

# 鑑定意見書

張文貞<sup>1</sup>

交大科法學院教授兼院長/臺大法律學院教授

2020/03/27

|                    |    |
|--------------------|----|
| 一、刑法第 239 條部分      | 1  |
| 二、刑事訴訟法第 239 條但書部分 | 10 |
| 三、結論               | 13 |

司法院大法官為審理會台字第 12664 號等聲請解釋案，其中關於刑法第 239 條及刑事訴訟法第 239 條但書規定是否合憲，請我出具鑑定意見，茲依司法院大法官書記處所列爭點題綱，表示意見如下：

## 一、刑法第 239 條部分

(一) 刑法第 239 條之立法目的為何？其係為保障人民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？

### 1. 刑法第 239 條的立法目的，在於落實憲法對婚姻權的保障

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」。本條的立法目的，是立法者希望透過刑罰手段達到預防通姦、落實配偶之間在性關係上的忠誠義務，藉以維繫婚姻關係，強化我國憲法對婚姻權及婚姻自由的保障。<sup>2</sup>

我國憲法雖未明文保障婚姻權及婚姻自由 (right to marry, right to marriage, freedom of marriage)，但司法院大法官已多次透過解釋明確表示，婚姻權及婚姻自由是憲法第 22 條所保障的基本權利。例如，大法官在司法院釋字第 748 號審查民法親屬編婚姻章，未使相同性別二人得為經營共同生活之目的而成立具有「親密性及排他性之永久結合關係」的立法闕漏時，即明確表示婚姻權及婚姻自由是憲法上重要的基本權。根據該號解釋理由書：「適婚人民而無配偶者本有結

---

<sup>1</sup> 作者特別要感謝台大法律學院博士班林煜騰同學及碩士班李依庭同學，在短時間內提供本意見書在資料蒐集與分析整理上的協助。當然，所有文責，由作者自負。

<sup>2</sup> 司法院釋字第 554 號解釋理由書參照。

婚自由，包含『是否結婚』暨『與何人結婚』之自由。該項自主決定攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，為重要之基本權(a fundamental right)，應受憲法第 22 條之保障。<sup>3</sup> 此外，大法官也曾於司法院釋字第 569 號提及：「有配偶而與人通姦，悖離婚姻忠誠，破壞家庭和諧，侵害憲法第 22 條所保障之自由權利。」<sup>4</sup>

立法者認為配偶之間在性關係上的忠誠是「親密及排他性之永久結合關係」的婚姻權中之重要內涵，而婚姻外的性行為（通姦行為）破壞此一內涵，因此必須透過刑法第 239 條來加以處罰，以落實人民受憲法第 22 條所保障的婚姻權。

## 2. 刑法第 239 條所限制的權利，亦為重要的基本權—隱私權

刑法第 239 條在落實對婚姻權保障的同時，亦限制了人民另外一個同受憲法保障的基本權—隱私權，導致基本權之間的競合與衝突。

同樣地，我國憲法沒有明文保障隱私權，但司法院大法官多次透過解釋明確表示隱私權是憲法第 22 條所保障的基本權利。隱私權的核心內涵在於保障個人生活私密領域免於他人侵擾以及個人的自主決定權。例如，大法官在司法院釋字第 603 號解釋理由書強調，「基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障」。<sup>5</sup> 此外，在司法院釋字第 585 號、第 603 號及第 689 號等解釋中，大法官亦明白肯認隱私權保障的範圍，包含個人的資訊自主權、以及自主控制的權利。<sup>6</sup>

大法官在司法院釋字第 554 號審查刑法第 239 條是否合憲時，曾以刑法第 239 條主要是在「以刑罰手段限制有配偶之人與第三人間之性行為自由」，並認為「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，在不妨害社會秩序公共利益的前提下，是受憲法第 22 條所保障的基本權利。<sup>7</sup> 但事實上，刑法第 239 條所限制的權利，並非僅僅是性行為自由，更重要的是其涉及了限制個人基於人性尊嚴及平等人格發展所需，對於個人私密及親密關係的自主決定、及不受任意侵擾的權利，為隱私權保障的核心內涵。

司法院釋字第 554 號作成時，我國釋憲實務尚未明白將隱私權納入憲法第

---

<sup>3</sup> 司法院釋字第 748 號解釋理由書參照。

<sup>4</sup> 司法院釋字第 569 號解釋理由書參照。

<sup>5</sup> 司法院釋字第 603 號參照。

<sup>6</sup> 司法院釋字第 535 號、第 509 號、第 293 號等解釋，雖有提到「隱私權」的字眼，但大法官並沒有仔細論述隱私權的權利範圍。直到司法院釋字第 585 號、第 603 號對於隱私權的權利內涵才有比較清楚的闡述。

