

釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法的目的

聲請人審理臺灣桃園地方法院（以下簡稱桃園地院）108年度桃園簡字第296號妨害婚姻及家庭案件，對於應適用法條即中華民國刑法第239條通（相）姦罪（以下有關通姦罪用語，均包含通姦、相姦罪）規定，認定有牴觸憲法的疑義。聲請人乃裁定停止訴訟程序，提出客觀上形成確信法律違憲的具體理由，聲請司法院大法官憲法解釋，並變更司法院釋字第554號解釋意旨，宣告通姦罪規定因違憲而無效，立即停止適用。

貳、疑義經過、涉及的憲法及相關法律條文

一、本件事實經過

臺灣桃園地方檢察署（以下簡稱桃園地檢署）108年度偵緝字第2237號、第2238號聲請簡易判決處刑意旨為：被告陳○○為告訴人余○○之妻，為有配偶之人，被告邱○○則明知被告陳○○為有配偶之人，竟仍分別基於通姦、相姦之犯意，於民國107年4月間某日時，在不詳地點，為性器接合之通姦、相姦行為，嗣被告陳○○於108年2月1日生女陳○○，告訴人余○○始悉上情。綜上，檢察官認被告陳○○所為，係涉犯中華民國刑法第239條前段通姦罪嫌，被告邱○○所為，則係涉犯同法第239條後段之相姦罪嫌（如附件所示）。

本院以108年度桃原簡字第296號受理後，認不宜以簡易判決處刑，改依通常程序審理，並經本院合議庭以109年度原易字第7號受理在案。被告陳○○、邱○○於偵訊中，分別對於前開被訴通姦罪、相姦罪嫌均坦認不諱，並有告訴人余○○證詞及徐○○婦產科診所出具之陳○○出生證明書1紙等件在卷可證，聲請人認被告陳○○所為係犯中華民國刑法第239條前段通姦罪，被告邱○○所為則係犯同法第239條後段之相姦罪。

二、本件所涉及的憲法及相關法律條文

(一) 中華民國憲法第22條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」

(二) 中華民國憲法第23條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」

(三) 中華民國刑法第239條：「有配偶而與人通姦者，處1年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」

參、聲請解釋憲法的理由及聲請人對本件所持的立場與見解

一、程序事項

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，此觀中華民國憲

法第171條、第173條、第78條及第79條第2項規定甚明。而「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」，中華民國憲法第80條亦有明文。據此，依法公布施行之法律，法官應以之作為審判的依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。然憲法效力既然高於法律，法官自有優先遵守憲法之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理的確信，認有牴觸憲法疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求。亦即在上述情形，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應適用的法律為違憲的具體理由，聲請大法官解釋，迭經司法院釋字第371號、第572號、第590號解釋在案。

各級法院法官既有發現法律、甚至是發現違憲法律等義務，則聲請釋憲自不應僅是法官的「權利」（權限），更應係法官之「義務」。

¹亦及，若承審法官對所應適用之法律有違憲確信時，即有停止適用並聲請釋憲之義務。然而，如刑事庭法官對於承審個案所應適用的法律有違憲確信，而有意聲請釋憲時，是否應以依解釋適用該法律的結果，被告應判決有罪，為其前提要件？對此，原訴訟程序與釋憲程序本是各自獨立的程序，法官於適用法律過程中發現立法的瑕疵，現行憲政制度授予法官聲請釋憲的權限，使法官致力於協助立法者建立一

¹ 程明修，〈法官對於先決問題是否違憲的聲請釋憲義務？〉，月旦法學雜誌，第144期，96年4月，第194-199頁。

合憲的規範環境，這關係司法權與立法權的平衡，非僅為個案的救濟，亦不以個案救濟為主要目的。²亦即，釋憲程序目的不在於保護訴訟當事人的主觀權利，釋憲機關基於「裁判重要性原則」，對於原訴訟程序自應謹守「憲法審判的補充性原則」，則承審法官聲請釋憲與否、憲法法庭受理訴訟與否，自應以判決結論是否因而有所不同以為斷。

