

釋字第 554 號解釋有無變更必要之探討

# 意見書

提案人 許幸惠（最高法院退休法官）

中華民國 109 年 3 月 23 日

# 目 錄

壹、前言	2
貳、程序問題之探討	3
參、實體問題之研究	6
一、是否違反憲法第 7 條平等權原則？	
二、是否違反憲法第 8 條第 22 條對人民自由之保障？	
三、保障之法益及有無違反憲法第 23 條之比例原則？	
肆、實務經驗分享	13
伍、論爭點議題	15
陸、結論	20
附件：一、建議事項	
二、論 通姦罪，該不該除罪？	
我們處在一個自以為最聰明卻最為自私的世代	
三、《停聽看通姦除罪化》一文	

## 司法院大法官釋字第 554 號解釋有無變更必要之探討

### 壹、前言

- 一、近二、三十年來有學者開始以國家公權力不應介入人民私生活領域性自由之觀點出發提多項理由主張系爭刑法第 239 條應予廢除。而社會各界卻以公序良俗，道德基準等理由力主此有關通姦罪之規定不宜廢除，兩派論述對峙多時，沸沸揚揚討論不斷，近日在司法改革國是會議上再度提起，且經提案通過「刑法第 239 條通姦罪應予廢除」。
- 二、本案經地方法院 16 名承審法官另一被告當事人提出釋憲，其理由略以（依司法院提供資料釋憲聲請書共 17 件，以下簡稱資料），(一)社會時空環境已有相當程度之變遷，社會對性行為之觀念丕變，廢除通姦除罪是國際民主法制國家之潮流。(二)刑法第 239 條抵觸憲法第 22 條保障人民性自主決定權。(三)違反憲法第 23 條限制比例原則之規定。(四)認為個人最本身體自由之一的性行為自由（性自主權之決定），不應由國家刑法加以限制與剝奪。
- 三、按法律為實用社會科學之一，與自然科學或科技科學不同，即無絕對的是非對錯，僅係在各該社會國家集體認知及歷史文化民情風俗背景等元素下之產物，審查利害平衡、興利除弊等因素所為最適合該社會集體之規範。系爭法律，乃因有婚姻關係使然，有婚姻才有家庭，而家庭為國家社會安定的基石，此乃民法設置內涵人倫元素之親屬繼承兩篇身分法制之意義。惟「婚姻涉及身分關係之變更，攸關公共利益」（釋字第 552 號解釋），是否能以近來少數學者、法界、社運人士之大聲疾呼，論文、媒體、網路齊發，大力主張性自主廢除系爭法律，即能代表國人之心聲？即能為廣大沈默大多數國人所認同？真能因廢除系爭法律對個人自由人權及婚姻家庭穩固暨國家社會之安定有所裨益？茲審視聲請釋憲主張廢除系爭法律之各項理由，深入研討剖析，謹提供意見如下，期能於 鈞院審理本案時有所幫贊，是所幸也。

## 貳、程序問題之探討

- 一、本件聲請釋憲理由之一為刑法第 239 條立法遠於民國 17 年間，大法官第 554 號解釋作成於民國 91 年 12 月 27 日，距今時日均已久，「當時」社會「通念」之社會事實認定已發生重大變化，現今社會上對於個人之情感與性自主權意識逐漸建立，社會與法秩序對於婚姻及家庭之認知已經有大幅度的變動；今日社會已不存在「通姦刑罰化之通念或共識之社會事實」，乃確信上開釋字第 554 號解釋之「社會事實」基礎已經不復存在。並舉與我國社會風俗、文化觀念相近之日、韓兩國為例，日本刑法已無通姦罪規定，韓國憲法法院亦於 104 年 2 月 26 日判決，認為韓國社會已經改變成為個人性自主利益高於性道德和家庭的社會利益的社會，因此廢除通姦罪的刑罰處分。事實上，日本乃因第二次世界大戰敗戰後男性人口大量減少，不得不由女性支撐社會經濟，迫於現實社會充滿形成各種不同原由之婚外性行為，以致廢除通姦罪；印度則因通姦只準男性提告也只處罰男性第三者顯然不平等，乃致廢除通姦罪，中國則因建國之初的男女關係採「一杯水主義」嗣後又經文化大革命，破壞倫理道德觀念至鉅，而無通姦罪刑。各國國情不同，自難據以稱東方文化相近似各國已廢系爭法律，我國亦理應跟進廢除。
- 二、我國現今社會對婚姻價值及婚姻、家庭制度之「通念」、「社會風俗」、「文化觀念」、「社會公共利益」之認知如何？果真如聲請人所言，與十八年前釋字第 554 號解釋當時之社會事實基礎已迥然不同大幅度的變遷了嗎？按社會現象、民情風俗、公共秩序、社會公益等認知以至文明文化的產生，乃各該社會長期深遠的累積堆疊淬鍊所形成，在歷史的長河中，社會現象民情風俗乃至公序良俗之準則有無變動變遷，實二、三十年短時間所難窺測。君不見目前社會新聞常有公眾人物、社會人士於婚姻中有不軌行為時，仍必向社會大眾「道歉」，媒體報導亦常以「不倫」形容之，演藝人員、公務人員、各界各行業也常有因此不正行為而失去當紅機會工作職務升遷備受撻伐批判等情形比比皆

是。由此觀之，國人真已「多數」不存在通姦刑罰化之通念或共識了嗎？況依法務部委託民意所做調查結果，自 102 年、104 年及最近數據觀之反對廢除的比率高達百分之 82、85、72 之數據視之，主張廢除系爭法律者並無堅強立論根據。

三、聲請釋憲人等聲請理由又稱：國際間多數國家已無通姦罪法律之規定，且依國際兩公約（經濟、社會與文化權利公約 ICESCR 及公民與政治權利公約 ICCPR）均揭示「結婚與組成家庭個人自由之權利」以及「家庭生活及私生活不受國家侵犯」，兩公約審查委員會曾於 2013 年及 2017 年對我國提出建議，指刑法第 239 條違反 ICCPR 公約第 17 條之隱私權保障，足見在國際潮流中此乃普世人權價值。惟查各國國情不同，社會對通姦罪認知之通念或共識，乃文化形成、歷史沈澱累積的呈現，前述二已說明，非國際外人所能決定，不再贅言。試問如民主國家新加坡的鞭刑、中東伊斯蘭國家宗教警察的執行罰責顯與兩公約所倡人權保障不符，但仍因各國不同文化背景保有其不同的社會刑罰與處罰原則，國際兩公約提示並無約束力。法律為社會科學非自然科學或科技有實驗可實證，何況近日德法政治領袖梅克爾、馬克宏等敏銳之士，正在省視自己國家過去的做法已動搖他們 300 年來的霸權，覺知到有須要去重新審視和制定規則的空間，重新樹立深刻的歐洲文明，並以此高度去考慮存亡問題。他們以如此沈重嚴肅的省思檢討態度之際，吾人不能僅因所謂國際潮流趨勢盲目追隨而漠視自己國人對此通姦罪存否及婚姻家庭建構價值等立場之實相。

四、提出聲請本釋憲案之法官總計 16 人（花蓮地院同一合議庭法官 3 人共 3 件，桃園、臺北地院合議庭法官 3 人各 1 件，李奕逸、吳志強、何一宏法官各 2 件，陳文貴、施育傑、廖晉賦、張淵森法官各 1 件）僅占全體司法官人數極小部分而已，彼等僅因個人見解率以斷論社會對通姦及婚姻家庭觀念已變遷，完全沒有證實其「變遷說」的證據與根據何在，卻以「已變遷」為立論基礎質疑釋字第 554 號解釋有違憲法第

22 條、第 23 條之規定實為不宜。上開第 554 號解釋文明言「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」等意旨，足見所謂「有無違社會一般人通念」、「人民遵守規範可否期待」此等社會人民思維觀念心態等現象應由代表民意最高之立法機關來定奪。立法者較有能力體察違法行為是否採取刑罰制裁，涉及特定時空下之社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論等諸多因素之考量（釋字第 646 號解釋）。鈞院歷來尊重立法權而不踰越，豈容法界極少數人執個人想當然爾之思維見解，即予擅斷？此項當今社會對婚姻家庭價值、婚姻中性行為自主之「通念」以及實際存在之事實「有無變遷」或「變遷程度如何」等狀況，乃為社會文化背景國民法社會意識，涉及法社會學非單純之法律解釋問題，亦非鈞院憲法法庭於無法實證又不知實際社會民情民意情況下所能論斷。

本釋憲案，如變更上開第 554 號解釋，無異直接廢除刑法第 239 條之刑罰結果。立法、修法、廢法本乃立法院之權責，今擬以透過釋憲之方式達廢法之實質目的，有擴張司法權踰越立法權之疑慮，其程序自有非議不當之瑕疵。

五、本案提出釋憲時間分別自 104 年 7 月 3 日至 109 年 2 月 5 日長達近 5 年之久，共計 16 件通姦罪停止訴訟，期間全國其他受理該罪刑事案件之絕大多數法官仍依法執法，如此已致形成「一國兩制」不同之司法裁判，人民對司法如何信賴？是以釋字第 371 號雖明文「各級法院得以之為先法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」，似應有更嚴謹之條件，以避免將最高階之憲法法庭下降為地方法院之上級法院層級。另則似應規定限時儘速審理聲請釋憲案件，以免執法之司法人員處於用法不確定之窘境，鈞院為全國最高司法機關宜有積極作為，是國人所期盼。

## 參、實體問題之研究

### 一、是否違反憲法第 7 條平等權原則？

聲請釋憲主張廢除通姦罪之意旨稱：依法務部民國 93 年至 103 年十年間之「妨害婚姻及家庭罪案件性別統計分析」所示，偵查終結 2 萬 7,379 人，男性佔 52.6%，女性佔 47.4%；女性起訴比率 24.7%，較男性高 2.7 百分點，男性不起訴比率 64.8%，較女性高 2.4 個百分點，足見對女性不平等。又女性告訴人對通姦配偶撤告比例高，而獨留相姦人不撤告，任其接受刑罰處分，此項犯罪女性被告，受處罰比率亦偏高，有違憲法第 7 條保障男女平等之原則云云。但查刑法第 239 條通姦罪是處罰「有配偶而與人通姦者，及其相姦者」並無因性別差異而有不同處罰規定，即無違反男女平等原則，自不得指為違憲。至於上開訴訟案件屬性與被告性別比率之分析，僅足以呈現男性與女性面對妨害婚姻及家庭案件訴訟時所持不同態度之結果，與刑法第 239 條處罰之規定本身完全無關係。而造成上開分析所呈女性被告被起訴被處罰較多於男性之現象，或係因刑事訴訟法第 239 條第 1 項但書規定：「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」，女性告訴人常於提告後撤回對通姦配偶之告訴而不撤相姦人部分之告訴所致。故可討論之問題是刑事訴訟法第 239 條但書應否廢除，而非刑法第 239 條刑事處罰廢除問題。因為刑事訴訟法第 238 條第 1 項規定「告訴人於第一審辯論終結前，得撤回告訴。」同法第 239 條規定「告訴乃論之罪，對於共犯之一告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯。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」。此項但書規定雖未能貫徹告訴權、撤回告訴權不可分及於共犯之理論，然此例外條款並未針對性別限制或規定男性或女性始有行使權，故亦無涉及違反憲法第 7 條男女平權之問題。何況現今女性配偶出軌通姦事件日漸增多，適用刑事訴訟法第 239 條但書得以免受追究者未必然只是男性。基於此被訴及撤回告訴案件男女性別數字之多寡，從而推論刑法第 239 條涉及違反憲法第 7 條之平權原則不足採，至於該但書規定違背告訴不可分原則屬另一問題，容後討論。

