

# 釋憲聲請書

聲請人 臺灣臺中地方法院刑事第五庭

功股法官 張淵森

## 壹、聲請解釋憲法之目的

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。」（下稱系爭條文）。系爭條文違反憲法第 23 條之比例原則，而侵害人民憲法第 22 條之性自主權。

## 貳、案件概要

聲請人受理 108 年度易字第 3441 號妨害婚姻案件。本案被告遭檢察官起訴與有配偶之男子為性交行為，涉犯刑法第 239 條後段之相姦罪嫌（男子之妻對男子撤回通姦罪告訴）。

## 參、聲請解釋憲法之依據、理由及憲法條文

### 一、聲請解釋憲法之依據

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生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 項規定甚明。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，不得認定法律為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，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，此迭經大院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號解釋在案。

## 二、聲請解釋憲法之理由

檢察官認為被告涉犯系爭條文後段相姦罪，惟相姦罪合憲與否，同樣涉及系爭條文前段通姦罪是否合憲，故下列論述亦一併論述通姦罪之合憲性。

## 三、涉及之憲法條文及司法院解釋

憲法第 22 條、第 23 條，釋字第 554 號解釋。

## 肆、聲請人對本案所持立場及見解

### 一、性行為自由為憲法第 22 條之基本權

民國 91 年作成之釋字第 554 號，宣告通姦罪合憲，認為性行為的自由，在不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障，性行為自主應受婚姻與家庭制度之制約。

### 二、系爭條文侵害性自主權：

性行為自由，非憲法所明文之基本權，惟經釋字第 554 號肯認為憲法第 22 條之基本權。系爭條文造成配偶不得與自己以外之人為性行為，已造成對性自主權的限制。釋字第 554 號有重新審視檢討之必要。

### 三、從保護法益出發

刑法條文是否合理存在，首先應探究其保護的法益為何。系爭條文雖經釋字第 554 號解釋宣告合憲，惟其立論仍有可議之處。系爭條文限制人民憲法上第 22 條之性自主權，必然應該要有值得保護之法益存在，否則即為違憲。以下從法益的保護出發說明聲請人確信系爭條文違憲：

#### (一)第一種可能的法益：維持婚姻的存續

系爭條文能不能讓配偶不與他人為性行為，或讓第三人不與有婚姻者為性行為？雖然有論者認為系爭條文無法為防止通姦或相姦，但聲請人認為有刑罰的處罰，必然讓部分人民有所

顧忌，說系爭條文沒有通姦、相姦行為的效果，恐怕是偏離事實。

但是回過頭來看，為什麼國家要用刑罰來恫嚇人民不要有通姦及相姦行為呢？

公民與政治權利國際公約第 23 條第 3 項：「婚姻非經雙方自由完全同意，不得締結。」一個人要不要結婚，要和誰結婚，是憲法第 22 條保障的結婚自由。國家不可以強制兩人結婚。同樣的，是否離婚，國家也是尊重雙方意願<sup>1</sup>，國家不可以強制兩人離婚，只有在一方要離婚，一方不要離婚時，國家才能介入決定是否讓婚姻存續，即所謂裁判離婚<sup>2</sup>。可見國家重視個人意志的自由，甚於婚姻的存續。雖然國家有些作為對婚姻友善，例如公務員的婚姻補助、遺產及贈與稅法第 20 條第 1 項第 6 款規定配偶相互贈與的財產不計入贈與總額而免稅，但婚姻是不是存續，並不是國家積極追求的重大公益。

對契約的保護為什麼要動用刑罰？刑法中只有刑法第 108<sup>3</sup>、194<sup>4</sup>、294<sup>5</sup>條在保障契約的履行，但每條背後另有重大的公益目的，並非純粹為了保護契約的履行。而婚姻是兩個人成立的身分契約，大部分的配偶間會期待對方對自己的情感及性保持忠誠，但配偶間是否對彼此忠誠，其實是兩個人之間的私事，就如同配偶間要不要維持婚姻，也是兩個人之間的私事，國家不應介入，更不應動用刑罰來恫嚇人民要維持婚姻的忠誠。性與情感的忠誠問題，要建立在協商，而不是用刑法來剝奪個體性愛自主的權利來達成<sup>6</sup>。

---

<sup>1</sup> 民法第 1049 條：「夫妻兩願離婚者，得自行離婚。但未成年人，應得法定代理人之同意。」

<sup>2</sup> 民法第 1052 條。

<sup>3</sup> 刑法第 108 條：「(第 1 項) 在與外國開戰或將開戰期內，不履行供給軍需之契約或不照契約履行者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科十五萬元以下罰金。(第 2 項) 因過失犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。」

<sup>4</sup> 刑法第 194 條：「於災害之際，關於與公務員或慈善團體締結供給糧食或其他必需品之契約，而不履行或不照契約履行，致生公共危險者，處五年以下有期徒刑，得併科九萬元以下罰金。」

