

論通姦除罪化

— 兼評大法官釋字第554號解釋*

鄭 錦 鳳**

目 次

壹、前言

貳、大法官釋字第554號解釋

參、探討通姦罪之存否

一、從法益原則言之

二、從比例原則言之

三、從刑事政策言之

(一)人民之性自主權是否受制於婚姻與家庭制度

(二)維護婚姻關係與善良風俗之認定

(三)刑事追訴是否與憲法相牴觸

肆、結論

關鍵字：通姦、除罪化、法益原則、比例原則、性自主權。

Keywords：decriminalization of adultery, principle of rights, principle of proportionality, sexual rights.

* 本文之完成，感謝匿名審查人提供寶貴意見。

** 鄭錦鳳，日本名城大學法學博士，崇右技術學院財經法律系副教授。

摘要

歐、美、日等先進國家，對於「通姦」之行為，均以除罪化相因應。我國刑法第239條通姦及相姦罪之制定，對於婚姻關係存續中，配偶與第三人之性行為處以刑事制裁，對人民之性自主權，利用公權力加以限制，是否違憲？本研究針對此問題提出全盤之檢討，認為通姦行為並未對其他個人發生實質上法益損害或危險，僅屬婚姻契約上忠實義務之違背問題；其次，通姦罪之法定刑只是一年以下有期徒刑，在刑事司法實務上，通常不會判超過六個月，而且可以易科罰金，其嚇阻作用甚小；再者，對通姦罪之取證，因為本罪不罰未遂犯，除非被告承認犯罪，否則，在舉證責任上，要證明被告犯罪，其困難度很高。所以，通姦罪既無具體之保護法益存在，刑罰規範之內容即欠缺合憲性、必要性及正當性，在憲法原則之要求下，應無刑法之效力。因此，刑法第239條顯然違反憲法第23條之規定，應屬無效，何況，其懲罰對象又衍生出另一個性別不公之問題，實有必要予以除罪化。

Decriminalization of Adultery

— Explaining No. 554, Justice of the Constitutional Court

Cheng, Chin-Feng

Abstract

America, Japan and countries in Europe have decriminalized adultery. Article 239 in the criminal code of Taiwan establishes that during a marriage, a spouse engaging in sexual acts with a third party will be penalized for adultery. Is this code unconstitutional in its use of public power to limit the people's sexual rights? This study discusses all facets of the issue. This study holds that adultery breaks the contract of fidelity in a marriage agreement, and this does not cause essential damage or danger to the rights of other individuals. Additionally, the statutory punishment for adultery does not pose much threat with a sentence less than one year and common judiciary sentence less than six months with a transferable monetary fine. Also, non-penetration or attempts are not punishable; it is difficult to acquire evidence proving the accused guilty unless the accused admits to the crime. Criminalization of adultery does not specifically protect legal rights, and the penalty lacks constitutionality, necessity and validity; under the principles of constitution, this penalty should not be in effect. This is why article 239 of criminal code violates article 23 of the constitution and should be considered void. In addition, this also brings up the issue of unequal punishment contingent upon the gender of the accused; to avoid these pitfalls the decriminalization of adultery is a necessity.

壹、前言

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。」依此規定，通姦罪之構成要件是：有配偶之人而與人通姦；相姦罪之構成要件是其他人與有配偶之人相姦。所謂通姦或相姦，都是指發生性交行為，亦即雙方同意而為性器官結合之行為，構成通姦及相姦罪，故一方發生外遇之雙方當事人，必須接受刑事之制裁，成為法律上處罰之對象。本條之制定，主要是處罰婚外之性行為，立法目的在維護婚姻生活之圓滿、確保夫妻間性生活的純潔及健全一夫一妻之家庭制度。