<sup>7</sup> 司法院釋字第 554 號參照。

22 條的保障範圍，對於隱私權的權利內涵與範圍也還未清楚釐清與闡明。但在司法院釋字第 603 號作成之後，個人自主決定是否、以及與何人發生包括性行為在內的親密及私密關係，毫無疑問是隱私權所保障的核心內涵，也應受憲法第 22 條對隱私權所作的保障。

比較憲法及國際人權法上也廣為肯認個人生活私密領域的自主決定及免於侵擾，是隱私權保障的核心內涵。以美國為例，1965 年，美國聯邦最高法院在 *Griswold v. Connecticut* 案中，清楚表明除了美國聯邦憲法增補條款第 1 條至第 8 條所明文保障的權利外，這些權利所涵蓋的其他內容就有如光照外的陰影圈 (penumbra) 一樣，也同受憲法的保障。隱私權，就是憲法雖未明文、但仍須加以保障的重要基本權利。<sup>8</sup> 在美國法的脈絡下，個人對於私密空間、以及私密關係的自主控制權，一直都是隱私權的核心領域。<sup>9</sup> Douglas 大法官在 *Griswold* 案中，不但強調親密及私密關係的神聖性，也高度質疑警察在私密空間（例如臥房）執法及蒐證的合理性。<sup>10</sup> *Griswold* 案建立了國家不得干涉人民是否、及如何建立私密及親密關係，也不得干涉人民私密及親密領域活動等隱私權保障的核心內涵。

1972 年，*Eisenstadt v. Baird* 案延續並擴大了 *Griswold* 案的見解，認為憲法所保障的隱私權，是一個重要的基本權利，不應該因身分關係不同而有區別。因此，不論是已婚或單身，對於個人私密及親密關係的建立、以及私密及親密領域的活動，均享有不受公權力干涉的權利。<sup>11</sup> 在 1973 年 *Roe v. Wade* 案和 1977 年 *Carey v. Population Services Int'l* 案中，美國聯邦最高法院進一步總結前述相關案例對於個人私密及親密關係保障的意旨，認為這些內涵均指向隱私權中的自主決定權，而這樣的自主決定權，是重要的基本權利，國家不得任意干涉。<sup>12</sup>

美國聯邦最高法院也確實透過判決，日益強化隱私權中個人自主決定權的保障範圍。在 1992 年 *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* 案中，最高法院指出，任何涉及個人最私密的自主決定都和人性尊嚴與自主決定權有關，而為聯邦憲法增補條款第 14 條所必須保障的權利核心。若要求個人依國家界定的標

---

<sup>8</sup> “The present case, then, concerns a relationship lying within the zone of privacy created by several fundamental constitutional guarantees.” *Griswold et al. v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 485 (1965). 另參見：張文貞，〈美國憲法〉，收於王澤鑑主編：《英美法導論》，台北：元照出版，頁 159-185（2010）。

<sup>9</sup> “The present case, then, concerns a relationship lying within the zone of privacy created by several fundamental constitutional guarantees.” *Griswold et al. v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 485 (1965).

<sup>10</sup> *Id.* at 485-86 (1965).

<sup>11</sup> “If the right of privacy means anything, it is the right of the individual, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child. . . .” *Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438, 453 (1972).

<sup>12</sup> *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 153 (1973); *Carey v. Population Services Int'l*, 431 U. S. 678, 685-86 (1977).

準行動，將破壞自我價值決定而無法完整發展人格。<sup>13</sup> 在 2003 年 *Lawrence et al. v. Texas* 案中，法院更明白指出，國家對於性行為的懲罰涉及到人類在「最私密的地方」(the most private of places, the home)的「最私密行為」。這類規範試圖控制一種私密關係，無論這種關係是否有權在法律上得到承認，都涉及個人的選擇而不應予以懲罰。個人選擇在其私人生活領域建立各種關係攸關憲法對人性尊嚴的維護，不應受國家干涉。<sup>14</sup>

在國際人權法上，公民與政治權利國際公約 (International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR) 第 17 條，明文保障隱私權。該條規定：「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；對於此種侵擾或破壞，人人有法律保護之權利。」<sup>15</sup> 在隱私權的保障下，個人不但有權享有其隱私及其自主領域，更重要的是也可以隨時從公共領域退出回到自己的私人領域，根據自己期望不受他人干涉和侵擾的塑造自己生活。<sup>16</sup>

個人在公共領域的行為或表現，會受到法律、社會或道德規範的限制；但個人在其私密空間或「房間的四壁之內」(one's own four walls)的私人領域，應該受到完全的保障，根據其自由人格及意願來充分發展。<sup>17</sup> 此種保障包含了對私密及親密權利(right of intimacy)的保障，也保護這些私密與親密的行為及其相關的資

---

<sup>13</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833, 850 (1992): “These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one’s own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State.”

