

叁、聲請解釋憲法之理由及對本案所持之立場與見解

一、刑法第 239 條規定之運用實態，違反憲法第 7 條平等原則

(一)按憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等；次按等者等之，不等者不等之，為憲法平等原則之基本意涵。是如對相同事物為差別待遇而無正當理由，或對於不同事物未為合理之差別待遇，均屬違反平等原則。此為 鈞院釋字第 485 號解釋、釋字第 593 號解釋理由書所揭櫫之意旨。又按現實層面上，刑事實體法與刑事程序法具有

機關連性的機能⁶，刑法規範的具體適用必須考慮刑事訴訟法之規定及其運用之實態。

(二)查 94 年起至 103 年之近十年間，地方法院檢察署辦理妨害婚姻及家庭罪案件中，**女性起訴比率較男性高 2.7 個百分點**、而男性不起訴比率較女性高 2.4 個百分點，且 104 年 1 月至 12 月、105 年 1 月至 12 月及 106 年 1 月至 4 月間：因妨害婚姻及家庭罪案件經檢察官以刑法第 239 條起訴之人數：**女性均高於男性**；有罪法條為刑法第 239 條之裁判確定有罪人數：**女性均高於男性**，及 104 年 1 月至 12 月、105 年 1 月至 12 月及 106 年 1 月至 4 月間：因妨害婚姻及家庭罪案件經檢察官以刑法第 239 條起訴之人數：**女性均高於男性**；有罪法條為刑法第 239 條之裁判確定有罪人數：**女性均高於男性**等節，業如前述，而妨害婚姻及家庭罪案件，以起訴法條觀察，主要以觸犯刑法第 239 條通姦罪、相姦罪占 92.1% 最多，就性別觀察，通姦罪、相姦罪之女性人數多於男性⁷。職此，學者則曾於「通姦罪應否除罪化」之公聽會提出：

⁶ 大野平吉，「刑法社会学の一構想」，頁 11，收錄於鈴木茂嗣編，「平場安治博士還曆祝賀-現代の刑事法学(上)」，有斐閣，1977 年。

⁷ 法務部統計處 94 年至 103 年間妨害婚姻及家庭罪案件性別統計分析。請參照 http://www.rjtd.moj.gov.tw/RISDWEB/common/WebListFile.ashx?list_id=1361

(1)女多於男之情形主要來自男女外遇態度有相當偏見，此乃因社會文化價值使然，而社會文化價值有其結構上之穩固，非短時間所能改變；(2)而通姦罪已屬違反性別實質平等之處罰，依照消除對婦女一切形式歧視公約 (CEDAW)第 2 條(g)廢止本國刑法內構成對婦女歧視的一切規定，應廢除通姦罪⁸。

(三)或有認為現實上夫妻關係中當妻子處於經濟上之弱勢，通姦罪之規定正好對丈夫能有所警惕，且能保障處於弱勢地位之妻子，但實際上倘若妻子社會地位或經濟能力薄弱，恐怕無法或不敢提起通姦罪之告訴，要保護處於弱勢地位之妻子最有效的方法還是協助其在社會及經濟上自立，而非對於配偶之懲罰⁹。況且，當代社會中，女性具有經濟獨立、自主者所在多有，其能力並不遜於男性，以此保護女性為名，實質上則為採取家父長思維，強化社會文化脈絡之偏見，儼然有歧視女性違反平等原則之情。

(四)再者，從具體個案觀察通姦罪之運用實態，至少包含三種類型：

(1)有配偶之人單純為了自己之愉悅而發生婚外情、(2)遇到比配偶更有吸引力的第三人，而對既存婚姻關係感到懷疑而發生婚外

(最後瀏覽時間：2017 年 5 月 19 日)。

⁸ 學者官曉薇教授之發言，請參照法務部 102 年 11 月 28 日「通姦罪應否除罪化」公聽會紀錄。

<https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=363593&ctNode=28252&mp=001>

