

臺灣高雄地方法院（函）

中華民國八十九年十一月七日

高貴刑大（八九）易四〇三二字第四六一八三號

受文者：司法院

主 旨：檢陳釋憲聲請書乙份（附起訴書二份）。謹請鑒核。

說 明：

- 一、按憲法之效力高於法律，法官有優先遵守之義務。法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認有牴觸憲法之疑義者，得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋，司法院釋字第三七一號解釋著有明文。
- 二、本院審理八十九年度易字第一〇九〇號被告洪〇聖、曾〇儒妨害婚姻案件及八十九年度易字第四〇三二號被告林〇萍妨害婚姻案件，認為所應適用之刑法第二百三十九條，有牴觸憲法第二十二條、第二十三條規定之疑義，業已分別裁定停止其訴訟程序。
- 三、依前述釋字第三七一號解釋，聲請司法院大法官解釋憲法，以求宣告刑法第二百三十九條因違憲而無效，立即停止適用。

院 長 蔡 文 貴

聲 請 書

壹、目的

- 一、按憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務。法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理

之確信，認有牴觸憲法之疑義者，得以之為先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋，司法院釋字第三七一號解釋著有明文。

二、本院審理八十九年度易字第一〇九〇號被告洪〇聖、曾〇儒妨害婚姻案件（以下簡稱第一案）及八十九年度易字第四〇三二號被告林〇萍妨害婚姻案件（以下簡稱第二案），認為所應適用之刑法第二百三十九條，有牴觸憲法第二十二條、第二十三條規定之疑義，業已分別裁定停止其訴訟程序（第一案已另依刑事訴訟法第二百九十七條規定裁定停止審判程序）。

三、依前述釋字第三七一號解釋，聲請司法院大法官解釋憲法，以求宣告刑法第二百三十九條因違憲而無效，立即停止適用。

貳、疑義

一、第一案被告洪〇聖與告訴人許〇滿係夫妻關係，二人自民國八十年間即未繼續同居，被告洪〇聖自八十五年一月間某日起，在高雄市某處與被告曾〇儒同居發生性行為多次，曾〇儒因而受胎並產下一子洪〇評，嗣經告訴人調閱戶籍謄本發現上情後，訴由臺灣高雄地方法院檢察署檢察官偵查，經認被告涉犯刑法第二百三十九條之通姦罪嫌而提起公訴。

二、第二案被告林〇萍與告訴人楊〇榮原係夫妻關係，然自八十三年間起，二人即未繼續同居，二人於八十九年三月六日經臺灣高雄地方法院判決離婚。被

告林○萍涉嫌於婚姻關係存續中之八十七年五月間，在台北縣某處，與不詳姓名之男子發生性行為，並因此產下一子楊○承。嗣因被告提起確認非婚生子女之訴訟，告訴人始知悉上情，亦訴由臺灣高雄地方法院檢察署檢察官偵查，經認被告涉犯刑法第二百三十九條之通姦罪嫌而提起公訴。

三、本院審理結果，認為上開二案之被告洪○聖、曾○儒及林○萍固然涉有刑法第二百三十九條之通姦罪嫌。而通姦罪之立法理由，一般認為係法律對於婚姻制度之尊重以及對於社會善良風俗之維護，以避免有配偶之人任意與他人發生性行為，致危及婚姻之基礎。誠然，婚姻外之性行為，其違背婚姻契約上之忠實（含貞操）義務之處甚明，然其不法內涵是否已達課以刑罰之程度，甚值檢討；且對於婚姻外之性行為課以刑罰，是否足以達成上述立法目的，本有疑問；而個人對於自己之性行為之自主權，是否因婚姻制度而當然喪失，亦有值懷疑。若課以刑罰之結果無助於上開立法目的之實現，竟以刑罰加諸其身，即有不當侵害自由權與性自主權而違反憲法第二十三條所揭示之比例原則之嫌。為此特聲請解釋。

參、理由

對婚姻外性行為課以刑罰（含自由刑及財產刑），其侵害人民自由、財產權部分甚為明確，僅其侵害是否可通過比例原則之檢驗，係有待商榷而已，此部分容後再述，在此先敘述同時有被侵害之虞的性自主權。

一、性自主權之地位

按憲法第二十二條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」本條乃對於人民基本自由之概括保障規定。而性自主權，亦即可自由決定是否發生性行為、性行為之對象以及如何發生性行為等，均與人格不可分離，為受上開憲法規定保障之基本權之一。刑法第十六章之妨害性自主罪，即屬刑法上落實憲法對於性自主權保障之具體規定，因此性自主權之地位，應以受憲法之保障。

