

通姦罪之爭議

王皇玉（台大法律系教授，台灣刑事法學會理事長）

壹、從立法沿革看通姦罪

中國傳統重視禮教，對於妨害風俗的行為，範圍設定的很廣，舉凡非夫妻關係之男女間的性交行為，均概稱為「姦非罪」；未結婚之婦女與男子姦淫者，稱為「無夫姦」；男子未使用強暴、脅迫等方式與女子姦淫者，稱為「和姦」。在傳統中國律法中，「無夫姦」與「和姦有夫之婦」，均受刑法處罰。¹中華民國元年（1912）頒布之「暫行新刑律」，第 23 章「姦非及重婚罪」章中，其中第 289 條規定，「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。」所謂「和姦有夫之婦」，即是今日刑法上所指涉的「通姦罪」，主要是以侵害「夫權」作為處罰之核心；²至於「無夫姦」則不再以刑法處罰。³

民國 17 年（1928）施行之中華民國舊刑法，關於通姦罪之規定，係沿襲暫行律之體例，僅針對「有夫之婦」與人通姦者，始加以處罰。其規定在第 256 條，「有夫之婦，與人通姦者，處 2 年以下有期徒刑；其相姦者亦同。」此外，在第 259 條中規定本罪應告訴乃論，「第二五五條及第二五六條之罪，需告訴乃論；第二五六條之罪，本夫縱容通姦者，不得告訴。」⁴舊刑法只處罰有夫之婦的通姦行為，受處罰之主體，為姦婦與相姦者，刑度為 2 年以下有期徒刑。本罪為告訴乃論之罪，條文雖未載明告訴權人為誰，但根據民國 18 年的司法院解釋，乃以「本夫」為告訴權人，且本夫之告訴權為專屬告訴權。⁵

現行刑法通姦罪於民國 24 年 1 月 1 日公布，同年 7 月 1 日施行，第 239 條文義則修正為，「有配偶與人通姦者，處一年以下有期徒刑，其相姦者亦同」。此外第 245 條規定，「第二三八條、第二三九條之罪及第二四〇條第二項之罪，須告訴乃論。第二三九條之罪配偶縱容或宥恕者，不得告訴。」

從我國前面通姦罪規定的立法沿革可知，最早刑法上通姦罪規定之目的，並非為了維護婚姻制度，因為處罰之對象，一直鎖定在「有夫之婦」與他人和姦，因此比較像是在維護「夫權」，而僅對已婚婦女的通姦行為予以處罰；反之，倘若為「有婦之夫」，則並非通姦行為的處罰對象。民國 24 年制訂之現行

¹ 鄭昆山（2004），〈通姦犯罪在法治國刑法的思辯：評釋字第五五四號解釋〉，《月旦法學雜誌》，105 期，頁 215。

² 黃源盛（2010），《晚清民國刑法史料輯註（上）》，頁 475，臺北：元照。

³ 在「暫行新刑律」第 289 條的「補箋」（補充理由）有謂，「本律於姦淫行為中，僅罰強姦及有夫和姦，而無處罰其餘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、學堂教育及輿論制裁以防止之，非刑罰所能矯正也。」黃源盛，前揭註 2，頁 475。

⁴ 黃源盛（2010），《晚清民國刑法史料輯註（下）》，頁 982，臺北：元照。

⁵ 司法院 18 年第 35 號解釋：「有夫之婦與人通姦。姦夫、姦婦均犯刑法第 256 條之罪。依同法第 259 條第 1 項及刑事訴訟法第 215 條第 2 項之規定。須本夫告訴乃論。其因戀姦和誘已滿二十歲之婦女者。關於和誘部分法無處罰正條。應不為罪。」

規定，則採取了男女平等處罰之概念，但在法定刑的設計上，將通姦罪之處罰從 2 年有期徒刑降低為 1 年，並明文規定不得科以拘役或罰金，目的是為了使犯罪者知所警惕，顯然於立法時，仍舊因禮教道德思想，而有將婚姻問題刑法化之情形。故在此立法沿革下，現行規定雖以維護家庭制度為名，骨子裡仍是以刑罰權來維護「對婚姻忠貞」的道德觀念。

貳、通姦罪之保護法益與解釋爭議

一、保護法益與其爭議

從前面立法沿革可以知道，清末民初受中國傳統禮教之影響，所有「婚姻外的性行為」均被視為妨害善良風俗之可罰行為，因此未婚男女之間的性行為，即「無夫姦」，因為違反禮教與善良風俗，即使沒有破壞婚姻制度，也受到刑法處罰。然而，到了民國時代，則將「婚姻外的性行為」鎖定為僅處罰「通姦」行為，而且也更明確地表示，通姦罪之處罰，並非關乎違反善良風俗，而是以其「破壞婚姻制度」作為處罰之理由。

現行刑法通姦罪是安排在「第 17 章妨害婚姻及家庭罪」中，刑法學說上，多將本罪之保護法益理解為維護婚姻制度。在刑法第 17 章中，可以劃歸為保護婚姻制度的條文，計有如下 4 個規定：

- 1、第 237 條重婚罪
- 2、第 238 條以詐術締結無效或得撤銷婚姻罪
- 3、第 239 條通姦罪
- 4、第 240 條第 2 項和誘有配偶之人脫離家庭罪