「法」不輕易入家門之觀念，應該是世界各個文明國家之立法趨勢。我國目前對於婚姻關係存續中，配偶與第三人之性行為處以刑事制裁，對人民之性自主權，利用公權力加以限制，是否違憲？刑法第 239 條通姦及相姦罪（以下於必要時簡稱通姦罪）之制定，所要保護之法益為何？再者，學者闡述立法理由所謂為維護婚姻制度之完整或社會之善良風俗之認定標準，其尺寸該如何切入？對此相關之問題，實有必要提出而作全盤之檢討。

貳、大法官釋字第 554 號解釋

高雄地院葉啟洲法官在審理一起通姦案件時，以通姦罪限制人民自由權與財產權，又非追求幸福婚姻之有效手段等理由，向司法院大法官會議提出釋憲之聲請¹。司法院大法官於民國 91 年 12 月 27 日作成第 554 號解

釋如下：

「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障（參照司法院大法官釋字第 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。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任何人發生性行為，惟依憲法第 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。

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，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、相姦者處一年以下有期徒刑之規定，固對人民之性行為自由有所限制，惟此為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要。為免此項限制過嚴，同法第 245 條第 1 項規定通姦罪訂為告訴乃論，以及同條第 2 項經配偶縱容或有怨者，不得告訴，對於通姦罪附加訴追條件，此乃立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，未逾越立法形成自由之空間，與憲法第 23 條比例原則之規定尚無違背²。」

根據以上司法院大法官釋字第 554 號解釋之解釋文，本文歸納幾項要點如下：一、通姦罪之保護法益為何？二、人民之性自主權是否受制於婚姻與家庭制度？三、婚姻關係之維護與善良風俗之尺寸該如何認定？刑

¹ 臺灣高雄地方法院 89 年度易字第 1090 號及 89 年度易字第 4032 號妨害婚姻案件之葉啟洲法官，因認為刑法第 239 條通姦及相姦罪之規定，有牴觸憲法第 22、23 條規定之虞，乃裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋。

² 詳見司法院大法官釋字第 554 號解釋。

罰介入產生之效果有幾？四、對通姦罪附加追訴條件，是否符合立法形成自由之空間？其與憲法第23條比例原則之規定有無抵觸？以下爰對上述疑義，依憲法原則及刑事政策之觀點，加以深入探討如次：

參、探討通姦罪之存否

一、從法益原則言之

按刑事立法上之「法益原則」或「法益保護原則」，要求任何行為要加以犯罪化，必因其法益受到侵害或危險。蓋刑事立法之核心，在於其所保護之法益。刑法之任務，主要即在於保護法益之安全。無法益保護，無刑法可言；亦即無法益受到侵害或危險，則無施以刑罰之必要。行為如未造成「法益侵害」或「法益危險」，則無將之犯罪化之必要。其次，法益本身依其價值評價之強度，而呈現法益位階。生命、身體、自由、名譽、財產法益五者，按其順序，高低位階化。生命法益最高，其次身體法益，其次自由法益，其次名譽法益，而財產法益最低。此五種傳統法益，一般稱之為「個人法益」。

所謂危險犯，亦即行為人之行為造成法益危險，尚未至法益侵害，立法即予以犯罪化。以最高位階之生命法益而言，刑法之有預備殺人罪、預備放火罪、預備強盜罪、預備擄人勒贖罪，均因其行為已造成生命法益之危險；否則，各該罪即無設預備犯之必要。如係單純身體、自由、名譽、財產之法益危險行為，則未曾設預備犯而加以犯罪化。

法益之功能，在刑法上主要有二：一為

決定刑罰必要性；二為使得處刑合理性。前者，有法益保護之必要性，始得加以犯罪化；後者，其法定刑之刑罰種類及其刑度輕重，必須與其所保護之法益具有相當性。有「入刑化」之必要時，始得賦予該刑種；具有相當性時，始得為該級刑度之訂定。申言之，必須與其法益位階為合理而相當之規範，以免產生不合理之法定刑。

