

司法院憲法法庭言詞辯論筆錄

聲請人 臺灣苗栗地方法院苗栗簡易庭快股法官等

指定代表 吳志強法官

何劭鋼法官

張淵森法官

林孟皇法官

關係機關

法務部

指定代表 蔡碧仲政務次長

林錦村司長(檢察司)

林麗瑩司長(綜合規劃司)

朱富美檢察官(最高檢察署)

司法院刑事廳

指定代表 彭幸鳴廳長

張道周法官

吳元曜法官

鑑定人

本庭指定 張文貞教授

李念祖教授

王皇玉教授

薛智仁副教授

法務部推薦 蔡聖偉教授

黃士軒副教授

法庭之友 許幸惠女士

紀惠容女士

本院會台字第 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，於中華民國 109 年 3 月 31 日上午 9 時在憲法法庭公開行言詞辯論，出庭人員如下：

審判長大法官 許宗力

大法官 蔡焜燉

黃虹霞

吳陳銀

蔡明誠

林俊益

許志雄

張瓊文

黃瑞明

詹森林

黃昭元

謝銘洋

呂太郎

楊惠欽

蔡宗珍

書記官 高碧莉

楊靜芳

通 譯 吳奕林

賴俐君

審判長諭知：請書記官朗讀案由。

書記官朗讀案由：臺灣苗栗地方法院苗栗簡易庭快股法官等為審理妨害婚姻案件，認應適用之刑法第 239 條及刑事訴訟法第 239 條但書之規定，有違憲之疑義，聲請解釋案。

審判長 本案共有 18 位法官聲請，今日有 12 位法官出席，分別

為吳志強法官、施育傑法官、謝欣宓法官、何劭鋼法官、何一宏法官、廖晉賦法官、林孟皇法官、蔡英雌法官、林怡君法官、張淵森法官、張博鈞法官及陳愷璘法官，由吳志強法官、何劭鋼法官、林孟皇法官及張淵森法官 4 位代表發言。今日出席的關係機關，法務部代表是蔡碧仲政務次長、林錦村司長、林麗瑩司長及朱富美檢察官，司法院刑事廳出席代表為彭幸鳴廳長、張道周法官及吳元曜法官。今日邀請出席的鑑定人，本庭指定有臺灣大學張文貞教授、東吳大學李念祖教授、臺灣大學王皇玉教授、臺灣大學薛智仁副教授；另外，由法務部推薦，經大法官同意的有臺北大學蔡聖偉教授、中正大學黃士軒副教授。本庭邀請出席的法庭之友有許幸惠女士及紀惠容女士。

現在進行言詞辯論程序。

先向各位簡單說明今天程序的流程：

本次言詞辯論實施全程錄音錄影，並在本院及大法官網站直播開庭影音。

程序進行流程是：

- 1.請聲請人代表及相關機關代表人於座位陳述辯論要旨，時間各不超過 20 分鐘。
- 2.法庭之友陳述意見（一人 5 分鐘，共不超過 10 分鐘）。
- 3.聲請人及相關機關交互詢答（詢問及答辯共不超過 10 分鐘）。
- 4.詢答完畢後，審判長認為必要時，得再為下一輪次詢答，時間由審判長酌定之。
- 5.聲請人方或相關機關若需鑑定人、法庭之友提供意見，經審判長許可後發問，再由鑑定人、法庭之友答覆；詢問與答覆均不逾 5 分鐘。
- 6.詢答程序完畢後，休庭 20 分鐘。

7.由大法官詢問聲請人、相關機關代表人或鑑定人、法庭之友，答覆時間各不超過5分鐘。

8.最後，請聲請人方及相關機關，最後陳述，聲請人方、法務部及本院刑事廳各不超過5分鐘。

於發言時間屆滿前1分鐘，響鈴1聲警示，時間屆至，響鈴2聲，請結束發言。

審判長諭知：請書記官朗讀本案言詞辯論題綱。

書記官朗讀言詞辯論題綱：

(一) 刑法第239條部分

1、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？

2、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？

3、本院釋字第554號解釋有無變更解釋之必要？

(二) 刑事訴訟法第239條但書部分

1、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？

2、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？

審判長

在請各位開始發言前，提醒各位席位上有計時器，請務必注意時間的掌握。

現在請聲請人方及相關機關陳述辯論要旨，時間各不超過20分鐘，均請在自己的席位上發言。

先請聲請人方陳述。

聲請人指定代表吳志強法官

審判長、各位大法官及與會先進，大家好，本人是臺北地院的吳志強，關於刑法第 239 條及刑事訴訟法第 239 條但書規定的意見，均已送大法官及各位先進參考，今日簡要以 ppt 向各位說明。首先關於爭點一，通姦罪的立法目的及保護法益，從 17 年前的釋字第 554 號解釋所提到的維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序的概念，學理及實務均圍繞這兩個概念說明，進一步看其闡述的內容，實務見解提到，其實在保護夫妻婚姻之圓滿不可侵犯性，所要強調的是婚姻之神聖性，但還是無法清楚的發現其具體輪廓，如果這樣的概念是抽象社會善良風俗或傳統道德觀感，很有可能過於模糊，而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的想法是，一旦有通姦行為，夫妻失和，子女教養成了問題，家庭功能受損，進而導致社會有危險的情況，但若爬梳實務見解，會發現並非所有通姦案件都是如此，有些通姦行為是因為婚後有家暴的情況，延伸後續有通姦行為，也可能婚後夫妻雙方爭吵，長期失和，甚至分居，而後有通姦行為。其實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，通姦行為其實欠缺反社會性及可非難性，也因此可反思，並不是每個類型都有國家介入之必要。

通姦罪為告訴乃論之犯罪，但釋字第 569 號解釋提及，一旦提告，夫妻關係反有不利之影響。協同意見書也提及，婚姻制度之存續與圓滿，無法由國家背書或應由國家強制，因此，立法者所制定之通姦罪並無法通過比例原則之適當性的檢驗。

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。要證明通姦的犯行，不論捉姦在床或勘驗錄音（影），都嚴重侵害個人隱私權。更何況因為婚外性行為而受胎生下未成年子女時，該未成年子女將成為訴訟攻防的客體，種種理由的加總，都認為無法符合侵害最小原則、狹義比例原則，因此認為通姦罪違反比例原則。

關於爭點二，刑訴法第 239 條但書之規定，係立法者特別制定撤回告訴主觀可分之例外設計，但前段關於告訴主觀不可分部分，其實是保障檢察官行使公訴權時，不會因告訴權人對共犯之一人有私人情誼，而在追訴犯罪時有不當的差別對待。而主觀可分之例外規定，制度設計上必然會導致國家刑罰權運作上不公平、不平等之缺陷。再看刑訴法第 239 條但書之立法目的，立法者係想以迂迴的制度，讓夫妻可早日脫離訴訟關係，重修舊好、破鏡重圓。但以實務案例觀之，遭到背叛的配偶可能擔心被認定為宥恕，而先向配偶提告再撤告，對照釋字第 569 號解釋，提告時，雙方關係就受理影響，先傷己、再傷人的迂迴制度，果能讓夫妻重修舊好？第二個問題是，有些遭到背叛的配偶，不想告通姦的一方，而只想追究相姦人，但按照實務見解，發現對「前配偶」撤回告訴，不能離婚，一旦離婚，撤告效力就會及於相姦人，也無法告小王、小三，變相地要求導致無意維繫婚姻者被迫維持假面夫妻關係，對夫妻雙方、子女養育成長果真是最好考量嗎？

從學者實證研究來看，刑法第 239 條及刑訴法第 239 條但書，看不出差別的文字運用，但實際上在法的適用上，存在間接之性別差別對待。人與人之間情感的處理，每個人價值觀點不同，有人認為短暫相遇就是浪漫，有人認為活到老、攜手相伴才是真正的美好，但刑罰制裁無法改善人與人之間的情感關係，迂迴的制度設計無法確保維繫婚姻之期望會不會帶來更大的失

望。因此，這兩條規定的結合運用，其實已侵害隱私權，違反比例原則及平等原則，審查基準應該提升到「中度」或「嚴格」審查基準，手段與目的間也欠缺實質關聯性。

回顧 17 年來，社會已有多元的思辯與溝通，早在 102 年，法務部陳明堂次長就在國家人權報告國際審查會議中提到，我們也思考，這種法律是不是不合時宜？日本在二次大戰後已修改法律，今天在此也誠摯邀請法務部，與我們站在同一陣線，一起為此憲法時刻努力。韓國在 2015 年宣告通姦罪違憲，民風比我們純樸的印度在 2018 年宣告通姦罪違憲。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，變更釋字第 554 號解釋，宣告刑法第 239 條、刑訴法第 239 條但書違憲。

聲請人指定代表何効鋼法官

因為時間因素，僅口頭強調 4 點，就刑法第 239 條違反自由權部分為補充。一、關於通姦罪侵害權利部分，通姦罪作為行為規範干涉人民之性自主權，或在某些法律稱為隱私權，而作為制裁規範干涉憲法第 8 條保障人民之人身自由，其中性自主權之部分，已經庭上以釋字第 554 號解釋肯認，釋字第 554 號解釋並未審酌通姦罪作為制裁規範已限制人民之人身自由，但在庭上歷次關於刑法的解釋可看出，自由刑之存在本身已構成憲法第 8 條人身自由之侵害。解釋字號在 ppt 及聲請書上均已列出，刑法通姦罪是以自由刑作為法定刑，按照庭上過往的解釋，自然會構成人身自由的侵害。

第二個問題是，要以何種審查基準審查這兩種權利的侵害？

就性自主權部分，庭上在釋字第 554 號解釋中顯然是較低度的審查基準進行檢驗，但性自主權的侵害應可區分為國家的積極侵害與消極侵害。

所謂積極侵害，係指國家要求人民應為性行為或與特定對象為性行為之義務；消極侵害是指國家禁止人民於特定情況或與特定對象為性行為。積極干涉應是對於人民自主發展非常嚴重的干預，若不是全面的禁止，也應予以嚴格的審查。消極干涉廣泛存在法律之中，例如刑法第 227 條（與 16 歲以下之人性交罪）、第 230 條（血親性交罪）、社維法第 80 條（性交易管制規定），或許因為如此，庭上對於性自主決定權的消極侵害是採以較低度的審查標準。但我們認為，較低度審查標準的採用，其實忽略了通姦罪本身的性質，通姦罪不論是要件或立法目的，都在禁止人民與配偶以外的所有人為性交行為，故通姦罪其實是給予人民兩個選項，一是指定對象即配偶為性交，另一是完全不能進行性行為，如此的禁止雖然形式上是一種消極的干涉，但禁止的範圍非常廣大，已達到類似積極干涉的效果，已接近國家強制人民必須與特定對象為性行為，如此的干涉不應只以低度的審查標準審查，縱然不是嚴格的標準，至少應採取中度以上的審查基準檢驗。

至於人身自由部分，庭上過去在諸多刑罰解釋已有相當穩定的見解，我們也援用庭上過去的解釋先例，認為刑罰應作為限制人民基本權利最後不得已的手段，應通過嚴格比例原則的檢驗，且依庭上在釋字第 646 號解釋所提出的見解，立法機關必須提出合乎事理且具可支持性的預測，而負擔舉證責任。

第三點，關於通姦罪能否通過適當性及必要性審查部分，許多聲請人及鑑定人都有詳盡的闡述，本人在此只補充兩點特別的說明。一是關於通姦罪欠缺適當性部分，並非認為一切輕罪



均無一般預防效果，而係通姦行為本身的特性，讓其預防效果特別薄弱。通姦行為主要阻力來源來自於人民對通姦行為後果的擔憂，通姦行為若曝光，對人民的婚姻家庭必然會產生劇烈的衝擊，對於其原有在社會上的連結會產生重大的破損，預防效果與通姦罪是否存在全然沒有關係。

另外，關於民事賠償取代性部分，也並非認為一切輕罪均得以民事賠償替代。其實絕大多數的財產犯罪，損害賠償都無法取代刑罰，因為我國民事採取損害填補原則，所以從財產犯罪時，犯罪得利的期待值必然高於民事應賠償的數額，但此狀況並不存在於通姦罪，從本人提供的資料可看出，全國自 101 年度開始，只有 1 件案件是不得易科罰金的刑罰確定，其他全部通姦罪的判決都是得易科罰金，通姦罪在民事賠償金普遍超過 10 萬、20 萬元，已是相當常見的數額，在民事賠償金普遍高於刑事易科罰金之金額，故在通姦罪，民事賠償的嚇阻效果與刑事的處罰，特別具有替代性，並非所有輕罪都有一樣的特質。

上述二點關於通姦罪欠缺一般嚇阻效果的說明，並非理論上的說明，可從臨近的韓國在廢除通姦罪後的經驗檢驗。本人有提出韓國統計廳的相關數據，韓國在 2010 年以來，離婚率大致維持穩定，2015 年憲法法院廢除通姦罪之後，韓國離婚率並未產生任何顯著的變化，甚至可以說是微幅的下降，可見通姦罪對於通姦行為的嚇阻效果非常輕微，縱然將通姦罪移除，對原有社會上與民事上的嚇阻效果，依然可以維繫婚姻家庭的維持，可以認為通姦罪一般的嚇阻效果在統計上是不存在的，所謂廢除通姦罪會導致婚姻家庭的破壞，乃至於道德淪喪，都是沒有統計基礎，流於直觀的想像。