早期刑法學說與教科書上，對於婚姻制度之保護，最經典之論述，要屬韓忠謨教授之看法，「夫婦為人倫之始，而夫婦之身分又肇基於婚姻制度，故有婚姻，而後有夫婦之家庭，有家庭，而後有父母子女，由是親族繁衍，聚合而為社會.....刑法有鑒於此，特設專章以為保護，內容大別有二：一為關於婚姻制度下夫妻家庭生活之保護，一為關於父母子女間家庭生活之保護。前者注重一夫一妻婚姻制度之維持，所設主要犯罪類型有下列各端：(一)重婚罪，(二)詐術締婚罪，(三)和姦罪(通姦罪)，(四)和誘有配偶之人罪。....」⁶

長久以來，我國對於「婚姻制度」，均理解為「一夫一妻制」，因此刑法學說上對於通姦罪之保護法益，常將其等同於重婚罪，也認為是用以保護「一夫一妻制的健全性秩序」⁷，甚至大法官釋字第 554 號解釋理由書中，亦直接將通姦罪理解為破壞一夫一妻之婚姻制度。此可在本號解釋理由書以下字句中窺知：

「按婚姻係一夫一妻為營永久共同生活，並使雙方人格得以實現與發展之生活共同體。因婚姻而生之此種永久結合關係，不僅使夫妻在精神上、物質上互相

⁶ 韓忠謨(著)，吳景芳(增補)(2000)，《刑法各論》，頁 278-289，臺北：自版。

⁷ 參見陳子平(2020)，《刑法各論(下)》，3 版，頁 477，臺北：元照。

扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎。至於婚姻關係存續中，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，即難謂與憲法第二十三條規定之比例原則有所不符。」

姑且不論釋字第 554 號解釋以一夫一妻來理解「婚姻制度」，已受到後來的釋字第 748 號解釋之挑戰；此外，重婚罪固然可以明確得知是為了保護「一夫一妻制」而存在，但通姦罪又是如何破壞一夫一妻制，實讓人難以理解，倘若通姦罪是破壞一夫一妻制，則現代社會各種沒有提告通姦罪的出軌、外遇行為層出不窮，不是造成大家的價值錯亂；有提告通姦罪之外遇，就是破壞一夫一妻婚姻制度，沒有提告通姦罪之外遇，就不算破壞一夫一妻婚姻制度？

再者，釋字第 554 號理由書中主張，通姦罪之存在是為了保護「婚姻制度」，但此號解釋理由書，卻也出現自相矛盾的論述。釋字第 554 號解釋理由書中提及，「矧刑法就通姦罪處一年以下有期徒刑，屬刑法第六十一條規定之輕罪；同法第二百四十五條第一項規定，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；同條第二項並規定，經配偶縱容或宥恕者，不得告訴，對通姦罪追訴所增加訴訟要件之限制，已將通姦行為之處罰限於必要範圍，與憲法上開規定尚無牴觸」，此段論述，大法官其實已經承認，對通姦行為提出告訴，會造成婚姻、家庭之破裂，然而，卻又以通姦罪為告訴乃論之罪，認為法律上已增加對通姦罪追訴之限制為由，認定通姦罪符合必要性。

其實，配偶之一方對他方之通姦行為提出告訴，「會造成婚姻、家庭之破裂」，此乃淺顯易懂的道理，真的算不上什麼深奧且值得辯論的釋憲難題，因為不管一百年前的立法者，或做出釋字 554 號解釋的大法官們，或是配偶雙方，甚至一般尋常小老百姓，都可以輕而易舉地預料通姦罪之提告，對婚姻的殺傷力更甚於維護。然而，刑法卻依然蒙著眼睛，自我催眠地堅持通姦罪是為了維護婚姻制度此等論述。此外，從通姦罪的刑事判決數量上來看，亦可以發現民眾利用「提起通姦罪」，以「挽回婚姻」的案件數，極為稀少。⁸因此，刑法學說上，大多數的學者每每提及通姦罪是為了「保護婚姻制度」，常常會有「心虛」之感。

也正因為通姦罪有這樣「理不直氣不壯」的保護法益，以致對於通姦罪在刑法解釋與適用，也叢生爭議，完全無法以「保護法益」作為目的解釋的依

⁸ 參見後面關於通姦罪判決之實證研究。

歸。所見者，反而是各種流於意識形態、似是而非的解釋，徒增法律適用上的「不安定性」與「不平等」之現象。以下先就「通姦」之解釋爭議，再就實務上之認定難題，加以說明。

二、「通姦」行為與「性交」行為定義是否相符？

刑法第 239 條通姦罪之規定為，「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」通姦罪的犯罪構成要件，首先，行為主體必須為「有配偶之人」，所謂「有配偶之人」，目前民法婚姻制度，在尚未依釋字第 748 號進行修法之前，仍然僅限異性結合之異性婚，並不包括同性結合之同性伴侶關係。其次，必須要有與人「通姦」之行為。由於通姦罪之條文仍然使用「通姦」或「相姦」一語，並未隨著民國 88 年刑法增訂「性交」立法定義時，一併修正為「性交」，因而引發學界與實務界對於「性交」與「通姦」概念是否相同的爭議，亦即「通姦」究竟何指？其定義是否與「性交」相同？

