

司法院刑事廳言詞辯論書狀

關於本院大法官為審理會台字第 12664 號臺灣苗栗地方法院苗栗簡易庭快股法官等聲請解釋案，定於民國 109 年 3 月 31 日本院憲法法庭進行言詞辯論，就爭點題綱一、二，本廳意見分述如下：

爭點題綱一、刑法第 239 條部分：

壹、刑法第 239 條之立法目的為何？其係為保障何種法益或基本權利

而設？又因此限制或侵害人民何種基本權利？其審查基準為何？

一、刑法第 239 條的立法目的，係為維繫婚姻與家庭，兼具一般預防之功能：

本條是 24 年 1 月 1 日制定公布，於同年 7 月 1 日施行。經查閱立法院公報，僅有條文內容，查無立法理由，故僅得由實務及學者探求立法者立法之目的。

關於刑法第 239 條所要保護之法益，因本條規範於刑法「妨害婚姻及家庭罪章」，一般認為係「維繫婚姻與家庭之和諧」¹。依司法院釋字第 554 號解釋意旨，認為刑法第 239 條之立法目的在於「預防通姦」、「維繫婚姻與家庭制度之存續與圓滿」。綜合學者及大法官解釋之看法，本條立法目的不外乎「維繫婚姻」及「預防通姦」。前者包括兩個意涵：「維繫婚姻與家庭制度（之存續與圓滿）」及「維繫（個案）」

¹ 例如，有認「婚姻家庭之和諧」，參見陳煥生、劉秉鈞，〈刑法分則實用（三版）〉，一品文化，100 年 9 月，頁 294；有認「家庭生活或夫妻感情的圓滿」，參見盧映潔，〈刑法分則新論〉，新學林，105 年 10 月，頁 441；有認「保障夫婦婚姻之圓滿不可侵犯性」，陳子平，〈刑法各論（下）〉，元照，109 年 1 月，頁 482。

婚姻家庭之和諧」，後者則係指以刑法一般預防功能達到維繫婚姻與家庭制度之目的。

二、以刑罰手段處罰通（相）姦行為，乃限制人民之性自主決定權，而追訴過程過度侵害人民隱私權：

（一）性自主決定權部分：

我國憲法並未明文保障性行為自由（或稱性自主權、性自主決定權），惟得以憲法第 22 條作為憲法上未列舉之基本權利之立論依據。

我國刑法第 221 條至第 229 條之 1 規定，於 88 年 4 月 21 日修正時從原「妨害風化罪章」獨立出，增訂「妨害性自主罪章」，刪除「致使不能抗拒」而改以「其他違反其意願之方法」作為構成要件要素，將性自主決定權作為刑法所保護之法益。最高法院 107 年度台上字第 3348 號判決指出「刑罰制裁妨害性自主行為，係為保障他人關於性意思形成與決定之自由，因性侵害犯罪係侵犯他人之性自主權，即任何他人在法律範圍內，得自主決定其是否及如何實施性行為而不受他人強迫及干涉之權利，屬人格權之範疇。」進一步闡釋性自主權之內涵，及其為刑法所保護之重要法益。

司法院釋字第 554 號解釋肯認性行為自由雖非憲法明文列舉保障之權利，惟為維護個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家公權力及他人之侵擾，亦受憲

法第 22 條規定所保障²。性自主權保障個人對於諸如個人性別認同與性傾向、性觀點、性生活之對象、時間、地點及方式、乃至是否基於對價關係而從事性行為等性領域之事項得自主決定之權利³。從而，刑法第 239 條通（相）姦罪，禁止有配偶之人與婚姻外之他人發生和姦行為，同時也禁止他人與有配偶之人發生和姦行為，乃以刑罰為手段限制人民之性自主權。

（二）隱私權部分：

司法院釋字第 603 號解釋意旨認為，基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人私密領域免於遭受國家及他人之任意侵擾，隱私權亦屬憲法第 22 條所保障之基本權。

刑法第 239 條所處罰之行為即性行為本身，然性行為乃隱私權所要保護最私密的領域⁴，蒐證與訴訟上證明都勢必窺探通（相）姦者之性行為。實務上向認通（相）姦行為係指「和姦」⁵，而「姦」指男女性器官接合之行為⁶，故通（相）姦指男女間

² 參見林錫堯、陳敏、陳春生，司法院釋字第 666 號解釋協同意見書。

³ 同前註。相同意見可參見陳新民，司法院釋字第 666 號解釋協同意見書。

⁴ 隱私權之領域，包括性行為隱私（司法院釋字第 554 號解釋）、個人自主控制資料之資訊隱私權（司法院釋字第 603 號）、秘密通訊自由（司法院釋字第 631 號）、個人生活私密空間（司法院釋字第 689 號）等，依歷次大法官解釋，可知隱私權保護有階層之分，越是私密、敏感之核心領域，國家須追求重要公共利益始能干預，大法官審查也越嚴格，故性行為應界定為隱私權保障的最核心領域。

⁵ 最高法院 17 年度決議（五），17 年 10 月 13 日。

⁶ 本院院字第 1042 號、最高法院 51 年台上字第 878 號判例、58 年台上字第 51 號判例意旨參照。

合意之性器官之接合行為，蒐證、證明自有相當之困難度⁷，為了要證明配偶婚外和姦行為，往往要先以侵害他人隱私權等非法方式進行蒐證，引發諸多私人不法取證爭議，甚至遭對方提出刑法第 306 條侵入住宅罪、第 315 條之 1 妨害秘密罪之告訴⁸。由此可知，為了追訴通姦行為之捉姦行為本身，反而衍生其他刑法法益的侵害。

在審判上，通（相）姦之被告如否認犯行，法官對婚外性行為之有無當會詳加調查，包括法庭上公開勘驗播放捉姦或偷拍之錄影、或通（相）姦者間有關性行為之錄音、錄影，且任何親密對話、性行為之經過都會在判決書內描述甚至上網公開，刑事審判過程勢必暴露被告之絕對隱私，再度對個人隱私權造成侵害。此外，實務在通姦案件審理時，對於上述捉姦者以侵害他人隱私等非法手段所取得之證據，一般認為具有證據能力⁹，也間接助長了私人不法取證，進而等同侵害了通（相）姦者之隱私權。

按公民與政治權利國際公約(International Covenant on Civil

⁷ 實務上對於「通姦」要件之解釋，限於男女性器官接合之和姦行為，衍生在訴訟證明上，往往委託徵信社捉姦在床，或以偷拍方式進行蒐證，或偷看配偶之電腦、手機或日記等方式為之。如無法證明確有和姦行為，基於「罪疑唯輕」原則，只能由檢察官處分不起訴或法院判決無罪。

