

# 通姦罪的違憲審查

## ——兼評司法院釋字第554號及 第791號解釋

蔡 聖 偉\*

### 要 目

- |                       |                             |
|-----------------------|-----------------------------|
| 壹、背景事實                | 一、作為抽象機制的婚姻及家庭              |
| 貳、刑罰規範正當性的審查基準        | 二、具體的婚姻及家庭關係與夫<br>妻間感情的圓滿狀態 |
| 參、關於通姦罪立法正當性的各<br>種主張 | (一)事前的預防功能？<br>(二)事後的修補效用？  |
| 肆、明顯不具法益資格的論據         | 柒、大法官解釋之評析                  |
| 一、維護善良風俗？             | 一、釋字第554號                   |
| 二、離婚談判的籌碼及便利<br>蒐證？   | 二、釋字第791號                   |
| 伍、維護夫妻間的忠誠（忠貞）<br>義務？ | 三、評 析                       |
| 陸、維護婚姻與家庭？            | 捌、結 語                       |

\* 臺北大學法律學系教授，德國福萊堡大學法學博士。筆者於此誠摯感謝二位  
匿名審稿人所提供的諸多寶貴意見。請勿公開散布。  
投稿日期：一〇九年十月十一日；接受刊登日期：一〇九年十二月十七日

## 摘 要

關於通姦罪是否合憲的問題，司法院大法官先後做出了兩次結論相反的解釋：肯定合憲性的釋字第554號解釋與宣告違憲的釋字第791號解釋。釋字第791號解釋於二〇二〇年中旬公布後，引發了兩極的評價。這是我國釋憲實務及刑事法制上的重大事件，值得深入探討。本文先從刑法釋義學的角度出發，逐一檢視過去各種支持通姦罪立法的主張，再據以評析前述兩則大法官解釋的當否。

關鍵詞：通姦罪、釋字第554號解釋、釋字第791號解釋、法益



## 壹、背景事實

自從我國刑法典於一九三五年公布之時起，分則編便對通姦及相姦的行為設有刑罰制裁規範（第239條），但其合憲性也一再遭受質疑。對此，司法院大法官曾於二〇二〇年做出釋字第554號解釋，肯定了通姦罪刑罰制裁規範的合憲性。法務部亦曾於二〇一三年四、五月間，分別委託民意調查機構對於通姦罪的存廢問題進行查訪，結果顯示約有8成左右的民眾反對廢除通姦罪<sup>1</sup>。但在另一方面，文獻上主張應將通姦行為除罪的聲浪一直是有增無減<sup>2</sup>，二〇一七年總統府司改國事會議第5分組亦做成通姦除罪化的決議<sup>3</sup>。兩種立場角力多年後，司法院憲法法庭終於在二〇二〇年再度受理通姦罪及相關撤回告訴規定（刑事訴訟法第239條但書）的釋憲申請（會台字第12664號等聲請解釋案）。

此次釋憲案共有22名申請人，其中16位為法官。憲法法庭於審理

<sup>1</sup> 參見法務部於2013年6月13日所發布之新聞稿內容，網頁連結：<https://www.moj.gov.tw/cp-21-50909-f0d6e-001.html>，造訪日期：2020年6月3日。

<sup>2</sup> 如黃榮堅，刑罰的極限，1999年4月，頁6以下、16；許玉秀，除罪：解消類型——從殺害直系血親尊親屬罪談起，載刑事法學之理想與探索：甘添貴教授六秩祝壽論文集，第二卷，2002年3月，頁13；鄭昆山，通姦犯罪在法治國刑法的思辨，月旦法學雜誌，第105期，2004年2月，頁216以下；徐昌錦，通姦罪合憲解釋之評析，台灣本土法學雜誌，第77期，2005年12月，頁36以下；徐昌錦，通姦除罪化〔案例研究與實證分析〕，2006年6月，頁171以下、220以下；林山田，刑法各罪論（下），第5版，2005年9月，頁498以下；謝如媛，刑法規範下的家庭秩序，國立臺灣大學法學論叢，第35卷第6期，2006年11月，頁316；張明偉，通姦罪合憲性之再思考，裁判時報，第59期，2017年5月，頁61以下；吳煜宗，通姦罪除罪化的女性主義主張，月旦法學教室，第50期，2006年12月，頁7；鄭錦鳳，論通姦除罪化，軍法專刊，第55卷第5期，2009年10月，頁111以下；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，第46期，2013年12月，頁130以下；陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，第5版，2016年3月，頁314。

<sup>3</sup> 此為該組第6次會議（2017年5月18日）討論議題四的結論，網頁連結：<https://justice.president.gov.tw/meeting/48>，造訪日期：2020年6月3日。

前也另邀集了6位鑑定人提供法律意見<sup>4</sup>，所要處理的是以下兩個爭點：一、刑法第239條規定是否符合憲法第22條保障性自主權之意旨？釋字第554號解釋應否變更？以及二、刑事訴訟法第239條但書規定是否符合憲法第7條保障平等權之意旨？憲法法庭於同年三月三十一日言詞辯論後，五月二十九日公布釋字第791號解釋，宣告刑法第239條之規定違憲（院台大二字第1090015723號），引發了輿論的兩極評價。儘管通姦罪業已失效，鑑於這是我國司法釋憲實務及刑事法制上的重大事件<sup>5</sup>，且至今尚有對此違憲宣告存疑的聲音，故仍值得深入探討。

從世界各國的現況來看，放棄使用刑罰來制裁通姦行為的作法有越來越普遍的趨勢<sup>6</sup>。美國目前雖然仍有23州保留了通姦罪的處罰規定，但幾乎沒有起訴的案件<sup>7</sup>。而在歐洲，德國早於一九六九年刪除通姦罪<sup>8</sup>，瑞士與奧地利則先後在上個世紀末期跟進<sup>9</sup>。其他廢除通姦

<sup>4</sup> 釋憲申請書及各鑑定人之鑑定意見下載網址為：<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/contents/show/32aqtnyhupqhdb5>，造訪日期：2020年6月18日。

<sup>5</sup> 過去僅見釋字第551號解釋針對肅清煙毒條例第16條關於誣告反坐的刑罰規定部分宣告違憲（違反罪刑相當原則），但沒有直接宣告刑罰制裁規範本身違憲的先例。

<sup>6</sup> 1964年於海牙所舉辦的第9屆國際刑法會議，主題為「侵害家庭及道德之犯罪」，大會最後做成通姦應予除罪的決議，參閱Günter Blau, Die Beratung des 9. Internationalen Strafrechtskongresses in Den Haag (24.-30. 8. 1964) hinsichtlich der Straftaten gegen Familie und Sittlichkeit, FamRZ 1965, 245 f.

<sup>7</sup> 參閱法務部法檢字第10504501620號函附件一，立法院第9屆第1會期第7次會議議案關係文書（院總第887號），報255頁；司法院刑事廳，釋字第791號解釋關係機關意見書，2020年，頁17-18，網頁連結：<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/%E9%97%9C%E4%BF%82%E6%A9%9F%E9%97%9C%E5%8F%B8%E6%B3%95%E9%99%A2%E5%88%91%E4%BA%8B%E5%BB%B3%E4%B9%8B%E6%84%8F%E8%A6%8B.pdf>，造訪日期：2020年10月10日。

<sup>8</sup> 在德國的德意志帝國刑法典時期，第13章為「違反道德的重罪與輕罪」（Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit），其中第172條規定了通姦（Ehebruch）的處罰。該罪於二戰後繼續保留在聯邦共和國的刑法中，至1969年刪除。

<sup>9</sup> 瑞士刑法第214條及奧地利刑法第194條原本均為通姦罪的刑罰制裁規範，前

罪的歐洲國家則如義大利（一九六九年）、盧森堡（一九七四年）、法國（一九七五年）、西班牙（一九七八年）、葡萄牙（一九八二年）、希臘（一九八三年）、比利時（一九八七年）、羅馬尼亞（二〇〇六年）等<sup>10</sup>。亞洲各國中，日本早在一九四七年（昭和二十二年）便廢除通姦罪的處罰<sup>11</sup>，南韓的通姦罪則是於二〇一五年被該國憲法法院宣告違憲而失效，印度的最高法院亦於二〇一八年宣告該國通姦罪違憲<sup>12</sup>。直至今日，以刑罰來制裁通姦行為的國家已屬少數。儘管通姦除罪化已可稱得上是一種國際趨勢，但國際趨勢只是一個純粹經驗性的陳述，從中無法推導出規範性的應然結論，不能以國際趨勢取代實質的論證。以下先簡略說明本文審查刑罰規範正當性的基準，接著再彙整國內、外文獻中各種支持與反對通姦罪立法的論點，再依據前述正當性審查標準逐一檢視，最後再據以評析釋字第554號及第791號這兩則解釋。

於此要先說明的是，通姦罪的構成要件行為是否僅限於異性間的性器官接合，抑或可適用刑法第10條第5項關於性交所設的法定

---

者於1989年刪除，後者則於1997年刪除。

<sup>10</sup> 另外像是北歐的挪威、瑞典和丹麥，亦未設通姦罪，此見法務部法檢字第10504501620號函附件一，立法院第9屆第1會期第7次會議議案關係文書（院總第887號），報259頁。另亦可參閱許宗力、黃榮堅、林鈺雄、林明昕、尤美女、詹森林、官曉薇、黃詩淳，婚外性的罪與罰座談會，台灣法學雜誌，第223期，2013年5月，頁14-15。

<sup>11</sup> 日本刑法於二戰前於刑法中設有通姦罪規定，但僅處罰有婦之夫的通姦行為及其相姦人（第353條）。二戰後，1947年（昭和22年），參議院以些微票數的差距刪除。修法過程及各種說法的整理，可參閱謝如媛，前揭註2，頁314-315；黃士軒，釋字第791號解釋鑑定意見書，2020年，頁14以下，網頁連結：<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/%E9%91%91%E5%AE%9A%E4%BA%BA%E9%BB%83%E5%A3%AB%E8%BB%92%E5%89%AF%E6%95%99%E6%8E%88%E4%B9%8B%E9%91%91%E5%AE%9A%E6%84%8F%E8%A6%8B.pdf>，造訪日期：2020年10月10日；林慈偉，同性婚姻釋字後的通姦罪解釋及其因應，國立臺灣大學法學論叢，第47卷特刊，2018年11月，頁1520以下。

<sup>12</sup> 參見張文貞，婚姻、隱私與性別平等，台灣法學雜誌，第392期，2020年5月，頁26。

義，仍有討論的空間<sup>13</sup>，前者為我國實務及學界多數說所採<sup>14</sup>。由於這個爭議和通姦罪的立法正當性沒有直接關聯，本文不打算進一步探究，以下均一律以「婚外性行為」來稱呼通姦行為。

## 貳、刑罰規範正當性的審查基準

在刑罰規範正當性（Legitimität von Strafnormen）這個概念下，主要探究的問題就是：刑法在怎樣的條件下始得對於特定的行為態樣施加刑罰制裁？傳統刑法文獻透過實質犯罪概念（materieller Verbrechensbegriff）展開討論<sup>15</sup>，法益概念於其中扮演了關鍵角色。依此，立法者首先要確定透過刑罰規範所要保護的法益為何，再以該法益作為指導方向來設計各個構成要件要素<sup>16</sup>。

法益概念的理論史可追溯到十九世紀，但直到二戰過後才逐漸形成批判實定法的功能<sup>17</sup>。刑法學界希望透過這種立法批判（gesetzgebungskritisch）功能來限制刑事立法者，依此看法，只有當刑罰規範

<sup>13</sup> 相關討論可參閱林山田，前揭註2，頁497；甘添貴，刑法各論（下），第3版，2013年6月，頁300；陳子平，刑法各論（下），第3版，2020年1月，頁483以下。

<sup>14</sup> 學說及實務見解可參閱林慈偉，口交成立通姦乎？——評臺灣高等法院高雄分院103年度上易字第107號刑事判決，法令月刊，第68卷第10期，2017年10月，頁87以下的整理。德國刑法第172條在1969年刪除前，當時學說及實務上對於「通姦」一詞的解釋亦與我國多數看法相同，限於異性間性器官接合的行為，僅參閱Reinhard Maurach, Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl., 1969, S. 413。

<sup>15</sup> 關於實質的犯罪概念，可參考Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl., 2020, 2/1。

<sup>16</sup> 參閱Hans-Ludwig Günther, Die Genese eines Straftatbestandes, JuS 1978, 9 f., 11 ff。

<sup>17</sup> 此段歷史演進，參閱Thomas Rönau, Grundwissen – Strafrecht: Der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff, JuS 2009, 209 f。國內文獻則可參閱陳志龍，法益與刑事立法，第3版，1997年，頁6以下；鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，2012年4月，頁10以下。

所追求的目的具備法益資格時，該規範始屬正當<sup>18</sup>。但在另一方面學界也普遍承認，很難找到一個既能適用於所有犯罪類型又能言之有物的法益定義<sup>19</sup>。因此，經常可見到有文獻是以論題式負面臚列出不具法益資格的類型（如恣意、純粹意識形態、道德立場、風俗觀、感受等）來操作法益資格的審查<sup>20</sup>。由於在實質定義上欠缺共識，以至於遇到爭議時往往難以提出絕對的正確性宣稱<sup>21</sup>。有鑑於此，部分文獻便相反地認為根本無法透過法益概念來審視或限制立法者，且亦無此必要，透過憲法上的比例原則即可對於刑罰規範進行完整的違憲審查<sup>22</sup>。

現今刑法學界較為多數的看法，則是結合傳統的刑事立法批判標準與比例原則一同操作<sup>23</sup>，亦即，刑罰規範正當性的審查起點仍是法

<sup>18</sup> 國內刑法學界普遍認可法益的批判機能，參閱林鈺雄，新刑法總則，第8版，2020年9月，頁8以下；王皇玉，刑法總則，第6版，2020年8月，頁24-25；許澤天，刑法總則，2020年8月，頁5；陳志龍，同前註，頁33；許恒達，行為規範、保護法益與通姦罪的違憲審查，月旦法學雜誌，第305期，2020年10月，頁22。

<sup>19</sup> 此見Rönnau, aaO. (Fn. 17), 210.

