

臺灣苗栗地方法院解釋憲法聲請書

聲請人：臺灣苗栗地方法院

承審法官：陳文貴

聲請人因審理本院104年度苗簡字第592號妨害婚姻案件，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

- 一、按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，得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋（司法院大法官釋字第371號解釋參照）。
- 二、本院審理104年度苗簡字第592號被告湯○○、阮○○妨害婚姻案件，認為所應適用之刑法第239條，有牴觸憲法第22條保障人民性自主決定權，以及第23條限制比例原則之規定，而有違憲之疑義，業已裁定停止其訴訟程序。
- 三、爰依前述大法官釋字第371號解釋，聲請解釋憲法，以求宣告刑法第239條因違憲而無效，並立即停止適用。

貳、聲請疑義之原因事實並所涉及之憲法條文

一、本案之原因事實

湯○○係李○之夫，2人於民國83年7月10日結婚，阮○○明知湯○○有婚姻關係，僅係因夫妻關係不睦，而李○因偕同子女與湯○○分居，並住在中國大陸地區。詎湯○○、阮○○竟分別基於通姦、相姦之犯意，於湯○○與李○婚姻存續期間之101年1月26日前不詳之時間，及102年4月11日前不詳之時間，在湯○○位於○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○住處，發生性行為各1次，而為2次通姦、相姦之行為。阮○○並因而分別於101年1月26日生下長子湯○○及於102年4月11日生下次子湯○○，後經湯○○於103年3月20日為認領。嗣李○於104年3月17日前往苗栗縣竹南鎮申請戶籍謄本，始發覺上情，並訴由臺灣苗栗地方法院檢察署檢察官偵查後，經認被告2人涉犯刑法第239條之通（相）姦罪嫌，而提起公訴。

二、本案所涉及之憲法條文

憲法第22條、第23條。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案確信法律違憲之論證

釋字第554號解釋雖曾認為：性行為之自由，應受婚姻與家庭制度之制約。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，自得以刑罰手段達到預防通姦、維繫婚姻之

立法目的，並未逾越立法形成自由之空間，與憲法第23條比例原則之規定尚無違背。惟該號解釋係作成於民國91年，時隔至今已十年有餘，社會時空環境已有相當程度之變遷，刑法第239條更是於民國17年3月10日經國民政府制定公布至今，未曾修正，社會對性行為之觀念早已丕變，與民國初期亦已不可同日而語，通姦罪之除罪化更是世界民主法治國家之潮流，上開解釋所持基於保障婚姻制度之理由，認為刑法第239條通姦罪無違憲法第23條比例原則之見解，非無再予重新檢討之必要。

個人性自主決定權屬於憲法第22條所保障之基本權利，對於憲法第22條所保障基本權利之限制，自須符合憲法第23條比例原則之限制適合性、必要性以及相當性三個次原則，始能謂與比例原則無違。上開釋字第554號解釋執囿於國家對婚姻制度之存續與圓滿之制度性保障，將屬於個人最本身體自由權之一的性行為自由（性自主決定權）之保障，不當加以限制與剝奪，基於上開解釋所考量未臻周全之下列理由，以憲法第23條之比例原則再加以詳為審查，應認為已屬限制過度，而構成違憲。

一、適合性原則之審查

適合性又稱為「適宜目的原則」（Prinzip der Zwecktauglichkeit），但不是「合目的性」（Zweckmäßigkeit），如果是合目的性，就會是越嚴厲的手段越是能合於立法目的。這裡要求的是立法者所選擇之手段必須「適合」所應達到之目的。就剝奪或限制人民之自由權而言，如人民之權利遭到限制或剝奪，但所欲保護之法益並未因此而受到周全的保障時，就是一種不適合目的之手段。

假設系爭規定的刑罰立法正當性理由既已充足，那麼刑罰手段即有助於立法目的達成，因為它要保護的是受刑法保障的法益，對一項違反刑法所欲保護法益的侵害行為，以刑罰的手段加以制裁，如果將「適合目的」誤解成「合目的性」，就會輕易的通過了適合性原則之門檻。因為，在沒有將適合性與刑罰之正當性加以連結時，適合性原則通常就會較容易通過審查門檻。因為，一般如具有立法目的之正當性時，為達成立法目的之任何法律上的手段就會同時被合致。這也是通常最容易導致跳躍性思考，而直接得出與比例原則無違推論之弊。因此，比例原則的第一階段適合性原則，須與立法目的之正當性予以連結，如果立法目的之正當性不足，就不會通過適合性的審查。