## 二、是否違反憲法第 8 條第 22 條對人民自由之保障？

1. 聲請釋憲理由多以性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，人民得自主決定是否及與何人發生性行為，此等性自主決定權為受憲法第 22 條之保障，為憲法保障之基本權利，而刑法第 239 條以「有配偶而與他人通姦者」及「其相姦者」為要件，對上開性為設定處罰之規定，以刑罰之手段禁止、嚇阻有配偶之人與配偶以外之人為性交行為，即禁止他人與有配偶之人為性行為，顯然已經構成對人民性自主權之干涉，刑罰之規定侵害人民受憲法第 8 條、第 22 條人身自由保障之干涉」（資料 P.99）。或稱：「婚姻為兩人成立的身分契約，雖然婚姻的雙方都期待對自己及情感的忠誠，但並非成立了婚姻的身分契約，就拋棄了自己憲法上的性自主權（資料 P.225）」，或謂「通姦行為為雙方合意之性交行為，雙方均為成年人，客觀上並無法益侵占存在，唯一受害的可能僅為遭感情背叛之配偶一方之憤恨情緒而已」、「刑法學界亦早已形成善良風俗或倫理道德無法成為刑法保護法益，從而以刑法處罰通姦行為，實欠充分之正當理由」（資料 P.183）「通姦行為亦屬自主權之行使，自主之核心概念在於個人有權定義自己存在之價值與意義，故如不對通姦罪予以除罪化，外遇或第三者所背負之污名將會繼續烙印在人之一生當中……，2 名成年人合意之私密通姦行為，其生活之隱私及自主決定權之選擇，應獲尊重，立法者不應藉由通姦行為入罪化之方式，試圖操縱個人之命運與性慾望，亦即法律並不具有任何重大迫切之政府利益（優勢利益），足以正當化其窺視並介入當事人之私人生活」（資料 P.188），進而主張「外遇是個人私生活問題，在道德上或許可以非難，但不具有公共性，法律僅因外遇或通姦事實即將個人以刑法相繩應屬不正當之刑法」（資料 P.191），「傳統的社會集體意識中，婚姻與性行為不可分」、「傳統婚姻觀與性道德的社會意義僅在維護傳統並穩定父權思維下之性秩序，恐難以繼續肯認忠誠義務與一生一世內涵之傳統婚姻為所謂（善良）風俗」、「國家既有義務排除任何人性尊嚴之侵犯，則何以立法配偶一方只能與他方發生性行

為，於婚姻出現破綻時，卻仍執意以通姦罪限制他方配偶只能與配偶發生性行為，應評價為對人性尊嚴（性行為自由）過度侵害，不符合憲法要求維護人性尊嚴之國家義務」（資料 P.194、195），亦有謂「性行為，非憲法所明文之基本權，惟經釋字第 554 號肯認為憲法第 22 條之基本權。系爭條文造成配偶不得與自己以外之人為性行為，已造成對性自主權之限制，釋字第 554 號有重新客觀檢討之必要」（資料 P.222）以上各項說詞據為主張廢除刑法第 239 條通姦罪之理由。

2. 但查釋字第 554 號解釋文第一段揭示：「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照本院釋字第 362 號、第 552 號解釋）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，自得制定相關規定，約束夫妻雙方互負忠誠義務。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」等意旨。明白告示性自主權固得決定與何人發生性行為，但是不能妨害社會秩序公共利益。而婚姻及家庭制度即屬社會秩序公共利益，釋字第 362 號、第 552 號亦均有明示「婚姻涉及身分關係之變更，攸關公共利益」。次查釋字第 554 號解釋文第二段揭示：「婚姻關係存續中，配偶之一方與第三人間之性行為應如何之限制，以及違反此項限制，應否以罪刑相加，各國國情不同，應由立法機關衡酌定之。刑法第 239 條對於通姦者、相姦者處 1 年以下有期徒刑之規定，固對人民之性行為自由有所限制，惟此維護、家庭制度及社會生活秩序所必要」，「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照本院釋字第 362 號、第 552 號解釋）。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」等意旨至為明確。

3. 綜觀聲請釋憲者一直圍繞身體自由權性自主的不可侵犯，以致主張通姦是通姦人與相姦人二成年人之自由，與任何第三者無關即便婚姻關係存續中，僅係傷害婚姻忠誠屬道德規範而已，未通姦之配偶亦不得介入，與公序公益無關。通姦行為此與個人人格有不可分尊嚴私密性行為，任何人不得侵害隱私權，既使未通姦配偶亦然。又稱通姦罪無異於婚姻關係解消前永久禁止有婚姻關係之個人與異性通姦，已過度限制個人無法享有性生活帶來之愉悅與幸福（即放棄親密關係獲得歸屬感之權利），屬對個人性行之過度限制，而侵害人性尊嚴。（資料 P.196）釋憲聲請理由主張個人自由至高無上，性自由亦超越一切，個人自我意識無限上綱，以致否認婚姻及家庭制度為公共秩序公共利益。果真婚姻及家庭制度之維繫無關公益？與公共秩序無關？主張廢法者又謂「通姦行為是一個男人和一個女人發生性關係，從純粹生物學上的觀點來看，這只是「互相滿足生理上需要的正常行為」，再稱「男歡女愛是自由的」，「情慾自由是人權」，「法律不宜介入個人私事」，甚至也有人說「法律的手不要伸入老百姓的床上」……等等說詞。其實這些看似動聽振振有詞的話語，真是似是而非，簡直要將我們帶回雄雌交媾動物本能的原始叢林，人類群居如僅主張性慾的權利與自由，而沒有一定的規範，想想那是怎麼樣的社會，如果是毫無前提條件的自由民主人權，「只要我喜歡，有什麼不可以」，那算是哪門子的「人權」與「自由」？我們是所謂文明的社會，當然不能純以生物學的觀點來看通姦行為。

總之，人權自由是以自律自制為前提法治為基礎，如無限上綱的主張性自主權高於保障社會秩序社會公益，則有濫用人權主張以保障之名行縱慾之實，氾濫的人權潮會淹沒了應受保障的人權。本案系爭法律揭示之法意即成年人無婚姻，性可自主可自由，有婚姻則必須有約束有規範，個人及社會之婚姻家庭制度方有保障。釋字第 554 號解釋闡述系爭法律並無違反憲法第 8 條及第 22 條之理由至為清楚，反之釋憲聲請人以似是而非不合邏輯之上開林林總總理由提出申請，指稱釋字第 554 號違反憲法第 8 條、第 22 條保障人民性自主權之說，為無理由。

### 三、保障之法益及有無違反憲法第 23 條之比例原則？

1. 查憲法第 23 條規定「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨害他人自由避免緊急危難，維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」，釋字第 554 號解釋文第三段明示「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」、「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形下，自得以刑罰手段達到預防通姦、維繫婚姻之立法目的」，立法機關將刑法第 239 條列於「妨害婚姻家庭罪章」即明確宣示系爭法條乃為保障婚姻家庭制度之維繫至為明白。而「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（第 23 條規定之比例原則）規定尚無抵觸」等意旨釋字第 554 號亦解釋至為明確。釋憲聲請人等否定系爭法律與「婚姻制度具有維護人倫秩序、男女平等、養育子女等社會性功能」及「國家為確保婚姻制度之存續與圓滿」有關，完全誤解釋字第 554 號解釋之意涵，按此解釋文所稱保障之婚姻制度之存續，除婚姻當事人「小我」之婚姻關係外更保障社會國民全體「大我」婚姻制度之遵循，而釋文中所稱「圓滿」亦非如聲請人所誤解之「美滿」，圓滿與美滿有其層次的差異，至為明顯。任何人皆知婚姻及家庭生活之「美滿」須婚姻當事人及家庭成員之共同努力與經營，絕非國家法律能力所及，聲請人等曲解釋文原意。釋字第 554 號所謂「婚姻家庭制度之維繫及圓滿」其內涵即為婚姻家庭平穩安定之發展，此乃國家社會所期待及保障之社會環境，亦即所謂公共秩序、公共利益是也。

2. 次查配偶違背婚姻之忠誠義務，動搖夫妻婚姻關係中最重要的信任情操，致使另一方有被背叛在情緒上身心靈上受重大傷害外<sup>【註】</sup>，常因外遇增加與相姦人交際之費用等，以致減少原婚姻家庭之生活費，或依民法規定之相互扶持照應、日常家務互為代理人（民法 1003 條）、及夫妻間互負扶養義務（民法 1116-1 條）的品質及共有財產的減損（民法 1010 條、1030-1 條）等狀況在所難免，甚至如有非婚生子女出生，影響家庭財產權分配等等諸多有形財產權的侵害。均因配偶通姦以致另一方婚姻品質家庭安定性受傷害穩定性受威脅，凡此等均屬個人法益之侵害。而系爭法律乃為維護婚姻及家庭制度人倫秩序，有其社會性功能而設，故其通姦侵害之法益除上述個人法益外，社會法益亦受侵害，亦即此系爭法律預防犯罪、保障個人婚姻生活之存續及社會婚姻家庭制度之倫理價值，個人私法益與社會公法益均為其保障之客體，故不能輕言廢除通姦罪。

【註】依據耕莘醫院精神科門診的統計數字顯示，現今台灣至少有 46 萬個家庭正為外遇所苦，看診求助之已婚婦女中，3 成係因外遇問題所造成之外遇型精神疾病；有 8 成因此診斷出罹患憂鬱症；8 成有睡眠障礙；7 成 5 有環境適應障礙；及 7 成患有焦慮症，顯見配偶之通姦行為往往造成另方配偶之精神上創傷，而使另方配偶心理健康嚴重受傷害。

3. 但查刑事政策處罰本有預警、警示與教化等目的與作用。主張廢除系爭法律者又稱：有系爭法律社會通姦者不減反增，實務上又常以輕微量刑法律並未達刑事處罰嚇阻效果，社會上仍存大量的通姦事實，系爭法律僅成為對通姦配偶報復之武器，對婚姻及家庭之撕裂更甚；何況通姦行為為二成年人合意之性自主及隱私權之範疇，與他人乃至社會公益無關云云。試想！如謂刑罰效果不彰就廢法，那麼殺人、竊盜、詐欺、毒品等等諸多案件訴源不斷，難道要廢除刑法殺人罪、竊盜罪、毒品防制條例了嗎？如謂輕微處罰無法制止犯罪，因飢餓偷麵包量刑輕就廢竊盜罪，兒子賭博敗家，父母生氣打他耳光，傷害、賭博罪就廢嗎？此即刑法第 57 條規定付予執法人員裁量權之作用，以微罪輕

罰就主張廢法，實是非不明。刑期無期刑罰目的在教育而非報復，為目前刑法理論之主流，如果說刑法有通姦罪之處罰規定而社會上仍普遍存在有通姦之事實，無法消弭即謂刑法之規定毫無效益應該廢除，那應要廢除的不止通姦罪，所有殺人、放火、詐欺、侵占層出不窮的犯罪行為無法消除，豈不是要廢除刑法所有犯罪之規定？這社會豈不是無法無天？所以西德於一九六九年修刑法時以通姦案件少、量刑輕，無法防止通姦行為而主張廢除通姦的理由並不充足，吾人無須跟進。以上似是而非不合邏輯之說詞，均無理由。