刑法第 10 條第 5 項關於「性交」定義之規定，乃配合民國 88 年關於刑法「妨害性自主罪章」而增訂。民國 88 年間，刑法將「強姦罪」修正為「強制性交罪」，過去使用「姦淫」作為行為態樣，司法實務的解釋上，認為僅限男女之「性器官結合」，至於「口交」或「肛交」行為，僅論以「猥褻行為」。修法後改為「強制性交罪」，對於「性交」之定義則予以擴大。所謂性交，其行為態樣，不僅男女性器官之結合，也包括以性器進入肛門（肛交）或口腔（口交），或以性器以外之身體部位（如手指）或器物（如棍棒、酒瓶），進入他人之性器、肛門（但不包含口腔）之行為。此外，所謂「使之接合之行為」，乃指涉女對男「性交」情形。⁹

然而，在「性交」定義增訂之後，對於「通姦」行為之解釋，便成為重大爭議問題。爭議點在於，「通姦」或「相姦」之解釋，是否亦同步擴大而與「性交」範圍相同？對此問題，刑法學說上多認為，「通姦」或「相姦」，仍應與傳統「姦淫」解釋相同，僅限男女之「性器官結合」情形。理由在於，民國 88 年通過刑法第 10 條第 5 項有關性交定義時，亦同時將刑法條文內有關「為猥褻行為或姦淫」之規定，同步修正成「為猥褻行為或性交」。尤其是與刑法第 239 條同屬妨害婚姻與家庭罪之刑法第 240 條和誘罪、第 241 條略誘罪中，原來的「姦淫」一語，即同時修正為「性交」，唯獨刑法第 239 條之通姦罪並未同步修正，學說見解從立法者之意思與文義、脈絡解釋，認為就通姦罪條文的未予修正，應屬立法者「有意的沉默」，亦即立法者有意不予規範之「法外空間」，故有配偶之人與他人為口交或肛交行為，應認為不屬於通姦行為，¹⁰且在立法例

⁹ 王皇玉（2019），《刑法總則》，5 版，頁 114，臺北：新學林。

¹⁰ 甘添貴（2003），〈妨害婚姻與口交通姦〉，《台灣本土法學雜誌》，42 期，頁 149；王皇玉，前揭註 9，頁 115。

上，通姦罪已逐步除罪化，尤其有鑑於刑法之強制手段不宜介入人與人之間的感情世界，故寧可採嚴格解釋。¹¹本文則是認為，刑法乃國家對人民最為嚴厲的制裁手段，為了避免國家刑罰權的濫用，刑法上的罪刑法定原則嚴格禁止對人民不利益的「類推適用」，從而，將「通姦」之解釋擴大及於「性交」之各種類型，實已違反「類推適用禁止原則」。

司法實務見解亦與學說見解相同，認為「通姦」行為，僅限於「男女姦淫行為」，不能擴及修正後之「性交」。此可見台灣高等法院暨所屬法院 91 年法律座談會刑事類提案第 7 號之如下決議：

刑法第二百三十九條「通姦」，係指由於男女雙方合意，而為姦淫；和姦係指與有配偶之人互相合意，而為姦淫行為；姦淫係指男女交媾行為，而修正刑法第十條第五項之前，口交係屬姦淫以外足以興奮或滿足性慾之色情行為。民國八十八年三月三十日立法院修正通過刑法第十條第五項有關性交之定義，亦同時修正刑法第二百四十條、第二百四十一條、第二百四十三條、第二百九十八條、第三百條．．．，均將上開條文內有關「為猥褻之行為或『姦淫』」修正為「為猥褻之行為或『性交』」。而修正後刑法之「性交」範圍較「姦淫」為廣，而刑法第二百三十九條與修正之刑法第二百四十條、第二百四十一條同屬刑法第十七章之妨害婚姻及家庭罪，惟該章刑法第二百四十條、第二百四十一條之「姦淫」均與刑法第十條第五項之性交同時修正，而同章第二百三十九條之「通姦」或「相姦」則未與刑法第十條第五項之「性交」同時修正，顯係就刑法第二百三十九條之通姦或相姦，仍維持原來該條係指男女姦淫行為而不擴及修正後之「性交」，是本件甲男、乙女之口交行為尚不構成刑法第二百三十九條前段、後段之罪。

然而必須注意的是，實務上仍有少數法官於網路上投書，主張通姦罪之成立，必須擴大及於「口交」行為，以避免「與民眾法律感情嚴重脫節的判決」，... 否則「受害最深的恐怕還是案件中的當事人及司法的公信與社會形象」¹²。對於個別法官維護「通姦罪」如此不遺餘力，除了令人感到感慨外，也凸顯出通姦罪所存在之新舊價值的矛盾與衝突。倘若司法實務者對「通姦」行為的定義與範圍，有著如此大的思想上差距，法官個別的情感、意識形態的「個別差異性」，可以使一個「口交」行為，在不同法官手中獲得「有罪」或「無罪」之兩極化判決，實足以造成通姦罪判決的不平等與法不安定性。

