

關於刑法第 239 條規定及刑事訴訟法第 239 條但書

聲請大法官解釋之補充理由書

案號：會台字第 13520 號、107 年度憲三字第 10 號

吳志強¹

目錄

壹、前言.....	1
貳、關於刑法第 239 條.....	3
參、關於刑訴法第 239 條但書	7
肆、結論：司法院釋字第 554 號解釋應有變更解釋之必要	12

壹、前言

司法院釋字第 554 號解釋曾於民國 91 年 12 月 27 日針對刑法第 239 條對通姦、相姦者處以罪刑之規定（以下簡稱：通姦罪）作成合憲解釋，但隨著時空背景之推移，幾經社會多元思辨，不代表著通姦罪規定在歷經 17 年後之今日，在我國社會中仍有存在之必要性，蓋我國刑事實體法修法之專責機關（即法務部）在這 17 年間曾於 **102 年 2 月 27 日我國初次國家人權報告國際審查會議**中表示通姦罪之存在是否已不合時宜，刑法修正小組會考慮修法²；我國為明定「消除

¹ 臺北地方法院法官。

² 按法務部陳次長明堂表示：「...第三個，我們也思考到，這種法律是不是不合時宜，在我們的刑法修正小組將來會考慮，因為日本在二次大戰以後就把這種法律修改掉，我們有考慮到，我們的刑法是整體要修的，所以委員這種考慮，我們可以作為以後修法的參考...」。請參考：中華民國初次國家人權報告國際審查會

對婦女一切形式歧視公約」(以下簡稱：CEDAW)，行政院於 99 年 5 月 18 日函送「CEDAW 施行法草案」、立法院於 100 年 5 月 20 日三讀通過，經總統公布後自 101 年 1 月 1 日起施行³，嗣於 **102 年 9 月 18 日 102 年第 8 次 CEDAW 法規檢視專案審查小組會議決議**指出：通姦罪規定構成對私人生活之干擾，不符合公民與政治權利國際公約第 17 條規定，專家建議政府應採取措施從刑法中廢除，後續應循法務部處理法規違反兩公約之流程辦理⁴；**總統府司法改革國是會議第五分組第六次會議於 106 年 5 月 18 日之會後記錄**亦曾指出：以國家刑罰權介入私人關係之通姦罪，存在之正當性已屬薄弱，配偶依與通姦罪有關之刑事訴訟法(下稱：刑訴法)第 239 條但書得僅對通姦之配偶撤回告訴，該撤回不及於相姦人，此規定違反刑事訴訟之原則，並造成通姦罪實體受刑人數女性遠高於男性，造成壓迫女性之實質不平等⁵。長期存在我國刑法典中之通姦罪之所以難以撼動，不僅是刑

議公民與政治權利國際公約初次報告審查委員會與政府機關之會議紀錄
<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp-466-200.html> [最後瀏覽時間：2020 年 3 月 22 日]。

³ 請參考：行政院性別平等會網站
<https://gec.ev.gov.tw/Page/FA82C6392A3914ED> [最後瀏覽時間：2020 年 3 月 22 日]。

⁴ 請參考：行政院性別平等會網站
<https://gec.ev.gov.tw/Page/82225D923EAF708A> [最後瀏覽時間：2020 年 3 月 22 日]。

⁵ 總統府司法改革國是會議第五分組第六次會議 106 年 5 月 18 日會後初步決議：「...(四)刑法第 239 條、第 227 條之 1 條文修正案 **1.廢止刑法第 239 條，若因故無法立即廢止，應即刻刪除刑事訴訟法 239 條但書之規定，回歸刑事訴訟法告訴不可分原則之適用**。理由：(1)刑法通姦罪之存在，於性別平權意識尚未

法或刑訴法層面的問題，也夾雜著社會所存在以及夫妻間之關係互動等層面之問題，當刑事處罰無法妥適處理時，是否仍有需要刑法第 239 條及刑訴法第 239 條但書規定，以下僅就個人聲請書未完足部分簡要補充理由。