(最後瀏覽時間：2017 年 5 月 19 日)。

⁹ 平川宗信，「刑法各論」，第 275 頁至第 276 頁，有斐閣，1995 年。

情，以及(3)想要解除既存婚姻或尚未離婚但現實上長期分居者與第三人為性行為之情形，對於(3)之類型，其責任之非難可能性與反社會性非常輕微，且亦無以通姦罪處罰來達到維繫婚姻關係之目的，然而，現行刑法第 239 條關於通姦罪之規定，不區分刑種之選擇，忽略具體個案之特殊性，立法者制定一律論處「一年以下有期徒刑」的規範，顯屬對於不同事物未為合理之差別待遇。是此，基於以上之各該理由，聲請人認為現行刑法第 239 條通姦罪之規定違反憲法第 7 條平等原則。

二、因刑法第 239 條規定而發動之蒐證作為，將導致個人隱私生活之嚴重侵害，違反憲法第 22 條及公政公約第 17 條保障之隱私權

(一) 再按，維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障，其中包含個人自主控制其個人資料之資訊隱私權，保障人民決定是否

揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。隱私權雖係基於維護人性尊嚴與尊重人格自由發展而形成，惟其限制並非當然侵犯人性尊嚴。憲法對個人資訊隱私權之保護亦非絕對，國家基於公益之必要，自得於不違反憲法第二十三條之範圍內，以法律明確規定強制取得所必要之個人資訊。至該法律是否符合憲法第二十三條之規定，則應就國家蒐集、利用、揭露個人資訊所能獲得之公益與對資訊隱私之主體所構成之侵害，通盤衡酌考量。並就所蒐集個人資訊之性質是否涉及私密敏感事項、或雖非私密敏感但易與其他資料結合為詳細之個人檔案，於具體個案中，採取不同密度之審查。而為確保個人主體性及人格發展之完整，保障人民之資訊隱私權，國家就其正當取得之個人資料，亦應確保其合於目的之正當使用及維護資訊安全，故國家蒐集資訊之目的，尤須明確以法律制定之。此為 鈞院釋字第 585 號解釋、釋字第 603 號解釋理由書所闡示之意旨。並按人民雖然選擇進入婚姻與家庭生活，並不表示其作為憲法權利保障之主體，將隨著婚姻關係而消逝，歷來解釋對於人民隱私權之保障，其關注之焦點在於憲法對人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發

展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，基於此項個人自主控制個人資料之資訊隱私權保障，人民自有決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，對國家如此，對已婚配偶之雙方亦然。人民作為憲法權利保障之主體，自不因進入婚姻或家庭生活而有異，此 鈞院釋字第 696 號解釋葉百修大法官部分協同意見書亦有進一步闡明。而按公政公約第 17 條規定：任何人之私生活，不得無理或非法侵擾，其名譽及信用，亦不得非法破壞。並對於此種侵擾或破壞，人人有受法律保護之權利。且世界人權宣言第 12 條亦規定：任何個人之私生活不容無理侵犯，其榮譽及信用亦不容侵害。人人為防止此種侵犯或侵害有權受法律保護。

(二) 論者亦有認為成年人應可在私人生活中選擇進入各種人際關係，同時保有作為自由人之尊嚴，只要是成年人基於合意下之性行為，政府應不能再無限上綱地加以管制，一個成年人應有權決定是否，及何種方式與另一個成年人從事私密之親密行為或性行為，此乃個人自主決定權在性行為中之體現，該個人關係應屬憲法保障之自主及隱私的範疇¹⁰。然而，由於我國實務見解

