

司法院大法官會台字第 12664 號鑑定意見

李念祖

謹依大院來示，提出鑑定意見如下：

一 前言

婚姻與家庭制度乘載著維護人倫秩序、性別平等、養育後代等多樣重要社會性功能，乃社會形成、穩定與發展之基礎，且不論是同性或異性婚，均受我國憲法制度性保障¹。結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記，此為民法第 982 條之明文，顯見婚姻制度具有公示性、對世性，而為世人所應遵從者。配偶除負有同居生活、不得惡意遺棄他方等法定之契約義務外²，為確保婚姻與家庭制度之完整與延續，按民法第 985 條、民法第 1052 條第 1 款、第 2 款，夫妻互負忠誠義務，亦即配偶當然負有不得通姦之民法上契約義務；基於登記主義之婚姻公示制度³，任何人也不得與他人之配偶發生性行為。此等不得通姦之義務應載入而未載於親屬編明文⁴，但於通姦已構成離婚之可歸責事由的立法⁵，以及長期以來，侵犯配偶權足以構成侵權行為之司法實務案例中⁶，可知非虛。

¹ 參釋字 554 號解釋理由書、釋字 748 號解釋理由書。

² 參民法第 1052 條第 1 項第 5 款：「夫妻之一方，有下列情形之一者，他方得向法院請求離婚：五、夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中。」民法第 1001 條：「夫妻互負同居之義務。但有不能同居之正當理由者，不在此限。」

³ 民法上婚姻原採儀式婚制，固已具有一定公示性，後改採登記婚制，更加彰顯婚姻公示、對世之特性。民法第 982 條：「結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。」參照。

⁴ 現行民法僅規定夫妻不得重婚。參民法第 985 條第 1 項：「有配偶者，不得重婚。」

⁵ 參民法第 1052 條第 1 項第 2 款：「妻之一方，有下列情形之一者，他方得向法院請求離婚：二、與配偶以外之人合意性交。」

⁶ 司法實務向來承認，通姦行為乃對於配偶之侵權行為。早期實務認為，鑒於現代民法採婚姻自由制度，夫權觀念已不復存在，與有夫之婦相姦並非侵犯夫之夫權，只不過尚未闡明通姦行為將侵犯他方配偶何種權利，惟已明確指出他方配偶將因而受有損害財產上或非財產上損害，得請求損害賠償。參最高法院 41 台上 278 號民事判決：「按夫對於妻在現行法上並無何種權利可言，他人與其妻通姦，除應負刑事責任外，固無所謂侵害夫之權利，惟依社會一般觀念，如該他人明知為有夫之婦而與之通姦，不得謂非有以違背善良風俗之方法加損害於人之故意，苟夫確因此受有財產上或非財產上之損害，依民法第一百八十四條第一項後段，自仍得請求賠償損害。」；最高法院 49 年度台上字第 489 號：「民法親屬編施行後，夫權制度已不存在，明知有夫之婦而與之通姦，對其夫應負賠償責任者，係以家室

本案之問題不在配偶是否負有不為婚外性行為之法律義務，而是在於，根據憲法，國家於民法已設有救濟制度之情形下（請求離婚及損害賠償、慰撫金等），得否額外動用刑罰處罰違背配偶忠誠義務之人？相關刑事處罰規定之適用，是否已造成並助長了實質上的社會性別歧視而應由司法予破除？從法律文化角度論，通姦罪及其追訴制度明顯是由禮教宗法制度確立並延續之父系社會傳統的遺留；是則通姦

和諧因此破壞，使其夫在精神上不免感受痛苦之故，若夫已納妾，與其妻之感情本不融洽，則家室和諧並非因其妻與人通姦而破壞，其夫既無所謂受非財產上之損害，自無請求賠償之可言。」；最高法院 55 年度台上字第 2053 號判決：「通姦之足以破壞夫妻間之共同生活，而非法之所許，此從公序良俗之觀點可得斷言，不問所侵害係何權利，對於配偶之他方應構成共同侵權行為，再按婚姻係以夫妻之共同生活為其目的，配偶應互相協力，保持其共同生活之圓滿安全，及幸福，而夫妻互守誠實，係為確保其共同生活之圓滿安全及幸福之必要條件，故應解為配偶因婚姻契約而互負誠實之義務，配偶之一方行為不誠實，破壞共同生活之圓滿安全及幸福者，即為違反因婚姻契約之義務，而侵害他方之權利。」**至晚近，配偶權之概念則已獲得普遍肯認，通姦行為乃侵害他方配偶之配偶權，通姦人與相姦人應負共同侵權行為損害賠償責任**，可參最高法院 100 年度台上字第 1355 號民事判決：「倘被上訴人與劉哲俊於離婚前五日期間以前，曾有多次相姦行為，並維持婚外情親密情誼，致影響上訴人與劉哲俊間夫妻生活之圓滿和諧，劉哲俊甚而與上訴人協議離婚，則劉哲俊陳述其與被上訴人於離婚前五日期間仍有相姦行為，是否顯然悖於常情而全然不可採？並非無疑。倘被上訴人與劉哲俊二人於該期間內雖無相姦行為，然二人並未分手，依然保持有婚外情誼之親密異性友人關係，是否仍應屬侵害上訴人配偶權益之侵權行為，始符情理？非無研求之餘地。」；臺灣高等法院 98 年度上易字第 659 號民事判決：「按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任，民法第 184 條第 1 項前段定有明文。而所謂身分權，係指基於特定身分而發生的權利，主要有親權、配偶權及繼承權，均屬於上開規定所稱的權利。又所謂配偶權，指配偶間因婚姻而成立以互負誠實義務為內容的權利，因此一方配偶與第三人通姦時，係共同侵害他方配偶之配偶權。」；最高法院 88 年度台上字第 1549 號民事判決：「按婚姻係以夫妻之共同生活為其目的，配偶應互相協力保持其共同生活之圓滿、安全及幸福，而夫妻互守誠實，乃為確保其共同生活之圓滿、安全及幸福之必要條件，故應解為配偶因婚姻契約而互負誠實之義務，配偶一方行為不誠實，破壞共同生活之圓滿、安全及幸福者，即為違反因婚姻契約之義務而侵害他方之權利，故有配偶而與人通姦者，係故意以背於善良風俗之方法加損害於配偶之他方，依民法第一百八十五條共同侵權行為之規定，應與相姦人連帶負損害賠償責任。」；甚且，**多數實務見解認為只要一方配偶與婚姻外第三人行為舉止有逾越朋友關係，而侵害配偶所享有普通友誼以外情感交往之獨占權益程度，便足以破壞婚姻制度下共同生活之信賴基礎，而構成侵害配偶權利之侵權行為**。參臺灣高等法院 107 年度上易字第 1085 號民事判決：「惟侵害配偶權不以通姦、相姦行為為必要。且婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障，交友行為之自由，尚應受婚姻與家庭制度之制約，本件係因柯山文為有配偶之人，上訴人二人卻仍結伴進入汽車旅館，始經認定侵害配偶權而須負損害賠償責任，尚難謂逾越比例限制上訴人遷徙自由。」；臺灣高等法院花蓮分院 104 年度上易字第 80 號民事判決：「本件雖無積極證據足資證明上訴人與鄧達義有發生性行為，然有配偶之人與異性第三人正常交友，本可自由選擇於非晚間之時段在公共場合為之，此乃有配偶之人基於對家庭和諧生活之維持及婚姻關係之尊重而應恪遵之分際，惟上訴人明知鄧達義為被上訴人之配偶，其與鄧達義間交往行為，卻已逾越我國社會一般善良風俗對於有配偶之人與異性友人間合理往來之認知，衡情足以斷喪被上訴人與鄧達義間家庭共同生活之互信基礎，並破壞被上訴人與鄧達義夫妻共同生活之圓滿、安全及幸福，而非身為配偶之被上訴人可得忍受，揆諸前揭說明，上訴人自係不法侵害被上訴人基於配偶關係之身分法益。」；臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 101 號民事判決：「又足以破壞婚姻共同生活之圓滿安全之行止，絕非僅以通姦及相姦行為為限，倘夫妻任一方與他人間存有逾越結交普通朋友等一般社交行為之不正常往來，且其侵害配偶所享有普通友誼以外情感交往之獨占權益程度，已達破壞婚姻制度下共同生活之信賴基礎程度，亦足以構成侵害配偶權利之侵權行為。」