決定刑罰必要性，可以導出一基本刑事立法原則，即「無法益損害，即無刑罰」原則。否則，立法者任意行使其刑罰權之結果，勢必使得刑事法充斥無法益侵害之犯罪。如此，隨意加以犯罪化，輕易動用刑罰，實與刑罰「最後手段原則」有違³。

立法機關所制定之刑罰規範，其內容若違反憲法上保障人權之規定，或無處罰之必要，甚或犯罪與刑罰失去衡平性，就會不當限制或侵害到個人之自由與權利，此等刑罰規範之內容即欠缺合憲性、必要性及正當性，在憲法原則之要求下，應無刑法之效力。申言之，犯罪與刑罰要求體現罪刑均衡原則⁴，亦即符合比例原則，即立法上之罪刑相當原則；而其前提是該行為之犯罪化必須符合法益原則。

刑法第239條之通姦罪，係以對合行為人間發生性行為，其一方或雙方為有配偶之人，而為其構成要件。本罪究竟有何法益侵害或法益危險，值得研究。本文以為就生命、身體、自由、名譽、財產而言，充其量可檢討其對名譽是否侵害或危險而已⁵。

配偶與人通姦，或與有配偶之人相姦，對另一配偶是否造成名譽損害，或有受損之

³ 臺灣基隆地方法院93年度基簡字第721號判決參照。

⁴ 黃仲夫，《刑法精義》，元照出版社，2006年9月，頁17。

⁵ 臺灣基隆地方法院93年度基簡字第721號判決參照。

虞？觀之刑法理性原則，其要求刑法所保護之名譽，應依客觀理性之評價而為標準，並非單純被害人之感受。易言之，依具有理性之第三人處此情境，在客觀上亦有人格受損之感覺時，始可謂之名譽法益受到侵害。本文以為，配偶與人通姦而自覺名譽受損，乃出於傳統禮教非理性之觀念作祟。其個人主觀上非理性之感受，與刑法客觀上理性第三人之感覺尚有距離，無從認其名譽受損或有受損之虞。因此，通姦及相姦行為既未造成何種法益損害或法益危險，自無加以犯罪化之必要。國家利用公權力強行介入，對違反婚姻貞操之一方處以刑事制裁，不僅無法發揮刑法規範之效果，甚至於導致婚姻破裂之不幸結局，實屬未蒙其利反受其害⁶。

二、從比例原則言之

比例原則之內涵，一般認為包含適當性原則、必要性原則及狹義比例性原則三個子原則。所謂適當性原則，係指該行為施以刑罰必須適當，亦即該行為應當加以處罰，其處罰不違背刑罰最後手段之原則。所謂必要性原則，係指其賦予之刑罰乃最小之侵害，故又稱之為最小侵害原則；所謂狹義比例性原則，係指其賦予刑罰之侵害符合比例，並未過量，亦即並非過量之處罰。刑法之條文以比例原則加以檢視時，若有不符合任何一子原則，即係違背比例原則。申言之，若不符合適當性原則，即不合比例原則；若符合適當性原則而不符合必要性原則，仍為不合比例原則；若符合適當性原則及必要性原則，而不符合狹義比例性原則，仍屬不合比例原則。

刑法每一條文之制定背景，都有其想要保護之法益或稱為法律上利益，例如殺人罪所要保護者，是人之生命法益；傷害罪所要保護者，是人之身體法益（身體之完整性與功能）；妨害自由罪所要保護者，是人之自由法益；誹謗罪所要保護者，是人之名譽法益；竊盜罪所要保護者，是人之財產法益。惟並非任何法益均受刑法之保護，必於依其他法律猶未能充分保護該法益安全時，始須以刑法介入，此即所謂「刑罰謙抑原則」或「刑罰節約思想」之表現，與前述「刑罰最後手段原則」相呼應。