釋字第554號解釋文及理由書所謂「刑罰手段有助於立法目的達成」，似並不符合第一個次原則之「適合性」，反而陷入「合目的性」之泥淖，誤解成刑罰更有助於立法目的之達成。由此推論結果，就會導致所有的違反法規範行為的制裁手段，均可輕易的通過適合性之檢驗。蓋以，刑罰之法效果較諸行政罰或民事損害賠償確實更具嚴厲性與威嚇性，那麼所有的違反法規範行為，如果均採取刑罰的手段加以制裁，就會全部輕易的通過適合性之檢驗，比例原則的適合性次原則，就會淪為僅具有理論上宣示效果，而不具任何實質效益。又此號解釋另一個合憲的理由之一，即婚姻與家庭制度的憲法「制度性保障」。在這號解釋中，大法官似乎隱約的間接肯定，為了基於維護婚姻與家庭制度的憲法制度性保障，就

可以導出刑罰制裁手段的合憲性。此種思考模式也會導致，為了維護憲法所保障的某種制度，立法者就可以針對違反憲法制度性保障之行為，進而使用刑罰作為制裁手段，那是適合的，實則不然。制度性保障僅係憲法所保障的某種制度，對於憲法所保障制度的違反，並不會直接導出適合以刑罰加以制裁的應刑罰性。美國聯邦最高法院曾經在宣告「性悖軌法」(sodomy laws)違憲的 *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558, 2003) 一案中表示，性隱私權受到保障的範圍並不包括會損及受到法律保護之制度的行為。這一觀點似乎也可以推論出，為了維護某一個人憲法上的基本權利，縱然會因此侵犯到其他憲法保障的另一種制度，但並非就當然的會損害到該制度性保障的實質內涵。因此，此號解釋文與理由書開宗明義的強調憲法對家庭與婚姻的制度性保障，固非無理由，但基於保障此種家庭與婚姻的制度，就因此可以犧牲個人性行為自由之保障，進而得出以刑罰手段加以制裁的適合性，顯然已將憲法制度性保障的實質內涵，直接提昇到刑罰制裁手段的配合保障措施，已然逾越制度性保障的實質內涵。蓋以，制度性保障僅僅是憲法所保障的某一種制度，但並不因此即相對的存在著，為了保障某一種憲法上的制度，而對於違反憲法制度性保障內涵之行為，就當然的會該當適合以刑罰手段加以制裁的合憲性。

再者，此號解釋理由書第三段就刑罰正當性所表示之意見謂，「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。」似乎認為刑罰果真能達到預防犯罪之目的？實則不然。從歷史的角度加以觀察，刑法從來也沒有對抑制犯罪或對抗犯罪完成其「固有任務」，反倒是一直扮演著當權者或統治階級有效鎮壓的工具。刑法通姦罪自立法以來，社會上之通姦行為並沒有因此減少，反而因為現代社會的多元發展，五花八門的花花世界生活環境的改變與引誘，以及倫理道德觀念的日漸薄弱，社會新聞所見的通姦行為，似乎已屢見不鮮，犯罪黑數更不知凡幾，通姦行為似乎變成一種已遭社會漠視而且無感的常態，通姦罪之刑罰正當性，也就是解釋理由所稱的「仍有其一定功效」，顯然已近乎蕩然無存。況且在現今世界各國愈來愈多傾向認許「同性婚姻」合法化的潮流之下，大法官所堅持的「一夫一妻」之傳統維繫男女「性忠誠契約」之觀念，顯然早已落伍，而繼之以刑罰作為維繫這種一夫一妻制度之男女婚姻契約手段，也早已不合時宜（違反適合性原則），民事損害賠償途徑，毋寧才是合適的一種手段。

