

「通姦罪應否除罪化」公聽會會議紀錄

壹、時間：102 年 11 月 28 日（星期四）上午 9 時 30 分至 12 時 10 分

貳、地點：本部 5 樓大禮堂

參、主席：吳政務次長陳銀

肆、引言人(專家學者)：中央警察大學許教授福生、國立交通大學林副教授志潔、國立臺北大學官助理教授曉薇、最高法院檢察署朱檢察官富美、臺灣高等法院刑事庭邱法官忠義、台北市晚晴協會常務監事兼義務律師紀律師冠伶

伍、列席人員：立法院尤委員美女國會辦公室曾副主任昭媛、司法院呂法官煜仁、行政院性別平等處蕭科長鈺芳、衛生福利部社會及家庭署莊副組長金珠、婦女新知基金會林秘書長實芳、中華民國律師公會全國聯合會池律師泰毅、台北市晚晴協會林理事長立訢、許常務理事文青、台灣犯罪被害人人權服務協會趙理事長惟漢

陸、參加人員：相關婦女團體及學界、民眾共約 2 百人

柒、主席致詞：

感謝各位參與「通姦罪應否除罪化」公聽會，通姦罪應否維持刑事處罰規定，國內各界有不同聲音，各國亦有不同制度設計，至於我國狀況是否維持刑法第 239 條通姦罪與相姦罪之規定，如今社會已相當成熟能理性思考討論此問題，法務部為刑法主管機關，特舉辦此公聽會，邀請對此議題有深入研究之引言人先就此議題表示看法後，再請相關機關或團體表達意見。最後再請各位與會來賓表達意見。請各位相互尊重發言權利，共同理性探討，以形成共識，再次感謝各位引言人與貴賓之參與。以下請幕僚單位說明。

捌、報告：

本部檢察司章主任檢察官京文：

本部辦理「通姦罪應否除罪化」公聽會，主要理由如下：

1.102 年 3 月本部邀請國際專家來臺審查兩公約實踐情形，國際專家建議中華民國刑法通姦罪可能與公民與政治權利國際公約(下稱

公政公約)第 17 條「禁止對個人生活隱私之無理侵擾」可能有所違背，建議政府是否修法刪除通姦罪之規定。但司法院釋字第 554 號解釋認為--婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障，因此通姦罪之存在並未違反憲法與人權。

2.法務部於 102 年 4、5 月間先後 2 次委託民調機關進行民調，結果發現大部分民眾仍贊成通姦罪繼續存在，顯然在專家、學者、民眾、或實務間存在見解上之歧異，為尋求共識因而辦理本次公聽會，希望廣納意見作為修法之參考。今日會議資料中，包括外國立法例，及各地檢署之統計資料以供參考。

此外，大會亦備有問卷，問卷上區分為二:1.贊成 2.反對，贊成--通姦罪名除罪化，反對--通姦不應除罪化，亦即通姦罪應予維持，希望各位來賓於聽完所有發言者論述之後，幫忙填寫問卷，以便未上台發表言論者亦可透過問卷確實表達出自己之想法，以上報告。

【附註】

專家學者論述:

- 1.通姦罪存在是否造成對女性之歧視?
- 2.通姦罪是否無理或非法侵擾任何人之私生活?
- 3.現行臺灣社會之婚姻是否需要維持以刑罰方式保護?

玖、討論:

國立臺北大學官助理教授曉薇:

今日主要就性別統計提出簡單報告，主要資料來源與今日會議資料相同，以下主要係根據此資料所作統計分析與解釋，因時間關係先提出個人結論，由統計分析來看，通姦罪之處罰具有性別歧視:

- 1.通姦罪無論從偵查期間之告訴，告訴之撤回、起訴或於審判期間之告訴撤回，有罪判決皆呈現性別上之差異--女性被告多於男性被告，性別差異經過計算，具有差異顯著性。
- 2.從通姦罪有罪判決結果觀之，相較於其他刑法上之其他犯罪，無論是特別法上犯罪或刑法上犯罪之判決結果，有罪女性數目高於男性，與其他犯罪男性多呈現倍數差異情況相比較(約為 6 倍)，通姦罪之處罰顯然對女性較不利。
- 3.為何會造成女多於男之情況?主要來自於社會對於男女外遇態

度具有相當偏見，偏見情況如下：

- (1) 男性外遇相較於女性外遇更容易被原諒，稍後將提出更詳盡之講解，對此可從統計中看出。
- (2) 男性外遇中女性第三者常是受責怪之一方，亦可從統計中看出。
- (3) 女性外遇中不同的是--妻子與男性第三者皆同時受到責怪，與男性外遇中女性第三者單方受到責怪不同。
- (4) 此種態度上之偏見係造成處罰差異之主要原因，此主要原因造成通姦罪法規之事實上歧視，此歧視係因社會文化價值使然，個人認為社會文化價值有其結構上之穩固性，非短時間所能改變。
- (5) 就 CEDAW 消除一切對婦女歧視公約之法規解釋，從去年迄今，各單位如火如荼地檢視法規是否有違性別之實質平等？各機關就各該法條逐一檢視實施結果之性別統計，若性別統計呈現 3% 以上之性別差異，則有違反性別實質平等之可能性，這些法規都必須從新檢討，從本國 CEDAW 法規檢視標準，其實此性別差異已超過 3%。
- (6) 為何兩公約國際專家為何建議我國廢除通姦罪？主要在於聯合國人權委員會抱持希望廢除通姦罪之態度，因為其曾經成立「女性平權法律實務人權工作小組」針對仍存在通姦罪之國家進行調查，此調查發現各國通姦罪之執行實際上皆呈現出女性對於刑事程序中所面臨之弱勢，且於刑事過程中侵害其尊嚴、隱私與平等，所以聯合國建議通姦行為可於民事上或者於民事賠償或離婚過程監護權上課予以相關行為人不利利益，但非常明白建議「通姦不應該是一個刑事犯罪」。國家不能用任何刑罰之態度，無論是鞭刑、徒刑或罰金，其聲明當中皆清楚說到不應該以通姦罪、刑罰加以處罰。

個人認為通姦罪已違反性別實質平等之處罰，故應廢除，依照 CEDAW 第 2 條，關於國家之一般性法律義務中 H 款提到「若刑法上呈現性別歧視，該條刑法必須直接廢除」。

關於以上結論之分析：

- 1.主要資料來源包括 2008 年至 2012 年，因為法務部所提供之資料並不包括第 2008 年以前，因此表格中皆具備之資料是 2008 年至 2012 年，從這五年資料作全部之比對分析。
- 2.除此之外，個人約於今年 4 月，透過司法院所提供之統計資料就判決方面自 2003 年至 2012 年之 10 年資料，司法院統計就全國 22 個地方法院通姦之判決結果，此資料亦呈現於以下分析當中，研究結果發現被告男女人數上—女多於男，於統計上有十分顯著之差異。資料上 4609 人是經過告訴之被告，但到了起訴之被告時，有數量上之差別 2914:2810，相差 100 多人，這在統計學上是具有差異顯著性。從 10 年判決來看，我們也可以見到被告總數 3139:2843，其中有罪被告有 1945:1647—女性多於男性，亦是具有性別差異之顯著性，各位見到 53:45，相差近 8%，有何意義？從法務部 101 年之全國犯罪人口資料，可知總犯罪人口男性為女性之 5.8 倍，將近 6 倍，總計所有犯罪男性為女性之 6 倍，也許特殊犯罪不是如此，請看下一張圖表，右邊是女性犯罪排名前五名，第 1 名是毒品犯罪(煙毒犯)，第 2 名是詐欺罪，第 3 名是竊盜罪，第 4 名是偽造文書罪，第 5 名是公共危險罪犯罪，在此以煙毒犯最為例，1759:10379，比例亦相當懸殊，從犯罪人口背景懸殊性至少相差 5.8 倍，通姦罪被告性別比，男性為 45.45%，女性為 53.67%，從整體犯罪人口來看，具有極為顯著之不同，此係唯一一種女性多於男性之犯罪，從過去 10 年之有罪判決看非有罪包括不受理等，被告總數—女性多於男性。

就原因分析，從法務部資料可以見到其實真正進入司法程序內妻子外遇比率對丈夫外遇比例是 45:55，社會調查當中，通常認為男比女至少是 6:1，真正進入司法程序兩性人數比例差不多。提起告訴期間夫和妻之外遇之比例為 55:44，但起訴後，妻與夫外遇比例則有調整，夫的案件比例降低，但妻子比例升高。最後一張圖，由此可以看到不同的人，夫與女性第三者，妻與男性第三者，從剛開始告訴一直到被起訴過程中，因為當事人可以撤回告訴，因為態度上之不同，對外遇夫的告訴比例減少，

女性第三者比例增加，外遇妻的告訴比例亦微幅減少，男性第三者比例增加。從這態度知道撤回率，外遇夫進入司法程序後有 50%之機率可獲得原諒，外遇妻進入司法程序後有 43%之機率可獲得原諒，女性第三者有 31%之機率可獲得原諒，最不被原諒的是男性第三者。由此得知，民眾對於女性外遇與男性外遇，以及此中間男性當事人性別上之偏見，造成最後無論起訴與判決之結果皆為女多於男。因時間關係，報告到此，謝謝！

中央警察大學許教授福生：

關於通姦罪應否除罪，個人曾於 87 年撰寫一篇「無被害人犯罪與除罪化之探討」，通姦罪係典型無被害人之犯罪，何謂無被害人？若從犯罪學定義，即相互間合意或屬於犯罪或偏差行為當事人均不會對此行為向執法機關投訴。若從刑法學來看，即此犯罪行為不會造成法益侵害或法益危險。通姦罪即是。

關於除罪化，簡單說就是將本來是犯罪透過立法變成不是犯罪或透過法律之解釋達到非犯罪化。事實上除罪化還是有很多類型，例如現在對於施用毒品者--除刑不除罪，或者既除罪又除刑，或司法上之除罪或事實上之除罪。因為個人現於台灣防暴聯盟擔任常務理事，聯盟最近也正思考此議題。近期法務部於今年 4 月及 5 月進行 2 次民調，第 1 次約有 82%贊成維持，但嗣後遭抗議認為有問題，因而加上配套，若民法上有配套仍有 72%主張維持通姦罪，這亦值得深思。官教授提到現在多是小三與外遇配偶被判刑者，外遇通常男性比例較高，但進入司法實務往往處罰到最後都是女性，為何民調仍有如此高主張維持？

參考最近各國犯罪率下降、監禁率卻上升，犯罪問題之政治化，我想是--此源自元配擔心背叛的恐懼感。常聽見婦女朋友提到若丈夫外遇，自己將十分憤怒、不能原諒，於此種潛在不安下，若國際潮流朝向廢除通姦罪時，整個廣大民眾尤其婦女之背叛恐懼感、不安該如何克服？這一點值得列入法務部未來政策之思考，此與死刑存廢亦有相關。此議題當初於 63 年刑法研修小組時即有討論，而當時彙整成時與現今時空背景有所差別，惟大概有下列幾種看法：1.當初認為應更加重，甚至應處罰未遂。2.其認為

現在 1 年以下有期徒刑是否過重？應否加入拘役或選科罰金？讓其能選科，此亦不失為一種思考模式。3.除罪化。

我國自唐律以來，對風俗犯罪處罰甚廣且嚴，早期處罰包括無夫姦皆處罰。暫時新刑律提到姦非雖可導致國家社會之傷害，但相較於酗酒或懶惰者，刑法無須管如此多，因而廢除舊律姦罪各條，僅保留單純姦非罪部分。過去於民國 17 年僅處罰有夫之婦與人通姦，本部刑法於民國 23 年要修正時曾發函全國各地，婦女團體質疑為何僅處罰女性卻不處罰男性。民國初年甚至仍有納妾者，然於民國 24 年遭到婦女團體抗議，因而演變成現行二者皆處罰。日本戰前之處罰與我國相同，且日本戰前處罰為 2 年以下，但戰後新憲法公布之後，此規定係典型違憲，因而思考是否廢除？一是 2 個全部廢除或 2 個全部處罰，戰後日本亦是以此微差距而廢除。此外，從黃榮堅教授著作見到德國於 1962 年表決為 11:9 保留，但 7 年後德國於 1969 年廢除，其理由有三：1.有罪數量稀少（1 年約為 100-200 件），2.刑度輕微，3.缺乏規範意識，規範在刑法中意義亦不大，因而廢除。

我國司法院釋字第 554 號解釋，則認為婚姻關係存續中，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。德國認為通姦罪非在維持婚姻而係破壞婚姻，當初德國雖有處罰，但要件為「通姦必須造成離婚」，要件較我國嚴格，因此解讀此民調與官教授所報告，此統計差異是否一定會導致性別歧視？個人一直思考這項問題，剛剛提到相差 8%，很多犯罪統計男性約為 9 成，女性約為 1 成，是否因為性別差異？因為有些犯罪類型，本就會有一些差異，正如性侵害一定是男多於女，是否性別差異就一定會導致性別歧視？個人對此尚無定論，目前男女比例約為 4.6:5.4，相差約 8%，可想而知是因為文化因素，男生有外遇相當容易，因為與經濟實力有關，過去 82 年發生鄧如雯案件時婦女團體曾向社會司請求訂定「婚姻暴力防治法」，當初討論是否定罰則時有一項共識——解決婚姻暴力首在經濟因素，因本質就是權力與控制，婦女若無經濟能力將注定是弱勢，現在整個社會漸

漸平權，將來時空改變，結構若改變，將來是否有變化?若從刑法角度看各國先進國家多已廢除通姦罪，如欲廢通姦罪時考量整個社會思維以及被背叛恐懼感仍然存在情況下，法務部為政策調整時是否先將要件更嚴格化，通姦造成離婚，科刑不一定非處1年以下，或者選科拘役或罰金，甚至刑度部分，美國部分州雖仍保留但只處罰金，或許只處以罰金，像第262條科賭博罪僅處以罰金。總之，政策調整上必須思考被背叛恐懼感。

