

司法院會台字第 12664 號聲請解釋案鑑定意見書

國立中正大學法律學系 副教授
黃士軒

目次

壹.	本件在刑法學上的主要問題概觀	2
一.	總說	2
二.	各聲請書的主要理由概觀.....	3
三.	本件所涉及的問題面向.....	5
貳.	鑑定意見.....	7
一.	各聲請書所提指問題的進一步釐清.....	7
二.	需進一步檢討的問題.....	13
三.	日本刪除通姦罪的立法過程概觀.....	14
(一)	日本刑法近代化以後通姦罪規定的沿革與學說的一般理解.....	14
(二)	廢止通姦罪過程的主要論點.....	15
(三)	廢止通姦罪規定的一般評價.....	16
(四)	小括.....	16
四.	若干補充.....	17
(一)	通姦罪保護法益內涵的再思考.....	17
(二)	符合罪刑明確性原則的立法困難.....	18
五.	結論.....	19

壹. 本件在刑法學上的主要問題概觀

一. 總說

本鑑定意見是就司法院會台字第 12664 號聲請解釋案件（以下簡稱本件）所提出的法律意見。如後所述，因為如就本件聲請人等所提出的聲請書內容觀之，可知聲請人等在結論上均認為本件所涉及的刑法上犯罪即同法第 239 條的通姦罪¹（以下簡稱通姦罪）屬於違反憲法且無存在必要的規定；且因為鑑定人的專長為刑事法，因此以下的鑑定意見將就此一問題，從刑法學的觀點，說明鑑定的意見。

因為一個犯罪處罰條款是否有存在正當性與必要的問題，若從刑法學的觀點，主要將涉及（1）此一犯罪處罰條款在保護法益上有無足以支持其存在的實質內涵；（2）此一犯罪處罰條款在規範上可否提供適切、妥當而明確的處罰範圍的兩個問題。前者的問題關係到刑法能否落實以法益保護為目的的基本立場，後者的問題則涉及罪刑法定原則中的下位原則，即罪刑明確性原則是否能被妥當地實踐的問題，兩者均有根本的重要性。

另一方面，因為依照刑法第 245 條的規定，本件所涉及的通姦罪是告訴乃論之罪，所以在同罪的處罰範圍廣狹實質上將受告訴權是否行使左右的意義下，自然也必須將——性質上屬於刑事訴訟法上的——告訴權運用如何反映於通姦罪的處罰範圍的問題納入視野中。

考慮到本件的聲請理由書內容相當豐富，且聲請的理由也有相當多樣的內容，在本鑑定意見以下的內容中，必須先將本件各聲請理由加以概觀，並先整理這些理由在上述的刑法學觀點下其意義為何，再進一步就聲請人等所提出的各項理由在刑法學的觀點下先進行初步的檢視，藉以明確化在刑法理論上必須面對與處理的本質問題。因此，以下本鑑定意見第一部份的內容，將先簡要地整理各聲請書的主要理由（壹、二），再進一步地說明各聲請理由在刑法學的意義與所涉及的面向，乃至於本件題綱間的關連（壹、三）。在這樣的釐清之後，本鑑定意見再於第二部分，先對各聲請人所提出的主要聲請理由進行檢討（貳、一），再具體化判斷前所需面對的進一步問題（貳、二），並且簡要地介紹日本於第二次世界大戰後將通姦罪刪除的經驗（貳、三），再就本鑑定意見認為還有檢討餘地的論點加以補充（貳、四），最後再將本鑑定意見的內容，提出結論（貳、五）。

¹ 現行我國刑法第 239 條之規定內容為：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」關於本鑑定意見所引用的我國現行法律規定，是引用自法務部的全國法規資料庫。<https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=C0000001>（最終瀏覽日：2020 年 3 月 25 日）。

二. 各聲請書的主要理由概觀

本件的聲請書，以台灣苗栗地方法院陳文貴法官所提之聲請書為首，總共有 16 份²，扣除內容有相當程度重疊的聲請書，在此先簡要地將鑑定人所見各聲請書的主要理由歸納如下。本件各聲請書的內容，主要基於以下各點理由，認為我國刑法的通姦罪規定違憲，且不應繼續存在於我國的法秩序中。

(1) 日本、德國、韓國廢除通姦罪的國際潮流，可知通姦罪的存在與國際趨勢並不符合³。

(2) 做成於 2002 年的司法院釋字第 554 號解釋，固然指出受憲法第 22 條保障之性行為的自由應受婚姻與家庭制度制約，通姦罪之處罰對性行為自由之限制為維護婚姻、家庭制度與社會生活秩序所必要，且通姦罪也有追訴條件的附加，因此此一立法者就維護婚姻、家庭制度及性行為自由之間所為的價值判斷，並不逾越立法形成空間，也不違背憲法第 23 條的比例原則。但是，同號解釋距今已經有十數年，我國的社會背景，特別是對於性的行為等之觀念已經不同，應該予以變更⁴。

(3) 即使提供婚姻制度性的保障，婚姻生活圓滿也無法成為通姦罪的保護法益之內涵⁵。

(4) 夫妻之間的性忠誠義務無法成為通姦罪的保護法益之內涵⁶。

(5) 通姦罪客觀上並無被害人存在或無法益侵害⁷。

(6) 對通姦行為使用刑罰作為威嚇手段，一般預防的效果甚為有限⁸。

² 以司法院所提供之聲請書影本紙本為準。並且，本鑑定意見以下引用各聲請書內容時所舉之頁碼，也以司法院所提供之聲請書影本紙本每頁最下方的總頁碼為準，於此合先說明。

³ 參照：臺灣花蓮地方法院吳志強法官聲請書，頁 29-30；台灣花蓮地方法院何效鋼法官聲請書，頁 106-107。

⁴ 參照：臺灣苗栗地方法院陳文貴法官聲請書，頁 2；臺灣雲林地方法院吳基華、陳碧玉、李奕逸法官聲請書，頁 12；花蓮地方法院林恒祺、何效鋼、謝欣宓法官聲請書，頁 90；聲請人林建宏聲請書，頁 99；台灣花蓮地方法院何效鋼法官聲請書，頁 105；臺灣高雄地方法院何一宏法官聲請書，頁 114；台北地方法院廖晉賦法官聲請書，頁 179。關於司法院釋字第 554 號的內容，可參照：司法院法學資料檢索系統 <http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/jep03/show?expno=554> 最終瀏覽日：2020 年 3 月 25 日。

⁵ 參照：臺灣雲林地方法院吳基華、陳碧玉、李奕逸法官聲請書，頁 14-15；花蓮地方法院林恒祺、何效鋼、謝欣宓法官聲請書，頁 89；臺灣高雄地方法院何一宏法官聲請書，頁 117；台北地方法院廖晉賦法官聲請書，頁 190。指出此一問題者，另可參照：張明偉（2017），〈通姦罪合憲性之再思考〉，《月旦裁判時報》，59 期，頁 65。

⁶ 參照：臺灣雲林地方法院吳基華、陳碧玉、李奕逸法官聲請書，頁 16；台北地方法院廖晉賦法官聲請書，頁 193-194；台北地方法院林孟皇、蔡英雌、林怡君法官聲請書，頁 213；台中地方法院張淵森法官聲請書，頁 223。另亦可參照：黃源盛（2012），〈從無夫姦到通姦的除罪化——以晚清民國刑法為例〉，收於：《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集下冊》，台北：甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會，頁 120。

⁷ 參照：台北地方法院廖晉賦法官聲請書，頁 186；台中地方法院張淵森法官聲請書，頁 224。指出此一問題者，另可參照：張明偉，同前註（5），頁 62。

⁸ 參照：臺灣苗栗地方法院陳文貴法官聲請書，頁 3-4；台灣花蓮地方法院何效鋼法官聲請書，頁 108。

(7) 現行通姦罪規定僅處罰異性間的性器接觸接合即姦淫行為，不處罰同性間的肛交、口交，特別是考慮到釋字 748 號解釋施行法已經成為實定法的我國社會現況而言，也違反平等原則⁹。

(8) 因為通姦罪的存在，使得人民無法與有配偶之他人為性交行為，或在夫妻感情長期不合乃至婚姻出現破綻時，也無法有性自主發揮的空間，將使性自主決定權無法充分發揮，導致對於可認為受憲法第 22 條所保障的性自主的過度干涉¹⁰。