二、必要性原則之審查

必要性原則又稱為「最低侵害原則」或「最柔和手段誠律」，要求為達成目的之侵害手段必需是最低的、最柔和的侵害手段。亦即，比較各種措施可能對人民侵害的輕重程度以及副作用後，選擇對人民權益侵害結果最小者為之。也就是說，限制或剝奪人民基本權利雖合乎憲法所揭示之目的，但仍須依序考量：（一）達到相同目的之手段可能性有幾種可資選擇；（二）各種手段對基本權利之限制或剝奪之程度如何；（三）最後選擇其中一種侵害最小的手段為之。如果有多種

同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民基本權利所造成之損害最小者為之，否則如僅任意的選擇其一，或以認為刑罰比較有助於立法目的之達成等等，而非依上述順序評量的結果，即有違必要性原則。

就通姦行為之制裁規範而言，對於一項違反社會共同規範之行為，現行制度上有民事損害賠償、行政罰與刑罰。上揭三種對人民權利影響強度不同的制裁手段，民事損害賠償作為一種制裁措施，對人民權利之影響程度最輕；行政罰措施對於人民權利剝奪之影響程度次之；而刑罰作為一種限制或剝奪人民財產權、人身自由權乃至生命權之手段，相較於民事損害賠償、行政制裁，很顯然是最嚴厲的，自應居於各種制裁手段中的最後一種不得已的選擇。基於刑罰的補充性原則（Subsidiaritätsgrundsatz）與謙抑思想，國家僅有在無其他懲罰手段可以選擇的必要性考量之下，才有動用刑罰這種最嚴厲與最後制裁手段的正當性基礎。系爭問題縱然有立法規範之正當性，然就法益保護之必要性而言，婚姻之忠誠義務固有以法律加以保護之必要，但自民國17年刑法立法以來，民初時期民風純樸，社會上之通姦行為固較少見，當時或可被視為重大違反道德之犯罪。然百年之後的臺灣，社會風氣已漸趨開放，夫妻間之外遇行為，翻閱每日社會新聞，可謂早已司空見慣。根據一項研究資料顯示，即令被認為民風較為純樸的臺灣南部婦女，外遇比例亦高達百分之三十五，這還不包括未誠實回答問卷的隱瞞行為者。可見對於通姦行為，刑罰制裁之威嚇效果，已然漸漸式微，而如果行為人對於一項違法行為之應受刑罰性已經無感，刑罰的預防犯罪效果也顯然無效，那麼在刑罰必要性的考量之下，是否應予除罪就值得深思。

由於通姦行為並非屬於違反行政義務行為，而刑罰之必要性既已不存在，但婚姻之忠誠義務仍有保護之必要，則在尚有其他侵害較小的民事損害賠償手段可資運用之下，民事損害賠償就會是保障婚姻忠誠義務的最佳選擇手段，刑事制裁手段就無法通過必要性之審查。

三、狹義性比例原則之審查

相當性的狹義比例原則要求的是「手段不得與所欲追求之目的不成比例」（ein Mittel dürfen nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen），係屬於「過度禁止」之範疇。因此，法律採取的制裁手段所造成之損害，不得與欲達成目的之利益顯失均衡。

就此號解釋而言，個人有自由決定是否發生性行為、性行為之對象以及如何發生性行為之性自主權，此種性行為自由權，係屬人格權之內容，屬於憲法第22條保障之基本人權。此號解釋理由亦肯定，性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，個人得自主決定是否及與何人發生性行為」，此為個人之性自主決定自由權，乃現代民主法治國家基本人權之一，受憲法第22條保障。而婚姻之忠誠義務並非個人的基本權利事項，而僅係憲法的制度性保障事項。因此，系爭問題所涉及的乃是個人性自主決定權的基本人權，與婚姻制度性保障間之衝突問題，此時應考量的是，個人受憲法保障的基本權利與憲法其他制度性保障內容發生衝突時，何者之保障具有優先地位之問題。如果為保障較低價值權利之目的，而使用