另外對於相當性部分，縱然庭上認為通姦罪可以通過上述檢驗，通姦罪本身作為行為規範都是過苛的處罰規定。通姦罪處

罰對象包含所有有配偶之人，並未排除婚姻關係已有重大破綻，甚至已別居的配偶，在現實的狀況下，因為通姦罪，其實國家是完全剝奪其性自主權，因為我國離婚採取消極的破綻主義，所以現實上可能會有有意離婚的配偶，無法在法院得到裁判離婚的判決，全面剝奪其性自主權，可能永無終期。通姦罪對於婚姻家庭維繫功能如此可疑，但所侵害效果卻是如此巨大，顯然不可能通過相當性狹義比例原則的檢驗。以上為本人補充說明，請庭上認定刑法第 239 條違反憲法第 8 條及第 22 條之保障，宣告刑法第 239 條違憲，並立即失效。

張淵森法官

審判長，各位大法官好，我是臺中地院張淵森，多位法官的聲請書都有詳列許多認為通姦罪、相姦罪違憲的理由，本人的聲請書就試圖從比例原則兩階段審查中的第一階段，來說明通姦罪與相姦罪追求的目的並沒有合憲性。刑法的目的必然有它要保護的法益，通姦罪要保護的法益，第一種可能就是要維護婚姻的存續與家庭的保護，目前我國的法律，兩個人是不是要結婚，是不是要離婚，國家都尊重，這是兩個人的私事。同樣地，配偶彼此之間要不要忠誠，也是兩個人的私事，國家不應該用刑法恫嚇人民，要對配偶忠誠，不要通姦，要維持婚姻的存續。其實危及婚姻存續的原因非常多，連擠牙膏要從中間擠或從後面擠，都可能危及婚姻，難道我們要一一入刑嗎？有一種說法認為通姦罪會造成離婚，對未成年子女有不利情況，所以要處罰，但是如果這種說法成立，國家應該禁止人民離婚才對。離婚的時候，未成年子女的親權行使，法律都已經有配套，不能把責任推給通姦，所以維護婚姻的存續與家庭保護的目的，這個目的並不具有合理性。第二個可能的目的是善良風俗。通姦行為其實對國家、社會

並不會有任何實際上損害。隔壁老王通姦，對我有損害嗎？當然沒有，何況善良風俗是非常籠統的概念，所以我認為善良風俗也不是值得保護的法益。第三種可能保護的法益是痛苦，說實在的，婚姻中痛苦的事情非常多，有可能是精神上外遇、經濟上因素、子女的教養、婆媳關係等，通姦只是其中一種。我們可以瞭解發現配偶通姦時，心理所造成的痛苦，但並不是一個人有痛苦，就要用刑法處罰另外一個人。處罰通姦罪只是滿足報復的心態而已，所以這種目的也通不過合理性的審查。

綜上，刑法第 239 條通姦罪要保護的法益，並不存在合理性，所以在比例原則的第一階段就應該是違憲的。聲請人所聲請的案件是相姦罪，對相姦人來說，性的忠誠義務是存在配偶之間，並不是存在相姦人與配偶之間。配偶之間有沒有違反忠誠義務，那是他們的事情，與相姦人無關，所以第三人不應該因為他人是否存有婚姻關係，而限制到自己的性自主權，所以我認為處罰相姦罪也不具有合理性。另外，就刑事訴訟法第 239 條但書部分，本人提出不同想法。本人並沒有對刑事訴訟法第 239 條但書聲請解釋，在決定撤回告訴不可分的例外，我指的是主觀不可分，是不是違反平等原則的前提，要先決定撤回告訴不可分這個規定是不是有合理性。目前我國對告訴乃論的罪，要提出告訴或撤回告訴，國家都尊重告訴人，為何在有共犯的情形下，就要限制告訴人不可一部撤回？我想不出來有任何合理性存在，而且撤回告訴不可分會造成體系上矛盾、和解上困難，及超乎告訴人的合理預期。本來甲、乙共同毆打丙，丙只想對甲撤告，但對甲撤告同時，卻同時對乙撤告，已經超乎丙的合理期待，這部分我在補充意見有舉例，請各位參照。所以，如果撤回告訴不可

分是合理的，反過來反而是，更正，如果撤回告訴不可分是不合理的，通姦罪的撤回告訴不可分的例外反而是合理的，為何刑事訴訟法沒有規定可單獨對相姦人撤告？這反而是不合理的規定。但因為聲請人的案件並沒有涉及這部分，所以對這部分並未聲請。大法官如果認為通姦罪合憲，也請考量這部分，可不可以對相姦人單獨撤回。以上，謝謝。

審判長

法官聲請方還有 1 分半鐘，如果林法官不發言，接著就請關係機關方代表發言，先請法務部代表陳述 10 分鐘。

法務部指定代表蔡碧仲政務次長

審判長，各位大法官，感謝就今天讓我們以相關機關的身分出席說明，我們認為大院就刑法第 239 條已經作成解釋，就是釋字第 554 號解釋，該解釋文及理由書已詳載審查基準及刑法第 239 條的立法目的，也說明是否這樣的行為要以罪刑相加，應該要尊重立法機關來衡酌定之。剛才聽了聲請人諸多論述，重點就是釋字第 554 號解釋之後，婚姻、家庭、社會情勢變遷了嗎？如果沒有重大改革，釋字第 554 號解釋就刑法第 239 條部分，就沒有變更解釋的必要。我們一向都尊重司法院大法官的解釋，因為大法官解釋依照憲法第 78 條的規定，有拘束全國各機關、人民的效力，如果沒有情事變更，應該沒有變更解釋的正當理由。我們也詳列大法官變更解釋的情形，這樣的事例非常少。以釋字第 261 號解釋變更釋字第 31 號解釋來講，其實是就不合時宜的制度作變更解釋，也就是在第一屆立法委員行使職權的問題。釋字第 556 號解釋的變更是就已廢止法令之定義作變更解釋，就釋字第 68 號解釋有關懲治叛亂條例組織的參與定義的變更。釋字第 581 號解釋變更釋字第 347 號解釋，或釋字第 684 號解釋變更釋字

第 382 號解釋，釋字第 439 號解釋變更釋字第 211 號解釋，都是有就像自耕能力證明申請及核發注意事項這種法令解釋變更者，及就原認行政訴訟要件的法令為合憲解釋變更的事例。可見大法官變更解釋之事例甚少，如現狀並無變更，何以推翻先前解釋？釋字第 554 號解釋就刑法第 239 條解釋之後，我國婚姻及家庭制度並沒有崩解，應該沒有變更解釋的因素存在。再者，大法官就行為是否應刑罰性的解釋，甚少就應刑罰性的存在本身宣告違憲。釋字第 551 號解釋就肅清煙毒條例第 16 條這種反坐的罪名，認為違憲予以變更之外，沒有再宣告有某刑罰規定的存在本身是違憲的事例。可知司法解釋權的行使，相當謹慎與節制，也嚴守權力分立制度下立法權的界限，因此，釋字第 554 號解釋已就刑法第 239 條違憲審查並為解釋，也說明這條為立法形成自由，也符合大法官對刑法的解釋所為一貫的立場。再者，釋字第 748 號解釋事實上只是容許相同性別二人得依婚姻章實質與形式要件規定，成立法律上婚姻關係，所以這號解釋並沒有作為認定可變更釋字第 554 號解釋的重大更迭的事由。也有謂除罪的刑罰規定，像票據的除罪這個行為未必違憲，釋字第 204 號解釋就票據法的刑罰規定，認為這條是在防止發票人濫行簽發支票，確保支票流通與支付功能，所以施行以後有被不當使用，這條規定是否妥善，大法官認為沒有逾越立法裁量範圍，不認定這樣的除罪行為違憲。

剛才聲請人也提到希望藉由 102 年本部陳次長認為，我們是否認為刑法第 239 條的行為要依照世界各國潮流趨勢，跟他們站在同一陣線。其實本部一向採取開放立場，我們尊重立法權，尊重各界廣泛看法，對於這樣的行為是否除罪，我們歷次民意調查，反對者高達八成、七成，尤其在民意機構所

作的民意調查，反對者也有將近六成九，我們對於這樣的民意予以尊重，所以本部會跟廣大民意，會跟立法者根據民意作的合法性決定站在一起。對於有關刑事訴訟法第 239 條但書部分，當然這個立法技術在立法上有酌量空間，對於效力及於相姦人的規定，參照日本 1907 年舊刑法第 183 條僅處罰有夫之婦的通姦，不處罰夫的通姦，但是在 1922 年刑事訴訟法仍規定夫對妻撤回告訴，對相姦人也發生撤回告訴的結果。也就是從比較法的法制來看，通姦罪可以單獨對配偶撤回告訴，也不是法理的必然，因此本部認為這部分在立法上有再予酌量的空間，其他部分請司長補充。

法務部指定代表林錦村司長

審判長，各位大法官、法學先進，法務部除書面報告以外，以下擇要說明，本條的目的是維護夫妻的忠誠義務，及維護婚姻及家庭制度。釋字第 554 號解釋已充分說明婚姻與家庭是社會形成與發展的基礎，受到制度性保障。婚姻制度是基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等社會性功能，國家為確保婚姻制度，自得制定相關民事及刑事規範，約束雙方的忠誠義務。前大法官王澤鑑在釋字第 552 號解釋協同意見書提到相關婚姻制度，憲法雖然沒有明定，但本於憲法第 22 條自由權利應受保障，以及有相關大法官解釋，足見建構婚姻與家庭制度是憲法上規範，並使國家負有保護義務。本條規定在刑法第 17 章的罪章，以及釋字第 554 號解釋之社會生活秩序，及釋字第 748 號解釋之基本倫理秩序，都是屬於社會法益，這部分是立法者為了落實憲法第 22 條基於國家保護義務的立法裁量，對立法權的行使應予以尊重。這部分可能干預、限制人民的性自由權及隱私權。釋字第 554 號解釋也充分說明性自由權與個人的人格是不可分離的關係，固

然可以自由決定與何人發生性行為，但是基於婚姻自由而選擇進入婚姻制度後，當然為了維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要，所以有刑法第 239 條規定，對性自由權與隱私權適度限縮，該號解釋也認為與憲法第 23 條比例原則沒有違背。因為釋字第 554 號解釋也說明刑法具有一般預防功能，對於配偶的忠誠義務與增強對婚姻尊重的法意識，及維護婚姻與家庭制度的倫理價值，有一定功效，所以二者有相關關聯性。我們看一下釋字第 509 號解釋有關誹謗罪的解釋，雖然誹謗罪怎麼限制，有提到民事或兼採刑事處罰，也考量到他人權利的尊重與民事賠償等綜合因素考量，認為不違憲，可供本罪的審查的參考。誹謗罪的判決刑度與通姦罪的判決刑度，從 105 年至 108 年，通姦罪幾乎判 6 個月以下，法定刑判得比較輕。有認為通姦罪應該選擇侵害比較小，因為舉證比較困難，這樣反而對經濟上弱者比較不利，而且舉證困難不只通姦罪，性侵害也是同樣情形。釋字第 554 號解釋已經就第 239 條的審查基準，充分說明不違背比例原則。目前外國法制上，美國含紐約州等 18 個州都保留通姦罪的刑事處罰，歐陸的德國、法國、奧地利、日本，雖然廢除通姦罪，但不認為通姦罪違憲。司改國是會議的決議及兩公約的結論意見與建議雖然廢除通姦罪，但都沒有提及違憲問題。以上補充說明，謝謝。

審判長

請關係機關方司法院刑事廳代表發言，總共 10 分鐘。

司法院刑事廳指定代表彭幸鳴廳長

審判長，各位大法官，以及參與旁聽本次辯論的各位先進們，大家早安。就大法官審理本件由法官等人聲請關於通姦罪的解釋案，本廳因為主管刑事訴訟法，所以以關係機關的身分

參加今天的言詞辯論，本廳之前所提出的言詞辯論書狀，固然就題綱（一）、（二）有提出意見，但基於主管業務，以下先就與刑事訴訟法相關的題綱（二）部分進行說明。在討論刑事訴訟法第 239 條但書規定之前，必須先說明該條前段有關告訴效力的立法政策。刑事訴訟法第 239 條前段規定，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。這就是學說與實務見解所稱的告訴主觀不可分原則，認為告訴與公訴是有區別的，告訴是在對於某一個犯罪事實的申告請求訴追，這是偵查的起因或訴訟條件，不得選擇特定犯人為告訴，以免限制公訴權的行使，本廳的書面資料也引用日本與德國的立法例，日本刑事訴訟法也採取告訴不可分原則，認為告訴或撤回的效力及於全部犯人。另外德國刑事訴訟法則沒有告訴不可分的規範，當告訴人明確指出僅就共犯某一人提出告訴時，告訴效力就僅及於該人，原則是採取告訴主觀可分原則。由此可見，採取告訴制度並不當然指向告訴究竟主觀上應該以可分或不可分為原則，這是屬於不同國家立法政策上的考量。我國現行刑事訴訟法制度就此部分依立法機關政策的決定，是採取告訴主觀不可分原則。因此，關於題綱（二）的爭點，必須以一般共犯案件都要遵守告訴不可分原則，在這個前提下，唯獨就刑法第 239 條的通相姦罪採取對於配偶撤回告訴，效力不及於相姦人的特殊例外情形，是否顧全平等與比例原則，能否通過憲法審查，提出本廳的意見。該項撤回告訴效力的特殊例外情形，所要達成的立法目的，以及所要維護的法益，不論在民國 24 年或 56 年的相關修正，在立法院公報都查無立法理由，只能從學說與實務見解中加以推知。參考林永謀大法官或林山田老師所著的書都提到，在這個情形如果仍然採取告訴不可分