二、性自主權與婚姻關係之關連

性自主權與婚姻關係之關連如何？可以從兩方面來檢討，其一是：對於配偶是否可以主張性自主權？其二是：性自主權對於婚姻外之第三人可否主張？

（一）配偶方面（消極性自主權）

對於配偶主張性自主權之問題，又可以分為二種型態，即得否強制配偶發生性行為，以及得否拒絕配偶為性行為之要求？這和婚姻法上所討論的「性行為的協力義務」有密切關連。此部分雖與本案有關，但因非本案重點，故僅簡要敘述。

1. 於八十八年四月二十一日刑法修正前，對於夫妻間之強姦是否構成強姦罪（修正前罪名），學說與實務上固然有所爭議。然其差別僅為罪名不同而已，亦即縱主張不構

成強姦罪者，亦認為應構成修正前刑法第二百二十四條第一項之強制猥褻罪或刑法第三百零四條之強制罪。因此，任何人不得強迫配偶發生性行為至明。而修正後之刑法第二百二十九條之一規定，對配偶犯第二百二十一條之罪者，須告訴乃論。此一修正顯然明白承認配偶間相互保有完全之自主權，對之侵害，與對第三人之侵害無異，僅因為顧及家庭生活之和諧與持續，例外採取告訴乃論之立法而已。

因此，縱使認為婚姻中的雙方相互負有性行為之協力義務，仍然不影響配偶的性自主權，故對配偶強制性交仍成立強制性交罪甚明，其已達不能維持婚姻之程度者，應可依民法第一千零五十二條第二項請求離婚。

2. 拒絕配偶為性行為之要求，除依具體情節可認為符合民法第一千零五十二條第一項第三款之「不堪同居之虐待」，而可由他方配偶請求判決離婚外，並無其他法律責任。
3. 小結：

由以上簡要說明可知，在配偶之間，因有性行為之協力義務存在，雖有可能因拒絕發生性行為而構成離婚事由，然此僅屬婚姻關係是否因受此影響而結束之私

法領域問題，在刑事法之領域，配偶相互間之性自主權完全不受婚姻之影響。

(二) 第三人方面（積極性自主權）

既然配偶間保有完全之性自主權，而不得任意加以侵害，則有配偶之人是否得主張其有與第三人發生性行為之自主權呢？此點與婚姻法上的「貞操義務」（或稱忠實義務）有關。

在現實生活中，性行為之基礎，無論是出於愛情、出於肉慾，抑或出於金錢，吾人無法否認的是，此等因素均存在於個人之內心深處，繫於個人之自我認知，而與人格不可分離。

刑事法律所能規範者，僅止於客觀之行為，若某一行為並不對其他個人發生實害或危險，則僅屬婚姻契約上忠實義務之違背問題，法律對之課以刑罰，正如同對於不鍾愛他方之配偶課以刑罰一般，實有以刑罰規範人格與意志及侵害人性尊嚴之嫌。吾等若不能認識刑罰之極限性與謙抑性，徒思以刑罰之威嚇追求婚姻內之忠實，無異緣木求魚，此時刑罰權之行使應屬濫用。

況且，民法與刑法之目的既不相同，在二個法域中對於「不法」所設定之要件，自然也有差異。我們可以在婚姻法中課以配偶忠實義務，並認為此項義務的違反可以導致

損害賠償責任的發生（如民法第一百九十五條第三項後段），但是，卻未必當然可因此一忠實義務之違反，即逕認其同時具備刑事不法性，而將之評價為犯罪行為。這一點我們也可以從民法上侵權行為與刑法上犯罪行為之不同標準窺知。因此，婚姻法上的「貞操義務」或「忠實義務」，亦應理解為僅生私法領域的效力，與刑事責任之基礎並無直接的關連。因此，以婚姻法上的忠實義務作為通姦罪的基礎，並不具說服力。

又假如配偶一方面因某種生理、心理或感情上之因素，拒絕他方配偶之性行為協力請求，而另一方面刑法（或配偶）又以通姦罪威嚇他方配偶不得與人發生性行為，此時無異以婚姻為名，變相對個人之性行為之自然需求施以禁錮，實有違反人性尊嚴之虞。

