

會台字第 12664 號聲請釋憲案法律鑑定書

薛智仁

國立台灣大學法律學院副教授

貴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，囑託本人就刑法第 239 條與刑事訴訟法第 239 條但書之合憲性提供書面鑑定意見，敬覆如下：

壹、刑法第 239 條之合憲性

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。」依據學說與實務見解，通姦係指異性之性器接合，口交及肛交等性行為即使符合刑法第 10 條第 5 項之性交定義，亦不屬於本罪之通姦行為¹。依此，本罪禁止有配偶之人與第三人實施性器接合，違反者將受一年以下有期徒刑之制裁。本罪對於有配偶之人及第三人的基本權干預，形式上必須有法律根據（法律保留原則），此一法律實質內涵對於基本權的限制，又必須符合比例原則之限制，始屬合憲。本罪的構成要件及法律效果皆已有明確的法律規定，故合憲性的審查重點在於，其對於基本權之限制是否符合比例原則。

一、刑法規範之合憲性審查結構

在審查刑法第 239 條的合憲性之前，有必要先說明的是，對於刑法規範如何進行合憲性審查。依據規範理論，刑法規範的內容包含兩個部分：「行為規範」與「制裁規範」，行為規範是指禁止或要求行為人從事特定行為，制裁規範是指授權國家處罰違反行為規範之人，以維護行為規範的適用效力。不少德國文獻認為，刑法規範所包含的「行為規範」與「制裁規範」，其干預基本權的目的、種類和方式不同，對

¹ 林山田，刑法各罪論（下），5 版，2006 年，台北：自版，頁 497-498；盧映潔，刑法分則新論，15 版，2020 年，台北：新學林，頁 458-459；甘添貴，刑法各論（下），4 版，2015 年，台北：三民，頁 300。不同見解：林東茂，刑法分則，2020 年，台北：一品，頁 329；陳子平，刑法各論（下），3 版，2020 年，頁 483，皆基於維護家庭婚姻之目的，認為應該比照性交來解釋通姦概念。

於刑法規範的合憲性審查，應該區分「行為規範」和「制裁規範」進行²。

以刑法第 310 條第 1 項誹謗罪為例，其行為規範係指「禁止指謫或傳述足以毀損他人名譽之事」，制裁規範係指法院得對於誹謗者判決有罪，並科處「一年以下有期徒刑、拘役或一萬五千元以下罰金」。本罪之「行為規範」禁止個人發表特定的言論，構成對於言論自由的限制，此一限制之目的在保護他人名譽。為了保護名譽而限制言論自由，是否符合比例原則，應視此一限制是否為保護名譽所適合、必要且均衡的手段。相對地，本罪之「制裁規範」授權法院對於誹謗之人判決有罪並科處徒刑、拘役或罰金，有罪判決是國家宣示對於誹謗行為的譴責，構成對於一般人格權的限制，刑罰制裁則是構成對於人身自由或財產的限制，其目的是強化「禁止誹謗」之行為規範的效力。為了強化「禁止誹謗」之行為規範的效力而限制一般人格權、人身自由及財產，是否符合比例原則，則是取決於此一限制是否為維護行為規範效力所適合、必要且均衡的手段。因此，在進行誹謗罪的合憲性審查時，必須先確認其所隱藏的「禁止誹謗」行為規範是否合憲；如果「禁止誹謗」的行為規範合憲，才進一步審查「宣告有罪及科處刑罰」的制裁規範是否合憲。

上述區分「行為規範」和「制裁規範」進行合憲性審查的主張，看似是使合憲性審查的內容和層次更加清晰，但是忽略了行為規範和制裁規範的密切關連性³。一方面，行為規範對於基本權的干預程度，必定和違反行為規範的法律效果有關，不考量制裁規範就不可能完整說明行為規範的意義。例如，「禁止誹謗」作為一個行為規範，其前提必定是誹謗會帶來一定的法律後果，如果誹謗不會對行為人帶來任何法律後果，「禁止誹謗」根本就無法成為一個具有法律拘束力的行為規範。如果違反「禁止誹謗」的行為規範會帶來某種法律上的後果，那麼此一法律上的後果究竟是民事損害賠償、行政罰或刑罰，也必定構成行為人決定是否發表誹謗言論時的重要因素，影響「禁止誹謗」對於言論自由的限制程度。另一方面，制裁規範對於基本

² 中文文獻之詳細說明，許澤天，刑法規範的基本權審查—作為刑事立法界限的比例原則，載於：黃舒芃主編，憲法解釋之理論與實務（第七輯），2010 年 12 月，台北：中央研究院法律學研究所籌備處，頁 266-270。德文文獻，參考 Ivo Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998, Berlin: Duncker & Humblot, S. 569 ff.; Otto Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 78 ff.

³ 參考薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，17 期，2015 年 9 月，頁 179；Ingke Goeckenjan, *Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: überfällige Inventur oder Irrweg?* in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, 2015, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 193 ff.

權的干預，目的看似是在維護行為規範的效力，但是其所達成的公共利益到底有多大，還是必須看行為規範所欲保護的利益有多重要，制裁規範的合憲性審查也無法完全不看行為規範。例如，誹謗罪授權國家對於行為人宣告有罪與刑罰，是否符合比例原則，必須看確保「禁止誹謗」行為規範的適用效力所實現的「保護名譽」利益，相對於對行為人的一般人格權、人身自由或財產的干預，是否尚屬均衡。基於如此的考量，如果在進行刑法規範的合憲性審查時，分開審查「行為規範」和「制裁規範」是否符合比例原則，尤其是在審查「行為規範」時完全不考量國家係以刑罰維護其適用效力，反而是把原本屬於一個整體的問題割裂討論，看不清刑法規範以其譴責與刑罰的效力干預基本權的特色。因此，**對刑法規範的合憲性審查，應該是合併行為規範和制裁規範所干預的全部基本權，審查其是否符合比例原則。**

若是貫徹對於刑法規範整體審查其合憲性的模式，應該就行為規範對於憲法所例示之自由權利或一般行為自由的干預，以及制裁規範授權國家宣告有罪及刑罰所干預之一般人格權、人身自由或財產權，合併審查其干預是否符合比例原則，缺一不可⁴。回顧我國的釋憲實務，大法官對於刑法規範的合憲性審查，在形式上並未明白區分行為規範和制裁規範，而是將二者合併視為一體，審查其干預基本權是否符合比例原則。但是，根據筆者的初步觀察，大法官在認定刑法規範是否符合比例原則時，似乎有時只考量行為規範所干預的基本權，有時只考量裁判規範所干預的基本權。例如，釋字 554 號對於刑法第 239 條通姦罪，僅以其對於「性行為自由」之侵害未違反比例原則為由宣告合憲；釋字 558 號對於民國 81 年修正之國安法第 3 條第 1 項明訂人民入出境一律應經主管機關許可，不分國民在台灣有無戶籍，同法第 6 條第 1 項明訂，未經許可入境者科處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣九萬元以下罰金，以其「侵害國民得隨時返國之自由」違反比例原則宣告違憲，皆是僅以行為規範所干預之基本權為審查對象。相對地，釋字 594 號對於民國 82 年修正商標法第 77 條侵害商標罪，則是以其對於「人民之身體自由與財產權」侵害未違反比例原則為由宣告合憲，僅以制裁規範所干預之基本權為審查對象。由此可否推

⁴ 此種整體審查模式的最大作用是，在進行合比例性審查時，必須以行為規範及制裁規範所干預的全部基本權為基礎，將這些基本權被侵害的加乘效果納入考量。相反地，如果分開審查行為規範與制裁規範，可能其各自的基本權干預均屬合乎比例，刑法規範即屬合憲，無法考量基本權干預的加乘效果。關於考量干預多個基本權的加乘或累積效果，僅參考 Torsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 32. Aufl., 2016, Heidelberg: C. F. Müller, Rn. 307.