原則是違人情之常。再參考釋字第 554 號解釋理由書，認為設定通姦罪為告訴乃論之罪，是為了使受害配偶得以兼顧夫妻情誼及隱私，避免通姦罪的告訴反而造成婚姻家庭的破裂。考量刑事訴訟法第 239 條但書同樣屬於訴訟要件的規範，兩者規範目的應該相同，所以認為該條但書的立法目的是希望達到顧全夫妻情誼、隱私及避免婚姻家庭破裂，也是為了這樣的法益。

接下來說明刑事訴訟法第 239 條但書創設的告訴不可分的例外規定，實質上是以性別作為基礎而為的差別待遇。首先，本條但書創設告訴不可分的例外，導致法院對於同為必要共犯的配偶及相姦人在判決上會產生不平等的結果，也就是依照告訴不可分原則及例外，告訴人如果撤回對相姦人的告訴時，效力可及於配偶被告。但告訴人如果撤回對配偶的告訴時，效力就不及於相姦人被告，使得同為必要共犯的相姦人被告，處於較配偶被告更為不利的地步，這是在判決上會產生的不平等結果。其實，該條但書表面上規範的相姦人包括男性及女性，是以與告訴人有無配偶關係作為例外規定，看起來是中性，也就是看起來好像不是以非屬人力能控制的生理狀態，也就是性別，作為分類基礎，但是實質上卻不是如此。

本廳的言詞辯論狀附註 49 引用美國最高法院在一則案件中所表示的意見，提到當法律表面上是性別中立，實際效果卻是不成比例的不利於特別性別，就必須探究法律的實質目的是不是出於歧視，實質目的與實質效果是不是有所關聯。如果我們對性別分類採取更為寬鬆的認定，由於刑法第 239 條規定的通相姦罪是規範男女間的姦淫行為，這是必要共犯，分屬男女不同性別，所以刑事訴訟法第 239 條但書區分配偶被

告與相姦人被告，而為不同待遇，就是以非屬人力所能控制的生理狀態，也就是性別來作分類，而且實質上是優厚男性配偶，不利女性相姦人的歧視狀態。本條但書規定是民國 20 年代傳統社會時空背景下所制定，當時社會男尊女卑，標榜女性要三從四德，女性婚外情為社會所鄙視，男性婚外情則未必會受到社會責難，而且男性為家庭經濟來源，女性通常必須要在家服侍公婆，教養子女，求職謀生不易。在男性配偶通姦的情形，女性告訴人如果不選擇原諒的話，下場不外是離開夫家，生活無以為繼，背負著拋家棄子的污名，難有再婚的機會，反而她如果選擇原諒男性配偶，不僅可繼續受到男性配偶的扶養，不會受到離婚的污名，雙方子女也不至於在破裂家庭中成長，同時還能單獨懲罰到破壞家庭的女性相姦人，滿足處罰的情感。至於女性配偶通姦的情形，由於男性告訴人掌握家庭經濟的來源，離婚不至於對他造成生活上負擔，他又較少有親身扶養子女的情感牽絆，加上他如果不追究到底，恐將顏面盡失，在社會上抬不起頭，所以男性告訴人少有對共犯為差異的處理。我們在觀察這一項制定時的時空背景的時候，可以發現是著眼於典型的規範對象，也就是將男性配偶與女性相姦人的情形，強化性別的刻板印象，而構成性別分類，縱使制定年代已經很久遠，但我們看近年來的統計資料，還是難以脫離性別因素的影響，就偵查的結果而言，依法務部的法務統計摘要所記載，105 年至 108 年的 4 月間，地檢署偵查通相姦罪終結的情形，起訴男性 913 人，女性 988 人，女性被起訴多於男性 8 個百分點，再看法院的資料，104 年到 108 年共 5 年間的刑事第一審統計結果，通相姦罪合計，男性被判有罪的是 713 人，女性被判有罪的是 826 人，女性在這個階段又多於男性 16 個百分比，如果將

統計期間拉長到 20 年，這個比例差距會更大。

整體而言，被依通相姦罪起訴或論罪科刑的人數與比例，女性顯然多於男性，可以佐證，這個案件隨著程序的進行有愈發不利於女性被告的傾向，所以由此實證結果，實質上是以性別作為基礎而為的差別待遇，在中華民國的人民，無分男女在法律上一律平等，而且國家應該消除性別歧視，促進兩性地位的實質平等，這是憲法與增修條文的明文規範。另外在國際公約，包括 CEDAW 公約與公政公約，也都一再揭示應該以法律或其他適當方法，保證實現男女平等原則，而且在法庭與法庭訴訟的各階段，都應給予平等待遇。憲法第 7 條所稱的平等原則，應該指實質上平等，本質上相同的事務應為相同處理，所以如果以性別作為分類基礎的差別待遇，應該採取較為嚴格的審查標準，檢視手段與目的間是否具有實質關聯性，來檢驗是否有違背平等原則的意旨。透過嚴格審查標準之後，我們認為雖然刑事訴訟法第 239 條但書在目的正當性的檢驗上是具有正當性，但在適合原則的檢驗方面，不論從正面分析或反面分析，都沒有辦法證明這樣的規定合於憲法平等原則。另外，配偶間的糾紛也不只一端，可能有傷害或妨害名譽等爭端。如果配偶與他人共同對告訴人為其他犯罪行為，他可能有同樣考量，也只願意原諒配偶一個人，可是法律卻必須回歸適用告訴不可分原則，所以在嚴格審查標準下，這一項告訴不可分的特殊例外，沒有辦法通過適合性的檢驗，因此沒有繼續以必要性原則與狹義比例性原則進行審查的必要。綜上，本廳就題綱（二）的結論認為，刑事訴訟法第 239 條但書實質上是以性別作為基礎而為差別待遇的規定，依照嚴格審查標準，手段與目的間欠缺實質關聯，無法通過適合原則的檢驗，因而違反比例原則及平等原則。

限於時間，關於題綱（一）的意見，本廳的結論與各聲請人的主張相同，只是論述方法有所不同，請參考書面意見並請指教，謝謝。

審判長 接著，請兩位法庭之友陳述意見，時間各 5 分鐘。先請許幸惠女士。

法庭之友許幸惠女士 審判長、各位先進，大家在這裡，我們真的是無私的為社會、為國家，雖然看起來這件事情好像是小事，通姦罪的檢討，還有釋字第 554 號有沒有變更的必要。剛才聲請人、法務部、刑事廳也都表示了意見。我個人覺得，以聲請人的立場，釋字第 554 號，憲法第 7 條、第 8 條、第 22 條、第 23 條都闡述的非常清楚，沒有違憲的問題。除非像聲請人說的，現在的社會已經不存在通姦刑罰化之通念之共識，在這個狀況下，才有可以變更的理由，這一點是事實問題。現在的社會到底對婚姻家庭的看法，還有結婚的價值，通姦罪是不是要用刑罰來處罰，真的有通念了嗎？這個通念是要廢除的通念嗎？法務部剛才也報告的很清楚，以民間的意思得到都是 70%、80% 比例的反對。這件事實，其實我們在座的各位都沒有辦法擅自決定，現在的社會不是主張這樣，跟 18 年前第 554 號解釋當時大法官所認知的社會已經起了大變化。有沒有變化，應由最高立法機關代表民意，甚至要用公投來決定，不是我們在座的人說這個事實現在改變了，所以這件事情是很重要的。我們今天討論這件事，牽涉到的是婚姻的價值，家庭制度的價值，是不是有婚姻、家庭這件事，與通姦罪有關，所以刑法要介入？我們大家都曉得，如果不結婚，根本沒有通姦罪存在的餘地，就是因為結了婚就要受規範，如果破壞了結婚當時的互相信賴及忠誠義務，形同傷害了家庭。家庭是國家社會的基石，所以一定要用刑罰來保護，不能動搖社會國家的基石，這也是當初的立

法為何要這樣立法。把通姦罪放在妨害婚姻及家庭罪章中，是有其特別意義的。這一點各位一定要思考，是不是可以像聲請人將通姦罪抽離出，單純是兩個人的事情，是婚姻當事人的事情？還有說婚姻幸不幸福不是靠這一條刑法，當然不是靠這一條刑法，這是大家所認知的。

今天因為時間關係，我主張第一個重要的是，刑法第 239 條不是廢除的問題，情事的變更，釋字第 748 號已經承認同婚也是婚姻，所以刑法第 239 條應該要重新定通姦的定義，然後將同婚也納入，因為同婚更需要安定，才會麻煩大法官、立法院將同婚納入。他們既然要安定的經營共同生活，這樣的理念與異性婚一樣，為了整個社會安定，需要的是刑法第 239 條的修正或補充，而不是廢除，因為廢除事情很大條。

審判長 請紀惠容女士發言。

法庭之友紀惠容女士 審判長、各位大法官，還有各位先進大家好。站在民間組織的一個角度，我也想來發言。首先，我要講一個案例，這是我第一次遇到通姦罪，而且非常震撼。1994 年師大的一個狼師性侵女學生，女學生勇敢的想講出來，不要再有第二個受害者，當她講出來之後，婦女團體當然就去聲援她，支持她。可是沒想到狼師的配偶告她通姦罪，經過 2、3 年的訴訟，她不但成立通姦罪，而且女學生還要賠 50 萬元給他的家屬。當時所有的婦女團體非常的挫敗，我們覺得這個事情怎麼可以是這樣，而且要賠 50 萬。這個女學生已經身心俱疲，且已經有很大的精神狀態，所以她也沒有工作，後來婦女團體大家出錢，把它還掉了，我也是出錢之一的人。所以我對通姦罪非常的震撼，它居然可以幫助強勢、權勢性侵的人，讓他可以安全的下莊。

第二個我要講的是，通姦罪其實懲罰的大部分都是女性。剛

剛也有一個統計，在檢察官起訴時，男性被告多於女性，當定罪時，可以看得出來是女性多於男性。反而是小三、小王被懲罰，剛剛已經提到，因為有但書，所以撤告不及於相姦人。這裡面我們看到的大部分都是女性被懲罰。

第三個，其實通姦罪是一個刑法恐嚇，是在維持婚姻，不可以去外遇。但我們看到的是，小學生都已經不處罰了，因為我們不主張恐嚇小孩，小孩才會乖。我國還在用恐嚇式維持一個婚姻，但是無法維持一個美滿的婚姻。

第四點，一旦婚姻破裂，如果要走訴訟路線，耗時耗力又花錢。有很多我們服務的婦女，為了找證據，甚至違法去偷錄音，這都是違法的方式取得證據，甚至在法庭上這也不成為證據，我們看到的是非常的耗時耗力。為什麼我們不捨掉這個刑法的作法，而直接走民法，讓他在民法上得到賠償，這才是比較務實的做法。接下來，我要談的是，其實台灣還有通姦罪是全球中少數的幾個國家，看到通姦罪的國家，大概就是伊斯蘭教，在亞洲很多國家都已取消。我們還要維持在這樣的狀態嗎？

第五點，通姦罪違反國際人權公約，我們已經簽署兩公約，而且也看到 CEDAW 公約。審查委員來台灣的時候，都指出第 239 條就是違憲，違反國際人權公約。為什麼違反國際人權公約？因為變成國家介入家庭的隱私。特別講一個，國家的權力到底要到哪裡？國家的權力應該是要維持婚姻制度，但不能保證婚姻美滿，因為婚姻美滿是家庭個人要經營的，也不能保證沒有第三者的介入、出軌的可能性。所以我堅持希望能將第 239 條廢除，如果真的婚姻分裂，走民法就夠了。

審判長 現在繼續進行交互詢答程序。請問聲請人方有無問題詢問相關機關？

聲請人指定代表林孟皇法官問 剛剛看了法務部的書面意見，非

常佩服法務部對維護婚姻及家庭制度的用心。有個問題想請教，危害婚姻及家庭，實務上除了通姦、男女性器的結合外，精神外遇、男女間的愛撫，甚至像柯林頓總統的口交行為，基本上都是危害婚姻，甚至危害家庭。尤其司法院釋字第 748 號解釋通過後，法務部也依照解釋意旨制定了兩性可以結婚的法律制度。同性伴侶間的肛交行為，目前司法實務上，也不構成犯罪。實務界的法官因採性器結合，所以很多判決被批評為恐龍法官。請問法務部，既然主張不變更釋字第 554 號解釋，也不要除罪化，是否有什麼立法計畫，去處罰肛交、口交等行為？另外，如果本次釋憲案被大法官宣告通姦罪除罪化，不知法務部有何因應的立法計畫？如剛才法庭之友所說，可能必須在民事賠償、婚姻制度作一些強化。

第二個問題，看了司法院刑事廳提出的書面意見，其實刑事廳不管在刑法或是刑事訴訟法的意見都是有利於我方聲請人的，照道理我不應該提出這個問題。不過基於法律人對正當程序的堅持，我有一個疑問，希望大法官有機會在解釋中就此問題回應。中華民國的憲政制度蠻特別的，司法院享有法律提案權，甚至有規則制定權。以刑事廳出具的刑事訴訟法的意見，基本上就是代表司法院的意見，因為刑事廳只是司法院下的業務廳。司法院正、副院長作為司法院院會的當然委員，參與這樣的釋憲聲請案，不知有無迴避的問題？這是我困惑很久的問題。我希望藉此案，大法官在解釋時能就此問題作回應。

審判長 請問法務部代表有無回應？

法務部指定代表朱富美檢察官答 審判長、各位大法官、在座的各位先進大家好，非常感謝聲請方的提問。第一個問題，牽涉到性忠誠義務的違反，其實並不是現實實務所採的性器接合的問題，第 239 條通姦行為的發生要處罰，因為會影響配偶、子