<sup>14</sup> *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. 558, 566-67 (2003): “ Their penalties and purposes, though, have more far-reaching consequences, touching upon the most private human conduct, sexual behavior, and in the most private of places, the home. The statutes do seek to control a personal relationship that, whether or not entitled to formal recognition in the law, is within the liberty of persons to choose without being punished as criminals. . . . It suffices for us to acknowledge that adults may choose to enter upon this relationship in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons. When sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring. The liberty protected by the Constitution allows homosexual persons the right to make this choice.”

<sup>15</sup> “No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.” International Covenant on Civil and Political Rights art. 17, Dec. 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171.

<sup>16</sup> “It entitles the individual to isolate oneself from one's fellow human beings, to withdraw from public life into one's own private sphere, in order to shape one's life according to one's own (egocentric) wishes and expectations.” MANFRED NOWAK, U.N. COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS: CCPR COMMENTARY 378 (2nd ed. 2005).

<sup>17</sup> *Id.* at 379: “Whereas public life represented that area in which the individual’s developmental possibilities were limited by strict legal, social and/or moral norms, one could fully develop, unrestricted and unobserved, one's individuality within the private sphere of one's ‘own four walls’. . . . In principle, the right to respect for privacy includes private acts in public.”

訊，不得對外揭露。

揭露個人私密或親密領域的資訊是否構成對隱私權的干涉，必須將個人主觀感受納入考量。將個人私密領域的相關資訊公開而導致其難堪，使個人遭受公眾議論，當然構成了對隱私權的侵害，例如：公開一個人的裸照、個人物品（日記、信件等）、性生活、或其他悖離常軌（不管是真實或捏造的）的嗜好。<sup>18</sup> 除此之外，任何違背當事人意願而對其私密及親密領域的侵犯、騷擾或窺探，也會構成對隱私權的限制及侵害。<sup>19</sup>

在公民與政治權利國際公約第 17 條的規定下，國家對於個人在其私密及親密領域的自主決定、及不受侵擾的權利的干預，構成對隱私權的限制，尤其是對私密及親密的性行為的管制，<sup>20</sup> 必須通過合法且非恣意的高標準的檢驗。<sup>21</sup>

國家透過處罰婚姻外性行為的通姦罪來維護婚姻權，很顯然必須要對人民在私密及親密領域中的行為，進行直接的窺探與干預。此不僅侵入個人的私密與親密領域，也明顯干涉個人對於人際關係及生活決定的安排。因此，通姦罪構成對於個人及其與他人建立私密與親密關係的自主決定權的侵害，是對憲法第 22 條（以及公民與政治權利國際公約第 17 條）所保障隱私權的重大限制。

### 3. 刑法第 239 條涉及婚姻權與隱私權的競合與衝突

我國憲法對隱私權的保障，是在司法院釋字第 603 號作成後，才真正開始建構。除此之外，在司法院釋字第 748 號解釋之前，我國釋憲實務並未明白肯認婚姻權是憲法上所保障的重要基本權利，反而僅將其定位為是受憲法保障的制度。既然隱私權與婚姻權均為我國憲法所保障的重要基本權，司法院大法官在面對刑

---

<sup>18</sup> *Id.* at 387-88: “As mentioned at the outset, privacy also guarantees a right of intimacy, i.e., to secrecy from the public of private characteristics, actions or data. In determining whether personal information is so private that its publication would constitute impermissible interference with privacy, a variety of factors must be taken into consideration, including the specific conduct and the subjective feelings of the person concerned. . . . Intimacy protects a person's likeness from being published without his or her consent. Qualified protection is enjoyed by that data from the intimacy sphere whose procurement, conveyance and publication would be embarrassing or awkward for the person concerned for reasons of morals. One might conceive in this context of the publication of secretly acquired nude photos or personal writings (diaries, letters, etc.) or of revelations of a person's sex life, so-called anomalies, perversions or other (true or fabricated) peculiarities that would subject the person concerned to public ridicule.”

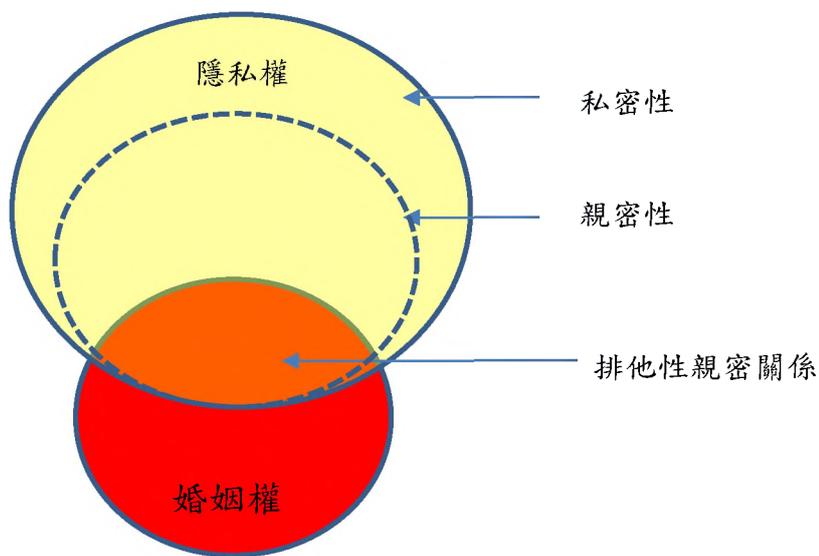
<sup>19</sup> “[P]rotection of intimacy goes beyond publication. Every invasion or even mere exploration of the intimacy sphere against the will of the person concerned may constitute unjustified interference.” *Id.*