論出，大法官在形式上採取整體審查的模式底下，其實有意區分行為規範與制裁規範的合憲性，仍有待進一步推敲。本文只想強調，如果大法官是將刑法規範的整體當成審查對象，卻僅挑選所涉及之部分基本權進行比例原則的審查，此種審查顯然是不夠完備，可能因為低估刑法規範的基本權干預程度而不當放寬合憲要件。

二、刑法第 239 條之實質合憲性

(一) 本罪所干預之基本權

刑法第 239 條對於通姦配偶及其相姦人，處一年以下有期徒刑，其干預基本權的種類及程度，必須合併行為規範和制裁規範加以判斷。可以確定的是，本罪之制裁規範是授權國家宣告有罪及有期徒刑，限制有配偶之人及第三人的一般人格權(憲法第 22 條)、人身自由(憲法第 8 條)。同樣確定的是，本罪之行為規範是禁止有配偶之人與第三人性器接合，限制個人選擇與何人從事性行為的自由。依據釋字第 554 號解釋：「性行為自由與個人人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行為，惟依憲法第 22 條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障」，性行為自由被承認是憲法第 22 條保障之基本權，任何人都享有是否、與誰、如何從事性行為的自由，故本罪之行為規範構成對性行為自由的限制。

值得討論的是，本罪之行為規範是否構成對隱私權的限制。2013 年與 2017 年兩次的兩公約國際審查委員會結論性意見與建議，均認為我國通姦罪侵害公政公約第 17 條保障之隱私權，建議我國政府應予刪除；部分學說亦借鏡外國法，認為通姦罪侵害隱私權⁵。對於這個問題，大法官並無機會表達立場。在大法官作成釋字第 554 號之前，儘管就已經承認人民的隱私權應受保障，但是並未明確闡述其內涵⁶，故當

⁵ 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，46 期，2013 年 12 月，頁 130-140。美國法的隱私權概念強調「個人自主決定」之保障，參考劉靜怡，隱私權：第二講 隱私權保障與國家權力的行使——以正當程序和個人自主性為核心，月旦法學教室，50 期，2006 年 12 月，頁 39-49。

⁶ 司法院釋字第 293 號解釋：「銀行法第四十八條第二項規定「銀行對於顧客之存款、放款或匯款等有關資料，除其他法律或中央主管機關另有規定者外，應保守秘密」，旨在保障銀行之一般客戶財產上之秘密及防止客戶與銀行往來資料之任意公開，以維護人民之隱私權。」；司法院釋字第 509 號解釋理由書：「惟為保護個人名譽、隱私等法益及維護公共利益，國家對言論自由尚非不得依其傳播方

時並未從隱私權角度審查通姦罪是否合憲。直至釋字第 585 號解釋理由書，大法官始首次說明：「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間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」⁷。問題是，依據這個定義，通姦罪構成對隱私權的限制嗎？本文認為，大概沒有人會否認，性生活不僅是私人領域，甚至有時是不可被侵犯的私生活領域⁸，屬於上述隱私權定義中的「個人生活秘密空間」。但是，國家禁止有配偶之人與第三人性器接合，是否構成對於個人生活秘密空間的「侵擾」，則容有解釋空間。如果此處的「侵擾」係指他人對於個人生活秘密空間的刺探，那麼國家禁止有配偶之人與第三人性器接合的本身，如果沒有後續調查通姦的手段，尚未發生刺探生活秘密空間的效果，故不算是對於隱私權的限制。然而，如果此處的「侵擾」泛指介入他人安排個人生活秘密空間的自主決定，包括個人與特定人從事性行為在內，通姦罪禁止有配偶之人與第三人性器接合的本身，就構成對於隱私權的限制。在上述兩種可能的解釋之間，**本文比較傾向將「侵擾」理解為對於個人生活秘密空間的刺探，不包括介入他人對此生活秘密空間的安排**⁹。因為，大法官對於隱私權的理解至今仍然著重在防止個人資訊被刺探與揭露，而不是藉此賦予個人安排私人生活空間（例如婚姻、家庭或生育）的自由，似乎無意將性行為自由當成隱私權的保護對象¹⁰。再者，既然大法官已經將性行為自由承認為憲法第 22 條的基本權之一，並且強調其與個人人格有不可分離之關係，個人對性生活的自主決定權已獲得憲法保障，將之排除在隱私權之外並不會產

式為適當限制。」；司法院釋字第 535 號解釋：「臨檢實施之手段：檢查、路檢、取締或盤查等不問其名稱為何，均屬對人或物之查驗、干預，影響人民行動自由、財產權及隱私權等甚鉅，應恪遵法治國家警察執勤之原則。」

⁷ 司法院釋字第 585 號解釋理由書、司法院釋字第 603 號解釋。大法官對於隱私權的發展歷程，詳見葉俊榮，探尋隱私權的空間意涵—大法官對基本權利的脈絡論證，中研院法學期刊，18 期，2016 年 3 月，頁 5-19。

⁸ Vgl. nur Udo Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 88 EL, 2019, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 200.

⁹ 似乎也傾向此種理解者，李惠宗，憲法要義，8 版，2019 年，台北：元照，邊碼 1950；吳庚、陳淳文，憲法理論與政府體制，6 版，2019 年，台北：自版，頁 342-343。

¹⁰ 亦參考林子儀，公共隱私權，第五屆馬漢寶講座論文彙編，2015 年，台北：財團法人馬氏思上文教基金會，頁 38：「如與美國司法實務或美國學者所主張的隱私權類型比較，我國司法院大法官到目前為止，只肯認空間隱私權及資訊隱私權兩種類型，而未及於自主決定隱私權、具財產價值之隱私權其它類型。」

生保護漏洞，將之包含在隱私權之內似乎也不會提升其保護程度。基此，通姦罪之行為規範並未限制隱私權。

簡言之，本罪對有配偶之人及第三人構成性行為自由（憲法第 22 條）、一般人格權（憲法第 22 條）及人身自由（憲法第 8 條）之限制。接著的問題是，此一限制是否符合比例原則（憲法第 23 條）。

（二）目的正當性

首先要檢討的是，通姦罪所追求之目的是否正當。不少刑法學說批評通姦罪的正當性，理由之一是不符合刑法保護法益的目的。張明偉認為「單純善良風俗或一般道德觀念的維護，甚至是婚姻或人生的幸福美滿，均非刑法存在之目的。¹¹」邱忠義認為「通姦行為被視為無被害人的犯罪，僅屬於道德錯誤，維護舊時代思潮下的性道德價值，不足以正當化通姦入罪。¹²」林慈偉認為「在性質上，家庭婚姻圓滿利益自始不適用以處理公共事務為目的的刑法。¹³」這些觀點的出發點是，刑法以保護法益為目的，而善良風俗或道德觀念不屬於刑法保護的法益，故通姦行為不應該被入罪化。問題是，刑法學的法益概念，在憲法層次上，應該成為審查刑法規範是否追求正當目的的標準嗎？

答案應是否定的。依據憲法第 23 條，法律對基本權的限制必須是出於「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」之目的，一般認為此一限制僅在禁止立法者追求明顯違憲的目的，換言之，**所追求之公共利益為憲法所容許，即可滿足目的正當性的要求**¹⁴。所謂立法者負有維護公共利益的任務，則是在強調禁止國家只為了部分個人或群體（例如貴族）之利益而限制基本權。因此，一個刑法規範是否符合憲法第 23 條之目的正當性，判斷標準在於是否追求憲法所容

¹¹ 張明偉，通姦罪合憲性之再思考，月旦裁判時報，59 期，2017 年 5 月，頁 63。同此見解：王皇玉，刑法總則，5 版，2019 年，台北：新學林，頁 29。

¹² 邱忠義，註 5 文，頁 138。

¹³ 林慈偉，通姦除罪化思維於我國司法實務之實踐——以高等、地方法院近年相關裁判為中心，軍法專刊，58 卷 5 期，2012 年 10 月，頁 137。

¹⁴ 許宗力，基本權的保障與限制（下），月旦法學教室，14 期，2013 年 12 月，頁 51-52。

許的公共利益，而不在於其是否符合刑法學的法益概念¹⁵。在我國釋憲實務上，大法官也從未將刑法學的法益理論當成審查刑法規範之目的正當性的標準。例如，關於刑法第 235 條的合憲性，釋字第 617 號解釋認為「為維持男女生活中之性道德感情與社會風化，立法機關如制定法律加以規範，則釋憲者就立法者關於社會多數共通價值所為之判斷，原則上應予尊重」，釋字第 666 號解釋針對社會秩序維護法第 80 條第 1 項第 1 款意圖得利與人姦宿之處罰，也是承認其「維護國民健康與善良風俗」之目的正當性，僅指責其差別待遇與立法意旨之間欠缺實質關聯性，違反平等原則（憲法第 7 條）。由此可知，大法官並未比照刑法的法益理論，否定所謂性道德感情或社會風化的目的正當性。本文認為，這是可以支持的作法。刑法學的法益概念發展至今，其實還沒有辦法提出一個稍具共識的判斷標準，作為刑事立法的界限。例如，法益理論向來將違反道德和侵害法益一分為二，主張單純違反道德的行為並沒有侵害法益，但是到底什麼是單純違反道德，又為何所謂道德就不代表刑法應予保護的利益，法益理論仍然無法提出有說服力的解釋¹⁶。除此之外，民主國家中立法者作為民意的代表，其立法權力僅受到憲法的拘束，法益理論是刑法釋義學所發展的刑事立法界限，而不當然具有憲法的拘束力。因此，刑法規範即使是在保護道德或風俗，只要這個道德或風俗沒有違反憲法價值（例如性別平等），仍可認為是追求正當目的¹⁷。

根據上述，就算通姦罪被認為是單純保護與性有關的道德風俗，仍然可以通過目的正當性的審查。更何況，所謂不得從事婚外性行為的道德風俗，在現實上也不是和婚姻或家庭成員毫無利害關係。有許多文獻指出，外遇（包含通姦在內）會對於他方配偶造成生理與心理的負面影響，包括作息失調、產生失落感、失去自我認同或自尊，甚至也會影響子女¹⁸。因此，他方配偶請求配偶忠誠或維護家庭和諧，即使在憲法上不被承認為基本權利，也無礙於肯認其係憲法所容許的公共利益。就此而言，釋字第 554 號解釋所說「國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關

¹⁵ 詳細說明，許澤天，註 2 文，頁 273-279；Appel, (Fn. 2), S. 199 ff.; Lagodny, (Fn. 2), S. 145 ff.。

¹⁶ Vgl. nur Georg Freund, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., 2017, Vorbemerkungen zu § 13 Rn. 50 ff.