<sup>20</sup> 如Roxin/Greco, aaO. (Fn. 15), 2/7 ff., 13 ff.; Roland Hefendehl, Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts, Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah, GA 2007, 4: 法益概念的「負面排除功能」(negative Ausgrenzungsfunktion)。國內文獻支持者則如許恒達，前揭註18，頁29。Roxin指出，對於刑法規範的正當性來說，法益理論提供了相當具體的論證方針，讓國家刑罰權限的理性討論成為可能，並有助於防止違反法治國的犯罪化擴張（參閱Roxin/Greco, aaO. (Fn. 15), 2/50）。

<sup>21</sup> 特別是涉及到整體法益的認定，已見黃榮堅，基礎刑法學（上），第4版，2012年3月，頁27。

<sup>22</sup> 如Michael Kubiciel/Thomas Weigend, Maßstäbe wissenschaftlicher Strafgesetzgebungskritik, KriPoZ 2019, 35 f., 37 f., 40; 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，載憲法解釋之理論與實務，第7輯，2010年12月，頁273以下。所謂方法上的法益概念（methodischer Rechtsgutsbegriff）亦與此類似，主張法益其實就是個別構成要件的意義、目的思考的縮寫（立法理由），此見Herman Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983, S. 89 f.

<sup>23</sup> 如Wolfgang Mitsch, Maßstäbe für wissenschaftliche Strafgesetzgebungskritik „Tra-

益，要先追問相關刑罰規範背後是否存在著足以被認可為法益的利益。這是操作比例原則的先決問題，蓋比例原則是要探究手段與目的間的關聯，因此在進入具體審查前，原本就必須先行確認目的為何以及該目的是否正當（目的正當性）。鑑於刑罰的嚴厲，在刑罰規範的違憲審查上應對規範目的提出較高的門檻，亦即要透過刑法上的法益理論來把關。就如Roxin所言，並非只要符合比例原則就可以透過刑罰規範來追求任何目的<sup>24</sup>。依此，刑罰規範所追求的立法目的必須具備刑法上的法益資格，否則便不具立法正當性<sup>25</sup>。在確認刑罰規範所追求的目的具有法益適格性後，始進入比例原則的審查。

關於法益概念與刑罰規範的違憲審查內容，固然仍有諸多環節尚待討論和釐清<sup>26</sup>，但這些議題均須以專文研究，非本文所能處理，故以下便依循目前較多數的看法進行檢視。首先，將會探究支持通姦罪立法的各種論據在刑法上是否具有法益資格（法益適格性）。若得出肯定的結論，則要繼續探究，立法者為了保護該法益而制訂通姦罪的作法，能否合於比例原則的要求？亦即，將婚姻關係外的性行為犯罪化的立法能否達到保護該法益的目的（有效性審查）？若具備有效

---

ditionelle Maßstäbe“，KriPoZ 2019, 29 ff. 其他結合的嘗試，參閱許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，載於民主·人權·正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，2005年9月，頁399以下，以及許恒達，前揭註18，頁21以下的學說整理。

<sup>24</sup> Claus Roxin著，許絲捷譯，法益討論的新發展，月旦法學雜誌，第211期，2012年12月，頁262。

<sup>25</sup> 見許恒達，前揭註18，頁29、31，另亦見Roxin/Greco, aaO. (Fn. 15), 2/92. 甚至有文獻指出，比例原則若是沒有法益概念作為樞紐便無法操作，語見Hefendehl, aaO. (Fn. 20), 3.。

<sup>26</sup> 除了法益概念的實質內涵外，另外像是合憲性審查應否區分行為規範與制裁規範二者分別進行，文獻上也有極為分歧的意見。支持區分審查者，如許玉秀，前揭註23，頁392-394；許澤天，前揭註22，頁266-270。反對區分審查者，則如薛智仁，釋字第791號解釋鑑定意見書，2020年，頁1-4，網頁連結：<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/%E9%91%91%E5%AE%9A%E4%BA%BA%E8%96%9B%E6%99%BA%E4%BB%81%E5%89%AF%E6%95%99%E6%8E%88%E4%B9%8B%E9%91%91%E5%AE%9A%E6%84%8F%E8%A6%8B.pdf>，造訪日期：2020年10月10日；許恒達，前揭註18，頁21。

性，接著還要繼續審查，刑罰制裁規範的存在對此目的之達成來說是否必要（必要性、最小侵害性審查）。若於此亦得出肯定結論，最後則要檢視，為了維護該法益，制訂刑罰規範和付出的代價相比是否衡平、相當（衡平性、狹義之合比例性審查）。接下來，就先整理文獻上關於通姦罪立法的各種支持及反對理由，作為後續討論的基礎。

### 參、關於通姦罪立法正當性的各種主張

關於通姦罪的立法正當性根據，文獻上先後曾經出現過許多不同說法。在歷史上，通姦罪曾被理解成一種侵害家長權與夫權的犯罪。像是在羅馬法時期，當時的通姦罪僅處罰婦女方<sup>27</sup>。無獨有偶，在中國刑法史上也曾經出現過類似想法<sup>28</sup>，像是一九二八年《舊刑法》第256條通姦罪，其構成要件為「有夫之婦與人通姦者」<sup>29</sup>。不過這種將妻視作丈夫（家父長）資產的想法，早已被揚棄；鑑於國內對此點已有高度共識，且現今通姦罪的行為主體亦不再限於妻，故以下不再對此種過時說法提出回應。與這種過時的夫權想法類似，早年在德國也有認為與有夫之婦通姦會損害對方丈夫的名譽<sup>30</sup>，這在臺灣同樣也有相似的說法，當妻子背叛通姦時，丈夫會覺得「沒面子」、「丟

<sup>27</sup> 參閱Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 8. Aufl., 1963, S. 361; 蔡墩銘，*刑法各論*，第5版，2006年9月，頁446的整理。

<sup>28</sup> 參閱靳宗立，*刑法各論I*，2011年9月，頁649、660的整理。

<sup>29</sup> 更早的《暫行新刑律》第289條也是採取如此的構成要件設計。

<sup>30</sup> 特別是在二戰期間，德國屢見有和那些配偶在前線作戰之婦女通姦的行為，故而引發了相關討論。當時多數認為在一定情形下有可能同時成立對丈夫的侮辱，並非絕對必然（僅參閱Eduard Kohlrausch/Richard Lange, *Strafgesetzbuch*, 42. Aufl., 1959, S. 412）；但亦有主張通姦行為必然同時成立對相姦人配偶的侮辱（如Eduard Dreher, *Strafgesetzbuch*, 28. Aufl., 1966, S. 554）。關於德國帝國法院時期及聯邦最高法院早期的司法實務操作，可參閱Eric Hilgendorf, in: Hans-Heinrich Jeschek/Wolfgang Ruß/Günther Willms (Hrsg.), *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar*, 11. Aufl., 2005, Vor § 185 Rn. 35.的整理。於此須注意，德國刑法中的侮辱罪（第185條）與我國法不同，並不以公然為要件。

臉」，會被他人訕笑為「戴綠帽」，也是將妻當作夫的個人所支配的資產所致。但社會觀念早已轉變，在今日的臺灣社會中，通姦者配偶的名譽已不會受到通姦行為影響<sup>31</sup>，反而是通姦的一方與相姦人的名譽才會受到大眾貶抑的評價，故亦無法循此途徑證立通姦罪的立法正當性。

早年也有不少國內文獻在說明通姦行為的應罰性時，會援用「風化」或「善良風俗」的概念<sup>32</sup>。類似想法亦曾出現在德國早期文獻中，像是德國參議院（Bundesrat）於一九六二年提出的刑法修改草案（E 1962）立法說明中便強調，通姦罪的存在具有形塑道德（sittenprägend）與維護道德（sittenerhaltend）的效用，並藉由本罪表達國家對於婚姻制度作為社會重要基礎的認可<sup>33</sup>。此外，亦有不少文獻主張本罪係為維護一夫一妻制<sup>34</sup>，立法者藉此來維護單配偶婚姻秩序及其純淨（monogamische Eheordnung und ihre Reinheit）<sup>35</sup>。

近代支持通姦罪立法的文獻中，多數會強調婚姻與家庭的價值，像是以下的論述：婚姻為社會組織之基礎，男女一旦結為夫妻，即發生法律上的效力，其婚姻便受法律之保障，無論夫或妻皆不得違背婚

<sup>31</sup> 已見甘添貴，妨害婚姻與口交通姦，台灣本土法學雜誌，第42期，2003年1月，頁148，以及許宗力等，前揭註10，頁38（詹森林發言部分）。

<sup>32</sup> 指出通姦行為為本質上屬妨害風化之一種態樣者，如韓忠謨，刑法各論，第7版，1982年2月，頁282；黃東熊，刑法概要，1998年10月，頁346。認此種行為為有害善良風俗者，則如陳樸生，實用刑法，重訂再版，1993年7月，頁628。

<sup>33</sup> 此見Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), E 1962 mit Begründung, S. 348. 其實早在一百多年前的德國文獻中，已可見道德（風化）犯屬性與維護家庭（婚姻）秩序兩種立場的對立，如Carl Joseph Anton Mittermaier, Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit, § 19 Der Ehebruch, in: Mittermaier ua. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, BT, IV. Band, 1906, S. 91 f.

<sup>34</sup> 見周治平，刑法各論，第2版，1972年2月，頁490。

<sup>35</sup> 或是婚姻在道德上的純淨（sittliche Reinheit der Ehe），參見Mittermaier, aaO. (Fn. 33), S. 92. 國內亦有類似說法，如林東茂，刑法分則，第2版，2020年2月，頁329：婚姻的純潔性。

姻所生之義務，倘有違背則應受法律之禁止。刑法上之妨害婚姻罪，係對違背某種婚姻義務之情形所設的處罰規定<sup>36</sup>。在德國刑法刪除通姦罪前，維護作為社會倫理機制的婚姻（Ehe als sozioethische Institution）也是常見的說法<sup>37</sup>，甚至有文獻指出刪除通姦罪將會讓人認為國家不再如往昔般重視家庭制度<sup>38</sup>。我國的大法官在釋字第554號解釋亦指出，「國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務」，並且認為通姦罪的存在「為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要」。與此類似的其他說法則像是：維護「家庭生活或夫妻感情的圓滿」<sup>39</sup>、「婚姻制度下夫妻家庭生活」<sup>40</sup>，或是「健全的婚姻制度與家庭生活的安全平和」<sup>41</sup>。最後，也有透過「夫妻相互間之貞操義務」<sup>42</sup>、「配偶間的相互忠誠關係」（gegenseitiges Treueverhältnis）、忠誠義務（Treuepflicht）<sup>43</sup>或誠實義務<sup>44</sup>等說法來證立通姦罪的立法正當性。

除了這些理論性的敘述外，亦有從司法實務層面切入，指出通姦一旦除罪，當事人就無法依照刑事訴訟法上逮捕現行犯之規定，請求警察機關提供協助破門捉姦<sup>45</sup>。並且，因為少了刑事告訴這個有利的談判籌碼，極可能無法要求較佳的離婚條件（如子女監護權及贍養費等）。

<sup>36</sup> 參考自蔡墩銘，前揭註27，頁442。維護婚姻及家庭制度的說法亦見韓忠謨，前揭註32，頁282；褚劍鴻，刑法分則釋論（下），第4版，2004年2月，頁727。

<sup>37</sup> 如Welzel, aaO. (Fn. 27), S. 361.