三、通姦罪之行為主體是否必須是「異性」結合？

¹¹ 甘添貴（2016），《刑法各論下》，修訂 4 版，頁 300，臺北：三民。

¹² 錢建榮（2012），〈性器官接合才算通姦嗎？〉，

<https://tw.appledaily.com/headline/daily/20121124/34661999/>（最後瀏覽日：03/23/2020）。

關於通姦罪的另一個爭議，是雙方行為人是否限於一方為男性、一方為女性？此一問題，有學說主張，刑法第 10 條「性交」之定義，已經包括同性間的肛交、口交、異物插入生殖器等行為，因此同性之間可以有刑法上的性交行為，已無疑問，倘配偶之一方另與他人為同性戀行為，當然即為發生婚姻外的性行為，此等同性戀行為對於婚姻純潔性的破壞，並不稍遜於異性戀，因此應該同樣成立通姦罪。¹³

對於通姦罪之行為人，是否包含同性間的性交行為，在實務上比較沒有爭議，因為前面所提之台灣高等法院暨所屬法院 91 法律座談會刑事類提案第 7 號，在其決議內容中，一開始即表示，「刑法第二百三十九條『通姦』，係指由於男女雙方合意，而為姦淫；和姦係指與有配偶之人互相合意，而為姦淫行為；姦淫係指男女交媾行為」，換言之，實務見解認為，通姦必須是「男女雙方合意而為姦淫」之「男女交媾行為」，因此不應擴大及於同性間的性交行為。

從本罪立法之初所認定之婚姻制度，乃一夫一妻之異性婚的觀點來看，這樣的解釋，亦即通姦僅限於男女雙方合意而為姦淫，實為合理之解釋。至於學說所稱，「同性戀行為對於婚姻純潔性的破壞，並不稍遜於異性戀」，固然沒錯，然而對於婚姻破壞之行為，其實不是只有「姦淫」，精神上的出軌、肉體上的撫摸，配偶之一方與他人有大筆金錢借貸或配偶賭博，甚或婆媳問題，均可能是導致婚姻破裂的因素，何以刑法獨獨將「姦淫」視為破壞婚姻的可罰性行為，而其他破壞婚姻之行為，都不用處罰？

四、通姦罪之行為罪與舉證爭議

通姦罪之核心行為，是姦淫行為，關於通姦行為，如何論其行為數與犯罪數，在實務上也叢生爭議。在民國 95 年 7 月 1 日廢除刑法第 56 條連續犯規定之前，尚可將通姦罪行為人在一段期間內所為之數次通姦行為，以其主觀上出於一個「概括犯意」，客觀上先後連續數行為，觸犯構成要件相同之罪名，而以連續犯的方式論罪，亦即「以一罪論，但得加重其刑至二分之一」。

在連續犯廢除之後，對於雙方行為人在一段期間內，實行多次的通姦、相姦行為，應如何論罪？目前實務與學說見解分歧，實務見解主張「一罪一罰」、「數罪併罰」，始符合立法本旨，此可參考台灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會刑事類提案第 6 號之法律問題與決議：

【法律問題】甲男與乙女係夫妻，甲男仍與丙女交往成為男女朋友，並自民國 101 年 1 月 1 日起至同年 3 月底止，在外租屋同居，期間每隔 3、4 天性交 1 次，共計性交 24 次，嗣乙女於 101 年 5 月 1 日發現上情，對甲男提出通姦之告訴，甲男對上揭犯行坦承不諱，就甲所犯各罪應如何論罪？

【研討結果】採甲說

¹³ 林東茂（2020），《刑法分則》，頁 329，臺北：一品文化。

甲說：應予分論併罰。

按刑法於 94 年 2 月 2 日修正公布，刪除第 56 條所定連續犯之規定，並自 95 年 7 月 1 日起生效施行。而行為人於刑法修正前基於概括犯意連續通姦多次之行為，於刑法修正刪除連續犯規定之前，均依連續犯論以一罪。前開刑法第 56 條修正理由之說明謂：「對繼續犯同一罪名之罪者，均適用連續犯之規定論處，不無鼓勵犯罪之嫌，亦使國家刑罰權之行使發生不合理之現象」、「基於連續犯原為數罪之本質及刑罰公平原則之考量，爰刪除有關連續犯之規定」等語，即係將本應各自獨立評價之數罪，回歸本來就應賦予複數法律效果之原貌。而所謂集合犯是指立法者所制定之犯罪構成要件中，本就預定有數個同種類之行為將反覆實行之犯罪而言，將各自實現犯罪構成要件之反覆多數行為，解釋為集合犯，而論以一罪。是以對於集合犯，必須從嚴解釋，以符合立法本旨。觀諸刑法第 239 條前段所定之通姦罪之構成要件文義，實無從認定立法者本即預定該犯罪之本質，必有數個同種類行為而反覆實行之集合犯行，故通姦罪，難認係集合犯，因此，就刑法修正施行後多次相姦之犯行，採一罪一罰，始符合立法本旨。又按數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理時，始屬包括一罪之接續犯。本件甲 24 次通姦犯行，在主觀上，非基於一個犯罪決意，在客觀上，犯罪時間前後長達 3 個月，其犯罪時間互有相當之間隔，難認有時、地密接之情形，在刑法評價上，亦難論以接續犯，而應屬分論併罰之數罪關係（臺灣高等法院高雄分院 100 年度上易字第 707 號、臺灣高等法院 100 年度上易字第 1655 號判決、最高法院 99 年度第 5 次刑事庭會議參照）。