¹⁰ 邱忠義，「以自主隱私權之侵害評析我國通姦罪之處罰」，第 139 頁，輔仁法學第 46 期，2013 年 12 月。

曾針對口交是否成立通姦罪召開法律問題座談會¹¹，結論上基於罪刑法定原則之精神，認定「姦淫」行為並不宜擴張至刑法修正後之「性交」行為，此一決議立場則是嚴格限縮對於通姦罪證據之認定方式，當通姦行為限於「姦淫」行為時，恐無法僅根據採證之保險套或殘留精液的衛生紙等物品作為證明通姦行為之存在。無論是國家偵查或私人取證，如需證明該當通姦罪之性行為發生，不外乎需(1)被告自白、(2)抓姦在床或(3)因有婚外性行為受胎之未成年子女出生，就(2)部分，**通姦罪之存在則如同鼓勵民眾實行侵害隱私權之行為**¹²。而對於非法律人來說，亦有認為：「在通姦罪之判決書裡，我們看到兩方的痛苦和隱私都必須被公開，也就是性行為被揭露的同時，個人人格已經被傷害得非常嚴重」¹³。職是，倘個人隱私權之保障不僅僅是對於國家，不論是否進入婚姻或家庭生活而有異，而學者多主張通姦行為本質為和姦，並未侵害何人之性自主權，又通姦雖為不名譽之行為，但對未為通姦之他方配偶，其人格評價並無任何影響，通姦罪之目的雖在維護社會善良風俗，但所謂善良風俗

¹¹ 臺灣高等法院暨所屬法院 91 年法律座談會刑事類提案第 7 號。

¹² 莊喬汝，「看不見的第三者-通姦罪導向較好的婚姻」，第 61 頁，臺灣法學雜誌第 223 期，2013 年 5 月 1 日。

¹³ 祝平次，「愛情萬歲，通姦有罪？」，第 71 頁，臺灣法學雜誌第 223 期，2013 年 5 月 1 日。

一般均認為係國民一般道德觀念，而所謂道德觀念與保障社會上不特定人或多數人之生命、身體、自由或財產等內容之法益有所出入，此為「無被害人之犯罪」則有除罪化之必要¹⁴。惟此無被害人之犯罪的證明方式卻無形中助長一般人採取侵害個人隱私權來達成，實則刑法第 239 條規定之存在，則與憲法第 22 條保障人民隱私權之理念背道而馳，而得認規定將令憲法對於個人隱私權之保障有所殘缺，且衡酌我國社會實態，新聞媒體爭相報導關於通姦罪之新聞，將個人私密領域、非關公益之部分任意地揭露與公眾週知，不僅變相地延續了古代公審婚外情之人以滿足群眾對道德崇高的想像及窺看他人親密關係的好奇心，在當代社會亦是對個人隱私權的重大打擊。從而，刑法第 239 條規定之存在實則違反憲法第 22 條隱私權。

三、刑法第 239 條規定之本身存在即違反憲法第 23 條之比例原則

(一)復按，法治國之重要內涵原則即為比例原則，亦即國家行為所採取之方法應有助於目的之達成〔適當性原則〕，且若有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最小者〔侵害最小原則〕，且採取方法所造成之損害不得與欲達成之目的利益顯失均衡〔狹義比例原則或相當原則〕。

¹⁴ 甘添貴，「妨害婚姻與口交通姦」，第 154 頁、第 156 頁，臺灣本土法學雜誌第 42 期，2003 年 1 月。

(二)而就**適當性原則**部分，立法者欲藉刑法之威嚇、懲罰阻止婚外性行為對於婚姻關係的傷害，由於婚姻關係必須非常依賴情感與信賴才能維持的關係，而刑罰是透過賦予痛苦的方式來處理犯罪問題，對個案中之人際關係影響經常是有害無益，利用刑罰予以維繫難有正面意義，且常具負面效果，該效果也往往與立法者所欲保障之婚姻制度、家庭秩序背道而馳¹⁵；就**侵害最小原則**部分，論者有主張刑法具有最後手段性，通姦行為雖違反道德規範，但以民法處理即可¹⁶；而**狹義比例原則**部分，論者亦有提出在婚姻存續關係中，如另一方不同意為性行為，他方之性自主決定權即完全被剝奪，這種完全剝奪之基本權利，有可能長期不能行使，例如：分居，他方長期不同意，訴訟期間長久等等。當夫妻之一方不履行較低位階之性行為的同居義務，法律既然僅是供得請求離婚之保障，不能強制履行；他方面較高位階的個人性自主決定權而與較低位階之婚姻保障相衝突時，法律卻使用最嚴厲的刑罰作為制裁手段，顯然違反過度禁止之狹義比例原則¹⁷。學者並指出在人際關係接觸頻繁致價值觀多元之現代社會，廢除通姦罪之