國立交通大學林副教授志潔:

關於通姦罪除罪化之探討，因通姦罪屬於刑法問題，因此於討論一項刑法問題時必須注意兩點，1.刑法之應刑罰性，2.當具備應刑罰性之後，在此需要如何之刑罰?如此方能符合憲法第23條關於比例原則之要求。

此外，2002年大法官解釋已清楚釋明，通姦罪是否需以刑罰處罰，必須視其當代文化與價值，由立法者為衡量與選擇，因此，大法官保留相當開放之空間，2002年大法官做出通姦罪的存在合憲的解釋，距今已11年，如今回頭看通姦罪時，以下幾點意見與各位分享。

首先，幕僚單位提供之參考資料中美國刑法有誤，因為美國聯邦刑法典無此規定，美國聯邦刑法典不太可能會對通姦罪有規範，猜測是否誤將軍隊之規定誤以為是聯邦刑法?因為軍隊仍保有通姦罪，若同袍與妻子有通姦行為可能影響軍隊士氣與和諧。但美國聯邦刑法不可能有通姦罪之規定，即便一般州刑法亦列於B-class misdemeanor，此相當於我國社會秩序維護法，屬於類似社會非行為，而非犯罪行為。個人認為應探尋出較適合台灣之規定，台灣司法如何解釋通姦罪這件事情?相信在座律師、檢察官與法官對此必定更理解，以下僅就學者觀點試圖從宏觀的角度與各位分享。

近幾年法院如何解釋通姦罪?其實法院已解釋得相當嚴格，法院為何如此嚴格?相當簡單，因為法官無法判下去，邱忠義法官之判決曾如此說--若太太一定要這2人去坐牢或強迫2人易服勞役，難道如此能挽回婚姻?或許二人越是患難越見真情亦未可知，究竟處罰通姦罪之目的為何?此判決確實發人深省。

有時見到報載蓋棉被純聊天，甚至同志間的性行為，並非違反通姦罪，諸如此類判決都曾見過，這是因為所謂通姦依照大法官會議解釋--通姦是破壞婚姻體制，婚姻是一夫一妻制，因此欲破壞一夫一妻制，唯一可能是異性戀者為異性間之性行為，因此同志間之性行為，例如較親密之手淫或口交在某些實務判決上並不認為是通姦行為，況且若要構成犯罪，必須證明到無合理懷疑程度，因此當對方辯稱雖有親密行為但仍未達到最後一步，該如何證明其有性交？所以法院解釋相當嚴謹，這是由於作刑法解釋時希望能符合刑法謙抑性。我們或許該思考，國家公權力需否介入私人情感？若今日將通姦罪除罪化，是否代表整個社會之婚姻秩序將瞬間崩解而大亂？果若如此，想必已有許多國家發生大亂，但事實上，這些國家並未大亂，因為法律有很多種，並非只有刑事處罰而已。

我國從 1995 年開始，婦女團體即致力於推動民法親屬繼承篇之修正，個人長期亦致力於性別平等的推廣，各位可以見到為何 2002 年大法官認為衡量當時情況，通姦仍不除罪化確有其理由，相信不難理解，因為台灣是從 1995 年，才開始推動民法親屬繼承篇之修正。想必現在年輕學生無法理解 1990 年我國民法仍規定妻以夫之住所為住所、妻冠以夫姓、子女冠以父姓、離婚時判予父親、教養子女不一致時以父親意見為主的法律，在如此父權的民法規定下，婦女當然希望保留通姦罪，因為一旦夫妻將離婚(何況，當時並無家庭暴力防治法)，一旦受家暴、受虐待欺負、受不公平對待，婦女欲離婚必須握有極重要之武器—若能握有對方通姦證據，一切才有可能獲得想得到之權益，否則法院並不照顧婦女，民法並不關照婦女，若無通姦罪做為武器，如何反制欺負妻子的配偶？我國遲至 2000 年才制定家庭暴力防治法，該法包括所有同居關係，而民法親屬篇也陸陸續續修改，例如：子女姓氏可以互選、夫妻可自行議定住居所、離婚時剩餘財產分配請求權、家務有給制，大法官作成通姦罪刑法尚不違憲時是 2002 年，當時這些法制變革，都還在初步、啟蒙、甚至欠缺的階段，如今民法已有這些保障，以此來思考通姦之應刑罰性應否隨著社會進步，以及台灣社會已經給予婚姻中較弱勢之一方足夠之保障？此外，現已制定家庭暴力防治法，另外對於

監護權之酌定亦有家事審判法，由專業家事法官審理，不再像過去勸和不勸離，這種種的性別平等的努力，其實已經不斷削弱通姦罪以刑罰化處罰的正當性。

官教授從統計數據來看，通姦罪存在，可能反而是對女性很不利之刑法，我認為應跳脫刑法，要看到其他的法制，是否已足夠提供於婚姻當中配偶權受損者有其他補償之管道，若有其他管道，此時用刑法處罰之正當性基礎已相當弱化。

再者，一項東西若刑罰化，則代表國家公權力介入，必須動用納稅人之資源幫助他蒐證，受限於有限於之警察人數與檢察官人數，若幫忙抓猴則可能無力同時抓小偷，因此並非凡事刑罰化即可達到預期效果。在此必須注意—若今日能確實落實婦女於婚姻中之性自主權，與其欲離婚之種種權利保障，此時是否仍需要通姦罪?其實是相當大之問號!即使通姦罪現在不去刑罰化，經過目前司法如此嚴格解釋，或者亦可能會得到一個無罪判決。

以下分享兩件案例，或可正當化通姦罪除罪化之例子，

- 1.曾經有一位當事人 A 被其雇主 B 強制性交，當時 A 不想提告訴，但因為 A 驗傷而啟動整個程序，因為強姦罪已屬於非告訴乃論之罪，不容被害人有任何不提告訴之空間，整個程序啟動後，由於法院無法達到無合理懷疑心證程度，於是被告被判無罪，這一點大家都能理解，因為法院總是要看證據，但更不幸的事，此時 A 被告通姦，因為雇主 B 有配偶 C，C 馬上告通姦而且告民事損害賠償請求。因為在刑法部分，兩造承認有性關係又無法證明有強姦，結果通姦罪判決有罪成立而且被科以民事上之賠償。
- 2.目前性交易已在社會秩序維護法中，若設有特區亦屬於除罪化狀況，但因為通姦罪繼續存在所以此問題一直無法獲得解決，若認為各種階層者之性需求與性自主權需被滿足，若有通姦罪存在，又該如何處理此問題?

或許大家認為有緩起訴亦有告訴乃論可以撤回，能否仍然保留通姦罪而以此方式處理?試問大家給予情感婚姻契約中，一方可能違反婚姻契約之忠實義務，今天若是財產之侵害連背信罪，背信罪係違反契約上應該負擔之忠實義務，都要求其必須證明有財產損

害、還要證明存有自己不法所有之意圖，方可成立背信。在婚姻契約忠實義務之違反，卻給予一個刑法烙印?讓他背著一項前科一輩子?如此是否合於比例原則?我從來都不認為自己會是一個剝削女性人權或 honor 婦權結構之人，因為如此多年個人相當努力於此部分，但通姦罪實在是非常值得討論之問題，尤其 2013 年台灣已走向相當多元開放與進步之社會。若死抓著刑法不放，此並非最明智之作法，應該環顧民事上其他部分是否能滿足與補償這位於婚姻契約中受到背叛之一方，這一點對他才是最重要的，而我相信台灣目前已非常努力，家事法官亦非常努力，我們應可達到保護婚姻裡受傷一方。

台北市晚晴協會常務監事兼義務律師紀律師冠伶:

個人曾於 96 年表示贊成通姦除罪化，但今日我又有不同看法，因為擔任律師所以與法官及學者不太相同，我們會陪伴案主走一段很長時間，個人無法提供相關學術研究僅能分享個案實例，若說通姦發生後未造成損害，我想我無法接受。

1.我曾遇過一個案件，當事人的丈夫通姦，還好因為通姦有罪，所以太太去抓姦，因為這位先生是位大學教授，所以抓姦可以逼對方將錢拿出來，當事人獲得 500 萬元贍養費，另外因為小孩 2 歲多，所以先生承諾 1 個月將支付子女教養費 3 萬元直到成年為止，因此總賠償金額高達 1000 萬元以上，問題是金錢能否彌補這個家庭所造成之損害嗎?我必須告訴各位—沒有!因為從該事件之後先生從這個家庭完全消失，太太為了對這件事情有一個交代只能告訴孩子「父親很愛你，但爸爸已經過世」，但萬萬沒想到 13 年之後，前夫 B 主張當初針對以上要求曾提供房子作為擔保，如今 B 想賣屋因此希望提前清償，提前清償情況下要求順帶看看小孩，此時媽媽被迫必須向孩子吐實，我不知道小孩能否接受事實?所以在這案件中是否真的因為通姦無損害，因此真的沒有任何被害人?我倒不如此認為，因為我見到許多元配於得知通姦事件發生的這一刻一夕之間可以暴瘦，其內心創傷並不亞於遭受性侵害之被害人，因此高額賠償是否能彌補此家庭所遭受之創傷?個人認為未必。

2.另一件案件我也見到通姦對孩子們的傷害極深，外遇雙方皆為已婚，一方使君有婦，一方羅敷有夫，有婦之夫與人妻發生外遇後，其元配願意幫助丈夫賠償 500 萬元精神損害賠償給丈夫外遇對象之配偶，而出軌女方之家庭最後還是離婚，離婚 10 年之後，男方配偶認為撐了 10 年已經夠久因而決定離婚，離婚後傳元配孩子作證，證稱在這 10 年內因為父親於通姦之後仍持續與女方往來，我們問孩子怎會知道？孩子表示因為對方家人與孩子在這 10 年之間三不五時到我家丟雞蛋。所以，通姦罪是否真無被害人？更何況在此案件中，元配之所以提出離婚，也是她覺得因為其丈夫去破壞他人之家庭，造成其二女兒於結婚後兩年猝死，元配認為這是天譴！這或許涉及每個人之認同，但這就是我們的傳統價值—不要任意破壞別人的家庭。刑法號稱是人類最低的道德標準！「不要任意破壞別人的家庭」不該是我們應捍衛的最低道德標準嗎？從以上的案例，我想問通姦案件發生後難道真的沒有被害人嗎？其所造成損害不單單只有元配，其範圍遍及孩子，若最終夫妻雙方以離婚收場最可憐的是孩子。因為個人於晚晴協會擔任志工 10 年，常聽見在晚晴的孩子說：你爸爸外遇，我爸爸也外遇，我們都是一樣的命運，問題是這樣的命運好嗎？一個人的人生，請大家不要忘記當初結婚那一刻對另一半所作的承諾為何？一輩子相知相守！難道是告訴對方這個承諾只有 5 年或 10 年期效，如果是，請簽下。正因為當初結婚許下的是一輩子的承諾，因此願意共同生兒育女，而生兒育女是一輩子的事更非三年五載，雖說離婚父子、母子關係未中斷，但夫妻雙方因通姦而離婚真的沒造成孩子生活成長的影響嗎？強盜搶劫尚可用刑事處罰，而通姦罪在刑法所保護的是「社會法益」，不是「個人法益」所造成的損害不只有元配內心受傷，而是整個家庭的瓦解破碎，而且家庭的瓦解破碎無法以金錢彌補情況下，難道無須透過刑事制裁以扼制此種狀況的不斷發生嗎？

其實我也認為通姦除罪較易論述。反對通姦除罪較難說明，但思考過程中才突然發覺當初立法者對於家庭的維護原來竟是如此地嚴密，不僅透過刑法制裁冀以阻止破壞家庭的通姦行為，更在

民法第 986 條明定，若曾因為通姦而判刑，離婚後的元配仍可撤銷另一半與小三或小王的再婚，本條已經廢除，但我相信若這一條規定今天仍然存在，我相信今日的小三不敢如此囂張到元配家中大吼大叫，只因為我要你離婚把你的老公給我！若此條文仍然存在，我相信這些小三不敢浮出檯面，而且為達到與小三雙宿雙飛的目的，反而促使真正想離婚的人不要劈腿而應先認真回家處理家事問題、談妥離婚之後，再有第 2 段婚姻，小三也不敢再這麼明目張膽對元配叫囂。所以由此可見為了維護家庭制度我國法律當初在制定時是如此的嚴密，因為家庭是國家的基本，如今在離婚率高漲之時代，許多小孩在 2 個家庭之間游走？再婚家庭中難免發生你的孩子和我的孩子共同打我們的孩子，請問這些所謂你的孩子與我的孩子是否屬於這家庭的孩子？法律是否容許繼父與繼母對孩子有教養權？這些法律條文付之闕如，對於這些家庭破碎的孩子，他們最終心靈歸屬在哪？離婚率高漲，我們已無法告訴孩子們即使沒有血緣關係，透過一段婚姻將能擁有一段長久不變的感情及歸宿，所以一旦通姦除罪，無異昭告世人，婚姻中隨時可以走人，簽（婚）約後隨時可以違約，而目前實務運作的結果，常是責怪提告的通姦配偶，並認為是提告的通姦配偶在婚姻中未認真經營婚姻所造成之後果（通姦）！試問，這段婚姻中是通姦的一方要違約走人，為何苛責未違約之另一方未認真經營婚姻？當我見到元配因知悉通姦而一夕之間暴瘦，我知道在通姦案中是有被害人的、且受害人不是只有配偶；我們不該以「情慾自主」合法化通姦犯行對家庭這屬於刑法之社會法益所造成的重大危害！這絕非法律人冷眼來看，抱歉我並非學者，但 98 年演講時提到每 1 年全台結婚對數為 10 萬至 11 萬對，如此高的結婚率，請問現在每年提出刑事通姦告訴為多少人？約 400 至 500 人，若這條法律的存在能保障如此多的家庭，為何只要為這 400 至 500 人之利益，讓所有通姦事情浮出檯面，讓更多更多無辜被帶到世上的孩子受害，我想這是我覺得我無法認同通姦應該除罪之最主要原因。