¹⁷ Appel, (Fn. 2), S. 200 f.; Goekenjan, (Fn. 3), S. 199.

¹⁸ 詳見 Janis Abrahms Spring & Michael Spring 著，柯清心、高蘭馨譯，外遇的男女心理：如何走出創傷與重建信任，1998 年，台北：天下文化，頁 11-43；簡春安，外遇的分析與處置，1991 年，台北：張老師文化，頁 103-121、125-139。

規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務」，認定通姦罪是在保護婚姻存續與圓滿，係正當的公益目的，值得肯定。至於釋字第 569 號解釋理由書「有配偶而與人通姦，背離婚姻忠誠，破壞家庭和諧，侵害憲法第 22 條所保障之自由權利」，在婚姻忠誠及家庭和諧以外，承認他方配偶之自由權利亦受通姦罪保護，雖然內涵不明¹⁹，仍然無礙於通姦罪之目的正當性。

(三) 手段適合性

然後要檢討的是，就維護婚姻存續、圓滿或家庭和諧而言，通姦罪是否符合手段適合性，也就是通姦罪是否足以產生維護婚姻或家庭的效果。對於這一點，多數學說也有強烈的質疑，認為在夫妻感情已有裂痕的情形下，處罰通姦並無法增進夫妻雙方之信賴與婚姻和諧，對簿公堂的結果反而會加速婚姻毀滅，因為對於通姦之配偶或第三人科以刑罰，只會加深雙方裂痕，促使通姦之配偶決意離婚²⁰。也有文獻認為，通姦罪並未使通姦行為減少，甚至成為社會常態，顯示刑法無法完成抑制犯罪的固有任務，反而成為統治者的鎮壓工具²¹。上述觀點，特別是通姦罪的追訴會加速婚姻毀滅，通姦行為並未因為通姦罪而消失等，固然算是可信的經驗性陳述，但通姦罪是否因此不能通過手段適合性的審查，則是有待進一步檢討。我們必須先確定刑罰是以什麼方式達成保護法益的效果，再檢討是否符合手段適合性的標準。

刑法規範的主要作用是對於違反行為規範之人宣告有罪與施加刑罰，以維護行為規範所欲保護的法益。問題是，刑罰是如何達成保護法益的效果？這就涉及刑法學上的「刑罰目的」。一般認為，刑罰具有一般預防和特別預防的作用，前者係指嚇

¹⁹ 對此之批評，林子儀大法官，釋字第 569 號解釋協同意見書。

²⁰ 參考邱忠義，註 5 文，頁 142；張明偉，註 11 文，頁 65；林慈偉，註 13 文，頁 133；李惠宗，註 9 書，編碼 1942；陳子平，註 1 書，頁 489；林山田，註 1 書，頁 499-501；黃榮堅，論通姦罪的除罪化，載於：刑罰的極限，1999 年，台北：元照，頁 16；徐昌錦，通姦罪合憲性解釋之評析，台灣本土法學雜誌，77 期，2005 年 12 月，頁 46；鄭昆山，通姦罪在法治國刑法的思辨——評釋字第五五四號解釋，月旦法學雜誌，105 期，2004 年 2 月，頁 221-222；鄭錦鳳，論通姦除罪化——兼評大法官釋字第 554 號解釋，軍法專刊，55 卷 5 期，2009 年 10 月，頁 117；莊喬汝，看不見的第三者——通姦罪導向較好的婚姻？，台灣法學雜誌，223 期，2013 年 5 月，頁 62-63。

²¹ 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，58 卷 5 期，2014 年 10 月，頁 21。

阻潛在行為人實施犯罪(消極一般預防)及穩固社會大眾對於法規範的信賴(積極一般預防),後者係指嚇阻犯罪人將來再犯(消極特別預防)及使其重新回歸社會(積極特別預防)。換言之,刑罰保護法益的作用,並不是使已經被危害的具體法益獲得修復(例如:死者復活),而是阻止行為人或潛在行為人未來犯罪,保護不特定法益在未來不受到侵害。大法官在審查刑法規範的合憲性時,也多次強調一般預防的作用²²。不過,依據目前為止的犯罪學研究,刑罰具有預防效果的理論主張,至今尚未獲得充分證實²³。以刑罰的消極一般預防(嚇阻)效果來說,目前的實證研究「無法排除」刑罰有嚇阻作用,犯罪被發現的風險比起刑罰嚴厲性而言,對於刑罰的嚇阻效力影響力較大(但也不是適用於所有犯罪或所有人),其他刑罰變數在什麼條件下影響嚇阻作用,仍有待繼續尋找²⁴。至於刑罰的積極一般預防效果,則是更難以成為實證研究的對象,因為光是其所使用的「法規範信賴」及「穩定規範」就是無法操作的概念,以至於被批評是對於刑罰的真正效力提出一個模糊不清的主張,藉此使其無法被證明為虛偽²⁵。因此,刑罰究竟有無積極和消極一般預防作用,只能說尚未被證實,但也尚未被推翻。

在目前對於刑罰一般預防作用的有限認知之下,立法者以刑法規範追求保護法益的目的,能否通過手段適合性的審查?這涉及手段適合性的標準及審查密度。按照德國聯邦憲法法院的觀點,手段適合性係指國家所採手段並非完全不適合,換言之,只要對於所追求的公益目的有部分或些微的助益或效果,即可通過手段適合性

²² 釋字第 544 號解釋:「但究其目的,無非在運用刑罰之一般預防功能以嚇阻毒品之施用,挽社會於頹廢」;釋字第 669 號解釋理由書:「但立法機關認前述行為已足造成高度危險,為保護上開重要法益,乃採取刑罰之一般預防功能予以管制,可認係有助於重要公益目的之達成。」釋字第 790 號解釋理由書:「又栽種大麻固屬製造毒品之前階段行為,但對生命、身體法益之侵害已具一定程度之危險性,立法機關為保護此等重要法益,乃採取刑罰之一般預防功能予以管制,可認係有助於重要公益目的之達成。」

²³ 就我們討論刑法規範本身的保護法益效果而言,由於在設立刑法規範之時,還不存在已經被確定犯罪的行為人存在,我們可以暫且不討論刑罰有無特別預防效果,而是把焦點放在刑罰的一般預防效果上。

²⁴ 中文文獻的相關介紹,鍾宏彬,刑罰一般嚇阻作用之實證研究回顧,載於:春風煦日論壇編輯小組(編),刑事法與憲法的對話—許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集,2017年,台北:元照,頁311-358。

²⁵ Vgl. nur Goeckenjan, (Fn. 3), S. 203; Bernd Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 5. Aufl., 2019, Berlin: Springer, S. 28 f.