罪背後所代表「家國相通」、「法入家門」之觀念，是否與民主自由憲政體制無所扞格？國家是否有憲法義務停止因刑事法律所鞏固之父系社會文化，並且積極破除社會性別歧視現象？凡此均是本案的核心問題。

二 傳統禮教思想下的通姦罪

(一) 男女有別的禮教與強調身份差等的社會秩序

儒家與法律發生關係始於西漢初期，盛於東漢，法律漸次附庸於儒家禮教，儒家思想自此支配其後之傳統法律思想⁷。社會深受儒家宗法制度的影響，形成宗族及倫理本位的「身份秩序社會」，從而建構出「家國相通，親貴合一，天、君、忠、孝相連的政治體制」⁸。而「家族為社會組織的基礎，國家為家族的擴大型態。家族生活的父慈、子孝、兄友、弟恭的倫常禮則，往往也成為社會生活的行為規範」⁹。在家族主義的法律體制下，義務是單向的，個人並非獨立的主體，而女子，毋寧只能與隱身且服膺於社會預立身分關係中的「小人」相提並論¹⁰。《禮記》〈哀公問〉記載孔子語，甚為扼要：

民之所由生，禮為大，非禮無以節事天地之神也；非禮無以辨君臣、上下、長幼之位也；非禮無以別男女、父子、兄弟之親，婚姻疏數之交也¹¹。

⁷ 張國鍵，中華法系的源遠流長，載於固有法制與現代法學：戴炎輝先生七秩華誕祝壽論文集，頁203，成文出版，1978年。

⁸ 黃源盛，從傳統身份差等到近代平權立法—兼論沈家本的法律平權理念及其變革，載於：固有法制與當代民事法學：戴東雄教授六秩華誕祝壽論文集，頁41，三民書局，1997年。

⁹ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁10-11，自版，2011年。

¹⁰ 《論語》〈陽貨〉：「子曰：『唯女子與小人為難養也。』」，錢穆，論語新解，頁645，東大圖書，1988年。馬漢寶教授謂：「儒家重個人，在重其倫理道德之修養，而實踐之方法，則是責成個人各盡其人倫上的義務。質言之，個人之倫理道德須在人與人之關係中，始能完成與發揮。因此，可以說在儒家思想中，難有與任何他人無關的『個人』觀念之產生，亦難有與任何他人完全『平等』的觀念之產生。」參馬漢寶，法律與中國社會之變遷，頁47，自刊，1999年。

¹¹ 孫希旦，禮記集解，頁1258，文史哲出版社，1990年。

傳統統治哲學家國相通，透過禮教，由上而下，在父子、君臣、兄弟等諸多社會倫理關係之中嵌入絕對的君（父）權，從而建構身份差等秩序，以求社會穩定，鞏固統治關係。而夫妻關係，也正處在這樣的身分差等秩序之下；夫唱婦隨，男尊而女卑¹²。

今之論者歸納，傳統禮教舊律向來重男系而輕女系，婚姻以丈夫為中心，謂之男權或父權主義¹³。父權首先體現在父母子女關係中。「倫常觀念是傳統中國文化的核心特色之一，且一向被視為穩定社會的重要支柱。觀夫整個帝制時期的農業社會，家父長的權威維繫著家屬的秩序，家父長與家屬之間實為主從的關係」¹⁴。瞿同祖先生則曾舉出一例，足見其餘；在「父母控告子女」一事上，「呈控子孫忤逆不孝，司法機構是不會拒不受理的，同時，也不要求呈控人提供證據。法律上明文規定『父母控子，即照所控辦理，不必審訊』。『天下無不是的父母』，父母對子女的管教懲戒權本是絕對的，倫理告訴我們，子當『有順無違』，這不是『是非』的問題，而是『倫常』的問題。...父母將兒子告到官裏，官府懷疑到父母所陳處的理由是否充足，或是追問子女究竟是否忤逆不孝，也是不可想像的事。如果法官追問誰是誰非，便等於承認父母的不是，而否認父權的絕對性了」¹⁵。

父權的絕對性同樣體現在婚姻與夫妻關係上。傳統禮教下婚姻的功能目的在傳宗接代，光耀祖宗，祭祀祖先與傳香火乃是傳統社會宗族生活之核心¹⁶。實則，遠古時代原係始於母系社會，只

¹² 《儀禮》〈喪服〉：「（傳曰）故未嫁從父，既嫁從夫，夫死從子。」顧寶田、鄭淑媛注譯《儀禮讀本》，三民書局，頁355，2002年。《列子》〈天瑞〉：「孔子遊於太山，見榮啟期行乎鄙之野，鹿裘帶索，鼓琴而歌。孔子問曰：『先生所以樂，何也？』對曰：『吾樂甚多。天生萬物，雖人為貴。而吾得為人，是一樂也。男女之別，男尊女卑，故以男為貴；吾既得為男矣，是二樂也。』」如果比較西漢時期成書之《禮記》〈禮運〉與秦前典籍《孔子家語》〈禮運〉之內容，則可知「男有分、女有歸」六字見於前者而為後者所無，楊朝明，《孔子家語通解》，頁368，萬卷樓，2005年。禮教宗法制度，漢後趨於嚴格，此為一證。

¹³ 黃源盛，唐律中的禮教法律思想，政大法學評論第58期，頁13，1997年12月。

¹⁴ 黃源盛，「禮刑之間——從供養有關到遺棄尊親屬」，法制史研究第23期，頁69，2013年6月。

¹⁵ 瞿同祖，中國法律與中國社會，里仁，頁15，1994年。

¹⁶ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁10-11，自版，2011年。

是隨著社會發展，母系社會逐漸為父系社會及儒家禮教所取代，而宗法制度同時也有助於統治者鞏固權力，由於父系社會需要辨識嫡長子(即宗子)以求取父子血統關係之明確，只須單方面要求女性守貞之故，一夫多妻的婚姻制度乃成為社會之普遍現象。

論者因而指出：「在夫妻關係上，我國傳統社會採取齊體主義...妻之人格為夫所吸收，妻唯夫馬首是瞻」、「夫為尊長，妻為卑幼」¹⁷。並且「母權是得之於父的，是因夫之妻的身分而得的」、「妻是從夫的，在治家上居於輔從的地位」¹⁸。另根據郭店楚簡佚書《六德》：

君子不啻明乎民微而已，或以知其一矣。男女不辨，父子不親；父子不親，君臣亡義。是故先王之教民也，始於孝弟。君子於此一冊者亡所法。是故先王之教民也，不使此民也憂其身、失其冊。孝，本也¹⁹。

從六德所謂「男女無別，則父子不親」的觀念，即可知古代「男女有別」而建立的婚姻秩序，在於貫徹父系宗法制度，利於鞏固統治關係，維持社會秩序。換言之，男女有別的婚姻秩序，乃是父系制度的產物。忠貞義務是身分義務，不是契約義務。

(二) 出禮入刑：國家用公權力懲罰違反家族父權秩序之人

古代法制係根據行為人所屬的身分，決定其所應適用之處罰。論者提到：「自漢以來，在法制上汲取了儒家的靈魂與法家的軀體，以『禮』為倫常的基模，以『刑』為循禮的鞭策；而中國舊律，自唐以降，其立法基礎既植根於禮教，而禮教又是建立於五倫之上，由於人倫有尊卑之別、上下之分、昭穆之序；因此，即使同一個行為，可能論以不同之罪或同罪但異罰，易言之，行

¹⁷ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁 10-11，自版，2011 年。

¹⁸ 瞿同祖，中國法律與中國社會，頁 17，里仁，1994 年。

¹⁹ 涂宗流、劉祖信，《郭店楚簡—先秦儒家佚書校釋》，頁 215，萬卷樓，2001 年。

為人所犯的罪行相同，法律每因行為人及被害者的身分、輩分、性別、甚至職業、族群的不同而差異其罪之適用，或分別其刑之重輕，有其明顯的『身份秩序』差等性。具體地說，父尊子卑、夫尊妻卑，禮所謂『尊尊也、親親也、男女有別』，在歷代法律中表現得淋漓盡致。」²⁰此中尤其強調妻子單方面貞操義務之遵守，且妻子一旦違反此義務，即破壞了男女有別的婚姻秩序，可以招致刑責。