貳、關於刑法第 239 條

司法院釋字第 554 號解釋所提及：通姦罪存在係維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要，學理⁶、實務⁷上亦多肯認此為刑法第 239 條之立法目的與保護法益，而司法院歷來之解釋，在在顯示婚姻連結家庭已成內容豐富之制度，故而形式上來看，立法者制定刑法

發展、我國性平法制多有缺漏之年代，有其保護弱勢配偶的功能，惟現今我國已有家庭暴力防治法與性侵害防治法，於民法親屬篇內，就夫妻財產制、離婚有責與破綻主義、子女之監護，均已經符合性別主流化之標準，並以子女之最佳利益為親權行使之依歸，是以，以國家刑罰權介入私人關係之通姦罪，目前存在之正當性已屬薄弱。(2)與通姦罪有關之刑事訴訟法第 239 條但書，為「告訴不可分」原則之例外規定，依此規定，配偶得僅對通姦之配偶撤回告訴，該撤回不及於相姦人，此規定違反刑事訴訟之原則，並造成通姦罪實體受刑人數女性遠高於男性，造成壓迫女性之實質不平等。(3)何況曾有實際案例，主張受性侵害之告訴人，性侵害案件因證據不足無法定罪，卻反遭被告配偶提告通姦有罪確定，致實務常見性侵害被害人因恐遭行為人配偶提告通姦，而不敢舉發或告訴遭性侵害事實，影響性自主權之保障與被害人告訴權之行使。...」。請參考：總統府司法改革國是會議網站 <https://justice.president.gov.tw/meeting/48>〔最後瀏覽時間：2020 年 3 月 22 日〕。

⁶ 甘添貴，「刑法各論（下）」，第 277 頁、第 295 頁，初版一刷，2010 年 2 月；林山田，「刑法各罪論（下）」，第 491 頁，2006 年 11 月；陳子平，「刑法各論（下）」，第 435 頁，元照，2014 年 11 月。

⁷ 司法院(70)廳刑一字第 1104 號法律問題研究研討結果：刑法分則第 239 條之通姦罪及相姦罪係「妨害婚姻及妨害家庭罪」，因本條之罪，所保護客體，為健全之婚姻制度及家庭秩序。

第 239 條用以保障「婚姻、家庭制度」之社會法益，似存在目的正當性。

但倘若進一步細想，同樣保障婚姻、家庭制度及社會生活秩序等社會法益之刑法第 238 條重（相）婚罪，較可明確地找出該條之核心內涵係保障一夫一妻制之婚姻制度的健全秩序，蓋此制度之破壞恐衝擊家庭制度層面之安定（如：夫妻事業成敗、子女人格養成均有賴健全和諧之婚姻與家庭等）、進而連帶影響社會發展；但刑法第 239 條通姦罪之核心內涵呢？爬梳學理、實務見解則有提及刑法第 239 條之立法目的則係在保障「夫妻婚姻之圓滿不可侵犯性」⁸，換言之，此所指乃無非係「婚姻之神聖性」。不過，如果係這般詮釋通姦罪所保障之社會法益內涵的話，通姦罪所保障之法益將淪為僅是抽象社會善良風俗或傳統道德觀感，過於模糊而未能具體化⁹，恐將無法符合合憲之重要立法目的，根本上無法通過比例原則之目的合憲性檢視。

假設立法者制定通姦罪之想法乃係：婚姻係夫妻雙方成立具有親密性及排他性的永久結合關係，如有第三人介入其中，遂將導致夫妻雙方關係減損、惡化，可能影響夫妻各自事業、已生兒育女者影響子

⁸ 法務部（87）法檢（二）字第 02560 號；陳子平，「刑法各論（下）」，第 435 頁，元照，2014 年 11 月。

⁹ 請參照：許宗力大法官釋字第 666 號解釋協同意見書；黃昭元大法官，「憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析」，第 125 頁，國立臺灣大學法學論叢第 33 卷第 3 期。