釋字第371號解釋意旨為：「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，聲請本院大法官解釋」；釋字第572號解釋意旨則為：「法官於審理案件時……聲請大法官解釋，業經本院釋字第371號解釋在案。其中所謂『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」。又108年1月4日修正公布、111年1月4日生效施行之憲法訴訟法（原來名稱：司法院大法官審理案件法），亦依釋字第572號解釋補充第371號解釋闡釋之意旨，於第55條明定：「各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」由此可知，

² 司法院釋字第572號解釋許玉秀、城仲模大法官不同意見書。

釋字第572號解釋在釋字第371號解釋之基礎上，加上「顯然於該案件之裁判結果有影響者」的要件，則依其文義解釋，若承審法官依其確信違憲之法律，解釋並適用於個案審判之結果，被告應受無罪判決之諭知時，自不應聲請釋憲，而應逕為被告無罪的諭知，以節約司法（釋憲）資源，並免除被告訟累。

基於「憲法審判的補充性原則」，刑事庭法官依其確信違憲之法律，解釋並適用於個案審判的結果，如被告應受無罪判決之諭知時，自無庸聲請釋憲，已如前述；反之，刑事庭法官依其確信違憲之法律，解釋並適用於個案審判之結果，被告應受有罪判決時，已符合「顯然於該案件之裁判結果有影響者」的要件，即有聲請釋憲之義務。本件被告所為成立通姦罪之情，已如前述，且聲請人確信該刑法條文違憲（理由詳如下所述），參照上述規定及說明所示，自應向司法院大法官聲請釋憲。

二、通姦罪的立法沿革與保護法益

刑法任務係保護人類社會的共同生活秩序，所有刑法規範都是以對重要法益（如生命、身體、自由、財產、公務員的不可賄賂性、公共秩序）的積極評價為基礎，它們是人類社會在共同生活中必不可少的，因此，要通過國家強制力，藉助刑罰來加以保護。從人類的歷史發展來看，無論中西社會，法律與道德之間的關係，始終相伴相隨；而通姦行為究竟是屬於應予以刑罰制裁，還是僅由道德非難即可的行

為，則隨著社會變遷而有不同的處置方式。

以西方歐陸社會而言，基於基督教傳統的道德觀，傳統上禁止非婚性行為，強調婚姻裡才能有性行為，英國、美國、歐陸各國民眾都可能因通姦行為而受罰。只是，隨著啟蒙運動的勃興，憲政民主、多元寬容等思維的發達，法律、道德逐漸分野。正因為如此，我國法律主要被繼受國的日本、德國先後於西元1947年、1969年廢除通姦罪；而深受傳統中國法禮教立法精神影響的韓國，也於西元2015年由該國憲法法院宣告通姦罪違憲。

對照之下，傳統中國法從《唐律》訂頒，採行「一准乎禮」的立法原則以來，刑事法律一直呈現高度的倫理性，法律道德化、道德法律化。³以最後一個帝國王朝所訂頒的《大清律例》為例，即採取「諸法合體、民刑不分」的編纂體例，「禮刑合一」的結果，「失禮則入刑」（行為人一有違反道德的行為，即應受刑罰的制裁）。其後，清末推行以繼受西方法制為主的變法活動，在研議《大清新刑律》草案時，即衍生「法理派」與「禮教派」之爭；資政院在審議該草案時，最後即就「尊親屬對卑親屬犯罪得否適用正當防衛」、「無夫姦是否構成犯罪」（「無夫」指：未婚女子、寡婦或妾）進行表決，其中關於無夫姦之爭最後由「禮教派」獲勝。⁴100多年來，這2個具有高度道德

