

關於通姦罪合憲性的鑑定意見

蔡聖偉 / 臺北大學法律學系教授

壹、審查基準說明

本次憲法法庭針對刑法第 239 條的部分，提出了以下三個問題：

- (1) 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？
- (2) 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？
- (3) 本院釋字第 554 號解釋有無變更解釋之必要？

以下的鑑定意見會先彙整國內外文獻上的各種意見，再逐一提出評論意見。分析各種意見時，將採取以下的檢驗方式：首先，相關的支持論據在刑法上是否具有法益資格（法益適格性）？審查結果若為肯定，則還要繼續探究，立法者為了保護該法益而制訂通姦罪制裁規範的作法，能否合於比例原則的要求？亦即，就算能提出多數能認可的法益作為保護對象，將婚姻關係外的性行為犯罪化的立法能否達到保護該法益的目的（有效性審查）？這也就是憲法法庭的第二個提問：「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？」若具備有效性，接著還要繼續審查，刑罰制裁規範的存在對此目的之達成來說，是否必要（必要性、最小侵害性審查）？若於此亦得出肯定結論，最後則要檢視，為了維護該法益制訂刑罰制裁規範，和付出的代價相比，是否衡平、相當（衡平性、合比例性審查）。

必須先說明的是，通姦罪的構成要件行為是否僅限於異性間的性器官接合，抑或可適用刑法第 10 條第 5 項關於性交所設的立法定義，仍有討論的空間¹。前

¹ 相關討論可參閱林山田，刑法各罪論（下），5 版，2005 年，497 頁；甘添貴，刑法各論（下），2 版，2013 年，300 頁；陳子平，刑法各論（下），3 版，2020 年，483 頁以下。

者為我國實務及學界多數說所採。由於這個爭議和通姦罪的立法正當性沒有直接關聯，本文以下不打算進一步探究，一律以「婚外性行為」來概稱通姦行為。

貳、關於通姦罪立法正當性的意見彙整

討論一個刑罰制裁規範是否合憲，出發點就是：相關的處罰規定背後是否存在著刑法上具備法益資格的利益？這也是要進入廣義比例原則討論之前的一個先決問題，同時也就是憲法法庭的第一個提問的前半部。關於通姦罪的立法正當性根據，文獻上有許多不同說法，彙整其主要論據如下。

國內早年在說明通姦行為的應罰性時，多數會援用「風化」或「善良風俗」的概念²。類似想法也曾出現在德國早期文獻中，像是德國參議院於 1962 年提出的刑法修改草案 (E 1962) 立法說明中便強調，通姦罪的存在具有形塑道德 (sittenprägend) 與維護道德 (sittenerhaltend) 的效用，並藉由本罪表達國家對於婚姻制度作為社會重要基礎的認可³。此外，亦有不少文獻主張本罪係為維護一夫一妻制⁴，立法者藉此來維護單配偶婚姻秩序及其純淨 (monogamische Eheordnung und ihre Reinheit)、婚姻的純潔性⁵。

目前支持通姦罪立法的文獻中，多數會強調婚姻與家庭的價值：婚姻為社會組織之基礎，男女一旦結為夫妻，即發生法律上的效力，其婚姻便受法律之保障，無論夫或妻皆不得違背婚姻所生之義務，倘有違背則應受法律之禁止。刑法上之

² 指出通姦行為本質上屬妨害風化之一種態樣者，如韓忠謨，刑法各論，7 版，1982 年，282 頁；黃東熊，刑法概要，1998 年，346 頁。認此種行為有害善良風俗者，則如陳樸生，實用刑法，重訂再版，1993 年，628 頁。

³ 此見 Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), E 1962 mit Begründung, S. 348。其實早在一百多年前的德國文獻中，已可見道德 (風化) 犯屬性與維護家庭 (婚姻) 秩序兩種立場的對立，如 Mittermaier, Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, BT, IV. Band, 1906, S. 91 f.。

⁴ 見周治平，刑法各論，1972 年，490 頁。

⁵ 林東茂，刑法分則，2018 年，315 頁；或是婚姻在道德上的純淨 (sittliche Reinheit der Ehe) Mittermaier, Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, BT, IV. Band, 1906, S. 92。