<sup>38</sup> 此見Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), E 1962 mit Begründung, S. 348.

<sup>39</sup> 盧映潔，刑法分則釋論，第14版，2019年9月，頁460。

<sup>40</sup> 韓忠謨，前揭註32，頁279。

<sup>41</sup> 語見陳子平，前揭註13，頁483。

<sup>42</sup> 梁恒昌，刑法各論，第11版，1986年7月，頁248。

<sup>43</sup> Maurach, aaO. (Fn. 14), S. 408, 413.

<sup>44</sup> 周治平，前揭註34，頁500。

<sup>45</sup> 此見許宗力等，前揭註10，頁48（提問三部分）。



與此相對，國內已發表的相關文獻絕大多數都是支持通姦行為除罪化的立場<sup>46</sup>。其中部分認為上述說法都不能算是刑法所認可的法益，因此本罪係屬「無法益之犯罪」<sup>47</sup>。另亦有強調婚姻乃民事契約的一種，於一方違反婚姻存續中的忠誠義務時，本質上只是單純破壞婚姻契約的違約行為，他方應循民事途徑請求損害賠償、慰撫金或離婚，如此已能充分保障當事人權益，而不應使用刑罰來處理私法上的契約義務違反問題<sup>48</sup>。另則有呼籲立法者應順應世界潮流，本於刑法謙抑性思維應予除罪<sup>49</sup>。

與通姦行為所影響的利益相較，通姦罪的存在及適用影響到何種基本權利這個問題則顯得較無爭議，主要就是性行為自由與隱私權。首先，成年人應該有權自行決定是否以及用何種方式與其他成年人合意從事性行為，因此，通姦罪的存在限制了婚姻關係雙方當事人的性自由<sup>50</sup>，也就是實施婚姻關係外性行為的自由（至於這樣的限制能否被正當化，則是需要探究的問題）。其次，由於本罪的構成要件行為是極私密的性行為，因此在追訴審判通姦案件的過程中，免不了會侵入當事人的私密領域，影響當事人的隱私權<sup>51</sup>。有文獻進一步指出，此處涉及到個人基於人性尊嚴及平等人格發展所必須之隱私權的核心

<sup>46</sup> 見前揭註2所引文獻。

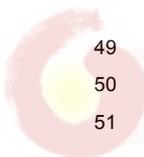
<sup>47</sup> 如甘添貴，犯罪除罪化與刑事政策，載罪與刑——林山田教授六十歲生日祝賀論文集，1998年10月，頁628；甘添貴，前揭註31，頁148；靳宗立，前揭註28，頁649、660；鄭昆山，前揭註2，頁217；許宗力等，前揭註10，頁21（林鈺雄發言部分）。

<sup>48</sup> 鄭昆山，前揭註2，頁218、222、225-226。類似說法亦見林山田，前揭註2，頁500；邱忠義，前揭註2，頁141；謝如媛，前揭註2，頁316；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，第223期，2013年5月，頁59；張明偉，婚姻中的愛慾與通姦罪，台灣法學雜誌，第392期，2020年5月，頁38；葉啟洲，通姦罪違憲論的初始觀點——大法官釋字第554號解釋的聲請典故，台灣法學雜誌，第392期，2020年5月，頁45。德國文獻很早就有類似看法，如Welzel, aaO. (Fn. 27), S. 361.

<sup>49</sup> 見陳煥生、劉秉鈞，前揭註2，頁314；謝如媛，前揭註2，頁316。

<sup>50</sup> 邱忠義，前揭註2，頁139。

<sup>51</sup> 參閱邱忠義，前揭註2，頁130以下、140。



內涵，亦即對於個人私密及親密關係的自主決定權以及不受他人任意侵擾的權利<sup>52</sup>。

## 肆、明顯不具法益資格的論據

如前文貳、所述，刑法的任務在於保護法益，倘若刑法規範所追求的利益無法評價為刑法上所認可的法益，便毋須開啟比例原則的審查。前段所彙整的各種通姦罪的支持論點，除了維護婚姻與家庭制度這類說法尚有討論空間外，餘者應該都會在此階層被淘汰，分述如下。

### 一、維護善良風俗？

早年的刑事立法中，經常可見到立法者以維護善良風俗之名設立刑罰制裁規範，典型的例子就是刑法第十六章之一妨害風化罪章。然而，如果沒有對於所謂「社會善良風俗」提出更具體的內容，那麼刑法上各種犯罪都算得上是侵害所謂的善良風俗，而且侵害程度多半都要比通姦行為來得更高。其次，在現代法治國家中，立法者不能為了某種道德信念而對人民施加刑罰制裁，這早已成為刑法學上的共識<sup>53</sup>。先且不論多數認可的社會風俗或道德觀也會隨著時間而改變內涵，更重要的是，善良與否是種相對概念，別人理解的善良不代表自己理解的善良，自己理解的善良也不能代表所有人理解的善良。基於價值相對之理念，自然不應該把某種善良的理解絕對化，並且用刑罰來維護。至於「國民的一般道德觀念」，問題也是類似，甚至只能算是社會善良風俗的換句話說而已<sup>54</sup>。因此，刑法顯然也不能用來維護任何的特定道德立場。

綜上，「社會善良風俗」並不能作為刑法上的法益，無法正當化

<sup>52</sup> 語見張文貞，前揭註12，頁21、25-26。

<sup>53</sup> Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, BT, Sexualdelikte, 1968, S. 61.

<sup>54</sup> 見甘添貴，前揭註47，頁628。

刑罰制裁規範，立法者不能隨便丟一個「社會善良風俗」的空泛概念出來用以訂定刑罰制裁規範。因此，對於通姦行為的刑罰制裁無法透過維護社會善良風俗的說法正當化。

## 二、離婚談判的籌碼及便利蒐證？

通姦行為除罪會影響他方配偶離婚談判籌碼的說法，說穿了就是希望透過刑事提告的可能性達成以刑逼民之目的。然而，以刑逼民的方便，顯然不應成為法規範追尋的目的，更遑論成為刑法上的法益。通姦行為在民事法上仍然會引發損害賠償，這個損害賠償責任是獨立於通姦罪刑罰制裁的存在。至於離婚談判中的贍養費或子女監護問題，也各有其規範上的應予審酌的要件（如子女最佳利益），和應否制訂刑罰制裁規範係屬二事。

當然就現實面來說，要能夠引發這些民法上的法律效果，前提是原告能夠證明通姦事實。透過國家的刑事偵查權介入當然會比私人容易取證，私人取證除了會有觸法風險（如妨害秘密）外，偵查傳票或調取證據的函文對於他方當事人更有震懾力，甚者還不用裁判費等成本。通姦若除罪，他方配偶自然就無法請求國家（警察）介入協助捉姦，提高了蒐證的困難。但即便如此，也還是無法證立通姦罪的正當性。這種透過國家蒐證的利益普遍存在於所有的法律爭議，並非通姦行為所獨有。文獻上已指出，證明困難或是減輕刑事追訴負擔並不能成為刑法上的法益<sup>55</sup>。更何況，在民事程序中沒有罪疑唯輕原則（*in dubio pro reo*）的適用，法官在證據的採擇及待證事實的判斷上，較刑事程序更有彈性，證明門檻也較低，並非一定必須「捉姦在床」，而可以透過其他證據（情書、親密照片或往來郵件等）讓法官得以認定存有通姦事實。

55

參閱Roxin/Greco, aaO. (Fn 15), 2/49g ff.。

## 伍、維護夫妻間的忠誠（忠貞）義務？

以夫妻間忠誠（忠貞）義務來支持通姦罪立法的論述，經常出現在相關文獻中，釋字第554號解釋理由書中也有提到類似說法。所謂婚姻關係形成性忠誠義務的說法，有其歷史背景<sup>56</sup>。在性自主意識覺醒後，婚姻關係已不再是合法性行為的前提，性關係甚至也不再是婚姻關係的必然組成元素<sup>57</sup>。已有文獻指出，從國際發展趨勢來看，原本被當作婚姻關係中絕對核心價值的忠誠義務已逐漸相對化<sup>58</sup>。正如文獻上所指出，通姦行為人違背其對婚姻關係的承諾，固然傷害了對方的感情，但無損於公共利益<sup>59</sup>。更重要的是，「違反性忠誠義務」這個陳述本身對於通姦罪正當性的問題根本沒有提出任何回答。詳言之，這裡要追問的是「國家對通姦行為施加刑罰的理由何在」，性忠誠義務的說法在實質上等於是提出了「因為構成了通姦罪」這句話來回答，荒謬處不言而喻<sup>60</sup>。換言之，所謂的違反性忠誠義務，意思也就是指婚姻關係中的一方實施了婚外性行為，這只不過是構成要件行為「通姦」一詞的改寫或重言反覆（Tautologie）而已，沒有真正指出法益侵害的內容，自然無法循此通過合憲性審查<sup>61</sup>。打個更容易理解

<sup>56</sup> 早年將性理解成婚姻關係的主要內涵，也把婚姻關係當作合法性行為的前提，婚外性與婚前性行為均屬傷風敗俗，甚至違法。因此，一旦締結了婚姻關係，就要承擔性忠誠義務。

<sup>57</sup> 許玉秀，前揭註2，2002年，頁13。另參閱張文貞，前揭註12，頁21、25-26亦指出，親密性關係是婚姻中的部分，但非核心，立法者顯然誤以為只要強化配偶間的性忠誠便可維繫婚姻。

<sup>58</sup> 此見許育典，從婚姻制度演變探討通姦除罪化的憲法正當性，月旦法學雜誌，第305期，2020年10月，頁6、11-12。

<sup>59</sup> 見王皇玉，前揭註18，頁29。

<sup>60</sup> 早有文獻指出，破壞忠誠義務的說法是「以問題來回應問題」，見黃榮堅，前揭註2，頁10。

<sup>61</sup> 已見蔡聖偉，釋字第791號解釋鑑定意見書，2020年，頁4以下，<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/%E9%91%91%E5%AE%9A%E4%BA%BA%E8%94%A1%E8%81%96%E5%81%89%E6%95%99%E6%8E%88%E4%B9%8B%E9%91%91%E5%AE%9A%E6%84%8F%E8%A6%8B.pdf>，造訪日期：

的比方：刑法第342條第1項背信罪的構成要件行為乃「違背其任務之行為」，所謂的違背任務，依照通說看法，就是未忠實履行財產信託義務<sup>62</sup>。背信罪的刑罰理由當然不會是行為人未盡財產照料義務（因為這樣也只是重複描述構成要件行為而已），而是未盡義務所引起的財產損害。任何的**法律義務**都有背後想要達到的目的，真正能夠具有法益資格的，是這些背後的實質目的，而不是形式上的未履行義務。否則，任何契約關係都會有未履行義務的情形，豈不是皆可由立法者恣意地規定成犯罪？更何況，本罪關於告訴乃論以及告訴撤回效力例外不及於相姦人的設計（刑事訴訟法第239條但書），會產生不罰通姦之配偶，單罰第三者的情形，而這也是司法實務上的常態。如果要**以違反性忠誠義務來說明處罰的正當性**，就會導致弔詭的局面：最後受處罰的不是侵害性忠誠義務的配偶，而是不負性忠誠義務的第三人<sup>63</sup>。事實上，婚姻的忠誠（eheliche Treue）、家庭的拘束、性方面的紀律約束，都是建立在人類道德基礎上的價值，只能透過人格發展過程養成<sup>64</sup>。這些價值之所以珍貴，是因為背後的感情來自於人的自

---

2020年10月10日；蔡聖偉，釋字第791號解釋：通姦罪及撤回告訴之效力案，月旦法學教室，第215期，2020年9月，頁71-72。同理，用「維護國家婚姻秩序」或是「維護一夫一妻（單配偶）婚姻制度」等說詞來解釋重婚罪的保護法益，或者是用「具體家庭關係的純淨」來說明血親性交罪的保護法益，也都會有相同的問題。因為這些說詞都只是構成要件行為的重述，而沒有提出任何獨立於行為人行為的利益影響事實；此見Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 33. 事實上，Roxin教授亦早已指出，重述法律的目的想像（Umschreibung gesetzlicher Zielvorstellungen）並非法益，因此，像是「維護無毒品的社會」這樣的說法，並沒有辦法說明處罰基於自用目的而持有毒品的制裁規範正當性何在；詳參閱Roxin/Greco, aaO. (Fn 15), 2/14.