³ 黃源盛，《中國法史導論》，102年9月，第377-387頁。

⁴ 黃源盛，〈西法東漸中無夫姦存廢之爭〉，政大法學評論第91期，95年6月，第53-67頁。

性的法律雖然已不存在，但夾雜傳統道德法律化遺緒的通姦罪（包括相姦行為），迄今則仍未廢除。

民國成立後，刪除《大清新刑律》中關於國體不符各條後，公布施行《暫行新刑律》。其中關於通姦行為僅處罰有夫之婦與人通姦者，姦婦及相姦人均須受刑事制裁，有婦之夫與人通姦則不在處罰之列；亦即，夫對妻可不守所謂的「貞操」義務，妻子則必守其「婦貞」。此種對於具有婚姻關係之人的性自主權規範模式，一直延續。直到立法院於24年審議刑法修正草案時，關於通姦行為應否專列條文處罰，仍引起極大爭議。大體上，可歸納為下列三種論點：1.主張根本不規定通姦處罰條文；2.主張「有夫之婦」通姦處罰條文的字樣；3.主張處罰「有配偶者與人通姦」。最終決議依照第三種意見通過，此即現行刑法有關通姦罪的法源依據，算是貫徹形式上的男女平等精神。⁵

通姦罪的立法目的，一般認為在於一夫一妻的婚姻制度下，為了確保配偶間性生活的純潔，並保護一夫一妻的婚姻制度而設。⁶只是，配偶之間的性忠貞，應出於夫妻間基於感情上的自我約束，單純違反道德的通姦行為（包括相姦行為），事涉人性及感情，有無必要以最具嚴厲性的刑罰制裁，亦即對於有配偶之人破壞婚姻契約中的忠貞義務，而與配偶以外之人發生性關係的行為是否予以犯罪化，成為近幾

⁵ 黃源盛，同上註，第 87-90 頁。

⁶ 林山田，《刑法各罪論（下冊）》，93 年 1 月，第 513 頁。

年來臺灣社會備受爭議的罪名。⁷

三、本件應據以審查的憲法原則與審查基準

司法權從事違憲審查時，在有關基本權利限制的審查方面，一般可分為形式審查、內容審查，前者為法律保留原則的要求，後者則涉及審查基準的問題。而所謂的「審查基準」（或稱審查密度、控制密度），是指法院在審查法令規範時，所持寬嚴不一的標準或尺度。⁸因為「司法審查基準寬嚴之決定，係司法釋憲者基於權力分立制衡之理論上及實際上需求、民主制度之反省（包括司法釋憲者對自身在民主制度中的角色及其民主正當性基礎之認知）、自身專業能力、與特定議題之社會共識等考量，而在審查不同類型之案件時，對於政治部門已作之決定要介入到多少程度之判斷」。⁹因此，基於釋憲聲請者所負的說服之責，以下說明聲請人主張本件司法院大法官所應據以審查的憲法原則與審查基準。

通姦罪包括描述構成要件行為的行為條款（規範），以及違反者應科處法定刑的制裁條款（規範）。針對刑法規範的違憲審查，必須先確認有需罰性與應罰性。所謂的「需罰性」即入罪的必要性，是在審查被刑罰規範指述為犯罪的行為是否侵害法益，以及究竟侵害何種

⁷ 106年由總統府出面召開的司改國事會議，在分組子題「刑法第239條、第227條文修正案」中，作成刑法第239條應予以廢止的決議。

⁸ 吳庚、陳淳文，《憲法理論與政府體制》，108年9月，第820頁。

⁹ 司法院釋字第571號解釋林子儀大法官協同意見書。

法益，而行為是否具有法益侵害性，正好等於是是否具有需罰性；「應罰性」則是指入罪的妥當性，是在檢驗動用刑罰的必要性，也就是審查動用刑罰的手段，以達到保護法益的目的，是否符合比例原則。¹⁰也就是說，需罰性主要針對的是行為條款，應罰性則是針對制裁條款。