根據唐律，女性被片面課予較重的貞操義務。夫可以納妾，且人數不受限制；反之，妻則無相同權利²¹。再按清律，男子與有夫之婦通姦，係侵害相姦人的夫權，固須接受處罰，但是妻子與夫以外任何男子通姦，都構成法律上的通姦罪²²。**可知，通姦罪在最初乃為維護夫權所設。**至清光緒二十八年(1902)，清廷因內外交迫之情事所迫，開始變法，邁開繼受近代歐陸法制的步伐。光緒三十三年，沈家本奏上《刑律草案》共 387 條，該草案第 278 條規定：「凡合姦有夫之婦，處四等以下有期徒刑，其相姦者，亦同。」²³按修律大臣所奏陳之「修訂大旨」，該草案之編定為「折衷各國大同之良規，兼採近世最新之學說，而仍不戾乎我國歷世相沿之禮教民情。」²⁴至民國初年『暫行新刑律』(1912)第 289 條仍沿襲《刑律草案》之規定：「和姦有夫之婦者，處四等以下有期徒刑或拘役。其相姦者，亦同」²⁵。在之後的『修正刑法草案』(1915)²⁶、『刑法第二次修正案』(1918)²⁷、以及『中華民國刑法』

²⁰ 黃源盛，「禮刑之間——從供養有關到遺棄尊親屬」，法制史研究第 23 期，頁 83~84，2013 年 6 月。

²¹ 參唐律戶婚律「義絕離之條」；黃源盛，唐律中的禮教法律思想，政大法學評論第 58 期，頁 13，1997 年 12 月。

²² 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，親屬法，頁 12，自版，2011 年。

²³ 黃源盛主編，晚清民國刑法史料輯注(上)，頁 156，元照，2010 年。

²⁴ 黃源盛主編，晚清民國刑法史料輯注(上)，頁 35，元照，2010 年。

²⁵ 黃源盛主編，晚清民國刑法史料輯注(上)，頁 475，元照，2010 年。

²⁶ 黃源盛主編，晚清民國刑法史料輯注(上)，頁 586，元照，2010 年。

²⁷ 黃源盛主編，晚清民國刑法史料輯注(上)，頁 720，元照，2010 年。

(1928)²⁸等版本中，**通姦罪**的條文均仍承襲維護夫權之精神，處罰「有夫之婦與人通姦者」²⁹。學者認為該等規定乃在傳達「夫對妻可不守所謂『貞操』義務，而妻則必守其婦貞」之精神，且如有違反者應屬「妨害夫權，破壞家庭，故刑法視為刑罰之根據」³⁰。「此種現象，表面上是有關法律與道德分合問題，究其根源，乃在於宗法倫理社會重視血統及男尊女卑的根深蒂固觀念。」³¹

綜言之，我國刑法選擇以刑罰處罰通姦者，乃係源自於傳統透過刑事手段處罰不守貞操婦女之制度設計，無非係憑藉禮教之治，在社會中以法律建立父系社會。對於古代的統治者來說，妻子對丈夫謹守貞操，關乎父系家族宗祧傳承與團體秩序之維持，而父系家族團體秩序又與社會秩序之穩定息息相關，故妻子是否對於丈夫守貞，不僅為家事而也是國事，從而「法入家門」、「出禮入刑」，以刑罰維繫婚姻之完整，乃是為了維護婚姻以外，社會之間更龐大而嚴密的身分差等秩序。法律乃將伸手進入家門，以公權力懲罰違犯禮教、威脅家國的犯姦妻。

(三)從「家國相通」到沈家本的法律平權改革

然而，到了清末民初，傳統的禮教入法、以刑循禮的法制秩序開始受到衝擊。在西方憲法思想輸入以前，對於習慣於身分差等秩序社會的大清君主臣民而言，「平等的觀念可能會令人難以理解、理解之後卻又感到不可思議。」³²光緒年間(1907)，沈家本

²⁸ 黃源盛主編，晚清民國刑法史料輯注(上)，頁 982，元照，2010 年 7 月。

²⁹ 值得一提的是，在『中華民國刑法』(1928)第 256 條：「有夫之婦與人通姦者，處二以下有期徒刑；其相姦者，亦同。」其理由(暫行律)謂：「本條於姦淫行為中，僅罰強姦及有夫和姦，而無處罰其於純然私通野合之條文，論者謂與中國禮教相反，宜將和誘處女寡婦等罪名加入，然據編訂者之意，謂此種行為，當依家庭教育、學校教育及輿論制裁以防止之，非刑罰所能矯正也。」參黃源盛主編，晚清民國刑法史料輯注(下)，頁 982，元照，2010 年。如果認為和誘處女寡婦等與中國禮教相反之行為，得透過教育及輿論防止之，何以與人通姦仍須以刑罰繩之？是否代表，該時的中國社會，對於倫理與法律之界線，已開始能有所分辨？

³⁰ 黃源盛，西法東漸中無夫姦存廢之爭，政大法學評論第 91 期，頁 89~90，2006 年 8 月。

³¹ 黃源盛，民國十七年的舊刑法與司法實踐，輔仁法學第 47 期，頁 24，2014 年 5 月。

³² 李念祖，從陌生到顯赫——平等條款入憲史談片，法制史研究第 24 期，頁 270，2013 年 12 月。

認識到平等思想關係到制度的根本變革，故下大決心幡然於向慈禧及光緒呈上奏摺建議廢奴³³：

方今朝廷頒行憲法，疊奉諭旨，不啻三令五申，凡與憲法有密切關係者，尤不可不及時變通。買賣人口一事，久為西國所笑，律例內奴婢各條與買賣人口事實相同，此而不早圖禁革，與頒行憲法之旨，願相違背。

並曾言³⁴：

立憲之國，專以保護臣民權利為主。現行律中，以階級之間如品官制，使良賤奴僕區制最深，殊不知富貴貧賤品類不能強使齊，等同隸併懣，權由天墜，於法律實不應有厚薄之殊。

當時視天下臣民為奴僕的「予一人」尚存，滿朝官員不分滿漢，何人府中無奴？沈家本清楚認知平等為憲法之根本與基礎，蓄奴制度與憲法絕不相容，數千年奴隸制度因其奏而終遭廢除³⁵。沈家本的法律平權改革，首先開啟了千百年來平等入憲的契機。而基於男女有別之婚姻所設的通姦罪，進入民國之後，也可觀察到某些邁入平權的改變。

按民國 24 年公布的『中華民國刑法』(1935)，關於通姦罪之審議修正，當時有三種意見：第一，完全不規定通姦罪處罰條文，第二，主張原先處罰「有夫之婦與人通姦者」之版本，第三，主張處罰「有配偶者與人通姦」者。根據學者整理當時的起草章程，乃經多方折衝討論，其中，部分立法委員如黃右昌以及史尚寬等

³³ 沈家本乃於《修訂法律大臣奏遵議滿漢通行刑律摺》提及此議，參《沈家本全集》(北京：中國政法大學，2010 年)，卷二，頁 458-460；卷四，頁 624-627。沈氏並言及「現在歐美各國均無買賣人口之事，係用尊重人格之主義，其法實可取。」

³⁴ 語出《欽定大清現行刑律》(宣統朝)，奏疏，宣統二年(1911)四月。收入《清代各部院則例》，第 32 冊，蝠池書院，2004 年；轉引自黃源盛，黃源盛，從傳統身份差等到近代平權立法——兼論沈家本的法律平權理念及其變革，載於：法律繼受與近代中國法，頁 310，自刊，2007 年。

³⁵ 李念祖，從陌生到顯赫——平等條款入憲史談片，法制史研究第 24 期，頁 273，2013 年 12 月。

曾主動提案要求刪除處罰有夫之婦與人通姦的條文，亦有當時之婦女團體推舉代表請願，以致於原條文先由「有夫之婦與人通姦者」改為「有配偶而與人通姦者」，再由「有配偶而與人通姦者」改回「有夫之婦與人通姦者」，最終則再改回「有配偶而與人通姦者」，三改後而定案，自此成為我國現行刑法第 239 條通姦罪之處罰依據³⁶。對此，論者認為：「至是，夫妻間的貞操義務，刑法上通姦罪與民法上男女互負貞操義務遙相呼應，無復重輕，在法律上男女地位可謂趨於平等。」³⁷其實，此處所指平等，僅可謂條文形式上的平等，刑法第 239 條實際上之操作，仍難擺脫父系社會男性優越之體質文化，其詳容後述之。