(9) 通姦罪類型不只有一種，但是現行規定僅有一種法定刑即一年以下有期徒刑，屬於對不同事物未為合理之差別待遇¹¹。

(10) 國家對婚姻家庭應給予制度性保障但是並不因此當然可推論此一制度性保障需以通姦罪即刑罰作為手段加以保護¹²。

(11) 婚姻關係之締結屬民法上之(身分的)契約關係，而民事契約之違反，僅會產生民事法上之法律效果(例如損害賠償或解除契約等)，一般而言不當然因契約違反即當然可導出得科以刑罰之結論¹³。並且以刑罰保護契約，僅在涉及重大公益的情況，例如刑法第 108 條、第 194 條、第 294 條，始有正當性，僅涉及結婚的兩人間的身分契約則非這種情形¹⁴。

(12) 使用民事上手段，例如民事損害賠償，或者離婚等方式，也已經足以達到通姦罪欲保護婚姻之目的，並且法院實際宣告通姦罪的處罰後，大多數的被告也都能易科罰金，因此實際上與民事手段差異不大¹⁵。

(13) 在告訴權的行使上，實際上可能出現的情形是無通姦的女性配偶在家中若處於經濟弱勢的地位，即使有告訴權也不敢對有通姦的丈夫提起告訴，因此即使有通姦罪規定，對這樣的婦女也無法提供保障¹⁶。

⁹ 參照：台北地方法院廖晉賦法官聲請書，頁 185。指出此一問題者，另可參照：邱忠義(2013)，〈以自主隱私權之侵害評析我國通姦罪之處罰〉，《輔仁法學》，46 期，頁 136-137；林慈偉(2018)，〈同性婚姻釋字後的通姦罪解釋及其因應——從司法院釋字第 554 號到第 748 號解釋〉，《國立臺灣大學法學論叢》，47 卷特刊，頁 1536。

¹⁰ 參照：台灣花蓮地方法院何效鋼法官聲請書，頁 104；臺灣苗栗地方法院陳文貴法官聲請書，頁 2、4；臺灣雲林地方法院吳基華、陳碧玉、李奕逸法官聲請書，頁 12、19；聲請人林建宏聲請書，頁 100。指出此一問題者，另可參照：張明偉，同前註(5)，頁 63。

¹¹ 參照：臺灣花蓮地方法院吳志強法官聲請書，頁 35。

¹² 參照：臺灣苗栗地方法院陳文貴法官聲請書，頁 3。

¹³ 參照：台北地方法院廖晉賦法官聲請書，頁 185-186；台中地方法院張淵森法官聲請書，頁 223。

¹⁴ 參照：台中地方法院張淵森法官聲請書，頁 223。

¹⁵ 參照：花蓮地方法院林恒祺、何效鋼、謝欣宓法官聲請書，頁 90；台灣花蓮地方法院何效鋼法官聲請書，頁 109-110；臺灣高雄地方法院何一宏法官聲請書，頁 119-120；台北地方法院廖晉賦法官聲請書，頁 184。

¹⁶ 參照：臺灣花蓮地方法院吳志強法官聲請書，頁 35。

(14) 從通姦罪實際適用的狀況來看，實際上是女性反而受到的追訴較男性多¹⁷。

(15) 通姦罪及其告訴要件依照刑事訴訟法第 239 條但書在刑事程序中的適用，在對於前配偶仍可提出告訴之點、以及對於前配偶撤回告訴將使撤回告訴效力及於相姦人之點，其手段不僅無助於目的達成，也將導致人民離婚的自由將受干涉，甚至鼓勵人民為提出告訴進行無真意的違法假結婚行為，違反憲法第 7 條的平等原則，也無法合乎比例原則地限制受同法第 22 條保障的婚姻自由¹⁸。

(16) 通姦罪的存在本身，以及法院實務將通姦行為的認定嚴格地限定於異性間性器接合的情形，將使得配偶之一方為蒐證有通姦之他方配偶的通姦行為，將導致更多隱私侵害或者住居侵害的犯罪發生¹⁹。

三. 本件所涉及的問題面向

上述本件各聲請書所主張的理由至少多達 16 個，並且從內容看來包含各種面向，各不相同。不過，倘若在此進一步探究其主張的內容在刑法學理上的意義，應可認為上述的 16 個理由在刑法學理上，主要是與以下幾個問題有關。

第一，上述聲請理由 (2) (3) (4) (5)，主要涉及到的是通姦罪究竟有無較為實質的保護法益的問題。亦即，2002 年的司法院釋字第 554 號解釋雖然揭示了婚姻制度與家庭作為通姦罪的保護法益，並認為藉此可以進一步地限制性自主權的行使，亦即使處於婚姻關係存續狀態中之人不能恣意與非配偶之人性交。且因這樣的性交選擇受限，實質上也將產生處於婚姻關係存續中之人對於配偶需負性行為的忠誠義務的效果。

但是，倘若如同上述聲請理由 (3) (4) 所指，一旦此處的婚姻制度與家庭的內容無法具體化，則除了將導致上述聲請理由 (5) 所指的通姦罪無實質被害人存在的問題以外，更為根本的是，一旦欠缺實質的保護法益支撐，將無法支持通姦罪對性的自主決定權造成的限制，並且也將無法支持可限制有罪確定之被告的人身自由的通姦罪之法定刑²⁰。

第二，上述聲請理由 (6) (7) (8) (9) (10) (11) (12)，主要涉及到作為犯罪處罰條款的刑罰手段本身的問題。這部分的問題，又有以下的幾個面向：

首先，倘若如上述聲請理由 (6) 所指，通姦罪雖然存在，但是對於預防法益不受侵害本身，並無實質的一般預防效果，則通姦罪的規定將成為欠缺預防功

¹⁷ 參照：臺灣花蓮地方法院吳志強法官聲請書，頁 27-28、33-34；台北地方法院林孟皇、蔡英雌、林怡君法官聲請書，頁 215-216。

¹⁸ 參照：桃園地方法院施育傑法官聲請書，頁 63-64。

¹⁹ 參照：臺灣花蓮地方法院吳志強法官聲請書，頁 39；台北地方法院廖晉賦法官聲請書，頁 183、190；台北地方法院林孟皇、蔡英雌、林怡君法官聲請書，頁 206。指出此一問題者，另可參照：錢建榮 (2013)，〈是堅守罪疑唯輕原則還是恐龍判例作祟——兼談通姦除罪化〉，《台灣法學雜誌》，223 期，頁 66。

²⁰ 現行我國刑法第 239 條通姦罪的法定刑為 1 年以下有期徒刑。

能的刑罰條款。這種無法發揮功能達到目的的刑罰手段，其存在的正當性自然將受到質疑。

其次，倘若如上述聲請理由（7）考慮的是目前我國的婚姻或法律上的伴侶關係態樣不只有一種，而目前規定僅就向來的異性婚姻中的通姦行為加以處罰，在手段上無法符合平等原則的要求。倘若如上述聲請理由（8）（9）所指，通姦罪既然有多種的態樣，僅以單一主刑種類規定其處罰，且法定刑並無對應不同行為種類的分類，也同樣與平等原則的要求有違。倘若貫徹這樣的聲請理由，那麼從刑法學的觀點，通姦罪也將可能因為不分情節地僅能適用相同的法定刑，而同樣地違反罪刑法定原則的下位原則，亦即罪刑均衡的要求²¹。

再其次，上述聲請理由（10）（11）（12）則是指出即使通姦罪所要保護的法益為正當，然而是否存在有需要保護的法益時，就必需要用刑罰手段仍然成為問題。特別是如上述聲請理由（11）與（12）所指，倘若還能考慮透過科以民事上的責任作為保護婚姻的手段，且效果與刑罰大致相同，則從刑法學的觀點來看，在刑法謙抑性的思考下²²，也將導致通姦罪所規定的刑罰處罰欠缺存在的必要性的重大疑慮。

第三，上述聲請理由（13）（14）（15）（16）所涉及的，則是通姦罪刑事處罰的實踐上所呈現的現象。亦即，若如上述聲請理由（13）（14）（15）所指，則通姦罪在我國的實際追訴上，將發生女性受到追訴較多，以及經濟上弱勢的女性較難行使告訴權的問題。這一方面會發生前述聲請理由提到的違反平等原則的問題，在刑法學的意義上，這樣的現象將導致實際的處罰界線在男性與女性之間不相同，從而難以認為通姦罪的實際處罰範圍妥當的疑問。