的審查。對於手段適合性的審查，涉及事實的認定和調查，德國聯邦憲法法院發展出三種寬嚴不同的審查基準：明白性審查、可支持性審查與強烈內容審查。何種情形應該適用哪個審查標準，應依所涉及規範領域的性質、形成有足夠把握之決定的可能性大小、以及所涉相關法益之重要性等因素而定，不過還是相當不明確²⁶。我國釋憲實務的比例原則審查，雖然在近年來也有結合不同審查基準的趨勢，但是依據學者的觀察，其所採取之審查標準寬嚴，對於最終的審查結果影響不明顯，最終似乎還是著重於個案的衡量²⁷。例如，釋字第 646 號解釋在審查未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場之刑罰合憲性時，雖然事涉憲法第 8 條人身自由之限制，卻表明「惟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。」換言之，大法官並未因為系爭規定涉及人身自由就採取嚴格內容審查，反而是遷就立法者對於刑罰效力的判斷與預測，採取可支持性審查。

本文初步認為，大法官沒有因為刑法規範限制重大的基本權利，就在操作比例原則時採取嚴格的審查基準，至少就適合性及必要性的審查階段，應該是值得支持的。主要理由在於，刑罰到底是如何去影響、操縱人類行為，涉及諸多目前已知和未知的複合因素，此種無法證實也無法推翻刑罰一般預防效力的知識狀態，在可預見的未來也難以改變。基於此種**事務領域的特殊性**，如果釋憲者基於刑法規範限制一般人格權及人身自由，二者皆屬重要的基本權利，就採取嚴格內容審查²⁸，要求立法者積極證實刑罰的預防效力才能制定刑法規範，那就必定會癱瘓刑事立法²⁹。因

²⁶ 參考許宗力，註 14 文，頁 52-53；法治斌、董保城，憲法新論，7 版，2020 年，台北：元照，頁 233-234；吳庚、陳淳文，註 9 書，頁 831-834。

²⁷ 參考黃舒芃，比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，中研院法學期刊，19 期，2016 年 9 月，頁 11-43。黃舒芃建議，系爭規定對於重要基本權利有重大影響，就應該採取嚴格或偏向嚴格的審查標準，提升合憲性門檻。同樣呼籲應該根據不同基本權領域，建立類型化的審查基準，參考許宗力，比例原則與法規違憲審查，載於：戰鬥的法律人——林山田教授退休祝賀論文集，2004 年，台北：元照，頁 229-230。

²⁸ 如此主張，許宗力，註 14 文，頁 53；吳庚、陳淳文，註 9 書，頁 835-836；法治斌、董保城，註 26 書，頁 235；徐昌錦，註 20 文，頁 48。

²⁹ Vgl. Lagodny, (Fn. 2), S. 319.

此，在主要進行經驗性認定的適合性及必要性審查階段，就刑罰有無一般預防效力的認定，釋憲者廣泛地尊重立法者的評價優先權限（Einschätzungsprärogative），僅在證實刑罰毫無預防效果時才否定適合性，有其道理³⁰。然而，在進行價值權衡的手段合比例性階段，刑法規範限制之一般人格權及人身自由價值重大，則是構成提升干預所造成不利益的因素。

基於上述觀點，前述學說否定通姦罪之手段適合性的理由，並不具說服力。在判斷通姦罪有無維護家庭婚姻的作用時，重點在於對通姦行為的譴責及刑罰，能否嚇阻其他潛在行為人實施通姦，或者強化社會大眾對於禁止通姦的規範信賴，而不是在於追訴通姦能否挽救行為人的婚姻關係。如同對於殺人行為的處罰，我們不會說處罰殺人無法讓被害人復活，挽回其生命，就說殺人罪沒有保護生命的效果，我們也不應該說，對於通姦行為的處罰無法修復行為人與其配偶之間的關係，就認為通姦罪沒有保護家庭婚姻的作用。據此，多數學說指出通姦的追訴經常加速婚姻的崩壞，固然可能是個事實，但是這與判斷通姦罪的手段適合性無關，因為通姦罪維護婚姻家庭的效果，來自刑罰嚇阻他人通姦或強化大眾對禁止通姦之規範信賴。從消極一般預防來看，我們並不能排除在潛在行為人之中，有人因為害怕刑罰而不實施通姦行為，雖然這種嚇阻作用的高低還是取決於行為人是否預期通姦行為會被發覺和追訴。從積極一般預防來看，立法者透過通姦罪向社會大眾傳達保持對配偶的忠誠、維護家庭和諧的價值觀念，此種觀念的建立和鞏固，同樣可能影響個別的行為人是否通姦的決定³¹。通姦罪的上述一般預防效果，到目前為止並無證據予以推翻。至於部分論者所說通姦罪從來沒有讓通姦行為消失，反而已是社會常態，也無法改變通姦罪可能有一般預防效力的事實。因為，刑罰原本就只是可能影響個人是否犯罪的因素之一，即使社會觀念變遷而使通姦行為的數量增加，只要不排除其可

³⁰ 這並不是說，立法者可以拿著這個評價優先權限，說刑罰多有效就多有效，完全不去考量犯罪學對於刑罰嚇阻作用的研究成果。例如，至今犯罪學研究大致上獲得一個共識，亦即刑罰加重或重刑（死刑）並不會提升嚇阻作用，這就是立法者不能忽視不理的經驗知識。因此，對於加重刑罰的刑法規定（尤其我國諸多特別刑法）的手段適合性審查，大法官就應該嚴格把關，不能以「尊重立法形成自由」帶過。

³¹ 釋字第 554 號解釋理由書：「然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。」

能阻止部分的人實施通姦，就足以肯定其手段適合性。

或許有人會質疑，就算通姦罪能夠嚇阻他人通姦，但是婚姻美滿和家庭和諧倚賴的是當事人的感情投入與用心經營，嚇阻其通姦並無助於婚姻家庭的圓滿，因此通姦罪無法達到維護家庭婚姻的公益目的。本文並不否認，婚姻家庭的圓滿主要是靠雙方感情的投入，刑罰無法改變一個人的感情，強制一個感情生變的配偶用心經營婚姻。但是，刑罰對於法益的保護作用，從來不是在改善或增進法益持有人的福祉，而只是在防止法益持有人的福祉下降而已。因此，通姦罪對於家庭婚姻的保護作用，也不是在使一個已經感情生變的婚姻，提升為一個感情濃密的婚姻，而只是在防止家庭婚姻的狀態（即使原本就已經是感情破裂），因為配偶違反忠誠義務而更加惡化。如果我們不排除通姦罪能夠嚇阻他人通姦，或是使他人認同家庭價值而不為通姦，那麼通姦罪可以減少他方配偶遭到背叛、妨礙家庭和諧的負面因素，應該也是難以被否認的作用。因此，婚姻家庭圓滿有賴雙方配偶的自願感情投入，並不能否定通姦罪可能減少妨礙家庭和諧的負面因素，進而有助於維護家庭婚姻，得以通過手段適合性的審查。

（四）手段必要性

接下來審查通姦罪是否合乎手段必要性原則。此一原則的意思是，當立法者所追求之公益目的，可以透過同樣有效，但是干預基本權較為輕微的手段達成時，則應該採取輕微手段，系爭手段欠缺必要性³²。在這個層次上，通姦罪的手段必要性也受到很多學說的質疑，認為我國民法提供他方配偶請求裁判離婚（民法第 1052 條第 1 項第 2 款）的可能性，並得請求損害賠償（民法第 1056 條），其因通姦所受之非財產上損害，亦得以「侵害基於配偶關係所生之身份法益」而請求慰撫金（民法第 195 條第 3 項）³³，已經足以彌補他方配偶的傷痛與損失³⁴。因此，對於通姦這種違

³² 李惠宗，註 9 書，邊碼 05306。詳細說明，許宗力，註 14 文，頁 54-57。

³³ 相關學說及實務，參考王澤鑑，*侵權行為法*，增訂新版，2015 年，台北：自版，頁 214-217；孫森焱，*民法債篇總則*（上），4 版，2018 年，台北：自版，頁 222-223；陳聰富，*人格權的保護*，*月旦法學教室*，132 期，2013 年 10 月，頁 48；葉啟洲，*身分法益侵害之損害賠償的實務發展及其檢討*，*政大法學評論*，128 期，2012 年 8 月，頁 39、42-43；陳洸岳，*配偶及未成年子女對通姦行為相對人之慰撫金請求*，*台灣法學雜誌*，184 期，2011 年 9 月，頁 87-92。

³⁴ 參考張明偉，註 11 文，頁 63；陳文貴，註 21 文，頁 22-23；邱忠義，註 5 文，頁 141；徐昌錦，

反婚姻契約義務的行為，沒有必要再以刑罰制裁通姦行為³⁵。

上述觀點從通姦行為已有民事損害賠償及請求裁判離婚的效果，推論通姦行為之入罪化不符合必要性，符合刑法學所提出之刑罰最後手段性原則（ultima-ratio-Prinzip）或補充性原則（Subsidiaritätsprinzip）³⁶。但是，從形式上觀察，就可以發現其論證過於簡略。如果以通姦行為已有相應的民事法律效果，就能夠推論出沒有必要對之祭出刑罰手段，那麼至少有必要進一步解釋，許多行為（例如竊盜、侵占或背信）已有民事責任，同時也被入罪化，卻無人質疑其違反刑罰最後手段性，為何對於通姦行為之入罪化就是違反刑罰最後手段性。至於以通姦僅係「違反婚姻契約義務」就否定入罪化的必要性，也是一個速斷的說法。我們可以看到，違背義務遺棄罪（刑法第 294 條第 1 項）及損害債權罪（刑法第 356 條），形式上都含有行為人違反民法契約義務的性質，立法者卻從保護生命或確保強制執行程序效力的角度，將這些違反民法契約義務的行為入罪化。同樣地，通姦作為違反婚姻忠誠義務的行為，仍然有可能在某種維護公共利益的角度底下，同時成為刑法所禁止與處罰的對象。因此，上述學說否定通姦行為之刑罰必要性，在說理上過於簡略，並無法當然證立通姦罪違反手段必要性原則。

