

司法院釋字第 791 號解釋協同意見書

蔡焜燉大法官提出

本號解釋認為，刑法第 239 條規定：「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」對憲法第 22 條所保障性自主權的限制，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。本號解釋另認為，刑事訴訟法第 239 條但書規定：「但刑法第 239 條之罪，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人。」與憲法第 7 條保障平等權的意旨有違，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，亦應自本解釋公布之日起失其效力。

本號解釋前述結論及解釋理由書的論述，本席敬表贊同。不過本席認為，有關男性或女性於婚姻關係外性行為¹的規範，自古以來，尤其在中國，就是一項極具爭議而難解的問題。相關刑事規範，在我國的演進，相當複雜，有進一步闡述的必要。因而提出協同意見書，就民初以來相關刑事規範的發展，略敘梗概，以資補充。

壹、廢除無夫姦處罰的規定

中國一直到 19 世紀清末為止，以禮教為重心的法律觀念與制度，一直未有重大變化，即重禮輕法。依中國固有法制，女子於婚姻關係外的性行為，為道德所不許，自然為法

¹ 本意見書中所謂男女於「婚姻關係外之性行為」，泛指尚未進入婚姻關係中之「單身」男女與他人，及男女「處於婚姻關係中但與配偶以外之人」發生「自主」的性行為而言。

律所禁，故無夫姦罪，向有專條規範²。清末在處理當時列強在中國的領事裁判權，研修刑律時，就有關中國固有的「無夫姦罪」，即不得不予以正視。由於西方對無夫女子與男子之和姦行為，並不加以處罰，受到西方注重個人人權思維的影響，當時在研議要否將「無夫姦」除罪時，正反意見，相持不下³。而最後提出的《欽定大清刑律》正文，於第 289 條⁴僅處罰「有夫姦」，另於過渡性的《暫行章程》第 4 條處罰「無夫姦」⁵，惟於正式實施前，清朝便已覆亡⁶。

中華民國政府建立後，於民國元年 3 月頒布施行《暫行新刑律》，其沿襲《欽定大清刑律》正文之規定，於第 289 條僅處罰有夫姦⁷。然而袁世凱掌握實權之政府於 3 年 12 月 24 日頒布之《暫行新刑律補充條例》，其中第 6 條將「無夫姦」

² 馬漢寶，法律、道德與中國社會的變遷，收於氏著，法律與中國社會之變遷，Airiti Press，2012 年 6 月，頁 8-9。例如《大清律例/刑律·犯姦》中規定：「凡和姦，杖 80；有夫者，杖 90。」（薛允升著述，黃靜嘉編校，讀例存疑重刊本（第 5 冊），成文出版社，民國 59 年，頁 1079。）

³ 黃源盛，晚清民國刑法春秋，犁齋社，2018 年 3 月，頁 423-433。

⁴ 該條規定：「和姦有夫之婦者，處 4 等有期徒刑或拘役。其相姦者，亦同。」見黃源盛，前揭文，頁 432。

⁵ 該條規定「犯第 289 條之罪為無夫婦女者，處 5 等有期徒刑、拘役或 1 百圓以下罰金。其相姦者，亦同。……」見黃源盛，前揭書，頁 432。其實依宣統 2 年（1910）12 月初 6 日資政院院會對無夫姦條文的表決結果，多數者認為無夫姦應列於刑律正文，但憲政編查館卻無視此表決結果而僅將無夫姦放在《暫行章程》中，實為立法過程之瑕疵。見黃源盛，前揭書，頁 432。

⁶ 見黃源盛，前揭書，頁 432-433。

⁷ 《暫行新刑律》第 289 條規定：「和姦有夫之婦者，處 4 等以下有期徒刑或拘役。其相姦者，亦同。」見黃源盛，前揭書，頁 435。民國肇建後，將《欽定大清刑律》略加刪修，以《暫行新刑律》頒行，一直施行至 17 年《中華民國刑法》（下稱舊刑法）頒布為止。然而舊刑法實施前，對於「無夫姦」應否處罰，仍有爭議。見徐昌錦，通姦除罪化，案例研究與實證分析，五南，2006 年 6 月，頁 20-23。

入罪處罰⁸。而在 17 年 3 月國民政府頒布《中華民國刑法》（下稱舊刑法）前，當時所研擬的刑法修正案，亦曾考慮將「無夫姦」入罪處罰⁹，但舊刑法終未採納。自此無夫婦女非婚姻關係中的性行為，正式由中國刑事規範除罪。此一現象，反應了重視禮教法制的中國思維，已朝重視個人權利的西方思維大步邁進。