<sup>20</sup> “Sexual autonomy represents a particularly important case of the right to communication in the area of privacy. Regulation of sexual behaviour therefore constitutes interference with privacy.” *Id.* at 391.

<sup>21</sup> 一般將「任意」一詞適用於國家干預，將「非法」一詞適用於私人間權利的競合與衝突。NOWAK, *supra* note 16, at 382.

法第 239 條是否合憲的這個問題上，就必須直接面對婚姻權及隱私權這兩個基本權的競合與衝突，並予以權衡。

如前所述，隱私權的保障範圍，包含個人生活私密領域免於他人侵擾、及其自主決定權。從隱私權所保障的私密及親密關係來觀察，其保障範圍可區分為私密性（與第三人無關）與親密性（涉及第三人）兩部分。而「親密性」的部分，可再區分「排他性」以及「非排他性」。誠如司法院釋字第 748 號所明白表示，婚姻權及婚姻自由的核心，在於與他人建立親密性及排他性之永久結合關係。在此意義上，隱私權與婚姻權之間相互有所重疊，作為婚姻權內涵的親密關係及親密行為亦為隱私權的核心範圍（如下圖示）。



國家透過刑法第 239 條處罰婚姻外的性行為，是想要透過刑罰手段維護婚姻中的排他性親密關係。然而，這樣的手段同時也直接干預了基本權利主體之間自主建立親密關係的權利（親密性）；更重要的是，國家為了執法勢必會干預到基本權利主體的個人私密領域及其活動（私密性）。因此，在審理刑法第 239 條是否違憲時，如何權衡婚姻權與隱私權這兩者間的衝突，就是本案最核心的關鍵。

#### 4. 刑法第 239 條是否合憲的審查，應提高審查標準：立法目的必須至少具有重大公益，且其手段必須與此一重大公益有實質關聯

人民雖然選擇進入婚姻，但並不代表即放棄其受憲法所保障對個人私密領域的活動不受侵擾及享有自主決定的隱私權。刑法第 239 條透過處罰婚姻外性行為，希望達到落實憲法對婚姻權的保障，明顯干預個人私密及親密領域及其行為，涉及憲法第 22 條所保障隱私權的侵害。依我國釋憲實務，隱私權攸關「人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人

侵擾及個人資料之自主控制」。<sup>22</sup>國家要能通過憲法的檢驗來對隱私權加以限制，必須基於「特定重大公益之目的」<sup>23</sup>，且其手段必須「與重大公益目的之達成，具有密切之必要性與關聯性」。<sup>24</sup>從而，刑法第 239 條對隱私權侵害是否合憲的審查，必須提高審查標準。尤其面對憲法所保障的婚姻權及隱私權這兩個最重要基本權的競合與衝突，釋憲者更須謹慎以待。

在比較法上，2015 年，南韓憲法法院認定該國刑法處罰通姦罪違憲，其中一個重要的原因，就是因為審查標準的提高。該國憲法法院認為，立法者要透過刑罰手段來處罰通姦行為、維繫婚姻，必須是為避免重大利益遭受明顯危害的最後手段。<sup>25</sup>

除此之外，釋憲者對刑法第 239 條是否合憲的審查必須提高審查標準的原因，還有憲法增修條文第 10 條第 6 項所賦予國家消除性別歧視的積極任務。大法官曾於司法院釋字第 666 號表明，即可能涉及實質上的性別差別待遇。<sup>26</sup>而此一實質上的性別差別待遇，是前述憲法增修條文所特別課予國家必須消除的任務。從這個角度來說，本案必須進一步特別檢討有無違反憲法第 7 條及增修條文第 10 條第 6 項性別平等的問題。

## （二）刑法第 239 條處罰婚姻外性行為之手段，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？

### 1. 處罰婚姻外性行為無助於婚姻的維護，手段與目的間欠缺實質關聯

如前所述，刑法第 239 條涉及憲法第 22 條所保障的隱私權，對其是否合憲的審查，必須提高審查標準，詳究其立法目的是否具有重大公益，而其手段是否與此一重大公益有實質關聯。