如果要證立通姦罪違反手段必要性原則，我們必須審查：就通姦罪所欲追求之公益目的而言，民事損害賠償及裁判離婚係（1）「同樣有效」且（2）「干預基本權較輕微」的手段。針對前提（2）「干預基本權較輕微」，我們可以肯定，通姦行為之民事法律效果係干預財產權及婚姻自由，通姦罪之制裁規範則是具有限制人身自由的效果，即使得易科罰金或易服社會勞役，亦無法排除個案中限制人身自由的可能性，民事法律效果比刑罰手段更輕微。但是，前提（1）民事法律效果和刑罰手段「同樣有效」，是否真的存在？本文持否定的立場，理由有二。

第一個理由是，二者所追求的「目的」並不相同，難以相互比較。通姦所衍生的民事損害賠償及請求裁判離婚，其目的是填補他方配偶所受到的（財產上及非財產上）損害，並且結束關係已有破綻而難以存續的婚姻。相對地，通姦罪的譴責及

註 20 文，頁 47；鄭昆山，註 20 文，頁 222；林慈偉，註 13 文，頁 138；鄭錦鳳，註 20 文，頁 112-113；莊喬汝，註 20 文，頁 60。

³⁵ 參考莊喬汝，註 20 文，頁 60；鄭昆山，註 20 文，頁 218、223。

³⁶ 概念定義：王皇玉，註 11 書，頁 57；林鈺雄，新刑法總則，7 版，2019 年，頁 11-12。

制裁，其目的並不在填補他方配偶的損害和處理已被破壞的婚姻關係，而是在嚇阻或引導其他人不為通姦行為，進而達成維護不特定多數婚姻家庭的效果。因此，對於通姦行為的民事法律效果與刑罰手段，在抽象層次上都是在保護婚姻家庭，但是在具體層次上，民事法律效果的任務在回顧式處理已被破壞的婚姻，刑罰手段的任務是在展望式防止其他婚姻受到破壞，二者無法相互比較。

第二個理由是，即使我們承認民事損害賠償也帶有一般預防的效果，使其在所追求的目的上得以和刑罰手段相提並論，二者的「預防效果」也難以相互比較。前面提過，犯罪學至今無法證實也無法推翻刑罰的嚇阻效果，至多能夠指出某些因素足以影響嚇阻作用，刑罰的穩定規範效力更是難以實證測量。民事損害賠償的預防效力有多大，則是很少被實證研究；即使加以研究，也必定會遭遇刑罰嚇阻作用研究的困難，也就是無法分辨損害賠償影響人類行為的複合因素及機制。因此，在目前以及可預見的將來，我們並沒有證據去論斷民事法律效果和刑罰手段在一般預防效力上的高低³⁷，此一經驗知識的欠缺也適用在通姦罪上。經驗上無法斷定民事法律效果和刑罰之預防效果高低，釋憲者也無法做出比立法者更周全睿智的判斷，因此在手段必要性的審查上，只能尊重立法者的優先評價權限。就保護婚姻家庭的公益目的而言，立法者既然認為民事效果欠缺與刑罰手段相同的保護效果，那麼在違憲審查上就無法否定刑罰手段之必要性。

(五) 手段合比例性

最後必須審查的是，通姦罪以干預性行為自由、一般人格權及人身自由，達成維護家庭婚姻完整性不被通姦破壞的目的，在手段與目的之間是否合乎比例。在進行整體的利益衡量時，一方面必須考量立法者所欲保護之法益的價值、系爭法益遭受損害的程度、損害發生的可能性高低；另一方面必須考量干預的嚴重性、干預幅度以及所處罰的行為和所欲防止之損害是否密切³⁸。

1. 手段之正面效益

我們前面已經反覆提過，通姦罪係透過刑罰阻止他人以婚外性行為破壞家庭或

³⁷ Vgl. Lagodny, (Fn. 2), S. 362; Appel, (Fn. 2), S. 541 f.; Goeckenjan, (Fn. 2), S. 205; 許澤天，註2文，頁287-290。

³⁸ Goeckenjan, (Fn. 3), S. 206; Sondervotum B. Sommer BVerfGE 90, 145 (214).

婚姻和諧，其所維護的公共利益價值有多大，則是需要更具體的分析。本文認為可以從兩個角度切入：一是婚姻忠誠義務的價值大小，二是刑罰維護婚姻忠誠義務的效力高低。

「不從事婚外性行為」作為婚姻忠誠義務的型態之一，其價值無法只訴諸家庭和諧或圓滿等抽象概念，而是需要配合社會背景予以具體化。在婚姻以生殖繁衍後代為目的傳統中，不得與第三者從事性行為的忠誠義務，主要作用在確保生殖只發生在婚姻之中，避免造成後代血統的混淆。不過，在發展出避孕方法及親子血緣鑑定技術之後，以禁止通姦防止後代血統混淆的必要性已不存在，此種忠誠義務的意義必須根據現代的婚姻概念重新界定。亦即，婚姻僅被視為具有親密性與排他性之永久結合關係，其功能不在於繁衍後代，而是在維護個人人格健全及人性尊嚴³⁹，不得與第三者從事性行為的忠誠義務，其作用在於維持配偶彼此的尊重及信任，發展親密的情感。我們可以肯認，配偶之間的尊重、信任及親密情感，絕對是建立實質婚姻關係的基礎，因此禁止通姦的忠誠義務所維護的價值重大。

評估刑罰禁止通姦所產生的維護婚姻效果有多高，則是存在兩個困難。前面已經提過第一個困難，亦即刑罰嚇阻作用至今難以證實，也難以推翻，此一嚇阻效力不穩定的問題也適用在通姦罪。如果根據目前實證研究所能夠確定的論點，刑罰的嚇阻效果和行為人犯罪被發覺的風險有正相關，**考量通姦行為通常具有隱密性，刑罰嚇阻作用在通姦罪可能相對偏低**。第二個困難則是專屬於通姦罪，亦即處罰通姦行為和維護婚姻關係之間的關聯性不高。理由是，存在形式的婚姻關係並不等於配偶之間就有尊重、信任及親密情感，而配偶之間的尊重、信任及親密情感多寡，則是受到個人、家庭或社會的各式各樣因素所影響，哪些因素會使彼此的情感產生化學變化，因人因時因地而異，連當事人都不易察覺及預料。我們不容易指認某個單一因素和配偶相互尊重、信任及親密情感之間的因果關係。例如，先生因公司裁員而失業，可能增加其陪伴家人的時間而提升親密關係，也可能因為在家時間增加而增加口角衝突；先生工作獲得陞遷，可能緩解雙方以往因為經濟壓力而來的關係緊張，也可能因為應酬增加而使彼此關係更疏離。同樣地，**在通姦行為和配偶相互尊**

³⁹ 參考釋字第 748 號解釋理由書：「復鑑於婚姻自由，攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護，就成立上述親密、排他之永久結合之需求、能力、意願、渴望等生理與心理因素而言，其不可或缺性，於同性性傾向者與異性性傾向者間並無二致，均應受憲法第 22 條婚姻自由之保障。」

重、信任及親密情感之間，也很難找到一個若 A 則 B 的線性關係。文獻上已經有不少人指出，通姦行為有時不是破壞配偶雙方關係的原因，而是雙方已無尊重、信任或親密情感，或者雙方關係無法支撐其中一方回應外在環境或壓力變動，才產生通姦行為。即使在雙方關係親密的狀況下，通姦行為可能會短期地破壞配偶雙方的信任或親密情感，但是這最終會使婚姻毀滅或維持，則是很大程度上取決於雙方如何面臨這個危機事件。有文獻指出，抓姦、與配偶對質等作法無助於改善彼此的關係⁴⁰，相反地，雙方花時間去了解自己與對方的關係，透過彼此坦誠溝通，重新建立信任，才可能尋求改變現狀的作法，不管最後是走向分手或復合⁴¹。據此，對於所有潛在受保護的婚姻家庭而言，在配偶感情已有裂痕時，刑罰禁止通姦行為可能根本無助於維護婚姻關係；在配偶感情沒有裂痕時，刑罰禁止通姦行為可能不是維護婚姻關係所必要。