另外，如上述聲請理由（16）所指，通姦罪的存在，將使無通姦行為之配偶為了蒐證，而引發隱私侵害的相關犯罪，以及住居權侵害的相關犯罪，亦即對此等犯罪加以誘發的負面效果，這也將導致在刑事政策上通姦罪對社會的不良作用不會僅停留在家庭內，反而有可能逸散的問題。

第四，從上述聲請理由（1）在數份聲請書中均有提及可知，在比較法的觀點下，外國法領域已經廢除通姦罪或宣告通姦罪的事實，也是本件聲請人等的重要參考。

在得到上述的四個問題面向後，大致可以認為，這些問題與司法院提供的爭點題綱之間，也有如下的對應關係：

²¹ 王皇玉(2019),《刑法總則》,5版,台北:新學林出版股份有限公司,頁55;林鈺雄(2019),《新刑法總則》,7版,台北:作者自版,頁43-45;陳子平(2017),《刑法總論》,4版,台北:作者自版,頁55-56。另外亦可參照:山口厚(2016),《刑法總論》,3版,東京:有斐閣,頁21-22;井田良(2018),《講義刑法學·總論》,2版,東京:有斐閣,頁29-30;淺田和茂(2019),《刑法總論》,2版,東京:成文堂,頁67;高橋則夫(2019),《刑法總論》,4版,東京:成文堂,頁41

²² 王皇玉,同前註(21),頁46-48;林鈺雄,同前註(21),頁11;陳子平,同前註(21),頁11。另外亦可參照山口厚,同前註(21),頁5;井田良,同前註(21),頁18-19;淺田和茂,同前註(21),頁47;高橋則夫,同前註(21),頁63。

第一，上述的第一部分的面向主要是對通姦罪保護法益內涵的疑問，對應的是爭點題綱的「一、」部分的 1. 的問題。而因為司法院釋字第 554 號解釋中對此部分已經有所論述，因此這部分的問題面向自然也與爭點題綱的「一、」部分的 3. 的問題相對應。

第二，上述的第二部份的面向，則主要是對通姦罪構成要件行為，以及其所採取的處罰手段的疑問。這樣的疑問，應是對應爭點題綱的「一、」部分的 2. 的問題。

第三，上述的第三部分的面向，因為涉及通姦罪的告訴權行使的問題，因此應可認為與上述爭點題綱的「二、」的部分之問題相對應。

第四，至於上述的第四部分的面向，看起來似乎僅關乎外國法務情勢而與本件的爭點題綱無直接關連，但是從本鑑定意見的立場看來，這樣的外國法情勢觀察之重點並不僅在外國立法例上設有通姦罪的國家處於少數，或者本有通姦罪的國家其通姦罪被司法機關宣告違憲或被立法機關廢止。重要的毋寧是在於這些外國的司法機關宣告違憲或者立法機關廢止的過程中，有如何的議論、或者有如何的觀點曾經被提出可供參考，而有助本件問題的判斷。

貳. 鑑定意見

一. 各聲請書所指問題的進一步釐清

儘管在本鑑定意見前述「壹、」的部分將上述各聲請意見的理由加以歸納，大致整理成四個面向，同時也確認了這四個面向與本件爭點題綱間的對應關係，但是，考慮到①本鑑定意見是立於刑法學理的觀點就本件爭點題綱的問題提供判斷的參考；②本件各聲請人提出的多樣的聲請理由雖然是針對刑法通姦罪的解釋論與立法論，但是是否均依據刑法學理作為其出發點，或在刑法學的觀點也可認為是通姦罪的本質問題仍須檢驗等因素，在此必需先對上述前三個面向的聲請理由進行初步的檢視。透過這樣的檢視，才能進一步確認上述各聲請理由中的何者（或哪些），才是在本件中真正的核心問題所在。並且，透過這樣的初步檢討，也才能確認在比較法的觀點下，屬於上述第四面向外國法的經驗上，除了結論是廢止通姦罪或通姦罪違憲以外，還有如何的實質內容可供我國思考通姦罪的存在正當性時進一步參考。因此，以下即先依照本鑑定意見上述「壹、三、」所整理的前三個面向中的各個理由進行初步的檢討。

關於本鑑定意見上述「壹、三、」所整理的第一個面向中的聲請理由（2）（3）（4）（5），基本上可以認為有其正當的意義。因為在刑法學的觀點上同樣也會認為欠缺保護法益作為支撐的犯罪處罰條款不具備存在的正當性²³。

但是，在此必須注意的是，不論是 2002 年做成的釋字第 554 號解釋，或者上述聲請理由（2）（3）（4）（5），在檢討通姦罪的保護法益內涵時，似乎並未特別從刑法解釋論的觀點，論及我國刑法第 239 條的通姦罪規定於同法第二編「分

²³ 參照：黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，4 版，台北：元照出版有限公司，頁 20。

則」第 17 章「妨害婚姻及家庭罪」²⁴之中。倘若如此，若考慮到①同章之設置本身即蘊含對婚姻與家庭加以保障之意²⁵；②通姦罪既然也處於「妨害婚姻及家庭罪」章中，那麼通姦罪除了可能以婚姻為保護內涵，也可能以家庭為保護內涵，則判斷通姦罪本身是否確實欠缺實質的保護法益之前，即應該考慮通姦罪的處罰對於各種型態的家庭是否均無意義，以求慎重。關於此點，在本鑑定意見後數貳、四、(一)的部分將再進一步說明。

關於本鑑定意見上述「壹、三、」所整理的第二個面向中的聲請理由(6)(7)(8)(9)(10)(11)(12)，雖然均與使用刑罰作為手段的問題有關，但是因為內容不完全相同，所以其等在刑法學理上是否均為對於通姦罪的本質性疑問，或者其意義，仍須個別地再加檢討。

關於前述聲請理由(6)，其主旨在於立法者雖希望以刑罰為手段，企圖達成一般預防通姦罪，但是從社會上仍廣泛地存在性交易現象，以及刑罰對通姦罪的

²⁴ 參照：法務部全國法規資料庫 <https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=C0000001> 最後瀏覽日：2020年3月25日。

²⁵ 倘若從目前有效地施行於我國的中華民國刑法的沿革觀之，原本相當於現行我國刑法第 239 條通姦罪的規定，在實質上承襲自 1911 年欽定大清新刑律的 1912 年中華民國暫行新刑律，即於同律第 2 編「分則」第 23 章「姦非及重婚罪」第 289 條有所規定，其規定為：「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。」(參照：黃源盛編(2010)，《晚清民國刑法史料輯注(上)》，台北：元照出版有限公司，頁 475)。

但是到了 1928 年中華民國刑法(即刑法學上一般所稱的舊刑法)制訂時，其第二編「分則」之中，原本 1912 年中華民國暫行新刑律的「姦非及重婚罪」章，即被分為第 15 章「妨害風化罪」與第 16 章「妨害婚姻及家庭罪」，其理由是考慮到本在「姦非及重婚罪」的各罪之中，存在著屬於本質為性犯罪(當時的強姦罪與強制猥褻等罪)、性道德之妨害(例如公然猥褻罪或散布猥褻物品罪)類型的犯罪，以及本質為對婚姻、家庭之妨害的犯罪(例如重婚罪、通姦罪、和誘與略誘未成年人等罪)，因此將兩者各自獨立為一章，此時 1928 年中華民國刑法的第 256 條通姦罪的規定仍是「有夫之婦與人通姦者，處二以下有期徒刑；其相姦者，亦同。」(參照：黃源盛編(2010)，《晚清民國刑法史料輯注(下)》，台北：元照出版有限公司，頁 977、981)。

再至 1935 年中華民國刑法(現行刑法)的時代，在規定體例上，仍是在同法第二編「分則」分別設有第 16 章「妨害風化罪」與第 17 章「妨害婚姻及家庭罪」，不過為了明確化立法者重視男女平等的意旨，將 1928 年中華民國刑法為止僅處罰有夫之婦通姦的規定，改為有婦之夫與有夫之婦的通姦兩者均罰，而成為現在刑法第 239 條的「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」(參照：黃源盛編，前揭書《晚清民國刑法史料輯注(下)》，頁 1162)。