<sup>62</sup> 僅參閱林山田，前揭註2，頁483，或是「違背他人委任其處理事務應盡之義務」（91年度台上字第2656號刑事判決）。

<sup>63</sup> 已見莊喬汝，前揭註48，頁62。早有文獻指出，若要從性忠誠義務立論，則相姦人便不具可罰性（許玉秀，夫妻間之保證人地位——兼論通姦罪，台灣本土法學雜誌，第39期，2002年10月，頁91）。

<sup>64</sup> Karl Lackner, Für und wider die Strafbarkeit des Ehebruchs, FamRZ 1962, S. 412. 國內文獻中亦早有類似說法，見林山田，前揭註2，頁499。

由意願，所以不可能透過強制的途徑來實現<sup>65</sup>，而只能求諸於彼此基於感情而來的自我約束。

此外，依照學說與實務的理解，本罪所稱的「通姦」限於和姦（最高法院十七年十月十三日決議）。因此，若配偶之一方對於第三人實施強制性交，便不會該當本罪<sup>66</sup>。如此的限縮解釋有其合理的考量，因為在此種情形並未涉入感情因素，非屬立法者想要透過本罪來處理的情形。但這樣的限縮解釋卻無法由配偶間的性忠誠義務推導出來，因為即便是透過強制手段實施的性行為，也還是婚姻關係外的性行為，亦屬侵害對他方配偶的性忠誠義務。同樣的道理，實務上也極少見到有人因為從事性交易而被配偶依照通姦罪提起告訴，因為當事人也知道性交易行為並沒有什麼真正的感情，不至於影響到原來的婚姻關係<sup>67</sup>。論述至此，應該就可以清楚看出，在通姦罪的脈絡下，感情忠誠才是真正的重點<sup>68</sup>。然而更清楚的是，感情是一種只能給不能要的東西<sup>69</sup>，強制手段無法對感情提供任何擔保或影響，不可能透過刑罰威嚇讓人不變心<sup>70</sup>。

<sup>65</sup> 參閱許宗力等，前揭註10，頁19-20（黃榮堅發言部分）。

<sup>66</sup> 在司法實務上有時也會見到，當配偶遭他人提告強制性交，後因證據不足無法定罪，強制性交被告的配偶反而會對原本提告強制性交者提出相姦罪的告訴（或脅以提出告訴）。對此可參見紀惠容，釋字第791號解釋法庭之友意見書，2020年，其中所提到的「師大狼師案」，網路連結：[https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/1090331%E9%80%9A%E5%A7%A6%E4%B8%80%E7%84%A1%E6%98%AF%E8%99%95\(%E7%B4%80%E6%83%A0%E5%AE%B9\).pdf](https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/1090331%E9%80%9A%E5%A7%A6%E4%B8%80%E7%84%A1%E6%98%AF%E8%99%95(%E7%B4%80%E6%83%A0%E5%AE%B9).pdf)，造訪日期：2020年10月10日。

<sup>67</sup> 此見黃榮堅，前揭註2，頁11。

<sup>68</sup> 對於現行法用「婚外性」來替代「婚外情」的作法，批判已見許宗力等，前揭註10，頁22（林鈺雄發言部分）。

<sup>69</sup> 語見黃榮堅，靈魂不歸法律管——給現代公民的第一堂法律思辨課，2017年8月，頁163。

<sup>70</sup> 另請參閱下文陸、二、的分析。

## 陸、維護婚姻與家庭？

所謂維護婚姻與家庭這樣的論點，是目前支持通姦罪立法的各種論據中，被運用的最為廣泛者。在釋字第554號解釋中亦可看到「確保婚姻制度之存續與圓滿」以及「維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序」的表述<sup>71</sup>。婚姻和家庭在刑法上是否具備法益資格，尚有討論的空間，這裡涉及到刑法學界長久以來關於集體法益資格要求的固有爭議。但即使我們肯定婚姻與家庭在刑法上的法益資格，後續也無法通過比例原則的檢驗。

在進一步分析前必須說明，「婚姻與家庭制度」一詞有不同的詮釋可能性，有可能是指超脫任何個別家庭及婚姻關係的抽象機制本身，也可能是指稱被通姦行為所影響的具體婚姻關係與家庭<sup>72</sup>。由於過去經常可見到有論者擺盪游移在這兩種不同理解之間，致使對話無法聚焦，故以下將這兩種不同的解讀意涵區隔開來，以利討論溝通<sup>73</sup>。

### 一、作為抽象機制的婚姻及家庭

大法官釋字第554號解釋中提到，「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障」。「制度性保障」（institutionelle

<sup>71</sup> 婚姻制度與家庭制度，精準言之，其實是兩個可以相互分離的機制。婚姻關係雖然是大多數家庭的基礎，但並非絕對必要，部分事實家庭關係並非以一個形式上有效的婚姻關係為基礎。因此，保障婚姻制度與保障家庭制度二者間沒有邏輯上的必然關聯。不過鑑於這兩種機制所面臨的問題均屬相同，以下便不再區分此二者。

<sup>72</sup> 釋字第791號解釋理由書中則明確指出，本罪的保護法益為「婚姻制度及個別婚姻之存續」，亦即同時包括了①作為抽象機制的婚姻與家庭制度，以及②通姦事件中涉及到的具體婚姻關係。

<sup>73</sup> 從刑法釋義學的技術層面來看，也有區分的必要，因為會影響到以下兩個問題的處理：①他方配偶的同意是否得以阻卻違法，以及②一個形式上有效但實質無效的婚姻關係是否仍受本罪保護？此處參閱Maurach, aaO. (Fn. 14), S. 413.

Garantie) 的對象為抽象制度本身，而非個人的具體權利，故應係採抽象制度的理解。此種理解在屬性上很清楚的是一種集體法益（社會法益）<sup>74</sup>，而這樣的理解也合於本罪在刑法典中的體系位置（第十七章：妨害婚姻及家庭罪）。

這種作為抽象機制的婚姻與家庭制度能否被承認為刑法上的法益，容有討論的空間<sup>75</sup>。無論如何可以確定的是，婚姻制度與其他立基於大眾信賴的集體法益（例如文書作為證明工具的制度、以貨幣作為支付工具的制度<sup>76</sup>）不同，並不會被具體的通姦行為所影響。就以貨幣制度為例，我們之所以能夠用貨幣當作支付工具進行交易，是因為社會大眾對於貨幣的真正性有一定程度的信賴，才會有使用的意願。如果一直有偽幣或偽鈔流入市場，致使使用這些支付工具的風險（成本）持續升高，一旦超過了臨界值，大眾就會改變行為模式，選擇放棄使用貨幣作為支付工具。此時即便國家繼續印製鈔票，亦無濟於事。為了避免這種信賴崩盤導致機制失靈的情形出現，國家使用刑罰來維護大眾對貨幣真正性的信賴，而這樣的刑罰制裁也是正當的<sup>77</sup>。與此相對，通姦犯行則沒有如此的特質，一般人並不會因為通

<sup>74</sup> 德國學界在說明舊法通姦罪的保護法益時，亦採整體法益（抽象制度）的立場；僅參閱Maurach, aaO. (Fn. 14), S. 407, 413, 414.

<sup>75</sup> 文獻上明白否定婚姻制度的法益適格者，如許恒達，前揭註18，頁31-32：婚姻制度在現今社會中重要性已弱化許多，故不再具有法益適格性。

<sup>76</sup> 也就是所謂對制度的信賴（Vertrauen in Institutionen），詳參閱Hefendehl, aaO. (Fn. 61), S. 124 ff., 318 ff.。類似說法亦見黃榮堅，前揭註21，頁27-28。

<sup>77</sup> 參閱Hefendehl, aaO. (Fn. 61), S. 130 f.。審查意見之一指出：「信賴崩盤其實是一種預言式的理解，如果要確認是否真的有信賴崩盤，恐怕要先預設大量的偽造行為，否則難以在經驗上想像侵害可能性」。這種信賴崩盤的論據，確實如審查人所言，有其預設的特定條件，也就是國家若未立法對此等行為施加制裁，將會出現大量的偽造及行使行為，如此持續累積下去，便會讓人民對於貨幣機制喪失信心。單一的偽造或行使行為固然不會直接引發對制度信賴的崩盤，因此這種說法才會強調信賴崩盤是在「超過臨界值」後才可能發生。正如前文貳、所言，學說上對於集體法益的認定標準仍存有爭議，而這種強調信賴特定機制的論證方式雖然經常被援用，但也只是學說主張之一，仍存有不同意見（關於批評意見的整理與反駁，詳見Hefendehl, aaO. (Fn. 20),

姦行為的大量存在而喪失對婚姻或家庭制度的信賴，進而自外於這些體制。自己是否要走入婚姻關係以及是否要實施婚外性行為，都是取決於自己的意志，不會受到他人犯行影響。因此，婚姻制度無法透過上述論證途徑來證立機制本身的整體法益適格性。不過縱使我們能夠透過其他途徑證立婚姻制度的法益資格，後續也還是無法通過比例原則的檢驗。

首先，制度性保障這個概念源於德國憲法學，原始意涵略為：部分既存制度對於社會的維繫具有重大意義，若貿然予以變動將會對於社會造成嚴重的衝擊，因此憲法直接保障此等制度，擔保其核心內涵不會受到立法者更動<sup>78</sup>。由此可知，這個概念原本是用來拘束立法者，那麼對於具體的通姦行為施加刑罰制裁，便和婚姻及家庭的制度性保障沒有直接關聯，不是一個能夠達到此目的的有效方式。換句話說，這個制度性保障既然是憲法對立法者的拘束，當然就只有在立法者違反限制時，才會侵害到憲法上對於該制度的保障，而不是具體的通姦犯行<sup>79</sup>。更何況就如前文所述，作為抽象機制的婚姻與家庭制度並不會被具體的通姦犯行影響，因此對通姦行為施以刑罰制裁，對於婚姻與家庭制度的保障來說，並非有效的手段。事實上，就通姦罪的存在與婚姻及家庭制度的維護無關這一點來說，一個純粹經驗性的證據就是，那些業已廢除通姦罪的國家並沒有因此被質疑放棄對婚姻制度的保障。特別值得一提者是德國的情形，因為該國基本法中對於婚姻與家庭制度的保障比我國憲法更為直接<sup>80</sup>，一九六九年刪除通姦罪

---

9 ff.)，本文於此所要強調的是，婚姻制度與貨幣及文書制度有所不同，無法循此途徑證立其集體法益的適格性。

<sup>78</sup> 詳參閱蔡維音，論家庭之制度保障——評釋字第五〇二號解釋，月旦法學雜誌，第63期，2000年8月，頁140以下；黃舒芃，婚姻之「制度性保障」所為何來？——評釋字第六九六號解釋，裁判時報，第24期，2013年12月，頁10-11；許育典，前揭註58，頁10以下。

<sup>79</sup> 已見許宗力等，前揭註10，頁27（林明昕發言部分）。

<sup>80</sup> 德國基本法第6條第1項規定：婚姻與家庭受到國家秩序的特別保護（Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung），是立憲

也沒有引起任何國家違反保護義務的質疑<sup>81</sup>。事實上，國家只要在其他法領域（特別是民事法）仍對婚姻及家庭設有保障的規範，便已可算是履行了保障此機制的義務，而和是否運用刑罰來反應通姦行為無關。

更有甚者，如果通姦罪所保護者確為某種超脫具體個人的抽象制度（整體法益），那麼告訴乃論的設計就會是一種體系上的違反，因為如此就會讓刑事追訴的發動取決於告訴權人的恣意，某程度上也可以詮釋成賦予個人處分集體法益的權限<sup>82</sup>。但在另一方面，鑑於本罪的特性，告訴乃論的設計卻也是無法避免。因為相關的刑事程序對於當事人的生活影響甚鉅，很可能會直接觸及當事人內心的私密領域。而當通姦者受到刑罰制裁時，也可能會對他方配偶形成心理上的極大負擔<sup>83</sup>。更不用說在當事人選擇原諒宥恕的情形，國家若仍依職權介入起訴，反而會對當事人造成額外的傷害<sup>84</sup>。因此，制度上讓那些直接受通姦犯行影響的人決定是否追訴，應該是較妥適的設計<sup>85</sup>。不

---

者明文訂下的制度性保障。與此相對，婚姻與家庭制度在我國憲法上則只能歸屬於憲法第22條的概括規定。

81 德國文獻上甚至早已相反地指出，對於婚姻制度的保護來說，刑法並非適當的手段，如Richard Strum, Die Änderung des Besonderen Teils des StGB zum 1. September 1969, NJW 1969, 1606.