綜上所述，刑罰禁止通姦所維護的實質婚姻關係雖然價值重大，但是通姦的隱密性使原本就不穩定的刑罰嚇阻作用更加降低，加上配偶實質感情的狀態及影響因素多端，禁止通姦對於維護實質婚姻關係的影響力可能非常稀薄。

2. 手段之負面效益

接著要審查的是，通姦罪的刑罰所造成的權利干預程度及幅度有多大。本文認為可以考量以下因素：一是本罪行為規範對於性行為自由的干預，二是本罪制裁規範對於一般人格權和人身自由的干預，三是踐行刑事程序對於隱私的干預⁴²。

首先，本罪行為規範「禁止通姦」對性行為自由之限制程度重大。性行為自由係指個人得自由決定是否、與誰、何時、以何種方式從事性行為，由於性行為是滿足性慾的基本人類需求的手段，同時也是與他人發展最親密關係的方法，因此性行

⁴⁰ Peggy Vaughan 著，施寄青譯，當外遇發生時，1991年，台北：方智，頁74-80。

⁴¹ 參考 Janis Abrahms Spring & Michael Spring 著，註18書，頁88以下。另外，陳宜倩，改寫異性戀霸權腳本？--通姦罪與罰之女性主義法學透視，世新法學，2卷1號，2008年12月，頁33指出「關於婚外情慾議題之研究，大約可確定兩件事：婚姻的不滿意不一定是導致婚外性行為發生的原因，婚前性的自由經驗與對性忠誠的價值觀相較於前者更是常被提及影響婚外性行為的因素。婚外性行為的發生對婚姻造成的衝擊與效果也不一定是負面的。」

⁴² 建議一併考量程序的副作用，林明昕發言，婚外性的罪與罰，台灣法學雜誌，223期，2013年5月，頁29、33。

為自由和個人人格健全發展及人性尊嚴有密切關係，是價值重大的基本權利。本罪「禁止通姦」的影響是，有配偶之人不得與配偶以外之人性器接合，無配偶之人不得與有配偶之人性器接合。由於性行為自由保障個人得選擇與何人從事性行為，「禁止通姦」的行為規範將會干預（限制）有配偶之人及其（潛在）相對人的性行為自由，此一限制在有配偶之人身上尤其重大，因為其於「婚姻存續期間」不得和「配偶以外」之所有人為性器接合。儘管本罪在法律上保留有配偶之人與「配偶」為性行為的可能性，不過實現此一性行為自由仍然以獲得配偶同意為前提，如果配偶不同意與之為性行為，在極端情況（例如雙方長期分居或關係破裂）之下，將導致有配偶之人現實上沒有實施性器接合的可能性⁴³。據此，本罪行為規範「禁止通姦」對於性行為自由之限制程度重大⁴⁴。

其次，本罪制裁規範「宣告有罪」及「宣告一年以下有期徒刑」也重大限制行為人的一般人格權及人身自由。一般人格權的內涵之一是個人在公眾的名聲或形象不會受到貶損，然而本罪授權國家宣告行為人成立「通姦罪」，係對於行為人公開正式譴責其實施犯罪，因而構成對其一般人格權的限制。基本上，由於國家是將特別具有社會可非難性的行為模式規定為犯罪行為，因此「有罪宣告」是對於個人行為的重大譴責及人格否定。由於我國目前並無註銷犯罪紀錄的相關規範，任何人在網路上亦得隨時查詢有罪判決及其犯罪事實，有罪判決對於一般人格權的侵害程度也隨之大幅增加⁴⁵。至於「宣告一年以下有期徒刑」構成對於人身自由的干預，則是沒有疑問。雖然本罪屬於一年以下有期徒刑的輕罪，通常得以易科罰金、易服社會勞動或緩刑等方式避免限制人身自由，不過這並未改變行為人之人身自由受到限制的危險。

最後，本罪也授權給國家機關踐行刑事程序，以調查通姦（異性性器接合）事實存在，除非已有外遇所生小孩可以作為通姦的最佳證據⁴⁶，否則必須取得其他直接證明性器接合的證據。然而，通姦通常發生在私密領域裡，取得性器接合證據的手段必定伴隨著高度侵害隱私的後果，例如住宅搜索、身體檢查。在實務上，由於

⁴³ 參考張明偉，註 11 文，頁 65；鄭錦鳳，註 20 文，頁 114，二者主張這是對人性尊嚴的侵害。

⁴⁴ 比較李惠宗，註 9 書，邊碼 1942，其認為這類似國家強迫私人應如何為情感之表達，類似國家對個人思想之改造，應絕對予以禁止。

⁴⁵ 邱忠義，註 5 文，頁 142：通姦罪使外遇者或第三者背負一輩子的污名，難免影響其人生。

⁴⁶ 莊喬汝，註 20 文，頁 61-62，其認為此種證明方式侵害小孩的人性尊嚴。

通姦罪既是輕罪也是告訴乃論之罪，檢警鮮少發動職權取得性器接合的證據，而是往往仰賴告訴人提出私人不法取得之證據，例如竊錄性愛錄音或錄影、擅自截取通訊軟體訊息等。相對於檢警取證仍然受到法律的限制，例如調查通姦不得進行通訊監察（通訊保障及監察法第 5 條），搜索或身體檢查亦應受比例原則之拘束，私人取證行為不適用刑事訴訟法的相關規定，即使取證行為實際上逾越應有的尺度，其合法性在實務上甚至受到寬認⁴⁷。不僅如此，法院在審判期日調查通姦證據的方法，不論是勘驗性愛錄影或錄音、朗讀當事人記載通姦事實的文件（日記或記事本），都是公開揭露當事人最私密的個人資訊，令當事人極度難堪⁴⁸，構成對其隱私的二度傷害。或有認為，我國刑事訴訟法採取證據排除法則，法院不得調查國家或私人違法取得之證據，即可排除法院調查通姦證據再度侵害個人隱私的危險。但是，我國並非採取絕對證據排除法則（刑事訴訟法第 158-4 條），實務在決定是否排除違法取得之證據時，不論是在國家或私人不法取證的狀況，通常傾向追訴犯罪的公益大於程序合法性，容許使用違法取得之證據⁴⁹。基於這些考量，通姦罪之追訴在事實上潛藏過度侵害當事人隱私權的危險。

3. 整體權衡

上述分析分別描述通姦罪所帶來的正面與負面效益，接著是對於正負效益進行整體權衡，看看通姦罪所造成的負面效益，相對於其所帶來的正面效益是否不合乎比例。依據德國聯邦憲法法院「越如何，則越如何」的比較性衡量公式，對基本權的侵犯越嚴重，所獲致的利益就必須越大，越有份量⁵⁰。從前面的分析可知，通姦罪所直接干預之性行為自由、一般人格權、人身自由，以及間接影響之隱私權，不僅都是和人性尊嚴的實現有密切關係的基本權利，其侵害程度也都相當直接重大，因此只有在正面效益重要而迫切的時候，才能夠認定其合於比例。就此，通姦罪所欲保護之實質婚姻關係儘管價值亦屬重大，但是一來因為通姦被察覺的風險低，二來實質婚姻關係之影響因素多端，通姦罪刑罰透過嚇阻作用，所產生維護不特定多數

⁴⁷ 詳見薛智仁，基於取證目的之私人竊聽，台灣法學雜誌，183 期，2011 年 9 月，頁 162-175。

⁴⁸ 參考林鈺雄發言，婚外性的罪與罰，台灣法學雜誌，223 期，2013 年 5 月，頁 23-24。相同意見：莊喬汝，註 20 文，頁 60-61。

⁴⁹ 關於私人不法取證之證據能力，參考薛智仁，刑事程序上私人取證之證據能力—評析最高法院判決之新發展，台灣法學雜誌，260 期，2014 年 11 月，頁 47-62。

⁵⁰ 許宗力，註 14 文，頁 58-59。

實質婚姻關係的效果相當稀薄，通姦罪的正面效益和負面效益之間不成比例。

值得討論的是，通姦罪作為法定刑一年以下有期徒刑之輕罪，以及告訴乃論之罪，是否足以減少其負面效益，因而扭轉前述整體權衡的結果。釋字第 554 號解釋強調，本罪作為刑法第 61 條之輕罪及告訴乃論之罪，使受害配偶得兼顧夫妻情誼及隱私，避免通姦之告訴反而造成婚姻、家庭之破裂。這個論點似乎是認為，法定刑低及告訴乃論，可以緩和通姦罪的制裁規範所造成的負面效益，因此尚可認定手段合乎比例。本文認為，此一觀點有重新檢討的必要。

