

釋字第 791 號解釋部分協同意見書

黃虹霞大法官提出

「50 年前，結婚容易，離婚難；
50 年後，離婚容易，結婚難。」

從本院收案、決議受理到開始審理本件聲請案、言詞辯論、作出本件解釋，本席之心情始終處於戰戰兢兢之狀態。是因為感受到就這個議題 We all care，是因為已經很多很多年了，絕大部分法律人及很多婦女團體均一再呼籲廢除刑法第 239 條對通姦及相姦行為（以下併稱通姦行為）之處罰而不可得；且除了美國部分州及一些有宗教上考量之國家外，世界上很多很多國家早就沒有通姦罪規定，比如歐盟會員國、鄰近之日本、中華人民共和國，韓國、印度也在幾年前由法院判決通姦罪違憲等。但是主管機關法務部一再稱依照民調，我國仍有過半數比例之國人不贊同通姦除罪，因此決定不提案刪除通姦罪。從而通姦罪規定是否仍應繼續存在刑法之中，這個困擾問題唯賴大法官解決；亦即大法官責無旁貸。

作為大法官除了應該注意傾聽正反意見尤其不同意見，秉持良知作出適當解釋外，於所持解釋應有結論與國人多數意見不同時，特別是認為需要變更本院前解釋時，應該反思再反思，避免菁英式傲慢而生之偏見，當然更有責任於解釋理由中詳予說理。如若因故無法在解釋理由中充分抒發己見，也有透過意見書，善盡以文字與持不同意見人民溝通之職責。爰提出本部分協同意見書說明本席贊同刑法第 239 條違憲（連帶刑事訴訟法第 239 條但書規定亦失所依附，暨本院釋字第 554 號解釋應變更）之理由，包括一些相關考量，希望能獲得原持不同意見者之理解，甚至贊同。謹略述本席之理由及相關考量如下，並因最近公暇正聆聽寬謙法師講龍

樹菩薩造「大智度論」，故乃思仿倣龍樹菩薩，嘗試以設問自答方式，希望讀者較易於理解，有助於意見溝通：

一、問：大法官不必受大法官先前解釋之拘束嗎？通姦罪之合憲性已經大法官在 91 年間，作成釋字第 554 號解釋肯定，大法官還可以變更見解嗎？即使可以，這樣會不會太不尊重前輩大法官？

答：大法官解釋之定位，學者間有不同看法，但至少應具有法律位階之地位。又不論法律或憲法都可以依一定程序變更前法，故大法官可以決議變更先前作成之解釋，而且本院早有變更解釋之先例。¹

雖然大法官不是常常變更解釋，但是時代巨輪不斷大步往前，從未停歇，尤以 21 世紀以降為然。人權保障為憲法最主要功能之一，人權之內涵因時代不同而有所異，憲法解釋自亦應隨人權內涵之變動而與時相應，並為必要之補充或變更。又法律規定亦應然，必須與時俱進，即使曾經大法官之審查，並依作成解釋當時情況，以解釋認為該規定合憲，但主管機關仍應隨時注意檢討該規定是否仍合於憲法人權保障意旨，並於其已不合時宜之際，主動修正之；否則，該規定不當能豁免於大法官之違憲再審查。

本院大法官於 21 世紀初作成釋字第 554 號解釋當時，除了首度肯定與通姦罪相關之性自主權（性行為自由）受憲法第 22 條保障，堪稱先進，並曾對當時世界各國有無通姦罪立法（當時韓國、印度仍有通姦罪規定）作通盤了解考量，暨強調以刑罰手段限制有配偶之人與第三人間之性行為自由，乃不得已手段等外，另雖本乎職責，並依據該解釋當時情形（於其解釋理由書第 3 段中段特限定稱：立法機關「就

¹ 本院釋字第 439 號變更釋字第 211 號解釋、釋字第 556 號解釋變更釋字第 129 號解釋、釋字第 581 號解釋變更釋字第 347 號解釋、釋字第 684 號解釋變更釋字第 382 號解釋、釋字第 771 號解釋變更釋字第 108 號及第 174 號解釋、釋字第 784 號解釋變更釋字第 382 號解釋。

當前」等語)，肯認刑法通姦罪規定，對一般大眾具預防威嚇作用，故就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言，仍有其一定功效；即認依該解釋當時情形，以刑罰手段可達到預防通姦、維繫婚姻之立法目的。惟前輩大法官同時也本於人權保障應與時俱進，並對於刑法通姦罪規定有時不僅不足以維繫已趨破裂之婚姻，亦可能使原尚能勉強維繫之婚姻頓陷破裂，造成處以刑罰反而比未處刑罰發生更不利之結果等事實，亦有相當認知（本院釋字第554號解釋卷參照）；故而於其解釋理由書第2段末已以附加：「倘1、立法目的具有正當性、2、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、尤其3、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（即須符合狹義比例原則）」等條件之方式，預作保留。²足見本院釋字第554號解釋原即已認知並應寓有：該解釋作成後之未來，若對人格自由之維護、婚姻制度之功能、違反性忠誠義務對婚姻造成破壞之程度、處以刑罰對於個別婚姻維繫及整體婚姻價值所能發揮之影響，以及社會對性行為自由容忍之程度等，已異於該解釋作成當時者，本院得因應並與時俱進，另作出補充或變更解釋，以更適當調整之意思。