儘管條文規定內容不相同，但是從上述的簡要說明可知，我國現行刑法將「妨害風化罪」章與「妨害婚姻及家庭罪」章分為兩章加以規定在沿革上是承襲 1928 年中華民國刑法的體例，而 1928 年中華民國刑法採取這樣的立法例之理由在於包含重婚、通姦、和誘略誘等罪與保護婚姻、家庭制度之性質有關。因此，若要理解通姦罪在保護法益上能發揮的功能，除了本件聲請意見中多數的聲請人均指出的對於婚姻的保護外，也必須要考慮在家庭的保護上，通姦罪能否發揮功能，如可能則能發揮如何的功能之問題，才是較為慎重的處理。關於此部分的立法沿革，另可參照：黃源盛，同前註(6)，頁 108-110。

一般預防效果缺乏實證觀之，刑罰作為一般預防通姦罪的手段值得懷疑²⁶。關於此部分的聲請理由，本鑑定意見認為應非通姦罪的本質問題。

理由在於，以刑罰作為對犯罪之一般預防手段時，欠缺對犯罪預防之有效性的實證基礎的質疑，在肯定一般預防為刑罰的目的的理解下，事實上適用於所有刑法中的犯罪處罰規定²⁷。然而，倘若貫徹此一立場，只要一般預防的有效性尚未實證，則刑罰手段的使用即有疑問。如此一來，向來不曾被懷疑其存在有正當性的殺人罪、強盜罪等犯罪，既然同樣也以刑罰為手段，那麼其手段的正當性也反而將受質疑。除此之外，倘若如上述的聲請理由所指摘，婚姻外的性交現象仍於我國社會層出不窮，而以此為理由認為通姦罪處罰規定的一般預防效果失靈，並進而以此認為通姦罪使用刑罰作為處罰手段欠缺正當性，則若貫徹這樣的立場，那麼例如我國刑事實務中每年均有相當多件數——但是刑罰條款存在的正當性卻罕受質疑——的普通竊盜罪、詐欺取財罪²⁸，其使用刑罰作為效果的正當性勢將面臨同樣的質疑。

關於前述聲請理由(7)，其主旨則是在於現在我國社會秩序中已經肯定異性婚姻以外的伴侶關係，在這種伴侶關係下可能發展的關係外性行為顯然無法被現在的「通姦」行為所包含，因此認為不符平等的現象。對於此部分的聲請理由，本鑑定意見認為也並非通姦罪的本質問題，並且也難以此立即認為通姦罪的規定有無法修正的不平等的疑慮。理由在於，倘若是因為對原本不在我國法秩序中的非異性間伴侶關係在我國法秩序受到承認，從而原本以異性間結合為預設的通姦罪處罰範圍因此縮小，則——如同我國於1935年現行刑法立法時將通姦罪的處罰從僅罰有夫之婦擴張為夫、婦均罰一樣——只要在立法上擴張處罰，使非異性間的伴侶關係外的性交等行為也受處罰，那麼同樣可以處理不平等的疑慮。

關於前述聲請理由(8)(9)，若將其一起觀察，應可認為其主要的旨趣應在於通姦行為的背景其實有多種的態樣，特別是在瀕臨破碎的婚姻關係為背景時，其可非難的程度顯然較低，卻也要處罰(前述聲請理由(8))；另一方面，在通姦罪雖有各種不同的基礎背景，但是其法定刑僅有一年以下的有期徒刑一種，顯然難以對應這樣多樣的行為態樣(前述聲請理由(9))。關於此部分的聲請理由，本鑑定意見認為，這也同樣無法認為通姦罪的本質問題。

理由在於，首先，倘若僅有單一的主刑做為法定刑有正當性上的疑問，那麼若貫徹這樣的立場，則事實上我國刑法典(中華民國刑法)之中僅設有單一主刑作為法定刑的刑罰規定，其正當性也將同受質疑²⁹。

²⁶ 參照：台灣花蓮地方法院何效鋼法官聲請書，頁108。

²⁷ 參照：佐伯仁志(2004)，〈刑法の基礎理論〉，《法學教室》，283號，頁44。

²⁸ 僅以2018年司法院的司法統計為例，普通竊盜竊占罪在我國第一審法院終結的件數有15584件；一般詐欺罪則有12541件。這僅是終結的件數，倘若加上每年檢察官偵查後起訴的案件數量，顯不只如此。參照：司法院網站 <https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-1820-1-xCat-10-4-20.html> 最後瀏覽日：2020年3月25日。

²⁹ 根據本鑑定意見的初步確認，在我國刑法中以單一主刑作為法定刑的規定，至少可舉出：100條第1項前段的內亂罪(7年以上有期徒刑)、刑法第111條第1項的刺探收集國防秘密

其次，倘若此處聲請理由的重點是在範圍過小的有期徒刑不足以應付有多樣化背景的通姦行為，則可能的疑問是，倘若依照本件聲請人之一在聲請書中提及

罪（5年以下有期徒刑）、刑法第112條的刺探軍機罪（1年以下有期徒刑）、刑法第124條的枉法裁判罪（一年以上七年以下有期徒刑）、刑法第125條第1項的濫權追訴罪（一年以上七年以下有期徒刑）、刑法第126條第1項的凌虐人犯罪（一年以上七年以下有期徒刑）、刑法第127條第1項的濫權不追訴罪（五年以下有期徒刑）、刑法第128條的越權受理訴訟罪（三年以下有期徒刑）、刑法第130條的廢弛職務釀成災害罪（三年以上十年以下有期徒刑）、刑法第132條第1項的洩漏國防以外秘密罪（三年以下有期徒刑）、第138條的毀壞公物罪（五年以下有期徒刑）、第142條第1項的妨害投票罪（五年以下有期徒刑）、第145條的利誘投票罪（三年以下有期徒刑）、刑法第146條第1項的詐術變更投票結果罪（五年以下有期徒刑）、刑法第151條的恐嚇公眾安全罪（二年以下有期徒刑）、刑法第152條的妨害合法集會罪（二年以下有期徒刑）、第155條的煽惑軍人罪（六月以上五年以下有期徒刑）、第156條的私募軍隊罪（五年以下有期徒刑）、第159條的冒用公務員服飾徽章等罪（一萬五千元以下罰金）、第161條第1項的脫逃罪（一年以下有期徒刑）、刑法第162條第1項的縱放人犯罪（三年以下有期徒刑）、刑法第163條的公務員職務上縱放人犯罪（一年以上七年以下有期徒刑）、第168條的偽證罪（七年以下有期徒刑）、第169條的誣告罪（七年以下有期徒刑）、刑法第174條第1項的放火罪（三年以上十年以下有期徒刑）、第175條第1項的放火罪（一年以上七年以下有期徒刑）、第179條第1項的決水罪（一年以上七年以下有期徒刑）、第180條第1項的決水罪（五年以下有期徒刑）、第181條第1項的潰決提防等罪（五年以下有期徒刑）、第184條第1項的致生往來危險罪（三年以上十年以下有期徒刑）、第185條之4的肇事逃逸罪（一年以上七年以下有期徒刑）、第186條之1的無正當理由使用爆裂物罪（一年以上七年以下有期徒刑）、第187條的製造、販賣、運輸爆裂物罪（五年以下有期徒刑）、第187條之1的違法製造、販賣、運輸、持有核子物質等罪（五年以下有期徒刑）、第187條之2的放逸核能等罪（五年以下有期徒刑）、第187條之3第1項的無正當理由使用放射線致傷罪（三年以上十年以下有期徒刑）、第189條第1項的損害礦坑罪（一年以上七年以下有期徒刑）、第189條之2第1項的阻塞公共場所逃生通道罪（三年以下有期徒刑）、第190條第1項的投放毒物罪（一年以上七年以下有期徒刑）、第191條之1第1項的對陳列販賣物品下毒罪（七年以下有期徒刑）、第210條的偽造變造私文書罪（五年以下有期徒刑）、第211條的偽造變造公文書罪（一年以上七年以下有期徒刑）、第213條的公務員登載不實罪（一年以上七年以下有期徒刑）、第217條第1項的偽造印章等罪（三年以下有期徒刑）、第218條第1項的偽造公印罪（五年以下有期徒刑）、第221條的強制性交罪（處三年以上十年以下有期徒刑）、第222條第1項的加重強制性交罪、第224條的強制猥褻罪（六月以上五年以下有期徒刑）、第224條之1的加重強制猥褻罪（三年以上十年以下有期徒刑）、第225條第1項的趁機性交罪（三年以上十年以下有期徒刑）、第2項的趁機猥褻罪（六月以上五年以下有期徒刑）、第227條的對未成年人性交猥褻罪、第228條的利用權勢性交（六月以上五年以下有期徒刑）猥褻（三年以下有期徒刑）罪、第229條的詐術性交罪（三年以上十年以下有期徒刑）、第230條的血親性交罪（五年以下有期徒刑）、第237條的重婚罪（五年以下有期徒刑）、第238條的詐術結婚罪（三年以下有期徒刑）、第240條的和誘未成年人罪（三年以下有期徒刑）、第241條第1項的略誘未成年人罪（一年以上七年以下有期徒刑）、第247條第1項的毀棄屍體罪（六月以上五年以下有期徒刑）、第248條第1項的發掘墳墓罪（六月以上五年以下有期徒刑）、第249條第1項的發掘墳墓結合罪、第254條的販賣、陳列或輸入偽造貨物罪（六萬元以下罰金）、第266條第1項的賭博罪（三萬元以下罰金）、第273條第1項的義憤殺人罪（七年以下有期徒刑）、第274條第1項的生母殺嬰罪（六月以上五年以下有期徒刑）、第275條第1項的受囑託承諾殺人罪（一年以上七年以下有期徒刑）、第2項的加工自殺罪（五年以下有期徒刑）、第296條第1項的使人為奴隸罪（一年以上七年以下有期徒刑）、第298條第1項的略誘婦女罪（五年以下有期徒刑）、第299條第1項的移送被誘婦女出國罪（五年以上有期徒刑）、第325條第1項的搶奪罪（六月以上五年以下有期徒刑）等為例。