首先，法定刑高低，確實是影響刑罰手段是否合乎比例的因素。按照大法官歷年的解釋，各罪之法定刑必須和犯罪情節符合比例，對情節輕微案件之刑罰不會過苛，始符合罪刑相當原則；如果違反罪刑相當原則，似乎就被認為違反憲法第 23 條比例原則⁵¹。從罪刑相當原則來看，通姦罪法定刑為一年以下有期徒刑，保留了情節輕微案件適用易科罰金、緩刑及緩起訴的可能性，不會造成過苛的刑罰，故應該是符合罪刑相當的要求。不過，刑法規範符合罪刑相當原則，並不當然就符合手段合比例性，因為二者的審查內容並不完全一致：手段合比例性則是審查刑罰的一般預防效果與其帶來的利益侵害之間是否符合比例，刑罰一般預防效力之大小必須被納入考量；相對地，罪刑相當原則，是在確定刑罰之預防效力合乎比例之後，審查刑罰程度和犯罪情節是否均衡，將刑罰的預防作用限定在合乎罪責的程度之內。因此，罪刑相當可以成為手段合比例性審查的一部分，但無法和手段合比例性劃上等號。基此，**即使通姦罪符合罪刑相當原則，這並不能改變通姦罪的一般預防效果稀薄，無法平衡其所帶來的負面效益。**就此而言，釋字第 554 號解釋提及通姦罪的法定刑很低，或許隱含有本罪符合罪刑相當的想法，卻可能忽略了本罪之刑罰一般預防效力稀薄，會使其整體利益權衡的結果不成比例。

其次，告訴乃論的設計，使他方配偶可以透過不提告訴或撤回告訴，阻止法院對通姦行為人宣告有罪及刑罰，可以減少制裁規範的負面效益，因此釋字第 554 號解釋在進行手段合比例性審查時，將本罪屬於告訴乃論之罪納入考量，是可支持的作法。不過，釋字第 554 號解釋所忽略的是，**告訴乃論的設計，同時也使通姦罪之制裁規範所能達成的一般預防作用降低**，因為只要告訴人不提告訴或撤回告訴，國

⁵¹ 相關整理，參考薛智仁，肇事逃逸罪之合憲性—評釋字第 777 號解釋，月旦裁判時報，92 期，2020 年 2 月，頁 88-91。

家就不能處罰本案的通姦行為人，無法嚇阻其他潛在行為人不得通姦或向社會大眾宣示維護婚姻的價值。我們甚至可以進一步說，通姦罪採取告訴乃論的設計，使國家刑罰權是否發動完全取決於他方配偶的意思，而他方配偶又是純粹根據自己如何解決婚姻關係，決定是否提起通姦罪告訴，使得通姦罪的處罰，不是淪為爭取有利離婚條件（例如贍養費）的籌碼，就是對於通姦配偶的復仇。一旦刑罰的發動是繫諸他方配偶之財產或復仇需求，在社會大眾的眼光裡，通姦罪之刑罰宣示維護婚姻價值的一般預防作用，就會被大幅抵銷。基於上述考量，告訴乃論會同時降低通姦罪之負面效益與正面效益，在結果上無法扭轉二者不成比例的整體權衡結果。

（六）結論

至此可以確定，通姦罪對於性行為自由、一般人格權及人身自由之限制違反比例原則。本罪目的在維護婚姻家庭，不論是稱之為性道德、善良風俗、忠誠義務或家庭圓滿等，皆具有目的正當性。本罪透過刑罰嚇阻其他人不得通姦，宣示維護婚姻家庭的價值，尚未被證明是完全不適合的手段，而且具有民事損害賠償及請求裁判離婚所無法取代的效果，故符合手段適當性與必要性。但是，本罪對於行為人造成的基本權干預程度重大，其所達成之維護家庭婚姻的效益過於稀薄，故不符合手段合比例性⁵²。據此，**通姦罪違反憲法第 23 條比例原則**。

依此，**司法院釋字第 554 號解釋有予以變更的必要性**。本文認同該號解釋對於通姦罪之目的正當性（維護婚姻與家庭制度）及手段有效性（刑罰就維護婚姻家庭之倫理價值仍有一定功效）的觀點，但是不認同其僅以通姦罪是輕罪又屬告訴乃論之罪為理由，立即肯認刑罰符合手段必要性。該號解釋不僅並未實質說明，為什麼民事法律效果不屬於更輕微之相同有效手段，刑罰手段符合手段必要性，其對於刑

⁵² 此一利益權衡的結果，可能被質疑是不當地取代了立法者所做的價值決定。手段合比例性的審查潛藏這種危險，這是無可否認的。不過，本文認為，立法者在民國 24 年制定通姦罪，至今已經過了 85 年，追訴通姦的社會背景已有重大轉變，尤其婚姻制度的意義從繁衍後代變成實現自我人格、社會對於婚外情的非難程度下降、民法離婚規定更趨於男女平等、科技發展大幅提升蒐集通姦證據的隱私侵害程度等。這些社會變遷，無一不會影響處罰通姦行為之正負效益比重及利益權衡結果。原本立法者應該體察社會背景的轉變，重新檢討通姦罪是否仍然符合憲法對於基本權利的保障，但是迄今並無任何作為。因此，大法官根據幾乎是全新的社會背景，在價值權衡上否定通姦罪之手段合比例性，應該不至於過分凌駕立法者的權限。

罰手段所造成的正負效應是否合乎比例，也完全缺乏應有的細緻分析。無怪乎已有文獻批評，該號解釋認定通姦罪合憲的唯一實質理由就是尊重「立法形成自由」，並未實質進行比例原則審查⁵³。

貳、刑事訴訟法第 239 條但書之合憲性

刑事訴訟法第 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。」系爭規定之本文採取「告訴主觀不可分」原則，但書規定局部排除適用「告訴主觀不可分」原則。系爭規定將通姦罪之告訴人撤回對配偶告訴的情形，不適用告訴主觀不可分原則，可能涉及違反憲法第 7 條平等原則。

依據大法官解釋的見解，「憲法第 7 條保障之平等權，並不當然禁止任何差別待遇，立法與相關機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理差別待遇。法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定。」(釋字第 790 號解釋理由書)由於系爭規定並不涉及告訴人之重要基本權利或屬於「嫌疑分類」⁵⁴，故本文以下採取合理關聯性審查，檢驗系爭規定是否符合平等原則。

一、構成差別待遇

首先審查系爭法律規定是否構成差別待遇。可以確定的是，系爭規定在三個方面構成差別待遇：(1) **所犯罪名**：在「非通姦罪」與「通姦罪」之間，前者適用主觀不可分，後者不適用主觀不可分；(2) **行使告訴權之方式**：在通姦罪之「告訴」與「撤回告訴」，前者適用告訴不可分，後者不完全適用告訴不可分；(3) **撤回告訴之對象**：在通姦罪之「共犯」之間，對「配偶」撤回告訴效力不及「相姦人」，對「相姦人」撤回告訴效力及於「配偶」。

⁵³ 陳文貴，註 21 文，頁 14-17。

⁵⁴ 平等原則審查基準之考量因素，僅參考法治斌、董保城，註 26 書，頁 343-349。

二、差別待遇之規範目的

其次審查系爭規定差別待遇之規範目的。關於告訴主觀不可分之原則與例外的規範目的，似乎無法從立法相關資料獲知，僅能參考刑事訴訟法文獻的看法。何賴傑歸納學說看法，發現告訴主觀不可分之理論基礎有三：一是**犯罪偵審之便利**：共犯間對犯罪有相互利用關係，因而毋庸告訴權人逐一對被告為告訴，國家偵審機關即可對所有共犯追訴處罰⁵⁵。二是**告訴之性質**：告訴係對於犯罪事實為之，並非對特定犯人為之，因而告訴本來即應就所有共犯發生效力。告訴權人只能決定是否欲提出告訴；如欲告訴，則告訴之對象即應由法律定之。三是**公平考慮**：不應任由告訴權人恣意選擇犯罪行為人為告訴，否則有的共犯被追訴處罰，有的共犯卻不能追訴處罰，將產生不公平現象⁵⁶。如果將學說所歸納的三個理論基礎理解為系爭規定之規範目的，除了「告訴之性質」似乎純屬概念推演以外，告訴主觀不可分所追求的「犯罪偵審之便利」及「追訴公平」，至少都是不違反憲法價值之規範目的。

三、分類與規範目的之關聯性

最後審查的是，系爭規定所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性。以下分別就(1)所犯罪名；(2)行使告訴權之方式；(3)撤回告訴之對象，審查其與三個可能規範目的之間有無合理關聯性。

(一) 所犯罪名

系爭規定依據所犯罪名係「非通姦罪」和「通姦罪」區分是否適用告訴主觀不可分，其與「犯罪偵審之便利」之間，並不存在關聯性。依照此一規範目的，系爭規定使國家一次調查共犯的犯罪事實，就得以同時追訴處罰所有共犯，不受限於告