二、問：人權內涵情狀已有那些變動，致需重新檢視刑法第239條通姦罪之合憲性呢？

答：本件相關之性自主權為個人自主決定權之一部分，民主法治國係建立在該國家之每一個公民之自主決定權之上；又性為有性生殖含人類繁衍之所繫，涉及人性及其尊嚴。不論公民自主決定權或人性尊嚴均為憲法所保障人民基本權之基礎，係先於民主法治國家之憲法存在，當然受憲法保障，本不待憲法另予明文規定。本院釋字第554號解釋肯認

² 既稱「倘」即係附條件，故條件如變動，自己許結論可以有別，乃當然之理，是可認已預作保留。

性行為自由，即認性自主權受憲法保障，誠屬確當。

在本院釋字第 554 號解釋之後，本院除了以作成違憲解釋方式持續守護憲法明列之人民基本權外，並於多號解釋中肯認人性尊嚴乃自由民主憲政秩序之核心價值。³另亦以納入憲法第 22 條基本權保障範圍之方式，擴大保護人民，比如與對性自主權限制密切相關之隱私權，⁴即經本院以釋字第 585 號及 603 號解釋肯認其屬憲法第 22 條保障之基本權。此外，平等權本即為憲法明定之第一個基本權，所稱平等非僅指形式平等，更包括實質平等，不但本院解釋肯認之，⁵我國人權意識尤其性別實質平等要求，更不斷大幅昇高。

另除了國際間如韓國憲法法院、印度最高法院也在近五年內相繼宣告該國刑法通姦罪規定違憲等外，我國也在 98 年起，完成公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）及經濟社會文化權利國際公約施行法及消除對婦女一切形式歧視公約施行法等之立法，人權內涵自是今非昔比，而且有公政公約規定與刑法通姦罪規定相衝突之情事，亟待解決。⁶因此，

³ 本院釋字第 567 號、第 585 號、第 603 號、第 631 號、第 656 號、第 664 號、第 689 號、第 712 號、第 748 號及第 756 號解釋參照。

⁴ 除性行為本身屬個人隱私範圍外，刑法第 239 條縱未直接限制隱私權，但以刑罰處罰通姦行為，其追訴審判程序必然涉及隱私權之侵害。

⁵ 本院釋字第 649 號、第 666 號、第 728 號及第 748 號等解釋參照。

⁶ 公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第 17 條第 1 款規定：「任何人之私生活……不得無理……侵擾……」係關於隱私權之保障規定，我國已於 98 年間制定公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法，明定公政公約所揭示保障人權之規定（含上開第 17 條第 1 款關於隱私權保障之規定），具有國內法律之效力（該施行法第 2 條規定參照）；而如前所述，性行為本身屬個人隱私外，另對通姦行為之追訴審判，必然涉及隱私權之侵害，因此，自上開施行法施行之日（98 年 12 月 10 日）起，亦已滋生適用刑法第 239 條之結果與上開公政公約規定間相衝突之情事，亟待解決。另請參照 102 年 3 月 1 日之「對中華民國（臺灣）政府落實國際人權公約初次報告之審查國際獨立專家通過的結論性意見與建議」第 70 點：「《公民與政治權利國際公約》第 17 條款禁止對個人私生活的無理侵擾。由於以刑事手段管制性行為會構成對私生活的無理侵擾，除非是受影響的人需要保護或是以強迫手段為之而有絕對的必要，專家認為通姦罪不符合《公民與政治權利國際公約》第 17 條。專家建議政府應採取措施從刑法中廢除這項規定。」

本院有與時俱進，相應重新檢視刑法第 239 條通姦罪規定是否仍應合憲之必要。

三、問：婚姻與家庭為社會形成發展之基礎，釋字第 554 號解釋因而肯認婚姻制度之存續與圓滿應受憲法保障，難道不再是這樣了嗎？

答：不是的，大法官還是肯定婚姻制度。按婚姻係配偶二人為營永久共同生活，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，不僅使配偶雙方在精神上、物質上互相扶持依存，並延伸為家庭與社會之基礎，婚姻制度因之迄今仍具有維護人倫秩序、性別平等及養育子女等社會性功能（本院釋字第 554 號解釋參照）。又忠誠含婚姻忠誠，不但係應受鼓勵及讚揚之美德及價值，古今中外應皆然；且性忠誠作為一種義務，不論出於身分或契約，均應信守。是刑法第 239 條通姦罪規定所欲維護者，迄今仍應認係重要法益，故其目的核屬正當。即本件解釋未否定婚姻制度仍然是社會形成發展的重要基礎，婚姻制度仍應受憲法保障。本件解釋也未否定婚姻忠誠義務。

四、問：那為什麼要變更釋字第 554 號解釋呢？是因為婚姻制度起了什麼大變化，以致大法官解釋必須相應與時俱進呢？

（下載自 <http://www.humanrights.moj.gov.tw/dl-17414-6a64c7853ed942b2b0392082714feaa3.html>，最後瀏覽日：109 年 5 月 26 日。）