臺灣高等法院刑事庭邱法官忠義：

今日見到法務部抱持相當開放態度邀集贊成與反對學者共同研討通姦罪應否除罪之議題，從贊成與反對者來看，目前聽到較多意見是贊成廢除，可見法務部係朝向開放態度與大家對談，個人從兩個面向來看：1.終極目標與 2.目前刑事策略，個人亦曾撰寫一篇約 4 萬字文章「以自主隱私權之侵害評析我國通姦罪之處罰」。

一、終極目標——將朝向廢除通姦罪之路邁進：

司法院第 554 號解釋已留下暗語——細絡本號解釋理由書：「刑法第二四五條第一項規定，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』」等語，實已為通姦罪條文未來可能之命運，預留伏筆。易言之，依此段闡明意旨之反面解讀，大法官似乎已點出一個隱憂：只要受害配偶提出告訴，一旦通姦者被判刑定讞，通姦者與配偶之婚姻關係及家庭單元，即有可能因此而破裂。則本號解釋理由書中所蘊涵者，是否包括通姦罪之處罰，不排除係加速婚姻、家庭破裂之幫兇的隱意？此頗值深思。剛剛紀律師認為提告方能讓婚姻維繫，個人對此持較「保留」看法，提告後雙方關係如何還能繼續維繫？雙方好好溝通或許一方會「倦鳥歸巢」，若提告，依我司法實務的經驗，即代表了夫妻情義已經乖離，不再有情份，則感情如何能因提告而得維繫？通常只要一方敢提告，對簿公堂之結果，另一方絕對與之沒完沒了，雙方既已撕破臉，被告的一方就藉此名正言順地把感情抽離！此係司法實務常見之情況。

實則配偶提出通姦罪告訴之同時，刑法所欲保護之目的——確保婚姻制度之存續與圓滿，亦即婚姻生活之和諧及健全之家庭制度，實已不能達成，則刑罰手段無助於立法目的之達成，如何能通過比例原則之檢驗？而通姦罪之處罰，倘只為滿足配偶一方之報復慾望，則刑事處罰之動機是否過於卑劣，反係提供侵害婚姻尊嚴之一種報復手段？復倘僅以「民事」婚姻法之貞操或忠誠之私生活義務，充當「刑事」責任之基礎，其似無堅強正當性可言，此又如何能符合正當法律程序之要求？

欲進一步回應此一問題，首應探究者厥為婚姻之目的為何？德國哲學家叔本華（Schopenhauer）及尼采（Friedrich Nietzsche）二人，

對於婚姻之論點也許不盡相同，且備受批評，惟其等曾不約而同指出婚姻之目的之一，亦在於種族之繁衍。而我國曾經流行之呼籲：「生命之意義在創造宇宙繼起之生命」，正呼應著此種繁殖說之立場。但這個說法向被女性主義者嚴厲批判，認係將女人物化成為種族繁衍之工具，個人對此繁衍說亦不表贊同，雖婚姻確實可能產生繁衍後代之附隨效果（當然，無婚姻關係之男女間性行為亦能繁衍後代），惟此終非婚姻之目的。事實上，現代自由戀愛而成之婚姻，其實係二人因愛情所為的結合，亦即愛情因為具有保固期限，因愛情所為之結合，在經驗上是有時間限制的「限時之結合」，很難強求「永恆」，而此一愛情元素，只在自由及出於自願時，方能滋長濃密，倘係含有義務之強制元素於其內，愛情恐怕難以持久。羅素（Bertrand Russell）曾在幸福之路乙書中對婚姻觀有著精闢見解，其認為：強行結合之婚姻，常常包含許多痛苦，不受拘束之文明人，可以深墮情網，可以若干年完全醉心鍾情於一個人，然彼此間之性關係遲早會因為慣熟而使熱情降低，於是開始在別處尋求復活從前曾經有過之興奮情感。自然，憑藉道德力量雖可以控制此種衝動，惟欲使此種衝動根本地不發生，其困難度頗高。要之，婚姻之存續其實存在著一個最基礎元素，此一元素在最明白愛情價值者尤能明顯感受，亦即，愛情只在自由及出於自願時，方能滋長濃密，要是有義務（職責所在）之意思在內，愛情即容易被毀滅。因之，凡是聯合愛情與法律之約束而成之婚姻，終究係無法長久立足，無疑亦侮辱婚姻存在之真正本質。

由是可知，把因愛情而限時地結合之婚姻關係，課予可刑罰化之「強制性」貞操或忠誠義務，實際上可能誤解了婚姻所存在的神聖及尊嚴原貌，大大地減損愛情之偉大情操。準此而論，雖人們因為愛情而結婚，共組家庭，並因之繁衍後代，使家庭成員間之生活彼此互賴，而往往亦企盼此種生活關係可以永不被破壞。惟此一期望，究非能以法律強行約束，否則，婚姻之目的將被玷污，是倘試圖以刑事通姦罪相繩，盼能使婚姻關係得以永續，不僅悖於比例原則之憲法要求，且欠缺愛情元素之婚姻，僅徒具形骸化之外殼而已，實已無任何實質意義。

德國、日本，甚至中國大陸，均已無通姦罪之刑事處罰規定，而美國也僅存猶他州及其他少數 22 個相對保守州，留有備而不用之象徵性處罰規定。臺灣雖留有刑法通姦罪之處罰條文，惟向來論者均以法治國原則之比例原則批判其存在之錯誤。然而，個人在此由另一層面——即自憲法隱私權與個人自主之角度切入，提供不同面向之探討，並借用 *Oliverson v. West Valley City* 及 *Lawrence v. Texas* 二個美國案例，說明通姦罪之刑事處罰，無論在美國或臺灣，均有違憲疑慮。

首先，由案例一即 *Oliverson v. West Valley City* (詳細介紹大家可以去看拙著上開輔仁法學文章)，早於 1643 年之代表案例，美國 Massachusetts (麻塞諸瑟州) 一位已婚婦女及其愛人，因通姦行為而被處以極刑絞死。然而，超過三百六十年後之今日，開放之美國社會對通姦行為之非難程度已大大降低，86% 之美國人甚至普遍認為，通姦行為不過是一種「道德錯誤」，因此，過半數以上之州均未對通姦行為科以刑事處罰。但是，相對保守之二十二個州及哥倫比亞地區 (District of Columbia) 【按美國目有五〇個州及一個直轄特區華盛頓】，仍「遺留」著具有象徵意義，及宣稱有教育作用之通姦罪條文，以便備而不用。這其中又以猶他州最具代表性——因為於一九九四年著名之 *Oliverson v. West Valley City* 乙案，猶他州治安法官判決一個已婚男性警察 Gary Oliverson 與未婚成年女性之性行為，違反猶他州通姦罪之成文法 (Utah Code Ann. § 76-7-103(1991))，Gary Oliverson 旋以 West Valley City (西谷市) 為被告，向猶他州之聯邦地方法院起訴，主張其通姦行為是出於自由意願，並且是在私密場所發生，故猶他州上開法律明顯違反憲法關於隱私權、言論自由及正當法律程序 (due process) 等之保障。

但該州之聯邦地方法院合憲性解釋猶他州通姦罪之規定，認為憲法第十四條修正案之實質正當法律程序 (substantive due process) 必須以行使基本權利 (fundamental right) 或固有本來之利益 (historical interest) 為前提，而通姦行為並不隱含在有序自由 (ordered liberty) 之概念中，故並非自由基本權之行使行為。且關於隱私利益之保障，經分析聯邦最高法院若干判決之結果，該州之

聯邦地方法院亦認為，通姦行為不涉及基本權利或固有本來之利益，並不在諸多憲法條文之陰影（penumbra，或稱暈影、半影）放射效力範圍內，亦非連接式（articulated，或稱銜接式）隱私利益之憲法保障範圍。該法院並認為，猶他州有重大迫切政府利益（compelling interest，或稱「令人信服之政府利益」、「政府之優勢利益」）可以預防通姦行為，理由在於，通姦行為破壞了法律所要保護之婚姻關係之利益，因為在諸多案例中，通姦行為不僅導致離婚，也破毀了「家庭」此一正面（積極）之社會與經濟單位在社會中之實力。

Gary Oliverson 最後得到之結果是，警局中止其執行職務三十日（無薪），並且將此事由記錄（烙印）於其員工檔案中。但是，這個判決備受批判，結論是：猶他及上開相對保守州之通姦成文法，其立法目的無非在於婚姻關係之維護及家庭之保護上（也就是保護法益之問題），但這些法律都只是奠基於「道德」或「宗教信仰」罷了。雖彼等因為州政府受制於例如聯邦憲法第四增修條文不得非法搜索、扣押之障礙，法官通常不會准許類此高度爭議行為的令狀、某些州限於習慣性或持續性之通姦行為始入罪（不包括偶發性通姦行為）、或只要放著而不執行，就不會讓當事人有訴訟標的，可以訴請法院挑戰它象徵性地存在等等原因，而很少執行這個法律，但無論如何，如果一經與其他憲法價值相互權衡，恐怕經不起檢驗。這些相對保守州之通姦成文法及 Oliverson 所持見解，再經過 2003 年最高法院在 Lawrence v. Texas 一案作出決定性之判決之後，其所抱持之保守看法，更將站不住腳地一一被推翻，這也是本文必須介紹 Lawrence v. Texas 案之原因。

第二個案例，即 Lawrence v. Texas(詳細介紹大家亦可以去看拙著上開輔仁法學文章)，本案事實發生於 1998 年 9 月 17 日，警察據報有可疑涉及槍枝擾亂治安之黑人男性，進入另一男性白人 John Geddes Lawrence（下稱 Lawrence）住處，休士頓警方接獲線報後，乃衝入 Lawrence 未上鎖之住處，確發現 Lawrence 與一名黑人男性（Tyron Garner）正合意進行肛交性行為，二人隨被警察以違反德州（Texas）同性行為法（the Texas “Homosexual Conduct” Law）

之「異常性交」構成刑事犯罪為由，予以逮捕，拘留一夜後，旋以 2 百美元保釋。該法所謂之異常性交行為，係指以性器官與他人口腔（即口交）或肛門（即肛交）從事性行為，及以器物進入他人性器官或肛門之行為。經治安法官於同年 11 月裁判有罪後，二人不服向該郡刑事法院聲請重新審理，主張德州上開法律只處罰同性間之肛交行為，卻不處罰異性間之相同行為，明顯違反聯邦憲法增修條文第 14 條之平等保障及實質正當法律程序之要求，惟法院不採納其主張，仍判決二人各處以 2 百美元罰金及法院相關規費。二人再上訴於德州第十四上訴法院，主張德州上開法律不僅違反憲法平等權保障，也違反隱私權保障，惟上訴法院認為 *Bowers v. Hardwick* 案在本案有判決先例之拘束力，德州上開法律沒有違反憲法平等及隱私權保障規定，因而維持原判決。*Lawrence* 復向德州刑事上訴法院提起上訴，亦同遭駁回命運。

該二人不服，最後終上訴於聯邦最高法院，最後之結果是：聯邦最高法院以 6 票對 3 票之多數，宣告德州上開法律，違反聯邦憲法增修條文第 14 條之正當法律程序所保障之自主與隱私之重要利益，並推翻了判決先例 *Bowers v. Hardwick* 案。

要加強調者，*Oliverson* 案係於 1994 年所作成之判決，雖經常被猶他及其他相對保守州，持以充當通姦罪合憲之護身符，惟 2003 年作成之 *Lawrence v. Texas* 案，確硬生生地將 *Oliverson* 案所持合憲理由予以揚棄，並向世人宣告：立法者泛將任何成年人間之合意私密性行為入罪處罰，例如同性肛交行為、通姦行為等，明顯地是以違反憲法正當法律程序原則之手段，強加限制人民之隱私權與個人自主行為，均有悖於憲法保障人民隱私權與個人自主權之本旨。

表面上雖然 *Oliverson* 案係以猶他州之通姦罪為訴訟標的，而 *Lawrence* 案則是德州同性行為法之異常性交為訴訟標的，二者似不相同，然而，一般較能瞭解並掌握美國判例法內情之人，一望即知美國最高法院實已於宣告 *Lawrence* 案之德州同性行為法之異常性交處罰規定違憲之同時，亦一併弦外之音地額外打擊著與「任何成年人間之合意私密性行為」相同情況，且社會上道德非難性普遍較低之 *Oliverson* 案之通姦罪成文法。此種相互牽連之微妙關係，容