刑法第 239 條對有配偶而與人通姦者及相姦者處以刑罰，是立法者為落實配偶間在性關係上的忠誠義務，以維繫婚姻關係，強化我國憲法對婚姻權的保障，

---

<sup>22</sup> 司法院釋字第 603 號解釋理由書第 8 段參照

<sup>23</sup> 司法院釋字第 603 號解釋理由書第 14 段參照。

<sup>24</sup> 司法院釋字第 603 號解釋理由書第 14 段參照。

<sup>25</sup> Adultery Case, 27-1(A) KCCR 20, 2009Hun-Ba17.205, 2010Hun-Ba194, 2011Hun-Ba4, 2012Hun-Ba57.255.411, 2013Hun-Ba139.161.267.276.342.365, 2014Hun-Ba53.464, 2011Hun-Ka31, 2014Hun-Ka4(consolidated), February 26, 2015, 7: “Individuals’ sexual life belonging to the intimate domain of privacy should be subject to the individual’s self-determination, refraining from State’s intervening and regulation, for its nature. The exercise of criminal punishment should be the last resort for the clear danger against substantial legal interests and should be limited at least.”

<sup>26</sup> 司法院釋字第 666 號參照。

自屬重大公益。不過，以刑罰手段處罰婚姻外性行為，是否真能有助於婚姻權的保障，且具婚姻權保障之間有實質關聯，顯有疑問。

憲法上所保障婚姻權的本質，是肯認兩個具有平等人格尊嚴的主體間依其自由意志形成具有親密性及排他性的永久結合關係。<sup>27</sup> 在這樣自由結合的親密性及排他性的關係中，親密性關係是其中的一部分，但並非核心，也不是全部。立法者想要透過刑法第 239 條處罰婚姻外性行為以維繫婚姻關係，落實憲法上對婚姻權的保障，顯然是誤以為只要強化配偶間在性關係上的忠誠，就可以維繫婚姻。但既然親密性關係並非婚姻的核心、也非全部，僅僅針對性關係的忠誠義務進行刑罰，顯然無助於立法目的之達成。

南韓憲法法院宣告通姦罪違憲，主要論據即在於此。法院認為是否維持婚姻，應該由具有平等人格尊嚴的主體間，透過其自由意志與感情來決定，而不應透過刑罰來加以強制，更難從刑事政策的角度預期這樣的刑罰強制手段可以達到一般或特殊預防婚姻外性行為的效果。民事制度如：兩願或破綻離婚、贍養費及懲罰性賠償金等相關配套，可以更有效地實現相關的立法政策目標。從這個觀點來看，處罰通姦行為，來達到維繫婚姻、保障婚姻權的立法目的並不具實效性。

再者，通姦罪的處罰，也不符合手段適當性的要求，更非是最小侵害手段。如前所述，用刑法來處罰婚姻外性行為，並無助於達成配偶間的性忠誠義務要求以維繫婚姻；更重要的是，此種手段明顯過度侵害了個人的隱私(freedom of privacy)，尤其更具體的在個人隱私權範圍內的性自主決定及私密權(the right to sexual self-determination and secrecy)，不符衡平性原則。<sup>28</sup>

另外，2018 年，印度最高法院亦認定該國刑法通姦罪違憲。在其判決中，最高法院明白指出，將通姦行為視作犯罪是對受憲法所保障的隱私領域的極大侵犯。通姦行為可能是婚姻關係不睦的原因，也可能是結果。對婚姻關係內或婚姻關係外當中的任何一人處以刑罰，都無助於挽救婚姻關係不睦的局面。<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> 司法院釋字第 748 號參照。

<sup>28</sup> *Adultery Case*, 27-1(A) KCCR 20, 2009Hun-Ba17.205, 2010Hun-Ba194, 2011Hun-Ba4, 2012Hun-Ba57.255.411, 2013Hun-Ba139.161.267.276.342.365, 2014Hun-Ba53.464, 2011Hun-Ka31, 2014Hun-Ka4(consolidated), February 26, 2015.

<sup>29</sup> *Joseph Shine v. Union of India*, (2019) 3 SCC 39, ¶54: “When the parties to a marriage lose their moral commitment of the relationship, it creates a dent in the marriage and it will depend upon the parties how they deal with the situation. Some may exonerate and live together and some may seek divorce. It is absolutely a matter of privacy at its pinnacle. The theories of punishment, whether deterrent or reformative, would not save the situation. A punishment is unlikely to establish commitment, if punishment is meted out to either of them or a third party. Adultery, in certain situations, may not be the cause of an unhappy marriage. It can be the result. It is difficult to conceive of such situations in absolute terms. The issue that requires to be determined is whether the said act should be made a criminal offence especially when on certain occasions, it can be the cause and in certain situations, it can be the result. If the act is treated as an offence and punishment is provided, it would tantamount to punishing people who are unhappy in marital relationships and any law that