106 年 1 月 20 日作成之「對中華民國（臺灣）政府關於落實國際人權公約第二次報告之審查國際審查委員會通過的結論性意見與建議」第 70 點：「2013 年結論性意見與建議中，審查委員會曾建議政府應採取措施以廢除通姦罪，因為此罪構成對隱私權的侵犯。在本次審查期間，政府引用顯示目前對通姦罪廢除尚無共識的民意調查，作為其未遵循建議的正當化理由。然而，委員會強調，使法律制度與國際人權法一致，並透過意識提升或其他方案，帶頭化解關於婚姻及家庭制度的保護上一般大眾抱持的疑慮，是政府的責任。委員會因此重申通姦除罪化的建議，並對於此項罪名造成對婦女不成比例的負面影響表達關切。」

（下載自 <http://www.humanrights.moj.gov.tw/dl-17577-8f4e0ab78f814769b661690a6eaad1b3.html>，最後瀏覽日：109 年 5 月 26 日。）

答：是的。是因為婚姻制度已經起了一些大變化。

（一）本院釋字第 554 號解釋認婚姻制度具有維護人倫秩序、性別平等及養育子女等社會性功能，這已經是本於 91 年當時之婚姻觀，而且是很正向、理念性地加以觀察及特予支持。實則婚姻觀已因時而異：

1、24 年即現行刑法第 239 條通姦罪立法前：難謂有婚姻自由；因婚姻而生之兩當事人間關係是存在於男女間，稱為夫妻關係，但不等於一夫一妻關係；而且在出嫁從夫傳統觀念下，性別本質不平等；在不孝有三無後為大的觀念下，生養兒子是妻之本分；男系血統純正很重要，應該是為避免血統混淆，所以妻與人通姦被以刑法（例如 17 年之刑法）治罪，夫與人通姦則未入罪。

2、24 年即現行刑法第 239 條通姦罪立法：雖然現代民法於 18 年已先制定並在新規定下，婚姻關係已經由身分走入契約，應由當事人自主決定，但人民之觀念改變需要時間醞釀，不會因法律規定改變立即產生遽變，故婚姻仍非立即自由；已同時建立一男一女之一夫一妻婚姻制度，禁止重婚；性別仍不平等，譬如冠夫姓、夫妻財產制、住所、子女親權、監護權等規定；雖然已明定收養制度，但未生養兒子仍是妻之痛；通姦罪不止處罰出牆紅杏，也處罰出軌丈夫，這是在立法過程中，三讀推翻原二讀所通過之通姦罪刪除（不入罪）提案後，諸多婦女前輩費了極大心力爭取到的形式上平等，她們的努力及成就著實令人敬佩及感謝。但是同樣地，人民觀念仍待提昇，尋花問柳、三妻四妾仍非鮮見，甚至在社會賢達間也不必然以為恥。

3、時至今日：婚姻自由不但受憲法保障，且係常識並被落實，不但不婚非異常、跟誰結婚由當事人自主選擇，而且民法更經多次修正，在現行民法規定下，在破綻主義精神下，離婚之限制也一再降低，越來越容易；重婚禁止雖依然，但

配偶關係已不以異性為限；婚姻關係中，尊重個人人格及自由、配偶間平等，包括姓氏、夫妻財產制、住所、子女親權、監護權，及共同生活費之負擔等，甚至「性不性」也需尊重他方配偶意願，如強而為之，在刑法第 229 條之 1 及第 221 條規定下，會構成觸犯強制性交重罪。未生養兒子殆已非妻之痛，決定婚後不生養子女者，不但非異類甚至或可算是一種智慧表現；又因為經由 DNA 檢測可以判斷親子血緣關係，原民法第 986 條婦女禁婚期規定已經被以係屬純道德性規範為由刪除。⁷以上種種婚姻關係之內容均已有重大變異，唯一沒有改變的是刑法第 239 條通姦罪規定，而且迄今 85 個年頭，仍無法斷絕通姦行為；又在刑法第 229 條之 1 及第 221 條規定下，斷絕婚外性行為，可能另衍生人道問題；國際間沒有通姦罪規定之國家越來越多、仍有通姦罪規定之國家則日益減少（如附件），現行刑法第 239 條規定之存在被突顯，還不時引致國際人權組織對我國之批評等等。如將通姦罪規定比擬為盲腸，無益甚至有害，殆非言過其實。再者，85 年來刑法第 239 條通姦罪之實務運作結果，迄仍呈現女性被起訴、定罪人數多於男性之情形，⁸即尚未能全然落實性別實質平等，也是事實，因此，也與憲法增修條文第 10 條第 6 項國家應消除性別歧視，促兩性地位之實質平等規定，難謂相符。

4、綜上，刑法第 239 條通姦罪立法前及制定當時迄今，85 年來，國人之婚姻觀，尤其 24 年以來經多次修正之新民法婚姻相關規定，所反映或型塑之國人之婚姻觀已然大不同，最近民間流傳的「50 年前後比較」，其中有「50 年前，

⁷ 刪除該條之立法理由指出：「本條有道德制裁之意味，且無實益，淪為報復他人。允許撤銷其婚，將使子女成為非婚生子女，徒增社會問題。」立法院公報，87 卷，31 期，頁 228 參照。

⁸ 法務部 105 年 1 月 14 日法檢字第 10504501620 號函立法院「刑法通姦罪修法方向之說明」，立法院第 9 屆第 1 會期第 7 次會議議案關係文書，院總第 887 號政府提案第 15350 號之 148，頁 592 至 593；法務部，妨害婚姻及家庭罪案件統計分析，108 年 6 月，下載自 https://www.rjsd.moj.gov.tw/rjsdweb/common/WebListFile.ashx?list_id=1654（最後瀏覽日：109 年 5 月 26 日）。