女教養、成長，家庭之安定將隨之動搖，原本締結之婚姻因而分崩離析以離婚告終，進而連帶影響社會，因而必須用刑罰來禁止、處罰避免這樣的情況發生。不過，國家發動刑罰將導致人民之人身自由及財產受到剝奪，立法者欲以刑法規範處罰婚外性行為，仍需有堅實之事證，從「地方法院離婚終結事件離婚原因」統計數據（詳見後述附表）來看，自 94 年至 107 年間，離婚原因始終高居不下的是：「受他方虐待（或為不堪同居之虐待）」，而非與配偶以外之人合意性交之通姦，從上開統計數據來看，無法證明婚外性行為是導致我國社會當中婚姻制度離婚之主要原因，亦無從推導出前開立法者制定通姦罪時之擔憂而認為有採用刑罰加以處罰之必要。

而通姦罪為告訴乃論之犯罪，如要國家進行訴追則遭到背叛之配偶一方需加以提出告訴，但司法院釋字第 569 號解釋理由書及協同意見書¹⁰均曾分別提及：「...夫妻之間為維持家庭和諧，不願對配偶追訴...若提出告訴，依同法（即刑事訴訟法）第 239 條前段之規定，其效力必及於其配偶，於人倫關係之維護，反有不利之影響。如必於告訴之後，再對配偶部分撤回告訴（同法第 239 條後段），以勉力維持婚姻關係，則亦有虛耗司法資源之虞...」、「...婚姻制度之存續與圓滿

¹⁰ 林子儀大法官釋字第 569 號解釋協同意見書。

必須配偶雙方共同努力維持，而忠誠義務也是當事人雙方在婚姻中互許的承諾，無法由國家背書或應由國家強制...」等情，足以知悉一旦提告將無法保障夫妻間之婚姻、家庭和諧，立法者所制定之通姦罪並無法達成原本期望之目的。更何況，從司法實務見聞之案例¹¹中亦可知，有時通姦行為並非動搖婚姻關係之原因，而係已無法維繫之婚姻關係所產生之結果，於此情形，立法者以刑罰制定通姦罪而確保所謂婚姻、家庭關係，無非係緣木求魚，根本無法符合比例原則之適合性層次之要求。

而兼及個人聲請書前已曾提及人民作為憲法權利保障之主體，不因其進入婚姻或家庭生活而有異¹²，在婚姻關係當中，個人生活私密領域仍受有免於他人侵擾之隱私權保障，通姦罪之存在將導致個人私密領域之事項將持續地作為呈堂證據，在當代社會均係對於個人隱私權之重大打擊。爰此，對於通姦罪之審查標準宜採取中度（從嚴）以上甚至是嚴格¹³之審查標準，而非僅僅採取合理審查標準；立法者所

¹¹ 臺灣高等法院臺中分院 107 年度上易字第 315 號判決：「...甲男於民國 103 年 10 月 23 日與乙女登記結婚，婚後相處不睦，而有家庭暴力等糾紛，後於 105 年 5 月 30 日經臺灣臺中地方法院裁判離婚，且經確定在案，並於 105 年 7 月 1 日登記離婚。緣甲男於 105 年 4 月前之某日結識不知情之丙女，甲男明知當時其與乙女間之離婚訴訟仍在法院審理中，尚未離婚，仍處於婚姻關係存續期間，係為有配偶之人，竟仍基於通姦之犯意，於自 105 年 4 月間起至同年 5 月 5 日止之該期間內某時，與不知甲男尚未離婚之丙女為性交行為 1 次...」。

¹² 請參照：葉百修大法官釋字第 696 號解釋部分協同意見書。

¹³ 請參照：許玉秀大法官釋字第 646 號解釋不同意見書。

舉出之「婚姻關係神聖不可侵犯」，由於其內涵過於模糊不清楚，且無達成原本期望目的之效果，難以作為重要利益；立法者採取以刑事處罰之手段與其欲達成目的之間委實欠缺實質關聯性。