4. 論者又謂民事責任及離婚制度已足以保障家庭與婚姻制度（資料 P.156、173、182），但查民事訴訟程序冗長，且訴訟前須先繳納裁判費，況對請求因侵權所受損害亦負有舉證責任（民法第 184、185、195 條），如以配偶通姦為由請求賠償，不亦落入與刑事舉證同樣常易觸犯妨害隱私祕密罪之困境嗎？再者民事訴訟常有拖延訴訟，隱匿財產之情事，原告長期磨難於訴訟，不下於通姦罪之訴訟；最後如終於勝訴，強制執行卻常無所獲，僅得一紙債權憑證而已，豈能與刑罰之嚇阻警示效力相比。刑法第 239 條科以刑罰有其立法目的與必要性，非民事訴訟請求損害賠償可替代彌補，而釋字 554 號解釋對於論以刑法 61 條微罪輕刑之列，復因刑法以 245 條規定告訴乃論，給予通姦者與另一方甚至第三者間有協商談判轉圜之空間，乃立法機關立法時之用心配套設計。權衡通姦罪侵害個人與社會雙法益而以刑罰輕刑論罪相較，並無違反憲法第 23 條保護目的比例原則，聲請釋憲人等以刑法第 239 條通姦罪之處罰違反憲法第 23 條比例原則云云，並無理由。

## 肆、實務經驗分享

- 一、司改國是會議在討論兒少性別議題時，因女作家輕生，補教名師涉嫌性侵乃決議通過通姦除罪化，其決議內容主要考慮性侵案被害人提告常因證據不足而無法定罪，反遭被告配偶控告妨害家庭定罪，對人權保障不周。事實上，性被侵與明知有配偶之人而合意與之相姦情況完全不同，國是會議以此理由主張廢除通姦罪，有引論不當及混淆通姦相姦罪刑成立要件之錯誤。查刑法第 239 條科相姦人以刑責，係以明知對方有配偶之人而仍與之相姦者為要件。按通姦除罪無關性別平權，通姦是嚴重婚外情事件，破壞了家庭的和諧與信任，現代核心家庭的組成是父母與未成年子女，通姦的制裁不是針對性別，而是制裁對家庭的破壞者，讓無辜孩子及家人等受苦。至於兒少議題應以兒少保護為核心，通姦如除罪受害最深的就是下一代兒童，無法在親愛和諒解正常的家庭成長，主張廢法者卻推論通姦除罪與兒少保護有助益，顛倒是非完全不合邏輯（參見附件二）。另部分婦運團體或社會人士，因同情被誘姦之少女或未婚媽媽獨嚐偷吃禁果的苦楚，從而主張廢除通姦罪，亦有誤會。概如被誘姦或未婚媽媽在不知性交對象為有配偶之人時，並非刑法第 239 條所處罰之相姦人，反而彼等為妨害性自主罪之被害人，根本與通姦罪無關。
- 二、現行實務對通姦罪證據認定「通姦」之採證，以嚴格狹義之性器官插入、接合為基準，僅限於「姦淫行為」說為認定基準，實與社會一般發生「婚外姦情」為「通姦」之認知有相當程度之落差，司法界執法人員應瞭解社會一般認知之通念而採較廣義之「性行為」說，始與刑法修正後之「性行為」定義一致。今實務上所採狹義說，毋疑自設匡架限制「通姦」為體物化、機械化式之定義，而產生明明有「不軌」「傷風敗俗」之性行為，卻無通姦罪法可繩，為社會通念所不能接受以致影響對司法的信賴度。另釋字第 748 號解釋後，同婚者亦有婚姻關係（釋字第 748 號解釋施行法第 2 條、第 4 條），同婚者其追求伴侶關係

穩定，經營共同生活之渴望，約束雙方成立具有親密及排他性永久結合等，即與異性婚姻結婚互負忠誠義務彼此信賴之目的相同。現行法婚姻法既包括同婚及異性婚兩種，通姦罪既是為法保障社會婚姻及家庭維繫與圓滿之社會法益，及配偶個人法益而立法，則刑法第 239 條規定「通姦」之定義，宜重新定義。將同婚者及現行社會現實存在之各種性行為涵蓋，即通姦不再僅限是異性間性器官之插入、接合，宜擴張為廣義之「婚外性行為」，將異性、同性、跨性、變性（LGPT）均納入，相姦者亦然，如此才能發揮國家制定刑法之目的並利及社會公共秩序及公共利益。

三、婚外情、通姦罪為近來社會所常見之現象，於處理此類案件時，最好的方法即是進行調解、協商，讓陷入家庭風暴的當事人，坦然面對問題之所在，對自己婚姻、家庭存續與否以及將持何種態度處理深入檢討。世事百態，有通姦人要離，另一方不離、有通姦人不離，另一方要離、有通姦人不離，卻想享齊人之福、有相姦人逼婚，要通姦人離，有相姦人要未通姦者讓位，有相姦者大言不慚指未通姦配偶才是第三者，說「人家已不再愛你了」，天下事不一而足……三角關係感情財務混雜糾結，難以數計。清官雖難斷各家務事，有道是「身在公門好修行」執法人員、家事法庭的執事者或調解委員等可善用刑法第 239 條、第 245 條、刑事訴訟法第 239 條等規定，從中曉以利害關係，以及民事侵權行為精神上財產上物質求償權之靈巧運用，讓三方知己知彼好聚好散，勞燕分飛或浪子回家、紅杏不再出牆，亦或成全通姦與相姦人成雙達心願不再偷偷摸摸，各種不同的結果，就因當事人面對同一樣事物，心態不同，處理方式不同，結果就會不一樣。執法執事者如能給與當事人時間、空間並加以開導，不急於結案了事，定能將刑事及附帶民事訴訟一併解決並疏減訟源，依法行事護持正法，又能與人為善成人之美，為民服務又功德無量，真是美事一樁。

## 伍、論爭點議題

### 一、刑法第 239 條部分

(一) 刑法第 239 條之立法目的為何？其係為保障何種法益或基本權利而設？又因此限制或侵害人民何種基本權利？其審查基準為何？

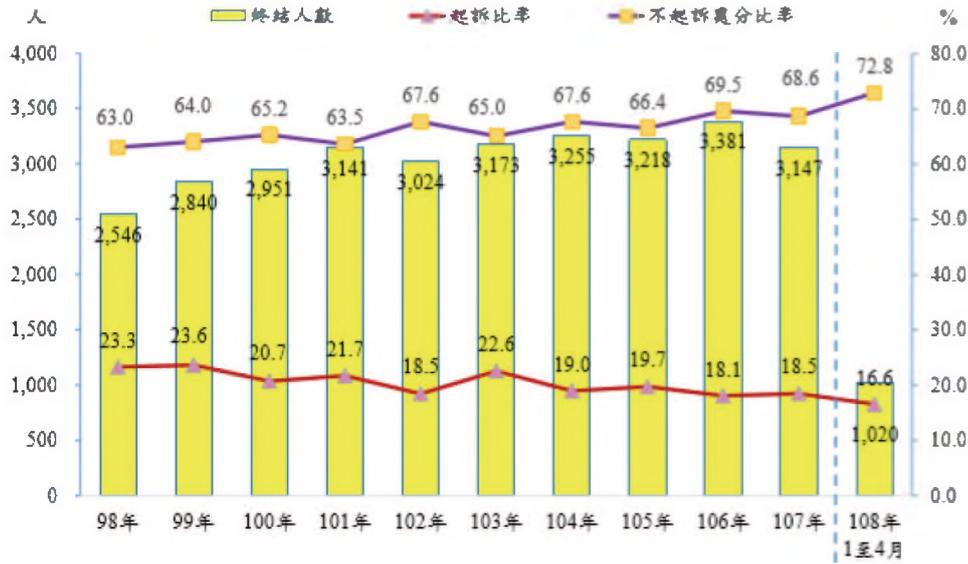
1. 刑法第 239 條之立法目的，將該條文置於「妨害婚姻及家庭」罪章中，立法理由為利用刑法一般預防作用保護婚姻及家庭制度之完整性，以維護善良風俗及倫理道德，於不妨害社會秩序公共利益的前提下，制約婚姻中的性行為自由。
2. 保護法益有二，即保護婚姻及家庭制度完整性的社會法益及配偶之個人、婚姻、家庭的平穩發展及身心靈精神上、物質生活上之法益。前參之三之 1，之 2（本文 P.10~11）已詳述。
3. 刑法第 239 條限制婚姻中配偶不得與婚外人通姦之性自主權，同時亦限制明知他方有配偶者不得與之相姦人之性自由。雖涉及憲法第 8 條人民身體之自由保障問題，但審查基準在於憲法第 22 條中所謂是否「妨害社會公共利益」及憲法第 23 條之「維持社會秩序」、「增進公共利益所必要」部分。而此部分釋字第 554 號已明確闡述，見前參之二、之三（本文 P.7~11）所述。

(二) 刑法第 239 條處罰婚外性行為之手段，是否有助於所揭目的之達成？手段與目的間是否存有一定關聯性？

1. 通姦罪有助於立法目的之達成

依地方檢察署辦理妨害婚姻及家庭案件偵查終結人數表如後附圖示：

圖1 地方檢察署辦理妨害婚姻及家庭罪案件偵查終結人數



項目別	總計	有罪										無罪	其他	
		計	無期徒刑	有期徒刑				拘役、免刑、罰金	受感	受感	受感			其他
				六月以下	六月以上一年未滿	一年以上二年未滿	二年以上							
98年至108年4月	6,329	3,630	-	3,466	45	102	13	4	363	2,313	2,175	94.0	33	
結構比(%)	100.0	57.4	-	54.8	0.7	1.6	0.2	0.1	5.6	36.5	34.4		0.5	
妨害婚姻及家庭罪案件														
98年	622	366	-	343	7	12	4	-	26	225	214	95.1	5	
99年	629	367	-	344	8	12	2	1	36	223	209	93.7	3	
100年	647	372	-	357	2	11	1	1	41	231	222	96.1	3	
101年	603	371	-	351	6	14	-	-	28	201	189	94.0	3	
102年	652	364	-	349	3	9	3	-	39	243	229	94.2	6	
103年	596	354	-	333	7	13	1	-	36	204	192	94.1	2	
104年	595	319	-	306	5	7	1	-	42	232	219	94.4	2	
105年	583	327	-	316	4	6	1	-	35	218	202	92.7	3	
106年	602	347	-	338	2	5	-	2	32	221	200	90.5	2	
107年	607	342	-	330	1	11	-	-	26	235	223	94.9	4	
108年1至4月	193	101	-	99	-	2	-	-	12	80	76	95.0	-	
98年至108年4月	2,132,626	1,889,677	463	1,059,652	206,921	77,890	77,140	467,611	72,932	158,723	136,161	85.8	11,294	
結構比(%)	100.0	88.6	0.0	49.7	9.7	3.7	3.6	21.9	3.4	7.4	6.4		0.5	

說明：本表全數刑罰會法人(妨害婚姻及家庭罪會法人)。

法務部統計自 98 年迄 108 年 4 月，刑法妨害婚姻及家庭罪章之偵查終結數據顯示，提起刑事告訴之人數逐年增加、檢察官起訴之比率則逐年下修，而法院裁判有罪之人數則維持約 300 至 400 人間，足徵人民藉由通姦罪等婚姻及家庭罪章規定，維護自身權益之意識漸長，惟

有罪人數並未因此增加，顯見通姦罪實有助於保障人民信賴婚姻關係存續期間之安穩及不受外力侵擾，並可預防及嚇阻通姦等破壞他人家庭及婚姻之行為發生。

2. 以刑法第 239 條通姦罪，處罰婚外性行為，其手段與目的間存有實質關聯：

(1) 主張廢除通姦罪論者，雖強調已有民事侵權損害賠償等配套措施得以規制通姦行為，惟以民法損害賠償之方式處理通姦行為對另一方配偶所生侵害，無非將通姦行為有價化，對於婚姻家庭制度之價值反生不利之影響，況民事損害賠償之目的僅在於填補損害，除冗長訴訟程序外，常有拖延訴訟隱匿財產等問題發生，及至最後僅得一紙債權憑證，無法彌補真正損害尤其精神上損害難以金錢計算以致無實質意義；刑事犯罪則係國家刑罰權之行使，二者目的作用、效果不同，實不可相提並論。