⁸ 實務上常見因違法取證而被起訴之罪名，尚包括刑法第 304 條強制罪、刑法第 277 條傷害罪、刑法第 354 條毀損罪。

⁹ 臺灣高等法院 108 年度上易字第 741 號判決（妨害婚姻）意旨參照，該判決引用最高法院 97 年度台上字第 734 號、98 年度台上字第 578 號、106 年度台上字第 3982 號判決之見解。

and Political Rights，下稱公政公約）第 17 條第 1 項規定：「一、任何人之私生活、家庭、住宅或通信，不得無理或非法侵擾，其名譽及信用，亦不得非法破壞。」98 年 12 月 10 日施行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（下稱兩公約施行法）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。」通姦罪既對個人私領域之隱私權、性自主權進行干預，自應通過兩公約之檢驗，始具存在之正當性。就此，102 年、106 年之兩公約國際審查會議，所提出之兩公約國際審查結論性意見均明確指出通姦罪構成對私生活的無理侵擾、對隱私權的侵犯，違反公政公約第 17 條，建議政府應予除罪。

三、關於立法機關為維護重要法益而制定之行為規範，如選擇以刑罰加以處罰，其違憲審查之基準：

國家立法機關為達到特定之立法目的，固得選擇以刑罰作為強制手段，但因此對人民基本權利構成限制時，仍應符合憲法第 23 條比例原則之要求。依司法院釋字第 669 號、第 646 號、第 551 號、第 544 號解釋理由，就刑罰手段所發展出之違憲審查基準，有 4 個步驟：立法目的是否在保護具有憲法位階之特定重要法益（目的正當性）、施以刑罰是否有助目的達成（適合性）、是否別無其他相同有效達成目的而侵害較小的手段可資運用（必要性），以及刑罰對人民基本權之限制與所欲維護之法益間是否符合比例關係（狹義比例原則），依序逐一審查。倘立法目的不具正當性，或手段不具適合性、必要性，或手段

造成的侵害與目的所欲維護之公益間不合乎狹義比例原則，該法即牴觸憲法第23條之比例原則，而有被宣告違憲之可能。

違憲審查在立法事實判斷上，究應達到何種確信程度，才足以認定事實之存在，司法院大法官逐漸發展寬嚴不同之審查標準。不同寬嚴審查標準的選擇，應考量許多因素，例如系爭法律所涉基本權之種類、對基本權干預之強度，還有憲法本身揭示的價值秩序等等，都會影響寬嚴不同審查基準之選擇¹⁰。就通姦罪涉及干預性自主權及隱私權部分，許宗力大法官認為通姦罪所處罰之行為本身為性行為，性行為為隱私權所要保護最私密的領域¹¹，且隱私範疇屬人格自由發展的最核心¹²，德國學者 Silberkuhl 指出，個人性自主權包含本身性別認同及其性傾向之發現與認識，此乃屬於人格最私密之範圍，僅能在特別之公共利益存在時始得被限制之¹³。司法院大法官過去對於隱私權之解釋，是以極為嚴密及嚴格的審查標準把關，除非有極為高度的公共利益考量，方得許可立法侵犯之¹⁴。據此，從干預基本權之性質及強度而論，系爭規定以刑罰手段限制性行為自由，且追訴過程同時侵

¹⁰ 參見許宗力，司法院釋字第 578 號、第 584 號解釋協同意見書。

¹¹ 參見許宗力發言，〈「婚外性的罪與罰」座談會〉，102 年 4 月 12 日，收錄於臺灣法學雜誌第 223 期，頁 34。

¹² 參見許宗力，〈比例原則之操作試論〉，法與國家權力（二），頁 131。

¹³ 參見林錫堯、陳敏、陳春生，司法院釋字第 666 號解釋協同意見書。

¹⁴ 例如司法院釋字第 631 號有關人民秘密通訊自由、釋字第 603 號有關指紋之解釋，可知隱私權受憲法極為嚴格的保障，參見陳新民，釋字第 666 號解釋協同意見書。其更進一步闡釋，以性行為的絕對隱密性，遠遠超過了一般通訊隱私權與泛泛的指紋隱私權，其披露曝光造成人格尊嚴的高度扭曲，使得系爭條文的執行過程與獲得適用，都不可避免會侵犯隱私權與人格權，而產生違憲的後果，非文明法治國家所可容忍者。

害隱私權，過度干預基本權之最核心領域；自由刑之刑事處罰剝奪人身自由¹⁵，而性行為隱私、性自主權與人性尊嚴密切相關，屬重要人格權，在憲法秩序中應具有重要價值，只有為追求特別重要的公共利益必要時，方能予以限制。以刑罰手段對性自主權之限制，及對於隱私權之干預，均應受嚴格之司法審查。從而，本案對立法事實之審查，應該採取「嚴格」審查基準。

在嚴格審查下，該限制所追求目的須屬特別急迫、重要之正當公益目的，在審查相關立法事實的預測與判斷上，要求至少須達充分蓋然性、相當確定性之程度，且舉證之不利益歸國家一方負擔¹⁶，對立法者判斷就須作具體詳盡的深入分析，倘無法確信立法者的判斷是正確的，就只能宣告系爭手段不符適合原則之要求¹⁷。

貳、刑法第 239 條處罰婚外性行為之手段，是否有助於所揭目的之達成？手段與目的間是否存有一定關聯性？

一、通姦罪某程度可發揮威嚇效果，達到刑罰一般預防功能：

國家透過刑罰的預告與威嚇，讓一般人民衡量利害關係，考量犯罪結果得不償失，不敢以身試法，而發揮預防犯罪的一般預防、保護法益之功能。但婚外和姦行為通常出於感情或性慾，此涉及到人類最

¹⁵ 司法院釋字第 646 號、第 669 號、第 775 號及第 790 號解釋，均指出立法機關為保護特定重要法益，以刑罰限制人身自由，雖非憲法所不許，惟因刑罰乃不得已之強制措施，具有最後手段之特性，應受到嚴格之限制。

¹⁶ 參見許宗力，司法院釋字第 654 號解釋協同意見書，及〈比例原則之操作試論〉，法與國家權力（二），頁 121 以下。

¹⁷ 參見許宗力，司法院釋字第 578 號解釋協同意見書。

深層本能慾望，並非純理性的選擇，很難期待可用法律甚至刑罰強制約束規範。因此，想要用法律限制人類的情慾，達到所謂刑法嚇阻的一般預防目的，不無疑問¹⁸。刑法第 239 條之通（相）姦罪，法定本刑為 1 年以下有期徒刑之輕罪，且係告訴乃論之罪。實務上有罪確定的案件也幾乎判處得易科罰金之刑¹⁹。從犯罪預防政策的實務角度而言，一般預防之威嚇作用效果恐怕是有限的。