結婚容易、離婚難；50 年後，離婚容易、結婚難」，⁹還真是一語道盡刑法第 239 條立法以來之世事變遷，今昔迥不相同。

（二）還有，應該特別注意的是，本件解釋認為刑法第 239 條通姦罪規定違憲，不能再以刑罰處罰通姦罪，不等於否定婚姻制度或婚姻忠誠義務、不保護受害配偶，甚或肯定外遇行為或婚外性行為。本件解釋只是基於刑罰之特性，認為不可再以刑罰處罰通姦罪而已。

五、問：什麼是刑罰之特性？本件解釋認為通姦罪規定違憲，也就是說刑法不應該有通姦罪規定，為什麼不是等於否定婚姻制度或婚姻忠誠義務、不保護受害配偶，甚或肯定外遇行為、婚外性行為呢？又大法官解釋不是常常說屬於立法形成自由範圍嗎，為什麼刑法第 239 條規定不應在立法形成範圍呢？

答：不是所有不善行為都應該以刑罰處罰。又性自主權應受憲法保障，是本院釋字第 554 號解釋即已肯認的。而刑法第 239 條通姦罪規定，是以刑罰限制配偶及其相姦人之性自主權，依憲法第 23 條規定，刑法第 239 條通姦罪規定須符合手段適當性（對婚姻制度之維護等有相當程度助益）、必要性（有以刑罰處罰違反行為之必要，因為刑罰具最後不得已手段特性，刑罰能不用就該不用），並須符合狹義比例原則（以刑罰處罰之利大於弊）。謹再分別說明如下：

（一）不適合以刑罰作為處罰手段，因為對婚姻制度之維護等沒有相當助益

刑法第 239 條通姦罪規定存在之目的原在維護婚姻制度及個別婚姻關係之存續與圓滿（本院釋字第 554 號解釋參照），但由我國法院實務等近數十年之通姦罪與離婚相關統計資料顯示：

⁹ 不婚不生是自由，應受包括父母長輩在內之尊重。惟是不是緣於婚姻相關規定之束縛呢？也值得考量。

1、離婚終結個別婚姻關係，對婚姻制度傷害大。而我國民之離婚率一直居高不下，本院釋字第 554 號解釋作成肯定刑法第 239 條通姦罪規定合憲，可以以刑罰為手段處罰通姦行為後，離婚率也未見下降改善。¹⁰且近 10 年以通姦為原因之各地方法院年裁判離婚終結事件件數在 9 件至 22 件之間，其佔年離婚裁判總數之比例均不及百分之一，¹¹即通姦（外遇）明顯並非婚姻破裂難以維持之主要原因；另就以通姦為原因之各地方法院年裁判離婚終結事件言：原告非全為無責之女方、也包括無責之男方。以上亦足見通姦罪規定之存在，與婚姻制度及個別婚姻關係之存續及圓滿應已無相當關聯，且因未分性別同等受害（或加害），故該條規定對一般認為在婚姻關係中處於較弱勢地位之女性方也不再特具保護功能。

2、又最重要的是婚姻美滿的基礎在於感情，而感情植基於自由意志，有時難以道理計。配偶間為美滿婚姻所必要之兩情相悅，無法經由法律強制建構，故而刑法第 239 條通姦罪規定對配偶間情感維繫、婚姻美滿是無效之手段；且此一規定常致生配偶對簿公堂之結果，而配偶對簿公堂，影響配偶和睦及家庭和諧（本院釋字第 569 號解釋參照）；更經本院進一步調查結果，亦證實經通姦罪之訴追後，婚姻很大比例係以離婚收場。¹²

¹⁰ 依中華民國統計資訊網之資料，70 年至 72 年間之粗離婚率（離婚率一般係指粗離婚率，為離婚對數與同時間內總人口數之比例乘以 1000，即 1000 人中有多少離婚對數）低於 1；73 年至 86 年間則介於 1 至 2 間；86 年後則不曾低於 2，最高曾達 2.87。請參見 <http://www.stat.gov.tw/ct.asp?xItem=15409&CtNode=3622&mp=4>（最後瀏覽日：109 年 5 月 26 日）。

¹¹ 依自 71 年起之司法統計資料，各年度地方法院終結離婚事件中，以通姦為原因者數量不曾超過 150 件，近 10 年（自 98 年起）每年以通姦為原因而裁判離婚者，更僅介於 9 至 22 件間。請參照 80 年司法統計提要，頁 268；87 年司法統計提要，頁 290；97 年司法統計年報，頁 9-90；107 年司法統計年報，頁 9-94。

¹² 以 102 年度因犯通姦罪而判刑確定者為例，如以 97 年 12 月 31 日為比對基準日，當時有配偶者為 140 人，截至 105 年 12 月 6 日，離婚者有 68 人，離婚之比率為 49.28%。內政部 105 年 12 月 15 日台內戶字第 1050445726 號函參照。

綜上，刑法第 239 條通姦罪規定對婚姻制度之維護沒有相當關聯，對個別婚姻關係之存續與圓滿未有助益，甚至有害；對配偶間感情沒有加值、只有貶值作用，與其立法目的之達成間，已難再謂其具手段適當性。