妨害婚姻罪，係對違背某種婚姻義務之情形所設的處罰規定⁶。在德國刑法刪除通姦罪前，維護婚姻這種社會倫理機制 (*sozialethische Institution*) 也是常見的說法⁷，甚至有文獻指出，刪除通姦罪將會讓人認為國家不再如往昔般重視家庭制度⁸。大法官釋字第 554 號解釋也提到「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」，並且認為通姦罪的存在「為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要」。與此類似的其他說法則像是：維護「家庭生活或夫妻感情的圓滿」⁹、「婚姻制度下夫妻家庭生活」¹⁰，或是「健全的婚姻制度與家庭生活的安全平和」¹¹。最後，也有透過「夫妻相互間之貞操義務」¹²、「配偶間的相互忠誠關係」(*gegenseitiges Treueverhältnis*)、忠誠義務 (*Treupflicht*)¹³或誠實義務¹⁴等說法來嘗試證立通姦罪的立法正當性。

與此相對，目前國內所發表的相關文獻幾乎一面倒地支持通姦行為除罪化。其中部分論者認為上述說法都不能算是刑法所認可的法益，因此本罪係屬「無法益之犯罪」¹⁵。另亦有強調婚姻乃民事契約的一種，於一方違反婚姻存續中的忠誠義務時，本質上只是單純破壞婚姻契約的違約行為，他方應循民事途徑請求損害賠償、慰撫金或離婚，如此已能充分保障當事人權益，而不應用刑罰來處理私法上的契約義務違反問題¹⁶。另則有呼籲立法者應順應世界潮流，本於刑法謙抑

⁶ 參考自蔡墩銘，*刑法各論*，5 版，2006 年，442 頁。維護婚姻及家庭制度的說法亦見韓忠謀，*刑法各論*，7 版，1982 年，282 頁；褚劍鴻，*刑法分則釋論*（下），4 版，2004 年，727 頁。

⁷ 如 Welzel, *Lb*, 1962, S. 361。

⁸ 此見 *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB)*, E 1962 mit Begründung, S. 348。

⁹ 盧映潔，*刑法分則釋論*，14 版，2019 年，460 頁。

¹⁰ 韓忠謀，*刑法各論*，7 版，1982 年，279 頁。

¹¹ 語見陳子平，*刑法各論*（下），3 版，2020 年，483 頁。

¹² 梁恒昌，*刑法各論*，11 版，1986 年，248 頁。

¹³ Maurach, *BT*, 5. Aufl., 1969, S. 408, 413。

¹⁴ 周治平，*刑法各論*，1972 年，500 頁。

¹⁵ 如甘添貴，*罪與刑*（林山田教授六十歲生日祝賀論文集），1998 年，628 頁；王皇玉，*刑法總則*，5 版，2019 年，29 頁；靳宗立，*刑法各論 I*，2011 年，649、660 頁；鄭昆山，*月旦法學雜誌*，105 期，217 頁；婚外性的罪與罰座談會紀錄，*台灣本土法學*，223 期，21 頁（林鈺雄發言部分）。

¹⁶ 鄭昆山，*月旦法學雜誌*，105 期，218、222、225 至 226 頁。類似說法已見林山田，*刑法各罪*

性思維應予除罪¹⁷。

與通姦行為所影響的利益相較，通姦罪限制了何種基本權利這個問題則顯得較無爭議。首先，通姦罪限制了婚姻關係雙方當事人的性自由，更精準地說，就是實施婚姻關係外性行為的自由。其次，由於追訴審判過程中，免不了會觸及當事人的私密領域，所以隱私權也是受到通姦罪立法所影響的法益¹⁸。

在現代法治國中，國家不能用刑法來維護特定道德觀，這已是現今刑法學上的基礎共識¹⁹。為避免討論失焦，以下便不再處理前述基於風化、道德、善良風俗立論的看法，而僅針對維護夫妻忠誠（忠貞）義務以及維護婚姻與家庭這兩個主流看法進行分析。

參、維護夫妻間的忠誠（忠貞）義務？

以夫妻間忠誠（忠貞）義務來支持通姦罪立法的論述經常出現在相關文獻中，釋字第 554 號解釋理由書中也有提到類似說法。所謂婚姻關係形成性忠誠義務的說法，有其歷史背景²⁰。在性自主意識覺醒後，婚姻關係已不再是合法性行為的前提，性關係甚至也不再是婚姻關係的必然組成元素²¹，因此，由婚姻關係導出性忠誠義務的說法似嫌過速。

更重要的是，「違反性忠誠義務」這個陳述本身根本沒有回答任何問題。因為在這裡要追問的是「國家對通姦行為施加刑罰的理由何在」，忠誠義務的說法

論（下），5 版，2005 年，500 頁；邱忠義，輔仁法學，46 期，141 頁；謝如媛，台大法學論叢，35 卷 6 期，316 頁；莊喬汝，台灣本土法學雜誌，223 期，59 頁。德國文獻當時也有此種質疑，如 Welzel, Lb, 1962, S. 361。