不可否認的，以刑罰為手段威嚇人民，自古以來是國家約束人民行為之有效手段，但效果則有好壞之分。通姦罪之存在，畢竟是一種犯罪，或考量家庭、職業、宗教等因素而不敢觸法者有之，或惟恐通姦罪所帶來之「恥辱感」而退卻者亦有之。誠如司法院釋字第 554 號解釋表示「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。」即此道理。只是在現代社會變遷下，人民性觀念、婚姻觀念逐漸轉變，更重視性自主權，要藉由通姦罪達到保護法益、預防犯罪之目的，效果越來越薄弱。從這個角度，通姦罪雖有助於發揮刑法一般預防，藉以維繫婚姻家庭制度的功能，但效果是相當有限的。

二、通姦罪無助於維繫（個案）婚姻、家庭目的之達成，反而對婚姻、

¹⁸ 有關通姦罪無法達到預防通姦目的之詳細論述，參見徐昌錦，〈通姦罪合憲性解釋之評析〉，《臺灣本土法學雜誌》，77 期，2005 年 12 月，頁 44 以下。

¹⁹ 依 105 年至 108 年 4 月法務部統計資料，通（相）姦罪裁判確定有罪者中，判處 6 個月以下有期徒刑者占 99.8%，其餘為免刑，且無判處逾 6 個月有期徒刑之案件。見法務統計摘要，專題分析：妨害婚姻及家庭罪案件統計分析，頁 25-26。

家庭有破壞性之作用：

司法院釋字 554 號解釋固認通姦罪合憲，但該罪能否達到維護婚姻、家庭之立法目的，審判實務上有不少質疑，諸如於判決量刑理由傍論指出「刑罰規範之目的，無非係就告訴權人維繫婚姻繼續存在之利益予以保護，然告訴權人所受之損害既得以民事請求之方式彌補其權利之損害，且於通姦、相姦事實已然發生之此情況下，維繫婚姻續存之目的究竟對婚姻雙方是福是禍，亦未可知」²⁰、「婚姻關係之維持乃夫妻雙方共同之責任，人類係感情之動物，感情之發展絕非刑事通姦罪章所能禁錮規範」²¹、「現今自由、多元社會之發展趨勢下，被告為追求自身情感之發展及性自主之權利而無視於社會道德之觀感，其所為尚非惡性重大，刑法制裁之後果對自訴人原有婚姻關係之維繫亦無實質之助益，然被告所為仍非現行法律制度所允許」²²、「通姦罪之規範目的無非是婚姻關係的維護，然事實上該罪所能維護者僅止於形式上的婚姻關係，對於婚姻的尊嚴及幸福婚姻之維護並無助益，蓋幸福之婚姻必須由夫妻雙方共同努力經營，這包括任何一方的自我成長，對他方的瞭解、包容與體諒，以及雙方對婚姻神聖性之尊重等眾多因素，感情既是人類自由意志的產物，性質上全然是主觀的，對之施以強制的手段，非但無益，恐更有害。」²³從立法論觀點質疑通姦罪可否達到維繫婚姻之規範目的。

學者亦指出：「通姦罪的追訴，不能對婚姻有什麼維護的作用，

²⁰ 參見臺灣新竹地方法院 97 年度易字第 940 號刑事判決。

²¹ 參見臺灣臺北地方法院 97 年度自字第 15 號刑事判決。

²² 參見臺灣高等法院 98 年度上易字第 1618 號刑事判決。

²³ 參見臺灣臺中地方法院 92 年度易字第 855 號刑事判決。

相反的，在大部分的情況下，只有毀滅婚姻的作用。因為無論如何，對通姦之配偶或第三人的刑罰只會促使通姦之配偶決意離婚」²⁴。德國決定要廢除通姦罪時，國會曾做過研究調查報告，可知通姦罪對於婚姻的維護沒有正面作用，相反地，有加速破壞的功能²⁵。韓國憲法法院於 104 年 2 月 26 日以「保護婚姻制度與夫婦間履行貞潔義務之公共利益，已難以透過對審判對象施加條款懲罰來達成，該條款已過份限制國民在性方面的自決等基本權利，造成法益均衡性喪失」為由，宣告韓國刑法通姦罪違憲²⁶。

綜合上述國內外經驗，益徵通姦罪顯然無法達到維繫個案上婚姻及家庭和諧的功能，且從捉姦、訴追乃至審判之過程，通姦者之隱私權及人格尊嚴一再被侵害，亦有通姦者對配偶反擊提起侵入住宅、妨害秘密等告訴，夫妻間之感情、信任關係已然遭破壞，不僅難以彌補，而且感情破裂更深。以刑罰處罰通姦之配偶係為維持婚姻之立法目的，邏輯上已有矛盾。

²⁴ 黃榮堅，〈刑罰的極限〉，元照，89 年 4 月，頁 4。

²⁵ 黃榮堅發言，〈「婚外性的罪與罰」座談會〉，102 年 4 月 12 日，收錄於臺灣法學雜誌第 223 期，頁 18；黃榮堅，〈刑罰的極限〉，元照，89 年 4 月，頁 13。

²⁶ 楊虔豪，〈韓國憲法法院裁定通姦入罪違憲〉，BBC NEWS 中文，https://www.bbc.com/zhongwen/trad/world/2015/02/150226_skorea_law（最後閱覽日期：109 年 3 月 7 日）。有關韓國憲法法院多數及少數大法官之見解，詳見該憲法法院網站資料：http://search.ccourt.go.kr/xmlFile/0/010400/2015/pdf/e2009b17_1.pdf（最後閱覽日期：109 年 3 月 15 日）。

參、本院釋字第 554 號解釋有無變更解釋之必要？

基於下列理由，本廳認為本院釋字第 554 號解釋有變更解釋之必要：

一、刑法第 239 條牴觸憲法第 23 條比例原則：

(一) 立法目的正當性（目的合憲性）審查：

關於目的合憲性審查，嚴格審查基準下，應要求立法者以刑罰限制人民性行為自由及干預隱私權之法律所追求目的是特別重要公益，已如前述。依釋字第 554 號解釋意旨，可知刑法第 239 條有關「維護婚姻與家庭制度存續與圓滿」之立法目的，攸關社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障²⁷，其重要性其應屬特別重要公益位階，合於憲法第 23 條所定「維持社會秩序」或「增進公共利益」之目的，符合特別重要公益之要件，是刑法第 239 條立法目的應屬正當。

(二) 手段適合性審查：

適合原則不能要求手段對目的之達成必須非常有效或完全有效，只要對目的之達成有部分助益或效果，而不是完全無效，甚至有害，就已滿足適合原則之要求²⁸。換言之，此一階段之判斷，嚴格度要求不需太高，只要限制手段與目的間，具有「相

²⁷ 司法院釋字第 362 號、第 552 號、第 696 號、第 712 號解釋亦認為婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障。且釋字第 712 號解釋更進一步闡釋：家庭制度植基於人格自由，具有繁衍、教育、經濟、文化等多重功能，乃提供個人於社會生活之必要支持，並為社會形成與發展之基礎。