女，影響非婚生子女的誕生。非婚生子女的誕生會影響到親屬關係、撫養、教養、繼承，還有可能發生墮胎、棄養、溺嬰等社會或犯罪問題。因此這裡討論的是一個制度，並不是一家一事，也不是個人幸福美滿不美滿，也不是情緒性的反應。我們談的國家設立的婚姻制度，對這個制度的保障。因此剛才法官的提問，我們可以講，婚外的性行為與婚內不與配偶為性行為，不能等同並論。釋字第 748 號解釋談的是婚姻的締結、開端，沒有影響到第三人，是不一樣的。性忠誠義務的違反，除了通姦以外，會產生其他人倫秩序的違反，重大有生育繁衍的問題。目前部裡沒有把性忠誠義務的違反擴張到其他領域。

第二個部分，就制度的設計，有沒有什麼樣的補強？這個問題牽涉比較大，也牽涉民事。目前就我們所知是沒有。本來婚姻制度的設計，依照各國國情有很大的差異，剛才次長及司長也有報告，各國沒有採通姦罪刑罰化的國家，大部分都不是透過違憲的審查來宣告違憲，大部分是國會透過立法的方式，表達大部分民意的表示，由國會修法或廢止法律。講韓國、印度及義大利，其實義大利原來被宣告違憲的法律就非常的離譜，裡面還有納妾的規定。印度更不用說，被宣告違憲的條文超級違反平等原則。韓國用性自主、隱私權。我覺得立法例當然可以參考好的，但國情不同就是國情不同。不要講其他很遠的部分，以目前防疫戴口罩來說，國內是多麼緊張，美國、歐洲等國家，看到電視畫面，大家還是不戴口罩，由這麼小的例子可以看到，什麼是國情的不同。我們認為這件事情應由立法機關盱衡全局定之。至於採民事或是刑事，本來就要看國內夫妻對配偶忠誠義務違反的容忍，對這個規定的依賴性。剛才部裡也提出統計數字，可以看到從 105 年到 108 年，一年受理的案件人數有 2,000 人，也就是說這就是社會的民情，文化的一部分。



有 2,000 人依賴刑事訴訟的處罰，不是檢察官喜歡辦這種案件，檢察官在證據的採擇也是非常嚴謹，一年以證據不足不起訴處分的將近五成。

制度與國情有很大的關係，以美國來講，美國在 2012 年，法務部舉辦公聽會的時候，我個人有參加，那時全美有 23 州採取通姦罪要刑罰化，8 年後的今天，只剩 18 州。也就是說，8 年內很多州的州民透過國會認為這個法律不是他們社會所需要的。像紐約、麻薩諸塞州、伊利諾州都有全世界最知名的法學院，難道沒有法律專家？芝加哥大學、哈佛大學、波士頓大學，哥倫比亞大學。為什麼沒有人去提，因為裡面牽涉太多複雜的因素，有宗教、文化、傳統、歷史，還牽涉國情、地域，當然也牽涉當地檢察官不喜歡用，檢察官不喜歡用，就涉及檢察官裁量的問題。

1983 年是全美保留通姦罪刑罰化唯一的州是麻州，它的最高法院受理了唯一一件通姦罪刑罰化合憲性的案件，麻州最高法院最後決定認為沒有違憲問題。判決結論很簡單，就是說這個牽涉公共利益，是公共政策形成的問題，如果百姓不喜歡把通姦罪定為犯罪，檢察官不喜歡起訴或偵辦，請跟立法機關反應，讓立法機關去修法或廢止，法院不能介入。

審判長 請問司法院代表有無回應？

司法院刑事廳指定代表彭幸鳴廳長答 就所詢第二個問題，作一簡單的意見提供。我們認為大法官的審判與一般的司法行政應是分開處理的。本次奉通知前來進行言詞辯論，相關文件往來，在司法院內均僅二層決行，由秘書長決行，並沒有送到副院長、院長做相關的處理。

審判長 相關機關有無問題詢問聲請方？

法務部指定代表朱富美檢察官問 請教聲請方，隱私權與家庭的

關係，牽涉的問題很多。從受孕、就學、家宅的搜索扣押等，都是隱私權與家庭婚姻的關係。當隱私權的保障對象涉及婚姻時，已婚者的性自主自由，是否應有更多公共利益的考量，應該與未婚者分別以觀？婚姻是國家規定的法律制度，婚姻有繁衍、教育、經濟、文化等多重功能，歷經多號的司法院大法官解釋的闡明。這些功能與維護人倫秩序的價值，是否構成憲法第 23 條維護社會秩序、增進公共利益的考量？這是第一個問題。第二個問題，如果聲請方認為結婚與沒結婚沒有什麼不同，是否主張擴張釋字第 554 號解釋，主張已婚者享有的是通姦決定、通姦行為，或婚姻外的合意性交的獨立憲法基本權？還是說這是個人憲法基本權的再解釋或再延伸？

審判長 聲請方哪一位法官代表發言？

聲請人施育傑法官答 各位大法官、各位先進好，我是桃園地院法官施育傑，簡單答復法務部的問題，第 1 個問題，關於性，在婚姻內、外、未婚或者一些狀況，有無差別？剛才林孟皇法官所提同性婚的問題，若法務部是站在繁衍的立場，我非常希望法務部訂定刑法第 239 條但書：「不孕、戴套或避孕者，不在此限。」因為這樣沒有繁衍的問題。第 2 個問題，關於隱私與婚姻外性交基本權的問題，不如從一般人格權或一般行為自由出發，不要界定為婚姻內外。

審判長 現在進行聲請人方或相關機關詢問鑑定人、法庭之友，詢問前應先經本庭許可，詢問與答覆均不逾 5 分鐘。

本次邀請的鑑定人較多，致未能一一陳述，希望藉由備詢來提供意見。請問聲請人方有無問題詢問鑑定人或法庭之友？

聲請人指定代表林孟皇法官問 請教薛智仁教授，鑑定意見第 5 頁提到基本上通姦罪不會限制隱私權，但第 18 頁卻也提到可能會二度傷害隱私權，認為「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」。薛教授是少數不認為通姦罪有侵害隱私權，但後面卻又這樣認為，立論上有無矛盾？再者，雖然通姦罪的制定看起來未對隱私權產生侵害，但既然制定成為一個犯罪，就會有追訴的問題。所以從本質上來看，通姦罪的制定當然就會對當事人進行直接的窺探與干預，基此，應否認為仍有侵害隱私權的問題？請薛智仁教授作進一步說明。

鑑定人薛智仁副教授答 謝謝林孟皇法官的提問。在干預基本權部分，之所以認為不會侵害隱私權，是著眼於刑法第 239 條本身只授權限制性行為自由，並不當然包含刑事追訴的手段。換言之，刑法第 239 條本身是規定在某個範圍內，國家可透過禁止通姦的方式來產生基本權干預的效果。在此層次上，我之所以認為沒有侵害隱私權，係因將隱私權理解成是對個人生活秘密空間的刺探，單純禁止通姦並不會造成此刺探。而我為何會在手段的狹義合比例性部分，將通姦行為之追訴所導致的隱私權侵害納入考慮？係因某種程度上我認為在進行狹義合比例性之審查時，應可將通姦行為間接所造成的其他損害，特別是透過刑事追訴所造成的影響，也可納進來考慮。基於以上考慮，所以在狹義合比例性的審查上，將通姦罪追訴所造成的隱私侵害，當成是一個間接效果，而納入考慮。簡單補充說明，若在狹義合比例性部分，不將通姦罪追訴所造成的隱私侵害納入考慮，則必須考慮現實上通姦罪追訴之所以能發生效果，或是說現實上能追訴到通姦，往往是因為在訴訟上我們採取某些過度侵害隱私權的調查方法，而使得我們可以證明通姦事實的存在，進而追訴。但如在程序上不採取過度侵害隱私的方式來調查通姦事實，會使得通姦事實變得更難被確認，以致於更進一步去弱化通姦罪所可能產生一般預防效果。總之，我的看法是在狹義合比例性的審查上，若將通姦罪追訴所額外造成之隱私

侵害危險納入考慮，因其負面效益比較大，而使得違反狹義合比例性；但若不將通姦罪追訴所額外造成之隱私侵害危險納入考慮，另一方面造成通姦罪追訴的效果，一般預防的作用變得更低，換句話說，正面效益也會下降，如此也會造成通姦罪的處罰違反狹義合比例性的結果。就結論而言，在狹義合比例性上，不論是否將通姦罪追訴造成之隱私侵害納入考慮，都不會改變通姦罪本身違反狹義合比例性的結果。

審判長 請問相關機關有無問題詢問鑑定人或法庭之友？

法務部指定代表林麗瑩司長問 同樣請問鑑定人薛智仁教授，第 1 個問題，薛教授在鑑定意見提到，特別在比例原則之必要性的衡量上，薛教授認為民事損害賠償與通姦罪要達到的目的不同，也就是在有效性的衡量上，將民事損害賠償的手段排除，但在狹義比例原則的衡量上，又認為通姦罪不符狹義比例原則。因薛教授在鑑定意見提到，婚姻制度之保障仍是一個重大法益，大法官歷來解釋認為婚姻制度具有憲法制度性保障位階，國家有保護義務。而這些手段都被薛教授排除，請問薛教授有無國家如何盡保護婚姻制度義務之建議？

第 2 個問題，延續剛才隱私權的問題，因薛教授在狹義比例原則的衡量上，提到通姦罪的負面效益，雖然通姦罪本身不侵害隱私權，但追訴程序上的手段可能會造成隱私權比較大的侵害，故薛教授亦承認這是一個間接的隱私權損害，在訴訟程序上造成一些負面效應。但薛教授的鑑定書上也提到，其實國家在追訴通姦罪上，刑事訴訟法對於國家行使強制處分權有很多重要的限制，在證據法則上刑事訴訟法有嚴格的證據禁止法則，甚至在行使強制處分，因通姦罪是屬於比較輕微的犯罪，國家不可用監聽、側錄或密錄等方式去取證，甚至通保法也禁止採取當事人的通聯紀錄，故對國家侵入隱私領域已作極大的

限制。而且薛教授也提到大部分通姦罪可能是透過私人的違法舉證來進行追訴。請教薛教授，在隱私權侵害部分，可否透過訴訟法來緩和？因為畢竟不是通姦罪本身侵害隱私權，舉例而言，刑事訴訟上有偵查不公開，將來也可在訴訟法上規定通姦罪之追訴轉成用不公開方式加以保障。另外，關於私人違法取證，也可透過個案的證據權衡法則來保護隱私，緩和對隱私權的侵害。

第3個問題，今天聲請人、鑑定人或法庭之友對於通姦罪的一般預防多所論述，也就通姦罪合目的性之審量上已有所論述，但大家對於通姦罪有無具備一般預防的效果，則是各說各話，大家採取的理論不一樣，見解不同。請問薛教授，關於刑罰的一般預防效果，是由立法者衡量各種因素決定比較好，或是由司法機關決定其預防效果比較好？

最後一個問題，鑑定人分別有美國法、德國法、日本法的背景，請教各位鑑定人，我國釋憲機關對於應刑罰性有非常自我自制的情況，基本上很少宣告一個刑罰全部違憲。請問德國聯邦憲法法院、美國最高法院或日本最高法院是否曾就國家的一個刑罰應刑罰性全部宣告違憲？不包括個案適用結果、要件不明確或刑度不合比例的違憲，而是就全部的應刑罰性宣告違憲的例子？請鑑定人賜教。

審判長 先請薛教授回答。

鑑定人薛智仁副教授答 謝謝林司長提問，先回答關於隱私的問題。鑑定意見之所以會在狹義合比例性部分，將追訴所帶來隱私侵害納入考慮，係因我觀察到實務上對於這種過度侵害隱私的追訴手段，事實上是採取相對比較容忍的態度，以致於對於所容忍的追訴手段本身對於隱私的危害程度，其實是有待商榷。若在程序上能就證據法則更加嚴謹，或是認定追訴手段合

法性的標準能更加嚴謹，當然是樂見其成。但如同剛才所言，越嚴謹的證據法則，相對的使得調查通姦事實的可能性變得越少，而使得通姦罪所產生的一般預防效果更加的下降，可能比目前我們所能追訴的通姦罪來的更少。因此，並不會改變違反狹義合比例性的結論。

第2、回答刑罰的一般預防效果，應由誰來認定比較洽當？我的鑑定意見可能跟其他聲請人或鑑定人最大的差別在於，我無法當然排除通姦罪帶有一般預防的效果，之所以這麼說是因為依照目前犯罪學的研究，雖然無法充分證實刑罰有一般預防作用，但到目前為止，也沒有任何研究否定刑罰的一般預防作用，所以在此現實之下，個人認為憲法法庭應尊重現實上的情況。再者，從比例原則手段適合性的審查上，基本上，手段適合性的審查所要求的門檻非常非常低，只要求手段並不是絕對無效、被證實為不可能達成目的，就可通過手段適合性的檢驗。基此，我認為的確無法排除通姦罪有可能對於潛在的行為人產生嚇阻力的效果，同時也對社會大眾宣示婚姻的價值或婚姻關係當中的忠誠是值得被維護。在此觀點之下，我認為通姦罪的一般預防效果，若立法處罰通姦行為，即表示立法者認為通姦罪有可能產生此作用，而立法者的這個判斷在沒有相反實證根據之下，憲法法院應予尊重。

至於在承認有適合性的前提之下，我又認為違反狹義合比例性，則立法者究應如何處理？我的看法是若可接受刑罰雖然不排除帶有一般預防效果，但所付出的代價特別是對人權侵害程度過重時，則必須接受一個結果，即放棄刑罰來達成一般預防效果。至於國家如何透過其他非刑罰手段達成一般預防效果？譬如可透過教育等方法。以上是我的看法。