¹⁵ 謝如媛，「刑法規範下的家庭秩序」，第 317 頁、第 320 頁，臺大法學論叢第 35 卷第 6 期，2006 年 11 月。

¹⁶ 林慈偉，「通姦除罪化思維於我國司法實務之實踐-以高等、地方法院近年相官裁判為中心」，第 138 頁，軍法專刊第 58 卷第 5 期，2012 年 10 月。

¹⁷ 陳文貴，「評大法官釋字第五五四號解釋-比例原則之再檢視」，第 29 頁，刑事法雜誌第 58 卷第 5 期，2014 年 10 月。

立場，並非是忽略婚姻與家庭制度對社會安定之重要性，相反地乃是承認刑法在此一任務上的極限，告訴世人維護家庭與婚姻制度更重要的是夫妻雙方應認真且積極地經營婚姻關係，並提醒未婚之男女面對家庭與婚姻制度時所應具備更謹慎之態度，不要一味地依賴刑法所建構的秩序假象¹⁸。爰此，聲請人認為(1)刑法第 239 條通姦罪對外遇之一方科處刑罰，只是深化夫妻間之問題糾葛，無助於維繫圓滿的家庭秩序；(2)國家刑罰權之發動必須以對重大法益產生危險之情形才有發動的必要，維繫家庭秩序或對配偶之保障可透過民法之相關規範，且作為無被害人之犯罪的刑法第 239 條的法定刑度一律論處「一年以下有期徒刑」，已違反必要之最小限度；(3)通姦罪之存在將造成個人隱私、自主權的嚴重侵害，並且以婚外性行為受胎之未成年子女出生作為證明通姦行為的證據，無異是將該未成年子女作為工具，使該未成年子女甫出生淪為刑事訴訟程序上之客體，而有嚴重違反人性尊嚴之疑慮。職是，刑法第 239 條規定亦有違反憲法第 23 條比例原則。

肆、結論

當代社會中之民主國家，日本於二戰後 1947 年修正刑法時刪除

¹⁸ 余振華，「對性犯罪之刑罰規定的再檢討」，第 98 頁至第 99 頁，月旦法學雜誌第 96 期，2003 年 5 月。

通姦罪，德國亦已於 1969 年廢除通姦罪，為公眾週知之事。而與我國同為東亞民主國家之韓國，自日本殖民時起，於 1912 年 4 月 1 日施行之制令第 11 號的朝鮮刑事令，日本舊刑法第 183 條「對與有夫之婦相姦者，處 2 年以下的懲役」為其適用之通姦罪後，殖民地解放後該國戰後刑法典仍保留了通姦罪，該國幾經多次修法研議、爭論存廢及多次釋憲，直至 2015 年始透過該國憲法法院宣告違憲¹⁹。至今各國通用全國性之法律而對通姦罪施以刑罰者，則以伊斯蘭教為國教的國家²⁰居多，我國雖自詡為重視個人自由基本權利之民主國家，但刑法典迄今仍存有為維繫良風美俗、道德倫理的通姦罪。然而，作為 *ultima ratio* 的刑法規範，就性行為之規制，原則上私領域的性行為，尊重個人自律自我決定，國家法律不應予以干涉，但因性行為通常會牽涉到人與人之間的關係，在未得到同意之性行為，只要違反自律自主決定權之尊重，國家仍會用法律加以介入，如將對性之規制作為侵害社會法益之犯罪時，社會法益之罪所保護者多屬集團的生活秩序利益，集團之信念甚至共同主觀的幻想就會侵入法益概念中，產生

¹⁹ 崔鍾植，「姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化」，頁 39 至頁 40，神戶学院法学第 45 卷第 1 号，2015 年 6 月。

²⁰ 按以東南亞之馬來西亞為例，該國古蘭丹州於 1995 年之「胡都德律例〔the Hudood Ordinance〕」第 10 條第 1 項定義「通姦」是無婚姻關係的男女間性行為之罪，同條第 2 項區分已婚者通姦、未婚者通姦，第 11 條第 1 項規定前者處投石至死之刑，同條第 2 項規定後者則處鞭打 100 次和 1 年內之自由刑。請參照竹野富之，「マレー社会における姦通罪〔Zina〕に関する一考察」，第 111 頁，東海学園大学研究紀要第 14 号，2009 年 3 月。