²⁸ 參見許宗力，司法院釋字第 578 號解釋協同意見書。

當關聯性」即為已足²⁹。因此，只要手段非全然不適合於目的之達成，即不違反適合原則。依前所述，通姦罪雖無助於維繫個案婚姻、家庭，但某程度可發揮威嚇效果，達到預防通姦、維護家庭婚姻制度之目的，故系爭手段並非完全不適合立法目的之達成，符合適合性原則。

(三) 手段必要性審查：

通姦行為破壞婚姻、家庭，對配偶權造成侵害，固應受到非難，但手段選擇上，可對通（相）姦者請求民事上財產上或非財產上之高額損害賠償，亦可訴請離婚³⁰，某程度仍有助於預防通姦、維繫家庭婚姻制度目的之實現。再者，民事訴訟對人民基本權之限制、侵害較輕微，且以刑罰手段訴追通姦行為，耗費大量時間、人物力進行偵查、舉證，耗費國家成本較民事訴訟為高³¹。從而，尚有與刑罰規定相同有效，侵害較小之替代手段可資採用，刑罰手段已逾越必要之程度，不具必要性。

再者，刑法應基於謙讓抑制之本旨，在必要合理之最小限度範圍內，始予適用，而且屬於最後的手段。如果某一不法行

²⁹ 李惠宗，〈職業自由主觀要件限制之違憲審查-司法院大法官釋字第五八四號解釋評析〉，憲政時代，30卷3期，2005年1月，頁273。

³⁰ 得依民法第184條第1項（侵權行為損害賠償請求權）、第185條第1項（共同侵權行為損害賠償請求權）、第195條（非財產上損害之賠償請求權）、第1056條（判決離婚時對有責配偶財產上及非財產上損害賠償請求權）對通姦配偶及相姦人請求損害賠償；得依第1052條第1項第2款規定（與配偶以外之人合意性交）訴請離婚；另訴請離婚時，經濟弱勢配偶亦可依民法第1057條對有責配偶請求贍養費，及依民法第1030條之1請求剩餘財產分配。

³¹ 德國學界通說認為必要原則的審查，尚須加上手段的公益成本耗費的考量因素，參見許宗力，〈比例原則之操作試論〉，法與國家權力（二），頁128以下。

為，適用其他替代方式即可達到維持社會公平正義之作用時，則無須施以刑罰制裁。如前所述，民事手段屬於侵害較小之手段，不僅可保護配偶權，某程度亦可達到預防通姦、維護婚姻家庭制度之目的。國家動用刑罰權處罰通姦行為，顯然違反刑法謙抑原則。

此外，配偶發生通姦之家庭，有婚姻關係早已破裂者（甚至有夫妻因此分居已久，對方亦不肯離婚之例）。於此種情形，婚姻既已名存實亡，無夫妻情誼，配偶提告有時是出於報復、索賠之動機，實欠缺刑法保護必要之社會秩序公益性，已失去以刑罰干預之正當基礎。

（四）狹義比例原則審查：

通姦罪非最小侵害之手段，已不符合「必要性原則」，已如前述。退萬步言，縱認以刑罰處罰通姦行為具有必要性，惟通姦罪限制、侵害人民憲法所保障之性自主權、隱私權，僅能在特別之重要公共利益存在時始得限制之，雖系爭規範能預防通姦、維繫婚姻家庭制度之重要公共利益，但效果已相當有限，且尚有侵害較小之民事手段可以代替。因此，若不採取刑罰手段，不僅不會加速個案婚姻之破裂，亦不會面臨必然發生通姦行為並破壞家庭婚姻制度之嚴重急迫危險³²，更免除對性自主權、隱私權的過度侵害。綜此，經權衡以刑罰為手段「對人身

³² 有關狹義比例原則審查公益之迫切性是否足以正當化對基本權之限制，須先行判斷立法者倘不採干預行動，公益所可能面臨危險的嚴重程度與危險發生的可能性。參見許宗力，司法院釋字第 578 號解釋協同意見書。

自由之剝奪」、「過度限制、侵害人民性自主權、隱私權」、「僅能某程度達到預防通姦以維護家庭婚姻制度之目的」及「若不採取刑罰手段對家庭婚姻制度可能面臨危險的嚴重程度與危險發生的可能性不高」之結果，限制基本權之手段所增進之公益並未大於對私人所造成之不利益、損害，兩者顯失均衡，違反「狹義比例原則」。

此外，如以德國法學方法論及公法學家 Robert Alexy 教授所發表之「重力公式」(die Gewichtsformel, the weight formula)³³檢視我國通姦罪手段造成的侵害與目的追求所保護之公益間孰輕孰重，亦可得出相同結論：

重力公式³⁴：

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

I 表示「受侵害之密度」、W 表示「抽象之重量」、R 表示「經驗上確定性之程度」，而 $W_{i,j}$ 則表示「原則 P_i 相對於原則 P_j 之具體重量」。在侵害密度（抽象重量亦同）遞增下，將獲得越來越多之力量或抵抗力道，亦即「邊際替代遞減法則」(Gesetz der abnehmenden Grenzrate der Substitution)，故「重力公式」之核心係基於「幾何序列」

³³ 有關 Robert Alexy 重力公式之介紹與論述，參見吳元曜，〈Robert Alexy 重力公式之理論與應用〉，元照，102 年 8 月。

³⁴ 同前註，頁 33 以下。

(即等積序列，依輕、中、重給予 1、2、4 不同值)之「商公式」。
於「在一定條件下」之具體個案中，「重力公式」之運用結果即係「優先規則」之提出：若 $W_{i,j} > 1$ ，則 P_i 優先於 P_j ；若 $W_{i,j} < 1$ ，則 P_j 優先於 P_i 。

手段：

1.以自由刑為手段限制性自主權部分：

系爭規定以刑罰為手段處罰通(相)姦行為，遵守規範者，其性行為自由則遭限制，不遵守規範者，則處以自由刑，因此系爭規定所限制及違反規定所剝奪之基本權必須合併觀察：系爭規定限制性自主權，而違反之效果為自由刑，均屬自由權之一環，自由權為重要之人格權，惟在法益位階體系上不及高位階之生命權或身體完整權等權利，故 W 值設定為 2(1 為低度，2 為中度，4 為高度，下同)；通姦罪對於因恐懼遭判刑而不敢為通姦行為之人，雖限制其性行為自由，但並非當下立即之強制力，且違反系爭規定之刑度為「1 年以下有期徒刑」，在刑法領域中屬於輕度自由刑，且實務上如果判決有罪，幾乎均判處得易科罰金之刑，故侵害的嚴重程度較低， I 值設定為 1；又通姦罪之存在對嚇阻通姦行為之蓋然性不高，且實務上對於通(相)「姦」採嚴格解釋，限於男女間之性器官接合，故起訴案件有不少因無法證明此一要件而判決無罪³⁵，或因撤回告訴而判決