行為條款的違憲審查是要審查其所保護的法益。至於制裁條款部分，因為刑罰的制裁手段有多種，對於不同的基本權限制應採取不同的審查基準，而且因為刑罰不可能是達到有效目的中，侵害較小或最小的手段，只能審查它是否為最後的不得已手段；如果在立法政策上，針對法益受害輕重的各種情況，規劃出不同的法律對策，以刑罰作為最嚴重狀況的對應之策，縱使沒有經過實踐檢驗立法政策的成效，還是可以就立法構想的周全程度，給予最後手段性的評價。¹¹這也正是釋字第646號解釋所揭示：「對違法行為是否採取刑罰制裁，涉及特定時空下之社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論等諸多因素綜合之考量，而在功能、組織與決定程序之設計上，立法者較有能力體察該等背景因素，將其反映於法律制度中，並因應其變化而適時調整立法方向，是立法者對相關立法事實之判斷與預測如合乎事理而具可支持性，司法者應予適度尊重」的意旨所在。

依照學者的研究，司法院大法官解釋有關違憲審查的憲法原則與

¹⁰ 許玉秀，〈刑罰規範的違憲審查標準〉，收錄於《民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，94年9月，第388-392頁。

¹¹ 許玉秀，同上註，第396-398頁。

審查基準，自釋字第414號解釋開始繼受德國的憲法上比例原則，比例原則成為中華民國憲法第23條的原則；同時，大法官平行繼受美國三重審查基準理論與德國審查密度理論，並將這二個理論連結適用到比例原則，因而整合出「一個原則，三種標準」的架構，並適用於平等權以外的多數權利類型案件。¹²其中有關比例原則的內涵，釋字第476號解釋認為包括以下三個次原則：目的正當性、手段必要性及限制妥當性，而除了釋字第544、551號解釋曾加以援用之外，未見其他解釋援引這三個次原則加以審查，反而逐漸將其內涵擴張為四個次原則：目的正當性、手段適合性、手段必要性及限制妥當性，也就是不論採行的是三個次原則還是四個次原則，審查的對象包括目的與手段。

另外，在比例原則的審查上，因為所涉及的基本權利的重要性不同，司法院大法官發展出寬嚴不同的審查基準。如採寬鬆審查基準，法院只要認為立法目的具有正當利益、目的與手段之間具有合理關連即可，通常推定為合憲、尊重立法者的決定；如採中度審查基準，則法院必須審查立法者所追求的目的是否為重大公益，而手段選擇與目的達成之間是否具有實質關聯；如採嚴格審查基準，通常推定違憲，立法目的必須是追求「重大迫切利益」，手段與目的之間必須具有必

¹² 黃昭元，〈大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化〉，臺大法學論叢，第42卷第2期，102年6月，第215頁以下。

要。過去司法院大法官在處理涉及同一基本權利限制時，所採取的審查基準未必一致，究竟應逐案權衡還是類型化操作？應該繼續以比例原則作為共同適用的審查依據？或自始採取類型化的方式，適用多元的審查基準（例如三重審查基準）？均可能是我國釋憲實務上尚待形成共識的問題。¹³雖然如此，「三重審查基準」既然已成為大法官違憲審查的基本架構，即應盡可能細緻化其操作及論證說理。

過去司法院大法官在處理財產權、契約自由、訴訟權、性行為自由（第554號）、性言論自由的管制（第617號）、身體自由（第544、679號）時，都採取寬鬆審查基準，僅作低密度地審查；在涉及身體自由（第588、646號）、資訊隱私權（第603號）、商業言論（第414、577、623、634號）、言論自由的事前許可（第678號）、性交易與性別平等（第666號）、隱私權與新聞自由的衡平（第689號）等違憲爭議時，均採用中度審查基準；而在攸關身體自由（第664、690號）、政治言論的內容管制（第445號）、結社自由與言論自由的內容管制（第644號）、商業言論的事前限制（第744號）時，則是採取嚴格的審查基準。由此可知，與通姦罪限制人民性自主權與隱私權（詳如下所述）有關的解釋中，早期大法官在釋字第554號解釋中，是採取寬