然而舊刑法第 256 條規定：「有夫之婦與人通姦者，處 2 年以下有期徒刑。其相姦者，亦同。」是承襲《暫行新刑律》第 289 條規定修改而來，只處罰有夫之婦的通姦行為，不處罰有婦之夫的通姦行為。表面觀之，即有違男女平等原則。顯現當時社會仍無法完全擺脫傳統中國觀念中已婚婦女對夫的片面守貞義務。

貳、通姦行為的處罰及於男性

20 年 6 月 1 日公布的訓政時期約法第 6 條¹⁰宣示男女平等原則，舊刑法第 256 條上開規定，在當時某些婦女團體看來，即與約法上開條文的精神不符。她們認為，維持家庭幸福是男女雙方共同的責任，片面要求女方持守貞節，並無法達成維持家庭幸福的目的，必須男女雙方互守貞操，才能使

⁸ 《暫行新刑律補充條例》第 6 條規定：「和姦良家無夫婦女者，處 5 等有期徒刑或拘役。其相姦者，亦同。……」見黃源盛，前揭書，頁 435。

⁹ 刑法第二次修正草案第 244 條規定：「和姦未滿 20 歲良家無夫之婦女者，處 6 月以下有期徒刑、拘役或 3 百圓以下罰金。其相姦者，亦同。」見修訂法律館編輯，法律草案彙編（二），成文出版社，民國 62 年 6 月，刑法第二次修正案，頁 87。

¹⁰ 中華民國訓政時期約法第 6 條規定：「中華民國國民無男女、種族、宗教、階級之區別，在法律上一律平等。」見國民政府公報第 786 號，民國 20 年 6 月 1 日，頁 6。

家庭幸福圓滿¹¹。

因而在 20 年到 23 年間立法院著手修正舊刑法的準備過程中，婦女團體即積極參與並提出修法建議¹²。例如由婦女共鳴社彙整南京市婦女之意見而草擬的《修改刑法意見書》，認為舊刑法第 256 條上開規定，應改為「有婦之夫或有夫之婦與人通姦者，處 2 年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」或「有配偶而與人通姦者，處 2 年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」¹³22 年 12 月間完成的舊刑法第 256 條修正案初稿，採納了婦女界的意見，修改為「有配偶而與人通姦者，處 2 年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」並將條號修改為第 234 條¹⁴。

但此一修正案於立法院開會討論時，引起主張將舊刑法第 256 條規定予以刪除、修正或維持原狀立法委員間的激烈辯論，幾經波折，立法院終於在 23 年 10 月 31 日的大會中，經在場委員 68 人、40 人起立同意通過修正條文，其內容為：「有夫之婦與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」條號則修改為第 239 條¹⁵。亦即本日通過的通姦罪修正案，除刑度減輕為 1 年以下有期徒刑外，其餘內容均與舊刑

¹¹ 梁惠錦，民國 23 年婦女爭取男女平等科刑之經過，刊於國史館館刊（復刊第 23 期），民國 86 年 12 月，頁 144-145。

¹² 當時婦女團體之參與情形及所表達之意見，詳見梁惠錦，前揭文，頁 146-147。

¹³ 談杜英，中國婦女運動史，民國叢書第 2 編第 18 冊（台北：上海書店，根據民國 25 年婦女共鳴社版影印），頁 271-274。轉引自梁惠錦，前揭文，頁 148，註 14。

¹⁴ 梁惠錦，前揭文，頁 148。

¹⁵ 簡又文，立法院修正「有配偶而與人通姦者」一條新刑法之經過，刊於逸經第 9 期，1936 年，頁 69-75；梁惠錦，前揭文，頁 150-151。簡又文先生時任立法委員（見國民政府立法院第 3 屆第 76 次會議議事錄之出席委員名單，刊於立法院公報第 63 期，頁 19），參與當時刑法通姦罪之修法過程。這篇文章的內容，可說是他對修法過程之第一手記錄資料，深具參考價值。

法第 256 條相同，等於又回復婦女團體無法接受的不平等舊路¹⁶。婦女團體於是要求復議。但在立法院於 11 月 1 日召開的三讀會，出席委員 63 人中，只有 12 人贊成復議；該次會議最終三讀通過上開刑法條文的修正案¹⁷。

爾後，不滿的婦女團體聯合各界婦女團體的力量，共同向中國國民黨中央政治會議（下稱中政會）請願，請求由中政會將上開刑法條文修正案交付立法院復議。中政會於 11 月 14 日決議，依男女平等原則，將立法院通過的刑法第 239 條修正案交付立法院復議。其間婦女團體並廣泛進行遊說¹⁸。立法院於 11 月 28 日審查中政會交付復議的刑法第 239 條修正案，最後表決結果多數決定以「與有配偶之人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。」的提案內容，通過復議案。隔日立法院召開大會，經激烈討論後，在場委員共計 74 名，經 44 名委員起立同意，通過刑法第 239 條修正案，其最終通過之內容為：「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」¹⁹（現行刑法於 24 年 1 月 1 日公布，同年 7 月 1 日施行）婦女界爭取刑法第 239 條之修正終至成功，正式終結中國律法長期以來以刑罰附加於女性的片面貞操義務²⁰。