¹⁷ 見陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，5 版，2016 年，314 頁；謝如媛，刑法規範下的家庭秩序，台大法學論叢，35 卷 6 期，316 頁。

¹⁸ 參閱邱忠義，輔仁法學，46 期，130 頁以下、140 頁。

¹⁹ 僅參閱 Roxin, AT/1, 4. Aufl., 2006. 2/17 ff。

²⁰ 早年將性理解成婚姻關係的主要內涵，也把婚姻關係當作合法性行為的前提，婚外性、婚前性行為均屬傷風敗俗，甚至違法。因此，一旦締結了婚姻關係，就要承擔性忠誠義務。

²¹ 許玉秀，刑事法學之理想與探索（甘添貴教授六秩祝壽論文集），2002 年，13 頁。

在實質上等於是提出了「因為構成了通姦罪」這句話來回答，荒謬處不言而喻²²。換言之，所謂的違反性忠誠義務，意思也就是指婚姻關係中的一方實施了婚外性行為，這只不過是構成要件行為「通姦」一詞的改寫或重言反覆（Tautologie）而已，沒有真正指出法益侵害的內容²³。打個更容易理解的比方：刑法第 342 條第 1 項背信罪的構成要件行為乃「違背其任務之行為」，所謂的違背任務，依照通說看法，就是未忠實履行財產信託義務²⁴。但背信罪的刑罰理由當然不會是行為人未盡財產照料義務（因為這樣也只是重複描述構成要件行為而已），而應該是未盡義務所引起的財產損害。任何的法律義務都有背後想要達到的目的，真正能夠具有法益資格的，只有這些背後的實質目的，而不是形式上的未履行義務。否則，任何契約關係都會有未履行義務的情形，豈不是皆可由立法者恣意地規定成犯罪？更何況，本罪關於告訴乃論以及告訴撤回效力例外不及於相姦人的設計（刑事訴訟法第 239 條但書），會產生不罰通姦之配偶，單罰第三者的情形，而這也是司法實務上的常態。如果要以違反性忠誠義務來說明處罰的正當性，就會導致弔詭的局面：最後受處罰的不是侵害性忠誠義務的配偶，而是不負性忠誠義務的第三人²⁵。事實上，婚姻的忠誠（eheliche Treue）、家庭的拘束、性方面的紀律約束，都是建立在人類道德基礎上的價值，只能透過人格發展過程養成²⁶。這些價值之所以珍貴，是因為背後的感情來自於人的自由意願，所以不可能透過強制的途徑來實現²⁷，而只能求諸於彼此基於感情而來的自我約束。

²² 亦有文獻指出，破壞忠誠義務的說法是「以問題來回應問題」，見黃榮堅，刑罰的極限，1999 年，10 頁。

²³ 同理，用「維護國家婚姻秩序」或是「維護一夫一妻（單配偶）婚姻制度」等說詞來解釋重婚罪的保護法益，或者是用「具體家庭關係的純淨」來說明血親性交罪的保護法益，也都會有相同的問題。因為這些說詞都只是各該構成要件行為的重述，而沒有提出任何獨立於行為人行為的利益影響事實；此見 Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 33。

²⁴ 僅參閱林山田，刑法各罪論（上），5 版，2008 年，483 頁。或是「違背他人委任其處理事務應盡之義務」（91 年台上字第 2656 號判決）。

²⁵ 已見莊喬汝，台灣本土法學雜誌，223 期，62 頁。

²⁶ Lackner, FamRZ 1962, S. 412。國內文獻中亦早有類似說法，見林山田，刑法各罪論（下），5 版，2005 年，499 頁。

²⁷ 參閱婚外性的罪與罰座談會紀錄，台灣本土法學，223 期，19 至 20 頁（黃榮堅發言部分）。

此外，依照學說與實務的理解，本罪所稱的「通姦」限於和姦（最高法院 17 年 10 月 13 日決議）。如果配偶之一方對於第三人實施強制性交，並不會該當本罪²⁸。如此的限縮解釋有其合理的考量，因為在此種情形並未涉入感情因素，非屬立法者想要透過本罪來介入的情形。但這樣的限縮解釋卻無法由配偶間的性忠誠義務推導出來，因為即便是透過強制手段實施的性行為，也還是婚外性行為，亦屬侵害對他方配偶的性忠誠義務。同樣的道理，實務上也極少見到有人因為從事性交易而被配偶依照通姦罪提起告訴，因為當事人也知道性交易行為並沒有什麼真正的感情，不至於影響到原來的婚姻關係²⁹。論述至此，應該就可以清楚看出，在通姦罪的脈絡下，感情忠誠才是真正的重點³⁰。然而更清楚的是，感情是一種只能給不能要的东西³¹，強制手段無法對感情提供任何擔保或影響，不可能透過刑罰威嚇讓人不變心³²。