男女之通姦行為，雖未見容於一般社會之道德觀念，然社會輿論對此早已越見寬容。學者亦多認通姦事涉男女間之感情，純屬道德觀念之問題，應由道德加以規範。依民事之相關規定，通姦者與相姦者係故意以背於善良風俗之方法加損害於他人，構成共同侵權行為，對於配偶之他方應負連帶損害賠償責任（民法第 184 條第 1 項後段、第 185 條、第 195 條），被害人亦可依民法第 1052 條第 1 項第 2 款之規定，向法院請求判決離婚。且無過失之被害人，還可依第 1056 條第 1、2 項規定，向有過失之當事人請求賠償及依第 1057 條規定，請求贍養費。惟應注意的是，離婚之請求權，依據民法第 1053 條規定，被害人須在知悉配偶發生通姦事實後的六個月內，及通姦事實後的二年之內（必須同時符合此二要件），向法院請求判決離婚。）請求離婚或損害賠償即可，刑罰介入既無必要（法不輕易入家門），亦無實益，反而違背婚姻忠實之自然本質。

一個沒有感情基礎之婚姻關係，對雙方

⁶ 甘添貴，〈防害婚姻與口交通姦〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 42 期，2003 年 1 月，頁 149；徐錦昌，《通姦除罪化〔案例研究與實證分析〕》，五南出版社，2006 年 6 月，頁 43。

當事人以及對其他人，尤其是子女，根本就是一個不利益之狀態；相反的，其實是一個有害之狀態。因此，一個沒有感情基礎之婚姻關係，根本就不可能是法律所要追求之目的⁷。

既然如此，便不可輕易動用刑法來制裁一個人之通姦行為。在各種社會規範中，刑罰是一種最後、不得已之制裁手段。換言之，同樣是一個不法行為，如果可以用民法或行政法等其他規範妥善加以處理，而足以維持整個社會秩序時，則無必要啟動刑法，將之規定為犯罪而加以處罰。因此，刑法只有在合理、必要的最小限度內，才有出現之需要⁸，亦即只有在符合比例原則之情況下，才有必要動用刑法而處罰通姦行為。釋字第554號解釋理由書所指出「須無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用時，才能採取刑事處罰」，即為相同之道理，皆指必須符合比例原則，才可以施以刑罰。

夫妻性行為之忠實，係兩性和諧之自然現象，屬於道德自律，並非畏懼刑罰所致。夫妻性行為之不忠實，係婚姻本身之問題，屬於道德層次，本非刑罰所能規範。刑法以其刑罰之威嚇功能而規範夫妻性行為之忠實，係刑法介入非刑法領域，反而失去婚姻自然之本質。何況，刑法第239條之通姦罪，其法定刑不過一年以下有期徒刑，屬於輕罪，其威嚇功能相當有限，以此輕刑而欲規範長久婚姻，何異緣木求魚？先進國家之立法，如日本已於第二次世界大戰結束後（1947年

10月），因其刑法第183條通姦罪之刑罰⁹，有違日本憲法〈第14條〉，而將之廢止。德國自1970年4月起，亦將通姦罪除罪化；其刑罰之介入只限於親屬相姦，亦即僅限於尊卑親屬或兄弟姐妹間之通姦行為，始予處罰。中國大陸刑法於20餘年前制定時，亦未有通姦罪之規定，足徵通姦罪之除罪化，似已逐漸成為各國立法之趨勢¹⁰，值得我國立法者深思。

三、從刑事政策言之

（一）人民之性自主權是否受制於婚姻與家庭制度

此處所擬討論者，是配偶在婚姻關係中可否主張性自主權之問題。〈一〉配偶得否拒絕他方配偶為性行為之要求？〈二〉配偶得否強制他方配偶發生性行為。針對第〈一〉，拒絕配偶為性行為之要求，除依具體情節可認為符合民法第1052條第1項第3款之「不堪同居之虐待」，而可由他方配偶請求判決離婚外，並無其他法律責任。可見「性行為之協力義務」，並無強制性。