審判長 剛才林司長提問不同留學背景的鑑定人，請兩位留美的

鑑定人張教授及李教授推派一位回應。

鑑定人李念祖教授答 我試著就不完全瞭解的問題回答，如同剛才關係機關所表達的，確實有不同國情的狀況。我的鑑定意見中也有提到，可能在其他國家未必存在，我們民法從開始建立婚姻制度以來，其實是改變一個非常大的傳統，以前我們是根據禮教社會建立婚姻制度、人倫秩序，按照父母之命、媒妁之言，由家戶長決定的不平等身分關係，而民法的婚姻制度建構一個性別平等、自主決定的身分契約關係，這是非常大的改變。但刑罰上繼續通姦成罪，受到傳統人倫秩序的影響，遠大於後來轉變成性別平等自主契約的影響，並未同步。其實傳統上的通姦罪是為維護夫權的存在，因為傳統上一夫多妻，一夫有妻有妾是長久的歷史事實，通姦只是為維護夫權存在。剛剛提到日本 1907 年的舊刑法規定，夫通姦不為罪，就是這個傳統的另外一個證明，這個傳統不只在我國，在日本可能也有同樣的影響，但我猜想在美國應該沒有這個影響。所以美國法院有沒有這樣判，跟我國要不要這樣做？其實並不當然可以相提並論。我們從這些統計數據可看出，至今觸犯通姦罪的男性，實務上其實多過於女性，但是受罰的女性遠多過於男性，照理說，既然同時處罰通姦與相姦，性別上的處罰效果應該一樣，可是剛才的統計數字可看出，觸犯通姦罪多的是男性，表示男性大部分或者說男性比女性，不曉得可否這樣說，更沈醉在過去通姦罪是為保護夫權，而不是限制夫權的這樣一個過去的假設中間存在。所以可見男人犯的比較多，但其結果受罰的卻是女人比較多，足以證明性別歧視的具體存在，而男尊女卑的男性優勢社會地位，也仍然長期存在，刑法及刑事訴訟法規定依附在這樣的社會意識中，繼續延伸且鞏固這樣一個性別差異的、應破除的性別不平等狀態。我必須提醒，根據憲法增修條文第 10 條

第 6 項，國家及國家所有的憲法機關都有義務主動積極的破除社會上的性別不平等，以促進性別實質平等。在座法官都在盡此義務，當然我們也很期待憲法法庭的大法官們也能體認到這條條文憲法責任的存在。

審判長 接著本席點名，請黃士軒教授以日本留學背景來回應。

鑑定人黃士軒副教授答 謝謝審判長，各位大法官好。關於剛剛林司長希望我就日本法的經驗，說明日本實務上是否會對一個刑罰規定以完全沒有刑罰必要為理由宣告全部違憲。以下分作幾點說明，提供各位大法官參考。1、就目前所知的日本實務以及向來日本實務傳統，確實非常少宣告整個規定尤其是刑法上面的處罰條款全部違憲，比較多採取的作法是，對於比較模糊而有不明確之虞的規定，透過條件的追加進行合憲性的限縮解釋。正如同朱富美檢察官所提國情不同的問題，茲就剛才提到為何日本實務對於這樣的規定有合憲性限縮解釋的空間，作一些說明。在採取合憲性限縮解釋時，個人粗淺的理解是前提必須是該規定有一定的模糊空間，且可以限縮。2、此問題若與我國通姦罪相比較，會發現稍有不同，我國通姦罪其實有兩個構成要件要素，第一個是有配偶之人，第二個是通姦行為。不論是有配偶之人的認定或是通姦行為本身，其構成要件要素涵義的範圍，其實並無非常不明確的問題。因此，在此構成要件要素內容下，還要如何限縮解釋？與日本實務採取的作法相比，會有一定的落差。3、日本學界對於日本最高裁判所或是更早以前的戰前大審院的態度，是否都贊成？就個人目前的瞭解，學說對於這樣的實務傾向並不是都認同，甚至也有相當多的批判。因此，能否將日本的實務經驗完全比附，認為我國有同樣參考的必要？有再斟酌的餘地。

審判長 還有兩位留德背景的王皇玉教授與蔡聖偉教授，先請蔡



教授發言。

鑑定人蔡聖偉教授答 謝謝審判長、各位大法官及各位先進。德國憲法法院是否曾針對刑罰制裁規範就應刑罰性部分直接宣告違憲？首先說明，這是一個純實然面的陳述，而能否從一個實然面的陳述導出一些應然的結論？這可以討論。即便我們侷限在實然面的陳述，比較近期的，德國憲法法院曾經討論過血親性交罪之合憲性，當時曾激烈討論過，憲法法院法官例如一些刑法學出身的法官直接表明支持違憲的結論，但最後還是作出合憲的決定。更近的，記得是去年年底，曾就第 217 條之 1 業務協助自殺罪宣告違憲。所以就實際運作狀況而言，其實是有先例。容我再補充一點，印象中日本也有先例，其殺害直系血親尊親屬罪也是宣告違反平等原則，這點可能再請黃老師補充。釋字第 554 號解釋有關應否以刑罰維護婚姻制度，認屬立法衡量的問題，但我目前的看法是，若屬立法衡量，由立法者決定，有一個前提，必須存在合憲的立法選項，譬如刑法第 239 條以刑罰維護，這樣的立法選項，若透過違憲審查的抽象判準，認其不符憲法秩序，則其就不應該是一個立法選項。先補充到此。

鑑定人王皇玉教授答

德國通姦罪根本走不到釋憲的程度，其實我在參與這次專家鑑定的時候，彷彿在進行法律考古學，因為整個歐洲是在 1960 年代到 1970 年代，整一波針對妨害善良風俗或婚姻家庭制度的刑法，幾乎各國全部都進行了非常多的刑法修正，其中有一個非常重要的就是國家不能以一個特定或單一的性道德價值觀，藉以刑罰來型塑人民單一的價值觀。所以，在那一波的刑法修正中，像德國在 1969 年修正，除了廢除通姦罪之外，還廢除了人獸姦與同性戀，其實是刑法教授自覺要求國會立

法。為什麼會有這種自覺的立法，這要追溯到1964年代，在海牙曾經舉行過一次國際刑法會議，那次的國際刑法會議中，其實就針對通姦罪的廢除形成一個共識，即各國不應該再以通姦罪來聲稱是在維護婚姻家庭制度。在那次會議當中其實有很多歐洲國家都已經率先廢除通姦罪，比如當時的挪威、丹麥、瑞典、芬蘭、英國，均已經廢除通姦罪，但是從來不會讓它們的人民誤以為國家對婚姻制度的保護不再受到重視。所以，德國在1969年的刑法修正草案當中，大筆一揮就將我剛剛講的那些與單一性道德價值觀的法律，包括通姦罪等都廢除掉。針對通姦罪其實在當時的立法理由提到幾個重點，為什麼要廢除的理由，第一個就是案件量過低，第二個就是大多數提告的配偶，其實都是出於很卑劣的動機，比如出於報復或出於以金錢去勒贖對方，這種卑劣的動機基本上不太可能達到維護婚姻的目的，反而是在加速婚姻的破裂。所以，在1969年的刑法就直接將通姦罪整個廢除，在德國要到釋憲，幾乎是無法走下去，也不需要去走。最後我要講一件事情就是，為什麼要以通姦罪來維護婚姻制度，而且在當時民國初年制定法律的時候，把性當作是維繫婚姻的一個重大因素，但是現在已經面臨了新舊價值觀的一個衝突，因為目前在臺灣，各式各樣維繫婚姻的方式，其實非常的多，很多婚姻是有性無愛，有些婚姻是有愛無性，但是現在卻以婚姻的經營一定要有性的存在，來指導我們的人民，把性的出軌當成是破壞或使婚姻破裂的唯一原因，而且放在刑法裡面，這其實是非常不當的。目前在刑法上有四個條文與維護婚姻制度有關，第一個是重婚罪，第二個是詐術締結婚姻罪，第三個是通姦罪，最後一個是和誘有配偶之人脫離家庭罪，四個條文當中，其實只有通姦罪隱含了必須要有性在裡面，

但我剛才說過所有的婚姻，都不應該以一百年前農業價值觀、單一價值觀來衡量，一定要有性的存在，所以，今天還在認為性才是破壞婚姻的主因，其實這在今天年輕人的想法應該是不會贊同的。以上，謝謝。

審判長

請張文貞教授答詢。時間尚餘2分鐘，稍後大法官詢答時還有機會答復。

鑑定人張文貞教授答

就剛才關係機關的提問，美國相關法院有無對刑法違憲加以宣告無效，我想是有的，在鑑定意見書所提到的Griswold案件當中，事實上美國聯邦最高法院就對州法過度干涉人民的隱私權，認定相關刑法規定是違憲無效的，以上。其他的等後續階段再補充，謝謝。

審判長諭知：

詢答程序結束，現在休庭20分鐘，於11時10分續行言詞辯論程序。(10時48分)

現在續行言詞辯論，進行大法官詢問程序。(11時10分)

答詢時間各不超過5分鐘，答詢時請在席位上發言。

請各位大法官發問，並請先說要哪一位答詢。

請林大法官俊益詢問。

林大法官俊益問

主席各位大法官、各位先進，本席想請教司法院刑事廳代表，如剛才的報告，刑事訴訟法第239條但書有諸多違憲之處，如此肯定而嚴厲的批判，敬表佩服，請問主管刑事訴訟法的司法院，有無提案刪除該條但書的修法作為？

司法院刑事廳指定代表彭幸鳴廳長答

感謝林大法官對這部分的詢問，事實上有關這條規定，在總

統府司法改革國是會議2017年5月18日第6次會議，已經作成希望能夠刪除的方向。所以，前提是如因故沒有辦法立刻廢止刑法第239條之罪，就應該即刻刪除刑事訴訟法第239條但書規定，回歸刑事訴訟法告訴不可分原則的適用。因此，本院刑事訴訟制度研議委員會，已將這個決議納入議題，將適時進行研議，謝謝大法官的垂問。

審判長

先請黃大法官昭元詢問，再請呂大法官太郎詢問。

黃大法官昭元問

本席有個問題要請教張文貞教授及李念祖教授，因為二位的鑑定意見中，都有提到通姦罪適用的結果，有產生明顯的性別差別待遇，所以，進而主張通姦罪違反性別平等。本席的問題在於：這是刑法第239條的問題？還是刑事訴訟法第239條的問題？意即通姦罪如有造成性別不平等，是因為刑事訴訟法第239條容許告訴可分所造成的？還是刑法第239條本身就必然或明顯會造成此情形？本席的問題換個角度來問：假如刑事訴訟法第239條刪除，改成告訴不可分，要告就一定是二個一起告，如此刑法第239條是否還會出現適用結果的性別差異？

審判長

先請李念祖教授答詢。

李念祖教授答

謝謝黃大法官的發問，我的答案是刑法第239條與刑事訴訟法第239條，都有適用或效果違憲，也就是違反性別平等原則的問題，這個問題我猜想刑事訴訟法第239條比較明顯，刑法第239條在這個問題上，可能出現在不僅處罰配偶，而且處罰相姦者這個規定上。如果只處罰配偶，性別中立性與實施的效

果，會不會產生明顯的性別差異，這沒辦法試驗，只能推測。我覺得沒有效果差異的可能性比較大，但是現在有同時處罰相姦者的規定，已經在實際上產生適用效果差異的明白結果，這是我對這個問題的回答。

鑑定人張文貞教授答

審判長及各位大法官、提問的黃大法官，我的詮釋在意見書中與李念祖教授剛才的回答相同，我想刑法第239條的規定本身，與刑事訴訟法第239條但書規定本身，二者都有在適用上實質的性別平等的歧視。在刑事訴訟法第239條還是要回歸到婚姻關係當中，配偶間的實質權力結構、性別權利關係來看。所以，雖然搭配上刑事訴訟法第239條但書，會比較明顯的在男女性之間配偶關係當中，透過宥恕及撤回告訴之男女相關結果，剛才統計上都有看到，但是刑法第239條規定本身，在婚姻關係的權力結構當中，也可以看到事實上在男女配偶之間，不管是婚姻關係、親密關係、私密關係的維護上，與破毀之後司法訴訟管道的處理上，顯然有受到男女兩性在權力結構不同而有明顯不同的結果，這部分也有相關的實證數據可以支持，所以，我想就二個條文來說，都有實質性別平等的問題。以上。

審判長

請呂大法官太郎詢問。

呂大法官太郎問

上半場大家討論的焦點之一，就是通姦罪的維持，對於婚姻制度的維持有無幫助，甚至於有危害。本席想請教法務部，有無統計資料或研究，曾經有提出通姦告訴，甚至事後經判決確定之婚姻，最後是維持的多，還是不維持的多？比起沒有提起告訴或刑事追訴的一般婚姻狀況有無差異？本席的重