肆、維護婚姻與家庭？

所謂維護婚姻與家庭這樣的論點，是目前支持通姦罪立法的各種論據中，被運用的最為廣泛者。在大法官釋字第 554 號解釋中亦可看到「確保婚姻制度之存續與圓滿」以及「維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序」的表述³³。婚姻和家庭在刑法上是否具備法益資格，尚有討論的空間，這裡涉及到刑法學界長久以來關於集體法益資格要求的固有爭議³⁴。但即使我們肯定婚姻與家庭在刑法上的法益

²⁸ 在司法實務上有時甚至會見到，當配偶遭他人提告強制性交，後因證據不足無法定罪，強制性交被告的配偶反而會對原本提告強制性交者提出相姦罪的告訴（或脅以提出告訴）。

²⁹ 此見黃榮堅，刑罰的極限，1999 年，11 頁。

³⁰ 對於現行法用「婚外性」來替代「婚外情」的作法，批判已見婚外性的罪與罰座談會紀錄，台灣本土法學，223 期，22 頁（林鈺雄發言部分）。

³¹ 語見黃榮堅，靈魂不歸法律管——給現代公民的第一堂法律思辨課，2017 年，163 頁。

³² 另請參閱下文肆、二、（二）。

³³ 婚姻制度與家庭制度，精準言之，其實是兩個可以相互分離的機制。婚姻關係雖然是大多數家庭的基礎，但並非絕對必要，部分事實家庭關係並非以一個形式上有效的婚姻關係為基礎。因此，保障婚姻制度與保障家庭制度二者間沒有邏輯上的必然關聯。不過鑑於這兩種機制所面臨的問題均屬相同，以下便不再區分此二者。

³⁴ 國內文獻可參閱陳志龍，法益與刑事立法，3 版，1997 年，136 頁以下；周漾沂，台大法學

資格，後續也無法通過比例原則的檢驗。

在進一步分析前必須說明的是，「婚姻與家庭制度」一詞有不同的詮釋可能性，有可能是指超脫任何個別家庭及婚姻關係的抽象機制本身，也可能是指稱被通姦行為所影響的具體婚姻關係與家庭。由於過去經常可見到有論者擺盪游移在這兩種不同理解之間，致使對話無法聚焦，故以下將這兩種不同解讀意涵區隔開來，以利討論溝通³⁵。

一、作為抽象機制的婚姻及家庭

大法官釋字第 554 號解釋中提到「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障」，由於其中提及「制度性保障」一詞，而制度性保障的對象為抽象制度本身，而非個人的具體權利，故應係採抽象制度的理解，屬性上很清楚的是一種集體法益（社會法益）³⁶，而這樣的理解也合於本罪在刑法典中的體系位置（第 17 章：妨害婚姻及家庭罪）³⁷。

依照這種抽象機制的理解方式，婚姻及家庭制度是否受到國家保障，其實和刑法上有無設置通姦罪這個刑罰制裁規範沒有必然的關聯。一個純粹經驗性的論據就是，那些業已廢除通姦罪的國家，並沒有因此被質疑放棄對婚姻制度的保障。特別是德國基本法中清楚表明婚姻與家庭應受國家特別保障（第 6 條第 1 項），但這也沒有構成立法者除罪的障礙。事實上，國家只要在其他法領域（特別是民事法）仍對婚姻及家庭設有保障的規範，便已可算是履行了保障此一機制

論叢，41 卷 3 期，981 頁以下、1030 頁以下。

³⁵ 從刑法釋義學的技術層面來看，也有區分的必要，因為會影響到以下兩問題的處理：①他方配偶的同意是否得以阻卻違法，以及②一個形式上有效但實質無效的婚姻關係是否仍受本罪保護？此處參閱 Maurach, BT, 5. Aufl., 1969, S. 413。

³⁶ 德國學界在說明舊法通姦罪的保護法益時，亦採整體法益（抽象制度）的立場；僅參閱 Maurach, BT, 5. Aufl., 1969, S. 407, 413, 414。