(四) 從身份到契約：基於個人平等自由意志締結的婚姻契約秩序

如今，婚姻已脫離過去父系社會依照家父長意志而建立的家族連結秩序(禮法)與身分關係。當代婚姻乃是依照當事人之平等自由意志所締結的契約關係。因此，婚姻制度跨入當代後，已經產生了「從身分到契約」之質變。從而針對過去在男尊女卑的身分差等秩序下，為施行父權而設立的通姦處罰規定，踏入到現代，是否合於現代婚姻之平等契約本質，已是無可迴避之問題。

從婚姻契約之本質觀察，作為對向犯³⁸的通姦者及相姦者，其可責性程度非無區別。婚姻制度既然已從「身分到契約」，現代夫妻所締結之婚姻契約，之所以應互負忠誠義務，不再是基於父系社會所預立的身分誡命，而是基於彼此的自由意志所為之平等承諾。根據我國司法實務，如果任何一方不忠，發生通姦行為，

³⁶ 蔡樞衡，修正新刑法通姦規定反覆修改之社會的意義，法律評論第 12 卷，19 期及 23 期，1935 年 3 月、4 月；楊幼炯，近代中國立法史，頁 386-387，台灣商務，1966 年 6 月。

³⁷ 論者又提到：「此等平等立法精神，事實上究能貫徹至何程度？就當時而論，問題仍多。」參黃源盛，『西法東漸中無夫姦存廢之爭』，政大法學評論第 91 期，頁 90，2006 年 6 月。

³⁸ 對向犯學理上又稱對立犯或對合犯，指以二人以上的對向行為為必要所實現的犯罪。參甘添貴，謝庭晃，捷徑刑法總論，頁 249，瑞興，2004 年 4 月；蔡墩銘，刑法總論，頁 262，三民，2011 年 9 月；林山田，刑法通論(下冊)，頁 153，自版，2008 年 1 月；林鈺雄，新刑法總則，頁 489，元照，2019 年 9 月。

辜負他方信任而使家室和諧因此破壞，即屬違反婚姻義務而得請求民事上的賠償³⁹。因此，我國民法下所謂夫妻間「忠誠義務」乃屬人義務，亦即為婚姻契約之當事人始應負擔之義務。婚姻契約外的第三人則是基於婚姻公示性、對世性，而負有尊重他人婚姻契約之義務；惟此義務與夫妻間之忠誠義務內容當然不同，其主要差別在於是否負擔無過失責任。第三人對於婚姻之尊重義務取決於，如果第三人並無認識行為對象乃是他人之配偶，而無過失者，應無侵權行為責任之可言。相較下，配偶身為婚姻契約之當事人，必須「不與配偶以外之人通姦」，發生婚外性行為時，違反婚姻契約下忠誠義務的仍然是為通姦行為的一方配偶，因其負有婚姻契約關係的原生義務，其可責之程度顯然高於婚姻關係外的第三人——不負無過失侵權行為責任的第三人。當婚姻制度本質從身份轉變為契約，忠實婚姻契約之責任首先是兩個人之間的事，其次才由法律論究第三人不侵犯婚姻的法律責任之有無。從另一角度說，如無配偶之違法行為存在，不可能成立通姦罪；配

³⁹ 參最高法院 100 年度台上字第 1355 號民事判決：「倘被上訴人與劉哲俊於離婚前五日期間以前，曾有多次相姦行為，並維持婚外情親密情誼，致影響上訴人與劉哲俊間夫妻生活之圓滿和諧，劉哲俊甚而與上訴人協議離婚，則劉哲俊陳述其與被上訴人於離婚前五日期間仍有相姦行為，是否顯然悖於常情而全然不可採？並非無疑。倘被上訴人與劉哲俊二人於該期間內雖無相姦行為，然二人並未分手，依然保持有婚外情誼之親密異性友人關係，是否仍應屬侵害上訴人配偶權益之侵權行為，始符情理？非無研求之餘地。」；最高法院 88 年度台上字第 1549 號民事判決：「按婚姻係以夫妻之共同生活為其目的，配偶應互相協力保持其共同生活之圓滿、安全及幸福，而夫妻互守誠實，乃為確保其共同生活之圓滿、安全及幸福之必要條件，故應解為配偶因婚姻契約而互負誠實之義務，配偶一方行為不誠實，破壞共同生活之圓滿、安全及幸福者，即為違反因婚姻契約之義務而侵害他方之權利，故有配偶而與人通姦者，係故意以背於善良風俗之方法加損害於配偶之他方，依民法第一百八十五條共同侵權行為之規定，應與相姦人連帶負損害賠償責任。」；最高法院 55 年度台上字第 2053 號民事判決：「通姦之足以破壞夫妻間之共同生活，而非法之所許，此從公序良俗之觀點可得斷言，不問所侵害係何權利，對於配偶之他方應構成共同侵權行為，再按婚姻係以夫妻之共同生活為其目的，配偶應互相協力，保持其共同生活之圓滿安全，及幸福，而夫妻互守誠實，係為確保其共同生活之圓滿安全及幸福之必要條件，故應解為配偶因婚姻契約而互負誠實之義務，配偶之一方行為不誠實，破壞共同生活之圓滿安全及幸福者，即為違反因婚姻契約之義務，而侵害他方之權利。」；最高法院 41 台上 278 號民事判決：「按夫對於妻在現行法上並無何種權利可言，他人與其妻通姦，除應負刑事責任外，固無所謂侵害夫之權利，惟依社會一般觀念，如該他人明知為有夫之婦而與之通姦，不得謂非有以違背善良風俗之方法加損害於人之故意，苟夫確因此受有財產上或非財產上之損害，依民法第一百八十四條第一項後段，自仍得請求賠償損害。」；最高法院 49 年度台上字第 489 號民事判決：「民法親屬編施行後，夫權制度已不存在，明知有夫之婦而與之通姦，對其夫應負賠償責任者，係以家室和諧因此破壞，使其夫在精神上不免感受痛苦之故，若夫已納妾，與其妻之感情本不融洽，則家室和諧並非因其妻與人通姦而破壞，其夫既無所謂受非財產上之損害，自無請求賠償之可言。」

偶之出軌行為才是通姦罪的要素，對向犯不是。因此，如果通姦罪之最終結果是「罰小三不罰配偶」，此顯然不符合婚姻契約之本質，亦無法通過憲法比例原則之檢驗。

三 通姦罪為傳統父系制度文化的遺留，與憲法第 7 條、第 23 條、憲法增修條文第 10 條第 6 項、以及釋字第 666 號解釋牴觸

(一) 釋字第 748 號解釋已重新檢視婚姻之定義，釋字第 554 號解釋亦應重為檢視

首先，應思考釋字第 554 號解釋是否應予補充或變更。按我國目前司法實務認為刑法第 239 條之通姦行為以「男女間性行為」者為限⁴⁰，法務部也曾提出研究意見，認「婚姻」既存於異性之間，且我國法令目前尚未明文納入同性「婚姻」，故通姦罪僅適用於異性之間的性行為⁴¹。釋字第 748 號解釋於 106 年 05 月 24 日公布後，司法院釋字第 748 號解釋施行法亦已於 108 年 5 月 22 日施行，相同性別之兩人得以辦理結婚登記，則相互結合而完成登記之同性是否有刑法第 239 條規定之「配偶」身分適格？若依我國目前司法實務僅於異性之配偶有其適用，有無歧視異性性傾向者之顧慮？不能無疑。乃有必要在釋字第 748 號解釋公布後，就釋字第 554 號解釋重為討論應否予以相應之補充或變更。

(二) 釋字第 554 號未提及的社會性別歧視

依釋字第 554 號解釋，基於婚姻制度之存續與美滿，國家得制定相關規範約束夫妻雙方互負忠誠義務，且性行為自由應受婚姻與家庭制度之制約。刑法第 239 條對於通姦者、相姦者處一年以下有期徒刑之規定。

「固屬於對人民之性行為自由有所限制，惟此為維護婚姻、

⁴⁰ 參最高法院 45 年台上字第 1149 號判例、62 年台上字第 2090 號判例。

⁴¹ 參法務部(87)法檢(二)字第 02560 號。

家庭制度及社會生活秩序所必要。」

為免此項限制過嚴，已對於通姦罪附加訴追條件，於同法第二百四十五條第一項規定通姦罪為告訴乃論，以及同條第二項經配偶縱容或宥恕者，不得告訴。

此乃立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間，而與憲法第 23 條比例原則之規定尚無違背。

另一方面，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。此為刑事訴訟法第 239 條所明定。最高法院 104 年度台非字第 273 號刑事判決乃認為現行刑事訴訟法第 239 條但書係為保障告訴人與通姦人之間的「夫妻情義」與「家庭和諧」而設，目的在促使告訴人與通姦人所共築的婚姻關係得以繼續延續⁴²。