點在於假設沒有差異，前面一些假定這個制度存在與否，似乎就對婚姻沒有影響，倘若有此現象，則究係何種現象？

法務部指定代表林錦村司長答

謝謝呂大法官的提問，對於通姦罪與相姦罪起訴後、判決確定後，對於婚姻的維持有無幫助，事實上據我目前所獲得的資料中，沒有這方面實證的分析。

法務部指定代表朱富美檢察官答

要追溯到婚姻的維持，我覺得這可能是社會學、統計上比較繁重的工作，目前據我們所知，法務部沒有相關資料。但是，婚姻的維持可能有很多的面向，保持通姦罪，我舉一個很簡單的例子，對很多的弱勢，或者剛才鑑定人提到有些婚姻沒有性、有些婚姻沒有愛，也有一群民眾其實是沒有資力不懂民事訴訟，靠刑法所謂的預防功能擺在那裡。譬如曾經有個很簡短的例子，有一位本身是拾荒的工作者，他不懂也很窮，太太是比較稍微弱智，他去收垃圾，鄰居就來欺負太太，也不知道該怎麼辦。開始可能是有妨害性自主自由，到後來就變成和了，可是他也趕不走鄰居，因為他忙著要照顧生計，這發生在屏東地檢署，後來有其他鄰居告訴他可以提告，如果從這個面向來講，還是有一些被需要的功能。雖然沒有正面回答到大法官，提告之後的婚姻是否有繼續維持，這是因為社會婚姻狀況，實在太多樣，簡單向大法官報告，所以，在開端的時候，其實還是有一些人依賴所謂預防的、強制的、讓民眾產生畏怖的，或許有產生內在心理制約功能，簡短的報告，謝謝。

法務部指定代表蔡碧仲政務次長答

其實對於通姦行為的譴責，與刑法追訴這樣的行為，能否挽救行為人的婚姻關係，只是其中的一個功能，最主要是要來

嚇阻其他潛在行為人的實施，或者是在強化社會大眾對於禁止通姦的規範信賴，今天謝副教授書面意見也對這方面有多所論述，這是對於呂大法官的回應，謝謝。

審判長

請黃大法官虹霞詢問。

黃大法官虹霞問

大家好，本席接續黃大法官昭元及呂大法官太郎二位的提問，剛才黃大法官昭元提問時，在場非常多的女性，腦海中有無浮出一個影像，至少在本席的腦海浮出這樣的影像，在我們社會即便至現在，常常在相關的媒體上看到，當先生有些事情發生，尤其是關於性相關犯罪時，就會看到太太很認份的站在旁邊力挺先生，但是，我們也看到這些相關的幾項通姦罪，其實女性是配偶的通姦者也不少，好像本席從來沒看過女性被告旁邊先生站出來力挺的情形，這是否也某程度代表或反應，並不是那麼實質的平等。就從實質的平等來談，在很多鑑定人的意見書中，都顯現出來為何認違憲，很重要的理由是認為造成實質的不平等，針對此部分，有無造成很多鑑定人所認為實質不平等的現象存在？若有，又要從另外一個角度，今天討論的是刑法，刑法有最後手段性的必要性原則，剛才林孟皇法官詢問法務部一個問題，如果違憲，法務部有何因應之道，使本席想到假如法務部沒有因應之道，為什麼沒有？也就是說在刑法處罰是一回事，然後在民法上，本席認為法務部也盡了相當的努力，當然很多婦女團體也非常的努力，在民事上夫妻配偶之間的關係一直趨向比較平等化。這種狀況底下，目前民事的相關規定，從法務部的看法，認為若從民事補償的角度切入，是否還顯然不夠，而必須要用刑法來作為手段，亦即刑法作為手段的必要性部

分，希望能夠聽聽法務部的意見。

關於呂大法官太郎問到婚姻維持率部分，剛才法務部回答沒有實質資料，這部分本席想請李念祖教授再稍微說明，因為李念祖教授的書面意見中，有特別提到這部分希望法務部能提出寬恕配偶的再犯率及婚姻的維持率相關資料，甚至進一步認為，假設法務部無法提出相關資料，法務部應受到不利的結果。就這部分是否請再進一步稍微說明，也讓法務部有機會能夠加以回應。

本席手上有一份資料，是關於實質有無差別待遇的重要資料，除了剛才幾位包括張文貞教授、紀惠容女士等，很多鑑定人都已經有提到這部分，官曉薇教授有一篇文章，法務部可能沒有拿到，本席有這篇文章也將提供給法務部。本席需要法務部幫忙的是，官曉薇教授的資料，據說都是來自法務部或司法院的資料所作的演繹，希望法務部對於官曉薇教授文章中所用資料的正確性與法務部的看法，以及從這些數據所導出有實質差別待遇的結論，法務部的看法又如何。這部分法務部不用現在回答，但希望能儘快提出書面意見。以上是幾點希望法務部提供看法及回應。

審判長

請法務部代表答詢。

法務部指定代表蔡碧仲政務次長答

已經取得的數據，可以說明剛才李教授提到，很顯然是一個不平等的，也就是透過男女比對，起訴男少女多，實際上剛才也談到，這是刑法第239條造成的結果，還是刑事訴訟法第239條立法技術所衍生的事實。實際實務上運作的結果，也是黃大法官一直提到，為何站在旁邊的多是女性不是男性，其實社會的演進也會慢慢看到男性將來會站在旁邊，因為從諸



多的事實，反應出將來會是女男平等。還有緩起訴的運作，從94年直到108年，緩起訴對於女性是男性2倍，從105年到108年以檢方受理件數來說，通姦起訴反而是女多於男，但是相姦起訴反而是男多於女。所以，就男女性別在實務上的運作結果，事實上到底還是那個根源，是刑事訴訟法第239條但書造成的結果，還是刑法第239條所謂的實質不平等。本部對於刑法第239條規定，從來都沒有預設立場，但是我們認為刑法第239條人言言殊，每一位提出的看法，從年紀、社會歷練、婚姻生活，以我個人來講，我認為婚姻的存在，並不表示它一定幸福，對於這樣制度的維護，我們認為多過於所謂主觀上到底幸福與否。所以，我們持續的關注、傾聽，最重視、最能夠掌握民意的立法機關，我們認為如果透過多數的民意，匯集各界的意見，我們實際上每月都有刑法研修小組，不斷針對必須研修的議題都積極處理，這是我的回應，其他請同仁來回應。

法務部指定代表朱富美檢察官答 謝謝審判長及黃大法官的提問。可以很簡單地向各位大法官報告，這個牽涉到罪質的問題，因為通姦罪的嫌犯大部分是男性，不論是從身體的構造或主動方面，如果今天討論的是暴力犯罪、毒品犯罪，嫌犯也是男性比較多，因為是罪質的問題，男性的犯罪嫌疑人比較多，會站出來在電視前面懺悔，太太站在旁邊也跟這個有關係，再加上這些人大部分可能都是公眾人物，所以此與罪質有關係。我們認為刑法第239條本身無色無性，因為不論男性犯、女性犯，其實不會牽涉到誰會被起訴比較多，這是因為刑事訴訟法第239條但書的設計，今天如果刑事訴訟法第239條但書拿掉，要告一起告，要撤一起撤，怎麼還會有誰被告得比較多？美國的密蘇里州跟明尼蘇達州就有一個規定，男性通姦，不罰女性相姦犯，

立法設計就是這樣。

剛才有位法官聲請人提到現在民事損害賠償對通姦就是賠10萬、20萬，像這樣的金額是否也代表如果嫌犯是男性，也沒有辦法對其有預防或干預的功能？所以民事的設計，有時候在社會上真的有一些不足之處。簡短報告如上，謝謝。

法務部指定代表林錦村司長答 向黃大法官作說明，從民國94年到108年，整體來看，通姦罪與相姦罪起訴的比例，女比男約高百分之三到百分之四，但其中兩年，民國95年及96年，男性被起訴比女性還多，所以從統計數據來看，不是有明顯的男女差別。

審判長 請李念祖教授答詢。

鑑定人李念祖教授答 關於黃大法官的問題，我想講的是「效果」部分，立法之後能不能達到維繫婚姻的效果？所以要看的數據，不是有多少人被告，而是有無數據顯示，被告之後，婚姻仍然維持，與沒有被告，婚姻維持，二者之間有無差別？這是必須由社會學去做的統計，這樣才能驗證用刑罰手段處罰相姦行為，該手段能否合乎目的？亦即達到符合婚姻的目的？這件事情牽涉刑罰、牽涉人身自由，又牽涉到性別實質平等的破除，因此須採嚴格的審查標準。如採嚴格審查標準，根據過去大法官的解釋，此時應該由認為法律應該維持方來證明該規定的實質效果是存在的，亦即手段能達到目的之實質效果存在。但現在立法者說這樣的規定是為了維護婚姻，但是行使的結果，能否造成婚姻被維持的實際效果，是沒有統計數字顯示的，所以一直存在於預設、假設的狀態。從比例原則的角度來看，這應該是不合於「手段符合目的」的實質性要求。

審判長 請楊大法官惠欽詢問。

楊大法官惠欽問 關於刑法第239條通姦罪部分，本院曾經作過釋

字第554號解釋，這號解釋是在民國91年作成的，距離現在還不到20年，大概17年左右，法務部代表表示不到20年間，我們國內的情事並沒有發生很重大的變化，所以這號解釋似乎沒有予以變更的必要。司法院刑事廳提出的書面意見，關於這部分好像有不同的見解，但剛才口頭報告大概因為時間的關係，所以來不及說明，刑事廳是否要作口頭的補充？就此問題，也請問今天與會的聲請人及鑑定人，有無補充說明？如有，也歡迎提出說明。

司法院刑事廳指定代表彭幸鳴廳長答 刑事訴訟法第239條但書的手段，也就是容許部分的撤回告訴，效力可以不必及於另外一位必要共犯，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？在適合性原則的檢驗方面，剛才沒有時間可以報告完畢，就此部分，我們試圖從正面及反面分析，在正面的分析上，告訴人原諒了配偶，看起來是能夠顧及夫妻的情誼，可是相姦人部分也因為這項差別的規定，仍然必須進入法庭，所以相姦人在庭訊時的供述，或配偶以證人身份到庭作證，或其他相關的情形，可能對婚姻仍然會產生不利的影響。

審判長 針對剛才楊大法官的詢問，聲請人方有無補充說明？

聲請人指定代表何劭鋼法官答 我的聲請書有提到關於事實變遷的部分，主要的立論來源是大法官兩號解釋對於婚姻的理解之轉變。在91年間釋字第554號解釋作成時，大法官對於婚姻制度的理解是「具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能」，當時對於婚姻制度的理解，其實是一個相當社會制度上的理解，亦即其承載著社會上功能的制度，而不是一個單純個人權利的展現。但是這樣的理解，在106年釋字第748號解釋作成時，其實是有相當大的改變，當時大法官對於結婚自由的理

解是「攸關人格健全發展與人性尊嚴之維護」，婚姻已經從社會性責任承擔之單純性質，轉變成個人在社會中尋求一個可以共同維持生活、互信互愛、互相扶持的伴侶，建立一個密切連結共同人格發展的可能，已經從一個社會意義的概念，逐漸轉變成個人結婚的自由。這樣子的轉變，當然不代表婚姻的社會性意義完全消失，但這已經是一個典範的轉移，婚姻從傳統意義上，僅認為是一個社會上的單元，到現今的社會，認為婚姻其實是每一個個人在社會中生活，發展自己的人格，一個很重要的過程。從這樣子的轉變，回來看通姦罪，其實通姦罪的正當性相當程度是建立在婚姻作為社會性意義的價值上。如果今天我們認為婚姻的社會性意義已經相對淡化，認為婚姻比較重要的是個人在這個社會關係中如何建立其人格，在此情形之下，當然我們可以認為原本大法官在作成釋字第554號解釋時的社會狀態，對於婚姻的理解，還是從比較社會性意義下理解的狀態，已經在釋字第748號解釋，鈞院所認定的，婚姻是以結婚自由的方式來理解之後，這個社會事實已經有所轉變。

當然這個轉變，我們認為並不是單純只是大法官在個案上語言使用上的轉變，這有點過度低估臺灣社會價值上的轉變。司法終究不是一個脫離社會的制度，社會的變遷不是單純用一個單薄的問題的民調來決定。我想大法官在釋字第748號解釋對於社會變遷的觀察，反而才是精準的，我們社會在釋字第748號解釋作成之後，雖然有部分激烈的討論，但確實在108年5月24日大法官作成釋字第748號解釋的意旨，也在社會上獲得貫徹，有成千上百的同性配偶也都步入婚姻關係。依照大法官解釋所維繫的婚姻關係，也沒有造成社會的崩解，也沒有造成大量的仇恨犯罪，在在顯示，釋字第748號解釋當初對於結婚意義改變的觀察，才是符合社會上的現實，大法官當時所觀察到社會對於

婚姻制度改變的理解，其實已經可以佐證釋字第554號解釋當時所認定的社會現實，已經有所改變。

鑑定人張文貞教授答 審判長、各位大法官以及各位先進，我在我的鑑定意見書中有特別討論到釋字第554號解釋有無變更解釋之必要，我認為有，但論據其實不是來自於社會或任何情事事實上有變更，而是來自於我國透過大院的釋憲實務，現在已經對我國憲法所保障的重要基本權，與釋字第554號解釋當時有非常不同的進展及發展。其中最主要的進展有兩個，一是刑法第239條所涉及的隱私權的侵害，釋字第554號解釋作成之後，大院在釋字第603號解釋確認了隱私權是我國憲法保障的重要基本權，同時對於隱私權的侵害，必須提高審查標準來加以審查，這件事情是在釋字第554號解釋當時所沒有的。所以，大院非常有必要在今天就一貫的釋憲實務來重新檢討，才能建立我國從釋憲實務對於憲法重要基本權的認定、範圍與審查的穩定性。

剛才聲請解釋的法官也提到，在釋字第554號解釋當時，大院尚未對婚姻權作為憲法上的重要基本權有確定、穩定的實務見解。在今天，對於婚姻權作為憲法重要基本權的保障，也毫無疑問，所以我們面臨的是婚姻權與隱私權這兩個重要憲法基本權的衝突，大院顯然必須在目前我國釋憲實務對於基本權如此肯認的基礎上，對這兩個重要的基本權作權衡，再來重新判斷釋字第554號解釋，就今天釋憲實務對基本權的價值、規範與保障的範圍，有沒有必要作檢討。