本人加以說明，亦即 *Oliverson v. West Valley City* 案係於距今約十八年前所作成之判決，雖經常被猶他州及其他相對保守州，持以充當通姦罪合憲之護身符，惟 2003 年作成之 *Lawrence v. Texas* 案（很巧合地，本案係在我國司法院釋字第 554 號解釋認為我國通姦罪規定合憲後，約半年所作成），確硬生生地將 *Oliverson* 案所持合憲理由予以揚棄，並向世人宣告：立法者將任何成年人間之合意私密性行為入罪處罰（例如同性肛交行為），明顯地是以違反憲法正當法律程序原則之手段，強加限制人民憲法所保障之隱私權與個人自主，故而宣告違憲。表面上，雖然 *Oliverson* 案之訴訟標的是猶他州之通姦罪，而 *Lawrence* 案之訴訟標的是德州之同性行為法之異常性交，然而，理解美國法之內行人一望即知，美國最高法院實已於宣告後案，即 *Lawrence* 案之德州同性行為法之異常性交處罰規定違憲之同時，也一併額外打擊著與「任何成年人間之合意私密性行為」相同情況，且社會上道德非難性普遍較低之前案，即 *Oliverson* 案之通姦罪成文法。此種微妙而相牽連之伴隨效應，正是本人欲加以分析此二則判決之主因，而美國學界亦有諸多針對 *Lawrence* 案後，通姦罪應否除罪化加以聯結而評析者，抑有進者，有配偶之人與他人為同性肛交行為，更「直接」涉及是否構成通姦罪之疑義，故吾人切不可誤以為 *Lawrence* 案與通姦罪之處罰無何關聯。

該二則判決之伴隨效應已說明如上，事實上，有配偶之人與他人為同性肛交行為，更直接涉及是否構成通姦罪之疑義，吾人自不可誤以為二案無何關聯性。此一相互牽連之伴隨效應，再觀諸上開猶他州以法院之友身分，在 *Lawrence* 案所為之陳述、該案持不同意見之聯邦最高法院法官 *Scalia* 所提出之警語，及前述學界之批判，益臻明瞭。

總括言之，通姦者已不再被送上絞刑臺，惟只要上開相對保守州之通姦成文法仍然留存在法典上，犯規者即會被永遠地烙印以犯罪之恥辱，那些認為通姦罪仍應存活下來之人，主要之論點不外乎是：此種行為破壞了婚姻制度及傷害了無辜之配偶及子女，與傳統之社會主流價值相違悖。然而，將包括通姦行為在內之成年人間之合意私密性行為入罪處罰，明顯地係以違反憲法之手段，以限制人

民其憲法所保障之隱私權與個人自主，奠基於 Lawrence 案判決所蘊涵之對於成年人間合意私密性行為之保護，猶他州及其餘相對保守州關於通姦罪之處罰規定，看來已經確定通不過憲法之檢驗了，在大部分美國人均已認為，通姦行為純粹只是一種道德上錯誤選擇之情形下，此種對婚姻不忠之行為，不妨留待刑罰權以外之領域加以處理。

本人願再予闡明，婚姻係一種特別契約，婚姻之目的不是金錢，而係在尋求個人價值之實現與幸福，奉獻和承諾雖是雙方可能之道德義務，但不能就此必須負擔刑事法律責任，否則婚姻關係此一甜蜜的負擔將會「走味」，而損及其神聖之原始價值觀。

◎我國刑法處罰通姦行為，有違憲疑義而應予除罪化◎

我國刑法第 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。」有配偶之人與他人姦淫為通姦罪，相姦之人構成相姦罪。此之通相姦行為，必須是男女之間性器官相接合之和姦行為（即陰莖插入陰道，或稱陰道含包陰莖）始足當之，如果是猥褻、手淫、口交、舔陰、肛交等特殊性行為，尚與通姦罪之構成要件不符。

惟關於配偶與他人之同性戀肛交行為，是否構成通姦罪乙節，並非無爭論，2003 年美國新罕布什爾州（New Hampshire）最高法院認為：必須限於異性間之性行為才會構成通姦罪，如果是同性間之性行為不構成通姦，在若干司法審判決定也持相同見解，但有更多司法審判決定剛好持相反見解，認為同性間之性行為也會構成通姦罪；大多數之已婚者則認為同性間之性行為會構成通姦。我國有認為同性戀外遇不構成通姦罪之看法，本人基於通姦罪最終應予除罪化之理由，認此項限縮解釋，在策略上應可贊同。至於民事法領域之通姦，範圍則較為廣泛，舉凡納妾、宿娼、招妓、透過網路以文字或視訊方式之性交等，均屬之，併予指明。

本人借重前述對美國 Oliverson v. West Valley City 及 Lawrence v. Texas 二個案例之評析，所要闡述之觀念是，既然認為通姦罪係在保護婚姻關係之利益（預防對婚姻之傷害），那麼一旦處罰通姦行

為，是否真能讓婚姻關係獲得重建？是否民眾都受到威嚇作用而不再通姦？這答案恐怕是否定的，一個已經沒有感情基礎之婚姻關係，似乎不是法律所欲追求之優勢利益。

此種犯罪類型已被理解為是一個「沒有被害人」之犯罪，則單以一般人普遍認為通姦行為是一種「道德錯誤」之概念，即要將之繩以刑罰，用以維護舊時代思潮下之性之道德價值，根本不足以正當化通姦入罪之理由。要之，婚姻制度雖然是值得保護之法益，例如重婚罪，但必須符合前述實質正當法律程序（或憲法比例原則）之要求，倘強行以具傳統意義之婚姻關係及無辜配偶、子女、親屬之保護為理由，仍不足以否定性自主決定權之憲法基本價值——通姦行為（無論係配偶與他人間之同性肛交，或異性間性器官接合行為），亦係一種自主權之行使，自主之核心概念正在於個人有權定義自己存在之價值與意義、世界觀與人類生命之奧秘。社會對於因通姦行為而受傷害之配偶或無辜之子女給以憐憫、同情之道德理由，並不能因此導引出，政府擁有管制此一涉及私人隱私之合意私密性行為，及將該行為予以刑罰化之正當理由——亦即，政府並無以刑罰手段管制成年人私密通姦行為之迫切重大優勢利益。

按刑法第 239 條處罰人類最為個人、最為私密而且在私人處所發生之合意通姦性行為，不禁讓人質疑，政府想控制者其實係私密之個人關係——此種個人關係應屬於本文前述被憲法保障之自主及隱私之範疇，成年人應可在私人生活中選擇進入各種人際關係，同時保有作為自由人之尊嚴，當「性」係藉由與另一個人從事親密行為，而呈現其面貌時，此種性行為，即是讓人與人關係更能持久之要素之一。況人民雖然選擇進入婚姻與家庭生活，並不表示其作為憲法權利保障之主體，將隨著婚姻關係而消逝（併參司法院釋字第 696 號解釋大法官葉百修部分協同意見書）。據上，只要是成年人基於合意下之性行為，政府應不能再無限上綱地加以管制，一個成年人應有權決定是否，及以何種方式與另一個成年人從事私密之親密行為或性行為，此乃個人自主決定權（自主權）在性行為中之體現。固然，通姦行為侵犯婚姻關係及家庭利益，然此可藉由其他民事賠償之替代機制予以補償（參後述），輕易使用刑事手段予以

制裁，根本不符合刑罰之最後手段性原則。

綜合上述各節論點，本人可以針對通姦之刑事處罰寫下違憲註腳：立法者將包括通姦行為在內之成年人間之合意私密性行為入罪處罰，明顯地是以違反憲法正當法律程序原則（或法治國原則）之手段，強加限制人民憲法所保障之隱私權與個人自主權。換言之，通姦罪的刑事處罰，若採取前述嚴格審查基準，無法通過「必要且侵害最小」或「必要並且從嚴限縮適用範圍」之審查，此正呼應了國內向來論者均以法治國原則之比例原則批判通姦罪處罰的論點。吾人必須深層體認，通姦之道德問題，絕對不能凌駕於具體地隱私與個人自主之上，該罪存在之正當性，實通不過憲法隱私權與個人自主權之憲法保障之檢驗。

通姦罪之存在有違憲疑義已如前述，且復如前述，倘配偶與其他異性間之手淫、口交、舔陰，或配偶與同性或異性間之肛交等特殊性行為，原不被主流社會之道德價值所接受（同樣會破壞家庭倫理），抑有進者，此種特殊之性行為（甚至可說是特殊偏好之性行為），其破壞婚姻、家庭之威力絕不亞於通相姦行為，法律惟獨挑選「較為正常」之陰道與陰莖之結合加以處罰，卻容許上開「特殊性行為」之發生，兩相比較之下，通姦罪之刑罰化已失其倫理非難之罪責依據。更何況，隨著都市現代化程度愈深，男女個人在經濟上已愈來愈獨立，因之社會整合度相較於傳統村落社會也愈來愈低，是以，現代社會下之個人逐漸傾向自我中心主義，通姦之道德非難性已逐漸降低，此種道德規範之演變及勢微，誓必將成為通姦罪除罪化之推手。

要知，我國民法已提供無辜配偶可對通相姦行為人請求侵權行為「離因損害」賠償（非財產上之損害），及對通姦行為人請求「離婚損害」賠償（民法第 1056 條之財產及非財產上損害）之機制，用以彌補無辜之配偶所遭受到之傷痛及損失。雖有論者認為倘通相者均無資力賠償無辜配偶之損害，則判刑將是唯一之報復方式，但本文願意再苦口婆心陳明，婚姻是一種特別契約，婚姻之目的不在金錢，而是在尋求個人價值之實現和幸福，奉獻和承諾是雙方可能之道德義務，但不可能因為沒有資力而必須負擔刑事責任。

若從另一層面觀察，如不對通姦行為予以除罪化，外遇或第三者所背負之污名將會持續地烙印一輩子。詳言之，刑法將通姦此一私密合意性行為，如同重大犯罪般地緊緊烙印著犯罪之標記，這結果可以等同於一個推論：在沒有獲得另一方配偶（或政府）允許之情形下，通姦罪所要處罰者，係一個人已不再愛自己之配偶而愛上另外一個人，亦即，要處罰變心行為。通相姦罪雖然只是最高刑度為一年以下有期徒刑之輕罪，但仍然存有犯罪前科烙印於通相姦者身上，而永生標記，此種污名化人格一輩子之標籤化作用，有時難免影響該感情違犯者之人生。通姦罪之法律如果只是要充當象徵性之教育意義，並給通姦者一個污名之恥辱——如果法律存在之目的只是這樣，不免過於邪惡，根本性地欠缺法律上立足之理由。

我國司法實務上經常發生刑事提告通姦罪，導致夫妻雙方無法再復合，終以離婚收場之事例，此一通姦罪之刑事處罰機制，非但不可能因本罪之成立而維繫於不墜，更因為配偶一方之提告，導致彼此間之感情「進一步破裂」而再無法挽回，抑有進者，該通、相姦之二人，更可能因此通、相姦行為之入罪而患難與共（司法實務上甚至可能出雙入對一同向檢察官聲請易服社會勞動），甚而萌展進一步之革命情愫。因而倘以刑法加以處罰，實已無法達成保護婚姻制度此一法益之目的，充其量不過是在滿足婚姻受害者一方之報復心理而已。

在人類生活經驗上，二人因愛情所為之結合，是有時間限制的，也就是「限時的愛」，愛情因為具有保固期限，所以顯得格外珍貴與超凡，然現今社會男女間如果個人已無法在配偶身上找到愛情寄託，或企圖藉由婚外性行為以彌補生活中無法滿足之性關係（也包括配偶與他人為同性肛交行為），但囿於種種因素，例如有共同之家、兒女、財產、親友及精神寄託等錯綜複雜之種種關係，彼此不能也不想離婚，但現在之關係已與當初二人結婚時設想之狀況不同，是否要就此「鎖住」一個人？性慾其實如同其他慾望一樣，人有七情六慾，是否刑事法律層面上不能容許變異或犯錯？性慾對象移情之道德問題，有必要科以刑事責任？不論當初結婚是否已經仔細考慮所有未來可能發生之任何情事（包括可能持續減弱之感情狀

況)，人們究竟不能未卜先知將來所有未來事變，也未必能如意地轉變未來感情之發展。須知，愛情恆久遠雖係良緣，惟倘是強求而來，不見得好！更何況，刑事訴訟法第 239 條但書，為防止配偶間因告訴而對簿公堂，致影響夫妻和睦及家庭和諧，為維護人倫關係，而規定告訴人可對其配偶單獨撤回告訴而不及於相姦人，獨留相姦人接受審判，實務上大抵形成「兩個女人的戰爭」，復因為我國刑事實務上所處理之外遇案件，男性配偶不忠者占多數，此無疑形成另一種男女不平等之現象。

本人上開主張，係從另一個角度出發，探究通姦成文法立法目的，無非在於婚姻關係之維護及家庭之保護上，惟此一法律只是奠基於「道德」或「宗教信仰」罷了。

國內向來對於通姦罪之刑事處罰，均以比例原則為基礎，惟本文則自憲法隱私權與個人自主之面向切入探討，並藉由美國 Oliverson 案及 Lawrence 案之探究與評析，用以詮釋、印證通姦罪之刑事處罰，無論在美國或臺灣，如果與隱私權與個人自主權之憲法價值相互權衡，其實經不起檢驗。據此，吾人應可體認私生活之隱私及自主決定權之選擇，應獲得尊重，結婚之後，身體自主決定權並不就此歸屬於對方，立法者實在不應藉由將通姦行為入罪化之方式，而試圖操控個人命運及性慾望。實則，世界諸國已少有通姦罪之刑事處罰，通姦罪由上開實證經驗顯示，並無法達到原來想要保護婚姻制度之目的，反而提供通相姦之雙方得以用「愛到犯罪無怨尤」之觀點，以表徵「患難與共」之最高愛情革命情感與精神，此種立法，若套用法治國原則之觀點，原難以通過比例原則有效性之檢驗。

抑有進者，若以正當法律程序原則之觀點而論，關於私人合意下之通相姦行為，刑法並不存在任何重大迫切之社會法益／優勢利益（相當於法治國原則底下，比例原則之「損害最小原則」（必要性原則）），足以正當化其窺視並介入當事人之私人生活，其通不過前述嚴格審查基準，乃屬當然。易言之，立法者將通姦此一成年人間合意私密性行為入罪處罰，明顯地是以違反憲法正當法律程序原則（或法治國原則）之手段，強加限制人民憲法所保障之隱私權與個人自主權。吾人必須有深層之體認——通姦之道德問題（或者所謂