至於第〈二〉，憲法第22條所保障之基本人權，當然包括決定自己性行為之自由。刑法第16章之妨害性自主罪，即屬刑法上落實憲法對於性自主權保障之具體規定。因此，性自主權之地位，應已受憲法之保障。故對配偶強制性交時，可成立刑法之強制性交罪¹¹。承認配偶間相互保有完全性自主權，縱使認為婚姻中之雙方相互負有性行為之協

⁷ 黃榮堅，〈論通姦除罪化〉，《刑罰的極限》，元照出版社，1999年4月，頁11。

⁸ 黃仲夫，《刑法精義》，元照出版社，2006年9月，頁5。

⁹ 明治40年法律第45號第183條「有夫ノ婦姦通シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ処ス其相姦シタル者亦同シ前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス但本夫姦通ヲ縱容シタルトキハ告訴ノ効ナシ」。

¹⁰ 甘添貴，〈防害婚姻與口交通姦〉，《臺灣本土法學雜誌》，第42期，2003年1月，頁148至149。

¹¹ 依刑法之規定，以「強制性交罪」，可訴請法院判處三年以上、十年以下有期徒刑，亦得以「傷害罪」

力義務，仍然不影響配偶之性自主權，對之侵害，與對第三人之侵害無異，僅因為顧及家庭生活之和諧與持續，例外採取告訴乃論之立法而已。

何況，民法第 1001 條只規定「夫妻互負同居之義務」，並未規定「夫妻互負性行為忠實之義務」。申言之，是否與配偶發生性行為，固只有自己決定之自由；是否與配偶以外之人發生性行為，當然亦有自己決定之自由。

通姦之事律之以道德即可，刑罰介入既無必要，亦無實益，反而違背婚姻忠實之自然本質。蓋婚姻關係係先於法律而存在，其對婚姻忠實而衍生性行為之忠實，乃兩性自然之本質，不待法律之規範。有配偶之人既然保有性自主權，則以刑法第 239 條之通姦罪加以處罰，是否符合比例原則，即有商榷之餘地。本文認為對人民之性自主權，國家利用公權力加以限制，並不符合憲法之精神。

事實上，構成通姦有很多背景因素。有可能是配偶一方面因某種因素，拒絕他方配偶之性行為協力請求，或者是婚姻關係實質上已不存在（例如配偶之一方已離家）。在很多被判通姦罪之案例中，可發現到犯罪事實所持之理由是，「被告與告訴人原係夫妻，然自某年某月起，二人即未繼續同居…」¹²。不管是基於前者之因素或者後者之理由，可發現到婚姻關係持續中，配偶對遵守「貞操義務」或「忠實義務」，其前提必須是在婚姻美滿及完整之架構之下。

如配偶一方面因某種生理、心理或感情上之因素，拒絕他方配偶之性行為協力請求，而使他方為了需求而往外另尋發展，因此，配偶得以提通姦罪之告訴，使犯行配偶生理及心理面受制裁，這種以威嚇他方配偶不得與人發生性行為，無異以婚姻為名，變相對個人之性行為之自然需求施以禁錮，實有違反人性尊嚴之虞。

（二）維護婚姻關係與善良風俗之認定

刑法將通姦罪規定於妨害婚姻及家庭罪中，學者咸認其旨在維護婚姻生活和諧及健全家庭制度，其最終目的則在保護社會之善良風俗¹³。然則，何謂「善良風俗」，很難解釋得出來，一般均認其為國民之一般道德觀念。惟所謂一般道德觀念，甚為抽象曖昧，其內涵其實亦甚不明確¹⁴。

道德應該是隨風俗而轉，不同時代因應當時之社會結構，也會有截然不同之標準。許多不合時宜之習俗或法令規章也將隨之修正。有些法律甚至無關乎道德，大部分是因行政考量。至於「通姦罪」，目前仍處於法律與道德重疊之階段，其規範實際源於「性道德」。

依司法院大法官之解釋，刑法第 239 條對於通姦者、相姦者處一年以下有期徒刑之規定，固對人民之性行為自由有所限制（乃不得已之手段），惟此為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要，認定通姦罪之制定，主要是維護婚姻、家庭制度之完整。惟外遇之發生，配偶情願背叛婚姻之貞操，去創設新戀情（單純買春除外），其背景因素