¹³ 黃昭元，同上註，第235-236頁。司法院釋字第744號解釋許志雄大法官協同意見書即指出：「比例原則畢竟只是憲法諸多原則之一，非可用以解決一切憲法問題。尤須注意的是，適用比例原則時，難免涉及價值權衡，而在人權價值與其他（公益）價值比較時，前者容易遭到低估，致人權無形中受弱化或矮化，故比例原則之適用有其界限。在表現自由方面，這種疑慮特別顯著。」

鬆審查基準，僅作低密度地審查；其後在釋字第603號、666號與第689號等解釋時，則都採用中度審查基準。是以，聲請人認為本件通姦罪行為條款違憲與否（需罰性，指保護法益的審查），應採取中度審查基準。

在有關於制裁條款是否違反比例原則的審查方面，司法院釋字第777號解釋指出：「人民身體之自由應予保障，憲法第8條定有明文。限制人身自由之刑罰，嚴重限制人民之基本權利，係不得已之最後手段。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，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稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第23條比例原則無違（本院釋字第544號、第551號、第646號、第669號及第775號解釋參照）」。¹⁴至於對刑罰應採取何種密度的審查？由於「刑罰規範涉及生命的剝奪、人身自由及財產權的限制。針對人身自由的限制，應該採取嚴格的審查基準，因為對人身自由的限制，直接貶抑個人人格，而損及人性尊嚴；針對財產權的限制，則可採取中度審查基準，因為對財產權的限制，比較可以與人性尊嚴相區隔」。¹⁴是以，通姦罪制裁條款既然以有期徒刑作為唯一

¹⁴ 司法院釋字第646號解釋許玉秀大法官不同意見書。

刑罰，即攸關人身自由的限制，其違憲與否（應罰性，指審查動用刑罰的手段，以達到保護法益的目的，是否符合比例原則），聲請人認為自應採取嚴格的審查基準。

四、通姦罪以國家權力限制人民的性行為自主權、隱私權，目的欠缺

正當且刑罰有違比例原則，應屬違憲：

（一）目的審查

性行為自由與個人人格有不可分離的關係，人民得自主決定是否及與何人發生性行為（司法院釋字第554號參照）；隱私權雖非憲法明文列舉的權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性的維護及人格發展的完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾，隱私權乃為不可或缺的基本權利，而受中華民國憲法第22條所保障（司法院釋字第509號、第535號、585號解釋參照）。據此可知，性行為自主權與隱私權已經司法院大法官明文肯認為中華民國憲法第22條所保障的基本權利。

通姦罪將已婚之人與他人相姦行為列為刑事處罰對象，明顯限制人民自主決定是否、與何人發生性行為的自由（性行為自主權）；而以刑事手段管制性行為，也構成對個人生活秘密空間免受國家權力侵擾的權利（隱私權），因為性行為通常都在私密狀況下為之，告訴人或國家權力為了舉證，勢必侵擾其生活秘密空間。問題是通姦行為究竟是侵害了公共道德還是私人道德？造成什麼樣的社會損害性？侵害誰的法益？將通姦論以罪刑，是否有助於婚姻家庭的維持？配偶一

方與他人通姦，是否會損害另一方的「名譽」？以上種種，一直是通姦罪引發的需罰性問題。以下一一論證說明。

首先，通姦罪行為條款違憲與否，應採取中度審查基準；違憲審查的中度審查基準指必須審查立法者所追求的目的是否為重大公益，手段選擇與目的達成之間是否具有實質關聯等等，已如前述（參、三）。而通姦罪雖以「婚姻與家庭制度」的維繫，作為需罰性的正當化理由，但這種社會秩序或公共利益的內涵，本難恆久不變。又「婚姻制度之存續」與「婚姻之圓滿」乃屬二事，維護婚姻、家庭秩序，必須仰賴雙方彼此付出的情感與信賴才能建構良善的關係。婚姻與家庭生活的經營與維持，屬私人如何經營生活的領域，本質上不可能由國家積極提供，若將「國家確保婚姻制度之美滿」甚至「國家確保婚姻之美滿」誤認為婚姻與家庭制度性保障內涵，顯然逾越了制度性保障的功能。