³⁵ 以地方法院第一審 89 至 108 年間被訴刑法第 239 條終結統計結果，被訴共 12,888 人，有罪 7,528 人，有罪比率 58.41%。詳地方法院刑事第一審訴訟案件被

公訴不受理，故系爭規定侵害的蓋然性中等，R 值設定為 2。

2. 刑罰追訴過程侵害隱私權部分：

隱私權為重要之人格權，惟在法益位階體系上不及高位階之生命權或身體完整權等權利，故 W 值設定為 2；又通姦罪之追訴及審判過程中，極私密之性行為相關情節可能被揭露，性行為既屬隱私權之最核心領域，則侵害隱私權之程度相當嚴重，故 I 值設定為 4；又通姦罪必須要證明有和姦行為，而相關證明及追訴活動侵害隱私權的蓋然性相當高，故 R 值設定為 4。

目的：

通姦罪所欲維護之家庭婚姻制度，係受憲法制度性保障，對於個人人格發展、社會生活形成具有根本性之重大影響及價值，可謂幾乎所有人之成長及人格養成均無法避免家庭婚姻功能之影響，因此 W 值設定為 4；又通姦行為之存在，對於部分家庭婚姻確實有強大之破壞作用，故 I 值設定為 4；惟如通姦罪除罪化，其與通姦行為之存在，進而對於家庭婚姻產生實質破壞力間整體因果關係鏈之蓋然性，由於尚涉及諸多主觀及客觀變數之介入，故 R 值設定為 1。

權衡結果：

P_i 之重量為 $(2 \times 1 \times 2) + (2 \times 4 \times 4) = 36$ ； P_j 之重量為 $(4 \times 4 \times 1) = 16$ ， P_i 之於 P_j 之具體重量大於 1，表示系爭規定之手段對基本

告違反刑法第 239 條終結有罪、無罪及不受理統計資料。

權所造成之限制、侵害，大於該規定所追求之公共利益，故系爭規範並不具憲法上之正當性或違憲。

(五) 結語：

通姦罪立法所要保護之婚姻、家庭法益，固屬受憲法所保障之重要價值，但在手段上，僅能某程度達成預防通姦以維護婚姻家庭制度之一般預防功能，並無助於個案上婚姻之維繫，有時反而加速婚姻之破壞，系爭規定不僅過度限制、侵害人民憲法上所保障之性自主權、隱私權，亦非屬達成目的之最小侵害手段，已逾越必要程度，其與立法者所欲維護法益之重要性並未處於合乎比例關係，牴觸憲法第23條比例原則。

二、民主先進國家大都已廢除通姦罪，通姦除罪化係國際潮流趨勢：

德國舊刑法第 172 條對於通姦罪設有處罰規定，並以通姦行為導致離婚為構成要件，嗣於 1970 年廢除；日本刑法第 183 條通姦罪僅就有夫之婦與人通姦者設有處罰規定，至於有婦之夫與人通姦者，則不在處罰範圍，該規定於 1947 年廢除；法國刑法之通姦罪，就有配偶之夫婦分設處罰條件，已於 1975 年刪除；奧地利刑法第 194 條通姦罪平等處罰有配偶之一方與他人通姦，該規定於 1997 年 3 月廢止；瑞典、丹麥、挪威目前均無通姦罪處罰規定。韓國憲法裁判所於 2015 年 2 月宣告該國刑法第 241 條通姦罪違憲，至此廢除通姦罪。至美國目前雖有 23 州保留通姦罪的處罰規定，但除了軍人犯通姦罪仍可能被處

罰外，上述存在通姦罪之各州，幾乎沒有被起訴之案件³⁶。

三、釋字第 554 號解釋迄今，國人觀念已有轉變，與婚姻有關之法律 修法後足以保護婚姻中弱勢配偶：

106 年「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 日通過「廢止刑法第 239 條及刪除刑事訴訟法 239 條但書」之決議，其理由說明「刑法通姦罪之存在，於性別平權意識尚未發展、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。」³⁷司法院釋字第 554 號解釋公布於 91 年 12 月 27 日，迄今已 16 年，時代社會變遷，國人對於婚姻及性的觀念已有所轉變，重視性自主權，且相關法律規範已經歷修正，讓遭妨害婚姻之配偶得請求高額損害賠償、離婚、剩餘財產分配、贍養費及爭取子女監護，使其在經濟上可以自立，已足以保障弱勢配偶爭取權益，並懲罰通(相)姦者對婚姻家庭的破壞，通姦罪已無繼續存在之必要。

³⁶ 有關各國廢除通姦罪之立法例，參見法務部 105 年 1 月 14 日法檢字第 10504501620 號函立法院「刑法通姦罪修法方向之說明」，立法院議案關係文書 105 年 3 月 30 日印發院總第 887 號政府提案第 15350 號之 148，頁 588-590。

³⁷ 總統府 (2017)，總統府司法改革國是會議第五分組第六次會議紀錄，<https://justice.president.gov.tw/meeting/48> (最後瀏覽日：3/8/2019)

肆、結論：

通姦罪無法通過「必要性」、「狹義比例原則」之審查，牴觸憲法第 23 條比例原則。而釋字第 554 號解釋作成至今，社會環境大幅變遷，與婚姻及家庭有關之法律制度逐漸成熟，國人對性、家庭觀念有所轉變，且世界各民主法治國家紛紛廢除通姦罪，益徵通姦罪不具應刑罰性，司法院釋字第 554 號解釋自應予變更。

爭點題綱二、刑事訴訟法第 239 條但書部分：

壹、刑事訴訟法第 239 條但書之立法目的為何？其係為保障何種法益或基本權利而設？又因此限制或侵害人民何種基本權利？其審查基準為何？

一、刑事訴訟法第 239 條但書欲達「顧全夫妻情誼、隱私及避免婚姻、家庭破裂」之立法目的或維護此等法益：

刑事訴訟法（以下未載法律名稱者，亦同）第 239 條規定：「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。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。」本條係於 56 年 1 月 28 日修正公布，經查其修法過程，僅將 24 年 1 月 1 日修正公布之第 218 條移列為第 239 條，條文內容不變，且查無修正理由；再經調閱前次修正時之立法院公報，亦僅刊載第 218 條之條文內容，查無修正理由。故其立法目的，僅能從學說及實務見解加以推知。

依學說及實務見解，第 239 條前段係所謂「告訴（主觀）不可分原則」之規定³⁸，其規範意旨為「共犯間對於犯罪本具有互相利用之關係，為求偵查之便利，訴追條件之充實，自無庸為逐一之告訴。... 告訴，係對於犯罪事實為之，並非對於特定之犯人為之，與公訴有別。因之，其告訴權之行使，僅就該犯罪事實是否告訴有自由決定之權，