最為嚴厲之制裁手段，那麼手段與目的間就違反了狹義比例原則的過度禁止。

個人性自主決定權雖然是屬於憲法第22條保障的概括自由權，但亦屬於身體自由權的內涵之一，因為對個人性自主決定權的法律制約，若採取刑罰作為制裁手段，行為人就會因為限制個人性自主決定權的刑罰法律，間接的被剝奪身體自由權。公民與政治權利公約第9條第1款前段明定，人人享有「身體自由」及人身安全，然而婚姻制度之存續與圓滿僅僅係一種制度性的保障，此說解釋理由書亦肯定：「婚姻制度植基於人格自由」，而「人格權」是最基本之自由權，足見婚姻制度係立基於人格自由權之下，人格自由權具有優位性，兩者發生衝突時，不能完全排除其中一種權利之行使，而且應以保障人格自由權為優先考量。

再者，個人之性自主決定權何以優位於婚姻制度之保障，也可以從實定法中窺見其端倪。因為個人雖享有婚姻之制度性保障，但婚姻之制度性保障仍不能凌駕於個人性自主決定之基本人權。例如民法第1001條雖規定夫妻互負同居之義務，但因為個人性自主決定權優位於夫妻應履行之同居義務，因此刑法第229條之1前段規定，對配偶犯第221條、第224條之罪者，…須告訴乃論。亦即，配偶之一方對於他方犯第221條之強制性交罪或第224條之強制猥褻罪，仍受刑法之處罰，僅係附加訴追條件之告訴乃論而已。又依強制執行法第128條第2項規定，法院雖判令夫妻之一方應履行同居義務之判決確定，縱然有婚姻之制度性保障，但即令本於為保障婚姻制度之法院判決，同居義務亦不得強制執行，更不用說尚須尊重另一方配偶較高位階之性行為同意權。可見，個人性自主決定權之基本人權，與婚姻制度性保障二者發生衝突時，法律制度上之設計，係以個人之性自主決定權為優位。在此二者發生衝突時，縱令得有法院判令應履行同居義務之判決，配偶之一方尚不能以婚姻之制度保障為理由，強迫他方履行同居義務而侵害個人的性行為自由決定權，且即令配偶之一方已履行夫妻之同居義務，然亦不能侵犯他方之性自主決定權，足見個人性自主決定權相對於婚姻制度性保障之絕對優位性。

由上可知，個人性自主決定權之基本人權與婚姻之制度性保障，兩者發生衝突時，在目的（Zweck）與一個或多個可變的手段（Mittel）之間的關係，即應依實際的合致性原則（das Prinzip praktischer Konkordanz）設定其界限。此時，個人行使性自主決定權之基本權利既然係受憲法所保障之基本權利，且具有絕對優位性，而法律為保障婚姻制度（目的），既然有多種可以選擇之手段可資運用（刑罰、訴請離婚或民事損害賠償），則配偶之一方於婚姻關係存續中不履行同居義務，或不同意為性行為，他方僅得訴請離婚，不得強制執行。然而他方違反婚姻之忠誠義務，與第三人發生性行為，法律制度卻祭出刑罰之制裁手段，亦即他方在婚姻關係存續中，如另一方不同意為性行為，他方之性自主決定權之基本權利即完全被剝奪。這種被完全剝奪之基本權利，有可能長期不能行使，例如本案中夫妻因感情不睦而長期分居，他方長期不同意、訴訟期間長久等等，在此期間內，他方的性自主決定基本權即被完全剝奪，可見法律為保障婚姻制度所設定之界限，顯然是不相當的。因此，如果夫妻之一方不履行較低位階（制度保

障)之性行為同居義務時，法律既然僅提供得請求離婚之保障，不能強制履行，此種保障的手段僅是民事上的損害賠償；但他方行使較高位階之個人性自主決定權，而與較低位階之婚姻制度保障相衝突時，法律卻使用最嚴厲的刑罰制裁手段。立法者為維護個人性自主決定權與婚姻之忠誠義務(目的)，所使用之手段，兩相衡量結果，很顯然是處於不相當(不對等)之關係，已經違反過度禁止的狹義比例原則。