再者，性行為自由與人格緊密連結，屬於人性尊嚴範疇，於兩人自願結婚之際，大多數當事人間皆會互相承諾情感忠誠與性行為對象獨占，此種許諾必須仰賴配偶雙方在共同生活時空中，不斷有意識地自我決定，才可能實現；婚姻的美滿與破碎，皆繫於人，國家不可能保障美滿的婚姻，只能透過婚姻制度給予人民追尋美滿婚姻的可能；婚姻與家庭受憲法保護的內涵立基於個人自主選擇透過結婚、共同生活而實現人格與生命，這是自我決定的價值展現，尚不能擴大推論憲

法保障已婚者不受情感背叛及性忠貞背叛的自由，也就是通姦配偶的他方配偶沒有「免於配偶出軌」、「免於他人與配偶相姦」的憲法上基本權利。¹⁵立法者希望藉由刑法的威嚇、懲罰所生痛苦，阻止婚外性行為對於婚姻關係的傷害，其實對個案中的人際關係影響經常是有害無益，甚至是帶有負面效果，即與立法者所要保障的婚姻制度、家庭秩序背道而馳。¹⁶

另外，婚姻是人格實現的重要自由，婚姻圓滿與否僅能由配偶間共同經營，並無法推論已婚者享有受憲法保障「免於因第三者與配偶性交而情感痛苦之自由」。又世俗上雖將通姦行為認為是不名譽的行為，但對於通姦行為的他方配偶而言，其人格評價並無任何影響，並沒有侵害其性自由或妨害其名譽的情形存在。而通姦行為既然並未侵害未為通姦行為的他方配偶的性自由與名譽，並非具有較高罪責內涵的不法行為。

由此可知，立法者制定通姦罪，僅僅是為了確保配偶間性生活的純潔，並保護一夫一妻的婚姻制度，並未涉及保護未為通姦行為的他方配偶的性自由與名譽，且對照世界各國通姦罪除罪化的趨勢，可認為通姦罪僅是道德法律化的結果，即難以認為所追求的目的攸關重大公益；何況立法者希望藉由刑法的威嚇、懲罰所生痛苦，阻止婚外性

¹⁵ 吳基華、陳碧玉、李奕逸，臺灣雲林地方法院 105 年度簡上字第 83 號釋憲聲請書。

¹⁶ 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，95 年 11 月，第 317、320 頁。

行為對於婚姻關係的傷害，反而經常是對個案中的人際關係有害無益，甚至是帶有負面效果。是以，通（相）姦行為顯然不具有「應刑罰性」，通姦罪並無法正當化它對通姦者性自主權、隱私權的侵害，應屬違憲。

（二）手段審查

從前述立法目的審查的說明，可知為確保配偶間性生活的純潔，並保護一夫一妻的婚姻制度為由制定通姦罪，應屬違憲。雖然如此，聲請人仍就應罰性（制裁手段）審查方面，略表看法。而通姦罪制裁條款以有期徒刑作為唯一刑罰，應該採取嚴格審查基準；司法院大法官在運用比例原則審查管制手段時，逐漸將其內涵擴張為三個次原則：手段適合性、手段必要性及限制妥當性，都已如所述（參、三）。不過，在適用嚴格審查基準時，一般認為比例原則的適合性、妥當性這二個次原則原本就無用武之地，而只有必要性原則才是真正具有殺傷力的嚴格審查基準。¹⁷是以，以下有關通姦罪的制裁手段審查部分，僅以必要性原則加以說明，也就是處罰通姦行為是否符合刑罰的最後手段性原則。

刑罰制裁條款應採取嚴格審查基準，指的是立法機關如為保護合乎憲法價值的特定重要法益，並認為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的手段可資運用，雖得以刑罰