訴請法院判處三年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。刑法第 221 條及第 277 條參照，依刑法第 287 條及第 229 之 1 之規定，兩罪皆須告訴乃論。

¹² 臺灣基隆地方法院 90 年易字第 564 號判決及臺灣高雄法院 89 年易字第 1090、4032 號判決參照。

¹³ 甘添貴，〈防害婚姻與口交通姦〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 42 期，2003 年 1 月，頁 148。

¹⁴ 同前（註 13）文。

應該相當複雜，並非局外人所能理解。茲舉一個案例說明，或許可對男女間之婚外情作個銓釋。

該案之事實如下：「張男係方女之配偶，因方女於1987年（民國76年）間離家出走，遂基於通姦之概括犯意，自當年年8月間某日起，與知情並基於相姦概括犯意之蘇女，租屋同居，二人連續多次發生性交行為。迄2001年（民國90年）6月28日晚間，方女報警至該租屋處「抓姦」並提出告訴。」該案最後經法院判決有罪，其主要理由是法官認為刑法第245條第2項規定「配偶縱容或有怨者，不得告訴」。所謂縱容之表示，固不以明示為限，惟默示之縱容，仍須該配偶為一定之言語、行為或舉動等表徵，足以使人認為有縱容其配偶與人姦淫之意，始克相當。惟查告訴人方女並未以言語、行動或舉動表示原諒，並不足以構成明示或默示縱容。

此案件當事人是否構成通姦罪，固然是法律層面之問題，此處所要凸顯的是，本案告訴人早已離家十餘年，被告在面臨一個「空殼家庭」之情況下，才又成立另一個「實質家庭」。因被告相互間有長期同居之情形論斷，通姦罪既列於刑法第17章妨害婚姻及家庭罪，依傳統法益論者，其保護之法益，係婚姻及家庭；惟告訴人已經離家而與其配偶〈被告〉「分居」十餘年，與其配偶〈被告〉僅存有形式婚姻而無實質婚姻關係，在事實上，已無婚姻關係可以破壞；何況，告訴人離家未歸十餘年，不問其原因如何，原有之家庭早已不存在，已無家庭可以破壞¹⁵。如此，在十餘年後，反而以刑罰來處罰實質家

庭之「實際配偶」，是否合理，的確值得深思！

司法院大法官釋字第554號解釋，認為通姦罪制定之意義，主要在維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要。但如家庭已殘破不堪之下，是否還需維護？所謂婚姻關係之維護，所指應該不僅是一個形式之婚姻，還包含夫妻之間良好之感情關係，立法者不能只守著傳統禮教，而不顧社會之現實面。在德國立法之沿革上，無論是贊成或反對通姦罪之存在，大多肯定一個基本事實，就是通姦罪之存在，對於婚姻之維護並沒有建樹之功能，反而只有破壞之作用。從法治國家之標準而言，一個刑法之立法，如果無助於其自身之存在，就是一個違法¹⁶，其實根本是一個違憲問題。

（三）刑事追訴是否與憲法相牴觸

刑法第245條第1項規定，將通姦罪訂為告訴乃論，亦即當事人提出告訴，國家才發動公權力追訴並處罰；當事人不提出告訴，國家則不介入。同條第2項經配偶縱容或有怨者，不得告訴；且依刑事訴訟法第234條第2項之規定，告訴之權專屬於配偶，即非配偶不得提出告訴。對於通姦罪附加訴追條件〈乃不得已之手段，此措施是否違反比例原則，容俟後述〉，此乃立法者就婚姻、家庭制度之維護與性自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間，與憲法第23條比例原則之規定尚無違背¹⁷。

對於通姦罪附加訴追條件，司法院大法官認為通姦罪為告訴乃論，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