由上可知，刑法第 239 條以及刑事訴訟法第 239 條之旨均在家庭與婚姻制度之維護⁴³。又刑事訴訟法第 239 條之規定係為實現刑法第 239 條之罪所隨設，大院如果宣告刑法第 239 條違憲，刑事訴訟法第 239 條即失所附麗。故本案之討論，應將兩個法條(以下亦合稱"系爭規定")合併觀察，並以刑法第 239 條為討論核心。

系爭規定以維護家庭與婚姻制度為標榜，但在實際適用上，

⁴² 最高法院 104 年度台非字第 273 號刑事判決乃認為：「刑事訴訟法第二百三十九條但書規定：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。此為告訴不可分原則之例外規定。乃告訴人常有本於夫妻之情義，對於配偶有所宥恕者，而對相姦者則未必然，若一併使其撤回之效力及於必要共犯之相姦者，實有乖人情，故設此例外規定。換言之，告訴人得以單獨對通姦之配偶撤回告訴，乃為顧及婚姻關係中之夫妻情義、家庭和諧，夫妻可以早日脫離訴訟關係，重修舊好，破鏡重圓，促使婚姻關係得以繼續延續。」

⁴³ 釋字第 569 號解釋：「惟訴訟權如何行使，應由法律予以規定；法律於符合憲法第二十三條意旨之範圍內，對於人民訴訟權之實施自得為合理之限制。刑事訴訟法第三百二十一條規定，對於配偶不得提起自訴，係為防止配偶間因自訴而對簿公堂，致影響夫妻和睦及家庭和諧，為維護人倫關係所為之合理限制，尚未逾越立法機關自由形成之範圍。」可知大院曾經肯認立法者得基於「人倫關係」、「家庭和諧」等目的，對於人民之訴訟權為一定限制。

卻蔓生出平等原則的問題。

按憲法第七條所揭示之平等原則，非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。法律為貫徹立法目的，而設處罰規定時，如因處罰對象之取捨，而形成差別待遇者，須與立法目的間具有實質關聯，始與平等原則無違。此觀釋字第 666 號解釋意旨甚明。

根據我國法務部於 108 年 6 月所發布的「妨害婚姻及家庭罪案件統計分析」(下稱 108 年統計分析)⁴⁴，自 98 年至 108 年 4 月為止，犯包含刑法第 237 條重婚罪、第 239 條通姦罪、第 240 條和誘罪、第 241 條略誘罪等妨害婚姻及家庭罪案件者，一共 6,448 名被告被起訴，其中以犯第 239 條通姦罪者為大宗(佔 93.6%)，共 6,036 位。又上開被以通姦罪起訴的 6,036 位被告當中，男性僅佔 2,883 位，女性則多達 3,153 位⁴⁵。

進入到審判後，共有 568 位女性被告獲有罪判決，遠遠多於 480 位男性被告。若進一步區分被訴罪名究竟是通姦或相姦(統計自 105 年開始)，被起訴相姦的女性共 593 位(其中 376 位被定罪)，遠多於因相姦被起訴的 416 位男性(其中 266 位男性被定罪)。又，因通姦被起訴的 805 位被告(男性 457 位、女性 348 位)當中，有 220 位男性因告訴權人撤回告訴而獲不受理判決，顯然多於因告訴權人撤回告訴而獲不受理判決的 139 位女性⁴⁶。至於偵查中，也有明顯為數較多的男性(1,091 位)因配偶撤回告訴而獲得不起訴處分(女性只有 769 位)⁴⁷。

⁴⁴ http://163.29.130.186/RJSDWeb/common/WebListFile.ashx?list_id=1654 (最後瀏覽日期 2020 年 3 月 25 日)

⁴⁵ 參 108 年統計分析表 2。

⁴⁶ 參 108 年統計分析表 5。

⁴⁷ 參 108 年統計分析表 4。

由上可知，根據法務部的統計數據，以刑法第 239 條而言，實務上有比較多的女性被起訴、定罪(主要是相姦行為)。相對地，不論是偵查中或進入審判後，受惠於刑事訴訟法第 239 條但書之規定，有明顯較多的男性因告訴權人撤回告訴而免受刑法第 239 條之控訴。出軌的先生往往容易被女性配偶宥恕，而與有婦之夫為性行為的女性(小三)也通常因撤回效力不及於而成為唯一遭到刑法第 239 條控訴、定罪者⁴⁸。

因此，釋字第 554 號解釋所未曾說明的是：「性別社會歧視問題」。縱使系爭規定係為「維護家庭和諧、促使婚姻關係得以延續」而立，但實際上操作的結果卻是以維護出軌男性的家庭和諧為主，幫助出軌男性的婚姻關係得以延續。本條但書雖形式上未區分男女，而僅係分別通姦、相姦者，然適用上及實質上對待男女仍厚薄有殊。女性相姦人往往必須獨自面對通姦罪之控訴與處罰，為通姦行為的男性配偶通常能獲得他方配偶事後宥恕(即可分地撤回告訴)，而免於刑罰。此無異已是一種獨厚通姦男性而單方面懲罰相姦女性之立法⁴⁹，明確構成釋字第 666 號解釋所謂「表面上中立，實質上存在歧視」的情形⁵⁰。如此現象，是否意味著，我國社會仍然在默許以刑事法律維繫父系社會？民國 91 年 12 月 27 日釋字第 554 號公布前後，法律學者對於通姦除罪化的呼籲不斷⁵¹，即非無故。

⁴⁸ 此外，當通姦夫因配偶的宥恕而脫離刑事偵查或審判時，因通姦係對向犯，如通姦夫從原先被告的身分轉為證人，待證事實為有無發生性行為以及對向犯是否明知性行為對象已婚，其證詞將陷小三於明顯不利之處境。形同通姦夫與原配偶聯合追訴女性對向犯。也有限制女性對向犯訴訟權行使之虞。

⁴⁹ 論者認為：「刑法上通姦罪的規定固然性別中立，在性別不平等的現實中，通姦罪仍舊是作為處罰出軌妻子與女性第三者的利器，丈夫相較於外遇的妻子與第三者較少受到通姦罪的懲罰」參陳昭如，婚外性的罪與罰，台灣法學雜誌第 223 期，頁 12，2013.5。

⁵⁰ 相同意旨，可參釋字第 666 號解釋理由書：「系爭規定既不認性交易中支付對價之一方有可非難，卻處罰性交易圖利之一方，鑑諸性交易圖利之一方多為女性之現況，此無異幾僅針對參與性交易之女性而為管制處罰，尤以部分迫於社會經濟弱勢而從事性交易之女性，往往因系爭規定受處罰，致其業已窘困之處境更為不利。系爭規定以主觀上有無意圖得利，作為是否處罰之差別待遇標準，與上述立法目的間顯然欠缺實質關聯，自與憲法第七條之平等原則有違。」

⁵¹ 甘添貴，刑法各論(下)，頁 301-302，三民，2013 年 6 月；林山田，刑法各論罪(下冊)，自版，頁 498-501，2006 年 11 月；黃榮堅，論通姦罪的除罪化，刑罰的極限，元照，頁 11-12，1994 年 4 月。

(三) 刑法第 239 條與刑事訴訟法第 239 條但書不存在區分性別的極重要公益目的，也無或特殊例外情形

姑且不論通姦罪實際上能否有效預防配偶之不貞行為，因系爭規定涉及基於男女性別所為之差別待遇，基於憲法增修條文第 10 條第 6 項對國家課以排除社會性別歧視之義務，復涉及刑事處罰之動用，侵犯或威脅人身自由，誠有適用嚴格審查基準 (strict/heightened scrutiny) 之必要，亦即國家的法律手段與達成某一極重要公益目的 (compelling interest) 之間，需有直接的實質關聯性。次按釋字第 744 號解釋，所謂特別(極)重要之公益目的，係指為「防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害」。

另一方面，根據釋字第 365 號解釋理由書：

「『中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等』『國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等』，憲法第七條及憲法增修條文第九條第五項，分別定有明文。...因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。」