的法院實務經驗，事實上通姦罪的處罰也經常可能易科罰金³⁰，且依照我國刑法的規定，通姦罪法定刑範圍合乎刑法第 74 條第 1 項之規定，因此當其他緩刑要件也具備時，也可能對成立通姦罪的被告宣告緩刑。若粗略地將這些通姦罪成立時可能使用的處斷方式整體加以觀察，則應可認為在法院方面至少可能有：①附緩刑宣告的有罪判決、②不附緩刑宣告的有罪判決兩種。並且，事實上即使宣告了有罪判決，也可能在符合易科罰金的要件時，於執行時③由檢察官易科罰金。

考慮到現在刑事法學的基本立場一般認為對於短期自由刑應該盡量避免實際的執行³¹，而通姦罪在上述①的處理下並不實際執行短期自由刑、②與③的處理倘能並用，也能夠避免短期自由刑的實際執行。這樣複數種處理方式在刑法理論上的意義是，即使在現在的通姦罪法定刑僅規定一年以下有期徒刑的單一主刑，通姦罪成立時的處理方式仍然不僅有宣告有期徒刑一種，實質上有包含了不實際執行的複數種處理方式可供選擇。如此一來，那麼是否能如此直接地斷定通姦罪的法定刑規定之下，無法提供不同的案件不同的差別處理，即非沒有再檢討的餘地。

關於前述聲請理由的(10)(11)(12)，其主要的旨趣應該是在於①在可能使用民事手段讓通姦的行為人在法律上充分負責時，即不應該加以使用（聲請理由(10)(12)）；②民事上的（身分）契約之違反，只能導出契約上的法律效果，無法導出刑罰的施加作為法律效果（聲請理由(11)）；③契約履行之保護，以涉及公益的情況才能使用刑罰為手段，僅涉私人間的結婚既然不涉及公益，自然不應以刑罰作為手段加以保障（聲請理由(11)）。

關於此部分的聲請理由，本鑑定意見認為上述①部分的旨趣（聲請理由(10)(12)）可認為正當而可贊同。理由在於，如前所述，刑罰手段的謙抑性，亦即在無法以其他手段達成保護法益之目的時才使用刑罰的補充性格，是應該貫徹於刑法解釋論以及刑法立法論的重要基本原則³²。倘若如同聲請理由所指，即使透過民事法上的損害賠償責任與離婚等制度的運用，也可以達到使通姦行為人負責的結果，那麼刑罰的手段即無必要。

其次，上述②與③部分的旨趣，則均較難作為對通姦罪本質的批判。理由在於，首先，關於②的部分，若從為違反契約可能發生的效力的角度，財產法上的契約被違反時，透過法定的程序（例如民事訴訟程序與強制執行法所定的程序），可能使用強制執行制度實現權利的內容，但是在身分契約的內容——例如我國民法第 1001 條之同居義務——發生不履行的情形時，則無法使用強制執行制度實現³³。其次，再從保護法益的觀點來檢討，可能使用強制執行制度的財產上契約，

³⁰ 參照：台灣花蓮地方法院何效鋼法官聲請書，頁 110。

³¹ 參照：王皇玉，同前註(21)，頁 636。

³² 參照：佐伯仁志，同前註(27)，頁 48-49。

³³ 參照：林洲富(2016)，《實用強制執行法精義》，11 版，台北：五南圖書出版股份有限公司，頁 393。至於夫妻間的性交部分，考慮到刑法第 229 條之 1 已經將夫妻間的強制性交定性為犯罪（告訴乃論之罪），則應認為夫妻間更無性交之義務。

一旦有發生詐欺的情況（例如 A 實際上賣假錶給 B，但宣稱自己賣的為真錶，再依照真錶的定價販賣），也有刑法上詐欺罪的保護，而無法使用強制執行制度的身分上契約，為何反而不能使用刑法上的犯罪處罰條款作為保護手段？這樣的情況一旦出現，在刑法理論上即必需考慮，倘若仍認為與身分有關的契約無法使用刑罰作為保護手段，這樣的思考在法益保護的層面是否可能引起不均衡？的問題。

其次，關於③的部分，在此也可指出的是，如同前述聲請理由（11）中也有提到的，刑法上在涉及公益的時候會對契約的履行以刑罰為手段加以處罰，但是倘若考慮到以商業投資交易等未必涉及公益內容的契約，刑法上也可能成立詐欺罪³⁴，則契約內容是否涉及公益即與是否以刑罰作為保護契約履行的手段，在刑法理論上似無必然的關連。

關於上述聲請理由（13）（14）（15）（16），其主要的旨趣在於：①通姦行為發生時，經濟弱勢的婦女可能於事實上無法行使告訴權（聲請理由（13））；②通姦罪的實際追訴以女性為對象者多，將導致處罰範圍因性別而有差異（聲請理由（14））；③通姦罪的告訴權行使也將導致違反平等原則與過度干涉婚姻自由的問題（聲請理由（15））；④通姦罪的存在將導致人民為蒐證而進行更多的妨害秘密或侵入住居等違法行為（聲請理由（16））。

在這些聲請的旨趣中，首先，本鑑定意見認為上述①（聲請理由（13））②（聲請理由（14））③（聲請理由（15））的部分從刑法學的觀點也可認為有正當的意義。理由在於，①③的部分看起來雖然與告訴權的行使較為相關，但是在刑法學的意義上，告訴權行使後，在其他要件具備時通姦罪即會成立，因此在此限度內，告訴權的行使與否也將牽動通姦罪處罰的實際範圍大小。而當女性配偶的告訴權行使實質上因為經濟的不平等因素受到阻礙（如上述①部分的旨趣），反映在通姦罪的實際處罰範圍，即是導致男性配偶通姦時實際上較少受到處罰；另一方面，告訴權在離婚前、後行使上的難易度差距（如上述③部分的旨趣），反映在通姦罪的實際處罰範圍，也將使離婚前、後的通姦罪實際處罰範圍不相同。在這樣的處罰範圍差異沒有實質的根據時，刑法上自然也難以認為有正當性。除此之外，上述②部分的旨趣顯示了實際上通姦罪的處罰範圍也是在女性為被告的時候大於男性為被告時。這樣的處罰範圍差異在沒有實質的基礎時，刑法上同樣難以認為有正當性。

至於上述④部分的旨趣，本鑑定意見則認為其並非屬於通姦罪的本質問題。其理由在於，此一主張的旨趣核心在於通姦罪的存在之所以會誘發其他的侵犯隱私的犯罪，是因為要舉證。然而，倘若舉證是這些侵犯隱私等的犯罪之真正原因，那麼只要舉證的需求存在，這樣的誘發犯罪的原因亦仍會存在。因此，即使假定通姦罪不存在，而改以前述本件聲請書之中也曾提到的損害賠償或離婚等民事制度作為通姦行為人的法律責任內容，只要在民事訴訟程序提出主張之一方有舉證