3、又查現代婚姻制度所已生之問題很多，縱認部分係因性開放觀念而與善良風俗有關，但亦非僅此一端而已；且就性開放觀念言，縱認需予導正，也非以刑法第 239 條通姦罪規定所能導正，更何況所謂本條之預防通姦行為功能亦未經實證。此外，通姦罪規定係以刑罰為手段，而刑罰之客體為犯罪行為，一般而言：外觀相同之行為在刑法上之有罪無罪評價應相同；準此，非合意之強制性交（涉及對他人自由之強制侵害，故應受刑法規範尚無爭議），既不因被強制者與強制者間有無婚姻關係而異其刑法上之評價（均有罪），則合意之性交，亦應無因行為人是否有婚姻關係而異其刑法上之評價（有罪或無罪）之理，是通姦行為之刑罰可罰性顯有疑問。即就善良風俗之維護言，以通姦罪規定作為手段之適當性，亦堪再斟酌。

（二）沒有以刑罰處罰之必要

婚姻制度應受國家重視，並受憲法制度性保障，乃屬當然；但此與通姦罪應否合憲沒有論理上之必然關聯，因為以刑法規範通姦行為不等於重視婚姻制度；反之，若認其違憲也不等於不重視婚姻制度。

另通姦行為有悖於善良風俗並嚴重違反婚姻契約，應受非難指摘，固屬社會一般通念；惟非難指摘不等於應科以刑罰，又通姦罪之告訴不乏係出於報復目的，但刑罰應避免為報復目的而設，且報復固有疏解一時情緒之作用，惟沒有回復原狀或實質補償之功能，也難以根絕被害人之困擾。

尤其婚姻本質為民事契約關係，就婚姻契約之違反，本質上為民事契約不履行及或侵權行為之爭議，其救濟原則上

屬民事訴訟範疇；而就其制度性救濟，民法既已設有保障機制，自應回歸且宜回歸民事損害賠償救濟。又經全盤考量後，縱仍認應進一步保障，也是如何落實民法既有規定或至多增強民法規定之問題而已。

更何況較諸現行由國家對通姦罪行為人常見之易科歸入國庫之罰金處罰，¹³判令加害人金錢賠償之民事救濟，對受害之他方配偶更具實質補償效益。另刑法第 239 條規定之法定刑為 1 年以下、2 月以上有期徒刑，屬對犯罪行為人科處短期自由刑之規定，而短期自由刑之矯正教化功能極其有限，本當避免；尤其通姦者如為家庭之經濟來源，其若須入監服刑，還可能使家庭成員頓失依怙。是通姦不當行為尚難謂已達必須動用刑罰不得已手段之程度，即刑法第 239 條規定尚難認符合刑罰侵害最小手段原則。從而自難遽謂刑法第 239 條通姦罪規定對通姦行為人科處刑罰係維持社會秩序、公共利益之所必要，或謂為婚姻制度性保障目的而尚仍有以刑法規範通姦行為之必要。

又刑法有謙抑、節約原則，應該被用來處理較重大反社會性之行為；如果是單純背於道德之作為，較不具刑罰可罰性，不該以刑罰處理之。很多國家不再有通姦罪規定應該就是基於這個道理。尤有進者，刑法不同於其他法律，刑法是以刑罰合法處罰人民的法律，最重可以剝奪人民的生命，其次是無期限或相當期限剝奪人民的行動自由，受判刑者還會留下前科紀錄。生命、自由加上名譽誠可貴，大法官作為憲法守護者，最重要職責就是保障人民基本權，應該將刑法規定也委諸立法形成嗎？本席期期以為不可。

（三）手段與所欲保護法益間之比例關係不相當，即所

¹³ 以 107 年度臺灣高等法院及其各分院審理犯妨害婚姻及家庭罪為例，該年度終結案件之被告為 80 人，經判處有期徒刑以上者為 53 人，其中 52 人為 6 月以下有期徒刑，得易科罰金（以 6 月有期徒刑為例，易科罰金金額最低為新台幣 18 萬元、最高為 54 萬元，刑法第 41 條第 1 項參照）。107 年司法統計年報，頁 6-38 至 6-43 參照。

造成之弊害大於其利益

刑法第 239 條通姦罪規定及所施予之刑罰暨其追訴審判程序，直接對人民性自主權附加限制、間接侵害人民身體自由及隱私，其限制或侵害之程度，與其所欲保護之法益間，未處於適當之比例關係，弊大於利，已然失衡。謹說明如下：

1、通姦罪規定係以限制人身自由作為手段，其直接使與人性尊嚴相關之人民性自主權受到重大限制，並其追訴審判過程則不免觸及隱私，致亦間接侵害隱私，極不利個人人格之自由發展。又通姦罪之追訴輒淪為報復手段，更致兩敗俱傷，對告訴與被告即配偶雙方均造成嚴重、甚至無可彌補之傷害，並常導致婚姻關係無可挽回、家庭破裂。

2、通姦罪規定屬告訴乃論之罪（刑法第 245 條第 1 項參照），其罪質與公益本已較無關聯，甚且通姦罪規定係刑法中僅見之以縱容或宥恕為限制告訴權人即受害配偶告訴權行使之條件者（刑法第 245 條第 2 項參照），足見刑法第 239 條規定所欲保護法益之公益性質本屬薄弱；反之，刑法更於 88 年間增訂第 229 條之 1，規定配偶間亦有強制性交罪之適用，即進一步以刑罰手段強化配偶性自主權之保護。以上兩相對照，亦可見刑法第 239 條通姦罪規定原欲保護之法益本即較輕，而所限制、侵害之法益則越來越重。