可知**有關性別，國家應以無差別待遇為原則**，只有在上開理由書所稱「須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同」之情形，國家始能例外為男女之區別。

查系爭規定固然以家庭與婚姻制度之維護為其標榜，已如前述。然而，論者也指出，一個欠缺感情基礎的婚姻，不可能是法律所要追求的目的，難以想像國家企圖藉由立法製造夫妻間的感情

情義務⁵²。「訂立婚姻契約的雙方當事人，應以愛情與麵包經營婚姻關係，而不能依賴刑罰，做為保護婚姻的工具，正如同支票的發票與收款人(或執票人)，必須依賴彼此的信用，而非依賴支票刑罰的制裁，來達成支票做為支付工具的立法目的。」⁵³今日的婚姻制度，乃基於私人間自由意志所締結，不可復從古代家國相通的概念理解。夫妻情義之周全或家庭關係之和諧，原屬民事，理應由家庭成員共同維護，而與「防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即、及難以回復危害」並無必要關聯。刑法第 239 條處罰通姦相姦行為，再輔以刑事訴訟法第 239 條但書撤回告訴不可分的例外規定，兩者交互作用，不啻係在助長以夫為尊之刻板社會意識的支配作用，不能認為是極重要之公益目的。此等基於性別所為的差別立法，亦毫無任何基於男女生理差異或因此差異所生之社會生活功能角色所生的特殊例外情形存在。綜言之，此基於性別所為的差別立法，與釋字第 365 號解釋保障性別平等以及釋字第 666 號解釋所揭櫫之性別實質平等保障，顯然有違。

(四) 通姦罪追訴制度庇蔭復仇之刑罰目的，非憲法所許

按系爭法規既應採嚴格審查基準，則依釋字第 744 號解釋以及黃昭元大法官所提釋字第 744 號解釋協同意見書之意旨，系爭法規原則上應推定為違憲，並應由政府機關負舉證責任，證立系爭規定之合憲⁵⁴。次按以復仇為刑罰目的之法律並非憲法所許。釋字第 551 號解釋理由指出，行為人負擔刑事責任應以其行為本身惡害程度予以評價，以同害之原始報應刑思想為出發點的刑事處罰，將產生罪刑不相對應之問題，而與憲法第 23 條比例原則有違

⁵² 黃榮堅，論通姦罪的除罪化，刑罰的極限，元照，頁 11-12，1994 年。

⁵³ 林山田，刑法各論罪(下冊)，自版，頁 500，2006 年 11 月

⁵⁴ 參黃昭元大法官所提釋字第 744 號解釋協同意見書：「本號解釋所稱『系爭規定之立法資料須足以支持...』等語，就是進一步強調：在嚴格審查標準之下，應依本院調查所得或(及)政府機關所提出之相關立法資料，去證立系爭規定之目的及手段合憲。如相關立法資料無法證立，系爭規定即屬違憲。...本院自應盡量舉行言詞辯論或說明會，並明確要求政府機關提出立法資料以證立受審查法令之合憲，以求程序完備。」

⁵⁵。論者從刑罰論觀點出發，認為人與人之間應報復仇，將對於整體社會利益產生惡性循環的作用⁵⁶，至不足取法。

實則，民主憲政社會重視人性尊嚴價值，任何以復仇為目的之刑罰規定，都與當今憲政秩序嚴重扞格；而植基於「以牙還牙」、「以眼還眼」原始正義觀的應報思想，將賠償與懲罰混為一談，開啟民刑不分，以刑逼民之淵數；以復仇作為目的之刑事立法，不能符合限制人權立法應具備「防止妨害他人自由，避免緊急危難維持社會秩序，增進公共利益」等正當目的之憲法誠命，在憲法上並無立足之地。應報思想始於古代社會，或因迷信神權，或因偏於感情直覺，而迷信可以應報手段發揮刑罰功用。自刑事法思潮言之十八世紀之後，刑法思想激盪，應報思想亦不足以滿足正義之要求，東西社會同斯一理，人類滿足正義感之方法由嚴酷趨於寬和，由感情之發洩趨於合理之建設，而由應報觀念趨向於威嚇警戒之一般預防，其後更進而注重教育改善之特別預防，以維持社會秩序為目的之立法，譴責手段，僅以警戒社會所必要者為限，與憲法比例原則之要求，亦若合符節。

質言之，刑法第 239 條之實際操作結果，即是一種報復對方對婚姻不忠誠的工具⁵⁷。通姦罪實質上成為基於應報思想的私刑法律，配偶透過通姦罪的刑事裁判與刑事訴訟的偵審過程，懲罰第三者，實與一般預防或特別預防等法政策關連甚微，此種助長復

⁵⁵ 參釋字第 551 號解釋理由：「然同條例第十六條規定：『栽贓誣陷或捏造證據誣告他人犯本條例之罪者，處以其所誣告之罪之刑。』此項規定係承襲原戡亂時期肅清煙毒條例第十五條規定而來，固有其時代背景及立法政策之考量，然與該條例規定製造、運輸、販賣、施用、轉讓、持有或栽種毒品等行為之不法內涵及暴利特質兩不相侔，逕依所誣告之罪反坐，顯未考量行為人之誣告行為並未涉及毒品或其原料、專供施用器具等之製造、散布或持有，亦無令他人施用毒品致損及健康等危險，與該條例肅清煙毒、防制毒品危害之立法目的與嚴於其刑之規定，並無必然關聯，而未顧及行為人負擔刑事責任應以其行為本身之惡害程度予以非難評價之刑法原則，強調同害之原始報應刑思想，以所誣告罪名反坐，所採措置與欲達目的及所需程度有失均衡；其責任與刑罰不相對應，罪刑未臻相當，與憲法第二十三條規定之比例原則未盡相符。」

⁵⁶ 黃榮堅，基礎刑法學(上)，頁 14-17，元照，2012 年。

⁵⁷ 林山田，德國胡思錄(下)，頁 163 以下，前衛，1995 年。

仇的刑罰規定，即與憲法第 23 條之比例原則相牴觸⁵⁸。

(五) 通姦罪法入家門並非維護家庭與婚姻制度的最小侵害手段

刑法第 239 條雖有維護家庭與婚姻制度完整圓滿之目的，但學說上認為欲以刑罰來達成此目的，根本是緣木求魚。按有配偶之人與他人性交，雖為法律與道德觀念所不容，但終究屬於私人之事，如以刑罰強行介入，反而可能導致婚姻破裂之結果⁵⁹。縱使認為刑事處罰得以達成維繫家庭與婚姻完整美滿之目的，刑法第 239 條也不是一個較小侵害的手段。

欲達成家庭與婚姻之維繫，至少還有兩種較小侵害之途徑可資對照。第一，民事賠償制度原已可達相同之目的，無須國家耗費司法資源發動刑罰權。第二，將刑法第 239 條後段「其相姦者亦同」之規定刪除，亦可減少性別歧視之作用。

首先，系爭規定原係民事制度刑事化之結果，但其實踐，卻有國家刑罰制度民事化的現象。根據前開法務部統計數據可知，從 105 年至 108 年 4 月間，共有 1048 位有罪者，其中高達 1046 位獲判有期徒刑 6 月以下，佔 99.8%(其餘 2 位是判拘役或免刑)⁶⁰，均屬於依法得易科罰金之情形。從結果論，此與侵害配偶權的民事賠償制度無異，為通姦行為者均可以支付金錢為其行為代價，已形同是國家刑罰權的民事化，亦即，多數被判刑的行為人，都是「繳錢了事」。國庫反而與被害人處於競爭金錢給付的狀態。通姦罪在操作上皆是「繳錢即足以了事」，政策上又何需國家額外動用刑事訴訟之偵查及審判？何不讓受本罪刑之宣告者將原應繳納給國庫的罰金，轉換為民事賠償？將刑法第 239 條宣告違憲，「刑法退出家門」以容婚姻契約之糾紛留在民事法律的領域解