參、通姦罪應否除罪的爭議

其實早在 23 年，社會各界對通姦罪的態度，除有前述贊

¹⁶ 梁惠錦，前揭文，頁 154。

¹⁷ 簡又文，前揭文，頁 75-76；梁惠錦，前揭文，頁 151-152。

¹⁸ 簡又文，前揭文，頁 76；梁惠錦，前揭文，頁 152-159。

¹⁹ 梁惠錦，前揭文，頁 159。當日立法委員的詳細發言內容，可見簡又文，前揭文，頁 76-83。

²⁰ 梁惠錦，前揭文，頁 164、168。

成男女都予以處罰的意見外，支持廢除刑法通姦罪的呼聲，也不小。在立法院二讀會甚至還曾通過刪除通姦罪的修正案，只可惜後來招致翻案²¹，三讀會最終並未通過此一決議。

根據前人的研究，及與會的簡又文立法委員在會後所描述的修法經過，立法院於 23 年 10 月 25 日第 76 次大會（二讀會）²²，討論刑法通姦罪修正案時，即有立法委員主張廢除本條之規定。當時立法委員的立場約可分為三派²³：其一為支持刪除通姦罪之規定，認為可將通姦行為完全除罪化，將其以民事責任予以處理即可；其二為維持舊刑法第 256 條通姦罪之規定，僅處罰有夫之婦的通姦行為；其三為贊成（當時所提出之）刑法第 234 條修正案，將有夫之婦及有婦之夫的通姦行為皆納入處罰。當日的表決結果，在場委員共 69 人，40 人起立同意刪除刑法通姦罪的規定，將通姦行為除罪化²⁴。

23 年 11 月 1 日立法院第一次三讀通過刑法第 239 條修正案後，婦女團體共同向中政會請願，請求由中政會將上開刑法條文修正案交付立法院復議，當時呈交中政會的呈文內容提及：「……竊現行刑法第 256 條，單科『有夫之婦』與人通姦罪，對於『有婦之夫』之通姦行為，則不處罰，顯背男女平等之原則，久為世所詬病。此次立法院修改刑法，經全國婦女界一致要求修改，刑法委員會採納眾議，于起草時已將條文修改為『有配偶而與人通姦者，處 2 年以下有期徒刑，其相姦者亦同。』原極公允，毫無流弊。不料二讀會討

²¹ 簡又文，前揭文，頁 69-75；梁惠錦，前揭文，頁 150-151。

²² 簡又文，前揭文，頁 65；梁惠錦，前揭文，頁 149。

²³ 簡又文，前揭文，頁 65-69；梁惠錦，前揭文，頁 149。

²⁴ 簡又文，前揭文，頁 68；梁惠錦，前揭文，頁 150。

論時（10月25日）竟未獲通過。並以大多數表決，刪除此條。即有配偶之男女違背貞操之行為，僅負民事責任，而不受刑法制裁。此本為近世立法之新趨向。各立委因顧及施行後之困難及紛擾，乃主張不加規定。亦具相當理由。……」

²⁵即當時婦女界對於刪除通姦罪處罰規定的表決結果，表示可以接受，認為舊刑法第256條之規定僅處罰有婦之夫雖不符合男女平等之精神，但如有配偶之男女之通姦行為皆不以刑法相繩，亦合乎平等原則，因此不予反對²⁶。

值得一提的是，23年時任海牙國際法庭法官的王寵惠先生²⁷，於同年11月1日立法院第一次三讀通過刑法第239條修正案後，曾對媒體發表意見支持刪除通姦罪之處罰：「有夫之婦與人通姦者科罪，而有婦之夫與人通姦者則否，此固根據生理學上之理由，各國百年前之舊法律，莫不如是，即迄今亦有三、四國仍奉行，我國亦其一也，惟此雖根據生理學上之理由，然確有背乎男女平等之原則，但此次京滬各地婦女團體要求對於有婦之夫與人通姦者亦科以同等之罪，在事實上，亦難以實行，蓋因此項法律實行之後，娶妾者固皆刑事犯也，我國娶妾者達百分之三十以上，是則以全國之監獄，盡禁此有婦之夫與人通姦罪者，尚嫌不足矣，本人以為有夫之婦或有婦之夫犯通姦者，可規定於民法範圍之內，不必視為刑事犯，而以懲罰之責任屬諸社會，及個人道德之修養，學問之研究，宗教之信仰，世界各國之法律大多如是，我國