之抽象之巨大社會價值)，絕對不能凌駕於具體地隱私及自主之上。

要加強調者，吾人絕不能認為，在強制處分措施方面，可以因為此涉及個人最私密之生活領域，故應予退讓（法院也不會核發令狀），而推衍出因而可容許通姦罪之象徵性地存在此一結論，蓋前者為刑事訴訟之問題，後者為刑法可罰性問題，不能混為一談。已有違憲疑義之犯罪類型，不能藉由執行層面之退縮而確保其存在之正當性。

10年前，司法院釋字第554號解釋雖認為通姦罪之處罰並不違憲，但也提示：「婚姻關係存續中，配偶之一方與第三人間之性行為……應否以罪刑相加，應由立法機關衡酌定之」。隨著時代之開放程度，本文基於前述理由，持續地反思，並破除外界認為通相姦入罪化，才能保護婚姻關係之迷思，企盼立法者能真正體諒到正當法律程序（或法治國原則）所保障之隱私權與個人自主，係人類奮鬥而來之寶貴資產，此項基本權，有充足之理由可以適用在每個成年人私密合意下之性行為，而不被政府藉機窺視、干預。準此而論，通姦罪之刑事處罰實已失其處罰正當性，立法者應可重新檢視司法院釋字第554號解釋上開提示，而將通姦行為予以除罪化。

而應予釐清者，通姦罪之除罪化，不代表放棄對婚姻受害者之保護，其替代措施是，在此罪立法除罪化之同時，配套地修法，增加民事侵權行為之「離因損害」賠償範圍及額度，以填補被害者之損害，畢竟，與其苦苦哀求喚不回之愛情，受害者最好能保住麵包。輕易使用刑事手段制裁通相姦行為，可能也不符合刑罰所強調之最後手段性原則。總之，從法律角度來看，第239條通姦罪之前提為何？一定要有結婚之構成要件，若通姦罪將將結婚當成犯罪之構成要件？「結婚=犯罪之構成要件」請問大家認為可以接受嗎？結婚是一項犯罪構成要件，若結婚將來就是準備犯罪？此法律規定本身就相當奇怪，並未認為結婚是神聖的，反而因為我結婚之後即已符合一項犯罪構成要件，這是讓人難以接受的問題，建議大家可以深思。

呼應林志潔教授之報告，美國聯邦刑法典並無通姦規定，但猶他州等22個保守州極少執行，其理由為何？「我就是要放著不用，至少可以向本州之保守州民宣示」，通姦罪違反道德，這是一個象徵

圖騰，所以請勿觸犯，但實際上很少執行，因為法官亦不核發這種搜索票，因為涉及侵犯隱私因而不可能核發，所以美國規定其實是一個象徵而已，而非真的要施以處罰，在美國社會保守派要對保守派州民有所交代才能獲得選票，一旦廢除將喪失，因此至少保有此象徵，大家要對愛情忠貞，如未忠貞則違反忠實義務，將違反道德，所以這純粹是一種道德法律，此規定為何從不執行？若有人執行，將有人提釋憲，這將受到憲法法院宣告違憲，因此他們不敢執行。例如：上開 2003 年同性肛交案件，他只要一抓就會宣告違憲，當時他們若不執行，這案件還在，所以這是一項訴訟策略之考量，而非真正為了保護婚姻。

今日報紙刊登多元成家方案，馬總統提到這還要再多思考，有些人認為應該處理，似乎將通姦罪亦包括在內。但我們不希望將通姦罪公聽會與多元成家方案畫上等號，否則今日之公聽會可能會觸礁。

關於刑法通姦罪，正如林教授所報告，實務上猥褻、手淫、口交、舔陰、肛交全部都不會違反，我現在請問在場各位貴賓：另一半與他人發生舔陰、肛交或與他人正常通姦行為，如果只能選一種，你覺得哪一種較能接受？二選一寧願發生哪一種？

（按：公聽會在場大多數選擇「正常通姦行為」），既然今天公聽會在場貴賓，多數選擇「正常通姦行為」，可見肛交、舔陰還是不為大家所接受，但這卻不處罰哦！反而大家較能接受的正常性行為卻要處罰喔！大家會不會充滿矛盾？

若通姦必須處罰，剛剛紀律師提到因為通姦不僅涉及配偶，尚涉及子女親屬之保護，但這只是一個道德問題的權衡罷了，若從性自主決定權屬於「隱私權」之內涵切入，通姦雖然侵犯家庭和諧（絕對不是侵犯「財產法益」哦，沒有這種保護目的），但其隱私權仍應受到較高程度的保護，兩公約第 17 條規定隱私權應該保障，個人自由決定他應該與何人為性行為，不要受國家機器窺伺之權利，此權利相較於受害者之權利，應該是以隱私權為上，一旦處罰下去，婚姻反而破壞更快、無法回復。若通姦罪必須要處罰，那試問常有的「拋妻/夫棄子」是否亦應處罰？拋妻/夫棄子對家庭之危害

亦相當嚴重啊！但，這不過是道德之違反，刑法是否要對違道德行為均加以處罰？這值得探討。

總而言之，對於通姦是否處罰問題？終極目標應該是不用處罰，因為這根本是將婚姻當成犯罪之構成要件，一結婚就是犯罪，踐行構成要件之一。

賠償為將來的重點：就目前訴訟策略來看，目前大家懷疑婚姻關係消失是否要的到賠償，因此可見是配套措施與執行部分發生問題，我國民法有「離因損害」與「離婚損害」，現在元配幾乎無法求得，因為丈夫或許早已脫產，因此必須從這一部分著手，因此相關配套措施、民法配套措施必須完備，當一方違反婚姻契約，規定多少之懲罰性賠償或額度為多少？讓社會上婦女較能有所保障，因為感情已然蕩然無存又要扶養下一代，當感情不在了該保住的是什麼？保住錢！所以，我們要保住他的錢，這是最重要的，因此當民法修法尚未特定定位前，目前刑事政策不妨再等一下，雖然我認為終極目標是—除罪化，但刑事政策可以再等一下，等到時機成熟，讓大家知道—若敢通姦，必須付出相當之經濟代價，若能制定相關配套機制--離因損害與離婚損害，二者不同(離因是離婚之原因，侵權行為。)(離婚是民法第 1052 條之離婚損害規定)，兩者皆加上之後，再就剩下部分進行財產分配請求，面對如此慘痛代價，勢必行前不得不三思！

以下提供第三面向之思考，例如：英國僅對「持續性」通姦才處罰，或許作為過渡修法，若僅是 1、2 次出軌則不處罰，但若為持續性則予以處罰，所謂持續性是多久？此交由法院判斷即可，持續性之概念與接續行為全交由法院判斷，是否更適宜。

最高法院檢察署朱檢察官富美：

個人覺得通姦罪除罪化之問題包括各種面向，請容提供其他面向看待此問題。論者有謂「一段沒有愛情的婚姻，當夫妻之一方出軌，還須倚賴通姦罪規定以保障婚姻，或靠提告維持或挽回婚姻，豈非過於可悲？」這樣的說法不知會不會落入知識份子之優越？因為社會上仍有很多民眾對婚姻僅有基本之期待，甚至僅有卑微的要求，亦即不奢談愛情！甚至不需有感情！更無庸論有無性生活！很多人對

婚姻的期待就是——在一夫一妻制度之下保護一個完整的家庭跟婚姻的莊嚴。屏東曾發生一件實例，一對夫妻，妻子患輕度智障，丈夫年紀較長，以收購舊貨與資源回收為業，生活小康生下一個女孩，不幸的這個小孩亦有輕度智障，過幾年又生下老二與老三，丈夫十分認命，為了生計總是早出晚歸四處收拾舊貨，某日鄰居提醒這位先生：「你這樣不行，每天你一早出門，隔壁村某某人就跑到你家跟你太太在一起。」此時先生才驚覺事態嚴重。這位妻子剛開始可能是遭到強姦，時日一久變成和姦，有一日先生故意提早回家，果然撞見這位鄰村男子在其家中，先生追著這個男子跑打，但第二天先生一出門，這男子又溜進家中，先生實在不知該如何是好，後來里長告訴他刑法通姦罪規定可以提告，因此先生下一次就告訴該名男子「若敢再來，我就告你！」。其實，社會上仍有很多民眾像這位收舊貨的先生一樣，需要靠法律制度與法律規定保障其婚姻，尤其在社會弱勢或底層民眾還是有這樣期待存在。

再者，國內支持通姦除罪之主張中，有一種見解認為保留通姦罪會破壞婚姻和協，個人並不贊同，我覺得事實上是當出軌者與他人通姦的那一刻，婚姻已經被破壞了，而不是配偶提告時。

況且，通姦罪中與他人發生性行為者，未必對婚姻不留戀，未必不要這一段婚姻；相對的，提告的配偶亦非以破壞婚姻為出發點，簡言之，保留通姦罪之規定之積極功能是--防衛婚姻、亦即保留通姦罪規定理由之一乃因其具防禦性功能，亦即釋字第 554 號解釋所指其仍具備預防性功能在內，此點不容抹滅。

其次，談談立法例之觀察。

固然鄰近日本與歐洲各國早已將通姦除罪化，有的國家甚至已除罪化超過半世紀，但此與國情、文化、歷史與地域性有關，假如你問的對象是歐洲學者，獲得的答案都會認為通姦罪應該除罪化，但其他國家卻未必。而且事實上，也不是只有中東國家才有通姦罪之規定，如韓國、美國亦保留此規定。即使美國，亦不是只有民風較保守的州有通姦罪的規定，容後說明。

讓我們看看保留通姦罪規定之美國，美國迄去年(2012 年)仍有 23 州維持通姦罪規定，科羅拉多州於今(2013)年 2 月份將通姦罪除

罪化，因此目前只剩 22 州。科羅拉多州為何將通姦罪除罪化？這要回溯到美國建國之初，各州吸引移民之政策之一，即是希望獲得家庭主婦的青睞，乃高聲呼籲——歡迎各位太太與你的家庭落戶本州，因為本州有通姦罪規範，可以保護你的先生不敢出軌。至於，科羅拉多州現今又為何要將通姦罪除罪化？相當重要的原因應與時移境遷，重視個人人格、個人主義有關，如科州提案議員曾表示他覺得通姦罪應該除罪化：因為這只關我的事、我太太的事或上帝的事以及與我的良心有關，我不要让警察上床查我。

美國部分州將通姦罪之規定除罪，與該規定迄今已淪為聊備一格、形同具文，民眾鮮少提出告訴有關。但我國目前通姦罪規定是否形同具文？民眾有無不信賴它或不使用它？並沒有。

我們可以看看美國，目前仍有 22 州保留通姦罪之規定，例如：美國東部紐約州、密西根州，密西根州將通姦罪規定為重罪，有的州規定的最高刑度還可判處無期徒刑，足見這項規定有很深的地域性，在某些地區，通姦罪會變成只是聊備一格之法律規定，應與該地區社會大眾對婚姻及家庭之莊嚴完整之要求，乃致個人獨立人格權，及包括對性之觀念等問題轉趨開放之態度有關。以性自由之態度為例，雖說現今台灣風氣已較過去開放，但對此議題仍相對保守。

此外，1983 年麻塞諸塞州最高法院支持通姦罪規定合憲之判決 *Commonwealth vs. Judith Stovvll.*(389 Mass .171, 1983)立論亦甚值參考，依該判決之見解，認為政府對於婚姻之保護仍存在公共利益，此固然為 30 年前之判決，但此判決拿到今天檢視，情況是否改變？有無不同？值得探討。

容我花一點時間說明，對於刑法是否得規範家庭之行為將之規定為犯罪，常與隱私權保護之發展有關。如在法學的探討上，就通姦罪除罪化，現今面臨的爭點即是：「現代隱私權有無延伸到保護個人對通姦性行為之決定及行動」。這個問題，在在美國有其形成之歷史，其發端通常始於「教育權」之爭議，美國是一個新國家，為使移民早日學習英語及文化，早期有許多法律干涉，甚至以刑罰處罰之規定，產生很多合憲性爭議。例如：某州法律對於不學英文卻學習德文之學生家庭或學校，認為構成犯罪，此種規定是否違憲？或由

於政府希望新移民多學習美國文化，規定州民如不上公立學校，轉念私立小學或在家自學之行為構成犯罪，是否違憲等。之後，再從「教育」問題演變到「生育」問題，舉如，法律可否就個人是否生孩子？是否避孕？是否能給 16 歲孩子服用避孕藥？等問題進行規範，甚而以刑法規範。近幾年來，再度發展至民眾漸漸以違反人格權、隱私權、正當法律程序保護，挑戰與家庭、婚姻、子女之相關法律規定是否合憲。例如美國聯邦最高法院 1989 年之 MICHAEL H. v. GERALD D., 491 U.S. 110 (1989) 案之判決即認定通姦的生父對於親生子女沒有親權之基本權之案件，惟至今，美國聯邦最高法院尚未就通姦罪之規定是否違反憲法規定表示其見解。

剛才提到 1983 年麻州案件是美國或世界討論通姦罪是否除罪化之重要里程碑判決，但 2003 年美國聯邦最高法院有一個新判決 *Lawrence v. Texas* 可能對通姦罪除罪化之爭點帶來新的影響。2003 年美國聯邦最高法院對於男性肛交，亦即開放同性戀者之性行為，判決為合憲。以往對這種行為，法院認為得以犯罪處罰之。但迄 2003 年，美國聯邦最高法院改變其看法。因此，在此要指出的是若干社會議題牽涉的法律爭議，欲形成共識，確實需要時間的累積。