3、是若續以刑法第 239 條規定作為處罰通姦行為之手段，其相關法益之保護與限制間自失均衡。

4、另以目前之實況，若再由本院釋字第 554 號解釋之立論觀察，刑法第 239 條規定亦已因弊大於利，而難再符合狹義比例原則：

（1）婚姻制度確具維護人倫秩序、性別平等及養育子女等社會性功能。現行刑法第 239 條規定立法之初，國家為確保婚姻制度之存續與圓滿，於三讀時推翻原通姦不入罪之二讀結論，改認以刑罰為手段，約束配偶雙方互負性忠誠義務，

或非不合宜或無必要。惟婚姻共同生活基礎之維持，原即應出於配偶雙方之情感等；而情感發乎自性，刑罰或可壓抑已婚者對配偶以外之人之情感，但已然不利於該行為人個人人格之自由發展，尤其不能促使其對配偶產生維持婚姻共同生活基礎所必要之感情，故該規定已然無相當助益於婚姻制度之維護與個別婚姻關係之存續與圓滿。再者，為婚姻存續圓滿之核心應為配偶之民事同居義務，但就此一義務之違反，尚且無法經由民事強制執行程序落實之，更遑論刑法第 239 條規定充其量只能對通姦配偶科以短期自由刑，根本不能強迫二人和諧同居，是該手段對其所欲達成之立法目的除不具實質有效性外，其以科處行為人自由刑作為手段，嚴重限制其人身自由，甚至如因之需入監服刑，更可能使家庭成員頓失依怙，反而不利婚姻家庭之存續圓滿，自難認所欲保護之法益與所限制、侵害之法益間輕重相衡。

(2) 又人倫秩序及性別平等之維護，應已不再貴在婚姻之形式維護，而在於真誠信守及其不可得時之實質有效保護、補償或救濟。本院釋字第 554 號解釋作成後，離婚制度、配偶人身保護相關規定如家庭暴力防治法、性侵害犯罪防治法等俱已修法漸趨完備，受害配偶已受更適當保護。又真誠信守，發乎內心，刑罰充其量是處罰已違背信賴之行為而已，不能使配偶值得被信賴；如彼此沒有真誠互信，這樣的婚姻應該由國家動用刑罰雙刀刀勉強維護嗎？這樣會比較妥當、比較好嗎？另通姦行為為法定離婚原因（民法第 1052 條第 1 項第 2 款規定參照），且性忠誠義務本即屬民法債篇侵權行為規定所保護之法益之一，受害配偶得對通姦配偶及為共同侵權行為人之相姦者，請求財產上或非財產上損害賠償（最高法院 41 年台上字第 278 號及 55 年台上字第 2053 號判例意旨參照），故一方配偶違反性忠誠義務時，他方受害配偶亦有刑法第 239 條規定以外，原即有其他侵害較小之手段可資運用，若續以刑罰處罰之，輕重自屬顯然失衡。

(3)另養育子女固屬父母天職，父母慈愛雙親和諧家庭值得追求。但雙親不必然和諧，更非當然慈愛。尤其通姦罪追訴結果，無助父母婚姻之存續圓滿，甚至有害，還可能累及子女，使子女因父或母入監而生活失所依怙或心靈受創，故就養育子女之社會性功能言，刑法第 239 條規定亦非實質有效之手段。又此部分涉及未成年子女之監護，民法親屬篇亦已於本院釋字第 554 號解釋後，作適當修正以更保護未成年子女之權益在案。¹⁴是迄若再以刑罰處罰通姦行為，亦難謂輕重相衡。

六、問：本件解釋後，怎麼保護受害配偶？被背叛的痛，怎麼可能被彌補？孩子何其無辜啊！

答：被背叛的痛，刻骨銘心，有人因之椎心疾首，這般痛確實無法完全被彌補撫平！但這是情感上的傷害，是以加諸背叛者刑罰之方式所能治癒的嗎？

出軌是配偶間婚姻契約之違反，而婚姻契約本質上是民事關係，故婚姻契約之違反，屬民事爭議，宜循民事訴訟程序解決。受害配偶如無法再容忍與背叛者共同生活、不想繼續與背叛者有身分上牽絆，可以主動訴請離婚，休了他或她！當然前面提過還可以請求損害賠償。唉！金錢賠償是否能彌補撫平傷害，固然有疑，但多少能在經濟上照顧被害人，不是嗎？多少無奈啊！

受害配偶，尤其是女性被害人，面對背叛，最牽腸掛肚的是年幼子女，擔心監護權歸他方配偶、孩子沒人疼愛，擔憂扶養不起孩子，操心女兒還未出嫁，將來會因為父母離異

¹⁴ 例如 96 年 5 月 23 日之民法修正，增訂第 1089 之 1，規定父母不繼續共同生活達 6 個月以上時，關於未成年子女權利義務之行使或負擔，準用第 1055 條、第 1055 條之 1 及第 1055 條之 2 之規定；修改第 1090 條，規定父母之一方濫用其對於子女之權利時，法院得依他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權，為子女之利益，宣告停止其權利之全部或一部。97 年 5 月 23 日民法修正，修改父母均不能行使親權時，如何定監護人之相關規定。