如前所述，透過刑法來處罰婚姻外性行為，是否能達到維繫婚姻、保障憲法上的婚姻權的目的，在手段及目的之間具有實質的關聯，頗有疑問。更重要的是，刑罰作為國家所能使用的最嚴苛的強制工具，為了執行婚姻間的性忠誠義務的要求，透過國家權力的行使不管是從其訴追、審理到後續的執行，均嚴重侵犯人民同受憲法所保障的隱私權，過度限制其個人私密領域及其自主決定權，違背憲法對人性尊嚴維護的承諾。

綜上，刑法第 239 條無法通過比例原則的檢驗，在婚姻權與隱私權兩者的保障間嚴重失衡，應認定違憲。

## 2. 處罰婚姻外性行為的刑罰規定，違反性別實質平等

根據學者的統計分析，通姦罪的處罰，無論從偵查期間的告訴、告訴撤回、起訴、或於審判期間之告訴撤回、到最後的有罪判決，均呈現性別上的明顯差異，而有女性被告多於男性被告的情形。實務上，通姦罪的處罰，顯然對女性較為不利，而違反性別實質平等。<sup>30</sup>

聯合國提高婦女地位司(UN Division for the Advancement of Women, DAW)於 2009 年即建議各國應廢止通姦等婚姻外性行為的犯罪，並指出相關立法的具體實踐，往往是對女性的歧視。<sup>31</sup> 聯合國女性平權法律實務人權工作小組(UN working Group on Discrimination against women in law and in practice)亦於 2012 年針對仍存在通姦罪的國家進行調查，發現各國通姦罪的執行皆呈現出女性在刑事程序中極度弱勢，且其尊嚴、隱私與平等等重要的基本人權皆遭受侵害之情形。因此，該小組明確指出通姦罪歧視女性，違反《公民與政治權利國際公約》及《消除對婦女一切形式歧視公約》對於性別實質平等的保障。<sup>32</sup>

《公民與政治權利國際公約》國內法化後，我國依其施行法規定提出國家報告，在 2013 年及 2017 年對國家報告審查所做的結論性意見與建議中，均明白指出通姦罪造成對婦女不成比例的負面影響，而請我國政府加以檢討。<sup>33</sup>

---

would make adultery a crime would have to punish indiscriminately both the persons whose marriages have been broken down as well as those persons whose marriages are not. A law punishing adultery as a crime cannot make distinction between these two types of marriages. It is bound to become a law which would fall within the sphere of manifest arbitrariness.”

<sup>30</sup> 學者官曉薇發言，法務部網站 102 年 11 月 28 日「通姦罪應否除罪化」公聽會紀錄，<https://www.moj.gov.tw/fp-199-61978-2b73b-001.html> (最後瀏覽日：03/20/2020)。

<sup>31</sup> *Good Practices in Legislation on “Harmful Practices” Against Women*, 19 (2009), [https://www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw\\_legislation\\_2009/Final%20report%20EGMGPLVAW.pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw_legislation_2009/Final%20report%20EGMGPLVAW.pdf).

<sup>32</sup> See generally United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Adultery as a Criminal Offence Violates Women’s Human Rights* (2012).

<sup>33</sup> 兩公約第二次國家報告國際審查會議結論性意見與建議，<http://www.humanrights.moj.gov.tw/cp-487-31598-9616e-200.html> (最後瀏覽日：03/20/2020)。

因此，刑法第 239 條通姦罪的規定，在性別不平等的現實中，女性持續面臨該條文適用上的差別待遇，並侵犯其尊嚴、隱私與平等受憲法所保障的重要基本權，違反憲法第 7 條保障的性別實質平等。

### （三）司法院釋字第 554 號有無變更解釋之必要？

婚姻權及婚姻自由，在司法院釋字第 748 號作成後已成為憲法上的基本權。這與司法院釋字第 554 號作成時，僅認為婚姻是憲法所保障的制度，且認為通姦罪的立法目的是為了保障婚姻關係中的性忠誠義務，而非為落實受憲法保障的婚姻權的前提，已不相同。從這個角度而言，司法院釋字第 748 號作成之後，對司法院釋字第 554 號的相關論理，明顯有補充或變更的需要。

此外，我國憲法對隱私權的保障是在司法院釋字第 603 號作成後，才建構完整。司法院釋字第 554 號作成時，認為刑法第 239 條通姦罪所侵害的是性行為自由，在大法官作成釋字第 603 號後，也顯然必須要加以補充或改變。如前所述，刑法第 239 條通姦罪所涉及的是對個人私密及親密領域、以及自主決定的隱私權的嚴重侵害，並非單單僅有性行為自由。司法院釋字第 554 號作成當時，僅狹隘認定刑法第 239 條侵害個人的性行為自由，且此一自由受婚姻與家庭制度的制約；這與我國釋憲實務後來所發展出，對婚姻權及隱私權的肯認與高度保障，已有很大差距，顯有重新解釋並加以補充或變更的需要。