Laurence vs. Texas 判決後迄今之 10 年間，隱私權的保護是否擴張至保護已婚配偶仍能享有與他人合意婚外情之權利、是否包括與他人性交之權利成為法學論戰之重要爭點；美國各界也都很期待美國聯邦最高法院能受理判決並表達其見解。近來年有某位律師犯該州的通姦罪，大家很期盼他能挺住，打憲法訴訟。可惜最後他還是認罪了，因此迄今一直未有案件進入美國聯邦最高法院。

接下來，再談談關於通姦罪之規定是否造成歧視女性之問題。由於實務上被害人通常撤回對配偶之告訴，使得最終被告的多為女性，有認為這樣構成對女性的歧視。但這個問題的相對面向，是因為給予受害配偶(亦多為女性)有撤回告訴之選擇權，法律賦予其選擇權以緩和刑法之嚴厲性，受害配偶(多為妻子)選擇時經過種種考慮，乃撤回對丈夫之告訴，因此變成女性相姦者被告人數較多，如此，將因為一位被害女性撤回告訴之選擇權所造成之訴訟結果，解釋為是歧視另一位女性(小三)之規定，個人較為保留。

此外，今日由前面幾位學者提到的統計觀點，個人受益良多，但請容我提出另一種粗淺的看法，個人覺得此應與犯罪本質有關。今日若是討論殺人罪、恐嚇罪、妨礙自由罪的被告比例，男性犯罪者應較女性犯罪者為多，且由於男性被告多居於正犯，犯罪手法及犯罪情節可能較嚴重，判處之刑罰應比女性被告為重。同樣的，因為通姦罪之犯罪本質，女性被告比例自然較高，能否認為這就是構成對女性的歧視，容或有討論的空間。

另外，有謂刑法雖有通姦罪之規定，卻無法完全杜絕通姦行為。但同樣的，酒駕肇事為國人所深惡痛絕，雖然刑法一再提高處罰之刑度，亦未能完全嚇阻酒駕之發生。我們固然希望能杜絕，但有人人的地方就有犯罪，這還是需要循序漸進，倚賴教育、宣導等改變風氣。而且我國將通姦罪規定為告訴乃論，已相當程度地賦予被害配偶選擇權，亦有撤回告訴乃論之機制，相當程度緩和其處罰之嚴苛性，對於所謂構成對女性歧視一節可能需要更廣泛的探討。

受邀參與本次議題之與談，個人對婚姻的本質及意涵亦苦思良久，但「婚姻」應不僅是一份契約而已。婚姻真的包括許多層面，包括人倫、子女、婚姻莊嚴與完整。如 1983 年麻州最高法院見解，我們社會規定婚姻制度，國家保護此機制，其中是有公共利益存在的。若有人加以破壞，表示家庭之和平與寧靜遭受破壞，其中是有被保護之法益存在。前面的與談人先進提到，實務上發生婚姻中之一方因為知道配偶通姦而暴瘦，認為其受傷程度不亞於遭受性侵。誠然，個人覺得家庭與婚姻存在之和平與寧靜亦不失為一種法益。

以下的類比或許不恰當，但個人常想，有形、實體的「家」即我們居住的住宅被無故侵入時，行為人可能構成侵入住宅罪，侵入住宅罪雖說處罰很輕微，終究是一個犯罪規定。相對的，當家庭所植基之婚姻遭受破壞、侵入，難道會比住宅被侵入更不重要，通姦行為的可刑罰性難道完全沒有正當性？因此當討論通姦行為之可刑罰性時，其實有很多面向，而其中所涉及的國情、文化、傳統、價值觀、進而影響法理之見解，皆需要時間形塑。

以下這樣講或許像是笑話一般，一篇哥倫比亞大學論文曾指出，如果某一天，民眾能視婚外情、婚外性行為之歡愉如同外出享

受一頓美食一般坦然而自在，討論通姦罪除罪化之爭議將大為降低。又如 2004 年華盛頓郵報曾指出，美國一半離婚人口中有 50% 曾有通姦經驗，據其統計，有 14 位美國總統曾有外遇經驗。或許當有一天我國國情文化漸趨改變，以及如林教授所說對配偶提供的保護規定更加完善並為民眾所接受時，即是全民更能接受將通姦罪除罪化之時機。

主席：

以下請機關團體代表表示意見，請臺灣犯罪被害人人權服務協會理事長發言。

臺灣犯罪被害人人權服務協會趙理事長惟漢：

個人認同紀大律師，不再重複論述。以下兩點看法：

1. 站在男人立場應該贊成除罪化，若站在家庭立場，朱檢察官與紀律師已有相當多精闢立論，故不重複。
2. 關於被判刑比例，女性比例大於男性，這其實相當簡單，修法——未來不管哪一方要撤告就必須對 2 個都撤告，否則都不能撤告。我相信立法院女性立委必定贊成，男性立委絕對不敢反對。

臺灣犯罪被害人人權服務協會劉副理事長承武：

1. 美國麻州最高法院亦已重申--婚姻確實有無形與有形利益，有形利益包括財產利益、剩餘財產分配請求權、繼承權、慰撫金之精神損害，無形利益包括婚生子女之父母身分、配偶之拒絕證言權、子女監護權等，及法律所承認之婚生子女因此所得到之身分保障與相關保障，甚至婚姻亦滿足安全感之需求，婚姻亦為避風港，亦與人性尊嚴息息相關，所以為何台灣立法政策欲提升婚姻率。請問結婚時女性為何要戴白紗男性卻不用？象徵純潔？我絕對純潔，否則就是違反性別平等原則。當我向配偶許諾時已承諾是一輩子的婚姻，我絕對是誠實信用，全世界最野蠻的是說話不算話。最落伍的是我相信對方，將身體所有的隱私、生活全部投注在對方身上，而對方玩完了？玩膩了？所以在此情況下，通姦罪是預防性的，所以就贊成除罪化者主張希望保有隱私這點，不忠實行為之隱私無法讓我不激怒。
2. 就「因通姦而遭判刑之女性比例較高」這點，我們要的是其他多

數信任婚姻承諾，由親情轉到近來的開放心量，我們要的是這樣的男人，願意承當此義務而滿意、滿足、幸福感的男人，而這需要訓練，透過婚姻，經營婚姻唯一的方法只有重視婚姻是唯一的價值，在此情況下，當第三者的女人不可以認為違反實質平等，不法不能主張憲法第 7 條之實質平等，因為這是你的錯誤選擇，你是可歸責之故意，因而並無所謂歧視女性之問題。所以，多數女性願意做全世界最俗的事，何謂最俗？每個人都做的事--婚姻，但她俗的心甘情願。

3.就「沒有愛的婚姻不需要勉強維持」這點，我認為不對！有三點理由--一切為小孩，為一切小孩，為小孩之一切，這是婚姻唯一之價值，在此情況下當一個人私人利益時稱為私益，當二人在一起就有公益，全世界最文明的就是你能為了公益，未權利濫用且能維護誠實信用原則，這才是真文明，此亦即美國仍有 22 州尚未廢除通姦罪之原因。

4.關於「通姦罪無法保障婚姻，會離婚的還是離婚」這點，不是離婚的問題，而是不願意讓其他願意俗得心甘情願的女人不敢進入婚姻。政府在大法官下指導棋下一直朝向婚姻平等努力，但立法策略部分政府未積極努力，在此狀況之下，我們必須繼續努力 12 年將剛剛所說 5 大配套，如何修補、情緒、情感、感情與關係，元配才能回來？如何修復財產？亦即小三不得擁有任何財產權，小三對於自己手上的也不得擁有任何使用受益權，這就是重大賠償，在有足夠配套之下，大家才願意進入全世界最俗的婚姻。小三破壞家庭，元配可以請求損害賠償，小三小王不可以擁有這些財產使用權、用益權以及所有權。目前這些配套作法付之闕如。

5.最後，「人有身體自主權」這點，當孩子問我--為何不戴安全帽要罰 500 元？因為身體不是自己的，身體是人家願意合法對你合法回饋來的，請你回饋！沒有回饋的身體自主，那是落後與野蠻。

6.最後之結論，我們必說司法院釋字第 554 號解釋理由，目前文化價值我們政府努力不夠維持，所以，我們仍應繼續維持通姦罪，否則大家誰願意做全世界最俗之事，大家加油了！

台北市晚晴婦女協會林理事長立訴：

在此分享個人親身經歷之個案，該個案曾帶著警察去抓姦，當場逮到先生與小三在床，當時元配打小三一耳光，小三隨即反擊抓元配頭髮甩巴掌，這時不是遭到警察制止，而是先生當場說：「你不可以打她！」兩個女人都停止動作，元配當時告訴先生「因為你這一句話，我不會告你。但我會告她！因為通姦是有罪的。」因而讓小三對元配認錯，後來妻子未對先生提告，這段婚姻經過許多年，目前據我所知這對夫妻過得很幸福，倘若今日將此法律廢除，可能這個家庭幸福就不存在了！許多婦女反應，這一條法律之存在，縱使大部分人都用不到，但對其心靈有支持與安慰效果，因為這讓他們認為正義站在他們這一邊，因此我所接觸的婦女團體，很多姊妹們不願意除掉這一條法律規定，甚至許多已經離婚者亦不贊成廢除，縱使他們已經離婚，但只要一想到「做錯事情的不是我」，對其心靈創傷是有療癒作用，這一點相當重要，最起碼讓她覺得我沒有做錯事！背叛的不是我！讓她更有力量走出傷痛並有力量照顧孩子。另外，一些尚未結婚的年輕女性亦認為若通姦除罪化後他們將更不敢結婚，因為現在我的男朋友都會劈腿了。未來若結婚，我覺得婚姻就是保持兩性對性之忠貞，這是一個盟約，但若結婚後覺得仍無安全感，何不選擇不要結婚？因此，基於以上種種，我們團體認為這條法律不可廢除，否則現在很多小三都可以跑到家門說--不被愛的那一個人才是第三者！這一點值得大家省思。

台北市晚晴婦女協會許常務理事文青：

晚晴協會一直以來不是做研究，不是做理論，我們長久以來扮演協助與支持角色，在場這些數字不是一些數字或理論，而是情感需要被撫慰之程度，誰去關注？

今日討論通姦罪是否應該存在？過去晚晴協會事實上是支持廢除，但走過許多年以來我們發現我們的會員、我們的姊妹還是無法接受此論點，原因是他們需要一個支持、一個慰藉，今天也不能因為盲腸不重要，所以一出生就割掉，也不能因為生不出孩子就切除子宮，或因為不舉而自宮。許多時候他必須存在才能證明其身分、地位與價值。事實上到目前為止，此亦即我們尚無法支持通姦罪廢除之原因。在這一條法律規定上，我們無法支持現在就廢除、讓通姦

除罪化，雖這不能夠挽救婚姻，亦無法彌補她，但在情緒撫慰上，我們認為國家社會可能還需要給予弱勢女性一點幫助，女性在走入婚姻時有一些最美滿的期待--一生一世一雙人，最後無法走到時僅能希望維持家庭之完整，讓子女在美滿家庭環境中成長，讓她走出去是有更多希望並能面對，也許很多事情不是從法的層面解釋亦非從數據或研究上解釋，許多時候是關於人、是關於心靈的事，還有大家對於整個國家社會之期待為何？若今天除罪後真的讓小三變多，難道先道歉再將法律改回嗎？走了這一步，萬一回不去了，又該怎麼辦？所以今天必須說，迄今我們國家社會還有許多婚姻當中之元配還無法接受此法律被廢除，她還需要政府給予正向力量。

婦女新知基金會林秘書長實芳：

1. 剛剛有先進提到孩子相當重要，在此提出近來對通姦案件之觀察，第一有時這些介入之女性其實是不知對方是已婚身分，在此狀況下所生之孩子，從剛剛現場之發言，或許認為這樣的孩子其實根本不應該存在在這社會上，甚至應該被社會所摒棄，若說通姦罪之存在本身其實是傷害這些小孩存在之價值，因為這些小孩一生下來就變成證明父母之間犯罪之證據。今天見到為何女性被判刑之比例較高？其實其中還有證據證明之問題，這些出軌男性僅是精子提供者，當小孩不驗 DNA 時，在案件類型中常見到一些案件中並無男性被告，一些案件只有女性單純被告，為何只有女性單純被告？因為她將孩子生下了，在此狀況下反而造成女性與小孩在情勢上之不利。
2. 剛剛討論關於婚姻維繫問題，不難發現其實你不告、婚姻才有辦法維繫，一旦提告，在法庭上播放丈夫與小三翻雲覆雨之光碟，說實話，很多人是在這當下崩潰，自己為何要與這一位如此骯髒之人繼續生活？
3. 有先進提到如果婚姻的維繫是如此重要且不可抹滅且應該刑事化，今天就必須修法，今天提出離婚訴訟者不論男女應先判刑，因為這個人才是破壞婚姻要離開婚姻者。今天刑法不處理男女朋友關係，不處理親吻與牽手關係，因此必須說，若法律皆要對情感上出軌加以評價，在離婚部分應先提出先判刑。