³⁸ 參見朱石炎，〈刑事訴訟法論〉，修訂 6 版，2016 年 8 月，頁 328-330；林鈺雄，〈刑事訴訟法（下冊）〉，8 版，2017 年 9 月，頁 127-128、132-133；最高法院 74 年度第 6 次刑事庭會議決議、最高法院 71 年度台上字第 948 號、90 年度台上字第 50 號刑事裁判意旨、司法院釋字第 569 號解釋理由書。

並非許其有選擇所告訴之犯人之意」³⁹，從而「告訴（主觀）不可分原則」乃基於告訴之性質（屬偵查起因或訴訟條件，係申告某犯罪事實請求追訴，而不得選擇特定犯人為之，旨在不使告訴人以選擇犯人而限制公訴權之行使），有別於公訴（或自訴）之性質（為當事人之檢察官或自訴人對於特定被告之犯罪案件，向法院起訴請求審判）使然⁴⁰。又第 239 條前段所稱「共犯」，係指廣義用語，包括刑法總則、分則之任何型態的共犯，如共同正犯、教唆犯、幫助犯，並且無論其為任意共犯或必要共犯（含聚眾犯、對合犯）⁴¹。

觀諸日本刑事訴訟法第 238 條第 1 項亦為「告訴（主觀）不可分原則」之規定：「就告訴乃論之罪對於共犯之一人或數人提出或撤銷告訴，對於其他共犯亦生效力。」⁴²其所稱「共犯」，同樣不僅指共同正犯、教唆犯、幫助犯，亦包含必要共犯；且告訴應就犯罪事實為之，若指定特定犯人而為告訴，該指定不生意義，如就其被害事實之犯人為複數，告訴之效力及於全部犯人⁴³。⁴⁴

³⁹ 參見林鈺雄，〈刑事訴訟法（下冊）〉，8 版，2017 年 9 月，頁 127 轉引陳樸生，〈刑事訴訟法實務〉，再訂版，1999 年，頁 310-311。

⁴⁰ 參見司法院釋字第 569 號解釋理由書；林永謀，〈刑事訴訟法釋論（中冊）〉，改訂版，2010 年 12 月，頁 322。

⁴¹ 參見林鈺雄，〈刑事訴訟法（下冊）〉，8 版，2017 年 9 月，頁 127。

⁴² 中譯參見法務部編，朱學瑛、張弘昌、劉河山、蔡甄漪譯，〈日本刑事訴訟法暨刑事訴訟規則〉，105 年 8 月，頁 53。

⁴³ 參見松尾浩也監修，松本時夫、土本武司、池田修、酒卷匡編著，〈條解刑事訴訟法〉，第 4 版增補版，2016 年 12 月，頁 462。

⁴⁴ 然而，德國刑事訴訟法第 158 條雖有關於告訴（Strafantrag）之規定，惟並未規範「告訴（主觀）不可分原則」；在德國實務上，當告訴人明確指明僅就共犯一人提出告訴時，該告訴效力僅及於該共犯，對其他共犯不生效力，只有在告訴人究竟係對何共犯為告訴，遇有懷疑而無從判斷其真意時，始例外認為該項告訴

第 239 條但書係「告訴（主觀）不可分原則」之例外⁴⁵，其立法意旨，似可觀諸林永謀大法官所著「刑事訴訟法釋論」之說明：「... 蓋告訴人常有本於夫妻之情義，對於配偶有所宥恕者，而對於相姦者則未必然，若一併使其撤回之效力併及於必要共犯之相姦者，實有乖於人情，故設此規定」⁴⁶。又司法院釋字第 554 號解釋理由書認為刑法第 245 條第 1 項規定通姦罪為告訴乃論，「使受害配偶得兼顧夫妻情誼及隱私，避免通姦罪之告訴反而造成婚姻、家庭之破裂」，且第 239 條但書與刑法第 245 條第 1 項同屬通(相)姦罪訴訟要件之規範，僅一為前階段告訴乃論之規定，一為後階段撤回告訴之規定，故兩者規範目的亦應相同。綜上所述，得推認第 239 條但書乃以「使告訴人得僅宥恕配偶，而不一併宥恕相姦人」為手段，俾達「顧全夫妻情誼、隱私及避免婚姻、家庭破裂」之立法目的或維護此等法益。

二、第 239 條但書實質上係以性別作為基礎而為差別待遇：

及於全部共犯，撤回告訴之情形亦同，KK-StPO/Griesbaum, 8. Aufl. 2019, StPO §158 Rn. 49-52; Meryer-Goßner/Schmidt, StPO Kommentar, 2016, 59 Aufl., §158 Rn.19-22. 故德國原則上係採告訴（主觀）可分原則，論者即以德國法採可分主義，從而認為「告訴（主觀）不可分原則」並非告訴此一制度之當然，實乃立法政策上之考量，參見林永謀，〈刑事訴訟法釋論（中冊）〉，改訂版，2010 年 12 月，頁 322。

⁴⁵ 現行法律中「告訴（主觀）不可分原則」之例外，只有刑事訴訟法第 239 條但書，以及營業秘密法第 13 條之 3 第 2 項「對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力不及於其他共犯。」

⁴⁶ 參見林永謀，〈刑事訴訟法釋論（中冊）〉，改訂版，2010 年 12 月，頁 329。類似見解，認為「告訴人雖本於夫妻之情，為宥恕配偶而撤回告訴，但對其相姦人則少有一併宥恕者，今若依人之不可分原則，則顯有違人情之常，故本法乃特設人之不可分原則之例外規定。」參見林山田，〈刑事程序法〉，2004 年，頁 518。

依司法院釋字第 476 號、第 544 號、第 554 號等解釋意旨之脈絡，必須立法目的具有正當性，系爭手段有助於立法目的之達成（適合原則），且別無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用（必要原則），而系爭手段對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，處於合乎比例之關係（狹義比例原則）者，始符合憲法第 23 條之比例原則⁴⁷。再者，操作比例原則涉及對立法事實判斷之審查，參酌外國釋憲經驗，約可分為三種審查基準：如採「最寬鬆審查標準」，只要立法者對事實的判斷與預測，不具公然、明顯的錯誤，或不構成明顯恣意，即予尊重；如採「中度審查標準」，則進一步審查立法者的事實判斷是否合乎事理、說得過去，因而可以支持；如採「最嚴格審查標準」，司法者對立法者判斷就須作具體詳盡的深入分析，倘無法確信立法者的判斷是正確的，就只能宣告系爭手段不符比例原則之要求。又系爭法律所設基本權之種類、對基本權干預之強度，還有憲法本身揭示的價值秩序等等，都會影響寬嚴不同審查基準之選擇⁴⁸。