參、關於刑訴法第 239 條但書

立法者於刑訴法第 239 條之但書特別制定撤回告訴主觀可分之規定¹⁴，考量其以刑法第 239 條之案件為限，該條之立法目的及保障法益不外乎係：作為告訴人之配偶一方，常常本於夫妻間之情義，對於有婚外性行為之他方配偶有所宥恕，而對相姦者（即俗稱：小三、小王）則未必然一併宥恕，若一併將撤回效力及於必要共犯之相姦者，有悖於人情，故作為告訴人之配偶一方，得以單獨撤回告訴，乃為顧及婚姻關係中之夫妻情義、家庭和諧，夫妻可以早日脫離訴訟關係，重修舊好、破鏡重圓，促使婚姻關係得以繼續延續，此即刑訴法第 239 條但書例外規定之唯一目的¹⁵。

而告訴制度於當代司法制度的意義，一般認為告訴權之賦予不外乎係讓受到損害之被害人得對犯罪，請求國家進行正當之調查後予以

¹⁴ 刑訴法第 239 條本文「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯」之規定，係所謂「告訴主觀不可分原則」；而同條但書「但刑法第二百三十九條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」之規定，則被認為係「撤回告訴主觀可分」之例外規定。

¹⁵ 臺灣高等法院暨所屬法院 104 年度法律座談會刑事類提案第 26 號。

處罰之制度，但為了避免告訴權行使時之恣意濫用，在法律層面的對應上，往往會制訂「告訴主觀不可分」之規定，此係基於政策考量，確保作為偵查主體之檢察官行使公訴權時，不會因告訴權人與共犯之一人間存有私人情感而撤回對該特定共犯之告訴，導致檢察官之公訴權受到箝制；亦係避免作為公益代表人之檢察官不會因制度設計，使其在追訴犯罪的過程中存在不當的差別對待¹⁶。然刑訴法第 239 條但書將刑法第 239 條之犯罪類型，選擇採用撤回告訴主觀可分之例外，將導致公訴權之行使上，對特定犯罪類型存有因告訴權人個人對共犯之好惡而有不同對待之不公平情形，也無法說明何以其他告訴乃論犯罪沒有撤回告訴主觀可分之適用，制度設計上將必然導致國家刑罰權運作上存在不公平、不平等之缺陷。

試想，立法者制定刑訴法第 239 條但書撤回告訴主觀可分例外規定之目的，應係預想了遭到背叛的配偶一方盛怒之下會向通姦者或相姦人提出告訴，而告訴效力均會及於通姦之配偶，但最該被譴責的是破壞婚姻圓滿之相姦人，因而允許僅對通姦之配偶撤告，徒留相姦人於訴訟中，以此迂迴之制度設計方式，企圖達成夫妻彼此間重修舊好、破鏡重圓，挽救搖搖欲墜之婚姻關係於危急存亡之中。

¹⁶ 黒澤 睦，「告訴權の歴史的発展と現代的意義」，頁 9-10，法學研究論集 18 号 2003 年 2 月；「いわゆる告訴權の濫用とその法的対応論序説」，頁 175-176，明治大學法學創立百三十周年記念論文集，2011 年 11 月 1 日。

然而，如此迂迴之制度設計，加上通姦罪係告訴乃論之罪，刑法第 245 條第 2 項之規定，一旦配偶縱容或宥恕後就不能提告，而宥恕之認定亦包含明示或默示¹⁷，**為了避免對通姦之他方配偶不提告被視為係刑法第 245 條第 2 項之宥恕**，實務上曾見聞之情形，則係遭到背叛作為告訴權人之配偶一方一併提告通姦之他方配偶後，再撤回對他方配偶之告訴，參酌前揭司法院釋字第 569 號解釋理由書之內容，如此「先傷己、再傷人」之制度設計果真能達到重修舊好？