4.很多時候最後為何不會告丈夫?因為很多丈夫轉為污點證人，甚至有時會幫這位第三者付罰金或興高采烈與之比翼雙飛，此時對於女性第三者，今天於相關立法過程中提出，為何有如此多法律人特別是許多大法官皆特別反覆強調通姦罪之存在無助於維繫婚姻，並且提到其中對於女性不利部分是來自於釋字第 666 號許宗力大法官之協同意見書，從數據上除了見到刑事法對女性的不利之外，法官也提到其實在許多案件中，通姦被拿來作為妨礙女性性自主之工具，師大女學生為何不願意站出來控告老師性騷擾?因為老師已婚有配偶，師母表示若敢告老師性騷擾，我馬上告你通姦。在許多案件中其男友是有配偶的狀況，當其男友又性侵別人，男友告訴她，你若敢告發我性侵他人，我就告你通姦，今日通姦已經被拿來當作妨礙女性性自主工具之一。剛剛推論之中，大家質疑為何這類犯罪男性較多?如妨礙性自主案件男性較多，係因為男性先天較淫亂?而在通姦罪中女性被判刑較多，難道是因為女性在性上面較隨便?並非如此，反而是文化上對通姦男性，常常高度原諒男性，並將其排除在刑事制度之外。回頭看到民事上所有對婚姻忠貞義務之宣告全部皆在，甚至離婚規定已作先進之修改，第 1052 條第 1 項第 3 款早已修正，其並非通姦，而是與配偶之外之人發生性行為，所以刑事政策上所謂與同性之間發生性行為無法構成通姦罪之狀況，其實在民事損害賠償上已足資解決。前陣子甚至見到徵信社於通姦案件上玩兩手策略，既騙元配的錢，之後又回頭勒索先生，先前更見到有徵信社因此被判刑，若這些社會案件皆無法讓我們從新省思此犯罪之存在與否，將十分令人惋惜。

律師公會全國聯合會池律師泰毅:

若從一般預防角度看此問題，婚姻制度上欲達到何種目的?眾人皆希望與期待獲得長長久之婚姻。我想結婚後大家應該都希望婚姻能長長久久，問題是這種長長久久的走來究竟係靠刑法之保護與維繫?或應為其他之舉措?舉例來說:婚姻之忠誠應該是我忠誠於配偶，我幫太太到垃圾、洗碗，但某一天雙方發生爭執時，而用所謂的愛作協調動作，當我們在想這樣的事情時似乎不會將告對方通姦

罪放入考量中，從我的角度來看，剛剛幾位先進都有提到所謂長長久久的關係，很多時候是我們主觀上之期待，但有的時候在客觀上會是如此嗎？就個人來說，我基本上已不大相信有所謂長長久久的事情，我相信人生都會有變數，簡單來說當真愛來臨時，我們到底該如何？我曾經很愛一個人，但也許時間經過之後，事情都會有所改變，一開始給你最滿的話，有時可能只是一種大話，當我們想到這件事情時我們是否要回歸原點來看婚姻制度應受何種保護？若夫妻之間有所謂詐欺，結婚時丈夫許諾將一輩子愛妻子，若無法做到就是詐欺？或是於婚姻關係存續中發生背信行為，難道這些全部都要用刑法解決嗎？換另一種角度來說，用刑法真能解決這些問題嗎？我想我並不適合在此部分作過度之發言，原因是個人並非這方面的專家，亦無太多機會承辦這類例子，較多時候是從法律角度來看，法律會講一般預防，對於無論是夫或妻出軌之行為，規範一條通姦罪在此是否真的能夠事前制止之？若無法事前制止，在此是否存在一般預防效果？剛剛聽到較多想法是當他做一件蠢事之後，而用通姦罪處罰，假設是如此，此將變成處罰之事後手段，而非事前預防避免通姦之行為。倘若大家能接受此想法，認為此係事後處罰之方法，然而事後處理方法其實有很多種，包括是否簽訂婚前協議？若雙方任何一方於婚姻關係中有不誠實、不誠信行為，出軌一方之財產則歸另一方，又或者是較便利之訴訟扶助？能否及供更多法律資源，當其果真遭遇困難時，使其孩子與其家庭都能衣食無憂。結論是，對於家庭價值之保護，我相信大家於情感上一定都是支持，絕對沒有人會說他覺得家庭是一個垃圾，但是人生會有變數，人生有很多時候會有改變，為了這種單純之改變，我們用刑法處罰他，是否真會有效果？當真愛來臨時，各位該如何處理此問題？不要說自己的人生已沒有這種機會，人生許多時候都會有這種機會，只是你有沒有發生化學效果？在此有無雙方合致而已，以上提供參考。

衛福部婦女福利及企劃組莊副組長金珠：

關於通姦罪是否除罪化？對此本部內部亦有相當多討論，現在是講究科學證據時代，誠如官教授統從許多客觀統計數字分析，在目前通姦有罪狀態之下基本上對女性較為不利，因此透過婦女團體尤其

婦女權益促進會亦曾舉辦類似論壇，凝聚眾人對此議題之想法，當中多數婦女團體亦支持除罪化，主要考量因為通姦罪之存在對女性傷害較多，此存在亦無助於建立平等自主之親密關係，通姦罪之存在亦會直接或間接傷害通姦者之子女，整體而言，以衛生福利部站在婦女福利與婦女權益主責單位立場，基於性別平等與保障女性權益之角度，我們不反對通姦除罪化。

主席：

請問這屬於衛福部之意見或婦女福利及企劃組之意見？

衛福部婦女福利及企劃組莊副組長金珠：

法務部當時邀請的是衛生福利部社會及家庭署，如今配合中央組織再造，有關社會福利業務自 102 年 7 月 23 日開始，由過去內政部社會司移入衛生福利部社會及家庭署，以後將由我們與大家保持聯繫。

國立臺北大學官助理教授曉薇：

有許多先進提到美國法，因為本身留美且就通姦罪進行相關研究，因此必須澄清，美國通姦罪因各州法令於早期即已存在，通姦罪之處罰與婚前同居(婚前性行為)之處罰通常是同一條，由此可知這法條之過時性在於--美國現在對於婚前性行為並不處罰，之所以留下這些刑法係因為太不重要，實際上並無處罰之被告。此罪在實務上經過報告、研究，通常是檢察官用來威脅證人若不作證，若有相關通姦情事作為威脅，以此作為工具希望證人能出庭作證，是以通姦罪存在並不表示美國在此立場上表示贊成，因為其執行是零。此外，在 1980 年代，康州有一個被抓且執行後，之後同一個禮拜選舉，其州議會立即將通姦罪除罪化。主要原因是因為在於沒有受刑人。

個人身為已婚女性，研究時從夫之外遇與妻之外遇案件比例—45:55 是否與我們所感受到、一般社會所了解的相符？在 45% 案件當中之女性、已婚女性我們都不需要問問其中有何故事？為何其故事無法被說出來？現在已進行將近十年—閱讀所有判決，當我們見到女性配偶外遇判決中亦有相當多故事，但為何沒有人站出來訴說？因為這已經被污名化到極高程度，因為通常女性若膽敢外遇應該都已被

揍，所以這類案件應已呈現相當多，而在告訴過程中被撤回之比例非常低。數據中有同時撤回或撤回其一，在妻子外遇中同時撤回之比例較於與夫外遇中同時撤回比例確實較低，因此有先進提到將刑事訴訟法第 239 條但書修正為一次全部告訴或一次全部撤回，這方法是不會成功的，因為當初於 1947 年規定此中性法律、中性的通姦除罪化時，當時都認為會處罰到男性，卻沒想到時至今日我們根深蒂固之文化仍然存在，致被告仍以女性為多，因此長久文化無法改變，若我們修改刑事訴訟法但書規定，未來女性外遇被告之比例(外遇妻子與丈夫出軌的對象)最終仍是較多。

主席：

機關團體代表已發言完畢，以下請與會來賓發言。

陳女士慧華：

我是一位民眾，亦身為一個家長，就剛剛聽來贊成通姦除罪化所想保護的婦女通常是那些女性不知交往對象是已婚的男性，因而被告通姦，我覺得法律所保護的應該不只是保護這些特定者，而應該保護法務部民調中，第 1 次調查 80% 反對通姦除罪化之大多數人以及第 2 次調查 70% 反對通姦除罪化之普羅大眾才對，因為我認為我們的婚姻制度有必要以國家力量及法律規定與保護，而我國刑法將與法定配偶之外的人通姦定為有罪，這也是向全體國民宣告——不要與人通姦而破壞婚姻，不要傷害自己以及他人之家庭，同時這個不要傷害自己也相當等同於不要傷害自己的隱私權，如果一開始知道法律規定會傷害自己的隱私權，為何要觸犯後等人家要來調查時才來主張這侵犯到自己的隱私權？若談到隱私權這一項，其實國家在查稅時其蒐證動作必然會侵犯到隱私權，而且在歐美國家更甚，但為了保護國家稅收，該等侵犯應該是可以被接受的，反之，為通姦行為，因為行為人傷害了他人家庭，所以被侵犯隱私，這應該是可以被接受的，而這樣的宣告也反映了我們的價值觀，也反映了眾人的利益。正如飛機飛到中華民國時，廣播會說我國刑法規定毒品走私犯最高可處以極刑，是否能說從來未有毒品犯被處以極刑，而且這些毒販相當狡猾花錢辯護讓自己脫罪，我們是否因此就取消此規定？我覺得這是不合法亦不合理的，因為這些宣告同時亦反應眾人最大

利益。

中華仁親社區關懷協會張主任安慈：

剛剛劉承武檢察官提到「一切為孩子，孩子為一切」，我所在之協會在台北市與花蓮之部落長時間每週關懷 100 個孩子，我們週一至周五為花蓮孩子提供午餐與晚餐，我要跟各位談孩子與成本，剛剛婦女新知基金會秘書長說--婚外情所生的孩子是否不應該存在？我所接觸的一位孩子從小一到國二都是寄讀，因為他沒有戶口，為何會沒有戶口？母親與其原本之配偶早已分居，母親之後通姦生下這個孩子，因此這個孩子沒有戶籍，因為母親戶籍跟著元配不知道到何處，一直到我們介入成立課後陪讀班，我們到處奔波將他的戶籍辦出來，他拿到身分證的那一天，他的姓氏改了，因為他必須跟著母親元配之姓氏，這一個個的孩子不是我們的社會成本吧？不是，孩子都是生命。法律是來服務人的，但我們將人放在何處？我們不是一些數據，而是一個個活生生需要被愛、被關懷、被教育、被保護的孩子，當一個國二女生有一天突然發現天天叫爸爸的人，肉身上是我的父親，但法律上不是父親，她必須要改姓氏，我們告訴她不要管這麼多，直接叫名字即可，可是付出的成本是什麼？我今天不是要談是否除罪？但我要告訴各位在社會底層有多少人是需要預防，預防針打了可能不會得流感，但不打，得流感的機率一定有嗎？也很難說，是否需要放在前面？我們在第一線從事社會服務，我們知道有人真的需要這些，也有人因此受惠。

橋東橋西捷運報黎網路負責人兼獨立記者思驊：

剛剛聽見以上言論各有其立場，而張主任所說的最正確，因為這畢竟牽扯到人的問題，個人是反對通姦罪之除罪化，最主要它是一項工具與預防功能，因為元配要提起告訴之前，社福部門與教育部門應先介入關懷，因為我覺得通姦後續才是重點，因為在此牽涉精神傷害恢復可能與孩子權益問題，若夫妻沒有孩子只發生通姦問題，元配是否盡責這很難說，因為家庭關係中婚姻是要經營的，因此必須區分有小孩與無小孩的情形。正如今天通姦問題還會牽扯到多元化家庭與同志權益問題，同志是天生就是同志？還是因為這些正常家庭者所造成的傷害？不去追究源頭。法官判案或檢察官基於公義

起訴時應先釐清源頭再論一個人的罪，如此較公道。我覺得通姦除罪化問題，預防是一定要的，不預防未來恐將遇到你爸爸與我爸爸是否為同一個人？若彼此皆不清楚，結婚發生基因問題導致對下一代之傷害，基因相近導致身體殘障或各方面狀況，每次討論各個面向確實相當廣泛，但請不要忘記最重要的是--解決問題，解決問題才是重點。所以，多元家庭、同志與通姦三者應該一同討論方能真正解決問題並找出國家社會長久之方針。

涂律師秀燕：

媒體上見到名人出軌會說：「我犯了天下男人都會犯的錯！」我懷疑通姦除罪化後，這件事情再發生，他是否會再承認這件事情是他的錯嗎？近十年來我國離婚率高漲，現在是全球第三名，而且每十分鐘有一對離婚，個人認為婚姻中愛情具有排他性，今天若通姦除罪化，我很難想像誰能容許配偶在婚姻中與他人發生關係，這樣的婚姻還存在嗎？離婚率是否更高？再者，學者提到性別統計數字明顯對女性有歧視，在此有文化社會背景之結構，請問文化社會背景之結構若未改變，我們將通姦除罪化是否有更多女性成為被害人？大家應該思考問題之來源，個人從案件觀察為何有如此多女性會撤回，她是為了維護家庭，為了給孩子一個完整的家庭，所以我認為通姦罪是否提告是一回事，至少要让被害人有權做這項選擇，再者，學者提到近年來透過婦女團體之努力在法律上已獲得修改，所以時間成熟通姦罪應可廢除，個人自 80 年代亦陸陸續續參與修法，包括家暴、民法親屬繼承有關子女監護、剩餘財產之相關研議，但我認為目前為止家暴在解決婦女人身安全問題，子女監護、剩餘財產、家務有給職甚至還只是宣示性，基本上這些僅是男女平權最基本的部分，關於通姦目前民事賠償仍相當低，在此情況下若通姦除罪化，你說婦女應該爭取錢？問題是婦女能拿到多少錢？甚至夫妻剩餘財產分配女性尚須分配給男性亦非罕見，所以，現在條件是否已經成熟可以開放？個人對此相當懷疑。再者，現在有些婦女團體走向是想走上性自主，我一直在思考性解放對社會與國家的未來是好的嗎？走向性自主，走向性解放，廢除婚姻中與他人發生性行為之處罰，讓大家可以自由有性行為，這樣的走向是好的嗎？個人一直覺

得十分懷疑。

李律師安榕:

我曾經接觸過幾件案件是自己外遇的女性，我在她們身上見到情緒相當微妙，其實她們在發生外遇是非常有罪惡感，罪惡感的來源是覺得自己對不起家庭、孩子、家庭之完整，她們自己在這中間所受之傷害其實需要長期諮商與社會支持才能解決，對於這樣之女性而言，我認為她所受的煎熬對她之懲罰基本上已經相當足夠，我相信很多人在生活中可能完全未遇到自己外遇之女性，我想自己外遇之女性與自己外遇之男性，他們在發生事情當下，特別是對律師來講，女性通常會自己承認，但男性通常是我到法庭才知道他是外遇者，請大家思考這部分之問題。

今天如果我們認為通姦罪之存在可以有一般預防性效果，我想說十分抱歉這可能是大家對人性複雜度不夠了解。倘若通姦罪真能達到預防效果，為何台灣會有如此多通姦實例？

此外，今天若選擇進入婚姻，我對自己身體的自主權就消失了，變成今天我一旦選擇進入婚姻，我的配偶對我的身體是有一部分的所有權，他能決定我要與誰睡覺，是否變成當我選擇進入婚姻，我對自己身體的所有權就該放棄了？人是否就變成一項物品？人是有自由意志的，這部分提供大家思考竊盜罪、侵占罪與通姦罪之差別。

婦女新知開拓部林主任秀怡:

通姦罪對於情感之修復或能維繫情感，其實在很多不管是已經提告或未提告之例子來說，我們都看到其實是沒有用的。近幾年，婦女新知在全國舉辦多場座談，直接與民眾接觸，溝通通姦罪議題時有幾項發現:

- 1.第一項發現在此回應給法務部，一般民眾對於通姦與刑法通姦罪之認知不同，很多民眾一聽到通姦罪除罪，民眾會問是否以後通姦罪不再處罰，請問我跟小孩之生活該如何維持？財產如何處理，但經過仔細溝通，林志潔教授也提到我國民法已作大幅度修正，許多問題於現行民法中已可解決，因此我覺得問題是需要溝通，而不是只問民眾是否支持廢除通姦罪，卻不處理大家擔心的事情。許多人之所以反對廢除通姦罪，不只是情感上的問題，更多擔心的是民法

上之實質問題，從統計上發現，在尚未溝通前較多與會民眾持反對意見，但解釋過相關問題後則發現超過半數以上民眾支持廢除通姦罪，我想這是一項非常大之差異。因此，今天若要作充分溝通，我們建議不要只是在談是否廢除通姦罪，而應該清楚告訴民眾，其實通姦罪之存在可能造成實質損害，如果台灣沒有刑法通姦罪，這些問題可以在民法中針對哪些部分作規範。

此外，今天聽到許多處境堪憐的元配故事，但其實在通姦罪中涉及的人不只是元配，外遇女性與第三者，而在婦女新知舉辦的一系列活動中，我們有一個活動是招募人妻，當時大家認為--大老婆絕對不可能會支持廢除通姦罪，但結果並不是如此!甚至有元配問新知我們都教導孩子情感上要好聚好散，遇到親密暴力時你要知道在何時可以離開，我們為何要教導孩子，當你進入婚姻你就擁有一項工具—通姦罪，當他(她)要背叛你、離開你，你就拿這項工具懲罰他(她)，這是兩個完全相悖之概念，其實不是像我們一般想像中的區分，並不是只要是人妻就會反對。

剛剛有人談到若無通姦罪該如何談到賠償?請問在此所謂賠償是我已提告通姦，我可以撤回通姦但你必須給我高額賠償，或是提告後民事判賠的確會因為刑法判通姦罪而讓民事賠償金額較高一點，或通姦判不成，民法賠償就會少一點?我相信在此並無直接關聯，若天所謂高額賠償金是來自於我恐嚇你，因為我要告你通姦罪負有刑責，以此作為交換，試問台灣法律是否容許人民以法律當作武器恐嚇對方交付高額賠償金嗎?

臺灣犯罪被害人權益服務協會趙理事長惟漢:

池律師提到通姦有罪，但通姦案例仍不斷發生，若依此想法，殺人罪依法可判處死刑，無論詐欺罪或殺人罪亦仍然不斷發生，若依此邏輯推斷，我國刑法是否應該討論廢除?

臺灣犯罪被害人權益服務協會劉副理事長承武:

為何司法目前對於通姦要件如此嚴格，通姦應該是性交，為何不直接規定性交?一定要男人性器進入女人性器，因為它有財產信任關係之破壞，詐欺、侵占與背信何者不是如此，因此其為重大法益之侵害，所以在此狀況之下，我們非常支持，而且不處罰未

遂者，在此應維持相同原則方為合理。

公益上確定這是一種破壞，所以不可以怠惰，婚姻本身之完整性就是因為還有這一塊，或許12年後7大配套成立時我們就有機會昇華婚姻信任感，現女人以一生幸福為賭注，男人以性自由為賭注，所以婚姻愛情的角度是由女人控制深入度，所以要信任那個對的人，因此昨天見到報載，男人一生最後悔的是未在年輕時多交往一些女人，女人一生最後悔的是第一次上床都是錯的人多，所以是2種不同大腦本質，因此今天我說的是各層面，從洞悉源頭到本質，一直到體驗整個婚姻方向最後具體細節生活態度，最後才有可能做到——不要說知所本末，我們看到將太多枝節作為本，這些都不對，而是知所先後！

國立交通大學林副教授志潔：

個人研究主要領域在財金犯罪與貪污部分，至於性自主部分則是個人十分關心與個人研究興趣之一，在幾項議題上可以見到婦女團體的姊妹們在議題上之衝突與不一致，但其實並不代表無法尋出最大共同努力方向，從回國迄今有數項議題，包括1.代理孕母2.性交易3.通姦罪，大致上這幾項觸及敏感核心，關於女性性自主權與傳統觀念價值保護狀況，今天之 issue 與前二者有類似情況，也十分欣喜有男性參與討論發言，因為若是1.代理孕母2.性交易之議題，當初在立法院見到男性立委全部自動迴避噤若寒蟬，只剩下兩派女性大吵。

但其實在通姦罪上我們已有最大公約數--若有人在婚姻中受到傷害需要得到補償，今天即使是贊成廢除通姦罪者亦不反對這一點。問題在於目前民法或其他法律制度能否確保這些在婚姻中受傷的人能依照法律規定取得平衡，以刑法處罰對於一個刑法老師而言確實是無法接受的，因為國家干預到私人領域裡，這件事是不同的，國家到底有無刑法規定？例如：家庭暴力防治法亦規範違反保護令之罪要處罰，因為保護令係由政府所核發，政府已經告訴你不可以這樣做，你還這樣做，你對他的高度人身侵害之虞，當然必須予以處罰，但人之情感是極微妙的東西，它確實不適合用刑法處罰，個人從過去迄今立場依舊一致，例如：個人亦認為散布猥褻物品罪不應該

用刑法處罰，但這並不代表我鼓勵大家散布猥褻物品，這是兩回事，因為不用刑法處罰不代表我們不需要去規制它，各位必須理解整法律體系是一個很廣大之體系，其實刑法只是當中的一部法律，其中一種手段、一種工具，其他規範其實是更重要的，例如民事舉證責任較刑事低相當多，民事只要達到過半舉證認即可得到賠償，但刑事補償常須證明到無合理懷疑，所以其實很多時候用刑事處罰並不見得會達到當初期望之效果，但我也承認確實從各位姊妹分享中不難發現，目前台灣之民事規定中仍有其不足之處，而民事部分亦由本部管理與修法，因此在處理除罪化之前提是否應先將民法親屬篇與邱法官提到離婚原因與離婚賠償能有更妥善之規範，甚至池律師提到婚前契約部分某一程度地承認，經過以上處理後再問大家通姦罪是否除罪化，或許將得到不同結論，大家仍應同心努力，其實我們之間並未存在很大歧異，我想維護每個人之自主、每個人之自由與每個人之自尊係大家共同之努力方向，我想在這一點上大家並無差別。

中央警察大學許教授福生：

從犯罪學與刑法角度，林教授已多有著墨，個人是研究刑事政策，此議題須從刑事政策來看，刑事政策是一種價值選擇，其實從刑法法益保護來看，最終通姦勢必將除罪，但每一次見到民調可以看出民眾之潛在怕背叛、不安下之恐懼感，保留仍有其安慰劑作用。現在問民眾是否贊成除罪，但相關配套付之闕如，所以目前民調係在一種不安下之反應，若相關配套更臻完善，或許民調亦將隨之改變。因為這議題與死刑相仿，死刑能否防制犯罪？國內、外進行相當多研究，我也認為不太可能，但若問是否維持死刑？贊成死刑是反映民眾對治安不安的一種主觀心態，不安其實是主觀的情感，沒有辦法用理性來推論，因為不安就是不安，誰也不希望成為下一個受害者。此涉及價值問題，通姦罪是否能維護婚姻？我亦不作此認為，但是有通姦罪仍有背叛不安下的安慰劑。因此，聽完今日公聽會發現目前馬上除罪似乎並不容易，包括要件與刑度皆須檢討。像美國有些州名為保留，實際上已經除罪，因此關於除罪亦可再思考，並非只有將刑法條文廢除即為除罪，相關配套問題於法務部擬

定刑事政策時應更細緻化方能回應民意。

臺灣高等法院刑事庭邱法官忠義：

基本上贊成許福生教授之看法，個人認為通姦問題涉及違反隱私權，亦於文章中提及「人民選擇進入婚姻與家庭生活不代表作為憲法保障之隱私權與自主決定權會隨著因婚姻而消逝。」為何提到自主決定權？因為自主決定權放在隱私權中。

通姦罪經過實證一旦提告將無法達到保護婚姻之目的，一旦提告反而提供通姦者與相姦者雙方以「愛到犯罪無怨尤」之觀點表徵患難與共之愛情革命情感與精神，使其感情更深。若未提告，將來或許出軌之一方還有回頭之可能性。

果若欲除罪化，相關配套必須完備，例如民事上之離因與離婚損害能確定，在民法上結婚前先有一項要件--婚前契約簽訂清楚，將來離婚即便脫產都無用處。

於尚未除罪化之前，如欲使通姦罪淡化一點，或許修改為持續性通姦方予以處罰，果若處罰，則應處罰有配偶者即可，至於相姦者若未婚，又為何要處罰？

主席結論：

感謝專家學者與機關團體以及關心此議題之民眾參加本次公聽會並發表許多寶貴意見，法務部檢察司將完整記錄，作為未來推動相關政策之參考。亦請各位立委辦公室代表將所聽意見如實反映給立委作為立法之參考，謝謝各位！

書面資料：

一、機關團體：

1. 律師全聯會—刑事法委員會池主任委員泰毅律師：

請參附件—本會贊成通姦罪應予除罪化。

2. 中華仁親社區關懷協會張主任安慈：

作為關懷社區的社會服務機構，我們接觸了許多失能家庭，深切知道家庭在一個安定的社會中的地位，家庭是如此的重要，我不以道德為基礎，要以「孩子」的立場來看。通姦使家庭動搖，深深傷害我們所看重的家庭價值，也傷害配偶，更使孩子失去一個安定的、可信賴的關係，我主張用最高最

完整的觀點來維持家庭安全、來看這個法，強力主張通姦的行為，當要付上刑責的代價。

3.婦女新知開拓部林主任秀怡:

一、擔心被背叛就要用刑法來保障嗎?

通姦罪僅針對婚外性處罰，無法處理擔心被背叛或撫平背叛，由實務案例中可清楚看見，通姦罪存在無法維繫或修復婚姻關係。

二、通姦罪所涉及的不僅只大老婆而已，以過去新知舉辦聯署活動中，表態支持包括已婚者與未婚者。其中大老婆也有一定支持率，而非全數進入婚姻之女性均主張維持通姦罪，也有子女分享經驗，感謝媽媽未提告通姦罪，才能有離婚後仍能平心看待情感和父親，不需要撕破臉相互攻訐。

三、民眾對於通姦和通姦罪之法律內容並不清楚，過去舉辦座談會時發現，多數民眾先持反對意見，並提出多種財產與子女問題，經說明實務民法有其他規定和配套之後，轉而支持者超過半數，可見應加強民眾法律認知，清楚區分刑法之通姦罪。

四、通姦賠償會比較高嗎?有相關實證嗎?若賠償來自和解金，台灣法律能夠允許人民以法律作為工具，像另一方勒索高額金額嗎?

二、民眾:

1.陳先生萬祥:

通姦罪除罪化:

- 一、應先等配套法律(令)，完整建置出來後才能提出廢止。
- 二、一個家庭的完整，才能使子女健康成長，健全的人格發展。
- 三、通姦者已對家庭、對配偶作私慾破壞性行為，對配偶、對其子女不忠、不信、不義、無愛，所以若除罪化，也要負擔精神物質之損害賠償。

2.陳女士慧華:

通姦罪除罪化:

- 一、 婚姻制度有必要以國家的力量及法律的規定來保護，而我國刑法將與法定配偶之外的人通姦定為有罪，這無異是向全體國民宣告了「不要與人通姦破壞婚姻，不要傷害自己及別人的家庭，這是不被接受的，這是有罪的行為。」這樣的宣告，反應了我們的價值觀，反應了眾人利益。
- 二、 而通姦罪除罪化是否與性解放的理念畫上等號?以下是 2012 年 10 月同志遊行中，中央大學性別研究室召集人何春蕙的說話中，說「要革命婚姻，就要徹底改變婚姻的體質和情感，因此同志在拒絕異性戀壟斷婚姻體制的時候，也必須拋棄對於忠誠的虛幻想像和要求，支持通姦除罪化就是很重要的一步。」
- 三、 舉例:查稅之蒐證動作也侵犯隱私權，但為保護國家稅收，該等侵犯應可接受。

拾、散會: 12 時 10 分

主席：吳陳環

記錄：朱錦綢