³⁴ 參照：黃士軒（2020），〈詐欺罪的財產損害與被害人之錯誤——法益關係錯誤說的應用嘗試〉，《中研院法學期刊》，26期，頁91-97所舉的各個我國詐欺罪實務案例，即與公益未必有關。

責任的基本原則存在，那麼為了舉證而再進一步違犯侵害隱私權或住居權的犯罪的可能性，仍將存在。在此限度內，是否為了舉證通姦行為而進一步違犯侵害隱私權或住居權等權利的犯罪，與是否使用刑罰手段處罰通姦之間，似無絕對的關連。

二. 需進一步檢討的問題

經過上述的初步檢討，大致可認為，在本件各聲請書中所提出的各式各樣的聲請理由中，對於通姦罪的存在正當性有無之問題較為重要的，應該是上述聲請理由（10）（12），以及上述聲請理由（13）（14）（15）的部分。而從本鑑定意見前述「壹、三、」之內容可知，這樣的問題顯示了在①刑罰作為處罰通姦行為之手段或法律效果的必要性的問題（上述聲請理由（10）（12）），以及②通姦罪的實際處罰範圍是否不平等的問題（上述聲請理由（13）（14）（15）），有進一步探討的必要。除此之外，考慮到如前所述，在刑法學的一般理解中，如果使用刑罰作為手段，則應有相對應的實質保護法益內涵，始能認為該刑罰手段的使用有實質的正當性。因此，如前所述³⁵，③作為上述的刑罰手段必要性問題的前提問題，究竟通姦罪有無較為明確的保護法益仍待確認。

以上述的整理歸納為基礎，至少在以下的兩點，還需進一步確認與檢討：

第一，是通姦罪的保護法益內涵的確認。

第二，是立法者選擇用以保護法益且實現平等的處罰的刑罰手段，在透過解釋論形成一定的處罰範圍後可確認無法達到其目的時，可能的處理方式為何的問題？

關於這兩個問題的探討，考慮到（1）最近我國刑法學界已多有從法益概念與使用刑罰手段之必要性等途徑出發的檢討與研究³⁶，且如前述本件聲請書中也已經從同樣的途徑多所著墨，（2）本鑑定意見的目的在於盡量地從理論上還有可能的其他面向提出意見供司法院大法官在判斷時參考，因此以下本鑑定意見的內容，將會從比較法的觀點，就日本刪除通姦罪的立法過程進行概觀。理由在於，經上述歸納後，目前需探討問題的性質屬於解釋論現狀確認後的立法論層次問題；除此之外，比較法的面向在本次聲請意見書中大多較為強調最近韓國刑事法的動向，對於日本大致只指出該國已經廢除通姦罪，而在我國學界的相關介紹也

³⁵ 參照本鑑定意見貳、一、的內容。

³⁶ 關於通姦罪法益內涵的檢討，例如：黃榮堅（1999），〈論通姦罪的除罪化〉，收於：氏著，《刑罰的極限》，台北：元照出版公司，頁9-12；鄭錦鳳（2009），〈論通姦除罪化——兼評大法官釋字第554號解釋〉，《軍法專刊》，55卷5期，頁111-112；黃源盛，同前註（6），頁117-120；林慈偉（2012），〈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》，58卷5期，頁136-138；張明偉，同前註（5），頁62-63；邱忠義，同前註（9），頁140-142參照。關於以刑罰手段處罰通姦行為之必要性的問題，例如：黃榮堅，前揭論文，頁12-15；鄭錦鳳，前揭論文，頁112-113；黃源盛，同前註（6），頁120-124；林慈偉，前揭論文〈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〉，頁138；張明偉，同前註（5），頁63-65等參照。

僅較為簡潔地介紹廢除該罪的立法過程以外³⁷，事實上究竟在有通姦罪的規定時日本的解釋論如何理解該罪？從平等的觀點如何理解日本立法刪除通姦罪規定的意義？等問題，仍可進一步補充以充實本件判斷的基礎。

三. 日本刪除通姦罪的立法過程概觀

(一) 日本刑法近代化以後通姦罪規定的沿革與學說的一般理解

日本的近代化刑法典，始於明治 15（1882）年施行的日本舊刑法（1882-1908 年）³⁸，通姦罪的規定在同法第 3 編「對於身體財產之重罪輕罪」第 11 章「猥褻、姦淫、重婚之罪」第 353 條³⁹，其規定內容為：

「(1 項) 有夫之婦通姦者，處 6 月以上 2 年以下之重禁錮，其相姦者，亦同。

(2 項) 本條之罪，須待本夫之告訴乃論。但本夫先前已有怨通姦者，告訴無效。」⁴⁰

此一規定，被明治 40（1907）年制訂的現行刑法（1908 年-現在）承襲，亦即在同法第 2 編「罪」第 22 章「猥褻、姦淫及重婚之罪」第 183 條，訂有通姦罪的處罰條款。其規定之內容為：

「(1 項) 有夫之婦通姦者，處 2 年以下懲役。其相姦者，亦同。

(2 項) 前項之罪須待本夫告訴乃論。但本夫縱容通姦時，告訴無效。」⁴¹

除了刑法的規定以外，第二次世界大戰前即大正 11（1922）年制訂的日本刑事訴訟法第 264 條，也訂有通姦罪告訴權行使上的相關規定。其規定的內容為：

「關於刑法第 183 條之罪，如非於婚姻消滅或離婚之訴提起後，不得為告訴。再為婚姻或撤回離婚之訴時，視為告訴之撤回。」⁴²

不過，如同在我國也廣泛地為人所知地，上述日本舊刑法時代以來，經 20 世紀初的日本現行刑法承繼至第二次世界大戰前通姦罪的規定，在第二次世界大戰後，為與新的日本國憲法的制訂在法制上相配合，成為了檢討的對象，最終被國會立法刪除⁴³。

³⁷ 參照：黃源盛，同前註（21），頁 125；林慈偉，同前註（36），頁 124-125。

³⁸ 日本舊刑法是日本第一部近代化的刑法典，是由日本政府聘請的法國巴黎大學教授布瓦索納德所起草。其成立過程可參照：新井勉（1975），〈旧刑法の編纂（一）〉，《法學論叢》，98 卷 1 号，頁 54-76；新井勉（1976），〈旧刑法の編纂（二）•完〉，《法學論叢》，98 卷 4 号，頁 98-110。

³⁹ 至於日本的刑法近代化以前的歷代通姦罪規定的演變，可參照：林弘正（2004），《姦通罪についての法制史の一考察》，收於：氏著，《改正刑法假案成立過程の研究》，東京：成文堂，頁 127-141。

⁴⁰ 參照：博文館（1907），《改正刑法》，東京：博文館，頁 136。以下本文所引用之日本舊刑法、日本現行刑法，以及日本舊刑事訴訟法的條文中譯，均由鑑定人翻譯。

⁴¹ 參照：博文館，同前註（40），頁 52。

⁴² 參照：山野金藏編（1922），《改正刑事訴訟法》，東京：有斐閣，頁 71-72。

⁴³ 參照：大塚仁（1977），《注解刑法》，2 版，東京：青林書院，頁 810；升本喜兵衛、吉田常次郎、八木國之編（1963），《刑法各論編（中）》，東京：中央大學出版部，頁 1097-1098 等參照。

在通姦罪仍施行於日本的時代，關於同罪相關規定的解釋，一般的學說認為：

(1) 通姦罪的處罰根據是包含①違背婚姻的誓約造成對婚姻的侵害⁴⁴、②將使家庭內出現非夫之血統的子女，導致血統混亂⁴⁵；

(2) 通姦罪的告訴權行使在刑事訴訟法的規定上有所限制的理由在於，既然告訴權人提起告訴，則至少會有脫離夫妻關係的決心，倘若無此決心而提起告訴，只是徒然製造危害家庭和平之原因⁴⁶。

(二) 廢止通姦罪過程的主要論點

儘管上述日本通姦罪的規定，是到第二次世界大戰後的 1947 年刪除，但是事實上，在日本現行刑法的立法過程中，即已經有力的實務家主張通姦除罪化。若將日本第二次世界大戰前的現行刑法立法過程，以及第二次世界大戰後刪除通姦罪規定的修法過程中，關於通姦罪的檢討意見加以歸納，可知意見大致集中在以下幾點：