³⁷ 「制度性保障」一詞源自於德國憲法學理，早在釋字第 554 號解釋之前就已出現在大法官的解釋中（如釋字第 380 號與第 483 號解釋）。在釋字第 554 號之後，也出現在釋字第 563 號、第 605 號以及第 696 號等解釋中。應否將此概念導入國內，文獻上有不同意見（反對者如許志雄，月旦法學雜誌，8 期，49 頁）。由於本文所要處理的問題與此爭議無涉，以下將避免使用此概念。

的義務，而和是否運用刑罰來反應通姦行為無關。

其次，這種作為抽象機制的婚姻與家庭制度，也和其他立基於大眾信賴的集體法益（如文書作為證明工具的制度、以貨幣作為支付工具的制度）不同³⁸，並不會被具體的通姦行為所影響。就以貨幣制度為例，我們之所以能夠用貨幣當作支付工具進行交易，是因為社會大眾對於貨幣的真正性有一定程度的信賴。如果一直有偽幣或偽鈔流入市場，致使使用這些工具的風險（成本）持續升高，一旦超過了臨界值，大眾就會改變行為模式，亦即會選擇放棄使用貨幣來交易。此時即便國家繼續印製鈔票，亦無濟於事。為了避免這種信賴崩盤導致機制失靈的情形出現，國家使用刑罰來維護大眾對於貨幣真正性的信賴，而這樣的刑罰制裁也是正當的³⁹。與此相對，通姦犯行則沒有這樣的特質，一般人並不會因為通姦行為的大量存在而喪失對婚姻或家庭制度的信賴，進而自外於這些體制。自己是否要走入婚姻關係以及是否要實施婚外性行為，都是取決於自己的自由意志，不會受到他人犯行影響。由此可知，對於婚外性行為的刑罰制裁與維護抽象的婚姻與家庭制度之間，不具任何關聯，手段與目的間欠缺有效性。

更有甚者，如果通姦罪所保護者確為某種超脫具體個人的抽象制度（整體法益），那麼告訴乃論的設計就會是一種體系上的違反，因為如此就會讓刑事追訴取決於告訴權人的恣意，某程度上也就是賦予個人處分集體法益的權限⁴⁰。但在另一方面，鑑於本罪的特性，告訴乃論的設計卻也是無法避免。因為相關的刑事程序對於當事人的生活影響甚鉅，很可能會直接觸及內心的私密領域。而當通姦

³⁸ 也就是所謂對制度的信賴（Vertrauen in Institutionen），詳參閱 Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 124 ff., 318 ff.。

³⁹ 參閱 Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 130 f.。

⁴⁰ 此見 Lackner, FamRZ 1962, S. 411 ff., 412。林子儀大法官於釋字 569 號解釋所提出的協同意見書中，亦曾提出類似的質疑，認為通姦罪既係用以保護社會法益，則通姦者的配偶就不會是通姦犯行的直接被害人。不過也有學者透過需刑罰性（Strafbedürfnis）的觀點來解消這個衝突，主張即便是維護公共利益，也必須顧慮具體被害之家庭成員的主觀需求；如 Maurach, BT, 5. Aufl., 1969, S. 407。至於國內文獻，對此問題則僅以像是「婚姻究與個人私生活關係密切，國家不便強事干涉」等話語帶過（如周治平，刑法各論，1972 年，490 頁），而無法理上的分析。

者受到刑罰制裁時，也可能會對他方配偶形成心理上的極大負擔⁴¹。更不用說在當事人間選擇原諒宥恕的情形，國家若仍依職權介入起訴，反而會對當事人造成額外的傷害⁴²。因此，制度上讓那些直接受通姦犯行影響的人決定是否追訴，應該是較妥適的設計⁴³。不過，由此也可再次印證，通姦罪的存在和抽象的婚姻、家庭制度的維護並無關係，而是僅涉及到告訴權人與被告所身處的具體婚姻關係。

二、具體的婚姻及家庭關係與夫妻間感情的圓滿狀態

通姦罪脈絡下所稱的婚姻與家庭如果不可能指涉抽象的制度本身，那就只剩下解讀為「具體個案中被介入（或是所謂「被破壞」）的具體婚姻關係與家庭」這個選項，這應該就是文獻上使用「婚姻生活之和諧與圓滿」一詞時所要表達的意思。然而，所謂「家庭生活或感情生活的圓滿」，在概念上能否充分明確地定義，以及經驗上能否被客觀地確認，都非常值得懷疑。即便略此不談，處罰通姦行為恐怕也無法維護到這樣的利益，這可從通姦行為前與通姦行為後兩方面來觀察。