(2) 現行實務以刑法訴追通姦罪之制度，雖僅得判處 1 年以下有期徒刑，且首犯者多處 6 月以下有期徒刑，而可易科罰金，然於 1 年法定刑之規範下，承審法官尚得依個案情況裁量 6 月以上至 1 年以下之刑度，並無違憲法第 23 條比例原則，前已述明且縱判處 6 月以下之刑，得否易科罰金亦為執行檢察官之裁量權範疇，遑論再犯者，承審法官可斟酌刑法第 47 條累犯規定及第 57 條通盤考量犯罪後態度等情節酌定其刑，仍尚有多例因涉犯通姦罪而遭判處不得易科罰金之有期徒刑者。由此以觀刑罰阻嚇犯罪之有效性，相較於罰金，限制人身自由之刑罰具有較大之警戒效果，蓋其更易為人所預見，且於行為人及他人心理均能留下深刻之印象及警惕；限制人身自由之刑罰可以作為一種信號，藉此可使他人信服行為人確實對社會造成一定程度之危險，具有教化功能，況提告通姦罪並無礙其民事損害賠償之請求權。準此，將通姦罪所保障之法益與限制之法益兩相權衡，以刑罰處罰通姦行為，實有必要，堪以認定。

3. 本院釋字第 554 號解釋有無變更解釋之必要？

刑法第 239 條通姦及相姦人之處罰，依釋字第 554 號解釋，為確保婚姻制度之存續與圓滿，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，約束夫妻雙方互負忠誠義務，並無如釋憲聲請理由所指違背憲法第 7 條、第 8 條、第 22 條、第 23 條等之情狀，本文第參章（本文 P.6～12）已詳加研討剖析，應無變更解釋之必要。

二、刑事訴訟法第 239 條但書部分

(一) 刑事訴訟法第 239 條但書之立法目的為何？其係為保障何種法益或基本權利而設？又因此限制或侵害人民何種基本權利？其審查基準為何？

1. 刑事訴訟法第 239 條但書之立法理由及保障法益：

查刑事訴訟法第 239 條但書規定「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。」此為刑事訴訟法所定撤回告訴不可分之例外規定，立法目的乃因告訴人之配偶，常因本於夫妻情義，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，有乖人情。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，期早日脫離訴訟牽絆，重修舊好，破鏡重圓，促使婚姻關係得以繼續延續。此即刑事訴訟法第 239 條但書例外規定原本之目的，而對於相姦人不得撤回則係因通姦罪蘊含社會法益之故。

2. 刑事訴訟法第 239 條但書規定，即告訴之撤回以是否為告訴權人之配偶而有別，造成得否撤回告訴之差異待遇，涉及刑事訴訟法第 238 條告訴不可分原則之平等權。

3. 以平等權審查之標準，刑事訴訟法第 239 條但書既有上開不平等因素，應予廢除。以貫徹刑事訴訟法第 238 條規定告訴乃論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之立法意旨。

(二) 刑事訴訟法第 239 條但書之手段，是否有助於所揭目的之達成？手段與目的間是否存有一定關聯性？

1. 按通姦罪的告訴乃論，乃是尊重婚姻當事人維繫婚姻與否的權利，民國 24 年公布刑法第 239 條通姦罪立法當時之社會背景，以父權為重，男女社會地位及經濟能力差異較大，女性常為弱勢，而通姦者多為男性，刑事訴訟法對通姦配偶撤回告訴效力不及於必要共犯之相姦人，係屬對弱勢者之保護；且係對相姦人予處罰性之宣示，以維護善良風俗社會秩序。但書之手段是有達立法當時所揭目的，其手段與目的間仍有某種程度之關聯。
2. 惟查時至現今，男女、教育、工作、經濟各方面均日趨平等，父權為主不再，個人對婚姻家庭經營觀念，小家庭制代替三代同堂，社會人際關係頻繁，社會風氣日益開放，對離婚的認知與過去社會亦不同。雖然社會一般仍然認為結婚是人生終身大事，但婚後不合即離，離婚不再視為羞恥事；不能愉快相處的二人，不必勉強婚姻生活，幾乎是現代人的共識。從而發生婚外情通姦事時，在講求速度效率的現代人，通姦罪告訴乃論，反而與離婚有手段及目的的關聯。刑事訴訟法但書的規定，撤回告訴效力不及相姦人，已不全然與維繫婚姻家庭和諧等目的有關聯。徹底告訴、撤回告訴效力及於相姦人，亦即提告全告、撤告全撤，將迫使婚姻當事人及第三者更理性面對三角關係之實相，總檢討婚姻及家庭各種元素如子女、財產分配、扶養、贍養諸多問題，從而對個人「小我」以及社會「大我」婚姻家庭制度之維持與圓滿更有積極意義，且可杜絕仙人跳之類不法事件發生。如前所述刑事訴訟法第 239 條但書規定，既有失平等原則，而平等權的法益位階高於保護弱勢原則，乃建議立法機關就此但書例外規定應予廢除。

## 陸、結論

- 一、法律是最低的道德規範，也是人類社會一般認知應遵守的習慣規律所形成，在我們社會存在已久且深植人心的是～有婚姻關係不可以有通姦行為，如果冒然將通姦罪廢除，必定給社會帶來非常大的衝擊。一般的人民總是認為法律沒有處罰的就是可以做的，那麼通姦罪廢除後，一開始大家直覺「通姦無罪」，接著會覺得通姦「不要緊」，再來就會變成「通姦可以」，在兩性關係開放的今天，無疑雪上加霜，豈非以「除罪」來鼓勵婚姻外之性行為氾濫？
- 二、司法院是會議雖通過「通姦除罪化」，但此乃與會社會金字塔尖端極少數人士之見解，不能代表是社會大眾的一般「通念」。通姦罪規定於「刑法婚姻家庭罪章」，即明確宣示其保障之社會法益重於婚姻配偶權之個人法益。而聲請釋憲人等所持理由卻呈極端對比，強調個人性自主權，否定通姦罪妨害社會婚姻家庭制度之社會公益。鈞院衡酌此關係是否違憲之前提事實條件～「是否維護婚姻與家庭制度」「不妨害社會秩序公共利益」等時，自不應以聲請人等及少數社會人士之認知為依據，應回歸最有能力體察社會環境背景因素之最高民意機關立法院來判斷，甚或以公投方式來決定現今台灣社會對通姦罪廢存問題之看法。立法不易，廢法更不能草率。
- 三、古哲人言「人生三重境界，看山是山看水是水 → 看山不是山看水不是水 → 看山是山看水是水」，論者或因迷思於個人性自主權至上，及國際時尚潮流，未能明察事理真相，僅見表相假相，以致看山不是山，看水不是水，主張廢除通姦罪。冀望鈞院為國家最高司法機關，憲法法庭諸位大法官學養登峰、經歷豐碩已達人生最高境界，明心見性、洞察細微，看山還是山看水還是水內涵卻不同。寄望藉此次憲法解釋案能終結沸沸揚揚二十多年來爭論不休的通姦除罪問題，並對婚姻價值、家庭制度之維繫及社會公共利益之發展等為正能量之詮釋，守護臺灣社會良善秩序及文化底蘊。國人頂禮致敬，是所期盼！

## 【附件一】建議事項

- 一、通姦罪廢除與否屬立法修法廢法事宜，應為國家最高立法機關之立法權責，不宜由大法官以釋憲形式行實質立法權，以免有踰越之虞。
- 二、釋字第 748 號解釋同婚法施行後，婚姻包括同性婚與異性婚，為保障婚姻家庭制度之維繫，刑法第 239 條「通姦」「相姦」行為應重新定義，而非狹義之異性性器官之插入或接合說。按「姦」即性行為，故應涵蓋同性、異性、跨性、變性者所有之「婚外性行為」。社會變遷婚姻內涵已變更，刑法第 239 條「通姦」罪行要件應予修正以符合刑法修正後妨害性自主罪中「性犯罪」行為要件之一致性。
- 三、為貫徹告訴權不可分原則，應廢除刑事訴訟法第 239 條但書例外條款規定，以符合憲法第 23 條之平等原則。
- 四、釋字第 371 號法官之釋憲行使權宜嚴加約束，以免浮濫。我國司法審判採三級審制，地方法院之上級審高等法院，再上級最高法院均有定期舉辦法律座談會，其決議宜有約束下級法院之效力。聲請釋憲權宜應於其上級法院統一見解不可得時，方得聲請大法官釋憲。否則如本案同級地方法院，審理同類型案件，因極少數承審法官個人不同見解致與全國其他絕大多數法官用法不一，徒增執法人員用法不確定之困擾，並且妨害訴訟當事人權益，影響人民對司法之信賴與政府之威信至鉅。

## 【附件二】《論 通姦罪，該不該除罪？》

～我們處在一個自以為聰明卻最為自私的世代～

## 【附件三】《停聽看通姦除罪化》

# 論 通姦罪，該不該除罪？

我們處在一個自以為最聰明卻最為自私的世代

文：尊重生命全民運動大聯盟

# 論 通姦罪，該不該除罪？

----我們處在一個自以為最聰明卻最為自私的世代

文：尊重生命全民運動大聯盟

## 講個故事： 聰明建築師

有一天，一群建築師看見有許多人在亭子下吹著涼風，很是快樂。於是，亭子驕傲地跟建築師們說：「你看，涼亭四處通風，人來人往自由，為什麼要歧視我們，說我們不是住宅房屋？」建築師於是認真思考是否應該與時俱進，人人有其自由各取所需所愛，又不傷害別人，有何不可？況且在建築概念上操作一下，並非難事。儘管其他同業者有所批評和反對，但是這群建築師還是代表建築界改變房屋定義，從此，亭子和傳統房屋一樣，都是人們可以選擇的住宅，都稱為房屋。他們相信如此之後應該會有皆大歡喜的自由氣氛，想著想著不禁拍拍手，讚嘆自己太聰明。

不多久，這些建築師又發現住在傳統房屋中的有些人不願「正門」進出，為能任意隨「性」只好爬牆爬窗。這點又觸動了這群建築師。於是心想，少了幾面牆的限制，房屋還是房屋，人就可以自由進出，無須狼狽，即不會增加也不會減少家人關係間原本就存在的種種問題，又有何不可？聰明的我們做得到啦！

故此，這群聰明建築師認真思量：「房屋少築幾面牆其實無妨；倘若還想要牆的人可自行設計、不需要的人能自得其樂，如此，豈不又是兩全其美了……。」

這故事的後來，我們可以臆測，當地震或風雨或盜賊來臨時，住在其中的人將面臨什麼景況？

## 人類古老社會演化出強制性一夫一妻結合規範

社會人類學研究<sup>1</sup>指出，歷史發現，已知的人類古老社會大多數（曾經是或至今還是）允許一夫多妻結合；然而，一些最成功的農業社會，其一夫多妻型態逐漸被「社會強制性的一夫一妻制（socially imposed monogamy）」所取代，這演變發生的時間點是從狩獵採集的社會變遷到農業社會形成之時，其改變的結果是形成了較大的聚落。隨後，近幾千年來，世界人口不成比例的成長，是由相當少數的社會所驅動達成，而這些社會很多是實行社會強制性的一夫一妻制。這種透過禁令式的社會規範來實施一夫一妻制是人類社會特有現象，一夫一妻制規範伴隨以昂貴處罰（costly punishment），要求人們性行為受到高度管制，這與動物性擴張繁殖的本能和人的本性似乎有違，引起社會人類學家的好奇。