¹⁵ 臺灣基隆法院90年易字第564號判決參照。

¹⁶ 黃榮堅，《刑罰的極限》，元照出版社，1998年，頁17。

¹⁷ 詳見司法院大法官釋字第554號解釋。

造成婚姻、家庭之破裂；刑法第 234 條第 2 項並規定，如經配偶事前縱容或事後有恕，則不得告訴，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，並未違憲。

目前，我國刑法規定，有配偶之男女如觸犯刑法第 239 條之通姦罪，依法可處一年以下有期徒刑。惟本罪乃屬告訴乃論，必須被害人提出告訴後，檢察官才會偵查、起訴，法院才會審判。其專屬告訴人為配偶，亦即非配偶不得告訴。

惟依經驗法則，所有受害之他方配偶在配偶違背婚姻忠實之下，大都會提通姦之告訴；且一般外遇事件之主角，男人比例較高；事情發生後，當盛怒之妻提告訴後，可能因某種因素（如家族之施壓、先生之低聲道歉或期盼婚姻之維繫），而撤銷對丈夫之告訴；惟刑事訴訟法第 239 條但書之規定，即使對丈夫配偶撤回告訴，其效力亦不及於相姦人之女方。

依告訴不可分原則，依刑事訴訟法第 239 條之規定，告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於另一共犯。例如夫與另一女子通姦，妻如對夫提出告訴時，其告訴之效力及於該女子；如妻對該女子提出告訴時，其告訴之效力亦及於夫。換言之，被害人只能對全體共犯提出告訴或撤回告訴，不能只對其中一人提出告訴或撤回告訴。但刑事訴訟法第 239 條但書卻規定，對於配偶撤回告訴者，其效力不及於相姦人，亦即妻如原諒丈夫而撤回告訴，其撤回之效力卻不及於該女子，丈夫免於通姦罪之處罰，

而該女子仍應受相姦罪之懲處。

為何但書又作如此之規定，立法理由何在？實在令人費解。一般認為通姦罪是最典型之「必要共犯」，也就是說只有一個人是不可能發生性行為，一對男女都是必要共犯，亦即對合共犯。其二人同時進行婚外性行為時，依照刑法第 239 條之規定，其二人都必須接受處罰；然而，刑法第 239 條卻又規定當配偶撤回告訴時，對第三人不發生撤回之效力。這種獨懲第三者之現象，實不符合公平正義原則。

既然依告訴不可分原則，告訴通姦之效力及於相姦人，則撤回通姦之效力，也應該及於相姦人才對。不然，我們社會上所看到之現象，往往是男人可得全身而退，最後卻成為女人與女人間之戰爭，根本未能符合立法形成自由之範圍，絕非立法者之本意。

按通姦罪之客觀構成要件之行為主體為有配偶之人，客體為相姦之人；至其是否為有配偶之人，或為良為娼，均非所問¹⁸。惟在實務上，似未曾有因買春而提起通姦罪之告訴者¹⁹。可見當事人知道嫖妓行為本身當中並沒有感情存在，尚不致影響到原來之婚姻關係。

我國刑法雖有此罪，然而社會上構成通姦罪之比例未曾減少。如同票據法未修正前²⁰，雖訂有刑罰之規定，然違反票據行為之案件並未減少一樣。將單純之道德問題法律化，將家庭倫理問題刑罰化，完全違反刑罰權不應過度道德化之刑法謙抑思想，且不論情節如何，一味採「治亂世，用重典」而加重處罰，亦有違反比例原則²¹。日本於第

¹⁸ 甘添貴，〈妨害婚姻與口交通姦〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 42 期，2003 年 1 月，頁 149。