第一，從當時的通姦罪告訴權行使狀況觀之，通姦罪的告訴權人往往以告訴權之撤回而要求換取相當的對價，這樣的狀況無異於以國家權力為後盾，利用行使法定的告訴權不構成犯罪的機會，向對方喝取金錢，這種行為的疑問在於其一方面是以節操為代價買賣，一方面實質內容上與恐嚇取財相近，而這樣的弊害正是來自於通姦罪的規定⁴⁷。

第二，關於通姦罪的規定方式上，由於日本通姦罪的規定僅以有夫之婦的通姦行為為中心規定處罰，在違反平等原則之點早有疑慮⁴⁸，因此，為了滿足平等原則的要求，在日本通姦罪廢除前曾經有以下的兩種主要立法模式主張：

①制訂對於夫、妻的通姦行為均在刑法上加以處罰的通姦罪規定⁴⁹；

⁴⁴ 參照：宮城浩藏（1893），《刑法正義（下卷）》，東京：講法會，頁 738-739；岡田朝太郎（1895），《日本刑法論・各論之部》東京：有斐閣，頁 854-855；龜山貞義（1898），《刑法講義卷之二》，東京：明治法律學校講法會，頁 511；大場茂馬（1912），《刑法各論下卷》，3 版，東京：中央大學，頁 473。

⁴⁵ 參照：ポアソナード（1886），《刑法草案注釈（下）》，東京：司法省，頁 532-533；宮城浩藏，同前註（44），頁 739；龜山貞義，同前註（44），頁 511；平井彦三郎（1931），《刑法論綱各論》，東京：松華堂書店，頁 233。

⁴⁶ 參照：平井彦三郎，同前註（45），頁 233。

⁴⁷ 此為第二次世界大戰前曾擔任日本東京控訴院（相當於我國的高等法院）院長、日本大審院檢事、大審院判事的倉富勇三郎的主張。關於其發言的介紹，可參照：林弘正，同前註（39），頁 169。

⁴⁸ 第二次世界大戰前的平井彦三郎，同前註（45），頁 233，即已經可見介紹此種主張。相關的中文文獻介紹，可參照：林慈偉，同前註（36），頁 124-125。

⁴⁹ 參照：松尾浩也增補解題、倉富勇三郎、平沼騏一郎、花井卓藏監修、高橋治俊、小谷二郎共編（1990），《增補刑法沿革綜覽》，東京：信山社，頁 2032（江藤哲藏發言）。

②或者如同 1947 年的日本立法例，將通姦罪完全刪除，使夫、妻的行為在刑法上均不處罰⁵⁰。

1947 年，日本最後的立法選擇為刪除通姦罪的規定，使得夫與妻在婚姻外的性行為在刑法上均不處罰。關於此一立法上的刪除，依照在日本國會說明提案旨趣的主管大臣的報告，其立法旨趣如下：

「在男女的本質的平等與夫婦同權明定於憲法的今日，如向來一般僅處罰妻之通姦的制度應加以修正，自不待言。政府雖從去年已經基於臨時法制調查會與司法法制審議會的答詢，成立將通姦罪廢止，而將此一問題之解決委諸夫妻間的道義與愛情之旨趣的法案，不過究竟應將刑法通姦罪的規定廢止，或同等處罰夫妻的通姦，則是伴隨著利害得失的問題，各國立法例也有各種類型，因此關於此點，懇請（國會）充分地討論並慎重決定」⁵¹。

（三）廢止通姦罪規定的一般評價

對於通姦罪刪除，今日的日本刑法學界未見反對的意見。主要的理由在於：

第一，夫與妻的婚姻外行為在刑法上均非犯罪，符合日本國憲法第 14 條所揭示的平等原則⁵²。

第二，在夫婦的事實上（特別是經濟上）平等無法實現的限度內，即使採取形式上平等的兩罰論仍然也將造成不平等的實際適用結果，因此廢止通姦罪是較為妥當的立法⁵³。

（四）小括

從上述關於日本立法過程的比較法觀察，大致可認為有以下幾點可供我國參考：

第一，日本的通姦罪廢除，雖然該罪違反憲法上平等原則的考慮，但是實質上並未經過違憲審查⁵⁴。

第二，從通姦罪作為實體法上的犯罪的問題而言，只處罰妻之通姦行為的規定形式本身即已經違反憲法上的平等原則，是日本通姦罪的規定最集中地受到批判之處。

⁵⁰ 參照：升本喜兵衛、吉田常次郎、八木國之編，同前註（43），頁 1098-1099；大塚仁，同前註（43），頁 810；大塚仁等編(2000)，《大コンメンタール刑法第 9 卷》，2 版，東京：青林書院，頁 105（龜山繼夫執筆）。

⁵¹ 參照：日本法文會編集部編（1947），《改正刑法》，東京：日本法文會，頁 5-6。

⁵² 參照：團藤重光編(1965)，《注釈刑法（4）》，東京：有斐閣，頁 324（所一彦執筆）；大塚仁等編(2013)，《大コンメンタール刑法第 9 卷》，3 版，東京：青林書院，頁 113（龜山繼夫、河村博執筆）。

⁵³ 參照：團藤重光（1990），《刑法綱要各論》，3 版，東京：創文社，頁 331。同旨的意見，可參照團藤重光編，同前註（52），頁 324（所一彦執筆）。

⁵⁴ 參照：團藤重光編，同前註（52），頁 324（所一彦執筆）。

第三，如前所述，倘若是規定形式的問題，立法論上日本也曾經出現夫與妻兩者均處罰的主張，然而最終仍然未被採取。

第四，這樣的立法決定背後，隱含前述夫妻間的問題希望能委由夫妻間的感情與道義處理的立法旨趣。不過，更值得關注的是立法後日本學界肯定此一立法的實質理由。亦即，即使形式上採取夫與妻均罰的措施，在婦女的經濟上地位與夫實質上仍不平等的情況下，也難以謀求通姦罪分別適用在夫、妻時能有平等的處罰範圍。

第五，值得我國參考的是，儘管日本戰前刑事訴訟法中的告訴權規定內容與我國現行刑事訴訟法第 239 條的規定並不相同，但是在通姦罪的告訴權運用上，戰前日本實務家的批判即指出通姦罪的告訴權行使可能隱含被濫用的危險，值得注意。如同眾所周知地，我國通姦罪的告訴權除了規定於刑法第 245 條，在刑事訴訟法第 239 條，也有通姦罪的告訴權人撤回告訴權時，撤回之效力不及於相姦人的特別規定。因為無法取得刑事訴訟法此一規定的立法史料，所以此一規定的主旨、立法當時是基於保護何種法益的目的，無法直接且充分地確認。而我國一般的刑事訴訟法教科書，是認為這樣的刑事訴訟法規定是因為有告訴權之配偶對於有通姦行為之配偶仍有夫妻之情，為宥恕配偶才撤回告訴，但是對相姦人未必如此⁵⁵。如果這樣的理解可採，那麼這樣的告訴權撤回規定的主要目的，可能在於通姦行為後的家庭的維護⁵⁶。

四. 若干補充

(一) 通姦罪保護法益內涵的再思考

經過上述比較法的考察，本鑑定意見在此也將嘗試檢討通姦罪的保護法益內涵。

從上述有關日本通姦罪廢除的比較法觀察可知，日本通姦罪的解釋上，或許受制於僅處罰妻之通姦行為的法律規定形式，解釋論上將夫的家庭中的血統紊亂也當作保護法益，顯然對我國較無參考的價值。除此之外，戰前的日本學說也僅是較為泛泛地稱「婚姻」是通姦罪的保護法益，但是並無較為明確的內涵，這對於我國而言參考的價值相對較低。

因此，要再一次確認通姦罪是否完全沒有值得保護的法益，即必需從我國的法解釋論出發。

如前所述，我國的通姦罪規定，是在刑法第 2 編「分則」第 17 章「妨害婚姻及家庭罪」章之中。倘若僅關注通姦行為是對婚姻的身分契約的違反，那麼對於通姦罪保護法益的觀察視野自然也會著重締結婚姻之契約的當事人即夫與妻之間。但是，倘若考慮本章的章名所示，本章之罪並非僅有對婚姻制度侵害，也可能有對於家庭的影響，那麼即使通姦罪的處罰可認為對婚姻維持或圓滿並無實

⁵⁵ 參照：林山田(2001)，《刑事程序法》，4 版，台北：五南圖書出版股份有限公司，頁 466；林永謀(2006)，《刑事訴訟法釋論（中冊）》，2 版，台北，作者自版，頁 329。