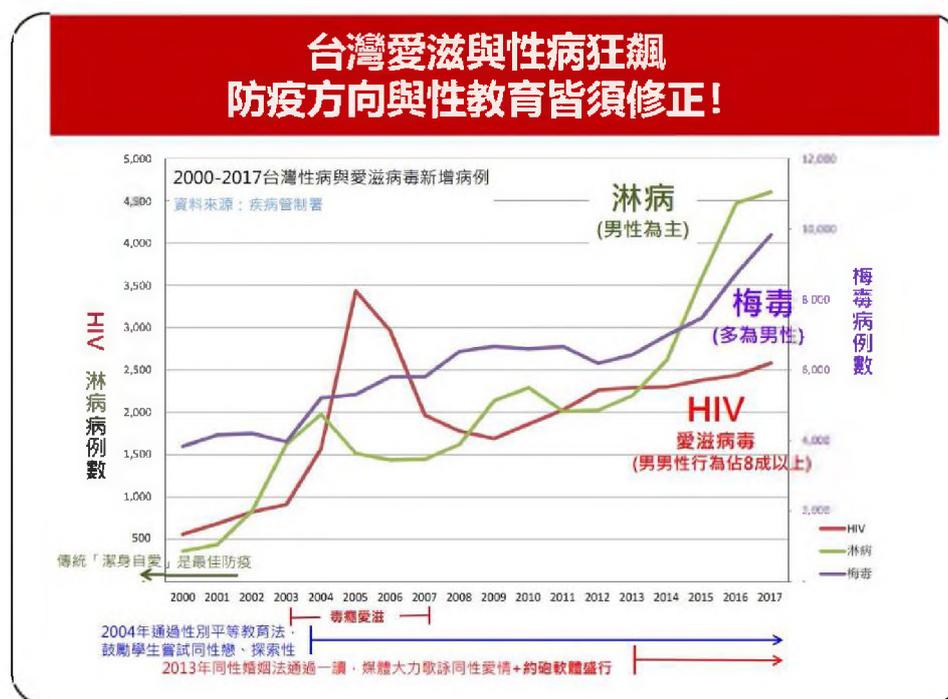
該研究發現，在現代醫學介入之前，「性病傳播（STIs）對人類祖先的選擇帶來巨大壓力」；於是在聚落大小、性病動態和社會規範之間的相互作用下，控制性病的傳播是導致人類社會演化成強加一夫一妻制度，不可漠視的因素。該研究參照淋病、梅毒和披衣菌等性病的流行病學史發現，在聚落小且零散的地區，性病很難得以廣泛傳播，一夫多妻制就占主導地位。然而，在人口密度較高且群體連結性較強的農業地區，性病則易在地區流行（特別在此地區，一些一夫多妻的網絡同時發生性病感染）而衝擊生育力。一夫一妻制使群體降低性病盛行率，反之，一夫多妻制由於性病流行造成醫療負擔和人口減少。因著疾病的競爭性，人類選擇隨之調整，即開始懲罰一夫多妻型態而推崇一夫一妻。該研究為社會強加性一夫一妻制的出現提供了解釋途徑，並豐富了我們對該規範為何會伴隨代價高昂的懲罰之演變的理解。

---

<sup>1</sup> Bauch, C. T. & McElreath, R. Disease dynamics and costly punishment can foster socially imposed monogamy. *Nat. Communication*. 2016 <https://www.nature.com/articles/ncomms11219>

## 反觀現代醫學治療介入的今天

相較幾千年前的古老社會，現代醫療進步，性病有抗生素等藥物可治，不致於死亡；但是依然具有感染性，並且影響生育力。2017 年研究顯示，女性不育症是全世界主要的公共衛生問題，大多數病例歸因於性病<sup>2</sup>。「披衣菌和淋病是可導致不育的性傳播疾病」<sup>3</sup>。2018 年美國CDC（疾病管制與預防中心）<sup>4</sup>估計，披衣菌、淋病和梅毒置感染男女和嬰兒於嚴重的終生健康後果中，如慢性疼痛、生殖健康的嚴重併發症和愛滋。而且未診斷的性病，導致該國每年造成不孕婦女超過 2 萬人。婦女梅毒不會不孕，若生產，孩子則會得新生兒梅毒，導致新生兒嚴重健康併發症和死亡；淋病造成男性副睪炎而不孕。另一資訊也指出，女性梅毒易流產，梅毒也造成男性副睪炎而不孕<sup>5</sup>。至於台灣，性病感染情況如何？以下是以疾管署數據所整理的資料：



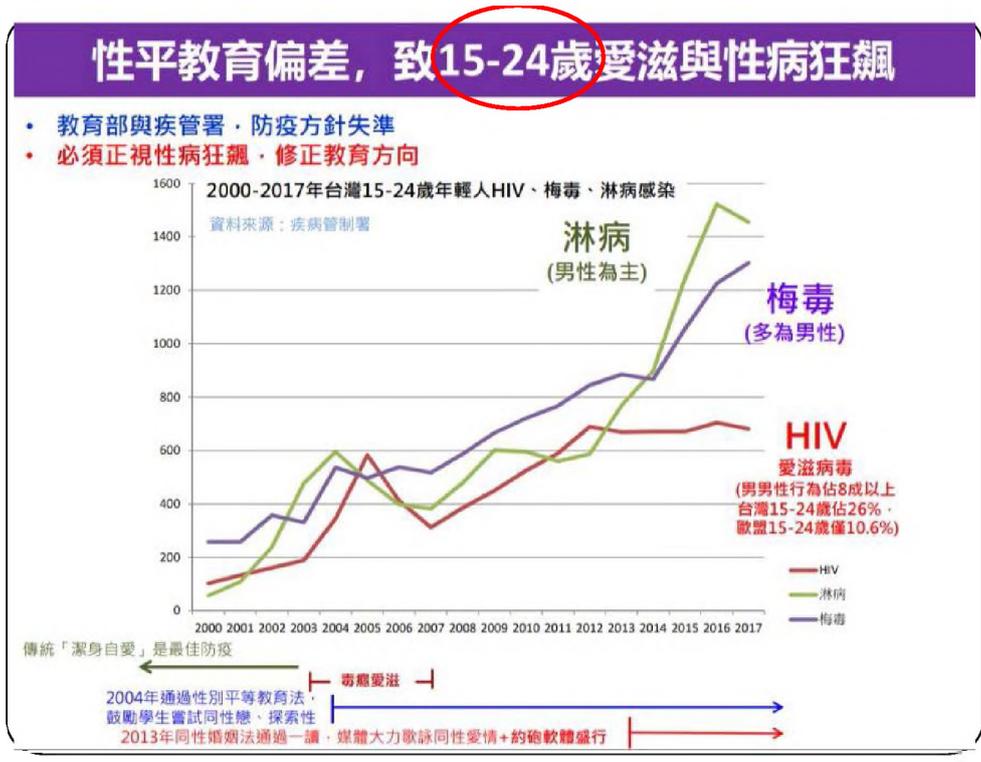
(圖一、2000 年~2017 年，台灣全體國民性病與愛滋病毒每年新增之病例數)

<sup>2</sup> Sexually Transmitted Diseases and Infertility *Am J Obstet Gynecol.* 2017

<sup>3</sup> STDs and Infertility. *CCRM fertility* <https://www.ccrmivf.com/stds-infertility/>

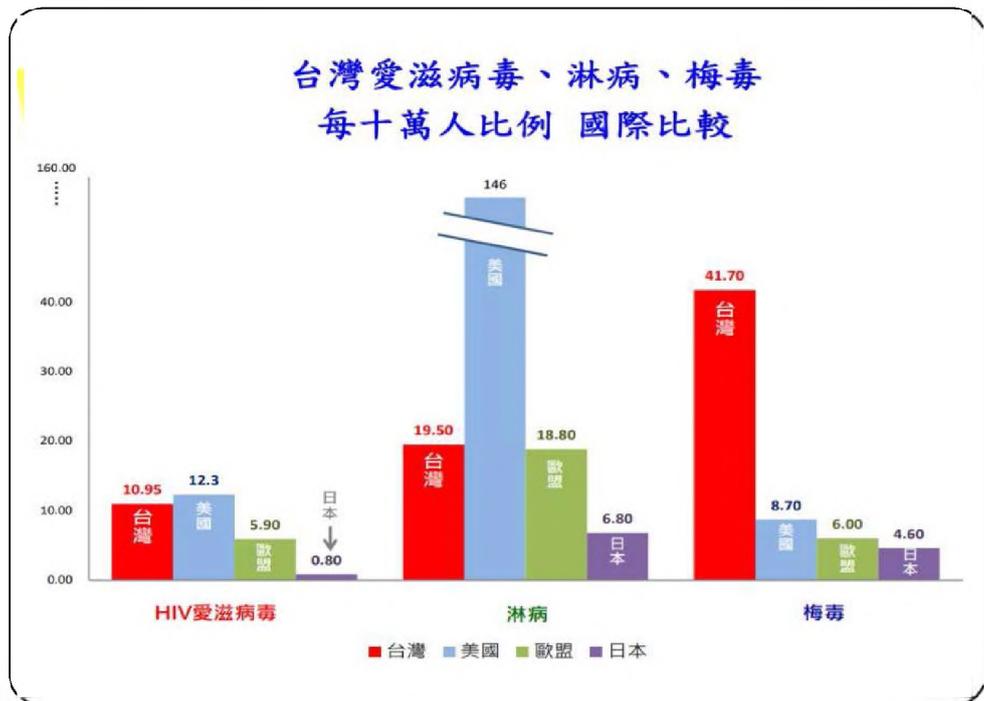
<sup>4</sup> <https://www.cdc.gov/nchstp/newsroom/docs/factsheets/std-trends-508.pdf>

<sup>5</sup> <https://www.bustle.com/articles/158969-6-stds-that-can-affect-fertility>



(圖二、2000年~2017年，台灣15-24歲國民性病與愛滋病毒每年新增之病例數)

將國內疾管署資料與美國、歐盟及鄰近日本之性病衛生資料相比，顯示如下：



(圖三、台灣與美國、歐盟及日本之性病感染數據比較<sup>6</sup>)

<sup>6</sup> 每10萬人中 HIV 新案例數、梅毒及淋病通報數(台灣為2017年疾病管制署資料，美國為2016年CDC資料，日本為2015-2016年國立感染研究所及文獻資料，及歐盟為2015年ECDC數據)

台灣制定一夫一妻婚姻制度，但近年來，其他法律、政策和教育等面向並未支撐這個制度。隨著倡議性自主權和性自由的人權思潮，社會風氣愈來愈加速開放，一夜情、婚前或婚外性行為、婚外同居、多人開放性關係等屢見不鮮，如圖，台灣性病盛行率明顯持續上升的現象，應不屬偶然。

性病導致不孕，不孕患者求助於昂貴的人工生殖輔助技術；台灣一份本土醫學研究指出，此技術提高下一代的終生健康風險<sup>7</sup>，這種惡性循環已然在國內運轉。更甚者，世界衛生組織（WHO）人類生殖醫官威伊（Teodora Wi）指出，超級淋病<sup>8</sup>（即抗藥性淋病）問題「非常嚴峻」，全球已有 3 例無藥可醫的個案；反觀台灣，2014 年疾管署科技研究計畫的報告即已指出，該計畫五年來所收集的淋菌菌株已出現了抗藥性現象，密切監測中<sup>9</sup>。以上研究顯示，國內偏重保險套的防疫政策須重新檢討，也看出社會風氣對一男一女、一夫一妻婚姻制度的態度似乎愈來愈可有可無。