從心理學的角度來看，觀察發生婚外性行為後的夫妻雙方相處之社會實態，雙方締結婚姻時所為之承諾遭到背叛，越軌通姦之配偶一方如要重回原本婚姻關係，承受情感受到背叛的配偶一方往往為了安全感確保，會進一步地要求犯錯的那一方不能有自己之秘密、凡事須公開透明（如：交出手機、信箱、社群帳號之密碼）、甚至交付一定之財產讓對方安心，有心重返原本婚姻關係且帶著道德上之罪惡感的該方往往一開始都會照作，但如此一來雙方在該婚姻關係當中不再是彼此平等、自由之地位，反而存有某種帶有監視行動、情感監禁的意味存在，長此以往，原本帶有道德罪惡感之一方反而會認為對方是虐

¹⁷ 臺灣高等法院臺中分院 108 年上易字第 1347 號判決：「...按刑法第 239 條之罪，配偶縱容或宥恕者，不得告訴，同法第 245 條第 2 項固定有明文，惟所謂『縱容』或『宥恕』，非僅須有權告訴之人內心有『縱容』或『宥恕』之真意，且須於外部有『縱容』或『宥恕』之明示或默示之表示行為，方足當之。……」。

待、羞辱，而一開始遭到背叛之配偶一方亦會因對方之態度轉變而彼此關係更加急轉直下，衍生更多衝突，立法者制定刑訴法 239 條但書之規定能否確保撤回對通姦之他方配偶告訴後，婚姻能破鏡重圓？
還是不斷地嘗試接近、期望能一如往常，結果卻是反覆地期望換來失望呢？

立法者制定刑訴法第 239 條但書，背後預設了「維持住婚姻關係、不要離婚就能圓滿」的想法，卻忽略了社會實態層面，對於無意維繫婚姻、遭到背叛之配偶一方，離開這段破敗的關係，可能對其將來的人生旅途才是更好的選擇；且當無意維繫婚姻、遭到背叛之配偶一方提出告訴後離婚，欲對通姦之他方前配偶撤回告訴、只想對相姦人追究時，由於現行實務見解認為若婚姻關係早已消滅，夫妻情義已逝，又無延續婚姻存續關係之可能時，自無延續婚姻關係之目的可言，刑訴法第 239 條但書規定關於「配偶」之文義解釋，自不能作擴張至「前配偶」之身分，從而，對「前配偶」撤回告訴者，效果上將回歸刑訴法第 239 條前段，效力及於必要共犯之相姦人¹⁸，將導致無意維繫婚姻關係者變相地被迫維持假面夫妻關係，已經沒有夫妻情義而仍需維持婚姻空殼的情況下，對夫妻雙方、子女養育成長果真是最

¹⁸ 臺灣高等法院暨所屬法院 104 年度法律座談會刑事類提案第 26 號。

好考量嗎？或是立法者只是想用傳統道德觀念對於婚姻之美好圖像
強行將疏離無法修復之關係框架呢？

況且，依學者之實證研究而言，通姦罪表面上係性別中立之規定，但結合刑法第 245 條第 2 項之縱容與宥恕、刑訴法第 239 條但書規定，進入通姦罪審理變成被告之總數性別是女性多於男性：51% 比 47%，再算有罪與非有罪判決之性別比例所得結論是，有罪判決的性別差異在統計上具有顯著性¹⁹。是以，實證研究之結論：女性在通姦罪之懲罰上相對脆弱，由於社會價值和諸種原因，使得女性處於脆弱之處罰地位，使得刑訴法第 239 條但書搭配刑法第 239 條實際運作上，反而存在著間接之性別差別待遇存在，如此一來，刑訴法第 239 條但書搭配刑法第 239 條之運作，將可能造成國家刑罰權不斷地強化社會文化價值中之刻板印象，不僅違反憲法第 7 條之平等原則，也違反 CEDAW 之精神。

原本訴訟程序之設計宜尊重立法者之決定，審查標準原應採取合理審查標準；惟考量上開刑訴法第 239 條但書之制度設計所連接刑法第 239 條，仍會造成個人隱私權之侵害，以及國家刑罰權不公平及間