（一）事前的預防功能？

通姦罪維護婚姻或家庭的說法，是著眼於未來的預防面向，意指通姦罪的存在能夠嚇阻未來的通姦犯行：由於婚姻關係外的性行為可能會招來刑罰，便會進而促使原本有意出軌或介入他人家庭的潛在行為人打消念頭。這應該就是釋字第554號解釋理由書中所稱「預防通姦」的意思，也就是對於潛在的通姦行為人產生「消極一般預防」的嚇阻作用。因為這些婚姻關係外的性行為被嚇阻，所以夫妻間的感情就不會遇到通姦行為的影響，進而得以保持原本的狀態。

⁴¹ Lackner, FamRZ 1962, S. 412。

⁴² 類似想法已見 Mittermaier, Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, BT, IV. Band, 1906, S. 97，不過該文是從名譽保護的觀點切入。

⁴³ 但通姦罪的告訴權有很高的濫用風險，因為在離婚協商過程中，往往會討論子女的監護及扶養，以及財產分配等事項，於此階段，通姦罪的告訴權通常就會成為一個非常有效的脅迫工具；此見 Lackner, FamRZ 1962, S. 412。

這樣的推論若能成立，就可以通過有效性審查。但在很大程度上背離現實，並且過份高估了刑罰的效能。詳言之，這種消極一般預防的嚇阻效果，恐怕只可能發生在那些沒有感情成分（或感情因素不強）的潛在婚外性行為。相反地，當通姦者與相姦人之間涉有濃厚的感情因素時，摧毀具體婚姻關係與夫妻感情的，恐怕就不是婚姻關係外的性行為，而是更早階段的變心。從心裡浮現「恨不相逢未嫁時」的念頭起，本罪所要追求的所謂婚姻、家庭的圓滿感情狀態往往就已不復存在，那麼在技術上，時序在後的婚外性行為就不可能再度摧毀這些已被摧毀的利益。當徐志摩在劍橋初見林徽音心頭一顫的那刻起，他和張幼儀的婚姻便已敲起喪鐘，已經不再可能有所謂的圓滿狀態，儘管當時徐與林沒有實施任何性行為。另一方面，對於已經變心的人來說，通姦罪的存在能讓他懸崖勒馬，恐怕也只有極為少數的特例⁴⁴。但即便真的會有在這種情境下還會因顧慮觸法而放棄婚外性行為的人，只要內心的悸動程度夠強，通姦罪的存在就也只會讓他（或她）想方設法擺脫自己在本罪的主體適格性，促使他（或她）先行解消婚姻關係，而無法讓「恨不相逢未嫁時」的想法從心中抹去。道理很簡單，法律無法製造或撲滅愛情的火焰⁴⁵，刑罰無法讓人不變心。

更何況，為了這種（純屬臆測的）預防作用，法制度上必須要容忍嚴重侵害個人隱私的刑事程序，也無法見容於狹義的比例原則（衡平性要求）。性行為位於隱私權所要保障的核心領域，通姦罪卻是以這個最私密領域的行為作為處罰對象，勢必導致在整個追訴審判程序中，大開國家入侵當事人隱私的大門，諸如調查私密通訊對話甚或日記⁴⁶。這樣的代價，竟然只是為了追訴一個1年以下的輕罪，而且只是為了追求一個純粹出於臆測猜想的嚇阻效果，恐怕難以通過衡平性

⁴⁴ 正如莊喬汝，台灣本土法學雜誌，223期，59頁所指出，如此的推想顯然低估人類的情慾與排除風險的自信，因為一個人在決定是否要發展婚外情時，主要的考量因素是配偶與第三者的比較、如何能不被發現，以及未來一旦東窗事發的可能影響，而非法律規範。

⁴⁵ 語見黃榮堅，靈魂不歸法律管——給現代公民的第一堂法律思辨課，2017年，160頁。

⁴⁶ 除了妨害秘密罪之外，其他可能因為蒐證目的而被誘發的犯行像是侵入建物罪、妨害電腦使用罪章的諸項罪名，甚至傷害或毀損罪，而這些犯罪的法定刑幾乎都比通姦罪更高，參閱莊喬汝，台灣本土法學雜誌，223期，60頁。

的檢驗⁴⁷。

(二) 事後的修補效用？

在通姦行為業已發生的情形，所謂維護當事人婚姻、家庭或是夫妻感情，應該是指他方配偶能夠透過通姦罪的追訴可能性來維繫（或修補）夫妻間被破壞的感情。但從社會現實來看，一旦動用通姦罪來追究通姦配偶的刑事責任，最後大多都會以離婚收場；通姦罪的存在不但不能維護或修補原本的婚姻與家庭，反而是相反地補上最後致命的一刀⁴⁸。在這種情形，通姦罪的存在意義就只是撫平告訴人內心怨恨憤怒的情緒而已。固然在絕大部分的通姦事件中，告訴權人都會因為配偶的背叛而在心理上產生極大的痛苦。但心理上的痛苦並不當然就可以成為對另一個人施加刑罰的理由⁴⁹。如何平復（或補償）這類精神上的痛苦情緒，應該是民法的任務，當事人可以針對離婚原因請求慰撫金，而不是透過刑法來解決⁵⁰。