## 國家形成之後一夫一妻的立法

有趣的是，近幾百年來，一夫一妻制的婚姻遍及歐洲，更近期幾乎遍及全球。一

---

<sup>7</sup>台灣研究，從 2011 年到 2017 年，人工生殖輔助技術（ART）產生的嬰兒比自然受孕新生兒有較高風險，諸如，極低的出生體重、先天缺陷風險及早產…心血管壁較厚，舒張壓較差及有較大的心房…有較高的高血壓機率…自閉症機率是自然受孕者的二倍…容易發生輕度至重度的智能障礙…試管嬰兒有較高的癌症風險。

Children Conceived by Assisted Reproductive Technology Prone to Low Birth Weight, Preterm Birth, and Birth Defects: A Cohort Review of More Than 50,000 Live Births During 2011–2017 in Taiwan. *Front. Pediatr.*, 2020

[https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fped.2020.00087/full?utm\\_source=Email\\_to\\_authors&utm\\_medium=Email&utm\\_content=T1\\_11.5e1\\_author&utm\\_campaign=Email\\_publication&field=&journalName=Frontiers in Pediatrics&id=517090](https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fped.2020.00087/full?utm_source=Email_to_authors&utm_medium=Email&utm_content=T1_11.5e1_author&utm_campaign=Email_publication&field=&journalName=Frontiers%20in%20Pediatrics&id=517090)

<sup>8</sup>〈口交感染 超級淋病無藥可醫〉，自由時報 2017-07-08

<https://news.ltn.com.tw/news/world/paper/1117093>

<sup>9</sup>〈性病病原菌檢驗、監測與流行病學研究-II〉衛生福利部疾病管制署 103 年科技研究計畫

[https://www.cdc.gov.tw/File/Get/sarAKrJg\\_Uq8Ki5B0HtO3g?path=Q0tfCn\\_a2UczUvDO5Rr9NUTdE-k4yRstwVU\\_Z3lcm4Z9U\\_jL9jzmAGyF0zgKmSqj&name=vx4u\\_F\\_Wtr-qdNTnpJgN\\_ScSnHsJqJkZGkjuGgW7x4vmdvjeTBlfqAD73N7qvX](https://www.cdc.gov.tw/File/Get/sarAKrJg_Uq8Ki5B0HtO3g?path=Q0tfCn_a2UczUvDO5Rr9NUTdE-k4yRstwVU_Z3lcm4Z9U_jL9jzmAGyF0zgKmSqj&name=vx4u_F_Wtr-qdNTnpJgN_ScSnHsJqJkZGkjuGgW7x4vmdvjeTBlfqAD73N7qvX)

份橫跨各人類科學領域所提出的研究證據匯集而成的研究發現<sup>10</sup>，在近代文明進化的過程中，一夫一妻「規範性」制度之所以得到各個國家極大的青睞，原因是它的「群體獲益效應（group-beneficial effects）」。群體內的競爭時，此制度效應也能促成其成就。一夫一妻制婚姻能夠因減少未婚男子人數而降低社會犯罪率及減少個人虐待、配偶年齡差距縮小、降低性別不平等現象。而且，該制度將男性努力的焦點從「尋找妻子」轉移到「做一個父親的投資」上，如此，雖（個人）生育率下降一點，但不僅能減少家庭內部衝突，從而降低了對孩子的忽視、虐待、意外死亡和兇殺的發生率。此外，還能促進儲蓄的增加、增加對孩子的投資並改善孩子的未來出路以及大幅提高GDP（國內生產總值）。

如上述，現代國家形成後，絕大多數國家選用一夫一妻制度，也多在法律中有通姦罪處罰規定，就不太令人意外了。很遺憾的，近年來，各國紛紛廢除通姦罪以及改變婚姻制度，成為世界潮流，台灣也積極趕搭這流行列車。

回到刑法第 239 條來看，到底是否該廢除？正反兩方許多論述重點多聚焦在婚姻制度中夫妻兩人和婚外第三者的感情和權利，似乎忽略去考量婚姻家庭中重要的成員---我們的下一代---的權益問題。殊不知他們是我們生命的延續，而且對社會和國家的未來永續發展至為重要。下一代的最佳權益應當一併考慮，才能更合理衡量刑法第 239 條是該廢，還是不能廢。

釋字第 362、552、554 號解釋指出，「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障」。這句話很清楚，國家徒有土地和主權，沒有人口不成國家；人民的存在才是社會得以形成與發展的基礎。培養健康後代應當是國家最重要的

---

<sup>10</sup> Joseph Henrich, Robert Boyd and Peter J. Richerson The puzzle of monogamous marriage. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*. 2012  
<https://royalsocietypublishing.org/doi/full/10.1098/rstb.2011.0290>

該研究發現，以男性犯罪率來看，結婚使之明顯下降，美滿婚姻比普通婚姻更具預防性；離婚或喪偶時犯罪率會上升。未婚同居則不能降低犯罪率。

考量而將婚姻納入制度化管理的原因，同時，人民身心健康，國家才得以富強亦是必然道理。554 號解釋：「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…」，很巧妙地與上述研究之「群體獲益效應（group-beneficial effects）」相符合，並且明確指出婚姻制度中有養育子女的重要功能。「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。」；若一夫一妻互負忠誠義務，共同經營家庭，自然其最大受惠者是他們兩人的孩子（們）。有些研究顯示<sup>1112</sup>，在與親生的父親與母親同住的自然家庭中，子女情緒問題發生率最低，幸福感比例最高。沒有下一代，社會必將萎縮；沒有健全的下一代，國家難有好未來。

刑法第 239 條規定「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」「通姦罪所定義的「通姦」十分狹隘，只有一男一女的性器接合才可構成通姦要件，某匿名 A 律師表示，多數法官甚至將口交等性行為排除在外。」<sup>13</sup>

這樣，就很明白了，想必當初法律制定者自知法律是道德的最低限度，故並不管束男歡女愛的可能，親吻、擁抱、甚至口交、肛交等也都不在他考慮的規定之內，只要求男女自制，不准性器（生殖器官）的接合即不准有發生懷孕的任何可能。粗一點的說法，就是不准玩到有孩子。可見「惟本罪之目的係希望藉由刑罰之預防功能及嚇阻性，使夫或妻不為通姦行為…」<sup>14</sup>。因為一旦與婚外第三者有了孩子，國家即認可這胎兒的生存權（民法第 7 條規定：胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生），而且不准墮胎來殺害這生命（刑法第 288、289、290、291、292 條）；即便如此，生米煮成熟飯的兩人如何對得起這

---

<sup>11</sup> Sullins (2015) National Health Interview Survey (以 20 多萬個 4~17 歲子女為研究對象)  
<https://www.lifesitenews.com/news/sociologist-evidence-shows-homosexual-parenting-harms-children>

<sup>12</sup> Flinn, M., Ward, C. & Noone, R. J. *Hormones and the human family*. In *Handbook of evolutionary psychology*(ed. D. Buss), pp. 552–580. New York, NY: Wiley, 2005

<sup>13</sup> 〈通姦除罪化 到底除什麼？〉 <https://castnet.nctu.edu.tw/castnet/article/11457?issueID=675>

<sup>14</sup> 法務部函送「刑法通姦罪修法方向之說明」 p.596

[https://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/02/pdf/09/01/07/LCEWA01\\_090107\\_00166.pdf](https://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/02/pdf/09/01/07/LCEWA01_090107_00166.pdf)

個小孩？如何給他一個健全完整的家庭？並使國家陷入兩難，即要維護整體公益所制定的原有法律的同時，又如何能給予這孩子相同其他孩子的法益保護？同時，外遇者是如何真實地傷害其配偶的感情與權益？倘若原本家庭已有孩子，則家庭生活的摧毀又如何直接傷害兩人原有孩子的身心健康？是故，通姦行為嚴重破壞男女雙方在婚姻關係中應負之忠實義務，嚴重侵害配偶之法益，破壞家庭和諧以致直接傷害配偶及家中孩子，也傷害這外遇關係中的第三者和孩子。

此等自私失職的無節制行徑，造成他人和社會秩序無法抹滅的種種有形無形的損失，理所當然具有可罰性。此等行為關係國家重大利益和社會秩序，屬國家決定刑罰權行使之範圍，故以刑法規定具正當性。再者，「……國民對於通姦罪之存在並非無認知之可能性，亦無不能遵守規範之情形，以刑罰作為一般預防的手段，杜絕通姦行為之氾濫，並無不當。本罪處罰行為限於『男女性器接合』之姦淫行為，範圍已較刑法第 10 條定義之『性交』狹隘，刑度亦僅為『一年以下有期徒刑』，且有告訴乃論罪作為起訴之條件，已符合比例原則及罪刑相當性原則。」<sup>15</sup>

### 國家其他部門的責任何在？

必須承認，法律有其功能之限制，法律只是道德的最低限度。如果一個國家所有事務責任和結果都丟給法律「解決」，如此，國家的其他部門都應廢除。若只要因社會中發生通姦行為，即表示通姦罪處罰規定不足以避免犯罪行為發生而應除罪化，這樣的邏輯，其它犯罪行為，又有何不可廢除的理由？如此，法務部直接改名為「廢法部」即可。至於，司法院在不斷解構法律的時候，不應只考慮個人性愛的自由與權利，也不應考慮廢除通姦罪對婚姻沒有什麼太大影響（試想，通姦除罪後，社會難不趨向一男多女、一女多男，甚至多男多女的方向發展，一夫一妻只剩其名，實將瓦解，如前述之各國數據研究，可預測其後續可能的影響），

---

<sup>15</sup> 同上 p.597

而應思考並具體提出通姦除罪化之後，為國家、社會、家庭、下一代到底帶來什麼合理好處？再者，「一個由人類文明自然形成，行之數千年，受民族文化、傳統思想薰陶，而與全國人民生活息息相關的婚姻制度，在考慮…之際，能不斟酌歷史學家、人類學家、社會學家、教育學家、醫學專家、宗教團體、家長團體的意見？僅憑數位與大法官相同背景的法律學者…，能增添多少能力？」<sup>16</sup>

沒有家，哪有國。要達到維護婚姻及家庭之目的，不是在拆除最後界線，而是該著重在預防性教育。所謂不教而殺謂之虐，故應在法律之前，先行積極推動教育：學校性健康教育、家庭教育和社會教育，以及重視文治教化，開創良善社會風氣。試問，衛福部、文化部、教育部等各部會之存在是否有責任應該齊心提出具體政策和作為，合力推動社會改造，指引青少年和成年民眾認知「一夫一妻制度之婚姻與家庭」所需負的責任，以及習得經營和維護個人婚姻家庭所需的知識與能力（skill），並提供足夠的支援與資源？如果這些部會都不具功能或往相反維護家庭的方向推動，致使人民無法正己守法，家庭無法安全穩定，最後，司法沉重面對許多無法處理的社會問題，又只能便宜行事，選擇刪改法律而無更佳法律制定或配套措施的作法，這樣推展下去，我們國家的未來將是何種景況？

以古為鑑，可知興替。先人曾對婚姻制度做出了選擇和維護，我們這個自以為最聰明卻最為自私的世代，如今該作出何種選擇？只能說，司法諸公的定奪必將產生後果，是人民之福？還是禍？隨著時間推移，必將昭顯；諸公的判決在歷史中也必定留名，是美？是臭？後人必將公道論斷。