如前所述，作為憲法重要基本權的婚姻權，其保障固然重要，但以刑法處罰通姦罪的方式來保障婚姻權的落實，已明顯侵害同為攸關人性尊嚴與自主決定的隱私權核心—私密領域活動以及建立親密關係之自主決定權，過度限制人民同受憲法第 22 條所保障的隱私權。就此，司法院釋字第 554 號，應在大法官後續所作解釋的基礎上，對相關論理加以補充，對刑法第 239 條是否合憲的認定加以變更。

## 二、刑事訴訟法第 239 條但書部分

（一）刑事訴訟法第 239 條但書之立法目的為何？其係為保障人民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？（二）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？

### 1. 刑事訴訟法第 239 條但書的立法目的，並非為了維繫婚姻，而在於單獨懲罰相姦人，並不符合重大公益目的

刑事訴訟法第 239 條但書特別規定：「刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人」，是我國刑事訴訟法上的告訴不可分原則的例外規

定。

實務見解認為，刑事訴訟法第 239 條但書特別規定的立法目的，「乃告訴人常有本於夫妻之情義，對於配偶有所宥恕者，而對相姦者則未必然，若一併使其撤回之效力及於必要共犯之相姦者，實有乖人情，故設此例外規定。換言之，告訴人得以單獨對通姦之配偶撤回告訴，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。」<sup>34</sup>

不過，刑事訴訟法第 239 條但書特別規定的立法目的究竟是否為了維繫婚姻、落實憲法對婚姻權的保障，有進一步詳究的必要。除了通姦罪以外，同樣是考量親屬或家庭關係的和睦，慮及被害人通常多願意宥恕，國家強制干涉的結果有時反而是增加被害人苦痛，擴大受害範圍，所以刑法對某些親屬間的犯罪，設有告訴乃論的規定。<sup>35</sup> 例如竊盜、侵占、詐欺、背信等罪，因涉及公益，本為非告訴乃論之罪，但立法者特別將具家庭成員身分者所犯竊盜、侵占、詐欺、背信等罪，納入告訴乃論之罪，以尊重被害人的告訴意願。

值得注意的是，對前述家庭成員身分者的財產犯罪，立法者雖考量家庭和諧及家庭關係的維繫，但其所採取手段是直接將此種財產犯罪改為告訴乃論，同時也沒有如通姦罪一般，設有撤回告訴例外可分的規定。不管是具家庭成員身分或不具家庭成員身分的共同被告，均適用告訴不可分的原則，而撤回告訴，亦不可分。<sup>36</sup> 從這裡可以明顯看出，刑事訴訟法第 239 條但書特別規定的立法目的，並非真如上述實務所稱是為了維繫婚姻關係，因為立法者對同樣有維護家庭和諧關係必要的類似案件，僅需要設計成告訴乃論之罪即已足，無庸對非親屬之被告另作差別安排。立法者既然在刑事政策上，已認為通姦罪所涉的公益性，無需達非告訴乃論之程度，卻又設計撤回告訴不可分的例外，讓告訴人得以針對相姦人維持告訴，其真正的目的其實並非透過宥宥配偶而維護婚姻，而是基於報復目的來單獨懲罰相姦人。

同時，我國實務對刑事訴訟法第 239 條但書特別規定的解釋，認為該條所稱的「配偶」，是指撤回告訴時尚具有法律上的配偶關係者；倘若已離婚，則非該條所稱的配偶，維繫婚姻存續與家庭和諧的必要性並不存在，就沒有該條但書規定的適用。亦即，對前夫或前妻撤告者，其撤回告訴的效力仍將及於相姦人。所

---

<sup>34</sup> 最高法院 104 年度台非字第 293、第 273 號刑事判決參照。

<sup>35</sup> 顧立雄（1984），〈由親屬間竊盜告訴乃論之規定，檢討竊盜罪所保護之法益究係持有抑或所有權？〉，《萬國法律》，18 期，頁 17。

<sup>36</sup> 雖然竊盜、侵占、詐欺、背信等罪為非告訴乃論之罪，因此就算撤回告訴亦不影響國家之追訴，但在法制上確實沒有如通姦罪相同的撤回告訴可分的例外設計。

以對已經離婚的配偶來說，只能選擇同時告前配偶及相姦者，或同時不告。<sup>37</sup> 不過，無論婚姻關係存續與否，都可能有前述實務見解所稱「告訴人常有本於夫妻之情義，對於配偶有所宥恕者，而對相姦者則未必然」的情形；亦即，不論是否離婚，都有可能發生有願意原諒配偶（或前配偶），而不願意原諒相姦人的情形。依據目前刑事訴訟法第 239 條但書特別規定的實務操作，倘若被害人已經想離婚，但不忍對配偶提告，卻又不願原諒相姦人，就必須要繼續維持婚姻關係，才能在提告後對配偶撤告，而維持對相姦人的告訴。這樣為了單獨懲罰相姦人，而勉強維持婚姻關係的情況，恰恰說明刑事訴訟法第 239 條但書特別規定的立法目的並非真正為了維繫婚姻關係，而只是特別給予配偶對相姦人單獨懲罰的程序規定。此目的與其嚴重侵害相姦人受憲法所保障的隱私權及平等權所必須符合的重大公益，並不相符。