²⁵ 簡又文，前揭文，頁76；梁惠錦，前揭文，頁154。

²⁶ 梁惠錦，前揭文，頁150。

²⁷ 王寵惠為中華民國首任司法院長（17年11月至21年1月），並於37年7月至47年3月間再次擔任司法院長。見司法院網站：<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-26-1730-ce2a1-1.html>（最後瀏覽日：109年5月29日）。

亦可取法也云云。」²⁸

當年實際參與通姦罪條文修法過程的簡又文立法委員，將修法過程中諸多立法委員所發表的不同言論，歸納為三種立場，並予以評述：其一是主張通姦行為不須入罪處罰，完全以民法加以解決；這是當時世界上最新的主張，但仍無法被當時中國社會的實際民情與舊思想所接受。其二是堅持僅處罰有夫之婦通姦行為的舊刑法條文；但這個守舊思想違背當時婦女運動追求男女平等新思想的潮流，亦無法見容於當時社會。其三則是占多數的折衷主張，認為根據男女平等原則，有夫之婦及有婦之夫的通姦行為皆須入罪處罰²⁹。依簡又文委員所述，通姦除罪，是當時世界上最新的主張。而在立法院歷次表決過程，該主張也曾勝出（出席 69 位委員中 40 位同意刪除刑法通姦罪的規定，贊成人數占出席委員人數達 58%（40/69）；且當時婦女團體就此結果也不反對），只因守舊派的反撲，才使通姦除罪的主張，功虧一簣。不過，通姦應否除罪、是否違憲的爭議，在現行刑法立法後的數十年間，從未間斷。

本院於 91 年底，就臺灣高雄地方法院法官葉啟洲有關通姦罪是否違憲的聲請案，作出釋字第 554 號解釋（下稱系爭解釋）。系爭解釋確認性行為自由與個人之人格有不可分離的關係，屬於憲法第 22 條所規定的權利，在當時的時空環境下，實屬進步見解。但系爭解釋認為，刑法第 239 條是達成維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序等的必要手段，進而肯認刑法第 239 條合憲。該見解於當時之時空環境背景，或

²⁸ 婦女共鳴月刊，第 3 卷第 11 期，民國 23 年，頁 16。

²⁹ 簡又文，前揭文，頁 83。

有其立論依據。不過系爭解釋的作成，並未平息各界對通姦罪的違憲疑慮。抑有進者，姑不論刑法第 239 條本身的違憲疑慮，刑事訴訟法第 239 條但書搭配刑法第 239 條的適用結果，女性因通姦或相姦行為被處罰的人數，長期以來明顯多於男性，也產生刑法第 239 條在適用上違反實質平等原則的違憲疑慮。而相關立法部門於系爭解釋作成後，未能體察多年來臺灣社會對通姦行為評價的變遷，正視多年來相關婦女團體要求修法的呼聲，及時反映社會脈動，進而提出刑法第 239 條的修正案，以消弭許多專家、學者所指出的相關違憲疑慮，只能說態度上有點消極保守。

肆、結語

依上所述，我國由清末至今，婦女於婚姻關係外性行為相關刑事規範的發展歷程，或可分為三個階段：第一階段由「歧視」（《欽定大清刑律》僅處罰無夫姦及有夫姦）到「部分消除歧視」（舊刑法廢除無夫姦之處罰）；第二階段由「部分消除歧視」到「對男女通姦行為處罰的形式平等」（現行刑法將通姦行為之處罰及於男性。但在實際運作下，被處罰的女性人數多於男性）；第三階段由「對男女通姦行為處罰的形式平等」到「對男女性自主權保障的實質平等」（本號解釋宣告刑法通姦罪違憲）。如由相關刑事規範發展的時間長短予以審視，第一階段耗費約 20 餘年，第二階段耗費約 7 年，第三段則耗費約 85 年。就舉世大多數國家早已對通姦行為除罪的現象而言³⁰，我國於第三階段所花費的時間或許久了一

³⁰ 參照本號解釋黃虹霞大法官部分協同意見書附件。即便 23 年舊刑法修法過程中，主張應保留通姦罪處罰規定的立法委員，例如黃右昌委員，也曾以當時德國等國家仍保有類似規定為例（見簡又文，前揭文，頁 69-70）。如今德國也已廢除通姦罪之規定（自 1969 年 9 月 1 日起西德舊刑法刪除第 172 條通姦罪之規定；兩德統一後，通姦行為並未再次入罪處罰。見 <https://lexetius.com/StGB/172.4>（最

點；但由歷史洪流的角度出發，社會文化價值觀的轉變，需要長時間的醞釀與耕耘，無法一蹴可幾。今日本號解釋的作成，就歷史觀而言，或可謂「恰如其時」。