¹⁹ 實證研究詳細分析，請參照：官曉薇教授發言，「婚外性的罪與罰」座談會，第 41 頁至第 42 頁，台灣法學雜誌第 223 期，2013 年 5 月 1 日。

接性別不平等之情狀，甚至此一撤回告訴主觀可分之例外存在諸如強要維持假面夫妻等不合理之情形，**宜將審查標準調升至中度（從嚴）或嚴格之審查標準**；夫妻婚姻關係能否重修舊好、破鏡重圓並非國家刑罰權、刑事訴訟程序所能強行修復，此對國家而言並非重大迫切之利益，也不屬於國家之重要利益；**在嚴格審查標準下，存在涵蓋過廣之情形**；在中度（從嚴）之審查標準下，手段與目的間亦難認有實質關連性。

肆、結論：司法院釋字第 554 號解釋應有變更解釋之必要

司法院釋字第 554 號解釋雖然指出「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障...」，但人權原本先於國家而存在，過度強調制度性保障，而不仔細審查制度保障之內涵為何時，恐導致制度優先於人權、進而產生箝制、侵蝕人民基本權利之危險²⁰，通姦罪則是明顯的例子。

環顧世界各國，刑法典保有通姦罪規定者，委實寥寥可數，韓國（2015 年：2009Hun-Ba17）²¹及印度（2018 年：*Joseph Shrine v Union*

²⁰ 許志雄大法官，「制度性保障」，第 78 頁至第 79 頁，月旦法學雜誌別冊，元照，2002 年 2 月。

²¹ 請參照：<http://english.court.go.kr/cckhome/engNew/index.do>〔韓國憲法

of India) ²²也是幾經爭論而此二國最終都廢除了通姦罪；隨著社會文化變遷，17 年後的我國卻仍保留了陳腐過時、侵害人權甚深之通姦罪，誠屬我國作為民主、自由、法治國家之一大缺憾。

多數民意保留通姦罪之執念，除了對我國刑法典長期存在此一罪名，早已習以為常外，不外乎係對廢除通姦罪後之婚姻關係感到不安全，而不安全感往往來自人們面對預期外、未知之事物的主觀感受，但要解消這內心的擔憂、畏懼等不安感受，仍應如同醫生治病時必須對症下藥，17 年來我國社會各領域之思辨、對話，應不難理解人與人之間之關係無法強行以刑事制裁手段來加以改善，若要維繫夫妻間之婚姻關係，夫妻雙方宜彼此用心對待、善盡溝通、避免蓋築高牆排斥互動，避免踏入婚姻後全然地扼殺自我人格而處於如窒息之狀態。

職此，**刑法既係憲法之執行法、刑訴法是憲法之測震儀**，宣告通姦罪違憲，不僅是卸除侵害人權、自由之枷鎖，迎頭趕上國際思潮，更重要的是同時宣達刑罰具有最後手段性，刑事制裁不是解決任何問題之萬靈丹。此時此刻，作為具有民主、自由、法治的我國，再次徘徊在保守與自由之十字路口，**懇請作為憲法守護者之大法官們，變更**

法院網站；最後瀏覽時間：2020 年 3 月 22 日]。

²² 請參照：<https://www.rgics.org/wp-content/uploads/PW.7.05.pdf> [*Adultery in India: Law, Court and Sanctity of Marriage* ；最後瀏覽時間：2020 年 3 月 22 日]。

釋字第 554 號解釋，宣告刑法第 239 條、刑訴法第 239 條但書違憲。

【附表²³】

	受他方虐待（或為不堪同居之虐待）（單位：件）	與配偶以外之人合意性交（單位：件）
94 年	695	35
95 年	626	44
96 年	558	26
97 年	388	44
98 年	297	18
99 年	260	14
100 年	219	17
101 年	175	19
102 年	140	16
103 年	134	15
104 年	121	21
105 年	96	22

²³ 請參考：<https://www.judicial.gov.tw/tw/np-1260-1.html> [司法院司法統計年報網站；最後瀏覽時間：2020 年 3 月 22 日]。

106年	117	9
107年	88	14