前面對於通姦行為採取一罪一罰、數罪併罰之實務見解，實在令人感到無言。姑且不論在現代各國紛紛將通姦罪除罪化的情形下，我國實務見解卻是反其道而行，以一罪一罰、數罪併罰的方式，加重通姦行為之懲罰，已令人不知刑罰之合理性與正當性為何。¹⁴此外，在實務運作上，也遭遇證明上的難題，如前面法律問題中所稱「101 年 1 月 1 日起至同年 3 月底止，…期間每隔 3、4 天性交 1 次，共計性交 24 次」，這 24 次的性交次數，在犯罪事實的舉證上，究竟是根據當事人雙方的口供，抑或單方口供，抑或各憑記憶而認定，還是以其他違法方式，諸如跟蹤、竊聽、破門而入、抓姦在床等方式而證明，令人不敢想像，因為不管是何種方式，都是一種將成年人之性愛隱私，赤裸裸地假借通姦罪之訴訟程序，公諸於世。性交行為本有其私密的特性，對於通姦罪之偵查與審判，竟然可以要求個人隱私退讓，而令雙方當事人自行揭露或任由他人揭露成年人間的性愛過程，其實已非「正義的伸張」，而是披著「被害人」外衣的配偶，利用訴訟程序所進行的報復行為。

¹⁴ 陳子平，前揭註 7，頁 485。

此外，也由於性交行為本身之私密特性，在實務上，通姦罪的證據，常無直接證明性交行為之證據，而是廣泛使用「情況證據」，例如「孤男寡女深夜共處一室，如無曖昧，其誰能信」等擬制或推測方式論罪，此等論罪方式，實已違反罪疑唯輕或無罪推定原則。¹⁵

參、歐洲與德國通姦罪之除罪化

西方世界的通姦罪，可以溯及羅馬法時代，而且通姦罪最早是被列為「性犯罪」之一種。不過，羅馬法時代的性犯罪，不是保護所謂的「性自主決定權」，而是以保障婚姻作為前提。羅馬法時代，曾經出現所謂的「通姦法」(Lex Julia de adulteris coersendis)，此部通姦法，是以維護家父長制度下的婚姻關係與家族連結為目的，其中以刑法規範了「血親和姦」(incestus)、「媒介性交」(lenocinium)、「通姦」(adulterium)與「未婚性交」(stuprum)等四種犯罪類型，可以說是西方最早的性犯罪法律。其中通姦罪、未婚性交罪，其目的均是為了維護對貴族婦女之子嗣為合法子嗣的期待權。¹⁶

這樣對於性犯罪的處罰架構，在基督教支配歐洲後，仍然承襲。基督教強調婚姻的神聖性，因此任何婚姻外的性行為都是一種悖德(Unzucht)行為。合法的性行為，指的是結婚後(亦即經教會許可)的性行為。西方教會法對於婚姻神聖性的看法，以及對於悖德行為的處罰，可以說歷經了整過中世紀。因此有很長一段歷史中，西方對於性犯罪的處罰，就圍繞在對婚姻有所侵害之行為，以及各式各樣的悖德行為，例如強姦、媒介性交、同性戀、血親性交、誘拐、通姦、重婚等型態。¹⁷

總括而言，20世紀以前的歐洲與德國刑法對性犯罪的處罰，一方面可以說來自維護家父長的權力與對合法子嗣的期待利益，因此針對婚姻或家庭有所侵害的行為，例如通姦，一直訂有處罰規定。在基督教思想加入之後，則加入了側重一夫一妻制與婚姻神聖性的理念，刑法上又增加了許多破壞婚姻與維護性道德的處罰規定，例如媒介性交、不正常的性方式、同性戀、人獸姦等。因此近代德國刑法典，不管是1851年的普魯士刑法典，1871年的德國刑法典，甚至是1973年之前的德國刑法典，關於性犯罪的處罰，是統稱在「違反善良風俗罪章」(Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit)之下，且性犯罪的重心也

¹⁵ 徐昌錦(2006)，〈也談通姦除罪化：從審判實務之角度出發〉，《司法週刊》，1274期，頁2。

¹⁶ 以上參考Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Tb.1, 9. Aufl, 2003, §17, Rn. 1；王皇玉(2013)，〈強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心〉，《台大法學論叢》，42卷2期，頁386。

¹⁷ Maurach/Schroeder/Maiwald, (Fn. 16), §17, Rn. 1.