因第 239 條但書特別創設告訴不可分原則之例外，致法院對同為必要共犯之配偶及相姦人，在判決上產生不平等之結果。亦即依該告訴不可分及其例外規定，告訴人撤回對於相姦人被告之告訴時，其效力及於配偶被告，惟告訴人撤回對於配偶被告之告訴時，其效力卻不及於相姦人被告，使得同為必要共犯之相姦人被告，處於較配偶被告更不利之地位。

⁴⁷ 參見司法院釋字第 476 號、第 544 號、第 554 號解釋理由書。

⁴⁸ 參見許宗力，司法院釋字第 578 號解釋協同意見書。

該但書規定雖然表面上不是以「非屬人力所能控制之生理狀態」即性別作為分類之基礎，實質上卻是如此。亦即雖然該但書規定表面上所規範的相姦人及於男性與女性，看似屬「中性」的性別分類，惟其實質上卻是優厚男性配偶、不利女性相姦人的性別歧視⁴⁹。詳言之，該但書規定係民國 20 年代傳統社會時空背景下所制定，當時社會男尊女卑，標榜女性三從四德，女性婚外情為社會所鄙視，男性婚外情則未必受到社會責難，且男性為家庭經濟來源，女性求職謀生不易，通常必須在家服侍公婆及教養子女。於男性配偶通姦之情形，女性告訴人若不選擇原諒，下場不外離開夫家，無以為繼，背負拋家棄子污名，難有再婚機會；反之，倘若選擇原諒男性配偶，不僅可以繼續受到男性配偶扶養，雙方子女不致在破裂家庭中成長，不會受到離婚之污名，同時還能夠單獨懲罰破壞家庭之女性相姦人，滿足女性告訴人

⁴⁹ 法律表面上是性別中立，實際效果卻是不成比例地不利於特定性別，必須要探究：(1)法律的實質目的是否出於歧視；(2)實際目的與實際效果是否確有關連。”When a statute gender-neutral on its face is challenged on the ground that its effects upon women are disproportionately adverse, a twofold inquiry is appropriate. The first question is whether the statutory classification is indeed neutral in the sense that it is not gender-based. If the classification itself, covert or overt, is not based upon gender, the second question is whether the adverse effect reflects invidious gender-based discrimination.” Personnel Adm’r of Massachusetts v. Feeney, 442 U.S. 256, 274 (1979).

如對性別分類採取更寬鬆之認定，則由於刑法第 239 條規定：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。其相姦者亦同」，其所謂「姦」，係指男女間性器之結合，「通姦」係指有配偶之人與異性為性器之結合，「相姦」則是與有配偶之異性為性器之結合，通姦罪與相姦罪之必要共犯，分屬男、女不同性別，要無疑義。因此，刑事訴訟法第 239 條但書就配偶被告與相姦人被告為不同待遇，因配偶與相姦人分屬不同性別，即是以「非屬人力所能控制之生理狀態」即性別來分類。

之處罰情感。至於女性配偶與男性相姦人之情形，由於男性告訴人掌握家庭經濟來源，離婚不致對其造成生活上之負擔，又較少親身扶養子女之情感牽絆，加上倘不追究到底恐將顏面盡失，在社會上抬不起頭，故男性告訴人少有對共犯為差異之處理。是若觀察其制定時之時空背景，該但書規定所著眼之典型規範對象顯然就是「男性配偶」及「女性相姦人」，強化性別之刻板印象，而構成性別分類。

縱使距離制定之時已久，觀諸近年來法院判決之統計資料，還是難以脫離性別因素之影響。以 104 年至 108 年共 5 年間「地方法院刑事第一審訴訟案件被告違反刑法第 239 條終結有罪、無罪及不受理統計（依性別）」結果為例，通姦罪及相姦罪案件合計，男性、女性被告判決有罪人數分別為 713 人、826 人，占判決有罪總人數之比例分別為 46.33%、53.67%，且占全部男性（1,323 人）、女性（1,440 人）被告之比例分別為 53.89%、57.36%。如將統計期間拉長至 20 年，上開比例差距更大，以 89 年至 108 年共 20 年間「地方法院刑事第一審訴訟案件被告違反刑法第 239 條終結有罪、無罪及不受理統計（依性別）」結果為例，通姦罪及相姦罪案件合計，男性、女性被告判決有罪人數分別為 3,460 人、4,068 人，占判決有罪總人數之比例分別為 45.96%、54.04%，且占全部男性（6,155 人）、女性（6,733 人）被告之比例分別為 56.21%、60.42%。故整體而言被依通姦罪或相姦罪論罪科刑之人數及比例，女性皆顯然多於男性⁵⁰。由於性別因素之影響

⁵⁰ 就偵查結果方面，類似於審判結果，男女性別因素亦同樣有其影響。依法務部統計處於 108 年 6 月 27 日提出之「法務統計摘要」所載，105 年至 108 年 4 月地方檢察署偵查通姦罪及相姦罪案件終結情形，男性、女性總起訴人數分別為 913 人、988 人，占全部男性、女性被告之比例分別為 21.8%、22.7%，就起訴人

仍然存在，得認第 239 條但書所生不平等，實質上係以性別作為基礎而為差別待遇。

三、應採取嚴格審查標準：

按中華民國人民無分男女，在法律上一律平等，且國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等，憲法第 7 條及憲法增修條文第 10 條第 6 項分別定有明文。「消除對婦女一切形式歧視公約」(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) 第 2 條 a 款、第 15 條第 2 項規定，應以法律或其他適當方法，保證實現男女平等的原則，且在法院和法庭訴訟的各個階段給予平等待遇；公政公約第 26 條亦規定，法律應禁止任何歧視，並保證人人享受平等而有效之保護，以防因性別而生之歧視⁵¹。又憲法第 7 條所揭示之平等原則非指絕對、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，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇，如因處罰對象之取捨，而形成差別待遇者，須與立法目的間具有實質

數及比例而言，女性皆多於男性。又同期間地方檢察署執行通姦罪及相姦罪案件裁判確定情形，男性、女性總有罪確定人數分別為 480 人、568 人，占全部男性、女性執行案件人數之比例分別為 56.2%、60.2%，比例差距益大於上開起訴比例差距，應可佐證此等案件隨著程序進行越發不利於女性被告之傾向。

⁵¹ 此二公約於我國均已內國法化，參見消除對婦女一切形式歧視公約施行法第 2 條規定：「公約所揭示保障性別人權及促進性別平等之規定，具有國內法律之效力。」又兩公約施行法第 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。」

關聯，始與平等原則無違⁵²；以性別作為分類基礎之差別待遇，應採較為嚴格之審查基準，如手段與目的間欠缺實質關聯，應認違反平等權之意旨⁵³。⁵⁴

⁵² 參見司法院釋字第 666 號解釋理由書。

⁵³ 參見司法院釋字第 748 號解釋理由書。依我國目前釋憲實務，司法院釋字第 626 號（警察大學入學考試限制色盲者應試合憲）、第 649 號（按摩業限視障者始得從事違憲），就與性別一樣同為「非屬人力所能控制之生理狀態」之分類，即色盲、視障，亦認應受較嚴格之審查。

關於性別歧視的審查標準，美國聯邦最高法院在 *United States v. Virginia* 維吉尼亞州軍校限收男性學生是否構成性別歧視乙案中指出：本案應適用中度審查標準，並且由維州軍校負舉證責任，維州軍校必須提出「非常具說服力的正當理由」（*exceedingly persuasive justification*），來證明此項性別分類係為達成「重要的政府目的」（*important governmental objectives*），而且所使用的歧視性手段與該等目的之達成具有實質關連（*substantially related*），才能使性別的差別待遇合憲。*United States v. Virginia*, 518 U.S. 515-516 (1996).