82 此見Lackner, aaO. (Fn. 64), 411 ff., 412. 林子儀大法官於釋字569號解釋所提出的協同意見書中，亦曾提出類似的質疑，認為通姦罪既係用以保護社會法益，則通姦者的配偶就不會是通姦犯行的直接被害人。不過也有學者透過需刑罰性（Strafbedürfnis）的觀點來解消這個衝突，主張即便是維護公共利益，也必須顧慮具體被害之家庭成員的主觀需求；如Maurach, aaO. (Fn. 14), S. 407. 至於國內文獻，對此問題則僅以像是「婚姻究與個人私生活關係密切，國家不便強事干涉」等話語帶過（如周治平，前揭註34，頁490），而無法理上的分析。

83 Lackner, aaO. (Fn. 64), 412. 另參閱下文陸、二、(二)。

84 類似想法已見Mittermaier, aaO. (Fn. 33), S. 97. 不過該文是從名譽保護的觀點切入。

85 但通姦罪的告訴權有很高的濫用風險，因為在離婚協商過程中，往往會討論子女的監護及扶養，以及財產分配等事項，於此階段，通姦罪的告訴權通常就會成為一個非常有效的脅迫工具；此見Lackner, aaO. (Fn. 64), S. 412.

過，由此也可再次印證，通姦罪的存在和抽象的婚姻、家庭制度的維護並無關係，而是只有涉及到告訴權人與被告所身處的具體婚姻關係<sup>86</sup>。

於此還要一併討論的是，主張通姦罪是在維護單配偶婚姻制的說法。先且不論這應該是重婚罪的任務，上述說法混淆了通姦罪與重婚罪二者<sup>87</sup>。更重要的是，這樣的說法其實也只是重婚罪構成要件行為（重為婚姻或同時與數人結婚）的重述，並沒有真正說出具有實質意義的利益內涵。同理，維護夫妻間的性純淨、維護婚姻純淨（純潔）的說法，也只是在描述通姦罪構成要件行為（婚外性行為）的反面而已（夫妻間的性純淨＝夫妻均未實施婚外性行為），而沒有進一步說出通姦罪存在的正當性基礎為何<sup>88</sup>。

## 二、具體的婚姻及家庭關係與夫妻間感情的圓滿狀態

通姦罪脈絡下所稱的婚姻與家庭，另一種解讀選項為「具體個案中被介入（或是所謂被破壞）的具體婚姻關係與家庭」，這應該就是文獻上「婚姻生活之和諧與圓滿」一詞時所要表達的意思。所謂「家庭生活或感情生活的圓滿」一詞，雖然經常可見，但概念上能否充分明確地定義，以及經驗上能否被客觀地確認，都非常值得懷疑。與此相對，「婚姻關係與家庭生活的現狀」則是較清楚的說法，就是指家

<sup>86</sup> 事實上，整個妨害婚姻及家庭罪章（刑法第17章），保護法益以及立法正當性都有重新檢視的必要。早有文獻質疑重婚罪的立法正當性，如甘添貴，前揭註47，頁628；謝如媛，前揭註2，頁312。另外像是誘拐犯罪，雖然從保護未成年人受照護的角度來看仍具立法正當性，但不應延續過去的家長本位理解，而應該從子女本位來詮釋，對此詳參閱王皇玉，刑法和略誘罪之修法芻議，檢察新論，第6期，2009年7月，頁67以下。

<sup>87</sup> 相同看法亦見王皇玉，釋字第791號解釋鑑定意見書，2020年，頁3，網頁連結：[https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/%E9%91%91%E5%AE%9A%E4%BA%BA%E7%8E%8B%E7%9A%87%E7%8E%89%E6%95%99%E6%8E%88%E4%B9%8B%E9%91%91%E5%AE%9A%E6%84%8F%E8%A6%8B\(1\).pdf](https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/%E9%91%91%E5%AE%9A%E4%BA%BA%E7%8E%8B%E7%9A%87%E7%8E%89%E6%95%99%E6%8E%88%E4%B9%8B%E9%91%91%E5%AE%9A%E6%84%8F%E8%A6%8B(1).pdf)，造訪日期：2020年10月10日。

<sup>88</sup> 這裡的問題和「維護夫妻間忠誠義務」的說法相同，詳見前文伍、的說明。

庭生活不被第三者干擾（介入）的狀態。這樣的狀態在特定觀點下固然可算得上是一種利益，但能否被承認為刑法上的法益，可能會有不同看法。傳統學說上所承認的個人法益就屬生命、身體、自由、名譽及財產這五種<sup>89</sup>，婚姻與家庭生活的現狀顯然無法歸入其中。不過要以此否定其法益適格性，前提是個人法益的種類已被窮舉，並且排除了新加入其他利益的可能性。但這個前提並不存在，最直接的證據就是刑法第二十八章所涉及到的秘密法益，以及近年來學說與實務所認可的隱私法益。文獻上早有指出，法益的承認源自於社會人高度同質性的生活感受，建立在人類社會生活中的共同認知，共同認知的利益狀態自然會隨著時代背景的遷移而有所異動<sup>90</sup>。因此，無法歸入已被認可的既存個人法益類群，似乎還不足以作為否定法益資格的理由。不過，縱使承認婚姻與家庭生活的具體現狀具備法益資格，通姦罪也還是無法通過比例原則的檢驗。為能讓討論聚焦，以下區分通姦行為前與通姦行為後兩個面向進行討論。

#### （一）事前的預防功能？

通姦罪維護婚姻或家庭的說法，主要應該是著眼於未來的預防面向，意指通姦罪的存在能夠嚇阻未來（潛在）的通姦犯行，亦即：由於婚姻關係外的性行為可能會招來刑罰，便會促使原本有意出軌或介入他人家庭的潛在行為人打消念頭。這應該就是釋字第554號及第791號解釋理由書中所稱「預防通姦」的意思，也就是對於潛在的通姦行為人產生「消極一般預防」的嚇阻作用。因為這些婚姻關係外的性行為被嚇阻，所以夫妻間的感情就不會被通姦行為影響，進而得以保持原本的状态。

這樣的推論若能成立，自然就可以通過有效性審查。但若仔細觀察，會發現這種想法很大程度上背離現實，並且過份高估了刑罰的效能。首先，依照近年來的司法統計，實務上對於通姦者幾乎都僅判處

89 僅參見陳志龍，前揭註17，頁112。

90 黃榮堅，前揭註21，頁23。

六個月以下有期徒刑，再依刑法第41條第1項本文易科罰金，能夠發揮的嚇阻出軌效果極其有限<sup>91</sup>。其次，這種消極一般預防的嚇阻效果，恐怕也只會發生在那些沒有感情成分（或感情因素不強）的潛在婚外性行為。反之，當通姦者與相姦人之間涉有濃厚的感情因素時，摧毀具體婚姻關係與夫妻感情的，恐怕就不是婚姻關係外的性行為，而是更早階段的變心。從心裡浮現「恨不相逢未嫁時」的念頭起，本罪所要追求的所謂婚姻、家庭的圓滿感情狀態往往就已不復存在，那麼在技術上，時序在後的婚外性行為就不可能再度破壞這些已被摧毀的利益<sup>92</sup>。當徐志摩在劍橋初見林徽音心頭一顫的那刻起，他和張幼儀的婚姻便已敲起喪鐘，已經不再可能會有所謂的圓滿狀態，儘管當時徐與林兩人沒有實施任何性行為。另一方面，對於已經變心的人來說，通姦罪的存在能讓他懸崖勒馬，恐怕也只有極為少數的特例<sup>93</sup>。但即便真的有人在這種情境下還會因顧慮觸法而放棄婚外性行為，只要內心的悸動程度夠強，通姦罪的存在就只會讓他（或她）想方設法擺脫自己在本罪的主體適格性，促使他（或她）先行解消婚姻關係，而無法將「恨不相逢未嫁時」的想法從心中抹去。道理很簡單，法律無法製造或撲滅愛情的火焰<sup>94</sup>，刑罰無法讓人不變心。

更何況，為了這種（純屬臆測的）預防作用，法制度上必須要容

<sup>91</sup> 依照法務部【專題分析】妨害婚姻及家庭罪案件統計分析，頁6所載，2016年至2019年通姦案件經裁判確定有罪者計1,048人，除2人判處拘役及免刑外，餘者皆判處6月以下有期徒刑。其他的統計數據，可參見王皇玉，前揭註87，頁10-13。德國於刪除通姦罪之前，通姦罪在司法實務上的重要性亦屬低微，參閱Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, BT, Sexualdelikte, 1968, S. 61的說明，以及Strum, aaO. (Fn. 81), 1606。

<sup>92</sup> 張文貞，前揭註12，頁26：通姦行為可能是婚姻關係不睦的原因，也可能是結果。

<sup>93</sup> 正如莊喬汝，前揭註48，頁59所指出，如此的推想顯然低估人類的情慾與排除風險的自信，因為一個人在決定是否要發展婚外情時，主要的考量因素是配偶與第三者的比較、如何能不被發現，以及未來一旦東窗事發的可能影響，而非法律規範。德國文獻亦早已指出，刑法對於性的節制來說並不是一個適當的工具，見Blau, aaO. (Fn. 6), 245。

<sup>94</sup> 語見黃榮堅，前揭註69，頁160。

忍嚴重侵害個人隱私的刑事程序，也難以見容於狹義的比例原則（衡平性要求）。性行為位於隱私權所要保障的核心領域，通姦罪卻是以這個最私密領域的行為作為處罰對象，勢必導致在整個追訴審判程序中，大開國家入侵窺探當事人隱私的大門<sup>95</sup>，諸如調查私密通訊對話或日記<sup>96</sup>，甚至必須當庭勘驗性行為或捉姦過程的錄影。在臺灣的司法實務上，曾經有檢察官在偵查通姦案件時，竟當庭要求被告褪去衣褲，自行勘驗其胸部與私處，並命法警拍照存證<sup>97</sup>。這個實際案件讓我們可以清楚地看到，通姦罪的追訴對於隱私及尊嚴會造成何等程度的侵害。其次，本次釋憲案申請人之一的林孟皇法官，於憲法法庭言詞辯論中，亦提及其過去承辦某件社會矚目通姦案件的審理經驗，其於當庭勘驗被告的性交錄影畫面時，見到當事人裸身從事性行為的畫面必須在相關人士面前揭露，深切感受到當事者個人人性尊嚴所受到的戕害。如此昂貴的代價，竟然只是為了追訴一個一年以下的輕罪，甚至只是為了追求一個純粹出於臆測猜想的嚇阻效果，縱使在有效性審查這裡過關，也極難通過衡平性的檢驗<sup>98</sup>。於此要再附帶一提者乃是，通姦罪失效後，通姦行為雖然不再是犯罪，但在民法上仍舊是一個法定離婚事由（民法第1052條第1項第2款）。而在民事訴訟程序

<sup>95</sup> 參閱張文貞，前揭註12，頁23。

<sup>96</sup> 更有甚者，通姦罪也會誘發告訴方犯罪，其往往會為了蒐證鋌而走險，不惜成立犯罪。最常見的就是構成妨害秘密罪章的犯罪，其他像是侵入建物罪以及妨害電腦使用罪章的諸項罪名，甚至是傷害或毀損。諷刺的是，這些犯罪的法定刑幾乎都重於通姦罪，參閱莊喬汝，前揭註48，頁60。

<sup>97</sup> 本案為彰化地檢署檢察官於2018年間見彰化地檢署2019年3月22日新聞稿，網頁連結：<https://www.chc.moj.gov.tw/media/172932/932211826477.pdf?MediaDL=true>，造訪日期：2020年4月8日。

<sup>98</sup> 參閱許宗力等，前揭註10，頁23-24、31-32（林鈺雄發言部分）以及頁34（許宗力發言部分）。審查意見之一指出，本文此處是以極端的例子作為例證，建議再多舉其他案例。脫序檢察官的例子確實是個極端特例，不過本罪的構成要件行為為通姦，而實務上將其中的「姦」字理解為雙方性器官的接合，為能證明此一事實，舉證時經常使用錄音或錄影。倘若當事人對相關事實有所爭執，檢察官或法官就必須播放相關的錄音或錄影紀錄，自然就會出現本文所描述的場景。