⁵⁸ 我國獨有之自訴制度，源於應報思想，而將國家刑罰權的發動取決於人民，助長以刑逼民之私刑化疑慮，本案系爭法規，亦足資證明。

⁵⁹ 甘添貴，妨害婚姻與口交通姦，台灣法學雜誌第 42 期，頁 149，2003 年 1 月。

⁶⁰ 參 108 年統計分析表 5。

決，透過民事求償機制的強化健全(例如舉證責任的減輕或移轉、提高損害賠償額)，使違法者負擔更重的賠償責任，應屬侵害較小，而效益較大之法律手段。

或有認為，雖然多數犯本罪之行為人獲判 6 月以下有期徒刑而得易科罰金，但行為人在偵審程序中仍有某種程度教化、法治教育及預防再犯之功能⁶¹。然而，統計上有高達 99.8% 的受本罪刑之宣告人終究「繳錢了事」，以新台幣 1000 元、2000 元、或 3000 元折算一日刑期，試問偵審過程能有多少教化、法治教育而應給予更多的教化，或預防再犯之功能？刑事訴訟程序是要偵審人員「作之君」「作之師」以行教化嗎⁶²？婚姻契約之違反，動用整套刑事偵審程序來進行所謂教化、法治教育或預防再犯的工作，不是維繫婚姻制度的必要手段。且不論偵審程序是否真的能達成教化、法治教育及預防再犯之功能，國家在刑事實務上放棄教化或教育通姦男性而獨獨教化相姦女性，其本身亦是性別歧視之舉指。何況並無可信之任何數據支持女性對向犯有更高的再犯率。

其次，通姦配偶行為可責程度高於對向犯，已如前述。如果我們直接揚棄「相姦人都是狐狸精，通姦配偶只是犯了全天下男人都會犯的錯」這類性別刻板意識基調。實際上每一個通姦行為事實的發生，結果上真正破壞配偶信賴，違反婚姻契約忠誠義務者，是通姦配偶。相姦人做為婚姻契約外之第三人，固應尊重他人家庭，但終究並非婚姻契約當事人，無論如何通姦配偶之可責性必定遠高於相姦人。反之，真正能有效維繫家庭與婚姻、完滿履行神聖婚姻契約的，也是雙方配偶(畢竟婚姻契約外的第三者眾)。故，如果刑法第 239 條只單純處罰「有配偶而與人通姦者」，而無後段處罰相姦者之條文，釋字第 554 號所揭櫫之制度目的，

⁶¹ 參立法院第 9 屆第 1 會期第 7 次會議議案關係文書，105 年 1 月 14 日法務部關於刑法通姦罪修法方向說明函，頁 598。

⁶² 《尚書》〈泰誓〉：「天佑下民，作之君，作之師，惟其克相上帝，寵綏四方。」錢宗武、江灝譯注，《尚書》，頁 222，臺灣古籍出版社，1996 年。

亦可完全達到。

若係如此，處罰對向犯之規定即非屬必要之限制。民國 24 年中華民國刑法公布後，立法者縱使將原先處罰「有夫之婦與人通姦者」之規定修正為用語形式上中性的「有配偶之人與人通姦」，惟父系社會片面要求女性守貞的罪罰精神，依存在現行刑法第 239 條之上，猶如附骨之蛆。申言之，即令進入到民主自由憲政體制後，婚姻制度已然從「男女有別」的身分差等質變為「自由締結」的婚姻契約，古代一夫多妻制度也逐漸被一夫一妻制所取代，然而多年來我們的立法者未能一併刪去通姦罪此一深受父系制度文化支配的傳統規範，乃無法避免使得女性之對向犯繼續因其性別的緣故成為婚姻制度轉變下的犧牲者。

所應注意者，刪除對向犯固然是個選項，然若採此選項，大院則須進一步指明，釋字第 748 號解釋之後，系爭規定中「配偶」一詞，是否將因性傾向之不同而異，其應如何適用的問題。

綜之，系爭規定不僅造成對女性的實質性別歧視，究其本質，告訴乃論而可選擇性撤回告訴，更已成為滿足復仇心理的應報刑罰。不論是刑法第 239 條或刑事訴訟法第 239 條但書，不具目的正當性，也非維護家庭與婚姻制度之最小侵害手段，與憲法第 7 條、第 23 條、憲法增修條文第 10 條第 6 項以及釋字第 666 號解釋意旨，均生嚴重衝突。釋字第 554 號解釋應予變更。

四 大法官應依憲法增修條文第 10 條第 6 項及釋字第 666 號解釋之意旨，竭力消除系爭條文所生實質上之性別歧視

憲法增修條文第 10 條第 6 項規定，國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。此一規定，乃係鑒於社會上性別歧視之現象嚴重，亟待公權力積極加以破除之故。根據釋字第 372 號解釋意旨，司法亦有義務依照憲法增修條文第 10 條第 6 項之規定，以積極作為破除性別歧視之社會現象。

從前述法務部統計數字可知，雖然實務上有更多的男性出軌者受到妻子的通姦罪控訴，但是，男性通姦罪被告獲得告訴權人宥恕而事後撤回告訴的機率也較高。此現象受到「男尊女卑」思想的影響明顯。然而，其實際結果是，對於通姦行為應負擔最主要責任的丈夫，受既有法制之惠，而免於受到刑事處罰。甚且，在妻子即告訴權人撤回對其之告訴後，出軌者搖身一變成為入女性相姦人於罪的「關鍵證人」，其證詞不論對於相姦行為的存在或犯罪故意之證明，都幾乎能收一錘定音之效。其實際結果是，真正應該對於通姦行為負最主要責任的丈夫，與告訴權人即妻子共同懲罰婚姻契約外之第三人。男性的婚姻出軌者，仍因易於得到宥恕而使得異性之對向犯單獨受到刑事制裁，享受其繼續優越的社會地位，此一結果完全符合「男尊女卑」的社會常識認知。

通姦行為本質為民事侵權行為，通姦人基於婚姻契約，負有忠誠義務，違反該義務乃侵害他方配偶之配偶權。此為我國司法實務向來之見解，已如前所述。當婚姻制度之本質從禮教預立的不平等「身分」轉變平等締結的「契約」，通姦行為本質上是違反民法義務之行為。只是現行民法對於僅僅透過重婚、離婚等條文邊際地形塑夫妻忠誠義務，卻未明文揭示「配偶不得與他方配偶以外之人為性行為」以及「任何人不得與他人之配偶為性行為」之民法義務；反而是舊日為「身分」婚姻而設的通姦罪處罰規定繼續遁入現代刑法典，「規範之時差錯置」，導致帶有男尊女卑刻板意識之民間社會，對於通姦行為之處罰抱有錯誤的期待，受到「男尊女卑」思想壓迫的女性，迄今乃仍然活在一個性別歧視的社會中。法律（刑法第 239 條暨刑事訴訟法第 239 條）容認並授權檢察機關依照配偶之選擇，只起訴女性相姦人，而不起訴原應負擔婚姻守貞義務之主要義務人即其丈夫時，不啻在實質上允許公權力成為男尊女卑刻板社會意識繼續歧視女性的幫兇。此際，公權力一方面實質上違反憲法第七條應該平等對待性別的誡命；另一方面，也懈怠了，同時也產生了，國家或憲法機關依據憲法增修條文第十條第六項消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等的憲法義務。

系爭規範不僅違反憲法第 7 條平等原則以及第 23 條比例原則，對於社會性別歧視復又長期推波助瀾，國家自有義務依憲法增修條文第 10 條第 6 項，積極破除通姦罪所造成社會性別歧視現象。

另一方面，根據釋字 371 號解釋意旨，法官有優先適用憲法審判之義務，如個案審判時對所應適用法律，本於其合理確信而認有牴觸憲法之疑義時，各級法院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，聲請大法官解釋。換言之，法官聲請釋憲，是為義務，而非權利⁶³。又法官聲請釋憲並非代表個案當事人爭取權利，而是基於個案上已無合憲性解釋之空間，確信通案抽象規範違憲，進而發動學理上所說「純規範控制」型態的違憲審查。

本件聲請解釋案，先後分別有來自苗栗、雲林、花蓮、桃園、高雄、台中、台北等地方法院法官提出多達 15 份之釋憲聲請書，姑不論各該個別案件當事人基本權侵害之有無或具體情形，可知刑法第 239 條以及刑事訴訟法第 239 條但書所交疊形構出的客觀法秩序，在為數極多之法官心中形成法律違憲之確信。則系爭規範存在違憲疑義，已無可迴避。發動聲請之法官均已意識到司法者負有積極破除社會上男尊女卑之性別意識及歧視行為之憲法義務，發動大院針對通姦制度從事違憲審查，即是履行其憲法義務。

大院應如何破除通姦罪所造成的社會性別歧視，其具體界線之拿捏，仍有賴大院裁量。本人以為刑法第 239 條以及刑事訴訟法第 239 條但書，雙雙違憲。若為避免造成社會秩序過大變動，單獨宣告刑法第 239 條後段處罰相姦人之規定違憲，或者單獨宣告刑事訴訟法第 239 條但書違憲，亦均為選項。