⁵⁴ 美國聯邦最高法院就平等原則的審查標準，依密度的不同，可分為三種：一、合理審查基準（*Rational Basis Review*）；二、中度審查基準（*Intermediate Review*）；三、嚴格審查基準（*Strict Scrutiny*）。種族分類或涉及投票、被選舉權、訴訟權、遷徙自由等民主政治基本權利的案件類型一般採嚴格審查，而性別分類一般採中度審查。各標準的適用範圍、目的之強度、手段與目的關連性如下表所示：

標準	適用範圍	目的之強度	手段與目的之關連性
合理	一般社經事項之政府措施	正當之正府利益	合理
中度	以性別或婚生子女為標準之分類措施	重要	實質
嚴格	有違憲嫌疑之分類、涉及基礎權利之政府措施	極重要	密切 必要並嚴格限縮適用範圍

參見廖元豪，〈如何觸不平而去之〉，收錄於司法院大法官 103 年度學術研討會論

綜上所述，由於第 239 條但書實質上係以性別作為基礎而為差別待遇，則依前揭說明，就「使告訴人得僅宥恕配偶，而不一併宥恕相姦人」之手段與「顧全夫妻情誼、隱私及避免婚姻、家庭破裂」之目的，為比例原則（含目的正當性、適合原則、必要原則及狹義比例原則）之審查時，應採取嚴格審查標準，於分析後倘無法確信相關立法判斷為正確，即須宣告此等手段不符比例原則及平等原則之要求。

貳、刑事訴訟法第 239 條但書之手段，是否有助於所揭目的之達成？

手段與目的間是否存有一定關聯性？

一、目的正當性之檢驗：

依前述比例原則操作之順序，首先探討「顧全夫妻情誼、隱私及避免婚姻、家庭破裂」之立法目的是否具有正當性。觀諸長期釋憲實務所發展出關於「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障」⁵⁵，及婚姻之安定、家庭之和諧、婚姻關係之隱私⁵⁶等價值宣示，足認此等目的具有正當性。

二、適合原則之檢驗：

其後探討「使告訴人得僅宥恕配偶，而不一併宥恕相姦人」之手段，是否有助於達成「顧全夫妻情誼、隱私及避免婚姻、家庭破裂」之立法目的（適合原則）。為求嚴謹，宜從「正面」及「反面」兩個方

文集，頁 96。

⁵⁵ 參見司法院釋字第 362 號、第 552 號、第 554 號、第 620 號、第 696 號、第 712 號解釋文及理由書。

⁵⁶ 參見司法院釋字第 587 號解釋文及理由書。

向來分析，亦即先正面分析採取此等手段是否有助於達成該目的，再反面分析若不採取此等手段是否即難以達成該目的。

先正面分析採取此等手段是否有助於達成該目的。告訴人宥恕配偶，看似能顧全夫妻情誼，惟相姦人部分既未獲宥恕而須繼續審理，則經由相姦人於庭訊時之供述、該配偶以證人身分到庭作證，或其他證據調查及辯論程序，關於告訴人婚姻關係之隱私甚或難堪事項仍可能遭公開，甚至因此造成婚姻、家庭之破裂。從而，採取此等手段未必有助於達成該目的。

再反面分析若不採取此等手段是否即難以達成該目的。「不採取此等手段」意指回歸「告訴(主觀)不可分原則」，對於配偶撤回告訴之效力亦及於相姦人，若告訴人即因此不對配偶撤回告訴，寧可使配偶及相姦人全部之審理繼續進行，產生反於該目的之後果，則「若不採取此等手段即難以達成該目的」此陳述應可證立。然而，「告訴人即因此不對配偶撤回告訴，寧可使配偶及相姦人全部之審理繼續進行」，其確定性若何？抑或有可能「告訴人為達成該目的，即使告訴不可分，仍選擇對配偶撤回告訴(儘管十分不情願撤回告訴之效力亦及於相姦人)」？在欠缺實證研究或其他有力研究結果之下，既無法證明前一陳述具有確定性，亦無法證明後一陳述不具可能性。故充其量僅能認為「若不採取此等手段即難以達成該目的」之陳述係基於某種推測，而尚難斷言該陳述業經客觀證立。

再者，並非僅通姦及相姦罪存在「告訴人僅願原諒部分共犯，而仍欲處罰其他共犯」之現象，於其他告訴乃論之犯罪，依案件情節、犯罪分工、和解與否等條件，同樣不乏告訴人僅願原諒部分共犯之情

形。則為何立法者就此普遍情形，特別為通姦及相姦罪創設「告訴（主觀）不可分原則」之例外？若配偶與相姦人共同對告訴人為傷害、公然侮辱等其他告訴乃論之犯罪，即又回歸適用「告訴（主觀）不可分原則」，此等差異處理是否合理？通姦及相姦罪在規範上是否具備特殊及充分之理由，而有為其特設例外之正當性？均顯有疑義。

從而依嚴格審查標準，對於「使告訴人得僅宥恕配偶，而不一併宥恕相姦人」之手段與「顧全夫妻情誼、隱私及避免婚姻、家庭破裂」之立法目的，經以適合原則作正、反兩面之分析，一方面採取此等手段未必有助於達成該目的，另一方面亦無法斷言若不採取此等手段即難以達成該目的，自無法確信「第 239 條但書之手段有助於所揭目的之達成」或「手段與目的間存有一定關聯性」之立法判斷為正確（既未通過適合原則之檢驗，即無須繼續以必要原則及狹義比例原則為審查）。則依前揭說明，得認第 239 條但書以性別作為基礎而為差別待遇，手段與目的間欠缺實質關聯，故違反比例原則及平等原則。

參、結論：

如依嚴格審查標準，第 239 條但書以性別作為基礎而為差別待遇，其手段與目的間欠缺實質關聯，無法通過適合原則之檢驗，故該但書規定違反比例原則及平等原則。