⁵⁵ 此說是國內多數意見，參考林俊益，刑事訴訟法概論(下)，15版，2019年，台北：新學林，頁38；林鈺雄，刑事訴訟法(下)，9版，2019年，台北：自版，頁127；黃朝義，刑事訴訟法，5版，2017年，台北：新學林，頁169。

⁵⁶ 何賴傑，論刑事告訴之法律性質與適用，載於：王兆鵬主編，當代刑事法學之理論與發展，2002年，台北：學林，頁342-343。不過，何賴傑教授認為，上述三點理由並不足以正當化告訴主觀不可分的規定。

訴人只對部分共犯追訴的意思。換言之，告訴主觀不可分之適用必要性，來自共犯之犯罪事實的證據共通性，節省國家重複調查的耗費。就此而言，由於通姦事實是由有配偶之人與相姦人的行為組合而成，屬於所謂「必要共犯」，對於單一通姦事實的調查，必定能夠同時證明共犯雙方的犯罪，共犯的犯罪事實存在證據共通性，無庸置疑。因此，系爭規定排除通姦罪適用告訴主觀不可分，與達成犯罪偵審之便利的規範目的，根本沒有合理關聯性。

系爭規定依據所犯罪名區分是否適用告訴主觀不可分，與「告訴之性質」更是毫無關聯性。一般認為，告訴的對象是「犯罪事實」，不同於自訴的對象是「犯罪事實」及「行為人」，告訴人僅能選擇是否對「犯罪事實」提起告訴，不能選擇對那個共犯提起告訴。事實上，此一說法只是套套邏輯，因為它根本沒有解釋，既然告訴乃論制度的用意在於尊重被害人的追訴意思，為什麼被害人只對特定共犯追訴的意思卻不被尊重。但是，暫且不論此說的合理性，假如以「告訴之性質」作為告訴主觀不可分的理論基礎，此一告訴性質應該是一體適用於全部的告訴乃論之罪，系爭規定獨排通姦罪適用告訴主觀不可分，與此一告訴性質並不相符。

系爭規定獨排通姦罪適用告訴主觀不可分與「追訴公平」之關聯性，則是有討論空間。如果系爭規定以「追訴公平」為規範目的，其背後的考量可能是擔心，不同的共犯雖然是違犯相同的犯罪，卻可以基於告訴人恣意的決定，受到「追訴」與「不追訴」的差別待遇，這會引起社會大眾對於刑事追訴公正性的質疑。我們可以舉一個極端的例子：甲、乙一起毆打丙成傷，兩人都沒有道歉賠償的意願，丙卻害怕乙的惡勢力而不敢對之告訴，只敢對甲提出告訴。如果沒有告訴主觀不可分的規定，丙對甲告訴的效力不及於乙，甲、乙因為家世背景的差異就受到「追訴」與「不追訴」的差別待遇，會令社會大眾質疑國家放過強勢犯罪人、只追訴弱勢犯罪人的印象。如果暫且接受「追訴公平」作為告訴主觀不可分的規範目的，系爭規定獨排通姦罪適用告訴主觀不可分，其理由可能就在於：對於通姦罪的告訴權人而言，本罪共犯必定是「配偶」及「第三人」，告訴權人選擇原諒配偶（例如基於情感、子女福祉或經濟因素），只追訴第三人（例如基於憤恨），社會大眾或許仍然能夠體諒或接受告訴人的決定⁵⁷，即使產生不平等的追訴後果，還不至於動搖對刑事追訴的公

⁵⁷ 黃朝義，註 55 書，頁 170：「該條之立法目的在於，告訴人本於夫妻之情，宥恕配偶而撤回告訴，若依主觀不可分原則，撤回告訴之效力亦及於相姦人，然甚少對於相姦人一併宥恕，如此一來顯有

正性信賴。當然，如果採取這種觀點，立法者承認告訴主觀可分的範圍，應該可以進一步擴大到多數共犯有「配偶」與「第三人」的所有情形（例如：先生協同友人毆打妻子成傷），不必然僅限於通姦罪。但是，在所有告訴乃論之罪當中，只有通姦罪的共犯必定有「配偶」及「第三人」，其他犯罪的共犯不必然有此種身分關係，故系爭規定只排除通姦罪適用告訴主觀不可分，屬於立法形成自由。

據此，根據維護「追訴公平」之規範目的，系爭規定依據所犯罪名為「通姦罪」或「非通姦罪」，區分是否適用告訴主觀不可分原則，尚有其合理關聯性。

（二）行使告訴權之方式

接著的問題是，系爭規定依據通姦罪告訴人「提起告訴」和「撤回告訴」，區分是否適用告訴主觀不可分，與「尊重追訴意思」之規範意旨有無合理關聯性。依據前面的分析，通姦罪不適用告訴主觀不可分的理由是，此時尊重通姦罪告訴人之追訴意思不至於重大影響社會對於刑事追訴公正性的信賴。從尊重通姦罪告訴人之追訴意思的規範目的來看，系爭規定對於「提起告訴」適用告訴主觀不可分，對於「撤回告訴」不適用告訴主觀不可分，唯一可能的解釋是，告訴人選擇性追訴的意思在「提起告訴」不值得尊重，在「撤回告訴」時較值得尊重。問題是，告訴人的追訴意思原本就是會隨著時空而變動，只要沒有意思瑕疵，都是個人的自主決定，法律不能代替告訴人判定其追訴意思的價值高低，遑論概括地假定「提起告訴」時的追訴意思不值得尊重，「撤回告訴」時的追訴意思才值得尊重。因此，**不論是「提起告訴」或「撤回告訴」，二者都是通姦罪告訴人實現其追訴意思的方式，尊重追訴意思的需求應屬一致，系爭規定之差別待遇並不合理**。系爭規定在實際上只造成一個程序繁複的後果：只欲追訴第三人的告訴人，不能一開始只對第三人提起告訴，而是必須先就通姦事實提起告訴之後，再撤回對配偶告訴，迂迴地達成只追訴第三人的目標。據此，系爭規定依據通姦罪告訴人行使告訴權的方式，區分是否適用告訴主

違人情，故特設此一例外。」另外參考林永謀，刑事訴訟法釋論（中），改訂版，2006年，台北：自版，頁329：「蓋告訴人常有本於夫妻之情義，對於配偶有所寬恕者，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，實有乖於常情，故設此規定。」林俊益，註55書，頁39：「刑訴法第239條但書規定之立法目的在於：為顧及婚姻關係中之夫妻情義、家庭和諧，夫妻可早日脫離訴訟關係，重修舊好，破鏡重圓，促使婚姻關係得以繼續延續...」

觀不可分，與尊重追訴意思的規範目的欠缺合理關聯性。

(三) 撤回告訴之對象

最後的問題是，系爭規定根據通姦罪告訴人撤回告訴的對象是「配偶」或「相姦人」，區分是否適用告訴主觀不可分，與「尊重追訴意思」之規範目的有無合理關聯性。依據系爭規定，告訴人對「配偶」撤回告訴的效力不及「相姦人」，對「相姦人」撤回告訴的效力及於「配偶」。從「尊重追訴意思」之規範目的來看，系爭規定絕對尊重告訴人單獨追訴「相姦人」的意思，卻不尊重告訴人單獨追訴「配偶」的意思。然而，為何單獨追訴「配偶」的意思比較不值得尊重呢？本文推測，立法者或許認為，社會大眾較能夠理解告訴人只原諒配偶而不原諒第三者，但是較不能夠理解告訴人不原諒配偶卻原諒第三者，故單獨追訴配偶卻不追訴相姦人，動搖社會大眾對於國家追訴公正性信賴的程度可能較高。此一考量或許在立法當時尚符合社會觀念，不過，現代社會已經逐漸理解異性或同性感情的複雜性，不再理所當然地將第三者視為破壞婚姻的人或最應該被咎責的人，告訴人同情理解第三者的處境並不是不合理之事。因此，在現代多元社會當中，既然告訴人單獨追訴配偶卻不追訴相姦人的意思能夠獲得理解，就很難說此一追訴不平等將令人不信賴國家追訴的公正性。據此，告訴人單獨追訴配偶的意思，相較於其單獨追訴相姦人的意思，其應受尊重的需求並無差異，系爭規定之差別待遇，與其規範目的之間欠缺合理關聯性。

四、結論

系爭規定對於「通姦罪」局部排除告訴主觀不可分原則之適用，就維護追訴公平之規範目的而言，尚有合理關聯性。但是，系爭規定依據通姦罪之告訴人「行使告訴權之方式」與「撤回告訴之對象」，區分是否適用告訴主觀不可分原則，就尊重告訴人意思的規範目的而言，欠缺合理關聯性，違反憲法第 7 條平等原則。