置放在性道德秩序的維護上。¹⁸

歐洲諸國對於通姦罪之廢除，是在上個世界第二次世界大戰之後。1964 年於海牙所舉辦的第 9 次國際刑法會議中，就將刑法上保護「家庭與善良風俗」之相關規定作為討論之議題。不管是此次會議在 1963 年先舉行的會前會，或是 1964 年的正式會議中，參加的刑法學者超過 600 人，來自超過 50 國家。關於通姦罪，與會之刑法學者則是一面倒地呼籲應該予以除罪化，然而也有少數零星的國家或學者，主張仍應保留通姦罪，例如西班牙與阿拉伯聯合大公國，其主要原因均是出於宗教因素。¹⁹在這次會議中，來自美國的 Ploscowe 教授擔任大會報告人之一，他表示通姦罪對於婚姻制度的保護毫無作用與效果，應該予以除罪化。來自法國的 Levasseur 教授則表示，通姦罪在法國刑事訴訟程序的案件量極低，而所判的刑期均是最低刑期，諷刺的是，法國監獄方面卻要求應該增加通姦罪之刑度，如此始可針對男性受刑人與女性受刑人違犯之通姦罪，個別給予不同的監獄教化措施。不過法國代表主張，最重要的除罪化理由是，通姦罪一旦進入刑事訴訟程序，往往催化與加速了離婚速度，而非維護原來的婚姻狀態，因此反而無法藉由刑罰而達到維護婚姻之目的。²⁰最後，本次會議最後做出的決議是，「通姦行為不應該以刑罰處罰」，其附帶的紀錄包含，對於性的節制，刑法並非適當的手段；此外，對於通姦罪之處罰，不應罰及沒有婚姻關係的成年人，簡單的說，僅能處罰有婚姻關係之人，而相姦人如果是沒有婚姻關係的成年人，其性交行為不應該受到刑罰處罰。²¹

德國刑法上的通姦罪，一直到 1969 年第一次刑法修正法案（1. StrÄndG）才廢除。這一波的刑法修正，刪除了眾多性道德保護條文，包括通姦罪、普通同性戀罪（*einfache Homosexualität*）²²、人獸姦、詐術性交罪。1969 年以前，德國刑法第 172 條通姦罪的規定為：「因通姦而惹起離婚者，有責配偶之一方及其共同責任人，處 6 月以下懲役。刑事訴追，非經告訴不得開始。」²³德國通姦罪之舊法，與我國刑法第 239 條最大的不同是，其犯罪構成要件之成立，以通姦行為導致離婚為前提。就當時德國通姦罪之立法理由，根據德國聯邦參議院 1962 年刑法修正草案及理由（*Entwurf eines Strafgesetzbuches E1962 mit Begründung*）中所提及，通姦罪具有塑造與維護善良風俗之作用，以及國家視婚姻為社會共同生活重要基礎的宣示作用。²⁴不過此一草案理由中，亦進一步

¹⁸ Schröder, *Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992-1998*, JZ 1999, S. 827

¹⁹ Blau, *Die Beratung des 9. Internationalen Strafrechterskongresses in Den Haag (24.-30.8.1964) hinsichtlich der Straftaten gegen Familie und Sittlichkeit*, FamRZ, 1964, S. 244.

²⁰ Blau, (Fn. 19), S. 244.

²¹ Blau, (Fn. 19), S. 244.

²² 普通同性戀罪，指的是成年男性間的同性戀行為被除罪化，如果同性戀的對象是未滿 16 歲之幼年男性，則另有處罰規定，參考王皇玉，前揭註 16，頁 387。

²³ § 172 (1) Der Ehebruch wird, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist, an dem schuldigen Ehegatten, sowie dessen Mitschuldigen mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft. (2) Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

²⁴ 黃榮堅（1998），〈論通姦罪除罪化〉，氏著，《刑罰的極限》，頁 9，臺北：元照。

說明，通姦罪的追訴，不能對婚姻有什麼維護的作用，相反的，在大部分的情況下，只有毀滅婚姻的作用，因為無論如何，對通姦之配偶或第三人的刑罰只會促使通姦之配偶決意離婚。²⁵換言之，德國立法者也瞭解到，通姦罪的出發點，雖然是為了宣稱國家重視婚姻制度之保護，然而，在過去的法律實踐過程中，通姦罪之存在卻展現了破壞婚姻的反效果。

德國後來於 1969 年正式廢除通姦罪，在 1969 年聯邦議會第 5 任期刑法修正特別委員會第一次書面報告中，說明了廢除通姦罪規定的理由，主要是有罪案件數量稀少、刑罰異常地輕微，以及非常貧乏的規範意義，因而認為刑事政策上沒有規定通姦罪之必要。²⁶以德國廢除通姦罪之前的實務案件量來看，自 1958 年到 1966 年之間，每年有罪的通姦罪案件約 100 到 200 件之間；此外，就量刑來看，以 1966 年為例，該年通姦罪之有罪判決為 136 件，其中有 117 件是諭知罰金刑，其餘則宣告自由刑，但絕大多數同時宣告緩刑。此外，刑法修正特別委員會更進一步地認為，通姦罪的規定毋寧說是有害的，因為通姦罪是告訴乃論犯罪，而提出通姦罪告訴之配偶，不少是出於「卑劣的動機」而提起，亦即通姦罪規定提供了一個危險的手段，讓人進行報仇，以及貫徹金錢上的要求而去勒索，然而這樣的作法對於婚姻的維繫，沒有任何幫助。此次刑法修正特別委員會遂提出以下看法：通姦罪的廢除並不至於影響國民意識，也不致於使一般國民誤以為國家不再重視婚姻。此從其他國家的實證經驗亦可佐證，例如：挪威、丹麥、瑞典、芬蘭及英格蘭等國家均廢除通姦罪，然而通姦罪之廢除對於國民意識關於婚姻意義的認知。並沒有影響。²⁷