¹⁷ 司法院釋字第 744 號解釋黃昭元大法官協同意見書。

規範限制人民身體的自由，但刑罰對人身自由的限制與其所要維護的法益，仍須合乎比例關係，已如前述（參、三）。而當夫妻一方不履行較低位階之性行為的同居義務，法律僅是提供得請求離婚的保障，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的婚姻保障相衝突時，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」的狹義比例原則，¹⁸只要透過民事途徑加以解決即可，即無從採行「合憲解釋方法」而使通姦罪合憲。

何況以司法實務統計結果而論，通姦罪規定不僅無法讓通姦行為消失，而且當事人為取得證據，耗費大量時間、精力與金錢，卻常因證據不足而徒勞無功；即便判決有罪，絕大多數被告僅受易科罰金之刑；¹⁹更甚者，依照法務部統計資料，通姦罪告訴人是女性時，對配偶撤告的比例較高，顯見妻較夫容易原諒其配偶，而僅單獨告夫外遇的第三人，造成因通姦罪而受刑罰制裁的女性較多。²⁰也就是說，通姦罪被害妻子並不以「理性選擇」與「自利行為」為前提，而是基於「有限理性」的概念，在選擇決策過程中，受到家庭與子女或其他因素的影響，使得配偶所作的選擇決策模式往往是對配偶寬恕而撤回其告訴，如此不僅無法產生嚇阻作用（夫預期妻會原諒而屢次再犯），而且形成性別不平等的法律效果；更因通姦罪法定刑為有期徒刑1年

¹⁸ 陳文貴，〈評大法官釋字第五五四號解釋—比例原則之再檢視〉，刑事法雜誌，第58卷第5期，103年10月，第29頁。

¹⁹ 徐昌錦，〈通姦除罪化—案例研究與實證分析〉，95年6月，第99-112頁。

²⁰ 吳志強，臺灣花蓮地方法院106年度花原易字第7號釋憲聲請書。

以下之罪，判處有期徒刑6月以下的高達99%，且舉證困難，加上當事人撤回告訴的情況（每年因撤回告訴而諭知不受理判決的比率超過30%），以致司法實務上並未發生實質刑法規範的法律效果，徒然虛耗了寶貴的司法資源。²¹是以，從嚴格審查基準觀之，通姦罪所要保護的法益不僅不是合乎憲法價值的特定重要法益，而且施以刑罰並無助於目的之達成，何況有相同有效達成目的而侵害較小的民事損害賠償手段可資運用，通姦罪制裁條款也應認為違憲而無效。

五、司法院釋字第 554 號解釋應予變更

91年12月27日公布的司法院釋字第554號解釋，雖然揭示：「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239條對於通姦者、相姦者處1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」、「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照本院釋字第362號、第552號解釋）。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」等意旨。然而，由本號解釋意旨可知，仍不脫傳統的家庭倫理觀念，欠缺明確的論理基礎，既未能深入考慮時空變遷因

²¹ 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，103年12月，第112-114頁。

素及國際立法趨勢，又在面對社會有明顯爭議的情形下，缺乏實證數字及佐證資料，逕以既抽象又短淺的解釋理由書宣告通姦罪合憲，可謂是在臺灣憲法變遷脈絡中，「保守有餘、 前瞻不足」、「群疑未釋、 爭議無解」的不妥適憲法解釋。²²

雖然司法院釋字第554號解釋肯認通姦罪的合憲性，但該號解釋公布後10多年的司法實踐結果顯示，不僅「犯罪黑數」龐大，而且制裁效果非常有限，現行通姦罪立法是「刑章具在，祇生空文」。再者，「法與時轉則治，治與世宜則有功」，司法院大法官因應社會變遷，變更其先前見解的情況，所在多有（如釋字第684號解釋變更第382號解釋意旨；釋字第771號解釋變更第108號及第174號解釋意旨）；而隨著時代環境的變遷（該號解釋公布迄今已經超過16年）、婦女經濟地位的提升，尤其在這多元化的現代社會，「倫理」是一個相對的概念，是否仍有維持這種刑法「家父長主義」過分擴張的作法，即有疑義。如果重新檢視憲法保障「婚姻與家庭」的制度與權利內涵，仍不能指出與人性尊嚴相當的具體保護法益，即不應僅以抽象的社會生活秩序為由，作為以刑罰限制人性尊嚴一環的性行為自由的理由，這也是我國法律主要被繼受國的日本、德國先後廢除通姦罪的主要原因。