純理論來看，當然也存在著以下的可能性：通姦的一方在受到刑事有罪判決的宣告與執行後，幡然悔悟，事後再回到告訴人身邊繼續原本的婚姻關係。若果如此，或許可以說通姦罪的存在和婚姻關係的維護能夠有所關聯，但如此的假設背離了一般經驗認知。在司法實務上，被告的通姦配偶往往會轉而責難堅持提告的配偶，原本的婚姻關係在這種狀況自然難以存續。德國舊法的通姦罪要求婚姻必須因通姦行為而解消⁵¹，就是因為考慮到婚姻的本質，要在婚姻關係存續中對

⁴⁷ 參閱婚外性的罪與罰座談會紀錄，台灣本土法學，223期，23至24頁、31至32頁（林鈺雄發言部分）以及34頁（許宗力發言部分）。

⁴⁸ 已見林山田，刑法各罪論（下），5版，2005年，499頁；陳子平，刑法各論（下），3版，2020年，489頁；謝如媛，台大法學論叢，35卷6期，314頁。

⁴⁹ 參見黃榮堅，刑罰的極限，1999年，16頁。

⁵⁰ 見前文註16所引文獻。關於離婚案件的慰撫金請求，可參閱婚外性的罪與罰座談會紀錄，台灣本土法學，223期，37頁以下（詹森林發言部分）。

⁵¹ 在1969年刪除前，德國刑法第172條第1項規定：通姦，若因此而離婚，有責配偶及其共同有責者處6月以下懲役。至於這個婚姻解消要件的屬性，學說上則有不同看法，有認為係屬客觀處罰條件（如Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 4. Aufl., 1891, S. 406 f.），亦有認為係屬程序要件（如Welzel, Lb, 1962, S. 361; Maurach, BT, 5. Aufl., 1969, S. 414; Dreher, StGB, 1966, S. 553）。

其中一方施加刑罰是不可能的。德國立法者甚至明白指出，本罪不但不會有維持婚姻的效果，而且還會相反地摧毀婚姻⁵²。和其他的刑事程序相較，在通姦罪的刑事追訴程序中，會較直接、明顯地觸及當事人的尊嚴與隱私。整個偵審過程都是集中在被告與證人最為私密的領域，無論最終的審理結果為何，整個程序所造成的傷害往往無法彌補、回復，和維護婚姻及家庭的宗旨剛好背道而馳⁵³。況且，就如前文已指出的，通姦罪的存在會形成更多法益侵害的風險，特別是誘使蒐證的國家與私人以追訴通姦之名侵犯他人隱私⁵⁴。為了達到上述偏離一般經驗的臆想效果，而創設或保留這種侵犯隱私的罪名，恐怕無法通過衡平性要求。

或許在部分案件中，通姦的配偶會擔心被追究刑事責任而選擇留在原婚姻關係中，此時或可說是因為通姦罪的存在而維持了原本的婚姻。但這種情形所維繫的婚姻恐怕只是形式上的存續，失去感情基礎的婚姻關係對於雙方當事人及其他人（尤其是子女）來說，根本就是一個不利（甚至有害）的狀態，不能當作法律所要追求的目的⁵⁵。在司法現實面，經常有告訴權人相信（或希望）另一半會對自己的寬宏大量（不提告或是撤回告訴）心存感激，從此不再心猿意馬，但往往只換得對方的疏離與防備，甚至是假意回歸，暗地裡伺機而動⁵⁶。自我負責、自由發展是婚姻與家庭制度的重要內涵，國家不應指導人民該過著如何的婚姻生活，也不能強制人民留在特定的婚姻及家庭內。國家應該做的是擔保一切讓人民得以自由決定是否締結或解消婚姻關係以及如何形塑婚姻關係的外在條件⁵⁷。即便認為性行為自由應受婚姻制度拘束、限制，也只是當事人決定要從事婚外性行為時，應自承婚姻破裂風險的問題。道德上要譴責背叛感情的通姦行為是一回事，用刑罰伺候則又是另一回事。正如桃園地院刑一庭的釋憲申請書所言，國家