另外一點，我的鑑定書沒有提到而必須加以補充的，當然就是實質的性別平等的保障，實質性別平等也是在大院作成釋字第666號解釋之後所加以確立的，也必須對於實質性別平等的差別待遇，作提高審查標準的審理，這點也是在司法院釋字第554

號解釋當時所沒有的釋憲實務。

綜合以上幾個在釋字第554號解釋之後釋憲實務的重要發展，大院都沒有任何的理由逃避，必須很嚴肅地面對我國憲法今天對於這些重要基本權的保障，與其價值的昂揚，如何從這裡來檢討刑法第239條及刑事訴訟法第239條但書的規定。以上。

謝大法官銘洋問 剛才聲請人及鑑定人都有提到平等權，甚至於實質平等的這些問題，通姦罪會被認為是懲罰女性的規範。看刑法第239條的規定，好像是要保障家庭或對婚姻的忠貞，但是很奇怪的是，該規定處罰的是：第一、通姦的配偶，第二、相姦者。相姦者對於通姦者的家庭維護或忠貞，其實並沒有忠貞義務，家庭也是由通姦者自己要去維護的事情，因此可否就教法務部，立法當時為何要將相姦者一併規範進去？剛剛法務部代表也有提到美國好像對於女性的相姦者，是不處罰的。如果刑法第239條刪除後段對相姦者的處罰規定，只處罰配偶通姦者，這樣是否就不違憲？是否還有可能認為以刑法處罰通姦者違背家庭的行為是不適當的？這點也請鑑定人稍微說明一下。

另外，剛剛鑑定人張文貞教授有提到對於隱私權的侵犯，問題是如果今天刑事上的處罰因為要蒐證，會造成對隱私權的侵犯，可是在民法上，通姦也是構成法定離婚事由，有無可能為了要能夠達成離婚的目的，還是必須充分蒐證，在這種情形之下，對於隱私權是否一樣會造成侵犯？

審判長 請法務部代表回答。

法務部指定代表蔡碧仲次長答 謝謝大法官。有關相姦人處罰與否，以及規範之後實效如何，其實更希望有一些數據，也就是有一些調查。我們不是一定以民意調查為依歸，事實上我們是要以合法的、專業的，經過考量後之民意調查，作為參酌。所以對於相姦人處罰與否，我們可以利用刑法研修來考量，也不

能因為有這樣的規定，就通盤認定刑法第239條係違憲。

審判長 再請張文貞教授回答。

鑑定人張文貞教授答 謝謝謝大法官的詢問。在我的鑑定意見書中提到，刑法第239條通姦罪所涉及的對隱私權的侵害，在配偶關係內的通姦人與配偶關係外的相姦人，其實不太一樣。因為我剛才提到刑法第239條所涉及者是隱私權與婚姻權的衝突與競合，事實上就隱私權的保障而言，任何個人有一個對其親密關係與私密關係不受國家任意侵害及自主決定的空間，而這個親密關係當然也包含排他性親密關係，所以一個人進入隱私權的保障，當然也會涉及婚姻權的保障，這是在婚姻關係的配偶，他對刑法第239條受限制的範圍。

剛才也有先進提到，一個人既然決定進入婚姻，事實上他進入了一個排他性的親密關係，這時候之所以處罰，係因只能維持排他性親密關係，而不能有其他的親密關係，何錯之有？問題是，這個排他性親密關係，與此親密關係的不受干涉跟自主決定，要落入國家刑法處罰的空間時，就必然會牽涉到區別與干涉，所以這裡就不是一個國家以刑罰手段可以介入的部分。可是對於相姦人的部分，當然他沒有一個排他性親密關係的承諾，但是就這個犯罪的處罰而言，會涉及對相姦人親密關係、私密關係的領域及其不受干涉，會有一樣的觸犯。這也是為什麼當要進行刑事訴追時，一定會涉及隱私權的侵犯。謝大法官提問，如果在刑事空間追訴上有這樣的問題，是否在民事追訴上，就沒有空間侵犯的問題？我們現在討論的是，國家以刑罰來干涉私密與親密關係，該規定之違憲審查問題，因為牽涉隱私權，所以涉及的就會是要提高審查標準來看背後是否有重大公益，以及手段與目的之間是否有實質關聯。在民事的關係上，顯然就不能透過國家公權力追訴的方式，必須用私人的方式來

取得相關證據，以進行相關的訴追。在這裡沒有國家公權力介入是一個非常大的差別待遇，所以我並不認為用民事的方式來處理這件事情，一樣會涉及隱私權的侵害上同等非難的評價。

再次要說明的是，在本件隱私權的處理，剛才也特別提到刑法第239條處罰通姦人與相姦人，在性別權力關係上，絕大多數案例的相姦人是女性。我剛才沒有回答到黃大法官比較細微的問題，事實上透過刑法第239條的處罰，對於相姦人的隱私權，因為相姦人不在這個婚姻關係內，是一個沒有作出在婚姻關係排他性親密關係承諾的人，所以他其實被刑法第239條作了一個更大幅度的、實質性的性別平等差別待遇，這是大院在審查刑法第239條要特別注意的部分。以上。

許大法官志雄問 對於刑法第239條的合憲性，究竟要採用何種審查基準，聲請人方及相關機關法務部的看法顯然不同，聲請人方主張採用較嚴格的審查基準，法務部則是秉持釋字第554號解釋之意旨，主張採較寬鬆的審查基準。請問雙方，何以不贊成對方的看法？對方的看法究竟有何不妥之處？如果鑑定人願意，也請提供意見。

審判長 請聲請人方回答。

聲請人指定代表吳志強法官答 謝謝大法官提問。關於這部分，我們當然知道負責實體法的修法專責機關是法務部，其實從釋字第554號解釋之後，直到現在這麼長的時間當中，也可以看到法務部作很多刑法的研修工作，但是一直到106年總統司法改革的國是會議中，都已經作出這樣的看法了，法務部也沒有進一步修法。這條規定與之前釋字第554號解釋的年代，其實不太一樣，剛才何 鋼法官有提到，張文貞老師、李念祖老師等幾位鑑定人也都有提到這件事情。在這樣的情況之下，侵害的權利部分已經影響到個人人格保障的隱私，隱私權是個人的基本權



利，同時也違反平等原則，所以我們認為審查基準已經不是單純屬於立法形成自由，而是必須提高到中度，中度是從嚴，甚至因為這是刑法的規範，其實應該提高到嚴格的審查標準。以上。

審判長 請相關機關法務部回答。

法務部指定代表林麗瑩司長答 法務部對於通姦罪是否合憲的審查基準，事實上也沒有採取一定的立場，只是依照司法院釋字第554號解釋來解釋，我們也不認為釋字第554號解釋是低度審查而已，至少是中度以上的標準。首先大法官特別肯定，通姦罪要保護的法益是婚姻家庭制度，它具有憲法上制度性保障的重大意義。特別在這次釋憲案大家都提到，釋字第748號解釋大法官再次肯定婚姻制度是「共同生活，成立具有親密性及排他性之永久結合關係」，特別擴大它的保護範圍，除了異性婚之外，同樣的婚姻制度也保障同性婚。所以在排他性的關係上，我們當然相信通姦罪並沒有因為釋字第748號解釋而產生不合時宜的狀況。在重大公益的審查方面，釋字第554號解釋也肯定重大公益保障的正當性。

另外在目的與手段之間的關聯性審查上，大法官除了作合理性說明之外，還作了一些具體的分析，甚至已經達到嚴格審查的程度，例如在手段適合性方面，肯定刑法具一般預防功能。在比例原則必要性的審查上，大法官特別提到性自由權是憲法第22條所保障的權利，有外在的一些界限，必須不妨害公共利益。釋字第554號解釋特別提到性自由必須受到婚姻與家庭制度性保障的限制，似乎大法官在這裡也暗示了性自由碰到婚姻制度的制度性基本保障時，它的位階應該是往下。當然，大法官也特別強調，對於性自由的限制，用到刑罰有沒有符合比例？這裡大法官也作了權衡，認為刑法第239條是低度刑度的，1年

以下有期徒刑，又透過告訴乃論或宥恕的緩和，讓其侵害性更小，也符合狹義比例原則的審查，所以我們認為釋字第554號解釋已經在中度的審查基準以上了。

至於，今天有很多聲請人或鑑定人提到是不是有審查不足的地方，譬如說在「手段有效性」，有沒有跟民事賠償制度加以作衡量，事實上，有效性的審查也有鑑定人認為民事訴訟的目的不在於保障婚姻，不適合在這裡作比較。也有人提到民事訴訟，本部的立場是認為，我們一貫在大法官也提到刑罰制裁跟民事訴訟之間哪一個手段有效的問題，在釋字第509號也作了很詳細的闡述，我們覺得這個解釋的理由在這裡有一體適用的情況，也就是說如果只有單純的民事賠償制度，可能會造成有錢的人就可以比較有能力，或者就可以恣意的去破壞這個法規，只要付了錢就可以通姦，造成保障的不平等，反而失去有效保障的手段。所以，我們認為刑事的制裁會比民事訴訟更有效達成保障婚姻制度的有效性。

另外，在「手段與目的權衡」上，今天也很多鑑定人提到「隱私權」的侵害，剛才我也請教薛智仁教授的時候特別提到「隱私權」的侵害是屬於訴訟法層面間接在追訴過程中間接產生侵害的效果，可以透過訴訟法上來緩和這個「隱私權」的侵害，包括證據法則的嚴謹。而且，事實上剛才也提到現在刑事訴訟法對於追訴輕罪，如通姦罪這樣的輕罪，在手段上有作嚴格的限制，基本上，國家不會去侵入這個私密的領域，最多現在實務上產生的都是「私人違法取證」，這也是可以透過個案在證據判斷上、證據使用上來加以權衡、緩和。

我再補充說明，通姦罪保障的法益是「婚姻制度」，而不是「婚姻完美」、「婚姻繼續維持」。婚姻制度在釋字第748號特別講到「排他性」的效果，它是在制裁破壞婚姻的「排他性」此點上，

它的保護目的在這，並不當然確保個別、個案的婚姻是否要繼續走下去。它保護的是這個婚姻制度值得的信賴性，還有進入婚姻者依自由意志，兩個人基於婚姻自由進入婚姻制度裡頭之後，兩個共同尊重雙方的人格發展、共同生活的承諾，若有破壞，也應該基於合意，或有可能去消解這個婚姻關係，這才是整個婚姻制度的意義與價值，而不是又透過法律強制，通姦罪也不必然一定要讓這個婚姻必須保持持續下去，才是對婚姻制度的保障，以上。謝謝。

審判長 時間已經到了，可以再延長一些，本席建請兩位憲法背景的鑑定人李念祖教授及張文貞教授，對於「審查標準」再為 2 分鐘之說明。

鑑定人李念祖教授答 謝謝。這次牽涉的標的基本權，包括憲法第 22 條，這裡頭包括釋字第 554 號解釋所講到的「性行為自由」或「性自主自由」，也可以把它理解為「隱私權」，也就是婚姻這個親密關係中間的「隱私權」問題，當然這裡還包括了「人身自由」，以及「實質性別歧視」的問題，不全然只是憲法第 22 條的條文。

我要在這邊特別想說一下，第 22 條裡面雖然文字上有「維持社會秩序、增進公共利益」的文字，但是，這個文字一定要跟第 23 條同樣的文字連結理解。換句話說，要限制第 22 條，仍然要回到第 23 條考慮，而不能單純從第 22 條的這兩句話就否定了「比例原則」的適用性，尤其是要適用到嚴格的比例原則的時候，不應該作這樣子的解釋。那本案中根據過去的解釋，包括第 666 號解釋，包括我們剛剛前面講到的第 603 號解釋等等，都需要發動「嚴格解釋」，因此對第 22 條的解釋是必須要作這樣子的理解。

最後加一句話，說民事賠償是給予富人金錢換取不法的說

法，這是一個很大的錯誤，這樣子的論據如果成立的話，民事賠償責任豈不盡在獎勵富人為侵權行為？而都應該改用刑法加以制裁？其實，民事法院是可以斟酌富人被告的財力，而判給與其財力相當的賠償，這跟刑事秩序是無關的，問題不只在於損害賠償不等於用金錢換取違法行為，也在於違約的公平法律救濟並不依賴施以刑罰嚇阻補充。謝謝。

主席 張文貞教授有無要回應？發言時間為 2 分鐘。

鑑定人張文貞教授答 為了維持釋憲實務的穩定性，我剛剛其實已經說過，因為本案涉及到釋字第 554 號解釋之後所發展出來的釋字第 666 號解釋性別的實質平等、釋字第 603 號解釋的隱私權跟釋字第 748 號解釋的婚姻權，而不管是相衝突的重要基本權，還是所設限制的重要基本權。其實，大院在過去這幾號解釋都是提高審查標準，所以，毫無疑問本案必須要提高審查標準。

主席 試問蔡大法官宗珍有無提問？提問時間要限制一下。

蔡大法官宗珍問 本席快快地請教兩位鑑定人李念祖教授及張文貞教授。請教李教授部分，李教授是有意地在論述中限縮在平等原則來作說明，但是，也有意地承認或者視之為前提，就是民事侵權行為損害賠償的這一部分，是被李教授視為前提。本席想請教的是，民事侵權行為損害賠償操作的結果，民法第 184 條第 1 項和第 185 條操作的結果也有可能會出現通姦罪告訴的問題，這個部分怎麼樣作論述？