⁵⁶ 參照：林國賢、李春福著(2006)，《刑事訴訟法論（下冊）》，台北：作者自版，頁 64。

質的意義，但是若將對於家庭的影響也納入考慮保護法益內涵的視野時，即不當然可能認為通姦行為的處罰對家庭也無意義。關於此，主要的理由在於：

當夫與妻結婚後並無子女，或雖有子女但子女均成年時，通姦行為確實可認為象徵著夫妻感情本已破裂，因此通姦行為對於這種瀕臨破裂的家庭內夫妻關係並無實質上的破壞。

但是，當夫與妻結婚後有子女，且子女尚未成年時，若在家庭內原本感情和諧的情況下，因夫或妻之通姦行為導致其等婚姻關係惡化或離婚時，這種情況下對於未成年子女而言，原本應保護其健全發育、成長的家庭，即無法充分發揮功能（關係惡化時），乃至於喪失（離婚時）。倘若這樣的觀點尚夠接受，那麼在這種情況中通姦罪的處罰是否還能認為完全沒有意義，並非沒有再檢討的餘地。本鑑定意見中前述「壹、二、」的聲請意見中，對於這種情況似乎並未特別考慮，因此，認為通姦罪完全沒有實質保護法益內涵的論點，也可能有再斟酌的餘地⁵⁷。

（二）符合罪刑明確性原則的立法困難

然而，即使如上所述，實質地將通姦行為理解為對於家庭的破壞，導致未成年人失去保護其健全成長的家庭機制的行為，在立法論上要處罰這種行為仍然面臨著以下的困難：

第一，倘若將未成年人因為夫或妻通姦之行為導致家庭破碎的情形作為保護法益加以考慮，那麼在立法上，實質上能導致有未成年人家庭破碎的行為均應該處罰，始能周全地對法益加以保護。

第二，但是如此一來，為了能滿足這樣的保護法益需求，處罰之範圍顯然不應限於婚姻外與他人發生的各種性行為。因為當夫或妻與婚姻關係外之他人發生性行為時，固然可能象徵其對原本家庭的感情破裂，但是實際上能造成實質上使家庭破裂的行為，經驗上也未必以性行為為限。

第三，然而，在立法上想要擴張處罰範圍至性交等行為以外，且能破壞家庭的行為時，顯然難以限定。舉例而言，甲與乙結婚並育有年幼的未成年子女後，甲又與職場上的同僚丙發生戀愛關係，並開始冷落乙與自己的子女，經常不回家，而又與丙在多次的約會、喝茶、聚餐、牽手散步後，感情加溫，而終於發生性交等行為的情形中，實質上導致甲與乙及其等之未成年子女的家庭崩壞的行為，並非僅有性交，事實上在性交之前的階段的行為也同樣可能導致甲與乙及其等之未成年子女的家庭崩壞。然而，倘若將此種行為也犯罪化，即可能將處罰範圍及至

⁵⁷ 在此可以補充說明的是，前述日本法廢除通姦罪的脈絡中之所以沒有出現對於家庭內未成年子女的觀察視野，可能的原因是在於日本法的通姦罪在體系上，是規定在一般認為屬於個人的自由法益侵害的未成年人和誘略誘罪章之後，因此在此種立法體系安排下，家庭的視野也較難進入通姦罪的解釋中。相對於此，我國對未成年人和誘略誘行為的處罰從1928年的中華民國刑法開始即列於「妨害婚姻即家庭罪章」，因此對這種犯罪類型的掌握角度與日本即有不同。關於此部分，可參照：黃士軒（2019），〈台湾における親による児童の連れ去りに対する処罰のあり方（上）〉，《法律時報》，91卷3号，頁116-118。

約會出遊、喝茶、一同吃飯、牽手散步等社會生活上正當且普遍的行為。這樣的處罰範圍顯然過於廣泛。更為根本的問題是，立法技術上，也難以設計出可充分明確且妥當地區分不可罰的一般社交行為與可罰的實質侵害家庭行為。

第四，倘若因為考慮處罰範圍可能過廣，最終還是將要處罰的行為類型限定在性交（含刑法第 10 條第 5 項所規定的各種行為）或性交以外的其他性行為，則反而也可能導致對法益保護不充分的問題。

第五，因此綜合以上各點，應可認為，即使可能透過通姦罪規定所在罪章的體系解釋，認為通姦罪與該章節的其他規定均可以家庭（特別是有未成年人的家庭）作為保護法益之內涵，但是即使如此思考，在立法技術上，應認為難以設計出充分明確且能確保妥當處罰範圍的犯罪構成要件，從而也難以滿足罪刑法定原則下的罪刑明確性原則的基本要求。

五. 結論

基於以上鑑定意見內容，在此將結論說明如下：

第一，刑法第 239 條通姦罪的保護法益，未必僅能限於婚姻制度，而應考慮其被規定於妨害婚姻與家庭罪章，將家庭的保護也納入通姦罪法益內涵。特別是在有未成年子女的家庭，這樣的思考在保護未成年子女的健全成長之點，並非完全沒有實益。

第二，如上所述，這樣的保護法益思考固然可能有其正當性，但是在這樣的法益保護內涵下，僅限定夫或妻之一方不能與婚姻外的他人性交，亦即僅限制性自主權，可能無法充分防止家庭受侵蝕，另外一方面若想擴張處罰的行為類型，在對構成要件行為無法定型時，立法技術上也難以滿足罪刑法定原則下的罪刑明確性原則的要求，從而也將過度限制國民的行動自由，在刑法學的觀點也難以正當化。若考慮到罪刑法定原則在刑法學的領域一般也認為屬於憲法上的基本原則⁵⁸，那麼無法滿足此一原則的通姦罪規定，自然在憲法上的正當性也將受到質疑。

第三，司法院釋字第 554 號解釋文⁵⁹的要點包含（1）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）此通姦罪的規定在維護婚姻、保護家庭制度及生活秩序上有其必要；（3）通姦罪也有告訴乃論的規定以適度緩和其處罰；（4）我國現行的通姦罪規定仍尚未逾越立法形成自由之空間，與憲法第二十三條比例原則之規定尚無違背。

從本鑑定意見上述內容看來，儘管在保護家庭的部分並非沒有意義，但是①僅限制不進行婚外性行為（上述（1）部分）可能無法充分保護法益，②欲擴張處罰則無法滿足罪刑法定原則，③立法者所設計的告訴權，如同本鑑定意見前述的本件聲請意見，以及日本的比較法觀察可知，在夫與妻實質經濟地位不對等時，告訴權的設計難以發揮充分的功能，因此將會實際上創造不平等的處罰範圍。同

⁵⁸ 參照：王皇玉，同前註（21），頁 40。

⁵⁹ 參照：司法院法學資料檢索系統 <http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/icp03/show?expno=554>
最後瀏覽日：2020 年 3 月 25 日。

時也如同日本的比較法觀察可知，通姦罪的告訴權可能也會產生被濫用的危險。基於這樣的考慮，本鑑定意見認為司法院釋字第 554 號即使在通姦罪的保護法益部分（上述（1）（2）部分）雖然尚非完全無理由，但是在現行規定無法充分達成保護法益目的、要達成保護法益目的時又難以制訂充分明確而符合罪刑法定原則的處罰條款、通姦罪的告訴權也有受濫用並導致實際上的不平等的危險等考慮下，釋字第 554 號解釋認為通姦罪的處罰仍有必要的結論，應有變更的餘地。

第四，最後可補充的是，儘管上述的釋字第 554 號解釋與本件聲請書中的許多理由，均是從通姦罪的處罰在手段上的必要性為何的觀點，對通姦罪加以檢討，但是，若從日本戰後廢止通姦罪處罰的比較法上沿革觀察，也可得知廢止通姦罪的立法之所以能得到刑法學理上的支持，其重要的意義應是在於僅是形式地維持夫與妻均處刑罰，實質的平等仍難以確保。在這樣的意義下，我國的立法雖然在形式上確保了平等的處罰，但是倘若如前述本件聲請書所指出的，實際追訴與處罰的現實上平等仍尚未確保，則考慮到此規定已經實施超過 80 年，仍難達到當時立法者所欲實現的男女平等，那麼在繼續肯定此一規定也未必能確保平等的實現，則此一規定的意義為何？以及是否可考慮如日本的立法過程所顯示的，以實質意義的平等的追求為目標，即有積極地加以檢討的必要。