肆、我國通姦罪現象面之觀察

一、案件數量稀少

前面法國與德國廢除通姦罪的理由中，都提到，通姦罪在該國實務上之案件量，極其少數，且以通姦罪作為維護婚姻之手段，往往只有催化離婚、使婚姻破裂之反效果。關於我國通姦罪的判決數量，由於司法院所為之官方統計資料「司法院統計專輯」，是將刑法第 17 章妨害婚姻與家庭罪的被告人數一併統計，並未針對「通姦罪」之案件量或被告數進行個別統計，在文獻上，針對通姦罪所進行之實證研究中，有碩士論文以「通姦」與「相姦」為關鍵字，於司法院法學資料檢索系統中，搜尋判決數並自行計算通姦罪被告人數（包含自訴、公訴案件）。該論文所搜尋之司法院法學資料檢索系統，主要針對台北地院、宜蘭地院、雲林地院三個地方法院，自民國 89 年至 99 年間通姦罪被告人數進行統計。搜尋所得之通姦罪統計結果發現，通姦罪的一審法院判決數量極

²⁵ 黃榮堅，前揭註 24，頁 10。

²⁶ 黃榮堅，前揭註 24，頁 10。

²⁷ 黃榮堅，前揭註 24，頁 10。

低，被告人數一年不超過 30 人（附表一）。²⁸此外，通姦罪之法定刑為一年以下有期徒刑，法定刑中沒有「拘役」或「罰金刑」之選項，然法院所判之刑期，幾乎均為 6 月以下有期徒刑，且均得易科罰金或易服社會勞動。²⁹

附表一：台北、宜蘭、雲林地院通姦罪被告人數統計（89 年—99 年）

	89 年	90 年	91 年	92 年	93 年	94 年	95 年	96 年	97 年	98 年	99 年
台北地 院	18	14	28	20	14	8	14	30	27	26	29
宜蘭地 院	4	10	19	6	10	1	7	2	6	6	4
雲林地 院	11	15	11	3	5	2	4	4	3	5	7

本人於撰寫本篇文章前，也曾進行相關研究，本人於 Lawnote 資料庫以「通姦罪」為關鍵字，搜尋台北地方法院（都會區）與屏東地方法院（非都會區），在 100 年到 106 年之間的通姦罪判決數量。統計結果，台北地方法院自 100 年到 106 年間，通姦罪的判決數維持在 24 到 35 件之間，屏東地方法院自 100 年到 106 年間，通姦罪的判決數，則在 7 到 18 件之間（附表二）。

附表二：台北、屏東地院通姦罪案件數統計（100 年—106 年）

	100 年	101 年	102 年	103 年	104 年	105 年	106 年
台北地院	24	35	30	21	23	24	29
屏東地院	13	18	12	12	7	9	7

本人雖僅初步統計台北與屏東兩個地方法院的通姦罪判決數，但也發現與前開碩士論文的實證研究有相同之結果，亦即通姦罪在實務判決上的數量極少，此情形就如同前面德國、法國在廢除通姦罪之前的實務現狀一樣。

²⁸ 以上參考林如君（2011），《通姦罪判決之實證研究》，頁 36 以下，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文。

²⁹ 林如君，前揭註 28，頁 40。

如此少量的通姦罪案件量，其所代表的意義為何？首先，我們可以檢視我國每年的離婚率，根據內政部戶政司統計處的統計，³⁰ 台灣每年離婚對數，約在 5 萬 3 千對至 5 萬 8 千對之間（附表三），套句目前年輕人常用的語言，到底是哪來的自信，認為刑法上的通姦罪，可以維護婚姻制度？若要細數現代社會中的離婚原因，「婚外性行為」絕非主因，甚至婆媳之間的紛爭，婆婆媽媽的介入，對婚姻的殺傷力更甚於婚外性行為，何以刑法不去追究此等破壞婚姻之行為？更何況現代社會中，維繫婚姻的方式千奇百怪，有些婚姻有性無愛、有些是有愛無性，也有些採取開放式性關係，或是只要給錢安撫就睜一隻眼閉一隻眼的態度，從而，以「婚外性行為」作為婚姻破裂的主因，並進而以刑法加以追究與干預，根本是一種用一百年前農業社會的單一價值觀來衡量現代人，且將刑罰桎梏不當地強加於現代人民身上的作法。

附表三：結婚對數與離婚對數（2010—2019）

年代	結婚			離婚(終止結婚)		
	結婚對數	粗結婚率	年增率	離婚對數	粗離婚率	年增率
2010	138,819	6%	X	58,115	2.51%	X
2011	165,327	7.13%	19%	57,008	2.46%	-2%
2012	143,384	6.16%	-13%	55,980	2.41%	-2%
2013	147,636	6.32%	3%	53,604	2.3%	-4%
2014	149,287	6.38%	1%	53,190	2.27%	-1%
2015	154,346	6.58%	3%	53,459	2.28%	1%
2016	147,861	6.28%	-4%	53,837	2.29%	1%
2017	138,034	5.86%	-7%	54,412	2.31%	1%
2018	135,403	5.74%	-2%	54,443	2.31%	0%
2019	134,524	5.7%	-1%	54,473	2.31%	0%