中，雖然當事人也必須證明通姦事實，但由於法律效果不若刑罰嚴苛，因此證明程度的要求也相對較低，應可減緩對於當事人隱私的侵害<sup>99</sup>。

### (二) 事後的修補效用？

在通姦行為業已發生的情形，所謂維護當事人婚姻、家庭或是夫妻感情，應該就是指他方配偶能夠透過通姦罪的追訴可能性來維繫（或修補）夫妻間被破壞的感情。但從社會現實來看，一旦動用通姦罪來追究通姦配偶的刑事責任，最後大多都會以離婚收場；通姦罪的存在不但不能維護或修補原本的婚姻與家庭，反而是相反地補上最後致命的一刀<sup>100</sup>。在這種情形，通姦罪的存在意義就只是撫平告訴人內心怨恨憤怒的情緒而已<sup>101</sup>。固然在絕大部分的通姦事件中，告訴權人都會因為配偶的背叛而在心理上產生極大的痛苦。但心理上的痛苦並不當然就可以成為對另一個人施加刑罰的理由<sup>102</sup>。如何平復（或補償）這類精神上的痛苦情緒，應該是民法的任務，當事人可以針對離婚原因請求慰撫金，而不是透過刑罰制裁來解決<sup>103</sup>。

純理論來看，當然也存在著以下的可能性：通姦的一方在受到刑事有罪判決的宣告與執行後，幡然悔悟，事後再回到告訴人身邊繼續原本的婚姻關係。若果如此，或許可以說通姦罪的存在和婚姻關係的維護能夠有所關聯，但如此的假設背離了一般經驗認知。在司法實務

<sup>99</sup> 一個最根本的差異，就是在民事法上並沒有「罪疑唯輕原則」的適用。不過只要民法關於離婚未改採積極破綻主義，並且仍以通姦行為作為法定離婚事由之一，就很難完全解消侵害隱私的問題；參見許宗力等，前揭註10，頁45（黃詩淳發言部分）以及頁47（林鈺雄發言部分）。

<sup>100</sup> 已見林山田，前揭註2，頁499；陳子平，前揭註13，頁489；謝如媛，前揭註2，頁314。

<sup>101</sup> 像是釋字第554號解釋釋憲聲請案的案件之一，詳見該案聲請人葉啟洲教授（時任系爭案件承審法官）的介紹（葉啟洲，前揭註48，頁43-44）。

<sup>102</sup> 參見黃榮堅，前揭註2，頁16。

<sup>103</sup> 見前揭註48所引文獻。關於離婚案件的慰撫金請求，可參閱許宗力等，前揭註10，頁37以下（詹森林發言部分）。

上，被告的通姦配偶往往會轉而責難堅持提告的他方配偶，原本的婚姻關係在這種狀況自然難以存續。德國舊法的通姦罪要求婚姻必須因通姦行為而解消<sup>104</sup>，就是因為考慮到婚姻的本質，要在婚姻關係存續中對其中一方施加刑罰是不可能的。德國立法者甚至明白指出，通姦罪不但不會有維持婚姻的效果，而且還會相反地摧毀婚姻<sup>105</sup>。和其他的刑事程序相較，在通姦罪的刑事追訴程序中，會較直接、明顯地觸及當事人的尊嚴與隱私。整個偵審過程都是集中在被告與證人最為私密的領域，無論最終的審理結果為何，整個程序所造成的傷害往往無法彌補、回復，和維護婚姻及家庭的宗旨剛好背道而馳<sup>106</sup>。況且，就如前文已指出，通姦罪的存在會形成更多法益侵害的風險，特別是誘使蒐證的國家與私人以追訴通姦之名侵犯他人隱私<sup>107</sup>。為了達到上述偏離一般經驗的預防效果，而創設或保留這種會嚴重侵犯隱私的罪名，恐怕無法通過衡平性要求。

或許在部分案件中，通姦的配偶會因為擔心被追究刑事責任而選擇留在原婚姻關係中，此時或可說是因為通姦罪的存在而維持了原本的婚姻。但這種情形所維繫的婚姻恐怕只是形式上的存續，失去感情基礎的婚姻關係對於雙方當事人及其他人（尤其是子女）來說，根本就是一個不利（甚至有害）的狀態，不能當作法律所要追求的目的<sup>108</sup>。在司法現實面，經常有告訴權人相信（或希望）另一半會對自

<sup>104</sup> 在1969年刪除前，德國刑法第172條第1項規定：通姦，若因此而離婚，有責配偶及其共同有責者處6月以下懲役。至於這個婚姻解消要件的屬性，學說上則有不同看法，有認為係屬客觀處罰條件（如Franz v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 4. Aufl., 1891, S. 406 f.），亦有認為係屬程序要件（如Welzel, aaO. (Fn. 27), S. 361; Maurach, aaO. (Fn. 14), S. 414; Dreher, aaO. (Fn. 30), S. 553）。

<sup>105</sup> Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), E 1962 mit Begründung, S. 349.

<sup>106</sup> 參閱Lackner, aaO. (Fn. 64), S. 412; Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, BT, Sexualdelikte, 1968, S. 61。

<sup>107</sup> 許宗力等，前揭註10，頁22-23（林鈺雄發言部分）。

<sup>108</sup> 已見黃榮堅，前揭註2，頁11；鄭昆山，前揭註2，頁221。舉個更加明白易懂的例子：未成年子女成長時固然需要家庭的扶持，但沒有人會因此想要立法

己的寬宏大量（不提告或是撤回告訴）心存感激，從此不再心猿意馬，但往往只換得對方的疏離與防備，甚至是假意回歸，暗地裡伺機而動<sup>109</sup>。自我負責、自由發展是婚姻與家庭制度的重要內涵，國家不應指導人民該過著如何的婚姻生活，也不能強制人民留在特定的婚姻及家庭內。國家應該做的是擔保一切讓人民得以自由決定是否締結或解消婚姻關係以及如何形塑婚姻關係的外在條件<sup>110</sup>。即便認為性行為自由應受婚姻制度拘束、限制，也只是當事人決定要從事婚外性行為時，應自承婚姻破裂風險的問題。道德上要譴責背叛感情的通姦行為是一回事，用刑罰伺候則又是另一回事。正如桃園地院刑一庭的釋憲申請書所言，國家不可能保障婚姻的美滿，而只能透過婚姻制度給予人民追尋美滿婚姻的可能性；婚姻與家庭受憲法保護的內涵，立基於個人自主選擇透過結婚、共同生活來實現人格與生命，這是自我決定的價值展現，不能擴大推論憲法保障已婚者享有不受性背叛的自由。

在我國刑事訴訟法第239條但書的設計下，告訴權人當然可以選擇單獨追究第三者的刑事責任<sup>111</sup>，這也是我國實務上的常態。但這部分的追訴恐怕也對告訴人的婚姻關係沒有助益。告訴權人經常會以為可透過刑事告訴單獨追訴第三者來拯救自己的婚姻，但這是心理上對於刑罰效果的錯誤預期。如前所述，刑事程序的進行通常只會摧毀婚姻。在程序中對於他方配偶的詆毀，以及不可避免地會讓整起事件被公眾（或當事人的朋友圈）指指點點，凡此種種都會摧毀夫妻雙方修

---

禁止未成年人的父母離婚，因為大家都很清楚，如果夫妻雙方離意甚堅，那麼維持一個形式的婚姻關係，反而容易引發家庭成員間的紛爭（甚至暴力），絕不會有利於未成年子女的福祉。

<sup>109</sup> 莊喬汝，前揭註48，頁63。

<sup>110</sup> 鍾宏彬，前揭註17，頁211。類似說法亦見林慈偉，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，第58卷第5期，2012年10月，頁137。

<sup>111</sup> 德國舊法通姦罪的告訴亦同，亦可僅針對通姦行為其中一方提告，但縱使不對通姦之配偶提告，也還是必須完成離婚始得提出告訴，僅參閱Maurach, aaO. (Fn. 14), S. 414.。

復和解的可能性<sup>112</sup>。基此，即便告訴權人僅對第三者提告，整個程序的進行也還是會對自己的婚姻與家庭產生相當程度的負面影響。正因為如此，文獻上才會指出告訴權在這種情形會淪為單純的報復工具。或許在單獨追訴第三者的情形，也可以著眼於未來的預防效果立論，亦即透過這次的刑罰來迫使第三者放棄日後再次「破壞」自己的家庭，這就涉及到前文陸、二、(一)所討論過的事前預防效果，簡單用一句話來說，就是刑罰無法影響內心的感情。

綜上所述可知，關於保護婚姻與家庭的說法雖然在文獻上極為常見，但無論是從事前或事後觀點來看，到最後也還是行不通。

## 柒、大法官解釋之評析

關於通姦罪是否合憲的問題，大法官先後於二〇〇二年與二〇二〇年做出釋字第554號與釋字第791號兩則解釋，且二者結論相反，這在我國司法釋憲實務上相當罕見<sup>113</sup>，頗具研究價值，我們先來看看兩則解釋的重點內容。

### 一、釋字第554號

本號解釋的解釋文中，有以下兩個重點：

- ① 婚姻關係存續中，配偶之一方與第三人間之性行為應為如何之限制，以及違反此項限制時應否以罪刑相加，各國國情不同，應由立法機關衡酌定之。
- ② 通姦罪乃為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要，且係立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為之價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間，與憲法第23條所規定之比例原則無違。

<sup>112</sup> Lackner, aaO. (Fn. 64), S. 413.

<sup>113</sup> 釋憲實務上的前例計有：釋字第261號解釋變更釋字第31號解釋、釋字第439號解釋變更釋字第211號解釋，以及釋字第684號解釋變更釋字第382號解釋。

至於解釋理由書中，則有下列重點：

- ① 婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障。婚姻制度植基於人格自由，具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，自得制定相關規範，約束夫妻雙方互負忠誠義務。
- ② 性行為自由與個人之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。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約。
- ③ 婚姻關係存續中，配偶之一方與第三人間之性行為應為如何之限制，以及違反此項限制，應否以罪刑相加，因各國國情不同，立法機關於衡酌如何維護婚姻與家庭制度而制定之行為規範，如選擇以刑罰加以處罰，倘立法目的具有正當性，刑罰手段有助於立法目的達成，又無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用，而刑罰對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，亦處於合乎比例之關係者，即難謂與憲法第23條規定之比例原則有所不符。
- ④ 以刑罰手段限制有配偶之人與第三人間之性行為自由，乃不得已之手段。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。
- ⑤ 立法機關就當前對夫妻忠誠義務所為評價於無違社會一般人通念，而人民遵守此項義務規範亦非不可期待之情況下，自得以刑罰手段達到預防通姦、維繫婚姻之立法目的。
- ⑥ 通姦罪屬刑法第61條規定之輕罪；同法第245條第1項規定通姦罪為告訴乃論，使受害配偶得兼顧夫妻情誼及隱私，避免通姦罪之告訴反而造成婚姻、家庭之破裂；同條第2項

並規定告訴權於配偶縱容或宥恕時之限制，已將通姦行為之處罰限於必要範圍，與憲法上開規定尚無抵觸。

## 二、釋字第791號

釋字第791號解釋的解釋文內容相當精簡，重點有二：

- ① 刑法第239條係對憲法第22條所保障性自主權之限制，與憲法第23條比例原則不符，應自本解釋公布之日起失其效力；於此範圍內，本院釋字第554號解釋應予變更。
- ② 刑事訴訟法第239條但書規定與憲法第7條保障平等權之意旨有違，且因刑法第239條規定業經本解釋宣告違憲失效而失所依附，故亦應自本解釋公布之日起失其效力。

與解釋文相對，大法官在解釋理由書中則置入了大量資訊。

關於刑法第239條通姦罪的部分，其要點如下：

- ① 隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化。
- ② 通姦罪禁止有配偶者與第三人發生性行為，係對個人得自主決定是否及與何人發生性行為之性行為自由（性自主權）所為之限制。按性自主權與個人之人格有不可分離之關係，為個人自主決定權之一環，與人性尊嚴密切相關，屬憲法第22條所保障之基本權。
- ③ 通姦罪既限制人民之性自主權，應符合憲法第23條比例原則，即須符合目的正當性，且該限制有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而與其所欲維護法益之重要性亦合乎比例之關係。又性自主權與個人之人格有不可分離之關係，是系爭規定一對性自主權之限制，是否合於比例原則，自應受較為嚴格之審查。