綜上所述，通姦罪之刑罰制裁規定雖然具有立法規制之正當性，但立法者選擇以刑罰之手段加以制裁，而非選擇民事損害賠償手段，是不合於比例原則之適合性、必要性，與狹義比例原則之過度禁止亦有相違，在現代社會狀況之下，應已違反憲法第23條之比例原則。又法律原則之解釋與運用應與時俱進，不應拘泥於陳腐的維護夫妻忠誠觀念之思想，男女結合之婚姻制度，更不需要國家以刑罰之手段加以強制維繫。況現代法治國家以刑罰制裁通姦罪的立法已經成為少數，除伊斯蘭教國家(大都以處罰女性為主)以外，目前只有臺灣、南韓、瑞士、奧地利、美國少數州、印度(只處罰男性第三者)、巴基斯坦等少數國家依然視通姦為犯罪行為，甚至與我國同樣具有傳統中華倫理道德思想與婚姻家庭觀念的中國大陸，亦已無此種刑罰規定，若仍執宥於男女婚姻忠誠與婚姻制度維護之陳舊觀念，並透過立法形成自由加以維繫，自非無可檢討之餘地。

四、結論

比例原則係具有憲法位階效力之「帝王法律原則」，以此作為審查國家干預人民基本權利之合憲性控制，若未嚴格遵守比例原則三個次原則之實質審查步驟，就容易淪為套公式的形式審查原則，最後不違憲的理由其實是「立法形成自由」，與憲法第23條比例原則無違之立論，反而只是象徵性的宣示而已。

操作比例原則時，自應確實依比例原則次原則的三階段，逐一作實質審查，不可跳脫其一，否則抽象或概括的謂：此乃立法者所為之價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間，與憲法第23條比例原則之規定尚無違背云云，此等未經嚴謹的三個次原則之逐一審查論述，審查程序上顯然有重大瑕疵，說理亦嫌不足。蓋以，一個違反法規範之行為，是否應以刑罰之手段加以制裁，並非屬立法形成自由之範疇，仍必須通過憲法第23條比例原則三個次原則之逐一檢驗。如果對照釋字第669號解釋來看，對於未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍為處罰要件部分，大法官對於修正前槍砲彈藥刀械管制條例第8條第1項規定，未經許可，製造、販賣或運輸空氣槍，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金之「法定刑度」，尚且認為不符合比例原則，而不認為立法者所選擇之「法定刑度」係立法形成自由。則依舉輕以明重之法理，應以刑罰制裁的犯罪行為，「較輕度」的法定刑度考量，尚且不屬於立法形成自由之範疇，則「較重度」的應否以刑罰制裁之行為(通姦行為)，當然更非屬立法形成自由之範疇。

個人身體自主權乃人身自由之最基本之人權，理應不受他人甚至國家法律之拘束，兩個性觀念成熟之成年人行使個人身體自主權，更無須經第三人同意之必要，國家法律對此予以限制並以刑罰之手段加以制裁，依上述分析，顯已違反比

例原則。大法官釋字第554號解釋在今日21世紀的社會現況與世界潮流之下，仍拘泥於中華文化的傳統倫理道德觀念，肯定刑法通姦罪合憲之見解，自允宜再予檢討，庶符憲法保障個人身體自主權之最基本人權。再者，為實施聯合國1966年公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）及經濟社會文化權利國際公約（International Covenant on Economic Social and Cultural Rights），健全我國人權保障體系，我國於2010年4月22日公布之公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第2條規定，兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。第8條亦明定，各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。刑法通姦罪既有上述違反公民與政治權利公約第9條第1款前段保障身體自由（性行為自由）之意旨，且不能通過比例原則三個次原則的三階段實質審查，自應予以宣告違憲。

肆、關係文件之名稱與件數

- 一、臺灣苗栗地方法院檢察署檢察官 104 年度偵字第 2915 號聲請簡易判決處刑書正本 1 份。
- 二、臺灣苗栗地方法院 104 年度苗簡字第 592 號裁定正本 1 份。
- 三、陳文貴著，評大法官釋字第554號解釋—比例原則之再檢視，刑事法雜誌第五十八卷第五期，2014 年 10 月，頁 1-30。

此 致

司 法 院 大 法 官

中 華 民 國 1 0 4 年 7 月 3 日

臺灣苗栗地方法院苗簡庭

法 官 陳 文 貴