---

<sup>16</sup> 〈同性婚姻應該合法化嗎？〉台灣高等法院法官 陳筱珮

<http://chinadev.ucanews.com/2019/02/25/%ef%bb%bf%e3%80%90%e8%a9%95%e8%ab%96%e3%80%91%e5%90%8c%e6%80%a7%e5%a9%9a%e5%a7%bb%e6%87%89%e8%a9%b2%e5%90%88%e6%b3%95%e5%8c%96%e5%97%8e%ef%bc%9f/?variant=zh-hant>

停  
聽  
看

通姦除罪化

前  
最高  
法院  
法官  
台灣  
省諮  
議會  
議員

許  
幸  
惠

# 停聽看通姦除罪化

前 最高法院法官  
台灣省諮議會議員 許幸惠

近日在司法改革國是會議上重提十多年前沸沸揚揚的通姦除罪化問題，並經通過。年代雖有變遷，但人性依然、情理法依舊，是否有刪除刑法第二三九條之必要，末學深以為茲事體大，有再深入探討之必要。茲將九十一年一月間所著「停、聽、看通姦除罪化」一文，摘錄於下，俾供參考。

論者謂通姦不處罰是潮流，順應世界各國立法的發展，挪威、丹麥、瑞典、芬蘭、英格蘭、西德等歐洲國家早已廢除通姦罪，就是鄰近的日本，及對岸中共也都不處罰通姦行為。我國刑法第二百三十九條通姦罪的處罰規定，在婚外情以男性居多的台灣社會常製造「兩個女人的戰爭」，並無法提昇婚姻的品質。婚外情是社會多元化與複雜的人性使然，法律特別是刑法不僅不該涉入，也無從提供解答，這個空間應該留給當事人用其他的方式去面對去學習，法律無規定處罰之必要。

真的這樣嗎？通姦罪的廢除就可以消弭兩個女人的戰爭了嗎？通姦罪的廢除就可以減少夫妻的摩擦提昇婚姻的品質了嗎？通姦罪的廢除就容易挽救婚姻的危機、減少離婚了嗎？其實婚外情的處罰，應該說人類社會有法律開始就有處罰的規定，不管那法律是成文是不成文，對於不是婚姻關係所為之男女性行為都有處罰的律法，以民主、自由、自主人性人道等等理論思維的推演，廢除通姦罪乃是近幾十年的事。我們透過一九六九年西德、一九七九年中共廢除通姦罪（一九八〇年一月一日起施行）歸納其廢除的理由，從各角度來探討，通姦罪有必要在這個時候廢除嗎？

#### 甲、綜括主張廢除通姦罪的理由不外如下：

一、通姦罪數量稀少，量刑輕微在刑事政策上沒有規定通姦罪的必要。在案件的數量上，從一九五八年到一九六六年之間全西德每一年成立的通姦罪都在一百件到二百件之間。在刑罰量刑方面，以一九六六年為例，在全年一百三十六個成立通姦罪的判決中，有一百一十七個是判罰金，其餘宣告自由刑的判決，絕大多數都同時宣告緩刑，動用刑罰情況很少。

二、從實際情況來看，因為通姦罪是告訴乃論的犯罪，因此通姦罪的規定提供受苦者有法源根據進行報仇，

甚至貫徹金錢上的要求去勒索，這樣的規定毋寧說對婚姻的尊嚴以及婚姻的維護都沒有幫助而是有害的，通姦罪的告訴對於配偶之間的關係，也只有破壞的作用，而沒有建樹的作用。

三、一九六二年西德聯邦參政院提出的刑法草案保留通姦罪規定的目的是在塑造與維護所謂善良風俗以及國家視婚姻為社會共同生活重要基礎的宣示作用，但國家動用了刑罰權，從來也不曾稍微改善社會大量的通姦事實存在，可見無法發揮塑造及維護善良風俗的功能。通姦罪的處罰，既不是有效保護婚姻及家庭的手段，而僅僅是止於為國家做表面重視婚姻的宣示而已，而為了宣傳就以對人民的刑罰做為代價，有違背法治國家衡平性原則。

四、通姦罪所要保護的法益究竟是什麼？男女結婚是共同經營家庭生活為目的的契約行為，夫妻雙方雖各負有貞操的義務，但身體還是自己的，並非妻的身體歸屬夫所有，夫的身體歸屬妻所有，所以發生婚姻外之性行為，純屬個人生物生理行為。如果依照傳統的法益三分法，區分為個人法益（又可分為專屬法益及非專屬法益）、社會法益、國家法益。通姦罪無被害人存在，無行為侵害客體，即無「應刑罰性」，故不應論罪。

五、通姦罪的廢除並不致於誤導國民意識，例如廢除通姦罪的挪威、丹麥、瑞典、芬蘭、英國等國家，通姦

罪的廢除對於國民意識關於婚姻意義的認知並沒有影響。而西德對於婚姻的保護，在西德的基本法第六條及其他法律例如婚姻法以及家庭法，已經有所規定，因此沒有必要保留通姦罪之規定。

六、通姦是從婚姻制度和舊思想意識帶來的不良現象，是道德問題，應靠教育和社會輿論逐步加以解決，靠刑罰解決不了。通姦有各種不同的原因，有許多複雜情況罰不勝罰。

七、一般婦運團體主張除罪化，因為通姦罪常使通姦之女方（第三人）受到報復性處罰，男方則常置身事外（太太通常撤回對丈夫的告訴，而使第三者女方受罰），顯不合理，不如廢除通姦罪罰規定。又因為許多已婚男性只會玩弄未婚年輕女性，造成未婚媽媽之社會問題，結果涉世未深之女性不但受刑罰，且在男性不負責任之下，造成許多社會問題，亦顯然不公平，因而有廢除通姦罪之主張。

## 乙、唯上開諸立論理由，顯不夠堅強，且亦非解決婚外情之正途：

一、因為稀少的有罪案件（通姦罪為告訴乃論之罪），輕微的量刑又無法制止社會上大量的通姦事實存在，乃主張廢除通姦罪，這樣的思維方式是非常不合邏輯且不務實的想法與作法。我們難道可以因叛亂、妨害國家的案子很少就不立法處罰了嗎？我們難道可以因賭博、打人耳光、因飢餓偷麵包量刑輕就廢除了

賭博、傷害、竊盜罪嗎？刑期無期徒刑目的在教育而非報復，為目前刑法理論之主流，如果說刑法有通姦罪之處罰規定而社會上仍普遍存在有通姦之事實，無法消弭即謂刑法之規定毫無效益，應該廢除，那麼要廢除的不止通姦罪，所有殺人、放火、詐欺、侵占層出不窮的犯罪行為無法消除，豈不是要廢除刑法所有犯罪之規定？這社會豈不是無法無天？所以西德於一九六九年修刑法時以通姦案件少、量刑輕，無法防止通姦行為而主張廢除通姦的理由，並不充足。

二、主張廢除通姦罪者，多稱通姦罪沒有被害人的存在，法律保護的客體是什麼不清楚。這是一項值得深思的問題。食色性也，人類群居社會，除經濟活動的規範，人與人間秩序的維持靠婚姻及家庭制度，縱使在男女不平等可納妾的時代，幾乎可以說不論古今中外對婚姻、同居以外的男女性關係，都有禁止有所處罰，隨時代的演進，一夫一妻制為中西文明世界普遍採取的婚姻制，也成為普世價值，如果因為我們的法律規定採取一夫一妻制度，並在法律上維持夫妻各別有獨立的人格，即妻非夫所有，夫亦非妻所有，就認為婚姻以外之通姦行為的當事人，即一男一女為滿足生理上需要而為生物學上的正常行為，並沒有侵害配偶的權益，這樣的論述，似乎是唯物主義的觀點，反而破壞一夫一妻制的精神。從前以妻歸屬為夫所有，或家長家屬歸屬關係，來論通姦罪的被害客體，現代男女平等，夫妻身體不再歸還對方所有，

即以二分法原理謂通姦行為無侵害客體，毋寧否定了人類婚姻制度。請問，天下有沒有因配偶一方有通姦行為，而完全無動於衷，絲毫不會影響婚姻生活的情緒氣氛，不會影響婚姻生活的品質的呢？主張廢除通姦罪之論者，以為通姦罪之處罰規定提供一個危險的手段讓「受苦者」有進行報仇、勒索之機會，而這樣的做法對婚姻的尊嚴以及婚姻的維護都沒有幫助。致於通姦罪之規定就婚姻的尊嚴以及維護有無幫助，係屬另一問題，容後討論。而事實上因通姦行為，既然有所謂「受苦者」，如果說通姦行為沒有被侵害客體，似乎說不過去，「受苦者」之「苦」何來？豈非通姦行為所致？致使人「受苦」，即為侵害行為。從而通姦罪有侵害之客體，甚為明顯。「受苦者」受的「苦」是什麼？一方面因配偶的不忠背叛致身心靈受創痛苦自在話下。另一方面通姦人與相姦人因交往所增加之花費甚至買車買房租屋另築香巢等，減損原婚姻家庭的生活品質及財物供應，於是精神上與財產上均受侵害，豈能稱無受害客體？

三、完整合法美滿的婚姻當然不是靠法律就可維護，更不是通姦罪處罰規定就可維護，要有幸福美滿的婚姻生活是一大學問，精神、心理、生理、經濟、家庭各層面的條件配合，還有婚姻當事人的努力種種，不在話下，此屬另一值得討論的問題。但也絕非如支持除罪化者所言通姦罪對婚姻維繫一無是處，反而有害婚姻，破壞婚姻。實務上通姦罪之所以要告訴乃論，乃尊重配偶一方的選擇，當有婚外情通姦行為發

生時，他或她必定衡量自己婚姻關係之全盤情況決定是否提出告訴，這正是何以社會有大量通姦事實存在，而法院刑案件不多？有選擇以通姦罪來終結婚姻者，也有主張提告通姦罪而讓浪子回頭維繫延續婚姻的，所以如果說破壞婚姻的，應是通姦行為本身，而非刑法有關通姦罪處罰之規定。主張除罪化的論者，似乎倒果為因。

四、主張通姦除罪化者謂「通姦行為是一個男人和一個女人發生性關係，從純粹生物學上的觀點來看，這只是個互相滿足生理上需要的正常行為」，又稱「男歡女愛是自由的」，「情慾自由是人權」，「法律不宜介入個人私事」，甚至也有人說「法律的手不要伸入老百姓的床上」……等等說詞。其實這些動聽看似振振有詞的話語，真是似是而非，簡直要將我們帶回原始叢林，雄雌交媾是動物的本能，人類群居如僅主張性慾的權利與自由，而沒有一定的規範，想想那是怎麼樣的社會，主張人權自由的前提是要有更高的道德水準，以及責任義務的負擔，如果是毫無前提條件的自由民主人權，「只要我喜歡，有什麼不可以」，那算是哪門子的「人權」與「自由」？我們是所謂文明的社會，就不能純然以生物學的觀點來看通姦行為，而維持通姦罪之規定，應是維持一夫一妻制精神的延續。