⁵² Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), E 1962 mit Begründung, S. 349。

⁵³ 參閱 Lackner, FamRZ 1962, S. 412; Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, BT, Sexualdelikte, 1968, S. 61。

⁵⁴ 婚外性的罪與罰座談會紀錄，台灣本土法學，223 期，22 至 23 頁（林鈺雄教授的發言部分）。

⁵⁵ 已見黃榮堅，刑罰的極限，1999 年，11 頁；鄭昆山，月旦法學雜誌，105 期，221 頁。

⁵⁶ 莊喬汝，台灣本土法學雜誌，223 期，63 頁。

⁵⁷ 鍾宏彬，法益理論的憲法基礎，2012 年，211 頁。類似說法亦見林慈偉，軍法專刊，58 卷 5 期，137 頁。

不可能保障婚姻的美滿，而只能透過婚姻制度給予人民追尋美滿婚姻的可能性；婚姻與家庭受憲法保護的內涵，立基於個人自主選擇透過結婚、共同生活來實現人格與生命，這是自我決定的價值展現，不能擴大推論憲法保障已婚者享有不受性忠貞背叛的自由。

在我國刑事訴訟法第 239 條但書的設計下，告訴權人當然可以選擇單獨追究第三者的刑事責任⁵⁸，這也是我國實務上的常態。但這部分的追訴恐怕也對告訴人的婚姻關係沒有助益。告訴權人經常會以為可透過刑事告訴單獨追訴第三者來拯救自己的婚姻，但這是心理上對於刑罰效果的錯誤預期。如前所述，刑事程序的進行通常只會摧毀婚姻。在程序中對於他方配偶的詆毀，以及不可避免地會讓整起事件被公眾（或當事人的朋友圈）指指點點，凡此種種都會摧毀夫妻雙方修復和解的可能性⁵⁹。基此，即便告訴權人僅對第三者提告，整個程序的進行也還是會對自己的婚姻與家庭產生相當程度的負面影響。正因為如此，文獻上才會指出告訴權在這種情形會淪為單純的報復工具。或許在單獨追訴第三者的情形，也可以著眼於未來的預防效果立論，亦即透過這次的刑罰來迫使第三者放棄日後再次「破壞」自己的家庭，這就涉及到前文肆、二、（一）所討論過的事前預防效果，於此不贅。

伍、審查結論與釋字第 554 號解釋

如上所述，從目前文獻上各種支持通姦罪立法的論述來看，似乎都無法證立通姦罪的正當性。儘管理由各有所不同，部分論據不具刑法上的法益資格，部分論據無法與制裁規範的存在建立有效性關聯，部分論點則是不合於衡平性，但結論均屬相同，都是導向無法支持通姦罪合憲的結論。針對憲法法庭的第三個提問（本院釋字第 554 號解釋有無變更解釋之必要？），本鑑定意見的答覆如下：

首先，釋字第 554 號解釋之解釋文第一段的論述並無問題，本鑑定意見與此

⁵⁸ 德國舊法通姦罪的告訴亦同，亦可僅針對通姦行為其中一方提告，但縱使不對通姦之配偶提告，也還是必須完成離婚始得提出告訴，僅參閱 Maurach, BT, 5. Aufl., 1969, S. 414。

⁵⁹ Lackner, FamRZ 1962, S. 413。

段內容沒有任何扞格衝突之處，自無變更解釋的必要。然而，即便將通姦罪刪除，此段論述的正確性也不會受到影響，換句話說，由這段論述並不能推導出國家必須用刑罰來回應婚外性行為。

而本解釋的第二段解釋文中，則指明通姦行為是否犯罪化係屬立法選擇問題，應由立法者衡酌定之，並且指出通姦罪的制訂對於婚姻、家庭制度及社會生活秩序的維護而言係屬必要。本鑑定報告對此部分則有不同意見。蓋如前述，維護夫妻間忠誠義務的說法明顯不具法益適格（而只是構成要件的重述）。至於維護婚姻與家庭制度這部分，無論是指抽象的婚姻機制還是具體的婚姻與家庭關係，通姦罪的存在，要不是與前開目的之達成不具有有效性關聯，不然就是無法通過衡平性（狹義比例原則）的檢驗。由於無法通過比例原則的審查，自然就不會是立法者的政策選擇問題。不過在衡平性審查的部分，由於衡量因子及衡量觀點的開放性與多元性，結論並非絕對的正確性宣稱。不過無論如何可以確定的是，必須先證立刑事制裁合於比例原則，刑事制裁才能夠成為一個立法選項，也才稱得上是立法裁量問題。