人生而平等或是不平等，乃價值命題而非事實的描述。社會生活中人心不同，各如其面，本即易導致「人不平等」的誤信；人類數千年歷史之中，假設「人不平等」「男女不平等」的時期遠遠長過「人

⁶³ 李念祖，純規範控制的憲政難題，司法者的憲法(二)，頁 565，元照，2013 年。

人平等」「性別平等」的時期，不為無故。憲法文本中的理想無論如何瑰麗顯赫，如無釋憲者要為解釋適用，也不必然保證落實為憲政現實⁶⁴。誠如同黃源盛教授所言⁶⁵：

近半世紀來的台灣，社會結構急速轉變，大家庭制解體，傳播媒體盛行，歐風美雨挾其工商業威勢，寢入人心，自由主義思想大為普及，個人性自主意識也不斷提升。想來，廢除我國刑法上的通姦罪，不論時程的遠近，似乎已是無可避免的趨勢，倫理道德與法律關係的再一次鬆綁，又要跨前一步，新的法制史頁正由史家書寫中。

五 結論

本案的核心問題是，刑法以刑罰做為強制民法上婚姻義務之手段，是否符合憲法？其實也就是人類歷史上從身分到契約一項革命性的思想轉折，在法律制度上加以反映實現而形成變革的過程中，因受社會男尊女卑刻板意識影響，形成了觀念滯礙、制度闕漏、權力與權利的誤用等等因素，使得性別不平等的身分關係，仍成頑強不退的社會制度遺留，尚待憲法機關依據憲法增修條文加以破除的嚴肅課題。

一方面，寫於民國 18 年的民法，已將傳統婚姻之係由家父長決定的親族聯姻身分秩序安排，改為本於性別平等之宗旨，由當事人依其個人自由意志平等締結之契約。此正是在法律上，將婚姻從可由國法強制維繫的、不平等的禮教秩序身分關係，一舉釋放為平等的民事契約關係，構成婚姻制度一個重大的轉捩點。當時復採取公開儀式婚，之後修法改採登記婚，均使婚姻制度形成因締結契約而產生排他效力。然則婚姻契約所產生的兩種法律義務，均未見民法之直接明文規

⁶⁴ 李念祖，從陌生到顯赫——平等條款入憲史談片，法制史研究第 24 期，頁 273；284-285，2013.12。

⁶⁵ 黃源盛，『西法東漸中無夫姦存廢之爭』，政大法學評論第 91 期，頁 91，2006.6。

定，而只能從其他相關規定推演得出。一是「有配偶之人不得與他人為性行為」之契約義務，未見民法之明文，而是寓含於判決離婚的規定之中。二是「任何人不得與他人之配偶為性行為」之第三人義務，此為婚姻契約締結完全登記後之法律衍生義務，亦未見民法明文規定，而是在司法實務上以侵權行為規定保障配偶權的方式，加以解釋建構。

另一方面，寫於民國 17 年的刑法，雖然已將原係維護夫權，因出禮而入刑所生的刑事制裁，改採形式上性別中立的「配偶」字眼，但是刑法第 245 條以之為告訴乃論之罪，國家復因刑事訴訟法第 239 條規定得由配偶宥恕而僅追究相姦人的刑責，乃從未真正脫離、也極易重新陷入舊日禮教社會慣由統治者以刑罰手段介入家庭，強制形成人倫性別身分與男女尊卑秩序的法制窠臼。一遇男尊女卑的社會刻板意識盤踞不去，**男尊女卑的不平等關係即已沿著刑事追訴的管道借屍還魂，繼續支配社會性別秩序。**

簡單地說，民法所建立的，從不平等的性別身分關係走向平等契約關係的婚姻制度新紀元，已因刑法殘留的出禮入刑禮教秩序法制結構而生遲滯甚至遭到解消，現代婚姻仍隨時可能再從平等的契約回到不平的性別身分關係。以上舉出的統計數字，足以證明此一社會事實確實存在。當眾多目睹數十年社會不平等現象的法官，紛紛警覺而凜於司法者負有依據憲法增修條文第 10 條第 6 項消除性別歧視、促進兩性地位實質平等的憲法義務，而停止訴訟聲請釋憲時，大院誠宜善用憲法解釋權限，以盡到與法官相同的，**積極實現性別平等的憲法義務與職責，依憲法增修條文第 10 條第 6 項之意旨變更釋字第 554 號解釋，宣告兩法系爭條文違憲，以使婚姻制度從不平等的性別身分還歸到性別平等的契約關係！**

以上是釋字第 554 號解釋所未曾論及之憲法增修條文第 10 條第 6 項規定，足以影響其原有結論之相關論述與分析。就大院下詢釋字第 554 號解釋依原有之論理路徑，應否變更其審查基準而可得到不同的結

論，則可另行歸納結論如下。

釋字第 554 號解釋係就憲法第 22 條之概括性人權之限制為比例原則之審查，解釋中並未言明使用之審查基準。按本案所涉之基本人權，除憲法第 22 條所規定者外，因本案涉及限制人身自由之刑罰，同時並涉及性別平等實質上遭到無形侵蝕，且有待公權力積極加以實現。大院亦宜施以最嚴格之審查，兼顧實現憲法第 8 條保障之人身自由，以及憲法第 7 條與增修條文第 10 條第 6 項雙向保障實現之性別平等，從而要求，立法須以保護特別重要之公共利益為目的，目的與手段間應具備直接的實質關連性，且無其他侵害較小之手段存在，始足以當之。此為釋字第 554 號所未言及者，大院允有必要重加考量。

衡之釋字第 554 號解釋所言之係以刑罰手段達到預防通姦、維繫婚姻之目的，原為民法婚姻制度所追求之目的，通姦罪在刑法中不是公訴罪名，僅屬告訴乃論，此中具有助長配偶復仇，延續男尊女卑社會刻板意識的作用；如何能謂符合特別重要之公共利益？乃應嚴加檢討，毋宜放過。此則係言**系爭立法的目的正當性不足**。

刑罰手段是否真有預防通姦、維繫婚姻的實際效用，具備目的與手段間應有之直接的實質關連性，不能只憑立法者與執法機關一廂情願的主觀設想；獲宥恕配偶之再犯率及其婚姻之維持率如何？有何統計數據作為依據？未見關係機關提出資料加以驗證，即不能認為其目的與手段間已然具備直接的、實質關連性。此則係言**系爭立法的手段必要性不足**。

事實上，任何預防通姦、維繫婚姻的法律手段，均不應使得刑事執法機關的處罰權力，因性別而使契約主義務人脫罪，衍生義務人入罪，成為助長社會男尊女卑之性別歧視刻板意識報復行為的工具。

通姦罪除罪化之同時，若在民法中載明，配偶有不與配偶以外之人為性行為之義務；第三人則有不與他人之配偶為性行為之義務，並適當增加被害人獲得損害賠償之項目與規模，即不失為平行、可行而

且目的相同的較少侵害法律手段。

退步言之，相姦者若無認識婚姻關係存在之故意，不會成罪；但是違反婚姻契約義務的配偶出軌，皆非無過。配偶出軌，原是相姦行為真正的成立要素；但配偶一旦得到宥恕成為污點證人，對向犯即成唯一究責對象，即使不言性別歧視，亦欠公允。是則法律若是只以負擔婚姻契約主義務之配偶為刑事制裁對象，而不及於第三人者，亦為現行立法之外的別種選擇，卻可免除使配偶無責而對向之婚姻外第三人有罪，所可能形成之實質性別歧視的嚴重後果。但此時大院尚需明示，「配偶」一詞是否得因性傾向之差異而有不同之適用，又不待言。

與以上兩例相互對照，均可得知現行立法不符合較小侵害手段之比例原則要求。此則是言**系爭立法的限制妥當性不足**。

一言以蔽之，系爭立法違反比例原則且有助長性別歧視之明顯社會效應，大院基於消除性別歧視，促進性別平等的憲法職責，明白揭示平等婚姻契約關係，具有民事排他性之內容要旨後，變更過去之解釋而宣告系爭刑事立法兩皆違憲，值得期待。此呈

司法院大法官 公鑒



李 念 祖

東吳大學法研所兼任教授

2020 年 3 月 27 日