三、通姦罪對於自由權、財產權及性自主權之限制在比例原則上之檢討。

有配偶之人既然保有性自主權，則以刑法第二百三十九條之通姦罪加以處罰，是否符合比例原則，甚值檢討。

（一）立法目的之探求

通姦罪之立法目的在於保護婚姻關係，並維護善良風俗。此等立法目的自形式上觀之固無不當，但其實質意義為何，有待深究。

1. 婚姻關係之維護

法律婚姻關係之維護，應不僅是維護一個形式上的婚姻，而是夫妻間良好之感情，並在此一基礎上來維護婚姻關係之存續，因為一個沒有感情基礎之婚姻，對於當事人及其家庭成員（尤其是子女）而言，反而是一種不利益，甚或是潛在的危險源（註一）。此亦為近代各國婚姻法從有責主義逐漸改採破綻主義之主要原因。

2. 善良風俗之維護

善良風俗為一極為抽象，並與特定時空之道德觀念緊密結合的不確定法律概念。而刑法通姦罪之設置，與其說是維護善良風俗，不如理解為對於婚姻制度及當代道德價值的保護（註二）

（二）適當性原則

然通姦罪之規定，是否足以達成上述目的？換言之，其是否為追求「婚姻關係之維護」以及「善良風俗之維護」的有效手段？首先，吾人必須認清的是，刑法上的通姦罪並不以固定的伴侶關係為處罰的要件，因此，無論是具相當程度持續性的婚姻外性行為（例如婚外情），或者是純粹基於肉慾及金錢交易的買春行為，均為通姦罪處罰之對象。但事實上，自古以來，無論公權力對於婚姻外性行為施以如何之處罰，從來也沒能改變過婚姻外性行為存在之普遍現象。這從

歷久不衰、春風吹又生的色情行業即可獲得印證。而且，在實務上，也未曾發現因買春而提起之通姦罪告訴。

至於具相當程度持續性的婚姻外性行為，其發生之原因雖非一致，但配偶間感情基礎的質變或減少，多為婚外情發生之共同特徵。在婚姻內外的兩段感情關係之間，吾人雖可從道德上區分其正當性的差異，但是不可否認地，無論刑事法律如何介入，均無法代替配偶間相互的溝通、體諒與關心，以彌補婚姻關係實質基礎的缺口。一個幸福美滿婚姻，除了當事人的自我充實與自我成長外，並沒有其他的替代方法。在自我意識的啟蒙後，任何透過強制的方式，包括夫妻一方「把自己看作是對方的警察」，或者是透過國家立法製造感情義務，都不是維護感情及婚姻的適當作法（註三）。誠如英國哲學家羅素所言，如果說你的責任是愛某某人，這會使你恨他。把愛同法律保護結合在一起的婚姻一定會造成兩頭空。至於一個美好的婚姻，夫妻雙方都應該認識到，無論法律怎麼說，在他們的私人生活中，他們都必須是自由的（註四）。回到我國實務與個人生活經驗上，吾人亦未曾發現任何案例係事前或事後藉由通姦罪的威嚇或處罰，而維護或者是挽回了任何一段幸福的婚姻。

因此，通姦罪的存在，對於上開立法目的之達成而言，並無任何實質的幫助。通姦罪之存在，對於婚姻本身之維護作用，實際上純出於想像，相反地，在大部分的情形中，通姦罪的追訴只有毀滅婚姻的作用。基於這樣的認識，德國在一九六九年廢止通姦罪前，係以通姦行為導致離婚為通姦罪之構成要件（註五），這是相當值得吾人思考及正視的。因此，通姦罪的設置，並不符合「適當性原則」。

（三）必要性原則（最小侵害原則）

婚姻外性行為之避免，必須從最根本的教育與兩性溝通（註六）加以處理，才可能有效果，刑罰對於婚姻或感情關係之穩健既無幫助，且易生相反效果，並非達成維護婚姻關係及善良風俗（或一夫一妻制）的有效手段，因此，自然不是為追求上開立法目的所為對人民基本權利侵害最少且必要之手段，應認為不符合必要性原則。

（四）狹義比例性原則

同前所述，對婚姻外性行為課以刑罰，既不具適當性及必要性，其違反比例原則甚明，已無依狹義比例性原則之檢討之必要。

（五）小結

刑法第二百三十九條通姦罪的設置，直接限制人民之自由權與財產權，間接限制人

民之性自主權，但卻不能達成其維護幸福婚姻的目的，所追求的善良風俗，又難以還原為可得理解的特定個人法益，論者主張其為「無社會侵害性」之犯罪，誠有見地(註七)。若從此一觀點論之，將婚姻外性行為定為犯罪行為，其是否符合刑法為「法益保護法」之性質，更非無疑。無論如何，其既然不是追求幸福婚姻的有效手段，自然已違反比例原則之「適當性原則」與「必要性原則」，應屬違憲。