## 2. 刑事訴訟法第 239 條但書規定，構成相姦罪被告與其他告訴乃論被告間的差別待遇，而此一差別待遇的目的，亦不符合重大公益

刑事訴訟法第 239 條本文之所以規定告訴不可分，在於告訴是針對犯罪事實，而非針對特定行為人，與公訴有別。告訴權的行使，僅就該犯罪事實是否告訴，有自由決定的權利，並不是給予告訴權人，在被告告訴者之間，有選擇的權利。<sup>38</sup> 而刑事訴訟法第 239 條但書規定，對犯通姦罪的配偶撤回告訴，仍得就犯相姦罪的必要共犯進行偵查追訴；對犯相姦罪的必要共犯撤回告訴時，該撤回效力卻及於犯通姦罪之配偶。這樣的規定，是對於包括通姦罪在內的所有告訴乃論之罪中，僅對犯相姦罪的相姦人有所例外，構成相姦人與其他告訴乃論之罪的被告間，有差別待遇。

告訴乃論之罪所以須告訴乃論，是因為此類犯罪的訴追，有尊重被害人意思的必要，且其影響的公益不致重大。<sup>39</sup> 立法者既然將刑法第 239 條通姦罪列為告訴乃論之罪，相姦人既屬告訴乃論之罪的被告，應與其他告訴乃論之罪的被告相同，當被害人撤回告訴時，相姦人即應受告訴撤回主觀不可分的效力所及。相較於其他告訴乃論之罪的被告，刑事訴訟法第 239 條但書規定單獨對通姦罪之相姦人做例外撤回可分的差別待遇，嚴重侵害相姦人受憲法保障的隱私權及平等權，卻未有任何符合重大公益目的的論理。

此外，在刑事訴訟法第 239 條但書規定的實際適用上，卻對女性構成特別不利的情形。如前所述，在告訴權人對配偶撤回告訴，使被告僅有相姦人的情形，

---

<sup>37</sup> 最高法院 104 年度台非字第 293、第 273 號刑事判決參照。

<sup>38</sup> 陳樸生（1982），《刑事訴訟法實務》，頁 292。

<sup>39</sup> 陳樸生，同前揭註 37。

往往有女性多於男性的結果，具統計學上的顯著性別差異。<sup>40</sup> 如此一來，刑事訴訟法第 239 條但書規定，不但沒有對相姦人及其他告訴乃論之罪的被告做合理差別待遇的基礎，更實質上造成了針對女性相姦人的歧視，不但與違憲法第 7 條性別實質平等的保障有違，也嚴重侵害其等受憲法所保障的隱私權。

### 三、結論

婚姻權及婚姻自由，在司法院釋字第 748 號作成後，已成為憲法上所保障的重要的基本權。司法院釋字第 603 號作成後，基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及自主控制，隱私權已成為受憲法第 22 條所保障的重要基本權。如前所述，刑法第 239 條通姦罪的處罰，是對個人私密及親密領域及其自主決定的隱私權，所為的嚴重干預及侵害，並非如過去司法院釋字第 554 號作成當時所狹隘認定的對個人性行為自由的違反，且受婚姻與家庭制度的制約。在此一釋憲實務大幅進展的基礎上，確有必要對司法院釋字第 554 號來加以重新檢討。

刑法第 239 條通姦罪的規定，是立法者想要透過對婚姻外性行為的處罰，來維繫婚姻關係，落實憲法上對婚姻權的保障。但立法者很顯然是誤以為只要強化配偶間在性關係上的忠誠，就可以維繫婚姻。事實上，親密性關係並非婚姻的核心、也非全部。針對婚姻關係的性忠誠義務違反施以刑罰，顯然無助於立法目的之達成。更重要的是，此一刑罰手段，已明顯侵害同為攸關人性尊嚴與自主決定的隱私權核心—私密領域活動以及建立親密關係之自主決定權，過度限制了人民同受憲法第 22 條所保障的隱私權。此外，刑事訴訟法第 239 條但書特別規定，並非真正為了維繫婚姻關係，而是針對相姦人單獨懲罰的規定，與其嚴重侵害相姦人受憲法所保障的隱私權及平等權兩相權衡，不符合其所需達成的重大公益，其針對相姦人所做差別待遇的手段，亦不具實質關連，且在實質上造成了針對女性相姦人的歧視，與憲法第 7 條對性別實質平等的保障有所違背。

---

<sup>40</sup> 學者官曉薇發言（2013），〈婚外性的罪與罰座談會〉，《台灣法學雜誌》，223 期，頁 41-42。