- ④國家為維護婚姻，非不得制定相關規範，以約束配偶雙方忠誠義務之履行。通姦罪之目的應在約束配偶雙方履行互負之婚姻忠誠義務，以維護婚姻制度及個別婚姻之存續，核其目的應屬正當。
- ⑤基於刑罰之一般犯罪預防功能，通姦罪之刑罰制裁自有一定程度嚇阻通姦行為之作用，就維護婚姻制度或個別婚姻關係之目的而言，其手段之適合性雖然較低，但整體而言，尚非完全無助於其立法目的之達成。
- ⑥然基於刑法謙抑性原則，國家以刑罰制裁之違法行為，原則上應以侵害公益、具有反社會性之行為為限，而不應將損及個人感情且主要係私人間權利義務爭議之行為一概納入刑罰制裁範圍。婚姻制度固具有各種社會功能，而為憲法所肯認與維護，惟婚姻制度之社會功能已逐漸相對化，且憲法保障人民享有不受國家恣意干預之婚姻自由，包括個人自主決定「是否結婚」、「與何人結婚」、「兩願離婚」，以及與配偶共同形成與經營其婚姻關係（如配偶間親密關係、經濟關係、生活方式等）之權利，日益受到重視。又婚姻之成立以雙方感情為基礎，是否能維持和諧、圓滿，則有賴婚姻雙方之努力與承諾。婚姻中配偶一方違背其婚姻之承諾，而有通姦行為，固已損及婚姻關係中原應信守之忠誠義務，並有害對方之感情與對婚姻之期待，但尚不致明顯損及公益。故國家是否有必要以刑法處罰通姦行為，尚非無疑。
- ⑦通姦及相姦行為多發生於個人之私密空間內，不具公開性。其發現、追訴、審判過程必然侵擾個人生活私密領域及個人資料之自主控制，致國家公權力長驅直入人民極私密之領域，而嚴重干預個人隱私。是系爭規定一對行為人性自主權、隱私之干預程度及所致之不利益，整體而言實屬重大。

- ⑧ 國家以刑罰制裁手段處罰違反婚姻承諾之通姦配偶，雖不無「懲罰」違反婚姻忠誠義務配偶之作用，然因國家權力介入婚姻關係，反而可能會對婚姻關係產生負面影響。依此，通姦罪之限制所致之損害顯然大於其所欲維護之利益，而有失均衡。

基於上述理由，大法官認為通姦罪無法通過憲法第23條比例原則之檢驗，故屬違憲，應自解釋公布之日起失其效力。至於刑事訴訟法第239條但書的部分，則因實體法上的相關規定業已失效，故失所依附，亦應自解釋公布之日起失效。

### 三、評析

首先，這兩號解釋皆提到婚姻及家庭制度在人類社會中的高度重要性，應享有「制度性保障」。制度性保障一詞，在釋字第554號解釋之前便已多次出現在大法官解釋中（如釋字第380號、第483號、第502號等）。於釋字第554號解釋之後，則復可於釋字第563號、第605號以及第696號等解釋中見到它的蹤影。應否將此概念導入國內，在公法文獻中尚有不同意見<sup>114</sup>，但無論如何可以確定的是，強調制度性保障應該是著眼婚姻與家庭制度作為抽象機制的面向。前文陸、一、部分業已指出，婚姻及家庭制度是否受到國家保障，其實和刑法上有無設置通姦罪這個刑罰制裁規範沒有必然關聯。國家只要在其他法領域（特別是民事法）仍對婚姻及家庭設有保障的規範，且將通姦列為離婚原因，並引發損害賠償等法律效果，已可算是履行了保障此機制的義務，無法由此推導出國家必須將通姦行為犯罪化的結論<sup>115</sup>。

而在釋字第554號解釋之解釋文的第一段論述，也就是前文柒、

<sup>114</sup> 反對者如許志雄，制度性保障，月旦法學雜誌，第8期，1995年12月，頁49。特別針對婚姻之制度性保障表示質疑者，則如黃舒芃，前揭註78，頁12-13。在地方自治的脈絡較常見到制度性保障的說法，僅參閱法治斌、董保城，憲法新論，第7版，2020年3月，頁619以下。

<sup>115</sup> 更重要的是，制度性保障原本是要拘束國家，釋字第554號解釋卻將之倒置轉而拘束私人，對象錯誤，詳見前文陸、一、的說明。

一、所整理的①與②部分，只有提到婚姻與家庭制度的社會性功能，以及夫妻雙方互負忠誠義務，雙方之性行為自由應受婚姻與家庭制度之制約等等，凡此均屬正確，但由此同樣也無法推導出國家必須用刑罰來回應婚外性行為。換句話說，即便將前述解釋文內容轉而連接上刪除通姦罪的結論，前後亦無扞格。因為即便認可「性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約」，也無法推導出違反制約時必須動用刑罰來反應。民事法上的處理，像是以之作為離婚和損害賠償事由等，亦可作為違反約束的法律效果。

至於釋字第554號解釋的第二段解釋文，指出通姦行為是否犯罪化係屬立法選擇問題，應由立法者衡酌定之，本文對此部分則有不同意見。蓋如前文所述，維護夫妻間忠誠義務的說法不具法益適格（只是構成要件的重述）。至於維護婚姻與家庭制度這部分，無論是指抽象的婚姻機制還是具體的婚姻關係，即便賦予其法益適格，也還是無法通過比例原則。易言之，通姦罪的存在要不是與前開目的之達成不具有有效性關聯，不然就是無法通過衡平性的檢驗。由於無法通過比例原則的審查，就不會是立法者政策的選項，自然也就沒有立法形成自由可言。不過於此要說明的是，在衡平性審查的部分，由於衡量因子及衡量觀點的開放性與多元性，結論並非絕對的正確性宣稱。但無論如何可以確定的是，必須先證立涉案之刑事制裁規範合於比例原則，刑事制裁才能夠成為一個立法選項，立法者始享有形成自由，也才稱得上是立法選擇問題。釋字第554號解釋對於比例原則的審查細節均無任何交代，就直接跳到合憲的結論，讓人無法窺知當時的大法官是否曾經確實審酌過比例原則（特別是衡平性的判斷）<sup>116</sup>。

與此相對，釋字第791號解釋的理由書中，則詳細交代了比例原則審查中所斟酌考量的具體因素。在釋字第791號解釋部分，結論與

116

此批評已見許宗力等，前揭註10，頁28（林明昕發言部分）：大法官僅提出結論而無論證。標準的權衡過程，可參閱薛智仁，前揭註26，頁14以下的示範。

論證過程均值得贊同，本文僅於規範目的部分存有不同意見。詳言之，大法官於釋字第791號解釋理由書中指出，本罪的保護法益為「婚姻制度及個別婚姻之存續」（前文柒、二、④），亦即同時含括了作為抽象機制的婚姻與家庭制度以及通姦事件中涉及到的具體婚姻關係。但如前文陸、一、及上段關於制度性保障部分所述，維護婚姻與家庭制度的說法是否具有法益資格已相當值得懷疑，即便此處採取肯定的立場，這種法益的維護亦與通姦罪的設立沒有直接關聯，手段與目的間欠缺有效性。

釋字第791號解釋公布後，遭受部分人士批評大法官此舉不尊重多數民意<sup>117</sup>，但司法權的任務本來就不是要順應多數，特別是作為憲法守護者的大法官<sup>118</sup>。此外，亦有擔心通姦罪失效後，婚姻制度與人倫秩序將會崩解，家庭將會破碎<sup>119</sup>。可以理解的是，人們對於改變現狀總是多少會有不確定感，甚或不安，因為現狀是熟悉、可見的，改變後的未來發展則屬未知，這促使我們在做選擇時，較易傾向維持現狀。但要從通姦罪失效延伸到人倫秩序的崩解及家庭制度的解消，則是明顯的跳躍論證。首先，到目前為止已可確定的是，大家並沒有因

<sup>117</sup> 台灣民意基金會在釋字第791號解釋公布後做成民調，約有6成受訪者不能接受該解釋，台灣民意基金會董事長游盈隆表示，釋字第791號解釋和台灣社會主流民意背道而馳，基本上是一個反民主的決定（陳佩君報導，台灣民意基金會民調——武力恫嚇台灣無效 逾5成不怕中共武力犯台，新頭殼newtalk，2020年6月22日，網頁連結：<https://newtalk.tw/news/view/2020-06-22/425014>，造訪日期：2020年6月28日。）臺灣民眾多數反對通姦除罪化，一直都是維持通姦罪的重要論據，如本次釋憲程序中法庭之友許幸惠所提具之意見書，頁4，以及關係機關法務部之意見（ppt 1），頁7。

<sup>118</sup> 正如黃昭元大法官於協同意見書中所指出，只要有司法違憲審查制度存在，就會有法律被宣告違憲。只要有法律被宣告違憲，就可能引發對抗或反多數之質疑，因為任何法律都是由立法多數通過或維持，甚至還有人民多數的支持。這本來就是司法違憲審查制度的宿命（頁6）。

<sup>119</sup> 吳陳銀大法官對於釋字第791號解釋所提出的不同意見書（頁9）中，清楚表達了如此的憂慮：一個文明、法治之社會，難道要容許一夫多妻、一妻多夫甚至多夫多妻之婚姻制度？亦難道要容許男女不平等、婚姻人格倫理秩序蕩然無存、各個家庭支離破碎、婚生與婚外性行為所生子女均在不正常之環境中成長，造成動盪不安之國家社會，而危害國家社會之發展？

為通姦罪失效就前仆後繼地通姦。其次也可以預見的是，人倫秩序與家庭制度不會因為通姦罪失效而崩解。一個簡單的驗證方式，就是看看那些沒有通姦罪的國家，從德、法、義、奧、瑞等歐洲國家，一直到鄰近的中、日、韓與印度，儘管在刑法上沒有通姦罪，但婚姻和家庭秩序依舊穩固。如果臺灣沒有異於這些國家的特殊處，那麼應該就可以合理推斷，通姦罪的失效並不會對於婚姻及家庭秩序帶來任何衝擊。主張應將通姦行為除罪者，非但不是蔑視或低估婚姻與家庭的價值，反而是對婚姻與家庭秩序具有高度信心，相信這些秩序是先於法律存在，有其穩固的社會文化基礎。文化基礎無法透過法律的強制來形塑，自然也不會因為特定法律的失效而解消。易言之，通姦罪對於婚姻及家庭這些立基於文化上穩固基礎的機制來說，實在是個「想像其不存在」的因素。

最後還要再指出釋字第791號解釋理由書以下這段論述：「國家以刑罰制裁之違法行為，原則上應以侵害公益、具有反社會性之行為為限，而不應將損及個人感情且主要係私人間權利義務爭議之行為一概納入刑罰制裁範圍」。大法官是否有意將此段論述普遍適用於所有刑法規範的違憲審查，特別像是公然侮辱罪，無法從解釋中得知，仍有待日後的持續觀察。

## 捌、結 語

透過以上的探究，確認了文獻上所見各種支持通姦罪立法的論述均無法證成通姦刑罰制裁的正當性。部分主張根本不具刑法上的法益資格，部分論據無法與制裁規範的存在建立起有效性關聯，部分論點則是不合於衡平性，儘管理由各有不同，但結論部分則屬一致，都是導向無法支持通姦罪合憲的結論。依此，本文反對釋字第554號解釋的合憲結論及其理由，釋字第791號解釋推翻該解釋，另行宣告通姦罪違憲的結論，則屬正確，應予贊同。

個人不贊同某種行為選擇，與國家能否動用刑罰來處罰該種行為

選擇是兩個不同層次的問題，不可混為一談。更有甚者，通姦行為是否會受到社會非難，也和刑法上是否設有相應之刑罰制裁規範無關，而是關係到深植於社會文化中的價值確信，刑法毋須介入也無從影響。通姦罪在司法實務上的低微意義，也顯示出此點。刑法學者很早就已指出，婚姻是建築在愛情與麵包上的法律契約，雙方能否忠實誠信地履行契約內容，所依賴的當然就是精神層次的愛情與物質現實的麵包，而不是法律上的強制<sup>120</sup>。通姦罪的存在，是寄望把男女情愛的緣起緣滅架構在法律強制之上，想要依靠國家來保護愛情<sup>121</sup>。然而在經驗層面一個再清楚不過的事實卻是，法律根本無法製造或撲滅愛情的火焰<sup>122</sup>，刑罰無法讓人不變心<sup>123</sup>。