此外，通姦罪之判決數量少，也意味著犯罪黑數極高。所謂犯罪黑數，乃客觀存在著犯罪，但卻未進入官方犯罪統計數字中，且不用受到法律制裁。通姦行為基本上就是一般民眾口中的「外遇」、「婚外情」、「包二奶」現象，此乃現代人周遭大量上演、遭遇的生活事件。此等生活事件，之所以成為「犯罪黑數」，極大的可能是因為一般人普遍將之視為感情事件、家庭失和，而不會認為是犯罪，因此也不會去提告。再者，國民對通姦罪是犯罪行為一事，欠缺「不法意識」。新聞媒體常見知名企業的總裁、董事長、總經理等外遇、包二奶，這些人只要擺得平原配，就不會被提告，因此台灣大量存在著犯了「通姦罪」卻不受法律制裁之人。

³⁰ 內政部戶政司統計處網站，<https://www.stat.gov.tw/ct.asp?xItem=15409&CtNode=3622&mp=4>（最後瀏覽日：03/26/2020）。

通姦罪存在如此大量犯罪黑數，其可能代表的意義有二：

- 1、法律除了制定之外，還要實踐，也就是要講究法律的有效性。通姦罪犯罪黑數過多，顯示所制定的法律，其有效性受到質疑，亦即法律並未有效地運作，規範並未有效地貫徹，如此不僅將影響人民的守法意願，也無法形成國民對此等犯罪的不法意識。
- 2、通姦罪犯罪黑數之存在，形同該條文如同具文般的存在，而每年偶爾會有數百件判決，並非意味著正義被實現，反而營造司法不公之氣氛，甚至違反平等原則。

二、提告者往往出於卑劣的動機或使用違法手段取得證據

在前面所論述之德國廢除通姦罪的刑法修正理由中，提到通姦罪規定毋寧是有害的，因為通姦罪提出告訴之配偶，不少是出於「卑劣的動機」而提起，亦即通姦罪提供配偶一個可以利用法律程序進行報仇，或貫徹金錢上勒索的手段，而這樣的提告，根本無助於婚姻的維繫。關於卑劣的動機，在幾年前轟動一時的「房思琪」受到補教老師誘姦的小說中，一個未成年人受到已婚成年教師的性侵害，本為權勢下的被害人，卻反而可能遭通姦罪提告的威脅與心理煎熬。顯見通姦罪的存在，並無法「嚇阻」有心外遇之人，但在特殊個案中，卻不無可能被拿來威脅法治觀念欠缺的未成年人。

由於通姦罪之成立，必須「抓姦在床」，因此激發出各式各樣私人違法蒐證的手段。一般社會新聞中常出現的抓姦手段，幾乎都是犯罪手段，例如自行或是委託徵信社，以跟蹤、監聽、在車上裝 GPS、在臥室裝針孔攝影機、侵入住宅或闖入飯店房間等方式，甚或將通姦之二人強行脫衣拍照、違法搜索使用過的保險套、衛生紙等方式，進行蒐證。因此往往抓姦者所違犯之犯罪行為，比通姦行為更為惡劣。此外，實務上常見的是舉證手段，是提告之一方先對配偶予以原諒且撤告，但條件是該外遇配偶必須以「證人」身分，證明與相姦人發生過姦淫行為，以證明相姦人之罪行；另一種舉證上的亂象，則是將通姦行為所生的小孩，作為證明通姦罪之「證據」，而對兒童進行親子鑑定，完全忽略該無辜兒童身為一個人所應該具有的主體性。³¹

伍、結論

在撰寫本文期間，本人試圖搜尋與閱讀其他國家廢除通姦罪的法學文獻，但在找資料與閱讀資料時，頓時有種陷入時空錯置的感覺，因為廢除通姦罪是上個世紀中期，亦即 1960 至 1970 年代討論非常熱烈的議題，在閱讀這些 1960 年代的文獻時，除了有一種彷彿在進行法律考古學的荒謬之感，更令人錯愕的是，50 年前各國討論廢除通姦罪的主流原因，就是通姦罪的存在，不管是理論上或實際上，都不能對婚姻有什麼維護的作用，相反的，只有毀滅婚姻的作用，而何以這麼簡單的道理，在今天號稱亞洲最為自由、民主的國家，卻不適

³¹ 林如君，前揭註 28，頁 47。

用？

此外，在前面所述國際刑法會議中，對於通姦罪除罪化的討論，另一個具啟發性的想法就是，即便要對通姦行為加以處罰，也不應罰及無婚姻關係的成年相姦人，簡單的說，就是僅能處罰有婚姻關係之人，因為沒有婚姻關係的人，只要是成年人，就有性的自由，即便他與有婚姻關係之人為性交行為，其性交行為也不應該受到刑罰處罰。目前通姦罪案件中，非常多的婚姻外性行為，相姦人一開始是被有配偶之人欺瞞而不知他方已婚，然而到頭來，這樣的感情受害者卻反而被指控為他人婚姻的加害者，這種感情糾紛，難道上了法庭，就可以說的明白嗎？順著這樣的想法，我國刑事訴訟法對 239 條第 2 條，通姦罪對配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人，此規定不僅是一種不當限制無婚姻關係之人性自主權的規定，也助長了有婚姻中之雙方，藉由法律的不當保護，玩弄法律，一再行破壞婚姻之行為（配偶一方一再通姦，他方一再對配偶撤回告訴），卻推卸責任到相姦人的頭上。

本文最後的結論上是，不管是刑法第 239 條通姦罪，或是刑事訴訟法第 239 條通姦罪撤回告訴之規定，均屬違憲之條文，應儘速廢除。