再者，依照最新的司法實務見解，司法院釋字第748號解釋已肯認同性伴侶在婚姻自由的平等保護。雖然從該號解釋並不會推論出通

²² 徐昌錦，同註19，第220-221頁。

姦罪應該廢除的結論，但確實提供我們一個得以重新思索刑法介入婚姻家庭妥適與否的契機。事實上，近年來在刑事法領域，從家庭暴力防治法、兒童及少年福利與權益保障法的制定，可以看到其中從保護抽象的家庭倫理或秩序（如道德倫理、善良風俗），逐漸轉向重視家庭中的弱勢者及個人的生命身體安全，這些過程嬗遞，在在顯示當前法律發展趨勢及價值觀的轉變。²³

何況，司法院釋字第554號解釋公布後，立法院於98年3月31日通過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（以下稱兩公約施行法），總統並於同年4月22日公布，行政院定於同年12月10日施行。兩公約施行法第2條特別明定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力」；同施行法第4條另明定：「各級政府機關行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規定，避免侵害人權，保護人民不受他人侵害，並應積極促進各項人權之實現」；同施行法第8條更賦與兩公約施行法高於一般法律效力的規定：「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2年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進」。其中公民與政治權利國際公約第17條禁止對個人私生活的無理侵擾，聯合國人權事務委員會於西元1988年通過的第16號一般意見，即揭示：「依照本條所規定的義務，政府應採取

²³ 林慈偉，〈同性婚姻釋字後的通姦罪解釋及其因應：從司法院釋字第554號到第748號解釋〉，臺大法學論叢，第47卷特刊，107年11月，第1535-1538頁。

立法及其他措施，以禁止這種侵擾和破壞，並保障這種權利」。²⁴102年、106年兩公約國際審查會議提出的兩公約國際審查結論性意見中，即都明白指出通姦罪的處罰，構成對私生活的任意干涉，建議我國政府應採取措施，並指出廢除此一罪名乃是政府的責任。²⁵是以，通姦罪以國家權利限制人民的性自主權、隱私權，既然目的欠缺正當，且其刑罰有違比例原則，更有違公民與政治權利國際公約第17條規範意旨，司法院大法官自應參照其變更判決先例(解釋)的作法，變更司法院釋字第554號解釋意旨，宣告通姦罪規定違憲。

肆、結論

綜上所述，本院基於以上說明的法律確信，認定現行通姦罪規定所要處罰的，是對於性忠貞義務的違反，卻以最具嚴厲制裁性的刑罰制裁單純違反道德的通姦行為，限制人民的性自主權及隱私權，不僅欠缺正當化理由，而且有違憲法上比例原則的規定，應屬違憲。爰請司法院大法官本於「憲法守護者」的地位，宣告系爭規定違憲，以保人民權益並貫徹憲政民主國家的精神。

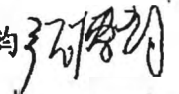
此 致

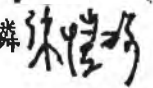
司 法 院

²⁴ 法務部編印，《公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約一般性意見》，101年12月，第27頁。

²⁵ 法務部網站人權大步走專區：兩公約國家人權報告 > 結論性意見與建議後續追蹤 <http://www.humanrights.moj.gov.tw/cp-468-31490-f6b22-200.html>、<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp-487-200.html> (最後瀏覽日期：108年10月7日)。

聲請人 臺灣桃園地方法院刑事第一庭審判長法官 劉為丕 

法官 張博鈞 

法官 陳愷璘 

中 華 民 國 109 年 2 月 5 日

【關係文件之名稱及件數】

附件：桃園地檢署108年度偵緝字第2237號、第2238聲請簡易判決處
刑書。