關於通姦罪的存廢討論以及兩則大法官解釋，無疑是我國司法違憲審查實務上的一個重要里程碑，謹以本文提出一些刑法釋義學上的分析，作為這個重大事件的文獻紀錄。

<sup>120</sup> 語見林山田，審判？林山田談法論政，第2版，2000年11月，頁136；林山田，前揭註2，頁499。

<sup>121</sup> 語見黃榮堅，前揭註69，頁164。

<sup>122</sup> 黃榮堅，前揭註69，頁160。

<sup>123</sup> 黃昭元大法官於其提出的協同意見書中亦指出，監獄關得住人，但關不住心（頁21）。

## 參考文獻

### 一、中文

#### (一)專書

1. 王皇玉，刑法總則，第6版，新學林，2020年8月。
2. 甘添貴，犯罪除罪化與刑事政策，載罪與刑——林山田教授六十歲生日祝賀論文集，五南，1998年10月，頁617-635。
3. 甘添貴，刑法各論（下），第3版，三民，2013年6月。
4. 周治平，刑法各論，第2版，自版，1972年2月。
5. 林山田，審判？林山田談法論政，第2版，元照，2000年11月。
6. 林山田，刑法各罪論（下），第5版，自版，2005年9月。
7. 林東茂，刑法分則，第2版，一品，2020年2月。
8. 林鈺雄，新刑法總則，第8版，自版，2020年9月。
9. 法治斌、董保城，憲法新論，第7版，元照，2020年3月。
10. 徐昌錦，通姦除罪化〔案例研究與實證分析〕，五南，2006年6月。
11. 梁恒昌，刑法各論，第11版，自版，1986年7月。
12. 許玉秀，除罪：解消類型——從殺害直系血親尊親屬罪談起，載刑事法學之理想與探索：甘添貴教授六秩祝壽論文集，第二卷，學林，2002年3月，頁1-16。
13. 許玉秀，刑罰規範的違憲審查標準，載民主·人權·正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，元照，2005年9月，頁365-413。
14. 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，載憲法解釋之理論與實務，第7輯，中研院法律學研究所籌備處，2010年12月，頁259-323。
15. 許澤天，刑法總則，新學林，2020年8月。
16. 陳子平，刑法各論（下），第3版，元照，2020年1月。
17. 陳志龍，法益與刑事立法，第3版，自版，1997年。
18. 陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，第5版，一品，2016年3月。
19. 陳樸生，實用刑法，重訂再版，三民，1993年7月。
20. 黃東熊，刑法概要，三民，1998年10月。



21. 黃榮堅，刑罰的極限，元照，1999年4月。
22. 黃榮堅，基礎刑法學（上），第4版，元照，2012年3月。
23. 黃榮堅，靈魂不歸法律管——給現代公民的第一堂法律思辨課，商周，2017年8月。
24. 靳宗立，刑法各論I，自版，2011年9月。
25. 褚劍鴻，刑法分則釋論（下），第4版，商務，2004年2月。
26. 蔡墩銘，刑法各論，第5版，三民，2006年9月。
27. 盧映潔，刑法分則釋論，第14版，新學林，2019年9月。
28. 鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，春風煦日學術基金，2012年4月。
29. 韓忠謨，刑法各論，第7版，自版，1982年2月。

## (二) 期刊論文

1. Claus Roxin著，許絲捷譯，法益討論的新發展，月旦法學雜誌，第211期，2012年12月，頁257-280。
2. 王皇玉，刑法和略誘罪之修法芻議，檢察新論，第6期，2009年7月，頁67-78。
3. 甘添貴，妨害婚姻與口交通姦，台灣本土法學雜誌，第42期，2003年1月，頁147-151。
4. 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，第58卷第5期，2012年10月，頁120-140。
5. 林慈偉，口交成立通姦乎？——評臺灣高等法院高雄分院103年度上易字第107號刑事判決，法令月刊，第68卷第10期，2017年10月，頁83-104。
6. 林慈偉，同性婚姻釋字後的通姦罪解釋及其因應，國立臺灣大學法學論叢，第47卷特刊，2018年11月，頁1513-1564。
7. 吳煜宗，通姦罪除罪化的女性主義主張，月旦法學教室，第50期，2006年12月，頁6-7。
8. 徐昌錦，通姦罪合憲解釋之評析，台灣本土法學雜誌，第77期，2005年12月，頁35-54。
9. 許玉秀，夫妻間之保證人地位——兼論通姦罪，台灣本土法學雜誌，第39期，2002年10月，頁79-92。



10. 許宗力、黃榮堅、林鈺雄、林明昕、尤美女、詹森林、官曉薇、黃詩淳，特別企劃——婚外性的罪與罰座談會，台灣法學雜誌，第223期，2013年5月，頁10-55。
11. 許志雄，制度性保障，月旦法學雜誌，第8期，1995年12月，頁40-49。
12. 許育典，從婚姻制度演變探討通姦除罪化的憲法正當性，月旦法學雜誌，第305期，2020年10月，頁6-14。
13. 許恒達，行為規範、保護法益與通姦罪的違憲審查，月旦法學雜誌，第305期，2020年10月，頁15-32。
14. 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，第223期，2013年5月，頁56-65。
15. 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，第46期，2013年12月，頁87-151。
16. 黃舒芃，婚姻之「制度性保障」所為何來？——評釋字第六九六號解釋，裁判時報，第24期，2013年12月，頁5-13。
17. 張文貞，婚姻、隱私與性別平等，台灣法學雜誌，第392期，2020年5月，頁19-31。
18. 張明偉，通姦罪合憲性之再思考，裁判時報，第59期，2017年5月，頁60-66。
19. 張明偉，婚姻中的愛慾與通姦罪，台灣法學雜誌，第392期，2020年5月，頁33-41。
20. 葉啟洲，通姦罪違憲論的初始觀點——大法官釋字第554號解釋的聲請典故，台灣法學雜誌，第392期，2020年5月，頁43-47。
21. 鄭昆山，通姦犯罪在法治國刑法的思辨，月旦法學雜誌，第105期，2004年2月，頁213-227。
22. 鄭錦鳳，論通姦除罪化，軍法專刊，第55卷第5期，2009年10月，頁108-118。
23. 蔡聖偉，釋字第791號解釋：通姦罪及撤回告訴之效力案，月旦法學教室，第215期，2020年9月，頁66-73。
24. 蔡維音，論家庭之制度保障——評釋字第五〇二號解釋，月旦法學雜誌，第63期，2000年8月，頁138-143。
25. 謝如媛，刑法規範下的家庭秩序，國立臺灣大學法學論叢，第35卷

第6期，2006年11月，頁291-327。

### (三) 網頁文獻

1. 王皇玉，釋字第791號解釋鑑定意見書，2020年，網頁連結：  
[https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/%E9%91%91%E5%AE%9A%E4%BA%BA%E7%8E%8B%E7%9A%87%E7%8E%89%E6%95%99%E6%8E%88%E4%B9%8B%E9%91%91%E5%AE%9A%E6%84%8F%E8%A6%8B\(1\).pdf](https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/%E9%91%91%E5%AE%9A%E4%BA%BA%E7%8E%8B%E7%9A%87%E7%8E%89%E6%95%99%E6%8E%88%E4%B9%8B%E9%91%91%E5%AE%9A%E6%84%8F%E8%A6%8B(1).pdf)，造訪日期：2020年10月10日。
2. 司法院刑事廳，釋字第791號解釋關係機關意見書，2020年，網頁連結：  
<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/%E9%97%9C%E4%BF%82%E6%A9%9F%E9%97%9C%E5%8F%B8%E6%B3%95%E9%99%A2%E5%88%91%E4%BA%8B%E5%BB%B3%E4%B9%8B%E6%84%8F%E8%A6%8B.pdf>，造訪日期：2020年10月10日。
3. 紀惠容，釋字第791號解釋法庭之友意見書，2020年，其中所提到的「師大狼師案」，網路連結：  
[https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/1090331%E9%80%9A%E5%A7%A6%E4%B8%80%E7%84%A1%E6%98%AF%E8%99%95\(%E7%B4%80%E6%83%A0%E5%AE%B9\).pdf](https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/1090331%E9%80%9A%E5%A7%A6%E4%B8%80%E7%84%A1%E6%98%AF%E8%99%95(%E7%B4%80%E6%83%A0%E5%AE%B9).pdf)，造訪日期：2020年10月10日。
4. 陳佩君報導，台灣民意基金會民調——武力恫嚇台灣無效 逾5成不怕中共武力犯台，新頭殼newtalk，2020年6月22日，網頁連結：  
<https://newtalk.tw/news/view/2020-06-22/425014>，造訪日期：2020年6月28日。
5. 黃士軒，釋字第791號解釋鑑定意見書，2020年，網頁連結：  
<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/%E9%91%91%E5%AE%9A%E4%BA%BA%E9%BB%83%E5%A3%AB%E8%BB%92%E5%89%AF%E6%95%99%E6%8E%88%E4%B9%8B%E9%91%91%E5%AE%9A%E6%84%8F%E8%A6%8B.pdf>，造訪日期：2020年10月10日。
6. 蔡聖偉，釋字第791號解釋鑑定意見書，2020年，網頁連結：  
<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/%E9%91%91%E5%AE%9A%E4%BA%BA%E8%94%A1%E8%81%96%E5%81%89%E>

6%95%99%E6%8E%88%E4%B9%8B%E9%91%91%E5%AE%9A%E6%84%8F%E8%A6%8B.pdf，造訪日期：2020年10月10日。

7. 薛智仁，釋字第791號解釋鑑定意見書，2020年，網頁連結：  
<https://cons.judicial.gov.tw/jcc/Uploads/files/yafen/%E9%91%91%E5%AE%9A%E4%BA%BA%E8%96%9B%E6%99%BA%E4%BB%81%E5%89%AF%E6%95%99%E6%8E%88%E4%B9%8B%E9%91%91%E5%AE%9A%E6%84%8F%E8%A6%8B.pdf>，造訪日期：2020年10月10日。

## 二、德 文

### (一)專 書

1. Blei, Hermann, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983.
2. Dreher, Eduard, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 1966.
3. Hefendehl, Roland, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002.
4. Jeschek, Hans-Heinrich/Ruß, Wolfgang/Willms, Günther (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 2005.
5. Kohlrausch, Eduard/Lange, Richard, Strafgesetzbuch, 42. Aufl., 1959.
6. Maurach, Reinhard, Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl., 1969.
7. Mittermaier, Carl Joseph Anton, Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit, § 19 Der Ehebruch, in: Mittermaier ua. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, BT, IV. Band, 1906, S. 91-101.
8. Roxin, Claus/Greco, Luís, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl., 2020.
9. v. Liszt, Franz, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 4. Aufl., 1891.
10. Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 8. Aufl., 1963.

### (二)期刊論文

1. Blau, Günter, Die Beratung des 9. Internationalen Strafrechtskongresses in Den Haag (24.-30. 8. 1964) hinsichtlich der Straftaten gegen Familie und Sittlichkeit, FamRZ 1965, S. 244-248.
2. Günther, Hans-Ludwig, Die Genese eines Straftatbestandes, JuS 1978,

- S. 8-14.
3. Hefendehl, Roland, Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts, Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah, GA 2007, S. 1-14.
  4. Kubiciel, Michael/Weigend, Thomas, Maßstäbe wissenschaftlicher Strafgesetzgebungskritik, KriPoZ 2019, S. 35-40.
  5. Lackner, Karl, Für und wider die Strafbarkeit des Ehebruchs, FamRZ 1962, S. 411-413.
  6. Mitsch, Wolfgang, Maßstäbe für wissenschaftliche Strafgesetzgebungskritik „Traditionelle Maßstäbe“, KriPoZ 2019, S. 29-34.
  7. Rönnau, Thomas, Grundwissen – Strafrecht: Der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff, JuS 2009, S. 209-211.
  8. Strum, Richard, Die Änderung des Besonderen Teils des StGB zum 1. September 1969, NJW 1969, S. 1606-1611.



# Constitutionality of the Crime of Adultery: Comment to J.Y. Interpretation No. 554 and 791

Sheng-Wei Tsai\*

## Abstract

Regarding the constitutionality of the crime of adultery, the justices of the Judicial Yuan have made two interpretations, namely interpretation No. 554 and No. 791. After the Interpretation No. 791 was put forward in 2020, it triggered bipolar evaluation. This is a major event in the practice of constitutional interpretation and the criminal justice system, and it is worthy of in-depth discussion. From the perspective of Dogmatik, this article examines various propositions supporting adultery legislation, and will further comment on these two judicial interpretations.

**Keywords:** Adultery (Ehebruch), Interpretation No. 554, Interpretation No. 791, Rechtsgut

---

\* Professor, School of Law, National Taipei University; Doctor of Law, Albert-Ludwig-University Freiburg, Germany.

Received: October 11, 2020; accepted: December 17, 2020