遭到婆家嫌棄……真是天下父母心。惟社會對離婚者原有之排斥觀念已經有相當改變；上述這些可能被不公平對待困擾的法律障礙基本上應已不復存在，問問自己的法律顧問或就近向法扶基金會諮詢就知道。

孩子真的何其無辜！孩子從來都不是客體或玩具，更不應是出氣筒！而且再小的孩子都遠比父母以為的對外界事物敏感，會因父母間齟齬而心靈受傷。為人父母者，請謹記之！請善盡適度保護孩子責任，盡可能避免使孩子身心受傷。請儘量平和化解配偶間爭執，關於親權、監護權之行使及歸屬決定，請務必客觀且以孩子最佳利益為考量。

痛苦與否取決於個人的感受，只有自己能打開心鎖，別人無法代勞，婚姻關係中遭遇挫折的朋友，請不要折磨自己。執行律師業務 30 多年，本席深刻體會訴訟是苦！想起多年前，在一家醫療診所，看到一幅對聯：「但願世間人無病 不愁架上藥生塵」，自省同樣面對苦，法律人當如何發願？是「唯願人間無訴訟 法院門前可羅雀（律師樓前可羅雀）」！提到醫療，應該記得並謹向武漢肺炎期間守護全民健康的工作人員、醫療人員致謝。附記之。

七、問：國情不同，法律應有別，不是嗎？那我國國情無需特別考量嗎？把現行刑法第 239 條通姦罪規定像割盲腸一樣割掉，真的比留著好嗎？婚姻制度會不會因此不保？

答：是的，割掉比較好；而且婚姻制度不至於因而不保。

85 年前，現行刑法第 239 條制定當時之立法過程中，就曾於二讀程序通過通姦不入罪，可惜功虧一簣。官方立法資料很難尋，最近大法官研究助理們費心找出 1、1936 年由曾親身參與立法之簡又文立法委員編「立法院修正『有配偶而與人通姦者』一條新刑法之經過」，¹⁵由是可知：在 24 年當

¹⁵ 簡又文編，〈立法院修正「有配偶而與人通姦者」一條新刑法之經過〉，《逸經》，9 期，頁 65 以下(1936)；該期刊收錄於「中文期刊全文數據庫（1911-1949）」。

時已有相當高民意主張：婚外性行為本質屬於民事爭議，應仿英美法例等一般法制之新傾向，不以刑法處罰通姦行為，而應回歸民事處理。至現行通姦罪之立法，當時主要參考之外國法例是德國法等，但在現行通姦有罪立法之後，含德國在內之歐盟全體成員早已全數刪除通姦罪規定；2、1934 年景元先生著「通姦罪的平等問題」，詳細列載當時通姦罪上男女平等問題三種主張及其理由，尤其其中第三，主張夫婦犯姦均不受刑法制裁所列 12 點理由，非常值得參考。¹⁶

¹⁶ 照錄原文如下：「**第一**，主張有夫之婦犯姦罪須受刑法制裁，有婦之夫犯姦則可不負刑事上之責任，是現行法第二五六條的規定，也就是新刑法第二三九條的規定，（所差者為減輕徒刑一年），最主要的理由約有左列九點：1 妻犯姦，混亂血統；2 社會組織仍為父系社會，夫為家庭之主；3 因有娼妓制度存在，蓄妾制度盛行，夫犯姦者若亦處刑，於實際難行；4 夫妻間在經濟上的負擔不平等；5 妻犯姦所生之子，常須丈夫供養；6 男女間性慾不均衡，性慾起訖年齡亦不相等，這是生理學上的證明不應平等；7 妻犯姦，在習俗上辱及其夫，反之則否；8 歷史上及設社會習慣上均特別重視婦女的貞操；9 參考法國日本的法例。

第二，主張有配偶犯姦者不分男女均須受刑法制裁，亦即為立法院所提出刑法修正案初稿第二二八條的規定，其最主要的理由則有左列十一點：1 符合男女平等的原則，——並符合國民黨黨綱，總理遺教，約法規定，世界潮流；2 互守貞操義務，保障夫婦制度，維持家庭和平；3 矯正淫蕩之風；4 女子經濟未能獨立，夫犯姦不處刑，妻若輕提離婚要求，轉於女子不利；5 離婚後，夫續娶易，妻再嫁難；6 可為消滅蓄妾制度及娼妓制度的重要政策之一。7 打破傳統的封建觀念，剷除男子的自私心理；8 保持重視貞操的美德；9 若以為實行困難，則可於施行法中明文規定不追既往；10 若視通姦為非刑事問題，則違反提倡禮義廉恥的新生活運動；11 參考德國法例。