所謂法律強制道德之疑慮²¹。婚姻、家庭秩序之維繫必須仰賴雙方彼此付出之情感與信賴才能建構良善的關係，立法者欲以刑罰之科賦來達成，只是讓夫或妻之一方與外遇之該方彼此間以話語、舉動作為互相傷害的利器以及避免受到傷害而自我防護的鎧甲，通姦罪之存在不僅促使當代社會重視之個人隱私權受到嚴重侵害，更甚者，跨過道德的界線因婚外情而受胎生下未成年子女時，而通姦罪仍然存在時，該未成年子女將成為訴訟攻防的客體、道具。基此，如前所述，聲請人考量立法技術之文義與目的，隨著時代變遷更迭，顯無合憲解釋之可能，並有聲請變更或補充解釋之必要，爰提出上開確信法律為違憲之具體理由，爰聲請 鈞院大法官解釋憲法。

伍、參考文獻

(一)中文文獻

1. 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。
2. 李茂生，「論性道德的刑法規制」，元照，台灣法學新課題（一）2003 年 9 月。
3. 余振華，「對性犯罪之刑罰規定的再檢討」，月旦法學雜誌第 96 期，2003 年 5 月。

²¹ 李茂生，「論性道德的刑法規制」，第 291 頁至第 292 頁，元照，台灣法學新課題（一）2003 年 9 月。

4. 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，2013 年 12 月。
5. 林慈偉，「通姦除罪化思維於我國司法實務之實踐-以高等、地方法院近年相關裁判為中心」，軍法專刊第 58 卷第 5 期，2012 年 10 月。
6. 柏浪濤，「中國大陸性刑法立法綜覽與問題評析」，月旦刑事法評論第 3 期，2016 年 12 月。
7. 祝平次，「愛情萬歲，通姦有罪？」，臺灣法學雜誌第 223 期，2013 年 5 月 1 日。
8. 莊喬汝，「看不見的第三者-通姦罪導向較好的婚姻」，臺灣法學雜誌第 223 期，2013 年 5 月 1 日。
9. 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，2014 年 10 月。
10. 陳昭如，「婚外性的罪與罰」，臺灣法學雜誌第 223 期，2013 年 5 月。
11. 謝如媛，「刑法規範下的家庭秩序」，臺大法學論叢第 35 卷第 6 期，2006 年 11 月。

(二)外文文獻

1. 大野平吉，「刑法社会学の一構想」，收錄於鈴木茂嗣編，「平場安治博士還曆祝賀-現代の刑事法学(上)」，有斐閣，1977年。
2. 平川宗信，「刑法各論」，有斐閣，1995年。
3. 竹野富之，「マレー社会における姦通罪[Zina]に関する一考察」，東海学園大学研究紀要第14号，2009年3月。
4. 崔鍾植，「姦通罪の違憲決定からみた韓国における性意識の変化」，神戸学院法学第45卷第1号，2015年6月。

(三)網站資料

1. 法務部統計處 94 年至 103 年間妨害婚姻及家庭罪案件性別統計分析

http://www.risd.moj.gov.tw/RJSDWEB/common/WebListFile.ashx?list_id=1361(最後瀏覽時間：2017年5月19日)。

2. 法務部統計處性別統計表檢察統計部分。

http://www.risd.moj.gov.tw/RJSDWEB/common/WebList3.aspx?menu=GEN_PROSECUTION (最後瀏覽時間：2017年5月19日)。

3. 法務部 102 年 11 月 28 日「通姦罪應否除罪化」公聽會紀錄。

<https://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=363593&ctNode=28252&mp=001>(最後瀏覽時間：2017年5月19日)。

此 致
司 法 院

聲請人：臺灣花蓮地方法院法官吳志強



中 華 民 國 107 年 4 月 12 日