五、主張通姦除罪化者以為，即使有所謂受害的一方，也不可能因提出通姦罪的告訴，而得到好處，也不可

能維護美好的婚姻關係，所以提出通姦罪的告訴，是一種褻瀆婚姻關係的觀念與作法；又說：在法律上，在經過利益衡平的考量之前，任何人都有主張他們的個別利益的基本權利。配偶的任何一方以及所謂的第三人，並不因為一個婚姻的存在，就當然喪失所有原本可以主張的利益（即情慾的自由，性自由權）。這樣的理論，不禁讓人懷疑婚姻的意義為何？現代文明國家的一夫一妻制的實質內涵為何？個人的自由凌駕於一切，縱使有婚姻關係，而人們的婚姻關係依社會的經驗法則或習俗，當然是夫妻互負忠實義務，所謂忠實義務，應包括身與心，通姦行為至少是身的不忠實，「貞操的忠誠」不應是保守衛道主義者之主張，倡導人權自由，個人獨立自主意識的人更應有如是的修養，否則就會誤導扭曲自由與人權的真義。如謂在婚姻關係中可以無視婚姻存在的事實，第三人亦可無視他人有婚姻的存在，而力主自己有「性自由權」，這樣看來這些人何不干脆主張廢除一夫一妻的婚姻制度？何況這種說法豈非太膨脹太囂張的濫用權利？法律是最低的道德規範，也是人類社會一般認知應遵守的習慣規律所形成，在我們的社會存在已久深植人心的是有婚姻關係不可以有通姦行為，如果冒然將通姦罪廢除，必定給社會非常大的衝擊，一般的人民總是認為法律沒有處罰的行為，就是可以做的，那麼通姦罪廢除後，一開始大家會覺得通姦「不要緊」，接著就會變成「可以」，在這兩性關係氾濫的今天，無疑雪上加霜。豈非以「除罪」來鼓勵

婚姻外之性行為？主張廢除者，有沒有思考過廢除通姦罪能為社會帶來什麼好處？如果未見其利先見其弊，一動不如一靜，應三思。

六、通姦罪除罪化的論者質疑沒有通姦事實的社會是否即為善良風俗，又認為通姦罪之規定無法維護良好婚姻，僅止於宣示國家重視婚姻，均無實質意義。又謂廢除通姦罪的國家，其國民意識關於婚姻意義認知並沒有影響，國家對於婚姻的保護可以婚姻法等宣示，沒有必要維持一個沒有保護婚姻作用而問題叢生的通姦罪的規定。首先，說通姦罪沒有保護婚姻的作用似嫌太冒然，保護維護婚姻方法有千千萬萬，當然非僅靠通姦罪規定一項，但通姦罪的規定絕對有保護婚姻的潛在意義與某程度的實際效果，君不見撤回告訴而延續婚姻的案件也不少？婚姻法家庭法縱有「禁止重婚」、「禁止有配偶者與他人同居」、「禁止家庭成員間的虐待和遺棄等等」，都屬訓示宣導性的規定，而無處罰的規定即無約束無嚇阻作用，對於自律性較弱之通姦人，絲毫不起作用。至於通姦罪除罪後的國家到底對婚姻認知有無影響，我們沒有看到有關報告，但從北歐、挪威、丹麥、瑞典、芬蘭，各除罪國性氾濫愛滋病率高，單親家庭離婚率遞增等情形以觀，說對婚姻的認知不受影響是有疑問的。

七、最近有些婦女菁英強調通姦除罪化的主張是蘊含促進個人深刻成長，落實人性的拓展，希望女性結婚後

時時刻刻學習成長展現魅力捉住丈夫的心，而不是靠通姦罪之處罰規定來維護婚姻。這更是一種不切實際烏托邦理想主義的說法，相信天下沒有這麼笨的女人，以為有通姦罪之規定，就可高枕無憂保有美滿婚姻。為了要有美滿婚姻，培養夫妻感情，不要讓自己變成黃臉婆要保有魅力這是對的教育，但是這與通姦除罪化完全是兩回事。將通姦除罪絕不是要您告訴女性朋友：「妳沒有法律可保障了，自求多福，先生真的是一丈之內才是妳的丈夫」，也不是告訴婦女姐妹：「沒有感情的婚姻，不滿意的先生，妳隨時可以不要，妳可以找喜歡的伴侶去」。更不是要花心的男生可以大刺刺的說：「刑法不處罰通姦，我喜歡誰就是誰，妳管不著」。保留通姦罪的規定，難道真的會妨害女性的成長與開拓人性？真的就會讓女性不知長進了嗎？

八、實務上，發生通姦案件時，每每發現讓人覺得不公平不合理的情況，例如越過出軌的丈夫（撤回對丈夫的告訴），僅處罰第三者，又社會對於出軌的丈夫責難少甚至還暗地裡誇讚為有辦法的男人；對於出軌的紅杏大家窮追猛打毫不留生路；對於被玩弄的第三者或未婚媽媽獨嚐偷吃禁果的苦楚，種種讓婦運團體或部份社會界人士不忍，乃挺身大喊不合理大鳴不平的個案，實際上是整個社會道德及價值觀的問題，也是男女平等有無落實的問題。如有偏差不合時宜不合情理不合公平原則，要糾正的、要教育的應

是整個社會的認知，而不是一味怪罪刑法有通姦罪處罰的規定。想想？通姦是做錯事的，至少他不是做對事的吧！（但主張除罪化的論者看法不同，以為一男一女同意性行為，未侵害他人性自主，男歡女愛有自由權並沒做錯事），主張除罪化論者竟為他們或她們被追究通姦罪抱不平，反而怪罪沒做半點差錯的一方，有道理嗎？公平嗎？就像不責備竊盜犯，卻怪你自己錢財露白，不處罰搶劫犯，卻怪被搶的人怎麼那麼有錢？因果顛倒，是非混淆，不責怪通姦行為，而怪為妻者不好好散發魅力抓住丈夫的心，不怪第三者的糊塗不智，而怪為妻的動用告訴權？這就是衡平法則了嗎？為避免被竊被劫我們不要炫耀財富，為擁有幸福的家庭，隨時充實自己讓自己魅力十足，讓丈夫不花心，妻子不紅杏出牆，不錯，這些都是教育的重點，防患於未然最好的方法，但絕不是除罪的理由。

九、有謂清官難斷家務事，法律不宜介入個人私事，尤其關於男女情事性事。本來婚姻家庭是講感情人倫的地方，有情有義又有愛的地方，是不用法律也可以生活得好好的。但是在配偶中有一方不講情義與愛時，就需要講理用法，古代雖有「家有家法，國法不入家門」的美談，但時代不同，法律介入家務事的時代來臨了，例如夫妻互負扶養義務，夫妻有履行同居的義務，夫妻財產制，婚姻家庭暴力防治法等等規定，都是法律朝務實的方向來規範夫妻婚姻家庭生活的基準。學法的人都知道，夫妻履行同居義務是不能強

制執行的，也就是說法律根本無法發揮執行的效用，但是法律還是開宗明義明明白白的介入夫妻此項私生活，其意義即在維護婚姻制度的健全。如果兩個各別都是沒有婚姻關係的成年男女，他們之間的性行為性關係法律從來未介入。通姦罪因為是為性行為的男女，一方有婚姻關係，而與第三者為婚姻外之性關係，才有通姦罪的成立，所以通姦罪的規定，無疑是法律為維護婚姻一夫一妻制而設。**無婚姻，性可以自由，有婚姻不能**，否則婚姻的意義何在？因此不能以性行為事關個人私事以及性自由為理由，而欲排除法律的規範予以除罪。雖然清官難斷家務事，但是在糾紛不解，雙方無法協調之下，還是須要清官來斷，只是難為「清官」，辛苦了「清官」罷了。

### 丙、結語：停聽看！謀定而後動，一動不如一靜

社會上一齣齣活生生慾權慾色的各種節目上演，社會新聞小三、包二奶、小王等等不斷的報導，台灣社會充斥著色情與八卦，浮躁與不安，但未見針對這些男男女女之所為做出有意義的社會教育報導，或為警世的評論。台灣社會沒有因為這些婚姻外性行為事件的發生，大家沈靜下來省思深思我們的價值觀、人生觀是什麼？我們沒有告訴年輕的下一代什麼是人生的方向，什麼樣的人生才是真正的美好，什麼樣的男女關係才是幸福。主張

人權強調民主自由的正義之士，高唱男女平等女性主義的婦女菁英，請別忘了民主自由的前提是自制自律，男女平等的前提是自立自強，不論是民主自由或男女平等，起碼的修養是尊重別人，人類生而平等，不分男女老幼種族、宗教、職業，要無分別心才有真平等。崇高的理想，神聖的任務，不是口號喊喊而已，需要有許多多無數的具體方法來落實，當然包括法律、教育與道德。眾人所週知，目前台灣社會只學歐美民主自由男女平等的皮毛，而未得其精髓，以至假民主自由男女平等之名隨興任性甚至放縱，我們希望在舊道德淪喪新道德觀尚未建立的今天，大家一起來從教育、法律甚至宗教方面來努力，建樹正確的價值觀，台灣社會才不致濫用人權主張，甚至自由民主男女平等潰堤，氾濫的人權潮反而淹沒了真正應受保障的人權。在這兒我們要特別提醒大家，所謂教育，不是只有學校、家庭教育，在資訊如此發達的現代，媒體傳播界的朋友，似乎更應負起社會教育工作的重責大任。

社會科學本來就沒有絕對的答案，更沒有放諸四海萬世皆準的法則，通姦行為是否單純的個人行為？一夫一妻制是否為最好的婚姻制度？不錯，都有探討的餘地，也各有不同版本的論說。法律是一實用的社會科學，既然現行法律持一夫一妻的婚姻制，通姦罪的規定本是維護一夫一妻制的配套規定，我國現行民法已廢除配偶因通姦罪離婚後，不得與相姦人結婚之報復懲罰性規定，通姦與相姦人某程度的性自由似有被尊重。相對的通姦罪的告訴乃論，乃是尊重婚姻當事人維繫婚姻與否的權利。我們似乎應逆向思考一下，積極作為**廢除通姦罪對社會的影**

響如何？消極不作為不廢除的結果又如何？主張廢除通姦罪的論者，似乎只看到發生通姦行為的婚姻出狀況的當事人或第三者所遭受的問題；反之，我們似乎也應研究一下通姦罪的規定對於婚姻的穩定是否也發揮了「不作為」的作用（即備而不用約束力），社會學者以及社會工作者也許可以探討一下。國情民情文化以及時空的不同，通姦罪有無為趕上所謂其他國家的潮流而除罪的必要嗎？曾有日本學者感嘆稱日本因戰後民族的自信心幾乎崩潰，日本男性大量缺乏，時代背景與崇外的心理等因素使然廢除了通姦罪，如果是現在提出廢除也許不會通過的說法。所以我們似乎也可以探討一下，北歐各國以及日本西德、中共等國家廢除通姦罪後社會的反應如何？尤其結婚後的男女，兩性是否更和諧，夫妻是否為維護婚姻更懂得自律？如果所得結果不是正面的答案，希望我們不要像有些國家，高喊人權及時代潮流，在廢除了死刑後又恢復死刑。誠然，立法不容易，廢法亦不可太草率，總之環視台灣目前形勢，社會人心浮躁，民主自由的涵養素質有待提高，宗教道德力量均未深植人心，我們的社會男男女女還沒有教育成熟；寄望人們能自制自律，是對有修養有道德的人而言。但是我們都是凡人，人人都是一般普通水準的人，人性的缺點難免，通姦罪雖不是完美的法律，但保留著應該也沒有什麼大不好，怕的是，廢除通姦罪後馬上會讓社會大眾產生負面的錯誤認知，誤解為「通姦無罪」演變下去的是「通姦不要緊」、「通姦可以」再下去是「性自由」、「縱慾」、「淫亂」，一連串的離譜。這當然不是也絕對不是主張廢除通姦罪論者的本意，更

不是他們所要見到的。但這卻正是社會一般老百姓認知的演變必然流程，希望在我們社會尚未全面發展教育、宗教、道德、輿論力量來改善提昇芸芸眾生的人格成熟之前談通姦除罪化能不再思三思？社會的領導人們，婦女菁英們，關懷我們社會所有的人們，請放下腳步，停、聽、看！



**財團法人祥和文教基金會**

40341 台中市西區民權路219號4樓之6  
<http://www.lovepeace.org.tw/>