第三，主張夫婦犯姦，均不受刑法的制裁，此則為本年十月二十五日立法院大會以六十九分之四十的人數所通過的決議案，其主要的理由又有左列的十二點：1 符合男女平等原則；2 應以愛情維持家庭，不應以法律維持家庭；3 應以道德維護貞操，不應以法律維持貞操；4 配偶犯姦，應視為純係民事問題；5 若不離婚而科以通姦罪，徒增家庭間的惡感與仇恨；6 若於離婚後方得告訴通姦罪，則為不必要之科刑，簡直多此一舉；7 妻犯姦，有名譽上道德上的制裁，丈夫並可利用經濟上的權威以為對抗，無科刑的必要；8 婦女經濟雖然未能獨立，夫犯姦，妻欲離婚，儘可援用民法第一〇五六及第一〇五七條的規定請給付賠償及贍養費，於女子並無不利，不能因為夫犯姦亦須處刑的理由；9 若以婦女經濟未能獨立為慮，則雖規定配偶犯姦均須處刑，夫犯姦，妻也不會有告訴的勇氣，無異虛設；10 欲消滅蓄妾其娼妓制度，應從普及女子教育提倡女子職業入手，使女子有獨立之經濟與人格，非徒然刑法規定夫犯姦須科刑所能濟事；11 以經濟組織的演變，同居義務，難以履行，應亦從而輕減，此則為性自由必然的趨勢；12 不但早有英美的法例存在，且通姦為的根本消滅為法制上一般的新傾向。」請參見景元，〈通姦罪的平等問題〉，《社會半月刊》，1 卷 6 期，頁 1，1-3 (1934)；該期刊收錄

又本席感念簡又文委員、景元先生大作解惑，原擬以兩文全文為附件方式向兩位先生致敬並分享後世。惟考量尚難確認兩文均已逾著作權保護期限，且其後人難考，無法取得使用之必要同意，爰予作罷。有興趣者，請自行至「中文期刊全文數據庫（1911-1949）」查看全文。

立法及大法官解釋通常會盡力搜集各國立法例作為參考。通姦罪是否應該存在？已經爭議良久。不但 24 年現行通姦罪立法當時遍查各國立法例（詳請見簡文），本院釋字第 554 號解釋當時還曾透過外交管道確認義大利原有通姦罪規定已經被刪除（本院釋字第 554 號卷參照），本次解釋亦同。其實在本件解釋作成前，我國仍存在通姦罪規定這個事實至少在法律人間存在突兀感，但尚非全無異音，而且民調結果，主張維持通姦罪規定者過半。反對廢止通姦罪規定的法律人不是不知道國際趨勢，那為何仍反對呢？主要的理由除了宗教（如天主教、伊斯蘭教）信仰，本席尊重之故不論也不必另論外，就是認為我國國情不同，還有擔心婚姻制度因之不保。但我國國情如何不同？是與傳統儒家思想有關嗎？中華人民共和國不論，深受儒家思想影響的日本、韓國也已經沒有通姦罪規定了啊！在 24 年現行通姦罪立法前，就已經有很多國家不認為應該以刑法處罰通姦行為，24 年至今國際間有更多國家陸續取消通姦罪，難道這些國家不關切婚姻制度嗎？這些已經沒有通姦罪規定之國家，他們的婚姻制度因而不保崩壞了嗎？事實不是這樣子的啊！通姦罪規定的威嚇力有限，如前所述，以通姦為由訴請離婚的比例的只佔百分之一而已，請放下這些擔心吧！

85 年過去了，一般人的程度提高了，取消通姦罪規定無疑已是世界主流價值！對照觀察，我國到今日才宣告刑法第 239 條規定違憲失效，已經有點慢，但能呼應景文及簡文之文末所言：「符合世界一般的傾向，乃為適應時代的潮流，亦

即社會進化的表現」、「將來一般人的程度高了，再把刑法上的規定取消，又有何不可呢？」也算是對前輩的一種致敬方式，尤其是本席由衷認為宣告刑法第 239 條通姦罪規定違憲，是相對良好並正確之選擇！企盼不同意見者能轉為贊同，至少原有的不安得以釋懷。大家攜手同心努力向前，拒絕婚外性行為，配偶齊心經營，願全民婚姻更和諧、家庭更和樂！最後再籲請大家一起放下歧見，跟通姦罪說 bye bye！

附件：無通姦罪之國家及其除罪化年份（西元）

國家	除罪化年	國家	除罪化年
*印度	2018	葡萄牙	1982
*韓國	2015	巴拿馬	1982
墨西哥	2011	希臘	1981
*烏干達	2007	西班牙	1978
羅馬尼亞	2006	法國	1975
海地	2005	盧森堡	1974
巴西	2005	馬爾他	1973
土耳其	1998	玻利維亞	1972
薩爾瓦多	1997	芬蘭	1971
多明尼加	1997	*義大利	1969
奧地利	1997	德國	1969
尼加拉瓜	1996	芬蘭	1948
*瓜地馬拉	1996	日本	1947
阿根廷	1995	英國及其他歐盟國家	1875 年至 2006 年
阿爾巴尼亞	1995	加拿大	N/A
智利	1994	澳洲	N/A
蘇丹	1994	中華人民共和國	N/A
柬埔寨	1992	南非	N/A
秘魯	1991	紐西蘭	N/A
瑞士	1990	新加坡	N/A
巴拉圭	1990	泰國	N/A
比利時	1987	馬來西亞	N/A
宏都拉斯	1985	俄羅斯	N/A
厄瓜多	1983		

說明：標*者為確定由法院宣告通姦罪違憲者。

資料來源：韓國與印度以外之資料，係參考陳昭如、陳正維製表，〈婚外性的法律效果〉，《臺灣法學》，頁 14，14-15 (2013)及 David John Frank et. al., *Worldwide Trends in the Criminal Regulation of Sex, 1945 to 2005*, 75 AM. SOC. REV. 867, 879 tab. 1 (2010); DEBORAH L. RHODE, *ADULTERY: INFIDELITY AND THE LAW* 159-183 (2016)。