同樣類似的問題也要請教張教授，也就是張教授的論述模式是不是、有無辦法處理，或者是避開民事侵權行為損害賠償的問題？這個問題，其實因為在座尤其是聲請人及在座各位先進的前談之中，似乎都已知，以民事的侵權行為損害賠償請求權的存在，是不必有太多的討論，是真的這樣嗎？本席想要追問

的是，到底婚姻忠誠義務所對應的權利，所謂的婚姻自由下的權利，是什麼樣的一種權利？那現在實務上又開始回頭使用「配偶權」，這個問題的討論與我們現在釋憲標的的討論關係如何？想要請教兩位鑑定人。

鑑定人李念祖教授答 非常謝謝蔡大法官宗珍一針見血的問題。回到蔡大法官宗珍的問題，我個人以為，我會很希望看到大法官在解釋的時候照顧到這個問題，也就是說在請求民事侵權行為賠償的時候，當事人仍然有可能基於復仇的意識，而針對特定的對象，特別是相姦人，來作損害賠償。這裡頭仍然可能有受到實質性別不平等觀念左右的影響，那這個時候牽涉到兩個問題，第一個，就是民法上要不要建立配偶的排他權作為侵權行為的內容，這是現行的司法實務上肯認的，但是，民法上沒有明文寫，那民法要不要寫或現在是不是有，這一件事情是不是應該讓諸立法者決定，還是只是當然的婚姻、社會制度的一環，這個其實是在憲法解釋中間可以處理的。但是，我覺得最少最少可以提醒法官在給予民事侵權行為，如果基於配偶權而給判決的時候，法官應該避免性別歧視的社會意識所造成的對性別的不利影響，在司法考慮賠償的時候加以納入，這個是在大法官解釋的時候是可以加以涵蓋。

鑑定人張文貞教授答 謝謝蔡大法官宗珍這個很細密跟精緻的問題。我特別要提到在我鑑定意見書的第 6 頁裡頭跟我剛剛的發言，我提到說：刑法第 239 條所要去落實憲法上保障婚姻權，是進入排他性親密關係的雙方。換句話說，如果今天真的有在民事關係上，有任何需要處理的對象，是這個進入排他性親密關係雙方的承諾的違反，跟第三人無關，因為第三人沒有進入這個排他性親密關係的承諾，這也是為什麼我剛剛建請大院在區別刑法第 239 條所侵害的主體的時候，在婚姻關係內跟婚姻

關係外要注意到基本權侵害的權利跟程度是不同的。所以，如果是這樣子，回到民事關係上，確實如蔡大法官宗珍所說，在民事關係處理這件事情上，是這個婚姻關係雙方他可能就他在承諾違反的部分有民事上的處理，並沒有及於第三人的部分。這個其實在南韓憲法法院的判決，在建議說，在民事上要如何處理這件事情，主要是就離婚，是在離婚的民事關係上就破綻離婚，就離婚的贍養費的處理以及離婚相關的金錢關係處理上，有這個部分的討論。那南韓的憲法法院也沒有及於對於第三人，最主要的原因就是第三人根本沒有進入這個在隱私權跟婚姻權交錯的排他性親密關係的承諾裏頭，那他當然不應該要成為如果憲法上要維護這個婚姻關係的落實、親密關係維護的處罰，更不要說是刑法上的處罰，以上。

審判長諭知：

大法官詢問程序到此，現在進行最後陳述。

請聲請人代表及相關機關最後陳述，發言不超過5分鐘。試問聲請人方指定何人為代表？

聲請人指定代表林孟皇法官 審判長、各位大法官以及在座各位先進，臺北地院林孟皇法官代表聲請方做最後陳述。

用簡單一句話陳述：國家不能為滿足情緒而動用刑法，以下簡單的說明。維繫一夫一妻的婚姻制度，確保夫妻間的忠誠義務，立法者制定的通姦罪目的正當，作為審判者的我多年來不曾懷疑，因而判了幾件通姦當事人有罪確定。一直到我承審某一件職棒明星案通姦案的時候，擺在我眼前的證據是告訴人夥同徵信業者侵入住宅，拍攝通姦人與相姦人全身裸體的影像，法院還必須依法勘驗，這個時候我才去懷疑究竟誰授予我自己這樣這麼大的權限，可以去公開觀看他人最私密的隱私，這個時候我才去省思到通姦罪有違憲的問題。

本庭臺北地方法院刑事第十庭據以聲請的釋憲個案，是一位通姦人跟配偶早就已經貌合神離，可是因為財產等等問題，一直沒有辦法離婚，那這個通姦人與相姦人也未婚生子，可以想見這一位未婚生子的小孩，未來勢必遭受汙名歧視，遑論這一對夫妻本來就生有小孩，他們面臨父母在提告這一件事情，也是情何以堪。傳統中國法僅課予妻子貞操義務，「通姦」其實是妻子出軌的同義詞，可見通姦罪它發軔自家戶長制思維，1935年修法並施行到今天的通姦罪，從處罰有夫之婦改為處罰有配偶之人的婚外性行為，看似貫徹了男女平等原則。可是按照剛剛有一份提到官曉薇教授他們研究團隊出具了一份法庭之友意見，用實際的數據指出經由偵查審判後，在處罰上不僅呈現明顯的性別不平等，也就是女性獲判有罪率明顯高於男性，而且通姦人跟相姦人的處罰也不平等，那從這個角度來看的話，就有違憲法平等原則，更罔顧憲法積極消除婦女歧視的保障意旨。

立法者想要藉由刑法的威嚇，懲罰所生痛苦，阻止婚外性行為對於婚姻關係的傷害，結果卻是對於個案中的人際關係有害無益，甚至導致夫妻離婚。像我剛剛提到我第一次面臨思考的職棒明星案，夫妻後來也離婚了。這裡就是有一個問題就是說，當臺灣多數民意支持通姦罪時，我們這一群法官為何不依法審判？仍要聲請大法官宣告通姦罪違憲？只因為中華民國不只是一個民主國家，更是一個共和國家，政府權力是分散由相對獨立的部門行使，如此政府權力才能受到節制，人民基本權利是可以獲得保障，在這個意義之下，議會多數決、公民投票固然彰顯民主，卻不能削弱被憲法保護的個人自由，而由不具直接民意基礎的大法官從事法律違憲審查工作，縱使大家都公認說這可能本質上是違反民主或多數決。

百餘年前，民意機構在審議「無夫姦」的時候，禮教派雖然

獲勝，卻不敵歷史洪流，現在已經沒有聽過什麼叫「無夫姦」。如今，面對多數民意所反對的通姦除罪化，改由大法官而不是由立法者來決定其存廢，彰顯的是臺灣的民主憲政更邁前一步，是真正的民主共和國。

最後，我們要強調的就是，除罪化不代表認可或鼓勵婚外性行為，也不是否定家庭或者婚姻，而是人類情感的尊重與體認必須發自內心，這是不能用刑法來逼迫因通姦而受害的焦慮與痛苦，也必須透過其他方式來紓解，因而，為了被害配偶和公眾情緒的滿足，以最具嚴厲性的刑法制裁單純違法道德、婚姻契約中性忠貞義務的通姦行為，不僅限制人民性行為自主權及隱私權，而且無助於目的達成，更有違比例原則，應屬違憲。請大法官們秉於憲法所負責的職責，一如在釋字第 748 號解釋中勇於承擔、肯認同性伴侶婚姻自由的作法，變更釋字第 554 號解釋意旨，宣告通姦罪規定違憲，向臺灣公民們宣示國家不介入人民親密關係的事務，自己的情感與婚姻得靠自己經營。謝謝各位。

審判長

請相關機關方法務部、本院刑事廳代表陳述，發言時間各5分鐘。

法務部指定代表蔡碧仲政務次長 18 年來，對於個人自由也就是婚前性自由有漸趨開放的趨勢，這是不可否認，但是，這樣的一個自由當你進入一個婚姻制度之後，這樣的自由因為沒有辦法分享，所以，這些必須限縮。那麼，尤其所謂大家一直認為好像第三人是無辜的，其實，事實上，通姦罪沒有第三人相姦是不可能成立，所以，這是一個必要的共犯。事實上，沒有第三人的誘引，通姦罪也很難成立。本件本部一直認為既然基於婚姻自由而選擇進入婚姻制度，那就必須有義務去維護婚姻、



家庭制度。而且，不是只有婚姻、家庭制度必須要維護，這還涉及到社會生活秩序所必要，因此，才有刑法第 239 條的規定，那麼，這個規定當然必須要對人民的性的自由權跟隱私權要有一個適度的限縮，這個就是釋字第 554 號所彰顯的，也認為這跟比例原則並沒有違誤。

18 年來，這樣的一個認知、肯認並沒有變化，所以，對於通姦行為的譴責跟刑罰，大家都誤以為本部是要把一個破碎的婚姻再把它挽救回來，當然這是一個希望，但是，這種希望常常是會違反我們的初衷。甚至，本部最重要的是強化社會大眾對於禁止通姦規範的信賴，希望一個破碎的家庭或許它可以維護，但是，如果沒有維護的話，也要給予處罰，讓配偶有一個重生空間。所以，對於通姦行為的譴責跟處罰，是能否嚇阻其他潛在行為的實施，或者是強化社會大眾對於禁止通姦規範的信賴，而不是在於追訴通姦能否挽救行為人的婚姻關係，你只要選擇婚姻才受限制。

那麼，數據可以告訴我們鑑定人所懷疑的有關違反男女平等的這些，剛剛本部已經陳述過，所以，司法院大法官歷來的解釋，對於刑罰存在的本身一向都是尊重立法權的行使，今天諸多包括聲請人、鑑定人的論述事實上也未推翻這樣的前提。釋字第 554 號解釋也是採取這樣的看法，請審判長、各位大法官也都能夠尊重富有洞察民意的立法者決定。今天時過境遷之後，對於婚姻、家庭透過刑法 239 條的規範、意義，跟它實施的效果若何，到目前來講，也沒有人提出一個任何說這條的存在，對於因為這條的規定受到若何的傷害，也沒有人去反對因為這一條的規定，讓很多人安於現狀，即便在一個大家都知道婚姻的存在不表示它一定會幸福，但是，婚姻的存在卻是社會安定的基石。所以，我們大家心裡有數，即便幾十年婚姻它的

存在，彼此之間或者愛意已退，但是，彼此之間為什麼還能夠在婚姻、家庭共同努力，有諸多的考量，所以，希望各位大法官能夠考量把這樣的一個難題，讓我們的立法者，雖然民意或許不一定能夠彰顯多大的價值，但是，這麼高的7、8成民意不能夠罔顧，希望各位大法官能夠重視。謝謝。

司法院刑事廳指定代表彭幸鳴廳長 釋字第 554 號解釋到現在，跟婚姻有關的法律修法，對於保護婚姻中的弱勢配偶已經大有進步，這也就是為什麼國人的觀念已有所轉變，因此，在 106 年的總統府改革國是會議第 5 分組第 6 次會議，在 106 年 5 月 18 日通過廢止刑法第 239 條及刪除刑事訴訟法第 239 條但書的決議。在理由中也提到刑法通姦罪的存在，對於性別平權意識尚未發展，我國性平法制多有缺漏的那個年代有其保護弱勢配偶的功能，但是，現今我國已經有家庭暴力防治法與性侵害防治法，在民法的親屬篇內就夫妻財產制、離婚有責與破綻主義、子女的監護，已經符合性別主流化的標準，並且，以子女的最佳利益為親權行使的依歸，所以，以國家刑罰權來介入私人關係的通姦罪，目前存在的正當性已經薄弱。

司法院釋字第 554 號解釋公布於民國 91 年 12 月 27 日，距離現在已經有 16 年的時間，時代變遷，國人對於婚姻及性的觀念也已經有所改變，重視性自主權，認為人是性自主權的主體，而非客體，至少社會變遷已經帶來多元的性價值觀。現行的規定是否足以因應多元的家庭狀況，而沒有產生在這個規定上不公平之處，這已經是值得可疑。在本廳的書狀註 53 部分提到，有關性別歧視的審查標準，我們引用美國聯邦最高法院在維吉尼亞州軍校限收男性學生是否構成性別歧視的案件中也採取相同標準，認為必須由軍校提出「非常具有說服性的正當理由」來證明這一項的性別分類，是為了達成重要的政府重要目的，

因此，維持通姦罪能達成對婚姻的保障情形如何，舉證責任應該在實體法的主管機關。

釋字第 554 號解釋到現在相關法律的規範已經歷經修正，讓遭受妨害婚姻的配偶可以請求高額的損害賠償，離婚剩餘財產分配、贍養費以及子女監護，使其在經濟上可以自立，已經足以保障弱勢配偶爭取權益，並且懲罰通、相姦者對於婚姻家庭的破壞，因此，本廳認為通姦罪已經沒有繼續存在必要。

另外，刑事訴訟法需要研議的部分很多，時程安排上並不是一蹴可幾。本廳已經將刑事訴訟法第 239 條但書排入本院的刑事程序制度研議委員會討論項目之中，原本就會適時地規劃研議好，但是，立法期程深受各種因素的影響，例如，本廳也必須要徵詢法務部的意見，必須要經行政院會銜，還必須經過立法者的共議共決，是否能通過法案尚在未定之天，現在因為大法官進行憲法法庭的言詞辯論，所以，先將本廳的意見提供給大法官參酌，以上。

審判長諭知：

最後陳述程序完畢。

本案言詞辯論程序終結，本院將於一個月內指定期日公布解釋，退庭。

書記官 高碧莉

楊靜芳

審判長 許宗力

中 華 民 國 1 0 9 年 3 月 3 1 日