¹⁹ 參見司法院大法官釋字第 554 號解釋之釋憲聲請書，頁 12。

²⁰ 參見未修正前之票據法第 141 及 142 條，現則以去除刑罰制裁而改以侵權行為之民事救濟程序解決。

²¹ 參見徐錦昌，前揭（註 6）書，頁 27。



二次世界大戰〈1947年〉後，將通姦罪除罪化，將違反婚姻貞操之行為，委由民法、民事訴訟法處理。目前，大概只剩伊斯蘭教之國家及我國對通姦罪施以刑事制裁。

當然，性行為本身應無對錯之分，然婚外性行為之論罪焦點，係因外遇傷害婚姻中一方。通姦罪之所以能成立，主要是確保受傷配偶之權益，然則，其權益是否須由「刑事制裁」介入，才能獲得滿足，值得推敲。充其量，此種報復型之懲罰條文也許可以讓受害者之心裡舒坦一些，卻無法阻止外遇情形之發生，說不定可能加速毀滅婚姻關係。

通姦罪之規定提供一個危險之手段，讓受害者去進行報仇，以及為貫徹金錢上之要求而去進行勒索。然而，此種作法對婚姻之尊嚴以及婚姻之維護，都沒有幫助。我們不是不知道，在通姦事件中所謂被害人心理上痛苦之感受。但是，在法律上，一個人感受痛苦，並非另一個人要接受刑罰之理由²²。因強制手段對感情而言，是一個負數，而不是一個正數。強制手段，不能使無情變為有情，也不能使有情變為無情。因此，要用通姦罪之刑罰來維護夫妻間之感情關係，在適當性上欠缺立足之餘地²³。

形式上，先將通姦罪全面解套，避免只罰第三者之單方懲罰，讓貌合神離之夫妻離開婚姻之束縛，各自找尋適合之生活，或重新省視與改善彼此之婚姻關係，藉此真正達到平等之性別意識，始為得計。

肆、結 論

因通姦行為並未對其他個人發生實害或危險，僅屬婚姻契約上忠實義務之違背問題。

因此，通姦罪既無具體之保護法益存在，實有必要予以除罪化。何況，「通姦罪」之法定刑只是一年以下有期徒刑，在刑事司法實務上，通常不會判超過六個月，而且可以易科罰金，其嚇阻作用甚小。再者，對通姦罪之取證，因為本罪不罰未遂犯，除非被告承認犯罪，否則，在舉證責任上，要證明被告犯罪，其困難度很高。

期待夫妻二人在婚姻體制內信守忠誠之「誓約」；惟「誓」字之組合乃「折」字加上「言」字，所謂「折言」，乃打折之話語。刑罰之規定是否真能維係夫妻在婚姻中之「貞操義務」？是否可以讓通姦罪減少？值得懷疑。也許，刑罰可以讓外遇之受害者獲得心理或金錢之補償，卻無法阻止外遇情形之發生及蔓延，如同藝人成龍先生所說，其是「犯了很多男人都會犯的錯」。夫妻之間性行為之不忠實，肇因婚姻本身之問題，亦屬於道德層次，外遇對夫妻法益上之損害與否尚有爭議，刑罰之規範與婚姻制度之能否健全，其間未必形成等號。

因此，通姦罪既無具體之保護法益存在，刑罰規範之內容即欠缺合憲性、必要性及正當性，在憲法原則之要求下，應無刑法之效力。從而，刑法第239條顯然違反憲法第23條之規定，應屬無效，何況其懲罰對象又衍生出另一個性別不公之問題，實有必要予以除罪化。

²² 參見黃榮堅，前揭（註16）書，頁10至19。

²³ 參見徐錦昌，前揭（註6）書，頁14。

參考文獻

- 一、黃仲夫，《刑法精義》，元照出版社，2006 年 9 月。
- 二、甘添貴，〈妨害婚姻與口交通姦〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 42 期，2003 年 1 月。
- 三、徐錦昌，《通姦除罪化〔案例研究與實證分析〕》，五南出版社，2006 年 6 月。
- 四、黃榮堅，〈論通姦除罪化〉，《刑罰的極限》，元照出版社，1999 年 4 月。
- 五、黃榮堅，「刑罰的極限」，元照出版社，1998 年。