四、非婚生子女之尊嚴與利益

值得我們思考的是，在現行刑法第二百三十九條通姦罪的規定與相關文獻中（包含主張通姦罪應除罪化的論述），顯然都將討論焦點集中在「被害配偶」之情感利益及不忠配偶之可刑罰性上。提起通姦告訴之「被害配偶」，也只關心自己因他方不忠所生的心理感受。但是，不可諱言的，在相當數量的案件中（含本件聲請由來之二案件），婚姻外之性行為可能已使一方受孕並產下非婚生子女，但卻從未見以非婚生子女的立場思考此一問題的主張，令人遺憾。此種情形正如民法修正前關於夫妻離婚後對於未成年子女權利義務之行使與負擔之問題如出一轍，僅偏重於考量父母之利益，均足以顯示成人之愚昧與自私。

現實世界的通姦罪案件中，刑法第二百三十九條成為「被害配偶」復仇之工具，此時受刑罰影響

者，除雙方配偶及婚姻外第三人之外，包含因婚姻外性行為所產下之非婚生子女。

詳言之，既然若因為「通姦」此一犯罪行為，致一方受孕並產下子女，此時非婚生子女之出生，似相當於一犯罪結果，此時非婚生子女之存在，常是通姦案件最有力的犯罪證據。

然將非婚生子女之生命評價為其生父、生母自主的婚姻外性行為之犯罪結果，並將其存在視為一犯罪證據，除有貶低其生命價值之疑慮外，對於未成年子女日後之心理發展將發生不可抹滅的負面作用；況且若以自由刑加之於其生父、生母（暫且不論罰金刑及易科罰金之宣告，因此種刑罰繫於承審法官個案中之量刑取捨），顯然亦未正視該非婚生子女受保護管教之權利，使非婚生子女承擔其父母不忠行為之結果與原罪，是否有違憲法第一百五十六條保護兒童之基本理念，亦值深思。

肆、結論

通姦罪之存在，表面上是對性自主權的不當限制，實際上是刑法嘗試對於人格與內心感情世界所作的無效果規範。以比例原則加以檢視，本院認為既無助於規範目的的實現，已不符合「適當性原則」與「必要性原則」。在此一認知下，無論採取何種刑罰手段，均不可能符合「比例性原則」。從而，刑法第二百三十九條顯然違反憲法第二十三條之規定，應屬無效。

當刑法對於婚姻外之性行為加以處罰時，實際上究竟維護了什麼利益？當婚姻所賴以存在之忠實基礎已

不復存在時、配偶間的性行為已不再創造彼此之愉悅時，刑法對於婚姻內之性行為的肯定，以及對婚姻外性行為之否定，是否就同時維護了「善良風俗」？更有甚者，若婚姻外之性行為已使一方受孕產下非婚生子女（如上開二案之被告），法律是否應該告訴該子女，其生命之誕生係出於一個犯罪行為？甚至，告訴他（她）其生命之存在，即為其父母遭法院定罪之最強力的犯罪證據？上述疑問，均非吾人在通姦罪之下得以理性思考加以解釋的。在婚姻外性行為已受孕生子的情形下，若把非婚生子女的利益一併加以考慮進來，我們可以發現，刑法第二百三十九條的通姦罪根本是成人世界的醜陋規則。一段不被祝福的關係下所產生的、無辜的新生命不應該，也不需要這樣殘酷的遊戲規則下被犧牲。一個不能維護或創造任何實質利益、僅供復仇之用、但卻可能對非婚生子女在人格及心理上造成損害的刑罰規定，其違憲之處已明。尚祈大院速為刑法第二百三十九條違憲之宣告，以濟法害。

註一：參閱黃榮堅，「論通姦罪的除罪化」，收錄於「刑罰的極限」一書，第十一頁。

註二：林山田著，刑法特論，七十四年四月修訂初版，第七〇七頁。

註三：黃榮堅，前揭文，第十二頁。

註四：羅素，「婚姻」，收錄於羅素散文集「真與愛」，第一八三頁，江燕翻譯，志文出版社；轉引自黃榮堅前揭文，第十二頁。

註五：黃榮堅，前揭文，第三頁。

註六：此處係以較為普遍之異性戀關係之說法，其實，同性戀者之感情關係，亦應獲得法律相同之尊重，此點尚有待立法上予以加強。

註七：陳志龍，「刑法的法益概念」，收錄於氏著「法益與刑事立法」，第二十七頁。

此 致

司 法 院

聲請人：臺灣高雄地方法院法官 葉啟洲

中 華 民 國 八 十 九 年 十 一 月 一 日