<sup>5</sup> 刑法第 108 條：「(第 1 項) 對於無自救力之人，依法令或契約應扶助、養育或保護而遺棄之，或不為其生存所必要之扶助、養育或保護者，處六月以上、五年以下有期徒刑。(第 2 項) 因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。」

<sup>6</sup> 沈秀華，親密關係的正義？從廢除通姦罪談起，台灣法學雜誌，第 223 期，2013 年 5 月 1 日，第 77 頁。

有人認為通姦及相姦行為會造成離婚，進而造成未成年子女的不利益。如果這樣的說法成立的話，國家應該禁止離婚才是。但事實上國家對於配偶間是否離婚，是採取優先尊重雙方意願的立場。離婚的財產分配、未成年子的親權行使<sup>7</sup>，法律都有相對應的配套措施。國家對於是否離婚，都已經尊重雙方意願了，卻為了維持婚姻的存續，用刑罰恫嚇人民，目的上顯然站不住腳。

## （二）第二種可能的法益：善良風俗

婚姻是否存續，對國家社會並沒有實際的損害。是否有通姦或相姦行為，也對於國家社會沒有任何損害。「隔壁老王外遇，對你有損害嗎？」當然沒有。

通姦及相姦行為對國家、社會沒有任何實害或危害，縱然用「善良風俗」的籠統目的來看，也是沒有危害。用善良風俗來作為系爭條文的法益，目的上也是站不住腳的。

## （三）第三種可能的法益：報復

刑法規定竊盜要處罰，實際上無法完全防止竊盜的發生。系爭條文當然也無法防止通姦或相姦行為。但系爭條文可以用刑法來懲罰配偶或第三人。這是許多支持通姦罪及相姦罪的最根本理由。簡單的說，就是報復。

對於配偶變心的婚外性行為，以刑法處罰，其刑度僅為1年以下有期徒刑，實務上亦少見有判處不得易科罰金的刑度，以刑法追訴其實只是要給通姦、相姦者標記的恥辱，根本上欠缺法律上立足的理由<sup>8</sup>。

滿足報復的快感，足以作為系爭條文保護的法益嗎？就如學者所言：「我們不是不知道，在通姦事件中所謂被害人的心理上痛苦的感受。但是在法律上，一個人感受痛苦並不就是另外一個人要接受刑罰的理由。」<sup>9</sup>以「滿足報復」作為系爭條文保護的法益，顯然目的上也是站不住腳的。

<sup>7</sup> 民法第 1055 條至第 1055 之 2 條。

<sup>8</sup> 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，第 141 頁。

<sup>9</sup> 黃榮堅，刑罰的極限，元照出版，1999 年 4 月，第 16 頁。

#### （四）比例原則的檢驗

系爭條文可能保護的法益，在法律上都是沒有根據的。就算是足以作為系爭條文法益的，在比例原則上，所採取的手段造成的基本權侵害，也遠大於系爭條文要保護的目的，而違反憲法第 23 條的比例原則。

#### 四、結婚就造成性自主權的限制？

婚姻是兩個人成立的身分契約，雖然婚姻的雙方都期待對方對自己及情感的忠誠，但並非成立了婚姻的身分契約，就拋棄了自己憲法上的性自主權<sup>10</sup>。

在婚姻中，他方配偶可能因情感不睦等原因，拒絕為性行為，也可能雙方已無情感基礎而多年分居，甚至離婚訴訟耗時多年，如果此時人民之性自主權仍受限制，顯然違反人性尊嚴<sup>11</sup>。

#### 五、對相姦人來說

每個人有於何時、與何人發生性關係的自由。而婚姻關係是配偶間的身分契約，是否有性的忠誠義務，也是配偶間的問題。第三人沒有理由要因他人的婚姻契約而限制自己的性自主權。

任何人與有配偶之人為性行為，該有配偶者所違反的是他（她）和其配偶的婚姻契約，但那是其要去向配偶面對的，干第三人何事？<sup>12</sup>。

六、綜上，聲請人本於確信，認為系爭條文抵觸憲法第 23 條之比例原則，請大法官作成解釋宣告違憲。

謹呈

司法院大法官公鑒

中 華 民 國 一〇九 年 一 月 二十 日

<sup>10</sup> 邱忠義，前揭文，第 139 頁。

<sup>11</sup> 張明偉，通姦罪合憲性之再思考，月旦裁判時報，2017 年 5 月，第 65 頁。

<sup>12</sup> 沈秀華，前揭文，第 77 頁。

臺灣臺中地方法院刑事第五庭

法 官

附件一：臺灣臺中地方法院檢察署檢察官 108 年度偵字第  
27510 號起訴書。。

附件二：本院 108 年度易字第 3441 號刑事裁定。